

两个刑事案例引发的思考

——也谈《刑事诉讼法》修订之必要性

王艳斌

《刑事诉讼法》修订已经连续两次列入全国人大立法规划，并有望于年内第一次提请审议。这次修订集中了1997年《刑事诉讼法》实施十五年来实践中总结出来的众多焦点问题，之前广受关注的诸如被告人沉默制度、非羁押强制措施适用，辩护制度的完善以及非法证据排除等众多问题都将成为本次修订的核心内容。《刑事诉讼法》正在努力朝着确保国家权力正确行使，防止公共权力滥用，维护犯罪嫌疑人、被告人及其他诉讼参加人的合法权益，以期最大限度的保障人权这一道路上前进。

作为律师，笔者也想就此时机，发表个人的一些看法。多年的实践当中，刑事案件办案程序不完善，诉讼参与人，尤其是犯罪嫌疑人和被告人的权利不能得到有效保障，由此所引发的诸多问题，使得犯罪嫌疑人、被告人产生质疑和不满情绪。微观上，这些问题影响的是个案的程序正义；但是宏观上，这些问题正在侵蚀着我国的司法制度以及法制建设。笔者真诚希望这些实践中暴露出来的问题，能够在《刑事诉讼法》修订时，予以一并考虑，现结合本人曾经办理的两个案例，逐一进行论述。

一、走私罪偷逃关税税额认定程序中的问题

走私罪是一种结果犯，也就是犯罪数额与定罪直接相关。换言之，必须对走私物品偷逃关税税额进行鉴定，才能客观认定犯罪构成及犯

罪情节。

（一）当前问题所在

偷逃关税税额需要通过专业的鉴定程序认定，但在鉴定问题上，走私案件与其他刑事案件相比有一个不同之处，那就是走私物品偷逃关税税额的鉴定是由海关作出的。

《中华人民共和国海关计核涉嫌走私的货物、物品偷逃税款暂行办法》第四条规定，中华人民共和国海关是负责涉嫌走私的货物、物品偷逃税款计核工作的法定主管机关，其授权的计核税款部门（以下简称“计核部门”）是负责计核工作的主管部门。问题于是出现了，走私案件的侦查机关是海关缉私局，而确定偷逃关税税额的鉴定机关是海关下属的计核部门，这种既当运动员又当裁判员的案件办理程序使得鉴定意见偏离了其应处的中立地位，鉴定意见是否真实可信暂且不说，单是主体上的混同就很难让人信服。实践中的情形是，如果犯罪嫌疑人、被告人对鉴定意见有异议，申请重新鉴定，确实比较困难。

举例说明，笔者曾经办理过一起走私普通货物案件。案件中，关税税额鉴定依据的成交价格明显不当，因为根据《中华人民共和国海关计核涉嫌走私的货物、物品偷逃税款暂行办法》规定，“涉嫌走私的货物能够确定成交价格的，其计税价格应当以该货物的成交价格为基础审核确定”。只有在“涉嫌走私的货物成交价格经审核不能确定的”的情况下，才可以根据“海关所掌握的相同进口货物的正常成交价格”。但在该案中，海关作出关税“核定证明书”时并没有调查实际成交价格，而是直接以其核定的正常成交价格作为计税依据。为此

辩护人向审查起诉机关提出了异议，并申请重新鉴定，审查起诉部门也认为辩护人的异议是有法律依据的，于是将案件退回补充侦查，要求侦查机关重新鉴定，但是侦查机关以鉴定程序合法、鉴定依据充分等原因，坚持原鉴定意见。

