

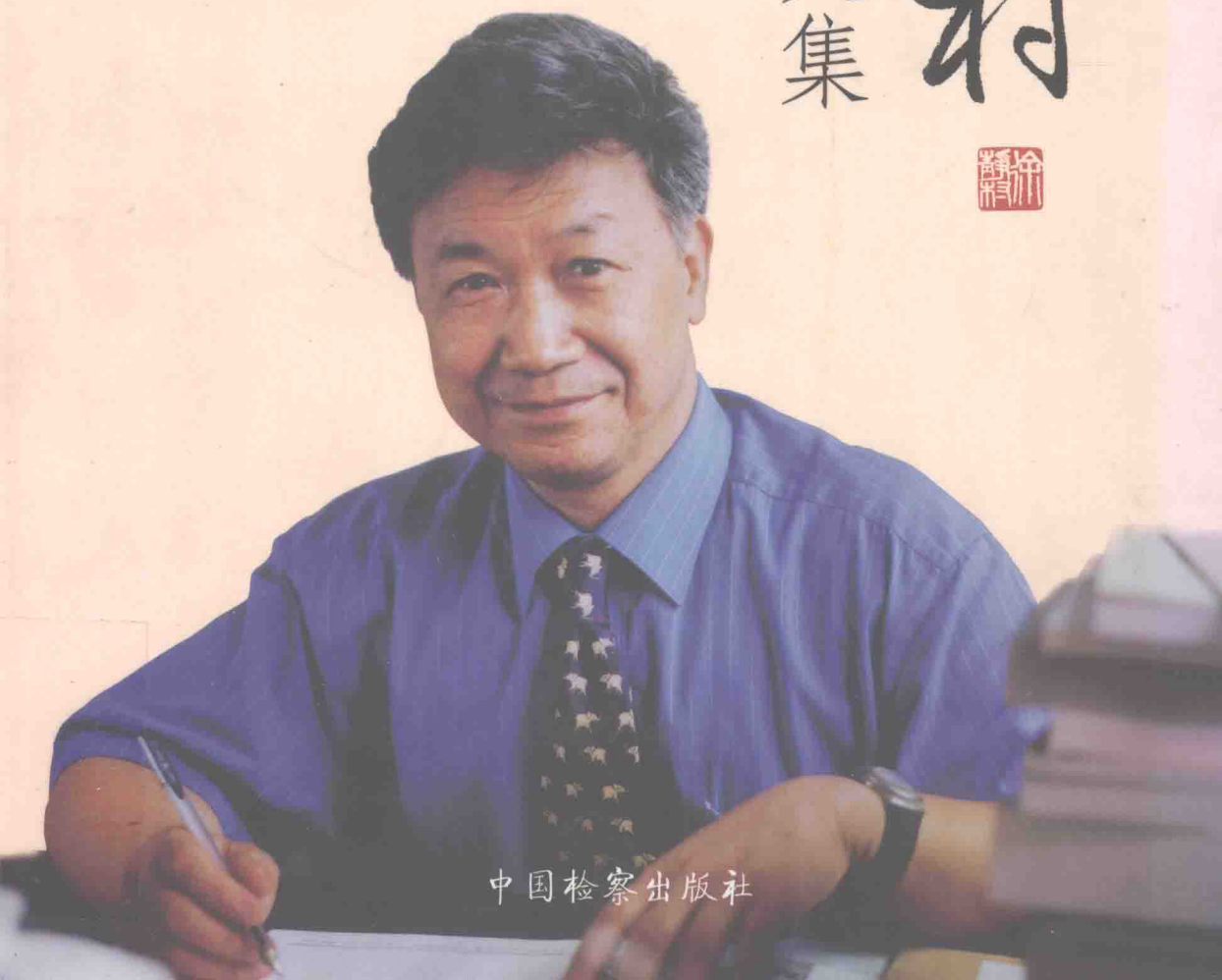
徐静村◎著

徐静村

法学文集



中国检察出版社



徐静村◎著

徐静村

法学文集



中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

徐静村法学文集/徐静村著. —北京: 中国检察出版社, 2010. 7
ISBN 978 - 7 - 5102 - 0305 - 3

I. ①徐… II. ①徐… III. ①法学 - 文集 IV. ①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 121568 号

徐静村法学文集

徐静村 著

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)68682164(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 北京天成印务有限责任公司

开 本: 720mm × 960mm 16 开

印 张: 35.25 印张 插页 6

字 数: 578 千字

版 次: 2010 年 10 月第一版 2010 年 10 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 0305 - 3

