

法治前沿论丛

游伟 郑少华 主编

司法前沿问题讲演录 (第一辑)

上海财经大学出版社

法治前沿论丛

第12卷(2012)目录

司法前沿问题讲演录

(第一辑)

 上海财经大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

司法前沿问题讲演录(第一辑)/游伟,郑少华主编. —上海:上海财经大学出版社,2008.10

(法治前沿论丛)

ISBN 978-7-5642-0350-4/F·0350

I. 司… II. ①游… ②郑… III. 司法-研究-中国 IV. D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 158424 号

☐ 责任编辑 王 芳

☐ 封面设计 钱宇辰

SIFA QIANYAN WENTI JIANGYAN LU
司 法 前 沿 问 题 讲 演 录

(第一辑)

游 伟 主编
郑少华

上海财经大学出版社出版发行
(上海市武东路 321 号乙 邮编 200434)

网 址: <http://www.sufep.com>

电子邮箱: webmaster@sufep.com

全国新华书店经销

上海长阳印刷厂印刷装订

2008 年 10 月第 1 版 2008 年 10 月第 1 次印刷

710mm×960mm 1/16 10.5 印张 172 千字

印数:0 001—3 000 定价:21.00 元

前 言

为建立开放型的法学教学与法院建设的平台,加强法院与法学界的学术交流与互动,进一步提高法官的司法能力与法学教育的实践水平,根据上海市第一中级人民法院与上海财经大学的合作协议,从2007年秋季学期开始,由上海市第一中级人民法院每年选派九位资深法官担任主讲教师,为上海财经大学法律硕士开设“司法前沿”专题课程,系统地讲授当前司法实践中面临的新问题和法律适用的新思路。作为该课程的配套项目,上海市第一中级人民法院潘福仁院长、游伟副院长、周赞华副院长作为上海财经大学兼职教授、硕士生导师,在“司法前沿”论坛上开设讲座。2007年秋季学期的“司法前沿”课程共分九讲,“司法前沿”论坛讲座共计三场,从法律方法论、侵权法、知识产权法、物权法、房地产法、劳动法、委托理财、贿赂犯罪和审判监督程序等方面,对当前审判实践中的一些难点和热点问题进行探讨。

司法前沿课程作为法官开设的课程,内容新颖,实务性强,理论探讨深入,讲授方式生动,收到了良好的效果。法官走上法学院的讲台,讲授法律硕士课程,这是审判实践部门与法学教学机构相互协作的一种新型模式,将对法律硕士教育事业的发展产生积极的影响。它一方面,有助于法学院的学生直接了解司法实践中的前沿问题,拓展法学研究的视野,促进法学理论与审判实践紧密结合;另一方面,也有助于法官加强审判经验的总结和交流,不断汲取法学理论的新知识,提高自身的职业素养,更好地为推进我国法学人才的培养和法治化建设的进程服务。

在上海财经大学出版社的大力支持下,现根据课堂录音,将“司法前沿”课程中法官授课的内容整理出版,这对于总结教学成果、提高课程质量具有



积极意义。“司法前沿”课程应不断充实新的内容,提高质量,长期坚持,进一步推进司法实务与法学教育的交流、合作与发展。

在“司法前沿”课程的组织和安排中,上海财经大学的周仲飞副校长、法学院院长郑少华教授、总支书记李清伟教授,以及上海市第一中级人民法院的游伟副院长、研究室主任陈福民、副主任刘言浩,以及唐震、李盛等法官做了大量的组织和协调工作。在课程讲稿的整理过程中,上海财经大学法学院的学生根据录音整理出初稿,然后由各位授课法官亲自修改。在课程组织过程中,上海财经大学 JM 教育中心的苏影付出了辛勤的劳动,在此特致谢意。

2008年9月



目 录

前言

【专题报告】

- 1 司法过程中的利益衡量
演讲人:潘福仁(上海市第一中级人民法院院长、高级法官、上海财经大学兼职教授)
- 15 司法实践视角下的犯罪判定问题
演讲人:游伟(上海市第一中级人民法院副院长、高级法官、上海财经大学兼职教授)
- 29 从司法的角度分析民事案件的审判思路
演讲人:周赞华(上海市第一中级人民法院副院长、上海财经大学兼职教授)

