

SICHUAN UNIVERSITY
LAW REVIEW



四川大学法律评论

第17卷

主办 四川大学法学院

主编 刘昕杰



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

SICHUAN UNIVERSITY
LAW REVIEW

本书出版承四川大学人文社科期刊资助项目资助出版



四川大学法律评论

第17卷

主办 四川大学法学院

主编 刘昕杰



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

四川大学法律评论. 第17卷 / 刘昕杰主编. -- 北京 : 法律出版社, 2017

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1779 - 7

I. ①四… II. ①刘… III. ①法学—文集 IV.
①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 312507 号

四川大学法律评论
(第17卷)

SICHUAN DAXUE FALÜ PINGLUN
(DI-17 JUAN)

刘昕杰 主编

责任编辑 陈 慧
装帧设计 乔智炜

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制 沙 磊

编辑统筹 法律教育出版分社

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16

印张 19.25

字数 300 千

版本 2017 年 12 月第 1 版

印次 2017 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400 - 660 - 6393

第一法律书店/010 - 63939781/9782

西安分公司/029 - 85330678

重庆分公司/023 - 67453036

上海分公司/021 - 62071639/1636

深圳分公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1779 - 7

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

主 办

四川大学法学院

顾 问

周应德 赵炳寿 黄肇炯

学术委员会

名誉主任 杨泉明

委 员 (按姓氏笔画排列)

万 毅	马静华	王 竹	王建平
左卫民	龙宗智	向朝阳	刘昕杰
杜玉琮	李 平	杨泉明	杨遂全
杨翠柏	里 赞	何继业	陈界融
周 伟	顾培东	徐继敏	唐 磊
韩 旭	曾 彤	谢维雁	魏 东

编辑委员会

主 编 刘昕杰

副主编 孔德王 杨 丹

编 辑 李振贤 陈 慧 叶燕杰

唐清宇 李 红 王轶晗

刘楷悦

前 言

蜀地自古多俊杰,四川大学法学院地处中国西南,始终肩负着为各地、各行业培养、输送优秀法律人才的重任。回望历史,在抗日战争期间,国立四川大学法学院内迁至峨眉,不仅在战火中坚持办学,还于1942年创办《法学月报》,毅然扛起西南地区法学研究的大旗。本系列出版物第十一卷首先选校了四篇曾发表于《法学月报》上的文章作为纪念,以缅怀先贤。

经历了院系调整与恢复重建后,四川大学法学院在新中国成立后砥砺前行。1999年,《四川大学法律评论》出版发行,这份兼具历史文化底蕴与经世致用理想的出版物呈现出“群贤毕至、少长咸集”的盛景。四川大学法学院此前所在的老校区与成都望江楼公园毗邻,故被称作望江校区。望江楼上有一脍炙人口的绝联:“望江楼,望江流,望江楼上望江流,江楼千古,江流千古。”四川大学法学院的众多师生正是在这千古流长的锦江河畔留下了青春与回忆。因此,从第七卷起,本系列出版物更名为《望江法学》,在随后出版的九卷中,这里作为西南地区法学研究的重要阵地,不仅持续参与我国法治进程,而且关注四川地区的法律事件,如登载“汶川大地震法律问题专题探讨”“四川大学法学院恢复招生三十周年纪念”等特稿。

随着学校发展与新校区建设,四川大学法学院作别望江,扎根于美丽的江安校区,开始了新的征程。从第十一卷起,本出版物借鉴国内外著名法律评论的编辑经验,建立了由博士研究生为主体的编辑部,全面负责组稿与编辑工作。鉴于当前发展需要,为了进一步扩大本系列出版物的影响力,我们郑重决定将书名恢复为《四川大学法律评论》,计划从本卷起每年出版春季、秋季两卷。最后,借用昔时朱显祯教授为《法学月报》所撰发刊词作为结束:

现在中国一般社会人士,对于法治主义之如何重要,并无切当之估计,对

2 前 言

于法律人才之缺乏,亦无适当之认识,对于法学之不发达及法律智识之不普及,亦无确切之考察。本社同人,不揣绵薄,愿就此方面为适当之研究与批评,发出斯刊,以公社会。望海内法学大家暨政府司法当轴诸公,惠予援助,使斯刊得因法治之确立而日益光大,法学之昌明而日益改进,非特本社同人之幸,抑亦国家社会之福。

