

审判新视野

(第一辑)

徐清宇◎主编

NEW VISION OF TRIAL

在审判实践中,我们会不断地遇到新情况、新问题,不断地触及一些新的社会关系和社会矛盾,不断地需要寻找适用法律的新途径、新方法。在办理具体案件时,法官要对事实认定、证据分析、法律适用、程序运作等进行深入细致的研究。这个过程融入了法官的智慧,凝结着法官的经验,是很有价值的知识积累与释放的过程,值得我们用文字的形式记载下来、反映出来。本书汇集的许多文章都触及了司法审判前沿中的热点和难点问题,兼具思想性、理论性和实务性……



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

审判 新 视野

(第二辑)

主编
徐清宇


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

审判新视野 / 徐清宇主编. —北京:法律出版社,2008.6
ISBN 978-7-5036-8482-1

I. 审… II. 徐… III. 审判—中国—文集 IV. D925.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 070287 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/李 燕 伍远超

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/永恒印刷有限公司

编辑统筹/综合出版分社
经销/新华书店
责任印制/张宇东

开本/787×960 毫米 1/16
版本/2008 年 6 月第 1 版

印张/21.5 字数/363 千
印次/2008 年 6 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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

书号:ISBN 978-7-5036-8482-1

定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

副 主 编 吴海龙

执行编辑 刘仁海 周永军 唐雨虹

《审判新视野》编辑委员会

主 任:徐清宇

副 主 任:杨 武 吴海龙

委 员:徐清宇 杨 武 吴海龙 陆彦成 马生安
杨 斌 刘海玉 胡 勇 李玉柱 邱六泉
李建华 李 悦 徐连滨 孙建华 茆新林
宋长琴 周 宏 谭 斌 刘恒然 杨越华
岳维群 徐学坤 黄德海 沙长河 耿晔明
邱晓虎 吴 敦 于伟东 许建兵 龚春光

序

我很高兴看到凝聚盐城法院广大法官心血和智慧的《审判新视野》付梓出版,这是全省法院系统司法调研领域的又一成果,也是司法实践部门对法学研究的新的贡献。

近年来,盐城市两级法院坚持“公正司法,一心为民”指导方针和“公正与效率”工作主题,紧紧围绕全市工作大局,充分发挥审判职能作用,审判管理、行政审判、人民法庭、业绩考核等诸项工作都取得了显著的成绩,形成了盐城法院工作的特色,为依法保障和服务全市经济社会又好又快发展作出了应有的贡献。当前,盐城正处于全面建成小康社会的关键阶段。实现“全面奔小康、建设新盐城”的目标,需要有更加优质高效的法治环境来予以保障。因此,人民法院的司法审判工作将有更大的作为,承担起更重要的责任。

调查研究是谋事之基,成事之道。法院和法官充分发挥司法职能,履行司法职责,必须建立在一系列扎实有效的调查研究工作基础之上。在法院工作中,调研是更高层次的审判,也是衡量审判工作质量和水平的重要标准。调研工作能为我们的审判活动提供指导和依据,高水平、高质量的审判活动离不开高水平、高质量的调查研究工作。从宏观角度而言,只有做好司法调研工作,才能准确把握人民司法工作的基本矛盾、内在规律、主要特征、价值取向和功能定位,才能为建设公正高效权威的社会主义司法制度提供理论支撑和智力支持。从微观角度而言,司法裁判的过程是把“静态”的法律运用于“动态”的案件审理的过程。由于立

2 审判新视野

法活动不可能准确预测复杂多变的社会生活的各个方面,既定的法律规则也难以与具体的案件情况完全“契合”,这就需要法官在审判过程中进行严肃认真的思考,准确把握案件的具体情况,正确理解法律的基本精神。

法院的司法调研属于应用法学研究的范畴,旨在阐发法的运用价值,解决法在实际运用中遇到的各种问题。因此,调研能力是司法能力的有机组成部分,调研也是培养专家型法官、提高司法队伍综合素质的重要途径。在审判实践中,我们会不断地遇到新情况、新问题,不断地触及一些新的社会关系和社会矛盾,不断地需要寻找适用法律的新途径、新方法。只有加强应用法学研究,才能加深法官对各项法律制度、司法政策的理解,从而提高处理矛盾、化解纠纷、适用法律的水平和能力,并因此而培育出一批懂法律、善思考、会研究的高素质法官,为司法审判工作提供有力的人才支持。

