

权利 的 缺陷

[中国司法亟待解决的问题]

王进 林波/著

死囚可以出让器官吗？

看病是消费吗？

70年后，你的房产归谁？

“拿一罚十”符合法理吗？

刑事案件能否私了？

状告公安，该行政诉讼还是民事诉讼？

私自录音录像能否当证据？

能否采用优势证明标准？

高官及公众人物的隐私范围如何界定？

经济日报 出版社

翻开卷帙浩繁的法律典籍，
其实就写了两个字——权利

权利的缺陷

中国司法亟待解决的问题

王进 林波 著

经济日报出版社

图书在版编目(CIP)数据

权利的缺陷:中国司法亟待解决的问题/王进、林波著. - 北京:
经济日报出版社, 2001. 3

ISBN 7 - 80127 - 842 - 9

I. 权… II. ①王…②林… III. 司法制度 - 体制改革 - 研究 -
中国 IV. D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 07397 号

权利的缺陷 中国司法亟待解决的问题

著 者	王 进 林 波
责任编辑	门 睿
责任校对	徐建华
出版发行	经济日报出版社
地 址	北京市宣武区白纸坊东街 2 号 邮编 100054
电 话	010 - 63567684(总编室)63567690 63567691 (编辑部) 63567683(发行部) 63562870(出版部) 63567687(邮购部)
E - mail	jjrbcbbs@sina.com
经 销	全国新华书店
印 刷	北京荣海印刷厂
规 格	850 × 1168 毫米 32 开
印 张	11.125 印张
字 数	270 千字
版 次	2001 年 4 月 第一版
印 次	2001 年 4 月第一次印刷
印 数	0001 - 8000 册
书 号	ISBN7 - 80127 - 842 - 9/D · 82
定 价	20.50 元

版权所有 盗版必究

序

陈星 张延平

从找组织到上法院，中国的民主法制建设经过了漫长的历程。普通农村孕妇秋菊四处上告是为了要个“说法”；因为一元钱在法院里一争高下，也为了要个“说法”……为什么总是要“说法”，因为“说法”太少了。本书的作者就一直在寻找各种“说法”。

改革开放后，中国人突然觉得比商品更缺乏的是中国法律的完备。

病人享有哪些权利？“看病还有权利？”病人觉得奇怪，所以医院侵权屡有发生，病人的知情同意权、隐私权等常被侵犯。但有病人的权利，就会有医生的权利，有权利就要有义务。医疗法制建设任重道远。

《病人病历归谁所有》就对病历归医院所有这个惯例提出质疑，谈出了几个新的“说法”。

江西乐平市记者詹晓东用笔名在《人民日报》发表了一张新闻照片《公开聚赌学童上阵》。詹晓东担心用真名发表被穿小鞋，于是署名“农笋”，但还是被查获了。当地有关

注：陈星为《北京青年报》社长，张延平为总编辑。

部门大概不喜欢这种批评报道，于是据称动用公安部门刑侦技术把躲藏在“农笋”背后的詹晓东“挖”了出来。大家都在关心事件本身，关心詹晓东是否遭到报复，关心把干了十几年，且成绩优异，每年都获奖的詹晓东调到供销社是否正常。而在这起热闹的事件中，专家提出关于“动用警力调查发表批评报道的记者是否违法”的几种说法，更引人关注。

《网上通缉》是用现代化的手段办案，战果辉煌，但偶有失误，错捕两人，后虽及时纠正，但两人都诉诸法律。有一法院认为此案不属于民事诉讼范围，不予受理。那么，受害人到底应该打民事诉讼，还是行政诉讼？说法不一。

“性贿赂”正成为当前社会一害，民愤很大。有人说，这种行为比金钱贿赂危害更大。大多数百姓赞成制裁“权色交易”。可问题是贿赂罪中被治罪的是行贿和受贿人，肯定不会将钱治罪。如果给性贿赂治罪，妇女该不该被治罪，这是不是把妇女当成了商品，是不是对妇女的歧视呢？说法非常复杂……

