



审判实务研究

STUDY ON TRIAL PRACTICE

主编 徐建新

人民法院出版社

审判实务研究

主 编 徐建新
副主编 翁国民
编 委 虞富礼 吴光大 毛美蓉
 楼丁有 李 刚

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

审判实务研究 / 徐建新主编. —北京: 人民法院出版社,
2001.11

ISBN 7-80161-219-1

I. 审… II. 徐… III. 审判-研究-中国-文集
IV. D925.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2001) 第 079866 号

审判实务研究

主编 徐建新

责任编辑 辛秋玲

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京东交民巷 27 号 (100745)

电 话 (010) 65227857 (责任编辑) 65136848 (出版部)
65299981 65136849 (发行部)

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 全国新华书店

开 本 850×1168 毫米 1/32

字 数 443 千字

印 张 17.125

版 次 2001 年 11 月第 1 版 2001 年 11 月第 1 次印刷

印 数 1—3000 册

书 号 ISBN 7-80161-219-1/D·219

定 价 29.00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装, 请与出版社联系调换)

义乌法院的法官论文集《审判实务研究》付梓，可喜可贺。对义乌法院而言，是对近年来调研工作的一个总结和提高；对全市法院而言，是对调研工作的一种促进和带动。

英国著名法官E·柯克爵士说，“法律是一门艺术，在一个人能够获得对它的认识之前，需要长期的学习和实践”。法律的真谛不是通过熟记几个法律，办理几个案件即能发现。真正的法官区别于法律外行的，除法律知识的多寡外，更在于法官法言法语背后独特的推理、论证和思维方式。我们培养“专家型”的法官，目的就是掌握法律思维方式，而不仅仅是多学几个法律条文。这独特的推理、论证和思维方式从何而来？来自于调研，来自于通过调研对法律真谛的领悟。

学术研究与审判工作共存共兴，这既是以往审判工作的经验总结，又是新时期法院工作所必须坚持的。无论是法官素质的增强，司法改革的突破，审判质量的提高，还是存在问题的解决，都离不开

调研。一个法院的调研之风日盛，其审判工作必然日新。近年来，义乌法院调研气氛愈加浓厚，调研成果愈加涌现，调研质量愈加提高。法院的各项工作也得到全面拓展，先后获得诸多殊荣。这也印证了学术研究与审判工作共存共兴的道理。我希望，全市法院进一步加强学术研究，加大调研的力度，全面促进法院各项工作。

有感而发，为之序。

高洪宾

2001年7月19日

注：高洪宾为国家法官学院、浙江大学法学院兼职教授，浙江省金华市中级人民法院院长，专著有《民商事审判新问题探究》、《司法判解研究》等。

NAH61/01



主编简介

徐建新，男，1963年11月出生，浙江衢县人，1985年毕业于杭州大学（现浙江大学）法律系，法学学士。历任金华市人民检察院政研室主任、东阳市人民检察院副检察长、东阳市人民法院副院长。1998年初任义乌市人民法院院长，同年在西南政法大学诉讼法学研究生班毕业，任浙江财经学院法律系客座教授。长期致力于法学理论与司法实践相结合的应用性法学研究，先后在《人民司法》、《人民检察》、《现代法学》、《人民日报》、《人民法院报》、《检察日报》等国家级、省级、地市级刊物上发表学术论文60余篇，其中有5篇论文在全国或省级学术讨论会上获奖。在《刑法学》（工商出版社，1998年版）中参与编撰并担任副主编。



副主编简介

翁国民，男，1964年9月出生，浙江萧山人。1985年毕业于杭州大学法律系，获法学学士学位。1988年至1991年在武汉大学攻读国际经济法专业研究生，获硕士学位。1996年9月至1997年7月在德国维尔兹堡大学法学院作高级访问学者。现在对外经济贸易大学攻读国际商法博士学位。掌握英语、德语两门外语。现为浙江大学法学院国际经济法教授、硕士生导师组组长、浙江大学经济法制研究所所长、中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员。著有《普遍优惠制及其利用问题研究》、《全球化经营的法律保障》等专著和《WTO体制下的普遍优惠制》、《国际标准合同与国际贸易法的国际统一》等数十篇学术论文。其撰写的《普遍优惠制及其利用问题研究》获第二届全国青年社会科学研究优秀成果奖。1999年获“浙江杰出法学青年”称号。