【司法前沿讲座】

- 43 第一讲 民事侵权责任的司法适用
主讲人:陈福民(上海市第一中级人民法院研究室主任、审判委员会委员、高级法官)



- 54 **第二讲 TRIPS 协定与中国知识产权司法保护**
 主讲人:汪彤(上海市第一中级人民法院民二庭庭长、审判委员会
 委员、高级法官、法学博士)
- 63 **第三讲 物权法的理解与适用**
 主讲人:刘言浩(上海市第一中级人民法院研究室副主任、一级
 法官、法学硕士、比利时根特大学欧洲法与比较法硕士)
- 83 **第四讲 房地产纠纷案件的审理思路**
 主讲人:陈亚娟(原系上海市第一中级人民法院办公室主任、高
 级法官,现为上海市人大常委会内司委委员)
- 99 **第五讲 我国劳动合同立法对劳动关系的调整方式及其评价**
 主讲人:郭文龙(上海市第一中级人民法院审判员、高级法官)
- 113 **第六讲 委托理财纠纷疑难问题探讨**
 主讲人:宋航(上海市第一中级人民法院民三庭副庭长、一级法
 官、法学博士)
- 120 **第七讲 商业秘密审判实务当中的若干法律问题**
 主讲人:黎淑兰(上海市第一中级人民法院民五庭庭长、一级法
 官)
- 133 **第八讲 贿赂犯罪案件审判实务研究**
 主讲人:秦明华(上海市第一中级人民法院少年庭副庭长、一级
 法官)
- 142 **第九讲 审判监督与司法公正**
 主讲人:盛焕炜(上海市第一中级人民法院审监庭庭长、审判委
 员会委员、高级法官)

【 专题报告 】

司法过程中的利益衡量

潘福仁

随着经济的发展,人民群众对司法公正的要求越来越高,对法院在司法功能上发挥作用的要求也越来越高。作为法院来说,在有限的资源内如何公正高效地司法以及如何更好地把社会效果和法律效果统一起来,是一直在研究的一个问题。肖扬院长也在全国法院院长会议上专门就如何平衡司法、平衡当事人的利益、平衡刑事审判的利益提出了要求。在司法过程中,法官可以用许多方法来解释法律、适用法律,其中有一种方法被视为法官能否做出正确判决的关键所在,也被法学家称为“黄金方法”。这种法律解释方法,就是大家熟知的“利益衡量”,亦有人称之为“价值衡量”。所谓利益衡量,是指各种利益发生冲突时,特定主体对各种利益进行比较、做出评价,并进行选择的活动。利益平衡的特殊主体是审理具体案件的法官,利益平衡的客体是法官行使审判权处理的各种各样的利益关系。应该说,利益衡量作为一种法院判案的思考方法,与传统的概念法学和形式主义法学的三段论式思考方法不同,法官不仅要对照法律条文,而且要对法律条文背后的利益进行衡量,得出社会比较能够接受的结论。如何看待利益衡量在司法过程中的作用,法官在事实上如何适用法律呢?

在进一步讲解“利益衡量”之前,我先介绍一个案例。原、被告是买卖双方,其中买方是业主,卖方是开发商。他们双方签订了房屋买卖合同,该合同是相当规范的,除了对价格、质量、面积、方位、楼层都有规定之外,还对居住楼梯也有规定,并附有图纸。按规定,楼梯是S形的。在合同履行过程中,开发商发现S形楼梯将来对住户的光照以及客厅美观都带来影响,所以经有关部门批准后做了改进,即由S形改为L形,此改动没有经过业主的同

意。其中一个住在一楼的业主在交房之后,提出要求开发商承担违约赔偿责任并诉至法院。一审法院判决开发商应当完全按照合同约定履行。判决作出之后,开发商不服,上诉到中级法院。开发商的理由是改动楼梯是为了考虑整个楼层所有居民的利益,并且楼梯的改变并没有影响一楼住户的任何利益。开发商请求中级法院改判,二审法院经过衡量之后认为,开发商基于居民共同的利益而进行改动也是有道理的,由此撤销了一审的判决,驳回了原告的起诉。这个案件就充分说明了如何平衡各种利益关系。今天我将从三个方面讲述司法过程中的利益衡量问题。

