

運河司法

2006年卷·第一輯

关升英主编

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

運河司法

2006年卷·第一輯

关升英主編

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA



图书在版编目(CIP)数据

运河司法 / 关升英主编. —北京:法律出版社,
2006.9
ISBN 7-5036-6634-X

I. 运… II. 关… III. 司法—研究—中国
IV. D920.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 104712 号

© 法律出版社·中国

责任编辑 / 郑 导

装帧设计 / 乔智炜

出版 / 法律出版社
总发行 / 中国法律图书有限公司
印刷 / 北京中科印刷有限公司

编辑统筹 / 法律应用出版分社
经销 / 新华书店
责任印制 / 陶 松

开本 / 787 × 960 毫米 1/16
版本 / 2006 年 9 月第 1 版

印张 / 27.75 字数 / 447 千
印次 / 2006 年 9 月第 1 次印刷

法律出版社 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件 / info@lawpress.com.cn

销售热线 / 010-63939792/9779

网址 / www.lawpress.com.cn

咨询电话 / 010-63939796

中国法律图书有限公司 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店 / 010-63939781/9782 西安分公司 / 029-85388843 重庆公司 / 023-65382816/2908

上海公司 / 021-62071010/1636 北京分公司 / 010-62534456

深圳公司 / 0755-83072995

苏州公司 / 0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-6634-X/D·6351

定价:30.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

弘揚法治理念
繁榮法學研究

尹惠基 書

《运河司法》编辑委员会

主 任：关升英

副 主 任：贾传建

委 员：刘继祥 吕文柱 李良品 类秀芹
吴则元 张群力 毕鹏程 钱欣红
史晓钊 文星民 李永生 庞新贤
张 欣 王世训 周 涛 张绍民
贾庆忠 吴元山 吕东风 赵贵龙
李培宪

执行编辑：孟祥玉 高鲁军 孔祥雨 刘 峥

序

汇集济宁法院在应用法学和审判理论方面调研成果的专辑——《运河司法》出版了,这是济宁法院法学理论建设上一件大事,也标志着我市法学理论和审判研究迈上一个新台阶,值得庆贺。

近年来,全市各级法院坚持以邓小平理论和“三个代表”重要思想为指导,按照“公正司法、一心为民”的指导方针,努力践行社会主义法治理念,大力开展创建“学习型、节约型、创新型、和谐型、文明型”法院活动,积极实施人才强院战略,审判执行工作、班子队伍建设和规范化管理等各方面都取得了显著成绩,为建设平安济宁、构建和谐社会发挥了重要作用。全市法院还大兴调查研究之风,组织开展了应用法学和审判理论研究,形成了一批有实践意义、有理论深度、有社会影响的调研成果,连续两年荣获全省法院重点调研课题一等奖,为法院工作不断迈上新台阶提供了强有力的理论支撑。

随着经济社会的全面发展和依法治国进程的深入推进,人民法院的任务将越来越重,作用将越来越大,人民群众对审判工作及法官素质的要求也越来越高。前不久,党中央作出了《关于进一步加强人民法院、人民检察院工作的决定》,这是加强人民法院、人民检察院建设,推进人民司法事业的纲领性文件,对新时期的司法工作提出了新的更高要求。全市各级法院要以贯彻落实好中央《决定》为契机,坚持“公正与效率”的法院工作主题,忠实履行宪法和法律赋予的职责,为全市改革开放和现代化建设提供更加有力的司法保障。要深入开展社会主义法治理念教育,使全体司法人员准确领会社会主义法治理念的基本内涵、精神实质和基本要求,用社会主义法治理念武装头脑,始终保持忠于党、忠于国家、忠于人民、忠于法律的政治本色,切实用社会主义法治理念指导司法实践。要从全市经济社会发展的现实需要出发,注重总结依法治市的成功经验,善于从法治实践中汲取丰富营养,及时作出新的理论概括,努力深化对社会主义法治建设规律的认识,不断推进全市法学理论和审判研究实现新发展。要充分利用《运河司法》这一学术交流平台,培养研究队伍,活跃学术气氛,提高学术水平,使其成为展示我市法院工作成就和法官综合素质的一个重要窗口。

风正帆悬日千里,蓄势扬帆待远航。衷心希望《运河司法》坚持为审判实践服务、为干警服务的办刊宗旨,坚持理论性、实践性、专业性和知识性的统一,坚持树立精品意识和创新意识,精心选题、精心组稿、精心编排,办出质量、办出品位、办出特色,不断推动全市法学理论研究和司法调研工作的开展,为推进依法治市进程,建设平安济宁、和谐济宁作出积极贡献!

