



中国程序法论稿

王斐弘 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

中国程序法论稿

王斐弘 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国程序法论稿 / 王斐弘著. —北京:法律出版社,
2008.3

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8538 - 5

I. 中… II. 王… III. 程序法—研究—中国 IV. D920.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 073545 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/彭 雨

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律出版社上海出版中心

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/陶 松

开本/A5

印张/9.625 字数/265 千

版本/2008 年 3 月第 1 版

印次/2008 年 3 月第 1 次印刷

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 - 5036 - 8538 - 5

定价:25.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

自序

横渠先生有言：“为天地立心，为生民立命，为往圣继绝学，为万世开太平。”这一开显了儒者襟怀和器识、境界与理想的宏愿，实从《大学》“修身、齐家、治国、平天下”到孟轲“穷则独善其身，达则兼济天下”一脉相传而来。就在这一路相承的世代更迭中，古仁人同道始终秉持着以天下为己任的博大公心，内中透出的自信、勇毅与刚健，一方面，铸就了一个伟大民族在兴衰荣辱中不可或缺的风骨；另一方面，则构成了中国知识分子的文化心理结构。自古至今，无论他们居庙堂之高还是处江湖之远，忧国忧民是他们不易的标志。这种伟大的精神传统绝非空谷传响，令我辈高山仰止，心驰神往。

缘此，20世纪末我将从事了十余年的诉讼代理和刑事辩护职业变成了兼职，调入高校从事君子三乐之一即“得天下英才而教育之”的事业，一时天朗气清，心境澄明。大抵得益于我感喟良深的律师执业经历，也因了所引案例非书本转述，而是寄予了我十多年光荣与梦想、挫败与执著的历程叙说，以生动、细微、真切而受到莘莘学子的肯认，于是心中大有“风烟俱尽，天山共色”般湛然净静。就在这反复的叙说中，原有的欢欣渐变成一种渴望与沉酿，试从诸多感性的个案上升到理性的思考，以一己言说追寻当初的梦想。

做理性的思考并发表自己的见识远非当初想象的那么简单。常有“停杯投箸不能食，拔剑四顾心茫然”的时刻；当然，也有论说发表后“晴空一鹤排云上，便引诗情到碧霄”的豪乐。不久发现，忧思不但有仗于透辟的思力，而且“有真正见地”且不被这个称为“信息时代”的庞杂信息所淹没，并有机缘被“关注”，方能使批判的事业有用

2 中国程序法论稿

武之地。

从2000年到2006年7年的似水时光中,我在期待与思考中酝酿出这本《中国程序法论稿》。之所以起了一个很大的书名,首先因为书稿中论及的都是我从司法实践中体悟的非常“中国”的问题,再就是所涉内容包括了刑事诉讼、民事诉讼、仲裁、证据及司法制度,如不用“程序法”,实难以涵括。此外,书中的绝大部分文章是以论文体(也有法学随笔及案例分析)发表的,叫“论稿”似更妥帖些。

书稿分为三部分:理念论、程序论和实践论。这三部分内容没有按照学科分类,而是按照理念、程序与实践的顺序予以编排。这样的编排不是绝对的,因为三部分中的文章互有支撑,互有照应,基本上形成了几个大的“问题群”并以此展开研究的。对于文章之间重复的部分,收入本书时做了比较彻底的删除,以致造成个别文章的局部感觉很“枝干”(未删的原文发表时“枝叶繁茂”),但不至于因此害义。至于文章之间的前后顺序,大致遵循一种内在的逻辑关联或者前后的适度照应,且因出自一人之手,从语感、文风、思路、论证方式到关注的内容,都比较一致,论域也相对集中(对已发表但离“题旨”较远的文章一概未录),这当是以比较系统的方式整理成书的缘故吧。我甚至以为,论域相对比较集中的文章发表后整理成书,自有专著无法比拟的优势,比如,涉猎更广,研究专深,材料新醇,载录世弊,慧思剖切。

理念论共有9篇文章。《效率与程序和谐论》从一种新的视角即“和谐”的哲学理念解析效率与程序之间的关系,以期统摄公正、效益、安定等价值目标,并为解决“高成本低效率”这一民诉积弊提供一种更精细、更务实的思路。《论良法的恶性循环》揭开了良法、良规为什么没有良效,又是如何形成恶性循环的。多视角论证了人们崇尚良法,期冀良法之治,却在翘首与热望中忘却了良法亦须适宜的土壤。当良法出台后,因土壤导致的“水土不服”很可能让良法之良本身遭到质疑,这是令人尴尬的一种真实。良法如果遭遇故意误读,在司法中将会陷入一种可怕的恶性循环。从这一视角解析实践中的许多案例,能使我们揭开隐于表象后的本质,同时打开索解之结。《质疑“不枉不纵”》

