

ZHANG XIANZHUANG 张旭主编

浙工大
法律

评论

中国检察出版社

浙江工业大学法学院

浙工大法律评论

【第一卷】

张 旭 主编

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

浙工大法律评论/张旭主编. —北京: 中国检察出版社, 2005
ISBN 7-80185-472-1

I. 浙… II. 张… III. 法学-文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 108765 号

浙工大法律评论【第一卷】

张 旭 主 编

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电子邮箱: zgjccbs@vip.sina.com

电 话: (010)68650027(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 河北省三河市燕山印刷有限公司

开 本: 787mm×960mm 16 开

印 张: 31.75 印张

字 数: 570 千字

版 次: 2005 年 10 月第一版 2005 年 10 月第一次印刷

书 号: ISBN 7-80185-472-1/D·1447

定 价: 36.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

《浙工大法律评论》编辑委员会

主 编 张 旭

执行编辑 廖中洪

责任编辑

法 理 李永红

刑 法 于世忠

民 法 李 峰

商 法 王海表

行政法 陈 红

国际法 黄伟锋

刑诉法 张 旭

民诉法 廖中洪

学术秘书 余 军

浙江工业大学法学院简介

浙江工业大学法学院位于风景秀丽的杭州市，是浙江省内颇具实力的法学科研、教学机构。学院设有法律系、法学研究所和司法与人权研究中心，现有法学全日制本科生800余人，与西南政法大学联合培养的法律硕士研究生100余人。学院设诉讼法学、刑法学、民法学、经济法学、国际法学、理论法学六个学科；其中以诉讼法学见长，其学科带头人是国内知名的诉讼法学教授。

近年来学院的学科建设得到了超常规发展，科研水平有了长足的提高，在省内处于领先地位，目前正朝着国内知名的目标迈进。学院拥有一支教学经验丰富、科研成果丰硕的师资队伍，教授、副教授近20人，80%以上的教师具有博士、硕士学位。学院的教学、科研设施得到了极大的改善，法学院大楼建筑面积达12000平方米，并配有装备现代化多媒体设施的模拟法庭3个。学院图书资料室藏书量达数万册，中外文学术期刊教百种。

法学院院长、学科带头人张旭教授担任中国法学会法学教育研究会理事、诉讼法研究会理事、浙江省法学会副会长，中共浙江省委“依法治省”专家咨询委员、浙江省委政策研究室、省政府政策研究中心特邀研究员，省检察院专家咨询委员、人民监督员，在国内、省内享有较高的知名度。近年来学院多名教授被聘为浙江省地方立法专家库成员、浙江省高级人民法院法官进修学院和浙江省人民检察院检察官进修学院兼职教授。

卷首语

法学的发展不仅与国家的政治、经济发展，以及社会的人文环境条件有关，而且与法学理论研究的深度有关。这一道理在当下的学术界可谓是一个“众所周知”的事实。为此，要繁荣法学必须促进学术研究的深化，也就成了一个无需证明的“公理”。正是基于这一“公理”，也是为了提升学术研究氛围，促进法学理论研究的目的，我们创办了《浙工大法律评论》这一新鲜的法学研究园地。

记得王国维老先生曾说过：“凡事物必尽其真，而道理必求其是。”我想借用老先生的这一句话作为我们创办这一刊物的宗旨是再好不过的了。即通过我们认真、严谨、艰苦和努力的学术研究，去探索法学思想与理论的真谛和基理。而要达到这一目的或者这一宗旨，我们提倡务实的学风和文风，因为务实的学风和文风体现的不仅是严肃的学术研究品格，以及对于学术研究和真理的崇尚，也是对于我们自身研究活动的尊重。

正是基于上述的创办宗旨和目的，《浙工大法律评论》作为一个法学的专业学术研究刊物，以及为学术观点发表见解、交流思想的平台，我们不仅承诺优先发表法学领域内富有创见性和高水平的学术论文，而且也欢迎司法实务界的同志们提供来自你们司法实务工作中的观点、想法和感悟。通过我们心灵与感情的交流，思想与观点的交锋，以及不懈地学术努力，去共同促进中国法学理论研究的繁荣。

