

新世纪审判实践与 案例评析

吉罗洪 主编



人民法院出版社



新 世 纪

审判实践与案例评析

上

吉罗洪 主编

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

新世纪审判实践与案例评析(上、下)/吉罗洪主编. —北京:人民法院出版社,2006. 1

ISBN 7 - 80217 - 157 - 1

I. 新… II. 吉… III. 审判—案例—研究—中国
IV. D925. 05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 135467 号

新世纪审判实践与案例评析 (上)

主编 吉罗洪

责任编辑 陈 健 赵作棟

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话 (010) 85250580 (责任编辑) 85250516 (出版部)
85250558 85250559 (发行部)

网 址 www.courtpress.com

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定市恒艺印务公司

经 销 新华书店

开 本 890 × 1240 毫米 A5

字 数 424 千字

印 张 15.75

版 次 2006 年 1 月第 1 版 2006 年 1 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7 - 80217 - 157 - 1

定 价 50.00 元(上、下)

版权所有 侵权必究

序

向着更高的目标迈进

法官欲担当重任，必先锤炼品格、培养能力。应当具备坚定的理想信念、过硬的司法水平、严明的组织纪律、良好的道德操守、饱满的工作热情；必须致力于提高庭审驾驭、适用法律、裁判技能、学习研究、说服教育、克制约束等多种能力。不断总结审判经验，深入研讨案件中的疑难问题，广泛交流司法工作体会，是提高法官综合素质的有效途径。北京市房山区人民法院通过编撰典型案例汇编、建立重点调研课题申报和法官联席会议等制度，总结审判实践经验，营造法律研讨氛围，这些制度和措施对于提升人员素质、加强队伍管理有着重要的作用。希望他们继续努力，不断丰富和完善这些制度。

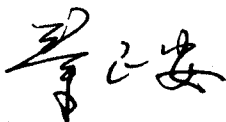
裁判文书、案例分析、调查报告既是法官智慧的结晶，又是一种重要的“法律资源”。进一步拓展公开渠道，既能使广大公众了解和理解法官的裁判和法院的工作，又能为法律界人士提供丰富的法律素材。对于提高全民法律素养，充分实现司法资源共享，推进法治建设进程将起到积极的作用。

北京市房山区人民法院近年来获得了“全国模范法院”等诸多荣誉称号，在已有成绩的基础上，他们立足实际，不懈追求，继续牢固树立“公正与效率”意识，坚持司法为民原则，求真务实，人才强院，坚持争优创先，扎扎实实地开展各项工作。尤为可贵的是，北京市房山区人民法院深刻领会司法的内涵不仅在于提高司法

水平、促进审判质量和效率的提升，更在于实现全心全意为人民服务的宗旨，促进和谐社会的建立，提出并努力实践“要使当事人切身感受到司法的公正和高效，感受到党的关怀和温暖”的目标，彰显了更高的境界和追求。

北京市房山区人民法院的法官们勤于思考，不辍笔耕，撰写了大量学术论文和案例分析，以法律人特有的严谨治学，以法官特有的智慧求索，在法治的田野上努力地耕耘。借此机会祝愿北京市房山区人民法院在取得已有成绩的基础上，继续致力于锻造一支政治坚定、业务精通、作风优良、清正廉洁的法官队伍，向着更高的目标迈进。

北京市高级人民法院院长



2005 年 10 月

前 言

审判经验需要不断地积累，研究成果需要大家共享，这是司法活动和社会生活的客观需求。为此，我们向读者奉献出我们的作品。

本书汇集了北京市房山区人民法院 2003 年至 2004 年间优秀的论文和审判案例。全书分为上下册，上册收录了 41 篇论文，为房山法院在学术论文研讨会上的优秀论文和在学术期刊上刊载的部分论文。这些论文主要涉及民商法理论与审判实务研究以及现代司法理念等问题。下册收录了 46 篇案例，是从 2003 年和 2004 年《房山法院审判案例汇编》中评选出的优秀案例。为积累审判经验，提高审判人员的职业素养，保持审判活动的连续性和稳定性，房山法院建立了审判案例汇编制度，由审判人员将自己审理的疑难、新型或者影响较大的案件撰写成案例，对审判活动和裁判结果进行总结、积累和记录。两年来，本院的审判案例汇编已经收录全院几十名法官编撰的 200 余篇案例，这 46 篇案例即是从中择优评选出来的。书中按刑事、民商事、行政和执行等各类案件进行分类汇编。

