

LAWYER DIGEST

3 律师 文摘

2005·第二辑·总第十五辑

主编
孙国栋



要目:

- | | |
|-----|---------------------|
| 陈瑞华 | 听取辩护律师的声音 |
| 张建伟 | 精英司法论 |
| 罗培新 | 公司法变不要以瑕掩瑜 |
| 卢建平 | 死刑核准权的法律冲突 |
| 郑琦 | 比例原则的个案分析 |
| 易延友 | 刑事诉讼十大问题研讨 |
| 梁慧星 | 法律的性质——兼谈法律的学习与解释适用 |
| 苏智良 | 长达32年的家永教科书诉讼 |
| 雷震 | 法治国家的真谛 |
| 傅国涌 | 陌生的米奇尼克 |



中国法制出版社

3

LAWYER DIGEST

律师文摘

2005·第三辑·总第十五辑

主编 孙国栋

责任编辑
郭喜珊

四季·三期

ISBN 7-80182-442-3



9 787801 824424 >

ISBN 7-80182-442-3/D · 1408

定价：16.00元



律师文摘

2005 · 第三辑 · 总第十五辑

3

学术顾问 江 平 梁定邦 张思之
邓正来 贺卫方

编辑委员会 王才亮 田文昌 朱永平
刘桂明 步凌云 贺宝健
周荣炽 薛济民

执行编委 谭 韬 刘海蛟 董志军
李海周 孙国栋

主编 孙国栋

编辑 王景智 梁小玲

支持单位 广东大同律师事务所
广东华法律师事务所
北京才良律师事务所
北京华一律师事务所
北京京都律师事务所
江苏圣典律师事务所
浙江海通联合律师事务所

图书在版编目(CIP)数据

律师文摘.2005 年,第 3 辑/孙国栋主编.—北京:
中国法制出版社,2005.6
ISBN 7-80182-442-3

I.律… II.孙… III.律师业务—基本知识
IV.D916.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 009023 号

律师文摘

LAWYER DIGEST

孙国栋/主编

经销/新华书店

印刷/北京清华园印刷厂

开本/787×1092 毫米 1/16

版次/2005 年 6 月第 1 版

印张/11 字数/200 千

2005 年 6 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80182-442-3/D·1408

定价:16.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码:100031

传真:66062741

发行部电话:66062752

编辑部电话:66062738

邮购部电话:66033288

读者俱乐部电话:66026596

《律师文摘》支持单位（一）

才行法道 良举公正

才良律师事务所（北京）

主任：王才亮

地址：北京市宣武区虎坊路19号院17号楼1单元301室

电话：(010) 81935336 51251741 51251742 传真：(010) 63527327

E-mail: jdzaw@sohu.com

邮编：100054

使老有所终，壮有所用，幼有所长，矜寡孤独废疾者皆有所养，

是谓“大同”——《礼记》

大同律师事务所（广东）

主任：朱永平

地址：广州市环市东路339号广东国际大酒店A附楼19楼

电话：(020) 83312001 83312003 83312792

传真：(020) 83315058

邮编：510095

E-mail: gddatong@tom.com

网址：//www.gddatong.com.cn

海通联合律师事务所（浙江）

主任：贺宝健

地址：杭州市南山路171号海通楼

邮编：310002

电话：(0571) 87069499 87034168 87017538 87020223

传真：(0571) 87919360

E-mail: htlaw@mail.hz.zj.cn

以法律的智慧帮助人，以专业的知识服务人

华法律师事务所（北京、广州、佛山、江门、三水、高明）

主任：周荣炽

地址：广东省佛山市华远西路平远直街

邮编：528000

电话：(0757) 83102222

传真：(0757) 83820145

网址：//www.gdhuafa.cn

E-mail: gdhuafa@21cn.com

《律师文摘》支持单位 (二)

华而又实 一以贯之

华一律师事务所 (北京)

合伙人: 步凌云

地址: 北京市朝阳区和平里东土城路14号建达大厦23层 邮编: 100013

电话: (010) 85271736-105 85271605 传真: (010) 85271604

网址: //www.huayilawyers.com E-mail: buly@huayilawyers.com

强化责任观念 树立精品意识 修炼气质风度 提高自身素质

京都律师事务所 (北京)

