

温州市人民检察院 主办



WENZHOU PROCURATORIAL JOURNAL

- 审判为中心背景下证人出庭作证的常态化 > 13
- 从一条“含金”线索深挖 25 人窝串案 > 23
- 瑞安市非法集资刑事案件实证分析 > 30
- 交易型受贿定罪数额的认定 > 44
- “念斌投毒案”——一场持续八年的生死拉锯战 > 67

尚
法

秉
正

峻
节

鼎
新



温州市委副书记、政法委书记钱三雄 对检察工作提出要求



5月19日，温州市院召开领导干部会议，宣布市委关于市院领导干部的任免决定。温州市委副书记、政法委书记钱三雄出席会议，并对检察工作提出三点要求：

一是统一思想认识，坚决服从市委决定。全市检察系统一定要把思想和行动统一到市委决定上来，讲政治，顾大局，讲纪律，守规矩，确保实现两级检察院班子调整的顺利交接，确保各项工作的平稳过渡。全体检察人员要尽职尽责，继续发扬优良传统，保持工作的连续性、稳定性，心往一处想，力往一处使，劲往一处发，共同推进温州检

察工作发展。

二是加强团结协作，切实凝聚发展合力。全市检察系统要立足于服务经济社会发展大局，依靠班子的团结、协作、进取，坚决执行市委、市政府的重大决策部署，尽责履职，敢于担当，奋勇争先，共同凝聚新常态下赶超发展的合力，下大力气查办职务犯罪大要案，着力解决影响社会和谐稳定的敏感性、根本性和基础性问题，积极参与社会治理创新，努力开创我市检察工作新局面，为推动温州全面深化改革、加快实现赶超发展保驾护航。

三是强化自身建设，努力提升队伍形象。在“三严三实”专题教育中，市县两级检察院领导班子要在巩固党的群众路线教育活动成果的基础上，紧紧围绕“四个全面”战略布局，着力抓好素质能力建设，不断提高领导班子履职能力和水平，进一步弘扬尚法、秉正、峻节、鼎新的温州检察精神，切实维护社会公平正义，不断提高人民群众对检察工作的满意度、认可度，努力打造一支政治坚定、忠于职责、勇于奉献，有坚强战斗力，让党放心、让人民满意的检察队伍。

温州市院“检察讲坛”邀请龙宗智教授 举行“证据规则及其应用”讲座

5月26日上午，全国知名学者、四川大学法学教授龙宗智应邀到市院“检察讲坛”举行题为“证据规则及其应用”讲座，市院全体干警、市中院及市法学会部分同志到会听讲，全市基层院通过内网视频会议系统收看了本次讲座。

讲座中，龙宗智教授对非法证据排除、瑕疵证据补强、直接言词证据、鉴定意见证据、行刑衔接证据等各类证据适用规则进行了理论分析和现状反省，并提出符合司法实际的适用措施。该讲座既有理论深度，又深具实践



视野，对增强干警证据意识、提高证据适用能力、改善执法办案方式具有积极作用，获得参会人员的高度好评。

检察官的法治情怀

朱静静

《人民日报》发表了题为《一些贫者从暂时贫困走向跨代贫困》的文章，罕见地公开承认近年出现的严重贫富差距，让人颇多感慨。服务大局、保障大局，是政法机关的重大政治责任。维护社会公平正义的人民检察官，如何运用法治思维和法治方式化解社会矛盾是个全新的时代课题。

公正司法，心系群众

敬畏民意，就要崇尚法治；崇尚法治，则必须敬畏民意。离开法治对待民意，就有导致民粹主义的危险；离开民意对待法治，则有导致精英主义的危险。党的十八届四中全会强调：“人民是依法治国的主体和力量源泉，……必须坚持法治建设为了人民、依靠人民、造福人民、保护人民，以保障人民根本权益为出发点和落脚点。”当下，一些检察官办关系案、人情案、金钱案时有发生，这与我们没有真诚倾听群众呼声，真情关心群众疾苦，真心解决群众困难有莫大关系。习总书记说过：“群众利益无‘小事’，群众的一桩桩‘小事’，是构成国家、集体‘大事’的细胞，对老百姓来说，他们身边每一件琐碎的小事，都是实实在在的大事，有的甚至还是急事、难事。”在现代法治化进程加快，社会矛盾多样化、复杂化的条件下，人民群众对司法公正的要求更高。换言之，当下人民群众对司法公正的期许，绝不是“自动售货机”式的按部就班、冷冷冰冰，而是血肉联系的关切温暖、是“宁可放过一个坏人，也不冤枉一个好人”的理性平和。“意莫高于爱民，行莫厚于乐民”。“洒向人间都是爱”，检察官应牢固树立执法为民理念，公正执法，廉洁司法，兼顾实体与程序正义，注重释法说理、司法公开，以公道正派的良好形象，回应人民群众对司法的吁求，增强他们对法治国家建设的信心。

信仰法治，对党忠诚

法治译成英文是 rule of law, not of men, 即法的治理、法的统治，不是人的治理、人的统治。法治是指依靠正义之法来治理国家与管理社会从而使国家权力和人们权利得以合理的配置。法治要求任何权力都必须受到法律的约束，任何权力的行使都必须以法律为依据。看一个国家的文明

程度，不是看它国旗的颜色，也不是看它首都的繁华，而是看它的法治发展程度。天佑中华，我国的法治建设正扬帆远航，构筑法治中国的美好梦想已渐入佳境。可不容忽视的是，人民群众对没装进“笼子”的权力仍心有余悸，战战兢兢，而中国几千年封建思想与专制文化的糟粕，仍需法治信仰的大浪淘沙。现实生活中，一些领导干部将党的领导作为个人以言代法、以权压法的挡箭牌，给依法办案带来不少压力。检察官作为法律守护人，应当而且只能探求法的意旨，“千人之诺诺，不如一士之谔谔”，以对党、国家与人民高度负责的忠诚，切实做到唯法是从，以法为上。坚决抵御各种法外因素的影响和干扰，把每一起案件的办理都当作维护公平正义的具体实践，从实体上、程序上、时效上全面保障司法公正的实现。

深入反腐，取信于民

有句俏皮话说，当权力失去 20% 的监督时，它就蠢蠢欲动；当权力失去 40% 的监督时，它就破门而入，当权力失去 60% 的监督时，它就铤而走险。法治理论的奠基人的英国法学家戴雪在《宪法性法律研究导言》里写到：“法治首先意味着，与专横权力的影响相对，正规的法律至高无上或居于主导，并且排除政府方面的专擅、特权乃至宽泛的自由裁量权的存在。”法治并不反对权力，但反对权力至上，更不能容忍权力腐败。“溃堤蚁穴，气泄针芒”，党与国家通过法治反腐，加强改革限权，强化监督制约，才能将权力关进制度的笼子，彻底压缩腐败滋生空间，为改革扫除障碍。当下，我国社会正在发生深刻变革，利益关系日益复杂，利益诉求日益多样，社会矛盾日益凸显。一些领域的腐败及因之诱发的群体性事件严重破坏了社会稳定，引起人民群众深度不满。为政之要，在于取信于民，反腐败斗争更需人民支持，检察官要以高度的职业敏感，以服务大局的战略目光，以有案必查、有腐必惩的雷霆之势，深入挖掘那些群众反映强烈、严重影响民生民利的腐败案件，将斗争锋芒直指它们，锲而不舍，持之以恒，赢取民心。

（作者单位：乐清市人民检察院）

温州检察

主办单位 温州市人民检察院

编辑指导委员会

顾 问 陈光中 陈兴良 陈瑞华
游 伟 张 旭

主 任 俞秀成
副主任 黄曙峰 黄清钰 项有国
林越坚 赵卫华 王美鹏
林长汉 江红鹰 郑建胜
游康华 李晓锦

主 编 赵 军
副主编 李仁生
责任编辑 姚 龙 卢成仁

地 址 温州市学院中路237号
邮 编 325027
编辑部电话 0577-88099157
传 真 0577-88099283
电子信箱 wzjcysh-001@163.com

印 刷 温州新华印刷有限公司
准印证 浙内准字第C023号
刊 期 季刊
出版日期 2015年7月

内部刊物 免费交流

01 卷首语

朱静静

专题策划

聚焦热点 服务民生

强化审判中心 推动诉讼制度改革

04 “庭审中心与证人出庭”司法论坛实录

10 论我国刑事证人保护制度的完善

温望望

13 审判为中心背景下证人出庭作证的常态化

胡 凯

17 庭审中心视野下强制证人出庭作证研究

叶成国

20 庭审中心主义下庭前会议制度的构建

张 义

检察之窗

透明公开 阳光检察

工作盘点

22 2015年第二季度检察工作盘点

大要案纪实

23 从一条“含金”线索深挖25人窝串案

——乐清市院查办住建领域贿赂犯罪纪实

郑财生

热点追踪

26 瑞安市院办理特大假牛肉案 亮剑食品安全领域

张 章

检务公开

27 检务公开信息

28 乐清市院召开首次拟不捕案件听证会

28 龙湾区院“四位一体”推进人大代表联络工作

检察业务

理论之花 实践之果

专题调研

30 瑞安市非法集资刑事案件实证分析

雷 程 周 洁

理论探讨

34 未成年人刑事案件社会调查报告之调查主体探析

戴琴革

39 法条竞合浅析

涂益棉 叶 渊 阮晓静

41 试论挪用公款罪的立法修改建议

——以徐某挪用公款案为切入点

邱鹏程 金娉婷

实务研究

44 交易型受贿定罪数额的认定

余 伟

47 指定居所监视居住问题探析

姚胜勇

目录

Contents

· 交流 ·

50 龙湾区院坚持“课题制”开展调研推动理论与检察实践良性发展

夏理森 陈捷

· 剖析 ·

52 以暴力、威胁手段强行索取保护费行为应如何定性 孙保华 黄海鸥

54 非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪难点分析 张利娜

· 摘要 ·

57 浅谈特别重大贿赂犯罪指定居所监视居住存在问题及解决途径 王力

58 案管部门对移送起诉案件管辖的审查 金志国

59 浅析刑事诉讼中的儿童证言 王元鹏

· 法治 ·

60 无罪诉讼：确实无罪和双重危险条款 唐思思译

· 扫描 ·

63 检察业务工作扫描

· 文化 ·

理念素养 人文情怀

· 风采 ·

64 检察文化活动剪影

70 信任 张东蕾

80 问渠哪得清如许，为有源头活水来——文成县人民检察院检察文化建设巡礼

· 法治 ·

67 “念斌投毒案”——一场持续八年的生死拉锯战 陈文飞

· 人文 ·

71 读《潜水钟与蝴蝶》有感 金婷婷

73 南非印象（二） 张怡珀

75 夜空中最亮的星 季子群

76 《汉家宫阙》连载之六：诸吕风波 徐凡

53 书法作品 雷程

微表达·信仰法治 守护公正 乐清市院

封面摄影：野渡无人舟自横 / 马绍航·温州市院

封二摄影：叶光敏 / 温州市院

封底摄影：喜悦 / 吴晓群·温州市院

采莲 / 谢雁湖·鹿城区院



强化审判中心 推动诉讼制度改革

“庭审中心与证人出庭”司法论坛实录¹

时间：2015年5月8日

主持人：温州市中级人民法院副院长于伟

嘉宾：

陈光中：中国政法大学前校长、终身教授、博士生导师

郭志媛：中国政法大学教授

徐建新：温州市中级人民法院院长

胡松权：温州市公安局副局长

林越坚：温州市人民检察院副检察长

徐建新：最高法院在今年2月底发布的《关于全面深化改革人民法院改革的意见》，提出要确保庭审在保护诉权、认定证据、查明事实、公正裁判中发挥决定性作用，并力争到2016年年底，推动建立以审判为中心的诉讼制度，促使侦查、审查起诉活动始终围绕审判程序进行。

目前，温州市“庭审中心与证人出庭”改革试点已初具成效，今年1至4月，温州中院和瑞安、平阳三家法院共通知66件案件中的134名证人、鉴定人出庭作证，实际出庭42人，通知出庭作证率为36.6%。

虽然试点法院出庭作证的证人、鉴定人人数稳固上升，但是由于理念认识上的不统一、证人出庭协同机制、证人出庭保障和保护制度、强制作证制度等等有待于进一步完善和落实等原因，证人、鉴定人出庭作证的比例仍然相对较低，“出庭难”的问题没有得到根本改善。

下一步工作中，我们将进一步健全证人出庭作证的规程，改革完善证人出庭作证的经费和人身保护机制，完善庭前会议、鉴定人、专家证人出庭作证的配套制度，推进庭审实质化，实现诉讼证据质证在法庭、案件事实查明在法庭、诉辩意见发表在法庭、裁判理由形成在法庭。

于伟：下面我介绍下改革试点工作的情况。

2015年1月-4月，中院和瑞安、平阳法院共在66个案件中通知134人出庭作证或陈述意见，实际到庭49人，相比去年同期，出庭人数与比例明显增长。实际到庭49人中，包括27名普通证人，7名被害人，10名鉴定人，2名有专门知识的人，3名侦查人员。经辩护人申请出庭的11人，公诉人申请的3人，其余35人均为法院依职权通知出庭。经通知未到庭人员中，2名证人因庭前做伪证，其证言被作为非法证据排除，1名被害人因死亡未能出庭，1名证人因本人正在服刑不能出庭，1名证人因无法联系没有出庭，2名证人经通知同意出庭但在开庭前关机失联。其他已经通知没有出庭的相关人员，均以没有时间、人在外地等理由拒绝出庭。没有通知出庭的案件均为事实清楚、证据充分、没有必要通知证人、鉴定人等出庭作证。

在考察学习其他法院有关证人出庭工作的经验上，结合温州实际，中院联合市公安局、市检察院出台了《关于人民警察出庭作证若干问题的会议纪要》、《关于刑事案件证人、鉴定人出庭作证若干问题的会议纪要》和《关于刑事案件专家证人出庭若干问题会议纪要》三个会议纪要，

¹ 根据市中院录音资料整理，有删节。

对刑事案件中人民警察、证人、鉴定人及有专门知识的人出庭作证的具体情形、适用程序予以明确规定。

在保障机制上,我们参照机关工作人员差旅费用标准,对证人出庭作证费用给予补贴,鉴定人费用按照浙江省司法厅确定的市内每人500元、市外每人700元标准执行。此外,中院还设置了专门的作证席和休息室,供出庭人员出庭作证和等候庭审时使用。并对法庭录音录像设施进行改造,使之符合证人出庭作证的要求。

从整体情况看,证人、鉴定人等出庭人数和比例仍有待提高。在全市法院办理的刑事案件中,证人、鉴定人出庭所占比例然处于较低水平,“出庭难”问题尚未得到根本性改善,原因是多方面的。

一、社会公众观念滞后。证人普遍对出庭作证存在较大疑虑和抵触心理,往往需要法官、公诉人、辩护人反复做工作才同意出庭。

二、司法工作人员的认识仍有待提升。受案多人少矛盾突出等因素的影响,证人、鉴定人出庭涉及确定出庭人员名单、通知出庭、通知控辩双方等多道程序,需要法官付出较多的时间和精力。对法院以及法官的平均审理期限、结案数等绩效指标难免会造成一定的负面影响,导致个别法院及法官缺乏推动证人出庭的内在动力。

三、保障措施仍有待加强。我们对出庭证人的的人身保障措施未得到有效落实,证人人身保护工作的实施机关、责任主体、人员经费、装备等未确定,对于身份需要保密的出庭证人出庭程序和具体操作仍有待于实践探索。

下一步我们将根据关于“庭审中心与证人出庭”改革试点实施方案确定的工作部署,在前期工作的基础上进一步理清思路、明确任务、细化措施、狠抓落实,确保全年改革目标顺利完成。

一、积极探索制定科学考核评价机制。建立健全绩效考核制度,针对刑事案件的办案质量、证人出庭执行情况等分别规定相应的考核标准,以案件质量考评体系为依托,突出量化管理、奖惩并举,充分发挥考核的导向作用,力争对法官的工作量进行科学评价,提高刑事法官推行证人出庭作证工作的自觉性和主动性,加强对证人出庭作证案件的考评、激励和监督。

二、加强引导鼓励证人出庭作证。在刑事诉讼中要以鼓励为主、制裁为辅,积极引导证人出庭作证。努力保护

好证人、鉴定人的人身安全,注重对其身份、住址等信息的保密工作,落实好证人出庭作证的经费补助。

三、提升能力,发挥证人出庭作证的法律功能。刑事审判法官应当不断提升庭审能力,包括审查证据体系、判断证人出庭必要性的证据审查能力,促使证人顺利到庭配合作证的沟通协调能力,在庭审中利用询问问题查明事实、实现诉讼意图的询问能力,在庭审中及时应对突发情况控制庭审节奏和进程的应变控制能力,真正实现证人出庭作证制度的法律价值。

胡松权:

一、证人出庭作证意义非常重大。证人出庭作证对证明犯罪、指控犯罪、提高办案质量、提升司法公信力、规范侦查取证、防止冤假错案、惩治犯罪、保证人权等,毫无疑问发挥着十分重要的作用。在以书面证据为中心的审判模式下,向以直接言词为证据的审判模式转变过程中,庭审尤其重要,既是现代刑事诉讼文明理性的重要举措,又是确保司法公正、司法透明的重要保证。

二、证人出庭作证对刑事诉讼的影响很大。第一,证人出庭作证将增加公安机关侦查取证的难度。刑事诉讼中,证人证言作为言词证据是非常重要的证据种类,但一直以来我们公安侦查人员向证人取证非常困难,大多数证人一般不愿意作证。因为怕讲多了被报复。证人在法庭上不仅要面对法官检察官,还要面对诉讼代理人、辩护人,尤其是要面对被告人。在做有罪证词的情况下,证人心理负担之重可想而知。

第二,证人保护不到位影响证人出庭作证的安全。证人之所以不愿意作证,究其原因最主要的是担心被打击报复。虽然刑诉法对证人保护范围、保护措施、保护机关做了规定,但该规定还是很便于实践操作的。一是规定范围比较小。二是保护措施难以落实。三是证人作证补助经费不到位。

三、完善证人出庭作证制度提几点建议。第一,积极探索证人出庭作证的形式。证人出庭作证首要的是安全问题,这就要求司法机关积极研究探索证人出庭方式,尽量减少证人出庭后可能带来的安全风险。可以借鉴外国刑事诉讼中作证的方式,在不暴露证人信息、面貌特征甚至声音的情况下,通过法庭引进的设备,运用现代科技手段,使证人接受控辩审三方质证。有的案件还可以匿名作证,

不与被告人同时出庭。总之，要通过对出庭形式的安排，从源头上防范降低证人出庭作证的风险，增加出庭作证的可靠性。

第二，加强对证人的保护。首先要从法律层面完善证人保护制度，要进一步明确证人保护的主体。其次要从制度落实层面加强证人保护工作。要加紧研究证人保护措施方法，提早定制度、方案、措施和手段。再次要加大对报复证人的打击力度。

第三，尽快争取证人出庭作证经费保障，这个就不具体展开说了。

林越坚：“庭审中心与证人出庭”这个主题，与检察工作息息相关，而且现在正处在这样一个宏大的改革进程中，所以就这个问题在这次论坛中想发表个人的思考。

一、司法体制改革的目标涵盖公正、高效、权威三个维度，公正是核心，而且要求公正是可以感知的，这样就把程序正义提到了中心地位。要实现这样的目标，应该把庭审中心制度改革嵌入到司法改革的全局来考虑。需要特别关注以下几点：一是在司法改革中要落实“审理者裁判、裁判者负责”主体责任制度。司法改革去行政化必须要彻底。二是做强庭审互动的制度基础。实际上涉及到控辩双方的情况，要能够真正成为庭审互动的对手。三是做大司法公开。整个庭审公开度，或者证据的公开度都应该更大，让观察者能够感知到。

二、在这轮司法改革中推进庭审中心，不能忽视顶层设计和权利导向的推动。

三、具体制度设计上，包括庭审中心、证人出庭，应该更多设置制度性激励。一是证人的出庭，在强制的同时，更要考虑加强证人出庭的动力。比如证人出庭情况比较好的用计分机制进行推动和现在建立社会信誉机制对接起来，推动证人主动诚实出庭作证。二是专家证人和交叉询问等具体制度设计上，在移植英美法制度的同时，应该有自己的特色。

四、检察机关怎么参与到庭审中心改革中。一是加强程序分流意识，要把庭审中心突显出来，检察官要把该做精的案件做精，该繁则繁，该简则简，在程序上做最大限度的分流。

二是证据审查方式应该有所改进。以前庭审更多关注证据之间的相互印证，对单个证据没有做精。今后通过庭

审中心，控辩双方面对面对抗，应该把关键证据做精。

三是塑造新型检法互动。在庭审为中心的情况下，检察监督模式要从结果监督过渡到过程监督。

于伟：下面进入自由发言的环节，请大家踊跃发言。

盛少林（温州市律师协会刑事专业委员会主任）：我想讲讲新的刑诉法出台后，我们在平时办案中碰到的三个现象。

第一，公安机关对侦查人员到庭作证程序不是非常积极，还没有相应的司法理念。第二，检察院的同步录音录像能不能作为证据，能不能在法院法庭公开播放，能不能让我们辩护律师复制，对于这个核心问题炒了很多年。第三，庭前会议要是流于形式，要是套取辩方的观点。

朱永德（温州大学法政学院副教授）：应当出庭的证人如果不出庭，他的证言是不是应该按照非法证据排除。这样也许可以解决证人能出庭的问题，但是无法解决证人敢出庭的问题。敢不敢出庭，实质上涉及到证人保护的问题，这是司法部门应当要考虑的一个重要问题。

谢军（北京市西城区法院刑一庭庭长）：我们统计了这几年法院关于证人出庭率问题，总结下来感觉到非常低。现在为了保证这项工作，有必要提高证人出庭率。今天我想从另外一个角度来说，证人出庭率是提高了，但是证人出庭的目的是什么，需要解决什么问题，我认为这是更关键的问题。证人出庭要进行质证，要解决争议问题和焦点问题，这是一个关键。质证阶段，在法官主导下组织庭审，应该对交叉质证规则有明确制定和研究。如果说交叉质证进行得好，证人出庭的效果就可以显现出来。

方彬微（温州中院刑二庭助理审判员）：实践中除了证人出庭率比较低以外，还有一个普遍现象，出庭证人翻证率非常高。针对证人翻证的现象，从长期来说应该修正立法，重构伪证罪，将证人的主观罪过描述为行为人明知所做证言前后矛盾、完全相反。

胡献旁（中国管理科学研究院法学研究所所长）：就证人出庭情况来说，有些法院有抵触情绪，原因在于立法上有不完善的地方。刑诉法第187条主要规定证人出庭的通知权归谁，当公诉人、辩护人对证据有异议的时候，人民法院认为有必要，证人才可以出庭。这个法律将证人出庭的权力赋予了法院，法院拥有自由裁量权。这个权力没有

得到救济，也没有得到制衡。如何改变这个制约因素，我有两个不成熟的想法。

第一，要使权利得到救济。目前由辩护人向人民法院申请证人出庭，法院要求书面申请，法院不同意却是口头答复，而且是最终答复，权利没有得到救济。我们设想一下，如果辩护律师书面向法院申请证人出庭，法院不同意证人出庭，也应该书面回复。而且这个回复应该可以复议一次，这是个救济途径，权利要得到救济。

第二，目前由人民法院一家享有证人出庭的权力，是否可以吧权力一分为三，公诉人、辩护人和人民法院都可以享有让证人出庭的权力。当辩护人或者公诉人，向人民法院申请某某证人出庭，而法院不同意的时候，是不是可以让公诉人或者辩护律师通知证人出庭。就把法院的权力一分为三，只要证人愿意出庭就可以出庭。

郑曦（北京外国语大学法学院教师）：刚才听到法院同志很害怕证人翻证，如果对证人翻证可能性没有心理准备的话，不允许证人翻证，那证人来干什么。或者说绝对禁止翻证，那么拿开始的证据来就好了。所以翻证是可能的，翻证不等于伪证，这个要弄清楚。如果禁止翻证的话，从某种程度上会限制证人的到庭。如果出现翻证怎么办？通过询问，发现不可信的不采纳，确实涉及到伪证，有相关线索的再调查。我认为观念要改变，不要害怕翻证，当然这是我个人想法，可能实践中有这样那样的困难我不了解，我只能说个人有这样的想法。

胡献旁：刑法司法解释 83 条对证人翻证规定得很详细，如果证人在庭前做了笔录，在庭审中又翻证，庭前证言与庭审中证言不一致，如果没有其他相关证据证明庭前证言，应该采用庭审中的证言。刑法司法解释 83 条对翻证是予以支持的，从刑法来说支持证人翻证的。法官如果认定证人翻证就是伪证，这个想法不一定合理，也不一定合法，因为法律允许证人翻证。

于伟：由于时间关系，自由环节到此结束。接下来请中国政法大学郭志媛教授做指导性发言。郭教授对刑事诉讼程序、证据和刑事司法改革有深入研究，多篇论文在中国法学等权威刊物上发表。郭教授还是改革试点专家项目副组长，直接参与并指导了改革目标、任务和方案的确定等工作，大家掌声欢迎郭教授发言。

郭志媛（中国政法大学教授）：

第一，谈一下我对以审判为中心的理解。以审判为中心，可以从广义上和狭义上两个方面去理解。如果从广义上理解，以审判为中心实际上是对刑事诉讼纵向构造的概括。根据有些学者对刑事诉讼构造的研究，其中一种分类就是把西方国家刑事诉讼纵向构造概括为审判为中心的模式。我们没有改革之前的纵向改造，是被称之为流水线作业式的模式。所以以审判为中心理念的提出，从十八届四中全会决议提出这个说法以来，我们刑事诉讼界的学者可以说非常激动，因为这意味着刑事诉讼纵向构造上的调整，是一种结构上的调整，所以会牵涉到刑事诉讼制度系统的全面的改革。

以审判为中心还有一个狭义的理解，也就是咱们沙龙的题目——以庭审为中心。像很多学者提到的，要让庭审阶段成为整个刑事诉讼的决定性阶段，这样就要求我们实现诉讼重心的转移，由长期以来侦查决定论转为审判决定论。关于实现这种转变的话，我觉得最大最直接的好处，就是可以落实无罪推定原则。无罪推定原则强调法院终局判决确定有罪之前，才可以认定一个人有罪的，之前都是无罪的。只有把定罪问题在审判阶段解决，这样才可以真正贯彻无罪推定的原则，是符合诉讼规律的。

第二，谈一谈以审判为中心和直接言词原则之间的关系。以审判为中心，特别是我们现在要实现以庭审为中心，实际上要求庭审要实质化，庭审不能再像以前一样走过场，不是一个对庭前侦查结论、侦查卷宗的认定，涉及到庭审实质化。庭审实质化的前提就是贯彻直接言词原则。我看到论文集，有一篇陈先生的文章，里面谈到了直接言词原则。直接言词原则，实际上包括直接原则和言词原则，当然这两个原则有一定的关联。

直接原则包含主观的直接原则和客观的直接原则，其中主观直接原则要求审理者亲自接触证据的情况下做出裁判。客观直接原则，要求法庭审理应该建立在直接审理原始证据的基础上。体现在证据规则的要求上，就是言词证据要以言词的方式来举证和质证，在英美法系就是传闻证据要排除。实物证据要求直接审查原始证据，所以原始证据要优先。在我们国家的法律中，原始证据优先的规则基本上已经确立起来，尽量用物证和书证原物原件，我认为这一点已经有所确立。但是对于言词原则的审查，现在还不能以原始方式呈现，原始方式就是证人到法庭上亲自陈

述。我现在认为，直接言词原则在我们国家不是说完全没有基础，但是应该说差得还比较远，体现得不足。要想真正实现以庭审为中心，必须贯彻直接言词原则。

第三，贯彻直接言词原则，落实到我们当前正在进行的司法改革上，就是要完善证人出庭、鉴定人出庭的制度。普通证人出庭和鉴定人出庭，出庭的目的、证人作证的方式都是不一样的，所以规范的重点也不一样。

举个例子，比如说普通证人出庭最大的难题，一个是证人出庭难，他不愿意出庭，他有各种各样的顾虑。另外一个就是普通证人出庭后，有很多翻证的现象，当庭陈述的证言和庭前书面证言有出入，而且出入很大。

鉴定人出庭这个问题上，主要是鉴定人所在单位案多人少，没有余力和时间，所以出庭问题解决起来比普通证人要相对简单一点，两者是不一样的。

关于侦查人员的出庭，我觉得侦查人员出庭，要看他出庭作证的目的或者作证的内容。非法证据调查程序中，侦查人员出庭和普通证人是不同的，因为侦查人员有可能就是非法取证的主体，让他出庭更难一些。另外出庭后所提供的陈述该怎样对待，这可能是要具体分析。

现在我们所要推的主要是普通证人和鉴定人出庭，就像我昨天在瑞安法院会议上讲到的，现在的难题有两个方面，第一个方面是如何确保证人出庭，他不愿意来，这可能是要说服和制裁相结合。单纯只是给证人打电话，他可能确实不愿意来。为什么说服有用呢？十年前也是陈先生主持的一个项目，当时有两个试点，其中一个试点是关于证人出庭的试点，主要是查明证人不出庭的原因，还有证人出庭和不出庭的区别，到底有什么不同。当时是由四川大学的左老师负责，是陈先生牵头的项目。在这个项目中，要提高证人出庭率的办法里面，采取了各种各样说服手段。比如说就打电话让你来，也不说别的，例行公事，这时候他的出庭率是多少；有人上门做工作，在没有证人补助制度的时候允许证人一定补贴，他会不会来，可能说服有一定的用处。至于制裁，刑法已经规定了一些强制出庭的措施，但是到现在我们都没有用过，所以不知道制裁的方法效果怎么样。这是如何确保证人出庭。

刚才北京西城法院谢庭长的观点我是同意的，好不容易让证人出庭了，我们就应该好好利用他的出庭，要在庭上对证人进行有效质证。这就涉及到法庭上控辩双方如何

质证，质证能力的问题，还有法官在法庭上对庭审驾驭能力的问题。当然，除了能力的提升，更重要的是有一套可以遵循的明确交叉询问规则。我很高兴看到获奖论文中，有一篇专门探讨交叉询问制度构建，这说明实务中已经发现这方面的理论研究的需要，已经开始做这方面的探索，这是非常好的。我们以后应该加强这方面的研究，尽可能逐渐确立起中国的交叉询问规则，这样的话各方都有明确的标准和规则可以遵循，证人的质证才可以更有效进行。

结束我的发言之前，我也想回应一下关于证人翻证的问题。刚才郑曦老师的发言我是同意的，翻证并不意味着伪证，当然有可能是伪证。现在伪证的认定比较困难，规制证人翻证的问题，怎么样防范或者解决翻证的问题，除了有伪证罪作为一种威慑外，刚才一些同志发言提出轻一点的制裁方法也是可以的。我觉得所谓证人翻证问题的存在，是非常中国化的问题，在国外是没有这个问题，因为他到法庭上改变证言很正常。而且由于有传闻证据规则的存在，他在法庭上的证言是有优先效力的，庭前的书面证言，只能作为反驳当庭证言的工具，是没有证据能力的，只能听法庭上的陈述。如果法庭上的陈述和庭前不一样，律师可以把以前的书面拿过来，让他解释为什么有这样的区别。前面说的和现在说的不一样，为什么，能不能得到合理的解释。证人在法庭上要当庭把问题很圆满的解释清楚也是不容易的，如果不能解释清楚的话，法官对当庭的证言就不会相信。

我们现在确立的是关键证人出庭作证的制度，也可以效仿鉴定人出庭的制度。我们现在没有要求所有鉴定人出庭，但只要鉴定人应当出庭而没有出庭的，法律上是确立了对这个鉴定意见排除的规则。对证人证言没有做出相应的规定，所以实践中会出现这么多的问题。我们完全可以仿照鉴定意见的传闻排除一样，对需要出庭的证人证言，他不出庭的话也可以排除掉，建立有限制的传闻制度排除规则，这可能是将来的发展方向。否则的话，我们仅仅要求证人鉴定人出庭，又没有后面制裁手段，没有证据法上制裁的规则，必然在实践中很难推行下去。

以上是我的一点看法，有些观点只是一家之言，供大家参考，谢谢大家！

于伟：下面进入本次论坛的最后一个环节，请陈光中

先生做总结发言。

陈光中：这次我来，是因为我们课题项目面临关键时刻，也就是前面准备工作已经结束，“庭审中心与证人出庭”已经进入了试点阶段，但是开始时间不算太长。在这样的情况下，来看一看，来交流一下，我觉得很有必要。

大家刚才谈了很多东西，郭志媛老师也已经初步把一些问题表示了自己的看法，郭老师的意见总体上我是同意的。我现在既结合也不完全是针对今天大家的发言，还是从推进试点、更好完成试点任务为主线，补充几点意见。

第一，四中全会提出来，以审判为中心、以庭审为关键环节，完善证人、鉴定人出庭制度。我们的试点开始于四中全会前，我们如果做得好，温州的这个试点加上西城区的试点，把我们试点的情况、经验总结出来，及时传播、及时上报，有可能对中央怎么样搞以审判为中心、怎么样完善证人出庭制度、鉴定人出庭制度，在这个问题上可能做出一点贡献，我们希望做出贡献，我相信也有可能做出贡献。这是我想讲的一个意思。

第二，我们今天为什么提以审判为中心，为什么以庭审为关键环节，是不是为了给法院抬调。审判为中心提出来，我们一定要明确一个认识，审判为中心、庭审为核心，或者证人、鉴定人出庭，目的并不是为哪一家服务，目的就是为四中全会提出的实现司法公正，提高司法公信力。而司法公正、司法公信力，是依法治国里非常重要的一环，法检公司共同为了这个目的。

下面我讲一下若干具体问题。怎么样解读以审判为中心，审判为中心指同法检公整个诉讼程序来说的。审判为中心包括以庭审为核心的环节，或者说决定性的环节，或者说关键性的环节，和庭审的实质化，这两个东西结合，就是审判为中心的全部内容。

我重点讲关于直接言词原则和证人出庭的必要性。

直接言词原则，什么叫直接？在法律上，最后做判决的法官，包括陪审员要亲自接触证据，不能说不审但要判，审与判要直接结合，你要直接接触证据。而且你接触的证据，尽量最大限度的应该是原始证据。直接原则是两个直接，第一个是法官本人直接接触，第二个是证据要最大限度的原始。还有一个问题要讲一讲，公正特别是实体公正要有程序公正的保证，证人出庭辩方有直接质证的权利，特别是被告人，我就是认为证人证言是假的，我要同他当庭对

质，法院说用不着，我阅卷看得很清楚，检察院更不主张证人出面。程序上公正吗？程序上不公正，带来的就是实体上不能保证。实体上不能保证意味着什么？意味着认定事实可能不符合真相。所谓严格司法就是要以事实为根据、法律为准绳，以证据认定的事实符合案件的客观真相，这是四中全会关于严格司法讲到的真相。什么叫真相，也会有分歧，甚至有的人说，真相在哪里只有上帝知道，不是的。首先，真相就是不以公检法办案人员主观意志为转移的客观存在的案件事实情况。你得承认，案件有个客观存在的事实情况。我们公检法的任务，是通过证据来判定它，来发现它。也就是说，我们所认定的证据，用证据认定的事实，侦查结论也好，起诉书也好，判决书也好，都是拿证据认定的事实，是我们主观认定的事实，通常叫法定事实。

问题是检察院和法院认定的事实可能不一样，同公安认定的也可能不一样，法院一审和二审认定的也可能不一样。你可以不一样，但是真相只有一个，看谁符合真相。谁符合真相，就符合我们的实体公正。真相怎么取得，当然方法有很多，程序更公正，真相实现的可能性更大，证人出庭概率越高，相对来说程序的公正含量更高。现在证人出庭率不高，特别是2012年刑法修改以后，证人出庭率没有提高。187条规定的三个条件都必须具备，证人才能出庭作证，最后一条是法院认为有必要。问题出在最后一句，既有矛盾，又是重要，法院还认为没有必要出庭就不出庭。法院希望省一点事，案卷看清楚就行了，证人出庭干什么？但是法官看清楚的东西，并不代表着客观上一定清楚。现在我们的试点，我很直率的讲，就是要突破187-190条的框框，这个框框就是我们应当完善的东西。再一点就是庭审为关键。刚才徐院长强调了四中全会决定，庭审为关键就是举证在法庭、质证在法庭、结论形成于法庭，总的来说庭审要实质化。我们主张非法证据排除不能强调在庭前会议。庭前会议可以搞，但是不要勉强搞，勉强搞对控方有利，对辩方不利。

现在有直接言词原则和集中审理原则，集中审理原则在现在看来，也应该适当的提倡。昨天两个庭，早上9点开庭开到下午一点半。有的案件几天连续开庭，中间稍微休息一下就马上开庭，基本上是连续开，一下子把它开完。集中审理同直接言词结合，也讲究效率，但更多的是首先考虑公正。

论我国刑事证人保护制度的完善

文 | 温望望

一、刑事证人保护制度概述

（一）刑事证人保护制度的涵义

证人保护是指国家对证人在履行公民的作证义务的同时所给予的人身及财产方面的法律保障，其目的是为了防
止有人使用暴力、威胁、恐吓等方法，在组织证人履行作
证义务或证人作证后，对证人实施殴打、伤害、侮辱或其
他打击报复行为。刑事证人保护制度，是以证人保护为核
心，主要由与刑事证人保护有关的主体、客体、对象等构
建起来的制度。

1. 主体

刑事证人保护制度的主体是指为刑事证人提供保护的
机关。一般来说，在世界上各国和地区主要是由公安司法
机关来承担刑事证人保护的责任，可以分为综合刑事证人
保护机构和独立的刑事证人保护机构，两种模式。

2. 客体

刑事证人保护制度的客体大致包括以下几个方面。

（1）法律安全。对证人法律安全的侵害多来自于公安
司法机关，而侵害的方式则通常表现为拘留、逮捕、羁押、
起诉等刑事追诉行为。（2）财产权益。其一，证人出庭作
证必然要占用大量的时间和精力，而且也会产生一定的经
济花费，如交通费、餐饮费用、住宿费用等。同时证人作
证也可能会失去一定的物质利益，如奖金、工资等机会成本。
其二，则是证人出庭作证，可能会导致相关的利害关系人
对证人的打击报复。（3）人身权益。人身权益是证人所享
有的最基本的权益，包括健康权、姓名权、荣誉权、隐私
权等。

3. 对象

刑事证人保护制度的对象解决的刑事证人保护制度应
对哪些主体的合法权益提供保护的问题。

（1）关于潜在证人是否属于保护的范畴。潜在证人则
是指已经接受侦查机关询问但尚未进入作证程序的人。我
认为刑事证人保护制度应对其予以保护。

（2）关于鉴定人是否予以保护。众所周知与证人的不
可替代性不同，鉴定人是可以更换的，因此鉴定人应不属
于该制度保护的范畴。

（3）关于被害人是否予以保护。被害人陈述也会起到
证人证言的作用，是证明被告人有罪的最为有力的证据，
被害人面临着遭受有关利害关系人打击报复的可能，因此
也应予以保护。

（二）刑事证人保护制度的价值意义

1. 体现了对人权的尊重与保障

我国新刑事诉讼法将尊重和保障人权写入其中，体现
了我国对人权的尊重和保障。

2. 体现了诉讼程序的正当性

法律程序的正当性是指他所具有的伦理价值或道德上
的善，有两大标准：功利标准和争议标准。公民作为诉讼
参与人参与到刑事诉讼中履行作证义务，虽然没有直接的
程序意义，但如果任凭证人因其作证行为而使得自身的合
法权利遭到迫害，则必然违背了诉讼程序的正当性。

3. 有利于实现诉讼的公正

从功利主义的角度讲，刑事证人保护制度的目的在于
保护证人证言这一重要的证据。建立健全刑事证人保护制
度，一方面打消了证人的顾虑，使证人能够无忧虑的作证，
在一定程度提高了证人证言的真实性和可靠性。另一方面，
可以促使裁判者做出正确的裁判，实现诉讼的公正。

二、刑事证人保护制度的域外考察

（一）大陆法系国家的刑事证人保护制度

1. 德国的刑事证人保护制度

在德国，其刑事警察局是证人保护的主要机构，负责
对证人的人身权益、财产权益进行保护。德国的刑事证人
保护制度有着鲜明的特色，即证人保护的三阶层理论，主
张外在威胁的大小以及证人可能遭受危险的程度而采取层
层递进的保护措施。在三阶层理论中，第一层级保护的是

针对法院的主审程序，分为法庭内和法庭外的审讯，其保护措施主要有匿名保护、排除被告于法庭、排除公开审理、视频传送等。第二阶层的保护是针对临时性的审讯，其保护措施主要是委托询问，由受托的法官进行审讯，适用于证人无法排除障碍，而不能出庭作证接受询问的情形。第三阶层则是对侦查阶段证人的保护，侦查机关可行使资讯封锁权与拒绝做证权，即使法官也无法探知证人的身份。

