

FALÜ BIANSI LU

法 律 辨 思 录



余文唐 著

知识产权出版社

D920.4/40

2008

法律辨思录

余文唐 著

知识产权出版社

内容提要

本书由作者所撰写的60多篇论文中精选出30余篇而集成。所集作品大多数曾在《法学研究》、《人民司法》等全国性刊物上发表,其中有的被《中国社会科学》(英文版)、《复印报刊资料》等权威刊物翻译、转载,有的参加中国法学会刑法研究会关于刑法修改的学术年会,8篇在全国法院系统学术讨论会或专题研讨上获奖。集内作品按照内容所涉的法律类别分为:综合、刑事、民事、行政、WTO五篇。

责任编辑:蔡虹

图书在版编目(CIP)数据

法律辨思录/余文唐著. —北京:知识产权出版社,2008. 3

ISBN 978-7-80247-085-9

I. 法… II. 余… III. 法律—文集 IV. D9—53

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第027201号

法律辨思录

余文唐 著

出版发行:知识产权出版社

社址:北京市海淀区马甸南村1号

网 址: <http://www.ipph.cn>

发行电话:010-82000893 82000860 转 8101

责编电话:010-82000860 转 8324

印 刷:知识产权出版社电子印制中心

开 本:880mm×1230mm 1/32

版 次:2008年3月第1版

字 数:358千字

ISBN 978-7-80247-085-9/D·611

邮 编:100088

邮 箱:bjb@cnipr.com

传 真:010-82000893

责编邮箱:caihong@cnipr.com

经 销:新华书店及相关销售网点

印 张:12.5

印 次:2008年3月第1次印刷

定 价:35.00元

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

必须紧密围绕党的十七大精神，深入开展审判理论研究，努力推出适应新时期新形势发展的一批理论成果。

——肖 扬

要认真总结改革开放以来我国法学理论界和法律实务界开展审判理论研究的成果和经验，不断深化审判理论研究，把我国的审判理论研究推向新阶段，提高到新水平。

——曹建明

离开了具体的法治，那种宏大而高扬的法治只不过是引起空气振动的口号而已。

——贺卫方

序

文唐同志早先攻读的是农学专业，并未涉及法学。但自从大学毕业步入法官队伍后，凭着一股执著的韧劲和对法治的孜孜追求，硬是在法律领域打拼出名堂来，在审判理论研究方面取得了累累成果。现在，为了交流，也作为自己法律研究的阶段性小结，他从所撰的文章中精选 32 篇编辑出版。这是我市法官首次出版法学论文集，实乃可喜可贺！是故，我欣然提笔为之作序。

在长期担负法官培训和审判调研的工作中，作者始终坚持理论联系实际、理论服务实践的原则，密切关注司法实践，潜心研究审判理论。他常常会因解开某个法律难题，翻遍群书；会为构思某篇法学论文，废寝忘食。同事们在审判工作中遇到疑难案件，总喜欢找他探讨，他也总是十分乐意地帮助释疑解难。几十年如一日的好学乐施，为他夯实了法学理论功底，累积了审判实践素材，奠定了论文写作基础。他的论文视野相当广博，本书所辑的就包括综合、刑事、民事、行政、WTO 五类，其中既有对解决司法实务问题的独特见解，又有对完善立法的中肯建言，还有对法学理论的深层研讨。文中观点颇为前沿，所选课题大都从审判工作实践中提炼而来，与审判工作紧密结合，有的观点是在对知名专家、权威人士之新论进行商榷中进一步挖掘出来的，有的甚至是论人所未涉。其学术成果也着实丰硕，作者所

撰的论文常常见诸报纸杂志，乃至被《法学研究》、《复印报刊资料》这样权威的杂志所采用，有的还被翻译交流到国外；在法院系统学术或专题研讨会上，其论文也屡屡获奖；多篇论文参加中国法学会刑法研究会年会交流，也都被选入年会文集正式出版。

本集论文多是作者理论联系实际的精辟之作，很值得一读。我相信，不论是审判第一线的法官，还是其他法律工作者，读这本书都会有所裨益。对于作者而言，出版本文集还仅仅是其审判理论研究的一个新开端，希望作者再接再厉，向读者献出更多更好的作品。

张延灿

2007年12月15日

（序作者系福建省莆田市中级人民法院院长）

前 言

本书由作者 20 世纪 90 年代以来撰写或主笔的部分论文而集成。所集作品大多数已在《法学研究》、《人民司法》等全国性刊物上发表,其中有的被《中国社会科学》(英文版)、《复印报刊资料》等权威刊物翻译、转载,有的参加中国法学会刑法研究会关于刑法修改的学术年会交流,8 篇在全国法院系统学术讨论会或专题研讨上获奖。

