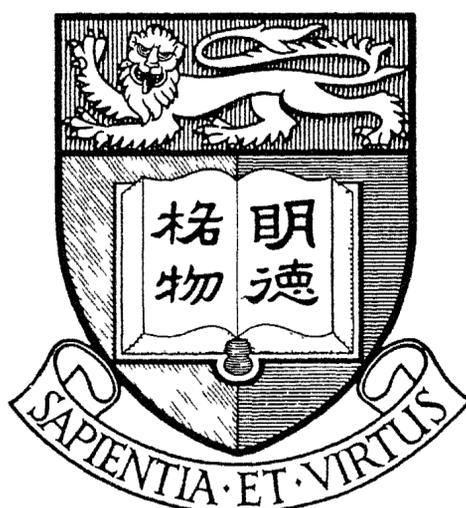




THE UNIVERSITY OF HONG KONG  
LIBRARIES



北大 - 港大法學研究中心年會暨司法改革和法制發展研討會  
HKU - Peking U Conference on Judicial Reform  
and Legal Development

11 - 12 January 2001  
Council Chamber, HKU

~ Programme ~

Day One (11 January, 2001)

9:00 am Registration

9:30 am Opening Speeches

Moderator:

*Professor Andrew Byrnes*, Department of Law, University of Hong Kong

Speakers:

*Professor Albert H Y Chen*, Dean, Faculty of Law, University of Hong Kong  
陳弘毅教授

*Professor Wu Zhi-pan*, Dean, Faculty of Law, Peking University  
吳志攀教授

10:00 am Panel 1: Judicial Reform in the PRC

Moderator:

*Professor Zhang Xian-chu*, Department of Law, University of Hong Kong  
張憲初教授

Speakers:

✓ *Professor Wu Zhi-pan*, Dean of Faculty of Law, Peking University  
吳志攀教授

“The Educational Functions of the Judiciary in China” 論法院的教育功能

✓ *Professor He Wei-fang*, Faculty of Law, Peking University 賀衛方教授  
“Judicial Reform in China: Four Contradictions and Eight Issues”  
司法改革：四種矛盾，八項課題

*Professor Zhou Wei*, Dean of Faculty of Law, Shantou University  
周偉教授 (汕頭大學)

“The Objectives and Implementation of Judicial Reform in China” 中國大陸司法改革的價值目標與實施的步驟

✓ *Professor Zhu Su-li*, Faculty of Law, Peking University 朱蘇力教授  
“What Lies Behind the Judgment” 判決書的背後

12:00 pm *Lunch*

1:30 pm **Panel 2: Judicial Reform in Taiwan**

Moderator:

*Professor Albert HY Chen*, Dean, Faculty of Law, University of Hong Kong  
陳弘毅教授

Speakers:

✓ *Professor Lin Tzu-yi*, Professor of Law, College of Law, National Taiwan University 林子儀教授

“Judicial Reform – Taiwan’s Experience” 司法改革 – 臺灣的經驗

✓ *Professor Chen Hsin-min*, Social Science Research Institute, Academia Sinica  
陳新民教授 (中央研究院)

“Press Freedom and Judicial Independence” 新聞自由與司法獨立 - 一個比較法制上的觀察與分析

*Professor Su Jong-chin*, Faculty of Law, National University of Political Science  
蘇永欽教授

“The Experience of Judicial Reform in Taiwan” 反思台灣司法改革的經驗

3:15 pm *Break*

3:30 pm **Panel 3: PRC Criminal Procedure Law and Legal System**

Moderator:

*Professor Zhu Su-li*, Faculty of Law, Peking University 朱蘇力教授

Speakers:

✓ *Professor Chen Rui-hua*, Faculty of Law, Peking University 陳瑞華教授

“The Framework of Criminal Procedure Law Reform in China” 中國大陸刑事司法改革之架構 - 《公檢法》關係之重塑

✓ *Professor Chen Xing-liang*, Faculty of Law, Peking University 陳興良教授

“From ‘the judge above the judge’ to ‘the judge before the judge’: Procuratorial Power from the Perspective of the Rule of Law in Criminal Matters” 從‘法官之上的法官’到‘法官之前的法官’ - 刑事法治視野中的檢察權

**Professor Huang Jian-wu**, Head of Department of Law, Zhongshan University  
黃建武教授 (中山大學)

“Using Law to Regulate Legislation, Using Legislation to Promote the Rule of Law: the New Law on Legislation in China” 從法律規範立法，用立法促進法治 – 從《立法法》透視現行中國立法體制

✓ **Professor Li Xiao-ping**, Faculty of Law, University of Macau 黎曉平教授 (澳門大學)

“Judicial Activities and the Development of the Legal System” 司法活動和法制發展

**5:30 pm**      *Close*

**6:30 pm**      *Conference Dinner for Speakers*

**Day Two (12 January, 2001)**

**9:30 am Commencement**

**9:30 am Panel 4: Hong Kong Issues**

Moderator:

*Professor Sheng Jie-min*, Faculty of Law, Peking University 盛杰民教授

Speakers:

✓ *Professor Albert HY Chen*, Dean of Faculty of Law, University of Hong Kong  
陳弘毅教授

“Hong Kong’s Legal System in the New Constitutional Order: The Experience of 1997-2000” 新憲制秩序下的香港法制：1997-2000 年的歷程

✓ *Professor Fu Hualing*, Department of Law, University of Hong Kong  
傅華伶教授

“The Impact of the Chinese Criminal Law in Hong Kong” 中國刑法對香港的影響

**10:45 am Tea Break**

**11:00 am Panel 5: Theoretical Issues in Judicial System**

Moderator:

*Professor He Wei-fang*, Faculty of Law, Peking University 賀衛方教授

Speakers:

✓ *Professor Li Ya-hong*, Department of Law, University of Hong Kong  
李亞虹教授

“Party Politics and Judicial Independence: A Comparative Perspective on China and the U.S.” 中美政黨政治與司法獨立關係之比較觀察

✓ *Professor Bai Jian-jun*, Faculty of Law, Peking University 白建軍教授

“The Third Medium: An Attempt to Provide the Judicial Modernization of China”

第三載體：推進中國大陸司法現代化的一個嘗試

✓ *Professor Liu Nan-ping*, Department of Law, University of Hong Kong 劉南平教授

“The Confusion of Substantive Justice: the End of Sue and the Judicial Reform” “實質公義”的迷思：訴的終結和法院獨立

**12:30 pm Lunch**

**2:00 pm Panel 6: PRC Civil and Commercial Law**

Moderator:

*Professor Say Goo*, Department of Law, University of Hong Kong 吳世學教授

Speakers:

- *Professor Sheng Jie-min*, Faculty of Law, Peking University 盛杰民教授  
“The Enforcement Branches of Anti-trust in China” 論中國的反壟斷執法機構
- *Professor Zhang Ping*, Faculty of Law, Peking University 張平教授  
“E-commerce Legislation in China and its Features” 中國電子商務立法的思考

*Professor Richard WS Wu*, Department of Professional Legal Education,  
University of Hong Kong 胡惠生教授  
“The New Rule for Resolving Chinese Domain Names – a Comparative  
Study” 解決中文域名的新規則：比較方法的研究

**3: 30 pm Break**

**3: 45 pm Panel 7: PRC Civil and Commercial Law**

Moderator:

*Professor Lin Tzu-yi*, Professor of Law, College of Law, National Taiwan  
University 林子儀教授

Speakers:

*Professor Liu Kai-xiang*, Faculty of Law, Peking University 劉凱湘教授  
“Some Issues Concerning the Improvement of Mortgage Rights in China” 抵押  
擔保若干問題研究

*Professor Yu Guang-hua*, Department of Law, University of Hong Kong  
郁光華教授  
“A Study of the Financing Model of Wenzhou” 從溫州民間非正規融資市場  
和中國風險資本市場看制度安排的重要性

*Professor Zhang Xian-chu*, Department of Law, University of Hong Kong  
張憲初教授  
“The Status of the WTO Rules in the Legal System in China” 世貿規則在中國  
法律體系中的地位

**5: 15 pm**    **Closing**

*Professor Sheng Jie-min*, Director of HKU-Peking U Research Centre, Peking University 盛杰民教授

*Professor Johannes MM Chan*, Head of the Department of Law, University of Hong Kong 陳文敏教授

**5:30 pm**    *Close*

**“The Educational Functions of the  
Judiciary in China”**

**論法院的教育功能**

**Professor Wu Zhi-pan**

**吳志攀教授**

## 論法院的教育功能

北京大學法學院

吳志攀 教授

法院的功能是要解決社會中發生的各種涉及法律的問題，通過司法程序，法官確定某種行為是否犯罪？某種行為是否違約？對於犯罪者處于何種刑罰？對於違約方判決何種賠償？由於法院的辛勤工作，使社會中的違法行為減少，使社會得到安全與秩序穩定，是經濟交易公平有序，最終法院的功能是要使我們的生活更加美好。然而，在今天所處的信息社會，法院的傳統功能將會發生什麼變化嗎？筆者認為法院除了已有的功能外，還將出現一種潛在的功能：這就是法律教育功能。

### 一、 什么是法院的教育功能？

“法院的教育功能”是指通過辦理具體案件，對案件當事人進行法律教育外，法院將通過有關方法，對社會大眾進行法律教育的功能。法院的教育功能，有別於法學院的專業知識式的訓練與考試教育，而將是更加普及化的教育，將是在傳授法律知識的基礎上，更加注重進行法律文化與法律精神的教育的功能。法院的教育功能比法學院將提供更加廣泛法律教育。

回顧我國歷史，在長期的封建社會時期，司法與行政“合二為一”，或者說“行政主導司法”的現象比較突出。我國沒有像西方司法體制的陪審團制度，進入審判程序的人，只是與案件有關的當事人和証人。審判案件過程與社會大眾之間，不容易產生直接的教育作用。在法院案件執行時，刑事案件還曾有過當街示眾的“教育”，以次來表達法律的震懾力。這種“教育”的負面影響較大，所以，大多數國家都不採用了。因為這種教育使社會大眾只知道某人犯罪的罪名，而不知道犯罪行為與罪名是如何聯系起來的？

由於以往法院沒有對社會大眾提供教育，我國更多的法律文化與法律精神的教育工作，轉為由文藝作品來提供。例如，我們通過京劇《斬美案》，了解了包公的剛直不阿；通過《三言二拍》小說，知道刑事案件的審判過程；通過《施公案》故事，了解刑事案件的偵破過程；通過戲劇《竇娥冤》了解古代冤案形成過程。以及《楊乃武與小白菜》，《打漁殺家》，《烏盆記》和《四進士》等作品，了解我國古代的法律精神與法律文化。

相比之下，世界上也有其他許多國家，採取另一種方式是市民參與司法審判過程：一些由市民參與的司法制度，其中典型的有“陪審團制度”。社會普通市民，被選作陪審團成員，參加審判全過程。這些市民通過參加審判，直接了解到法律知識、法律精神與法律文化。比較我國通過文藝作品來表達的方式，陪審團方法更加直接，更加具體，也更加真實。市民參與審判制度隨著時間延續，隨著時間推移，法院對社會的教育功能就會體現出來：越來越多的大眾了解審判過程，熟悉審判工作，然後他們將尊重法律。

例如，當陪審員們參加完審判，回到家里，他們將在飯桌上，或起居室里與家人分享他們的感受。同家人交流他們對案件的看法。他們的家人通過這種交流，也獲得法律知識與法律精神的教育。加之他們從其他渠道（例如媒體）獲得的情況，他們對法院的工作不再陌生。法院的法律知識與法律文化及精神的教育，對於整個社會都有巨大的影響：教育的結果使得大多數人，將守法變成了生活習慣。習慣的自律對人的行為的調整，比法律的強制力還有效果。

讓我們舉交通規則為例，從另一方面加以說明：遵守交通規則，也是守法的

一個方面。守法的過程是一種接受教育的過程，也是一種養成習慣的過程。我們在香港特別行政區看到，香港市民遵守交通規則，已經養成習慣，不論路邊有沒有警察，市民都會自覺遵守交通規則。而在我國內地相當一部分城市，市民遵守交通規則還沒有養成習慣，還是要有警察監督，才遵守規則。警察站在路邊時，司機就遵守交通規則。沒有警察時，就可能違反交通規則通過。

為什麼說守法的養成，也是一種教育過程呢？人們通過自己或者別人觸犯過交通規則，形成較為嚴重的肇事結果，最後受到法院處罰，才受到法律直接或間接的教育。在香港，市民通過在法庭擔任陪審團成員，親身參與對交通肇事者審判過程，陪審員本身要親自投票，確認為肇事者是否有罪？他們對交通規則的認識，也便更加深刻。陪審員回到家里，同家人談論他們參與案件審判經歷，使得家人也獲得教育。所以，擔任過交通肇事案件陪審員的市民，對遵守守法的意識會加強，守法的習慣養成也會更好。

我國大陸沒有陪審團制度，而採用人民陪審員制度，而且陪審員要經過區縣級人大批准。所以，我們的陪審員在數量上比香港的陪審團成員的數量要少得多。故此，我們不能完全依靠人民陪審員方式，來完成法院對社會進行法律教育的全部工作。由於內地的絕大部分市民從來沒有進入過法院，當他們作為當事人，進入交通肇事案件審理過程時，一切預先的教育都會謂之晚矣。為此，內地法院應該建立另一種法律教育時間和空間，對社會大眾的法律知識、法律精神和法律文化的教育功能得以實現。

## 二、司法機關與社會的關係

法院的法律教育功能，建立於法院與社會大眾的關係基礎之上。法院與社會大眾的關係如何，可以通過法院與社會大眾的融合度來考察。我們可以用法院與社會融合程度，來評價他們之間的關係。兩者關係密切者，可以稱他們之間的“融合度高”，相反關係不密切者，可以稱他們之間的“融合度不高”。

如果我們將法律作為規範社會行為的規則，將法院作為社會生活的部門之一的話，可以從另一角度來考察法院的教育功能。先讓我們舉出其他機構影響社會生活的情況，比較這些事物的社會融合度，然後，再來考察法院與社會大眾的融合度，以及與教育功能。

假設將政府機構與社會關係密切程度，劃分為三個類別的話，第一類別是與我們生活關係最密切的部門。這些部門例如，百貨商店，餐廳，書店，電腦及家電部門，家具及家居裝修部門，各種物品的修理部門，理髮美容，服裝鞋帽，金銀首飾店，銀行，保險公司，物業代理，（郵局）<sup>1</sup>，電話公司等服務機構等。這些是我們生活的服務提供者，所以，這些部門必須與社會大眾保持融合的關係，否則，它們本身也不會存在了。

其次，是與社會生活關係較多的政府部門。政府部門提供有關的行政管理。其中在這些機構中，政府辦理的郵局與社會的融合度幾乎等於第一類別中商業部門。政府的其他部門，例如，工商登記部門和車輛管理部門，交通，出入境，婚姻登記，戶籍與身份證管理部門，不動產登記等部門與社會大眾的關係也相當密切。從事商業經營的個人或擁有車輛與房產的家庭都會同這些部門打交道。所以，這種行政管理部門與社會的融合度也相當大。

第三類別部門是司法部門。法院與大眾的社會生活的不如上述兩類那樣頻繁，所以兩者之間的融合度也不如上述機構那樣密切。原因有幾個方面：

其一，在中國內地，我們觀念上還存在一些舊的認識。在我們的傳統認識中，

<sup>1</sup> 郵局屬於政府公營非盈利部門。

司法機關就是辦理案件的，或者是解決社會糾紛的。這種認識將司法機關的作用看作，是一種被動的工作。有了違法或犯罪的問題，才需要司法機關。所以，在我們傳統觀念中至今還存在以下一些舊的認識：

其二，好人不進法院，有問題的人才進法院；例如，法院的工作人員來找我們時，一定沒有好事情。因為無事他們不會來的；

其三，經過法院處理過的事情，大都沒有什麼好事情了。經過法院處理過的人（從監獄里）出來的人與我們都不一樣了。如此等等。

由于有了上述類似的舊的觀念，所以，社會中的大多數人對法院都抱著敬而遠之的態度。由于這些舊觀念，結果使得法院與我們的社會容易產生距離，同時這些舊觀念不利于我們的法院發揮其教育功能。

法院的一些程式話的規定也不利于它與社會的融合。在中國大陸，法院大門口通常都會有武裝警察站崗，同時還有法院內部工作人員在收發室或接待室值班。來到司法機關辦事的外面來的人，要通過傳達室與辦公樓內部的司法工作人員聯系後，才能領取進門証。然後，再交給武裝警察檢驗才能進入。在法院的傳達室和接待室值班的接待人員中，有些還是上了年紀人，看上去好像是退休返聘的工作人員。這些上了年紀人的反應已經不十分靈敏，行動緩慢。給外面來辦事的人的第一印象，好像法院都是這個工作的狀態。

我們曾陪同來自國外的外賓，到某內地法院去。當時接待室里的老人看了我們的証件和信件後，還要打電話與內部聯系（實際上我們已經在達到之前打好電話）但是，進門一定要經過這個手續。里面的電話長時間占線，我們只好等待。在接待室或收發室內和外等待進入的人已經有許多。都要一一通過電話聯系好後才能進入。就遇到上述的情景，外賓們都表示出一種十分奇怪的神情。我們已經習慣這種程式話手續，外賓也得“入鄉隨俗”吧。

我們也曾進入過香港法院，那里的大門口的收發室或接待室並不用通過打電話聯系，就可以直接進入。或者他們的門衛工作人員，對進門的外來人檢查一下証件，或詢問幾句話就可以了，非常簡單而迅速。從法律程序上看，實質性司法程序要待外來的人，進入法院大樓和法庭後才能開始，而進入院子和樓門的方式並沒有法律規定，而是法院自己的行政管理規定，不是國家法律的規定。

現在的問題是，假定當事人和律師提前 20 分鐘來到法院的大門口，但是由于電話占線或人多等待超過了 20 分鐘還沒有進入的話。法院關確定的開庭時間或其他約見時間遲到或延誤，是否是對法庭的不尊重或藐視？通常當事人和律師都應該提前進入法庭，等待法官或檢察官的來到並且起立致敬，以示對法律的尊重。但是，這種延誤或遲到，不但給法官或檢察官的印象不好，留給外來人的法院的第一印象也十分不好。

法院也採取了旁聽制度，這是公開審判案件的一個進步。盡管《民事訴訟法》和《刑事訴訟法》對旁聽制度早有規定，但是，真正在審判中落實還是近几年的事情。由于我國的人口較多，所以，法院採取了旁聽人檢驗身份証和人數限制的措施，這是必要的。但是，在人口數量接近的國際大城市中，許多法院旁聽都沒有類似我們這樣的限制措施，在人口密度較大的香港的法院，也沒有這種限制情況。這就說明人口因素和人口密度因素等在這里均不是決定性因素，而是其他因素在起作用。

國際大都市的那些法院的旁聽席，並沒有因為來的人過多而影響審判進行。相反，越是放開了旁聽，來的人越少。就像過去我們對一些商品採取票証制度一樣，越是採用票証，東西越供不應求。票証制度取消了，商品賣不出去了。當然，

我們過去采取票証制度的根本原因是生產力不足，並不是消費者的心理因素。但是，在同等生產力水平基礎上，是否采取票証制度也可以導致人們的消費心理的不同：采取票証制度的心理：不願意浪費票証所控制的“緊缺”商品而必須消費。相反，不采取票証制度的心理：個人需要或喜歡消費時才選擇消費。

法院如果要強加教育功能，就要縮小與社會大眾的距離，密切同社會的大眾的融合度。這樣教育效果才會更加積極和有效。

### 三、 司法機關為什麼要加強教育功能？

中國成語中有“不教而誅”，意思說沒有讓人知道法律，就將犯法的人懲罰了。更深刻的意義是指，管理國家主要依靠教化，不靠法律懲戒。所以，在古代社會的法律思想中，“不教而誅”的做法不會受到鼓勵。法律制定出來後先要讓社會大眾知道，然後才對犯法的人進行懲罰，這樣做才是我國古代法律思想中所鼓勵的。同樣，管理國家主要依靠教育和引導大眾，不能簡單的依靠警察與法律震懾力和強制力。因為，中國還有兩句古語，一句話是說：“法不責眾”。

法律的本質功能不是消極的懲戒，而是積極的教育。法律教育應該有預先性，而盡量減少事後性。因為，在我國這樣一個發展中國家，同時又是一個人口眾多的國家，當多數人犯法時，法律就變得無用了。同時，也會造成資源的極大浪費（關押一個犯人的經濟成本，可以供 6-7 個邊遠貧困地區的孩子讀一年書）所以，在我國歷史上，並不提倡法律越多越好，也不認為訴訟越多表明老百姓的法律意識越高，社會的法治越發達，法律水平越高。而在我國歷史上的各種司法制度的設計，基本沿著“熄訟”思想發展的。

英國法學界也有“法繁擾民”的觀點。香港城市大學法學院的泰勒教授，他本人也是法官。1996 年，他曾在北京大學與香港城市大學法學院聯合舉辦的法學研討會上發表論文，他的結論是：《公司法》條文越多的國家，在近 20 年的經濟發展，反而不如《公司法》條文簡單的國家發展得快。他使用米尺和磅稱來衡量英國和澳洲的《公司法》，然後，他又度量了韓國和中國的《公司法》。前者是後者的幾倍，但是，後者所在國家在近 10 年來的經濟發展速度比前者快幾倍。<sup>2</sup>

在美國等普通法國家，在訴訟發生時也有 90% 以上的刑事與商務糾紛案件，可以在法庭前雙方達成和解。真正通過判決處理的案件大約在 10%，真正用盡所有司法審判程序的案件比例更少。

從上述各國的觀點可以看出，無論在東方還是在西方國家的司法機關，都有提倡簡化的觀念，同時，司法機關提供法律精神與法律文化教育功能愈加明顯。我國將通過下面的例子來說明法院是如何向社會大眾提供法律精神與法律文化教育的

#### 法院提供教育功能的幾種實例

##### 1、作為“公園”的法院

美國波士頓第四聯邦巡回法院，是開放法院的一個典型。該法院建在波士頓最好的市中心，又是靠近海濱的上好位置，交通方便。該法院對公眾開放的特點是，法院大樓里的餐廳、咖啡廳和圖書館都對公眾開放。法院里從第一層到頂層，透過靠近大海的一側的玻璃牆，可以觀看海景。這些地方都對公眾開放。公眾可以像到公園或百貨商店一樣，到波士頓聯邦法院來休息和觀看海景，或者約會朋友來這裏的餐廳吃飯，或喝咖啡。該法院的牆壁上，刻有美國歷史上著名大法官的名言和警句，當人們在法院里走動時，隨時可以看到這些教育意義深刻的經典話語。開放式法院的法官辦公區，不能隨便進入。但是，法庭的旁聽席可以隨時

<sup>2</sup> 參見泰勒教授 1996 年在北京大學發表的論文。

進入旁聽。開放式法院與社會公眾的接觸密切，使公眾親身處于法院所創造的法律精神和法律文化氛圍，親身感受法律精神與文化的教育。

## **2、作為旅遊景點的法院**

在華盛頓，美國最高法院歡迎國內外的客人參觀，不需要任何提前預約的手續和進門登記。就像我國的人民大會堂一樣，接待所有的參觀者。由于來參觀的人比較多，只需要排隊等候。由于參觀的大法庭的時候大法官們正在審判案件，所以，參觀者要在大法官到庭前進入大法庭，直到法庭休息時才能離開。

美國最高法院還有一個專門出售紀念品的商店。在這里出售美國最高法院的模型和燈柱的模型。還出售歷史上著名大法官的個人著作和別人寫的傳記。也有現任大法官寫的著作。還有憲法和有關最高法院介紹的錄影帶和法官講話的錄音帶等資料。也有美國其他法律的圖書、帶有法院標記的文具和用品出售。來這里參觀的人大都會到這里買一些紀念品帶回家，同家人和朋友分享參觀最高法院的感受。

## **3、作為電視轉播的法院**

美國有私人辦的法庭電視台，利用有線電視頻道專門報道法庭審判的案例過程。同時，還請著名的法學教授和律師行進評論。美國的三大電視網將著名球星辛普森案件跟蹤報道了三年，在最後宣判的電視節目不但美國電視網實況轉播，還通過衛星電視向全世界轉播。創造了法律節目收視率的記錄。

## **4、提供判例資料的法院**

在美國和英國等普通法國家，法院將上訴審判的案例主要內容公開。由法律公司出版成圖書、光盤和網絡數據庫像大學法學院、律師事務所和其他政府部門提供。美國和英國的案例不但在本國司法領域起相當大的作用，還通過數據傳輸技術輸送到全世界。在許多著名大學法學院圖書館里，也會下載或打印美國的兩大法律案例和法規數據庫資料，幫助本國法律研究人員作為研究的工具。這些大學使用了這些數據庫后，博士論文和教授研究論文的注釋資料的質量和數量都有很大提高。課堂教學使用的資料也有很大程度的豐富。

我國在法律圖書出版方面發展也非常快。而且，我國的法院與檢察院都有自己的出版社，專門出版與法律有關的各種圖書和工具書，法院的典型判例與司法解釋，也由人民法院出版社出版。

## **5、作為學者的法官**

英國和美國的法官的研究水平和能力，以及他們發表論文的數量與質量，幾乎與教授沒有區別，許多法官的論文水平和深度還大大超過一般法學教授。例如，美國聯邦第五巡回法院法官理查德·波斯納先生，他的論文和著作都超過法學院大教授論文的數量和質量。他不但在美國，而且在全世界法學理論中都具有一定的地位。他的三本著作已經被中國學者翻譯成為中文。這種教授型法官的文章和著作對法學理論界、法學院研究和教學影響非常大，還對整個社會的影響也很大，對政府的政策設計和立法機關的立法趨勢也有影響。

## **6、作為教授的法官**

英國和美國的法官兼任大學法學院教授，承擔日常課程講授和批改學生論文的情況比較普遍。兼任法學院教授的法官，每周要到法學院上課，通常他獨立的、系統的講授一門課程。例如，合同法、證據法、訴訟程序法、刑法、物權法等。由于法官的案例分析透徹，多數是親身經歷，所以他們的課程有的比專職教授的課還要受學生們的歡迎。

## **7、歡迎旁聽的法院**

英國和美國的法院都歡迎市民旁聽。旁聽制度不但是寫在法律中的原則，還是法院在設計法庭時的考慮之一。法庭的旁聽席比較寬大，座位較多。可以供許多人來旁聽。進入法庭旁聽的人走面向法官的門，法官從面對旁聽席的側門進入，而被告人或証人等從法庭的兩邊的側門進入。旁聽席位與法庭審判區是用半米高的木版牆隔開的。參加法庭審判的法官、原被告雙方以及律師、証人、法警和書記員以及陪審團成員等都在模板牆的里，旁聽人在木版牆外。這道牆英文叫“BAR”。俗稱考律師就用“BAR EXAMINATION”。通過律師考試的人，也叫通過了BAR，意思是指考試通過的人有了律師資格可以進入BAR里面了。旁聽人沒有資格進入BAR的里面，避免干擾審判。

#### 8、歡迎記者採訪的法院

英國和美國的法院歡迎記者採訪，所以，造就了專業的司法專業記者。通常這些專門採訪法院的記者持有法院頒發的專門證件。他們可以將照相機、錄音機、攝像機和速錄機等設備帶到法庭中使用。而未經過法官允許的人，則不可以隨意在法庭里使用上述設備，或者不允許將這些設備帶入法庭。法庭採訪記者所寫的關於法庭和法官的文章，一般不需要經過法官審閱就可以發表。但是記者也要文責自負。為了保護犯罪嫌疑人的個人隱私權和証人等，法庭不允許使用照相機或錄像機採訪時，法庭同意專門畫家到庭速寫，可以在報紙上公開發表。

#### 9、研究院史和修志的法院

法院本身就非常值得研究。因此，法院會舉辦專門研討會，由法官與外請的專家一道研究法院的歷史，總結法院發展的經驗。這種法院史研討會對社會各界的吸引力都非常大，來參加旁聽的人非常多。如同大學校園內的研討會一樣，成為學術界與司法界結合的一種模式。韓國最高法院召開過“最高法院史”的研討會，法官、教授和律師以及企業家，都被邀請參加。

我國地方的一些法院已經有了《法院志》<sup>3</sup>，或法院自己展覽，對外開放供社會各界人士參觀。這種研究的意義在於將法院審判作為一種文化和歷史事件來記載，通過法院來觀察我們的歷史和社會文明。

#### 10、出版報紙和期刊的法院

許多國家的法院出版自己的報紙和雜誌，我國在這方面一直也有傳統。<sup>4</sup>法院報紙和期刊不但在法院系統內部傳播，還在社會大眾傳播。法院自己的媒體成為社會眾多司法媒體中的具有特色的媒體。

#### 11、開設網站的法院

世界許多國家的最高法院幾乎都有自己的專門的網站。在信息社會沒有比互聯網站，更能發揮發布信息的作用了。許多國家的最高法院，開辦自己的互聯網站。將有關法院的介紹，工作特點，審判情況，法律和案例，研究和評論等通過多媒體的方式在網絡傳播出去。訪問法院網站的人可以通過多媒體了解法院的情況，法院也可以通過電子信箱與社會大眾互動溝通。

#### 結束語：

立法效果從法院工作可以檢驗，但是並不全面。法院在作好本職工作的基礎上，還要加強對社會的教育功能。教育功能的基礎是法院對社會開放。並將法院開放政策或制度通過具體方式落實下來。法院對社會的教育功能發揮的好時，法院與社會保持互動時，也是法院工作起到更好的效果之日。

我國強調法院的教育功能還有更重要的意義。在科技發展的今天，由於知識

<sup>3</sup> 例如，福州法院志。

<sup>4</sup> 我國最高人民法院的《人民法院報》和《司法研究》。最高人民檢察院有《人民檢察報》和《檢察研究》。

數量與質量的雙雙增加，使得原來按照年來計算的更新量，將以月或日來更新了。在這種情況下的知識產權保護理念也要更新了，因為在知識更新后，法律保護是可能是已經沒有價值的東西了，如果要保護的話，只能浪費社會資源或納稅人的錢了。所以，法院對於知識更新的時代，將更多象一所大學，培養人們遵守法律的習慣，教育人們遵守法律的經驗。

在當“克隆”的器官或可愛的豬的器官同病人移植后，作為法律關係中心的人，就變成了像汽車一樣可以依靠換零件而永遠可以駕駛的“機器”人了。人將活到几百歲，或者更長只要他們希望活著的話。所以，法院如果還依靠判刑來懲罰犯法的人的話，法官真的可以判 200 年或 500 年了。如果將人真的住在監獄里這麼長時間的話，對社會經濟來說也是一項巨大的成本。所以，為了減少社會成本的浪費，法院也得轉變它的功能，從消極的處罰教育，變為積極的經驗與知識的教育。

中國的人口多，司法工作人員與法官同人口的比例，永遠都是少的。在這樣多人口的國家，教育的作用是必要的。我國法院司法改革要進行方向選擇的話，教育是應該作為未來選擇的主要方向。（ 8519 字 ）

2000 年 12 月 16 日星期六

**“Judicial Reform in China: Four Contradictions and Eight Issues”**

司改：四種矛盾，八項課題

**Professor He Wei-fang**

賀衛方教授

## 司改：四组矛盾，八项课题

贺卫方

近年来，司法公正已经成为整个社会的强烈期待。这种情况的出现是与中国社会结构所面临的深刻变化密切关联的。在计划经济时代，法院只是无产阶级专政的工具，所处理事务的范围无非是“打击敌人”和处理婚姻纠纷，在整个权力结构中只是一个非常边缘化的角色。然而，市场经济的国策却将法院推到了权力的前台，当行政权力不再主导经济生活的时候，当法律之治的正当性得到越来越深刻地认同的时候，法院正以前所未有的强度和深度进入到经济以及社会生活的调整过程中，成为一种引人注目的权力。因此，司法公正受到越来越广泛的关注，甚至，越来越多的人对所谓司法腐败表现出的强烈不满，正可以说是为司法改革提供了难得的契机与动力。

话虽然这么说，当我们回顾近年来的司法改革时，还是可以看到，目前我们的社会还存在着诸多矛盾，制约着相关制度的建立和操作，使得司法难以公正。首先是我们的中央动员型治理传统与司法独立之间的矛盾。依法治国的一个重要内容便是司法的独立性。这种独立不仅仅指司法作为一种独立的机构单独地设立，行使独立的权力，更重要的是，支撑这种机构与权力的一整套知识是独立的，它具有自己的运行理念和逻辑，它具有自家独立的语言。然而，近代以来，我国独立司法的形成过程中遭遇到的最大阻力之一是，这个国家有着根深蒂固的中央动员型治理传统。由于治水对中央动员的需要，“政教合一”体制抑制了世俗世界与精神世界的区分，科举制度妨碍了知识的分化，加之没有对私有财产的严格保护，导致国家的早熟，并形成强大的中央动员型治理传统。在这样的治理模式下，不同行业之间的界限被忽视，不存在真正的分权体制。时至今日，在许多人的意识中，司法机关仍然不过是完成所谓“中心工作”的工具。从五十年代开始，司法就不断地服务，为土地改革服务，为反右斗争服务，为大跃进服务……到了八十年代，又要为改革开放服务，为市场经济建设保驾护航，一直到最晚近的为西部大开发服务，等等。在这种工具意识下，司法不可能展现自己的逻辑。例如，司法权的消极、中立就不大可能在这种动员型治理中获得生存空间。甚至我们的一些所谓改革也是变着法子的服务，诸如目前在法院系统开展的“双满意活动”即“做人民满意的好法院，做人民满意的好法官”，正是动员型社会中司法权的一种特色。

妨碍司法改革朝向健康目标迈进的第二个矛盾是，一方面我们不断地倡导依法治国，另一方面，社会中实际上起到法律作用的规则又不只是国家立法机关所制定的法律，法院以及检察院在实际的司法过程中也不能只服从法律。本来，在一个讲求法治的国家，社会中各种利益固然可以是多样化的，不过因为法的至高无上和普遍适用的特征，司法过程中终极的准则毕竟是宪法和法律。也就是说，在解决纠纷、处理案件时，法官必须以宪法和制定法为基本依据。当然，实际的司法过程要比人们平常想象的复杂得多；法律解释经常受到法官的政策考量甚至其他不被决策者本人意识到的因素的影响，但是，由于受到法律共同体在法律解释以及法律推理规则上共识的制约，所以司法过程所依据的规范是有其确定性的，并且是单极化的。与单极化相对立的是多极化，即法外有法，法上有法，许多法律之外的规范也具有与法律同样的作用，司法机关之外的机关也可以行使司法职权。一些非司法机关可以长时间限制人身自由便是明显的例子。在司法机关这方面，我们又强调法院和检察院的工作既要讲法律效果，又要讲社会效果，从而助长了司法过程所适用规范的多极化和混乱。

法治国家要求法院居于社会关系调整过程中的核心地位，而我们的法院以及检察机关在整个国家的权力结构中仍处在相当边缘化的地位，这是今天的司法改革所面临的第三个矛盾。当年，法国思想家托克维尔在观察美国社会时，曾指出：“在美国，几乎所有的政治问

题都要变成司法问题。”这意味着司法权的影响力不仅及于狭义的法律领域，而且是整个政治权力格局中的重要力量。法院的这种地位在当今的法治国家中有普遍的体现。曾有学者著书，题为《司法权在全球范围内的扩张》，历数世界许多国家法院越来越多地对政府行为进行司法审查，对议会立法的合宪性作出判断，大有演成全球化走向之势。然而，在我们的权力格局中，法院以及检察院至今仍在夹缝中求生存：司法机关在俗称“人财物”等最重要的生存环节上依赖于同级党政权力；某些地方的人大可以无视立法与司法的界限，进行所谓的“个案监督”；在一些行政首长的眼中，司法机关不过是其下属的科局而已，而且是不甚重要的科局。央视名牌栏目“东方时空”让“两高”首长忝列“部长访谈录”末席为这种观念提供了一个生动的注脚；许多地方党的政法委员会书记由公安机关的首长担任。司法机关为改变这种边缘化的地位，想方设法，一方面向权力部门示好，另一方面，在社会中更多地以威武示人。但事与愿违，示好的结果愈发强化了司法机关的从属地位，而黠武则使得司法尊严进一步丧失。

第四个矛盾是巨大的改革热情与相关知识积累不足之间的矛盾。培根有言，“知识就是权力”。我们也可以说，权力背后有知识。当今各国都采用了分权型的政府体制，例如，司法权与行政权都以分立的状态设置。这种划分的背后是有着丰富的知识背景的。由于我们的古典社会并没有形成分权式政府，因而传统的政治论说中没有提供今天我们可资借鉴的背景知识。半个世纪以来，我们对“三权分立”学说的批判更加抑制了人们探索权力分立背后知识的热情。近年来，司法机关甚至人大都不断地推出涉及司法的改革措施，然而这些措施却经常相互矛盾，凿枘不投。例如，一方面要司法独立，另一方面要错案追究；一方面确认法院是行使审判权的惟一机关，另一方面又推行个案监督；一方面倡导法官选任上的高标准，另一方面又强调人事制度要有利于干部的横向交流……这些问题都显示出有关现代政府以及司法制度的基本知识在我们这里还极端匮乏，需要更深入的研究和在各个层面的传播。否则，某些好措施的功效可能完全被坏措施所抵销，改革的过程很可能成为一个增添混乱的过程。

此外，改革本身的一个明显的缺陷是，由于改革措施大多由不同的司法机关推出，因而难免头痛医头，脚痛医脚，缺乏一个全方位的考虑。更因为相关结构囿于自身权限，难以对不同权力——例如法院与人大、法院与检察院——之间的关系提出构想，造成盲人摸象式的混乱局面，甚至导致旧弊未除，新弊复生的结果。我认为，我们需要改变现状，例如是否可以在全国人大的层面上，设立一个“司法改革特别委员会”，这个由民意代表、法院以及检察院等司法机关的人士、律师以及法学界专家组成的委员会通过深入的调查和细致的研究，提出一个司法改革的一揽子方案，经过全国人大讨论和通过后，在全国范围内认真地加以推行。

要实现司法公正，重要的问题仍在于制度。其实只要深入观察，我们就可以发现，现实生活中发生的司法不公甚至腐败行为，多半源于制度的缺陷，而非法官的个人品行。下面列出的是我认为要实现司法公正需要关注的八个制度要件：

第一，我们必须改变目前的司法权实际上从属于地方的问题。在现行制度上，我们的司法管辖范围与行政以及立法的管辖范围完全重合。宪法规定法院院长以及法官由同级人大及其常委会产生并对其负责，财政也完全依赖地方权力，导致法院对地方的严重依赖。本来是国家设在地方的法院变成了从属于和听命于地方的法院。于是地方保护主义遂难以避免，甚至由于法官“各为其主”，不得不对同样的法律条文作出不同的解释，更加剧了法律准则的四分五裂，破坏了人们对法律统一性的信赖，成为妨害市场经济发展的巨大障碍。指望通过思想教育便可以使法院院长以及法官秉公司法而不考虑地方领导的意志是徒劳的，这是要求他干超越人性的事。在经济领域，比如说金融，政府比较重视统一管理，中央银行与地方脱

钩就是一个很好的改革举措。但是这样的思路在司法方面却没有体现，以经济建设为中心造成了我们对社会中非经济类制度建设的忽视，看不到如果没有这些制度的合理化，经济是不可能健康发展的。实际上，比金融中央化更重要的司法中央化，因为法院毕竟是社会正义的最后一道防线，金融系统出现的弊病还可以通过法院加以矫正，法院判决不公却无法求助于银行。现在的情况是，中央化银行出了问题还要找地方化的法院，这样处理中就会大打折扣。只有让法院非地方化，才可能解决公正问题，当然，法院非地方化并不是又要把它变成一个行政体系，近来一些人似乎热衷于论证法院“垂直领导”的改革方案，这可以说是一个新的误区。司法独立的本质应该是法官个人的独立和每个法院独立于它们的上级法院。我认为这是建立公正的司法制度的十分关键的一个方面。

第二，我们应该改革法官的选任制度，准确地说，是严格按照《法官法》所规定的标准选任法官。法官队伍整体素质的高下，关系到司法权行使的正当性，关系到法院以及法官在民众心目中的形象，关系到通过司法而创造的法律准则的统一，也关系到能否在法官中形成同事之间的恪守司法伦理准则的机制的形成。按照 1995 年生效的《法官法》，要成为法官必须要经过大学以上的专业法律训练，或者有两年的法律工作经验。应该说，这个标准略显低了些，但遗憾的是，即使是这样的低标准，仍然未能落实。一些没有受过法律专业训练也没有法律工作经验的人仍可以进入法院，成为法官。如此这般，形成的一个后果是，法官队伍仍然缺乏同质性，不仅仅在语言、法律的知识、法律的规范方面四分五裂，就连司法伦理也四分五裂，导致了同事之间缺少制约。我们可以假设，如果一所名牌大学的教授选任不讲标准，不管什么人都可以来当，不需要什么学位，也不需要什么科研成果，那么这样最后导致的结果将会怎样呢？势必是剽窃别人的科研成果、盘剥学生的成果、不好好做学问都算不了什么，结果必然是真正优秀的教授在这里呆不下去，纷纷离开，用孔子的话，叫“危邦不入，乱邦不居”。所以，如何严格地执行法官法所规定的法官选任标准确实是一个很大的问题，必须要解决。

第三，司法权的司法化问题。司法权的行使方法必须要得到真正的反省，并且在程序的各个环节中得到体现。合理地行使司法权的前提是必须要清楚地意识到什么是法院，它不是一个行政机关，为什么它跟行政机关是不一样的，那么法院不一样，不一样在哪？并不仅仅是挂一块牌子法院就是法院，它一定是行使权力的方式跟行政机关不一样，所以对司法权性质必须要作一个更深入的思考。比如说什么样的案件是我们能够受理的，什么事务是我们不可以做的，为什么法官要严格地遵循程序，为什么他只能在法庭上行使他的权力，而在大街上行使权力的人不是法官。我们现在还有法官到大街上，在柳树下，小河边行使权力，这不是法官，这是行政官。还有，司法权要公开，它不能是暗箱操作的结果。这些都应该在相关的规范中确立，所以我们必须重新思考司法权的性质，思考法官这种职业的性质，这样就能逐渐地确立一种共识。

第四，法院内部管理制度的非行政化。这里指的是法院内部机构设置及其职权的合理化、法官个人独立地位的保障以及上下级法院之间关系的理顺等，其中关键的问题是法官个人的独立。审判委员会制度在过去的司法过程中发挥了应有的作用，但是，其弊病也越来越明显地暴露出来。审委会决定案件违反了司法公开的原则，破坏了回避制度的效果，造成了司法效率的低下。更严重的是，它导致了对法官的控制与法官素质低下之间的恶性循环。人们看到了法官素质不高，因此用审委会对审判结果加以监控，然而监控使得法官权力虚化，内心的失落与当事人及其律师的鄙视将使他更缺少责任心和荣誉感，愈发不思进取，自暴自弃，这样又导致更严厉监控的正当性。审委会如此，院庭长批案亦复如此。此外，目前推行的法官等级制度也过于细琐，强化的是法官之间的等级差异，不利于法官独立意识的养成。要在法官中形成追求公正司法的风气，需要确立责任与荣誉相结合的机制。当责任与荣誉都无法推诿的时候，法官追求正义的热情与智慧便会被激活，我们就可能走上一种良性循环。

第五，确立一整套良好的司法伦理准则，和执行这套伦理准则的机制。司法伦理具有它自己的特点，比如说受贿不是一个司法伦理的问题而是一个法官犯罪的问题，法官犯罪与其他人一样要依据刑法加以制裁。司法伦理一定是建立在对于司法官的职业特色清楚意识的基础上的一套行为准则，比如说他跟当事人之间的关系应该怎样处理，他跟律师之间的关系应该怎样处理，他是不是应该远离商业、远离政治，还有他跟法学学术之间应该有什么关系，他应该怎样避免自己的偏见影响司法决策，如何解决司法拖延的问题，都是司法伦理所涉及到的主要内容。但我们这一方面过去做的很不够。当然，司法伦理建设方面的一个重要事项是要有一个有效的执行机制，我们现在一方面是一些违反职业伦理的行为得不到及时的矫正，另一方面，法官又动辄得咎，经常受到不正当的威胁甚至惩罚。例如，对于新闻界“曝光”的某些行为，我们惯常的做法往往是不由分说，不顾正当的程序，免去一名法官的职务简直易如反掌。法官的地位如此没有保障，是一件极其可怕的事情。一些法制发达国家的经验表明，严格的身份、职务以及收入保障是司法公正的制度前提。我们需要建立起一种机制，让涉嫌违反职业伦理的法官也能得到公平的对待。可以考虑在人大中设立一个机构以公开的程序审理被追诉的法官，让他们也能够有一个公开中辩的机会。

第六，司法改革还有一个问题，就是要调整、理顺不同的法律机关以及法律职业之间的关系，比如说法院和检察院之间的关系，检察官与律师之间的关系，以及法院与公安系统之间的关系，等等。公安机关只是一个行政机关，检察院则是行使行政权的司法机关，因为它积极地追诉犯罪。这些机关之间的关系现在并没有理顺，相互配合有时蜕变为职权混淆，相互制约又经常变质成斗气冲突。无论是职权混淆，还是斗气冲突，都严重地弱化了司法机关保护权利和惩罚犯罪的功能，伤害了司法机关的公正形象和法律职业共同体的团结。理顺法律机构之间的关系，首先要从司法人员的选任机制入手，例如建立包括法官、检察官和律师三种主要的法律职业共同的入门考试制度，以及共同的职前研修制度，以强化三种职业者之间的共同体意识和一种职业者对另外两种职业的理解。此外，还必须在宪法层面上理顺法院、检察院以及律师之间的关系。目前的弊端在于宪法上对司法机关之间关系的设置本身有相当不合理之处，现实中又多维护部门利益，坐在谁家的椅子上为谁家说话，甚至两家的司法解释也相互冲突，加剧了问题的严重性。

第七，必须要理顺法院与人民代表大会之间的关系。人大是最高权力机关，对司法机关当然拥有毋庸置疑的监督权力。不过，这种权力应当体现在对法院财政、人事等领域的监督上。例如，经费的支出是否合理，是否存在不正当收费，任命过程中候选人是否符合法定的任职资格，严重违反职业伦理的法官怎样加以弹劾，等等。在这些方面，人大的监督还很不够，应当进一步强化。可以说，某些地方一些不符合法官法规定任职资格的人进入法院成为法官甚至法院院长，跟人大在任命过程中没有有效地行使上述权力有直接的关系。值得注意的是，现在，一些地方出现了另一种监督，那就是人大插手对具体案件的处理，这种名为“个案监督”的做法混淆了立法权与司法权的界限，实际上也降低了人大的地位。由于人大代表并不是按照法官的资格加以选任，人大对具体案件的了解通常并非通过两造对质的方式获得，而且也缺乏司法程序的制约，个案监督也可能导致更多的不公正。因此，如何既强化人大对司法机关的监督，又不使人大取代法院成为司法机关，将是我们走向司法公正的又一个制度建设的关键点。

最后，第八点，司法机关与大众传媒之间关系的理顺。也许可以说，没有新闻自由，就没有司法公正。在现代社会中，大众传媒代表着广泛的公众，对于包括司法在内的国家权力进行严格的监督。但是，跟任何其他权力一样，传媒的监督权也是一柄双刃剑，可能正当行使，也可能被滥用。重要的是，新闻与司法两种行业的逻辑有明显的差异，新闻重情感的诉求，司法重理性的运用；新闻倾向快捷的报道，司法强调审慎的决策。因此，二者存在着内在的紧张关系。我们需要建立一整套规范防止大众传媒损害司法公正，其中最亟待确立的规

范是，对于法院没有审结的案件，如何防止传媒发表具有倾向性的言论从而危害司法的公正与独立。与此同时，我们也应当采取切实有效的措施，将司法过程置于传媒的监督之下，使得传媒成为增进司法公正的社会因素。

# **“The Objectives and Implementation of Judicial Reform in China”**

中國大陸司法改革的價值目標與實施  
的步驟

**Professor Zhou Wei**  
周偉教授

香港大學法律學院-北京大學法學院法學研究中心

司法改革與法制發展研討會 論文

2001年1月11-12日，香港

## 中國大陸司法改革的價值目標與實施步驟

周偉\*

江澤民總書記 1997 年 9 月 12 日在中共十五大報告中明確提出進行“司法改革”已經三年多。對此，法學界和法律界人士進行了多方面的探討，提出了各種不同的司法改革設想和建議，為司法改革奠定了思想和理論基礎，將司法改革的討論逐步引向深入。但不同的意見各執一詞，由於缺乏對司法改革的整體和系統研究，缺乏關於司法改革價值目標和實施步驟的共識，致使有些爭論不免失去意義。

筆者認為，司法改革是一次重大的法治理論和實踐的變革，是我國正在進行的政治體制改革的一部分，涉及憲法和一些基本的法律的修改，而不僅僅是對某個部門法的某項具體制度的修正。關於司法改革的爭論，雖然有些是關於改革理論和原則的探討和辨析，但也有相當一部分爭論並不存在真正的論點的對立，而是由於提出的改革方案的實施階段、條件不同，或是各自期望實現的價值的側重

---

\* 汕頭大學法學院院長、汕頭大學人權法研究中心主任、法學碩士（吉林大學）博士（香港大學）。

點不同。<sup>1</sup>因此，有些爭論相互間并不矛盾，各自在司法改革的系統中占有一定地位。爭論需要共同的准則和前提。而明确司法改革的价值目標和實施步驟對目前司法改革討論是十分重要的，可為爭論作出必要的鋪墊。筆者對此提出管見，就教于各位同仁。

## 一，司法改革的含義

司法改革到底包含那些內容？雖然人人都同意改革是為了解除弊端，實現特定的价值目標，但從理論研究的角度分析，首先應當明确司法改革的概念，否則無法確定改革的內容。從關於改革研討的情況看，對“司法改革”顯然存在着不同的理解，因而各自從不同的角度和方面提出改革的設想和建議。對問題的爭議由于缺乏基本理論上的共同點，所以造成一些不必要的爭論。筆者認為，在提出司法改革的建議時，首先應當弄清楚“司法”的基本含義。

從國家權力的構成看，司法是一種權力，即司法權，是國家權力結構中與立法和行政并列的一種權力。現代國家，不論是否承襲洛克和孟德斯鳩的分權論的政治學說，是否實行三權分立相互制約的國家制度，但都承認國家權力由立法、行政、司法三種權力構成，承認司法權是一種國家權力。所不同的是，各國在立法權、行政權和司法權的配置上和平衡上各因自身的國情不同而不同。但無論如何，現代社會沒有不存在司法權的國家。因此，司法改革必然涉及司法權與立法權、行政權的平衡與制約。

從國家政治體制上看，司法是指一種機構，即司法機關，以別與其他性質的

---

<sup>1</sup> 改革爭論中甚至有站在不同業務部門的立場、為擴張本部門權力而提出改革建議的現象，但不是司法改革研討的主流，本文暫不論及。

國家機關，如立法機關、行政機關。雖然各國國情有別，但大多數國家的司法機關專指從事審判活動的機關，即法院。也有國家規定司法機關還包括檢察機關。我國憲法雖然沒有明確規定檢察機關為司法機關，但從其他法律的規定和習慣看，檢察機關也是司法機關。我國還有一種觀點認為公安機關也是司法機關。這是一種大司法機關的概念。這一觀念雖然已經過時，但仍然有相當的使用率。我國 1991 年發布的第一個人權白皮書使用的是“公安司法機關”的概念。這就把傳統上的公、檢、法機關的定性問題解決了。顯然，公安機關不是司法機關，而檢察院和法院是司法機關。<sup>2</sup>但由於公安機關是刑事訴訟中的偵查預審機關，行使着一定的司法權，因此，也是司法改革應當涉及的機構。

從國家所從事的活動看，司法是指一種特定的國家行為，即司法行為。國家每日都進行着各種不同的行為，是國家司法權行使的過程。狹義的司法活動僅指審判活動。而廣義的司法活動還包括大部分執法活動，可以包括法官、檢察官、警察等司法人員的執法活動。<sup>3</sup>但實際上，司法活動由於律師和司法行政部門的參與，也應當包括律師制度和律師執業活動的規則等。但司法活動還應當包括司法解釋，即司法機關在實施法律時，對法律過於原則的規定，依照一定規則所做的解釋。由於司法解釋涉及到法律淵源的變化，因此具有立法補充的性質。所以司法解釋是介與司法行為和立法行為之間的一種司法活動。司法行政也是一種司法行為。如法律援助制度和活動，監獄管理機關的活動，各國的反腐敗機構極其運作(如廉正公署)等。從性質上看，司法行政是介與司法與行政之間的行為。

司法還可以指司法人員，或司法官，即經過一定考試(或考核)選任程序進入司法機關從事司法活動的有關人員。司法人員和司法官的範圍，通常以不同

---

<sup>2</sup> 周偉、改革檢察關係、維護審判獨立，中國法學會訴訟法學研究會 2000 年年會論文。

<sup>3</sup> 何家弘，司法公正論，中國法學，1999 年第 2 期。但筆者以為何教授將警察稱為司法人員似有不妥。

國家對司法機關的認定為基準。以法院為司法機關的國家，如英美法系國家司法官僅指法官。而司法人員的範圍更寬泛些，包括了司法官的輔助人員和一些從事司法活動的人員。大陸法系國家有的認為檢察機關是准司法機關，如德國、法國，還有的認為檢察機關是司法機關，因此司法官的指稱各有區別。但明確的是，法官是司法官的最主要組成人員。

司法還可以指司法理念，即關於對司法的認識、期待和要求等相關意識。如對司法獨立是否認同，對司法公正的要求，對司法不公的痛恨，對徹底鏟除司法腐敗現象的急切盼望等。但司法理念中也有負面的意識，如由于社會客觀原因造成的對司法權和司法官的藐視，或者希望通過不正當手段（通過開后門、走關係、行賄等方法）使司法官違反法律（或不違反法律）做出對自己有利的判決或處理。司法理念是法律意識的組成部分。正確的合乎社會主流法律價值觀的司法理念對法治建設和司法改革是一種推動力，而錯誤的落后的司法理念則是一種阻力。司法改革也包括對司法理念進行梳理，在理論上革新，使之與司法改革的價值目標相適應，推動司法改革的進行。

從以上分析可以看出，司法改革包括司法制度、司法體制、司法行爲（審判模式、規則等）、司法機構和人員，及司法理念的全方位改革。這樣的改革，顯然不僅僅是民事、刑事審判方式的改革，也不僅僅是法院或檢察院機構的改組或重新設置，<sup>4</sup>而是一次從宏觀到微觀，從價值理念到具體規則，從司法權與其他權力的審慎配置到司法權力之間的重新組合，從司法機構的科學設置到司法人員選任和考核的制度建設等為內容的國家重大政治體制改革，是一項法治建設的系統工程。這樣一個工程浩大的改革，不可能一夜之間大功告成，也不可能一旦

---

<sup>4</sup> 參見：陳瑞華，司法權的性質、法學研究，2000年第5期，第30、31頁。

改革成功就高枕無憂了。司法改革本身是一個動態發展的過程，同時司法作為一種國家機關的行爲，又日復一日地活動着。即使是司法改革達到預定目標后，新的問題又會出現。因此，司法改革只是依照一定的理論，在一定時期內，按照一定的步驟，從微觀、中觀和宏觀多層次地革除弊端，優化組織機構、人員，合理配置資源、均衡權力，最大化地實現既定的價值目標。

## 二，司法改革的價值目標

司法改革的價值目標是指司法改革所追求的理想和要達到的目的。也許人類的理想狀態是永遠無法真正實現的。但是，作為價值追求，理想是永恆的，也是可以逐步或者部分實現的。正是在這個意義上，沒有可以稱之為完美無缺的司法公正。但司法公正却是人類永恆的共同追求。

保障人權、司法獨立、司法公正和司法效率是我國司法改革的價值目標。江澤民在中共十五大報告中題為“政治體制改革和民主法制建設”的第六部分提出：“一切政府機關都必須依法行政，切實保障公民權利，實行執法責任制和評議考核制。推進司法改革，從制度上保證司法機關依法獨立公正地行使審判權和檢察權，建立冤案、錯案追究制度。加強執法和司法隊伍建設。”其中“切實保障公民權利”、“獨立”和“公正”分別是保障人權、司法獨立和司法公正的價值取向。此外，司法效率也是目前社會矚目的價值追求。

保護人權是司法改革的基本價值目標。維護和尊重人的尊嚴，是現代社會的一項基本價值，也是人類文明的一種境界。人權保護不僅要求立法上平衡不同主體間的不同權利，而且應當規定政府對尊重人權和保障人權所承擔的義務。司法機關為人權保障的最后一道防綫，為任何權利受侵害的社會主體提供司法保

護，體現的是對實體權利的保護。在司法運行過程中，也必然要求尊重和保護人的尊嚴和價值，體現的是對各個訴訟主體程序權利的保護。從司法改革的價值追求而言，保護人權應當是優先於打擊犯罪的價值。至少人們不會反對打擊犯罪也是間接保護人權這樣一種說法。<sup>5</sup>因此，保護實體權利和程序權利是人權保障的具體要求。

司法獨立和司法公正是兩個相互依存的價值目標。保障司法獨立是為了實現司法公正，而實現司法公正則要求保障司法獨立。當然，我國目前憲制下的“獨立”行使檢察權和審判權與司法獨立的理念還有着很大差別。(但廣義的司法官獨立也包括檢察官獨立。對這一問題，筆者將另文闡述。)對司法獨立和司法公正，許多學者有論及。特別是對司法公正，不同歷史條件和社會形態下的人們對公正有着不同的理解。筆者認為司法公正實質上是對通過司法程序實現社會正義的一種期望，是民衆對司法機關和司法人員品德和學識的信任。如果說現代社會對公正的理解與過往時代有所不同的話，那就是普遍的觀念認為保障人權是最大的公正。而司法是否公正的標準就是人權是否得到了保護。

效率是司法改革的另一個價值目標。效率包括時間和成本兩個方面。就時間而言，針對久拖不決的案件，即使訴訟中獲勝的一方，也只能因為公正的判決來的太遲，而不能真正獲得法律的有效保護和救濟，即所謂“遲來的公正不是公正”。效率也是人們對司法的一種期望，即希望在盡可能短的期間內達到和實現公正。就成本而言，訴訟成本過高顯然影響司法公正。訴訟成本包括司法機關處理案件花費的費用，聘請律師的費用和參與訴訟自行支付的費用等。一般而言，案件拖

---

<sup>5</sup> 我國的法學理論、刑法和刑事訴訟法都強調打擊犯罪，而保護人權是次等的價值，或者至少是居于打擊犯罪之後的價值。但法制史的研究卻表明刑法、刑訴法是以制約國家權力為先的。如果僅僅為了實現有力地打擊犯罪的目的，完全沒有必要制定法律，因為沒有刑法和刑訴法的規定約束，國家權力反而能夠被運用的更加迅速、嚴厲。

時間越長，耗費的資源就越多，費用就越高。如在律師按時收費的情形下，更是如此。造成訴訟成本高的另一個原因是司法腐敗。為尋求勝訴的當事人等，常以非法手段行賄或拉攏司法人員。這種法律外的手段既提高了當事人的訴訟成本，又破壞了現有的司法資源（法官品格、素質也是司法資源）

就以上價值的相互關係而言，保障人權是司法獨立、司法公正和司法效率等價值的前提和目的所在。因為司法獨立、司法公正和效率都是為了有效地保障人權。否則，獨立、公正和效率就無所指。我國進行的法治建設和司法改革就是為了切實保障公民權利。加入《公民和政治權利國際公約》和《經濟、社會和文化權利國際公約》表明了中國政府在保障人權問題上的立場。在國際層面，保障人權已經是國際社會的共識。雖然不同國度對人權有着不同的理解，對人權問題存在爭議，國際社會也不斷發生侵犯人權的事件，但是，沒有人敢于公開聲稱反對保護人權，包括以人權為政治訛詐手段的人。因此，保障人權是人類社會共同的理想和价值追求，當然也是為實現人類美好理想的中國人民的价值追求。司法改革就是為了通過優化的司法制度、司法程序和活動實現和保護人權。

### 三，司法改革的步驟

司法改革要實現的價值與其要實現的最終目標應當是吻合的。但這些價值和目標的實現却不能寄希望于閉門造車，按某個設定方案一舉改革成功。這不僅是因為改革的理論尚不成熟，改革的整體方案尚未出台，而且在現階段，改革的基本思路尚未理清。很多根本性問題尚未經過充分研討，形成共識。此外，改革本身的複雜性和我國社會經濟轉型期的各種基本矛盾決定了司法改革必然是政治體制改革和經濟體制改革的不可分割的一部分，三種改革相互間必然產生互動關

系。可謂牽一發而動全身。因此，科學、客觀地設計需要改革的司法體制，使之與價值目標相符，又與其他系統兼容，能與本法治資源相結合，通過幾個階段的改革與發展，才能達至良性運作的機制和制度，以實現司法公正、提高司法效率並達至保護人權的價值目標。因此，司法改革價值目標的設定和具有可操作性的改革方案的設計，對改革的成功具有首要的和決定性的作用。

根據司法改革在不同層次進行的特點，應當從微觀、中觀和宏觀三個不同視角審視司法改革，根據改革的難易程度、與其他配套改革措施的相關性、改革及其成功后資源的耗費需求等，確定司法改革的近期、中期和遠期目標，制定出司法改革方案。

從微觀視角看，改革具體的規則、制度等每一個司法環節的細節都是司法改革的內容。如訴訟活動中證人權利保護、證人出庭做證的質證方式：監視居住最長不得超過的 6 個月的期限到底是整個刑事訴訟過程還是偵查、起訴和審判等每個階段的限度。微觀層次的改革雖然必須考慮可操作性，但應當與司法改革的價值目標相符，以最終成為司法體制中的有機組成部分。

從中觀視角看，改革司法機構及其內部運行機制、對司法人員的錄用和考核、對司法程序法進行必要的修改等是其主要內容。中觀改革起着承上啟下的作用。上與宏觀改革相適應，下與微觀改革相配套，是整體改革的中間環節。目前一些法律界人士和學者們致力於司法機構內部改革的研討，如針對法院組織機構體系提出改革建議，<sup>6</sup>應當屬於中觀層次的改革方案。至於認為司法制度的改革就是法院體制和組織的改革的觀點，則是對宏觀層次的改革缺乏認識的表現。

從宏觀視角看，改革司法權與其他權力之間的關係、確立司法獨立的原則及

---

<sup>6</sup> 參加：章武生、吳澤勇，司法獨立與法院組織機構的調整(上、下)，中國法學 2000 年第 2.3 期。

其配套制度；改革兩大司法機關之間的關係以保障審判獨立和檢察獨立；改革司法理念和理論等是宏觀改革的主要內容。宏觀層面的司法改革，是政治制度和體制的改革，因而是一項長期的改革。這一改革涉及憲法和基本法律的修改，是國家政治體制改革中最重大的事項之一。司法改革必須與政治體制改革，權力結構的改革相結合。<sup>7</sup>這實際已經提出了一個問題，即司法改革必然與政治體制改革相關，與司法權與其他權力的重組相關，因而與憲法、和法律的修改相關。當然，也有學者堅持必須在現有憲法和法律框架內進行司法改革。<sup>8</sup>但這可能只是指微觀層次的改革。即使是中觀層次的改革，也必然會突破現行法律的規定。

應當注意的是，目前的每一次具體規則、制度、方法等微觀層次的改革，都應以推動終極價值目標的實現為准則，以宏觀改革的整體方案為依據和導向。否則各自為陣，各出奇招的改革措施看似熱鬧，但如果與終極價值目標相矛盾，或于改革的整體宏觀方案不兼容，實際上反面成為推動下一步改革阻力，不僅耗費了不必要的資源和時間，而且會擾亂改革的進程，有損民衆對司法改革的信心。

龐大的司法改革規劃不可能在短期內一下子實現。而改革措施存在着相互制約、相互推動的關係。同時，為了保持正常的司法運作和社會穩定，改革的推進應當穩妥地進行，按階段逐步實施。因此，應當制定司法改革規劃，根據司法改革內容的難易、輕重緩急和司法運行規律，將司法改革分為長期、中期和近期三個階段進行。其中近期目標是為中期或長期目標做準備和鋪墊性工作。側重于人員素質的培養和考核、某些具體法律規範的調整和修改等。中期目標應當承前啓后，對權宜之計的過度性做法予以廢除，對經過試點確定可行的原則、制度和規

---

<sup>7</sup> 參見：郭道暉，依法治國與司法體制改革研討會紀要，法學研究 1999 年第 4 期。

<sup>8</sup> 參見：王景琦，司法改革與民事檢察監督，法學家 2000.5.P.78—86。王文的立論基本是以現行憲法和法律為依據。也有學者提出在改革中及時修改憲法和法律的建議，參見：劉翰，依法治國與司法體制改革研討會紀要，法學研究 1999 年第 4 期。

范進入立法修改程序。遠期目標應當是通過立法、組織調整和人事改革，形成能够保障司法改革價值目標實現的制度、體制和運行機制。是司法改革價值目標的整體性實現，是宏觀、中觀和微觀改革的最終結果。

#### 四，主持司法改革的機構

司法改革的成功不僅需要在理論上確定改革的價值、目標和思路，還需要可行的規劃和具體的實施步驟。這需要一個機構具體主持負責司法改革事務。由于完全依照憲法和法律進行改革不具備可行性，而突破憲法和法律的規定進行改革又不具有合法性，爲了擺脫司法改革陷入的兩難境地，應當考慮成立具有權威性的“司法改革委員會”，專司司法改革事務，對有關問題組織研討，主持司法改革規劃的制定，并在實踐中適當調整規劃的實施。司法改革委員會的成員可以考慮由全國人大指派的人員、法學專家、法律界(公安、檢察、法院、律師等)人士、中央政法委員會的有關人員和有關部門的代表組成。其中法學專家的比例應當大一些。司法改革委員會的性質應當等同于憲法修改委員會，對全國人大和常委會負責。其職能應當包括起草、制定和審查司法改革方案，審查有關部門的司法改革方案并向全國人大常委會提出批准與否的意見，對有關法律的修改提出建議和修改稿等。其制定的規劃、提出的建議可以經過全國人大或者常委會認可而具有臨時法律的效力，以有力地推動司法改革，并避免改革的違憲和違法問題。

**“What Lies Behind the Judgment”**  
**判決書的背後**

**Professor Zhu Su-li**  
**朱蘇力教授**

# 判决书的背后

苏力\*

“加快裁判文书的改革步伐，提高裁判文书的质量。改革的重点是加强对质证中有争议证据的分析、认证，增强判决的说理性；通过裁判文书，不仅记录裁判过程，而且公开裁判理由，使裁判文书成为向社会公众展示司法公正形象的载体，进行法制教育的生动教材”。

随着司法改革的步骤加快，法学界人士对我国法院的司法判决书提出了很多批评。除了一些规格上的问题外，主要的批评针对的是，我国的判决书公式化，判决理由普遍过于简单，缺少甚至没有法律论证和推理。<sup>2</sup>

这些批评从总体上看是正确的。但是问题的根源在哪里，如何解决？目前学者的基本看法是，我国法官的法律素质普遍比较低，缺乏理论思维的能力，因此无法撰写出高质量的司法判决。在这种思路引导下，解决问题的办法，很自然是，把着眼点放在培训法官，提高其理性思维的能力，法律推理和法律解释的能力，以期提高法官们撰写司法裁判文书的能力。在这种思路的指导下，不少法学家作出了各种努力。一是大力论证法律推理和解释在司法中的重要性，<sup>3</sup>二是引进介绍或撰写法律推理和解释的学术著作，<sup>4</sup>三是加强对法官在法律推理和

---

\* 博士，北京大学法学院教授，博士生导师。Email, [sulizhu@law.pku.edu.cn](mailto:sulizhu@law.pku.edu.cn)。

本文的研究和写作得到了北京大学 985 研究项目的支持。写作中，曾同北大法学院强世功、赵晓力以及葛云松老师讨论过本文的一些观点；北大法学院硕士生王晴、凌斌以及博士生、滕彪、许智勇和成凡同学也曾对本文提出一些观点，给我以启发或迫使我应对，在此一并致谢。

<sup>1</sup> “人民法院五年改革纲要”，《中华人民共和国最高人民法院公报》1999 年第 6 期，页 186—187。

<sup>2</sup> 参看，龙宗智：“刑事判决应加强判决理由”，《现代法学》，1999 年 2 期，页 35—41；王利明：《司法改革研究》，法律出版社，2000 年，页 350—351；叶自强：“论判决理由”，《湘江法律评论》卷 3，湖南人民出版社，1999 年，页 135—138；傅郁林：“民事裁判文书的功能与风格”，《中国社会科学》，2000 年 4 期，页 123—124。

<sup>3</sup> 例如，龙宗智，同前注 2；傅郁林，同前注 2；王利明，同前注 2。

<sup>4</sup> 例如，徐国栋：《民法基本原则解释——成文法局限性之克服》，中国政法大学出版社，1992 年；梁慧星：《民法解释学》，中国政法大学出版社，1995 年；苏力：“解释的难题——对几种解释方法的追问”，《中国社会科学》，1997 年第 4 期；梁治平【编】：《法律解释问题》，法律出版社，

论证的训练，<sup>5</sup>四是针对一些在社会上有重大影响的具体案件，一些学者有意识地撰写了一些具有示范意义的、细致的学理分析。<sup>6</sup>

这种努力应当说获得了一定的成功。法律推理和法律解释已经在法律界和法学界获得了普遍的认同，有关的研究也已经大大深入。这种研究对司法部门乃至法官们也有了相当影响，<sup>7</sup>作为本文题记而引证的《人民法院五年改革纲要》的那段文字就是这种影响的一个明证。最高法院近期已分别颁布了《法院刑事裁判文书样式》（试行）、《国家赔偿裁判文书样式》（试行）。<sup>8</sup>一些法官撰写了相当出色的司法判决意见。

我称这种进路为“人的进路”。这一进路的前提假定是，司法判决书之撰写主要是法官个人的司法素质和能力的问题；只要法官提高了对司法判决书重要性的认识，确立了适当的规范，通过教授、学习和模仿直至掌握了如何写作良好的司法判决书的技巧，就可用提高法官撰写的司法判决书的质量。因此这一进路的着眼点是人，是法官。

这种进路肯定是有意义的，对于目前中国法官专业能力普遍偏低状况来说很有针对性。但是，这种进路在我看来又不很完全。其实，中国目前司法判决书所表现的状况仅仅是一个症候，一个结果，引发这一症候的，在我看来，是中国司法的一系列制度。如果（暂时不讨论是否“应当”）要全面提高中国司法判决书的质量，就必须如同医生那样，首先从诸如头痛、发热的症候中看到病因，而不能头痛医头、脚痛医脚，不能仅仅是对“症”下药。更重要的是要创造一个制度和制度环境。如果没有一套相应的鼓励法官阐述司法判决理由的制度，没有相应的社会条件，从总体上看，并从长远来看，绝大多数法官都不会有动力撰写理由论说充分的司法判决书，也就不可能产出相当数量的（不是偶尔的、少数的）优秀的判决书。因此，我在本文采取的是与目前流行的关于司法判决书之研究不同的一种进路。我称之为“制度的进路”。这一进路并不是要取代人的进路，而仅仅是希望能够作为一个补充，尽管在我看来可能是一个更重要的补充。

必须强调，尽管我个人认为中国的司法判决书之撰写确实应当改进。但是本文的中心论点并不是倡导通过急剧的司法制度变革来提高司法判决书的质量。司法判决书的撰写是司法制度中的一个重要因素，但并非唯一的或全部的因素，甚至不是最重要的因素。因此，必须在诸多同样值得珍重的因素中保持一种平衡，争取获得司法制度总体上的最佳。是否应当通过以及多大程度的制度性变革来提高司法判决书的质量不是一个技术问题，而是一个价值判断问题，应当由而且最终也必定由社会的公共选择来解决。还必须指出，这个问题，如同我

---

1998年；张志铭：《法律解释操作分析》，中国政法大学出版社，1999年；张保生：《法律推理引论》，中国人民大学博士论文，1999年。

<sup>5</sup> 例如，在湖北中南财经政法大学法学院（原中南政法学院）自1995年以来举办的每年两起的基层法官培训班以及两期行政法官培训班中都专门设置了有关法律推理和法律解释的课程。

<sup>6</sup> 例如，梁慧星：“雇主承包厂房拆除工程施工致雇工受伤感染死亡案评释”，《法学研究》1989年6期；梁慧星：“电视节目预告表的法律保护与利益平衡”，《法学研究》1995年2期；梁慧星：“谁是‘神奇长江源探险录象’的作者”，《法学研究》1996年，2期；孟勤国：“也论电视节目预告表的法律保护与利益平衡”，《法学研究》1996年，2期；邹海林：“侵害他人权益之不当得利及其相关问题”，《法学研究》1996年，5期，页152以下。苏力：“《秋菊打官司》的官司、邱氏鼠药案和言论自由”，《法学研究》，1996年3期；沈岍：“制度变迁与法官的规则选择”，《北大法律评论》，卷3辑2，法律出版社，2000年，页159-203。

<sup>7</sup> 例如，鲍建南：“裁判文书制作理论与实务研讨会在京召开”，《人民司法》，2000年2期，页62及其所列获奖的文章；朱峰：“关于改革行政裁判文书的思考”，《行政法研究》，2000年1期，页55-58，3；丁寿兴：“加强刑事裁判文书的论证和说理”，《人民司法》，1999年1期，页55；江苏省高级人民法院经济审判庭：“提高经济纠纷案件裁判文书质量的几点思考”，《人民司法》，1999年的12期，页23-27；何昕：“再审刑事裁判文书样式的修改与制作”，《人民司法》，1999年的12期，页8-11；张新民：“减刑、假释刑事裁定书样式的修改与制作”，《人民司法》，1999年的12期，页12-14；何良彬：“论判决理由”，《人民司法》，1999年12期，28-30。值得注意的是所有这些作者都是法官（或法院）。

<sup>8</sup> 最高人民法院关于印发《法院刑事诉讼文书样式》（样本）的通知（1999年4月30日）；《国家赔偿裁判文书样式》（试行）（2000年元月11日）。

在本文的最后将论述的，其实还有一个司法判决书的社会功能定位问题。这也同样涉及一系列制度，隐含着一些两难。我试图在本文中展示这种两难。我有偏好，但并不坚持某一立场。就在本文的直接目的而言，因此，它仅仅试图展示，什么样的制度因素制约了中国法官的司法判决书之撰写；以及在现有的制度和社会条件下，为什么在我看来《人民法院五年改革纲要》所允诺的改革很难促进司法判决书质量的普遍的和大幅度提高。

## 二 .

如果就司法判决书而言，应当说普通法的法官展示了非同寻常的技能和热情。特别是美国联邦最高法院的大法官们更是十分出色。如今美国联邦最高法院的一些重要判决意见甚至动辄上百页，其中有一些足以构成一篇精美的论文。相比之下，欧陆法系的法官就大为逊色。尽管欧陆法系的法官们不时也有一些重要的判决意见，但是其一般都比较短，<sup>9</sup>无论是说理之充分、分析之绵密还是其文采或风格都只能望英美法官之项背。为什么？

这显然不能仅仅用英美法官的选拔、培养更为出色来解释。事实上，由于法系不同，我们很难说英美的法学教育比欧洲大陆的法学教育制度更好。如果以法律秩序作为衡量判断的标准，在各自的制度环境中，欧洲大陆国家的司法在社会中所履行的社会功能至少可以说丝毫不逊色于美国。在这个意义上，欧洲大陆的法律教育以及法律职业制度可以说是完全适应欧陆国家的情况的。但是，为什么就法官而言，就司法判决书来看，英美法官，特别是美国联邦最高法院的法官的判决书表现得格外优异呢？

要理解这一点，必须从制度的层面来考察。如果放在不同的制度环境中来考察，就可以看出，英美法官在司法判决书上表现出来的优异，从整体来看，与进入法院的法官个人素质关系并不如同我们想象得那么大，而是与英美法的整个司法制度设置以及由此带来的法官素质变化有关。

最主要的制度因素在于英美法采取的是遵循先例的原则。按照这一制度原则，上级法院的判例、本法院先前的判例对下级法院和本法院后来的类似案件具有约束力，同级的其他法院的判例乃至下级法院的判例对某法院的案件判决也具有参考意义。

正是由于这一制度，英美法官在写作司法意见时，往往会注意到判决作为法律对于未来一系列案件的影响。尽管由于不告不理的原则，制度也只要求法官就案件本身做出判决，不应当过分延展。但是，只要有遵循先例的考虑，法官在判决时就不得不考虑案件以外的一些因素，特别是在一个有比较新颖的法律争议的案件上。初审法院法官一般都会首先更多考虑案件得到妥善处理，但是，由于法律要求的普遍性，他也会考虑到此后本法院对类似案件的处理，由于上诉审的制约，也不会有哪个法官完全不考虑上级法院对类似问题可能选择的处理。这些因素都使得他/她在普通法案件上更看重论证和推理，其中包括案件事实的区分，在制定法案件上更看重法律的解释。由于先例的重要性会随着审级的上升而增大，上诉审法官则一般要比初审法官更多考虑自己的判决对下级法院今后处理类似案件的影响，对同级其他法院法官的可能的示范意义，考虑最高法院或联邦最高法院对类似问题的处理。甚至，由于英美国家法学教育是围绕司法展开的，上诉审法官还必须考虑学界的可能评论。用波斯纳法官的话来说，上诉审法官的受众与初审法官之受众是非常不同的。<sup>10</sup>

因此，可以说，在英美法国家中，法官在撰写判决书中，特别是在那些有新意的案件中，

<sup>9</sup> 一个有关判决书的比较研究发现，在类似的问题上，法国的判决大约 300 字，德国的判决大约 2000 字，二美国的判决大约用 8000 字（还不包括附带的不同意见）。转引自，张志铭：《法律解释操作分析》，中国政法大学出版社，1999 年，页 211 注 6。

<sup>10</sup> Richard A. Posner, *Federal Courts, Challenge and Reform*, Harvard University Press, 1996, p. 36. 又请看，Ch. 11.

始终有某种创造规则的考虑，某种政策的考虑。他/她所必须面对的问题不仅是纠纷解决，而且有规则之治的问题。他/她必须纳入其司法判决的考虑因素不仅仅是手边案件是否得到了良好、恰当处置，而是这个判决对于未来的意义。而这一点也就意味着，法官在撰写司法意见时，他/她必须考虑其预期听众的反应。而这一预期听众，对于上诉审法官来说，主要不是案件的当事人以及关心此案的公众，而是其他法官以及法律人。到了美国联邦最高法院，或州的最高法院，司法判决则几乎与案件本身无关，而与美国的制度运作有关。<sup>11</sup>

与英美法国家形成鲜明对照的是，在欧陆法系的法院中，尽管同样强调的是严格遵循法律，但是法官的任务主要是考虑依据成文法对具体案件做出恰当判决，这些成文法一般规定的比较细致。偶尔，法官也会有某些政策的考虑，甚至也有造法的功能，但一般说来，这种因素不那么明显。欧陆法法官的主要任务是适用法律，而不是创造法律。造法的工作严格归属于立法机关。法官的任务仅仅是对适用法律负责。尽管使用法律总是会有解释，有某些推理，甚至某种程度的创造，但是其推理形式相对简单，并更多是一种演绎的方式。甚至《法国刑事诉讼法典》对刑事案件之判决书的规定，仅仅是要“载明宣读〔的〕事实”，“载明适用的法律”。<sup>12</sup>

不应当轻视这种制度的差别，这种差别会给法官带来相当不同的激励机制。对于英美法的法官来说，一个有良好法律推理和解释的司法判决，是具有法律的力量。这意味着自己工作的影响扩大和伸展。而我们知道，一般说来，人们都希望自己的权力能够用足。为了保证自己的权力用足，只要可能，英美法的法官很自然会努力撰写一份有充分论证的判决书。

相比之下，欧陆法的法官则没有这种动力。哪怕你撰写了再好的判决书，一般说来，你的判决理由都不可能作为法律来引用。对于欧陆法的中下级法院的法官尤其如此。他们个人没有多少激励去努力撰写一份超出处理本案之必须的司法判决书，即使撰写了，对一般的法官也没有太多的个人效用，不可能给法官个人带来更多的收益，无论是司法权力上的还是学术权力上的。也正因此，无怪乎，在法国，判决书写作甚至被明文规定为书记员的职责，而并非法官的职责。<sup>13</sup>

### 三 .

影响判决理由之撰写的还有其他一系列制度因素。

首先是，在两大法系中，进入司法审判的案件类型不同。在英美法国家中，进入审理的案件一般都有比较重要或新颖的法律问题；即使其中有些案件似乎涉及的仅仅是事实问题，但这些事实问题实际是作为法律问题论及的（是否排除某个证据，表面看来涉及的是事实问题，实际上涉及到的还是法律规则的问题）。绝大多数没有太大的事实争议和法律争议的案

---

<sup>11</sup> 这也就是为什么美国大法官弗兰克福特称：“只是对那些对我们的联邦制度之运作有重要意义因此要求裁决的案件，[联邦最高法院]才承担起予以复审的责任，仅仅是案件结果对于当事人很重要，这还不够”（着重号是引者加的）。首席大法官文森则宣称，联邦最高法院“并不主要关心，而且从来也不关心纠正下级法院决定的错误……。因此，[它的]职能是根据美国宪法、法律和条约来解决在联邦问题上具有广泛重要意义的意见冲突，并对下级法院行使监督权”（着重号为引者所加）。转引自，Henry J. Abraham, *The Judicial Process, An Introductory Analysis of the Court of the United States, England and France*, 6<sup>th</sup> ed., Oxford University Press, 1993, p. 176。一些州的最高法院也将此奉为必须遵循的原则，例如，“即使一般说来请求方有权获得这一救济，但如果在这一具体案件中给与这种救济将导致混乱和无序，并对公共利益产生的危害大于请求方所要求的个人权利，那么就不会给予这种救济。” *State v. Wester*, 126 Fla. 49, 54, 170 So. 736, 738-39 (1936)。

<sup>12</sup> 《法国刑事诉讼法典》，第 366、376 条，余叔通、谢朝华译，中国政法大学出版社，1997 年，页 134, 136。

<sup>13</sup> 《法国刑事诉讼法典》，第 376 条，同前，页 136。

件，在美国，如果是民事案件，往往都通过法庭外的其他方式解决了，<sup>14</sup>如果是刑事案件，则往往通过辩诉交易解决了。<sup>15</sup>庭外和解和辩诉交易的制度实际上起到了一个筛选可司法案件的功能。大量没有多少可以论证、推理和解释的案件都通过这一制度被淘汰了，剩下的案件或多或少都是有点意思的案件，或难办的案件(hard cases，不同于中国人所说的疑难案件(difficult cases))，是不好套用法律的案件，因此需要给予某种论证。<sup>16</sup>只是在这些案件上，法官才可以充分展示其熟悉法律的才华，展开其推理和思考。如果不考察判决书生产的过程，仅仅看判决书，就会把我们的制度环境加在英美法判决书身上，造成一种错觉。

在欧陆法国家中，尽管在民事案件中也有和解，但是数量要比英美法国家少得多。尽管同属于“西方国家”和“现代法治”，欧陆国家人们信奉的法律概念实际与英美法的法律概念实际上相当不同。<sup>17</sup>由于这种对于法律的理解不同，因此，在欧陆国家，案件一旦进入法院，或者是检察官认为应当属于国家司法管辖的刑事案件，都不允许以其他方式解决，必须由法院做出判决才被认为是合法的法律处置。由于这种国家职权主义的模式，大量进入法庭审理的案件其实并不复杂，其中绝大多数案件甚至根本就没有多少可以论证的。因此，尽管从与人口的比例上看欧陆国家的法官数量要比美国法官的数量要多得多，<sup>18</sup>但这种职权主义模式还是造成欧陆法官审判案件的数量要比美国法官的数量要多，在审理案件上（而不是在撰写判决书上）的工作量要比英美法官更大，他们也就没有可能就每个案件都撰写如同英美法官所撰写的那么详细的司法判决理由。除了重要的案件，一般也没有必要就每个案件撰写详细的司法判决。

另一个制度因素是两大法系国家的司法对事实问题和法律问题之处理的制度分工不同。在英美法制度中，即使是疑难案件，初审法官一般也不直接处理事实问题，事实问题由陪审团来处理的。上诉审法官更是集中审理有争议的法律问题。在事实问题和法律问题上的这种制度分工造成了英美法官集中关注法律问题，在判决书撰写中，他们也着力发挥其在法律问题论述上的长处，避免了在事实问题上的无话可说的难堪。<sup>19</sup>

而欧陆国家的法官在司法上没有这种分工。欧陆法官同时决定事实问题和法律问题。但是，必须注意，尽管国内有人认为、<sup>20</sup>包括《人民法院五年改革纲要》都强调在事实上要加强论证，但无论是在证据认定上，还是在基于证据而对案件事实的认定上，除了因涉及

---

<sup>14</sup> “Beyond Litigation—an Interview with Robert Mnookin,” *Stanford Lawyer*, Spring-Summer 1989, p.5; 转引自, Mary Ann Glendon, *A Nation Under Lawyers, How the Crisis in the Legal Profession is Transforming American Society*, Harvard University Press, 1994, p.224.

<sup>15</sup> 见, 伦斯特洛姆(编): “辩诉交易”, 《美国法律词典》, 贺卫方等译, 中国政法大学出版社, 1998年, 页190.

<sup>16</sup> 参看, Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1990, Ch. 4.

<sup>17</sup> 在欧陆法中, 由于历史传统, 法律总是同国家权力联系的, 强调法律是主权者(君主、国家、人民)的意志, 强调国家垄断; 因此一般说来不允许“私了”, 私了是违法的, 更不可能容许辩诉交易这样的同刑事被告订立的契约取代正式颁布的法律; 欧陆国家的律师数量少也限制了以契约方式解决纠纷的可能性。而在英美法中, 受社会契约论的广泛影响, 法律更多被视为是一种国家认可的合意, 强调自由选择, 因此, 不但允许私了或其他方式解决纠纷, 而且受到鼓励, 甚至代表国家指控罪犯的检察官也可以同犯罪嫌疑人之间进行讨价还价的交易。美国有近百万律师也促成了这种可能。必须指出甚至, 英美也很不相同。有关的分析, 可参看, Richard A. Posner, *The Problematics of Legal and Moral Theory*, Harvard University Press, 1999, Ch. 1.

<sup>18</sup> 德国人口8000万还不到美国人口的1/3, 但其法官数量为35000人, 超过了美国联邦和州法院法官(包括治安法官)的总数约29000人。有关德国与美国法官的数据, 请看, 宋冰: 《程序、正义与现代化——外国法学家在华演讲录》, 中国政法大学出版社, 1998年, 页39; Posner, *Federal Court* 同前注10, p.37.

<sup>19</sup> Posner, *The Problems of Jurisprudence*, 同前注16, Ch. 6.

<sup>20</sup> 例如, 吴耀君: “关于裁判文书中事实认证部分的思考”, 《政治与法律》, 2000年4期, 页69—69。但是, 吴的文章仅仅是在逻辑上论证了这种重要性, 没有拿出任何证据证明这种论证在经验上是可能的。他用哲学论述代替了法律的论证。又请看, 丁寿兴, 同前注7; 龙宗智, 同前注2.

法律设定的证据标准因此转化成了法律问题争议外，基本上是无法论证的。<sup>21</sup>我认定我眼前的桌子是棕色的，但是我无法论证；而且恐怕也没有必要论证为什么我的桌子是棕色的。对于这种事实的认定，不同的人要么是同意我的认定，要么是不同意，论证无法使人改变对事实的判断。改变人们对案件判断的只能是新的事实或新的信息。<sup>22</sup>因此，对于一个证据的证明力，基本上法官只能是认定或不认定；在不涉及证据规则的情况下，对于证据为什么可以采信，以及诸多证据是否真正证明了案件真相，并没有多少话可说。也正因为此，在欧陆国家中，对证据问题一直都强调自由心证，而并不要求法官给出理由。<sup>23</sup>而在英美法审判中，处理类似问题的陪审团，同样也只是给出认定，而从来不给理由。但是，由于欧陆法官往往要主持事实的调查，这就使得法官不可能把精力集中在法律问题论证上来。分工的缺乏导致了专业化的缺乏。

第三，美国的司法是以上诉审为中心的司法制度，上诉审不仅只处理法律问题，而且也擅长处理法律问题；同时，美国的法学教育与学术制度也是围绕上诉审展开的。而中国学术界基本都是通过学术教科书看到美国的司法判决书，这些判决基本上都是上诉审的判决书，其中有很多还是美国联邦最高法院的判决书。这里同样有一个巨大的采样偏差，使得中国学者很容易感到美国法官的判决书善于论证。

相比之下，我们对欧陆国家的法律更注意其立法，这些国家的法律教育体制以学术为中心。因此人们往往关心立法和学者的活动。中国学者能看到的欧陆法官的判决书很少，偶尔看到的也是欧陆某国的一些重要的、该国最高法院的判决书。这些判决书的论证从总体上来看完全无法同美国法官的判决书相比，并且往往是对法条的某个重要解释（否则我们也看不到，或没有兴趣看）。但在这种反差下，中国学者和法官很容易感到，一方面，欧陆法的判决书撰写从总体上不如英美法官；以及当阅读这些国家的重要判决书时，同中国法院一般法官的判决书相比，就很容易进一步强化对中国法院判决书的不良印象。

第四，司法判决的署名制度。美国法院的判决书，除了极少数例外，都是个人署名的，而不是审判庭署名，并且采用的是“对抗制”。在这种制度下，引征某个判决，就会引证该判决之作者，这使得法官有动力来着力撰写出色的司法判决书。对于一个法官来说，撰写了一份出色的司法判决，这就意味着青史留名，长期为后人引用，为学者研究，成为经典判例。由于强调竞争和对抗，一个法官即使同意多数派法官之判决结果，也还可以发表与多数派法官意见的论证不同的并存意见；反对派法官也可以发表反对意见，并且所有这些意见都有可能在今后的审判中被引用。这种制度因此使得英美法法官更愿意表现自己，哪怕是在一些细枝末节上有分歧，他们也不惜笔墨做出详细表述。此外，为了在法庭内部争夺主导权，撰写多数派意见的法官也往往必须做出详细论证，以便影响、说服或者是反驳自己的同事；或是为了获得足够的支持，必须做出适度的妥协，以便把那些意见并不一致的法官的观点也包纳进司法判决书中。这就意味着法院判决还是针对法院内部的其他法官。这些都使得法院判决书的论证推理必须非常细致和精制。

---

<sup>21</sup> 这一点，中国的审判法官实际上已经了解这一点。请看，江苏省高级人民法院经济审判庭：“提高经济纠纷案件裁判文书质量的几点思考”，同前，页 24—25。该文的这一段列举了关于事实论证的三点内容，大致说来，一是要说明有哪些证据？而是要运用证据法理论等分析证据的真实性、合法性以及相关性；三是要根据证据运用规则阐明有关证据能够证明何种事实。这三条都与《人民法院五年改革纲要》中强调的“对质证中有争议证据的分析、认证”无关，而与证据规则有关。无怪乎，“在司法实践中，法官却大都忽略或不顾这一要求（指对证据的分析论证。——引者注）”；见，龙宗智，同前注 2。

<sup>22</sup> “当人们缺乏可以客观重复的知识时，他们就会退守，依赖根植于个人心理和教养的直觉和个人经验。但这对法律没有多少帮助，因为这种辩论对事实了解得很少，并且也抵制了科学的精神。” Posner, *The Problems of Jurisprudence*, 同前注 16, Ch. 13.

