

法治之路

——律师视角的思考

陈启超 著

河南人民出版社

014061986

D920.0
201

法治之路

——律师视角的思考

陈启超 著



D920.0
201

河南人民出版社



北航

C1749380



图书在版编目(CIP)数据

法治之路: 律师视角的思考/陈启超著. — 郑州: 河南人民出版社, 2013. 12

ISBN 978-7-215-08743-9

I. ①法… II. ①陈… III. ①社会主义法治—研究—中国
IV. ①D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 313597 号

河南人民出版社出版发行

(地址: 郑州市经五路 66 号 邮政编码: 450002 电话: 65788036)

新华书店经销 郑州市诚丰印刷有限公司印刷

开本 710 毫米 × 1000 毫米 1/16 印张 14.25

字数 260 千字

2013 年 12 月第 1 版

2013 年 12 月第 1 次印刷

定价: 35.00 元

贈陳君超律師

清
淡
之
路

癸巳年冬月
李慶生





2002年11月28日，参加在海南省海口市举办的“中南六省（区）律师协作暨律师业务研讨会”，作者在海南律师公证会馆就“商誉权及其法律保护”问题发表演讲。



2003年12月7日，在广州市中国大酒店举行的“第三届中国律师论坛暨2003年专业委员会年会”上，作者撰写的论文获“优秀论文奖”，在领奖台上。



2004年10月23日，在合肥市稻香楼宾馆举行的“第四届中国律师论坛”律师业务拓展分论坛上，作者在发表专题演讲。



2004年10月24日，在“第四届中国律师论坛”酒会上，作者与中华全国律师协会前会长高宗泽合影。



2004年11月16日，在北京王府井大饭店参加由中华全国律师协会与美国律师协会联合举办举行的“律师职业国际研讨会暨全国律协宪法与人权专业委员会成立大会”，作者与美国律师协会会长Robert Grey先生合影。



2004年11月16日，在“律师职业国际研讨会暨全国律协宪法与人权专业委员会成立大会”上，作者与《中国律师》杂志社总编刘桂明合影。



2005年10月15日，作者参加中华全国律师协会宪法与人权专业委员会与美国律师协会亚洲法律项目委员会、苏州大学王健法学院、苏州大学东吴比较法研究所在苏州大学联合举办的“公益诉讼、人权保障与和谐社会”国际学术研讨会，与会代表合影。



2005年11月4日，参加在天津市开发区万丽泰达酒店会议中心举行的“第五届中国律师论坛”，作者与《中国律师网》首席记者刘耀堂合影。



2006年3月3日，参加在郑州市举办的“中美刑事辩护技能培训项目”学习，作者与来自美国的詹尼佛·莱曼（Jennifer Lyman）教授、芭芭拉·伯格曼（Barbara Bergman）教授合影。



2006年11月26日，在北京参加“张思之律师执业五十周年暨八十华诞庆祝活动”，作者与张思之律师合影。



2010年12月4日，“河南省律师行政诉讼律师论坛”在许昌市举办，作者在主持论坛开幕式。



2010年12月19日，参加在中央财经大学由全国律协宪法与人权专业委员会和行政法业务委员会联合举办的“律师参与化解社会矛盾的理论与实践”研讨会，作者在主持第二单元的研讨。

卷前思语

没想到自己能做律师,做了律师之后还乐此不疲,悠然自得。不过,这只是一种乐观主义的表述,其中的甘苦只有自己知道。现在也确有一些律师挣了点钱,加上为了标榜自己的胡侃大吹,使社会上认为律师一个个都是“大款”。但我知道,我不是大款,辛辛苦苦,也只是挣得了养家糊口、维持自己业务发展和买书的钱。记得在县城上高中时,很想买一套(上、下册)的《古文观止》,就3元5角钱,我当时没有钱,向同村一位在县城工作的老乡借了5元钱,才实现了自己的愿望。那时,我就暗暗发誓,一定要努力学习,将来挣下钱,想买什么书,就买什么书!还不错,这个梦想现在实现了!除了那些为了讲排场而收藏的昂贵的“黄金书”外,一般的书,本着开卷有益、服务律师业务和丰富业余生活的目的和需要,我买了不少的书。法律方面的自不用说,还有文学、历史、文化、哲学、管理、逻辑等等。这些也是我常常引以自豪、见人就想摆活的。每每站在书架前,看着那一排排亭亭玉立、红绿招展的书脊,情不自禁就要摸上一摸,翻上几翻,真是难得的惬意和舒畅。这真是读书人的自我陶醉!

