

法治 正气 铸 法律 精神

# 湘江论坛

XIANG JIANG LAW FORUM

湘潭大学法学院

# 湘江法苑

第六卷

《湘江法苑》编辑委员会 编

主 办：湘潭大学法学院

承 办：湘潭大学法律咨询社

二〇〇三年

### 学术顾问

邱兴隆 刘 健 孙长永  
李交发 程燎原 汪太贤

### 指导老师

黄德华 李新明 何志辉

### 编辑委员会

主 编:周青山  
副主编:李 佳  
编 委:鞠成伟(常务) 黎 黎  
黄 涛 蒋 琛 舒 畅  
李 焯

潭新文准字(2003)第 128 号

养浩然正气 铸法治精魂

## 湘潭大学法学院简介

一句响亮的口号,一个优秀的民族,一群探索的勇士,一页宏伟的篇章……

法律,从古至今多少人为了她呕心沥血,多少人为了她而奉献终身!新世纪的学子仍然孜孜不倦的奋斗,为的是民族的强大,国家的昌盛!公道自在人心,法律赋予我们的是荣誉的利剑,公平、公正是法律的灵魂,也是我们追求的理想,一切只为了一个目标:养浩然正气,铸法治精魂!

湘潭大学法学院创建于1982年,扩建于1996年,是湖南省成立最早、招生最早、师资力量最强、学科门类最全、招生规模最大的法学院系。法学院至今已形成研究生教育、全日制本科教育和成人教育三个层次的教学体系和时间早、发展快、层次多、管理严、质量高、贡献大的办学特点。现有在校研究生600多人(含法律专业硕士),本科生1236人。

湘潭大学法学院现有教职工65人,其中博士生导师2人,教授18人,副教授16人,具有博士学位教师8人,在读博士教师10人。学院拥有单独的法学楼;拥有刑事侦查技术实验室、计算机房和容纳300多人观摩设备先进的模拟法庭;并拥有藏书6万余册的专业资料室和订有数百种中外专业期刊的学生阅

览室。

湘潭大学法学院设立了法理学、法史学、宪法与行政法学、刑法学、民商法学、经济法学、诉讼法学、国际法学等9个学科组,以及湘潭大学法学理论研究中心、湘潭大学比较法研究中心、湘潭大学诉讼法研究中心等科研机构。并有诉讼法学,法律史学,经济法学,刑法学四个硕士学位点,是目前湖南省唯一拥有法律硕士专业学位授予权的试点单位。其中,诉讼法学1993年被湖南省批准为省级重点学科,1995年省教委决定将该重点学科扩展为法学学科,2001年,该学科再次被评为湖南省重点学科;刑法学科2002年被评为湖南省“芙蓉学者特聘教授岗位”,是湖南省内法学类唯一的特聘教授岗位;以法理学与法史学为主体的湘潭大学法学理论研究基地2002年被评为湖南省首批社会科学重点研究基地,是湖南省内法学类唯一的省级社会科学重点研究基地。

面对国内法学院系群雄崛起的局面,湘潭大学法学院将以充分的自信迎接机遇与挑战,以喜人的成绩回报各界的关心与支持,以加倍的努力奋起与前进!

# 目 录

- 卷首语 ..... 李交发教授(1)
- 本刊特稿·
- “洋药”与“土病”  
——关于保释与超期羁押的初步思考 ..... 孙长永教授(3)
- 学者访谈·
- 文化与法治  
——汪太贤教授访谈录 ..... 周青山 黄 涛(11)
- 法学论文·
- 诺曼征服对英国法律发展的影响 ..... 刘方誉(22)
- 我国民法典编纂的形式理性分析 ..... 蒋海松(44)
- 家庭暴力下的女性:从沉默到不再沉默 ..... 梅 涵(56)
- 股东至上与其它利害关系人利益的保护  
..... 廖北海 徐 立(65)
- 农村私房处分中的宅基地物权探析 ..... 邓平平 李 军(73)
- 准无因管理问题探析 ..... 邓继亮 陈柏新(80)
- 论司法的外部监督 ..... 黄子皿(87)
- 司法独立缺失探微 ..... 鞠成伟(94)
- 浅议小额纠纷解决途径及完善 ..... 谢 雁(100)
- 阅读时光·
- 法律与社会控制 ..... 黄涛等(105)
- 霍贝尔的法律发展观 ..... 王奇才(114)
- 波斯纳的魅力:一种法律经济学进路 ..... 周青山(121)

## ·法苑随笔·

- 法学何以坦白 ..... 肖洪泳(125)  
老人与后生 ..... 刘晓虎(129)  
信仰困惑 ..... 黄木春(132)  
公平何以可能 ..... 李 佳(135)

