

Ten Lessons in Criminal Practice

Trial Thoughts and Methods

# 刑事实务 十堂课

刑事审判思路与方法

于同志 / 著

## 刑事审判一线的实务必修课

本书凝聚审判一线刑事法官的心得经验，从审判实务出发，把审判原理与细节问题融合，将司法实践与前沿理论贯通，为刑事实务工作者和理论研究人员提供鲜活素材与权威参考。

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

Ten Lessons in Criminal Practice

Trial Thoughts and Methods

---

# 刑事实务 十堂课

刑事审判思路与方法

---

于同志 / 著

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

## 作者简介

---

### 于同志

最高人民法院高级法官、审判长，法学博士、博士后。曾任北京市高级人民法院刑一庭副庭长，兼任中国法学会案例法学研究会常务理事。

在近二十年的司法生涯里，参与办理过多个重大、疑难刑事案件和多份司法文件的起草。业余时间积极从事法学研究，承担中国博士后科学基金特别资助项目等多项课题，撰有《案例指导研究：理论与应用》《刑法案例指导：理论·制度·实践》《死刑裁量》《网络犯罪》《刑法热点裁判与规则适用》《刑事审判前沿问题思考》《金融犯罪前沿问题审判实务》等著作，在《法学研究》等刊物发表论文百余篇，并获法院系统内外的全国性学术奖励十余次。



## 序 言

呈献于读者面前的这本书,是我在国家法官学院、国家检察官学院等处授课课件材料的整理汇编,集结了本人近年来对于刑事审判工作的感悟、思考。

2015年,我由工作十余年的北京市高级人民法院遴选至最高人民法院,起初主要负责审判调研,这让我得以从过去繁杂的个案事务中脱身,当时有了结合调研事项对以往工作及体会进行梳理、总结,以对司法生涯近半时光作点记录的想法。但刚到新岗位上需要学习的东西很多,加之一时也不知道该从哪里动手,故迟迟未能行动。

2016年10月底,我接到国家法官学院梁欣教授的电话,她说学院里有一个全国法院刑事裁判文书写作培训班即将结课,由于是第一次尝试研修式教学,想在学员结题报告之后增加专家点评环节,希望我能到场交流一下,发言可以针对学员报告,也可以另起炉灶,内容不限制。考虑到这也是一次与各地法院同仁面对面交流的难得机会,我就答应了。这样便有了调换工作岗位后的第一场授课活动,也是本书第一讲“刑事审判的一般思路”的由来。

梁教授在课后说学员反映不错,希望我能继续为即将开班的全国法院刑事证据裁判培训班授课。由此开始,在其后的近三年

里,应国家法官学院以及国家检察官学院的邀请并报经领导同意,我多次与来自全国法院、检察院系统的同仁进行交流。

2017年9月,最高人民法院启动第八次讲师团赴西部巡回授课活动,这也是自2006年活动首次开展以来规模最大的一次,巡回地区由之前的三五个省扩展至九个省。院政治部对这项活动很重视,提前向各巡回地区法院下发通知要求报送培训需求,然后将各地的需求反馈给讲师团成员准备。我有幸被选为讲师团成员,还担任了甘青藏巡回授课小组组长。利用这次巡回授课活动,我静下心来,不仅对大家关注的突出问题逐个进行梳理,还将此前的一些授课材料、文章重新作了整理,既立足于实务也重视从理论层面解读,形成了多份课件。此项活动结束后,受单位的指派我又参加了一些省市法院对辖区刑事法官的培训。

参与的这些授课活动,对我来说大多属于“命题作文”,事先要根据培训对象的需求来准备。各地情况不一,但是共性问题很多,概括起来,就是当前刑事司法领域中的重点、难点与热点。比如,新时期的刑事审判理念、以审判为中心的诉讼制度改革、刑事证据的审查与运用、排除非法证据的实务操作、刑事裁判文书的写作、热点刑事案件的审理、监察体制改革下职务犯罪案件的审判、死刑政策与死刑适用标准、常见疑难争议情节的裁量、刑事指导案例的参照适用等。由于授课建立在需求导向基础之上,紧紧围绕具体个案、问题来解读,注重将审判实务与前沿理论结合、司法原理与细节问题融合,尤其重视从方法论的角度提出解决方案,不仅课堂现场反响较好,其中一些授课内容经报刊及微信公众号等自媒体传播后,还引起了不少读者的共鸣,我也为此经常收到私信或留言建议将授课材料汇编成册。

2019年年初,法律出版社计划出一套司法实务方面的专业书籍,经李群编辑提议,我开始对这些课件进行系统化的加工、整理。半年多时间、百余个不眠之夜的投入,终见小书成形。一直以为,做法官如同当医生,都是一门技术活,最终还是要靠业务说话。所以,经常反思,不断总结、提高,应是必备的功课。当初答应做这件事,有巩固与各地同仁交流的想法,但更多的是为了却心愿。如今我又重回个案审判一线,觉得在新岗位上“初来乍到”的这段时光,也很值得纪念。

感谢单位的各位领导、同事提供机会、给予支持,如果没有他们的无私指导、帮助,也就不会有这本书。感谢法律出版社李群编辑、陈昱希编辑的信任,以及她们勤勉而富有成效的工作。

在种种因缘际会下,此书成稿并出版,我的心情既释然也惶恐。因由授课而成书,满篇口语化表述,很可能不严谨;个人阶段性思考,必存有不妥处,此刻唯有至诚地欢迎和感谢司法同仁们指教!

于同志

2019年12月6日夜

于北京·北花市大街9号

## 十堂课简称表

全 称	简 称
《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》	《决定》
最高人民法院《关于全面推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的实施意见》	《审判中心改革意见》
《人民法院办理刑事案件庭前会议规程(试行)》	《庭前会议规程》
《人民法院办理刑事案件第一审普通程序法庭调查规程(试行)》	《法庭调查规程》
最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》	《适用刑诉法解释》
最高人民法院《关于建立健全防范刑事冤假错案工作机制的意见》	《防范刑事冤假错案意见》
最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》	《办理死刑案件证据规定》
最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》	《非法证据排除规定》
最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》	《严格排除非法证据规定》
《人民法院办理刑事案件排除非法证据规程(试行)》	《排除非法证据规程》

