

2003

法学新问题探论

2003 Faxue Xinwenti
Tanlun

华东政法学院
法律学院 编

SHANGHAI
SHEHUI
KEXUEYUAN
CHUBANSHE

上海社会科学院出版社

法学新问题探索系列丛书之七

2003法学新问题探论

华东政法学院法律学院 编

上海社会科学院出版社

图书在版编目(CIP)数据

2003 年法学新问题探论 / 华东政法学院法律学院编.
上海: 上海社会科学院出版社, 2003
ISBN 7-80681-227-X

I. 2... II. ①华... III. 法律-中国-文集
IV. D920.0-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 047459 号

'2003 法学新问题探论

华东政法学院法律学院编

责任编辑: 周 河

封面设计: 闵 敏

出版发行: 上海社会科学院出版社

上海市淮海中路 622 弄 7 号 电话 63875741 邮编 200020

<http://www.sassp.com> E-mail: sassp @ online.sh.cn

经 销: 新华书店

印 刷: 上海华成印刷装帧有限公司

开 本: 850×1168 毫米 1/32 开

印 张: 21.375

插 页: 2

字 数: 540 千字

版 次: 2003 年 9 月第 1 版 2003 年 9 月第 1 次印刷

印 数: 0001-1200

ISBN 7-80681-227-X/D·023 定价: 45.00 元

版权所有 翻印必究

序

21 世纪的上海乃至中国,充满着各种机遇和挑战。在改革开放的进一步深化过程中,各种新的法律问题不断涌现,亟待解决。法学作为一门应用型学科、服务型学科,尤其需要以“与时俱进”的精神,不懈地研究和探索。

大学是高等教育的基地,也应是学术思想的摇篮。我们华东政法学院法律学院多年来一直坚持不懈地致力于法学新问题的探索和研究。近年来,在学校领导的大力支持下,在法律学院广大师生的努力下,法律学院各方面的工作都取得了重大进展,法律学院的师资队伍进一步壮大,引进了一批优秀的教授和硕士、博士,本科办学规模得到了扩大,松江校区的建设也取得了很大进展,抗击“非典”的工作也取得了阶段性的胜利。法律学院的教师们圆满地完成教学工作量的同时,仍然坚持研究、探索法学新问题,并取得了丰硕的成果,《'2003 法学新问题探论》就是这些丰硕成果的结晶之一。本论文集是我们法律学院组织编写,并集中学院最新科研成果的“法学新问题探索系列丛书”的第七部。从 1996 年至今,我们每年出版一部论文集,没有间断过。法学理论界和司法实践部门对此给予了很高的评价,社会上也有很好的反响,其中有很多研究成果已经被立法、司法部门采纳和运用。对此,我们深感欣慰,也倍感激励。今后,我们将一如继

往,不断开拓法学研究的新领域,为国家的法制建设贡献我们的绵薄之力,并报答广大读者的厚爱。

系列丛书之七《'2003 法学新问题探论'》共收集了 43 篇万字论文。其中有法理、宪法、刑法、民商法、行政法、诉讼法、法律制度史等学科的最新研究论文,也有司法改革、法学教育以及法律文书等方面的最新研究成果。与以前不同的是,为了便于读者选择浏览,本卷书在编排上对文章按学科进行了分类。

“法学新问题探索系列丛书”的出版,长期来得到了学校领导和有关部门的大力支持,在论文的审定和编辑过程中,我们学院的资深教授苏惠渔、俞子清、傅鼎生、王立民、胡锡庆、丁以升和金友成等都给予了宝贵的意见和建议。上海社会科学院出版社的周河先生不辞辛劳,鼎力促成本书的出版。刘星先生在经济上也给予了很大资助。在此,我谨代表法律学院向他们表示衷心的感谢!

