

尊重司法规律

与刑事法律适用研究

——湖南省法院系统第十三届学术讨论会论文集

湖南省高级人民法院研究室 编



中南大学出版社
www.csupress.com.cn

尊重司法规律 与刑事法律适用研究

——湖南省法院系统第十三届理论研讨会论文集

湖南省高级人民法院研究室 编



中南大学出版社
www.csupress.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

尊重司法规律与刑事法律适用研究:湖南省法院系统第十三界学术讨论会论文集/湖南省高级人民法院研究室编.

—长沙:中南大学出版社,2016.12

ISBN 978-7-5487-2655-5

I. 尊... II. 湖... III. ①司法-工作-中国-文集②刑法-法律适用-中国-文集③刑事诉讼法-法律适用-中国-文集
IV. ①D926-53②D924.05-53③D925.205-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第297411号

尊重司法规律与刑事法律适用研究

——湖南省法院系统第十三界学术讨论会论文集

ZUNZHONG SIFA GUILV YU XINGSHI FALV SHIYONG YANJIU

——HUNANSHENG FAYUAN XITONG DISHISANJIE XUESHU TAOLUNHUI LUNWENJI

湖南省高级人民法院研究室 编

☐责任编辑 郑伟 沈常阳

☐责任印制 易红卫

☐出版发行 中南大学出版社

社址:长沙市麓山南路

邮编:410083

发行科电话:0731-88876770

传真:0731-88710482

☐印 装 湖南农科院印刷厂

☐开 本 720×1000 1/16 ☐印张 36 ☐字数 633千字 ☐插页

☐版 次 2016年12月第1版 ☐2016年12月第1次印刷

☐书 号 ISBN 978-7-5487-2655-5

☐定 价 108.00元

图书出现印装问题,请与经销商调换

编辑说明

2015年是全面推进依法治国的开局之年,为统筹落实中央司法体制改革任务和“人民法院四五改革纲要”任务,最高人民法院推出了多项改革措施,坚持从实际出发,深入调查研究,尊重司法规律,积极稳妥有序推进司法体制改革,加快建设公正、高效、权威的社会主义司法制度,努力让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义。同时,刑事法律适用领域也出现了一些新情况、新问题,需要专门研究、专门探索。为进一步弘扬法治精神、推进法治湖南建设,湖南省高级人民法院于2015年4月以“尊重司法规律与刑事法律适用研究”作为湖南法院系统第十三届学术讨论会主题,面向全省法院发布了论文征集通知,组织全省法院的法官围绕“人民陪审员制度”“诉讼制度改革”“非法证据排除规则”“冤假错案防范机制”“未成年人司法问题”等刑事司法热点问题进行了深入的理论研究。

征文通知发布后,各级法院积极响应,踊跃参与,不少法院还以本主题举办了辖区的学术研讨会。本次征文共收到论文1400多篇,创湖南法院理论研讨会历史之最。为了将优秀论文推选出来,我们制定了严格的评审标准和评审程序,邀请专家对所有论文进行初评和匿名复评、终评,共评选出获奖优秀论文93篇。其中,一等奖8篇,二等奖15篇,三等奖26篇,优秀奖44篇。限于篇幅,本书只收集了一、二等奖及部分三等奖的文章,对于论文没能入选本书的作者,我们表示歉意和谢意。另外要说明的是,本书有些论文的作者单位、职务已经发生变化,本书标明的是作者写作时的单位、职务。

本书的作者主要是来自湖南法院系统的各级法官,他们大多处在审判工作一线,既具有丰富的实践经验,又有着较深的理论思考。本书的论文对司法体制改革与司法规律、刑事法律适用的诸多理论与实务问题进行了研究,对近年来司法实践中的新情况、新问题进行了探讨,提出了不少有益的对策和建议,展现了

他们的司法智慧,饱含了他们对于司法事业的热爱,也表达着他们对于司法改革美好前景的期盼。当然,书中有些论文的观点还值得商榷,有些论述还有待深化,有些文章对于实际操作指导性还有待进一步加强。

