

日前，2011年博鳌法治高端讲座在我省举行。此次讲座是在中国特色社会主义法律体系形成后，为贯彻落实中央加强和创新社会管理的战略部署，以胡锦涛总书记“七一”讲话精神为指导，立足审判职能，提高我省法官、法律工作者的司法能力和法律素养，为国家法治建设和海南国际旅游岛建设发展服务而举办的。

13位国内知名的专家学者围绕“法治与社会管理暨三大诉讼法的修改”为现场600余名法官、学者讲授了最前沿的法学理论研究成果和法律适用原则。讲座由省高院、海南大学和省农信社共同举办。这是一场思想的盛宴，精神的大餐。

省高院院长董治良在讲座闭幕式上要求，全省法院广大法官要认真学习、领会、消化讲座内容，使自己的理论思维、审判实务能力都得到提升，成为既有丰富实践经验，又具备较高理论素养和专业水平的学习型法官。要切实做好学习成果的转化，进一步转变司法作风，增强服务大局意识、司法为民意识，为国际旅游岛建设提供更有力的司法保障。

为了进一步扩大这次讲座的成果，弘扬法治精神，现摘录部分专家学者们的精彩发言，以飨读者。

# 思想的盛宴 精神的大餐 博鳌法治高端讲座发言摘登

## 博鳌法治高端讲座 ——法治与社会管理暨三大诉讼法修改

主 办：海南省高级人民法院  
海南大学  
海南省农村信用社联合社

媒体支持：法制日报  
2011.8 中国·海南



博鳌法治高端讲座开班式 (黄叶华 摄)

### 社会管理篇

## 法治与社会管理创新

山东大学校长 中国法学会副会长 徐显明

现代社会管理要遵循人本原理、服务原理、共享原理，而未来在进行社会管理创新的实践中，还要经过思维方式、社会价值观、社会形态的转变。

人本原理、服务原理、共享原理是现代管理共同遵循的原则。以权利为本就是以人为本，把最大人民的权利和维护好，就是司法工作的根本出发点和落脚点。服务原理，就是向社会提供公共产品和公共服务的现代社会管理。最大的公共服务，是根据每个人的需求，在法律范围内予以满足，一般表现形态为社会保障。共享原理是管理创新的依据。发展的成果要人人共享，发展不是为了某一个阶层，社会发展的成果更不是一部分人的成果，应该是人人共享的成果。社会主义发展要实现共同富裕，完全符合社会管理的原理。

中国的法治发展要和创新发展结合起来看，新中国成立以来完成了3个转变，一是从以阶级斗争为纲转向以经济建设为主线；二是从计划经济体制转向市场经济体制；三是从高度封闭状态转向全方位开放。

面向未来，在进行社会管理创新的实践中，还有三个转变需要完成，而促成这三个转变完成的主要手段是法治。这三个转变，一是思维方式的转变。要从运动的思维转向制度的思维。制度是稳定的，而运动恰恰相反，怎么从运动的思维转向制度的思维，是创新社会管

理和建设法治国家首先要思考的问题。二是社会价值观的转变。要从目前的效率型社会转向未来的正义型社会。改革开放30多年来，我们社会的价值选择是效率选择，强调效率优先兼顾公平，公平往往被忽略了。十五大后逐步纠正，确立了公平正义的价值观。社会未来的发展方向应当是一个充满正义的社会，立法机关在正义体系塑造过程中发挥着根本作用。

三是社会形态的转变。要通过法治，从管理型国家走向自治型国家。未来的管理方式是自治型社会，自治的形态越来越丰富，比如民族区域自治、企业自治、社区自治、村民自治等，这些自治形态不断丰富，最终使每个人成为合格的公民，在法律规范状态下进行自我管理、自我约束、自我负责。

今年是中国特社会主义法律体系的形成之年，社会主义法律体系形成后，中国法治建设、法治发展的主要矛盾将发生变化，法律的实施将成为法治建设的主要矛盾。

法律体系的形成，只是法治建设的逻辑起点，要从建设法律体系转到建设法治体系。党的十七大报告强调提出，要“全面落实依法治国基本方略，加快建设社会主义法治国家”。这两句话是一个完整的整体，依法治国是手段，建设社会主义法治国家才是目的，我们法律人不要光记住手段而忘掉目的。

正当权利入手。一是要实现立法公正、制度公平、政策公平，这是预防化解社会矛盾的根本之一。二是要通过有效的制度保障、专家咨询论证、政策合法性的审查等保证决策的科学性。三是要严格执法、规范执法措施。四是要及时有效地公开有关信息，解决人民群众的疑

