



博雅法学文库
Boya Legal Series

司法与传媒

Justice and Media



陈根发 著

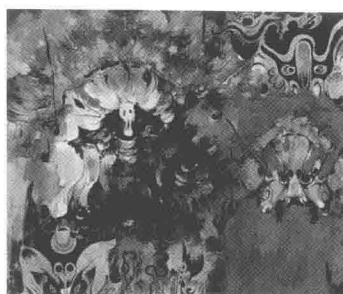


知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

司法与传媒

Justice and Media



陈根发 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

司法与传媒 / 陈根发著. —北京: 知识产权出版社, 2015. 8

ISBN 978-7-5130-3690-0

I. ①司… II. ①陈… III. ①司法—关系—传播媒介—研究—中国

IV. ①D926②G219.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 180318 号



责任出版: 刘译文

封面设计: 薛磊

司法与传媒

陈根发 著

出版发行: 知识产权出版社有限责任公司

网 址: <http://www.ipph.cn>

社 址: 北京市海淀区马甸南村1号(邮编: 100088) 天猫旗舰店: <http://zscqcb.tmall.com>

责任编辑: 010-82000860 转 8173

责任编辑: nancylee688@163.com

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

发行传真: 010-82000893/82005070/82000270

印 刷: 北京科信印刷有限公司

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

开 本: 965mm × 1300mm 1/16

印 张: 21.25

版 次: 2015年8月第1版

印 次: 2015年8月第1次印刷

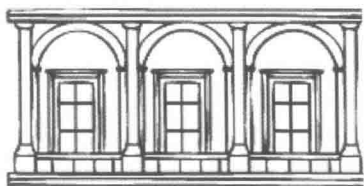
字 数: 225千字

定 价: 59.00元

ISBN 978-7-5130-3690-0

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。



前 言

笔者的一生中有两个职业是难忘的,也是难以割舍的:一个是律师,一个是学者。我是先做律师后做学者的,与有的学者相比,也许有一些不同的遭遇和心得。我在给法学硕士和法律硕士研究生讲授“法理学”“传媒法”和“诊所法律教育”时,发觉许多学生都不满足于教材的理论说教,而对法学理论在法律工作中的运用饶有兴趣,这让我常常不得不翻出尘封多年的案卷,在借鉴国外的案例法(case law)、研究课程(seminar)和诊所法律教育(Clinical legal Education)上下工夫。本书的构想就是在这样的背景和鼓励下诞生的。^{〔1〕}

需要指出的是,本书不是对他人成果的一种编撰或改编,而是笔者对研究教学中一些前沿问题的法理思索和以往从事律师工作

〔1〕 笔者曾因讲授“法理学”“传媒法”和“诊所法律教育”,在2007—2013年连续6年被评为中国社会科学院研究生院法学系“十佳教师”。

的几个案件的回顾。笔者想要达到的效果是,通过某种程度的专题研究和“暴露”,换取读者对法学的兴趣和对法律人的理解。学法律最好是能够理论联系实际,法学院的学生最好是能够多接触律师和法官的实务工作。台湾大学的詹森林教授似乎把这个道理说得更透彻。他认为:“研究法学与应用法律,必须结合理论与实务。理论脱离实务,无异空谈,实务罔顾理论,形同盲目。”^[1]这番话,说出了许多法律人的心声。

历史上有许多学者是非常重视法律实践的,有一些著名的学者本身就身兼两职甚至数职,他们给法律和法学思想的发展带来了不同凡响的空间。美国学者菲尔德曼似乎也持这样的见解,他曾表白:“我很少讨论普通律师的日常法律执业。而且,当然,作为哈佛教授和最高法院大法官的斯托里的完整的法理学思考会十分不同于普通律师的法律概念。同时,值得注意的是,很多 19 世纪的法理学精英,包括肯特、斯托里和小奥利弗·温德尔·霍姆斯(Oliver Wendell Holmes, Jr.),都同时是学者和法官,因此他们的法律观在某种程度上会受到他们判决案件的实践经验的影响。至少有一些 20 世纪的精英也是如此,本杰明·卡多佐(Benjamin Cardozo)是一个重要的例子。”^[2]在美国的法学院,有的教授一直教导学生应该“像一个法律人那样思考”(thinking like a lawyer),即像律师、法官等法律人那样说话、写作和阅读。^[3]强调的也是要让法学院的学生从一开始就要培养律师或法官等法律人的思维方式。笔者一直认为,一个好的法学教授应该在法律

[1] 詹森林:《民事法理与判决研究》,北京大学出版社 2005 年版,序第 2 页。

[2] 斯蒂芬·M. 菲尔德曼:《从前现代主义到后现代主义的美国法律思想》,李国庆译,中国政法大学出版社 2005 年版,第 4 页。

[3] Elizabeth Mertz, *The Language of Law School: Learning to “Think Like a Lawyer”*, Oxford University Press, Oxford and New York, 2007, p. 3.

