

二〇〇九年十月

青岛市优秀律师事务所
山东省优秀律师事务所

走进万桥

万桥律师事务所
WAN QIAO & PARTNERS



目录

法制要闻

[法制日报国庆社论：盛世大国 法治兴邦！](#)
[最高检专家："审查决定逮捕权上提一级"与刑诉法不冲突](#)
[新保险法 10 月 1 日施行 最高院出台司法解释](#)
[旅游饭店行业规范删除 12 点退房规定](#)
[醉驾杀手为何不判死刑判无期 最高法披露定罪量刑缘由](#)

万桥快讯

[香港律政司高级检控官一行访问万桥律师事务所](#)
[万桥所与市法制办合作举办建国六十周年“万桥”法制征文活动](#)
[万桥律师为上市公司山东九发提供法律服务](#)
[万桥律师秋游葡萄节](#)
[万桥律师为海信实业公司股东大会做律师见证](#)

律师风采

[李 华 律师](#)
[周 丽 律师](#)

以案说法

[房屋租赁合同解除，押金应全额返还](#)

理论研讨

[证据开示制度的比较分析](#)
[辩诉交易制度在我国的可行性分析](#)

律师随笔

[一起故意伤害致死案的曲折历程](#)

法制要闻

法制日报国庆社论：盛世大国 法治兴邦！

瑰丽金秋，盛世甲子。今天，伟大的中华人民共和国迎来了 60 华诞。

60 年前，毛泽东向世界庄严宣告“中国人民从此站起来了”；60 年后，一个崛起的大国屹立于世界的东方。

60 年，峥嵘岁月；60 年，春华秋实。中国和中国人民为了中华民族伟大复兴的光荣与梦想，埋头苦干，披荆斩棘，艰难探索，而今，我们终于站在了一个新的历史高度上。

世界说，60 年，中国为世界创造了一个东方奇迹，贡献了一个“中国模式”；中国说，60 年，前无古人的中国特色社会主义建设事业已经找到了正确的发展方向。

2005 年 9 月，中国国家主席胡锦涛在联合国成立 60 周年首脑会议上发表讲话，提出了“和谐世界”的新理念。从那一刻起，世界惊讶地发现，中国正在以其独特的价值观和思想文化体系影响和改变着世界。

中国的自信不仅来自于 60 年建设聚集起来的物质财富，更来自于 60 年发展凝聚起来的精神力量。这种力量首推体现社会主义核心价值观的民族精神，首推以法治文明为基础的政治文明。

盛世大国，法治兴邦。60 年的建设史，同时也是一部新中国法治的发展史，更是依法治国方略的形成史和践行史。

法治，也唯有法治，才是国家长治久安的根本。在中国共产党领导下的，具有中国特色的社会主义法治正成为推动国家民族进步的内在动力。

一、社会主义法治迈出坚实步履

法律承载着一个国家的立国理想，也构筑着一个国家的治国大厦。

1949 年 10 月，新中国的诞生意味着旧法统被彻底打破，同时也意味着从这一刻起，在一片制度的废墟上，中国人民要着手建立一套全新的法律体系。

这种法律体系要充分反映中国的国情、政情与社会现实，要在政治、经济、社会、文化、生活等方方面面体现人民当家作主的地位，要保障人民的权利，实现党、国家和人民的根本利益的统一。

事实上，从那时起一直到现在，60 年来，几代人一直在为这一目标而奋斗，而且还将继续奋斗下去。

60 年新中国法治建设始终都是在党的明确思想指导下进行的，这些伟大的思想既构筑起了中国特色的社会主义理论体系，同时又引领着中国法治的方向。

1949 年 6 月，毛泽东同志在著名的《论人民民主专政》一文中提出的“工人阶级领导的以工农联盟为基础的人民民主专政”成为我国的立国之本，构成了我国宪法的思想基础。

1978 年，邓小平同志在十一届三中全会报告中指出：“为了保障人民民主，必须加强社会主义法制。必须使民主制度化、法律化。”这一思想开辟了中国法治建设的新时代。

1997 年 9 月 12 日，江泽民同志在党的十五大报告中强调：“进一步扩大社会主义民主，健全社会主义法制，依法治国，建设社会主义法治国家。”从此，依法治国作为治国基本方略确立下来。

2007 年，胡锦涛同志在党的十七大报告中提出：“坚持依法治国方略，树立社会主义法治理念，实现国家各项工作的法治化，保障公民合法权益。”至此，在社会主义法治理念指导下的中国特色社会主义法治建设走上了正轨。

二、社会主义法律体系基本形成

1949年新中国成立的时候，中国尚无一部真正意义上的宪法，《共同纲领》起到了临时宪法的作用。

1950年土地法、工会法、婚姻法三部法律的通过使人民在权利上得到了真正的解放。

1954年新中国第一部宪法诞生。她确立了我国的国体、政体以及公民与国家的关系，这些基本制度一直延续至今。

党的十一届三中全会后，立法工作全面提速，截至目前，我国现行有效法律已达229部、行政法规600多件、地方性法规超过8000件。正是这些法律制度为中国政治、经济、社会、文化等各项事业的全面健康、有序发展提供了坚实的制度基础。

而与此同时，中国的立法也从数量时代走向了质量时代。2007年一部物权法聚焦了全国人民的目光，历经13年、8次审议、1万多条意见、100多次座谈会，物权法最终破茧而出。在物权法一次次“闯关失败”的过程中，民主立法、科学立法的基本原则已深入人心。2009年8月27日，十一届全国人大常委会第十次会议审议通过关于修改部分法律的决定，删去法律中关于“投机倒把”、“投机倒把罪”的规定，这一删除体现了中国特色社会主义法律体系的动态性、开放性和自我完善与修正的能力。

2007年，党的十七大报告正式宣告，我国民主法制建设取得新的进步，中国特色社会主义法律体系基本形成。

中国特色社会主义法律体系是新中国60年法治建设的伟大成就，更是推动新中国60年持续发展的巨大动力。

三、中国特色司法制度彰显魅力

徒法不足以自行，制定良好的法律需要司法来实现，评价一个国家司法制度的好坏，关键在于其是否能通过司法活动反映出其法律制度中最核心、最根本的价值。

上世纪50年代，一部脍炙人口的电影《刘巧儿》让人们认识了马锡五及其所代表的审判方式。产生于抗日战争时期陕甘宁边区的马锡五审判方式，因其充分体现了司法的党性、人民性和中国式的矛盾纠纷解决方式而深受广大人民群众推崇，并为新中国60年的司法制度奠定了坚实的思想基础。

改革开放以后，随着法治建设进程的加快和依法治国方略的确立，中国的司法制度也在完善与创新中不断地汲取着人类法治文明的优秀成果。程序正义原则在司法活动中得到强化，司法的专业性、法官的中立性，以及司法权力的相互制约与相互配合等现代法治原则受到了更多的重视。

经过了60年的制度建设与精神洗礼，电视剧《苍天》的热播再次把马锡五审判方式推到人们面前。蓦然回首，人们发现：时光变迁，大浪淘沙退去的不过是形式的喧嚣与岁月的浮华，留下的却是中国特色和司法为民这一60年始终不变的中国司法之魂。

法律制度作为一种文化现象，始终根植于一个民族的历史之中，其源泉是民族普遍的信念、习惯和共同意识。五千年的东方文明，60年的社会主义建设，构成了独有的中国特色。在这个特殊的地域和政治空间中进行司法制度改革与建设既需要有来自于传统文化、又超越于传统文化的制度智慧，更要有凝聚高度共识的制度力量。

周永康同志在全国政法系统学习贯彻党的十七大精神和胡锦涛总书记重要讲话专题研讨班开班式上指出：“中国特色社会主义司法制度是以马克思主义法律观为指导，在充分考虑我国国情，总结我国社会主义司法实践成功经验，积极吸收人类法治文明优秀成果的基础上建立起来的，是人类法治发展史上的伟大创造，具有鲜明的中国特色。”

正是在中国特色这一基本原则的指导下，中国的司法体制和工作机制改革正在稳步推进。在司法制度本质上，坚持党的领导、人民当家作主、依法治国的有机统一；在司法权来源上坚持来自于人民、属于人民；在权力的配置上坚持侦查权、检察权、审判权、执行权相互制约又相互配合；在权力的行使上坚持司法机关既独立行使职权，又自觉接受党和人民的

监督等等。

经过 60 年的法治建设我们已经形成了一套完备、科学的中国式司法理论和司法制度体系。

四、依法行政推动行政权力革命

60 年，中国的经济体制走过了一个从计划经济向社会主义市场经济转轨的过程，与之相伴的是中国的行政体制从“全能政府”走向了“有限政府”。这个过程，对市场和社会而言，是一个不断扩大效能、不断发挥作用的过程；对政府和行政权力而言，则是一个不断放权、不断自我约束的过程。两者的交互作用，使权利与权力逐渐达到最有利于社会发展的平衡点。

推动这场权力革命的力量来自上下两方面：一方面权力的自我意识导致权力的自我革命，继 1999 年的《关于全面推进依法行政的决定》之后，2004 年，国务院又颁布了《全面推进依法行政实施纲要》，明确要求行政管理应当遵循合法行政、合理行政、程序正当、高效便民、诚实守信、权责统一六个基本要求；另一方面公民的权利意识也在倒逼政府依法行政意识的提升，继中国行政诉讼第一人——包郑照之后，越来越多的公民把行政诉讼作为权利实现的有效途径，如今，民告官早已不再是新闻。

而支持这场权力革命的力量来自日趋完善的行政法治体系。继行政诉讼法之后，国家赔偿法、行政处罚法、行政复议法、立法法、行政许可法、公务员法、政府信息公开条例等一系列对于规范行政权力具有重大影响的法律相继出台，一个完备科学的行政法律制度体系已经形成。

而人民法院依法审理行政案件，有效地促进了政府经济调节、市场监管、社会管理、公共服务职能作用的发挥，不断推动着政府职能和管理方式的转变。

五、中国调解享誉“东方一枝花”

“法治不是人类社会最好的选择，但却是最不坏的选择”。这是对法治的肯定，同时也是对法律功能有限性的反思。在法律适用的过程中法理与情理、定分与止争的困惑非中国独有，西方法治国家同样存在。

事实上，人们在司法实践的过程中对法律修复社会关系的功能寄予了更多的期待。

调解作为一种非诉的争端解决方式，根植于中国的传统文化，重在情理交融，以理服人，因此，有利于弥合因纠纷而破损的社会关系，有利于形成和谐的社会秩序，而这恰好是法律所追求的最终社会效果。

在新中国 60 年的法治建设中，调解与审判相结合既弥补了法律功能的不足，又形成了一套具有中国特色的纠纷解决机制，被西方学者誉为“东方之花”。

一方面，人民调解作为一套独立的制度设计，受案数量不断攀升，受案范围不断扩大，调解员队伍素质明显提高，调解协议书的法律效力也将随着人民调解立法的出台而提升；另一方面，行政调解、司法调解与人民调解相结合，打造“大调解”体系。事实上，近年来，积极发挥调解的作用，达到定分止争、案结事了的目的，已经成为我国法院工作的一项重要内容。

毫无疑问，60 年来，调解这枝瑰丽的“东方之花”，已经从民间智慧层面上升到了国家法律制度层面，融入了中国特色社会主义法律体系，并在实践中发挥着构筑和谐稳定社会环境的积极作用。

