

司法改革 及相关热点探索

EXPLORATION

ON JUDICIAL REFORM

AND RELATED HOT ISSUES

• 陈灿平 著

中国检察出版社

司法改革及相关热点探索

陈灿平 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

司法改革及相关热点探索 / 陈灿平著. —北京: 中国
检察出版社, 2004. 1

ISBN 7 - 80185 - 174 - 9

I. 司... II. 陈... III. 司法制度 - 体制改革
- 研究 - 中国 IV. D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 107927 号

司法改革及相关热点探索

陈灿平 著

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电子邮箱: zgjcbs@vip.sina.com

电 话: (010) 68650027 (编辑) 68650015 (发行) 68636518 (邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 北京鑫海金澳胶印有限公司

开 本: 850mm × 1168mm 32 开

印 张: 11.375 印张

字 数: 292 千字

版 次: 2004 年 1 月第一版 2004 年 1 月第一次印刷

书 号: ISBN 7 - 80185 - 174 - 9 / D · 1161

定 价: 24.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

法沿随笔：一个法律人的追求

(代序)

(一)

世上有两种人，一种人举重若轻，一种人举轻若重；一种人善把复杂深奥的东西变得简单，一种人能将稀松平常的东西叠床架屋；一种人特定时间、特殊地点长袖善舞，一种人平时的水平和实力可能更高；一种人喜好爬山，不达目的誓不罢休，一种人追求游园，优哉游哉享受人生；一种人喜好创新，一种人长于应用，更多的人平凡朴实，淡然一生。笔者作为一个法学的入门者，既没有登堂入室，也未敢轻易仰视法学殿堂圣洁庄严的神龛，只有以匍匐的姿态，做一些平凡而实际的工作。然天性喜好侍候文墨、兼爱策划写作，若能写出一点称得上创见的东西，或曰文采飞扬的文字，则感到人生莫大的兴奋与快乐。

研习法律，为兴趣之所在，亦为命运之使然。作《司法改革及相关热点探索》一书，其意不过在于唤起社会对司法所需理性的真正重视和对法院司法的更多关注，期冀在事实和数字的基础上，在法学和司法之间，弘扬一种学术与实务相结合的实践理性。虽囊中羞涩，但不免敝帚自珍，翻拣之中，似有以下一些或许可以“以土易砖”、“以砖唤玉”的东西：

第一，关于体系结构。本书以司法主题、司法管理、司法与社会环境、法官制度、法院文化、审判委员会制度、司法借鉴等专题为总论，以若干民事、刑事热点为分论性、实务性依托，构建关于实践理性的总分结合的体系。虽然，其中的每一个专题，都

可以形成一本书，但笔者只选定了该专题的某一个侧面，企望以一滴水反映一个世界，表达作者在这些领域的个性化的所思所得。

第二，关于内容观点。在本书各章节中读者可以发现以下一些比较新颖的东西：第一章司法主题中提出了“社会历史公正”、“司法检验公正”以及“司法的经济”等较新的概念和观点，第二章法院管理中阐述了若干法院管理的新理念和激励中层干部、普通干警的新技巧，第三章从具体措施的角度系统探讨了法院促进社会信用体系的方略，第四章对法院职业化建设中的操作性难题提出了解决办法，第五章从务实的角度提出了改进审判委员会制度的建言，第六章借助欧洲经验探讨了中国司法改革的理路，第七章对精神损害赔偿司法解释进行了反思并探求了小额诉讼程序的制度价值，第八章结合案例对至少占我国经济犯罪25%数量的合同诈骗罪进行了比较透彻的分析，第九章对网上毒品犯罪和特殊空间（如航空器）的防卫权等问题进行了探索。

第三，关于研究方法和写作方法。本书中较多地采用了比较研究法，如第一章司法主题、第二章法院管理、第六章司法借鉴和第七、八、九章的民事、刑事法诸热点的具体研究。在第五章审判委员会制度的研究中，笔者完全采取了基于实际数字、图表、实际案例的分析研究法，不采纯理论性的评论与评价。至于引文和注释问题，笔者初浅地认为，过多地引用他人原文，完全采用注释式、综述式的写作方法，某种程度上会导致自己个性化内容的减损甚至淡化虚无。而且，笔者认为，文章，即使是学术文章不应该只有一种写法、一种评价标准，即使是同一个作者，也可以根据不同的题材，采用不同的研究方法和写作方式。