续表

全 称	简 称
最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法制工作委员会《关于实施刑事诉讼法若干问题的规定》	《实施刑事诉讼法规定》
《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》	《经济犯罪纪要》
全国人大常委会《关于〈中华人民共和国刑法〉第九章渎职罪主体适用问题的解释》	《渎职罪主体解释》
最高人民法院、最高人民检察院《关于办理渎职刑事案件适用法律若干问题的解释(一)》	《渎职解释(一)》
最高人民法院《关于村民小组组长利用职务便利非法占用公共财物行为如何定性的批复》	《村民小组组长批复》
最高人民法院、最高人民检察院《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》	《商业贿赂意见》
最高人民法院、最高人民检察院《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》	《贪污贿赂解释》
最高人民法院、最高人民检察院《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的解释》	《受贿意见》
最高人民法院《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》	《宽严相济意见》
《全国法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》	《南宁会议纪要》
《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》	《大连会议纪要》
《全国法院毒品犯罪审判工作座谈会纪要》	《武汉会议纪要》

续表

全 称	简 称
最高人民法院《关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》	《裁判文书释法说理意见》
最高人民法院《关于国家工作人员利用职务上的便利为他人谋取利益离退休后收受财物行为如何处理问题的批复》	《离退休收受财物批复》
《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》	《维护农村稳定纪要》
最高人民法院《关于被告人亲属主动为被告人退缴赃款应如何处理的批复》	《亲属主动退赃批复》

# 目 录

---

## 第一讲 刑事审判的一般思路 / 001

### 一、强化四种意识 / 001

(一) 政治敏感意识 / 001

(二) 社会风险意识 / 003

(三) 化解矛盾意识 / 005

(四) 裁判身份意识 / 006

### 二、办好三类案件 / 009

(一) 重大敏感案件 / 009

(二) 新类型案件 / 010

(三) 常见多发型案件 / 015

### 三、抓住两个环节 / 021

(一) 开好庭审 / 021

(二) 写好判决 / 022

### 四、达成一个目标 / 025

(一) 坚持严格司法, 反对机械司法 / 025

(二) 将专业判断与常识判断相结合 / 030

(三) 重视发挥裁判的社会引领功能 / 032

## 第二讲 以审判为中心的刑事诉讼制度改革 / 037

### 一、准确认识此项制度改革背景 / 037

(一) 基于司法规律 / 038

(二) 解决现实问题 / 038

二、全面把握制度改革深刻内涵 / 040	
(一) 突出三个地位 / 041	
(二) 厘清三种认识 / 042	
三、有效促成一体化的诉讼理念 / 044	
(一) 无罪推定 / 044	
(二) 正当程序 / 045	
(三) 证据裁判 / 047	
四、立足现实着力解决突出问题 / 050	
(一) 围绕审判这一中心, 统一侦控审的证据标准 / 050	
(二) 围绕庭审这一关键, 有效推进庭审的实质化 / 052	
(三) 围绕一审这一重心, 充分发挥一审认定事实的基础作用 / 056	
五、放眼长远优化司法职权配置 / 058	
(一) 司法令状制度 / 059	
(二) 检察引导和监督侦查制度 / 059	
(三) 程序性违法的救济与制裁制度 / 060	
(四) 公诉审查制度 / 061	
<b>第三讲 刑事证据审查运用的基本思路 / 063</b>	
一、庭前准备: 做好证据梳理 / 065	
二、开庭审理: 落实庭审实质化 / 069	
(一) 举证: 确保有用的证据全部、有效地出示 / 070	
(二) 质证: 围绕争议关键和存疑问题充分展开 / 073	
(三) 认证: 改进方法, 全面、有效地裁量证据 / 074	
三、作出裁判: 依法审慎定案 / 092	

(一)全面准确理解证明标准 / 092	
(二)运用间接证据定案要求 / 098	
(三)疑罪的正确认定与处理 / 100	
<b>第四讲 排除非法证据的实务操作 / 103</b>	
一、排除非法证据的理论依据 / 105	
二、排除非法证据的适用范围 / 109	
(一)适用范围具有法定性 / 111	
(二)排除辩方证据的适用 / 111	
三、各类非法证据的具体认定 / 112	
(一)关于非法的犯罪嫌疑人、被告人 供述 / 113	
(二)关于非法的证人证言、被害人陈述 / 129	
(三)关于非法的物证、书证 / 130	
四、排除非法证据的适用阶段 / 132	
五、排除非法证据的操作程序 / 133	
(一)程序启动 / 134	
(二)初步审查 / 135	
(三)法庭调查 / 138	
(四)控方证明 / 139	
(五)法庭处理 / 141	
<b>第五讲 裁判文书的制作方法 with 规范样式 / 146</b>	
一、裁判文书是什么 / 146	
二、裁判文书制作的主要目的 / 148	
三、裁判文书的基本构成要素 / 150	
(一)严谨的事实认定 / 150	
(二)精准的证据表述 / 153	
(三)正确的法律适用 / 155	
(四)有力的裁判说理 / 158	

- (五)适当的程序审查 / 162
- (六)规范的形式表达 / 162
- 四、裁判文书制作的常见问题解析 / 165
  - (一)当事人的基本情况 / 165
  - (二)案件由来与审理经过 / 171
  - (三)控辩意见 / 173
  - (四)审理查明的事实 / 176
  - (五)证据表述 / 180
  - (六)判决理由 / 184
  - (七)法条引用 / 187
  - (八)判决主文 / 189
  - (九)第二审判决 / 194

#### 第六讲 热点刑事案件判决书的撰写思路

——以于欢故意伤害案第二审判决书  
为例 / 200

- 一、全面反映诉讼参与各方的意见 / 200
- 二、严格地依照证据认定案件事实 / 204
  - (一)基于证据认定案件事实 / 207
  - (二)无证据支持和无关的事实主张不予  
认定 / 207
  - (三)坚持对案件事实全面认定、表述 / 208
- 三、认真梳理证据实现精准的表达 / 209
  - (一)证据摘录 / 211
  - (二)证据排列 / 212
- 四、聚焦争点对各方意见公正评判 / 213
- 五、严格依法并充分考虑情理裁判 / 222
  - (一)重事理 / 222
  - (二)重法理 / 223
  - (三)重学理 / 223

