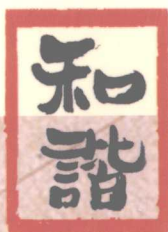


纠纷的司法解决与 和谐社会建设



Jiufen de Sifa Jiejue yu
Hexie Shehui Jianshe

主编 吕伯涛

人民法院出版社

纠纷的司法解决与 和谐社会建设

——主编 吕伯涛



Jiufen de Sifa Jieshi yu
Hexie Shehui Jianshe

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

纠纷的司法解决与和谐社会建设/吕伯涛主编. —北京:
人民法院出版社, 2008. 4

ISBN 978-7-80217-659-1

I. 纠… II. 吕… III. 民事纠纷—处理—中国—文集
IV. D925. 104-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 049910 号

纠纷的司法解决与和谐社会建设

主编 吕伯涛

责任编辑 陈燕华 许雪梅

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话 (010) 85250583 (责任编辑) 85250516 (出版部)
85250558 85250559 (发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定市中华美凯印刷有限公司

经 销 新华书店

开 本 787×1092 毫米 1/16

字 数 716 千字

印 张 30.875

版 次 2008 年 4 月第 1 版 2008 年 4 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-80217-659-1

定 价 65.00 元

版权所有 侵权必究

**全国法院第十九届学术讨论会
广东省法院论文征集推荐工作领导小组
暨广东法院 2007 年学术讨论会组织委员会
组成人员名单**

主 任：吕伯涛

副主任：李 琦 李毅峰

成 员：(以姓氏笔画为序)

丁海湖	王在魁	王 静	白广宁
付洪林	朱 峰	任宗理	张永明
严加武	杨 铭	陈 超	陈小飞
陈友强	陈 冰	林建辉	胡志超
聂式恢	黄 伟	谢文练	

广东法院 2007 年学术讨论会论文 评审委员会组成人员名单

主 任：吕伯涛

副主任：李 琦 李毅峰

评 委：（以姓氏笔画为序）

丁海湖	方 明	王玉宇	王晓文
王晓明	白广宁	刘思彬	刘 峰
刘慧卓	李泽珍	陈吉生	陈光昶
吴海涛	杜以星	林小嫻	林宏坚
欧修平	费汉定	梁展欣	

前 言

党的十六届六中全会作出了《关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》，吹响了全面建设小康社会、加快推进社会主义现代化的进军号角。党的十七大报告进一步指出，构建社会主义和谐社会是贯穿中国特色社会主义事业全过程的长期历史任务，是在发展的基础上正确处理各种社会矛盾的历史过程和社会结果。要通过发展保障社会公平正义。人民法院的根本职责就是化解社会矛盾，维护社会稳定，保障经济全面协调可持续发展，最终实现社会和谐进步。为此，2007年1月，最高人民法院发布了《关于为构建社会主义和谐社会提供司法保障的若干意见》，从根本上明确了当前和今后一个时期人民法院的工作重点和努力方向。为了从理论上澄清司法解决纠纷过程中面临的新情况、新问题，促进和谐社会建设，2007年最高人民法院把“司法解决纠纷的对策与机制研究”作为全国法院第十九届学术讨论会的中心议题并在全国范围内征集论文。秉承与全国法院学术讨论会联动的惯例，广东法院也将其作为广东法院2007年学术讨论会的中心议题。

司法解决社会纠纷有其存在的历史必然性和合理性。我国当前正处于体制转型期，新旧体制、观念的碰撞、不同利益的调整都将产生诸多的社会矛盾和纠纷。纠纷的存在是社会进步的常态，对立与统一、动荡与安定、倾斜与平衡，总是相互依存、互相转化的。社会就是在不断地解决矛盾和纠纷的过程中进步并发展起来的。这个动态的过程体现出社会的生命力。中国是一个崇尚和睦与自由的国度，纠纷的司法解决有着悠久的历史传统，有着丰

