

武汉法学文集 2007年卷

法学 前沿

何家寿 主编



WUHAN UNIVERSITY PRESS
武汉大学出版社

构建和谐社会 繁荣法学研究 推进依法治国

武汉法学文集 2007年卷

法学 前沿

何家寿 主编



WUHAN UNIVERSITY PRESS
武汉大学出版社

构建和谐社会 繁荣法学研究 推进依法治国

图书在版编目(CIP)数据

法学前沿/何家寿主编. —武汉: 武汉大学出版社, 2008. 7

武汉法学文集 2007 年卷

ISBN 978-7-307-06411-9

I. 法… II. 何… III. 法学—文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 106185 号

责任编辑: 郭园园

责任校对: 黄添生

版式设计: 詹锦玲

出版发行: 武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: wdp4@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷: 湖北省通山县九宫印务有限公司

开本: 720 × 1000 1/16 印张: 24.75 字数: 391 千字 插页: 2

版次: 2008 年 7 月第 1 版 2008 年 7 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-06411-9/D · 813 定价: 39.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购我社的图书, 如有缺页、倒页、脱页等质量问题, 请与当地图书销售部门联系调换。



武汉法学文集 2007年卷

武汉市法学会《法学前沿》编委会

主任：王成宇

编委：齐文远 莫洪宪 萧伯符

简永福 戴小明 干朝端

李成发 董佑学

目 录

第一部分

- 宽严相济刑事政策在审判实践中的运用研究 康均心 周亮/3
- 和谐视野下的刑事司法选择：刑事和解 孙应征 刘国媛/16
- 社区矫正的价值基础与发展构想 李云雄/25
- 论宽严相济的刑事政策及其适用 郑德亮/30
- 浅议当前检察机关贯彻宽严相济刑事司法政策存在的
问题与对策 金鑫 周文/39
- 和谐社会语境下的刑事和解制度的构建 李梁/48
- 侵犯知识产权犯罪之刑事和解制度初探 莫洪宪 贺志军/58
- 浅析刑事和解的适用 袁周法/68
- 检察机关预防职务犯罪工作与惩防一体化 易珍荣/74

第二部分

- 人的发展与法律创新 何士青/85
- 论地方立法中的利益冲突与消解
——以城市房屋拆迁为视角 孙大雄 张超文/94
- 将利益冲突转化为立法争论
——兼论地方立法在解决利益冲突中的地位 陈新/105
- 医疗纠纷处理的现状及立法对策 吕琳/118

论湖北省环境法治建设的问题及其对策 ... 蔡守秋 秦天宝 李广兵/124	
中部地区法制协调机制研究	石佑启 杨治坤 孙雪/136

第三部分

地方政府贯彻实施《物权法》的对策思考	倪子林/159
论行政机关对公共利益的维护	
——以《物权法》第42条规定为切入点	胡太荣 武芳/168
《物权法》与工商行政管理	孟超/175
地下空间建设用地使用权法律制度探讨	刘虹/182
《物权法》对银行抵押债权保护的影响及对策思考	张杰 肖伊/192
浅议《物权法》预告登记制度	刘天志/199
从一起房屋转让纠纷谈善意取得制度	
——兼评《物权法》第106条	宛良军/207

