

HOW JUDGES THINK

一本呈现刑事审判思维与方法的实务书

THINKING AND METHODS
IN CRIMINAL JUSTICE

法官如何思考

刑事审判思维与方法

臧德胜 / 著



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

法官如何思考

刑事审判思维与方法

臧德胜 / 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

法官如何思考：刑事审判思维与方法 / 臧德胜著 .—北京：中国法制出版社，2015.8

ISBN 978-7-5093-6637-0

I . ①法… II . ①臧… III . ①刑事诉讼 - 审判 - 研究 - 中国
IV . ① D925.218.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 196334 号

策划编辑：戴 蕊 (dora6322@sina.com)

责任编辑：薛 强 (editor_xue@163.com)

封面设计：周黎明

法官如何思考：刑事审判思维与方法

FAGUAN RUHE SIKAO: XINGSHI SHENPAN SIWEI YU FANGFA

著者 / 臧德胜

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

版次 / 2016 年 1 月第 1 版

印张 / 20.25 字数 / 315 千

2016 年 1 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-6637-0

定价：48.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真：010-66031119

网址：<http://www.zgfs.com>

编辑部电话：010-66065921

市场营销部电话：010-66033393

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)

做一名乐于思考善于思考的法官

——代序

胡云腾

北京市朝阳区人民法院刑一庭庭长臧德胜法官将多年来的办案心得体会和法学研究成果结集成册，取名为《法官如何思考：刑事审判思维与方法》。在书稿交付出版之际，他希望我写几句话作为序言，我和德胜法官均来自江淮之间的一个人口大县，且都是搞刑事审判的，相识有年故欣然应允。德胜同志是一名基层法官，他所在的法院非同寻常，可以说是全国规模最大、案件最多、案件类型最复杂的基层法院之一，审理过很多国内外有影响的刑事、民事和行政案件。在这样的法院从事刑事审判工作，办案压力及办案难度可想而知，他能够在繁重的办案工作之余，注意总结审判经验，立足案例开展学术研究，努力探索法律思维和裁判方法，并取得不俗的成绩，难能可贵，令人赞赏。读了书稿，我有三点启发。

一是实践出真知，办案出智慧。本书收录的30余篇研究成果，都是德胜法官在办理刑事案件的过程中总结、提炼的心得体会和思想火花，有的是对司法热点问题的评论意见，有的是对疑难案件的深入剖析，有的是对办案方法的整理探索，有的则是对审判理念的提炼总结，其中不乏真知灼见，让人读后很受启发。许多问题，只有从事刑事审判的法官才能遇到，许多观点，只有具体审理案件的法官才有可能提出来，都是直接来自于实践前沿的鲜活问题，都是来自于审判第一线的原创成果。就像农民从自留地里采摘的新鲜瓜果一样，没有进口的洋味和华丽的包装，也没有多余的水分和随意的掺假，带有泥土的芳香，富有原生态的营养。多年来，我比较喜欢

看来自审判第一线的调研报告、案例分析和经验之谈，感到掌握和运用法律需要更加注重对司法实践经验的思考和总结，尤其要重视来自司法实践第一线的研究成果，要树立着重开发本土司法产品资源的理念，不要让以裁判文书为代表的司法产品白白闲置。当今世界，唯有立足生产生活和科学研究实践的知识产权研发才能立于不败不竭之地，我国的创新型国家建设主要也就是就知识产权及其产品创新而言的。而司法实践尤其是审判活动生产的产品，是创造司法知识产权的富矿，永远是产生司法智慧的第一源泉，并且不会枯竭。令人遗憾的是，理论研究立足本土司法资源创新意识不够，动力不足，缺乏自信，而推崇境外司法资源，重视拿来甘当二传的长期习惯则难以改变。近年来，最高人民法院大力推进审判公开，将裁判文书、司法解释与政策、指导性案例和司法统计数据等向全社会公开，一个重要的功用就是大大方便了法学理论和法律实务工作者及时和零距离地接触司法实践及其产品，切实发挥了实践支撑理论研究的重要作用。在信息化带来的学术研究无比便利的时代，广大法官应当成为开发司法矿藏的有心人和挖掘工。