编 者

2017年3月2日

目 录

诉讼法研究专题

- | | | |
|---------|--|----|
| 罗 苟 新 | 高与低:职务犯罪二审证人出庭率研究
——以 W 中院 2011 ~2015 年案件为样本 | 3 |
| 王宗光 邱 波 | 实证反思与模式重构:未入额法官
在员额制下的进路
——以上海市 E 中院未入额法官协助
办案为样本 | 28 |
| 廖文全 王 尧 | 构建行政诉讼一审书面审理制度研究 | 39 |
| 夏 卫 | 论认罪认罚从宽制度中的控辩协商机制 | 48 |
| 刘 慧 | 构建我国“有专门知识的人”的资格要件
——以审判为中心的刑事诉讼制度改革
为背景 | 60 |

译文

- | | | |
|--------------------------|----------------|----|
| 保罗·W.卡恩 著
宋 东 译 苗文龙 校 | 司法的精神特质与法律的自主性 | 85 |
|--------------------------|----------------|----|

论文

魏振华	论七八宪法与八二宪法的交叉与衔接 ——兼论新中国宪法的立体效力	99
王强强	宪法视野下未成年人犯罪记录封存制度的完善	127
李文军	近代中国社会本位法学的“外来资源”	139
周奥杰	民事责任构成的理论与结构	150
蒲薪宇	“民事责任”两大问题分析	163
吴 笛	论刑事责任与民事责任的区别和共性	174
陈文昊	刑法中的个案正义与规则 ——兼论“声音隔离效应”	190
赵炜佳	国有企业腐败治理体系建构新探:误区、变革与进路 ——基于对 D 国企的实证考察	204
张福英	醉酒型危险驾驶罪的现实困境与价值坚守	219
苏川翔 何锦权	新创业企业面临的法律风险及其应对 ——以“双创”为背景	237
赵 心	东京审判惩治侵略罪的法理依据研究	250

评论

彭 昕	漂移中前进的证据法 ——读《漂移的证据法》	275
-----	--------------------------	-----

李 平	换个角度看公司 ——《公司控制人的法律分析》评介	285
李冰逆	日本贱民生活史:丰饶的黑暗 ——评冲浦和光《日本民众文化的原乡—— 被歧视部落的民俗和艺能》	287
	《四川大学法律评论》征稿启事	295

海和型二卷

201

诉讼法研究专题

高与低:职务犯罪二审证人出庭率研究

——以 W 中院 2011 ~ 2015 年案件为样本

罗苟新*

党的十八届四中全会通过的《关于全面推进依法治国若干问题的重大决定》指出了“推进‘以审判为中心’的诉讼制度改革”,“完善证人、鉴定人出庭制度”的顶层设计,如何落实证人出庭制度成为司法改革的一个重要环节。随着刑事二审案件开庭审理的推进,证人出庭成为二审庭审实践不可回避的问题。W 中院早在两个证据规定^[1]实施后就已开展二审开庭审理及证人出庭工作,统计其 2011 ~ 2015 年度裁判文书可见:五年中证人出庭基本不影响该院刑事二审案件的裁判结果;但证人实际出庭率还是在逐年递增,其中增长最明显的职务犯罪案件中 2015 年的证人实际出庭率竟高达 15.91%。为什么会在职务犯罪二审案件中出现这样的现象?现象背后存在什么问题?能否以庭审实质化改革去破解?本文拟基于案卷材料及统计数据等对此展开探讨。

一、缘起:问题的提出与样本的选择

2013 年新《刑事诉讼法》实施前,“实践中证人出庭率低是一个不争的事实。公认的看法是,证人不出庭已成为控辩式刑事庭审方式改革的瓶颈之一”^[2]。最高人民法院曾综合统计得出,证人出庭率在全国“一审刑事案

* 罗苟新,西华师范大学副教授,四川大学法学院诉讼法学博士研究生,研究方向:刑事司法制度。感谢梁婷法官对本文选题的建议,感谢 W 中级人民法院及该院为调研提供支持的所有法官,感谢左卫民教授、苏镜祥博士、纵博博士对本文提出的修改建议。

[1] 最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合制定的《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》和《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》。