(四)重情理 / 223	
(五)重文理 / 224	
六、积极回应关切打造大众化判决 / 225	
(一)从法律效果考量 / 226	
(二)从社会效果考量 / 226	
(三)从政治效果考量 / 226	
<b>第七讲 监察体制改革后职务犯罪案件的     审判 / 228</b>	
一、职务犯罪主体问题 / 229	
(一)公务员和参照公务员法管理的 人员 / 231	
(二)法律、法规授权或者受国家机关依法委托 管理公共事务的组织中从事公务的 人员 / 231	
(三)国有企业管理人员 / 232	
(四)公办的教育、科研、文化、医疗卫生、体育 等单位中从事管理的人员 / 240	
(五)基层群众性自治组织中从事管理的 人员 / 240	
(六)其他依法履行公职的人员 / 249	
二、案件管辖问题 / 250	
(一)刑事案件职能管辖的新格局 / 250	
(二)监察机关管辖的案件范围 / 251	
(三)法检办案中的管辖实务问题 / 257	
三、利用职务便利的认定 / 260	
(一)司法认定思路：“三个结合” / 261	
(二)“利用职务便利”与“利用职权或者地位 形成的便利条件”的界分 / 266	
(三)“利用职务便利”与行为人的身份 / 267	

(四)“利用职务便利”与“利用工作便利” 之别 / 270	
四、为他人谋取利益的认定 / 275	
(一)司法认定的分歧意见 / 275	
(二)扩张的司法解释及其适用 / 276	
五、贪污、受贿故意的判断 / 285	
(一)赃款赃物去向与故意认定 / 286	
(二)特定关系人收受财物与故意认定 / 287	
(三)“以借为名”的受贿故意认定 / 289	
六、贿赂犯罪中的“财物” / 290	
(一)关于“财物”范围的理解 / 290	
(二)收受房屋型受贿犯罪的认定 / 291	
七、谋取不正当利益的认定 / 295	
(一)保留“不正当利益”要件的必要性 / 296	
(二)对“不正当利益”宜作扩张理解 / 297	
八、量刑情节的运用 / 300	
(一)量刑情节对职务犯罪认定的意义 / 301	
(二)量刑情节的查证、移送与裁量 / 302	
九、涉案赃款赃物的处置 / 304	
(一)赃款赃物的处理办法 / 304	
(二)赃款赃物的处置程序 / 306	
十、证据的审查与判断 / 310	
(一)监察证据转化问题 / 311	
(二)调查录音录像问题 / 313	
(三)证据补查补正问题 / 314	
(四)非法证据排除问题 / 318	
<b>第八讲 死刑案件的政策把握与法律适用 / 320</b>	
一、我国的死刑立法梳理 / 320	
二、死刑适用的一般标准 / 324	

(一)关于“罪行极其严重” / 325	
(二)关于“应当判处死刑” / 327	
(三)关于“不是必须立即执行的” / 328	
(四)关于“死缓”限制减刑制度 / 330	
(五)关于终身监禁制度 / 333	
三、常见刑事案件的死刑适用 / 336	
(一)故意杀人 / 336	
(二)故意伤害 / 347	
(三)抢劫 / 350	
(四)强奸 / 358	
(五)绑架 / 365	
(六)以放火、爆炸等危险方法危害公共 安全 / 371	
(七)走私、贩卖、运输、制造毒品 / 376	
(八)贪污、受贿 / 404	
<b>第九讲 刑事案件常见情节的司法裁量 / 414</b>	
一、被害人过错的认定与量刑 / 414	
(一)被害人过错的司法认定 / 417	
(二)被害人过错对量刑的影响 / 421	
二、民间矛盾激化引发犯罪的裁量 / 426	
(一)有关刑事政策及司法裁判 / 427	
(二)“受虐妇女杀夫案”的量刑 / 430	
三、民事赔偿与刑罚适用 / 434	
(一)赔偿从轻判处的法律依据 / 435	
(二)赔偿从轻判处的司法限制 / 439	
四、退赃情节的司法运用 / 446	
(一)退赃情节的法律性质 / 446	
(二)退赃从宽的法理依据 / 448	

(三)退赃从宽的适用条件 / 450
五、雇凶犯罪的法律适用 / 451
(一)雇凶犯罪的法律特征与性质 / 452
(二)雇凶者和受雇者的罪名确定 / 454
(三)雇凶者和受雇者的罪责认定 / 455
(四)实行过限的判断及责任认定 / 461
六、诱惑侦查的司法裁量 / 465
(一)诱惑侦查的法律定位 / 466
(二)诱惑侦查情节的裁量 / 467
<b>第十讲 刑事指导案例的“参照适用” / 477</b>
一、案情相似性的判断 / 477
(一)判断案情相似的思路 / 478
(二)判断案情相似的方法 / 479
(三)情势权衡原则的运用 / 484
(四)刑法谦抑原则的制约 / 489
(五)案例选择的基本法则 / 491
二、指导性案例的援用 / 493
(一)案例援用的内容 / 494
(二)案例援用的方式 / 501
三、指导性案例的排除 / 503
(一)域外判例的排除规则 / 503
(二)指导性案例排除适用 / 505
参考文献 / 509
案例索引 / 520

## 第一讲 刑事审判的一般思路

刑事审判关涉国家安全、社会秩序和个人生杀予夺,作为一名司法人员参与其中,其职责不可谓不重要。刑事审判活动本身有着丰富的内涵,其中办案是关键环节,这也是一线司法人员的主业与要务。而办好案件,履职尽责,必然要讲究工作的理念、方法与思路。就本人体会而言,重点是强化四种意识、办好三类案件、抓住两个环节、达成一个目标,概称为刑事审判的“四三二一”,亦可谓刑事审判工作的一般思路。

### 一、强化四种意识

#### (一) 政治敏感意识

为什么首先要提政治敏感意识,因为刑事审判从来就没有也不可能脱离政治,讲政治是刑事法官的基本素质要求。过去人们常说刑事审判是“刀把子”,现在这个提法少了,但是刑事审判的“刀把子”功能,从来就没有丢也不可能丢。当然,强调人权保障也与之不矛盾。现在中央领导反复讲:不仅是刑事审判,也不仅是法院审判工作,整个政法工作的首要任务就是维护政权安全。

为什么要把维护政权安全作为政法工作的首要任务?我个人理解,是因为国家政权还面临一些现实的威胁和挑战。比如,

在生活中我们常听到一句话,说“境外敌对势力”如何插手和干预我国内政。上大学时听到这句话还疑惑,现在是和平年代,朗朗乾坤之下怎么会有敌对势力呢?参加工作后才逐渐明白,原来所谓的“境外敌对势力”从来就未在我们面前消失过,不是我们不注意,只因他们太隐蔽。