二是乐于思考和善于思考。法官工作之余从事学术研究，既没有评职称和发表文章数量的外驱压力，也没有以学术成果作为提拔重用考虑因素的内驱动力，主要靠个人对学术研究的喜爱、坚持和责任。长期以来，在最高法院和许多地方法院的大力推动下，人民法院组织或支持的学术活动越来越多，全国法院业余从事法学研究的法官越来越多，法院和法官推出的学术成果也越来越多，法官已经成为法学理论研究的一支生力军，涌现了不少法学专家和审判业务专家。德胜法官就是一位热爱刑法理论研究，关注刑事司法实务问题，善于总结审判经验并能日积月累地开展理论研究的人。虽然他在基层法院，但在北京法院乃至最高法院的刑事审判业务部门，颇有一定的知名度。例如，最高法院研究室就司法解释和司法文稿召开的法院代表座谈会，德胜法官常常就是座上客。特别是2012年底，研究室起草的刑事诉讼法司法解释发布前，工作班子想请一位基层刑事法官来参与最后的定稿，请来的就是德胜法官，在修订稿子的过程中他果然提了许多很好的意见。他给我的印象是非常熟悉刑事诉讼程序，非常了解审判工作情况，很善于琢磨实践中遇到的疑难问题，并能提出自己的见解。这说明他不仅钟爱刑事法学研究，而且非常喜爱刑事审判工作，与不重视本职

工作却热衷于业余爱好的人完全不同。正因为他能够把工作爱好和业务爱好有机地结合在一起，才使得他在刑法学这个领域越走越稳健，成果越来越多。由此使我想到了，法官坚持业余时间从事法学研究，最重要的要靠什么。我觉得就是靠喜欢、喜爱或者叫乐在其中，因为只有喜欢或喜爱，才不会感到是一个负担或痛苦，只有乐在其中，才有坚持下去的动力。特别是当前法官办案压力普遍较大、业余时间不多但可做的事情很多的情况下，法官能够坚持业余研究学术问题更加不容易。以我的观察，全国法院有很多才华和智慧都很突出的法官，业余兴趣却不在法学研究，这在他们自己看来可能是很正常的，而在别人看来往往是很可惜的。我自己在工作中也常常会产生一些有意思的想法，但由于习惯偷懒多随风飘散了，事后往往也很遗憾。

当然，法官业余从事法学研究，光有爱好还不够，还必须有能力，这个能力一要靠教育培养，二要靠自我修炼。由于绝大多数法官没有教学科研经历，所以自我修炼更为重要。以德胜法官为例，他的研究能力就是在长期的实践中逐步打造的，犹如他不断增长的司法能力一样。对多数人而言，提高研究能力比掌握法学理论更加困难，所以也有一些业余时间很想搞点研究的法官，由于能力不逮、方法不对等原因，逐渐放弃了业余研究的尝试，这也是件很可惜的事情。这几年，我与台湾地区法官交流较多，很多台湾地区法官都重视学术研究，积极参与学术活动，有些大法官和资深法官都是学养深厚、成果丰硕的法学家。台湾地区“法律”还规定，法官和检察官在教学科研机构兼职讲课，每周不得超过4个学时，这基本上相当于我们这里一名大学专职教师的工作量，似乎多得难以承受，因为在我们这里，法官偶尔去大学搞个讲座是不难的，完整地讲完一门课则不大容易。台湾地区“法律”这样规定，充分说明台湾地区的法官和检察官业余时间是比较喜欢在大学讲课的，所以要通过立法加以限制。我感到，在法学理论界和司法实务界的沟通、结合方面，尤其在形成共同的法律思维和法律见解方面，我们还有很多需要向台湾同胞学习的地方。从法官方面而言，需要更多的法官既能乐于总结经验和思考问题，又能善于总结经验和思考问题。

三是既要思考公正如何实现又要思考公正如何被感受。实现公正与感受公正具有内在联系，前者是后者的基础和前提，但有时也可能脱节。在许多案件中，法院的裁判已经实现了公正，但相关当事人或许并没有感