目 录

刑 事 类

- 论刑事审判中的当庭认证 徐建新 (1)
- 关于当庭认证的法律思考 虞伟华 (17)
- 刑事证人作证制度及其完善 徐建新 (24)
- 刑事证据展示制度初探 徐建新 (31)
- 刑事诉讼中证明、举证责任分担之探究 徐建新 (41)
- 关于“调查核实证据”的思考 徐建新 (52)
- 建议建立刑事辩护律师的回避制度 陈高明 (58)
- 公诉案件审判程序若干问题的思考 徐建新 (63)
- 控辩式庭审中若干问题刍议 徐建新 (73)
- 控辩式刑事庭审程序的操作 虞伟华 (79)
- 刑事公诉案件庭审中应注意的几个问题 毛志坚 (87)
- 试论普通程序简便审 徐建新 毛志坚 (93)
- 论罪刑法定与新刑法 徐建新 (104)
- 对单位犯罪主体若干问题的探讨 盛振兴 (113)
- 试论违法发放贷款罪 徐建新 (121)
- 谈谈审理毒品犯罪案件中的几个问题 朱 明 (129)
- 淫秽物品犯罪的构成及其情节轻重的认定 毛志坚 (136)

民事类

- 论庭前交换证据制度 徐建新 黄雁晨 (144)
- 庭前证据交换程序规则及其效力保障 ... 李小坚 朱琳琳 (153)
- 刍议民事举证时限制度 李 刚 (163)
- 举证责任分配实务研究 李小坚 (174)
- 当事人举证与法院查证关系探析 李 刚 (184)
- 浅析证据保全制度 斯根成 (194)
- 民事诉讼“伪证行为”概念辨析 陈成建 (200)
- 建立对民事诉讼伪证者的惩治体系 陈成建 (211)
- 略谈当事人诉讼地位的法律根据 李小坚 (217)
- 重构庭前准备程序制度之思考 楼笑明 (223)
- 论当庭宣判的构筑 朱效良 李 刚 (232)
- 浅析案件审理报告的取消 虞富礼 (240)
- 司法公正：民事诉讼的终极目标 斯根成 (244)
- 保证期间起算标准质疑 陈成建 (256)
- 对借款合同中保证期间约定效力的思考 王俊民 (262)
- 试论担保法第二十四条的理论基础 龚辉文 (266)
- 论摊位使用权抵押的效力 陈成建 (272)
- 评《合同法》“约定不明确视为不支付利息”
的条文之缺陷 陈成建 (279)
- 关于股东大会制度的几个问题 陈高明 (290)
- 董事义务构造的两大发展趋势及我国公司
立法的不足 陈高明 (297)
- 寄售店高利放贷案件情况调查 王雪琴 (303)
- 未成年人侵权责任承担规定的修改与完善 李小坚 (309)

对交通事故损害赔偿由公安机关先行调解的

- 质疑 楼笑明 (315)
- 大立案制和立案庭职能浅析 陈高明 (321)
- 对统一立案工作中所提质疑的商榷 陈高明 (327)
- 谈谈民事裁判文书制作改革的若干问题 陈 因 (334)
- 破产裁定书的制作与修改 斯根成 (344)

行 政 类

设立具体行政行为直接利害关系人申请

- 执行权的构想 刘净非 (353)
- 行政诉讼中第三人若干问题的思考 刘净非 (358)
- 土地行政案件审理中的几个问题 刘净非 (367)
- 土地违法行为处罚中存在的问题及对策
..... 刘净非 李 刚 (373)
- 论治安行政处罚案件中轻微伤鉴定之必要性 刘净非 (378)
- 论强制销毁行政行为 于月才 (383)
- 依法行政与政府职能转变 刘净非 (391)