[2] 左卫民、马静华:《刑事证人出庭率:一种基于实证研究的理论阐述》,载《中国法学》2005 年第 6 期。

件不超过10%,二审刑事案件不超过5%”〔3〕。其后,有学者通过对中国法院网2011年10月至2014年11月登载的裁判文书抽样统计得出刑事案件证人出庭率仅5%〔4〕。可见2013年新法实施后,并没有明显改变证人出庭率低的情况。2016年“两高”“三部”《关于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的意见》中明文提出:“落实证人、鉴定人、侦查人员出庭作证制度,提高出庭作证率。”〔5〕由此可见官方也认可学界所讨论的刑事案件证人出庭率低的事实,但是该意见并没有明确二审证人出庭问题。

刑事二审是否涉及证人出庭问题?我国刑事二审的功能是全面审理,依据新《刑事诉讼法》第223条规定,对第一审认定的事实、证据提出异议的案件应当依法开庭审理。随着二审案件全面开庭实践的展开,证人证言作为主要定案依据的职务犯罪案件中证人出庭是否为庭审应当进行的环节?二审证人出庭与一审有何异同?有哪些值得学术讨论的问题?从典型案件的实践出发进行考察是一种可行的研究路线,位于C直辖市的W中院〔6〕的实践提供了考察样本。

首先,其刑事二审案件开庭审理工作在实践中得到了落实。早在2011年初该中院二审刑事案件开庭审理的比率就已近60%,至2015年时已达80%以上,而其中职务犯罪二审案件开庭的比例更高,从2011年的68%增至2015年95%〔7〕,为证人出庭提供了程序前提。

其次,课题组经同意得已在2016年6月至8月到该院进行调研,调研方法与主要过程如下:

〔3〕 参见毛立军:《全国政协在青海主题调研证人出庭率低症结何在》,载《人民政协报》2007年7月31日,第1版。

〔4〕 胡铭教授通过对中国法院网2011年10月至2014年11月登载的共计100起刑事案件进行统计分析的结果表明,其中有17件案件中被告方针对30项证人证言笔录提出异议,但仅有5起案件中证人出庭,参见胡铭:《审判中心主义视阈下的刑事司法改革》,载《法学研究》2015年春季论坛论文。

〔5〕 最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的意见》第十二点“完善证人、鉴定人出庭规则”中明文规定“落实证人、鉴定人、侦查人员出庭作证制度,提高出庭作证率”。

〔6〕 W中院位于C直辖市城市中心,主管5个主城区及4个近郊县二审案件。

〔7〕 W中院的职务犯罪开庭率2011~2015年分别是68%、78%、94%、91%、95%,数据来源于该院该类裁判文书载“依法开庭审理终结”词项统计,后从访谈中得知在2012年《刑事诉讼法》实施前开庭的案件为检察院抗诉的案件及上诉人对案件主要事实、证据及法律适用有异议的案件,其余均不开庭;2012年《刑事诉讼法》实施后除极个别量刑争议不大的案件外均开庭审判,因此2013年开始开庭率达到90%以上。

一是阅卷。在该院工作人员协助下调阅该院 2011 年到 2015 年审结的职务犯罪二审案件裁判文书,并经同意进行相关数据查阅与统计。

二是访谈。该院职务犯罪案件承办庭审判人员、书记员及内勤共 25 名,都实际承办过二审职务犯罪案件,^[8]其中与课题组成员进行了交流的 15 名审判人员中有 10 名接受了正式访谈。他们通过交流与受访不吝告知办案心得、传授经验,更难能可贵地充分介绍了该院证人出庭实践情况;另联系到 3 位案件的辩护律师,但其中只有 1 位接受了询问,访谈主要反映了审判人员的看法。

三是问卷。除被调查人情况以外,问卷主要包括了八个问题。^[9]向全院 25 人共发放 25 份问卷,收回问卷 22 份。由于问卷问题都需要法官陈述原因,课题组将问题同时融入了访谈提纲中,10 名接受了正式访谈的审判人员,问卷原因部分由其口述,课题组人员记录后交由法官核实同意后才收回,保证答卷的完整与真实。其余 12 份问卷均填写了客观题而主观答题内容较少。基于此,本文仅将问卷作为访谈记录补充,后文不单独做问卷分析,所提到该院法官观点及解释均出自于访谈笔录及问卷填写内容。