司法裁判是一种实践理性,需要理论与实践相结合。司法的实践性,决定了我们不能单纯地搞纯粹的理论研究,而要立足于审判实践,紧密结合审判实践开展调查研究,从实践中来,到实践中去,用调查研究实际成果指导审判实践。司法审判是一个取之不尽、用之不竭的宝贵财富。法院系统的同志们一定要挖掘好、利用好这块资源,发挥好自身优势,多开展一些有指导意义和实践价值的探索和研究,加强审判经验总结,不断地提高司法工作水平。

从另一方面来说,法官办案不是机械地“套用公式”的过程,而是在认识的基础上进行思绪整合、思维创新、思辨推理的过程,是从感性认识上升到理性认识的过程。在办理具体案件时,法官要对事实认定、证据分析、法律适用、程序运作等进行深入细致的研究。这个过程融入了法官的智慧,凝结着法官的经验,是很有价值的知识积累与释放的过程,值得我们用文字的形式记载下来、反映出来。

盐城既是红色之都,又是文化名城。历史上盐城地区就人文荟萃,

文人辈出,文化底蕴浓厚。东汉“建安七子”之一陈琳、南宋时期左丞相陆秀夫、北宋宰相范仲淹、《水浒》作者施耐庵、《三国演义》作者罗贯中以及当代被誉为“党内第一笔”的胡乔木和杰出外交家乔冠华等都在此留下足迹。长期以来,盐城法院的广大法官继承悠久的历史传统,积极撰写调研文章,取得了丰硕的成果,多人多次在全国法院系统的学术讨论会中获奖。本书汇集了盐城广大法官新近撰写的调研文章,许多文章都触及了司法审判前沿中的热点和难点问题,兼具思想性、理论性和实务性。尽管本书中有的观点或许还考虑欠周,但它却能促成法官们更加勤于学习、勤于思考、勤于研究,这对司法审判工作来说不失为一个有益的推动。

一份耕耘,一份收获。我衷心希望盐城法院广大法官在应用法学研究的天空里展翅翱翔,在司法调研的园地里采摘更多的果实。

是为序。

公丕祥
二〇〇八年三月

目 录

序	公丕祥(1)
---------	----------

学理争鸣

法学教育供给与司法职业需求的不对称及其校正

——中国大学法学本科教育改革的基本出发点 徐清宇(3)

行政作为与行政不作为之界分及其意义 马生安(18)

论行政合理性司法审查的标准 张翠娟(27)

“扳道并轨”:走出理论与模式二重围城

——破解我国诉讼交叉困境之对策研究 李晓斌(40)

论我国实现更正登记的法律程序

——兼谈异议登记制度的完善 刘仁海(53)

有期自由刑的数罪并罚方法比较研究

——兼谈我国有期自由刑数罪并罚制度的完善 周永军(67)

债权转让制度若干问题研究 谭 斌(81)

死亡赔偿金的定性与分配

——从民事侵权的视角出发 施兆军(94)

试论股东代表诉讼中公司的诉讼地位 曹 剑(105)

实务探讨

我国侵权制度中不真正连带责任实务研究 朱文峰(115)

2 审判新视野

夫妻共同债务推定规则的缺陷及其完善

——《婚姻法司法解释(二)》第24条之检讨 唐雨虹(128)

交锋 界限 融合:现代司法对民间习俗的回应与平衡

..... 徐俊华 朱 薇(137)

民俗习惯的司法运用研究 丁益钧(150)

物业公司的安全保障义务问题研究

——以第三人介入侵权为视角 黄旭东(159)

民事推定规则研究 卢建军(173)

撤销缓刑若干问题研究

——以再犯新罪和发现漏罪为视角 于 浩(187)

强迫交易罪法律适用问题研究

——以客观形态、主观犯意及司法裁量等为视角 林 毅(198)