富的社会资源和人文资源。国家公权力在注重伦理化解决纠纷的同时,也非常注意诉讼与民间纠纷解决机制的双向互动。尤其在逐渐法制化的今天,纠纷的多元化解解决正日益成为构建和谐社会的有力手段。正因如此,我们着力研究探讨司法解决纠纷的对策与机制显得特别急迫和紧要,也更具有了和谐意蕴下的目标意义。尽管中国司法解决纠纷的进程还相当漫长,在法治意义上说我们才刚刚起步,但它的实质意义、对民主法制进程的推进却是不可低估的。它必将弱化情理化、抑或最终解决人治色彩下的纠纷解决的任意性,为纠纷的理性化解决铺平道路。

本次学术讨论会,全省三级法院共收到论文 800 余篇,省法院论文征集推荐工作办公室共收到省法院各部门和各中院的推荐论文 370 篇。经广东法院论文征集推荐工作办公室初评,评出 170 篇论文提交省法院论文评审委员会评审。为了确保评审工作的公正性和权威性,省法院成立了吕伯涛院长任组长,李琦、李毅峰副院长任副组长,省法院各业务庭、研究室、法官协会推荐的学术骨干或业务尖子为成员的论文评审委员会。此外,本届学术讨论会评审工作在评委人员构成和评审程序上,注意总结往届评审工作经验,并大胆借鉴吸收其他兄弟省市法院论文评审工作的先进经验,在评委人员构成和评审程序上做出了大胆的改革尝试。一是增加了专家型、学者型评委的数量。二是实行回避制度。三是规范评审程序。评委构成和评审程序的改革,有力地保证了论文评审工作的公平、公正、公开,使我省法院论文评审工作朝着科学化、规范化的方向迈出了可喜的一步。经过评审,最终评出广东法院 2007 年学术讨论会一等奖 6 篇、二等奖 12 篇、三等奖 22 篇和优秀奖 40 篇。其中获得一、二、三等奖的 40 篇论文报送全国法院系统第十九届学术讨论会组织委员会办公室,代表广东法院参加全国法院系统第十九届学术讨论会。在全国法院系统第十九届学术讨论会上,4 篇获得二等奖、14 篇获得三等奖,10 篇获

得优秀奖(今年新增设),合计28篇,获奖论文总数名列全国第三,并连续第8次获得论文组织工作先进奖,继续保持平稳发展态势。

这批论文集中反映了我省法院近年来在司法解决纠纷方面的实践动态和理论研究成果,具有较强的理论前瞻性和实践指导性,是我省各级法院和广大论文作者智慧和心血的结晶。作为论文组织工作者,我们有责任和义务把这批成果推向前台,以结集出版的方式让更多关注纠纷解决对策与机制的同行们去了解它们。尽管这些论文或许有诸多瑕疵,个别观点抑或整体的把握上有待商榷。但作者敢为天下先、敢破敢立的精神和不辞劳苦、勇于登攀的勇气却是值得称赞并大力倡导的。更何况有的见解、对策或建议来源于司法实践,是对实践的升华和提炼,从这个意义上说,只要能够有创新,哪怕是思想上的一点点火花难道不值得我们去发掘么?!

广东法院学术讨论会论文征集推荐工作办公室

二〇〇八年四月二日

目 录

一、纠纷多元解决机制与实践论

诉讼流的运行效率与诉讼费用	梁展欣 邢 曼 (3)
价值取向与制度设计	
——《诉讼费用交纳办法》实施问题研究	刘良才 (15)
论司法统计制度的功能定位及模式选择	
——关于我国司法统计制度运行的反思及改造路径的探索 ...	彭智聪 (27)
理论与实践的分析：关于我国裁判文书公开问题的研究	谭炜杰 (37)
民事判决书制作的哲学思维方法	徐千忠 (51)
伦理纠纷的司法解决之道初探	
——由选秀评审规则折射伦理纠纷解决的困境与出路	张达君 (60)
土壤、场景与策略：纠纷解决过程中的司法镜像	孟 杰 (70)
公平的困境：政策变化下的土地承包合同纠纷解决	
——以珠三角地区代耕农土地承包纠纷为视角 ...	崔友爱 龙兰军 (81)
当代中国衡平司法的缘由、困惑与路径	
——对一项基本司法政策的解读与扩展	冼一帆 (92)
法院内多元化案件分流机制初探	
——以构建调判结合的合理对接模式为视角	黄秋盈 (103)
农村人民法庭诉调对接机制初探	李春辉 (114)

