Frontier Justice

司法前沿问题思辨与探析

◎ 徐建新 著

ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社

司法前沿问题思辨与探析

徐建新 著

ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

司法前沿问题思辨与探析/徐建新著.—杭州:浙江大学出版社,2011.8

ISBN 978-7-308-08916-6

Ⅰ.①司… Ⅱ.①徐… Ⅲ.①司法—研究—中国

Ⅳ.①D926

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第150837号

司法前沿问题思辨与探析

徐建新 著

责任编辑 石国华

封面设计 刘依群

出版发行 浙江大学出版社

(杭州市天目山路148号 邮政编码310007)

(网址:http://www.zjupress.com)

排 版 杭州星云光电图文制作工作室

印 刷 浙江良渚印刷厂

开 本 787mm×1092mm 1/16

印 张 24.75

字 数 618千字

版 印 次 2011年7月第1版 2011年7月第1次印刷

书 号 ISBN 978-7-308-08916-6

定 价 50.00元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江大学出版社发行部邮购电话 (0571)88925591

序 言

当下法学研究呈现繁荣态势，无论理论还是实务都渐趋精致。理论研究与实务研究各有其道。法学理论研究首先应当着眼于宏大叙事、高屋建瓴，以实质理性和形式理性，全面完整地勾勒应然的社会关系和发展方向，并时刻准备着以理想和激情捍卫理论和制度设计的完美。法学实务研究则显现完全不同的进路，它们无时无刻地感受着法治实践的脉动，首先以“办事”亦即解决具体法治事件为目的，从法治的细节出发，自觉或不自觉地向理论提出问题，并期盼理论的回应与支撑。这一特征在司法实务中表现得尤其明显。司法实务工作者对法学理论的研究，往往始于对解决司法实务中出现的难题的现实需要。在经验和法条的冲突中，他们常常显得不安。一方面，长期司法实务中的摸爬滚打，他们已经形成了自身独有的处理实务的方法论，深谙办事的原则、程序以及其中的逻辑，打造了作为法律人的自信。但另一方面，我们身处一个急剧变动的社会，经济长期持续快速发展，发展中的不平衡、不协调、不可持续问题比较突出，如何推动科学发展，缓解发展过程中的突出矛盾，对他们也是一个全新的命题，再加上立法的步伐非常之快，对新法条的消化需要假以时日，所以他们也时不时对自己固有的方法论产生怀疑。事实上，这种“不安”和“怀疑”，恰恰是司法实务工作者应有的谦虚心态和前进的动力源泉，他们对新的法条和新的理论保持热情，期待着从中找出解决眼前实务困局的方法，有时尽管是“量身定做”，但毕竟已是自圆其说。这个过程，正是司法实务工作者不断提高业务水平，增强法律素养的过程，这个过程，需要长期保持一颗求知的心，更需要长时间的修炼直到成为一种习惯。

这是我在认真阅读徐建新同志这本名为《司法前沿问题思辨与探析》的文集过程中所体会到的。这本文集，完整地记录了建新同志近30年司法生涯中对实务中遇到的司法难题进行的思辨，忠实地反映了建新同志处理实际问题的勤奋与辛劳，凝聚着法律人的智慧。文集在编辑的时候，根据立意侧重，将论文分别编入《审判篇》、《检察篇》、《调研篇》、《综合篇》、《言论篇》、《对话篇》和《拾遗篇》7个部分，也清晰地反映了建新同志的职业经历。他在杭州大学法律系本科毕业后，一直在法院和检察院工作，于是《审判篇》和《检察篇》就录入了他在审判和检察工作中解决的最具体的问题；他担任过基层检察院、法院以及中级法院的院领导，必须从宏观出发对法院、检察院的总体工作进行思考，所以才会有《调研篇》、《综合篇》、《言论篇》和《对话篇》的分类；而《拾遗篇》则反映了他在美国进修攻读MPA学位的经历以及他对人生、对职业生涯的思考。

