

专栏·苏永钦

漂移在两种司法理念间的司法改革

专论论文

章程的适用与章程的自治空间 | 王保树
我国建设用地使用权制度解析 | 高富平

法令动态

中国侵权立法背景及其核心问题 | 朱岩
台湾地区最高限额抵押权立法之评析 | 陈容隆

专题研讨(一)[两岸刑事诉讼法专题系列]

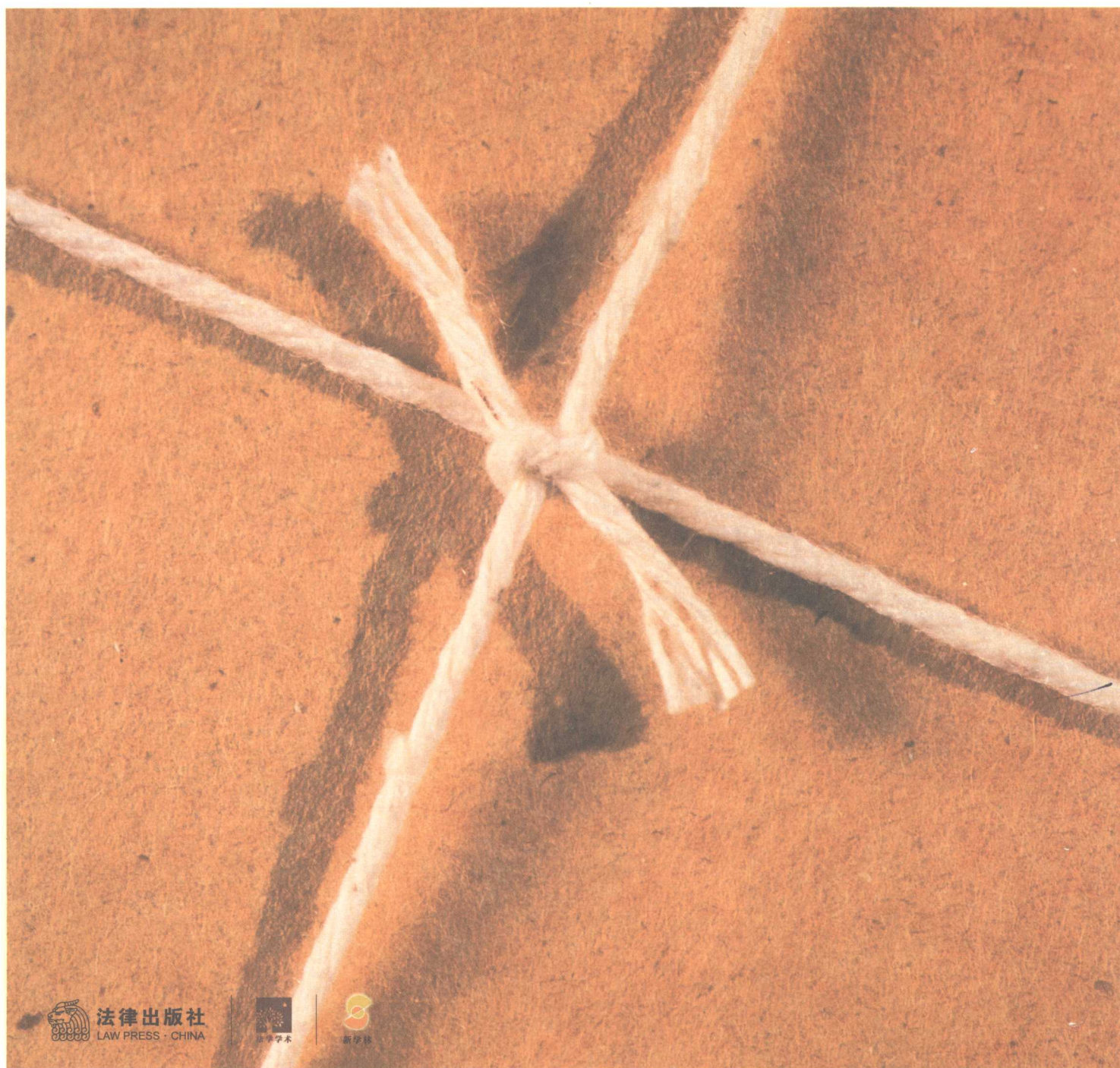
在押被告与律师接见通信之权利 | 林钰雄
向谁辩护,谁来倾听? | 陈瑞华

专题研讨(二)[民事诉讼法修正研讨]

