

一定程度上反映了作者的思考軌迹
與研究心得；聲音雖然不大，但也是為
實現法治的吶喊。

徐靜村 / 著

走向法治的思考

ROAD TO THE RULE OF LAW

- 法庭辯論中的若干技巧問題
- 關於建立個人財產登記制度的思考
- 論犯罪嫌疑人的法律地位
- 證據制度辨析
- 刑事審判模式之比較與改革
- 走向程序法治：中國刑事程序改革的憲政思考
- 程序的理性與嬗變

法律出版社



法治中国建设系列学术论丛



法治中国建设系列学术论丛
法治中国建设系列学术论丛
法治中国建设系列学术论丛

走向法治的**思考**

法治中国建设系列学术论丛
法治中国建设系列学术论丛
法治中国建设系列学术论丛
法治中国建设系列学术论丛
法治中国建设系列学术论丛
法治中国建设系列学术论丛
法治中国建设系列学术论丛
法治中国建设系列学术论丛

法治中国建设系列学术论丛

西南政法大学 学子学术文库

走向法治的思考

ROAD TO THE RULE OF LAW

徐静村/著



法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

走向法治的思考/徐静村著. —北京:法律出版社, 2003. 8
(西南政法大学学子学术文库)
ISBN 7-5036-4413-3

I. 走… II. 徐… III. 刑事诉讼—诉讼程序—研究—中国—文集 IV. D925.218.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 068149 号

法律出版社·中国

责任编辑/卞学琪

装帧设计/曹铀 胡欣

出版/法律出版社

编辑/法学学术出版中心

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/莱芜市圣龙印务书刊有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/9.75 字数/250千

版本/2003年9月第1版

印次/2003年9月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939654

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.chinalawbook.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-4413-3/D·4131

定价:20.00元

西南政法大学学子学术文库编委会

主 任：梁慧星 龙宗智

委 员（以姓氏笔画为序）：

方 向 王卫国 尹 田 江必新

李 林 李连宁 张广兴 张建田

张新宝 张智辉 青 锋 卓泽渊

贺卫方 顾培东 黄松有 夏 勇

梁治平 景汉朝

秘 书 长：方 向 茅院生

总 序

西南政法大学建校至今已历 50 寒暑,中间虽遭遇“文革”之乱,停办近 10 年,但仍有 10 万之众的莘莘学子前后就学于此,歌乐山魂培育浩然正气,嘉陵江水滋养人文精神。10 万毕业生活跃于神州大地,为国家法治大厦之建设添砖加瓦,贡献才智,已形成法律界广受关注的西南法律人群体,造就了西南法律教育与这里的毕业生独特的品格与精神。

在校庆 50 周年到来之际,西南政法大学北京校友联谊会与法律出版社联合推出“西南政法大学学子学术文库”,这是对我们的母校 50 华诞的献礼,是对这所中国法律教育与学术研究重镇所取得成就的一次检阅,同时,我们也希望这 50 部著作能够成为后来者在法学研究和法律教育的道路上继续跋涉的阶梯,此外,还希望通过这些著作,能够向读者昭示西南政法大学的传统与精神。

体现在西南教育过程中以及学子著述里和行为上的品格与精神首先是强烈的忧患意识。忧患意识是中国知识分子的一种生生不息的传统。“士不可以不弘毅,任重而道远。仁以为己任,不亦重乎?死而后已,不亦远乎?”曾参的话最能够表现中国知识人的那种强烈的忧患意识和责任感。不过,近代以降,由于引进了西方的学术与教育制度,知识人有了不同的专业,因此在忧国济世与专业追求之间会有某种紧张关系。但是,对于一种在这个国家的历史上未曾存在过的新专业人士的法律人,他们与其他领域的人相比,在当今的中国注

定要遭遇更多的坎坷。在人民共和国成立之后,法律教育很快就处在受抑制的状态。实际上,20世纪50年代前期如西南政法学院等政法学院的成立与其说是对法律教育发展的起点,不如说是限制法律教育的举措。因为每一所政法学院都是在合并若干所综合性大学法律系的基础上而建立的;政法学院的出现其实大大缩小了中国法律教育的整体规模。比规模更重要的变化是,“政法”这样的概念所预示的法律教育内容与目标与既有传统的断裂。