主任: 田文昌

地址: 北京市朝阳区朝阳门外大街16号中国人寿大厦8层802-805

邮编: 100020 电话: (010) 85253399 传真: (010) 85251268

E-mail: king@king-capital.com 网址: //www.king-capital.com

打造诚信品牌 展示良好形象

圣典律师事务所 (江苏)

主任: 薛济民

地址: 南京市秣陵路108号宁检大厦18层 邮编: 210004

电话: (025) 84227811 84227833 传真: (025) 84227822

E-mail: sunwaylf@publcll.ptt.js.cn 网址: //www.sundylaw.com

《律师文摘》理事会成员

(以姓氏笔划为序)

- | | |
|-----|----------------------|
| 于绪刚 | 北京大成律师事务所高级合伙人 (北京) |
| 王志学 | 辽宁长风律师事务所合伙人 (沈阳) |
| 孙 飞 | 上海建纬律师事务所深圳分所主任 (深圳) |
| 刘文君 | 广东经天律师事务所合伙人 (深圳) |
| 刘彤海 | 河南尊严律师事务所主任 (濮阳) |
| 刘建锋 | 北京丹宁律师事务所执行合伙人 (北京) |
| 许兰亭 | 北京君泽君律师事务所律师 (北京) |
| 李俊华 | 上海建纬律师事务所昆明分所主任 (昆明) |
| 张星水 | 北京京鼎律师事务所主任 (北京) |
| 杨 斌 | 北京五环律师事务所律师 (北京) |
| 陈惠忠 | 广东星辰律师事务所合伙人 (深圳) |
| 欧永良 | 广东合盛律师事务所主任 (广州) |
| 赵红亮 | 北京兰台律师事务所律师 (北京) |
| 胡祥甫 | 浙江星韵律师事务所合伙人 (杭州) |
| 贾承霖 | 北京世纪律师事务所合伙人 (北京) |
| 徐 彬 | 北京首信律师事务所主任 (北京) |
| 梁 晨 | 北京中瑞律师事务所合伙人 (北京) |
| 曾祥一 | 重庆索通律师事务所合伙人 (重庆) |
| 彭 航 | 北京天科国地律师事务所合伙人 (北京) |
| 董 箫 | 河北世纪方舟律师事务所副主任 (石家庄) |

听取辩护律师的声音

作为近期被发现的一起刑事错案，湖北佘祥林案一度引起社会各界的广泛关注。法学界和律师界也就这一案件所暴露出的中国刑事司法制度中的问题进行了讨论。诚如大多数讨论者所认为的那样，这一案件不仅显示出中国的刑事侦查程序、公诉制度、第一审程序、第二审程序、死刑复核制度存在诸多方面的缺陷和不足，而且还说明审级制度、国家赔偿制度乃至司法独立制度也到了不改革不行的地步。然而，参与这场讨论的人们有意无意地忽略了一个重要问题：辩护律师无法发挥作用也是导致佘祥林冤案得以形成的关键因素。原因很简单，无论是第一审法院还是第二审法院，都没有认真听取和对待佘祥林律师的辩护意见，也没有在判决书和裁定书中对辩护意见作出任何有说服力的回应。事实上，法院在这一案件的诉讼过程中听取了公安机关、检察机关、政法委员会的各种“意见”，也非常重视被害人方面的申诉“意见”，却惟独没有重视律师的辩护“意见”，甚至没有倾听来自辩护律师的不同声音。

同时听取控辩双方的意见，这是古老的“自然正义法则”的一项重要要求，也是衡量一项司法裁判程序是否公正的基本标准。而在刑事诉讼中，听取辩护律师的声音和意见，对于维护程序的正义又具有极为特殊的意义。毕竟，刑事被告人所面对的是强大的国家公共权力机构的刑事追诉，其财产、自由乃至生命都面临着被国家直接剥夺的危险和威胁。只有保障被告人获得律师的有效辩护，并允许辩护律师充分地提出证据、观点和主张，并对检控方的证据、观点和主张进行有效的反驳，法庭才有可能确保被告人获得有效地参与诉讼裁判过程的机会，从而成为法院裁判制作过程的参与者、协商者和施加积极影响的一方，而不至于沦为消极等待国家追究、被动承受国家处罚的司法奴隶。