六、普法推动法治精神深入人心

毋庸讳言，中国是一个缺少法治传统的国家，而一个现代化强国其内在的精神必然是民主与法治的精神，其内心的信仰必然是对法律与制度的信仰。惟其如此，一个国家的发展才能获得持久的精神动力。

1979 年，中国在经历了 10 年浩劫之后，邓小平同志高屋建瓴地指出，还是要讲法制，

讲法制靠得住些；要开展法制宣传教育活动，把法律交给十亿人民。“把法律交给十亿人民”，正是这句话为中国声势浩大的全民普法活动奠定了思想的基础。1986年一五普法正式展开，此后以5年为单位，中国的普法活动一直推进到今天。

这是一场全民的普法，上至中央领导，下至普通百姓，每个人都在经历着法治的洗礼。1994年12月9日，在中南海怀仁堂举办了中央政治局第一堂法制课，此后，中央政治局集体学法形成了一种惯例，保持了下来。法律进中南海，为全民，特别是领导干部做出了榜样。

如今，23年过去了，回望这场人类历史上最大规模的普法活动，我们发现实际上它正在重新塑造着国民的心灵。如果说，最初的普法是国家对百姓进行法律知识的普及和权利意识的启蒙的话，那么今天的普法已经变成了一场民族法治意识和法治精神的提升。公民责任与权利义务对等原则，诚实守信与契约精神，社会主义法治理念，这些都是五五普法的核心内容，从中我们看到，法律的实用主义已为一种法治化的生活态度和价值判断所替代。

当我们看到越来越多的志愿者承担起社会责任，当我们看到不断成长与壮大的公民社会，我们不能不承认普法改变了民族精神，升华了民族精神。而这一个民族赢得更广阔的发展空间的支撑。

七、社会主义法治理念逐渐成熟

60年，中国完成了一次社会主义法治的伟大探索与实践。而这种探索与实践的升华就是将其变为一种理论思想的指导。

从无法可依到中国特色社会主义法律体系的基本形成；从学习借鉴西方成功的司法经验到中国特色司法制度得到广泛的社会共识；从公权力的自我革命到私权利的真正解放；从人治传统的根深蒂固到法治精神的深入人心。在60年法治实践过程中，社会主义法治理念正在逐渐成熟。

2002年12月4日，胡锦涛同志在纪念八二宪法公布施行二十周年大会上讲话指出：“党的领导是人民当家作主和依法治国的根本保证，人民当家作主是社会主义民主政治的本质要求，依法治国是党领导人民治理国家的基本方略。”这一阐述是对当代中国法治思想的高度概括。此后，具有中国特色的社会主义法治理念研究与实践活动开始逐步系统化。

2007年，党的十七大报告再一次提出树立社会主义法治理念。此时，社会主义法治理念已被提升到了一个新的高度，成为中国特色社会主义理论体系的一个重要组成部分。

社会主义法治理念是依法治国、执法为民、公平正义、服务大局、党的领导五个方面的有机统一；是作为全人类精神财富的法治思想与中国自主发展模式的有机结合；是从当代中国国情和现代化建设实践出发，不断探索和总结经验教训所形成的法治理论观念；是马克思主义法律观中国化的最新成果。

反观历史，社会主义法治理念是对新中国60年法治实践的理论总结；展望未来，社会主义法治理念是中国法治建设的行动指南。

经过了60年的探索与实践，中国法治建设已经走到了一个新的拐点：与人民切身利益直接相关的民生立法亟须加强；司法改革要向体制深度试水；依法行政面临诸多的现实难题；民主政治需要不断扩大，公民权利需要充分落实；社会保障需要进一步完善。而所有这些都需要在社会主义法治理念的指导下完成。

雄关漫道真如铁，而今迈步从头越。在一个国家发展的历史长河中，永远没有“停止”这个概念，光荣属于过去，只有梦想才能照亮未来。

盛世大国，法治兴邦。今天，我们为共和国一段辉煌的历史作结；明天，中国将展开更加灿烂的一页。

来源：法制网——法制日报

最高检专家:"审查决定逮捕权上提一级"与刑诉法不冲突

法制网记者 吴晓锋

最高人民检察院颁布《关于省级以下人民检察院立案侦查的案件由上一级人民检察院审查决定逮捕的规定(试行)》(以下简称《规定》)后,引起了各方面的广泛关注和讨论。

被遵循了十几年的惯例,就这样被最高检以司法解释的形式打破,这是否超越了权限?是否有损法律的权威性?将遇到的难题和以后的前景怎样?《法制日报周末》采访最高人民检察院检察理论研究所副所长谢鹏程博士。

我国逮捕程序的重大改革

《法制日报周末》:最高检颁布《规定》后,引起了各方面的关注。您认为这项改革的主要意义是什么?

谢鹏程:检察机关直接立案侦查案件的审查决定逮捕权上提一级是我国逮捕程序的重大改革,其意义主要有三个层面:一是规范职务犯罪侦查工作,加强侦查程序中的人权保障机制;二是优化检察权的配置,加强对检察权运行的监督制约;三是推进检察工作一体化,保障检察机关依法独立公正行使职权。

司法解释是否超越了权限?

《法制日报周末》:《规定》的内容与《刑事诉讼法》的有关条款是否有冲突?最高检的司法解释是否超越了权限?

谢鹏程:《刑事诉讼法》对公安机关提请检察机关批准逮捕的程序作了比较详细的规定,但是,对检察机关直接受理案件的审查决定逮捕程序,仅作了简单的规定,没有明确限定人民检察院直接受理案件由本院审查决定逮捕。

因此,《规定》与《刑事诉讼法》没有发生直接的冲突,也不存在司法解释超越权限的问题。这些年来,全国检察机关执行的审查决定逮捕程序实际上是最高检《人民检察院刑事诉讼规则》第109至119条的规定。《规定》的颁布和执行实质上是改革了《人民检察院刑事诉讼规则》的有关规定,而这两者都是最高检的司法解释,具有同等效力,新司法解释可以修改旧司法解释,并具有优先的效力。

是否损害法律的权威性?

《法制日报周末》:虽然《规定》与《刑事诉讼法》没有直接冲突,但是以往的执法实践已经形成了惯例,不经过全国人大立法,就改变这样普遍遵循了十几年的惯例,是否符合法治精神?是否损害法律的权威性?

谢鹏程:法治的精神是限制公权力,保障私权利。实行审查决定逮捕权上提一级,是对下级检察机关决定逮捕权的限制或者取消,客观上加强了对检察权运行的监督和制约,有利于保障犯罪嫌疑人的人权,同时,没有任何限制或者剥夺犯罪嫌疑人权利的因素或者成份。

这样的改革不但不违背法治的精神,反而可以视为我国法治进步的标志性事件。《规定》只是更新或者修改了《人民检察院刑事诉讼规则》的有关条款,并没有违反《刑事诉讼法》,因而不会损害法律权威。

检察一体与检察独立

《法制日报周末》:审查决定逮捕权上提一级是否符合检察制度的基本原理?

谢鹏程:检察一体是检察权行使的基本原则,也是检察制度的一项基本原理。按照检察一体的原则和原理,上级人民检察院对下级人民检察院享有领导权、事务调取权、职务替代权等。

上级人民检察院可以撤销或者变更下级人民检察院的决定,下级人民检察院必须执行上级人民检察院的决定;上级人民检察院认为必要时,可以处理下级人民检察院管辖的案件,

也可以将自己管辖的案件交由下级人民检察院办理，上级人民检察院可以指定下级人民检察院将案件移送其他下级人民检察院办理。

《法制日报周末》：按照检察一体原则，职务替代是一种临时措施。审查决定逮捕权上提一级不是一项临时性的措施，而是一项要长期执行的规则。把必要时的上提一级转变为常规的上提一级是否有可能产生一些消极后果？

谢鹏程：检察一体原则是检察系统内部一致性和全国检察职能统一性的反映。检察一体也是以各级人民检察院依法独立行使检察权为基础的。

在一定意义上说，检察一体与检察独立的对立统一是检察制度的重要特点。这两者之间的合理安排或者平衡是判断一项权力应当由上级院还是下级院行使的主要标准。

长期以来，检察机关直接受理案件的决定逮捕权由本院行使，有其便利性，也存在较多弊端，譬如，检察长为了侦破案件，可能对不符合逮捕条件的犯罪嫌疑人决定逮捕，以捕代侦，使逮捕权与侦查权之间应有的监督制约关系大大削弱，不利于人权保障，不利于提高侦查工作水平。

把审查决定逮捕权上提一级就可以比较好地解决这个问题。这说明审查决定逮捕权上提一级是优化检察权在检察系统内部配置的一项重要改革。通过司法解释把这项措施固定下来、规范起来，不仅加强了检察工作一体化，而且完善了诉讼程序和检察制度。

执行中的问题和困难

《法制日报周末》：您认为在执行《规定》的过程中，地方检察机关主要会遇到什么问题 and 困难？

谢鹏程：这项改革方案在检察系统酝酿了多年。据我所知，在 2003 年高检院司法改革研究起草小组就讨论过这个方案，当时未通过这个方案的主要原因就是中西部地区的交通和通讯条件有限，局域网不健全，难以在法定时间内完成审查逮捕工作。现在这个问题得到了缓解，但是并没有完全解决。具体来说，一是办案时间紧，二是办案成本高。

对于前者，我们可以通过局域网、调取全程录音录像资料、委托讯问等，加强上下级院之间的衔接机制，努力做到法律的要求。要根本性解决这个问题，还有待刑事诉讼法有关条款的立法完善，譬如适当延长有关环节的办案时间，赋予检察机关技术侦查权、特殊侦查措施等。对于后者，则需要加强财政上的保障。现在还没有办法准确地测算有关费用的增长幅度，经过一段时间的实行后，就可以作出科学的判断。

《刑事诉讼法》有关条款的立法完善

《法制日报周末》：您刚才提及《刑事诉讼法》有关条款的立法完善问题，是否意味着这项改革还期待着国家立法，或者说，这项改革与未来的刑事诉讼立法有什么关系？

谢鹏程：我前面讲，这项改革不违反刑事诉讼法，具有必要的法理根据，但是，我并没有否定它与未来刑事诉讼立法的关系，相反地，它与未来刑事诉讼立法具有十分密切的关系。

具体来说，一方面，审查决定逮捕权上提一级的改革是一项限制检察权、保障人权的措施，如果在检察实践中证明是行之有效的制度，就需要通过国家立法加以法律化和完善。在这个意义上，检察机关的改革将为国家立法提供方案、积累经验。另一方面，在刑事诉讼法未作修改的情况下，检察机关推行这项改革客观上是有一定难度的，这些问题最终还是需要国家立法，作出合理的程序安排来解决。

总之，检察机关实行审查决定逮捕权上提一级，是一项有益于保障人权和保障检察权正确行使的改革，也是有益于完善审查决定逮捕程序和规范审查决定逮捕工作的改革。

来源：法制网——《法制日报周末》报

新保险法 10 月 1 日施行 最高院出台司法解释

法制网北京 9 月 23 日讯 记者王斗斗 今年 2 月，十一届全国人大常委会第七次会议修订的《中华人民共和国保险法》将于 2009 年 10 月 1 日起施行。此次修订，从篇章结构到具体条文，修订的幅度都比较大。为解决新、旧法衔接问题，规范保险合同纠纷案件审理，切实维护当事人的合法权益，最高人民法院今天公布了《关于适用〈中华人民共和国保险法〉若干问题的解释(一)》。