集内作品的主要特点为:一是选题事项贴近实践,所探讨的问题绝大部分来源于法律实践,或为法律实践尤其是司法实践所须,少有纯粹的理论研究。二是立论内容较为前沿,所论或参与新议或论人未涉,即使旧题也做新探,不为拾人牙慧的无谓重述。三是与争对象大都权威,所商榷的问题或为似成定论的通说,或是知名专家、权威人士之新论,不具代表性或影响力的一般看法不做论争。四是观点确立强调逻辑,不论是立证还是驳论,都严守逻辑规则或进行“辩证论治”,不做漫无边际的宏大叙事或只述不论的空洞说教。

在编排体例方面,本书按照作品内容所涉法律类别,依次分为综合、刑事、民事、行政、WTO 五篇;篇内顺序大体以实体、程序并结合论题在法律中的位置等进行排列。作品原载刊物及相关事项,以脚注形式标示于该篇作品的首页;合作发表的作品,将合作者姓名在该脚注中同时予以标注。文内注释部分不论发表时采用何种形式,入

集时统一改为尾注，每文分置；发表时无注释的，原则上保持原貌不予添注。

应该说，本书所集作品颇具自身特色，无论是对法律实践还是对法学研究，都具有一定的参考价值。当然，由于作者长期置身于下级司法部门，作品具有实践性强的特点，却没能如校园专家或高层研究那样地广引博证。文中观点也只是作者的一家之言，有些观点已与其后的相关立法或司法解释不尽一致，这是需要特别指出加以注意的。但其“异论”作为学术探讨却仍不乏其意义，因此入集时予以保留而不做相应的修正。

作 者

目 录

第一篇 综合 (1)

- 建立我国法官独立审判制度初探 (3)
- 试论少数意见公开 (11)
- 司法不廉：制度探因与治策 (22)
- 法官审案宣誓初论 (37)
- “一律随届任免”质疑 (51)
- 论法律冲突的司法判断权 (58)

第二篇 刑事 (75)

- 略论我国少年刑事立法的改革与完善 (77)
- 单位犯罪内部关系简论 (88)
- 论为索债而绑架人质的定性 (101)
- 论公务人员贪赃犯罪的法律控制 (111)
- “非法所得罪”法条适用与修改的再探讨 (125)
- 枉法追诉罪与枉法裁判罪 (138)
- 公诉转自诉案件实务问题探究 (150)
- 简论罪刑法定下的举轻明重 (159)

第三篇 民事 (173)

试论台商投资保护立法的协调与完善	(175)
虚假验资赔偿责任论要	(184)
公司解散效力与司法偏差矫正	(193)
合同保证若干疑题辨析	(204)
民事答辩状制度重构论	(213)
自认构成探微	(230)
民事再审制度改革论要	(242)
试论创立我国民事判例制度	(253)

第四篇 行政 (261)

行政复议不作为的司法监督范围与方式	(263)
行政不作为可诉性问题研究	(274)
代表人行政诉讼初论	(289)
农民负担案件行政诉讼三题	(302)
行政合同纠纷纳入行政诉讼问题探讨	(315)
地方行政规范良法化的制度性构想	(324)

第五篇 WTO (339)

WTO 协定互不适用条款援引权属辨析	(341)
WTO 规则保留与互不适用问题探讨	(352)
DSB 启动与当地救济	(364)
“世贸案件”相关问题刍议	(376)

后记 (388)

第一篇 综 合

- 建立我国法官独立审判制度初探
- 试论少数意见公开
- 司法不廉：制度探因与治策
- 法官审案宣誓初论
- “一律随届任免”质疑
- 论法律冲突的司法判断权

建立我国法官独立审判制度初探*

法官独立审判，我国传统理论斥之为西方资本主义的东西而加以批判。随着我国改革开放的深入进行和市场经济体制的逐步建立，人民法院审判案件的范围和数量逐年扩大和上升，审判力量不足的矛盾也日益突出。为了进一步完善我国的审判制度，提高审判案件的质量和效率，使之适合市场经济发展的需要，对法官独立审判制度进行重新审视，寻求建立一套符合我国国情和政治制度的法官独立审判制度，具有极其重要的意义。