第四部分

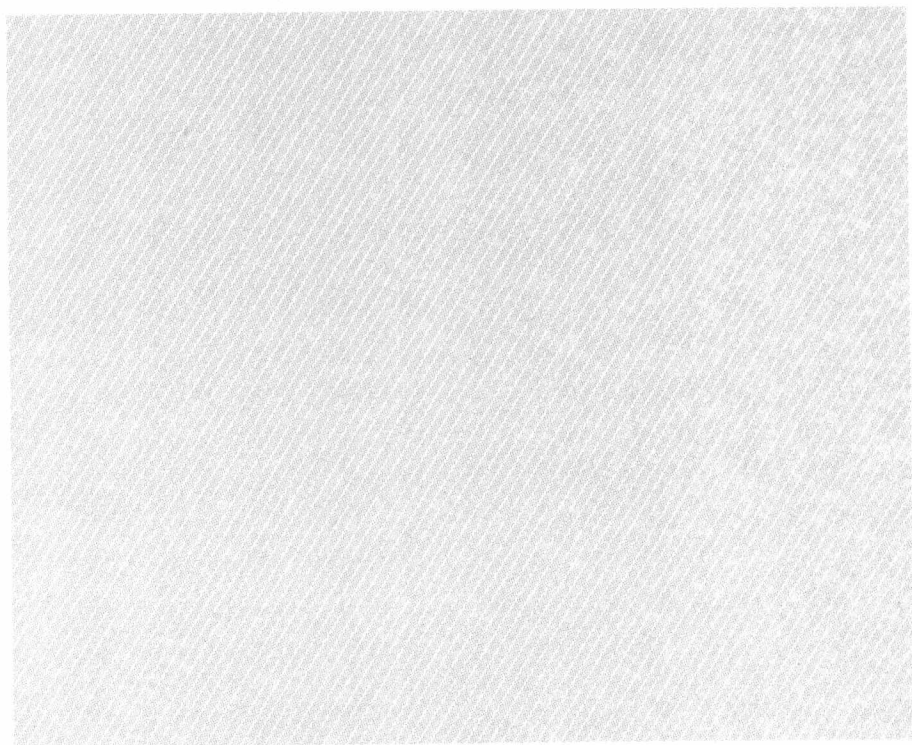
和谐主义诉讼模式下的法院调解制度重构	段兰玲 成艳秦/217
借鉴国外ADR经验加强司法调解与人民调解衔接	
工作的思考	徐宗文 周罡/223
东方经验：弊端与未来	
——社会转型背景下的行政调解	谭剑/232
劳动争议调解现状和发展研究	韩桂君/241
民事纠纷非诉解决机制与诉讼解决机制的对接	柯昌洁 朱亚敏/248
新农村建设中的涉地纠纷及其调解	陈炯灵/259
对自由裁量权的思考	
——以严格依法办案与和谐司法为视角	贾伟杰/266
董事监事和高管损害公司权益纠纷问题探讨	李双利 夏丽华/275
关于公司股权诉讼案件法律适用问题的调研	余杰/288
从法院审判实践的角度略谈我国环境公益民事诉讼的发展	李娜/303

第五部分

律师的责任与使命

- 实现社会公平与正义是律师职业价值的核心 杨维林/311
- 论王夫之“絪縕一太和”和谐观与“以人为本”的
法律体系说 邓红蕾/315
- 从价值和途径看法治与和谐社会构建 李卫东 舒华/327
- 社会主义和谐社会中政治关系的和谐 罗平/334
- 建设新农村与财税制度创新 赵芳春 肖亮远/340
- 试论隐私权 陈小燕/353
- 论侵扰性网络广告形式及其规范 金艳/368
- 借鉴域外实况谈我国裁判文书论理风格之改进 蔡杰 程捷/378
- 新闻报道权的法律边界 乔新生/388

第一部分



宽严相济刑事政策在审判实践中的运用研究

◇ 康均心 周 亮*

一、宽严相济刑事政策在审判实务部门的贯彻落实情况概述

(一) 宽严相济刑事政策在官方文件中的具体体现

宽严相济刑事政策是我国在同犯罪分子的长期斗争中形成并逐渐发展完善的一项基本刑事政策。2005年12月罗干同志在全国政法工作会议的讲话中首次公开提出：“更加注重贯彻宽严相济的刑事政策，突出打击重点，最大限度减少社会对立面，以取得更好的社会效果。”并指出：“宽严相济的实质就是对刑事犯罪区别对待，做到既要有力打击和震慑犯罪，维护法制的严肃性，又要尽可能减少社会对抗，化消极因素为积极因素，实现法律效果和社会效果的统一。”2006年3月，最高人民法院和最高人民检察院在十届全国人大四次会议的工作报告中，都明确强调要贯彻宽严相济的刑事政策。2006年10月11日，中共十六届六中全会在《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》中，再次明确指出，“实施宽严相济的刑事司法政策，改革未成年人司法制度，积极推行社区矫正”。2006年11月，罗干同志在第五次全国刑事审判工作会议上再次强调：要“正确执行宽严相济的刑事司法政策，实现法律效果和社会效果的统一”。2006年12月28日，最高人民检察院出台《在检察工作中贯彻宽严相济刑事司法政策的若干意见》，从四个方面对该政策的贯彻提出