最高人民法院相关负责人对司法解释出台的目的进行了说明，“新修订的保险法进一步加强了对投保人和被保险人权益的保护，广大群众非常关心在新修订的保险法施行前签订的合同能否受到保护。修订的保险法施行后，人民法院将面临许多保险纠纷案件审理中具体适用法律的问题。因此，有必要对人民法院在审理保险合同纠纷案件中如何适用新修订的保险法作出规定，以统一司法裁判标准。”

司法解释规定，保险法施行后成立的保险合同发生的纠纷，适用保险法的规定。保险法施行前成立的保险合同发生的纠纷，除本解释另有规定外，适用当时的法律规定；当时的法律没有规定的，参照适用保险法的有关规定。

该司法解释自 2009 年 10 月 1 日起施行。

来源：法制网——法制日报

旅游饭店行业规范删除 12 点退房规定

据北京晨报报道，宾馆饭店业“12 点退房”的行规近日“寿终正寝”，正式退出全国旅游饭店业行规，更换的条款未对收费时间点作明确限制，仅要求明示。该行规此前被北京市消费者协会点评为排除竞争、损害消费者权益的规则。而制定行规的行业协会一度称其为“国际惯例”，不可更改。

记者日前发现，中国旅游饭店业协会最新公布的《中国旅游饭店行业规范》(中国旅游饭店业协会 2009 年 8 月修订版)中，已经删去了“12 点退房，超过 12 点加收半天房费，超过 18 点加收 1 天房费”的规定。

取而代之的第三章第十条为：“饭店应在前厅显著位置明示客房价格和住宿时间结算方法，或者确认已将上述信息用适当方式告知客人。”

中国旅游饭店业协会 2002 年制定的《中国旅游饭店行业规范》中，第三章第十条规定：饭店客房收费以“间/夜”为计算单位(钟点房除外)。按客人住一“间/夜”，计收一天房费；次日 12 时以后、18 时以前办理退房手续者，饭店可以加收半天房费；次日 18 时以后退房者，饭店可以加收一天房费。

北京市消协负责人昨天接受记者采访时表示，“12 点结账”行规的要害，一是破坏竞争秩序。所有饭店都执行“12 点结账”，企业之间的服务没有竞争，限制了企业的竞争活力。二是侵害经营者经营自主权。几点结账、提供什么样的服务措施，如何为消费者提供多样化的人性化服务以及制定服务价格是企业的经营自主权，行业规范无权进行干预和限制。三是损害消费者权益。如果所有饭店都执行“12 点结账”的行规，消费者无法选择，侵害了消费者的自主选择权和公平交易权。

北京市消协负责人呼吁，通过此行规的破除，应进一步开拓视野，认真审视与广大消费者权益密切相关的其他各种行业规定，是不是存在类似的问题。

律师：赞成放开多样化计价

“千呼万唤，总算改了，很是欣慰。”长期关注酒店业 12 点结账行规问题的北京市汇佳

律师事务所邱宝昌律师昨天感慨。他认为，这一改变是在消费者保护组织、政府的督促下，行业迈出的可喜一步。

对于新条款只规定饭店应明示房价和住宿时间结算方法，未明确规定该几点结账，邱宝昌持赞同态度，“不限定更好，各个饭店不能统一。”他认为，宾馆饭店有了自主权，计费方式多样化，消费者的选择也多样化了。

他举例，修改了条款后，酒店可以选择下午两点结账，可以按半天计费，也可以按小时收费。前提是，宾馆饭店须公示价格和计费方式，明确告知消费者，使其有选择权。

“酒店业收费时间自主，价格竞争将呈现公平、活跃的局面，整个行业会有根本改观。”邱宝昌说。

酒店业者：延迟退房影响利润

曾经在一家星级酒店担任大堂经理的齐先生认为，延迟到下午两点退房在业内已经约定俗成，只要在没有客人等待入住的情况下，酒店都可以接受。酒店做的是夜间生意，因为对消费者来说，休息时间是晚上，所以中午 12 点就得退房。酒店之所以不愿意延迟退房是因为会影响利润，尤其是在入住高峰期以及旅游旺季的时候，前面的客人不退房，后面的客人就没办法入住。

消费者：担心退房时间混乱

代理了一家国外服装品牌的朱女士平时经常需要安排客户住酒店，因为往往是招待客人午餐后才让对方离开，所以客人一般都得等到下午两点左右离开，而朱女士也不好意思因为要加房钱就让客户背着行李去吃饭，“为了多出来的这两个小时，我们公司不得不多付半天房费，日积月累，这笔开销也不小。”听说 12 点退房行规取消的事，朱女士半信半疑：“没有了统一规定那不得更乱啊？”

记者调查

8 家五星级酒店均难延时退房

记者昨日随机调查了京城 8 家五星级酒店的退房时间。对于下午三四点退房的要求，8 家酒店都表示做不到。其中，北京饭店、长城饭店最晚可免费延迟到下午 1 点，昆仑饭店、中国大饭店、嘉里中心饭店、凯宾斯基饭店、东方君悦大酒店、北京国际饭店都表示最迟可以免费延到下午两点退房，而多家饭店允许 VIP 客人免费延迟到下午 4 点，不过前提是，“您住的房间没有预抵客人才有可能申请延时。”嘉里中心饭店总机工作人员表示。

各饭店对于延迟退房加收房费的时间也有差异，大部分都是下午 6 点前退房加收半天房费，而凯宾斯基饭店则从下午 4 点开始，东方君悦大酒店的开始时间是下午 3 点。但所有酒店都提供免费寄存行李的服务，客人如果必须延迟离店，可以退房后把行李寄存在酒店。

新闻背景

一条“国际惯例”如何退出历史舞台

宾馆饭店“12 点结账”行规从引发争议到最终从行业规范中删除，经过了近两年的博弈。

2008 年奥运会前 部分消费者向市消协反映，宾馆饭店普遍施行的“12 点结账”非常不方便，“我们得拎着行李吃饭”。

去年 3 月 30 日 北京市消协组织部分专家、宾馆饭店负责人赴延庆调研。

去年 4 月 北京市消协与中国旅游饭店业协会反映商讨“12 点结账”行规问题，要求企业改正。中国旅游饭店业协会认为该行规是国际惯例，不可能变更。有关主管部门也认为这是国际通行做法，不可能改变，予以拒绝。

去年 4 月 28 日 北京市消协委托本报刊发倡议书——呼吁饭店行业在遵守合同约定的原则下，将中午结账时间延迟。

去年 5 月 27 日 北京市消协和中国旅游饭店业协会、北京市旅游饭店的主管部门进行第二次商谈。协会表示，作为国际惯例，该行规在北京奥运会之前不可能改变。

去年6月16日 北京密云71家宾馆饭店同意延迟到14点结账。19日，延庆84家宾馆饭店同意延迟到14点结账。此后，全国许多地方的宾馆饭店跟进延时结账。

去年7月9日 国家发改委价格司注意到“12点结账”行规成为社会热点，前来北京市消协调研。

今年3月18日 北京市消协、市消费者权益保护法学会、中国人民大学民商事法律科学研究中心召开“商业惯例与法律规范理论研讨会”，从法律层面释解此行规对市场竞争秩序产生的不良影响和对消费者权益的侵害，并将研讨论文送交相关部门。

今年5月6日 北京市消协与中国旅游饭店业协会再次会谈，双方初步达成一致意见。中国旅游饭店业协会表示将对行业规范进行修改。

今年8月 中国旅游饭店业协会发布《中国旅游饭店行业规范》(中国旅游饭店业协会2009年8月修订版)。“12点结账”行规终于走到尽头。

来源：新华网综合

醉驾杀手为何不判死刑判无期 最高法披露定罪量刑缘由

两起醉驾案件审理统一裁判标准

法制网记者 王斗斗 张亮

一个在广东，一个在四川。

就在今天上午，两地的省高院几乎同时对两起醉酒驾车案作出终审判决，分别以以危险方法危害公共安全罪，判处被告人黎景全和被告人孙伟铭无期徒刑，剥夺政治权利终身。

为何判无期徒刑而不是社会舆论所认为的死刑？是不是因为被告人花钱赔偿就能免于死？何种醉酒驾车构成以危险方法危害公共安全罪？何种属于交通肇事罪？最高人民法院有关负责人今天对记者详解了其中缘由。

均具危害公共安全故意

我国刑法规定，醉酒的人犯罪，应当负刑事责任。最高人民法院审判委员会专职委员黄尔梅解释说，行为人明知饮酒驾车违法、醉酒驾车会危害公共安全，却无视法律、醉酒驾车，特别是在肇事后继续驾车冲撞，造成重大伤亡，说明行为人主观上对持续发生的危害结果持放任态度，具有危害公共安全的故意。对此类醉酒驾车造成重大伤亡的，按以危险方法危害公共安全罪定罪符合刑法规定。

据悉，最高人民法院在醉酒驾车肇事造成重大伤亡的处罚问题上，专门征求了专家、学者和中央有关部门的意见，大家基本上形成共识，认为必须依法严惩。

黄尔梅说，被告人黎景全和被告人孙伟铭都是在严重醉酒状态下驾车肇事，连续冲撞，造成重大伤亡。其中，黎景全驾车肇事后，不顾伤者及劝阻他的众多村民的安危，继续驾车行驶，致2人死亡，1人轻伤；孙伟铭长期无证驾驶，多次违反交通法规，在醉酒驾车与其他车辆追尾后，为逃逸继续驾车超限速行驶，先后与4辆正常行驶的轿车相撞，造成4人死亡、1人重伤。

法院审理认为，被告人黎景全和被告人孙伟铭醉酒驾车发生交通事故后，继续驾车冲撞行驶，致多人伤亡的严重后果，其主观上对他人伤亡的危害结果明显持放任态度，具有危害公共安全的故意。两人的行为均已构成以危险方法危害公共安全罪。

均系间接故意犯罪

醉酒驾车放任危害后果的发生，造成重大伤亡，构成以危险方法危害公共安全罪的，按照刑法第一百一十五条第一款的规定，应处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。

但是，具体决定对被告人的量刑时，要综合考虑犯罪情节、伤亡后果和被告人的主观恶性及人身危险性。“在一般情况下，构成本罪造成重大伤亡，属于间接故意犯罪，即行为人不希望、也不追求危害后果的发生，因此，其主观恶性和人身危险性与以制造事端为目的而驾车撞人并造成重大伤亡后果的直接故意危害公共安全的犯罪有所区别，在决定具体刑罚时，也就应当有所区别。”黄尔梅说。

同时，行为人醉酒驾车，对自己行为的辨认和控制能力有所减弱，量刑时也需要酌情考量。

今天公布的被告人黎景全和被告人孙伟铭醉酒驾车犯罪案件，依法没有适用死刑，广东省高级人民法院和四川省高级人民法院在决定两被告人刑罚时主要考虑到，两人均系间接故意犯罪，与直接故意犯罪相比，主观恶性不是很深，人身危险性不是很大；犯罪时被告人驾驶车辆的控制能力有所减弱；归案后认罪、悔罪态度较好，积极赔偿被害方的经济损失，一定程度上获得被害方的谅解，依法可以从轻处罚。