此外，在德国的刑事证人保护制度中，易受伤害的证人还可以获得指定律师的帮助；未满 16 周岁或证人有正当的理由不宜在法庭上与被告人面对面接受询问的，可以利用录音录像的方式进行作证；公开审理可能损害证人的私生活、商业秘密、发明秘密的，审理可以不公开进行；对于秘密证人或者污点证人，在审判结束后，必要时由政府出资改变其身份并提供新的住所、工作。在德国的《证人、鉴定人补偿法》中，规定了对于证人、鉴定人的经济补偿。

2. 法国的刑事证人保护制度

法国的《刑事诉讼法典》设置了证人保护一编，其中规定：对于刑事诉讼中证人的住址和身份进行保密，被追诉人或其律师借助设备远距离询问证人，并且通过对证人的声音做特殊处理使得被追诉人及其律师无法辨别证人的身份；裁判者有权通过司法管制；禁止利害关系人接触预审法官指定的人；预审法官可以对被告人采取先行羁押等措施，禁止被告人与外界会见或通信；赋予证人作证后经济补偿权。

在证人的特权方面，《刑事诉讼法典》规定，当证人需要保守秘密时可以免除作证义务；证人对于其作证行为可能使自己承担刑事责任的案件可以行使拒绝作证的权利。《刑事诉讼法典》中还规定证人在基于身份或者职业的特权以及任务或职务需要保密时可以行使拒绝作证的特权。

（二）英美法系国家的刑事证人保护制度

1. 美国的刑事证人保护制度

美国的《有组织犯罪控制法》、《证人安全法》、《被害人和证人保护法》中有关规定，构建起了美国的刑事证人保护制度。

在美国的证人保护制度中，证人的保护机构分为官方机构和民间机构两种，官当机构是美国的检察官执法办公室，而民间机构则是以 1935 年成立的全美被害人援助联盟为代表，该组织可对被害人、证人及其近亲属提供全面

性的援助服务。美国 1970 年制定的《有组织犯罪控制法》中规定了可受到保护的证人的条件：参加人为特定案件进行中或大陪审团诉讼进行中或进行后合格的证人；有证据证明证人或其家人的生命处于现实的危险中；有证据证明保护证人或其家人符合联邦制服的利益。同时在《证人安全改革法》中规定，保护的对象除证人及其近亲属外，与证人有密切关系的人也会受到相关机构的保护。在美国，对证人的保护措施主要包括：隐藏身份、安置住所变更身份、提供人身保护、作证手段变更等方式对证人的权益加以保护。

2. 英国的刑事证人保护制度

在英国的刑事证人保护制度中，证人的保护机构分为官方组织和部门间的证人保护组织。其中官方组织，主要是警察部门。民间机构以“被害人援助组织”为代表，该组织起初只保护被害人的权利，其后逐步强化了对证人的保护。在英国，如果侦查机关认为某个证人可能遭受不利的侵害，则可以提出申请，由负责证人保护的官员进行评估后决定是否对证人予以保护。刑事证人保护制度的对象主要是符合条件的证人及其近亲属。英国对证人保护的手段主要包括：对证人的身份进行保密、变更证人的住所和身份、派人专门对证人进行保护以及以隐蔽的方式进行作证等。

（三）域外的刑事证人保护制度总结

由于各国有着不同的国情，从而导致各国的证人保护制度也各有特色，但是各国的刑事证人保护制度在设计上也存在着一定的共性。

1. 主体

在国外的刑事证人保护制度中，该工作主要由公安机关和检察机关承担。部分国家也存在一些民间组织来承担部分的刑事证人保护工作。

2. 对象

证人及其近亲属毫无疑问是各国证人保护制度对象中最重要的组成部分。证人不仅仅是在法庭上出庭作证的证人，还包括审前阶段如侦查、审查起诉阶段的证人。

3. 保护措施

总的来说，以下刑事证人保护措施为大多数国家所认可。（1）证人信息保密制度：在侦查审判的过程中，为了维护证人的合法权利，对证人的身份、住址等信息加以保密，

并限制对证人信息的披露。(2)特殊的作证方式。如视频作证、变声技术等采用。(3)变更证人的身份居所。

4. 适用程序

程序的意义在于保证实体规定的及时性及有效性。各国刑事证人制度适用的程序大致由启动程序、审查程序以及变更解除程序三部分组成。

三、我国的刑事证人保护制度的现状及不足

(一) 我国刑事证人保护制度的立法现状

构建起我国的刑事证人保护制度的法律条文主要见于我国的《刑法》、《刑事诉讼法》之中。在我国也有部分地区制定了关于刑事证人保护的地方性法规。

我国《刑法》第307条第一款规定“以暴力、威胁、购买等方法阻止证人作证或者指使他人作伪证的，处三年以下有期徒刑或拘役；情节严重的处三年以上七以下有期徒刑。”《刑法》第308条规定：“对证人进行打击报复的，处三年以下有期徒刑，情节严重的处三年以上七以下有期徒刑。”我国刑法通过规定一定的刑罚来保护证人的合法权益。虽能对利害关系人打击报复证人的行为起到一定的威慑作用，但这种手段更多的是对打击报复行为的事后的处罚，不能起到较好的预防作用。

我国的刑事诉讼法解释第54条、61条、62条、63条规定了证人保护制度主体、对象、保护措施、适用程序等方面内容。

(二) 我国刑事证人保护制度的不足

1. 主体方面的不足

根据我国刑事诉讼法第61条规定，我国刑事证人保护制度的主体是人民法院、人民检察院和公安机关。通过研究对比，我国的刑事证人保护制度在主体方面存在两个方面的不足。其一，未明确界定各机关在证人保护方面的分工，这为三机关之间相互推诿留下了制度空间。其二，忽视了民间组织的作用。

2. 对象方面的不足

我国证人保护制度保护对象的范围过于狭窄。一般的证人保护仅仅限于证人及其近亲属，部分有效的证人保护措施仅仅限于危害国家安全、恐怖组织活动、黑社会性质的组织犯罪以及毒品犯罪四种犯罪中的证人适用。

3. 保护措施方面的不足

我国刑事诉讼法第62条、63条涉及了刑事证人保护制度的保护措施。其中第62条规定的保护措施包括不公开真实姓名、住址和工作单位等个人信息；采取不暴露外貌、真实声音等出庭作证措施；禁止特定人员接触证人、鉴定人、被害人；对人身和住宅采取专门的保护措施；其他必要的保护措施。第63条规定了对于证人、鉴定人的经济补偿制度。我国的保护措施规定的较为片面。前文已述，对证人合法权益的侵害来自两个方面，其一是利害关系人对证人的打击报复等，其二则是国家机关对证人法律安全的侵犯。我国的保护措施主要针对第一个方面的侵害。虽然我国有规定非法证据排除，但实践中通过威胁、引诱、欺骗等方式获取证言，侵犯证人权利的情形屡见不鲜，反应了我国在此方面对证人保护的薄弱。

4. 适用程序方面的不足

我国的有关证人保护程序的规定不健全。在程序启动方面，仅仅赋予证人申请启动的权利，未规定在何种情形下有关机关可以主动启动。再者，一个健全的程序，不仅包括启动还包括审查程序、运行变更程序等以及相关的期限。但是这些，我国法律并未规定。

四、我国刑事证人保护制度的完善

我国刑事证人保护制度有诸多的不足，完善立法是健全我国刑事证人保护制度的一个重要方面，同时兼采其他措施才能使我国的刑事证人保护制度发挥最大的功效。

(一) 主体方面的完善

首先，我国应设立专门的刑事证人保护机构。我国可以借鉴美国的制度设计，美国的证人保护机构是检察官执法办公室。我国可以在各级检察机关设立证人保护中心，专门负责证人的保护工作。检察机关还可借此对侦查机关的侦查行为进行监督。

其次，发挥民间组织的作用。我国可以鼓励民间设立一定的旨在为证人提供保护的志愿组织。两者配合实现对证人的有效保护。

(二) 对象方面的完善

对于刑事证人保护对象范围的确定，应考虑两方面的因素。其一，证人保护的有效性。其二，司法资源的有限性。

根据我国刑事诉讼法第 62、63 条的规定，我国刑事证人保护制度的对象是证人、鉴定人和被害人。根据前文所述的不足，我国的刑事证人保护制度在对象的范围应从以下方面完善。其一，鉴定人不属于保护的范畴。其二，保护的对象范围扩大到证人、被害人及与其关系密切者。

（三）措施方面的完善

随着新刑事诉讼法的施行，我国的刑事证人保护措施有了较大的进步，但是仍有不足的方面，应从以下几个方面加以完善。

首先，我国刑事诉讼法第 62 条规定的保护措施包括不公开真实姓名、住址和工作单位等个人信息；采取不暴露外貌、真实声音等出庭作证措施；禁止特定人员接触证人、鉴定人、被害人；对人身和住宅采取专门的保护措施等措施适用的范围不应局限于危害国家安全、恐怖组织活动、黑社会性质的组织犯罪以及毒品犯罪四种犯罪，而应适用于全部证人。我国可以借鉴德国的阶层理论，根据证人面临的危险的大小，确定层层递进的保护措施。其次，借鉴美国、英国等保护手段较多的国家使我国刑事证人保护的措施更加完善。再者，针对司法人员危害证人法律安全的问题，应逐步通过司法体制的改革，观念的变更逐步解决。

（四）适用程序方面的完善

我国刑事证人保护制度在适用程序方面可从以下方面

加以完善。（1）启动程序方面。其一，证人及其关系密切者的合法权利又遭受危险的可能时，可向证人保护中心提出申请同时侦查机关负有告知证人这一权利的义务。其二，专门机关在特殊情形下可依职权主动启动保护程序。（2）决定和实施程序方面。专门的审核机关应从证人所面临的危险的大小以及证人证言对于查清案件事实的重要性两个方面进行审查，并及时作出是否予以保护的決定。（3）变更和中止程序。出现法律规定的情形，将对证人保护程序予以变更或者解除。借鉴美国的刑事证人保护制度，这些情形大致包括：受保护人同意；证人没有依法履行法定的作证义务；受保护人死亡；应受保护的情形已经不存在，没有继续保护的必要等。

五、结语

证人保护制度的完善是一个非常复杂的问题，但又有着深远的意义。我国刑事证人保护制度的完善应充分借鉴国外成熟的经验，但同时着眼于我国的具体国情，从而建立具有中国特色的刑事证人保护制度。

（作者单位：鹿城区人民检察院）

审判为中心 背景下证人出庭作证的常态化

文 | 胡 凯

以审判为中心的诉讼制度改革对公诉人挑战是巨大的，其中最直观的挑战就是“证人”出庭作证的常态化（文中“证人”是个广义的概念，包括普通证人、鉴定人、侦查人员、专家证人等一切有助于查明案件事实、取证程序合法性的人员）。对于证人出庭作证的常态化公诉人如果仍然没有产生足够的重视，那么在应对辩护人申请证人出庭时就可

能出现尴尬局面，所以公诉人应积极准备，探索合适的应对方法。

一、对证人出庭作证常态化应注意的事项

（一）以审判为中心并不等于以法院或法官为中心。

以审判为中心的改革并不能超越刑事诉讼法的规定，并不意味着要否定公、检、法三机关“分工负责、相互配合、相互制约”的原则。习近平总书记在关于《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》的说明中明确指出：“我国刑事诉讼法规定公检法三机关在刑事诉讼活动中各司其职、互相配合、互相制约，这是符合中国国情、具有中国特色的诉讼制度，必须坚持。”

（二）即使证人出庭作证成为常态化，直接言辞原则被引入，也并不意味着当庭上证据与审前证据不一致时就一定以庭上证据为准，即便是被告人的供述、证人的证言当庭发生了变化，也有一个去伪存真、甄别认定的问题。

（三）基于以上两点，鉴于法院系中立方、裁判者的身份，处于被动、消极的状态，鉴于公安机关在短时间内侦查取证的基础性工作不太可能自发性地显著改善，集指控犯罪与诉讼监督于一身的公诉机关应承担起责任，在刑事诉讼中发挥更大作用，包括在庭审中掌控庭审节奏，构建完善的证据链体系，引导审判长产生内心确信；在审查起诉过程中将日益提高的证据标准向侦查前端传导，引导侦查机关做好调查取证的基础性工作，保证审查起诉的案件事实、证据经得起法庭的检验。具体的，对于证人出庭作证，公诉人可根据情况灵活应对，可根据证据情况依法说服合议庭拒绝证人出庭作证，在证人确需出庭的场合，应注意应对技巧。

二、公诉人可根据证据情况依法说服合议庭拒绝证人出庭作证

根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百八十七条第一款之规定，证人出庭作证需符合三个要件：①对证人证言有异议；②该证人证言对定罪量刑有重大影响；③人民法院认为出庭是必要的。实践中对于前两个要件一般都不存在争议，所以法院认为证人出庭的必要性将成为关键。由于目前要求证人出庭作证的配套机制尚未同步完善，贸然大力度要求证人出庭作证，势必面临诸多障碍，所以证人出庭作证可以依法进行，但并非案案必须如此。公诉人可依据证据情况说服合议庭不采纳辩护人申请证人出庭作证的请求，这是公诉机关在查明案件事实的前提下，主导诉讼顺利进行，节约司法资源的合法行为。实践中公诉人说服合议庭可有以下方法：

（一）主动向关键证人核实案情

公诉人在审查起诉阶段或者延期审理阶段可向关键证人核实在侦查阶段所作的笔录，并预测辩护人、合议庭对该证言可能存在的疑问，就疑问向该关键证人取证，在法庭上予以合理解释，打消合议庭的顾虑，推翻辩护人申请证人出庭的理由。例如笔者曾办理过的郑某某、郑某故意伤害一案：郑某某承认其有殴打被害人余某某，但是否认其叔叔郑某有殴打余某某；郑某本人也否认其有殴打余某某；被害人余某某认定其系被郑某某和郑某两人一起殴打的；有一名路过的证人刘某对公安人员证实余某某被两个人殴打了1、2分钟（当时公安机关未让证人作辨认笔录）。案发现场没有监控，有罪证据和无罪证据是二对二的状态，但郑某某与郑某系亲戚关系，而被害人余某某是被害方，都与本案存在着密切的利害关系，双方言辞证据的证明力均不高，唯一没有利害关系的证据就是证人刘某的证言，于是控辩双方均将焦点集中在证人刘某的证言上。辩护人在庭审过程中提出一般的路人都会基于怕麻烦或者遭报复的心理看完打架之后立即离开，而该证人看完打架之后一直等到公安人员过来，并立即愿意配合作证，有被被害人收买的嫌疑，提出要求证人出庭作证。公诉人在审查起诉阶段亲自询问过证人刘某相同的问题，刘某回答称当时是看两名被告人打一个人太嚣张，基于内心的正义感，想等警察过来后看看会怎么处理，才在现场一直等到警察过来，并愿意作证。同时该证人在审查起诉阶段还辨认出两名被告人，弥补了侦查阶段公安人员未对证人作辨认笔录的不足。公诉人当庭针对辩护人提出的质疑发表质证意见，效果显著，公诉人取得的证言及辨认笔录被合议庭采纳，合议庭当庭驳回辩护人要求证人刘某出庭作证的请求。

（二）采集客观性证据

根据2012年9月浙江省院颁布的《死刑案件客观性证据审查工作指引（试行）》的规定，客观性证据是指物证、书证等证明内容客观性较强，不易受人的主观认识影响，具有较为稳定的表现形式和判断标准的证据材料或事实。客观性证据相较于言词证据，更容易被合议庭采纳，而一旦合议庭采信了该客观性证据，产生了内心确信，让证人出庭作证的可能性将下降。例如笔者曾办理过的张某等人非法买卖制毒物品一案，张某系A建筑公司的经理，主管生产，2012年至2013年期间，因生产需要，未经审批购买20000公斤盐酸，其行为涉嫌构成非法买卖制毒

物品罪，数量大，应处三年以上十年以下有期徒刑。张某在侦查及审查起诉阶段均无辩解，但在庭审过程中突然辩称其在2012年6月份已离开A公司前往B建筑公司和C建筑公司工作，离开之后A公司购买盐酸的行为与其无关，试图减少涉案的盐酸数量，争取在三年以下量刑。其辩护人在举证阶段提供了2012年6月份之后张某在B公司和C公司工作的证据，包括张某在B公司开会的签到表、工资册等，同时申请合议庭批准传召A公司的董事长、人事部经理出庭作证。但笔者在当庭质证时提出是否存在着张某同时在A公司兼职的现象，建议合议庭对该情况予以核实。庭后，合议庭要求笔者就有关情况进行了核实。后笔者从档案局取得A建筑公司平常会议的签到表、工资册的复印件，发现在2012年6月份之后上面均有张某的名字。在第二次庭审中，辩护人再次提出申请证人出庭作证，笔者根据现有的客观性证据向合议庭证实2012年6月之后，被告人张某依旧以经理的身份参加A公司的中层会议，有争议的待证事实已经明确，没有证人出庭作证的必要，请合议庭驳回辩护人的申请，最终合议庭采纳公诉人的意见。

（三）取得关键证人证言的同步录音录像

辩护人申请证人出庭作证或者合议庭要求证人出庭作证绝大部分的原因是为了排除非法证据，即为了查明侦查机关是否采用了暴力、威胁等非法方法收集证人证言。因此如果整个取证过程都有同步录音录像予以记录，合议庭或者合议庭组织辩护人、公诉人在庭外一同观看了取证过程，那么要求证人出庭作证将没有太大意义。在实际工作中，无论是被告人的同步录音录像还是证人的同步录音录像保存的时间均不会超过3个月，但是案件从侦查至审查起诉阶段经过的时间绝大部分已在3个月左右，而绝大部分基层检察院公诉部门的案件量是巨大的，案件进入审查起诉阶段之后，公诉人往往不能立即阅卷，所以当公诉人要调取有关录音录像时已超过3个月。并且侦查机关目前对于保留、刻录证人作证的同步录音录像的意识尚不强，调取同步录音录像存在现实的困难。对此可采取以下措施：首先，公诉人可建议公诉部门的负责人与侦查机关沟通，在取得证言之后立即对同步录音录像予以拷贝并随案移送；其次，公诉部门可与侦查监督部门沟通，侦查监督部门的检察官在审查逮捕阶段发现关键证人证言存在疑问或者瑕疵，立即要求侦查部门提供同步录音录像，并随案移送。

三、公诉人应对证人出庭作证的技巧

假如公诉人尽了上述所有的努力，合议庭依然认为应当采纳辩护人的申请，同意证人出庭作证，那么公诉人应当尊重合议庭的决定并积极准备后续工作。首先公诉人应当明确，无论辩护人申请哪种类型的证人出庭作证，公诉人都应当事先通过与合议庭沟通或者在庭前会议中的交流获悉辩护人申请证人出庭作证的理由，以了解、预测案件的争议焦点。从经验看，公诉人对证人出庭要区分卷宗材料内已出现的人员和卷宗材料内未出现的人员进行应对。

（一）出庭的证人系原案卷材料中已有的人员

1. 对于普通证人出庭作证。普通证人在侦查阶段必然已作过询问笔录，公诉人需要对该笔录内容进行核实，带着已经发现或者可能存在的疑问、瑕疵向该关键证人取证，进行补漏或作出合理解释，同时了解该证人目前的心理状态。如证人提出侦查人员有暴力取证的行为，或者证人翻证，公诉人可提前查明情况早作准备。如发现辩护人及被告人家属在庭审之前私下“接触”过该证人的，那么公诉人可在该处“大做文章”，使庭审效果向控方倾斜。

2. 对于侦查人员出庭作证。辩护人要求侦查人员出庭作证，其目标往往直指证据收集的合法性问题，最终目的是要撼动作为控方定案依据的证据体系。例如，在某醉酒危险驾驶案中，辩护人提出，乙醇检验报告中的受检血液编号和血样提取登记表上的号码不一致，中间又缺失检材的流转保管登记。如果辩方能证明侦查人员对检材的取得、运输、保管任何一个环节存在程序违法使得检材受到污染，那么作为定罪依据的鉴定意见将不攻自破。

面对辩护人“釜底抽薪”的做法，公诉人要擅于利用现有信息预测辩护人对程序方面的进攻点，在审前针对性地向侦查人员了解侦查过程，提前要求侦查人员回忆当时情况，对有关疑问做出合理解释、防患于未然。在询问侦查人员过程中，要把询问的侧重点放在侦查人员在侦查活动中如何利用侦查思维挖掘和运用客观性证据所蕴含的潜在信息，以及如何基于客观性证据发现派生性证据的情况。要注意询问客观性证据与言辞证据的印证关系，如到底是“先供后证”还是“先证后供”，一般情况下“先供后证”比“先证后供”的可信度高很多，特别是“内知证据”，即非亲历则无法获知的证据或者隐蔽性客观证据，侦查人员通过言辞证据的指引找到该客观性证据，那么该言辞证

据将是非常可信的，如果该证据情况在庭审中得以充分的展示，将非常容易使得合议庭对被告人的行为产生内心确信。

3. 对于鉴定人出庭作证。辩护人申请鉴定人出庭作证的目的是通过对鉴定意见中专业认定的质疑，以及利用诱导性发问使鉴定人当庭陈述与书面意见相矛盾，来让合议庭对鉴定意见产生动摇，继而推翻犯罪指控。所以公诉人应在审前就鉴定意见中的争议问题，提前与鉴定人沟通，让鉴定人积极准备应对。在庭审过程中，如果鉴定人当庭陈述与鉴定意见的内容出现矛盾，并且该矛盾系由于辩护人的诱导性发问导致鉴定人紧张、失误，无法完全表达观点，那么公诉人应当及时向鉴定人追加说明性发问，给予鉴定人一个澄清和纠正的机会；如果鉴定人在叙述检材提取、鉴定条件、鉴定步骤、分析推理等方面出现矛盾，但是这种矛盾不影响鉴定意见的真实性和客观性的，公诉人应当从鉴定的委托手续、鉴定机构及鉴定人的资质、鉴定标准等方面说明鉴定意见的制作符合法律规定，且鉴定意见符合证据的形式要件，可以采信，鉴定人当庭陈述出现的瑕疵并不足以推翻鉴定意见，也不影响鉴定意见的可采性；如果鉴定人当庭叙述鉴定意见出现的矛盾重大，从根本上影响到鉴定意见的可采性时，公诉人应建议法庭休庭，庭后予以核实或者要求重新鉴定。

对于上述三类“证人”出庭作证，由于在审前公诉人均已与其有过沟通，交流过庭审中可能出现的争议焦点，所以公诉人在庭审中应尽量采用开放性、“短问长答”的方式来发问，原则上不作提示、提醒，例如案发地点在哪里、案发时间是什么时候、当时发生了什么事情、其凭什么得出鉴定结论等，让普通证人、侦查人员、鉴定人自行回答，从而构建有利于己方的事实或者重现当时的情形，同时使用开放性问题最大的好处是证人主动、全面、直接地复原案件的事实，使得公诉人的指控更具可信度。此外应注意，公诉人审前与“证人”的任何沟通并不能诱导或者干扰“证人”作证，仅仅只是对“证人”掌握的信息有一个事先把握，及告知“证人”庭审的流程，以使庭审更加顺畅，节约诉讼资源。

（二）出庭的证人系未在原卷宗材料中出现的人员

1. 对于辩方专家证人出庭作证。一般情况下，辩护人要想专家证人出庭作证的申请能被合议庭采纳，必定会提供相关的与鉴定意见相左的书面材料，例如《某某专家意

见书》给合议庭，否则其请求很难被合议庭采纳。公诉人就可以向合议庭借阅该专家意见书，针对该意见书与鉴定意见相左的部分请教鉴定人及其他专家的意见，查清该辩方的专家证人在该领域内是否权威？其得出该结论的依据、方法是什么？该依据、方法是否是该领域内常见的论证方式？其得出的结论在该领域内是否在理论和实践中存在较大的争议？等等。公诉人从鉴定人及其他专家处获得相应的知识储备之后再当庭询问辩方的专家证人可以避免出现外行询问内行的窘境，如果公诉人认为自身的知识储备还不足够，可以申请鉴定人或其他专家证人出庭，甚至可以申请合议庭允许原鉴定人与辩方的专家证人关于专业领域内的争议焦点进行辩论，以便合议庭对该份鉴定意见产生内心确定。

2. 对于辩方普通证人出庭作证。笔者认为有必要考虑引入英美法系的“交叉询问制度”，加强公诉人交叉询问方法及技巧的学习，以在庭审中获得主动。所谓交叉询问，实质是一方对另一方证人通过当庭询问的方式进行检验，重点是对对方证人证言的真实性进行审查，在交叉询问中允许提诱导性问题，但通常只能限于主询问中涉及的事项以及证人的可信性问题。

诱导性或引导性问题是指出在提问内容中已经包含有答案的问题，如：“请问你是不是一名外科医生？”“你从医已经二十年了？”其实，此类问题的答案已经包含在题目中，回答内容一般就是“是”或者“不是”，而且多数时候是询问者希望被询问者给予肯定性的回答。允许引导性发问方式也被理解为要求证人必须正面回答而无回旋的余地。之所以交叉询问中允许采用引导性问题，很大程度上是由于交叉询问的主要目的与主询问不同，交叉询问的提问者并非要通过证人证言构建某项事实，而是希望通过对对方证人的交叉询问，检验该证据（即言辞证据）形成是否合理、真实，使法官或陪审团对该证人证言的可信度产生怀疑。

以美国司法实践为例，交叉询问可以从五个方面达到质疑证人或其证言的目的：（1）向审判人员表明证人具有某种偏见、敌意、动机或者收受利益以至于证人可能伪造或掩饰其证言以帮助或者损害一方当事人；（2）向审判人员表明证人在感知、心智（知觉、记忆力）方面存在缺陷以至于可能影响其证言；（3）向审判人员表明证人有不诚实的性格特征；（4）向审判人员表明证人当庭证言与以往

证言存在不一致；（5）通过证明证人在证言中出现错误直接反驳其证言。

但是当前交叉询问引入中国司法体制存在以下两个问题，第一，目前刑事诉讼法和有关司法解释没有引入交叉询问制度，现有的司法解释甚至禁止公诉人、辩护人在庭审过程中对被告人、证人进行诱导性的发问，公诉人在现阶段如果贸然使用交叉询问将违反法律的规定。对此，需

要立法者加以权衡，必要时考虑修改法律规定。第二，若引入交叉询问，则辩护人或许更偏爱于使用，因为该技能就诞生于英美法系的刑辩律师群体，辩护人为了能掌握庭审节奏，使庭审效果更有利于辩方，应更愿意模仿英美法系律师的实践，此时如何防御将需要公诉人大力探索。

（作者单位：瑞安市人民检察院）

庭审中心视野下强制证人出庭作证研究

文 | 叶成国

证人出庭作证是保证控辩双方对质权的关键环节，虽然 2012 年刑事诉讼法从证人保护、证人作证经济补偿、强制证人出庭以及拒绝作证的制裁等方面构建了“四位一体”的证人出庭作证制度，但在司法实践中，证人怠于出庭作证仍是当前刑事诉讼活动的一个难题。党的十八大提出以庭审为中心的诉讼制度改革，强制证人出庭作证是完善证人出庭作证制度中最为关键有效的一环。

一、问题：应然与实然之间存在矛盾冲突

（一）应然：强制证人出庭合乎法律规定

我国刑事诉讼法第 60 条、第 187 条及第 188 条明确规定，证人出庭作证是每个公民的法定义务，任何人不得逃避，同时确立了人民法院在符合相关条件的情况下可以强制证人出庭，并对无正当理由拒绝出庭的证人予以制裁。另外，在出庭证人庭审证言的效率问题上，刑事诉讼法第 19 条更是直接肯定了直接言词证据原则，明确规定：“证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方质证并且查实以后，才能作为定案的根据。”证人证言只有按照规定出庭接受质证后才能作为证据使用，对于未经出庭接受质证的书面证词不应直接被法庭采纳，否则有违直接言词证据原则。

（二）实然：强制证人出庭举步维艰

虽然刑事诉讼法规定了强制证人出庭制度，但从司法

实践来看，绝大多数案件的证人仍不愿意出庭作证，不少证人对法院通知出庭置之不理，拒绝到庭作证，即使出庭也通常会以各种理由搪塞，致使证人出庭作证的功能大打折扣。以温州市为例，自 2013 年刑事诉讼法实施以来，我市法院共审结刑事案件 26586 件，但证人出庭作证不足 20 件，证人出庭率仅为 0.075%，与新刑事诉讼法实施之前并无发生本质变化。通过对证人出庭作证案件的调研分析，证人出庭作证工作可谓举步维艰。一是绝大多数的出庭作证证人是 by 辩方申请的，检察机关主动申请证人出庭或法院依职权决定证人出庭的寥寥无几，表明司法机关对证人出庭并不积极。二是绝大多数证人出庭作证的效果并不明显。出庭证人基于自身利益考虑或受到辩方威胁、引诱等手段干扰而翻证的情况较为普遍，尤其是贿赂案件中的行贿人，在受贿案件中作为证人出庭作证时，往往会推翻其在侦查阶段的证言。三是强制证人作证几乎为零。从目前的调研来看，全市仅有 1 件案件，在证人拒绝到庭的情况下，法院以传唤通知书的形式要求证人出庭作证。

二、缘由：强制证人出庭作证面临诸多障碍

（一）立法方面：法律漏洞导致强制证人出庭依据不足

一方面，法律规定自相矛盾导致强制证人出庭“师出无名”。如前所述，刑事诉讼法虽然规定证人应当出庭作证义务以及符合条件情况下可以强制证人出庭作证，但同

时又规定：“公诉人、辩护人对未到庭的证人的证言笔录、鉴定人的鉴定意见、勘验笔录和其他作为证据的文书，应当当庭宣读。”这不仅给证人提供了不到庭作证的法定理由，同时赋予了人民法院在证人是否出庭问题上仍然具有可选择性，既可以到庭口头作证，也可以不到庭，仅以书面方式作证。另一方面，法律规定不明确、不完善导致证人出庭作证缺乏可操作性。刑事诉讼法虽然规定法院可以通知“定罪量刑有重大影响”的证人出庭并对无“正当理由”拒绝出庭的证人可以强制其出庭，但由于当前没有细化的规范性文件对强制证人出庭作出规定，导致司法实践中如何具体掌握证人出庭的条件以及强制证人出庭的标准在认定上存在较大分歧。如对于“对定罪量刑有重大影响”的认定，实践中缺乏具体标准，难以判断满足哪些条件、达到哪种程度才算符合“对定罪量刑有重大影响”。再如对于“正当理由”的认定，在司法实践中同样缺乏实际标准，同时对存在正当理由的情形，法院是否需要以及该如何处理等诸多具体问题均没有做出相关规定。法律不明确无疑给证人出庭作证预留了诸多“借口”，甚至直接导致强制证人出庭法律依据不足。

（二）司法方面：职权主义审理模式导致强制证人出庭流于形式

面对当前日益增多的刑事案件，法官尽可能的通过采取高效率的审判方式结案，而证人出庭作证势必会拖延整个案件的庭审程序，尤其是证人出庭后极有可能在辩方设陷诱导下出现与其书面证言不一致的情况，甚至随时可能翻证，从而使庭审变得不可预测，在此情况下，司法人员对证人出庭作证并不积极。同时，刑事诉讼法将“人民法院认为有必要”作为证人出庭作证的决定因素，导致在法律未作出刚性要求之前，法官在自由裁量权范围内都不愿也不敢轻易尝试强制证人出庭作证。在职权主义审判模式下，法官在庭审之前已经根据移送的案卷和证据材料形成了主观预断，庭审功能自然被弱化，“职权色彩强势凸显，引发人们对证人强制出庭制度弱化的隐忧。法官对证人出庭的自由裁量权缺乏限制，可能导致证人出庭的授权性法律规则在具体的司法实践中变为法官单方的主观标准”。因此，正如龙宗智教授所说“我国司法机关包括法院和检察院对证人出庭问题实际上采取一种说起来重要但心里头不以为然的態度”。

（三）社会环境方面：强制证人出庭不符合社会大众

的传统价值观念

我国传统法律文化中包含有大量“无讼”、“息讼”的观念因素，“中庸平和”、“息事宁人”的传统思维和行为模式无时无刻不在影响着现代诉讼和矛盾解决的进程。在这种“厌讼”与“厌证”传统文化的影响下，很多知道案件事实的证人潜意识里认为揭露和惩罚犯罪是司法机关职责，是否作证纯属个人意愿，因此不愿、不想、不敢、不会作证，即便是在公安机关要求之下已经提供书面证言的证人，也极少有人愿意出庭当面与被告人或者被害人对话。如果不顾国家现有的民族情感和主流社会心理，一味强制公民到庭作证，那么不可避免地会遇到这样的尴尬：在用法律创建社会秩序的同时，实际上是在用法律破坏社会自身的和谐与凝聚力。

（四）配套措施方面：配套机制不完善导致强制证人出庭作证缺失制度保障

虽然刑事诉讼法构筑了一套较为合理的证人出庭作证制度，但是其法条规定过于模糊，导致有关证人出庭作证的相关规定可操作性不足。一是证人保护制度不完善导致司法机关强制证人出庭缺乏“底气”。从司法实践来看，目前对出庭作证证人的保护尚存在诸多漏洞，如证人的保护范围、保护方式、保护期限、保护主体等均不明确，从而对证人安全保障明显不足或得不到有效执行，尤其是在事先及事后的保护基本上没有任何有效措施，证人受到打击报复的威胁仍然存在，证人急于出庭作证便是情理之中。二是证人补偿机制不完备导致司法机关强制证人出庭“于情不符”。虽然刑事诉讼法对证人因出庭作证而支出的必要费用进行补助有了笼统规定，但对于证人如何向人民法院申请补助，法院按照何种标准进行补偿，对人民法院的处理不服如何救济，这些规定均未明确，导致证人补助制度更多只是具有形式意义而无法落实。三是证人制裁机制过于简略导致司法机关强制证人出庭作证缺少“强制力保障”。刑事诉讼法针对应当出庭的证人没有正当理由拒不出庭或者出庭后拒绝作证的行为，规定了训诫与拘留两种实体性处罚措施。但就该规定来看，制裁措施缺乏层次性且具体操作不详，难以对证人不出庭的行为进行有效规制。

三、路径：转变以庭审为中心的诉讼模式

虽然刑事诉讼法试图确定控辩式的庭审模式，但由于

受传统“卷宗中心主义”和“结果中心主义”审判方式根深蒂固的影响，证人出庭作证制度仍不能得以有效执行。对此通过执法观念的转变显然是远远不够的，惟有通过制度建设推进审判方式改革建立真正意义上的、彻底的“对抗制”审判模式才是打破“卷宗中心主义”、“结果中心主义”的最佳途径。因此，以庭审为中心的诉讼制度改革应运而生，是证人出庭作证机制构建的正确路径。

（一）断案模式：由印证模式到单一证据审查转变

有学者将我国刑事訴訟證明模式归结为“相互印证的证明模式”，在此模式下，忽视对单个证据的独立审查，强调全部证据之间能否互相印证，形成完整的证据链。在论证某一份证据是否真实可信的前提条件时该份证据应首先具有合法性，在证据合法性都不成立的情况下，印证模式显然也是多此一举。具体到证人证言方面，法官首先要判断的是该份证人证言的合法性问题，抛开其他证据单纯对该份证人进行审查判断，切实做到“一证一质”，并对该证人是否需要到庭接受质证作出判断，而不能以其庭前书面证言已与在案证据印证而拒绝证人出庭作证。

（二）证据效力：明确庭审证言优先原则

“证人不出庭问题不过是一个制度的表象，在这一表象背后还存在着证人证言笔录的证据能力问题及证据规则的构建。”从严格意义上讲，直接言词原则和质疑抗辩原则要求证人必须出庭作证，其当庭提供的证言经过庭审举证质证后才能依法作为证据使用。“如果必要出庭得不到履行，由此引起对证人证言的质证得不到检验，证言即属无法确认真实性的，不当作为定案根据。”但从目前的司法实践来看，证人具有不可替代性，如果拒绝出庭或出庭后拒绝作证的证人所作的书面证言一律不能作为定案根据，则可能导致不少案件难以查明犯罪事实；如果一律可以作为定案根据，则又违背了强制证人出庭制度设计的初衷。对此，有必要强调庭审证言优先原则，明确证人当庭证言的法律效力原则上应当优于书面证言，但对于证人拒绝出庭或者出庭后拒绝作证的，其书面证言是否一概排除尚需区分不同情况在证据的合法性、客观性以及能否与其他证据相互印证等方面进行综合判断。

（三）出庭程序：细化强制证人出庭质证规则

程序正义是实体公正的保障。虽然刑法赋予了人民法院强制证人出庭作证的权力，但对于强制证人出庭作证的申请程序（包括申请主体、申请时间以及强制出庭的方

式等）、强制证人出庭后的审理程序（包括证人如实作证的保证、接受法庭交叉询问的程序等）等等均尚不明确，直接影响了证人庭审证言真实性的审查和判断。对此，应当明确证人出庭质证规则，确立交叉询问为主、法官询问为辅的证人询问机制，从询问主体、范围、原则、方式等方面加以规定。在询问中，控辩双方应遵循事实关联原则、禁止诱导、提示原则以及不得威胁证人或损害证人人格尊严原则，并遵循本方询问、对方询问、再本方询问、再对方询问的审理程序。法官在证言质证中，应对询问的顺序、方式进行合理控制，对不当询问和无关询问及时制止。同时法官通过控辩双方的交叉询问，从侧面发现证人证言的疑点，从而查明证人证言是否真实可靠及证明力大小。

（四）机制保障：完善强制证人出庭配套机制

配套机制的完善是确保强制证人出庭作证的有力保障，是提高证人出庭率的有效措施。一是建立证人出庭保护机制。建议法院以“视频作证”、“隔离作证”等方式，通过马赛克等技术手段隐去出庭证人的样貌、声音和其他识别性特征，以不公开真实身份方式出庭作证，从而达到对证人身安全保护的目。二是建立证人出庭奖励机制。除了补助出庭作证必要费用之外，还应对证人给予其他经济补偿和奖励并明确标准，从而保证能够完全抵消证人因出庭导致的直接经济损失，激发证人出庭作证的积极性。三是完善证人拒绝出庭制裁制度。建议在训诫和拘留之外，还可以增加罚款和追究刑事责任等制裁措施。当然在当前证人出庭率普遍较低的形势下，对拒不出庭证人的处罚一定要谨慎，尽量缩小处罚范围和力度。

四、例外：限制适用强制证人出庭作证

在遵循实体公正和程序效率衡平原则下，有必要对强制证人出庭作证的主体、范围和条件作出明确规定，在一定条件下赋予部分证人拒绝作证的权力，完善程序繁简分流机制，在确保实体公正的前提下尽可能提高诉讼效率，最终实现司法正义。

（一）身份限制：赋予特殊主体作证豁免权

从维护特定价值和保障人权的角，刑事诉讼法明确规定被告人配偶、父母、子女享有拒绝出庭作证的权力，但从司法实践来看，上述规定的范围显得太窄，结合司法实践，建议可从以下方面对拒证权主体作出规定：首先，

基于职业原因享有拒证权，如律师与委托人的保密事项，医院与病人间的保密事项。其次，基于亲属关系享有拒证权，将亲属范围扩大至配偶、直系血亲、三代以内旁系血亲、姻亲等。同时，赋予关键证人反对被自我归罪的特权。最后，基于公序良俗享有拒证权，规定某些公职人员有权拒绝提供因履行公职所获知的某些秘密事项或有损国家重大利益的证言。需要强调的是，赋予特殊主体出庭作证豁免权并不意味着免去其作证义务，即没有出庭作证义务并不等同于没有提供书面证言的义务。

（二）范围限制：仅限于关键证人可以强制出庭作证

由于当前司法资源的有限性与转型期内案件高发的矛盾凸显，如果所有的案件按照普通程序审理并要求证人出庭作证，司法资源肯定是无力承受的。因此有必要建立关键证人出庭制度，对证人是否需要出庭作证作出适当划分，结合司法实践，对于关键证人的确定应当以是否有利于查清案件事实真相和是否有利于控辩双方质证权的实现为参考因素，对能够直接证明案件争议事实、影响定罪量刑的关键证人原则上应当出庭作证，但对于关键证人之外的其

他证人在法院通知其出庭作证时可以拒绝出庭作证，法院原则上不得强制其出庭。当然，对关键证人拒绝出庭作证的，法院是否一律强制其出庭作证也不能一概而论，对于个别关键证人的书面证言经控辩双方认可，且与在案其他证据相印证的，原则上就没有强制出庭作证的必要。

（三）条件限制：有正当理由的不得强制出庭

为了避免证人出庭的随意性，应当明确在证人因客观原因在开庭之前确实无法到庭作证的，人民法院可以不强制作其出庭。如因自然灾害等不可抗力因素不能到庭的，证人死亡的，庭审期间身患严重疾病或者行动极为不便的等等。在司法实践中，证人编造各种理由拒不到庭的情形较为常见，在何为“正当理由”尚未明确的情况下，极有可能出现在法院的默许下证人以此拒绝出庭的情形。故有必要以列举方式对“正当理由”的具体情形作出明确界定，从而防止司法人员和证人的擅自解释和说明，同时明确超出范围的不合理理由不该成为证人拒绝出庭作证的理由。