我们汇编这些论文和案例主要出于以下考虑：一是通过对审判实践中出现的新型、疑难案例和存在问题的深入思考，将法官审判实践过程中逐渐积累的有关事实认定、法律适用、审判工作方法等方面的知识以文字的形式积累，促进审判经验上升到理性，从而进一步指导审判。二是通过这种方式，实现审判资源的共享，促进审判实践和理论研究的结合。美国近代著名法官霍尔姆曾说，法律的生命不在于逻辑而在于经验。但是由于审判经验的积累需要较长的时间，且审判经验层次丰富，具有多样性，因此将已有的审判资源

通过这种方式实现共享是短时间大范围地提高审判经验的有效途径。三是通过这种方式全面展示审判人员的学术水平，并以此为契机来提高审判人员综合素质。建设一支高素质法官队伍，培养和造就一批复合型和专家型法官是加强人民法院基层基础建设的重要内容，是全面推进人民法院各项工作的根本途径，是“依法治国，建设社会主义法治国家”的客观需要。司法审判强调实践理性。审判经验的总结与推广可以推动各个层面法官与法官之间的相互学习，取长补短，增长见识，融会贯通，从而提高法官的综合素质。通过这种交流和推广，不仅能发挥审判经验的辐射力，提升法官认定事实、适用法律以及从事审判管理的能力，而且能够弥补规则和司法审判实践的脱节，是现阶段加强司法能力建设的途径之一。

千里之行，始于足下。本书的出版仅仅是全院素质建设的另一个起点，我们将继续积累审判经验，通过有效的制度保障学术活动进一步开展，并有计划地将这些学术成果出版发行，以实现对审判实践的总结、积累和记录，并将这种对审判的总结、积累工作形成一种良性的循环和全院自觉的意识，成为继续发展的宝贵财富。由于时间和水平有限，本书难免存在一定的缺点和错误，望各界人士予以批评指正。

编 者

2005 年 10 月

目 录

一、刑事审判篇

刑罚理性的探索

- 非监禁刑的适用 王克力 李占元 蒲延红 (2)
- 从恢复性司法看刑事和解在我国的
引入和应用 张辉华 王 媛 (20)
- 社区矫正的主要制约因素分析 李占元 赵 东 (36)

二、民商事审判篇

- 试论夫妻债务处理中债权人的保护问题 沈 波 (52)
- 试论强制性法律规范对合同效力的影响
——评《合同法》第五十二条第(五)项 马艳佳 (60)
- 物业管理纠纷审判实务探讨 刘玉民 刘乃毓 (77)
- 论物业管理法律制度研究 王 玲 扈秀康 宋兆祥 (95)
- 知识产权的权利属性及侵权责任的构成 张 黎 (103)
- 试论医疗损害民事责任归责原则 李子龙 (117)
- 法官释法与公司独立责任的个案否认 纪红勇 (126)
- 浅论公司法人人格否认制度 陈 实 (139)
- 对公司法人人格否认理论在实践中应用的探讨 于颖颖 (149)
- 公司被吊销营业执照后的民事责任承担与
公司法人人格否认 陈 实 (159)

浅谈证券内幕交易的民事赔偿责任	王 媛 (167)
试论我国破产保护制度的 构建	张仲侠 谭黎明 王 玲 (183)
论清算主体的非破产清算 责任	张汝莲 谭黎明 王 玲 (197)
论对破坏他人婚姻的第三者应追究 民事法律责任	刘恋砚 (208)
道路交通事故若干法律问题初探	罗建忠 (219)
论船舶优先权行使的若干问题	肖 婧 (226)
试论精神损害赔偿司法实现中的障碍 及其立法完善	佟 淑 (240)
浅论民事诉讼庭前调解制度	纪红勇 (256)
试论我国民事诉讼庭前证据交换操作 规程之完善	万会兵 王保新 (262)
浅论民事送达制度的改革与构建	蔡力铮 (274)
离婚调解之己见	连春祥 (288)
试论合同书证之证明效力的认定	刘伯军 (294)
小额诉讼程序略论	刘乃毓 (298)
论我国民事诉讼审级制度的改革与 完善	刘玉民 刘乃毓 (307)
论我国民事再审制度的重构 ——谈现代司法理念对再审制度改革的影响	肖 婧 (320)
反思与重构:我国执行异议制度的完善	禹明逸 (334)

三、行政审判篇

浅谈行政诉讼受案范围的完善	纪红勇 (348)
关于在行政诉讼中设立简易程序的构想	朱海宏 (356)