民事诉讼法修改的几个问题 | 李浩
民事再审程序修改的进步与缺憾 | 章武生

实例研习

“婚内强奸”的刑法性质 | 冯军
春运期间火车票价上浮之合法性探讨 | 湛中乐



中国法律评论

第二卷

China Law Review

Volume 2

《中国法律评论》编辑部

图书在版编目(CIP)数据

中国法律评论.第2卷/朱宁,田金益主编.—北京:
法律出版社,2008.8
ISBN 978-7-5036-8667-2

I.中… II.①朱…②田… III.法律—中国—文集
IV.D920.4-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第106633号
©法律出版社·中国

中国法律评论(第2卷)	《中国法律评论》 编辑部 编	责任编辑 本书编辑部 装帧设计 乔智炜
-------------	-------------------	------------------------

开本 787×1092毫米 A4
版本 2008年8月第1版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 保定市中国美凯印刷有限公司

印张 13.75 字数 307千
印次 2008年8月第1次印刷
编辑 法学学术出版分社
经销 新华书店
责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939686

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-8667-2

定价:25.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《中国法律评论》想做什么？

《中国法律评论》编辑部

我们理解的法学学术

学术活动,应当承担应有的社会责任。法律规范,保障社会公平正义和社会的和谐运行;法学学术,涉及经济、政治、文化、社会建设的方方面面。法学,应当是一门显学,不只是书斋之学,不应当只阐述理论、提供知识。两岸四地的中华儿女,应当关注祖国的法制建设的进程,关心中华民族的伟大复兴。法学学术,应当具有独特的视角,科学的方法,前瞻性的预测,理性的思辨,建设性的批判。对学科而言,提示规律,繁荣发展;对社会而言,创建规范,促进和谐;对个人而言,指引路径,授以方法;对精神而言,追求理性,启迪民智。

在开放的年代,学术应当具有世界的眼光。在交流中寻找中国法律和中国法学的最佳功能和价值。

《中国法律评论》想做什么？

《中国法律评论》想做的,就是一件推进法学中西交流的事情。《中国法律评论》有三个版本形式:内地简体字版、台湾繁体字版、英文版,简体字版先期出版,我们力图收集当代华语学者的上佳表现,并以中英文版的三种面目展现给世人。一位学者的一篇文章,将以三个版本,就教于海内外学人,犹如三种声道的同声传译,将“妆罢低声问夫婿,画眉深浅入时无?”的问题传播到两岸四地与七洲。或许今日中国法学学术与实践尚不够成熟,但《中国法律评论》仍然要将这尚不成熟的、但终将成长的华人表现,推到世界面前。与此同时,我们也将收入国际学者的上乘表现,这不仅是一种对比,也是一种沟通、鞭策,还有一种“世界工厂”的全球化式的表现。

我们认同:中国是世界的一部分

在《尚书》和《左传》里,“中国”一词已在使用。我们看晁错的《言兵事疏》中对比匈奴与汉军时,更在娴熟使用“中国”,且意义已与今日相同:“此中国之长技也”云云。这还在汉孝文帝时。人们常说,中国人缺乏民族国家观念,看来并不确切。其时,以北方游牧民族为对照的中原,其实不可能将自己视为世界的全部。

后来两千年中国沉浮的实践更加表明,一旦有自视为世界全部的苗头,就伏下危险。哪怕将自己视为世界的主要部分,亦危险——天朝大国的优越感,实在误尽苍生。进一步说,不但中国自视为中心,是成问题;基督教国家倘自视为中心,亦成问题。我们必须承认,每个国家,每种文明,都是世界的一部分。

