



中国政法大学诉讼法学研究院

卞建林◎主编

热案聚焦之马乐案

援引法定刑的刑法解释 孙谦

检察机关基于法律错误提起再审抗诉之探讨 卞建林 王贞会

以案析理

案件事实认定中的主观因素辨别 高宏伟 高鸿雁

民事检察监督中新证据的理解与认定 刘在青等

检察机关提起行政公益诉讼问题研究 徐全兵

实证研究

婚姻家庭类纠纷对死刑适用的影响 吴宏耀 渠守彬

域外判例

美国死刑案件律师辩护标准和中国的借鉴 李本森

中国诉讼法判解

第10卷



中国人民公安大学出版社

中国诉讼法判解

(第10卷)

卞建林 主编

中国人民公安大学出版社

·北京·

图书在版编目 (CIP) 数据

中国诉讼法判解. 第 10 卷/卞建林主编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2017. 3

ISBN 978-7-5653-2898-5

I. ①中… II. ①卞… III. ①诉讼法—判例—研究—中国
IV. ①D925.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 056948 号

中国诉讼法判解 (第 10 卷)

卞建林 主编

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京泰锐印刷有限责任公司

版 次: 2017 年 3 月第 1 版

印 次: 2017 年 3 月第 1 次

印 张: 12.5

开 本: 880 毫米×1230 毫米 1/32

字 数: 337 千字

书 号: ISBN 978-7-5653-2898-5

定 价: 42.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: zbs@cppsup.com zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话: 010-83903254

读者服务部电话 (门市): 010-83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010-83903253

法律分社电话: 010-83905745

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究

中国诉讼法判解（第10卷）

编辑委员会

主 编：卞建林

编 辑：高伟佳 王贞会

张 璐 胡思博

主 编 絮 语

书稿付梓，感慨万千。承蒙学界和实务界各位方家慷慨赐稿，中国人民公安大学出版社精心编辑，《中国诉讼法判解》（第10卷）顺利结集封卷。首先对本卷的出版表示衷心的祝贺，对各位作者和编辑人员的支持表示真诚的感谢！

近年来，运用社科方法在法学领域开展实证研究已经成为一门“显学”，尤其是在诉讼法学研究中，越来越多的学者开始从“书斋”走向“田野”，深入到现实的社会情境进行研究。实证研究以本土经验和实践问题为基点，借助调查、实验、观察、案例分析等社会科学方法，搭建起沟通理论与实践、问题与方法之间的桥梁。实证研究在法学领域的勃兴，昭示着“社科法学”的时代已经悄然而至，法治实践学派成为中国法学研究的生力军，正在稳步成长和走向成熟。^① 实证方法不仅正在改变传统的法学研究范式，而且也在推动我国法治改革路径的转型升级。宏观层面顶层设计、微观层面地方试点，通过司法试点推进立法层面的改革与完善，已经成为当下我国法治改革的新模式，一定程度上可谓是“司法造法”的中国样态。

相较于其他实证性的研究方法，案例研究的方法通过对个案或类案进行事实和学理上的深刻剖析，可以见微知著，使人们更加清晰地了解司法制度和诉讼程序在“活生生”的社会场域中运行的现实图景，实现理论与实践的互通互动。也正是案例方法在法学研

^① 参见张文显：《中国法治实践学派是一个成长中的学派》，载《光明日报》2016年10月24日第10版。

研究和法治改革中的重要作用，早在2007年中国法学会即批准设立案例研究专业委员会，并于2013年正式注册成为中国案例法学研究会，围绕案例相关问题开展全面研究。最高人民检察院于2010年、最高人民法院于2012年开始每年都会发布指导性案例，供地方各级检察院、法院在实践办案中参照适用。此外，有关机关、社会团体、法学研究机构等单位也开始就司法实践中发生的典型案例进行年度分类评选，如最高人民法院与中央电视台联合举办的年度十大推动法治进程案件评选，中国案例法学研究会联合《南方周末》、《中国法律评论》共同评选的年度十大影响性诉讼案例等。可见，案例研究因应法学研究与法治改革之需要，意义尤巨。