“我们认为，广东高院和四川高院对两被告人的量刑是适当的。”黄尔梅说。

改判不属花钱买刑

在刑事审判中，被告人赔偿受害人损失后被轻判，是不是花钱买刑？在四川孙伟铭案中，被告人孙伟铭一审被判处死刑，在二审期间，孙伟铭之父与被害方达成了民事赔偿协议，并积极筹款赔偿了被害方的损失，在一定程度上获得了被告方的谅解，从而被法院酌情从轻处罚。

对此，最高人民法院刑五庭庭长高贵君解释说，按照我国刑法，死刑只适用于那些罪行极其严重的犯罪分子。孙伟铭之所以没有被判处死刑，是人民法院综合考量其主观恶性、人身危险性和危害后果后作出的判决。

孙伟铭在主观上是间接故意，要与直接故意犯罪有所区分；在人身危险性上，醉酒后，当事人对自己行为的辨认和控制力有所减弱；在案发后，孙伟铭认罪悔罪态度较好，其家属积极赔偿，在一定程度上取得了被害方的谅解。

综合以上因素，孙伟铭不属于我国刑法规定的应该适用死刑的犯罪分子。至于其积极赔偿，在一定程度上减轻了犯罪行为所造成的危害，依法可酌情从轻处罚。

高贵君特别强调，对于那些罪行极其严重的犯罪分子，即使其赔偿了被害方的损失，也要依法处以死刑。因此，在孙伟铭案的判决上不存在所谓的花钱买刑。

黄尔梅认为，醉酒驾车行为人应依法赔偿由于其犯罪行为而使被害方遭受的经济损失。行为人赔偿被害方的经济损失不影响追究其刑事责任。但行为人认罪、悔罪，积极赔偿被害方经济损失，并因此得到被害方谅解的，在一定程度上减轻了犯罪行为所造成的危害，依法可酌情从轻处罚。

法制网北京9月8日讯

来源：法制网——法制日报

万桥快讯

香港律政司高级检控官一行访问万桥律师事务所

8月6日上午，香港律政司高级检控官陈詠娴女士、陈凤珊女士拜访山东万桥律师事务所，万桥律师所合伙人会议主席李勇、文康律师所主任李明均，华政律师所主任李嘉奎及部分律师代表参加了会见。

香港高级检控官陈詠娴女士、陈凤珊女士重点介绍了香港刑事法律制度，访问期间，两位香港检控官与青岛律师就两地刑事法律制度进行了探讨，并对未来两地法律事务合作进行了深入交流。

万桥所与市法制办合作举办建国六十周年“万桥”法制征文活动

近日，为了迎接新中国成立60周年，展示我市政府法制工作成就和政府法制人风采，经青岛市经济行政法研究会和青岛市政府法制研究中心决定，山东万桥律师事务所与青岛市法制办合作举办建国六十周年“万桥”法制征文活动。

万桥律师为上市公司山东九发提供法律服务

8月14日，山东万桥律师事务所周丽、戴兴利律师，受聘为山东九发食用菌股份有限公司提供法律服务。并对2009年第二次临时股东大会进行了现场见证，根据有关法律法规的要求，出具了《法律意见书》。

万桥律师秋游葡萄节

2009年9月13日，万桥所律师及家属一行40余人前往惜福镇葡萄节，在那儿度过了一个快乐的周末。

上午，出游的队员们怀着愉悦的心情在所里集合后乘坐旅游大巴前往惜福镇宫家村的一个葡萄示范园区，那里有一场期待已久的欢乐盛宴。坐在葡萄架下，吃着新鲜甜美的葡萄，一起聊天、玩牌、摘葡萄、逗弄小朋友，空气是清新的，心情更是舒畅的。饕餮一番之后，大伙结伴攀登毛公山，山不高，但也很有特色，山上的音响放着红歌，伴随着我们一路上上山下山。树绿草青，曲径通幽，队员们或驻足瞭望，或丛林觅奇，或登高一啸，或拍照留念，既健身又自得其乐。

中午在风景宜人的崂山水库附近吃农家宴，顺便采摘成熟的大枣，最是乐坏了同行的那些小队员，一个个玩得不亦乐乎。

快乐，像一首悦耳的歌，大伙一起听过，欣然忘我。

万桥律师为海信实业公司股东大会做律师见证

日前，我所律师为青岛海信实业股份有限公司年度股东大会进行了律师见证。

青岛海信实业股份有限公司是一个以大型零售商业（海信广场）为龙头，集百货零售、连锁超市、光学眼镜为一体的综合性大型企业，也是我所常年法律服务单位。本次年度股东大会邀请我所段超、聂留胜律师出席并就相关法律事宜进行了见证。

律师风采



李 华 律 师

教育背景：

1994年毕业于中国人民大学法律系，获法学学士学位。

2000年获得大连海事大学法学硕士学位。

主要工作经历：

1994年7月-1998年3月，中国国际贸易促进委员会青岛市分会从事招商引资工作；

1998年4月-2003年3月，青岛文康律师事务所从事专职律师工作；

2003年3月-2006年3月，山东万润律师事务所合伙人；

2006年4月-至今，山东万桥律师事务所合伙人。

主要业绩及业务领域：

主要从事公司、国际投资、国际经贸、房地产等范畴的法律事务，尤其擅长为公司制企业、外商投资企业提供综合性法律咨询服务。执业十年来，办理过数百例经济案件的诉讼仲裁业务，曾全程参与青岛前湾港码头合资项目、唐山港码头合资项目等大型法律服务。现为青岛名都苑房地产开发有限公司、北京和达创建置业有限公司青岛分公司、恒光建材（青岛）有限公司、青岛兴水环保科技工程有限公司等多家政府部门、企事业单位担任常年法律顾问。李华律师以其深厚的法学理论、丰富的实践经验、专业务实的工作态度赢得了客户的充分信任和好评。

主要荣誉：

1998年以来连年被评为青岛市司法系统先进工作者。

2002年被评为青岛市优秀青年律师。

服务理念：

诚信、专业、优质、高效。

律师热线：85906117

E-mail: lihualawyer@126.com



周 丽 律师

教育背景：

中国海洋大学法学院，法学学士

主要工作经历：

1993 年至 1999 年,青岛市海滨风景区管理处,任办公室副主任（主持工作）；

2000 年至 2009 年,山东天润律师事务所 律师；

2009 年至今，山东万桥律师事务所 律师。

主要业绩及业务领域：

周律师具备较强的法律专业知识和丰富的工作经验；熟悉各类公文、法律文书的写作；具有较强的表达和沟通能力；具有较强的判断能力及逻辑分析能力；为人正直、遵纪守法；爱好广泛，乐于与人交往，有较好的团队精神。

在十年的律师执业生涯中，周律师共代理各类民事、商事、金融、房地产、知识产权、劳动争议等案件 300 余件。同时，先后担任过青岛园林集团有限公司、青岛市新兴集团有限公司、青岛康桥商务酒店、青岛市中山公园管理处、青岛市海滨风景区管理处、青岛市固体废弃物有限责任公司等诸家企事业单位的常年法律顾问，为顾问单位解答法律咨询、审查起草经济合同、参加经济谈判。为其完善管理、避免合同风险起到很大作用。

主要荣誉：

两次被青岛市司法局评为青岛市司法系统先进个人。

律师热线：13608986026

E-mail: zhouliqd@yahoo.com.cn

以案说法

房屋租赁合同解除，押金应全额返还

委托人：青岛某投资公司（以下简称委托人）

代理律师：段超 孙心琳

对方当事人：青岛某商贸公司（以下简称对方）

案由：房屋租赁合同纠纷

【案情介绍】

委托人与对方签订房屋租赁合同，欲租赁对方所有的某网点投资餐饮业，租期十年。合同生效后，委托人依约交付了押金，但对方未在合同约定的时间将房屋交付，并经委托人多次催告，对方仍无故拖延交付。因此，委托人决定依据合同约定致函解除合同，并要求对方退还押金。双方就合同是否解除和押金应否退还发生争议。最后，委托人诉至法院，请求退还押金。

【律师办案过程及代理意见】

律师接受委托后，依法代理本案的一审。律师经搜寻证据并详细分析，认为对方违约行为证据确凿，委托人的发函完全符合合同约定的解除条件，因此，合同应当已经解除，对方应按合同约定退还押金。在庭审中，律师发表了以下的代理意见：

一、对方违约事实清楚，证据确凿。

双方签订的《房屋租赁合同》合法有效，依法应当作为衡量对方是否违约的标准。与本案双方诉争事项有关的约定义务为：合同签订同时，委托人支付对方押金；对方从 A 年 5 月 21 日开始办理交接手续。

双方合同于 A 年 4 月 25 日签署，委托人当日即将押金支付给对方，但对方却没有按期将房屋交付给委托人，构成违约。

对此，对方主要的抗辩理由为：其一，委托人违约在先，拒不签署物品清单；其二，对方将房屋、看房人、电话均交给了委托人，委托人违约未"同时装修"；其三，事实上，不是对方不交，而是委托人不接。

代理人认为对方的抗辩明显不成立，理由为：

其一，对方的函件表明，房屋未交的原因在于，对方要求委托人先行签署一份补充合同和物品清单，而非对方所称的仅仅是物品清单。补充合同的内容是什么？对方庭审中予以提交，该补充合同显示，对方要求委托人接收一名自己的员工"XXX"等。对比双方签订的合同，显然这是对方单方增加的要求。据此，妨碍房屋交付的真正原因，并非委托人违约在先，而是对方在合同之外单方提出了新的要求，并以此作为房屋交付的附加条件，对方的抗辩违背事实。至于对方在庭审中讲"补充合同可以不签，不妨碍交接"，但关键是对方当时不是这样的态度，与此相反，当时的情况是"补充合同可以不签，但不能交接"。

其二，就对方提交的物品清单而言，系其单方制作，没有证据证明其已经交付给委托人，事实上也没有交付，因此对方关于委托人拒不签署物品清单的抗辩，也不成立。

其三，对方一方面主张已经连房带人交付给了委托人，另一方面又主张不是其不交而是委托人不接，显然自相矛盾。对方的函件本身表明，因没有满足对方的额外要求，房屋根本就没有交付，至今仍在对方掌控之下。既然如此，对方关于委托人违约没有"同时装修"的指责，就纯属苛责。房屋没交给委托人，委托人如何进行装修？

综上，可以肯定的是房屋未交付的责任全在对方，其构成违约勿容置疑。

二、委托人履行了解除合同的法定手续，双方间的合同依法已经解除。

双方合同第五条约定："合同生效后，任何一方未能履行本合同规定的条款，守约方有权提前解除合同"。据此，双方合同约定了合同解除的条件，对双方均有约束力。

如前所述，对方违约事实清楚、证据确凿，并且其违反的是合同的主要义务，直接影响到合同目的的实现。在此基础上，委托人先行发函督促其尽快纠正，给了其必要、合理的宽限期限，但对方非但未予珍惜，反而无理狡辩，致使委托人彻底丧失了继续合作的信心，不得已才致函解除了合同。

