



卢法知行集

2
LUFAZHIXINGJI

| 上海市卢湾区人民法院 编 |



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

卢法知行集

2

LUFAZHIXINGJI

| 上海市卢湾区人民法院 编 |



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

卢法知行集. 2 / 上海市卢湾区人民法院编. —北京: 法律出版社, 2011. 6

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2147 - 8

I. ①卢… II. ①上… III. ①司法—工作—中国—文集 IV. ①D926 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 091715 号

卢法知行集 2

上海市卢湾区人民法院 编

责任编辑 周丽君 李娟华
装帧设计 马 帅

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 14 字数 395 千

版本 2011 年 6 月第 1 版

印次 2011 年 6 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 独立项目策划部

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 张宇东

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2147 - 8

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《卢法知行集》编委会

主 编 王秋良

编委会主任 王秋良

编委会副主任 金文强 陈建伟 郭延风 任湧飞
戈正方 张 颖

编委会委员(按姓氏笔画排列)

方希伟 李仲华 李红云 闵 灏

沈 洁 沈晓峰 项新雷 陶乃才

顾文凯 黄利民 傅朱钢

编 辑 杨 颖

执行编辑 金卫兵 刘金妨

目 录

论 文

- 预防法官腐败的路径探讨
——以业外监督为视角 王秋良 方 遵 (3)
- 反腐倡廉中“一岗双责”制度的健全与完善
..... 任湧飞 张 颖 朱嘉斌 (16)
- 量刑中的法官自由裁量权
——以“民意”之影响力研究为视角 尹学新 刘艳燕 (26)
- 扒窃案件中的相关法律适用问题
..... 方希伟 丁守亭 周 密 (40)
- 商业贿赂犯罪“为谋取不正当利益”的司法认定 罗 斌 (50)
- 创建少年法院是完善我国少年司法制度的一种时代探索
..... 朱嘉斌 (59)
- 既有法定刑框架内的量刑衡平
——犯罪数额十万元以上贪污、受贿案件量刑问题初探
..... 黄国华 (71)
- 关于人民法院公用经费保障制度的调查与思考 黄颖璐 (88)
- 基金“老鼠仓”行为的刑法应对
——兼论《刑法修正案(七)》第2条第2款之法律适用
..... 刘艳燕 (95)
- 刑法解释方法及其位阶关系问题 许 浩 (107)
- 刑法司法解释走向科学的探讨 许 浩 (118)
- 论预决事实规则的缺陷和重构 王秋良 李 露 (130)

私力救济参与民事执行运行机制研究	王益平 (141)
反垄断民事诉讼原告资格的认定	
——基于他国经验的思考与借鉴	王秋良 刘金妣 (156)
从效率与公正的价值平衡谈我国行为保全制度的构建	
.....	于媛媛 (171)
行政不作为案件审理中的困惑与思考	王丹丹 (184)
形合实独:我国基层法院合议制运行现状解析	许浩 (199)
司法建议的理论探讨与实务论证	刘金妣 (210)
浅析民事执行不作为及其救济	李荣 (224)
释明权的理论探讨与立法完善	王秋良 于媛媛 (235)
深化我国取证制度改革的思想	
——以“法院调查取证”为视角	张睿 (248)
刑事审判阶段“疑罪从无”原则的实证分析与思考	
——以“事实不清、证据不足”的疑案程序性处理为视角	
.....	王丹丹 (258)

课 题

法院文化多维式构建的思考与实践	本院课题组 (269)
民间借贷纠纷的理论与实践探讨	本院课题组 (292)
提高一审服判息诉率的对策研究	本院课题组 (320)
有关公房民事疑难问题研究	本院课题组 (346)
上海基层法院审判监督管理模式改革初探	本院课题组 (366)
融资租赁合同法律问题研究	本院课题组 (372)
量刑规范化改革实践与探索	本院课题组 (391)
物业纠纷审判实践中的难点探索	本院课题组 (409)
后记	(439)

论 文

预防法官腐败的路径探讨

——以业外监督为视角

王秋良 方 遑

【内容提要】

探索建立业外监督制度是法院加强廉政建设、预防司法腐败的创新之举。本文分五个部分进行探讨：

首先，分析“业外活动”的内涵和特征，认为业外活动是业内职务行为的延伸，不仅反映法院的形象，也体现法官的职业道德，两者并未完全割裂；同时考察近年来的司法腐败现象，发现业外活动具有容易受社会干扰而滋生腐败的特点，据此主张有必要将业外活动纳入监督的范畴。