执业方面富有经验,同时也在学习法律和研究法律方面富有经验。作为实践这一理念的一个行动,笔者决定出版这本集研究、教学和经验于一体的融会之作。

兴趣和热情是最好的动力。黑格尔曾说过:要是没有热情,世界上任何伟大的事业都不会成功。笔者之所以将以往的律师执业痕迹和思想片段整理成册,多半要归功于笔者不减当年的对法律正义的兴趣和热情。笔者从2004年10月调入中国社会科学院法学研究所从事研究工作之后,律师的工作不断地减少,但是还保留了一个兼职律师的资格,在法学研究的枯燥和苦闷之际,自然特别怀念律师时期的战斗生活。在整理以往的卷宗和有意识地从研究的角度去代理某些案件的过程中,许多难解的法律问题都能迎刃而解。在律师与学者之间,也许,确实有一些“纯粹”的人士认为存在一些对立的方面,即认为涉足律师事务将会影响做学者和教学云云,但我似乎更倾向这样一个怀疑:不会做律师或没有做过律师、法官、检察官的学者又何以能成为一个各方面都非常优秀的法学教授呢?因此,诸如法学教授做兼职律师会如何如何的说法,与律师做兼职教授又会如何如何的说法,实在不是一个应该争论的问题,而是一个应该不断体验和深化的课题,关键在于如何结合和配合好,做到相互促进、相得益彰大于相互抵触。黑格尔曾说过:“凡是合乎理性的东西都是现实的,凡是现实的东西都是合乎理性的。”^[1]恩格斯在他的《谢林和启示——批判反动派扼杀自由哲学的最新企图》一文中,也引用了黑格尔的这一说法来批判谢林对观念的蔑视。^[2]近年来,在与美日等国的学者和律师交流时,也能看到同时印有“教授、

[1] [德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1996年版,第11页。

[2] 《马克思恩格斯全集》(第2卷),人民出版社2005年版,第345页。

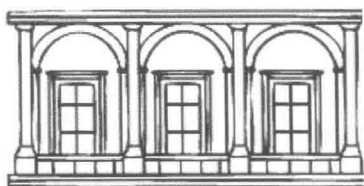
律师”、“律师、教授”或“律师、高级讲师”等头衔的名片,这个变化也能说明一些问题。据说美国总统奥巴马曾经是芝加哥一家律师事务所的律师,他在从事律师业务的同时,还兼任芝加哥大学的高级讲师(senior lecturer),在1997年至2004年间还兼任了伊利诺伊州参议员。中国法律人耳熟能详的波斯纳法官,在任美国联邦上诉法院第七巡回审判庭法官前曾任斯坦福大学法学院和芝加哥大学法学院教授,在担任法官后也一直兼任芝加哥大学和斯坦福大学法律经济学高级讲座的主持人,最终成就了其法律经济学代表人物的地位。

本书从分析新中国立法、司法成就的大数据开始,探讨了法的功能与作用、民主法律监督、分权与权力制约、法律宽容、中国民间对日索赔的法理等法学前沿问题。同时,以案说法,透视了笔者作为辩护人或代理人承办过的几个有影响的案例,从“‘长春市头号毒梟’的死缓判决”、“与‘无正本提单放货’人也能和解”、“一个外企女工‘意外坠楼身亡’的纠纷与解决”到“为伊利集团公司原总裁做无罪辩护”等办案经验和心得,阐述了司法实务中产生的若干法理及存在的问题。最后将探索高度上升到“司法与传媒”层面,对我国的司法改革、文化传媒法的若干问题提出建议,并且对北美诽谤法、魁北克诽谤法中的合理因素做了挖掘和推荐。从比较和经验的视角,对有关法理、司法和传媒问题做出研究。其中许多片段涉及法与理、规制与宽容的博弈竞合,在文脉走向上从宏观的法学理论到微观的法律解释、从静态的法到动态的法、从书本上的法到实践中的法,力求视野开阔生动,寻求法律理论工作者和法律实务工作者的共鸣。