听取辩护律师的声音不仅是实现程序正义的基础，而且还构成有利于减少冤假错案的重要制度设计。中国刑事司法的经验和教训表明，法院仅仅听取那些承担侦查破案职责的公安人员以及负责刑事公诉的检察官的意见，在他们所搜集的案卷材料的基础上开展审判活动，并在法庭上仅仅通过摘要宣读证据笔录的方式进行法庭上的事实调查，这是冤假错案得以产生的重要制度原因。这是因为，无论是公安人员还是检察官几乎都与案件的结局存在职业上的利害关系，又在经过一定时间的调查工作之后，对“被告人构成犯罪”这一点已经形成先入为主的预断。法官如果仅仅听取他们的声音，则很难发现案件的全部事实真相，甚至无法发挥法庭审判的纠错能力。而听取辩护律师的声音，尤其是律师站在不同甚至相反立场上所提出的观点、主张或者质疑，则是法官对案件的证据、事实和法律问题加以客观审查的必由之路。心理学的规律表明，裁判者只听取一方面的声音，就容易造成认识上的偏差和错误；而听取双方的意见，尤其是听取双方相反的观点和主张，则在认定事实、作出裁判方面要谨慎得多。事实上，对于法庭审判者以特有的时空和裁判方式而言，最有效地防止错误的手段是允许不同甚或相反的声音同时出现，从而避免那种因为单方面接触所带来的误判之危险。尤其是法官在开庭前已经接受了警察、检察官以各种方式提供的信息的情况下，听取辩护律师的声音几乎可以成为防止事实认定之错误的惟一有效途径。

那么，如何才能促使法官听取辩护律师的声音呢？这当然是未来刑事司法改革所要解决的一个重要课题。至少，法官应当给予辩护律师充分发表意见的机会，并在裁判结论中对辩护意见作出令人信服的回应。律师对于案件证据采纳和事实认定上所做的辩护意见（证据辩护），对于案件在适用刑事实体法方面所做的有利于被告人的观点（实体性辩护），以及对于“公检法三机关”在违犯法律程序方面所做的“攻击性辩护”（程序性辩护），都属于他们以辩护人的身份所提出的防御观点。这种辩护意见的提出本身是他们刑事辩护职责的表现，是具有正当性和合法性的，也是不应受到无理限制和剥夺的诉讼权利。对于法院而言，无论是采纳还是拒绝接

受这些辩护意见,都必须是理性而负责的,而不应是恣意妄为不负责任的。因此,在裁判文书中,法官不仅需要对其所认定的事实加以全面的论证,而且还要对没有采纳的辩护意见和观点作出令人信服的说明,而不应以简单的“辩护意见没有事实和法律依据”为由,普遍地作出草率的“不采纳辩护意见”的裁决结论。

当然,辩护律师不是裁判者,辩护意见也并不必然构成法院判决的基础。但是,法院的判决结论并不是也不应是非理性的,它应建立在法庭调查和法庭辩论的基础上,来自于经过控辩双方质证和辩论过的证据、观点和主张之中。对于法官来说,听取辩护律师的意见,并对辩护意见作出必要的解释和回应,这既是防止错案发生的有效制度设计,也是审判程序和裁判结论具备合法性的前提。

中国的司法审判制度经过多年的改革,一直没有形成一种“当庭产生裁判结论”的裁判文化。听取辩护律师的声音,并进而在审查控辩双方意见的基础上形成裁判结论,这应当是减少冤假错案的必经途径,也是未来司法改革的基本目标。如果说政治改革的归宿应当是公民充分行使政治参与权力的话,那么,司法改革也应以是否有效地确保辩护律师参与裁判过程作为衡量其成功与否的标志。

陈瑞华

2005年5月14日于北大

学术论坛

- 法理沉思 001 精英司法论 / 张建伟
- 事件剖析 016 针对余祥林冤案的十点思索 / 杜兆勇 张星水
- 019 余祥林冤案重审程序四大质疑 / 崔 敏
- 021 山西银鼠调查 / 王晨波 李 明 陆 磊
- 专家说法 033 公司法变不要以瑕掩瑜 / 罗培新
- 热点话题 037 死刑核准权的法律冲突 / 卢建平
- 040 收回死刑复核权难在哪里 / 郭光东

