

法院不是“量刑工具”
“弹性”的法律与“理性”的法官
法院进驻社区干什么？
一幅“丑化”法官的漫画
质疑“奖励囚犯回家团年”
刑罚适用及价值取向的法律思考
死刑复核程序：名存实亡的现实
执行难：难在怎一个“乱”字了得
请“幕后”的法官回避
.....

审判工作的理论与实务

司法公正漫谈

罗书平·著

SIFA GONGZHENG
MANTAN

中国民主法制出版社

SIFA GONGZHENG

MANTAN

罗书平·著

审判工作的理论与实务

司法公正漫谈

江苏工业学院图书馆

藏书章

中国民主法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

审判工作的理论与实务:司法公正漫谈/罗书平著.
北京:中国民主法制出版社,2003.7

ISBN 7-80078-788-5

I. 审… II. 罗… III. 审判—研究—中国—文集
IV. D925-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 054484 号

书名/审判工作的理论与实务——司法公正漫谈
SHENPAN GONGZUO DE LILUN YU SHIWU
——SIFA GONGZHENG MANTAN

作者/罗书平 著

出版·发行/中国民主法制出版社
地址/北京市丰台区玉林里 7 号(100054)
电话/63056983 63292534(发行部)
传真/63056975 63056983
经销/新华书店
开本/32 开 850 毫米×1168 毫米
印张/14.875 字数/373 千字
版本/2003 年 8 月第 1 版 2003 年 8 月第 1 次印刷
印刷/河北省三河市文化局灵山红旗印刷厂

书号/ISBN 7-80078-788-5/D·676

定价/35.00 元

出版声明/版权所有,侵权必究。

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

序 一

沈德咏

认识书平同志还是在1996年初在北京劳动大厦参加由全国人大内务司法委员会、法律委员会、全国人大常委会法制工作委员会联合组织召开的“刑事诉讼法修改研讨会”上。那时他还在县里挂职县委副书记兼政法委员会书记，所以朋友们见面都叫他“罗书记”。

后来，不管是学术研讨，还是工作交流，我们常有接触。给我的感觉，这是一位风趣中见智慧，智慧中出幽默，幽默中有品位的法官。更加难能可贵的是，他能时刻注意司法实践中出现的新现象、新动向，注重法学理论研究中的新成果、新特点，并灵活而机动地将实践和理论有机地结合。诚如一家媒体对他的评价：“这是我国法院系统中不可多得的秀才”。

书平同志的经历不可谓不丰富：自1977年进法院，经历了从基层法院到中级法院乃至高级法院的发展变化，也经历了从研究室到刑庭乃至执行局的工作变动。20多年来，始终如一，以法官的道德品格要求自己，以法官的职业修养熏陶自己，以法官的职业意识培养自己，不断研究新问题、发现新思路、总结新经验。于是，在繁忙的工作之余，点点滴滴，日积月累，写出了这样一部凝聚着他的思考成果他的独特发现他的经验总结的作品集。

这是一部有关司法公正的作品集。

这里既有关于司法公正思考和断想的杂谈——“法海拾贝”，也有关于来自司法实践又指导司法实践工作的研究成果——“司

法前沿”，又有对优秀裁判文书的评析和对裁判文书进行改革的点评和建议，还附有媒体对他的工作他的人生追求的采访报道。

众所周知，现行司法体制存在不少弊端，不少专家学者都有过比较深入的研究。我曾在一篇论文中作了这样的概括：其一，司法机制缺少稳定性，审判机构的设置、审判职能的定位、审判人员的配备及审判程序制度的设计等，不是根据审判科学本身的规律来设定的，而基本上是行政模式的翻版，权力集中、管理落后、机构臃肿、人浮于事、效率不高，成为无法自我克服的体制性病症；其二，司法地位缺乏独立性，由于司法机关对行政机关存在的那种人为的人身和财产依附关系，致使宪法和法律规定的独立地位没有任何实际有效的保障，由于没有独立的地位，也就无法形成确保司法公正的必需的抗干扰机制，地方保护主义、部门保护主义成为无法自我克服的体制性通病；其三，司法活动缺少公正性，由于地方保护主义和部门保护主义作祟，加上现行经费管理上的弊端，审判活动在价值取向上带有明显的功利化倾向，“利益驱动”成为又一无法自我克服的体制性病态。

