

· 栏目要览 ·

第2卷 第2集 · 总第5集

【改革与探索】

论先例判决制度

关于先例判决制度与实行判例法基本问题的探讨

【实践与思考】

关于当前刑事诉讼证据若干热点问题的探讨

关于推行刑事普通程序简化审的调查报告

基层法庭法官思维的调查与剖析

【法官热题】

关于改革案件审理报告的建议

对司法解释及法官法中律师回避制度的评述与质疑

【动态研究】

刑事证据法基本问题之思考

改我国的人民陪审员制度为人民陪审团制度

司法审判动态与研究

Research on Judicial Development

国家法官学院 司法审判研究中心 / 主办

NATIONAL JUDGES COLLEGE JUDICIAL RESEARCH CENTER

毕玉谦 / 主编

Bi YuQian, Chief Editor



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



司法审判动态与研究

Research on Judicial Development

国家法官学院 司法审判研究中心 / 主办

NATIONAL JUDGES COLLEGE JUDICIAL RESEARCH CENTER

毕玉谦 / 主编

Bi YuQian, Chief Editor

陈海光 赵建华 李成斌 / 副主编

Chen Haiguang Zhao Jianhua Li Chengbin, Executive Chief Editor



淮阴师院图书馆 766625



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



图书在版编目(CIP)数据

司法审判动态与研究. 第5集/毕玉谦主编. —北京:
法律出版社, 2004.2

ISBN 7-5036-4144-4

I. 司… II. 毕… III. 审判—研究—中国
IV. D925

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 006535 号

法律出版社·中国

责任编辑/戴 伟

装帧设计/温 波

出版/法律出版社

编辑/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/8.5 字数/220 千

版本/2004 年 3 月第 1 版

印次/2004 年 3 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法律应用出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/yingyong@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939642

传真/010-63939650

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.chinalawbook.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65193110

书号: ISBN 7-5036-4144-4/D·3862 定价: 15.00 元

编者的话

《司法审判动态与研究》的宗旨是汇集来自全国各级法院涉及司法改革与具体审判业务当中的热点、重点、疑点和难点问题进行研究,展开讨论与争鸣。《司法审判动态与研究》的一个重要立足点是注重信息(情况)交流,这种信息(情况)主要是指,在当前司法改革与审判实践中,或者具有典型意义,或者具有研究价值,或者能够引起国家有关部门、立法机构、学术界或者社会公众的关注,或者值得在全国法院系统内进行相互交流与探讨的信息或情况与问题等。

《司法审判动态与研究》的主力军是工作在全国各地各级人民法院第一线的法官和其他司法工作人员,他们当中或者具有丰富的审判实践经验,或者从院校毕业不久、在已掌握较为坚实的理论知识的同时正在积极从事审判实践活动,他们直接掌握着审判实践正在跳动的脉搏。常言道:实践出真知。历史的发展与时代的变迁为中国逐步走向一个较为成熟的法治社会提供了新的机遇。但是,在通向更加光明未来的进程中,道路却是曲折的、甚至充满艰难险阻的,富有挑战性。在此过程中,必将遇到体制上的障碍、制度上的缺陷、陈旧的观念、落后的文化沉淀等复杂因素的掣肘与束缚,因此,惟有激流涌进、披荆斩棘,才能在尽可能短的时间内实现将中国建成一个高度文明与法治社会的宏伟目标。为此,《司法审判动态与研究》愿做全国法官和其他司法人员的良朋益友,在邓小平理论指引下,本着实事求是的态度,在学术研究与探讨的氛围下,勇于披露和提出审判实践中所遇到的各种矛盾与问题,互相交流,共同提高;同时,《司法审判动态与研究》也将及时介绍一些法院在审判方式改革实践中富有

开拓性的做法和有益经验,以便其他法院加以借鉴,并且就所存在问题加以精辟地研究与探讨。

本辑《司法审判动态与研究》的编辑、出版,以及为此而开展的专题研讨活动等受到了福特基金会的资助,在此,谨向该基金会及项目官员刘晓堤女士表达诚挚的谢意。

编者

(按姓氏拼音为序)

