

● 国家法官学院司法审判研究中心主办 ●

中国司法审判论坛

第二卷

JUDICIAL FORUM OF CHINA

VOL.2

主编 毕玉谦

副主编 陈海光

法律出版社

● 国家法官学院司法审判研究中心主办 ●

中国司法审判论坛

第二卷

JUDICIAL FORUM OF CHINA

VOL.2

主编 毕玉谦

副主编 陈海光

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国司法审判论坛. 第2卷/毕玉谦主编. —北京:
法律出版社, 2002. 10
ISBN 7-5036-3928-8

I. 中… II. 毕… III. 审判—研究—中国
IV. D925

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 063551 号

©法律出版社·中国

出版/法律出版社	编辑/法律应用出版中心
总发行/中国法律图书公司	经销/新华书店
印刷/北京民族印刷厂	
开本/A5	印张/12.5 字数/329 千
版本/2002 年 11 月第 1 版	印次/2002 年 11 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	电话/010-88414121
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-88414115
法律应用出版中心/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)	
电子邮件/yingyong@lawpress.com.cn	
读者热线/010-88414135 88414142	传真/010-88414115
中国法律图书公司/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)	
传真/010-88414897 88414899	销售热线/010-88414896
网址/www.Chinalaw-book.com	010-88414900
书号:ISBN 7-5036-3928-8/D·3645	定价:24.00 元

《中国司法审判论坛》

学术顾问(按姓氏拼音为序):

曹建明 (最高人民法院副院长、国家法官学院院长、教授)

曹三明 (国家法官学院副院长)

陈光中 (中国法学会副会长、中国诉讼法学会会长、中国政法大学教授)

程荣斌 (中国人民大学教授)

樊崇义 (中国政法大学教授)

方光成 (国家法官学院副院长)

江 伟 (中国诉讼法学会副会长,中国人民大学教授)

李 楯 (清华大学教授)

梁书文 (最高人民法院咨询员、原最高人民法院民事审判庭庭长、教授)

刘家兴 (北京大学教授)

牛建华 (国家法官学院副院长、教授)

孙泊生 (最高人民法院咨询员、原最高人民法院告诉申诉审判庭庭长、教授)

王以真 (北京大学教授)

杨荣新 (中国政法大学教授)

郑成良 (国家法官学院常务副院长、教授)

前 言

实现公正与效率是人民法院从事司法审判活动所应当坚持的世纪性主题。加入 WTO 已使我国实际融入整个国际社会的经济生活当中,随着这一经济生活领域内所发生的巨大变迁,必定对我国的政治、文化、科技、教育等其他领域带来天翻地覆的变化。随着我国现代化建设的不断推进,包括来华进行投资、创业、居住的海外人士在内的社会公众对司法活动的公正与效率提出了现实的要求与期待,这种现实意义上的迫切要求与热切期待,既有利于营造一种通过司法改革的有效途径来塑造新时期人民法院在社会公众心目中“正义之殿”、“公平之宫”崇高形象之良好氛围,同时,又有利于促使我们革新观念、锐意进取,以对历史、对民众负责的态度来顺应这一宏大的历史潮流,在保持社会稳定、不断发展的前提下,通过艰苦的努力和扎实的工作为实现司法公正与效率而努力奋斗。

我国社会经济的全面发展与进步,对法官的政治素质、业务素质和文化知识水准都提出了更高的要求。为适应时代的发展和实施依法治国的基本方略,建设社会主义法治国家的需要,人民法院必须努力建设一支能够通过司法审判充分体现公正与效率的高素质的职业化法官队伍。这一职业化法官队伍应当具有强烈社会正义感和公正信仰,拥有健全、合理的法律知识结构以及严谨、睿智的法律思维方式,通过对法官职业行为进行有效规范来促使司法公正,增加社会公众对法律的信仰以及对法官的尊重,全面提升法律和司法的权威性,从而有利于培植、孕育整个社会的法律意识、法治精神以及崇尚司法的理念。面对紧迫的现实任务和新世纪带来的机遇和挑

