



中国法学精萃系列丛书

中国诉讼法学精萃

(2003 年卷)

法苑精萃编辑委员会 编



机械工业出版社
CHINA MACHINE PRESS



中国法学精萃系列丛书

中国诉讼法学精萃

(2003 年卷)

法苑精萃编辑委员会 编



B1285863



机械工业出版社

本书精选 2002 年度全国报刊上公开发表的有代表性的优秀诉讼法学论文编辑而成。主要包括：“司法独立的几个问题”、“司法公正的‘底线’”等。涵盖司法制度、民事诉讼法学、刑事诉讼法学、行政诉讼法学几个方面。这些论文代表了 2002 年度我国诉讼法学的发展水平，可供法律专业高年级本科生、硕士研究生、博士研究生、准备考研的人士以及法学教研人员和法律工作者阅读参考，也可作为年鉴由图书馆资料室收藏。

图书在版编目 (CIP) 数据

中国诉讼法学精萃. 2003 年卷/法苑精萃编辑委员会编.
—北京: 机械工业出版社, 2004.1
(中国法学精萃系列丛书)
ISBN 7-111-13317-X

I. 中… II. 法… III. 诉讼法—法的理论—中国
—文集 IV. D925.01-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 099804 号

机械工业出版社 (北京市百万庄大街 22 号 邮政编码 100037)

责任编辑: 梁代军

封面设计: 饶 薇 责任印制: 路 琳

北京机工印刷厂印刷·新华书店北京发行所发行

2004 年 1 月第 1 版·第 1 次印刷

1000mm×1400mm B5·21.125 印张·2 插页·720 千字

0 001—4 000 册

定价: 55.00 元

凡购本书, 如有缺页、倒页、脱页, 由本社发行部调换
本社购书热线电话 (010) 68993821、88379646
封面无防伪标均为盗版

法苑精萃编辑委员会

编委 (按姓氏笔划排序)

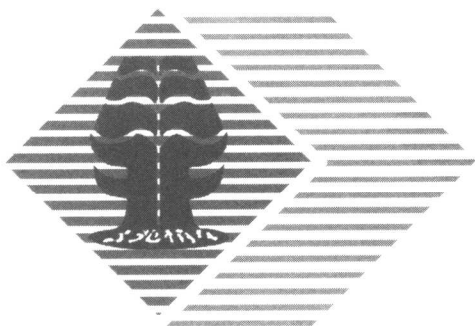
- 王利明 中国人民大学法学院副院长、教授、博导
王保树 清华大学法学院教授、博导
王晨光 清华大学法学院院长、教授、博导
王家福 中国社会科学院法学所研究员、博导
公丕祥 江苏省高级人民法院院长, 南京师范大学教授、博导
付子堂 西南政法大学副校长、教授
石少侠 国家检察官学院常务副院长, 吉林大学法学院教授、博导
田平安 西南政法大学教授、博导
龙宗智 西南政法大学校长、教授、博导
石泰峰 中共中央党校副校长、教授、博导
江 平 中国政法大学终身教授、博导
孙宪忠 中国社会科学院法学所研究员、博导
朱景文 中国人民大学法学院教授、博导
张文显 吉林大学党委书记、教授、博导
李 龙 浙江大学法学院院长、教授、博导
李昌道 复旦大学法学院院长、教授
张晋藩 中国政法大学终身教授、博导
邵建东 南京大学法学院院长、教授、博导
吴汉东 中南财经政法大学校长、教授、博导
吴志攀 北京大学副校长、教授、博导
何勤华 华东政法学院院长、教授、博导
陈卫东 中国人民大学法学院教授、博导
陈光中 中国政法大学终身教授、博导

IV

- 陈兴良 北京大学法学院副院长、教授、博导
陈明华 西北政法学院院长、教授、博导
郑成良 国家法官学院院长、教授、博导
郑成思 中国社会科学院法学所研究员、博导
赵秉志 中国人民大学法学院副院长、教授、博导
胡建森 浙江大学副校长、教授、博导
郝铁川 中共上海市委宣传部副部长，华东政法学院教授、博导
徐显明 中国政法大学校长、教授、博导
高鸿钧 清华大学法学院副院长、教授、博导
黄 进 武汉大学副校长、教授、博导
崔建远 清华大学法学院教授、博导
曹建明 最高人民法院常务副院长、教授、博导
梁慧星 中国社会科学院法学所研究员、山东大学法学院院长、教授、博导
曾令良 武汉大学法学院院长、教授、博导
曾宪义 中国人民大学法学院院长、教授、博导
霍存福 吉林大学法学院院长、教授、博导