定 价: 80.00 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

自序

过去三十年，是新中国法制建设突飞猛进的三十年，也是法学研究空前繁荣的三十年。笔者生逢其时，得以在这个时段从事法学教育与法学研究，确属一种历史性机遇。笔者自1979年重返西南政法学院（即今西南政法大学）任教，便把自己的后半生定位在：教书育人，以为国家培养法律人才为己任；专心治学，以服务社会主义法制建设为依归。三十年来，笔者虽然向着自己设定的目标奋力前行，但作出的成绩是很有限的。出版本文集，谈不上是对三十年成果的检阅，仅作为笔者七十岁生日的纪念。本文集辑录了笔者三十年来发表的主要法学论文，大体可以反映笔者在法学，特别是在刑事诉讼法领域进行的一些探索和思考，集合在一起，便于读者批评指正。其中也选入了笔者与学生合作的部分文章，可令人时常忆及那些共同研究的快乐日子，同时也是“师生一场”的一种纪念。

未来的三十年是属于年轻一代人的。希望年轻一代承前启后，继往开来，在建设法治国家的伟大事业中创造出远胜前人的辉煌业绩！

徐莉村 谨识

二〇一〇年三月二十八日

当代中国法学名家徐静村*

徐静村，1963年毕业于西南政法学院法律系，1979年起在西南政法大学任教，现任西南政法大学教授、诉讼法学博士研究生导师，国家精品课程刑事诉讼法学负责人、国家级重点学科诉讼法学学术带头人。曾任西南政法大学副校长、《现代法学》主编，曾兼任教育部高等学校法学教学指导委员会委员、全国法律硕士专业学位教育指导委员会委员、国家统一司法考试协调委员会委员、中国法学会诉讼法学研究会副会长、中山大学法学院院长。

从教30年来，徐静村教授已出版法学著作30余种，发表学术论文百余篇，著述总字数约1000万字。他的著述拥有广泛的读者。他被12所大学聘为兼职教授或客座教授，1989年被国家教委、人事部和全国总工会联合授予“全国教育系统劳动模范”称号，1992年获国务院有突出贡献专家政府特殊津贴。著述中有18项获得省市级以上优秀科研成果奖（其中两项获国家级二等奖）。他被列入《中国法学家辞典》、《当代中国社会科学学者大辞典》、《当代中国教育家大辞典》、《亚太地区名人辞典》和《世界著名学者辞典》、《中国百科专家人物传集》、《中国百科学者传略》、《中华英模大典》、《科学中国人丛书·中国专家人才库》、《二十一世纪人才库》、《中国当代社科精华》、《中华成功人才大辞典》等辞书，2005年入选《当

* 由潘金贵、颜飞根据《当代中国法学名家》（当代中国法学名家编委会编，人民法院出版社2005年版）等文献资料整理。

代中国法学名家》。2009年教师节，他作为先进个人代表受到教育部表彰，并于9月9日受到胡锦涛等中央领导同志的亲切接见。

人才培养

徐静村教授自20世纪80年代开始招收硕士研究生，1995年春开始招收博士研究生。他所指导的研究生中已有146人获得硕士学位、40人获得博士学位。他的教学活动的特点是：善于把科研和教学紧密结合起来，通过吸纳博士研究生参与自己主持的前沿性课题研究的方式，培养学生独立开展科学研究的能力、创新精神和学术个性。其突出成绩是：他所指导的博士论文中已有两篇分获2001年和2003年全国百篇优秀博士论文奖（2001年，龙宗智：《刑事庭审制度研究》；2003年，孙长永：《沉默权制度研究》）。他是迄今为止全国法学界唯一一位两次获得全国优秀博士论文指导教师奖的博士生导师。

主要学术成就

一、在诉讼法学领域

30年来，徐静村教授主要致力于诉讼法学的教学与研究。1980年，徐静村教授执笔编写的《刑事诉讼法讲义》和《民事诉讼法概论》两本教材，是当时全国仅有的诉讼法学教科书，为相继恢复法律院系的多所大学所采用，产生过重大影响。徐静村教授在教学实践中深感程序法的教学必须具有“直观性和生动性”，为切实解决学生“应知应会”的问题，培养学生的“独立操作能力”，于1982年5月主编《刑事诉讼实习题集》直接用于教学，并创导模拟法庭教学方法，有效地提高了教学质量。他认为，大学法律本科学生不仅要了解现行程序法的具体规定和操作方法，还应通晓程序法的基本理论，了解程序法的发展历史。1980年10月，他发表《〈吕刑〉初探》一文（《西南政法学院学报》1980年第4期），就《吕刑》的基本精神、主要内容进行了研究，分析了这部文献中有关罪刑规定、诉讼制度、司法人员的责任制度等内容，指出西周宽法慎刑的思想与严格根据事实和法律办案的精神对现代司法具有重要的借鉴意义，周初的立法