四、其 他

齐玉苓案与宪法司法化

——浅谈宪法的司法适用 纪红勇 (366)

试论法官在适用法律过程中的法律解释问题

——以民法解释为中心 纪红勇 (371)

小议法官释明制度 陈永富 周 桓 (391)

论巡回办案制度在我国运行与完善 陈 实 (403)

试论基层法院内部审判管理制度改革 张仲侠 周 桓 (418)

我国司法救助制度的价值与完善 唐 芹 (434)

论法官职业道德之构建 刘乃毓 (448)

试论我国法官助理制度的构建 王 玲 (461)

论法官助理的性质、来源与职责 张仲侠 (475)

“三二一审判机制”的审前准备程序

——兼论民事诉讼审判机制改革的

切入点 吉罗洪 张仲侠 谭黎明 (483)

刑事审判篇

1

言

刑罚理性的探索

——非监禁刑的适用

王克力 李占元 蒲延红

一、引言

2003年7月1日，北京市在东城区、房山区和密云县的47个街道、乡镇全面开展了社区矫正的试点工作，这是北京对刑罚制度进行的重大探索、改革和创新，同时也为非监禁刑的适用打下了基础。

社区矫正兴起于19世纪中叶，到目前为止没有统一的定义。美国学者福克斯认为社区矫正是指发生在社区，运用社区资源并且有补充、协助和支持传统犯罪矫正功能的各种措施。我国司法部社区矫正制度研究课题组将社区矫正定义为，是与在监狱执行的监禁矫正相对的行刑方式，它是指将经法院宣告缓刑和经法院裁定假释以及由监狱等部门予以监外执行的罪犯放在社区，由专门的国家机构，在机关团体、民间组织和社会自愿者的协助下，矫正其犯罪意识和恶习的刑罚执行活动。^①综合各种说法，社区矫正是一种兼具司法、教育、心理和社会等各方面的功能，能充分利用一切社会资源，尽可能塑造一种与正常社会相仿的矫正环境，努力促进罪犯与

^① 赵旭明、吴建英：《人民法院参与社区矫正的思考》，载《人民法院报》法制时代周刊2003年7月21日第1版。

社会保持良好的互动关系,从而达到再社会化目的的活动。北京目前社区矫正试点工作的适用范围主要包括下列5种罪犯:(1)被判处管制的;(2)被宣告缓刑的;(3)被暂予监外执行的;(4)被裁定假释的;(5)被剥夺政治权利,并在社会上服刑的。在社区进行矫正期间,这些罪犯要严格遵守法律、法规和社区矫正组织规定的汇报、请销假、迁居等制度,并通过定期接受谈话、专家心理咨询、社会帮教、参与社区公益劳动等多种形式改正自己恶习、认罪服法。

社区矫正与非监禁刑有着密切的关系,社区矫正工作实际上是非监禁刑的执行活动。以往,由于制度上的原因使得被判处缓刑等非监禁刑的罪犯难于监管,而社区矫正试点工作的开展为扩大适用非监禁刑提供了一个良好的平台。非监禁刑是与监禁刑相对应的概念,是指在监狱之外对犯罪人使用的刑事制裁方法的总称。^①非监禁刑是一个比较宽泛的概念,它既包括一些独立的自由刑以外的刑罚种类,如罚金、剥夺政治权利等,也包括一些监狱以外执行自由刑的方式,因此,非监禁刑是刑罚种类和刑罚执行方式的结合体。我国在审判时使用的非监禁刑种类主要有管制、罚金、剥夺政治权利、没收财产、赔偿经济损失等,审判后使用的非监禁措施主要包括监外执行、假释、减刑等。^②从目前我国的情况来看,对于整个刑事司法活动有重大影响、在司法实践中适用数量很大或者应该很大的非监禁刑主要有3种:管制、缓刑、假释。

房山区人民法院作为社区矫正领导小组的成员单位之一,在试点工作开始后,积极与其他部门配合,支持并参与社区矫正工作,在试点工作之初,就对一批罪行轻微、主观恶性不大的未成年犯、老病残犯以及罪行较轻的初犯、过失犯等判处了缓刑,并作为矫正