<sup>23</sup> 《法国刑事诉讼法典》，第 353 条，“法律并不考虑法官通过何种途径达成内心确信；法律并不要求他们必须追求充分和足够的证据……。法律只向他们提出一个问题：你是否已形成内心确信？这是他们的全部职责所在。”

而在欧陆法系中，法院公布的是审判庭的意见，至少惯例上不允许发表反对意见或并存意见。<sup>24</sup>这是一种不重视也不需要“知识产权”的制度。在这种制度下，一般说来，法官就没有很大的动力将自己的观点细致表现出来。额外的努力对于撰写法院判决的法官来说没有什么额外的收益。在这种制度下，法官一般也不那么愿意将自己的不同意见（无论是并存意见还是反对意见）细致表达出来。因为除了表明态度之外，对撰写者毫无意义，而态度已经在判决投票中已经表达了。

第五，美国法院中的法律助手制度也使得法院更容易产出色且更长的司法判决书。<sup>25</sup>这些法律助手往往是各法学院中比较优秀的毕业生，毕业后给法官当一年或两年的助手，这些年轻人精力旺盛，好胜心强，阅读广泛，同时有很强的新鲜感，把这一两年的时间视为自己的一次很好的实务培训，这使得他们有可能也有意愿撰写出色的司法判决书。而且，据许多报道，美国法院中，除了少数法官外，绝大多数司法意见都出自这些年青的法律助手之笔，法官实际上往往成了司法意见的编辑，尽管这些意见由于制度规定都是由法官署名。<sup>26</sup>

而在欧陆法国家中，没有这种制度。至少据我现有的了解，所有的判决书都出自法官或书记员的手笔。长年累月处理单调、重复的案件很容易使得撰写者失去兴趣（边际效益递减原则）。除了法定责任之外，他们也没有什么动力去学习、了解新的知识，甚至原先学习的知识也会在这种司法生涯中消磨殆尽。<sup>27</sup>

影响欧陆和英美司法判决撰写的制度因素当然还不止这些。例如，英美的对抗制使得律师在案件中扮演了更积极的角色，他/她们提供的法律、先例、其它科研成果以及对这些材料的细致的分析不仅归纳了案件的争议，而且为判决书撰写提供了丰富的、尽管是不完全的材料。而欧陆的纠问式审判方式以及律师的法条主义传统则限制了他们可能提供的非法律材料。我没有必要将所有的因素都列出来。但即使仅仅就所列举的这些制度因素而言，也很容易看出，英美法官对于判决理由、法律推理、法律解释之关注，他们的充分论证，主要不是由于他们更好的训练，而是这一系列以及其它我们可能不了解的制度制约的产物。

## 四 .

除了具体的制度外，影响司法判决书之撰写的还有更大的政治制度环境和社会制度环境。

一个基本的制度环境是法院在该国全部政治生活中的地位。如果一个国家的政治生活有相当一部分政治问题将不得不由法院来解决，那么这个国家的法院的法官，或至少是其最高法院的法官，就不得不涉猎更多的领域，做出更详细的法律论证。美国的联邦最高法院就是这样典型的例子。多年来，它所审理的案件包括了诸如种族歧视、人工流产、社会福利、枪支控制等大量的政治社会问题。它也拥有西方其他任何国家的法院都不拥有的广泛的司法审查权。由于它在美国政治中的这一角色，使得美国联邦最高法院不得不对自己的判决作出深入细致的解释。

相比之下，如果一个国家的政治体制是议会至上的制度，例如欧陆国家以及英国，有重大影响的社会问题、政治问题主要是通过民主政治程序来解决，法院的任务就非常有限，仅

---

<sup>24</sup> “大陆法国家的情况比较复杂，在传统上，司法判决一般都只展示一种法院意见，如今情况已然变化，除了法官和意大利，多数大陆法国家的司法判决都出现了不同意见。……在德国，不同意见一般只出现于宪法法院的判决中。” 张志铭：《法律解释操作分析》，同前注 4，页 207。

<sup>25</sup> Abner J. Mikva, “For Whom Judges Write,” *Southern California Law Review*, vol. 61, 1988. 以及波斯纳的研究, *Federal Courts*, 同前注 10, 页 152—157。

<sup>26</sup> 见, Posner, *Federal Courts*, 同前注 10, 页 140—141。

<sup>27</sup> 参见, 宋冰【编】：《程序、正义与现代化》，同前注 18, 页 41。

仅是执行议会制定的法律（违宪问题则由单独设立的宪法法院或宪法委员会管），那么这个国家的法院在司法判决书撰写上势必比较简单，法条主义的味道也比较浓厚。

与此相关的是，一个国家的宪法、法律越是容易修改和/或越细致，一般说来，这个国家的法院和法官的判决论证就越为容易；相反如果一个国家的宪法越是刚性，越是概括，或是其法律留给法院解释的空间越大，那么这个国家的法院和法官在涉及重大问题中的判决理由就需要更多的论证。这一点在美国司法也表现相当典型。例如在种族歧视问题上，在积极补偿行动问题上，在人工流产问题上，美国宪法都没有明确的、直接的规定；而在另外一些社会希望采取某些行动的问题上，宪法又明令禁止政府干预（例如枪支控制），同时美国宪法的修改又非常刚性。但是，美国最高法院又不能因此回避社会硬塞给它的这些问题；因此，联邦最高法院的大法官们就不得不通过各种法律论证将这些重大的社会公共政策问题同一个个非常概括的宪法或某个宪法条款，例如法律的同等保护或正当程序或州际贸易条款，联系起来，并为此要展开细致绵密的论证，以获得一个对具体案件的妥当判决。

相比之下，欧陆法不仅宪法更为细密，而且议会至上，国家相对小，民族单一，议会对许多社会重大问题都可以做出比美国国会一般说来更为迅速地回应，并且其法律也更为细致，这就使法官适用起来比较方便，判决论证也就比较简短。

最后一个重大的制度制约也许是社会的同质化和异质化程度。这个问题实际上也是一个制度问题，尽管人们习惯将其视为司法制度的社会条件。一般说来，在一个不能分享尤其是关于通过论辩来解决纠纷等基本价值的社会中，论证是不必要的，因为这种论证无法沟通，甚至可能加深分歧。如同一位外国学者所论证的，并不是所有的交流都能促进人们的理性，使人们达成一致或妥协。<sup>28</sup>也正因此，孔子才说，“道不同，不相为谋”。一个可以且有必要诉诸论证来说服对方的社会必须是一个已经基本格式化了的、分享了某种交流规则的社会，一个有更多共识的社会。尽管这种说法可能令某些人难以接受，但是不论是从逻辑上还是从经验上看，这都是一个试图以论证达成交流的必要前提。这一点也许可以用三段论来说明。三段论的论证的力量在于言说者和受众都接受论证的前提都是理所当然的。所有的人都会死，并且苏格拉底是人，因此才会得出苏格拉底会死的结论。如果大家不接受这些共同的前提，认为有的人不会死，或对苏格拉底是否是人有疑问，这一论证就无法进行，论证就完全没有用。如果两个人语言不通，即使仅仅是语法规则不同，交流不可能，说理也不可能，说服就更不可能。也正是由于这一原因，霍布斯等近代思想家都强调民主和自由的前提是征服，是要使得人们首先接受这些分享的价值。<sup>29</sup>

当然，仅仅有这种基本价值（特别是有关解决分歧的程序价值）分享的“同质性”也还不足以导致论证的必要性。如果社会对一些具体问题的看法同质化程度很高，也同样没有论证的必要。在一个视死刑为天经地义的社会中，难道会有哪个法官在其判决书的开篇就论证死刑的正当性？这种论证不仅会被人们视为多此一举，甚至会被人们视为莫名其妙，言不及义。只有在双方有一定分歧的情况下，人们才会试图通过论证来延展自己的判断，相信自己的论证能够说服对方。只有在一个社会中，一部分人赞同死刑，一部分赞同废除死刑的情况下，同时人们又相信他们共同享有的关于民主、交流、理性以及人道德的信念以及交流的规则可以使人们最终化解这一分歧，并认为暴力、强权无法最终解决问题，他们才会试图用言说论证的方式来解决这一分歧。

如果看到这一点，我们也就可以看出，同样是西方国家，同样分享了民主理性交流的基本价值，而美国社会中法官的判决论证总是更为详细、周密，即使是同属英美法系的英国法

---

<sup>28</sup> Charles Larmore, *The Morals of Modernity*, Cambridge University Press, 1996, pp. 168-174; Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, 同前注 17, 特别是第一章。

<sup>29</sup> Michel Foucault, *Discipline and Punish, the Birth of the Prison*, Vintage Books, 1977.

官也不能与之相比，<sup>30</sup>根本原因就在于美国内部对于许多具体问题认识的异质化程度要比欧洲国家包括英国都更高。

## 五

通过上面的分析，我们可以得出的一个结论是，司法判决书中的论证多寡优劣并不是话语本身的问题。作为一个症候，它反映的是一系列制度制约。判决书中的论证是一种话语的机制，它还是必须依赖于一系列非话语的机制。

同时，我们还必须注意，英美法和欧陆法判决书之论证所呈现的不同状态其实在很大程度上反映出来的是判决论证在这些国家社会生活中的效用。英美法官的判决书论证出色、详细、充分，可以说是因为英美社会需要这种判决书；而欧陆法官的判决书相对简单，也因为这样的判决书就足以履行其社会功能。因此，不考虑社会效用而仅仅在修辞学的层面讨论论证的充分与否虽然从学理上是可以的，甚至是必要的，但是如果依此付诸实践，不仅盲目（一叶障目，不见泰山），而且也太书生气了。

我们可以想一想。如果一个法官辛辛苦苦努力的最后结果仅仅是被上级法院否决，或其命运要由上级法官来决定，他/她还会全力以赴精心撰写司法判决书吗？这就是为什么我们看到的有出色论证、推理和解释的司法判决书至少在近代几乎全是上诉审的判决书的最主要的理由。这也是为什么尽管同样是在美国，初审法院的法官撰写的判决书就总体而言总是不如上诉审法官撰写的判决书详细、精致的最主要的理由。这里固然有美国初审法官就总体而言水平要比上诉审法官要低一些，但是即使是同一个法官，当他在初审法院时撰写的判决书也总是比当他成为上诉审法官时撰写的判决书水平一般要低。<sup>31</sup>这种状况甚至不能用经验累积来解释，因为如同我在前面提到的，如今美国上诉审的不少判决都是出自刚出校门的法学院毕业生之手。因此，唯一的解释就是制度的激励强度不同。事实上，许多美国上诉审法官也不主张初审法院法官以十年磨一剑的精神撰写司法判决。<sup>32</sup>

另一方面，即使是一个上诉审的法官，他撰写的判决意见可以一锤定音，但如果此后这个判决的意见的命运也就仅仅是束之高阁，在档案柜里睡大觉，那么他又有多少动力来精心撰写一个出色的司法判决呢？除了极为奢华的人外，恐怕不会有谁用黄金或珠宝来制作一次性餐具的。而任何社会的法官的时间和精力都不是无限的。如果精心撰写的判决意见的署名是集体的，引用时并不提及撰写者的名字，那么又有多少法官愿意做这种无名英雄呢？知识产权制度之所以可以鼓励人们创造新的知识产权，就是因为这种产权不仅是明确的，更重要的是这种产权可以给拥有者带来某种精神上的和/或物质上的利益。如果一个精心撰写司法判决的法官从自己的努力中既不能获得额外的物质利益（他的职位是稳定的，他的收入也是得到保障的），也无法获得额外的精神上的收益，那么他们为什么要努力撰写优秀的司法判决意见呢？

当然，我并不否认，即使在种种制约条件下，仍然有一些法官会努力撰写司法意见。例如，美国著名法官波斯纳。尽管他有一些极为出色的法律助手，但是据其助手所言，他从来不用法律助手撰写司法判决，而仅仅是让这些助手扮演一个评论员的角色：<sup>33</sup>但她的司法意

---

<sup>30</sup> 参看，P. S. Atiyah and Robert S. Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*. Oxford University Press, 1987.

<sup>31</sup> 美国最著名的法官约翰·马歇尔就曾担任过基层法院的法官，但是谁还会记得他的那些判决呢？在人们脑海中提到马歇尔，就是马伯利诉麦迪逊，就是麦克洛诉马里兰州等案。

<sup>32</sup> Henry J. Friendly, "The 'Law of the Circuit' and All That," *St. John's Law Review*, vol. 46, 1972; 转引自 Posner, *Federal Courts*, 同前注 10, 页 337.

<sup>33</sup> Lawrence Lessig, "The Prolific Iconoclast, Richard Posner", *The American Lawyer*, December 6,

见不尽产出高，而且质量也高。当然，这并不是说波斯纳这样的法官的司法职业道德更高，责任心更强，而更多是因为波斯纳法官本人有一种强烈的学术偏好，从撰写精美的司法意见中本身，他就获得一种精神上的满足。但是，即使如此，我们也不应忘记，这种撰写也还是给波斯纳本人带来了更大的学术和司法影响。毕竟，波斯纳是美国当代被引证最多、因此是最有影响的上诉审法官，<sup>34</sup>同时也是被引证最多的、因此被称为活着的最伟大的美国法学家。<sup>35</sup>而且，司法制度也不能建立在这样的人身上的。

## 六 .

经过了这样一番迂回之后，我们再回过头来看中国法官在判决书之写作上的问题可能就更深入、冷静一些。中国司法制度从总体上来说，属于欧陆法系，从这一点上看，中国社会对法官的判决书论证说理的要求就注定偏低。制约欧陆法官判决书写作的一系列制度因素在中国司法制度中都存在，甚至更为突出。加上中国法官的文化、专业素质从总体上看也偏低。因此，判决书简单，缺乏甚至没有论证的情况就会更为明显。

但是，我还是不能将中国的法官简单地归在欧陆法系，从而把中国的问题简单化了。事实上，制约中国法官判决书之撰写的还有一系列中国本身的社会原因和制度原因。

例如，中国社会一方面在如何解决分歧求得一致的程序性价值之分享不够。中国法院毕竟是从近代的衙门中分离出来的，威权主义的色彩比较浓厚，尽管法官不是严格意义上的官员，但是以行政的方式、决断的方式处理纠纷还是为许多法官接受并认为是理所当然的，他们还不习惯说理论证。

另一方面，中国的法院和法官在中国社会中的角色也完全不像欧陆法法院和法官在它们社会中的角色。中国法院和法官的地位相比起来更低，司法独立的传统不够，司法机构内部的行政色彩相当浓重。法院和法官往往会受到来自各方的各种形式的干预，包括内部的层层审批。在这样一种环境中，坦白地说，至少有一些时候，说理论证在法官看来是没有意义的。如果论证的结果是如此，但当地政府或是主管副院长要求你得出另一种判决（即使这些要求并不错误或并非徇私枉法，仅仅是认识不一致——而这是常有的），或者社会民情或大众传媒就是要求法官这样判，那么法官有什么可能按照法律的逻辑来论证呢？例如河南张金柱的案件。要对这样的判决做出某种法理上的正当性论证，只能是自欺欺人。

肯定会有批评者指出我这是在为中国的法官开脱责任。其实未必。我的要点在于强调司法独立的必要性和重要性，强调司法独立审判是司法判决书质量提高的一个重要的尽管不是唯一的前提条件。因此，我还是强调制度的重要性，而不是简单地指责法官的个人职业道德或责任心，将判决书论证之缺乏归咎于其知识的缺乏和技术的低劣。不错，职业道德和责任心很重要，但必须有一个环境来培养和展示这种职业道德和责任心。不错，知识和技术也很重要，但是更重要的是要创造一种知识和技术得以运用、发展、累积的制度。也正是在这个意义上，我反倒认为那种过分强调个人道德品质、强调知识和技术的论点有点避重就轻。

还有一点制约中国法官判决书之撰写的社会条件。这就是中国社会的同质化程度还太高。对许多司法的问题，法官、当事人和民众都已经有了比较稳定的看法。在这种情况下，中国法官就不大可能甚至没有太大的必要讨论一些在他们看来不成问题的问题。我在上面就

---

1999。

<sup>34</sup> Cf. William M. Landes, Lawrence Lessig, and Michael E. Solimine, "Judicial Influence: A Citation Analysis of Federal Courts of Appeals Judges", *Chicago Working Paper in Law & Economics* (2<sup>nd</sup> Series), pp.23, 33.

<sup>35</sup> Fred R. Shapiro, "The Most-Cited Legal Scholars", *The Journal of Legal Studies*, vol. 29 (pt.2), 2000; Lessig, "The Prolific Iconoclast, Richard Posner", 同前注 33。

提到死刑问题。对于中国法官来说，就不大可能一般地讨论死刑的正当性，因为死刑的正当性在我们这个社会对于绝大多数人来说都不是一个问题；也许可以讨论的仅仅是在某一个具体案件中的死刑是否适当的问题。又比如，1999年海淀区法院关于刘燕文诉北京大学案件的判决。<sup>36</sup>这个案件，无论审判的结果如何，甚至是否应当进入审判，都需要有严密、细致的法律论证。但是在北大学生群情激动的情况下，在“保护弱者”的政治正确社会思潮鼓动下，法官当时的唯一任务也许就是做出一个能令学生满意的判决结果，而不是要写出一个令法律界和法学界满意并经得起历史考验的判决论证。在一个没有多少争议的环境中，在一个异议很小乃至难以听见的社会中，对法官要求的只是表态，而不要阐述态度的理由。

## 七 .

与此相关的，但法学界自己也一直没搞清楚的问题是，司法判决书论证的预期受众是谁？用更普通的话来说，就是法官的判决书到底主要是写给谁看的，是民众还是法学界、法律界人士，甚或是法学界的最优秀的学者？

多年来，由于法学的幼稚，由于中国社会的同质化，这个问题一直不为人们所重视，几乎从来没有作为一个问题进入中国学者的理论视野。只是到了近年，才有个别学者从其他方面提出了相关的问题。<sup>37</sup>人们，包括学者，都只是笼统地讨论司法论证和推理。讨论中的预期受众似乎是一个没有清晰面目的社会公众，<sup>38</sup>但学者们（包括我自己）实际上总是习惯于用他们自己的偏好作为评判的标准，自觉不自觉地争抢着在当代中国社会中仍然具有强烈政治合法性的社会公众代言人的角色。他们是在双重意义上，并且是在一种有内在紧张关系的维度上，批评中国法院的判决书撰写。我自己就曾扮演过这种角色。在一篇论文中，我曾就两个案件发表过学理的评析，<sup>39</sup>一个重要动因就是我感到初审法院的判决理由论证不够充分。在这里，我并不是要推翻或修改自己对这两个案件的学理分析，而只是在在反思后承认，我的分析论证是从学术角度切入的，写作对象是给学者或至少有一定理论水平的律师看的；我不知道有多少普通人能够看懂我运用科斯定理来分析肖像权与表达自由之间的权利冲突。

学者的特点之一就是对在许多他人看来不成为问题的问题也特别敏感，特别叫真，因此往往会把一个简单的问题说得非常复杂（甚至本文就是一个例证）。用后现代的语言来说，这叫做善于“问题化”。就学者而言，如果不是太过分，<sup>40</sup>这一特点其实更多是一个优点，是推进发展法律学术研究的一个必要条件。但是正如西施的捧心皱眉不能延展到东施身上一样，学者身上的优点到了法官身上就未必是优点了。这一点甚至在欧陆国家的司法中也是如此。<sup>41</sup>如果从理想状态而言，我们当然希望司法判决书雅俗共赏、老少咸宜，内外兼顾。但

<sup>36</sup> 参见，沈岍，同前注6。

<sup>37</sup> 请看，刘星：“法律解释中的大众话语与精英话语——法律现代性引出的一个问题”，《比较法研究》，1998年第1期。苏力：“农村基层法院的纠纷解决与规则之治”，《北大法律评论》，卷2，1999年，法律出版社，特别是第二节。

<sup>38</sup> 例如，张志铭、傅郁林都认为民事裁判文书的预期受众是当事人，以及社会公众。见，张志铭：《法律解释操作分析》，同前注4，页201—202；傅郁林：“民事裁判文书的功能与风格”，同前注2。《人民法院改革五年纲要》称要“使裁判文书成为向社会公众展示司法公正形象的载体，进行法制教育的生动教材”，这种说法也主要是把社会公众当作预期受众，尽管还赋予了司法判决书更多的也许是太重的社会功能。

<sup>39</sup> “《秋菊打官司》的官司、邱氏鼠药案和言论自由”，同前注4。

<sup>40</sup> 过分，实际上就无法论证了，因为按照戈德尔定理，没有任何证明体系是自给自足的，都必须依赖一个系统外引进的定理，即基于某种共识。

<sup>41</sup> “教授判案时，院长要特别小心；教授往往写出特别冗长的判决书，大讲特讲理论体系”。见，宋冰【编】：《程序、正义与现代化》，同前注18，页33。

这种理想状态在社会劳动分工日益细致、专业技术化程度日益强化的今天事实上已不大可能。因此在强调司法判决书之撰写时，这个预期受众的问题很难避免，甚至将日益凸现出来。

对于绝大多数中国法官来说，尽管并不自觉，这其实并不是个问题，他们事实上是更多把当事人以及普通民众作为自己判决书的预期受众。<sup>42</sup>对于普通民众来说，复杂精细的论证在更多的时候只会使得他们更多糊涂，而不是更清楚。因此，法官在专写判决书时总是会自觉不自觉地选择预期的受众，他的论证也会受到这种选择的影响。这一点在文学的叙事学理论上有很多的精细的分析。<sup>43</sup>因此，笼统批评中国法官判决书论证不够的法学家，不能不反省、注意自己评论的立场，自己要求的社会合理性。

会有人说，法官应当把法律职业共同体作为其受众。因此，法官应当撰写出色的司法判决以赢得他在这个职业共同体中的地位。这种说法是很有道理的。我自己也在一定程度上赞同，甚至一度主张。但是，为什么应当？在这个问题上，我不能如同受批评的司法判决书那样，只有判断，而不给论证。我必须论证为什么法官不应当将自己的受众界定为普通民众，而一定要界定为法律职业共同体，甚或是法学界的少数精英。至少，分析起来，我觉得理由是不充分的。且不说我这样要求法官认同本身就潜藏着一种法律学术话语的知识霸权，有试图规训法院法官臣服法学界的意蕴。更重要的是，法律在我看来最终是一种世俗的解决问题的工具，“法律的终极原因是社会的福利”。<sup>44</sup>包括法学的精细，就总体而言，都最终是为了解决问题的，而不仅仅为了满足某个人或某些人的智力爱好，不是一种智力游戏。世界上的智力游戏很多，没有必要到这里玩。如果是这样的话，那么为什么法官必须认同法律共同体，而不是认同社会大众的、哪怕是在我们这些法学家看来不那么精细的正义观呢？如果有两种选择的话，那么这个选择也应当由法官来选择，由社会来选择，而不是法学家来强加。至少也应当是有竞争的，并不一定要所有的法官都将自己的受众界定为法学家。至少应当允许多样性，允许试验，允许竞争，而不是事先定调调，画框框。否则，我的立场和主张是否太霸道了？！

就强调法官应界定受众为法律共同体的学者来说，它们的这一判断其实更多是来自美国上诉审法官的模式。然而，如同波斯纳分析的，即使美国的初审法官也并非将自己的受众界定为法学界或其他法官。<sup>45</sup>更重要的是，如同我在上面分析的，美国上诉审法官的这种认同世纪是美国司法的一系列制度构建的，而不是因应然而实然的。因此，在属于欧陆法系血缘的中国司法制度中，中国法官对自己的判决书的预期受众能否如同英美法官那样，就不是一个话语的问题，不是一个应然的问题，而是一个非话语机制的问题，一个实然的问题。

第三，所谓的法律共同体也是一种想象性的虚构，至少在中国目前，并不存在这样一个统一的法律共同体。在中国目前的法律界，至少有法律实务圈子和法律学术圈子之分别；两者之间的差别是相当大的，在一定程度上，相互看不起。因此，在这个法律共同体内，法官应当认同谁？中国的法律共同体还没有如同美国法律界那样，形成一个比较坚实的核心（以上诉审为核心）。因此，司法判决书的论证究竟以什么为皈依，还是一个正在进行时的问题，而不是一个过去时的问题。至少，这场知识霸权的争夺战还仅仅是开始。也许我们还必须等待公共选择，而不是事先就做好预算。坦白地说，如果中国的司法制度逐步完善之后，未必结果不是中国目前的法学界皈依司法界，而不是相反。

因此，在这个问题上，我的主观偏好和我的分析论证的结果是不一致的。尽管如此，我认为，这个司法判决书的预期受众问题将是中国司法判决书改革中一个无法回避的问题，将

---

<sup>42</sup> 甚至这一点也不总是如此，有时法官会兼顾律师，并且还取决于案件类型。近年来有越来越多的有关知识产权案件的判决就显然更多是针对业内人士，而不是普通民众。

<sup>43</sup> 赵毅衡：《当说者被说的时候 比较叙述学导论》，中国人民大学出版社，1998年。法学中的一个运用，请看，苏力：“戏剧空间与正义观之塑造”，（未刊稿），特别是第三节。

<sup>44</sup> 卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆，1998年，页39。

<sup>45</sup> Posner, *Federal Courts*, 同前注10, 页36。

会是一个有很多甚至较长期学术争议的问题。

## 八 .

从上面的分析我们也许可以看出，在设计中国法官的判决书撰写改革之导向时，如果从现实出发，从制度角度出发，我们也许应当注意更多学习欧陆法官的判决书撰写经验，因为中国毕竟从总体看来还是属于欧陆法传统的国家，是以制定法为主的国家，相比起来，欧陆法的经验与中国的制度有更多的亲和性。而且，由于中国法制服务的对象，中国的当事人以及普通民众，文化水平和法律知识普遍比较低，这也都会在相当长的时间内限制中国的司法判决书的论证。

当然，这并不意味着我们应当完全拒斥英美法的经验，只是说在学习英美法经验时要充分理解两种制度的不同以及制度效用的不同。事实上，尽管我国学者和法律界人士都赞美英美法官的雄辩，修辞，包括我本人由于在美国受过多年法律教育也一直对美国法官的学识也在智识上非常赞赏。但是制度之选择从长远来看并不是个别学者的偏好能决定的。

而且必须看到，英美法的司法判决也并不是完全没有问题。由于制度的限制，英美法的司法判决目前已经暴露出一些实践上的重大问题。一是判决书越写越长。<sup>46</sup>当年著名的马伯利诉麦迪逊案件仅仅用了 20 多页的篇幅，而今天美国最高法院的判决超过百页的已经比比皆是。一些法官甚至美国联邦最高法院的大法官也会利用这种“青史留名”的机会吧一些“私货”塞进判决书。<sup>47</sup>其二是诸多法官常常为一些细小的分期发表并存意见或反对意见，<sup>48</sup>特别是自 50 年代以来，乃至许多判决都没有一个多数的司法意见，<sup>49</sup>由此造成法律预期的不确定。一个流传的笑话是，由于意见太多、太分散，在某个判决中，某个法官甚至发表了反对意见自己参与支持的多数意见。这种为了标新立异而标新立异的做法，不仅使得司法成本提高了，更重要的是，我们必须看到，如果发展下去，它有可能摧毁这个制度的基石——遵循先例。因为在这种没有多数派意见的判决中，实际上没有任何可以作为先例引导下级法官、律师和民众的线索。这种现象造成了法律的极度不确定，引发了更多的无谓的诉讼，使得大量的社会财富被浪费于琢磨法院和法官的态度，以及政治领导人的变化以及最高法院法官的任命。<sup>50</sup>

必须牢记，司法判决书的最主要的功能仍然是社会的，是要为纠纷之解决提供一个合理化的证明，以及在可能的情况下，为后来的类似案件处理提供一种导引。司法判决之撰写不是为了争奇斗巧，不是为了展示法官的才学，不是一种纯理智的推演；因此，它是一种公共物品，而不是一种私人物品。它的特点始终是同权力联系在一起，其次才是智识。这也就

<sup>46</sup> Posner, *Federal Courts*, 同前注 10, 页 77, 78.

<sup>47</sup> 一个著名的例子是，在 *Flood v. Kuhn*, 407 U.S. 258 (1972) 案——反托拉斯案——法院意见的第一部分，大法官布莱克门 (Harry A. Blackmun) 不但回顾了棒球世界联赛的历史，而且列举了多达 88 名多数派法官认为“伟大的”美国棒球运动员的全部名字，认为他们“照耀了棒球赛场”，“激动人心”“令人盼望着一个又一个赛季”。而另一位大法官 (曾经是著名棒球运动员) 怀特 (Byron R. White) 和首席大法官伯格 (Warren E. Burger) 对这一名单提出反对，尽管没有阐明反对的理由。有学者不无讽刺地说，不知他们反对的是进入这一名单中的人太多了，还是太少了。

<sup>48</sup> 见，Posner, *Federal Courts*, 同前注 10, 页 357-359.

<sup>49</sup> Posner, *Federal Courts*, 同前注 10, 页 359 及其注 36.

<sup>50</sup> “读这些司法意见要花费更多时间，它们也更乏味，并且由于这些意见的非个人性，也更难用它们来预测最高法院会对未来的案件如何反应。……最高法院意见中的许多东西，还有那些可以说明其篇幅漫长和肌理厚密的东西 (例如，多数派和持异议大法官之间的你来我往，对先例的无情解析以及对制定法历史和评注的详细阐述)，都既没有说明大法官的实际思考过程，也没有告诉下层法院法官或律师界什么可以用来解决法律疑难争议的分析技术。” Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, 同前注 17, Ch. 3.

意味着在司法判决中，更重要的仍然是判断，而不是论证。论证是对判断的支持，而不能替代判断。这也许是对我主张更多学习欧陆法官判决书写作技巧、推理论证能力的另一个理由。

我不希望我的这种分析被一些学界朋友理解为反对判决文书之改革。在我看来，在当代中国，在司法判决书之撰写的问题上，当前的主要矛盾是法官的能力偏弱，因此必须强化这种训练。同时，我们还看到，随着中国社会发展，一方面社会关于说理的基本共识会加强，而另一方面社会在许多具体问题上的分歧又会增多。在这种发展中，无论如何，强化法官司法判决的论证都是必要的，在这个意义上，可以说是一种时代的要求。随着国际间交往的加强，为了实现看得见的正义，判决之论证都是必须强化的。这也许是一种表态，尽管这种表态是给予论证，而不是迫于压力。

但是，对于法学界来说，问题往往不在于应当做什么，而在于如何做，如何能做成。因此本文的意义在于凸现制度的重要性。哪怕是象诸如判决书写作这样的不起眼的技术问题，也不能简单化的想当然的做出处理。不能将这个问题仅仅视为一个个人的能力问题，而必须将之同相应的制度联系起来考察。通过这个例证的分析，我们看到的是我们必须更有效地通过制度的方式来提高法官的判决论证能力；看到目前流行的通过提高法官素质的进路的有限性；看到《人民法院五年改革纲要》中关于这一点表达中隐含的问题（判决书中论证证据问题可能性和限度，有什么激励机制改变法官判决书撰写，司法裁判文书作为展示司法公正形象之载体这种也许是过于沉重的政治功能与其司法功能的潜在冲突，等等）；看到英美法和欧陆法制度的各自优点和弱点，及其制度间的联系，看到制度的功用和效率，等等。因此这种分析避免了一种本质主义、一种唯心主义的观点，进而我们也许可以更为清醒理智地进行制度改革并选定改革的具体措施。

因此，本文的意义也就不限于司法判决书之撰写。放开一点说，本文实际上是希望通过这一具体问题来分析了中国当前司法改革中普遍存在的一个思路问题：我们能否通过照猫画虎或依葫芦画瓢的方式，不进行系统的制度分析，“取其精华，弃其糟粕”，来进行司法制度改革。在我看来，不可能。一般性考察是必要的，法条分析也是必要的，但又是远远不够的。即使在我们学习西方国家的成功经验时，也不能照猫画虎，否则就会画虎不成反类犬。因为我们已经看到，即使是在诸如判决书写作这样一个小问题上，似乎完全与制度无关的法官个人能力问题，也都是“牵一发而动全身”，深深嵌在一套或一系列制度之中的。必须强调，看到这一点并不是反对改革的理由，而是要认真对待改革的理由。简单的同国际接轨的做法将注定失败。当然任何试验都难免会有失败，我因此并不一般地反对试验和失败。但是，如果我们可以避免失败或可以减少失败，为什么一定要交这笔学费呢？如果什么都是先干了再说，等出了大问题再回头反省，那么还要知识分子干什么，还要我们这些专门从事研究的法学家干什么？当然，法学家也不可能提供什么正确的，但他也许可以为人们提供某种警示，什么可能是行不通的，什么是有限度的。

2000-12-4-5 初稿，10日二稿于北大蔚秀园。

# **“Judicial Reform – Taiwan’s Experience”**

司法改革 – 臺灣的經驗

**Professor Lin Tzu-yi**

林子儀教授

# 司法改革—臺灣的經驗

林子儀\*

2001/1 初稿

## 前 言

司法制度之設，其目的是在維護人民的正當權利，並促進及維持一個具理秩序的公道社會。希望經由司法制度所提供的救濟管道，讓一國之中的爭執，不論是私人與私人之間、私人與政府之間、以至於政府機關與機關之間的所有爭執，在未能獲得合理及滿意的解決時，均有機會將之於法院，由法院依照客觀的法規範加以審理，判斷曲直，弭平爭議。讓的爭執，能訴之於理，而非訴之於力。避免強凌弱，眾暴寡等不合理或平的現象。

如要司法能發揮其所應有的制度功能，則在制度設計時，必須職司司法法官是一個公正、客觀超然、及比較能作出正確判斷的第三者；其所適法規範，也必須合於公平正義的理念。唯有如此，法官所作的裁判，才人民覺得公正；人民也才會信賴司法，願意將其紛爭，交由法院作最後定。而經由法院的依法審判，以民主程序所制定出來的法律，也才能真為行為的準繩，民主法治的理念也才能落實。在人民正當權利能獲得合障之同時，也能維持社會合理的秩序。所以，司法是民主法治社會的最道防線。

然而，就現實的觀察，衡諸目前臺灣社會失序及公道不存的現象，司法發揮應有功能應是主因之一。而人們對司法的普遍不信任，以致於司法的崩潰，更是我們必須嚴肅正視的問題。<sup>1</sup>

目前司法未能發揮應有的功能，其病實出於職司司法權的法官與檢察官質，也出於目前的司法體制。但不論出於何者，均與整體司法制度的不

---

立臺灣大學法律學院教授。

據天下雜誌最近所作的國情調查，有超過一半的民眾(54.6%)認為臺灣的司法體系不能社會的公平，只有 11.7%的民眾相信司法。請參閱【天下雜誌】，第 235 期，2000 年 1 日出版，頁 101。這項調查是臺灣政府這幾年來大力進行司法改革之後所顯示的結論不完全正確，但多少仍顯現目前臺灣大多數民眾尚未能完全地信任目前的司法機制前臺灣民眾對「司法」的認知，是廣義的司法體系，除了職司審判的法官外，也將負查犯罪與起訴的檢察官，及司法警察(包括調查局)一併納為「司法」人員。

健全有關。<sup>2</sup> 如果一個具有合理秩序的公道社會是我們所追求的目標，那麼如何經由司法的革新，建構一個健全的司法制度，應是不能忽視的議題。

臺灣目前已步入一個民主開放的社會，對法治也日漸重視。對於目前司法制度不符社會發展需要與人們的期望，也早有認識。因此，近年來「司法改革」一直為政府與社會大眾關心的事。自 1987 年解除戒嚴之後，已有四波的司法改革運動。

事實上，司法改革是一個動態社會，為了因應社會發展需求，無時不刻都在進行的一件事。一個社會之司法制度，不僅只是職司審判、偵查、起訴、執行等司法功能的政府組織（如法院、檢察署、或司法警察），同時也包括律師制度，以及法學教育制度等在內。因此，雖然只是有人提出具體的案件，或是針對目前制度提出興革意見，當法官或檢察官能有不同於目前制度的處理，或是立法者因應而修法，只要對於整體司法制度的發展，有正面影響者，即是一項司法改革的事例。而且，司法改革也未必一定是要官方有任何正式的改革措施（如組織調整，或上述的判決、起訴、或立法修法等），律師公會有關律師制度的自我檢討改進，大學法學教育制度的調整，也都與司法改革有關。因此，如要具體詳實描述臺灣的司法改革，並非易事。<sup>3</sup> 本文因此將研究的範圍縮小，而專注於最近一次的 1999 年的司法改革。

本文以下將先簡單地對臺灣司法改革，其中較為明顯及具指標意義者，作一簡單地歷史回顧。其次，將扼要地介紹 1999 年的司法改革。最後，並試著對這次司法改革作一分析檢討。

## 2. 臺灣司法改革的歷史回顧

### 2.1. 1987 年以前

臺灣的司法改革在 1987 年之前，這一階段司法改革主要議題有二，一是普通法院與軍事法院管轄權劃分，二是審檢分隸。前者係因在當時戒嚴時

---

<sup>2</sup> 去年的世界人權日，12 月 10 日，陳水扁總統依赦免法第 6 條規定頒佈特赦令，特赦因強盜未遂判刑 15 年的蘇炳坤、因推動勞工運動判刑 10 個月的曾茂興、以及因宗教信仰而拒服兵役坐牢的葉鎧璋等八位良心犯。其中蘇炳坤案，以及目前正高等法院重審的蘇建和案等，均是目前司法制度的犧牲者。

<sup>3</sup> 目前所知，臺大法研所博士班學生劉恆奴，正著手撰寫的「人民的司改還是國家的司改？—一國治時期臺灣司法改革史初探」，即嚐試以法制史的方法，對此一議題作一深入的探討。我這篇文章，也承蒙她提供許多資料。

期，本應實施軍事統治，軍事法院也有相當廣泛的管轄權。<sup>4</sup> 為因應實際需要，行政院分別於 1951 年 10 月、1952 年 5 月、及 1954 年 10 月制頒及修正了「臺灣省戒嚴時期軍法機關自行審判及交法院審判案件劃分辦法」，形式上縮小了軍事法院的管轄權。<sup>5</sup>

至於審檢分隸，則是該時期最大的司法變革。根據 1980 年前的舊有制度設計，高等法院以下各級法院係劃歸於行政院之下的「司法行政部」，而非隸屬於司法院。這種體制被批評為與憲法第 80 條所規定的審判獨立的憲政基本原則不符，因此在 1950 年代，監察院即聲請司法院釋憲，司法院大法官會議於 1960 年 8 月 15 日作成司法院釋字第 86 號解釋，明白表示：「憲法第七十七條所定司法院為國家最高司法機關掌理民事、刑事之審判，係指各級法院民事刑事訴訟之審判而言。高等法院以下各級法院，既分掌民事、刑事訴訟之審判，自亦應隸屬於司法院。」<sup>6</sup> 但在該號解釋作成二十年後，才真正被執行實踐。自 1980 年 7 月 1 日起，高等法院以下各級法院正式

---

<sup>4</sup> 戒嚴法第 8 條規定：「戒嚴時期，接戰地域內，關於刑法上左列各罪，軍事機關得自行審判或交法院審判之：一 內亂罪。二 外患罪。三 妨害秩序罪。四 公共危險罪。五 偽造貨幣、有價證券及文書印文各罪。六 殺人罪。七 妨害自由罪。八 搶奪、強盜及海盜罪。九 恐嚇及擄人勒贖罪。十 毀棄損壞罪。」「犯前項以外之其他特別刑法之罪者，亦同。」「戒嚴時期警戒地域內，犯本條第一項第一、二、三、四、八、九等款及第二項之罪者，軍事機關得自行審判或交法院審判之。」

<sup>5</sup> 在 1987 年解除戒嚴之後，當時軍事審判制度是否符合憲法保障人民訴訟權之意旨，也受到挑戰。司法院大法官在 1997 年 10 月 3 日所作的司法院釋字第 436 號解釋，對於傳統軍事審判制度不合憲之處也作了明白的宣示。釋字第 436 號解釋文：「憲法第八條第一項規定，人民身體之自由應予保障，非由法院依法定程序不得審問處罰；憲法第十六條並規定人民有訴訟之權。現役軍人亦為人民，自應同受上開規定之保障。又憲法第九條規定：「人民除現役軍人外，不受軍事審判」，乃因現役軍人負有保衛國家之特別義務，基於國家安全與軍事需要，對其犯罪行為得設軍事審判之特別訴訟程序，非謂軍事審判機關對於軍人之犯罪有專屬之審判權。至軍事審判之建制，憲法未設明文規定，雖得以法律定之，惟軍事審判機關所行使者，亦屬國家刑罰權之一種，其發動與運作，必須符合正當法律程序之最低要求，包括獨立、公正之審判機關與程序，並不得違背憲法第七十七條、第八十條等有關司法權建制之憲政原理；規定軍事審判程序之法律涉及軍人權利之限制者，亦應遵守憲法第二十三條之比例原則。本於憲法保障人身自由、人民訴訟權利及第七十七條之意旨，在平時經終審軍事審判機關宣告有期徒刑以上之案件，應許被告直接向普通法院以判決違背法令為理由請求救濟。軍事審判法第十一條，第一百三十三條第一項、第三項，第一百五十八條及其他不許被告逕向普通法院以判決違背法令為理由請求救濟部分，均與上開憲法意旨不符，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿二年時失其效力。有關機關應於上開期限內，就涉及之關係法律，本此原則作必要之修正，並對訴訟救濟相關之審級制度為配合調整，且為貫徹審判獨立原則，關於軍事審判之審檢分立、參與審判軍官之選任標準及軍法官之身分保障等事項，亦應一併檢討改進，併此指明。」請參見【司法院大法官解釋續編(十一)】，頁 73-74。

<sup>6</sup> 請參見【司法院大法官會議解釋彙編】，頁 134-35。

改隸於司法院，檢察機構則仍隸屬於行政院下之「法務部」。<sup>7</sup> 這項變革，所以拖延二十年，除了因為司法違憲審查制度不夠周全之外，<sup>8</sup> 主要應是執政者的態度與決心。1980年所以決心實施變革，建立審檢分隸的新制，實係1978年12月臺美斷交所致。當時蔣經國總統面臨國家非常情況，認為應採非常行動，力圖革新，推展政治革新運動。司法革新即為其中重要一環，而延宕許久的審檢分隸的實踐則為重要的指標，也才因此能夠有此重大司法制度上的變革。

這段時期，或許因處於戒嚴時期及威權統治，或許因為民主憲政的認識尚未普及，民眾輿論或專業法律人對於司法改革的要求與參與，並不多見，也不積極。一般輿論批評最多的者為司法風紀與司法官的品行操守等，但對於配合變革的制度，則少具體主張，亦乏實力推促執政者因應改革。即使如前述的軍事法院與普通法院管轄權劃分與審檢分隸等重大變革，主要仍是執政者的決心，方有改革可能。

## 2.2. 1987年以後

1987年7月解除戒嚴，臺灣逐步進入一個民主憲政的多元開放社會。社會合理秩序維持，有賴於法治的健全。而健全的法治，除有賴法治精神的普及外，更有賴立法、行政、司法等政府部門能善盡其責，有效率地發揮其制度功能。近年臺灣一連串的憲政改革、國會改革、行政革新等，也都是為了因應臺灣社會變遷的需要。其中，當然也少不了司法改革。1987年後的司法改革，與前一時期相較，除了改革的範圍較全面性外，社會輿論的批判與期許，在朝的基層法官、檢察官、在野的律師與學者的積極鼓吹與參與，也是1987年後司法改革的特色。

由於社會的開放，臺灣人民權利意識逐漸抬頭。關心社會公益人士也逐漸凝聚在一起，社會公益團體日趨活潑，針對特定議題，有組織地、有步驟地、及有計畫地、持續地監督政府的施政表現。對於司法改革，在這一時期也形成了民間的監督組織，也促成了近年兩次官方的司法改革。

1987年，學術界人士公佈了「司法風氣民意調查暨律師意見調查表」，具體指陳了司法改革的十大迫切項目。1989年的民間國建會，也將司法

---

<sup>7</sup> 由原來的「司法行政部」更名為「法務部」。

<sup>8</sup> 請參見林子儀，《普通法院各級法院法官及行政法院評事應否具有違憲審查權》，載林子儀，【權力分立與憲政發展】，月旦出版社，1993年10月一版二刷，頁85-86。

改革列為國家建設六大議題之一。<sup>9</sup> 1990年，持續民間國建會所開啟的司法改革議題，學界進一步結合律師界，發起新一波的司法改革運動，組成「司法改革運動聯盟」。其後，則以臺北律師公會為主，結合學界，籌設民間司法改革基金會，準備以長設的組織推動司法改革。歷經兩年籌組，於1995年11月4日正式登記成立。其間，1993年臺中地方年輕改革派法院法官，發起「還我法官自治權」運動，掀起了在朝法官投身司法改革的風潮。1994年9月接掌司法院的施啟揚院長，也順勢提出了司法改革的行動。1997年7月，朝野法律人力量的結合，終於將推動多年的司法預算獨立的理念，納入憲法。施啟揚院長推動司法改革的成效，未受在野法律人的認同，而於1998年12月遭李登輝總統撤換。新任司法院院長翁岳生院長於1999年2月正式接掌司法院，即宣示將於短期內召開「全國司法改革會議」，結合審、檢、辯、學、社會賢達，共同規劃司法改革藍圖，儘早完成司法的現代化。

1999年7月6日至8日，「全國司法改革會議」如期召開，共獲得三十二項結論。目前司法院與行政院法務部，正分別依據全國司法改革會議的結論執行中。未來是否能有具體成效，仍有待觀察。

1999年全國司法改革會議，不論其規模，所探討議題的廣度與深度，均屬臺灣司法改革史上的首例。以下，本文即扼要地介紹該次司法改革的經過與重要內容。

### 3. 99年司法改革

#### 3.1. 緣起

1999年司法改革應是1994年司法改革的延伸。因此，本文首先對94司改作一梗概的介紹，並說明何以幾年內會有兩波大規模的司法改革。

前文敘及1994年施啟揚先生接掌司法院院長時，即順應時勢，倡議籌組「司法改革委員會」，進行司法改革。於該年9月1日就職之當日，施院長即召開首次預備會議。其後四十天之內再舉行五次會議，研商籌備事宜。同年十月十九日，邀請了審、檢、辯、學、民意代表、及社會人士等三十四人，正式成立「司法改革委員會」。<sup>10</sup> 該會預定設置一年，主要的任務是發

---

<sup>9</sup> 本次會議，有關司法改革的專題研究論文，請參閱財團法人張榮發基金會國家政策研究資料中心，【改革司法】，1990年4月10日。

<sup>10</sup> 請參見蔣次寧，《司法改革的方向與實踐》，載司法院，【司法改革委員會會議實錄（上輯）】，1996年5月，頁31-32。

現問題，形成共識，提出解決方案。<sup>11</sup>

該委員會設四個研究小組。第一小組研議司法院定位及研究加強司法院大法官功能等問題。第二小組研究改進各項訴訟制度問題。第三小組研究維護司法獨立等問題。第四小組研究法學教育與司法人員之養成等問題。各委員以參加一個小組為原則，但得依其意願跨組參加其他小組。<sup>12</sup> 歷經一年的各研究小組會議（95次）及全體委員會議（19次），共通過改革方案二十九案。<sup>13</sup>

該次司法改革所通過的二十九案改革方案，均觸及目前司法制度的核心問題，所獲結論，也非不可行。然而，在主導94年司改的司法改革委員會獲致具體結論後，還不到一年半光景，民間司改會、律師公會全國聯合會、臺北律師公會、與臺灣法學會等民間團體，即藉拜會李登輝總統，爭取李總統支持「司法預算獨立」入憲之同時，也要求李總統在半年內召開「全國司法改革會議」。對此提議，李總統也當場答允。為何有這樣的發展？豈不是間接否定了施啟揚院長94年司改的成果？

這樣的發展，大致可以歸納有下述的原因或理由。首先，以律師為主體的民間司改團體，對94司改的結論，不能完全同意。其次，94司改未能從人民的角切入，過多的法律專業思考，未以人民的權益優先考量。<sup>14</sup> 再者，司法改革委員會一年研議到期後，施院長即表示當初言明司法改革研究以一年為期，未完成的工作由司法院內部人員自行研究處理。而類如司法院審判機關化、與法官自治會議等議題，司法院後續研究的結論，卻與原司法改革委員會的理想相違，形成原地打轉，故有因此質疑施啟揚院長原初推動司法改革的誠意。<sup>15</sup> 最後，則是施院長缺少推動司改結論的魄力，致司改的成

---

<sup>11</sup> 同上註，頁30。

<sup>12</sup> 同上註，頁32。

<sup>13</sup> 同上註，頁30。通過的二十九案改革方案，其詳請參見同前註，頁39-67。並請參見各研究小組的總結報告：翁岳生，《司法院定位與大法官功能》，載司法院，【司法改革委員會會議實錄（上輯）】，1996年5月，頁1-7；王甲乙，《訴訟制度之改進》，載司法院，【司法改革委員會會議實錄（上輯）】，頁8-15；朱石炎，《司法獨立的維護—法官獨立與司法行政的關係》，載司法院，【司法改革委員會會議實錄（上輯）】，頁16-20；邱聯恭，《法曹養成教育之改革方向》，載司法院，【司法改革委員會會議實錄（上輯）】，頁21-27。

<sup>14</sup> 請參見聯合報社論，《司法改革問題應從人民的角找答案》，【聯合報】，1995年11月5日第二版。

<sup>15</sup> 類似批評，請參見謝啟大，《改革司法院》，【聯合晚報】，1995年10月11日第二版。

效不彰。<sup>16</sup>

在李總統於 1997 年 5 月 8 日，答允民間司改會、律師公會全國聯合會、臺北律師公會、與臺灣法學會等民間團體，半年內舉行全國司法改革會議後，司法院即負責籌組。然而，司法院與民間團體對於議題的設定、代表的組成等，無法達成共識，致全國司法改革會議一延再延，施啟揚院長也因此黯然下臺。

基於上述的背景，翁岳生院長於 1999 年 2 月 1 日接掌司法院後，即以短期內召開全國司法改革會議為目標。由於翁岳生院長在法律社群中，一向即深受尊重，加以願意與民間司改團體協調溝通，在議題與代表人選方面，均讓民間團體有適度的發言權。幾經折衝，終於於 1999 年 4 月 23 日召開全國司法改革會議籌備委員會第一次會議，並決定於同年 7 月 6 日、7 日、8 日召開全國司法改革會議。

## 3.2. 過程

### 3.2.1. 籌備階段

雖然，幾經風波曲折的全國司法改革會議，在司法院、法務部、民間司改團體、法官協會、與檢察官改革協會等協商後，終於定案。然而，促成該次會議最力的民間司法改革基金會（民間司改會）認為這樣的全國司法改革會議，仍不符民間司改會向來堅持以人民為主的全國司法改革會議，故而堅持不參加，並宣示將從外部監督該次全國司法改革會議的進行與結論。<sup>17</sup> 民間司改會的立場，更增加了參與全國司法改革會議籌備委員會的其他民間團體代表的影響力。這也是臺灣第一次由朝野法律人平起平坐地共商司法改革。

由於時間急迫，籌備委員會前後共開了九次會議，決定議題、代表人選會議召開程序、與結論如何形成等。由於所決定事項關係正式會議的內容與進行，委員們本各有立場，因此籌備會議中，爭執不斷。不過，也都基於機會難得，而勉力協商，儘量取得共識，以免籌備會議破裂，阻礙全國司法

---

<sup>16</sup> 1998 年 12 月 8 日，李登輝總統於國民大會國是建言即明白表示：「司法改革跟不上民眾的期望。」

<sup>17</sup> 不過，民間司改會決議，除了當時代表基金會的理事長高瑞錚律師，及執行長林永頌律師，不宜參加外，並不禁止其成員以個人或其他身分參與這次全國司法改革會議。因此，籌備委員會委員中，陳傳岳律師及我本人，身兼民間司改會董事，陳律師以臺北律師公會理事長，我則以學界代表的身分參與。

改革會議的順利召開。

### 3.2.2. 議 題

不過，也就是因為妥協，有些議題即未被納入。例如，我個人相當關心的法學教育的議題，即未被納入。<sup>18</sup> 其主要的理由是因為階段性改革，本次司法改革主要是針對及選擇政府制度中，亟需改革者為主。在這標準下，籌備會議從各界獲得的議題（包括 94 年司改議題）中，選擇了 12 項議題，進一步細分成 57 個提案，並將之分別歸類為三組。<sup>19</sup> 以下簡單地臚列如下：（每一個提案後括號附記者，表明該提案是否達成共識獲得結論。）

第一組共有 5 項議題，分為 13 個提案：

#### 一 司法院定位

提案：

1. 司法院定位（獲得結論）
2. 司法行政權的分配與歸屬（獲得結論）

#### 二 落實人民訴訟權之保障

##### （一）建立辯護權為刑事被告基本人權之具體制度

提案：

1. 強化辯護人之功能（獲得部分結論）
2. 全面檢討公設辯護制度（獲得結論）

##### （二）強化法律扶助

提案：

---

<sup>18</sup> 民間司法改革基金會與澄社，於全國司法改革會議之前，曾也舉行了一場民間的全國司改會議，特別將全國司法改革會議中所遺漏的重要司改議題，納入討論，法學教育即為其中之一子題。我也曾撰文引言。請參見林子儀，《法學教育與司法改革》。其後，臺灣法學會也於 1999 年的年會，選定以「邁向二十一世紀的臺灣法學與法學教育」作為研討會主題，對於法學教育的未來，有許多討論。請參見【臺灣法學會學報】第二十一輯，2000 年 11 月 30 日。我也應邀針對法學教育的基礎課程內容，擔任引言人，發表了《法學基礎教育的課程內容》，載於【臺灣法學會學報】第二十一輯，2000 年 11 月 30 日，頁 311-37。

<sup>19</sup> 詳細資訊，請參閱司法院，《全國司法改革會議結論具體措施暨時間表—司法院》，頁 4-5、13-16、23-25。網路上的資訊，則請參見《全國司法改革議題》，<http://www.judicial.gov.tw/ideal-0604.htm>。

1. 強化法律扶助( 獲得結論 )

三 研採建立人民參與司法審判之制度

提案：

1. 人民對司法審判之參與( 獲得結論 )
2. 人民監督檢察官職權之行使( 未獲結論 )
3. 人民對民事事件得否合意選擇法官( 獲得結論 )

四 民事訴訟制度之改革

強化第一審之事實審功能，使第一審為事實審審判中心，第二審採事後審或嚴格限制的續審制，第三審採嚴格法律審並採上訴許可制

提案：

1. 推行民事事件審理集中化，強化第一審之事實審功能，使第一審成為事實審審判中心( 獲得結論 )
2. 第二審採事後審或嚴格限制的續審制，第三審採嚴格法律審並採上訴許可制( 獲得結論 )
3. 除小額訴訟及簡易訴訟程序外，第一審應採行合議制( 獲得結論 )

五 合議制度之落實

提案：

1. 評議紀錄得於審判後閱覽( 獲得結論 )
2. 判決書得否附具不同意見書( 獲得結論 )

第二組共有 3 項議題，分為 23 個提案：

一 刑事訴訟制度之改革

(一)探討增強當事人進行主義及其配套措施

提案：

1. 研採起訴卷証不併送制度( 未獲得共識 )
2. 採行訴因制度( 未獲得共識 )
3. 確立當事人調查證據之主導權及法院依職權調查證據之補充性格

( 未獲得共識 )

4. 確立檢察官之實質舉證責任( 獲得部分共識與結論 )

5. 配合採行當事人進行主義應有之配套措施

(1) 促進當事人實質平等( 強化辯護功能 )( 獲得部分共識與結論 )

(2) 減輕處理案件之負擔( 獲得結論 )

(3) 推動刑事審判集中審理制( 獲得結論 )

(4) 強化制衡檢察官不起訴之機制( 未獲得共識 )

(二) 強化第一審之事實審功能，以第一審為事實審審判中心，第二審採行事後審，第三審採行嚴格法律審並採上訴許可制

提案：

1. 嚴謹證據法則( 獲得部分共識與結論 )

2. 落實及強化交互詰問之要求( 獲得結論 )

3. 限制訊問被告及調查被告自白之時期( 獲得結論 )

4. 區分認定事實與量刑程序( 獲得結論 )

5. 除簡易案件外，第一審應採行合議制( 獲得結論 )

6. 修正自訴制度，確定以公訴為主，自訴為輔之訴訟架構( 獲得結論 )

7. 第二審研採「事後審查審」( 未獲得共識 )

8. 第三審研採嚴格法律審或併採上訴許可制( 未獲得共識 )

9. 適度修正非常上訴制度( 獲得結論 )

10. 禁止為受判決人之不利益聲請再審( 未獲得共識 )

## 二 刑事法庭席位之改造

提案：

1. 研議刑事法庭中檢察官與被告席位之設置( 未獲得共識 )

## 三 強化檢察體系，提昇犯罪偵防能力

提案：

1. 增加檢察官員額及其輔助人力，求取院檢資源平衡，減輕檢察官之偵查事務負荷，俾能擔負新制度下之重大責任（獲得結論）
2. 偵查中強制處分之決定是否由法院為司法審查（未獲得共識）
3. 重新定位檢、警關係，調整檢察官公訴任務與偵查任務的分工，確立以檢察官為偵查主導者的檢、警合作模式（獲得部分共識與結論）
4. 提昇檢、警、調之科學辦案能力（獲得結論）

第三組共有 4 項議題，分為 21 個提案：

#### 一 法官之人事改革

提案：

1. 法官的資格與任用（獲得部分共識與結論）
2. 司法官訓練所應否改隸司法院（未獲得共識）
3. 探討法官之公務員屬性及其俸給制度（獲得結論）
4. 如何強化法官自治（獲得結論）
5. 法官專業化之要求（獲得結論）

#### 二 檢察官之人事改革

1. 以法律明定檢察官之司法官地位，並確立檢察官之公益代表人身分，以執行法院組織法所賦與之任務（獲得結論）
2. 制定檢察官（署）法，並明定檢察官之身分保障（獲得部分共識與結論）
3. 檢討現行法曹考訓、養成之過程及加強法曹在職教育，以提昇法曹素質，保障人民之權益（獲得部分共識與結論）
4. 檢討檢察體系之組織及人員配置，以有效運用檢察人力，並貫徹檢察體系外部獨立（獲得結論）
5. 檢察一體原則之制度化與透明化（獲得結論）
6. 是否廢除高等法院檢察署之層級（獲得結論）

7. 增設地方法院檢察署簡易分署(獲得結論)

三 探討法官與檢察官之評鑑、監督與淘汰

提案：

1. 建立法官評鑑制度(獲得結論)
2. 建立檢察官評鑑制度(獲得結論)
3. 建立法官之職務監督(獲得結論)
4. 建立法官之淘汰制度(獲得結論)
5. 立法明定檢察官之淘汰制度(獲得結論)

四 律師制度之改革

提案：

1. 建立律師評鑑制度(獲得結論)
2. 健全律師懲戒制度(獲得結論)
3. 強化律師自治(獲得結論)
4. 廢除律師登錄地區之限制(獲得結論)

3.2.3. 會議

全國司法改革會議如期於 1999 年 7 月 6 日、7 日、8 日正式舉行。以全體會議及分組會議方式進行。

3.2.3.1. 分組會議

根據「全國司法改革會議議事規則」之規定，分組會議依議題分為三組進行。各分組參加人員不得跨組開會，但得跨組提出他組議題書面意見。各分組就該組議題提案逐案進行討論，經協商取得共識者，為分組之結論。無法形成共識者，列出至多三個具體方案，分別列舉贊成者之姓名與人數，交全體會議討論。

3.2.3.2. 全體會議與決議

根據「全國司法改革會議議事規則」之規定，全體會議對於分組會議獲得之結論，經全體會議無異議或贊成多於反對者，該分組結論即為全體會議之結論。

對於分組會議未獲結論或其結論未被採為全體會議結論者，由全體會議主席、副主席及結論整合小組負責協商，經協商取得共識時，交全體會議，以出席人數三分之二的同意，形成全體會議結論。經協商後，無法達成共識或全體會議無法獲得結論時，應由結論整合小組整合提列至多三個具體方案，分別列舉贊成者之姓名及人數。上述無法達成共識部分，交由主席、副主席協商，如達成共識時，依前述程序交全體會議，以出席人員三分之二之同意，形成全體會議結論，如未達成共識時，由主席宣佈結果，並報告未能達成共識之情形。

經三天會議後，全國司法改革會議在總共 58 項提案中，獲得共識有結論的提案共有 38 案，獲得部分共識與結論者有 8 案，未獲共識者有 11 案。

<sup>20</sup> 其中：

1. 第一組所討論的 13 項提案中，獲得共識有結論者有 11 案，1 案獲得部分共識與結論，只有 1 案未獲共識。
2. 第二組所討論的 23 項提案中，獲得共識有結論者有 10 案，4 案獲得部分共識與結論，未獲共識者有 9 案。
3. 第三組所討論的 21 項提案中，17 獲得共識有結論者有案，3 案獲得部分共識與結論，未獲共識者有 1 案。<sup>21</sup>

從以上決議之結果顯示，第一組所討論的議題：司法院的定位、人民訴訟權的保障、人民參與司法審判制度、民事訴訟制度的改革、與合議制度的落實等，以及第三組所討論的議題：法官、檢察官人事改革、評鑑、監督與淘汰、律師制度之改革等，均獲得具體的改革結論。第二組所討論的議題：刑事訴訟制度的改革、刑事法庭席位的改造、強化檢察體系以提昇犯罪偵防能力等，卻在與刑事訴訟制度改革相關的關鍵性的制度調整上，因法務部葉金鳳部長的堅持，而未能獲得共識。

### 3.3. 大會決議之執行與後續發展

全國司法改革會議，除了刑事訴訟制度的改革功虧一簣外，其餘重要議題大致均獲得共識，而有具體的結論。然而，如果相關機關無法依照決議切

---

<sup>20</sup> 有關全國司法改革會議的具體結論，請參閱請參閱司法院，《全國司法改革會議結論具體措施暨時間表—司法院》，頁 42-74。網路上的資訊，則請參見《全國司法改革會議結論具體措施時間表》，<http://www.judicial.gov.tw/jm880726.htm>。

<sup>21</sup> 以上各組討論的提案與決議情形，請參見本文「3.2.2. 議題」之內容。

實執行，則全國司法改革會議所有努力，將屬枉然。因此，如何能使政府相關部門依會議結論，逐一落實，即成為會議後的重點工作。

司法院為表明實踐全國司法改革會議結論的誠意，在會國司法改革會議結束之後，司法院即根據會議結論研擬具體落實措施，並於 1999 年 7 月 26 日向社會公布「全國司法改革會議結論具體措施暨時間表」（與司法院職掌有關部分），每項具體措施均定有辦理期限，<sup>22</sup> 司法院並依所定辦理期限定期公布執行成效報告。<sup>23</sup> 司法院並於 1999 年 8 月 30 日邀請審、檢、辯、學、社會賢達等各界代表，成立了「全國司法改革會議監督小組」，定期舉行會議，持續監督全國司法改革會議結論部分之確實執行。<sup>24</sup> 同時，司法院也於 1999 年 12 月 15 日，成立「司法院定位推動小組」，規劃司法院逐步調整為最高審判機關所必須之過渡時期組織架構、法律修正及人員的歸併等。<sup>25</sup>

除了司法院外，另一個關係全國司法改革會議結論能否落實的政府部門，就是行政院法務部。根據法務部的報告，法務部推動全國司法改革會議結論的工作，分別由刑事訴訟法研究小組、刑事政策研究小組、法律扶助研究小組、檢察人力及檢察官評鑑研究小組負責推動，目前均依進度完成或進行中。<sup>26</sup>

臺灣 2000 年的總統選舉，陳水扁先生當選，政府因此重組，似乎也因此會影響司法改革的政策，影響全國司法改革會議的結論。不過，一則因為司法院翁岳生院長繼續留任，再則因為陳水扁總統競選時所提出的國家施政藍圖，其中有關司法制度的藍皮書，負責執筆者均為推動全國司法改革會議的民間團體成員，因此其內容均與全國司法改革會議的結論大致相同，故而司法改革的政策亦將延續。

此外，由於陳總統的司法制度藍皮書中，也表明將積極推動刑事訴訟制

---

<sup>22</sup> 請參見註 20 所引資料。

<sup>23</sup> 司法院於 2000 年 10 月 9 日公布《全國司法改革會議結論具體措施八十八年七月至八十九年九月執行成效》，應屬其向社會表示負責之例。

<sup>24</sup> 請參見《全國司法改革會議結論具體措施八十八年七月至八十九年九月執行成效》，頁 50-51。

<sup>25</sup> 同上註，頁 1。該小組成員包括司法院院長、副院長、大法官二人、秘書長、人事處處長、各級法院院長及法官代表八人、學者、律師代表及監察委員等九人，共計二十三人。

<sup>26</sup> 請參見吳陳鏗，《法務部推動全國司法改革會議結論工作計畫辦理情形報告》，2000 年 11 月 22 日。

度的改革，加以法務部部長也會由較具改革色彩的民進黨人士接任，民間司改團體因此期望在新政府組成後，將不會有刑事訴訟制度改革的阻礙，司法院與法務部也能有較多的溝通協調，促成刑事訴訟制度的改革。但到目前為止，這項發展仍僅止於期待。如以一月三日立法院審議刑事訴訟法部分條文修正，將原來檢察官所擁有的搜索權取銷，所引起的朝野立委之攻防戰所顯示，政黨輪替之後，政黨原來立場也相互易位。從民進黨立委反對修正，堅持檢察官仍應保有搜索權的態度看來，民間司改團體對新政府會積極推動刑事訴訟制度改革的期待，並不是那麼地樂觀。

#### 4. 99 年司法改革的評析

我個人一向關心司法，對於目前臺灣司法制度的一些現象，也相當憂心。例如：審檢不分、法官與檢察官的官僚化、人民訴訟權的漠視<sup>27</sup>、法官經驗與學養不足<sup>28</sup>、裁判品質不良…等等。因此，長久以來，我也積極參與司法改革的推動。我認為司法改革的目的，應要使司法能發揮其應有的制度功能；因此，其目標應是在建構能保障人民權利的司法救濟管道，以及能作出公正裁判的司法制度。而在具體進行司法改革時，努力的重點應可從如何健全司法組織、以及如何提昇司法裁判的品質等兩方面入手。本文以下即據此對 1999 年的全國司法改革會議所討論的議題與結論提出扼要地評析。限於

---

<sup>27</sup> 理論上言，任何法官在其職權範圍內，對具體個案行使審判權時，就是代表整個司法權的行使。在此意義之下，法官都是平等的，並無大小等級之分，法院亦無高低之分。審級制度中的上、下級法院，並非在區分法院的高低，或法官的大小等級。而是基於保護人民的訴訟權，在程序上賦與人民多一層的救濟機會。所謂地方法院、高等法院、及最高法院，也只是訴訴程序中的前、後審法院之區別而已。但是長久以來，我國的法官有大小等級，而審級的前後也代表法院的高低。類如我國目前法院組織體系，則法官即有升遷。而決定升遷的標準，依理應是資歷及法律素養。那麼，負責初審的地方法院法官，在資歷及法律素養應不如高等法院法官，而高等法院法官又不如最高法院法官。果真如此，則從尋求法院救濟的人民之觀點來看，不就會懷疑：會什麼把最差的擺在第一線，而不把最好的放在第一審，讓人民的爭執，一次就得到最好的解決呢？

由於目前訴訟制度的缺失，訴訟案件積壓日多，訴訟久懸難決。以最高法院民、刑案件為例，根據司法院的正式統計，截止 2000 年 11 月為止，民事未結案件數為 2,458 件，刑事未結案則為 7,754 件。

<sup>28</sup> 臺灣法官的選任，長久以來主要是經由司法官特考的管道。以考試再輔以訓練，是否真得可以選任出學養能力及品格均足以擔任法官職務者，非無可疑。尤其一個好的法官除了學養品格之外，工作經驗及生活閱歷，也是法官在審案時，能觀察人性，洞燭事理所不可少的。而這也是現行司法官特考及訓練所無法提供的。依照目前制度，一位大學法律系畢業生，考試運氣佳者，在三十歲之前，即可職司審判，決定人的生死與財產的失獲。這樣子的安排，能讓當事人信服嗎？而且傳統的法學教育所傳授者，僅培養出對法律僅知其然而不知其所以然的法律人，也欠缺其他專業知識背景，是否符合目前複雜多元社會的需求，實有疑問。

篇幅本文以下只針對民事訴訟制度的改革、刑事訴訟制度的改革、法官的選任制度、與法學教育的改革等四點加以評論。

#### 4.1. 民事訴訟制度的改革

為了提昇效率，保障人民訴訟權，民事訴訟法學界與實務界，均認為民事訴訟制度的改革，以建立金字塔型的審級制度為目標。因此，民事事件應採集中審理制度，並應強化第一審之事實審功能，使第一審為事實審審判中心，第二審採事後審或嚴格限制的續審制，第三審採嚴格法律審並採上訴許可制。

這些改革訴求，在全國司法改革會議中獲得共識，司法院也遵照積極推動，應可樂觀期待改革的成功，。

#### 4.2. 刑事訴訟制度的改革

如引用民事訴訟制度改革的理念，刑事訴訟制度的改革也應以建立金字塔型的審級制度為目標，刑事案件採集中審理制度，強化第一審之事實審功能，並以第一審為事實審審判中心，第二審採行事後審，第三審則採嚴格的法律審並採上訴許可制。不過，因為這個理想的實現，與刑事訴訟制度應朝向當事人進行主義(adversarial system)的修正有關，而遭遇困難。

臺灣的刑事訴訟制度，長久以來即以職權進行主義(inquisitorial system)為基本架構，賦予法官調查證據的職權，整個訴訟程序的進行，包括法庭活動，均由法官主控。如採當事人進行主義，則應由檢察官負完全的舉證責任，當事人地位應實質對等，法官則應保持中立超然的裁判者地位。

然而，此種變革，法官、律師贊同，檢察官卻反對，因為影響檢察官地位甚鉅。而刑事訴訟法學者中留學德國者反對採取當事人進行主義，留學美、日者則傾向支持。因此，形成對峙僵持之局面。

在全國司法改革會議中，就刑事訴訟制度朝向當事人進行主義的改革，最後因當時法務部葉金鳳部長的堅持，未能獲得共識。誠如葉部長當時在協商時所言，其所堅持者並非其一人之立場，而係大多數檢察官們的立場。因此，在全國司法改革會議的結論中，有關刑事訴訟制度的改革事實上僅為枝節。而就朝向當事人進行主義增強的刑事訴訟制度的改革，並無任何實質的共識或進展。

我個人從無罪推定與公平公正審判的理念基礎，認為法官應維持中立客

觀的裁判者的角色，當事人雙方地位應實質平等，而支持刑事訴訟制度應朝當事人進行主義方向修正。對於全國司法改革會議未能在這方面獲得共識，頗覺可惜。

不過，這並非謂刑事訴訟制度的改革，即胎死腹中。因為，目前刑事訴訟法當時即已在研擬修正中，全國司法改革會議未能獲得共識，司法院與法務部仍可在刑事訴訟法修正的過程中，繼續溝通協調，或有可能促成刑事訴訟制度的改革。

而且，我們也發現刑事訴訟制度如未能適時的改革，刑事訴訟未能及時完成金字塔型的審級制度，也將影響司法院改制為最高審判機關的進度。因此，司法院如要實踐全國司法改革會議的結論，也有必須尋求法務部支持刑事訴訟制度的改革。

目前改革真正的關鍵，應是檢察官的態度。大部分檢察官對於朝向當事人主義修正的刑事訴訟制度，並非絕對反對；對於制度功能的職權角色也有認識，也非一味戀棧既有的權力。其所憂者，主要還是司法官地位的喪失，以及制度在無合理配套措施下冒然調整，所可能導致社會不利益。因此，如能在制度調整的配套措施上再作加強，並繼續與檢察官們協調溝通，或能促成刑事訴訟制度的改革。

我比較擔心的是今年 1 月 3 日刑事訴訟法部分條文修正的情形，會再出現。雖然，我也支持及同意今年 1 月 3 日立法院所通過的刑事訴訟法修正，將檢察官原有的搜索權取銷。但令我擔心者，是未來刑事訴訟制度的變革，在未經理性思辯及協商溝通，而冒然利用政治力，在缺少相應的配套措施之情形下，突然決定變革。

我的同仁，王兆鵬教授於其新書的序言中言及，相較於臺灣刑事訴訟制度改革所形成的對峙僵局，中國大陸的刑事訴訟法修正，而是調集全中國相關機關、學者、專家進行大量的調查研究工作，於 1996 年 3 月完成修法。修法時，稱其舊有的制度為「審問式」（事實上即為職權主義），新的審判制度為「控辯式」（類似當事人進行主義），並未陷入主義的名詞爭戰，而實質討論二不同審判方式的利弊得失，決定採用「控辯式」。而令他相當地感嘆與佩服。<sup>29</sup> 我心也有所戚戚焉。

---

<sup>29</sup> 請參見王兆鵬，《序》，載其所著，【搜索扣押與刑事被告的憲法權利】，翰蘆出版社，2000 年 9 月，頁 IV。

### 4.3. 法官的選任制度

為了提昇裁判品質，本文認為應在法官的選任制度與法學教育方面，作適當的改革。

法官的選任，不宜再由考試的方式取才，而應重新建立合理的遴選方法，從檢察官、律師、法官助理、行政法制人員、及學者中，遴選出學養品格優良者，擔任法官。這些人不僅有工作經驗，學有專長，也有相當的人生經驗。而其學養品格如何，在法律人圈中也會有相當的評價。如能建構合理的遴選方法，應可從中選出適任的法官。

很可惜，全國司法改革會議並未對此項改革建議，獲得共識。

### 4.4. 法學教育的改革

司法人員經常為人所詬病者，即是專業素養不足。如果所指的專業素養不足，是指人生經驗或閱歷不足，我們可以經由制度的調整，加以解決。如果所指的專業素養不足，是指其學識上的專業能力不足，則必須要經由大學法學教育予以彌補。因為，為這些司法人員專業知識，奠定基礎者，厥為大學法學教育。換言之，大學法學教育，對於司法人員素質，具有關鍵性的影響。

本文認為法律人的學識專業能力不足，於其歸究於其學得不夠，不如歸究於大學法學教育給得不夠。因此，本文認為國內大學的法學教育，為了要能培養出具有一定素質、並符合臺灣社會發展需要的法律人，也到了應該重新檢討的時刻。

然而，即如前文所述，在階段性改革的前提下，1999 年全國司法改革會議並未將法學教育的改革納入議題，殊為遺憾。但未納入議題，並非謂其非司法改革的關鍵。相反地，我個人則認為法律人的基礎養成教育，長遠而言，反而是司法改革的關鍵所在。我們從事法學教育工作者，對此應有體認，而應認真檢討我們目前的法學教育，並思考改革之道。<sup>30</sup>

## 5. 結 論

綜觀臺灣過去的司法改革，我們大致可以發現，在 1987 年之前的戒嚴

---

<sup>30</sup> 關於法學教育的改革，台灣法學界目前也有反省。請參見註 18 的說明。本文亦將我所寫的《法學基礎教育的課程內容》，作為本文的附件，謹供參考，並請指教。

時期，由於威權統治，司法改革均由政府主導，改革的幅度較小。而在 1987 年之後，臺灣逐步進入一個民主憲政的多元開放社會。社會合理秩序維持，有賴於法治的健全。健全的司法制度則成了健全法治的重要基礎，故而司法改革的呼聲，均為朝野一致的聲音。

然而，在臺灣目前的政經社文環境下，政府如仍要以前階段的心態主導推動司法改革，而不重視民間的聲音，不讓民間有更多的參與，將難成功。1994 年的司法改革，即為一例。1999 年的司法改革的順利推展，主要即在重視民間的聲音，並讓民間積極參與所致。我們從這次司法改革，也可觀察到律師社群對司法改革的積極與影響力。不過，我們也可觀察到唯有結合審檢辯學（法官、檢察官、律師、學者）等在朝及在野的司法人，採取從下到上的民主改革模式，臺灣的司法改革才可能有具體的成效。

## 附 件

# 法學基礎教育的課程內容

林子儀\*

### 1. 前 言

臺灣在 1987 年 7 月解除戒嚴，1991 年 5 月終止動員戡亂時期之後，進行憲政改革，實施民主憲政制度，逐步進入一個民主多元的開放社會。

然而，隨著社會開放多元的發展，早期威權體制下的重要社會機制，為因應配合臺灣社會變遷的需要，本即有調整改革的壓力。值此同時，國際化的趨向，以及日新月異的資訊科技與生物科技的普及實用於社會生活，也對現有的社會機制產生新的挑戰，更對之增加了改革調整的壓力。

從傳統的威權體制到民主憲政的開放社會，法治的健全及建立，尤其關係臺灣社會合理秩序的維繫。而法治的健全，除有賴法治精神的普及外，更有賴立法、行政、司法等政府部門能善盡其責，發揮其制度功能。近年朝野均致力於司法改革，主要目的也是為了健全臺灣的法治。司法改革有兩個重大的議題，一為司法制度的改良，另一則為司法人員素質的提昇。

司法人員經常為人所詬病者，即是專業素養不足。如果所指的專業素養不足，是指人生經驗或閱歷不足，我們可以經由制度的調整，加以解決。如果所指的專業素養不足，是指其學識上的專業能力不足，則必須要經由大學法學基礎教育予以彌補。因為，為這些司法人員專業知識，奠定基礎者，厥為大學法學基礎教育。換言之，大學法學基礎教育，對於司法人員素質，具有關鍵性的影響。<sup>1</sup>

法律人的學識專業能力不足，是否與大學法學基礎教育給得不夠有關？本文以下首先將目前法學教育所遇到的挑戰，將個人之觀察加以整理提出；其次，將建議法學基礎教育的課程內容應予調整，以因應現實的挑戰。

---

\* 國立臺灣大學法律學系教授。本文載於【臺灣法學會學報】第二十一輯，2000 年 11 月 30 日，頁 311-37。

<sup>1</sup> 事實上，除司法外，立法、行政等政府部門能否發揮其制度功能，除了制度的健全外，人員素質也是關鍵。而其組織中所需法律專業人才的培育，也與法學教育有關。

## 2. 目前法學教育所面臨的挑戰

### 2.1 社會對法律專業人才的需求增加

自 1991 年(民國 80 年)起到目前為止，歷年大學聯考，在所有人文社會科學及商學管理的學科中，學習法律成了考生的第一個選擇，不僅臺大法律學系一直蟬聯第一類組的第一志願，各校法律學系也是各校同類組中的第一志願。這種發展趨勢，應與近年來臺灣社會的發展有相當密切的關係。

隨著戒嚴的解除與動員戡亂時期的終止，我國逐漸步向民主憲政國家，人治的威權體制也逐漸解體，而逐漸的步入了法治社會。法律專業，也逐漸受到政府與社會的重視。不僅政府決策與施政，無不以法律作為判斷的基準或作為執行的手段，而對法律人才需求甚殷。相對應地，企業與民間對法律人才的需求也大為增加。投身國家法治建設與服務社會的理想，以及工作具有保障，或許是學子選擇法律學系為其第一志願的主要原因。

近年來臺灣社會對法律專業的需求，我們也可以從最近十二年律師高考的錄取率的變化，(請參見【表一】)觀察到一些端倪。

【表一】1987 年至 1998 年律師高考錄取率統計表<sup>2</sup>

年 度	1987	1988	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998
報考人數	2292	2644	2698	3472	3976	4223	4695	5108	5173	5202	5440	5714
實到人數	1842	2142	2048	2801	3258	3296	3700	3803	3758	3805	3915	4132
錄取人數	100	16	288	290	363	349	563	215	287	293	265	231
錄取率	5.43	0.75	14.06	10.35	11.14	10.59	15.22	5.65	7.64	7.70	6.77	5.59

在 1987 年以前，律師高考的錄取率，很少超過百分之一。每年錄取平均人數不超過二十人。但在 1987 年，情形有了變化，錄取人數激增。雖然在 1988 年，又回到往年低錄取率的情形，但自 1989 年以後，錄取人數開始

<sup>2</sup> 統計表資料來源，請參見考選部，《最近 11 年(76 年—86 年)專門職業及技術人員高等考試各類科報名、錄取情形一覽表》<<http://www.moex.gov.tw/u01/rate-12.html#1>>；考選部，《八十七年專門職業及技術人員高等暨普通考試各類科及格標準暨錄取人數統計表》<<http://www.moex.gov.tw/u01/rate8818.html>>。

大量增加，也維持了一定的錄取人數。<sup>3</sup> 律師錄取人數的增加，其原因固然可能是以往不合理現象的匡正，或因為各大學法律學系及考生的強力遊說。但這現象，也未嘗不是為了回應社會需求的結果。

法律專業受到重視，本即為法治社會的常態。臺灣社會目前重視法律專業的趨向，也顯示我國逐漸步入法治國家。但是，目前法學教育所培養出來的法律人，是否能滿足臺灣社會的需要？我們社會到底需要怎樣子的一個法律人？

## 2.2 長期以來法學教育既存的老問題

法律實務界常批評大學法律系畢業生缺少實務所需的知識，認為大學法學教育過於理論，學校所學與實務所需有相當程度的脫節。理論與實務未能兼顧，確實是法學教育長期存在的問題。這或許是與我們大學法學教育的目標，長期以來，並未定位在法律實務所需的專業教育有關。<sup>4</sup>

另一方面，法律以外的專業也常批評法律人，在解決問題時，只會搬出六法全書，咬文嚼字，依法論事。但也只是只知道法律是怎麼規定的，而不知道法律為何是如此規定的。當然，法律人「只知其然不知其所以然」，多少與大學法學教育之訓練有關。學生經過了大學法學教育，大都成了致力於法典、法條釋義的法匠，而忽略了「法律何以如此」的學習。不僅欠缺對法律真正的了解，同時，也易於養成短視、心胸狹隘的毛病。這種現象，固然與大學法學教育的教學內容與方法有關，不過，習法之人欠缺基本人文素養，其他社會科學知識的不足，也是主要的關鍵。

同時，一般社會大眾，也常批評法官、檢察官，不通人情世故，缺少社會常識。因此，對於法院的判決或政府的執法之合理性與公正性，即常有質

---

<sup>3</sup> 但如與其他專門職業及技術人員高考之錄取率相較，律師高考的錄取率仍然偏低。以民國八十七年專門職業及技術人員高考為例，律師的錄取率為 5.59%，在四十六類科的專門職業考試中，錄取率最低。同年度其他類科的錄取率，例如會計師為 12.88%，建築師為 11.94%，醫師為 23.15%，牙醫師為 20.28%，藥師為 17.40%。請參見考選部，《八十七年專門職業及技術人員高等暨普通考試各類科及格標準暨錄取人數統計表》  
<<http://www.moex.gov.tw/u01/rate8818.html>>。

<sup>4</sup> 美國的法學教育向被認為是法律實務專業訓練為其教育目標，該國各法學院的課程及其內容，也都以實務為導向。但近年來，美國法學界與實務界，對法學教育與法律實務之差距，也有相當地討論。不過，美國目前法律社群所討論之實務與理論的差距，其內容與我們並不完全相同。請參閱 Harry T. Edwards, *The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession*, 91 MICHIGAN LAW REVIEW 34 (1992)，以及回應該文所引起的專題討論，*Symposium: Legal Education*, 91 MICHIGAN LAW REVIEW 1291-2219 (1993)。

疑。不僅影響法院與政府的威信，也影響法治的落實。當然，這方面的缺陷，固與司法官選任制度的有關，但大學法學教育對之未能重視也非無關係。

而法律人操守也常遭質疑，不僅法官、檢察官瀆職者大有人在，律師未能善盡訴訟代理人的職責或淪為司法黃牛者，也屢見不鮮。大學法學基礎教育對於法律人的操守，未能具有潛移默化的功能，也一直有相當多的爭議。

上述如何培育出理論與實務兼顧、並知其然也知其所以然的法律人，如何讓法律人具有相當的社會常識或了解人情世故，並具有守正不阿的操守，本即是長久以來，大學法學教育所存在的老問題，也是我們目前大學法學基礎教育所面臨的第一個挑戰。

### 2.3 社會變遷的需求

當我們轉而觀察變遷中臺灣社會的需求時，法學教育所面臨的挑戰，其實是更為嚴厲。

臺灣社會在告別威權體制之後，依理本應是將以往動員戡亂體制的法令予以廢止，政府干預減少，而進入解除規制(deregulation)的階段。不過，實際情形並非如此。雖然動員戡亂時期的法令均有修廢，但因社會越趨多元複雜，彼此相互依賴程度也越益提高，政府也擔負了更多的規制或分配資源的角色。在法治的要求下，當然就有更多的立法，而形成了再規制(re-regulation)的現象。

與以往威權體制的法令有相當的不同，目前再規制所需的法令，除了應符合法治原則與民主原則之外，其規範的內容與事務也愈趨複雜與專業，而民眾對之所要求的妥當性與合理性也相對提高。有相當多數的專業法令所需的立法人才，已非傳統法學教育所能提供。為求能掌握所欲規範的社會事實，並尋出適當的立法政策及有效的規制手段，勢必要借重其他不同學科領域的專業人才。立法如此，執法與審判也是如此。

當然，專業性法令的立法或執法，可以結合傳統法學教育所訓練出來的「純法律人」與各該領域的專業人才，共同協力完成。即使如此，如從法律人本位的觀點而言，法律人也必須具有與其他學科領域或其他專業對話溝通的能力。因此，法律人所應具備者，勢必要比目前法學教育所能提供者再多一些東西。這即是大學法學基礎教育所面臨的挑戰之一。<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> 臺大法律學系夜間部自 1997 年改制為進修學士班後，1997 年及 1998 年兩年入學學生的

其次，隨著社會的日趨開放，性別平等的觀念，日漸深入人心，社會制度也相應調整。為了重塑社會結構以提升女性的社會地位，最後仍必須藉由法制的修正及重建，方能達成目的。而此即要借重法律人。法律人因此必須要有深刻的女性意識，才可能對性別平等有深一層的認識與了解，也才能成為提升臺灣女性的社會地位的重要助力。因此，如何培育法律人具有女性意識及性別平等的理念，應也是大學法學基礎教育所面臨的挑戰之一。<sup>6</sup>

再者，日新月異的資訊科技，例如資訊科技、生物科技等，對社會已經

背景與日間部學生相當不同（請參見【表二】及【表三】），除了顯示法律專業的社會需求之外，也顯示了同時社會需求同時具有法律專業能力及其他領域專業能力的人才。這種趨勢，並非人為設計的結果。其意涵，實值深思。

【表二】1997-98 臺大法律學系進修學士班學生學歷統計表

年度	學歷	高中 / 職	五專 二、三專	大學肄	大學	研究所	合計
1997		20 人	4 人	4 人	40 人	3 人	71 人
(百分比)		28.17%	5.63%	5.63%	56.34%	4.23%	100%
1998		9 人	4 人	2 人	41 人	18 人	74 人
(百分比)		12.16%	5.41%	2.7%	55.41%	24.32%	100%
1999		6 人	4 人	1 人	34 人	32 人	77 人
(百分比)		7.8%	5.2%	1.3%	44.15%	41.55%	100%

【表三】1997-98 臺大法律學系進修學士班學生職業統計表

年度	□	□	□	□	□	□	□	□	規	鄰	合計
1997	26	18	4	3	5	5	1		7	2	71
1998	17	13	1	6	12	3		7	12	3	74

1999 年入學統計，由於使用了與 1997 年及 1998 年不同歸類，無法一併比較。根據 1999 年之入學統計，一般職員 23 人、教師 7 人、工程師 6 人、企業主管 8 人、公務員（含研究員）13 人、醫師 9 人、金融 5 人，共 77 人。

<sup>6</sup> 以臺大法律學系為例，從以下【表四】的統計數字，很明顯地，即可發現以學生的性別比例為標準，女性學生在大學學生總數所佔的比例日漸增加，甚至超過男性學生。

【表四】臺大法律學系八十七學年度大學部日間部學生人數與性別統計表

性別	年級	一年級	二年級	三年級	四年級	合計
男生		52 人	97 人	85 人	103 人	337 人
女生		112 人	108 人	121 人	138 人	479 人
						816 人

依照八十八學年度入學統計，女生有 84 人，男生有 82 人，男女學生的人數差距拉近。

但是目前臺大法律學系專任教師共有 39 位，其中女性教師共有 5 位。如以學生的性別比與教師的性別比相對應，臺大法律學系的女性教師所佔比例，顯然過低。即使再加上兼任教師 14 位，女性教師也只增加一位。（53 位專兼任教師中，女師教師共有 6 位。）

產生相當大的衝擊，未來人與人間的關係及社會的價值觀勢必會有根本的改變，社會制度與法律也勢必會因應調整。大學法學基礎教育對於這些未來的發展趨勢，也必須預作因應。

除了傳統以來既存問題的挑戰，臺灣社會變遷的需求外，大學法學基礎教育，也因為法律人將面對國際社會的競爭，而面臨國際化的挑戰。例如，為了進入國際社會，並維護臺灣經貿的發展，進入 WTO 國際貿易組織，一直是政府的重要目標。在可預見的未來，我們將正式成為 WTO 的會員國，勢將會被迫開放法律服務業的市場。屆時，外國律師將會進入臺灣與本國的律師競爭。大學法學基礎教育如何培育具有競爭力的法律人，實應未雨綢繆。

### 3. 如何調整課程面對挑戰

#### 3.1. 課程調整

面對上述之挑戰，我們大致可以勾勒出未來法律人應具備的一些特質：具有人文素養、有一些其他社會科學領域的知識、對女性意識應有體認、對法律應具有知其然也知其所以然的專業能力、同時對於其他學科領域的專業知識應也有相當的了解、兼具法律的理論與實務並對特定的法領域具有專長、應具有守正不阿的操守品格、並具有國際觀與國際競爭能力。顯然地，現行大學法學基礎教育，尚無法完全滿足上述的需求。目前大學法學教育以外的司法官訓練所的教育、律師的職前教育等，也只能解決法律實務的需求。根本之途，仍然必須重新檢討大學法學基礎教育。

##### 3.1.1. 目前的課程設計—以臺大法律學系為例

目前國內各大學法律學系的課程，在必修課程部分大同小異，在選修課程部分，則較各具特色。茲簡介臺大法律學系目前課程設計，以茲比較參考。<sup>7</sup>

臺大法律學系目前所要求的畢業學分為 148 學分，其中包括：共同必修課程學分 16 學分、通識課程學分 12 學分、系定必修課程學分 83 學分（法學組與司法組）（財經法組則為 77 學分）。

---

<sup>7</sup> 有關臺大法律學系課程之簡介的資料來源，請參閱國立臺灣大學教務處編印，《國立臺灣大學八十八學年度第一學期電腦選課說明與繳交學雜費（註冊）須知及法律學院各系所課程時間表》（以下簡稱「課程時間表」），民國 88 年 6 月。（臺大法律學系相關課程大綱及時間表亦可到下列網址查詢：<http://info.ntu.edu.tw>。）

## 1. 必修課程

### (1) 共同必修課程

**【表五】臺大法律學系共同必修課程科目及學分**

科目名稱	學分數
共同科目國文領域	6
共同科目外文領域	6
共同科目歷史領域	4
服務課程一	0
服務課程二	0
服務課程三	0

共同必修課程中，原列有「本國憲法與公民教育」4學分，但法律學系因有「憲法」4學分之必修課程，可以之代替。故本系並未將「本國憲法與公民教育」列入共同必修課程之中。

### (2) 通識課程

本校通識課程分為人文學、社會科學、物理科學、及生命科學四大領域，依本校共同教育委員會之決議，必須選修不屬於本系所屬領域外其他三領域之通識課程，才會被承認為通識課程學分。法律學系被歸為社會科學領域，故本系學生須選修非社會科學領域之其他三領域之課程 12 學分，以符合通識課程之學分要求。

### (3) 系定必修課程

本系目前分為法學組、司法組、及財經法組等三組，各組的系定必修課程並不完全相同。各組系定必修課程之科目及學分請參考下列【表六】：

**【表六】臺大法律學系系定必修課程科目及學分**

	三組共同必修	法學組	司法組	財法組	備註
一 年 級	中華民國憲法甲 (4) 民法總則(4) 刑法總則(6)	A 政治學乙(4) 經濟學乙(4) 社會學丙(4)	A 政治學乙(4) 經濟學乙(4) 社會學丙(4)	經濟學乙(4) 法律人會計學(2)	A組 課程 三必 選一

<p>二 年 級</p>	<p>民法債編總論(6) 民法債編各論(4) 民法物權(4) 民法親屬(2) 民法繼承(2) 刑法分則(4) 行政法(4) 行政法專題(2)、行政 法進階(2)、行政 法實例演習(2)三 科中必修一科</p>	<p>國際公法(4) 法律史(4) 英美法導論(2)</p>	<p>國際公法(4) 法律史(4)</p>		
<p>三 年 級</p>	<p>刑事訴訟法(4) 民事訴訟法(6) 商事法總論及公 司法(3) 保險法(2) 票據法(2) 海商法(2)</p>	<p>英美契約法(2) 英美侵權行為 法(2)</p>	<p>非訟事件法 (2)</p>		
<p>四 年 級</p>		<p>法理學(4) 國際私法(4)</p>	<p>法理學(4) 國際私法(4) 民事審判實 務(2)</p>	<p>B 強制執行法(2) 破產法(2)</p>	<p>B組 課程 二必 選一</p>

			刑事審判實務(2)	C 商標法(2) 專利法(2) 國際貿易法(2) 國際貿易法專題(2) 國際經濟法導論(4) 環境法(2) 財政法(2) 證券交易法(2) 租稅法總論(2) 租稅法各論(2) 公平交易法(2) 勞工與社會法專題(3)	C組 課程 必選 10學 分
--	--	--	-----------	--	----------------------------

## 2. 選修課程

臺大法律學系每學期所開的選修課程相當得多，以本學期為例，即共有 53 門選修課。分別歸納為六大類課程：1.語文選修課程；2.民商財經法選修課程；3.公法選修課程；4.英美法選修課程；5.刑事法選修課程；及 6.基礎法學選修課程等。<sup>8</sup>

如以畢業學分 148 學分為基準，扣除必修學分後，法學組與司法組同學最少仍需選修 37 學分，財經法組則最少需選修 43 學分。不過，本系同時要求本系同學在選修部分，其中至少有 20 學分必須是本系的選修課程。

### 3.1.2. 建議調整的課程設計

如果未來臺灣社會發展需要的法律人應具有人文素養、有一些其他社會科學領域的知識、對女性意識應有體認、對法律應具有知其然也知其所以然的專業能力、同時對於其他學科領域的專業知識應也有相當的了解、兼具法

<sup>8</sup> 請參閱課程時間表，頁(法-7)-(法-10)。至於臺大法律學系近三年所開的選修課程之詳細資料，請參考本文之【附錄】。

律的理論與實務並對特定的法領域具有專長、應具有守正不阿的操守品格、並具有國際觀與國際競爭能力等特質，那麼我們目前法律基礎課程，應重新檢討，作一些適當的調整。

### 1. 妥善利用共同必修課程與通識課程

目前共同必修課程，國文領域、歷史領域及外文領域，均屬人文學科。或許因為國文、歷史、英文（外文）的課程內容不夠深入與大學前的教育似乎重覆，或許因為共同必修課程對法律專業學習學分數產生排擠的作用，我們可以看到很多論及法學教育課程改革的建議，是把這些課程減少，甚至刪除。

但目前法學教育所培育出來的法律人，人文素養顯有加強的餘地。因此，本文認為應積極地改善目前的共同必修課程。如能適當地強化，並將之通識教育化，將有助於法律學系學生人文素養的提昇。

通識課程成為大學必修課程，乃是近幾年之事。增列通識課程的目的本在彌補目前大學教育過早分科之缺點。積極鼓勵法律學系同學善加利用通識課程的學習，不僅可強化人文學科的知識（如哲學、人類學、倫理學、宗教等），也可對於物理科學或生命科學的基礎知識（如生物學、物理、化學、數學等）有初步的學習與認識。

### 2. 強化社會科學及其他相關學科的學習

學習法律需要以其他學科的知識為基礎，除了人文學科之外，社會科學中的政治學、經濟學、社會學、統計學、心理學等知識，均應有適當的認識。有了這些學科的知識，不僅有助於我們對於社會問題的剖析了解，也有助於我們思考及尋出要如何以法律解決這些問題。有了這些基礎知識，對於法律的學習將不僅只是知道法律的條文規定而已，而也能了解法律何以要如此規定。我們也才能培育出知其然並知其所以然的法律人。

其實，早在民國二十四年，當時任教東吳大學法學院的孫曉樓教授，在推動法學教育時，即力陳習法者在法律學以外學科學習的重要性。其認為比較重要的學科如經濟學、倫理學、哲學、歷史學、生物學、人類學、倫理學、社會學、政治學等幾門。<sup>9</sup>可惜時至今日，我們大學法學教育對這些學科的學習，仍然相當忽略。

---

<sup>9</sup> 請參見孫曉樓，【法律教育】，商務印書館發行，民國二十四年，頁 13-22。

本系的必修課程中，雖列有政治學、經濟學、與社會學等三科，但也僅要求學生在三者中選一學習，實有不足。如不能將法律基礎課程全盤檢討調整，而無法將三科全列為必修課程，也應將之與哲學、理則學、心理學、人類學、統計學、會計學、生物學、物理、化學、數學等課程列入選修課程，<sup>10</sup> 有系統地配合法律學系的選修課程，指導同學階段性地選修學習。

### 3. 必修課程中增列實例演習課程及法律實習課程

理論與實務要如何結合？一直是大學法學教育企思突破的議題之一。其化解之道，應與大學法學教育的師資、課程設計、教學的內容與方法之調整有關。雖然，大學法學教育在近年來普設法律服務社、強調審判實習、增設實例演習課程、採用實務案例分析的教學方法，但成效仍不顯著。

為了加強學生對於法律實務的了解，可以考慮將民事法、商事法、刑事法、憲法與行政法領域的「實例演習」課程，改為必修課程，要求同學最少修習二個領域，四個學分。希望經由實例演習，讓同學融合所學，針對現實社會所生的法律問題，思考解決之道。學以致用，結合學理與實務。

其次，應增設「法律實習」必修課程。法律實習課程，除了參與校內的法律服務社，每週在教師指導下定時提供法律服務之外，<sup>11</sup> 亦可鼓勵同學積極參與校外公益社團之義工服務，尤其是維護或增進弱勢族群、生理障礙、或女性權益之團體、或促進環保、消費者保護等團體。藉由此種服務，讓同學有機會體驗及觀察社會實際生活，並接觸到具體的法律問題及社會問題，尤其是社會弱勢族群的需要。

### 4. 必修課程中增列專題討論課程

目前法律學系同學，大多數人在畢業之前，根本沒有機會學習如何從事獨立研究，撰寫報告。本文建議在必修學分中增列專題討論課程，並有系統地規劃該類課程。要求同學在畢業之前，至少要修習其中一門專題討論課程，以學習分析問題、搜集資料、撰寫研究報告的能力。這種學習，由於必須對於問題深入分析，並思索解決之道，將能刺激學習動機，擴大視野。