我们知道,现在的国际国内形势发生了很大变化,动刀动枪地去颠覆一个国家政权,已相对很少很难了。现在的斗争更多地体现在意识形态领域,用所谓和平与非暴力的方式搞政权更迭,也称为“颜色革命”。和平与非暴力的方式通常是从一个国家的内部发起。而从内部发起,教唆和鼓动国内的“异见者”,官方说法是“培植代理人”,是其惯常手法。而所谓的“代理人”,大多以“意见领袖”的形象出现,以便能够起到“一呼百应”的效果。此为其一。其二是攻击制度缺陷。往往从具体问题和具体制度入手,上纲上线进而波及乃至直指党的基本路线、方针和政策。中国现在正处于社会主义的初级阶段、社会转型的特殊时期,在具体层面找一些问题,并不难做到,所以此招屡试不爽。而一些刑事案件本身就是负能量,其发生也可能有社会方方面面的原因,这就为一些人炒作案件、攻击制度提供了条件。所以,近些年非法聚集、围观法院庭审,炒作刑事案件审判的情况频频出现,案件审判工作的风险性明显增大。其三是摧毁偶像。一个民族一定要有自己的英雄,英雄是这个民族的价值凝结和灵魂归宿,可以起到精神支柱的作用。而近年来攻击雷锋、邱少云、张海迪等英雄人物的事件层出不穷,摧毁他们,就等于抽掉一个民族的精神支撑,此招不可不谓险恶。其四是唱衰中国,美化西方。其五是鼓吹西方的普世价值,等等。

治国理政,必须“立治有体,施治有序”。政治制度对一个国家长治久安具有十分重要的意义。习近平总书记说,“当今世界,意识形态领域看不见硝烟的战争无处不在,政治领域没有枪炮的

较量一直未停”。而司法领域越来越成为意识形态斗争的重要领域,一些境内外敌对势力插手司法个案、煽动挑事的情况时有发生。所以,作为一名刑事法官,对此应始终有清醒认识,办案、办事都应有政治上的敏锐性和定力,尤其不能在这方面犯糊涂。

## (二) 社会风险意识

正如党的十九大报告所指出的,当今世界正处于大发展、大变革、大调整时期,各国面临的不稳定性、不确定性突出,世界经济增长动能不足,贫富分化日益严重,地区热点问题此起彼伏,恐怖主义、网络安全、重大传染性疾病、气候变化等非传统安全威胁持续蔓延,人类面临许多共同挑战。可以说,人类世界现已整体步入“风险社会”。2018年年初召开的中央政法工作会议就明确提出了当前政法工作的主线是“防控风险”,要重点防范“颜色革命”风险、暴恐袭击风险、社会稳定风险、公共安全风险、网络安全风险五大风险。

从我们面临的现实情况看,目前在不少领域都存在一些可能诱发矛盾和风险的潜在因素,而且社会矛盾的燃点很低。这就要求做审判工作的司法人员应有风险意识。其实大家都在讲防范风险,只是我们刑事法官尤其需要强调。因为犯罪本身就是自我与社会、与环境产生激烈矛盾冲突的结果,所以,从事刑事审判工作,就是在直面社会的各类矛盾,更要有风险意识。特别是对涉及特定主体、特定对象和特定领域的案件,比如对涉及公职人员犯罪、弱势群体犯罪,侵害医生、儿童权益的犯罪,涉及拆迁、信访、宗教、民族等领域的犯罪,涉及环境保护、食品药品安全等直接关乎民生领域的犯罪等刑事案件,办案时要有高度的敏感性。从实际看,这些案件特别容易引起社会关注甚至炒作,其审理工作本身就具有较大的潜在风险性。现在,随着司法深度公开和网络自媒体高度发达,案件的微小失误或瑕疵都可能瞬间被放大、

热炒,对舆情方面的突发情况,一旦处理不当,就会造成审判工作被动。

为此,我们在办案中应有充分的风险预估与防范意识,高度关注社会反响,综合各类因素审慎判断,不能将法律绝对化、片面化地理解。案件裁判既要严格依照国法,还要重视天理与人情。既要充分考虑法律效果,也要充分考虑社会效果。社会效果是什么,通俗地讲,就是社会公众的反应和接受程度。

记得在北京法院工作时,我曾参与办理街头小贩崔某某杀害城管的案件。崔某某因在中关村大街上无照卖烤肠而被城管执法人员李某等人扣押三轮车,在三轮车被抬上执法车的时候,他突然发疯般地将手持的刀子刺入李某的颈部,当场致李某死亡。

这个案子涉及比较敏感的社会弱势人员犯罪问题,社会上非常关注法院怎么判。当然也有一些人炒作案件,比如提出这个案件反映民众生存权和政府执法权的冲突,法院怎么判意味着优先保护哪一个。这就有些煽风点火的意思,但法院当时确实面临很大压力。

办理这类办案的体会:一是不能无视社会反响,要积极回应社会的关切。二是既要善于从社会大的方面看问题,即所谓高处着眼,又要善于低处落脚,也就是要善于把社会政治问题法律化,法律问题技术化,技术问题细节化。无论你对大的方面考虑多少,但终归要落到定罪量刑的法律适用上。所以,无论如何裁判,在法律层面都要找足依据,站得住脚,这是裁判避免争议的终极之路。三是案内和案外联动,寻求更多的支援。有些工作必须得做,但不一定由法院亲自做,要善于协调和争取当地党委和政府的支持。

例如,上述崔某某杀害城管案在法院审判处理的过程中,实际上有关方面也以各种方式与被害人、被告人家属积极接触、沟通,包括提供必要的疏导、救助等,所以,最后案件不判死刑,取得

了社会各方都接受和认可的效果。

### (三)化解矛盾意识

对于化解矛盾意识,我们可以从两方面来认识:一方面,解决纠纷和规则治理本来就是现代法院的两大基本功能。审判案件,不仅仅是把案子判完,还要追求化解矛盾纠纷。另一方面,公正是司法的根本目标,但司法公正绝不仅仅是形式上、程序上的公正,还要有实体和实质上的公正。实体和实质上的公正是什么,我理解就是力争把矛盾纠纷化解掉,达到一个相对合理、各方接受的结果,“让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”。实质上的公正一定是建立在问题解决之上。所以,我们不能把公正的标准绝对化、抽象化,认为只要严格依法办案、办事就可以实现公正。如果问题不解决,矛盾没化解,当事人不接受,人民群众不满意,未能在司法裁判中“感受”到公平正义,那我们谈何实现司法公正?