* 康均心、周亮，武汉大学法学院。

了26点意见。2007年1月15日,最高人民法院出台《关于构建社会主义和谐社会提供司法保障的若干意见》,其中提出了“坚持宽严相济,确保社会稳定”的四点意见。

值得一提的是,2006年10月11日中共十六届六中全会通过的《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》中使用了“宽严相济的刑事司法政策”一说;此后,中央政法委在全国第五次刑事审判会议上也采用了“宽严相济的刑事司法政策”一说。随后,最高人民法院无论是在全国人大工作报告中,还是在《在检察工作中贯彻宽严相济刑事司法政策的若干意见》中,均使用了“宽严相济的刑事司法政策”一说,与此前的2006年最高人民检察院工作报告中使用的“宽严相济的刑事政策”明显地不同。但是,最高人民法院自2006年3月在全国人大会议上的工作报告中使用“宽严相济的刑事政策”一说以来(截至2007年6月底,包括在2007年3月的全国人大会议上),一直沿用,没有改成“宽严相济的刑事司法政策”一说。笔者认为,宽严相济是我国的一项基本刑事政策,不能狭义地理解为仅仅是“一项重要的刑事司法政策”。中共中央采用“宽严相济的刑事司法政策”一说,是在其报告第六部分第六段“加强社会治安综合治理,增强人民群众安全感”的具体语境下的使用。中央政法委采用“宽严相济的刑事司法政策”一说,是在全国刑事审判工作会议的具体背景下,提出更具有针对性的“司法政策”而非“立法政策”;最高人民检察院的正式文件同样也只能是贯彻“刑事司法政策”,而不能贯彻“刑事立法政策”。因而,“宽严相济的刑事司法政策”一说在官方文件中的使用,并不能动摇宽严相济作为我国一项基本刑事政策的重要地位,且至今全国法院系统仍采用“宽严相济的刑事政策”一说,笔者认为全国法院系统的表述更为适当。

(二) 宽严相济刑事政策在审判实践中的通常表述

当前在审判实践中,宽严相济刑事政策并没有官方的定义,通常的表述是:宽严相济是我们党和国家在新形势下提出的一项重要的刑事政策,是我国在惩治犯罪、维护社会稳定的长期实践中积累经验的新总结,是惩办与宽大相结合政策在新时期的新发展,其核心就是要区别对待,当宽则宽,该严则严,宽严适时,宽严适度,不能“宽”无边,也不能“严”

无度,必须确保罚当其罪。具体而言,宽严相济中的“宽”是指宽大、宽缓,主要表现为非犯罪化、非监禁化和刑罚轻缓化三个方面。宽严相济中的“严”是指严格、严厉,主要表现为犯罪化、刑罚严厉化和刑法的必然性三个方面。宽严相济中的“济”是结合、弥补、协调之意。要求根据个案的不同情况作从宽或者从严的不同处理。要对宽与严这两种手段之间此消彼长关系进行深刻理解和灵活把握,使两者之间形成有机的统一。概而言之,宽严相济刑事政策就是指根据不同的社会形势和犯罪态势,对刑事犯罪要在区别对待的基础上,灵活运用从宽和从严两种手段,打击和孤立极少数,教育、感化和挽救大多数,实现法律效果和社会效果的统一。

(三) 近年来,全国法院系统贯彻落实宽严相济刑事政策的若干数据^①

1. 依法惩罚刑事犯罪,严厉打击危害国家安全犯罪、恐怖犯罪、黑社会性质组织犯罪以及爆炸、杀人、抢劫、毒品等其他严重危害社会治安的犯罪,加大惩罚破坏社会主义市场经济秩序犯罪的力度和惩治腐败犯罪的力度。自1997年新刑法颁布以来,全国各级法院审结的一审刑事案件数量逐年增长,1997年为440 577件,1998年为480 374件,1999年为539 335件,2000年为560 111件,2001年为623 792件,2002年为628 549件,2003年为634 953件,2004年为644 248件,2005年为683 997件,2006年为701 379件。全国各级法院在依法判处刑罚的同时,也严格依法保证无罪的人不受刑事追究,2005年全国各级法院依法宣告2 162名刑事被告人无罪,2006年依法宣告1 113名刑事被告人无罪。

