

山东省法学会 编

依法治国

专题研究



北京燕山出版社

依法治国
专题研究

PDG

依法治国专题研究

主 编：梁德超

副主编：郑传林

陈泽沅

北京燕山出版社

1999. 11

(京)新登字 209 号

图书在版编号(CIP)数据

依法治国专题研究/梁德超主编……北京:燕山出版社,1999

ISBN7-5402-0580-6

I. 依…

II. 梁…

III. 理论…现代

IV. 1633

中国版本图书馆 CIP 数据核字(99)第 10195 号

依法治国专题研究

梁德超 主编

北京燕山出版社出版发行

(北京市东城区府学胡同 36 号 100007)

各地新华书店经销

山东省城乡建设勘察院印刷厂印刷

850×1168 32 开本 15.625 印张 4 插页 388.8 千字

1999 年 11 月第一版 1999 年 11 月第一次印刷

印数:1~1500 册

ISBN7-5402-0580-6/I·326

定价:24.50 元

编者的话

根据党的十五大和十五届三中全会精神,为贯彻落实党的十五大提出的依法治国、建设社会主义法治国家的基本方略和“推进司法改革,从制度上保证司法机关依法独立公正地行使审判权和检察权,”以及党的十五届三中全会提出的“加强农村基层民主法制建设”的要求,山东省法学会于1998年8月、1999年7月分别在烟台、青岛举办了“司法改革与依法治国理论研讨会”和“中国农村基层民主法制建设理论研讨会”。除山东的法学工作者、法律工作者参加外,我会还邀请了全国部分法律院校、科研单位的专家、学者参加了这两次研讨活动。会上交流的论文都具有较高的学术理论水平和实践应用价值,为此,我会编辑出版了这本论文集。由于受篇幅所限,我们只好割舍,从80余篇论文中精选了42篇收入文集,其中包括当时因故未能参加研讨会的一部分专家、学者所提交的论文。

令人欣慰的是,参加我会举办的这两次理论研讨会的专家、学者和法律工作者,均表现出高度的责任感和使命感,按照党的十五大精神,密切联系现阶段我国社会主义民主法制建设的实际,从不同的层次和不同的角度,进行了深入研究和大胆探索。我们认为,研讨中提出

的许多观点和主张,对实践依法治国方略,推进建设社会主义法治国家进程是大有裨益的。

在本文集的编辑过程中,吕文江、孙炳瑞、吴岩、梁敏、王仲云承担了稿件的初审和校对工作,吕文江、孙炳瑞、梁敏还对文集的版式进行了策划、设计。全书最后由梁德超、郑传林、陈泽沅终审。山东大学法学院副教授谢晖、范进学、齐延平,威海分校法律系主任、副教授陈金钊为成功举办这两次研讨会作出了积极的努力,并为本文集的编辑出版提出了许多宝贵的意见和建议,在此一并表示感谢。

对收入文集的论文我们只作了文字方面的处理。由于受编辑水平所限,不妥之处,敬请批评指正。

一九九九年十月

目 录

司法改革研究

严格执法 公正司法	梁德超(1)
-----------	--------

司法权的本质

中国的文化传统与中国司法制度	
的民族特色的形成	郝铁川(4)
司法判决的结构和风格	张志铭(12)
作为法律行为的判决	李 琦 郭振忠(31)
——判决的法理学分析之一	
司法权的本质是判断权	孙笑侠(43)
——司法权与行政权的十大区分	
论现代化司法的理性基础	范进学(51)
司法活动的性质与法治	葛洪义(66)
司法改革与程序意识	孙 莉(74)
论审判规范	陈金钊 王俊峰(87)

司法独立与公正

司法公平与法官“人格”	严存生(114)
改革的策略与判决书改进的若干问题	张 玮(122)

关于从律师中挑选法官的思考	王加卫(134)
司法改革中的上下级法院关系	贺卫方(145)
公正——法治的核心	汪建成(153)
司法独立与司法受制概说	龙宗智(166)
法院内部权力结构论	左卫民 周长军 吴卫军(174)
司法改革论略	黄文艺(211)
试论司法公平的实现	刘作翔 雷贵章(222)
基层法院审判委员会制度的考察与思考	苏 力(233)
中国司法改革中检察职能的转变	蔡定剑(277)
论保障人民法院依法独立行使审判权	贾玉东(285)
改革和完善司法制度,确保司法独立公正	张英俊 李鲁言(295)
独立的司法与可诉的法	谢 晖(302)
法官素质与独立审判原则的实现	毕惠岩(318)

