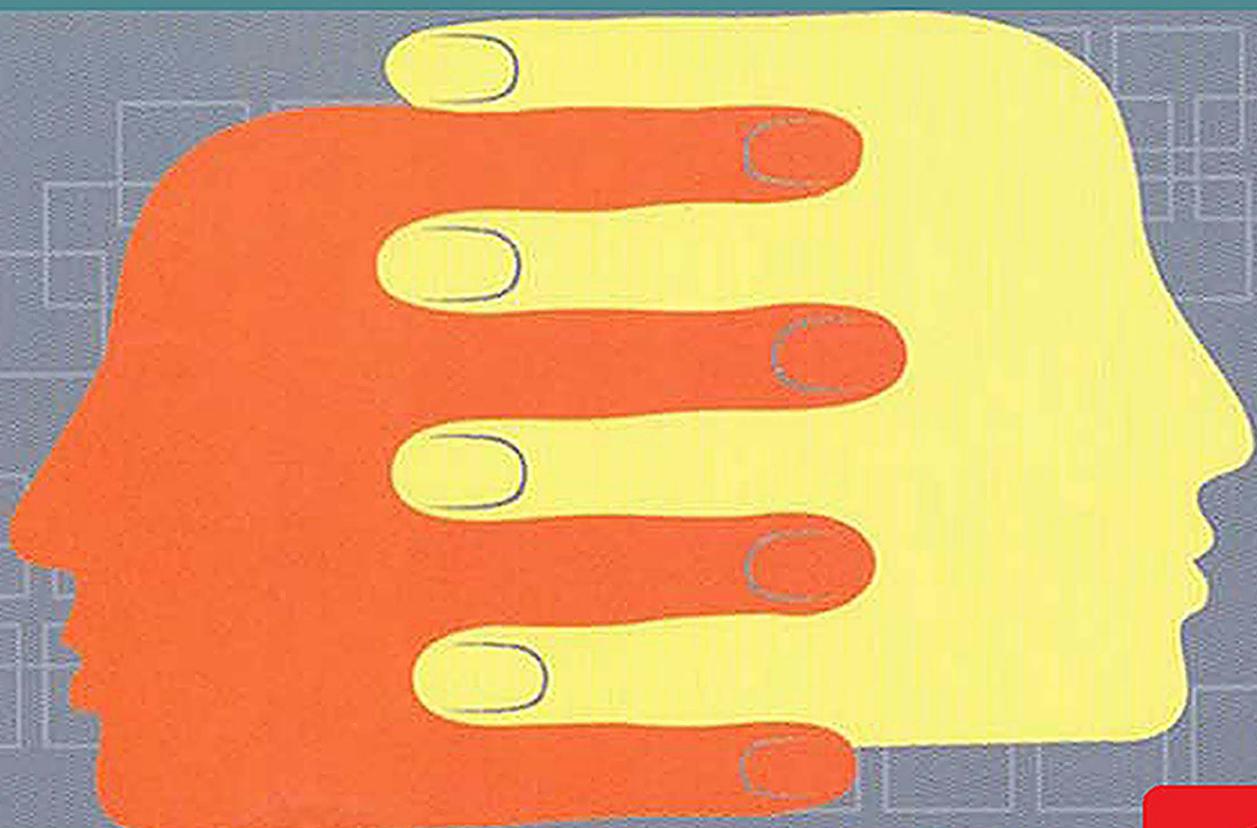


审判理论与实践探索

主编 何文平



吉林人民出版社



审判理论与实践探索

SHENPAN LILUN YU SHIJIAN TANSUO

主 编 何文平

审
判

吉林人民出版社

编 委 会

主 编:何文平

副主编:齐德力 武保国 白景权 沈洪庆 李宝全 黄重阳

编 委:(以姓氏笔画为序)

王希慧 仇立冬 纪 念 刘 震 刘铁军

闫子路 孙利民 岳 冰 倪 凯 徐华楠

夏英红 贾李强 梁忠发

审判理论与实践探索

主 编:何文平

责任编辑:杨九屹

封面设计:张 娜

制 作:吉林人民出版社图文设计印务中心

吉林人民出版社出版 发行(长春市人民大街7548号 邮政编码:130022)

印 刷:长春市天泰印业商社

开 本:787mm×1092mm 1/16

印 张:29.5 字 数:735千字

标准书号:ISBN 978-7-206-06238-4

版 次:2012年2月第1版 印 次:2012年2月第1次印刷

定 价:58.00元

如发现印装质量问题,影响阅读,请与出版社联系调换。

目 录

序一·····	1
序二·····	1

刑事审判研究

试论我国刑法的罪责刑相适应原则·····	何文平	3
试论盗窃未遂的处罚·····	沈洪庆	6
浅析刑事和解制度·····	徐华楠	10
非监禁刑适用情况的调研·····	徐华楠	16
论刑事附带民事诉讼中的精神损害赔偿·····	徐华楠 李雪萍	23
论量刑之适用·····	胡静伟	28
论死刑的限制·····	王庆娟	34
善意证人证言真实性评析·····	孙康凯	41
盗窃数额问题研究·····	于琳琳	50
论我国刑法中的期待可能性思想·····	杨 杰	58
职务犯罪缓刑适用产生的问题、原因及对策·····	任丽薇	67
沉默权若干问题的研究·····	徐丽丽	72