(二)

文贵言之有物，贵精辟，贵真实独到，这是笔者一直所梦想与追求的。一句格言法谚，胜却废纸万言。句有可削，足见其

疏，字不得减，乃知其密。现代社会节奏如此之快，事务如此繁忙，浪费别人的时间无异“谋财害命”。常痛恨制造书本垃圾、制造文字垃圾者，数十页过去，不见一点思想的火花。怎比得上伟大的刑法学之父贝卡里亚，虽一本薄薄的《论犯罪与刑罚》却字字珠玑，让人醍醐灌顶。又痛恨文抄公、文字窃贼之流，不劳而获——或为敷衍作业、考试、学位，或为捞取职称、职位、名利，堂堂有词“天下文章一大抄”。“寻章摘句老雕虫，晓月当帘挂玉弓”，我用之来形容“辛苦”的文抄公们，且把他们称为“雕虫”。当然，天才极少，圣贤无多，既为凡人，终有精力不济或才力不济甚至江郎才尽之时。此亦无妨，惟埋头学习积累、虚心求教请问耳。所以，不能不钦佩并景仰那些大智大慧、德高望重之士，不妄下断语、不轻写废言，宁精不杂、宁缺毋滥，守得住质量与精神的高地，如慈祥的教父般关注世界、普看众生。

既说到文章之内容，不可不提文章之形式。文章者，文采与章法也，前者体见才气之高低——文才、文笔、文采，后者表现捉力动笔技术之熟练——启承、转折、开合。古人云：文贵“凤头、猪肚、豹尾”。窃以为，法学作为社会科学，除法规法条、判决书等文书及案情、案例之编写陈说以准确、严密、精练、晓畅为首务外，法学论著和法学文章，凡阐述法哲法理、倡导法治精神者，注重文采，必能锦上添花。虽无须小说般曲折离奇、诗歌般浪漫华彩、散文般天光云影，但是，“文似看山喜不平”，谁不愿奇文共欣赏，并为“说得太棒了”而拍案叫绝？我常想，如果中国有一大批具有浓烈的人文思想、热切的使命精神的法律研究者、传播者和执法者、司法者，甚而有一批舍身为法、舍身求法的人们，那么，中国依法治国的实现，是否应当加速来临呢？

(三)

再侈谈一下治学方法。笔者以冷眼观世界和放眼看世界之两“眼”以贯之。这里的冷眼，当然是指淡泊名利物欲、远离世俗奢华、潜心纯心做学问。“板凳不坐十年冷，哪得文章一朝鲜”，虽言之有过，却不无道理。当今世界，非理性情绪骚扰全人类，浮躁（fretfulness）之风席卷全球。应当指出，如果青年一代失去信仰、道义、理性和动力，国家就不可能有发展之后劲。笔者的冷眼看世界中的“冷”既包括要冷眼看浮世奢华、金钱权欲，也包括要冷眼看一些貌似现代、时髦、先进的文化理念或现象。虽则是信息社会，但一个人决不会因为有时关心时髦表面的东西而落伍，最重要的当是增进内在的功力：鉴赏力、思想力和创造力。老子的“无为”有人常作消极的理解，但笔者以为老子的无为实指不要妄想妄为、要去除贪欲杂念。贪欲，乃痛苦与罪恶之源泉；妄为，为理性与秩序之劲敌。

笔者之另一粗浅观点，就是要放眼，即博采众长、兼收并蓄、实行拿来主义并敢于扬弃。放眼的首要含义是要充分地占有资料、占有信息，对所研究领域具有尽可能透彻的了解。这里有两个“技术上”的要求：一是要求外语，要求原著，少抄引二手、三手资料，以免以讹传讹；二是要求熟练使用计算机等信息工具，“多快好省”地收集资料、信息，因为文科之研究最重要的就是信息资料的真假、多少与是否及时。当今社会已经不仅仅是信息时代，更准确而言，是信息处理时代。在良好的学术基础和学术核心构架之上“善假于物”，已经成为学术水平的分水岭。放眼的另一含义是不能抱残守缺，尤其我们年轻人更应充分利用“后发优势”（虽则在许多领域已失去“先占优势”）。日本的大刑法学家团藤重光结合时代发展，坚持人的主动性和运动刑罚观，得以在很多刑法问题上取得了主动地位，其思想广为传