### 5. 加強外國語文學習

---

<sup>10</sup> 這些課程如有通識課程，也可列為選修參考，指導法律學系同學選修。

<sup>11</sup> 這裡所建議的法律實習或實例演習課程，必須配合延聘有經驗且風評好的法律實務工作者擔任兼任教師，負責或協助這些實務課程，才可能有具體的實益。

此外，因應臺灣社會日益加深的國際化，在課程設計上也應強調語文訓練及學習的重要性。這尤其是法律系學生目前較弱的一環。

#### 6. 必修課程中增列法律人倫理課程

大學的法學教育是否有助於養成法律人守正不阿的操守品格？本即有爭議，但仍應多作嚐試及努力。因此，在課程的設計上，除了教師的身教之外，可考慮增設「法律人倫理」之必修課程，就目前相關的法律人倫理規範制度予以介紹及檢討，以建立一個合理的外在規範制度。並輔以實際案例的討論，讓同學能多思考，並有所警惕。

#### 7. 增開女性法學課程

為了增進法律學系同學對女性意識的了解，應增開女性法學的相關課程。<sup>12</sup>

#### 8. 與其他學科教師合開課程

與不同學科領域的專家或教師合作開課，除能補充專業學識之不足外，並能開拓學生的視野，及增進其對問題的了解。尤其是在涉及新科技的領域的法律課程。

#### 9. 重組選修課程以利培養同學的專長

目前選修課程，可以重新規劃整理。以培育法律特定領域之專長為導向，將選修課程整理規劃為幾類選修群。指導同學依其興趣及未來發展的規劃，作適當配套的選修。希望同學在學習基礎法律課程之後，也能為其未來發展的專長領域，奠定基礎。

### 3.2. 配合課程調整之其他措施

為了培育臺灣社會未來發展所需的法律人，除了上述法學基礎教育的課程，重新檢討調整外，也需要一些其他措施的配合。本文以下謹提出一些構想，謹供參考。

#### 3.2.1. 師資延聘

除了課程的調整外，師資延聘也宜有一定的政策。例如性別的考量、實務工作經驗、兼顧傳統基礎法律領域與新興法律領域等。

---

<sup>12</sup> 本系賀德芬教授在本學期新開女性法學的選修課程。

為了加強實務與理論的交流，並求法律實習課程能具體發揮效果，除了在延聘專任教師時，應注視實務工作經驗外，也應適當地延聘法律實務工作者（例如：法官、檢察官、律師、政府法務人員等）擔任兼任教師。<sup>13</sup>

### 3.2.2.教學方法與教材

為了結合理論與實務、訓練學生的分析歸納的能力、增進學生對法律何以如此的真正了解，大學法學教育的教材應繼續加強以實際問題及以判決案例研究為導向的編纂方針。

為了便於教學互動，除了應為教師爭取設置教學助理外，在師資人力資源仍有餘力之情形，應在大班教學之外，另有小班教學的設計。此外，如能妥善利用資訊網路提供非同步教學的討論管道，也可彌補課堂互動討論之不足。

### 3.2.3.學制的調整

目前大學正規法學教育的設計，比較難以符合社會發展需要之處，應是在難以培育出一位具有傳統法律專業能力，並同時具有其他學術領域專業能力之法律人。如要達到該目標，在學制上必須要作調整。<sup>14</sup>

目前已有一些學制設計，提供了達到該目標的管道。第一類學制，是行之有年的輔系及雙學位制度。但囿於教育資源的分配，無法全面的實施，無法任憑學生依其志願，選擇其所喜好的科系作為輔系或雙學位的學習。只有

---

<sup>13</sup> 目前公立大學與私立大學的教師結構，即表現出相當不同的特色。公立大學法律學系受限於專、兼任師資比例，兼任教師佔教師比例少，其中擔任實務工作者也少。反之，私立大學法律學系之教師中，兼任教師之數額比專任教師多，其中擔任實務工作者也較多。所以延聘實務工作者擔任兼任教師，對於公立大學法律學系而言，較為重要。以臺大法律學系而言，目前專兼任教師中，有法律實務工作經驗者不多，尤有必要考慮增聘延請具有經驗且有一定風評之法律實務工作者，擔任兼任教師，協助法律實習，甚至實例演習的教學。

由於目前一位專任教師的缺，可以聘兩名兼任教師。如果我們空出兩名專任教師缺，原則上可聘四名兼任教師。如果，再以學期為單位，而非以學年為單位，每位兼任教師只負責一學期的課程，則一學年我們可以用兩名專任教師缺，聘請到八位兼任教師。而且，如果兼任教師不領任何鐘點費，因為不佔缺，不受現有教師缺額的限制，所以更有彈性。如果能夠妥善規劃，目前實務訓練不足的缺點，應可獲得相當的改善。

<sup>14</sup> 雖然，在正規的法學教育制度之下，也有部分的學生，同時獲得法律專業及其他領域之專業訓練。但這些學生的人數，在全部的學生中佔極少數。以臺大法律學系的學生為例，以往每年總會有極少數的學生，已具有大學學士的資格，而經由日夜間部的大學聯考、轉學考試等管道，進入臺大法律學系就讀。但人數相當得少。

少數的學生得以利用該管道，同時獲得法律專業及其他領域之專業訓練。<sup>15</sup>

第二類學制，就是東吳法學院自 1991 年增設的碩乙組模式，專門招收非法律系的大學畢業生，同時給予大學法學教育及法律學研究所的教育。國立政治大學法學院自 1996 年起，也增設碩乙組。這種學制，事實上即是師法美國的法學教育 JD 的模式。

第三種學制，是進修學士班學制。這種學制，是從以往大學夜間部改制而來。其原始的目的，只是提供高中畢業生另一個接受大學教育的管道，並非特別設計給已取得大學學士後的學生進修另一專業領域的學制。不過，進修學士班在臺大法律學系過去兩年實施的經驗，該學制實質上幾乎已成了學士後的法學教育。<sup>16</sup>

不論是輔系、雙學位、碩乙組、或進修學士班，均培育或即將培育出一些同時具有法律專業能力及其他領域專業能力的法律人，其數量將逐日增加。這批法律人與大學正規法學教育所培育的法律人，相互競爭，對大學正規法學教育所培育之法律人有相當的影響。未來，大學法學教育是否能長久維持這種多軌制的學制，仍有待觀察。<sup>17</sup>

#### 3.2.4. 增進與不同學科領域之合作與互動

由於法律規範的內容與事務愈趨複雜與專業，為求能掌握所欲規範的社會事實，並尋出適當的立法政策及有效的規制手段，必須要與其他不同學科領域的專業人才，共同合作。除了前述的共同合開課程外，法律人也可與其他不同學科領域的學者或專家，共同進行研究計劃，定期或不定期的舉行跨科際的專題研討會等。以增進彼此的了解，互補專業知識的不足，並共同協力解決問題。

---

<sup>15</sup> 如果我們期望法律人要兼有理、工、農、醫等專業能力，由於台灣的高中教育過早分科（人文組及自然組），在目前輔系及雙學位制度之下，只有企求理、工、農、醫等科系的學生，以法律學系為輔系或雙學位，達此目標。一般法律系的學生很難以理、工、農、醫等院系作為輔系或雙學位的學習對象。

<sup>16</sup> 請參閱註 5 之說明及【表二】及【表三】之統計。

<sup>17</sup> 我個人對於法學教育能否維持多軌制，相當懷疑。例如學士後法學教育一旦普及，人數逐漸增加後，勢必對傳統法學教育所訓練出來的「純法律人」，形成競爭的威脅，純法律人將會立於不利的位置。面臨這種形勢，我們怎麼向純法律人交待？固然，傳統法學教育之下的純法律人，也可以利用在學時的輔系及雙學位制度，或在畢業後利用研究所、進修教育學士班等制度，增加另一專業學習。但在資源有限的限制下，能利用這些可能制度者，將只為少數。此外，即如我在註 13 所言，在目前高中教育制度下，純法律人要以理、工、農、醫等為另一專業的可能性甚低。

### 3.2.5.加強國際學術交流與合作

為了開拓學生的國際視野，提昇競爭能力，各大學法律學系應加強國際學術的實質交流與合作關係。以增進彼此的了解，提升學術研究水準，觀摩教學及學習經驗。

### 3.2.6.提供在職教育管道

社會變遷迅速，社會結構及關係也經常調整重組，新的社會問題也衍生不斷。法律人所要面對解決的法律問題，也日新月異。如不建立在職教育，執業的法律人，在一定期限後，是否能繼續勝任其工作，實有疑問。因此，為使執業的法律人能掌握社會的脈動及法律的變遷，維持其一定的專業素質，大學法學教育應提供在職進修的管道。

此種在職教育的提供，對大學法學教育而言，也有相當的利益。藉由此種管道，在校者也可以從回校受教的執業法律人獲得其執業之實務經驗，不僅教學相長，在校的學生也能獲得寶貴的實務經驗，使理論與實務能更進一步的結合。

## 4. 結語—法學教育改革的困境

法學教育的改革有其困境。其困境首先即在學術社群內部的共識難求。其次，則是受困於考試領導教學的現實。

法學教育的未來應如何走，法學界內部要獲得共識，除了要繼續地努力溝通與協調外，法學社群以外之各界實也應有推助之力。

至於考試領導教學的現實困境，即使對不認為法學教育應作任何改革的學界人士而言，也都認為必須解決。而且，其改善之困難度，比之法學教育的改革，也小很多。因此，本文最後即對之提出改善的建議，作為本文的結論。

要如何改善考試領導教學的現象？改善考題的命題方式，或將司法官特考與律師高考合一舉行，多少都會有一點幫助。但本文以為根本之途，應從增加每年律師高考的錄取人數著手。

法律學系的畢業生，其出路並不以擔任法官、檢察官、或律師為限，例如政府機關的法制人員或一般或特殊行政人員，或民間企業均吸引了不少法律學系畢業生。但大多數的法律人仍以擔任法官、檢察官、或執業律師作為正途。我們可以從近年司法官特考及律師高考的報考人數，即可得知。以去

年度( 87 年度 )為例，報考司法官特考人數為 5,170 人，實到考人數為 4,185 人。而報考律師高考人數則為 5,714 人，實到考人數為 4,132 人。( 請參見表一 )但是，每年全國法律學系畢業生，約為 1,800 人。( 以去年度( 86 學年度 )而言，全國各大學法律學系畢業生，共約 1,742 人，其中日間部畢業生總數約為 1,336 人，夜間部畢業生總數約為 406 人。<sup>18</sup> 而就本年度之約略統計，全國各大學法律學系畢業生，共約 1,801 人。其中日間部畢業生總數約為 1,380 人，夜間部畢業生總數約為 421 人。<sup>19</sup> )可見，法律學系畢業生，始終以擔任法官、檢察官或律師為職志者，佔有多數。

然而，從報考人數、每年畢業生人數，與每年錄取人數相比，能上榜者，實佔相當之少數。以去年度為例，司法官特考之錄取人數為 125 人，錄取率為 2.99%；律師高考錄取人數為 231 人，錄取率為 5.59%。總共也只錄取 356 人。而今年司法官特考錄取人數為 195 人，錄取率為 4.89%。<sup>20</sup>

由於粥少僧多，法律學系的學生無不卯足了勁，全力以赴。同班同學在學校課堂難得相見，反在補習班卻是經常見到。在這種情形下，學生在大學的學習，往往忽略了高考與特考不考的科目，也不重視追求知其所以然的學習終極目標。而且，在這種情形下，幸運上榜者，是否真有實質能力從事司法工作，也有疑問。如果能放寬律師錄取人數，對於此種乖常現象的匡正，應有相當的助益。

本文建議，以增加錄取人數的作法，讓考試變得不要如此困難。<sup>21</sup> 只要

---

<sup>18</sup> 這項數字僅為大略統計，其中臺大法律學系畢業生日間部為 200 人，夜間部為 75 人；政大法律學系畢業生約為 145 人；中興法律學系畢業生日間部約為 230 人，夜間部約為 50 人；中正法律學系畢業生約為 42 人；輔大法律學系畢業生約為 141 人，財法系畢業生約為 62 人，法律學系夜間部畢業生約為 60 人；東吳法律學系畢業生日間部約為 132 人，夜間部約為 120 人；東海法律學系畢業生日間部約為 127 人，夜間部約為 41 人；中原財法系畢業生約為 101 人；銘傳法律學系畢業生約為 49 人；文化法律學系畢業生日間部約為 107 人，夜間部約為 60 人。

<sup>19</sup> 這項數字僅為大略統計，其中臺大法律學系畢業生日間部為 215 人，夜間部為 87 人；政大法律學系畢業生約為 143 人；中興法律學系畢業生日間部約為 230 人，夜間部約為 50 人；中正法律學系畢業生約為 47 人；輔大法律學系畢業生約為 116 人，財法系畢業生約為 70 人，法律學系夜間部畢業生約為 62 人；東吳法律學系畢業生日間部約為 120 人，夜間部約為 120 人；東海法律學系畢業生日間部約為 145 人，夜間部約為 42 人；中原財法系畢業生約為 108 人；銘傳法律學系畢業生約為 50 人；文化法律學系畢業生日間部約為 136 人，夜間部約為 60 人。

<sup>20</sup> 資料來源，請參見考選部，《各項考試錄取率公告》，  
<<http://www.moex.gov.tw/u01/rate.html>>。

<sup>21</sup> 其實本文所以有增加律師的錄取人數的建議，尚有配合法官、檢察官選任的改革之另一層意義。本文的構想，未來所有從事法律實務工作者，包括法官、檢察官、政府機關各部

各大學法律學系畢業生在一定程度以上者，均應在合理的期間內，可以考上律師。則法律人於大學求學階段，不再擔憂畢業是否考得上律師，反應擔憂所學在未來執業是否能與人競爭。那麼，大學法學基礎教育的教學及學習，才能正常化。

本文以上對於大學法學教育目前所面臨的挑戰，提出一些個人的觀察，並提出一些改革的建議。觀察錯誤，或建議簡略，仍請高明不吝指正。

---

門的法務人員，均應具有律師資格。檢察官與法務人員可從律師中遴選聘任。法官則從服務滿一定年限的檢察官、法務人員、律師、及學者中選任。這些人不僅有工作經驗，學有專長，也有相當的人生經驗。而其學養品格如何，在法律人圈中也已有相當的評價。如能建構合理的遴選方法，應可從中選出適任的法官。這種選任方式應可避免目前以司法官特考選任法官所生的弊病。

## 【附 錄】

### 國立臺灣大學法律學系近三年所開選修課程<sup>1</sup>

#### 一、語文選修課程

科目名稱	授課教師	科目名稱	授課教師
法文一二	畢安生	日文法學名著選讀一二	李鴻禧、蔡茂寅
德文一二	歐博遠	德文法學名著選讀一二	謝銘洋、林明鏘
日文一二	豐地正枝	法文法學名著選讀一二	王泰銓、陳忠五
法律拉丁文一二	賴甘霖	英美法學名著選讀一二	王文宇、曾婉如

#### 二、民商財經法選修課程

科目名稱	授課教師	科目名稱	授課教師
法律人會計學	朱立倫	法律實習一二	邱聯恭
民法理論與社會變遷	王澤鑑	民事審判實務	邱聯恭
商標法	謝銘洋、蔡明誠	證券交易法	余雪明
專利法	謝銘洋、蔡明誠	信託與退休金法	余雪明
歐洲共同體法	王泰銓	商事法專題研究	徐小波
歐洲事業法	王泰銓	商事法實例演習一	柯芳枝、劉宗榮
法律實務	邱聯恭	商法實例研究	柯 菊、林群弼
國際民事訴訟法	駱永家	最高法院民事判例研究	王澤鑑
國際貿易法	王仁宏	國際金融法一二	王文宇
非訟事件法	邱聯恭	政府採購法	羅昌發
國際經濟法導論	羅昌發	中共對外經濟貿易法	王泰銓
租稅法總論	黃茂榮	民商法經濟分析專題	王文宇
租稅法各論	黃茂榮	銀行法專題研究	余雪明

<sup>1</sup> 以下簡介係根據臺大法律學系系辦公室所提供的資料，略作增刪整理而成。與原提供資料並不完全相同。根據本系目前的課程時間表，選修課程共分為六大類，本文增加了第七類「科技法選修課程」。

國際私法	馬漢寶、柯澤東 羅昌發	侵權行為法案例研究	詹森林
強制執行法	陳榮宗、許士宦	消費者保護法	朱柏松
破產法	陳榮宗、許士宦	民法債編修正條文之研究	詹森林

### 三、公法選修課程

科目名稱	授課教師	科目名稱	授課教師
比較憲法	李鴻禧	警察法	林明鏘
違憲審查與審查標準	黃昭元	公平交易法	廖義男
隱私權	林子儀	都計法與建築法專題	林明鏘
國際公法	王文宇、黃昭元	就業服務法案例研究	黃昭元
國家學導論	葛克昌	傳播法規一、二	賀德芬
國家學各論	葛克昌	基本人權案例研究	林子儀
地方自治法	許宗力	言論自由	林子儀
財政法一二	蔡茂寅	環境法	葉俊榮
公務員法一二	林明鏘	行政法實例演習	林明鏘、蔡茂寅

### 四、英美法選修課程

科目名稱	授課教師	科目名稱	授課教師
美國憲法專題研究	黃昭元	英美侵權行為法	陳聰富
美國行政法專題	葉俊榮	美國刑法	王兆鵬
英美法導論	徐小波	美國刑事訴訟制度一二	王兆鵬
英美契約法	羅昌發		

### 五、刑事法選修課程

科目名稱	授課教師	科目名稱	授課教師
犯罪學專論一二	陳志龍	刑事社會學一二	李茂生
犯罪學	張甘妹	少年事件處理法	李茂生
刑事政策	張甘妹	刑事證據法	王兆鵬
監獄學	李茂生	刑事審判實務	林永謀

## 六、基礎法學選修課程

科目名稱	授課教師	科目名稱	授課教師
中國法制史	王泰升	法律史	王泰升
法理學名著選讀	顏厥安	歐陸法制史導論	陳妙芬
台灣清治時期法律專研	王泰升	中國社會主義法律概論	王泰銓
台灣日治時期法律概論	王泰升	批判法學研討	顏厥安
法律與社會	林山田	法學方法導論	顏厥安
法律社會學	陳聰富	法律研究與寫作	葉俊榮
法理學	林文雄、顏厥安 陳妙芬	法律人倫理	林子儀

## 七、科技法選修課程

科目名稱	授課教師	科目名稱	授課教師
基礎法醫學	蔡墩銘	電腦法	蔡明誠
實用法醫學	蔡墩銘	生命倫理與法律	林子儀、顏厥安
資訊科技與法律	林子儀、蔡明誠 謝銘洋、李茂生	電腦與法律資料處理	謝銘洋

# **“Press Freedom and Judicial Independence”**

新聞自由與司法獨立 -

一個比較法制上的觀察與  
分析

**Professor Chen Hsin-min**

陳新民教授

# 新聞自由與司法獨立——一個比較法制上的觀察與分析

陳新民\*

壹、楔子：新聞自由與司法獨立——一個永恆的糾葛？
貳、台灣的「不得評論」制度
一、出版法的立法例
二、制度的建立
三、規範的範圍
四、出版法第 33 條的合憲性問題與判斷基準
五、台灣對「輿論裁判」後果的認知
參、德國的「不提供資訊」制度——不重視「輿論裁判」的效果
一、新聞自由包括評論自由
二、拒絕給予資訊的制度
三、對輿論裁判無因應的理由
肆、英國防止輿論裁判之方式
一、報導限制
二、藐視法庭罪
三、作為上訴理由
伍、美國的公正裁判與新聞自由的衝突問題
一、幾種可行的措施
二、訴訟發表規則的起源及歷史
陸、結論
附錄一：1983 年職業行為標準規則之「3· 6 規則」
附錄二：1994 年職業行為標準規則之「3· 6 規則」

## 壹、楔子：新聞自由與司法獨立——一個永恆的糾葛？

新聞自由已是當今幾乎所有國家所保障的基本人權，新聞自由保障了媒體可以為了滿足人民「知」的需要，而發覺、採訪以及批評一個事件。而同樣是被現代立憲國家視為不可不備的「司法獨立」的憲法理念，除了保障法官可以依據法

---

\* 陳新民，德國慕尼黑大學法學博士，現任台灣中央研究院中山人文社會科學研究所法律組研究員。

律獨立審判，不受行政或立法權力的干涉，使法官可依據自己的良知與法律素養，就承審案件為公正的裁判外，也包括建立相關的配套制度，例如法官終身制度、法官政黨中立（禁止加入政黨）……等，各國依其國情不同，可以有不同的制度設計。這些配套制度的中心點及其是否合憲，端視其能否妥善及「恰適其分」的保障給予法官一個不受干擾的審判環境而言。

在此，必然會產生新聞行為與司法行為發生「交集」的情形。如果將新聞自由受到憲法保障的範圍及於司法的一切行為時——諸如形式證據的收集、證人身份的曝光、法庭的辯論——，則無疑的是將新聞自由的重要性置於司法體系運作的利益之上。反之，如果許可對新聞媒體的自由報導、分析及評論等權利在一定程度上加予限制，則不啻承認司法體系有值得保護的法益，且其重要性逾於新聞自由。一般而言，絕對的新聞自由，也就是新聞媒體可以毫無限制的行使自由權限，在今日行憲諸國皆不可能存在。除了例如關於洩漏國家或公務機務、妨害他人名譽等可作為限制新聞自由的理由外，屬於司法範疇內限制新聞自由的理由，最常見的應是「不公開審訊」部份。基於保護私人名譽、身心安寧理由，或保障青少年、婦女權益，或涉及機密事項，法院可以排除「審判公開」原則的適用。這在各國的訴訟法、青少年保護法中已屢見不鮮。

提到新聞自由與司法產生「扞格」的效果，也就是「新聞自由與公平裁判的矛盾」( fair trial – free press Conflict )，近三十年來最令人矚目的，當歸「輿論裁判」的問題。所謂「輿論裁判」，是媒體在報導一個尚未開始進行司法程序，或

是正在繫屬之中(即在「未決」程序中)的案件時,已經利用報導、分析、評論的方式,令讀者產生「先入為主」的印象,無異形成「未審先判」。這在實行陪審制度的國家,負責「定罪」的陪審員來自社會各階層,且不一定以有法律素養為前提,更易受到這種輿論的左右。故對此透過輿論產生的「裁判壓力」可採行何種因應方式,方可以維持一國司法權的公正運作,並考慮有無可以同時維護新聞自由的原則,造成一個「雙贏」的可能性,各國可有不同的法制設計。本文將以比較法的眼光,先後討論沒有實施陪審制度的台灣及德國,次而以有實施陪審制度的英國及美國的制度和理論,針對防止「輿論裁判」的對策方面,加以比較。此四個不同的法制各有其特色,台灣採取最嚴厲的手段,直接在法律內規定輿論不能「評論」一個未決案件;德國則對輿論裁判的因應採行「不合作」的方式,即司法機關可以不提供相關資訊給新聞媒體,但對媒體的報導及評論,則不予干涉;英國將重點置於對造成輿論裁判的後果,如何救濟的問題,除非有觸犯誹謗法庭罪嫌,否則不干涉新聞報導及評論之行為。置於號稱世界媒體王國的美國,在極尊重新聞自由的傳統下,也不積極朝限制媒體自由方向來著手,反而是對參與法庭訴訟的人員——主要是律師及檢察官——,利用職業規則制定「禁口令」(gag orders),不准在法庭外對輿論媒體發表「庭外言論」,以造成輿論壓力。究竟哪一個制度較妥適?本文在有限的篇幅下,將嘗試提供淺見。

## 貳、台灣的「不得評論」制度

### 一、出版法的立法例

台灣在今年（1999年）一月廢止了出版法。出版法最早是在1930年制訂，其中經過幾次修正。但涉及本論文所涉及問題的最重要的修正是在1958年的修正。在本次修正時，修正了第33條。新修正後的第33條規定：「出版品對於尚在偵查或審判中的訴訟事件，或承辦該案件之司法人員或該事件有關之訴訟關係人不能評論，並不得登載禁止公開訴訟事件之辯論。」這個訴諸防止「輿論裁判」的立法例，歷史雖然可追溯到光緒32年公布的「報章應守規則」中第6條：「凡有關涉詞訟之案，於未定案前，該報館不得妄下斷語，並不得作庇護犯人之語」，可謂源遠流長。出版法第33條的規定，在台灣實施了整整四十年才廢止。台灣在年初廢止出版法主要是因應時代自由化潮流及廢止此在戒嚴時期管制出版自由的規定所致，但對於第33條的立法例是否為一個「當然之惡」？卻未能獲得朝野政黨的共識。因此儘管出版法已廢止，但台灣在1976年公布的廣播電視法（第22條）、1997年公布的公共電視法（第36條第6款），仍保留相似出版法第33條立法例的條文。所以，本文討論出版法第33條的規定，並非具有討論法制史的意義，也有澄清台灣現行法的價值。

另外，與台灣法制類似的是新加坡。新加坡現行訴訟法第149節（Judicial Proceedings Act, Cap. 149）有專門對法庭審判報導的規定。依此規定，為了維護公共道德，不能對不雅的事務、不雅的醫事、醫療及心裡細節加以報導。對婚姻事件僅能報導雙方當事人及證人的基本細節（basic detail）及內容與雙方論證，以及法院的判決與評論的概略性報導（a concise statement）。違反者將可處新幣

一萬元以下之罰鍰，得併科一年以下之有期徒刑<sup>1</sup>。

新加坡的立法例與台灣相同處，是以媒體為規範對象，但不同處是僅限於「婚姻案件」，保障當事人名譽的立法目的更見明顯！

## 二、制度的建立

1958年6月20日台灣立法院通過的「出版法」修正案，賦予主管行政機關極為廣泛的處分權，可以對於違反規定的出版品處以罰鍰、禁止出售、散布、進口及扣押、定期停止發行或撤銷登記等權力（第36條以下），引起了海內外媒體極大的反彈。例如當時廣受重視、代表民間反對聲音的「自由中國」雜誌，便在社論中表示：「如果這一出版法修正案竟真由立法院通過，則身受重創的「新聞自由」不特正式宣告死亡，更是送進了火葬場，徹底化為灰燼<sup>2</sup>！」

而一向親台灣的旅港人士，例如青年黨主席左舜生更聯合香港學術、文化界人士四十五人，公開抗議此一修法，並認為這是台灣走向集權主義的表現<sup>3</sup>。雖然台灣政府在官方理由解釋此一修法的目的是「防止出版品評論影響法官判案心理」<sup>4</sup>，但是仍然掩飾不了當局為了控制出版品的意圖。在這個紛紛擾擾的媒體

---

<sup>1</sup> Francis T Seow, *The Media Enthralled*, Singapore Revisited, Lynne Rienner Publishers, (Boulder / London), 1998, p.229, 這明顯是仿效英國刑事庭法 (Magistrates Courts Act, 1980) 的立法例。

<sup>2</sup> 第十八卷第五期 (1958.5.1), 引述自八十年代出版社出版「自由中國」選輯 (三), 1979, 頁166。

<sup>3</sup> 同註1, 頁180。

<sup>4</sup> 當年5月17日, 行政院長俞鴻鈞向立法院內政等三委員會提出的修法說明, 卻說修法的目的是在「限制黃色新聞」。見同註1, 頁177。

抨擊出版法的過程中，卻很少人注意，或批評出版法第 33 條立法的妥當性問題<sup>5</sup>。

### 三、規範的範圍

出版法第 33 條所禁止出版的標的，如果細分起來，可以分成下列三項：

正在偵查或審判中的訴訟案件，不能評論。

對於承辦案件之司法人員及該案件有關之訴訟關係人，不能評論。

禁止公開訴訟事件之辯論，不能登載。

因此，出版品的管制，可以分成兩大部份：一是禁止刊載部份；二是禁止評論部份。

對於禁止刊載部份，只限於禁止公開訴訟事件所為的辯論而已。易言之，如果法律對訴訟公開有例外規定時，例如台灣法院組織法第 86 條規定訴訟之辯論及裁判，應公開法庭行之。但有妨害國家安全、公共秩序或善良風俗之虞時，法院得決定不予公開；民事訴訟法第 600 條（規定禁治產程序不公開）以及少年事件處理法第 34 條及第 73 條對於少年事件的審理及審判不公開……等，則出版法自然不能違反此項規定。這種出於保障國家安全、個人名譽以及青少年權益的禁止規定，各國皆有類似立法，故無太多的合憲性。

有引起爭議之處，應在禁止評論部份。「刊載」是出版品將事實——例如訴訟的事實、訴訟程序的進行及進度、相關法條的內容、解釋及爭議、法庭辯論、承

---

<sup>5</sup> 司法院大法官會議曾於 1964 年 10 月作出釋字第 105 號解釋，承認行政官署擁有處分出版品權限的合法性，但聲請及解釋的內容皆未涉及第 33 條的違憲性問題。台灣憲法權威的林紀東教

辦人員及其背景.....的現狀加以「據實以報」，本身是中性的。就此意義而言，「新聞自由」等同於「報導自由」。相反的，所謂的「評論」是把自己的判斷、推測、期待等涉及價值因素置入，因此已經不是忠實、中立的反應事實，而是一種經過精神作用「加工」過後的結果，含有褒貶論揚，自是當然之事。出版法第 33 條的主要重心實置於此禁止評論部份！

出版法第 33 條禁止出版品——主要是報紙及雜誌——，對於正在偵查及審判中的案件，所謂「事」的部份，以及承辦案件之司法人員及關係人，所謂「人」的部份，皆不能加以評論，因此，若據實報導，便不違反本條之禁止規定！在此立刻會發生兩個問題：

第一個問題，本條文的立法意旨是否希望媒體報導法律訴訟案件只能「平鋪直敘」，將時、地、人、事及法中性的介紹即可<sup>6</sup>。不能就正、反方律師、當事人的意見以自己的立場及見解來評論與分析；同時也不能邀請法律、醫療或相關科技專家討論案情所牽涉的問題，甚至法庭現場的氣氛、讀者投書等一切可能涉及「批評」案件、司法人員及關係人的資訊，都在禁止之列。如此一來，司法新聞豈非變成一種「制式新聞」。法院法官及檢察官將「包攬」形成判決及偵查起訴有關的一切法律或相關資訊（如驗屍所涉及的醫學知識）？民眾對於司法案件只能在判決及偵查後才擁有完整「知」的權利。對於這個問題，台灣出版法及主管

---

授，亦無反對的立場。見憲法逐條釋義（第一冊）1974（再版），頁 167 以下。

<sup>6</sup> 但法條卻未如新加坡訴訟法第 149 節之規定，應「僅報導基本細節」及「概略性報導」，見前註 1 處本文。

機關，例如新聞局，無疑是採取肯定的立場<sup>7</sup>。

第二個問題，究竟「報導」與「評論」有無可以清楚界分的可能性？依出版法的本意，應該是採取嚴格的界分標準。任何報導法律案件，一旦涉及記者、或編輯人員的「價值」(或情緒)的用語時，即屬禁止之列。出版法的罰則進一步規定，違反本規定情節輕微者，(出版法第 37 條)得予警告；情節嚴重者，(出版法第 39 條)得禁止出售、散布，及必要時可予扣押。由這兩條規定，即可以知道對於報導及評論的界分應該是嚴格主義，否則第 37 條將「情節輕微」列為可罰行為，便無存在的必要<sup>8</sup>。

由上述嚴格的罰則規定，可知本法對於出版品評論審判中案件之人與事的「根絕」決心。但是，這個規定可否經得起合憲性的審查？值得再進一步的討論。

#### 四、出版法第 33 條的合憲性問題與判斷基準

雖然台灣司法院大法官會議在 1964 年作出釋字第 105 號解釋，駁回了聲請釋憲人民援引台灣憲法第 11 條保障人民擁有出版自由，以及出版法已逾越憲法第 23 條許可限制人民權利的界限。但到底出版法第 33 條的內容是否合憲？特別是台灣自從 1987 年宣布解除實施長達四十年的戒嚴後，司法院大法官的釋憲也開

---

<sup>7</sup> 例如新聞局在解釋本條文時的說明：所謂評論，依其表現方式包括社論、短評、專欄、特寫、專訪、漫畫、圖片及其說明文字，含有批評、議論性質之新聞報導，其以讀者投書、更正、辯駁書、廣告等方式，登載於出版品者，應受同等之限制。參見，出版法相關法條、行政裁判、行政解釋、判例解釋彙編，行政院新聞局編輯，1988 年，頁 131。

<sup>8</sup> 執行此一禁令的案例並不太多，且罰度未重，例如對台灣教會公報週刊處以警告，見行政院 70 年判字第 266 號判決；1990 年自由時報刊載一篇批評五二〇農民示威審判案件，致被停刊

始大幅度的步上時代潮流，在許多符合法治國家原則的釋憲案件，都看出大法官會議在近十年來已經在強調限制人權的法律保留原則、揚棄特別權力關係、重視比例原則以及要求行政授權的明確性……方面，獲得極大的成就，我們亦可稱之為台灣已步入法政的「文藝復興」時代<sup>9</sup>。特別是限制人民權利的立法，必須符合「比例原則」，已是大法官會議判斷一個立法有無違憲的不二法門，到底出版法第 33 條的立法理由能否符合比例原則？我們必須就本法條所要追求的「防止輿論裁判」的立法目的是否為保障「司法獨立」理念所絕對必要，以及禁止出版評論訴訟中事件之「人與事」是否為達成上述理由所不可或缺的手段？因為，就在台灣解除戒嚴的當年（1987 年），法務部研修的刑法修正案，曾擬議增訂刑法第 140 條第 3 項：「意圖影響在審判中案件之處理，對於有審判職務之公務員公然侮辱或誹謗者，處一年以下有期徒刑，拘役或三千元以下的罰金」。這個對誹謗法官的新立法，立法妥當性引起爭議較小，爭議比較大的，是另一個增訂條文，即增訂第 141 條之一：「對於偵查或審判中之訴訟案件，公然加以指摘或批評者，處一年以下有期徒刑、拘役或三千元以下之罰金」。法務部公布這兩個條文草案的理由是「為維護司法審判獨立及司法尊嚴」，且指出，該部早在 1974 年就成立刑法修正委員會，擬出幾項修法原則（包括此兩條文），並在 1983 年至 1985 年三度報行政院通過，早是既定政策……云云<sup>10</sup>。不過，由於社會輿論反彈甚大，

---

一天，則是本條文制定後罰則最重的一個例子。

<sup>9</sup> 參見拙作：人權保障五十年，刊載月旦法學雜誌，第三十六期，1998，頁 119-130。

<sup>10</sup> 該次修法詳細過程及批評，可參見段重民，論藐視法庭罪，刊載政大法學評論，第三十八期，

認為會大幅侵犯言論自由，故未能完成立法程序。這說明了台灣對輿論干涉司法是一直懷有警惕之心。

## 五、台灣對「輿論裁判」後果的認知

不過，台灣法學界對於「輿論裁判」與保障司法獨立的關係，並沒有引起太大的注意。因此，為了探究兩者之關係，應先以司法獨立的概念來予討論。

### (一)「司法獨立」的防範方向

在傳統憲法學界的見解，對於憲法第 80 條「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉」，係指法官審判不受政治之力——包括政黨——的不當影響為主要的考量。易言之，司法獨立的「防衛對象」係指政治之力，憲法 80 條的司法獨立亦變成司法官個人的「防衛權」( Abwehrrecht )，可針對不法的政治力 ( 行政力 )，提供法官一個保障功能。因此，憲法第 81 條接著規定：「法官為終身職，非受刑事或懲戒處分，或禁治產宣告，不得免職，非依法律，不得停職、轉任或減俸」，提供了法官身份上的保障。故綜觀台灣憲法第 80 條及第 81 條的規定，可以知道憲法的司法獨立，主要是一種在制度上防衛法官來自政治勢力的影響<sup>11</sup>。所以，司法獨立即法官獨立審判的代名詞。在這種意義上，並無存在防止輿論對法官辦案可能造成不利影響的空間，同時，在憲法制定過程——例如制憲國民大會實錄——，有關憲法第 80 條的立法說明中，亦未有任

---

1988 年 12 月，頁 119 以下。

<sup>11</sup> 劉慶瑞，憲法要義，1994，頁 201。

何制憲代表主張司法獨立應防止來自人民出版自由方面的侵害。可見得憲法第 80 條的司法獨立是標準之古典意義的內涵。

## (二) 防止輿論裁判的立論

台灣公法學界中主張司法獨立應防止來自輿論干涉的代表，可舉林紀東教授。這位公法學界泰斗在論及憲法第 80 條的目的時，曾提到：「主權所屬之人民，且不得以請願等方式，干預審判（參看請願法第 4 條），對於法官有行政監督權的長官，其他任何國家機關及地方機關，或報紙雜誌，自更不得以任何手段，以圖影響法官之裁判，凡欲假借任何手段，足以影響法官之審判者，均違反本條規定之精神，而得制定法律以制裁之也。因本條之主要目的，在保障法官之獨立審判，不受干涉，黨派云云，僅其例示規定耳<sup>12</sup>」。林紀東的見解無疑地提供了出版法第 33 條的立法例一個合憲性的說明。尤其是認為憲法第 80 條規定「法官超越黨派」僅是例示規定，特別提到報紙雜誌亦可能是可以行使「任何手段」來干涉法官審判的來源。林教授希望保持法官一個完全自由、不受外界干涉的苦心，當可想見。不過，說過這一段話後，林教授並沒有就輿論裁判的問題再予討論，吾人也就無法探知林教授對於保障新聞自由與司法獨立之間的「平衡問題」，有何高見。不過，再對照一下他對於人民出版自由的限制立場<sup>13</sup>，當可知他是對出版自由置於比較不重要的地位。

另一個對出版法第 33 條進行較深入討論的是黃東熊教授。黃教授在 1986 年

---

<sup>12</sup> 林紀東，憲法逐條釋義（第三冊），三民書局，1982 年修訂一版，頁 110。

發表一篇「論出版法第 33 條——審判獨立與言論自由之關係」一文<sup>14</sup>，引用日本及美國的資料來探究輿論裁判的問題。尤其是日本學界的見解，可以給我們一個有用的啟示。

日本在 1949 年夏發生一個列車翻覆事件（稱為松川事件），1951 年 12 月第一審判決後，二十名被告中計有五名判死刑，五名判無期徒刑，其他分判不等之有期徒刑，被告將無罪理由寄給一位作家廣津和郎，引起了該位作家的興趣，便邀請一位作家好友宇野浩二前往二審旁聽。以後二人便為文宣揚被告無罪，在媒體造成很大的迴響。當時日本最高法院院長田中耕太郎，原是一位東京大學著名的教授，在日本法學界享有極高的地位，便一連串發表幾篇文章，認為尚在訴訟繫屬的案件不能加以批評。田中院長有一句話甚為重要：「法官不應聽社會之雜音，不應迎合流行之風潮，而應以道德勇氣努力於審判事務之處理」。這句話如果只是期許法官「不理會」外界——特別是輿論的批評聲音（田中院長使用不甚尊重的「雜音」形容之），無異是要求法官對自己的裁判要有信心，當然就不會引起太多的抨擊！但田中院長不滿意於此，反而認為：「對於訴訟繫屬中的案件，如果涉及僅僅是程序問題，如果是法律專家的法學教授寫文章來批評，不僅無損於司法權威，對法官（未來）的宣判也不會產生影響，且對於法學進步會大有貢獻，故可以加以批評；反之，任何非法學專家者，就不能對該法律程序加以批評。至於法律案件的實體問題，例如案件的事實問題及量刑問題，即使是法律專家亦

---

<sup>13</sup> 林紀東，憲法逐條釋義（第一冊），頁 167 以下。

不能批評，以免危及法官的判斷」。由於日本現行法並無相關的罰則，田中院長認為宜採英、美國家的「藐視法庭罪」來處罰這種違反規定之人<sup>15</sup>。田中院長這種反對媒體批評的見解，受到日本法學重鎮東京大學法學院元老級教授的支持。在論爭最熱烈的 1957 年，日本一法學雜誌曾邀請東京大學七位元老級教授舉行座談會。會中的主流意見，除不贊成採行英、美「藐視法庭罪」的罰則外，同意田中院長的「實體不批評，程序可批評」的基本原則。至於反對田中見解的，聲勢亦極夥，認為對任何訴訟中的案件加以批評，正可以使司法品質提昇，增加司法的公信力。也有其他人以民主的新聞自由理念，來賦予人民有批評之權……，不一而足<sup>16</sup>。這個學術見解的大爭論，橫亘十年之久。以日本最後未引進「藐視法庭罪」而落幕。在詳盡的敘述日本法界正、反兩派意見後，黃東熊教授在大作的結論中歸納出其心得，大致如下：關於審判獨立與言論自由之關係，應保持調和，兩者不侵犯對方。有關實體方面，言論自由不能侵犯審判獨立；有關程序問題或形式問題，審判獨立不能侵犯言論自由<sup>17</sup>。黃教授明顯的是支持田中院長的見解。至於應否贊成援引藐視法庭罪，黃教授並未明言。但再觀黃教授在結論中提及出版法第 33 條不能評論的範圍，氏說到：「乃不包含有關程序問題或形式問題，乃屬顯然，殊無爭辯餘地」<sup>18</sup>。黃教授用如此斬釘截鐵的將出版法第 33 條

---

<sup>14</sup> 刊載：輔仁法學第 6 期，頁 37 以下。

<sup>15</sup> 黃東熊，前述文，頁 48。

<sup>16</sup> 黃東熊，前述文，頁 53-65。

<sup>17</sup> 黃東熊，前述文，頁 80。

<sup>18</sup> 黃東熊，前述文。頁 79。

的適用範圍，僅侷限在不得評論「實體問題」方面，即顯示出他肯定本條文的罰則禁令，故似即可推斷出不必引入「藐視法庭罪」之結論也！

擔心輿論的批判，可能會形成法官心理壓力，造成先入為主的觀念，故主張制止「輿論裁判」有其正當性的學者，亦可舉對新聞法夙有研究的尤英夫律師。在其一本在台灣普受重視的「新聞法論」一書中，尤律師對於媒體對司法的干涉，造成輿論裁判認為是民主法治國家不應有之現象，因此贊成出版法第 33 條之給予限制，「以保障訴訟當事人獲得法院公正之裁判，而確定司法權之獨立行使<sup>19</sup>」。故「原則上應限制出版品於案件經判決確定或偵查不起訴處分確定後，始可評論。但應考慮言論及出版自由究為時代潮流，如無必要，似可儘量放寬。」所以尤律師折衷主張：「案件偵查開始至終結前，故不得評論，偵查終結為不起訴處分後，直至聲請再議被駁回前，或起訴後至第一審判決前，亦不得評論。一、二、三審法院審理中，不得評論」。尤律師此種見解，雖在技術細節有些個人見解，但十分清楚尤律師仍站在維護出版法的禁止規定<sup>20</sup>。

由上述台灣的法學界對於輿論裁判及司法獨立的關連，可知對於輿論裁判的可能弊病，都有相當的共識，也因此出版法廢止後，另外廣播電視法仍保留相關的罰則，卻少引起批評，也無要求一併刪除的呼聲<sup>21</sup>。

一個正在繫屬中的重大案件，往往纏訟經年，動輒拖上個十年，亦非稀罕。

---

<sup>19</sup> 尤英夫，新聞法論（上冊），世紀法商雜誌社出版，1994年5版，頁116。

<sup>20</sup> 尤英夫，前述書，頁120。

<sup>21</sup> 例如另一個對著作權頗有研究的律師及法學教授蕭雄淋，亦表達類似的看法。見氏「出版法

人民在案件爆發後如果不能由媒體獲得相關資訊，必須肚中懷著悶葫蘆，至數年的確定判決後，才能知其原委，豈非完全漠視人民擁有「知」的權利？更何況司法權亦屬於國家公權力之一環，司法公權力有無違反法治國家的運作原則，亦是人民應該知悉的事項。更何況出版法廢止後，出版品可以擺脫第 33 條之桎梏，但同為新聞媒體的電視、廣播卻仍然受到限制，恐怕也侵犯了平等原則。所以，本文對於出版法第 33 條不散「陰魂」的合憲性，頗表懷疑。

參、德國的「不提供資訊」制度——不重視「輿論裁判」的效果

#### 一、新聞自由包括評論自由

在經過納粹政權箝制新聞自由，並將新聞媒體作為國家愚民、宣傳的工具之後，1949 年公布的德國基本法特別重視新聞自由。基本法第 5 條第 1 項規定任何人皆有以文字、書面及圖片發表意見之權利，並有不受限制的獲得資訊之權。新聞自由及廣播與電影自由受到保障，不能實行檢查制度。同條第 2 項規定對前項自由，只能由一般法律，及為了保障青少年及個人名譽時，方能限制之。在這種保障新聞自由的憲法體制下，本來依基本法第 75 條第 1 項第 2 款，規範一般新聞法律關係的立法屬於聯邦立法之權限。故德國聯邦即應該制定一個聯邦新聞基準法 ( Bundespressrahmengesetz )，作為統一規範各邦新聞法的準據。德國聯邦在 1963 年及在 1974 年 9 月，兩度提出一個草案，都未通過立法程序，此立法工作

---

廢止後的隱憂」，自由時報，台北，1999.1.27 第 15 版。

便延遲下來。遲至今日，該法仍未制定<sup>22</sup>。目前德國十六個邦都有邦的新聞法，內容大同小異。我們可由這些邦法來探查有無相關的論述。

德國基本法將新聞自由列入人民意見自由中的一環，所以，新聞自由不僅僅只是對已發生或將發生事件加以「報導的自由」( Freiheit der Berichterstattung ) 為已足，而也有「評價之自由」( Freiheit der Bewertung )，媒體能夠藉評論、批評來形成自己的意見，這也是德國聯邦憲法法院一貫的見解。因此，台灣出版法第 33 條會將出版行為區分為單純的報導及單純的評論，與德國基本法對於出版自由的認知，便有根本上的差異。

但對於法院審判等行為，是否一定可曝光於社會大眾，易言之，媒體可否主張其新聞自由權而要求法院運作完全透明？德國聯邦憲法法院在早年的一個判決中表明：「法院審理行為的公開化，並非德國基本法中明白規定之原則，亦非由法治國家原則中所衍生出來的原則。只不過，法治國家卻常常視其為一個基本的體制<sup>23</sup>」。但不少的邦憲法，例如巴伐利亞邦憲法第 90 條，則將此公開原則視為具有憲法位階的原則來予保障。誠然，德國基本法並未明文保障司法訴訟程序必須公開，但聯邦憲法法院上述見解，實質上已承認「公開審理」是法治國家的一個基本原則。再加上德國人民對於納粹政權時代，許多法院審判程序採「代表旁聽制」，不許可人民及媒體自由前往旁聽，而是指派各階層、行業人民代表前

---

<sup>22</sup> P. Babura, Staatsrecht, 2. Aufl., 1996, C67.

<sup>23</sup> BVerfGE 15, 303/307.

往，故才會在許多州的憲法中將此「公開」原則納入<sup>24</sup>。

「法院審理公開化」原則提供媒體一個可以報導、評論司法行為的依據，只是，此原則可依基本法第 5 條第 2 項，如同新聞自由一樣，由法律加以限制，這也就給予立法者不少機會，可透過法院法或訴訟法的規定來限制新聞工作。尤其是法院為維持其運作不受干擾，得禁止媒體錄音、錄影，及不得將此錄得之音、相播放出來，也不得錄下得作為資料使用。至於照相則可由審判長決定<sup>25</sup>。

除了為維護法庭秩序可以作為限制媒體的行為外，對於本文討論的主題——防止媒體可能干涉司法工作方面，德國所採行對策的重心，是所謂的「資訊拒絕給予」( Informationsverweigerung ) 的制度。

## 二、拒絕給予資訊的制度

德國各邦內容大同小異的邦新聞法中，並無類似台灣出版法第 33 條禁止的立法例。各邦新聞法涉及到法院裁判案件問題的規定，幾乎都統一規定在各邦新聞法第 4 條部份<sup>26</sup>，茲以巴登邦 ( Baden-Württemberg ) 邦新聞法第 4 條為例，該條脫胎於聯邦 1963 年 1 月 10 日的「邦新聞法的標準草案」( Modellentwurf für ein Landespressegesetz ) 第 4 條 2 項 1 款的立法例，規定邦任何機構都有提供新聞機構的代表 ( 一般是新聞記者 ) 相關資訊，滿足其履行公共任務所需資訊的義務。

---

<sup>24</sup> K. Mathy, Das Recht der Presse, 3. Aufl., 1984, S.170.

<sup>25</sup> 德國法院組織法第 169 條。在許多國家亦有類似制度，例如美國聯邦最高法院在 1978 年的「Nixon v. Warner Communication」一案中已表示，法院禁止媒體播放法庭的錄音帶，並不違反其言論及新聞自由，因為媒體本無當然有攝錄這些言論的自由。

<sup>26</sup> 只有黑森(Hessen)邦一邦例外，列在第 3 條。但只有巴伐利亞一邦的新聞法沒有類似的條文。

除了會造成使現行未定的程序加快、困難、遲誤或危害時，或牴觸保密規定，侵犯重大公益或值得保護的私人利益，或已達到過分的程度時，不在此限<sup>27</sup>。

這些規定值得重視之處，有二：一、德國承認新聞媒體的行為是滿足公共任務。各邦新聞法第 1 條大都是有下列類似的條文：新聞自由有助於德國民主、自由理念的實現。再加上基本法第 5 條第 1 項規定人民擁有獲取資訊之權，即滿足「知」的權利。二、各政府機關，包括司法機關，都有提供資訊給新聞媒體的義務。但是，該法也同時提及機關可「拒絕」提供資訊給媒體，特別是在所謂的「未定之程序」(schwebenes Verfahren) 時。這是指何種的未定程序而言？大致上分成二類：第一類是採取較嚴格的界定，例如黑森邦，將此「程序」明定為刑事及懲戒法院之程序，晚近才立法的德東突林根邦 (Thüringen) 則明定為「刑事、職業法庭、榮譽法庭及懲戒法院之程序」。第二類是大多數的邦所採廣義的界定，屬於法院的審判、非訟事件及檢察官的偵查、警察的偵查程序，固然包括在內，即連行政機關的程序規定，亦即依據行政程序法已進行的案件，亦包括在內，避免影響行政、司法機關的判斷，以及可能侵犯當事人的隱私。至於政府機關一旦拒絕給予媒體資訊，這種行為可以視為行政處分，媒體若不服，可依行政救濟管道，提起行政訴訟。

究竟哪種界定方式較妥？德國學界立場也頗分歧。不過，通說的見解認為新聞自由可以監督政府的所有行為，故上述資訊給予拒絕權的制度即使必須存在

---

<sup>27</sup> R. Groß, Presserecht, Deutscher Fachschriften-Verlag, 1982, S.149.

<sup>28</sup>，但應該盡量將上述未定程序的種類僅限於法院或類似法院的程序，否則將使媒體監督國家行為的任務落空<sup>29</sup>。此見解不無道理存在！

但是，吾人不可不辨明，德國邦新聞法這些規定，只是邦政府機關（包括法院）不給予新聞單位相關資訊而已（Auskunftsverweigerung），至於新聞媒體自循管道的報導，甚至批評，則不在本條文的規範範圍內，也就無禁止媒體評論之餘地<sup>30</sup>。

### 三、對輿論裁判無因應的理由

比起日本、台灣，以及下文將提到的美國，德國顯然並未感覺到此問題的嚴重性。對於一個正在繫屬中的案件，自然會引起國民的重視，則新聞媒體有義務去採訪、報導及評論，方可以呼應邦新聞法賦予新聞媒體「執行公共任務」的性質<sup>31</sup>。依德國通說，媒體如果只報導、評論「已決案件」，當不能滿足憲法對新聞媒體善盡其職責的神聖的委託<sup>32</sup>！所以，德國學界一致贊成新聞能評論訴訟中的案件，僅有極少數的學者擔心可能造成輿論裁判的後果<sup>33</sup>。但一般的通說卻認為，儘管媒體會對於訴訟的案件，不論是就事實面，或是法律程序方面，抑或法

---

<sup>28</sup> 德國學界對這個政府機關「拒絕權」的制度大都不支持，但通說也認為，只要將程序限於上述的法定「正式程序」，即可獲得合憲的基礎。見 K. E. Wenzel, in: Löffler, Pressrecht, 4., 1997, §4 LPG, Rdnr. 97.

<sup>29</sup> 例如，R. Groß, aaO, S.150.

<sup>30</sup> K. Mathy, aaO, S.176. 便指出，這種批評是屬於人民的言論自由，不應負起任何法律責任。

<sup>31</sup> 張永明，大眾傳播自由權之憲法基礎，刊載：憲法體制與法治行政，城仲模教授六秩華誕祝壽論文集（一），三民書局，1998，頁199以下。

<sup>32</sup> K. E. Wenzel, aaO., Rdnr. 94.

<sup>33</sup> Rebmann / Ott / Storz, Das baden-württembergische Gesetz über die Presse, 1964, §4, Rdnr. 25.

律的適用、法理爭議表示意見，但法官正可以由此新聞中獲得更多的啟發或釋疑。既然透過新聞，一般民眾可以對案件來龍去脈及複雜的法律關係獲得清晰的印象，何獨法官會造成負面效果？即使新聞評論不算公正，也可以更正之，所以，德國普遍認為不必對輿論影響裁判抱以過度的悲觀<sup>34</sup>。

德國之所以會有這種考量，大概可以歸納以下二點理由：一、德國並沒有實行陪審團之制度，所以擔心會受到新聞「干擾」的對象可減少許多<sup>35</sup>。二、對於司法獨立的見解，並未包括對抗來自媒體的干涉。德國基本法第 97 條保障法官獨立審判。但德國通說的見解，認為法官獨立審判有「事務獨立」方面 ( sachliche Unabhängigkeit )，及「人身獨立」而言 ( persönliche Unabhängigkeit )。前者是指法官在判斷時，並不受其他法官，或其他行政機關之干涉而言，媒體則不在此列。後者是指保障法官獨立裁判的配套制度而言，例如基本法第 97 條第 2 項保障法官終身職，及不能違反其意志的加以調職、退休……等規定而言 ( 類似台灣憲法第 81 條 )。因此，德國憲法學對司法獨立的制度並不包括防止輿論裁判的干涉在內<sup>36</sup>。

德國不論是憲法學界，或新聞法學界這種對於輿論干涉司法的危險性並不特別重視的見解，大致是對於法官「自主性」精神的信任，也相信法官可以為了真

---

<sup>34</sup> K. E. Wenzel, Presse- und allgemeiner Informationsanspruch, in : Presserecht und Pressefreiheit, FS für Martin Löffler zum 75. Geburtstag, 1980, S.402.

<sup>35</sup> 惟這個理由就不能在日本站得住腳，日本亦未採行陪審制。但日本受到美國憲法及憲政的影響之大，遠遠超過德國。這可能可以解釋日本對輿論裁判問題的重視。

<sup>36</sup> 這是幾乎所有德國憲法教科書的共同見解，例如 P. Badura, aaO., H11; Schmidt Bleibtreu / Klein, GG, 4 Aufl., 1977, Rdnr. 2 zum Art. 97.

理，有「雖千萬人，吾往矣」的魄力。

#### 肆、英國防止輿論裁判之方式

英國向以其司法獨立、司法制度的優秀而自豪<sup>37</sup>。因此對於新聞自由造成可能的輿論裁判後果，是由「後果挽救」的角度來著手。這種措施計有：一、事先的報導限制；二、藐視法庭罪責；三、作為上訴理由等三大類。茲分別敘述如下。

##### 一、報導限制

和上文提到新加坡制度相類似的，英國刑事法庭法 ( Magistrates Courts Act, 1980 ) 第 8 條規定，對於羈押案件 ( committal proceeding )，只能約略的報導嫌疑人的姓名、地址、涉嫌罪名、犯罪大要、辯護人及法官的姓名、有無交保、開庭時間、法院的決定……等九項內容。除非法院許可，否則必須等到正式審判結束，才可以仔細報導。自 1976 年起，強暴案件的報導，亦必須將被害人的姓名隱去。違反上述規則的媒體，可以依 1981 年的藐視法庭罪加以處罰。雖然這些措施的主要目的在保障個人的名譽，並不是會擔心造成輿論裁判的問題，但既然對違反此規定的罰則是援引藐視法庭罪，所以即可和藐視法庭罪一起討論。不過，儘管刑事法庭法有此限制報導之規定，但在重大案件發生後，引起媒體重視，即會加以報導，所以本法的限制功能即面臨挑戰。故對防止輿論裁判方面，本法

---

<sup>37</sup> 英國偉大的憲法學家戴雪 ( A. V. Dicey ) 在 1885 年出版膾炙人口的經典之作「英憲精義」 ( Introduction to the Study of the Law of the Constitution ) 中，便是表達這種「英國的驕傲」的想法。見陳新民，國家的法治主義——英國的法治 ( The Rule of Law ) 與德國法治國家 ( Der Rechtsstaat ) 之概念，台大法學論叢，第 28 卷 1 期，1998 年，頁 51 以下。

的功能並不顯著。

## 二、藐視法庭罪

英國 1981 年公布的藐視法庭法<sup>38</sup>第 4 條第 1 項規定媒體如果只是公正、精確及善意 ( in good faith ) 報導一個公開訴訟程序的話，即不會構成本罪。易言之，如果媒體在案發後，就發覺嫌疑人的前科、個人交往資料.....等，含沙射影或明示、暗示的認為嫌疑人即為犯人，或有犯罪動機.....等，就可以被認為會有造成法院審判工作進行的困難，特別是會誤導陪審團成員的判斷時，就不在此限<sup>39</sup>。同條文第 2 項更進一步規定，倘若媒體的報導，法官為了避免使該程序或其他未決之訴訟程序中的司法行政 ( administration of justice ) 產生重大偏見的危險 ( substantial risk of prejudice ) 時，得命令暫緩發行該報導的一部或全部，直到適當時刻為止。英國實行藐視法庭罪制度有長遠的歷史。早在 1742 年即發生「聖詹姆士晚報案」( St. James' Evening Post Case, In re Read and Huggonson )，表明這一個報紙的報導可處藐視法庭罪。1873 年的史奇渥斯案 ( Skipworth's Case, Lr 9QB230,234 ) 更肯定一個報紙報導及評論即使是無誹謗之意圖，但卻有實質的造成誤導危險，也可處以此罪。另外如果訴諸輿論方式，要證人發表證言、被告認罪，或使被告畏於公議不敢提出證人、證據或上訴.....，或使陪審員、法官產生心理壓力，依 1930 年的「威廉·湯姆斯船公司案」( re Willian Thomas Shipping

---

<sup>38</sup> Public Law Statutes (ed. A. Mowbray), Sweet & Maxwell (London), 1997, p.98.

<sup>39</sup> Attorney-General v. English (1983) 1A. C. 116, 141.

Co. Ltd ) 及 1966 年的「酒園案」( Vine Production Ltd v. Green )，都構成藐視法庭的要件<sup>40</sup>。不過，英國法庭對使用這個可以判處最高二年以下有期徒刑，及併科無上限的罰金，又不必陪審團的罪刑，卻十分保守，因為新聞報導構成藐視法庭罪，依第 4 條 1 項及 2 項的關連似乎十分含混。特別是有構成偏見的重大危險性報導，所使用的用語是針對「司法行政」之程序。此「司法行政」很容易被理解為「院內秩序」，也就是違抗法官審判時所給予的命令而言，至於媒體在法庭外的新聞報導及評論似乎即非此「司法行政」之範疇。另外，同法第 5 條特別對報紙討論「公共事務」( public affairs ) 訂立了保護條款，規定出版品如果只要是「善意」報導訴訟事件，或其他有益於公共利益者，即使有妨害訴訟程序或造成偏頗之虞，且這種後果僅是附隨的 ( incidental ) 效果時，即不構成藐視法庭罪。第 5 條無疑是給予媒體討論重大訴訟案件時，有一個「護身符」。所以，英國法院為了尊重新聞自由，往往在開庭時，法官會提醒 ( 或警告 )，媒體對某些證人 ( 或證據 ) 不要渲染。所以，即使真有發生過度的偏頗性報導，大多只是罰金了事<sup>41</sup>，但在大多數情況，還是由法官下令暫緩發行該出版品、新聞，直至法院所認可的時間為止。

---

<sup>40</sup> Goodhart, Newspaper and Contempt of Court in English Law, 48 *Hav. L. Review*, 1955, P.895; L. Dennig, *The Due Process of Law*, Butterworth(London), 1980, p.46.

<sup>41</sup> 英國前上訴法院著名的法官及法學家丹寧 L. Dennig，曾提到六 0 年代一個很例外的例子，每日鏡報 ( Daily Mirror ) 是一個標準的「八卦報」，有一次一個青年被控謀殺罪，每日鏡報遂以聳動的頭條標題「吸血鬼被捕」刊載，並指出該青年又涉及多起命案，且將死者姓名交付警方……云云。法院將該編輯入獄三個月，並罰報社一萬英鎊，Goddard 法官判決說到：要讓其他編輯們知道，如果膽敢再發生這種事，他們會發現，法律的武器仍可以及於他們身上。L. Dennig, *Ibid*, at p.44.

### 三、作為上訴理由

在媒體刮「八卦風」特別厲害的英國，許多小報為了吸引讀者注意，往往會大肆渲染司法案件。一個案件如果成為媒體焦點，各種各式的評斷、臆測、挖掘過去歷史……，層出不窮。法院實在無時間、精力去一一追究哪些媒體有無觸犯藐視法庭罪，對於這種已形成輿論中心的情形，法院常常也有無力感。一般而言，法官會提醒陪審團不要受到輿論影響，或是將審判日期延緩<sup>42</sup>。但被告在這種不利的氣氛下定罪後，能否據此主張其受公平審判的權利受損，而作為提起上訴救濟的理由？

在英國的法院實務上很少承認這種實質受到輿論影響，卻不會「形諸文書」、留下證據的錯誤判決，從而作為許可據以提起上訴的理由。不過，九〇年以後英國上訴法院在透過二個重要的案件，卻打破往例，特別許可這種上訴理由。

#### (一) 麥肯等三人案 ( R. v. McCann, Cullen and Shanahan )<sup>43</sup>

麥肯、肯蘭及沙那漢等三人是北愛爾蘭共和軍成員，曾涉嫌殺害英國北愛事務部長 ( Secretary of State of Northern Ireland ) 湯姆·金 ( Tom King )。在初審時，三人閉口保持緘默，對於法院 ( 及檢察官 ) 問話三緘其口。在此同時，英國內政部長在國會發言，表示英政府正在草擬修法草案，明白規定「在犯恐怖活動罪時，如罪證確鑿下，被告的沈默即表示默認」。被告遂被陪審團定為有罪。三人上訴

---

<sup>42</sup> 在 1994 年的一個案件中 ( Attorney-General v. Independent TV News Ltd )，法院認為媒體將嫌犯的前科大肆報導，已產生可使陪審團定罪偏見的危險性。不過，既然審判是在九個月之後，法院認為陪審員大概已忘了這些一時性的報導，所以上述的偏見應該已經消除了。

<sup>43</sup> 92 Cr. App. Rep. 239 (1991); Bronwyn Naylor, Fair Trial or Free Press : Legal Responses to Media

後，英國上訴法院認為內政部長在國會發表的意見在時間上的「巧合」，使陪審團受到影響的「可能性」增強，因此，初審法官應該解散陪審團，否則被告即不免受到偏頗的定罪<sup>44</sup>。

## (二) 泰勒姊妹案 ( R. v. Taylor )

繼九一年的麥肯案後，九三年英國上訴法院撤銷原判的泰勒案，更是英國上訴法院糾正輿論裁判造成不公正後果的一個重大例子。

九二年有一位男士被發現下班後陳屍住處，身上被刀戮五十四次。警方找到死者情婦泰勒，認為其有嫌疑夥同小妹犯下此罪刑。許多報紙及電視記者由死者遺孀處，拿到當年的結婚錄影帶，中間有泰勒親吻新郎的鏡頭。於是許多頭條新聞遂以「猶大之吻」等惡毒用語，指控泰勒姊妹的犯案。雖然當時被告提出許多辯白：例如案發時刻，被告遠在四哩外地方工作，如何可能在交通尖峰時段中，以二十三分鐘來回殺人？但陪審團顯然不理會這些辯白，決定泰勒姊妹有罪。泰勒姊妹不服上訴。九三年六月上訴法院作出了此廣受矚目的判決。上訴法院以二點理由判決泰勒姊妹勝訴。第一是實體證據的問題，認為原審在證據的認定有嚴重疏失<sup>45</sup>。第二個重點是：本案的媒體報導是「極度偏頗」，已達到「持續性的、全面性的、情緒性的、不正確的及誤導性的」程度 ( unremitting, extensive, sensational, inaccurate and misleading )，因此在這種環境下所作的決定，是極「不

---

Reports of Criminal Trials, The Cambridge Law Journal, Vol. 53, 1994, p.498.

<sup>44</sup> B. Naylor, Ibid, at p.500.

<sup>45</sup> 主要是警方在第一次詢問目擊證人時，證人陳述案發後看到二位金髮女人走出凶宅，一位可能是黑人。泰勒姊妹兩人則是白人。待證人第二次作證時，方改口不提其中有一人可能是黑

安全」及令人不能滿意的。上訴法院也認為，即使在初審時，並未將那些媒體的報導當作呈堂資料——例如錄音帶等由媒體自行發掘到的資訊——，且法官也要求過陪審團要秉公處理，不受外界輿論的影響，但這些提醒的效果有限。所以，原審當時只能做一件事，便是解散陪審團，如果只是延開訴訟程序是不夠的，必須重新選擇陪審員及開始審判程序。但原審卻逕依原訴訟程序，即不是一個公正的裁判。

麥肯案及泰勒案可以代表英國上訴法院處理新聞干涉司法的案例。誠然，法院既然無法阻擋媒體對司法案件的關心、民眾的興趣，尤其是媒體處於競爭激烈的生存環境中，法院可作的反應，並不是祭出「藐視法庭」的殺手鐮。視個案情況，如真的已經產生「誤導」的危險性時，則應該在救濟的程序時，予以補救。

英國的例子，可以給我們一點啟示：第一，對於媒體可能造成誤導的對象，英國上訴法院所關心的，並非社會大眾，也就是不擔心將來萬一法院的判決可能會違反讀者們的「期待」，這也是可能被人認為是會侵犯「司法尊嚴」<sup>46</sup>。法院所擔心的是出身平凡百姓的陪審團成員會受誤導。而原審法官也同樣不是上訴法院擔心他們會受到輿論所左右的對象。顯示出對法官「自持力」的信心；第二，認為輿論會形成對司法訴訟不公正的後果，是以「客觀存在嚴重偏頗的危險性」(substantial risk of serious prejudice)即足。這必須法官以平常人的心裡標準來作檢驗，並不能以法官本身已透過自己長年執業經驗及法律素養已練就的「不動

---

人。同時改稱該二位女人是慢跑，而不是走著離開。B. Maylor, Ibid, at p.493.

心」的嚴格標準來論斷有無上述的危險性。第三，既然媒體可能造成的影響已造成偏頗的後果而論，所以對於該案件的實體（如證據、法條依據或法理爭議），抑或程序面，都是媒體可以報導、評論的對象，也都是可能造成誤導的後果（及上訴可予救濟），因此，如日本五〇年代田中院長及部份台灣學者的見解一樣，將媒體自由報導及評斷的範圍有區分實體及程序方面的見解，會在英國上述的司法實務中尋不到知音也！第四，對於輿論裁判的防止，既然已朝「後果救濟」的實效性比較明顯，因此藐視法庭罪即使在英國仍是一個可使用的「武器」，但是英國法院既鮮少將新聞記者及編輯判決入獄，而對財力充裕的媒體，區區數額的罰金也是不痛不癢，故除非媒體言論達到誹謗罪的程度，否則利用藐視法庭罪的制度來防止輿論裁判，其效果有限。由此又可導到另一個問題，藐視法庭罪所禁止涉及的標的為「未決案件」（pending case），但這種界定極不精確。因為一個案件由案發到最終判決，可能為時甚久，一律要媒體及人民「忍耐好奇」，實為不可能之事；且如果一種案件牽涉許多類似的當事人，有的官司可能已經結案，有的仍在繫屬之中，則可形成對已決案件的評釋不構成藐視法庭，但對仍在繫屬的同樣案件則不可為之，豈合乎邏輯？因此，英國構成藐視法庭罪之「未決案」要件和台灣出版法第 33 條的立法例，都有根本上的缺憾<sup>46</sup>。

---

<sup>46</sup> 台灣之對於出版法第 33 條規定的支持，不少即本於這種認知。

<sup>47</sup> 丹寧曾提到他所承審的一個案例來批評。這個在 1973 年判決的「沙利竇曼竇」案（Thalidomide Case, AG v. Times Newspaper Ltd, 1QB710）。1962 年許多懷孕婦女服下沙利竇曼竇，致產生畸形兒，故向經銷商提起損害賠償。先後有二批（62 起及 123 起）原告願意和解。在另一批（266 起）尚待開庭時，Sunday Times 寫了一篇深入的報導，批評經銷商沒負起道德及法律責任已

## 伍、美國的公正裁判與新聞自由的衝突問題

美國是世界公認的媒體王國，新聞媒體的影響力無遠弗屆。而美國也是世界上最早將人權條款入憲（1791年）的國家，如何調和司法正義與新聞自由，美國的制度也提供另一種思考模式。

美國憲法增修條文第 1 條規定國會不能制定剝奪人民言論及出版自由的法律；第 6 條規定在刑事案件中，被告應有權接受「公正」陪審團迅速及公開的審判。第 5 條保障的「正當法律程序」，則可將人民接受公正裁判的權利及於民事案件之上。一個訴訟案件如果已經形成輿論裁判的後果時，美國是採何種措施來防範及解決此爭議？尤其是美國近幾年來發生許多著名的刑事案件——例如甫落幕不久的名演員辛普森（O. J. Simpson）涉嫌殺妻案——，媒體對之關注之高，也是其他各國所少見。在這種情形下，陪審團的成員能否抗拒這種風潮？因此，美國法學界對新聞自由與公平裁判的問題，也極關切。下文將先就解決此矛盾可採行的幾種方式，來予討論。

### 一、幾種可行的措施

在和英國一樣採行陪審制及實行英美法系的美國，針對輿論裁判，可以採行

---

逾十年了，仍未給畸形兒及家庭合理的賠償。檢察官得知該文章寫成後，即要求法院發出暫停發表該文章之命令，以免影響訴訟進行。丹寧主持下的上訴法院駁回了檢察官的聲請，但上訴法院的判決又被上議院駁回。Sunday Times 遂上訴到歐洲人權法院，結果獲得了勝訴。丹寧的論點主要是強調本案公開討論具有優勢的公益性，且是全國的公益性，因為畸形兒是遍布全國各地；再而，報紙既然可以追究已結案第一批的 62 起及第二批的 123 起，為何就不能追究第三批，另外 266 起的同一性質、同一法理爭議的案件？見 L. Dennig, Ibid, at pp.48, 49;

的方式有下列幾種：

### (一) 藐視法庭罪

美國聯邦有關於藐視法庭處罰的立法，主要是依 1864 年的一個立法 ( 18 U.S.C§401 )，規定將可罰行為只限於在法庭內及法院周遭 ( so near thereto ) 有妨害法院的行為時，方得處以藐視法庭罪。美國這種藐視法庭罪的防衛法益明顯是在維護法庭秩序 ( 也就是英國藐視法庭法第 4 條 2 項所使用的「司法行政」之部分 )，對於媒體在法庭外的報導，即使對訴訟案件有所批評，依聯邦最高法院 1941 年「奈伊案」( Nye v. United States )<sup>48</sup>的見解，也不可以擴張藐視法庭罪的概念來處罰新聞媒體。

至於美國每個州都制定藐視法庭罪，其規範內容大同小異。但是，針對媒體報導訴訟中之案件可否以違反此種法律來處罰？則涉及到了人民( 媒體 )的言論自由權的限制問題。美國在五 0、六 0 年代間，聯邦最高法院曾先後在四個案件中，審核此問題<sup>49</sup>。既然都涉及了人民言論自由的限制，則不可避免的必須要援引 1919 年「仙克案」( Schenck ) 所推定的「明白及立即的危險」原則 ( clear and present danger doctrine ) 來限制<sup>50</sup>。上述幾個案件的判決結果，都表明了媒體對訴

---

中文資料亦參考段重民，前述書 ( 註 10 處 )，頁 135 以下。

<sup>48</sup> 313 U.S. 33 (1941); 參見陸潤康，美國聯邦憲法論，1953 年三版，頁 334。

<sup>49</sup> 此四個案件是 Bridges v. California, 314 U.S. 252, 62 S. Ct. 190, 86 L.Ed. 192 (1941); Pennekamp v. Florida, 328 U.S. 331, 66 S. Ct. 1029, 90 L. Ed. 1295 (1946); Craig v. Harney, 331 U. S. 367, 67 S. Ct. 1249, 91 L. Ed. 1546 (1947); 引自段重民，前述文，頁 152。

<sup>50</sup> Schenck v. United States, 249 U.S. 47, 52 (1919). 關於這個理論，可參見劉慶瑞，論「明白而立刻的危險原則」，刊載氏著，比較憲法研究，1971，頁 114 以下；林子儀，言論自由與新聞自由，月旦出版社，1993，頁 170 以下。

訟事件的報導，很難由司法機關「舉證」該報導會造成偏頗的「立即」及「明白」的危險——例如影響陪審團作出不公的決定。這種舉證往往不能成功，故聯邦最高法院對上述四個案件皆以媒體獲勝告終<sup>51</sup>。

所以，美國對於利用藐視法庭罪來處罰媒體，能獲致的成果太小。因為此時所要限制的為媒體的言論自由權。而藐視法庭罪本身的構成要件又太狹隘，對遠在法庭外的媒體所表達之言論，就無法由法官以維護法庭紀律或尊嚴為藉口來予以限制。因此，英國藐視法庭罪意圖防止媒體庭外言論的立法例，和美國便有甚大的不同，也曾引起了部份美國法學界人士的羨慕<sup>52</sup>。但於前文討論可知，英國明白將不公的新聞評論列為藐視法庭，成效卻不彰，故美國的藐視法庭罪可作為制止輿論裁判的作用，更顯得微不足道了。

## （二）報導限制

美國很早就對媒體可能對司法造成干擾表示關切。例如聯邦最高法院 Holmes 法官就明白在 1907 年一個判決中提到，在美國的司法體制中，被告惟有依證據，以及在公開審理辯論後，才可以定罪，絕對不受到法庭外任何影響，不論是私人的議論或出版品，皆然<sup>53</sup>。新聞自由既然是人民言論自由的一環，如能證明有「明白及立即的危險」存在，方可加以限制，新聞自由即可因防衛公共利

---

<sup>51</sup> 段重民，前述文，頁 156；另外，1962 年的 *Wood v. Georgia*, 370 U.S. 375，也是一個類似條件。

見 Archibald Cox, *Freedom of the Press*, Law Review, University of Illinois, Volume 1983, Nr.1, p.5.

<sup>52</sup> 陸潤康，前述書，頁 334。

<sup>53</sup> *Patterson v. Colorado*, 205 U.S. 454, 462 (1907).

益及其他人的權利而予限制。聯邦最高法院在 1951 年的「謝佛案」<sup>54</sup>中，更明白指出：報紙如果要享受憲法所賦予的自由，就必須不能剝奪被告享受公平審判的權利。因此，就法益的平衡天平而言，美國聯邦最高法院無疑是站在維護人民的公平訴訟權利一邊。惟有在此基礎上才可發展出禁止媒體報導的制度。為了使法院能「安靜」的行使審判任務，各州法院可以頒布「事先禁止令」( prior Restraint )，不准媒體進入法庭，以及攜帶照相、錄影及錄音設備進入。也可以下令不准媒體報導任何就該案可能造成誤導的消息。這個行之有年，也被稱為「禁口令」( gag order 或 gagging rule ) 的制度，卻在 1976 年遭到聯邦最高法院以違反憲法增修條文第 1 條為理由而廢棄。

在 1976 年聯邦最高法院公布了「內布拉斯州新聞協會案」<sup>55</sup>判決。本案是因為內布拉斯州發生一件駭人聽聞的謀殺多人案件，法院為了避免媒體大肆報導這件註定會引起群情激憤的命案，遂下令該州所有的媒體不能登載任何涉及本案細節的消息。所以這個「封鎖新聞」的命令引起該州新聞協會的不滿，遂提起訴訟，迭經州法院敗訴，遂上訴聯邦最高法院。最高法院審核了該項禁令後，認為該案件尚不足達到「明白及立即危險」的程度。因此此禁令不啻剝奪了新聞媒體的言論自由權。法院認為，如果新聞報導是一種對審判的「冰寒言論」( chill speech )，那麼這個「禁口令」無疑更是使審判產生「冰凍」( freeze ) 的程度。聯邦最高法院體認新聞媒體也具有監督國家權力的義務，一旦新聞媒體喪失這種

---

<sup>54</sup> Shepherd v. Florida, 341 U.S. 50,53 (1951).

<sup>55</sup> Nebraska Press Association v. Stuart, 247 U.S. 539 (1976).

監督的權限，使公眾不能瞭解司法的運作，將可能使審判造成更不公、更大罪惡的後果，才會有這種「冰寒與冰凍」的比喻<sup>56</sup>。雖然代表多數意見的布柏首席大法官（Chief Justice Burger）並不認為所有的禁口令制度都是違憲，而認為「如果真的惡性重大案件，則或許可以頒布禁口令」<sup>57</sup>，但明顯的，最高法院認為禁口令制度的本身已是一種侵犯人民言論自由的制度。故要消除這個「侵犯人權的推論」，必須賦予正當性的理由方可。最高法院於是表明一個禁口令若要獲得合憲性，必須通過下列三個檢驗：

第一，新聞媒體報導的內涵（nature）及其程度（extent）如何？

第二，如果對新聞上述言論不加限制時，有無其他可以疏解不當後果的可能方法？

第三，如果採行禁口令，能否真正達到消除妨礙的後果<sup>58</sup>？

上述三個條件並不算寬鬆，特別是第二的有無其他更和緩的方式，例如如果不要限制全部媒體報導權利，只要限制某些人——例如律師及檢察官的言論，是否即可達到目的？第三點的條件也是對法官一個難題，因為民眾普遍對「知」的權利十分注重，即使新聞媒體不報導，但自有其他的管道，例如網路傳遞、政黨

---

<sup>56</sup> 247 U.S. 539, 559.

<sup>57</sup> If the gravity of the evil was sufficient, a “gag order” might be permitted.

<sup>58</sup> 上述這三個審核條件，實質上與大陸法系，特別是德國公法學所發展出來的「比例原則」相當接近。易言之，比例原則可分成三個構成子原則：妥當性（Zweckmäßigkeit，合目的性）：限制的方法可以達到限制目的，如第三點條件。必要性：也是「最後手段」原則，如第二點條件。及比例性：必須是限制之人權具有較高之法益價值，與第一點條件近似。參閱拙作，中民國憲法釋論，頁174；蔡震榮，比例原則法律上之定位，刊載氏著：行政法理論與基本人權之保障，1993，頁123。

集會、議會開會質詢……，會傳播更多不實的猜測之詞，是否能夠「杜悠悠之口」？

恐怕答案也很難是肯定的。無怪乎哈佛大學憲法學教授楚來伯 (Lawrence Tribe) 認為，本「內布拉斯加新聞協會案」是給各州法院下了一道「實質的柵門」(a virtual bar)，使他們今後無法隨便頒布禁口令<sup>59</sup>。故，這個措施在美國雖仍保留，但功能不彰。

### (三) 程序更新與延後

這是如同本文所提及英國所採行的「後果補救」式的措施，在程序上著手。

其中又可以分成下列幾種方式：

第一種方式是延緩訴訟進行：英國法界認為延緩訴訟進行的時刻，可以冷卻外界的情緒，待風頭一過，陪審團也許會靜下心，或拋棄成見<sup>60</sup>。不過。如此一來，被告反而必須延宕一段時間方能接受審訊，又違反了憲法增修條文第 6 條保障被告除了應有公平審判的權利外，也有受「迅速審判」的權利。更何況，到底大眾及媒體是否會因法院不開庭就會對該案漠不關心？答案恐怕也是否定的。故此延後訴訟的策略並不一定能達到效果<sup>61</sup>。

第二種方式為易地審判。如果審判地點因為案情牽涉，或當事人地緣關係或當地媒體已造成偏頗的輿論時，如果其他法院沒有此些問題時（特別是該案件只

---

<sup>59</sup> L. Tribe, *American Constitutional Law*, 2ed. 1988, p.858.

<sup>60</sup> 可比較前註 42 處英國法的例子。

<sup>61</sup> Mark, R. Stabile, *Free Press – Fair Trial : Can They Be Reconciled in A Highly Publicized Criminal Case?* *The George Town Law Journal*, Volume 79, No. 2, 1990, p.344.

有地域性的新聞價值)，易地審判不失為良策<sup>62</sup>。不過，此種方法也要顧慮到管轄權有無的問題。在美國各州各有司法審判權的分權體制時，此易地審判只有在同州內才有可能。而且，美國聯邦最高法院在 1947 年的「海灣石油公司案」<sup>63</sup>中也表明，各地區法院有解決區內法律爭議的權力及義務，把案件「丟」給其他法院並非憲法所許可的。因此易地審判涉及各法院的審判權分配，而且會影響輿論的，也必定是重大案件，或當事人是公眾人物，故即使易地審判，能否使情形受到改善，恐也不樂觀也。

第三種為由陪審團的篩檢及更換著手：在一般法院篩選陪審團員程序時，可以將程序嚴格把關，汰除已受到媒體影響的人選，或是當陪審團已受到媒體的影響已有成見時，應立即更換之，這也是英國的上訴法院在前述泰勒姊妹案中所作的宣示。但美國學界也懷疑這種方式的可靠性。因為現代民眾都已經養成看報紙、聽新聞的習慣，已難找到不看報紙、不聽新聞的民眾，特別是對熱門刑事官司的新聞！採行這種方式無疑使法院的任務加重，必須選出更多的人選，進行更多的詢問，曠日廢時，反而影響訴訟日期的展開。更何況，即使當陪審員「自信」不會受輿論影響，實質上是否真如其在資格審核時的表示？也很難令人信服。所

---

<sup>62</sup> 台灣刑事訴訟法第 10 條第 1 項第 2 款有「移轉管轄」之規定，如果因特別情形，由有管轄權之法院審判，恐影響公安或難期公平者，得由直接上級法院，以裁定將案件移轉其他法院。台灣刑事訴訟法學界對於輿論已形成裁判後果能否構成移轉管轄之理由，大多沒有討論。如黃東熊，刑事訴訟法論，三民書局，1991 年再版，頁 93；褚劍鴻，刑事訴訟法論（上冊），台灣商務印書館，1986 年增訂四版，頁 51。

<sup>63</sup> Gulf Oil v. Gilbert, 330 U.S. 501 (1947).

以，這種方式效果也極有限<sup>64</sup>。

上述三種方式（藐視法庭罪、報導限制及程序更新與延後）都不能奏效，剩下最後一個比較有效的方法——即對律師或檢察官的禁口令，這是美國最重要的制度，也是前述幾個立法例所陌生的制度，下文將特別針對此制度加以探討。

## 二、訴訟發表規則的起源及歷史

為了避免直接攻擊媒體這個形成公共輿論的「怪獸」，形成輿論裁判的「幫兇」有時卻是在法庭內擔任「攻、防」的一方：檢察官及律師。尤其這兩方都是嫻熟案情、知曉法律，也知道一旦借重輿論講話，至少對己方有利無害。所以往往會將戰場由法庭內移到法庭外。所以，若檢察官與律師能夠不對媒體發表言論，不推波助瀾，便可使輿論裁判的殺傷力減低甚多，這也是美國對律師及檢察官有禁口令的制度，美其名曰：「訴訟發表規則」（Trial Publicity Rule）。

### （一）制度的肇因

早在 1887 年阿拉巴馬州就通過一個律師道德法典（Code of Ethics），要求所有的律師必須儘量避免和新聞媒體討論法律案件，因為報紙對任何正在繫屬中的訴訟加以批評，都會造成不公的偏見，以及影響公正的裁判。這個在美國聯邦及各州首次頒布的、針對防止輿論裁判的規定，只是一種道德規勸的性質，並無罰則，自然無法發生任何拘束力<sup>65</sup>。

---

<sup>64</sup> M. R. Stabile, *Ibid*, at p.345.

<sup>65</sup> Gabriel G. Gregg, ABA Rule 3.6 and California Rule 5-120 : A Flawed Approach to the Problem of Trial Publicity, *UCLA Law Review*, Volume 43, No. 4, 1996, p.1331.

1908年「全美法曹協會」(ABA)，此由美國法官、檢察官及律師所組成的協會，公布了一個「職業典範」，這個稱「第20號典範」(Canon 20)除引用阿拉巴馬州的道德法典規定外，重申這種行為是「可責難的」(to be condemned)，但此典範也認為，萬一情況特殊必須對公眾發表意見時，應該署名發表，不宜匿名發表高見。但本典範一樣沒有罰則，所以無法規範律師等在法庭外的言論，這種情形一直到六〇年代才開始變化。這是肇因於六〇年代產生了二個影響深遠的案件。

第一個案件是震驚世界的甘迺迪暗殺案。甘迺迪總統一被暗殺，涉嫌人奧斯華(Lee Harvey Oswald)立即被媒體斷定是謀殺甘迺迪總統的兇手，媒體將奧斯華塑造成一個受到蘇聯指使的刺客，成為人人可起而誅之的不赦之徒。結果奧斯華旋即又被槍殺。奧斯華被當眾槍殺，甚至沒有未自己辯白的機會，使得受詹森總統指派調查甘迺迪暗殺案件的華倫委員會主席，也是當時聯邦最高法院首席大法官之華倫，對奧斯華的不幸深感同情。華倫委員會在提出的報告中，特別提到，他們能瞭解美國人民及媒體對暗殺他們敬愛的總統兇嫌之背景、動機及其他相關資訊，一定有極強烈的慾望，這也是美國憲法賦予他們的權利。但是，官方毫無保留的提供奧斯華的一切資料，包括其曾前往古巴，都促使社會大眾認定奧斯華一定是兇手，這種民眾好奇心會不顧忌被告或嫌犯接受「公正審判」的人權，在這種情形下，華倫委員會很懷疑，即使奧斯華當時沒被刺殺，日後能否找到一個完全公正不偏的陪審團來承審其案件。因此，華倫委員會呼籲全國媒體、聯邦及

邦政府、法曹及公眾都要建立一個新的道德典範，以使人民在獲得各種資訊及被告獲得公平審判權利之間，能獲得一個平衡<sup>66</sup>！

1964年華倫委員會的報告公布後，全美法曹協會便成立一個以麻州最高法院法官呂耳登 ( Paul C. Reardon ) 為主席的「公平審判與新聞自由委員會」，負責研擬一個規範刑事訴訟律師及檢察官的道德基準典範。

在呂耳登委員會正如火如荼的研擬典範之年 ( 1966年 )，聯邦最高法院公布了一個眾所矚目的「謝帕案」<sup>67</sup>。謝帕是一位在克里夫蘭市的執業醫生，被控謀殺他懷孕的太太。訊問嫌犯是在一間高中的大禮堂舉行，擠滿了記者及民眾，嫌犯的律師被摒除門外。報紙除在頭版督促法院收押他外，也刊載許多不實的言論來指控他，例如據說他太太生前即說過謝帕是一個雙面人，有殺人的癖好，及有婚外情……等等。法院在開庭審理後，不僅不許可被告要求易地審判及更換陪審團，且安排記者坐在被告席後，使被告無法與律師秘密交談……，其結果可想而知，被告被定罪。這一切都變成被告上訴的理由。

最高法院在本案判決中，痛斥媒體干涉司法裁判，誤導了陪審團，被告不能享受憲法賦予的公正裁判之權利。最高法院也督促各級法院應該拿出「強硬手段」 ( strong measure ) 來對抗這些來自法庭外的影響。雖然判決文中建議各法院可以採行幾種方法，例如不匆忙裁決、易地審判及仔細選擇陪審員 ( 如本文上節所述

---

<sup>66</sup> G. G. Gregg, *Ibid*, at p.1333. ; Sally R. Weaver, *Judicial Restrictions on Attorneys' Speech Concerning Pending Litigation : Reconciling the Rights to Fair Trial and Freedom of Speech*, *Vanderbilt Law Review*, Volume 53, No. 27, 1980, p.499.

<sup>67</sup> *Sheppard v. Maxwell*, 384 U.S. 333 (1966).

及之方法)外，又口氣強烈的指出，法院應該制定更強硬及有效的辦法，任何在法庭內執行任務者——律師、檢察官、原告、被告、證人……，都不可以提供消息給媒體，以免癱瘓公平裁判的體制。如果有違反此義務者，應該受到紀律的懲處<sup>68</sup>。

「謝帕案」的判決，無疑是對限制律師(與檢察官)之言論自由權(及媒體的新聞自由權)，賦予了合憲的基礎。呂耳登委員會解決了可能違憲的顧慮後，在1968年終於提出了一份備忘錄，為規範律師「庭外」言論，定下了第一份規範。

## (二) 1969年的職業責任標準

1968年呂耳登委員會提給ABA一項建議條款，內容為：

律師有責任，對其所參與的未決或緊急刑事案件，不能利用任何方式，對外或委託他人對外公開透露任何「有合理認為會可能」造成妨礙一個公正裁判，或其他對正當的司法行政形成偏頗後果之消息<sup>69</sup>。

這個建議馬上被ABA接納，並定名為「第1-1典範」(Standard 1-1)，並在次年(1969)，ABA通過一個「職業責任標準典範」(Model Code of Professional Responsibility)，其中「紀律準則7-107」(DR 7-107)是專門規定「訴訟言論發表規則」。此「準則」包括甚廣，及於民事、刑事、行政訴訟……等等應遵守事項，但第四節是專門規範刑事訴訟，且有陪審團參與的案件，這也是最容易造成

---

<sup>68</sup> 384, U.S. 333, 363.

<sup>69</sup> G.G. Gregg, Ibid, at p.1334.

輿論裁判之處。大致上，本準則採納呂耳登委員會上述建議，尤其是給予新聞界的言論「有合理認為會可能造成妨害一個公平訴訟」( reasonable likelihood of interfering with a fair trial )，也就是該種言論會使一個理智的人「a reasonable person」產生誤解者，都在禁止之列。所以，ABA 這項「準則」，是以「客觀的可能危險性」作為禁止律師庭外言論的準據。

1969 年這個「典範」時機來得正好，有了聯邦最高法院「謝帕案」詞嚴意正的理論背景作為靠山，因此美國各州——除了加州外——，到了 1980 年前，幾乎都以此「準則」及典範的條款，作為州法限制律師（及檢察官）對外界發表意見的依據。

### （三）1983 年的職業行為標準規則

1969 年的準則及 1968 年呂耳登委員會建議書所採行的「合理推斷可能性」( reasonable likelihood ) 原則，讓法院有極大的裁量空間可以作「預防性」的防範措施，且是憑想像的危險可能性，來限制律師的言論自由權。這規定是否侵犯到律師的言論自由權？尤其是憲法增修條文第 1 條對人民自由權的保障是非常重視——使用了「國會不能制定限制人民言論自由的法律」如此強烈的用語——。因此，ABA 準則及典範及各州規定一公布後，立刻在許多州都有律師提起違憲訴訟，但幾乎都遭駁回之命運！不過，1975 年巡迴法院公布了一個「芝加哥律師協會案」<sup>70</sup>，卻支持原告的見解，認為限制律師的言論自由權條件不能

---

<sup>70</sup> Chicago City Council of lawyers v. Bauer, 522 F. 2d 242 (7th Cir. 1975).

太過寬鬆，且到底有無切實的危險性存在，也應該仔細分別，一概以抽象的危險性存在即限制律師的言論自由，已違反憲法增修條文第 1 條保障人民（包括律師在內）的言論自由權。本案隨即上訴到聯邦最高法院，在次年，遭最高法院駁回。所以依聯邦最高法院的見解，1969 年的規則原則上並未違憲<sup>71</sup>。

在上述案件產生後，ABA 已自行檢討，認為此規則有重新更改的必要<sup>72</sup>，遂在 1983 年通過一個新的職業標準規則，對舊法作了較大的更動，其中「規則 3·6」( Rule 3·6 ) 涉及限制律師言論。這個更動主要有二點：第一點把令人詬病的「抽象危害可能性」原則化為較明確的措施。律師的庭外言論必須會對「一個理智的人」有造成「實質偏頗」( materially prejudice )的「絕大可能性」( substantial likelihood ) 時，才能禁止之。易言之，這個新的標準是把「明白及立即的危險」原則的精神納入。第二點饒有意義的創見是制定所謂的「安全港條款」( safe harbor )。鑒於一個刑事案件往往吸引媒體注意，律師步出法庭常常被記者包圍，與其要律師三緘其口，不如讓他們說幾句話較能滿足媒體期待。因此，本新規則 ( C ) 項規定，律師可以對其受託案件的性質，當事人的要求以及目前進行……等七大項情形，不加油添醋 ( without elaboration ) 的忠實告訴新聞界，即可免除紀律的懲處<sup>73</sup>。

---

<sup>71</sup> 427 U.S. 912 (1976)

<sup>72</sup> ABA 即指定第九巡迴法院的法官 Goodwin 組成委員會，並在 1980 年完成建議書，建議把準則的「合理推斷可能性」原則改為傳統的「明白及立即的危險」，以避免他人有指摘違憲之口實。

<sup>73</sup> G. G. Gregg, *Ibid*, at p.1338. 參見本文附錄一。

1983 年的新規則比起老規則嚴格甚多，使得律師的言論權受到更多的保障，因此，直到 1990 年為止，全美約有三分之二的州採行此規則的基本精神，其餘的不是保持舊的 1969 年的老規則就是有另外的規定。所以 1983 年的規則代表美國法界對限制律師庭外言論標準的主流見解（關於本規則中譯文，參見本文附錄一）。

#### （四）1983 年規則的挑戰——「尖泰案」判決

1983 年新規則為大多數州採行後，也產生一些訴訟，不過並未引起廣泛的注意。直到 1991 年聯邦最高法院公布「尖泰案」<sup>74</sup>，才真正的受到合憲性的挑戰。尖泰是一位在內華達州的執業律師，他的當事人經營一個保管箱公司，被控偷竊警方寄放沒收而來的毒品四公斤及若干現金。他認為客戶是遭警方辦案人員陷害，因此，他經過仔細研究內華達州的「訴訟發表規則」，本規則也是一個脫胎自 ABA1983 年的新規則後，確信其若召開記者招待會，將會受到「安全港」條款的保障。於是乎，尖泰律師即召開一個記者招待會，反駁警方的所有指控，以及批評媒體的誤導。同時，為了洗清客戶冤屈，他明白指控承辦的刑警 Scholl 是偷竊該些毒品及現金的真兇，並提供若干證據。幾個月之後，尖泰律師遭到該州律師公會的紀律處罰，他在州法院敗訴後，遂向聯邦最高法院提起上訴。違憲爭議的焦點在於到底內華達州「訴訟發表規則」援引 1983 年 ABA 新規則所建立的「絕大可能性」標準，以及安全港制度是否違憲。

---

<sup>74</sup> Gentile v. State Bar, 501 U.S. 1030 (1991).