因此,在政法学院里的人,无论是教师,还是学生,一开始就处在一种压抑的心态之中。我们看当时涉及法律教育的主流话语,完全是排斥法治的。到了20世纪60年代,这种排斥愈演愈烈,终于导致法律教育的完全停滞。教师下放劳动,学校纷纷解散。在这样的情况下,法律界知识分子的忧患真正是刻骨铭心,难以排解。文革浩劫之后,法律教育虽然恢复,法治建设也逐渐提上日程,但是书本上法律理论与社会中的实际状况之间的巨大反差仍然是法律人经常面临的巨大痛苦。尽管位居西南,多少有些“处江湖之远”,但是这种由于专业的特殊性而加剧了的忧患意识却没有须臾少缓,甚至正因为与政治中心距离的遥远而更有所强化。

在法律教育以及法学研究方面,这种忧患意识与理性和开放的精神相结合,形成了西南法律人好学深思、平等讨论的尚智风气和不自盲从、不迷信的学术品格。尤其是复办后的一段时间,校园里面百家争鸣,学术墙报放言无忌,新论叠出,一些观点或论证,今天读来,或不免稚嫩,但是,在当时的舆论环境下,却颇有石破天惊之感。正是这样的校园风气,培育了西南法律人那可贵的怀疑和批判精神。

怀疑和批判不是一种情绪化的表达,而是建立在广阔而深邃的知识积累基础上的理性论证。最初,设置单科型政法学院的目标正是为了培养偏于技术化或工匠型的法科人员;不在一个综合性大学里,学生以及教师的知识视野就必然受到限制,批判精神便无从发育。然而,西南法律人的独特之处在于,他们意识到了这种教育体制的局限性,并且付出极大的努力,力求突破这样的局限性。图书馆里

的手不释卷,山荫道上的玄思妙想,宿舍卧谈中的唇枪舌剑,无不显示出这所专业略嫌单一的大学中的师生们不拘泥于法学一科、寻求超越的努力。这样的追求在我们的毕业生身上已经有多样化的体现:除了那些从事法律教育和法学研究的人们经常在作品中显示出他们多学科的知识修养之外,不少校友进入政坛,或从事着法律之外的业务而且胜任愉快,一些人甚至成为戏剧作家、旅行(作)家、诗人、哲学家。相信随着母校向综合性大学的不断迈进,我们的毕业生在这个特色方面将更加令人瞩目。

对于人而言,50岁已经是“知天命”的年龄。但是,就大学而言,50岁只能说是世界大学之林中的一颗幼树。尽管我们的母校已经形成了一种独特的精神和传统,在人才培养方面也取得了巨大的成就,但是,我们还需要为建设一所伟大的大学而作出艰巨的努力。作为校友,在献礼的同时,我们也表达对母校美好前景的衷心祝福,祝愿母校的优良传统不断发扬光大,祝愿我们的校园永远桃李芬芳,祝愿我们的校友人才辈出,在不断提升母校地位的同时,也为整个国家法治大业的成就作出更多的贡献。

邈邈学府,在蜀山中。孜孜弘道,惟我学子。

《西南政法大学学子学术文库》编委会

2003年8月6日

自序

余1940年农历10月6日生于四川省江安县安远乡报紫村，祖上耕读传家，在当地颇有家声。余幼时即在设馆于家中的私塾从学于祖父并兼习医道，可惜时日太短，领悟殊少。余出生4个月即丧父，10岁丧母，辍学后放过牛、种过地，打过小工，小学和初中都是读读停停。1956年从老家只身前往重庆考入巴蜀中学高中部，1959年考入西南政法学院法律专业本科，并于1963年以全优成绩毕业，这一段算是我求学生涯中最顺的时期，但也是一直坚持“勤工俭学”熬过来的。毕业后分配到四川省公安厅工作，做过秘书、理论教员，也做过实务工作；“文革”中进过干校，靠过边。1979年末调回西南政法学院任教，一直从事诉讼法学的教学与研究工作。这一段也是工作以来较顺的时期。我的身世本平淡无奇，在此赘述是想借此机会表达一种心意：数十年来，我的成长，是同无数师长、前辈的关怀、帮助以及母校西南政法大学对我的教育培养分不开的，在这里我要向母校、向师长前辈们表示最诚挚的敬意和谢意！

二

我上大学的年代,片面强调“突出政治”,因而法律课程的教学十分有限,我们对法学的学习甚为肤浅,对诉讼法学则只是知道一点皮毛而已。工作后,实务领域只顾追求“战绩”,程序意识是很少的。我对法律特别是程序法的学习和理解,主要是在20世纪70年代末回到母校从事教学工作后才逐渐入门的。在多年的教学生涯中,虽然对诉讼法的理论问题与应用问题有过一些研究,但很有深度、很有影响的作品也不多。本集以“走向法治的思考”为题,选录了自20世纪80年代初以来发表的能与这一主题“沾边”的部分文章,虽非“传世之作”,却也在一定程度上反应了自己的思考轨迹与研究心得;声音虽然不大,但也是为实现法治的呐喊。公诸同好,以广交流,抛砖引玉,亦属快事!