未成年人审判研究

未成年人犯罪特点、成因与对策·····	徐华楠	85
论对未成年人保护与犯罪预防·····	宋 洋	90
“罚”与“不罚”的博弈		
——试论我国未成年人犯罪罚金刑之适用·····	陈 静	95

民商事审判研究

关于劳动关系和事实劳动关系的认定·····	黄重阳	105
交强险赔偿范围探析·····	闫子路	111
浅析担保物权的竞合·····	闫子路 周兴佳	115
安装 GPS 的车辆被盗 赔偿责任应如何分担·····	闫子路	121

电子邮件能否单独作为证据使用·····	闫子路	125
短信可否作为定案的唯一证据·····	闫子路	128
浅析买卖合同中货物损失之风险转移·····	魏彤	132
浅议民事诉讼中追加当事人的法律适用·····	魏彤	135
挂靠施工民事责任承担问题研究·····	原艺	139
公民诉讼代理问题的探讨·····	孙超	145
关于供用热力关系的特性、成因及解决对策·····	于戈	150
浅析明星代言的法律责任·····	张漫	153
“人肉搜索”的法律问题浅析·····	生越	159
离婚案件缺席审理中存在的几个问题·····	付秀丽	164
夫妻暴力被害人提起附带民事诉讼的冲突与平衡·····	陈静	167

行政审判研究

审理高校行政诉讼案件的探索·····	武保国 倪凯	179
运用协调机制解决行政案件的调研·····	白景权	188
行政案件的审查范围及判决方式的关系研究·····	夏英红	196
论行政不作为案件的审理·····	倪凯	201

执行工作研究

论被执行主体的变更与追加·····	刘震	207
无财产可供执行案件退出机制研究·····	刘震	216
执行威慑机制之构建·····	李海静	225

队伍建设

关于基层法院文化建设的几点思考·····	何文平	233
关于基层法院法官队伍建设情况的调研·····	梁忠发	240
论法院人员人性化管理·····	梁忠发	249
论人民法院规范化建设·····	梁忠发	256

廉政建设

案件质效和廉政监察的“七个怎么办”·····	何文平	263
贯穿文化主线、筑牢反腐根基，开创基层法院党风廉政建设新局面·····	何文平	270
对人民法院党风廉政建设途径的思考和探索·····	纪念	284
加强新时期法院党风廉政建设责任制落实的思考·····	纪念	290

审判管理与服务大局

基层法院能动司法理论与实践探析·····	何文平	297
----------------------	-----	-----

论和谐社会背景下多元调解机制的有效衔接·····	何文平	304
源头治理、同步防控，建立运行全员参与的动态信访防控体系·····	刘震	314
浅议人民调解与诉讼调解的对接·····	贾彪	319
到底能够走多远		
——从“背靠背”与QQ调解探法院民事调解之限度·····	陈静	323
法院审判管理权与行政管理权的合理定位·····	刘震	331
论舆论监督与司法公正·····	贾李强	346
论审判公开原则·····	李国娟	353

法理研究与司法改革

嬗变与重塑

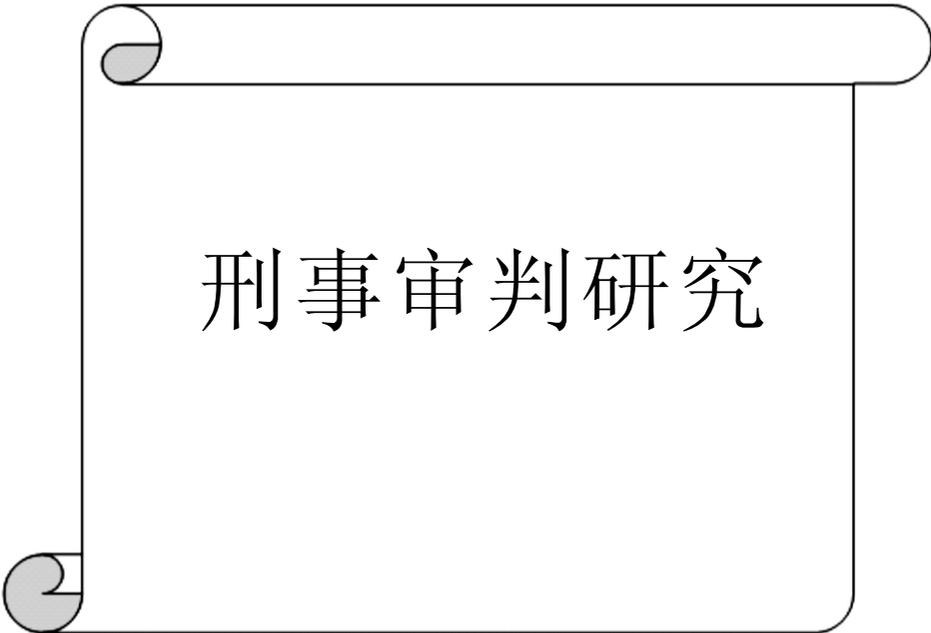
——对合议制改革的再思考·····	王希慧	363
关于审判权公正行使的探讨·····	刘铁军	374
论我国审判监督程序的改革与完善·····	姜颖姝	377
法的效力问题研究·····	李雅明	382
“121”审判方式改革探析·····	魏彤	390
改革和完善迟延履行金制度之我见·····	魏林白	396