当前审理敲诈勒索罪的难点探讨

——兼议该罪的立法完善 季玉亮(208)

论商标权与企业名称权的冲突及其解决 贾 娟(217)

论我国现行政判决形式的不足与完善 韩 标(230)

公诉举证中的证据瑕疵问题及其解决

——兼论审判权对公诉权制约之必要 刘智明(242)

制度构建

“官”民和谐的助推器

——以构建行政诉讼调解制度为研究进路 许成华(255)

论劳动争议司法解决机制的完善

——以劳动争议审判组织改革为视角 李晓平(267)

法律传播的司法回应 杨 奇(279)

对涉诉信访的理性思考及处理程序设计 朱梅芳(290)

浅议人民法院进行法医学审核的必要性和重要性

——由3例错误鉴定所引发的思考 周从禹(301)

现行医疗事故鉴定体制的反思及重构 张东祥(312)

民事执行和解制度的价值取向与程序架构 牛建山(324)

学理争鸣

法学教育供给与司法职业需求 的不对称及其校正

——中国大学法学本科教育
改革的基本出发点

徐清宇

[内容提要] 法学教育最基本的功能是培养和产出法学专业人才能这样的“产品”，而这些“产品”又直接或间接地为司法实务部门所用，实际上法学教育与司法职业之间存在着一种供需关系。这种关系同样应符合经济学中市场供求关系的基本原理，这是两者相互关系的内在规律。但目前的现状是法学教育与司法职业的供需关系处于不对称的失衡状态，供需矛盾突出。应立足于供求关系原理，尊重客观规律组织法学教育，实现与司法职业之间的最大均衡。

[关键词] 法学教育 司法职业 供求关系 供需矛盾

引言：期待已久的供需见面会

近 20 多年来，中国的法学教育得到了迅猛发展，法学教育机构成倍增加，培养了大批具有法律专业功底的司法人才，为提高司法队伍的整体素质、推动司法和法治现代化作出了重要贡献。但是，在表象繁荣的背后也存在隐忧，近年来法学本科毕业生就业形势越来越严峻可以佐证。2006 年 11 月，江苏省暨南京市 2007 届高校毕业生公益性供需洽谈会共提供 3 万多个职位，其中法学类仅占 0.5%。^① 2006 年江苏省镇江市法院系统拟招 6 名聘

^① 姜丹：“法学毕业生就业遭遇高门槛”，载《人民法院报》2006 年 12 月 15 日第 3 版。

任制书记员,结果短短几天时间就有434人报名,其中不乏北大、南大、法大等名牌高校的大学生。^①武汉大学法学院院长曾令良认为法律人才出现了“相对过剩”的情况,并预测未来几年法学就业形势还将继续严峻;南京师范大学法学院党总支书记贲国栋也认为,从目前的就业情况来看,法学专业有被打进“冷宫”的趋势。^②从实际情况来看,许多法科学生面临着“毕业即失业,毕业即转行”的困境。这一现象在一定程度上反映了法科学生的市场需求严重下滑的问题,与10年前法学毕业生炙手可热形成极大的反差。

根据市场供求关系的经济学原理,笔者认为,产生这一问题的根源在于法学教育与司法职业的供需关系出现了失衡。朱苏力教授曾经指出,就毕业生而言,中国法学院的产品还不能满足社会的急迫需求,同时表现为产品的紧缺和过剩。紧缺的是两端,过剩的是中间产品。^③笔者认为,朱苏力所说的紧缺与过剩,不是简单意义上的紧缺与过剩,而是供需严重失衡的结构性紧缺与过剩。从根本上说,认识并校正这种不对称,就是中国大学法学本科教育改革乃至法律人才培养改革的基本出发点。对此,笔者试从供需关系角度对当前法学教育存在的问题进行剖析,并提出法学教育改革的粗略见解,以期对改进法学教育、推进司法职业化有所裨益。

一、不甚明朗的信号:司法职业需求的模糊性给法学教育带来盲目性

法学教育的最基本挑战就是法学院的产品,即毕业生和学术成果能否满足中国社会发展的需要。^④但是,作为法学教育产品主要需求者之一的司法机关,对这一供求关系的正常发展并未发出明朗而又确切的信号。