作者均参与了《北京青年报》“法治时空”版近年的编辑、采访、报道工作。早些年如果在报纸上出现“e网情深”、“IT时代”的版名，大家一定不懂，可“法治时空”谁都明白。这是块老版，也是各报都有的老版。办起来似乎也容易，堆些凶杀血案，再配个律师信箱之类的栏目，读者肯定不少。但这不是本书作者的追求，他们一直默默地趟着自己的路子，建立起独特的报纸版面风格。

《北京青年报》为了考察读者对报纸的评价，每月都有“读者调查”，阅读指数的高低在一定程度上标志着版面质量的优劣。没有刺激的案情，没有引人入胜的过程，单靠“说法”打动读者是有难度的，“法治时空”版面有时还长篇大论，论述复杂，但阅读指数仍能名列前茅，并保持多年，实在

不易。除了广大读者对法制类报道有较大需求外，与报道选题准确，采访深入，关心百姓最想知道的问题不无关系。这也使人看到了编辑记者研究报纸、关注社会、了解读者的敬业精神和专业水平。

2001 年 3 月于京

前 言

——走在追求权利与制约权力之间

陈卫东

新世纪来临的历史时刻，我与本书作者的愉快合作已有了两年的时光。期间，本人多次借本书作者所在的《北京青年报》表达自己的学术观点与主张，并与北青报的读者就某些问题进行了讨论与商榷，深感意义甚大。作为我国改革开放的见证者，作为我国法治化进程的积极参与者与推动者，伴随着欢乐与痛苦、希望与无奈，尽管职业有别，但我与本书作者及众多的编辑、记者们一样，在促进中国的法治建设方面做着相同的努力，我们的共同目的就是通过对权力与权力、权利与权力、权利与权利关系的关注，使它们之间的均衡与制约关系达到最佳的协调状态，并借此推动立法、司法、执法对个体的权利予以更全面、更有力的保障和对国家权力予以更合理、更有效的制约。因此，当本书作者邀我为本书的出版作前言时，笔者欣然应允。

过去的两年是热闹喧嚣的，整个社会都沉浸在迎接新世

注：陈卫东为中国人民大学法学院教授、博士生导师、法学博士。

纪的兴奋与激动之中，从 1999 年上半年一直到 2001 年来临，人类各种千年回顾、世纪展望与大小庆祝活动持续不断，甚至不惜两度“喜迎新世纪”。人们期望着一个时代的逝去能够带走人世间的悲哀和痛苦、坎坷与不幸，并期望到来的新世纪有着比以往更多的幸福与正义、鲜花与美酒，而少些灾难与邪恶。但是无论内心如何祈祷与期盼，过去的两年还是留下了一些难以承受之痛：“11.24 特大海难”夺去了 280 多位同胞的生命；上百人在江西萍乡、广东江门的烟花爆炸巨响中或伤或亡；西南大省四川境内两周时间里接连发生两次沉船事故，嘉陵江、长江上 100 多人从此永别了他们的亲人与朋友；公元 2000 年年初烧死 74 人的焦作“天堂”大火并没有烧醒有关部门与人员，在人们第二次欢庆新世纪的时刻，洛阳一场震惊世界的大火又使 309 个生命从此远离了人世。透过一场场的灾难可以看到，权力滥用、以权谋私、消极不作为等严重渎职行为正在吞噬着人民的生命与财产，公民的生命权利、健康权利被某些部门、某些长官无情地漠视，法律规定的权力与职责在有关部门、有关官员那里变成了只有权力、没有职责，法律的尊严在这里遭到了无情的践踏与嘲弄。

但是，总有一些东西让我们感到欣慰与振奋，总有一些东西让我们充满希望与激情。世纪末的中国，这个拥有上千年文明史的伟大民族选择了法治的道路，并且明确提出“我们所说的法治，不应是‘治民’，而应是‘民治’”。尽管人治的幽灵还在徘徊，但是法治精神已日益深入人心，权利被提到了重要的地位，不论是国家机关、社会组织，抑或是公民个人，都逐步认识到了在法治社会下，应如何选择合适的机制来维护社会秩序、保护自己的权利。因此，在过去的两年里我们看到了：副委员长级的成克杰、副省级的胡长清因贪污受贿被执行死刑；涉案人数最多、涉案金额最大的第一走私大案厦门远华