律师,白天都是在外奔忙,接受咨询、调查取证、出庭辩护(代理),对于我,还有不少的社会责任和任务。参加有关政府的会议,审查规范性文件,给领导提供咨询和论证;参加政协有关的调查,了解社会民情;为各个阶层、方方面面搞普法讲课,提高人们的法律意识和风险防范能力……晚上,在家准备一些业务文件、文书,还得看书不断充实自己,这些,往往要熬到深夜。时不时还想把自己办理业务时的感想和心得体会写出来,为了给自己的疑问找出答案,论证自己的观点,只好把自己关在家里,翻书、上网查资料,“奋笔疾书”,一篇一篇累积起来,便形成了这本论文集。

法治,是一个千年之梦!中国古代的商鞅,主张“事断于法”,“垂法而治”,曰:“法任而国治矣。”比商鞅还早的古希腊人柏拉图,在他的《理想国》的玄想破灭后,开始在《法律篇》中又描绘了一种新的国家统治形式——“法治国”。他指出,每一个城邦都“不应该服从僭主,而应该服从法律的支配”。^①他还说:

^①柏拉图:《第七封信札》334C—D。

“有这样一种拉力,每个人都应当永远跟着它而且决不撒手,从而能够抵抗其他肌腱的拉力;它就是那:‘深思熟虑’得出的主要纽带、金质的和神圣的纽带,而称为国家的公法;其他的纽带都是坚硬的和铁制的,并有种种可能的形态和外貌,而这根纽带是柔韧的和始终不变的,因为它是黄金制成的。有了这根最卓越的法律主要纽带,我们就必然需要经常合作……”^①服从法律的意向和精神可以达到城邦生活的和谐。柏拉图明确宣称:“如果一个国家的法律处于从属地位,没有权威,我敢说,这个国家一定要覆灭;然而,我们认为一个国家的法律如果在官吏之上,而这些官吏服从法律,这个国家就会获得神的保佑和赐福。”^②亚里士多德师承柏拉图,更明确地阐释了法治的含义:“法治应包含两种意义:已成立的法律获得普遍的服从,而大家所服从的法律又应该本身是制定得良好的法律。”他亦曾大声呐喊:“人类为什么要实行法治?因为法是正义的体现,是人类理性原则的体现。换言之,实行法治是为了公众的利益或普遍利益,不是某些人或某个人的利益。所以,法治强调的是法律的普遍服从,不仅民众必须守法,立法者也必须守法。无人例外!”千百年来,人们一直在追求,在呼唤!可喜的是,我们现在已经做出了“法治”的选择!“依法治国,建设社会主义法治国家”,已经写进了《中华人民共和国宪法》,我们也正在不断地实践、探索,我们将会朝着这个目标勇往直前!

鲁迅先生说:“世上本没有路,走的人多了,便成了路。”在通往法治的道路上,已经走过了太多太多的人,这里,有很多的先贤圣哲,也有像本文集作者这样的无名小卒。走在这条法治之路上,在前行的过程中,我不停地思索、研究,颇有所得、所获;尽管也颇有所苦、所感,但可谓苦中有乐,苦中有获。收入本文集的文章,是自己执业20年来的一些感悟和思考,我把它叫作“律师视角的思考”,记录了自己在法治之路上长途跋涉所留下的足迹。

法治,是我的理想和追求。随着从事律师职业时间的延伸,这种追求的欲望也愈加强烈!在平凡工作中,我正在也必将继续自己一点一滴的努力来实践这一诺言。“路漫漫其修远兮,吾将上下而求索!”

^①柏拉图:《法律篇》,644。

^②柏拉图:《法律篇》,715。

目 录

卷一 人权保障与司法改革	1
论人权保障与宪法救济	3
律师、人权保障与和谐社会	12
试论司法改革与司法公正	24
论超期羁押	34
卷二 刑事辩护的法治思考	63
辩护与教育职能的有机统一	
——浅谈承办未成年人刑事(辩护)案件的认识和体会	65
律师会见问题浅议	76
被害人诉讼权利保障问题浅议	90
青少年犯罪的特点、成因及对策分析	99
法院判决不算,公安侦查重来?	
——由胡××涉嫌盗窃案引起的法律思考和质疑	114
卷三 行政程序法治	121
我国行政程序法治的现状及对策分析	123
我国行政信息公开立法的若干建议	136
我国《行政许可法》中的信息公开问题探析	144
我国的行政公益诉讼论析	160
行政诉讼调解制度的必要性和正当性之探讨	173
卷四 律师文化及其他	185
谈律师文化的价值追求	187
试论律师执业行为评价体系的建立	196
律师与普法	204
论商誉权及其法律保护	212
后记	221