需要说明的是,论文集中的观点和看法,均是作者个人的见解,作为学术观点仅仅属于“一家之言”,如果有与现行法律规定或政策不一致的,均应以现行法律规定或政策为准。作为“一家之言”,文中难免有不妥、不周之处,欢迎广大同仁、专家和读者赐教指正。

刘宪权*

2003 年 7 月

* 刘宪权 华东政法学院法律学院院长,中国刑法学会副会长,教授、博士生导师。

目 录

序	刘宪权/1
---------	-------

司法改革·法理

• 实现司法公正的必由之路	王立民/1
• 从原则走向权利 ——论我国公民平等权及其保障体制的完善	王月明/15
• 人身权的发展轨迹	李锡鹤/28
• 论公权与私权之间的冲突	潘小军/44
• 试论法律原则在法的要素中的地位	顾亚藏/55
• 法制转型与现代化 ——全球化背景下的思考	苏晓宏/69

刑 事 法 学

• 论行刑的人道主义	孙万怀/76
• 刑罚个别化思想的基本问题	游 伟 王恩海/93
• 对法定犯的一些认识	沈 亮/112
• 论单位共同犯罪	薛进展/123
• 贷款诈骗罪疑难问题探析	刘宪权/137
• 我国挪用犯罪立法评析及其完善	赵能文/153
• 金融秘密与洗钱	何 萍/192
• 论运输毒品罪的客观方面	郑 伟/205
• 刑法三个热点案件的理论思考	杨兴培/220

民 商 法 学

- 论债的相对性原则 曲玉梁/235
- 试论电子商务合同的成立 盛雷鸣/258
- 美国地产权分析 黄武双/277
- 一国四法域合同法律制度比较 倪韶红/294
- 我国夫妻特有财产制度研究 许 莉/307

诉 讼 法 学

- 论一事不再理对我国刑事再审的启发 ... 段春生 陈祥龙/324
- 论现行刑诉法的若干问题及其立法完善 杨可中/334
- 我国审前羁押的司法控制问题研究 傅雪峰/355
- 犯罪嫌疑人在公安机关侦查阶段的权利保障 刘 红/370
- 刑事附带民事诉讼立法原则及若干运作障碍
 之对策思考 孙剑明 何军兵/385
- 刑事附带民事诉讼精神损害的赔偿与
 审理 周雪祥 刘爱民/404
- 交通肇事案件附带民事诉讼若干问题
 探究 邓晓霞 杨庆莉/424
- 测谎技术与测谎证据问题 叶 青/439
- 民事诉讼证据失权制度及其价值体现 姚 远/455
- 民事执行的若干问题 洪冬英/465
- 行政公益诉讼之理论 刁振娇/480

行 政 法 学

- 论行政体制改革与行政组织法的完善 沈福俊/499
- 我国行政监察工作现状及其对策思考 张心泉/515
- 行政处罚适用规则二题 王春明/534

- 行政程序的价值评定和立法方向 赵华强/548

法律制度史学

- 儒家法文化与法制现代化 徐永康/563
- 关于清末“预备立宪”几个问题的评说 ... 殷啸虎 高景芳/579
- 西方陪审制度的历史变迁 丁以升/593

法学教育·司法文书

- 法律诊所教育与我国法学教育改革初探 许建丽/602
- 论诊所法律教育原则 牟道媛/617
- 司法考试是连接法律职业与法学教育的纽带 汤琳俊/630
- 法律语言新论 潘庆云/650
- 民事裁判文书改革的现状及存在的问题 李 琴/662

司法改革·法理

实现司法公正的必由之路

王立民

司法的核心是公正,公正又是司法的出发点和归宿。最高人民法院院长肖扬十分强调司法公正的重要性:“司法公正是人民法院审判工作的生命和灵魂,是法院落实依法治国方略的重要内容。”^①当前,要实现司法公正,就必须推进司法改革,这是一条必由之路。本文就其中的一些问题,发表个人之管见。

一

现在,中国要提高司法水平,实现司法公正,就必须进行司法改革。关于这一点,江泽民同志已在十五大政治报告中明确指出:“推进司法改革,从制度上保证司法机关依法独立公正地行使审判权和检察权。”事实也是如此,中国用司法改革来进一步实现司法公正是一条必经之路,其理由众多,但主要是以下几个方面:

1. 从中国的经济政治等情况来看,需要通过司法改革来进一步实现司法公正

中国已经从计划经济向社会主义市场经济发展,而且逐渐趋向成熟。市场经济需用法制指导、保障,对司法有很高的要求。可是,长期以来,中国实行的是计划经济,司法是计划经济下的产物,

只适合过去的计划经济时代,不适应现在的社会主义市场经济时期。虽然,中国现在已经转向社会主义市场经济,但司法仍然滞后。司法的独立、公开、权威、效率、监督等都存在一定的问题,这些问题在不同程度上影响司法公正。为了要实现司法公正,不进行司法改革不行。

随着社会主义市场经济的建立与发展,我国的政治体制改革也在进行中,而且还取得了不小的成绩,国务院所属机构的精减和调整、教育管理权的下放等等就是这一改革的一部分。政治体制改革的一个重要目标是政治民主化和法治化。为了实现法治化,司法的重要性便突显出来了。司法是法治中的重要组成部分,也是法治国家解决纠纷和问题的经常、有效、最终的办法,对于稳定、发展社会具有不可替代的作用和地位。随着中国政治体制改革的不断推进和深化,司法改革也应紧紧跟上,以这种改革来保障政治体制改革的不断推进和深化。

2. 中国现有的司法制度还不够完善,需要通过司法改革来进一步实现司法公正

党的十一届三中全会以来短短的 20 多年时间里,中国的法制能达到今天的水平,已经非常了不起。可是,也不能不看到中国的法制还有不完善的地方,司法制度也是如此。对司法制度作出规定的诉讼法来说,还不够完善,其法条也少,与发达国家的诉讼法相比较,我国的诉讼法要少数百条,因此有些制度就成为一种“缺口”。比如,缺少陪审员规则、没有证据法、无明文规定直接和言辞原则等等^②。司法制度的不完善容易造成司法不公。因此,要实现司法公正,不进行司法改革也不行。

中国司法制度的改革已经进行多年,也有不少有益的成果。比如,法官法和检察官法制度的建立、法官职业道德标准的制定、审判方式的改革等等。可是,中国现行的司法制度与发达国家的司法制度相比,仍有相当的距离,改革的任务依然很艰巨,改革还

要继续进行。不进行这种改革,这种差距无法缩短。司法制度不会完善,司法公正就难以保证。

这种改革的形式可以有多种,可以是改革原有的制度,可以是确立一个新制度,也可以是废除原有的不适合现时的制度。前一时时期,中国已经采用了多种改革形式,比如:修改法官法和检察官法就属于改革原有的制度;推出全国统一司法考试就属于确立一个新制度;废止免诉和收容制度就属于废除不适合现时的制度。从现在司法改革的形势来看,不久的将来还会有一些新的改革内容通过各种改革形式而不断面世。

3. 从中国入世来看,社会对司法的要求更高了,需要通过司法改革来进一步实现司法公正

世贸组织规则是市场经济规则,也是世界行政法规则。由于这种规则已在发达国家成熟并长期施行,因此其中的多数内容不仅对他们有利,而且他们还驾轻就熟,运用自如。与这种法制相联系,他们还建立了一套比较成熟和健全的司法制度,以保证司法公正和世贸组织规则的落实。中国入世,着手对相关法律和法规进行修改,使它们更符合世贸组织规则。与此同时,中国有必要在司法上进行改革,吸收发达国家成功的司法经验,使其更适应中国入世的需要。

中国原有的司法制度与入世的要求比较远,只能应付入世前的需要。可是,入世以后,中国的经济和管理都要按中国承诺的要求去做,外国的投资者、贸易者、管理者也会用世贸组织的规则要求中国,同时也会对中国的司法提出新的挑战,而中国原有的司法制度已很难应对这种挑战。因此,中国入世以后,还有进行司法改革的任務,中国也应抓住这一契机进行司法改革,促进司法公正,以适应中国入世后的需要。