（作者单位：温州市人民检察院）

庭审中心主义下庭前会议制度的构建

文 | 张 义

2014年10月《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》（以下称《决定》）确立了庭审中心主义原则。庭前会议制度作为庭审中心原则的重要配套措施，立法规定比较原则，缺乏具体操作规则，另一方面由于庭前会议制度早于庭审中心原则产生，因此二者关系存在冲突以及不明确的地方，笔者尝试以庭审中心主义为切入点去构建庭前会议制度，从而进一步实现庭审中心的目标。

一、现有庭前会议制度与庭审中心主义之间存在的问题

（一）庭前会议制度属审前独立程序或庭审组成部分，

未有明确法律规定。根据庭审中心主义的要求，案件事实证据的调查是在法庭上形成，如果庭前会议不是庭审组成部分，那么对于证据是否违法、是否采信形成的结论就失去意义。刑事诉讼法第182条第2款的规定，“庭前会议系审判人员召集公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人，对回避、出庭证人名单、非法证据排除等与审判相关的问题，了解情况，听取意见”。高法《关于刑事诉讼法的解释》也作了相同规定，从中可以看出庭前会议只是审判人员了解程序性问题的制度，并非庭审组成部分。高检《刑事诉讼规则》第432条规定又将庭前会议中非法证据排除程序作为独立于庭审的程序对待。我国法律尚未对庭前会议制度的性质作出明确的规定，相互间存在矛盾。

（二）庭前会议的效力问题。根据刑诉法及高法解释规定，庭前会议仅是法院审判人员了解情况、听取意见的制度，庭前会议形成的裁决缺乏实质效力，起不到解决程序性争议的作用。即使庭前会议形成的裁决具有效力，但效力如何并无法律规定，也会使其流于形式。如笔者办理的一起职务犯罪案件，庭前会议上控辩双方已就被告人供述是否属非法证据达成一致，庭审中辩护人却以该共识无效力为由要求当庭启动非法证据排除程序，从而使庭前会议流于形式。

（三）对于被告人是否必须参与以及没有辩护人的情况如何处理，法律未作明确规定。根据规定，召开庭前会议，根据案件情况可以通知被告人参加，但究竟哪些类型的案件需要通知被告人并不明确，对于那些涉及被告人合法权益的事项，被告人的缺席不利于保障其诉讼权益。庭审中心主义强调证据的调查在法庭，在被告人不出席庭前会议的情况，由辩护人达成的共识是否必然代表被告人未有规定，会使庭前会议决议的效力存疑。另一方面，在被告人未委托辩护人，其本身又缺乏法律知识，不明白法律后果、事先又未接触证据材料的情况下，庭前会议如何进行，也有待明确。

（四）关于证据开示的规定不明确。法律对于如何在庭前会议中进行证据开示没有规定。刑事诉讼法第40条规定了辩方向控方开示有关被追诉人不在犯罪现场、未达到刑事责任年龄、属于依法不负刑事责任的精神病人这三类证据的义务，庭前会议制度当中只要求审判人员了解是否提供新的证据，并未规定必须要进行新证据的开示，更未对如何进行证据开示、开示之后能否提供新的证据作出规定。

二、在庭审中心主义下如何构建新型庭前会议制度

（一）应明确庭前会议属庭审组成部分，属庭前准备程序，形成的裁决具有法律效力。第一，要明确庭前会议属于庭审的组成部分，具有实际的程序性问题决定和裁判职能。第二，庭前会议请求要及时，符合法律所规定的事项，控辩双方应在召开庭前会议时提出，如未在庭前会议中提出，除有正当事由及合理原因外，在法庭审理时应不再被允许。第三，庭前会议结论要具有约束力，即庭前会议上控辩双方达成的共识以及法庭对各事项作出的决定，应具

有严格的约束力，如无正当理由，一般不得在庭审时再提出异议。

（二）应明确被告人参与庭前会议的范围及方式。笔者认为庭前会议是否要求被告人参与应当根据庭前会议解决的事项来决定，如果是解决被告人庭审前供述的非法证据排除问题，因为被告人系供述的主体，其参与非法证据排除程序有利于查清事实，便于非法证据的认定。如果是其他程序性的问题，在被告人有委托辩护人的情况下，被告人可不参加庭前会议，由其辩护人代表其发表意见。会议决议记录应送达其确认，被告人如提出不同意见，可决定再行召开庭前会议或提交正式庭审解决。

（三）庭前会议应由正式庭审法官或合议庭主持。关于庭前会议的主持者，有学者认为应当是主持正式庭审之外的法官，以排除庭审前的预判。笔者认为，当前，检察机关将案件移送起诉时同时将全案卷宗移交法院，法官在正式庭审之前已经接触卷宗并了解案情，并不存在参加庭前会议形成预判的问题。反之，从庭审中心主义要求来看，证据的判断与裁定需在法庭形成，而庭前会议作为庭审的一部分，庭审的法官应当参加，有利于程序性问题的解决和庭审的延续性，提高庭审效率。

（四）明确证据开示规则。庭前会议作为庭审前的准备程序，控辩双方拟在庭审中出示的证据均应在会议中开示，而不仅仅局限于刑诉法规定的新证据。为了避免出现庭前会议变成证据的质证，证据开示的形式应当是以清单形式列明并写明欲证实的内容，使控辩双方了解对方证据情况，集中庭审的焦点，避免出现证据突袭。对未在庭前会议中开示的证据，有必要对未按照规定开示的主体采取一定的惩戒措施，敦促双方严格履行开示义务。除非有证据证实该证据系开示后取得，可禁止该方在庭审中提交未经开示的证据。

（五）引进法律援助机制。由于庭前会议解决的是程序性问题，非法律专业人士很难参与。实践中很多被告人没有能力委托辩护人，即使被告人出席庭前会议，但很难与控方就程序问题进行辩论。因此有必要建立庭前会议案件的法律援助机制，将需要召开庭前会议的案件列入司法援助的范围，为被告人实现其庭前会议的权利提供帮助，避免出现控辩双方的失衡。

（作者单位：温州市人民检察院）

2015 年第二季度检察工作盘点

一、案件扫描

乐清市院依法批捕“3·15”特大持枪绑架案二犯罪嫌疑人

4月20日，乐清市院以涉嫌绑架罪、非法持有枪支罪，依法对犯罪嫌疑人石武强（男，32岁，湖南益阳市人）、夏质彬（男，31岁，湖南益阳市人）批准逮捕。经查，犯罪嫌疑人石武强、夏质彬2015年2月26日携带仿六四式手枪一支（内有四发子弹）、匕首、手铐、定位器等作案工具到达乐清市，在准备好作案面包车、头罩、胶带、手机等工具后，即进行踩点。3月14日晚上12时许，乘被害人郑杰豪从华利酒店出来开车门之机，二犯罪嫌疑人分别持仿六四式手枪和匕首将被害人挟持到面包车上带至乐清湾大堤，犯罪嫌疑人石武强即向被害人父亲打电话勒索人民币150万元。后嫌疑人又将被害人带至龙伏山陵园旁的一小屋里进行藏匿，犯罪嫌疑人夏质彬持仿六四式手枪负责看守，犯罪嫌疑人石武强则勒索赎金并准备逃跑所用的金杯面包车。3月16日9时许，犯罪嫌疑人石武强在乐清市北白象镇被抓获。同日10时30分许，犯罪嫌疑人夏质彬在藏匿人质的地点被抓获，人质被安全解救，当场缴获仿六四式手枪一支。经鉴定，该仿六四式手枪为枪支。

瑞安市院依法批捕一起高检院挂牌督办的污染环境案

4月23日，瑞安市院以涉嫌污染环境罪批准逮捕向飞云江偷排1万余吨生产废水的犯罪嫌疑人戴锡全。该案系最高人民检察院挂牌督办案件。经查，2014年7月至11月间，瑞安市宝源化工有限公司董事、股东戴锡全伙同公司股东林文弟、公司污水处理站站长陈乐平（均已逮捕）将未经处理的生产废水通过非法埋放的暗管于夜间直接排放至飞云江中。截至案发，共偷排生产废水1万余吨，对

环境造成严重污染。经鉴定，该公司排放的生产废水为废母液和废水污泥，属危险废物。

温州市院依法批捕一起以投资手机搜索引擎关键词和APP应用程序名义实施诈骗案

4月23日，温州市院以涉嫌诈骗罪依法批准逮捕以投资手机搜索引擎关键词和APP应用程序名义实施诈骗的林晔、林峰等15名犯罪嫌疑人。目前该案已查证涉案金额达600余万元。经查，2010年以来，犯罪嫌疑人林晔等人先后注册成立神企、龙辉、瑞天三家信息科技有限公司，通过电话邀约、举行“峰会论坛”、讲师授课、会场设“托”等方式虚假宣传其公司出售的手机搜索引擎关键词和APP应用程序的未来收益和升值空间，诱骗被害人购买投资。之后，又安排人员冒充第三方客户致电被害人谎称要高价购买被害人手中的手机搜索引擎关键词和APP应用程序，或在其APP中租赁广告位，从而诱使被害人进一步购买或续费。

乐清市院依法批捕备受社会关注的小学老师猥亵学生案件

5月7日，乐清市院以涉嫌猥亵儿童罪，依法对犯罪嫌疑人何淼焱（男，30岁，湖北省咸宁市人）批准逮捕。该何淼焱在任职于温州市教师教育院附属学校（原“乐清师范附小”）语文老师期间，对多名女学生进行多次猥亵，该事件迅速在各类媒体传播，受害学生家长反映强烈，社会影响极其恶劣。经查，自2014年7、8月份开始，犯罪嫌疑人何淼焱在乐清市城东街道南沙村开办补习班，将吴某等5名学生单独叫到房间，以蒙眼猜味道的方式，将棒

（下转第25页）

从一条“含金”线索深挖 25 人窝串案

——乐清市院查办住建领域贿赂犯罪纪实

文 | 郑财生

近年来，随着城市商品房价格的不断上涨，城郊、城乡结合部违规建房、违章建房现象愈演愈烈。这种情况在部分经济发达的城镇尤为严重，表现为没有审批手续建房、超审批范围建房、没有施工资质承建工程项目等情况。违建乱象背后隐藏的监管职能部门的腐败问题日益引发社会关注，群众对此反映十分强烈，党和政府的形象和公信力受严重影响。2014 年，乐清市人民检察院强化大局意识，突出办案重点，从一条“含金”线索入手，通过个案突破滚动深挖，成功查办了住建领域贿赂窝串案 25 件 25 人，其中受贿案件 11 件 11 人，行贿案件 14 件 14 人，50 万元以上特大案 4 件 4 人，涉案总金额高达 1000 余万元。这批案件在取得办案规模效应的同时，形成了极大的反贪震慑力，连续挖出住建局分管规划监察的副局长 1 人、监察中队长 2 人、监察执法办事员 8 人，其中 5 人被判处 10 年以上有期徒刑。

广泛排查 获取“含金”线索

乐清地少人多，高房价等种种因素叠加导致违章建房现象十分严重。根据掌握资料，仅该市柳市镇 2012 年至 2013 年间被住建部门立案的违章建筑就多达 1000 余起，而其中绝大多数并未实际查处。群众对住建部门在监管违章建筑中的失职行为，甚至利用查处违章建筑进行“权力寻租”反映非常强烈，针对规划监察领域的举报日益增多。乐清市院反贪部门高度重视，侦查人员通过实地走访、秘密接触、综合搜索等方式，广泛收集社情民意、关注网络舆情，掌握重点涉嫌违章建筑项目、相关监管执法人员的主要权限、工作流程及“行业规则”等信息资料，对明

确案件侦查方向和重点起到积极作用。如本地人气较高的“703804”、“乐清人上班族”等论坛上，“乐清柳市违章建筑潜规则”、“柳市规划名存实亡，违章建筑一路高歌”等网帖跟帖量很大，舆论关注度极高，蕴含很大的“信息量”。随着调查的深入，一条既模糊又清晰的线索进入侦查视野——住建局一周姓领导在北白象镇金炉村铁皮市场部分商户店面扩建项目中收受贿赂。

经详细核查，确认该“周姓领导”为住建局北白象监察中队副中队长周某，其负责对北白象辖区内 200 平方米以上违章建筑的监督查处。线索评估小组结合前期排查信息进行综合分析，一致认为该线索有较明确的犯罪事实极具侦查价值，遂将周某列为重点初查对象。侦查人员很快初步查实周某在北白象镇金炉村铁皮市场联建项目中收受多名商户贿赂，同时发现周某与徐某某有两笔合计 40 万元的大额经济来往。并进一步查明徐某某在北白象代工承建某安置房和某办公综合楼两大工程项目，分别存在少批多建和未经规划审批的情况。根据初查掌握的信息，周某与徐某某并非亲友关系，且徐某某并不具备相关建筑资质，侦查员断定该 40 万元属不正当经济往来的可能性极大。

“内审外调” 专业技术突破案件

在获取该“含金”线索后，乐清市院决定对周某立案侦查，并于当天分四组对涉案人员实施抓捕，除徐某某闻风窜逃外，周某及金炉铁皮市场商户金某某等 3 名行贿人均同时被抓捕到案。周某到案后，具有丰富经验的办案骨干组成专业讯问组，并根据该周寡言少语、城府较深的性格特点和到案后抗拒审讯、拒不配合的心理特征，制定“先

松后紧、逐步加压”的策略进行讯问。讯问人员前后提审周某 22 次，前 12 次均拒绝交代，甚至在审讯中谎称吞食塑料餐勺，以此要挟讯问人员。对于其与徐某某 40 万元的经济往来，则坚称系借款。侦查人员始终坚持依法文明规范办案，耐心进行政策教育，对其无罪辩解均记录在案。

在加强对周某审讯的同时，侦查人员以“零口供”的标准加强外围调查取证。通过对金炉铁皮市场 20 余名商户的调查取证，核实了周某在金炉铁皮市场扩建项目中受贿 19 万元的犯罪事实。随后，侦查人员把侦查重点转移到抓捕关键行贿人徐某某上。在准确把握徐某某的藏匿地点和活动规律后，侦查人员通过其亲友做大量工作，最终成功劝服其主动到案交待问题。金炉铁皮市场多名商户的证言，特别是徐某某的到案，对周某形成了高压态势。在强大的办案声势的震慑下，周某最终放弃了顽抗，如实交代了犯罪事实——案发前周某害怕东窗事发，与行贿人徐某某达成“退赃协议”，先从该徐借来 40 余万元，自打算盘按年利率 10% 计算利息，让其母亲以现金存款的方式“连本带息”转至徐的帐户上，自导自演了一出借款还款的“假戏”。通过证供结合，最终成功突破周某受贿 59 万元的犯罪事实。

“深挖关联” 实现办案规模效应

以查证突破周某受贿案为主线，侦查人员乘胜追击，围绕该案中反映的行业运作特点和关键环节，通过“受贿人—行贿人—受贿人”的循环排查，随后深挖出住建监察执法人员李某受贿 30 万元、徐某受贿 23 万元、刘某某受贿 38.5 万元等大案。

侦查中多条线索明确指向另一重要行贿人柳市镇店后村村委会主任黄某某。因黄某某系乐清市人大代表，在办理相关法律手续后顺利将其采取强制措施。经审讯，黄某某交代 2012 年至 2013 年间，因自己和亲友建房，先后 8 次向住建局柳市分局副局长周某某等多名工作人员行贿。根据这一重大线索，乐清市院随即决定对周某某立案侦查。周某某在柳市当地任职多年，深谙“行业规则”，作案手段更加隐蔽，使侦查工作增加了不少难度。如吴某某、伍某某等因 9 间房屋违章联建，共同出资 30 万元向周某某请托关照，根据周某某的指示存至某账户作为其投资款。同时还有多笔资金往来以“借款”形式掩盖，在收受贿赂

时出具“借条”，或者在案发前“退款”给行贿人，对取证工作带来重重障碍。鉴于该案涉及面广、社会影响大、涉案人员多，乐清市院抽调 18 人参与审讯、取证工作，经过 5 个多月的攻坚，获取 30 余份证人证言，结合大量客观证据，最终查实周某某受贿 26 笔，其中单笔 10 万元以上的就有 10 笔，涉案总金额 211 万元。

住建局柳市分局副局长周某某被立案查办后，在社会上和住建系统内部形成了极大震动，多名涉案人员迫于压力先后向检察机关投案自首，最终共挖出住建系统受贿案件 11 件 11 人。

严查“职业行贿群体” 提升反腐威慑效应

侦查人员在查办周某某受贿案中发现，“职业行贿人”、“中间人”等多方渗透，是住建领域贿赂犯罪高发的一个重要诱因。“中间人”多为所谓的“社会能人”，利用广泛的人脉关系通过各种手段拉拢执法人员，帮助违建建房人逃避查处，形成一条相对隐蔽的行贿灰色通道，对“塌方式”集体腐败埋下隐患。如个体商人赵某某利用与住建局工作人员熟悉的关系，经常帮助他人“摆平”违章建房等事项，社会上戏称其为“赵局”，影响十分恶劣。“行贿群体化”现象更是在侦查中引起反贪部门注意，表现为多名承建商合伙专门承建设没有任何审批手续的房屋，通常以明显高于市场价的价格承包建房项目，通过向规划监察执法人员行贿逃避查处，乐清方言称之为“包砌”。如柳市镇包工头吴某某等多人合伙在该镇承建违建项目 10 余处，每个合伙人都有明确分工和行贿目标，分头疏通关系，对正常执法的侵蚀极为严重。

鉴于住建领域行贿犯罪具有极大的危害性，反贪部门调整反腐策略，坚持严厉打击受贿犯罪的同时打击行贿犯罪，特别是严厉惩处主动行贿、多次行贿、行贿数额巨大的行贿犯罪，有力提升反腐的威慑力。在具体办案中，侦查人员纠正过去只注意搜集受贿犯罪线索而忽视收集行贿犯罪线索的倾向，对受贿犯罪立案侦查的同时，根据案情和侦查进度，统筹考虑对行贿案件的立案侦查。在对行贿人的侦查中特别注重从行贿犯罪的构成角度，及时固定关键证据。如周某某受贿案中，涉及行贿人 25 人，侦查人员针对不同对象，不同侦查目的，在立案、使用强制措施等

方面采用不同的侦查谋略，对案件有全局性影响的关键行贿人，实行同步立案、同步抓捕，争取扩大和深挖，既确保了受贿案件顺利突破，又促使行贿犯罪得到及时有效查处。同时，加强对行贿犯罪案件处理的审核把关，规范并细化对行贿人拟作撤案和不起诉处理程序，要求对行贿人撤案、不起诉的，由办案部门就事实、法律依据和处理意见进行说明，经检委会集体研究决定。在查办住建系统贿赂案件过程中，先后共立案查办行贿案件 14 件 14 人，起诉率和有罪判决率均为 100%，其中属于典型的“中间人”、

“职业行贿人”的就有 8 人。

通过查办住建领域贿赂窝串案，有力打击了该领域贿赂犯罪的嚣张气焰，彰显了检察机关反腐的决心和力度。特别是乐清市院重拳严查行贿犯罪的做法，先后被《法制日报》、《检察日报》等国家权威媒体报道，并在新浪、腾讯等各大网站被广泛关注，赢得良好的舆论支持和社会反响。

（作者单位：乐清市人民检察院）

（上接第 22 页）

棒棒糖、香蕉、蜂蜜和自己的生殖器等物放入学生口中进行猥亵。2014 年下学期，在乐清师范附小教室里，犯罪嫌疑人何淼焱以同样的方式对林某等 3 名学生进行猥亵。2015 年上半年期间，在乐清师范附小自己寝室，犯罪嫌疑人何淼焱以同样的方式对徐某等 4 名学生进行猥亵。

温州市院和瓯海区院联手查处一涉案 2200 余万元的虚假诉讼案件

4 月 21 日，由温州市院民行处和瓯海区院民行科联手

调查后移送公安机关的一起虚假诉讼案件，犯罪嫌疑人项某、汪某、叶某被温州市公安局瓯海分局以妨害作证罪刑事拘留。该案涉案 6 人，涉案金额达 2200 余万元（已查实的 1100 万）。经查，项某为逃避执行，串通其小舅子汪某等人虚构民间借贷事实，骗取法院调解书，从而侵害他人债权的犯罪事实。案件移送公安机关之后，瓯海区院立即派员介入侦查，并与公安机关共同分析研究案情，为案件的成功突破打下了基础。现项某等三人已被抓捕归案，对实施虚假诉讼的犯罪事实供认不讳。

二、荣誉榜

★ 4 月，温州市院娄艳龄被评为 2013—2014 年度“温州市劳动模范”。

★ 5 月，龙湾区院公诉二科、乐清市院驻兴乐集团帮教基地、文成县院公诉科、苍南县院未成年人刑事检察科获市级优秀“青少年维权岗”荣誉称号。

★ 5 月，温州市院邹陶然被评为温州市 2014 年度未成年人思想道德建设工作先进个人。

★ 5 月，龙湾区院《“心理阳光理疗”指引涉罪未成年人走出阴影》被评为全省检察机关未成年人司法保护优秀案（事）例。



微表达

信仰法治 守护公正

乐清市院南俏俏 @ 要是问我“工作忙吗？”我想说“还真挺忙的”；“累吗？”“偶尔也确实有点累。”但我想到的身边有这样一群人，他们几年、几十年如一日地学习使用枯燥的法律条文，核实质对细琐的证据材料，琢磨推敲味同嚼蜡的诉讼文书，应付处理繁杂无趣的日常琐事。他们传递给我的这种力量，我想应该叫做坚持和坚守吧。

瑞安市院办理特大假牛肉案 亮剑食品安全领域

文 | 张 章

“忆思牛肉快乐享受”，这是广州市思味食品有限公司宣传牛肉干产品的广告词，但万万没想到，这家在广州被许多消费者熟知的知名品牌，让消费者“快乐享受”的牛肉干竟是猪肉炮制的。该案涉及金额达 3000 多万元，销售范围涉及全国多个地方。瑞安市院以涉嫌生产、销售伪劣产品罪对被告单位广州思味有限公司、瑞安市佳成食品有限公司、瑞安市联鑫食品有限公司和被告人张云进等七人依法提起公诉。

“猪八戒”七十二变 “新鲜”牛肉出炉

2012 年以来，张某的思味公司从姐姐、姐夫的诚佳公司，大舅子夫妇的联鑫公司采购用猪肉制作的伪劣牛肉制品，再包装成“忆思”品牌，通过思味公司进行销售。猪肉怎么能吃出牛肉味呢？犯罪嫌疑人张某称，他们在生产过程中大量使用了牛肉膏，即采用新鲜牛肉经过多道工序得到的一种棕黄色至棕褐色的膏状物，有牛肉自然香味。公诉人介绍，整个制作过程很不卫生，加工窝点内气味刺鼻，令人作呕。而这些假牛肉干包装精美，味道很像牛肉，一般消费者对其根本真假难辨。且目前也没有仪器能够检测牛肉干真伪，质检部门的仪器检测项目仅仅包括蛋白质含量、细菌总数、金属含量等，无法辨别样品是牛肉还是猪肉。

犯罪嫌疑人张某、金某、黄某均供述，用猪肉制成牛肉制品出售，其目的在于降低成本。张某甚至表示：“因为价格与竞争的关系，市场上根本就没有真正的牛肉制品，所以我也这么做。”生牛肉与生猪肉的市场价格相差很大，不法商家每日至少发货 100 箱有劣质嫌疑的牛肉制品，以此获取数百万元的差价。

履行检察职能 打击食品安全犯罪

食品安全问题不仅严重影响群众身体健康，造成群体心理恐慌，并且破坏市场正常经营秩序。瑞安市院通过提前介入、引导侦查等方式，排疑补漏，推动公安机关全面客观合法收集、固定证据，形成合力打击食品安全类犯罪，给相关单位和个人敲响警钟，对此类犯罪起到威慑作用。

鉴于联鑫公司、诚佳公司仅仅将加工的肉制品半成品，出售给思味公司，其自身未参与对产品的包装、销售，那么调查这两家公司责任人是否主观上明知思味公司将其冒充牛肉予以销售，显得至关重要。对此，瑞安市院建议公安机关重点固定证实，该两家公司生产的猪肉半成品中已添加牛肉精等具有牛肉味道的添加剂的客观证据，以此为突破口，进一步固定相关责任人的言词笔录。在正确引导下，公安机关在这方面的取证取得良好效果，为顺利查处这两家公司的责任人奠定了牢固基础。

在审查批捕过程中，娄秀洁辩解公司一直由其丈夫金联耿负责管理，其平时未参与生产管理。掌握上述情况后，承办人及时与侦查人员沟通，引导其对该公司的多名员工谈话，全面补取娄秀洁在该公司生产伪劣产品中的作用体现。经补证，查明娄秀洁确有对公司生产活动进行日常管理，面对补取的证据，娄秀洁最终只能供认该事实。

提出“检察建议” 推动食品安全保障

瑞安市院在总结此类案件的基础上，发现食品安全在社会管理方面存在诸多问题，于是通过积极走访、深入调研等方式，对该市多家监管单位提出整改意见，完善食品

（下转第 27 页）

检务公开信息

瑞安市院成功举办检律交流会

4月10日，瑞安市院召开民行检察专题检律交流会，该市11家律师事务所派出律师代表参加会议，共同探讨如何开展民行检察新业务，构建良性互动的检律关系。律师代表从行政机关执法、法院诉讼环节存在的问题、检察机关内部案件管理机制等提出意见和建议。与会代表均认为这次的会议非常及时、必要，并提出要建立健全检律交流联动常态机制。



苍南县院网上接访平台开通

4月，苍南县院网上接访平台正式投入运行，群众可以选择文字或音视频“面对面”向该院控申科工作人员了

解情况、反映问题，并通过文件传输系统提交相关证据材料。登陆该院门户网站，在“便民服务”栏目下点击“网上接访”即可进入在线客服系统。

鹿城区院推出“点餐式”送法进社区

今年以来，鹿城区院依托检察工作社区联络站，推出“点餐式”送法进社区活动，每季度由社区居民点题，检察官进社区开展主题法律讲座和咨询，提升法治宣传服务的针对性和实效性。前两季度，该院分别围绕“老年人权益保护”和“汽车消费维权”两个主题举行了二期送法进社区活动，反响良好。

瑞安市院预防公益广告院线播放

瑞安市院通过新农村数字电影这一新兴传媒，开展预防廉政教育，推动预防法治文化培育。该院与温州新农村数字院线有限公司达成协议，制作的《阳光是最好的防腐剂》预防职务犯罪廉政公益视频广告作为电影片头，在该公司电影院线推广播放。公益广告将在瑞安市行政区域内61个社区、910个行政村巡回放映。放映期限为一年，约8000余场次。

（上接第26页）

安全生产的社会管理方式。

该院建议相关部门建立有效的食品安全监管体系，由市食品安全生产委员会牵头，联合卫生行政、质量监督、工商行政管理等部门，建立“统一受理，分类查处”的共管机制，明确各部门职责，加强日常巡查，形成监管合力，积极整顿食品生产与流通市场。建议建立和完善食品生产、销售者信用档案制度，对有不良信用记录的生产经营者增加监督检查频次，必要时向社会公开其不良信息，对于构成犯罪的危害食品安全行为，及时移送公安机关，加大打

击力度。建议加强食品安全相关知识宣传，相关部门针对食品生产领域和流通领域集中宣传，通过新闻媒体、宣传栏、公益讲座等各种载体开展多种形式的食品安全知识的普及宣传，提高群众的食品安全意识。建立健全食品安全举报奖励制度，鼓励群众积极举报食品生产经营中违反食品安全法律法规的行为。

（作者单位：瑞安市人民检察院）

乐清市院召开首次拟不捕案件听证会

5月6日上午，乐清市院召集人民监督员、人大代表、长青村双委、公安机关、嫌疑人家属等十余名各方代表，对拟作出不批准逮捕决定的淡溪镇长青村3名村民敲诈勒索一案举行听证会。此次听证会是乐清市院首次对拟作出不批准逮捕决定案件公开听取各方面意见，是乐清市院认真贯彻落实修改后刑法，转变执法办案方式，深化检务公开，打造“阳光检察”的重要举措和有益尝试。

经查，2015年1月份左右，被害人倪云林的运输车队从淡溪水库上运输石头途经长青村时，犯罪嫌疑人卓高锡、卓礼斌、卓成勇等六人（另三人已取保候审）以影响生活为由，采用多次结伙拦截的方式截停倪云林的工程车，并通告对方交付30条香烟，否则将不予通行。倪玉林基于胁迫给卓礼斌等六人30条中华硬壳香烟，价值12000元，卓高锡、卓礼斌、卓成勇等六人每人分得5条香烟。案发后，犯罪嫌疑人卓高锡等6人将30条香烟归还，取得被害人的谅解，并主动向公安机关投案自首。

与会听证的各方代表就案件事实、证据、犯罪情节、社会影响等方面充分发表意见，一致认为本案案件事实清楚、证据确实充分，已构成敲诈勒索罪。但本案属于轻微刑事案件，犯罪嫌疑人已退赃并获被害人谅解，同时还存在投案自首的从轻情节，且本案系由被害人夜间运输车辆对村民生活造成负面影响引起的，相较于一般敲诈勒索行为更情有可原，检察院依据上述从轻情节以及从办案的社会效果等方面综合考虑，拟对本案作出不批准逮捕的决定是正确的。与会代表对乐清市院创新执法办案机制，主动听取各方意见，接受社会各界监督，积极打造“阳光检察”的做法给予充分的肯定和支持。乐清市院将以此次听证会为基础，积极吸取现有经验和各界代表的有益建议，深化检务公开和机制创新工作，不断完善不捕不起诉案件听证制度，不断推进该项工作的制度化、公开化和常规化。

龙湾区院“四位一体”推进人大代表联络工作

近年来，龙湾区院始终坚持把加强和改进人大代表联络工作作为提升司法公信力、促进司法规范化和强化检察队伍建设的重要途径，积极构建“四位一体”的工作模式，推动人大代表联络工作深入健康发展。

树立一种理念，促进人大代表联络工作常态化

一是强化组织领导。院党组带头树立自觉接受人大监督理念，检察长、班子成员率先垂范，全院干警积极参与，对辖区内各级人大代表的联络、走访实行划片分工，实现走访全覆盖、联络无缝隙。二是强化思想教育。结合党的

群众路线教育实践活动和“增强党性、严守纪律、廉洁从政”专题教育活动，认真组织干警学习相关法律法规及上级院有关规范性文件，增强人大代表联络工作的主动性。三是优化人员结构。确定1名检察人员专门从事人大代表联络的相关工作，切实保证代表联络工作的常态化开展。

畅通两种渠道，推动人大代表联络工作多元化开展

一是主动“走出去”。坚持“两会”以及群众路线教育、规范司法专项整治等重要活动主动走出去，广泛走访、联络人大代表，听取意见建议。2014年以来，联络市、区两

级人大代表共91人次。二是虚心“请进来”。通过举办“检察开放日”等活动，主动邀请人大代表到院视察、评议检察工作。适时邀请人大代表旁听公诉案件审判、监督评议案件等重要司法环节，展现自身良好形象。2014年以来，先后9次邀请人大代表参加“检察开放日”、年度检察工作会议、专题教育活动演讲比赛、自侦案件监督评议等活动。

健全三项制度，保障人大代表联络工作流程化管理

一是健全定期联络责任制度。由检察长亲自联络担任副处级以上领导的代表以及本区域全国人大代表，由班子成员分片联络担任副科级以上干部的代表以及本区域省、市人大代表；中层副职以上干部均为本级人大代表联络员。同时，明确办公室为代表联络工作牵头部门，统一协调联络工作，并确定专人负责具体工作。二是健全中层正职以上干部旁听“两会”制度。“两会”期间，由党组成员、中层正职分组到各代表团听取人大代表对检察机关工作报告的审议、讨论，认真收集、汇总人大代表的意见建议，及时掌握人大代表所关注的检察工作热点问题，有针对性地研究提出解决问题、改进工作的措施。三是健全报刊资料交流制度。主动订阅反映人大工作的报刊资料，及时了解人大工作情况和对检察工作的具体要求。通过向人大代表赠送《检察日报》，定期发送手机短信，开通龙检微信、微博等，切实增强代表委员联络工作的互动性和时效性。

注重四方面实效，确保人大代表联络工作科学化发展

一是注重依法严格办案，增强法律监督实效。针对人大交办案件，开展集中督查，确保每件交办事项按期办结。同时，将代表联络工作纳入全院绩效考核办法，量化考核，使联络工作真正落到实处。二是注重践行司法为民宗旨，着力提升服务和保障民生成效。根据人大代表提出的关于更好服务和保障民生的意见，重点开展破坏环境资源犯罪专项监督，出台《关于建立“河道检察官”工作机制的实施意见》，由检察官“一对一”负责挂钩联系的河道，开展河道巡访、警示教育 and 预防宣传等工作，确保河道有效治理；推进食品药品安全检察工作，依法办理了“毒火锅”“毒卤肉”等一批案件，努力保障“舌尖上的安全”。三是注

重法制道德宣传，增强反腐倡廉实效。针对“两会”期间有代表提出的关于检察机关应当加强法制宣传教育的建议，我院成立了法制教育宣讲团，采取订单式宣讲方式深入机关、企业、乡村、学校、社区进行法制宣讲。2014年以来，开展各类法制宣讲19场，受教育人数达2200余人。四是注重深入调查研究，增强社会治理实效。根据人大代表提出的关于加大惩防职务犯罪工作力度等方面的意见建议，一方面，把抓办影响公共安全和危害民生民利的职务犯罪案件作为反映民意、维护民权的重要举措，如从一起路灯漏电事故背后深挖不作为渎职行为，严肃查处主管部门有关人员涉嫌玩忽职守、受贿、挪用公款一案，社会反响良好。另一方面，把抓办行业性、系统性贪污贿赂窝串案作为体现决心、扩大效果的反腐手段，如在国资领域查办贪污贿赂窝案3人、在有关学校查办贪污窝案5人，为国家挽回损失119万元，取得较好的办案效果。



微表达

信仰法治 守护公正

乐清市院侯璐韵 @ 每一个判例，都是公众法治信仰的基石；而每一次失误，都可能导致信仰的崩塌。习总书记就曾说过，人民群众每一次求告无门、每一次经历冤假错案，损害的都不仅仅是他们的合法权益，更是法律的尊严和权威，是他们对社会公平正义的信心。可见，一个错案的负面影响足以摧毁100个公正裁判积累起来的良好形象。

乐清市院陈婵娅 @ 风起于青萍之末，这句话告诉我们即使我们是很渺小的一员，即使我们做着很普通的日复一日的工作，但仍然会形成震动物物的风。法治和公正，这两个看上去高不可攀的词，其实也是由我们的一枝一节、一言一行所构筑的。哪怕是撰写法律文书时你精心采用的一个词组，一个符号，你在法庭上发言时说话的语气和礼仪，你和当事人沟通时的神态和眼神，这些看起来都是如此微不足道，然而却如星星之火，足以反映你在执法、司法时的心态，足以影响群众对你维护法治的印象，足以说明你在构筑法治和正义时是否使了力，用了心。

瑞安市非法集资刑事案件实证分析

文 | 雷 程 周 洁

瑞安市民间借贷活跃已久，但自 2008 年以来，受国际金融危机影响，瑞安市民间借贷风波阶段性高发，据调查，2010 年至 2012 年上半年期间，瑞安法院受理民间借贷案件 6891 件，受案标的额 40.70 亿元，¹ 由瑞安庞大的民间借贷纠纷可窥见隐藏在其背后的非法集资刑事案件的一斑。“非法集资”在法律规范中是指法人、其他组织或者个人，未经有权机关批准，向社会公众募集资金的行为。结合最高人民法院《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》和《关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》的有关规定来看，非法集资刑事案件主要以非法吸收公众存款罪和集资诈骗罪来处理。对于其他罪名在实务中办理较少，本文也就以该两种罪名的案件进行分析。本文研究的样本建立在瑞安小样本基础上，样本在数据上不可避免地存在诸多局限性，不能体现出温州地区乃至全国集资犯罪的特点，但在瑞安该类案件频发、影响力较大，具有论证该类案件的必要性和可行性，本文就基本情况、案件特征以及办案中遇到的相关法律问题作出梳理，并积极提出对防治非法集资犯罪蔓延的司法建议。

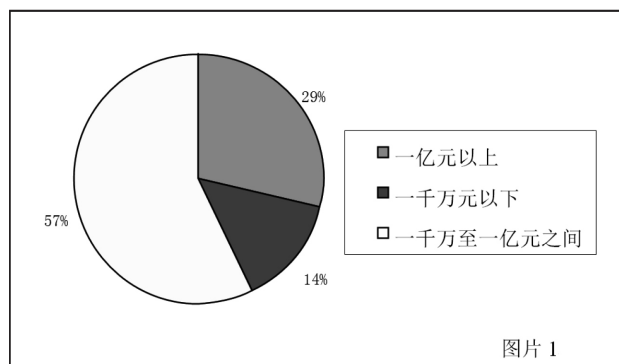
一、基本情况

通过研究我院非法集资类案件卷宗，我们了解到我院于 2011 年 1 月至 2014 年 6 月间办理非法集资刑事案件的情况如下表所示：

案件被害人多达 600 余人，涉案金额共计多达 50 亿元以上，非法集资金额区间比例情况如图 1：

分析对象的具体案件为 31 件 47 人（包含了并案处理之后的件数），其中，以非法吸收公众存款罪起诉 25 件

	2011 年	2012 年	2013 年	2014 年	2015 年(至 6 月份)	合计
非法吸收公众存款罪	3 件 7 人	10 件 16 人	6 件 8 人	3 件 3 人	3 件 6 人	25 件 40 人
集资诈骗罪	2 件 2 人	2 件 2 人	1 件 2 人	1 件 1 人	0 件 0 人	6 件 7 人
合计	5 件 9 人	12 件 18 人	7 件 10 人	4 件 4 人	3 件 6 人	31 件 47 人



图片 1

40 人；不起诉 2 件 2 人，其中情节轻微不起诉 1 人，法定不起诉 1 件 1 人；报送温州市院 1 件 1 人；公安撤案 1 件 1 人。以集资诈骗罪审查起诉受案的均全部起诉。上述案件不乏在社会上造成较大影响的案件，其中主要形式体现如下：

（一）以参与炒作“红证”（农村旧村改造安置地分配计划证）的形式非法集资。2006 年，瑞安市“炒房”、“炒红证”和民间高利借贷之风盛行，如潘贻林、李玉珍非法吸收公众存款案，2008 年开始，潘、李夫妇经营某器材有限公司和李玉珍中介所，后参与炒作“红证”。自 2010 年至 2011 年间，潘、李因需要资金周转而向同村潘某胜、潘某土等 30 多人借款共计 3200 余万元，约定月息 1.5% 至 2% 不等。两人将所借资金部分用于炒“红证”、部分

1 陈晓洁：《当前瑞安民间借贷市场的调查与思考》，载《经济师》2013 年第 1 期。

用于高利借贷给他人、部分用于支付高额利息，后由于炒“红证”亏损、借出去的高利贷无法收回而出现资金链断裂。至案发时，尚有 3043 万元无法归还。

（二）以不动产投资名义许诺大致期限或在商品交易过程中以延期付款的形式非法集资的。被告人在获得非法所得资金后，或因个人挥霍，或因投资失败，而最终导致资金链断裂案发。如某宝集团有限公司、某宝控股集团有限公司、池万明非法吸收公众存款案，2008 年至 2011 年 10 月被告单位某宝集团有限公司由法定代表人池万明具体操作，以 2-6% 不等的月息向社会公众 40 余人借款累计高达 34 亿元，造成 4.6737 余亿元未能归还，上述借款被用于房地产开发、港口投资、公司资金周转和偿还利息。此外，池万明为筹集资金而授权某宝控股集团有限公司贸易产业部在购进钢材时以要求供货方同意其先支付 30% 的货款，70% 的余款以月息 2% 左右延期支付的方式，自 2010 年 12 月至 2011 年 9 月间向 20 多家公司购进钢材后卖出变现进行融资共计 4000 余万元，这种以商品交易延期付款进行融资的行为同样被瑞安市人民法院以非法吸收公众存款罪定罪处罚。

（三）开展为他人期货、股票配资从中赚取利息差等承诺保底收益“委托理财”业务，虚构本金无风险事实非法集资的。如郑光朋、郑孙奇集资诈骗案，郑孙奇、郑光朋设立瑞安市某某投资管理有限公司，以公司资金周转、银行拉存、期货配资等名义，以本金无风险、月利率 1.5 - 2.5% 的高息为诱饵非法集资，将所借得的资金用于放高利贷、给他人配资、支付高额利息等，至案发时大部分款项未能归还。又如在林海燕集资诈骗案中，林海燕以炒期货、为上市公司充资、打新股、银行拉存等名义，以本金无风险、利息高额为诱饵，骗取他人共计人民币 6.4 亿余元，用于炒期货、归还前期集资款本息等，至案发时无力偿还。此类形式的案件中，被告人在遇到资金周转困难的情况下，一般仍虚构经营状况良好的假象非法集资，显然不顾“委托理财”的风险性，且金额大、利息高、周期短。