希望本书的出版能为全省法院审判理论研究和实务工作提供一定的参考,能为全省法院工作的发展和司法改革提供智力支持,为全面推进依法治国作出湖南法院的应有贡献。

在本书付梓之际,谨向为本书的出版付出辛勤劳动的各位领导、评委和编辑人员表示感谢。

由于水平有限,编选工作定有疏漏之处,恳请批评指正。

目 录

司法规律与司法改革研究

从专门化到平民化:军事法院体制改革的理念与路径	邓志伟 卢安林(3)
揭开“虚饰”的面纱:领导干预司法暗示性话语之探究	胡剑涛 王彦平(17)
心灵的探秘	
——试论心理测评在法官遴选机制中的引入与运用	高 岚(31)
实践与逻辑:法官晋升激励模式的观察与反思	
——一个层级组织理论的分析框架	邓志伟 卢安林(44)
陪审场域与二元法庭:人民陪审员参与“事实审”的隐忧与化解	
.....	李明耀 刘 菁(59)
超越数字:法官评价模式的内卷化及祛离	
——论同侪评价在法官考评中的构建	邓志伟 周晓丹(73)

民事诉讼法实施问题研究

知识产权机会主义诉讼的识别与规制	
——从制度经济学“成本-效益”模型出发的分析	曾 茜(89)
公私互补:互联网+时代 ODR 执行与民事执行的分离与融贯	
.....	陈龙飞 王 雁 刘卫东(103)
智慧的历程:走出认知规律的困境	
——民事诉讼中法官心理认同视角下的事实认定	梁成文(117)

从混沌到有序:虚假诉讼损害赔偿之诉路径微探 龚飞凤 任 夕(132)

环境民事诉讼审级制度的反思与再造

——基于 439 份环境民事裁判文书的实证分析..... 张经纬 谭天梯(147)

刑事诉讼证据问题研究

在排除与采信之间:讯问录音录像瑕疵的检视与改造

——基于 463 份裁判文书的实证分析..... 刘君瑜 肖 慧(165)

证据开示与自主辩护:刑事被追诉人阅卷权问题研究 李 琛(181)

论跨境刑事案件中域外证据的司法认定

——以若干典型案例为样本..... 邓志伟 陆银清(196)

伦理与拒证:亲属作证豁免权的谱系阐释

——兼评《刑事诉讼法》第一百八十八条第一款 ... 李辉品 唐 秧(210)

经验与思考:死因裁判制度的本土化路径研究

..... 郭 飞 陈建新 廖宏伟(224)

以审判中心与庭审问题研究

从无序到有序:论共同犯罪法庭辩论的运行乱象与出路

——以某基层法院 124 件共同犯罪案件为样本..... 舒卫平 陆银清(241)

倾听的艺术:庭审中心主义视野下刑事法官情绪语言探究与规制

..... 范 林 梁成文(255)

回归本位:审判中心主义语境下公诉撤回制度之检视与重构

——以司法场域中公诉案件撤回诉审合意现象为视角..... 唐 红(269)

激活“休眠”：公诉撤回案件的司法审查

——基于 H 省 C 市近 3 年 120 件撤回案件的实证考察 …… 阳桂凤(285)

在理想与现实之间：精神病辩护的难题与破解

——以 H 市两级法院精神病辩护认定情况为视角 …………… 黄美容(301)

死磕派律师表演性辩护的理论阐释

——以典型案件的庭审实践为中心…………… 张菖青(316)

无声的呐喊：聋哑人受审问题的研究

——以 L 市两级法院办理聋哑人刑事案件为样本
…………… 童赞辉 彭祁璁(330)

受审能力规则之运行困境与出路

——以 420 份刑事裁判文书与 100 份调查问卷为样本 …… 刘明慧(342)

未成年人刑事诉讼问题研究

涅槃与重生

——从“三审合一”到“少年家事法院”之路径探寻
…………… 马 铁 徐 妙(359)

少年司法专门化的谱系阐释

——从“三审合一”到少年法院 …………… 胥出凤(374)

未成年人刑事案件羁押率的中国式困境与反思…………… 李雨林 宁 佳(389)

未成年人刑事案件审理“成人化”检讨与进路

——以少年黑话为视角…………… 章 姝 瞿书娟(404)