战,在法官队伍中培养一批实践和理论相结合的学者型法官是目前的当务之急。这是人民法院队伍建设的一项基础性工程,是提高法官整体业务素质,增强执法能力,实现司法公正与效率的有效途径和重要保证。

《中国司法审判论坛》的宗旨是高举邓小平理论的伟大旗帜,从发展和不断推进我国社会主义市场经济以及努力建立法治国家的现实国情出发,大力吸收和借鉴古今中外优秀的法律文化遗产和司法审判经验,以当前司法审判实践中所遇到的重点、热点、难点、疑点问题为研究对象,加强司法审判与学理研究、立法实践紧密结合与有机联系,将全国各地、各级人民法院中那些具有丰富审判经验及较深理论功底法官的杰出作品以及有关专家、学者撰写的涉及司法审判理论与实务的优秀科研成果呈现于世,通过《中国司法审判论坛》这块学术园地,着力推出一批对司法改革和审判工作具有重要参考价值和意义的科研硕果,将司法审判理论与实务的研究推向一个新的更高的阶段,为在中国实现人民所普遍信赖的司法公正审判制度作出应有的贡献。

我国古代思想家荀子曰:“故不积跬步,无以至千里;不积小流,无以成江海。”我们将以最大的努力并愿从蹒跚学步做起,但愿《中国司法审判论坛》能够成为培育和造就一大批学者型法官的摇篮,同时,也热切期盼这块学术园地能够成为广大专家、学者将其理论上的真知灼见深深植根于审判实践沃土的纽带。对此,我们特别仰仗法学老前辈的指导与关爱,中青年学者与广大司法工作者及相关部门的关心与协助。《中国司法审判论坛》愿同社会各界朋友、同仁一道,共创历史的灿烂与辉煌。

本卷的出版以及为本卷的编辑、出版而召开的理论与实务研讨会及课题研究项目得到了美国福特基金会的资助,在此谨向该基金会及项目官员刘晓堤女士致以谢忱。

编 者

目 录

[司法改革专论]

论刑事司法公正的价值取向

——以量刑公正为视角/沈德咏	1
一、量刑公正的基本含义及判断标准	1
二、量刑公正的意义	5
三、量刑公正的实现	6

论权力机关对法院独立行使审判权的监督/王利明

前 言	11
一、权力机关与人民法院的相互关系	12
二、权力机关对司法的监督与审判独立的关系	18
三、人大是否应当实行个案监督	26
四、关于权力机关对司法机关的监督机制的完善	32

关于审判长选任与合议庭制度建设的思考/辛尚民、马凤敏

一、关于对审判长选任制目的的认识	44
二、审判长选任制系构建现代法官制度及审判组织运行 机制的必要过渡	50
三、目前审判长选任后的审判组织运行模式	53
四、推行审判长选任制应注意的问题及远期需要解决的 几个问题	58
五、审判长选任制下可预见的效果	60

[诉讼证据法学]

论心证规则主义的塑构/毕玉谦	63
一、心证规则的基本涵义	63
二、心证规则主义的基本特点与属性	65
三、心证规则主义的确立	71
四、心证规则主义确立的标准与尺度	76
五、我国司法审判证明模式的价值取向与定位	85
我国合同法证明责任分配初探/石金平 张钢成	94
一、证明责任的基本含义	94
二、证明责任分配原则	99
三、《合同法》中证明责任分配的一般情形	103
四、《合同法》中特殊法律要件事实证明责任分配的识别	109
五、《合同法》中有关推定与证明责任分配问题	113
对民事举证责任分配的价值研究/单国军 李向阳	119
引 言	119
一、举证责任的性质	120
二、关于举证责任分配的学说及简评	123
三、民事实体法的价值取向对于举证责任分配的影响	127
四、民事诉讼法的价值取向对于举证责任分配的影响	131
五、结 论	141
非法证据排除规则的操作程序研究/杨宇冠	143
一、美国的非法证据排除规则操作程序的若干问题	145
二、我国非法证据排除规则操作程序研究	165
试论建立现代自由心证制度	
——以民事诉讼为研究中心的自由心证公开化与客观化/程春华 黄斌	176
一、引 言	176
二、证据制度的考察	177
三、现代自由心证之建立——自由心证公开化与客观化	186