孙宇刚

2006 年 8 月

目 录

序	(1)
---------	-------

大法官讲坛

诉讼指挥权:正当性基础与制度建构 / 黄松有	(3)
------------------------------	-------

名家论坛

和谐社会中的法律调整机制 / 王晨光	(29)
--------------------------	--------

侵害知识产权民事责任归责原则研究 / 张玉敏	(37)
------------------------------	--------

探索与争鸣

司法现代化与本土化 / 刘继祥	(55)
-----------------------	--------

论非刑罚化思想在司法中的价值定位 / 赵贵龙	(65)
------------------------------	--------

生活与法律间隙的弥合:法官裁判

——以贯穿裁判文书生产过程的理念为主线 / 朱秀平	(74)
---------------------------------	--------

权利冲突的解决

——一种单方博弈论视角下的司法 / 刘 峥	(87)
-----------------------------	--------

主体性理念的彰显和倡扬

——在司法改革语境下 / 张 涵	(114)
------------------------	---------

物权的债权化

——兼论债权对物权的优先性 / 孔祥雨	(128)
---------------------------	---------

和谐社会视野下司法公正之回应 / 屈庆东	(144)
----------------------------	---------

法社会学视野中的民间法 / 孙 迎	(154)
-------------------------	---------

和谐社会与法治理念

——一种历史的、现实的解读 / 时益同	(184)
---------------------------	---------

调查与思考

审判委员会制度的价值定位及机制完善

——济宁中院关于进一步完善审判委员会工作机制的

调查报告 / 关升英	(199)
------------------	---------

关于城市房屋拆迁法律适用问题的调查与思考 /

济宁市中级人民法院课题组	(210)
--------------------	---------

关于山东省知识产权司法保护状况的调研

- 以知识产权民事审判为视角 / 济宁市中级人民法院课题组 (224)
- 对民事执行中的裁判权的思考 / 杨春华 (251)

审判研究

- 论优先权在物权立法中的设计 / 贾传建 (269)
- 论对行贿者的严惩 / 李良品 (280)
- 空间权含义及性质之探讨 / 何艳真 (286)
- 村民委员会行政诉讼被告主体资格浅析 / 秦绪启 (304)
- 论道路交通事故责任认定行为的可诉性 / 谢云东 (309)
- 商业秘密保护中的利益平衡 / 席建霞 (315)
- 执行立案标准研究 / 李兆军 张依才 (340)
- 商品房预售合同有效要件及审判实务探讨 / 汪忠玲 (348)
- 法官心证的现代意义
- 兼论心证公开对法官心证能力的影响 / 高鲁军 李迎春 (360)

案例评析

关于拐卖妇女、儿童罪既遂和未遂的理性思考与审判

- 实践 / 李士强 江良局 (375)
- 由一起交通事故人身损害赔偿案例引发的几点法律
- 思考 / 王素芳 (379)
- 植物人死亡能否引起再审 / 田遵浩 刘培建 (384)
- 从死亡补偿金的性质谈死亡补偿金的归属 / 张红雨 (388)

司法统计

- 邹城法院对邻里故意伤害案件的调查分析 / 孔凡静 (395)

法院建设与管理

- 谈法院一体化目标管理模式 / 高鲁军 张文胜 (405)
- 建立和规范法官职业准入制度的几点思考 / 宋文萍 (415)

域外司法

- 澳大利亚司法掠影 / 孟祥玉 (427)