近几年来，在中国首席大法官、最高人民法院院长肖扬的倡导下，全国法院厉行改革，上述诸多弊端已在一定程度上得到克服或缓解。但无庸讳言，一些深层次的体制性弊端仍然在严重制约着法院工作，影响着司法公正。而司法公正既是一个人民法院的世纪工作主题，也是一个社会各界都在议论的话题，更是一个法律专业人员和理论工作者需要研究的课题。

当然，司法公正不是用一两句就能完全概括的。什么是司法公正，如何实现司法公正，这是每一个关注司法公正的人首先要面临的问题。第一个问题所要解决的是对司法公正的科学性认识问题，第二个问题是要解决实现司法公正的条件方法问题。因此，我们应当将司法公正作为一种司法现象、一种社会现象来研究，应首先搞清楚司法公正是什么性质的问题，究竟什么是司法、什么是公

正、什么是司法公正。比如说,消极性、被动性、中立性、独立性、程序性、终裁性,这些都是司法的基本属性,这些基本属性就构成了司法运行的特殊性。但遗憾的是,多少年来,对于司法行为的特殊性和司法运行的规律性,我们认识肤浅,知之不多,这是实践中对许多问题包括司法公正问题看法不一的重要原因。正因为司法是种特殊的社会现象,它有独特的性质,有自身的规律性,有特殊的运作方式,所以,我们对司法公正的评价绝对不能简单套用一般公正的标准。

为此,我们研究司法公正,既要研究司法公正的内涵,即司法所反映和体现的公平与正义之法律价值,又要研究司法公正的外延,即实体公正和程序公正;既要研究对司法公正的评判及评判标准,又要研究如何实现司法公正。

新年伊始,肖扬院长再次强调:“作为法官,要将公平与正义融化于自己的血液中,烙印在自己的脑海里,落实在自己的行动上”。作为法官,只有对司法公正有了清晰的研究和透彻的理解,才能有效地把握和实现司法公正。

我很高兴地看到,书平同志在这方面作出了有益的探索。他在“法海拾贝”中,以一种敏锐的眼光、探索的视野、轻松的笔调对司法公正问题作了举一反三、以一当十的总结和反思,寥寥数语,点到为止,但读来却受益匪浅,发人深思。如《法院进驻社区干什么?》、《办“实事”也不能违法》、《法官的门槛与法官的素质》、《超审限就是违法》、《法院是政府的职能部门吗?》等等,既有针对性,又有新闻性,更有可读性。面对“司法前沿”,他提出了许多人视而不见、见而未思的主张和观点,如对“死刑复核程序”的深刻反思、对“审判委员会功能”的重新审视、对“执行难问题”的理性分析,都凝聚了他的心血和智慧。至于“裁判文书”,那更是书平同志近年来着力研究的课题。作为最高人民法院刑事裁判文书修改小组成员,他尽心尽责,用力用心,为我国法院裁判文书的改革与完善作

出了积极的贡献。可以说,这是我国法官写出的一部兼具理论性、针对性、鉴赏性的不可多得的作品集。

党的十六大报告指出:“社会主义司法制度必须保障在全社会实现公平和正义。按公正司法和严格执法的要求,完善司法机关的机构设置、职权划分和管理制度,进一步健全权责明确、相互配合、相互制约、高效运行的司法体制”。报告为我们研究司法公正问题、完善司法体制改革提出了要求,指明了方向。我们一定要通过改革推动理论创新,通过理论创新推动制度创新,不断在实践中探索前进。

“让公正作主,与公正同行”,这既是我们司法工作的价值取向,也是我们社会的追求目标,更是我们每一个法官的司法理念。为此,我希望有更多的法官拿起笔来,在理论上对司法公正的研究和思考不断扩展新视野,作出新概括,推出新作品。

拉拉杂杂,权且为序。祝贺之余,更愿书平同志有更多的作品问世。

2003年3月31日于北京

(作者系最高人民法院副院长、二级大法官)

序 二

贺卫方

近些年来,司法改革的深化也激发了司法系统内部的研究热情,出现了一些很有影响的学者型法官,本书作者罗书平先生就是其中十分突出的一位。我虽然读过他的不少文章,不过很长时间却缘吝一面。直到几个月前,靠《中国律师》杂志总编辑刘桂明先生搭桥,才得见“庐山真面目”。由于读过彼此的文字,分享着许多关于司法改革的观念,因此我们的交谈愉快而富于收益。不久后,书平托人送来了他即将出版的文集手稿,并且希望我能作一篇序。推辞不获之下,只好略谈点自己的读后感。