（四）一些公司超业务范围经营，变种为高利贷公司，为以高息出借、赚取利息差而非法集资。例如陈芸非法吸收公众存款案，陈芸因其丈夫林某某经营瑞安某某担保公司、浙江某某房地产开发有限公司需要巨额资金，以 1.5-2.5% 不等月息吸收公众存款共计 4800 余万元，该担保公

司系非融资性担保公司，超范围经营贷款业务，一些投机者通过该公司介入高利贷，该公司“名存实亡”。

二、主要特征

（一）领域特征

非法集资犯罪正由传统领域逐渐向新兴领域扩展，从常见的投资办企业、扩大生产经营等领域向虚拟的投资股票证券、理财领域扩展，空间也从实体向网络逐步发展。由于新型行业特殊性，导致各种犯罪内容十分隐秘，其中的产业链具有一定的投机性和风险性，不可能从正规途径获贷资金。此外，由于瑞安城镇化率高，非法集资已在农村乡镇突显苗头，并有愈演愈烈之势。

（二）主体特征

犯罪主体趋向多元化，单位主体既有鞋业有限公司、食品有限公司等实业公司，又有担保公司、投资管理咨询公司等融资中介机构；个人主体既有无业人员、个体工商户，又有行政机关工作人员。构成单位犯罪的共有 4 件案件，而涉及个人利用单位名义实施非法集资犯罪的共有案件 11 件 15 人，这表明社会上利用单位名义介入民间借贷已成常态。犯罪主体为共同犯罪的案件有 9 件，占案件总数的 32%，² 而其中系夫妻共同犯罪的共有案件 4 件，这表明家庭组织对非法集资犯罪有较大的影响。

犯罪主体多数具备一定的经济实力，例如池万明非法吸收公众存款案中池万明曾以 22 亿元的净资产登上中国胡润财富榜。被告人大多数经营企业或具有一定量的房产，借款发生的基础条件往往是借款人看中了贷款人一时的偿还能力，借款发展的重要条件就是贷款人的身份条件让借款人认为可以继续放贷。除上述特征之外，瑞安所涉案件中犯罪主体的性别、年龄以及文化程度也有所侧重，呈现出主体整体学历较高、40 岁以下年轻化为主的特征，具体如图 2 所示：

（三）被害人特征

非法集资刑事案件中的被害人人数众多，有普通的生意人、社会无业人员、行政单位工作人员以及打工人员，身份复杂。趋利性是共同特点，年龄阶层以 45 岁以上的人员居多，这部分被害人已有一定的积蓄，动辄出借就是几十万、几百万，甚至上千万也不足为奇，且整体文化程

2 包含了部分案件同案人员另案处理的情况。

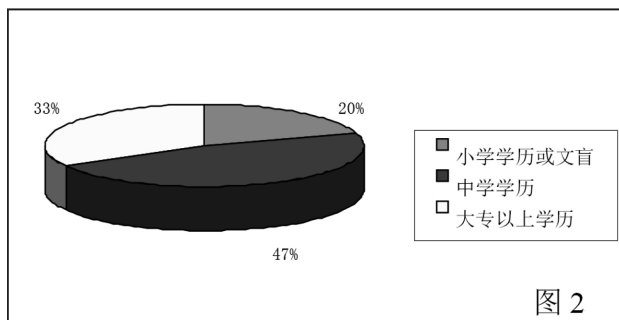


图2

度不高，警惕性不强，容易进行一些非理性的投资。被告人往往利用被害人趋利性的特点先营造向亲友、熟人集资的招牌，再通过亲友的亲友利用从众心理进行集资。被害人对风险的存在是有意识的，但常常是对集资人的信誉或者对自己与集资人的关系过于自信，而疏忽了风险的防范。³在非法集资案件中，被害人与集资人之间往往交叉着“熟人信用”与“陌生人信用”。瑞安民间借贷已经从“熟人之间交易”逐渐演变为陌生人之间的合同关系，从传统的生活消费帮助变化为经营性借贷的融资渠道。⁴再加之瑞安人情社会民间借贷风俗由来已久，被害人对非法集资人存在人身信赖，这种信赖可以超越物质担保，使得集资人善于打“人情牌”，扩大借贷规模。

（四）手段特征

虚构经营项目、业务，编造虚假业绩，隐瞒财务真相，拆东补西是非法集资的基本手法。这一手法的直接目的就是在商人谋利的前提下取得投资人的信任，沿着“熟人—半熟人”网络扩展至本地生意圈而形成信任机制，在民间金融互动的大环境下“浑水摸鱼”。例如李凤英集资诈骗案中，被告人李凤英以虚构部分参会人员名单或虚构整张会单的形式组织多数被害人参加“呈会”，以看似有组织形式但无机构制约的方式集资。在支付利息方面，高额利息只能从投资者的集资款中来支付，在刻意隐瞒这一点的情况下，不断编造自己虚假的经营业绩，以此证明付给投资者的高额利息系其合法经营所得利润的回报，使投资者产生信任感。为了吸引更多的投资者，利润水平不断被抬高。

非法集资过程中犯罪嫌疑人为获取资金容易衍生关联犯罪，在上述案件中，有2件同时涉嫌信用卡诈骗罪。

（五）后果特征

被告人往往利用后期收取的资金支付前期投入的本金和高息，或者将收取的钱款用于偿还个人其他债务，或者予以转移、隐匿、挥霍，由于集资后不用于生产经营活动，致使集资款不能返还，被害群众血本无归，容易引发新一轮社会矛盾。由于非法集资犯罪嫌疑人处于显名状态，而非匿名状态，这就引发了各种“跑路潮”。被害群众心理上难以平衡，无法承受被骗结果，往往通过各种渠道上访、新闻曝光等反映情况，希望引起政府等各方的重视，甚至将矛头指向检察院、法院、政府等部门，重则引起群体性事件。⁵

三、主要原因

经对我院近年来办理的非法集资案件进行分析，此类案件多发及存在上述现象，主要有以下原因：

（一）法律制度层面：金融制度供给短缺，民间金融合法空间小

宏观的社会因素是非法集资犯罪发生的制度上的根基。总体来说，温州地区存在着“两多两难”问题，即所谓“民间资金多，投资难；中小企业多，融资难”。民营经济的发展和民间金融的壮大两者之间往往互利互长，但中小企业游离于国家正规金融机构的宠爱之外，往往默默地选择走向“民间金库”，究其金融法律制度上的原因，我们不难发现现有金融立法仍然倾向于国有金融垄断，而且金融衍生产品的规制接应不上民间资本的融资需求，以及信用法律法规的匮乏制约着民间金融的风险规避需求。以上种种客观上造成了民营企业金融短缺等非国民待遇，与此同时，如果把集资行为不加区分地予以严厉打击，这也就把民间金融的合法性及其制度绩效一并抹杀了。⁶

（二）社会意识层面：集资人法律意识淡薄，被害人自身有过错

社会意识（通常表现为思想文化）也是犯罪发生的重要原因之一。就温州总体而言，民众意识不同于其他区域“十元做一元生意”的投资理念，而通常是“一元做十元生意”，⁷社

3 陈庆安、涂龙科：《论涉众型经济犯罪的刑事政策选择》，载《经济刑法》第12辑，第65页。

4 同1。

5 张勇：《民间借贷危机下存贷犯罪的刑法规制》，载《经济刑法》第12辑，第214页。

6 姜涛：《非法吸收公众存款罪的限缩适用新路径：以欺诈和高风险为标准》，载《政治与法律》2013年第8期。

7 尹小青、项鸿鹏：《温州涉众型经济犯罪现状及治理对策》，载《法制与经济》2013年11月。

会大量的闲置资金反复寻找风险高、利润大的产业，民众均有从众心理，容易跟风陷入投资陷阱中。从非法集资案发规律看，大量被害人本身就有过错，在意识上具有很大的投机心态和赌博心理，更多的被害人是明知集资人参与高风险产业但也急于出手，在这个意义上说被害人对犯罪的产生负有一定的过错。同时，集资人法律意识淡薄，案发后仍认为其行为是平常借贷，对自身行为后果认识不足，并在“无知并恶意”的情况下扩大涉案数额、盲目扩大借贷规模，直至以自由换债。

（三）经济行为层面：双方信息不对称，犯罪成本低效益高

信息不对称造成的轻率选择和和集资人的有意隐瞒企业经营信息（尤其是企业的利润）是造成集资风险的根本原因，这也是非法吸收公众存款具有法益侵害性的内在根据。⁸ 集资人往往使用欺诈手段造成借贷双方信息不对称，资金运用不符合被害人的意思表示，但是在庞大的民间借贷关系中，其非法集资行为虽然面向社会不特定对象，但只是民间借贷的冰山一角，难以被有关政府监管部门所发掘，⁹ 时间跨度大、区域范围广，案件苗头发现难、取证难。在犯罪收益上，由于涉案资金基数巨大，集资人一般收益效率高，相比较于普通侵财类犯罪而言，非法集资的入罪标准明显具有较高的“性价比”，例如瑞安市人民检察院办理的李红余非法吸收公众存款案，李红余吸存数额累计达 1071 万元，至案发时尚有 680 余万无法归还，被法院判处有期徒刑三年；又如王祥洪非法吸收公众存款案中数额达 1.6885 亿元，只归还了被害人部分借款和利息，最终被判处有期徒刑五年。

四、新形势下对非法集资刑事案件的防控建议

随着温州民间金融风险的爆发，一部分集资人信用崩塌、资金运用集中于高风险领域，该部分非法集资案件被纳入刑法打击中，非法吸收公众存款罪和集资诈骗罪成为金融领域的高发罪名，并且具有极高的社会关注度，社会稳定风险较大。在温州金融改革的新形势下，立足于司法实践推出相关举措，既能指导实践又能反馈金改，具体而言，

可以从犯罪预防体系、金融科学研究、司法协作处理三个维度予以阐述。

（一）构建非法集资预防体系，完善信息工作机制

要加强法制宣传和投资引导，努力改变公众的不良金融习惯。要引导公众自觉抵制非法集资，司法机关应结合非法集资犯罪的典型案例，定期、有针对性的对社会公众宣传此类犯罪的特征、手段和形式，教育群众提高防范意识、克服投机性强的心理弱点。同时，充分利用媒体宣传最新金融政策以及打击非法集资犯罪的法律法规，营造预防非法集资的良好氛围。

要发挥基层组织预防职能，完善情报信息工作机制。建立由司法部门牵头、多部门参与的预防非法集资犯罪的协调部门，与基层派出所、街道办事处、居民委员会等当地基层组织共同制定定期座谈、联席沟通机制，并结合瑞安现状，制定有效的企业帮扶联席机制，确定非法集资犯罪预防排查长期合作关系，实现各领域基础信息整合的“早、准、全”及共享的“快、广、灵”，以扩大对该类犯罪的侦查面，增强对该类犯罪的预见性，始终把握预防犯罪治理的主动权。

（二）完善金融制度，强化金融监管和金融产品创新

首先，国家应鼓励发展政策性金融机构、小额贷款公司、邮政储蓄银行、农村信用社等民营金融机构，打造成品牌化的民营金融相关的机构、民间财富平台、连锁化的运营机构。¹⁰ 结合瑞安当地的实际情况，在金融组织形式上应参考国务院批准的《温州金融综合改革试验区的 12 项任务》，并积极发展私募，规范现有的资产管理机构等融资中介机构。

其次，要在地方金融监管上，完善准入登记制度、放大优惠效应、实施有限度监管，提高监管机构的管理水平。金融机构对大额资金的流向及动态应随时掌握、实时监控，发现异常及时向公安机关反映。积极扩大征信系统的涉及面，健全征信体系对企业法人、个体工商户等信用数据纳入情况，积极服务于民间金融机构，从而有效弥补信息不对称的缺陷。

再次，创新金融产品。银行应当在信贷政策框架内加快推进针对小微企业金融产品的创新，为小微企业量身定

（下转第 38 页）

⁸ 同 6。

⁹ 工商部门负责监管企业是否依章合规经营，企业私募资金的行为并不完全纳入工商监管范围，某些融资性担保公司的监管主要由经济信用部门负责，有时造成多头监管状况。

¹⁰ 《民间借贷与非法集资的规制难点与法律对策研究》，杨梅兰、周岑茗、张景怡，《法制与经济》2013 年第 6 期。

未成年人刑事案件社会调查报告之调查主体探析

文 | 戴琴苹

一、实然：行动中的调查主体分析

未成年人具有心智相对不成熟，行为冲动，能冒险，缺乏冷静的后果思辨能力等特点，为此世界各国对未成年犯罪嫌疑人的量刑程序有别于一般规定。从实践看，大部分未成年人罪犯都与其生活经历、家庭变故和社会影响有密切联系。正处于人生观、世界观急剧变动的年纪，自控能力相对较弱，且犯罪后，由于法律意识不健全，人生阅历浅薄，在诉讼中处于被动地位，明显缺乏改变其不利际遇的能力。社会调查报告是唯一弥补此缺陷，能给予未成年犯罪嫌疑人、被告人浴火重生的救命稻草，其能否准确客观反映未成年犯罪嫌疑人、被告人的真实情况，影响重大，意义深远。为此，调查主体的客观中立性，调查者专业素质和操守显得异常重要。在我国，根据最新修改《刑事诉讼法》的规定，侦查机关、检察机关、审判机关都有对未成年人开展社会调查并制作报告的权利，并作为该案件的裁决依据或处理参考。

（一）侦查阶段制作主体。根据《公安机关办理刑事案件程序规定》（2013年1月1日施行）第三百一十一规定“公安机关办理未成年人刑事案件，根据情况可以对未成年犯罪嫌疑人的成长经历、犯罪原因、监护教育等情况进行调查并制作调查报告，作出调查报告的，在提请批准逮捕、移送审查起诉时，应当结合案情综合考虑，并将调查报告与案卷材料一并移送人民检察院”。该条文作出排他性规定，明确侦查阶段只有公安机关有权制作未成年犯罪嫌疑人的调查报告，不能委托其他组织和机构行使该项权利。对适用范围却未使用“应当”的规范性术语，赋予公安机关“可以”有选择的开展社会调查。此规定，大大削弱公安机关适用该法条的频率，在永嘉县检察院办理的未成年人刑事案件中，随案移送的调查报告几乎没有，这与公安机关侦

查工作繁忙，缺乏专业社会调查知识和法律的选择性规范有密切的联系，也违背未成年人刑事案件社会调查制度安排的初衷。

（二）检察阶段制作主体。《人民检察院刑事诉讼规则（试行）》（2013年1月1日施行）一百八十六条规定：

“人民检察院根据情况可以对未成年犯罪嫌疑人的经历、犯罪原因、监护教育等情况进行调查，并制作社会调查报告，作为办案和教育的参考”。毫无悬念的选择性开展，似乎有悖于未成年人刑事检察工作的宗旨，缺乏平等对待一切未成年人刑事案件的理性。从理论上解读，在刑检阶段，检察机关有两次机会为未成年犯罪嫌疑人开展社会调查并制作报告，最大限度地维护他们的权益。根据《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》（2014年1月6日施行（以下简称《未成年人刑事规定》）第十五条规定：

“审查逮捕未成年犯罪嫌疑人，应当审查公安机关依法提供的证据和社会调查报告等材料。公安机关没有提供社会调查报告的，人民检察院根据案件情况可以要求公安机关提供，也可以自行或委托有关组织和机构进行调查”，该司法解释进一步拓展社会调查主体，除公安、检察等司法机关外，检察机关可以委托“有关组织和机构”进行调查，但遗憾的是，并未对“有关组织和机构”进行释法性阐述，必然导致各地检察机关理解不统一，可能会造成滥用误用的局面。从实践看，批捕阶段只有7天时间，惟有公安机关随案移送社会调查报告，审查逮捕阶段的经办人才有机会审查并以此作为捕或不捕的参考；如公安机关未制作未移送调查报告，检察机关自行制作或要求公安机关补充提供或委托有关组织和机构调查，从办案期限、工作繁忙度、报告要求的细致客观性看，都不具有可行性。而《未成年人刑事规定》第二十条规定“适用本规定第十九条的规定，在作出批准逮捕决定前，应当审查其监护情况，参考其

法定代理人、学校、居住地公安派出所及居民委员会、村民委员会的意见，并在《审查逮捕意见书》中对未成年犯罪嫌疑人是否具备有效监护条件或者社会帮教措施进行具体说明。”该法条明确指出，对未成年人案件做出不批准逮捕决定，应当对是否有帮教管理条件做出实体判断，社会调查报告成为不捕不可或缺的“参考”。解决两者间的矛盾的关键，只能是公安机关对每个提请逮捕的未成年人刑事案件都开展社会调查并随案移送调查报告，由检察院侦查监督部门进行审查。在审查起诉阶段，根据未成年人检察工作“审捕一体化”的办案要求，从批准逮捕到移送起诉，检察机关已有充裕的时间条件，可以对公安机关移送的社会调查报告进行细致核实审查，或对未移送社会调查报告的案件自行或委托有关组织和机构调查。《未成年人刑事规定》第三十五条规定：“适用附条件不起诉的审查意见，应当由经办人员在审查起诉届满前十五日提出，并根据案件具体情况拟定考验期限和考察方案，连同案件审查报告、社会调查报告、科室负责人审核意见，报检察长或检察委员会决定”，该规定也体现出社会调查报告是附条件不起诉的必要书面资料。在办案实践中，检察阶段所必需的社会调查报告都是由检察机关自行或委托司法行政部门制作，而对其他未成年人刑事案件，只能有意的忽略。高检的司法解释和内部办案规定扩张了社会调查主体的种类，可能基于检察机关案多人少的结构性矛盾，虽符合理论现实，但实际操作困境不少。

（三）审判阶段制作主体。根据《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》（2013年1月1日施行，以下简称《最高院解释》）第四百七十六条规定：“对人民检察院移送的关于未成年被告人性格特点、家庭情况、社会交往、成长经历、犯罪原因、犯罪前后表现、监护教育等情况的社会调查报告，以及辩护人提交的反映未成年被告人上述情况的书面材料，法庭应当接受。必要时人民法院可以委托未成年被告人居住地的县级司法行政机关、共青团组织及其他社会团体组织对未成年被告人的上述情况进行调查，或者自行调查。”法院对社会调查主体采取具体性和原则性相结合的规定方法，控辩双方可提供，法院可自行制作，也可以委托司法行政机关、共青团组织及其他社会团体开展调查，具有可操作性，也便于下级法院及经办人员理解掌握。但法院似乎仍

想超然中立，只是被动地接受控辩双方提供的调查被告，对自己是否主动参与制作有更大自主权。但《最高院解释》第四百八十四条规定：“对未成年被告人情况的调查报告，以及辩护人提交的有关未成年被告人情况的书面材料，法庭应当审查并听取控辩双方的意见，上述报告和材料可以作为法庭教育和量刑的参考”。且《最高人民法院关于审理未成年人刑事案件的若干规定》（2001年1月12日施行）第二十九条规定：“法庭审理时，控辩双方向法庭提出从轻判处未成年被告人管制、拘役、宣告缓刑或有期徒刑宣告缓刑、免于刑事处罚等适用刑罚建议的，应当提供有关未成年被告人能够获得监护、帮教的书面的材料”。这些条规定明显体现出有无调查报告的区别，对检察机关未移送且审判机关未制作社会调查报告的未成年被告人，可能少了一个重要的量刑参考依据，造成量刑证据的不统一，双轨量刑标准是司法不公的表现。在我县的实践中，除个别案件法院会委托调查外，大量案件仍未得到相应的支持。从实践和法治理性出发，审判机关应普遍地对待一切未成年被告人，确保必要且能获得的量刑依据一致性，有义务保证每位未成年被告人都有一份完整的社会调查报告，为此强制性规范调查主体履行法定责任显得异常紧迫。

二、问题：多元调查格局负面效应分析

社会调查报告对未成年犯罪嫌疑人、被告人的强制措施适用、量刑等有极为重要的参考作用，司法机关也高度重视。从操作程序看，制作社会调查的主体，基本上符合刑事诉讼法及“两高一部”的办案规定；从实际效果看，基层公安、检察和法院等司法机关受制于客观因素，没有精力和业务能力为全部的未成年犯罪嫌疑人、被告人开展社会调查，令缺乏调查报告的未成年犯罪对象少了一份重要的参考资料；从实体依据看，现行社会调查主体制度规定过于原则、分散，各司法机关内部规定不尽一致，实际运行中显现不少负面效应。

（一）公检法“标签”作用明显，不利于未成年对象案后的身心康复。社会学中的标签理论认为，一些群体（弱势群体）的偏差行为是由于强势群体枉加标签形成的。公检法在社会上有显著的标签效应，其专注于刑罚功能而参与未成年刑事案件的调查，给予被调查者有一种天然

的暗示成分，不能全面客观反应被调查者的真实情况，而只会迎合调查者的口味，对某些方面进行比较侧重的讲述。且公检法打击犯罪的职责使命，由其参与调查对象社会关系的走访、了解，变相宣告被调查者已进入刑事追惩程序，不利于未成年人的隐私保护。坏孩子“标签”一旦形成，使得未成年犯罪嫌疑人或被告人受到孤立，不利于其案后的融合和再社会化。

（二）调查主体不统一，使出具的报告侧重点和结论迥异。《刑事诉讼法》第二百六十八条规定：“公安机关、检察机关、审判机关办理未成年人刑事案件，根据情况可以对未成年犯罪嫌疑人、被告人的成长经历、犯罪原因、监护教育等情况进行调查”。实践中，公安机关忠实的继承法律条文，而“两高”对调查主体进行不同程度的扩张，导致调查主体呈现多元化趋势。经济发达、案件量大、专业社会工作机构发展充分、办案经费充足的地区走的是专业社工机构的专职社工主导社会调查，具有客观、专业性等优点；案件量不大、专业社工机构匮乏的地区就照搬法条，由公检法自导自演；比较主流的做法是委托县一级的司法行政机构调查，其拥有社区矫正权的天然优势，对调查对象了解的更加彻底，但专业性缺乏，官僚习气严重。调查主体的不一致，且缺乏统一的操作规范和流程，使得调查内容各有侧重，宽严标准把握不一，甚至出现同一案件不同结论的调查报告。调查报告内容和结论的迥异，可能导致控辩双方相互质疑、相互抱怨，对未成年人来说是一种心灵的摧残，甚至会动摇其法治信仰。

（三）法检对“委托调查”法律关系认识错误，造成调查报告监督主体缺位。检法机关自行制作调查报告时，执行主体和使用审查主体集于一身，但根据“两高”司法解释，可委托社会组织和机构开展社会调查，出现执行主体和业务使用主体相分离。在实践中，检法委托调查，对反馈的调查报告只作形式审查，未对内容的真实性进行辨析，这有违法律“委托”关系的阐释。从法律属性讲，被委托人的行为视为委托者的行为，委托人应对调查报告的真实性负责，对未成年犯罪嫌疑人、被告人和案子负责，检察和审判机关有监督被委托人的职责，确保调查报告客观真实。而被委托人只需对委托人负责，承担内部责任，

对外的行为义务及最终责任由检法承担，检法对调查报告的监督，实质上是对自己的监督，出现运动员与裁判员集于一身的怪圈，这有违现代法治分权制约的精神内涵。检法对“委托”法律关系认识错误，自身角色定位不清，贸然将执行主体、使用主体和监督主体混为一谈，为社会调查报告可靠性埋下严重的隐患。

（四）调查员权利义务规范不明确，使得调查报告质量无保障。一是调整机制缺乏，公检法机关自身制作的报告，由公务员法及公检法的内部权利义务规章进行调整，而受委托机构调查员的权利义务却没有明确依据，他们止步于民事义务，对强制性义务的苛求有待规章制度予以明晰。二是权利义务不对称，刑事诉讼规定，犯罪嫌疑人或被告人被羁押后未判决前，除经办机关经办人员和辩护律师外，其他人员没有会见的权利，导致其他调查员没有与犯罪嫌疑人、被告人当面交流的机会，不能全面客观反应被调查者的具体情况。三是调查员枉法制裁措施未明确，社会调查制度承载着刑罚个别化、社会管理的功能，一旦调查员受贿而徇私舞弊，导致强制措施或量刑错误，如何追究调查员或受托机构的责任，都有待法规规章的出台，进一步完善和明确¹。

三、应然：标本兼治调查主体构建分析

调查报告在不同诉讼阶段功用显著，是一种虽排斥在法定证据类型之外却有重要参考作用的书面材料。为此，我们必须对调查主体进行相对的规范统一，明确调查主体的权利义务。从实际看，有公检法主导直接跨越到专业社工调查，有“大跃进”之嫌，不符合法治发展的内在规律。为此必须分两步走，实现社会调查社会化，让公检法回归于专职司法的本性。

（一）过渡版：公检法委托，司法行政机关调查

根据公检法司分工合作，相互监督制约的原则，由司法行政机关专司社会调查报告的制作权，公检法进行核实的模式，是现实可行的过渡方案。现阶段，专业社会工作机构孕育不充分，司法社工全面参与未成年人刑事案件的社会调查于法无据，操作上无先例和成熟经验可遵循，惟

¹ 刘涛：《未成年人刑案社会调查指导主体和执行主体应分开》，载《检察日报》2012年5月23日第三版。

有司法行政机关可迅速挑起大梁。基层司法行政机关运行机制成熟,人员配备充足,基层网络发达,法律服务延伸触角悠远,且在现行的社区矫正、假释等制度的设计中,都有委托其开展社会调查并制作报告的工作经历。为此,从业务上说,司法行政开展未成年人社会调查没有任何障碍,只是增加了一项职能而已;从调查员明权确责角度解析,司法行政机关同属于公务员和政法机关行列,各种权利义务、职责也无需额外的制度进行明确;从负面影响看,调查过程虽不能完全避免“标签”痕迹,但相对较轻。且2010年8月由中央综合治理委员会预防青少年违法犯罪工作领导小组、最高人民法院、最高人民检察院、司法部、公安部出台施行的《关于进一步建立和完善办理未成年人刑事案件配套工作体系的若干意见》也明确现阶段的社会调查由未成年犯罪嫌疑人、被告人居住地的县级司法行政机关的社区矫正工作部门负责,从而使执行主体和使用主体、监督主体相分离,符合现代法治的分权制约原则,有利于构建“谁委托、谁负责”,“谁制作、谁负责”的调查主体体系建设。但司法行政机关是刑罚的执行机构,兼具司法属性,负面效应仍不容小觑,担任调查者是多方考虑折衷的结果,不是长远之计。

(二) 终极版:专业社工机构调查,公检法核实

从欧美和日本的实践看,未成年刑事案件的调查主体非常明确,基本上有熟悉未成年工作且具有专业的心理、教育、法律等知识的社工人才担任,并独立于司法系统,经过多年发展,已经形成稳定的专业机构和调查群体。借鉴他人经验,未成年刑事案件社会调查在我国走职业社工化道路,这是很多学者的共识,从理论和实践上具有很强的可行性,且社会工作者充当调查员具有无可比拟的优势,国家也已从政策层面予以配合。为此,专业社工机构负责社会调查并制作报告,公检法负责核实的模式,是未成年人刑事制度未来发展的方向。

1. 专业社工介入的必要性和优势。社会调查工作具有高度专业化和复合性,法律知识的具备只是基础,调查员更应掌握和熟练运用社会学、心理学和教育学等知识。社工调查员具有专业的社会工作价值体系和工作理论,熟悉

未成年人的心理变化规律,可以进行心理、生理上的评估建设,协助调查对象增进与社会的适应度。专业化的职业训练,具备完善的调研能力,运用个人、小组、社区三大工作方法,能综合反映未成年犯罪嫌疑人、被告人的成长经历、犯罪前后表现、监护教育等情况。且社工调查员作为司法体系外的“第三者”,具有中立性、亲和力较强、更容易与调查对象沟通交流的优势。专业社会服务机构,没有任何司法属性,有利于避开标签影响,为调查对象事后的教育和成长提供良好的社会环境。

2. 专业社工理念适合未成年调查对象的心理、发育特征。社会调查制度产生源于国家监护权、教育权、少年宜教不宜罚等现代少年司法理念的确立,这与社会工作者的理念完全契合。社会工作者开展社会调查时能秉承“助人自助”的理念,怀有“平等、互助、接纳、自决”的专业操守,以人道主义观念为指引,充分表现对未成年人的关怀,以增进调查对象福祉为己任,全面分析其犯罪原因、影响其犯罪的社会因素,归纳其回归社会再社会化的有利条件,能更好地保护未成年犯罪嫌疑人、被告人的利益。

3. 专业社会团体和专业社会工作人员的介入途径。一是专业社工队伍预期能适应社会发展需要,“建设宏大的社会工作人才队伍。造就一只结构合理、素质优良的社会工作人才队伍,是构建社会主义和谐社会的迫切需要。充实公共服务和社会管理部门,配备社会工作专门人员,完善社会工作岗位设置,通过多渠道吸纳社会工作人才,提高专业化社会服务水平²。”并在2010年出台具体规划,明确到2015年社会工作专业人才总量达到50万、到2020年达到145万,加快建立一批覆盖各主要领域、专业性服务能力强、管理科学规范的民办社会工作服务机构³,为专业社会团体和专业社工承接社会调查并制作报告业务提供坚实的组织基础。二是介入途径已具有可操作性,党的十八大强调加强创新社会管理,改进政府提供公共服务方式,加大政府向社会购买服务的力度⁴,民政部表示于近期出台政府向社会组织购买服务细则,为专业社会组织机构和专业社工人员进入准司法领域提供法律性依据,通过购买社会服务参与未成年人刑事案件社会调查,是未成年

2 《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定·中共中央十六届六中全会决议》

3 《社会工作专业人才队伍建设中长期规划(2011—2020年)》,载中国民政部网。

人刑事案件社会调查社会化可行的途径。三是社会调查社工化已在部分地区开展。2013年初,北京博恒司法社工事务所获得营业执照并提供司法社工服务,为社会调查报告的社工化、专业化点亮“星星之火”,其主营业务为开展社区矫正、安置帮教、人民调解、法律援助等社会工作综合服务,承接各级政府购买的司法社工、青少年社工、妇

幼维权等社会工作⁵,通过政府投标公开购买,并用合同明确专业社会团体及从业人员的权利义务,为今后未成年人刑事案件调查专业化提供有益的实践经验。

(作者单位:永嘉县人民检察院)

4 《国务院办公厅·关于政府向社会力量购买服务的指导意见(国办发(2013)96号)》,载中国新闻网2013年9月30日。

5 《北京首家司法社工事务所成立》,载《法制日报》2013年3月10日第5版。

(上接第33页)

做、适应瑞安民间金融需求。政府应在大环境下积极推进培育竞争环境,并在考核、财政性存款存贷挂钩等方面调动银行积极性。¹¹要为当地闲散资金开发合法、安全的投资产品,满足民间资本投资的需要。

(三)加强行政司法协作,正确处理非法集资案件

部分非法集资刑事案件资金用途和非法占有目的难以认定,导致出现集资诈骗与非法吸收公众存款在罪名认定上并不顺利等问题。涉案公司财务管理往往不规范,记账凭证不全面,记账方法简略,给取证追赃工作带来相当大的困难。如温州市新澳啤酒有限公司的法定代表人孙建新以啤酒厂扩大生产为由非法集资案,由于主要同案犯在逃,而孙建新宣称资金周转困难系一时的,公司与跨国集团公司达成合作之后便有充分的资金,否认明知根本无能力偿还他人债务,加之企业账簿保存不全面,故主观上是否有非法占有目的无法查证,只能从轻认定,以非法吸收公众存款罪定性。再者,该类案件被害人众多,往往导致案件处理滞后、取证困难的问题。在非法集资案所形成链条中,犯罪发展历时经年,被害人呈“金字塔”型分散发展,越是到后面,加入的被害人损失越大,实践当中对众多被害人一一查证的工作量极大。因此,我们在对已发案件的处理上要深挖问题,对未发案件有必要将刑事打击线提前,在行政、司法协作上多措并举,具体如下:

工商部门对注册成立的公司严格审查并多关注其运营

情况、资产状况和资金流向等情况,公安部门应建立多警种协同作战的打击经济犯罪组织网络,依托公安机关网监部门,及时收集互联网上有关非法集资行为的舆情动态,¹²与银监部门、税务部门、经信部门、金融机构建立广泛的情报信息交联机制,一旦发现涉嫌非法集资犯罪行为,应及时固定证据,详细侦查取证。司法部门要严格区分民间借贷的市场行为与非法集资行为,要以有关法律、司法解释以及浙江省公、检、法发布的规范性文件等为依据,对盲目扩大处罚范围的做法予以约束。加大追赃工作力度,公安机关、检察机关和法院还要加强与银行、证券公司、信贷公司等金融机构以及特定非金融机构的沟通和协调,充分利用这些机构的反洗钱功能和机制,掌握可疑款项的流动信息。¹³检察机关还应运用相对不诉、绝对不诉和量刑建议等法定权,在法律框架内做到宽严相济。此外,要发挥金融检察职能,以形成完整的防范体系和打击合力。

总之,刑法作为最后一道防线,司法部门要运用好金融法律的后盾,从非法集资刑事案件的办理中做好金融犯罪的一般预防工作。准确适用法律、正确运用刑事司法政策,是对非法集资犯罪进行刑法惩治的关键,要重视民间借贷和非法集资的差异性,重视地区金融和国家金融的差异性,在刑法规范和金融发展现状之间寻找到一个天平。

(作者单位:瑞安市人民检察院)

11 同1。

12 姚培:《非法集资类案件办理难点及对策》,载浙江省人民检察院网页 <http://10.33.20.8/zjjc/article.jsp?aid=37020>。

13 曹坚、陈玲:《宽严相济视野下的涉众型经济犯罪的刑事政策问题研究》,载《经济刑法》第12辑,第33页。

法条竞合浅析

文 | 涂益棉 叶 渊 阮晓静

由于法律规定的原因，法条之间会出现一种竞合现象——法条竞合。但因理论上对法条竞合和想象竞合的区别没有彻底解决，导致在法条竞合的适用上出现了一些争议，部分案件难以进行准确归口。本文通过对法条竞合与想象竞合的关系作一简要分析，探讨我国司法实务中法条竞合的界定以及适用原则。

一、法条竞合和想象竞合的关系

对于法条竞合的研究离不开想象竞合。想象竞合是指一个行为触犯数个法益，构成数个罪名的情形，如利用“伪基站”发送诈骗短信的行为，既侵犯了他人的财产权益，又侵犯了通信公共安全，同时构成诈骗罪和破坏公用电信设施罪。法条竞合是指行为人的行为触犯数个法条，同时构成数个罪名的情况，如明知对方是现役军人的配偶而与之结婚，触犯了刑法第 258 条和第 259 条，同时构成重婚罪和破坏军婚罪。也就是说，在一行为触犯数罪名这点上，法条竞合和想象竞合具有一致性。那么，法条竞合和想象竞合有何区别？为什么我国刑法理论界要严格区分两者的界限？我国刑法学界的通说认为，两者的处理原则有着本质的不同。法条竞合的处理原则是特别法优于普通法，想象竞合的处理原则是重法优于轻法。比如，行为人冒充国家机关工作人员招摇撞骗 100 万元，同时触犯招摇撞骗罪和诈骗罪，如果将两者认定为想象竞合，则构成诈骗罪；反之，则构成招摇撞骗罪。因此，清楚界定法条竞合和想象竞合，对于分清此罪和彼罪至关重要，同时也影响着行

为人的法定刑和宣告刑。

二、国内外有关法条竞合观点的简要介绍

国内外刑法学者对于法条竞合和想象竞合的研究成果颇丰，但对于如何准确划分两者的界限以及如何适用处理原则并没有统一的定论。主要有以下几种具有代表性的观点：

（一）德日法条竞合观点介绍

对于法条竞合的研究以日本、德国较为深入，我国法条竞合的概念也主要来源于德日刑法学。山口厚教授等日本学者主张，构成法条竞合的行为侵害了一个法益；而构成想象竞合的行为侵犯了复数法益¹。德国学者认为，在法条竞合的场合，如果数个被违反的法规，对其中的一个应处罚的行为适用一个法规即足以判定排除其他法规的适用，当然适用该法，其他法规在与此等法规的竞争中排除出局，不予考虑²。另外，德日学者往往将法条竞合的关系限定在同一章节内，不是同一章节的犯罪，很少会被承认存在法条竞合³。也就是说，与我国相比，德日在认定竞合问题时，缩小法条竞合的适用，扩大想象竞合的适用。

（二）我国学者代表性观点介绍

张明楷教授认为，判断想象竞合和法条竞合应从形式和实质两方面来分析。从形式上看，法条竞合是仅从法律规定就能够看出法条之间存在必然的交叉或者包容关系，而不需要依靠事实来认定；想象竞合仅从静态的法律无法判断，必须依赖动态的事实。比如，单从法条规定无法判

1 张明楷：《刑法的私塾》，北京大学出版社 2014 年 7 月版，第 228 页。另外，张明楷教授对于这里的“一个法益”的理解是，法条竞合所侵害的法益没有超出一个罪规定的法益范围；而想象竞合则超出了其中任何一个罪所保护的法益。关于这点，笔者同意张明楷教授的观点。

2 周光权：《法条竞合的特别关系研究——兼与张明楷教授商榷》，载《中国法学》第 2010 年第 3 期，转引自【德】李斯特：《德国刑法教科书》，徐久生译，法律出版社 2006 年版，第 393 页。

3 同 1。

断诈骗罪和破坏公用电信设施罪的关系，但如果行为人实施了利用“伪基站”发送诈骗短信的行为，则构成诈骗罪和破坏公用电信设施罪的想象竞合。从实质上看，应该从其侵害法益的范围来区分想象竞合和法条竞合⁴。如果行为人的行为同时构成两个罪名，其中一个罪名规定的法益范围已经可以对行为人侵害的法益进行完全性评价时，为法条竞合；否则，是想象竞合。张明楷教授认为，对于想象竞合，应该按照从一重罪的处罚原则；对于法条竞合的处罚，以特别法优于普通法为原则，但当出现罪责刑明显不相符合的情况时，则以重法优于轻法的处罚原则为例外。

周光权教授对于想象竞合和法条竞合的认定标准和张明楷教授大致是相同的，认为出现法条竞合，纯粹是因为立法的原因。立法者在刑法分则针对同一犯罪行为规定了两个具有从属或者交叉关系的罪名，导致在任何情况下该两个罪名均存在竞合情况，法条竞合是一种静态的竞合；想象竞合是行为人的一个行为偶然地符合了多个罪名，从而导致竞合情况的产生，即想象竞合与行为人在犯罪时如何选择行为有关，是一种动态的竞合。在处罚原则上，周光权教授认为，想象竞合应该严格按照重法优于轻法，法条竞合应该严格按照特殊法优于普通法，否则将有违罪刑法定原则的嫌疑。

陈洪兵教授认为，在刑法上区分想象竞合还是法条竞合，主要是为了分清行为人的行为构成此罪还是此罪，为了解决法律的适用问题。因此，他认为没有必要严格区分想象竞合和法条竞合，只要在适用法律时承认存在竞合关系即可，而不必硬性归入法条竞合或者想象竞合，然后根据从一重罪的处罚原则对行为人苛以刑罚。

三、笔者的观点

（一）法条竞合的认定标准

纵观上述国内外学者的观点，除了陈洪兵等少数学者外，其他学者认为法条竞合和想象竞合的区分仍有必要，笔者同意之。法条竞合和想象竞合明显属于两个不同的概

念，根据罪数理论，法条竞合是单纯的一罪，行为人的行为在本质上只能构成一罪；想象竞合是处断的一罪，根据行为人侵犯的法益来看，可以构成数罪，但因行为人只实施了一个行为，因此，只选择较重的罪名对行为人进行苛责。如果仅因为两者在法律适用上的混乱而直接不对两者进行区分，以简单、粗暴的“从一重罪”原则处理竞合问题，难逃“刑罚功利主义”之嫌，同时也不利于我国刑法理论的发展。区分法条竞合和想像竞合的目的是为了对行为人的行为进行完整性的评价。笔者认为，当一行为侵犯了一个罪名的完整法益，必然侵犯另一个罪的部分或完整法益，且后罪法益完全包含前罪法益时，此时规定这两个罪名的法条之间成立法条竞合关系；当行为侵犯了数个法益，成立数个罪名，其中任何单独一个罪名的法益均无法完全评价其他罪名法益时，成立想象竞合犯。故此，笔者同意张明楷教授的观点⁵，认为招摇撞骗罪和诈骗罪应该是想象竞合的关系，而非法条竞合的关系。因为招摇撞骗罪侵犯的客体是国家机关的威信及其正常活动，虽然招摇撞骗的行为人多以骗钱为目的，侵犯他人的财产权，但招摇撞骗罪还包括骗色、骗取信任等，并不必然侵犯公私财产权益，而诈骗罪的客体是公私财物的所有权，因此，构成招摇撞骗罪的同时并不必然构成诈骗罪，反之亦然。故，行为人冒充国家机关工作人员招摇撞骗 100 万元，虽然同时触犯招摇撞骗罪和诈骗罪，但根据想象竞合犯从一重罪处罚原则，应该认定为诈骗罪，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。