① 吴宗宪等:《非监禁刑研究》,中国人民公安大学出版社2003年版,第24页。

② 吴宗宪:《试论非监禁刑及其执行体制的改革》,载《中国法学》2002年第6期,第108页。

对象移交到社区矫正机构。从2003年7月1日至2004年3月社区矫正机构已接收矫正对象227名，其中有缓刑犯180名，假释犯18名，刑满释放后继续被剥夺政治权利的24名，假释期间同时被剥夺政治权利的3名，被暂予监外执行的2名。在180名矫正对象中，有173名矫正对象表现较好，这说明矫正工作是有成效的，也说明社区矫正工作的开展离不开人民法院的审判工作。人民法院作为社区矫正对象的主要审批机关，对矫正对象的多少、矫正工作的开展具有实际导向调节作用，因此，人民法院应立足于审判实践，对非监禁刑罚进行思考研究，使之适应社区矫正工作的需要，也使我国的刑罚制度朝着科学化的方向发展。

二、刑罚的发展趋势

切萨雷·博尼萨纳·贝卡里亚(Cesare Bonesan Beccaria, 1738 ~ 1794年)是意大利著名刑法学家，资产阶级刑事古典学派的创始人和主要代表人物之一。他的著作《论犯罪与刑罚》，对欧洲乃至全世界许多国家的犯罪与刑罚的理论与实践，都产生了极其重要的影响，在犯罪学和刑罚学史上起到了开创新时代的作用。他反对司法擅断，主张刑罚的人道化、宽和化，顺应了历史的发展潮流，并对封建社会的严刑苛罚进行了猛烈的抨击。贝卡里亚还对严酷的刑罚留下的隐患进行了详细的论述，他说：“严峻的刑罚造成了这样一种局面：罪犯所面临的恶果越大，也就越敢于规避刑罚。为了摆脱对一次罪行的刑罚，人们会犯下更多的罪行。刑罚最残酷的国家和年代，往往就是行为最血腥、最不人道的国家和年代。”^① 贝卡里亚视刑罚为社会防卫的工具，它应当是“必需的”和“尽量轻的”；一般说来，刑罚的强度和犯罪的下场应该更注重对他人的效用，而对于受刑人则尽可能不要那么严酷。

当今世界，轻刑化已成为一种历史发展的趋势，1955年在日

^① 贝卡里亚著：《论犯罪与刑罚》，中国法制出版社2002年版，第53~55页。

内瓦召开的第一届预防犯罪及罪犯待遇的会议上通过了《囚犯待遇最低限度标准规则》，1975年第五届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会通过并提交第三十届联合国大会以第3452号决议批准通过了《保护人不受酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚宣言》。这些国际公约促进了罪犯待遇的人道化，推动了刑事政策向宽松方向发展。为此，各国采取非刑罚化、非司法化等各种措施。尤其是非刑罚化的发展，使刑罚体系发生重要变动。因为，非刑罚化的重要形式之一是非监禁化，也就是回避自由刑的执行，大量采用缓刑、假释等行刑制度。

从美国及一些发达国家的刑罚适用的历史来看，一般经历了三个阶段：第一阶段是以死刑、肉刑等身体刑为主，几乎没有监禁刑。例如美国在殖民地时期（1776年独立战争以前），比较广泛地适用死刑，肉刑有鞭打、烙印、伤残肢体，还有流放、颈手枷、示众、罚款，没有现代意义上的监狱，看守所主要是关押等待审判的刑事被告或不能偿还债务的人；第二阶段是以监禁刑为主。即将判处死缓、无期徒刑、有期徒刑的罪犯囚禁在监狱、看守所、少管所、拘役所等专门的刑罚执行机关执行，使罪犯处于与社会隔离的状况。在1776年独立战争后，根据《独立宣言》的精神，力求排除刑罚中野蛮的单纯注意报复、威慑的惩罚方式，开始注意对罪犯的改造，罪犯在监狱中服刑逐步成为主要的行刑方式。在此期间也开始了非监禁刑的尝试。第三阶段是以非监禁刑为主。1954年，美国监狱协会更名为矫正协会，标志着美国的刑罚适用不仅从形式上而且从理念上由以监禁刑为主进入以非监禁刑为主的时代。即将罪犯通过缓刑、假释、中途训练所、社区服务、罚款、赔偿、家中软禁等刑罚方法在监禁机关以外（主要是在社区）执行。^①

