

宁波市北仑区人民法院审判研究丛书

司法实践中的 理论

热点透视

(2 0 0 9)

邬凡敏 主编

人民法院出版社

宁波市北仑区人民法院审判研究丛书

司法实践中的理论 热点透视（2009）

邬凡敏 主编

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

司法实践中的理论热点透视: 2009/ 邬凡敏主编. —北京: 人民法院出版社, 2009. 11

(宁波市北仑区人民法院审判研究丛书)

ISBN 978-7-80217-921-9

I. 司… II. 邬… III. 司法—工作—中国—文集—2009 IV. D926—53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 203418 号

司法实践中的理论热点透视 (2009)

邬凡敏 主编

责任编辑 贾 毅
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) 67550542 (责任编辑) 67550516 (出版部)
67550558 67550551 (发行部)
网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>
E-mail courtpress@sohu.com
印 刷
经 销 新华书店

开 本 890×1240 毫米 A5
字 数 205 千字
印 张 7.625
版 次 2009 年 12 月第 1 版 2009 年 12 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-80217-921-9
定 价 20.00 元

版权所有 侵权必究

序

蒋剑巍*

法律制度终究是关乎于人的制度，法学问题也终究要为无限大众服务。正是人类从“政治人”（亚里士多德云）摇身变为“经济人”（亚当·斯密的定义），其中又暗示出并不缺乏“符号动物”（卡西尔语）的基因，人类的理性才得以不断的提升，我们也才有更大的勇气和能力来反省自己。所以，人类社会的“管理之道”始终在毫不气馁地寻求与“人性”变化的同步，法律作为管理制度重要之一种，其意义自然非凡。可是，法律制度设计、革新的始发点究竟在何处？我想，决然不会是学者拍脑袋的发明，也恐怕不能单纯寄希望于社会的自变，稳妥之路当潜藏在我们对于“具体问题”的关注之下；而问题的本源又来自于何方？是立法实践中的困惑，是司法实务中的棘手，是执法过程中的疑虑，是遵纪守法中的迷惘……但都缺少不了参与问题者对于科学的问题理论体系的认识。

近年来，人民法院在审判执行领域实践了不少鲜活的经验，对这些经验加以总结、分析和利用，不但可促使我们加深对法律本体的认识，且会对“问题”的厘清与破解产生积极作用——这显然构成了法院调研的基本动能和意义。诚如浙江高院齐奇院长所言：调研工作最紧要的是解决审判实务问题。面对人民群众对

* 浙江省宁波市中级人民法院院长。

司法工作日益增长的高期待、高要求，我们唯有不断解放思想、开拓思路，创造性地开展调查研究工作，在实践领域将问题打包，以实践需要为视角将问题破解，才能不辜负“为大局服务、为人民司法”的时代重任。

希望北仑法院将此丛书作为解决审判实务难题的重要平台，通过不懈的努力，营造出法院学习和研究的浓厚氛围，培养出一批精通调研的学者型、专家型法官，让实践发展与理论创新形成良性互动。

是为序。

2009 年 11 月

目 录

论 WTO 透明度原则与中国审判公开

制度改革 邬凡敏 (1)

民意可在规则之下实现

——关于裁判吸纳民意的思考 高 拓 (16)

司法不公抑或司法无力

——论当前我国司法权威流失缘由及

其出路 冯一文 (28)

新当事人主义论 张晓华 (47)

法律资源配置与司法公正 陈青宝 (61)

试论法官思维模式的特征和构成

——以我国法官思维为视角 高 拓 (68)

从心理压力看基层法官司法能力建设 ... 陈广秀 何菊花 (82)

速裁：实现正义的快捷方式

——对北仑区人民法院速裁机制的考察 张 怡 (105)

让速裁成为有别于一般简易程序的独立

诉讼程序 袁士增 (114)

论对恶意拖延诉讼行为的规则 杜 宇 (127)

公益诉讼法律运动中法院角色定位的思考 胡 波 (142)

明晰执行理念 提升执行效益

——宁波北仑法院院长邬凡敏接受记者专访 (153)

陪审员“陪执”：法院破解执行难的新尝试

——基于人民陪审员参与执行机制之“北仑模式”

的实证分析	邬凡敏 冯一文 (160)
罪刑均衡理论重构初探	赵 涛 (172)
对刑事附带民事诉讼制度的质疑	王潇雅 (183)
“宽罚严管”的少年刑事司法政策初探	王 群 (192)
国外少年刑法保护处分评介	王 群 (205)
票据质押三题	卞 杰 (217)
非婚生子女法律地位之检讨	何菊花 (226)