我从书平的文章中感受最强烈的是他对司法改革所面临问题的敏锐把握。作者自1977年开始一直在法院中从事司法工作,二十多年的“摸爬滚打”使得他对于法院和法官的现实处境有着丰富的经验积累,与此同时,他一直不放松对新知的追求。从本书中读者可以看出,作者具有开阔的视野,对于法学研究的最新成果保持着最紧密的接触。这种丰富经验与前沿知识的结合让书平具有了书斋学者所不具备的优势,他的一些见解显示出很好的洞察力和平衡感,当然也具有很好的操作性。“春江水暖鸭先知”,不游在水里,如何能够感知江水冷暖呢?书平正是在法院这条江中游了二十多年的“鸭子”呢。尽管有些文章写得很简短,不过其中意见却非泛泛而谈。

能够超越法院和法官的局部视野,在整体上对司法改革作出构思,是书平的文章给我留下的另一个较深的印象。近年来,越来越多的人注意到,制约司法改革步伐的一个重要因素是部门利益,

甚至一些改革方案本身也带有浓厚的借改革之机扩张部门利益的色彩。因此,有识之士不断呼吁,应当在全国人大层面上设立司法改革委员会,对于改革进行一揽子的规划,以避免部门改革所带来的改革措施本身相互冲突等弊端。但是,即使是成立了这样的委员会,如果其中来自不同部门的成员们仍然只顾及本部门利益,最终也只能是一个“分赃”式的决策。形成合理的司法改革方案的前提条件之一,是不同的法律部门中都有一些超越部门利益者发出声音,对改革的具体内容产生影响。本书中不少文章,例如法院内部出现的一些别出心裁实则弊大于利的改革、关于法院收费制度的不合理之处、关于一些法院屡屡出现的“低级错误”及其原因,作者都作出了十分公允的分析和评论。超越门户之见的另一个表现是作者对于检察制度以及律师制度也有很细致的观察与思考,一些改革建议对于法律职业共同体的形成是具有建设意义的。

最后,作为一个相当关注司法制度及其改革的学者,我要表达自己对书平和其他法院系统的学者型法官的敬意。中国的司法改革目前出现的一个很好的势头是,实务界与学术界之间的对话渠道越来越多,这种互动对于司法改革的推进效果越来越明显。这样成效的取得有多种原因,开放以及社会变革带来的中外制度理念差距的缩小,法官整体学历层次的提高,尤其是一些学者进入法院担任领导职务,都是其中重要者。我们不能忽略的是,法院中俗称“笔杆子”的那些法官在中间起到的作用。近年来,我个人在《人民法院报》发表过一些文字,也经常在这份报纸上读到一些法官的文章,并从阅读中感受法院以及司法改革的脉动,了解“内部人”(insiders)的视角和心态,同时也获取自己的写作灵感。在读书平的这部书稿时,我又一次有了这样的感受,这里也期望本书出版后的读者也能和我有同样的感受。

2003年6月14日蓝旗营

(作者系北京大学法学院教授、博导)

目 录

序一.....	沈德咏(1)
序二.....	贺卫方(5)

一、法海拾贝

“弹性”的法律与“理性”的法官.....	(3)
法官的门槛与法官的素质.....	(5)
一幅“丑化”法官的漫画.....	(7)
切实解决执行难.....	(9)
法院进驻社区干什么？	(12)
“枪下留人”与“权力回归”	(14)
法院不是“量刑工具”	(18)
法官告别“大沿帽”	(21)
法院是政府的职能部门吗？	(22)
地方法院制定“司法解释”？	(24)
法无禁止性规定视为允许	(26)
诉讼收费应当实行阳光工程	(27)
执行收费亟待改革	(32)
请求“裁判”换人	(34)
“未成年人”不能作证？	(37)
质疑“奖励囚犯回家团年”	(41)
“五年宣告 29521 人无罪”的喜与忧	(43)
“法官与律师”漫谈	(47)