（二）对“本法中另有规定的，依照规定”的解读

我国在适用处理竞合问题上出现分歧，主要是由于刑法分则中规定的“本法中另有规定的，依照规定”，具体条文是：刑法第 233 条过失致人死亡罪、第 234 条故意伤害罪、第 235 条过失致人重伤罪、第 266 条诈骗罪、第 397 条第 1 款的普通的滥用职权罪、玩忽职守罪和第 2 款的徇私舞弊型滥用职权罪及玩忽职守罪⁶。对于“本法中另有规定的，依照规定”主要有两种解读，一种认为这只是刑法中的注意规定，意在提醒法律适用者在适用这些法条

（下转第 43 页）

4 同 1，第 227 页。

5 同 1，第 225-258 页。

6 陈红兵：《刑法分则中“本法另有规定的依照规定”的另一种理解》，载于《法学论坛》，2010 年 9 月，第 5 期（第 25 卷，总第 131 期）

试论挪用公款罪的立法修改建议

——以徐某挪用公款案为切入点

文 | 邱鹏程 金娉婷

挪用公款罪是刑法第八章其中的一个罪名，所要保护的客体是国家对国有资金的控制、使用、收益、所有权及国家工作人员的职务廉洁性。挪用公款罪在犯罪构成上，设置了三种不同的具体用途，分别是用于非法活动、营利活动以及一般使用活动，并且对应地配置了不同的时间和数额条件。其中一般使用活动门槛最高，在金额上要求数额较大，在时间上要求超过三个月未还；营利活动次之，只要求数额较大；非法活动的构罪门槛最低，连金额也低于数额较大。立法者在犯罪构成中设置具体用途的立法本意是根据犯罪行为的主观恶性及其对国有资金安全性的威胁大小而采取区别对待的态度，但这种良好的立法愿望在司法实践中却引起了一系列难题。对这一难题的合理解释和科学处置，不仅对走出理论上的困惑意义重大，而且对解决司法实务中的难点至关重要。

一、刑法理论上的分歧

（一）违背了我国刑事立法根据目的行为确定犯罪构成要件的原则。在犯罪构成要件的主观方面理论中有犯罪目的与犯罪动机之分。犯罪目的是行为人通过犯罪行为期望发生危害结果的心理态度，而犯罪动机则是刺激并维持犯罪行为的内心起因和意志倾向¹。就两者的性质而言，目的行为总是违法，但是动机行为不一定违法。就对客体的作用而言，目的行为必定侵害客体，而动机行为则不一定侵害客体。例如劫财看病这类案件中，抢钱行为是目的行为，而看病行为是动机行为，抢钱行为侵害人身及财产法益，而看病行为则是正常的合法行为。因此在刑事立法中，只能把目的行为而排斥动机行为规定为犯罪的客观要件，在这刑法学上属于最基本的刑法理论，在刑事立法上也属于最基本的立法原则。然而，我国刑法对挪用公款罪客观要件的规定却违背了这一原则。在挪用公款中，“挪”行为属于目的行为，“用”行

为属于动机行为，“挪”行为本身就已侵害了国家工作人员职务行为的廉洁性与国有资金的权益，而“用”行为则不一定侵犯法益，正如具体用途中的一般使用行为和营利行为是正常的合法行为。因此，挪用公款罪将动机行为规定为客观构成要件，违背了根据目的行为确定犯罪构成要件的原则。

（二）破坏了刑法分则规定的个罪之间的协调统一关系。纵观刑法分则规定的个罪，凡是犯罪对象包含财产内容的犯罪，在其罪状上都是把对该罪个体直接造成侵害的行为作为构成本罪的条件来表述，对于财产被非法占有后的去向和用途均不在犯罪构成之中和罪状表述之列，而只作为事后的不可罚行为，最多也就是在量刑上有所体现。此外，稍加留意，我们发现同为刑法第八章的贪污罪，其同样是职务侵财型犯罪，同样侵犯了国家工作人员的职务廉洁性与国有资金的权益，行为人贪污公款后同样可能将公款用于一般使用活动、营利活动、非法活动等具体用途，但刑法分则却未将贪污公款后的具体用途作为贪污罪的客观构成要件加以规定，这与刑法和立法解释对挪用公款的具体用途进行浓墨重彩的规定做法形成了鲜明的对比，导致了刑法条文内在逻辑结构的失调。

（三）违背了刑法禁止重复评价的原则。我国刑法将具体用途规定为挪用公款罪的客观构成要件，那么，如果公款被用于从事非法活动从而构成其他犯罪时，对行为人是否需要数罪并罚。最高人民法院《关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释》中第七条规定：“……挪用公款进行非法活动构成其他犯罪的，依照数罪并罚的规定处罚。”显然，最高人民法院对此是持肯定态度。但是将公款用于从事非法活动在挪用公款罪中被作为定罪的主观要件，已经作了一次评价，再对其实行数罪并罚造成对同一行为的双重评价，显然有违刑法禁止重复评价的原则²。

1 高铭喧主编：《刑法学原理》，中国人民大学出版社1993年版，第120页。

二、司法实践中的困境

犯罪嫌疑人徐某案发前系某国土资源局会计，在2011年至2012年间，其利用自己保管单位现金支票、印章等的职务便利，采取虚报名目填写现金支票等手段，从单位在银行的账户上分90余次提取公款共计800余万元人民币，分多次通过转账汇款、当面给付现金等方式将大部分公款交予其儿子陈某使用，少部分公款用于自己个人开销，案发时，还有部分公款存放在其个人账户未使用。据其交代，其挪用公款的动机是其儿子陈某跟她说在外面花销比较大，此外也需要启动资金做生意，后据到案的陈某供述，部分公款还被其用于赌博活动，但具体金额无法说明。

（一）从构罪标准的取舍上看，虽然挪用公款罪根据行为、结果的轻重缓急规定了三种不同的用途，但每一种用途都要求构罪数额，只是数额大小存在区别而已。由于现实社会的纷繁复杂，那么就有可能存在下列两种情况：一是挪用人将公款用于两种或两种以上的用途，每种用途所使用的公款数额都未达到构罪数额，但总的挪用数额达到了一种或多种用途的构罪数额，在此种情况下该不该定罪，如果定罪，该以哪种用途定罪就成为一个问题；如果不定罪，那会不会就此留下一个法律漏洞让不法分子有机可乘。二是挪用人将公款用于两种或两种以上的用途，每种用途所使用的公款数额都达到了各自的构罪数额，在这种情况下该如何定罪。一种观点认为应当将各单项犯罪行为分别量刑以总的刑罚来确定刑期，显然，这种办法必然造成量刑的畸重。一种观点认为应当按照挪用公款的总额以定其犯罪数额，并按照行为人对公款的主要用途适用有关时间、数额规定进行处罚³。姑且不论在司法实践中能否顺利地分出主要用途与次要用途，三种用途各自所彰显的社会危害性既不同，也不是按照大到小的顺序排列的，无法实现相互之间的“换算”，以挪用公款总额按照公款的主要用途来认定行为人的责任，难免出现罪行失衡的现象。此外，上述观点均是在假设各种用途的数额查清并能顺利区分得一清二楚的前提下所作，但在司法实践中，证据的收集是一个不得不面对的大问题。以本案为例，犯罪嫌疑人徐某在两年的时间里，以高达90余次的频率从单位银行账户提取公款，其本人也无法说清这其中到

底给了陈某多少次钱，而在确定其中一笔或多笔钱是给陈某后，又无法确定这些钱中陈某有多少用于个人花销，多少用于营利活动，多少用于赌博等非法活动。因此想要区分被挪用的800余万公款的具体用途的确切数额，是耗费大量司法资源也未必能查清的难题。

（二）从主客观一致上看，挪用公款给个人使用，按照2002年全国人大常委会常务委员会《关于〈中华人民共和国刑法〉第384条第1款的解释》，是指下列情形：（1）将公款供本人、亲友或者其他自然人使用的；（2）以个人名义将公款供其他单位使用的；（3）个人决定以单位名义将公款供其他单位使用，谋取个人利益的。这就表明了挪用公款存在挪用人与使用人不一致的情形，进而在挪用公款的具体用途上，就有可能产生挪用人与使用人对公款用途主客观不一致的情形。这又分成两种情形，一种是挪用人不知道使用人对公款的具体用途，另一种是挪用人主观上以为的具体用途与使用人实际的具体用途不一致。对于前一种情形，法律规定了解决办法，即：“挪用公款给他人使用，不知道使用人用公款进行营利活动或者非法活动，数额较大，超过三个月未还的，构成挪用公款罪。”这种情形就按一般使用活动处理。而对于后一种情形，具体到本案就是犯罪嫌疑人徐某主观上认为该公款被陈某用于一般使用活动、营利活动，但客观上该公款还被用于赌博等非法活动。那么对于主观上不知情的徐某，是否需要对其科以“挪用公款用于非法活动”的惩罚。如果予以处罚，那么就违背了刑法主客观相一致原则，造成了客观归罪的后果；如果不予评价，那么又极有可能造成在司法实践中，为减轻或免除处罚，所有的挪用人均一口咬定主观上只认为公款被使用人用于一般使用活动的不利司法现象。

（三）从“挪而未用”行为定性上来看，本案中，犯罪嫌疑人徐某将单位公款挪出后尚有部分公款存放在自己账户上未使用。按照罪刑法定原则，使用行为作为犯罪构成要件，挪用公款后是否实际使用就是区分犯罪既未遂的标准，假如按照该标准，犯罪嫌疑人徐某对于这部分“未用”的公款只成立挪用公款的未遂。但从挪用公款的立法目的上看，“挪”行为是刑法对该罪打击的根本所在，因为“挪”公款就已经改变了公款的用途和控制权、使用权、收益权，违背了公职

2 周宜俊：《“归个人使用”及其具体用途在挪用公款罪中的定位》，载《中国刑事法杂志》2003年第2期，第45页。

3 王作富：《挪用公款罪司法认定若干问题研究》，载《政法论坛》2001年第4期。

人员的廉洁性，危害结果已经出现，刑法所要保护的法益已被侵害，所以既遂理应成立。挪用公款的条文设置造成了立法目的与刑罚原则之间的冲突，也使得对于“挪而未用”行为有打击不力之嫌。

2013年10月28日，龙湾区人民法院认定犯罪嫌疑人徐某挪用公款800余万进行营利活动，全案构成挪用公款罪的既遂。对于该判决结果，判决书没有给出充足的释法说理，对于为何以营利活动的标准认定，为何认定为既遂之类的问题均无意或者有意地略去，而在法理与法条的冲突下，类似案件的判决也只能是“犹抱琵琶半遮面”。

三、修改建议

同个罪名，三套构罪标准；同等数额，三种不同危害，这在整部刑法中是绝无仅有的。笔者认为，造成这种尴尬局面的根本原因，就是在于立法上将挪款后的用款行为的危害

性归咎于挪款行为并在挪用公款中一并评价。这种将挪用公款的具体用途规定为挪用公款罪的客观要件，不但违背了刑事立法根据目的行为确定犯罪构成要件的原则，而且有违罪责刑相适应原则，容易引起罪刑关系的不相协调，破坏了刑事法律体系条文之间的内在逻辑关系，不仅不利于司法实践具体把握，也可能引起认识上的歧义，造成司法上的混乱⁴。

解决这一问题的根本途径就是取消将用途作为客观构成要件的规定，将其只作为量刑情节处理。而纵观世界各国刑法典，大都也未将公款的不同用途作为犯罪构成要件。因此，笔者认为，未来对挪用公款罪的立法修改建议是：国家工作人员利用职务上的便利，为了个人利益擅自挪用公款，数额较大，时间较长或数额巨大，是挪用公款罪。这样就既与我国的刑法理论相适应，又避免了上述司法困境，同时又跟上了当今世界刑事立法的潮流。

（作者单位：龙湾区人民检察院）

4 田宏杰、侯亚辉：《挪用公款罪司法适用问题研析》，载《法学》1999年第4期。

（上接第40页）

时引起注意，行为人的行为可能构成其他罪名，而并没有实质的法律意义，在刑法分则中是一种可有可无的存在。另一种观点认为，“本法另有规定的，依照规定”的规定是“特别法优于普通法”的法条竞合适用原则⁷。笔者认为，该规定应该解读为法律上的注意规定。如果按照法条竞合适用原则进行解读，将出现罪责刑不相适应的情况，不应是立法者在制定刑法分则时的本意。仍以行为人冒充国家机关工作人员招摇撞骗100万元为例，如果认为“本法另有规定的，依照规定”的特别法优于普通法的适用原则，则行为人的行为构成招摇撞骗罪，依法应处三年以上十年以下有期徒刑。但是冒充国家机关工作人员招摇撞骗100万元侵犯了国家机关的威信及其正常活动和公私财物的所有权两个客体，显然比单纯诈骗100万元要严重，因此，这里的“本法另有规定的，依照规定”解读为注意规定应该更符合罪责刑相适应的刑法原则，更容易对行为人作出

准确的评价。

（三）法条竞合的处理原则

笔者认为，对于法条竞合的处理原则应该遵守“特别法优于普通法”的原则，如果因司法中出现适用该原则而导致罪责刑不相适应的原则而突破“特别法优于普通法”的界限，那么司法者在适用法条竞合处理原则时就会以罪责刑不相适应为理由，而适用“重法优于轻法”原则，这样容易导致重刑主义思想的产生。而且根据笔者上述对想象竞合和法条竞合界定标准的划分以及对“本法另有规定的，依照规定”的解读，实际上已经将法条竞合的范围予以缩小，将“重法优于轻法”适用原则范围予以适当扩大。当然，司法适用中还可能存在罪责刑不相适应的情况，但这跟我国刑法分则以及司法解释的规定没有“章法”有一定的关系，期待在今后的法律制定或修改中能予以完善。

（作者单位：瑞安市人民检察院）

7 陈红兵：《刑法分则中“本法另有规定的依照规定”的另一种理解》，载于《法学论坛》，2010年9月，第5期（第25卷，总第131期）。

交易型受贿定罪数额的认定

文 | 余 伟

传统型受贿中，请托人和受贿人存在直接的财物给付和收受，有着直接的“权钱交易”，受贿数额就是请托人给付的财物价值。而交易型受贿中，受贿人通过低买高卖等手段获取贿赂，从交易的流程和行为中不能确定贿赂的价格，定罪数额也就无法确定。如何确定交易型受贿的犯罪数额，进而对受贿人准确定罪量刑，是司法实务部门首先要解决的问题。

一、交易型受贿定罪数额的计算方法

在交易型受贿中，受贿人收受的贿赂是物品低买高卖与正常买卖之间的差价，即行为人实际支付的价格与物品本身价格之间的差价。所以，要确定“差价”的数额，首先需要确定物品本身价格，即物品的基准价格。其次要确定交易的时间，不同的交易时间，物品的价格也是不同的，甚至价格相差较大。

（一）基准价格的认定

刑法理论界以及司法实务界对交易型受贿基准价格存在“成本价格说”¹和“市场价格说”²两种截然不同的观点。笔者认同以市场价格为基准的观点，理由如下：

1. 以市场价格为基准，符合相关法律和司法解释的规定。两高《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》（以下简称《意见》）中规定：“受贿数额按照交易时当地市场价格与实际支付价格的差额计算。”所以，以市场价格为基准认定受贿数额符合刑法、《意见》的规定，且同当前司法实务的实际做法大体一致。

2. 以市场价格为基准，符合市场经济的运行规律。市场经济条件下，商人是以利益最大化作为自己终极目标的，房

屋、汽车以及其它物品的生产、销售商进行市场交易就是为了获利，如仅将保本作为经营目的的话，商人经商的意义也就不复存在，其经营动力就会丧失殆尽。在市场交易中，经营者投入的财产就是成本，其可期待的利益就是利润。这个期待利益是经营者在日常的市场交易行为中能够实现的，即买卖双方按照正常的市场交易流程、规则完成物品交易，卖方的期待利益就会转换为实际的利益而存在。如果存在请托人以低于市场的价格出售给国家工作人员物品，那么其放弃可实现的期待利益的前提，就是他可以从国家工作人员手中谋取到他想要的利益。这时，作为交易中其放弃利益的等价物就是国家工作人员的职权，故而受贿数额中也应当包括期待利益。所以，应当以市场价格作为认定交易型受贿数额的基准。

3. 以市场价格为基准，符合刑事法治的要求。刑法打击范围的大小即刑法能够调控的范围大小，通俗的说是刑法能够介入到社会生活多大的范围，也可以说立法人员将社会行为中的哪些行为认定为危害社会的犯罪行为，并将这些行为处以刑罚。³一般来说，打击范围的大小属于刑事立法，同司法认定没有关系，刑法中提到的符合调控条件的行为都是刑法的调控对象，均在其调控范围内。司法部门不能滥用职权，以打击范围过大为理由，将构成犯罪的条件提高，从而降低打击范围，这违反了刑事法治的基本要求。所以，司法人员如果以成本价格作为受贿数额认定的基准，将会遗漏大部分的交易型受贿犯罪，刑法的尊严就会遭受严重的侵害。对此，贝卡利亚曾经发表过以下言论：“对犯罪最强有力的约束力不是刑罚的严酷性，而是其必究性... 因为，即便是最小的恶果，一旦成了确定的，就总令人心悸。”⁴

（二）交易时间点的认定

1 以成本价格作为交易型受贿的基准价格。

2 以市场价格作为交易型受贿的基准价格。

3 储槐植、张永红：《刑法第13条但书与刑法结构——以系统论为视角》，载《法学家》2002年第6期，第44页。

4 [意]贝卡利亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国法制出版社2002年版，第68页。

正常的市场交易中，房屋、汽车等物品的交易普遍要经历订立口头协议、支付定金、签订书面买卖合同、权属登记、交付物品等流程及时间点，从最开始的口头协议到最后交付有一个过程。交易型受贿双方为了使其交易形式上合法化，也会遵照上述的流程进行交易。而在现实生活中，房屋等贵重物品的价格稳定性较差，尤其在 2005 年至 2015 年这 10 年期间，房屋价格在不同的时间，价格相差巨大，如若房屋等物品交易过程间隔过长，房屋等物品的价格就很可能发生较大的变化，即交易双方订立口头协议时、支付定金时、签订书面协议时、产权变更时和实际占有时的价格相差巨大。所以，刑法理论界以及司法实务界存在“交付说”⁵、“登记说”⁶、“区别说”⁷、“控制说”⁸等不同观点。笔者认为，买卖合同成立生效时，受贿行为既遂，所以应当以合同生效作为交易型受贿的时间基点，理由如下：

1. 合同生效时，“差价”即被行为人实际享有并控制。传统性受贿与交易型受贿犯罪对象不同，传统性受贿收受的是请托人直接给予的财物，而交易型受贿收受的是物品市场价格与实际支付价格的“差价”，该“差价”作为财产性利益，是在交易合同生效时被确认的。所以，从合同生效时“差价”即被行为人实际享有并控制，受贿人实际控制财物的时间就是交易的时间基点。

2. 合同生效时，行为人权钱交易的犯罪意思就已经明确。交易型受贿普遍是以房屋、汽车等贵重物品作为交易物，受贿人以买卖合同作为掩饰手段，收受的是交易物实际交易价格同市场价格的“差价”，司法人员可以通过买卖合同揭开权钱交易的实质过程，因此，买卖合同成立生效时，交易双方的贿赂犯罪意思表示就已明确，就可认定交易完成，应认定为“交易时”。⁹

二、市场价格的具体认定

认定交易型受贿的犯罪数额，仅仅确定物品的基准价格和交易时间并不够，司法人员还需明确市场价格与标价、成

本价格、最低优惠价格之间的关系，以及利用评估价格为基准认定市场价格的具体方式。

（一）市场价格与标价、成本价、最低优惠价格之间的关系

司法实践中，查办交易型受贿案件，必然会涉及到物品的成本价格、标价、最低优惠价格、市场价格这四个价格，理清这四个价格之间的关系，是准确认定行为性质及犯罪数额的前提条件。

1. 市场价格不必然等于物品标价。市场经济条件下，房产、汽车等物品的标价一般仅具有标注意义，不是实际的市场成交价格。现实生活中，以汽车销售为例：一些热门车型出现加价几万甚至十几万销售的情况，其他一些车型出现优惠几万甚至几十万销售的情况，如果直接以标价认定市场价格，有失偏颇。

2. 市场价格不必然高于成本价格。一般来说，物品的市场价格应当高于成本价格，但在市场经济环境下，商人可能会低于成本价销售商品，即物品的实际销售价格低于物品的成本价格。例如，国家工作人员甲以 400 万元购买商品房一套，即甲持有该商品房的成本价为 400 万元，但因房地产市场不景气，现在的市场价格仅为 200 万元，甲利用职务便利为请托人乙谋取利益，并将自己的该商品房以 300 万元出售给乙，甲仍构成交易型受贿。案例中甲持有该商品房的成本价为 400 万元，但是随着市场变化，该商品房的市值价值仅值 200 万元，即市场价低于成本价，然后甲利用自己的职务便利为乙谋取利益，将该商品房以 300 万元（高于市场价 100 万元）出售给乙，高出市场价的 100 万元即是甲利用职务为乙谋取利益的对价，虽然 300 万元仍然低于该商品房的 400 万元的成本价，但这并不影响甲构成交易型受贿的认定。

3. 市场价格应当为物品在市场上实际买卖的价格，包括出卖人事先设定的，不针对特定人的最低优惠价格，也包括出卖人事先设定的，不针对特定人的最高销售价格。将上述价格包括在市场价格范畴内，可以有效的避免就市场价格

5 “交付说”：以交付房屋、汽车等物品的时间作为市场价格的时间基点。

6 “登记说”：以房屋、汽车等物品的权属登记时间作为市场价格的时间基点。

7 “区别说”：交易不动产业时，以合同成立时间作为市场价格的时间基点；交易动产时，以动产交付时间作为市场价格的时间基点。

8 “控制说”：以行为人实际控制房屋、汽车等物品的时间作为市场价格的时间基点。

9 张铭训：《新型受贿案件法律适用若干问题研究》，载《中国刑事法杂志》2007 年第 6 期，第 47 页。

鉴定结果是否具有正确性、合理性而引发控辩双方的争论，且将物品在销售时就交易价格在实际买卖中如何操作也考虑在内，从而避免了对交易形式的受贿行为打击范围失调的问题。所以，市场价格应当将最低优惠价格和最高销售价格也考虑在内。

（二）以评估价格为基准认定市场价格的具体方式

认定市场价格是查办交易型受贿的难点所在，司法实践中一般都是以物价鉴定部门或者评估机构给出的评估价格为准，但是评估价格常常被质疑，引起控辩争议。因此，在不能完全抛弃评估价格的情况下，了解评估价格的缺陷并针对评估价格的缺陷采取具体措施，才是符合实际的操作方法。

1. 以评估价格为准认定市场价格的缺陷

第一，评估价一般只考虑物品在市场经济流通领域的价值，并没有考虑物品经营者的实际情况。评估是根据物品的价值去评估物品的价格，并不会去考虑物品经营者的实际情况，如清偿债务、转产、歇业而低于物品正常价值出售物品。比如物品经营者因为资金链紧张，将成本价格为15万元、最低优惠价格为20万元，一般交易价格为22万元的物品以10万元出售。国家工作人员以10万元购物此物品，是其作为消费者本应享有的权利。但该物品最低优惠价格是20万元，即该物品的评估价将会是20万元，如果以评估价格为准直接认定物品的市场价格，必将造成错案。

第二，司法机关大都以评估价格为基准计算受贿数额，导致出现评估鉴定机关的行政权代替司法权的嫌疑，司法权威受到冲击。实践中，如果司法人员直接将评估价格认定为市场价格，即评估价格对认定交易型受贿具有了绝对性，由价格鉴定机关作出的评估价格决定罪与非罪，重罪或轻罪，而将具有专业法律知识的司法人员或法务人员的判断弃之一旁，这显然是不合理的。

第三，不同的估计机构对同一物品的评估的价格相差甚远，容易受到被告人的质疑。司法实践中，经常出现被告人质疑评估价格的情况，重新评估后，评估价格与第一次评估价格相差甚远，这显然无法使犯罪嫌疑人认罪伏法。

2. 司法人员在以评估价格为基准认定市场价格的具体做法

第一，司法人员应谨慎选择评估机构。司法人员应选择

鉴定资质高、公信力高的机构担任司法鉴定评估机构，并明确告知评估机构应以中立身份，按照相关法律法规的规定，客观、准确的评估被评估物品的市场价格。以房地产评估为例，《城市房地产管理法》、《房地产估价规范》等法律法规对房地产价格评估人员、机构、评估原则和评估方法都作了明确的规定，房地产评估机构和人员根据委托人的要求和评估目的，根据不同时间点，依据相关法律法规的规定评估房屋的市场价格，确保了评估方法的科学性和评价价格的准确性。

第二，司法人员应全面审查评估价格的材料。新刑事诉讼法把法定证据种类中的“鉴定结论”修改为“鉴定意见”。因此，物价鉴定所得出的评估价格不再具有“结论性”，仅是一种“建议性”的意见。在司法实践中，司法人员必须抛弃评估价格是不容怀疑，能够直接认定市场价格结论的唯一证据这种错误的观点，应了解评估流程及方法，对评估机构作出的评估价格依据进行全面审查，对评估材料中的一些依据有疑问的，及时与评估机构沟通，必要时应让鉴定人履行出庭义务，就其作出的评估价格接受法官、双方当事人的质证，只有经过司法人员的审查判断，结合其他相关证据的验证，查证属实后才能作为认定市场价格的依据。

第三，司法人员应承担起查明市场价格的责任。评估价格作为鉴定意见，可以作为认定市场价格的基础，但不能直接认定为市场价格。司法人员在案件办理过程中，应以交易型受贿“交易双方”的实际情况，搜集交易物品价格的客观证据，再综合评估价格，认定交易型受贿犯罪数额。以实践中常见的房产为例：首先，到房产公司调取该公司内部最低优惠价格。房地产公司有明文规定优惠价格的，依明文规定确定最低优惠价；无明文规定优惠价格的，须从该房产公司或房管局调取已售房屋的销售合同，查证房地产公司内部的优惠销售记录以确定最低优惠价格。其次，调取该房产项目二手房交易情况，从房管局调取二手房销售合同，掌握该房产项目二手房交易价格。再次，调取同期、同质、同地段新商品房的最低优惠价格。最后，以评估价格为基准，结合调取的证据和“交易双方”的言辞证据，最终认定物品的市场价格，明确犯罪数额。

（作者单位：乐清市人民检察院）

10 薛进展、张铭训：《以交易形式受贿司法认定疑难问题研究》，载《江西公安专科学校学报》2008年第3期，第16页。

指定居所监视居住问题探析

文 | 姚胜勇

新刑法对监视居住措施进行了重新定位，基本上重构了监视居住制度，并明确了指定居所监视居住的适用条件、折抵刑期等内容。从新刑法实施近二年来的情况看，指定居所监视居住的适用尚没有达到立法机关预想的效果。本文试就目前指定居所监视居住现状及存在问题作进一步的研究，以期构建检察监督机制，保证该强制措施得到严格贯彻执行。

一、新旧刑事诉讼法在指定居所监视居住的立法规定和司法实践

1996 年的刑事诉讼法没有明确规定“指定居所”监视居住，唯一一处仅在第五十七条对被监视居住人的义务条款上有如下规定：“被监视居住的犯罪嫌疑人、被告人应遵守以下规定：（一）未经执行机关批准不得离开住处，无固定住处的，未经批准不得离开指定的居所”，原有立法上没有明确规定指定居所监视居住适用条件的情况下，执法机关常常因为突破案件，尤其是获取口供的办案需要，对于犯罪嫌疑人、被告人是否有无固定住所，一律为其“指定居所”，进行长时间的审讯，侵害被监视居住人的生命财产权益的情况屡有发生。如 2012 年 7、8 月份，江苏省发生三起公安机关违规适用“指定居所”监视居住，导致犯罪嫌疑人出现身体不适，抢救无效死亡，该三起事件，尽管不是因为刑讯逼供导致，但存在忽视犯罪嫌疑人的生命健康的问题是存在的。¹

针对实践中存在的情况，新刑事诉讼法予以充分考虑，构建了新的监视居住制度，并将司法实践中“指定居所”纳入立法，并予以规范。一是明确规定并严格控制适用范围。只有对以下特殊情况才可以适用指定居所的监视方式。其一

没有固定住处的；其二特定犯罪即对于涉嫌国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、特别重大贿赂犯罪，在住处执行可能有碍侦查的。该项规定将适用条件严格予以限定，只针对几种罪行极为严重的罪行才予以适用，避免司法滥用。二是严格规定审批程序。对符合三类犯罪类型的要适用指定居所监视居住的，需经上一级检察机关或者公安机关批准。三是对“居所”进行排除性规定。不得在专门的羁押场所、办案场所进行，避免陷入变相羁押趋于“黑监所化”的泥沼。四是确立权利保障功能。规定除不能通知的以外，应当在 24 小时内通知家属。及可以委托辩护人的权利。增加了折抵刑期的规定。五是赋予检察监督职能。人民检察院对指定居所监视居住的决定和执行是否合法进行监督。六是强化了执行方式。可以采取电子监控、不定期检查等监视方法对其遵守监视居住规定的情况进行监督。另外《人民检察院刑事诉讼规则》（下文简称《规则》）及《公安机关办理刑事案件程序规定》（下文简称《规定》）对刑事诉讼法中的“有碍侦查”、“居所的条件”、“无法通知”等进行了细化规定。

二、适用指定居所监视居住的现状及存在问题

（一）检察机关适用率较公安机关要高，但总体来看适用率低。从全国各地实施的情况来看，总体处在探索阶段，各个地方适用比重不一，有些地方几乎处在零开展阶段。对中国裁判文书网 2013 年 1 月 1 日至 2015 年 5 月 1 日的刑事判决书进行检索，全国范围内入库的刑事判决书共 854118 件，其中指定居所监视居住共 1968 件，占比仅为 0.23%，可见指定居所监视居住的适用率总体不高。就乐清市的情况来看，2013 年 1 月 1 日至 2015 年 5 月 1 日的刑事判决书入库总数为 2659 件，其中指定居所监视居住共 4

1 江苏省公安厅内网：《关于严格规范适用指定居所监视居住的紧急通知》苏公厅〔2012〕496 号文件。

县市区	鹿城	瓯海	龙湾	瑞安	乐清	永嘉	苍南	平阳	泰顺	文成	洞头	合计
刑事判决数	2001	1142	2079	5260	2659	3209	1200	1633	536	265	206	20190
指居判决数	1	1	6	7	4	3	2	1	0	0	1	26
占比	0.05%	0.09%	0.29%	0.13%	0.15%	0.09%	0.17%	0.06%	0	0	0.49%	0.13%

件，占比为 0.1%。乐清市刑事执法部门较全国适用率更低。从纵向比较，以乐清市公安局 2013 年 1 月 1 日至 2015 年 5 月 1 日共适用监视居住强制措施 406 件，其中指定监视居住仅为 4 件，占比也仅为 0.99%。上图是温州市各县市区在 2013 年 1 月 1 日至 2015 年 5 月 1 日在裁判文书网刑事判决书件数与适用指定居所监视居住判决书件数的比较：

导致适用率低的主要因素：一是监视居住是五种强制措施的一种，本身适用条件范围相对其他强制措施来说要窄。二是监视居住本身是减少羁押的替代措施，司法实践为打击犯罪需要，存在“羁押是基本原则，取保候审、监视居住成为例外”的现象。三是采取指定居所监视居住的措施，决定机关需要投入大量的人力、物力，现阶段司法资源紧缺的情况下，能用其他强制措施，就不会选择监视居住，更何况需要投入更多人力、物力的指定居所监视居住。

（二）建立统一标准的指定“居所”场地不多，现有的临时性替代性“居所”设置极不规范。在指定居所监视居住适用率低的情况下，建立统一标准的“居所”，本身就动力不足，再加上立法上没有规定“居所”在配备上具体统一标准，因此只能依靠实践自行摸索一套“居所”设置的标准。以公安机关为例，尽管有些地方出台了相关文件，如四川省公安机关出台的《指定居所监视居住管理规定（试行）》文件在被监视居住人的生活必备物品、饮食起居设备、管理人员的后勤设施、场所的安全设施、监控设备等条件进行了详细的规定。但上述仅仅停留在纸面上，该省鲜有为此统一设立的指定“居所”场地。从全国范围来看，仅仅少数几个地方建立统一的场所。如江苏省常州市在以几年前租借方式建立的全省首家执法规范化管理中心的基础上，设立监视居住中心，才于今年 2 月份投入试运营。就温州市公安机关来看，尽管将建设统一的指定居所监视居住场所建设纳入议程，但在选址方面尚未启动，建设标准也为确定。²

从各地的办案实践来看，往往选择宾馆、招待所、培训中心、医院作为临时性场地，有些地方甚至借用纪委的办案

点作为指定的“居所”，这些场地往往达不到居所符合的条件。比如宾馆的窗户阳台往往没有安装铁制护栏，难以控制被监视居住人跳楼自杀、逃跑，首先就不符合《规则》保证办案安全的要求。如外省有公安机关借用看守所设立在人民医院的专用病房作为指定“居所”，该专用病房只是用钢化玻璃和外界做了隔断，其实等同于羁押的状态。上述场所远远达不到规定的要求。因此，建立统一标准的指定“居所”亟待解决。

（三）滥用扩大适用指定居所监视居住的现象一定程度存在。由于指定居所监视居住相比拘传、刑事拘留具有期限长，相比取保候审及住所监视居住具有半羁押性，对犯罪嫌疑人、被告人有更强的控制性等优势。加之全国公安、检察机关出于考核及办案的需要，极易导致扩大适用。实践中也出现了这样的情况。主要表现在：一是“无固定住处”的扩大化。刑事诉讼法没有对“无固定住处”进行规定。只在《规则》第一百一十条、《规定》第一百零八条有概括性规定，但缺乏操作性。实践中，就存在对外来人口租住的房屋是否属于固定住处存在争议。但办案机关为了突破案件的需要，采取规避态度，直接适用该项措施。如某地公安机关办理的胡某寻衅滋事案就指定居所在其暂住处。但无固定住处而指定居所监视居住的立法本意是为了便于对犯罪嫌疑人进行监管，确保及时到案。胡某在发案地务工多年，家人长期暂住在发案地，如果理解为“无固定住处”显然不符合实际。其次立法上涉及三类犯罪，有碍侦查需要，办理指定居所监视居住需要经过上级公安机关或检察机关审批，对无固定住处指定监视居住就无此规定。二是监视居住对象的扩大化和滥用。刑事诉讼法第七十二条第四项规定：“因为案件的特殊情况或者办理案件的需要，采取监视居住措施更为适宜的。”第七十三条的规定中符合三类犯罪（涉嫌危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、特别重大贿赂犯罪）在住处执行可能有碍侦查的，经过严格的审批程序，可以指定居所监视居住。上述法条中“特殊情况”、“办理案件的需要”、“特别重大”、

² 温州市公安局内网：温公纪要〔2015〕8 号温州市公安局局长办公会议纪要。

“有碍侦查”等关键词,《规则》第四十五条对“特别重大贿赂犯罪”原则性地规定了三种情形、第一百一十条对“有碍侦查”原则性地规定了六种情形,对“特殊情况”、“办理案件需要”则没有规定。司法解释也没有细化规定,导致认定标准模糊。在实践中,办案人员对此理解不一,把握不定,往往为了侦查需要,自由裁量,这就为扩大适用指定居所监视居住提供了制度漏洞。为此,江西省做了有益的尝试,省检察院、司法厅联合下发了《关于保障和规范律师在刑事诉讼中依法行使会见、调查取证和阅卷权利的若干意见(试行)》,意见中对“特别重大贿赂犯罪”的三种情形做了比较详尽的解释,但仍旧有模糊之处。³另外,根据刑事诉讼法规定适用监视居住的犯罪嫌疑人、被告人首先是要符合逮捕条件的,只有存在刑事诉讼法第七十二条规定的几种情形,才可以适用监视居住。个别地方甚至对不够逮捕条件的犯罪嫌疑人、被告人,出于办案考虑,也采取了监视居住措施,包括条件更加严格的指定居所监视居住。如某地公安机关办理的罗某贩毒案因证据不足,达不到逮捕条件,但为了打击犯罪的需要,仍旧采用了指定居所监视居住,在获取口供后,才变更强制措施。三是居所场所的选定存在滥用化。由于“居所”配备标准未明确,各地鲜有建立统一标准的场地,因此各地往往选择一些实际上达不到“居所”条件的宾馆、招待所、培训中心等作为临时、替代性场地,存在场所的滥用现象。

(四)存在“名监实押”、持续时间长现象。在指定居所的场所设备配置薄弱的情况下,执法机关往往采用人盯人的手段,严密监视被监视居住人的一举一动,实际上达到了逮捕、拘留的羁押状态,导致了变相羁押,这和立法本意是违背的。比如某地公安机关就是采用轮班倒看守的手段对盗窃犯罪嫌疑人王某进行监视,严重限制了该犯的人身自由。另一方面,由于立法上没有区分普通监视居住同指定居所监视居住执行期限,因此指定居所监视居住的期限最长可达到六个月。由于指定居所监视居住具有半羁押性,导致被监视居住人长期处于半羁押状态,存在侵犯犯罪嫌疑人、被告人人身自由的可能。有些地方的办案部门,为了使刑事诉讼过程顺利进行,防止采取取保候审等非羁押性的强制措施,导致犯罪嫌疑人、被告人逃跑,对犯罪嫌疑人、被告人长期采取指定居所监视居住。上述案例中,从案件受理到法院判决历

时100余天,该犯罪嫌疑人王某一直处于指定居所监视居住状态,没有变更过强制措施。

(五)指定居所监视居住检察监督仍处在起步探索阶段。刑事诉讼法第七十三条第四款规定:“人民检察院对指定居所监视居住的决定和执行是否合法实行监督。”《规则》第一百一十八条、第一百一十九条、第一百二十条对决定和执行的监督进行原则性的规定,从立法角度来看,对指定居所监视居住的检察监督缺乏可操作性规定。如《检察机关执法工作基本规范》在监所检察一编中对强制医疗执行监督专章规定,对同样是新刑事诉讼法新增的监所业务:指定居所监视居住执行监督只规定在“其他规定”内,并且行文和《规则》完全一样。因此对指定居所监视居住的检察监督机制仍不完善。从检察监督实践层面来看,一是检察机关监督部门获取案件信息不畅,不及时,导致监督虚化、难以深入。立法上,公安机关对指定居所监视居住是自行决定和执行的,也没有设置向检察机关监督部门的备案制度,公安机关出于各种考虑也不会主动通知检察机关开展监督。即使事后发现,因为缺乏同步监督,在监督效果上也大打折扣。目前,公安机关决定和执行的指定居所监视居住案件没有向检察机关侦查、监所进行通报的现象一定程度存在。二是检察机关监督手段单一,方式不够深入。由于现阶段,对指定居所监视居住的检察监督尚处于摸索阶段,各地还未形成有效的监督方式和手段,还需要在实践中不断总结创新。

三、指定居所监视居住的检察监督工作机制构建

现行的刑事诉讼法所设计的监视居住制度与96年的刑事诉讼法相比,在立法定位和制度设计均有明显进步,但仔细审视该制度,仍存在一些不尽如人意的地方,在实践中也暴露了一些问题。立法设计这些国家上层建筑层面,在整合和完善上是需要严格程序,也依靠对基层进行调研,至下而上慎重开展的。因此,我们只能在实践中,通过检察监督指定居所监视居住的适用,促使积极功能得以体现,抑制其消极、负面作用,以期实现控制犯罪与保障人权的动态平衡和理性协调。

(一)充分发挥公检法三家互相制约、互相配合的作用,
(下转第51页)

3 江西省南昌市人民检察院课题组:《适用指定居所监视居住的若干实务问题研究》,载《人民检察》2014年第18期。

龙湾区院坚持“课题制”开展调研 推动理论与检察实践良性发展

文 | 夏理森 陈捷

近年来，龙湾区院在检察理论研究工作中坚持“重点突破、以点带面”的工作思路，以“课题制”开展调研为主抓手，不断强化课题研究在“服务领导决策、服务大局工作、服务检察业务”中的作用，着力推动理论与检察实践的良性互动，取得了较好的成效。2010年以来，先后承担市级以上课题21个，其中高检院课题1个、省级课题14个、市级课题6个，目前已结题18个，研究室工作连续五年获评“全市检察机关先进集体”称号。