2. 轻刑适用比例逐渐提高。据统计,1983年全国被判处五年以下有期徒刑或者拘役的共294 756人,占全年所有被判刑人员的45%;2005年全国被判处五年以下有期徒刑或者拘役的共459 815人,占全年所有被判刑人员的54.6%。就被判处五年以下有期徒刑或者拘役的人员占当年全部被判刑人员中的比例而言,2005年比1983年增长9.6%,说明轻刑

^① 数据来源:1998年至2005年《中国法律年鉴》历年《全国法院一审刑事案件情况统计表》,中国法律年鉴社每年9月出版。2006年数据来源于2007年3月全国人大会议上的《最高人民法院工作报告》。

的适用比例逐渐提高。

3. 非监禁刑适用比例逐渐提高。据统计,1983年全国被判处非监禁刑(包括缓刑、管制刑、免刑、单处财产刑或其他附加刑等)的共45 645人,占全年所有被判刑人员的7%;2005年被判处非监禁刑的共231 862人,占全年所有被判刑人员的27.5%。就被判处非监禁刑的人员占当年全部被判刑人员中的比例而言,2005年比1983年增长20.5%,说明非监禁刑的适用比例逐渐提高。

(四) 当前审判机关落实宽严相济刑事政策的主要做法

当前审判机关主要是从四个方面积极贯彻宽严相济刑事政策^①:

1. 依法严厉打击严重刑事犯罪,维护国家安全和社会稳定。这些严重刑事犯罪主要包括五类25种:第一类(3种),包括:危害国家安全的全部犯罪和危害公共安全的恐怖犯罪、黑社会性质组织犯罪;第二类为严重危害社会治安,严重影响群众人身安全、财产安全的犯罪(9种),包括:爆炸、杀人、抢劫、绑架、抢夺、盗窃、毒品犯罪、拐卖妇女儿童犯罪、生产活动中的重大责任犯罪;第三类为危害人民群众生命健康的犯罪(1种):制售假冒伪劣商品的犯罪;第四类为破坏社会主义市场经济秩序的犯罪(8种),包括:走私、金融诈骗、洗钱、非法吸收公众存款、伪造货币、骗取进出口退税、虚开增值税专用发票、偷税抗税等犯罪;第五类为腐败犯罪(4种),包括:贪污、贿赂、渎职和商业贿赂犯罪。

2. 加强刑事司法领域的人权保障。(1)依法尊重被告人的人格尊严,保障被告人依法享有的诉讼权利,充分听取被告人及其辩护人的意见,保证被告人受到合法、公正、文明的审判;(2)坚持实体处理的正确性与诉讼程序的正当性的统一,切实做到定罪准确,量刑适当,确保无罪的人不受刑事追究。

3. 当宽则宽,最大限度地减少社会对立面。(1)重视依法适用非监禁刑罚,对轻微犯罪等,主观恶性、人身危险性不大,有悔改表现,被告

^① 参见最高人民法院《关于构建社会主义和谐社会提供司法保障的若干意见》,载《司法文件选》2007年第4期,人民法院出版社2007年版。

人认罪悔罪取得被害人谅解的,尽可能依法从轻、减轻处罚,对具备条件的依法适用缓刑、管制、单处罚金等非监禁刑罚,并配合做好社区矫正工作;(2)重视运用非刑罚处罚方式,对于犯罪情节轻微,不需要判处刑罚的,充分考虑予以训诫、具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失,或建议由主管部门予以行政处罚或行政处分;(3)严格执行“保留死刑,严格控制死刑”的政策,对于具有法定从轻、减轻情节的,依法从轻或减轻处罚,一般不判处死刑立即执行。

4. 积极参与社会治安综合治理。(1)对于构成犯罪的未成年人,坚持“教育、感化、挽救”的方针,寓教于审,惩教结合,争取更好的矫治效果,有效防止重新犯罪,促使其早日回归社会;(2)严格依法办理减刑、假释案件,根据犯罪分子的犯罪情况和悔罪表现确实不致再危害社会的,可以适当扩大假释的适用,促进罪犯的改造与自新;(3)针对审判中发现的治安隐患和管理漏洞,积极提出司法建议;(4)结合审判工作,开展法制宣传教育活动,全面提高全社会的法治意识。