大法官讲坛

诉讼指挥权:正当性基础与制度建构

黄松有*

【内容摘要】 诉讼指挥权的正当性不仅源于人们对诉讼经济性的追求,而且还在于它具有矫正正当程序原理内在局限的功能。西方法治国家民事诉讼程序立法中关于诉讼指挥权的规定反映了诉讼指挥权制度的共同要求和普遍规则。处于民事诉讼体制转型中的中国民事诉讼法,目前正面临着发展和创新诉讼指挥权制度的历史重任。完善中国诉讼指挥权的总体思路是:以国际社会诉讼指挥权的共同规则为参照,建立符合中国审判实践要求的诉讼指挥权规则体系;改革法院的事实审理方式,合理界定法官在开庭审理过程中行使诉讼指挥权的范围;从保证当事人对纠纷解决程序正当性信赖的要求出发,建立诉讼指挥权的救济机制。

【关键词】 诉讼指挥权 正当性基础 制度建构 民事诉讼

20世纪80年代以来,在体制转轨和社会转型的背景下,在中国民事司法领域开展了一场具有诉讼体制变革意义的司法改革运动。从司法实务界和法学理论界的主导倾向来看,一个基本趋势就是由原来的绝对职权主义诉讼体制向体现当事人主体性原则的对抗制诉讼体制转变。中国民事诉讼体制转换的过程,同时也是对法院与当事人之间的权力、权利关系重新调整和配置的过程。在中国的民事诉讼体制变革趋势不可逆转的情况下,如何正确认识和看待法院和法官享有的诉讼指挥权便被符合逻辑地凸显出来。民事诉讼中法官与当事人的相互关系问题,是一切民事司法程序的中心问题,它不仅制约着民事诉讼程序的具体样态,而且也决定着民事诉讼体制发展的基本走向。认真分析诉讼指挥权的正当性并在此基础上建构科学合理

* 黄松有:1957年生,法学博士,最高人民法院副院长、大法官。

的诉讼指挥权制度,将成为中国诉讼法学研究和司法体制变革的重要课题。

一、诉讼指挥权的正当性直接源于人们对诉讼经济性的追求

作为一项具有广泛性的共识,诉讼的经济性是民事司法程序的一个重要价值目标。因为,“无论审判能够怎样完美地实现正义,如果付出的代价过于昂贵,则人们往往只能放弃通过审判来实现正义的希望”。^① 诉讼的经济性不仅表现在诉讼过程中物质投入与产出之间的比例关系,它更体现在诉讼周期的减缩和诉讼时间的节省。“民事诉讼是一个物质运动过程,这个过程不仅是一个物质消耗过程,同时也是一个时间消耗过程。”^② 在诉讼的物质成本既定的情况下,司法程序的经济性主要通过诉讼时间的经济性反映出来。一般来说,诉讼时间的经济性与诉讼程序的繁简程度成正相关关系。为了公正地解决民事纠纷而耗费一定的时间是获取司法正义的一种必要投资。但是,如果不计成本地让纠纷的化解过程无限地进行下去,则将导致司法资源的无端浪费。因此,在诉讼活动中对诉讼主体实施行为在时间上给予应有的限制显得十分必要。

法院或法官的诉讼指挥权本质上是对诉讼程序所占用的时间进行管理和控制。从节约诉讼成本的角度来看,当事人在诉讼过程会自行考虑如何使自己的各种诉讼投入最小化,主动地将自己的诉讼行为控制在一定的时间限度内,从而间接地收到控制和指挥诉讼程序的效果。但是,如果完全依靠当事人来控制 and 指挥诉讼程序,将会因为当事人对胜诉利益的追求而导致诉讼程序的失序。一般来说,提起诉讼的当事人通常是在尝试了各种其他的途径来解决纠纷都已失败的情况下,才把诉讼作为最后的手段而使用的。一旦将纠纷提交给法院,他们便会全力以赴地投身于诉讼中,时间的经济性对他们来说并不是十分重要的考虑因素。至于被迫引入诉讼的另一方当事人,他也将动用各种可利用的资源,争取对自己最有利的诉讼结果。因此,无论是哪一方当事人,只要能够在诉讼过程中“购买”到正义的司法产品,即使投入再多的成本也往往在所不惜。为了在诉讼过程中充分地说服裁判者、赢得对自己有利的结果,当事人一般会利用各种手段详细地阐述案件事实,纠缠于诉讼的各种细节之间,从而将诉讼的过程尽可能地延长。尤其是对于可能承担败诉结果的当事人来说,他们更有一种拖延诉讼的强烈