徐
静
村

法
学
文
集



当代中国法学名家徐静村

技术对后世也具有重要的历史影响,《吕刑》作为周初司法改革的重要文献,是研究我国古代法律制度的一个重要标本。该文是新中国成立以来首篇从刑事诉讼角度研究《吕刑》的文章,填补了这一领域研究的空白(该文1984年获四川省优秀科研成果三等奖)。此后,徐静村教授对东西方主要国家奴隶制、封建制诉讼制度进行了系统研究,从分析古代诉讼的历史发展和制度演变,总结出若干新鲜的见解,订正了不少前人的错误结论,这些内容用于教学引起了学生的浓厚兴趣。自20世纪80年代中期起,徐静村教授在研究生中开设“古代诉讼制度”课程,使学生从历史角度全面了解诉讼制度的发展与政治、经济、文化乃至道德、宗教、伦理观念、社会意识、价值取向诸种因素的联系,扩大了学生知识领域,启发了学生的思维深度,深受学生欢迎。

徐静村教授尤其注重将理论研究成果运用于教学。1992年,他在参加高等学校法学教材《刑事诉讼法学》的编写时,主张加强理论原理的阐述,并独立承担此书第一至五章的撰写,首次将诉讼法律关系、诉讼职能、诉讼结构、诉讼价值等理论问题写进教材,这些内容总结了当时理论研究的最新成果。1994年,他在主编高等政法院校规划教材《刑事诉讼法学》时,除专章论述了“刑事诉讼基本原理”外,还将刑事诉讼法的发展历史系统地写进该书(中国政法大学出版社1994年版,该书于1996年获司法部优秀教材一等奖)。1995年夏,徐静村教授自己设立《刑事诉讼法学教材与教学方法改革研究》课题,在总结本学科教学经验和研究心得的基础上,通过编写一套新型教材,为本学科构建了新的理论体系,设计了新的教学方法。由他主编的这套“两本制”《刑事诉讼法学》新教材,其上册《刑事诉讼基本原理》从历史角度和世界范围论述了刑事诉讼普遍适用的原理原则和中国特有的原理原则,充分吸收了国内外学者在这一学科领域的理论成果,角度广、信息量大,具有开阔学生眼界、启迪学生思维的作用。此书作为学生学习本课程的必读教材,须在教师指导下根据教学进程进行自学。其下册《刑事诉讼案例教程》,则以我国刑事诉讼法的规定及有关司法解释为依据,以其具体程序的运行机制为线索,将教学内容分为十个单元。每个单元首先阐述有关的法律规定,之后列置阅读案例、讨论案例和作业案例。教师依据本教材进行课堂教学,以指导学生讨论案例为主要教学方法。课堂讨论后,教师通过小结,把对具体案例的分析同有关

法律规定和诉讼理论有机地联系起来，让学生从理论和实践两个方面获得全面的知识。全书设计体系新颖、独具匠心，是一部创新之作。这套教材首先被司法部采用，被列为国家“九五”规划教材。1997年7月出版后被国内数十所大学采用，受到法学界普遍好评，被誉为“新中国第三代教材的首创之作”，1998年8月该课题获司法部优秀教学成果一等奖，2002年该课题获教育部国家级优秀教学成果二等奖、重庆市优秀教学成果一等奖。为了使这本教材的理论体系和它所体现的新的教学模式更为完善，徐静村教授同课题组自1997年9月至1999年1月，在西南政法大学法学专业本科学生中采取逐步扩大实验范围的做法，开展了使用这本新教材和采用新的教学方法进行课堂教学的实验；与此同时，广泛征求意见，组织力量，对该教材进行大幅度修订。修订本1999年12月出版时，被冠以“面向21世纪教学内容、课程体系和教学方法改革新型教材”，在国内和境外高校获得普遍赞誉和广泛采用。这本教材的特色在于它是一种新的教材结构模式和教学方法改革设计的蓝本。实践证明，新的教学方法不仅在形式上改变了过去“填鸭式”的传统授课模式，更主要的是有效地调动了学生的学习积极性，使他们由被动听讲转变为积极进行自学和准备课堂讨论，由课堂教学的对象转变为课堂教学的主体，从“要我学”转变为“我要学”，教学内容因采用讨论分析案例的教学形式而得以“活化”，不再是抽象的理论加呆板的法条，使学生对本门学科从理论把握到实际应用都产生浓厚兴趣。这一课题的成功，开辟了法学学科教学的一片新天地。

徐静村教授非常关注我国刑事诉讼法的修改与完善。早在1990年就著文指出，在案件的侦查阶段将涉嫌犯罪的人称为“人犯”、“被告人”是不科学的，只能定位为“犯罪嫌疑人”；提出犯罪嫌疑人的法律地位应界定为“因有犯罪嫌疑而被立案侦查或被采取强制措施的人”；犯罪嫌疑人应享有诉讼当事人的法律地位；对犯罪嫌疑人进行收容审查的做法应予废除。徐静村教授是最早提出应当废除收容审查的学者，该意见在刑事诉讼法修正时为立法机关所采纳。^{〔1〕}在诉权理论方面，徐静村教授认为刑事诉讼中的诉权是控辩双方请求公正裁决的权利，刑事诉权对于控辩双方来说在任何诉讼阶段都应受到平等的法律保障，确立刑事诉权是保护被告人行使辩