经验汇报

诉调对接、多元联动，为辖区经济社会发展保驾护航·····	何文平	407
贯穿文化主线、筑牢反腐根基，努力开创新时期法官廉政建设新局面·····	何文平	411
强化思想教育、筑牢拒腐防线，以创新实践推动法官廉政建设		
上台阶·····	何文平 武保国 王希慧	418
公开促公正、公正树公信，用“阳光”审判保障经济社会健康		
快速发展·····	白景权 王希慧	422
依托审判职能、拓宽服务渠道，为经济发展社会稳定提供司法		
保障·····	何文平 沈洪庆 王希慧	428

统计分析

关于刑事附带民事诉讼案件调解案件的司法统计分析·····	何文平	435
对当前未成年独生子女犯罪情况的调查报告·····	宋洋 王希慧	444
对诉讼文书送达情况的司法统计分析·····	宋洋	450
关于物业费纠纷多发的分析·····	郭佳雪	455



刑事审判研究

试论我国刑法的罪责刑相适应原则

何文平

我国刑法第5条规定“刑罚的轻重，应当与犯罪分子所犯罪和承担的刑事责任相适应。”原刑法没有规定罪责刑相适应的原则，但在原刑法的制定和执行过程中，都是以罪刑相适应原则为指导的。现在把罪责刑相适应原则明确写进新刑法、赋予它以国家强制力，要求每个公民都必须遵守它、执法人员在工作中必须贯彻它，为全面彻底贯彻这一原则提供了法律上的保障。

一、对“刑罚轻重应与犯罪分子所犯罪行相适应”的理解

罪责刑相适应原则的基本含义是刑罚的轻重与犯罪分子所犯罪行的轻重相适应，其具体内容包括：有罪当罚，无罪不罚。刑罚只能施于犯罪的人，不能罚及无辜；轻罪轻罚，重罪重罚，刑罚的轻重应与犯罪的轻重相对应，不能轻罪重判，也不能重罪轻判，反对量刑上的畸重和罚不当罪；一罪一罚，数罪并罚；同罪同罚，罪罚相当。同一性质、情节相近的犯罪，应当处以轻重相近的刑罚，不能因为犯罪人的地位、身份的不同而给予轻重悬殊的差别待遇；刑罚的性质应当与犯罪的性质相适应。这里所说的罪，既包括在客观上造成的危害，也包括主观上的人身危险性，是客观危害与主观危险性的统一。

犯罪是严重危害社会的行为，而严重危害社会的行为和刑罚的关系，在多数情况下是直接联系的，即对严重危害社会的行为给予刑罚处罚；而在有些情况下是间接联系的，即通过刑事责任发生联系。行为人实施了严重危害社会的行为，通常是要追究刑事责任的，即给予刑罚处罚；而在刑法有规定的情况下对某些严重危害社会的行为，不追究刑事责任，也就是不给予刑罚处罚。就已经构成犯罪的行为而言，犯罪行为与其承担的刑罚是相适应的，而犯罪行为与其所应承担的刑事责任，又具有对应的内在均衡关系，因此，犯罪行为，刑事责任与刑罚，三者之间是既有区别又有内在联系的统一关系。

二、对“刑罚轻重应与犯罪分子承担的刑事责任相适应”的认识

关于刑事责任的概念，刑法学界早期曾有“责任说”、“刑罚说”与“后果说”。“责任说”认为，刑事责任是因犯罪而生的法律责任；“刑罚说”认为，刑事责任是国家对犯罪人判处的刑罚；“后果说”认为，刑事责任是因犯罪而引起的法律后果。“责任说”简单地指出刑事责任是一种法律责任，尽管逻辑上没有错误，但内容上不够深刻。“刑罚说”将刑事