我国的刑罚适用大致可分为两个阶段，第一阶段是在1910年

^① 刘强：《改革和完善我国刑罚适用体制初探》，载《上海政法管理干部学院学报》2002年第1期。

以前，实行笞、杖、徒、流、死旧五刑，肉刑、死刑占有较大比重，徒刑是一种劳役刑，主要不是在监狱执行。在清末，当清政府派员出席国际第八次监狱会议时，因我国法律的落后和残酷，受到拟降为三等国的警告。这是因为当时世界各国的刑罚制度已发生了重大的变化，监禁刑在刑罚中占主导地位，我国的刑罚制度在世界上处于落后的地位。第二阶段是从1910年到现在，刑罚适用是以监禁刑为主。^①1900年，由于时局“维艰”，改革势在必行，清政府设立了修订法律馆，任命沈家本、武廷芳为修订法律大臣，沈家本认为刑罚制度是检验一个国家文明、野蛮、进步迟速的标志，为此，积极进行了一系列的立法活动，并聘请了日本法学博士参加了《大清新刑律》的起草。《大清新刑律》于1910年颁布，以罚金、拘留（2个月以下）、有期徒刑（2个月至15年）、无期徒刑、死刑五种主刑代替了旧五刑，这时的有期徒刑、无期徒刑、拘留是中国刑法典上最早出现的现代意义上的监禁刑，罪犯需在专门的监禁机关执行。在第二阶段中，我国虽有政权的更替，但在刑罚适用上基本上是以监禁刑为主（把监狱作为行刑的主要手段），1979年新中国的第一部刑法典虽然规定了缓刑、假释制度，但在司法实践中适用范围很小。1997年修订的新刑法，在一定程度上对非监禁刑的适用有所放宽。可见，从上个世纪初以来，当我国的刑罚制度在世界潮流的推动下进入了以监禁刑为主的阶段，但世界上一些发达国家的刑罚制度又悄悄地进入了一个新的阶段。

我国传统刑法基于报应和威吓观念，更多地表现出重刑主义的特征，这一点对于笔者来说也有深刻的体会。回顾十多年来刑事审判工作的历程，对同样的罪犯量刑较从事刑事审判工作之初已有一定程度的降低，以往罪犯服刑惟一的去处只能是监狱，对罪犯的改造只能在监狱内才能完成，在近现代刑法理念中，刑事制裁被认为

① 刘强：《改革和完善我国刑罚适用体制初探》，载《上海政法管理干部学院学报》2002年第1期。

是迫不得已的极端手段，刑罚种类的轻缓化、处罚的轻刑化和开放化是刑法发展的进步表现及必然结果。如果说监禁刑相对广泛适用死刑、肉刑是一个进步，而非监禁刑又是对监禁刑的一个发展，实现了刑罚执行方式由监禁刑向非监禁刑的转化。从以上论述可以看出刑罚有五大进化趋势：（1）刑罚由严酷走向缓和；（2）刑罚由复杂走向简单；（3）刑罚由消极走向积极；（4）刑罚由剥夺走向保障；（5）刑罚由不合理走向合理。促成刑罚进化的因素固然多种多样，但作为主要乃至根本原因的是人类对刑罚理性的不断发现与深化，是人类对刑罚理性的认识与提炼。一种刑罚体制向另一种刑罚体制的嬗变与演化，即标志着刑罚理性认识的飞跃，新的刑罚体制对旧的体制的取代，体现着野蛮、落后与愚昧的衰落，文明、进步与科学的勃兴。^①社区矫正作为一种新的行刑方式，既体现了人类的理性认识的这种飞跃，也说明我国的刑罚执行方式正在朝着文明、进步与科学的方向发展。但是，刑罚执行方式的进步与发展，主要是建立在人民法院扩大适用非监禁刑罚的基础之上的，否则，社区矫正工作无法展开。

随着我国改革开放的进一步深入和经济的发展，正如美国和西方发达国家在工业化和城市化过程中出现的犯罪问题一样，我国的犯罪问题也逐渐突出，刑事发案率仍然呈上升态势，走私、诈骗等经济犯罪大幅度上升；抢劫、盗窃等侵犯财产犯罪十分猖獗；以往销声匿迹的犯罪，如毒品犯罪、淫秽犯罪沉渣泛起。面对这种情况，我们是新建更多的监狱，继续采取监禁刑为主的刑罚适用模式呢？还是区别犯罪的情况和特点，逐步扩大非监禁刑的适用？

笔者认为，为适应刑罚发展进步的趋势及社区矫正工作的开展，合理配置行刑资源，降低行刑成本，应扩大非监禁刑的适用范围。

^① 邱兴隆：《刑罚理性评论——刑罚的正当性反思》，中国政法大学出版社1999年版，第118～125页。