案终于做出判决，有 14 人一审被处极刑；因批准上市问题，中国证监会首次被行政相对人告上法庭而且一审败诉；因颁发学位程序问题，北大学子第一次将母校推上被告席，尽管最终结局是原告先赢后输；而最让人感到激动的莫过于修改《婚姻法》所引起的全民大讨论，在新中国立法史上还从来没有任何一部法律像本次修订《婚姻法》一样受到全社会的关注与参与。

上述每一个事件不论其最终的结果如何，都将会给相关领域带来深远的影响，它促使人们仔细思考：如何有效地对高级领导人进行监督、如何有效地规制国家权力、如何有效地完善行政审批程序与约束机制等等。当然还有更多更多的事件在发生着、发展着，这一切都表明依法治国的思想得到了全社会的赞同，也符合人类历史的发展潮流，在这样的一个由人治社会逐步转向法治社会的进程中，专家、学者的引导与推动固然重要，但是整个社会普通民众的法治意识、法治观念才是推动这一进程的基本动力，也是标明这一进程进步与否的基本尺度，正如日本学者川岛武宜所说的：“法不是只靠国家来加以维持的，没有使法成为法的作为法主体的个人的法秩序维持活动，这是不可能的……大凡市民社会的法秩序没有作为法主体的个人的守法精神是不能维持的。”因此，用法学理论指导实务，让实务检验专家的理论，同时普及法学知识，唤起社会大众对法的崇尚之情，使理论与实践相结合、专家与民众相结合，这对于现阶段需要不断完善法学理论和法律制度建设的我国显得尤为必要。本书的出现可以说是这些努力的一个缩影，不论是法律、法学工作者，还是其他行业的民众，该书中的许多真知灼见都将会给他们带来全新的视野，它定将为中国的法治化建设做出积极的贡献。

这既不是一本法学专著，也不是一本法学学术论文集，但是它的主旨是很明确的，这是一本关于权利的书、关于社会个体权利的书，尽管书中有相当的篇幅谈论的是如何约束、限制国家权力，但是其着眼点仍在于如何保障和实现个体权利上，而这正是本书价值之所在。在中国漫长的历史长河中，个体永远被置于无足轻重的地位，文化大师梁漱溟先生曾言：“中国文化最大之偏失，就在个人永不被发现这一点上。一个人简直没有站在自己立场说话的机会”、“一个人在中国只许有义务观念，而不许有权利观念”，权利相对于具有强制性的权力来说，永远是那样的孱弱。当然，新中国的成立大大改变了这一状况，但是由于观念的转变是一个长期而又艰难的过程，再加上新中国建国后一直实行计划经济，因此“命令——服从、强制——接受”的思维定势影响甚大。市场经济的浪潮在给人们带来丰富物质的同时，也使得人们的个性得到了前所未有的张扬与释放，社会个体的权利意识不断增强，约束权力、保障权利已经成为整个社会的共识。但是究竟如何用法律保障权利、约束权力却是我们不得不认真思考的一个问题。本书透过现实中真实发生的一个又一个热点与焦点事件，不断地提出一个又一个尖锐的问题。

当前存在于某些公安司法人员中的特权思想是人民群众比较关心的，针对这一问题，书中以身为人民警察的杜书贵、刘德周枪杀无辜者为引子，请有关人士对“特权思想从哪里来”这一问题发表了看法。使人们认识到仅仅想到用法律保护权利是远远不够的，还必须制定出科学的法律来确保权利的实现。特权思想除了与观念作风有关外，还与现行的某些体制有关，只有改革目前的权力制衡机制，避免使身兼治安管理与刑事侦