## ·网络智慧·

- 谈谈波斯纳 ..... 法律思想网:沈浪等(140)  
试论隐私权及其刑法保护 ..... 东方法眼网:高升(157)

## ·湘大讲坛·

- 现代诉讼理念及民诉制度重塑 ..... 江 伟教授(164)  
宪法司法化的理论与实践 ..... 陈云生教授(176)  
中国刑法改革与人权保障 ..... 赵秉志教授(180)  
死刑的价值之维 ..... 邱兴隆教授、程燎原教授等(192)

## ·思想交流·

- 为大学生研究学术叫好 ..... 郭汉民教授(203)  
学术的方法:从观察到参与 ..... 蒋大兴博士(207)

## ·编后小记· ..... (212)

## ·附录·

- 湘大法学新著 ..... (214)  
法咨社简介 ..... (216)

# Contents

<b>Preface</b> Prof.Li Jiaofa .....	(1)
<b>Special Topic</b>	
Sun Changyong: "western Medicine" and "Local Problem" ——Tentative perspective on Bail and Detention OverTime···	(3)
<b>Scholars' Words</b>	
Culture and the Rule of Law ——An Interview to Prof. Wang Taixian .....	(11)
<b>Theses on Law</b>	
Liu Fangyu: The Impact of Norman's Conquer on the Development of British Law .....	(22)
Jiang Haisong: Theoretical Analysis Regarding the Form of the Compilation of China's Civil Code.....	(44)
Mei Han: Women in family Violence: From being Silent to Otherwiseanymore.....	(56)
Liao Beihai , Xu Li: Superiority of Share Holders and the ProtectionOf Interests of other Interested Parties .....	(65)
Deng Pingping, Li Jun: An analysis on rights of Things of Homestead in the disposition of Private House in China's Rural Areas.....	(73)
Deng Jiliang, Chen Baixin: An Problem Analysis of Quasi Negotiorum Gestio.....	(80)
Huang Zimin: On the External Supervision to justice.....	(87)
Ju Chengwei: On the Deficiency of Judicial Independence.....	(94)
Xie Yan: Solutions and its Improvement to Disputes of Small claims.....	(100)
<b>Reading Time</b>	
Huang Tao: Law and the Control over Society.....	(105)



- Wang Qicai: Horber's opinion on the Development of Law ... (114)
- Zhou Qingshan: The Charm of Posner: Economic perspective  
on the Law..... (121)

### **Essaies**

- Xiao Hongyong: The Reason of Confession of Law..... (125)
- Liu Xiaohu: The Old and the Young..... (129)
- Huang Muchun: Dillema of Belief ..... (132)
- Li Jia: How tentative Talk about justice and Equity..... (135)

### **Network Wisdom**

- Website of legal Thought: About Posner..... (140)
- Website of eastern Legal sight: The Right of Privacy and its  
Protection in Criminal Law..... (157)

### **Forum XTU**

- Jiang Wei: Ideals of Modern Litigation and Reconstruction of  
Civil Procedure System..... (164)
- Chen Yunsheng: Theories and Practices of the Judicialization  
of Constitution..... (176)
- Zhao Bingzhi: The Reform of China's Criminal Law and  
Human Rights Safeguard..... (180)
- Qiu Xinglong, Cheng Liaoyuan: the Value of Death Penalty ... (192)

### **Mind Communications**

- Guo Hanmin: Welcome! the Undergraduate's Academic  
Research ..... (203)
- Jiang Daxing: Academic Method: From Observation  
to Participation..... (207)

### **Editor's note** ..... (212)

### **Appendixes**

- New Books of law in XTU ..... (214)
- Profile of Legal Advisory Group..... (216)

## 卷首语

李文发 教授

《湘江法苑》将届六岁，按说，她本属一个稚嫩的儿童，是一个开始拜师求学、启蒙求知的年龄，但是，应该说也完全可以这样认为，《湘江法苑》已是一个追求真理、宣传法治、飘逸思想和学术芳香的刊物了，这就不能不让人深感快慰。《湘江法苑》生长在湖湘文化的沃土上，积淀深厚的湖湘文化的精气浸润在刊物的字里行间，体现出青年学子经世致用的宏旨——“养浩然正气，铸法治精英”。

