

4

2017
第4辑

总第48辑

本出版物入选
CSSCI集刊（2017—2018）目录

Nomocracy Forum

法治论坛

广州市法学会 / 编

王勇

产权刑事法保护若干问题研究

广州市荔湾区人民检察院课题组

关于非公经济领域犯罪情况的调查报告

李学辉 徐星

徘徊中前行：行政规范性文件附带审查制度研究

李健男 叶诗瑜

在南沙自贸区“粤港合作区”试点香港当事人间司法文书送达问题研究

廖秋平 赵丹 陈金超

网络诈骗犯罪案件审理情况的调研报告

许一思

“6·09”假盐系列案的分析与思考

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

4

2017
第4辑

总第48辑

Nomocracy Forum

法治论坛

广州市法学会 / 编

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

法治论坛: 第 48 辑 / 广州市法学会编. —北京:
中国法制出版社, 2017. 12

ISBN 978 - 7 - 5093 - 8267 - 7

I. ①法… II. ①广… III. ①法学 - 丛刊 IV.
①D90 - 55

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 312018 号

责任编辑: 王佩琳

封面设计: 周黎明

法治论坛·第 48 辑

FAZHI LUNTAN. DI SISHIBA JI

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/710 毫米×1000 毫米 16 开

版次/2017 年 12 月第 1 版

印张/22.5 字数/356 千字

2017 年 12 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 8267 - 7

定价: 55.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfs.com>

市场营销部电话: 010 - 66033393

传真: 010 - 66031119

编辑部电话: 010 - 66038139

邮购部电话: 010 - 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

编委会

主任：谢晓丹

副主任：邓中文 陈思民 刘武鹏 金久隆

编委（按姓氏笔画顺序排列）

丁海湖	马建文	王学沛	王 涛	王雪生
邓成明	朱羿锜	邬耀广	刘 恒	杜承铭
李步云	李伯侨	杨建广	张泽涛	张晋红
张富强	周林彬	房文翠	房国庆	胡充寒
骆梅芬	夏 蔚	徐忠明	黄 瑶	葛洪义
蒋悟真	谢石松	薛刚凌		

主 编：卢晓珊

执行主编：江 毅

编 辑：陈道欢 杨楠瑶 王耀波 郑隽楚



以审判为中心的诉讼制度改革

- 003/ 王 勇
产权刑事法保护若干问题研究
- 015/ 曹 虎 杨 宏
认罪认罚案件试行刑事速裁程序实证分析与思考
——以域外辩诉交易制度为借鉴
- 028/ 王 帅
检察环节辩护律师参与下的认罪、量刑协商制度研究
- 034/ 陈 宏
论民事虚假诉讼、恶意诉讼的规制
——以诚实信用原则的适用为视角
- 046/ 谢 波
审判中心主义视域下公安机关侦查取证的问题及其改革
- 057/ 宋福信 赖建东
审查批捕诉讼化的困境及出路
——以辩护权为视角

调研报告

- 069/ 广州市荔湾区人民检察院课题组
关于非公经济领域犯罪情况的调查报告
——以广州市荔湾区为标本

- 078/ 李学辉 徐 星
徘徊中前行：行政规范性文件附带审查制度研究
——基于163份裁判文书的司法实证分析
- 093/ 孙 琳 何国强
未成年人犯罪治理的问题与对策
——基于广东省的实证研究
- 117/ 方卓迪
涉外信用证纠纷案件若干疑难问题探讨
- 126/ 廖秋平 赵 丹 陈金超
网络诈骗犯罪案件审理情况的调研报告
- 139/ 陈玉璜
G市“医闹”案件原因探析及对策建议

实务研究

- 149/ 彭冬松
比例原则视野下完善法治化营商环境的再审视
- 161/ 上海市浦东新区司法局课题组
专业人民调解工作经费保障社会化问题研究
——基于上海市浦东新区专业人民调解中心实践
- 173/ 刘 亮 黄 瑶
孙中山立法思想对当前我国立法工作的启示与借鉴
- 191/ 谢锐勤
冲突与融合：法院调解中的地方性知识与法律现代化
——以城乡二元社会为背景
- 206/ 李健男 叶诗瑜
在南沙自贸区“粤港合作区”试点香港当事人间司法文书送达问题研究
- 220/ 李文妹 马建文
食品安全规制行刑衔接的疑难与对策实证研究