## 社会收入分配的经济法规制

北京大学法学院院长 中国经济法学会副会长 张守文

分配关乎国计与民生，贯穿于经济、社会乃至政治、法律等诸多领域，不仅影响政治安定、经济增长、社会发展和文化繁荣，也影响国民财富积累和基本人权保障。纵观中外历史上的诸多纷争、制度变迁乃至政权更迭，往往皆因“分配问题”而起。在社会管理、国家治理方面，分配问题必须予以有效解决。

我国整个改革开放的过程，始终贯穿着分配调整的主线。解决收入分配问题的现实需求，是中国进行改革开放的直接动因，而持续解决分配问题，则是改革开放的全程使命，需要未来的长期奋斗。

随着我国工业化、城镇化、市场化和国际化进程的加快，分配差距过大、分配不公、分配失衡等分配问题严重。要绕过许多国家没能避开的“中等收入陷阱”，在保持经济稳定增长的同时，保障社会稳定和政治安定，就需要依法规范

分配活动，保障分配秩序。针对发展中的各类分配问题，从立法到司法各个环节都要关注。分配制度之优劣良莠，直接影响分配公平，涉及分配正义，关乎分配法治，必须加强分配法治建设。

分配问题的解决，需要许多法律的共同调整，包括宪法、民法、行政法、刑法、社会法等。经济法作为典型的“分配法”，其调整功能尤为重要，无论对于解决宏观的分配结构失衡问题，还是对于解决微观的个体分配差距问题等，都有重要价值。

经济法之所以能够在分配方面起到重要作用，与其规范体系直接相关。经济法律体系分为两大部分即宏观调控法和市场规制法。宏观调控法包括财税法、金融法和计划法。市场规制法包括反垄断法、反不正当竞争法、消费者保护法。

## 论法律之治与民主之治

清华大学法学院院长 中国宪法学研究会副会长 王振民

社会矛盾和纠纷的存在具有普遍性，国家和社会没有矛盾和纠纷是不可能的，通过什么样的科学方法来解决这些问题，而不是从根本上防止纠纷的发生，是社会科学研究的重点。法治的价值就在于为重大的社会矛盾和纠纷的解决提供一个法治的渠道，使得这些矛盾和纠纷不至于失控。司法存在的价值就是解决纠纷，维护国家和社会的繁荣稳定。法治不是直接创造社会生产力，而是对社会发展过程中的毛病加以纠正，使其保持健康的状况，法治的价值在这里。

传统国家的治理模式一直通过武力或战争治理国家，战争之所以产生就是因为社会矛盾和纠纷没有一个公平合理的解决机制，导致矛盾和纠纷的恶化，只能通过原始战争的办法来解决。法治为重大矛盾纠纷的解决

提供了合法渠道，避免了内乱和战争，构建了现代国家的治理框架，社会治理模式开始由主要通过强力解决到主要通过法律和民主来解决。现在和谐社会的建立，就是要建立法治，这是中国治理模式的重大的转变，中国社会治理模式必须走向法律之治和民主之治相结合的法治民主模式。

民主实现了从“家国”到“民国”的转变，由家族统治向全民政治转变。人民是国家的主人，是国家的所有者，是规则的制定者。法治与民主的结合，才真正可以实现善治，即良好健康持久的社会治理。现阶段，我国的立法体系已经形成，但是法治还不是很到位，需要进一步加强法治建设和法律服务，使司法机关承担起解决矛盾纠纷的重任，保证国家的持续发展。

## 非法证据排除的若干问题

最高人民检察院研究室主任 陈国庆

去年5月，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部和司法部联合发布了《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》，在理论和实践上特别是法院的审判过程中，涉及到非常多的问题需要解决。

比如什么是刑讯逼供？非法手段包括哪些？在我们国家一般认为就是指用肉刑和暴力的方法使肉体遭受剧烈痛苦的方式叫做刑讯逼供。在国际上，除了肉刑以外，还包括精神上遭受剧烈痛苦。比如说长期不让睡觉，疲劳轰炸、长期限定人的姿势等“软暴力”，这些是否属于我国刑讯逼供的范围需要进一步明确。

规范手段，但是讯问过程中产生的同步录音录像这种载体，到底是不是作为证据还是作为非法取证、刑讯逼供的证据呢？我国对这个问题的规定不是很清楚，理论上需要研究。在韩国没有作为证据使用，他们认为虽然侦查阶段需要录音录像，但定罪量刑仍应以法庭上所做的供述作为定案的依据。

对刑讯逼供的认定和排除，法庭审理中被告人怎么提，检察机关怎么证明，法官怎么审理也是问题。有一个案件开庭开了12个小时，其中7个小时是在审查有没有刑讯逼供。我个人建议是在正式开庭之前高检预庭或者准备庭来解决证据的非法定性，该排除的排除，在正式开庭的时候就不再涉及及这些问题。