二、刑事审判实务论

嬗变与回归：论量刑方法的模式选择与规制	凌 蔚 (129)
---------------------------	-------------

论巨额财产来源不明罪的举证责任及其缺陷与弥补	张秀丽 (140)
对建立广东省刑事被害人救助制度的实证研究	陈超 吴海涛 (149)
构建刑事附带民事诉讼的恢复性司法模式	
——被害人权利保护的新视角	刘志健 (160)
边缘处的庭审诉讼主体	
——谈刑事庭审中被害人诉讼权利的保障	万云峰 翟健锋 (174)
论共同过失犯罪中的责任推定	
——以一起交通肇事案例为研究样本	赵五宝 程方伟 (187)
论刑事缺席审判制度	
——以东莞市共同犯罪案件为考察对象	程春华 高峰 (198)
古代刑事法律和谐意蕴的当代价值	叶三方 李玉振 (207)
从刑罚目的谈“效益原则”的合理运用	
——以自由刑与财产刑的适当选择为视角	邱阳平 (217)
宽严相济：立足于有效性与法治国之间的形事	
政策	张春和 吕锐 (228)
争议与出路：构建中国刑事诉讼证明标准之思考	李声让 (243)
刑事附带民事赔偿影响量刑的理论基础及司法原则	
——三个刑事附带民事赔偿案例引发的思考	刘慧卓 (253)
论强制候审制度的建构	霍敏 罗少雄 (262)

三、民商事纠纷解决对策论

非理性“公地悲剧”的制度规治	
——关于民事公诉权理论依据的解构和新思考	张利松 (273)
论无权处分合同的效力选择	
——兼议《物权法》第106条与《合同法》第51条的冲突	
与完善	詹洁 (283)
审理涉外股权转让纠纷的司法困境及其对策研究	贺晓翊 (293)
尴尬的生存权：对购房消费者权利保护的质疑	
——评最高法院法释〔2002〕16号司法解释	林小娴 段勇 (303)
从孤寂的隐者到制定法的奴婢	
——论《物权法》中的习惯	傅惟惟 (316)
论特许经营中加盟店对外民事责任的独立性及其扩张 ...	叶柳东 邹国雄 (330)

为什么破产救济

- 解决当前民事案件执行难问题的新思路 程春华 (339)

四、执行机制论

和谐社会语境下的民事执行救助制度研究

- 以三个不同经济发展层次地区 1057 件执行案件为例的
实证分析 李昱静 (351)

罚金刑执行难解决途径探究

- 罚金刑易科制度之提倡 何 芳 (360)
从源头上化解执行难的机制研究 胡志超 (369)

五、诉讼程序论

- 论行政公益诉讼制度之构建 卜晓虹 (383)

司法公信的自我“救赎”与迷失

- “大执行”视野下的“执行难”迷局终极破解 丁 玮 (401)

论我国公益诉讼面临的困局与立法选择

- 以构建有中国特色的公益诉讼制度为视角 毛德龙 (410)

- 审视与重构：民事案件发回重审制度研究 秦 旺 (421)

- 试论民事案件受理范围之审查 费汉定 (433)

- 失范、矫正、规范：论民事诉讼代理人资格之司法审查 阳贤文 (442)

穿越法律的边界

- 网络侵权地域管辖规则的利弊分析与理性选择 陈雪梅 (452)

论我国知识产权侵权行政救济与司法救济的冲突与协调

- 一种经济分析力学的诠释 刘 峰 (463)

- 知识产权侵权责任竞合之司法对策研究 黎炽森 郑志柱 (475)

