

依法治国 司法公正

——诉讼法理论与实践

(一九九九年卷·上海)

主 编 陈光中
副主编 江 伟 陈 旭

上海社会科学院出版社

SHANGHAI SHEHUIKEXUEYUAN CHUBANSHE

依法治国 司法公正

——诉讼法理论与实践(1999 年卷·上海)

主 编：陈光中

副 主 编：江 伟 陈 旭

上海社会科学院出版社

图书在版编目 (C I P) 数据

依法治国司法公正: 诉讼法理论与实践. 1999 年卷/
陈光中主编. —上海: 上海社会科学院出版社, 2000. 5
ISBN 7-80618-703-0

I. 依... II. 陈... III. 诉讼法-研究-中国-文集
IV. D925. 04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2000) 第 16410 号

著 者:陈光中

责任编辑:赵玉琴

出版发行:上海社会科学院出版社

(上海淮海中路 622 弄 7 号 电话 53060606 邮编 200020)

经 销:新华书店上海发行所发行

印 刷:上海长城绘图印刷厂

开 本:850×1168 毫米 1/32 开

印 张:37

字 数:920.4 千字

版 次:2000 年 4 月第 1 版 2000 年 4 月第 1 次印刷

印 数:0001-3000

ISBN 7-80618-703-0/D.199 定价:82.00 元

版权所有 翻印必究

本书编辑委员会

名誉主任：刘家琛 沈德咏

主任委员：陈光中

副主任委员：江 伟 陈 旭

委 员：（按姓氏笔划排列）：

王国枢 王学林 叶 青 江 伟

严 瑞 张凤阁 肖贤富 陈光中

陈 旭 陈桂明 李忠诚 武延平

胡锡庆 徐静村 崔 敏 章克勤

盛焕伟 黄双全 谭 兵

秘 书：魏 彤

编辑说明

由中国法学会诉讼法学研究会、上海市第一中级人民法院联合主办的中国诉讼法学研究会 1999 年会,于 1999 年 11 月 5 日至 7 日在上海市召开。本次年会的主题是“依法治国与司法公正”,具体议题是 1. 证据制度;2. 司法体制;3. 诉讼程序与司法公正;4. 主诉检察官问题;5. 陪审制度;6. 民诉的审级制度与二审终审制;7. 再审制度;8. 民事执行制度;9. 行政诉讼受案问题;10. 行政审判方式特点。会议期间共收到论文 113 篇。

从总体上看,年会收到的论文具有较高的学术水准和较强的应用价值,但因限于篇幅,编辑委员会研究决定选取其中 100 篇编辑成书。论文作者为与会正式代表和未到会理事,原则上一人一篇,合作者除外,每篇论文字数一般控制在 1 万字以内。

本书由陈光中任主编,江伟、陈旭任副主编。其出版与发行工作得到了上海市第一中级人民法院、华东政法学院、上海大学知识产权学院和上海社会科学院出版社的大力支持,黄双全、胡锡庆、章克勤、叶青、俞秋玮、魏彤、赵萍清等同志做了大量具体的编辑工作,在此一并表示感谢。

由于时间仓促,书中疏漏之处在所难免,恳请读者指正。

编辑委员会

1999 年 12 月

关于司法公正问题的几点看法

——在'99中国诉讼法学研究会
年会上的发言节选(代序)

中华人民共和国
最高人民法院副院长 沈德咏

司法公正问题虽然不是诉讼法上的基本理论问题,但与我们对三大诉讼法的研究关系密切。公正是程序的基本价值观,也是当前司法改革的基本价值取向。讲司法公正,不能离开程序公正,追求程序公正,也就是追求司法公正,这个问题十分重要。