需要说明的是，海关可以接受重新鉴定委托，但是按照重新鉴定相关的程序规定，无论是犯罪嫌疑人、被告人申请，还是法院、检察院对鉴定意见表示异议，必须由原送核单位重新提出委托，本案中原送核单位就是海关缉私局，其拒绝原因不言而喻，在犯罪数额已经认定的前提下，重新鉴定无异于承认之前的鉴定意见存在不足，暂不说工作失误应当如何承担责任，单单正视自身的错误就需要莫大的勇气。该案中，审查起诉机关最终因为海关坚持，又无法指定其他鉴定机关，并且如果不采信鉴定意见就不能提起公诉，而事实上犯罪嫌疑人走私的基本事实是清楚的，于是只能按照原鉴定意见确定的偷逃关税税额起诉。

本案办理过程中，被告人一直在就此问题试图求证，为什么我们提出的正当要求不能得到办案机关的正确处理？为什么海关缉私局办理的案件中，海关计核部门不能适用回避制度？为什么在理由充分的情况下，海关计核部门拒绝重新鉴定的申请？

从公正处理案件的角度，这种侦查机关与鉴定机关主体混同的现象，的确应当得到改观。作为证据形式的一种，鉴定意见兼具客观性证据与主观性证据双重特征，随着鉴定人的不同，鉴定方法、鉴定程序的不同，都有可能导致鉴定结果发生变化。如果侦查机关和鉴定人

同属于某一机关的不同部门，那么其结论的客观性就很难实现。

（二）解决方式

可喜的是，2010年两院三部《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》（下称“《死刑案件证据规定》”）中，已经考虑到这一情形，强调了鉴定人的回避以及非法鉴定意见的排除适用，这无疑是在《刑事诉讼法》修改前，非法证据排除规则的一次大胆尝试。

为了确保程序公正，走私案件的偷逃关税税额同样应该委托中立的第三方机构来确定，即使在现有条件下对外委托第三方鉴定不能实现，或者基于节约司法成本的考虑，亦或者部门职能上决定了海关是税额鉴定最合适的机构，那么至少应该确立一个对海关出具鉴定意见的有效监督和制约机制，明确海关确定关税税额的程序，必要时要求海关提供鉴定的充分依据。如果鉴定程序不符合法律规定或者鉴定意见明显依据不足时，被告人可以申请法院要求海关重新鉴定，最终由法院决定是否予以采纳。如果海关拒绝重新鉴定或者不能够提供充分、合理的定价理由，则不得由被告人承担不利后果。希望在《刑事诉讼法》修订中，能够注意到这一问题，并予以立法规范。

二、外国人缓刑适用中的程序问题

缓刑的适用一直是司法实践中比较关注的问题。但是出于监管制度的落后，法院对非本地户口的被告人，适用缓刑一直非常谨慎。目前，出于社会经济发展的地区间不均衡，人口跨地域流动已成为一种常态，经济发达地区，外地人犯罪案件已经在案件总量中占据了相当的比例，这促使审判机关对外地人禁止适用缓刑问题出现了松动，外

地人口缓刑的适用问题在部分省市有所改观。但是，外国人缓刑的适用，依然没有得到足够的关注。

《刑法》第六条属地管辖原则确定了凡犯罪行为或者结果有一项发生在中华人民共和国领域内的，就认定是在中华人民共和国领域内犯罪，适用本法。第七十二条规定，对于被判处拘役、三年以下有期徒刑的犯罪分子，根据犯罪情节和悔罪表现，适用缓刑确实不致再危害社会的，可以宣告缓刑。

实体法律规定不可谓不明确。根据上述法律规定，外国人在我国境内犯罪，当然适用我国刑法的规定追究其刑事责任，而缓刑当然适用于符合条件的外国人。然而实践中，恰恰在处理外国人犯罪案件时，受到了程序缺失的影响，导致对外国人极少适用缓刑。