1991年聯邦最高法院公布了「尖泰案」判決。這個判決結果是，九位大法官中，甘乃迪( J. Kennedy )等四人代表違憲說；首席大法官芮貴斯特( C. J. Rehnquist )代表合憲說。兩邊相持不下時，另一關鍵票歐康那( J. O'Connor )大法官卻分裂投票，支持合憲說的一部份，也支持違憲說的幾點看法。其結果呈現下面的結論：

第一，代表違憲派的甘乃迪大法官見解，確認內華達州言論規則中的「安全港」條款，既然允許律師可以忠實的就案情的性質、當事人及證人的信用、證據向媒體陳述，即使這些陳述也可能會造成偏頗的「絕大可能性」，也可使該律師免除紀律處罰。但是本案的情形正顯示出此安全條款並不安全。故甘乃迪大法官質疑本安全條款過於「籠統不清」( vagueness )，並沒有能清楚界定受安全港條款保護的安全港與不受安全港保護之可受處罰之「加油添醋」( elaboration )的「禁海」( forbidden sea )的界限，反而有誤導律師之嫌，故此規定違憲<sup>75</sup>。

第二，代表合憲派立場的芮貴斯特大法官認為此系爭規則的確是給律師的言論自由權加諸比一般人民基於「明白而立即危險」原則更多的限制。但這種限制是合理的。芮貴斯特大法官認為有二個理由可以支持這種給予律師言論比較多的限制，以調和公平裁判與言論自由權之間的緊張關係：律師不像一般民眾，律師因承辦一個案件有接觸更多資料、瞭解更多內情的機會，所以就握有更多可以影響視聽、誤導他人的機會；律師既然是在法庭內執行職務，算是「法庭內人員」( officer of the Court )，就應該遵守法庭內的規則，由遵守開庭秩序，到法庭外

---

<sup>75</sup> 501 U.S. at 1049.

的言論都可包括在內，這也是聯邦最高法院一貫的見解。上述二個理由就可以支持州規則的「絕大可能性造成實質的偏頗」基準的合憲性。同時，芮貴斯特也進一步指出，當然法院也可以採取其他方式，例如更換陪審員、易地審判等……，但這些成效不大的挽救措施卻使美國的司法體制付出太大的代價，為了維護州的司法制度的實益，可給予律師的言論自由權加諸限制<sup>76</sup>。

「尖泰案」的判決值得我們重視的，乃芮貴斯特大法官提出的：對律師言論自由權的限制並不是基於「明白及立即的危險」原則，此原則是對一般人言論自由權的限制才適用。律師庭外言論是可以更嚴格的限制，而不是如一般人民擁有更多言論自由之空間，這個立論堪值重視<sup>77</sup>。

#### (五) 1994 年的現行新職業行為標準規範

聯邦最高法院發表尖泰案判決，並透過抨擊內華達州律師訴訟言論發表規則部份違憲，表示 ABA 的標準規則有無檢討之處。雖然尖泰案只是提及安全港條款過於籠統，有誤導律師觸法之嫌，但最高法院並沒有明確指出 ABA 要如何修改之方。但 ABA 馬上就著手進行修改標準規則，經過三年的慎密考慮，1994 年 8 月 ABA 的理事會通過了一個新的職業行為標準規定，名稱與 1983 年的規則一樣不變（包括「3.6 規則」），但內容卻有一些新的面貌（參見附錄二）。

新的規則條文比舊的簡潔，目的是使讀者能立即明瞭，也在措辭上較為清晰，

---

<sup>76</sup> 501 U.S. at 1070.

<sup>77</sup> 比照前註 72 處。如此一來，即使 ABA 當年完全接納 Goodwin 委員會的建議，將「明白及立即的危險」原則納入新規則內，恐怕在「尖泰案」的判決中，又要被推翻了！

以避免造成含糊不清的後果。

其次，新規則仍維持舊規則的「絕大事實偏頗可能性」的原則，因其在尖泰案中已獲得了合憲肯定，故新規則沒理由否定之。

新規則較明白的改進是安全港的條款，這也是回應尖泰案的修正。在舊條文的安全港條款，新規則先在文字上潤飾一番，次序調整外，又增加所謂的「第二個安全港」——俗稱的回答條款 ( the Reply clause )。本條款 ( C ) 項內容為：當律師發現外界有對當事人及案件偏頗的報導，而該報導並非該律師或其當事人所傳播時，若一個「理智的律師」認為有保障其當事人的權益時，可以對外發表辯護的言論。律師發表前述的言論，應該僅限於反駁外界不利傳言部份所必要的範圍為限<sup>78</sup>。

所以，新規則增訂的「回答條款」便是因應類似尖泰律師當時所採行的召開記者說明會的行為，表明律師可以起而對抗媒體所為不公的報導。這個改進頗受到律師的歡迎，因為當媒體可以自行收集證據，其中常常透過警方提供片面資料來刊登新聞媒體上，造成社會偏頗的成見，而身為辯論律師卻只能眼睜睜看到這種不利其當事人及對司法審判不公的現象逐漸滋長而束手無策，豈是一個理智及公平的制度？新規則增訂這種回答條款當是一個比較合理的改進。

ABA 在對律師的發表庭外言論作此新的規範外，也改進舊的「3· 8 規則」 ( Rule3· 8 )，這是專門課予檢察官的庭外言論發表的規則，內容與 3· 6 規則大

---

<sup>78</sup> G. G. Gregg, Ibid, at p.1356. 參見附錄二。

同小異。另外，本規則也增訂 ( D ) 項，把非直接承接本案的同一律師事務所律師及政府有關雇用的律師，一併納入本規則的適用，避免同一律師事務所「借人頭」發表庭外意見的投機行為。

#### ( 六 ) 小結——美國制度的特色

美國 ABA 規則在 1994 年制定後，實施至今。雖然美國社會已經愈來愈知悉媒體炒作審判新聞所能帶給司法機關的壓力，特別是所謂「熱門人物的官司」( high profile trial )，媒體絕不可能放過任何報導，以及不放鬆任何有關的蛛絲馬跡證據。在這種情形下，狡詐的律師也可能會利用媒體來塑造其當事人是英雄，或是無辜好人的形象，因此，限制律師的庭外言論成為美國各州共同的政策<sup>79</sup>。

美國採行此政策，正如同歐康納大法官在尖泰案中所說的，寧可將限制加諸在律師及檢察官的言論權之上，而不必直接限制媒體<sup>80</sup>。因為這可以避免再陷入討論有無侵犯廣大媒體的新聞自由的泥沼之中。反正律師在法庭中已可以暢所欲言，而媒體當然也有加以報導及評論的機會，再限制彼等在法庭外發表高見，「兩權相害，取其輕」，僅限制人數極少的律師之言論，亦是「侵害最小」的措施也。所以美國對於防止輿論裁判的方式，即是採行此限制庭外言論的方式，也是本文

---

<sup>79</sup> 連一向不理會這種政策的加州，也因為著名的辛普森殺妻案形成輿論一面倒的現象，使得加州在 1995 年 3 月公布一個州的訴訟言論發布規則，內容是仿效 ABA1994 年的新規則。本規則有一個綽號——「柯南規則」( the Cochran rule )，柯南 ( Johnnie Cochran ) 正是辛普森的律師，擅長操縱媒體也。見 G. G. Gregg, Ibid, at P.1347.

<sup>80</sup> 501 U. S. at 1082.

上述討論各個立法例，另闢蹊徑的另一個思考方向。

另外，吾人亦不可忽視美國防止輿論裁判的另一個重要的理由乃法官的「民選」產生問題。美國各州的法官大都是由人民選舉產生，或是由議會行使同意權，或由州長決定之。因此法官必須獲得民意之支持，是為其本身能否連任的重要因素。故輿論影響民意，也對法官會形成壓力。這也是英、德不實行「民選法官」等國家所無須顧慮之處<sup>81</sup>。

## 陸、結論

新聞自由與司法獨立的確是現代法治國家的兩大支柱。新聞自由保障了人民可以擁有知的自由，也保障了人民的言論自由。新聞自由同時使新聞媒體代表人民，形成對政府行使公權力的一個最有力的監督工具。所以，一個國家即使實行政黨政治，如果沒有新聞自由，即使擁有政黨的自由，亦無法確保國家的民主體制。在本文討論的新聞自由與司法獨立的糾葛關係上，正確瞭解新聞自由的重要性，當是研究設計一套相應其與司法獨立體制關係之方策時，應該先確定的準則。

在司法獨立的體制方面，誠然古典的司法獨立理念是將防衛的矛頭針對來自法院外的「政治力」，考察西方當年建立司法獨立理念的初衷，便是擔心司法淪為行政的附庸，孟德斯鳩提倡的「三權分立」所強調的重心，即本於斯矣！當然，在此，吾人當無必要一定必須死守司法獨立的古典概念。司法獨立的現代理念，

---

<sup>81</sup> S. Goldman / A. Sarat, American Court System, W. H. Freeman & Comp. 1978, p.254; 見拙作，中華民國憲法釋論，頁 596，註 16。

雖然有將防止輿論裁判的理念注入司法獨立之內<sup>82</sup>，然而，要達到這個理念就要把法院及其裁判行為變成新聞、輿論所「隔絕」的範疇，易言之，似乎唯一辦法是根絕法院不受任何外界輿論的影響——不論是給予掌聲、批評及善意的建議——，不過吾人必須懷疑這種釜底抽薪的方法，是否真的符合民主國家的法治主義？法官必須依法審判，一個法律訴訟，不論是實體問題或程序問題，法官都有依法進行審理的義務。而法官審判正代表國家司法公權力、訴訟的程序及結果，也代表、反映國家法制的良窳，假如不符合民意，也必須透過代議制度來修法改正。所以，一個訴訟案件正可以「知微見著」，基本上，除了有更多值得保障的法益外，例如「不公開審判」外，應該讓人民知悉其始末！新聞自由及言論自由在此問題上，除非有足以說服的理由，不能加以限制。

此外，再以司法獨立作為限制新聞自由的角度來觀察。台灣與德國對於輿論裁判問題的重視明顯的比不上英、美兩國。答案極簡單，英、美兩國是採行陪審制度的國家。一個刑事被告有無觸犯刑章，決定權並不操在法官，而是選自平民的陪審員手中。就是這些大多不通法律的平常人，是以社會的「一般法律感情」標準而斷定被告有罪與否，而會受到輿論影響的，也就是這批人。英、美在討論因應輿論裁判，以及所採行的幾種方式，例如更換陪審員、易地審判，延開審判期日及律師「禁口令」……等等，無非防止或矯正陪審員的受到輿論影響而形成偏見。但對於「法官」，英、美自始至終卻沒有任何懷疑法官會受到輿論的影響。

---

<sup>82</sup> 如台灣林紀東教授（見前註12）所代表。

而德國無類似台灣出版法第 33 條的立法例，德國也從不擔心法官會受到輿論裁判的影響。反觀台灣的出版法第 33 條、其他相類似現行條文及代表的學術見解，無疑的卻是擔心職司審判的法官（及偵查的檢察官），會抵擋不住輿論的批評。所以，台灣之以主張維護「司法獨立」或「司法威信」為出版法禁令的合理性理由，前者顯示了對法官「自信力、自持力」的不信任，懷疑法官沒有為了法律見解，會毅然的「雖千萬人，吾往矣」的勇氣；後者則無異是持「評論」代表「誹謗」的立場！對訴訟中的案件媒體加以評論，不論出於善意或惡意，皆以涉嫌「誹謗司法」而一律在禁止之列<sup>83</sup>，則更是用威嚇的手段來強迫人民「肯定」司法的權威，顯然完全忽視民主國家新聞自由及言論自由的存在。因此，輿論裁判在沒有實施陪審制的國家，其應受到重視應該遠小於英、美等國。

因此，本文以為，鑒於台灣沒有實行陪審制，所以輿論裁判對於司法公正所造成的可能危害，已經可以減低到最低的程度。所剩下的是法官的道德觀及職業操守、毅力而已！輿論可以對訴訟中的案件加以報導及評論，法官一樣可以由這些資訊中獲得助益。但是，假如輿論意圖影響裁判，例如對法官進行人身攻擊、假造證據……，自可以構成誹謗罪。刑法如果朝此方向著手，特別修法將誹謗法官明白、且特別的列為一個可罰的行為，即可以有效的阻止媒體可能濫用新聞及言論自由之權利<sup>84</sup>！這也是英國主要採行之方式。

---

<sup>83</sup> 台灣法務部在 1987 年提出的刑法修正草案便代表此見解。

<sup>84</sup> 台灣刑法第 140 條 1 項有對公務員執行職務當場侮辱及對執行之職務侮辱者，可處六月以下有期徒刑。第 2 項則是對官署的侮辱罰則。故法務部在民國 77 年所提出增訂刑法第 140 條 3

另在英、美體制的討論，特別是美國的討論可以得知，真正涉及解決輿論裁判的動因，厥在於保障人民可以享受公正的裁判。人民擁有訴訟之權利，包括了人民擁有可以請求法院救濟其權利受損的機會，同時，國家必須提供人民一個公正的裁判程序及體制，國家司法獨立制度此時才可以扮演積極角色。美國憲法學上討論新聞自由與公平裁判的衝突，主要的也是基於美國憲法增修條文特別揭櫫人民擁有受到公平裁判的人權，且此人權在刑事案件又要以透過陪審團定罪的方式來確保。故美國憲法即呈現下面的「兩聯式」：公平裁判人權→陪審團裁決。在此基礎上，易受到輿論影響的陪審體制又必須特別提出防護措施，演變至今出現的 ABA1994 年職業行為標準規則，規範了律師在法庭外「有所言，有所不言」之標準。我們認為，儘管 ABA 已制定這個規則，限制了律師在庭外的言論自由，但我們也相信，這個規則會受到持續的挑戰。在媒體有滿足讀者知的需要，又要回應競爭市場的壓力，一定會在熱門的訴訟案件表示見解及立場。美國律師如何把握在「安全港」的門檻之內發言，以免有塑造輿論裁判而違規，恐怕也有甚大的爭議<sup>85</sup>。對台灣而言，有無必要引進這種制度？因為少了可能影響陪審團的顧慮，一方律師公開發表庭外言論，他方的律師(或檢察官)亦可以發表不同看法，如引起社會共鳴，由其他法界人士參與辯論、討論，是否完全對未來司法裁判品質有害？恐亦未必！現代檢警機關為了滿足媒體需要，往往會主動提供「內情」

---

項的立法例就可參考。依該項草案，對法官侮辱或誹謗者，可處一年以下有期徒刑。當可遏阻對法官裁判謾罵、侮辱的行為。

<sup>85</sup> 這也是美國法學界對 1994 年新規則的批評。見 G. G. Gregg, *Ibid*, at p.1364 以下。

予媒體，造成民眾「先入為主」的印象，如再不許可律師表示意見，即不可避免會形成一面倒的現象，所以，在此情形時，造成「輿論裁判」的原因反而是來自官方矣<sup>86</sup>！所以，美國訴諸職業紀律要律師不作庭外言論的立法例，本文認為並無援引之價值。

綜上所述，本文以為輿論裁判的問題在沒有實行陪審制的國家，應該產生的弊害較少，同時，可採因應的方式也應較為溫和。台灣出版法立法例所採行的禁止評論已違反新聞自由及比例原則，即有違憲之虞！惟報紙及其他媒體應該體認其亦為社會公器，如德國各邦新聞法（第 1 條）所稱的，新聞媒體負有「公共任務及公共義務」，對於訴訟中的案件固可以評釋，但是，如同報導其他社會及政治爭議事件一樣，本諸「公正」亦應是報紙、新聞事業的良知，吾人此時只能要求新聞媒體儘量「自律」外，實別無他策！由德國、英國及美國等法制對新聞媒體就訴訟中案件的評論不予限制的看法可知，台灣出版法第 33 條的立法例已呈老化、落伍的疲態了！其他本於此法的現行法規，例如廣播電視法（第 22 條）及公共電視法（第 36 條 6 款）都應加以刪除為妥。

---

<sup>86</sup> 這和美國反對輿論裁判的出發點剛好一致。彼等反對言論是：輿論往往是站在反對被告的一方。所以一個被告既要對抗國家的治安機關及檢查機關，又要對抗輿論與媒體，呈現不公平的競爭。唯有富有、形象好的被告，例如著名的殺妻案主角，也是電影明星的辛普森，成功訴求種族矛盾及擅長公關，才是異類的特例。不過，以出版法第 33 條的立法目的考量卻正好是相反。反而是擔心媒體會站在被告一邊，採「評論」方式批評法院，形成法官及檢察官的壓力也！

附錄一：1983年職業行為標準規則之「3.6規則」

(A)如果一個律師明知，或是合理推斷應知其利用公共傳播媒體發表意見，會使一個理智的人對一個司法訴訟極有可能會產生偏見時，即不應在訴訟程序之外來發表意見。

(B)前項(A)的發表意見通常是指在有陪審的民事案件、刑事案件及其他會導致入獄的案件中會產生的偏見效果而言，且也及於下列的言論：

刑事偵查中的嫌犯、訴訟的一造與即將成為的一造、及證人或即將為證言的證人的品格、信用、名譽及前科，證人的身份言論；

在刑事案件或會導致入獄的程序中，有關無罪抗辯的可能性、認罪或其他自白、許可、被告或嫌犯其他的言論、或其所不獲准與無法發表的言論；

任何檢查或測驗的情況及結果、或是不能或拒絕接受的檢驗，或是即將呈堂實質證據的內涵及其特性；

刑事案件或可導致入獄程序中，所有關於被告或嫌犯有罪或無罪的任何意見；

律師明知，或合理推斷應知一個不大可能被作為證據之用的消息，將之傳播出去將會使一個公正的裁判有實質產生偏頗之虞者；

被告被控訴犯罪的事實。但是若陳述只是解釋此控訴只是起訴、被告在終於定罪之前仍是無罪的推定時，不在此限。

(C)即使有(A)項及(B)項 至 之規定，一個在偵查或訴訟程序中的律師能夠忠

實（不加油添醋）發表下列的言論：

起訴或抗辯的一般特性（general nature）；

在公開記錄中的消息；

如果是在偵查中的案件，包括偵查的一般全貌、觸犯的罪名及控訴或抗辯

的相關資訊，除非法律另有禁止外，其他涉案人士的身份；

訴訟過程的日程表及結果；

要求協助獲得證據或消息的請求；

如有理由相信一個人的行為，如不警告時會對他人或公眾利益極大可能會

造成侵害時，所提出的警告；

在刑事案件時，有關：

被告的身份、住址、職業及婚姻狀態；

被告如未被逮捕，可協助逮捕的必要消息；

逮捕的事由、時間及地點；

執行偵查或逮捕之公務員與機關之身分及偵查所花的時間。

附錄二：1994年職業行為標準規則之「3·6規則」

(A)如果一個律師參與，或曾參與一個偵查或訴訟案件，明知或合理推斷應知其利用公共傳播媒體在法庭外發表言論時，會使訴訟極大可能產生實質的偏見時，即不應發表該項言論。

(B)即使有前項(A)之情形，律師可發表下列的言論：

控訴、觸犯罪名及抗辯事項，除非法律另有禁止外，其他涉案人士的身份；

在公開記錄中的消息；

偵查中的案件；

訴訟過程的日程表及結果；

要求協助獲得證據或消息之請求；

如有理由相信涉及一個人的行為，如不警告時會對他人或公眾利益極大可能會造成侵害時，所提出的警告；

在刑事案件，除了本項 至 外，尚包括以下幾點：

被告的身份、住址、職業及婚姻狀態；

被告如未被逮捕，可協助逮捕的必要消息；

逮捕的事由、時間及地點；

執行偵查或逮捕之公務員與機關之身分及偵查所花的時間。

(C)即使有(A)項之規定，一個律師合理相信為了保護其當事人免於遭到最近不公報導的實質損害，且該報導非該律師或其當事人所散布時，得發表言論；這

種言論應該只限於足以減輕最近偏頗報導的範圍為限。

(D)任何在律師事務所或政府單位內服務的律師，皆受到(A)項規定之拘束。

**“The Experience of Judicial Reform  
in Taiwan”**  
反思台灣司法改革的經驗

**Professor Su Jong-chin**  
蘇永欽教授

# 反思台灣司法改革的經驗

台灣 政治大學法律系教授蘇永欽

## 論文大綱

- 一、 台灣司法績效的整體評價
- 二、 四階段改革反映社會變遷
- 三、 當前改革抓的幾個大方向
- 四、 改革的盲點和不確定因素
- 五、 如何落實社會化改革方向
- 六、 比較三地司改前提的同異

## 一、 台灣司法績效的整體評價

在談改革以前，也許有必要先談談司法的現狀，從比較客觀的角度作一評價。司法的制度意義，在由中立的第三人依法律對社會上發生的爭議作成判斷（民法），或對引起合法(憲)性爭議的國家行為作成判斷（憲法、行政法），或追究犯罪者的責任（刑法）。台灣的司法源出歐陸，體制上分成普通法院、行政法院和公務員懲戒委員會三個審判體系，而另有大法官專司憲法解釋。行政管轄上，除刑事訴訟程序中的檢察官隸屬行政院的法務部外，所有其他司法人員都屬司法院直接或間接管轄。司法院有提出整體司法預算、不受行政院刪減的權力，以及法律案的提案權，有如從行政院分出去的司法行政院。因此要對台灣司法的績效做個粗略的評估，只能從爭議解決的實際能量，認定國家行為違法的件數等著手。至於爭議是不是一判而止，或者只是給社會製造更大的紛擾，則涉及社會對司法的接受程度。

台灣的司法在日據時代即已建立不錯的軟硬體基礎，一九四五年國民政府接收，又從內地過來一批經過考試、訓練，並有實務經驗的法官、律師<sup>1</sup>。因此從實施中華民國的法律開始，司法就大體跟上了腳步。根據現存的統計資料，一九四八年受理<sup>2</sup>的民事案件就有 8,777 件，刑事案件也有 13,791 件。行政法院只有一個審級(前置的行政救濟則有訴願、再訴願兩級)，統計從一九五〇年開始，判決只有 14 件、裁定 3 件<sup>3</sup>。公務員懲戒委員會也是一級，一九四九年懲戒案件終結 291 件。審判的數量隨著社會發展，法院產能的擴充，呈現倍數成長，以民事來說，到了一九六〇年，地方法院受理件數已達 176,159 件，刑事也有 90,273 件，行政訴訟偏低，判決有 145 件，裁定 93 件，懲戒案件 157 件。一九九〇年，地方法院新收民事案件達到 491,362 件（終結 487,967 件），新收刑事案件達到 160,694 件（終結 157,286 件），最近的統計是一九九九年，新收民事案件已衝到不可思議的 1,522,373 件（終結也有 1,483,040 件），刑事案件 321,512 件（終結 318,896 件）<sup>4</sup>。行政法院的案件成長同樣令人矚目，一九九〇年終結判決已達到 2,096 件，裁定 1,008 件，一九九九年更衝到判決 4,370 件，裁定 1,093 件<sup>5</sup>。同時期，公懲會在一九九〇年審議懲戒案件 162

<sup>1</sup> 王泰升最近對這段法制接軌時期有很仔細的回顧，參閱台灣戰後初期的政權轉替與法律體系的承接（1945 至 1949），台大法學論叢，29 卷 1 期，1999，頁 63-87

<sup>2</sup> 完整的「終結」件數統計已不可得，故這裡只列「受理」件數，資料來源是司法院編，司法院使實紀要，第三冊，1985，頁 370

<sup>3</sup> 這部分又只有終結件數，而無受理件數統計，資料來源是司法院編，司法院史實紀要，第二冊，1982，頁 1458

<sup>4</sup> 以上統計見司法院統計處編印，中華民國八十八年司法統計提要，1999，頁 258, 370

<sup>5</sup> 統計提要，同前註，頁 13

件，一九九九年 360 件<sup>6</sup>。

判決件數的成長，一定程度內已經可以證明司法的功能，因為除了刑事審判和公務員懲戒人民處於被動不算外，如果裁判完全不能排難解紛，法院應該不會湧進如此大量的案件。但另一方面，案件成長可能只是反映了社會關係隨著經濟發展而複雜化，同時傳統的社會控制方式失靈，也都可以解釋，因此別的角度考察，還是有必要的。由於司法權本質上屬於國家公權力部門，使得它在處理國家和人民關係時，「中立」性受到特別嚴厲的考驗，故這類案件的裁判結果，或許也可以作為績效評估的指標。行政法院的判決，如果把全部撤銷（通常連同訴願決定和原行政處分）和部分撤銷一起計算，從一九五〇年開始的二十年，多數年度都達到百分之十幾，乃至二三十，一九七〇年代以後才過了高原期，停在百分之十上下<sup>7</sup>，最近十年，差不多也是如此，比如一九九〇年，全部撤銷佔了 11.98%，部分撤銷佔了 1.19%，最多的一年是一九九六年，全部撤銷佔了 10.31%，部分撤銷也達到 7.68%，比例最低的則是一九九九年，全部撤銷的比例只有 4.07%，部分撤銷 0.43%。高原期階段，判決件數較少，行政人員素質較差，故撤銷比例雖高，反而背負「駁回院」的惡名。最近二十年，撤銷的比例高高低低，平均雖在百分之十上下，但以訴訟的一方是多數不懂法律的人民，一方則是由通過國家考試的公務員組成的行政機關，而且已經經過了行政體系訴願階段兩次的自省，應該可以肯定司法救濟的效果<sup>8</sup>。

司法體系中最特別，也最敏感的，當推大法官的解釋。只有極小比例的國家行為會送到大法官那裡去做違憲審查，基本上，個案決定完全被排除，憲法明定得受審查的只有法律和行政命令（抽象），加上地方自治法，這些年大法官透過解釋，把審查標的擴張到其他具有一般性的規範，包括終審法院的判例、決議，立法機關通過的法定預算、決議，乃至國民大會通過的修憲案，另外經由憲法疑義解釋程序，實際上也對重大的憲政爭議，如立法院改選行政院要不要總辭，副總統可否兼任行政院長，參謀總長要不要到立法院備詢，立法院通過的核四預算行政院可否半途停止執行等，作成有拘束力的憲法解釋，其影響有時幾乎可以動搖政權。從結果來看，到二〇〇〇年八月底為止，大法官共做成一〇一件有關法律是否違憲的解釋，其中被宣告違憲的多達三五件（含第四九九號宣告修憲條文抵觸憲法中具有本質重要性的規定而全部失效一件），比例高達 35%，共有三十四個法律被認定違憲，這還沒把基於司法自制，僅對違憲邊緣的法律提出警告者算進去，否則更為可觀。如果和其他有違憲審查制度的國家比較，應該可以和被 A. Lijphart 列為司法積極主義程度

<sup>6</sup> 統計提要，同前註，頁 150

<sup>7</sup> 司法院史實紀要，前註 3，頁 1462-64；統計提要，前註 4，頁 13

<sup>8</sup> 參閱翁岳生，中華民國之訴願及行政訴訟制度，收於「法治國家之行政法與司法」，1994，頁 233-65；如果和近鄰日本相比，行政訴訟人民勝訴的比例通常不到百分之一，而每年總件數也只有 1,700 左右，戒能通厚，日本之司法改革—以律師自治為中心，月旦法學雜誌，第 61 期，2000，頁 84。

最高的美、德、加、印度等國並列<sup>9</sup>。

這些從案件統計得出的「客觀」評估，當然不能作為司法績效的全部。如果我們同意，司法更終極的功能，在於滿足人們對正義的感受，這種主觀的認同，也決定了法律作為維持社會秩序的規範，能發有多大的作用。因此司法績效的評估，還應該包括一般人對司法從業人員的信任，對於法院這個制度公正性的滿意。台灣在這方面的調查做得並不多。筆者在一九八五和一九九五年分別做了兩次的訪問調查，結果都很難讓人興奮，而且和案件數字透露的進步走向相反，有點每下愈況的味道<sup>10</sup>，證明儘管有大約百分之十的人不得已上了法院，但整體而言，人民對於司法的信任始終不高，而且和訴訟結果的輸贏沒有絕對關係。最近一份由「天下」雜誌做的社會調查<sup>11</sup>，發現在問到司法體系能不能保障社會公平的時候，有 54.6% 的受訪者回答「不能」，16.1% 認為「普通」，只有 11.7% 的受訪者肯定「能」，另有 17.6% 表示「不清楚」或「不知道」。和這之前，李宗薇教授主持的研究，結果差不多。顯示政權輪替，也沒能改變人民對司法的印象。和法治先進國家相比，也許不喜歡法院的情形差不了太多，但「信任」如此之低，的確令人心驚，這是統計數字的傑出表現所不能掩蓋的另一個「客觀」事實。

在信任問題開始受到各方重視的同時，司法體系消化大量案件的能力也開始亮起紅燈，儘管法院人力、物力在過去二十年有大幅成長，但案件成長的速度更快，九十年代的台灣面對的案件洪流，很像美國及某些歐洲國家在八十年代所處的情況<sup>12</sup>，幾乎讓人束手無策。台灣最高法院累積分不出去的案件一度衝破一萬件，最高行政法院也已經積到五千件，連去年新設的高等行政法院，積案都快速增長逼近萬件。在這兩大問題交攻之下，才導致司法改革的呼聲四起，法官、律師、教授都「揭竿而起」，兩位司法院長更先後召開了兩次大規模的改革會議。沸沸揚揚，從零星的討論到開大會，成立工作性質的委員會，到定策啓動，差不多花了整整十年。值此新世紀的開端，各項改革尚未中渡，而諸多困難已經浮現之際，再談一些比較原則性的東西，應該還不算太遲吧。

## 二、 四階段改革反映社會變遷

就從司法改革談起。為討論方便，我們不妨給它下一個比較宏觀的定義：有權

---

<sup>9</sup> Lijphart, *Patterns of democracy*, 2ed., 1999, 226; 較詳盡的比較可參拙文，立法裁量與司法審查，憲政時代，第二六卷第二期，2000，頁 136-37

<sup>10</sup> 參閱拙文，當前司法問題的癥結—第二次民眾「法律認知及態度」調查結果分析，收於「司法改革的再改革」，1998，第一章；蘇永欽／陳義彥，我國人民認知及處理法律事務障礙因素之研究，1986

<sup>11</sup> 調查的時間是 2000 年 11 月 17 日到 20 日，採分層比率隨機抽樣，有效樣本 1134 份，信心水準在 95% 時，抽樣誤差在正負 2.9 個百分點內，詳見 235 期天下雜誌，2000 年 12 月 1 日出刊

<sup>12</sup> Marvel, T., *Caseload growth—past and future trends*, 71 *Judicature* (1987), 153; Ietswaart, H., *The international comparison of court caseloads: The experience of the European working group*, 24 *Law & Society Review* (1990), 571

者基於改善司法功能的目的，而對與司法相關的人、物、規範、制度所採取的各種教化、興革措施。依此定義，台灣從回歸中國以來，大大小小的司法改革便未曾中斷，只是改革的決策過程、受到的注意與改革的方式、規模，過去和現在有明顯的不同而已。但從歷史的角度來看，真正有意義的，反而是每個時期改革中心理念所呈現的微妙變化，多少反應了社會在不同時期對司法的主要需求。

#### 1、第一階段：專業化

中華民國雖在有憲法之前就已經引進現代法律制度，但既無任何有利於推動法治的社會傳統，國力又多消耗於戰爭，能投入司法的資源十分拮据。惟屬於法治基礎建設的司法部門若不能發揮最基本的功能，法律就只是一堆廢紙，法治也無異鏡花水月。故一九四七年行憲後，依憲法建立的司法部門，面對的最大挑戰就是籌措資源投入各種司法基本配備的設置並使其到位。包括司法官、律師的考訓分發，法院、監所的興建，裁判書類格式的製作，質量的品管，及整套管理制度的建立。國民政府一九四九年播遷到台灣以後，由於日據時代在司法硬體軟體兩方面已有相當建設，加上光復後即來台接收的司法人員，兩岸司法菁英匯合，很快的建立了初步的規模，可以說在台灣這片土地上，現代意義的法治才第一次從準備階段

（pre-engagement stage）進入可以操作的階段（working stage）<sup>13</sup>。但要說能藉大量高品質的司法決定來建立穩定的法律秩序，進而引導社會各領域的發展，一如西方先進國家的司法，當然還相去甚遠。最主要的關鍵，還是在於司法官和律師的專業水準，在缺乏專業傳統的中國社會，要在短時間內培養出足夠的人才，談何容易。因此相當長的一段時間，司法改革的重點，都是放在專業水準的提升，除了嚴考嚴訓外，裁判書的送閱、指正，各級法院定期舉行法律問題座談會，司法官的分發、遷調以訓練、辦案成績為主要依據等，無不以此為目的。這個階段的司法體制，高等法院及地方法院的審檢部門都還隸屬行政院司法行政部，故主要的改革實際上是由該部規劃推動，前後共經過九位部長，司法院既不直接掌理審判，行政業務也只督理三個終審機關，並協助院內的大法官行使解釋權。

#### 2、第二階段：特殊化

一九七九年高等法院以下法院才依大法官早在一九六〇年就作成的第八六號解釋改隸司法院，惟檢察部門仍由行政院所屬法務部掌理。一九八六年大法官解釋司法院和其他各院一樣有法律案提案權，使司法院開始主導司法改革，但審檢也自此分流。當時台灣社會經過四十年的發展，經濟上已逐漸擺脫開發中國家，而成為新興工業國家的一員，社會也越來越多元化，案件量與複雜性都大增，使司法必須面對新的挑戰。故從黃少谷（1979年到1987年）到林洋港（1987年到1994年）這兩任新制下的院長，改革重點都放在擴充司法產能，包括增員、加薪，並建立優遇制

---

<sup>13</sup> 關於此一用來描述法律與社會發展的概念，可參閱 Beckstrom, John H., Handicaps of legal-social engineering in a developing nation, 22 A.J.C.L.(1974), 699-670

度加速新陳代謝，甚至律師錄取率的放寬，也在司法院敲邊鼓之下，由考試院拍板定案。電腦設施的引進審判及行政作業，以及治安法庭、簡易庭的大量啓用，乃至法務官制度的研議，都是這個階段的代表作。相對於前一階段，司法官雖不能說到現在才建立起「專業」的形象，但確實是到了脫離行政院而一統於司法院以後，司法官和一般公務員在國家體制內才有了比較明顯的區隔，一九八九年通過的司法人員人事條例便具有里程碑的意義。黃、林二位剛好在政界都舉足輕重，也使司法院在爭取資源及推動改革時，不至因脫離行政體系而處處受掣。因此這個時期，可以說是司法走上特殊化的階段，司法官在許多方面，開始和一般公務員有了明顯的區隔。

### 3、第三階段：獨立化

一九九四年施啓揚接任司法院長，雖然也是一位具有部會首長和行政院副院長等豐富政治經歷的政治人物，但不僅因為他有德國海德堡大學法學博士、任教大學法律系且有專書出版的專業背景，更因為他甫就任，即明確表示脫離所有政黨活動，在他掌舵的四年半，給人印象最深刻的，就是司法的走向獨立。這一轉變，一方面固然可以說是伴隨司法院體制改變，司法官特殊化發展的自然結果，另一方面，毫無疑問也反映了九十年代政治改革後的社會期待，其間基層法官奔走串聯，尤其具有臨門一腳的催化作用。司法院在這個階段推動的政策很多，但真正付諸實現的，如人事審議的獨立、法官自治的強化（法院事務分配的落實）、法官考核平頭化、成績考查取消、送閱制度廢除、庭長改採任期制等，都標示了相同的方向。而法官法的提案，則是進一步走向非官僚化的宣示。就影響層面來說，又以成功推動修憲，保障司法預算的「獨立」（行政院不得刪減司法院所提概算而只能加註意見），最具有劃時代的意義（憲法增修條文第五條第六項）。

### 4、第四階段：社會化

現任司法院長翁岳生，一九九九年初才接事，要說在司法改革史上已經開展新的一頁，可能有點言之過早，而且在林洋港、施啓揚初任不久，也都舉辦過全國性的改革會議，結論同樣是洋洋灑灑<sup>14</sup>，但真正的施政理念還是要到任期結束才能看出端倪。話雖如此，一則翁院長從大學教授而四任大法官，其特有的書生氣質及單純法律專業的背景，使人從其政策宣示已可清楚的看到與前不同的司改理念，而且同樣是廣邀各界參與的諮詢性會議，新的司法院在會後不到一月就完成規劃了三十二項具體改革措施<sup>15</sup>，由此認定司法改革的巨輪已經轉到另外一個方向，大概是不為過了。簡單的說，這個新的大方向就是「社會化」。本次會議一再強調「司法為民」，倒還未必能代表理念的改變，林洋港院長時代就開始把「便民禮民」列為經常性的

---

<sup>14</sup> 參閱司法院編印，司法院七十七年司法會議彙編，1988；司法改革委員會會議實錄，上、下輯，1996

<sup>15</sup> 參閱司法院編印，全國司法改革會議結論具體措施及時間表，1999

施政目標，施啓揚院長更是第一個提到司法「全民化」的司法首長。但新司法院的改變，非常具體的表現在「以審判為中心」的司法行政不再是目的而是手段，從而儘管仍突出審判在司法體制中的中心地位，但前期放鬆行政監督的種種施政已經明顯轉向，爲了提高司法形象與社會認同，現階段的改革反而加重了對法官操守及審判表現的評量。如果說前期支撐改革的主要力量是基層法官的話，現階段改革的主要支撐力量則是較能反映民間聲音的律師界。這種轉變之所以會在短短幾年發生，和司法在努力走向專業化、特殊化和獨立化之後，仍然不能如預期的得到社會的正面回應，有一定的關係。新的司法掌舵者敏銳的感受到，過去的改革對司法功能縱有再多的提升，如果它真正要規範和影響的社會仍然對它存有高度的排斥，所有改革終歸枉然。人民的信賴不能建立，司法的功能就不能充分發揮，現代國家的法治理想也就很難實現。司法終究還是爲了人民而存在，而不是爲了建立一個自我封閉、自我肯定的專業團體。無論做不做得得到，新的司法院已有這一層覺悟，並且不容懷疑的定下了未來改革的基調。

### 三、 當前改革抓的幾個大方向

要把司法院在一九九九年七月二十六日公佈的「全國司法改革會議結論具體措施暨時間表－與司法院職掌有關部份」，總計三十二項措施都一一說清楚，顯然不是這篇短文所能負荷。這三十二項措施能不能解決台灣司法今天面臨的問題，或許還很難說，但以其變革幅度之大與深，司法將呈現完全不同的風貌，則可以確定。以下僅歸結爲幾個大方向，並舉其熒熒大者略加說明。

組織上最大的變革，就是司法院的審判機關化，把三個在司法院之外的終審法院都放進司法院，使原來的司法行政院變成各種訴訟的最終審判機關。影響所及，絕不只是少了三個「院長」，而是從多元審判體系走向一元審判體系，集中的違憲審查，轉變爲分散的違憲審查。幾乎是把德、法所代表的歐陸司法組織翻轉爲美國及戰後日本的司法組織。改革標榜的，是把圓筒型的三級審判體制改變爲金字塔型的三級審判體制，民、刑事訴訟將以第一審的事實審爲重心，二審爲事後審，三審則爲嚴格的法律審，以堅強的第一審法官陣容來消化掉大部分的案件。這需要從訴訟法的修改著手，刑事訴訟將從職權調查改爲當事人進行，並與民事訴訟一樣，走向集中審理。同時配合法官與檢察官的人事制度調整，更明確的區隔審檢的屬性——爲司法官，一爲行政官；在保障上要進一步打破職等分類及待遇差別，使一審法官安於其位。並改變法官產生制度，從優秀律師中遴選，而非經由考試。加強法官的評鑑和淘汰。這些改革措施和司法院原來規劃的藍圖，仍有一段距離，原因在於代表檢方的法務部在一九九九年七月六日開始的全國司法改革會議，對訴訟法和人事制度的變革都持高度的保留，但在當時的李登輝總統支持下，這些改革的大方向基本上還是已經底定。誠如李登輝總統在開幕典禮中所說，改革可以歸結爲三個大方向：「司法院的定位」、「訴訟制度的改革」和「法官、檢察官、律師的人事改革」。

#### 四、 改革的盲點和不確定因素

從前面簡短的回顧和當前改革目標的說明，應該足以顯示，台灣司法在社會發展的各階段都曾以不同的方式做了回應，雖然不一定有改革之名，但改革一直沒有間斷。今天看來，一方面這些改革都可說功不唐捐，另一方面，又很清楚的顯示各階段不同的社會條件所形成的改革侷限。從司改重心的推移，也可以了解為什麼到了二十世紀末，司改決策者會開始如此強調民眾的因素，絕非偶然。甚至會選擇翁岳生這樣一位單純的學者與無審判背景的司法人來掌舵，並定下司改的大政方針，也是十分自然的發展。到目前為止，除了成功召開全國司改會議，顯示翁院長的人望與魄力，在台灣法界確屬不作第二人想外，司法院在貫徹庭長任期制、汰換操守有不良風評者，和推動修改各種訴訟法、法院組織法，所展現的決斷，都可說是令人耳目一新。翁院長以極為感性的私函給法官打氣；對引起社會爭議的司法事件，或政治人物對司法的污蔑，都由秘書長從法律的角度剴切闡明，或嚴正駁斥；另外還針對法庭活動，主動調查人民的滿意度，在在都讓人感受到他面對問題、突破窠臼的誠意，改革確實在如火如荼的進行。

然而儘管在基本理念的掌握上，和行動的決心上，都讓人對今天的司法當局充滿信心，但從全國司法改革會議討論後所定的調看來，仍不免讓人擔心，改革者縱使已經意識到跳出法律人本位的重要性，但真正付諸行動時，顯然都還是任由法律人的慣性思考去主宰；不客氣的說，歷史宏觀和社會洞視的不足，使他們在做問題定性和思考解決方案的時候，仍然在高度抽象的制度模式上打轉，高估了法律人熟悉的規範比較與移植，而低估了社會化所賴的事實研究和文化面的思考；改革者的熱情和社會的壓力，都使得許多明顯不成熟的方案在會議中以不容質疑的高分貝強行通過，改革小將的道德感讓他們彼此殺紅了眼，無法為理性的沈澱保留空間。因此和過去幾次比較起來，這一次改革決策之快與幅度之大，都可謂空前。筆者寧以不為賢者諱的心情指出，若干方案和司法為民、司法社會化的理念都已經扯不上關係，可以說決策速度雖快，卻難稱理性，幅度雖大，卻已經失焦，縱還不至歧路亡羊，也可預見將於付出巨大機會成本卻未見成效後，很快面對再改革的殘酷挑戰。以下即分四點來談現階段司改的主要盲點：

##### 1、體制：雙頭馬車各自為政

司法院主導司法改革，但依現行體制，不少重要司法業務，仍隸屬於行政院下的法務部，從司法官的訓練、檢察官的人事、監督、保障，到監所、更生保護，民眾的法律保護、律師業的督導等，司法院或者完全不能置喙，或者著力有限。法院軟硬體的設置管理分流，已經不符合資源經濟，就連刑事訴訟制度這樣在政策設計上必然不可分割者，到今天也變成各自為政，其不合理，已十分明顯。故司法院好不容易眾志成城，只要法務部一反對，就只好擺下來。反過來看，行政院長提請

總統任命的法務部長，又何嘗不須負政策責任，法務部的政策「藍」皮書<sup>16</sup>若得不到司法院的支持，不也形同廢紙？故政策的當與不當已是其次，此一體制的不合理才是致命要害。政策最後當然需要受到代表民意的立法部門制衡，但像現在這樣，在司法決策部門就是雙頭馬車，相互「制衡」，實可謂世所罕見。歐陸各國司法決策多由內閣中的法務部統管，日本的審檢在體制上固然也是分隸，但最高裁判所只掌理狹義的司法行政權和規則制定權，並無法律案提案權，從而也還不至有政策衝突的問題。故我國從二十年前開始實施審檢分隸以來，由院部分享司法決策與司法行政權，自始即註定了改革之路舉步維艱，但在黃少谷、林洋港時代，因為其政界背景，院部協調問題還不大，施啓揚時期對於制度面的改革較為謹慎，此一體制問題也還未過於凸顯。等到司法院長完全脫離一般行政體系，而又有心對司法制度做大幅改造時，政策的衝突便立刻暴露，此次司法院所辦的諮詢性會議會有這麼濃的火藥味，實在是無可避免的事。

問題不在人，而在體制，可怪的是，這麼明顯的事情，很多熱中改革者到今天還是沒搞清楚。司法院的體制改革方案也完全未針對這個真正的體制問題著墨，反而一心要把司法院「審判機關化」。且不談審判機關化涉及的其他問題<sup>17</sup>，即從分權的角度來看，審判機關化以後如何還能保有第一七五號解釋為司法院創設的司法決策權？把審判權和司法決策權集於一身，不僅不合分權原則，也一定無法妥善發揮功能，無怪乎法務部對這樣一個極具爭議性的體制改革方案，反而不懷好意的「敬表贊同」了。司法院既沒有利用這次全國矚目的會議去檢討司法行政雙頭馬車的致命問題，仍耽於道德勸說的過時辦法；又不惜勞師動眾的改變司法院定性，動搖自己主導司法改革的體制正當性，實令人有「能見秋毫，不見與薪」之嘆。筆者以為，合理的體制只有兩個：即司法院成為百分之百的司法行政院，包括檢察官的行政業務都完全移歸司法院統管；或者司法院百分之百的審判機關化，把司法行政權還給行政院<sup>18</sup>。現行體制已經證明問題重重，而司法院單方面改制，只會使整套體制變得更難以運作，司法當局實不能不再慎思！

## 2、動力：未掌握人民的問題

早期的改革置重於司法內部，故可以由上而下的完成，當改革重心放在司法部

---

<sup>16</sup> 指法務部編印，檢察改革白皮書，1999，(封面為藍色)，其中有關刑事訴訟程序改革，在強制偵查、職權調查、起訴狀一本、被害人保護、公設辯護等議題，皆與司法院改革方向刺謬。

<sup>17</sup> 詳參拙文，司法院重新定位，收於「司法改革的再改革」，1998，第肆章；另參筆者在全國司法改革會議所提書面意見，之一：金字塔的理念與迷思——一元單軌制是成本最高效益卻最不可期的體制調整方案，及之二：缺乏理念的體制混合——一元多軌制方案將使司法院變成功能混亂的司法大雜院

<sup>18</sup> 審判機關化案的一個重要理由是憲法的「歷史解釋」，主張當初制憲者有意把司法院設計成美國式的最高法院，殊不知，如果部分制憲代表的此一意見可以作為憲法解釋基礎的話，則其另一個重要意旨即「司法院不兼管司法行政」(政治協商會議憲草修改原則第四點)，而非如司改會所提各方案所強調的繼續由審判機關化後的司法院兼管司法行政(只是「淡化」而已)，美國聯邦最高法院即不兼管美國或聯邦司法行政，是純粹審判機關，足見歷史解釋實不足以支持現在的改革。

門的特殊化與獨立化時，改革者就必須對其他部門進行遊說。等到司改再發展到社會化階段時，改革者就不能不向社會大眾來訴求，從民眾的角度看問題，也從民眾那裡尋求改革的動力。事實上，當司法專業的質與量基本上都已經不成問題，司法部門的獨立保障至少在制度面上也已經盡其能事以後，台灣司法的主要問題就在人民的不信賴，造成不信賴的原因非常複雜，改革者不能把它簡化為單純的制度、程序或行為問題，甚至不知不覺中又以司法人自己所感受的當成民眾的問題，假人民之名進行種種制度改革，以致越改人民越疏離，過去司法改革常演變為茶壺裡的風暴，鼓不起人民的熱情，無法讓人民感受改革的誠意，從而信賴程度不升反降<sup>19</sup>，其故在此。這次改革進步之處即在決策者已經體認民眾導向的重要性，問題是，此一覺悟似乎並未表現在整套改革方案中，人民也許看到了司法當局的改革決心，也感受到改革的誠意，但是在這樣大幅度的制度變革中，究竟有多少是爲了拉近人民和司法的距離，或減少人民對裁判公平性根深蒂固的疑惑？有多少可能提高民眾對審判制度的認同？事實上，改革議程中仍然看不到任何針對人民信賴低落原因的分析研究，和一九九四年的司改會比起來，改革的動力固然已經從「在朝」的法官轉移到「在野」的律師，但仔細閱讀中青代律師所提的各種制度調整建議，仍然多假設當「供給」面得到改善時，「需求」面的不滿自然會煙消雲散。從整個討論過程又一再出現審檢辯三方的尖銳對立，更讓人懷疑這次改革是否又淪爲司法專業內部的利益重分配，或新舊觀念的角力，只是在若干議題上攻守易位而已，於「司法爲民」或「社會化」何有哉？

### 3、方向：過度迷信制度變革

如果當前司法需要的是社會化，則從文化、教育的角度下手，顯然會比制度調整更能搔到癢處，這一點，只要對我國司法制度繼受外國的背景有相當程度的了解，就一定會同意。這絕不表示對制度改革的輕忽，法律社會學者對日本司法只發揮有限的社會功能一點，向來有文化論和制度論的不同解釋，但筆者深信，從兩個角度對社會作的觀察，不當然代表兩種觀點間有何矛盾<sup>20</sup>。問題在於，如果我們的社會所以會排斥司法，不是因爲當初變法者錯誤選擇了一個與傳統社會距離「較遠」的法律制度，而根本就因爲我們爲了現代化而不得不繼受一個「外國」的制度，則從一種外國制度大幅調整到另一種外國制度，不能降低因爲陌生而產生的疏離，是很清楚的一件事。本次司改，把審判體制從歐陸法系的多元改爲英美法系的一元，違憲審查制度從歐陸法系的集中審查改爲英美法系的分散審查；把刑事訴訟程序從歐陸法系的職權調查主義朝向英美法系的當事人進行主義調整；再建議把法官的養成、遴任、考核，從歐陸法系的一條鞭考訓制度改爲英美法系的從律師中甄選法官

<sup>19</sup> 參閱拙文，前註 10

<sup>20</sup> 參閱 Haley, John Owen, *The Myth of the Reluctant Litigant*, 4 J. Japanese Stud. 359 (1978); Upham, Frank K., *Law and Social Change in Postwar Japan*, 1987

的制度，幾乎可說是整套的換軌，幅度之大，不僅前所未見，而且在其他國家也聞所未聞。義大利的司法在八十年代末期也面臨非改不可的窘境，結果也選擇了從惡名昭彰的刑事訴訟程序下手，把英美法系的當事人進行與認罪協商制都引了進來，但對整個司法制度造成的衝擊，已經很難消化，直到今天，也還因為各種條件的難以配合，而未見具體成效<sup>21</sup>，但嚴格說這還是單純就制度而改制度，因為義大利的司法並沒有繼受外國法而調適不良的社會問題。試問台灣的司法改革者，又是基於什麼理由相信，這種近於全面換軌的制度改革，會比較容易解決司法無法深植社會的歷史文化問題？

改革方向會出現如此明顯的失焦，坦白說，和整個社會求變的風氣，及流風所及改革者急切求功的心態，當然有關。對走在劇烈轉型震央的台灣而言，不談改革則已，一旦達成要改的共識，太小的「手筆」好像根本拿不出手，這種「雖千萬人，吾往矣」的氣魄，很難不讓人想起 Karl Popper 對所謂全盤改革(holistic social reform)的警告。司法改革當然不只是「心靈改革」，制度面的調整是絕不可免的，但值得檢討的是，把幾乎全部的資源投入這樣大幅度的調整，尤其是在某些領域幾乎是對前期進行了一大半的改革做逆向的大轉彎<sup>22</sup>，對民眾造成的陌生與不確定，果真會為司法建立更好的形象？如果不能，改革又到底是為了什麼？

#### 4、方法：仍停留於直觀思考

各項改革方案當然還是提出了堅強的理由，問題是，有些主張大幅變革的「理由」，還停留於法律人直觀的層次，和一廂情願相去不遠。比如刑事訴訟把職權調查主義改為當事人進行主義的主要理由，是人民會比較相信法官的公正，但對做過人民法律認知實證研究的人來說，這樣的理由最多只是建立於幾個未經證實的大膽臆測上，而且符合真實的程度應該不會很高。公平的感覺來自許多因素，對制度的無知和誤解，無疑是造成不公平的重要原因，台灣民眾對於現行刑事審判程序的無知和誤解，是經過多次研究反覆印證的事實，因此正常的推論是，提高民眾的認知即可以提高信賴，而不是引進另一種民眾同樣無知和充滿誤解的制度。義大利改革後的實證研究，正好證明了這個論斷<sup>23</sup>。改革者還常常提出一些經不起邏輯論證的說法，比如為提高審判資源效率而建立金字塔型訴訟審級結構，固然言之成理，但建立金字塔型審級結構，是不是一定要把多元審判體系調整為一元審判體系，為什麼不能在維持多元審判體系—從而維持其「專精化」的優勢—的同時，建立各審判體

---

<sup>21</sup> 參閱 Fabri, Marco, *Theory versus Practice of Italian Criminal Justice Reform*, 77 *Judicature*(1994), pp.211-216. Grande, Elisabetta, *Italian criminal justice: Borrowing and resistance*, 48 *Am. J. Com. L* (2000). 227-59

<sup>22</sup> 比如行政程序、行政訴訟和憲法審判制度，一路走來，都在不斷調整，而引進更多的德國制度，而且其中如憲法解釋制度，已經可以看到宏大的成效。

<sup>23</sup> 一份實證研究顯示，法官和律師都不能適應新訴訟法賦予的角色，法院組織的配合也非常不足，詳參 Fabri,前註 21, p.216

系內的金字塔型審級結構<sup>24</sup>？又比如說「應該把最好的法官留在第一審，以減少上訴」，邏輯上，無異要較差的人來審查最好的人的見解，豈不是制度化的「劣幣驅逐良幣」，審級制度還有何正當性？此外，主張把司法院審判機關化的理由是祛除外界「行政凌駕審判」的印象，從方法的觀點來看也完全站不住腳，首先，是根據什麼調查得出這樣的事實，有多少人民是因爲現行司法院體制而產生行政凌駕審判的印象？事實上一般經驗顯示，能分清楚司法院和法務部的人就已經不多，因此這樣的顧慮很可能是莫須有，不成理由的理由。其次，如果沒有行政凌駕審判的「實質」，而只有「印象」，且改革者也肯定司法行政權存在的必要性，則合理的推論應該是藉宣導、教育去祛除錯誤的印象，而不是投入那麼大的成本去對制度做那麼大的改變。而且除非根本廢除司法行政，否則誰又能保證，司法院審判機關化而又繼續行使司法行政權—只是改由兼負審判職務的法官來行使而已—，人民即不再有行政凌駕審判的印象？方法上不講究，改革者縱有再大的誠意與魄力，也只是暴虎馮河式的改革，王安石式的變法，雖激起萬丈浪花，但浪過水無痕，徒然錯過了難的改革契機。

除了這四個改革的盲點，令人憂心的，還有這種套餐式的改革，一環扣緊一環，使得任何改革都無法避免的不確定性有極大化的傾向，也就是任何一環出了紕漏，就可能造成全部卡住，動彈不得；或者像火燒連環船一般，使全部改革付諸流水。而這對於和醫療體系一樣，一天都不能停頓的司法體系，所隱含的風險，真讓人想起來有點不寒而慄。怎麼說，司法院的審判機關化是建立在金字塔型審判體系的構想上，以目前的三階段改革計畫，十年內要把大法官和三個終審法院，總計多達一百三十個左右的法官縮減到十五人，且不說現在已經累積的上萬件分不出去的案子怎麼加緊消掉，如果不打算完全依靠限制上訴的鋸箭法，以免限制人民訴訟權之譏，就必須保證訴訟法和組織法、人事法的改革完全成功，第一審的法官脫胎換骨，熱情有勁，律師、檢察官也百分之百不掉隊，並終於使得上法院的人民多數都能甘於「折服」<sup>25</sup>。十年一幌就過去，這裡有多少變數：法官、檢察官、律師改變現狀的意願、能力，人民刻板印象的改變，立法院各黨派的高度配合，少了任何一樣，改革可能就陷入進退維谷，舊制已亂，而新制未立，台灣的司法會不會變得比義大利還糟，像 Cappelletti 形容的如同一個破鐘，不用力搖晃敲打，根本不會動<sup>26</sup>？改革者在選擇制度的時候，真的太低估了換軌的成本，如本文一開始所說，台灣的司法問題固然不可謂不嚴重，並絕對沒有糟到非連根拔起不可的程度；台灣也不是二十

<sup>24</sup> 參閱拙文，金字塔的理念與迷思，前註 17；同此意見，張特生，司法院長何事當眾落淚—莫非是司法一元化惹的禍？載於律師雜誌，241 期，1999，其中特別提到一段軼事，即在 1989 年我國大法官訪問美國最高法院時，當時的柏格首席大法官表示該院最好能只管轄憲法爭議案件，而不是像現在這樣一元化統包所有事件的終審（頁 96）。

<sup>25</sup> 折服率一直是司法院考核法官辦案績效的一項重要指標，圓筒型的審判體系顯示案件往上堆積，也就是上訴比例偏高，人民不折服。

<sup>26</sup> Cappelletti, Social and political aspects of civil procedure—reforms and trends in Western and Eastern Europe, 69 Mich. L.Rev. (1971), 847, 858 n.57

世紀初的中國，或二十世紀末的東歐轉軌國家，可以在幾乎沒有成本差異的情形下，選擇引進西歐或英美的司法體制（實際上必然是包括實體法在內的整套法律體制），換軌必須付出的成本是加倍的，因此即使不計算失敗的風險，如果不能保證換軌的利益是加倍的，這樣的改革也不能算是理性的。

## 五、 如何落實社會化改革方向

筆者絕對無意說，司法已不需要做大幅改革。前面的回顧與檢討所要表達的一個主要觀點是，當前面五十年的改革已經使台灣司法專業的質與量，以及在政府體制中的地位，基本上達到現代國家的要求以後，現階段面臨的中心課題，應該是設法把這個已經現代化的專業深植於還不夠現代化—指在法治觀念行為上—的社會裡，而不是把好不容易建制好的審判體系、程序都再次打破，重新打造一遍，使社會的疏離感更加升高，司法的社會化更加困難。社會化的改革看起來也許不像單純制度改革那樣大刀闊斧，擲地有聲，但挑戰性毋寧更高，也需要改革者把眼光放大到整個社會，以更大的智慧和耐心去找出問題、解決問題。好在現在的司法領導人享有歷來最高的聲望和擁戴，只要能掌握正確的方向和方法，在過去改革的基礎上，進一步診治源於歷史文化的法治沈痾，仍然有相當高的成功機會。故以下再提出幾點不太一樣的思考，或許可以請決策者再想一想。

### 1、司法決策與行政應一元化

在司法體制方面，筆者認為，司法院應該賡續一九七九年的改革，提出統合司法決策與司法行政的訴求，積極與行政院協調，把目前由法務部管轄的司法行政業務移歸司法院。此一調整在幅度上比起所謂審判機關化要小很多，但可消除雙頭馬車的不合理現象，使司法院權責相符，而且更有行動力。如果一定要堅持審判機關化的理念，則應該交出涉及司法政策的法律案提案權，並刪除憲法增修條文中限制行政院刪減司法概算的規定，除法院內部管理外，整體司法的行政，如法官人事審議，也都應該改隸行政院的法務部（可再易名為司法行政部），等於把改革時鐘撥回一九七九年以前，但非如此，即無法改變目前這樣雙頭馬車的不合理體制。

### 2、加強認知比調整制度重要

司法院應該規劃具體可行的方案，讓民眾認識自己的司法制度，祛除從傳統戲曲和影視傳媒得到的種種對司法的混亂觀念，以免不接觸司法則已，一接觸即因誤解而產生無由的怨嘆。筆者曾經大膽主張，參考若干國家開放電視進入法庭的構想<sup>27</sup>，目的就是要以最生活化的方式，讓民眾無障礙的自我教育，逐漸了解法官、檢察官、律師等審判程序中的角色與其功能，從認知而認同，達到社會化的目的。到那

---

<sup>27</sup> 拙文，何不開放電視進入法庭？聯合報，民意論壇，1999年7月6日；Goldfarb, Ronald L., TV or Not TV, Television, Justice and the Courts, 1998；Television on trial, The Economist, Dec. 19, 1998；R. Gerhardt, Mehr Fernsehen in den Gerichtssälen –aber nicht überall, DRiZ, 1999, 8f.

時候，再進行任何程序改革才有真正的社會基礎

### 3、制度調整應以事實為基礎

許多方面的制度改革當然還是必要的，重要的是，司法院應該強化其政策規劃的基礎，也就是如一個現代的決策者一樣，具有調查、研究、累積、評價社會事實的能力，而不能永遠停留在外國規範比較的層次。任何制度改革，都必須建立在充分的事實研究基礎上，而不是只依賴專業工作者—不論是法官或律師—的經驗或直觀，這是司法社會化在方法上必須跨出的一步。司法院可鼓勵司法人員多從事實證性研究<sup>28</sup>，並延聘或委託管理、社會、心理、統計等方面的專家，參與司法問題的調查研究。現代的司法行政機關，既不該以監督審判內容為其主要業務，也非如某些法官所倡言的，以「服務」審判機關為其職志，而應該扮演有效分配司法資源、快速回應社會需求的管理者角色。

### 4、改進外部溝通與內部管理

社會化必須面對的問題，就是專業化所築起的溝通障礙，所謂疏離感一大半來自於此。此一階段改革者必須做的，就是在保持專業化成就的同時，使溝通的障礙降到最低，筆者過去極力主張的裁判文書通俗化就是一個著力點<sup>29</sup>，此處不贅。司法內部則應該繼續追求現代化、人性化的管理，現行多元的審判體系固然使得審判的品質可以因專精化而有較高保障，但法院水平和垂直的劃分，也使司法院作為統合管理者的角色更形重要。過去所作特殊化、獨立化的努力，並不妨礙管理者利用科層組織的優點，使有限司法資源能發揮最大的效益。如果再考慮未來社會將因更多不確定因素的存在而只會變得更複雜多變，則要使司法快速回應，司法院還需加強預測規劃的能力，這些都是在跨入二十一世紀以後，改革者必須在視野上做的調整。不具有這種未來的視野即一味大改制度，只是另一種基於戀舊情懷的盲動，一種激進的保守，而完全無益於司法的現代化與社會化。

## 六、 比較三地司改前提的同異

台灣的司法改革經驗，對於同樣正在進行司改的大陸和香港，有多大的參考價值，因為筆者對兩地司法制度的實際情形了解太有限，不敢憑臆測而妄贊一詞。但無論如何，共同的歷史文化，會使許多問題具有共通性。大陸要建立現代意義的司法制度，最大的瓶頸可能是分權的憲政原則必須先確立，如何在無真正分權的體制下，設計出一個獨立的司法部門，是具有中國特色的社會主義法制，必須面對的第一道難題。不過如果社會主義意識形態的的領導，至少在司法部門可以再少一點，依法治國的色彩可以再濃一點，和過去處於威權體制的台灣，就有相當高程度的對

---

<sup>28</sup> 司法院每年出版的司法研究年報是非常好的制度，可惜絕大多數法官提出的研究報告都還圍繞著理論問題打轉，甚至只是學位論文的再整理，如果能優先獎勵法律事實研究，乃至法律社會學的研究，而讓法學院挑起理論研究的擔子，相信會有更好的成果。

<sup>29</sup> 拙文，裁判書與社會疏離，載於「司法改革的再改革」，1998，第參章

照性了。五六十年代台灣的市場經濟之所以能快速發展，專業的司法絕對是一項有利的因素<sup>30</sup>，因此專業化的加強可能是大陸司法改革必走的路。但台灣的經驗也已充分顯示，專業化的同時，若不加強教育人民，拉近司法專業與人民的距離，會使司法在社會走向多元發展而產生更複雜的問題以後，因為欠缺信賴而無法承擔排難解紛的功能。這個經驗或許值得大陸關心司法的同道多留意。

我們在二十世紀看到不同的體制在大陸和港台進行實驗，以司法而言，台灣實施的是從歐陸引進的觀念和法規制度，香港實施的是英國帶來的觀念和法規制度，大陸在移植歐陸法制還未至全面操作的階段，就嘎然而止，改行社會主義體制。風雲際會，到了二十世紀將盡，香港回歸祖國，雖然維持原有的體制，但法制上的接合滲透已無可避免，大陸和國際社會建立越來越密切的聯繫，比上個世紀更大規模的法律繼受已經全面展開，而台灣的司法則在無法突破瓶頸的無奈下，也在世紀之交作成石破天驚的換軌決定。未來如何變化，很難逆料，但二十一世紀的中國，肯定會是比較法學研究者不能不去一探的寶地。

---

<sup>30</sup> 參閱拙文，韋伯理論在儒家社會的適用－談台灣法律文化與經濟發展間的關係，收於「經濟法的挑戰」，1994，59-81

**“The Framework of Criminal  
Procedure Law Reform in China”  
中國大陸刑事司法改革之架構－  
《公檢法》關係之重塑**

**Professor Chen Rui-hua  
陳瑞華教授**

# 中国大陆刑事司法改革之架构

## ——“公检法”关系之重塑

陈瑞华\*

### 一、问题的提出

比较法学的研究成果表明，英美与法国、德国、意大利等大陆法国家的刑事诉讼程序从基础性理念到诉讼程序设计方面都存在着较大的差异。不过，不容忽视的是，这些西方国家的刑事诉讼程序在整体构造上却具有越来越多的共同特点。尤其是相对于中国大陆的刑事诉讼构造而言，这些共同特点显得格外引人注目。

我们可以看到，西方各国的刑事诉讼程序有两个极为重要的理论基础：一是司法最终裁决原则，二是控审分离原则。根据前一原则，所有涉及个人自由、财产、隐私甚至生命的事项，不论是属于程序性的还是实体性的，都必须由司法机构通过亲自“听审”或者“聆讯”（hearing）作出裁判，而且这种程序性裁判和实体性裁判具有最终的权威性。而根据后一原则，司法职能必须与追诉犯罪职能加以严格的区分，而不能由司法机构代行追诉职能，也不能由侦查或公诉机关兼负司法裁判职能。即使在审判前阶段，有权决定对公民基本权益进行限制和剥夺的机构也只能是不负有追诉职能的司法机构，而不能是侦查机构或者公诉机关。这样，裁判活动就不仅存在于法庭审判阶段，而且也存在于审判前的诉讼阶段，并被用来决定与个人基本权益有关的一切事项。同时，即使在法庭审判阶段，司法机构也要继续就审判前追诉活动的合法性进行司法审查。这样，司法机构的裁判活动实际就居于刑事诉讼的中心，成为具有典型“诉讼”特征、而与行政活动甚至准军事活动完全不同的国家职能活动。当然，这种“以裁判为中心”的诉讼构造在英美和大陆法国家之间，甚至在英美之间和大陆法各国之间，并不具有完全相同的形式。由于英美刑事诉讼一般说来更接近于民事诉讼的构造，因此典型意义上的“以裁判为中心”的诉讼构造实际存在于英美刑事诉讼之中。不过，经过长期的司法改革，德国、意大利和法国的刑事诉讼程序，也大体上具有“以裁判为中心”的诉讼构造。

根据笔者长期以来的观察和思考，中国大陆的刑事诉讼在纵向上可以说具有一种“流水作业式”的构造。<sup>1</sup>因为侦查、起诉和审判这三个完全独立而互不隶属的

---

\* 陈瑞华，法学博士，北京大学法学院副教授。

<sup>1</sup> 笔者在一些未曾发表的论文中曾将中国大陆的刑事诉讼构造解释为“三道工序式”或“诉讼阶段式”的构造。

诉讼阶段，犹如工厂生产车间的三道工序。公安、检察和法院在这三个环节上分别进行流水作业式的操作，它们可以被视为刑事诉讼这一流水线上的三个主要的“操作员”，通过前后接力、互相配合和互相补充的活动，共同致力于实现刑事诉讼法的任务。<sup>2</sup>

本文拟对中国大陆“公检法三机关”这种“流水作业”式的法律关系作一初步的分析和评价，并从实现刑事法治的角度，对中国大陆刑事司法改革的整体架构作一论述。

## 二、“公检法三机关”的法律关系

长期以来，中国大陆刑事诉讼法一直存在着一项极为重要的诉讼原则，即“人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼，应当分工负责，互相配合，互相制约，以保证准确有效地执行法律。”（刑事诉讼法第7条）这一原则通过对公检法三机关之间的关系进行界定，从法律上确立了中国大陆“流水作业式”的刑事诉讼构造。

我们可以看到，公检法三机关在刑事诉讼中具有完全相同的任务：“保证准确、及时地查明犯罪事实，正确应用法律，惩罚犯罪分子，保障无罪的人不受刑事追究，教育公民自觉遭受法律，积极同犯罪行为作斗争……”（刑事诉讼法第2条）；同时，它们还拥有为完成这一任务所必需的诉讼活动方式：三机关“都有权向有关单位和个人收集、调取证据”（刑事诉讼法第45条），而且“审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。……”（刑事诉讼法第43条）。不仅如此，法律还要求“公安机关提请批准逮捕书、人民检察院起诉书、人民法院判决书，必须忠实于事实真相”（刑事诉讼法第44条）。查遍一部中国大陆现行的刑事诉讼法，类似这样要求公检法三机关共同遵守的条文多达20余个，而且主要集中在刑事诉讼法的“总则”部分。这样，公检法三机关之间的法定职能分工就不可能有更多的积极意义，它们之间的“分工负责”和“互相制约”经常被其“互相配合”所代替。与此相对应，在这一由三个机构共同作业而进行的活动中，法院不可能对检警机构的追诉活动实施真正的司法控制，司法裁判活动也就不可能居于刑事诉讼的中心地位。为了使读者认清这种“流水作业式”的诉讼构造的基本特征，及其与“裁判中心式”的诉讼构造的主要差异，笔者将从以下方面对其进行总结和归纳。

**第一，公安机关、检察机关和法院在刑事诉讼中各自独立地实施诉讼行为，它们事实上都属于互不隶属的“司法机构”。**根据现行刑事诉讼法的规定，公检法三

---

在给研究生讲授“刑事诉讼理论”课程时，笔者也曾运用过上述称谓。但一旦动笔进行研究这一问题，笔者又发现这两种说法仍然有未尽其意之处。实际上，中国大陆刑事诉讼的典型特征就在于侦查、起诉和审判三阶段之间，以及公检法三机关之间具有既易于混同又有些分散的特点。不仅中国大陆的审判前程序不具有一体化的样式，而且审判与审判前程序也没有进行适当的分离。认识到这一点之后，笔者倾向于使用“流水作业”这一新的称谓。

<sup>2</sup> 中国大陆刑事诉讼法（第2条）规定了所谓“中华人民共和国刑事诉讼法的任务”：“保证准确、及时地查明犯罪事实，正确应用法律，惩罚犯罪分子，保障无罪的人不受刑事追究，教育公民自觉遵守法律，积极同犯罪行为作斗争……”但实际上，作为一部重要的部门法，刑事诉讼法怎么能自动完成这些“任务”呢？这一条文的真实意思是：中国大陆的刑事诉讼法要保证“公检法三机关”完成这些任务，这三个机构进行侦查、起诉、审判等方面的“诉讼活动”，都要以遵守刑事诉讼法为前提。

机关都可以按照法定的管辖分工范围，对刑事案件进行立案，由此引发刑事诉讼程序的启动。当然，检警机构通过立案启动的是刑事公诉案件的侦查程序，法院通过立案启动的则是刑事自诉案件的审判程序。与西方各国都不相同的是，有关管辖的法律规则所规范的不仅是法院的立案活动，而且还包括公安机关和检察机关的立案活动。本来在西方仅仅作为司法裁判权划分依据的管辖制度，在中国大陆却可以被用来确定司法警察和检察机关侦查权的分配。同时，西方各国的回避制度主要适用于参与法庭审判的法官和陪审员，而且检察官和辩护方都有平等的机会申请裁判者回避。而在中国大陆，申请回避只是当事人的诉讼权利，检察人员不仅不能行使申请回避权，而且还与侦查人员和审判人员一道，成为当事人申请回避的对象。这种回避制度似乎暗含着这样一种逻辑前提：公安机关、检察机关和法院都是国家司法机关，与案件或当事人有着法定不适当关系的侦查人员、检察人员和审判人员，都必须依法退出诉讼程序，这样才能确保案件得到公正的处理。

公检法三机关还可以独立从事一些本来只属于司法机构职责范围内的行为。例如，公检法三机关都可以决定对某一公民采取强制性措施，从而导致该公民人身自由、财产乃至隐私等权益的剥夺。在中国大陆，作为刑事强制措施拘传、取保候审和监视居住，可以由公安机关、检察机关和法院分别独立发布许可的令状。公安机关和检察机关还可以直接发布对公民实施刑事拘留的命令。而作为最严厉的强制措施，逮捕则既可以由检察机关批准或者直接决定采取，也可以由法院自行决定适用。又如，公安机关对案件的侦查终结，检察机关提起公诉，以及法院对案件所作的有罪裁判，都要达到同一最高的证明标准：“犯罪事实清楚，证据确实充分”。甚至连逮捕这一强制措施的采取，过去都要达到“主要犯罪事实已经查清”的程度。当然，现行刑事诉讼法已经对这一证明标准作出适当的降低。<sup>3</sup>这显示出法律实际将公检法三机关都视为司法机关的立法意图。再如，公安机关、检察机关和法院对于各自作出的“错误”拘留、逮捕或定罪裁判，都可以主持国家赔偿程序，并作出是否予以赔偿的裁决。另外，本来在西方各国只能由法院决定的司法鉴定问题，在中国大陆也可以由公检法三机关在各自的阶段独立决定。因此司法实践中经常出现三机关各自聘请或指定鉴定人制作鉴定结论的情况。

以上情况显然表明，中国大陆刑事诉讼法实际将公检法三机关设计成为三个几乎完全独立的司法机构，使它们都拥有一些本应由中立司法机构所拥有的权力。这样，中国大陆刑事诉讼就不会形成那种以司法裁判为中心的格局，而必然成为公检法三机关相互配合实施的流水作业活动。

**第二，审判前的诉讼活动既没有法官的参与，也不存在司法授权和司法审查机制，司法机构不能就追诉活动的合法性举行任何形式的程序性裁判活动。**在中国大陆，法官一般无权参与刑事审判前的诉讼活动。公安机关对公民实施的任何专门调查活动都无须取得法官的批准，而且除了~~在实施逮捕时需要取得检察机关的批准~~以外，可以完全独立地实施其他任何一种强制措施。而检察机关作为一种兼负有侦查和公诉职能的“法律监督机关”，在其自行侦查的案件中甚至还可以自行采取包括

---

<sup>3</sup> 根据修改后的刑事诉讼法的规定，逮捕所需要的证明标准是“有证据证明有犯罪事实”。由最高法院、最高检察院等六家机构于1998年1月19日联合发布的《关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》，则将这一标准解释为：“有证据证明发生了犯罪事实；有证据证明犯罪事实是犯罪嫌疑人实施的；证明犯罪嫌疑人实施犯罪行为的证据已有查证属实的”。参见该规定第26条。

搜查、扣押等在内的专门调查措施，实施逮捕、拘留、取保候审、监视居住、拘传等强制措施，而不受其他任何外部司法机构的授权和审查。这样，法院就只能在侦查终结、检察机关向其提起公诉以后，才能进行司法裁判活动，审判前的侦查和审查起诉阶段就缺少必要的由中立司法机构实施的授权和审查机制。

这种司法授权和审查机制的缺乏，导致审判前阶段不存在任何实质上的司法裁判活动。无论是遭受不当羁押的嫌疑人，还是受到不公正搜查、扣押的公民，都无权直接向中立司法机构提出诉讼请求，法院也几乎从来不会受理这种请求，并就此举行任何形式的司法裁判。中国大陆的司法裁判仅仅是法院对被告人是否有罪进行的裁判活动，而不是针对审判前追诉活动的合法性进行的裁判活动。那些在西方作为体现法院最终裁判者地位的司法救济制度，如人身保护令程序等，并不存在于中国大陆的刑事诉讼之中。在中国大陆，法院经常进行的主要是实体性裁判活动，而很少就某一程序性事项进行裁判活动。在司法实践中，遭受长时间羁押或者被采取其他强制措施的嫌疑人、被告人，一般只能向侦查机构或者检察机关提出有关解除或者变更强制措施的请求。但是，侦查机构作为与案件有着直接利害关系的机构，有着强烈的追诉犯罪的欲望；而检察机关也同时负有公诉或者侦查职责，也有着有效追诉犯罪的动机。作为接受被告人申诉、控告的机构，它们显然都缺乏必要的中立性和超然性。真正用来审查审判前追诉活动合法性的司法裁判活动实际并不存在。

**第三，在法庭审判过程中，法院针对追诉行为合法性而进行的司法审查极为薄弱，难以对审判前的追诉活动进行有效的司法控制。**中国大陆刑事诉讼法尽管并未确立有关非法证据的排除规则，但一些类似的规则却存在于司法解释之中。根据最高人民法院的解释，“凡经查证确实属于采用刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的方法取得的证人证言、被害人陈述、被告人供述，不能作为定案的根据。”但是，由于法院事实上承担着惩治犯罪的使命，法院本身又不能完全独立自主地进行司法裁判活动，加上这一规则又缺乏必要的证明责任机制保障，因此法院能在多大程度上行使这一证据排除权确实不无疑问。而在司法实践中，法院对于司法警察或者检察机关采用上述非法手段获得的证据，通常采取的对策是：谴责刑讯逼供或威胁、引诱、欺骗等非法取证行为，但对于通过这些行为获取的供述、证言等证据，则直接作为定案的根据。与此同时，对于检警机构采用非法搜查、扣押、查询、冻结等手段获取的实物证据，法院只要认为它们具有证明价值，通常会直接将其采用为定案的根据。这样，将查明事实真相作为自己最高目标的法院，不仅不能参与审判前的诉讼活动，而且在法庭审判过程中也不能对审判前的追诉活动实施有效的司法审查。即使在辩护方明确就某一控方证据提出异议的情况下，法院一般也不会就这一程序性问题举行专门的司法裁判活动。这种“重实体裁判，轻程序审查”的现象，使得司法裁判不可能居于刑事诉讼的中心地位。

**第四，追诉机构的案卷材料对法院的裁判结论具有决定性的影响。**根据修改前的刑事诉讼法，检察机关在提起公诉时要将全部案卷材料连同起诉书一并移送法院，记载着侦查证据、成果和侦查过程情况的案卷事实上成为前一程序连接后一程序的纽带，后一机构在前一机构案卷的基础上继续进行以后的活动。这样，审判前程序与审判程序就呈现出一种前后递进和接力互补的关系，在侦查阶段形成并作为

控方指控根据的案卷实际上成为法院裁判被告人是否有罪问题的直接根据，法院的审判不过是对侦查结论的确认而已。在侦查卷宗的连接下，侦查、起诉和审判实际构成真正意义上的“第一审”、“第二审”和“第三审”程序，法院的审判实际失去了对追诉方意见和证据进行独立审查的能力。

刑事诉讼法在 1996 年进行修改以后，卷宗移送式的起诉方式有所改变：现在检察机关移送法院的只是证据目录、证人名单和主要证据的复印件和照片，而不再是全部侦查案卷材料。这样，法院在审判开始之前就不再对控诉方的案卷材料进行全面阅览，至少有一部分证据要由控辩双方在庭审中直接向法庭提出。但是，控诉方的案卷对法院审判的决定作用并没有因此消失，审判作为对侦查成果和证据的确认程序的状态依然存在。首先，在法庭审理结束后的三日以内，检察机关仍然要将全部案卷材料移送法院，由合议庭进行阅览，以便为制作裁判作准备。这种在各地法院普遍盛行的做法，直接导致卷宗移送式的起诉方式的全面“复活”，只不过过去案卷移送发生在法庭审理开始之前，现在则发生在法庭审理结束之后。但无论如何，案卷移送仍然发生在法庭作出裁判之前，法庭仍然将阅卷作为采纳证据、认定事实和适用法律的主要根据。由此，控方案卷对法院裁判结论的直接影响和决定作用仍然广泛地存在着。其次，在中国大陆目前的法庭审判中，绝大多数证人、鉴定人都不出庭作证，控诉方提交法院的大都是证人在侦查阶段接受侦查人员询问时作出的书面证言或侦查人员自行制作的证言笔录，以及侦查机构聘请或委托的鉴定人制作的书面鉴定结论。在法庭审判中，法庭对这些证人证言、鉴定结论的调查，大都通过直接宣读书面证言、证言笔录或者鉴定结论的形式来进行。由于证人、鉴定人不能直接出席法庭审判，控辩双方也就失去与证人、鉴定人进行当庭对质的机会，法庭对这些证据的调查必然会流于书面化和间接化。这样，侦查卷宗对法庭审判的直接影响又通过书面的证言和鉴定结论而发生作用，法庭审判依然不过是对侦查卷宗中记载的证言和鉴定结论法律效力的确认而已。在这种情况下，法院或许可以进行快速的审判，节省大量的人力、物力和时间资源，但是它所丧失的却是独立自主的裁判权，并导致刑事追诉机构通过案卷间接决定裁判结论的现象发生。

**第五，公检法三机关一旦发现案件事实不清、证据不足，就可以推动程序“逆向运行”。**根据修改前的中国大陆刑事诉讼法，刑事诉讼活动既可以从前一阶段向后一阶段运行，而且也可以从后一阶段向前一阶段返回。因为在案件由公安机关向检察机关申请批准逮捕、移送审查起诉以及检察机关向法院提起公诉、法院对案件进行庭前审查或者开始法庭审判以后，后一机构——即检察机关（在审判前阶段）和法院（在审判阶段）在审查后认为案件事实不清、证据不足或者有遗漏罪行或被告人情形的，有权退回前一机关——即公安机关和检察机关，要求其补充侦查。刑事诉讼的期间也随之相应地延长。实行这种退回补充侦查制度的理论基础有两个：一是实事求是这一认识论原理要求对刑事案件事实真相的认识应当经得起历史的考验和审查，三机关为查明事实真相应当进行反复调查；二是为了实现不枉不纵，进行反复的审查是必要的。在这样一种可往返的诉讼运行模式下，嫌疑人、被告人的羁押期间会随同诉讼期间的延长而不可避免地得到延长。

刑事诉讼法在 1996 年修改以后，法院直接将案件退回检察机关补充侦查的做法得到禁止。法院在开庭前的审查公诉阶段，即使发现案件证据不足，也不能直接将案件退回补充侦查，更不能自行进行庭外调查。一般情况下，法院发现检察机关

的起诉缺少有关诉讼材料时，只能通知检察机关进行补充。即使检察机关不予补充，法院也不能以此为由拒绝开庭审判。但是，在法庭审理中，公诉人发现案件需要补充侦查的，可以向合议庭提出延期审理的建议，合议庭一般必须同意。这一延期审理的建议以两次为限。同时，合议庭发现被告人可能有自首、立功等法定量刑情节，而起诉和移送的证据材料中没有相关证据的，应当建议检察机关补充侦查。这样，案件即使进入法庭审理阶段，合议庭或者公诉人仍然可以“建议”进行补充侦查，案件由此从审判阶段退回到审判前的追诉阶段。不仅如此，检察机关在审查批捕、审查起诉阶段，发现公安机关侦查终结的案件事实不清、证据不足的，仍然可以退回公安机关补充侦查。但与过去不同的是，补充侦查现在一般不得超过两次，一次以一个月时间为限。不过，在补充侦查期间，嫌疑人、被告人的羁押期间一般也要相应地得到延长。可见，即使在刑事诉讼法修改以后，侦查、起诉和审判“逆向运行”的情况仍然没有得到实质上的变化。

#### **第六，法院在公安机关、检察机关追诉活动完成之后，发挥着继续追诉的作用。**

在中国大陆司法实践中，法院只要认为被告人“犯罪事实清楚。证据确实充分”，即使不能构成起诉书指控的罪名，也可以按照一个新的罪名作出有罪裁判。这一点还在最高人民法院的司法解释中得到确立。这样做的法律后果是，法院事实上自行超越了起诉书的指控范围，将一个未经起诉的新罪名强加给被告人。这使得控审分离、不告不理等诉讼原则在中国大陆刑事诉讼中难以得到全面的确立。另一方面，根据上诉不加刑原则的要求，法院对于被告人提起上诉的案件，在第二审裁判中尽管不能加重被告人的刑罚，但有权在维持原来的一审判决之后，重新提起审判监督程序，从而纠正二审裁判所作的量刑畸轻的裁判。换言之，二审法院尽管不能在二审中直接加重被告人的量刑，却可以通过发动再审程序，做出不利于被告人的新的有罪裁判。这显然表明，法院带有较强的追诉倾向，并在公安机关、检察机关之后，实际充当着“第三追诉机构”的角色。

#### **第七，侦查、起诉和审判三阶段的划分具有较大的弹性，在外界因素的干预或**

**推动下始终存在相互交叉甚至完全重合的可能。**由于公检法三机关在诉讼目标、调查手段、活动方式等方面均具有较大的相似性，它们之间本应存在的职能分工在司法实践中往往难以得到完整的保持。因为三道在性质、功能等方面相似的工序在正常情况下还可以存在，以发挥相互制约的作用，使后一道工序对前一道工序的成果进行检验，并加以拾遗补漏，使错误得到及早发现并得到及时纠正。但在社会治安状况恶化等非正常状态下，社会对三机关“打击犯罪”的期望升高、压力加大，这三道工序的划分就显得既不必要又不合理了。为了提高诉讼效率，使日益猖獗的犯罪活动得到及时有效的控制，三道在诉讼目标方面具有相似性的程序完全可以加以紧缩：使检察机关提前介入公安机关的侦查活动中去，使法院提前介入到审查起诉甚至侦查预审中去，甚至使二审法院提前介入到第一审程序中去。如果这种三道程序的交叉还不足以体现出三道程序划分的弹性特征的话，那么在特定情况下（例如“严打”期间）为实施战役式的控制犯罪活动，侦查、起诉和审判三道工序完全合而为一情况的发生，就足以说明三道程序的设置其实完全可以为一道程序所替代。在这种情况下，侦查、起诉、审判这三道工序的划分就不仅毫无必要，而且完全成为累赘了。中国大陆司法实践中曾反复出现的所谓公检法三机关“联合办案”或者

“联合办公”现象，公检法三机关各出若干人组成所谓“联合办案小组”的现象，就使原来本不严密的侦查、起诉和审判这三种诉讼职能的区分机制受到破坏。这反映出审判在中国大陆的刑事诉讼制度中并不具有独立于侦查的功能，法庭审判相对于侦查而言，要么成为刑事追诉的继续，要么发挥对追究犯罪“拾遗补漏”的作用。

根据以上的分析，读者就不难看出中国大陆这种“流水作业式”的刑事诉讼构造，实际上与那种“以裁判为中心”的构造具有极为鲜明的区别。人们过去笼统地将中国大陆的刑事诉讼归结为所谓“职权主义”或者“超职权主义”的程序模式，其实忽略了这种构造的纵向方面，无视公检法三机关之间互相接力、前后补充的法律关系。当然，从理论上讲，检察机关作为国家法律监督机关，负有监督公安机关和法院诉讼活动合法性的职责。这从表面上看，似乎令人感到中国大陆刑事诉讼中也确实存在着一种特殊的司法机构，也因此存在着一定的司法审查或监督机制。但是，考虑到检察机关既是法律监督机关，又是部分刑事案件的侦查机构，还是所有公诉案件的起诉机构。检察机关同时兼负司法监督和刑事追诉两种直接对立的诉讼职能，实际同时在充当原告和法官的诉讼角色，这显然违背了那种“任何人不得充当自己案件的法官”的程序正义原则。中国大陆司法实践的情况表明，检察机关的法律监督并不具有可操作的程序保障，公安机关的侦查活动并没有受到检察机关的有效控制，侦查、公诉和审判等诉讼活动各自独立运行的状况也并不能得到改观。退一步讲，即使检察机关真的能够发挥“法律监督”职能，切实履行起司法监督的使命，中国大陆刑事诉讼也不可能形成“以裁判为中心”的构造，而完全可能形成“以（检察机关的）追诉为中心”的模式。而这与现代刑事诉讼的“诉讼”特征是不相符合的。

应当承认，中国大陆立法机构 1996 年就刑事诉讼法所作的几项重大修改，使得“流水作业式”的诉讼构造至少在法律上受到一定的削弱。例如，尽管检察机关可以将公安机关报请批准逮捕或者移送审查起诉的案件退回补充侦查，但法院不得主动将检察机关提交审判的案件退回补充侦查，刑事诉讼的“逆向运行”情况确实有所改变；检察机关在起诉时不再将全部案卷材料移送法院，合议庭成员在开庭前不得进行任何形式的庭外调查，这使得审判人员至少在审判前可能不再受到检警机构意见的过多影响；对于侦查机构采用刑讯逼供等非法手段获得的被告人供述、被害人陈述和证人证言等言词证据，法院有权加以排除，使得检警机构的追诉活动有可能受到法院的司法审查；对于检察机关起诉的案件事实不清、证据不足的，法院可以作出无罪判决，这也使得法院至少从理论上成为案件实体问题的最终裁判者，等等。不少学者就是基于这一事实，认为中国大陆的刑事诉讼程序已经实现“以侦查为中心”向“以裁判为中心”的转化。但是，正如笔者前面所分析的那样，由于中国大陆司法体制上存在着诸多缺陷，法院不仅不能保持独立自主的裁判者地位，而且还事实上承担着惩治犯罪、维护社会秩序的任务，因此它能在多大程度上充当中立的裁判者，从而将自己从刑事追诉职能中摆脱出来，这确实还存在着较大的疑问。事实上，在中国大陆的整个司法体制未作彻底变革的情况下，仅仅就刑事诉讼的个别环节或步骤进行一定的“小修小补”，根本不足以改变这种公检法三机关相互配合和前后接力的整体格局。现在看来，中国大陆刑事诉讼中存在的“流水作业式”的纵向构造，并没有因为刑事诉讼法的修改而发生根本的变化。

### 三、对中国大陆刑事司法体制的反思

在中国大陆司法制度中，有关“法律监督”的程序设置随处可见，并有逐渐增强的趋势。从宪法和法律的规定来看，各级人民代表大会及其常务委员会对法院、检察机关的工作实施监督，并从人事任免方面对法院和检察机关实施法律上的控制，法院、检察机关还要向人大报告工作；检察机关作为国家专门“法律监督机关”，有权监督公安机关和法院的诉讼活动，促使其纠正违反法律规定的行为。近年以来，针对刑事诉讼活动的“监督”活动呈现出日益扩大的趋势。全国各地县级以上人民代表大会及其常委会对公检法三机关的刑事诉讼活动实施所谓“个案监督”的情况越来越多，全国人大常委会正在制定并即将通过有关“个案监督”的法律。预计今后由人大常委会推动公检法三机关发动或者终止某一诉讼程序的现象会成为中国大陆司法制度的又一新的景观。不仅如此，就连各种新闻媒介，包括电视、电台、报刊杂志等，也纷纷以“新闻监督”的名义，将公检法三机关的刑事诉讼活动作为监督的主要焦点。

面对上述情况，人们不禁会发出疑问：中国大陆的刑事司法制度为什么非得依赖外部的监督机制不可呢？客观地讲，从宪法、法院组织法、检察院组织法、刑事诉讼法的规定来看，中国大陆已经建立了一套大体上还算完备的刑事司法体制和刑事程序，但为什么公检法三机关不能按照这套制度和程序进行一种自动的良性运作，而要依靠一些外部力量的推动或督促才能保持刑事诉讼活动的运转呢？从目前社会舆论的关注点来看，公检法三机关在一定范围内存在着以下引起人们非议的问题：超期羁押、随意适用强制措施、刑讯逼供、非法取证、贪赃枉法、徇私舞弊、冤假错案难以获得纠正等。这些情况并非为中国大陆所独有，但为什么它们不能通过公检法三机关正常的良性互动得到解决，而非得“惊动”司法体制以外的权威和力量才能得到处理呢？

其实，上述问题不过是从一个侧面暴露了中国大陆刑事诉讼构造的主要问题：由于公检法三机关各自相对分散地从事诉讼活动，各自在某一诉讼阶段上充当拥有最终决定权的司法机构，那种“以司法裁判为中心”的诉讼构造基本上没有建立起来，因此刑事诉讼出现混乱无序、大量程序违法的情况得不到解决的现象也就随之而发生了。也就是说，在很多情况下，由于现行司法制度没有在公检法三机关中确立一个相对权威的机构，而是将权力分散地放置于它们之中，诉讼程序难以依靠三机关的互动而得到合法的运作，而必须由某一外部权威来加以推动、干预或者施加压力，才有可能使宪法和法律的规定得到实施。形象地说，中国大陆的刑事诉讼程序就像一台出了故障的电脑一样，在运作过程中经常出现“死机”的现象；而且必须靠“重新启动”甚至“修改软件”等非正常手段，才能解决这一程序运作中的问题。这样，由公检法三机关通过“流水作业”的方式进行刑事诉讼活动，似乎天然地就存在着一种危险：要维持其正常的运转，就必须引进外部的干预。这就使法律上所说的“检察权和审判权的独立行使”变得十分困难。

中国大陆刑事诉讼的这一问题产生了一定的消极影响。本来，与纠问式诉讼相比，现代刑事诉讼制度建立在一项基本的理论假定的基础上：将国家惩治犯罪的活动纳入“诉讼”的轨道，使得诉讼的每一阶段都存在控诉、防御和司法裁判等三方的相互制衡，使得作为国家利益代表的检警机构能够通过与被告方在中立的司法裁判机构面前进行理性的论争，来完成刑事追诉的使命，由此才能保证刑事诉讼真正成为一种诉讼活动，而不至于成为行政性治罪活动<sup>4</sup>。但是，中国大陆这种“流水

---

<sup>4</sup> 例如，在法国刑事法制史上，有关刑事程序方面的法律在17世纪曾以“治罪法”命名。而在法国大革命以

作业式”的刑事诉讼构造，却导致审判前程序中缺少中立司法裁判机构，审判阶段的司法裁判机能也明显弱化。对于审判前程序而言，由检警机构直接面对被追诉者，自行决定实施旨在限制或者剥夺公民基本权益的强制性措施，诸如逮捕、拘留、搜查、扣押、勘验、检查等直接影响公民权益的措施无法获得中立司法机构的授权和审查，遭受不公正对待的公民也不能获得有效的司法救济。这必然使名义上的诉讼活动成为检警机构针对公民自行实施的单方面治罪活动。这种司法裁判机能的缺乏，直接导致被追诉者地位的严重恶化和检警机构权力的无限膨胀甚至滥用。前面所说的所谓“超期羁押”、“刑讯逼供”、“随意适用强制措施”、“非法取证”、“任意处置”等现象，之所以在司法实践中屡禁不止，就是导源于这种“流水作业式”的审判前程序构造，导源于审判前程序的单方面治罪性质，也导源于审判前程序缺乏真正意义上的诉讼形态这一事实。

而对于审判程序而言，法院不仅不能对检警机构的追诉活动实施有效的司法审查，独立自主地排除非法所得的证据材料，而且还只能依靠指控方在审判前、审判过程中以及法庭审理结束以后相继移送的书面案卷材料制作裁判结论，从而丧失了独立自主地采纳证据、认定事实和适用法律的能力，不能做到真正从法庭审理过程之中、从控辩双方的举证和辩论过程中形成自己的裁判结论。这一现实所导致的必然是法庭审理过程的流于形式和裁判机能的名存实亡。在这一构造下，所有针对法庭审理的公正进行而设置的诉讼原则和制度，如合议制、回避制、两审终审制、审判公开、辩护、交叉询问等，几乎全部名存实亡，丧失其存在的价值和本应发挥的诉讼机能。