同时,文明亦需交流。茫茫大雪中张骞的马队和茫茫大海上丁韪良的航船,都是国家与文明的传播者。而美国1979年任命的恒安石大使原本出生在中国内陆,这一事实本身,也隐喻着不同的国家与文明,是在友爱的交流中一起成长。

法律需要友爱的交流

在友爱而非敌视的交流中,法律移植和法学学术交流是重要部分。丁韪良为中国带来了国际法和国际法的视野,恒安石的父亲恒慕义后来返美创建的国会图书馆东方部,也藏有大量中国法律书籍。不过,中国引进西法,以能经世致用者居多;西方收藏中法,则关注古典者甚众。这真是一个有趣对比。这表明,中国是将西方化的法律落实在文本与实践,西方对中国近日实践与当代法学学术的关注还嫌不够——我们去google的英文网页上google,就能发现,中国法学学者的英文名字实在是少。对十几亿国人,几百多法学院,上万名法学家、数十万法律职业人来讲,面对这一学术交流上的巨大逆差,不能不催人奋发。对西方来讲,坐视世界最大人口聚居区的实践及其本土研究的存在而不重视,似亦不妥。

晁错在《言兵事疏》里,对比匈奴和汉朝,完全以敌我而论。这是一篇策对,也显出一种军事思维。法学交流就不是军事思维。对军事思维而言,最好的做法是保密,对法学交流来说,最好的做法是开放。《中国法律评论》想扮演的角色,可以说就是中国法学学术与实践以及部分世界法学的公开者。将来的人们也许能说到:张骞从西域带回核桃;丁韪良把国际法带到中国;恒慕义在美国收藏中国图书;《中国法律评论》将当代中国法学家的声音、将当代中国的法律实践撞击大地的声音,传播到世界,还把部分的世界声音,连接到了中国。

谁都不是世界中心,不同的国家和文明应当彼此尊重。在这样友爱交流的氛围中,《中国法律评论》诞生了,并且一定会长大。

中国法律评论（第2卷）

学术顾问:(内地)(以姓氏拼音为序)

陈光中	高铭暄	梁慧星	江 平	江 伟
潘汉典	王保树	王家福	曾宪义	

(台湾地区)(以姓氏拼音为序)

蔡墩铭	陈自强	黄维幸	邱联恭	汤德宗
王泽鉴	张特生			

学术委员:(内地)(以姓氏拼音为序)

陈桂明	陈瑞华	陈兴良	崔建远	方流芳
韩大元	何勤华	贺卫方	黄 进	黄松有
姜明安	季卫东	龙宗智	孙宪忠	王利明
王卫国	吴汉东	熊选国	杨立新	赵秉志
张明楷	张千帆	张守文	张卫平	张文显
朱苏力	朱孝清			

(台湾地区)(以姓氏拼音为序)

陈春生	陈聪富	陈荣传	陈荣隆	陈忠五
陈子平	郭丽珍	郝凤鸣	洪家殷	黄程贯
江朝国	焦兴铠	李建良	李念祖	林钰雄
詹森林	刘连煜	刘幸义	潘维大	施慧玲
宋蕙琮	苏永钦	温丰文	王仁宏	

民事法实务研究中心	主持人:	杨立新教授
	助理主持:	袁雪石博士
刑事法实务研究中心	主持人:	冯 军教授
	助理主持:	车 浩博士
公法实务研究中心	主持人:	湛中乐教授

特别感谢: 王卫权博士 丁相顺博士

本卷作者
(按文章先后为序)

苏永钦 政治大学法学院教授

楼建波 北京大学法学院副教授

高富平 华东政法大学教授

王保树 清华大学法学院教授

朱 岩 中国人民大学法学院副教授

陈容隆 辅仁大学法律学院教授

林钰雄 台湾大学法律学院副教授

陈瑞华 北京大学法学院教授

李 浩 南京师范大学法学院教授

章武生 复旦大学法学院教授

汤维建 中国人民大学法学院教授

季桥龙 南京工业大学法学院教师

劳东燕 清华大学法学院讲师

杨 丹 暨南大学法学院讲师

冯 军 中国人民大学法学院教授

湛中乐 北京大学法学院教授

张千帆 北京大学法学院教授

中国法律评论(第2卷)