(一)司法职业需求不明确

1. 司法职业的技术性标准不明确。《法官法》对法官任职条件的规定中最根本、最具实质内容的,一是教育背景,二是司法资格。法学本科学历是完全符合教育背景条件的,只要再通过了司法考试,就具备了《法官法》所规

① 王评、王留勇、万凌云:“北大本科毕业生争聘地方法院书记员惹争议”,载《扬子晚报》2007年6月24日。

② 娄银生:“法学毕业生就业究竟难在哪”,载《人民法院报》2006年12月16日第3版。

③ 朱苏力:“中国法学教育面临挑战”,载《法制日报》2007年6月3日第13版。

④ 朱苏力:“中国法学教育面临挑战”,载《法制日报》2007年6月3日第13版。

定的任职条件。^①但是,进入法院做了法官,并不意味着就能做好法官。这两个条件仅是基础的背景性和资格性条件,而作为职业化的法官还得具备一系列深刻的、内在的技术性标准。这些标准才是司法职业化的精髓所在,也应当成为法学教育的追求目标。然而,法官职业的特质与具体内容是什么,职业化的法官应具有什么样的条件,法学院应为司法职业提供什么样标准的人才,对于这些问题,司法本身就似乎语焉不详,使得法学教育无所适从,难以按需施教。

2. 司法职业的层次性需求不明确。我国实行的是四级法院体系,不同级别法院的基本功能存在显见的差别,低级别法院的主要任务是审理大量的普通案件,解决实际纠纷;而高级别法院在承担法院基本职能的同时,更多地侧重于监督指导、制定政策,以及统一司法的标准和尺度等。这种差异性在对法官的需求上应有不同体现,不同级别的法官应当规定不同的职业化标准,但是《法官法》和其他法律法规对此并未作出区分。同等条件的法学院校毕业生既可以到基层法院做法官,也可以到中级法院、高级法院甚至最高法院做法官。这方面的模糊势必会带来法学教育内容设置与导向定位上的迷惑。

3. 司法职业的地域性需求不明确。我国地域辽阔,东西、南北区域差异巨大,经济社会发展很不平衡,社情民意、风土人情亦大相径庭。案件的层次、类型、数量在不同地区法院也有不同的反映,形成了对法官不一样的需求。但是,目前司法系统没有对这种地域差异发出明显信号。中西部地区法律院校无法有针对性地培养能满足本地需求的法律人才,而按照东部发达地区的标准出来的法律人才又往往“孔雀东南飞”,导致法学毕业生的引进上存在严重的区域失衡。

(二) 司法职业需求不旺盛

司法职业化程度较高国家的实践证明,司法职业化程度和法学教育之间存在一定的正向函数关系:职业化程度越高,对法学教育的需求和依赖也越强,反之则弱。我国司法职业化的现状是起点低、总体层次不高,故对法律人才不仅需求不旺,而且引力不强,难以引起法学教育的共鸣。这一现象

^① 当然,仅具备了这两个条件还不够,要想进法院还要通过“公务员”考试。这个条件虽然《法官法》中没有规定也不宜规定,但实际上却成了我国特有体制下法科毕业生要想成为法官的又一道门槛。

形成两方面不良倾向:一方面是司法职业应该有强烈的人才需求但实际上表现得并不强烈;另一方面是司法职业对法学教育和法律专业人才的依赖度不高,司法职业的主导力量并非是来自法律院校。

(三) 司法职业需求不开放

司法活动自身固有的消极被动性决定了其职业化建设的相对封闭性。司法职业与法学教育之间的交流不畅客观存在并难以消除。

一方面,司法过程不够开放。司法权的运行特别是司法政策的决策过程公开性不足。有学者认为,所谓“理论与实践”脱节问题,主要问题不在学校,而在许多地方的法院、检察院的工作存在“脱法”现象,所谓的“潜规则”替代了法律。这是不能怪罪法学教育的,我们不能要求学校脱离法律规定而教育学生如何适应非法的现实,我们也不能要求学校不对现实的法律作出评价。^① 这种观点虽有偏激之嫌,但值得深思。