责任等同于刑罚，混淆了二者的关系。“后果说”虽然正确地指出刑事责任是犯罪的法律后果，但由于刑罚也是犯罪的法律后果，故仍然没有将刑事责任与刑罚明确加以区分。随着研究的深入，又出现了“谴责说”、“义务说”、“承担说”。“谴责说”认为，刑事责任是犯罪人因实施犯罪行为而应当承担的国家司法机关依照刑法对其犯罪行为及其本人的否定性评价和谴责；”义务说“认为，刑事责任是犯罪分子因犯罪行为而负有的承受国家给予的刑事处罚的义务”“承担说”认为，刑事责任是行为人对违反刑事法律义务的行为（犯罪）所引起的刑事法律后果（刑罚）的一种应有的、体现国家对行为人否定的道德政治评价的承担。上述三说以“承担说”最为科学。

在明确刑事责任的基本涵义之后，还要解决刑事责任的根据问题，这也是一个存在着多种歧义的问题。但是，其基本涵义也是可以达成一致的。刑事责任的根据是指刑事责任赖以产生和存在的基础，刑事责任的根据地，是犯罪人实施的触犯刑律行为。在这里，犯罪行为是刑事责任赖以产生和存在的基础，没有犯罪行为就没有刑事责任。

犯罪行为既然是刑事责任的根据，它当然对刑事责任的轻重起着决定性的作用。犯罪行为即犯罪构成事实，是一个由主体、客体、主观方面和客观方面等要件组成的具有特定性质和危害性的有机整体。刑事责任的轻重，主要是由犯罪构成事实这个有机整体的性质和危害性程度来决定的。但是，刑事责任毕竟是由犯罪分子承担的责任，因此，为了更好地实现刑法惩罚犯罪、保护人民的目的，在决定刑事责任轻重时，除了以犯罪构成事实的性质和危害性程度作为根据外，还要结合责任者的其他情况判断其刑事责任的轻重。所谓其他情况，是指不属于犯罪构成事实本身而在量刑时又必须考虑的其他情况，或者虽然属于犯罪构成事实但在评定刑事责任轻重时仍应再一次作为评价因素的情况。西方刑法提出的罪刑相当原则，没有涉及刑事责任问题，而是直接讲罪一刑的均衡关系。这是以行为中心论构架的罪刑关系，不涉及行为人即责任者的责任问题。而西方刑法提出的量刑中的责任主义，主要解决责一刑的均衡关系即行为人的刑事责任与刑罚的均衡关系问题，没有涉及犯罪与刑事责任的均衡关系。现在我国新刑法第5条把这两者结合起来加以规定，把罪一责一刑的均衡关系统一起来，这是比较科学的。在这里，罪刑的均衡关系是主要的、决定性的。虽然它必须通过刑事责任为中介，即犯罪直接决定刑事责任的轻重，然后通过刑事责任的轻重决定刑罚的轻重。但从根本上说，刑罚轻重主要是由犯罪轻重所决定的。因为，犯罪的社会危害性在犯罪构成中毕竟起决定性作用，而责刑的均衡关系则是在罪刑均衡关系的基础上具体解决行为人的个人责任问题。加入了与犯罪构成事实密切相关的行为人的其他情况作为决定罪一责一刑均衡关系的从属因素，从而使罪刑均衡关系具体化、严密化。

法律是以社会为基础的、犯罪的性质及其社会危害性程度必然会随着社会的变化而变化。任何罪刑的均衡关系都不是永恒不变的。正如黑格尔指出，一部刑法典不可能任何时代都适用，“一部刑法典主要属于它那个时代和那个时代的市民社会情况的。”因此，我国新刑法关于罪刑均衡关系的规定之所以不同于1979年的刑法，正是因为时代和社会发生了变化。新刑法规定的罪刑关系不同于其他国家的规定，因为社会和国情不一样。我国刑法的罪责刑相适应原则，体现了区别对待的策略思想和社会的公平、正义观。其目的在于保证国家刑罚权的正确运用，既防止罚不当罪，又防止惩罚无辜，以实现刑法的公平和正义，更有效地惩罚犯罪，保护人民。

三、罪责刑相适应原则对司法实践具有指导意义

罪责刑相适应原则，不仅体现在刑法的条文中，更要指导司法实践。根据罪责刑相适应原则的要求，在司法实际工作中应该做到有罪当罚，无罪不罚，既不漏掉犯罪分子，也不冤枉好人；重罪重罚，轻罪轻罚，不能因某种利害关系而轻罪重罚或重罪轻罚；同罪同罚，不能因被告人的地位、身份、财产状况的不同而对相同的犯罪行为处以不同的刑罚；一罪一罚，数罪并罚。除法律上把数罪规定为一罪或数罪按一罪处理的以外，都要实行数罪并罚。