其次，分析现有监督体制的特点，发现其主要针对法官的业内工作而忽略业外活动，注重事后补救而忽略事前预防，这些局限性使业外监督具有存在的必要性。

再次，从法官隐私权保护的角度探讨业外监督的正当性，提出法官既区别于公众人物也有别于普通公民，因而隐私权保护具有特殊性；基于法官廉政司法的职业要求和法院内部推行党风廉政责任制和领导“一岗双责”的制度需要，法官应适当让渡隐私权以接受法院的管理监督。

复次，探讨了实施业外监督的基本原则，提出监督的目标在于实现制度规范与法官内心自律的契合；而如何把握好限制法官隐私权的“度”是业外监督的关键，建议针对不同级别、不同部门、不同岗位的法

官,有所区分、有所侧重地实施监督;贯穿监督始终的应是以人为本的理念,通过教育提醒的方式提高法官的自律意识,借法院文化建设之平台营造廉政自律的良好氛围。

最后,对业外监督的制度构建提出设想,主张建立问题发现机制,应善于从业内管理中及时发现苗头性问题,并完善财产的有效申报、重大事项的及时报告和特殊社会活动的必要备案;同时健全预防、惩戒和保障等配套机制,并借律师的监督之力,共同防治司法腐败。

导言

近年来,司法腐败事件屡屡见诸报端,并逐步由一般的违法乱纪向严重的刑事犯罪转化,不仅导致法官队伍的司法廉洁性受到严峻挑战,更引发人们对现有监督体制的有效性提出严重质疑。基于绝大多数司法腐败根源于法官在 8 小时业外实施权力“寻租”^[1]的现状,本文试图以业外监督为视角,另辟蹊径研究反腐对策,主张将监督的视野拓展至法官的业外活动,以弥补现有监督体制未能有效监督法官业外活动的不足,并将围绕为何要实施业外监督以及如何实施业外监督等基本问题展开论述,期望能探索出一条业内管理与业外监督相结合、内心自律与监督制约并重、预防与惩戒腐败并举的有效路径。

一、业外活动的内涵及特点

(一) 业外活动的基本内涵

何谓法官的业外活动?有观点认为,它是“法官司法职务之外的所有活动,又称‘8 小时以外’或职务外活动”。^[2]也有人将其定义为“法官从事职务外的行为及日常生活参加各种社会活动行为的总

[1] “寻租理论”发端于 20 世纪 50 年代,由美国经济学家安妮·克鲁格和詹·布坎南等首先创立。经过几十年的发展,它已跨越经济学领域应用于政治学等各领域。转引自李文生:《腐败防治论》,中国检察出版社 2004 年版,第 4 页。

[2] 沈志先:“约束业外活动 提升职业形象 树立司法公信”,载 http://www.shefzy.com/spyj/xsyt_view.aspx?id=3119,2009 年 6 月 25 日访问。

称”。^[3] 虽然尚无统一定义,但从中我们不难发现业外活动的一些共同点:从时间要素来看,限于8小时工作之外的业余时间;从空间要素来看,限于非工作场合;从行为要素来看,限于与职务无关的私人活动。简言之,业外活动是法官在非工作时间、非工作场合从事的与职务无关的各类私人活动,它相对于职务行为而言,是法官行为的重要组成部分。

(二) 业外活动的特点

1. 法官的业外活动是职务行为的延伸

在社会公众的眼中,法官的一言一行代表着法院的形象。正如最高人民法院前任副院长曹建明所言,“法官的工作有8小时内外之分,但是法官形象却没有8小时内外之分”。^[4] 现实中,有的法官社交面广,应酬频繁,尽管未必实施有损司法公正的违法行为,却因违背“慎独”的职业要求而导致社会公众对法官清廉公正的形象产生质疑。可见,业外活动是法官职务行为的延伸,法官是否自觉约束业外活动,是否廉洁自律,将从根本上影响社会公众对司法公正的信任程度。

2. 法官的业外活动易受各种干扰而滋生腐败

作为一个“社会人”,法官与社会有着千丝万缕的联系,七情六欲的人性特点使得他们难以完全超脱各种社会关系网。考察近几年的司法腐败现象,尽管最终表现为法官滥用职权、徇私舞弊、枉法裁判等行为,但从腐败的源头来看,绝大多数违法行为滋生于法官8小时之外的生活圈和社交圈,表现形式多种多样。有的律师利用与法官的同学、师生或同乡关系向其“求情”,有的当事人通过法官的亲朋好友向其“说情”,有的还通过法官的同事、领导“打听案情”。他们常以“请客送礼”、“聚会娱乐”、“外出旅游”等看似“正常交往”的形式与法官接触,不仅隐蔽性强,而且危害性大,容易让法官放松警惕,一旦发生问题,社