—

要建立法官独立审判制度，首先必须在理论上明确它与人民法院独立行使审判权原则的关系。我国宪法第126条规定：“人民法院依照法律规定独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”人民法院组织法第4条也做了同样的规定。据此，我国的传统司法理论认为在我国必须是法院独立审判，不能是合议庭独立审判，更不能是审判员独立审判。这样也就否认了我国建立法官独立审判制度的合法性。笔者认为，这种传统理论在认识上存在着诸多误解，也

* 本文于1994年获福建省法院系统第6届学术讨论会论文一等奖、全国法院系统第6届学术讨论会论文二等奖；原载全国法院本届学术讨论会获奖论文集《中国司法制度改革纵横谈》，人民法院出版社1994年版；合作者黄石勇。

给实践带来不少弊病。

在认识上,传统理论混淆了法官独立审判制度与西方国家的司法独立原则的界限,把我国的人民法院独立行使审判权原则与西方司法独立原则的对立误认为是与法官独立审判制度的对立。我国的人民法院独立行使审判权和西方的司法独立属于司法原则范畴,都与国家的社会政治制度相联系,解决的是司法机关与其他国家机关及社会团体等的关系问题。两者的根本区别在于:前者是根据马克思主义关于国家权力统一不可分割的理论,在国家权力机关统一监督之下国家机关的职能分工而确立的,是一权之下的分工;后者则是源于“三权分立”,体现的是立法、司法、行政的分权制衡。而法官独立审判,只是一种审判工作的具体制度。所谓审判工作制度是指法律规定的进行审判工作必须遵循的规则和程序,其实行的目的在于使审判工作正规化、程序化,以保证正确审判案件。一般来说,审判工作的制度与国家性质和社会政治制度并不发生直接的联系,作为审判工作制度之一的法官独立审判制度,解决的是法院内部对案件审判的分工负责问题,实行的目的在于提高审案效率,保证判案质量。它实际上是法官审判案件的责任制,是实现法院审判职能的一种手段。因此,法官独立审判制度不应是西方资产阶级国家的专利。它虽然产生和完善于西方,但它是人类的法律文化遗产,既可以为西方所用,也可以为我国所用。我们知道,法院是一个组织,一个机构,它本身不可能审判具体案件。人民法院组织法规定,人民法院由法官组成,审判案件要由具体的法官进行。只有通过法官的具体审判活动,才能实现法院的审判职能,法院独立行使审判权的原则才能得以具体地体现和落实。宪法和人民法院组织法对法院独立行使审判权的规定,讲的是审判权不应受法院外部的行政机关、社会团体和个人的干涉侵犯,并不排斥通过法官独立审判来实现法院独立行使的审判权。所以应当认为,我国的法官独立审判是统一于法院独立行使审判权这一法制原则之下的一种具体制度,是法院独立行使审判权原则的具体落实和体现,任何把两者对立起来的观点都是不妥当的。

在审判实践中,把法院独立行使审判权的原则与法官独立审判制

度对立起来,强调法院独立审判而排斥法官独立审判,其结果只能是人为地把“审”与“判”的权力分离,形成所谓的“审者不判,判者不审”的不正常现象。更严重的是造成“人人争权、人人推责”、“人人负责、人人无责”的局面,错案责任难以追究到具体人的头上。同时,由于没有实行法官独立审判制度,一个案件要经承办人阅卷、合议庭评议、审判委员会讨论等马拉松式的办案过程,往往连一些案情简单的案件也不能快审快结。总之,理论上否定法官独立审判,实践中排斥法官独立审判,对于提高办案效率,保证审案质量是极为不利的。

二

法官独立审判制度,是指法官享有全权审理和裁判案件的权利,同时对自己的不正确或错误裁判承担完全责任的一种审判工作制度。其目的在于建立一种责权利效相结合的高效率、高质量的办案机制。在我国建立法官独立审判制度,已具备了一定的观念、实践和立法等基础。

第一,从思想观念上看,自真理标准的讨论以来,特别是邓小平同志南巡讲话之后,人们包括立法者的思想观念越来越解放。一切从实际出发、真理的唯一检验标准是实践以及以邓小平同志提出的“三个有利于”作为判断一种制度姓资姓社的标准,已成为人们的共识。这种共识应当是我国接受并建立法官独立审判制度的思想观念基础。

第二,从司法实践上看,建立法官独立审判制度不仅有外国的经验可借鉴,而且已有我国自己的初步实践基础。当前,各地法院普遍建立的错案追究制实际上已经提出了建立法官独立审判制度的客观要求。有些法院试行的主审法官制实质上就是法官独立审判制的雏形,已在实践中显示出其巨大优越性和生命力。《法制日报》2007年5月25日载:武汉市石区人民法院把审判与判决两权合一,于2007年4月19日首批公布4名主审法官,既给予主审法官“权大位尊”的地位,也使主审法官受到更大的监督制约,案件一旦发生改判、重审等