- 235/ 魏 瑾
物流领域毒品犯罪的侦查及管控对策
- 243/ 朱 姝
大数据时代司法统计口径变革研究
- 250/ 周贤日 叶小梅
新时代依法治理贫困的理念与路径
- 259/ 李俊宏
农村环境治理法律制度的检视与创新
- 273/ 刘 阳
论国际减税背景下我国现代制造业企业所得税税前扣除制度的完善

案例分析

- 285/ 王 勇 刘贤君 刘 卉
潘女士与王先生房屋买卖合同纠纷上诉案
- 294/ 梁 皓 张 凯
王某等十七人诈骗案
——销售型电信诈骗的犯罪认定
- 302/ 刘冬梅 廖嘉娴
钟某诉李某杭股权转让纠纷案
- 310/ 丁阳开 董广绪
陈某华、吴某林污染环境案
- 316/ 万 鹏
广州盛某电子商务有限公司诉罗某劳动争议案

法谈法议

- 325/ 许一思
“6·09”假盐系列案的分析与思考

329/ 刘 晨

把目光投向比“法律职业共同体”更远的远方

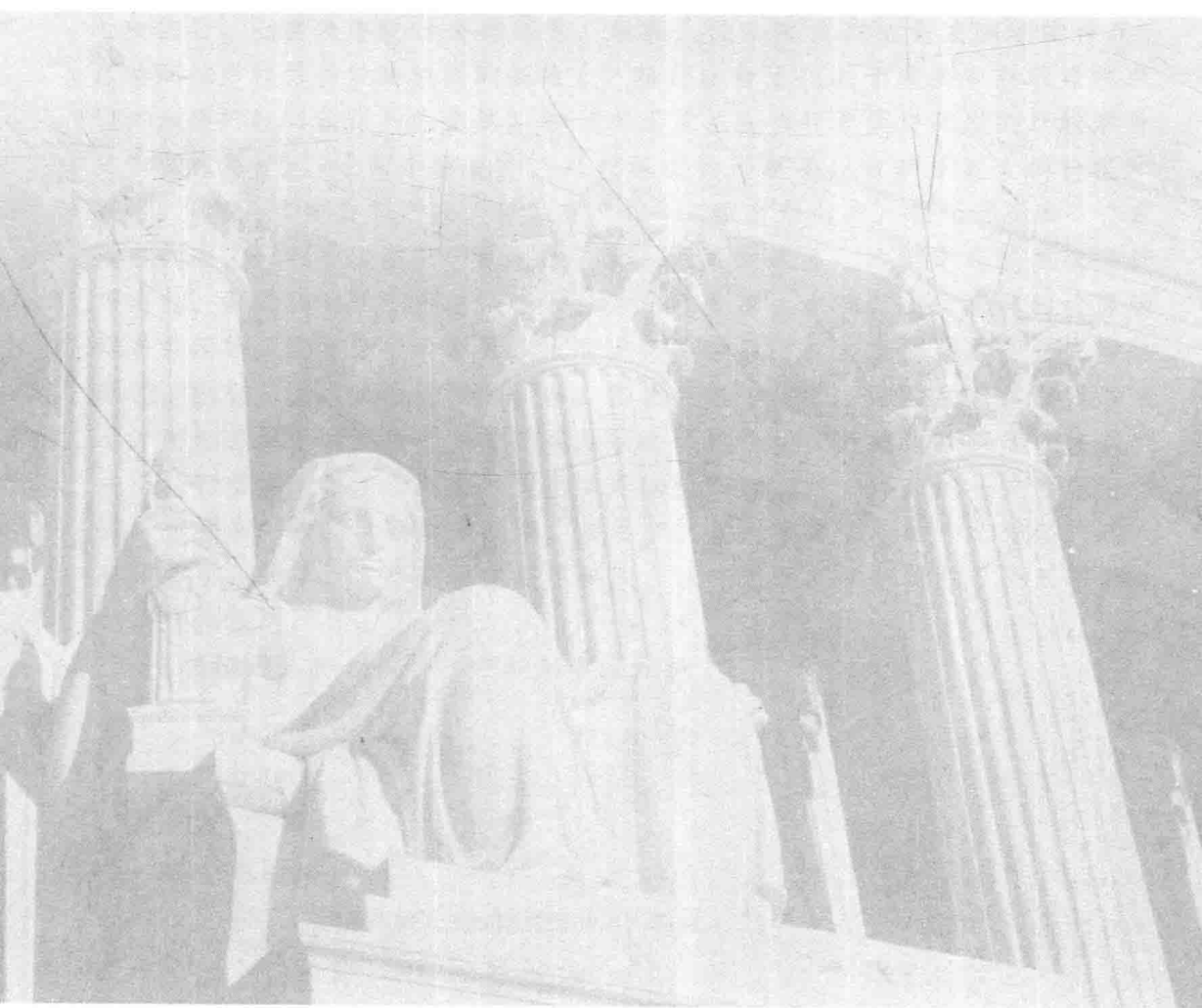
338/ 李 涛

刑事证据印证存在问题的多角度思考

344/ 金 欣

《加拿大清真食品修正条例》之得失及对我国的启示

以审判为中心的 诉讼制度改革



产权刑事法保护若干问题研究

王勇*

【内容提要】2016年11月，中共中央、国务院联合下发《关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》，彰显了新的发展阶段国家对产权保护的决心和信心。上述顶层设计公布不久，最高人民法院就在结合法院职能作用、总结既往产权保护经验教训的基础上，研究出台了《关于发挥审判职能作用切实加强产权司法保护的意见》和《关于依法妥善处理历史形成的产权案件工作实施意见》。