[3] 高敦:“法官业外行为约束之我见”,载 <http://gaodunlunfa.fyfc.cn/blog/gaodunlunfa/index.aspx?blogid=272020>,2009年6月25日访问。

[4] 沈志先:“约束业外活动 提升职业形象 树立司法公信”,载 http://www.shezfy.com/spyj/xsyt_view.aspx?id=3119,2009年6月25日访问。

会影响恶劣。可见,业外活动将从根本上影响司法的公正廉洁,一旦疏于约束和监督,则容易滋生腐败。

二、业外监督的必要性

(一)对现有监督体制的考察

对业外监督必要性的探讨,自然离不开对现有监督体制的考察。从监督的主体来看,法院主要接受以下三方面的监督:其一为国家机关的监督,主要包括权力机关——人大及其常委会(包括人大代表)和国家法律监督机关——检察院;其二为社会各界的监督,主要包括媒体、社会公众、特邀监督员、人民陪审员、律师、当事人;其三为法院系统的自我监督,包括上级法院对下级法院的监督、各个法院内部的自我监督。然而,面对如此严密的监督,司法腐败仍无法有效遏制,这不禁让人反思其局限性。

(二)现有监督体制的特点

1. 重审判业务而轻业外活动

目前的监督体制主要针对审判业务,并未将监督的视野拓展至法官的业外活动。有的法官未能树立正确的权力观和地位观,受利益驱动,在社会交往活动中凭借法官的身份谋取不当利益,酿成“人情案、关系案”,最终沦为金钱的“傀儡”。据此,有学者主张“把法官 8 小时之外的言行、生活作风甚至道德修养纳入考核的范畴,作为提拔任用和评先选优的重要参考依据”。〔5〕

2. 重事后补救而轻事前预防

事后补救与事前预防是监督的两大基本功能。目前法院的监督体制偏重于事后补救,事前预防却往往流于形式,常常陷入“头痛医头、脚痛医脚”的被动境地。就外部监督而言,无论是人大及其常委会、检察院的国家监督,还是媒体、公众的社会监督,大多比较被动,对司法腐败的发现不力。就内部监督而言,无论是上级法院的审判监督,还是本院审监部门的日常检查,主要针对个案,并不涉及审判作风问题,同样

〔5〕 尤金伟:“法官职业道德标准与法官遴选制度改革初探”,载《今日科苑》2006 年第 12 期,第 79 页。

无法有效发挥防腐作用。

可见,业外活动并未与司法职务行为完全割裂,法官能否自觉约束业外活动,不仅影响司法的廉洁与公正,还将反映法官的职业道德。然而,现有的监督体制尚不能从源头上有效遏制业外活动所滋生的腐败行为,因此,有必要创新监督体制、延伸监督职能,将法官的业外活动纳入监督范畴。

三、业外监督的正当性

(一) 业外监督的内涵及特征

何谓业外监督?顾名思义,就是法院针对本院法官及其他工作人员的业外活动而实施的监督。从监督主体来看,是法院自身实施的内部自我监督;从监督的对象来看,主要针对法院在编的公务人员,尤其指向法官;从监督的内容来看,是指法官8小时业外实施的与职务无关的私人活动。可见,对法官业外活动的监督因其特殊性既区别于国家机关及社会各界实施的外部监督,也区别于上级法院对下级法院的审判监督。

业外监督有利于弥补现有监督体制无法从业外活动中发现腐败问题的缺陷,通过适当公开业外活动的情况,促进法官的自我约束。然而,对业外活动的监督势必造成对法官隐私权的限制。如何把握好这个界限?如何在两者之间保持平衡?这些问题将引发对法官隐私权保护与限制的思考。

(二) 业外监督所折射的法官隐私权保护与限制之争

法院能否以限制法官的隐私权为代价实施业外监督?法官能否以保护隐私权为由拒绝业外监督?对此,有观点认为法官的隐私权应受到限制,因为“法官是公务员,而公务员是公众人物,与娱乐明星、体育明星、知名企业家一样,隐私权不得对抗社会公众的知情权”。〔6〕另有观点主张法官享有与普通公民同等的隐私权保护,因为“隐私权是法