本书探讨了“司法与传媒”问题的法学理论与实践。笔者在书中采用了学者与律师相结合的经验主义表达方式,之所以采用这种方

式,除了想把有关法律问题的“事实”和参与者的“真实”想法传达给读者外,更主要的是想探索一种新的法学研究与教学的方法。借用马克思的话来说,那就是:“不言而喻,如果写皮革方面的问题,鞋匠比律师更够资格。写节假日应不应当做工的问题,短工并不比神学家不够资格。”〔1〕

〔1〕《马克思恩格斯全集》(第1卷),人民出版社1995年版,第194页。



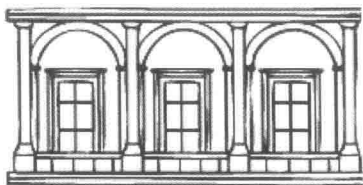
目 录

第一章 新中国的立法发展与经验教训	/ 001
一、新中国立法发展的三个阶段	/ 002
二、新中国立法发展的主要经验教训	/ 011
三、结语	/ 019
第二章 新中国的司法成就与展望	/ 021
一、新中国司法制度的创建与磨难	/ 022
二、新中国司法制度的发展和成就	/ 026
三、司法改革与和谐社会	/ 032
四、司法改革的方向	/ 037
第三章 法的功能与作用	/ 039
一、马克思、恩格斯、列宁和维辛斯基的学说	/ 040
二、毛泽东、刘少奇、周恩来、董必武、张友渔论法的 功能与作用	/ 052

三、邓小平、江泽民、胡锦涛论法的功能与作用	/ 062
四、中国特色社会主义条件下的法的功能	/ 068
第四章 论民主法律监督	/ 077
一、法律监督是什么	/ 077
二、我国法律监督体制中存在的问题	/ 081
三、民主法律监督的地位与方式	/ 091
四、完善我国法律监督制度的思考	/ 100
第五章 论分权与权力制约	/ 101
一、分权与权力制约是什么	/ 101
二、比较分权与权力制约论	/ 107
三、我国分权与权力制约制度的理念与现实	/ 112
四、邓小平的权力制约思想	/ 114
五、推动权力制约制度的变革	/ 116
第六章 论法律宽容	/ 119
一、“宽猛相济”与法律宽容	/ 119
二、法律宽容的生成	/ 123
三、法哲学上的宽容原则	/ 128
四、法律宽容的价值	/ 132
五、法律宽容是什么	/ 136
第七章 中国民间对日索赔的法理	/ 138
一、李秀英等诉日本政府“731、南京大屠杀等损害 赔偿请求事件”	/ 138
二、李秀英状告日本右翼文人名誉侵害案	/ 140
三、日本学者的法律意见	/ 143

四、中国民间对日索赔的法理	/ 159
第八章 “长春市头号毒梟”的死缓判决	/ 166
一、“长春市头号毒梟”	/ 166
二、死刑判决	/ 167
三、发回重审和撤回公诉	/ 171
四、第二次被判处死刑	/ 171
五、死刑与宽容	/ 175
第九章 与“无正本提单放货”人也能和解	/ 183
一、一万吨氧化铝被法院查封	/ 183
二、解除查封与“无单放货”	/ 191
三、上海海事法院的公正判决	/ 192
四、同意与“无单放货人”进行和解	/ 207
第十章 一个外企女工“意外坠楼身亡”的纠纷与解决	/ 209
一、一个外企女工“意外坠楼身亡”	/ 209
二、诉求与宽容	/ 211
三、协商性的《仲裁调解书》和《备忘录》	/ 215
四、结语	/ 218
第十一章 为伊利集团公司原总裁做无罪辩护	/ 219
一、震惊全国的“伊利风波”	/ 219
二、包头市人民检察院的起诉书	/ 220
三、为原总裁做无罪辩护	/ 227
四、失望的一审判决	/ 236
五、不平的心	/ 238
六、自由比什么都重要	/ 240