一、纠纷多元解决机制 与实践论

诉讼流的运行效率与诉讼费用*

梁展欣** 邢 曼***

论文提要：本文将诉讼费用的问题，放置在“诉讼流”的视角中观察。所谓诉讼流，是指全社会中全部诉讼活动的总和，这为观察诉讼活动确立起一个全社会的视角，从而区别于个案诉讼的视角。诉讼流是国家控制之下的诉讼活动的总和，其运行的目的是要实现诉讼正义。诉讼环境对诉讼流的运行具有决定性的意义。从经济学中引进“效率”概念，提出了诉讼流的运行效率（E）的概念，为诉讼的社会效果（SE）与诉讼的社会成本（SC）之比；E必须获得均衡，其追求在一定SC的条件下SE的最大化。国务院《诉讼费用交纳办法》降低了诉讼费用，符合世界范围内接近司法/正义（access to justice）的潮流。诉讼费用是诉讼流运行效率形成均衡的激励机制，具有成本控制的意义。降低诉讼费用，会对诉讼流的运行产生案件、成本和司法行动等方面的压力，造成E某种程度上的失衡；为使E获得新的均衡，提出了建立科学的诉讼费用评价机制、严格的法院经费保障机制和繁简分流的诉讼制度体系的建议。本文的特点，一是确立起“诉讼流”及其相关概念，并予以分析界定；二是首次运用实证研究的方法，就国民生产总值（GDP）、财政收入、法院收入、诉讼费用的有关数据作出关联分析，反映了我国法院经费的现实状况和发展趋势。

民事司法正处在深刻的危机当中！危机的出现，不是由于正义作为目的变了，而是作为正义的环境——社会变了。在社会日益多元化、复杂化面前，原来遵从保守性格、形式主义、精英主义的民事司法制度，越来越显得格格不入。这就是世界范围内司法改革形成潮流的最大理由。

现在我们看待中国的司法改革，应当把它放置在世界范围内司法改革的潮流中。这不仅是因为中国正在融入世界体系，也因为在它内部，正经历着一个同样深刻的社会变革过程。按照卡佩莱蒂的诊断：“鉴于深刻的社会变化，我们这个时代的主要问题不再是涉及基本上为个人主义的、静态的‘私法’（private law）及其个人权利（droits subjek-

* 感谢黄海铨在阅读完本文初稿后，就“成本”、“均衡”的界定问题所提出的有益见解；感谢梁春祥、黄海铨、肖薇、黄文海在本文写作过程中，一如既往地提供有关的技术支持；没有他们的支持，本文不可能在短时间内得以完成。

** 梁展欣，男，广东省高级人民法院研究室助理审判员。

*** 邢曼，女，广东省广州市越秀区人民法院调研科助理审判员。

tifs) 之问题, 而是映射出工业化社会、动态社会、多元化社会的问题, ……旧的、形式主义的司法机构和技术常常适应不了新的角色。”^① 问题的实质在于, 人民通过司法实现正义的难度不断增加, 司法及其所代表的正义越来越远离人民。由此, 卡氏提出“接近司法/正义”(access to justice) 的构思, 并为其莫立起当事人基本程序权保障的理论基础。^②

但是, 司法/正义本身是有限度的, 司法/正义不可能被无限接近。从全社会的角度来看, 在当事人与司法/正义之间存在着一种媒介, 它体现着人民对司法/正义的需求和司法/正义的产出, 这就是诉讼; 由于强调全社会的角度, 笔者称诉讼这一社会现象为诉讼流。在不实行司法无偿的国家中, 当事人提起诉讼是要交纳诉讼费用 (court fees) 的, 其目的是要解决当事人“买票进场”的问题, 而把那些不愿意“买票”的当事人拒于法院门外。从诉讼流的角度来看, 诉讼费用是诉讼流运行效率形成均衡的激励机制。它的意义在于, 通过“买票进场”的方式, 对全社会的诉讼流的规模产生一定的控制作用, 同时使其运行效率维持一定的均衡状态。

我国于去年底由国务院制定通过《诉讼费用交纳办法》, 取代了原来由最高人民法院制定的《人民法院诉讼收费办法》, 就是旨在降低诉讼费用, 使更多的人能够“用得起”诉讼——俗称“打得起官司”, 以此来落实执政为民、司法为民的理念。这是对诉讼流运行的制度改进, 与接近司法/正义的世界潮流是一致的。笔者写作本文的追问是, 这一变化对我国诉讼流的运行将会产生什么样的影响? 如何获得诉讼流运行效率的新的均衡?