我们深知，习法律者，“知法之教”，谙“法之义”也。“教”者，法之内容也；“义”者，法之精神也。对法律人而言，法之“教”、“义”兼具，意味着修养有成，法治有基；反之，“临事必乱”。《湘江法苑》正是本着荀子的这一思想宗旨办刊的，由此，我不得不由衷感慨：高哉！荀卿之言；喜哉！后学有承。也正是基于此，我于《湘江法苑》每期必览，虽为青年学子办刊，但多有收获。因为，《湘江法苑》在学术视野的广阔上，亚氏洛克的思想，孔孟荀子的主张，商君韩非的见地，每每跃然于纸上，体现了办刊者较好的思想与学术思路和潜质，更折射出办刊者铸法治

精魂的时代责任感与紧迫性。

中国的法制现代化,历经了百有数年,中国法制的第三次转型,也将至一个世纪,但尚未修成正果,亦未完成转型。基于此,华夏子孙,莘莘学子,倍觉责任重大,任务艰巨。按照一种观点认为,在这次真正意义上的法治建设和第三次法制转型中,20世纪的后三个年代是法治建设的立法快速进展期,21世纪将进入一个更深层次的司法改革时代,这就表征着法治建设和法制转型的更艰难阶段的到来。其实,远不如此,只要我们冷静地思考,上世纪末的立法并不太理想,本世纪的改革更有艰辛。加之,随着中国加入WTO,世界一体化进程的加速,中国将面临着立法、变法、司法改革的三重任务,法治建设,法制转型将迎来一个更全新的局面。毋庸置疑,这是一个充满挑战与希冀的时期,法律人势必做出应有的回应。有鉴于此,希望《湘江法苑》做好积极应对的准备,在原有基础上,紧扣主题,把握脉胳,既推出论理阐道的阳春白雪作品,又发表实证求真的案例分析。让“法之义”播撒社会、“法之教”了然人间。

**本刊特稿****“洋药”与“土病”**

——关于保释与超期羁押的初步思考\*

孙长永\*\*

最近,在北京召开了一次规模不小的“保释制度国际研讨会”,中心议题是如何借鉴国外保释制度,解决我国普遍存在的严重超期羁押问题。会上,来自英国的法官、检察官、警察以及保护观察官(probation officer)比较详细地介绍了英国的保释制度及其近期的变化情况;国内各地的辩护律师、法学教授、检察官、警察、法官乃至全国人大法工委、最高人民检察院、最高人民法院的代表纷纷就超期羁押的严重性、危害、原因以及取保候审存在的制度性缺陷等发表了意见,不少代表尤其是律师界的代表迫切希望通过引进或者借鉴保释制度,解决引起社会严重关切的超期羁押问题,似乎保释是“医治”超期羁押的一剂良药。因为有了保释制度,多数犯罪嫌疑人、被告人都可以获得释放,而不至于在看守所羁押候审。在建立了保释制度的英美国家,确实也不存在类似于我国超期羁押的问题。我觉得,这种想法愿望很好,但在目前条件下并不可行。

**一、“洋药”很精美,价格太昂贵**

\* 本文系作者在“保释制度国际研讨会”上的发言稿,发表时作了修改和整理。  
\*\* 孙长永,湘潭大学法学院教授,博士生导师,法学博士。

保释是一剂“洋药”，我国本土资源中没有这种东西。作为刑事诉讼中代替羁押的一种手段，它是非常“精美”的制度。说它“美”，是因为它显示出一幅人权保障的“容貌”，在特定的背景之下，它对于保障犯罪嫌疑人、被告人的人身自由具有无可替代的作用，而且对减少公共开支、防止羁押场所的“交叉感染”，也有极大的好处。说它“精”，是因为它的适用需要一整套非常精密的技术，这套技术充分体现了以无罪推定为核心的个人权利与诉讼需要、个人利益和公共利益之间的平衡。要使这套技术所反映的“药理机制”能够切实起到期待中的“疗效”，必须有一系列基础性、配套性的观念、制度、技术和物质条件。主要包括：

#### （一）正当程序观念

“正当程序”是一种内涵丰富、适应性强的现代宪政观念。现代刑事诉讼的基本制度和技术可以说基本上都是这一观念的具体展开。根据这种观念，任何人在未经独立的司法机关最终认定为有罪之前，在法律上应当被视为无罪的人；而一旦被怀疑或被指控有罪，任何人都无权获得独立、公正的法院的公开审判；在审判开始以前，任何人原则上都不应当受到羁押，即使事实上他是有罪的；最终被认定有罪并不能反过来证明未决羁押就是合法的；在法院就未决羁押或者指控做出裁判之前，必须赋予犯罪嫌疑人、被告人适当的机会和条件为自己进行辩护，其中包括律师的帮助，以防止政府无根据地进行羁押或刑事追究；批准未决羁押的权力不应当属于同样作为刑事诉讼一方当事人的政府（警察、检察官等），而应当属于独立的、公正的法院，因此，司法审查是审前羁押的必经程序；除非政府以清楚而又令人信服的证据证明羁押是唯一适当的手段，否则已经被拘捕的犯罪嫌疑人、被告人有权获得释放，必要时可以附条件释放。保释就是以犯罪嫌疑人、被告人保证按时到庭或到场为条件的释放，当然，还可能附带有其他条件，如提供保证人、交纳保释金等等。离开了正当程序观念，保释制度便失