在此分享一下最高人民法院胡云腾大法官说的一段话:“司法公正必须是法官和当事人的共识,而不是法官个人的一厢情愿。法官的公平正义观念需要融合群众的感受,应当考虑群众如何评判,尽量符合群众的公平正义观念。法官不仅要努力作出公正的判决,而且要努力作出让当事人接受的判决,这才能实现司法化解矛盾和解决纠纷的初衷,才是实现司法公正的应有之义。”<sup>〔1〕</sup>从这些年舆论热炒的一些案件来看,它们的裁判,单纯从法律上衡量似乎没有多大问题,但是当事人就是不接受,人民群众就是不拥戴。其中的根本原因是什么,我认为,这与我们将公正标准单一化、法律适用形式化有一定关系,裁判不符合人民群

---

〔1〕 胡云腾:《向群众和传统学习司法智慧》,载《中国审判》2016年第19期。

众的公平正义观念,无论我们多努力,就是得不到支持。这确实是需要深入反思的一个问题!

从最高人民法院的立场看,这些年的刑事审判也非常强调“化解矛盾”,对此可以从有关司法文件和历届领导的讲话中找到很多相关要求。我的体会是,审判实践中对以下几类案件尤其要加强矛盾化解工作:(1)涉及群体利益或涉案人数众多的案件;(2)敏感性强、社会关注度高的案件;(3)当事人情绪严重对立的案件;(4)相关法律法规没有规定或规定不明的案件。严格来讲,这几类案件的矛盾化解工作都很难做,但仍需要我们知难而进,因为这些案件本身存在较大的“隐患”,如果不设法把案件矛盾化解掉,就很有可能引发其他社会不稳定因素。可以说,这也是刑事法官的担当和其应承担的社会责任。

如何化解矛盾,其实手段还是比较多的,我们可以综合运用民事调解、司法救助、量刑调解等方法,也可以借助于当地党委和政府的相关部门的力量,比如民政、维稳、信访、街道、社区等。总之,只要想办法,总会有办法。

#### (四) 裁判身份意识

所谓裁判身份意识,就是作为一名法官,要自觉地把自已当成裁判员,不能当观众,更不能直接当选手。裁判是什么,它是法官运用法律在法定程序中解决特定矛盾纠纷的过程。法官参与其中,有明显的约束:

第一,你的言行要有法律依据,规范行事,不能肆意妄为。

第二,要有强烈的程序意识。程序很重要,你为裁判实体结果的努力别人时常看不到,但是程序上的瑕疵,哪怕是一点都在别人眼里,因为程序是显性的、刚性的。

第三,中立消极一些。特别是在法庭上,一定要把自己摆在“中立裁判者”的位置,身份是裁判员而不是运动员,切不可将两

种身份混同。

这几年刑事审判中出现一个怪现象,法庭上律师不与公诉人较劲,偏找法官单挑,特别是在一些敏感案件的审判中。我还曾为此专门找了一些庭审光盘研究,发现问题是多方面的。这里单讲法庭的问题,主要在于法官过于积极,太过主动,偏离中立定位。律师提出问题后,法官没有让公诉人回应,而是自己抢先表态,所以,律师就直接对法官来了。有几个案子,整个庭审过程公诉人大多数时间是沉默不语的,而一直是法官在与律师对质。这就有很大的问题。作为法官,应当是庭审的主持者、倾听者、判断者,没有必要也不应该那么样积极、主动。过于积极,就难免偏离中立地位,就容易在形式上、程序上引发不客观、不公正、有偏袒的质疑。

我主持庭审的体会是,法庭上只要控方或辩方提出自己的主张,法官就应当立刻询问另一方是什么意思,在另一方没有发表意见之前,不宜主动表态、引火烧身。引导控辩双方对抗,是法庭的职责,切记只当裁判员,不当运动员。而且,控辩双方对抗越激烈,越有利于把事实查清、问题说透,越有利于法庭公正裁判,越应该欢迎。所以,本人多年来一直的感受是,不怕双方话痨,就怕各自无话。法庭上对问题没说清说透,随后的裁判就会难受。

当然,这里也存在如何引导公诉人积极应对的问题。记得有几次开庭,当把辩方的意见抛给出庭的检察员后,检察员却说“请法庭依法裁判”。我当时就提出“依法裁判是法庭的事,现在是听取你方的意见,同意或反对你得有说法”。这样,他才进一步提出自己的意见。不仅如此,表态还要有具体理由。如果庭审控辩双方对抗不充分、意见表达不到位,作为法官,其在庭后的裁判就会很难受、很被动。

第四,敢于判断。司法权本身就是判断权,放弃判断,就不是司法,就不是裁判。所以,我们要切记自己是裁判者,如果不裁不

判,就不是合格的法官。现在强调敢于判断,是有现实意义的。随着司法责任制改革的推进,特别是终身追责制度的建立,一些办案人员不敢判断、畏惧判断、怠于判断的问题凸显出来了。比如,在一些主要依据间接证据定案的案件中,本来根据法律及司法解释的规定,是可以考虑认定的,但是承办人提出这个案子证据薄弱,定不了。最后,经过庭、院长指导乃至审判委员会审议等程序后,承办人才说,其实我也认为这个事情就是被告人做的,但是他之前就是不愿公开表达自己的真实想法,这也使得实践中合议庭的少数无罪意见经常是来自案件承办人。

不仅要强调敢于判断,还要坚持独立判断,不能人云亦云,领导说啥就是啥,上级说啥就是啥。现在我们提“让审理者裁判,让裁判者负责”,如果自己都没能独立判断,谈何去负责?当然,现在审判权运行机制上确实还存在较强行政化的问题,但作为承办人,这个问题其实也不难解决。一句话,让法律的归于法律。案件出现合议庭成员意见不一致,合议庭意见与庭、院长意见不一致的情况,那就按照法定程序提交审委会讨论决定,最后执行审委会的决议就是了。关键是自己得有独立的意见。

这里值得一提的是,司法活动不同于行政事务,它有很强的书面化特点。整个案件审理过程、各个环节都会有文字性的记录,所以,独立地发表自己的真实意见很重要。因为,你的意见永远在卷,既是追责的依据,也是自我的“保护衣”。

当然,敢于判断,绝不是号召大家做“葫芦僧”,擅断、乱断,判断要依据“证据、事实、程序、法律、法理、情理、逻辑和价值”,我把这八个方面称为司法裁判的“八个维度”。它们是在案件裁判时要充分考量的要素,哪一个都不应忽视。这里要强调一下价值判断,就是我们的裁决要符合主流社会的核心价值,符合社会的公平正义标准。