另一方面,司法职业化建设也不够开放。目前,司法职业化还是一个依靠公权推进的过程,封闭起来进行,关起门来做事,有种“孤芳自赏”的味道,职业化的基本信息缺乏向法学教育界的经常性的主动传递,使法学教育介入这一过程的积极性和能动性均显不足。司法职业化与法学教育有着天然的联系,如果两者各行其是,则对两者都是不利的。对于司法职业化而言,如果缺少了法学教育层面的理论支撑,缺少了对法学教育成果的吸收利用,不仅理论基石不稳,而且还会失去法学教育的应有关注。司法职业化对法学教育开放,不仅可以给法学教育注入新鲜血液、充实教育内容,而且,利于其准确地进行产品定位。

(四) 司法职业需求不正确

1. 职业需求标准不正确。一些法院在招收人才时重学历、轻能力,搞“唯学历论”,导致法学本科生成为“廉价”产品。学历越高,越有可能进入高一级的法院,被任命为法官的职业背景要求越宽松。^② 学历虽然代表了一定的知识,但未必就代表了能力。法官职业具有特殊性,正如霍姆斯所说:“法律的生命一直并非逻辑,法律的生命一直是经验。”^③ “唯学历论”不仅偏离了法官职业的实践性特质,而且与法官遴选制度存在矛盾与冲突。

① 周永坤:“法学院扩大招生应尽快结束”,载《法制日报》2007年6月3日第15版。

② 参见《法官法》第9条的规定。

③ [美]本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆1998年版,第17页。

2. 职业需求定位不正确。主要表现为对法学本科生的需求定位出现偏差。产品的价值需要通过市场价格来体现,法学本科生的就业形势一定程度上也可以反映法学本科教育的价值现状。目前,最高人民法院、高级人民法院、有些中级人民法院、经济发达地区的基层人民法院在招收工作人员时已经将门槛提高到硕士以上,不再招录法学本科生,引发“本科无用论”。与此同时,经济欠发达地区和广大中西部地区经常面临本科生欲求而难觅的窘境,人才断层现象严重。所以,这种表面上的法学本科生需求态势实际上只是局部现象,不能代表整体现状。

3. 职业地域需求不正确。基于传统因素和制度设计上的原因,有些法院招收人员时侧重于本地生源,不仅压缩了法学本科生在全国范围内进入法院的空间,而且极有可能加重司法地方化。这既表现在全国范围内的不同地区之间,也表现在同一省份的不同地区之间。所以,如何建立一个法学毕业生在更大地域范围内的就业与流动机制,事关法学教育的发展和法院工作的未来。^①

二、忽视质量的产出:法学教育供给的虚胀性给司法职业带来负面效应

短短二十年来,我国的法学教育在校人数从20世纪70年代末期的700多人发展到现今的40万人。^②这种急剧增长的势头是一个令人喜忧参半的事实。令人忧虑的首先是教育机构本身的问题,不少新成立的法律教育机构并不具备必要的基础性条件。而学生数量过多,很可能甚至必然导致教育质量的下降,法学毕业生质量的下降又会进一步损害司法的品质和本来就不尽如人意的司法声誉。^③所以,法学教育的这种膨胀是缺乏必要的质量保证的虚胀,对司法职业化甚为不利。

(一) 理念不适

有学者指出,法学教育的不足与弊端归根结底在于教育理念的落后,过

^① 如有学者提出,经过严格的司法职业资格选拔后,在一省范围内,法官、检察官可以统一调配,同时建立巡回流动制度,使法官、检察官在一省范围内统一流动。这样不仅可以解决目前中西部地区法官、检察官的流失,还能摆脱司法地方化。参见陈瑞华:“让学术的更学术,让职业的更职业”,载《法制日报》2007年6月3日第14版。

^② 该数据见自最高人民法院院长肖扬2006年12月20日为徐显明主编的《中国法学教育状况》一书所作的序,中国政法大学出版社2006年版,第1页。

^③ 贺卫方:“中国法律职业:迟到的兴起和早来的危机”,载中国人民大学复印报刊资料《法理学、法史学》2005年第12期,第6页。