- 1

编辑委员会

(按姓氏拼音为序)

毕玉谦 曹士兵 陈海光 党建军 甘文 韩延斌 蒋惠岭
金俊银 李成斌 苗有水 孙本鹏 王闯 张根大 赵建华
郑学林 祝二军

特邀编辑及特约通讯员名录(排名不分先后)

柴建国 (河北高院)	王挥 (辽宁高院)
张红生 (安徽高院)	汪少华 (江西高院)
曾芳文 (湖南高院)	胡志超 (广东高院)
尹德坤 (云南高院)	赵宇彦 (西藏高院)
乔生彪 (宁夏高院)	张豪 (山东高院)
杨坦辉 (军事法院)	王飞 (上海高院)
金奇男 (天津高院)	董碧仙 (福建高院)
李小菊 (湖北高院)	陈文全 (贵州高院)
赵健民 (陕西高院)	吕诚 (黑龙江高院)
时春明 (甘肃高院)	曾宏伟 (北京高院)
刘峥 (江苏高院)	许惠春 (浙江高院)
程效 (重庆高院)	姚世宏 (河南高院)
陈国庆 (海南高院)	张宗先 (新疆高院)
林玉棠 (广西高院)	李建平 (内蒙古高院)

马骥 (北京朝阳区法院)
程凤义 (吉林四平中院)

张素莲 (北京第二中院)
包晔弘 (上海第二中院)

刘 云	(江苏南京玄武区法院)	金 飏	(江苏无锡中院)
胡松河	(山东东营中院)	刘海英	(天津塘沽区法院)
何海彬	(浙江金华中院)	何能高	(江西抚州中院)
金代权	(重庆第一中院)	魏 明	(河南三门峡中院)
胡建萍	(四川成都中院)	孙学军	(辽宁沈阳中院)
朱训明	(安徽芜湖中院)	王继延	(北京海淀区法院)
韩 刚	(山东烟台牟平区法院)	吴在存	(北京第一中级法院)
刘 震	(黑龙江大庆龙凤区法院)	高万泉	(上海静安区法院)
杨 路	(上海第一中院)	汤 流	(江苏镇江中院)
王绪凡	(江苏连云港中院)	王守君	(山东烟台中院)
毛煜焕	(浙江杭州中院)	叶朝霞	(浙江青田县法院)
陈朝阳	(福建厦门中院)	付鸣剑	(重庆江北区法院)
陆国东	(广东韶关中院)	李 昕	(新疆乌鲁木齐中院)
宋雨洛	(吉林市中院)	卢光艳	(广西南宁中院)
邬耀广	(广东广州中院)	范跃如	(北京丰台区法院)
刘玉民	(北京房山区法院)	王建平	(上海长宁区法院)
韩 亮	(江苏南京中院)	储春平	(江苏武进法院)
谭松平	(江苏南通中院)	初鲁宁	(山东青岛中院)
吕利群	(浙江余姚法院)	傅高煌	(江西鹰潭中院)
王铁玲	(厦门同安区法院)	李 斌	(河南洛阳中院)
程春华	(广东东莞中院)	徐志国	(吉林松原中院)
李靖海	(黑龙江哈尔滨中院)	李照彬	(四川宜宾中院)
张有权	(山西长治中院)		