危险的错觉：未成年人校园暴力非刑罚处分制度之实证研究

——以 C 市城区未成年人校园施暴事件为样本 …………… 陈 婕(419)

法庭上的“自己人”

——未成年人刑事司法参与模式的权利扩张与权力回应

..... 邓志伟 赵彩艳(435)

刑事案件定罪量刑问题研究

为中立行为买单? 网络服务商行为入罪的异化与消解

——兼议《刑法修正案(九)》第二十九条 陆银清(453)

论被害人过错刑罚相抵的实践乱象与规制

——以 7202 份刑事裁判文书及 185 份调查问卷为样本 湛香菊(467)

超越面子:刑事错案纠正的面子维护与规制 李辉品 卢安宁(481)

内涵与边界:虚假诉讼罪之行为分析

——基于刑法规范目的的展开 张经纬 谭天梯(494)

介入与限制:双层空间下网络诽谤罪的司法认定

——以“真实恶意”的影响为中心 徐 娟(507)

风险刑法视野下的污染环境罪量刑规范化研究

——基于 2013 年第 15 号司法解释的实践展开 姚贤辅(522)

反思与重构:论减刑撤销制度的类型化构建

——以犯罪特殊预防为视角的实证考察 杨孝平 李辉品(539)

“天罚免刑”的本土化构建

——德国经验与中国借鉴 任 夕 龚飞凤(554)

• 司法规律与司法改革研究 •



从专门化到平民化：军事法院体制改革的 理念与路径

邓志伟* 卢安林**

改革针对的不是藉以执行的临时机关或赖以起作用的某种模式，
而是弊病的长久期因。

——[英]埃·伯克

前言

党的十八届四中全会明确提出，要改革军事司法体制机制，完善统一领导的军事审判、检察制度，维护国防利益，保障军人合法权益，防范打击违法犯罪。目前，虽已从文本层面廓清了军事法院体制改革的大致方向，但仍有许多被忽视的问题值得进一步探讨与论证：相比于万众瞩目的地方法院改革，军事法院的革新历来被理论界和实务界忽视，那么，此次改革又与地方法院改革有何异同？在鲜有关于军事法院行政化或军事法官违法违纪等负面报道的当下，理论界和实务界是否已对军事法院为什么要改、改什么、怎么改等问题有了清晰的洞见？对于相距甚远、知之甚少的军事法院改革，社会是否能形成对改革理解及支持的强大舆论氛围？倘若这些问题无法妥善解决，那么，军事法院改革注定会留下遗憾。有鉴于此，本文拟通过历史及实证分析方法，谨慎地回答军事法院为什么要改、改什么、怎么改等问题，希冀能够为军事司法体制改革提供少许智识支撑。

一、回溯与考察：军事法院从何而来？

在回答军事法院改革的必要性，洞见其改革前行道路之前，首须沿着历史轨迹回溯中外军事法院的源流与变迁，在时空语境中知其然，知其所以然。

* 湖南省高级人民法院研究室副主任。

** 湖南省岳阳市中级人民法院研究室审判员。

(一)历史回眸:军事法院的源流与变迁

我国军事法院的发展轨迹,可清晰地印证“刑起于兵”的说法,军事法院的萌芽、发展及确立进程,亦无一不与军队统帅权休戚相关(见表1)。

1. 序幕:萌芽阶段(1927—1954年)

20世纪20年代末期,伴随一系列武装起义的爆发,中共在军队内部建立民主制度,通过士兵委员会的形式处罚违法行为。随后,红军又成立临时军事法庭负责处理重大违法违纪案件。1932年,通过借鉴苏联军事审判制度,设立了四级军事裁判所,负责审判军队内部刑事案件和作战地居民违法案件。抗日战争时期,军事裁判所逐步改制成军法处,在接受上级军法处指导的同时,受同级政治机关领导,但由于当时战事残酷,军法处逐步与锄奸部合流。^①解放战争时期,军法处得以与锄奸部分离,并与部队建制一致,呈现出野战军、兵团、军、师四级。此时,解放城市军管会内甚至已有镇压反革命力量的军事法庭。新中国成立初期,军法处得以与政治部分开,但并未脱离军队序列,仍须同时受本级首长和上级军法处领导。^②