为突出本书特色，更好地服务于法学理论研究和司法实务工作，《中国诉讼法判解》（第10卷）进一步调整优化栏目设置，在“热案聚焦”、“以案析理”、“实证研究”、“域外判例”等常设栏目的基础上，增加“典型案例”栏目，强化本书的实用参考和资料索引价值。本卷共收录各类文章17篇。其中，“热案聚焦”栏目以马乐利用未公开信息交易案为题展开研讨，收录最高人民检察院副检察长孙谦的《援引法定刑的刑法解释——以马乐利用未公开信息交易案为例》与卞建林、王贞会的《检察机关基于法律错误提起再审抗诉之探讨——以马乐案为例》两篇文章，深刻剖析了马乐案折射出来的实体与程序问题。“以案析理”栏目收录了刑事诉讼、民事诉讼和行政诉讼方面的九篇文章，既有来自高校学者之精文，也有来自实务专家之佳作，均从典型案例入手展开讨论，对案例中存在的事实认定或法律适用问题做了深入分析，有助于帮助实务部门在实际办案中参考和参照适用。“实证研究”栏目收录研究报告三篇，围绕司法实践中的热点难点问题进行研究，以实证数据和第一手资料为支撑，论证有理有据，并提出解决有关问题的切实可行的方案，为司法改革建言献策。“域外判例”栏目收录文章三篇，其中李本森教授撰写的《美国死刑案件律师辩护标准和中国的借鉴》一文以斯特里克兰诉华盛顿州（Strickland v. Wash-

ington) 一案为引,通过对美国联邦最高法院和全美律师协会确立和制定的死刑案件中律师辩护标准和规则的考察,对我国刑事案件特别是死刑案件中的律师辩护制度的完善提出了卓有见地的建议,颇具借鉴价值。“典型案例”栏目将有关机关、社会团体和法学研究机构等单位评选的 2015 年度较具权威、较有影响的若干典型案例加以整理、汇编,以供教学科研和司法实务参考、援用。

《中国诉讼法判解》是中国政法大学诉讼法学研究院精心打造的一套以司法判例研究为特色的连续出版物,到目前已陆续出版十卷。本书将秉持一贯的宗旨和特色,立足本土实践,突出问题意识,实现理论与实践的紧密联系;以案释法,以案析理,实现案例与法理的有效互动;围绕司法实践和法治改革中的重点热点问题,开辟专题,展开研讨,服务于我国的诉讼法学研究、司法改革和法治建设。

长期以来,本书一直得到学界和实务界广大专家学者的关心、帮助和支持,对此深表谢意,并恳请各位同仁不吝赐稿。

卞建林

2016 年 11 月 1 日

目 录

主编絮语	卞建林 (1)
------------	---------

【热案聚焦之马乐案】

援引法定刑的刑法解释

——以马乐利用未公开信息交易案为例	孙 谦 (3)
-------------------------	---------

检察机关基于法律错误提起再审抗诉之探讨

——以马乐案为例	卞建林 王贞会 (33)
----------------	--------------

【以案析理】

未成年人附条件不起诉听证程序

——以程序正义与少年司法双重要求为标准的分析	何 挺 王 丽 (55)
---------------------------------	--------------

案件事实认定中的主观因素辨别

——以杨某某故意杀人案为例	高宏伟 高鸿雁 (64)
---------------------	--------------

相互斗殴中故意伤害罪的认定

——以李某故意伤害案为例	白雷杰 (73)
--------------------	----------

外国人犯罪案件的诉讼程序规则

——以穆某涉嫌犯危险驾驶罪为例的解读	郭 晶 (78)
--------------------------	----------

合同效力认定案件中证明当事人主观心理状态的间接证据	胡思博 (90)
恶意串通导致司法拍卖无效处理机制的重构	
——最高人民法院指导性案例35号研究	毋爱斌 (108)
民事检察监督中新证据的理解与认定	
——兼对民事诉讼法司法解释的解读	刘在青 闫旭彤 孙允婷 (118)
检察机关提起行政公益诉讼问题研究	徐全兵 (130)
退票费信息公开案透析铁路改革之可能路径	李松锋 (150)

【实证研究】

婚姻家庭类纠纷对死刑适用的影响	
——基于185起婚姻家庭类纠纷引发的故意杀人案例的 实证研究	吴宏耀 渠守彬 (163)
刑事诉讼中“有专门知识的人”出庭问题	罗海敏 (197)
重大职务犯罪案件异地管辖问题与对策	张 倩 (212)

【域外判例】

美国死刑案件律师辩护标准和中国的借鉴	李本森 (233)
基于法律错误作出的搜查或扣押之合法性问题	
——以海伦诉北卡罗来纳州一案为例	刘思敏 (248)
对质权与传闻例外的转折点	
——评克劳福德诉华盛顿州 (Crawford v. Washington) 案	张亚逸 (264)

