

第一卷 (二〇〇一)

法学论丛

曹平 主编

FAXUE
LUNCONG

学苑出版社

法学论丛

主 编 曹 平
副主编 梁柯林

学苑出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法学论丛 (1) / 曹平主编. —北京: 学苑出版社, 2001.6

ISBN 7—80060—0667—8

I. 法… II. 曹… III. 法学—论文集—中国

IV. D920

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2001) 第 058242 号

学苑出版社出版发行

北京市万寿路西街 11 号 100036

广西区党委办公厅印刷厂印刷 新华书店经销

850×1168 32 开本 17.44 印张 453 千字

2001 年 6 月第 1 版 2001 年 6 月第 1 次印刷

印数: 1000 册 定价: 45 元

卷首语

我们已跨进了一个崭新的世纪。

自上世纪九十年代党中央提出实施依法治国战略决策以来，广西的法学工作者、法律工作者与全国这方面的专家学者一道，都在不遗余力地为实现依法治国这一崇高目标和理想而奋斗。在此，我们可以坦荡而无悔地说，我们已对得起逝去了的昨天，并以从未有过的激情与自信，正脚踏实地，准备对得起充满奋发图强精神的今天，以及使我们充满向往与憧憬的未来。《法学论丛》第一卷的正式出版，无疑是一个明证。

从法形成的历史过程回顾，从法深层次的蕴意上观察，与德治似乎相对立的法治，其本质就是人类社会一种道德境界，是经过长期道德实践后，为全社会所认同并共同遵循的、用法律形式确认下来的、具有国家强制力的社会行为规范。在现代社会，无论任何政党、团体、个人均不得逾越与违反（参见本书张军论文：《依法治国与以德治国》）。目前，我国不少的社会主义道德准则，正在进入或逐渐进入法的范畴，以完备我国的法律体系。

法高于一切。依法治国亟需构建起具有中国特色的社会主义法制大厦，使其以至高无上的权威“君临一切”。而法学研究正是构建这一宏伟大厦的基础性社会系统工程。作为社会科学特殊分支的法学，其任务就是要以自身多学科的科研成果去为法制大厦的耸立奠定牢固基础，使之能稳步向上攀升；同时又要在法制大厦建设过程中，从实际出发，通过慎密的论证，以超现实的目光，为其的整体“完美性”进行不间断地校正与修饰（如对宪法及其他部门法的论证颁布，以及此后的修定修正等，就属此种情形）。换言之，没有法学研究就没有今天的法制，就没有今后法制的完善与进步。社会是动态性向前发展的，但毋庸置疑，未来

社会必定是法制社会，一切社会活动——无论政治的、经济的、学术的等等，都将被有序地规范于法律之中，并受之约束而协调发展。因此，我们为能从事法学研究而感到自豪，并衷心地欢迎社会各界有志于法学研究的人士，加入到我们的行列中。

二十一世纪对我们而言，既充满机遇，更充满了前所未有的挑战。有人断言：二十一世纪是中国的世纪。但，必须要经过艰苦卓绝的奋斗。这已不言而喻。我国加入 WTO 将使这一前景更加明朗化：全球经济一体化以及政治形态的多元化将不可抗拒地以加速度方式进入我们眼帘，进入我们日常生活，并急剧影响或冲击着我们原有社会形态的方方面面。我们首当其冲的任务，就是要坚定不移地贯彻依法治国方略，尽快地建设起社会主义的法治国家，由此保障和促进中华民族的伟大、全面复兴。

《法学论丛》第一卷是我区法学工作者和法律工作者心血与智慧的结晶，共设三个栏目：广西法学“九五”规划课题论文、广西法学“十五”规划课题论文、广西法学会 2001 年度课题论文。有部分论文涉及国家立法等，部分专门针对广西，部分则是这两方面的结合。从二 00 一年开始，该论丛每年出一卷，按年度将广西法学优秀成果汇编其中，权当对新世纪的献礼！在此，谨将第一卷奉献于您的面前，祈望能引起您的关注、批评和参与。