另一方面，“流水作业式”诉讼构造的这一缺陷，还使得公检法三机关之间法定的职能分工几乎完全流于形式。本来，法官这一职业在立法设计中确实是有别于警察和检察官的。例如，法官制服的肩章上刻者的是天平的图案，而警察肩章上刻者的则是盾牌图案；法官一般主要在法庭上、在控辩双方同时到庭的情况下进行裁判活动，而警察和检察官则可以在办公室、现场等非正式场合进行追诉活动。但是，由于法院与检警机构一样，都被认为负有惩治犯罪、查明事实真相的政治使命，法院本来所具有的公正司法裁判者角色，经常不得不让位于实际的“第三追诉者”角色。事实上，公检法三机关这一称谓本身已经点破了中国大陆法院的处境。那种本应成为“社会正义最后堡垒”的法院，在中国大陆却与检警机构联合起来，成为追诉犯罪这一“流水线”上的操作员，成为维护社会治安的工具。这就使法院在履行维护社会正义方面，天然地存在着一些无可避免的局限性。

#### 四、中国大陆刑事司法改革的整体结构

1996年进行的刑事诉讼法的重大修改，曾经使不少人对中国大陆刑事司法制度的重建持有相当大的期望。但时至今日，人们忽然发现，一切依旧按照原来的方式进行运转，公检法三机关依然在相互配合、“从重从快”地进行着惩治犯罪的活动。而审判方式改革从试验到正式实施尽管一直持续了接近10年，但至少就刑事

---

后，拿破仑于1808年制定通过的一部刑事程序法仍被命名为“治罪法”。直到1897年，一部体现了自由主义政治哲学的刑事程序法才正式命名为“刑事诉讼法”。从“治罪法”到“刑事诉讼法”，这一名称的变化实际体现了人们对待刑事诉讼性质和功能的态度的转变。

审判领域而言，改革确实没有取得完全的成功。<sup>5</sup>又如，律师“提前介入”审判前程序，也是人们多年以来一直提倡的制度改革问题。1996年的改革使得律师能够参与侦查和审查起诉阶段的诉讼活动，为犯罪嫌疑人提供一定的法律帮助。但是，嫌疑人的地位和处境实际改善了多少呢？实现“提前介入”目标的律师又能够实际发挥多大的作用呢？其实不需要作深入的理论分析，人们从种种现象上就不难看出，中国大陆刑事诉讼中的绝大多数问题，似乎都与这种独一无二的“流水作业式”的诉讼构造存在着密切的联系，过去进行的改革似乎完全忽略了这种导致权力滥用的刑事司法体制。看来，对公检法三机关“流水作业式”的诉讼格局进行改变，对侦查、起诉和审判三阶段之间的法律关系作出变革，应当成为今后司法改革的重点之一。

那么，如何对这种沿袭多年的“流水作业式”的诉讼构造进行改造呢？鉴于这种诉讼构造的缺陷，就是将国家追究犯罪的活动按照行政管理的方式进行规范，而没有将此纳入诉讼的轨道，因此，改造的重心应当是从“流水作业”走向“以司法裁判为中心”。当然，笔者这里所说的只是从理论意义上而言的，这丝毫不意味着中国大陆必须全盘接受西方某一国家的诉讼模式。我们所应关注的，应当是“以裁判为中心”的诉讼构造所赖以建立的基础性理念，以及与此相伴而生的基本诉讼框架。从历史的视角来看，英国的刑事诉讼程序似乎一直得到整个西方世界的青睐。不必说美国等英国的前殖民地国家，就是法国、德国、意大利等大陆法国家，从18世纪以来，也一直在从英国刑事司法制度中寻找改革的灵感和精神资源。可以说，大陆法国家之所以能够成功地从纠问式诉讼走向现代职权主义的诉讼模式，就是因为直接吸收了英国对抗式诉讼的因素。如果说18世纪大陆法国家的司法改革成功地使审判程序脱离了过去的纠问化和行政化的外衣的话，那么20世纪中下旬以来的改革，则进一步使其审判前的追诉程序逐渐远离行政性治罪活动的特点，而越来越具有诉讼的特征。因此，将整个刑事诉讼程序按照诉讼的基本要求构建，使其受到司法裁判机制的制约，显然构成大陆法国家200年以来刑事司法改革的主旋律。同样，中国大陆从20世纪之初的“清末改制”以来，刑事诉讼也一直面临着如何摆脱纠问化和行政化倾向，走向以诉讼模式规范国家治罪活动的问题。应当说，构建一种“以司法裁判为中心”的诉讼构造，同样应当是中国大陆刑事诉讼走向法治化和现代化的必由之路。

摆脱“流水作业式”诉讼构造的第一步，应当是在审判前的追诉程序中设立一个不承担追诉职能的中立的司法机构，使其能够对检警机构限制或者剥夺公民基本权益的行为，进行有效的司法授权和司法审查。由此可以在审判前程序中构建起真正意义上的司法裁判程序。在笔者看来，审判前程序要想摆脱其纠问化和行政化的形象，就必须在诉讼构造中设计一个中立的裁判者，使得所有发生在检警机构与嫌疑人之间的争端都能被纳入司法裁判程序的轨道。这个所谓“中立的司法裁判者”，可以是一个既不承担追诉职能，也不承担案件实体性裁判职能的独立法官。他应当能够参与审判前活动的全过程，并就所有与公民基本权益有关的事项，如逮捕、拘留、取保候审、监视居住、搜查、扣押、窃听、勘验、检查、鉴定、通缉等强制性措施，发布是否许可的令状。同时，对于公民因不服自己遭受的强制性措施而提出的申诉、控告，该法官还应负责进行受理和审查。不仅如此，对于公民因为遭受不合理或过长的审前羁押而提出的诉讼，还应当有专门的法院负责受理和审查。笔者

---

<sup>5</sup> 对于中国大陆刑事审判方式改革的成效和问题，参见陈瑞华：《刑事诉讼的前沿问题》，中国人民大学出版社，2000年版，第6章。

以为，可以考虑借鉴西方各国的“人身保护令”制度，在中国大陆构建一种专门针对审判羁押的合法性而进行的程序性裁判制度。这对于防止超期羁押、任意羁押现象的发生，无疑是极为重要的治本之道。

摆脱“流水作业式”诉讼构造的第二步，是彻底切断审判前的追诉程序与审判程序的因果联系，真正使法庭审判成为决定案件结局的惟一阶段。为此，应当确立以下几方面的程序保障：一是贯彻直接和言词审理原则，建立证人、鉴定人、被害人出庭作证的制度，使得裁判者完全通过当庭听证和聆讯，对证人证言、鉴定结论和被害人陈述等言词证据的证明力作出裁断。二是实行彻底的“起诉书一本主义”，禁止检察机关在提起公诉时将任何足以令裁判者产生预断的证据材料移送给法院，同时禁止检察机关以任何形式、在任何阶段再将案卷材料移送法院，以保证裁判者完全根据控辩双方当庭提出的证据作出裁判，并且将自己的裁判结论建立在通过当庭听审所形成的直观印象上面。三是确立传闻证据排除规则，严禁检察机关随意地以书面笔录的方式提供被告人供述、证人证言、鉴定结论或被害人陈述，对于这种传闻证据一般应当排除于法庭审判之外，不使其作为法庭定案的根据。对于以上所有言词证据，都必须以被告人、证人、鉴定人、被害人等的当庭陈述，作为定案的直接根据。被告人在侦查阶段所作的有罪供述、证人在侦查阶段所作的证言、鉴定人在侦查阶段所作的鉴定结论，以及被害人在侦查阶段向检警机构所作的陈述，都不能直接被用来作为对被告人进行定罪的根据。四是禁止裁判者与检警机构进行任何形式的“单方面接触”。不论是在法庭审判开始之前，还是审判过程中，或者审理结束之后，裁判者都不能与控诉一方进行诸如“交换意见”、“提供材料”、“秘密协商”之类的幕后活动。否则，检警机构的意见就会通过这种接触直接对裁判者的结论产生不可低估的影响。只有通过上述途径使刑事追诉的结论不再对司法裁判的结局具有预定效力，裁判者才能真正从法庭审判过程之中，而不是刑事追诉机构的案卷中寻找裁判的根据。法庭审判也由此才能具有“刑事诉讼中心”的地位。

摆脱“流水作业式”诉讼构造的第三步，是强化嫌疑人、被告人一方的诉讼主体地位，扩大辩护律师在刑事诉讼中的参与范围，使得辩护一方成为足以对抗追诉一方，并能够对司法裁判者形成有效制约的“一极”。“诉讼”形态的形成，除了必须存在中立的司法裁判者以外，还必须使辩护一方具有较强的对抗能力。否则，那种典型的“控诉、辩护与裁判相互制衡”的诉讼格局不仅难以形成，而且还会演变成裁判者与追诉者联合起来，共同对付辩护一方的诉讼态势。因此，必须至少从以下几个方面提高嫌疑人、被告人的诉讼地位：一是赋予嫌疑人、被告人保持沉默的权利，使其享有作出有罪供述或者无罪辩解的自由；无论是追诉机构还是裁判者，都不能因为嫌疑人、被告人保持沉默，或者进行过激烈的无罪辩解，而作出对其不利的裁判结论。为此，司法警察和检察官在对嫌疑人进行讯问之前，都必须首先向其告知诉讼权利和行为的后果，并发出有关的警告。二是大幅度地缩小审前羁押的适用范围，尽量采取羁押的替代性措施，如取保候审等，使更多的嫌疑人、被告人能够在诉讼过程中具有基本的人身自由，从而与辩护律师一道，进行充分的辩护准备活动。三是扩大辩护律师的参与范围，增强其参与效果。在审判前的追诉活动中，辩护律师应当在警察、检察官讯问嫌疑人时，始终到场，为其提供法律帮助；辩护律师与在押嫌疑人、被告人的会见应当不受任何形式的监视，而保持基本的秘密性；辩护律师在侦查结束之后应当立即进行全面的阅卷；在侦查过程中，辩护律师应当有权进行必要的调查，收集有利于嫌疑人的证据材料；对于检警机构实施的重大侦查活动，辩护律师应享有到场参与的权利，等等。在法庭审判开始之前，辩护律师

应当有权再次获得阅览检察机关掌握的全部证据材料的机会，从而为法庭上的辩护进行充分准备；辩护律师如有证据需要法院协助调取，有证人需要法院传唤，法院应当运用其司法裁判权，发布有关的令状（如“调取证据令”、“传唤证人令”等），确保辩护方与控诉方一样有将证据提交法庭的机会。

摆脱“流水作业式”诉讼构造的第四步，是彻底贯彻“控审分离”的原则，确保法院真正成为中立的司法裁判者，而不再承担任何刑事追诉职能。为此，应当确立法院中立性和被动性的活动方式，禁止法院积极主动地启动任何诉讼程序，防止法院成为事实上的“第二公诉人”。在制度设计上，应当建立诉因制度，将法院的司法裁判活动严格限制在检察机关起诉书载明的范围，不得对起诉书指控的被告人和有关指控事实之外的其他人或事实进行审理，或者作出裁判；同时，对于检察机关起诉的罪名不能构成的，应当按照适当的变更起诉程序，重新提起公诉，并给予辩护一方以新的充分的防御准备。严格禁止法院在检察机关不同意、辩护一方未被告知并没有进行适当准备的情况下，自行改变起诉的罪名。其次，对于二审案件，法院应当将自己审判的范围界定在当事人上诉、检察院抗诉的范围之内，不再奉行全面审理原则，严格贯彻上诉不加刑原则。再次，应当严格禁止法院以任何形式主动提起再审程序，并且废除所谓对原来的被告人不利的再审，使再审真正成为纠正不公正的原审裁判、避免公民受到错误定罪判刑的司法裁判活动。只有在法院保持基本的中立性的情况下，司法裁判才能成为公正的解决争端的活动，而不再成为追诉公民的工具。法院也才能够摆脱与检警机构进行“接力赛跑”的形象。

改造中国大陆刑事诉讼构造的第五步，是改变检察机关“法律监督者”的地位，使其不再同时承担司法监督和刑事追诉这两项相互矛盾的诉讼职能。检察机关既进行法律监督，“保证国家法律的同一实施”，又负责提起公诉甚至侦查，就犹如是在担任自己为当事人的案件的司法裁判官一样。检察机关在履行法律监督职能时，缺乏起码的中立性和超然性。检察机关所具有的这种法律监督者地位，尽管在确保公安机关遵守法律程序、法院依法裁判方面，能否发挥多少有效的积极作用还尚存疑问，但它所带来的负面作用却是巨大而明显的：一方面，它导致法院无法在审判过程中具有独立自主性；另一方面，这种法律监督还使“控辩双方平等对抗”的诉讼目标难以实现。事实上，在公诉人将自己视为“法律监督者”的诉讼格局下，被告人及其辩护人怎么可能与之享有平等的诉讼权利呢？本来，检察机关与辩护一方就在对抗能力方面就存在着天然的不平衡，诉讼程序本来应当在他们之间人为地制造一种“平等武装”的空间，并为此而适当限制检察机关的追诉势头，赋予被告人一系列的诉讼特权，这是程序公正的最低要求。但是，中国大陆的被告人不仅没有一些必需的“特权”，就连检察机关所享有的一些诉讼权利，他也无权行使。这就使刑事诉讼自始至终带有控辩双方不平等对抗，甚至带有刑事追诉者凭借垄断性的国家权力，追究涉嫌犯罪的公民的氛围。因此，将检察机关从法律监督者变为刑事追诉机构，使其成为与辩护一方完全平等的诉讼双方，这对于“以裁判为中心”的诉讼构造的形成，无疑是最为关键的改革步骤之一。

要形成“以司法裁判为中心”的诉讼格局，第六步的改革应当是赋予法院“最终裁判者”的地位，使其能够对刑事诉讼过程中的所有争议问题，都能够通过开庭方式，作出权威的法律结论。为了结束公检法三机关各行其是、分散行使权力的局面，确立法院成为权威的司法裁判机构是绝对必要的。前面所说的确立一种专门从事审判前的司法授权和司法审查活动的法官，其实也带有让法院进行最终裁判的意味。在笔者看来，法院要真正保持权威裁判者的地位，就必须将以下事项纳入司法

裁判的轨道：一是所有涉及公民人身自由、财产、隐私等权利的强制性措施；二是司法鉴定的决定权，包括鉴定人的选任、鉴定人的人数、鉴定的时机、鉴定结论的审查和采纳、重新或者补充鉴定等一系列事项；三是所有证据的合法性和可采性，包括通过刑讯逼供等非法手段获取的口供、证言、被害人陈述等言词证据，也包括采用非法搜查、扣押、查封等手段获取的实物证据等；四是证据的交换和展示问题，也就是控辩双方在法庭审理开始之前将各自掌握的证据互相展示给对方的问题；五是证据的调取和证人的传唤，证据和证人不论是控诉方还是辩护方提出的，一旦遇有证据持有者拒不提交、证人拒不出庭作证的情况，法院在接受控辩双方的申请后，都应当发布有关的司法命令，将有关证据和证人强制调取或者传唤到法庭，等等。对于以上事项，一旦控辩双方不服法官或者法院的裁判结论，都应当允许他们向上级法院提出上诉，以引发新的司法裁判程序。另外，要使法院真正具有权威裁判者的地位，在检察机关据以证明被告人有罪的事实不清、有罪证据不足的情况下，法院应有权作出权威的无罪判决，以结束控辩双方的争执，以国家法律的名义宣告检察机关的指控未能成功，从而使受到追诉的公民及时结束“被控告者”这一不确定的身份，摆脱其权利和命运待判定的处境。

最后，要真正建立“以司法裁判为中心”的诉讼构造，还必须进行一系列的司法改革。其中最关键的改革步骤是确保司法裁判者真正具有独立自主性。事实上，如果法院不能相对于地方行政机构、立法机构具有独立自主的裁判权，如果法院不能独立于社会团体、新闻传媒乃至公众舆论，如果法官或陪审员相对于法院内部的院长、庭长、审判委员会甚至上级法院，不能具有独立自主的裁判权，那么，确立“以司法裁判为中心”的诉讼构造，不仅是不可能的，而且是有百弊而无一利的。对于这一问题，笔者将在本书其他章节专门论述。

当然，要从“流水作业”走向“以司法裁判为中心”，要从公检法三机关接力赛跑，走向以诉讼方式解决国家与个人之间发生的纷争，仅仅依靠上述改革措施还是远远不够的。这还涉及到一系列司法制度甚至宪政体制的重大变革，也要求整个社会的价值观念和法律文化发生相应的变化。而且，即使仅仅进行以上七个方面的改革，摆在我们面前的也是极为艰难的路途。从一个稳定的司法体制，向另一个从理念到制度设计都全新的司法体制过渡和转型，其实谈何容易！笔者以小小书生之力，只能提供一种变革的思路和框架。而要真正实现这些复杂的变革，则需要改革者有过人的智慧、坚定的毅力和不屈不挠的决心。不过，当前由司法腐败问题引发的司法改革大讨论，以及作为这一讨论大背景的蓬勃兴起的市场经济和改革开放的氛围，也为我们走出原来的体制创造了可行的条件。

**“From ‘the judge above the judge’  
to ‘the judge before the judge’:  
Procuratorial Power from the  
Perspective of the Rule of Law in  
Criminal Matters”**

**從‘法官之上的法官’到‘法官之前的法官’ - 刑事法治視野中的檢察權**

**Professor Chen Xing-liang**

**陳興良教授**

# 从“法官之上的法官”到“法官之前的法官”

## ——刑事法治视野中的检察权

陈兴良\*

当前，司法改革成为社会关注的一个热门话题。在关于司法改革的讨论中，焦点之一是检察体制的改革。本文拟从刑事法治的理念出发，对检察权的设置与行使及其正当根据进行法理分析。

—

论及检察权，不能不从司法权谈起。司法权（Judicial Power）虽然是一个通用的概念，但在理解上仍然存在分歧。就司法权的核心内容而言，应当是一种裁判权。当然，我国对于司法权往往加以广义的理解，认为司法权包括审判权与检察权。<sup>1</sup>我认为上述对司法权的解释有过于宽泛之嫌。法律解释权并非一项独立权能，分属于立法权、司法权与行政权。至于司法行政权，是行政权的题中之义。我国不太习惯将司法权称为裁判权，而代之以审判权，以此概括法院的职权。由此，法院被称为审判机关。其实，我国目前的法院职权不仅包括裁判权，还包括司法行政权、判决的执行权。严格来说，这都是行政权而非司法权。<sup>2</sup>相对于审判权，我国经常使用的另一个概念就是检察权。如果说，审判权作为司法权大体上没有异议。那么，检察权是否属于司法权则存在观点聚讼。正如同把法院的职权称为审判权，我国把检察院的职权称为检察权，以此与检察机关的名称相对应。可以说，以法律监督为内容的检察权是一个从内容到形式都十分中国化的概念。我认为，重要的不是概念本身，而是这一概念所反映的内容是否具有正当性。

那么，什么是检察权呢？对于这个问题，无论对检察权持肯定态度的学者还是持否定态度的学者，均基本一致地将检察权定义为法律赋予检察机关的职权。<sup>3</sup>因此，检察权的界定，应当从检察二字的辨析入手。我国学者认为，“检察”，从字面意义上看，是检验、比较、分辨、审看的意思。作为一种执法活动，指检察机关根据法律的授权，对法律执行和遵守情况进行的监督。<sup>4</sup>上述界定，力图将检察与法律监督相等同。因此，检察权从根本上说被认为是一种法律监督权。正是在法律监督权这一点上，引发了对我国检察权的争论。法律监督权是我国宪法和法律赋予检察机关的权能，也被认为是检察权的核心。因此，检察机关在我国被认为是法律监督机关。我国学者将法律监督理解为是指运用法律规定的手段，依照法律规定的程序，针对特定的对象进行的、能够产生法定效力的监督。在我国，法律监督特指人民检察院通过运用法律赋予的职务犯罪侦查权、公诉权和诉讼监督权，追诉犯罪和纠正法律使用中的违法行为来保障国家法律在全国范围内统一正确实施的专门工作。<sup>5</sup>将检察权界定为法律监督权，在我国是具有充分法律根据的，这是一种实然表述。但从应然性上考察法律监督权的正当性，就产生了观点上的明显分歧。

首先，法律监督权与检察职能的关系如何理解？对此，在理论上存在争议：第一种观点是将法律监督权与检察职能并列，认为两者同属于检察权。因此，检察权既包括人民检察院在刑事诉讼中的各种职权，如侦查权、公诉权，还专指人民检察院对刑事诉讼实行专门监督。<sup>6</sup>第二种观点反对将公诉职能与法律监督职能视为两个彼此独立的职权，认为检察机关的法

法律监督职能和公诉职能是一种职能的两面，一个问题的两个方面。<sup>7</sup>按照上述第二种观点，公诉职能与法律监督职能具有同一性。换言之，法律监督职能体现为公诉职能，并通过公诉职能实现，没有独立于公诉职能以外的法律监督职能。如果把审查起诉理解为法律监督，那么，被害人自诉为什么就不是法律监督？如果把抗诉理解为法律监督，那么，被告人上诉为什么就不是法律监督？这里的法律监督的客体是谁：法院还是被告人？指称不明。<sup>8</sup>其实，对于法院来说，不告不理，告诉才理是一种常识。就不告不理来说，起诉确实具有启动审判程序之功能，而且通过诉因制度，<sup>9</sup>限制法官的审理范围，从而体现程序公正的价值，有效地制约国家权力的膨胀，充分保障被告人的权益。但将这种起诉职能理解为法律监督，未免使法律监督虚无化。如果按照上述第一种观点，在公诉职能以外，又有一种法律监督职能，则这种法律监督职能的行使会带来第二个问题，即能否既当运动员又当裁判员？

如果不甚恰当地将刑事司法活动比拟为一种竞技活动，那么，控辩双方是运动员，而法官是裁判员。在这种情况下，作为当事人的检察官如果享有对法官的法律监督权，那么，确实存在一个既当运动员又当裁判员的悖论。这里的运动员，是指检察官本身是刑事诉讼的当事人，具有控方的身份。这种控方的地位决定了检察官具有胜诉的欲望。由于公诉权只是一种程序性权力，即所谓司法请求权，它本身不具备终结性即最终判定性和处罚性，而是国家刑罚权实现的准备和条件，在刑事司法过程中具有承前启后的作用，它所包含的实体性要求只有通过审判才能最终实现。<sup>10</sup>在这种情况下，如果检察官享有对法官的法律监督权，势必破坏控辩之间的对等关系，动摇法官的中立地位，使检察官成为“法官之上的法官”。检察官之所以不能成为“法官之上的法官”，这是由控审关系所决定的。控诉与审判是两项基本的诉讼职能，控审分离是现代刑事诉讼的基本原则。控审分离表示，控诉和审判这两种职能应当由不同的诉讼主体来承担。唯有如此，才能实现审判的公正性。审判作为一种司法裁判活动，具有中立性。<sup>11</sup>因为审判包括审和判两个方面：审是指审理，这种审理活动是由各个诉讼参与人参加的，在这种审理活动中法官是主持者。判是指裁判，即判断。在刑事诉讼中，是指对有罪还是无罪、罪重还是罪轻的一种判断。在这个意义上，裁判权是一种判断权。<sup>12</sup>就审和判两个方面的比较而言，审是判的前提与基础，判是审的结论与后果，因此，判是核心。如果说，审理是在法官主持下通过各方诉讼当事人的职能活动完成的，那么，判是由法官独立完成的。正是在这个意义上，法官的审判要求具有中立性，它不受制于任何人。因此，法官所持的是一种纯粹而超然于控辩双方的法的立场。只有控审分离，法官的这种法立场才能保持其纯粹性与超然性。对于法官的判决，除终局性判决以外，控辩双方都可以提起上诉，<sup>13</sup>以启动上一审级的审判。尽管如此，法官判决的中立性是毋庸置疑的。

我国法律虽然将起诉权与审判权分别赋予检察院和法院行使，但又赋予检察机关以法律监督权。1979年刑事诉讼法第112条第2款规定：“出庭的检察人员发现审判活动有违法情况，有权向法庭提出纠正意见。”这一规定被认为是赋予了检察官对审判活动的法律监督权。1996年修正的刑事诉讼法第169条将上述规定修改为：“人民检察院发现人民法院审理案件违反法律规定的诉讼程序，有权向人民法院提出纠正意见。”上述规定将监督主体由出庭的检察人员修改为人民检察院，由此引出刑事诉讼法修改以后，公诉人是否还有当庭监督的权力的争论。学理上一般认为，检察官仍然具有当庭监督的权力。<sup>14</sup>其实，对于法院的庭审活动中的违法行为，不仅检察官可以当场纠正，被告人及其辩护人难道就无权当场纠正？如果被告人及其辩护人也可以当场纠正，是否意味着被告人及其辩护人也享有法律监督权呢？当然，由于刑事诉讼法的专门授权性规定，检察官对于庭审活动享有引人注目的法律监督权，并且这种法律监督权是独立于公诉职能的。由此，在一定意义上说，检察官就成为“法官之上的法官”。<sup>15</sup>显然，检察官不能成为“法官之上的法官”，这是从控审分离原则中引申出来的必然结论。<sup>16</sup>相对于法官的裁判权，检察官的公诉权只能是一种司法请求权，它本身不是裁判权，因而不具有司法权的性质。在这个意义上说，公诉权是一种行政权，即犯罪追诉权。

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。为此，必须通过起诉，指控并支持控诉以确定被告人刑事责任的有无及轻重。<sup>17</sup>正是公诉权的这种行政性，决定了在刑事诉讼中，行使公诉权的检察官是与被告人在法律地位上对等的当事人，这就是所谓“检察官的当事人化”。<sup>18</sup>在审判程序中，检察官只有归位为刑事诉讼中的当事人，行使公诉权，才能形成与被告人的对等地位，使之具有“平等的武装”(equality of arms)，<sup>19</sup>以保证法官在具有中立性与超然性的情况下作出裁判。

## 二

检察官不能成为“法官之上的法官”，那么，是否可以成为“法官之前的法官”呢？我的回答是肯定的。这里涉及检警关系（在一定意义上也就是侦检关系），即检察机关与警察机关的关系。我国公安机关行使警察权，这里的警察权是一种行政权，对此并无争议。在警察权中包含侦查权，由于侦查行为是刑事诉讼行为，因此公安机关也往往被称为司法机关。如果基于司法机关即行使司法权的机关这样一种逻辑，侦查权也会被认为是一种司法权。<sup>20</sup>我认为，司法权是一种裁判权，侦查活动只是为法官裁判奠定基础，因此，不能认为侦查权是一种司法权。在某种意义上我们可以采用追诉权这个概念，以此涵括侦查权和公诉权。<sup>21</sup>追诉权是国家专门机关对犯罪的一种追究活动，这种活动的目的是使犯罪受到法律的追究。因此，我认为追诉权本身并不是司法权而是行政权。追诉权使警察、检察官成为一体化的控告方，而与辩护方形成对峙关系。

在追诉权行使的主体中，通常包括警察和检察官。可以说，追诉权中的侦查权主要是由警察来行使的。但警察权不止于侦查权，更主要的是行使治安管理职能。在法国，警察分为行政警察与司法警察。法国学者在论述行政警察与司法警察的区别时指出：行政警察所做的努力集中在预防犯罪。对于行政警察而言，就是要防止社会秩序受到扰乱，并且在必要情况下，尽可能快地恢复受到扰乱的秩序。行政警察应当通过现场指挥，以其指令，并且在必要时，以其行动，让人们遵守法律与条例、规章，同时尊重人的自由。但是，在行政警察的这一作用并未完全实现，社会秩序实际受到扰乱，行政警察只能通过其权力范围内的手段部分恢复受到扰乱的秩序时，如果有人实行了某种犯罪，这时就有必要查找谁是犯罪行为人，以便对他们提起公诉。这种调查职能已不再属于预防性质，而属于制裁性质（或者更确切地说，具有对制裁给予合作的性质）。这一调查职责（*fonction d'investigation*）是司法警察应当履行的职责，它明显不同于行政警察的职责。<sup>22</sup>尽管行政警察与司法警察具有职能上的密切联系，但两者的职能分工也是十分明显的，侦查权主要是由司法警察来行使。那么，司法警察是否独立地行使侦查权呢？从各国法律规定来看，司法警察的侦查权是在检察官的指挥下行使的。这里涉及侦检模式。关于侦检模式，我国学者认为主要有以下三种：<sup>23</sup>（1）主导型，这种类型的国家十分强调刑事司法的高度集中统一，在调查追诉的过程中偏重对诉讼效率的追求，因而为了防止侦查机关可能出现的离心倾向，往往将侦查指挥权、侦查监督权集中赋予检察机关，并在检察机关的统一领导下由双方共同行使侦查权。在侦查的整个过程中，检察机关居于主导地位。（2）指导参与型。采取这种模式的典型国家是美国。虽然从表面上看美国的检察机关与警察机关是一种十分松散的关系，但检察官对警察侦查取证活动的指导参与作用是不容忽视的。（3）协助型。在日本，一般认为，侦查的目的之一是为公诉作准备，而提起公诉和维持公诉的责任属于检察官，这就需要检察官和司法警察职员在犯罪侦查上相互协助，也需要检察官从公诉的角度对司法警察职员的侦查行为进行制约，故日本刑事诉讼法赋予了检察官一定的指示、指挥权。上述各种侦检模式，都在一定程度上体现了侦检的一体化，有利于检察官对侦查活动的有效控制。

侦检一体，实质上就是检警一体。这种一体化的模式，我认为是由刑事诉讼理念所决定的。刑事法治普遍认同的一项基本原则是审判中心主义。审判中心主义指审判(尤其是第一审法庭审判)是决定国家对于特定的个人有无刑罚权以及刑罚权范围的最重要阶段，未经审判，任何人不得被认为是罪犯，更不得被迫承受罪犯的待遇。具体来说，审判中心主义有两层含义：一是在整个刑事程序中，审判程序是中心，只有在审判阶段才能最终决定特定被告人的刑事责任问题，侦查、起诉、预审等程序中主管机关对于犯罪嫌疑人罪责的认定仅具有程序内的含义，对外不产生有罪的法律效果。二是在全部审判程序当中，第一审法庭审判是中心，其他审判程序都是以第一审程序为基础和前提的，既不能代替第一审程序也不能完全重复第一审的工作。<sup>24</sup>审判中心主义确立了庭审作为刑事诉讼程序的中心，而庭审又以抗辩形式展开，由此能够实现惩治犯罪与保障人权的双重目的。与审判中心主义相对立的是侦查中心主义，侦查中心主义强调侦查程序在刑事诉讼中的核心地位，仅仅根据侦查阶段做成的调查笔录进行审判，即所谓“书面审判”。也就是说，案件在侦查阶段实际上就已经决定了(所谓侦查中心主义)，审判被架空，这就偏离了审判中心主义。<sup>25</sup>我认为，侦查中心主义还是审判中心主义，实际上是刑事诉讼理念之争。侦查中心主义将侦查放在重要位置上，而侦查活动具有行政性，因而忽视了刑事诉讼的司法性。而审判中心主义将审判放在中心位置上，使侦查以及其他追诉活动从属于审判，而审判活动具有司法性，因而淡化了刑事诉讼的行政性。以审判为中心建构刑事诉讼结构，必然使侦查活动和起诉活动成为审判的一种准备活动，最终服从法院的裁判。因此，就必然以起诉制约侦查，使侦查服从起诉，这就为检警一体提供了理论根据。

我国现行的刑事诉讼程序是由公、检、法三道工序组成的一条司法流水线，因而既不同于侦查中心主义，也有别于审判中心主义，是一种无中心主义，我国学者称为诉讼阶段论。<sup>26</sup>根据这种诉讼阶段论，侦查、起诉与审判分别是三个独立的诉讼阶段，三个诉讼阶段分别由公安、检察、法院行使侦查权、起诉权和审判权。只是在侦查权上，以公安为主、检察为辅共同行使。公、检、法三机关分别行使职权，互相制约互相配合，成为我国刑事诉讼结构的一大特色。但这种司法流水线式的刑事诉讼结构，虽然是侦查、起诉与审判三个诉讼阶段平行，循序渐进，但由于侦查居于启动的地位，从而不可避免地具有侦查中心主义的倾向。“公安局是做饭的，检察院是端饭的，法院是吃饭的”，这句俗语形象而深刻地描述了我国刑事诉讼的侦查中心主义特征。在这种情况下，侦查活动缺乏应有的控制。

从各国刑事诉讼结构看，对于侦查实行双重控制，一是行政控制，二是司法控制。这里的行政控制主要是指检察官对于侦查的控制，而司法控制主要是法官对于侦查的控制。关于检察官对于侦查的控制，主要涉及检警关系。如上所述，在我国刑事诉讼结构中，公安与检察是并列的两个机关，虽然检察机关享有法律监督权，对于公安机关具有侦查监督权，但由于公安机关与检察机关是一种互相配合互相制约的关系，因此这种侦查监督只是结果的监督而不是过程的监督，是一种静态监督而不是动态监督。因此，缺乏侦查监督的有效性。在这种情况下，我国学者提出了完善我国警检关系的构想，<sup>27</sup>这种构想基于检察机关实施监督的置后性和被动性往往导致难以有效预防和及时纠正侦查违法，不利于保障犯罪嫌疑人及其他有关公民的合法权益不受侵犯的现状，认为应当强化警、检关系中的制约机制。更有学者明确提出侦、检一体化模式，<sup>28</sup>认为应当确立检察官在侦查阶段的主导核心地位，并增强检察机关对侦查程序的监控力度，使侦查机关的所有诉讼程序，特别是调查、取证行为，必须服从检察机关的领导、指挥和监督，从而使检察官真正成为影响侦查、公诉程序进程的核心力量。尽管侦查机关的法定职能分工仍然是以侦查为本，但不再赋予其完全独立的司法权力，即明确规定侦查权完全是一种依附于检察权的司法权力，废除调整公、检两机关之间相互关系的所谓“分工负责”及“相互制约”的诉讼原则，这是侦、检一体化模式的基本理念。我认为，以侦检一体化为内容的检警一体模式是从侦查中心主义向审判中心主义转变的一项重

要而有效的改革措施。检警一体是指为有利于检察官行使控诉职能，检察官有权指挥刑事警察进行对案件的侦查，警察机关在理论上只被看作是检察机关的辅助机关，无权对案件作出实体性处理。<sup>29</sup>这种警检一体化的侦查体制赋予检察官主导侦查的权力，为其履行控诉职能打下了良好的基础。

我国学者对检警一体化提出质疑，主要理由有三：<sup>30</sup>其一，从现代检察制度设立的意义看，需要保持检警的适当分离以形成必要的“张力”，从而维持对侦查进行“过滤”以及对侦查活动实施法律控制的机制。其二，将刑事警察从警察机关剥离，将大大损害刑事警察的侦查能力。其三，由检察官全面负责刑事侦查在一定程度上是强其所难，不利于保证侦查的专业化和实现侦查的效能。针对上述三点理由，我提出以下三点为检警一体化辩护理由：首先，检警一体化并不是否认检警的分离，而是以这种分离为前提的职能上的一体，而非组织体制上的一体。因此，检警一体是为了更有效地加强对侦查活动的法律控制。其次，在检警一体化原则下，行政警察与刑事警察（即司法警察）在职能上剥离，而且刑事警察的侦查活动将服从检察官的指挥，可以增强侦查活动的有效性与合法性，而不是相反。至于侦查能力，取决于各种因素，离不开各个机关，乃至社会公众的配合与协助，并不会因为行政警察与刑事警察的分离而下降。例如，缉私警察队伍的建立，事实证明有利于侦破走私犯罪案件。以后还将建立税务警察等，警察机关的专门化可以说是一个发展方向。最后，由检察官主导侦查活动，并不是由检察官包办侦查活动。警察从事一线侦查，检察从事二线侦查。<sup>31</sup>两者分工不同，正可以各显其能。侦查活动是一种查获犯罪并保全犯罪证据的活动。因此，侦查活动可以分解为两部分：一是查获犯罪，即所谓破案，也就是专门调查。<sup>32</sup>

二是保全证据，这是为证明犯罪而实施的调查取证活动。破案，具有经验性，是警察侦查的内容。而保全证据，则具有法律性，是检察侦查的内容。我认为，对于侦查内容的上述区分是符合实际的。检察官主导侦查活动，主要是指在保全证据中起指挥作用，在刑事警察的协助下完成。这一任务，检察官完全能够承担，而且是最佳的承担者。因为警察往往缺乏法庭意识与证据意识，往往认为只要将刑事案件破获，就万事大吉。而只有检察官最清楚在法庭上证明犯罪需要哪些证据，可以及时指挥警察搜集为庭审所必需的各种证据。

### 三

检警一体化，只是强化了检察官对侦查活动的行政控制。更为重要的是，检察官还应当具有对侦查活动的司法控制权。只有在这个意义上，检察官才能成为“法官之前的法官”。这里涉及检察机关的批准逮捕（简称批捕）权的问题。<sup>33</sup>

对于侦查活动的司法控制，在法治国家一般是由法官（主要是预审法官）承担的。我国学者指出：侦查程序中存在的最大“诉讼”问题是如何对那些涉及公民权益的侦查行为进行司法审查的问题。在这方面，西方各国普遍建立了由法官颁布许可令的“令状制度”。无论是逮捕、搜查、扣押、窃听还是羁押、保释或者其他强制性措施，司法警察或检察官都要事先向法官或者法院提出申请，后者经过专门的司法审查程序，认为符合法定的条件后，才能许可进行上述侦查活动。这样，强制措施的实施必须取得法官的授权和审查。侦查机构只能在法定特殊情况下才能自行实施上述措施，但要立即送交法官或者法院作出决定。<sup>34</sup>

上述侦查控制模式，体现了“司法最终裁决”原则，即法院的司法裁判不限于庭审，而是向前延伸到整个追诉过程中，尤其是对侦查活动实行严格的司法控制。应该说，这一模式更能体现控辩对等、保障犯罪嫌疑人的权利这一现代刑事法治原则。因为基于“没有裁判，就没有司法”的理念，任何司法活动都必须要有裁判，而且这种裁判还必须是由中立的第三方基于法的立场而作出的。而检警双方同属于追诉方，由追诉者自行决定对被追诉人，即犯

罪嫌疑人、被告人的强制措施，在没有充分的法律保障的情况下，不利于保障被迫诉人的权利。

我国刑事诉讼程序，基于诉讼阶段论的理念，分为侦查、起诉、审判这三个互相衔接的阶段。侦查实行职能分工，除检察机关管辖渎职侵权犯罪案件和国家工作人员职务犯罪案件的侦查以外，其他绝大部分案件都由公安机关管辖（其中，危害国家安全的犯罪案件由国家安全机关管辖）。公安机关（包括国家安全机关，下同）在侦查过程中，享有立案权、撤案权、搜查权、扣押权、通缉权、传唤权、拘传权、刑事拘留权。由此可见，公安机关享有广泛的权力。以刑事拘留权为例，根据我国刑事诉讼法第 69 条规定，公安机关对被拘留的人，认为需要逮捕的，应当在拘留后的 3 日以内提请人民检察院审查批准。在特殊情况下，提请审查批准的时间可以延长 1 日至 4 日。对于流窜作案、多次作案、结伙作案的重大嫌疑分子，提请审查批准的时间可以延长至 30 日。外国警察没有这么大的权力，涉及剥夺犯罪嫌疑人的人身自由的，均由法官批准。只是警察可以在紧急情况下采取无证逮捕。在日本无证逮捕或收到被扭送的嫌疑人后至请求法官批准羁押的时限，总计不得超过 72 小时。在英国，警察进行无司法令状逮捕后应在 24 小时以内移送治安法院，对被怀疑从事恐怖活动者羁押期限可延长至 48 小时，在特殊情况下，内政大臣可以下令延长 5 日。<sup>35</sup>

我国警察享有如此之大的侦查权，是有悖于刑事法治理念的。我认为，一个国家的刑事法治水平与警察权的大小是成反比的：警察权越大，刑事法治水平越低；警察权越小，刑事法治水平越高。<sup>36</sup>

当然，警察权的大小只是衡量一个国家刑事法治水平高低的一个指数。有鉴于此，我国学者提出在侦查程序中构建中立司法机构的审查和控制机制，建立所谓的“程序性裁判”制度，使侦查程序中所有的重大限制人身权利和自由的行为都纳入司法审查和诉讼的轨道。<sup>37</sup>

在我国刑事诉讼结构中，对公安机关侦查活动实行监督的是检察机关，检察机关的侦查监督措施主要是指立案监督。刑事诉讼法第 87 条规定：检察机关认为公安机关对应当立案侦查而不立案侦查的，应要求公安机关说明不立案的理由。检察院认为公安机关不立案理由不能成立的，应当通知公安机关立案，公安机关接到通知后应当立案。我认为，加强对公安机关侦查活动的监督是十分必要的，目前引入法院的司法审查程序尚有一定难度。在这种情况下，将目前公安机关享有的立案权、撤案权以及采取拘留、扣押、搜查等强制性侦查措施的权力赋予检察机关，从而形成对公安机关的侦查活动的有效控制，是较为可行的方法。

这里涉及需要讨论的重大问题是批捕权由谁行使。我国刑事诉讼法规定，批捕权由检察机关行使。因此，批捕被认为是侦查监督的重要形式，各级检察机关内设机构中，将行使批捕职权的部门称为侦查监督部门就是一个明证。基于批捕权具有程序性裁断的性质，我国学者提出了批捕权的优化配置的命题，认为：在刑事诉讼中，批捕权是一项重要的司法权力，应该由人民法院来行使；并应通过设置上诉程序，来保障其公正实现。具体运作程序可设定为：在刑事诉讼中，侦查人员及检察官认为需要逮捕犯罪嫌疑人或被告人时，应当向法庭提出请求书，并须向法庭公开逮捕的理由。如果法官认为完全符合逮捕条件时，应该裁定批准逮捕，并及时签发逮捕证；如果法官认为理由不成立或不充分时，应裁定不予批准逮捕，并应在裁定书中阐明不批准逮捕的理由。当侦查人员及控、辩双方对法庭裁定持有异议时，都有权在法定期间内向上一级法院提出上诉。<sup>38</sup>

这一观点的提出，引起强烈反响，并引出了反驳意见，主要理由是：（1）批捕权是法律监督权的重要组成部分，它由专门的法律监督机关——人民检察院来行使是合乎逻辑也是合乎法律的。（2）由检察机关行使批捕权是与我国的刑事诉讼体制和诉讼目的相符合的。（3）我国检察机关行使批捕权已经形成了完善的监督体制和有效的救济程序。<sup>39</sup>

关于批捕权到底是由检察官行使还是由法官行使的争论，主要集中在以下三个问题上：一是应然与实然。主张批捕权应由法官行使的观点从应然性角度进行了法理论证，尤其从控

辩对等理念出发,认为对于承担控诉职能的检察机关来说,如果再享有批捕的权力,不仅打破了控辩双方的平等性,使得控辩双方平等对抗原则难以真正发挥作用,而且也使得辩护一方的诉讼地位呈客体化趋势,程序的正当性也就难以体现出来。由于法官能够对控辩双方保持一种不偏不倚的超然中立态度,这样更有助于公正地把握批捕权的运作。<sup>40</sup>

这在法理上是能够成立的。而主张批捕权应由检察官行使的观念则偏重于从实然性角度加以辩护,论证差强人意。但其中提出如果由法院行使批捕权,致使法院在审判之前陷于与审判结果的利害关系之中的观点,似有一定道理。当然,如果由预审法庭(官)来承担批捕职能,则不存在这个问题。二是批捕权的性质。主张由法官行使批捕权的观点是认为批捕权是一种程序性裁判权,具有司法权的性质,而检察机关是行政机关,因此不应由检察官行使批捕权。<sup>41</sup>

而主张由检察官行使批捕权的观点,虽然明确承认批捕权是一种程序性权力,但对这种权力的性质未作深入分析,只是强调检察机关作为代表国家行使公诉权的追诉机关,为了保证侦查活动和公诉活动的顺利进行而行使批捕权,自然是顺理成章的。<sup>42</sup>

我认为,批捕权是一种裁判权,是一种程序性裁判权。例如日本刑事诉讼法中,把逮捕包括在“羁押的裁判”中。<sup>43</sup>

因此,批捕权具有司法权的性质。它与起诉权不同,起诉权只是一种司法请求权,因此是行政权而非司法权。当然,肯定批捕权是司法权,并不能从检察权是行政权,而行政机关不能享有司法权中得出检察机关不应享有批捕权的必然结论。三是批捕权与法律监督权的关系。主张由法官行使批捕权的观点认为,检察机关的侦查监督仅指对侦查活动是否合法进行监督,并不包括审查批捕。<sup>44</sup>

而主张由检察官行使批捕权的观点则认为,批捕权的设置,无论是从立法原意,还是从司法实践上讲,都体现了其监督权的属性。<sup>45</sup>

就这一问题而言,我认为批捕权显然具有侦查监督之内涵,这是不能否认的。当然,这与检察机关是否具有法律监督机关的性质是两个问题。即使检察机关不是法律监督机关同样也可以赋予批捕权。反之,也不能简单地认为批捕权是一种法律监督,而检察机关是法律监督机关,因此得出结论:批捕权应由检察机关行使。我认为,这是一种实然的推理,而非应然的论证,缺乏说服力。

基于以上考虑,我认为,根据我国当前的刑事司法体制,在检警一体化的前提下,由检察官行使批捕权,以此作为对警察侦查的一种司法控制形式,是可取的。当然,检察机关自行侦查案件的批捕权,拟由法院行使批捕权为好。主要理由在于:我国检察机关在刑事诉讼中的法律地位具有特殊性,尤其是在一府两院的体制没有改变的情况下,检察机关历史形成的这种法律地位应当受到尊重。随着刑事法治的发展,更应当受到限制的是警察权而不是检察权。就此而言,以检察权制约警察权具有客观上的妥当性。在检警一体化的情况下,由检察机关对公安机关的侦查活动实行行政的与司法的双重控制,能够在一定程度上保障犯罪嫌疑人的诉讼权利。因此,应当使检察官成为“法官之前的法官”,<sup>46</sup>

对公安侦查活动行使包括批捕在内的司法裁判职能。

#### 四

检察官成为“法官之前的法官”,使检警关系发生重大变化,为审判中心主义的实现创造了条件,同时也带来检察权行使方式的改革。

检察机关实行检察一体原则,这是各国检察制度的通例。检察一体是指各级检察机关、检察官(检察人员)依法构成统一的整体,各级检察机关、检察官在履行职权、职务中根据

上级检察机关、检察官的指示和命令进行工作和活动。<sup>47</sup>

检察一体原则体现了检察机关的行政性，检察官基于“上命下从”原则行使职权。但检察事务又具有司法性，因而检察一体并不否认检察官行使职权的独立性。例如，日本检察官制度的特色在于：行使检察权的不是检察厅，而是各个检察官。尽管检察权由各个检察官独立行使，但检察官在全国作为一个整体活动，检察官的决定被认为是检察机关整体的决定，这就叫检察官一体原则。<sup>48</sup>

因此，检察一体是以检察官履行职务的独立性为前提的。在这个意义上，日本检察官在执行检察事务时被视为“各自独立的官厅”，即检察官是以自己的名义并由自己负责来处理分配给他的检察事务。<sup>49</sup>

检察官行使职权的独立性是司法活动的亲历性的必然要求，符合司法活动的规律。

我国检察机关长期以来具有明显的行政化管理的特征，实行的是“检察人员承办，部门负责人审核，检察长或者检察委员会决定”的办案制度。在这种情况下，检察官作为案件的承办人实际上并没有对案件的决定权，而是听命于科（处）长和主管检察长，对案件审理采用行政手段管理，既挫伤了承办人的积极性又降低了办案效率。为此，我国检察机关推行了主诉检察官办案责任制度。主诉检察官制虽然被定位为是一种办案责任制，<sup>50</sup>

但它已经涉及检察权行使方式上的改革，即向检察官独立行使职能迈出了第一步，因而具有重要意义。

在推行主诉检察官办案责任制过程中，提出了一个检控分离的问题。我国学者指出：为了更好地适应刑事诉讼法修改后控辩双方对抗力度加大、程度加深的庭审方式，建立和推行检控检察官分离制度是一种可尝试的刑事检察办案制度。该制度的内容是：在现有法律框架内，通过对检察机关内部机构设置的某种调整及对检控检察官职务、职责的定位，建立一种主控检察官、事务检察官和检察书记官组成的刑事检控检察官分离制度。在这种制度下，主控检察官与事务检察官具有不同的分工：事务检察官主要面对侦查，对侦查进行动态的制约；主控检察官主要面对法庭，在庭审中形成与辩方的有力对抗，从而形成一种以庭审公诉为中心，以起诉制约侦查的合理办案机制。<sup>51</sup>

检控分离制度以主控检察官为主导，由事务检察官主要承担对侦查活动的控制，从而理顺公、检、法的关系，具有一定的意义。尤其需要指出的是，事务检察官的职责主要在于对警察侦查实行控制，以往这种控制主要是通过对案卷的书面审查采取退回补充侦查（根据刑事诉讼法规定，以两次为限）实现的。这种退回补充侦查具有事后补救的性质，由于时过境迁，侦查人员工作重点的转移，效果不能尽如人意。在这种情况下，某些检察机关实行捕诉合一的办案机制。在这种捕诉合一的办案机制下，以一名检察官为主，辅之以数名助理检察员、书记员组成相对独立的执法主体，主控检察官在检察长领导下，独立承担案件审查批捕、审查起诉、提起公诉的全部法律职能，相对独立地行使权力和承担义务。<sup>52</sup>

这种捕诉合一的办案机制，改变了传统的捕诉分立、以起诉制约批捕的刑事检察办案机制，突出了对侦查活动的制约。由于批捕与起诉由同一名检察官承担，因此在批捕条件上就会按照最低限度的起诉条件来掌握，使审查批捕真正成为公诉前期的预备阶段，从而有效地提高了公诉案件的质量。当然，无论是检控分离还是捕诉合一，都还是在现行法律框架内的改革，没有从根本上触及检警关系。实现检警一体化，检主警辅的侦查控制模式，尚有待于立法的修改。

在刑事法治背景下，检察权的行使，我认为应当以控制公安机关的侦查活动为方向。由于检警同为控诉方，具有共同的利益追求，因此，检察官之成为“法官之前的法官”还须引入辩护方的制约机制。换言之，在侦查阶段就应当形成即对立又对抗的控辩关系。在刑事诉讼理论上，存在审问式模式与弹劾式模式之分。<sup>53</sup>

审问式模式是一种两方组合：控辩双方对立而不对抗，并且地位不对等，没有中立的裁

判者。弹劾式模式是一种三方组合，控辩双方对立而对抗，并且法官作为第三方介入侦查，居于三角结构的顶端。<sup>54</sup>

如前所述，我国目前在侦查程序中引入法官的裁判尚不具备条件。在这种情况下，通过加强辩护方在侦查程序中的抗辩能力，与警察侦查形成对立而对抗的关系。在此基础上，由检察官承担裁判者的角色，形成审前的三角结构。在庭前，无论是侦查阶段还是起诉阶段，检察官是“法官之前的法官”：对于是否立案，是否采取强制措施和是否起诉享有裁判权。一旦决定起诉，进入庭审程序，检察官行使控告权，辩护人行使辩护权，法官居中审判。因此，在庭审的三角结构中，检察官是当事人，不能成为“法官之上的法官”。

图

## 五

经过上述理论跋涉，我们可以最终回到检察权性质这个问题上来。撇开检察权与法律监督权的关系不说，就检察权是行政权、司法权还是具有行政权与司法权两重属性而论，我赞同双重属性说。在一定意义上，也可以说检察机关是准司法机关，享有一定的司法权。

把检察权定性为行政权的观念，是基于对司法权特征的认识，认为司法权与行政权相比，具有以下特征：（1）终结性；（2）独立性；（3）中立性；（4）消极性和被动性；（5）个别性；（6）专属性或不可转授性。通过以上分析得出结论：检察权的权力特征和其机构设置与国家司法权的内在属性是完全背离的。检察机关只能成为代表国家承担控诉职能的公诉人，而公诉权在本质上只是一种相对的请求权而非裁判权。<sup>55</sup>

而把检察权定性为司法权的观点，例如德国学者，主要是基于检察权与审判权的“接近度”以及检察官与法官的“近似性”。<sup>56</sup>

我国学者也有类似的观点，认为检察机关参加司法活动，在办理有关案件中采取措施，作出决定，是对个案具体事实适用法律的活动，符合司法权的特征。<sup>57</sup>我国通说是把检察机关定性为法律监督机关，检察机关行使的是法律监督权，检察权即法律监督权。我国检察权是作为一项相对独立的基本的国家权力而出现的，在国家机构体系中，它只受国家权力机关的领导和监督，与行政权、司法（审判）权处于平行的地位，而不同于西方国家把检察权附属于行政权或司法权的那种政体结构。<sup>58</sup>基于这种检察权自成一体的观点，对检察权的属性进一步加以分析，从而得出双重属性说，即检察机关兼有司法权和行政权的双重属性。在分析检察权的双重属性时，一般都认为检察一体使检察机关具有组织体制上的行政性，侦查权具有行政性，而公诉权具有司法性。<sup>59</sup>

由此可见，在检察权的性质问题上，存在重大分歧。

我认为，对于检察权的定性，首先要从司法权的本质属性来分析。司法权的本质在于判断，这种判断是以一定的纠纷存在为前提的，而且这是一种第三者的判断。<sup>60</sup>

这种判断，实际上就是一种裁判。只要存在中立的裁判，其活动就具有司法性。现在，在行政活动中也引入了裁判（例如听证程序等），因而出现了所谓行政司法化的倾向，即以司法方式行使行政权。同样，在司法活动中，如果控审不分，实行纠问式诉讼，也同样不会有真正的司法性，而只能是司法行政化。基于这种理解，我认为，在刑事诉讼中，侦查权与公诉权具有行政性。除审判权具有司法性以外，批捕权和不起诉权也都具有一定的司法性。

侦查权的行政性受到普遍认同，认为检察机关直接组织检察院官员实施侦查的行为，因其严密的组织结构和监督指挥关系，且突出行为的实效(破案)，具有明显的行政性质。<sup>61</sup>这一对侦查权的行政性的理解同样适用于警察侦查。警察侦查主要使命在于破案，这种破案侦查行为当然具有行政性。在这个意义上的警察侦查权属于警察权，是一种行政权。同样，检察机关管辖案件的侦查权，也属于行政权。检察侦查即基于检警一体原则，对警察侦查的行政控制权，例如日本刑事诉讼法规定检察官拥有以下三项权能：（1）一般命令权；（2）一般指挥权；（3）具体指挥权，都具有行政权的性质。但侦查程序中采取强制措施权力，例如羁押，包括我国的刑事拘留和逮捕，则具有司法性。因此，它不应包括在侦查权中，而是对侦查进行司法控制的权力。在日本，逮捕证请求权人是检察官或司法警察。接到逮捕证请求后，法官审查逮捕理由与必要性，签发逮捕证。在这种情况下，由法官进行“羁押的裁判”。<sup>62</sup>

而在我国刑事诉讼中，刑事拘留权由公安机关行使，在这个意义上说，使公安机关享有了一定的司法权。我认为，侦查程序中具有司法性质的裁判权，应由检察官行使，使警察权纯行政化，通过检察官的司法权限制警察权，此谓“法官之前的法官”。当然，检察机关自行侦查的案件，其刑事拘留和逮捕权由法官行使较为妥切。

起诉权，即公诉权，被认为是具有司法性质的权力。尤其是不起诉决定，与法院的免于刑事处罚和无罪判决具有相似的效力，是具有裁断性、终局性、法律适用性等司法特征的“司法”行为（适用法律进行裁决）。<sup>63</sup>

我认为，公诉权与不起诉权虽有关联，但又有区别，不可视为一体。公诉权是指检察官提起、维持公诉的权限。<sup>64</sup>

因此公诉权中并不必然包括不起诉权。不起诉权是与起诉裁量主义相联系的。在诉讼理论上，关于起诉存在起诉法定主义与起诉裁量主义之分。如果具备犯罪嫌疑与诉讼条件则一定起诉，这是起诉法定主义。与此相对，虽然具备犯罪嫌疑与诉讼条件，但在不必要起诉时，由检察官裁量作出不起诉决定，这是起诉裁量主义。在起诉法定主义的情况下，有案必诉，当然也就不存在裁量权，因而这种起诉权只是一种行政权而不具备司法性。在起诉裁量主义的情况下，检察官享有不起诉权，这种不起诉权具有裁判性，是一种消极的裁判权，因而是一种司法权。只不过在这种司法权的行使方式上，以往采取一种行政方式行使，而现在某些检察机关正在试行的不起诉案件听证制度，则使不起诉这种司法权的行使方式司法化。

<sup>65</sup>在提起公诉以后，公诉权就成为一种司法请求权，包括求罪权与求刑权。在这个意义上的公诉权不具有司法性，是一种刑事追诉权，具有行政权的属性。

综上所述，我认为刑事法治视野中的检察权具有行政权与司法权的双重属性。关于行政权与司法权的关系，应当内在地加以协调。检察官在行使行政权的时候，是诉讼当事人，不能成为“法官之上的法官”。当检察官在行使司法权的时候，具有“法官”的职能，是“法官之前的法官”。

---

\*北京大学法学院教授。

<sup>1</sup>我国学者认为，司法权从广义上包括审判权和检察权，狭义上仅指审判权或裁判权。随着现代社会立法和司法的发展，司法权也不限于审判权，还包括宪法和法律的解释权、违宪审查权，甚至还包括司法行政权。参见王利明：《司法改革研究》，法律出版社2000年版，第8页。

<sup>2</sup>我国学者对我国法院体制的行政化倾向作了分析，其现象包括：①法院及法院法官的行政化；②法院相互关系的行政化；③法院内部审判业务运作方式的行政化；④法院人事管理的行政化。参见张卫平：“论我国法院体制的非行政化——法院体制改革的一种基本思路”，载《法商研究》2000年第3期，第4页以下。我认为，我国法院体制的行政化更重要的一个表现是：法院职权的行政化，即除行使审判权以外，还行使司法行政权和判决的执行权。这里的判决的执行权，除判处监禁刑由监狱执行，判处管制由公安机关执行以外，其他的刑事判决、民事判决、行政判决均由法院执行。法院职权的行政化，淡化了法院作为裁判机关的性质。因此，我国学者建议将民事（包括经济）、行政案件的执行权从司法中分离出去，与刑事案件的执行权统一移转给行政机关行使，让法院专司裁判。参见贺日升：“司法改革：从权力走向权威——兼谈对司法本质的认识”，载《法学》1999年第7期，第10页。

<sup>3</sup>前者的观点，认为检察院在刑事诉讼中主要行使四项职权，即对刑事诉讼实行法律监督权、批准逮捕权、侦查权和公诉权。参见张穹主编：《人民检察院刑事诉讼理论与实务》，法律出版社1997年版，第9页以下。后者的观点，认为检察权即国家赋予检察机关职务范围内的权力。参见郝银钟：“中国检察权研究”，载陈兴良主编：《刑事法评论》（第5卷），中国政法大学出版社2000年版，第92页。

<sup>4</sup>参见张穹：“当代检察机关的架构”，载《检察日报》1999年5月29日。

<sup>5</sup>参见张智辉：“‘法律监督’辨析”，载《人民检察》2000年第5期，第43页。该文认为，法律监督与监督法律的实施是两个不同的概念，并将法律监督与其他监督加以区分。

<sup>6</sup>我国学者认为，对刑事诉讼实行法律监督，是人民检察院法律监督职能在刑事诉讼中的体现。这种监督具有以下特征：①国家性和权威性；②特定性和专门性；③合法性和强制性。参见张穹主编：《人民检察院刑事诉讼理论与实务》，法律出版社1997年版，第9页。

<sup>7</sup>参见沈丙友：“公诉职能与法律监督职能关系之检讨”，载《人民检察》2000年第2期，第14页。

<sup>8</sup>关于监督客体，我国学者提出这样一种观点，认为提起公诉、支持公诉从广义上也属于法律监督的范畴，但是其监督对象是构成犯罪依法应当追究刑事责任的人，监督目的是为了代表国家将被告提交法庭，使其接受国家司法机关的审判。而刑事审判监督是狭义上的法律监督，是针对人民法院的审判活动是否合法，监督的目的是保障统一正确地行使审判权。参见张穹主编，见前引（6），第377页。

<sup>9</sup>我国学者指出：诉因，一般是指构成犯罪事实的主张。在当事人主义诉讼结构中，为了使辩护一方充分行使其防御权，检察官在起诉书中，除了记载具体事实外，还必须明示其诉因，具体指定所起诉的犯罪事实，法院只能就其诉因加以审判。参见郝银钟：“论‘复印件主义’公诉方式”，载陈兴良主编：《刑事法评论》（第6卷），中国政法大学出版社2000年版，第483页。

<sup>10</sup>参见徐静村主编：《刑事诉讼法学》（上），法律出版社1997年版，第220页。公诉权又可以分为程序公诉权和实体公诉权。行使具体的公诉权力，须满足一定的条件。公诉机关提起公诉，如果该项起诉符合法律程序上的条件（如管辖、时效等），法院就发生相应程序——对案件进行审理，这种引起诉讼程序发生意义上的公诉权，或称形式公诉权。行使程序公诉权的内在根据是实体公诉权。这种实体公诉权力基于国家维护内部安全即统治秩序的职能，它伴随被告人实施犯罪行为而发生，即被告人一旦实施刑法所界定的犯罪行为并应受刑事处罚，即产生国家对其进行追诉的权力，这种权力是国家刑罚权在公诉阶段的表现。同上书，第221页。公诉权作为司法请求权，主要是就实体公诉权而言的，是向法院提出追诉的请求。

<sup>11</sup>我国学者认为，司法（即审判）应当中立，这是由司法权（即审判权）的性质和特征决定的。参见齐延平：“司法权中立的内容构成”，载《法商研究》1999年第4期，第103页。该文对司法权中立的内容作了分析。

<sup>12</sup>我国学者指出：在国家权力结构中，行政权与司法权虽然同属执行权，但两者有区别。它们之间最本质的区别在于：司法权以判断为本质内容，是判断权，而行政权以管理为本质内容，是管理权。参见孙笑侠：“司法权的本质是判断权——司法权与行政权的十大区别”，载《法学》1998年第8期，第34页。关于司法是一种判断，我国学者还指出：所谓司法，是指司法机关（法院）依法对争议所作的具有法的权威的裁判。参见贺日升，见前引（2），第

7 页。

<sup>13</sup>我国将控方的上诉称为抗诉，以区别于被告人的上诉，似有控辩不对等之嫌。其实，无论是抗诉还是上诉，其功能都在于启动上一审级的审判，没有实质性的区别。

<sup>14</sup>我国学者指出：要根据违法情形的轻重和程度，尤其是违法行为能否影响公正裁判，采用不同方法和程序，加以纠正。对于一般违法行为，检察人员可以口头提出，当场纠正；对于较严重的违法行为，检察人员可以先口头提出纠正，然后再辅以书面纠正意见，即适用违法监督通知书的方式，以示严肃认真，令其纠正；对于违法行为可能影响公正审判的，检察机关可以在抗诉期间，依法提出抗诉，按照二审程序给以纠正。参见陈光中、严端主编：《中华人民共和国刑事诉讼法释义与应用》，吉林出版社 1996 年版，第 228 页。

<sup>15</sup>我国刑事诉讼中控、辩、裁三方的法律关系没有理顺。一方面是在庭审活动中检察官的法官化；另一方面是法官的检察官化。正如我国学者所指出：在我国的审判程序中，审判人员不是超越控、辩，居中裁判，而是过于热心地投身于形同追查的法庭调查之中。查证什么，怎样查证，均由其一手决定，并亲自实施，从而使裁判活动不可避免地带着追诉的成分，因而实际上或多或少地也行使着控诉职能，致使控诉与裁判融为一体，似分非分。参见李心鉴：《刑事诉讼构造论》，中国政法大学出版社 1992 年版，第 252 页。这种状况，在 1996 年刑事诉讼法修改以后有所改变，但法官的中立地位仍然有待加强。

<sup>16</sup>我国学者在论及检察官的诉讼地位时指出：检察官作为公诉人，有权对法庭审判活动实施法律监督，但这种监督实际上是他基于公正地追诉犯罪这一角度对法官所进行的制约和平衡，而没有任何特殊性和独立性。事实上，被告人及其辩护人也同样有权对法官进行相似的监督和制约。与被告方一样，检察官的这种诉讼监督和制约并不能使它处于“法庭之上”的地位。参见陈瑞华：《刑事审判原理论》，北京大学出版社 1997 年版，第 242 页。这里检察官处于“法庭之上”的地位，类似于本文所称检察官成为“法官之上的法官”。

<sup>17</sup>参见徐静村，前引（16），第 221 页。

<sup>18</sup>日本学者指出：应该尽可能分散检察官权限，同时应该确定当事人主义的地位，探索如何调和检察官的权限与现行法的当事人主义诉讼结构。参见田口守一：《刑事诉讼法》，刘迪等译，法律出版社 2000 年版，第 107 页。法国学者将检察官称为“主当事人”（*partie principale*），或“公众当事人”（*partie publique*）。法国学者指出：在刑事诉讼中，检察机关是诉讼的一方当事人。与民事案件的情况有所不同，检察机关在刑事案件中始终是主要当事人，而在民事案件中，检察机关有时是主要当事人，有时或者更为常见的是检察院仅仅是就两个对立个人之间的争议提出意见的从当事人。这是因为，在刑事诉讼中进行公诉的始终是检察机关，即使是在公诉由受到损害的当事人发动的情况下，检察机关仍然是主要当事人。参见卡斯东·斯特法尼等：《法国刑事诉讼法精义》（上），罗结珍译，中国政法大学出版社 1998 年版，第 131-132 页。

<sup>19</sup>“平等武装”这一表述最早被欧洲人权委员会所使用，该委员会认为，检察官与被告人（在刑事诉讼中）的程序平等（*procedural equality*）一般可称为平等武装，这是公正审判的一项内在要素。参见陈瑞华，见前引（16），第 261 页。

<sup>20</sup>我国学者认为侦查行为兼具司法和行政双重特性。侦查活动为正确判明案件事实最终实现国家刑罚权的司法活动提供基础，创造条件，因而是一种广义的诉讼行为，即具有司法性质。同时，侦查活动具有纵向管理特征和行政组织方式，因此又具有显著的行政性。参见徐静村主编，见前引（10），第 183 页。

<sup>21</sup>追诉权是依照国家法律规定，为了对犯罪嫌疑人适用刑罚，进行查证、指控、要求审判机关作出公正判决的一系列职能活动的总和，它与审判权是刑事诉讼宏观阶段职能不同的两项权力。作为侦查、起诉等控诉性质的权力则是追诉权实施中具体环节的职能形式，它们与追诉权之间同是包含与被包含、整体与分解的关系。参见高羊生、周志强：“追诉权、检警一体化与我国法律制度之研究”，载陈兴良主编：《刑事法判解》（第 3 卷），法律出版社 2000 年版。

<sup>22</sup>参见卡斯东·斯特法尼等，见前引（18），第 304 页。

<sup>23</sup>参见陈卫东、郝银钟：“侦、检一体化模式研究——兼论我国刑事司法体制改革的必要性”，

载《法学研究》1999年第1期,第58页以下。另有学者认为,考察世界主要国家的立法和实践,在处理刑事程序中的警、检关系方面,主要有以下模式:①警、检分立模式;②警、检结合模式。参见宋英辉、张建港:“刑事程序中警、检关系模式之探讨”,载《政法论坛》1998年第2期,第64页以下。

<sup>24</sup>参见孙长永:“审判中心主义及其对刑事程序的影响”,载《现代法学》1999年第4期,第93页。

<sup>25</sup>参见田口守一,见前引(18),第25页。侦查中心主义还是审判中心主义,和采取何种侦查构造论有关。日本学者提出了关于侦查构造论的三种观点:①纠问式的侦查观;②控辩式的侦查观;③诉讼上的侦查观。同上书,第25页以下。关于侦查与审判之间的本位关系的详尽论述,参见陈岚:“侦查程序结构论”,载《法学评论》1999年第6期,第58页以下。

<sup>26</sup>我国学者指出:由于司法领域分工越来越细、分权学说的影响、人权思想的发达以及适应同犯罪作斗争的需要,诉讼职能在不断地分化、发展并不断地整合,传统的审判中心论已为诉讼阶段论所取代。参见樊崇义主编:《刑事诉讼法学》,中国政法大学出版社1996年版,第39页。

<sup>27</sup>参见宋英辉、张建港,见前引(23),第66页以下。

<sup>28</sup>参见陈卫东、郝银钟,前引(23),第58页以下。侦、检一体化,我认为就是警检一体,参见拙作:“检警一体:诉讼结构的重塑与司法体制的改革”,载《中国律师》1998年第11期,第52页。

<sup>29</sup>关于检警一体原则中的检警关系与公检法三道工序的结构中的公检关系的区分,参见拙作:“内地刑事司法制度:理念、规范、体制之考察”,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第5卷),中国政法大学出版社2000年版,第42页以下。

<sup>30</sup>参见龙宗智:“评‘检警一体化’——兼论我国的警检关系”,载陈光中主编:《依法治国 司法公正——诉讼法理论与实践(1999年卷)》,上海社会科学出版社2000年版,第372页以下。关于否定检警一体化的理由,还可以参见倪兴培:“论司法权的概念与检察机关的定位——兼评侦检一体化模式”(下),载《人民检察》2000年第4期,第48页以下。

<sup>31</sup>关于警察侦查与检察侦查,日本刑事诉讼法的基本模式是:警察侦查结束后,案件移送检察官实施检察侦查。因此,检察侦查对于移送案件,从维持公诉的角度看,原则是补充侦查。警察侦查是犯罪发生后在真相不明的状态下开始侦查,检察侦查是在真相大致查清后实施,因此,两者性质不同。但是,①关于人身案件的侦查,因为移送后多被羁押在警察拘留所(代用监狱),因此存在检察侦查与警察侦查同时实施的倾向;②检察官直接受理的案件是检察侦查,从现实上看其性质与警察侦查没有不同,因此两者不做严密的划分。参见田口守一,见前引(18)第38页注①。

<sup>32</sup>侦查与侦察这两个概念是由区别的。可以说,侦查包含侦察,前者是后者的上位概念。日本学者指出:警察侦查是事实性、技术性以及有目的性的侦查,而检察侦查是法律性、规范性、规制性的侦查。参见田口守一前引(18),第98-99页。

<sup>33</sup>实际上不止批捕权,还涉及立案批准权,其他强制措施的批准权,将在下文论述。

<sup>34</sup>参见陈瑞华:“刑事侦查构造之比较研究”,载《政法论坛》1999年第5期,第93页。作为例外的是法国,法国的侦查活动由预审法官领导,有权直接采取强制措施。法国学者指出:预审法官的职权,归结起来,一方面是查找证据,另一方面是以司法裁判权性质的决定对证据作出评判。因此,预审法官既是负责查找证据的侦查员(agent d'information),又是法庭(jurisdiction)。参见卡斯东·斯特法尼,见前引(18),第385页。

<sup>35</sup>参见徐静村主编,见前引(10),第210-211页。

<sup>36</sup>日本学者指出:警察权的目的是维持社会公共秩序。实施警察权必须遵守下述三项原则:第一,警察公共原则,其中又包括三项原则。即不可侵犯私人生活原则、不可侵犯私人住所原则以及不干涉民事原则。第二,警察责任原则。即只对负有责任者行使警察功能。第三,警察比例原则。警察功能仅止于维持公共秩序必要的最低限度。参见田口守一,见前引(18),第37页。

<sup>37</sup>参见陈瑞华,见前引(16),第101页。该文未对“程序性裁判”主体作具体论述。据我向陈瑞华博士咨询,“程序性裁判”的主体是法官。

<sup>38</sup>参见郝银钟：“论批捕权的优化配置”，载《法学》1998年第6期，第49页。进一步的论述，参见郝银钟：“批捕权的法理与法理化的批捕权——再谈批捕权的优化配置及检察体制改革兼答刘国媛同志”，载《法学》2000年第1期，第19页以下。

<sup>39</sup>参见刘国媛：“也谈批捕权的优化配置——与郝银钟同志商榷”，载《法学》1999年第6期，第28页以下。另见张智辉：“也谈批捕权的法理——‘批捕权的法理与法理化的批捕权’一文质疑”，载《法学》2000年第5期，第37页以下。值得注意的是该文的以下这段总结性的观点：笔者并不认为由检察机关行使批捕权是最好的办法，但是，与法院或其它任何机关行使批捕权相比，检察机关行使批捕权更为适当，因此不失为最优化的权力配置。正是基于这一点，笔者建议，在法院内部没有设立预审法官的情况下，批捕权应当统一交由检察机关行使。同时通过立法赋予法院根据当事人的申诉对检察机关的批捕权进行审查裁定的权力，以防止批捕权的不当行使。参见上文，第39页。

<sup>40</sup>参见郝银钟，见前引（38），第47页。

<sup>41</sup>论者认为，检察权在本质意义上应隶属于国家行政权，检察机关应当定位为行政机关。参见郝银钟：“中国检察权研究”，载陈兴良主编：《刑事法评论》（第5卷），中国政法大学出版社2000年版，第128页。

<sup>42</sup>参见张智辉，前引（39），第38页。

<sup>43</sup>参见田口守一，见前引（18），第53页。

<sup>44</sup>参见郝银钟，见前注（38），第48页。顺便指出，论者对检察机关的法律监督权是持否认观点的，认为检察机关在我国宪政体制以及在刑事诉讼中都不应该定位为国家法律监督机关。检察官在刑事诉讼中只能是承担控诉职能的具有国家公务员性质的公诉人。参见郝银钟：“检察机关的角色定位与诉讼职能的重构”，载陈兴良主编：《刑事法评论》（第4卷），中国政法大学出版社1999年版，第311页。

<sup>45</sup>参见刘国媛，见前注（39），第28页。

<sup>46</sup>法国有立席司法官（magistrat debout 或 magistrat du parquet）与座席司法官（magistrat du siège 或 magistrat assis）之分。检察院的司法官在刑事法庭上被称为“parquet”。这是借指检察官在法庭上的席位（也用来指称“检察院”）。“parquet”一词在法语中有“地板”或“镶木地板”之意。这一名称来自旧制度时期，那时的国王检察官或律师与审判法官不在同一审判席上就座，而是同受到审判的人以及他们的代理人一样，站在审判法庭地板上进行诉讼。这一名称至今仍得到保留，尽管现在检察院司法官也同审判司法官一样，在法庭同一排座位上就座。参见卡斯东·斯特法尼等，见前引（18），第122-123页。这里的立席司法官也称为站着的法官，座席司法官是坐着的法官。由此可见，将检察官比喻为法官是有来由的，这也可以看作是“法官之前的法官”的一个佐证。

<sup>47</sup>参见张穹主编，见前引（6），第18页。

<sup>48</sup>参见田口守一，见前引（18），第105-106页。

<sup>49</sup>参见张穹主编，见前引（6），第19页。

<sup>50</sup>关于主诉检察官办案责任制的定位，参见龙宗智：“为什么要实行主诉检察官办案责任制——论主诉检察官办案责任制”，载《人民检察》2000年第1期，第19页。

<sup>51</sup>参见王新环：“检控分离制度研究”，载陈兴良主编：《刑事法评论》（第4卷），中国政法大学出版社1999年版，第359页。

<sup>52</sup>参见全弛：“主控检察官制——刑事检察机制的新探索”，载《人民检察》2000年第4期，第26页。

<sup>53</sup>关于侦查的审问式模式与弹劾式模式以及两种侦查模式的利弊比较，参见左为民：《价值与结构——刑事程序的双重分析》，四川大学出版社1994年版，第105页以下。

<sup>54</sup>两方组合与三方组合，被我国学者称为侦查程序横向结构的两种模式。参见陈岚：“侦查程序结构论”，载《法学评论》1999年第6期，第62页以下。

<sup>55</sup>参见陈卫东、郝银钟：“实然与应然：关于侦检权是否属于司法权的随想——兼答王天国先生”，载《法学》1999年第6期，第27页。

<sup>56</sup>参见龙宗智：“论检察权的性质与检察机关的改革”，载《法学》1999年第10期，第3页。检察权的司法权说主要是德国学者的观点，例如德国学者戈尔克称：检察官虽非法官，但“如

---

同法官般”执行司法领域内的重要职能。同上文，第3页。

<sup>57</sup>参见徐益初：“论检察权性质及其运用”，载《人民检察》1999年第4期。

<sup>58</sup>参见王桂五：“略论检察官的法律属性”，载《人民检察》1989年第9期。

<sup>59</sup>上述观点，参见谢鹏程：“论检察权的性质”，载《法学》2000年第2期，第14页以下；以及龙宗智：“论检察权的性质与检察机关的改革”，载《法学》1999年第10期，第3页以下。

<sup>60</sup>我国学者指出：司法判断是针对真与假、是与非、曲与直等问题，根据特定的证据（事实）与既定的规则（法律），通过一定的程序进行认识。参见孙笑侠，前引（12），第34页。

<sup>61</sup>参见龙宗智，见前引（56），第3页。

<sup>62</sup>参见田口守一，见前引（18），第49页。

<sup>63</sup>参见龙宗智，见前引（56），第5页。

<sup>64</sup>参见田口守一，见前引（18），第114页。

<sup>65</sup>关于不起诉案件听证制度，参见刘少英、邓中文：“建立不起诉案件听证制度的若干问题”，载陈兴良主编：《刑事法判解》（第2卷），法律出版社2000年版，第334页以下。

**“Using Law to Regulate Legislation,  
Using Legislation to Promote the Rule  
of Law: the New Law on Legislation in  
China”**

**從法律規範立法，用立法促進法治 –  
從《立法法》透視現行中國立法體制**

**Professor Huang Jian-wu**

**黃建武教授**

# 以法律规范立法，用立法促进法治

——从《立法法》看中国立法体制的发展与不足

黄建武\* 田绘\*\*

良好的立法是实行法治的前提，要规范国家权力的运行，保障公民权利的实现，首先要有良好的法律。但良法的制定依赖于适宜的立法体制，也就是说，适宜的立法体制是良法得以创制的保证。立法体制指由一国的立法权限、立法权之运行和立法权主体诸方面的体系和制度所构成的一个和谐有机的整体。<sup>①</sup> 中国立法体制的发展，从一个方面表现了中国法治的历史进程，特别是 2000 年 3 月九届全国人大通过的立法法确立了“一元两级多层”的立法体制，这可以是我国立法体制建设的一个重要里程碑。这部法律的意义不仅表明我国立法体制有了明确的法律依据，而且表明我国的立法体制建设已由自发走向自觉、由经验走向理性。但从这一部法律上看，我国立法体制中原存在一些问题仍没解决，如不解决则仍将制约我国实行法治。为便于分析，我们有必要首先大致回顾一下我国立法体制发展的简要历程。

## 一、中国立法体制的建立和发展

我国的立法体制建设，从建国至今可大致分为三个阶段。第一阶段为初创阶段，第二阶段为高度集中的立法体制建立的阶段，第三阶段为“一元二级多层”立法体制形成和确立的阶段。

（一）初创阶段为我国立法体制初步创立的阶段，时间上从 1949 年中华人民共和国成立到 1954 年宪法颁布实施。

1949 年中国革命胜利，废除了国民党政府制定的《六法全书》，新民主主义国家急需以统一的法律和政策来管理国家事务。1949 年 9 月，中国人民政治协商会议第一届全体会议通过了具有临时宪法性质的《中国人民政治协商会议共同纲领》（简称《共同纲领》）。《共同纲领》第 12 条确立了全国人民代表大会制度，规定“中华人民共和国的国家政权属于人民。人民行使国家政权的机关为各级人民代表大会和各级人民政府。……各级人民代表大会闭会期间，各级人民政府为行使各级政权的机关。国家最高政权机关为全国人民代表大会，在全国人民代表大会闭会期间，中央人民政府为行使国家政权的最高机关。”由于立即召开人民代表大会的条件还不具备，第 13 条又规定：“在普选的全国人民代表大会召开以前，由中国人民政治协商会议全体会议执行全国人民代表大会的职权，制定中华人民共和国中央人民政府组织法，选举中华人民共和国中央人民政府委员会，并

---

\* 黄建武为中山大学法律系主任，法学教授。

\*\* 田绘为中山大学法律系硕士研究生

<sup>①</sup> 见周旺生：《论现行中国立法体制》，载《立法——原则·制度·技术》，北京大学出版社 1994 年版。

付之以行使国家权力的职权。”第15条规定，“各下级人民政府均由上级人民政府加委并服从上级人民政府。全国各地方人民政府均服从中央人民政府。”第16条规定，“中央人民政府与地方人民政府间职权的划分，应按照各项事务的性质，由中央人民政府委员会以法令加以规定，使之既利于国家统一，又利于因地制宜。”可见，虽然《共同纲领》对立法权限的划分尚未做出具体明确的规定，但已确立了中央、地方两级的国家政权体制。

根据《共同纲领》的规定，这次政协会议还通过的《中华人民共和国中央人民政府组织法》，选举产生了中央人民政府委员会。《中央人民政府组织法》第7条规定，中央人民政府委员会有权制定并解释国家的法律，颁布法令，并监督其执行；有权废除或修改政务院与国家的法律、法令相抵触的决议和命令。政务院依法并无立法权，只能颁发决议和命令，并审查其执行，向中央人民政府提出法律议案等。据此，《共同纲领》和《中央人民政府组织法》创立了中央统一的立法体制，但当时国家立法权是由中国人民政治协商会议全体会议和中央人民政府委员会行使。

但是，建国之初，全国并未全部解放，各大行政区的情况差别很大。全国的立法工作在实际上难以都集中到中央。因此，1949年12月，政务院通过《大行政区人民政府组织通则》，规定大行政区人民政府委员会有权根据《共同纲领》和国家的法律、法令、中央人民政府委员会的施政方针，拟定与地方政务有关之暂行法令条例，报政务院批准或备案；省人民政府委员会可以拟定与省政务有关的暂行法令条例，报主管大行政区人民政府转请中央人民政府政务院批准或备案；各自治机关在中央人民政府和上级人民政府法令所规定的范围内，依其自治权限，制定本自治区单行法规，层报上两级人民政府核准，并报中央人民政府政务院备案。这样，地方在实际上享有一定程度的立法权。这在当时对于充分地发挥地方主动性和积极性、解决建国初各地方差异的问题是适宜的。但从政务院并无法令制定权而对地方授权制定暂行法令条例的做法来看，处于初创时期立法体制还不是很规范的。

（二）高度集中的立法体制的建立阶段。高度集中的立法体制，指立法权集中在中央由全国人民代表大会行使、地方没有任何立法权限的立法体制。这一阶段在时间上从1954年宪法的颁布实施到1982年宪法制定前。其中又可分为三小段；1954年到1957年为高度集中的立法体制建立时期；从1957年以后，特别是从1966年到1978年，是立法体制基本虚置时期；1978年到1982年为高度集中的立法体制发挥重要作用时期。

1954年9月，第一届全国人大第一次会议通过了我国第一部宪法（史称“五四宪法”），结束了由全国政协代行全国人大职权、中央人民政府委员会行使国家权力的局面。五四宪法规定：“中华人民共和国全国人民代表大会是最高国家权力机关。”“全国人民代表大会是行使国家立法权的唯一机关。”它的职权包括“修改宪法、制定法律、监督宪法的实施。”宪法还规定，全国人大常委会是全国人大的常设机关，行使“解释法律、制定法令”的职权。也就是说，“五四宪法”从立法上确定了一种高度集中的立法体制，立法体制初创阶段时地方实际存在的立法权限并没有得到宪法肯定。国家立法权集中在全国人大一个机关手中，全国人大常委会可以制定法令，这可算是一种立法的补充。国务院无行政法规的制定

权，只能“根据宪法、法律和法令，规定行政措施，发布决议和命令”（第49条）；地方国家权力机关也没有地方法规的制定权。

地方可以行使立法权的例外就是民族自治地方的自治机关。可以依照当地民族的政治、经济和文化的特点，制定自治条例和单行条例，报请全国人大常委会批准（第70条）。

1975年和1978年宪法虽然删去了“全国人大是行使国家立法权的唯一机关”的规定，但也未规定全国人大常委会可以制定法律。

立法权的高度集中，一方面在经济上是为了适应当时高度集中的计划经济体制的需要，另一方面也是与政治上的高度集权的要求相适应的。但它存在的弊端也是显而易见的。由于全国人大每年只召开一次会议，要在有限的几天内解决国家缓解百废待兴的立法需求显然是不可能的。因此，在1955年7月，第一届全国人大二次会议授权常务委员会依照宪法的精神、根据实际的需要，适时地制定单行法规。1959年第二届全国人大一次会议又进一步授权常务委员会，“在全国人民代表大会闭会期间，根据情况的发展和工作需要，对现行法律中一些已经不适用的条文，适时地加以修改，作出新的规定。”这是在中央层次上对立法权限作了调整。

同时人们也认识到地方立法的必要性。比如，1956年毛泽东同志在《论十大关系》中指出：“取消大区，各省直属中央，这是正确的。但是由此走到取消地方的必要的独立性，结果也不那么好。我们的宪法规定，立法权集中在中央。但是在不违背中央方针的条件下，按照情况和工作需要，地方可以搞章程、条例、办法，宪法并没有约束。我们要统一，也要特殊。”<sup>①</sup>但这这一阶段始终未授予地方权力机关以立法权。

自1957年反右以后，法律虚无主义开始盛行，到文革阶段，更是无法无天，我国的民主与法制建设陷入停滞和倒退，虽然我们在法律上建立了高度集中的立法体制，但立法活动甚少，立法体制基本被虚置。

由于政治波动的结束，1978年重新修改宪法，特别是1978年12月的中共十一届三中全会后，法制开始受到重视，国家的法律创制活动开始活跃起来。

（三）“一元两级多层”立法体制的确立阶段。这一阶段从1982年宪法的颁布实施到2000年3月立法法的通过。

自1978年12月召开党的十一届三中全会以来，我国的民主与法制工作开始迅速恢复与飞速发展。为了解决现实生活中法律缺少的问题，1982年五届全国人大五次会议通过修宪，授权全国人大常委会“制定和修改除应当由全国人大制定的法律以外的其他法律”（第67条）；同时，国务院可以制定行政法规（第89条）省级人大可以制定地方性法规（第100条），从而大大加快了我国的立法步伐和依法治国的进程，“一元两级多层次”的立法体制初步确立。此后一系列的组织法以及其他相关法律进一步确认和完善了这一立法体制。

这里说的“一元”，指我国只有一个立法权，立法权是统一的，由此，法律体系必须是统一的，一切法律法规必须统一于宪法。

“两级”，指立法权的运用上有两中央和地方两极的划分，立法权不只是由

---

<sup>①</sup>《毛泽东选集》第五卷，人民出版社1977年版，第276页。

中央行使，地方也能行使部分的立法权。一般来说，单一制国家通常实行由中央行使立法权的一级立法体制，而联邦制通常实行实行联邦与成员国的两级立法体制。侯我国的“两极”立法体制与联邦制国家的“两极”立法体制有着根本不同，即“不允许地方有立宪权”<sup>①</sup>，地方享有的是在保证国家法制统一的前提下的立法权。

“多层”指根据宪法，不论是中央级立法，还是地方级立法，都可以各自分成若干个层次。

在中央一级的层面包括：全国人大有权制定国家的基本法律；全国人大常委会有权制定基本法律以外的其他法律；中央人民政府即国务院有权制定行政法规；国务院各部委有权制定行政规章。

在地方一级的层面包括：省、自治区、直辖市人大及其常委会在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下可以制定地方性法规；省、自治区人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人大及其常委会，根据本市的具体情况和实际需要，在不同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规相抵触的前提下，可以制定地方性法规；省、自治区、直辖市人民政府，省、自治区所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民政府，可以制定规章；自治区、自治州、自治县的人大及其常委会依照当地民族的政治、经济和文化特点，制定自治条例和单行条例；特别行政区的立法机关可以制定特别行政区的法律。

但是，对上述立法体制的规定在立法法出台以前散见于宪法、各国家机构组织法、及其他法律法规之中，学理上虽有归纳但又缺乏法律效力，且立法体制内部仍存在许多不协调的因素：如各立法主体立法权限界定不明确；同一位阶的法之间和不同位阶的法之间存在着相互矛盾、冲突和不衔接的现象；地方、部门利益的立法导向导致法规、规章的质量不高等。为了以法律规范立法，完善我国的立法体制，2000年3月，九届全国人大第三次会议审议通过了《中华人民共和国立法法》（简称《立法法》）。

## 二、《立法法》对我国立法体制的发展与完善

### （一）在立法制度的核心内容方面，确立了我国立法制度的基本原则

法律原则是反映着法律调整和制度建设规律要求的原理和准则，在法律制度中，法律原则统摄着法律规则，所以法律原则居于制度的核心地位。对于立法原则，我们过去只在学理上有所论述，而无直接的法律依据。《立法法》的规定弥补了我国立法体制的这一重要空缺。《立法法》在总则部分提出了立法活动应遵循的四条基本原则：遵循宪法的基本原则（第3条）；维护社会主义法制的统一和尊严原则（第4条）；民主原则（第5条）和科学原则（第6条）。其中，第一条和第二条原则可以在1982年宪法中找到相关的规定，而立法的民主原则和立法的科学原则首次被赋予了法律的形式。与前两条原则相比，民主原则和科学原则更注重了法律内容的合理性，更注重了良法在内涵方面的保证。

合宪性原则和法制统一原则，强调立法的内容和形式都符合宪法，强调法律

---

<sup>①</sup>刘升平：《当代中国立法体制研究》，载《立法——原则·制度·技术》，北京大学出版社1994年版。

体系的统一和谐，符合一元立法的要求。两条原则要求任何立法在内容上要符合宪法的原则和精神，应当符合宪法的规定；任何立法在形式上，从立法的主体、立法的过程、法律的表达形式等都必须符合宪法及法制统一的要求。

民主原则的要求涉及到两个方面，一是立法形式上的民主，另一方面是立法内容的民主。形式上的民主，要求立法程序的安排要能够保证人民代表得以充分行使权力，保证民众得以了解和参与立法活动。立法内容的民主，要求立法真实地表达民意，真实表达民众的利益要求。

为保证立法的民主性，《立法法》详细规定了全国人民代表大会及其常委会的立法程序：“常委会决定提请全国人民代表大会会议审议的法律案，应当在会议举行的一个月前将法律草案发给代表”（第15条），保证代表有充分的审阅和思考时间；第27条规定了全国人大常委会立法一般要经过“三读”程序；对“列入常务委员会会议议程的法律案，法律委员会、有关的专门委员会和常务委员会工作机构应当听取各方面的意见。听取意见可以采取座谈会、论证会、听证会等多种形式（第34条）”，经委员长会议决定，可以将法律草案公布，征求意见。各机关、组织和公民提出的意见送常务委员会工作机构（第35条）；行政法规的起草也有类似的规定（第58条）。《立法法》还规定了地方法规和部门规章的制定参照前述规定执行。这些规定对于保证立法的民主性、尤其对于消除当前立法的地方和部门利益导向是有重要意义的。

科学原则指立法必须符合实际和规律，它包含两方面的要求：其一，考察和揭示立法必须反映的社会现实，使立法尽可能地合乎发展规律，满足社会的立法需求；其二，所制定的法律不仅内容是符合社会规律，而且在内容和形式上也必须是符合整个法律体系和谐一致要求，符合法律调整的自身规律要求的。

从立法实践来看，法律相对于所调整的社会关系具有滞后性是每个国家都无法改变的事实，但我国面临的情形似乎尤为严重：立法在不同程度地存在重数量轻质量问题，由于盲目地追求法规起草的“大而全”，导致很多下位法抄引上位法；新出台的法规虽集各国之大成，却缺乏可操作性等等。影响立法质量和执法效果的原因主要在于立法预测不足，立法者素质不高，部门利益观念太重。《立法法》对科学性原则的确认，这对于我们从立法目标上、制度上和方法上解决立法的科学性具有重要意义。由此，为解决我们存在于立法中的问题，根据这一原则要求，我们可以考虑做好以下方面工作：

1. 科学地进行立法预测，在制定立法纲要和立法规划之前，进行调查研究，坚持走群众路线，对一些关系到民众切身利益的重要法律案，在制定过程中仍应公布于众，注意听取民众中不同意见。

2. 应尽量聘请专家负责法律草案的起草工作，立法者应当由精英组成<sup>①</sup>，精英的专业知识和对利益的超脱性是立法质量的重要保证。“对重要的立法项目，可以统一组织力量起草，实行立法工作者、实际工作者和专家学者三结合”<sup>②</sup>，取长补短，集思广益。对草案拟定过程中所遇到的重点难点问题，要进行充分讨论、辩论，无法定夺时应立即报请上级决策层，以明确法律草案的工作方向，力

<sup>①</sup>参见周旺生著：《立法论》，北京大学出版社1994年版，第315—319页。

<sup>②</sup>任克礼：《立法终于有法可依了》，载《人民日报》2000年3月29日第9版。

求使一些复杂的问题在提交审议前得到较好的解决。

3. 将吸取外国立法经验和先进的立法技术与我国原有的法律体系相结合。法律移植可以避免本国对某个问题的重复探索，加快立法的进程，但在引入一个新的法律概念、法律原则之前，我们应当考虑这一“舶来品”与我国现行的法律体系的亲和力。

4. 完善立法程序，保障立法的民主性和科学性。

(二) 在立法权限方面，规定了授权立法的范围和全国人大及其常委会的专属立法权

授权立法古已有之，现代意义上的授权立法起源于英国，当管理项目的主题具有的技术性和复杂性使立法机关不可能规定详细的行为规则时，从行政专业部门的体制性优势中，可以发现混合授权的正当性。<sup>①</sup>

《立法法》颁布之前，全国人大及其常委会先后数次以特殊的立法形式向国务院和经济特区的人大及其常委会和人民政府进行授权，但存在着一些问题：“一是授权太笼统，不够具体。二是没有规范被授权立法的地位和立法程序。三是没有规定时限。四是缺少对授权立法的监控。”<sup>②</sup>

授权立法被当今世界许多国家所普遍运用，《立法法》第一次用列举的形式规定了全国人大及其常委会的专属立法权，一些关系人民群众基本权利和国家基本制度的事项，其立法权必须由全国人大及其常委会统一行使，以及国务院被授权制定行政法规的范围。

1、全国人大及其常委会的专属立法权。包括：有关国家主权的事项，各级国家机关的职权及相互关系；民族区域自治制度、特别行政区制度、基层群众自治制度；犯罪与刑罚；对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚等十类重大事项。（第8条）

2、为了更好地保障人民群众的基本权利，不宜制定行政法规的事项

《立法法》规定对国家专属立法事项尚未制定法律的，全国人大及其常委会可以授权国务院先行制定行政法规，但有些事项属于法律的绝对保留事项：首先，有关司法制度的事项，由于涉及与行政机关平权的司法机关的职权职责等问题，不宜由国务院立法加以规定；其次，关于犯罪和刑罚、对公民政治权利的剥夺、人身自由的限制方面的事项，涉及到公民私权利与国家公权力的界限问题，也不宜由国务院立法。

3、根据国务院2000年6月15日发出的切实做好《中华人民共和国立法法》实施工作的通知，国务院应当严格按照授权目的和范围行使该项权力，不得将该项权力转授给其他机关，包括国务院各部委和地方人民政府。