受到，所以还不依不饶，继续申诉、申请再审或者上访，我所在的巡回法庭受理的多数申诉案件和申请再审案件都属于这种情况。因此我感到，习近平总书记多次提出要努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义，这不仅是对法官如何实现公平正义提出的明确要求，而且是对法官如何让人民群众包括当事人感受到公平正义提出的明确要求，需要我们每一个法官和法院认真思考和落实。当前，社会关系、法律关系和利益关系越来越复杂，公众基于不同的利益格局和主体立场对同一案件纠纷公正处理的眼光往往截然相反，这是导致目前上诉和申请再审案件数量增加、法院裁判执行难长期得不到根本解决、涉诉信访问题居高不下、司法公信力不高问题的重要原因，我们应从保证实现司法公正和保证感受司法公正这两个方面加强对审判工作的调查研究和审判理论的学术研究，据此寻求破解司法难题之道。还有，随着法官员额制和“让审理者裁判、由裁判者负责”的司法责任制的推进，对法官依法独立公正办案的能力提出了更高的要求，需要法官独立研究解决的问题将会更多，需要法官承担的责任和任务将会更重。比如，过去法官在审判实践中遇到了疑难问题，可以通过报请院庭长把关的方式解决，或者把案件提请审判委员会集体讨论解决，自己可以少研究或者不研究。而在实行“让审理者裁判、由裁判者负责”的审判机制下，院庭长自己都去办案了，有的法院明确取消了院庭长审核裁判文书的程序，法官只能靠自己解决问题了。所以，如果说近年来推进的司法公开有倒逼法官公正司法作用的话，那么，正在推进的司法责任制改革则有倒逼法官打造独立司法能力的作用。为了顺利推进相关司法改革，保证公正司法，我们不能简单地为这项改革叫好，还需要引导、提醒法官重视这项改革可能带来的问题，未雨绸缪地打造依法独立解决审判过程中遇到的各种问题、自觉保持裁判标准统一的能力。可以预见，将来凡是进入员额制范围并实行审判责任制的法官，都需要独立研究和解决审判工作中面临的大多数问题，都需要注意培养学术研究的意识和能力，做到既能在解决问题时“独立自主”，又能在公正裁判时“独立自主”。

话说回来，法官的裁判活动要实现让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义的高标准严要求，必须准确把握如何行使手中的审判权，并准确把握审判案件要达到的相关效果和给人的感受。个人的初步体会是，法官裁判具体案件，一般要从四个方面进行判断，一是证据和事实判断，即认定

的证据必须合法可靠，还原的案情事实必须符合客观真相，这是十八届四中全会决定提出的明确要求。二是法律适用判断，即法官适用的法律、司法解释必须具有准确和针对性，运用的法学理论必须是通说和公认的。三是价值判断，即法官的裁判立场必须能够弘扬法治精神，践行当代社会的核心价值观，增加法治建设的正能量。四是诉讼行为判断，即判断当事人的诉讼行为是否诚信、公正观念是否正确、法治观念是否具备。最后这个判断是很重要的，要依靠这个判断来促进公正的被感受性。也就是说，法官要通过诉讼活动对当事人的公平正义观念进行评估，如果一个当事人缺乏正确的公平正义观念，甚至其诉讼目的都不是追求公平正义，那就要敢于运用语言或者文字对其进行教育、矫治，必要时要果断运用正当程序和法律手段加以惩戒，从而促进全社会自觉形成感受司法公平正义的意识和氛围。

最后，我还想结合德胜法官在书中多次探讨的裁判思维和裁判方法，谈谈法官思维这个老生常谈的话题。在我看来，法官思维具有二重性，一个善于办案又善于研究的专家型法官，应当具有法学思维和法律思维这两种思维。所谓法学思维，就是理论思维，理论思维是张扬的、奔放的和发散的，只宜用来研究学问，解决学术问题，不宜用来裁判案件，解决案件纠纷。这正是一些法官不认同学术观点甚至看不上学术观点的重要原因。而裁判思维就是法律思维，法官是会说话的法律，所以言必有法律依据。法律思维只能用于裁判案件，解决学术问题可能了无创意，这也是一些学者看不上法官学术水平的重要原因。法学思维与法律思维的相通之处不用讲了，很多人认为它们本来就是一回事。所以这里要讲讲它们的区别：一是法学思维是创新性思维，没有创新法学思维就没有生命力，法学思维提倡研究者提出新观点、新见解和新方法，把创新作为评价学术成果价值的第一标准，至于这种创新是否得到公认，是否经得起历史检验，并不是最重要的。而法律思维是保守性思维，要求思维严守法律的精神和立场，忠于法律千古不变的公义，坚守法律的底线和疆界，努力维护法的安定性，这是法官的本分，也是法官被视为保守的原因。二是法学思维是或然性思维，而法律思维是确然性思维。哪怕只有百分之一的可能性，法学研究也可以预言或者假设，而法律思维作为确然性思维，必须确定可靠，坚持有一分证据说一分话，有十分证据讲十分话。法官不可以像学者发表著述一样，在裁判文书的最后部分写上一句“本判决若有不当或错误之处，敬请诉辩双方批