该书的出版得到我区广大法学法律专家学者及学苑出版社的悉心关怀和支持，《法学论丛》编辑部的同志为此付出了艰辛而无怨的劳动，在此我们一并致谢！

最后，让我们以江泽民总书记为中国法学会第五次会员代表大会的题词作结束——

繁荣法学研究，推进依法治国！

目 录

·广西法学“九五”规划课题论文·

- 诉讼程序对司法公正的影响 … 广西法学会课题组 (1)
- 外商投资企业股权转让若干法律问题研究
…………… 广西法学会课题组 (12)
- 防范金融危机的法律对策 …… 广西法学会课题组 (38)
- 行政诉讼效率与行政审判制度改革 …… 邓路遥 (51)
- 大陆香港仲裁制度的比较研究 …… 张月明 (64)
- 行政合同若干问题探析 …… 韦 婵 (76)

·广西法学“十五”规划课题论文·

- 我国经济转型时期的行政垄断问题研究 …… 曹 平 (85)
- 私分国有资产罪若干问题研究…………… 覃祖文 (110)
- 试论审判监督制度的改革与完善
…………… 林玉棠 梁 宇 (126)
- 外资银行监管若干法律问题研究…………… 马 悦 (138)

论行政诉讼举证责任的转移 佟海霞 黄继伟 (165)

打击黑社会性质组织犯罪法律问题研究

..... 广西法学会课题组 (177)

论对组织、利用邪教组织犯罪的刑法惩治

..... 广西法学会课题组 (195)

拐卖妇女、儿童罪及相关犯罪的立法缺陷与完善

..... 广西政法管理干部学院课题组 (210)

试论《治安管理处罚条例》存在问题及修改完善

..... 黄仁兴 黄廷喜 (224)

新旧婚姻法比较研究 陈家新 (233)

公司注册资本法律问题研究 段晓红 (247)

论股票交易违规行为及其立法规制

..... 徐志珍 黄莹 (262)

外资协议并购政府监管法律制度研究

..... 广西法学会课题组 (282)

电子支付立法问题研究 广西法学会课题组 (327)

商业秘密的刑法保护 广西法学会课题组 (349)

论依法治国与以德治国 张军 (369)

西部大开发中地方立法与中央立法的衔接

与互补问题 韦以明 (384)

制定《国家社会科学优秀成果奖励法》若干问题研究

..... 韦志中 (395)

·广西法学会 2001 年度课题论文·

制度、法律与精神文明建设..... 周世中 (415)

检察改革走向思考..... 张英忠 (425)

论我国刑事诉讼证人制度的重构

..... 陆镇养 许诗明 (445)

成克杰严重犯受贿罪的原因分析..... 林 辉 (457)

论信用卡诈骗罪与防范构想..... 潘玉臣 (468)

合伙定义法律探析..... 蒋 慧 (479)

违约金的本质只能是惩罚性 戴红兵 韦志勇 (487)

德国民法典之立法技术探析 傅朝霞 邓娟闰 (496)

论在建设社会主义法治国家中对妇女权益的

法律保护..... 李跃军 (509)

公司经理权的范围和限制..... 朱继胜 (522)

试论无国籍问题的解决途径..... 黄 鹏 (542)

广西法学“九五”规划课题成果

诉讼程序对司法公正的影响

广西法学会课题组

诉讼程序是指人民法院审理案件所遵循的步骤或顺序，目前在法学界，诉讼程序开始受到重视，一些专家和学者对程序的研究日趋深入。这种趋势对于改变过去形成的根深蒂固的“重实体、轻程序”的思想观念大有益处。但我们应当看到，在司法实践中真正做到实体与程序并重尚需一定时日。因为尚有不少法官认为审判结果的公正更重要，至于采用什么程序则无关紧要，他们并没有从司法公正的高度认识程序公正的重要性，因而在审理案件过程中常常违反法定程序，如超审限办案、开庭审理“走过场”、违法送达、违法调解、违法调查取证、私自会见一方当事人，甚至剥夺当事人申请回避的权利。这些做法无疑造成了许多司法不公的问题，我们试图从某些方面进行分析，进一步说明诉讼程序对于司法公正的影响，以引起司法界高度重视。

一、公正与司法公正及其意义

公正一般是指公平正直，没有偏私。《布莱克法律词典》对Justice的解释为：“在法学上，是指对法律事件或纠纷的永恒不变的处置，以使每个人都能得到他应该得到的东西”。^①这里“每个人所应得到的东西”，按西方学者的解释是指现实法律规定的他所应得的权益。因此，“公正是指人们之间权利或利益的合理分配关系，也就是说，公正是指人们之间分配关系上的合理状