〔1〕 见《论犯罪嫌疑人的法律地位》，载《法制月刊》1990年第7期。

护权、促进刑事诉讼民主公正的重要理念。^{〔1〕} 在1994年11月北京刑事诉讼法国际研讨会上,徐静村教授作为中国著名学者在大会发言中指出,在我国刑事诉讼体制不作根本性改变的前提下,借鉴当事人主义诉讼模式对我国刑事审判制度进行某些补充和调整既是必要的,也是可能的。他提出了以下改革建议:借鉴起诉状一本主义,限制法官的庭前活动;法官庭前对公诉案件的审查仅限于程序性审查;增强辩护权对控诉权的制衡能力,使控辩双方的攻防手段趋于平衡;改变先判后审、上判下审、错案无法追究的状况,确立法官责任制;废除免于起诉,将检察机关的工作重心转移到公诉上来,以强化控诉职能。^{〔2〕} 以上观点被后来的刑事诉讼法修改决定全部采纳。此外,徐静村教授还对刑事程序的若干问题提出了具体设想。关于案件管辖问题主张法院直接受理的案件范围应予调整;关于辩护问题主张犯罪嫌疑人、被告人在侦查阶段就应有权委托律师进行辩护;应该增加刑事诉讼简易程序,提高诉讼效率;刑事判决中对疑罪应作出“指控罪名不能成立”的无罪判决。这些观点也全部被1996年刑事诉讼法修正案采纳。^{〔3〕}

1996年1月,徐静村教授应全国人大邀请参加了刑事诉讼法修正案的立法工作,发挥了重要作用。

近10多年中,徐静村教授在程序法研究方面一直十分活跃,且有重要建树。1995年10月,徐静村教授应台湾大学邀请参加“海峡两岸刑事诉讼法学术研讨会”,在会上作了题为《审判集中性之比较研究》的学术报告,在评析两大法系审判制度不同特点的基础上,提出了如何加强我国刑事案件审理的集中性的一系列独到见解,受到海内外学者好评。^{〔4〕} 1997年在深圳召开的中国诉讼法学研究会年会上,他发表了《律师辩护有待解决的几个问题》一文,强调律师在刑事案件侦查阶段参与诉讼时,应具有辩护人身份并享有相应的诉讼权利。^{〔5〕} 在1998年中国诉讼法学研究会年会上,徐静村教授发表了《论对美国刑事程序之借鉴》一文,引起强烈反响。他

〔1〕 见《刑事诉讼中的诉权初探》,载《现代法学》1992年第1期。

〔2〕 见《刑事审判模式之比较与改革》,载《现代法学》1994年第6期。

〔3〕 见《对改革刑事审判程序的几点意见》,载《现代法学》1995年第4期。

〔4〕 见《两岸比较刑事诉讼法》,五南图书出版有限公司1996年版。

〔5〕 见《现代法学》1997年第6期;《中国律师》1998年第7期;陈光中、江伟主编:《诉讼法论丛》(第1卷),法律出版社1998年版。

认为,“我国刑事程序制度的进一步改革,固然要借鉴吸收外国包括美国的刑事程序,但是绝不能原样照搬”,“我国刑事程序改革结局的模式,只能是非驴非马,而不是非驴即马或非马即驴。也就是说,我们的最终选择,不可能要么是不折不扣的职权主义,要么是不折不扣的当事人主义”。他认为我国刑事诉讼法关于搜查、扣押的规定明确具体,只要严格依法办事就能保证调查任务的完成,同时又不侵犯公民的权利,但缺乏像美国那样对警察权力进行严格限制的细腻规定,也不实行司法令状制度,这是值得我们认真考虑的;我国刑事诉讼法没有证据展示制度,审前程序中也没有听证制度,应当适当改造我国的诉讼程序,建立具有中国特色的证据展示制度,等等。他的借鉴主张既思想解放又充分考虑了我国国情,体现了务实而科学的态度。1999年7月他在参加大连“刑事诉讼法(修正案)执行中的问题研究”会议中,作了“关于刑事诉讼法解释的评析”的发言,提出了“司法解释单一化”的独特建议。^{〔1〕}1999年11月,应香港法学界邀请,徐静村教授出席“中国内地·香港法律制度比较研讨会”,在会上作了《关于中国司法改革的几个问题》的演讲,对我国司法改革的重点和目标、司法体制改革的主要内容、司法改革的步骤作了精辟的阐述,受到了与会专家的好评。^{〔2〕}徐静村教授主持的立法课题《国家赔偿法实施程序研究》,经过数年努力,已于1999年10月完成,提交给全国人大常委会法制工作委员会和国务院法制工作办公室作立法参考。该书已于2000年5月由法律出版社出版。