北京·法律出版社
台北·新学林出版公司

出版人:黄 闽
总编辑:胡一丁
主 编:朱 宁 田金益
执行主编:林廷遥 刘文科
编 辑:孙东育 高 山 王旭坤
田会文
行政编辑:吴绍怡

目 录

- 1 卷首语 | 季卫东
- 专栏·苏永钦
- 5 飘移在两种司法理念间的司法改革
——台湾地区司法改革的社会经济背景与法制基础 | 苏永钦
- 专论论文
- 21 我国房地产交易法律制度中的合同自由与管制
——兼论合同无效性缓和理论在房地产交易中的适用 | 楼建波
- 30 我国建设用地使用权制度解析
——以《物权法》与现行法对接为视角 | 高富平
- 47 章程的适用与章程的自治空间 | 王保树
- 法令动态
- 55 中国侵权立法背景及其核心问题 | 朱岩
- 61 台湾地区最高限额抵押权立法之评析 | 陈荣隆
- 专题研讨(一)[两岸刑事訴訟法专题系列]
- 89 在押被告与律师接见通信之权利
——欧洲与中国台湾发展之比较与评析 | 林钰雄

- 112 向谁辩护,谁来倾听?
——有关辩护制度的若干反思 | 陈瑞华

专题研讨(二)[民事诉讼法修正研讨]

- 129 民事诉讼法修改的几个问题 | 李浩
138 民事再审程序修改的进步与缺憾 | 章武生
146 论民事再审的有限性原则
——兼论再审程序的三阶段构成模式 | 汤维建 季桥龙

实例研习

- 159 南京首例组织同性卖淫案的法律思考 | 劳东燕
170 抢劫过程中冒用被害人存折的行为是否构成独立犯罪 | 杨丹
175 “婚内强奸”的刑法性质 | 冯军
194 春运期间火车票价上浮之合法性探讨
——北京市高级人民法院(2001)高行终字第39号判决简评 | 湛中乐

述怀·华语法律家

- 201 一个外行人眼中的法律世界 | 张千帆

卷 首 语

季卫东

港台法学著述重新在大陆传播始于1980年,起先仅在北京海淀区的一间极其简陋的小书店悄然发行。当时大陆的研究文献还寥寥无几,法律系的教材大都只有油印本。弹指一挥间,二十八年过去了。现在,制度知识的海内外交流已经蔚为大观、专业书籍也已经汗牛充栋,但翻阅海峡两岸携手创办的四地专业出版物《中国法律评论》,还是难免产生出一番抚今追昔的感慨、激动以及对法律共同体建构前景的憧憬。因为这个跨区域、跨法系、跨体制的中国法律人沟通平台,让人不禁联想到罗马帝国的象征性徽章“两头雕”,并且会唤起人们对波伦亚大学在薪火传承或者多元化社会整合过程中的辉煌和深远影响的记忆。

在一定意义上可以说,当今的中国仍然处在所谓“立法者的时代”。编纂民法典的宏伟工程尚未竣工;其他规章制度依然存在许多需要改进之处;涉及立法权的合理化、正当化的体制转型课题刚提上议事日程。但是,随着法律体系大致完备、诉讼案件迅速增加并复杂化、不同利益集团的诉求以及社会问题大量涌向司法渠道,法官和律师开始登上历史舞台发挥更积极的作用。与此相应,推动实用的法解释学发展便是大势所趋,对规范含义进行推理和议论等技术作业的重要性也正在日渐凸显。可以说,中国即将迎来“解释者的时代”。