一、转变工作理念重质量。着力在工作理念更新上下功夫，调研工作由求数量向重质量转变，以课题研究为突破口，重点把好“三关”，力争调研成果出精品。一是把好课题研究方向关。围绕检察工作规律和机制展开基础理论研究，为检察工作创新提供理论支撑；围绕检察职能发挥展开应用理论研究，为检察业务工作开展提供理论指导；围绕重大法律和政策问题展开深入研究，为依法有效执行提供可靠依据；围绕检察业务、队伍和事务管理展开专题研究，为加强各项检察管理提供理论支持。2011年以来，我院针对“三个围绕”每年确定3-5个重点选题进行专题调研。二是把好调研课题申报关。将调研课题申报分为高检院、省级（省检察院、省法学会）、市级（市法学会）三个不同等级，并由办公室进行把关审核。对申报质量不高的责成相关人员进行修改；对申报成功的总结经验找差距；对申报落选的分析原因求突破，确保申报成功率。2010年以来，已连续5年中标承担省级以上课题，已完成的11个课题均通过结题验收。三是把好重要事项论证关。把课题研究作为辅助决策、部署工作和创新发展的关键环节，对涉及改革性、探索性的业务工作进行前期论证，通过“课题研究—分析研判—形成方案—探索实施”的模式，在全院初步形成了理论联系实际、理论指导实践的良好氛围。

二、完善工作机制促提升。着力在深化工作机制上做文

章，以实现课题研究工作有序运转。一是坚持领导领衔机制。2010年以来，该院申报并获立项的21个市级以上课题，均由院领导担任课题组负责人，如梅山群检察长近三年就牵头组织4个省级以上课题。院领导对课题调研的亲身实践和积极参与，不仅为全体干警树立了榜样，也提升了课题组成员发现问题、研究问题和解决问题的能力水平，并有力推动了调研工作的深入开展。二是强化组织协调机制。充分发挥办公室在课题研究中的组织、引导、服务和协调作用，初步形成院领导支持给力、办公室牵头发力、各部门协同助力、理论研究人才和骨干广泛参与形成合力的工作格局。先后有7个部门、30余名调研骨干参与课题研究。同时，积极为调研骨干搭建学习交流平台，通过组织外出考察、学习培训和参加学术交流等方式，不断增强理论与实践相结合的紧密度，促进调研骨干法律素养、理论功底和业务能力的提升。三是深化成果应用机制。及时向知名刊物推荐省级以上课题研究成果，先后有9篇论文被《法学杂志》、《人民检察》等全国核心期刊刊发。及时推荐参加省级以上学术会议和优秀成果评比，先后有6个课题成果在省级以上评比中获奖或参加学术会议。及时转化全院性业务研究成果，形成执法意见或工作机制，2010年以来，已完成的12个省级以上课题中已有6项转化为工作决策。四是优化长效激励机制。2010年以来，院党组多次专题研究调研工作激励机制，将调研工作从全院绩效考核中剥离出来，作为唯一的全院性单列考核项，专门出台调研工作奖惩办法，切实加大对优秀调研成果的表彰奖励和优秀调研人才的培养使用。

三、紧扣检察实践显成效。着力在增强研究的针对性、前瞻性和指导性上加力度，发挥课题研究的服务和支撑功能。一是把握好创新与规律的切入点，服务领导决策。加强检察工作新情况、新问题的研究，把经验上升为理论、把理论抽象为规律、把规律固定为制度。在修改后的刑事诉讼法实施

后,结合省院重点课题工作积极联合法院探索庭前会议制度,对开展庭前会议工作的理论基础、职能定位、制度设计等问题进行研究,一些设想和做法被检法两家联合出台的庭前会议规定采纳。二是把握好全区中心工作与检察职能的平衡点,服务工作大局。针对民间借贷引发金融风波给龙湾带来的一系列影响,结合区委关于稳定规范金融秩序、推进金融综合改革的决策部署,申报承担高检院检察应用研究课题《涉及民间借贷违法犯罪的法律适用问题研究》、省院专题调研课题《民间融资法律监督调研》、省法学会课题《涉众型经济犯罪引发群体性事件的平息机制研究》、市法学会课题《刑民交叉案件司法处理初探》,形成可资借鉴的调研成果4份,不仅为办理涉金融案件提供了更好的理论指导,也为有关方

面提供了决策参考,促进监管体系的完善。三是把握好理论与实践的联系点,服务检察业务。重视对检察工作中带有普遍性、倾向性的问题研究,提出切实可行的解决方案,推动和促进业务工作。如针对社区矫正中存在的异地监管冲突、工作和执法主体不明确、信息不对称、矫治功能不完整、矫治方案不合理等问题。将社区矫正的法律监督与综合评估机制作为研究方向,申报省法学会课题并获立项,该课题提出的信息平台建设和综合评估办法得到龙湾区、经开区社区矫正相关部门的积极响应,并由我院监所部门牵头落实工作机制转化。

(作者单位:龙湾区人民检察院)

(上接第49页)

进一步规范适用指定居所监视居住

1. 建立指定监视居住备案通报制度。公安机关、法院在决定对犯罪嫌疑人、被告人采取指定居所监视居住,应报检察机关侦监、公诉部门备案,侦监、公诉部门应对其报送的文书材料、案件情况进行审核,及时提出意见,从源头上发现并杜绝滥用或扩大化适用的情形。对公安、法院已经决定指定居住监视居住的,要同时将指定的居所地址、被指定监视居住人的基本情况等抄送检察机关刑事执行检察部门,以便对执行情况及时开展检察监督。

2. 建立检察机关各部门之间的工作联动机制。一是对自侦部门决定的指定居所监视居住,要同时报送刑事执行检察部门,以便及时开展执行监督。二是刑事执行检察部门在执行检察中,发现指定居住的适用条件及场所条件发生变化,需要变更场地或是变更强制措施,应及时通报给对决定权有监督职责的侦监、公诉部门,形成合力,确保指定居所监视居住依法规范进行。

(二)探索指定居所监视居住执行监督工作方法,充分发挥监督成效

1. 多渠道拓宽信息来源。由于观念和执法惯性的因素制约,办案机关主动提供案件信息少,导致检察监督成了“无米之炊”,信息来源匮乏,因此现阶段解决这个问题成为首要问题。一是检察机关刑事执行检察、侦监、公诉部门针对指定居

所监视居住案件互通消息,以发现公安、法院未向刑事执行检察部门报送的指定居所监视居住案件信息。二是对指定居所监视居住点进行巡视,巡视可采取实地巡视或是监控巡视的方法,发现办案单位漏报的指定居所监视居住案件信息。三是检察机关定期查看公安机关办案系统,对指定居所监视居住案件进行查询,以发现未纳入检察视野的案件信息。

2. 开展专项检察。一是开展对居所条件的检察。比照各地业已出台的居所条件的细化规定,根据各地的实际情况,出台详细的《指定居所监视居住实施办法》,对“居所”场地进行细化规定,公检法三家形成共识,使执行监督“有的放矢”。二是对执行主体开展检察。公安机关是监视居住的主体这一规定不能变,在实践中,检察机关可以协助执行。对违法规定的,应该及时予以纠正,切实维护法律的严肃性。三是对侵犯被监视居住人权益的检察监督。为防止被监视居住人受到体罚虐待,要求场所安装24小时监控,赋予被监视居住人约见检察人员的权力;为防止刑讯逼供情况发生,可引入非法证据排除规则,并实行“监审分离”制度。同时,可受理被监视居住人及其家属的控告、举报、申诉。三是开展为被监视居住人通风报信检察。对出现通风报信情形的,构成犯罪的,要积极予以打击。实践中,对该项检察还没有切实可行的方案,还需要不断摸索。

(作者单位:乐清市人民检察院)

以暴力、威胁手段强行索取保护费行为应如何定性

文 | 孙保华 黄海鸥

一、基本案情

2010 年底，金某忠（纠集被告人金利某、金加某、金上某以及金建某等社会闲杂人员，每人交 3000 元的费用入股，欲强行高价承建温州经济技术开发区天河街道某滨海地块的工程，遭到该地块工地企业主的拒绝。2011 年 3、4 月份，被告人金利某、金加某、金上某伙同金某忠、金建某等多人商议，决定按每亩地 2.5 万元的标准向该地块工地的每个企业主强行收取保护费。工地企业主不肯交钱，金某忠等人就在该地块工地上成立办公室，多次以强令工人停止施工、威胁工人、打砸物品、阻拦工程车进场等非法手段阻碍该地块企业主工地的施工。通过上述手段，共强行索要天河街道某滨海地块工地企业主保护费共计人民币 42.85 万余元。

二、分歧意见

被告人金利某等人以收保护费为名，结伙以影响他人施工等方式迫使他人交出财物，其行为是构成寻衅滋事罪还是敲诈勒索罪？

一审法院认为被告人金利某等人以非法占有为目的，结伙以强行阻挠他人施工，使工程不能正常进行相要挟，迫使他人向其交付财物，主观上非法占有他人财物的目的明显，与寻衅滋事罪中逞强争霸、寻求精神刺激的主观动机不同，其行为均已构成敲诈勒索罪。

而二审法院认为金利某等人结伙破坏社会秩序，强行收取所谓的“保护费”，强拿硬要他人钱财，其行为均已构成寻衅滋事罪。

三、评析意见

我们赞同二审法院的意见，认为被告人金利某等人的行为应当定寻衅滋事罪。理由如下：

第一，从犯罪客体来说。金利某等人的行为不仅侵犯他人财产权益，更侵害了社会管理秩序，更符合寻衅滋事罪的构成要件。犯罪客体是我国刑法所保护的，为犯罪行为所侵害的社会关系。侵犯客体的不同，决定了犯罪性质的不同。因此，在司法实践中，犯罪客体往往是区分此罪与彼罪的重要标准。

在我国刑法体系中，寻衅滋事罪被纳入刑法分则第六章“妨害社会管理秩序罪”第一节“扰乱公众秩序罪”中，其所要保护的法律关系侧重于社会管理秩序。而敲诈勒索罪被纳入刑法分则第五章“侵犯财产罪”中，侧重于保护他人的财产权益。在强拿硬要的案件中，区分寻衅滋事罪与敲诈勒索罪的标准就是行为人的行为是否对社会管理秩序带来了严重侵害。本案中，被告人金利某等人的行为不仅侵犯了被害人合法的财产和人身权益，更严重扰乱了社会管理秩序，其侵犯的是多种法益。首先，从司法实践来看，以收保护费为名强行索取他人财物的，一般以寻衅滋事罪定罪处罚。以收保护费为名，强行索要他人财物，从本质上来说反映的是行为人逞强争霸、无视法纪的主观心理，对此，2001 年浙江省人民检察院、浙江省高级人民法院、浙江省公安厅联合下发的《关于办理寻衅滋事案件适用法律若干问题的意见》规定，“强行收取各种形式的保护费，或者非法插手民间纠纷，以强迫手段索赔、讨债，从中牟利的，以强拿硬要论”。因此，在司法实践中，对该类案件一般以寻衅滋事罪定罪处罚。第二，从行为方式上来说，

金利某等人的行为更具有随意性。在敲诈勒索案件中，行为人为暴力殴打或威胁对象一般限于被害人身体或财物，较少涉及其他人。而寻衅滋事案中，行为人会随意殴打他人或破坏他人财物，其对象并不以被害人为限。本案中，金利某等人阻挠工地施工过程中，对施工现场的财物随意进行破坏，或对施工人员随意进行殴打，主观上具有明显的随意性。第三，从行为的影响来看，金利某等人不仅侵犯被害人的财产权，也扰乱了社会管理秩序。敲诈勒索案件中，行为人以非法占有为目的采取轻微暴力或威胁等方式强行索取他人财物，往往是在某一个时间点实施，不会持续很长时间，而寻衅滋事案件中，行为人为了收取保护费，可能持续的时间较长，范围较广，不以一次为限。本案中，金利某等人以各种方式到工地上阻挠工地施工，打砸办公设施以及办公人员，持续时间长达一年之久，相比一般的敲诈勒索案件，其行为性质更加恶劣，持续时间更长，不仅对被害企业主造成影响，也给其他人员的正常工作秩序、生活安宁带来了影响，破坏了正常的社会管理秩序。

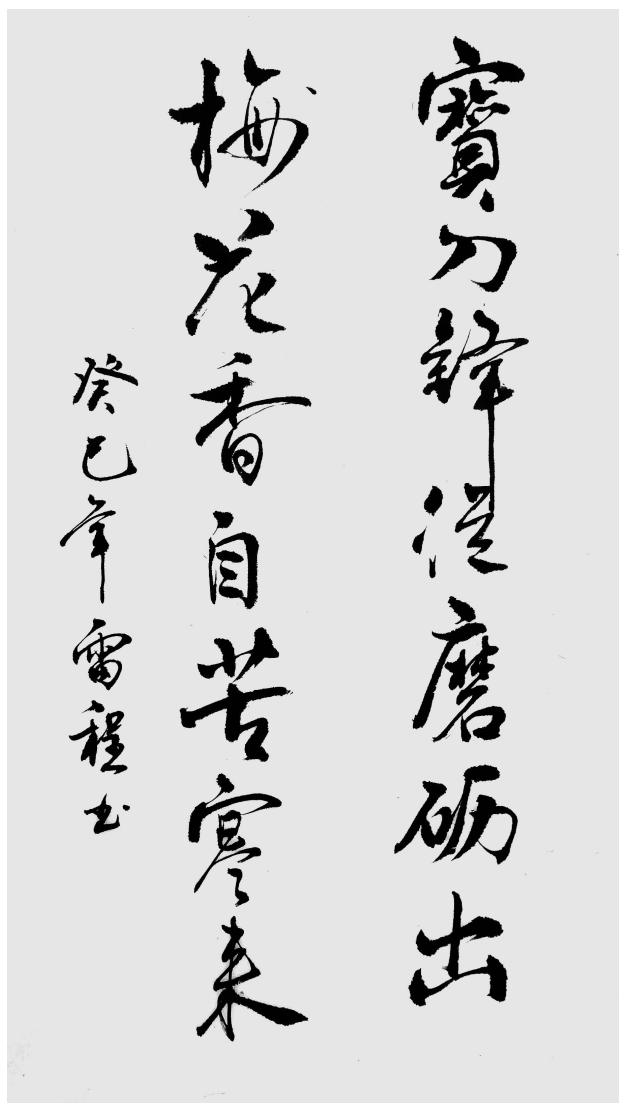
第二，从行为动机来看。金利某等人不仅有非法占有他人财物的主观目的，更有逞强争霸的主观心理。金利某等人为了实现非法占有他人财物的主观目的，以每人交纳3000元入股的形式吸收社会闲散人员组成办公室，其中多人均有前科劣迹。从目的来看，金利某等人之所以要吸收社会闲散人员，主要是因为以上这些人员具有更强的主观恶性，更容易出手向他人收取保护费。由这些人员出面，显然可以给被害人造成更大的压力，更有利于保护费的收取。从一定程度上来说，金利某等人形成固定的组织，在一年多的时间里，持续不断地阻挠企业主施工，其行为已经有涉黑涉恶之嫌，主观上也有逞强争霸的意图。

第三，从罪责刑相适应的角度来看。原判以敲诈勒索罪定罪处罚，量刑畸重。罪责刑相适应原则是刑法的基本原则，其基本要求是行为人所犯罪行应当与其承担的刑事责任和接受的刑事处罚相当。本案中，虽然被告人金利某等人强拿硬要他人财物42.85万余元，但因其行为主要侵犯的是社会管理秩序，并非被害人的财产权益，因此原判以敲诈勒索罪定罪处罚，判处三名被告人有期徒刑八年到十二年不等，属于量刑畸重，不利于被告人的改造。

四、处理结果

2012年9月14日，温州市龙湾区人民检察院以被告人金利某、金加某、金上某涉嫌寻衅滋事罪向温州市龙湾区人民法院提起公诉，法院经审理后，判决认为三被告人的行为构成敲诈勒索罪。后龙湾区人民检察院提请温州市人民检察院提起抗诉，三被告人亦提起上诉。温州市中级人民法院经审理后认为原判适用法律错误，量刑畸重，改判三被告人犯寻衅滋事罪，并在有期徒刑四年到四年六个月之间进行量刑。

（作者单位：龙湾区人民检察院）



雷程书法作品（瑞安市人民检察院）

非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪 难点分析

文 | 张利娜

一、基本案情

2014年5月份，李某在未取得施耐德公司授权的情况下，私自刻印4块印有“Schneider”商标标识的仿冒施耐德品牌商标的模块，放到非法经营的塑料加工厂的注塑机内，用于冲压小型断路器塑料外壳，非法制造仿冒“Schneider”商标的断路器外壳。2014年7月31日，乐清市公安局南塘派出所民警联合乐清市工商局柳市分局工作人员查获李某经营的非法工厂，当场收缴仿冒“Schneider”商标标识的断路器塑料外壳16800只，每只断路器塑料外壳均由2个仿冒“Schneider”商标标识的断路器塑料外壳组成，仿冒“Schneider”商标标识共计33600件。

二、分歧意见

在本案办理的过程中，存在以下两方面的分歧：

其一，李某的行为如何定性？一种意见认为，李某的行为同时触犯了假冒注册商标罪和非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪，属想象竞合犯，应从一重罪处罚。另一种意见认为，本案中所涉断路器塑料外壳不属于《商标注册用商品和服务国际分类表》第九类所指注册商品，而是该类注册商品的组成部分或部件，故李某的行为没有同时触犯假冒注册商标罪和非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪，不存在竞合情形，只能以非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪论处。

其二，如何认定非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪中“件”数？这是本案争议最大，也是最为棘手的问题。一种意见认为，本案中所涉商标标识的“件”数的计算，应该直接将李某非法制造“施耐德”注册标识所涉断路器

塑料外壳16800个认定为制造的注册商标标识的“件”数。理由有二：第一，绝大多数断路器塑料外壳都包含了注册商标标识的文字或图案，因而在该类商品的销售过程中，多数情况下单凭其整体外壳已经能够独立地标识商品的来源。第二，在认定李某非法制造的注册商标标识数量时，每个整体外壳所代表、所承载的所有非法制造的注册商标标识才是刑法意义上的独立评价、保护的“件”数。第二种意见认为，本案中非法制造注册商标标识罪中商标标识的“件”数，应认定为33600个。理由是：根据最高人民法院、最高人民检察院《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第十二条第三款规定，制造注册商标标识数量中的“件”，是指“标有完整商标图样的一份标识”。因此本案应该将所有的能够评价为完整的一件注册商标标识的表现样态都计算在内，即涉案的断路器塑料外壳的分壳上的每一枚注册商标标识都应计为侵权商标的“件”数。

三、评析意见

（一）李某的行为如何认定

1. 非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪与假冒注册商标罪关系辨析

非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪作为刑法分则第三章第七节“侵犯知识产权罪”中的七个罪名之一，与假冒注册商标罪、销售假冒注册商标的商品罪一道，共同构筑了侵犯知识产权犯罪中“商标权”权利保护刑法规范责任的堤坝，对于商标权法益的保护具有重要意义。从商品生产的先后顺序上来看，非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪可以认为是假冒注册商标罪的前置性行为规范和裁判规范，因为大多数情况下行为人非法制造、销

售非法制造的注册商标标识就是为了假冒他人注册商标以非法牟利。故将非法制造、销售非法制造的注册商标标识的犯罪作为商标类犯罪中的源头犯罪，其目的就是为了将源头上尚未侵犯权利人商标权法益的行为拟制性的纳入刑法的评价范围。¹从这种意义讲，该罪有其独立存在价值和犯罪构成要件。但是在具体的司法实践认定过程中，由于非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪与假冒注册商标罪在保护的法益、主观方面及客观方面的犯罪构成基本类似，往往很难区分。

2. 李某的行为构成非法制造、销售非法制造注册商标标识罪

司法实践中，有两种情况容易产生模糊认识：一是行为人非法制造他人注册商标标识，直接使用在自己生产、经营的商品上的行为定性。二是数个行为人出于假冒他人注册商标的共同故意，有人专门非法制造他人注册商标标识，有人专门以此注册商标标识假冒他人注册商标，此时前者的行为应如何定性。对于前种情况，理论界一般认为，由于非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪是假冒注册商标罪的前置性或源头性行为，因此这两个行为之间存在着预备行为与实行行为的关系，对此应当根据实行行为吸收预备行为的原则，直接按照假冒注册商标罪的规定定罪处罚，不再单独认定非法制造注册商标标识罪。对于第二种情况，由于数个行为人之间主观上具有假冒他人注册商标的共同故意；客观上实施的非法制造他人注册商标标识的行为属于假冒注册商标罪的一部分，故行为不能孤立地将其认定为非法制造注册商标标识罪，只能认定为假冒注册商标罪。

本案中，李某私自刻“Schneider”标识是印刷到仿冒施耐德断路器外壳上，根据国家工商总局出台的《商标注册用商品和服务国际分类表》规定，断路器外壳是否属于该规定中第九类注册商品存疑，并且断路器外壳未列于分类表独立保护，且外壳对于断路器功能指向并不确定，因此作为商标标识理解为妥当，故本案不属于上述所分析的第一种情况。那么，本案是否属于上述分析的第二种情况呢？答案显然也是否定的，因为李某伪造施耐德商标标

识印刷到断路器塑料外壳用于销售，并没有与他人形成假冒他人注册商标的共同故意。综上，李某实施了非法制造、销售非法制造的注册商标标识的行为，并没有实施假冒注册商标的行为或与他人形成假冒注册商标的共同故意，故其行为应认定为非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪。

（二）非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪中“件”数分析

非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪目前采用了“件”数、“经营数额”、“违法所得数额”三种量化评价标准，但是司法实务中往往遇到的问题是：行为人的经营数额或者违法所得数额常常达不到司法解释规定的标准，在此情形下，准确认定“件”数则成为本罪认定最为常见的模式。对于“件”数如何来认定，刑法第二百一十五条没有规定，相关的司法解释中也没有具体涉及，导致缺乏较为统一的认识。

1. 理论之争：“实质数量说”与“形式数量说”

刑法理论中，对于如何认定非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪中的“件”数，主要存在两种观点，即“实质数量说”与“形式数量说”。形式数量说以形式主义刑法解释理念为基础。相关司法解释亦对此进行了厘定，根据《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第十二条第三款规定：“标有完整商标图样的一份标识”为一“件”。故此，应将商品等外观存在样态上所有能独立评价为“完整商标图样的一份标识”的注册商标标识都认定为非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪中的“一件”。

实质数量说主要是以实质正义原理作为依据展开的。这种观点认为，非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪所侵犯被害人的商标权法益的表现样态只能是依附于具体商品之上的注册商标标识，没有依附粘贴于具体商品之上的注册商标标识不可能侵害商标权利人的法益。²简言之，行为人未经授权生产他人合法拥有的注册商标标识未贴附于具体的商品之前，不具有侵害法益的可能性，因而也就不构成犯罪。此观点进一步认为，商品最终出售的存在样

1 庄绪龙、包文炯：《论非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪中“件数”的司法认定》，载《中国刑事法杂志》2013年第9期。

2 张明楷：《刑法学》，法律出版社2011年版，第646页。

态贴有若干枚非法制造的注册商标标识，所代表的实质价值在刑法意义仅仅是一件商品，故此在认定行为人非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪中“件”数时，只能认定一枚注册商标标识具有代表商品本身价值的意义。

司法实务中，一般都采取“形式数量说”来认定非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪中的“件”数，因为这样不仅计算方便、公正，而且有相关的司法解释予以支撑。著名法学家郑成良教授也深刻的指出：唯有形式合理化的法律制度才能够提供合理化的确定性；而唯有合理化的确定性才能支撑起法治的大厦。³笔者认为，形式数量说难以摆脱禁止重复评价的风险和嫌疑，比如香烟盒上非法印制的若干枚注册商标标识，其共同的代表性价值是代表了一包烟，而不是数包烟，若干枚的注册商标标识只是其中“一枚注册商标标识”的扩大化，香烟盒上剩余的其他数枚注册商标标识仅仅是具有商品装潢、包装的价值。实质数量说又不具有科学性和严谨性，比如行为人非法制造6万枚香烟注册商标，如果其客户将此6万枚非法制造的注册商标标识仅贴在1.5万个香烟盒上（每个香烟盒贴4个非法制造的注册商标标识），则只能认定1.5万件，不构成犯罪；如果客户将此6万枚非法制造的注册商标标识仅贴在3万个香烟盒上（每个香烟盒贴2个非法制造的注册商标标识），则可以认定3万件，已经构成犯罪，这显然是不合理的。

2. 理论出路：以行为人主观是否明知客户的使用范围为依据认定“件”数

在系统研究和分析“实质数量说”与“形式数量说”两种观点优劣的基础上，笔者认为在取舍非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪“件”数的依据标准时，应该以刑法主客观相统一为基本理念，将非法制造、销售非法制造的注册商标标识的行为人对其客户生产经营情况的主观明知程度为根据进行深入分析。详言之，行为人主观上对制假者、售假者在使用非法制造的注册商标标识方式和范围这一事实层面是明知的，那么应该以“形式数量说”为标准来计算本罪“件”数；行为人主观上不明知非法制造的注册商标标识方式和范围这一事实，则应该以“实质

数量说”为标准来计算本罪“件”数。理由是，在行为人主观上不明知其非法制造、销售的注册商标标识被其客户如何使用的情形下，在客观上客户实际的使用方式和使用范围极有可能存在一个幅度上的差距（可能一件产品印制一枚注册商标标识，也可能印制多枚），非法制造、销售的注册商标标识行为人对这并不明确，如果按照“形式数量说”理论进行认定，实际上会对某些印制多枚伪造的注册商标标识的情形进行重复评价，故此此时只能用“实质数量说”理论来认定本罪的“件”数。反之，行为人主观上明知其非法制造、销售的注册商标标识被其客户如何使用的情形下，在不违反高院、高检《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第十二条第三款规定的“标有完整商标图样的一份标识”的前提下，在整体上统一按照“形式数量说”理论予以认定，体现的是一种不得不遵循的规则理性与相对合理。

具体到本案中，李某事先非法刻印4块印有“Schneider”标识的仿冒施耐德品牌商标的模块，印制到仿冒施耐德的小型断路器塑料外壳上。李某事实上实施了非法制造注册商标标识，并印制该注册商标标识到仿冒施耐德部件上两种行为，故其在主观上对使用非法制造的注册商标标识方式和范围这一事实层面是明知的，应当按照“形式数量说”理论予以认定本罪的“件数”，本案应认定非法制造施耐德商标标识“件数”应为33600件。

四、处理意见

2015年3月23日，乐清市人民检察院以李某非法制造带有施耐德商标标识的33600件，犯非法制造注册商标标识罪起诉至乐清市人民法院。2015年5月15日，乐清市人民法院认定李某非法制造带有施耐德商标标识的数量合计为33600件，犯非法制造注册商标标识罪，判处其拘役五个月，缓刑十个月，并处罚金15000元，李某接到判决书后未上诉，现已生效。

（作者单位：乐清市人民检察院）

3 郑成良、杨力、宾凯、李学尧等著：《司法推理与法官思维》，法律出版社2010年版，第14页。

浅谈特别重大贿赂犯罪指定居所监视居住存在问题及解决途径

文 | 王 力

一、关于指定居所监视居住“适用标准”的问题及解决途径

检察机关实施指定居所监视居住，前提要准确界定“适用条件”。《人民检察院刑事诉讼规则》（以下简称《规则》）45条规定，有下列情形之一的，属于特别重大贿赂犯罪：（1）涉嫌贿赂犯罪数额在五十万元以上，犯罪情节恶劣的；（2）有重大社会影响的；（3）涉及国家重大利益的。办案实践中，侦查人员一般把握第一种情形，即贿赂犯罪数额满足五十万元以上报请许可措施。但笔者认为依然存在问题：第一，犯罪数额应该区别认定，防止“一刀切”。我国东西部经济发展水平不同，各地检察机关立案数额存在很大差异。“一刀切”的做法必然造成西部地区很少有机会适用指定居所监视居住，出现执法不平等的现象。因此，最高检可授权各省、自治区、直辖市检察院规定数额标准，并报最高检备案。第二，认定自然人贿赂犯罪与单位贿赂犯罪的数额应该有所区别。在实践中对涉嫌对象单位受贿数额已达五十万元以上，立案后能否适用指定居所监视居住存在争议，相关法律及司法解释并没有对该部分内容进一步细化规定。第三，适用条件中的第二种“有重大社会影响的”和第三种“涉及国家重大利益的”较为抽象，没有量化、标准化，只能凭检察机关自身的认定。实践中，检察机关为了适用指定居所监视居住，不排除有模糊、滥用这两项规定的情况。因而，必须在相关刑事政策的指导下合理合法对两项规定进行界定，合理限制侦查机关的自由裁量权，防止侦查机关主观恣意解释。

二、关于指定居所监视居住“场所”的问题及解决途径

《规则》第一百一十条规定，指定的居所应当符合三个条件，即具备正常的生活和休息条件；便于监视、管理；能够保证办案安全。笔者认为，上述规定过于笼统，应该进行更为细致的描述，有明确的细化标准。最关键的就是对“正常”

的理解，何谓正常，应该是要符合一般社会人群居所应该具备的条件，不仅仅要具备生活、休息必须性功能，而且在空间、通风、采光、洗浴、饮食等条件都要符合一般社会居住标准。

笔者认为，“场所”的问题要尽快解决，应该由相关立法部门对指定居所的标准进行量化，在确保安全的前提下制定出具体量化标准。然后，由中央和地方财政拨出专项资金，以地市为单位，本着“就近、便捷、安全”的原则，营建一至二个场所，专门用于作为监视居住的指定居所。

三、关于指定居所监视居住“执行主体”的问题及解决途径

《刑事诉讼法》第七十二条规定，监视居住由公安机关执行。从法律规定来看，只有公安机关能作为执行主体，排除检察机关作为执行主体的可能性。但在具体执行中，基层公安在警力不足的情况下不可能耗费那么大的警力来执行检察机关决定的监视居住。另外，若指定居所监视居住过程中出现犯罪嫌疑人的的人身安全问题、案情泄露问题，将由公安机关主要负责，承担风险，不合常理。虽然立法机关的目的是为了公检相互监督、相互制约，保证良好的执法环境，但现实中单由公安机关一家执行指定监视居住是无法做到的。

基于以上分析，笔者认为，在实践过程中执行主体要以公安为主，由检察机关司法警察协助公安机关做好相关监视和安全防范工作。但是，监管与侦查分离的原则绝对不得破坏，不允许检察办案人员直接零距离监视居住犯罪嫌疑人。另外，检察机关要做到，《指定居所监视居住决定书》、《执行监视居住通知书》的送达签字，必须要由公安机关执行，即文书宣布时要有公安人员在场，警员不足时检察人员可以在旁辅助。

（作者单位：苍南县人民检察院）

案管部门对移送起诉案件管辖的审查

文 | 金志国

一、管辖问题的提出

甲县公安局受上级机关指定管辖，立案侦查犯罪地在乙县的刑事案件，侦查终结后向甲县检察院移送起诉，甲县检察院案管部门是否应当受理。

一种意见认为不应当受理。理由是：刑诉法第 172 条规定，检察院提起公诉，应当与人民法院审判管辖相适应。刑诉法第 24 条规定，法院对刑事案件的管辖主要遵循犯罪地原则，包括犯罪行为地和犯罪结果发生地，如果由被告人居住地的人民法院审判更为适宜的，可以由被告人居住地的人民法院管辖。而本案上述地点均不在甲县，故本案的审判并非甲县人民法院管辖，甲县公安局应当向乙县检察院移送起诉，由乙县检察院向乙县人民法院提起公诉。

另一种意见认为应当受理。理由是：刑诉法第 160 条规定，公安机关侦查终结的案件应当移送同级人民检察院审查决定。甲县检察院作为甲县公安局的同级检察机关，符合案件受理管辖的规定。而且如果由甲县公安局直接向乙县检察院移送起诉既没有依据，也不符合规定。

二、问题产生的原因

修订后的《人民检察院刑事诉讼规则（试行）》（简称诉讼规则）确立了对案件管辖的“两重”审查。一是案管部门的审查，第 153 条规定，案管部门在负责统一受理案件时，必须要对“依据移送的法律文书载明的内容确定案件是否属于本院管辖”进行审查。二是公诉部门的审查，第 362 条规定，公诉部门收到移送审查起诉的案件后，经审查认为不属于本院管辖的，应当在五日内经案管部门移送有管辖权的人民检察院。这两处“属于本院管辖”前者指的是受案管辖（入口）标准，后者指的是起诉管辖（出口）标准。

三、案管部门审查应当适用受案管辖标准

在通常情况下，绝大部分刑事案件的诉讼程序都是在

同级流转，如甲县公安局对犯罪地在甲县的案件侦查终结后，向甲县检察院移送审查起诉，甲县检察院向甲县人民法院提起公诉。这时，案件入口和出口都是同级部门，同时符合受案管辖和起诉管辖两个标准，受理时也不会有争议。

但是，当移送起诉的刑事案件仅符合受案管辖或者起诉管辖一个标准时，就会出现争议，笔者认为，在案管部门受理案件时的管辖审查，应当适用受案管辖的标准。理由如下：

1. 法律规定公安机关只能向同级检察院移送审查起诉。刑诉法明确规定，公安机关侦查终结的案件，应当移送同级人民检察院审查决定。即同级检察院是公安机关移送审查起诉的必经出口，检察院应当以此作为受理移送起诉案件管辖的标准。诉讼规则第 153 条所指的“是否属于本院管辖”，应当理解为是否符合该条件。

2. 如果以提起公诉管辖作为受理案件时的审查标准，将导致刑事诉讼无法顺利进行。如果同级检察院因为根据审判管辖，案件不在本院提起公诉，拒绝在入口环节受理公安机关移送起诉的案件，公安机关直接向其他检察机关移送起诉又没有依据，将导致公安机关侦查终结的案件无法向检察机关审查起诉环节顺利流转。

3. 法律规定为解决受案管辖和起诉管辖不一致提供了解决途径。诉讼规则第 362 条规定，各级人民检察院提起公诉，应当与人民法院审判管辖相适应。公诉部门收到移送审查起诉的案件后，经审查认为不属于本院管辖的，应当在五日以内经由案件管理部门移送有管辖权的人民检察院。本条所指的“不属于本院管辖”应当理解为“不属于本院提起公诉的管辖”。因此，对于案管部门经审核后，符合受案管辖标准予以受案，如果出现受案管辖和起诉管辖不一致的情况，公诉部门按照法院审判管辖相适应的原则，在五日内经由案件管理部门移送有管辖权的人民检察院。

（作者单位：温州市人民检察院）

浅析刑事诉讼中的儿童证言

文 | 王元鹏

儿童证言（包括儿童作为被害人的陈述）在刑事证据体系中的特殊性体现在两方面：一方面，儿童的认知、表达能力区别于成年人；另一方面，儿童证言在一些案件中是直接、主要证据，比如在性侵儿童的案件中，不可或缺。然而我国法律对儿童证言的规定过于笼统，缺少操作性强的细化规定。

一、构建排除式审查机制

（一）以儿童具有证人资格为一般原则

我国刑诉法第 60 条规定：“凡是知道案件情况的人，都有作证的义务。生理上、精神上有缺陷或者年幼，不能辨别是非、不能正确表达的人，不能作证人”。以是否具有“辨别是非”能力作为证人资格的审查标准不当，辨别是非属于价值判断，属于证明力的范畴而不属于证人资格能力的范畴。只要知道案情的儿童生理精神状态正常，具有相应理解和表达能力，就应具有证人资格，其证言就应具有证据能力。

（二）在一般原则基础上构建排除规则

应以专业鉴定的方式对儿童是否具有作证时的认知、记忆和表达能力给出鉴定意见，而不能仅以办案人员自由心证来作出认定，且无需对所有儿童证人都要进行证人资格鉴定，只针对作证能力有争议的儿童进行鉴定即可，对于明显具有作证能力的儿童，如已经是高年级且精神智力发育正常的儿童则不需要鉴定。

二、营造合适的询问环境

儿童在不熟悉的环境中很容易产生紧张的情绪，会直接影响其对案情的全面回忆和正确表达。因此，应在儿童熟悉的环境里进行询问，比如学校或家里。如需在办案机关询问，则应该安排专门的询问室，询问室的布置应体现

儿童特色，如可以在询问室内摆放卡通玩具，室内以亮色、暖色调为主，为儿童提供他们喜爱的食品等。此外，侦查人员在对儿童进行询问时宜穿便装，正式的制服会对儿童产生诱导性的影响，儿童往往认为警察叔叔是抓坏人的，警察叔叔讲的都是对的。

三、使用合适的询问方式

第一，应避免抽象概念和专业用语，尽可能多地使用“儿童语言”，即与儿童年龄、智力、理解程度相适应的语言，多使用简单句，少使用复杂长句和特殊句式，确保儿童证人能充分理解询问人员发出的信息。第二，应尽量减少询问次数，争取用最少的询问获取最多的信息，询问次数高会影响儿童证言的准确性，甚至会对儿童造成二次伤害。第三，禁止使用强迫式、诱导式询问，儿童证人心理承受力弱，强迫式、诱导式的询问很容易导致证言失真。第四，询问时可借助道具，比如在性侵儿童的案件中，可以借助人体模型对儿童进行询问，但同时也要注意道具选取的科学性，不要用娱乐性的玩具，这样会分散儿童的注意力。第五，充分发挥合适成年人的作用，合适成年人在场，尤其是儿童证人的父母在场，可以有效缓解儿童的心理压力。第六，询问人员应保持情感中立，对儿童证人过于热情或者过于冷淡都会对产生影响，过于热情者与儿童之间建立了良好的沟通关系后，儿童会对他们产生迎合心理，作出自认为询问者想要的证言，而过于冷淡者因为自己的严厉会让儿童产生巨大的心理压力，也不利于证言的做出和采集。而情感中立的询问者不会给儿童压力也不会使儿童对其迎合。第七，尽量避免使用封闭性问题，多使用开放性问题，开放性问题使儿童处于一个比较主动的讲述者的位置，使他们能够用自己的语言讲述自己的经历和所见。

（作者单位：温州市人民检察院）

无罪诉讼：确实无罪和双重危险条款

文 | Jordan M. Barry / 唐思思译

1978年3月，在亚利桑那州，罗伯特·肖经营的珠宝店遭抢劫，抢劫犯帕里斯·凯里吉尔用锅猛烈敲打他的头，用领带拽他致死。¹7月，亚利桑那州以谋杀罪将帕里斯判处死刑，他背负着这样的宣判19年。1997年10月，帕里斯向法庭证明他是无罪的。第九巡回法院联席审理后，裁定检察官侵犯了帕里斯的宪法权利，即对所有现有可采纳的证据进行听证后，“情理之中（reasonable）”²的陪审员并没有排除案件中合理的疑点，以确定帕里斯确有其罪。1998年，亚利桑那州再次指控帕里斯谋杀。³1999年，帕里斯与州法院进行了诉辩交易。

由州法院判有罪后被第二次控诉而联邦法院宣判其无罪，帕里斯不是唯一的例子。密苏里州控诉劳里德·施普德谋杀亚瑟·戴德，田纳西州指控保罗·豪斯谋杀卡罗琳·曼西，及其他类似案子都经历了相似的诉讼过程：州法院定罪后，被告人直接上诉至所在州的最高法院。州最高法院维持原判后，他们在各自州刑事司法体系内申请人身保护令。再次失败时，他们向联邦法院申请人身保护令，但面临无法弥补的程序性障碍，导致联邦法院最初甚至拒绝考虑他们寻求救济的理由。

一、施普德诉迪洛案（Schlup v. Delo）和确实无罪之门

联邦法院间接审查州法院的判决会涉及司法礼让和联邦制问题。因此，联邦人身保护令审查的范围受到大量司法原则和立法限制的制约。其中一个限制就是“穷尽原则要求”，即在他能诉诸联邦司法救济前要穷尽州可用的救

济手段⁴。如果申请人不能在州规定的时间内申请，或者在规定的时间内申请但是不符合申请要求，就被称之为程序性迟延。通常在这种情况下，联邦法院会拒绝考虑他在人身保护令申请中的任何诉求。

然而这条规则存在例外，例外之一是基本误判原则。这个原则在施普德诉迪洛案中首次确立了现代框架。⁵在施普德案中，法院认为申请人证明他是确实无辜的，这可能会克服程序性迟延，使联邦法院酌情考虑他的人身保护令申请。当然申请人需要承担的举证责任非常高。一方面，其适用范围非常狭窄。为了证明他无罪，申请人必须证明很可能（概率大于50%）没有“情理之中的陪审员”可能判他有罪，即要求每个“情理之中的陪审员”都可能发现他无罪；另一方面，实践中，往往需要提供免罪的科学证据、具有证明力的目击证人证言或者未在庭审中出示过的关键性物证等新证据。

但申请者成功证明他确实无罪，仅仅使联邦法院酌情考虑他的人身保护令申请，不必然享有重新审判或撤销判决等任何实质的救济。施普德标准的确实无罪本身不是宪法性的诉求，但是必须通过此途径才能使其他受禁止的宪法诉求被酌情考虑。结果，法院在施普德案中阐明的程序性迟延的例外——基础误判有时被称为“确实无罪之门”。帕里斯、施鲁普和豪斯都是通过确实无罪之门，成功获得联邦法院的救济。

二、施普德标准和双重危险原则的交集

法院有时把基本的误判作为“确实无罪之门”。然而

1 Carriger v. Stewart, 132 F.3d 463, 465 (9th Cir. 1997) (en banc).

2 所谓情理之中的陪审员在本文中指的是：与理性（rational）的陪审员相对，情理之中（reasonable）的陪审员除了关注案件事实和证据外，还从有利于政府的角度进行合理推论。

3 See James Carroll, Editorial, Your Letters Made a Difference: Paris Carriger Is Free, BOS. GLOBE, Feb. 2, 1999, at A15, available at <http://truthinjustice.org/carriger.htm>.