目 录

河南省郑州市中原区人民法院实行先例判决制度

21 卷六 附录

由最高人民法院《关于审理民事案件适用法律若干问题的解释》

编者的话 1

改革与探索 卷六 附录

论先例判决制度 河南省郑州市中原区人民法院 1

一、建立先例判决制度的初衷 1

二、先例判决制度的产生和构筑 3

三、先例判决产生的法理基础 5

四、先例判决制度的实践及其效果 6

五、需要说明的问题 9

为公正树立界碑 卷六 附录

——郑州市中原区人民法院实行先例判决制度 程 岗 14

关于先例判决制度与实行判例法基本问题的探讨 18

国家法官学院司法审判研究中心 18

一、如何看待河南省郑州市中原区人民法院实行的先例 18

判决制度 18

二、在我国目前国情条件下是否有必要实行判例法 22

三、关于如何实行判例法 29

四、谈谈判例法与法官职业化之间的关系 35

五、谈谈判例法与法官独立审判(及审判委员会) 1

之间的关系·····	36
------------	----

实践与思考

关于当前刑事诉讼证据若干热点问题的探讨

····· 国家法官学院司法审判研究中心	42
一、最高人民法院关于执行《刑事诉讼法》若干问题的 解释第61条的实施问题·····	42
二、关于证人的特权及亲属之间是否有被强迫作证的 义务·····	45
三、关于刑事诉讼中证人出庭作证问题·····	47
四、在刑事诉讼中如何对待口供·····	48
五、如何理解证据的确实充分性·····	50

关于推行刑事普通程序简化审的调查报告····· 伍崇辉

一、积极推行简化审·····	52
二、简化审的初步效果·····	54
三、简化审存在的主要问题·····	55
四、对简化审的建议·····	56

基层法庭法官思维的调查与剖析····· 胡建萍

一、司法风格:重点关注实体结果·····	58
二、司法效果:努力追求当事人不上诉·····	60
三、认定事实:更加注重客观真实·····	64
四、执行法律:常有一些边缘性思考·····	68
五、司法判断:更多来自于经验型思考·····	73

法官热议

关于改革案件审理报告的建议····· 薛焕彬	77
一、案件审理报告的存废之争·····	77

二、改革案件审理报告的理由	78
三、改革审理报告的基本构想	82
对司法解释及法官法中律师回避制度的评述与质疑	崔四星 86
一、回避的概念及对象	87
二、被回避的律师无法保障基本生活	87
三、被回避的律师与不被回避的律师对诉讼公平性的影响并无差异	88
四、被回避律师的公民权利	89
五、在许多外国法律中未有关于上述律师制度的回避规定	90
六、对解决问题的思考与建议	91
建构简易程序中的被告人参与模式	李汝银 93
一、改革刑事简易程序问题的由来	93
二、建立被告人程序参与模式构想的可行性	94
三、建立被告人程序参与模式构想的合理性	96
四、建立被告人程序参与模式的实践性	99
浅议单位证言的主体资格	——兼评《民事诉讼法》第七十条 韩 刚 103
一、证人的自然本性	103
二、其他国家的证人立法	106
三、单位的作证方式及证言效力	107
动态研究	
刑事证据法基本问题之思考	郑 旭 109
一、刑事证据法的功能	109
二、刑事证据法的范围及其与诉讼法的关系	110
三、庭审中心主义与三个诉讼阶段	113

85	四、可采性与证据的证明力问题	117
58	五、非法证据排除问题	121
	六、沉默权问题	125
88	七、证人问题	128
57	改我国的人民陪审员制度为人民陪审团制度..... 汤维建	133
57	证据合法性问题漫谈..... 叶 雯	140
	一、国外关于证据排除规则的规定和评价	141
88	二、程序与实体、隐私权与知情权等相关问题的	
93	利益平衡	143
	三、结论	145
00	公安、检察机关刑事诉讼举证责任之例外研究	147
19	一、问题的提出	147
89	二、其他国家或地区的有关规定	148
89	三、思考与建议	149
19		
	他山之石	
99		
	日本的司法考试、培训制度及其对我国的启示	152
101	一、日本的司法考试	152
101	二、日本的司法培训制度	157
100	三、对日本司法考试及其培训制度的评价	160
101	四、对我国国家司法考试及司法培训的启示	164
	我国台湾地区刑事司法改革述评..... 刘 文	168
	一、台湾刑事司法改革的背景	168
	二、台湾刑事司法改革的目标	170
901	三、台湾刑事司法改革的主要内容	171
901	四、台湾刑事司法改革简评	174
011		
111		