4、经济特区所在地的省、市的人大及其常委会根据授权决定，制定法规，在经济特区范围内实施（第65条）。《立法法》对被授权主体的权限并未作过多限制，从经济特区自身的性质出发，经济特区所享有的特权——根据授权所制定的与法律、行政法规、地方性法规不一致的经济特区法规应是经济方面的，而不包括政治制度、司法制度等方面。这是经济特区与政治特区的根本区别。对不适

<sup>①</sup> 参见陈伯礼：《授权立法研究》，法律出版社2000年版，第45—83页。

<sup>②</sup> 乔晓阳：《完善我国立法体制 维护国家法制统一》，全国人大常委会法制讲座第四讲讲稿。

应经济特区实行经济发展的规定,可作适当变通;当市场出现了新变化新要求时,经济特区可以先行一步,但该变通性规定和新规定只在本经济特区内适用。

### (三) 在立法程序方面,建立了法定的立法听证制度

立法机关的听证发轫于近代资本主义国家的司法审判制度。听证(hearing)本意是指在诉讼中为查明事实或者法律问题,以公开的方式听取证人和当事人双方意见的制度。<sup>①</sup>听证制度的思想来源于古典自然法学派的“自然正义”观念——任何人不得担任自己案件的法官;任何人的辩护必须被公平地听取。

美国联邦宪法修正案将听证制度解释为正当法律程序的重要制度之一。正当法律程序,原只适用于司法审判,即“司法听证”,后被推广到行政领域和立法领域,即为“行政听证”和“立法听证”。所谓立法听证,就是指“立法机关为了收集或获得最新的资料,邀请政府官员、专家学者、当事人、与议案有关的利害关系人或有关议员到议会委员会陈述意见,为委员会审议议案提供依据和参考的一种立法制度”<sup>②</sup>。

我国的立法听证制度,尽管首见于《立法法》,但立法实践中已经出现过。1999年9月9日,广东省人大常委会就《广东建设工程招标投标管理条例》修订草案举行了立法听证会,邀请了20多名人士参加,引起了较大的反响。

《立法法》在两处规定了采取听证会形式:其一是对列入常委会会议议程的法律案(第34条);其二是在行政法规的起草过程中(第58条),这是对我国和国际上行之有效的立法实践中贯彻民主精神的立法经验的法律肯定。采用立法听证制度的国家主要有美国、日本等,其举行听证会的程序大致相同。以美国为例,举行听证会是美国国会委员会审查法案的必经的首个步骤,只要与法案有关的人均可出席。其程序通常包括:事前通知、给利害关系人参与听证的机会、证人发言并接受诘问;听证一般公开举行;听证会的发言必须记录在案。与司法程序不同的是,听证会所关涉的人员有作证的义务,否则将遭受法律的制裁。

由此可见,听证会是一种更严格的法定形式,有别于座谈会、论证会。凡是制定与公民权利义务有关的法律、法规,都应举行听证会;以期通过立法听证,发现事实、加强立法民主、协调不同的政治立场,汇集和延伸民意,实现立法程序的科学化。

(四) 在法律文件效力方面,确立了不同法律文件的效力位阶,提出解决法律冲突的适用原则和裁决机制。

由于我国采用的是“一元两级多层”的立法体制,法出多门,就难免发生不同效力位阶的法之间与相同位阶的法之间的碰撞,为了加强立法前的指导作用和立法后的适用性,《立法法》第78—84条确立了解决法的位阶问题的四项基本原则:

第一,上位法的效力高于下位法的效力,下位法不得与上位法相抵触。具体而言,宪法作为国家的根本法,具有最高的法律效力(第78条);法律紧随其后,效力高于行政法规、地方性法规、规章;行政法规的效力又高于地方性法规、规章(第79条);地方性法规的效力高于本级和下级地方政府规章,省级政府规章

<sup>①</sup> 参见周伟:《完善立法听证制度研究》,载《现代法学》,1999年第21卷第6期。

<sup>②</sup> 参见上引文

高于本行政区域内较大的市政府之规章（第 80 条）。自治条例和单行条例可依该民族的政治、经济、文化特点对法律、行政法规、地方性法规作变通规定，但只能在本自治地方适用；经济特区根据授权对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的，但只在本经济特区适用（第 81 条）。另外，部门规章之间、部门规章与地方政府规章之间具有同等效力，在各自的权限范围内有效（第 82 条）。

第二，对于同一机关所制定的法在内容方面的原则为特别法优于一般法，即同位法中特别规定与一般规定不一致的，适用特别规定。

第三，对于同一机关所制定的法在时间方面的原则为新法优于旧法，即新的规定与旧的规定不一致的，适用新的规定（第 83 条）。

第四，在法的溯及力方面的原则为：不溯及既往为一般，有利溯及为例外。这种规定是与现代法治的要求相符的。公民、法人和其他组织不应该被强加以事先无法预知的义务和责任。但为了更好地保护法律主体，在不增设法律主体义务和责任的前提下，增加其权利和利益的法律可以溯及既往（第 84 条）。

上述的四项原则是解决法律规范适用的先后次序的基本原则，它针对的只是一般情况，对于特殊情形下的法律冲突，《立法法》还建立了裁决机制。该法第 85 条规定：“法律之间对同一事项的新的一般规定与旧的特别规定不一致，不能确定如何适用时，由全国人民代表大会常务委员会裁决。行政法规之间对同一事项的新的一般规定与旧的特别规定不一致，不能确定如何适用时，由国务院裁决。”第 86 条规定：“地方性法规与部门规章之间对同一事项的规定不一致，不能确定如何适用时，由国务院提出意见，国务院认为应当适用地方性法规的，应当决定在该地方适用地方性法规的规定；认为应当适用部门规章的，应当提请全国人民代表大会常务委员会裁决。”

（一） 法律监督方面：增设了违宪违法审查制度

为了确保宪法的尊严，维护国家法制的统一，对各立法主体所颁布的法律、法规等的合宪与否，应加以审查是非常必要的。对此《立法法》第 88 条规定了改变或者撤销法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章的权限，包括：（1）全国人在有权改变或者撤销它的常委会制定的不适当的法律，有权撤销其常委会批准的违背宪法的自治条例和单行条例；（2）全国人大常委会有权撤销同宪法和法律相抵触的行政法规，有权撤销同宪法、法律和行政法规相抵触的地方性法规，有权撤销省、自治区、直辖市的人大常委会批准的违背宪法的自治条例和单行条例；（3）国务院有权改变或者撤销不适当的部门规章和地方政府规章；（4）省、自治区、直辖市的人大常委会有权改变或者撤销它的常委会制定的和批准的不适当的地方性法规；（5）地方人大常委会有权撤销本级人民政府制定的不适当的规章；（6）省、自治区的人民政府有权改变或者撤销下一级人民政府制定的不适当的规章；（7）授权机关有权撤销被授权机关制定的超越授权范围或者违背授权目的的法规，必要时可以撤销授权。同时，《立法法》对违宪的审查程序也作了规定。

### 三、 现行立法体制中存在的问题及其对策

（一） 在贯彻立法民主原则与立法科学原则中存在矛盾。

“良法”是高度民主基础上高度集中的产物。《立法法》第一次以法律的形式确立了立法民主与科学的原则，无疑是一大进步，但民主与科学原则并非完全相辅相成，民主参与程度的提高并不必然导致科学的决策，有时甚至会适得其反。

人民代表大会制度是我国的根本政治制度。代表的广泛性、平等性和享有权力的真实性无一不让我们对享有“实质的民主”引以为豪。我们所追求的这些民主的特性，保证了各行各业的优秀劳动者进入人大。但是，这些民主的特性并没有保证我们决策的科学性。曾记得有很长一段时间我们的人大被戏称为“橡皮图章”。特别在立法活动中，由非专家的代表（很多人是劳动模范）来审议和表决专家起草的法律和国家机构的各项提案，要保证其科学性实在是困难的。认真审视我国立法中一直存在的质量问题，其实与我国立法机构建设中这种民主的追求是存在重要联系的。

为了保证立法的科学性，我们应当强调专家的参与，强调社会管理精英的参与，因为国家和社会事务的管理越来越走向专业化，越来越需要专业知识，并且这一趋势随社会的发展越来越明显。这一趋势似乎是与民主的形式要求相矛盾的，因为这一趋势将带来实质的精英政治。

贯彻立法的民主性和科学性，还需要我们从制度的完善上来协调这两方面的要求。我们应当认识到人大代表不应是个荣誉称号而应当是具有高度的责任职位，人大代表应该专职化、学者化。同时还应将人大代表的选举和工作公开化，通过媒体报道人大代表的活动，让群众来监督自己的代表，以督促代表履行职责。为了及时有效地解决人大代表立法能力欠缺的问题，有学者提出建立立法助理制度，<sup>①</sup>这种建议是值得采纳的。

## （二）地方性法规与部门规章的效力位阶不清。

在我国的法律体系中，地方性法规和国务院部门规章是两种重要的规范性文件。为了保证法律体系的和谐一致，准确地确认它们的效力位阶是发不可少的。在《立法法》出台前，这两者的关系一直不清，现在《立法法》对这一问题总算作了规定，但仍存在没有理清的一面。

1982年宪法对地方性法规和部门规章曾有这样的规定：国务院各部、各委员会根据法律和行政法规、决定、命令，在本部门的权限内，发布命令、指示和规章（第90条）；省级人大及其常委会，在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下，制定地方性法规（第100条）。《立法法》对此沿用了“根据”和“不抵触”原则，对地方性法规的制定采取了相对宽松的原则。

按照《立法法》第80条、第82条的规定，部门规章与地方政府规章具有同等效力，而地方性法规的效力又高于本级和下级地方政府规章，因此，从逻辑上讲，地方性法规的效力应高于部门规章的效力。但是，第86条又规定：地方性法规与部门规章之间对同一事项的规定不一致，不能确定如何适用时，由国务院提出意见，国务院认为应当适用地方性法规的，应当决定在该地方适用地方性法规的规定；认为应当适用部门规章的，应当提请全国人民代表大会常务委员会裁决。根据本条的规定，地方性法规和部门规章的效力位阶实际上处于不确定状态，

---

<sup>①</sup>马向红：《论“立法公正”的构成要件——兼及〈立法法〉草案的有关规定》，载《山东大学学报（哲社版）》，2000年第2期。

它最后决定于国务院或全国人大常委会的裁定。也就是说,《立法法》没有解决它们的效力位阶问题,法律适用的不便问题没有完全解决。

(三) 现行的立法体制仍没有解决为司法公正提供保证的问题。

司法是国家提供的一种公力救济,也是矫正社会正义的最后一道屏障。司法权在本质上是一种判断权,是中立的机关解决他人争议的一种裁判权。判断权的公正行使要求中立,要求至少不受来自任何争议一方的干预。因此,如果法院审理行政机关与公民的关系,法院应不受行政机关或公民的干预;如果法院审理立法机关与公民的关系,当然也不应受到立法机关或公民的干预。司法独立的范围决定于它裁判争议的范围,只有独立者可能保证公正。

我国法律上规定“人民法院依照法律规定独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”(《人民法院组织法》第4条)我们不规定法院行使审判权不受权力机关的干涉,原因不仅在于审判机关的权力发生于权力机关,而且,法院不会审理权力机关与民众出现的争议(我们的认为不会出现这种争议)。法院需要审理行政机关与公民的争议,因此法院不受行政机关干涉就是必然的。

随着公权力的日益膨胀和公民权利意识的增强,“民告官”的行政诉讼逐渐增多,法官在审理行政案件时,除了适用法律、行政法规、该行政区域内的地方性法规外,还可以参照部门规章和地方政府规章(1989年《行政诉讼法》第52条、第53条)。如果把行政法规和规章列为审理行政案件的适用依据,应该说是违司法公正的。其理由就是具体行政行为是根据抽象行政行为作出的,抽象行政行为是具体行政行为的一般意志表示。当法院以行政法规和行政规章为根据处理行政争议时,这恰好是以争议的一方的意志为根据来处理争议。如果法院在处理行政争议时能够超越行政法规和部门规章,而只依据法律来处理,甚至可以审查行政法规和行政规章,司法公正就可能得到极大的保证。但是,司法实践中的这一问题在《立法法》中没有得到解决,《立法法》的第五章关于适用与备案的规定,将地方法规与部门规章的冲突的解决交给了国务院和全国人大常委会,将行政法规与法律的冲突的解决交给了全国人大常委会。所以,在行政案件审理中的司法公正问题仍留了下来。这个问题似有待于我们将来解决。

总的来说,《立法法》作为一部规范立法工作的法律,对于完善我国的立法体制、促进立法质量和效率的提高定将发挥重要作用。我们也必须同时看到,我国立法存在的问题还很多,且绝不仅限于立法体制本身,完善我国社会主义法律体系,加快社会主义法治国家的进程,立法工作还任重而道远。

**“Judicial Activities and the  
Development of the Legal System”  
司法活動和法制發展**

**Professor Li Xiao-ping  
黎曉平教授**

# 司法活動和法制發展

黎曉平\*

本文試圖經由比較的觀察，並以羅馬法為例，了解司法活動之於法制發展的意義。

司法活動之於法制發展的意義，就大陸法與英美法相比較而言，不可等量齊觀。

可以發現，在大陸法國家，法制的發展往往被歸結為立法創造或理性安排的結果。近代以來的一些重要立法，如法、德的民法典以及相繼出現的各國的成文憲法，蔚為法制發展之標誌的大觀。這一現象使上述信念得以加強，法制發展與立法發展被視為同一。

的確，大陸法國家的制定法傳統就已經使得司法活動在法制發展中的作用難以彰顯；而孟德斯鳩僵硬的分權學說更是雪上加霜，使這種作用幾乎消解殆盡。在孟氏的學說中，司法權並非一種嚴格意義上的權力，因為它缺乏“自主”的品格，它的職責是，而且僅僅是“適用”法律。在他那裏，強調的是對法律規則的崇拜和立法權的至高無上。法官是法律規則的仆從，司法權亦不過是立法權的附屬而已。因之，關於法官最美好的說法就是“法律在行動”（la loi en action）。這樣，很難說得上司法活動對法制發展有何真實有效的意義。

然在英美法系中，由於不存在法國民法典式的法典，且自始至今也未能持續進行一種包容性、體系性的立法，於是推動法的持續發展的使命便落到了法官身上。英國普通法的創立和發展和立法無甚關係，它自始就在法官們的活動中成長。同時，即使對議會的制定法，法官也掌握著通過解釋適用賦予其現實效力的權力。總之，在這裏，司法活動賦予法以特性，並在創造和發展法律方面具有決定意義的作用。

上述差別，往往被認為是源於不同的傳統，很少引起人們更深入地思考如下兩個更具意義的問題：司法活動的特性究竟是甚麼？法制發展的真實進程是怎樣的？

---

\* 法學博士，澳門大學法學院。

探討這些問題，若借助羅馬法傳統予以觀照，會給人以啓示。普遍認為，大陸法是以羅馬法傳統為基礎而發展起來的一種法律體系，而普通法則是離開羅馬法而獨立發展起來的。但有趣的是，法的比較研究發現：大陸法學家試圖“採用羅馬法律史的最終成果並據為已有時，英格蘭卻在不自覺地重複羅馬法的那段歷史”<sup>1</sup>。並且，更為令人驚異的是：雖然大陸法以羅馬法為基礎，但“普通法法學家與羅馬法法學家的近似之處，多於羅馬法法學家與現代歐洲大陸繼承羅馬法國家的法學家的近似之處”<sup>2</sup>。

問題是，為甚麼普通法與羅馬法這兩種相隔上千年的法律制度的歷史發展十分相似？難道“法”本身的發展有著其固有的方式和道路？為甚麼歐洲大陸繼承羅馬法的國家的法學家反而與羅馬法學家疏離呢？大陸法學家採用並據為已有的羅馬法律史的最終成果，也就是查士丁尼的《國法大全》，是“羅馬法”本身嗎？

這樣的追問如果不首先弄清楚“羅馬法”本身是甚麼，進而“法”是甚麼，就不可能獲致真確的答案。

## 二

在現代人、特別是大陸法學家的觀念中，法是用白紙黑字表現的一套既存的規則和制度的體系。但這卻遠不是羅馬人、特別是羅馬法學家的觀念。

“Jus”是羅馬人用以表示“法”的概念，其本義可用一個詞來概括，那就是“分”。在社會生活中，特別是在利益衝突的關係中，必須對社會成員作出安排，“分”給每個人他應得的事物。所以查士丁尼的教科書《法學階梯》開宗明義地教導說，“正義是分給每個人他應得的事物的堅定而恒久的意志” <I, 1, 1, pr.>。相隔不遠，又教誨道：“法的訓戒是：誠實生活，不傷害他人，分給每個人他應得的事物” <I, 1, 1, 3>。可見，“Jus”的本義的確是“分”。“Jus”的此種意義之所以最為基本乃是一切事物的特性取決於其目的。“Jus”旨在分給每個人他應得的事物，在這裏，“應得的事物”兼指法律關係上的兩種情形：利益和負擔或獎賞與懲罰<sup>3</sup>。托馬斯·阿奎那十分確切地將

<sup>1</sup> Pollock/Matland, *The History of English Law Before the Time of Edward I*, 2. Bände (1898, Neudruck, 1952, p558.) 轉引自茨威格特和克茨《比較法總論》，潘漢典等譯，貴州人民出版社，1992，第342頁。

<sup>2</sup> Buckland/McNair, *Roman Law and Common Law*, 2nd edn., 1952, p.xiv. 轉引自茨威格特和克茨前引書，第342頁。

<sup>3</sup> 我國學者大多以“權利”譯“jus”。《羅馬法原論》（周著，商務印書館，1996年，第80頁）說：“在拉丁語中，“jus”一詞既指法律，又指權利”。該書作者是我國最精通羅馬法的學者。在移譯羅馬法原著時，有些重要的段落頗值推敲，如《法學階梯》第一段被譯為：“正義是分給每個人以其權利的不懈的、永恆的意志”。（見《法學階梯》，徐國棟譯，中國政法大學出版社，1999年，第11頁），這裏“分”譯得很好，但“權利”就不對了，羅馬人沒有抽象的“權利”的概念。“分”給每個人的“jus”可能只是一種負擔或者懲罰。還有的譯者將這句譯為：“給每個人以穩定和永恆權利的意志”。（《羅馬法總論》，黃風譯，中國政法

“應得的事物”稱為“正當的事物”。“正當”的意思是合法、不多不少、不偏不倚、處於兩個極端的中點，概括之，它意味著“公正”。因而，該“事物”乃成為正義的客體，是為追求的目的。“Jus”因“正當的事物”或“公正”而獲得其特性，故它也表示“正當的事物本身”<sup>4</sup>。

然“公正”是一個未知項，永遠不是一個凝固的存在，它深藏於事物或人群關係的性質之中。在現代人看來，法律之善，在規則的完美，傅勒更是將之譽為“法律的內在德性”<sup>5</sup>。不！不是這樣的！至少羅馬法學家不是這樣看的！法律的善或“內在德性”不是規則的完美，而是正義，更具體地說，是那種使每個人得到公正的堅定而恒久的意志。正義無疑是一種善或德性，但在這裏，不是一般的正義之善，而是正義之善的一個方面，即“意志”，引起了羅馬法學家的極大關注。羅馬法學家理解的“意志”，是法律之善。它表現為追尋和實現公正的堅定不移、深沉卓拔的信念；表現為使每個人得其應得的持之以恆、經久彌新的精神習性；表現為創造適合或符合事物或人群關係之性質、適合或符合公正的理想模式的法律概念和解決方式的科學和藝術。

現在讓我們回到“Jus”或“法”的意義上來。根據我們的理解，正是在上述意義上，羅馬法學家把“Jus”（法）或“*iurisprudentia*”（法學或司法裁決）定義為“善和公正的藝術”（D. 1, 1, 1pr.）。“藝術”在此處可理解為創造性的活動。本來，前述“Jus”的本義“分”表示的就是一種活動，即分的活動。在這種意義上，“Jus”被用來表示法律家的職業及其活動。在羅馬人看來，法律家是正義的司祭，其職責就是在每一特定的場合，從事“善和公正”的創造，使訴訟當事人各得其所。由此引出“Jus”的生意義，即法官的裁決或實定法。在這裏，實定法的含義是：法官判決所宣示的規則。

總之，法，在羅馬人那裏，不是甚麼普遍不變，到處適用的規則，而是法律家尋找和實現公正的活動，是在每一個不同的、特定的場合需要發現和確定的東西。事實上，羅馬並不存在現代意義的法典。蓋尤斯的《法學階梯》可說是唯一的保存完整並留傳至今的羅馬古典法學著作。我們知道，這是一部教科書。與現代法律教科書的深刻差別在於：它既不是關於某個法典，也不是關於某類法律規則總體的注釋解說。它的主旨在提供關於羅馬城邦內在的、多種多樣的法律關係之整體的且幾乎是社會學的描繪，相關的實定法則被放在次要的地位。這樣的教科書當然不是教育學生如何解釋法律規則，而是在指引他認識城邦及其人群關係的性質。當然，羅馬也存在被稱之為“*lex*”的立法，如“十二表法”。根據《羅馬法史》作者格羅索的看法，對“法”而言，這些立法只能起著輔助性的作用，其效力永遠只能以“法”的存在為前提。它們的特點是

大學出版社，1998年，第5頁）。這一譯法改變了原文的句法，且“*jus*”還是“權利”。把“*jus*”理解為權利，不是羅馬人的觀念，而是現代人的觀念。這其中的變換，經歷了一個漫長的過程。

<sup>4</sup> 參閱Michel Villey, *Philosophie du droit*, T. II. 2ed. Dalloz, Paris, 1984, pp.208-209. 該定義來自托馬斯·阿奎那。

<sup>5</sup> Fuller, *The Morality of Law*, Yale University Press, 1969.

揭示規範、澄清規範、介紹規範和解釋規則；它們表現為確定性的作品，在進一步的發展中，對法加以補充，等等<sup>6</sup>。顯然，「lex」與法是不能混同的。

從以上的分析中可以看出，「Jus」（法）、「正義」這些羅馬法的最高概念，不是關於規則和制度的描繪。它們直指人類活動的一個特定方面，即法的活動，它們本來就是在這類活動中生成，因而就不能不是對這類活動的性質和目的的提煉概括，是對這類活動的性質和目的的規定指示。反過來說也是一樣，不是甚麼別的東西，如「立法」，而是法的活動賦予「Jus」（法）以特性和意義，是羅馬人的法律生活、在這種生活中的體驗和感悟創造了「Jus」（法）。總之，在這裏，不是規則和制度，而是法的活動佔據著中心地位，具有首要意義，它賦予「Jus」（法）以生命。事實上，在羅馬法發展的前期（這是一個漫長的過程），不存在或者很少有立法，甚至連法院制度也不存在。據稱，羅馬人將爭議直接提到真正的法院去處理，要等到公元六世紀的時候才實現，花了一千多年的時間。重要的是，儘管少有立法和制度，但不防礙羅馬法的高度發達。

說到這裏，這樣的問題會自然地提出：羅馬法的高度發達是怎樣體現的，難道不是體系完善的規則和制度嗎？是的，人們還可以更具體地回答說，羅馬法高度發達的體現或最終成果是查士丁尼的《國法大全》。今天所謂羅馬法，一般均就此而言。我想說的是，正是這一事實使我們看到，法的正常發展註定要凝結成或表現為規則和制度的體系，也就是說，成為實定法（positive Law, Droit positif），是法的宿命。英國普通法和衡平法是我們看到的最近的例證。其實，類似的發展早已出現在羅馬法中。那是在羅馬共和時代的最後幾個世紀，法的這種發展不僅表現為立法的廣泛展開，亦表現為法學的方興未艾，法的規則、制度，法的一般概念和原理，獲得了前所未有的書面形式和界定，「法」成了實定法。到了帝國時代的前期，約公元前一世紀至公元三世紀中葉，羅馬法體系之大觀備矣，一切是那樣的完善無缺。蓋尤斯大約在這個時期結束時寫下了著名的《法學階梯》。不過，羅馬法的發展在躋上峰巔的同時跌入了低谷，從此開始走下坡路了，不再具有創造的能力了。到了公元六世紀時，查士丁尼編纂《國法大全》，自然想要囊括一切，儘管被他排除的東西似乎更多。查士丁尼可謂雄心萬丈，頒行一部永垂後世的《法典》，甚至還禁止後人對他的法典進行解釋評論，遑論修正了。然歷史給他開了一個無情的玩笑，當他的法典編纂完成時，一切都結束了，羅馬法的發展史打上了一個圓圓的、重重的句號。查士丁尼的事業無疑功德無量，使我們今天能夠了解人類歷史上獨一無二的創造性法律成果，但也給我們留下了深長的思索和更多的困惑。法，從一種「活動」到「規則」，從不確定走向確定，難道不是發展嗎？

<sup>6</sup> 參閱朱塞佩·格羅索，《羅馬法史》，黃風譯，中國政法大學出版社，1994年，第104，107頁。

不是進步嗎？但法一當規則化、確定化，從而成爲實定法，其“生”和“存”的力量便開始衰退了。英國的普通法不也早已開始受規則之累了嗎？

### 三

是的，羅馬法復興了。但復興的羅馬法肯定不是僅僅只屬於羅馬人的“法”，而是羅馬法借以表現的外在形式。因爲法，就其本義而言，是需要每一個特定的場合，每一個特定的歷史時代重新發現和創造的事物。大陸法學家接受並據爲已有的羅馬法律史的最終成果便是羅馬法的外在形式，即羅馬人的法典。並且，這些法典是被當作真正的和理想的法律來接受的。對歐洲大陸法學家而言，現在要做的就是：或是對這些法典進行整理評注，以便使它們在具體案件中易於應用；或者更進一步，對之進行自由解釋，使它們適應新的社會條件。總之，爲了使羅馬法體系化和現代化，他們進行了持續數百年的努力，最後使一種新的法律體系根據某些一般原理和概念得以建立起來。在這裏，如果把法看作僅僅是規則和制度的體系，我們可以看到一種與羅馬法不同的法的發展的路向。法的發展不是從“活動”到“規則”的現實的、活生生的運動，而是從概念到規則，從邏輯到體系的學究式的推演。而且，與羅馬法學家立足於對事物或人群關係之性質的觀察並從而致力於具體案件的解決不同，歐洲大陸法學家熱衷於理論的綜合和法律體系的構建。被譽之爲“歐洲學術界共同完成的不朽作品”的“歐洲共同法”便是這樣的法律體系。它構成了其後歐洲大陸各民族國家的立法的樣板。不過，事情還有它的另一面：那些歐洲大陸國家繼承的羅馬法規則和那些由法學家或立法者根據一般原理和概念創發的規則，最終還是須由各國的司法活動賦予其生命和意義，須經過一兩個世紀的時間才能真正溶入到各民族人民的生活之中，從而成爲他們的“法”。在這個意義上，上述規則要成爲“法”，可說最終還是司法活動的作品。並且，人們亦逐漸明白，即使在大陸法各國，制定法是法律的唯一淵源的說法只不過是神話。例如，“毫無疑問，在法國私法的大部分領域內，規則是地道的法官創造物，而這些規則常常與民法典只有微弱的關聯”。“實踐中他們的確在創造；法官的職能不是也不可能只是機械地適用那些眾所周知的和已經確定的規則”。<sup>7</sup>然而，在成文法傳統和框架內，司法創造只能是拾遺補缺式的創造，難能大有作爲，在法制發展的總體進程中不具有決定性的意義。我們至今尚未發現大陸法國家的司法活動有甚麼足以左右法制發展進程的創造，亦未發現因之而英名長留的法官。

現在讓我們來看看英美法。我們在前面已經提出，在那裏，司法活動不但創造法，而且在法制發展進程中具有決定性的意義。

<sup>7</sup> 茨威格特，克茨，見注1，第233頁。

普通法的形成史不需要在這裏 述了。我想說的是：說普通法本身是一部法律史不如說它是一部司法史來得恰當，<sup>8</sup>並且，說英格蘭在重複羅馬法的那段歷史，也許走得特遠了。但普通法的發展史與羅馬法的發展史的確有著驚人的類似。在這兩種法的歷史中，我們可以看到法律發展之生動的多元化進程，在羅馬有法官法、裁判官法、法學家法；在英國有普通法、衡平法。並且，是法律家的活動而不是立法，構成了它們各自發展的淵源和推動力。

普通法學家和羅馬法學家一樣，他們是現實主義者，其主要興趣“不是指向理論性的綜合，而是指向具體案件的協調一致和有序地處理。……他們以耐心與智慧以及對繼承下來的傳統的深深敬意，一個案件一個案件地工作著”。<sup>9</sup>羅馬法和普通法，乃是數百年法律家如此地工作、工作和工作的成果。我們將在本文的第四節所討論的事例中，領悟此類工作的意義。

在我們了解的歷史中，唯有羅馬法法學家和普通法法學家的活動易於法律傳統的成長。毫無疑問，羅馬法傳統和普通法傳統是今天世界上影響最為廣泛的法律傳統。在某種意義上，今天統治世界大多數地區的法律都是由這兩種傳統派生而來的。這一事實，正是我們估量司法活動對於法制發展所具有的決定性意義的基礎。

#### 四

本來，比較的觀察以及歷史的範例較之理性的論點或論據更能說明司法活動之於法制發展的意義，因而無需我再添枝加。但考慮到採用的觀察標準對所探討的事物來說是外在的，可能會歪曲經驗，故我想進一步引用兩個事例對之予以論說。

這兩個事例是大家耳熟能詳的，它們便是英美法最具特色和最重要的兩項創造：信托和司法審查。可以說，無論是根據債統的法律理論，還是根據時下我國學術界所推崇的“法治”觀點，這兩項制度都不可能指望由立法來創立，或者說，對它們的產生而言，立法是無能為力的。它們注定是司法活動的產兒。

<sup>8</sup> 美國法的情形也是一樣。伯納德·施瓦茨寫道：“美國法的歷史就是過去的偉大法學者和法官的歷史”。《美國法律史》，王軍等譯，中國政法大學出版社，1990年，第2頁。

<sup>9</sup> John P. Dawson, *The oracles of the Law* (Ann. Arbor, Mich., 1968) pp.144-115.轉引自哈羅德·J·伯爾曼《法律與革命-西方法律傳統的形成》，賀衛方等譯，中國大百科全書出版社，1993年，第154頁。

先看“信托”。這聽起來無疑是一個美好的名字，但它的身世 不甚光彩，“The parent of the trust were fraud and fear”。<sup>10</sup> 簡單地說，“信托”是從在英國中世紀頗為流行的、其目的在規避法律限制的“同益制”（use）發展而來。因之在當時不但得不到法律的承認，甚至遭到法律的禁止和取締。怎能設想一項違法的權利指望立法來確認呢？但是“用益制”在沒有被用於不恰當的目的的情況下，雖然規避法律，可規避的是強加於人的不合理的義務和規定：如不堪負擔的沉重的稅賦，如剝奪長子外其他人繼承權的制度。更為基本的或許是，“用益制”體現了這樣一種財產關係，在這種關係中，委托人、受托人、受益人可以通過這一制度獲得屬於各自的利益。“用益制”最深厚的根源便是這種財產關係的本質，因而即使沒有得到法律的承認，也已經流行起來，被普遍採用了。不是根據法律，而是正義和良心，或許還有“良知”，大法官起而塑造“信托”制度了。他首先置既存的法律規則於不顧，確認“用益權”是一項衡平權利；其次堅決抵制了《用益權法》（1535年）廢除用益制的企圖，使這一制度浴火重生，得以存留；最後又果敢地確認了“雙層用益”（uses upon a use）制度，使這一制度走向未來的發展。我們不能敘述，事實上也不完全知道信托制度的成長史。但可以肯定的是，信托制是在大法官的活動中形成的，是大法官的創造。這一創造，被梅特蘭（Maitland）譽為“英國人在法律領域內最偉大和最杰出的成就”。<sup>11</sup>

這一創造對於法的發展的意義可以從兩個方面觀察：作為一種制度，“信托”已成為一套複雜細緻的實定法規則體系，並在世界範圍內被廣泛採用；作為法理，它揭示了一種為大陸法傳統所不知道的財產法律關係，在這種關係中，“所有權與利益相分離”，並由此形成了“雙重所有權”或“二元所有權”的觀念。達維說：“在羅馬法系各國中，我們講所有權是指承認所有人享三種特權的總和，即使用權、收益權與處分權。這種分析，儘管是傳統的做法，但 驚人地膚淺，信托財產迫使我们懂得這一點。……當我們明白了我們對所有權內容分析的全部不足之處，我們就有條件懂得信托財產”。<sup>12</sup>

“信托”給我們提供一個法制成長的真實進程的範例。

按下來，我們來檢視“司法審查”。

“司法審查”或“違憲審查”的制度，其本身今天已被籠罩在理性的光環之下，以致人們相信它的存在理所當然，必須經由立法加以規定之。說甚麼這是民主理念、分權學說的體現啦，說甚麼這是法治的基本原理啦，等等。實際上，我們至今尚未看到有關這一制度之理據的嚴肅而認真深入的討論。“民主”、“分權”、“法治”與之沒有甚麼關係。嚴格地說，如果依照這些理

<sup>10</sup> George T. Bogert, *Trusts Pr.* West Publishing Co., 6th edn.1987, p.7. 關於“信托”制，參閱 S.F.C. 密爾松《普通法的歷史基礎》，李顯東等譯，中國大百科全書出版社，1999年，第219-266頁；何勤華主編《英國法律發達史》，法律出版社，1999年，第299-306頁。

<sup>11</sup> 轉引自何勤華前引書（注10），第299頁。

<sup>12</sup> 勒內·達維德，《當代主要法律體系》，漆竹生譯，上海譯文出版社，1984年，第331頁。

據，就不會有備受推崇的“司法審查”制度的出現，更談不上須經由立法對之加以規定了。

在這種情況下，怎樣解釋這一制度的產生呢？我以為可以兩方面來看。一方面，是由於歷史的機巧和理性的狡詐。“歷史的機巧”是說，馬伯里訴麥迪遜（*Marbury V. Madison*）這一事件已屬偶然，湊巧地碰上了馬歇爾（*John Marshall*）這一強式法官。因為在馬氏成為首席法官之前，美國聯邦最高法院幾乎無所作爲、懦弱無能。據稱，“在它成立後最初的十年里，法官們的事務很少。最高法院僅就一個重要的案子作出了判決，而那個判決又很決被第十一條（憲法）修正案推翻了。”<sup>13</sup>馬歇爾使最高法院變成最高權力機構。“理性的狡詐”是說該案判決背後的政治上的圖滑和權宜。行政部門保住了面子，避免了難堪，感到滿意，因而可以理解何以他們未曾提出異議。馬歇爾法官宣布的是一項授予最高法院某些權力的法律違憲，表面看來，遠不是企圖提高其地位，因而又未引起國會方面的抗議。就這樣違憲審查原則在美國便毫無阻礙地確立了。

另一方面，則是由於事物本身的性質。在這裏，重要的已不是案件本身，而是判決中所體現的法律原則。

馬歇爾法官布的規則是：憲法爲國家最高之法律，違憲的法律不是法律，判定何者爲法律，斷然屬於司法的職權。

假設國會挺身而出，對這一判決作出裁決道：憲法沒有規定司法審查，司法審查違憲。國會是至上的，它決定什麼是法律。

或者，假設有人根據分權學說，認爲這種審查是司法上的越權，或者根據民主理念，認爲它是司法上的專制，這些在理論上都是成立的。

對上述種種責難，馬歇爾法官如何處置呢？我們現在已不得而知了。如果純粹地從理論出發來評判，即使根據馬歇爾本人確定的憲法是最高法，違者無效的理論，似乎既可以說他的判決是正當的，亦可以說是不正當的。在這裏不存在正確的結論，更說不上唯一正確的結論了。

然而，若觀察事物的性質，情形就不同了。

首先，取決於傳統。“判定何者爲法律，斷然是司法的職權”，是普通法固有的傳統。古老的普通法法院在數百年的時光里，一直就這樣行使這一職權的。在這裏，傳統高於理性。理性再狡詐，只有在傳統里方能有所作爲。至於那些雄辯的理性論據，如民主、分權、法治之類，在傳統面前亦顯得無力了。司法審查制度本身也是作爲傳統被接受和存在的。

其次，在根本的意義上，取決於美國國家政治關係的性質。在這種政治關係中，各項權力之間的制約和平衡是一種內在的需要，司法審查可以說是這種政治關係中的“活的法”，能靈活地適應制約和平衡的各種需要。如果沒有這一特定的法律手段，很難說美國政治結構沒有解體的危院。在這個意義上，馬歇爾被後人譽爲“國家的締造者”。

<sup>13</sup> 見注9，第38頁。

司法審查制度的創立，無論從政治的觀念還是從法律的觀點看，都是一件大事。在某種意義上，美國法的整個發展過程甚至美國歷史本身將為這一“活的法”所左右。這一制度對世界上其他國家憲制的發展，產生廣泛而積極的影響。

\* \* \*

試圖從一些事例出發作出一般性的結論，是危險的。因此，我的目的僅僅在了解司法活動之於法制發展的意義。我發現，至少在某些情形中，司法活動較之立法更易於法制的發展。就實踐的目的來說，法學研究應去把握司法的本質。我由此體會到，這次討論會的主題“司法改革和法制發展”特別地有意義。因為這樣的討論不致於會去空談甚麼“法治理想國”，甚麼“全球化”。而是把法制發展與實實在在的法律活動結合起來，將法制發展放在一個適合的、堅實的基礎上。



**“Hong Kong’s Legal System in the New  
Constitutional Order: The Experience  
of 1997-2000”**

**新憲制秩序下的香港法制：1997-2000  
年的歷程**

**Professor Albert HY Chen  
陳弘毅教授**

## Hong Kong's Legal System in the New Constitutional Order: The Experience of 1997-2000

Albert H Y Chen

DURING the colonial era, Hong Kong was 'borrowed time, borrowed place'.<sup>1</sup> From the point of view of the people of Hong Kong, the colonial legal system was also a borrowed legal system. It was an alien imposition from the metropolitan power, and was completely separate and distinct from both the imperial Chinese legal tradition and the Marxist-Leninist legal system that was established on the Chinese mainland after 1949. Ironically, as the colonial era drew to an end, the people of Hong Kong had come to accept the transplanted legal system as their own. They cherished the values of the Rule of Law, the rights of the individual, equality under the law and the independence of the judiciary that were enshrined in the transplanted Common Law. They recognised that the existing legal system in Hong Kong was far superior to that in the Chinese mainland for the purpose of providing an infrastructure for economic prosperity and protection of human rights. And so in the course of the evolution of Hong Kong's public culture after the Sino-British Joint Declaration of 1984, particularly in the course of the drafting of the Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region which was ultimately passed into law by China's National People's Congress in 1990 (although it would only come into effect in 1997), it soon became axiomatic that the future of the Rule of Law, of human rights and of economic prosperity in the post-1997 era would depend crucially on the maintenance of the pre-existing law and legal institutions of Hong Kong.

The Joint Declaration itself promised that Hong Kong's existing laws would 'remain basically unchanged'<sup>2</sup> after the handover. There existed also other provisions that were designed to preserve the continuity of the legal and judicial systems. All these provisions have been incorporated into the Basic Law with some further elaboration. Looking back at Hong Kong's legal history in the last three years, one may ask whether the great promise of the continuity of Hong Kong's legal system has indeed been translated into reality, and whether such cherished values as the Rule of Law and human rights have continued to thrive in the Hong Kong Special Administrative Region (SAR) of the People's Republic of China (PRC). It is the purpose of this article to address these questions.

### A new constitutional foundation

The termination of Hong Kong's constitutional status as a British colony and the establishment of the Hong Kong SAR of the PRC at midnight between 30 June and 1 July 1997 was accompanied by a 'revolution' in a technical legal sense. By this I refer to a shift in the 'basic norm' ('Grundnorm' in the German language, as expounded in the writings of the German legal philosopher Hans Kelsen) of Hong Kong's legal system.

According to Kelsen's analysis of the structure of legal systems, each legal system can be understood as a hierarchy of legal norms. The legal validity of norms at lower levels (e.g. legislation, subordinate legislation) is derived from norms situated at higher levels of the hierarchy (e.g. the constitution, legislation), which authorise relevant government institutions to make the norms at the lower levels. The validity of all norms within a legal system can be ultimately traced back to, and derived from, a 'basic norm'. The basic norm unifies all these norms into one legal system, and serves as the ultimate source of validity for all these norms. Kelsen points out that in a country with a written constitution, the basic norm is a norm that presupposes the validity of the first constitution made by the founders of the state (from which the validity of the current constitution, if different from the first, is derived).

Before Hong Kong's reunification with China, the basic norm of Hong Kong's legal system was basically identical to that of the legal system of the United Kingdom. Thus this basic norm recognised the validity in Hong Kong of all Acts of Parliament that applied to Hong Kong by their express terms or by necessary implication. It also recognised the validity of 'prerogative legislation' made by the 'Crown', such as the Letters Patent and Royal Instructions which supplied the constitutional foundation of Hong Kong's colonial government institutions. On 1 July 1997, this basic norm was replaced by a *new* basic norm which refers to the Constitution of the PRC as the ultimate source of validity of all laws in Hong Kong. The validity in the Hong Kong SAR of laws such as the common law and legislation made by the Hong Kong legislature is now derived from the Basic Law. The validity of the Basic Law is in turn derived from the PRC Constitution, since the Basic Law was enacted by the National People's Congress (NPC) of the PRC in 1990 in pursuance of article 31 of the PRC Constitution.

### The survival of existing laws

The shift in the basic norm of Hong Kong's legal system and the substitution of the Basic Law for the previous Letters Patent and Royal Instructions as the constitutional foundation of the government system in Hong Kong do not, however, have any significant impact on the laws that govern the daily life of the people of Hong Kong, their rights and liberties, or their commercial transactions. At the same time as prescribing the new political system in the Hong Kong SAR and delineating the scope of the SAR's autonomy with respect to the central government in Beijing, the Basic Law also provides for a high degree of *continuity* for Hong Kong's pre-existing laws and judicial institutions.

More particularly, article 8 of the Basic Law provides for the continued validity of the 'laws previously in force in Hong Kong, that is, the common law, rules of equity, ordinances, subordinate legislation and customary law', except for any law that contravenes the Basic Law and subject to any amendment by the SAR legislature. Under article 160 of the Basic Law, the Standing Committee of the NPC may declare which of Hong Kong's pre-existing laws contravene the Basic Law and cannot therefore survive the 1997 transition. Such a declaration was made by the Standing Committee on 23 February 1997 in its Decision on the Treatment of the Laws Previously in Force in Hong Kong.<sup>3</sup>

The Decision identified a number of ordinances or portions thereof as laws that should not form part of the law of the SAR. It also provided rules for the purpose of adapting the wording, interpretation and application of existing laws for the use of the SAR. These rules were subsequently re-enacted by the Provisional Legislative Council (PLC) of the SAR as part of the Hong Kong Reunification Ordinance, and are generally regarded as technical in nature and uncontroversial.<sup>4</sup> As regards the non-adoption of certain ordinances, the termination of the operation of some of the ordinances concerned is uncontroversial as it is generally accepted that they related to the very nature of the colonial regime and were not needed in the post-colonial era.<sup>5</sup> However, the non-adoption of certain electoral laws and human rights-related laws was indeed controversial and was the focus of much debate and criticism in early 1997.

The electoral laws that failed to survive the transition were laws enacted to implement former Governor Christopher Patten's political reform package, which was considered by the Chinese Government as fundamental changes to Hong Kong's government system introduced unilaterally by the United Kingdom in a manner inconsistent with the spirit of the Joint Declaration,

the Basic Law and the understanding reached by exchange of correspondence between the Chinese and British Governments in early 1990. The vacuum resulting from the non-survival of some of these electoral laws was subsequently filled by new laws enacted by the Provisional Legislative Council, in accordance with which the first Legislative Council of the SAR was elected on 24 May 1998.

As regards the human rights-related laws, the NPC Standing Committee decided not to adopt the major amendments made to the Societies Ordinance and the Public Order Ordinance in July 1992 and July 1995 respectively. The amendments were part of a law reform exercise to bring Hong Kong's law in line with the standards enshrined in the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) as imported into Hong Kong's domestic law by the Hong Kong Bill of Rights Ordinance enacted by the Hong Kong legislature in 1991. In the view of the Chinese Government, the amendments were maliciously motivated and aimed at reducing the legitimate public order regulatory powers of the SAR government, because the British Government had represented to the Chinese side during the negotiations leading to the conclusion of the Joint Declaration that Hong Kong's laws *at that time* were already fully consistent with the ICCPR. At the same time as rejecting the amendments to the societies and public order legislation, the NPC Standing Committee also declared the non-adoption of three interpretative provisions in the Hong Kong Bill of Rights Ordinance on the ground that they purported to give the Ordinance a superior status overriding other Hong Kong laws, which is inconsistent with the principle that only the Basic Law is superior to other Hong Kong laws.<sup>6</sup>

Although the NPC Standing Committee nullified the amendments introduced in the 1990s to the Societies Ordinance and Public Order Ordinance, it did not actually mandate the restoration of these laws to their pre-amendment version. The SAR government was given the freedom to make a *new* version of societies and public order legislation for the SAR. Rising to the challenge, the Office of the SAR Chief Executive-designate published a consultative document on 9 April 1997 proposing such a new version of the law on freedom of association and freedom of assembly and procession in the SAR. On the basis of the opinions collected in the consultative exercise, bills were drafted and finally enacted by the Provisional Legislative Council (PLC) on 14 June 1997 in the form of the Societies (Amendment) Ordinance 1997 and the Public Order (Amendment) Ordinance 1997. The new version largely preserved the improvements and liberalisations made in the 1992 and 1995 amendments. The significant changes introduced by the PLC to the existing law related to two areas. First, under the latest version of the law, the government has the power to prohibit a public meeting or procession or the operation of a society on the additional ground of 'national safety' (in addition to the pre-existing grounds of 'public safety' and 'public order'). Secondly, it is now provided that political bodies in Hong Kong may not have any connection with foreign or Taiwan political bodies (otherwise the former's existence may be prohibited). This provision reflects the requirements in article 23 of the Basic Law.<sup>7</sup>

To conclude this section of the article, it may be said that the body of Hong Kong's pre-existing law has remained basically intact after the 1997 transition. With the exception of the specific laws set out in the NPC Standing Committee's Decision of 23 February 1997, all other laws have survived the handover. The non-adoption for use in the SAR of most of the laws specified in the Decision is uncontroversial and generally accepted. On the other hand, electoral laws and human rights-related laws have indeed been areas of controversy. The legal vacuum resulting from the Decision in these areas has subsequently been filled by new electoral laws enacted by the PLC within the framework for the SAR political system established by the Basic Law and the

Preparatory Committee for the Hong Kong SAR, and a new version of societies and public order legislation enacted by the PLC as discussed above.

### The application of mainland Chinese law

According to article 18 of the Basic Law, the laws that are in force in the SAR are those pre-existing laws which survive the transition as discussed above, laws enacted by the SAR legislature, and the national laws listed in Annex III to the Basic Law. Article 18 also provides that the mainland Chinese laws listed in Annex III must be 'confined to those relating to defence and foreign affairs as well as other matters outside the limits of the autonomy of' the SAR. It may be pointed out that the smaller the scope of application of these Annex III laws, the higher is the degree of autonomy of the SAR's legislative system.

When the Basic Law was enacted in 1990, Annex III consisted of 6 items, including the Nationality Law and various enactments on the capital, national day, national flag and emblem, territorial sea and diplomatic privileges. With the introduction of some new mainland Chinese laws on defence and foreign affairs and certain national affairs after 1990, Annex III became out-of-date.

On 1 July 1997, the NPC Standing Committee, after consulting the SAR government and the Committee for the Basic Law in accordance with article 18 of the Basic Law, amended Annex III by adding to it 5 additional items: Law on the Garrisoning of the Hong Kong SAR, Law on the National Flag, Law on the National Emblem, and two other laws on the territorial sea and consular privileges.<sup>8</sup> Article 18 of the Basic Law provides that the Annex III laws should be applied in the SAR 'by way of promulgation or legislation by the Region'. In fact, the laws on the national flag and emblem have been applied in the SAR by ordinances enacted by the PLC for the purpose of adapting the national laws to local circumstances,<sup>9</sup> whereas all the other Annex III laws have been directly applied to Hong Kong by promulgation.<sup>10</sup>

It may therefore be seen that mainland Chinese laws only have a minor application to the Hong Kong SAR. Among those mainland laws that do apply in Hong Kong, the most significant ones are probably the Nationality Law and the Law on the Garrisoning of the Hong Kong SAR.

The Nationality Law was enacted by the NPC in 1980, but the manner in which it applies to the Hong Kong SAR was governed by the NPC Standing Committee's Interpretations on the Nationality Law dated 15 May 1996. As regards the Law on the Garrisoning of the Hong Kong SAR, this was enacted by the NPC Standing Committee on 30 December 1996 after fairly extensive consultation with Hong Kong people and research into the legal position of the British forces in Hong Kong. This law regulates the activities and behaviour of members of the Chinese military forces stationed in the SAR, and affirms the jurisdiction of the SAR courts in handling cases involving acts done by these members otherwise than in execution of their official duties.

Unlike the Nationality Law and the Garrison Law which both apply to Hong Kong directly by promulgation, the PRC Law on the National Flag and Law on the National Emblem mentioned above have been applied by the enactment of a local ordinance, the National Flag and National Emblem Ordinance.<sup>11</sup> In the case of *HKSAR v Ng Kung-siu and Lee Kin-yun*,<sup>12</sup> the defendants had participated in a demonstration for democracy in China during which they displayed a defaced national flag (of the PRC) and a defaced regional flag (of the SAR). They were subsequently charged with violations of section 7 of the National Flag and National Emblem Ordinance and section 7 of the Regional Flag and Regional Emblem Ordinance.<sup>13</sup> The sections provide for the offences of desecration of the national flag or emblem and of the regional flag or emblem. The

former section was basically reproduced from article 19 of the PRC Law on the National Flag and article 13 of the PRC Law on the National Emblem.<sup>14</sup>

The defendants were convicted by the magistrate; they were neither fined or imprisoned, but bound over to keep the peace on a recognizance of \$2000 for each of the two charges for 12 months. They successfully appealed against their conviction before the Court of Appeal. The Court held that the sections under which they were charged are contrary to the guarantee of freedom of expression in article 19 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) as applied by article 39 of the Basic Law. In the Court's opinion, the prohibition of desecration of the national or regional flag, being a restriction on freedom of expression, cannot be justified by any necessity to protect 'public order (ordre public)'.<sup>15</sup>

The Government appealed the case to the Court of Final Appeal (CFA), which rendered its judgment on 15 December 1999. The appeal was allowed by the CFA, and the impugned Ordinances were upheld as constitutional and valid. The CFA pointed out that the national and regional flags are important and unique symbols of the nation and of the Hong Kong SAR respectively. There exist therefore societal and community interests in the protection of the flags. Such protection constitutes the objective behind the flag desecration laws. Such protection was held to fall within the concept of 'public order (ordre public)' as used in the ICCPR. It was held that the court below adopted too narrow a conception of public order, which in the context of the ICCPR is not confined to the common law notion of maintaining law and order. Public order should be construed more broadly to embrace notions of the 'general welfare' and the 'interests of the collectivity as a whole'.<sup>16</sup> This conception of the public order is 'an imprecise and elusive one', and 'must remain a function of time, place and circumstances'.<sup>17</sup>

The next questions for the CFA were whether the flag desecration laws impose restrictions on the freedom of expression, and, if so, whether such restrictions can be justified on the ground that they are necessary for the protection of public order and proportionate to the objective sought to be achieved. Here the court held that flag desecration is indeed 'a form of non-verbal speech or expression',<sup>18</sup> and the impugned laws do constitute a restriction thereon. However, the court pointed out that the restriction is a limited one, because while one mode of expression is prohibited, the same message which the actor wants to express can still be freely expressed by other modes.<sup>19</sup> It was therefore concluded that the 'necessity' and 'proportionality' tests had been satisfied.<sup>20</sup> It is noteworthy that the CFA took into account separation of powers considerations (e.g. giving 'due weight to the view of the HKSAR's legislature that the enactment of the National Flag Ordinance ... is appropriate for the discharge of the Region's obligation to apply the national law arising from its addition to Annex III [of the Basic Law] by the Standing Committee,'<sup>21</sup>) and it also stressed the importance of considerations of 'time, place and circumstances':

The intrinsic importance of the national flag and the regional flag to the HKSAR as such unique symbols is demonstrated by the fact that at the historic moment on the stroke of midnight on 1 July 1997, the handover ceremony in Hong Kong to mark the People's Republic of China's resumption of the exercise of sovereignty over Hong Kong began by the raising of the national flag and the regional flag. .... Hong Kong is at the early stage of the new order following resumption of the exercise of sovereignty by the People's Republic of China. The implementation of the principle of 'one country, two systems' is a matter of fundamental importance, as is the reinforcement of national unity and territorial integrity. Protection of the national flag and the regional flag from desecration, having regard to their unique symbolism,

will play an important part in the attainment of these goals.<sup>22</sup>

The CFA's decision can be defended as having struck an appropriate balance between the freedom of expression and the need to protect the national flag from desecration given the peculiar political and social circumstances of Hong Kong as the experiment in 'one country, two systems' began. Since the court held that the national flag desecration law was not inconsistent with the freedom of expression, it was unnecessary for it to deal with the more delicate issue of whether a Hong Kong court may decline to enforce part of a national law listed in Annex III to the Basic Law where specific provisions therein are determined by the Hong Kong court to be inconsistent with the human rights guarantees enshrined in the Basic Law. But it is important to note that the CFA has in this decision upheld the power of the Hong Kong courts to review the constitutionality of Hong Kong legislation on human rights grounds, and, if necessary, to strike down such legislation. Although no legislation was actually struck down by the CFA in this case, the constitutional judicial power that it has affirmed is and will be a potent one.

#### Reversal of certain laws passed by the previous LegCo

As mentioned above, the principle in article 8 of the Basic Law of preserving those existing laws which do not contravene the Basic Law is subject to the proviso that the SAR legislature can change any existing law. Immediately after the establishment of the SAR, the SAR government introduced a bill in the PLC proposing to freeze the operation of 7 ordinances passed by the former Legislative Council as private members' bills (i.e. bills originally drafted and introduced into the legislature by an individual LegCo member rather than by the Government), on the ground that these laws were hastily passed by LegCo during the last week of its life in June 1997 without adequate discussion in bills committees, public consultation, and, in the case of the 5 labour law related ordinances among them, prior consideration by the Labour Advisory Board. The PLC did not support the Government's proposal in its entirety, and only agreed to freeze 4 of the ordinances concerned when it passed on 16 July 1997 the Legislative Provisions (Suspension of Operation) Ordinance 1997.<sup>23</sup>

This ordinance only provided for a temporary suspension of the 4 ordinances pending further review of them by the Government and the PLC. The review of the 3 labour law-related ordinances among them was completed by the end of October 1997, when the PLC passed the Employment and Labour Relations (Miscellaneous Amendments) Ordinance.<sup>24</sup> This ordinance in effect repealed the Employee's Rights to Representation, Consultation and Collective Bargaining Ordinance 1997 (which introduced for the first time in Hong Kong's history a legal right on the part of trade unions to collective bargaining with employers) and the Employment (Amendment)(No. 4) Ordinance 1997 (which strengthened the anti-discrimination remedies for members of trade unions). With regard to the change in rules regarding the registration and operation of trade unions introduced by the Trade Unions (Amendment)(No. 2) Ordinance 1997, the Employment and Labour Relations (Miscellaneous Amendments) Ordinance did not abolish it entirely but introduced a modified, compromise version of the trade union law.

The remainder of the 4 frozen ordinances was the Hong Kong Bill of Rights (Amendment) Ordinance 1997,<sup>25</sup> and this was dealt with by the PLC when it enacted the Hong Kong Bill of Rights (Amendment) Ordinance 1998<sup>26</sup> on 25 February 1998. The previous amendment ordinance had extended the scope of application of the Bill of Rights to legislation affecting only relations between private persons (as distinguished from legislation governing the relations between the government

or public authorities on the one hand and citizens on the other hand). This extension has now been removed by the 1998 amendment ordinance.

The suspension and subsequent partial repeal by the PLC of these labour law-related and human rights-related laws enacted by the former Legislative Council was one of the most controversial acts of the PLC in its one-year lifespan, particularly in view of the fact that the PLC had less democratic legitimacy in the eyes of Hong Kong people than the former LegCo. It should however be noted in this regard that the initiative and the driving force behind this move came from SAR government officials who were the same officials in the pre-July 1997 government. These officials' position was consistent before and after the handover. They had opposed the private members' bills before the bills were passed by the pre-July LegCo, and it just so happened that the PLC was more sympathetic to their views and concerns than the pre-July LegCo. However, even the PLC did not accept all of their proposed suspensions, and the final version of the law that ultimately emerged represents to some extent (albeit a relatively minor extent) a compromise from the government's point of view.

#### 'Crown', 'State' and adaptation of laws

Another highly controversial law passed by the PLC was the Adaptation of Laws (Interpretative Provisions) Ordinance.<sup>27</sup> The ordinance was one in a series of ordinances enacted for the purpose of making technical changes to the wording of Hong Kong's existing laws so as to adapt them to Hong Kong's post-colonial status. This exercise of adaptation of laws, together with another exercise of localisation of laws (i.e. re-enacting in the form of local legislation (e.g. in the areas of intellectual property and merchant shipping) relevant British legislation originally applicable to Hong Kong directly), have in fact begun in the Legal Department years before the handover. They have generally been regarded as technical, non-political and uncontroversial in nature.

However, there was *one* provision in the Adaptation of Laws (Interpretative Provisions) Ordinance 1998 which generated heated debate in the community and intense criticism of the SAR government and the PLC. The provision relates to the adaptation to the post-1997 era of section 66 of the Interpretation and General Clauses Ordinance, which reads as follows:

No Ordinance shall in any manner whatsoever affect the right of or be binding on the Crown unless it is therein expressly provided or unless it appears by necessary implication that the Crown is bound thereby.

This section was in fact no more than the restatement of a common law rule of statutory interpretation, which is also in force in other common law jurisdictions such as Britain, Australia and New Zealand. In the pre-1997 era, the word 'Crown' in section 66 would refer to the Queen, the British Government, the British military forces in Hong Kong and the Hong Kong Government. The use of the word 'Crown' in Hong Kong law is clearly inappropriate in the post-colonial age.

Section 24 of the Adaptation of Laws (Interpretative Provisions) Ordinance substitutes the word 'State' for the word 'Crown' in section 66 of the Interpretation and General Clauses Ordinance, and the former ordinance also provides an elaborate definition of the new concept of the 'State'. The definition includes the SAR Government, the Central Government in Beijing, as well as subordinate organs of the Central Government that exercise executive functions on its behalf but do not exercise commercial functions. Such subordinate organs would appear to include (and

this has been admitted by the SAR Government itself) not only the office of Commissioner of the PRC Foreign Ministry in Hong Kong and the Chinese military forces in Hong Kong, but also the Hong Kong Branch of the Xinhua News Agency, which has been designated a work organ authorised to operate in Hong Kong by the Central Government.

Not long before this bill for adaptation of laws was introduced into the PLC, the Department of Justice's decision not to prosecute the Hong Kong Branch of the Xinhua News Agency for a possible breach of the Personal Data (Privacy) Ordinance had already attracted much public attention. The alleged breach was that the Agency did not reply within the time limit specified in the ordinance to an inquiry from Ms Emily Lau (former LegCo member, also elected in May 1998 to the first LegCo of the SAR and in September 2000 to the second LegCo) regarding the personal data held by the Agency regarding Ms Lau.

There is a section in the Personal Data (Privacy) Ordinance expressly providing that it binds the Government (meaning the Hong Kong Government), but no provision to the effect that it binds the Crown. The effect of the Adaptation of Laws (Interpretative Provisions) Ordinance 1998 is that the Personal Data (Privacy) Ordinance would not be binding on agencies of the State (as defined in the former ordinance) other than the SAR Government. Hence the Hong Kong Branch of the Xinhua Agency would not be subject to the Personal Data (Privacy) Ordinance. Nor would it be bound by other Hong Kong legislation which does not expressly or by implication bind the State (even if such legislation expressly binds the Hong Kong SAR Government).

The main criticism of the adaptative provision substituting 'State' for 'Crown' in section 66 of the Interpretation and General Clauses Ordinance is that it gives institutions like the Xinhua Agency in Hong Kong a special treatment or privilege which is inconsistent with article 22 of the Basic Law, which provides that all offices established in Hong Kong by Central Government departments or by provinces, and the personnel of such offices, 'shall abide by the laws of the Region'. On the other hand, defenders of the adaptative provision argued that the legal logic in substituting 'State' for 'Crown' is impeccable, and that the change is purely a technical measure of adaptation of laws to Hong Kong's new status. It was pointed out that whether there is anything wrong with the substance of the original section 66 of the Interpretation and General Clauses Ordinance (which is the subject of the present adaptation exercise) in giving a special treatment to the 'Crown' (now the 'State') is a question of *law reform* rather than a question of *adaptation*, and the former question can be addressed later. At the same time, the Government undertook to review all existing laws, particularly those laws that already contain express provisions making them binding on the Hong Kong Government, to see whether any of them should be expressly made binding on State agencies such as the Xinhua News Agency in Hong Kong. And when the Legislative Council enacts any new law in future, it can also consider whether the law ought to bind any State agency, and, if so, expressly provide so.

The debate generated by the Crown/State issue in the exercise of adaptation of laws provides a good illustration of the kind of political sensitivity, both local and international, that exists as Hong Kong experiments with life under 'one country, two systems'. The criticism voiced in the Hong Kong community of the stance of the SAR Government and the PLC on this issue has attracted much international attention. Skeptics of 'one country, two systems' find in this incident evidence of erosion of the rule of law in Hong Kong under the pressure of 'one country'. To be fair, however, it may be pointed out that the SAR Government and the PLC have not sought to introduce any *new* rule into Hong Kong's legal system. The interpretative presumption in section

66 of the Interpretation and General Clauses Ordinance that legislation does not bind the Crown (unless it expressly or by implication does so) is inherited from the common law tradition, and it would be extremely difficult to justify to the Central Government in Beijing any abolition or curtailment of the presumption as part of an exercise in adaptation of laws or even in law reform.

The only remaining option would be to preserve the presumption while replacing the concept of the 'Crown' by the equivalent concept of the 'State'. And this was the option adopted by the SAR Government and the PLC.

#### Immigration legislation, the PLC and the courts

One of the greatest legal challenges faced by the SAR authorities immediately after the establishment of the SAR was the problem of illegal migrant children from mainland China born of Hong Kong permanent residents. Before 1 July 1997, these children had no right of residence in Hong Kong, although they could apply (for a one-way exit permit from mainland China) to come to Hong Kong under the quota of 150 migrants from mainland China per day and, as it were, wait in a queue for many years before actually being allowed to come. However, under article 24(2)(iii) of the Basic Law, which came into effect on 1 July 1997, such children have the legal status of Hong Kong permanent residents with the right of abode in Hong Kong. Hence in the months before 1 July 1997 and on the days thereafter, some Hong Kong permanent residents with children in the mainland arranged for their children to be smuggled into the territory, hoping that they could thereby jump the queue and exercise their constitutional right of abode in Hong Kong once they are physically in Hong Kong.

It was estimated in 1997 that there were at least 66,000 such children in the mainland. If all restrictions were to be lifted regarding their entry to Hong Kong, the social infrastructure and social services of Hong Kong could hardly cope with such a great and sudden influx. The strains put on Hong Kong's society and its government would simply be too enormous. The SAR Government, with the support of the PLC, therefore introduced amendments to the Immigration Ordinance on 9 July 1997 requiring children in the mainland of Hong Kong permanent residents to follow, before they can come to Hong Kong, the procedure of proving their identity and applying to the mainland authorities for the usual one-way exit permit plus a certificate of entitlement to reside in Hong Kong issued by the Hong Kong authorities. The children's exercise of their right of residence in Hong Kong is in effect postponed until they have applied for and obtained the necessary documentation. As regards children who have already entered Hong Kong without such documentation before the enactment of the new legislation, the legislation requires them to be sent back to the mainland, where they are supposed to apply to come again in accordance with the proper procedure.

In the famous case of *Cheung Lai Wah and others v Director of Immigration*,<sup>28</sup> the legislation was challenged by lawyers acting for the parents of some of the children who had already entered Hong Kong before the enactment of the legislation on 9 July 1997. It was argued that the legislation was inconsistent with article 24(2)(iii) of the Basic Law (which confers on these children the status of Hong Kong permanent residents with the right of abode in Hong Kong). Another argument concerned the legality of the Provisional Legislative Council (PLC) which enacted the legislation.

The issue of whether the PLC had been lawfully established and had the power to make laws for Hong Kong had been alive for many months even before the immigration amendment

legislation was passed by the PLC on 9 July 1997. When the Preparatory Committee for the SAR decided to establish the PLC in March 1996, critics already pointed out that insofar as the Basic Law and the related enactments of the NPC and its Standing Committee have not made any provision for any animal like the PLC, the establishment of the PLC was not properly authorised by law, and therefore the PLC had no legitimate constitutional status and no legislative authority.

Before the transition on 1 July 1997 but after the PLC started its work in Shenzhen in April 1997, a legal action<sup>29</sup> was brought by a member of the Democratic Party in Hong Kong to challenge it on the ground that its members were usurping the offices of Legislative Councillors. However, the court refused to entertain the challenge on the grounds that the applicant did not have a sufficient interest in the matter (in the sense of being adversely affected by the actions which he complained about), and was 'seeking to utilise the court to promote his own particular political interest'. The court was reluctant to become involved in the Sino-British dispute regarding the establishment of the PLC, and it also pointed out that it had no jurisdiction over activities in mainland China where the PLC was operating.

Shortly after the establishment of the Hong Kong SAR, the issue of the PLC's legal status was litigated again. In *HKSAR v Ma Wai Kwan David and others*<sup>30</sup>, a criminal case involving a charge of conspiracy to pervert the course of public justice, the defendants' lawyers argued that the common law (under which the conspiracy offence existed) had not survived the handover, and that the Hong Kong Reunification Ordinance (which provides for the continued operation of the common law after the handover) enacted by the PLC was invalid because the PLC was not lawfully established as a law-making body for the SAR. The issue was referred to the Court of Appeal for an authoritative determination. In a landmark decision delivered on 29 July 1997, the 3-member court held unanimously in favour of the legality of the PLC. The court pointed out that as a local or regional court, it had no power to overturn an act of a sovereign authority such as the NPC or its Standing Committee. Furthermore, after looking into the background to the establishment of the PLC, and, in particular, the derailing of the 'through train' for members of the legislature before and after 1 July 1997 and the need for an interim legislative authority immediately after the SAR's establishment, the court concluded that the creation of the PLC was not contrary to the Basic Law, but was necessary for the purpose of implementing the Basic Law.

As mentioned above, the legislative authority of the PLC, which enacted the legislation restricting the right of entry to the SAR of children in mainland China of Hong Kong permanent residents, was also challenged in the *Cheung Lai Wah* case brought by parents to challenge the legislation. The case was first heard by Mr Justice Keith in the Court of First Instance of the High Court. It was then appealed to the Court of Appeal. The Court of Appeal decided on 20 May 1998 that as far as the issue of the PLC's legal status was concerned, the court was bound by its earlier decision in the abovementioned case of *HKSAR v Ma Wai Kwan*, and the issue could not therefore be re-opened.<sup>31</sup>

We now turn to examine how the court dealt with the other major issue in the case, which was whether the immigration amendment legislation enacted by the PLC was contrary to article 24 of the Basic Law, which confers on the children concerned the status of Hong Kong permanent residents and the right of abode in Hong Kong. On this issue, the Court of Appeal in a judgment delivered on 2 April 1998 affirmed the decision of the Court of First Instance.<sup>32</sup> The legislative scheme requiring the children to apply for and obtain the one-way exit permit and certificate of entitlement before they can come to the SAR was held to be valid and not inconsistent with the Basic Law. The court pointed out that the Basic Law is a constitutional document setting out basic

principles, and detailed implementation is a matter left to the SAR legislature. In this case, the objective of the legislation is to provide for the orderly settlement in Hong Kong of the children concerned in a staggered manner. The legislation therefore implements the Basic Law and is not inconsistent with it. The court emphasized that the restrictions placed on the children's right to enter Hong Kong immediately and without waiting for their applications to be processed are justified by article 22(4) of the Basic Law, which provides that people from other parts of China must apply for approval before they can enter the Hong Kong SAR. It was pointed out that articles 22(4) and 24 should be read together, and that such provisions in the Basic Law should be interpreted broadly and purposively.

As regards another part of the immigration amendment legislation which was challenged in this case, the court held that the relevant provisions were indeed contrary to the Basic Law and hence invalid. These provisions deny the right of abode in Hong Kong to illegitimate children in the mainland born of fathers who are Hong Kong permanent residents. The court held that this was inconsistent with the language of article 24 of the Basic Law, which contains nothing that discriminates against children on the basis of their status (i.e. whether they are born to parents who are married to one another).

There was another major piece of litigation in the courts of the HKSAR in which immigration legislation was also challenged on the ground that it was inconsistent with article 24 of the Basic Law. This was the *Chan Kam Nga case*.<sup>33</sup> Here it was argued that Hong Kong permanent residents' children who had the right of abode in Hong Kong included not only persons who were born at a time when one of their parents was already a Hong Kong permanent resident, but also any person whose parent *subsequently* became a Hong Kong permanent resident. This argument succeeded initially in the Court of First Instance of the High Court, but was rejected when the case was appealed to the Court of Appeal.

#### *The Court of Final Appeal's Decisions on 29 January 1999*

The *Cheung Lai Wah* case and the *Chan Kam Nga* case were appealed to the Court of Final Appeal (CFA) in January 1999. The two judgments rendered in these cases by the CFA on 29 January 1999 became the most important and famous judicial decisions in Hong Kong since the 1997 transition, and had far-reaching implications for both the constitutional-political and the socio-economic domains. The two judgments were those in the cases of *Ng Ka Ling and Others v Director of Immigration*<sup>34</sup> (which was in fact the same case as *Cheung Lai Wah*) and *Chan Kam Nga and 80 others v Director of Immigration*.<sup>35</sup>

In *Ng Ka Ling*, the CFA affirmed the Court of Appeal's ruling regarding the right of illegitimate children to qualify for the right of abode under article 24 of the Basic Law. However, on the point raised by the *Chan Kam Nga case*, the CFA agreed with the view of the Court of First Instance and reversed the Court of Appeal's decision. It was subsequently estimated by the SAR Government that the combined effect of the CFA's decisions on these two points was that 1.67 million persons currently resident on the mainland would qualify as Hong Kong permanent residents under article 24 of the Basic Law. As discussed below, this ultimately led to the controversial move by the SAR Government to refer the relevant Basic Law provisions to the NPC Standing Committee for interpretation.

In *Ng Ka Ling*, the CFA also rejected the interpretation of article 22(4) adopted by the two

courts below and consequently held that the immigration amendment legislation of 9 July 1997 was unconstitutional (i.e. contrary to the Basic Law) and invalid insofar as it mandated the possession of the one-way exit permit issued by the mainland authorities (in addition to the certificate of entitlement issued by the SAR Government) as a condition precedent for entry to Hong Kong on the part of those mainland residents who, on the commencement of the Basic Law on 1 July 1997, became entitled to the right of abode in Hong Kong. The CFA held that as far as Hong Kong law was concerned, it would only be lawful to require such mainland residents to obtain the certificate of entitlement as a condition precedent for entry; it would not be lawful to deny them entry on the ground that they do not hold a one-way exit permit. The certificate of entitlement scheme was for the purpose of and only for the purpose of verification of the applicant's status as a Hong Kong permanent resident under article 24, and the certificate should be issued without unlawful delay once the facts relevant to proof of the status have been verified.

In the CFA's opinion, article 22(4) does not apply to mainland residents who are Hong Kong permanent residents under article 24. Hence any restriction of their right of entry to Hong Kong on the basis of the one-way exit permit scheme would be an unlawful denial of their 'constitutional right of abode', which the CFA regarded as a core right without which other rights guaranteed by article III of the Basic Law cannot be enjoyed. On the other hand, the CFA recognised that the mainland law on exit and entry of citizens on which the one-way permit scheme rests remains 'fully enforceable' in the mainland. The CFA also recognised that article 22 is a Basic Law provision that concerns the relationship between the central authorities and the SAR. Under 158 of the Basic Law, the CFA is bound, before deciding a case, to refer such provisions to the NPC Standing Committee for interpretation if the court needs to interpret such a provision and its interpretation would affect the judgment. However, in the present case, the CFA decided that it was not necessary to refer article 22 to the Standing Committee because the 'substance' of the case was such that article 24 rather than article 22 was the 'predominant provision' being interpreted by the court.<sup>36</sup>

On the issue of the legislative authority of the PLC, the CFA held in *Ng Ka Ling* that the PLC had been lawfully established and its establishment did not contravene the Basic Law. However, the CFA's reasoning which led to this conclusion differs from that adopted by the Court of Appeal in the *Ma Wai Kwan* case. In fact, the CFA in its judgment expressly overruled the principle adopted in the *Ma* case that acts of the sovereign authority (the NPC or its Standing Committee) may not be reviewed by the Hong Kong courts. In what subsequently became one of the most controversial parts of the judgment, the CFA declared that the Hong Kong courts have full authority (subject to the provisions of the Basic Law) to review the legislative acts of the NPC and its Standing Committee for the purpose of determining whether they are inconsistent with the Basic Law, and to declare such acts as invalid if they are determined to be so inconsistent.

#### *The 'Statement' and its 'Clarification'*

This particular statement ('Statement') of the constitutional jurisdiction of the Hong Kong courts to review the validity of acts of the NPC and its Standing Committee provoked a strong reaction from the mainland government, thus precipitating the first constitutional crisis in Hong Kong since the 1997 transition. In a highly publicized seminar reported in Hong Kong and mainland media on 7 February 1999, four leading Chinese law professors, who were also former members of the Drafting Committee for the Basic Law and the Preparatory Committee for the establishment of the SAR, vehemently attacked the Statement, even to the point of saying that it

has the effect of placing the Hong Kong courts above the NPC (which is the supreme organ of state power under the Chinese Constitution) and of turning Hong Kong into an 'independent political entity'. After the Beijing visit on 12-13 February of Ms Elsie Leung, the SAR Secretary for Justice, to discuss the matter, it was reported that Chinese officials also criticized the Statement as 'unconstitutional' and called for its 'rectification'.

The mainland reaction to the CFA Statement aroused international as well as local concern regarding the rule of law and judicial independence in Hong Kong. The British Consulate in Hong Kong, the US Consulate in Hong Kong and the American Chamber of Commerce in Hong Kong all issued statements expressing concern about the matter and support for the CFA and for judicial autonomy in Hong Kong. These were implicit warnings to the Chinese government against intervention. In this regard, it should be noted that under article 158 of the Basic Law, there does exist a lawful channel of intervention for the purpose of resolving a constitutional dispute between the SAR and the central government. This takes the form of an interpretation of the Basic Law (which will not have retrospective effect in the sense of overturning court judgments which have already been delivered) issued by the NPC Standing Committee after consultation with the Basic Law Committee (a quasi-constitutional tribunal consisting of 6 mainland members and 6 Hong Kong members).

On 24 February 1999, the SAR Government made the controversial move of applying to the CFA for the relevant part of the judgment of 29 January 1999 (containing the Statement) to be 'clarified' on the ground that the matter was of 'great constitutional, public and general importance'. The application was heard on the morning of 26 February, and in a judgment issued on the afternoon of the same day,<sup>37</sup> the CFA exercised its 'inherent jurisdiction' to state that (1) the Hong Kong courts' power to interpret the Basic Law is derived from the NPC Standing Committee under article 158 of the Basic Law, (2) any interpretation made by the Standing Committee under article 158 would be binding on the Hong Kong courts, and (3) the judgment of 29 January did not question the authority of the NPC and its Standing Committee 'to do any act which is in accordance with the provisions of the Basic Law and the procedure therein'. It was generally accepted by the legal community and public opinion in Hong Kong that the CFA's statement of these additional points did not imply any retreat from its original position as defined in the judgment of 29 January 1999, but it only made explicit what was implicit in the original judgment.<sup>38</sup>

On 27 February 1999, the Legislative Affairs Commission of the NPC Standing Committee issued a statement referring to the CFA's 'clarification' and pointing out that it had been essential.

A comment made to the press the following day by Vice-Premier Qian Qishen indicated that the constitutional dispute had been brought to an end.

Critics of the 'clarification' incident<sup>39</sup> accused the SAR Government of putting political pressure on the court to appease the central authorities, and of abusing court procedures in so doing (since the application for 'clarification' of a judgment was unprecedented and did not fall within any recognised procedure in common law jurisdictions). They also criticized the Secretary for Justice for privately communicating with the Chief Justice on the two days immediately preceding the date of the application — the Secretary's defence was that she only wanted to notify him about the forthcoming application so that he could expedite its hearing and arrange for Sir Anthony Mason, the non-permanent visiting judge (who participated in the original hearing as a fifth member of the CFA) to come to Hong Kong to participate in the hearing of the application.

On the other hand, it is possible to defend the 'clarification' move by pointing out that it was a pragmatic solution to a crisis which originated, not from any political conflict between the central government and the SAR, but from a legal proposition made in the original CFA judgment which the central government considered to be inconsistent with the true legal position regarding the relationship between the SAR judicial power and the central legislative power. It was of course possible and lawful for the NPC Standing Committee to make an interpretation under article 158 of the Basic Law overriding the CFA Statement. But in this event, a political cost will have to be paid, in terms of perceived or alleged 'interference' with the SAR's judicial autonomy. Furthermore, such a move will be a severe blow to the authority and prestige of the CFA. Thus both sides will be losers. By contrast, the 'clarification' seemed to have been effective in settling the conflict in a way that was 'face-saving' for both the central government and the CFA. After all, if, as believed by some observers, the constitutional crisis had been due to a 'misunderstanding' by the central authorities of the true meaning of the judgment of 29 January, then an explanation by way of clarification would be a natural and obvious way to dissolve the misunderstanding and hence to resolve the crisis.

### *The Reference to the NPC Standing Committee*

While the crisis generated by 'Statement' made by the CFA in *Ng Ka Ling* regarding its power to pronounce on the constitutional validity of acts of the NPC or its Standing Committee subsided with the 'Clarification', the other part of the CFA's decision on 29 January 1999 — its judgment in *Chan Kam Nga* — proved to have even greater reverberations. The whole Hong Kong community was in an uproar when the Government on 28 April 1999 released its estimate, arrived at on the basis of sample surveys and statistical studies, that the implementation of articles 24(2)(iii) and 22(4) of the Basic Law as interpreted by the CFA would mean that Hong Kong would need to absorb a migrant population from mainland China of 1.67 million in the coming decade, which task would impose on Hong Kong a social and economic burden so enormous that Hong Kong would find it hardly endurable. In the Government's opinion, Hong Kong need not bear this burden because the CFA's interpretation of the relevant Basic Law provisions was of dubious validity. The Government argued that although the CFA is the court of final *adjudication* in Hong Kong, it is not necessarily on all issues the final tribunal for the *interpretation* of the Basic Law, because under article 158(1) of the Basic Law, the NPC Standing Committee has the ultimate authority to interpret the Basic Law.

Thus on 21 May 1999, the Chief Executive, Mr Tung Chee-hwa, despite strong opposition from certain sectors of the community (though with the support of a majority of the members of the Legislative Council), requested the State Council to refer the relevant Basic Law provisions to the Standing Committee for interpretation. The request was acceded to, and the Standing Committee, after consulting the Basic Law Committee, issued an interpretation on 26 June 1999.<sup>40</sup>

The Standing Committee's interpretation of articles 24(2)(iii) and 22(4) of the Basic Law was essentially the same as that adopted by the Court of Appeal as set out above. The CFA's decision on these points was effectively overruled, although the parties to the litigation were not to be affected by the Standing Committee's decision. In the text of its decision, the Standing Committee also pointed out that the litigation did involve Basic Law provisions concerning the central government's responsibility or the central-SAR relationship which ought to have been referred to the Standing Committee for interpretation by the CFA in accordance with article 158(3) of the Basic Law.

The SAR Government's reference of the Basic Law provisions to the Standing Committee for interpretation constitutes the single most controversial and world-famous legal event in the history of the HKSAR.<sup>41</sup> It met with the sharpest opposition from the most vocal members of the legal and political community in Hong Kong, including the Hong Kong Bar Association (though the Hong Kong Law Society, consisting of solicitors — while the Bar Association consists of barristers — did not seriously oppose the move), the Democratic Party and its allies in the legislature. After the interpretation, hundreds of lawyers even went on a symbolic 'funeral march' to the Court of Final Appeal to express their concerns that the reference to the Standing Committee potentially signalled the end of the Rule of Law, judicial independence, human rights and autonomy in Hong Kong.

One way to interpret the controversy would be to understand it as a result of the interaction and conflict between the common law tradition in Hong Kong and the tradition of socialist law in mainland China. In the common law tradition, any ambiguity in the law can and should be resolved by the judiciary in exercise of its law-interpreting power, and this power is only exercised when courts are deciding cases which raise the issues of interpretation. The courts should interpret the law in accordance with well-established canons of interpretation, which guarantee the objectivity, impartiality, rationality and predictability of the process of the interpretation and application of the law. Here lie the ideals of the Rule of Law, judicial independence, justice according to law and the protection of rights. From the common law perspective, it is simply inconceivable and unacceptable that any political or legislative body should engage in the task of interpreting the law, which is the exclusive province of learned, respected and politically neutral judges. Legislators can, through the law-making process, amend the law. But before the law is amended, the judiciary is the only authoritative interpreter in case of dispute, and this is mandated by the constitutional principles of separation of powers.

On the other hand, in the legal system of the People's Republic of China, as in the case of the former socialist legal systems in Russia and Eastern Europe, the Constitution empowers the NPC Standing Committee to interpret the Constitution and the laws.<sup>42</sup> The theory of separation of powers is rejected as bourgeois, and instead there is the conception that the people's congress system is the source and the guardian of all powers, including legislative, executive and judicial powers. Although in practice the power has seldom been exercised, the NPC Standing Committee has the power to interpret any legal provision that needs to be further clarified or supplemented.

This is called legislative interpretation, as distinguished from judicial interpretation and executive interpretation. This power of legislative interpretation is therefore akin to the power to amend the law in a common law system by introducing new provisions clarifying existing provisions in a law.

And, unlike the power of judicial interpretation in the common law system which can only be exercised in the course of the adjudication of cases, the power of legislative interpretation may be exercised at any time in the abstract even if no case has arisen that raises the issue of interpretation.

The legislative body that does such interpretation does not try cases itself, but courts have the legal obligation to follow the interpretations that have been issued by the legislative body.

Article 158 of the Basic Law attempts to achieve a marriage between the socialist legal system on the mainland and the common law system in Hong Kong. As pointed out by Sir Anthony Mason, non-permanent Judge of the CFA, in the subsequent case of *Lau Kong Yung*<sup>43</sup>:

As is the case with constitutional divisions of power, a link between the courts of the Region and the institutions of the People's Republic of China is required. In a nation-wide common

law system, the link would normally be between the regional courts and the national constitutional court or the national supreme court. Here, however, there are not only two different systems, but also two different legal systems. In the context of 'one country, two systems', Article 158 of the Basic Law provides a very different link. That is because the Article, in conformity with Article 67(4) of the PRC Constitution, vests the general power of interpretation of the Basic Law ... in the NPC Standing Committee. Consistently with that vesting of the general power of interpretation in the Standing Committee, the Standing Committee authorizes the courts of the Region to interpret 'on their own, in adjudicating cases' the provisions of the Basic Law which are within the limits of the autonomy of the Region.<sup>44</sup>

Those 'provisions of the Basic Law which are within the limits of the autonomy of the Region' may be contrasted with those 'provisions of this Law concerning affairs which are the responsibility of the Central People's Government, or concerning the relationship between the Central Authorities and the Region' (often referred to as the 'Excluded Provisions'). They are Excluded Provisions in the sense that their final interpretation is a matter not for the CFA of Hong Kong but for the NPC Standing Committee. Article 158(3) of the Basic Law obliges the CFA to refer Excluded Provisions to the NPC Standing Committee (which will be advised by the Basic Law Committee) for interpretation if the CFA needs to interpret such provisions in the course of adjudication of a case and the interpretation will affect the judgment in the case. As mentioned above, the CFA in *Ng Ka Ling* actually accepted that article 22(4) of the Basic Law was an Excluded Provision, but decided that it need not be referred to the NPC Standing Committee for interpretation because it was not the 'predominant provision' that was being interpreted in this case; such predominant provision was article 24, which provides the definition of Hong Kong permanent residents, and which in the CFA's opinion fell within the category of 'the provisions of this Law which are within the limits of the autonomy of the Region'.

Article 158 of the Basic Law only explicitly deals with the question of when the CFA should refer Basic Law provisions to the NPC Standing Committee for interpretation. It does not provide for any procedure or ground by which bodies other than the CFA may refer questions of interpretation of the Basic Law to the NPC Standing Committee. This is one of the major reasons why there was such an uproar when the SAR Government announced that it was going to refer both articles 22 and 24 to the NPC Standing Committee. Although the Government attempted to justify the reference on the basis of article 48(2) (which relates to the Chief Executive's responsibility for the implementation of the Basic Law), opponents argued that a reference by the Chief Executive of Basic Law provisions to the Standing Committee for interpretation was entirely outside the framework established by the Basic Law.

The critics' concerns are not difficult to understand. Here is a situation in which ordinary people had litigated against the executive branch of the SAR Government. The executive branch had lost the suit in the highest appellate court in Hong Kong. But instead of accepting the judgment of the CFA and abiding by it, the Chief Executive now referred the matter to the political authority in Beijing (the NPC Standing Committee being a legislative and political body rather than a judicial or even quasi-judicial body), in effect asking Beijing to overturn the CFA's interpretation of the relevant Basic Law provisions. This is directly contrary to the common tradition of impartial and non-political interpretation of the law by the judiciary, which stands above the executive and legislative branches of government as far as the power to interpret and apply the law is concerned. And if the SAR Government could do this in this case, there is nothing to prevent it from doing the same in any other case that it has lost before the CFA. This, in the critics' opinion, would mark

the death of the Rule of Law in Hong Kong.

Another of the critics' legitimate concerns relates to the autonomy of the Hong Kong SAR. The scheme for the interpretation of the Basic Law established by article 158 rests on a distinction between two kinds of provisions in the Basic Law — 'the provisions of this Law which are within the limits of the autonomy of the Region' (hereafter called the 'Domestic Provisions') on the one hand, and the Excluded Provisions on the other hand. Whereas it is clear that the source of all interpretative power is the NPC Standing Committee (see article 158(1)), article 158(2) delegates to the Hong Kong courts the power to interpret the Domestic Provisions, while the final interpretation of the Excluded Provisions is reserved for the NPC Standing Committee by article 158(3). The ideal operation of the scheme would be such that the NPC Standing Committee exercises self-restraint by adhering to a constitutional convention whereby it never interprets the Domestic Provisions, and the CFA faithfully refers to the NPC Standing Committee relevant Excluded Provisions for interpretation whenever it becomes necessary to interpret them. A proper balance will then be struck between the autonomy of the HKSAR and the sovereign authority of the PRC. Now the critics' point as far as autonomy is concerned is this. Two provisions called for interpretation in this case — articles 22(4) and 24(2). Whereas article 22(4) may be conceded to be an Excluded Provision, article 24(2) is definitely a Domestic Provision. Now the SAR Government was referring to the Standing Committee not only article 22(4), but also 24(2). This, in the critics' view, amounts to a total surrender of Hong Kong's autonomy as far as the judicial power and independence with regard to the interpretation of the Domestic Provisions of the Basic Law are concerned. Another powerful point made by the critics was that if the social consequences (in terms of population pressure) of the CFA's decision are unacceptable, the appropriate remedy should be an amendment of the relevant Basic Law provisions. The procedures for such amendment are well provided for in the Basic Law. Article 159 of the Basic Law provides, *inter alia*, that Hong Kong may propose an amendment of the Basic Law to the NPC, if there is support for such amendment from two-thirds of the members of the Legislative Council, two-thirds of the Hong Kong deputies to the NPC, and the Chief Executive himself. This is therefore a democratic and legitimate procedure that provides room for public debate and community reflections.

In the event, no political party or figure managed to come up with a formal proposal for the amendment of the Basic Law before the Chief Executive decided to adopt the 'interpretation' route rather than the 'amendment' route. The SAR Government's reasons for preferring the 'interpretation' route were twofold. First, as the NPC meets only annually, the earliest time at which an amendment could be adopted was spring 2000. Before that time, migrant pressure would be enormous. Second, and this was probably the weightier consideration, the Beijing authorities were not sympathetic to the 'amendment' option. It was believed that *politically* it was undesirable to amend such a solemn and carefully crafted constitutional document as the Basic Law shortly after it came into effect. And *legally* speaking, the Beijing authorities were apparently of the view that it was the CFA's own errors in interpreting the true meaning of the Basic Law that brought about the present crisis. If the CFA had indeed erred in interpreting the Basic Law, the appropriate remedy should be the rectification of the errors by the Standing Committee exercising its interpretative power in accordance with article 158(1) of the Basic Law and article 67(4) of the PRC Constitution.

What, then, were the possible errors made by the CFA? One related to the interpretation of article 24(2)(iii), particularly in view of the fact that the CFA's interpretation was contrary to the Opinion of the Preparatory Committee for the HKSAR on the subject (the Opinion was

mentioned in a report by the Preparatory Committee on its work that was formally adopted by the NPC in 1997). Another related to the interpretation of article 22(4) and the decision not to refer this article to the NPC Standing Committee for interpretation in accordance with article 158(3). As I argued elsewhere,<sup>45</sup> the failure to refer article 22(4) — an Excluded Provision — to the Standing Committee for interpretation constituted the single most crucial error in the CFA's judgment in *Ng Ka Ling*. I argued that the 'predominant provision' test adopted by the CFA in determining whether reference should be made was grounded in neither the text nor the spirit of article 158; the proper application of article 158 in this case would have required the reference of article 22(4) — albeit not article 24(2) — to the Standing Committee for interpretation. The existence of this error was alluded to by the Standing Committee itself in the preamble to the text of its interpretation of articles 22(4) and 24(2):

The issue raised in the Motion [of the State Council made at the request of the HKSAR Government] concerns the interpretation of the relevant provisions of [the Basic Law] in its judgment dated 29 January 1999. Those relevant provisions concern affairs which are the responsibility of the Central People's Government and concern the relationship between the Central Authorities and the Hong Kong Special Administrative Region. Before making its judgment, the Court of Final Appeal had not sought an interpretation of the [NPCSC] in compliance with the requirement of Article 158(3) of the [Basic Law]. Moreover, the interpretation of the Court of Final Appeal is not consistent with the legislative intent.

The problem was well explained by Professor Jerome Cohen when he gave his testimony before the Subcommittee on East Asian and Pacific Affairs of the U.S. Senate Foreign Relations Committee on 1 July 1999:

My greatest problem with the Court's decision is not over its substantive interpretations regarding the immigration issues but over its refusal to refer the Article 22 issue for interpretation by the Standing Committee of the National People's Congress before the Court rendered its judgment. ... it is difficult for me to conclude that the question of whether under Article 22(4) the Central Government continues to have the power to require exit visas for those nationals who have acquired permanent Hong Kong residence and the power to regulate the number of them who can leave for Hong Kong is not an affair that is the responsibility of the Central Government or does not concern the relationship between the Central Authorities and Hong Kong. ... The five able members of the Court of Final Appeal who unanimously, if astonishingly, decided that there was nevertheless no need to refer the Article 22 issue for interpretation by the Standing Committee, were taking a bold gamble in the interest of maximizing Hong Kong's autonomy. They would have gotten away with it had not the Hong Kong Government's preparation for the anticipated immigration influx recently led it to believe that as many as 1.67 million people might have to be absorbed during the next decade by a population of merely 6.5 million.

Given these circumstances, the Standing Committee's interpretation of the Basic Law in June 1999 cannot be regarded as an act of interference by the central government with the autonomy of the SAR. The incident can best be interpreted as the result of

- (a) a major collision of the CFA with the executive and legislative branches of the SAR Government — it should be noted in this regard that the litigation in both *Ng Ka Ling* and *Chan Kam Nga* concerned the judicial review of the validity of immigration legislation

enacted by the Hong Kong legislature defining the scope of the right of abode of mainland-born children of Hong Kong permanent residents and regulating the procedures for their migration to Hong Kong for settlement, and whether such legislation is inconsistent with the Basic Law; and

- (b) the failure of the CFA to adhere to the 'reference' requirement in article 158(3) of the Basic Law when the question of how to apply article 158(3) arose for the first time after the Basic Law came into effect.

Having paid an extremely high political price for the reference in this case (which the SAR Government probably believed to be worth paying in return for the relief from unbearable migration), it is unlikely that the SAR Government will ever invoke again its alleged power to refer Basic Law provisions, particularly Domestic Provisions, to the NPC Standing Committee for interpretation. Future references, if any, will be of Excluded Provisions by the CFA, which, having made a fatal error in *Ng Ka Ling*, will hopefully learn from its mistake. In this regard, the following passage from its December 1999 judgment in *Lau Kong Yung* is instructive:

In *Ng Ka Ling*, the Court discussed the conditions, referred to as the classification condition and the necessity condition, that have to be satisfied before a judicial reference should be made by the Court under Article 158(3) to the Standing Committee for an interpretation of the excluded provisions. In relation to the classification condition, the Court adopted the test: As a matter of substance what predominantly is the provision that has to be interpreted in the adjudication of the case ('the predominant test'). Applying that test, the Court did not make a judicial reference in *Ng Ka Ling*. The Preamble to the Interpretation [of the NPCSC] expressed the view that before judgment the Court had not sought an interpretation of the relevant provisions of the Standing Committee 'in compliance with the requirement of Article 158(3)'. As this view proceeds upon an interpretation of Article 158(3) which differs from that applied by the Court in *Ng Ka Ling*, the Court may need to re-visit the classification and necessity conditions and the predominant test in an appropriate case.<sup>46</sup>

#### The controversy over LegCo Rules of Procedure

Apart from the adaptation of law exercise and the new immigration legislation mentioned above, a third matter that raised a fundamental constitutional issue during the post-handover period was the Rules of Procedure of the Legislative Council. The Provisional Legislative Council had enacted its own Rules of Procedure, but after the first Legislative Council of the SAR was elected in May 1998, it began to draft a new set of Rules of Procedure.

Article 75 of the Basic Law empowers the Legislative Council to make its rules of procedure 'on its own, provided that they do not contravene' the Basic Law. The new Rules of Procedure were adopted by the new Legislative Council (LegCo) on 2 July 1998, the day on which members of the new LegCo took their oath of office, amidst allegations on the part of the executive branch of the SAR Government that some parts of the Rules violated the Basic Law. Mr Daniel Fung, Solicitor General as he then was, spoke on behalf of the Administration on this matter and publicly criticised the Rules for not being consistent with articles 48(10), 74 and Annex II, part II of the Basic Law.

Article 74 of the Basic Law limits the right of LegCo members to introduce private members' bills to a greater extent than the limits prescribed by the previous colonial constitution.

According to article 74, private members' bills may not 'relate to public expenditure or political structure or the operation of the government'. Furthermore, if a private member's bill relates to 'government policies', then the written consent of the Chief Executive must be obtained before the bill can be introduced in LegCo.