不言而喻,无论是立法层面的制度设计,

还是司法层面的条文整合,这些大都属于技术的范畴。我们固然不能离开体制或权力结构以及社会价值来片面地侈谈纯粹的法律技术问题,但却还是应该适当地将两者分而治之。实际上,法律技术在很大程度上是自成一体的,具有独立于法律体制的属性。需要特别强调的是,体制改革并不能直接导致各种规范的操作工具和技艺的改进。革故鼎新的大变局并不能让技术上的各种问题都迎刃而解。而简陋的、陈旧的技术条件其实也往往会反过来妨碍体制改革、耽误施行的时机,使得新的模式因得不到适当运用而受挫乃至败溃。由此可见,相对于难度较大、成本较高的体制改革,技术改进是应该并且也完全有可能先行一步、走得更快更好的。何况法学本来就以实用为宗旨。

从这个角度来看大陆区域的法学发展以及专业期刊的方针,有所为、有所不为的取舍选择也就容易进行了。对于中国法律人而言,大力推动技术性很强的比较制度分析以及文本解释等方法 and 知识的积累,通过缜密的、朴实的、经得起严格推敲的应用法学命题体系以及判例批评来具体而稳妥地贯彻关于正义和规范的理想主义原则,这是当前以及今后很长一段时期内的极其迫切的学术使命。为此,有必要首先对法学教育方式进行大幅度调整,并通过国家司法考试的指挥棒来扭转教学研究的取向。

面对现实不得不承认,中国现代化之路

还很漫长。然而制度变迁已经到达一个发展阶段的临界点,正在酝酿着突破和质变的飞跃,这也是毋庸置疑的。在经济体制改革软着陆之后,政治和法律的体制转型迅即进入公众视界,变成时下舆论的焦点。有关的基本目标很明确,归根结底就是要建立统一的法律共同体,并且形成某种能够充分表达和协调不同利益诉求的决策机制——简称“民

主法治”。为了顺利达到上述目标,必须选择适当的手段、更好的方法以及有效的技术,必须通过各种信息线路及时而准确地把人民呼声翻译成法律术语并转写到秩序编码或制度设计方案里,必须对不平衡的关系以及各类差异进行统筹和整合,必须动员全体中国公民、尤其是法律人的智慧和经验。显而易见,在此时此地《中国法律评论》当会大有作为。

专栏·苏永钦

飘移在两种司法理念间的司法改革

——台湾地区司法改革的社会经济背景与法制基础

飘移在两种司法理念间的司法改革

——台湾地区司法改革的社会经济背景与法制基础

苏永钦*

目次

壹、司法改革的社会经济条件与法制基础

- 一、推动司法改革背后的社会经济动力
- 二、作为改革基础的司法体制与其理念
- 三、全球化凸显体制差异也促成了对话

贰、台湾地区司法改革的挑战与回应

- 一、必须同时深化法治与简化法治
- 二、变法以来最大规模的体制转轨

- 三、以调整法律“违宪审查制度”为例
- 四、回到问题,在既有基础上改革

叁、旁观大陆司法改革几点浅见

- 一、司法专业化应列为当前改革重点
- 二、国家体制中给予明确的功能定位
- 三、专业化改革应避免造成社会疏离

摘要

许多国家、地区都把司法改革放在跨世纪的改革议程上,决定改革大方向的是每个国家、地区的社会经济条件,左右改革具体内容的,则是个别司法体制和其背后的基本理念。尽管对于司法权有相同的定位,但大陆法系和英美法系实际上发展出相当不同的司法理念,也因此司法组织、程序,乃至职业的管理上都有很大的差异,其间环环相扣,务实的改革者只能在体制基础上去作功能调整。台湾地区跨世纪的司法改革,面对的挑战十分艰巨,“司法院”也以前所未见的魄力拟定了极大幅度的改革方案,令人遗憾的是,改革者忽略了体制背后的不同司法理念,近乎转轨的方案实际上是在两种理念间飘移,其结果很可能是消耗了巨大的社会成本,却