4 137. Note, Review Proceedings, 37 GEO. L.J. ANN. REV. CRIM. PROC. 805, 872, 883 (2008).

5 513 U.S. 298.

对于人身保护令的申请人来说，申请成功并不是最后的胜利。基于诉讼程序存在法律上的瑕疵，一个成功的申请人可能很快发现自己又被以同一罪名重新审判，最终回到监狱。

我们不禁想到这个结果涉及第五修正案中“任何人不得因同一犯罪行为而两次遭受身体或生命的危害”的法令⁶。关于这一点，最高院在美国诉斯科特案（United States v. Scott）中确立了现代双重危险条款审判程序的结构。即事实调查者裁决被告事实无罪构成无罪释放，该被告受到双重危险条款的保护。这样的裁决可能由法官或陪审团做出，⁷可能在审判中或后续诉讼程序中做出，⁸可能在任何情况下甚至是在法律的错误审查中做出⁹。一旦无罪释放，被告不会再次被置于审判的危险之中。但大多数获得人身保护令的申请者不一定是无辜的，双重危险原则通常不会阻碍再审的启动。

（一）人身保护令申请成功获得无罪释放的实际意义

有人可能认为检察官不会对申请者追诉，因为有强有力的证据证明他无罪。当然，检察官有时是相信一个无辜的人被误判。¹⁰但是州检察官并不总是那么容易被说服，往往最后才确信其是无罪的。豪斯诉贝尔（House v. Bell）案中，最高法院裁定豪斯已经证明他的无辜，因此联邦法院可以酌情考虑他的程序性拖延人身保护令申请。田纳西州没有理会联邦法院的决定。联邦地区法院给豪斯授予了一个有条件的人身保护令，要求州要么在180天内重新审判要么就释放他。州对地区法院的指令提起上诉。这种策略失败后，州开始做重审的准备。州对在被害者尸体附近发现的被害者指甲和烟头上的血迹进行DNA测试，发现其与豪斯和被害者不匹配，而是属于第三者。州又对被害者手上发现的头发进行了DNA鉴定，但这些连续的测试难以把豪斯与凶杀案建立联系。可是，检察官仍旧没有放

弃指控豪斯，直到他的律师发现新的目击证人证实豪斯是无辜的，即显示被害人丈夫牵涉此案。这样检察官仍认为豪斯牵涉此案。总的来说，最高法院认为他无罪后，州法院仍然把他关了将近两年，并继续对他进行接近一年的指控。

其次，如果州法院可以随意提起新的指控，这成了检察官与无罪申请者有谈判权利的主要来源。例如，州可能会提供个人辩诉交易，即他可能通过认罪来交换刑期的缩短。尽管州不太可能赢得诉讼，申请者为了保证他的自由可能会接受州的交易。这种辩诉交易会减少检察官的责任，如一些州规定认罪请求排除重审误判。而且认罪的诉讼请求使得控诉方表述由“有误判的人被无罪释放”改变为“发现无罪到承认有罪”，一定程度上减少了舆论压力。

因此，施普德标准的确实无罪之门和双重危险条款的关系具有很重要的实践意义。如果双重危险条款下不能构成无罪释放，州将可以随意提起同样的指控来抗辩原先的。然而，如果施普德标准或其他相似标准下，无罪证明构成无罪释放符合双重危险条款，成功证明无罪而获得人身保护令救济的申请者将不会因同样的罪名再次受到控诉。

（二）作为无罪释放的施普德标准下的实际无罪

最高院相当详细的描述了确实无罪的涵义：州法院错判是通俗意义上确实无罪的典型例子。州法院和联邦法院定罪后，这个诉求当然经常启动新的审判，也常因为他们举出的证据不能满足严格的证据标准被否定。但是曾经出现很罕见的情况，例如后来有其他人令人信服的认罪，那么很显然法律出了差错。这样，确实无罪的概念就很容易掌握。¹¹

按照施普德标准，法院裁决确实无罪的申请者无罪。除了依据有利于被告人事实因素，该裁决还应该在双重危险条款下构成无罪。双重危险条款中无罪释放最具有可

6 U.S. CONST. amend. V.

7 United States v. Scott, 437 U.S. 82, 91 (1978).

8 Burks v. United States, 437 U.S. 1, 10-12, 18 (1978).

9 Scott, 437 U.S. at 97.

10 1979年，Kristy Ringler的尸体在路中间附近被发现。州法医病理学家认为Ringler的受伤是车撞击造成。20年后州法院引进三个专家证人，证明她的伤口应该受到有尖锐边缘的瓶子的撞击。庭审时这个瓶子没有尖锐的边缘。但其中一名专家证明一年以前他检验这个瓶子的时候是有尖锐边缘的。在瓶子的标签上有微量的A型血。除了Souter和Ringler都是A型血，和目击者证实Souter是锯齿状的门割破了其手指的供述外，没有其他物证证明Souter犯罪。而且这瓶子是棕色的玻璃，但是在Ringler上发现的玻璃屑不是棕色的。Souter被定罪后，程序性拖延了州人身保护令的诉求。之后他提出几条专业鉴定证明这个瓶子不会有锋利的边缘，寻求联邦人身保护令救济。第六巡回法院发现Souter已经符合Schlup的确实无罪的要求，建议地区法院考虑他人身保护令的实体申请。第六巡回法院裁决后，Carla Dimkoff看到Souter案的新闻报道，告诉Souter的律师他的父亲James Keller在他死的那天来过这里。第二天他发现其父亲试图要修好摩托车上破了的后视镜，并带上这些碎片立即开车出了州回家。最后，经过核实调查，州官员承认他们抓错了人，Souter不应该被起诉。

11 Sawyer, 505 U.S. at 340-41.

比性的裁决，是最高院发现证据在法律上不足以定罪。¹² 迈克逊诉弗吉尼亚（Jackson v. Virginia）案中，被告试图基于证据不充分推翻判决，即他必须表明，鉴于最有利于控诉的证据审查，没有理性（rational）的事实发现者可以排除合理怀疑发现犯罪的实质要素。¹³

尽管施普德和迈克逊标准有明显的相似性。但最高院强调了其在证据、根据推定及概率方面的不同。然而，唯一使法院在两种不同标准下做出不同决定的是证据区别。而且，证据区别表明施普德标准下调查无罪比迈克逊标准下调查定罪证据不充分，更有重要的法律意义。

法院适用迈克逊标准调查限于庭审中提交的证据。如果有相关证据在庭审中未呈现，那么证据充分的决定可能就是错误的。然而施普德标准下，法院必须考虑所有证据，包括庭审后才变得可用的证据，其调查甚至不受证据可采纳性规定的约束。因此施普德标准下无罪的决定比迈克逊标准下的更加准确。和塞·加西亚案能很好的阐释这一点。1991年7月16日晚，在纽约，很多人参与谋杀塞撒尔·瓦斯奎斯。¹⁴ 在庭审中，佩尼辨认加西亚是行凶者之一。仅仅只看庭审中提交的证据，证据能够充分支持定罪。因此，用迈克逊标准，加西亚的诉求不会成功。然而，绝大多数加西亚的不在场证据没有在庭审中提交。联邦地区法院随后认为，在施普德标准下，加西亚是确实无罪，即纵观所有证据，没有任何“情理之中的陪审员”可能排除一个合理怀疑以确定他有罪。与迈克逊标准下证据不充分相比，施普德标准更具有可靠性，能给被告提供更多法律保护。

此外，施普德标准下调查实际无罪要完全与双重危险条款原则一致。正如最高法院一再声明：至少在英美法律哲学中存在这样的基本理念，即国家不得利用其所有的资源和力量就一个人已有定论的犯罪行为进行重复追诉，以获取定罪的结果，否则，将势必使被告人长期处于尴尬、诉累和折磨之中，并迫使他生活在持续的焦虑和不安状态，并且即使被告人是无罪的，重复追诉也会增加对其定罪的可能性。¹⁵

三、结语

本文开始是以保罗·豪斯、帕里斯、劳里德三个案例为切入点。但是三个诉讼的结果却不同。

保罗·豪斯案，在重新收集证据时，田纳西州对在被害人指甲里的血迹和尸体旁的烟头进行DNA测试，没有发现任何DNA与豪斯匹配，加上目击者为他开脱，田纳西州最终放弃起诉。帕里斯几乎和豪斯一样幸运。第九巡回法院授予他人身保护令后，亚利桑那州最终提供他诉辩交易获得自由。检方表明他们提供诉辩交易是出于关键证人几年前已死。

而劳里德·施普德就没有那么幸运。密苏里州检察官第二次以死刑指控他谋杀。庭审前他接受诉辩交易获得无期徒刑。劳里德·施普德确立现代实际无罪标准却最终放弃了自己正当的无罪释放权。双重危险条款是防止州利用其优势资源折磨已经被发现其实无辜的人。施普德的悲惨故事提醒我们，现代社会中完善法律还是一种脆弱的理想。

（译者单位：温州市人民检察院）



微表达

信仰法治 守护公正

乐清市院谢怡 @ 每当我感到心中的那杆秤开始摇摆时，我就会做三件事：第一是读冤案，从聂树斌到赵作海，从张氏叔侄到呼格吉勒图，读千万网友对司法不公的口诛笔伐，然后告诫自己，这可能就是一步走错的结局。第二是读圣贤书，读论语，读滕王阁序，王勃说“穷且益坚，不坠青云之志”。厚德方能载物，如果失了德，失了公正，再多的物都可能在一夜之间倾塌。第三就是读榜样，孔子说“三人行必有我师”，我们最不缺的就是榜样。

12 United States, 437 U.S. 1, 17-18 (1978); Martin Linen, 430 U.S. 564.

13 Jackson v. Virginia, 443 U.S. 307, 319 (1979).

14 Garcia v. Portuondo (Garcia I), 334 F. Supp. 2d 446, 448 (S.D.N.Y. 2004).

15 Green v. United States, 355 U.S. 184, 187-88 (1957).

检察业务工作扫描

岗位练兵

苍南县院辩论赛打造优秀公诉人

日前，苍南县检察院举办了一次以实战练兵为目的的公诉人辩论赛。比赛现场，控辩双方结合各自辩题，围绕案件事实、法律定性展开唇枪舌战，气氛异常热烈。一批“90后”年轻干警表现优异，思维敏捷，应变机智，展示了优秀公诉人的良好潜质。本次比赛获得与会评委及干警的好评，充分达到提升出庭水平、增强公诉素质的目的。



调研档案

★日前，温州市院民行处胡金龙同志被省检察院授予第四批“浙江省检察业务专家”称号。

★日前，在浙江省未成年人刑事司法研究会首次学术年会上，平阳县院陈聪撰写的《合适成年人参与制度实证研究》获年会一等奖，我市另有六篇未检主题论文分获二、三等奖及优秀奖。

★日前，在中国外商投资企业协会优质品牌保护委员会“2014-2015年度知识产权保护最佳案例与首届‘优质品牌捍卫者’发布会”上，我市龙湾区人民检察院办理的陶某等人假冒某知名注册商标案被评为2014-2015年度知识产权保护最佳案例。



微表达

信仰法治 守护公正

乐清市院郑蝉 @ 作为一名检察人，任何一次以权代法、执法不公的行为，都会破坏人民群众对法治的信仰和信心。反之，一次公平公正的司法，尽管亲见亲历者人数有限，但是口耳相传，就会形成一种社会舆论——检察人值得依赖，检察人操持的法律值得信仰。因此，我们要在自身执法办案、法律监督中，做到不偏不倚，确保办案的实体和程序公正。

乐清市院潘圣碧 @ “自信人生二百年，会当击水三千里。”只要我们把个人的青年梦、法治梦、成功梦与伟大的中国梦结合起来，我们的人生就必定会更加出彩。我坚信，待到中国法治梦想成真时，我们一定会为自己所作的努力而感到无比骄傲。

检察文化活动剪影

温州市院举行诗歌朗诵会



为活跃单位文化氛围，加强干警交流沟通，4月2日下午，市院、基层院部分年轻干警在温瑞塘河边举行诗歌朗诵会。在阳光明媚的环境中，青年干警朗诵了自己喜爱的古典诗词、现代诗歌，抑扬顿挫的声音、精致优美的词句引发了大家的共鸣和思考，充分展示了青年干警丰富多彩的内心世界。

龙湾区院清明节祭扫英烈

为深入践行社会主义核心价值观，弘扬中华民族精神，进一步强化检察人员忠诚信念，4月2日—3日，龙湾区人民检察院干警代表分两批前往平阳县三门镇及乐清市芙蓉镇开展了清明祭扫和抗战遗址寻访活动，学习革命先烈爱国爱党的先进事迹，践行执法为民的宗旨。



龙湾区院开展读书活动

为响应4月23日“世界读书日”的倡议，进一步加强检察文化建设，提升干警文化素养，龙湾区院以张明楷《刑法的私塾》为阅读书目举办第一届“悦读沙龙”活动，干警们围绕刑法的实质解释与形式解释畅所欲言，各抒己见，同时举例自己办理的重点案件予以论证，会场气氛生动热烈、严肃活泼，取得很好的效果。

平阳县院组织“两法”知识竞赛



5月，平阳县院举办修改后刑事诉讼法、民事诉讼法法律知识竞赛。共有八支代表队参赛，通过必答题、抢答题、风险题等形式进行角逐。各参赛队踊跃答题，你追我赶，竞争激烈。整个竞赛活动气氛热烈，现场笑声连连，在轻松活跃的氛围中，干警温故并学习了很多知识。赛后干警们纷纷表示要对照比赛中发现的薄弱环节，继续加强学习，将理论知识与实践工作相结合，更好的促进今后检察工作。

温州市院“五四”青年主题教育



为纪念“五四”运动96周年，大力弘扬“爱国、进步、民主、科学”的五四精神，凝聚全院青年干警的青春力量，5月4日，温州市院组织开展了“五四”检察青年主题教育活动。通过重温入党誓词、重走红军路、团队拓展培训等多种形式的活动，进一步强化了广大青年干警传承革命传统、增进团队协作的意识，树立了“朝气蓬勃、奋发进取、开拓创新”的精神风貌。

瑞安市院“慈善一日捐”活动

6月17日，瑞安市院举行“慈善一日捐”活动，用于开展家庭困难干警的帮扶活动。全院干警踊跃奉献爱心，慷慨解囊，共募集爱心捐款5万余元，专款用于家庭困难干警的帮扶。



文成县院“与法同行”



6月19日下午，文成县院举办了“与法同行”法律沙龙活动。检察干警作为主讲人就《正当防卫》、《法学思维》、《掩饰、隐瞒犯罪所得的实质解释》、《中华人民共和国食品安全法》等话题，通过新旧法对比、案例探讨、法理分析等方式进行了分享和热烈的讨论。

龙湾区院进行消防安全演练

“消防安全，人人有责”。6月26日下午龙湾区院举行了消防安全知识培训和演练，演练分步骤进行，首先是龙湾区消防局的消防队员用PPT上课25分钟。随后在楼层现场操作各类消防器材设施的打开方式和使用方法。第三步，在大院现场演练使用灭火器灭火，熟悉使用灭火器的开启、倾斜度、喷口相距距离等。通过学习，参加人员都深刻认识到自救自防能力的重要性，为今后从容应对突发事件作好准备。



平阳县院“端午”趣味运动会

为进一步弘扬传统文化，继承文化遗产，丰富检察干警业余生活，平阳县院在该院篮球场开展了“端午”趣味运动会。50余名干警兴致勃勃地进行包粽子、传递呼啦圈、钓粽子、双龙戏珠、旱地划龙舟、仙人指路、三角拔河、大胃王等比赛项目。本次活动提供了一个交流沟通的机会，使大家在活动和欢乐的气氛中，增强了责任心，提高了凝聚力，丰富了检察文化生活。

“念斌投毒案”——一场持续八年的生死拉锯战

文 | 陈文飞

平潭，位于福建省东部的海坛岛上，与台湾隔海相望，是中国大陆距离台湾岛最近的地方。岛的东边，距离县城约 15 公里，就是澳前镇。一条主街道从南走到北只需要五分钟。街中有一座二层灰色砖瓦房，一楼临街有两间店面，房主人叫陈炎娇。念斌，丁云虾各租下一间店面，都卖水果杂货。丁、念两家乡里乡亲，平时和睦相处，念斌结婚时，丁云虾的弟弟还做伴郎一起迎亲。

2006 年 7 月 27 日晚上 6 时，房东陈炎娇和女儿念福珠与丁云虾及其三个孩子，向往常一样一起吃晚饭。晚饭吃的是稀饭和青椒炒鱿鱼、酱油煮杂鱼两道菜，鱿鱼和杂鱼是中午时分丁云虾的公公俞兆发送来的。陈炎娇母女和丁云虾的三个孩子共同吃了青椒炒鱿鱼和酱油煮杂鱼，丁云虾最后一个进屋吃饭时，鱿鱼已经被吃光，所以丁云虾只吃了稀饭和杂鱼。当晚 9 时许，丁云虾 10 岁的大儿子俞攀和 8 岁的女儿俞悦首先出现腹痛、呕吐、全身抽搐等中毒症状，随后症状越来越严重。与此同时，陈炎娇 16 岁的女儿念福珠也出现了头痛、腹泻症状。邻居念斌帮忙叫车送到平潭县医院。医生初步诊断可能是食物中毒，俞攀、俞悦入院时已处于深度昏迷状态，虽经医院 1 个多小时奋力抢救，但还是无力回天，俞悦、俞攀分别于 28 日凌晨 2 时和 5 时先后死亡。

28 日当天，福州市、平潭县两级公安迅速组成联合专案组调查中毒事件。起初，怀疑对象是二楼另一家住户陈某某。警方从其家中搜出四包老鼠药和一瓶液体老鼠药，特别是当警方找其调查时，该人竟然紧张地晕倒在地，浑身抽搐。经初步调查认为，投毒者是直接将毒物投到丁云虾和陈炎娇两家共同吃的“青椒炒鱿鱼”里面，作案时间是 2006 年 7 月 27 日下午 1:40 分到晚上 6 点前（即：丁的公公送鱿鱼后到吃晚饭之前）。警方在现场提取了一百多件物品，陆续送往福州市公安局进行检验。化验结

果是死者的“心血”、“尿液”和垃圾筐内的呕吐物中发现剧毒物——氟乙酸盐。

7 月 29 日，因死者并非死于毒鼠强，最初的怀疑对象被排除。念斌变成了重大嫌疑人，而且他没能通过测谎。念斌店铺通往丁云虾厨房门的门把手，被平潭县警察翁其峰抠下送去化验。福州市公安局很快对门把手作出一个“分析意见”：“倾向于认定”门把上含有氟乙酸盐成分。

2006 年 8 月 7 日下午，念斌被警方带到平潭公安局协助调查中毒事件。从 8 月 7 日到 10 日，经过 3 天多时间的审讯，念斌招供了投毒事实。起因是一顾客先进念斌店里准备买香烟，后却进了丁云虾店里买。念斌因此怀恨在心，遂深夜潜入丁厨房，将氟乙酸盐鼠药投入矿泉水瓶内，从楼梯口煤炉上的水壶嘴倒入。次日，丁云虾做饭烧菜用了水壶中的水而发生中毒事件。可以说是“一包香烟引发的血案”。

8 月 10 日，也就是案发 12 天后，公安人员在店铺对面，当着一百多名村民的面，宣布投毒案告破，凶手是念斌。愤怒的丁家人和俞家人，一起打砸了念斌与父母的家，并认定念家是他们不共戴天的仇家。

2007 年 3 月，福州中院首次开庭审理此案。念斌当庭翻供，表示自己是在遭受了警方严重刑讯逼供后承认的。如将他吊起来打；“隔山打牛”，即用书垫着上身用锤子打，用竹片插肋间，生不如死；他因疼痛难忍甚至曾咬舌自尽。侦查人员翁其峰还威胁不招供就将他老婆也抓进来，这让他更为害怕。

2008 年 2 月 1 日，福州市中级人民法院以投放危险物质罪，判处念斌死刑，剥夺政治权利终身。2008 年 12 月 18 日，福建省高院二审开庭，北京大禹律师事务所的张燕生律师为念斌作无罪辩护，并提出一些疑点：如念斌的毒物来源警方没有查清；又如念斌供述说，将买回来的

鼠药放在电视机上的货架上，事后将没用完的收拾干净，但是念斌店内货架、抽屉、地面等细微之处的土都被公安机关扫走了，也没有发现毒物痕迹；还有丁云虾在事发后入医院检查没有中毒，由于丁云虾只吃了稀饭，没有吃鱿鱼，而氟乙酸盐溶于水，如果水壶有毒，稀饭不可能无毒，等等。

2008年12月31日，福建省高院在开庭审理后，以“事实不清，证据不足”将案件发回福州中院重审。2009年4月29日，福州市中院再次开庭审理。辩护人又提出新发现：房东陈炎娇证言缺少案发前三天的陈述。辩护人要求警方提供前三天的笔录。直到2013年福建高院再次二审时，平潭警方才提供了房东陈炎娇案发前3天的笔录。三份笔录中，陈炎娇说自己 and 丁云虾都是用“红塑料桶里的水”做的鱿鱼和稀饭，并没有用水壶里的水。可这些发现没有改变原定的结果。2009年6月8日，念斌第二次被判处死刑。

2010年4月7日，福建省高院维持了福州中院的死刑判决。案子被送到最高法院进行死刑复核。2010年10月28日，最高法院以“事实不清、证据不足”，不核准死刑，并将案件发回福建省高院重新审判。2011年5月，福建高院也撤销了福州市中院的死刑判决，发回福州中院重新审判。2011年9月，该案再次在福州市中院开庭审理。11月，福州中院对念斌判处死刑，剥夺政治权利终身。这是念斌获得的第4次死刑判决。念斌再次上诉至福建省高院。

在长达两年多的二审过程中，念斌及其辩护人申请并提供了大量的证据证明念斌无罪：

1. 毒化专家的科学意见

莫景权、张继宗等8位毒化专家共同出具了一份《北京香港两地专家关于念斌投毒案理化检验报告的意见》，其中结论是：现场物证（如肝、胃、心血、尿液、呕吐物、制造鼠药工具、铁锅、高压锅残留物、铝壶内的水、门把及陈玉钦家中的鼠药和黄色液体等）的检验结论，皆未发现氟乙酸盐，本案件并没有任何证据支持氟乙酸盐曾被使用过。所有“检出”氟乙酸盐阳性的检验操作，都存在违反操作流程和规范的情况，在“检出”阳性数据中，有的数据根本不能成立，有的检出结论是由污染所致，甚至存在严重违反职业道德、无法原谅的严重错误：“一图两用”、“三图六用”（即用一份阳性检材复制两份作为两个不同

的检材的质谱图），在六份检验报告中，福州市公安局出现了三次“一图两用”的情况。可见，福建警方在毒化鉴定中存在死因造假、鉴定错误的行为。

2. 念斌供认录像造假，骗取公安部的鉴定

警方向法庭提交的念斌供罪审讯录像光盘，辩护人发现该光盘在10分55秒处存在明显的“断点”，而这个关键的“断点”恰好是念斌从不招供到招供的“节点”。警方不肯承认录像有中断，骗取了公安部出具的没有“断点”的鉴定书，并交给法院，法院以此做为念斌有罪的“王牌证据”，四次判处念斌死刑。后来，警方迫于各方压力终于在2014年6月25日的庭审中出具情况说明，承认其移送给法院的审讯录像光盘在10分55秒处存在中断，在这个断点处，审讯录像整整中断了“两个小时”。

3. 修改“作案”时间，隐匿关键证人证言

警方初入现场时，认定的作案时间是7月27日下午1点40分至6点之间，作案手段是把毒直接投在鱿鱼里。但当他们把重大嫌疑人从楼上邻居变成念斌之后，因念斌没有作案时间，警方将作案时间修改为7月27日深夜（28日凌晨），还把作案手段从投毒投在鱿鱼里，改为投在水壶里。但这番修改后，又与陈炎娇和丁云虾原来的证言出现矛盾，为了掩盖真相，警方把与本案相矛盾的证言隐匿起来，重新制造出若干份与念斌“作案”相对应的证言。高院二审时警方不得不交出陈炎娇和丁云虾最初的证人证言，二人最初所做的证言表明并不是用水壶里的水来烧鱿鱼和稀饭，而是使用红色塑料桶里的水。

4. 福建警方伪造“壶水”、“高压锅”和“铁锅”含有氟乙酸盐的检验报告。

5. 刑讯逼供。念斌多次表明自己是在遭受了警方严重的刑讯逼供以及威胁后才承认的。

这些疑点，最终被终审判决采纳。2014年8月22日，福建高院二审经审理认为，虽然念斌对投毒的过程作过多次供述，但原判认定被害人死于氟乙酸盐鼠药中毒的依据不足，投毒方式依据不确实，毒物来源依据不充分，与上诉人的有罪供述不能相互印证，相关证据矛盾和疑点无法合理解释、排除，全案证据达不到确实、充分的证明标准，不能得出系上诉人念斌作案的唯一结论。因此，原判认定上诉人念斌犯投放危险物质罪的事实不清，证据不足，原公诉机关指控上诉人念斌所犯罪名不能成立。

当念斌步出法庭，无法挽回的是人生流逝，八年的生死审判，父母双亡，妻儿颠沛流离，姐妹亲人耗尽家财，备受责难。

反思疑罪从无

念斌投毒案虽已告一段落，但也留下了一连串问号：1. 两被害人死因究竟是什么？2. 本案氟乙酸盐毒物到底存在还是不存在？3. 本案是否存在刑讯逼供？4. 警方一而再，再而三地出错是人为因素还是工作失职？5. 警方毒化鉴定明显造假原因何在？6. 警方何时能验明毒物，查获真凶，也为死去的两个孩子和其亲人送上迟来的正义？7. 如何防范司法权的滥用给普通民众带来的苦难？

我国刑诉法第12条确立了无罪推定原则，疑罪从无是从无罪推定原则衍生出来的一项制度，是现代刑法“有利被告”思想的体现。也就是在既不能证明被告人有罪又不能证明被告人无罪的情况下，推定被告人无罪。疑罪从无原则的确立，是我国刑事诉讼制度的一大进步，它强调了对犯罪嫌疑人、被告人权利的保护，是避免冤假错案的一项重要措施，也是现代刑事司法文明与进步的重要标志之一。

刑诉法第162条、第140条规定了对于证据不足的案件，法院应该作出无罪判决，检察院可以作出不起诉决定。但实践中，重打击犯罪轻保护人权的观念根深蒂固，不少司法人员心理上还受“让有罪者逃脱处罚使社会公共利益受到损害，而让无罪者错受处罚只是让个人利益受到损害”的影响，疑罪从无执行不到位，“疑罪从有”，“疑罪从轻”现象大量存在，从而产生了不少冤案，针对疑罪常常作出“留有余地”的判决。如湖北佘祥林、河南赵作海、云南杜培武、安徽于英生等等，都是故意杀人罪，因证据不充分，疑罪从轻，判死缓或无期，导致了冤案不断被复制的司法误区。

司法机关落实疑罪从无原则，就是要把握好证据的证明标准。刑诉法第53条对案件事实认定的证明标准为案件事实清楚，证据确实充分。司法实践中如何判定被告人有罪的证据标准，证据专家何家弘将证据的证明标准分五个层次：1. 铁证或铁案的证据标准，即全案证据证明被告人实施了指控的犯罪行为概率为100%。2. 案件事实清楚，

证据确实充分的标准概率为90%，3. 基本案件事实清楚，基本证据确实充分的标准为80%以上，4. 案件事实基本清楚，证据基本确实充分的标准，概率为70%以上，5. 虽有疑点也能定案的标准概率为60%以上。实践中，第一层次证据标准是很难达到的，第二层次的证明标准是刑事诉讼法的要求，第三层次证明标准是司法机关使用的，也就是“两个基本”，第四层次是某些司法机关变通使用的“两个基本”标准，特别是“严打期间”。第五层次的证据标准是某些司法机关作出“疑罪从轻”、“留有余地”的判决实际运用的，特别是“骑虎难下”的疑难案件中。

实践中，遇到疑案，证据处于短缺状态，事实也处于短缺状态，有时办案人员会出现误差，一种是把有罪的当成无罪的，借故放了坏人，一种是把无罪的当成有罪的，错判了别人。办案人员不得不在错放和错判之间选择，两害相权取其轻，错放危害要小。我们认为，对案件证据的证明标准概率达不到80%的，应确定为疑案，不能定罪。最高法院副院长沈德咏说过：“特别是在目前有罪推定思想尚未完全根除，无罪推定思想尚未真正树立的情况下，冤假错案发生的概率还比较大，对此，我们必须保持清醒的认识，同时要在思想上要进一步强化防范冤假错案的意识，要像防范洪水猛兽一样来防范冤假错案，宁可错放，也不可错判，错放一个真正的罪犯天塌不下来，错判一个无辜的公民，特别是错杀一个人，天就塌下来了”，这就是我们面对疑案的选择。“既不冤枉一个好人也不放过一个坏人”或者说“不枉不纵”，这只是一个美丽的传说，我们要面对现实。回看念斌投毒案，没有任何物证和其他证据支持念斌投毒，除了念斌的口供，但该口供存在明显瑕疵，录像有“断点”，又受到非法证据的指控，根据《非法证据排除规定》第6条“举证责任倒置”的规定，控方承担证据合法性的证明责任，本案控方无法证明该口供的取得完全合法。可见，该案支持念斌投毒的证据证明力连50%恐怕都很难达到。假如那些毒化鉴定、证人证言、现场勘验、念斌口供等均为真实合法，应该说证明力达到了80%，但事实不容假设。

针对检察、法院坚持疑罪从无，要做到以下几个方面：1. 扩大检察机关的起诉裁量权，鼓励检察官在案件存疑时大胆进行不起诉处理。2. 对于证据存在疑点的案件，法庭

(下转第79页)

信任

文 | 张东蕾

记得我接手过这样一个案件，犯罪嫌疑人和被害人是俩亲兄弟，因为争抢宅基地中间一条巴掌宽的小水沟打了起来，很不幸，弟弟把哥哥鼻梁处打成了轻伤，涉嫌故意伤害罪被提请批准逮捕。因为已经民事赔偿，又没有持械等情节，还是亲兄弟，我院依法做出了不予批准逮捕的决定。释放的当天，哥哥李某带着七十五岁的老母亲气势汹汹地跑到我们处室要求逮捕弟弟。都还没有着手查询到案件经办人，“呸”这位老母亲身子往前探，一口浓痰吧唧一声吐在了我们内勤身上，那个准头和力度，一般人你都做不到。“临时工懂什么，我找你们经办人！”内勤干呕了两声，指引他们到了我的办公室后，带着同情和幽怨的眼神走了。

一见到我，这位老母亲扯开了嗓子：“你们检察院怎么回事，又是临时工，我找你们领导。”我笑了笑“阿婆，不好意思，让我长了张临时工的脸，我就是案件经办人，领导正忙着呢，况且领导不了解具体案情，他都听我的呢。”李某一愣，砰一声敲了我的办公桌“怎么回事，我那个弟弟竟然放出来了，他都把我打成轻伤了就该往死里判，你们检察院不是什么法律监督机构吗，就算赔了钱也要关，你不把他关起来我们每天过来找你！”

我简单地问了下马上就了解到原来李某的母亲主要是靠大儿子养老，小儿子也就是犯罪嫌疑人经济比较困难，平时也没什么钱给她，这次小儿子竟然把大儿子打了，老母亲可是气坏了。看来，解决问题的关键还是在这位老太太身上。我问她“阿婆，小儿子应该也是您亲生的吧？”老太太“嗯”了一声算是回答。我继续道：“阿婆啊，我给你讲个故事吧。6岁以前，我都是我的奶奶抚养的，因为我的妈妈要逃避计划生育给我生个小弟弟。7岁那年我终于和父母生活在一起，但是，为了让我接受更好的教育，父母放弃了在新疆的事业基础，带我回到温州上学。这么多年，我的父母对我和弟弟都是一样的，弟弟有一个苹果吃，我就不会只有半个。等我，还有弟弟工作后，每次他们电话打过来都是问我们最近好不好，工资都够用吧，他们从

来都没有向我们要求什么，唯独一个要求，那就是希望我们过得好。因为，我和我弟弟一样，都是他们的孩子。我想，小儿子也是您亲生的，小时候，您肯定也是抱过他、亲过他的吧？”这位老母亲低着头不说话了。“其实你的小儿子也是一时冲动，打了自己哥哥也是很后悔的，轻伤的结果，又是亲兄弟之间的纠纷，还赔钱了，我们硬是逮捕是没有道理的。”转头我又对李某说“都是亲兄弟，有什么过不去的呢，你小时候被人欺负，你弟弟肯定也是跑过来死命帮你的吧。”李某也不说话了。这时，这位老母亲终于抬头了“检察官同志，麻烦你了，我信任你。”

这一声信任，不禁深深地震撼了我。什么叫信任？信就是相信，任就是托付，相信并且敢于托付，这就是信任。而多少年后的今天，我还发现，那个在我们的书本中常常出现的神圣化的“人民”，就是他们。就是这样一些在现实中迷失了亲情的人，一些在生活的跋涉中失落了情感的人，一些在时光中分享了人类其他种种“弱点”或称之为“人性”的人！而我，愿意服务于这样的人民。

（作者单位：温州市人民检察院）



微表达

信仰法治 守护公正

乐清市院钱地虎 @ 从媒体、网络乃至执法司法实践来看，信访不信法、信闹不信法，对正确裁判拒不服从，缠访多年不罢休，大事小闹，小事小闹，干扰正常的执法司法活动等现象时有发生。而在社会中，信钱、信权、信情而不信法的思想仍然普遍存在，更有甚者压根就不相信法律有用，不相信执法人员会严格执法、司法人员会公正司法，对法治建设的发展进步视而不见，整个社会似乎弥漫着一层不相信法律的雾霾，这种现象折射出当下法治信仰缺失的突出问题。

读《潜水钟与蝴蝶》有感

文 | 金婷婷



第一次听到潜水钟与蝴蝶这两个看似毫不相干的名词，是五月天一首歌的歌词：“蝴蝶飞出了潜水钟，我却还在原地停留。”主唱阿信讲述他写这句歌词的灵感来自《蝴蝶与潜水钟》这本书，好奇驱使我去看了这本书，只有薄薄的130多页，非小说，展现的是对生命的另一层思考。这使它变得非常厚重。

书的作者是法国人让·多米尼克·鲍比。1995年12月8日鲍比突发脑中风，陷入深度昏迷。20天后，他苏醒过来时，发现自己已经丧失了所有的运动功能，不能动，不能吃，不能说话，甚至难以呼吸，全身能动的只有左眼皮，这成为他联系世界的唯一通道。当一个神志清醒的人除了眼皮哪儿都不能动的时候，“自强不息、身残志坚”之类的词语，都变成毫无意义的废话。这样的悲剧已经超出了人类所能理解和接受的极限。

大家肯定难以想象，因为他能动的只有左眼皮，所以别人按照法文中26个字母的顺序念给他听，听到自己想要的字母时，他眨一下左眼皮，这样的过程依次不停重复，慢慢拼成一个词，然后成为一个句子，成为一段话……最后成为一本书，全书42000个字。鲍比写他对过去生活的回忆，当下生活的感受，写他关于活着、死亡、关于爱的思索。1997年3月9日，本书法文版出版，仅仅过了两天，鲍比去世。

“我的肉体沉重如潜水钟，但内心渴望像蝴蝶般自由飞翔，本来想死的我，只能靠想象与回忆活下去。”“尽管人中风后或许丑得像一只甲醛瓶，甚至无法赶走停在鼻尖上的苍蝇，但是思想却是可以让你摆脱这垂死的皮囊。”这可能是对全书内容最好的诠释。

在这本书里，作者向我们展示了人类最为高贵的两个品质：

第一是痛苦里的反思

鲍比说，在他曾经一帆风顺、叱咤风云的那些日子里，他的朋友圈子是经过他严格筛选的。在他身边，围绕的人永远是得体、有风度、有修养，无破绽的时尚中人，他们同气相求、高高在上，他从来不认为这有什么不对。

直到他病倒了，他收到了许多被他筛掉的那些普通人的来信，他曾经觉得他们不完美，有各种各样的问题，不堪与他比肩。但就是这些人的来信，向这个一直生活在蜜罐里自以为是的家伙，展现了他从来不了解的深邃的内心世界。他甚至惊叹，为什么他们不早点表现出深邃？是什么令他竟然错过这些友谊？而这些朋友关于人生和命运的思考，一点都不比病中的他浅薄。鲍比开始反省自己的择友观，反省自己看人观物的角度和深度。

第二是绝望下的幽默

鲍比和所有的人一样，经历了抱怨、绝望、自暴自弃等负面情绪。但当有一天，他被护士忘记在花园的雕像前，坐着轮椅，不得不忍受着寒风，同时又无法告诉别人自己的意愿时，他把愤怒和埋怨的心情收拾起来。他仔细端详那个雕像，在雕像的玻璃前发现了一个相貌扭曲、恐怖可恶的人脸，而在很久之后，他才意识到那个丑陋的人就是他自己！这个面对和承认，打击了他。但就是在这瞬间地打击下，鲍比爆发出解放的笑声——当然，这笑声也只有他自己能感受得到——他在那一刻告诉自己，我不再被这个噩运束缚了，我把这次事件当作一个玩笑。

看似乐观，实际却是无力和悲伤。鲍比没有呻吟着渲染痛苦，在书中行走，在他人生最后的轨迹上行走，字里行间渗透着静默的痛苦，或者说痛苦的静默。是的，尽管

他很坚强，可是在坚强背后的他，却要面对处于生命边缘的残酷事实。

他给所有的医护人员起外号，拿他们的失职和给自己造成的痛苦开玩笑。他一方面安慰自己，一方面对生活保持兴趣。他依然热爱足球，热爱他曾经奋斗的事业，热爱他的两个幼子，热爱他的情人。

他用愉悦的心情审视同病房的病人，用轻松诙谐的语言调侃着他们。也许跟那些病人比起来，鲍比其实是最痛苦的一个，他却用仅剩的左眼，研究着这些在他看来依然很真切的快乐。这些都令人动容。当鲍比被遗忘在阳光下，离开的亲人忘记为他拉开窗帘时，他说，没关系，在世界末日来临前，总会有个护士来的。当他发不准“L”这个字母时，他说自己是“可怜的《ELLE》的总编辑”。病友怕看到他，都别过脸去看天花板，他就说，这些人为什么都盯着火灾探头，莫非他们都很怕火？

他嘲笑生活本身，从生活给予我们的灾难当中优雅地起身，他满怀兴味地观察，在体现幽默的同时，体现原谅。他让我看到，在一切变得不能再糟时，人类最优秀的品质，有着超凡脱俗的力量。

鲍比说：我瞥见了一把旅馆的钥匙，一张地铁车票，一张对折又对折的百元法郎大钞。这些东西让我心慌，也让我沉思。在宇宙中，是否有一把钥匙可以打开我的潜水钟？有没有一列没有终点的地铁？哪一张强势货币可以让我买回自由？应该去别的地方找。我去了，去找找。

这是本书的最后几行字，也是令人感慨颇深的几行字，生命的意义往往总要到最后那几秒才能够被悟出、被参透，然后旋即消亡，最有价值、最有意义的还是留给后来人一步一步去摸索。

生活中，常有人抱怨缺少惊喜与变化，不够精彩。可是，不是每个转折都可以承受生命之轻，如果你和鲍比一样，遇上命运送你的一大“惊喜”，从云端坠入海底，你会怎么做？你的蝴蝶，是否也能飞出潜水钟？

《潜水钟与蝴蝶》最大的意义在于告诉我们，自由的灵魂和思想是多么可贵。生，真的是我们的幸福。也许生命本身就是一座潜水钟，每个人都禁锢其中，要被动不断地感受和体验恐惧、嫉妒、仇恨、责任、快乐、幸福和爱，而这一切才是生命的美丽。还好，我们灵魂和思想永远自由，而我们拥有的，也不只是左眼皮。

所以请珍惜生命、珍惜健康、珍惜家人、朋友和工作，珍惜每一束阳光、每一缕微风、每一阵雨雪，甚至每一次电闪雷鸣。珍惜每一滴水、每一种食物，还有你生命中的每一段记忆。珍惜每一段相遇和别离，珍惜顺境，也同样珍惜逆境。不要对生活有太多抱怨，不要等到命运试着拿走你所拥有的一切的时候，你才知道什么是不幸。