The question arises as regards who has the power to determine whether a particular private member's bill relates to public expenditure, political structure or the operation of the government (in which case it may not be introduced at all), or whether a bill relates to government policies (in which case it may only be introduced with the Chief Executive's consent). Following the approach used in the Standing Orders of the colonial legislature, the Rules of Procedure adopted by LegCo vest the power to make such determinations in the President of LegCo, whereas the Administration argued that according to the true interpretation of the Basic Law, it is for the Chief Executive to make such determinations.

Another point of contention concerns amendments (technically known as 'committee stage amendments') proposed by individual LegCo members to bills originally introduced by the Administration. Under the LegCo Rules of Procedure, such amendments may be proposed without being subject to the limitations in article 74. The Administration's position, however, was that these limitations are applicable to amendments proposed by LegCo members to government bills in the same way as they are applicable to private members' bills.

Another controversy arose from the interpretation of article 48(10) of the Basic Law, which authorises the Chief Executive 'to approve the introduction of motions regarding revenues or expenditure to the Legislative Council'. The LegCo Rules of Procedure now provide that motions or amendments to bills need the Chief Executive's consent in order to be introduced if their object or effect may be 'to dispose of or charge any part of the revenue or other public moneys of Hong Kong' (this language is in fact derived from Hong Kong's colonial constitution). The Rules also vest in the LegCo President the power to determine whether a motion or amendment falls within this category. The Administration argued that the formulation of the category in the Rules is unjustifiably narrower than that in article 48(10) of the Basic Law, which would also cover motions having the effect of increasing revenue or reducing expenditure. It also objected to the President's power to categorise a motion, arguing that it should be for the Chief Executive to do so.

The last area of dispute relates to LegCo voting procedures and the interpretation of part II of Annex II of the Basic Law, which provides for different voting procedures for government bills on the one hand (passage of bills by a simple majority vote of members present) and private members' bills, motions and amendments on the other hand (passage by a simple majority of each of two groups of members present — members elected by functional constituencies forming one group, and the other group formed by members elected by universal suffrage and those elected by the election committee). The question that arose was whether those members who are present but abstain from voting should be counted in the 'denominator' for the purpose of determining whether there is a majority vote. The pre-1997 practice was that abstentions did not count, so that the required majority was determined simply by counting whether those who voted for the bill outnumbered those who voted against it.

The new LegCo Rules of Procedure depart from the pre-1997 practice because it was believed that the reference to members 'present' (but not 'present and voting') in Annex II of the Basic Law means that those who abstain from voting should be counted in the denominator for the

purpose of determining whether there is a simply majority. However, the Administration was concerned that the change would make it more difficult for bills (and its concern related particularly to government bills) to get passed. Taking advantage of a minor linguistic difference (regarding the use of the Chinese character for 'vote') in the Chinese text of the Basic Law between the provisions on voting procedures for government bills and those on voting procedures for private members' bills, the Administration argued that the Basic Law has preserved, in relation to government bills, the pre-1997 practice of not counting abstentions, and that the new system of counting abstentions in the denominator should only be applicable to the two-group voting for private members' bills. However, LegCo refused to accept the Administration's views in this regard, and the Rules of Procedure it passed provide for the same treatment of abstentions (i.e. those abstaining do count in the denominator) in relation to voting procedures for both types of bills.

Despite the differences of opinion between the Administration and LegCo which already emerged when the Rules of Procedure were considered in draft form, LegCo went ahead to adopt the Rules on 2 July 1998 without any amendment on the points raised by the Administration. At the same time, LegCo established a Committee on Rules of Procedure to give further consideration to the Administration's views. LegCo members publicly recognised the possibility of a revision of the Rules in future to take into account some of the Administration's concerns. At the same time, the Administration has not ruled out the option of applying to the court for judicial review of the Rules on the ground of contravention of the Basic Law. However, more than two years have since passed, and neither side has taken any action on this matter.

#### The case of Ms Sally Aw

An account of major law-related events in Hong Kong in the period covered by this article cannot be complete without a mention of the extremely controversial case involving Ms Aw Sian Sally, the chairman of the group of companies that publish the *Hong Kong Standard* and *Sing Tao Daily News* newspapers. On 17 March 1998, the Department of Justice of the SAR Government initiated the prosecution of one former and two current members of the senior management of the *Hong Kong Standard* newspaper. One of the charges was that they conspired with Ms Sally Aw to artificially inflate the circulation record of the newspaper and hence to defraud purchasers of advertising space in the newspaper. Although the Ms Aw was named in the charge, she herself was not prosecuted.

News of the case immediately caused an uproar in the Hong Kong community, and public opinion unanimously expressed serious concern about the matter (in view of the fact that Ms Aw used to have close business ties with Mr Tung Chee-hwa, the Chief Executive of the SAR, and is also a member of the National Committee of the Chinese People's Political Consultative Conference and highly respected by the mainland authorities). Following precedents set by Attorney Generals Michael Thomas and Jeremy Mathews in the colonial era (who had both affirmed the principle of the accountability of the Attorney General to the public through the legislature even though the Attorney General has total independence in making prosecution decisions), Ms Elsie Leung, the Secretary for Justice, appeared on 23 March 1998 to explain the matter at a special meeting convened by the Administration of Justice and Legal Services Panel of the PLC. However, the explanation was confined to general prosecution policy and the factors (such as evidential considerations and public interest considerations) normally taken into account in deciding whether to prosecute. Ms Leung stressed that further comments and disclosure of further details about the case (the trial of which was pending) would unfairly prejudice the persons

concerned. It was said that when the case came to trial, the public would then learn about the details of the case, and, if appropriate, the Department of Justice might provide further explanations after the case was concluded.

Subsequently, the trial in this case took place in the District Court and concluded in January 1999. On 20 January 1999, the three defendants were convicted of the offences of conspiracy to defraud and false accounting, and sentenced to imprisonment for six months (in the case of the general manager) and four months (in the cases of the finance manager and former circulation director). District Judge Peter Line found on the evidence that the three defendants had been involved in the conspiracy to defraud as charged. At the same time, the judge held that he had not found that any of the defendants conspired as charged with Ms Sally Aw.

Nevertheless, there was after this verdict mounting pressure in the community on the Secretary for Justice to explain why she decided not to prosecute Ms Aw in the first place. In particular, there was a feeling that the convicted persons were only employees, and Ms Aw was the boss of the company. It could therefore be reasonably suspected that she might have been involved in the scheme of inflating the circulation figures of the newspaper. On 4 February, Ms Elsie Leung, the Secretary for Justice, appeared before the Legislative Council's Panel on Administration of Justice and Legal Services, and presented a statement on the non-prosecution decision in this case which in terms of the details provided was certainly historically unprecedented in Hong Kong's legal history. She also answered questions raised by Legislative Councillors immediately after the statement was read.

Ms Leung cited both evidential considerations and public interest considerations in explaining her decision not to prosecute Ms Aw. She pointed out that according to settled prosecution policy as published in the Department of Justice's booklet on *Prosecution Policy: Guidance for Government Counsel* (1998 edition), no prosecution should be launched unless the evidence suggests that there is 'a reasonable prospect of securing a conviction'. She referred to various items of evidence in this case and explained why she did not believe that the evidential test had been satisfied in this case. She then said that she also took into account public interest considerations as she had received written representations from lawyers acting for Ms Aw regarding such considerations. The following passage in her statement should be set out in full since, in retrospect, it was of fatal significance:

As a result, from the public interest point of view, I considered it not to be right to prosecute Ms Aw. At that time, the Sing Tao Group was facing financial difficulties and was negotiating restructuring with banks. If Ms Aw was prosecuted, it would be a serious obstacle to that restructuring. If the Group should collapse, its newspapers (which include one of only two English newspapers in Hong Kong) would, in all likelihood, be compelled to cease operation. I wish to add that several other newspapers had folded in late 1996, 1997 and 1998. Apart from the staff losing employment, the failure of a well-established and important media group at that time could have sent a very bad message to the international community. At a time when unemployment was on the rise, the prospect of a prosecution occasioning yet further widespread redundancies filled me with foreboding. It was my duty, in those circumstances, firstly, to consider the potential effects of a prosecution upon other people. Then, secondly, it was necessary to ask myself whether the possible consequences of the prosecution were proportionate to the seriousness of the alleged offence. I decided they were not. The failure of an important media group at that

time could have sent all the wrong signals to the international community, quite apart from the damage it would have done to local morale. Thus it was that I also decided that it was not in the public interest to initiate a prosecution of Ms Aw.

Ms Leung's explanation of her decision not to prosecute Ms Aw turned out to be counter-productive, and eventually led to a motion of no confidence in the Secretary for Justice being introduced in the Legislative Council by Ms Margaret Ng, Legislative Councillor elected by the legal functional constituency consisting of all solicitors and barristers in the SAR. Such a motion of no confidence in a senior government official was unprecedented in Hong Kong's history. The motion was partly prompted a strongly worded statement issued by the Bar Council (the executive committee of the Bar Association comprising all barristers in Hong Kong) on 10 February. In the statement, the Bar Council said it was 'deeply disturbed by [the Secretary's] interpretation of the public interest which is totally indefensible and contrary to her own published prosecution policy guidelines.' The Council believed that the incident had seriously shaken the Bar's confidence in the Secretary's ability and commitment to uphold the rule of law in Hong Kong.

At the same time, the Council of the Law Society (representing all solicitors in Hong Kong) also expressed regret about the Secretary's use of public interest considerations in this case, although it did not go as far as the Bar statement in raising more fundamental questions about the Secretary's remaining in office.

On 11 March 1999, the motion of no confidence was debated at length in the Legislative Council. The Secretary for Justice, the Director of Public Prosecutions and the Chief Secretary also spoke at the meeting. It was widely reported that the SAR Government had mounted an intensive lobbying campaign at Councillors and their electoral constituencies (particularly the functional constituencies) before the meeting for the purpose of averting the passage of the motion.

Many councillors elected from functional constituencies had also consulted their constituents on their views on the motion. In the course of these lobbying and consultative activities, the Liberal Party, which had ten members in the Council, switched from its original position of supporting the motion to that of abstaining from voting. After an intense debate in the Council on 11 March, the motion was defeated. However, the fact remains that 21 of the 59 members of the Council (excluding the President who does not vote) had voted for the motion, and another 8 members abstained instead of voting against the motion. The standing and authority of the Secretary for Justice had undoubtedly been impaired.

#### The 'Big Spender' case

A case which attracted even greater and more prolonged public attention and debate in Hong Kong was the 9-day trial in October 1998 in the Guangzhou Intermediate People's Court of Cheung Tze-keung, a Hong Kong crime boss nicknamed 'the Big Spender', and 35 other accomplices, including 17 Hong Kong residents and 18 mainlanders.<sup>47</sup> Cheung himself was a Hong Kong permanent resident, and the case raised fundamental issues relating to the scope of the jurisdiction of the criminal courts in mainland and in the SAR with regard to Hong Kong residents.

There was also concern that Cheung and his Hong Kong co-defendants were not given a fair trial in Guangzhou, in view of the fact that the trial was only open to selected individuals, and Hong Kong journalists were not allowed to attend the trial.

The public debate about the jurisdictional issue subsequently intensified when Li Yuhui, a mainland resident, was arrested by the mainland authorities (in Shantou) for the suspected murder

of five Hong Kong residents at the Telford Garden residential estate in Hong Kong.<sup>48</sup> The question in the *Cheung* case was whether a Hong Kong permanent resident should be tried by the Hong Kong court rather than by a mainland court in respect of offences primarily committed in Hong Kong, while the question in the *Li* case was whether a mainland resident who is suspected of having committed an offence in Hong Kong should be tried by the Hong Kong court rather than by a mainland court. Both cases raised the issue of the extent to which Hong Kong should request extradition or rendition of suspected offenders apprehended in the mainland to Hong Kong for trial, and in both cases critics accused the SAR authorities of being too timid in not putting forward any such request and thus failing to defend the jurisdiction of the Hong Kong courts under the Basic Law.

Cheung was the head of a criminal gang consisting of both Hong Kong and mainland residents whom the Guangzhou court found guilty of a series of offences committed in the period 1991-98, some of which were committed in Hong Kong, some in the mainland, and many committed partly in Hong Kong and partly in the mainland. The offences included the kidnap in Hong Kong of a Hong Kong tycoon and the son of another (and thus obtaining ransom money in the order of hundreds of millions dollars), cross-border smuggling and illegal trading of extremely huge quantities of firearms and explosives, as well as robbery in Hong Kong and in mainland. Cheung, together with four of the co-defendants, were convicted, sentenced to death and swiftly executed following the dismissal of their appeals by the Higher People's Court of Guangdong in December 1998. The court of first instance stressed that it had jurisdiction over the case since all of the offences concerned were either committed in the mainland or had mainland elements, and none were committed entirely in Hong Kong without elements of planning or consequences in mainland. It also pointed out that the capital punishment was imposed in respect of the offences regarding firearms and explosives (which under mainland Chinese law are capital offences) and not the abduction offences (which are not capital offences under mainland Chinese law).

The Secretary for Security and the Secretary for Justice of the SAR Government defended the Government's decisions not to request rendition in both the *Cheung* case and the *Li* case. It was pointed out that in both cases, the suspected offenders were investigated and arrested (while they were in the mainland) by the mainland authorities rather than the Hong Kong police, and the Hong Kong authorities had not gathered sufficient evidence for the purpose of prosecuting them. Indeed, in the *Cheung* case, victims of the kidnapping had not even reported the matter to the Hong Kong police. It was also argued that the mainland courts had jurisdiction to try the two cases under the mainland criminal law, and in the absence of a rendition agreement between the mainland and the SAR, there was no basis for requesting their rendition even if they were cases over which both the mainland courts and the Hong Kong courts had concurrent jurisdiction.

Given the cross-border nature of the crimes organised by Cheung Tze-keung, there appears to be a firm legal basis for the exercise of jurisdiction over the gang by the Guangzhou court. However, the Li Yuhui case raises a more serious issue regarding the relationship between the Basic Law (which provides for the non-applicability in the HKSAR of the Chinese criminal code) and the mainland criminal law. In particular, the interpretation of article 7 of the PRC Criminal Code advocated by the Department of Justice of the SAR came under fire from the local legal community.

The article provides for the application of the code to Chinese citizens who have committed crimes outside the territory of the PRC. The Department of Justice argued that in the light of the Basic Law, this article should be interpreted to mean that the code applies to mainland residents who commit crimes outside the mainland as a jurisdiction, which implies that the code applies to

mainland residents who commit crimes in the HKSAR. Critics argued that this would strain the wording of the article beyond reasonable limits.

In any event, the *Cheung* and *Li* cases underscore the pressing need for the Hong Kong and mainland authorities to enter into a judicial assistance arrangement, as originally contemplated by article 95 of the Basic Law, for the purpose of dealing with cases with cross-border elements. Such an agreement would, among other things, define the respective limits of the jurisdiction of the mainland and SAR courts to try criminal cases with cross-border elements, and provide for the reciprocal rendition of fugitive offenders from one side to the other. It would also deal with judicial cooperation in civil matters.

Some progress has in fact been made since the handover in the domain of judicial assistance in civil matters. On 14 January 1999, an agreement on the mutual service of judicial documents in civil and commercial matters between the mainland and SAR courts was signed by the Chief Judge of the High Court of Hong Kong and the Director of the Research Office of the Supreme People's Court (who is also a member of the important Adjudicative Committee of the Court). The arrangement stipulated for in the agreement had been endorsed on 30 December 1998 by the Adjudicative Committee of the Supreme People's Court. Subsequent to the agreement, corresponding amendments were made to the Rules of the High Court in Hong Kong. The arrangement provided for in the agreement became effective as from 30 March 1999.

On 21 June 1999, an agreement on the mutual enforcement of arbitral awards between the mainland and the SAR was signed by a Vice-President of the Supreme People's Court and the Secretary for Justice of the Hong Kong SAR. The arrangement provided for in the agreement had been approved by the Adjudicative Committee of the Supreme People's Court on 18 June 1999. Relevant amendments were then introduced in Hong Kong to the Arbitration Ordinance, and the arrangement came into force on 1 February 2000. On the other hand, it should be noted that there does not exist any formal arrangement for the reciprocal recognition and enforcement of judgments in civil cases as between the mainland and the SAR. In this regard, the degree of judicial cooperation between the mainland and Hong Kong has apparently lagged behind that between the mainland and Taiwan.

As regards judicial assistance between the mainland and Hong Kong in criminal matters, particularly the difficult issue of the rendition of fugitive offenders raised by the *Cheung* and *Li* cases, negotiations have been under way for some time between the SAR and mainland authorities. It is to be hoped that a sound arrangement in this regard will be successfully established in the foreseeable future.

### Conclusion

Due to space limitations, it is not possible to discuss all aspects of and all developments in Hong Kong's legal system in 1997-2000. I have only focused on what I believe to be the most significant matters. On the whole, I believe that the legal aspects of the constitutional transition in Hong Kong have been reasonably managed by all parties concerned. The continuity of the pre-1997 legal system, including its laws, its judicial institutions and procedures, and, most important of all, the personnel who operate the system, has been maintained. Despite incidents such as the 'clarification' by the CFA of its judgment in *Ng Ka Ling* and the reference by the SAR Government of Basic Law provisions relating to the right of abode to the NPC Standing Committee

for interpretation, I believe that the Rule of Law has survived in Hong Kong. Indeed, the role of the judiciary --- now the guardian of the Basic Law in cases involving constitutional judicial review as the immigration and flag cases mentioned above illustrate --- has been enhanced. As regards the other incidents that aroused public concern about whether the Rule of Law in Hong Kong has been compromised, I have also tried in this article to describe them in an impartial manner as far as possible. People of different political persuasions may perhaps draw differing inferences and conclusions from these incidents, but we can probably all agree that the Hong Kong community has proved to be vigilant in defending the Rule of Law and human rights. All government actions continue to be subject to a high degree of public scrutiny and potential public criticism. Freedom of the press, as well as freedom of association and demonstrations, have continued to thrive. Civil society is alive and well. There exists a vibrant pluralism of political parties, and democracy activists have been returned to the first and second Legislative Council of the SAR in elections by universal suffrage which achieved higher voter turnout rates than those in Hong Kong's colonial history. These, then, constitute the social and political foundations of the Rule of Law in Hong Kong. Let us build on these foundations; let us extend the Rule of Law to more and more people in China.

- Dean and Professor, Faculty of Law, University of Hong Kong. Part of this paper is based on the author's article, 'Continuity and Change in the Legal System', in Larry Chuen-ho Chow and Yiu-kwan Fan (eds), *The Other Hong Kong Report 1998* (Hong Kong: Chinese University Press, 1999), pp 29-48, and the author's article, 'Hong Kong's Legal System in Transition: 1997-99', in Wang Gungwu and John Wong (eds), *Hong Kong in China: The Challenges of Transition* (Singapore: Times Academic Press, 1999), pp 287-320.
1. The phrase comes from the title of the book *Hong Kong: Borrowed Place - Borrowed Time* (London: Andre Deutsch, 1968) by Richard Hughes.
  2. Paragraph 3(3) of the Joint Declaration.
  3. For an English translation of the full text of this Decision, see *Hong Kong Law Journal*, Vol. 27 (1997), pp. 419-424.
  4. Ordinance No. 110 of 1997, sections 5 and 6.
  5. Examples include the British Nationality (Miscellaneous Provisions) Ordinance (Cap. 186, Laws of Hong Kong); Army and Royal Air Force Legal Services Ordinance (Cap. 286); Royal Hong Kong Regiment Ordinance (Cap. 199).
  6. The interpretative provisions concerned were sections 2(3), 3 and 4 of the Hong Kong Bill of Rights Ordinance. At the time of writing of this article, the precise effect of their abolition has not yet been directly examined by the Hong Kong courts. However, given the existence of article 39 of the Basic Law, and in the light of the Court of Final Appeal's decision mentioned below (which relied partly on the human rights norms in the ICCPR) and the Court of Appeal's decision in *HKSAR v Ng Kung-siu* discussed below, it seems that the status of the Bill of Rights in Hong Kong's legal system has remained unchanged despite the non-adoption of the interpretative provisions mentioned above.
  7. The other features in the new version of the laws enacted by the PLC are technical changes to the existing law and do not take away any significant substantive rights which were enjoyed under the existing law. These features include the change from the system of notification to the authorities after the formation of societies to a system of registration of societies (but section 5A(6) of the new version of the Societies Ordinance provides that societies may still be formed and hold activities pending notification of the result of their application for registration), and the requirement of a 'notice of no objection' in the case of public processions (but section 14(4) of the new version of the Public Order Ordinance provides that if the police do not expressly object to a proposed procession, they will be deemed by law to have issued the notice of no objection).
  8. In December 1998, another law was added. This is the Law on the Exclusive Economic Zone and the Continental Shelf. See 'Promulgation of National Law 1998', L.N. 393 of 1998, Legal Supplement No. 2 to Gazette No. 52/1998 (24 December 1998).

9. The National Flag and National Emblem Ordinance (Ordinance No. 116 of 1997).
10. See 'Promulgation of National Laws 1997', L.N. 379 of 1997, Government of the Hong Kong Special Administrative Region Gazette Extraordinary No. 1/1997, Legal Supplement No. 2, p. B5; 'Promulgation of National Laws (No. 2) 1997', L.N. 386 of 1997, Government of the Hong Kong Special Administrative Region Gazette No. 1/1997, Legal Supplement No. 2, p. B119.
11. Ordinance No. 116 of 1997.
12. [1999] 1 HKLRD 783 (Court of Appeal), [1999] 3 HKLRD 907 (Court of Final Appeal).
13. Ordinance No. 117 of 1997. Unlike the National Flag and National Emblem Ordinance, this ordinance is not based on any national law listed in Annex III of the Basic Law.
14. See also the PRC Criminal Code, article 299.
15. Both the English and French expressions appear in the text of article 19 of the Covenant.
16. P.29 of the judgment.
17. Loc. cit.
18. P.19 of the judgment.
19. P.22 of judgment.
20. P. 30-1
21. P.47, 31
22. P.3, 32
23. Ordinance No. 126 of 1997.
24. Ordinance No. 135 of 1997.
25. Ordinance No. 107 of 1997.
26. Ordinance No. 2 of 1998.
27. Ordinance No. 26 of 1998, passed by the PLC on 15 April 1998.
28. [1997] 3 Hong Kong Cases 64, [1997] Hong Kong Law Reports and Digest 1081 (Court of First Instance), [1998] 1 Hong Kong Cases 617 (Court of Appeal).
29. Ng King Luen v Rita Fan [1997] Hong Kong Law Reports and Digest 757, (1997) 7 Hong

- Kong Public Law Reports 281.
30. [1997] Hong Kong Law Reports and Digest 761, [1997] 2 Hong Kong Cases 315.
  - 31.
  - 32 .
  33. Chan Kam Nga and 80 others v Director of Immigration [1998] Hong Kong Law Reports and Digest 142, [1998] 1 Hong Kong Cases 16 (Court of First Instance); [1998] 2 Hong Kong Cases 405 (Court of Appeal).
  34. [1999] 1 Hong Kong Law Reports and Digest 315.
  35. [1999] 1 Hong Kong Law Reports and Digest 304.
  36. For a critical analysis, see my essay The Court of Final Appeal's Ruling in the 'Illegal Migrant' Children Case: A Critical Commentary on the Application of Article 158 of the Basic Law (Paper No. 23, Law Working Paper Series, Faculty of Law, University of Hong Kong, March 1999).
  37. [1999] 1 Hong Kong Law Reports and Digest 577.
  38. For a critical analysis, see my essay The Court of Final Appeal's Ruling in the 'Illegal Migrant' Children Case: Congressional Supremacy and Judicial Review (Paper No. 24, Law Working Paper Series, Faculty of Law, University of Hong Kong, March 1999).
  - 39.
  40. For the full bilingual text of this interpretation, see THE GOVERNMENT OF THE HONG KONG SPECIAL ADMINISTRATIVE REGION GAZETTE EXTRAORDINARY, LEGAL SUPPLEMENT NO. 2, 28 June 1999, p. 1577 (L.N. 167 of 1999).
  - 41.
  - 42.
  - 43.
  - 44.
  - 45.
  - 46.
  - 47.

48. Subsequently, Li was tried by the Intermediate People's Court in Shantou and sentenced to death on 23 March 1999.

# **“The Impact of the Chinese Criminal Law in Hong Kong”**

**中國刑法對香港的影響**

**Professor Fu Hualing**  
**傅華伶教授**

# **The Impact of the Chinese Criminal Law in Hong Kong**

H L Fu

Associate Professor  
Department of Law  
University of Hong Kong

## *Introduction*

The creation of a Special Administration Region (SAR) for each of Hong Kong and Macau under the 'One Country, Two Systems' doctrine has fundamentally divided the once singular criminal law jurisdiction in the People's Republic of China (PRC) and called for a reinterpretation of jurisdictional matters. Under the Basic Laws for the Hong Kong SAR and Macau SAR, there are, under a single PRC political sovereignty, three legal sovereignties or jurisdictions. Each jurisdiction has its own laws and legal system supported by its own unique political economy and legal culture. There are now three different sets of criminal laws applicable in three different parts of the PRC, each set of criminal law governing the behavior of people within the particular geographic area.

Due to the creation of the SARs, the criminal law of the PRC has now, effectively, become Mainland Criminal Law, Hong Kong Criminal Law and Macau Criminal Law. The PRC Mainland Criminal Law's coverage is limited to the Mainland part of the PRC territory. The people it purports to discipline are the Mainland residents of the PRC. PRC Criminal Law, with its socialist nature, applies only in the socialist part of the PRC, i.e. only the mainland not to the SARs.

The PRC is thus a loose-knit legal confederation, regardless of whether or not the terminology is used in Beijing. The PRC does have a constitutional document (the PRC

Constitution 1982) which purports to bind all the entities in PRC—but it has no unitary criminal law covering all jurisdictions. There is no supreme court in China with a supervisory jurisdiction to deal with criminal matters from across the entire (post-1997) PRC. Each of the three jurisdictions, to varying degrees, is free to decide its criminal jurisdiction and criminal law according to its legal tradition and practical necessity (Fu and Cullen, 1999).

The purpose of this paper is to focus on the inter-relationship between the Mainland Criminal Law and Hong Kong Criminal Law in the period of the transition and immediately after the hand-over of sovereignty from Britain to the PRC. The inter-relationship and interplay of these two sets of criminal laws are examined through the following case studies in the following sections. These cases test the application of the 'One Country, Two Systems' doctrine and thus the true meaning of autonomy of a SAR from the mainland.

The Mainland Criminal Law has affected and will continue to affect the regime of criminal law in Hong Kong. The reach of Mainland Criminal Law may affect Hong Kong and its residents directly or indirectly. The direct affect stems from the power of the sovereign and reflects the special arrangements of the Central Government and the SAR Government. First, the NPC Standing Committee may extend national laws to Hong Kong that may include criminal provisions, and the Hong Kong SAR has a constitutional duty to implement those criminal law provisions in Hong Kong (Ghai, 1999). Second, PRC Criminal Law may reach Hong Kong through the Standing Committee's interpretation of Article 23 of the Basic Law, which requires Hong Kong to prohibit some politically sensitive offences, including treason, sedition and sedition (Fu, 2000).

The indirect affect or reach of the Mainland Criminal Law is of a different nature, reflecting a different dimension of the relations between Hong Kong and other parts of the PRC. It stems from the interactions between two different but equal bodies of criminal laws. The increasing interaction between Hong Kong and the mainland has made the Mainland Criminal Law more relevant.

*The Application of National Law in Hong Kong and the Flag Case*

An example of the direct impact of the Mainland Criminal Law upon Hong Kong is through the application of PRC national laws in Hong Kong. Under Article 18 of the Basic Law:

National laws shall not be applied in the Hong Kong Special Administrative Region except for those listed in Annex III to this Law. The laws listed therein shall be applied locally by way of promulgation or legislation by the Region.

The Standing Committee of the National People's Congress may add to or delete from the list of laws in Annex III after consulting its Committee for the Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region and the government of the Region. Laws listed in Annex III to this Law shall be confined to those relating to defence and foreign affairs as well as other matters outside the limits of the autonomy of the Region as specified by this Law.

There is a provision for criminal punishment in the Law of PRC on the National Flag, a law which is listed in Annex III and thus applicable in Hong Kong. Article 19 of the Law provides that:

Whoever desecrates the National Flag of the People's Republic of China by publicly and wilfully burning, mutilating, scrawling on, defiling or trampling upon it shall be investigated for criminal responsibilities according to law; where the offence is relatively minor, he shall be detained for not more than 15 days by the public security organ in reference to the provisions of the Regulations on Administrative Penalties for Public Security. <sup>1</sup>

On the same day NPC Standing Committee enacted the National Flag Law, it also passed The Decision of the National People's Congress Standing Committee regarding the Punishment of Crimes of Desecrating the National Flag and National Emblem of the People's Republic of China (the 1990 Decision). The 1990 Decision provided as follows:-

The 14<sup>th</sup> Meeting of the Standing Committee of the 7<sup>th</sup> National People's Congress has decided to make supplementary provisions to the Criminal Law: Whoever desecrates the National Flag or the National Emblem of the People's Republic of China by publicly and wilfully burning, mutilating, scrawling on, defiling, or trampling upon it shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not more than three years, criminal detention, public surveillance or deprivation of political rights.

The 1990 Decision has been repealed and replaced by a slightly differently worded Article 299 of the Mainland Criminal Law 1997. Neither the 1990 Decision nor Article 299 is applicable in Hong Kong.

In Hong Kong there was no law specifically prohibiting desecration of flags before the transition of sovereignty. To implement the National Flag Law in Hong Kong, the Provisional Legislative Council of Hong Kong enacted the National Flag and National Emblem Ordinance (National Flag ordinance). There are significant differences between the National Flag Law and the National Flag Ordinance as applied in Hong Kong in many aspects, but the provisions on criminal liabilities are strikingly similar. Section 7 of the National Flag provides that: -

A person who desecrates the national flag or national emblem by publicly and wilfully burning, mutilating, scrawling on, defiling or trampling on it commits an offence and is liable on conviction to a fine at level 5 and to imprisonment for 3 years.

In *HKSAR v Ng Kung siu and Anor*, [2000] 1 HKC 117, the defendants challenged the constitutionality of Section 7 in the Hong Kong courts (Bruce, 2000). The government charged two defendants under this section for desecrating national and regional flags and a magistrate found them guilty. The defendants appealed against the conviction on the basis that this section is inconsistent with the freedom of expression as protected by the Basic Law. The Court of Appeal in a unanimous decision quashed the

conviction on the ground that the restriction on freedom was unnecessary. On appeal by the Hong Kong Government, the Court of Final Appeal (CFA) upheld, unanimously, the validity of Section 7 and found that the limited restriction on the freedom of expression is necessary, reasonable and proportionate, overruling the decision of the Court of Appeal.

The status of the National Flag Law as an Annex III law and the status of the National Flag Ordinance as a SAR legislation implementing Annex III laws were not discussed in the judgments of the courts, but were argued at great length by counsels for both parties before the CFA. This issue concerns the jurisdiction of Hong Kong courts to review and challenge national legislation. In *Ng Ka Ling and Others v. Director of Immigration*, [1999] HKLRD 315, the first right of abode case decided by the CFA, it was held that a court in Hong Kong has the authority to review and declare invalid a national law which is inconsistent with the Basic Law (Chan, Fu, and Ghai 2000). But the issue that the CFA was facing in the flag case was whether a Hong Kong court has the authority to review the constitutionality of an Annex III law or a SAR Ordinance enacted to implement an Annex III law.

Counsels for the SAR Government argued that, since Annex III laws are part of the Basic Law itself, it cannot be found inconsistent with the Basic Law. For the same reason, because the Hong Kong Government has the constitutional obligations to implement an Annex III law through local legislation, such legislation enacted for this purpose cannot be found inconsistent with the Basic Law, if the local legislation is a genuine implementation of that Annex III law.<sup>2</sup> Instead, the court should presume the constitutionality of the local legislation and harmonise the conflicting interests that are

equally protected by the Basic Law (in the flag case the interests between the protection of national flag and the freedom of expression).

During litigation in the courts of Hong Kong, this case caused societal polarization, along political lines. Many, including the 'pro-Beijing' faction, argued that since the National Flag Law is a law listed in Annex III of the Basic Law, it becomes part of the Basic Law, and is beyond the jurisdiction of Hong Kong courts. Since the National Flag Ordinance implements the National Flag Law as mandated by the Basic Law, it is also beyond the jurisdiction of courts in Hong Kong. The opposing argument was that a court in Hong Kong has the power to review any law enacted by the Hong Kong legislature and to declare it inconsistent with the Basic Law, regardless of the nature of the local legislation.

The CFA decided the case on the ground of reasonable restriction on freedom of expression, thus disposing the case without addressing the more fundamental question. In fact, the court chose a middle ground: it implied that it has the power to review the constitutionality of the local National Flag Ordinance, but upheld its constitutionality.

#### *Article 23 of the Basic Law and the Power of the NPC Standing Committee to interpret*

A possible future 'constitutional crisis' in Hong Kong may arise in relation to Article 23 of the Basic Law. Article 23 of the Basic Law has been problematic in Hong Kong before and after the transition. While the Hong Kong SAR Government is duty-bound by Article 23 to prohibit certain political activities endangering China's state security, it has so far taken little action to introduce legislation defining—or creating—offences of treason, sedition, subversion, secession, and theft of state secrets (Fu, 2000).

A number of Mainland officials and scholars are puzzled and frustrated by the lack of action on the part of the Hong Kong SAR Government on this important matter. They are seriously concerned that the lack of action has encouraged anti-China subversive activities in Hong Kong (Kuai Bao, 7 March 1998). The advocacy of 'Two-State Theory' by Taiwan's *de facto* envoy on Radio Television Hong Kong (RTHK) and an interview with pro-independent Taiwan Vice-President, Li Xiulian, at a Hong Kong television channel have angered many in Hong Kong and Beijing, who alleged that some were using this gap in the Basic Law to promote the independence of Taiwan, thus endangering state security (Kong, 1999). In the year 2000 annual session of the NPC, Deputy Chairman of the Legislative Affairs Commission (LAC, a working committee under the NPC Standing Committee), Mr. Qiao Xiaoyang, reiterated that the Hong Kong Government has the duty to implement Article 23, while conceding that the government may make its own time table (Ta Kung Po, 2000). For the central government, local legislation to implement Article 23 is urgently needed to safeguard the interest of the state. As the Hong Kong Government moves cautiously on this matter, allegations have been made that the Government has failed to fulfill one of its constitutional obligations.

Where the Hong Kong SAR government fails to legislate on Article 23, could the NPC Standing Committee give an interpretation on Article 23 to fill the legislative gap? It has become clear after the right of abode controversy that the final authority of the interpretation of the Basic Law rests firmly with the NPC Standing Committee (Chan, Fu, Ghai, 2000). In January 1999 when *Ng Ka Ling* [1999] 1 HKLRD 315 was decided, the CFA stressed a number of principles that were to apply to constitutional interpretation in

Hong Kong, but it has been clear from the first paragraph of Article 158, that the NPC Standing Committee enjoys a unilateral right to interpret the Basic Law.<sup>3</sup>

The strongly-put position of the CFA in *Ng Ka Ling* has been seriously compromised by subsequent initiatives taken by the Hong Kong Government to minimize the impact of the judgment. In response to the CFA decision in *Ng Ka Ling*, the State Council requested the NPC Standing Committee to give legislative interpretation of the relevant articles of the Basic Law, upon the request of the Hong Kong Government. The NPC Standing Committee, after consulting the Committee for the Basic Law, gave its interpretation on the relevant articles of the Basic Law on 26 June 1999.<sup>4</sup> In its interpretation, the NPC Standing Committee criticized the CFA for failing to refer the issue to the Standing Committee for interpretation and for failing to interpret them in accordance with 'legislative intent'. The NPC Standing Committee then gave a new interpretation of those articles and stated that 'the courts of Hong Kong Special Administrative Region...shall adhere to this Interpretation.'

In *Lau Kong Yung and Others v Director of Immigration*, (1999) HKCFAR 300, 323 the CFA had another opportunity to clarify the power of the NPC Standing Committee to interpret the Basic Law and the legal status of such interpretation. The CFA held that under Article 67(4) of the PRC Constitution and Article 158(1) of the Basic Law, the NPC Standing Committee has the power to interpret the Basic Law. The power 'is in general and unqualified terms' and 'is not restricted or qualified in any way by art. 158(2) and 158(3) (of the Basic Law)'.<sup>5</sup>

This finding was generally criticized as unnecessarily wide (Ghai, 2000). It also raised a number of questions with respect to Article 23 of the Basic Law. For example,

how far can the NPC Standing Committee go in interpreting subversion and sedition, before it starts to make criminal laws for Hong Kong, and what are the limits to the general power of legislative interpretation of the Basic Law?

There could be three limitations on legislative interpretation of Article 23. First, interpretation must mean what it says. That is, it needs to be an interpretation -- not an amendment. While such a difference is artificial and uncertain in the context of the mainland legal system, substantially and procedurally, it is crucial to the Basic Law. Although NPC Standing Committee's power to interpret the Basic Law may be general and without limit, its power to amend the Basic Law is subject to more rigid substantive and procedural conditions (Wen 2000). The NPC Standing Committee cannot amend the Basic Law in the name of interpretation.

Second, in its interpretation of articles of the Basic Law in the right of abode case, the NPC Standing Committee sets limits on its power of interpretation by defining legislative interpretation as seeking the true legislative intent through reviewing legislative history and examining historical documents. If interpretation is to uncover the true legislative intent of a relevant article, the true intention of Article 23 is to protect certain specified state interests according to the principles and rules of common law applying in Hong Kong. One may want to debate what the true legislative intent is, but the power to interpret cannot be 'free-floating'.

Finally, the wording of Article 23 clearly states that Hong Kong will make law to implement the article 'on its own'. How Article 23 is to be implemented is a matter within the exclusive jurisdiction of Hong Kong. While the NPC Standing Committee may interpret whether the Hong Kong Government has passed laws to implement Article 23, it

will be a violation of Article 23 if the NPC Standing Committee actually gives an interpretation as to how the laws implementing Article 23 should be worded. There may even be no legal duty on the part of Hong Kong Government to consult the central government in relation to Article 23. When Mr. Qiao Xiaoyang of the LAC stated during the Year 2000 NPC session that it would be 'reasonable and appropriate' for Hong Kong to consult the central government before Hong Kong is to make laws to implement Article 23 (Ta Kung Po, 2000), he must have realized that there is no legal duty for Hong Kong to do so.

#### *Applying PRC Criminal Law through the territorial principle*

Mainland Criminal Law is applicable to all who commit crimes within the mainland. Under Article 6 of Mainland Criminal Law, a crime is deemed to have taken place in the PRC when 'the criminal act or its consequence takes place within the territory or territorial waters or space of the People's Republic of China'. Preparation for a crime is itself a crime, giving a mainland court criminal jurisdiction. 'Preparation for a crime' is broadly defined as 'the preparation of the instruments or the creation of the conditions for a crime' in Article 22 of the Criminal Law. While there is no definition of the 'consequence' of a crime in criminal law, it is generally understood as including the disposal of stolen goods.

Given the expansive definition of an act and consequence in Mainland Criminal Law, the claim that the law cannot be applied in Hong Kong or to Hong Kong residents might be termed the 'pure' position. The direct reach of PRC Mainland Criminal Law does not include Hong Kong as such, but its indirect reach does. Cross-border crimes may lead to conflict between the two jurisdictions. Situations arise in some instances where both Hong

Kong and the Mainland may have jurisdiction over the same crime. The case of the Big Spender is illustrative of this indirect reach of Mainland Criminal Law in the instance of concurrent jurisdiction.

The Big Spender, Cheung Tze-keung, and other gang members were tried by the Guangdong Intermediate People's Court of the Mainland on 29 September 1998 for a number of offences, including smuggling explosives and firearms, which took place principally on the mainland, and kidnapping and armed robbery, which took place in Hong Kong (Fu 1998).

Who has the right to exercise primary jurisdiction over the case was fiercely debated in the legal community and the society at large. While many in Hong Kong have hailed the trial as a victory for cross-border liaison against organized crime, others are concerned about the implications of this case and the potential remit of Mainland Criminal Law in Hong Kong. The argument turned on the impact of the Basic Law and the independence of Hong Kong's legal system. It was argued that, since kidnapping took place in Hong Kong, Cheung should be tried in Hong Kong to comply with the 'One Country, Two Systems' principle and to respect judicial independence in Hong Kong. Many senior members of the legal community shared this view. The concern was that the trial in Guangdong allowed the Mainland to intrude into areas which belonged to the autonomy of Hong Kong, depriving the Hong Kong courts of the right to try crimes that took place in Hong Kong. The trial would also have a chilling effect on the autonomy of Hong Kong. The Hong Kong Government however stood firm in asserting the legality of the Guangdong court's exercise of jurisdiction and in refusing to request the extradition of Cheung to Hong Kong to face trial.<sup>5</sup>

The Guangdong court, in sentencing Cheung to death, did not make it clear why it had the right to exercise jurisdiction over Cheung's case. In its judgement, the court stated that it had jurisdiction over the kidnapping because the offence was plotted and prepared in the Mainland. But the court refused to use Article 6 of Criminal Law to justify its jurisdiction. Instead, the court used Article 24 of the Criminal Procedure Law.<sup>6</sup> Since that official position was supported by Professor Gao Mingxuan, the leading authority of criminal law in Mainland China, and many others, it was not openly challenged.

But this position is very problematic. The invocation of a provision in the Criminal Procedure Law cannot be effective in determining jurisdiction because it deals with procedural matters *after* the matter of jurisdiction has been determined. One has to look at the Criminal Law first to determine whether a mainland court has jurisdiction.<sup>7</sup>

While the mainland might have been justified in exercising jurisdiction in the big spender case, the expansive jurisdiction is potentially dangerous to Hong Kong's autonomy, and the rights and freedom of Hong Kong residents. The increasing social and economic integration between Hong Kong and mainland have led to increased cross-border legal interaction and cross-border crimes. Many crimes committed in Hong Kong may have some connection with the mainland, thus renders the perpetrators potentially subject to mainland jurisdiction. Most importantly, given the difference between the criminal laws of the two jurisdictions, an act done in Hong Kong, lawful or otherwise, might have produced a 'consequence' in the mainland.<sup>8</sup>

#### *Mainland Criminal Law and Mainland Residents in Hong Kong*

Another significant indirect reach of Mainland Criminal Law in Hong Kong is through the punishment of mainland residents who have returned to mainland after

committing a crime in Hong Kong, i.e. the personality principle as stated in Article 7 of the Mainland Criminal Law. A rigid personality principle authorises a state to punish its own citizens for violating its criminal law abroad, even if the act is not criminal under the law where the crime was committed. Indeed, it has been the civil law tradition, especially in continental Europe, that extraterritorial jurisdiction is based upon nationality (Gilbert, 1991). It is closely related to another civil law practice that states do not extradite their own citizens. Instead, they prosecute them for the crimes committed abroad.

The Mainland Criminal Law is most aggressive in punishing its own residents for violating the law abroad. Article 7 of the law states that the law 'shall be applicable to any citizen of the People's Republic of China who commits a crime prescribed in this Law outside the territory and territorial waters and space of the People's Republic of China.' A distinction is made between a 'state functionary' and 'military personnel' on the one hand, and the ordinary citizens on the other. Mainland Criminal Law will follow, without exception, mainland state functionaries and military personnel who commit *any* crimes abroad. But in the case of other 'PRC citizens', this rigid personality principle is softened by a possible exemption of one's criminal liability if the maximum punishment to be imposed is not more than three years' imprisonment.<sup>9</sup>

What is the meaning of PRC citizens within the meaning of the Mainland Criminal Law? In particular, where a mainland resident commits a crime in Hong Kong, can a mainland court assert jurisdiction over the crime? The case of Li Yuhui, coming immediately after the trial of the Big Spender, brought Hong Kong into a fiercer debate about the role of Mainland Criminal Law in Hong Kong.

Li Yuhui, a fung shui master from the mainland, administered cyanide to five persons in Telford Gardens in July 1998, causing their death, while he was performing a ceremony for them. The Fung Shui Master fled to the Mainland, with more than one million Hong Kong dollars stolen from the victims. He was later detained by Mainland authorities. He was tried in the city of Shantou, where he resided, for the multiple homicide and was sentenced to death on 22 March 1999.<sup>10</sup>

The Hong Kong Government's position, in its ideal form, was that, given the overriding effect of the Basic Law, most of the 'PRC national laws' are PRC mainland laws only and their applications are limited to the mainland until extended by the NPC Standing Committee. Outside the context of Annex III of the Basic Law, any reference to 'PRC' and 'PRC citizens' in national laws have to be interpreted as 'the mainland of China' and 'PRC citizens residing in the mainland'. In Hong Kong's new constitutional order, Hong Kong is not part of the PRC territory and Hong Kong residents are not PRC residents within the meaning of the PRC Mainland Criminal Law.

This position had little support outside the Hong Kong Government. It was criticized as 'unprincipled' because it, allegedly, distorted the literal meaning of those words (Ling, 2000). The critics argued that the PRC Mainland Criminal Law is clear. It applies to crimes committed by PRC citizens outside the PRC territory. Since Hong Kong is within PRC territory, Mainland Criminal Law does not, and should not, apply in Hong Kong. A Mainland court would not have jurisdiction over the case.

Unfortunately, the Mainland court was not helpful in providing guidance on this important jurisdictional matter. In the judgments of the Shantou Intermediate People's Court (the court of first instance) and the Guangdong High People's Court (the appellate

court), the issue of competence in jurisdiction was not even mentioned. It appeared, according to the two defence counsels of Li Yuhui, that the courts were able to ignore the issue of personality principle because, allegedly, the cyanide used to kill the victim was bought by Li in the Mainland and the plan to administer the poison was also formulated in the Mainland, a connection was thus established with the Mainland. In addition, Li brought the stolen money back to the Mainland, the consequence of the offence thus occurred in the Mainland.

When examining the debate over the *Li* case in detail, it becomes clear that there is strong disagreement on the application of the current law in relation to the jurisdiction of the Mainland Criminal Law over crimes committed in Hong Kong, but that there is a general consensus as to what the law should be. The solution to these problems is to create *residence-based* rather than *nationality-based* jurisdiction. The PRC citizenry is composed of residents from the mainland and the SARs. However, for all practical purposes, what counts is not whether one is a PRC citizen, but what kind of PRC citizen one is. An SAR resident, while being a PRC citizen, is still primarily an SAR resident. He or she, in principle, should have no duty to abide by the Mainland Criminal Law while he or she is not in the mainland. Since the application of Mainland Criminal Law is intended to be limited to the Mainland and its residents, 'PRC citizen' within the meaning of Criminal Law ought not to include an SAR resident.

The answer to the question 'who is a resident' is mainly decided by the laws of the region concerned. While the Basic Law, supplemented by Hong Kong's immigration legislation, defines Hong Kong residents with relative clarity, it is uncertain under what circumstances a resident of one region may lose or renounce his or her residence and

obtain a new residence status in another region. The determination of a region's rules of residency is not, of course, centrally coordinated. One region's determination of residency may or may not be accepted by other regions, thus throwing the legal effect of these determinations into doubt.

A serious uncertainty is the status of mainland residents in Hong Kong. Under the Basic Law and the immigration law of Hong Kong, a PRC citizen who has resided in Hong Kong for seven years becomes a permanent resident of Hong Kong and enjoys the right of abode. However, the mainland authorities are not willing to allow their residents to become permanent residents of the SARs, even after they have stayed in Hong Kong for seven years. The official position is that mainland state owned enterprises and mainland government departments would transfer their mainland employees stationed in Hong Kong back to the mainland and dismiss whoever obtain permanent residency in Hong Kong. The practice seems to be that one is not able to renounce one's mainland residency without the approval of the authorities.

### *Conclusion*

The Basic Law recognizes and preserves internal differences between Hong Kong and the Mainland but lacks an institutional structure to generate positive consensus. The lesson of the first few years seems to be that, without a structured arrangement, legal issues are easily and frequently politicized. The central government and many officials from the Mainland seem to have a sovereign complex: every issue concerning Hong Kong is potentially a matter of state sovereignty, thus within the 'One Country' principle, This complex leave little to the autonomy of Hong Kong. On the other hand, many in

Hong Kong still have difficulties in accepting the fact that Hong Kong is now within China, and that it now has a new political master, with a different temper and style. Given the imbalance of political powers in the Mainland/Hong Kong relations, it seems vital for the state sovereign to exercise self-restraint in dealing with Hong Kong and for Hong Kong to be prepared to live with the other system.

#### References:

- Bruce, Andrew 2000 'The Flag Case: A Short Reflection on the Presentation of the Case and its Significance as a Piece of Constitutional Decision-making'. Paper Presented at the Constitutional Law Conference on Implementation of the Basic Law: A Comparative Perspective, 28 April 2000, Hong Kong.
- Chan, Johannes, M. M., H. L. Fu, Yash Ghai (eds.) 2000 *Hong Kong's Constitutional Debate: Conflict over Interpretation*. Hong Kong: University of Hong Kong Press.
- Fu H. L. 1996 'The Relevance of Chinese Criminal Law to Hong Kong and its Residents' *Hong Kong Law Journal* 27 229-246.
- Fu H. L. 1998 'The Battle of Criminal Jurisdictions' *Hong Kong Law Journal* 28: 273-
- Fu, H.L. 2000 'The National Security Factor: Putting Article 23 of the Basic Law in Perspective' in Steven Tsang (ed.) *The Rule of Law in Hong Kong*. London: McMillan, forthcoming.
- Fu, H. L. Richard Cullen, 1999 'Criminal Jurisdiction in Greater China'. *Asian Lawyer* 4(3): 16.
- Ghai, Yash, 1999 *Hong Kong's New Constitutional Order: The Resumption of Sovereignty and the Basic Law*, Hong Kong: University of Hong Kong Press, 2<sup>nd</sup> ed.
- Ghai, Yash, 2000 'The NPC Interpretation and Its Consequences,' in Chan, Fu and Ghai (eds.)
- Gilbert, Geoff, 1991 *Aspects of Extradition Law*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers.
- Kong, Lai-fan 1999 'RTHK Waned over "Splittist Broadcasts"' *South China Morning Post* 11 August.
- Ta Kung Po, 2000 'Hong Kong Has the Duty to Prohibit Treason' 12 March.

Wen, Hongshi, 2000 'Interpretation of Law by the Standing Committee of the National People's Congress', in Chan, Fu, Ghai (eds.).

---

Notes:

<sup>1</sup> The Law of People's Republic of China on the National Emblem has a compatible provision.

<sup>2</sup> Counsels for the Government submitted that: "If the Hong Kong legislature, acting under Annex III, has enacted a law which applies locally a national law listed in Annex III then it is, by definition, constitutional. In such a case, there is, accordingly, no scope to strike down such local legislation..." Case for the Appellant (FACC 4/99).

<sup>3</sup> The first paragraph of Article 158 provides: "The power of interpretation of this Law shall be vested in the Standing Committee of the National People's Congress."

<sup>4</sup> The Interpretation by the Standing Committee of the National People's Congress of Articles 22(4) and 24(2)(3) of the Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China (26 June 1999).

<sup>55</sup> The government raised three reasons. Firstly, it is not proper to request extradition while court proceedings were underway in the Mainland; secondly, the trial was lawful under the mainland law, and thirdly, there was no evidence to support a prosecution even if Cheung was extradited back to Hong Kong. Fu (1998).

<sup>6</sup> Article 24 of the Criminal Procedure Law states: "A criminal case shall be under the jurisdiction of the People's Court in the place where the crime was committed."

<sup>7</sup> In a recent argument, Professor Gao stated that provisions of jurisdiction in the PRC Mainland Criminal Law concern matters of jurisdiction in relation to a foreign country, they should not be invoked in dealing with an SAR. That may be true, but it does not answer the question why a mainland court asserted jurisdiction in Cheung's case in the first place.

<sup>8</sup> One may think of the consequence that may be felt in the mainland when a person making an anti-China speech in Hong Kong which was aired in the Mainland.

<sup>9</sup> Mainland Criminal Law was amended in 1997, and its extraterritorial application was significantly expanded after the amendment. Before the amendment, its extraterritorial application varied according to the nature of offences committed. Under Article 4 of the Criminal Law 1979, the law applied to a PRC citizen who committed certain specified offences outside PRC territory, including counter-revolution, counterfeiting national currency and valuable securities, corruption, and so on. These acts were punishable according to Criminal Law 1979 regardless of whether they were regarded as crimes under *the lex loci*. Article 5, on the other hand, punished other crimes committed by a PRC citizen abroad but only if the crime was punishable by a minimum sentence of not less than three years' imprisonment and the conduct was a crime under the *lex loci*. Criminal Law 1997 abolished the double criminality requirement and replaced it with a discretionary exemption of criminal liability (Fu 1996).

<sup>10</sup> Criminal Judgment of the Shantau Intermediate People's Court of Guangdong province, Criminal Trial of First Instance No. 10 of 1999.

**“Party Politics and Judicial  
Independence: a Comparative  
Perspective on China and the U.S.”**

**中美政黨政治與司法獨立關係之比較  
觀察**

*Professor Li Ya-hon*

李亞虹教授

**中美政党政治與司法獨立關係之比較觀察**  
**Party Politics and Judicial Independence:**  
**a Comparative Perspective on China and the U.S.**

李亞虹  
香港大學法學院  
2001年1月12日

中國共產黨在中國司法領域起着至關重要的作用。它為司法機關制定大政方針，任命高層領導，甚至參與對某些重大複雜案件的處理。它的影響不僅在於外部監督，也在于對司法系統內部組織的控制。與此相較，美國的司法要獨立得多。然而，它與政黨千絲萬縷的聯繫却也由來已久。最近聯邦最高法院通過判決將共和黨候選人喬治·布希送進白宮就是突出的一例。這一案件儘管並不一定像大法官BREYER所說會對美國的司法體制造成重創，但它卻讓世界上關懷司法獨立的人士捏了一把冷汗。

中美兩國政党政治與司法制度本身差異巨大，美國為多黨競爭，輪流坐樁；中國共產黨為百年老店，一黨專制。美國立法行政司法三權分立，互相制約；中國實行在中國共產黨領導下的民主集中制。將他們放在一起比較似乎有些牽強附會。然而，布希訴戈爾案卻讓人看到兩國在政党政治與司法獨立關係之間的一些共通問題，儘管這些問題在質與量上都有重大區別。本文將從政治理念與司法原則的聯繫，法院與政黨在法律與現實中的地位，包括法官的任命，組成和他們的政治傾向，以及司法獨立在政党政治影響下的真正含義几方面探討中美兩國之間在政党政治與司法獨立的關係上存在的共通與差異之處。

Chinese Communist Party (CCP) plays a predominating role in China's judicial arena. It decides general policies of judicial system, appoints important judicial personnel, and even involves in adjudication of some major cases. It exerts influence on judiciary by external supervision as well as internal organizational and membership control. Although relatively more independent, the judicial system of the United States has also been deeply entangled with the political parties. The most recent example is the partisan judgment rendered by the Supreme Court enabling the Republican Party candidate, George W. Bush, to become the next president of the United States. The case might not have "furnished the judicial system" as Justice Breyer claimed in his dissent, but it certainly raised eyebrows of people around the world who value the idea of judicial independence.

The situations in the United States and China in terms of party politics and judiciary are vastly different. The U.S. has multiple parties competing for political power whereas the CCP claims perpetual ruling; the U.S. exercises separation of powers and checks and balance between the three government branches whereas China insists on democratic centralism under the leadership of the CCP. However, the case of *Bush v. Gore*, demonstrated some commonality on the issue of party politics and judicial system between the two countries. This paper examines the connection between political ideologies and judicial philosophies, the status of political parties and courts in law and in reality, and the true meanings of judicial independence under the influence of party politics, from a comparative perspective focusing on China and the United States.

**“The Third Medium: An Attempt to  
Provide the Judicial Modernization of  
China”**

**第三載體：推進中國大陸司法現代化  
的一個嘗試**

**Professor Bai Jian-jun  
白建軍教授**

# 第三载体：推进中国大陆司法现代化的一个尝试

北京大学法学院 白建军

内容摘要：中国大陆司法现代化进程遭遇的七大难题，可以归结为互动式司法模式尚未健全，实际上是资源惯性和社会控制失控的具体表现。为在司法改革领域实践“控制社会控制”的理念，作者公开了历时一年多潜心研究的一项成果，它的原理、结构、形式及功能。

关键词：司法现代化 社会控制 判例 数据库

对大多数中国人而言，现代化曾经是个谜，现在是个梦，将来可能是个现实。在这个进程中，司法现代化也是少不得的一个组成部分。<sup>1</sup>然而，何谓司法现代化？中国大陆实现司法现代化的改革努力遭遇了哪些问题？如何从理论上解释这些遭遇？有哪些切实可行的途径解决这些问题？本文在列举了司法现代化的八大难题之后，将这些难题归结为失控的社会控制。在此原理基础上笔者提出，判例是法治的细胞，因而也是进行司法改革的切入点。顺着这个思路，笔者首次公开了一个历时一年的研究成果——一个司法先例数据系统，它的原创构想、基本结构、价值功能，希望以该系统的运作，推动司法现代化的进程，实践控制社会控制的理念。

## 一. 司法现代化的七大难题

现代化之意，学界说法各异，有的认为现代化乃西化，<sup>2</sup>有的认为现代化的根源是科学性，<sup>3</sup>还有的认为现代化就是建立在主体性之上的合理化和本土化。<sup>4</sup>实际上，现代化可以理解为传统向现代转变的过程。<sup>5</sup>在这个过程中，司法的现代化应当具备哪些特征，学界论说不一。<sup>6</sup>愚见认为，司法现代化的过程，就是不断调整司法独立与执法监督的关系、司法公正与司法效率的关系、法网严厉与法网严密的关系的过程。这三对关系处理得越好，越符

<sup>1</sup> 早在30年代，甚至有人认为，法治是现代化的前提。参见张素民的“中国现代化之前提与方式”，《申报月刊》第2卷第7号，1933年7月。转引自公丕祥，“‘西化’与现代化——20世纪初时中国法律文化思潮概览”，《中外法学》，2000/3，第345—346页。

<sup>2</sup> 公丕祥，“‘西化’与现代化——20世纪初时中国法律文化思潮概览”，《中外法学》，2000/3，第344页。

<sup>3</sup> 金耀基，“现代性论辩与中国社会学之定位”，《北京大学学报（哲学社会科学版）》，1998年第6期，第93页。

<sup>4</sup> 叶赋柱，“现代化：合理化与本土化”，《清华大学学报（哲学社会科学版）》，1998年，第13卷，第1期，第14页。

<sup>5</sup> 储槐植，“议论刑法现代化”，《中外法学》，2000/5，第584页。

<sup>6</sup> 有学者认为，司法现代化包括司法主体的现代化、司法过程的现代化以及司法实体内容和目标的现代化。另有学者认为，司法现代化包括司法的公正性、司法的独立性、司法的权威性。还有学者认为，除司法的独立性、统一性、权威性以外，还应从司法的主体、体制、程序、司法权的行使方式等方面实现司法现代化。参见王立明著《司法改革研究》，法律出版社，2000年1月版，第40页。

合司法现代化的要求。

在第一对关系中，司法独立的起码之意是司法机关依照法律规定独立行使适用法律的职权，不仅其他任何机关、社会组织或个人均无权行使司法权，而且司法机关行使职权不受任何行政机关、社会组织或个人的干涉。另一方面，司法独立，并不是法官擅断，司法机关审理案件也必须遵循法律规定，准确适用法律，并在实际上受到司法机关之间以及来自社会各界的监督制约。在第二对关系中，司法公正是司法活动所追求的根本价值目标，包括实体公正和程序公正、结果公正和过程公正。司法公正具体体现在准确认定证据、适用法律，作出公正的判决。另一方面，司法现代化还要求在追求司法公正的同时，也要讲究司法效率，即司法资源投入与司法效果的比率。通常认为，司法资源投入越少，而获取的司法效果越多，则司法效率更佳。<sup>7</sup>一味地追求“公正”而不问效率，对当事人是极不公正的。<sup>8</sup>因此，司法的现代化就是要实现现代司法的高效率化。<sup>9</sup>在第三对关系中，首先应当弄清“严厉”与“严密”的含义。按照北京大学储槐植教授的法学思想，在刑事立法上，要以“严而不厉”的政策思想取代“厉而不严”结构性倾斜。<sup>10</sup>其中，“严”为严肃、严格、严密之意，“厉”为厉害、猛烈、苛厉之意。笔者认为，完全有理由将这一刑事政策思想扩展到整个司法领域。就是说，法网应当既包括被制定出来的法律，还应包括法律的实施过程。从这个意义上说，司法中的非理性司法、刑讯逼供、法官擅断等现象，实际上也是一种“厉而不严”。例如，中世纪欧洲宗教裁判所的宗教裁判、纳粹帝国“革命法庭”的审判、前苏联时期的“肃反”审判（尤其是审判布哈林、加米涅夫、季洛维也夫等人的所谓莫斯科三次大审判），以及我国文化大革命的无数冤案乃至草菅人命，都是典型的非理性司法。<sup>11</sup>相反，司法中的“严而不厉”，应当体现在司法过程中对程序正义的追求，体现在司法体制和机制的资源配置合理化，体现在对人权的依法保护等方面。归结起来，所谓司法现代化，就是司法不断接近“依法独立、公正高效、严而不厉”这三大目标的过程。

然而，环顾现实，我们的司法与这 12 个字之间，还有相当大的距离。主要表现在 7 个方面：第一，从外部关系来看，司法独立性不强，不仅司法机关的执法过程往往受到来自方方面面的干预，而且司法机关之间缺乏独立行使职权的相互制约。这种服从大于独立、配合多于制约的现象，在很大程度上妨碍了司法公正。一项调查表明，有 64.9% 的司法人员认为党委是最能影响司法机关的主要因素；有 17.0% 的司法人员认为政法委是最能影响司法机关的主要力量。<sup>12</sup>另一项调查结果显示，当 288 名法官被问及“你认为我国宪法规定的依法独立行使审判权原则的实现程度如何”时，无一人选择“完全实现”，43.1% 的法官选择“基本没有实现”或“没有实现”。<sup>13</sup>第二，从司法机关内部的运作机制来看，司法活动的行政化倾向比较明显。<sup>14</sup>不少地方，法官的录用考试缺乏专业性内容，法院内部实行案件裁判的领导层层审批制度。这样既难得公正，又谈不上高效。第三，司法腐败现象的存在，既妨碍了司法权的独立行使，又是大量不公正执法的根源所在。本来是国家设在地方的法院变成了从属于和听命于地方的法院，破坏了人们对法律统一性的信赖。<sup>15</sup>第四，司法的地方化，导致司法的地方保护主义现象严重。有的法院审理案件明显袒护本地当事人，造成明显不公

<sup>7</sup> 夏锦文、黄建兵，“司法现代化的实证标准”，《华东政法学院学报》，2000 年第 2 期，第 49 页。

<sup>8</sup> 陈贵文，“论司法效率”，《法律科学》，1999 年第 1 期，第 17 页。

<sup>9</sup> 夏锦文、黄建兵，“司法现代化的实证标准”，《华东政法学院学报》，2000 年第 2 期，第 50 页。

<sup>10</sup> 储槐植，《刑事一体化与关系刑法论》，北京大学出版社，1997 年 1 月版，第 305—306 页。

<sup>11</sup> 龙宗智，“反理性的司法模式及特征”，《社会科学研究》，2000·1，第 48 页。

<sup>12</sup> 夏锦文、张华，“当代中国司法运作现状的实证考察及理性思考”，《南京社会科学》，2000·5，第 55 页。

<sup>13</sup> 蒋惠岭，“我国实行独立审判的条件与出路”，《人民司法》，1998 年第 3 期，转引自王立明著《司法改革研究》，法律出版社，2000 年 1 月版，第 32 页。

<sup>14</sup> 王利明，《司法改革研究》，法律出版社，2000 年 1 月版，第 33 页。

<sup>15</sup> 贺卫方，“司改：四组矛盾，八项课题”，《中外法学》，2000 年第 6 期，第 643 页。

正的错案。第五，不少司法官员的业务水平不符合司法现代化的要求，<sup>16</sup>办起案来既无效率又无公正。据中央电视台报道，四川一男子购买了一套商品房，入住时发现房子四壁没有一道门，随将开发商告到法院。法院判决原告败诉，理由竟然是“原告买房时没有约定要有门”！第六，中国大陆不仅地域广大，而且文化、习惯等方面的异质性也很明显，这在一定程度上也使司法的统一性、严肃性受到挑战。据说，某边远地方仍存在着某种习俗，如果杀了人，可以通过赔偿若干条牛以示承担责任。第七，由成文法本身固有的属性所决定，任何一部制定法都不可能无一遗漏地将所有应属于该立法调整的情形囊括在该法规的文字阐述之中，且将所有不应属于该法规范调整的情形排斥在其词语含义范围之外。<sup>17</sup>这个因素与前面提到的司法官员素质、司法腐败等因素的并存，再加上某些法律规定的不可诉现象<sup>18</sup>的同时存在，必然结果便是给司法中“严而不厉”的实现带来障碍。

这7个难题的客观存在，极大困扰着我国司法现代化的进程。

## 二. 资源惯性与社会控制失控

面对难题，第一件事并不是如何解决难题。因为在这些难题背后，还隐藏着某种更深层次的原因。如果放弃对这深层次问题的追问，司法改革的实践只能是“按下葫芦起来瓢”。于是，当我们试图发现这所谓深层次问题时，最先面对的客观事实便是，七大难题都应在社会控制的大概念之下进行把握。显而易见，在这七大因素中，不论是来自司法本身，还是来自立法问题，不论表现为制度性因素，还是表现为人的因素，它们都是社会控制的组成部分。而且，作为社会控制的某个部分，它们都在不同程度上表明，司法活动本身有悖于它在社会控制系统中的应然角色或者预期的社会效果：本来，司法在整个法治体系中应当使制定出来的法律变为社会现实，而作为不独立的司法的结果，被贯彻的不是法律而是各种干预者的意志；司法活动本应制裁的，应当是包括腐败行为在内的各类违法行为，而如果司法官员本身就贪赃枉法，不难设想他们会怎样制裁腐败；起码，司法活动本应由懂法的人进行，而如果司法官员业务水准不高，人民便有理由怀疑法律的尊严。总之，司法是社会控制的一部分，司法现代化遭遇的难题，也正是社会控制实现现代化所遭遇的难题。

那么，社会控制为什么反倒有悖于自己的应然角色呢？仔细观察以上现象就不难发现，在我国司法实践中，在相当大程度上存在着一种“单行线现象”。我这里所说的“单行线现象”是指，某种社会控制的运行仅仅在一个方向上进行，而缺乏来自控制对象或其他因素的反馈和制约。从理论上讲，这种缺乏“回声定位机制”的社会控制活动，很容易形成一种惯性：越接收不到来自控制对象或其他来源的反馈或制约，越无法根据反馈或制约调整自己，越容易使社会控制成为某种工具性资源滥用于其他目的的实现。我们可以将这种现象称为资源惯性，即社会控制资源的运动惯性。从这个意义上说，社会控制活动之所以可能有悖于自己的应然社会角色，原因之一就在于，社会控制与其对象之间，各种社会控制之间，缺乏某种积极的互动，缺乏“回声定位机制”。其结果，社会控制系统中的符号资源、规范资源、组织资源、权力资源是否得到正确恰当的运用，除了运用者的道德良心责任感以外，就没什么更有力的保证条件了。

从这个视角出发，我们先回过头来看看司法独立、地方保护等问题。现实中所谓司法

<sup>16</sup> 徐益初，“论司法公正与司法人员”，《中国法学》，1999年第4期，第9页。

<sup>17</sup> Edgar Bodenheimer, *Jurisprudence—The philosophy and Method of the Law*, Harvard University Press 1974, P 424. 转引自任强，“判例法与制定法的运作与未来”，刊载于珠海市非凡律师事务所编《判例在中国》，法律出版社，1999年9月版，第30页。

<sup>18</sup> 法律的可诉性是指“指法所必备的为了判断社会纠纷的是非而使纠纷主体可诉求于法律公设的判断主体的属性”。我国宪法、大量行政法以及组织法中，都在不同程度上存在不可诉现象。参见谢晖，“独立的司法与可诉的法”，《法律科学》，1999年第1期，第22页。

独立性不强，突出表现就是有些司法机关在不同程度上成为当地党政机关、各级首长贯彻自己意志的工具。这是赤裸裸的单向性，与其说是司法资源的惯性，不如说是政治资源的惯性，说到底还是社会控制的资源惯性。再看司法机关的内部运作，所谓司法机关内部运行的行政化问题、司法腐败问题、司法官员个人素质问题，其实都是单向性社会控制模式的生动写照。在这些场合下，更谈不上什么参与、公开、监督、制约。最后，在中国大陆，司法活动缺乏回声定位机制，还有两个法律文化上的条件：其一是时空跨度大，文化异质性强，同样的婚内强奸行为，南边法院判决说丈夫的强奸罪成立，北边法院则判决说这等事属无罪。其二是成文法机制，在唯一的法条与成千上万种案情之间，法官更了解法律而不知真情，当事人更了解事实而不知道法律是怎么说的。尽管信息不对称，还是法官说了算。这实际上形成了某种法律生态环境，使单向性司法可能将自己的某些弊端掩盖起来。

由此可见，社会控制也需要得到某种控制，否则，社会控制也会失控。<sup>19</sup>按照这个思路，大陆司法改革的一条重要途径就应当是设法抑制单向式司法模式之弊端，在司法的内部外部增设切实可行的回声定位机制，使所有相关主体都可能合法顺畅地表达意志，使司法成为各种要素之间积极互动的过程和结果。问题是，怎样操作这个理念呢？

### 三. 第三载体：原理、结构与形式

其实，我们现在谈论司法现代化和司法改革，无法脱离开现存司法活动的现实。从某种意义上说，司法由硬件和软件两个部分构成。硬件就是法庭、监狱、法袍、司法机关的通讯设施等等。软件就是各种制度设计、司法官员的法律知识、办案经验、司法机关的权威等等。可以说，硬件和软件分别是司法活动得以进行的两个必备载体，法律的实施正是在这两个载体上展开的。换个角度，司法的载体还可以分为：解决问题的法律与法律要解决的问题。这样划分，并不是说有的法律是用来解决问题的，而有的法律不是解决问题的。比如说，我国刑法第二百八十五条规定：“国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物的，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的，是受贿罪。”这就是解决受贿犯罪问题的法律规定，而“事后受贿是否构成受贿罪？”这就是需要由法律来解决的问题。可以说，任何司法活动都离不开这两个载体。没有解决问题的法律，便无法可执，没有待解决的问题，所谓司法便没有了目标。

现在，如果要司法改革中实践“控制社会控制”的思路，就需要某种新的载体，这种新的载体应当满足这样的条件：它应当能使所有参与司法活动的关系人都可能有机会站在同一个平台上，对需要解决的法律问题的客观事实占有同样的信息，并对解决这个问题的法律占有同样的信息。如果真的能做到这一点，司法活动中的各方关系人之间的互动，将会是一种十分理想的状态。然而，这只是理想状态，而事实上，要想让当事人和司法官员一样了解有关法律，或者一样地了解相关事实，是作根本不可能的事。既然不可能，那又怎样实现司法活动中的双向互动呢？于是，我们想到，如果我们不能在现实中使司法活动中相关人员占有同样的信息，那么，我们是否可能模拟这种对相关信息的客观上的同等占有呢？其实是可以的。因为尽管世界上没有完全相同的两个案件，但是，在同一个法律问题上，不同的案件之间的相似性毕竟是客观事实。因此，我们完全可以围绕着问题与法律之间的关系，建立起一座座桥梁，使人们根据各自的问题，找到相应的，实际上是比较相似的桥梁，通向最为贴切的法律。

那么，连接问题与法律的桥梁是什么呢？是判例。是国家的法院依照现行法律规定，经庭审依法认定的事实基础上作出的合法判决。就是说，只要法律没有变，纠纷的实际情形大体相似，那么，他人昨日的诉讼结果，就应当大体上是自己当下法律问题的模拟结果。不

<sup>19</sup> 白建军，“控制社会控制——一种犯罪学范式的分析”，《中外法学》，2000年第2期，第162页。

难设想，只要准确定位到了某个模拟结果，则意味着某个特定司法活动的参与者之间，不论是司法官员还是当事人，就应当在比较大的程度上对纠纷的法律后果形成比较相近的预期。

司法先例机制的利用，将有助于许多司法改革难题的解决。首先，判例可以弥补成文法的不足，<sup>20</sup>司法先例是对法律的最生动的解释，所以又可称为“活法”。<sup>21</sup>第二，无论面对外来的政府干预，还是面对司法机关内部的行政化倾向，还是面对地方保护主义的干扰，司法先例是一种无声而有力的抗制。司法先例运用得当，将利于司法独立、法律面前人人平等原则的实现。<sup>22</sup>第三，对司法腐败、司法官员素质不高这类问题而言，司法先例为腐败无能的法官规定了一个难以逾越的无形铁丝网——当受到不公正司法处理的当事人拿着与自己的情况相似而判决结果大相径庭的司法先例找到法院论理时，腐败无能的司法官员如果没有更合法的理由，除了认错以外，恐怕没什么办法。所以有学者认为，司法先例的运用，将有助于提高法官素质，促进裁判自律，提高办案质量。<sup>23</sup>第四，按理说，同一个中央立法机关，制定出来的同一部法律，适用到同一个实际问题时，应当导致同一种法律结果。然而，如果没有先例机制的运用，这种统一性的保证仅仅存在于千万个不同法官内心对法律的理解，而这种理解又在不同程度上受到他们身后各种行政、地方政府等方方面面因素的影响，因而很难真正实现法治的统一。如果通过司法先例指导司法实践，无疑会有利于法律的统一性和尊严的维护。<sup>24</sup>

由此我们得出第一个结论：判例是法治的细胞。只要强调司法实践中的双向互动，就无法回避判例资源的利用。司法先例既包括了解决问题的法律，又包括了法律要解决的问题，两种载体合一，因此可以说是司法活动的第三载体。

然而，判例的运用并不是什么新鲜事儿，建立判例法机制也不是什么新鲜主意。问题是，判例法机制在中国大陆仍然无法进入实际有效的运作。为什么？存在两大障碍：第一，我们的假定是，运用司法先例，可以使司法官员与当事人处在同样的信息平台，对争议事实的性质、特征达成基本一致的定位。如果做不到这一点的话，就无法对争议事实应然的法律后果形成共同的法律预期。但是，由于每个案件的相关人员往往会出于不同立场、角度、知识来看待同一案情，结果往往是盲人摸象，各有千秋。于是，如何使一个案件的法官、原被告双方、各自的律师对浩瀚的司法先例中到底哪个先例与当下的案情最为相似的问题形成共识，是个难度极大的过程。于是我们意识到，我们需要一个科学的检索体系，将多如牛毛的判例逐个归入这个系统中的各个子系统，使人们不论从哪种背景出发，都能象在图书馆查找书刊那样，迅速找到所需要的司法先例。

除了检索体系以外，司法先例的运用还有另一大障碍：可供选择的案例太多啦！笔者曾到过某市中级法院的资料室参观，看到一间很大的房间里，几年来该法院的判决书整齐地摆放在一个个铁制的柜子里。笔者问法官，“如果你们想在原来办过的案件中找出符合某些特征的先例，怎样查找呢？”法官说，“很难，往往只好放弃查找。”自己办过的案件查找都这样困难，要想借鉴一下其他法院的判决，就更是难上加难了。于是我们又想到，我们需要这样一种载体，它不仅可以使大量纸制的判决书中的信息压缩存放，而且能使不论身在何处的任何人，在任何方便的时间，都可以快捷而且准确地找到所需要的司法先例。

那么，符合这几个条件的东西是什么呢？应当说，分开看，符合某个条件的东西是存

<sup>20</sup> 赵变、刘培森，“关于建立判例制度的几点思考”，《山东法学》，1999年第6期，第51页。

<sup>21</sup> 井涛，“司法先例刍议”，珠海市非凡律师事务所，《判例在中国》，法律出版社，1999年9月版，第32页。

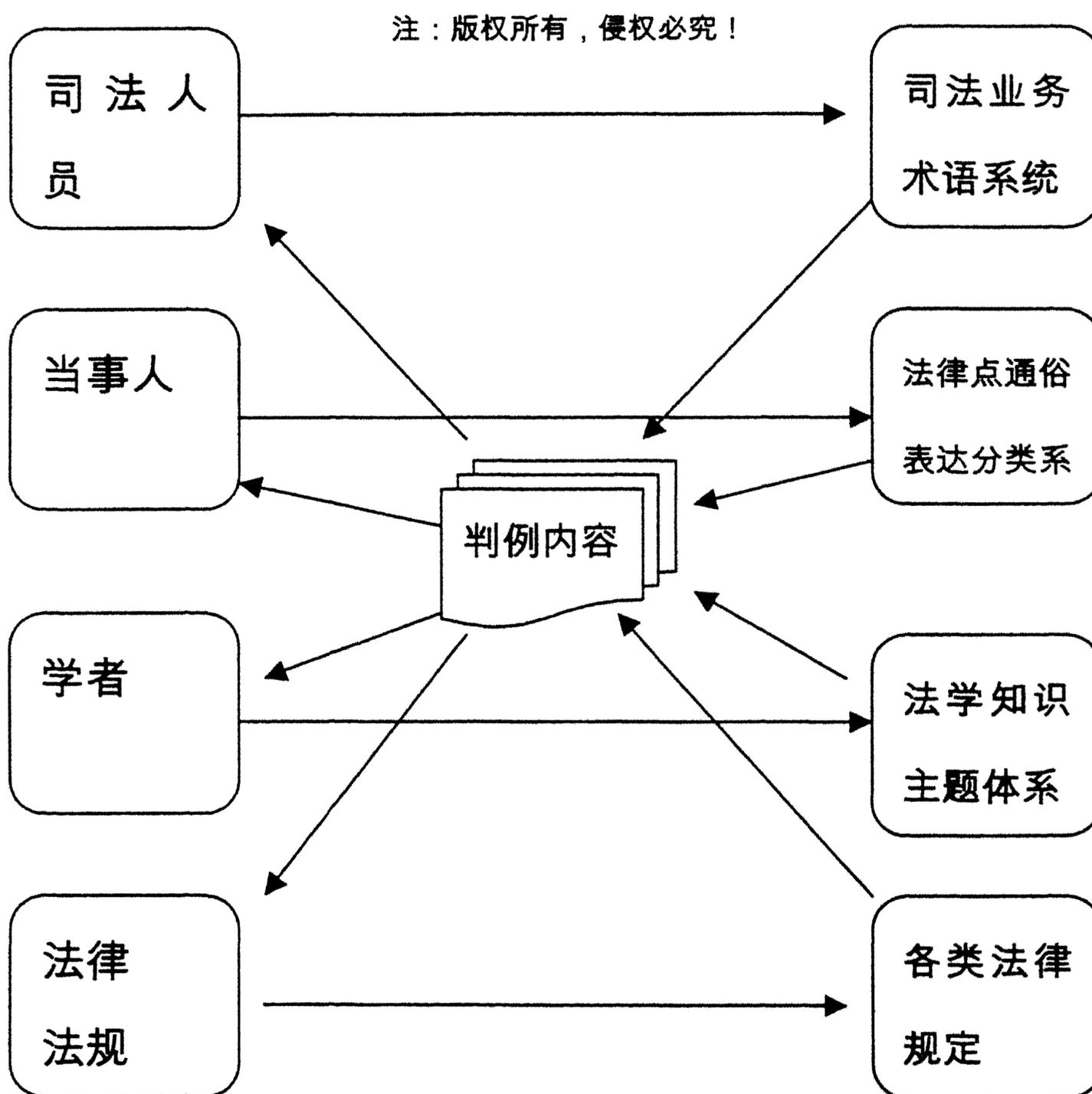
<sup>22</sup> 武树臣，“对十年间大陆法学界关于借鉴判例制度之研讨的回顾与评说”，珠海市非凡律师事务所，《判例在中国》，法律出版社，1999年9月版，第39—40页。

<sup>23</sup> 张从容，“引入判例法机制作用谈”，《现代法学》，1999年8月，第55页。

<sup>24</sup> 武树臣，“对十年间大陆法学界关于借鉴判例制度之研讨的回顾与评说”，珠海市非凡律师事务所，《判例在中国》，法律出版社，1999年9月版，第39—40页。

在的，而将这些条件有机综合在一起的载体，还没出现。首先，判例，作为法律与问题两种载体合一的第三载体，当然到处都有。但是，可以供不同需要的多渠道检索的大型判例库，尚不多见。其次，数据压缩的法律信息到处都有，而且，都能在因特网上实现。但是，将数据压缩并超时空存在的司法先例纳入一个符合不同需要的科学检索体系的判例信息库，却难得一见。至此，我们最终意识到，如果有谁能对那些以“生信息”形式存在的大量司法先例进行深加工，并将高知识含量的司法先例数据信息在因特网上实时地提供给公众，那将是一个活生生的“回声定位机制”，将是推进我国司法现代化的一项伟大工程。于是，一年前，我和我的同事、学生启动了 this 努力。今天，这个身兼问题与法律于一身，硬件与软件于一体的第三种载体：可在因特网上实现的多路径无末端司法先例数据系统，经过反复实验，终于完成了第一个版本。其基本结构如下图所示：

### 北大实证法务司法先例信息系统总体设计



该系统具有如下功能：

- 从司法术语系统逐步检索到相关案例和有关法学知识主题及法律条文。
- 从法学知识主题逐步检索到相关案例和有关司法术语及法律条文。
- 从纠纷焦点问题系统逐步检索到相关案例、司法术语、法学知识主题及法律条文。
- 从法律条文系统逐步检索到相关案例和有关司法术语、法学知识主题。
- 对某检索结果的同类司法先例的法律特征进行内部构造的结构分析或定性列举。
- 对两类或两类以上具有可比性的检索结果的异同进行定性对照和比较分析。
- 对两类甚至更多类型检索结果之间的关系、相关程度或规律进行定量分析。

不难看出，这是一个开放的司法先例数据库系统，它为司法官员、律师、各方当事人提供一个真实而又虚拟的互动平台，在这个平台上，司法活动作为社会控制的组成部分，将会受到某种形式的控制。我们计划，该系统将逐步扩充，形成数万个以真实纠纷及处理结果为核心的法律知识包，可以同时使司法官员、律师、当事人、学者从不同角度聚焦到某类司法先例，并不断往返于法律事实、法律问题、法律规定、法学原理及司法判决之间，在同一个平台上迅速实现某一特定的法律问题与相关法律规范之间的挂钩，浓缩“活的法律”，触摸“活的法律”。它还可以满足任何有条件上网的上述人士在任何时间地点获取相关信息的要求，不仅吸收了成文法和判例法各自的长处，而且可以节省司法资源，提高司法效率，成为推进司法现代化进程的硬件软件一体化的第三载体。

#### 四. 问题与讨论

该系统投入运行后起码会遇到两个疑问：首先，如果检索出来的结果千差万别，对同一个法律问题有多个法律结果，怎么办？对此我的回答是，首先，世界上不存在两个完全相同的案情，因此差异是绝对的，相似是相对的。因此，企图找到完全相同的案例是不可能的。司法中的绝对理性只是神话。<sup>25</sup>第二，既然差异是绝对的，那么，即使控辩双方各自都找到了有利于自己因而相互矛盾的司法先例，也属正常。因为这些相异的结果都是合法的结果，都是国家的法院经法庭审理后作出的生效判决。这个数据库的作用恰恰是使差异显露出来，以便比较，通过比较，找出其中哪一个更加接近当下争议的实质。第三，长此以往，对同一法律规范的适用尽管仍会存在差异，但差异将逐渐缩小——如果人们都来使用本系统。至少，不应出现过分非理性的天壤之别。可见，这正是该系统从异求同，推动法律适用差异的缩小，追求法治统一的功效所在。

另一个可能的问题是，全国每年判例那么多，而数据库的容量有限，根据何种标准筛选案例？如果入选的案例是错案，会不会误导司法实践？笔者认为，首先应当承认，只要是生效判决，不论谁认为“确有错误”，都仅仅是个人意见。我们尊重的，是法律，是制度，其次才是意见。当然，这并不意味着只要是生效判决都可以入选本数据库。实际上，我们计划，从标准和制度两个方面保障入选判例的正确性和代表性。首先，我们确定了一套案例选取标准。比如，入选的案例应当是能够把某些法律术语具体化的案例；是能够把某些法律原则和制度具体化的案例；是能够将法律规定中有关行为的违法严重程度及相应的法律处分严厉程度具体化的案例。<sup>26</sup>我们还尽可能使数据库中各类案件的比例与实际总体的结构性特征相吻合，使刑事、民事、行政、知识产权、海事海商、东部、西部等各类案件比例适当。而

<sup>25</sup> “司法是人类理性的一项制度设计，但在实际的司法运作过程中司法的这种理性是存在局限性的，主要体现在认定事实、适用法律、运用程序三方面。走向司法公正需要司法工作者在这三方面不断超越，也需要民众破除司法理性神话。”见周丽，“论司法之有限理性”，《上海市政法管理干部学院学报》，2000年5月，第15卷第3期，第47页。

<sup>26</sup> 武树臣，“裁判自律与司法公正”，《判例与研究》，2000年第3期，第6页。

且,我们还聘请各门类法律领域中有名有实的专家学者定期参与指导本领域典型案例的更新剔除,为案例的代表性和正确性设置了制度上和组织上的可靠保证。

我相信,如果有那么一天,人们发现,有没有这个数据库,用不用这个数据库,维护不维护这个数据库,中国司法实际都一样地依法独立、公正高效、严而不厉,那么,这个数据库就没有必要继续存在下去了。

第三载体,我们期盼着你消失的那一天。

白建军 2000年圣诞前夕,北大燕东园。

**“The Confusion of Substantive Justice:  
the End of Sue and the Judicial  
Reform”**

“實質公義”的迷思：訴的終  
結和法院獨立

**Professor Liu Nan-ping**  
劉南平教授

“實質公義”之迷思：訴的終結與法院獨立  
An Illusion about “Substantial Justice”:  
The End of Litigation and Judicial Independence

北大—港大法學研究中心暨司法改革和法制發展研討會  
(題綱)

2001年1月11-12日

香港大學法學院 劉南平  
The Hong Kong University Dr Liu, Nanping

## 引言

- 1) 問題：我國的訴訟是“遊戲”還是“兒戲”？
- 2) “以事實為根據，以法律為準繩”的審判原則與“實質公義”。
- 3) 本文闡述的觀點：在現行體制框架下，企圖通過“量化”達到“實質公義”只能是立法者對“審”或“訴（數）”的迷思，因為缺乏終結的“審”和“訴”之本身，就已經無“公義（justice）”可言；我國迫切需要的不是追求“實質的公義（substantial justice）”，而是“公義的實質（the nature of justice）”：即法院的真正獨立。這可能是達至“公義”的正途。

### 一、再審程序：我國“訴”的終點在哪里？

1. 二審終審制與審判監督程序。
2. “暫緩執行”與“執行回轉”。
3. 案件 A：Chiyu Banking Corp Ltd v. Chan Tin Twun (1992)  
“生效判決”與判決的“最終性”：對條約實施的憂慮。

### 二、“婆婆多”：人民公院是“小媳婦”

1. 還有哪些“婆婆”可以指手劃腳？
2. 法定“婆婆”：人大常委會。
3. 案件 B：“三級法院，四個判決，八年訴訟，一張白紙”。
  - a) 有趣的問題：第4個判決是“終審”判決？
  - b) 再審條件的寬鬆與彈性。

### 三、追求“公義”的迷思

1. 什麼是“公義”？  
一定社會中佔主導地位的倫理規範之法律化。

- 兩個要素：1) 地域性； 2) 時間性；
2. 我國“冤”“假”“錯”案是怎麼來的？為什麼可以“翻案”？
    - a) “時空的錯位”：用“無限”的方式追求“有限”的公義
    - b) “訴”之目的：判決生效還是終審判決？
  3. 誰行使“公義”？

法院是“擬制的權威”：獨立性是其本質所在。

    - a) 涉“訴”的誤導：“根本利益一致論” v. “訴”之利益的具體性
    - b) 誰應該判斷“利益”？

#### 四、司法改革的方向：法院獨立是“老虎”？

1. 第一項建議：廢除“判前報告制”
2. 第二項建議：《人大個案監督法》應該休矣！
3. 第三項建議：取消或限制人民檢察院再審程序抗訴權。  
案件 C：香港公司(A) v. 香港公司(B)
4. 法院獨立已經“水到渠成”。

#### 結 論

如果說我國的“終審”還有意義的話，與其說它是一個法律用語，倒不如說它是一個政治用語更為準確；沒有法院的真正獨立，就不會有真實意義的“終審”；法院獨立，才是“公義”的本質所在。

# **“The Enforcement Branches of Anti-trust in China”**

## **論中國的反壟斷執法機構**

**Professor Sheng Jie-min**

**盛杰民教授**

# 论中国的反垄断执法机构

盛杰民

---

【内容提要】反垄断法的基本价值在于维护市场上的有效竞争，而其构建公平的市场竞争秩序则有赖于反垄断执法机构。衡量反垄断执法功效并不仅仅是处理案件的多少和执法人员的水准，更重要的是反垄断执法机构的组织体系化、案件处理程序的制度化、规范化。本文立足于现行反不正当竞争法参与规范垄断事项的软弱现状，深入探讨了我国现有反垄断执法机构在执法上出现半真空状态的原因，分析了反垄断法的性质、反垄断法对其执法机构在权威性和独立性上的要求及反垄断执法机构与其他国家机关的利益制衡等因素对执法机构的影响，指出工商行政管理部门不能也不适于作为我国反垄断法的执法机构，而应以具有准立法权、准司法权和强大行政权的反垄断委员会取代其对反垄断事务的执法，并试图在借鉴国外经验的基础上，设计出一套符合我国国情的反垄断委员会的机构体系及其运作程序。

---

反垄断法是市场经济中的竞争规则。如同竞技场上的比赛规则，它只是针对个别参赛者限制竞争的行为方式，而不是限制或取消市场上的竞争。只有在建立了竞争规则的条件下，市场上才可能真正实现有效和公平的竞争，或者使竞争已被窒息了的市场重新恢复竞争。<sup>1</sup>由于反垄断法抽象和概括地反映了市场本身的规律及其要求，故而在西方国家被称为“自由企业的大宪章”、“经济宪法”等。但徒法不足以自行，兼之反垄断法所维护的是作为整体利益的公平和有效的市场竞争秩序，若无具有高度独立性、权威性和专业性的机构予以适用和执行，即便是逻辑体系极其严密的反垄断法亦是一纸空文。目前，形形色色的限制竞争行为充斥着我国市场，严重阻碍了我国市场上的有效竞争和市场经济的发展。现行《反

---

<sup>1</sup> 王晓晔著：《竞争法研究》第140页，中国法制出版社1999年版。

不正当竞争法》及一些部门规章虽对少数限制竞争行为作出了规定，然而仍属杯水车薪，大部分垄断或限制竞争行为仍缺乏必要的法律规制。而且，该法的执法机构——工商行政管理局无论在控制层面还是在制裁层面上，显然对市场上的垄断或限制竞争行为无能为力，实际上处于放任自流的状态。因此，从一定意义上说，我国目前对垄断或限制竞争行为的规制实无必须的反垄断法及其执法机构。鉴于我国反垄断法正在起草之中，如何把握其执法机构的性质定位，明确其权限和执法程序，同时通过对各国反垄断执法机构制度的深入比较，借鉴国外的先进立法例和执法经验，设置一个能动高效并符合我国国情的反垄断执法机构，已是亟待解决的重要课题。

### 一、反垄断法的性质对其执法机构的要求

(1) 反垄断法的不确定性。法律是包含权利、义务的行为规范，法律概念与法律规则的确定性是法律的应有属性，不断地寻求精确化的结论和解释是法律发展的目标。反垄断法涉及的范围之广、内容之多，却使其概念和规则具有不确定性。如在称呼反垄断法时往往加上“政策”一词，来表示这种不确定性。<sup>2</sup>这种独特的法律性质确实是其他部门法所没有的。

首先，垄断概念的不确定性。迄今为止，垄断只停留在经济上的描述性解释，尚不能形成一个精确的法律概念。其不确定性表现为：一是垄断本身难以定义。某个企业的市场占有率应是多少才算垄断一直未能在经济学上得以界定；二是市场的不确定性。垄断的存在必须与一个确定的市场相关。在定义该市场时，反垄断执法机构或法院常面临以下问题：①是否包括国内潜在的竞争者；②是否包括相似产品；③是否考虑企业转移生产的能力；④是否包括不在国内销售的外国生产者。对这四个问题的不同回答，会产生垄断与非垄断二种状态的不同认定。<sup>3</sup>反垄断法的一个主要问题是对市场定义的分析技巧的确认和发展，任何反垄断法如不能可靠地定义市场，就意味着不能可靠地作出判决，特别是当市场发展、变化很快时，定义市场就更加困难。<sup>4</sup>三是垄断对市场的影响难以确认。经济学家对于垄断带给市场经济的消极影响估计不足，从占 GNP 总产值的 0.1%到 5%不等，至今未形成统一的意见和确认方法。

其次，违法确认原则的不确定性。反垄断法中确认垄断与垄断行为是否违法的原则是本身违法和合理原则。本身违法是指垄断企业的规模占有市场的比例超过一定数额，或行为在法律禁止的范围之内就属违法，无须考虑它们对市场竞争的影响。合理原则却正好相反，只有全面衡量垄断或垄断行为对市场的影响之后，才能确定它们是否违法。这两个原则在反垄断法中同时存在并相辅相成。在反垄断法中，本身违法简便易行，合理原则则体现公正。由于经济学对垄断与竞争之间的确切关系没有定论，垄断尚未形成一个确定的法律概念。因此，不能从垄断

<sup>2</sup> 沈敏荣《反垄断法的性质》，载于《中国法学》1998年第4期。

<sup>3</sup> Thomas W.Dunfee, Frank F.Gibson: Antitrust and Trade Regulation, John Wiley & Sons 1989. p179.

<sup>4</sup> Julian Lonbay: Frontier of the Competition Law, Chancery law Publishing Ltd.1993. p5.