这本文集，主要有三个特点：

一是立足实践。人类社会形成以来就不断探索纠纷的解决之道，至现代司法裁判。通过司法来定纷止争是人类社会的历史选择。司法将抽象、原则、非人格化的法律规定，适用于鲜活的争议纠纷的具体实践，辨是非、明责任、解纠纷，最终实现定纷止争、惩恶扬善的目标。建新同志在检察院、法院工作20余年，期间赴美国深造1年，丰富的司法实践赋予了他敏锐的洞察力，对现实中的司法难点、热点问题有着开拓独到深刻的见解。例如《刑事审判应当坚持的四个理念》、《关于“调查核实证据”的思考》、《关于“贯彻宽严相济刑事政策构建一审死刑案件质量保障机制”的调研报告》、《关于破解如何在“案多人少”矛盾下确保审判质量的调研报告》等文，围绕人民群众最为关注的刑事案件如何公正裁判、不枉不纵问题，从确

保刑事案件质量入手，确保案件事实证据关、落实好宽严相济政策，提出自己的见解，对司法机关如何参与社会管理创新、促进社会和谐稳定，具有很强的针对性和现实指导意义。

二是注重前瞻。“问渠那得清如许，为有源头活水来。”如果说立足当前是解决现实的需要，那么着眼长远更是司法实务应当具有的视野。可以预见，在今后较长时期里，人民群众对司法的期望值不断提高与司法公信力不足的矛盾、司法专业化与司法大众化的矛盾、均码正义与特殊正义衡平的矛盾、法律实施主体的多元与执法责任单一的矛盾、司法需求增长与司法投入不足的矛盾等还将继续存在，并对法律的有效实施形成巨大的压力和挑战。作为一名法官，尤其是作为中级法院的院长，如果没有较强的前瞻性，顶多只能混同于就案办案、机械执法的“工匠”，或不能很好地体认大局为大局服务，或在形形色色的“服务大局”中迷失自我。而本书中的诸多论文，如《案件请示制度的问题与实践分析》、《能动司法的实践路径与深化思考》、《涉诉信访的现状及机制完善探讨》、《当代法院审判工作面临的挑战及应对》、《论法官制度改革与司法公正》、《法官“职业四要”的内涵解读与工作践行》等，前瞻性强、视野开阔，既对审判、检察实务进行现实思考，又对司法队伍素质能力提升方面进行深刻阐述，更有对新形势下如何吸纳民意，强化司法公正，树立司法权威，建设社会主义法治国家的思考建议，体现了作为司法实务工作者强烈的时代使命感和人文关怀。

三是思想深刻。当前我国社会正处于经济体制深刻变革，社会结构深刻变动，利益格局深刻调整，思想观念深刻变化的历史进程中，建设社会主义法治国家和建设公正高效权威的社会主义司法制度的目标任重而道远。司法通过一件件具体的纠纷影响着人们的行为，让法律信仰根植于每个社会成员的内心。《没有法律权威就没有秩序》、《新时期必须树立法院的司法权威》、《走出“法律白条”的误区》等言论，以深刻的论述、活跃的思维、轻松的笔触，阐述了对树立司法权威的重要性。而在《为我们的选择而喝彩》、《艰难玉成》、《谬误人生》等篇章中，建新同志用随笔的手法把自己对人生的思考，作为法律人的独特感悟记录下来，充满着诗性正义，散发着浓厚的法律浪漫主义理想。

总之，本书既是一部实务与理论紧密结合的作品，更是一部凝结了建新同志作为法律人的思维和理想的作品。当然，本书从形式上看还是论文集，论述主要侧重于就事论事和具体实务的解决，系统性和完整性相对欠缺，但这并不妨碍其成为学术研究的素材，尤其是对于从事司法实践工作的同志的指导与借鉴作用。

2011 年春，十一届全国人大四次会议宣告中国特色社会主义法律体系的形成，这是我国民主法制史上的里程碑，也是推进依法治国方略的新起点。但法律的生命在于实施，法治的真正实现必须有赖于广大法律人的共同努力、不懈探索，我们需要用心去思考、去追求，才能实现法律的真谛，才能做到公平正义，才能在真正意义上建成社会主义法治国家。建新同志在冗杂的司法行政事务之余，能静于书斋，笔耕不辍，积极将法律理论与司法实务相结合而有所成就，精神值得称道。在本书行将付梓之际，我写下这些感受，聊以为序。既期盼着建新同志今后有更多更好的作品问世，也希望更多的司法实务工作者能为我们这个时代、我们的事业奉献出更多具有真知灼见的成果。