4. 从世界范围来看,司法改革已成为一种潮流,中国也应融入这一潮流,通过司法改革来进一步实现司法公正

近年来,受高科技和知识经济等的影响,世界政治、经济等都

发生了很大变化。这种变化也深入到司法领域,引起了世界许多国家和中国香港、台湾地区的司法改革,以实现更高要求的司法公正。这无论是在普通法系国家、大陆法系国家,还是中国的香港、台湾地区,都是如此。这实际上已经形成了一种世界的潮流。

在普通法系国家里,沿用了几百年的司法制度面临着改革。这些国家的法律从业人员提出了改革的要求和设想。这里以英国的司法改革为例。1999年,在上海举行的有关中国和英国刑事诉讼法的研讨会上,当笔者问及出席会议的一位英国皇家律师,英国是否也有必要进行刑事审判方式改革时,他作了肯定的回答。而且,他还提出个人的看法,认为英国刑事审判的时间过长,这会影响司法效率,因此缩短审判时间、提高审判效率是当前改革的一大任务^③。

在大陆法系国家中,同样有司法改革的任务,这里以法国的司法改革为例。自1998年以来,冀古夫人推出一系列司法改革的措施,其中包括:法官不可独审累犯的轻罪案件,预审法官可以用强制手段让证人出庭,简化刑事受害人提起民事诉讼的程序,等等^④。

中国香港和台湾地区的司法也在改革之列。1998年笔者在与香港高等法院大法官进行研讨时,一位大法官就直截了当地指出,香港的审判方式也有需要改革的地方,比如民事审判的时间太长,以致一些民事案件的当事人不堪重负,就是赢了官司,在经济上也得不到多少补偿,影响了这一诉讼本来的意义^⑤。台湾地区在1999年开始司法改革,改革内容包括:民事简易庭改为会议桌形式,缓和了审判气氛;裁判文书快速上网,可以咨讯;各法院备置法官、职员名牌,接受公民监督;鼓励法官进修提高等等^⑥。

以上国家和中国的香港、台湾地区都在积极推进司法改革,以实现新形势下的司法公正。中国作为世界大国,也应融入这种改革,以进一步实现司法公正,顺应这一潮流。事实上,中国也确有

进行这种改革的必要,也确有应进行改革的地方。

从以上四个方面可见,中国通过司法改革来促进司法公正势在必行。司法公正作为中国改革和世界司法改革大潮中的一个重要组成部分,将对中国的社会主义法制建设起到巨大的推动作用。

二

从实际情况来看,中国在某些地方、某些时候,也确实存在司法不公的问题。尽管这些问题不具广泛性,但它毕竟对司法公正产生了不利影响,损害了中国司法公正的形象。其具体表现在以下方面:

1. 形象不公

法官的形象很重要,是展现中国司法状况的一个直接窗口。人们对中国司法的了解,往往从对法官的形象开始。法官的形象是否公正,常常是人们认识司法是否公正的第一感觉。另外,从法官本质来说,也应是一种公正形象。法官是裁判者,处于中立地位,不偏不倚、维护司法公正是其天职。因此,中国的法官应该保持形象公正,在与当事人的会见过程中、在庭审的时候等各种与职务相关的各种场合,都要体现一种中立裁判者的公正形象,不能有偏向任何一方的表现。可是,有少数法官很不注意自己的形象,给法院工作带来了不利影响。辽宁省本溪市出现过这样的情况:该市一个法院的立案庭庭长赵某和审判员刘某在审理一起经济纠纷案件中“违反回避制度,接受当事人亲属宴请,使案件的执行工作受阻”。该市另一个法院的执行庭副庭长郭某在执行公务中“甚至说出‘你少来这一套’等不文明语言,损害了法官形象,在社会造成很坏影响”^⑦。长春市南关区西五法庭甚至出现法官殴打“全国十佳律师”王海云的情况。当时,王海云代理了一起名誉权侵权案件。在庭审过程中,他因对法官的“随意休庭”提出不同意见,在法官办公室里“被该法庭法官殴打,在当地引起强烈反响”^⑧。