① [日]棚濑孝雄著:《纠纷的解决与审判制度》,王亚新译,中国政法大学出版社 1994 年版,第 266 页。

② 张卫平:“论民事诉讼中失权的正义性”,载《法学研究》1999 年第 6 期。

欲望。并且,通过长时间的诉讼折磨来从经济上拖垮对方也不失为当事人可供选择的一种诉讼策略。这时,如果不赋予法院或法官对诉讼活动进行指挥和管理的权力,整个诉讼过程将会无休止地进行下去,其最后的结果将是更高的成本、更长的时间、更大的浪费以及更加难以预见的结局。这不仅有助于当事人的诉讼利益,而且会降低社会对司法审判制度的信赖和期待。因此,为了保证诉讼活动迅速地进行并充分有效地发挥作用,法院需要根据不同的诉讼环境作出适当的处置。同时,考虑到当事人在诉讼过程中不是一个单一的主体,而是由诉讼利益完全对立的二元主体构成,如果将诉讼指挥权交给当事人,他们对诉讼程序的支配就形成了双重对立的支配,诉讼程序迟延的问题将不可避免。从这个角度来看,法院或法官行使诉讼指挥权具有内在必然性。

诉讼指挥权的正当性还在于它具有矫正正当程序原理内在局限的功能。如果说控制和管理诉讼时间从而保障诉讼程序的经济性是诉讼指挥权在程序方面的内容(程序性诉讼指挥权),那么,通过弥补正当程序原理的缺陷而确保实体正义的实现则构成诉讼指挥权的实体内容(实体性诉讼指挥权)。正当程序原理的核心思想是,公正的程序能够带来公正的结果。这就是德国著名法社会学家卢曼提出的所谓“通过程序的正当化”命题。^① 它的原理在于,在正当程序得到实施的前提下,参与诉讼的各方当事人都被给予充分的机会来提出证据材料并表达自己的观点和要求,诉讼的过程和结果是当事人自己行动的产物,并且他们在诉讼过程中受到平等的对待,所以对于程序达到的最终结果负主要责任的是当事者。正当程序原理已得到世界各国的普遍公认。这一原理体现在民事司法程序中,就是要求当事人在民事诉讼活动中占据主导和决定性的地位,不仅案件的审理对象及其范围等实体方面的问题由当事人决定,而且诉讼程序的进行和展开等程序性事项也由他们支配。在此过程中,法院和法官只能充当消极的裁判者角色,其任务就是根据双方当事人竞技的结果宣布哪一方获胜。按照正当程序原理建立的民事诉讼程序,在制度上以当事者的对抗作为其基本结构,双方进行的积极进攻和防御构成程序的实质性内容。这种过分依赖于当事人各自所拥有的资源的诉讼结构,实际上预设了一个未经证明的理论前提:双方当事人的“诉讼武器”是完全对等的。