谨以此书献给母校西南政法大学50周年校庆!

徐静村 谨识

2003年6月6日于歌乐山麓

目 录

自序	1
----------	---

二十世纪八十年代

《吕刑》初探	3
略论我国的辩护制度	13
浅论法学的情报研究	21
论社会主义初级阶段的律师体制	27
在刑事诉讼中如何发挥律师配合制约作用	35
关于合作制律师事务所的若干法律问题	42
法庭辩论中的若干技巧问题	49
关于建立个人财产登记制度的思考	58

二十世纪九十年代

论犯罪嫌疑人的法律地位	67
法律体系新议	71
关于律师学的几个基本问题	80
证据制度辨析	87
刑事审判模式之比较与改革	93
对改革刑事审判程序的几点意见	98
“一次审判”与“集中审理”	

——关于审理集中性之比较研究	103
简论修改后的刑事诉讼法对检察制度的调整	109
律师辩护有待解决的几个问题	113
论对美国刑事程序之借鉴	120
关于中国司法改革的几个问题	135

二十一世纪初

21 世纪中国刑事诉讼制度展望	141
21 世纪中国刑事程序改革展望	143
论我国刑事诉讼法的再修正	154
走向程序法治:中国刑事程序改革的宪政思考	172
关于证据立法的方法论问题	188
我的“证明标准”观	191
动态的法	
——关于刑事诉讼法解释的评析	195
论检察官在辩诉交易中的地位和权力	205
法官惩戒制度研究	
——兼论我国司法弹劾制度的建构	221
现实与前瞻:重构我国公诉制度的若干思考	248
程序的理性与嬗变	
——我国刑事审判制度改革前瞻	264
附录:徐静村教授学术历程	283

二十世纪八十年代

《吕刑》初探*

《吕刑》见于《尚书》。《尚书》是我国最早的一部史籍,相传由孔子(公元前552~前479年)编辑而成。《尚书》中的《舜典》、《盘庚》、《微子》、《金縢》、《康诰》、《梓材》、《多方》、《立政》诸篇,虽然都有关于我国古代刑法的记述,但是东鳞西爪,点滴零星,只有《吕刑》一篇才是言刑的专著。其他古籍对从尧舜时代至东周这段历史中有关刑法的记述,也缺乏专篇。例如《竹书纪年》说舜“命咎陶作刑”,^①《世本》说“伯夷作刑”、“皋陶制五刑”,都未记载详细内容。《尚书·舜典》所载“象以典刑,流宥五刑,鞭作官刑,扑作教刑,金作赎刑,眚灾肆赦,怙终贼刑,钦哉钦哉,惟刑之恤哉”^②等寥寥数语,只能是舜制的要点而不是它的全部。又如《左传·昭公六年》云:“夏有乱政,而作禹刑;商有乱政,而作汤刑。”《荀子·正名篇》也说:“刑名从商”,意谓法律取法于商朝。但不论“禹刑”、“汤刑”或“殷彝”(周公称商代刑法为“殷彝”)均未发现有完整的典籍保存下来。

《吕刑》产生于我国西周穆王时期,是记述当时刑事政策和诉讼制度的完整史料。全篇952字,分为四个部分。第一部分17字,说

* 本文原载《西南政法学院学报》1980年第4期。

① 《汉书·古今人表》:咎与皋通,咎陶即皋陶。

② 《舜典》之法,是以象刑代替肉刑。象刑的特点是异其服色以示耻辱。《荀子正义》:“治古无肉刑而有象刑。”《白虎通》:“画象者,其衣服象五刑也;犯墨者蒙巾;犯劓者以赭著其衣;犯髡者以墨蒙其髡,象而画之;犯宫者屏;犯大辟者布衣无领。”“流宥五刑”指其罪虽入于“五刑”而情节较轻,可加宥恕的,改为“流刑”,即安置远方。“鞭刑”、“扑刑”都属于行政处罚的范围。“眚”(音省)即过失,“灾”即意外事故,“肆赦”即给予宽宥,“怙”即故意,“终”即惯犯,“贼刑”即死刑。