诉讼法学研究会是程序法的论坛,所以,今天我想借此机会着重谈一谈这个问题。因为今天是临时性发言,就不追求讲话的系统性、完整性,逻辑性也要差一些,请大家谅解。

我的感觉,一个时期以来,司法公正的问题被弄得沸沸扬扬,广为关注。在司法实践中,司法不公的问题是客观存在的,作为我们司法机关,首先应该有勇气承认这一点,但是话又说回来,没有一个社会可以彻底解决司法公正的问题,谁也不能宣称自己实现了彻底的司法公正,就是号称最讲民主、最讲法治的国家,它也难以做到。在我们国家现阶段,也就是在社会主义初级阶段,也不例外,也难以做到彻底的司法公正。但是现在把法院系统所发生的一切,无论什么性质的问题,都往司法不公这个筐子里面装,我认为是不明智的,也是不科学的。而且认为这些问题都要人民法院来承担,这也是不公平的。这里牵涉到怎样认识司法公正的问题,有些根本就不属司法公正的范畴。

现在人人都在议论司法公正,在法院工作中,从上到下,也是言必谈司法公正。但是有两个基本问题,可以说到目前为止,谁也说不清楚。第一个就是什么是司法公正,第二个是如何实现司法公正。第一个问题是要解决对司法公正的科学认识问题,第二个问题是要解决实现司法公正的条件方法问题,我希望学术界的同志围绕这两个问题深入进行研究。

关于什么是司法公正,我们不能从概念到概念,当然概念也是很重要的。现在司法公正和司法不公正的外延非常之大,这个司法公正,那个司法公正,可以列出十几个,什么表现公正、形象公正等等。概念很重要,因为概念是事物本质的科学抽象。但是我们科学研究重要的不是下定义,不在深入研究的基础上定义也下不出来。现在很难用一、二句话概括什么是司法公正,我希望大家把司法公正作为一种司法现象、作为一种社会现象来研究。首先要搞清楚司法公正是什么性质的问题。什么是司法,什么是公正,什么是司法公正,这些都需要搞清楚。这些问题现在不仅没有搞清楚,甚至还有很多的误解,现在很多人是拿一般社会公正的观念来看待和评价司法公正,这肯定是行不通的。司法是一种特殊的社会现象,它有独特的性质,它有自身的规律性,它有特殊的运作方式。所以对司法公正的评价绝对不能简单套用一般公正的标准。首先,什么是司法这两个字,可以说在我们国家理解都是很混乱的。举例来说,司法和执法就是不分的。事实上司法与执法是两种不同性质的活动,有很大区别。执法是国家行政部门运用法律管理社会的一种行为,它的基本性质是管理,所以,执法权属于行政权、管理权。司法则不同,它不具有管理的性质,司法权是一种判断权。你运用法律管理社会,必然会产生法律上的争议和冲突,社会团体、组织、法人及公民个人在社会生活中,无论是政治生活、经济生活、文化生活等等,相互之间也必然会产生这种法律上的争议和冲突,这在任何法治社会都是不可避免的。有了矛盾纠纷,有了争议冲突,也不是一概都到法院解决,社会设置了多方面、多层次的解决办法,但到法院打官司、诉诸法律

解决是最后的一个环节。你告到我这里来了以后,我就要对争议事实的是非曲直作出判断,并适用法律进行裁决,这显然不是一种管理权,而是一种判断权。执法权是积极的、主动的,它必须主动干预社会生活,实施管理行为;司法权则是消极的、被动的,奉行不告不理的原则。我历来强调法院不要主动干预社会生活,就是这个道理。法院过去有一些提法,我是有不同看法的,比如说积极执法,上门服务等,我认为与司法权运作的基本性质是有矛盾的。消极性、被动性、中立性、独立性、程序性、终裁性,这些都是司法的基本属性,这些基本属性就构成了司法行为的特殊性。遗憾的是,建国 50 年了,司法行为的特殊性、司法权运行的规律性基本上没有为人们所认识,这是实践中对许多问题,包括司法公正问题看法不一的重要原因之一。所以,研究司法公正,肯定要从这些问题入手。