则质疑了中国刑事政策“不枉不纵”的正当性,分析出它还是超期羁押、“疑罪从有”和刑讯逼供等现象存在的深层次背景和难以克服的症结所在。《刑事诉讼的时空支点:权利平衡论》以权利平衡的原理阐释了对被遗忘的被害人如何实现权利保障。《惩罚与保障:并重还是侧重》则论述了“并重论”为什么是不能成立的,倡导中国的刑事诉讼法应当确立“侧重”保障人权的理念。《仲裁概念考》检视和评说了现行仲裁概念的不足,提出应建立统一的仲裁概念及其向度;《仲裁理念论》就中国应当确立什么样的仲裁理念提出了自己的见解。《法治的时间刻度》对发生在苏力与刑法学界关于高法奸淫幼女犯罪的司法解释所引发的学术论争和围绕论争的范式与程序展示的现象做了分析,文中认为“我们目之为民主与法治的精神引导者、实践者的法学家,竟然自身没有一点程序或者民主的理念,用鲁迅先生的话讲,这是一种怎样的悲哀呢?”需要标示的是,拙文在《读书》2006年第1期发表后不久,又出现了巩献田与民法学界就《物权法》草案的论争,双方在论争方式、论争程序诸方面几乎与2003年苏力与刑法学界的论争如出一辙。不用预言,我们的法学家如果连学术论争都不讲程序和民主(论争的局部甚至堕落到了人身攻击的地步),类似的事件还会上演。《论执法时代的到来》论证并呼唤严肃执法时代的及早到来。

程序论是10篇文章。《名案经典:程序公正的实证分析与原则的创制》以我辩护的一起后来轰动全国的由个别恶警制造的“运输毒品”的假案为版本,不但解构了实体法与程序法的关系,还提供了解析二者关系现代版的经典案例,进而以实证的方式论证了程序公正为何如此重要,最后还由这一经典案例创制出新的“推定无罪”原则。《质疑“发回重审”》对我国三大诉讼法中设立的“发回重审”制度做了质疑和分析,并提出了有益的建议。《诉权的维护及其限制》围绕如何既维护诉权又防止滥诉的发生,提出了一己之见,建议我国建立滥诉赔偿制度。《程序的配套与部门法的衔接》则以拒不执行人民法院判决、裁定罪为例,间接提出了解决执行难的问题,侧重分析了我国程序法怎样配套,部门法之间如何衔接的大问题。《建构我

4 中国程序法论稿

国非法证据排除规则之我见》检视了我国关于刑事非法证据排除规则的理论界说与立法现状,分析了建构我国刑事非法证据排除规则应当考虑的因素,提出了比较切实可行的设想。《论我国刑事证明标准的重构》在充分论证的基础上提出了“主辅模式”。《我国仲裁财产保全制度的瑕疵及其立法完善》以国际仲裁立法坐标为参照对中国仲裁财产保全制度进行了检讨,提出了完善之策。《我国执行仲裁裁决的若干法律障碍及其根治》则对执行仲裁裁决提出了很具体的立法建议。《也谈加入 WTO 与我国仲裁法律制度改革》对肖永平、胡永庆发表于《中国法学》上的《加入 WTO 与我国仲裁法律制度改革》一文中我认为欠妥的观点进行了商榷,提出了自己的见解。《修改仲裁法论纲》是一篇参加由“贸仲”(CIETAC)、“海仲”(CMAC)、中国仲裁网等机构发起的有奖征文(获一等奖)。在仲裁界研讨如何修改仲裁法之际,本文“以理念、基本原则和具体制度为框架”进行了研究。

实践论中共有 8 篇文章。分别对我们忽略了的“民情腐败”以及“民事审判的效益与成本分析”、“刑事辩护效果差的症结何在”等问题以实践的视角进行了研讨。另有一篇《证据的冲突与价值的选择》对“奸淫幼女犯罪”司法解释以真实个案为切入点进行了分析。《法律的底色》就《今日说法》评析的案例以独特的视角做了深度分析,进而就我们习以为常的“冰冷”或“无情”的法律,提出能否添加充满人文关怀意味的“温暖的底色”。

七年心路,一朝成书。学问道上,渐行渐深,犹入森林。有一种隐喻般的感觉:“横柯上蔽,在昼犹昏;疏条交映,有时见日。”就在这学术登临的征途中,时常念及在天目山看到参天古木时的那种震撼:笔直如削、粗壮无比、昂然向天!震撼更在于如奥修所言一棵树想要到达天空,根就必须进入更深的地下;震撼不仅在于一排排古木让我以具象直观的方式感知人类大师在历史的深处指引相伴的身影;震撼更在于这些巨木承接阳光雨露,无须登顶,一心向上,超拔本身即是高度,可见立处皆真!