情况，按错案追究主审法官的个人责任。在主审法官制下，主审法官陶丽蓉3小时内快速审结了5起房产案件，其中一起拖了7年的房屋赔偿纠纷案仅花了30分钟就干净利落地审结。这是我国实行法官独立审判制度的成功试验，为在我国建立法官独立审判制度提供了宝贵的实践经验。

第三，从我国的现有立法上看，人民法院组织法规定：“人民法院审判第一审……简单的民事案件、轻微的刑事案件和法律另有规定的案件，可以由审判员一人独任审判。”刑事诉讼法和民事诉讼法对此也做了相应的规定。这种独任审判从案件的审理到判决都由审判员一人全权负责，依法进行，并且判决书或裁定书也是署独任审判员的名，实际上可以认为这种独任审判就是法官独立审判。可见，我国法律已经规定有法官独立审判的条款，只是将法官独立审判的案件限制在较小的范围之内。

第四，从法官的素质上看，我国建立法官独立审判制度也是有着一定的人员力量的保证。这几年来，中国高级法官培训中心和全国法院干部业余法律大学培养出一大批既有理论知识又有实践经验的高素质法官，每年还从大专院校等培养了一定数量的法律大学毕业生、研究生。这就为我国建立法官独立审判制度提供了人员力量的保障。

三

建立法官独立审判制度，在我国是一项全新的事业，必须进行多方面、多途径的探索。笔者有以下几个方面的初步设想。

第一，建立法官独立审判制度的立足点，在于促使审判工作的高效率运转，提高审判案件的质量。为此必须做到责权利效的高度统一。责即责任、义务，权即权力、权利，利是物质利益，效是效率、效益。四者的关系应当是：责字当先、权由责定、利由责生、效是中心。法官独立审判的中心目的在于尽可能大地提高办案效益，为此法官首先应当尽心尽责，保证案件质量，办了错案就要被追究个人的责任。有责就应有权、就要有利；有多大责，就要有多大权，就应给予

相应的物质报酬。四者的高度统一，才能使建立法官独立审判制度的目的得以真正的实现。因此，审与判两权合一，错案追究个人责任，提高法官的工资待遇等就应当成为法官独立审判制度的重要内容。

第二，改革现行的办案体制，针对法官独立审判制度的内容和特点，制定一套合乎实际的、有利于法官独立审判的制度。这首先就是要改革现行的审判组织的职能。现行的审判组织形式有独任制、合议制和审判委员会决定制。在具体审案上是以合议制为原则，独任制为例外，而审判委员会对重大疑难案件行使决定权。笔者建议，在审判组织上应当以独任制为原则、合议制为补充，一般案件不论是一审还是二审或者再审均由法官独立审判，重大疑难的案件实行合议制。合议制审理的案件根据合议庭的提请，可以由审判委员会行使决定权。案件审结时，法官或合议庭应写出全面完整的审结报告，附上裁判文书送交庭长审核签发，审判委员会行使决定权的由院长或分管副院长审核签发。

第三，建立对法官独立审判的案件质量鉴评制度。法官独立审判案件的质量，一般可以根据是否被二审改判或发回重审、是否被再审改判等来衡量。但这只是对法官独立审判的案件质量评判的一个方面，还应当建立案件质量鉴评委员会对法官独立审判案件的鉴评制度。建立案件质量鉴评制度，由案件鉴评委员会对案件进行鉴评，可以更加公正地衡量法官独立审判的案件质量，能够更为准确地追究错案的个人责任。鉴评委员会不可能对所有的案件进行鉴评，可以有针对性地选择部分案件进行鉴评，也可以每半年或一年通过抽查的形式做经常性的鉴评。此外，原审法官认为二审或再审法官对案件的改判或发回重审有错误的，也可以提请相应的鉴评委员会鉴评，以公正地判断案件质量。由于鉴评委员会所作的鉴评结论具有较大的可靠性和权威性，使之能够成为对法官奖惩包括晋升、降级或其他奖惩的依据。鉴评委员会的组成人员应当具有高质量的业务素质，可以是法学方面的专家学者，也可以是退居二线的有丰富审判经验的老法官等。目前，一些实行错案追究制的法院，一般把这种鉴评职责划归法院政治、人事或纪检部门，这是难以准确地对案件质量作出鉴评的。