司法公正的外延非常大,现在讲得最多的是两个方面,一个是实体公正,一个是程序公正。什么叫实体公正?我认为这个问题就非常复杂。如果说实体公正等于实体裁决绝对正确,那么我可以说永远都做不到,谁也没有本事说自己做得到。众所周知,法院对案件的裁判,无论是刑事、民事,还是经济、行政,无非是两个_{方面},即认定事实和适用法律。司法裁判必须以事实为根据,但诉讼上的事实不同于一般的事实,它是一种法律事实。此外,现代诉讼,无论刑事、民事,都是奉行证据裁判主义,任何诉讼上的事实,都必须具有相应的证据支持,没有证据的事实不能作为定案的根据。在民事诉讼中,证据问题本身就十分复杂,自身就有一个客观性、相关性和合法性的问题,不具备这些条件,就不具有证据能力和证明力。民事诉讼中还有一个举证时效制度,超过时效提供的证据不具证据力。所以,在司法裁判中,法官对诉讼事实的认定,是受到多种因素制约的,是有很局限性的,是与案件的客观事实有一定差距的。可以说,任何高明的法官、任何准确的裁判都不可能完全再现案件的客观事实,你能说这些裁判是不公正的吗?显然不能。再说适用法律问题,司法裁判必须以法

律为准绳,这是原则,是必须坚持的。但相对具体案件而言,法律是一般,法律规定是原则的,案件则千差万别。在座很多同志是搞民事法律的,比如民商裁判,有绝对正确吗?没有,只能是相对正确。你说一个合同纠纷,比如违约,在双方违约的情况下,责任有大有小,但是到法院裁决的时候,最终你的违约责任是要体现在数字的百分比上的,所以才有二八开、三七开、四六开等等。你说一个案件处理下来是四六开绝对正确,还是二八开绝对正确?都正确。法院判二八开,那二八开就是正确的;判四六开,四六开就是正确的。法律并没有规定,这个案件必须四六开还是二八开,只能根据案件的具体情况裁判。大家注意到了,新的合同法总结实践经验,借鉴国际通例,创制了许多新的法律规范,其中非常重要的特征是合同义务有很大的扩张,合同义务扩张到合同之外去了。如先合同义务,后合同义务,附随义务等等,根据什么来裁决?根据公平原则,根据诚实信用原则来裁决。根据新的合同法,可以说法官的自由裁量权有了进一步扩张,根据这些原则所作的裁决你非说哪个是绝对正确,你做不到吗?都是相对正确。所以在实体裁判上如果讲正确只能讲相对正确,如果讲公正也只是相对公正。就是相对公正也还要受到各方面条件、包括时空条件的限制。如刑事审判,我们是单一制国家,法制是统一的,一部刑法典适应 960 万平方公里。但是大家如果有兴趣,随便拿几个案子,甚至是基本上一样的案件,对照一下判决,肯定会发现,不同的地区有差别,不同的时间也有差别。就地区而言,比较二个同一类型案件,上海的判了三年,江西的判了五年,都在法律规定范围内,你说是上海判的案件正确,还是江西判的案件正确,我认为都正确。再就是同样一个类型的案件,1996 年严打期间判了五年刑,现在只判三年刑,要么这个错,要么那个错,非此即彼,没有那个道理,应该说都是对的。所以说相对公正还要受到很多条件的限制,不能简单类比,不能简单化。现在在司法公正上很多问题都被简单化了,而司法裁决是非常复杂的现象,法官适用法律裁判案件并非是简单地、机械地套用法律条文,适用法律实际上