一、利益衡量与司法功能的实现

(一)利益衡量的历史

1. 大陆法系中利益法学的出现

现代西方法律制度定型于19世纪初期,欧洲大陆各国在告别了自然法之后,制定了民族化的法典。根据孟德斯鸠的三权分立学说,立法权专属于立法者,法官只能忠实地执行法律而不能有所创造。理想的法官应当像自动售货机一样,一头输入各种事实材料,另一头自动跳出判决结果。法国民法典的缔造者拿破仑说:“将法律简化成简单的几何公式是完全可能的,因此,任何一个能识字的并能将两个思想联结在一起的人,就能做出法律上的裁决。”与此相适应,法学界亦为概念法学所控制。概念法学仅仅承认实在法,认为法典一旦制定出来,其体系即具有逻辑自足性,即使法律规则规定得不完整,也可以通过形式逻辑的推演得出相应的结论。不论社会生活中发生何种纠纷,均可依据适当的逻辑推理,从成文法中获得解决,不承认法律存在漏洞。而法官仅为适用法律的机械,只对立法者制定的法律做三段论的逻辑操作。即使遇有异议,法官也应探求立法者的意思,以立法者的意思为准,完全否认法官的司法活动有造法的功能。概念法学将法律概念绝对化,认为法律概念是法律规则的基础,法律秩序是完整的法律概念体系,是由逻辑、分析构成的体系。从一般的概念中,可以推导出特殊的概念;从逻辑演绎中,可以推导出适用于一般案件的法律规则。在这种思维方式的指导下,法官在案件审理过程中的主要任务是认识法律规则,并通过逻辑方法将这些规则运用到具体案件之中。

19世纪中期至20世纪初,西方各国处于从自由资本主义向垄断资本主义过渡的阶段,社会发生了巨大而深刻的变化,但僵化的概念法学不能满



是社会变化的要求。19世纪中期,德国首先出现了目的法学。目的法学的代表人物耶林认为,法律的目的在于谋求社会利益,法官适用法律时首先应当考虑的是立法者的目的。在目的法学的基础上,20世纪初,德国法学家菲利普·赫克(Philip Heck)创立了利益法学派。它以强调法官应该注意各种“利益”为核心的思想而得名。利益法学认为,利益是法律的产生之源,现代法官永远不可能成为适用法律的机器,主张“法官对立法者疏未虑及之处,应运用其智慧,自动审查各种利益,加以衡量”。利益法学承认创造法律是法官的功能之一,主张扩大法官的司法裁量权。

赫克认为:“利益法学从两个着眼点出发。第一个着眼点是,在法律制度存在的背景下,法官必然要受现行法律的约束。法官必然要调整各种利益,并且循着立法者的路子来调整各种利益冲突。当事人之间的争议使法官面对着各种利益冲突。但是,法官对人们利益冲突所做的判决要受立法者在既定法律中体现出来的对人们利益冲突所做出的评价的限制。利益法学的第二个着眼点在于,法律是不健全的,甚至在处理人们日常生活所产生的冲突时还表现出相当的矛盾性。现代立法者对法律的这种不健全性可谓耳熟能详,因此,他们并不希望法官仅仅在字面上遵循法律的规定,更重要的是法官应该熟谙法律中所包含的利益,并且在处理案件时,尽量使自己所做的利益判断能够与立法者在法律中所表现出来的利益保持一致。法官不仅仅在法律规则的框架内对案件的事实进行判断,而且还应该在法律规则出现空白的地方构建新的法律规则,以弥补法律规则的不足。换言之,法官不仅应当运用一些法律命令,而且他还必须保护那些立法者认为值得保护的一般利益。”

利益法学是为适应法律的实际目的而创设的一种方法,其目标是发现法官在处理案件过程中应该遵循的原则。法官的工作是在既定的法律秩序的范围内,使各种利益协调起来。

利益法学并不认为法官可以随心所欲地理解法律并进而做出相应的判决,而是主张法官在尊重利益的前提下,可以具有相当程度的自由裁量权。这种观点在某种程度上适应了社会需要,对司法界产生了巨大影响。由于利益法学只是从客体方面强调利益在司法过程中的重要性,而未强调作为主体的法官对利益的判断取舍,因此,第二次世界大战(以下简称“二战”)后,利益法学演变为评价法学,认为司法过程是法官对各种利益的评价和选择过程。正如德国学者罗伯特·霍恩所言,诉讼中法官的主要任务就在于