对于21世纪我国刑事诉讼制度发展和改革的前景问题,徐静村教授给予充分关注。早在2000年,徐静村教授就提出了应对刑事诉讼法进行再修改的主张,他在《21世纪中国刑事程序改革展望》一文中指出:21世纪中国刑事程序改革的重点,应是解决审前程序的改造和建立以审判为中心的诉审关系两个问题,并对21世纪中国刑事程序如何改革作了系统、深入的论证,提出公诉权的本质是对犯罪的诉追权,检察权就是公诉权,不应

〔1〕 见《动态的法——关于刑事诉讼法解释的评析》,载《现代法学》2000年第1期。

〔2〕 香港法律教育信托基金编:《中国内地、香港法律制度研究与比较》,北京大学出版社1999年版。

再作延伸解释；侦查权是公诉权的派生性权利，检察机关拥有公诉权就必然拥有侦查权，应当按照这样的理念来理顺我国刑事诉讼中的侦诉关系；建议设立预审程序，加强法院对审前诉讼活动的审查监督，并提出了设立辩诉协商制度等重要思想。^{〔1〕}“基于法律人的良心和责任”，^{〔2〕}徐静村教授倾注了三年的心力，主持完成了《21世纪中国刑事程序改革研究》这一具有开拓性的重大课题。在该课题中，徐静村教授主持提出了《中华人民共和国刑事诉讼法（第二修正案）学者建议稿》，对我国刑事诉讼法律制度进行了全新的构建，积极推动我国刑事诉讼法的再修改。在对课题进行论证的《走向程序法治：中国刑事程序改革的宪政思考》一文中，徐静村教授高屋建瓴地对刑事程序改革与法治建设、宪政制度之间的关系进行了研究，指出：刑事程序法治化是法治建设的一个重要方面，也是推动宪政建设的原动力之一。而宪政制度中法律秩序、司法制度、政治体制等宏观问题的科学性、合理性同样将影响刑事程序法治化的进程。只有理顺宪政、法治与刑事程序改革之间的关系，才能为我国刑事程序改革找到正确的方向。该文是我国系统、全面研究刑事程序改革与法治建设、宪政制度之间关系的第一篇文章。在《论我国刑事诉讼法的再修正》一文中，徐静村教授对进行刑事诉讼法再修正的动因、整体思路、框架设计、制度构建等作了全面的论证；在《现实与前瞻：重构我国公诉制度的若干思考》和《程序的理性与嬗变——我国刑事审判制度改革前瞻》等文章中，徐静村教授对我国公诉制度、审判制度的改革提出了若干具有建设性的意见；基于对司法腐败问题的关注，徐静村教授在《法官惩戒制度研究——兼论我国司法弹劾制度的建构》一文中，对如何建立健全对法官的制约机制进行了深入探讨，是倡导在我国建立司法弹劾制度并进行系统论证的首篇文章。徐静村教授主持完成的《21世纪中国刑事程序改革研究》这一课题，可以说是我国在新世纪进行刑事程序改革的一个建议蓝本，在诉讼法学研究领域处于领先地位，引起了立法机关、诉讼法学界和实务部门的高度

〔1〕 徐静村：《二十一世纪中国刑事程序改革展望》，载樊崇义主编：《诉讼法学研究》（第二卷），中国检察出版社2002年版。

〔2〕 徐静村教授语，见《21世纪中国刑事程序改革研究》前言，法律出版社2003年版。

关注。^{〔1〕}

2004年3月,全国人大作出了对刑事诉讼法进行再修改的决定,同年6月,司法部将重点课题“刑事诉讼法的再修改”下达由徐静村教授主持。为了出色完成这项课题任务,徐静村教授首先组织课题组通过讨论,统一认识,将刑事诉讼法再修改的理念确定为“适度超前,兼顾现实;保障公正,提高效率;提升权利,抑制权力;兼收并蓄,博览众长”。接着用了半年时间在全国二十多个省市开展调研、听取意见,之后又用半年时间起草、修改拟制稿条文,初稿完成后,又用数月时间向实务部门和社会各界征求意见。这项成果完成后除提交全国人大立法参考外,并于2005年12月以《中国〈刑事诉讼法〉(第二修正案)学者拟制稿及立法理由》为名由法律出版社出版发行,由于“拟制稿”是针对我国刑事诉讼的实际需要来设计的,并有相当的前瞻性和许多创新,出版后反响强烈,立即受到领导机关的高度重视和社会各界的热切关注,对推动我国刑事诉讼法的再修改产生了重大影响。2008年10月,徐静村教授在出席“中国刑事诉讼法再修改国际研讨会”(广州)时,就刑事诉讼法再修改的理念问题作学术报告,将再修改的理念更新为“立足国情,适度前瞻;保障公正,提高效率;提升权利,约束权力;博采众长,形成特色”。较之原来的提法更为贴切准确,深得与会专家的赞同。^{〔2〕}