是立法精神、法律原则和法律规定具体化的过程和结果。

这里还牵涉一个问题,就是谁有权就司法公正还是不公正作出评判。评判的主体问题也需要研究。现在我们各方面工作都讲人民群众满意不满意,所以,从理论上讲,人民群众应是司法公正的评判主体。但人民群众是个群体概念,也是个模糊概念。人民群众由许多的个体组成,但个体不能等同于人民群众。现在对司法公正评判最多的,一是案件当事人,二是受托律师,三是涉案有关部门,四是新闻记者。这里面问题比较复杂的是当事人。这里首先牵涉到中国的一个文化传统,就是人人都习惯于用自己的标准来衡量国家法律和司法行为,所以,败诉的当事人往往是不假思索地说法院判错了,法院司法不公,我觉得这个问题非常严重。当事人你有权评判吗?现在我们头脑比较清醒,人民法院的审判工作讲群众满意不满意,绝对不能说当事人满意不满意,绝对不能以当事人满意不满意为标准,如果以当事人满意为标准,我们就没法居中裁判了。任何案件都有当事人双方,要么他满意,要么你满意,即使是调解结案的有时也有人不满意,更不要说裁判。现在全国法院系统一年要处理五百多万件案件,如果败诉的人都说法院不公,你判得再正确他也要申诉,他要到处告状,如果相信他的话是事实,那么我们的判决就几乎没有一件是公正的。我们做学问的要尽量克服只做定性研究,不做定量研究,西方学者是很讲定量研究的,他们认为不懂统计就不懂政治,我看不懂统计也就不懂学术。五百多万件案件,到底有多少是错的,这就有个定量分析的问题。现在经过申诉程序再审的,大约是零点几,百分之一都不到。当然不是说没有经过申诉程序的就都绝对正确,但有错误的总不会是大多数吧。现在有人说法院黑得很,严重的司法不公,裁判没有几个是对的,那法院不早就被打倒了吗?是不是那个情况,希望学者们做些定量研究,否则我们很容易犯以偏概全的错误。改革开放以后一个很好的现象就是中国人的诉讼意识大大增强,知道权益受到侵害时要寻求法律保护,有了纠纷要打官司,这是好的现象,是极大的进步。但是请大

家注意,当前公民的这种诉讼意识还是不完整的,不全面的。我们的当事人往往只有胜诉的思想准备,而没有败诉的思想准备,只有胜诉的心理承受能力,而没有败诉的心理承受能力,凡是要打官司的,他认为非得打赢,打输了就要骂法院不公。这个问题牵涉到中国的文化传统、法制观念以及国民的素质问题,我认为对这一现象需要认真研究。当然除了谁有权评价,与之相关的还有评价的标准,不可为司法公正的评价设定一个标准,这个标准是什么,是客观标准还是主观标准,是事实还是法律,标准应包括哪些要素,我也希望同志们展开研究。

通过对上述问题的研究,我们可以发现一个问题,就是在实体公正非常复杂,而又被人为地弄得混乱不堪的情况下,程序公正就凸显出来了。司法公正的核心是什么?我认为应是程序公正,或者至少可以说程序公正具有优先性。这是因为相对而言,程序公正具有绝对性。一项诉讼争议的处理,一项法律冲突的解决,一般来说只要实现了程序公正,也就是司法过程的公正,就可以推定实现了实体公正。一般来说,一个案件走完了全部程序,就能基本上保证实体裁判正确。即使是走完了一、二审程序,确有错误的,最后还有一个纠错程序即再审程序把关,应该说诉讼的程序设计和程序保障是很严密的,有效的。可以说,凡实体上有问题的裁判,在程序上必然有问题,所以我认为程序公正具有优先性,程序公正是司法公正的核心。我认为这一判断是理性的,是符合司法的特点和规律性的,也体现了程序的独立价值。所以研究司法公正问题,我们诉讼法学界是大有可为的。

关于如何实现司法公正,实现司法公正的条件方法是什么,这个问题也是仁者见仁,智者见智。我在最高法院一个会议上有个发言,从六个方面提出了实现司法公正的意见,这些意见仍然是初浅的。我认为,研究这个问题一定要从当前影响司法公正的原因入手,一定要分析它的背景原因。我个人来看,从现象而言,当前影响司法公正的因素,大体分为内外两个方面。内部主要是两大问题,一是审判运行机制还不完善,还没有真正形成、建立维