张 旭

2005年6月30日于杭州

目 录

卷首语	张 旭 / 1
-----------	---------

学术前沿

辩诉交易程序及其生存基础探微	张 旭 葛治华 / 3
论法官自由裁量	
——以民事诉讼为考察对象	常 怡 陈鸣飞 / 16
《刑事诉讼法》基本原则修改的反思	黄品旭 / 34
一国两制下宪法权威的若干问题研究	戴剑波 马 华 / 53
WTO 协议在我国实施的几个问题	白 龙 / 65
论国际法上解决双重国籍问题的规则与实践	
——兼谈“不承认中国公民具有双重国籍”原则	黄伟锋 / 80
客观解释说真的含有“毒素”吗	
——刑法解释目标之辨	杨艳霞 / 93
论当事人合意选定法官制度	谭 彬 / 105

人权与司法改革

人权视野下：特别刑事程序法研究论纲	
——惩治腐败与保障人权二元价值分析	张 旭 / 121
论死刑复核的程序化	李永红 / 137

被害人权利保护与恢复性司法	侯银萍 单 勇 / 147
对犯罪学中人性观的思考	杨燮蛟 / 157
对弱势群体社会救助的历史与现状分析	顾凌云 / 164
论国际人权法上的克减制度	马 华 易继松 / 178

专题研究

侵占罪对象问题研究	于世忠 / 189
“二元分离适用论”与民事诉讼程序制度的设置	廖中洪 / 211
行政诉讼事实问题的认知倾向： “客观真实”、“法律真实”抑或“可接受性”	潘荣伟 / 229
探悉法官自由裁量权的存在根基	陈一琳 / 244
论格式条款的司法规制	张友连 / 268
民事公诉中辩诉平衡的制度构想	丁 娟 / 290
法律的模糊概念与法官的自由裁量 ——法律规范与司法适用的二律背反	傅国云 / 302
论律师执业垄断	李 峰 / 316
独立董事与监事会之比较及关系架构	徐惠婷 赵春华 / 332
公司法视野下的社会体制改革 ——以高校食堂公司制改造为例	宓明君 / 365
亲子鉴定及其应用价值	张 影 / 384
行政首长负责制法理论析	张艺耀 朱群丹 / 397
法律监督能力探析	王兴建 / 428

国外法学

波斯纳对逻辑断言的启示 ——从法学领域探讨逻辑创新	关老健 / 445
------------------------------------	-----------

司法实务

乐清市人民法院审理民事案件中适用诉讼调解情况的

分析..... 丁筱海 陈金尧 / 457

共同受贿与介绍贿赂之区分

——郭正余、陈松延共同受贿案评析..... 卢宏辉 / 469

案例评析

通过判决实现程序正义

——从程序角度评析刘燕文诉北大一审案..... 钟瑞友 / 479

Contents

Preface	Zhang Xu
---------------	----------

Academic Frontier

1. An Insight into the Plea - bargaining Procedure and its Legal Foundation	Zhang Xu & Ge Zhihua
2. On Judge's Discretion——Civil Procedure as an Object	Chang Yi & Chen Mingfei
3. Reflections on the Modification of Basic Principles of Criminal Procedure law	Huang Pinxu
4. A Study on Some Legal Issues with Regard to Constitutional Authority within One China, Two Systems' Framework ...	Dai Jianbo & Ma Hua
5. Some Legal Issues Regarding the Implementation of WTO Agreements in China	Bai Long
6. Law and Practice of the Solution to Dual Nationality Issue under In- ternational Law——On the Principle of Non—recognition of Chi- nese Citizens' Dual Nationality	Huang Weifeng
7. Is the Doctrine of Objective Interpretation Really Poisonous? ——Comments On the Criminal Interpretative Objective	Yang Yanxia
8. On the Institution of Choice of Judge by Partys' Agreement	Tan Bin

Human Rights & Judicial Reform

9. Special Criminal Procedure Law in the view of Human Rights ——A Dual Analysis of Penalizing Corruption and Safeguarding Human Rights	Zhang Xu
10. On the Proceduralization of Death Penalty Review System	Li Yonghong

11. The Protection of the Victim's Rights and Restorative Justice Hou Yinping & Shan Yong
12. Reflections on Humanity in Criminology Yang Xiejiao
13. A Historical & Status quo Analysis of Social Relief Concerning Social Vulnerable groups Gu Lingyun
14. On the Institution of Derogation under International Human Rights Law Ma Hua & Yi Jisong