在两个意见中，产权保护的刑事手段被赋予更大的价值和期待。然而，“重公有产权，轻私有产权”“重有形财产，轻无形财产”“重刑事判决，轻判后追赃”“重刚性手段，轻柔性关怀”的刑事司法现状仍较为突出，影响和制约了产权刑事保护的功能发挥。出现以上诸多问题的原因是多方面的，既有历史的背景，也有现实的考量；有立法需要进一步完善的原因，也有司法人员能动性的因素。要改变这个状况，需要从实体和程序两个方面全方位予以解决：一方面深刻领会产权保护文件的精神实质，在裁判中坚持和落实刑事法治理念，突出抓好法院审判工作重点；另一方面积极推进以审判为中心的诉讼制度改革，确立审判在刑事诉讼中的中心地位，通过庭审实质化改革，发挥庭审在查明事实、认定证据、保护诉权、公正裁判中的决定性作用。

【关键词】 产权保护 产权刑事法保护

* 王勇——广州市中级人民法院党组书记、院长。

前言

产权保护制度是社会主义市场经济的基石，在经济社会发展的不同时期产权制度和保护政策也有各自的特点和侧重。但每个时期的产权保护政策都深刻反映不同历史时期下经济社会发展变革的现实需求。无论是改革开放初期家庭联产承包责任制、20世纪90年代实行国有企业改革、2004年将“公民的合法私有财产不受侵犯”写入宪法，还是素有小宪法之称的《物权法》的出台，都概莫能外。到2016年，供给侧改革深入推进，经济结构全面转型升级，这些都要要求产权制度和产权政策随之优化调整。面对这种形势，2016年11月，中共中央、国务院联合下发《关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》（以下简称《意见》），这一反映顶层设计的中央文件，顺应人民期待、回应社会关切，彰显了新的发展阶段国家对产权保护的决心和信心，也再次引燃了人民群众对产权保护的期待和热情。

