

齐鲁法学文库

齐鲁法学文库

齐鲁法学文库

齐鲁法学文库

齐鲁法学文库

齐鲁法学文库

齐鲁法学文库

齐鲁法学文库

齐鲁法学文库

齐鲁法学文库

齐鲁法学文库

齐鲁法学文库

齐鲁法学文库

齐鲁法学文库

齐鲁法学文库

齐鲁法学文库

齐鲁法学文库

齐鲁法学文库

齐鲁法学文库

齐鲁法学文库

齐鲁法学文库

齐鲁法学文库

齐鲁法学文库

齐鲁法学文库

SHEHUIZHUANXINGQIDE
XINGSHIFAZHIKAOCHA



齐鲁法学文库2008·3

社会转型期的 刑事法治考察

主编 曲伶俐



中国人民公安大学出版社

中国政法大学学报 2008-3

社会转型期的 刑事法治考察

王 康 著



齐鲁法学文库 2008·3

社会转型期的刑事法治考察

主 编 曲伶俐

副主编 李蕴辉 景年红

中国人民公安大学出版社

·北 京·

图书在版编目 (CIP) 数据

社会转型期的刑事法治考察/曲伶俐主编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2009.7

(齐鲁法学文库. 2008·3)

ISBN 978-7-81139-600-3

I. 社… II. 曲… III. 刑法—文集

IV. D914.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 106374 号

齐鲁法学文库 2008·3

社会转型期的刑事法治考察

SHEHUI ZHUANXINGQI DE XINGSHI FAZHI KAOCHA

主 编 曲伶俐

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: 北京蓝空印刷厂

版 次: 2009 年 7 月第 1 版

印 次: 2009 年 7 月第 1 次

张: 24.75

开 本: 787 毫米×1092 毫米 1/16

字 数: 500 千字

印 数: 1~2000 册

书 号: ISBN 978-7-81139-600-3/D·508

定 价: 53.00 元

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

电子邮箱: cpep@public.bta.net.cn zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话 (批销): (010) 83903254

警官读者俱乐部电话 (邮购): (010) 83903253

读者服务部电话 (书店): (010) 83903257

教材分社电话: (010) 83903259

公安图书分社电话: (010) 83905672

法律图书分社电话: (010) 83905637

公安文艺分社电话: (010) 83903973

杂志分社电话: (010) 83903239

电子音像分社电话: (010) 83905727

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



齐鲁法学文库2008卷

总编辑委员会

主 任：马灵喜

副主任：陈泽沅

委 员：

侯建军 张卫华 汤 唯 曲伶俐 李光禄

于大水 牛忠志 姜法清 孙炳瑞

总 主 编：马灵喜

副总主编：陈泽沅

编写说明

2008年迎来我国改革开放30年。30年来,我国的社会主义现代化建设取得了巨大的成就,法治建设也从无到有,逐步健全。刑事法治建设是伴随着改革开放的步伐最早步入法治化进程的部门法。2009年,刑法也将迎来其颁布的30年。这30年恰是我国从计划经济向市场经济的社会转型期。社会转型期的刑事法治有许多值得研究的地方,因此,我们将“社会转型期的刑事法治考察”作为山东省法学会刑法学研究会2008年学术年会的主题,于2008年3月发送了征文通知,11月20日至21日在临沂市国际会议中心(颐正园)举行了会议。本次会议由山东省法学会刑法学研究会主办,山东省人民检察院承办,临沂市人民检察院协办。来自法院、检察院、公安、武警及高校的60余位专家学者参加了会议,提交学术论文70篇。与会专家学者从立法的角度探讨了刑法修正模式、刑法学研究视野、经济犯罪的立法模式等问题;从量刑的角度探讨了量刑公开、量刑情节、量刑基准、量刑建议权、司法裁量权、民刑交叉案件的程序处理规则等问题;从新型犯罪的角度探讨了网络犯罪、知识产权犯罪、环境犯罪、事故类犯罪、涉众型犯罪、涉税犯罪、新类型受贿罪等犯罪;从刑罚的角度探讨了刑罚结构的调整、罚金刑的易科、财产刑的执行、缓刑等问题。其中,对于新型犯罪的研究成为本次会议的焦点。专家学者们通过对上述问题的研究探讨,审视了我国30年来刑法在立法和司法方面取得的成就以及存在的问题,并对刑法的发展提出了建构思路。

山东省法学会刑法学研究会的研究立场从来都是开放的、交融的,所以,对于有的与会学者提交的属于最广义的刑法范畴的论文,也择优收录于文集。虽然山东省法学会刑法学研究会立足山东,但是非常欢迎全国的刑法学界同仁赐稿,参与交流。本次年会非常荣幸地收

到了来自上海、吉林、甘肃、湖南、广东等地专家学者的论文,在此,我们对给予山东省法学会刑法学研究会大力支持的专家学者表示真挚的感谢!鉴于文集字数的限制,以及本着质量第一、兼顾参会的原则,本文集共收录了48篇论文,对于未能收录的论文,在此深表歉意!