查权于一身的公安机关随意将这两种权力混用，同时贯彻司法最终裁决原则，对警察权力予以科学有效的制约监督，才可能最大程度地保障权利、避免悲剧的重演。

针对现阶段为确保司法公正、保障公民权利而进行的司法体制改革，本书更是给予了更多的关注，比如《司法鉴定谁说了算》、《把批捕权交给法官》、《让检察官指导刑警办案》等等文章对这些热点问题予以了剖析与探讨。刑事诉讼中侦检审三家各自都有鉴定机构，多头鉴定，重复鉴定，而当事人对此却无发言权；承担追诉职能的警检机构对被追诉者拥有强大的控制权力，包括羁押权、批捕权，而且几乎不会受到任何来自第三方的监督与制约；刑事诉讼中的侦查与检察机关虽然承担着一致的控诉职能，但警方往往着眼在于破案，证据意识相对不强，造成公诉人在法庭上举证、指控不力，等等。现行体制中的这些缺陷，不仅不利于实现国家权力的目的、完成诉讼的基本任务，而且严重影响了对被害人、犯罪嫌疑人、被告人等权利的保护。而怎样改革现行制度、弥补体制缺陷就成了人们应当思考的问题。

加强对犯罪嫌疑人、被告人的保护、扩大他们的诉讼权利一直是一个比较敏感的话题，也从来都是法学界研究的重点。书中对这些“敏感”问题中的敏感点大胆进行了讨论，比如对于我国是否应当确立沉默权、对于宁可错放不可错判的认识、对于非法证据的取舍、对于犯罪嫌疑人、被告人亲属的拒证权等问题。相对于理论工作者来说，一般百姓可能会难以理解“为什么对多半不是好人的犯罪嫌疑人、被告人，还要强调要保护他们的权利？”书中的讨论使读者认识到：“潜在地，每个公民都可能成为‘犯罪嫌疑人’。所以说，对犯罪嫌疑人的保护，实际上是对每个公民的保护，约束司法机关任意行使权力。”美国前总统林肯也曾告诫其同胞：“今天发生在黑奴身

上的事，明天就可能发生在你身上”。真正地理解这些话，就不难理解加强对犯罪嫌疑人、被告人权利的保护是何等的重要。

可以说，发现现行体制的不完善之处、探寻法律调整的盲区、强调法治的保障是本书的基本立足点，本书通过对各个具体案件和各个具体问题的讨论，给包括法学工作者和普通大众在内的人们以深刻的启示。当然，由于书中文章大都采用个人访谈的方式，这也就决定了书中的大部分观点都只能代表受访者的个人观点，这些学术观点和个人主张都不是绝对的定论，比如关于沉默权的确立与否、关于“辩诉交易”制度的引进、关于非法证据的处理、关于陪审员制度的保留与取消、关于批捕权的配置、关于侦检一体化的建议等等，它们都是可以进一步予以探讨和研究的，而通过书中的分析研讨引起大家对这些问题的关注与思考，我想这也应该是本书的出版者所希望达到的效果之一吧。

三

建设法治国家要求对法律的忠诚与信仰，对法律的忠诚与信仰与要求对权利的尊重与保障。当前的中国正处在一个社会和经济迅速变革的时期，正在由传统社会向现代社会转型，伴随着这一过程，中国的法律也同样处于从传统型向现代型转变的历史时期，这一过程就是“法制现代化”的过程。按照公丕祥教授的说法：“这个过程或是因为内部条件的成熟而从传统走向现代，亦称‘内发型’法制现代化；或是因一个较先进的法律系统对较落后的法律系统的冲击而导致的进步转型，亦称‘外发型’法制现代化。但是，不管是哪一种变革形态，法制现代化无疑是一个创新的过程，其实质乃是从人治型的价值—规范体系向法治型的价值—规范体系的转变。”与这一经济和

政治的发展进程相适应，我国提出了“建设社会主义法治国家”的发展目标。从现实转型的过程和历史最终的发展目标两方面来看，都带来了対法律的巨大需求，而法律迅速发展的时期必然对维护法律的有效性提出特殊的挑战。一方面，法律应当尽量保持其稳定性与连贯性，否则这种法治国家中引导社会发展的最有效手段就将失去其公平性和可信赖性；另一方面，法律应当适应快速变化的社会，如果法律不能有效解决由于社会迅速变化而带来的大量新型问题，人们将可能不再把法律当作最可依赖的权威，他们可能会去寻找其他方法，比如私力救济去解决问题，法律的功能将会日益萎缩。无论出现哪种情况，对法治国家来说都是不幸的。这就要求我们必须深入实践，关注社会，发现问题，研究问题，在维持法律的稳定性和前后一致性与适应社会和经济的迅速变化所产生的影响之间找到最佳的平衡点，以保证法律的极大权威，推动依法治国进程的顺利前进。