“无保护则无权利”“无恒产则无恒心”，产权保护是稳定权利预期、提升财产安全感的“定海神针”，是集立法、执法、司法于一体的权利保护体系。保护财产权就是经济领域保障人权的具体体现，承载着巨大的使命。上述顶层设计公布不久，最高人民法院就在结合法院职能作用、总结既往产权保护经验教训的基础上，研究出台了《关于发挥审判职能作用切实加强产权司法保护的意见》（以下简称《司法保护的意见》）和《关于依法妥善处理历史形成的产权案件工作实施意见》（以下简称《处理产权案件工作实施意见》）。两个意见是中共中央、国务院顶层设计的司法工作领域的具体化，从发挥司法审判职能作用、推动产权保护法治化的角度提出了加强产权保护的若干具体措施，是直接指导下阶段法院审理产权案件的纲领性文件。两个意见相互呼应，在《司法保护的意见》中，明确提出了针对国有产权，依法惩治侵吞、瓜分、贱卖国有、集体资产的犯罪；针对非公有产权，依法惩治侵犯非公有制企业产权以及侵犯非公有制经济投资者、管理者、从业人员财产权益的犯罪。这是产权保护两方面的重点。在《处理产权案件工作实施意见》中，则进一步明确了当前形势下法院发挥产权保护职能的抓手和着力点，那就是通过甄别纠正社会反映强烈的产权纠纷申诉案件，不断丰富和积累产权保护司法经验，着力提高产权保护精准度，努力推进产权保护的法治化。综览上述两个意见，显见产权保护的刑事手段被赋予更大的价值和期待。

不讳言，作为一名司法人员，笔者也深刻认识到当前的司法实践中企业产权刑事保护还存在不少问题，有理念的问题、手段的问题，还有能力和技术的问题，这都影响和制约着产权刑事保护的效果体现和功能发挥。以下，笔者拟

就法院办理涉产权案件的现状和存在的问题,就如何发挥审判职能作用、强化产权的刑事保护,提出些许思考和意见。

一、现状检视:产权保护刑事司法现状

产权的刑法保护不是宣言,更非口号,而是一件实实在在的工作,必须具体到个案上,落实到裁判中,让人民群众看得见、摸得着、感受得到。司法裁判完整地反映对权利保护的法律逻辑推演过程,行为方式、法律后果一目了然,对非亲历其中的社会公众也带来最直观、最冲击、最实在的行为预期,要形成产权刑事保护的社会共识,司法裁判引领产权保护的价值功能不容缺席。由此,对司法机关个案裁判的检视更能直接反映产权保护的现状。我们通过大数据,搜索分析了广州两级法院近年来审结的刑事裁判案例,管窥当前产权的刑事保护,有以下几个方面的特点。

首先,重公有产权,轻私有产权。我们是社会主义公有制国家,公有制经济占主体地位,对国计民生发挥着主导作用。既往的司法实践,尤其是刑事司法也充分体现了这种思维,对公有产权的保护法网最密、罪名最多、量刑最重。以往,这种认识和做法并没有太大的问题,但随着经济社会发展,私营经济在国民经济中的分量越来越大,私有财产的积累也越来越多,刑事规范中对私有产权的重视就越显不够,突出表现就是涉私有企业产权保护的罪名数量、追诉标准、罪与非罪、罪刑设置等方面与公有财产权的保护均有较大差别¹。民营企业是创造就业和社会财富的重要力量,是促进发展和合作的生力军。当前,对私有产权的保护没有像国有产权保护一样的严密法网,更无像公有产权保护一样的力度。这种差别,影响了民营企业和民营企业家的财富安全感和社会预期。更值得警惕的是,这种不正确的思维还导致既往刑事审判中,很容易出现理念错误、政策偏差、判决失当,引发侵犯私有产权的“冤假错案”,影响了司法机关在人民群众中的形象,一定程度上制约了人民群众创造财富的积极性。

其次,重有形财产,轻无形财产。有形财产和无形财产是民法概念,在古罗马法律体系中就已存在,他们的价值归根到底都体现在民事权利上。但因传统文化因素的影响,无形财产在我国法律体系中出现得较晚。可以说,我国的无形财产保护(狭义地说就是知识产权保护制度)实际上是改革开放后,被动移植和强行推动的。刑事司法中,轻视知识产权保护的现象也突出存在。表现之一就是部分法官对目前大量涌现的“虚拟财产”的财产属性缺乏准确的认知,