业务进阶

- 以案论道 044 比例原则的个案分析 / 郑 琦
- 判例研究 050 教唆或者帮助他人自杀行为之定性研究
——邵建国案分析 / 陈兴良

业界瞭望

- 执业前沿 060 上海律师推动公益诉讼缓慢前行 / 陈 欢
- 维权之声 063 刑事诉讼十大问题研讨 / 易延友
- 法学教育 077 法律的性质
——兼谈法律的学习与解释适用 / 梁慧星

管理之窗

- 职业素养 089 律师职业价值与商业限制 / 余少祥
- 体制创新 102 司法官员大面积退出律师协会 / 陈 磊

史海钩沉

- 百代风流 104 百年回眸 谁与争功
——记清末修律大臣沈家本与《大清新刑律》

陈 浩

- 历史名案 110 长达 32 年的家永教科书诉讼 / 苏智良

法苑撷英

- 随 笔 117 法治国家的真谛 / 雷 震
121 法律：一种激励机制 / 陈彩虹
133 镶在墙上的法治精神(外一篇) / 李永君
138 陌生的米奇尼克 / 傅国涌
142 日本为什么认罪这么难 / 资中筠
146 我的败选声明 / [美]戈 尔
149 “与时俱进”考 / 斯伟江
- 书 评 152 迈向学术批判的中国书评
——《中国书评》序 / 邓正来
154 术语规范与学术翻译
——从查尔斯河桥译成“查尔斯·里维尔·布里奇”
谈起 / 杨玉圣
- 观点集粹 159 法律并非万能(共6篇) / 陈创东等

Contents

Academic Forum

Ponderation of Legal Principle

On Administration of Justice by the Cream / by Zhang Jianwei(001)

Event Analysis

Ten Points of Ponderation Directed against She Xianglin's Unjust Case

by Du Zhaoyong, Zhang Xingshui(016)

Four Queries in View of the Retrial Procedure of She Xianglin's Unjust Case

by Cui Min(019)

Investigation into the Mice of Banks in Shanxi / by Wang Chenbo, Li Ming, Lu Lei(021)

Expert's Comment on Law

Do not Obscure Great Virtues with Small Defects in Revising the Corporation Law

by Luo Peixin(033)

Hot Topic

Legal Dispute of the Competence for Examination and Approval of Death Sentence

by Lu Jianping(037)

Where is the Difficulty of Resuming the Competence for Examination and Approval

of Death Sentence / by Guo Guangdong(040)

Business Step

Case Debate

Analysis of Proportional Principle in Individual Case / by Zheng Qi(044)

Case Study

Characterization Research on the Behavior Soliciting and Aiding Others to Commit

Suicide / by Chen Xingliang(050)

Lawyer's Outlook

Practice Front

Lawyers of Shanghai Slowly Push the Public Interest Lawsuit Forward

by Chen Huan(060)

Voice of Defending Rights

Discussion about Ten Key Problems of Criminal Procedure / by Yi Yanyou(063)

Education of Law

Character of Law / by Liang Huixing(077)

Window of Management

Professional Attainment

A Lawyer's Professional Value and Commercial Restraint / by Yu Shaoxiang(089)

Systematical Renewal

Judicial Officials Largely Withdrawing from Lawyer Association / by Chen Lei(102)

Uncovering Historical Anecdote

Historic Celebrity

Who could Compete with him for Merit in Glancing back 100 Years?

by Chen Hao(104)

Historic Case

The 32—Year—Long Lawsuit of Jia Yong Teaching Book / by Su Zhiliang(110)

Cream in Law Garden

Essay

The True Meaning of Legal State / by Lei Zhen(117)

Law: a Encouraging System / by Chen Caihong(121)

The Spirit of Rule by Law Mounted on the Wall / by Li Yongjun(133)

Strange Michnik / by Fu Guoyong(138)

Why is It Hard for Japan to Admit Its Guilt? / by Zi Zhongyun(142)

My Statement on Election Failure / by Al. Gore[U.S.](146)

Research on "Progress with the Times" / by Si Weijiang(149)

Book Review

Chinese Book Review Striding forward the Academic Criticism / by Deng Zhenglai(152)

Terminological Standard and Academic Translation / by Yang Yusheng(154)