“权衡当事人的利益,并通过对个别案件的判决或对一般原则的阐释,使当事人的利益得到协调”。

2. 美国的现实主义法学

20 世纪之前的美国,也同样为法律的形式主义所支配,认为法官只能遵守法律而不能创造法律。与大陆法系所不同的是,美国的法律形式主义倡导以判例作为法律适用的大前提,用事实作为小前提,运用形式逻辑的三段论推理推出判决结论。而大陆法系的概念法学是以成文法条文作为法律适用的大前提,用事实作为小前提,运用形式逻辑的三段论推理推出判决结论。20 世纪初,受德国法学家的影响,美国哈佛大学法学院院长庞德创立了法律社会学派,认为法律的作用和任务在于承认、确定、实现和保障利益,或者说以最小限度的阻碍和浪费来尽可能满足各种互相冲突的利益。与之同时期,美国出现了以大法官霍姆斯、学者卢埃林、弗兰克为代表的现实主义法学。现实主义法学反对通过对判例的逻辑演绎来发现法律,否认法律规则的权威,而主张法律就是法官或其他官员处理案件的行为或对这种行为的预测。现实主义法学注意到司法的具体过程,认为法律的确定性不过是一个法律神话而已,法律本身是不确定的,从对法律的幻想中解放出来是走向法律现实主义的第一步,“人不是为法律而创造的,而法律却是由人并为了人才创造的”。对美国司法有重大影响的大法官霍姆斯亦指出,“法律的生命不是逻辑而是经验”,“法律就是对法院事实上要做什么的预测”。现实主义法学至今仍对美国法学和司法产生着巨大的影响。

3. 日本的利益衡量学说

“二战”前,日本作为德国法律的继受国,基本上处于概念主义法学的阶段。“二战”后,由于美国现实主义法学和德国利益法学的有力影响,20 世纪 60 年代,日本学者加藤一郎教授与星野英一教授提出了利益衡量理论并将其体系化,认为法官在适用法律之前,应当先进行利益衡量,法律只不过是取得了说服力而赋予理由的验证,离开利益的衡量只需要常人的判断力就可以了。这种学说在日本民法解释学理论界长期占据主导地位,影响着民法解释理论的发展和民事审判实务的开展。

4. 利益衡量理论在中国的出现

20 世纪 90 年代中期,我国学者梁慧星教授将日本的利益衡量理论介绍进我国,并尝试用利益衡量的方法分析案例,在我国民法理论界和实务界引起了很大的反响。此后,利益衡量的介绍和研究成为我国民法法学方法论

研究的一个热门话题。实践中,也开始经常出现利益衡量的说法,但在中国,对利益衡量问题的研究和运用还停留在一个很低的水平,更谈不上形成了什么学派。

(二)司法实践中利益衡量的必要性

随着中国社会的发展,各种新的利益诉求不断出现,大量的纠纷最终进入司法,通过诉讼的方式来解决。面对滚滚而来的诉讼洪流,法院每天面对的都是利益判断和利益的取舍。许多新型案件,要么缺乏明确的法律规定,要么现行法律无法解决问题,这就迫使法官、学者和立法机构改变法学思想,探索解决问题的新途径。利益衡量理论的产生有其历史的必然,其原因主要有以下几个方面。

1. 社会自身的快速发展

从制定法的视角看,法律是对已经成熟的社会关系的规范性调整,是对以前经验的总结,其对制定以后发生的事情不可能做出细致周全的规定。但是,法官不能以法无明文规定而拒绝判决,司法的功能及责任要求法官对不同利益进行评价、确认与合理分配。

2. 中国立法的滞后

改革开放三十年来,中国立法有了长足的进步。基本的法律框架已经具备,但仍然是粗线条的立法,就其科学、严谨以及对社会关系的覆盖程度而言,与发达国家相比仍存在较大差距。此时,如果要求自动售货机式的机械法官,只能给实践带来灾难。