播。美国的波斯纳、日本的谷口安平，正是善于及时地借助其他社会学科如经济学、社会学的研究方法，成为一派大家，并对各自国家乃至世界的法学产生巨大的影响。

（四）

笔之所至，无拘无束。说了不少与法律与司法无关的话，好在本文只是一个序言。时年卅三，愧为而立。愿识天下知遇之音，诚结人间仁智之友，共唱大江东去，齐吟归去来兮。吾人斯文，吾心热烈，书我所思，为我所愿，潇洒纵横，不亦快哉？当然，笔者理应坚守质量与精神之高地，但添一块砖瓦，勿生几多聒噪，想有雅量者必能鉴之。

虽天地之悠悠，愿上下而求索，纵一介之草民，亦可言大事，聊闲情，寓逸志，无小人之乱耳，去伪君之劳形。或曰：龙光物宝，欧冶之剑，能而不妄，富而不显；不鸣则已，一鸣惊人，不飞则已，一飞冲天；厚积薄发，十年一剑，妙手文章，铁肩道义，此真境界也。

时光轮回，春秋代序。这是一个激情飞扬的时代，这是一个自由创新的年代，端赖社会的进步，文明的昌盛，互联网的发展，出版术的精进，平民亦拥有了说话的权利和传播的舞台，话语的权利已经并不完全把持在所谓的权威手中。愚者千虑，亦有其得，且将这些或许能够叫做思想或激情的东西书将出来，以为记载。更多的是，为同道者摇旗呐喊，以使真正的孤独者或曰沉默的大多数不至于过分落寞。

朝闻道，夕死可矣。微斯人，吾谁与归？

陈灿平

二〇〇三年秋于诚智斋

目 录

法沿随笔:一个法律人的追求(代序)	1
第一章 司法主题研究:公正与效率	1
第一节 公正与效率的价值内涵	1
一、研究公正与效率主题价值的方法和进路	1
二、公正与效率主题的整体价值	3
三、司法公正的价值内涵	4
四、司法效率的价值内涵	8
五、怎样实现公正与效率主题价值的最大化	11
第二节 公正与效率的宏观实现	20
一、中国司法面临深层次挑战	21
二、世贸规则的现实要求	24
三、实现中国司法的公正与高效必须具备若干 先进的司法理念	28
四、实现中国司法公正与高效的关键是提升司 法权威	31
第二章 司法管理研究:以法院管理创新为例	36
第一节 法院管理创新的新理念	38
一、司法为民的目的管理理念	38
二、开放谦和的学习型管理理念	39
三、以人为本的综合管理理念	40
四、以系统论为基础的整合管理理念	41
五、以控制论、信息论为基础的过程管理理念	42
六、以心理学、新制度经济学为基础的文化管	

理理念	43
第二节 法院管理创新的新模式	44
一、第一个三角模型“管理的效能作用”	
——群众素质、领导素质、管理水平	47
二、第二个三角模型“管理的具体方略”	
——制度设定、教育培训、激励发挥	48
三、第三个三角模型“管理的基本内容”	
——审判管理、干部人事管理、司法行政管理	49
第三节 法院管理创新的培训策略	51
一、培训的目的和作用	51
二、培训的原则	53
三、培训的方法	54
第四节 法院管理创新的激励策略	55
一、关于法院中层干部的激励策略	56
二、关于法院基层干警的激励策略	59
第三章 司法与社会环境研究:关于法院保障和促进	
社会信用的思考	63
第一节 法治国家、司法审判与社会信用的	
一般原理	63
一、关于社会信用体系的两个基本问题	63
二、社会信用体系是法治国家的精神基石	65
三、司法审判是社会信用体系的有力保障	66
第二节 审判工作保障社会信用:实质角度的衡平	67
一、刑事审判与社会信用体系建设	67
二、民商审判与社会信用体系建设	70
三、行政审判与社会信用体系建设	73
第三节 法院工作促进社会信用:措施角度的考量	75
一、创设立案信息发布制度	75