齐　奇

2011 年夏于中央党校

齐奇是浙江省高级人民法院院长。

目 录

审判篇

刑事审判应当坚持的四个理念 …… 3
当前刑事审判中若干问题浅见 …… 7
公诉案件审判程序若干问题的思考 …… 12
刑事证人作证制度及其完善 …… 17
刑事诉讼中证明与举证责任分担之探究 …… 21
关于“调查核实证据”的思考 …… 25
刑事证据展示制度初探 …… 28
论刑事审判中的当庭认证 …… 33
试论普通程序简便审 …… 41
刑事损害赔偿提起民事诉讼的范围问题刍议 …… 47
检察机关起诉时改变定性引起职能管辖交叉 …… 50
辩诉交易及其在中国之引入问题研究 …… 51
论罪刑法定与新刑法 …… 69
试论违法发放贷款罪 …… 74
论办理道路交通肇事犯罪案件中的若干问题 …… 78
刑事附带民事诉讼死亡、残疾赔偿金审判探析 …… 81
关于完善缓刑制度的几点思考 …… 85
此案应定盗窃罪还是侵占罪 …… 89
论庭前交换证据制度 …… 91
执行难之成因及对策 …… 96
解决法院判决执行难问题的建议 …… 103

检察篇

控辩式庭审试验中若干问题刍议 …… 107
公诉人如何适应控辩式庭审 …… 111
论建筑企业内部贪污犯罪之特点、手段及其侦破方法 …… 113
如何消化举报线索 …… 117
办理企业人员经济犯罪案件运用强制措施刍议 …… 120
自侦案件拐弯后制约与配合关系问题刍议 …… 122

调研篇

对流动人口犯罪问题的调查与思考 …… 127
证人为什么不愿出庭 …… 130
案件请示制度的问题与实践分析 …… 132
关于破解如何在“案多人少”矛盾下确保审判质量的调研报告 …… 144
关于民事诉讼中确定适格当事人的调研 …… 161
贯彻宽严相济刑事政策　构建一审死刑案件质量保障机制 …… 190
涉诉信访的现状及机制完善探讨 …… 219

综合篇

当代法院审判工作面临的挑战及应对 …… 229
能动司法的实践路径与深化思考 …… 239
论审判的法律效果与社会效果的辩证统一 …… 243
审判中合法性与合理性的关系及运用 …… 251
法官“职业四要”的内涵解读与工作践行 …… 254
基层法院基础建设中的问题透视及完善思考 …… 260
深刻认识法院在依法治国中的地位与作用 …… 266
遏制司法工作中的地方保护主义 …… 270
以科学发展观主导法院工作全局 …… 274
论法官制度改革与司法公正 …… 277

以“三讲”为核心全面营造司法公正 …… 283
实践党的宗旨,坚持公正司法 …… 287
坚持公正司法　推进依法治国 …… 289
提升法官司法水平,推进社会矛盾化解 …… 292
兴利除弊　锐意改革 …… 295

言论篇

新时期必须树立法院的司法权威 …… 299
没有法律权威就没有秩序 …… 301
着力实现司法公正 …… 304
遏制腐败现象　促进司法公正 …… 306
建设一支廉洁公正的法官队伍 …… 308
法官当为人师表 …… 310
法官当独立、善良和睿智 …… 312
让天平之光永远闪耀 …… 314
把更多的时间投入到学习中去 …… 316
为我们的选择而喝彩 …… 318
走出“法律白条”的误区 …… 320
法人犯罪当治 …… 322
谨防“曲线行贿” …… 323
如何对待“能人”犯罪 …… 324
服务工作必须依法 …… 325
这样的对话很有必要 …… 326
回眸与展望 …… 327

对话篇

人民法院要牢记在经济社会发展中的使命 …… 331
立足法律　志存高远 …… 336
协同司法　共破难题 …… 344
沟通民意　亲近司法 …… 351

拾遗篇

美国法院、法官印象记 …… 361
美国个人破产法简介 …… 369
关于扩大义乌小商品出口美国的几点思考 …… 373
过去的时光难忘怀 …… 378
谬误人生 …… 379
艰难玉成 …… 380
白云 …… 381
回归 …… 382