[理论探讨]

民事诉讼法修改与完善若干问题探讨/汤维建 卢正敏	203
一、民事诉讼法的体系结构	205
二、民事诉讼程序的模式转变	207
三、民事诉讼法的制度改造	210
四、民事诉讼法的程序改造	223
庭前证据交换制度的实证研究/杨 路	234
一、庭前证据交换制度的诉讼机理	235
二、我国庭前证据交换制度的现状	245
三、对我国庭前证据交换实践的反思	251
四、我国庭前证据交换制度的创新与完善	262

[实务研究]

股东提起“代位诉讼”的正当性

——谈上海法院对“碧纯”水案司“法”的得失/肖建华	284
一、主要事实和裁判要旨	284
二、对裁判的质疑	285
三、股东代位诉讼的基本法理	286
四、立法漏洞与人民法院作出公正实体裁判并不冲突	291
法院调解的情况分析与思考/尹德坤	301
一、法院调解的现状考察及情况分析	301
二、完善我国法院调解制度的思考与对策	315

[学者论谈]

人大依法监督与法院独立审判之衡平/国家法官学院司法

审判研究中心编	332
一、关于法治社会对审判独立的要求	332
二、关于审判独立与法律监督	343
三、关于人大对个案的监督问题	354

四、在“依法治国”的前提下应如何处理人大机关与审判机关之间的关系	362
--	-----

[实体法新论]

同时履行抗辩权法律适用研究/曾宏伟	369
一、同时履行抗辩权的概念和性质	369
二、同时履行抗辩权的成立的必要条件	370
三、合同法基本原则对同时履行抗辩权的限制	374
四、行使同时履行抗辩权行为与双方违约行为的区分标准	376
五、同时履行抗辩权与留置权之间是否存在竞合或冲突	377
六、同时履行抗辩权与一方违约	379
七、行使同时履行抗辩权的法律后果	380
八、同时履行抗辩权的消灭	381
九、合同一方提出履行的效力	381

英文目录	384
------------	-----

《中国司法审判论坛》征稿启事	386
----------------------	-----

《司法审判动态与研究》征稿启事	388
-----------------------	-----

论刑事司法公正的价值取向 ——以量刑公正为视角

沈德咏*

公正与效率是人民法院 21 世纪的工作主题。刑事司法对公正的追求无疑显得更加迫切和坚决。因为刑事司法量刑和裁判的对象是公民的生命权和自由权。由此可见量刑是法院刑事司法活动的重要组成部分,也是整个刑事诉讼程序的重要环节。在中国,“事实清楚、证据确凿、定性准确、量刑适当、程序合法”,是对人民法院刑事审判工作的基本要求。量刑,作为刑事裁判的最终结果,其在刑事审判中的特殊地位和作用,决定了“量刑公正”必然成为社会各界关注的热点,也是需要刑事司法部门和刑法理论界共同努力研究解决的重点课题。

一、量刑公正的基本含义及判断标准

量刑,是人民法院认定被告人有罪后,对被告人进行裁量、决定刑罚的活动,包括是否判处刑罚、判处什么样的刑罚等内容。公正,是极具抽象性的词语,不同的人士对此可以有不尽相同的解释,但其基本内涵是符合社会正义的原则精神,即公平对待,各得其所。因

* 最高人民法院副院长。

此,所谓量刑公正,就是指人民法院对犯罪人裁量、决定刑罚时要做到依法进行、罚当其罪、刑罪相称、公平裁判、不偏不倚。它具有以下两个方面的基本含义:

其一,程序公正。这是指对犯罪人的量刑权只能由人民法院行使;人民法院只能依照刑事诉讼规定的程序量刑。量刑权是审判权的重要组成部分,除了人民法院外其他任何部门和个人都无权行使。从世界范围看,各国量刑的程序公正程度与该国的法制文明程度密切相关,凡是法制文明相对发达的国家和地区,其法律都无一例外地赋予了法院以裁量、决定犯罪人刑罚的神圣职责。例如,在普通法系的美、英等国,虽然被告人是否构成犯罪均由陪审团负责认定,但对被告人是否判处刑罚、判处什么样的刑罚则均由法官负责进行,其他任何人,包括律师和公诉人都无权干涉。从我国的立法实践看,量刑的程序公正也体现在宪法和一些法律中。我国《宪法》第126条规定:“人民法院依照法律规定独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉”。《人民法院组织法》第4条作了同样的规定。《刑事诉讼法》第3条、第5条更是从人民法院与公安机关、人民检察院权限划分的角度规定了人民法院拥有完全的、排他的审判权。当然,人民法院依法行使量刑权,也必须依照刑事诉讼法规定的程序进行。

其二,实体公正。这是指人民法院对犯罪人裁量、决定刑罚时要做到罚当其罪、刑罪相称、不偏不倚。根据各种犯罪的不同情况,实体公正的含义也不相同。首先为是否判处刑罚时体现的公正。我国《刑法》第37条规定:“对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的,可以免于刑事处罚……”。据此,人民法院根据查实的证据和事实,认定被告人的行为构成犯罪,但同时认为其犯罪情节轻微,客观危害不大,主观恶性不深,不判处刑罚也能够避免其再次实施犯罪时,可以在判决时对被告人作有罪宣告,但不判处其刑罚。从实体公正的角度看,这种免于刑事处罚的有罪宣告就是公正的量刑。其次,判处什么样的刑罚时体现的公正。我国《刑法》分则对每一种具体的犯罪规定了轻重不同的刑罚种类和幅度,《刑法》总则又规定了未成年人、精神病

人、又聋又哑的人、盲人等特殊犯罪主体以及正当防卫、紧急避险、犯罪预备、未遂和中止、共同犯罪、累犯、自首和立功等特殊条件下的从轻、从重、减轻、免除处罚的情形,因此,人民法院对犯罪人裁量决定刑罚时,就必须根据《刑法》分则和总则的不同规定,判处最能适应犯罪的客观危害和犯罪人的主观恶性的刑罚。在这种情况下,无论判处犯罪人死刑,还是判处管制或者罚金,都应当认为是公正的量刑。

基于几十年来我国刑事审判工作量刑实践和经验总结,并借鉴国外在量刑方面的立法规定,笔者认为,量刑公正应当符合以下三个方面的标准:

其一,量刑应当严格依法进行。

法治原则是我国《宪法》规定的基本原则,任何组织和个人的任何行为都不能违背国家的法律规定,代表国家行使刑罚权的量刑活动更应当严格依法进行。依法量刑是“以事实为根据,以法律为准绳”的司法原则的具体体现和要求。我国《刑法》第61条规定:“对于犯罪分子决定刑罚的时候,应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度,依照本法的有关规定判处。”这说明,我国量刑依据的法律是《中华人民共和国刑法》。

当然,严格依法量刑并不意味着量刑所依据的刑事法律是一成不变的。事实上,立法机关制定的刑事法律只是一定期限犯罪和刑罚关系的记载和反映,必然要随着社会政治、经济生活条件的改变以及犯罪态势、社会稳定形势的发展而有所变化。立法机关只有顺应形势,及时进行立、改、废,才能制定出符合社会发展需要以及人民法院公正量刑需要的刑事法律。因此,全国人大常委会通过的有关犯罪和刑罚的规定、决定、补充规定等,也是我国量刑的法律依据。

其二,量刑应当与犯罪的客观危害相适应。

量刑是对犯罪人裁量决定刑罚,就必须与犯罪造成的客观危害相适应,做到重罪重罚,轻罪轻罚,刑罪相称,罚当其罪。所谓客观危害,根据我国《刑法》第61条的规定,是指犯罪事实、犯罪的性质、情节所体现出来的犯罪对于社会造成的危害,它集中反映为犯罪客观

上已经造成的损害结果或造成损害结果的危险。

客观危害标准是刑罚本身所固有的惩罚功能的必然要求。舍此客观危害标准,没有其他任何标准能够完全体现或者主要体现量刑的公正性。有的国家在量刑改革过程中曾经尝试性地抛开过客观危害标准,但迄今尚无成功记录。例如美国 60、70 年代兴起的不定期刑试验,以犯罪人的人身危险性为量刑的绝对标准,结果到 80 年代即宣告失败,并被日益严密的定期刑所取代。