论 WTO 透明度原则与中国审判公开制度改革^①

邬凡敏^{*}

【内容提要】 WTO 透明度原则的核心要求是“以公开促公平公正”，其中对司法审判也提出了相当高的要求。以透明度原则来反思我国审判公开制度，我们在承认取得成绩的同时，也要清醒地意识到我国审判公开制度对 WTO 透明度挑战的回应还只刚刚开始，离其要求还有较大距离，存在诸多滞后性因素。对此，人民法院要在公开有关司法审判程序规定，公开相关案件的庭审过程、事实和证据的认定、判决裁定结果及执行过程等方面作出努力，进一步完善审判公开制度。

自 2001 年 12 月 11 日中国正式成为世界贸易组织 WTO 成员国以来，WTO 对我国社会经济发展各个方面的影响与日俱增，且已日渐渗透到我们每个人的日常生活中。为应对入世带来的冲击与影响，我国各行各业早在加入 WTO 前就对此进行了初步的探讨与研究，并在加入 WTO 后积极采取应对措施，也取得了较好的效果。不过，近十年的时间过去了，WTO 对我国各行各业的影响到底如何？我国相关部门所作出的应对措施是否有

^{*} 宁波市北仑区人民法院院长，法学博士。

^① 本文发表于沈四宝、褚红军主编：《入世的后过渡期下我国立法与司法的完善》，对外经济贸易大学出版社 2007 年版。

效?在多大程度上有效?还有待作一番分析与评估,为今后更好地应对作出探索。基于这一目的,本文就WTO透明度原则在过去八年多对我国审判公开制度的实际影响和司法制度的应对中还不存在的不足,以及今后的应对性措施作一探讨,以期抛砖引玉。

一、透明度原则对我国审判公开制度的基本要求

所谓WTO透明度原则,即根据GATT第10、13、16、19条、GATS第3条、TRIPs第63条等规定,要求WTO的所有成员方政府不仅要及时公布有关调整贸易方面的政策、法律法规、行政规章等,而且要公布成员方政府与其他政府及机构之间签订的双边或多边协议以及有关贸易仲裁裁决、司法判决和相关法律程序的详尽资料等;这些法律法规文件非经正式公布,不得实施;各成员国政府应当要及时或定期向有关理事会提出关于国内法律法规颁布和公布情况的报告;并设立专门的咨询机构解答其他成员方和WTO有关理事会的咨询;各成员方应公正、合理、统一地实施上述相关法规、条例、判决和决定,所谓公正性和合理性是要求各成员方应对其他成员实施非歧视原则;所谓统一性则是指成员方在其领土范围内的各地方政府均应按照中央政府所颁布的政策法规进行实施,其制定的相关规章与上一级法律法规不应有冲突或抵触。由此可见,透明度原则的主要目标在于,通过敦促成员方公布、公开有关贸易法律和政策,并规定未经公布、公开不得实施适用,从而为WTO所有成员方创造一个公平、公正的贸易环境。换言之,透明度原则希望从法律制度上保证WTO规则和成员方的承诺能得到落实,防止成员方采取不以公开公布的法律法规而以令人不能知悉、不可捉摸的“内部规则”进行国际经贸交往的做法。^①学者也指出:透明度原则的主要功能是防止和消除成员方不公开法律、法规、规章或政策措施

^① 参见秦国荣:《WTO规则与中国法制建设——以WTO透明度原则和司法审查制度为视角》,载《长白学刊》2002年第5期,第25页。

而造成的歧视待遇和由此给国际贸易带来的障碍, 监督成员方执行 WTO 各项协定。^①

对于这一原则, 我国在加入 WTO 的议定书中作出了明确的承诺。根据透明度原则的内容和相应承诺, 透明度原则的拘束力和影响不仅针对立法和行政部门, 而且还针对我国的司法部门, 因为成员方的司法审判对其贯彻执行 WTO 规则具有保障的功能。为此, 透明度原则就必然对司法审判领域也有具体的要求。这里仅以《与贸易有关的知识产权协议》相关规定为例。该协定规定, 涉及知识产权的效力、范围、取得、实施和保护, 应由任一成员方通过法律、法规、具有普通适用性的终局司法判决和行政规定予以公布。就知识产权执法而言, WTO 对司法判决的透明度提出了比较高的要求^②: (1) 司法判决和行政裁决等如果普遍适用的、关系到与贸易有关的知识产权保护协议 (TRIPs) 内容的 (如知识产权的效力、范围、获得、实施和防止滥用), 应以本国官方语言及时公布; (2) 如果没有公布的可能或必要, 应予以公开, 以使各政府和权利持有人能够得到; (3) 各成员方应把有关知识产权文件的内容全部通知“与贸易有关的知识产权理事会”, 以便由该理事会检查执行情况; (4) 各成员均有义务在其他成员要求得到某些涉及其立法、司法情况的通知时, 满足其他成员的要求; (5) 一成员如有理由认为某一方在知识产权方面的具体司法判决或行政裁决影响其在 TRIPs 下的权利, 也可书面要求被提供或被充分告知这些具体的司法判决和行政裁决。由此可见, TRIPs 协定关于透明度的规定, 对我国司法审判提出了相当高的要求。我们认为, WTO 透明度原则的核心要求就在于“以公开促公平公正”, 对于司法制度的影响最主要的就是如何进一步完善审判公开制度, 要求人民法院在公开有关司法审