回音之声

疑案争鸣····· 国家法官学院司法审判研究中心	177
一、关于判例二所提出的民事诉讼法对各类证据的证明力大小有无次序排列问题·····	177
二、关于判例二所提出的采用证人证言推翻书证在审判中应如何把握的问题·····	180
三、关于判例三所提出的南江公司要求对系争树木进行鉴定的申请是否应予准许的问题·····	181
四、关于判例三所提出的在审判实践中如何确定鉴定机构的资质问题·····	183

域外采风

英国民事司法改革初期评估报告····· 英国司法大臣办公厅	186
1. 导言·····	187
2. 调查结果·····	191
3. 尽可能避免诉讼·····	192
4. 减少诉讼的对抗性,增加合作·····	194
5. 简化诉讼程序·····	199
6. 诉讼时间将缩短,且更具确定性·····	201
7. 诉讼费用将在民众的经济负担范围之内,具有可预见性,并与个案的标的额和复杂程度相适应·····	202
8. 经济能力受限的当事人也将能平等地进行诉讼·····	206
9. 外部机构的总体意见·····	207
10. 未来展望·····	209
美国法官的选任和管理····· 陈海光编译	212
加拿大司法制度简介····· 管育鹰	224

新书之窗

青 山 著

《中国证据法草案建议稿及论证》之精要·····	毕玉谦	227
一、证据法的基本原则·····		227
二、证据的可采性与非法证据排除问题·····		230
三、法院在采纳证据上的基本职责·····		232
四、对当事人举证权利之保障·····		234
五、证据与信息的及时展示与披露·····		239
六、证人出庭作证问题·····		243
七、证明责任问题·····		247
八、证明标准问题·····		250
评《中国证据法草案建议稿及论证》·····	杨 路	252

周采根

186	《中国证据法草案建议稿及论证》之精要·····	毕玉谦	227
187	·····		227
191	·····		230
195	·····		232
197	·····		234
199	·····		239
201	·····		243
203	·····		247
205	·····		250
206	·····		252
207	·····		252
209	·····		252
210	·····		252
212	·····		252
213	·····		252

论先例判决制度

河南省郑州市中原区人民法院

大陆法系与英美法系同为世界两大重要法律体系,我国传统上属成文法国家,立法体系、法律内容在很大程度上以继受大陆法系为主。大陆法系以抽象条文作为规范具体案件的法律,以缜密的逻辑推理解释成文法规则,而英美法主要以判例作为法律渊源,依“遵循先例”原则,累积法院先前所作的案例判决结果,作为日后审理案件的法源参考。由于两者各有特点,“从中国大陆市场经济立法趋势观之,如何以保留大陆法模式并融合英美法系私法规范,建立一个全面、完善、多元的民法体系,成为学界的共识”。

一、建立先例判决制度的初衷

在司法实践中,不难发现这样一种奇怪的现象,同一类型的案件,特别是新类型的案件,或者学术上有争议的案件,在不同的法官手中审理,可能出现不同的结果,这是成文法过于笼统、过于概括、过于抽象、过于原则等先天不足造成的。例如购买到假冒商品的顾客要求适用《消费者权益保护法》进行“1+1”赔偿的案件,报刊上曾报道过多个法院有多种不同判决结果:有判决“1+1”赔偿的,有认为知假买假行为不是消费者判决驳回诉讼请求的,有认为被告出售假货系欺诈行为而合同无效双方互相返还的。例如2002年4月1日之前,全国各地法院对医患纠纷案件处理,有适用侵权法的,有适用合