Studies on Special Topic

15. Research on the Object of Embezzlement Yu Shizhong
16. The Doctrine of Dual Separation Application and the Establishment of Civil Procedure System Liao Zhonghong
17. The Trend of Administrative Procedure with Respect to Factual Issue: Objective Truth, Legal Truth, or Acceptability Pan Rongwei
18. Probing into the Legal Basis of Judge's Discretionary Power Chen Yilin
19. On Judicial Supervision Over Standard Clauses Zhang Youlian
20. The Institutional Arrangement of the Balance Between Defense & Accusation with Regard to Civil Issue Ding Juan
21. Ambiguous Concepts in Law and Judge's Discretion
——The Contradiction between Legal Rule & Legal Application ... Fu Guoyun
22. On Lawyering Monopoly Li Feng
23. The Comparison between and Framework of Independent Directors & Supervisory Board Xu Huiting & Zhao Chunhua
24. The Reform of Social System in the View of Company Law
——Corporate Reform of Canteen in Colleges & Universities
of Higher Education as an Example Mi Mingjun
25. On Personal DNA Testing and its Value in Practice Zhang Ying
26. On the Jurisprudence of Senior Executive officer Responsibility System Zhang Yiyao
27. A Commentary on the Capacity of Legal Supervision Wang Xingjian

Legal Studies Abroad

28. The Revelation from Posner's Logic Assertion

——Logic Innovation in the Field of Legal Science Guan Laojian

Issues in Judicial Practice

29. An Analysis of Mediation in Civil Cases Tried

by Yue Qing Municipal People's Court Ding Xiaohai & Chen Jinyao

30. The Distinction between Taking Bribes Jointly and Introducing

Bribery——A Case Commentary on Guo Zhengyu & Chen

Songyan Taking Bribes Jointly Lu Honghui

Case Analysis

31. Procedural Justice through Court Decision

——On the Case of Liu Yanwen vs Peking University

from a Procedural Perspective Zhong Ruiyou

学术前沿

辩诉交易程序及其生存基础探微

张 旭* 葛治华**

辩诉交易作为西方流行的一种刑事诉讼程序，近些年在我国刑事诉讼理论界和实务界颇受关注。这种先前并不为国人所熟知的外国司法程序，现在之所以被大家看好，与我国刑事司法长期不堪负重的背景有关，人们试图借助它走出困境，实现刑事司法的高效率。但是以往的经验证明，倘若我们不从刑事诉讼整体机制的角度做全面地逻辑研究，只见树木不见森林，一味地简单照搬，在外国行得通的辩诉交易，在中国未必能移植成活。

一、辩诉交易在境外

按照辩诉交易程序发祥地——美国的有关法律词典的解释，辩诉交易是指在刑事案件中被指控者，通过他或者她的律师与公诉人进行协商达成双方均可接受的协议的程序。^① 其在某种程度上类似于民事诉讼中的调解结案，不过适用对象为刑事案件，是由控辩双方通过协商、谈判，先就案件的事实问题或者同时就案件事实和处理结果达成一致意见，而后再提交法庭加以审决的程序。

通常认为，辩诉交易最早诞生于美国。起先是以隐蔽的不公开的方式进行的，后来逐渐发展成彻底的公开交易，以致美国最高法院最终不得不批准辩诉交易的事实做法，并称之为“非常令人向往的”和“司法的重要组成部分”。

* 浙江工业大学法学院教授，院长。

** 浙江工业大学法学院讲师。

① [美] 彼德·G. 伦斯特洛姆编：《美国法律辞典》，贺卫方等译，中国政法大学出版社1998年版，第189页。

在全美,“如今答辩交易被85%~90%的刑事案件采用。”^①正如有学者所描绘的:“学者研究及电视节目中显示的刑事程序均是正式、复杂和花费巨大的,它包括对人证和物证的详细调查,检察官和辩护律师之间艰苦的对抗式辩论,以及由不偏不倚的法官和陪审团作出公正判决等内容。但就现实生活中的大多数案件而言,刑事诉讼中并没有如此多的内容。大多数案件都是以者来随便得让人反感的方式得到处理的:在检察官的办公室或在法院的走廊上,没有证人到场,仅是熟悉案件基本情况的代理人之间经过短时间的交谈,达成一项交易方案,然后将它兜售给被告人及法官。”^②

美国的辩诉交易对世界许多国家的刑事诉讼制度产生了重要影响,大家纷纷仿效美国的做法,建立了各具特色的辩诉交易制度。现选取美国、英国、德国、意大利四个国家的辩诉交易进行分析比较。试以回答我国能否借鉴该制度的问题。