委托人解除本案合同，有合同约定的基础事实，享有合同约定的解除权，并且履行了《合同法》规定的通知手续，故本案合同确实已经依法解除，不存在继续履行问题。

三、对方应返还收取的委托人的押金。

基于对方违约，委托人行使合同解除权而使双方合同已经解除，对方继续占有委托人的押金就当然失去依据，其应予返还。

庭审后，对方多次通过本案主审法官与本律师沟通，同意解除合同但不同意退押金，我方对其和解条件不予认可。

【法院审判】

青岛市某区人民法院基本采纳了律师代理意见，判决支持委托人的诉讼请求，委托人获得全面胜诉。

法庭审理认为，双方签订的租赁合同，是当事人真实意思表示，合法有效。在签约后因内容发生争议实际未履行，双方合同目的未达到，且双方对解除合同均无异议。因而本案合同应予解除，合同解除后，收取的押金已无法律依据，应予返还，因此判决对方返还全部押金。

[办案律师]

段超，中国人民大学法学学士，中国海洋大学硕士研究生，山东万桥律师事务所副主任、合伙人，曾获青岛市优秀青年律师等荣誉称号。擅长建设工程、房地产、合同、金融、公司改制和重组等领域的法律事务处置。

联系方式：85906118

E-mail: dch006@sina.com

孙心琳，南开大学理学学士，青岛大学法学硕士，山东万桥律师事务所执业律师，擅长房地产纠纷、证券业务、经济纠纷、交通肇事、劳动争议等法律事务。

联系方式：15853266969

E-mail: lawssun@163.com

理论研讨

证据开示制度的比较分析

山东万桥律师事务所 汪通

内容摘要：2002 年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》对我国民事诉讼中的证据交换制度作出了规定，它与英美等国的证据开示制度有何联系和区别，本文将通过对英、美、德等国家关于证据开示制度的比较中看出我国制度建设的亟待完善的地方。

关键词：证据开示制度

证据开示，在美国称为 **Discovery**，在英国称为 **Disclosure**，是指在民事诉讼中法院在案件开庭审理之前，双方当事人在法院的监督指导下相互展示、提供各自所掌握的证据资料的制度。对当事人而言，证据开示包含了要求对方提供证据的权利和主动向对方出示证据的义务，因而是当事人收集证据、提供证据的权利义务的有机结合。○1 它与我国目前的证据交换制度是有本质差异的。虽然证据开示制度起源于英国，完善于美国，但不论是英美法系国家还是大陆法系国家，证据开示制度都已经确立并各具特色。我们可以从对英、美、德等国家关于证据开示制度的比较中看出我国制度建设的亟待完善的地方。

一、证据开示的主导机制

美国采用 **Discovery**，意指“发现”，强调在证据的出示过程中，提出证据的相对一方的积极主动性以及其暗指的提出证据一方的消极态度。英国的新民事诉讼规则用“**Disclosure**”取代“**Discovery**”，被认为是合乎英国的司法实践的举动。因为“**Disclosure**”意指“披露”，说明了提出证据一方在证据开示过程中的主动性。英国新的民事诉讼规则虽然有了一定的改变，即文书的开示不再是双方当事人之间自动进行的，而是需要法院签发开示命令，但也与一方向对方提出请求后的提供，即“**Discovery**”不同。尽管有如此差异，两者却都是采用当事人自由主导机制，不需要法官强制作用的参与。与此不同，我国的证据交换制度中起调控作用的是法官，法官是其主导机制。

在我国的《民事诉讼法》中并没有证据开示以及证据交换制度的规定，2002 年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第三部分举证时限与证据交换中第 37 条规定：“经当事人申请，人民法院可以组织当事人在开庭审理前交换证据。人民法院对于证据较多或者复杂疑难的案件，应当组织当事人在答辩期届满后、开庭审理前交换证据。”第 38 条规定证据交换的时间也可以由法院指定。第 39 条则明确指出证据交换应当在审判人员的主持下进行。在证据交换的过程中，审判人员对当事人无异议的事实、证据应当记录在卷；对有异议的证据，按照需要证明的事实分类记录在卷，并记载异议的理由。通过证据交换，确定双方当事人争议的主要问题。

二、证据开示的独立性

对于证据开示程序的独立性，主要是指在证据开示程序中负责管理工作的相关人员的身份等问题。目前，英美法德四国实施法院对证据开示管理职能的是主持审前准备程序的法官，○2 虽然四国对于审前法官的具体职权规定不同，但其将审理中的法官和审前法官区分开来的做法引起了我国学者的普遍关注。

我国的做法在《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》37、38、39 条规定的比较明确，即由审理中的法官负责证据交换。有学者提出，为防止案件审判的先入为主，目前司法实践部门和理论界的主流观点是主张设立单独的庭前法官，以区别与正式庭审的法官。

最高人民法院于 2002 年 7 月 18 日印发的《关于加强法官职业化建设的若干意见》中提出设立"法官助理"辅助审判,笔者认为由法官助理来担当庭前法官不失为符合中国国情的方法之一。这既可解决现阶段庭审法官人手相对不足的问题,又可保证审前准备程序的科学实施。

三, 证据开示的范围

美国证据开示的范围相当宽泛,凡是与案件有关的事项,除享有保密特权的以外,均可作为开示的对象。而英国有"禁止钓大鱼规则"。其证据开示的范围要窄的多,必须限制在诉答文书中提到的问题的范围内,即"诉答文书划定了证据披露的范围",否则,就是"钓大鱼"。○3 这与其诉答机制的不同有关,自 1938 年以来,美国实行通知诉答制度,诉答文书只起通知对方当事人的作用,因此只须简明陈述当事人的诉讼请求或对请求的抗辩即可,而无须陈述支持请求或抗辩的事实和细节。当事人要想了解与案件有关的信息,包括对方的事实主张、证据所在等情况,必须通过其后的证据开示程序。所以要求证据开示的范围相当广泛。而英国 1875 年后实行的是事实诉答机制,诉答文书除了陈述诉讼请求外,还必须记载支持当事人诉讼请求的重要事实,当事人和法院都受诉答文书中载明的事实约束。

对于证据开示的范围中是否应该包括对第三人的强制披露,英国和美国的做法略有不同。美国诉讼外第三人的证据提供义务与当事人没有区别,当事人可以于开庭审理前命令第三人提供庭外证言或提供文书或物证。但在英国,存在"仅仅出庭作证规则"。证据开示通常只限于双方当事人之间进行,而不能针对案外第三人。但有两点例外:一是在人身伤亡损害赔偿案件中,当事人可以通过申请让第三人,如受害者以前的医生披露有关文书;另一种情况是由上议院在 *Norwich Pharmaceutical* 一案中创立的先例。如果第三人不仅仅是证人,而且还无意中混入他人的加害活动中并发挥一定的作用,该第三人虽然不承担责任,但有义务提供全面的信息以披露加害者的身份。英国新的诉讼规则使第三人强制披露义务的范围有所扩大。

四, 证据开示中的强制披露制度

强制披露制度,是指在证据开示过程中,要求当事人主动提供证据,不论是对自己有利的还是不利的。美国 1993 年以前并没有规定强制披露制度,但在 1993 年的改革中,为了加快双方之间有关案件的基本信息的交换以免除因要求提供此类信息而涉及的文书工组,引入了强制披露制度。这一制度因为与其固有的放任自由的民族精神相违背,因此,引起了很多争议和批评。英国的强制披露制度建立的时间比较早,而且各方面的相关环节配合实施的比较好,因此,大家都比较认可。美国也是在仿效英国的做法。

对于我国,《证据规则》在证据交换一部分中并没有区分对提出证据一方的当事人有利还是不利的证据。但在证据的审核认定一部分中,第 75 条规定:有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供,如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人,可以推定该主张成立。

对比我国跟英美国家的不同做法,笔者比较赞同中国的做法。首先,强制披露制度中比较突出的一点是要求当事人提供对自己不利的证据。这是违反人自我保护的本性的。不合乎自然规律和社会规律。在实施过程中也必然会面临很大的阻力。其次,英美国家之所以继续贯彻此一制度,很大方面是得益于其存在的其他配套制度的完善,比如律师制度。比如在英国,律师对法院的责任优先于对当事人的责任,他有责任尽早提醒当事人披露相关文书,并保证诚实披露。如果违反这一规定,法院会要求律师对此承担一定的法律责任。比如,可能被要求承担对方由于其渎职行为而支付的费用。但是,我国缺少这样的律师素质和法制建设,无法保证当事人能够如实主动提交对自己不利的证据,而如果采取了这一制度,意味着放弃了在第一时间内要求当事人提供的其他强制制度的采用,对于诉讼效率的提高影响颇大。再者,我国目前 75 条的规定尽管存在很多破绽,遭到法学家们的严厉抨击,但其立法的主旨还是比较明确的,即充分发挥另一方当事人的主观能动性,作为对持有对自己不利证据的一

方当事人的制约，这是比较合乎人的本性的做法。所以，笔者主张在该条基本精神不变的基础上对其具体的实施办法作出修改。

五，证据开示的方法

美国《联邦民事诉讼规则》规定在开庭审理之前可以使用如下五种方法向对方当事人或诉讼外第三人收集与案件有关的证据和信息：第一，笔录证言，是指一方当事人在进入开庭审理阶段前以口头或者书面方式询问他方当事人或者证人以取得证言的程序，也有人译作庭外证言。这是美国证据开示程序中最重要方法。通常以口头询问证人的方式为主，一般由双方律师协商进行，无须法院许可。第二，质问书，是指一方当事人以书面形式向对方当事人提出的质问。不同于笔录证言的一点是，质问书只适用于当事人之间，不得向诉讼外第三人提出。第三，要求对方当事人或案外第三人提供书证和物证。第四，身体和精神检查。当事人可请求对方当事人或者当事人监护的或在其依法控制下的人进行身体或精神检查。第五，要求对方当事人对某一事实的真实性进行自认。在英国，文书的披露与查阅是最为主要的方式，新的民事诉讼规则设专章予以规定。此外还包括笔录证人证言、证人证言和鉴定报告的交换、对文书材料和事实的自认等方法。

我国的庭前交换证据的形式单一，只是由法官组织当事人相互交换，而且多数情况下当事人各方并不见面。通常的做法是，当事人起诉时按被告和第三人人数提交证据副本，法院送达传票、起诉状副本时也送达证据副本，要求被告和第三人提交答辩时提交证据副本，如开庭前提交的，再由法官送达证据副本给原告，但在司法实践中，被告和第三人通常是在第一次开庭时提交答辩状。这样，当事人相互开示证据的目的并不能达到，但是原告一方对他方开示，反而使当事人在诉讼中的地位不对等。

笔者认为，证据开示的方法是与各国诉讼模式以及诉答制度密切相关的。英美国家实行的是当事人主义的诉讼模式，在证据开示中无须法官的强制参与。而我国的法官对于庭前的程序准备工作仍然意义重大，所以，对于交换证据的方法中所存在的问题，只能通过诉答机制的完善来弥补。注意对双方当事人权利的平等保护。《证据规定》将提交答辩状由一种非义务性的诉讼行为发展为一种义务性的诉讼行为，但它没有规定这一“应当”背后的法律后果。