然而现实情况是,参与诉讼的当事人无论是在经济实力上还是在社会地位上总是存在着差距,并且这种差距往往在诉讼活动中反映出来,从而导

^① [德]N. 卢曼著:《通过程序的正当化》(日文版),今井弘道译,东京风行社 1990 年版,第 18 页。

致当事人诉讼地位的实际差别。同时,由于当事人一般不熟悉法律知识,且常常是终其一生只此一次涉足诉讼而无法掌握司法程序和诉讼技巧,面对无比复杂且具有高度专门性的诉讼规则和司法程式,他们只有在法律专家的帮助下才能真正有效地从事诉讼活动。对于实力雄厚的当事人来说,他们能够轻易地在公开的法律服务市场上“采购”到优质的诉讼代理服务产品;而经济条件较差的当事人则很难享受到这样的法律服务,虽然国家为他们提供了法律援助一类的免费司法服务,但其服务的对象和范围毕竟有限,不可能从根本上改变他们与资力较强的当事人在享受诉讼代理服务上的“贫富”差距。这样,当事人在司法过程中所拥有的“诉讼武器”并不真正对等的情况便在审判实践中成为常态。正当程序原理要求当事人对纠纷的来龙去脉以及今后可能的展开都有恰当的估计,并在充分理解民事诉讼功能的前提下就是否利用和怎样利用诉讼作出负责任的判断。这对普通当事人来说,实际上很难做到。在当事人缺乏诉讼技巧、双方“诉讼武器”不平等的条件下,不管如何保障诉讼程序的正当性,都有可能导致裁决结果的非正义性。这时,如果赋予法院或法官在诉讼过程中相应的职权,让其根据案件审理的具体情况对诉讼程序的具体内容进行一定的调整,有可能在一定程度上避免这种情况的发生。诉讼指挥权的正当性基础正在于此。

诉讼指挥权之所以具有矫正正当程序原理内在局限的功能,主要在于正当程序原理存在着一个自身无法克服的矛盾,即诉讼程序的正当性与纠纷解决的妥当性之间的冲突。因为在制度上设置保障当事人充分行使诉讼权利的程序,并不一定意味着当事人就能够实际地行使这些权利;给予当事人充分表达自己主张和提出证据的机会,也不能说明当事人就能够充分地发表自己的意见,反映自己的要求;某项纠纷从单纯的诉讼程序来看得到了“正义化”的处理,并不表示该纠纷就得到了彻底妥当的解决。在当事人缺乏诉讼经验、无法判断案件事实的重要性而在诉讼过程中不能恰当和及时地提出形成判决所必要的事实材料的情况下,正当程序原理和程序保障机制将会变得徒具形式而失去真正的意义。按照正当程序的要求,即使在当事人诉讼地位不平等而在诉讼活动中没有切实行使诉讼权利的情况下所作出的裁决,当事人也只能接受。因此,“公正的程序带来公正的结果”这一原理具有把不受欢迎的裁决加以正当化的危险。

诉讼指挥权的正当性还根植于民事诉讼程序的公法性质。民事诉讼历来是处理私人间民事纠纷,确认和实现私人实体权利的司法程序。作为民事诉讼程序的处理对象的民事纠纷,其内容是关于平等主体之间财产关系和一定人身关系的争议,这种争议在性质上是关于私法上权利义务的争议。

因此,民事诉讼程序实质上就是当事者通过交换他们的不同意见来自主地形成审理对象及诉讼结果的过程。民事诉讼的本质要求在纠纷的处理过程中,应当充分尊重当事人的意志,由当事人自由处分实体权利和诉讼权利,独立适当地解决涉及私权的争议。

但是,民事诉讼并不完全是当事人自己处理私人事务的过程,而是渗透着国家意志和社会利益的公法程序。民事诉讼程序的公法性已经得到各国诉讼法学理论和司法实务的广泛承认。正如日本法学家谷口安平所说,民事纠纷“即使开始纯粹是私人间的事务,一旦交给法院处理就变成了公共事务”。^① 民事诉讼中的国家意志一般是通过法院或法官对诉讼活动的管理和指挥体现出来的。有些案件不仅案情复杂,而且涉及的当事人也为数众多。不同的当事人对案件事实和法律适用的认识往往很难统一,甚至在案件审理的日程安排上也会存在分歧。在这种情况下,法官对诉讼程序的指挥和管理就显得十分必要。如果将民事诉讼程序单纯地视作私人间自主处理纠纷的程序框架,完全放任当事人决定诉讼程序的进程和内容;这不符合对当事人实行真正的而不是形式上的平等保障的内在要求,而且也有悖于民事诉讼制度的公法理念。

从某种意义上说,民事诉讼法的发展史就是一部法院或法官的诉讼职权不断强化的历史。18~19世纪,整个资本主义世界处于自由竞争时期,自由主义思潮构成当时社会意识形态的主流。进入20世纪后,自由放任主义思想日渐衰竭,而以旧福利经济学、新福利经济学、凯恩斯主义经济学和发展经济学为标志的政府干预理论则处于鼎盛时期。^② 与这种社会思潮的变化起伏相适应,法院与当事人在民事司法程序中的职能和作用也发生了较大的调整。“从法官或法院与当事人的基本关系来看,总的发展趋势是,在英美法系和大陆法系国家,法官在民事诉讼中的职权有所扩大,当事人的程序处分权的范围在缩小。”^③