按着这个指导原则，在实际工作中贯彻罪责刑相适应的原则，必须各司法机关共同动作。在办案中，做到事实清楚，证据充分。事实是正确量刑的基础，是贯彻罪责刑相适应原则的前提。侦查机关在搜集证据过程中，应坚持客观、全面的原则，如果只搜集控诉证据，不搜集辩护证据，搜集的证据不充分、不确实，就不可能搞清案件的事实。在审讯犯罪嫌疑人时，如果不重证据，不重调查研究，搞刑讯逼供，也不会取得真实的口供，还会搞成冤假错案。检察机关是法律监督机关，在审查起诉过程中，不仅要审查案件的事实、证据、定性和适应法律的情况，还要注意发现公安机关侦查工作中有无违法现象发生。检察机关提起公诉时，移送的证据和在法庭上出示的证据，既要有控诉证据，也应有辩护证据。审判机关在审理案件时，必须保证诉讼参与人享有和行使诉讼权利，特别是被告人委托律师的权利，律师在法庭上出示物证、宣读未出庭证人证言的权利。法庭对控、辩双方的证据在确认上应采取公正态度，防止“你辩你的，我判我的”现象发生。审理方式现在虽然变了，但审判人员在定罪量刑上仍具有决定性作用，在贯彻罪责刑相适应的原则上仍起主要作用。

因此，在司法实践中贯彻罪责刑相适应原则并非易事，要求我们认真完整理解罪责刑原则的法律条款，各级司法机关在办案过程中要保证证据的充分、可靠，要坚持司法公正，秉公执法，只有这样才能真正体现新刑法的罪责刑相适应的立法精神。

试论盗窃未遂的处罚

沈洪庆

摘要：当前，盗窃未遂的案件较多，而我国刑法对盗窃未遂的处罚尚未作出具体的规定，也未有明确的司法解释，致使审判实践中无法可依，给审判实践带来困难，不利于正确打击犯罪。笔者拟从盗窃未遂的有关争议、处罚范围、比照既遂的标准，以及如何处罚等方面进行探讨，以期为审判实践提供借鉴。

关键词：盗窃未遂 处罚

一、盗窃未遂的有关争议

盗窃未遂是指行为人已经着手实行盗窃行为，只是由于行为人意志以外的原因而未得逞。

在刑法学界，关于盗窃既遂与未遂的划分标准争论较大，众说纷纭，归纳起来大概有五种观点，即：接触说、转移说、藏匿说、控制说、失控说。五种观点大都不妥，存在片面性。一是有些观点不能正确反映盗窃罪的主客观特征，混淆了盗窃罪可能存在的各个停顿阶段之间的区别，导致失之过严，二是有些主张执行起来困难，难划科学标准，导致失之过宽，不利于打击盗窃犯罪。笔者认为，区分盗窃既遂与未遂的标准，一是看行为人是否使财物脱离物主的控制，二是看财物是否已置于行为人自己的控制之下，二者缺一不可。行为人使财物脱离物主控制，实际置于自己控制之下的即为盗窃既遂，反之，即为盗窃未遂。行为人即使使财物脱离了物主的控制，而没有实际置于自己控制之下，仍为盗窃未遂。因为盗窃犯的犯罪目的，在于非法占有财物，如果其行为使财物脱离了物主的控制，自己又控制了财物，享有了对财物的处分权，盗窃行为就全部完成，构成了盗窃既遂。反之，如果行为人只是使财物脱离了物主的控制，而自己却没有实际控制财物，不能随意处分，所以仍应定为盗窃未遂。

当前，在法学界，对于盗窃未遂是否定罪并科以刑罚也有很大争议。一部分学者认为，既然刑法第264条对盗窃罪有数额较大的要求，规定了数额标准为必要要件，如果盗窃数额很小已不能认为是犯罪，那么根本未盗得财物就更不能认定构成盗窃罪了，所以不主张对盗窃未遂定罪科刑。而多数学者则认为盗窃罪有既遂和未遂之分，对那些社会危害性较大的案件，虽然未遂，仍应定罪并适当予以处罚。笔者也同意多数人意见，即对盗窃未遂的案件应根据案件的事实和情节，适当予以定罪科刑。因为对盗窃未遂予以定罪处罚，不仅符合立法原意，有着充分的法律依据，而且有着极其重要的现实意义：

首先，盗窃未遂的处罚有着充分的法律依据。《中华人民共和国刑法》第23条第二款规定“对于未遂犯，可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚”。这一规定是刑法总则的规定，因此，适用于刑法分则的一切未遂犯，当然，盗窃未遂也不例外。1984年11月2日，最高人民法院、最高人民检察院在《关于当前办理盗窃案件中具体应用法律的若干问题的解答》（84法研字第14号）中规定“对于潜入银行、金库、博物馆等处作案，以盗窃巨额现款、金银或珠宝、文物为目标，即使未遂，也应定罪，并适当处罚。”这一规定，在当时，提出了关于盗窃未遂的处罚范围。1992年12月11日，最高人民法院、最高人民检察院在《关于办理盗窃案件具体应用法律的若干问题的解释》中规定“已经着手实行盗窃行为，只是由于行为人意志以外的原因而未造成公私财物损失的，是盗窃未遂。盗窃未遂，情节严重的，如明确以巨额现款，国家珍贵文物或者贵重物品等为盗窃目标的，也应定罪并依法处罚。”1997年1月4日，最高人民法院在《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》（法释〔1998〕4号）第一条第（二）项中规定“盗窃未遂，情节严重，如以数额巨大的财物或者国家珍贵文物等为盗窃目标的，应当定罪处罚”。从上述法律规定或解释可以看出，虽然自1979年刑法颁布以来，1997年我国又对刑法进行了修订，但对于盗窃未遂，我国的法律有一个根本性的原则，那就是对于情节严重的未遂犯，应当定罪处罚。