犹在于学术不仅是学者心灵幸福的事业和心怀于民而广济天下的

抱负,更在于是一个国度的精神领路人、导师和良心,能为人们提供经过深思熟虑的、合理的生活信仰。^①

是为序。

王斐弘

2008年正月·杭州半隐庐

^① 此处借用了评论家对美国著名哲学家杜威的评价。

目 录

自序	(1)
----------	-------

理 念 论

效率与程序和谐论	(3)
一、问题的缘起与指归	(3)
二、效率观念的导入·程序公正的指向·和谐的哲学 理路	(6)
三、程序对效率的立法定位	(15)
四、“司法流程”中效率与程序冲突的实证分析	(26)
五、和谐论:给予程序与效率以革旧鼎新的结论	(31)
论良法的恶性循环	(37)
一、实证分析:通过案例审视良法的恶性循环	(37)
二、从法理与法社会学进一步反思良法的恶性循环	(43)
三、若干启示与全新法律理念的重构	(53)
质疑“不枉不纵”	(60)
一、“枉”与“纵”:四种模式的简要分析	(60)
二、追溯与反思:对烙有时代特征教材语境的版本解读	(62)
三、摒弃“不枉不纵”的多维度论证	(68)
四、没有结束的结尾	(74)
刑事诉讼的时空支点:权利平衡论 —— 被害人权利保障新论	(75)

2 中国程序法论稿

一、背景与现状:对被害人权利失衡的深度分析	(75)
二、原理和价值:权利平衡论的要义	(80)
三、和谐及创新:权利平衡视阈下被害人权利保障的制度 创新	(83)
惩罚与保障:并重还是侧重	
——兼论我国刑事诉讼理念的重构	(88)
一、问题的提出	(88)
二、对刑事诉讼法第 1 条规定“惩罚犯罪,保护人民” 的检视	(89)
三、惩罚与保障:侧重还是并重	(92)
四、倡导“侧重论”——侧重保障人权	(96)
五、结语	(100)
仲裁概念考	(102)
一、研究仲裁概念的价值	(102)
二、对现有仲裁概念的检讨	(103)
三、统一的仲裁概念及其向度	(108)
仲裁理念论	(111)
一、为什么要研究仲裁的理念	(111)
二、我国应确立怎样的仲裁理念	(113)
三、结语	(119)
法治的时间刻度	
——以苏力的名义为学术辩护	(121)
一、回顾与小结	(121)
二、以苏力的名义为学术辩护	(124)
三、结语	(129)
论执法时代的到来	(130)
一、立法时代的标识与立法时代的执法	(130)
二、位移于执法时代的必要性与必然性	(136)
三、位移于执法时代的价值及其深远的现实意义	(139)

程 序 论

名案经典：程序公正的实证分析与原则的创制	(143)
一、由名案到经典：一起不寻常的刑事案件凸显程序公正 的价值	(143)
二、程序公正为何如此重要	(147)
三、余论：名案经典创制出新的“推定无罪”原则	(151)
质疑“发回重审”	(152)
一、检索与甄别	(152)
二、质疑与评析	(154)
三、结论与建议	(157)
诉权的维护及其限制	
—— 兼论建立我国滥诉赔偿制度的必要性	(158)
一、“一纸诉状将某某推到了被告席上”合理吗？	(158)
二、我国滥诉问题面面观	(159)
三、建立我国滥诉赔偿制度的必要性	(162)
程序的配套与部门法的衔接	
—— 以拒不执行人民法院判决、裁定罪为例	(164)
建构我国非法证据排除规则之我见	(169)
一、检视我国关于刑事非法证据排除规则的理论界说与 立法现状	(169)
二、建构我国刑事非法证据排除规则应当考虑的因素	(173)
三、建构我国刑事非法证据排除规则的几点设想	(176)
论我国刑事诉讼证明标准的重构	(178)
一、排除合理怀疑与内心确信证明标准的渊源及其 内涵	(178)
二、对我国现行刑事诉讼证明标准的反思与检讨	(181)
三、我国刑事诉讼证明标准的重构	(183)