第五,法治思维。作为裁判者,仅仅拥有法律知识还不够,更



为重要的是法治思维。法治思维是什么？我理解，就是要从内心尊崇法治，敬畏法律，恪守规则，切实严格依法办案，公平公正司法。

在这里，要注意妥善处理好以下几个关系：一是法律与权力。习近平总书记说，“党大还是法大”是个伪命题，但“权大还是法大”是个真命题。当面临权力和法律之争论时，必须明确法律优位于权力，权力必须服从法律。二是一般与特殊。司法工作中应当多强调一般规则，少一些特事特办。三是形式与实质。既要重视实质，也不能忽视形式，尤其不能以个案实质理性的特殊调整来架空法律形式理性的一般调整。四是实体和程序。当法律程序与法律实体发生冲突时，可以适度强调程序优先。五是技术与价值。法治要求适当突出技术，避免唯价值（道德）论。六是感性与理智。司法要有温度，法律人要有情怀，但是不能为迎合某些非理性的诉求而忽略、放弃法律应有的理性和法律人的基本操守，办案、办事都应当固守理性决定情感、情感服从理智的法则，等等。

## 二、办好三类案件

### （一）重大敏感案件

什么是重大敏感案件？官方的界定大致是指“涉及国家安全、外交关系和社会稳定的重大案件，执法过程或结果可能引起社会公众广泛关注、较大争议的案件以及其他可能对国家安全、外交关系、社会稳定、政法机关形象或执法公信力等产生重大影响的案件”。在我看来，重大有标准，敏感却不分大小。实践中，一些小事小案，由于撞上社会的热点或公众的痛点，也可能成为敏感案件，如果处理不当、应对失策，可能会由小问题演变成大事件，从而使审判工作陷入被动。所以，问题的关键还是前面所讲到的，办案要有政治敏感意识和社会风险意识，在接手案件时能

够相对准确地进行风险的评估和预测。

重大敏感案件不仅不可怕,而且还是锻炼队伍、提升能力的绝佳机会。如果一个人能够办结几起重大敏感案件,就会拥有自信,在以后的职业生涯中所有的案件都不在话下。当然,我们也要有清醒认识,重大敏感案件不好办。不好办是因为重大敏感案件通常具有较强的政治性、政策性,社会广泛关注,有的甚至在国际上引起关注,且时常案情复杂,法律适用疑难等,稍有不慎就容易出现不可挽回的问题。

对于重大敏感案件:一要沉重应对。扎实做好各项工作的预案和方案。现在中央提出对重大敏感案件要建立“三同步”机制,同步谋划、部署和开展“依法审理”“舆情引导”和“社会面稳控”三项工作,目的就是确保案件依法而稳妥地审结。二要开好庭审。如果把重大敏感案件的处理比喻成一场战争,那么庭审无疑是主战场、主战役,各方聚焦,十分关键,甚至可以说“成败在此一举”。三要寻求支持。该请示汇报的,就应当积极主动向上级法院和领导机关报告工作,以最大限度地获得支援。有的事项属于事前应报告的,就不能等到问题出现才报告,以免造成工作被动。四要情势权衡。要密切关注舆情发展趋势,善于把握国家工作大局、社会发展大势,使案件处理与之契合,且不可逆潮流而动。要时刻做社会改革和发展的促进派。五要敢于坚持。坚持什么?坚守法律的底线,不能让舆论牵着鼻子,搞舆论审判;案件的定罪量刑,要严格依法作出,不能放弃对法治原则的坚守。特别是,有一些案件可能涉及敏感的社会及政治问题,作为具体办案人员,要善于将政治问题法律化,法律问题技术化,技术问题细节化,确保法律适用的准确、稳妥和可靠。

## (二) 新类型案件

什么是新类型案件?在我看来就是法律没有具体规定或规

定不明确的案件。这类案件在刑事和民事行政领域都存在。遇到这类案件怎么办？第一，不能坐等法律完善。立法程序十分复杂，你等不及也时常等不到。第二，不能嘲笑法律。学者可以批判法律，并借以提出完善立法的构想，但法官不行，批判也没有意义，等米下锅的现实也不容你做无意义的批判工作。切记法官永远不要嘲笑法律。我们要做的是解释法律，通过我们的合理和善意的解释，使立法的粗疏得以细化、漏洞得以弥补、过时得以更新。第三，提高适用法律能力。适用法律，就是解释法律。而解释法律，最高司法机关一直在竭尽全力地做，但能不能完全满足审判实践需要呢？还不能。我们也不要指望立法机关和最高司法机关把审判实践需要的所有法律和解释条文完美地呈现在眼前，他们不是神仙，也不可能达成这个目标。更多的时候需要我们自身的“能动司法”。

如何能动司法？首先要评估案件的实质危害，需不需要进行刑罚处理。如果危害很严重，有了刑罚处罚的现实必要性，那么就去找最接近的刑法法条吧。有人担心，是不是要进行类推解释，我深以为还未到那一步。我们的1997年刑法典经过十次修正，已经有了452个条文，469个罪名。所以，找一个对接的罪名并不难。当然，这一过程需要进行利益、价值的梳理和判断，必要时对法律作适当的扩张性解释。

这里可以举一个例子：

2008年奥运会召开前夕，北京发生一起新闻记者造假说奥运场馆周边的包子馅是纸做的事件，“纸馅包子”这个假新闻如果发生在平时，对当事人给予行业或行政性处理就行了。但当时在全世界都在关注和炒作中国食品安全的特殊时期，这个事件的影响实在太坏了。危害很大，就有了刑罚处罚的必要性。但是以哪个罪处理，却令办案机关头疼。最后研究用了“损害商品声誉罪”这一罪名。也就是说，被告人的行为损害了正常经营包子业务的商

户的利益。

这个案子宣判后,有一些刑法学者提出质疑,包括有人当面向我提出了颇为强烈的质疑意见。当时我还在中国人民大学在职攻读博士学位,就拿来这案子的卷宗材料进行研究,发现这样认定没有原则性的问题,无非对刑法进行了必要的扩张解释而已,而对刑法作扩张解释并未被禁止。为此就写了一篇文章登载在《法学杂志》上,之后人大报刊复印资料等刊物做了转载。<sup>〔1〕</sup>当我再遇到提出质疑的教授时,他说看了你的文章我理解了,这个案子还是可以这么处理的。