但是徐静村教授对于刑事诉讼理论的研究并未停步,他在刑事证据和诉讼程序各领域不断地提出许多创新的观点。如他在《论国家权利中监督权的设置与行使》^{〔3〕}一文中提出:“在过去十多年中,党和国家虽对惩治腐败作了不懈努力,但主要是着眼于‘惩’,以惩为治是治标之法,不能解决根本问题,治理权力腐败至要的对策,一是通过宪法和法律对国家权力作科学配置,并形成权力间的相互制约机制;二是建立一个符合法治原则的独立的监督体系,使各种国家权力的行使受到严格监督,不能越出法律规定的界限。”徐静村教授认为:“我国宪法虽然规定检察机关是国家的法律监督机关,但是我国检察机关并不具有监督宪法和法律实施的实际功

〔1〕 见徐静村主编:《21世纪中国刑事程序改革研究》,法律出版社2003年版。

〔2〕 见徐静村:《我国刑事程序立法理念的嬗变》,载《政法学刊》2009年第2期。

〔3〕 见《甘肃社会科学》2004年第6期。

能，并不能起到防范和限制各种国家权力因被滥用而产生腐败的作用；我国刑事诉讼法规定，检察机关对于刑事诉讼实行法律监督，其中对于法院的‘审判监督’，则显然有悖于公诉权是一种司法请求权的自身立场。因此，将我国检察机关定位为法律监督机关实为不妥。”“检察机关只宜定位为公诉机关，行使国家公诉权。所谓检察权，就是公诉权，不应再作延伸解释。公诉权的本质是对犯罪的追诉权，它以追究被告人刑事责任、遏制犯罪、恢复被破坏了的法律秩序为使命。但是公诉权是一种司法请求权，它本身不具有终结性即最终判定性和处罚性，而仅是为国家实现刑罚权准备材料，它所包含的实体性要求，只有通过法院的刑事审判才能最终实现。由于公诉权的实体意义是对犯罪进行追诉，因此，负责行使公诉权的检察机关，就必然拥有对一切刑事案件的侦查权。至于侦查权的具体行使，可由法律对检察机关和侦查机关的职责划分作专门规定。”徐静村教授进一步指出：“现行宪法和法律以检察机关为法律监督机关，一方面它起不到监督其他机关违宪违法的作用，另一方面最需要受到监督的公诉权和检察院的自侦权却没有谁来监督。因此，从国家监督权的配置上看，这是现行体制的一个巨大缺陷。”徐静村教授的观点，是到目前为止对于这一问题分析得最为透辟的见解。针对上述问题，徐静村教授提出建议，首先对国家权力的配置作如下调整：“以全国人大为最高权力机关，行使决策权、立法权和监督权，仍然是‘议行合一’；以‘一府两院’为执行机关，分别行使行政权、检察权和司法权，三权是并列关系，级别地位平等，各为独立系统，互不隶属，互相制约，依据宪法和组织法分别设置，人事、财政各自独立。其中人民检察院独立行使检察权，系指代表国家行使公诉权及相关权力，其功能是预防犯罪、遏制犯罪，追究犯罪行为人的刑事责任，恢复被犯罪破坏了的法律秩序。因此，法律应赋予检察机关全面负担国家内部安全与秩序的责任，并由其统辖（或节制）全部侦控（检察与侦查）力量，以实现其任务。人民检察院不再作为国家的法律监督机关，虽然它的公诉职能带有某些司法性质，但不再将其定位为司法机关；虽然它在预防犯罪领域和侦查犯罪活动中都要采用某些行政性措施，但也不将其视为行政机关。它的定位就是国家的公诉机关。”这些见解对于建设中国特色的政权体制具有重要的参考意义。对于监督权的行使问题，徐静村教授提出：“全国人大设立法律监督委员会作为行使监督权的职能机关。凡属全

国人大及其常委会现在行使的各项监督权，都可授权这个委员会负责处理。法律监督委员会监督权行使的范围包括：对违宪行为的监督，对行政权行使的监督，对司法权行使的监督，对检察权行使的监督，对政党、社团和其他组织活动是否遵守宪法和法律的监督等。其中对司法权行使的监督，意在保障司法行为的合宪性和合法性，遏制司法专横和司法腐败，实现司法公正，维护社会正义。因此，它的职责在于查处和惩戒违法失职的法官。为此，可在人大法律监督委员会下设司法弹劾委员会，专门负责司法弹劾工作。由于检察权的行使带有某些司法性质，侦查、起诉过程中容易出现违法操作和忽视人权保障等问题，所以对检察官和警官的执法监督，可由司法弹劾委员会负责进行。”徐静村教授的这些见解高屋建瓴，对于国家的宪政体制改革和司法体制改革无疑具有十分重要的意义。该文曾由新华社编入《高管信息》送中央领导参考。