农村基层民主法制建设研究

基本理论

当前我国农村法制建设的若干矛盾探析	石东坡(329)
农村基层民主法制研究进路与方法	梁德超(340)
中国农村法治研究	吴春雷 德全英(345)

农村民主法治建设及其“合法性”理论

问题研究	陈金钊(359)
中国农村乡规民约与国家法关系分析	袁兆春(377)
从国家农民向社会农民的转变看我国	
农民的人权发展	岳悍惟 岳悍怡(386)
传统资源与法治理想的沟通	齐延平(392)

村民自治

试论村民自治的法治保障	王 辉(403)
农村法治与民间调解的走向	王福华(411)
民主法治进程中的村民自治及其实践反差	马长山(420)
村民自治与农村秩序及其法治意义	贺海仁(429)
村民自治的若干问题探讨	张 玮(433)
我国实行村民自治的法治意义	鲁士恭(442)

对策与措施

论农村基层民主法制建设的策略选择	王茂祯(447)
九十年代山东省农村未成年人犯罪基本状况	
及对二十一世纪初期趋势预测	衣奋强 李康熙(457)
农民负担问题亟待统一立法	杨士林(471)
建立村集体经济组织破产制度的构想	宋红松(482)
农民负担合同制管理质疑	纪清胜(487)

严格执法 公正司法

梁德超

“依法治国、建设社会主义法治国家”基本方略的提出，标志着我国的社会主义民主法制建设进入了一个新的发展阶段。实行依法治国是我们广大法学工作者、法律工作者多年来的愿望。对于依法治国，虽然早在五、六十年代就有人提出过，但由于受法律虚无主义思想影响和限于当时的历史条件，怀疑的人有，反对的人也有，因此也就不可能把这个愿望上升为指导法制建设的方针，并落实到实践中去。党的十一届三中全会后，通过拨乱反正，我们党在深刻总结正反两方面经验的基础上，特别是在吸取“文革”教训的基础上，重新确立了发展社会主义民主，健全社会主义法制的方针，在邓小平、彭真等老一辈无产阶级革命家的积极倡导下，大大加快了民主法制建设的步伐；党的十五大，江泽民同志在工作报告中把依法治国作为党领导人民治理国家的一个基本方略，郑重向全党和全国人民提了出来。应当说，长期以来法学界、法律界在这个基本方略的提出和形成过程中，做了大量的宣传舆论工作和深入的理论研究工作，先后提出了“市场经济是法制经济”、“建立社会主义市场经济法律体系框架”等等建议，并在全国范围内实施的三个五年普法规划中发挥了自已的作用，为加快立法、加强执法、逐步形成有中国特色社会主义法律体系做出了自己的贡献。

依法治国的关键在执法，难点和重点也在执法。这已经成为共识。江泽民同志指出：“‘法者，国之权衡也’，这是我们古人就已经知道的道理。我们社会主义的法律法规，是保护人民群众利

益的。群众在自身利益受到侵害时，必然要寻求国家法律的保护。如果执法人员不能秉公执法，甚至知法犯法、贪赃枉法，群众就会失去对法律的信任，进而失去对党和国家的信任。”当前在执法、司法领域中存在的执法不严、违法不究、司法不公、司法腐败的问题，以及以言代法、以权压法、以情替法、以钱买法的问题，等等，虽然只存在于少数地方、少数部门、少数执法、司法人员身上，但却极大地损害了法律的权威和司法部门的形象，严重地妨碍着依法治国方略的实施。因此，党的十五大提出要“推进司法改革，从制度上保证司法机关依法独立公正地行使审判权和检察权，建立冤案、错案追究制度。加强执法和司法队伍建设。”执法、司法领域中存在的这些问题，原因很多，错综复杂，既有体制方面的原因，又有执法环境和执法人员素质方面的原因。要通过进一步分析存在这些问题的原因，包括机制和具体制度方面的原因，提出解决的对策和改革的思路，看看建立什么样的具体制度才更有利于司法机关依法独立公正地行使司法权和执法权，建立怎样的监督制约机制才能更有效地防止司法不公、司法腐败的发生，以维护公民的合法权益，使有关责任人员受到追究，从而进一步改善目前的执法环境。