### 三大诉讼法修改

## 行政诉讼法修改的最新问题

中国政法大学终身教授 中国行政法学会会长 应松年

行政诉讼法的修改还在讨论过程当中，今天给大家介绍一下其中的一些热点问题供大家参考。

在立法目的方面，当时我们认为行政诉讼制度是监督行政机关依法行政、保护公民权利这两者的结合。从这几年的实践来看，它的立法目的应该是解决行政争议，即解决政府和老百姓之间的争议，在解决争议的过程中起到保护公民权利的作用，这点上比较共识。

行政诉讼主要是解决合法性问题，现在只规定“行政处罚显失公正的可以改变”，那么其他行政行为的合理性是否可以审查？如果增加是否要附加什么限制条件？

规范性文件的审查也是热点，与个人有关的“其他规范性文件”可以申请复议，在行政诉讼中是否也能进行审查？

公共行政组织是否可以作为被告的对象，是一个重大问题。因为现在社会管理不仅仅靠行政机关，还需要发动众多公共行政组织来共同进行，这方面很缺乏救济渠道，对社会的稳定是不利的。

在其他国家，行政机关对机关工作人员的奖惩任免可以提起诉讼，我们国家是否可以借鉴？

现在讨论一个比较困难的问题就是对行政复议、行政裁决提起诉讼时，谁来当

被告？行政机关对民事案件能不能做出裁决？这个问题在英美国家早就解决了。他们的行政机关不仅解决行政争议，也解决与行政相关的，尤其是对社会法有关的案件，而且这个范围也在不断扩大。比如说土地征收问题，老百姓不服就到行政裁判所，由行政裁判所决定土地是否征收及采用什么样的补偿标准，如果老百姓不服再到法院起诉。他们的行政裁判所每年要解决80万到120万件这类案件，再到法院起诉大约就5000件。从中国的情况来看，一部分案件能否在行政的层面上解决呢？这个很值得研究，关键还是谁来当被告的问题。

行政复议存在谁来当被告的问题，复议机关不想当被告就不改变原来的具体行政行为。现在行政复议不能更广泛的发挥它的作用，可能和被告问题有关，行政裁决的范围也越来越小，也可能和被告问题有关。把被告问题解决了，大部分矛盾纠纷在行政机关的层面上解决，法院可以更好的解决有关行政的争议和行政有联系的民事争议。

还有一个讨论非常热烈的问题就是能不能够增加公益诉讼。涉及公共利益的，像环境保护问题，检察院可以提起公益诉讼，如果公民要提起公益诉讼，可以通过检察院提起。

## 民事诉讼法修改的前沿问题

清华大学法学院教授 中国民事诉讼法学研究会会长 张卫平

这次修改的指导思想是不要“大动”，主要解决实践中最迫切需要解决的问题，强调修改的适用性和时效性，大概涉及到50多个问题。

关于小额诉讼程序。小额的标准如何确定？从法院系统的试行情况看是5万，学界有主张11万、10万的。是否仅限于金钱债权？还是只要可以用数来恒定的债权都可以适用？程序是否具有强制性？是必须适用还是可以适用，都有争议。

关于公益诉讼。比较一致的观点认为环境污染案件和消费者权益纠纷可以形成公益诉讼，但损害国有资产等不构成公益诉讼有争议。诉讼主体除了检察院比较明确外，社会团体应该包括哪些还比较模糊。诉讼费比较明确，是可以免掉的。

关于恶意诉讼和虚假诉讼。这次修改将出台相应的对策，如不予立案、驳回诉讼请求、罚款、拘留等。

关于保全制度。这次将增加行为保全，

即法院可以裁定要求行为人实施一定的行为或不实施一定的行为。在制度设计上要求采取保全措施以后三个月内必须提起诉讼、仲裁或者调解，否则法院有权解除。有争议的是，调解是不是也必须在三个月内提起，一些学者认为调解不应包含在内。

这次民事诉讼法修改特别提出要解决送达问题，解决的路径主要有两个：一是把“直接送达给本人”作了一些扩张和变动，如可以送达给与他共同生活的人、他的工作单位，或者负责签收、接受邮件的人。二是简化送达方式，有学者提出只要双方同意，就可以采用邮件、电话以及其他简易方式送达。另一个争议的问题是律师可不可以接受送达。

关于再审问题。热点问题是民诉法第177、178条的修改，即法院依职权启动再审是否还需要保留？当事人申请再审是否可以在原审法院和上级法院中做选择？这些都会在将来的民事诉讼法修改中作出规定。