总主编 张文显

总策划 法苑精萃创作中心



法苑精萃编辑部

主任 刘保文
委员 (按姓氏拼音排序)
常淑茶 梁代军
孙森林 肖振生



序

当今是知识爆炸的时代，又是时间四分五裂的时代，这就形成了无限的知识与有限的时间之间的矛盾。其实这也是人生的矛盾，求知的本性与短促的人生的矛盾，这一矛盾深深地困扰着人类。

解决这一矛盾的努力无非有两种。第一种是充分利用时间。但会受到人的生理因素的制约，加上人生必要时间的支付，即使再充分利用时间，每人每天也只有 24 小时，因而这种努力未必真正有效。看来比较有效的是第二种，即对爆炸的知识进行甄别、挑选，取其精华，弃其糟粕。众所周知，著作虽多，但真正有永久价值的经典之作总是少数。择善而从，是人生的原则，自然也是读书求知的原则。读书求知的有效方法是取精用宏、含英咀华，读精品之作、经典之作。经典著作是知识的浓缩、思想的精华，读经典著作是纲举目张、事半功倍，恰似“与君一席谈，胜读十年书”，可以说，不读经典著作就谈不上真正的读书求知。

法治是治国安邦的大政国是，是全球大势和时代主题，也是人类智慧聚焦之所在。在步入法治社会的当代中国，法学日益成为一门显学，每年发表的法学作品数以万计。法律是时代精神精华的确认，法治是时代精神精华的贯彻，法学是时代精神精华的写照。法学必须是精华，只有精华才配称为法学，只有法学经典著作才是值得供人解读的真正的法学文本。人们希望快捷地找到其中那些真正有价值、有影响、堪称经典的作品。编选《中国法学精萃》系列丛书即是出于此种考虑。

考量著作是否精品、经典有以下标准：

一是思路新奇。学术的生命在于创新，学术的发展新新不已，学术创新之处正是学术精华所在。那些筚路蓝缕、独辟蹊径、开天辟地、振聋发聩之作当属精品、经典之作。

二是资料详实。思想没有全新的，学术是承先启后和不断推陈出新的，对大量的已有资料的搜集、占有、爬梳、概括、提炼本身就是十分重要的学术工作，而在这个基础上的研究才不是无源之水、无本之木。那些钩沉发隐、洞烛幽微、经纬百家、茹古涵今、集大成者当属精品、经典之作。

三是思想深刻。学术的使命是求真，追求真理。但真理作为规律是内在的、深刻的，这就决定了学术思想必须深刻，不深刻不足以入理。思想深刻是学术的价值所在、尊严所在，也是精华所在。那些体大思精、高瞻远瞩、笔扫千军、慎思明辨、警世喻人之作当属精品、经典之作。

四是传世之作。在所有的批判中，最伟大、最正确、最天才的是时间。精品、经典之作不仅是时代精神的精华，而且是时代精神的超越，是经得起时间批判的传世之作。那些与时俱进、雄视百代、历久弥新、嘉惠新学、启迪后人之作当属精品、经典之作。

当然，上述标准是很高的，也许身不能至，但心向往之。我们把它们作为行动的旗帜和追求的目标，并为此而与人们一道不懈努力。

对于本系列丛书来说，我们希望达到以下目标：

一是起到年鉴的作用。从每年公开发表的法学文章中精选出有代表性、权威性、经典性的文章，铭记法学各学科每年的发展状况和学术进展，以供图书馆、资料室收藏。

二是具有教研资料的作用。资料是教研的基础，了解把握研究动态是为教为研之始，本套丛书可以成为教研人员床头案前之必备。

三是具有考试指南的作用。近几年法学硕士、博士考试愈来愈热、人数愈来愈多，每个考生在复习过程中，都要查找、复印、装订相关的有代表性、权威性、经典性的文章仔细阅读，极其烦难不便，本系列丛书恰能予以弥补，提供方便。