后记一 …… 383
后记二 …… 385

审 判 篇

刑事审判应当坚持的四个理念

我们要清醒地看到当前在刑事审判中存在的不足和问题:如质量方面某些案件的定性把握不准、不同程度的量刑不平衡、重实体轻程序现象等还存在;刑事审判规范化程度有待提高,量刑不平衡现象存在;少数同志工作责任心不强、作风不细,法律文书制作的质量差等;有的同志存在单纯就案办案的倾向,大局意识不强,社会效果不好,等等。因此,如何继续深化刑事审判工作,进一步完善和创新审判理念,不断增强和提高刑事审判司法能力和水平,维护和实现司法公正,是广大刑事法官应不断思考和认真研究的一个重要课题。笔者认为,理论是行动的先导,在刑事审判中要树立和把握好以下几个理念:

一、树立质量第一的理念,做到不枉不纵

案件质量是刑事审判的生命线。刑事案件不同于民事案件的特点是一旦办错,它产生的后果更严重,影响更大,更受人关注。民事案件办错了,还可以重来,损失可以通过其他救济途径予以弥补;但刑事案件关乎人的自由甚至是生命,如果杀错了头,其后果是不堪设想的,也是无法补救的。如果关错了人,虽然还可以进行有限的补救,但已经失去的自由却是无法补回的;同时对于司法审判的公信力的损害也是难以挽回的。因此,刑事审判的担子很重,我们的绝大多数刑事法官都会感受到这种压力。有压力,这是好事,因为这说明他有责任心、有质量意识;如果还没有清醒地意识到这一点,而是盲目乐观、无动于衷,是很危险的。

1.更新理念,不枉不纵。我们以前虽然没有讲"宁枉勿纵",但几千年的封建法制及近代"宁可错杀一千,不可漏网一个"的残余思想,无意中或多或少地对我们还是有所影响,当前有人还会时不时以"打击不力"、"放纵犯罪"来指责我们的工作,面对这种压力,我们有的法官就会产生"宁枉勿纵"的倾向,不注重审查"被告人是否构成犯罪",对检察院起诉的被告人视为当然的罪犯,轻易下判。冤案的发生,在一定程度上和这种观念是有关的。

2.必须坚持证据为本原则。这一原则的基本含义是:第一,诉讼中的事实应依据证据认定。我国《刑事诉讼法》第46条规定:"对一切案件的判处都要重证据,重调查研究,不轻信口供。只有被告人供述,没有其他证据的,不能认定被告人有罪和处以刑罚;没有被告人供述,证据确实、充分的,可以认定被告人有罪和处以刑罚。"这一规定体现了证据为本原则的要求。第二,凡案件事实,必须有相应的证据予以证明。如果没有证据或证据不充分,就不能对有关的事实作出认定。应当引起注意的是,审判实践中,有时会出现仅有一部分证据,或者证据并不充分,就对全部案件事实作出推测而草率下判的现象。对此类案件,我们一定要严格把关。证据必须达到确实充分并排除合理的怀疑,才能定案。以间接证据定案的案件,证据之间必须形成完整的锁链,做到无懈可击。

在实践中,我们尤其要强调证据"三性"中的合法性问题。我国刑诉法中也有关于非法证据排除规则的相关规定,但司法实践中利用刑讯逼供等非法手段收集证据的现象仍是屡

见不鲜,严重损害了以证据为本原则的规范意义,也影响了法官对案件的正确判断。因此我们对被告人以前的特别是侦查阶段的供述笔录,一定要认真审查,尤其是被告人提出存在刑讯逼供情形时,更要仔细,不能认为以前有过供认就轻率认定。