需要强调的是,我国作为成文法国家,立法者在立法时已经以罪刑均衡原则为指导,构建了较为科学合理的刑罚体系,审判机关应当严格依照罪刑法定原则进行司法。然而,案件事实往往复杂多样,成文法的抽象性并不能穷尽现实中的所有情形,针对具体案件和案情往往缺乏翔实的规定,或者仅仅是作出笼统的、弹性的、灵活的规定。在这种情况下,司法工作者如何以宽严相济的刑事政策为指导,恰当地行使自由裁量权,对具体犯罪、具体犯罪人进行定罪科刑,就成为这一刑事政策能否得到实现的关键。^①还应当看到,审判实践在实现公正的同时还要兼顾效率,只有正确区分好需要严厉打击的犯罪与情节轻微的犯罪,并相应的适用不同的诉讼程序,才能实现刑事资源的优化配置,才能实现刑事活动公正与效率的兼顾,才能在实践中更好地贯彻宽严相济刑事政策。可以说,酌定量刑情节的正确适用和刑事诉讼程序的不断完善乃是当前审判机关贯彻宽严相济刑事政策的至关重要的两个方面。

^① 高铭喧:《宽严相济刑事政策与酌定量刑情节的适用》,载《法学杂志》2006年第12期,第3页。

二、审判实践中，贯彻落实宽严相济刑事政策的主要做法及评价

(一) 在宽严相济刑事政策的框架内坚持“严打”方针

当前的主要做法是：(1) 坚持“严打”方针不动摇，积极建立“严打”的长效机制，在加大犯罪预防的同时，始终保持对严重犯罪的高压态势。(2) 严格依照刑法、刑事诉讼法及其他相关的法律规定开展“严打”斗争，在法律规定的范围内对刑事犯罪进行追究，不借口“严打”，人为降低诉讼的证明标准。同时，对严重刑事案件，注意提高办案效率，以刑罚的及时性充分彰显刑法的威慑和预防功能。(3) 将“严密法网”作为坚持“严打”方针的关键。在立法的层面上力争将严重危害社会的行为都规定为犯罪。在司法的实践中，“严打”的重心在于侦查阶段，提高破案率，以刑罚的必然性威慑和预防犯罪行为的发生。(4) “严打”的主要形式是专项整治斗争。专项整治斗争能够集中司法资源，保证重点有效地打击严重的刑事犯罪。(5) 明确“严打”范围，符合实际地确定“严打”的对象，将矛盾直接对准严重破坏和威胁社会治安的重大刑事犯罪。目前，从全国范围内来看，一是继续重点打击“两抢一盗”等多发性侵财犯罪和严重暴力犯罪，增强人民群众的安全感。二是开展打黑除恶专项斗争，坚决查处黑恶势力的“保护伞”，加大财产刑的适用力度，摧毁其经济基础和政治根基，对正在服刑的黑恶势力犯罪的首要分子和骨干分子依法从严掌握减刑、假释的适用。三是加大打击严重破坏市场经济秩序犯罪的力度，尤其是积极开展反商业贿赂专项治理活动，营造公平竞争的市场环境，促进现代市场体系建设。

(二) 在死刑案件审判实践中，积极探索宽严相济刑事政策的具体运用

“严格控制死刑，慎用死刑”是我国当代的死刑政策，是宽严相济刑事政策的重要组成部分。近年来，审判实务界对死刑的适用进行了积极的探索，初步形成了以下意见：(1) 对于因婚姻家庭、邻里纠纷等民间矛盾激化引发的故意杀人或故意伤害致死犯罪，如果被害人一方有明显过错

或对矛盾激化负有直接责任的,或者被告人有法定从轻情节的,一般不判处死刑立即执行;如果被告人主观恶性不是极大,或者经过做工作,得到被害一方的谅解的,或者案发后有悔罪表现,并积极赔偿经济损失的,一般不判处死刑立即执行。(2)在抢劫犯罪中,如果故意杀人灭口、排除抢劫障碍的,应当从严,该判处死刑的,坚决依法判处死刑。(3)对于金融诈骗、贪污、受贿犯罪,如果财产已追回或者大部分已经退回的,一般不判处死刑。(4)对于危害公共安全的犯罪,如果是蓄意报复社会,不顾人员伤亡的破坏、恐怖犯罪,必须毫不手软地严惩。(5)在毒品案件的审理中,对于走私、制造、贩卖毒品的犯罪分子,要体现出严惩,但对于其中的初犯、偶犯,以及毒品实际未流入社会或者数量不是特别巨大的,适用死刑时要留有余地;对于运输毒品的犯罪分子,只要有买卖的上家和下家,确为从犯的,不应当判处死刑;只运输一两次,收入几千元的,一般不判处死刑立即执行。(6)一案中有两名以上被告可能被判处死刑的,要特别从严把握。在共同犯罪中,应在主犯中再区分出罪行更严重的、最严重的犯罪分子,对于仅致一人死亡的案件,判处两名以上被告人死刑要有绝对充分的理由;盲目以“多杀”代替“严惩”,效果往往恰得其反。(7)对待法定量刑情节中具有酌定因素的情形,例如法律规定自首和立功的犯罪分子可以从轻或减轻处罚,要尽量充分考虑,一般不适用死刑立即执行。