4 中国程序法论稿

我国仲裁财产保全制度的瑕疵及其立法完善	(187)
一、我国仲裁财产保全制度的立法规定及其瑕疵	(187)
二、瑕疵的进一步检讨:国际仲裁立法坐标的参照与仲裁 实践的具体剖析	(192)
三、完善和整合我国仲裁财产保全制度的立法建议	(197)
我国执行仲裁裁决的若干法律障碍及其根治	(200)
一、论域的界定	(200)
二、执行裁决在仲裁制度中的位阶及实践意义	(201)
三、我国执行仲裁裁决的立法瑕疵	(201)
四、执行仲裁裁决的司法障碍	(206)
五、立法理念的纠治与立法完善	(207)
也谈加入 WTO 与我国仲裁法律制度改革	
—— 兼与肖永平、胡永庆先生商榷	(210)
一、《仲裁改革》一文值得商榷的若干问题	(210)
二、我国仲裁具体制度的检讨与进一步完善	(220)
三、简短的结语	(223)
修改仲裁法论纲	
—— 以理念、基本原则和具体制度为框架的建构	(224)
一、导论:相关问题的简单说明	(224)
二、理念论:仲裁立法的价值取向及新仲裁制度的背景 支撑	(225)
三、原则论:保留与重构的现实矛盾及调适理路	(226)
四、制度论:建构我国仲裁制度的新向度	(229)
五、结语	(232)

实 践 论

民情腐败论	(235)
一、民情腐败基座上的司法腐败	(235)
二、腐败的定律及对民情腐败成因的进一步解析	(238)

三、民情腐败对于良好国家秩序建构的妨害	(240)
四、简短的结论	(241)
民事行为的法律适用	
——从电话磁卡交易案的效力谈起	(242)
一、案情	(242)
二、法院一、二审审判要旨	(242)
三、问题的提出	(243)
四、评析	(243)
民事审判的效益与成本分析	(247)
一、民事审判效益的价值结构及其分解	(247)
二、民事审判成本的内涵与实证分析	(250)
三、影响民事审判成本与效益的主要因素	(253)
单极选择还是多元定位?	
——兼论刑事案件中的民事法律适用	(255)
一、导言:有关案例分析的几点思考	(255)
二、案情	(256)
三、法院审判要旨	(257)
四、问题的提出	(259)
五、评析	(259)
适法解释的弹性空间究竟有多大?	(266)
一、案情	(266)
二、法院一、二审审判要旨	(267)
三、问题的提出	(267)
四、评析	(268)
五、结语	(271)
刑事辩护效果差的症结何在?	(272)
证据的冲突与价值的选择	
——对“奸淫幼女犯罪”司法解释以真实个案为切入点的 分析	(276)
一、对“奸淫幼女犯罪”司法解释研究的简单回顾	(276)

6 中国程序法论稿

二、真实个案的案情	(277)
三、人民检察院审查起诉中的分歧意见	(278)
四、克服两种有缺陷的行为定式,在价值层面做出合理 选择	(279)
五、结语	(284)
法律的底色	
——以《今日说法》案例所做的法社会学分析	(286)
后记	(293)

理 念 论

效率与程序和谐论

一、问题的缘起与指归

民事诉讼作为人类解纷止争的主渠道救济方式,因其强制性解决纠纷的功效而历久弥新。尤为可贵的是,人类的视角早已从关注诉讼结果的公正转换为程序的公正——“正义不仅要得到实现,而且要以人们看得见的方式得到实现”(Justice must not only be done, but must be seen to be done)。^①这不仅仅是民事诉讼追求正义这一同质二重性的题中应有之义,它更是法文化文明质态的一种标识。若干年来,中外法学家们以多维的视角对民事诉讼的目的进行了筚路蓝缕的研究,功不可没,并形成了诸如“权利保护说”、“维护法律秩序说”、“纠纷解决说”、“程序保障说”和“权利保障说”^②等代表性的学说。因这些学说大异其趣,“相互‘交火’和‘对抗’”,经年不息,使大陆法系民事诉讼理论圣殿烽烟弥漫,学术高潮绵延不断”。^③尽管如此,对民事诉讼目的应予考量的诉讼价值,已达成了共识:“公正与效益是诉讼程序的两大价值取向。”^④此外,陈桂明、李仕春在其精心构筑的论文“程序安定论”中提出“安定”也是诉讼程序的价值取向,且是“首要的基本价值取

① 英国古老的箴言。

② 李祖军:《民事诉讼目的论》,法律出版社2000年版,第102~123页。

③ 李祖军:《民事诉讼目的论》,法律出版社2000年版,第97~98页。

④ 陈桂明、李仕春:“程序安定论:以民事诉讼为对象的分析”,载《政法论坛》1999年第5期。