同时，法治社会也意味着对权利的尊重与保障。在法治社会中，法律之所以具有至上的地位，具有其他强制性命令比如政策、领导人的讲话等所不具有的特殊尊崇地位，原因就在于：正是基本的、宪法性的“权利”才使得法律本身具有更大的可接受性。这些权利可以防止国家机关及其官员将制定、实施和适用法律的活动用于自私的和不正当的目的，权利的这些特性使得法律会“正当地”与“公平地”对待每一个人，如果有法律规则本身或者它的适用是不正当的，那么权利将会阻止其成为法律。正是权利赋予了法律至上的权威，也正是权利使得人们愿意自觉地忠诚于法律。因此，中国要建设法治国家，要树立法律的至上地位，就不能不关注权利的保护，就不能不重视权利的实现，汉密尔顿说得好：“公民基本权利的保护实质上不在于字面的规定，而应铭刻在公民的心里和头脑里。”

我相信这本关注中国人自己切身权利的书的出版，将会使权利概念、权利内容、权利意识更加深刻地铭记在中国人的内心和头脑里，将成为中国人创造“美好生活”所不可缺少的条件与保障。

2001年3月谨识于中国人民大学贤进楼

目 录

序.....陈星 张延平

前言 陈卫东

病人享有那些权利/1

——兼论病人的知情权

病人病历归谁所有/11

——兼论病历的知识产权

法院是否有权调取病历/20

——法律与医院惯例的争议

死囚可以出让器官吗/23

——人体器官禁止买卖,器官捐献又难行,是否可走第三条路

70年后,你的房产归谁/29

——土地出让金深不可测

谁在侵夺业主权利/33

——物业公司岂能独夺小区收益

“拿一罚十”符合法理吗/39

——北京超市何以自卫

刑事案件赔偿能否私了/42

——禹川血案 60 万赔偿谁掏腰包

公开审判能否当庭审当庭判/51

——法官开庭前要不要会见当事人
记者头上两把“刀”/58

——江西一记者是否曾遭公安追查
保护当代文物与著作权之争/65

——《毛主席去安原》到底归谁所有
司法鉴定谁说了算/73

——重要证据当事人竟无权过问
性贿赂该治谁的罪/80

揭秘抗诉失败/86

——司法解释政出多门是否合理起争议
八问检察官与律师——对手还是战友/93

新闻转载请说明出处/99

——公众知情权与报刊出版权的冲突
状告公安,该行政诉讼还是民事诉讼/105
——网上通缉错捕“杀人犯”索赔引发争议

精神损害该赔多少钱/110

精神赔偿何时才能突破刑事案件禁区/114

——女英雄索赔 50 万恐难如愿
被告人请律师要经批准吗/119

——法院传话惹出争议
《消法》应该怎样用/125

——王海打假一样事两样判
没有《判例法》,法院判例能成法律吗/129
特权思想从哪里来/133

- 监督权与决策权要不要分开
- 虐待动物没“法”管/141
- 法律没辙修理“黄段子”/145
 - 被迫听讲色情笑话只能躲啦
- 署名举报你敢吗/149
 - 接受举报部门是否应该承担保护义务
- 署名举报一年没人搭理/153
 - 举报人成了朋友笑料
- 署名举报没人搭理能否打官司/159
 - 能否建立审判权强制检察权新体制
- 国人隐私没“法”弄/163
 - 中国要不要订立《隐私权法》
- 男士坐在长城上犯了哪条哪款/167
 - 民族尊严法无定论
- 非法拘禁界河不明/170
 - 多长时间触犯刑律
- 管辖争议应否计入审判时限/175
- 管辖争议是否缺个裁判程序/181
- 《专利法》是不是有缺陷/185
- 看病是消费吗/190
 - 浙江病人优先当上消费者
- 离婚六个月方可再婚/196
 - 待婚期不敌结婚自由
- 京城检察官初试求刑权/199
 - 指控犯罪并提出具体量刑意见
- 知识产权法理断是非第一案/202
 - 《信托法》何时出台