二、深化裁判文书公开制度	81
三、建立执行工作曝光制度	84
四、结论	89
第四章 法院文化与法官制度研究:从宏观叙事	
到微观论证	90
第一节 先进文化与法院文化	90
一、“先进文化”的深刻蕴涵	90
二、法院文化到底是什么	91
三、关于法院的先进文化	92
四、法院先进文化的灵魂——现代司法理念	94
第二节 关于统一司法考试制度	95
一、统一司法考试的必要性与意义	95
二、考试制度设计的宏观考虑	96
三、实践中与操作时需认真考虑的几个问题	98
第三节 建立符合审判规律的法官晋升制度	103
一、建立自成体系的法官晋升与考核制度	104
二、法官晋升与考核制度的具体设计	108
第四节 审判长制度的几个问题	110
一、审判长在庭审和法律文书中存在的突出问题	111
二、审判长制度下相关人员的职权范围及管理协调问题	112
三、审判长的考核问题	114
第五节 法官职业化建设中的操作性问题	115
一、法官员额的确定问题	116
二、法官助理制度的有关问题	119
三、书记员单独序列制度有关问题	122
四、有关人员的精简分流问题	125

第五章 审判委员会制度研究:现状透析与实务重构	129
第一节 审判委员会制度的实务性分析.....	129
一、议案情况的总体性分析之一	129
二、机制运作情况分析	131
三、议案情况的总体性分析之二	132
四、未决个案的特别分析:原因及对策.....	137
第二节 审判委员会制度的操作性改进.....	141
一、建言之基础:审委会制度理论研讨情况	
要介与分析	141
二、设立审委会委员任免奖惩制度	142
三、明确审委会讨论个案的标准	144
四、改进审委会案件登记制度	144
五、改进审委会议事规则	145
六、设立审委会月(季)报制度	147
七、设立审判委员会议案评议与考核制度	147
第六章 司法借鉴:欧风法雨踏归途——赴欧学习	
考察报告.....	150
第一节 所习所学——欧盟及其成员国法律的新	
发展.....	150
一、欧盟法方面	150
二、宪政法方面	152
三、刑事法方面	153
四、民法方面	154
第二节 所见所闻——欧洲法制建设的点点滴滴.....	155
一、法律文化方面	155
二、法官选拔与法院建设	156
三、法律教育与法官培训	157
第三节 所思所辨——欧洲法律制度的若干不足.....	157

一、欧洲“人权核心说”存在缺陷	157
二、欧洲许多国家法院存在效率不高、诉讼 迟延的现象	158
三、欧洲法律界对中国缺乏了解,报道中国欠缺 客观、存有偏见	159
第四节 可资可鉴——从欧洲经验看中国司法改革	160
一、路径选择:坚持走博采众长、开放谦和的司 法改革之路	160
二、模式切入:统一协调有序地进行,不宜各自 为政、过于激进	161
三、理论投入:加强司法改革的基础研究,探索 法院工作基本规律	162
四、人才产出:依法坚决改革法官制度,使优秀的 人才群贤集聚	163
第七章 民事法热点:应然与实然的考量	165
第一节 精神损害赔偿若干问题的新思考	165
一、《解释》的若干缺陷与不足	165
二、《解释》的解释问题:对若干规定不明之处的 理解	167
三、精神损害赔偿的滥诉问题及控制	169
四、刑事附带民事诉讼中是否可以附带精神赔偿	170
五、国家赔偿中是否可以附带精神损害赔偿	172
六、其他问题	172
第二节 见义勇为所涉审判疑难分析	174
一、见义勇为的概念与特点:法律意义上的释解	174
二、见义勇为的法律属性:见义勇为是高层次的 无因管理吗	177
三、对见义勇为的确认、表彰会导致行政诉讼吗	179

四、民事法律问题之一: 应否赋予见义勇为人对	
受益人一定的报酬请求权	181
五、民事法律问题之二: 适用公平原则, 还是	
无因管理	183
第三节 小额诉讼程序新论	185
一、小额诉讼程序研究综述与笔者之论点	186
二、小额诉讼程序的理论分析	189
三、小额诉讼程序的实证分析	194
四、小额诉讼程序制度的可行性与可操作性	198
五、结论	203
第四节 欧盟个人数据跨境流动规则之评论	204
一、欧盟数据保护指令的内部缺陷	206
二、欧盟与非欧盟国家数据保护的冲突	209
三、经济协作与发展组织(OECD)的基本原则	
和国际共识	212
四、协商和合作是发展的出路	214
五、结论	216
第五节 网络法简介与计算机局域网法律问题概说	216
一、网络法简介	216
二、计算机局域网法律问题概要	223
第八章 刑事法热点之一: 合同诈骗罪析论	230
第一节 有关合同诈骗罪的立法	230
一、立法之背景与沿革	230
二、合同诈骗罪的立法价值探讨	233
第二节 合同诈骗罪的概念特征	236
一、合同诈骗罪中的几个概念	236
二、合同诈骗罪的特征	244
第三节 合同诈骗罪的犯罪构成	248