① 参见曹建明、贺小勇:《世界贸易组织》, 法律出版社 1999 年版, 第 95~98 页。

② 参见曹建明:《加入 WTO 对中国司法工作的影响及思考》, 载《法学》2001 年第 6 期, 第 65 页。

判程序规定,公开相关案件的庭审过程、事实和证据的认定、判决裁定结果及执行过程等方面作出努力。

当然,人民法院贯彻执行 WTO 透明度原则、落实审判公开制度同时又要受到其例外情况的限制。透明度原则并不要求成员方泄露那些将会妨碍法律的实施、损害公共利益或特定的企业合法商业利益的机密资料。为此,在司法审判过程中,就必须注意处理好审判公开与保守国家秘密、保护法律规定的个人隐私权及有关企业的商业秘密的关系,确保这三个方面的协调一致,在不公开国家秘密和法律明确规定不能公开的情形的前提下,切实做到裁判依据、司法程序及司法活动本身的公开,促进相关案件的审判和执行等运作过程的透明化。

二、我国审判公开制度对透明度原则挑战的不适应性

面对透明度原则对我国审判公开制度的影响与约束,人民法院早在加入 WTO 之初,便在司法审判活动中,在坚持国家主权原则和法治原则的前提下,在一定程度上考虑到 WTO 包括透明度在内的各项基本原则的具体要求。几年来,人民法院按照 WTO 透明度原则的要求,牢固树立公开、公正的现代司法理念,进一步深化审判方式改革,在公开涉及贸易的有关法律、法规及政策的基础上,进一步公开有关司法审判程序规定,公开相关案件的庭审过程、事实和证据的认定、判决裁定结果及执行过程。比如,早在加入 WTO 之初,最高人民法院便向全国法院提出要求:逐步公开全部裁决文书,这无疑是为透明度要求迈出了可喜的一步。通过对这些司法审判、执行活动的公开,来促进和实现司法审判活动的公正性,彰显我国法律及司法审判的权威性和严肃性,从而充分体现我国长期以来一贯信守国际条约、惯例的坚定性,为维护我国的良好国际形象和对外贸易创造了良好而稳定的法治环境,促进了对外贸易的长足发展。

但是,在承认取得成绩的同时,我们要清醒地意识到我国司法制度对 WTO 透明度的挑战的回应还只刚刚开始,审判公开制

度离 WTO 透明度的要求还有较大距离, 存在诸多滞后性因素, 主要表现在以下六方面:

1. 裁判依据公开不尽彻底。如前所知, GATT1994 第 10 条规定, 与贸易有关的各项法律、规章、政策、决定包括司法判决, “均应迅速公布, 以便使各成员方政府和商人充分了解”。对于人民法院而言, 主要体现在裁判依据的公开上。尽管几年来, 法院系统对一些属于司法解释性质的规定、对一些个案审理的批复以及一些具有行政管理性质的规范性文件进行了规范整理, 也取得了较好的效果, 但并没有全部对外公布, 而实际上以上这些指导性文件在司法审判实践中往往正是处理案件的主要依据。当前, 就这些规范的层级看, 最高人民法院相关规范的公开相对较好, 但是在省级法院、市级法院级别的内部规范的整理却还存有不足。一些省级法院、市级法院针对本地区在司法实践中出现的法律适用的普遍性问题, 往往会进行规范, 制定一些只在本系统内有效地内部性文件, 并成为指导相关案件处理的主要依据。这些内部性规范对于当事人而言, 基本上是不能够得到的。这种做法的危害性是显而易见的, 因为审判机关根据未予以公开的内部规定作出裁判, 即存在群众经常说的“暗箱操作”问题, 即使作出的裁判结果在实体上是公正的, 也必然导致公众对其公正性产生怀疑, 更何况“暗箱操作”缺乏监督是极易产生司法腐败的。^①