犯罪的客观危害并不是恒定不变的,而与犯罪态势一样,由社会的矛盾运动所决定,在各种主、客观因素的综合作用下,随着社会条件的改变而不断发生变化。

其三,量刑应当与犯罪人的主观恶性相适应。

量刑是对特定的犯罪人裁量决定刑罚,就必须与犯罪人所特有的主观恶性相适应。所谓主观恶性,是指犯罪人在犯罪过程中表现出来的危害社会的性情或者性格,它集中反映为犯罪人支配其犯罪行为时的主观心理状态。

主观恶性标准是适用刑罚的特殊预防目的的必然要求。量刑的特殊预防,指消除或者防止犯罪人由其主观恶性决定的再次实施犯罪的可能性,即再犯可能性。犯罪人的主观恶性不同,其再犯可能性也不同,消除或者防止其再次实施犯罪所需要的刑罚轻重也应当不同。例如,一个平时表现良好、一时基于义愤而杀人的人,与一个抢劫杀人犯罪集团的首要分子的主观恶性就不同;偶尔实施盗窃犯罪的人,与盗窃惯犯的主观恶性也不同。对犯罪人进行量刑时,就必须考虑到这种主观恶性上的差别。因此,不少国家的刑法对此都作了明确规定,如 1994 年《法国刑法典》第 132 条之 24 规定:“法院在法律规定的限度内,依据犯罪情节及罪犯之人格,宣告刑罚并规定刑罚量度”;《意大利刑法》也明确规定,法官量刑在斟酌犯罪行为情状的同时,要斟酌犯罪人下列之个人情况:“一、犯罪之动机及行为人之性格;二、刑事及裁判上之前科及行为人犯罪前之行为及生活状况;三、犯罪时或犯罪后之态度;四、行为人个人、家庭或社会关系。”在英

国,被告人是少年还是老年,是否失业,是否酗酒或有其他不良习惯,是否悔罪,是初犯还是惯犯等情况,都是法官在确定刑罚种类及量刑轻重时要考虑的情形。我们认为,上述规定和做法的精神是值得借鉴的。

总之,量刑应当严格依法进行,与犯罪的客观危害相适应,与犯罪人的主观恶性相适应。三者相互联系,相互作用,有机统一,缺一不可,共同构建了量刑公正的判断标准。在任何量刑活动中,只有作到三者的有机统一,才是公正的量刑。

二、量刑公正的意义

公正是人类的美好理想和不懈追求。司法公正是审判活动的生命和灵魂,是人民法院孜孜以求的首要价值目标。在现代法治社会,作为司法公正重要组成部分的量刑公正具有十分重要的意义:

(一)量刑公正是保护社会、实现刑罚目的的需要

犯罪是严重违反社会生存条件的行为,刑罚是国家对严重违反社会生存条件的行为的正式法律反应,是以国家名义对犯罪人适用的、和平时期最严厉的处罚。国家适用刑罚的目的,不在于对犯罪人进行惩罚,而是通过惩罚,特别是通过公正量刑,来彰显社会正义,维护法律尊严,培养公民法不可违、罪不可犯的意识,预防犯罪人再次实施犯罪,预防具有潜在犯罪意识的人实施犯罪,从而保护社会的健康发展。如果量刑不公,轻罪重判或者重罪轻判,那么不仅会引起犯罪人对法律的仇视或者蔑视,甚至刺激其再次实施犯罪,而且将引起犯罪人家属以及社会公众对法律的不信任和迷惘情绪,不利于社会公正标准和社会正义的建立,不利于社会的健康发展,从而达不到适用刑罚的目的。

(二)量刑公正是罪责相适应原则的必然要求

我国《刑法》第5条规定:“刑罚的轻重,应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。”这既是立法原则,更是刑事司法应遵