态。”^②

司法的本质决定了司法应当以“公正”为首选，于是，司法公正成为法院在诉讼中追求的终极价值目标。要把我国建设成为“法治国家”，就必须关注司法公正问题，并在司法实践中认真落实解决这一问题，真正实现司法公正。那么什么是司法公正呢？司法公正指司法机关在适用法律过程中体现的公平与正确。有人认为：“司法公正指国家司法机关在处理各类案件的过程中，既能运用体现公平原则的实体规范，确认和分配具体的权利义务，又能使这种确认和分配的过程与方式体现公平性”。^③这从另一个角度说明，司法公正既包括实体公正，又包括程序的公正。

司法公正是人民法院所追求的根本目标，也是人们追求的终极目标。司法活动作为适用法律解决纠纷的活动，就是要将社会存在的遭受破坏和扭曲的权利和义务加以矫正，对已出现的冲突给予合理公正的解决。一方面，司法是公平解决争议的行为，因此，司法公正是司法机关存在的根本原因。另一方面，当事人之所以将纠纷用司法手段解决，是因为司法机关可以通过一套公正的程序做出公平的判断。司法越公正，就越能吸引人们通过司法寻求正义。所以戈尔丁指出：“法哲学家们通常认为公正为解决冲突这一特殊过程中具有更高的价值。”^④在司法活动中，正义的追求和实现具有比任何活动更为重要的价值。

我国的社会主义性质，决定了司法公正具有特别重要的意义：首先，司法公正是一个法治国家的重要标志。我们要建设社会主义法治国家，除了强调“依法治国”和“依法行政”以外，还必须高度重视司法公正，形成社会正义或国家正义的观念。只有司法公正得以实现，法治才不是一句空话。其次，司法公正是市场经济发展的需要。一方面，我国经济的转型，政府职能的转变，必然使得大量的过去由政府调整的纠纷转入诉讼领域，行政机关的具体行政行为也通过行政诉讼纳入了司法管辖之内，这就导致由司法解决的纠纷增加，因此，司法制度的公正性显得越来越

越重要。另一方面，市场经济要求较高的诉讼效益，诉讼主体将自己的争议投入诉讼，其目的就在于尽快收回自己的权益，而司法公正是实现诉讼效益的前提。因为司法制度的目的，一是使程序错误带来的“错误成本”最小化，二是使司法过程中的“直接成本”最小化，即错误成本和直接成本最小化。而司法不公只能使二者之和增大，只有实现司法公正才能达到我们的目的。再次，司法公正，有利于重塑人民法院的形象。对当事人而言，法院是否公正处理案件，直接影响到他们对法律乃至国家制度本身的评价和判断，无论是胜诉当事人还是败诉的当事人都一样，因为假如一方当事人用行贿的手段赢得了官司，但他也决不会说司法是公正的。而对于另一方当事人，则会因为司法腐败和不公而对国家、对社会丧失信心。对于非当事人来说，一旦看到司法不公现象，就不再信赖本来认为主持正义的人民法院，所以司法公正对于法院乃至国家都有极为重要的意义。

二、司法公正与程序公正的关系

前面提到，司法公正分为实体公正和程序公正。实体公正是指裁判在认定案件和适用法律方面正确无私。程序公正是指司法程序必须符合公正、公开和民主的原则，并保护当事人的诉讼权利，保障法官独立办案和提高效率。实体公正和程序公正是紧密联系的，对司法公正而言，二者缺一不可。实体公正是检验司法公正的标准，而程序公正是保障司法权威的基础。司法公正一是要求程序公正，平等地对待双方当事人，做到不偏向任何一方；二是要求实体公正，正确适用实体法，秉公办案。司法公正必须以程序公正为保障，没有程序公正，实体公正就不能够实现，更谈不上司法公正了。只有在严格公正的程序下，法律才能准确地适用于具体案件，法律的正义价值才能在裁判中得以实现。因此，司法公正是在具体司法实践中实体和程序两方面都得到公正的条件下实现的。