研究、探讨司法改革问题，说到底是研究探讨政治体制改革方面的问题。首要的是，必须努力做到理论与实践相结合，这是始终必须坚持的一个基本原则。因为，离开实际，无论多么好的方案，都将无法得以实践。朱镕基总理曾经说过：“搞一项改革，认为可简单地从一本西方著作里得到启示，加以想象，然后一篇文章就可以变成一项改革，不大可能。要深思熟虑，遍查中外文献，考证各个地方的实际效果，加以比较分析才能出方案。方案要有中国特色，好多按西方那一套搞出来的方案都行不通。现状就是这样，不考虑中国目前的社会情况，方案就必然脱离实际，根本行不通。”司法改革是一个大题目，是政治体制改革的一部

分,也是法学界、法律界面临的一项长期而艰巨的任务,不可能毕其功于一役,还需要作出艰苦的劳动和不懈的努力。只要持之以恒地坚持下去,在理论与实践相结合上下功夫,经过反复的比较和深入的分析,就能够较为透彻地分析出当前我国司法制度的现状和存在的问题,提出更加切合我国实际的改革措施、方案 and 对策,就能够充分发挥理论的指导作用。

(作者单位:山东省司法厅)

司法权的本质

中国的文化传统与中国司法制度的民族特色的形成

郝铁川

目 次

- 一、古代性善论、以刑辅教传统与管制、死缓制度
- 二、古代“中庸”、“和为贵”传统与人民调解制度
- 三、中国古代民本观念与当事人主义和职权主义相融合的举证制度

发展中国家的法制现代化,不等于全盘西化。中国是一个发展中国家,具有悠久的历史和丰富的文化资源。改革开放以来,中国人民既注意使自己的法律制度与国际惯例接轨,又注意积极利用中国几千年形成的优秀历史文化传统,创造了不少具有中华民族特色的司法制度。

一、古代性善论、以刑辅教传统与管制、死缓制度

中国现行刑法规定,管制是一种主刑,由人民法院判决,主要适用于罪行较轻,可不实行关押的刑事犯罪分子,如盗窃、诈骗、抢劫、流氓等犯罪分子。管制的执行机关为县级公安机关。在实际工作中,执行机关可组织所属公安派出所、公安特派员或有关单位的保卫组织或治安保卫委员会具体执行。对于被判处管制的犯罪分子要定期组织群众评议。应当依法减刑的,由执行机

关报请人民法院审核裁定。管制的期限为3个月以上2年以下；数罪并罚时，不能超过3年。被判处管制的犯罪分子在管制期内，必须遵守下列规定：(1)遵守法律、行政法规；服从监督；(2)未经执行机关批准，不得行使言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利；(3)按照执行机关规定报告自己的活动情况；(4)遵守执行机关关于会客的规定；(5)离开所居住的市、县或者迁居，应当报经执行机关批准。总之，管制是对犯罪分子不实行关押，但限制一定自由，由人民法院判决后，在公安机关管束和人民群众监督之下，在原单位或居住地参加生产劳动、进行改造的刑罚。

管制，作为一种主刑，是我国刑罚上的一个创造。实践证明，管制是我国长期行之有效的一种刑罚。对于罪行较轻，不必关押的犯罪分子判处管制，在公安机关的管束和人民群众的监督之下，下放原单位或居住地劳动，既可以防止被管制分子进行犯罪活动，并强迫他们在劳动中改造成为新人，又可以发挥群众监督、帮助的作用，还不至于影响被管制分子的家庭生活。动员社会力量，对罪行较轻的人，通过有组织的社会监督、帮助和教育，促使其尽快回归社会，这是对自由刑的一种改革，亦与世界刑罚缓和、开放的发展方向相一致。

中国现行刑法规定，死缓是死刑制度的一种。彭真同志在1979年《刑法(草案)》的说明中指出：“我国现在还不能也不应废除死刑，但应尽量减少使用。”现行刑法对死刑的适用严格控制，表现之一就是进一步规定了死刑缓期执行制度。《刑法》第48条规定：“对于应当判处死刑的犯罪分子，如果不是必须立即执行的，可以判处死刑同时宣告缓期2年执行。”被判处死刑的罪犯，在缓期执行期间，如果没有故意犯罪，2年期满以后，减为无期徒刑；如果确有重大立功表现，2年期满以后，减为15年以上20年以下有期徒刑；如果故意犯罪，查证属实的，由最高人民