执 行 类

- 执行难之现状及对策刍议 徐建新 (394)
- 试论执行中止及其适用 吴光大 (399)
- 试论建立公开执行制度 王俊民 (411)
- 浅谈建立执行前财产保全制度 朱卫东 (422)
- 赋予公安机关民事执行权之我见 黄潮福 (429)
- 谈人民法院委托拍卖程序中的几个问题 朱卫东 (436)
- 如何执行歇业企业 蒋晓东 (444)

执行通知的弊端及对策	金江民 (450)
执行和解能否作为一种执行的结案方式	金江民 (453)
执行“六字诀”	吴功君 (456)

综合类

坚持公正司法 推进依法治国

——学习《中华人民共和国宪法修正案》体会

.....	徐建新 (460)
论法院在依法治国中的地位与作用	徐建新 (465)
新时期必须树立法院的司法权威	徐建新 (472)
以“三讲”为核心全面营造司法公正	徐建新 (475)
“三个代表”与司法公正.....	徐建新 (483)
实践“三个代表”思想 努力提高法官素质	虞富礼 (485)
论法官制度改革与司法公正	徐建新 (488)
影响司法公正的原因及对策	楼笑明 (504)
论深化审判方式改革的若干外部条件	王俊民 (511)
“冷、硬、横、推”的成因、危害及其纠正.....	陈清日 (526)
EOG 在外伤性白内障中的使用价值	金子丰 (534)
后 记	徐建新 (537)

刑 事 类

论刑事审判中的当庭认证

徐建新

认证的模式问题，是在 1997 年实施修改后的《中华人民共和国刑事诉讼法》，以控辩式的审判方式取代以往纠问式的审判方式产生的新问题。修改后的刑事诉讼法实施后，对这一问题的探讨，刑事司法理论及刑事审判实践中对认证模式存在着截然相反的意见及大相径庭的操作方式。迄今为止，这种分歧的存在不仅是理论上的，而且导致刑事审判实践中一定程度上的混乱局面，影响了庭审方式改革的深化，影响了庭审的公正性、公开性及庭审效率的提高。

一、认证模式及其价值取向

世界上的两大法系大体采用了两种不同的认证模式，其中英

美法系实行对抗式（或称为控辩式）的诉讼模式，要求当庭采证，其采证方式称为“分离式”；大陆法系实行审问式的审判方式，不要求当庭采证，其采证模式称为“总括式”^①。总括式的基本特征是对证据的调查与采纳不作严格的区分，将两个环节合而为一进行，总括式适用大陆法系国家，其证据制度是自由心证制度。分离式的基本特征是，对证据的调查和采纳作严格的区分，两个环节分开进行，分离式适用于英美法系国家，其理论依据是法官对证据的可采性负责，陪审团则根据采纳的证据判断案件的事实^②。而在战后，意大利和日本等国家，其庭审方式由职权主义的审问式向当事人主义的对抗式转变时，其采证模式也实现了从总括式到分离式的转变。日本刑事诉讼法第 309 条规定：（1）检察官、被告人或辩护人关于调查证据可以声明异议。（2）检察官、被告人或辩护人除了前项规定的情况以外，对于由审判长所作的处分也可以声明异议。（3）法院应当对前二项声明作出裁定。据日本学者解释，“声明异议”事关证据的采纳与否^③，故属于当庭认证。意大利刑事诉讼法明确要求法官当庭采纳证据，该法第 190 条第 1 款规定：“证据根据当事人的请求而获采纳。法官以裁定的形式立即排除法律所禁止的证据和明显多余或意义不大的证据”，同时第 495 条规定：“（1）法官听取当事人的意见后，依 190 条第 1 款的规定裁定采纳证据。……（4）在法庭调查过程中，法官以裁定的形式就当事人针对证据的可采性提出的抗辩作出裁决。法官在听取当事人的意见后，可以裁定撤销对于不必要的证据的采纳或采纳曾经被加以排除的证据”^④。

① 樊崇义主编：《刑事诉讼法专论》，中国方正出版社 1998 年版，第 433 页。

② 同①，第 435 页以下。

③ 日本司法研修所编、王铁成等译：《刑事辩护实务》，中国政法大学出版社 1989 年 11 月版，第 125 页。

④ 樊崇义主编：《刑事诉讼法专论》，中国方正出版社 1998 年版，第 441 页。

由此可见，在英美法系的当事人主义诉讼模式中，其采信采用分离式的方式均要求当庭认证；在日本和意大利其采信从总括式转向分离式，相应的其认证模式也由庭后认证改为当庭认证，这是一个基本的规律。