与此同时,从程序法的角度,审判实务部门进一步规范了死刑案件一、二审开庭审理程序,将死刑复核权收归最高人民法院统一行使,从严把握死刑立即执行的适用。最高人民法院根据这一决定,进行了两方面的改革,一是改革和完善死刑案件的审判程序,要求各级法院依照第一审程序审理可能判处死刑的案件,除了被告人认罪或者控辩双方对证据没有争议的外,证人和鉴定人应当出庭。2006年7月1日以后,人民法院依照第二审程序审理的死刑案件,已全面开庭审理,并要求相关证人和鉴定人应当出庭。二是改革和完善死刑复核程序。2007年1月1日,最高人民法院已经收回死刑核准权统一行使,出台了《最高人民法院关于复核死刑案件若干问题的规定》,并联合最高人民检察院、公安部、司法部印发了《关于进一步严格依法办案确保办理死刑案件质量的意见》的通知,为规范死刑案件的审理工作提供了法律依据和指导意见。

(三) 通过建立完善案例指导制度,制定并推广量刑指南制度,着力解决普通刑事案件审理中的量刑失衡问题,确保宽严有度

当前,量刑失衡具体表现为:不同地区量刑失衡;同一地区相同级别法院之间量刑不均衡;同一地区不同审级的案件量刑不均衡;同一法院不同法官量刑不均衡;同一地区不同审判程序的案件量刑不均衡;不同时期量刑失衡。为纠正量刑失衡现象,正确贯彻落实宽严相济刑事政策,确保刑罚的公正和慎重,必须建立完善案例指导制度和量刑指南制度。

建立案例指导制度,旨在为办案人员理解、运用法律裁判案件提供指导性意见,最大限度地减少案情相同或相近的案件适用法律不一的现象,不断积累和总结审判实践经验,维护法律适用的统一性。根据全国一些法院的经验做法,遴选的案例应当具备以下条件:适用法律与裁判结果具有普遍适用性,对解决易发、多发、疑难的同类案件有较强指导意义;对新类型案件裁判结果公正并取得好的社会效果;依据法律规定,适用自由裁量权较为恰当;法律规定比较原则,缺少具体标准,案件的裁判结果对适用该法律条款有指导意义。这些案例经过最高人民法院统一汇编,定期下发,以指导各级法院的审判实践。同时,我们也建议最高人民法院尽快制定关于案例指导制度的规范性文件,规定指导性案例的编选标准、编选程序、发布方式、指导规则等,以此推进案例指导制度的发展和完善,为贯彻宽严相济刑事政策充分保驾护航。

当前,我国一些法院针对所有的犯罪制定了《量刑指导规则》或《量刑指南意见》,如江苏省高级人民法院和泰州市中级人民法院、姜堰市人民法院三级法院分别制定了《量刑指导规则》或《量刑指南意见》,适用于刑法分则规定的各类犯罪。一些法院则针对特定种类的犯罪制定了量刑指南,如上海市在2005年3月8日颁布并施行了《上海法院量刑指南——毒品犯罪之一》。这些地区的经验与做法引起了全国范围内的重视。当前,最高人民法院为进一步规范法官的自由裁量权,也正在起草《人民法院量刑指导意见》。我们认为,在具体程序上,可以借鉴上海和江苏两地的做法,先对多发犯罪制定出量刑意见,然后,由各高级法院根据当地的实际情况制定必要的基准刑幅度,对刑法总则的一般规定和分则的个别规定进行细化。具体来说,首先就是要细化量刑情节,要将刑法中