这就是能动司法、能动解释法律的结果。我个人理解,现在中国进入一个快速发展和快速转型的时期,新问题层出不穷,我们的刑法从1997年大修以来,虽然已经修正十次了,但仍然跑不赢千变万化的现实世界,这也是所有成文立法的宿命。不管立法者多么勤勉,总会有一些案件找不到直接的立法依据,这就是新类型案件,也是我们常讲的“疑难案件”,问题的解决之道就在于积极运用扩张性的法律解释。这些年随着互联网的发展,出现多少这样的新类型案件,最后不都是通过扩张解释法律实现案件的依法处理了吗!所以,我曾经在《人民法院报》上写文章谈“网络犯罪的司法应对思考”,提出应把扩张解释方法作为应对涉网络案件的基本法律适用方法。<sup>〔2〕</sup>其实,何止涉网络犯罪案件,现实生活中有很多领域都遇到一些当时立法未能充分顾及的新情况、新问题。所以,扩张解释方法可能是当前及今后一个时期我们判案主要的解释和适用法律的方法。

当然,这里强调对案件进行实质判断,并不是否定形式判断,

---

〔1〕 于同志:《损害商品声誉罪的司法认定》,载《刑事法学》(人大报刊复印资料)2008年第3期。

〔2〕 于同志:《网络犯罪的司法应对思考》,载《人民法院报》2011年12月7日,第6版。

不要罪刑法定了,而是为了更好地将我们的形式理性与实质理性结合,全面、准确地把握罪刑法定原则,最大限度地实现公正司法。坚持法无明文规定不为罪,这已是现代司法的底线。但是,理解和适用法律不能停留在形式上,仅仅拘泥于法条的字面含义,机械地司法。应当考虑到法律条文内涵本身就具有丰富性和发展性,结合具体案件适时调整、能动适用法律是必要的,也是允许的,更是必需的。张明楷教授说,司法认定的过程,就是将法定的构成要件与现实的案件事实相对接的过程,要求办案人员“心中充满正义,目光不断往返事实与规范之间”。〔1〕 刑事司法就是将现实发生的事实与刑法规范相对接,从而形成刑事判决。如果某一行为确定在刑法上找不到对应的条款,则只能作出无罪处理,不得勉强定罪。

例如,我曾参与研究处理的北京首例网络裸聊案:

这个案子的被告人在小区家中凭密码登录他人建立的网络聊天室,以临时管理员的身份主持聊天室,负责“开门、关门”,即控制他人进入聊天室,将陌生人和进入聊天室不脱衣服的人“踢”出去。在其主持聊天室期间,先后有男、女 19 人进出该聊天室。其间,被告人与多名男、女在聊天室暴露生殖器、乳房和进行手淫,并有一对男女性交,供进入该聊天室的聊天者相互观看。案发后,检察机关以被告人犯聚众淫乱罪向法院提起公诉。

在案件一审期间,法院系统内部组织了研究论证,大家一致认为,刑法规定的“聚众淫乱”一般指发生在现实生活中的群奸群宿,其中的“淫乱”应当是指多人同时发生性关系。而被告人和其他涉案人员的不当性行为,只是在虚拟网络空间中进行,不具有同一时空性。这些人未能实际相聚,客观上未能实施“群宿群奸”

---

〔1〕 张明楷:《如何使案件事实与构成要件相对应》,载《人民法院报》2007年6月26日,第6版。

所要求的实行行为,也就不符合聚众淫乱罪的构成要件。我们将观点与检察机关交流后,他们表示接受,后对案件作了撤诉处理。〔1〕

在研究过程中,我们不仅对案件进行形式判断,同时也作了实质判断。我们知道,人类社会的发展,使人们产生了性的羞耻感情,形成了性行为的非公开化原则。性的羞耻感情对人类的性行为所起的积极作用是,使普通人在内心中形成了一种正常的性行为观念,这种性行为观念对约束人们的性行为、维护正常的性行为秩序起着重要作用。聚众淫乱活动,使人类的各种性行为(包括正常的与变态的)公开化,因而完全违背了人类的性的羞耻感情,损害了人们正常的性行为观念,破坏了社会的良风美俗。从其社会危害性的实质看,聚众淫乱行为入罪,应当具有一定的公开性,成人之间基于同意所秘密实施的性行为,谈不上侵害公众对性的羞耻感情,自然也就不属于刑法规定的聚众淫乱行为。换言之,“只有当三人以上以不特定人或者多数人可能认识到的方式实施淫乱行为时,才宜以本罪论处”。〔2〕

而在本案中,被告人临时主持的视频聊天室,需凭密码进入,聊天室成员相对固定,被告人的任务就是负责“开门、关门”。也就是说,本案应不属于“以不特定人或者多数人可能认识到的方式实施淫乱行为”,故不具备聚众淫乱罪所要求的实质的社会危害性。从贯彻刑法谦抑原则的角度,对此也不宜以聚众淫乱罪论处。通过这个案例可以看出,将实质判断与形式判断结合起来,有助于全面认清案情、理解法律,从而更为准确地作出裁判。

---

〔1〕 于同志:《热点难点案例判解:刑事类·网络犯罪》,法律出版社2008年版,第119~127页。

〔2〕 张明楷:《刑法学》(第2版),法律出版社2003年版,第822页。

### (三) 常见多发型案件

关于这一类案件,我是从《刑法修正案(九)》想到的。2015年立法机关通过的《刑法修正案(九)》算是刑法的一次大修,新增了20个罪名,修改了13个罪名,拓展其适用范围。所以,学界普遍认为,该修正案体现了刑法在新时期的合理扩张。扩张的是什么?主要是一些常见多发的罪名,比如虚假诉讼、考试作弊等。这些行为在过去大都属于行政处罚的对象,为什么现在要入刑处理。这里有几个背景值得关注:

第一,社会转型时期不稳定因素增多需要刑法更多地介入。近些年来西方国家学者提出“风险社会”及“风险刑法”的理论,认为工业革命和现代科技的发展在很大程度上已经颠覆了传统的社会秩序,在从工业社会向后工业社会迈进的过程中,当今世界已经步入了风险社会的时代。为防范风险,主张刑法应扩张以强化民众的安全感,包括将犯罪前置化、法益抽象化、主观要素分离化、扩大犯罪圈等。<sup>[1]</sup>我国目前仍处于社会主义初级阶段,正在从传统的农业社会向工业社会转型的过程中,尚不能完全照搬基于工业社会和后工业社会的“风险社会”理论来解决我国的现实问题。但正处于全面转型时期的我国,所面临的“风险”并不亚于任何一个西方发达国家。我们所面临的“风险”既有农业社会的风险,也有工业社会的风险,还有后工业社会的风险,三种风险的叠加使情况更加复杂。所以,“风险刑法”理论仍有一定借鉴意义。“风险社会”理论强调,刑法的任务应由保护法益转向保护国民的安全感,这就需要刑法更为及时、深入和广泛地介入社会风险的防范和管控,以满足人民群众对国家安全、社会安全、个人安