再看我国修正后的刑事诉讼法，它大量地参考和吸收了英美法系当事人主义诉讼模式的一些因素，突出了控、辩职能的诉讼主体地位，围绕案件事实与证据、量刑的情节、适用的法律，通过控辩双方的言词相衡对抗，法官居中裁判，当庭举证、当庭质证、当庭认证、当庭宣判。这种新的庭审模式在司法实践中，我们称其为控辩式的庭审模式。与此相应，认证模式也就应由庭后认证改为当庭认证。这也是已经被英美法系国家及意、日等审判方式转型国家的审判实践所证明了的。笔者以为采用当庭认证的模式，至少还有以下的理由和意义：

第一，当庭认证体现了审判公开的制度要求。我国刑事诉讼法第 11 条规定：“人民法院审判案件除本法另有规定的以外，一律公开进行。”这是根据我国宪法和人民法院组织法而确立的刑事审判中的一项基本制度，当今世界各国的立法中也普遍采用了这一原则，它要求审判机关对案件的审理过程和判决的宣告应公开进行。所谓审理过程公开，就是指法院审理案件的活动，包括证据的提出、调查与认定等，一律在公开的法庭上进行。因此，当庭认证是体现了审判公开制度的要求。在开庭审理中当庭认证，认证在控辩双方及其他诉讼参与人的直接参加下进行，认证的理由当即公开，对于虚伪的陈述、证言及无效的鉴定结论以及不能采信的证据当庭予以否认，对旁听人员及诉讼各方也是一种生动、具体、真实、形象的法制教育，也能促使参加诉讼的各方更加客观公正地进行举证、质证；由于当庭认证需要审判人员除具有较高的业务素质、法律知识及娴熟的庭审技巧外，还必须在庭审中高度集中精力，反应敏捷，严肃认真、一丝不苟，否则将

会不知所云，无法裁判，所以这对于培养和提高审判人员的快速反应能力及提高全面的素质都是十分有益的。

第二，当庭认证体现了公正司法的原则要求。李鹏委员长指出：“要公正司法，依法办案。现在最大的问题是司法要公正”^①。委员长的话可以说是代表了人民群众的呼声，司法公正是人民法院审判工作的生命和灵魂，也是审判工作的基本要求。事实上，公正历来是人类社会所追求的美德和崇高的价值目标，自从诉讼制度产生以来，人们就为追求诉讼的公正而不断努力，某种意义上说诉讼制度如果失去公正则必遭灭亡，因为“诉讼制度或程序真正永恒的生命基础则在于它的公正性”^②。审判改革所追求的最大目标之一就是司法公正。司法公正既包括实体的公正，也包括程序公正，而当庭认证则体现程序的公正性。因为当庭认证是在诉讼各方及旁听群众参与的情况下进行，使得对事实与证据的认定权力在阳光下运作，对审判人员起到了很好的监督作用，使之不能也不敢认证不公；同时，它有效地防止了以往的刑事诉讼中那种案件的一切事实、证据的定性等均要经过层层报批、先定后审而可能产生的不公正的局面。

第三，当庭认证的模式有利于提高办案的效率和诉讼效益。效率是指在单位时间内完成的工作量，仅指完成工作的速度；效益是指效果和利益，通常是指成本的投入与产出之间的比例关系。成本越小，收益越大，效益也就越高。“效率侧重于强调人类社会活动的过程价值，而效益侧重于强调人类社会活动的结果价值”^③。因此，过程和结果是不能绝对的分开的，没有一定的