3.加强与公安、检察的联系和沟通。刑诉法修改后,法院没有退查权,而在许多情况下,检察院也不愿撤回起诉。但面对公诉机关的举证瑕疵,我们不能像民事案件那样按照谁主张谁举证的原则、因当事人的举证不能就判其败诉,而要花很大的精力去核实、补查,如对被告人的年龄有疑问的,我们不能凭优势证据就认定他已满或未满十八周岁,特别是死刑案件。这几年,刑事审判单就为查明被告人的年龄就几次远赴云南、贵州等地多次,耗费了大量的人力物力。为尽可能地避免这一被动局面,我们必须做到:一是从源头抓质量,也就是要加强与公安、检察两家的联系和沟通,以便在侦查、审查起诉阶段就补强证据,解决好这些问题。其次,对涉及定罪量刑的关键证据,必须由公安、检察机关补充查证,或商请共同查证,或视情况由辩方取证,而不能怕麻烦就轻易下判。对补充的证据必须重新开庭进行质证、认证,不能不经庭审就作为定案的依据,实践中有的审判人员怕麻烦而直接列为证据,这是违反程序的,必须予以纠正。三是规范与公安、检察部门的联系。特别是就刑事证据规范取证问题及审判中发现需要补充的证据问题要与公安、检察机关进行研讨,切实解决存在的实际问题。

二、树立量刑均衡的理念,做到罚当其罪

长期以来,在刑事司法实践中存在这样一种错误的思想观念,认为刑事案件只要事实清楚,证据确实充分,定性准确就可以了,量刑轻一点重一点无关紧要,对量刑工作重视不够。因此,有的法院量刑明显偏重,有的则明显偏轻,有的法院为避免上诉后被改判,就轻判或不判。这种情况必须改变。

量刑均衡,就是科学量刑、正确量刑。正确合理的量刑是实现刑罚目的的重要手段和基本前提。刑罚适用不仅要求正确定罪,也要求合理量刑,即刑罚的轻重应当程度适当。要求刑罚的轻重不仅要与犯罪行为的社会危害性相适应,同时也要同行为人的人身危险性相适应,避免随意的轻判或重判。因为这种轻重失度的裁判,会让社会公众误认为法律是法官任意裁量的工具,同时,量刑轻重失度既可被视为法官水平不高,也可被视为法官的不轨行为所致。其结果不仅会损害法律的权威,也降低人民法院裁判的公信力,也不利于罪犯的认罪伏法。因此,我们必须把量刑适当作为衡量刑事审判工作质量好坏的一个重要标准。

做到量刑均衡,必须坚持宽严相济。这里,还应当注意正确处理我国的“严打”刑事政策与量刑均衡的关系。严打的准绳仍然是法律,从重从快的前提必须依法。对社会危害性和行为人的人身危险性大的犯罪,要坚决重判;反之则轻判,做到宽严相济。最高法院王胜俊院长非常强调对于那些严重危害社会秩序的犯罪,就要充分发挥刑罚的惩罚作用,重点打击,决不手软;强调适用死刑要根据犯罪的情节、社会治安状况的好坏及人民群众的感觉等,不能人为控制。虽然主要是针对死刑讲的。但这个精神对各级法院刑事审判都有指导意义。当然,对于那些主观恶性小,罪刑较轻的犯罪,要适度从轻、多用非监禁刑,充分发挥刑罚的教育、感化、挽救作用,使其改过自新,重新做人,以利稳定家庭、稳定社会。