一、犯罪客体	248
二、犯罪的客观要件	250
三、犯罪主体	256
四、犯罪的主观方面	258
第四节 合同诈骗罪的界别认定	261
一、罪与非罪——合同刑事诈骗与合同民事欺诈	261
二、罪与非罪——合同诈骗与合同纠纷	263
三、此罪与彼罪——合同诈骗罪与其他罪的区别	269
四、合同诈骗罪既遂与未遂的界限	273
第五节 合同诈骗罪的刑罚适用	275
一、有关合同诈骗罪的法条竞合	275
二、合同诈骗罪的刑罚适用	279
第九章 刑事法热点之二：毒品犯罪、计算机犯罪、	
恐怖犯罪及其他	284
第一节 毒品犯罪热点难点问题研讨	284
一、毒品犯罪案件中的定罪问题	285
二、毒品案件判处死刑立即执行的标准问题	286
三、毒品犯罪案件中的共同犯罪问题	287
四、毒品犯罪案件中的罪数问题	289
五、运输毒品罪的存在价值	293
六、分装毒品能否视为制造毒品	294
七、特情引诱毒品犯罪问题	295
八、帮助购买毒品行为的定性	297
九、未查获毒品、犯罪嫌疑人又一直不供的 案件定性	298
十、网上教授制毒方法、提供制毒配方行为的 惩治	299
第二节 计算机黑客的犯罪学分析	300

一、黑客的概念及分类	301
二、黑客的犯罪学特征	302
三、黑客犯罪的新趋势	303
四、黑客犯罪的原因	305
五、黑客犯罪的手段	309
六、黑客犯罪的法律遏制	311
第三节 9·11事件后对恐怖犯罪的若干思考	315
一、该行为的国际刑法定性	315
二、恐怖主义对国际法的违背	318
三、特殊空间(航空器、船舶)内的防卫权 问题	319
四、由此事件看中国的反恐怖犯罪立法	321
第四节 间接故意与轻信过失的界定——双可 罪过之论	324
一、问题的提出	324
二、国内相关论点评析	325
三、间接故意和轻信过失的界定原则	329
四、双可罪过形式之论	331
第五节 刑事裁判文书刍议	334
一、关于文书中的“捕前无职业”	334
二、关于文书中的“另案处理”	335
三、关于文书中的法律用语	336
四、关于文书中的数字用法问题	336
五、关于判处死刑立即执行的理由之论述	337
六、关于文书证据中口供(被告人供述)的 问题	338
第六节 小议无限防卫权	339
后 记	345

第一章 司法主题研究：公正与效率

第一节 公正与效率的价值内涵

“进步的艺术是在变革中保持秩序，秩序中保持变革”。

——怀特黑德

成功的实践必先有成功的理论。如何切实深化新世纪法院改革，法院改革能否实现可持续式的良性发展和实际意义上的质的提升？这些问题已然需要对司法改革的基础理论进行深层次研究。肖扬院长提出公正与效率是中国法院 21 世纪的工作主题，从某种意义上讲，公正与效率主题可谓司法改革基础理论的核心和灵魂。对公正与效率的价值内涵进行深入研究和理论上的廓清厘定，不仅可以消除法院外部对法院改革的诸多误解，而且可以释解法院内部对深化改革的种种疑惑，赢得更多的外部支持和内部凝聚，使法院的司法改革沿着更加光明正确的大道阔步前行。

一、研究公正与效率主题价值的方法和进路

价值是什么？在社会科学领域尤其是在法哲学领域中，恐怕不是经济学领域的经典解释“价值是凝结在商品中的一般的无差别的人类劳动”所能诠释的。虽然历史上伟人们的精辟论述不少，如罗素说“关于价值的问题完全在知识之外”，萨特认为“所谓价值，也就是你挑选的意义”，但是，价值问题本身具有相当的复杂性，价值哲学作为一门新兴的分支学科，价值的本