表1 军事法院萌芽阶段相关机构简介

机构	成立背景	特色
士兵委员会	南昌起义、秋收起义失败后,部队暴露出组织成分不纯,官兵思想混乱,动摇分子叛变等问题	由党支部领导,全体官兵选举产生,遇重大问题,召集全体军人讨论
临时军事审判庭	井冈山会师后,红军壮大,阶级成分多样,俘虏兵不断增多,且在游击战争环境影响下,军人违纪和侵占群众利益事情增多	即时成立,由军事指挥官担任审判员,负责重大案件,较轻案件仍由士兵委员会处理
军事裁判所	在借鉴苏军经验、继承国民革命军制度的基础上,1932年相继颁发《军事裁判所暂行组织条例》和《军事裁判所组织条例解释和运用》	由初级、阵地初级、高级军事裁判所及设置在最高法院的最高军事裁判会议组成。审判过程实行合议制和士兵陪审制、两审终审制、公开审判制、死刑批复制
军法处	抗日战争时期:军队改编为国民革命军第八路军和新编第四军	实行审判权统一行使,坚持两审终审,独立适用党的政策及边区法律,加大军事刑法惩罚力度,推广马锡五审判方式
	解放战争时期:1949年人民解放军整编为第一、二、三、四野战军	实行侦审分开,首创军事刑法宽严相济
	新中国成立初期:面临土地改革、抗美援朝、镇反、三反五反、知识分子改造五大任务	增设团级军法干事,协助政治部进行宣教,并有权组织临时军事法庭。军法处分工细化,并设军法科,负责受理和审判,对下级军法处进行指导和监督

① 程进飞:《我国军事法院历史发展沿革》,载光明网,于2015年9月1日访问。

② 田龙海、曹莹等:《军事司法制度研究》,军事科学出版社2008年版,第23页。

2. 挑战:曲折发展阶段(1954—1978年)

五四宪法的颁布标志我国现代军事审判制度的成型(见表2)。1954年1月,中央军委在总政治部设立军事法庭,并于11月将其改制为军事法院。此时,军事法院呈现出五级,分别是三级军事法院(师级)、二级军事法院(军级)、一级军事法院(军区级)、解放军军事法院和最高法院。1956年,中央军委又将解放军军事法院更名为最高法院军事审判庭,但仍隶属于总政治部。^①受到反右斗争、大跃进运动的影响,军事法院逐步并入军队保卫机关,失去独立性。直到1962年,才得以从保卫部门分离。但在“文化大革命”时期,军事审判制度又遭受毁灭性打击。^②

表2 军事法院曲折发展阶段重大事件梳理

时间	事件
1954.1	中央军委在总政治部建立军事法庭
1954.9	宪法通过,将军事审判体系纳入国家审判体系
1954.11	中央政府将军事审判法庭改为军事法庭
1955.8	国防部发布《关于全军军法处改称为军事法院的通知》
1956.12	根据最高法院的建议,中央军委将解放军法院改称为最高法院军事审判庭
1961	军队保检法合署办公,军事法院变成保卫机关一个部门
1962.5	国防部决定军事法院单独列编,恢复独立审判职能
1965.5	军事审判法庭改为解放军军事法院
1965.9	基本废除庭审制度
1967.7	解放军法院停止办公,上报审核案件由军委办事组政工组处理
1969	解放军军事法院撤销
1970	各级军事法院撤销,由同级保卫部门代行职权

3. 重塑:全面确立阶段(1978—)

1978年1月,在有关军队编制体制的调整方案出台后,各级军事法院迅速得以恢复运转。随后,中共中央又陆续出台多个规范性文件,全国人大常委会也于1981年通过《惩治军人违反职责罪条例》,使军事审判有法可依。1982年,为保证军事审判机构与地方审判机构一致,确立了军事审判三级两审制度。军事法院设立之初,为全面清查“文化大革命”时期的冤假错案做出了突出贡献,但随着时间的推移,其受案量逐步下降。为此,1991年和2001年,最高法院先后出台两个复函,赋予军事法院审理军内民事案件职权。在此期间,军事法官职业化进