最后,通过统计^[10]发现该院刑事二审申请证人出庭比例最高的是职务犯罪案件。如表 1 所示,该院提出申请证人出庭的二审刑事案件中,职务犯罪案件历年占比一半以上且逐年上升;但职务犯罪案件总数占刑事二审案件总数的比例最高不到 8% 且逐年下降。如图 1 所示,五年以来,职务犯罪案件占刑事二审案件总数不到一成,却占了申请证人出庭刑事二审案件的

[8] 调研时,该院还没有实行员额制,该庭成员包括内勤、书记员等都是通过了司法考试并经公招入庭,在案件较多时,内勤及书记员也会承办一些案件,平时主要由审判人员承办。

[9] 问卷八个问题包括:(注:以下问题所提“案件”均为职务犯罪二审案件)(1)您承办案件证人出庭率是多少?2012 年新刑事诉讼法实施后比以往有无变化?为什么?(2)您认为上诉人及其代理人申请哪类案件哪些证人出庭?原因是什么?(3)您同意证人出庭的比例多高?同意哪些证人出庭?不同意哪些出庭?原因是什么?(4)您承办的案件中证人实际出庭的比例多高?哪些证人同意后实际出庭?哪些同意后没有出庭?原因是什么?(5)您承办的案件中证人出庭后证言与庭前证言一致、不一致各占比例多高?(若还有其他情况请列出)(6)您对出庭证言是如何采信?同庭前证言一致与不一致的当庭证言采信有何不同?原因是什么?(7)您承办案件证人出庭对案件裁判结果有无影响?如果有影响,影响定罪与量刑的比例各多大?(8)您总体上对职务犯罪二审证人出庭的态度是支持、中立还是不主张?原因是什么?

[10] 统计的方法:依据该院刑庭提供各年开庭审理案件材料,并用“申请”“证人”“出庭”进行关键词搜索上诉状及裁判文书,结合访谈中承办法官提供的线索和数据,分年累加。

近六成,显然具有探究的典型性。

表 1 W 中院刑事二审申请证人出庭案件情况

单位:件

年度	刑事二审案件总数	职务犯罪案件数	职务犯罪案件占总数百分比	申请证人出庭案件数	申请中职务犯罪案件数	职务犯罪占申请案件百分比
2011	458	35	7.64%	12	6	50.00%
2012	685	51	7.45%	16	9	56.25%
2013	652	41	6.29%	19	11	57.89%
2014	821	46	5.60%	23	14	60.87%
2015	1002	44	4.39%	27	17	62.96%

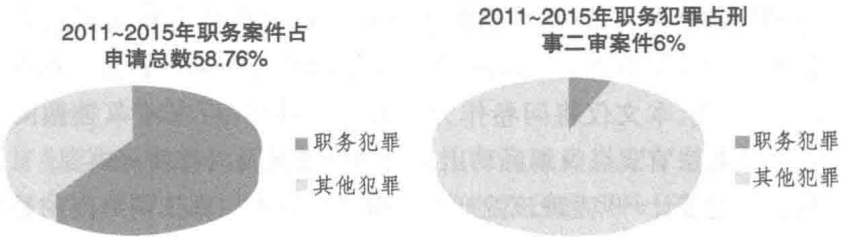


图 1

二、呈现:证人出庭率的三“高”二“低”

从 W 中院 2011 ~ 2015 年刑事裁判文书来看,没有发现有检察院提出证人出庭及法院主动通知证人出庭的刑事二审案件,^[11]下文都是基于对上诉方(原审被告)提出申请证人出庭案件的考察。基于此,本文根据证人出庭率在各个阶段的呈现,依次分解为申请率、同意率、实际出庭率、采信率、影响率^[12]。

[11] 已公开的研究也表明检察院提出证人出庭的次数较少,法院也不主动提出,参见前[4]。

[12] 根据证人出庭率在各个阶段的呈现,依次为申请证人出庭案件占刑事二审案件总数百分比、法院同意证人出庭案件占刑事二审案件百分比、证人实际案件占刑事二审案件总数出庭百分比、出庭证人当庭证言被法院采信案件占刑事二审案件总数百分比、采信后影响裁判案件数占刑事二审案件总数百分比,为便于叙述依次简称申请率、同意率、实际出庭率、采信率、影响率。