3. 司法自身的规律

司法虽然是被动的、中立的,但这主要是指程序方面的。在法律的发现方面,在法律的解释方面,离开法官的主观能动性,可以说是寸步难行。法官在解释法律时,不可避免地要对法律背后所要调整的种种利益关系进行判断、权衡,以实现法律的真正目的。因此,利益衡量是司法过程中的客观存在,否认司法过程中法官的利益衡量,就意味着否认司法自身的规律。

二、利益衡量在司法过程中的具体运用

在司法过程中,利益衡量是一个客观存在的因素。无论是在刑事审判中还是在民事审判过程中,无论是在程序上还是实体上,都存在法官的利益衡量。

(一)刑事审判中的利益衡量

1. 刑事证据认定中的利益衡量



在刑事诉讼中,发现真相、惩罚犯罪的公共利益与保障人权的公共利益之间存在着严重的冲突。对非法手段获取的证据,如刑讯逼供取得的口供等,虽然可能说明事实真相,也不能采用。因为从利益衡量的角度来看,采用此类证据会破坏更高价位的价值和利益——保障人权的宪法利益。目前,刑事错案存在的主要原因就是未能从高层次上对各种利益进行恰当的权衡。

2. 刑法解释中的利益衡量

刑法的基本原则是罪刑法定,但法律规定犹如一个中心浓厚而愈向边缘愈稀薄的“框”,规范事项如在框的中心,通过形式逻辑的推理可得出结论,较为明确,愈到四周愈为模糊,以致人们分不清是属于框内还是框外时,便到了法的边缘阶段。此时,如果法官在案件中可资使用的条文处于这一区域时,便成为疑难案件,需要法官借助价值衡量的方法来进行刑法解释。此时借助于利益衡量对刑法规范做或扩大或限制的解釋,并不违反罪刑法定原则。

3. 刑事和解与利益衡量

传统的刑事诉讼程序是国家为了追诉犯罪、维护公共利益而设置,通过一系列严格的程序步步推进,最终实现刑罚权。在此过程中,无论是被告人还是被害人都难以左右诉讼的结果,只能按照法定程序完成诉讼。然而,在现实生活中,总会有当事人基于维护自身利益的考虑,在发生刑事案件之后不愿激烈对抗,希望通过协商,平和地解决纠纷。一些被害人重赔偿甚于报复,一些被告人也希望通过积极弥补自己行为所造成的伤害换取轻缓的惩罚。刑事和解已陆续出现在我国的司法实践中。刑事和解是一种以协商合作形式恢复原有秩序的案件解决方式,是指在刑事诉讼中,加害人以认罪、赔偿、道歉等形式与被害人达成和解后,国家专门机关对加害人不追究刑事责任、免除处罚或者从轻处罚的一种制度。由于犯罪情形的千差万别,笼统地将所有犯罪界定为反社会性质而剥夺被害人的处置权,会损害一些直接被害人的利益,对社会利益的维护也并无实益。在实践中,作为犯罪的直接侵害对象,被害人活生生地存在着,其遭受的伤害和损失真实而具体地呈现在人们面前,而理论上代表其利益的公诉人在诉讼中却往往难以完全代表被害人的利益,这使得“国家利益能够涵盖被害人个人利益”的理论很难自圆其说。至少对一部分有被害人的犯罪案件,人们对其性质的认识已经从单纯的对国家利益的侵害还原到了包括对被害人权益的侵害,有时后者的

利益还应当放在第一位。因此,刑事和解制度的出现也是司法机关在社会秩序的公共利益和被害人救济的私人利益之间进行利益衡量的结果。《最高人民法院关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》第4条“被告人已经赔偿被害人物质损失的,人民法院可以作为量刑情节予以考虑”的规定,也是这一利益衡量在司法解释层面的体现。