六，小结

当然，证据开示制度的内容非常广泛，英美国家的对比中肯定还会存在这样那样的区别，这些区别中也有我国可以借鉴的地方。但是，从宏观的角度考虑，证据开示制度作为庭前制度的一部分，它与举证责任制度、证据失权制度、诉答程序以及 ADR 机制都有密切的关系。举证责任制度是证据开示的制度前提，诉答程序是证据开示的程序前提，两者都是为证据开示程序作准备工作的；证据失权制度是其法律上的事后保障措施，ADR 机制是在证据开示的带动下激活的新的制度，因为通过证据开示，双方当事人诉讼中的优劣地位一目了然，通过比较权衡，大多数情况下他们会选择诉讼外和解的方式解决纠纷，而不是继续诉讼。如此，才能真正达到证据开示制度的主旨之一——诉讼效率的提高。据统计，在美国，只有 5% 的案件最后会进入到庭审程序，另外的 95% 都通过和解程序解决了。这才是证据开示制度的最终目的。如果我们只是单纯地引进证据开示，却没有对相关制度的吸收，反而会弄巧成拙。

○1 罗艺方，赖紫宁，《美国民事证据开示制度浅议》，《华南理工大学学报（社会科学版）》2002 年 12 月，第 72 页。

○2 张虹，《欧美民事诉讼庭前证据开示制度评析》，《广东行政学院学报》，2004 年第 1 期，第 51 页。

○3 崔婕《英美两国民事证据开示制度比较及其对我国的启示》，《学术研究》2002 年第 2 期，第 73 页。

○4 同上。

○5 黄松有,《证据开示制度比较研究--兼评我国民事审判实践中的证据开示》,《政法论坛》,2000 年第 5 期,第 112 页。

[作者简介]汪通,烟台大学法学学士,山东万桥律师事务所律师、金融法律事务部主任。曾获“青岛市司法行政系统的先进个人”荣誉称号。擅长建筑施工、房地产、公司、金融等法律事务。

律师热线: 13361208318

E-mail: lsnqd@126.com

辩诉交易制度在我国的可行性分析

山东万桥律师事务所 张鑫

内容摘要：辩诉交易制度在西方国家已经得到了广泛采用，但对于我国是否存在辩诉交易制度以及是否应当引进辩诉交易制度尚存在争议。在我国的刑事诉讼制度正在进行改革的关键时期，有必要对这一问题重新进行深入、细致的探讨，对我国的司法改革提出一些建议。

关键词：辩诉交易 保障人权 程序正义

我国对于辩诉交易制度并无明确的法律规定，理论界和实务界对以这一制度的看法并不一致，因此，有必要通过对辩诉交易这一制度的内涵入手，进行深入研究，对我国刑事诉讼法的改革提出一些建议。

一、辩诉交易的内涵

辩诉交易（Plea bargaining or Plea agreement）是刑事诉讼中的一项重要制度，它是指陪审团在就事实问题作出裁决之前，处于控诉一方的检察官可以在法庭外的任何时间里与代表被告人的辩护律师进行协商，由控方提供比原来指控更轻的罪名指控或者减少控诉罪行，或者允诺向法官提出有利于被告人的量刑建议为条件，换取被告人的有罪答辩。因为控辩双方都争取有利于己的最佳条件，协商谈判的过程就会出现讨价还价的局面，双方都要作出不同程度的让步，因而称之为辩诉交易。

辩诉交易最早起源于19世纪，但一直处于“地下交易”状态，直到1970年，在布郎迪诉美国一案中，美国联邦最高法院正式确认了辩诉交易的合法性。接着在1974年7月修正施行的《联邦刑事诉讼规则》第11条中，对辩诉交易作了明文规定。美国《联邦刑事诉讼规则》第11条e项规定“被告人对被指控的犯罪、或者轻一点的犯罪或者其它相关犯罪作承认有罪答辩……检察官应作下列事项：（A）建议撤销其它指控，或（B）建议法庭判处被告人一定刑罚或者同意不反对被告人请求判处一定的刑罚，或（C）同意对本案判处一定刑罚是适当的处理。此外《联邦量刑改革法》、《联邦刑事豁免法》等均授权检察官对特定范围的案件进行辩诉交易。至此，制度化、法律化的辩诉交易制度在美国联邦和各州得到了广泛采用，在美国司法制度中发挥着不可替代的重要作用。如今，辩诉交易不仅解决了美国90%以上的刑事案件，而且已被众多西方国家吸收进本国的诉讼制度中，并在各自的刑事审判中发挥重要作用。从美国辩诉交易的实践来看，其具有两个鲜明的特点：其一，诉辩交易适用的案件范围很广。不仅适用于轻罪案件，而且还适用于包括一级谋杀罪在内的重大刑事案件。其二，诉辩交易可以进行的期间较长。不仅在起诉之后到开庭审判之前的阶段可以进行，而且在逮捕之后直到审判终结之前的整个过程都可以进行。

二、诉辩交易制度与我国现行相关法律制度的比较

尽管辩诉交易制度在西方国家被广泛应用，但是，这一制度在我国现行的刑事诉讼程序中却没有明文规定，但是对于我国现行法律中是否隐含辩诉交易制度，理论界存有不同的看法，现把争议焦点列出，并一一进行比较。

（一）自首、立功减刑问题

我国现行《刑法》第67条规定：“犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首。对于自首的犯罪分子，可以从轻或者减轻处罚。其中，犯罪较轻的，可以免除处罚”。第68条规定：“犯罪分子有揭发他人犯罪行为，查证属实的，或者提供重要线索，从而得以侦破其他案件等立功表现的，可以从轻或者减轻处罚；有重大立功表现的，可以减轻或者免除处罚”。有学者认为这一制度实际上隐含着辩诉交易制度，是否自首、立功是犯罪嫌疑人或者被告自己的选择，是其本身利益衡量的结果，我国只是提前把这种“交易”的结果以法律明文

规定的方式提前表达出来而已。实际上，最终是否认定为自首或者立功，是基于司法机关单方面的判断，这种选择并非控辩双方协商谈判后被控诉方的选择，是一种对法院实体判决的规定，而并非是对检察机关办理案件过程中的一种程序规定。从这里，可以总结出两点不同：

（1）判断是否构成自首、立功，是法院单方面的职责，并不是双方的互动，即使认为这种判断是在被诉一方事先选择的前提下进行的，那么构成的主体也不同于辩诉交易制度，这一制度要求“交易”的一方必须为检察机关，禁止法官参与这种讨价还价的谈判。（2）自首、立功制度的设立，目的是在实体上为审判机关提供法律的明文规定，而辩诉交易则是一种程序上的规定。由此可以看出，辩诉交易作为刑事诉讼的程序还有工具价值，能够将实体法中规定的刑罚减免措施程序化，从而将以司法机关单方面表示和操作演化成各方共同遵守的行为规则，以诉讼进程的连续性、结果的可预测性或确定性以及自缚性来真正实现刑法的宽容精神。

（二）被告人认罪，法院酌情减轻处罚

最高人民法院、最高人民检察院、司法部 2003 年 3 月 14 日颁布实施的《关于适用普通程序审理“被告人认罪案件”的若干意见（试行）》（以下简称《意见》）中，对“认罪”的程序和“认罪”的确认、“认罪”的法律后果及给予被告人的“优惠”、人民法院对“认罪”案件的审理等做了较为详细的规定，无可否认，意见（试行）在酝酿过程中借鉴了美国的诉辩交易制度的合理成分。根据《意见》的规定，在普通程序简易审过程中，人民法院对自愿认罪的被告人，酌情予以从轻处罚。依据这些规定，再结合《意见（试行）》的其他条款，有关学者认为，轻微的刑事案件，诉辩双方是可以进行交易的。但是，本人认为这样并不意味着诉辩交易制度在我国的推行。《意见（试行）》的程序设计与诉辩交易尚有极大的差距，具体表现在：

（1）《意见（试行）》只是规定了人民法院、人民检察院、被告人及辩护人对于是否适用本意见审理进行磋商及如何决定，而没有规定控辩双方有权就案件的实体问题（定罪量刑）进行交换意见，更不要说可以达成某种协议。（2）适用简易程序审理“被告人认罪案件”，只是对普通程序的某些环节作了简化，如被告人在庭审中可以不再就起诉书指控的犯罪事实进行供述，但不意味着人民法院可以不经开庭审理就径行判决。相反，根据《意见（试行）》第八条的规定，适用该意见审理的案件，应当严格执行刑事诉讼法规定的基本原则和程序，做到事实清楚、证据确实、充分，切实保障被告人的诉讼权利。而在辩诉交易中，审判机关仅仅审查“交易”的程序是否正当，实体问题则由控诉方与被告方协商决定。（3）适用简化了的普通程序审理“被告人认罪案件”，对判决的影响是有限的。对于无法定减轻或者免除处罚情节的案件，法官只能在法定刑幅度内对被告人“酌情予以从轻处罚”，而不得因为被告人认罪而随意减轻刑罚甚至改变为较轻的罪名。

三、我国是否应当引进辩诉交易制度

从以上的分析可以看出，我国并不存在辩诉交易制度，一些学者认为应当引入这一制度，但也有学者提出反对意见，认为我国缺乏辩诉交易运行的制度机制和文化条件，并且，在我国现行法律、政策框架下，引入辩诉交易制度可能导致及其严重的消极后果：（1）辩诉交易与我国宪法相违背，损害国家及公众利益。我国《宪法》规定了检察机关是国家的法律监督机关，它应该保护的是国家和公共利益不受损害，用国家利益和公共利益来与被告人及辩护人进行交易，与《宪法》的原则和精神是相违背的。（2）实行诉辩交易于法无据。我国是大陆法系国家，检察机关是代表国家和社会公共利益对犯罪进行追诉的，没有法律的允许，不能随意处分自己的公诉权，检察官只能在法律规定的职权内行使公诉权。（3）实行诉辩交易缺乏必要监督。目前，在学历层次和执法水平尚没有达到一定高度的情况下，能否正确运用手中的权力，是否能严格执法，能否保证不会将诉辩交易演变为权钱交易尚不可知。但是，从以上分析可以看出，持反对意见的学者并不是反对这一制度本身，更根本的是反对这一制度出现的程序和方式或是违背了我国人民的传统法律意识。从另一个角度上说，即在我国

的相关法律制度健全之后,人民的法律意识进一步改进之后,完全有必要引进辩诉交易制度。诚然,在我国刑事诉讼能否引进辩诉交易制度这一问题上,不仅仅是这种制度本身的好坏优劣问题,而且还涉及到这一制度所赖以存活的法制环境问题,包括人们的文化观念、制度机制和司法人员素质等。因此,我们有必要全面了解辩诉交易制度的价值内涵。

(一) 辩诉交易制度与保障人权

我国刑事诉讼法的目的之一就是惩罚犯罪,保障人权。刑罚只是手段,而不是目的,法律的目的就在于保障人权。辩诉交易中,在犯罪分子承认有罪的情况下,司法机关对其所犯罪行从轻处罚或减少罪名的处罚,国家对犯罪分子的处罚由于犯罪分子的认罪而得以实现,惩罚犯罪的刑法目的得到体现;同时,由于犯罪分子能够认罪,不仅主观上应该具有悔罪的表现,而且其认罪在很大程度上又能够协助检察机关查获相关的其他罪行,此时通过"交易",对其处以一定的刑罚,不仅有利于惩罚犯罪,提高办案的效率,而且更在根本上保障了被告人的利益,体现了保护人权的目。虽然辩诉交易的代价是对犯罪分子的从轻处罚或减少罪名的处罚,但这种代价与诉辩交易所取得的价值来看,这种付出是值得的。