编者

2009年2月

立法问题研究

- 法律援助服务质量保障研究 原永红(3)
- 论刑法修正的模式选择 温登平(9)
- 刑法学研究视野之反正
- 从宽严相济刑事政策谈起 李蕴辉(18)
- 经济犯罪的立法模式探析 刘 军(28)
- 论中国死刑的政策问题 王占启(35)
- 论恢复性司法的本土化 王善刚 梁 栋(43)
- 建立刑事被害人国家补偿制度促进社会和谐 王志勇(54)
- 论刑法的禁止重合评价原则 张玉成 王梓臣(60)

新型犯罪研究(一)

- 我国责任事故犯罪立法的检讨与完善 周长军 马 勇(69)
- 现行交通肇事罪两段式定罪模式的检视与修正 杨曙光(79)
- 注意义务阻却事由与医疗过失 张爱艳(88)
- 台湾“刑法”之交通业务过失述评 张 鹏(98)
- 环境犯罪概念重塑之思考 郑 璇(108)
- 重大环境污染事故罪需要厘清的几个问题 刘道朋(116)
- 破坏环境渎职犯罪有关问题研究 李少华(123)
- 计算机网络犯罪面面观 李梦原(129)
- 网络犯罪未完成状态探讨 李志勇 侯长现(134)
- 我国网络犯罪的现状、发展趋势及实务应对 王雪鹰(142)
- 浅议网络犯罪的刑事立法与完善 郭珊珊(152)
- 青少年网瘾被害危机的基本理论及其
- 干预教育对策研究 赵 星 陈 胜(159)
- 医疗网络化进程中网络犯罪问题研究 吴师法 饶自波(168)
- 计算机网络传播淫秽物品牟利罪相关问题浅析 陈志刚(174)
- 略论计算机犯罪的立法缺失及其完善 于同良(182)

新型犯罪研究(二)

- 侵犯知识产权犯罪的立法完善建议 牛忠志(191)
- 涉众型犯罪的几个问题 李大欣(197)
- 虚开增值税专用发票犯罪法律适用若干问题探析 李 晶(204)
- 完善我国公司犯罪立法制度之思考 陈梦冉(213)
- 商业贿赂犯罪主体研究 孙立卿 侯庆奇(219)
- 票据诈骗罪研究
- 以刑法第194条第1款之分析为视角 景年红(225)
- 关于完善我国禁毒立法的
- 研究 张德军 张畔全 褚 宁 张 蕾(231)
- 对新型受贿几个难点问题的探讨 刘玉安(240)
- 职务犯罪轻刑化对职务犯罪预防工作的影响 牟春雷 赵亚光(249)

刑罚问题研究

- 刑罚一体论视角下的罪刑相适应原则
- 与刑罚个别化 冯殿美 王 娟(259)
- 我国短期自由刑与罚金刑整合问题研究 逯 星(268)
- 财产刑执行检察监督相关问题探讨 卢言海(276)
- 罚金刑易科制度中国化的解读
- 罚金刑执行难不能动摇其在刑罚体系中的地位 ... 闫秋芹(282)
- 中外缓刑制度的比较考察与我国缓刑制度的完善 张传伟(288)
- 非医学需要鉴定胎儿性别刑罚化问题研究 贾小龙 王祎敏(297)

量刑问题研究

- 量刑公开论 周长军 裴振宇(305)
- 再论量刑情节并存的适用 王 玮(314)
- 论量刑基准及其确立方法 徐 嘎(323)
- 论我国刑事司法裁量权的规制 杜宪苗(334)

论不同种有期徒刑的并罚原则	马凤春(342)
量刑建议权相关问题探析	杜立聪(350)
论确定性量刑建议制度的构建	
——以当前量刑建议中存在的主要问题为视角	张士彬(357)
网络犯罪刑事管辖犯罪地的确定刍议	刘修军(364)
论刑民交叉案件的程序处理规则	牟 华 闫 蕊(370)
刑、民冲突案件适用法律问题探讨	吴玉萍(379)