评指正”。法官的判决必须不可置疑让人确信，这种确信来自于法官的思维自信或者说内心确信。三是法学思维是求异思维，而法律思维是求同思维。标新立异是对学术研究的追求，推陈出新是学术研究的使命，众口一词或人云亦云则是对学术研究的背弃，求异才能确保学术研究不断发展、生生不息。但对法官办案而言，求同存异才是司法最重要的追求，同案同判则是公正的实现，左顾右盼是裁判的必然要求。西方国家搞判例制度，我国实行案例指导制度，都是为了促进法官之间互相观摩，以便统一法律思维，保障同案同判。在英美法系国家和地区，法官判案不仅要看本国本地区的法官是如何裁判的，而且要看其他国家和地区的法官是如何裁判的，不仅要看今天的法官是如何裁判的，而且要看历史上的法官前辈是如何裁判的，从而形成纵横一脉相承的法律思维，达致更大范围的公正。在大陆法系国家和地区，法官裁判案件不能自顾自判，左顾右盼其他法官的判决和判例也已成为新常态。如在台湾地区，一个法官在裁判一个有争议的或者是新类型案件时，必须研究台湾“最高法院”的相关判例，有的还要引用国内外专家学者的意见，如果法官引用的是德国专家学者的意见，他还要把该专家的外文原著附上备查。相对而言，我们一些法官缺乏这方面的意识，以为司法裁判可以像学术研究一样创新或独断，结果导致两个法院之间甚至一个法院的不同业务庭之间，对同一争议问题作出相反的裁判，引起社会质疑。随着司法改革的推进和司法责任制的实行，如果我们的法官不注意裁判思维的统一问题，不一致的裁判就会增多，引发公众质疑的裁判也相应会增多，我们要避免此类影响司法公信的情形发生。

总之，德胜法官的这部著作尽管还有一些不足和稚嫩之处，但为从事或者研究刑事审判实务的人员提供了有价值的参考，对刑事法官尤其是青年法官如何开展刑事审判研究富有启迪。希望德胜法官以本书的出版为新的起点，在执法办案之余继续关注学术研究，并不断取得更多更好的成果。

是为序。

胡云腾

2015年5月

前 言

2001年7月13日，我告别了政法大学三年的研究生生活，带着喜悦的心情，正式到朝阳法院报到上班，并如愿进入了专业对口的刑庭。在通过首届司法资格考试之后，我就顺利地当上了法官。

尽管曾经有过多年的教师工作经历，尽管在法大经过了系统的专业培训，但作为一名法院新人，我对能否当好法官仍然心存忐忑。因为法官是一个与人打交道，专司定纷止争的行业，既需要经验，更需要智慧。

我是幸运的，朝阳法院为我搭建了很好的平台，这里有丰富的审判资源，不论是案件数量，还是案件类型，均能满足法官成长的需求。这里有高度的社会关注，不论是精品案件，还是先进理念，均能得到广泛的传播。十余年间，我办理刑事案件2000余件，涉及罪名120余个，伴随着案件而成长。其间，既收获了实现社会正义后满满的职业成就感，也曾因不被理解不被尊重而产生短暂的困惑。作为首都法院的法官，更是经历了以“零八奥运”为代表的重大社会活动对审判工作的考验。在“化解社会矛盾”为代表的工作要求下，不仅要把案件办对，更要把案件办好，同时需要有延伸审判职能、促进社会发展的意识和能力。在此背景下，我办理了一批可圈可点的案件，这对于自己的信心和干劲都是一种极大的鼓舞。

作为一名法官，执法办案是第一要务。然而，如何办好案件，如何提高司法能力，如何跟上学术前沿，如何当好法官，则是我们在埋头办案之余需要不停思考的课题。对于自己关心和思考的问题，行笔成文，是我一直坚持的习惯。经过多年的积累，针对审判工作的多个领域都留下了自己的思考和文字。这些文字，真实记录了自己法官职业道路上成长的心路历程，客观地反映了一名法官在审判工作中的所思所想。