我国目前阶段，强调诉讼程序的公正则更加具有现实意义。

首先,不公正的程序一般来说是难以实现实体公正的。“无论对于执法者还是对于当事人来说,首先要关心的是程序本身是否公正”。^⑤另一方面程序公正具有独立价值,其自身体现着一个国家司法制度的公正性。其次,我国法制建设的各个领域或环节,“重实体、轻程序”现象十分严重,而程序的公正又是十分重要的。我国已经制定了三大诉讼法,并作了进一步的修改,可以说,一套比较公正的程序制度已经形成。但也存在不少实践上和立法上的问题,需要我们重新认识,认真解决。

三、违反诉讼程序是造成司法不公的重要原因

目前我们司法上存在违反程序现象表现在多个方面:(1)明显违反程序规定办案。如相互争夺管辖权而违反管辖的规定;违反诉讼期间规定,超审限办案;违反受理程序对本应受理的案件不予受理或迟迟不予答复;违反取证程序而私自会见当事人及其律师;违反司法机关相互分工相互制约的精神而“联合办案”;违反上下审级相互监督的原则而“事先沟通”;违反调解的自愿原则而强迫当事人接受调解;违反公开审判程序而不公开审判;违反案件审结期限而故意拖延办案等等。(2)不严格执行法定程序。如先定后审,使庭审形式化;陪审员陪而不审,使合议形式化;不给当事人和律师一定的准备时间,造成仓促应对;在判决书中不公开判决理由,影响司法的权威性、公正性。(3)不适当地改变程序规定。如庭长、院长层层审批案件,造成合议庭失去法定的权限,形成“审而不判”现象;对疑难案件实行裁判的“请示制度”,违背了法定的审级制度。(4)当事人依法享有的程序权利未能获得应有的尊重甚至被剥夺。如要求公开审理和公开宣判的权利,要求法官回避的权利,要求合理的准备时间的权利,要求依法自愿达成调解协议的权利,要求法官认真听取意见并公开判决理由的权利等等。这些诉讼程序上的违法行为严重影响了司法公正。因为只有严格依照程序法办案,才能实现司法公正。程序的公正是任何诉讼当事人参与诉讼后所应享有的权利,

而严格依程序法办案，是司法人员必须履行的基本义务。

我们认为，违反诉讼程序是影响司法公正的重要因素，而违反诉讼程序又与程序本身不科学、不完善有关。我国程序法中“缺少违反法定程序而产生的后果的具体规定，从而使程序的遵守与否变得无关紧要”。^⑥这就是说，诉讼程序本身的漏洞应当引起关注。一套体现司法公正的完美的诉讼程序，更有利于保障司法公正目的的实现。如果在法律条文上存在否定程序内在价值的规范，必然影响司法实践的公正性。我国法律上存在的问题，比如：民事诉讼法第153条第一款（四）项规定：“原判决违反法定程序，可能影响案件正确判决的，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审。”这种违反法定程序的情形，据最高人民法院的“意见”，是指（1）审理本案的审判人员，书记员应当回避未回避的；（2）未经开庭审理而作出判决的；（3）适用普通程序审理的案件当事人未经传票传唤而缺席判决的；（4）其他严重违反法定程序的。这说明，违反法定程序必须是相当严重的才撤销原判，发回重审，而一般的违反程序行为不在此列，也不作任何处理，很明显地体现了一种“轻程序”的价值倾向，也就是说只要违反法定程序的行为不影响案件的正确处理，就维持原判。凡违反程序即无效，并应当使这一原则体现在未来的诉讼法中。

四、民事诉讼准备程序对司法公正的影响

诉讼程序的公正对裁判的公正和司法的权威性具有保障作用。司法具有权威性的前提条件一是司法活动严格按照规定的程序进行，二是要使人民群众真正的相信法院是在公开的场所按公正程序进行着公正的审判。这就要求落实公开审理制度，给当事人充分的攻击和防御的权利，同时还必须缩短办案时间并降低诉讼成本。只有群众相信法官是在独立、公正地办案，才能真正地认可司法的权威性，才能真正的服从裁判，才愿意将各种纠纷通过诉讼来解决。正是由于程序公正的极其重要性，因此，改革审判方式，完善程序制度就显得至关重要。我国现行《民事诉讼