立法问题研究

法律援助服务质量保障研究

原永红*

法律援助服务质量是法律援助的精髓。保障诉讼主体能够不受财产多少的影响平等地参与到诉讼程序中以维护自身的合法权益,是衡量一国司法制度完善程度的重要标志。法律援助制度以为弱势群体提供减费或免费的法律服务为其基本使命,缺乏质量保障的法律援助,则难以实现“法律面前人人平等”。目前,世界上已经有 150 多个国家建立了法律援助制度,我国自 1994 年建立法律援助制度至今也经历了十多年的发展。如果仅仅是在形式上提供法律援助,而未对当事人提供有效的法律服务,则当事人的合法权益必然无法得到有效保障,法律援助制度的预设功能也就无法实现。因此,如何切实保障法律援助的服务质量是我国亟须解决的问题,也是各国共同关注的问题。

一、我国法律援助服务质量保障的必要性

一般认为,法律援助最早产生于 500 年前的英格兰,1495 年,英王亨利签署的一项法案中规定,“正义应当同样给予贫困的人”,“根据正义原则任命的律师应同样地为穷苦人服务”,并承认贫穷者享有免付诉讼费的权利。^① 1949 年《法律援助与咨询法》在英国正式确立了现代法律援助制度,法律援助也由一种传统的人道主义的慈善行为,向国家法律制度转变,成为国家对公民的一种责任。法律援助由于其在实现平等和保护人权方面的特殊作用,获得了世界各国的普遍重视。因此,保障法律援助的服务质量是任何一个确立了法律援助制度的国家都无法回避的问题,只有认识到法律援助服务质量保障的重要意义,并且通过具体的制度来保障法律援助的服务质量,法律援助制度才能真正获得可持续的发展。在我国,提高法律援助工作的服务质量已经受到各级司法行政机关和法律援助部门的重视。司法部在《关于法律援助事业“十一五”时期发展规划》中也明确指示,要初步建立具有可操作性的法律援助服务质量监控体系,以保证法律援助服务质量。在我国,有效保障法律援助的服务质量不仅是法律援助自身发展的需要而且也是其能够有效运行的客观要求。

(一) 保障法律援助的服务质量是完善法律援助制度的迫切需要

1996 年颁布的《律师法》和修订的《刑事诉讼法》把法律援助制度以法律的形式

原永红,山东司法警官职业学院副教授。

① 张耕:《法律援助制度比较研究》,法律出版社 1997 年版,第 7 页。

固定下来,从而在我国正式确立了法律援助制度。2003年,我国颁布的《法律援助条例》以行政法规的形式对法律援助进行了全面的规范,从而完善了我国的法律援助制度,也使我国的法律援助制度进一步的规范化。但是,在上述诸多规范性文件当中,存在着法律空白,缺乏对法律援助质量应有的关注,缺乏对法律援助质量监控制度的规定。《法律援助条例》仅在第6条对法律援助的服务质量提出了原则性的要求,律师应当依照律师法和本条例的规定履行法律援助义务,为受援人提供符合标准的法律服务,依法维护受援人的合法权益……第29条规定,律师办理法律援助案件违反职业道德和执业纪律的,按照律师法的规定予以处罚。但对律师提供法律援助究竟应当有怎样的标准,怎样保证标准的实现,不符合标准但是没有违反职业道德和执业纪律后果怎样,如何监控没有作出具体规定。缺乏服务质量的法律援助不仅使国家在法律援助方面的资金投入缺乏应有的社会效益,而且会导致社会对于法律援助制度,甚至整个司法制度的不信任。所以,建立法律援助服务质量监控制度是完善法律援助制度的迫切需要。

(二)保障法律援助的服务质量是保障法律援助制度有效运行的客观要求

1. 法律援助的经费投入较少,律师的投入所获收益较少,挫伤了律师的办案积极性。《法律援助条例》第6条规定,律师应当依照律师法和本条例的规定履行法律援助义务。可见,在我国,律师承担法律援助是一种法定的义务,但是,我国律师不再是传统意义上的国家的法律工作者,而是通过向社会提供法律服务来获得生存发展费用的群体。律师提供法律援助虽可以获得办案补贴,但是补贴的标准仅为法律援助机构办理法律援助案件的平均成本,补偿普遍低于普通的法律服务,这意味着,律师所承担的较为复杂的案件往往自身还要承担一部分费用。长此以往,很多人会吃不消,法律援助的积极性就会降低,影响了法律援助的质量。