护司法公正的审判机制。首先要将内部机制完善起来,比如说我们现在在全国法院系统推行三个分立,立审、审监、审执三种权力分立,还有审判流程管理,审限跟踪等等,目的就是希望在法院内部形成自我制约的机制,自我制约好了,就能够保证审判权的正确行使,防止司法不公现象发生,其结果就是司法公正。形成一个机制,围绕审判公开这个中心来展开,这就是审判管理方式改革的核心内容,现在我们在这个层面上的改革花的力量最大。二是法官的素质不高。法官的素质确实还不适应。我说的不适应,主要不是指政治素质,我国法官的政治素质一般都很高,我是指业务素质。我认为法官素质不能只讲两个方面,即政治素质和业务素质,还要加上非常重要的一条,即司法人格素质。我希望同志们展开研究,这是一个与司法行为的特殊性密切相关的独特现象。司法人格是由司法的特殊性、规律性所要求的,是职业法官道德操守、法律意识,司法理念以及一身正气、两袖清风、执法如山、刚正不阿精神和气节的集中体现。司法人格方面的素质非常重要,可以说不具备司法人格的法官,就不像一个法官,只是一个干部或是其他什么人。如果一个人,他的言论和行为,他的处事风格,他的知识涵养,别人一看就是个法官,这就可能具备了司法人格。总之,这是司法理念、司法意识、司法道德的集中体现。希望同志们展开研究。现在讲司法主体素质不高,全怪法官也不大公平。主体的素质是由什么决定的,是由社会存在决定的,低素质的法官是因为低素质的司法运行方式、低素质的司法体制所造成的。也不光是法官吧,说句老实话,包括检察官、警官都有这个情况,因为从制度设计上来看,不要求必须具有高素质的人掌握司法权。当然从个人来讲也可以通过自己的学习、锻炼和修养,达到高素质,但毕竟这不是总体上的要求。这个问题已经引起了最高法院的重视,在现有条件下,我们正在加大教育、培训以及实践锻炼的力度,以期最大限度提高法官的素质。但要从根本上解决问题还是要在司法体制改革上做好文章。

外部因素集中表现为地方保护主义。地方保护主义的实质

是权力干预司法,宪法规定法院独立审判的权力得不到保障,司法的独立性、统一性被轻视了。地方保护主义发展下去,不仅会破坏司法的统一和法制的统一,最终会危及到我们国家政治上的统一,这个问题绝对不能小看。地方保护主义,从外部来讲,是地方某种权力对司法的干预,从内部来讲是司法主体对权力的依附。一个是对地方权力的依附,一个是对行政的依附,这两个依附关系非常严重,已经危及到国家法制的统一。司法权对行政权的依附必然导致司法权的异化,改变司法权的性质。所谓改变,也就是必然要改变司法的独立、中立、被动、终裁这种性质。现在我们基层法院大量地主动干预社会生活,像维护治安、催收税费、计划生育等等。在大量干预社会生活的情况下,这就发生一个问题,你到底是运动员还是裁判员?现在不少法官是既当运动员又当裁判员,我觉得问题非常严重。所以在司法的独立性和统一性得不到保证的前提下,司法不公的情况不可避免,有些学者高度概括没有司法独立就没有司法公正,就是因为看到了问题的严重性。

上述内部和外部两个方面的因素不是单独起作用的,两方面因素是互相影响的,是共同起作用的,而且这些作用的后果必然要在案件的处理上反映出来。从立案、审判到执行,无所不在,都会反映出来。但是这两方面的原因,也仅仅是表象,从深层原因来看,说到底司法体制问题,也就是司法体制不科学。我们建国 50 周年,是不是建立了一套符合国家管理规律、符合司法工作规律的完善的司法制度呢?可以说到目前为止还没有。所以,要从根本上解决上述问题,维护和实现司法公正,就必须厉行改革,建立起符合现代法治要求的司法体制,为司法公正提供体制保障。我们现在正在进行的一系列改革,包括方法层面的改革和管理层面的改革,都是十分必要的,必不可少的。但这些改革措施只能在一定程度上缓解矛盾,只能有助于在现行体制下最大限度地减少问题的发生和减轻危害程度,最大限度地维护和实现司法公正,而不能寄希望通过这些改革就能从根本上解决问题,根本

的还是要改革现行司法体制。党的十五大和九届全国人大二次会议,在确立了依法治国方略的同时,提出了改革司法体制的任务和要求,为建立社会主义法治国家指明了方向,这无疑是具有划时代意义的。但是,我们也要清醒地看到,法治建设也好,司法体制改革也好,都将是一个比较漫长的过程,可以说任重而道远。在这里我们特别寄希望于理论界的同志,我们觉得理论界在推进国家法治进程中所发挥的作用越来越大。这一点,已为近几年的实践所证明,在刑事诉讼法的修改与完善中尤为明显。最后,我希望同志们更加关注司法公正的问题,更加关注司法体制改革的问题,更加关注人民法院的工作,共同努力来做好司法公正的体制保障这篇大文章。