守的原则。根据这一原则,犯多大的罪,就应判多重的刑,重罪重判,轻罪轻判。对犯罪分子判处的刑罚轻重,应当与其所犯罪行的轻重和罪过大小以及应承担的刑事责任大小相当。这样,既满足刑罚预防犯罪的目的,又符合一般人恶有恶报、罪有应得的朴素公平观念,对被害人具有抚慰作用,满足社会公众的正义情感。

(三)量刑公正是保障被告人合法权益的需要

犯罪人是适用刑罚的对象,量刑是否公正,直接涉及犯罪人的切身利益。我们认为,即便是犯罪人,也有其应受法律保障的权益,例如要求在合法成立的法庭进行公开、公正审理的权利,上诉的权利,申请法官回避的权利,自我辩护和委托辩护的权利,生命、自由和财产不受非法和过量剥夺的权利,不受酷刑和其他残忍、不人道、有辱人格的待遇或者处罚的权利等等。公正的量刑,能够在剥夺犯罪人应被剥夺的权益的同时,保障其应受保障的权益,能够使犯罪人服判息诉,接受改造,悔过自新,重新做人。相反,不公正的量刑,将直接侵犯犯罪人应受法律保护的那部分权益,招致犯罪人的不满,不利于刑罚目的的实现。

(四)量刑公正是维护人民法院公正形象的需要

司法是社会正义的最后一道防线,人民法院承担着维护法律尊严、实现社会正义的神圣职责,应该成为最讲理、最文明、最公正、最廉洁、最受尊崇的地方,成为法律和正义的化身。人民法院的公正形象并不是一朝一夕铸就的,而是通过长期以来的公正审判,特别是公正的量刑活动来实现和维护的。试想,如果法院的量刑活动经常失轻失重,改判率、再审率居高不下,那么不仅会增加自身的诉累和被告人的负担,而且必将动摇社会公众对人民法院的信任感,从而损害法院和法官的公正形象。

三、量刑公正的实现

对量刑公正的评价属于观念形态的范畴。在司法实践中,量刑

公正的实现要受到许多因素的制约。系统地考察并正确地把握这些因素,有助于量刑公正的充分实现。

(一)法律公正与量刑公正

量刑是人民法院对犯罪人适用刑罚的活动,必须坚持依法进行。依法量刑,是量刑公正的应有之义。在法律和量刑的矛盾中,法律具有前提和决定的意义。离开法律谈量刑,就难以保证量刑的公正性。在普遍推行罪刑法定原则的时代,法律对于量刑的意义显得尤为重要。有位哲人说过:“恶法不是法”。这里的“恶法”,指的是丧失公正性、违背公序良俗、侵犯基本人权、阻碍社会进步和正义事业、徒具法律形式的法律。以这样的法律为依据,毫无疑问谈不上量刑的公正性。因此,法律公正是实现量刑公正的前提条件。要实现量刑公正,必须首先保证法律尤其是刑事法律的公正。公正的刑事法律,应当科学地反映犯罪和刑罚的关系,合理地设置犯罪的类别及刑罚的种类和幅度,既有利于保护社会,又有利于保障人权,并且不断随着社会物质、精神生活条件的发展变化而及时进行立、改、废,以促进社会的良性运行和健康发展。人民法院在依法量刑的实践中,应当及时总结经验,提出法律修改意见,在保证刑事法律公正性的基础上不断实现量刑的公正性。

(二)定罪准确与量刑公正

刑事审判包括定罪和量刑两个阶段。定罪与量刑,既相互独立,又相互作用,共同服务于刑事审判的目的。没有定罪,就谈不上量刑;没有量刑,刑事审判也不完整。在定罪与量刑的关系中,定罪具有决定性,量刑具有从属性。虽然定罪准确并不意味着量刑一定公正,但只有定罪准确,才能保证量刑公正;定罪不准,量刑肯定不公。所以,要实现量刑公正,重要的是要做到定罪的准确,在定罪准确的基础上实现量刑的公正。

(三)法官素质与量刑公正

“徒法不足以自行。”再好的刑事法律,也需要法官去适用。法官素质的高低,直接影响着量刑公正的实现。高素质的法官不仅具有