（一）问题所在

《刑事诉讼法》第二百一十七条规定，对于被判处徒刑缓刑的罪犯，由公安机关交所在单位或者基层组织予以考察。实践中，由于缓刑考验期内，被宣告缓刑的犯罪分子需要接受我国公安机关、基层组织的监督考察，而当前这一制度与外国人进出境管理制度仍未做到无缝衔接，通常容易出现缓刑考验期内外国人私自出境，逃避监管等情况发生，严重损害了司法的公平性与严肃性。当前我国的法律体系中，《外国人入境出境管理法》虽然规定了刑事案件的被告人，公安机关、人民检察院认定的犯罪嫌疑人，不准出境。但对于已经判决适用缓刑的外国人，却没有现行生效的限制出境法律规范可供援引适用，对外国人在缓刑考验期间，私自出境，也缺乏相应的监管。

当前，法院为规避缓刑法律适用及实施过程中的尴尬，索性严格控制对外国人犯罪适用缓刑。实践当中，只闻上海同行在一起外国人重婚案中，成功帮助被告人争取到了缓刑的结果。除此之外，对外国人适用缓刑，再无他例。对外国人适用缓刑制度实则已经名存实亡，

笔者近期办理的一起共同犯罪案件中，就遭遇到了这样的窘境。该案是两名中国公民伙同境内外国人共同实施的犯罪，两名中国公民是本案第一、三被告人，外国人是第二被告人。诉讼中，控辩双方对案件基本事实均无争议，但是在刑罚的适用上，出现了令外国人不解的一幕，根据本案具体情节，第一被告人和第三被告人均依法适用了缓刑，但是第二被告人却被判处实刑。

虽然表面上看，缓刑也是刑罚的一种，量刑并无失衡，但是其刑罚执行方式的不同已经很难让人服气，如果说出现这一判决结果，是出于缓刑监管的角度考虑，那么本案中，两名中国人均是外省人口，在犯罪地没有固定居所，没有工作，而本案中的外国人却出于经营公司的要求，实实在在的在犯罪地生活了十年以上，只因他是外国人，就没有对其依法适用缓刑，刑罚谦抑原则再一次在现实面前失声。

仅仅由于刑事程序规范的缺失，考察机关监管制度设计不到位，导致外国人不能依法适用缓刑，问题看似微小，但是其危害性却是十分巨大，其所带来的结果损伤的是《刑事诉讼法》“法律面前人人平等”原则，甚至是国际社会对我国司法制度公平性的质疑。

（二）解决办法

目前，关于外国人限制出境的法律规范，除《外国人入境出境管

理法》之外，只存在一部最高人民法院《关于审理刑事案件程序的具体规定》，其中第 241 条规定，“人民法院对涉外刑事案件的被告人及人民法院认定的其他犯罪嫌疑人，可以决定限制出境”。对于已决外国人犯罪分子，仍是空白。

为保证外国人缓刑适用制度的正当实施，保证外国人主动履行缓刑，应当从完善外国人犯罪缓刑监管规范入手，重点完善外国人缓刑的监管措施。具体实施中，应当着重建立外国人犯罪案件中审判机关、缓刑考察机关与进出境管理机关的工作衔接，制定外国人刑事处罚及边境控制措施的联动机制。通过进出境管理机关的限制出境措施，保证外国人在服刑完毕前，不能轻易出境，以此防范外国人服刑期间私自出境，逃避法律惩处。此外，缓刑监督管理职权由公安机关履行，现存的监管手段仅限于被宣告缓刑的犯罪分子定期到公安机关登记，主动汇报这一期间缓刑执行状况，考察机关缺乏主动调查、管理能力，监管手段非常被动。为加强监管，可以参照《公安机关办理刑事案件程序规定》中对外国犯罪嫌疑人扣留护照的措施，制定相应的缓刑监督规范，要求外国人在缓刑考验期内，将护照及其他出入境证件提交至考察机关暂扣，待服刑完毕后返还。

这一问题要得到处理，已经不是单单通过相关部门的协调能够解决，必须通过统一的立法手段，对各机关、各部门的权利义务予以规范。值此《刑事诉讼法》修订之际，笔者希望立法机关予以重视并充分调研，这一问题能够得到改善。