“暂缓执行”与司法权威	(56)
超审限就是违法	(58)
相对的司法公正	(60)
程序正当与司法公正	(62)
距离与公正	(64)
公开与公正	(66)
审案与开会	(68)
执行判决与申请再审	(69)
迟来的公正	(71)
如果律师当庭撕毁公诉人笔录	(72)
透明的不一定就是公正的	(75)
在“现场监督下”如何公正审判?	(77)
罪犯颈上的绳索拴住了什么?	(79)
依法办事成了“新闻”?	(82)
英国首相为何状告报社	(85)
办“实事”也不能违法	(87)
慎用“国内首例”	(88)
是判决不当还是报道失实?	(90)
法律援助制度令人担忧	(91)
公捕大会与媒体审判	(95)
农民打赢行政官司	(97)
《沉思与随想》序	(99)
对“注水文凭”者“降低学历”处分?!	(102)
“网上刊登性侵犯者照片”有感	(104)
“法官忠告”与“法官后语”	(107)
判决开始讲理了	(110)
“不讲理”的判决	(112)
凭什么驳回原告的举证申请	(114)

制作“判例”也应当公正·····	(116)
不该出现的“低级”错误·····	(118)
为什么“拒不执行”?·····	(120)
裁判文书的质量问题岂能一改了之·····	(123)

二、司法前沿

刑罚适用及价值取向的法律思考·····	(131)
一、刑法规范对刑种和量刑原则的规定·····	(132)
二、刑种和量刑原则适用概况·····	(136)
三、刑罚适用中的几个误区·····	(138)
四、对刑罚适用的法律思考·····	(140)
五、刑罚适用中亟待解决和探讨的问题·····	(144)
死刑复核程序:名存实亡的现实·····	(150)
一、死刑复核程序的历史回顾·····	(152)
二、死刑案件核准权的长期“授权”存在的主要问题·····	(157)
三、完善死刑复核程序的几种学术主张·····	(161)
四、对死刑复核程序的法律思考·····	(163)
健全死刑复核程序之浅见·····	(167)
一、高院认为一审判处死刑、死缓过重,可否 直接改判?·····	(168)
二、对同案犯判处无期徒刑以下刑罚不当的, 可否直接改判?·····	(171)
三、高院复核时,对一审中被判处无期徒刑 以下刑罚的同案犯可否交付执行?·····	(172)
执行难,怎一个“乱”字了得 ——论执行工作的监督与制约·····	(174)
一、对查封、扣押财产的评估、拍卖、变卖:太随意·····	(176)
二、对执行异议的审查:太独断·····	(178)

三、执行期限:太拖拉	(180)
四、执行费用的收取与结算:太糊涂	(181)
五、执行法律文书的内容:太简单	(182)
六、暂缓执行:太无序	(183)
七、执行人员的自身形象:太不好	(184)
八、上下级人民法院的关系:太模糊	(184)
九、对当事人权利的保护:太不公	(185)
十、执行程序中的举证责任:太片面	(186)
审判委员会“审批案件”制度应予取消	(192)
一、审判委员会“审批案件”的现状:不堪重负	(192)
二、审判委员会“审批案件”的沿革:源远流长	(194)
三、审判委员会“审批案件”制度存废之争:各执一词	(198)
四、取消审判委员会“审批案件”制度:势在必行	(200)
五、取消审判委员会“审批案件”的基本思路:改革 与探索	(209)
论立法解释与司法解释	(214)
一、立法解释与司法解释概述	(215)
二、立法解释的现状	(216)
三、司法解释的现状	(219)
四、存在上述问题的原因	(225)
五、强化立法解释、完善司法解释的法律思考	(227)
我国刑法时间效力的立法完善	(231)
一、关于刑法的生效时间	(233)
二、关于刑法的失效时间	(235)
三、关于刑法的溯及力	(238)
四、对我国刑法时间效力的法律思考及立法 完善意见	(243)
“从旧兼从轻”原则适用中的几个问题研究	(248)

一、关于“不认为是犯罪”	(249)
二、关于“处刑较轻”	(252)
三、关于刑法修订后、生效前的溯及力问题	(254)
四、关于“从旧兼从轻”原则在裁判文书中的表述	(257)
审理拐卖人口案中两个问题的探讨	(262)
一、关于认定拐卖人口罪是否必须以“违背妇女本人 意愿”为前提	(262)
二、对“先奸后卖”行为性质的认定及其处罚	(263)
论对共同盗窃犯量刑的综合平衡	(264)
一、四种学术主张:参与说、分赃说、分担说、 主从犯分别说	(265)
二、两种原因:立法上的缺陷、司法解释过于原则	(267)
三、两点对策:修改刑法,完善司法解释	(270)
数罪并罚原则的立法完善	(273)
一、关于划分一罪与数罪的标准及对同种 数罪应否并罚	(273)
二、对数罪中有判处无期徒刑以上刑罚的案件是否 需要分别定罪量刑	(276)
三、关于对判处数个不同种主刑及数个附加刑 如何适用并罚	(277)
海峡两岸数罪并罚制度的比较研究	(279)
一、关于划分一罪与数罪的标准	(279)
二、关于数罪并罚的基本原则	(280)
三、不适用数罪并罚的几种情形	(283)
“两院一部”实施刑事诉讼法有关规定的冲突及法律思考	(285)
一、关于律师会见犯罪嫌疑人的次数及时间	(287)
二、关于“国家秘密”的范围	(289)
三、关于取保候审	(291)