2. 法律援助的服务质量监控体系缺乏,致使法律援助的服务质量很难得到有效的保障。在我国,由于从整体上法律援助服务质量监控体系缺乏,对法律援助服务质量缺乏具体的保障措施,导致许多地区的法律援助服务质量很难得到有效的保障。例如,在一些地区,法律援助的管理机构只负责案件的分派,对案件的处理缺乏有效监督,只要律师在结案后提供完整的案卷材料即可。在这种情况下,律师所提供的法律援助往往都是流于形式。甚至极少数律师在接受刑事法律援助辩护指派后,不到法院阅卷,不会见被告人,不按时出庭,在庭审过程中不尽职尽责地提出从轻、减轻处罚的情节,不能很好地维护被告人的合法权益;有的律师在庭审中只轻描淡写地说几句要求从轻、减轻处罚的话,连法院审判人员都认为律师没有为被告人尽到辩护职责。^①法律援助制度运行效果的不理想决定了强化法律援助服务质量

^① 官晓冰:《中国法律援助的立法问题初探》,1999年3月北京“法律援助立法与理论问题国际研讨会”论文,第5页。

保障的必然性。

二、其他国家法律援助服务质量保障的有益经验

许多国家都对法律援助服务质量的保障问题给予了应有的关注,采取了许多措施,综观各国的情况,主要有以下几方面可供我们参考。

(一)有效利用资金以保障法律援助服务质量

法律援助是国家应承担的义务,为法律援助提供充分的经费支持是国家的基本责任。英国、荷兰、加拿大等多将法律援助经费纳入中央财政预算。但是,许多发达国家,也存在着法律援助经费不足的问题。对于如何利用有限的资源来保证法律援助服务质量,加拿大和南非的做法值得借鉴。加拿大由联邦、各省和地区共同出资,采用成本/效率模式与成本/效益模式两种形式对法律援助进行评估,对监督和保证法律援助服务质量有重要作用。^① 南非的法律援助机构向办理法律援助案件的律师支付报酬的标准之一就是办案用时和办案质量,将办案质量和效益挂钩。

(二)有效的监督机制保障法律援助服务质量

有效的法律援助监督机制是法律援助规范化及正常运行的重要保障。法律援助的监督机制是各国法律援助制度的重要组成部分。一些国家不仅有专门的法律援助管理机构或管理人员进行监督,而且还规定法律援助人员有向法律援助机构报告的义务,还确立了受援人对于所接受的法律服务的反馈机制。

很多国家成立了专门的管理机关或者指定了专门的管理人员来监督法律援助的实施。2000年《获得司法公正法》通过之后,英国的法律援助管理由法律服务委员会负责,法律服务委员会是在一定程度上独立于政府的专门机构,法律服务委员会下设的质量与合同局负责对法律援助服务质量进行监督。荷兰设立了专门的法律援助监察员,由监察员向部长或委员会提供有关法律援助总体质量的建议和信息。在加拿大,虽然未在司法部内设置专门的法律援助机构,但是对于法律援助的管理还是有专人负责,由其组织有关专家对法律援助工作的实施情况进行评估。

有些国家在立法时明确规定法律援助承办人员在提供法律援助的过程中有义务向法律援助机构报告,使法律援助机构及时掌握法律援助的进展,督促法律援助承办人员在提供法律援助服务时尽职尽责。例如,1989年英国《民事法律援助条例》第73条第1款规定,律师或者法律顾问应向地区主任或地区委员会披露所有信息。在该条第2款中还规定,任何当事人均可向地区主任或地区委员会披露与所涉诉讼有关的资料。确立了受援人对于所接受的法律援助服务的反馈机制。荷兰《关于政府资助的法律援助条例》(法律援助法)第54条2款规定,涉及的律师应有义务

^① [加]保罗·J.布兰廷哈姆、加拿大法律援助评估组:《成本效率和成本效益的教训》,载司法部法律援助中心组织编译:《各国法律援助理论研究》,中国方正出版社1999年版,第355页。

向该主任或纪律委员会提供他们可能需要的信息。

(三) 确立法律援助服务标准保障法律援助质量

法律援助服务标准是控制法律援助质量的核心内容,标准的缺乏将导致实践中无法对法律援助的质量进行有效评估,确立法律援助服务标准,将使法律援助的质量控制更具可操作性。英国的法律服务委员会,通过对从事法律援助服务的法律服务机构应当具备的标准和服务领域作出具体的规定,为申请取得政府资助从事法律援助服务的法律服务机构制定了基本的准入要求和标准。在美国,全美律师协会制定了民事法律援助的执业标准,该标准包括了与当事人的关系、案件进展以及代理当事人方面的内容,美国各州的法律援助机构依据具体情况适用上述标准。^①在加拿大,对法律援助质量的评估还未形成统一的标准或方法,但是加拿大在实践中运用了两种方法来评估法律援助的有效性和影响力,即通过对不同的法律援助提供方式处理的相同案件的定罪和判决结果以及关于法律援助服务质量的通报意见进行考察。^②