1 尹宁、张永强:《论刑法对民营企业产权的保护》,载《西南政法大学学报》2016年第2期。

一些有实际价值的无形财产没有纳入刑事保护的视野²。表现之二就是打击力度不够,资格刑和财产刑适用不足,惩罚与其获利不成比例,并没有从根本上遏制侵权发生,再犯现象较多。另外,受侦查机关取证能力和技术手段的制约,部分实际获利的侵权人常常能够逃脱惩罚³。

再次,重刑事判决,轻判后追赃。这个问题在前几年尤为突出,司法实践中法官常常重视判决结案,忽视判决后财产刑的执行,更无暇顾及判决之后的追赃,导致很多受害人不满,甚至对法院产生误解。检视广州两级法院前几年的刑事判决,很多判决书都没有“继续追赃”这一判项,经笔者了解,原因在于“继续追赃”不容易执行,相关部门不愿意做,判项不如不写,这样减少了被害单位和个人的投诉和信访。这种问题,究其原因,还是裁判者重打击、轻保护的思维在作怪。追赃,尽可能弥补权利人的损失,是修复原有合法财产关系的重要手段,更是刑法保护产权的应有之义。2013年新《刑事诉讼法》实施以来,这种情况有所改善,刑事裁判文书中都添加了继续追缴的判项,至少使得判后追赃有了判决依据。但还存在不少问题,主要表现为判决中的被害人权利缺位、追缴法律程序不完善等,致使追赃还没有取得非常明显的效果。

最后,重刚性手段,轻柔性关怀。罪刑法定原则决定着刑法的刚性特质,但司法实践中仍应考虑具体案件的特殊性,通过探究刑法规范的整体性和价值指向来探究刑法规范的精神,避免“机械司法”。笔者以为,机械司法、缺少柔性关怀,对市场主体的安全感和合理预期的影响更甚。检视以往的案例,此种问题屡见不鲜。比如,对涉案企业财产的强制措施上,尤其是针对私营企业,手段不够灵活,不管涉案性质轻重,一律采取查封、扣押、冻结等强制措施,造成企业正常经营无法进行、破产倒闭,甚至影响社会稳定;又比如,在处理涉案财物时无限扩大范围,混淆企业法人财产和股东个人财产,混淆违法所得和合法财产,混淆涉案人员个人财产和家庭成员财产等,损害权利人合法权益。

二、问题剖析:产权保护刑事司法现状的成因

出现以上诸多问题的原因是多方面的。众所周知,有历史的背景,也有现

2 被告人是一家公司的销售人员,该公司销售产品同时有赠送积分的规则,即消费1000元,送100个积分。这些积分可以在以后用来兑换服务。但公司并没有说明积分的现金价值(比如,一个积分兑换1元等)。该销售人员就把一些本应赠送给顾客的积分扣留下来,然后出售给另外的顾客,每个积分1元。该销售人员任职期间,共私自扣留积分近50万个,销售获利有据可查的即有20万元。对于这些积分能否成为职务侵占的客体,公、检、法几家还存在巨大的争议。

3 近年来,广州两级法院刑事裁判中也有所体现。在因侵犯知识产权受审的被告人中,绝大多数都是底层的打工者,真正从中获利的老板或者实际经营者比例较小。

实的考量；有立法需要进一步完善的原因，也有司法人员能动性的因素。宏观上说，“重公轻私”的传统思维根深蒂固，影响和制约着裁判者的思维和判断，在本应“疑罪从无”时选择了“疑罪从有”或者“疑罪从轻”。这种思维是产权刑事保护诸多问题的症结所在。理念的转变需要较长的过程，笔者认为以下两个方面的现象或者问题值得关注。