法院核准,执行死刑。死缓制度是我国刑罚制度的一项创举,体现了人道主义精神。

管制是我国刑罚主刑中最轻的一种,死刑是我国刑罚主刑中最重的一种。然而从最轻到最重的刑罚,我国的刑法都贯彻了挽救、改造罪犯的人道主义精神,这在世界上的确是独树一帜的。这一切与中国古代的性善论、明刑弼教的观念都密切相关。

在中国传统文化里,占据支配地位的是性善论。孔子说人“性相近、习相远”,已暗含了性善的因素;孟子更发展为“性善论”,说“人皆可以为尧舜”,即使荀子主张“性恶论”,但他同时又强调只要经过一番修身养性,即可“化性起伪”,成为圣人,所以荀子也说“涂(途)之人皆可以为禹。”“性善论”经过宋代《三字经》“人之初、性本善”的宣扬,几乎家喻户晓,得到了人们的普遍认同。

因为相信“性善论”,中国古代十分推崇以德治天下,德主刑辅、明刑弼教。在中国古人看来,人的本性都是善良的,走上犯罪道路,只是善良的本性一时被迷雾遮住,只要经过教化,就可以驱散迷雾,恢复善良的本性。所以儒家反对单纯使用刑罚,而主张以德教为主,刑罚只是德教的辅助工具。恤刑慎杀,先教后刑。孔子说:“不教而杀谓之虐。”^①

在儒家德主刑辅、明刑弼教的思想影响下,中国古代的刑法典在一定程度上贯彻了恤刑慎杀、先教后刑、改造罪犯的精神。明朝把死刑分为立决和秋后决两种。清朝的死刑复核制逐渐完备,进一步分死刑为绞、斩立决与绞、斩监候两种。绞监候、斩监候实际上是一种死刑缓期执行制度,绞立决、斩立决则是一种死刑立即执行制度。清朝有专门处理绞、斩监候的会审制度。一是秋审,即每年秋天在天安门外金水桥西,由六部长官、大理寺卿、

^① 《论语·尧曰》。

都察院都御史、通政使与小三司等审理地方上报的绞、斩监候案件；二是朝审，即在秋审之后对刑部判决的案件以及京畿地区的斩监候、绞监候案件的复审。经秋审、朝审的案件，其处理的结果大致可分四种：情实、缓决、可矜、留养承祀。情实，即罪行属实，量刑确凿，应当处决；缓决，指情节属实，危害性属实，但有值得怜悯的情节，一般可减为流刑或徒刑；留养承祀，指案情虽重，但因父母、祖父母等尊亲属无人奉养或无人继承祭祀，需要留下来奉养和祭祀，乃对囚犯决杖带罪回家尽孝，待父、祖去世或有人奉养、祭祀时，再接受刑罚。由于秋审和朝审的结果减免了大部分斩、绞监候死囚的死刑，也有利于体现“慎刑恤罪”的原则，因此被清朝统治者视为“大典”。

显而易见，现行刑法的死刑制度与清朝的斩、绞监候制度是有一定的、文化渊源的，它们产生于中国绝不是偶然的。

在西方传统文化里占据支配地位的是“原罪说”。此说认为，人类始祖亚当、夏娃违背上帝的禁令，偷吃了伊甸园中的“知善恶树”上的智慧果，犯了“原罪”，致使他们的后代一出世即为罪人。人生在世，必须依靠救世主耶稣为之赎罪才能求得死后进入天堂。

这种原罪观念是不利于罪犯改造的，它容易将犯罪说成是人的本性，罪犯是天生的罪犯。19世纪出现的刑事人类学派认为犯罪不是由于任何社会条件，而是由于生物学上的生理、心理因素所致，是人类长期遗传结果的天生劣种，或者说是人类身体、精神退化的特征。诸如眼斜、嘴歪、骨形不整、面相不端以及某些生理、心理上的异常状态，他们都认为是区别于正常人的犯罪特征。刑事人类学派的创始人龙勃罗梭将犯罪人区分为三种：一是天生犯罪人；二是精神病犯罪人；三是有犯罪倾向的人。在中国几千年历史上，从未产生过像西方刑事人类学派这样的学说，而且在中国人看来，这些理论是极其荒谬的。但他们所以产