本身对其违法性进行分析、预测和确定，而只能从它对社会经济的影响上来衡量。从这一方面来说，合理原则具有重要地位。但垄断涉及一个地区或一国经济时，完全从结果上对其进行违法确认，不仅费时费力，而且一国现有法律体制亦不能承担以合理原则为反垄断法的唯一原则所带来的高成本。因此，本身违法与合理原则并列为反垄断法中违法确认的两大原则。由于经济不断变动、发展，两个原则在反垄断法中的地位也互有升降，不能形成恒定的关系。这种反垄断法在违法确认上的不确定性始终存在。

反垄断法的这些不确定性因素，使该法的执行需要借助于专门的反垄断执法机构及相应的反垄断政策，否则，反垄断法的不确定性会阻碍其执行，从而难以达到反垄断法维护市场有效竞争的目的。而且，正是由于上述不确定性因素，使得反垄断执法机构的执法极具专业性，故需要有一批精通法律、经济学、统计学及其他专业知识的专家担任反垄断执法人员。可以说，反垄断执法机构是一个专业化、知识化极高的部门。

(2) 反垄断法的非规则性。反垄断法的规则体系不同于其他部门法，多为宽泛的原则，它需要在具体适用时，由法院或反垄断执法机构作出详细的解释和分析。本身违法原则确立了明确的合法与违法的界线，这使得对概念与法律规则进行等级排列与建构成为可能。而合理原则正好相反，它强调对具体的合理与非合理因素进行分析、比较，从经济事实的比较中找出经济行为或结构的合法性因素，它所导致的只是正、负经济效益间的比较。因此，强调合理原则，势必会使反垄断法减少语义逻辑性，而且弱化反垄断法规则的体系性。反垄断法中的问题就是在比较中被决定为违法或合法，但真正复杂的问题是正负效益的具体判断和辨析，这在法律中一般被视为事实问题。<sup>5</sup>而在任何部门法中，事实问题都是非规则的，不能用经验的规则来加以事先确定。<sup>6</sup>

由于事实问题在反垄断法中占有十分突出的地位（相对而言，法律问题的重要性降低），因而事实问题的非规则性特别明显。尽管已出现了对事实问题进行规则化处理的尝试，但由于其种种不足而颇有争议。例如，在反垄断法中，一个重要的事实问题是相关市场的确定。市场力量的存在必须与一个确定的市场相关。对相关市场定义的重要性在于，垄断只有通过相关市场才能进行判断。确定相关市场，首先是确定相关产品，然后基于相关产品，再确定相关地域市场。在确定相关产品市场这一问题上，能否用固定的规则来指导市场的划定，避免在没有固定规则的状况下复杂判断的不确定性，这一直是个难题。对确认方法进行归纳，最终总结出确认的规则虽是避免确认困难的良策，但由于对复杂的经济事实进行确认存在着相当大的困难，因而这种法律化的努力与事实问题的非规则性实不相容。

<sup>5</sup> 沈敏荣《反垄断法的性质》，载于《中国法学》1998年第4期。

<sup>6</sup> (美)波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社1994年版。

由于这类非规则因素的大量存在，兼之反垄断法与国家在特定时期的经济和竞争政策以及国际市场竞争的必然联系，这就要求反垄断执法机构在不同的市场竞争发展时期，根据反垄断法的基本原则对各类事实问题作出相应的解释和分析。这种解释对反垄断法的准确适用有着极为重要的作用，但它必须以反垄断执法机构享有准立法权（包括法律解释权）为前提。因此，反垄断执法机构拥有准立法权无疑会对反垄断的执法大有裨益。

## 二、我国反垄断执法机构的模式选择

### （一）世界各国反垄断执法机构的模式及其评价

反垄断执法机构的地位、权限和运行效果如何，直接影响和制约反垄断法的实效。如前所述，我国目前的工商行政管理机关实已不堪反垄断执法的重负。故须立足于分析我国现有反垄断执法机关存在的问题，对国外反垄断执法体制、分权与制衡理论在当代的发展进行深入的探讨，以寻求一种既适合于我国市场竞争状况、又符合世界各国反垄断执法潮流的反垄断执法机构模式。

世界上绝大多数国家均设立专门机关负责反垄断法的执法。从权力角度区分，主要有两种模式，即美、日等国采用的准司法机关模式及欧盟国家普遍采用的独立行政机关模式。

综观世界各国的反垄断执法机构模式，准司法机关模式与独立行政机关模式各有其合理性和优势。前者以其强大的权力系统保障反垄断法的贯彻实施，后者则以多机关相互制约，且更具灵活性的机构制度达到反垄断法维护市场竞争秩序的目标。由于反垄断法致力于维护市场中的有效竞争，因此其执法机构在国家机构体系中应具有相当高的地位，而且要求拥有广泛的权力。如美国的联邦贸易委员会，直接对国会负责并受其监督，在执行反垄断事务中拥有准立法权、准司法权和强大的行政权，从而使其执法权威和执法力度明显高于其他国家。欧洲各国实行的行政机关与上级领导的结合模式，则弥补了专门机关执法的偏狭性。这种模式中，经济部长或商业部长的裁决属于政治决策，而非法律决策。他们在裁决反垄断法案件时，可以考虑所有经济上与此案有关的各个要素，而不仅仅是竞争问题和执行纯粹的反垄断法律问题。对于他们来说，保护竞争只是提高就业率、改善产业结构、提高社会福利水平等经济政策的手段之一，而不是最高目的。部长们在进行政治决策时有比较广泛与灵活的决策权，允许他们既考虑政治、经济因素，又考虑法律因素。因而法院对他们的裁定只能审查其是否超过了他们的管辖范围，而不能调查他们裁定的内容，不能限制他们裁定的灵活性。有学者认为，专门机关的法律决策配以上级领导的政治决策执行反垄断法，是较为完美的反垄断法执行模式。<sup>7</sup>其理由是单纯的专门机关执法未免失之呆板和片面，一味的政治决策又有松散和多变的缺点。若两者配合，既有以全面考虑为出发点的灵活的政

---

<sup>7</sup> 乌尔利希·伊门格（Ulrich Immenga, 德国）：《反垄断法的执行程序》条4页，《中德比较竞争法学术讨论会论文》，1993年。

治决策，也有以法律为唯一依据的专门机关的法律决策，反垄断法就得以稳定、高效地被贯彻执行。

在法治观念深植于政治体制和整个社会的西方各国，这种相辅性的反垄断执法方式或许是上佳的选择，但在有着两千多年专制传统的中国，显然是不宜适用的。因为在尚未完成向市场经济全面转制，社会主义民主与法治尚处于举步维艰的时期，由于缺乏必要的权力制约，上级领导的政治决策所依据的很可能不是对社会整体利益的充分考虑，而是在相当程度上渗入了个人或部门利益的不当思维，在经济领域也不例外。当然，我国也不能仿效美国的双重反垄断执法体制。中国的国家机构职能重叠繁复，其弱化国家机器之运转功能的弊端已为社会所共识。如果设立双重反垄断执法机构，必然会形成两机构之间在反垄断执法中的非正常牵制，不利于执法的功效。因此，我国必须首先立足于我国的国情，同时借鉴国外的先进经验，才能设计出适合我国社会政治、经济及文化状况的反垄断执法机构体制。

## （二）我国反垄断执法机构的设立模式

借鉴美、英、德、日等国的反垄断法经验，我国也应当建立一个有高度权威性和独立性的反垄断法执法机构，它相当于美国的联邦贸易委员会或者德国的联邦卡特尔局。该机构可以被称为“国家反垄断委员会”，它在人事编制和财务上虽然隶属于国务院，由国家人事部财政局编列预算，但在审理反垄断案件中却有着极大的权威性和高度独立审判的权利，即在业务上它们只是依照法律进行裁决。<sup>8</sup>

### 1、反垄断委员会的独立性和权威性要求。

反垄断委员会必须具有极大权威性和高度的独立性。这是因为：第一，委员会在对案件进行裁决中，常常会陷入政府的竞争政策和产业政策的冲突之中。如果这些参与决定的机构，特别是主管机构，在审理案件的过程中没有独立性，它们就势必不得不屈服于政府的压力，其裁决就会被政府变换不定的产业政策所左右。而在竞争政策与产业政策发生矛盾时，政府常常是倾向于较多地考虑企业的利益，较少考虑消费者的利益，使产业政策保持优先适用的地位，从而使竞争政策不能得到认真的贯彻和执行。<sup>9</sup>第二，反垄断执法的功效取决于其执法机构的执法力度，而仅有国家强制力作为后盾是无法高效地维护市场竞争秩序的，其关键在于该执法机构在国家机构体系中的地位如何。如果反垄断委员会不具有较强的独立性（相对于政府其他职能部门），则必然在人事或财政上，甚至在委员会的运作上都对政府或其他国家机构具有依附性，委员会的裁决也必然会受到来自社会各方面因素的影响，在程序和实体上均会有非公正性之虞，从而缺乏足够的社会公信力。因此，反垄断委员会在国家机构体系中必须具有高度的独立性，才能使其裁决过程乃至裁决本身不受各种非正当因素的干扰。而“裁决中的组织和程序的规定对一

<sup>8</sup> 王晓晔著：《企业合并中的反垄断问题》第 295 页，法律出版社 1996 年版。

<sup>9</sup> 王晓晔著：《企业合并中的反垄断问题》第 294 页，法律出版社 1996 年版。

个有效的竞争法具有决定性的意义。因为一个错误的或者无效的实体规范比起竞争法执行机构的组织错误来说，一般容易得到改正。……瓦尔特·欧肯曾经说过这样一句话，反垄断机构的独立性至少和最高法院的独立性同样重要”。<sup>10</sup>第三，反垄断委员会是反垄断执法的专门机构，其本身必须具有高度的权威性。除以国家强制力作为后盾及机构的独立性充分之外，委员会在反垄断专业领域必须具有高度的权威性，成员应当由学术造诣深、素质高和公正廉明的法学家和经济学家组成。如此，才能使反垄断委员会的执法功效达到其充分维护市场有效竞争的目标。第四，为遏制我国日趋激烈的行政性垄断，反垄断委员会必须具有极高的权威和独立性。在我国市场经济发展过程中，经济民主被提到了相当重要的作用。所谓经济民主，其核心是经济上的公正。就经营者而言，即谋求在构成市场的经营者之间“实现经济机会均等和经济平等”。<sup>11</sup>经济民主在反对行政性垄断中，表现为规范政府对经济的干预上。经营者之间的竞争一般只能由经营者去进行，政府和政府所属部门不应充当竞争者。否则，就会出现政府对经济的不适当干预。而行政垄断恰恰源于政府和政府部门对经济的不当干预，并因此导致对经济民主的破坏。因此，在规制行政性垄断中，只可能表现为政府不当干预的限制与纠正，这是法的正义性所要求的。<sup>12</sup>

## 2、反垄断委员会与其他机构的利益制衡

现代社会的权力制衡已渗入到社会的各个层次和角落，反垄断委员会也不例外。为避免反垄断法主管机构在裁决中的片面性和错误，保护企业或者当事人的合法权益，反垄断案件的管辖权不应只由反垄断法的执法机构来行使，而是应当同时有几个机构<sup>13</sup>相互进行监督和制约，以保证对那些有争议的案件能够依照法律进行认真的审查，并由此增加执法的透明度，便于社会和公众了解案件的后果。这主要包括三种情况：（1）尽管反垄断执法机构有权通过准司法程序裁决反垄断案件，但其裁决不具有终局的性质，当事人不服可以向法院提起上诉；（2）反垄断执法机构虽有行政执行权，但对于那些严重扰乱市场竞争秩序、构成犯罪的反垄断案件，反垄断执法机构不具有审判权，而只能以公诉人的身分代表国家向法院提起公诉；（3）对那些破坏正常的市场竞争秩序并对国家整体利益或社会公共利益造成损害的反垄断案件，反垄断执法机构无权自行处置，而须代表国家向法院就该损害提起民事诉讼。

为避免国家的立法和经济政策与国家的反垄断法和竞争政策发生冲突，借鉴匈牙利禁止不正当竞争法第 60 条的规定，国家立法机构就所有涉及限制竞争（特别是涉及限制经营或限制进入市场）、保护独占权以及有关价格或销售条件的法律

<sup>10</sup> D·沃尔夫《德国竞争法的经验》，载王晓晔编：《反垄断法与市场经济》，法律出版社 1998 年版。

<sup>11</sup> （日）金泽良雄：《经济法概论》第 182 页。

<sup>12</sup> 王保树：《论反垄断法对行政垄断的规制》，载王晓晔编：《反垄断法与市场经济》。

<sup>13</sup> 这里需要强调的是，所谓“几个机构”并非指均为行政机构，反垄断执法委员会必然是行政机构，但在对案件进行处理时，存在数个行政机构只会弱化对竞争秩序和当事人权益的保护，为防止行政权力的滥用，必须通过司法权和行政权之间的相互制约性来设计反垄断案件的管辖机构。

草案应当征求国家反垄断委员会的意见。反垄断委员会的负责人有权参加政府会议，就反垄断委员会职权范围内的有关问题发表意见。此外，反垄断委员会应当有权要求各经济部门、地方政府、国家资产管理局以及其他的国家管理机构通告有关涉及市场和竞争的工作情况。为了保证这个机构在司法上的高度独立性，能够公平地审理案件，该机构的成员既不应在其他政府机构任职，也不得在公司或者企业中任职，或者以其他任何形式参与市场交易。

此外，我国反垄断法不需要由类似德国经济部长对企业合并或卡特尔作出特殊批准的机构。理由是，第一，由过多的行政机构行使反垄断法的管辖权可以使案件的裁决所需要的程序过多，时间过长。而对于企业来说，它们往往要求能够尽快得到一个“准”或者“不准”的答复。所以，复杂的审查程序与企业的利益经常是不相适应的。第二，竞相管辖的结果在很大程度上会降低反垄断机构的权威性。在我国这样一个几乎还没有形成“法治”秩序的国家，企业的保护竞争和反垄断的意识很差，因此，强调反垄断委员会的权威性比在一般的市场经济国家有着更重要的意义。第三，反垄断委员会只是依法作出裁决，因此，是否要考虑整体经济利益和社会公共利益须取决于法律的规定。例如，如果立法中作了相应的规定，反垄断委员会在裁决时就不仅要考虑企业合并或者卡特尔对市场竞争的影响，而且也应一并考虑政府的产业政策。如果合并或者卡特尔虽然存在着限制竞争的影响，但同时对整个经济和社会公共利益有着显著的好处，反垄断委员会就应当予以批准。

### 三、我国反垄断执法机构的建构

#### （一）反垄断委员会的组织结构及人员构成

1、组织结构。国家反垄断委员会虽然在编制和预算上隶属于国务院，但在执法时独立行使职权，不受任何单位和个人的干涉，亦不受国务院的指挥和监督。考虑到我国反垄断委员会成立后的重要任务之一是反行政性垄断，而行政性垄断最受人指责的是政府行政权力对市场主体的非正当干预。因此，反垄断委员会与政府的关系不应限制在只作为政府职能部门的层次上，而应提升委员会相对于政府（即国务院）的独立性。即反垄断委员会是一个独立的行政机构，具有强有力的行政执行手段，且该机构拥有准立法权和准司法权，是三权合一形式的反垄断执法机构。关于反垄断执法机构的地位问题，我国在反垄断立法中可借鉴美国的立法例。根据美国《联邦贸易委员会法》第5条的规定，联邦贸易委员会是一个独立于政府的行政机关，它的工作直接受国会监督。<sup>14</sup>鉴于我国市场竞争秩序要求反垄断执法机构具有更高的独立性，我国在制定反垄断法时，可规定反垄断委员会只受《反垄断法》委托的约束，直接向全国人民代表大会及其常务委员会负责，向其报告工作，并受其监督。

由于反垄断法调整的是对市场竞争有重大影响的市场行为或者事件，如企业

<sup>14</sup> 戴奎生等著：《竞争法研究》第137页，中国大百科全书出版社1993年版。

的合并事件以及政府机构滥用限制竞争的行为。因此，反垄断法的执法机构就不必象反不正当竞争法的执法机构那样，按行政区划层层设立。若按行政区划设置省级反垄断委员会，反垄断执法权限将有被当地政府通过滥用行政权力或实行地方保护主义的方式侵越之虞。故除了国家反垄断委员会总部之外，可把全国市场分为数个区域，在每个区域设置国家反垄断委员会的分部。国家反垄断委员会总部所处理的是具有全国性影响或超越两个区域以上影响的反垄断案件，其区域分部处理的则是在本区域内有重大影响的反垄断案件。在行使职权上，各区域分部与总部之间的关系可借鉴德国联邦卡特尔局与下属各个决议处的运行方式，各自完全独立地行使反垄断执法权，相互之间并不具有业务上的指导关系，而只是在内部管理上具有从属关系。当事人对区域反垄断委员会分部的裁决不服时，不能请求国家反垄断委员会总部重审或复审，而只能向最高人民法院提出上诉；当事人对国家反垄断委员会总部的裁决不服时，亦只能通过向最高人民法院提出上诉进行救济。

反垄断委员会可下设竞争局、合并控制局、行政垄断局、政策发展室和法律总顾问室五个办事机构。竞争局处理有关滥用市场支配地位、垄断协议方面的案件；合并控制局处理的是有关企业合并的申报及审批等事项；行政垄断局专门处理政府滥用行政权力实施垄断行为的案件；政策发展室的作用在于对市场竞争秩序的运行和维护以及国家经济政策进行研究，确立反垄断的政策目标及其具体实现方式；法律总顾问室负责反垄断委员会的准立法权的行使，并处理反垄断诉讼的相关事宜。

2、人员组成。反垄断委员会由若干名委员组成，其中设主任一名，副主任二名。鉴于我国市场广阔，作为维护市场竞争秩序的反垄断委员会，其委员人数不能只有数名。这在西方国家的反垄断执法机构制度中亦是如此。如美国联邦贸易委员会的成员制度，该委员会委员虽只有 5 名，但由于美国已有反托拉斯局处理反垄断案件，<sup>15</sup>且该局与联邦贸易委员会在反垄断问题上各有权限，并行不悖，故委员会委员足以应付《联邦贸易委员会法》所规定的反垄断任务。此外如德国的联邦卡特尔局，它由九个决议处、一个基础处和一个欧洲处组成，其成员自然不在少数。因此，我国反垄断委员会每个局至少应有三名以上委员，政策发展室和法律总顾问室应有五名以上委员。

综观世界各国反垄断法的执法机构，专家执法的特点格外明显。如美国《联邦贸易委员会法》规定联邦贸易委员会下设竞争处和经济处，竞争处由法学家组成，经济处由经济学家组成。法国的竞争审议委员会由 16 名委员组成，其中 7 名委员必须从行政法院、审计署或法官中选任，4 名委员必须是在经济竞争法或消费者保护问题方面有专门知识和经验的专家，其余 5 名委员必须从事过工业、商业、

---

<sup>15</sup> 美国反托拉斯局成立时，由 25 各成员组成，1937 年以后，在人员和预算方面都有所加强。1984 年至 1985 年财政年度，反托拉斯局共有 649 各工作人员。

手工业、服务业或自由职业。为保持反垄断执法机构的独立性，必须割断它与社会上其他人与事的利害关系。

因此，我国反垄断法亦应规定，反垄断委员会主任和委员应由国务院总理提名，全国人民代表大会任命，任期 5 年。委员必须从现任或卸任法官、经济学家和法学家中选任，反垄断委员会的委员既不得任职于政府机构或立法机构，也不得为其他国家机关及公共法人的公职人员，或者以其他任何形式参与市场交易。

## （二）反垄断委员会的基本职责和权限

我国将设立的反垄断委员会应是一个集准立法权、准司法权与强大行政权的反垄断执法机构。其权限如下：

1、准立法权限。即反垄断委员会享有立法机关授予的制定与法律具有同等效力并可直接作为法院审理案件依据的规范的权力。其理由是：反垄断委员会作为维护市场有效竞争的专业执法机构，在反垄断领域具有高度的独立性和权威性，由于它通过反垄断执法能洞悉瞬息万变的市场竞争状况，而自身拥有丰富的反垄断所需要的经济学、法学、会计学、工艺技术学等社会资源，因此，由全国人大授权国家反垄断委员会制订反垄断规则和相关政策是非常必要的，当然，反垄断委员会制订的必须是不得与反垄断法相违背的行政法规或规章。

2、准司法权限。这是指反垄断委员会通过准司法的程序，对违反反垄断法的行为采取排除措施，同时对违法者适用罚则。对垄断行为或限制竞争行为引起的民事争议，我国反垄断法也应赋予反垄断委员会以具有准司法性质的裁决权，这种裁决的实质是行政机关行使审判权。当然，反垄断委员会的此项裁决具有非终局性，当事人不服可以向法院提出上诉。

3、行政权限。反垄断委员会作为一种独立的行政机构，行政权无疑是其主要权限。我国反垄断法可规定反垄断委员会享有以下行政权限：（1）对经营者的活动及竞争情况进行调查；（2）对违反反垄断法的案件进行调查、处理；（3）对企业合并进行监督；（4）定期公布处于市场支配地位的经营者的名单。为行使上述反垄断职责，反垄断委员必须拥有对反垄断案件的广泛的调查权。从各国反垄断法的相关规定来看，这些调查权主要有以下内容：（1）有权要求企业和企业联合组织报告其经济状况；（2）有权在企业正常营业时间内查阅企业和企业联合组织的营业资料；（3）有权要求企业和企业联合组织提供章程、协议、以及企业联合组织的决议；（4）有权委托审查委托人代为调查有关情况；（5）有权申请并根据司法机关的命令搜查企业和扣押证据。搜查可以指向行为人、嫌疑人或其住所、其他场所，也可以指向他们的财产；扣押对象是对调查有证据价值的物品。<sup>16</sup>

我国反垄断委员会除上述调查权外，委员会主任还应有权参加政府的相关会议，就其职权范围内的事项发表意见。委员会还应当有权要求各部门、地方政府、国家资产管理局及其管理机构通告有关市场和市场竞争的情况。鉴于我国反垄断

<sup>16</sup> 曹士兵著：《反垄断法研究》第 68 页，法律出版社 1996 年版。

执法实践中面对行政性垄断、公用企业滥用独占地位等行为时往往处境极为尴尬，因此，必须赋予反垄断委员会查封、扣押、冻结银行存款等行政强制措施权，并规定委员会在对相对人的财产采取上述措施时，须由法院在特定期限内签发命令。<sup>17</sup>同时，应强化反垄断委员会对搜查权的行使，并辅之以必要的司法审查程序。

### （三）反垄断委员会的制裁措施

反垄断法能否有效地得到实施，即国家能否有效地维护市场上的有效竞争，在很大程度上取决于能否对违反反垄断法的行为进行有效的行政制裁。制裁的方法有：

1、发布禁令。这是反垄断委员会对违法行为最重要的制裁手段。禁令可以对所有违犯反垄断法的行为作出，包括禁止卡特尔或纵向限制性协议，禁止滥用市场优势，禁止联合兼并，禁止政府及其所属部门滥用行政权力限制竞争。<sup>18</sup>对于合同或者协议，反垄断委员会的禁令在原则上仅限于违反反垄断法的条款。如果整个合同或协议的目的是为了限制竞争，则整个合同或者协议无效。而且，对于类似卡特尔这样的合同和协议，这种无效性不仅仅限于卡特尔本身，而且还涉及为执行这个非法的卡特尔或者为加强和扩大限制竞争而订立的其他协议，例如接纳第三方加入卡特尔的协议。同时还有解剖大企业令、竞争恢复措施令<sup>19</sup>等等。

对行政性垄断行为能否发布禁令，目前尚无定论。有学者认为，行政性限制竞争行为的法律后果应当以反垄断法主管机构发布禁令为主。政府及其所属部门滥用行政权力限制竞争的行为常常表现为行政性的规章或地方指令，反垄断委员会的禁令就意味着这些规章或地方指令为无效。<sup>20</sup>本文比较赞同这种观点。但这涉及到我国抽象行政行为审查制度完善。因为行政性规章或地方指令往往属于抽象行政行为，反垄断委员会对此种行政行为的审查已超出了现行行政法规及行政诉讼法范围。我国现行立法对违宪行为的审查历来采取由上级行政机关审查或自身检查的方式，即使作为司法机关的法院亦无权予以审查。反垄断委员会虽集准立法权、准司法权、行政权于一身，但它在性质上仍是行政机构。而由于它与滥用行政权力的政府及其所属部门之间既无行政隶属关系，亦无行政监督关系，故按照我国现行制度体系，反垄断委员会对此类限制竞争行为当然也无权进行审查，更无权发布禁令。因此，对行政性垄断行为的规制已迫在眉睫。如果国家允许反垄断委员会可以对此类限制竞争行为发布禁令，必须以在立法上确立和完善违宪审查制度为前提，改革现行的由行政机关自查和上级行政机关审查的方式，代之

<sup>17</sup> 李扬：《论我国竞争执法机关的定位》，载于《法商研究》1999年第5期。

<sup>18</sup> 将政府机构滥用权力限制竞争的行为置于反垄断法的规制之下，并不只是中国反垄断的特色，无论在外国，无论在过去、现在还是将来，政府限制竞争的行为都是对竞争危害最甚的行为。这是古典经济学派时早已指出过的。因此，既然要开放市场，使尽可能多的企业受到市场竞争的压力，我们就不能把目光仅仅投向企业的垄断或限制竞争行为，而是应当特别注意监督政府的行为，防止它们滥用权力。

<sup>19</sup> 竞争恢复措施令仅见于日本的《禁止垄断法》第8条之4，即命令涉于垄断状态的企业转让一部分营业或采取其他必要措施恢复在该产品或服务领域内的有效竞争。其他国家的反垄断法中虽无此种禁令形式，但在实际做法上亦有此种类型的措施，只不过未采用禁令的方式而已。

<sup>20</sup> 王晓晔著：《竞争法研究》第15页，中国法制出版社1999年8月版。

以由多机关（包括立法、司法机关）行使违宪审查权的体制。这样赋予反垄断委员会以审查具有垄断性质的行政性规章和指令的权力将具有合宪性。而且委员会也可以对该类行为向法院提起诉讼，由法院确认其违宪性，从而达到禁止该类行为的目的。

2、课征罚款。即对违法者处以经济的制裁，属于行政罚款的性质。其适用对象是严重违犯反垄断法或者违犯反垄断委员会发布的禁令而对社会经济秩序造成损害的不法行为。例如，故意或者过失地无视反垄断委员会的禁令，继续执行被禁止的卡特尔，或者实施被禁止的企业联合或兼并，或者因滥用市场优势行为对市场上的经营者或消费者造成了重大的损害。需要明确的是，此处的违反反垄断法的行为指的是狭义上的违法行为，而不包括犯罪。因为反垄断委员会只是一个行政机关，对该类犯罪行为进行惩罚已属法院审判的范畴，反垄断委员会无权侵越司法权的行使。此外，由于政府及其所属部门不是市场经营主体，其滥用行政权力限制竞争的行为不适用行政罚款。

反垄断法必须规定罚款的最高限额。世界各国反垄断法均规定了行政罚款及其最高额限制。

3、征收违法额外所得利益。控制市场的企业如果滥用其控制市场的地位，则反垄断委员会可以禁止该企业从事滥用行为。如果有关企业不顾禁令继续从事该滥用行为，并在处分送达以后取得了额外利益，则反垄断委员会有权要求该企业将相当于额外利益的款项缴纳给委员会。我国反垄断法亦应将此项世界通行的反垄断制裁措施明确规定于该法条文中。

此外，世界各国反垄断法所允许的对违法者的行政制裁的方式还有：劝告（即对违法者停止违法行为的行政建议，具有法律拘束力）、解散已完成的企业合并以及其他有利于恢复竞争的方式，如命令卡脖子企业解除卡脖子行为，允许其他企业利用其卡脖子设施或卡脖子产品等。

#### （四）对反垄断委员会调查和控制的豁免

反垄断法的适用除外是各国反垄断法中共有的法律制度。因为在某些领域实行一定程度的垄断比实行自由竞争对国民经济和公共利益更有利。但这种适用上的除外并非是全面的、绝对的，而是有条件的和相对的。当今世界各国反垄断法中的适用除外制度大致有以下四类：一是特定行业，如保险业、银行业、体育业、公用事业（含电力、煤气、铁路等）、农业等；二是特定组织和人员，如工会、劳工、自由业者（含医生、律师、会计师等）、特定企业组合等；三是特定行为，如卡特尔的某些类型、转售价格的维持的特定情形、小企业的特定行为等；四是知识产权的行使行为，如行使版权、专利权、特许权等知识产权法所承认的行为。<sup>21</sup>在我国，特定行业尤其是自然垄断行业和公用事业，以及特定行为是否免受反垄断委员会的调查和控制是两个较为突出的问题。因此，在我国反垄断法中必须对

---

<sup>21</sup> 曹士兵著：《反垄断法研究》第78页，法律出版社1996年版。

这两个问题作出明确的规定。

综上，为了建立开放和竞争性的社会主义市场经济，建立公平竞争的市场秩序，保护广大经营者和消费者的合法权益，我国亟待制定和颁布反垄断法，设置具有高度独立性和权威性的、高效能动的反垄断执法机构——反垄断委员会。一方面是由于在我国市场经济运行中，迫切需要反垄断委员会执行反垄断法，以制止各类垄断和限制竞争行为，规范市场主体的市场行为。另一方面，随着我国对外开放的深化，大批外国企业和外国商品涌入我国市场，与我国企业及其商品进行竞争，因此，我们也迫切需要反垄断委员会在执法中规范外国的竞争者。经济的全球化不仅要求我国的国内市场与国际市场接轨，还要求市场规则与国际惯例接轨，而且我国加入 WTO 组织已指日可待，故制定一个符合国际惯例的反垄断法，尤其是设立一个健全、民主、高效的反垄断委员会将是使我国融入国际社会的重要保障。

# **“E-commerce Legislation in China and its Features”**

## **中國電子商務立法的思考**

**Professor Zhang Ping**

**張平教授**

# 中国电子商务立法的思考

北京大学法学院 张平

2000年12月18日

电子商务法在世界范围内都是一个新的法学领域。由于电子商务活动的全球性、网络性、快捷性、无纸性，使得传统商法理论并不能完全照搬适用，在电子合同、电子认证、知识产权、管辖权方面，传统法律面临诸多挑战。目前，从国际组织及发达国家的立法来看，基本上形成了电子商务法的框架结构，确定了电子商务法的研究范围。中国电子商务立法还没有全面、系统的进行，法学界也没有将电子商务法作为一个独立的部门法学科对待，更多的是对电子商务涉及的法律问题进行研究，而电子商务的运行模式及规范等还都在探索发展中。从国内前期电子商务立法的倾向来看，似乎对电子商务限制有余，鼓励发展不足，在电子商务立法中，立法者应更多考虑法律的激励功能，在法律主体、立法模式、和操作上体现激励功能的正常发挥。

## 一、中国电子商务立法的指导思想

2000年是中国电子商务极为活跃的一年，也是人们从认识电子商务向电子商务实践转变的一年。在这一年里，先是不断有媒体参与“网络生存”之类的报道，测试中国电子商务的虚实，不论成功与失败的结果是由于网络商家的经营原因还是测试者的网络经验的原因，总之是沸沸扬扬，不亦乐乎。这一年，与电子商务有关的网络诉讼也是此起彼伏，烽火连天。涉及到商业网站的版权纠纷有：王蒙等六作家诉“世纪互联”<sup>1</sup>、“蓝羽毛”诉“搜狐”<sup>2</sup>，上海榕树下诉社会出版社等<sup>3</sup>；域名大战从国内开始到涉外，至今仍在激战：石家庄PDA商标权人没有要回域名<sup>4</sup>、而“IKEA”、“杜邦”、“舒肤佳”等商标权人大获全胜<sup>5</sup>，目前美国CNN、

---

1  
2  
3  
4  
5

ICQ 的商标权人紧追中国的域名持有人不放<sup>6</sup>，被国人称为域名扫荡。在网络消费者权益保护方面，免费服务能否免除责任的上海在线的免费电子邮件服务案正在讨论，百万名誉权纠纷恒生笔记本电脑案即将作出二审判决。而在这一年，电子商务法规也频频出台，从国务院职能部门到各地方政府都颁布了一些对电子商务进行规范各类规章。国内似有电子商务大潮已经来临之感。但是，在年终的一次美国对中国企业的产品采购会上，暴露了国内在电子商务方面的严重落后的现状，给中国电子商务敲响了警钟，让人们从热闹之中冷静下来<sup>7</sup>。

从目前来看，中国的电子商务还没有真正形成。首先，电子商务市场非常之小，仅在信息产业领域略有起步，而涉及到商业的各个方面还远没有进入到电子商务之中，包括中小企业，甚至是大企业。其次，信用化程度不高，没有完善的信用体制。第三，政府有关部门也没有进入适应电子商务发展的管理状态，效率低下，没有起码的经验，盲目管理普遍存在。第四，社会整体市场化程度不高，电子商务涉及到社会经济细胞的很多个体，它要将社会资源进行整合和“E”化，在物流、配送等所有环节均畅通无阻，国内目前还作不到这一点。第五，虽然网民快速增加，但他们不是规模最大、消费最多的社会群体，电子商务不能在最广泛的社会群体中发挥作用，因而也没有一定的市场规模，电子商务还处在实验阶段。

而在世界范围内，电子商务已成为朝阳事业，并且发展迅猛，发达国家依靠其强大的技术与经济实力，迅速确立起电子商务的发展模式及规模，在这种局面下，中国电子商务面临的首先是发展，所以，电子商务立法也要首先从促进电子商务发展的角度出发，更多的发挥法律的激励作用。同时，随着中国加入 WTO 的进程加快。电子商务必将融入到国际电子商务的大市场，国际网络经济和电子商务的巨商们早就看中了中国的潜在市场和无限商机，网络必将成为跨国集团和国外企业的首选目标，在中国与国际市场对接的进程中，相关立法一方面要考虑与国际接轨，一方面还应考虑民族产业的发展。电子商务立法应兼顾法律的规范功能与社会功能，保障与促进中国电子商务的发展。立法者在启动立法程序之前必须谨慎地考虑立法是否会对电子商务的推动和发展产生不利或不必要的限制。

## 二、中国电子商务立法现状及问题

中国电子商务虽然还没有专门法律出台，但近一年的部门及地方法规的实施已显露出一些问题。主要表现在：（1）以限制规范为主导，对网络经营主体的限制过多，这在电子商务还没有形成规模时，似有阻碍作用；（2）没有国家角度的统一立法指导，多头管理，立法混乱；（3）沿袭传统经济管理模式，在缺乏对电子商务新经济特点的认识的前提下，出台的法规恐难执行。

---

6

以下针对今年颁布的一些法规提出笔者的一些看法：

### 1、电子商务交易主体的资格认定

为了保证电子商务的健康发展，政府应致力于建立一个国家级权威认证机构，使它能够联系政府部门的网络安全认证中心以及各行业先存认证机构，进而形成一个完整的体系，为参与网络交易的搁放提供法律认可的具有权威性的商务认证。但是，目前国家级的有关制度还没有建立起来，而各地方政府颁布的有关主体的规定偏离了这一方向。以北京市的《北京市工商行政管理局网上经营行为登记备案的通告》、《北京市工商行政管理局对网络广告经营资格的规范意见的通告》两项法规来看，工商行政管理部门将网站名称与企业名称及商号的管理化为同类管理，并强行要求登记备案，否则，将对违规者进行行政处罚。工商管理在传统经济中确有强大威力，但在虚拟空间是否还灵，不得而知。首先，网站名称登记备案的范围如何确定，是经营性网站还是所有网站，如何区分经营性网站与非经营性网站？其次，网站名称与其他知识产权的冲突如何解决，国家工商局刚刚将商标权与企业名称权不同部门多年分块管理的冲突理顺，现在工商管理部门又要管理网站名称，是否又该 CNNIC 对域名管理的发生矛盾？此外，如何查询重名、查询的效力如何，网站名称备案材料的递交方式等都存在问题。在这些问题都还没有基本的思考，北京市政府就在年中匆匆出台了这两部法规，实在显得操之过急。

### 2、交易主体的过分限定

在《电信条例》中，将广播电视传输网和计算机互联网及其相关服务纳入了电信管制的范围，这体现了当代通信与信息技术进步的发展方向，也为实现电话、计算机和电视三种网络与业务的融合提供了法律基础。该条例确立了经营许可、互联互通、资源有偿使用、电信资费、安全保障等制度，并将电信业务明确分为“基础电信与增值电信”两大部分，要求经营者经营电信业务前必须取得信息产业主管部门或省、自治区、直辖市电信管理机构颁发的“许可证”。

同时颁布的还有《互联网信息服务管理办法》。按《电信条例》规定，互联网信息服务属于增值电信业务，指通过互联网向上网用户提供信息的服务活动。《管理办法》将该业务细分为经营性、非经营性两类。前者实行“许可证制度”，后者实行“备案制度”。申请许可或备案的单位为省、自治区、直辖市电信管理机构或国务院信息产业主管部门。

按《管理办法》，没有经营许可而擅自从事经营性互联网信息服务的，可能面临着 10 万元以上 100 万元以下的罚款。不是任何一个单位机构都有资格开展互联网信息服务。从事经营性互联网信息服务，除符合《电信条例》外，还应“有

业务发展规划及相关技术方案；有健全的网络与信息安全保障措施”；非经营性互联网信息服务没有这些要求，但也不能象以往那样自由，不用经有关部门批准，就可自由地建立一个网站（大部分个人网站属于此类），而要求网站负责人向电信机构管理部门提交主办单位和网站负责人基本情况。这样的条款如果在传统经济中是可以操作的，但在互联网上可能难以实现，即使发现一些违规者，也只能是个别的。而不象某官员所讲的那样：“抓住网站经营的准入权、网站名称的管理权就等于抓住了互联网的管理核心。20年前，我们的工商管理就是从法人经营准入、着手成为整个有形市场的主力的。我们应该以同样的态度去对待网站管理，充分利用目前的真空，努力控制网络监管的制高点。”<sup>8</sup>

这一番话，颇能代表目前一些地方法规制定的出发点，而恰恰反映了电子商务规范的方向性偏差。

### 3、对电子商务交易内容的限制

《互联网电子公告服务管理规定》是针对BBS的管理规定，以往各网站内部大都制订有一套要求网民遵守的规章，但这次信息产业部作出的规定还是让广大网民吃了一惊。因为该规定第十四条明确规定：电子公告服务提供者应当让记录在电子公告服务系统中发布的信息内容及其发布时间、互联网地址或者域名作记录。记录时间应当保存60日，并在国家机关依法查询时，予以提供。BBS属于互联网信息服务的一个重要组成。考虑其特殊性，信息产业部门在制定此规定时，单独将BBS提取出来，要求经营者除按照《互联网信息服务管理办法》申请许可或办理备案手续时，还得提出专其申请或专项备案。言下之意，即使你已经获得了ICP许可，如要增加BBS栏目还得进行专项申请。否则，“任何单位或个人不得擅自开展电子公告服务”。这样的规定其积极作用不必言说，而消极作用则使大批网络服务商举足不前。另一项《互联网站从事登载新闻业务暂行规定》是对内容或主体的双重限制。“暂行规定”最关键的几条可以归结如下：省级以上新闻单位可以建立专门的新闻网站刊登新闻，其它新闻单位不单独建网站，但可以在省级以上新闻网站上建立新闻网页；网站没有新闻采编权；综合性网站可以刊登新闻，但其新闻内容全部来自于“中央新闻单位、中央机关各部门新闻单位以及省、自治区、直辖市直属新闻单位”，其它网站不能从事新闻登载业务。“暂行规定”第十四条还明确规定：互联网站链接境外新闻网站，登载境外新闻媒体和互联网站发布的新闻，必须另报国务院新闻办公室批准。对于可以转载省以上新闻单位新闻的综合性非新闻网站，按“暂行规定”也不能再是以前那种常见的“草台班子”，而是要求有“具有相关新闻工作经验和中级以上新闻专业技术资格的专职新闻编辑负责人，并有相应数量的具有中级以上新闻专业技术职务资格的专职新闻编辑人员”。国务院新闻办有关负责人在就这个暂行规定接受记

者采访时明确指出：个人网页不属综合性非新闻单位网站，不得从事登载新闻业务。对个人网页违规从事登载新闻业务的行为，将参照《暂行规定》的有关条款进行查处。

《暂行规定》出台后，网络商大多持观望态度，主动进行登记的不多，其执行与贯彻会有很多阻力。由于涉及从事新闻服务的网站众多，有关管理部门要逐一盘查，在技术上有相当的困难。同时，现在的网站内容五花八门，有些很难区分是不是新闻，如何对内容进行界定是很大的问题。对于一部难以操作的管理办法是不会起到应有的作用的。

网站做新闻一直是个争论的话题，言论和新闻的自由有限度！那些认为网络工具的出现将打破新闻和言论自由的想法幼稚可笑。不过，正是因为网站进入新闻行业，才加快了我国新闻的及时性。按新的规定，现在网站的新闻只有向传统媒体购买或者合作而得到，拷贝抄袭将非法，这将大大提高网络新闻的可信度与真实性。新的规定给传统媒体进军网络业带来了良机，但也让一些做新闻的非新闻网站更加困难。一些规定明显偏向于传统新闻网站，不利于 ICP 的公平竞争。国家把网站当做一个新闻媒体来管理，但又没有赋予网站必要的新闻采写权，一方面不符合互联网的独特性，一方面又明显不合情理。互联网是一个新生事物，包括西方国家对互联网的管理法规也在探索之中，所以国内的法规在制定过程中也应留下一定的余地。

### 三、中国电子商务立法模式选择

中国电子商务立法亦急亦难。

急之因国际电子商务立法大势所趋，中国电子商务迫切需要发展，也就迫切需要有良好的法律环境。2000年初，一位人大代表在九届全国人大三次会议上，提交了“1号议案”——关于加紧“中国电子商务法”制定的议案，将电子商务立法问题推上了前台，随后，来自各方面的立法呼声越来越高。

电子商务立法之难在于中国电子商务的发展现状就象一个先天不足的婴儿，而且还没有一个良好的生存环境，比如：信用制度、税收制度、技术基础、法律意识等，在这样的情况下立法者要权衡各方面利益，兼顾到国际国内，实在是世纪法律难题之一。

按照中国目前的立法体系，电子商务的立法可能有两种选择模式<sup>9</sup>：

1、修订过去的法律使其具有适用性，同时也根据实践发展的需要，先分别制定单行的规则，再逐步提出比较完善的综合立法思想。但这种模式的缺点是缺乏宏观思考，全局性不足，各单行法规很难实现统一性和一体性，而且很容易沿

---

<sup>9</sup>

袭传统的按行业 and 部门归属立法的弊端。目前已有一些这样的苗头。

2、尽快出台电子商务基本法，然后对各个具体问题制定单行规则。这种“先综合立法后分别立法”的模式有利于从宏观上统领和把握电子商务的发展，全面规范和统一电子商务的操作规程，比较符合电子商务开放性的特点。但是，由于电子商务发展时间短，经验不够，如果基本立法不成熟，将会对电子商务的推动和发展作出不利或不必要的限制。

笔者倾向于电子商务综合立法，保证电子商务法制体系的统一，杜绝在电子商务立法中，从地方和部门利益出发，取利弃责，条块分割，制造新的权利冲突。

制定统一的综合的电子商务法是必要也是符合国际趋势的，但笔者不赞同制定大而全的基本法。电子商务虽是一个广泛的概念，但是它的核心仍然是“商务”，即以合同形式表现的交易活动，电子商务法的核心法律问题是电子合同与电子签名。其他电子商务涉及的法律问题，比如信息资源使用的问题、网上知识产权保护的问题、消费者权益保护问题、基础设施、技术使用与保护的问题、计算机安全及保密问题等，需要在其他部门法中加以修改完善，或配以法规即可，不必在电子商务法中面面俱到。

电子商务活动不仅在国内进行，而且也要在世界范围内进行，必须高度重视电子商务立法与国际电子商务立法的协调。联合国国际贸易法委员会的《电子商务示范法》，支持在电子商务中的国际合同，确定了确证和认可通过电子手段形成的合同规则和范式，规定了约束电子合同履行的标准，定义了构成有效电子书写文件和原始文件的条件，提出了为法律和商业目的而作出的电子签名的可接受程度，同时支持在法庭上和仲裁过程中可使用计算机证据，为世界范围电子商务的发展奠定了基础。建议中国电子商务立法充分考虑与国际电子商务法规的协调问题。同时，借鉴其他国家的立法，如：新加坡立法。

#### 四、电子商务立法应考虑的其他问题

- 1、技术标准
- 2、专利保护

#### 结语

从世界范围来看，各国在电子商务立法上几近于同一起跑线上，中国应抓住机遇，尽快制定和出台既适合我国国情又与国际电子商务发展相适应的电子商务法律体系，赶上时代的列车，并争取影响国际电子商务规则的制定。

从国内前期电子商务立法的倾向来看，似乎对电子商务限制有余，鼓励发展不足，在电子商务立法中，立法者应更多考虑法律的激励功能，在法律主体、立法模式、和操作上体现激励功能的正常发挥。

本文资料来源参考网站：

- 1、国务院发展研究中心信息网：<http://www.drcnet.com.cn>
- 2、中国电子商务网：<http://www.chinaeb.com>
- 3、亿络网：<http://www.elawchina.com>
- 4、<http://www.angelaw.com/index.htm>

**“A Comparative Study of the  
Provisional Rules for Chinese Domain  
Name Dispute Resolution of the  
People’s Republic of China”  
我國《中文域名爭議解決辦法》  
之比較研究**

**Professor Richard WS Wu**  
胡惠生教授

# 我國《中文域名爭議解決辦法》 之比較研究

A Comparative Study of the Provisional  
Rules for Chinese Domain Name Dispute  
Resolution of the People's Republic of  
China

香港大學法律系  
胡惠生教授

Richard W S Wu  
Faculty of Law, HKU

## 國外域名爭議解決法律的最新發展

- Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN)的Uniform Name Dispute Resolution Policy (UDRP) (1999)
- 美國的 Anticybersquatting Consumer Protection Act (1999)



## 域名爭議成立的前提條件： 《辦法》第七條

1. 商標持有人享有合法商標權
2. 域名與商標相同/具有足以導致混淆的相似性(confusingly similar)
3. 域名持有人對域名不享有商標權/其他法律權益 ( no legitimate interest )
4. 域名持有人對域名的註冊使用具有惡意 (register and use in bad faith)
5. 商標持有人業務/已經極有可能受到損害

## 甚麼是“惡意地使用” (use in bad faith)?

- 英國的Marks & Spencer Plc v. One in a Million  
[1999] FSR 1
- UDRP的Telstra Corp Ltd v Nuclear Marshmallows (February, 2000)  
Case No.D2000-0003  
<<http://arbiter.wipo.int/domains/decisions/html/d2000.0003.html>>

## “使用”(use) 的定義

- Telstra Corp Ltd v Nuclear Marshmallows
- “The concept of a domain name being used in bad faith is not limited to positive action, inaction is within the concept”
- 《辦法》21條：“使用”指將已註冊的域名投入運行，用作網絡地址的外部代碼，通過網絡系統的解釋，引導網絡用戶特定的網站或網頁

## 《辦法》的優點：

- 促進電子商貿
- 靈活(flexible)
- 節省金錢(cost saving)
- 節省時間(time-reduction)

## 《辦法》的不足之處

- 只針對“域名搶註” (“cybersquatting”), 沒有妥善處理“反向域名侵奪” (“reverse domain name hijacking”)
- 救濟方式有限
- 有利商標持有人
- 忽略「非商業」互聯網使用者的利益

## “反向域名侵奪”

(“reverse domain name hijacking”)

### 《辦法》第十條

1. 登記及註冊沒有惡意 / 沒有給予人利影響 / 影響屬於正常競爭
2. 商標持有人註冊其他域名 / 不能證明當初為何不註冊有關域名
3. 域名註冊時, 商標尚未註冊, 或屬“馳名商標”

## 有利商標持有人?

UDRP 統計數字 (至2000年12月12日)

1700案

1349案 (79.4%) 商標持有人勝訴

338案 (19.9%) 域名持有人勝訴

資料來源:

“ ICANN Statistical Summary of Proceedings under Uniform Domain name Dispute Resolution”

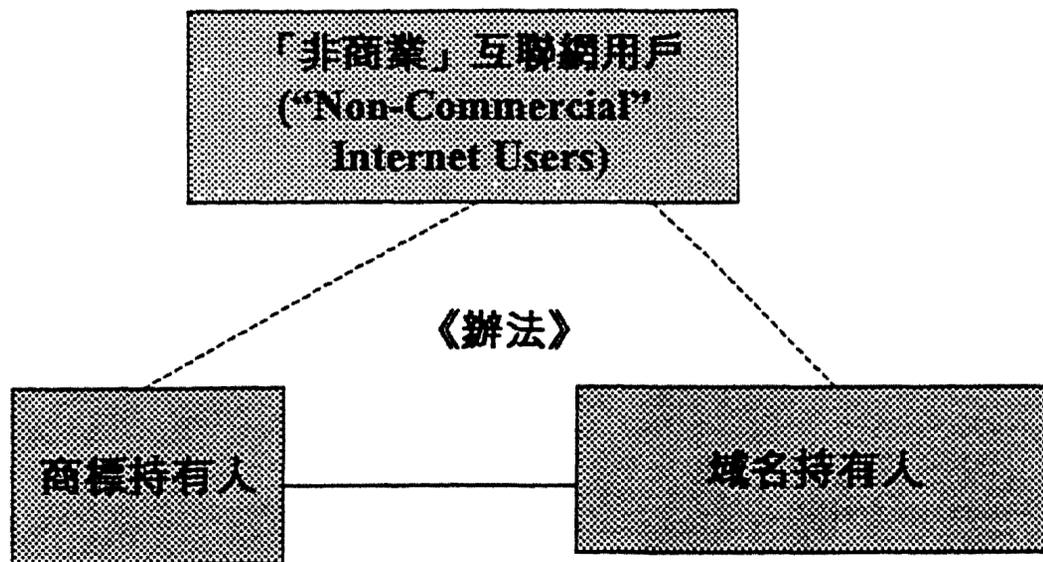
<<http://www.icann.org/6/urdp/proceedings-stat.htm>>

## 有限救濟方式?

- 美國的Broadbridge Media, LLC v Hyper CD.com 106 F. Supp. 2d 505 ( July,2000 )
- 《辦法》第17條：“在依據本辦法提出投訴之前，爭議解決程序進行之中，或者專家作出裁決後，爭議雙方均可就同一協議向司法機關提起訟”

問題：可否同時根據《辦法》及《商標法》提出訴訟

忽略「非商業」互聯網用戶的利益?



多謝各位!  
Thank You!

**“Some Issues Concerning the  
Improvement of Mortgage Rights in  
China”**

抵押担保若干問題研究

**Professor Liu Kai-xiang**

**劉凱湘教授**

# 抵押担保若干问题研究

□刘凯湘

**内容提要：**本文结合抵押担保的理论与实践，对我国抵押立法中若干主要问题进行了探讨，剖析了立法之不足，其中重点对不动产抵押问题进行了具体的论述，提出了完善我国抵押担保立法的建议。文章的主要观点包括：应区分国有土地使用权的公益性收回与惩罚性收回对抵押权的影响；应允许集体土地使用权设定抵押；应建立抵押期间制度；应规范房地产期权抵押；应建立统一的不动产登记制度。

**关键词** 抵押 抵押权 担保 不动产抵押

**作者刘凯湘，男，1964年12月生，北京大学法学院教授**

抵押是一项历史悠久的民法制度，在罗马私法中即已存在。现代社会中，抵押担保是财产担保的最主要方式，有“担保之王”之称。我国《民法通则》和《担保法》都对抵押担保制度作了规定，成为我国担保法律制度的主要渊源。抵押制度的确立，对于保障债权人的合法权益、促进交易的达成、维护市场信用等，都具有极大的意义。然而必须指出的是，我国现行担保立法中有关抵押制度的规定还存在诸多不科学、不完善之处，影响了抵押担保制度功效的发挥。本文拟就抵押担保中的若干具体问题探讨，以期对将来完善我国的担保立法有所裨益。

## 一、 国有土地使用权的收回与土地使用权抵押的冲突

国有土地使用权是指单位或个人依法或依约定对国有土地取得的支配性权利，其性质属于民法中的用益物权。在我国，由于土地的公有制，土地本身不能成为抵押的标的，但土地使用权包括国有土地使用权可以成为抵押的标的。依照《土地管理法》和《担保法》的规定，以出让方式取得的国有土地使用权可以设定抵押，然而，以出让方式取得的国有土地使用权在特定情形下可以被土地行政管理部门强制收回，即当出现某种法律事实时，原批准用地的土地行政管理部门依法收回用地单位的国有土地使用权。在此情形下，若土地使用权已设定抵押，就会产生国有土地使用权的收回与土地使用权抵押的冲突。土地行政管理部门强制收回国有土地使用权的原因各异，其对抵押权的影响也有所不同。

### 1、 国有土地使用权的公益性收回

国有土地使用权的公益性收回是指土地行政管理部门基于公共利益需要使用土地

而收回用地单位的土地使用权。所谓公共利益需要使用土地，包括城市基础设施、公益事业建设，国家重点扶持的能源、交通、水利、矿山、军事设施等建设需要使用土地，以及为实施城市规划进行旧城区改建需要调整用地。<sup>1</sup>在土地行政管理部门依法因公共利益收回国有土地使用权的情况下，原土地使用权人的国有土地使用权即归于消灭，土地回归到国家所有权的单一状态，因此，设定于该土地使用权之上的抵押权也随之消灭，抵押权作为物权的追及力在此不能发挥效力，国家不能成为抵押人，这与一般抵押中抵押物转让时抵押权追及发生效力是不同的。同时，由于是基于公共利益的强制收回，土地使用权人主观上并无过错，故作为抵押人的土地使用权人对抵押权人不承担赔偿责任。

但是，在为公益目的收回国有土地使用权的情形下，政府应当给予土地使用权人以合理的补偿。例如，《城市房地产管理法》第19条规定：“国家对土地使用者依法取得的土地使用权，在出让合同约定的使用年限届满前不收回；在特殊情况下，根据社会公共利益的需要，可以依照法律程序提前收回，并根据土地使用者使用土地的实际年限和开发土地的实际情况给予相应的补偿。”《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第42条也作了类似的规定。依照担保法的立法精神和物权法原理，对于原土地使用权人从国家获得的经济补偿及其他补偿，在担保债权的范围内，抵押权人应享有物上代位权，即抵押权人有权优先受偿。

## 2、国有土地使用权的惩罚性收回

依照《土地管理法》的规定，土地使用权人不按规定的用途、性质开发或使用国有土地的，国家可以无偿收回土地使用权。<sup>2</sup>在此情形下，若土地使用权之上设定了抵押权，该抵押权的效力应如何认定？原国家土地管理局于1993年1月20日答复上海市土地管理局公函的解释是：抵押权附属于土地使用权，作为主权利的土地使用权，因行政机关依照《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第17条规定，作出收回土地使用权的处罚而消灭时，在该土地使用权上设定的抵押权随之消灭。笔者认为，这一解释值得商榷。在国有土地使用权惩罚性收回的情形下，与国有土地使用权基于公共利益收回的性质是完全不同的：首先，前者情形下原土地使用权人主观上有过错（即未按照规定的用途、性质开发或使用国有土地），后者情形下原土地使用权人主观上没有过错；其次，基于公共利益收回国有土地使用权是纯粹的公法行为，与当事人的意志无关，而惩罚性收回是基于土地出让合同的一方当事人违约而产生的，是债权行为，即私法行为，而非公法行为，应受私法即民法的调整，代表国家行使权利的土地行政管理部门此时是合同的一方当事人；其三，前者情形下原土地使用权人不能获得政府的补偿，而后者情形下原土地使用权人能获得补偿，抵押权人的权利在一定程度上能得到保障和实现。基于上

<sup>1</sup> 《土地管理法》第58条。

<sup>2</sup> 《土地管理法》第19条规定了四种强制收回土地使用权的情形；根据《城市房地产管理法》第25条规定，不按按照土地使用权出让合同的约定开发土地的，可以征收土地闲置费，甚至可以无偿收回土地使用权；依《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第17条规定，未按土地使用权出让合同的规定使用土地的，土地管理部门可以给予警告、罚款直至无偿收回土地使用权的处罚。

述理由，如果认定土地使用权因惩罚性收回而导致抵押权消灭，抵押权人得不到任何救济，则明显有违民法的诚实信用原则，不利于抵押权的保护。所以，笔者认为，基于一方的违约行为发生的惩罚性收回不能导致抵押权的消灭。问题是在此情形下，土地使用权已被主管部门收回，附着于其上的抵押权如何得以实现？我们认为有三种途径可供选择：一是如果土地管理部门对该土地再次进行转让，其所得出让金应优先偿还抵押权人的债权，这样处理并不会损害国家的利益，因为国家（土地管理部门）已经从前一次出让合同中获得其应得的出让金（相反，如果认为国家将土地收回后进行第二次出让又取得出让金，则是有违合同的对价和公平原则的）；二是抵押权人可以请求法院对该土地进行变卖或拍卖，从变卖所得价金中优先受偿；三是抵押权人可以放弃行使抵押权而直接要求原抵押人承担损害赔偿责任。

## 二、房地产抵押权与租赁权的冲突

房地产租赁权，是指房地产所有人将房地产出租给承租人使用，从而获得租金收益的权利。房地产租赁权追求的是房地产的使用价值，同时转移房地产的占有，而房地产抵押权追求的是房地产的交换价值，并且不转移房地产的占有。由此可见，房地产抵押权和房地产租赁权为相容之权，可以并存于同一房地产之上。但是，当债权人因债务人不能履行到期债务而对抵押房地产进行处分时，则可能出现因租赁权的存在而使抵押权人不能及时、充分地实现其权利或者因抵押权的行使而影响承租人继续租用该房地产的权利的情形，从而出现了房地产抵押权和房地产租赁权的冲突问题。对此，可分三种情况来分析。

其一，房地产租赁权设立在先，房地产抵押权设定在后的情况。近代立法无不根据“买卖不破租赁”的原则，规定租赁权可对抗其后设定的抵押权而继续存在。我国《合同法》第 229 条规定：“租赁物在租赁期间发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力”说明我国从立法角度上对租赁权的对抗效力予以了确认，体现了租赁权的物权化倾向，明确了“买卖不破租赁”原则。《担保法》第 48 条也规定：“抵押人将已出租的财产抵押的，应当书面告知承租人，原租赁合同继续有效。”《城市房地产抵押管理办法》第 21 条亦有相应的规定。当抵押房地产因抵押权的实现而由他人取得时，租赁合同继续有效，在租赁期届满前，新的产权人不能解除原租赁合同，不能随意变动租金，即房地产租赁权设立在先时，给予租赁权以对抗抵押权的效力。

有人据《担保法》第 48 条规定，认为抵押人未履行书面告知承租人的义务，则抵押合同不能生效。笔者认为，抵押人未履行书面告知承租人的义务，并不影响承租人对财产的占有、使用，即使至债务履行期届满债务人不能偿还债务，抵押权人要实现抵押权，无论出租的财产转让给谁，均不影响租赁关系的存在，且承租人可通过主张优先购买权来维护其利益。所以，抵押人未通知承租人，一般不会给承租人造成损害，也不能据此影响抵押合同的效力。

其二，抵押权设定在先，租赁权设立在后的情况。对已设立抵押的房地产能否出租，

《担保法》没有明文规定可以或禁止，不过，相关的行政法规已予以肯定，<sup>3</sup>但行政法规对于先押后租的租赁权的效力未作明文规定。依台湾《中华民国民法》第866条规定：“不动产所有人设定抵押权后，于同一不动产上得设定地上权及其他权利，但其抵押权不因此受到影响。”显然抵押权的效力不受租赁权的影响。笔者认为，我国立法对此可作如下规定：对已设定抵押权的房地产，在不超过主债权有效期间的情况下，抵押人可将抵押的房地产出租；若租赁合同的期限超过主债权的期限，则抵押人需取得抵押权人的同意，否则，其超过部分无效。

其三，抵押权实现中设立的租赁权。对此，法律没有任何规定。笔者认为，应当绝对禁止，因为，从房地产抵押权开始实现至终结期间，抵押房地产的交换价值已成为抵押权实现的内容，在这种情况下，抵押人对抵押房地产的处分权已受到限制甚至禁止，故不能再成立房地产租赁权。

### 三、 房地产抵押设定后新增房屋的抵押效力

房地产抵押合同签订后，如抵押人在抵押期间于地上新建房屋，此新建房屋是否属于抵押权之标的物？实现抵押权时应如何处置？笔者认为，在设定房地产抵押权时，其标的物并不包括此新增房屋，在抵押权设定后，其上新增之房屋，属于抵押人对土地使用权的使用和收益，因而不为抵押权效力所及。但由于新增房屋与土地的客观联系，以及考虑到其与原有房屋利用上之便利，为了更好地发挥房地产的经济价值，《担保法》第55条第1款和《城市房地产管理法》第51条均规定：“城市房地产抵押合同签订后，土地上新增的房屋不属于抵押物。需要拍卖该抵押的房地产时，可以依法将该土地上新增的房屋与抵押物一同拍卖，但对拍卖新增房屋所得，抵押权人无权优先受偿。”这一规定合理的，因为：其一，我国现行法律并未把地上建筑物、其他附着物在本质上视为土地使用权的组成部分，而是将两者作为独立的不动产。这样，土地使用权抵押的效力不及于另一不动产——新增房屋，在逻辑上顺理成章。其二，按照我国现行法律的规定，房地产设定抵押时，应对抵押房地产进行估价，以经过估价的特定价值额的房地产设定抵押系双方当事人一致的意思，并满足了双方当事人当时各自的需要，符合当事人双方之间的利益关系；如果认为房地产抵押权的效力及于新增房屋，就意味着扩大了抵押房地产价值额，破坏了双方之间平衡的利益关系。

既然设定的抵押关系不涉及新增房屋，那么，新增房屋能否另设抵押呢？在实践中，允许对新增房屋另设抵押权可能带来的不适当后果是：在房地产抵押权行使时，尤其是拍卖抵押房地产时，可能出现土地使用权与房屋异其主体的现象，从而产生土地使用权人与房屋产权人的权利冲突。为避免土地使用权与房屋的异主冲突，日本民法和台湾民法都规定了抵押权人可以将土地与新增房屋一同拍卖，只是对新增房屋的变价无权受偿，这种规定值得借鉴。同时，为避免抵押权人的利益受损，可采取如下办法：若能证明原抵押土地使用权确因新增房屋的另设抵押而使售价降低的情况，原抵押权的效力可

<sup>3</sup> 建设部《城市房地产抵押管理办法》第29、37、49条；建设部《城市房屋租赁管理办法》第6条。

及于新增房屋变价的一部分，其与降低额相等。《担保法》第 51 条之规定为此提供了法律依据。

#### 四、公益设施是否应严格禁止设定抵押权

根据《担保法》第 37 条第 3 项规定，学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施不得抵押。但是，在我国现实经济生活中，上述单位的经费普遍紧张，如果再丧失了以其财产为抵押进行融资的机会，则可能会阻碍这些单位事业的发展。所以，有的学者认为法律应允许这些单位以其财产为本单位作担保，甚至不应排斥在能够保证这些设施原有用途的前提下为他人提供担保。只有这样，才会给这些单位及其所属劳动服务产业提供一个有效的融资手段，有利于最大限度地发挥其财产的效用，帮助他们摆脱经济拮据的状况，促进我国社会公益事业的发展。但是，为保证上述设施社会功能的发挥，法律应规定将财团一并拍卖或变卖，且不能改变其社会用途。<sup>4</sup>这一观点在理论上和实践上都有其合理之处，但值得探讨的问题是：一旦债务人不能履行债务，抵押权人行使抵押权，法院将这些公益设施拍卖或变卖，如果允许买受人自由处分其财产（这本是法律赋予其权利），则会严重影响学校、医院等的正常教学、医疗等秩序，使得这些事业单位无法正常生存；但若限制买受人的权利，则又会影影响这些抵押物的变现，无人愿购买这些抵押物，最终使得抵押权人的权利无法实现，担保的功能丧失。这一矛盾是很难解决好的。所以，笔者还是主张对学校、医院、幼儿园等公益事业单位的公益设施禁止抵押，不管这些学校、医院、幼儿园是公立的还是私立的。

#### 五、集体土地使用权的抵押

我国立法对集体土地使用权抵押采取了严格限制的态度。对集体土地使用权，不论使用人是依承包合同取得的，还是通过其他方式取得的，根据《担保法》之规定，能设定抵押权的，一是“四荒”土地使用权，二是乡（镇）、村企业的厂房等建筑物所占土地，而对于耕地、宅基地、自留地、自留山等集体土地使用权禁止抵押。

关于集体土地使用权能否抵押以及抵押标的应在多大范围内界定，在理论上和实践中都存在争议。依《土地管理法》第 2 条第 4 款规定：“国有土地和集体所有的土地的使用权可以依法转让。土地使用权转让的具体办法，由国务院另行规定。”这就在法律上确认了集体土地使用权可以进行流通转让。但在实践中，由于国务院尚未颁布集体土地使用权出让、转让和抵押的法规，即集体土地使用权还未被允许进入市场流通领域，因此，当企事业单位或其他经济组织如需使用城市郊区或农村土地时，依我国现行法律规定，这些单位不可直接获得集体土地使用权，而是要按照规定的程序，经过申请报批手续后，由国家征用集体所有的土地，使集体所有土地先变为国有，然后从国家那里通

<sup>4</sup> 郭明瑞著《担保法原理与实务》，方正出版社 1995 年版，第 134~135 页。

过有偿出让方式获得土地使用权。<sup>5</sup> 因此，在现行法律下，一般不允许集体土地使用权直接抵押。

笔者认为，集体土地使用权应当允许抵押，而不应禁止。首先，允许集体土地使用权抵押，是集体土地使用权物权化的要求。物权意义上的集体土地使用权，是土地使用者自主支配标的物并排除他人干涉的权利，其内容不但包括占有和使用（收益）权，也包括处分权，而抵押同转让、出租一样均属处分的范畴。集体土地使用权的物权化是农业持续发展的需要，而承认集体土地使用权者的处分权，则是赋予集体土地使用权物权效力的必然结果。其次，允许集体土地使用权抵押，与保护耕地、保障农民基本生存条件的立法政策并不矛盾。我国现行立法之所以严格限制集体土地使用权进入市场进行转让和设立抵押，目的在于防止农村耕地的流失，保障农民的基本生存条件，实现国家对土地的宏观管理政策。其实，这种顾虑是没有必要的。诚然，集体土地使用权抵押蕴含着集体土地使用权移转的可能性，因而可能导致农民“失去”土地的现象，但它并不必然导致耕地流失和农民丧失基本生存条件的结果。这是因为，立法上在允许集体土地使用权抵押的同时，可以对抵押土地的用途加以限制，规定作为抵押物的土地使用权的受让人不得改变土地用途；也可以对抵押人的利益加以适当保护，规定其在丧失土地使用权后对该土地享有租赁权，从而达到保护耕地、保障农民基本生存条件的目的。

另外，我国土地实行国家所有和集体所有制，国有土地使用权和集体土地使用权是两个地位平等的所有权，在土地使用权转让问题上，应允许集体土地使用权同国有土地使用权一样可以依法转让。事实上，实践中也已出现集体土地使用权自发进入市场的情况，国家应抓紧制定集体土地使用权出让、转让和抵押的有关法律法规，以加强规范管理。在这方面，有些地方已作出相应规定，如海南省已颁布实施了《集体土地使用权有偿出让和转让办法》，但其规定集体土地使用权只得用于农、林、牧、渔业生产，对用于非农业生产的，则通过国家征用或直接联营方式，而且明确规定，国家因建设需要征用集体所有土地（含已出让、转让、出租的集体所有土地），村民委员会或农村集体经济组织应服从国家需要，不得阻挠。这种做法既适应现实经济状况的发展，也不违背国家为了公共利益对集体所有土地实行征用。海南省虽未明文规定集体土地使用权可以用于抵押，但其原理同于国有土地使用权抵押之条件，即通过出让或转让方式获得集体土地使用权的，可以以集体土地使用权作为抵押标的物。尤其是我国现行法律规定，农民对集体土地使用权的承租期为30年，刺激了农民对土地的投资热情，以集体土地使用权抵押进行融资，对发展农业生产，保障农民生活，具有重要的促进作用。

总之，确认集体土地使用权的可抵押性，既是完善集体土地物权体系的需要，也是实现集体土地资源市场化、保障农业经济持续发展的要求。我国现行立法在此问题上采取了基本否定的立场，这是值得斟酌的。

## 六、私有房屋的抵押

<sup>5</sup> 《中华人民共和国土地管理法》第5章。

私有房屋包括城市私有房屋和农村私有房屋。城市私有房屋抵押符合国家现行法律规定，其土地使用权一般是通过出让和转让形式取得的，可以按照规定与房屋一同抵押。按现行法律规定，农村村民的房屋亦属于抵押财产的范畴，可以作为抵押权标的物。但是，法律又同时规定，宅基地等集体所有的土地使用权禁止抵押。这样，如果仅仅只能将房屋单独予以抵押，实现抵押权后新的受让人将不能同时获得房屋所及范围内的土地使用权，从而形成权利冲突，使的该房屋成为“空中楼阁”。据此，对于农村房屋的抵押也应适用“地随房走”的原则，当房屋抵押时，宅基地使用权也要同时抵押。所以，笔者认为，农村宅基地使用权应当允许抵押。

随着城市房改政策的推出，越来越多的城市职工通过优惠的福利购房政策而拥有了自己的房产，但目前这种房产大多数不是完整的所有权，即职工仅对该房屋享有有限产权而并非全部产权（“有限产权”这一非严谨的甚至是矛盾的用词反映了我国房改的特定历史情形）。职工对“有限产权”的房屋享有占有、使用、收益和处分四种权利，具有所有权的权能及本质特征，但与传统民法的所有权略有不同，是一种受特殊限制的所有权。笔者认为，这类房屋尽管是“有限产权”，但应当允许抵押，同时根据其特点设定若干特别规则，包括：（一）对试点期间补贴出售给个人的住房设定抵押权的，抵押权人只能是原售房单位和房地产部门，如果购房人将有限产权的房屋抵押给其他单位，应经原售房单位和房地产部门同意，若原出售单位和房管部门不同意，则不能抵押；未经同意而已经签订抵押合同的，应认定抵押合同无效。（二）如果购房人是按国家规定的标准价购买的商品房，其产权归个人所有，在购房五年以后设定抵押的，实现抵押权时，抵押权人只能在扣除税费后，就抵押人分得相当于原有所付房价占当时综合造价比例的部分优先受偿。（三）购得旧公房的住户，在购房五年后设定抵押的，抵押权人仅能从抵押人按规定应得部分优先受偿；如果该住房未保护售房单位的优先购买权而发生纠纷的，不影响抵押合同效力，应当宣告房屋买卖合同无效，原补贴单位享有优先购买权，抵押权人仍可从所得价款中在原住户应得部分优先受偿。

## 七、房地权期权抵押

房地产期权，是指设定抵押时尚未存在物业的期权。传统民法上，期权又称为期待权，就是为权利取得的必要条件和某部分虽以实现但未全部实现之暂时的权利状态。期待权因具有一定的经济价值而得以成为法律交易之客体。

在实践中，期权抵押有两种类型，一是预售商品房抵押，一是在建工程抵押。虽然《城市房地产管理法》及《担保法》均没有明确规定预售商品房可以作为抵押权的标的，但是《担保法》所列举的不得抵押的财产中，也没有关于预售商品房抵押的禁止性规定，因此，预售商品房抵押应当是合法的，而且事实上已经在城市商品房预售中广泛运用。在预售商品房抵押中，抵押人只能是购房人，而不能是预售房屋的开发商。预售商品房抵押要符合一定的条件，即商品房开发项目必须符合房地产转让条件并取得商品房预售

许可证，并且须提交生效的预购房屋合同。至于预售商品房抵押登记则比较特殊，与在建工程抵押相同，登记机关应当在抵押合同上作记载。抵押的房地产在抵押期间竣工的，当事人应当在抵押人领取房地产权属证书后，重新办理房地产抵押登记。以在建工程抵押的，抵押合同除载明房地产抵押合同应具有的内容外，还应当载明以下内容：（1）《国有土地使用权证》、《建设用地规划许可证》和《建设工程规划许可证》编号；（2）已交纳的土地使用权出让金或需交纳的相当于土地使用权出让金的款额；（3）已投入在建工程的工程款；（4）施工进度及工程竣工日期；（5）已完成的工作量和工程量。另外，以在建工程已完工部分抵押的，其土地使用权随之抵押。

## 八、抵押物处分限制原则的理解

从我国相关的法律规定可以看出，抵押人对抵押物的处分权受到较严格的限制。<sup>6</sup>笔者认为，在确立了抵押物的处分应当受抵押权追及效力的限制的情况下，没有必要限制抵押人对抵押物的处分权，包括对抵押物的转让行为。究其原因：其一，这是抵押人对于抵押物享有所有权或使用权的必然要求。只要不影响抵押权人的优先受偿，抵押人当然可以自由处分抵押物，对抵押物进行分割或转让，这种处分权不应受到抵押权人意志的限制。其二，有利于承认抵押权作为物权所应有的追及效力。在民法理论上，抵押权的本质是物权，而物权应具有追及效力。而允许抵押人自由处分其抵押物恰好是抵押权追及力的体现。其三，有利于坚持抵押权登记制度，切实发挥抵押权登记的功能作用。抵押权变动的公示方法是进行登记，抵押权一经登记便可对抗第三人。其四，有助于抵押人对于抵押物的充分利用，发挥物的使用价值，防止社会财富的闲置。只要从抵押担保物权的本质属性出发赋予抵押权以追及效力，就没必要规定提前清偿这种物上代位，从而使抵押权人和抵押人的利益得到平衡。例如，抵押人在抵押期间因抵押物闲置而不再需要时，本可以将该抵押物转让他人而获得转让金并投入流通。但依现行法律，对于这种转让金却必须用来提前清偿债务或予以提存。这实际上是迫使抵押人放弃其期限利益，而提存转让金亦同样不利于抵押人。现行法律之所以这样规定，实际上就是不承认抵押担保物权的追及效力。

## 九、抵押权在国有企业破产程序中的效力冲突

根据《中华人民共和国民事诉讼法》第203、204条规定，抵押权优先于破产费用、破产企业所欠职工工资和劳动保险费用、破产企业所欠税款、破产债权等权利的实现。但值得一提的是，依国务院《关于在若干城市试行国有企业兼并破产和职工再就业有关问题的补充通知》（国发[1997]10号）第5条之规定，破产企业的土地使用权及其他财

<sup>6</sup> 最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》（试行）第115条第1款；《中华人民共和国担保法》第49条；建设部《城市房地产抵押管理办法》第37条。

产，即使已设置抵押也要优先用于破产企业职工安置，而不清偿抵押权人。这与《担保法》和《民事诉讼法》关于抵押的规定完全相违背。这种漠视已有法律的规定、漠视债权人的正当权益的做法，实际等于用国务院的行政法规废止了全国人大常委会制订的法律，宣告抵押制度对破产企业无效，笔者认为，这种做法是不妥当的，应预更正。

## 十、对最高额抵押之“最高债权额限度内”的理解

在最高额抵押贷款实践中，对《担保法》第14、19条规定的“最高债权额限度内”的理解，出现两种观点。一种观点认为，贷款实际发生额为在一定期限内每次发生的数额之和扣除该期间的还贷之余额。另一种观点认为，贷款实际发生额为在一定期限内每次发生的贷款数额之和。依前者，在一定的限度下，不论借贷人是否还款，只要借贷人在一定期间内的累计欠款总额不超过抵押担保的最高限额即可；依后者，在一定的限度下，贷款人在一定期间内的发放贷款总额不得超过最高限额。笔者认为，前一种观点较为符合《担保法》的立法精神。这是因为，第一，体现了合法性，即不论贷款人发放了多少次贷款，只要其每次发放贷款的累计余额不超过最高贷款限额，其抵押物价额仍足以实现债权；第二，体现了经济效益性，使贷款人的信贷资金流动周期缩短，周转加速，从而提高了信贷质量，使借贷人的融资能力得到最大限制的扩张，借贷人运用所借资金高效率地运转，从而产生更大的经济效益。

## 十一、抵押物登记与抵押权登记

《担保法》将登记作为不动产抵押设立的必要条件，符合民法公示与公信原则。但值得商榷的是，其第41条规定：“当事人以本法第42条规定的财产抵押的，应当办理抵押物登记，抵押合同自登记之日起生效。”该规定明确了登记的性质为抵押物登记，并将登记作为抵押合同的生效要件，这是极不科学的。因为：第一，在抵押制度中，登记作为抵押权的公示方法目的在于让第三人知悉抵押权的存在而非单纯知悉抵押物的存在，登记的内容应记载抵押物所负担的抵押权而非记载单纯的抵押物，因而登记的性质应为抵押权登记而非抵押物登记。《城市房地产管理法》第35条规定：“房地产转让、抵押，当事人应当依照本法第五章的规定办理权属登记。”即从立法上证明了登记的性质应为抵押权登记而非抵押物登记。因此，“抵押物登记”这一称谓不准确。<sup>7</sup>第二，抵押合同是抵押人、抵押权人之间设定债权债务的合同，其成立与生效自当依照合同法的规则确定，合同的效力不应因是否办理的抵押登记而受影响。抵押合同是抵押权成立的前提，登记则为抵押权成立的要件，未经登记虽不产生物权变动，但在当事人之间仍能产生基于合同的债权债务关系。这是各国民法理论公认的基本原理之一。我国《担保法》的规定实质上曲解了物权变动公示的法律效力，将债权合同的成立生效要件与物权变动的生效要件混为一谈的。第三，从抵押合同的签订到抵押登记之间总有一定的时间间隔，如果将登记作为抵押合同的生效要件就意味着只要不履行登记的义务，抵押合同就不能

<sup>7</sup> 刘凯湘主编《民法学》，中国法制出版社2000年版，第408页脚注①。

发生效力，这就赋予抵押人一种权利，使其可以在抵押登记前任意撕毁合同而抵押权人却不能追究其合同责任，有违民法的诚信原则。

值得肯定的是，《担保法》以外的其他相关立法已有将物权变动与债权合同分开的规定。依《城市房地产管理法》第40条和第60条规定，房地产转让应当签订书面转让合同，并向房地产管理部门申请房屋变更登记，否则转让依法不生效力。根据《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第20条和第25条之规定，土地使用权的转让除须有转让协议外，尚须依法进行登记，否则，不能生成物权变动的效力。上述立法均以登记作为物权变动的生效要件而非房屋买卖合同、土地使用权出让合同、土地使用权转让合同等的生效要件。

## 十二、抵押期间制度的建立

我国法律法规中“抵押期间”概念的使用非常频繁。<sup>8</sup>但是，《担保法》并没有对“抵押期间”作出相关规定，此非属立法疏漏，而系立法者有意为之。因为有些专家提出“抵押权、质权属于物权，只要债权存在，抵押权、质权也应同时存在”。<sup>9</sup>笔者认为，为防止抵押权人不及时行使抵押权，使抵押物长期处于不确定状态，抵押合同可以约定抵押人行使抵押权的期限。主要基于如下几点理由：

第一，物权中的所有权的无期限性，并不排斥其他物权的有期限性。物权中除所有权、永佃权无存续期外，其他用益物权与担保物权均有存续期；而且约定的存续期届满为物权消灭的原因之一。<sup>10</sup>因此民法学者对物权分类时，依物权有无期限将其分为有期限物权和无期限物权，而典权、质权、留置权与抵押权当属有期限物权之列。<sup>11</sup>

第二，抵押权的从属性理论已有新的发展。据台湾学者的研究，从属性理论已由过去之“抵押权与之并存”理论，转换为“债权之可得发生”之理论。<sup>12</sup>因此，债权与抵押权具有相对独立性，而无须固守“只要债权存在，抵押权、质权也应同时存在”之观念。

第三，根据意思自治原则，应当允许当事人对抵押期间予以约定。债权人既有设定抵押权的自由，也有抛弃抵押权的自由——抛弃权利本身，亦为行使权利之行为。设定抵押期间，本质上完全可以理解为一种附期限的抛弃抵押权的行为，法律承认彻底的抛

<sup>8</sup> 以下列举的条文均使用“抵押期间”或“抵押期限”。在地方的相关行政法规中，“抵押期间”或“抵押期限”更是频频出现。

a. 《中华人民共和国担保法》第49条第1款；

a. 最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第115条；

a. 建设部《城市房地产抵押管理办法》第17条；

a. 《城市房地产抵押管理办法》第18条；

a. 《城市房地产抵押管理办法》第23条；

a. 《城市房地产抵押管理办法》第26条。

<sup>9</sup> 翟云岭著《论抵押期限》，载《政法论坛》1999年第2期。

<sup>10</sup> 梁慧星、陈华彬著《物权法》，法律出版社1997年版，第100页和第25页。

<sup>11</sup> 钱明星著《物权法原理》，北京大学出版社1994年版，第32页。

<sup>12</sup> [台]刘得宽著《民法诸问题与新展望》，台湾三民书局1979年版，第353页。

弃抵押权行为，也就无必要禁止附期限的抛弃行为。<sup>13</sup>

第四，确立抵押期间制度，抵押人可以很清楚地预见到自己提供抵押的财产上抵押负担的存续期限，有利于抵押人对抵押财产有预期地安排他用；<sup>14</sup> 可以促使抵押权人及时地行使抵押权，迅速了结债权债务关系，有利于稳定社会经济秩序。如不设定抵押期间，抵押物的归属可能长期处于不确定状态，既不利于保护双方当事人的合法权益，也不利于抵押物效能的发挥。

综上所述，通过约定或法定形式对抵押期间进行限制，理论上可行，实践上必要。关于抵押期间的限制，有两种立法例：一是抵押权时效制度，抵押权在时效完成后消失；<sup>15</sup> 二是抵押权除斥期间制度，即规定抵押权在一定期间内不行使，则抵押权消灭。<sup>16</sup> 在我国，可以采用除斥期间制度。从法律性质上讲，抵押期间为除斥期间，而非诉讼时效期间，因为诉讼时效期间为法律强制性规定，其期间之长短不得由当事人以协议方式加以改变，这与抵押期间可由当事人在法定期间范围内自由约定的规定不符，此其一；依通说，我国民法中的诉讼时效的客体为请求权，这对包括抵押权在内的物权并不适用，此其二。

除斥期间乃权利之存续期间，除斥期间届满后，产生权利消灭的结果。由于除斥期间是权利的存续期间，故抵押权除斥期间届满后，抵押权即不存在，且除斥期间不发生中止、中断问题，在除斥期间届满后，无论发生什么情况，抵押权均消灭。抵押期间的确定，依有约定依约定，未约定或约定不明确按法定的原则。抵押期间的约定是指当事人在抵押合同中明确约定抵押权人行使抵押权的期间。不少国家都规定约定的期限届满为抵押权消灭的事由之一。如《意大利民法典》第 2878 条第 6 项规定，抵押权限定的时间届满，可导致抵押权的消灭。我国《担保法》虽然没有将当事人约定的期限届满作为抵押权消灭的事由予以规定，但这并不排斥在我国基于民法的一般原则——意思自治原则，对当事人关于抵押期间的约定效力的认可。但是，法律应当规定当事人约定的抵押期间不得短于债务清偿期，亦不得超过法定最高期间，否则，抵押期间的约定无效，按法律规定的最高期间计算。抵押期间的法定是指在当事人对抵押期间的约定不明或没有约定，抵押权人行使抵押权的法律规定的期间。如《德国民法典》第 1170 条规定，债权人为不知名者，自最后有关抵押权在土地登记簿册中的登记已经过 10 年，而所有人在此期限内又未曾依第 208 条规定中断时效的方式对债权人的权利予以承认时，得以公示催告程序排除债权人的权利……。而我国《担保法》和《民法通则》均未对此作出规定。众所周知，权利人能行使权利而长期不行使，义务人的义务长期不履行，这就使

<sup>13</sup> 翟云岭著《论抵押期限》，载《政法论坛》1999年第2期。

<sup>14</sup> 黄建中主编《城市房地产管理法新释与例解》，同心出版社2000年版，第287页。

<sup>15</sup> 《日本民法典》第167条规定，债权因10年不行使而消灭，债权及所有权以外的财产权因20年不行使而消灭。该条款认可了包括抵押权在内的其他财产权为诉讼时效的客体，并规定了20年的时效期间。第397条规定，非债务人或抵押人，就抵押的不动产实行具备了取得时效必要条件的占有时，抵押权因此而消灭。依照本条，抵押权得因取得时效之完成而消灭。

<sup>16</sup> 在我国台湾地区，设有除斥期间制度。台湾《民法典》第880条规定：“以抵押权担保之债权，其请求权已因时效而消灭，如抵押权人于消灭时效完成后5年间不实行抵押权，则其抵押权消灭。”

当事人之间的权利义务处于不确定状态，导致当事人间社会关系的事实状态与法律状态长期不一致，不利于当事人之间新秩序的确立。因此，法律应对这部分社会关系予以否定，从法律上确认新的关系以稳定社会经济秩序。据此原则，我国在制定物权法时应对抵押权的存续期间加以规定。

关于抵押期间的具体计算问题，学界看法不一。当事人明确约定抵押期间的，应当依当事人约定，对此没有疑论。对于当事人未有约定的，有学者认为，抵押期间应自主债权清偿期届满之日起计算。<sup>17</sup> 还有学者认为，应从主合同债务履行届满之次日起计算。<sup>18</sup> 而笔者认为，抵押期间应当从抵押权依法成立之日起计算。因为，抵押期间是抵押权的有效存续期间，即抵押权依法成立至抵押权消灭的时间段。抵押权依法成立，抵押人对抵押物的处分便受到限制，《担保法》第 49 条对抵押期间抵押人对抵押物行使处分权作了规定，若按抵押期间自主合同债务履行届满之次日计算，则抵押人在主合同债务履行期间为非抵押期间便可随意处分抵押物，显然不利于保护抵押权人。抵押期间不同于保证期间，保证期间明确规定为从“主债务履行期届满之日起”计算，因保证系人的担保，而人保的保证能力是处于动态变化之中的。抵押系物的担保，而物保是特定的，抵押权依法成立，其效力就及于抵押物。所以，抵押期间应当从抵押权成立之日起计算。

### 十三、房地产抵押登记制度的统一

我国迄今没有建立统一的不动产登记制度，造成这种现象的重要原因就是登记机关不能统一，《担保法》第 42 条规定了四个不动产登记部门。而登记机关不能统一主要是旧的行政管理体制所致。这种状况既不符合法理，也不符合国际惯例。

在《城市房地产管理法》颁布以前，房地产权属登记采取分属两个机关管理的体制（除深圳市外）。实践证明，自 1986 年起在我国实行的房地产分别登记制，两个部门各自发证、统计口径不一、重复收费，令产权人叫苦不迭；两个部门机构重叠、职能交叉，浪费人力物力，造成政出多门、政令不畅。这种现状必然影响节约土地政策的落实，影响房地产业的发展，影响政府的形象和威信。在我国的司法实践中，由于法律规定房地产抵押登记部门“为县级以上人民政府规定的部门”，<sup>19</sup> 有些地方干脆以红头文件的形式，明确规定由公证处统一办理房地产抵押登记手续。由此看来，房地分属两个部门管理的弊端是很明显的，这也是完善我国房地产登记制度所必须解决的一个问题。

深圳市从 1987 年开始实行土地使用制度改革以来，借鉴香港的经验，采取了房地合一的管理体制，符合房地产市场化的客观要求，无论是经济管理体制上，还是在我国房地产立法上都是一个突破。基于目前我国房地产管理体制现状的考虑，《城市房地产管理法》按照“两证分发”的模式，规定了登记发证基本运作程序的同时，也肯定了“两

<sup>17</sup> 郭明瑞著《担保法原理与实务》，中国方正出版社 1995 年版，第 229 页。

<sup>18</sup> 全国法院系统第十届学术讨论会论文评选委员会编选《当前民事经济审判疑难问题研究》，人民法院出版社 1998 年版，第 467 页。

<sup>19</sup> 《中华人民共和国担保法》第 42 条第 2 项；《中华人民共和国城市房地产管理法》第 61 条第 1 款。

证合一”的经验，以法律的形式肯定了这一改革成果，为解决房地产统一登记制提供了法律依据。《城市房地产管理法》颁布后，许多地区依据其第6条第2款的规定，明确了“房地合一，两证合一”的管理体制。近年来实行房地合一的城市越来越多，可以说房地合一是大势所趋。因此，应当借鉴国外的立法，统一登记机关，甚至赋予登记以司法行为的性质，同时，国家应当尽早出台统一的《不动产物权登记法》，使物权登记工作有法可依。

# **“A Study of the Financing Model of Wenzhou”**

從溫州民間非正規融資市場和中國風險資本市場看制度安排的重要性

**Professor Yu Guang-hua**  
郁光華教授

# 從溫州民間非正規融資市場和 中國風險資本市場看制度安排的重要性

摘要

郁光華  
香港大學法律系

科斯定理揭示了在交易成本為零的條件下，制度的選擇不會影響經濟活動的最終效益（科斯，1960）。然而在交易成本不為零的現實世界里，制度的安排會在不同程度上影響交易的效益。正因為如此，我們必須重視制度的安排。研究制度安排是為了解釋制度的安排會影響當事者通過改變交易成本而左右從交易中取得的收益。諾斯認為制度是人們制定的以降低人們在相關活動中的不定性的約束（諾斯，1990）。制度包括正規的約束如憲法，法律和合同安排以及非正規的約束如習慣和觀念。本文第一節從分析溫州民間非正規融資市場的發展說明擴大合同自由安排的意義。第二節通過說明風險資本對經濟發展的意義及我國風險資本市場的不足之處以論證上市安排退出機制對發展風險資本的意義。第三節論證政府在制度安排中的作用。人們是無法直接控制整個經濟活動的最終結果的。充其量人們只能對整個經濟活動的最終狀態表示不同的偏好。這樣，政府更應該把主要精力放在制度創新上而不是直接去參與經濟活動。由於國有企業不可能比私營或民營企業有更好的激勵和約束機制，所以政府不應去組織國有企業從事一般消費品的生產。把政府的重點放在制度安排上對我國從計劃經濟走向市場經濟更具有現實的政治和經濟意義。因為有的制度安排是相對地比較容易自發形成的（如溫州民間非正規融資市場的發展）而有的制度安排需要政府的積極干預（如風險資本市場上的上市退出機制），所以政府在制度創新安排方面要有重點和非重點的區分。政府在制度安排過程中應把重點放在為達成制度安排當事人需付出更大的交易成本的制度創新方面。以本文為例，政府應投入更多的精力和財力去發展風險資本市場上風險資本上市退出機制而不是溫州民間非正規融資市場。

**“The Status of the WTO Rules in the  
Legal System in China”**

**世貿規則在中國法律體系中的地位**

**Professor Zhang Xian-chu**  
**張憲初教授**

# 世貿組織規則在中國法律體系中的地位

(摘要)

張憲初

九十年代世界貿易組織的建立不僅帶來了一場國際貿易自由化的深刻革命，同時也對包括發達國家在內的各國法律制度造成了劇烈的衝擊。其中一個重要問題就是如何在一國法域之內實行和適用世貿組織的規則。雖然中國政府已多次莊嚴承諾在加入世貿後會全面嚴格履行所承擔的義務，但仍有一些技術性問題有待澄清和探討，特別是世貿組織在中國法律體系中的地位及人民法院在司法實踐中如何適用世貿規則。

對這些問題的研究和解決具有重大的理論和實踐意義。從理論上講，作為一個世界性的問題，它的實質是世界經濟一體化的發展與傳統意義上國家主權之間的碰撞。1994年在美國學術界展開的世界規則對國家主權影響的論戰及歐共體迄今為止仍未解決這一問題的現實都說明了它的複雜性和敏感性。解決世貿規則在中國如何適用的實際意義在於確保中國現行法律制度與世貿規則的有效接軌，保證法律規則適用的可預見性及增強外商投資者對中國市場的信心。

世貿組織文件包括 60 多件協議及附屬性文件并以一攬子方式推出。這意味着參加的國家和地區對這些多達 50 多萬字的法律文件必須照單全收，不能作出保留。各成員國必須保證採取合理的措施保證其境內各地區與地方政府遵守各項法律義務，保證其法律規章和行政程序符合協議所規定的義務。

條約必須遵守原則在我國現有的法律規範中已得到了充分的承認和確立。但我國法規中這些原則性的規定並沒明確回答以何種方式適用世貿規則的問題。事實上，如許多外國一樣，在我國的專家學者中對這一問題一直存在着爭論。一部分專家學者認為基於條約優先原則，中國應採用直接適用方式，即中國加入世貿後，世貿規則應直接成為中國國內法的一部分，人民法院可直接援引適用，當事人也可直接依據尋求司法救濟。另一種意見則主張採取間接適用方式，即世貿規則非經國內立法機關依立法程序的轉化不能為司法機關直接適用。

如何解決這一問題，至少有五個方面的因素應該加以考慮：

首先世貿協議本身并未包含任何關於世貿規則如何在成員國內適用的明確規定。世貿成立 5 年來，各國在這方面的實踐也是有限的。在美國對世貿規則如何適用仍然存在爭論。而關貿總協定在美國法院也只有極為有限的適用紀錄。在歐共體情況則更為複雜，因為世貿組織規則的法律地位問題不僅要從其各成員國的法律體制來考察，還要考慮其在歐共體法律系中的地位。多年來歐共體法院一直認為，關貿總協定作為一個整體并不構成可直接適用執行的權利義務關係規範。1996 年歐共體委員會亦曾聲明，世貿協議及其附屬文件并不能在歐共體及其成員國內直接適用。但迄今為止對這一聲明的確切涵義和對法院的拘束力還是有爭議的。迄今為止，歐共體法院也未就這一問題表明自己的態度。

其次要注意的是世貿機制對原關貿總協定體系作了一些重要的修改和補充。特別是涵蓋範圍的擴大和對爭端解決機制的強化，包括“反向同意”機制和“授權報復”機制。

第三，雖然世貿協議是以一攬子方式捆綁在一起的，但仔細閱讀其文字會發現不同協議的效力是不一樣的。如《與貿易有關的知識產權協議》明確要求各成員國給予其他成員國民協議所規定的待遇；而《服務貿易協定》的文字表述就靈活得多，并特別提到依該協定所產生的權利義務將不具有自動執行的效力。因此，一併承認的多項協議并不見得具有完全相同的法律效力。

第四，多數世貿協議的規定和多數世貿成員國的實踐都傾向于間接適用，不構成直接給予外國當事人依據世貿規則尋求司法救濟的權利。但是這并不意味着這些當事人處于完全無能為力的地位。本國法院拒絕適用世貿規則有可能使有關外國政府借機介入，把爭端提升到政府間的層面，受制于世貿爭端解決機制和程序。

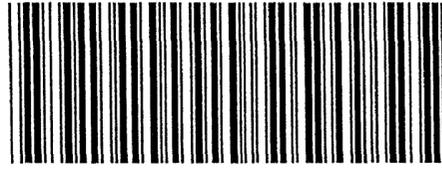
第五，雖然由世貿規則推動的新的全球經濟自由化一體化浪潮對各國造成的衝擊是無可否認的，主權原則仍將是各國定位世貿規則的基石。即使一國的本國法律被世貿爭端解決機構裁定違反世貿規則，是否修改仍由本國政府決定。即使在最極力鼓吹貿易自

由化的美國也出現了要求以國家主權原則作為適用世貿規則例外的主張。

基于上述，我認為中國作為一個基礎建設薄弱，實踐經驗不足的發展中國家加入世貿後應對世貿規則在國內法律體系的定位問題採取相對保守和穩妥的態度，即首先應以立法的方式明確國際條約經由國內立法機關的轉化和世貿規則在法院的間接適用的原則和程序。同時應加強對世貿規則的研究，在轉化的過程中根據不同協議的不同效力區別對待，盡量縮小和消除國內立法和世貿規則的差距。另外還應一方面切實提高法官審理涉外經濟貿易案件的水平，強化對世貿規則的理解，公正裁判，避免授人以柄；另一方面應未雨綢繆，積極培訓政府法律顧問和專業律師以應對可能向世貿爭端解決機構提交的案件。

0965 ZX/en

X15857097



KB168 H6 P01  
HKU - Peking U Conference on  
Judicial Reform and Legal  
Development (2001 : University  
of Hong Kong)  
HKU - Peking U Conference on  
Judicial Reform and Legal

---