2. 羁押不公

公民的人身自由是中国宪法和法律规定和保护的一种自由和权利。司法中的羁押是针对违法犯罪者所采用的一种限制人身自由的强制措施。羁押的执行还有法律的明文规定,违法羁押就是司法不公的一种表现,会给司法公正产生不利影响。中国的极少数法院出现过因为错判而使无辜公民错押的情况。四川省绵阳市出现过这种情况。该市农行平武县支行响岩营业所信贷员程宁于1991年2月17日被正式逮捕,同年7月28日绵阳市人民检察院以抢劫和杀人等罪对其提起公诉,同年10月6日被绵阳市中级人民法院判处死刑、剥夺政治权利终身。程宁不服判决,遂向省高级人民法院提起上诉,直至1999年4月经绵阳市中级人民法院重审,因证据不足,宣告无罪。在这期间,他共被错关了3257天,形成了羁押不公。为此,该市的人民检察院和法院还专门赔偿了53528元^⑨。

3. 庭审不公

法院的庭审是司法中的一个重要环节。庭审中,诉讼参与人都要到场,经过宣读起诉书、答辩、提供证据、认证、质证、辩论等一系列重要程序,最后还要进行公开判决。庭审对于审判的结果具有重要意义,往往会对审判结果产生重大影响。因此,庭审公正司法公正中占有重要地位,庭审不公很难体现司法公正;只有庭审公正,才能保证司法公正。可是,中国有极少数法官没有按诉讼法的要求主持庭审,以致出现庭审不公,造成极坏影响。2000年9月13日,湖南省娄底市中院判处该省双峰县农民彭协辅死刑。在判决前的庭审中,法官忽略了“彭协辅始终不承认自己打了弟弟彭关求,而是妻子王小阳‘与彭关求抢锄头时碰伤’”的事实,也不顾辩护律师指出的“‘漏洞百出’的CT片上的日期竟是4月3日——彭被打伤的前一天,彭的名字也被误为‘彭国初’”的事实,以致法院错判。直至2001年根据湖南省高院的“司法建议”,此案才出现

逆转,最后“法院认定袁协辅 1998 年的行为不构成故意伤害罪,‘彭协辅无罪’”^⑩。此外,辽宁省瓦房店市法院在 2000 年 10 月对一个未收到检察院重新起诉的案件,“以已经准予撤诉的原起诉书指控的事实开庭审理”,还“对此案进行宣判,判处王文礼、王立梅各有期徒刑 1 年”。在刑事案件的庭审中,此法院竟然在检察院没有起诉的情况下开庭审理案件,明显违反了刑事诉讼法的规定,被认为是:“荒唐地开庭审理,违法宣判,堪称司法界一奇闻。”^⑪

4. 判决不公

判决是司法的集中表现,最能反映司法的实际情况,对于司法公正至关重要。判决不公直接意味着司法不公,判决公正能够突显出司法公正,因此判决公正在司法中具有特别重要的意义。可是,中国的个别法官却把判决公正当作儿戏,甚至违法判决,形成判决不公,损害了当事人、被告人的合法权利,给司法公正抹黑。哈尔滨市动力区法院的法官李文慧在受理一起永实气体销售站周丽杰诉哈尔滨重型机器厂的债务纠纷案中,收受周丽杰的贿赂,在根本没有“查过账”的情况下,枉法裁判,判决哈尔滨重型机器厂欠款由 17 万元变为 90 万元,演出了一场司法不公的闹剧^⑫。在刑事案件的判决中也有不公情况。广西省宜州市法院副院长苏忠照在收受了贿赂 1.8 万元以后,“胆敢视贿金多少来量刑”。他在受理邬建国贩毒案中,收受贿金 4000 元后,将邬建国的量刑从有期徒刑 2 年零 6 个月改为 1 年;在受理胡文龙受贿和挪用公款一案中,收到贿金 1.5 万元后,不仅对胡文龙轻判,还为其“办理了长达 12 个月的取保候审手续”^⑬。

5. 裁判文书不公

裁判文书是司法审判的文字表现,也是司法审判的最终结果。裁判文书随着判决公开而公开,因此它实际上成为人们了解中国司法审判情况的一个重要途径,在显示司法公正中同样具有重要作用。从近年来的情况看,中国也有个别法官胆大妄为、滥用职