明本篇内容是穆王命吕侯修订法律,颁行天下;第二部分 244 字,从“王曰:若古有训”起,至“灼于四方,罔不惟德之勤”止,内容是追述古代刑法的历史,总结其得失教训,而为实行新法张本;第三部分 127 字,从“故乃明于刑之中”起,至“苗民无辞于罚,乃绝厥世”止,内容是根据上述历史教训,提出当时刑事政策的标准和要求;第四部分 564 字,从“王曰:乌呼!念之哉!”起直到终篇,是关于新法及如何施行的具体规定。这部刑书是我国现存的刑法典籍中最早的文献,内容比较丰富,因此,它是研究我国古代法和法律史学的重要材料。本文仅就《吕刑》的基本精神、主要内容和研究《吕刑》的意义,提出一些粗浅的看法。

—

西周建立之后,封建制度开始取代殷商奴隶制度,经过武、成、康、昭四代帝王 90 年的统治之后,周朝政治上已经稳定,经济上有了很大的发展。周穆王(公元前 976 ~ 前 924 年在位)即位时年已五十。^①他在九十岁时,^②仍不忘励精图治,任用工于法律的吕侯(即甫侯)为大司寇,命其修订刑法,“以诰四方”,显然是因为原有的法律已不适应当时的政治需要。《吕刑》有云“刑罚世轻世重”,即是说法律规定要根据社会实际情况来决定;^③又云“勿用不行,惟察惟法”,是说自《吕刑》颁行之后,旧法作废,不得再为援用,必须明确只能依照新法办事。从这些规定来看,所谓“吕侯训刑”,实际上是一次重大的司法改革,而《吕刑》也就是这次改革的直接产物。

《吕刑》这部新法,较之周初的旧法,究竟有什么明显的不同呢?《周礼·大司寇职》云:“掌建邦之三典,一曰刑新国,用轻典;二曰刑

① 《周本纪》云:“穆王即位春秋已五十矣。”又云:“穆王立五十五年崩。”

② 《吕刑》云:“惟吕命王,享国百年,毫,荒唐作刑,以诰四方。”“毫”(音帽),孙星衍《尚书今古文注疏》谓:“毫是九十之名”。

③ 孙星衍疏云:“世轻谓评世;世重谓乱世。”

平国,用中典;三曰刑乱国,用重典。”《汉书·刑法志》据此评论周代刑法说:“昔周之法,建三典以刑邦国、诂四方,所谓刑平邦用中典者也。周道既衰,穆王眊,荒命甫度时作刑,以诂四方,所谓刑乱邦用重典者也。”这是说穆王命吕侯修订的刑法比周初的刑重。实际上并非如此。例如,《周礼·司刑》规定五刑之属二千五百,其中墨罪五百,劓罪五百,宫罪五百,荆罪五百,杀罪五百。这是周初之法。吕侯修订后,《吕刑》虽然规定“五刑之属三千”,表面上增加了犯罪处刑的条款,但实际上重刑条款减少而轻刑条款增多,“墨罚之属千,劓罚之属千,荆罚之属五百,宫罚之属三百,大辟之罚,其属二百。”死刑和宫刑两种重刑都大有减少。因此总的说是改重从轻、改严从宽了。班固以《周礼》为“中典”,以《吕刑》为“重典”,这种看法显然是错误的。西周灭殷纣,用封建制代替奴隶制,是新兴的封建主阶级取代奴隶主阶级的统治地位。西周新政权,面对刚刚丧失政权的殷商奴隶主阶级的剧烈反抗,仅仅采用“轻典”或“中典”都对巩固统治秩序不利,必须采用重典,才适合当时的客观需要。而周穆王是西周第五代天子,他的时代不是“乱国”、“乱世”,当时国家正逐步走向安定,并不需要采用“重典”,却有采用“中典”或“轻典”之必要。从《吕刑》之法较周初之法为轻这一事实出发,我们或可找到探讨《吕刑》基本精神的门径。

《吕刑》开篇云“荒度作刑,以诂四方”,这是周穆王命令吕侯修订法律的宗旨。“荒度”是宽大的意思,“诂”是谨慎的意思,即是说刑罚的规定要宽,而用法又要谨慎,表明了《吕刑》的基本精神是宽法慎刑。

《吕刑》为阐明这一基本精神,追述了古代刑法的历史及其得失,写道:“蚩尤惟始作乱,延及于平民。罔不寇贼,鸱(音蚩)义,奸宄(音轨),夺攘矫虔。苗民弗用灵,制以刑,惟作五虐之刑曰法,杀戮无辜。爰始淫为眚、劓、殄、黥。越兹,丽、刑并制,罔差有辞。……皇帝哀矜庶戮之不辜,报虐以威,遏绝苗民,无世在下。……德威惟畏,德明惟明,乃命三后,恤功于民。伯夷降典,折民惟刑。”大意是