其一，“以审判为中心”对法官司法能力提出了更高要求。产权案件涉及财务、金融、法律等专门知识，还与经济政策、交易习惯等社会条件密切相连，为审理该类型案件增加了现实的难度，对不具备这类专业知识的法官而言，有不小的难度。无可否认，部分刑事审判人员没有跟上新的刑事审判要求，尚停留在过去“重打击、轻保护”的阶段，“起诉中心主义”的路径依赖依然存在，导致在实践中，“罪刑法定”“罪责刑相适应”流于口号式的宣传，未能内化为刑事司法的裁判过程。在“以审判为中心”的刑事诉讼制度改革中，要求突出人民法院定罪量刑的主体地位，审判是整个刑事程序的核心，被告人是否构成犯罪以及判处何种刑罚都由法官在审判中加以认定。近年来，在我国的刑事审判实践中，开庭审理往往走过场，对于案件的裁判结果起不到决定作用，究其原因还是以“以审判为中心”的司法理念尚未成为通识，对产权案件的审理亦是如此。

其二，“由审理者裁判，让裁判者负责”对法官履职承责提出了更高要求。近年来，人民群众对司法的关注度逐年提升，关注的主体越来越多元化，关注的焦点越来越多样化，人民群众对保护自身安全的诉求逐步上升到维护人格尊严的高度。“我国有着数千年的文化传统，天理、国法、人情是深深扎根人们心中的正义观念，蕴含法治与德治的千古话题”⁴，传统观念与近一百多年来植入的司法理念相互激荡，许多问题都存在多元冲突的价值选择。社会、媒体不乏以“疑邻盗斧”的心态揣测司法，法院、法官的严格司法行为有时难以获得肯定与认同，因此，司法常常在舆论的风口浪尖。“由审理者裁判，让裁判者负责”对法官履职责任提出了更高要求，法官职业责任豁免的理念尚未深入人心，职业责任豁免的制度尚不完善，个别法官遇到疑难复杂案件，遇到复杂价值判断案件，先从“法官是否可能被迫责”出发考虑问题，对于案件处理持“宁有毋无、宁重毋轻”的心态，先撇清自己的“嫌疑”。这些问题都需要通过司法体制改革的不断深入逐步予以解决。

4 沈德咏：《司法审判不能违背人之常情》，载新华网，http://news.xinhuanet.com/2017-04/06/C_1120756651.htm，最后访问于2017年4月6日。

三、实体进路：产权保护刑事司法的几点思考

产权保护涉及社会管理的方方面面，是个宏大的系统工程，刑事保护作为产权保护的重要手段，如何落到实处，取得效果，考验法院和法官的智慧。从法院本职工作而言，除了坚定树立“审判中心”的司法理念，提高法院、法官应对复杂问题的专业能力之外，笔者认为必须做到以下几点。

（一）深刻领会产权保护文件的精神，突出“平等保护”这一着力点

中共中央、国务院产权保护的文件是在我国社会转型关键阶段，顺应时代潮流、回应社会关切的纲领性文件。之所以说是顺应时代潮流、回应社会关切，是因为有其社会背景。其一，民营企业要求产权的平等保护。近年来，民营企业蓬勃发展，很多企业已经做大做强，资本、财富的积累已经达到相当规模，此语境下，民营企业必然更加重视产权的保护，期待更多的安全感和更加公平的营商环境。值得警醒的是，这两年民营经济国内投资的下滑和境外投资的增长，从侧面也反映了民营企业的心态。此刻出台上述文件，无疑正是郑重承诺从法治上确保私有财产得到与公有财产一样的平等保护和对待，让民营企业吃下定心丸。其二，经济结构优化转型期待民营企业的技术创新。与过去的粗放发展不同，未来经济的发展更依赖于科技驱动、创新驱动。这个领域，民营企业是主力军，应该得到重视和保护。另外，企业创新投资大、周期长、风险高，对于产权保护尤其是知识产权保护有着更高的要求，如果说知识产权保护在过去受到忽视有着客观的现实原因，那么未来，它将成为制约民营经济繁荣和中国经济发展的重要制度要素。历史证明并将继续证明，法治化的产权保护不仅是市场经济的重要基石，也是支持企业所有者做好企业经营的根本性激励，从制度和机制上完善产权保护措施，实现产权保护的制度价值。在新的经济形势下，追认、落实产权保护的制度价值，是货币政策和财政政策都无法替代的。