当然,树立量刑均衡的理念好讲,但如何恰当量刑,在实际把握中也是一个难题。有西方法学家说过,“法律的生命不在逻辑而在经验”。对量刑问题,更需要经验的积累,总的要

求是类似的案件要有类似的判决;对同案被告人的量刑更要注重平衡。为此,我们倡导可以探索判例制度,英美的判例法,对量刑的均衡还是有很大的指导作用的。

三、树立细致严谨的理念,做到不放过任何蛛丝马迹

严谨细致的工作作风在刑事审判中显得尤为重要。由于工作不够细致或由于很小的疏漏,在二审中就会变成很大的问题。在审理二审案件过程中我们经常会发现,真正因承办人不懂业务造成改判、发回的不是很多,大多是因为庭前审查不够仔细,法律文书的核稿、签发走过场。如被告人是未成年人,应适用减轻处罚的条款,合议时及口头宣判时都有了,就是写判决书时承办人自己没发现,庭长、分管领导签发时也未发现,成了抗诉案件;被告人不认罪的,仍然适用简易程序;适用简易程序又转为普通程序时,判决书的落款仍只有一名独任审判员署名;被告人犯罪时未满 18 周岁,但承办人没发现,也未给其指定辩护律师;等等。这些错误是因为审查不细、工作疏忽大意造成的,一审的小疏忽在二审中就变成"严重违反法定程序",这些都是"低级错误",而且根本没法补救,只有改判或发回重审,教训不可谓不深刻。为此,我们要求:(1)加强庭前审查。承办人拿到案件后,就要进行审查,具体内容包括:案件应适用什么程序;是否具有刑诉法规定的必须指定辩护人的情形;是否有附带民事诉讼;等等。由于案多人少的矛盾,承办人忙于办案,新案件分到手后往往柜子里一放,等到要开庭才拿出来,这样往往发现不了问题,即使发现了也不能马上弥补,就会延误审判。这种现象以后绝对要避免。(2)充分重视辩护律师的意见。根据国际惯例,能称得上"法律家(人)"的就是法官和律师,因此,法官应该把律师看成是帮助自己办案的助手,对律师提出的辩护意见,我们都要给予足够的重视,要认真地去分析。千万不能看看公诉材料就先入为主,对律师的意见不屑一顾,或想当然地认为就是错误的,那样是很容易出现错误与偏颇的。所谓"三个臭皮匠顶个诸葛亮"、"兼听则明、偏听则暗"就是这个道理。一个人的思路毕竟有局限性,考虑不周或有所疏漏也在所难免,律师从另一个角度给我们提出意见,正好弥补了个人的局限性,值得我们去重视,在法官的内心里不能排斥律师。办过案件的人都有体会,不少问题是在律师提出后法官才看到的。实践证明,有律师参与诉讼的,对案件的质量是大有好处的,使我们兼听则明。(3)认真合议。合议认真了,好多问题也可以避免。现在的问题是,有的合议庭笔录,是做出来的,根据判决书的内容,把事实证据、判决理由、判决主文分到三个人名下,合议笔录就算完成了,根本看不出"议"的过程。这种情况以后要坚决整改。(4)法律文书的核稿、签发要责任到人。在目前的情况下,要强调法律文书的核稿、签发,不少错误只要认真核稿、签发就可避免。但有些法院的核稿、签发是走过场,核稿、签发人有的只看判决理由和主文,其余不看;有的通篇不看就签字。在此,我们强调两点要求:第一、核稿、签发人要从判决书的第一个字起到最后的落款,逐一审查核对;第二、有签发权的独任审判员或审判长主审的案件,写出判决书后,至少必须另有一名审判员进行核稿;第三核稿要尽可能对照案卷材料,否则有些问题是发现不了的。

四、树立社会主义法治理念,做到法律效果与社会效果的统一

刑事审判要有政治意识、大局意识,这不是空话套话。西方国家是法官独立审判,但实际上有党派的影响的。中国有自己的国情,我国任何法官做出的判决,都是代表法院的,并不代表他个人;说起某个案件时,总是说某某法院是如何判的,有了什么问题,肯定是要找法

院的。因此,我们要强化刑事审判队伍服务大局、维护稳定的政治敏锐性和责任感,自觉将刑事审判工作与构建社会主义和谐社会、平安建设结合起来,在办理刑事案件过程中,要特别注重法律效果和社会效果的统一。包括:(1)加强敏感案件的汇报工作。最高人民法院在2005年9月下发了《关于对近期审理的敏感案件加强通报的通知》,对近期审理的敏感案件要加强报告,如涉诉信访中的犯罪案件的定罪、信访案中的妨碍公务罪等,要层报省政法委审批。有些地方未引起足够的重视,有的未按规定上报。作为分管院长和庭长,要重视这项工作。从大局意识政治意识讲,要政治问题法律化而不是相反。务必提高政治敏锐性,要考虑国内和国际形势的需要,确保妥善处理。(2)对双方矛盾激烈,可能引起集体性上访的案件,一定要慎重。司法实践中发现,在办理妨碍公务等案件中问题较多。有的过多迁就有关部门的执法权,有的是法院本身的执行程序不到位,一审考虑不周,判了以后,造成二审的被动。因此对这类案件,如果起诉前,地方政法委召集公检法三家协调时,法院要严格从犯罪构成出发提出证据要求,并要求侦查部门据此补证,严格把关,不能因有关部门的要求而轻易作出表态。此外,对拒执罪,在决定移送公安前,必须送交刑庭审查把关,刑庭提出意见后,要交审判委员会讨论决定。对仍然有分歧意见的,必要时也可向上级法院请示。对可能引起群体性事件或越级进京赴省的案件要慎重,有必要的尽可能暂缓,如审限不能再延的则也要做好化解工作。(3)对自诉案件和附带民事部分,要着重调解,做到“定纷止争”、“案结事了”,注重社会效果。对那些因邻里纠纷、生活琐事引发的自诉案件和被告人有赔偿能力的刑事附带民事案件,应尽可能给双方当事人做调解工作。对民事部分已调解的,刑事方面也可酌情从轻,这样能使法院的判决得到双方的认可,真正做到案结事了,有利于社会稳定,也节约了司法资源。