去了灵魂。

### (二)判断羁押必要性和释放条件的制度和技術

除对轻微犯罪案件的嫌疑人、被告人可以使用“传唤”的方式要求到庭外,刑事诉讼中强制嫌疑人、被告人到庭的常规手段是“逮捕”或类似的强制方法(如拘留、拘传等)。一旦犯罪嫌疑人、被告人被强制到案,并且诉讼需要继续进行的,必然面临对犯罪嫌疑人、被告人在判决以前是否予以羁押的问题。在法治国家,对于强制到案的犯罪嫌疑人、被告人存在一种有利于“释放”的推定,即释放是原则、未决羁押是例外;而且对于未决羁押必要性的判断权专属于独立的法官,而非警察、检察官。同时,在释放的情况下,有关官员还可以在“最小限度内”附带一定的条件。在一个具体案件中,如何准确判断未决羁押的必要性?在应当释放犯罪嫌疑人、被告人的案件中,又如何判断是否需要附带条件以及附带何种条件?这就需要多种诉讼上的制度与技術,如羁押听证制度、羁押理由开示制度与附条件释放的理由说明制度、律师帮助制度、不服羁押命令或附条件释放的异议声明制度、替代羁押的其它配套方法(如保释、羁押的停止执行、个人具结等)。保释不过是其中的一个环节。

### (三)必要的服务机构和物质条件

英美法系国家采用保释制度的经验证明,保释制度的正常运行除了必要的制度与技術以外,还需要有相应的专门服务机构和物质设施。例如有公正、独立的机构为司法官决定保释或未决羁押提供必要的事实根据和建议,避免完全依据警察或辩护律师提供的资料做出裁判;有专门的机构监督被保释的人遵守保释条件的情况,并为此而使用必要的技術手段和设施。在英美,法院内部设有专门的“保护观察官”或者审前服务机构(pre-trial service agency),他们可以使用电子监控器对被保释的人进行监督,可以根据法院的命令将被保释的人带至专用的“保释与保护观察旅馆”居住,以解决居无定所或无家可归的人的监督问题。当然,这些机构

和官员不仅仅负责保释前的调查、建议以及保释后的监督工作,还负有判刑前的调查以及缓刑、社区服务令等非监禁刑的监督职责。对于这些与当事人主义诉讼构造密不可分的机构和官员,政府的司法经费中拨有专款,并且可以根据需要进行增减。

试想一下,如果把保释背后的观念、制度、技术和物质条件都考虑在内,我国现阶段能够进口如此昂贵的“洋药”吗?

## 二、“土病”特严重,此药不对症

“超期羁押”是一种“土病”,英美法系国家或地区并不存在,其它法治国家也鲜有达到我国这样严重程度的。因为在法治国家,犯罪嫌疑人、被告人有接受迅速审判的权利,不要说超期羁押,即使是合法的羁押,如果“不合理地”被延长,导致迅速审判权实质上被剥夺的,法院可以依法宣告无罪释放在押被告人。意大利在1988年全面修订《刑事诉讼法典》之前,就曾经多次因为侵犯国民的迅速审判权而受到欧洲人权法院的批评,并且多次在欧洲人权法院面前败诉。

我国则不同。我国宪法既没有规定公民有接受“迅速审判的权利”,也没有确认公民有接受“公正审判的权利”。我国《刑事诉讼法》没有把羁押作为独立于拘留、逮捕的一种诉讼手段对待,而是把它作为拘留、逮捕的当然法律效果;但拘留、逮捕的实质性权力事实上掌握在负有追究犯罪职责的警察、检察官手中,法院无权对拘留、逮捕的合法性进行审查,更没有对羁押的理由或必要性进行审查的法定权力;与此相应地,被拘捕的犯罪嫌疑人、被告人也没有“权利”要求法官进行这样的审查。与国际准则的要求相反,审前羁押已经成为几乎唯一的候审手段,非羁押性强制措施由于不便于获取口供或其它证据以及不便执行,在不少地方几乎从未被使用过;同时,未决羁押的期限与办案期限合为一体,案件的审查或审理需要多长时间,未决羁押就可以达到多长时间;而且未决羁押期限的延长或重新计算等,还有很多不确定的因素。此外,在