^① 引自《完善制度·加强监督·促进公正司法》，载《钱江廉潮》1998年第11期，第1页。

^② 柴发邦著：《体制改革与完善诉讼制度》，中国人民公安大学出版社1991年版，第39页。

^③ 李文健：《刑事诉讼效率论》，中国政法大学图书馆藏，第31页。

效率也就没有一定的效益。虽然我们把公正作为审判追求的最主要目标，但是随着改革开放的深入，社会经济的飞速发展，各种形形色色的犯罪也在不断地增加，法院的刑事审判工作案多人少的矛盾日益突出，因此如何提高刑事诉讼的效率和效益问题，愈来愈受关注。在刑事诉讼中，如何尽可能地投入较小的社会成本，实现尽可能大的社会效益，才能真正实现诉讼的价值，达到诉讼的目的。而当庭认证使审判人员及时能确定证据的效力，从而尽快地认定案件的事实，这就是所谓的举证质证在法庭、查明事实法庭，它为当庭裁判奠定了坚实的基础；当庭认证同时也使控辩双方免于在一些已经可确认的事实与证据问题上重复举证，多费口舌，或反复举证，纠缠不清，提高了诉讼效率；此外，当庭认证使控辩双方对自己所举证据采纳情况及采纳之分析意见、理由一目了然，更易服判，减少上诉或抗诉现象之产生，节约了诉讼资源，提高了效益；同时，当庭及时认证，及时确定证据的效力，使控辩双方能及时明确下一步举证的方向与举证的重点，也就加快了庭审的节奏。总之，当庭认证从多方面提高了庭审的效率，强化了庭审的功能，提高了办案的效率和诉讼的效益。

第四，当庭认证是贯彻修改后的刑事诉讼法的要求。我国1979年颁布的刑事诉讼法采用的类似于职权主义的审判方式，在避免将事实不清或明显无罪的人交付审判、查明案件真相及防止诉讼为控辩双方所左右和保障快速审判等方面，有着明显的优势；但其缺陷也是明显的，就是由于其过分强调法院的职权，因而对控、辩、审的诉讼结构重视不够；对发挥辩护职能作用的保障重视不够。修改后的刑事诉讼法借鉴了英美法系的当事人主义的审判方式，其庭审方式具有以下特点：一是实行控、辩、审分离制度；二是强化控辩双方的举证和辩论，法官从控辩双方的举证和辩论中，明辨是非，客观公正地裁决案件；三是重视审判的

职能作用，保持审判人员在法庭上的中立主导地位。这样一种庭审方式其对抗性显然大大增强，相应地要求审判人员，凡是能够当庭采纳的证据均应当庭予以确认，这当然是指经过质证之后可以确认的证据。需要指出的是，最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第225条第4款明文规定，对适用简易程序的案件，人民法院一般应当庭宣判。这就从司法解释上明确，凡是适用简易程序的案件应当庭认证，否则就无法当庭进行宣判。最高法院要求各地进行审判方式改革的重要内容之一，就是要提高当庭宣判率，而如果不当庭进行认证，则也就无法当庭宣判，当庭宣判率也就无法提高。

那么，实行当庭认证可行性如何呢？笔者认为完全是完全可行的。从辩证唯物主义、马克思主义的认识论观点看，事物是可知的，虽然案件事实千变万化，但作为证据其本身具有一定的特性，认证是具有一定的规律性的，故当庭认证是可能的。而且刑事案件多经侦查机关的侦查、预审及检察起诉的审查，而新的刑事诉讼模式中辩方的作用也得到了强化，可以在侦查阶段就介入诉讼，起诉阶段就介入辩护，许多情况下，辩方也作了调查，辩方有足够时间与机会充分发表辩护意见，这就为审判人员当庭认证打下了良好的基础。有的人认为，当庭认证不可避免地会出现原先已经认定的证据要被推翻或原先已被否认的证据又要重新认定，认为这会使庭审陷入尴尬的境地或有损法律的尊严。笔者认为以此来否定当庭认证的可行性也是不当的。首先，只要审判人员具有较好的业务素质、审判经验和驾驭庭审能力，出现以上情况是十分罕见的，因为当庭认证并非要求所有的证据都一律当庭认证，确有疑问的，既可合议后认证，也可以按照刑事诉讼法第158条之规定进行庭外调查核实后再认证。其次，审判中如果真的出现以上情况时，也是允许当庭纠正的，这完全是个观念问题，即使采用分离式多年的英美法系国家，出现以上情况也是不