同法的,有适用《消费者权益保护法》的;有适用过错责任的,有适用无过错责任的;有适用举证责任倒置的,有适用“谁主张谁举证”的;直至《关于民事诉讼证据的若干规定》的实行,医患纠纷举证责任的问题才得以解决,才统一了举证责任的问题,然而医患双方之间是何种性质的法律关系等问题却仍在争论。因为法官对法律的理解不同,自由裁量权使用的不同,这就是成文法过强的原则性使它不能包揽无余,而且法律概念模糊不清,法条的含义笼统宽泛,使法官在适用时感到无所依从或者可以在几种法律中做出选择,选择的法律不同,裁判结果当然各异。这正是导致当前司法不统一的重要原因之一。另外,因为我们的某些法官的法律素质还有待于进一步提高。

另外一种现象是同一类型的案件反复提交审判委员会。一个类型的案件在甲合议庭里,有较大的分歧和争议,经审判委员会讨论解决问题后不久,另外乙合议庭办理类似案件时也发现同种问题,再次提交审判委员会,再做出同样的决定。而这是现阶段法院保持类似案件得出前后一致结果、能给公众一个公平结果的必经之路。一方面,审判委员会在进行重复甚至无用的个案研究决定工作,另一方面,拘泥于大陆法系成文法的特征和要求,先前的判决结果不能参照,造成了司法资源的极大浪费。

诚然,我国不是判例法国家,判例不是法的渊源,也不能在判决中直接引用,但是我们并不能因此忽视案例在司法实践中的作用。正如美国著名法学家 E. A. 霍贝尔对案例作用的论述“纷争的案例使我们法律现象有了最直接的认识”那样,案例是法律赖以生存的依托物,是法在审判实践中的具体的应用,是连接立法和司法的一座桥梁。近年来,我国最高人民法院公报中选登的案例,对全国人民法院遇到的同类型案例的指导意义也已经不言自明。而《人民法院报》曾在“刑案判例”的栏目,介绍“经最高法院领导同意,本报从今天起将在《法治时代》周刊和《理论与实践》专版上,开辟《刑案判例》栏目,专门刊登经最高法院业务庭审定的全国各地的判例,以便有力指导全国法院审理同类案件。”这些做法是目前人民法院能迅速提高审判

效率、促进司法公正的有效途径。笔者以为,这也应当是人民法院改革的一个方向:通过先前生效的个案判决来在一定程度上规范和指导后来同类案件的审理,统一裁判的尺度,促进公正与效率的早日实现。

二、先例判决制度的产生和构筑

所谓“先例判决制度”,是指经过某种程序被确认的“先例判决”对今后处理同类案件具有一定的拘束力,其他合议庭或独任审判人员,在处理同类案件时应当参照。它不同于英美法系的判例法制度,先例判决制度中的先例判决首先是根据成文法的规定做出来的,其他合议庭或独任审判员在处理同类案件时参照该先例并非援引该先例,而是应当根据成文法的规定做出后来同类案件的裁判结果,所以先例判决不是法官造法,更不是法的渊源。该项制度能最大限度地解决目前成文法制度的不足之处,并吸收判例制度的精髓部分,摒弃判例制度中与我国现行法律冲突的部分,有望在我们法治化进程中得到共栖和发展。

(一)案例遴选。在目前情况下,宜采取是循序渐进、逐步推行的做法,先例判决的范围应确定为经人民法院审判委员会讨论决定的对人民法院有指导意义的已经发生法律效力典型案例。包括以下内容:具有一定代表性,在审判技巧、运用证据、适用法律等具有指导意义的案件;本院审理的新类型案件或者法律规定不明确容易产生歧义的案件;审理中较成功地把握住相关立法原则和法律精神的案件;其他对本院审判工作具有指导意义的案件。先例判决在内容上分为刑事、民商、行政三种。各个审判业务庭定期挑选符合条件的优秀的裁判文书报法院的研究室初审。

(二)审判委员会的审核。一个案例是否作为我们的先例判决,应当由审判委员会决定。审核的方面包括案件的类型、程序和实体的处理、裁判文书的形式和内容、是否具有指导意义、是否是对以前的先例判决的修正等方面。一旦案例通过审核,就由案例转变为先