又如在《刑事二审程序中的诉讼关系研究》一文中，徐静村教授提出：刑事二审系因被告上诉或检察官抗诉而引起，无论上诉或抗诉都是不服一审判决而要求上级法院重新审判。因此，刑事二审审判中诉讼主体间的关系已产生变化，作出一审判决的法院作为“程序意义上的被告”应当派员出席二审法庭，陈述其作出一审判决的根据和理由，出庭时法律称谓可名之为“必要诉讼参与人”。二审法院不应在一审法院缺席的情况下作出二审判决。但二审判决要解决的问题仍然是刑事被告人刑事责任的有无及大小，即使一审判决错误，也只是一审承办法院对于被告人刑事责任的有无及大小作了错误评断，二审则旨在纠正这种评断错误，而不是把一审法院作为刑事追究的对象。传统理论关于刑事审判对象是“公诉事实”或“控方诉求”的观点显然不适合二审和再审。只有将“刑事被告人刑事责任的有无及大小”作为刑事审判对象才是恰当的。上述观点不仅突破了传统理论的桎梏，而且为创新诉讼构造作出了有益的探索。^{〔1〕}

二、在律师学方面

徐静村教授对律师理论与实务进行了长期而系统的研究。早在1980年3月，我国律师制度尚未恢复的时候，徐静村教授就发表了《略论我国的辩护制度》一文，对我国宪法关于“被告人有权获得辩护”这一规定在刑

〔1〕 见《河南社会科学》2008年第1期。



徐
静
村

法
学
文
集



当代中国法学名家徐静村

事诉讼中应当如何体现和执行，作了透辟的论述。此文对律师理论研究起了推动作用，对当时的诉讼实践产生了指导性影响。此后，徐静村教授陆续发表了《怎样做好律师工作》（《西南政法学院学报》1980年第3期）、《刑诉中律师作为代理人的地位作用》（《法学季刊》1982年第1期）、《对民诉代理几个问题的意见》（《法学季刊》1982年第4期）、《律师怎样为你服务》（重庆出版社1982年版）等文章和书籍。为了配合《中华人民共和国律师暂行条例》1982年1月1日起正式施行，徐静村教授于1981年1月至4月期间写成《律师工作知识》一书，由四川人民出版社出版，这是国内最早关于律师理论与律师实务相结合的著述，出版后对律师业的恢复与发展起了重要作用。徐静村教授十分关注我国律师制度恢复后律师的实务运作情况，并随时给予理论指导，又陆续在报刊上发表了《在刑事诉讼中如何发挥律师的配合制约作用》（《法学季刊》1987年第1期）、《法庭辩论中的若干技巧问题》（《现代法学》1988年第1期）等重要文章。为了深化律师理论、指导实务操作，徐静村教授在总结自己多年研究成果的基础上，于1987年10月写成《律师学》一书，由四川人民出版社出版。这是我国第一本律师学专著。徐静村教授在《律师学》一书中首次为这一新学科的性质和内容作了界定，指出：“律师学是关于律师这一社会分工产生、发展、存在条件及其功能的科学”，属于“职业法学”范畴。它以“律师理论、律师制度、律师实务、律师道德、律师艺术和律师作用为研究对象”。它的任务应包括如下方面：“探讨律师制度与社会政治经济制度之关系；研究律师法与国家法律制度之关系；寻求律师活动之真谛及正确履行法律义务、实现社会职能之方法；讨论律师执业活动之得失，总结有益之经验；提出健全律师制度及改进工作之设想。”^{〔1〕} 这些观点奠定了律师学这门新学科的基本理论体系。学术界评价此书是“开创新学科的开山之作”，指出“徐静村教授《律师学》的问世，使律师理论的研究有了新的突破。它表明这一学科的研究已由零星、分散的状态进入了系统的、整体的全面阶段”。^{〔2〕} 常怡教授在题为《律师理论的深化与体系化》的评价文