第十二章 司法与传媒	/ 249
一、司法与传媒的互动取向	/ 250
二、个案的体验与经验	/ 253
三、司法与传媒互动取向的特征	/ 261
四、结语	/ 264
第十三章 文物鉴定交易和保护的法律问题	/ 265
一、文物鉴定的法律问题	/ 266
二、文物交易的法律问题	/ 271
三、打击文物犯罪的法律问题	/ 278
四、结语	/ 286
第十四章 北美诽谤法的不同向度	/ 287
一、加拿大的诽谤法	/ 287
二、美国的诽谤法	/ 290
三、加拿大诽谤法与美国诽谤法的不同向度	/ 293
四、结语	/ 295
第十五章 魁北克诽谤法的形成与特色	/ 297
一、魁北克诽谤法的民法因素与宪法因素	/ 298
二、魁北克诽谤法的反文化殖民主义	/ 302
三、魁北克诽谤法的特色	/ 306
四、结语	/ 313
主要参考文献	/ 315
后记	/ 320



第一章 新中国的立法发展与经验教训

回顾新中国立法发展的六十多年历程,可以看到,它走过的是一条从“山重水复”到“柳暗花明”的曲折道路。其间忽兴忽废,大起大落,在 1978 年改革开放后终于迎来蓬勃发展的新阶段。1949 年 10 月 1 日后,以中华人民共和国的诞生为标志,中国历史上第一次出现了可以将广大人民利益作为依托的新型立法。这种新型立法在完成民主革命的遗留任务、巩固新政权、建设新社会、保障人民权益等方面,特别是在后来保障和推进经济体制改革、促进经济和社会发展等方面,取得了重要成就。从总体上看,新中国立法发展的道路可以划分为社会主义立法的初创、停滞和高速发展这三个理念和层次不同的阶段。^{〔1〕} 三个阶段的立法发展为我国完善社会主义法律体系提供了重

〔1〕 参见周旺生:《立法学教程》,北京大学出版社 2006 年版,第 128—133 页。

要的经验,也留下了深刻教训。

一、新中国立法发展的三个阶段

(一) 1949 年至 1956 年的社会主义立法初创阶段

新中国的社会主义立法起步于共和国诞生的前夕。1949 年 9 月召开的中国人民政治协商会议第一届全体会议,在现代中国立法史上占有十分重要的地位。它通过了新政权得以存在的法律依据《中央人民政府组织法》和起临时宪法作用的《共同纲领》。《共同纲领》庄严宣布:废除一切压迫人民的法律、法令,制定保护人民的法律、法令。从立法的角度看,这次会议最辉煌的成就在于它以立法的形式同时宣告了新中国社会主义法律体系的诞生。

这一阶段,我国的立法史上有两大盛举:一个是第一届全国人大一次会议隆重召开;另一个是诞生了中国立宪史上第一部社会主义类型的宪法。在 1954 年召开的一届全国人大一次会议上,通过了新中国第一部《宪法》和《全国人大组织法》、《国务院组织法》、《地方组织法》、《法院组织法》、《检察院组织法》等一系列重要的宪法性法律。这一阶段,中国立法体制经历了由中央与地方分权发展到由中央高度集权的变化过程;对地方立法来说,则经历了兴废起伏的过程。在一届全国人大召开之前,实行的是中央与地方相对分权的体制。在中央,政协全体会议代行全国人大职权,制定中央人民政府组织法,但是在实践中除了 1949 年一届政协一次全体会议外未再行使立法;中央人民政府在法律上、事实上均享有制定法律、颁布法令的权力;政务院制定和颁布的规范性文件在事实上被当作法律,并且它在事实上还批准了许多地方性法令条例或法规。在地方,大行政区、省、市、

县的政府可以拟定法令条例或单行法规;从民族自治乡往上,各级民族自治机关都有权制定单行法规。1954年普选的全国人大召开后,中国立法跳跃性地变成了实行中央高度集权的体制:全国人大是行使国家立法权的唯一机关,有权修改宪法、制定法律;全国人大常委会有权解释法律、制定法令;国家主席公布法律和法令;国务院制定的行政措施、发布的决议和命令,被视为国家法规,收集在《中华人民共和国法规汇编》中;在地方,只有民族自治地方有权制定自治条例、单行条例,一般地方不再享有法令条例或单行法规的拟定权。