(一)证人出庭率的三“高”

对 W 中院 2011~2015 年度的刑事二审案件进行的总体数据统计(见表 2、表 3)对比可见:W 中院职务犯罪二审案件证人出庭案件的申请率、同意率、实际出庭率都比同期刑事二审案件总体数据高出多倍且历年递增,出现相对三“高”。

表 2 W 中院刑事二审案件证人出庭总体情况

单位:件

年度	刑事二审案件总数	申请证人出庭案件数	申请案件占总案百分比	同意案件数	同意案件占总案百分比	实际出庭案件数	实际出庭案件占总案百分比
2011	458	12	2.62%	5	1.09%	3	0.66%
2012	685	16	2.34%	6	0.88%	4	0.58%
2013	652	19	2.91%	9	1.38%	6	0.92%
2014	821	23	2.80%	13	1.58%	8	0.97%
2015	1002	27	2.69%	18	1.80%	10	1.00%

表 3 W 中院职务犯罪二审案件证人出庭总体情况

单位:件

年度	职务犯罪二审案件总数	申请证人出庭案件数	申请案件占总案百分比	同意案件数	同意案件占总案百分比	实际出庭案件数	实际出庭案件占总案百分比
2011	35	6	17.14%	3	8.57%	2	5.71%
2012	51	9	17.65%	5	9.80%	3	5.88%
2013	41	11	26.83%	7	17.07%	4	9.76%
2014	46	14	30.43%	11	23.91%	6	13.04%
2015	44	17	38.64%	14	31.82%	7	15.91%

1. 申请率相对高

如图 2 所示,五年中 W 中院职务犯罪二审案件证人出庭申请率高出刑事二审所有案件申请率 5~13 倍,并自 2013 年始增幅加剧。这可以与访谈中 W 中院刑事法官普遍感到“2013 年刑事诉讼法实施后,上诉人动用法律手段积极,权利保障意识明显增强”相印证。

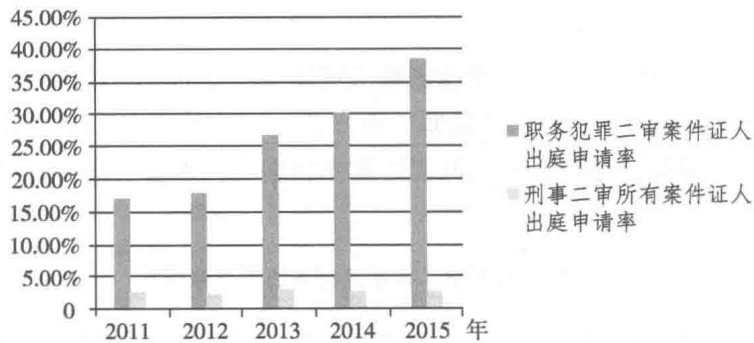


图2 W 中院职务犯罪二审案件与刑事二审案件证人出庭申请率对比

通过对申请证人出庭的职务犯罪案件进行分类统计,发现受贿案所占比例最高(如表4所示),而且从2013年开始所占比例升至八成左右。被申请出庭的证人是行贿人的占比最高(如表5所示),申请侦查人员出庭的数量居其次;有个别案件出现申请看守所管教出庭的情况;还有个案申请贪污、徇私枉法涉及的同事、书证保管人及其他间接证人出庭的情况。

表4 W 中院职务犯罪二审案件提出证人申请的案件类型

单位:件

年度	提出申请案件数	受贿案数量	贪污案数量	徇私枉法案数量	其他案数量	受贿案占申请案比例	备注
2011	6	4	1	1	0	66.67%	有一个被告人同时犯两个以上罪名的情况
2012	9	5	2	1	1	55.56%	
2013	11	9	2	1	0	81.82%	
2014	14	11	2	1	1	78.57%	
2015	17	14	2	1	1	82.35%	

表5 申请出庭的证人类型及案件数

单位:件

年度	申请行贿人出庭案件数	申请侦查人员出庭案件数	申请其他证人出庭案件数	备注
2011	4	2	1	同案会出现多种类型
2012	5	3	2	
2013	8	3	2	
2014	11	2	2	
2015	13	2	2	