〔1〕 见徐静村：《律师学》，四川人民出版社1988年版，第1—4页。

〔2〕 参见孙毅刚、赵秀芳：《律师学若干问题之议论》，载《政治与法律》1990年第3期。

章（《当代律师》1991年第2期）中指出：“要构建和开创一门新学科不是一朝一夕、一蹴而就的事，非艰苦探索不可。《律师学》一书可以说是为创立具有中国特色的律师学进行的科学尝试，基本构筑了律师学体系的框架。”“作者在理论上的研究具有开拓性和探索性，也具有严肃性和科学性。尤其值得一提的是，作者总是从我国经济体制改革和政治体制改革的进程和要求上去把握律师改革的方向的。”罗德银教授则从律师实务角度评价此书为“律师业的向导”，认为它“是中国法学界和律师界首屈一指的研究律师制度和律师实务的书籍，又是律师的向导，堪称我国全面、系统地研究律师学的第一部力作”。（《云南法学》1990年第2期）为了给广大律师提供具体业务指导，徐静村教授于1987年6月出版了专为律师编写的工具书《法律事务常用文书》和介绍律师技巧的译著《法庭演说艺术》，这两本专著对律师实务指导起过重大作用。前者曾获重庆市1988年优秀科研成果奖。20世纪80年代中期以后，围绕律师的性质和律师体制改革问题，徐静村教授发表了一系列文章，主要有《论社会主义初级阶段的律师体制》（《现代法学》1988年第4期）、《关于合作制律师事务所的若干法律问题》（《现代法学》1989年第2期）、《关于合作制律师事务所的特点、法律地位及发展趋势》（《法制建设》1989年第1期）、《关于律师学的几个基本问题》（《政法论坛》1992年第5期）等。徐静村教授认为，我国1980年制定的《律师暂行条例》将律师定性为“国家法律工作者”是不妥当的，律师应定性为“法律服务工作者”，而“律师业则是一种独立性和自主性很强的以法律事务为内容的社会服务行业”。他的提法反映了律师活动的独立性和非公务性。基于此，他认为律师体制改革的重点和目标是建立一种国家监督之下的律师自治体制，这种体制将为律师业带来新的生机；他主张司法行政机关同各级律师协会间应建立一种一般领导与监督关系，实现律师协会自主管理律师事务；主张发展多种形式的律师事务所，包括合作制、合伙制等形式；合作制（及合伙制）律师事务所应具备自愿协商、自由组合、民主管理、自主经营、独立核算、自负盈亏、依法成立、具有法人资格等特征。他的这些见解均为20世纪90年代以来的律师立法和律师体制改革所采纳和验证。

三、在证据理论方面

徐静村教授认为，“证据制度概念只应界定在法官判断证据确认事实

的行为规则这一范围之内”。以此为基准，他对证据制度的历史类型提出了与通说完全不同的看法。他认为奴隶制诉讼证据制度不能笼统地叫做“神示证据制度”。“誓言”仅是当时诉讼中使用的一种证据，而且仅在没有其他证据证明某项事实的场合法官才允许当事人以“盟誓”为证；至于“神明裁判”则是一种裁判制度而非证据制度，当法官限于认识能力或者两方均无有力证据证明事实时，便把裁判权委之于“神”，让“神”来裁判谁是谁非，因此也不能把这种“神明裁判方法”叫做“神明裁判的证据制度”。在分析东西方奴隶制诉讼中法官判断证据认定事实的共同特点的基础上，徐静村教授认为奴隶制诉讼的证据制度应称为“据证推断”的证据制度。同时，徐静村教授认为将封建诉讼的证据制度概括为“法定证据”制度是以偏赅全，指出东西方封建诉讼的共同特点是实行“口供主义”，因此，应将封建诉讼的证据制度概括为“据供定案”的证据制度。徐静村教授认为，将我国现行的证据制度定名为“实事求是”的证据制度也是不当的。他指出，“我国诉讼中法官审查判断证据的任务是为了发现客观真实，因为法律要求认定案件事实必须做到证据确实充分，作出判决‘必须忠实于事实真相’，即要求法官判断证据认定事实要达到主客观的完全统一，不允许有任何的疏忽与差错，只要是法官确认的事实，在任何环节上都必须持之有据，并且达到确信无疑的程度。因此，将我国法官判断证据认定事实的准则，名之为‘据实确信’应是比较确切的”。他的这些见解澄清了法学界关于证据制度的许多长期争论的问题。^{〔1〕}在此基础上，他在其他著作中系统地论述了证据制度的历史与现状，对每一种证据制度的内涵和特点进行了分析研究，为我国证据学理论体系的更新作出了重要贡献。在《我的证明标准观》一文中，徐静村教授提出我国刑事证明的基本标准应当是“犯罪事实清楚，证据确实充分，排除合理怀疑”，指出证据间的相互映证性和不矛盾性、证据锁链的闭合性、结论的唯一性和排他性，以及司法人员在上述基础上形成的内心确信结合在一起，构成我国刑事诉讼的证明标准，对我国刑事证明标准作出了全新的界定。^{〔2〕}

对于诉讼法学界较为关注的证据立法问题，在绝大多数学者主张制定

〔1〕 徐静村：《证据制度辨析》，载《法律科学》1993年第5期。

〔2〕 陈光中、江伟主编：《诉讼法论丛》（第7卷），法律出版社2002年版。