伴随着自己审判经历的积累，年龄也在逐步增长，不知不觉中已经年届四旬。人们常说“四十不惑”，然而，也许是因为自己心智不成熟，也许是法官职业过于博大精深，我的困惑丝毫不减。法律在更新，法治在发展，司法环境在变化，社会期待在提高，我等法律人丝毫不可懈怠，犹如逆水行舟，不进则退。梳理总结过去，或许有利于面对崭新的未来。整理自己过去有代表性的作品，汇编成册，既是一种自恋的怀旧情怀，也带有审视自我、憧憬未来的些许豪迈。

本以为出一本审判实务文集是个十分简单的事情，但真做起来还是要费一番脑筋的。自己长年积累的文字较为庞杂，如何从中挑选出一些自己满意且能够代表自己思想的文章来，就颇为不易。呈现在读者面前的30余篇作品分为热点问题、疑难案件、审判理念三个部分，从不同侧面展示了刑事审判中需要思考的课题。书中所研究的问题均是自己办案中感到困惑企图解决的问题，具有较强的实践性；所论证的案例均是办理时深感疑难后来被权威刊物采用的案例，具有较强的指导性；所涉及的办案感悟均是来源于本人直接办理且深受触动的案件，具有较强的真实性。

做一名有思想的法官，是我多年来孜孜以求的目标。一名有思想的法官，需要有精湛的审判技能、先进的法治理念、较高的学术水平。本书算是对这一追求的一个阶段性总结。做一名有思想的法官，既是一种理想，更是一个过程。

路漫漫其修远兮，吾将上下而求索！

臧德胜

2015年4月于北京

目 录

问题与立场：热点、难点问题研究

- 003 | 罪刑相当原则的司法实现
- 024 | 试论自首的若干问题
- 031 | 关于缓刑适用现状的统计与分析
- 040 | 合同诈骗罪数额标准的重构及司法认定
——以北京市法院近三年审结的合同诈骗案为样本
- 061 | 处理恶意透支型信用卡诈骗案的基本立场
- 065 | 非法行医致人死亡案的司法认定
——兼论非法行医罪的立法完善及司法应对
- 081 | 保安犯罪的特点、原因及预防
- 093 | 刑事一审案件“隐性”超审限问题及规制
- 107 | 刑事审判中法官庭外调查的现状与反思
- 120 | 试论辩护方举证的相关问题
——以正当防卫辩护为视角
- 127 | 试论强奸案中冲突证据的采信

案件与裁决：疑难、复杂案件评析

- 137 | 绑架罪未完成形态的区分
——白某某等人绑架案评析

- 151 | 职务犯罪中“办案机关掌握的线索”的范围及“主动投案”的认定
——刘某某二人挪用公款案评析
- 157 | 销售假冒注册商标的商品罪的认定
——杨某某销售假冒注册商标的商品案评析
- 163 | 销售他人享有专有出版权的图书是否构成侵犯著作权罪
——张某等人侵犯著作权案评析
- 169 | 故意伤害罪与过失致人死亡罪的界限
——被告人张某某过失致人死亡案评析
- 174 | 挟持他人子女索要“补偿费”的行为是否构成绑架罪
——被告人李某某绑架案评析
- 183 | 绑架和抢劫交叉案件的司法认定
——刘某某绑架、抢劫、强奸案评析
- 188 | 刑讯逼供诱发被害人心脏病发死亡应如何定罪
——被告人张某等刑讯逼供案评析
- 194 | 入户盗窃着手、既未遂的认定与入户盗窃未遂的定性
——丰某某入户盗窃案评析
- 200 | 挪用资金罪的司法认定
——林某某挪用资金案评析
- 208 | 妨害公务罪的司法认定
——检法存在分歧的三起妨害公务案评析
- 217 | 在公共汽车上用锥子扎人能否构成投放虚假危险物质罪
——杨某某被控投放虚假危险物质案评析
- 221 | 利用网络传授犯罪方法行为的定性及处理原则
——冯某某传授犯罪方法案评析
- 230 | 利用手机 WAP 网传播淫秽信息牟利行为的司法认定
——北京某时尚科技有限公司等传播淫秽物品牟利案评析

方法与思路：审判、办案理念探寻

239 | 论审判工作中的唯物辩证法

247 | 论刑事审判中的法律推理

258 | 甘当“三器” 促进附带民事诉讼调解

261 | 矛盾化解中的三个“一”