总之,理念是行动的先导。我们要以科学的发展观、正确的刑事司法理念来指导、规范我们的刑事司法行为,全面提升刑事审判水平,维护司法公正,为推动社会主义物质文明、精神文明、政治文明协调发展,构建社会主义和谐社会提供更加有力的司法保障。

(本文系2006年9月在全市法院刑事审判工作会议上的讲话,收入本书时略有改动)

当前刑事审判中若干问题浅见

一、关于刑事附带民事诉讼问题

1.应当贯彻调解原则。调解是民事诉讼的一项基本原则,在民事诉讼中我们强调能调则调、当判则判、调判结合、案结事了。但是,按照中央提出的关于和谐社会建设的要求,在附带民事诉讼中,调解也应当成为一项原则。在刑事审判中,尤其是在刑事附带民事审判中贯彻和谐理念是大有作为的。正如肖扬院长指出的,法官必须牢固树立和谐理念,认识到刑事审判是构建和谐社会的推进器,是维护和谐社会的防火墙,做到宽严相济。在附带民事诉讼中贯彻调解的原则,对构建诉讼和谐、减少对抗、促进社会和谐具有十分重要的意义。中院就刑事附带民事诉讼的调解问题专门作出了规定,大家要认真执行。

2.正确把握附带民事赔偿情况对刑事部分酌情从轻原则的运用。对被告方和被害方愿意调解的,被告表示认罪并愿意赔偿的,被害方在赔偿得到满足后对被告表示谅解或愿意或不反对对被告人从轻处理的,对被告可以从轻处罚,符合条件的尽可能适用缓刑,情节较轻的可以考虑免除处罚。赔偿情况酌情从轻的量刑原则适用的案件主要有故意伤害(轻伤)、交通肇事及自诉案件等轻微刑事犯罪案件。那么重罪是否也可以酌情从轻?原则上即使重罪,如果被告人及其近亲属能够积极赔偿取得被害一方的谅解的,也可以从轻。但这里要注意几个问题:一是罪大恶极的、社会影响十分恶劣的仍需判处死刑;二是要以取得被害人及亲属的谅解为前提;三是要防止造成可以以钱买刑的不良印象。

3.调解的方法应当坚持简便灵活的原则。从时机上讲,无论在庭前、庭中还是庭审后均可进行;从方法上讲,要尽可能弄清矛盾的根源,对症下药;要尽可能弄清事实、分清责任后调解,这样才会有说服力;从调解的主体讲,除了法官外,可让律师、亲属、乡镇村干部及其他有威望的人共同参与调解。

4.附带民事诉讼的主体问题。一是凡是有适格的附带民事诉讼原告人的,必须要通知其参加诉讼,不能因为公安或检察机关已经通知过了,我们就不履行通知的义务;但是,如果经过通知仍无法通知到的,照常开庭;如果是庭审结束后原告来诉,可进行庭外调解(调解成功并履行的其赔偿情况应当作为量刑情节考虑)或劝其另行起诉。二是原告人要求追加刑事被告人以外的其他附带民事诉讼被告人,符合条件的原则上应当允许追加;但如果会影响刑事审判的审限的,可不予准许(如交通肇事案件中原告人往往提出要追加保险公司为被告,可劝其另行起诉,因为如果不这样做的话,一会影响刑事案件的审理,会超审限;二是保险公司的赔偿情况与被告人量刑没有直接关系,只要被告人能预交赔偿款,即可从轻处罚。因此可让其另行起诉)。