生于西方,与西方原罪说具有极其密切的关系。迄今,西方人仍把对罪犯的改造说成是“矫治”,即生理疾病的矫治,与中国着重于对罪犯的思想改造有着明显的差别。

由“原罪说”出发,得出犯罪是人的本性;由犯罪是人的本性出发,便从人的生理上寻找犯罪的根源,最后是从医学上对罪犯予以矫治,这就是西方的文化传统。在中国,由“性善论”出发,得出犯罪是人的善性的暂时消失;由此出发,便从人的社会环境方面寻找犯罪的根源,最后是从社会经济、政治、文化、道德等多方面对罪犯进行综合性的改造,这就是中国的文化传统。因此,管制、死缓制度产生于中国而不是西方,是十分自然的事情。

二、古代“中庸”、“和为贵”传统与人民调解制度

人民调解是人民群众运用自己的力量,进行自我教育、自我约束、自我解决纠纷的一种群众性活动。中国现行民事诉讼法把人民调解作为一项基本原则,进一步确定了人民调解在我国法制体系中的地位,是中国社会主义法制的独创。《民事诉讼法》第16条第1款规定:“人民调解委员会是在基层人民政府和基层人民法院指导下,调解民间纠纷的群众性组织。”它的任务主要是调解一般民事、经济纠纷和轻微刑事案件,并通过调解工作,进行社会主义法制宣传教育。该法第16条第2款规定:“人民调解委员会依照法律规定,根据自愿原则进行调解。当事人对调解达成的协议应当履行;不愿调解、调解不成或者反悔的,可以向人民法院起诉。”根据这一规定,人民调解必须遵循如下三项原则:一是必须依照法律规定进行调解;二是调解必须出于自愿;三是调解不是诉讼的必经程序。该法第16条第3款规定:“人民调解委员会调解民间纠纷,如有违背法律的,人民法院应当予以纠正。”这说明人民调解制度与中国法制统一原则并不矛盾,司法机关仍然是实现社会公平正义的最后一道屏障。

人民调解制度反映了中国人注重和谐、中庸的价值观念。儒家向来推崇“和为贵”、^①“天时不如地利，地利不如人和”。^②怎样做到“人和”呢？儒家提出了“中庸”处世方法。关于“中庸”的含义，孔子解释为“执两用其中”、“中立不倚”。《中庸》引用孔子的话说：“执其两端，用其中于民。”朱熹在《四书集注·中庸章句》中，引用程颐“不偏之谓中，不易之谓庸。中者，天下之正道，庸者，天下之定理”^③的话，并在章句题下注说：“中者，不偏不倚，无过不及之名。庸者，平常也。”他在解释孔子“执其两端，用其中于民”时说：“两端，谓众论不同之极致。盖凡物皆有两端，如大小厚薄之类，于善立中又执其两端，而量度以取中，然后用之，则其择之审而行之到矣。”总之，中庸就是不走极端，在两个极端中间保持中立，以保持和谐。显而易见，人民调解制度与这种文化价值观念是十分吻合的。

在儒家“中庸”、“和为贵”的思想影响下，历代封建王朝都非常重视民间调解。其形式主要有二：（1）历代有关地方诉讼，除各级地方政权外，乡老、里正作为最基层的小吏，专门掌管调解一乡一里的民事纠纷和轻微刑事案件。如明代每县以下均设“申明亭”，调处有关民间词讼。除十恶、强盗及杀人重大刑事案外，将不孝不悌、一应为恶之人的姓名事迹，俱书写于板榜，“以示惩戒，而发其羞恶之心，能改过自新则去之。”有关户婚、田土、斗讼等事，先由“耆老里长，准受于本亭剖理”，如“径诉县官，谓之越诉”。申明亭以调解、教诫为主，没有处刑权，与今日人民调解委员会的作用十分相似。（2）封建社会的各个家族、宗族均负有调解民事纠纷和轻微刑事案件的职责。清朝诉讼制度规定，凡民事纠纷或轻微刑事案件，州县长官可以批回由族长“调处”。交族长

① 《论语》。

② 《孟子》。

③ 《二程遗书》卷七。