法》比原试行法有了一定改进,程序趋于公正,如扩大和增强了当事人的权限,缩小了法院依职权收集、调查证据的范围等等,这是我国审判方式改革的成果。然而,在目前阶段看,现行法仍带有较强的职权主义色彩。如现行民事诉讼准备程序,导致了我們常说的“庭审形式化或走过场”的现象。而这种现象有悖于司法公正的要求,难以实现司法公正的目标。

我们知道,法院审理民事案件时,通常的做法就是决定受理案件后,确定审判人员,送达诉讼文书,告知当事人诉讼权利,另外审判人员还要完成认真审核诉讼材料,调查收集必要的证据,决定追加当事人等等审前准备工作。由此看出,法院法官包揽了调查取证的全部过程,对案件事实有“先入为主”的印象,因此,开庭审理不是通过当事人对案件事实的陈述,双方再对诉讼证据进行质证、辩论,法院在庭审中查清事实,判断和认定证据,而是将法官事先收集调查的证据材料在法庭上通过法官审问、当事人回答的方式进行庭审,使庭审成为走过场、走形式,开庭审理的作用没有得到很好地发挥。平时法官办案的主要精力放到了审前询问当事人、调查取证和背对背、面对面的反复调解之上,以争取大部分案件以调解结案。开庭审理只是在个别调解无效的情况下,通过请示领导才予以举行。这样做的结果,必将导致“先定后审”等庭审形式化,结果是难以实现诉讼所追求的司法公正的目标,而这又不能不说与我国现行诉讼法规定的“审前准备程序”有关。民事诉讼第116条规定:在审理前的准备阶段“审判人员必须认真审核诉讼材料,调查收集必要的证据。”并且在第118条规定:“人民法院在必要时可以委托外地人民法院调查。”这说明法定的审前准备阶段,允许审判人员了解案情、熟悉材料并分析证据材料,得出初步的主观结论。“认真审核”意味着审判人员应仔细核实材料真伪,并做出判断。调查收集必要的证据,虽然是“必要的证据”,但范围很难把握,经常是法院审判人员认为必要就可调查收集。这样一来,必定使得

法官形成“先入为主”的印象。而司法公正要求法官处于超然地位，现有的准备程序显然难以做到。程序的欠缺为司法不公提供了滋生的土壤是不言而喻的。因此，对诉讼程序应引起足够重视，必须改变诉讼程序的现有做法，并不断完善法定的程序以使司法更加公正。

公正合理的准备程序有利于司法公正的实现。按照体现司法公正所提倡的以公开审理为主的要求，实现“以庭审为重心”审判方式，我们认为必须重构庭前准备程序，关键是适当防止审判人员提前介入案件，以防“先入之见”。假如我们实行“一步到庭”或“直接开庭”的诉讼程序，即开庭前基本上不在庭外调查询问，把审理重点放在“正式开庭审理”上，以此来了解把握案情。这样似乎克服了先入为主的弊端，有利于司法公正，但也会遇到不少问题。例如，一个重要的问题就是如果不做事前准备，开庭审理常常会因不得要领而难以控制和把握，对法官的素质要求提高了，同时增加了开庭次数，延长了审理期限，造成新的司法不公，不能达到预期效果。因此，如果我们在开庭审理的前提下恰当的重构准备程序，就有可能实现司法公正。我们认为这种程序应该是“庭前证据交换”。这种审理结构的内容可以表述为：“审判人员完成民事诉讼法规定的审理前准备工作后，对一些证据多而复杂的案件，由合议庭主持，如召集双方当事人及其诉讼代理人到场交换各自收集到的或占有的与诉讼有关联的证据。对双方认识一致，没有异议的，审判人员或合议庭可立即进行调解，调解不成的及时开庭审理作出裁判。特别是证据种类繁杂、专业性强的案件，在审判人员或合议庭主持下，通过交换证据、核对帐目，对双方当事人无异议的证据记录在案，突出双方争执焦点，指导双方进一步举证。同时将交换过的证据归类编号，以便庭审出示时，双方都清楚明白，使庭审调查突出重点，针对性强，为庭审质证打好基础，缩短庭审时间，收到事半功倍的效果”。^⑦它能够克服原来实行的法官过多过早介入准备程序导致的