堪称近代民事诉讼法先驱的1806年《法国民事诉讼法》,就是在自由主义和自然法理念支配下产生的一部代表当时欧洲大陆国家最高水平的民事诉讼法典。在这部法典中,立法者严格控制法官在民事诉讼中的职能,法官的基本作用被界定为诉讼中的旁观者,仅仅在当事人双方展开进攻、防御之

① [日]谷口安平著:《程序的正义与诉讼》(增补本),王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社2002年版,第25页。

② 胡家勇著:《一只灵巧的手:论政府转型》,社会科学文献出版社2002年版,第2页以下。

③ 张卫平著:《诉讼构架与程式——民事诉讼的法理分析》,清华大学出版社2000年版,第57页。

后作出最终的裁决。法官在诉讼程序中过于消极的地位,给法国民事诉讼带来了诉讼迟延等严重的社会后果,影响了诉讼的经济性和迅捷性。到 19 世纪末,这种状况受到愈来愈多的批评。^① 20 世纪法国民事诉讼法修改的主流倾向就是不断加强法官对诉讼程序的控制和监督的权力。同属大陆法系的《德国民事诉讼法》(1877 年)效仿《法国民事诉讼法》,实行当事人主义的诉讼模式。然而出于同样的原因,《德国民事诉讼法》在实施后不久,就开始借鉴《奥地利民事诉讼法》(1895 年)的经验,强化法官在诉讼中的指挥权。因此,德国民事诉讼制度虽然在总体上奉行当事人主义诉讼体制,但法官在案件审理过程中却发挥着较大的作用。《德国民事诉讼法》的历次修改都体现了这种倾向。德国在 1977 年颁布的《裁判程序的简化及迅速化法》进一步加强了法官促进诉讼进行的职权。这突出体现在对法官在诉讼中释明义务的强化。按照该部法律的规定,在案件审理过程中,法官有权就案件的法律关系、事实关系或证据材料等问题向当事人发问,要求作进一步的说明和解释;同时法官可以向当事人提示某一事实可能产生的法律后果。德国民事判例显示,法院或法官诉讼指挥权已经在审判实务中发挥了越来越重要的作用。意大利民事诉讼制度从 19 世纪中叶到 20 世纪以后的变化,也大致经过了相似的历程。

在法院与当事人的地位和作用之间的关系方面,日本的民事诉讼法经历的变化更为明显。日本民事诉讼制度最初是以德国法为蓝本建立起来的,职权主义因素较为强烈。战后日本的民事诉讼法由于受到美国法的强大影响,当事人主义因素在民事诉讼程序中得到加强。当事人及其代理律师被设定为程序的主导者,而法官成为诉讼程序的审视者和消极的裁决者。然而实践证明,依照美国民事司法程序修改的《日本民事诉讼法》并没有达到预期的效果。因此,《日本民事诉讼法》在战后进行了多次修改。现在,日本的民事诉讼制度不仅在特殊案件(如人身关系诉讼案件)的审判程序中采用职权探知原则,而且在一般案件的诉讼程序中职权主义的成分也十分强劲。例如,民事准备程序在很大程度上就是法官的准备,当事人准备活动的相当大的一部分被置于法官的直接控制之下。^②

在强调当事人的诉讼地位和作用方面,最初的美国民事诉讼程序也许走得更远。在美国传统的民事诉讼中,法官对民事诉讼程序基本上采取放任自流的态度,诉讼程序的启动和展开基本上都由当事人及其律师主导。在相当长的时期内,美国联邦和州法院一直实行“集中日程制”(central cal-

① 张卫平、陈刚著:《法国民事诉讼法导论》,中国政法大学出版社 1997 年版,第 32 页。

② 王亚新:“民事诉讼准备程序研究”,载《中外法学》2000 年第 2 期。