266 | 书法与审判

——从书法中悟出的审判工作之道

270 | 审判质量的三个层面

——我的审判质量观

274 | 法官司法能力之实践解读

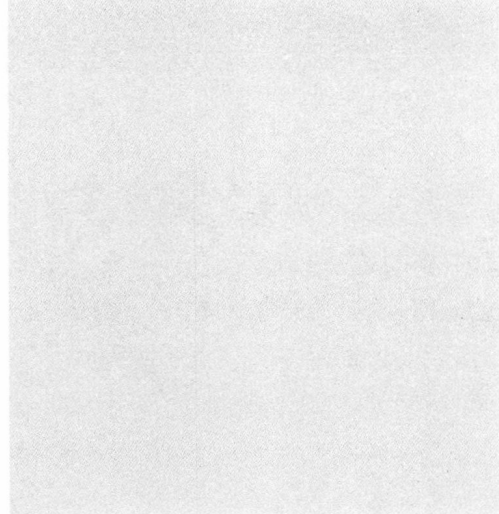
——我的司法能力观

281 | 有思想 重责任 讲良知

——我的法官职业观

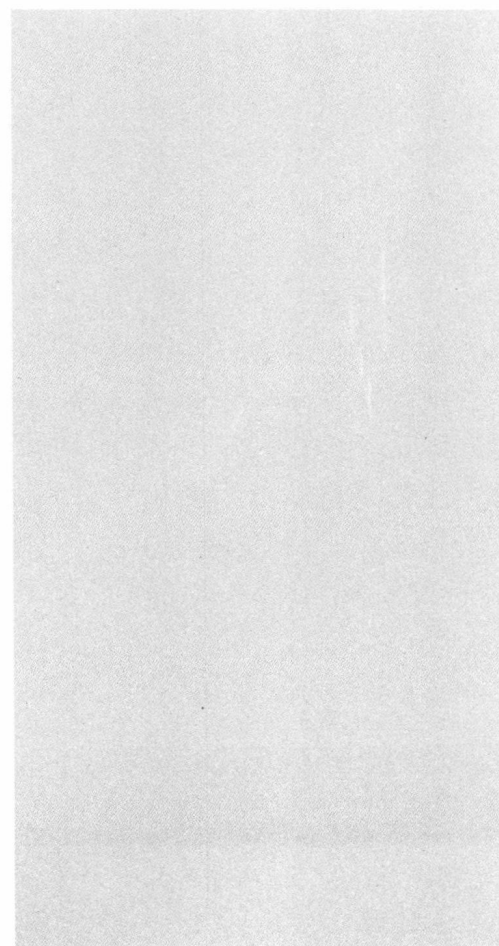
288 | 附录 朝阳法院“专家型”法官臧德胜访谈录

309 | 后记



问题与立场：

热点、难点问题研究



罪刑相当原则的司法实现

罪刑相当原则不仅是立法上配置法定刑的指导原则，而且应当成为指导刑事司法实践的重要原则。“量刑对于被告人来说是吸引他极大关注的具有重大意义的事情。”^①因为被告人，尤其是有罪被告人，其所关心的并不是以什么理由被惩罚，而是受到了何种惩罚。从这一意义上看，量刑的意义大于定罪，其能够实现最终的实质正义，定罪只是予以惩罚的理由。由于个案千姿百态，对个案进行公正量刑也就十分复杂。在我们的司法实践中，对于量刑的争议多于对定罪的争议。如何在司法实践中实现罪刑相当原则，已经成为刑事司法实务中引人思考的问题。本文以本市某刑事审判庭的量刑现状为视角，通过对罪刑相当原则的司法现状进行实证考察并予以分析，探讨在司法实践中实现罪刑相当原则的具体做法。

一、罪刑相当原则的实证考察

为了全面地反映当前司法机关的量刑状况，笔者尽可能全面地统计了本市某刑事审判庭 2002 年度审结的公诉案件^②。在统计的范围内，全年度作

原载于《刑事法判解》第 9 卷，陈兴良主编，法律出版社 2005 年 7 月第 1 版。

① [日]曾根威彦：“量刑基准”，载《日本刑事法的形成与特色》，法律出版社 1997 年 3 月版，第 150 页。

② 该庭属基层法院，根据管辖制度，无权判处无期徒刑以上的刑罚；又根据刑事审判庭内部的分工，受案范围以危害公共安全犯罪，侵犯公民人身、民主权利犯罪，妨害社会管理秩序犯罪为主；由于统计方法的限制，没能穷尽所有案件，只是尽可能地全面统计。