权,或不负责任、玩忽职守,制作有违公正的裁判文书。河南省沈丘县执行庭副庭长周文广在审理一起房地产纠纷案中,收受一方当事人送上的“礼品包”,“大笔一挥,虚构了杨某欠沈丘县联社营业部 50 万元借款的事实,并据此伪造了沈丘县人民法院(1997)沈民初字第 188 号民事判决书一份”,影响了此案的公正审理^⑩。无独有偶,河南省淅川县法院民庭在审理一件普通的人身损害赔偿纠纷案中,写错判决书,判决的内容变成了:“准予原告周首明与被告陈秀英离婚。”在当事人彭玉合向递送判决书的法官指出判决书的错误后,他还说:“我们的判决书一个字也不会错!”想不到经更正的判决书仍然有误。“接到更正的裁定书后,彭玉合又发现判决书中将‘被告辩称:我扎原告一刀属实’之事实错误地表述为‘被告辩称:我扎被告一刀属实’。”^⑪这样的裁判文书真叫人哭笑不得,它严重地损害了司法的公正性和严肃性。

6. 执行不公

从程序上来讲,执行是司法中的最后一个环节。这个环节在司法中同样非常重要,是具体落实裁判文书等司法文书内容的一种有效手段。依法执行能体现司法公正,违法执行则会损害司法公正。中国的少数法官因为各种原因而执行不公,有损于司法公正。浙江省苍南县龙港百信工业有限公司曾与唐山丰润曹雪芹家酒(集团)公司因盒票加工合同引起纠纷而诉至法院。法院判决被告曹雪芹家酒公司给付原告龙港百信工业有限公司贷款 422620 元。判决生效后,被告在有资金的情况下仍拒不执行,于是在 2000 年 1 月 20 日,唐山市中级法院执行庭前往被告所在地执行,查封了奥迪小轿车一辆。“但两个小时后,这辆轿车却又被放行。”其原因是:“唐山市中级法院院长亲自打电话给他(执行庭负责人),说市委领导来电话要求放车的。”^⑫在刑事案件的执行中也有不公情况,有些应被收监执行的罪犯却逍遥法外。河南省开封市南关区法院的刑庭庭长赵正锡曾“多次接受罪犯亲友的宴请和物

品,胆大妄为,执法犯法,采用欺骗手段,分别将7起刑事案件中被法院判处有期徒刑1年零6个月至12年不等的8名罪犯私放而不收监执行,在当地引起极大反响”^⑩。

以上这些司法不公的行为人都不同程度地受到了应有的处罚。然而,为了防止和杜绝这些不公的司法行为重复出现,有必要进行司法改革,用司法改革来促进司法公正。

三

目前,中国进行司法改革主要可从以下一些方面着手进行,这些都有利于进一步实现司法公正。

1. 真正从思想上重视司法改革工作

要积极推进中国的司法改革,首先要从思想上重视司法改革工作,真正认识到司法改革的重要性和懂得用司法改革来进一步实现司法公正是当前一条必经的途径。而且,司法改革和司法公正在中国法制建设中具有极为重要的意义,司法改革的成功和司法公正的实现会加快中国法治建设的进程,否则就会延缓这一进程。

在中国,要真正从思想上重视司法改革工作,树立司法权威不是一件易事。中国长期以来习惯于德治和人治,没有像西方国家那样以民主为基础的法治传统。在古代,中国推行“德主刑辅”、“礼法并用”的治国传统,处处以“三纲”、“五常”来作为行为规则,实是一种德治加人治的方略。在这种方略之下,国家树立的权威是伦理道德和君主,以及在这基础上的专制;人们的平等、民主意识淡薄;司法不独立,也无权威;法制只是专制君主手中的一种辅助统治手段,它仅存的一点权威也常常遭到破坏和侵害。这种传统影响很大,以至新中国成立后,中国的法制建设也走了不少弯路。这些都与西方发达国家的法治有天壤之别。现在,中国要建设社会主义法治国家,实行依法治国,就要树立法治权威,做到司