我们的工作把我们推到了审判官的位置，但我们没有火眼金睛，或许有时还有眼无珠，难免良莠不分，取舍不当。我们在提请公众批判理解的同时，也虔诚地希望公众热情参与，把自己所认为的精品、经典之作推荐给我们。俟条件允许，我们也会敬请有关专家、学者进行评选，以求名至实归、不负众望。

张文显

11/18/2019

目 录

序

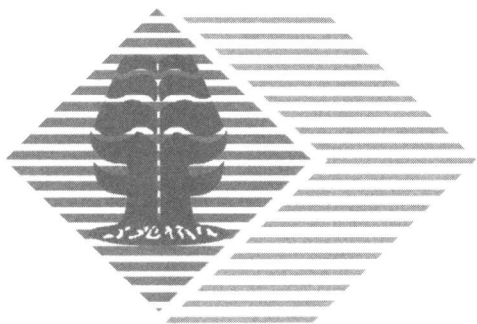
第一部分 司法制度 / 1

- 李步云 柳志伟 司法独立的几个问题 / 3
- 曾宪义 司法公正与司法效率的保障机制研究 / 14
- 吴志攀 司法公正的“底线” / 26
- 姚建宗 国家统一司法考试与我国司法官遴选
基本认识与框架设计思路 / 36
- 钱弘道 论司法效率 / 48
- 刘会生 人民法院管理体制改革的几点思考 / 59
- 左卫民 法院制度现代化与法院制度改革 / 71

第二部分 民事诉讼法学 / 85

- 田平安 罗健豪 民事诉讼法律责任论 / 87
- 江 伟 吴泽勇 证据法若干基本问题的法哲学分析 / 119
- 章武生 论民事再审程序的改革 / 138
- 汤维建 论民事诉讼中的举证责任倒置 / 154
- 廖中洪 民事程序立法中的国家本位主义批判
——对我国民事诉讼立法指导思想的反思 / 173
- 杨荣新 肖建华 WTO 与我国民事诉讼改革 / 190
- 奚晓明 不方便法院制度的几点思考 / 204

叶 峰	叶自强	推定对举证责任分担的影响 / 221
李 浩	民事证据的若干问题	——兼评最高人民法院《关于民事诉讼证据的司法解释》/ 234
童兆洪	林翔荣	民事执行救济制度刍论 / 253
肖建国	论民事举证责任分配的价值蕴涵 / 266	
顾培东	论我国民事权利司法保护的疏失 / 281	
傅郁林	审级制度的建构原理	——从民事程序视角的比较分析 / 301
常 怡	唐 力	民事再审制度的理性分析 / 324
第三部分 刑事诉讼法学 / 341		
陈光中	汪海燕	论刑事诉讼的“中立”理念
		——兼谈刑事诉讼制度的改革 / 343
樊崇义	张建伟	WTO 与刑事诉讼法律制度的改革 / 359
陈卫东	我国检察权的反思与重构	——以公诉权为核心的分析 / 380
陈兴良	限权与分权：刑事法治视野中的警察权 / 403	
姜 伟	公诉的价值 / 425	
何家弘	刑事诉讼中举证责任分配之我见 / 442	
汪建成	祁建建	论诉权理论在刑事诉讼中的导入 / 454
陈瑞华	未决羁押制度的理论反思 / 466	
张建伟	证据法学的理论基础 / 499	
宋英辉	陈永生	刑事案件庭前审查及准备程序研究 / 531
左卫民	周洪波	从合法到非法：刑讯逼供的语境分析 / 549
孙长永	刑事庭审方式改革出现的问题评析 / 566	
谢佑平	万 毅	论司法改革与司法公正 / 577
杨宇冠	论非法证据排除规则的价值 / 591	
第四部分 行政诉讼法学 / 605		



第一部分

司法制度

司法独立的几个问题

李步云 柳志伟

依法治国，建设社会主义法治国家，作为中国人民的一项治国方略和奋斗目标，已被庄严地载入我国宪法。司法独立是现代法治国家的主要标志，是现代宪政的重要内容，是我国现行宪法的一项基本原则和制度。1997年党的十五大报告又进一步强调，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。”现在，我国的司法改革正在广泛的范围内深入展开。保证司法独立是司法改革的一项极为重要的任务。本文拟着重从司法独立的理论层面谈一些个人的看法，以就教于学术界和实务界同仁。