① 陈耿、张守学:《新中国军事法制建设的历史回顾》,载《西安政治学院学报》2009年第5期。

② 阎振远:《我军军事审判制度的历史沿革》,载《军事历史研究》2002年第3期。

程也逐步加速,2004—2005年,各级军事法院共有335名法官完成等级评定。

(二)异域观察:军事法院的潮流与走势

伴随域外军事法院改革的历史演进历程,军事司法的价值始终徘徊在维持军纪与实现公正之间。但在二战之后,人权保障呼声高涨,军队内部侵犯人权事件频发,域外开始检讨原有的维持军纪之价值定位,并将视野逐渐转向保障军人权利、维护军事审判公正等方面。

1. 从军民分制到军民同制

历经军事司法平民化浪潮后,“特别权力关系”理论逐步式微,取而代之的是“军人是穿着制服的公民”理论。^①大陆法系诸多国家和地区均已实现军民司法同制模式,军人特殊身份已不再成为其作为特殊治理对象的理由。欧洲诸国,如德国、法国、瑞典、挪威、奥地利等,逐步取消了军事法庭之设置,将非战争时期军人犯罪案件全部归于地方法院管辖。^②英美法系虽仍保留着军民分制传统,但也在逐步消解军事统帅权对军事司法权的不当干预。早期的美国沿袭英国军事司法制度,强调军事法庭仅是军事指挥官的“代理人”,^③但在《统一军事司法典》颁布后,引入了军事审判正当程序以及被告人权利条款,军事指挥官的司法职能逐步限缩。^④

2. 从平战共制到平战分制

时空坐标的差异决定了军事司法模式的不同。域外经验已为我们描绘了平战分制的实然图景——平时时期,军人权益居于首位,战争时期,国家利益置于首位。此举能在平战变化之间弥合军人权利与国家利益之间可能存在的冲突,从而在全面回应平时时期对人权价值关注的同时,灵活适应战争的现实需要。如法国在战争时期通过国土三军法庭和高等军事法院行使管辖权,并赋予军事当局更为广泛的权力。^⑤意大利为应对战争时期诉讼效率的需要,坚持从简从快原则,并将部分司法权分割给军事指挥官。^⑥

3. 从内外趋同到内外有别

① 吴新元:《加拿大军事司法改革述评》,载《西安政治学院学报》2005年第2期。

② 张作农:《浅析军事法院的角色地位:以民事案件的管辖权为视角》,载《当代法学》2007年第5期。

③ 谭正义:《纪律与正义之间——浅析美国军事司法制度改革的演进、论争及发展趋势》,载《西安政治学院学报》2009年第6期。

④ 张永发:《美国军事司法权归属性的再界定》,载《当代法学》2005年第11期。

⑤ 胡博:《法国军事刑事审判制度对我国的启示》,载《公安研究》2011年第1期。

⑥ 王凯:《战时军事刑事审判制度研究》,华东政法大学2007年硕士学位论文,第14页。

效率和成本是域外军事法院设置时较为关注的价值目标。因此,诸多国家都已实行内外有别的军事司法制度。无论是和平时期还是战争时期,只要军事力量跨出国门,军事案件审判就由地方法院或军事法院转移至驻军法庭负责。当军事力量回归国土时,则相应的驻军法庭解散,军事案件审判权又归至地方或原来的军事法院。如法国和平时期为应对驻外军队或军队在境外执行任务时出现的刑事案件不宜交由地方法院审理的现实,设置了军队内部的军事法庭和宪兵法庭,但庭审法官必须从地方法院法官中选任。

二、实践与表达:军事法院为何要改?