Viewpoint of Collection

Law is not Universal(6 Articles) / by Chen Chuangdong, ect.(159)

目录翻译 屈 新

精英司法论

人们关于法官精英化的观点是与其对于司法或者说法官的如下期待有关的：在任何社会里，通常只有有限的人才能行使司法权，而司法权——特别是刑事司法权——关系到个人的财产、人身自由甚至生命，掌握司法权的人要对于各种争讼进行裁判，作出的生效判决还要当事人加以服从，这就需要发挥一种心理机制的作用，这就是：由权威作为司法的基础而使人们对其甘心服从。

人们对良好的司法的自愿遵从不是由强力压服而产生的恐惧心理维系的，而是由对于法律的公正性与法官具有的使人尊崇的品质决定的，他们愿意将争讼交给一个权威去裁断，因为他们相信只有他们才能明晰是非、作出令人信服的裁决。这种对于权威的期望要求司法体制在建构时应采取一种精英司法的观念，使社会的精英掌握并行使司法权。

当精英司法的观念被确立以后，如何使法官群体走上精英化的道路，就成为需要认真研究的问题了，它涉及两项基本问题：何谓符合法官精英化要求的法官或者说精英型法官的标准是什么，以及如何通过选任使法官结构向精英化转变。

精英司法与庸人司法：两种观念

法官选任实际上是以一个基本观念为前提的，这就是将司法的权柄授予哪些人或者主要授予哪些人，对这个问题的认识可以区别为精英司法和庸人司法两种观念。精英司法观就是选择那些具有精湛的法律素养、深厚的法庭经验、强烈的正义感的杰出人物来执掌司法权的观念。与之相对应的庸人司法观，认为司法工作与其他工作（如一般行政工作）一样，无须严格选择杰出的人才，任何人都可以边工作边培养经验或者经过一定的培训承担这项工作。据我所知，鲜明提出庸人司法主张的，尚未见其人，但认为司法“那两下子，没啥”的，却大有人在，也就是说，庸人司法的主张往往存在于一些人的心目中而非口头上。

“精英”（*élite*，又称“英杰”）是社会上具有卓越才能或身居上层地位并有影响作用的杰出人物，他们在一定社会里得到高度的评价和合法化的地位，并与整个社会的发展方向有联系。美国学者加里·沃塞曼解释说：“那些确实掌握权力的人通常被称为精英。精英就是获得社会上大部分价值（诸如财富和尊重）的那些人。……即精英就是获得最多的人。”确定精英的标准可以是权力、财富和学识等。

* 张建伟：清华大学法学院副教授，法学博士。

对于司法精英,可以从两个方面看,一是具有上层地位或者背景,如1789年到1962年,美国联邦最高法院的法官有90%以上的人来自上层社会中有政治影响的家庭;他们中有2/3的人曾经就读于常青藤联合会的八大名牌大学或者其他享有盛名的法律学院,1976年以前没有一个黑人在最高法院任过法官。这种选任法官的做法与如下观念有关,即认为最高法院是美国式思想观念的守护神,而美国式思想观念体现为美国中上层阶级所具有的思想观念,“这种思想观念由于个人的社会责任感和政治活动而得到加强,并且由于法律训练和职业性法律态度的保护主义的影响而得到调节和适应。”事实上,美国联邦最高法院可以说未负众望,“正是最高法院带头提出消除群众生活中的种族隔离、保证政教分离、确定刑事犯罪中被告的权利和执法官员的权力、保障选民平等投票权、明确言论自由和出版自由的限度、宣布妇女有流产的基本权利等。”

司法精英的另一含义更具有实质性,也更容易为人们广泛接受,这就是:具有较强的公民意识和正义感,受过专门的法律训练并具有深厚的法庭经验、经过精心挑选的少数出类拔萃的人。亚历山大·汉密尔顿认为:“社会上,有足够的法律知识并适合做法官的只能是极少数人。因为人类的本性已经普遍蜕变,所以能真正把廉政与知识结合起来的人可能更少。”要避免“使司法权落入那些能力低的不合格的人手中。他们不会靠法律与尊严进行执法”。