## 刑事诉讼法修改的前沿问题

中国人民大学法学院教授 中国刑事诉讼法学会副会长 陈卫东

现行刑法在法律条文、内容、立法技术等方面越来越显示出存在的不足和缺陷。今年6月刑法修改方案已经提交中央，方案基本敲定，将正式提交全国人大进行审议。这次刑法的修改指导思想有三点：一、贯彻《中共中央转发〈中央政法委员会关于深化司法体制改革和工作机制改革若干问题的意见〉的通知》（中央19号文件），落实文件中相关制度改革的内容。二、切实解决我们司法机关在办案中的实际困难。三、借助刑法的修改提升法律的文明，推动司法的进步。

此次修改，刑事诉讼法250个条文中涉及改动的有100条，增加的条文大概有60条，修改力度非常大之，这将会使刑事诉讼法的内容更加充实，体系更加完备，各个条文之间衔接更加密切。

此次修改分三个部分：第一是关于强制措施与侦查措施，完善了逮捕的规定。这次修改明确了逮捕必要性的具体量化标准。对长期羁押的问题即侦查逮捕是否需要讯问犯罪嫌疑人给予了明确，检察机关审查进行逮捕可以讯问犯罪嫌疑人，对于重大案件和对逮捕有疑问的案件，侦查可能有重大违法行为的，应当讯问犯罪嫌疑人。准备增加刑讯逼供、被告人逮捕后检察院定期对羁押的必要性的规定；充分体现了人权保障；第二是关于取保候审，一方面是跟逮捕的修改相配合，另一方面是增加了取保候审应当遵循的法律规定；第三是关于保证金，把有关的司法解释的内容吸收进来，但是有一个变化是取消了保证金的最低下限。本次修改还涉及到监视居住，这也是本次修改的一个亮点。

## 刑事审判程序的改革与完善

中国政法大学诉讼法学研究院院长 中国刑事诉讼法学会会长 卞建林

刑事审判应尽量以审判为中心，审判应当以庭审为中心，庭审应当以质证为中心。

整个刑事审判程序要以审判为中心，这是刑事审判在刑事诉讼的中心地位和法官在刑事诉讼中的重要作用决定的。只有法官才能经过审判认定事实，要从以审判为中心的角度来设计刑事审判程序。

审判要以庭审为中心，就是指审判人员活动的中心应该是庭审，庭审必须不间断地集中审理，法官能够专心致志对案件的经过有比较清晰的了解。必须要规制没有直接参加庭审法官权利的行使，不能过度的干预和妨碍庭审法官的审理，要尽量减少法庭以外的调查核实事实的活动。

庭审要以质证为中心。刑事审判首先要解决的就是定罪和量刑。经过法庭庭审审理的形式，在法官的组织、社会的监督下，控

辩双方能够通过法庭审理的平台来充分的表达诉求，所有的定案根据和证据都必须在法庭上出示和质证，这是法庭审理的意义。

刑事审判应当按照庭审的原理、司法实践的需要，进一步进行改革，使得刑事审判能够真正发挥在刑事案件处理中的关键作用，真正实现公正、高效、权威。

刑事审判要继续推进庭审前准备程序的改造。现在的庭审前审查，只要有主要证据的目录、证人名单就可以开庭，不能充分发挥审查的作用，没有起到把关的作用，加强庭审审查可以起到提高司法效率的作用。要强化法庭上控辩双方地位的平等，提升辩护一方的地位，保证辩护权的行使，使控辩双方在法庭上公平的展开对话，这样有助于法官全面地了解案情，正确地审查判断证据，对案件的事实作出准确的结论。

### 司法实务篇

## 论裁判说理与裁判文书说理

最高人民法院研究室主任 中国法律文书研究会副会长 胡云腾

人民法院所有的审判活动和环节，从本质上来说都是一个说理的过程。所以我讲的核心思想就是我们不要把说理仅仅放在裁判文书上，而且要放在所有的审判活动中。

要比较全面、深刻的了解裁判文书或者裁判文书说理的意义。我们诉讼的功能和目的就是化解矛盾，要达到这个目的，就必须靠我们的裁判和充分的说理。

近年来，我们强调裁判文书说理取得了明显成效，裁判文书说理水平不断提高，精彩的裁判文书越来越多，在宣传社会主义法制方面发挥了重大作用，推动了法学研究的进步和理论

上的发展。同时也存在千篇一律、越写越长缺乏针对性、不会说理、不敢说理的问题。

一个优秀、完整、说理充分的裁判文书应该包括“五理”：一是说理就是案件的来龙去脉；二是法理即我们裁判所适用的法律依据、司法解释、行政法规等等；三是学理即法学理论的方法和观点；四是情理即人类都认可的一些基本感情、人之常情；五是文理即文字功夫、逻辑思维 and 表达能力。

我们不仅要重视裁判文书说理，更要注重裁判活动说理即口头说理。这方面工作比如调解工作做好了，不仅会节约大量写裁判文书的时间，效果也更好。