(二) 程序的优先性与实体正义

贝卡利亚曾指出:"诉讼本身应该在最可能短的时间内结束", "惩罚犯罪的刑罚越是迅速和及时,就越是公正和有益"。尽管各国的文化、历史、经济背景不同,但人们对这方面的认识已走向趋同,程序优先性在刑事案件中的地位也日益重要。虽然,在某些情况下,程序优先性与个案的实体公正有冲突之处,但从保障人格尊严、保障参与者处于公平的法律地位,充分发表自己意见的权利来看,保证程序法的优先性,利大于弊。辩诉交易制度,固然会出现某些学者所指出的放纵犯罪、有损于国家法律的尊严等现象,但是从案件结果的满意程度上讲,将是令人欣慰的。从被告人的角度上讲,在有罪答辩的基础上获得了较轻的刑罚或者免除了刑罚,对于被告人开始新的生活,从新做人将是一个极大地鼓励;从被害人的角度上讲,不仅可以使被告人受到国家法律的制裁,而且还能及时地获得赔偿,极大地保护了被害人的利益,不至于使被害人在承受长时期的审判程序之后,还要经历长期索赔的折磨;从审判机关的角度上讲,辩诉交易制度极大地节省了司法资源。有限的司法资源相对于大量存在的犯罪行为而言永远都是有限的,事实上,国家投入的司法资源再多,也无法满足追索犯罪的实际需要。既然刑罚本身对于恢复被犯罪所破坏的社会关系的作用是有限的,对于消灭犯罪现象的作用也是有限的,而且国家也不可能为此无限制的投入大量资源,那么诉辩交易的出现就不足为怪,甚至是一种实际的需要了。

四、我国应当注意的几点问题

近几年,我国的刑事诉讼制度正在进行一系列的改革,其中,提高诉讼效率成为了一个重要的课题。从上文的分析可以看出,,虽然理论上对于我国是否应该引入辩诉交易制度存在争议,但不可否认的是这一制度的优越性远远大于其弊端。目前,由于我国法制环境的局限性,引入这一制度还存在较大的阻力,但是不可否认,在不久的将来,这一制度必将出现在中国大陆。当务之急应该是解决好以下两个方面的问题:

(一) 提高辩护律师的作用

辩诉交易的适用,必须和律师辩护制度紧密结合,没有辩护律师的案件不能实行辩诉交易,辩诉交易在根本上是一种对被告人"强迫"其放弃宪法赋予的救济的权利而承认有罪的"交易",虽然接受审判可能判处更重的刑罚。但是,公诉机关依靠其强大的后盾支持,不适当的会使被告方受到不公正的待遇,此时,辩护律师的作用就凸现出来了。根据我国律师法的规定:"律师担任诉讼法律事务代理人或者非诉讼法律事务代理人的,应当在受委托的权限内,维护委托人的合法权益";"律师担任辩护人的,应当根据事实和法律,提出犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见,维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益"。在"交易"的过程中,律师唯一的任务就是维护其委托人的利益,因此赋予律

师更多的权利成为必要，这是为了能够更充分地发挥辩护律师的作用以及维护被告人权益，进一步完善辩诉交易制度的需要。

（二）强调法官的中立作用

在辩诉交易中，由于“交易”是控辩双方的事，一般禁止法官参加，法官的工作是最终对双方所达成的协议作出接受或拒绝的决定，在作出决定之前，法官必须要审查其辩诉交易得以进行的基础-认罪答辩是否是自愿和理智的以及其是否具备事实上的可能性。只有通过法官的审查，才能最终决定辩诉交易的结果-认罪答辩--是否成立并发生法律效力。同时，由于辩诉交易一经法官的通过，便具有法律上的约束力，交易的双方都必须严格遵守，否则将承担相应的后果，这种后果承担的方式及相应的补救措施也由法官决定。由此可见，法官虽然不是“交易”的主体，但却起着决定性的作用。由此引发了一个问题，即法官在辩诉交易中应该扮演一个什么样的角色？

西方理论界普遍承认辩诉交易作为一种“交易”，具有合同的性质，理应受到“合同法”的约束。作为合同的双方当事人应本着自愿、合法的原则进行“交易”。但是由于这一合同具有的特殊性--一旦生效将对国家利益、社会利益产生重要影响，因此不得不设立一个第三者进行监督，这个第三者必须具有价值的中立性，否则将会侵犯任何一方的利益在这里，尤其要强调对被告方权利的保障。尤其在我国，对于犯罪者，人们往往采用“报复论”，即对于侵犯他人权利的人要予以相同甚至是更加严厉的制裁。况且在辩诉交易的过程中，由于控方的强大的后盾支持，已经是被告方处于弱者的地位，在这种情况下，如果法官亦采取“报复”的看法，那么将会对被告人产生极大的不利，甚至会使无罪的人遭受牢狱之灾。因此，在辩诉交易中，法官一定要保持自身的价值中立，这样才能更好的实现我国刑事诉讼法的目的之一：保障人权。

参考文献：

- [1] 樊崇义、史立梅等.正当法律程序研究-以刑事诉讼程序为视角.中国人民公安大学出版社, 2005.5
- [2] 何勤华.20 世纪外国司法制度的变革.法律出版社, 2003.10
- [3] 卞建林.美国联邦刑事诉讼规则和证据规则.中国政法大学出版社, 1996
- [4] 游振辉.辩诉交易应该缓行.人民检察, 2002 年第 8 期
- [5] 徐友军.比较刑事程序结构.现代出版社, 1992

[作者简介]张鑫 山东万桥律师事务所实习律师 具备扎实的理论基础和较深厚的法学功底，现为青岛大学成教学院法学兼职教师。

律师热线：13105194417

E-mai: zhangxin-198566@163.com

律师随笔

一起故意伤害致死案的曲折历程

王某某等五人故意伤害致死案历经一审、二审、发回重审程序，在一年以后，总算有了一个让人感觉相对公正的判决，我们的委托人对判决结果比较满意，并决定放弃上诉。回想该案审理的前前后后，不可不谓之曲折——曲折在案情扑朔迷离，曲折在有关被告人的N次翻供，曲折在审判程序的漫长和审判过程中的种种奇怪迹象。

接受委托

08年5月初的一天，我接到郊区一位女士的电话，她说他弟弟因涉嫌故意伤害罪被起诉（列第三被告），但因律师是第一被告家属给聘请的，该不但不帮她弟弟说话，反而要让她弟弟把主要责任给担下来，全家人对此非常不满，因此想聘请我做她弟弟的辩护人。说实话，对于一些之前已经聘请律师的案件，我在接受委托时都会很慎重，如果仅仅是家属怀疑律师不够出力而想换律师，我一般会劝他们相信已经聘请的律师，而拒绝他们的委托。我想律师尤其是刑辩律师之间，不互相拆台，这应该是个基本的职业道德底线。本来刑辩律师的执业环境就已经够恶劣的了，如果同行之间再互相拆台，那糟糕的局面就可想而知了。但是，本案当事人家属所说的情况如果属实，我想他们更换辩护律师的做法是对的，而且是必要的，因此，我答应了他们第二天早上过来面谈的请求。

郊区人早起的习惯很明显，第二天早上不到八点他们就到我单位楼下了，而从该郊区到青岛市区即使自己开车也大约需要一个小时的时间。一见面就能看出，这是一家很纯朴的人，想法比较简单，表达的也很直接：就想聘请一位能真正替她弟弟说话的律师。大家交流的很顺畅，我没有理由拒绝他们，因此我很痛快地接受了委托。

庭前准备

鉴于时间比较紧迫，第二天一早我们便到该郊区法院去参加附带民事部分的调解并要求阅卷，然而主审法官竟然以领导正在看卷为由，拒绝我们查阅和复制案卷！后来经过一系列的交涉，法官做出了一个变通，即让第四被告的辩护律师把他已经复制的卷让我们看看。好在同行之间还是容易沟通，我们随后跟着这位仁兄去了他们律师所，复制了他所复制的全部案卷材料。其实，抛开委托人事先渲染的种种怪状不说，仅从这个小事上，我们也意识到了在办理这个案件中将会遇到的重重阻力和巨大压力。

案情其实很简单，第一被告宋某某的姐姐开了个服装厂，有个女工离职后，还回这个厂子往其新去的厂子挖工人，宋某某的姐姐便心生怀恨，让宋某某找人吓唬一下这个女工。一天，与宋某某有点远亲关系的王某某（即我们的当事人，第三被告）去宋某某姐姐的厂子收下脚料，宋某某便向王某某提起此事，让王某某帮忙找人吓唬一下这个女工，王某某很痛快地答应了。2007年9月1日，王某某找到徐某某，徐某某（第四被告）又叫上王某（第五被告），三人一起租车来到宋某某姐姐开的工厂，准备去吓唬那个女工。宋某某正好和其朋友许某某（第二被告）在一起，考虑到那个女工以前是许某某介绍过来的，为便于指认，就叫上许某某一起去吓唬。五人乘车到那个女工所在的工厂（司机、宋某某和许某某没下车），王某某等三人对该女工进行了一通谩骂恐吓之后，正准备离去，这时，宋某某和许某某发现了尚在宋某某姐姐工厂上班的王某（被害人）骑电动车从此路过，便指使王某某等三人下车对王某进行殴打（注：起诉书所载事实），并致王某因伤后抢救无效死亡。王某某、徐某某、王某三人在案发后逃到外地躲藏，后分别主动投案自首。

仔细研究了全部案卷，对案情有一定的把握后，我们便及时地会见了被告人王某某。他

表现的很平静，在陈述案情的过程中，不停地说对不起死者，并要求我们转告他的家人，即使卖了房子也要好好赔偿被害人家属。在会见过程中，他也多次提到第一被告找人捎话给他，让他把事担下来，但他没同意，也一直没有翻供。我们对他的做法表示认可，并劝告他在开庭时要实事求是地供述。在开庭的前一天，我们又去会见王某某，进一步落实相关案情，并沟通了辩护思路。

第一次开庭

第一次开庭是在 08 年的 5 月 21 日。可能由于被告人比较多，且有两名被告拒不认罪，还可能由于主审的法官是刚从民庭调过来的，完全以审理民事案件的套路来审理刑事案件，因此，这一次庭审从上午九点开始，一直到下午六点半才结束（午饭时间一小时）。经过这次开庭，本来就比较复杂的案情，变得更加复杂和扑朔迷离了：第一被告说，带其他四名被告去案发现场只是为了吓唬那个从他二姐厂子跳槽的小女孩，而不是要打骑车路过的被害人，他从来没让第三、四、五被告去打被害人，是第二被告说让下去打的；第二被告说，是第一被告让她跟着去的，因为她认识那个小女孩，另，她也从没说让下去打被害人，是第一被告说的；第三、四、五被告都说，是第二被告先看到的被害人，让下去打，第一被告也说让下去打。……另外，法庭审理了一整天，除了确定只有第四被告使用腊棍殴打被害人外，始终没能查明到底是谁的伤害行为直接造成被害人死亡，最后，公诉人说，查不清是谁打的致命伤，就由各实施伤害行为的各被告人共同承担连带责任。作为第三被告的辩护人，我们就第三被告所具有的自首、立功、未实施致命伤害等情节与公诉人进行了激烈的辩论。等到法官宣告休庭，我们便马上开车往回赶，后来在会见被告人时，他告诉我们，在我们走后，公诉人冲他喊到：“你们家从青岛请的什么律师？！”呵呵，我想，可能是我们针锋相对的辩论使她感到很不舒服了。