其次，对盗窃未遂的处罚还有着极其重要的现实意义。第一，可以有效地教育挽救这些失足者，减少重新犯罪。因为当前一些司法机关基于对盗窃未遂是否处罚存在认识上的偏差，出现了不妥善，甚至不合法的做法，如许多未遂犯被抓“现行”后，一些办案机关认为没缴获赃物，处罚没有依据，或者在一些幕后因素影响下，以案件事实不清，证据不足等理由，草草结案，将人释放，致使大批盗窃未遂犯逃脱了法律制裁，没有受到任何教育，对自己的犯罪行为没有一个清醒的法律认识，从而出现了大批重新犯罪。据统计，在重大盗窃犯中，有近30%的人在案发前就有过盗窃未遂而未被处罚的历史。第二，可以预防盗窃犯罪的发生，降低盗窃犯罪率，保障各地生产建设及经济发展顺利进行。多年以来，盗窃犯罪一直居各类犯罪之首，居高不下，因此，对重大盗窃、多发盗窃犯罪实行严惩，对情节严重的未遂犯定罪处罚，对降低该类案件的发案率还是十分必要的。

二、盗窃未遂的处罚范围及比照既遂的标准

从上面的法律规定可以看出，我国法律已逐步重视了对盗窃未遂的处罚，并且处罚范围也逐步扩大，但对于盗窃未遂处罚的具体标准和量刑依据还没有准确的界定，只是最大限度地规定了“盗窃未遂，情节严重，如以数额巨大的财物或者国家珍贵文物等为盗窃目标的，应当定罪处罚。”那么“情节严重”究竟指哪些情节呢？

笔者认为：情节严重应指以下情节的案件：（1）以数额巨大的财物为盗窃目标的；（2）盗窃银行等金融机构、国家珍贵文物、救灾救济款物、重要军用物资的；（3）盗窃他人急需的生产资料，严重妨害生产建设或者造成其他严重损失的；（4）盗窃他人医疗、生活急需的款物的；（5）破坏性盗窃；（6）盗窃外国人、华侨、港澳同胞财物、造成恶劣政治影响的；（7）累犯盗窃的；（8）多次盗窃未遂未经处罚的。

依据《中华人民共和国刑法》第23条的规定，未遂比照既遂可以从轻或者减轻处罚，由于盗窃未遂没有取得任何财物，那么盗窃未遂所比照的既遂应以多大数额作为标准，笔者

认为：因为盗窃未遂未获得任何款物，所以只能根据案件的具体事实和行为人的主观条件来据以认定它所比照的既遂数额。可以从以下几方面认定比照的既遂数额。

1. 看行为人的主观目的，行为人以何款物为盗窃目标，就认定该款物的价值数额为比照的盗窃既遂的价值数额。如行人实施盗窃的目标是一辆汽车，那么它所比照的既遂价值就是一辆汽车的价值。

2. 以已经着手实施的作案价值数额为比照的既遂的价值数额。如行为人正从房间里往外搬运物品时，被抓获，那么他所搬到房间外的物品的价值数额可以认定为比照的既遂的价值数额。

3. 以行为人的实际盗窃能力所能盗得的最大价值数额作为比照的既遂的价值数额。正如张飞审瓜一样，以行为人的最大盗窃能力论。如犯罪分子只身一人而未带任何搬运工具去电视机商场盗窃电视机，那么他最多能盗窃几台电视，就以这几台电视的价值作为比照的既遂的价值。

4. 以作案现场的实际状况而认定比照的既遂标准。如犯罪分子所作案的现场里只有一台电视机，又是被犯罪分子列为盗窃目标的，那么这一台电视的价值就是比照的既遂的价值，因为再没什么可盗了。

三、盗窃未遂的处罚

明确了盗窃未遂的比照标准，那么对盗窃未遂的处罚就有了充分的依据。《刑法》第 23 条规定了“未遂犯比照既遂犯可以从轻或减轻处罚”。那么，究竟何种情况下从轻，何种情况下减轻，在盗窃未遂这个问题上也没有规定，司法实践中也难以掌握。笔者认为，对盗窃未遂的处罚，应根据其社会危害性，依据案件的具体事实，综合全案情节，根据盗窃既遂的处罚原则，就低处罚，直到免除处罚。具体有以下几点：