目 录

关于司法公正问题的几点看法(代序)	沈德咏(1)
-------------------	--------

刑 事 诉 讼

一、刑诉理论、程序研究

刑事诉讼法实施若干问题探讨	陈光中 宋英辉 王进喜(3)
从香港“五尸命案”看区际刑事司法协作	周 伟 陈瑞林(24)
刑事诉讼中的当庭宣判与庭审方式改革	叶 青(34)
刑事审判独立与审判监督的理性思考	宋世杰(44)
试析我国公诉案件第一审程序中的几个问题	于绍元 王凤芝(55)
关于单位犯罪被追诉者确定之研讨	刘根菊 史立梅(65)
略论刑事不起诉制度法律地位及诉讼价值	伦朝平 张朝霞 王新环(86)
起诉便宜主义研究	陈 岚(99)
关于法院能否变更指控罪名的探讨	周国均(116)
刑事诉讼中当事人诉讼权的处分	顾德鑫 赵丽萍(135)
浅谈我国错案责任追究中的形而上学错误	李建明(144)
刑事诉讼双重目的之冲突与均衡	戴长林 王志华(153)

二、刑事证据研究

刑事诉讼主要证据复印件移送制度刍议	陈 野(164)
关于证人出庭作证问题的思考	顾永忠(170)
论物与证据种类	王振河 王立华(178)
交叉询问制度的机理与应用	张建伟(186)
客观真实管见	
——兼论刑事诉讼证明标准	樊崇义(215)
如何看待“测谎仪”	李忠诚(233)
对十三起无罪案件的分析	王双喜(237)
论我国刑事诉讼中的证据开示制度	汪建成(244)
证据开示与司法实践	夏有柱(258)
刑事诉讼证据展示制度探析	
..... 胡锡庆 余 宇 张少林(268)	
中国刑事证据规则中的质证规则	杨建广(281)
遏制刑讯逼供的法律思考	闵春雷(290)
关于刑讯逼供的理性思考	谢佑平 万 毅(303)
论刑事审判当中的质证制度	陈 果(316)
关于我国刑事诉讼证据展示的法律思考	张品泽(328)
防止刑讯逼供的立法思考	王学林(339)
严禁刑讯逼供的立法保障	徐丹彤(347)
刑讯逼供存在的原因及对策研究	傅宽芝(352)

三、侦查程序研究

侦检关系的本质及其改革	马贵翔(362)
评“检警一体化”	
——兼论我国的检警关系	
..... 龙宗智(372)	
从权力制约的角度比较两大诉讼模式在侦查	
程序上的差异	
——兼谈我国侦查程序之改造	
..... 刘梅湘(380)	

侦查权探析	杨 明(392)
贪污贿赂案件侦查在执行刑事诉讼法中遇到的 几个主要问题	韩 英(404)
论逮捕与错捕赔偿的条件	姚 莉 杨 帆(409)

民 事 诉 讼

一、再审程序

论当事人申请再审法律制度的完善	黄双全(419)
民事诉讼案件当事人申请再审查听证初探	陈贞学(425)
民事再审程序改造论	李 浩(432)
再审程序剖析及其完善	景汉朝(446)
民事再审制度研究	张卫平(457)
民事抗诉案件公开审查程序论纲 ...	杨立新 王景琦(470)
论民事诉讼中检察监督的若干问题	蔡彦敏(479)
完善民事审判监督程序的几点思考	吕淑琴 赵英伟(490)
改革完善我国审级制度的法律思考	杨荣新 乔 欣 王 娣(497)
再审程序之重构	章武生 孙永军(508)
论再审程序与审判监督程序的分立	邵俊武 郭丽红(523)

二、执行程序

论执行行为的性质与执行机构的设置	江 伟 赵秀举(530)
执行公正论	孙建国(541)
论执行标的	张文香 巴布·巴特尔仓(552)
完善对自然人执行措施的构想	刘艳芳(564)