（作者单位：永嘉县人民检察院）



微表达

信仰法治 守护公正

乐清市院季子群 @ 我一直觉得人活着特别难，太多诱惑太多利益纷争，你是否担心过十年、二十年后，你是依然走在康庄大道上还是早已深陷泥泞不可自拔？亲爱的朋友们，我告诉你，当你有了一点精神，你就能成为一名勇士，即使在黑夜中行走，也不会害怕，因为夜空中总有一颗最亮的星在指引你前行。而我亦确信，在这道路上，你不会独行。

乐清市院叶丽丽 @ 司法公正是社会公平正义的最后一道防线。“念斌案”、“王江峰案”、“呼格吉勒图案”等冤假错案的纠正，体现了法律人士对勇于、敢于纠错的法治精神的贯彻，对公平正义目标的追求，对“信法不信权”职业操守的践行。法律人士的守护公正，就是我们的“爱尔克姐姐”。

乐清市院张儒敏 @ 追求公正是每个人的本能，人们也更愿意以阳光的合法的方式获得公正，但是假如法律不能给予足够的公正，不论是法律未能涉及导致的不公正、法律本身的不公正、以及在执法过程中人为或意外的不公正，都会极大地伤害人们对法律、对公正的信仰和信心，而我们，作为执法者，在维护公正的道路上要做的远不只是说说而已。

南非印象（二）

文 | 张怡珀



三．花园大道上的黑白道

花园大道，一段坠入人间原本是仙女走的香径天路。

花园大道，一条游动在山脉与海洋之间的彩带：左边是令人心旷神怡的万里碧空和万顷波涛，右侧是令人陶醉的湖泊、山脉、黄金海滩、悬崖峭壁和茂密原始森林丛生的陆地景色，绵绵 500 余公里。一会儿是浓妆重彩的油画，一会儿是远山近水的水墨画，一会儿是线条清晰玲珑剔透的工笔画，令人目不暇接。点缀道路两旁的更是“中无杂树，芳草鲜美，落英缤纷”。

我们的宝马车就在这条被称作花园大道的公路上奔驰。

一路上，遭遇的南非沿海的热带特殊季风气候，也让人感到不可思议：一朵云的下面是狂风骤雨、飞尘走沙，冲出这片云，就是艳阳高照，风平浪静，比孩子的脸变得还快，拿凌云的话说是：“一脚油的功夫‘冷热两重天’”。

在这般奇异的景色中穿梭，我时常会犯孩提时常犯的眩晕：这是天上还是人间？不会是童话吧——车开着开着，就开到天路上去了……！

傍晚，我们来到了南非的司法首都——布隆方丹。

“布隆方丹”，原意为“花之根源”，而这座城市满城鲜花盛开，其中以玫瑰花最多，又称“玫瑰之城”。

我对一个国家有三个首都很不理解，在布隆方丹终于搞清楚了：一百年前，在这块土地上存在 4 个国家，他们分别是开普共和国（首都开普敦），纳塔尔共和国（首都德班），德兰士瓦共和国（首都比勒陀利亚）和奥兰治共和国（首都布鲁方登）。1910 年英国将开普、纳塔尔、德兰士瓦、奥兰治 4 个共和国组成南非联邦。为了平衡各地利益，经过协商决定：把行政首都定为比勒陀利亚、立法首都定为开普敦、司法首都定为布隆方丹。

1994 年新南非成立以后，沿用了旧时的传统。

走花园大道，宿布隆方丹，确实是不错的设计。第二天，我们参观了南非高等法院、旧总统府、双塔教堂等，用心去感受这个城市的历史。

然后继续沿花园大道前行……

傍晚时分，我和丹青正睡眠惶怍，听到前面副座的罗哥

对开车的凌云说：“注意啰，约翰内斯堡要到了！”当我感觉哪里不对劲时，“童话世界”骤然消失，“悲惨世界”已在上演：窗外满山满坡是密密麻麻、破破烂烂的贫民窟，一个个五平方米大小的铁皮箱、木片盒、塑料桶里住着全世界最贫穷的黑人！

在南非，黑人和白人的比例是 9：1，两者的贫富差距更大，数据显示：南非每天每五千万人口就有大约 50 起故意杀人、100 起强奸、700 起盗窃和 500 起其它暴力袭击犯罪被官方记录在案，约翰内斯堡周边有 10 余处贫民窟，居住着数百万赤贫的穷人，因为贫穷，这里黑人犯罪率很高，其谋杀犯罪率是南非全国平均水平的 3 倍。约翰内斯堡也被称为“罪恶之都”。

真想不到，在南非：黑白之间、晴雨之间、贫富之间、天堂与地狱之间说变就变，中间没有过渡色！

凌云加大油门，想在天黑前快速穿过这座城市。但怕鬼有鬼，我们的车在离城还有 5 公里的桥洞底下爆胎了！

小小的千斤顶不吃力，轮胎怎么也换不上去。凌云要我们出来以减轻重量，当我们出来时，抬头看见桥上有个黑人凭栏俯视我们，罗哥见状就指责我们不该带随身包下车，要我们回到车里；当我们坐回车里不久，凌云还是换不上轮胎，又要我们出来；我们第二次出来时，抬头看见桥上有 3 个黑人凭栏俯视我们，罗哥见状就指责凌云不该让我们出来，这边忙着打电话叫抢修公司。凌云一紧张，忙中出乱，轮胎换上了，车刹却被千斤顶顶坏了，车发动不了！

这时，天渐渐黑暗下来，桥上又多了几个黑人凭栏俯视我们，还有三三两两黑人从山坡上的贫民窟里走出，走向天桥……，看着他们黑压压的人群，和黑中带白的灼灼目光，突然想起克鲁格公园老鹰啄鹿的情景来，不由打了个冷颤。罗哥和丹青变了音色：“报警吧！”凌云说：“我们现在符合遭劫的全部条件：地段危险——约翰内斯堡郊区；时间危险——夜幕降临；情形危险——车坏了（特别是外地车）；对象危险——两个文弱的中国男人和两个瘦弱的女人。”

于是我们报了警。

等待是多么漫长，但我们既没等来抢修车，也没等来警车，等到的是危险系数不断增加的更黑的夜和更多黑人的围

观！凌云说：“我们要尽快离开这劫匪之地，否则今晚就在劫难逃！”他抬头看看桥上的人，说“他们会把我们舔了的！”

我们决定弃车逃离。

南非郊区不设交通车，据说这也是阻止郊区贫民窟穷人进城犯罪的一个有效措施。

我们拦车求救！

但车一辆辆从我们身边驶过，没人理我们。这时我们似乎感觉到桥上的骚动……一场灾难在向我们逼近。

走吧，往城里走，走多少算多少，走一步看一步吧！

真是天无绝人之路！

正在这时，一辆本地的运货车停了下来，一位大块头的白人司机探出头来问我们是否需要帮助？当我们看到副驾驶室里还坐着一个漂亮的男孩时，消除了戒备心理。凌云和他说明情况后，他说他能修好车。说罢，他从车里拿出工具，很熟练地把车修好了！他抬头看看桥上的人，对我们说：跟着他的车走，进约翰内斯堡城就安全了。

尽管付了他 400 兰特的修理费，但我至今都认为他是南非的活雷锋、蜘蛛侠！

之后的行程是我们继续奔驰在花园大道上：在美丽的纳斯纳海湾享受元旦海滩盛宴、雀跃于风暴河口的悬桥、参观航海家博物馆、看白人在布劳克朗斯河大桥表演世界上最高的蹦极——“与死亡最接近的游戏”……

但内心已无法坦然享受这一切了，眼前老跳跃着两种颜色：白与黑——纠缠在一起就是暴力、犯罪，分开就是高高在上的白和低低在下的黑，咱们中国人是白与黑挤压的牺牲品。南非，犯罪的根本原因就是黑与白的悬殊贫富差距！物极必反呀！

四、好望角的奇观与奇闻

在小时候读的地理书上，在高考的考卷上，在旅游画册里，在电视节目里……好望角映在我们的眼帘、印在我们的心里、憧憬在我们的想象中。

1486 年，葡萄牙航海家迪亚斯率探险队从里斯本出发，寻找一条通往“黄金之国”的航道，当船队驶至大西洋和印度洋会合处的水域时，海面狂风大作，惊涛骇浪，整个船队几乎遭到倾覆，但从此通往富庶的东方航道开通了。1497 年 11 月，另一位探险家达·伽马率领船队，沿著好望角成功驶入印度，满载黄金、丝绸回到葡萄牙。葡萄牙国王约翰二世于是命名为“好望角”，意思就是美好希望的海角，从

此好望角成为欧洲人进入印度洋的指向标，也成为闻名世界的海角。这段历史人人皆知。

登上 238 米高的开普角角顶灯塔，纵观雄狮般冲动的大西洋和少女般温柔的印度洋交融产生的奇特景观，神奇而难以置信，让人敬畏天地。“不可言，不可言，一言就错”，只有亲眼所见，才能神领宇宙万物的诡异和不可言！

不管这现象用什么科学来解释，但我宁愿把它看在眼里，铭记在心里，膜拜在灵魂里。

“天行有常，不为尧存，不为桀亡”。迪亚斯、伽马……这些昔日的征服者已带着荣誉消失，而好望角依然演绎着它的传奇。征服它同时敬畏它，应该是我们人类对待自然最好的法则了！

好在南非这方面做得不错。好望角位于自然保护区，这里除乘观光汽车游览以外，任何汽车禁止入内。这里拥有全世界最古老、完全处于原生态的灌木层，绽放着世间罕见的奇特花卉，生活着南非羚羊、鹿、斑马、猫鼬、鸵鸟、狒狒等动物，在近海处还有海豚、海狗等在游弋，并有鲨鱼出没。

据说 1836 年，达尔文专程来到好望角，考察这里的植物资源及物种进化情况。如今人们钟情好望角，对它提供了最严格的保护——这里的一草一木一沙一石都是自然遗产，带走一段枯树枝、一枚小石子都是违法的。

在去好望角的途中，我们经过了两个有故事的小镇。一个是有英雄犬塑像的小镇：栩栩如生的狼犬塑像和它的碑文就矗立在它遇难的海滨，碑文中讲述这只英雄犬在一场惨烈的海战中，奋力驮救落水战士数名，最后自己舍身成仁的故事；另一个是无酒镇故事：从前有个老兵运兵器到前方，经过此镇时喝醉了酒酣睡不起，贻误了军机，总督大怒，下令此镇今后不得卖酒，从此此镇不卖酒。这两个镇的名字我已经想不起来了，而李先生讲的这两个故事却很生动，令人难忘。据说，至今还有士兵到英雄犬塑像前吊唁；至今不卖酒的小镇依然无酒售卖。

一个地方叫人迷恋，一是有天下奇观，二是有天下奇闻。好望角两者兼备。

呵，记忆中的南非，骄阳下的热情奔放与热带风光的恬静柔美，白天火一样的炙热和夜晚水一样的凉爽，优雅自信的白人与健壮朴拙的黑人，豪华奢侈的富人区与穷困潦倒的贫民窟，苍莽原始的狂野与现代文明的精致……天涯尽头是天涯，碧海深处寻故乡——它是一个让人充满矛盾、感受反差的国度。

（作者单位：杭州西湖区检察院）

夜空中最亮的星

文 | 季子群

最近几天我在很认真地思考一件事，就是我这脸现在看上去像多少岁？我的小伙伴们已经数次劝我“乘着还没有成为黄脸婆之前早点找个人嫁了吧”。想想自己曾经也是阳光少年随风奔跑，而今脸色蜡黄上个六楼也要喘大气。我就问自己，我这么拼是干什么？拼或者不拼，工资就在那，不增不减。我有点迷茫。

前几天和一个朋友商量要给今天的演讲取个什么样的霸气名字，朋友脱口而出“我把青春献给党”，我禁不住笑了。我笑的不是她这突如其来的政治觉悟，而是笑我自己，用笑容掩盖不知青春何去何从的不安和迷茫。按照国际标准，未满65周岁都是青年人，也就是说在场的各位你们都还拥有青春，那么你清楚你的青春献给谁了吗？你记得你的青春都做了些什么吗？有本书叫《谁的青春不迷茫》，说实话，我还没有想好我的青春要做什么，我的青春真的有点迷茫，因为有太多顾虑而做不出选择。那么我告诉你，当你不知道自己做什么的时候，你至少要知道自己不能做什么，拿我来说，我还不确定我将来在法律这条路上要走得有多好，但至少我知道，如果连我们这样一群学法、知法、用法的人都不去信仰法治、不去守护公正，甚至背道而驰，那么你还能奢求这个我们祖祖辈辈生活着的地方能有多好？我和你，我们都是再普通不过的小小市民，做着一份小小的工作，我们不太可能成为叱咤风云的时代人物，但在自己的普通岗位上做好每一件事情，却有着十分重要的意义。因为你做好了，这个社会的法治就会好上一点点，我们每个人都做好了，就会好上一大截。所以说，你是个老师，你就不能胡言乱语乱讲一气；你是个企业家，你就不能拖欠员工工资、欺骗顾客；你是个开发商，你就不能建“楼歪歪”。多年后，你回头看看，你的青春不是王子与公主的美好童话，你的青春是那么现实、那么骨感，关于奋斗、关于坚忍、关于不屈，叫做“青春无悔”。

我还想说的一点是，做人是需要一点精神的，这点精

神真的不会让你变得更帅、长得更漂亮，但可以让你有勇气绝不趋炎附势、绝不摇尾乞怜、绝不摧眉折腰，让你的父母为花那么大劲拉扯大的孩子没有变坏而感到欣慰，让你的另一半为你不随波逐流而更爱你，让你的孩子可以大声的和他的小伙伴嚷嚷自己的爸爸妈妈到底有多棒！那么这点精神是什么，在座的都是从事法律工作的，我们心中了然，这点精神可以是我背后这大屏幕上的八个字“信仰法治 守护公正”，可以是为民、务实、清廉的核心价值，归就一个字是“法”，法律的法，法治的法。这样纵使你有想要作恶的理由，但你都会坚守自己的操守和底线，因为你还有那么一点点想要坚守的、值得骄傲的、谁也拿不走的所谓的“精神”。

我一直觉得人生在世活着特别难、特别累，太多诱惑、太多利益纷争，你是否担心过在岗位上的十年、二十年后，你是依然走在康庄大道上，还是早已深陷泥泞不可自拔？亲爱的朋友，我告诉你，当你有了一点精神，你就能成为一名勇士，即使在黑夜中行走，也不会害怕，因为夜空中总有一颗最亮的星在指引你前行。

而我也确信，在这道路上，你不会独行！

（作者单位：乐清市人民检察院）



微表达

信仰法治 守护公正

乐清市院刘炎 @ 进入检察院工作后，我看到了自侦部门的同事为了案件顺利突破，日以继夜、通宵达旦的工作；我看到了侦监、公诉的同事为了赶案件、提审，起早贪黑，加班加点的场景；我看到了综合保障部门的同事为了免除大伙的后顾之忧，任劳任怨、全力配合的背影。为什么大家会对此无怨无悔？

《汉家宫阙》连载之六：诸吕风波

文 | 徐 凡



平定英布后，高祖刘邦亦抗拒不了命运的轮回。刘邦原本就是带病讨伐英布，鸿沟对峙，刘邦被项羽暗箭射伤了胸部，讨伐英布、陈豨叛乱后，旧伤复发。吕后在刘邦弥留之际询问何人可以辅佐新君，刘邦说萧何死后曹参可以为相，曹参死后王陵可以为相，但因为王陵为人憨直，必须有陈平辅助。陈平虽然很有智谋但性格优柔寡断，是个谋臣辅臣，不能独自担当大任，两人可以相辅相成。周勃为人朴实沉稳，他日可以安定乱局，是太尉一职的人选。吕后又问王陵以后谁可以为相，刘邦说这可不是我所能知道的。刘邦对麾下文武的性情和才能了如指掌，并知人善用人尽其能，唯有对自己的枕边人皇后吕雉没有什么办法。公元前 195 年，高祖刘邦伤病发作而死，太子刘盈继位为孝惠帝，而汉帝国的实际权力落到吕后手中。

吕后强势登场，既因刘邦的默许，也是由于汉初政治的需要。吕雉下嫁刘邦是在他最落魄的时节，吕公慧眼识英雄，把掌珠托付给他。吕氏没有抱怨老父的轻率和刘季的平庸，来到刘家后，吕氏温顺贤良，辛苦操持家务，与刘邦育有一子一女，就是后来的汉惠帝和鲁元公主。秦朝的徭役极为沉重，刘邦担任汜水亭长，被派押送百姓到骊山修建陵园。一路上很多人开溜，按照秦法，这些逃人一旦被抓，家里人要受牵连，押送的官吏也要被惩罚。刘邦对秦朝的法令很不满，既然手下人跑掉大半，到了骊山自己也难逃罪责，干脆让剩下的人各自逃生。众人作鸟兽散，只有十来个壮士感念刘邦的仗义，愿意追随他，流亡在芒砀山一带。吕氏对丈夫的选择没有任何怨言，冒着被连坐的风险为他们送去衣食。共同患难的经历，吕氏的贤惠，使刘邦对吕氏既敬且爱。吕氏的劫难还远不止此，刘邦起兵后，吕氏担心受怕，仍不免受到波及。公元前 205 年四月，彭城之战刘邦大败，只与数十骑突围，仓皇逃回沛县。兵乱中，刘邦与家人走散，只寻回了与吕后所生的一儿一女。刘邦把儿女们抱上自己的马车，但是追兵銜尾追至。危急时刻，刘邦竟狠心把子女抛下马车减轻负重。

滕公不忍心两个幼儿死于非命，把孩子抱回。刘邦再次抛下子女，滕公见刘邦终究不肯带着儿女逃跑，毅然抱着两个幼儿脱离了队伍。同时，审食其带着刘邦的父亲刘老太公和吕氏去找寻刘邦的队伍，结果遭遇楚军，都被抓去扣为人质，直到公元前 203 年楚汉鸿沟议和，太公和吕氏才被释放。

经过彭城一事，子女虽然侥幸无恙，但出于对吕氏的歉疚，刘邦在敬爱以外又加了怕字。有以上的心理基础，刘邦放任吕氏参与政事，而先后擒韩信、诛彭越，吕氏都是当事人。有人向吕后举报韩信与陈豨相通，吕后与萧何定计，擒杀了韩信。梁王彭越因在陈豨叛乱中讨伐不力被下属告发谋反，被贬斥到蜀地。彭越在前往蜀地的路上巧遇吕后，向她哭诉自己的冤屈。枉彭越英雄一世，寻求后援却找错了对象，吕后可是设计诬杀韩信的主谋之一。吕后表面上答应为他求情，并把他带回了洛阳，实际上，一到洛阳，吕后就唆使刘邦杀掉彭越。吕后说彭越是一代豪杰，把他放归蜀地无异于纵虎归山，现在已经把他带回，听凭处置。吕后指使彭越的舍人告发他不思悔改，有谋反图谋，廷尉按照吕后的旨意“查获”了相应罪证，最终彭越被夷灭三族。

吕氏从参政到干政，直至专权，个性作风转为偏激而狠决。或是沦为囚虏的惨痛经历，亦或是刘邦富贵之后的凉薄寡恩，吕氏蜕变为冷血的政客。刘邦贵为天子后开始沉溺于享乐，又宠信了戚姬，生了赵王如意，所谓子凭母贵，如意受到刘邦的喜爱。刘邦是马上天子，对温厚纯良的太子刘盈不是很满意，觉得他太过柔弱，而如意性情和自己更接近，就有了易储的念头。子凭母贵的涵义同样包括了母凭子贵，如果刘盈失去太子之位，加上吕氏年长色衰，与刘邦逐渐疏离，吕氏的地位将岌岌可危。刘邦易储没有得到朝臣的支持，封建王朝最忌讳的就是储位之争，明确立储的顺序和稳固是任何一个朝代都必须遵循的规则，即使皇帝也不能轻易改变。反对刘邦易储最激烈的是御史

大夫周昌，当刘邦提出想法，这个说话口吃的大臣尽管言不成句，但态度毅然坚决。随后事情的结局发生了戏剧性的变化，太子待人宽厚，东园公、绮里季、夏黄公、角里先生四人愿意辅佐他。这四人都是当时名望极高的贤能，刘邦多次征召都不肯出仕，现在甘愿为太子门客，刘邦易储的想法彻底无望。

惠帝执政之初，用贤任能，维护了汉初的政治安定。公元前193年相国萧何病死，萧何有建国首功，担任相国后建章定制，贯彻高祖刘邦修养政策，国初百废待兴的局面得到改善。萧何位极人臣，一生却唯谨慎言，即使弥留之际，孝惠帝亲自临视这位勋臣，询问相位的继任者，萧何不肯言明。孝惠帝知道萧何的心意，就再问曹参如何，萧何欣慰道：“我死亦无恨了。”曹参为相后，基本沿袭了萧何制定的政策，任用官吏也尽量选择那些忠厚的长者，务求政策的延续性。曹参自己则自在清闲，无为而治，下属官员犯了小错，曹参训诫以后，往往不再作严厉的惩处。有人不理解曹参的无所作为，就来劝谏曹参。曹参不等对方说明来意就以美酒佳肴款待，这些人每次都大醉而归，劝解的话自然只能打包回家了。孝惠帝也听说了曹相国的作风，认为其有意懈怠工作，便召来质责。曹参反问惠帝，陛下与高祖谁的能力更强，孝惠帝自认为不及先帝。曹参又问，我和萧何谁更贤能，孝惠帝说你好像也比不上萧相国。曹参马上说：“陛下说得很对，既然高祖和萧相国已经明确了法令，而他们比我们更有远见，我们只要遵照执行就可以了。孝惠帝认可了曹参的建议，各项制度得到很好的延续，政局渐趋稳定。曹参的做法得到后人肯定，留有“萧规曹随”一说。保证政策的稳定不失为施政作为的手段之一，即使有变革，也应当在深思熟虑的前提下才能实施，否则很可能适得其反。

惠帝即位后，吕氏为太后，史称吕后。吕后上位后就迫不及待地迫害曾受刘邦宠信的妃嫔，首当其冲就是戚夫人。吕后把戚夫人打入冷宫永巷，剪掉她的头发，穿着奴仆的衣服，做着舂米等宫中苦役。吕后有意加害赵王如意，把他召来长安。孝惠帝知道吕后不怀好意，但又无法直接斥责母亲，便亲自去迎接幼弟。孝惠帝和赵王同食同住，不给吕后加害赵王的机会，但百密尚有一疏，吕后乘孝惠帝早出射猎的间隙，派人鸩杀了赵王。吕后对戚夫人的残忍令人发指，指使人斩断戚夫人的手足四肢，挖眼去耳，

迫她饮下哑药，名为“人彘”。素来仁厚的孝惠帝无法接受母亲的作为，悲痛之下，大病一场。惠帝传话给母亲，这种事不是人做出来的，我作为你的儿子，无颜君临天下。惠帝放弃了励精图治的理想，纵情声色，朝堂权柄逐渐被吕后把持。公元前188年，年仅24岁的孝惠帝在位7年后病逝，没能留下子嗣。

吕后在权力的泥淖中越陷越深，汉王朝因她恣意弄权，频添几许风波。孝惠帝健康状况不佳，吕后命惠帝的皇后收养幼儿为子嗣。孝惠帝死后，吕后未迎立年长的高祖之子为帝，而是扶立了这个幼子为少帝，吕后得以临朝听政。吕后专权，想要光耀吕氏一族，欲加封吕氏族人王爵。吕氏封王违背了高祖与诸大臣定下的“非刘氏不王”的白马之盟，遂遭到右丞相王陵的反对。如刘邦所说，王陵性格耿直，极力维护高祖定下的规矩。在王陵这里行不通，吕后只好求助丞相陈平和太尉绛侯周勃。这两人都是高祖寄以厚望的肱骨大臣，刘邦赞陈平多智而周勃沉稳，有力挽狂澜的才智。他们知道吕氏封王势在必行，阻止吕后的结果，只能让刘姓诸王面临更大的危险。两人回复吕后的请求，高祖定鼎天下，遂盟誓刘氏封王，太后临朝称制，分封吕氏当是应有之义。吕后如愿以偿，对二人更加倚重，王陵则非常气愤，当面质问二人。陈平、周勃说，在廷争中犯颜直谏我们不如你老兄，但是想要保全社稷，老兄就不及我们了。当个直臣很容易，但是达到目的才是关键，当时势不利，二人采取了以退为进的策略。

吕后强势把吕氏一族推上政治的巅峰，但所谓的富贵显荣只是昙花一现。吕氏一族朝荣夕悴，固然因吕氏死后族内没有杰出的人物，更关键的因素则是汉初人心思安，朝堂内外不愿出现政治变局。公元前180年，吕后病重，她很清楚吕氏一族将面临的危机，遂极力强化吕氏手中的权柄。她令赵王吕禄为上将军掌握北军，以吕产掌控南军，兼相国，集军政大权于一族。吕后的精心安排只不过是一厢情愿罢了，未能看透世道民心，她和族人的政治野心与妄为注定不能成功。吕后病死后，吕氏的权力也达到巅峰，诸吕谋划着取代刘汉，但是受到内外掣肘。朝中有颍阴侯灌婴、绛侯周勃、朱虚侯刘章等人忠心汉室，朝外有齐王、楚王的大军震慑，诸吕不敢轻举妄动。朱虚侯刘章之妻是吕禄的女儿，所以知道了吕氏图谋，他马上密报齐王刘襄，要他发兵西进，诛除诸吕。高祖刘邦分封同姓王是为了拱

卫刘姓政权，在中央政权出现危机时，刘姓藩王们有权参与平乱。齐王遂与舅父驸均、郎中令祝午等征发藩内军卒，准备进军长安。齐王兴兵，刘、吕的争逐到了白热化的程度，相国吕产派灌婴讨伐齐王，灌婴到了荥阳便屯兵不前，反而与齐王合兵一处。

平定吕氏的关键是解除诸吕的兵权。吕禄掌握的北军，吕产掌握的南军是刘氏复兴的主要威胁。相对而言，吕禄是吕氏族人中与刘氏最为亲近的，个人的政治野心较小，最容易被打开缺口。绌侯周勃和丞相陈平谋夺北军的控制权，他们派人劫取了吕禄好友酈寄的父亲酈商，迫使酈商为己方所用。酈寄看到吕氏难以长久，顺水推舟答应了二人的要求，力劝吕禄交还兵权。天下是高祖和吕后共同创下的，刘氏立了九王，吕氏立了三王，昭告天下，是为众望所归。如今吕后病逝，少帝年幼，正是主少国疑的时候，而你（吕禄）既有赵王的封号，却迟迟不到封地去就藩，难道不会招来天下人的猜疑吗？如果赵王你主动把兵权交还太尉¹，而梁王（吕产）也归还相国印绶，齐王就没有兴兵的理由，齐王罢兵，吕氏自然免除祸患。吕禄原本就没有篡权夺位的野心，他认为酈寄的说法有道理，就把这件事付诸族内与族人商议。吕后死后，吕氏族人大都是庸碌之辈，没有看到其中的厉害，只有吕嫫（吕后之妹）有些见地。她听闻吕禄要交出兵权后大为悲怒，为将者自弃兵权，无异太阿倒持，吕氏危殆，倾覆将在顷刻之间，但吕嫫的呼告没有得到族人的同声响应。

平定吕氏之乱并非风波无澜。灌婴和齐王、楚王谋诛吕氏的行动被吕产等人察觉，陈平、周勃决定提前按计划进行。太尉周勃为控制北军，到达北军营门，襄平侯纪通掌管符节，由他持节把周勃引入军营。虽然与北军直接接触了，但没有兵符，周勃还是无法调动北军。酈寄发挥了关键性的作用，他去找吕禄，称少帝下令让太尉掌管北军，并要吕禄尽快就藩。吕氏族议没有达成定论，多数族人对吕禄让权没有坚决反对，吕禄正彷徨无计。吕禄对酈寄十分信赖，对方再次鼓动和威胁，吕禄没有主见，无奈交出了印信和兵符。得到北军的兵符印信，周勃等拥刘派立即掌控了京城一半的兵权。周勃深知吕氏长期把持北军，仅

有兵符还不能让士卒完全听命，而控制局面必须将士戮力同心。周勃召集将士，然后宣言愿意效忠刘氏的袒露左臂，而想继续为吕氏效命的袒露右臂，结果将士们都袒露左臂。吕禄弃权，竟然没有通知吕产，这个“疏忽”导致了事态发生了戏剧性地转变。当时京城的主要武装力量集中在南北二军，吕产对吕禄交出兵权一无所知，就放心地离开军营赶去未央宫²。吕产的意图是挟持少帝，以君权控制局面，但是太尉周勃已经派人控制了宫门。吕产没能进入未央宫，宿卫以没有诏命为由拒绝吕产进宫，吕产感到有些不妙。周勃控制北军后，双方兵力相若，没有必胜把握，就没敢公开宣称诛除吕氏，就以“保护”少帝名义派朱虚侯刘章率兵卒入宫。刘章在宫门撞见火急火燎的吕产，当下就冲上去厮杀。吕产惊惶失措，一众党羽亲信人数并不少，但很快作鸟兽散，吕产被斩杀于宫外郎中府的厕所内。消息传回北军军营，周勃大喜，吕产被清除，南北军都在控制之中，吕氏已经不足为患了。周勃分遣人马把吕氏族人无论少长都斩杀殆尽，吕禄和吕嫫也未能幸免。刘邦遗嘱安定刘氏者必是周勃，平定诸吕，众人方知刘邦的先见之明。吕后不顾汉初民心思安的现状，把亲族推上政治斗争的风口浪尖，而吕氏族人中既无力挽狂澜的人物，又逆势而为，败亡自是转瞬之间。

平定叛乱后，迫在眉睫的事情是推举出一个新皇帝统治庞大的王朝。少帝是吕后私自拥立的傀儡，身份来源可疑，不适合继续执政，而新的皇位继承人要在高祖嫡系子孙中遴选。大臣们主要倾向两个人，一个是起兵兴汉的齐王刘襄，他是高祖刘邦的庶出长孙。一个是代王刘恒，他是高祖仅存的两子之一（一子是淮南王刘长，因他被吕后收养，不被视为人选）。最后议定的后果让人大跌眼镜，大臣们拥立的新君不是呼声最高的齐王，而是默默无闻的代王刘恒。齐王最先起兵反吕，他的兄弟朱虚侯刘章也是平定诸吕的参与者，但大臣们为什么要选择默默无闻的代王为帝？原因很简单，吕氏叛乱是因为外戚专权，齐王刘襄的母族本来就是望族，舅父驸均是这次起兵的统兵大将，如果齐王上位，吕氏当国的事情又可能重演，心有余悸的大臣们当然要防微杜渐。相反，代王的品行家世都符合大臣们的要求。

1 秦制中，太尉是三公里掌管兵权的官职，汉初沿袭旧制。

2 西汉有未央、长乐、建章三大宫殿群，除高祖刘邦以长乐为皇帝居所外，西汉诸帝多居未央宫。

首先，代王的母亲薄氏家族势力单薄，薄氏原本就不受高祖宠信，因祸得福，没有被吕后嫉恨而遭到迫害。刘恒出生当年正值刘邦在山东定陶沘水之阳称帝，因为母亲的缘故，他也没有被过多关注。刘恒被封在代，代地处山西河北一带，在汉初属于边地，远不及齐、楚、吴等藩国富庶。刘恒为人低调谦逊，处世谨慎小心，被认为是继任的最佳人选。因时局还不稳定，大臣们为防止代王遭到政敌劫杀，秘密派使者联络代王，让代王入京继位，但因此引发了刘恒等人的误会。

原本是不受待见的王子，突然间要继承帝位了，刘恒并没有欣喜若狂，而是对使者带来的邀请充满疑虑。当时天下汹汹，政局动荡，各种消息真伪掺杂，作为平乱的旁观者，力量最为单薄的藩王，刘恒有理由怀疑这件事的真实性。代王下属们的意见也分歧严重，张武等人认为这些大臣都不是省油的灯，他们能轻易解决吕氏叛乱，喋血京师，难保他们另有图谋。只有宋昌坚决支持代王入京，他认为自高祖建立大汉，顺应民意，于民休养，长安有朱虚侯刘章、东牟侯刘兴居等宗室亲族的拥护，外有齐王、吴王等藩王拱卫，没人敢于逆天行事，是以众大臣迎立代王的诚意无可置疑。刘恒派人多番查探，又找人卜算吉凶，最后才决定进京，继承皇位这么战战兢兢的，古往今来也算头一遭了。

公元前 180 年，代王刘恒即天子位，史称文帝，未央宫中的少帝被请了出来，这个被吕后不知从何处找来的不幸人儿，当了几年有名无实的天子，不久就被杀害，成了政治的牺牲品。

（作者单位：龙湾区人民检察院）



微表达

信仰法治 守护公正

乐清市院林秀 @ 口号都是好叫的，做起来却是不易的。办案时，当面对像“聂海芬”这样的女神探时，你是否敢对她的权威发起挑战？你是否敢对司空见惯的违法程序说“不”？你是否敢坚持自己内心的正义呢？如果回答是肯定的，我想说这份压力，这份辛苦对得起自己的良心，对得起这份职业，对得起百姓苍生。也许，我们的力量是薄弱的，但是在法治道路上，我们可以自豪的微笑，由衷的骄傲。

（上接第 69 页）

应根据具体情况依法进行调查核实，正确对待翻供现象，特别要注意充分听取有别于被害人的意见，审查核实相关证据，决不放过任何可能出现问题的环节，经调查证据不充分的，应依法作出无罪判决，避免出现疑罪从轻或存疑判决的情形。3. 严格限制发回重审，避免程序倒流，使当事人受到不当追诉。

疑罪从无不仅是法律的要求、人权保障的需要，也是防范公权力滥用、束缚权力的手段。根据现代法治精神，权利是权力的本源，权利应高于权力，而权力是用来保障公民权利的。刑事司法的最终目标应该是维护公民的权利，而不是维护国家权力并作为统治人民的工具。法治要治理

的主要对象是官，而不是民。正如美国最高法院大法官霍姆斯认为：“罪犯逃脱法网与政府的卑鄙非法行为相比，罪孽要小得多。”在霍姆斯看来，政府滥用权力和司法腐败对国家和社会造成的整体危害，远远超过了普通犯罪分子，因此，宪政法治的核心和重点绝非一味不择手段、从重从快打击犯罪分子，而是应当正本清源，注重对政府权力予以程序性约束和制衡，防止执法者凌驾于法律之上，利用手中特权胡作非为、巧取豪夺、为害一方，这正是宪政“法治”制度设计的重要特点。

（作者单位：温州市人民检察院）

问渠哪得清如许，为有源头活水来

——文成县人民检察院检察文化建设巡礼



检察院大楼

推开红绸带下文成县检察院院史室大门，一张张记录着文成检察历史与荣誉的照片映入眼帘，这些照片背后承载的是一代又一代检察人员的奋斗和付出。文化的积累和形成非一日之功，以前人经验为基石，文成县检察院锐意创新，成功打造文成检察文化品牌。

一、检察文化之培养为民的情怀

执法为民是检察官们的职业责任，也是检察工作的出发点和落脚点，培养检察人员“为民”情怀是该院检察文化建设的重心。一是践行群众路线。组织开展群众路线教育、“三严三实”专题教育等教育实践活动，帮助检察官明确了职业责任，即“行使权力都必须为人民服务，对人民负责并自觉接受人民监督”。二是开展基层走亲和认领微心愿活动。制定《基层走亲连心解忧活动方案》，确定珊溪镇南坑社区8个结对村庄、23家结对企业，组织党员进村入企开展基层调研，认领社区微心愿，真真切切融入群众，踏踏实实帮助结对村、企业解决一些实际困难。三是开展公益活动。深入学校进行“青春与法同行”“法护花季”等专题讲座，以案为例，从关爱未成年人出发，开展普法专项教育。筹办以关爱妇女儿童为主题的法律咨询、公益献血、扶贫捐



景观石

款等活动等。

二、检察文化之锻造公正的理念

公正执法是检察文化的灵魂和职业精神，为保证检察工作正确的方向，该院检察文化建设紧紧围绕检察工作主题“强化法律监督、维护公平正义”来打造检察队伍。一是搭建检察讲坛。自设立以来，或邀请名师专家前来讲课，或检察人员自发上台交流办案经验，检察讲坛大小共举办过十几场涉及公正、规范的执法课程，成为了帮助检察人员拓宽视野、助长能力的捷径。二是开展主题教育实践活动。组织开展“信仰法治、守护公正”主题教育实践活动；组织动员检察人员以人为鉴，认真学习“王盛”、“楼若林”等检察楷模和杰出代表典型事迹；举办“飞扬青春、燃情七月”政法干警核心价值观专题演讲比赛，以朴实的语言激发检察官执法信念。三是岗位素能培训。选派人员参加各类各级业务培训、三级心理咨询师等培训；筹办公诉文书制作比赛、公诉观摩庭等多样化技能锻炼项目；组织学习《检察机关执法工作基本规范》、新刑事诉讼法等执法规范。该院共有9人获得国家三级心理咨询师资格，牵头成立了心理研究会文成分会，推进文成心理研究发展。先后荣获



健身跑活动



政法干警核心价值观演讲比赛



植树节活动



写春联

十佳政法干警、全市优秀女检察官、全市优秀公诉人等荣誉称号，公诉科科长陈伟银获得全国优秀公诉人称号。

三、检察文化之筑牢廉洁的操守

清廉是检察文化的职业操守，是群众对检察人员的基本要求，该院大力弘扬廉政检察文化，营造“崇廉”氛围，来保持检察人员不蔓不枝的廉洁品德。一是恪守廉政“两仪式”。新任检察官必须在国旗下庄严宣誓，承诺担负和履行作为一名检察官的责任；中层以上检察人员，年初必须签订党风廉政建设责任书，承诺贯彻落实反腐倡廉建设的决策部署。二是开展廉政文化主题教育。以“以案为镜、整风肃纪促规范”专题教育为契机，该院制定实施方案，通过观看廉政教育片、学习《党章》、《党员领导干部廉洁从政若干准则》、《检察机关九项严禁》等规定和撰写心得一系列措施，树立检察人员廉洁从检意识，帮助检察人员筑牢做人做事的底线。三是制定落实长效反腐倡廉机制。制定出台《岗位廉政风险防控机制》、《党风廉政建设和反腐败工作组织领导和责任分工》、《关于改进工作作风密切联系群众的实施办法》等制度，不断完善内外部监督制约机制，健全自身反腐倡廉体系。

四、检察文化之营造人文的工作环境

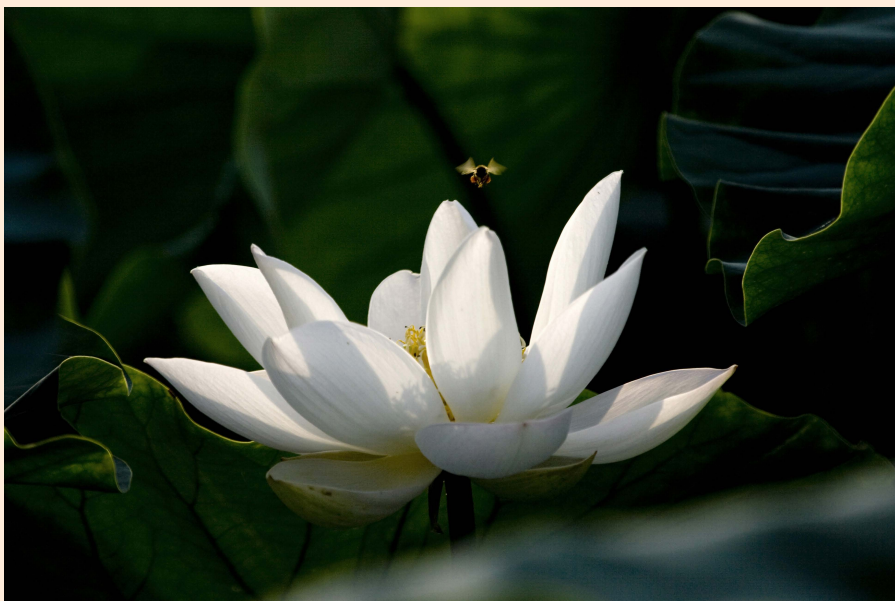
为营造一个温暖的检察之家，该院举办元宵节猜灯谜、春节写春联活动、植树节种树、端午节吃粽子等节庆活动，探望生病的检察人员、关心外地检察人员的生活情况、召开老检察干部座谈会等温暖活动来形成检察人员对检察之家的归属感；通过设立检察人员活动室、阅览室，组织检察人员参加各类户外健身比赛，如羽毛球、乒乓球、篮球、登山比赛、全民健身跑等比赛，来鼓励检察人员培养业余爱好，锻炼强健的体魄，形成检察之家锐意进取的精神力量。



烈士公祭



《喜悦》



《采莲》



浙内准字第 C023 号