5.对刑事附带民事诉讼调解达成协议案件的处理。如果是自诉案件要积极推动和解(即让原告撤诉);轻微刑事案件(指三年以下的),要尽可能适用缓刑或免予刑事处分。对量刑幅度在三年以上的,也可考虑判最低刑三年并适用缓刑,但要从严掌握。注意把握两点:

一是被告人真诚认罪并道歉,附带民事部分已经作出赔偿。二是取得被害人或其亲属的谅解。但作案动机卑劣、手段残忍(如预谋作案、携带刀具等危险性的凶器)的除外,此类案件一般要判实刑,然可以酌情从轻。这也是符合国外恢复性司法的理念,一方面使被害方人损失得到相应的弥补,另一方面促使被告人真正地认罪,付出代价之后从轻处罚,也利于其改造。从大的方面讲,双方和解后能够继续和睦相处,也利于社会的稳定。

二、关于未成年人犯罪的司法解释适用问题

最高人民法院出台《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》),从宏观上讲这是我国在司法改革过程中追求量刑公正与均衡的重要价值目标之一;也是落实保证未成年人权利的一大举措,体现了对未成年人的更多关爱,贯彻了对未成年人"教育为主,惩罚为辅"的刑罚原则。这个《解释》对未成年人的定罪、量刑、缓刑、假释等都作了明确的规定,统一了司法尺度;同时对盗窃、抢劫和强奸等犯罪行为的认定更加细化,量刑更符合未成年人犯罪案件的特点。总的讲《解释》更利于操作,但执行中大家提出的问题仍然很多,这里撷取其中若干问题做点分析:

1.关于未成年人责任年龄的认定。涉及未成年人犯罪案件时首先遇到是的刑事责任年龄问题,年龄的准确认定关系到对被告人是否追究刑事责任,是否从轻或减轻处罚,对中院来讲甚至涉及是否适用死刑的问题。在调研中许多地方提出未成年人犯罪刑事责任年龄认定问题比较多,证据难以把握。对此,笔者认为:

原则上要依据书证来认定。包括户籍证明、身份证、出生证、防疫保健卡、学籍卡等。但在实践中有时这些书证并不能准确反映被告人的真实年龄,如为了打工方便,把年龄做大,再如申报户口时按照农历而不是公历,等等。因此,依据书证认定有疑问时要结合其他证据加以判断。

其次结合被告人供述及证人证言、鉴定结论认定。如书证证明年龄大于实际年龄,则未成年被告人往往会在庭审中主动提出来,这就要结合被告人父母、近亲属、同学及邻居的证言,如被告的供述与其他证据不相矛盾或能互相印证,则可以认定。另外,如果被告人拒不讲清真实的姓名年龄等,则可以委托进行骨龄鉴定,经审查鉴定结论能够准确确定被告人作案时的年龄,则可以作为认定其年龄的根据;如果不能准确界定其年龄的,则不能作为依据。

第三是根据《解释》第4条规定:"对于没有充分证据证明被告人实施被指控的犯罪时已经达到法定刑事责任年龄且确实无法查明的,应当推定其没有达到相应法定刑事责任年龄。"则应当从利于被告的原则出发,推定其不具有相应的刑事责任年龄。

此外,这里需要强调的是凡是对年龄有疑问的一定要查清了再判,千万不能以差不多了、毛估估来判,一审因年龄认定有误而中院二审经调查核实后改判的案件已经有好几件,希望大家要引起重视。

2.关于《解释》第7条"已满十四周岁不满十六周岁的人使用轻微暴力或者威胁,强行索要其他未成年人随身携带的生活、学习用品或者钱财数量不大,且未造成被害人轻微伤以上或者不敢正常到校学习、生活等危害后果的,不认为是犯罪"的把握。

(1)这条规定里有几个问题比较难以把握:一是"轻微暴力"过于抽象,对暴力程度的轻重认识往往因人而异。是以暴力行为本身的轻重论,还是以暴力对被害人产生的作用论,或是以暴力对被害人身体造成的损害后果论,实践中不好把握。二是"随身携带的生活、学习