“庭审走过场”现象，也能克服后来一些法院审判方式改革所尝试的“一步到庭”弊端。总之，庭审前证据交换一是当事人能够从对方获得信息，了解对方掌握的证据和对案件事实的看法；二是法官可进行调解；三是通过对争论焦点和证据进行整理，促使法官和当事人对开庭时如何审理形成一定共识。具有这些内容的庭前准备活动和法官规定当事人的举证期限以及应当事人请求发出调查令等方式结合起来，已经大体构成独立的准备程序。这种准备程序在很大程度上可以避免庭审形式化，十分有利于实现司法公正。可以预言，以开庭审理为中心的主要由当事人从事准备工作的新的审理结构，将在审判方式的改革中占据我国民事诉讼的更加显著或更加重要的位置。

当然，这种程序当前还不大可能立即实现或推广运用。因为这种方式带来较强的当事人主义的成分，当事人在诉讼中要承担更多的责任和负担，这就需要当事人具备丰富的法律知识或社会能提供足够的法律工作者，我们难以满足这一基本条件。我国人口众多，群众法律意识不高，法律水平有限，不具备较高法律素质的条件。单从法官与律师的人数比例上看，也难以满足要求。据美国 1994 年司法统计，法官总数 4.6 万人，而律师人数则达到 80 多万人，是法官人数的 17 倍；在英国，据 1996 年英格兰的司法统计，法官人数为 800 多人，而律师为 5.5 万人，是法官人数的 68 倍；同属大陆法系的日本，尽管将律师抑制到了很低的水平，律师人数也达到了 1996 年的 1.5 万人，而法官只有 4000 名，律师是法官人数的 4 倍。在美国几乎没有代理律师就不可能进行诉讼，而我国无律师代理而由当事人直接进行民事诉讼的比率较高。我国 1997 年，法官人数为 17 万人，而有资格的律师仅为 7.9 万余人^②，律师是法官人数的 0.47 倍。尽管近几年我国律师人数增长较快，但律师人数大幅度超过法官人数仍需一个较长的时期。律师少于法官的现实，制约着我国民事诉讼中庭前准备程序的重构。

在这种情形下，我们如果借鉴大陆法系诉讼中的“受命法官”制度^⑨也许是最有利于司法公正的诉讼程序。这种制度就是合议庭的审判长指定一名合议庭成员负责审前准备的应由法院实施的诉讼活动，该“受命法官”向合议庭作必要的汇报，却不准向其他成员传递可能先入之见的信息，其他成员（包括审判长）则主要通过庭审形式形成对案件的判断。至于独任审理的案件，则充分发挥书记员作用，充当“受命法官”，达到同样的效果。它有助于达到司法公正的目的。尽管目前尚未体现在我国民事诉讼法中，但这并不影响我们在司法实践中去改革、去尝试。我们可以采用在一定范围的人民法院内部制定对准备程序的具体规定。当这种规定有了相当的实践基础并在学术界理论研究中得到认同之时，再通过修改诉讼法加以确认。这样一种更加公正的准备程序就得到了法律认可和普遍推行，司法公正就更有保障。

以上讨论可以看出，程序不同则结果不同，诉讼程序对司法公正具有重大影响。司法公正要求法官处于超然的地位，这需要有科学的诉讼程序来保障。不同的诉讼程序对司法公正的保障程度不同。一项科学公正的诉讼程序，需要在各个方面综合平衡，达到最佳状态。只有在综合指标（不是单个方面）上达到公正要求的诉讼程序，才能使得司法更加公正，从而最大限度的维护双方当事人的合法权益，而这正是法律的根本目的。

五、诉讼程序关于期间的规定对司法公正的影响

我国“诉讼拖延”现象较为严重，与我国诉讼程序立法不完善有关。从法理角度，实体法可适当多一些弹性，体现法官自由裁量权，而程序法必须具备一定的刚性特征，不允许法官在程序上自由裁量。而我国民事诉讼中止的规定显然赋予了法官不应享有的自由裁量权。另一方面，诉讼法中并没有规定法官违反程序（包括超审限结案）的制裁措施。正是由于当事人对法官违反程序规则的行为不能通过诉讼或其它途径得到救济，所以，法官在程序性规则上具有安全而不受限制的权力。法律程序的一个重要