(一) 实体方面

1. 关于交易事项 在美国,检察官可以与被告人(通过辩护律师)就犯罪性质、罪数以及量刑等事项全面进行交易,控辩双方的交易范围不受任何限制;英国的做法是,检察官可以减轻指控但在量刑上无权与被告人交易,判刑的长短完全由法官掌握;德国的司法实践既存在罪数的交易也存在量刑的交易;意大利规定,检察官只能就量刑问题与辩护律师进行协商,而不得拿犯罪性质做交易。

2. 关于交易内容 在美国,如果被告方对于被指控的犯罪,或者轻一点的犯罪或其他相关犯罪作认罪答辩,相应地,检察官可以撤销其他指控,或者降格指控,或者向法庭建议从宽量刑,总之控辩双方的选择余地非常大;英国的做法是,如果被告人作有罪答辩,检察官可以对其减轻指控(但无权向法官提出量刑建议),如果是绕开检察官而直接与法官进行交易,被告人的有罪答辩可以换取减少1/4至1/3的刑期;德国是根据不同情形而确定交易内容的,在附条件不起诉的答辩交易中,被告人以在一定期限内向被害人赔偿损失或向慈善机构或国库捐赠一笔款项换取检察官的不起诉;在处罚令式辩诉交易中,被

① [美]爱伦·豪切斯泰勒·斯黛丽、南希·弗兰克著:《美国刑事法院诉讼程序》,陈卫东等译,中国人民大学出版社2002年版,第413页。

② [美]罗伯特·E·司各特、威廉姆·J·斯汤兹:“作为合同的辩诉交易”,胡永庆译,载江礼华、杨诚主编:《外国刑事诉讼制度探微》,法律出版社2000年版,第274页。

告人承认有罪而检察官向法庭申请对其处以一定数额的罚金；在庭审认罪交易中，如被告人当庭认罪，检察官则减少指控或向法官建议从轻判刑，有时则是法官承诺在一定限度内判刑；在意大利，如果被告人自愿作有罪答辩，可以要求同检察官协议减少刑期，但最高减刑幅度为法定刑的1/3，被告人也可以承认有罪为条件直接向法官要求依法减刑1/3。

（二）程序方面

1. 关于案件适用的范围 美国对适用辩诉交易的案件范围基本上不加限制，无论是轻罪案件还是重罪案件都可以通过辩诉交易进行处理；英国和德国在适用辩诉交易的案件范围方面与美国大体相同；意大利明确规定，适用辩诉交易的案件限于替代性刑罚案件或者减轻1/3的财产刑案件或者在减轻1/3以后被告人最终所受刑罚不超过两年的有期徒刑或者拘役案件等轻罪案件。

2. 关于参加交易的主体 美国禁止法官参入在控辩双方之间进行的有罪答辩讨论，即法官不得同被告人直接进行交易；英国规定，在审判开始前或审判过程中，辩护律师也可以直接与法官进行交易，但检察官应当在场；在德国除了检察官与辩护律师可以进行交易外，在起诉后的庭前准备程序中，法官也可以主动向辩护律师提议让被告人当庭认罪，同时应辩护律师要求保证判刑不超过一定的限度；在意大利被告人可以绕过检察官而直接向法官请求适用刑罚，这实际上赋予了法官与被告人直接进行交易的权利。

3. 关于法庭审查的范围 在美国，法庭主要审查被告人选择认罪答辩是否出于自愿和理智，并审查这一答辩是否具备一定的现实基础；在英国由于量刑事项不属控辩双方交易的范围，刑期的长短完全由法官决定，故谈不上对量刑的审查；在德国，对附条件不起诉的答辩交易，需要经过管辖法院的批准，而法院通常只进行形式审查，对处罚令式辩诉交易，法庭要审查被告人是否有足够的嫌疑，对庭审认罪交易，法庭要审查被告人口供的真实性及其认罪答辩是否具备事实基础；在意大利，法庭除了要审查被告人选择辩诉交易的自愿性外，还要审查指控罪名是否与犯罪事实相符以及减刑是否在法定幅度以内。

4. 关于判决的可上诉性 各国均认为，被告人选择认罪答辩即意味着其自愿放弃上诉权，因此，一般规定适用辩诉交易程序的案件，被告人不能提出上诉。但也有例外，如意大利规定，如果在被告方单独要求直接适用刑罚而检察官并不同意的情况下法官接受了被告方的要求并据此作出了判决，检察官可以对该判决提出上诉。德国则对适用处罚令程序审理的案件规定了异议程序。