一、司法独立的产生与历史发展

研究问题的科学方法之一，是对某一理论、原则或制度进行历史的考察，看它在历史上是怎样产生的，它经历过什么样的发展阶段，这样才能更好地把握该事物的性质、价值和未来的发展方向。

司法独立作为国家机构的一项重要原则和制度，是近代民主革命的产物。它是建立在“主权在民”和分权理论的基础上的。在古代，无论是西方还是中国，国家的立法、行政和司法等各项权力，都是高度集中于君主和地方长官一人之手。这是奴隶制和封建制的专制主义政治的重要特征。其理论基础是“主权在君”。既然“普天之下，莫非王土；率土之滨，莫非王臣”、“朕御国家”，为了实现君主一人的统治，国家权力的高度集中就成为很自然的事情。随着封建主义生产关系的没落和资本主义生产关系和市场经济的兴起，“主权在民”理论应运而生。但是人民很难直接管理国家，而只能通过选举产生政府，由政府代表人民管理国家。为了防止被选举产生的政府权力腐败与异化，启蒙思想家们建议未来的政府应当实行权力分立与权力制衡，这就是司法独立产生的社会条件和历史背

景。这里，笔者需要顺便指出的是，人们通常认为，司法独立的理论基础是“权力分立”理论，这无疑是正确的，但还不够全面。“权力不受制约必然腐败”的原理，具有超时空的性质，因此古代就有了朦胧的权力分立与制衡的思想。西方古代权力分立理论的出现和中国古代“三省”制度和“监察”制度的设置就是例证。但那时候不可能产生司法独立的理论、原则和制度，这是“主权在君”观念和专制主义政治制度所决定。肯定这一点，对深刻理解“司法独立”的价值是十分必要的。

通常认为，西方古代的分权思想起源于古希腊思想家亚里斯多德。他认为，“一切政体都有三个要素，作为构成的基础。”这三个要素是：议事机能、行政机能和审判机能。倘使三个要素都有很好的组织，整个政府将是一个健全的机构^①。比亚氏晚两个世纪的古罗马史学家波里比亚斯继承与发展了他的这一思想。在《罗马史》这一著作中，波里比亚斯提出，罗马的政权分为三部分：第一是执政官，代表君主势力；第二是元老院，代表贵族势力；第三是平民会议，代表人民的势力。任何一部分过重，都会影响政体的平衡。执政官需要元老院通过法律，才能获得经费；执政官签订条约与媾和，也要经平民会议通过；元老院有关死刑的判决需经平民会议批准；而平民会议通过建筑执照和雇用税吏等法案又必须经元老院同意。只有三者相互制衡，才能避免政制衰败^②。古代西方的分权思想比中国发达，是由古希腊存在城邦国家等具体历史条件所决定。

近代西方的分权理论是由英国的洛克和法国的孟德斯鸠等思想家奠定的。洛克的一生是在英国革命时期度过的，其思想深受这一革命的影响。他认为，每个国家都有三种权力，即立法权、行政权、对外权。每一种权力都要由一个特定的机关来掌握，而不能集中在君主或政府手里。如果一个机关同时享有立法权和执行权，就会促使它去获取权力并滥使用权力，在制定法律时只顾自己的利益，而在执行法律时免受法律的约束。他认为，在国家权力体系中，立法权最高，行政权和财政权应处于次要的和服从的地位。其目的是提高议会的地位以抑制王权。但他也强调，立法权也要受限制：它应以正式公布的法律来治理国家，“国家的法律应该是不论贫富、不论权贵和庄稼人都一视同仁”^③；这些法律应以为人民谋福