(四) 法律援助人员较高的素质保障法律援助服务质量

从世界范围来看,虽然提供法律援助的主体多元化,但是律师是法律援助的主要承担者,世界各国对于律师资格的授予都有着严格的规定,律师较高的专业素质在一定程度上保障了法律援助的服务质量。在有些国家,对于法律援助提供者的专业素质甚至有着更高的要求。例如,在英国,根据1988年《法律援助法》的规定,所有律师都可以不经法律援助委员会的授权提供法律援助服务并可以获得相应的报酬。然而,为了确保法律援助的服务质量,2000年《获得司法公正法》实施后,规定受政府资金资助的法律服务机构必须具备相应的条件才能够从事法律援助,只有通过法律服务委员会的质量认定并与法律服务委员会存在合同关系的组织才能提供政府资金资助范围内的服务。美国律师协会针对固定价格合同辩护模式下,法律服务质量难以保障的问题,提出了“质量控制”的要求,要求确保律师有相应的经验、训练且对其有相应的监督机制。通过对法律援助提供者进行培训,使法律援助提供者熟悉法律援助的运作规律,能够有效、高质量地提供法律援助服务。

三、我国法律援助服务质量保障的途径

在借鉴其他国家法律援助服务质量保障有益经验的基础上,针对我国法律援助服务质量不容乐观的现状,应从监控机制、法律援助提供者的素质、服务质量的标

^① 官晓冰编:《外国法律援助制度简介》,中国检察出版社2003年版,第142页。

^② 官晓冰主编:《各国法律援助理论研究》,中国方正出版社1999年版,第363页。

（一）完善法律援助服务质量的监控机制

我国已经初步确立了法律援助的质量监控机制。根据我国《法律援助条例》第4条的规定,司法行政机关负责监督管理法律援助工作,其中,国务院司法行政部门监督管理全国的法律援助工作。县级以上地方各级人民政府司法行政部门监督管理本行政区域的法律援助工作。监控主体的确定为我国法律援助服务质量监控机制的构建奠定了良好的基础。然而,我国的法律援助质量监控机制在法律援助的过程监控方面还存在着若干不足之处,应从以下两个方面予以完善。

首先,应完善法律援助提供者向法律援助机构的报告义务。法律援助提供者向法律援助机构的报告义务,对于法律援助机构实时掌握法律援助的进展有重要作用。但是,我国仅规定受指派办理法律援助案件的律师或者接受办理法律援助案件的社会组织人员在案件结案时,应当向法律援助机构提交有关文件副本或者复印件以及结案报告等材料。在法律援助过程中仅在存在应当终止法律援助的四种情形时才有报告义务,报告义务规定的疏漏致使法律援助机构无法有效掌握法律援助的进展,无法准确评估法律援助的服务质量。因此,为了规范法律援助人员在法律援助过程中的行为,强化法律援助机构对于法律援助提供者行为的监管,应规定法律援助提供者在提供法律援助的过程中对于重要事项均有报告义务,法律援助机构也可以采取随机抽查方式来监督其工作,要求其汇报正在处理中的案件的进展。

其次,根据我国《法律援助条例》的规定,没有设置受援人对于所获得的法律援助服务不满意的反馈机制,反馈机制的缺乏使得受援人对低质量的法律援助服务往往申诉无门,因此,应确立受援人对于法律援助服务评价的反馈机制。

（二）提高法律援助提供者的素质

根据《法律援助条例》第21条的规定,在我国法律援助实施主体是多元化的,既包括律师,也包括法律援助机构中的工作人员,以及其他社会组织的所属人员。实施主体的多元化,对于缓解法律援助人员数量的不足有着重要作用,但总体来说,也导致法律援助人员业务素质偏低,知识储备单薄。所以,要提高法律援助人员的素质,就不仅要进行业务培训,还要进行职业道德和执业纪律培训,并建立定期培训和考核制度,以保障法律援助能够落到实处。

（三）明确法律援助服务质量的标准

法律援助服务质量标准的确立有利于法律援助管理部门对于法律援助的成效实行有效的监控,督促法律援助人员履行其职责,否则无法准确地对法律援助人员所提供的法律援助服务进行评估。因此,我国应当通过立法确定法律援助服务质量的标准。笔者认为,一方面应当明确规定法律援助服务质量的总标准,另一方面各地可以根据自身情况制定具体的法律援助服务质量标准,以作为法律援助管理机关评价法律援助服务质量优劣的依据。