---

[1] 孙道萃:《风险社会与风险刑法:立场与调试》,载《中国公共安全》(学术版)2011年第2期。

全日益强烈的要求和期待。《刑法修正案(九)》着力完善惩治恐怖主义、网络犯罪等方面的规定,就鲜明地体现了上述考虑。

第二,全面深化改革的推进需要更为稳定有序的社会环境。2013年党的十八届三中全会确立了全面深化改革的战略部署。稳定是全面深化改革的前提,这就要求综合运用包括刑法在内的各种手段,调动司法、立法、行政等各方面力量,为全面深化改革营造稳定社会环境和法治环境。所以,《刑法修正案(九)》从维护国家机关依法履行职责、维护社会公共安全、加强社会治安管理的角度增补了扰乱国家机关工作秩序罪等罪名。

第三,劳动教养废除后的制度空档需要刑法及时补位。2013年12月28日,全国人大常委会通过了《关于废止有关劳动教养法律规定的决定》,在我国存在56年的劳教制度退出历史舞台。劳教制度废除后,其部分适用对象单纯依靠治安处罚措施尚难以有效处理,而有必要纳入刑法规制,故《刑法修正案(九)》将多次抢夺等行为入刑。

第四,公民人权意识的增强需要刑法积极予以回应。人身权是第一人权,历来是人民群众关注的重点。人身权利保障有多种法律渠道,但刑法无疑是其中的最为有力的手段。人身权利的刑法保护,无论如何强调都不过,无论到什么时候都只能加强不能削弱,所以,《刑法修正案(九)》着力完善了虐待罪等罪名。

第五,“厉而不严”的刑法结构需要适时调整完善。储槐植教授曾指出,我国刑法存在结构上的“厉而不严”问题:一是法网不严,不仅整体刑事法网不严密,个别法网(罪状)也不严密,导致该入罪的没有入罪。二是刑罚苛厉,死刑、无期徒刑比重较大。<sup>[1]</sup>目前,我国处于社会转型期,刑事案件较为高发,当务之急是加强

---

[1] 储槐植:《刑事一体化与关系刑法论》,北京大学出版社1997年版,第305~322页。

立法的前瞻性,更好地发挥刑法打击犯罪的作用。所以,在**犯罪化与非犯罪化上**,我们现在的主要问题还是**犯罪化**,比如,对一些新兴经济领域,刑法介入力度尚不到位;一些民众难以容忍的严重道德败坏行为未能及时入刑;对贪腐渎职行为的惩治有待加强等。可以说,在当前及未来一段时间内,我国刑法调整的重点仍应是加强法网的严密性,更加有效地发挥刑法的威慑、警示、引导、教育功能。

尽管学界对刑法立法的犯罪化扩张至今仍有不同认识,但如果回顾中华人民共和国成立以来的刑法立法史,其一直确定无疑地沿着犯罪化的立法方向发展。比如,自1997年全面修订刑法至今20余年间,刑法修改的条文数量就多达179条,其中主要内容都是关于犯罪圈扩张和刑罚量提升的立法。有学者基于我国社会发展的总体目标、社会文明的发展程度、刑法的发展水平等方面考虑,认为在我国建成富强、民主、文明、和谐、美丽的社会主义现代化国家之前,我国刑法立法总体上需要坚持以犯罪化为主的策略。但在此之前,仍可分为两个步骤:一是21世纪30年代以前(未来10年左右),我国仍然要面临大量犯罪化的立法倾向;二是在21世纪30年代至50年代(之后的20年),我国犯罪化的步伐将有所放缓,但仍应以犯罪化为立法的主线。而在我国建成富强、民主、文明、和谐、美丽的社会主义现代化国家之后,我国刑法立法的犯罪化之路将可能发生转向,走向以立法稳定和立法逐步非犯罪化为主的发展方向。<sup>[1]</sup>按照我国社会发展总体规划,在中华人民共和国成立一百年时(2049年)建成富强、民主、文明、和谐、美丽的社会主义现代化国家。这意味着,我国刑法尚有30年的时间进行犯罪化为主的立法。

---

[1] 赵秉志:《当代中国犯罪化的基本方向与步骤——以〈刑法修正案(九)〉为主要视角》,载《东方法学》2018年第1期。

刑法是社会治理的重要手段。刑法扩张意味着刑罚手段越来越多地运用于对各类违法行为的惩治,它在一定程度上体现了我国在新时期国家管理和社会治理模式的改变,可能促使刑事司法在理念、观念、政策等方面的调整,同时也可能给实际工作带来重要影响。

首先,容易滋生“刑法万能”,对犯罪问题过于依赖刑事打击而忽视综合治理的倾向。

其次,一些案件区分罪与非罪,划清一般违法与刑事犯罪的界限,将变得更加困难。

再次,刑法与其他法律可能出现衔接不畅的问题。比如,《刑法修正案(九)》规定惩治替考等犯罪行为,由于国家考试法尚未出台,仅有教育法、公务员法等法律对国家考试内涵与外延的宏观抽象规定,如何在法律层面明确该罪的适用范围,需要相关行政法规法律法规的配套、支撑。再如,《刑法修正案(九)》规定,以捏造的事实提起民事诉讼,妨害司法秩序或者严重侵害他人合法权益的,将构成犯罪。虚假诉讼入刑,有利于维护司法秩序、保障社会诚信,但也带来了刑事法律与民事法律交叉如何适用的问题等。

复次,如果不能准确适用刑法,可能导致刑事打击面不当扩大。任何违法行为入刑,都要有明确的标准。这个标准不仅需要立法界定,更需要司法明确化,否则就可能导致刑罚的滥用,乃至错用,由此造成不良后果。

最后,轻罪的立法扩容,还可能会导致轻微刑事案件的激增,使得法院刑事审判的案多人少矛盾更加突出等。

针对上述情况,我有以下思考和建议:

### 1. 加强对有关问题的调查研究

刑法扩张,意味着刑事审判将会更为广泛地介入国家管理和社会治理,这是一个非常值得关注的议题。刑法扩张带来一个重要问题,即“犯罪圈”如何合理划定。换言之,应该依据何种标准