第二次开庭

开庭之后，迟迟未见法院下判决，直到过了法定审限，还是没有动静。八月初的某一天，主审法官给我打电话，让我再去会见一下我们的当事人，问问他到底有没有听到第一被告说让他们下去打被害人。我回答他说，这个不是我们的工作范围，作为第三被告的辩护律师，我们也没有义务去为第一被告证明什么，法官如果觉得不清楚，完全可以自己去讯问被告人。又过了几天，法官突然打电话通知 8 月 28 日二次开庭。二次开庭的内容很简单，法官出示了一份证人证言要求控辩双方进行质证。这是一份由法庭自行调查取得的证人（即案发当天开车拉着被告人的那位司机）证言，证称没有听到第一和第二被告说让下车去打被害人。面对此证据，第一和第二被告在质证时都推翻了上次开庭的供述，都说自己没说过让下去打被害人，其他人也没说过。第二被告甚至说，当时在讯问笔录里说是第一被告让下去打的，是因为受到了刑讯逼供；第一被告马上又给第二被告证明说，确实见到第二被告的脸被打肿过。这里有个细节需要说明一下，因为青岛地区的所有女性犯罪嫌疑人（被告人）都关押在青岛市第三看守所，该看守所上午都是 9 点上班，因此，即便是一上班就办理提人手续，等返回该郊区法院时也至少是 10 点左右了。而作为女性的第二被告，竟然在第二次开庭当日的上午 9 点以前，准时出现在了该郊区法院的羁押室里。这说明，她是提前一天被提押到该郊区法院的，这一细节也难免不让人怀疑其与第一被告同时翻供的原因。对于法庭出示的这份证人证言，公诉人的意见是，该证人证言应该还是比较客观的，建议法庭采信该证言所表述的事实。至此，控审两方的倾向性已经比较明显了。作为第三被告的辩护人，我们在质证时提出两点质疑：第一，本案已经远远超过了法定的审限，而法庭在超过审限以后又组织二次开庭，并且当庭出示一份证明倾向比较明显的证人证言要求质证，该程序是否合法？第二，在刑事案件中，法官能否自行调查取证，能否把调查取得的证据拿到法庭上来让控辩双方质证？即法官能否代行公诉人的取证、举证义务？

我想主审法官在调查取证这一问题上，又沿用了他做民事法官时的那些习惯性做法。在

我们提出以上两点质疑后，公诉人以及合议庭的三名法官，没有一个作出任何回应的，二次开庭便在这种尴尬的沉默中结束了。

一审宣判

二次开庭后的第四天，被告人家属突然打电话说被告人托人从看守所里捎出信来，说案子已经宣判了，让我们马上去会见他。对此，我们比较吃惊，因为我们一直没有接到法院的通知。为了节省时间，我们马上联系了第五被告的辩护律师，让他帮忙传真一份判决过来。这位同仁更直爽，说正好要来青岛中院办事，直接给我们捎份原件过来就可以。可能是被我们的针锋相对彻底激怒了，直到上诉期满，也直到现在，一审的法官从没通知我们去拿判决书，更别说向我们送达判决书了，因此，我相信一审的案卷是不完整的，因为里面没有我们作为第三被告辩护人签收判决书的回执。判决的结果是，我们的当事人作为第三被告，与第一、二被告一样，都被判处十三年有期徒刑，剥夺政治权利二年。

上诉

拿到一审判决后，我们立即去会见了被告人，听取他对判决的意见。他对一审判决对其自首、立功情节不予认定表示强烈不满，并认为量刑过重，因此，要求上诉。我们根据被告人的意见，结合案件证据和事实，针对一审判决中的错误之处，写就了上诉状，在交被告人审阅并签字后，及时向中级法院提起上诉。

二审

如果不是错觉，我们明显地感到，中级法院的审案法官比该郊区法院审案法官的水平要高出很大一截。2008年11月11日二审开庭，主审法官在一审已经查明的事实的基础上，抛开无关紧要的细枝末节，就涉案的主要问题又重点查明了一番。庭审中表现出来的翻供、串供现象，依然十分严重：一审的第四、第五被告，竟然也一反常态，翻供称没听到第一被告说过让下去打人；第一被告人的律师则将看守所内串供用的字条呈交法庭作为己方证据！这张字条是第四被告写给第一被告的，主要内容就是说自己诬陷了第一被告，实际上没听到第一被告说让下去打人云云。对该字条，主审法官首先向提交者问了一下它的来源和传递过程，又问第四被告为什么字条被撕掉一部分，第一被告和第四被告的回答都是含糊其辞，法官见状便将该证据丢置一边，未再理睬。二审开庭效率很高，只用了两个小时。庭后，法官着力组织各被告人家属和被害人家属就民事赔偿部分进行调解。经法官努力，第一被告家属同意赔偿十万元，并私下承诺替第四、五被告赔五万元，但提出的条件是要求改判无罪或缓刑。这里值得一提的是，我们的当事人家属在一审过程中已经主动赔偿了一万元，而且是所有被告中唯一赔偿给被害人家属钱的。然而，一审判决对该赔偿情节置若罔闻，未对第三被告作任何从轻处罚，甚至连证据确凿的自首情节也未予认定，这严重影响了其家属在二审中继续赔偿的积极性。

又过一段时间，可能是法官经请示领导后，确定无法满足第一被告家属提出的赔偿后的判决要求，二审法院最终没能改判，而是以事实不清为由发回重审。

重审第一次开庭

案件发回后，该郊区法院依法组成新的合议庭进行审理，可能是郊区法院刑庭法官人手不够，这一次的合议庭由两名法官和一名陪审员组成（原一审是由三名法官组成）。公诉人还是原一审的那位女检察官，但起诉书对被告人的排序有所变化，我们的当事人从第三被告变为第一被告，原第一、二被告变为第四、五被告，第四、五被告变为第二、三被告，起诉的事实部分也有些许调整，但逻辑上更加混乱，甚至有些莫名其妙。2009年4月23日开庭的当天，还是那些事，还是翻供，还是串供，还是纠缠不清。

亮点应该说还是有的，第一个亮点是主审的法官看上去应该有还算丰富的刑事审判经验，思路相对比较清晰。第二个亮点，是二审开庭时原第一被告向法庭提交的串供字条，这次又落到了公诉人手里，并且被作为证据提交法庭。意图很明显，还是为第四被告（原第一

被告)开脱罪行。对于这份证据,我们和第五被告的辩护律师都明确指出,这是一份基于串供的非法证据,应予排除。同时指出,作为司法监督机关指派的公诉人,将此非法证据提交法庭,无疑会变相纵容这种串供的违法行为,且见违法而不究,难免有失职之嫌。这一次开庭,应该说还是稀里糊涂地结束了,而且是不完整的,因为公诉人基本上没有就侦查阶段形成的证据进行举证,整个开庭,就以讯问被告人为主了。

重审第二次开庭

可能是主审法官在上一次开庭后的一段时间里,也发现了上一次开庭中公诉人举证不完整的问题,因此,五天以后,又通知二次开庭。本来定于上午九点开庭的案子,由于本案公诉人同时在开另一个案子的庭,使得法官、陪审员、被告人、被告人家属、辩护人、被害人家属及代理人等二十余人在隔壁的法庭里足足等了一个上午,直到十一点半时,该公诉人的那个庭才结束,法官只好通知下午一点半再开。下午开庭,公诉人就上次开庭遗漏的侦查证据进行补充举证,但对被告人的口供部分,公诉人的意见是应以各被告当庭供述的为准,对于侦查阶段的口供,仅避重就轻地挑着宣读了一点。

公诉人补充举证完毕,第五被告的辩护人要求公诉人出示在原审第二次开庭时出示过的一份调查笔录,说这份笔录可以证明他的当事人无罪。但公诉人拒绝提交,被该辩护人追问急了,公诉人竟称忘记带了。我一贯对公诉人都是尊重的,但这一次实在是看不下去了,便毫不客气地说:“公诉人,关于第五被告辩护人所称的那份证据,如果你仅仅是忘记带了,请你马上回去拿,我们既然等了你一个上午,也就不在乎再多等你半个小时了;如果你决定不将该调查笔录作为证据使用,请你当庭明确,免得以后再开庭补充。”公诉人一听,便说不当证据使用,决定不提交了。

在辩论时,我们补充了两点意见:一是,本案历经一审、二审和发回重审,距离案件发生已经超过一年零八个多月,且在每次庭审上都有翻供、串供现象发生,因此,对于被告人的口供不宜完全以其本次开庭的供述为准,而轻易地否定侦查机关依法形成的讯问笔录;二是,本案面临一个非法证据排除的问题,即公诉人提交并据以重新认定案件事实的证据---那张被告之间串供的小字条,不能作为本案定案依据,而应当依法予以排除,相对于该字条来说,那些由侦查机关依法形成的证据,更能反映真实的案情,因此建议合议庭以侦查证据为主来认定事实,依法判决。第五被告的辩护人更是揪住公诉人提交的串供字条和不提交的调查笔录大做文章,弄得公诉人狼狈不堪,末了,公诉人竟然恼羞成怒地把一张废纸揉成团狠狠掷进桌洞,并貌似无意地用案卷把桌子上的“公诉人”铜牌打落到地上,发出一声巨响,使得这次开庭在一种极不愉快的气氛中结束。

关于民事赔偿,这一次开庭时,各被告人家属都积极地向被害人家属赔了钱,赔偿额远远超出了原审一审判决所判定的金额,因此,被害人家属主动地撤回附带民事起诉,并向法院提交求情信,请求对各被告人从轻处罚。

重审判决

二次开庭后过了近两个月,重审的判决终于做出来了,法院采纳了我们关于自首、初犯和积极赔偿的辩护意见,以故意伤害罪对我们的当事人判处有期徒刑十年,剥夺政治权利二年(注:法院对第一、二、三被告的判刑又是完全相同)。这一次,法官在宣判的当天就电话通知我们去拿判决,并且一再约定时间,我估计他们是发现了原审案卷中没有我们签收判决回执的缘故罢。

拿到判决后,我们直接去会见了被告人,听取他的意见。被告人对这一次结果比较满意,认为判的还算公正,因此决定放弃上诉。会见结束时,被告人动情地说:“无论如何,我得感谢你们两位大哥,你们敢于说话,敢于辩护,我不会忘记你们”。既然案件已经结束,我也不想再多说什么,只告诉他一句:好好改造,争取早日出来与家人团聚!

其实,我更想说的是:无论案情多么复杂多变,无论历程多么曲折艰难,自有公道在人

心间！

[作者简介] 张需聪 中国海洋大学法学硕士，山东万桥律师事务所律师，刑事辩护部主任。拥有中国房地产经纪人执业资格。现任青岛市法学会理事，青岛市民商法研究会常务理事，青岛市律师协会刑事专业委员会委员；青岛市崂山区总工会职工维权法律顾问、劳动争议调解员；青岛职业技术学院、青岛职工进修学院、崂山区委党校兼职法学教师。

律师热线：13361268566

E-mail: qdlayer@126.com