在精英司法方面,英国比美国更是有过之而无不及,美国学者格伦顿指出的下面这一现象给我国学者和司法人员留下了深刻印象:“在英国,人们不会遇到非常年轻的法官……向法官席的攀登是一个漫长而规律的进程,四十岁以前被任命为法官是极少见的东西。法官一律从出庭律师中任命。如此产生的法官便有其他行业所不可比拟的尊荣。”在英国,法官任职没有竞争考试,法官是律师中的佼佼者。英国律师具有高度的职业道德,原因在于,英国的律师执照是四大法学院发给的,而开业之后,其行为如有损律师的信誉,法学院可以撤销他的执照。“因为这个关系,法学院固欲保持其光荣历史,而律师亦不敢违背传统,自取没落。”法官是其中出类拔萃者,“英国县法院法官,须具有大律师七年以上的资格,而为高院法官者,须具有大律师十年以上的资格。而充任大律师的人,都经过四大法学院严格训练,不仅法学知识丰富,而且品行高尚,极能得到社会的信赖。”

在有的大陆法系国家,选择司法精英主要依靠严格的考试和对合格者名额的限制,如在日本,统一的司法考试素以十分严格著称,每年的考试集中在5所大学之中,其平均及格率基本上维持在2%左右,日本共有93个法律本科4.2万名学生,从1960年代开始,考试最终合格者始终限制在每年500名左右,合格所需平均年数为5年。这样做的目的是为了保持法律家具有较高素质,适应国家预算和最高法院司法研修所的容纳能力、避免大量增加合格者导致法律界同行业的竞争。这保障了从事司法职业的人具有较高的素质。

精英司法对于培养司法官对本职业工作的自豪感是十分有益的,而这种自豪感

又可以激发他们对本职工作的高度责任感。精英司法还可以使人们保持对法官职务的景仰与尊重,而这对于提高人们对法律的尊重显然也大有裨益。法官的素质与司法的质量关系也十分重大,英国司法的优良几乎为世界所公认,在分析英国司法之所以有优良表现的原因时,人们一般都会注意到英国法官的素质,认为“英国司法之所以有优良的表现,其法官素质之高,亦应为重要的原因”。

至于庸人司法,效果则反是。

不过,这里所说的司法精英应当指行使司法权的人员中的大部分或者核心部分属于法律界的杰出人物,一般地说职业法官中的大部分或者执掌重要司法岗位的司法官,如在英国除治安法官以外的法官,应当具有法律界精英的品位。对于非职业法官,当然没有、也不必要有这样的要求,在非职业法官与职业法官的结合体中,精英司法是体现在职业法官所具有的素质上。

另外,以社会阶层定位司法精英的来源,不具有普遍的适用性,是否属于司法精英不应当取决于被任用的法官是否来源于社会的中上层和名牌学校,而应取决于他们本身所具有的素质,“肉食者鄙”的说法虽然未免有“一杆子打翻一船人”的极端化的毛病,但要说肉食者尽不鄙、草野中无英华,也不免屈心。

精英司法的观念在我国还没有完全建立起来(如果说我国也存在类似精英观的话,这里的“精英”也往往强调的是“政治骨干”),这与我国司法发展中的客观状况不无关系。

(此处叙述中华人民共和国司法发展简史,略。——编者)

从我国现在的司法人员素质看,司法人员素质不高,实际上已经成为我国司法进一步改革的极大障碍。

如今精英型法官实际上已经成为社会对法官的普遍期待,司法精英化已经成为呼之欲出的改革前景。

对于法官的角色期待:精英型法官应当具备的素质

法官是具有鲜明特点的社会角色。

人们对法官的角色期待是与法官的角色和司法功能相联系的,现代司法的核心功能是判断是非并在此基础上适用法律,刑事司法当然还具有遏制和惩罚犯罪、限制国家权力不使滥用、保障个人自由权利等功能。要发挥这些功能,必须由能够满足发挥这些功能需要的法官执掌司法权柄,所以人们对法官角色的普遍期待是素质高、能力强、独立公正、人格完整。薛学海先生在论宪政时认为,“要之法官之卓绝者,一具良心,二知法律,三有独立精神”。

人们对法官的普遍期待,是审慎选任法官的尺度,也是每一个想要成为法官或者已经成为法官的人自我塑造和自我修养的基准。只有具备较高素质、具有独立精神和公正意识、人格完整的法官才能得到社会的信任,也只有他们才能不辜负人们对法官的角色期待。