因为没有抓住病因,而根本无法解决原来要解决的问题,徒然制造出更多问题。

关键词:司法改革、法律家族、司法理念、对辩主义、纠问主义、一元审判体系、多元审判体系、违宪审查、分散审查、集中审查

壹、司法改革的社会经济条件与法制基础

司法改革不仅在台海两岸热烈地进行着,它同时也在很多国家被提上跨世纪改革的日程,全球化的发展为这些改革者创造了有利的对话机会,但也凸显了司法改革在不同语境下

* 政治大学法学院教授。

的“不可共量性”(Inkommensurabilit)。^①因此在检验台湾地区司改之前,先作一点宏观的分析,应该不能说全无意义。

一、推动司法改革背后的社会经济动力

同时许多国家和地区进行的司法改革,其实是在十分不同的社会经济条件下蓄积了改革的动力,并决定了改革的大方向。如果我们从司法作为实现法治的必要配套体制来切入,大体上可以把地球上正在进行的司法改革区分为以下几个类型:

建立法治

以前苏联国家和东欧国家为代表,司法改革在这些地区实际上是体制转轨的一部分,司法的功能因为法治作为基本国家原则的确立而重新定位,司法在国家政治力退出、社会力解放后,必须承担起维系新秩序的主要责任。^②从旧秩序下作为执行中央统制命令的一环,反动敌人制裁者的角色,改变为中立于争议,依“法”审判的第三者角色。司法改革很重要的一个目的,是巩固刚起步的市场经济,并加速它与国际经济体系的接轨。

深化法治

以拉美和再早一波民主化的南欧后威权主义或后法西斯国家为代表,司法改革被赋予的主要意义,在巩固民主和落实法治所追

求的核心目的——保障人权。^③和前者不同之处,在其经济体制并没有发生本质的改变,从而作为市场经济基础结构之一的司法原已大备,不需要从头来过,司法改革的主要方向毋宁是借政治依附性的斩断,来提升人民对司法的信赖与尊崇。

简化法治

以美国和西欧工业国家为代表,在这些区域进行的司法改革几乎都只围绕着一个问题打转,也就是减轻司法的负担,^④提高司法的效率。法治的问题既不在量,也不在质,刚好相反,问题正在于法治信仰的深植,让其他传统的社会控制或争议解决机制功能日衰,司法承担了过多、过重的任务,其产能却不能无限扩张,因此改革的主要方向就在司法资源的更有效分配,^⑤并寻找替代的制度或让一些既存的替代制度复苏。

转化法治

高度工业化的民主国家中,日本在世纪末推动的第三次司法改革可以说独树一帜,他们是在经历泡沫经济、金融风暴后,决心落实管制革新,要把一个高度行政主道的国家改造为市场主道的国家,因此作为事后审查者的司法将替代事前规范的政府承担更多的功能,和其他高度工业国家的改革目标刚好相反,他们寻求的是司法供给面的扩大,让司法的利用更为便捷。司法不应该再是“官僚

① 全球化的发展形成了所谓跨国公民社会,相关论述可参 Beck, Ulrich, Was ist Globalisierung, 1999, Kap. 5。

② 参阅 P. H. Brietzke, Designing the legal frameworks for markets in Eastern Europe, 7 Transnat'l L. 35, 51 (1994)。

③ 参阅 Nagle, Luz Estella, The Cinderella of government: Judicial reform in Latin America, 30 California Western International Law Journal (2000), 345-79。

④ 参阅 Blankenburg, Erhard, Special review essay: A flood of litigation? Legal cultures and litigation flows before European courts in historical and comparative perspective, 16 The Justice System Journal, 101-10 (1992); Friedman, Lawrence, Opening the time capsule: A progress report on studies of courts over time, 24 Law and Society Review 229-40 (1990)。

⑤ 比如德国新任法务部长就宣示要大幅调整审级功能及以独任制替代合议制,以提升资源效率,参阅 Däubler - Gmelin, Herta, Justizreform, ZRP 2000, 457-63。