① 参见西方法律思想史编写组：《西方法律思想资料选编》，北京大学出版社1983年版，第56页以下。

② 参见张金鉴：《西洋政治思想史》，台北三民书商印行1976年版，第92页。

③ [英]洛克：《政府论》下篇（中译本），商务印书馆1964年版，第88页。

利作为最终目的, 未经人民或其代表同意, 不得对其财产课税; 立法机关制定法律的权力不能转让^①。他认为, 以上三权应当分立并相互制约。依照现代的观念和制度来说, 洛克实际上是主张两权分立。他没有提出“司法独立”, 同英国革命具有妥协性有关。当时贵族院居于最高法院的地位, 司法权由英王掌握。在近代, 完整的“三权分立”理论是孟德斯鸠提出的。彻底的法国资产阶级大革命造就了他的思想观念。孟德斯鸠说: “一切有权力的人都容易滥用权力, 这是万古不易的一条经验。”“从事物的性质来说, 要防止滥用权力就必须以权力约束权力。”“如果同一个人或是由重要人物、贵族或平民组成的同一个机关行使这三种权力, 即制定法律权, 执行公共决议权或裁判私人犯罪或争执权, 则一切便都完了”^②。虽然孟德斯鸠在政治立场上趋于保守, 1789 年法国大革命否定了他的君主立宪方案, 却采纳了卢梭的“人民主权”理论, 建立了法兰西共和国。但是, 他是被公认为“三权分立”学说的正式提出者, 是系统地论述“司法独立”的第一人。他的“三权分立”理论被 1787 年制定的《美利坚合众国宪法》和 1791 年法国宪法所采纳。此后, 司法独立的原则和制度被世界上很多国家所沿用。尽管由于历史背景和文化传统不同, 分权制衡的具体形式各有千秋, 例如美国有总统制、英国有内阁制、法国有总统内阁混合制, 从而司法独立各有差异, 但其原则精神是完全相同的。

值得注意的是, 近几十年以来, 司法独立的原则和制度在全世界得到了更为广泛的传播, 其基本特点是它已经进入国际法领域, 从而开始了一个新的发展阶段。有关司法独立的国际文件主要是: 1982 年 10 月 22 日在印度新德里举行的国际律师协会第十九届年会通过的《司法独立最低标准》、1983 年 6 月 10 日在加拿大魁北克蒙特利尔举行的司法独立第一次世界会议通过的《司法独立世界宣言》、1985 年 8 月至 9 月在意大利米兰举行的第七届联合预防犯罪和罪犯待遇大会通过的《关于司法机关独立的基本原则》、1989 年 5 月 24 日联合国经济及社会理事会通过的《关于司法独立的基本原则: 实施程序》、1994 年 1 月 20 日在西班牙马德里举行的国际法学家委员会通过的《关于新闻媒体与司法独立关系的基本原则》、1995 年 8 月 19 日在中国北京举行的第六届亚太地区首席大法官会议通过的《司法机关独立基本原则的声明》等。这些有关司法独立的国际文件, 具有以下特点: (1) 这些文件概括了世界上不少学者和政治家的看法和主张, 反映了很多国

① 参见西方法律思想史编写组:《西方法律思想资料选编》, 北京大学出版社 1983 年版, 第 205 页。

② [法] 孟德斯鸠:《论法的精神》上册(中译本), 商务印书馆 1961 年版, 第 154 页以下。

家的意见和政策,体现了全人类的价值追求,表达了各国人民的共同意志,因而具有很高的权威性与影响力。(2) 这些文件对司法独立概念的科学内涵作了深刻揭示,对司法机关与其他国家机关、执政党及新闻媒体的关系作了准确定位,对法官的资格、任免、培训、服务条件与任期、权利与义务等作了全面规定,对司法机关内部的关系作了分析。所有这些对世界各国确定与建立司法独立的原则和制度,具有重要的指导意义与参考价值。(3) 这些文件中的一部分对联合国成员国具有约束力。例如,《关于司法机关独立的基本原则》曾经过联合国大会 1985 年第 40/32 号决议和 40/146 号决议认可。《关于司法独立的基本原则:实施程序》由联合国经济及社会理事会第 1989/60 号决议通过。这些文件都是联合国成员国必须遵守的,并自 1988 年起“每五年向秘书长通报一次在实施基本原则方面所取得的进展情况,包括基本原则的宣传,纳入国内立法的情况,在国内实施原则时所面临的问题和困难以及遇到的各种阻碍,同时还包括可能需要的国际社会的援助等。”我国是联合国安理会五个常任理事国之一,有责任和义务在实施这些原则与制度方面采取行动和作出表率。