1. 从犯罪数额上看，对于所比照的既遂，如果数额特别巨大，应考虑在数额特别巨大的法定刑幅度内从轻处罚；数额巨大的，应在其法定刑幅度内从轻或减轻处罚；数额较大的，一般应当免除处罚。因为我国刑法第 264 条对盗窃未遂有较大的要求，把盗窃数额作为必要要件，所以对盗窃犯罪的量刑主要依据数额。因为盗窃未遂毕竟是未有任何所得，所以对其量刑时，要在其所比照的既遂数额基础上，根据其社会危害性的大小情节轻重予以量刑。所比照的既遂为数额特别巨大的，因为就其本身来说是情节特别严重，社会危害性大，所以对其量刑应当在比照的既遂的法定刑幅度内从轻处罚，一般不应减轻，更不能免除，而比照的既遂是数额巨大的，社会危害性较之前者小，所以可以考虑从轻或者减轻处罚。对于比照的既遂数额较大的。因为社会危害性较小，应当以情节轻微、危害不大而予以免除处罚，特殊情况需要处罚的也应在比照的既遂法定刑幅度内减轻处罚。

2. 从犯罪形式上看，实施终了的未遂一般应在比照的既遂的法定刑幅度内从轻处罚，尽量不适用减轻或免除处罚，未实施终了的未遂可以在比照的既遂的法定刑幅度内从轻、减轻或免除处罚。因为实施终了的未遂是指犯罪分子，已经完全实行了自己认为必要的行为，只是由于其意志以外的原因而没有得逞。也就是说，犯罪分子已经把自己认为进行盗窃所能使用的一切工具，采用的一切手段均已使用完毕，盗窃过程全部结束，但仍未取得财物。而未实施终了的未遂是指犯罪分子由于意志以外的原因没有完成他要实行的全部犯罪行为，因

而使犯罪没有得逞。从二者的情节和社会危害性来看，实施终了的未遂要相对重于未实施终了的未遂某种程度上讲等同于既遂，故对其量刑一般应在比照的既遂的法定刑幅度内从轻处罚，而未实施终了的未遂则可以在其比照的既遂的法定刑幅度内从轻、减轻或免除处罚。

3. 对于破坏性盗窃的，一般只能根据在所比照的既遂法定刑幅度内从轻处罚，而不要考虑减轻或免除处罚，因为破坏性盗窃虽未取得财物，但其社会危害性要大于其他盗窃未遂，而且造成了实际危害结果，情节严重，所以对其量刑要重于其他未遂。而且在比照的法定刑幅度内从轻的幅度要小一些。

4. 对于犯罪分子多次犯盗窃罪，其中有既遂，有未遂的，在量刑时，一般以盗窃既遂的数额作为量刑的数额标准，而把未遂的犯罪事实作为量刑的情节予以考虑，当然，这种情况一般在量刑时，考虑从重处罚。

值得指出的是，关于比照的数额问题，要不要有精确的数额，对此，笔者认为，凡是有明确的盗窃目标的，可以对该目标作价，得到精确数额，凡是价值数额不好认定的，只要能分清财物的价值是特别巨大，巨大，还是较大即可，从而就能确定法定刑幅度。关于从轻、减轻的幅度问题，一般应根据就低原则，从轻的幅度要大一些，考虑在法定的最低刑量刑。

浅析刑事和解制度

徐华楠

刑事和解又称犯罪人与被害人的和解，一般是指在犯罪后，通过犯罪人与被害人及社区代表之间面对面的接触，并经专业法律人员充当中立的第三者的调解，促进当事人的沟通与交流，从而确定犯罪发生后的一揽子解决方案。犯罪人通过道歉、赔偿、社区服务、生活帮助等使被害人因犯罪所造成的物质、精神损失得到补偿，使被害人因受犯罪影响的生活恢复常态，同时亦使犯罪人通过积极的、负责任的行为重新进入社区，并赢得被害人及社区成员的谅解。

一、建立刑事和解制度的基础

在刑事诉讼中，我们不难见到这样的尴尬局面：子女虐待老人，老人走投无路将子女告上法庭，法院依照程序作出判决以制裁虐待者，子女反而更加憎恨老人，老人也没有得到期待的幸福家庭生活，甚至其生计更无着落；刑事案件中，被害人或其家属除了因国家对犯罪人施加刑罚带来精神上的抚慰之外，有时得不到任何经济上的补偿，被伤害的身体、心灵无法面对随之而来的生存压力；在刑事附带民事案件中，经常出现犯罪人家属因为对抗刑罚而不履行赔偿义务的情况，造成双方间的敌对态势。可见，简单地对犯罪人一判了之，在使犯罪人人身权利受到强制限制或剥夺时，并没有完全恢复被害人受到的损失，这对犯罪的矫正效果上也不佳。这种情理法的脱节，呼唤着一种新的更加人性化的刑事司法制度的引入。