基于上述内容，我们目前强调的产权保护固然要凸显公有产权的保护，但更应着力的还是私有产权的保护。只有明白这一点，才能真正落实好文件精神。

（二）坚持和尊重刑事法治理念，历史看待企业和企业家“原罪”

民营经济是历史的产物，现在回过头来看民营经济，不能孤立地去评判它的“原罪”，应坚持历史唯物主义的态度和方法论，辩证地、历史地加以看待。

其一，坚持历史辩证分析，严格区分罪与非罪。在改革开放的初期，民营企业经营不规范的问题更为突出，往往存在一些“灰色”经营行为，一旦企业涉案，很容易新账旧账一起算。于此，要严格遵循罪刑法定、从旧兼从轻、法

不溯及既往等原则，以发展的眼光客观看待和妥善处理改革开放以来民营企业经营过程中存在的不规范问题，不把经济发展和社会制度的固有弊端和责任过多地推向企业或者个人。

其二，秉承“谦抑性”原则，强化刑法指引和保障功能。在成文法背景下，刑法文本的滞后性削弱了其正面的规范指引功能，对市场活动的调节和约束功能多表现为单一的惩罚性。而经济社会处于动态、开放的格局中，尤其在新经济浪潮下，一些创新型的经济实验稍有不慎便容易被刑法进行否定性评价，这就给刑法调整市场经济秩序的方式和限度提出了新的要求。要因应时势、扬长避短，就应该秉承刑法“谦抑性”原则，对市场活动中一些创新事物保持理性的克制态度，给民事、行政等法律规范更多的空间。

（三）突出抓好重点工作，加强产权保护具体措施的实施

产权的刑事保护系统而具体，相关具体制度措施的落实是取得实效的关键。于此，我们唯有树立问题意识，瞄准问题，联系实际，才能取得切实成效。

其一，抓好职务犯罪审判，防止国有资产流失。我国经济体制改革以来，公有制的实现形式发生了重大飞跃和变革⁵，因企业改制而产生的混合所有制主体逐渐成为国民经济运行的主心骨。因此，刑法在社会主义市场经济条件下对国有资产的保护主要是以混合所有制为载体。近年来，随着国有企业改革向纵深推进及反腐败工作的大力推进，产权保护薄弱环节和问题更加凸显，更多原来隐藏的侵吞国有资产的犯罪也逐渐暴露⁶。国有企业⁷向国有控股、参股企业改制过程中，需经改制方案审批、清产核资、财务审计、资产评估、进场交易、签订产权转让合同、产权交割、工商登记变更等一系列环节，往往历时数年之久，每个环节都有可能发生侵害产权的犯罪。行为人借改制之机通过隐匿资产、多列企业经营支出、虚构财务状况等手段大量侵吞国有、集体资产的行为常见

5 党的十八大报告指出：要毫不动摇巩固和发展公有制经济，推行公有制多种实现形式，深化国有企业改革，完善各类国有资产管理体制，推动国有资本更多投向关系国家安全和国民经济命脉的重要行业和关键领域，不断增强国有经济活力、控制力、影响力。

6 近年来，广州法院审理了一系列此类案件，如涉案数十亿元的白云农工商张新华系列案、南方电网系列案等，都是国企改制过程中的腐败案件。

7 《最高人民法院关于在国有资本控股、参股的股份有限公司中从事管理工作的人员利用职务便利非法占有本公司财物如何定罪问题的批复》规定：在国有资本控股、参股的股份有限公司中从事管理工作的人员，除受国家机关、国有公司、企业、事业单位委派从事公务的以外，不属于国家工作人员。同时，《关于划分企业登记注册类型的规定》中也明确：国有企业是指企业全部资产归国家所有，并按《中华人民共和国企业法人登记管理条例》规定登记注册的非公司制的经济组织。国有公司、企业仅指国有独资公司、企业是我国现行刑法体系的认定标准。