4. 酌定量刑情节与利益衡量

在建设社会主义和谐社会的要求下,中央对刑事司法工作提出了宽严相济的刑事政策。罗干同志2006年11月6日在第五次全国刑事审判工作会议上强调,要“正确执行宽严相济的刑事司法政策,实现法律效果和社会效果的统一”。司法工作者如何以宽严相济的刑事政策为指导,恰当地行使自由裁量权,对具体犯罪、具体犯罪人进行定罪科刑,就成为这一刑事政策能否得以实现的关键。在我国《刑法》中,法律赋予法官自由裁量权,最为重要的一项制度,就是酌定量刑情节。酌定量刑情节是指“我国刑法认可的,从审判实践经验中总结出来的,对行为的社会危害性和行为人的 人身危险性程度具有影响的,在量刑时灵活掌握、酌定适用的各种事实情况”。常见的酌定量刑情节主要包括:犯罪的动机和目的,犯罪手段,存在被害人过错,犯罪动机情有可原,犯罪后与被害人家属达成了赔偿谅解协议等。与法定量刑情节是法律明确规定的、不允许司法者进行任意取舍不同,酌定量刑情节未具体规定在《刑法》中,法官可以依据自由裁量权行使。酌定量刑情节是需要刑事法官进行利益衡量的。刑事法官应充分权衡刑法所保护的法益、被害人利益以及被告人的人身危险性以及其犯罪的社会危害性,做到轻重重,罚当其罪。2007年最高人民法院全面回收死刑复核权后,酌定量刑情节在死刑案件中起到了限制死刑的重要作用,死缓虽是死刑的一种,但对被告人而言是“生死两重天”。对于可杀可不杀的案件,如果出现了表明犯罪人社会危害性小、人身危险性轻的酌定量刑情节,就可以酌情减轻为死缓或无期徒刑。前不久召开的全国司法改革工作会议上,最高人民法院肖扬院长指出,今年死缓的数量首次超过了死刑立即执行的数量。

(二)民事审判中的利益衡量

1. 民事诉讼程序当中的利益衡量

法官的首要任务是认定事实。任何程序均要支出相应的成本,在查明事实的成本与争议的金额不成比例时,法官应当权衡查明客观真实的利益与诉讼成本利益,妥善地行使自由裁量权,以认定事实。此外,因为民事诉

讼中要支付相应的成本,在争议标的额很小时,应该运用相对简单的方式进行处理。比如,通过简化的程序予以处理。

2. 民法中的原则性条款与利益衡量

民法中有大量的原则性条款,如诚实信用原则、私法自治原则、公序良俗等。在一些合法利益冲突的案件中,需要利用民法的基本原则来调和双方当事人利益。此时,法官在利益衡量之后可以运用民法基本原则对一方当事人的利益施加一定的限制。对这些原则的适用如何进行平衡,可以举个案例加以分析。某一开发商以每平方米1万元的价格出售商品房,业主当时交了10万元定金。到了交房之时,当地房价已涨到每平方米2万元。开发商利用定金罚则违约,要求解除合同。这时法院若同意开发商解除合同,会造成很坏的社会影响。后来,法院按照诚实信用原则判令开发商如若违约,需要赔偿房屋现值差价。这样,取得了很好的社会效果。诚实信用原则、权利不得滥用原则为法院公正审判民事案件提供了法律支撑。

3. 知情权、隐私权与名誉权的利益衡量

新闻媒体报道与被报道者的隐私权、名誉权需要进行利益衡量。上海市第一中级人民法院曾审理过香港导演唐季礼名誉侵权案,法院在判决书中对公众人物的名誉权与新闻舆论监督权进行了利益衡量:“公众人物较之普通人具有更高的新闻价值,对公众人物的报道会引发社会关注乃至给新闻媒体自身带来更高的知名度和更大的经济利益。新闻媒体为履行其社会舆论监督职责,可以在合理限度内对公众人物进行报道,因此而造成的轻微损害,公众人物亦须忍受。但是,公众人物的名誉权并非完全不受保护。新闻媒体对公众人物进行负面报道须遵循两大原则:一是新闻报道内容基本属实,二是报道内容须与公众人物在社会中所处的角色相关。报道内容基本属实,指报道的主要内容、主要情节、报道中所称有关被报道对象的基本情况属实。新闻舆论监督对社会的发展进步固然重要,但任何权力均应在合理限度内行使,不顾客观事实、不在乎被报道对象名誉的虚假新闻报道实属对舆论监督权的滥用。社会公众利益所应关切的内容,指报道的内容与该公众人物在社会公众中所处的角色相关。如果公众人物某方面的私人生活与其在公众中所处的角色无关,则该私人生活事项并不属于公众利益所要关切的内容。不能以公众人物的名誉权为代价来满足公众的猎奇心理。”

4. 公平责任原则的适用与利益衡量