司法实践中,由于有罪推定的封建流毒远未肃清,把拘留、逮捕以及之后的羁押作为惩罚性的手段使用,几乎是全国各地警察、检察机关的普遍做法。有时,甚至明知在押犯罪嫌疑人、被告人因为证据不足而无法定罪判刑,却仍然出于“稳定大局”的需要或者其它原因而对其继续予以关押。在押犯罪嫌疑人、被告人或者其律师、法定代理人、近亲属申请取保候审或者解除羁押措施时,由于缺乏真正独立的司法机构进行审查,往往难以获得批准,甚至根本就不予考虑!整个刑事诉讼几乎就是按照警察、检察机关的思路揭露、证实和惩治犯罪的过程。“三家拧成一股绳,共同对付被告人”,至少在相当程度上表达了我国刑事司法的现实状况,而未决羁押理所当然地被视为官方成功追究犯罪、控制社会的有效手段。

正是在这样一种背景之下,我国的超期羁押已经达到令人吃惊的程度。据媒体报道,1993年至1999年公、检、法机关每年度超期羁押的人数一直维持在5万至8万人之间,1999年达到84135人,2000年为73340人,2001年为55761人。对于超期羁押负有法律监督责任的检察机关监所检察部门每年都提出纠正意见,但是边清边超、前清后超的问题不断出现,严重超期羁押、久押不决的现象屡禁不绝。如2001年全国检察机关对超期羁押提出书面纠正意见66196人次,但截止当年底仍有7212名犯罪嫌疑人、被告人被超期羁押。更为严重的是,还有38件45人超期羁押在5年以上(其中超期羁押8年以上的18件23人)的案件仍未纠正。超期羁押最长的是发生在福建泉州的一件强奸杀人案,三名被告人自1990年起被关押12年,经过当地中级人民法院两次开庭审理,均被高级人民法院以证据不足为由发回重审,案件随后又回到公安机关进行“补充侦查”。<sup>①</sup>可以想见,越是超期羁押期限长的案件,越是自由甚至生命受到严重威胁的重大案件。正所谓:

<sup>①</sup> 参见“调查:刑事诉讼中的超期羁押”(人民网记者毛磊),<http://www.c007.com/shde/2067.htm>(2002年11月24日访问)。



“有罪推定心常在，正当程序从来无。替代措施不管用，超期羁押岂能休？只要办案有需要，能关多久关多久！”

超期羁押的严重性并不仅仅在于它直接剥夺了众多公民的人身自由，还在于这种剥夺是非法的、恣意的，其得以长期存在的前提条件是未决羁押的普遍性、恣意性、惩罚性和无救济性。其根源并不在于未决羁押制度本身，而在于我国在整体上缺乏宪政制度以及相应的以司法独立为核心的现代司法制度。宪法的三大基本原则即政府权力有限、基本人权保障与司法独立在我国有名无实，超期羁押不过是这一总病的“病征”而已。须知，羁押权就像刑罚权、治安维持权一样，是整个统治权力的组成部分。在统治权力的产生和行使不受正当程序和民意约束的国家，未决羁押是不可能贯彻法治原则的。可以想象，如果不对警察、检察官的未决羁押权力进行严格的限制，如果不通过公正、独立的法院对未决羁押的理由和期限等进行有效的司法审查和司法救济，公民的人身自由怎么可能受到切实的保障？如果不对警察的强制权力和检察官的追诉权力进行独立的程序性司法审查，而一味要求法院与警察、检察官“密切配合”，刑事诉讼怎么可能不沦为单纯的行政治罪程序？因此，如果说超期羁押是一种“土病”，那么它并不是急性的“非典型性肺炎”，而是反复发作的、典型的慢性“肝炎”。但是比肝炎更为麻烦的是，超期羁押是一种深入骨髓和中枢神经系统的严重病变，连控制病情发展都非常艰难，更遑论从根本上“治愈”。可以毫不夸张地说，除非修改宪法、实行宪政，否则，超期羁押的问题断无得到彻底解决的可能！保释在英美法中固然是一种保障人身自由的良好制度，但对于我国的超期羁押而言，并非对症之药。只有从宪政的高度充分认识到超期羁押的严重性和危害性及其成因，才能真正抓住我国未决羁押制度乃至整个刑事司法制度存在的根本缺陷，从而寻求妥善的“整治”方案。

### 三、“保守疗法”较可行