卷一 人权保障与司法改革

论人权保障与宪法救济

内容提要:我国这次修宪,不仅将“人权”入宪,并且增加了有关经济人权的规定。应该说我国已基本建立了宪法人权保障机制,但仍存在一定程度的缺陷,尚须进一步完善。宪法救济是人权保障制度的重要内容。我国宪法规定有违宪审查制度,但至今尚未见到过全国人大常委会撤销过哪一个行政法规和地方性法规。为此建议,进一步完善有关人权保障条款的规定,在全国人大之下设立宪法委员会专司违宪审查之职,并赋予人民法院对宪法条文的直接适用权,建立我国的宪法诉讼制度。

关键词:人权 人权保障 宪法救济

今年我国进行的第四次修宪,增加规定了“国家尊重和保障人权”的条款,意义重大而深远。人权的保障应得到有效的宪法救济。近几年来,出现的有关涉及适用宪法的诉讼案件,比如齐玉苓诉陈晓琪等侵犯其受教育权获得赔偿案、蒋韬诉中国人民银行成都分行招工以身高歧视侵犯其平等权案和张先著诉芜湖市人事局“乙肝歧视”案等,引起了学者对我国宪法救济制度的广泛讨论。笔者亦不避浅陋,谈一些管窥之见。

一、我国宪法的人权保障

(一)人权与宪法

人权,顾名思义,就是作为人所应享有的权利。尊重和保障人权是当代世界发展的主题,也是一项世界性宪法原则。人权是宪法的核心内容,因为宪法历来被称为人权保障书,正如列宁所说:“宪法是一张写着人民权利的纸。”^[1]人权需要得到宪法的确认和保障;而宪法则以宣示、保障人权为己任,否则宪法则会丧失其存在的价值,而不称其为“宪法”。二者相辅相成,不可分割。

人权,是一个历史的、发展的概念。随着社会的发展、人们权利保护意识的

提高,使人权这一概念的内涵得到不断的丰富和发展。世界各国因其政治、经济、文化发展水平不同,国情不同,其宪法对人权内涵(保护范围)的规定也不尽相同。即便是同一国家,在不同的历史发展时期,人权保障的范围和形式也不一样。一般来讲,19世纪以前,西方各国对人权的确认大都限于生命权、自由权、平等权和财产权。“第一次世界大战”至“第二次世界大战”期间,多数西方国家倾向对财产权、自由权、人身权等个人人权的确认。而“二战”以后,不仅个人的政治、经济和文化方面的人权内涵得以不断丰富,社会保障权也开始在宪法中得到体现。尤其是在社会主义国家和广大发展中国家,生存权和发展权倍受重视。与此同时,自决权、发展权、和平权、环境权等已作为集体人权出现在国际法律文件中。现在,各国宪法对人权范围的规定已十分广泛,涉及政治、经济、文化和社会生活的各个方面。^[2]

我国对人权的认识和发展也是一样。1975年《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)仅有2条规定了公民的基本权利;1978年《宪法》,对公民基本权利的规定有12条。1982年《宪法》,在总结历史经验的基础上,为适应人们对人权保障的渴求和社会主义民主法制建设的需要,以专章的篇幅,比较全面地规定了公民所享有的基本权利。从结构上来看,将公民的基本权利放在“国家机构”一章的前面,表明我国《宪法》对公民基本权利和自由的重视。但由于仍然停留在对人权问题“资”姓的错误认识,不敢、没有使用“人权”或“人权保障”的字眼。这次将“人权”入宪,公开宣示我国“尊重和保障人权”,以适应世界人权的发展潮流,“有利于推进我国社会主义人权事业的发展,有利于我们在国际人权事业中进行交流与合作。”^[3]

(二)我国宪法的人权保障状况

我国这次修宪的亮点,不仅在于“人权”的入宪问题,并且明确、增加了有关经济人权的規定。体现在:(1)保护公民的私有财产权和继承权;(2)鼓励非公有制经济的发展;(3)对土地、公民私有财产征收、征用给予补偿;(4)建立健全社会保障制度等。生命、自由和财产是最基本的人权,离开了这些人就不成其为人。《宪法》修改,增加了经济人权的条款,加强了对人生存权的保障,扩张了人的发展的自由度,是我国宪法立法的明显进步。

通观修正后的《宪法》,应该说我国已基本建立了宪法人权保障机制。从宏观上看,首先,《宪法》“总刚”在第二条、第三条、第五条规定了国家权力的归属和宪法的地位:“一切权力属于人民”;“一切法律、行政法规和地方性法规都不得与宪法相抵触”,“一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事