最高人民法院原副院长刘家琛提出，刑事和解的价值理念和制度追求体现了刑事纠纷解决的轻缓化和效率原则，刑事和解适应了世界和我国的刑事司法潮流，对于构建和谐社会，贯彻宽严相济的刑事政策具有十分积极的意义。刑事和解制度的目的和价值在于恢复被犯罪破坏的社会关系，在公共利益、被害人利益和犯罪人利益间寻求一种平衡，属于恢复性司法程序。实践证明，恢复性司法相对于运用国家刑罚权和高成本的监禁刑来制裁一些犯罪，节约了大量的司法资源；同时恢复性司法有效避免了刑罚本身的副作用，在矫正犯罪上成效显著。

中国是一个文明古国，历来倡导“和为贵”，具有“化干戈为玉帛”的文化底蕴，司法上也形成了调解的历史传统。在抗日战争时期，盛行于陕甘宁边区的“马锡五办案方式”，就是一套着力于调解的司法模式。现实生活中，普通百姓比较厌诉，不到迫不得已不愿对簿“公堂”，对于纠纷的解决，和解比打官司更具有吸引力。邻里纠纷引发的一些轻微伤害案件，大多是在公安机关或村治保人员的调解下“握手言和”。更重要的是，当西方的恢复性

司法嫁接到素有调解传统的东方时，这种刑事和解很快契合了中国社会多重的价值诉求。当犯罪行为损害了他人、社会等和谐关系时，国家司法程序不仅应使罪犯受到处罚，更应当修复这种损害。刑事和解在维护法律权威的前提下，融入了更多的人文关怀，体现了刑事司法从“单纯惩罚”到“惩罚恢复兼而有之”的进步，是法律与道德情感的最佳结合，符合中国传统的文化背景和当下社会的和谐理念。

可见，在和谐发展的前提下，立足于传统调解土壤，充分吸收国外恢复性司法的有益经验，应是我国刑事司法改革的一个方向。

二、确立刑事和解制度的意义

当前，在社会发展飞速的同时，我国也进入了各种矛盾交织的矛盾突现期，犯罪正处于一种高发的态势，这种状况给我国现有的司法资源也带来了严峻的考验，因此需要通过非犯罪化或非刑罚化的新途径来解决司法资源严重短缺的问题。刑事和解属于恢复性司法程序，与传统的诉讼方式相比，诉讼是对抗性的，而和解是合作性的，它不仅保护了被害人权益，使其在接受犯罪人的道歉和补偿中得到慰藉，还有利于矫正犯罪，使青少年等主观过错不大的犯罪人通过道歉、赔偿、生活帮助等积极的、负责任的行为，重新融入社会。它不仅以替代性方式进行了司法分流，在审判之外以协商的方式很好地化解了纠纷，节约司法资源，而且鼓励被害人、犯罪人积极地参与司法程序，有助于消除误解和潜在的犯罪诱因，重建更加和谐的社区关系。可见，在我国确立刑事和解制度，有着重大意义。

（一）刑事和解制度的确立有利于实现社会和谐

刑事和解以被害人的利益保护为核心，同时兼顾犯罪人及公共利益的保护，在刑事司法的宏观系统内促进了被害人、犯罪人及公共利益保护的价值平衡，实现整个社会的和谐发展。刑事和解体现在对被害人利益的保护，将补救社会关系作为制度的着眼点，以解决争端为切入点，以教育挽救犯罪人为落脚点，体现了社会实际的公平感和人文关怀的和谐目标。从近些年的司法实践来看，偶犯、初犯、过失犯、未成年犯等轻微刑事案件增多，特别是邻里纠纷引发的轻微刑事案件、醉酒后引发的冲突、年轻人的一时冲动、交通肇事案件等，犯罪人与被害人通常没有太深的过节，这类案件中犯罪人愿意通过积极赔偿来减轻处罚，被害人也愿意得到经济补偿而不愿与对方结怨。对于这类的刑事案件，若能由司法机关适时进行和调，从而使犯罪人主动悔改并且承担责任，同时取得被害人的谅解和社会的容忍，就可以更好地恢复被犯罪所损害的社会关系。

（二）刑事和解制度的确立有利于节约诉讼资源，提高司法效率

刑事和解有利于节约诉讼资源。从微观上说，司法实践中罪行轻微的刑事案件大量存在，其个案的侦查、起诉、审判难度并不因案件性质较轻而有所降低，适用刑事和解后司法机关可避开侦查、起诉、审判中的若干程序问题，快速地对案件做出合法合理的处理，降低司法成本。从宏观上说，适用刑事和解快速、合法、有效地处理大量轻微刑事案件，使司法机关能更加有效地集中人、财、物等资源，重点处置对社会秩序造成严重破坏、社会影响较大的案件。刑事和解起着诉讼程序的繁简分流作用，对全面提高诉讼效率有着积极的作用。同时刑事和解有利于提高司法效果。刑法的目的是为了打击犯罪和预防犯罪，司法制度不仅仅是处理案件的过程，更深层次地说是综合层面打击、预防犯罪的过程。刑事和解对犯罪人