【典型案例】

最高人民法院、中央电视台评 2015 年度十大推动法治进程案件	(291)
最高人民法院 2015 年度十大经济行政典型案例	(297)
最高人民法院 2015 年十大环境侵权典型案例	(314)
最高人民法院 2015 年度十大知识产权案件	(328)
《人民法院报》评 2015 年度十大刑事案件	(330)
《人民法院报》评 2015 年度十大民事行政案件	(338)
最高人民检察院评 2015 年度检察机关十大法律监督案例	(345)
全国检察机关十大刑事申诉检察精品案件	(354)
中国案例法学研究会、《南方周末》、《中国法律评论》 评选 2015 年度十大影响性诉讼	(368)
清华大学出版社、清华大学法学院证据法研究中心评 2015 年度十大无罪辩护经典案例	(375)

【热案聚焦之马乐案】



援引法定刑的刑法解释

——以马乐利用未公开信息交易案为例

孙 谦*

2015年12月11日，最高人民法院对最高人民检察院提起抗诉的马乐利用未公开信息交易案作出再审终审判决，撤销广东省高级人民法院和深圳市中级人民法院判处马乐有期徒刑3年，缓刑5年的原审裁定、判决，认定马乐利用未公开信息交易犯罪“情节特别严重”，鉴于其有自首、退赃、认罪悔罪、原判罚金刑已全部履行等情节，予以减轻处罚，改判马乐有期徒刑3年。^①这一判决终于为马乐案画上了句号。可以说，马乐案在我国刑事司法史上开创了若干个第一：第一个由三级检察机关接力抗诉的经济犯罪案件；第一个由最高人民检察院向最高人民法院仅就刑法法条适用问题提起抗诉的案件；第一个由最高人民法院开庭审理，最高人民检察院派员出庭履行职务的刑事抗诉案件……

一、争议焦点与问题的提出

（一）基本案情

2011年3月至2013年5月，马乐在担任博时精选股票证券投

* 孙谦，最高人民检察院副检察长。周光权教授、曲新久教授、黄河博士、陈国庆博士、罗曦博士、韩晓峰博士对本文的研究论证提出了完善意见，特此致谢。

① 见最高人民法院（2015）刑抗字第1号刑事判决书。

资基金经理期间，掌握了博时精选股票证券投资基金交易的标的股票、交易时点和交易数量等未公开信息。其利用上述未公开信息，操作自己控制的3个股票账户，通过不记名神州行电话卡下单，先于、同期或稍晚于其管理的基金账户，买入或卖出相同股票76只，累计成交额10.5亿余元，非法获利1912万余元。马乐的这一行为就是业内人士所说的“老鼠仓”。

（二）诉讼经过和争议焦点

2013年12月26日，深圳市人民检察院向深圳市中级人民法院提起公诉，指控被告人马乐犯利用未公开信息交易罪，情节特别严重。2014年3月24日，深圳市中级人民法院作出一审判决，认定马乐构成利用未公开信息交易罪，但刑法第180条第4款并未对该罪的情节特别严重作出相关规定，故马乐属于犯罪情节严重；由于马乐具有自首、退赃、认罪态度良好、罚金能全额缴纳等可以从轻处罚情节，故判处其有期徒刑3年，缓刑5年，并处罚金1884万元，同时对其违法所得1883万余元予以追缴。

深圳市人民检察院于2014年4月4日向广东省高级人民法院提起抗诉，认为被告人马乐的行为应当认定为犯罪情节特别严重，依照“情节特别严重”的量刑档次处罚；马乐的行为不属于退赃，应当认定为司法机关追赃；一审判决适用法律错误，量刑明显不当，应当依法改判。2014年8月28日，广东省人民检察院决定支持抗诉，认为一审判决认定情节错误，导致量刑不当，应当依法纠正。

广东省高级人民法院于2014年10月20日作出终审裁定，认为刑法第180条第4款并未对利用未公开信息交易罪规定有“情节特别严重”情形，马乐的行为属“情节严重”，应在该量刑幅度内判处刑罚，抗诉机关提出马乐的行为应认定为情节特别严重缺乏法律依据，驳回抗诉，维持原判。广东省人民检察院认为终审裁定错误理解法律规定，导致认定情节错误，适用缓刑不当，于2014年11月27日向最高人民检察院提请抗诉。