军事法院体制改革是深入推进依法治军、从严治军的前提和基础。伴随国家司法体制改革的再度扬帆起航,在铁路检察院和铁路法院双双回归国家司法系统后,军事法院改革之走向也已成为当前不可避免的现实问题。但这只是军事法院体制改革的外在动因,真正起决定性作用的原因在于,当前军事法院运行之“沉痾”甚重。

困顿一:在公开与保密之间

作为衡量司法民主水平的司法公开制度,已然成为当前不可阻挡的世界潮流。但在军事审判领域,司法公开却步履维艰。主要表现在以下三个层面:其一,规范性文件难公开。现行关于军事法院运行的规范性文件较多,但有一部分并未向社会公开。如《军队战时执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干规定》(以下简称《若干规定》)和《军事法院评定法官等级实施办法》就无法从互联网上获悉全文。其二,庭审过程难公开。现行规范性文件虽已明确,对于军事法院决定公开的案件,相关地方人员可申请参加旁听庭审,但由于军事法院设置较为隐秘,导致庭审旁听成为可望而不可即的期盼。如在徐才厚、谷俊山案曝光后,无论是军法专家还是普通民众都无法获悉由哪个军事法院审判。其三,裁判文书难公开。裁判文书公开是当前司法公开的重点工程,但军事法院对此也缺乏足够的自觉与自信,而是以涉及军事秘密为由对军事案件全然予以“内卷化”。如在中国裁判文书网中就未曾有军事法院公开一栏。^①

实践证明,获取改革共识的前提在于足够的信号传递。军事法院审判的“内卷化”倾向,导致绝大部分学者和公众无法获得信息,对改革的紧迫性和必要性也就缺乏基本认知。如在对Y市法院系统128名法官和131名公众的有效问卷

^① 李佑标:《试论军事刑事司法改革的路径》,载《河北法学》2015年第8期。

调查中,有 126 名法官和 131 名公众表示对此完全不了解(见表 3)。

表 3 普通法院法官及公众对军事法院的了解程度(N1=135, N2=165)^①

选项		频率		百分比		有效百分比		累积百分比	
		法官	公众	法官	公众	法官	公众	法官	公众
有效值	非常了解	0	0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
	一般了解	2	0	1.5	0.0	1.6	0.0	1.6	0.0
	不了解	126	131	93.3	79.4	98.4	100.0	100.0	100.0
缺失值	99	7	34	5.2	20.6	100.0			
合计		135	165	100.0	100.0				

困顿二:在正义与纪律之间

任何时候,军事法官的中心角色只能是“公正法律世界中的军事法官”,尔后才可被认定为“军队政治机关系统中的军事法官”。^①然而,现实所呈现的方向与之相差甚远。军事司法权在政治话语的牵引下,逐渐陷入角色认知偏差、功能定位模糊的境地。

其一,军事法官职能异化。据军法专家张建田透露,目前全国军事法院“案少人多”的矛盾较为突出,每年审理的案件仅 100 余起,有的大军区级法院一年到头没有一起案件。^②为充分利用闲置军事资源,军事法院不得不“找米下锅”,主动承担起法制宣传教育等非审判职能。但是,长期脱离审判业务的军事法官如何能依靠专业知识和技能生产出司法公正呢?既然强调服从,那么身为军事法院的法官,这些军人血液中所流淌的纪律细胞,难道不会恰恰削弱他们追求公平正义的能力吗?^③

其二,军事法院定位模糊。为应对军事法院“无米下锅”的现状,最高法院不得不将部分涉军民事案件交由军事法院管辖。从军事法院变迁历程来看,其“专门性”是指案件性质的专门性,而非军事主体的专门性,^④那么,军事法院又凭什么管辖涉军民事案件呢?难道是普通法院没有能力公正地处理好此类纠纷?相反,恰恰是强调纪律至上的军事法院没有足够力量去回应正义的需求,涉军民事案件之审理也并未比普通法院更为公正高效。^⑤而且,“案少人多”的矛盾也并未

① 该表由 spss 软件生成, 99 代表缺失代码。

② 傅达林:《“军官”与“法官”的角色冲突——军事法官着装断想》,载《法学杂志》2005 年第 4 期。

③ 刘长、周楠:《谷俊山在哪受审》,载《南方周末》2014 年 5 月 1 日第 8 版。

④ 鞠靖:《台湾军事审判全面回归司法》,载《南方周末》2013 年 8 月 16 日第 8 版。

⑤ 陈斯喜、刘松山:《军事法院试办军内民事案件的批复违宪违法》,载《法学》2001 年第 11 期。