〔6〕 楼恩满:“论公共官员隐私权的限制与保护”,载《经济与社会发展》2007年第8期,第108页。

律赋予公民的一种人格权,无论身份如何,均应受到法律的平等保护”。〔7〕上述两种观点虽有合理之处,但均有失偏颇。

1. 法官的隐私权既区别于公众人物又有别于普通公民

法官首先是一名普通的社会公众,其次才是行使国家审判权(执行权)的公务人员。尽管作为国家公务人员,但绝大多数普通法官远未达到“公众人物”的程度,因此,社会公众不得以行使知情权为由随意刺探法官的个人隐私,普通法官的隐私权保护程度应高于公众人物。当然,法官也不是一般意义上的社会公众,他们独立行使国家赋予的裁判权(执行权),自然也必须自觉接受组织的管理和监督,这是国家对法官提出的基本政治要求,也是法官作为公职人员应遵守的最起码的组织纪律。因此,法官的隐私权保护程度较之普通公民则相对较弱,法官被适当限制的隐私权,可视为其向国家所作的一种权利让渡。

2. 法官的职业特点决定了其隐私权应受到适当限制

法院承载着化解社会矛盾的主要功能,法官肩负着居中裁判、定分止争的神圣使命,司法是否公正、法官是否廉洁影响着司法的权威和法院的声誉,备受社会关注。实践中,尽管法院因当事人的起诉才启动审理程序,具有被动性,但是案件裁判结果将对社会行为规范产生潜移默化的影响,这就要求法官在司法过程中要公正裁判,在业外活动中要廉洁自律。法官能否自觉约束业外活动,保持慎独的职业道德,是确保司法廉洁的根本,据此,法官应适度公开业外活动的情况,自觉接受监督。

3. 领导“一岗双责”的贯彻落实要求适当限制法官隐私权

目前,许多法院纷纷推行党风廉政责任制,各级领导层层签订廉政责任书,并积极落实领导“一岗双责”,即要求部门领导及相关院领导对法官业内、业外的活动履行管理监督职责,一旦发生违法腐败行为,将承担失教、失察、失管、失纠的责任。为促使“一岗双责”更加合理可行,为切实发挥该制度防微杜渐的作用,法官应适度公开其业外活动的情况。

〔7〕 蔡文辉:“论公务人员隐私范围的界定”,载《湖南社会科学》2003年第6期,第185页。

四、实施业外监督的基本原则

(一) 目标: 实现制度规范与法官内心自律的契合

1. 业外活动主要依赖于法官的自我约束

综观约束法官业外活动的各类禁止性规定, 尽管内容详细, 但具体条款很难通过强制性措施贯彻落实。法官作为普通公民拥有自主安排业外活动的天然权利将不可避免地会与约束法官业外活动的各类禁止性规定产生矛盾, 而化解这对矛盾的根本途径不在于刚性的制度规范, 而是软性的自我约束。这是因为, 业外活动具有极强的私密性, 本质上是法官的私人行为, 若通过刚性的制度由外而内实施监督, 不仅成本高、难度大, 而且往往收效甚微; 相反, 法官的自我约束是由内而发的自觉行为, 是抵御腐败的最佳途径。

2. 提倡法官的“慎独”以促进内心自律

在我国, 法官的职业道德及行为规范要求其谨言慎行, “慎重对待可能影响审判活动的一切言行, 包括在 8 小时业外的私人领域里, 以避免当事人产生合理怀疑”。〔8〕可以说, “淡泊宁静、远离喧嚣、中立低调”是对东方法官职业品质的要求。无独有偶, 美国的司法行为准则也要求法官“不得使人们对其作为一名法官的公正的裁判能力提出合理怀疑, 不得贬低司法机关的形象”。〔9〕“慎独是西方法官必不可缺的美德和操守, 是一条职业戒律。”〔10〕可见, 无论中西方的法官制度, 都要求法官以良好的职业道德自觉约束 8 小时内外的言行举止, 在对制度规范理解、认同的基础上, 实现内心自律, 最终达到外化于形、内化于心的效果。