一、“诉讼流”的视角

诉讼流 (suit flow), 是指全社会中全部诉讼活动的总和, 表现为国家对整体的诉讼活动的控制。在大自然中, 江河因就下而有形; 在全社会, 诉讼因受控而成流。诉讼流具有以下三个特征:

1. 诉讼流是全社会中全部诉讼活动的总和

诉讼, 是国家 (法院、法官) 应当事人的要求, 对社会纠纷通过适用法律而作出某种权威性的判断 (决定) 的解决机制。这种机制的载体, 称为诉讼程序。诉讼活动是法院 (法官) 和当事人依照诉讼程序所进行的全部活动。在具象上, 法院和当事人依照诉讼程序, 一环扣一环地开展诉讼活动, 构成了个案诉讼; 从全社会的角度来看, 全体法院 (法官) 与全体当事人所进行的全部诉讼活动, 构成了诉讼流。如同庞德将法律视作一个社会工程 (social engineering),^③ 我们将诉讼流视作一个社会系统 (social system)。按照系统论中的整体性原理, 系统的整体与部分在功能呈现出非加和性, 即系统的整体呈现出各个组成要素所没有的新的功能。^④ 在个案诉讼中, 我们只能看到诉讼法计划实

①② [意] 卡佩莱蒂:《民事诉讼程序保障比较研究——民事诉讼的宪法化、国际化和社会化潮流》, 载同氏等著, 徐昕译:《当事人基本程序保障权与未来的民事诉讼》, 法律出版社 2000 年版, 第 40 页、第 40~41 页。

③ [美] 庞德著, 邓正来译:《法律史解释》, 中国法制出版社 2002 年版, 第 225 页。

④ 邹珊刚等编著:《系统科学》, 上海人民出版社 1987 年版, 第 94 页。

施的片面,无法判断整个诉讼法计划是否有效;而在诉讼流中,诉讼法计划的整体协调性可以从诉讼活动的结构中得到全面的呈现,由此我们可以判断诉讼法计划在现实中的效用。

2. 诉讼流是国家控制之下的诉讼活动的总和

在诉讼流的运行中,体现着“双重控制”的意义,一是诉讼是法律作为社会控制手段的表现形式,因而具有社会控制的意义,即通过诉讼的社会控制;二是诉讼本身受到国家的诉讼法计划、诉讼政策和诉讼目的的控制,即针对诉讼的国家控制。本文侧重于后一种控制,即国家控制。控制论认为,控制主体对被控客体的支配作用,表现为使被控客体进行合乎目的的变化,并进入所需要的状态。^①国家对诉讼流进行控制,是要确保能符合诉讼目的和诉讼法计划的进行,同时排除或者限制不符合诉讼目的和诉讼法计划的诉讼活动。国家控制诉讼流的内容,包括:诉讼流的性质与国家——社会的正义理念的适应性,诉讼流的规模与国家分配社会资源的适应性,诉讼流的运行与诉讼法计划和诉讼政策的适应性,等等。诉讼流运行的目的,是实现诉讼正义。研究诉讼流,就是要促进国家在社会资源有限的条件下,制定合理的诉讼政策和诉讼规范,最大化地实现诉讼正义;其中,判断的基准为诉讼流的运行效率。

3. 诉讼环境对诉讼流的运行具有决定性的意义

按照系统论中的环境性原理,任何系统都是时空上有限的存在,都有它外界的存在或环境,环境是系统存在与演化的必要条件和土壤,对系统的性质和演化方向起着一定的支配作用。^②诉讼流的环境,是指其所依存的各项外界因素,称为诉讼环境。例如,全社会对司法/诉讼的性质如何认知,投入司法/诉讼的社会资源是否充足,人民对法院判决的效力如何看待,等等。这些都是诉讼流存在的土壤或条件,决定着诉讼流的性质和演化方向,也是前文所说的司法/正义本身的限度。同时,系统与环境之间有物质、能量和信息的交换,系统具有环境适应性。诉讼流会对诉讼环境的变化产生反应,并能予以适应。例如,国家对诉讼费用进行调节,这从诉讼环境来看,可以体现出国家对诉讼是采取放任还是抑制的态度,毕竟这取决于国家对司法/诉讼投入资源的多少;同时也可以体现出人民的司法/诉讼观念和需求与司法/诉讼的状况的适应程度。