的司法”，而应该是“市民的司法”。^⑥

二、作为改革基础的司法体制与其理念

如果说，社会经济条件的不同，区隔的是司法改革的大方向，则左右司法改革具体内容的，还是个别司法体制背后的基本理念。同样被称为司法，同样被认为应具有独立、中立、依法、专业、被动、事后、个案、争议等特质，在不同的国家，它其实是在不尽一致的指导思想下，和其他的国家部门配合运作。^⑦ 比较法学者用法律家族来区分不同的法律传统，除了法源和法律方法，深刻地反映了不同的历史文化外，^⑧其实构成司法的各个环节——法院结构、诉讼程序、司法行政、法律职业、裁判风格等，以及其背后的基本理念，恐怕是区隔家族更重要的基因。

最具代表性的英美法律家族与欧陆法律家族，在司法体制上对比之强烈，与一般人熟知的法源与方法——制定法或判例法——相

较，可说毫不逊色。诸如二元（多元）或一元的审判体系、^⑨集中或分散的法律违宪审查、^⑩纠问或对辩程序、^⑪科层管理或各自为政、^⑫审检辩的角色分配、^⑬养成管理，乃至裁判的论述采三段演绎还是归纳类比。^⑭ 两大家族差异之大，美国 Holmes 大法官曾经做过十分生动的描述：“当我们从外头观察这样一套体制时，它就像一堵石墙，从每一部分到它的整体都难以穿透……但对在墙内成长的人而言，任何轻重的微小变化、隐含的假设、不成文的习惯，以及千百种从每天生活中受到的影响，都让他体会到其中的价值，只可意会，而不是从任何书本的文法逻辑可以推演出来的。”^⑮

也许我们可以用中国法家所说的“定分止争”来说明两种司法理念的基本差异，一偏重定分，一偏重止争，换成西方的观念来说，就是一以客观秩序的维护，一以主权利利的保障为其主要功能。欧陆的司法属于前者，英美的司法则属于后者。^⑯ 这当然不是说欧陆的司法不重视人权，或英美的司法完全不

⑥ 参阅戒能通厚主讲：“日本之司法改革——以律师自治为中心”，载《月旦法学》第61期（2000），第77—86页；潘剑峰：“从日本第三次司法改革看我国司法改革存在的问题”，载《法学》2000年第8期，第14—17页；季卫东：“世纪之交日本司法改革的述评”，发表于本次研讨会。

⑦ 从这个角度来分析司法类型，参阅 Damaska, Mirjan R., *The faces of justice and state authority*, 1986。

⑧ 参阅 Cruz, Peter De, *Comparative law in a changing world*, 1995,第二章有很好的整理，方法论和法源是许多作者共同强调的区分因素；从历史的角度分析可另参 Van Caenegem, R. C., *Judges, legislators & professors, Chapters in European legal history*, 1987。

⑨ 最近的一次国际研讨会：Monism(s) or Dualism(s) in administrative law? 论文刊登于 *European Review of Public Law*, Vol. 12, No. 2, 2000, 341—350。

⑩ 参阅 Cappelletti, Mauro, *The judicial process in comparative perspective*, 1989, 132—49。

⑪ 参阅 Damaska, Mirjan R., *Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: A comparative study*, 121 U. Penn. L. R. 506—89 (1973); Strier, Franklin, *What can the American adversary system learn from an inquisitorial system of justice?* 76 *Judicature* 109—110, 161—62 (1992)。

⑫ 详见 Damaska, Mirjan R., 前注7, 16—46。

⑬ 参阅 Griffiths, John, *Ideology in criminal procedure or a third “model” of the criminal process*, 79 *The Yale Law Journal*, 359—417 (1970)。

⑭ 可参 Cruz, 前注8, chap. 8; 朱苏力也曾对普通法系和欧陆法系的裁判风格做了比较，请参所撰：判决书的背后，发表于香港大学法律学院与北京大学法学院法学研究中心联合举办“司法改革与法制发展”研讨会，2001年1月11至12日。

⑮ *Diaz v. Gonzalez*, 261 U.S. 102, 106 (1923)。

⑯ 与本文所采的此一二分法最接近的就是 Damaska, Mirjan R., 前注7, 认为科层结构的司法和协调结构的司法都有止争和定分的功能，惟方式和效果不同而已，参阅该书第四、五、六章。