〔8〕 赵震江主编:《法律社会学》, 北京大学出版社 1998 年版, 第 429 ~ 431 页。

〔9〕 王惠玲:“法官的自律与他律”, 载《人民司法》2001 年第 6 期, 第 35 页。

〔10〕 李文生:“法官的慎独”, 载《人民司法》2001 年第 2 期, 第 33 页。

(二) 关键:把握好限制与保护法官隐私权的平衡点

目前,不少法院采取了灵活多样的措施实施业外监督。^[11] 这些措施有的是公开透明的,被监督者事先知晓;有的以“跟踪拍摄”等秘密方式实施,走向了与法官对立的极端。正如学者贺卫方所言,“司法的清廉与公正取决于路向正确的制度建设,而不能病急乱投医”。^[12] 如果一味牺牲法官的隐私权,只求形式创新,不讲求实效,即使反腐的决心再大,最终也将背离初衷。因此,业外监督应做到公开合法、合理合情、规范有度。

1. 有所区分地限制法官隐私权

首先,院、庭领导应成为监督的重点,他们不仅担任重大、复杂、疑难案件的审理,还负责审判事务的管理,手中的权力更大,受到的干扰也更多。从带头贯彻党风廉政建设责任制和落实“一岗双责”的角度看,他们应成为接受业外监督的表率。其次,身居“高危部门”或特殊岗位的法官应受到更多监督。分析各地的司法腐败事件,相当一部分腐败发生于涉案金额大、利益博弈大的民商事案件中,且大多发生于财产保全、评估拍卖等环节;某些部门成为“糖衣炮弹”攻击下的“高危部门”,最终滋生集体腐败。因此,处于“高危部门”和特殊岗位的法官也应受到更多监督。

2. 有所侧重地限制法官隐私权

司法腐败的根源归根结底都落实到对“利益”的追求,只是表现形式不同而已。据此,应加大个人财产申报和重大事项报告的约束和监督力度,重点关注是否存在权力“寻租”,不能无限制地扩及法官私人生活的方方面面。

[11] 有的设立纪检监察联络员或廉政监督员;有的邀请家属共同“督廉”;有的开通信箱、举报电话接受群众监督;有的聘请特邀监督员明察暗访;有的设立“民情民意联络员”。王莹:“深圳将法官八小时外纳入监督圈 定期被‘家访’”,载 <http://news.163.com/>,来源:《南方都市报》,2009年4月19日访问。常晓山:“反映民情民意 监督法官行为”,载 <http://www.court.gov.cn/>,2009年4月20日访问。

[12] 贺卫方:“监督‘到家了’”,载《南方周末》2003年6月19日版。

3. 以间接方式限制法官隐私权

对法官实施业外监督并不意味着法院可以任意刺探法官的个人信息,干涉、监视法官的个人活动。业外监督应通过法定程序以间接的方式实施,以定期收集为主、法官视情主动公开为辅。对收集的个人信息还应严格保密,严禁泄密。

(三)理念:以人为本营造廉政自律的良好氛围

1. 以人文关怀为本位实施业外监督

在法官的业外活动所受干扰越来越严重的背景下,业外监督通过事前的提醒诫勉及时杜绝腐败苗头,保障法官“平安度过”职业生涯,无疑为法官筑起一道隔离各类干扰的“防火墙”,体现了法院对法官及其家庭的爱护和关心,是对人本理念的彰显。

2. 以教育提醒为方法实施业外监督

“虽然法官的文化素质与其是否腐败没有必然而直接的联系,但长期的法律素养对法官的规范意识、职业道德和自我心理约束的形成具有一定的意义。”^[13]可见,教育提醒的方式比强制性的监督更容易为法官所接受和认可。一方面可尝试将监督寓于形式多样的警示教育中,寓教于乐,借助各类平台开展丰富多彩、喜闻乐见的活动,倡导健康向上的生活方式,树立先进典型形成精神引领;另一方面可通过座谈、访谈等方式加强思想交流,善意提醒,温馨提示,“润物细无声”地提高法官的自律意识。

3. 以法院文化建设为载体实施业外监督

“法院文化”^[14]代表了一个法院的精、气、神。司法公信力能否树立,很大程度上取决于法院的文化氛围。因此,积极推进法院廉政文化建设,营造全院廉洁自律的良好氛围,有利于实现业外监督与法官内心

[13] 高一飞:“借鉴美国经验 防止法官腐败”,载《学习月刊》2006年第11期(上),第13页。

[14] 法院文化,就是法院“人化”,它是以法官为主体和代表的审判人员所共有的思想观念、行为模式和生活方式以及其在物质上的体现,包括司法理念、价值标准、管理制度、行为模式以及语言、习惯、传统等。杨德龙:“法院文化与法院文化建设”,载中国法院网,2009年5月4日访问。