二、诉讼流的运行效率

效率 (efficiency),是经济学上的术语,是指使社会的整体价值能达到最大化的资源配置方式。在经济分析法学中,波斯纳将“效率”理解为社会的“财富最大化”。即判断一切“价值”(value)的高低,只以市场机制(即“真正在市场上能够成交的价格”)为客观基础,以彻底扬弃“功利主义”以个人主观的、无法计量的“满足感”来判定一物的价值。^③在计算上,效率是收益(benefit)与成本(cost)之比达至一个均衡点,资源配置在该点上达到最大化。

①② 邹珊刚等编著:《系统科学》,上海人民出版社1987年版,第216页、第49~50页。

③ 林立:《波斯纳与法律经济分析》,上海三联书店2005年版,第68、64页。

因为诉讼流体现着一种社会资源的配置,因而其运行也可以从“效率”上加以观察。笔者将诉讼流的运行效率(简称E)界定为诉讼的社会效果(social effect of suit,简称SE)与诉讼的社会成本(social costs of suit,简称SC)之比。用公式来表示,即为: $E = SE/SC$ 。在E达至相对的均衡解时,表示诉讼流在一定的社会成本(SC)的条件下,获得与之相适应的社会效果(SE),运行状况良好;反之,如不能获得相适应的社会效果(SE),则意味着有进行制度改进的必要。换言之,SE与SC之间的只是一种比较关系,它不追求成本(SC)的最小化,而是追求效果(SE)的最大化,这与纯经济学上的效率意图有所不同。

(一) 诉讼的社会效果(SE)

诉讼的社会效果(SE)的提出,是要揭示诉讼流运行中实现诉讼正义的状况。诉讼正义是指诉讼构成的正义,包括诉讼过程的公正和诉讼结果的公正,它从属于程序正义(procedural justice)的框架。尽管正义有着一张难以捉摸、变幻无常的“普洛透斯似的面脸”(a Protean face),^①但不妨碍我们为其建立一个相对客观的评价机制。合理是社会评价机制的核心标准,学者提出合事实、合逻辑、合规范和合目的的“四合”标准。^②这同时也适用于对诉讼的社会效果的评价。主要包括以下两个方面:

1. 诉讼过程

诉讼的社会效果中诉讼过程的正评价(SE+),主要依赖于:(1)诉讼过程符合诉讼法计划;(2)诉讼法计划符合社会生活常识和逻辑;(3)全部诉讼活动符合诉讼正义的要求。例如诉讼费用,表面上是一个公民购买司法服务的付费问题,但在现代国家,诉讼权已被视作一种公民的基本权利——“诉讼制度必须使那些希望实现或保护自己权利的所有人的都有机会。因此,获得正义/进入司法是所有文明社会所承认的民权或宪法权利”。^③诉讼制度必须被设计成一个大部分人都付得起费的制度供给,对那些贫困者也可以通过公共援助(即“司法救助”)获得进入诉讼的机会,否则就是违反诉讼正义。凡是不符合诉讼正义,或者不符合社会生活常识和逻辑的诉讼制度,都会必然地导致诉讼的社会效果的负评价(SE-)。

2. 诉讼结果

诉讼的社会效果中诉讼结果的正评价(SE+),主要依赖于判决的正确性,包括在诉讼中能否确定真实的事实并据此正确地适用法律,这也是程序保障的最终目的。虽然所有的诉讼制度都寻求实现正确性,但社会生活常识告诉我们,诉讼程序并不是完美无瑕的,法院(法官)也存在错误风险,因此,诉讼制度的正当性只需来自于其广泛的正确性。“我们信任一项个体判决符合事实和法律,其作用仅仅在于我们对于程序所采用的措施是否满意,而这就足以保障判决的正确性的合理标准。”我们之所以依赖程序,是因为

① [美] 博登海默著,邓正来译:《法理学:法律哲学与法律方法》,中国政法大学出版社1999年版,第252页。

② 冯平:《评价论》,东方出版社1995年版,第285页。

③ [英] 朱克曼:《危机中的司法/正义:民事程序的比较维度》,载同氏主编,傅郁林等译:《危机中的民事司法——民事诉讼程序的比较视角》,中国政法大学出版社2005年版,第8页。