这一阶段,社会主义立法成就显著。虽然在百废待兴的局面下难以把主要力量集中到立法上,并且缺少制定全国统一的法律、法令或法规的经验,但当时的立法活动仍然得以较大规模地和较快地展开,使新中国的立法史上出现了第一次高潮。法律所调整的社会关系相当广泛,对宪政、国家机构、选举、社会团体、婚姻家庭、刑事、社会改革、政治运动、民政、公安、司法、司法行政、监察、人事、军事、民族、宗教、侨务、外事、经济计划、统计、财政、税务、金融、土地、基本建设、地质、矿产、工业、交通、邮电、林业、水利、气象、水产、粮食、商业、对外贸易、海关、保险、劳动、物价管理、物资管理、工商管理、科学技术、教育、文化、文物、新闻、广播、卫生、体育等数十个方面的大量事项做了调整,逐渐形成一个包括或涉及宪法、行政法、刑法、刑事诉讼法、婚姻家庭法、经济法、劳动法、社会福利法、科教文卫法、军事法、民族法等部门法律法规在内的法律体系。但是这一阶段的法律体系也存在不少缺点,许多应当由法律来调整的事项并未得到立法。中国作为一个农业大国当时却没有制定一个农业法,刑法和民法在当时也都还在起草中。在已经产生的部门法中,大多数部门法没有骨干法律作为核心或基础。已制定的许多法律、法令、法规带有很大的暂时性、试行性和过

渡性,它们中有很多很快就不适用了,但并未能适时得到修改、补充或废止。另外,由于经验不足和历史条件的局限等原因,这一阶段的法律体系在与社会发展的协调方面,在其自身内部的协调方面,在借鉴既往经验和国外经验方面,特别是在实现法律科学化和现代化方面,也都存在严重不足。

这一阶段,立法理论方面没有专门的研究成果;没有系统、科学的立法学说;没有自觉形成科学的立法指导思想和基本原则。关于立法的一系列基本问题,差不多都没有得到适当的解释。代替立法理论对立法实践发生作用的,是当时意识形态领域中的那些以阶级斗争为轴心的主流理论或观念。^[1]

在立法制度方面,这一阶段不仅存在开始时分权过甚、后来又集权过甚的问题,而且中央与地方的各自立法权限范围及中央各立法主体之间的立法权限范围不明,失职和越权问题都明显存在。立法主体建设不力,立法程序各环节未能以法律形式作出明确、具体的规定,许多立法活动没有法定程序可以遵循。正式立法程序展开前的立法准备工作,正式立法程序完结后的立法完善工作如法的修改、废止和解释,更是无法可依。党与立法、政府与立法、司法与立法、领导人与立法的关系,等等,都未能在妥善处理的基础上以法的形式加以确定。其他需要以法律形式确定的各种制度,亦很少得以法制化。立法法、立法程序法和立法标准法这类法律,既不存在,也无人问津。至于立法技术,则更显落后。立法不讲方略、不讲质量,立法决策与政治决策、行政决策几无区别,法的内部结构不科学、不完善,名称、形式过多、过杂、过乱。法的规范也缺乏完整性,缺少后果

[1] 参见周旺生:《中国立法五十年》,载《立法研究》(第1卷),法律出版社2000年版,第44—45页。

模式,只注重规定有权如何、应当如何、不应当如何,而不注意规定者违反这些规定应当承担怎样的责任。另外,法的整理、汇编和编纂也都很落后,立法规划未能及时予以注意,立法往往不分轻重缓急,立法预测、立法协调、立法信息反馈、立法中的科技手段的应用等还远远谈不上。这些问题的存在,从消极的方面影响到了后来很长一段时间的立法发展。

(二) 1957 年至 1976 年的立法停滞阶段

这一阶段是我国法治建设蒙受重大挫折的阶段。1956 年后,政权业已巩固,国家和社会进入可以长期稳定发展的历史阶段。这为社会主义法制的长期稳定发展提供了非常重要的条件。在这一阶段,全面展开经济建设和其他各项建设已经成为完全可能和必要,国家建设的各个方面无不需要通过加强法治来调整和保障。这时不仅有根据地时期的立法经验和苏联经验可供借鉴,更有新中国以往七年的全国统一立法所积累的经验可资利用,而且党的八大也作出了关于逐步系统地制定完备的社会主义法律体系的决议。在这种新的局面下,我国的立法发展应当也完全可能比过渡时期发展得更快更好。但历史有时却并非按照常规逻辑发展,正是在面临这种足以使人乐观的局面之下,我国的法治建设非但没有朝着光明的方向发展,相反,恰恰是从这时开始,全面跌入了低谷。

从 1957 年“反右斗争扩大化”到 1976 年“文革”结束,这 20 年间中国社会风波屡起,使本来应当也完全可能很好得以发展下去的新中国法治,同其他许多事业一样,遭受了令人痛心的挫折。党的八大虽然作出国家必须根据需要逐步系统地制定完备的法律体系的决策,但并没有真正把民主建设和包括立法在内的法制建设当作社会主义建