二、司法独立的价值与现实意义

对于司法独立的价值与现实意义,我们不应局限于从司法制度自身去思考,而应从更广阔的视野,即从宪政的角度去考察。司法独立的原则和制度是宪政十分重要的内容和必不可少的组成部分。宪政又称宪政主义、立宪主义等。各国学者和政治家对其内涵存在种种不同见解,其定义不下几十种,在我国,同样有各种说法,如“宪政是什么?就是民主的政治”^①。“所谓宪政就是合乎宪法规定的国家体制,政权组织以及政府和人民相互之间权利义务关系而使政府和人民都在这些规定之下,享受应享受的权利,负担应负担的义务,无论谁都不许违反和超越这种规定而自由行动的这样一种政治形态”^②。“按照立宪主义的基本精神,国家的政治、经济、文化及其社会生活必须依据宪法精神来加以控制和治理,而这种控制与治理的基本要求与手段则是对国家权力的有效控制与人权保障”^③。有人

① 毛泽东:《新民主主义宪政》,引自《毛泽东选集》第2卷,人民出版社1952年版,第726页。

② 张友渔:《宪政论丛》上册,群众出版社1986年版,第97页以下。

③ 韩大元:《亚洲立宪主义研究》,中国人民公安大学出版社1996年版,第7页。

主张“民主+宪政=思想的政制”^①，也有人提出宪政与宪法是一个概念^②。笔者个人认为：“可以给宪政下这样一个定义：宪政是国家依据一部充分体现现代文明的宪法进行治理，以实现一系列民主原则与制度为主要内容，以厉行法治为基本保证，以充分实现最广泛的人权为目的的一种政治制度。根据这一定义，宪政这一概念，包含三个基本要素，即民主、法治、人权”^③。下面我们分别就司法独立在民主、法治和人权中的地位与作用，作一概要分析。

现代民主这一概念的内涵，大致上包括一个核心和四个方面的内容。一个核心是指“人民主权”原则。它是现代民主的理论基础和根本原则。我国现行宪法规定：“中华人民共和国的一切权力属于人民”^④，就是“人民主权”原则在宪法上的体现。四个方面的内容，一是指公民的民主权利，包括选举权、参政议政权、监督权、知情权等等。二是指政治权力的民主配置，包括执政党和在野党、合作党的关系；执政党和国家机构的关系；国家机构内部立法机关、行政机关、司法机关的关系；各国家机关内部领导者个人和领导集体的关系等等，都要按照分权与制衡的原则作出合理安排。三是民主程序，包括政治决策、立法、执法和司法等都要有民主程序。四是指民主方法，包括民主集中制、群众路线、批评自我批评、不搞一言堂、让人讲话等等。司法独立是属于政治权力民主配置这一范畴，但又同民主的其他内容密切相关。为什么在国家权力的分立与制衡中要强调司法机关的独立性呢？被尊称为“美国宪法之父”的约翰·汉密尔顿有一段话讲得好：“司法部门既无军权，又无财权，不能支配社会的力量与财富，不能采取任何主动的行动，故可正确断言：司法部门既无强制，又无意志，而只有判断；而且为实施其判断亦需借助于行政部门的力量”^⑤。由于它在国家机构体系中的这种弱势地位，它的任务只是搞清案件的事实和正确适用法律，以及它的地位的这种中立性。因而司法机关对社会的危害性也最少。而司法机关又是维护社会正义的最后屏障和防线。因而保证司法的工作不受来自任何外界的干预和影响，以保障和维护法律崇高权威，是十分必要的。司法独立不仅是一个国家权力结构民主体制的重要一环，而且对保证公民政治权利的实际享有、维护民主程序的正常运

① 参见张文显、信春鹰：《民主+宪政=理想的政制——比较宪政国际讨论会热点述评》，载《比较法研究》，1990年第1期。

② 参见陈云生：《民主宪政新潮》，人民出版社1988年版，第1页。

③ 李步云：《走向法治》，湖南人民出版社1998年版，第2页。

④ 《中华人民共和国宪法》（1982年）第2条。

⑤ 《联邦党人文集》（中译本），商务印书馆1982年版，第392页。