四、关于法庭布置与法庭礼仪	(295)
五、对不符合开庭条件的公诉案件如何处理	(298)
刑法法修改与法制新闻写作	(301)
一、律师介入刑事诉讼的时间大大提前	(301)
二、不再使用“收容审查”和“免于起诉”	(302)
三、“犯罪嫌疑人”和“人犯”、“被告人”的异同	(303)
四、“以钱开释”成为合法	(303)
五、解决“告状难”的一条新途径	(304)
六、被超期羁押的犯罪嫌疑人有权要求“放人”	(304)
七、对吃请受礼的办案人员有权要求“换人”	(305)
八、指控犯罪证据不足就应宣告无罪	(305)
九、申诉符合法定条件,法院就应重新审判	(306)
十、对无期徒刑罪犯不再适用监外执行	(306)
十一、执行死刑并非都要“押赴刑场,执行枪决”	(306)
刑事申诉在审判监督程序中的法律地位	(307)
一、申诉是刑事审判监督程序的组成部分	(309)
二、申诉不是审判监督程序中“不可缺少”的要件	(310)
贝卡里亚的刑法思想与我国罪刑法定原则的 理论与实践	(311)
一、贝卡里亚的刑法思想	(311)
二、我国现行刑法中罪刑法定原则的理论与实践	(314)
三、对我国刑法确立罪刑法定原则的法律思考	(315)
对民事检察抗诉案件“三多一低”现象的法律思考	(317)
一、抗诉案件逐年增多	(318)
二、当事人的讼累和法院的司法成本增多	(318)
三、再审案件超审限的增多	(320)
四、抗诉案件改判率低	(321)
改革法院诉讼收费制度势在必行	(322)

一、法院诉讼收费制度的历史沿革	(323)
二、法院诉讼和执行收费的现状	(329)
三、改革法院诉讼与执行收费制度势在必行	(333)
美国司法制度考察报告	(338)
一、关于诉讼案件的管辖及审理程序	(339)
二、关于生效裁判的执行	(343)
三、关于裁判文书的内容与制作方法	(345)
四、关于司法与传媒	(346)
试论法律的逻辑结构	(347)
一、注意法律与法律之间的和谐统一	(348)
二、注意同一法律内部的协调一致	(351)
三、行政法规和政府规章必须与法律协调一致	(353)

三、裁判文书

法院裁判文书改革举措述评	(357)
诉讼证据在裁判文书中的表述	(371)
对一份二审刑事裁定书的评析	(381)
对最高人民法院七份裁判文书的评析	(385)
裁判文书重大改革的成功尝试	
——评云南高院对“烟草大王”案的刑事判决书	(390)
对一份再审刑事判决书的评析	(405)
推荐一份执行程序中制作的裁定书	(410)
对一份法院《布告》的评析	(416)

四、人物专访

我们需要看得见的公正

——法官罗书平与四川泰和泰律师事务所律师对话实录

..... 《中国律师》记者 刘桂明(423)

请“幕后”的法官回避	《中国律师》记者 千古洲(433)
——访四川省高级人民法院罗书平法官	《中国律师》记者 刘桂明(440)
惩治“老赖”的刑法武器	《四川法制报》记者 纪红(448)
——就适用全国人大常委会关于刑法第313条的立法	《四川审判》记者 罗书平(451)
解释访四川省高级人民法院执行局局长罗书平	《四川法制报》记者 纪红(448)
生命刻痕司法史	《四川审判》记者 罗书平(451)
——记四川省高级人民法院执行局局长罗书平	《四川审判》记者 罗书平(451)
升迁荣辱 不须倾诉	《四川审判》记者 罗书平(451)
——记四川法官诗人谭昌华	《四川审判》记者 罗书平(451)
后记	(458)