2. 证人制度不够公开。我国庭审公开制度仍有与 WTO 规则冲突之处, 其中一方面是在证人制度上, 具体表现为在人证的当庭质证方面不够公开。由于目前我国民事诉讼立法对其出庭制度的不完善及公民法制观念存在的问题等种种原因, 证人出庭率极低, 在庭审中, 一方当事人拿出来的大多数是已经写好的证词, 庭上一念就完事, 证人没有出庭作证并接受当事人或法官的

^① 参见张海光:《WTO 透明度原则与中国民商审判公开制度的完善》, <http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=120419>。

质问,这在上诉审、再审案件的审判过程中表现尤其严重。而在国外及港澳台的审判实践中,证人必须接受双方当事人及代理人的盘问,以发现蹊跷,查明事实。与这个问题相关的一个问题是证人立法的缺失,既无证人透明度的法条,又无证人保护制度的法则。^①这显然不符合WTO透明度原则对司法审判公开制度的要求,而且必将导致WTO成员方政府或贸易商对我国的有关案件的裁判结论的公正性产生怀疑。

3. 案件请示汇报制度有违公开性原则。法院系统多年来形成的一个传统是上、下级法院之间实行的请示、汇报做法。下级法院习惯于就某些自认为疑难的具体案件的裁判与上级法院进行沟通。这一以解决具体案件为目的的行政性做法,透明度低,也有损于审判程序的公开性。事实上,一审法院在接到上级法院“批复”、“指示”做出判决,这样的判决即使被告人不服提起上诉,上级法院由于对案件的处理早已知道并已有定论,一般也会维持原判。这种做法不仅损害被告人的诉讼权利,使开庭审理流于形式,而且严重破坏了审级制度,使法律规定的两审终审制成为事实上的一审终审,实质上也形成了对当事人上诉权的变相剥夺,违背了上、下级法院的独立审判之宗旨。

4. 院、庭长审批制及审判委员会讨论决定重大、疑难案件制,使“暗箱操作”有了可乘之机,公开开庭流于形式,与程序的公开性、透明度要求相违背。因为公开审判要求裁判者必须要公开审理案件,亲自听取双方当事人对证据的意见和观点的辩论,即强调司法过程的亲历性。对此,我国学者贺卫方教授强调:“对当事人的言辞判断,对证人所作证言可信性的判断,都离不开判断者对被判断者的近距离观察。”^②只有这样,才能作出公正的裁判。而院、庭长审批制及审判委员会讨论决定案件,

^① 参见刘冬明:《入世后我国审判制度面临的挑战》, <http://www.qddx.gov.cn/journal/200202/arti026.htm>, 访问于2008年4月13日。

^② 贺卫方:《中国司法管理制度的两个问题》,载《中国社会科学》2000年第6期,第17页。

仅凭有关法官的汇报,并没有参与案件的庭审过程,难以全面地了解当事人双方就各自证据和理由向裁判者当面陈述的观点,因而损害了司法过程中程序的公开性原则。

5. 公民旁听制度的公开性不够。我国宪法和法律规定,除了涉及国家机密、未成年人和个人隐私等案件外,都公开审判。任何公民都可凭有效证件到法庭旁听,同时,还通过媒体公布一些案件的审理情况,接受公众的监督。但这里讲到的“向公民公开”,是指向中国公民公开,对外国公民或无国籍人一般是不公开的。目前的司法实践中,外国人如要求旁听、采访刑事案件的公开审判,应向我国主管的外事部门提出申请,由外事部门与人民法院商定后,凭人民法院发给的旁听证或者采访证进入法庭旁听或者采访,并应遵守人民法院的法庭规则。对于外国公民或无国籍人要求旁听案件审理的,如何体现国民待遇原则是一个值得思考的问题。^①同时,人民法院有这样的法庭规则:不经允许,旁听者不得记录、录音、照相和摄像。从词义上理解,经法庭允许,旁听者可以记录、录音、照相和摄像。然而在实践中,除了新闻报道工作需要的记者外,似乎没有哪一个旁听者被允许记录、录音、照相和摄像,就是当事人及其代理人,法庭也不允许其录音、照相和摄像。从这个意义上说,法院是禁止旁听者、当事人及其代理人记录、录音、照相和摄像的。^②

6. 裁判文书公开性不够。现行判决书千案一面,缺乏认证说理的情况依然存在,尤其是法官采信了什么证据,排除了什么证据,运用了哪些有效证据推证出所列事实,当事人无从知晓,裁判结果是怎么论证得出,审判人员的决定是否合理、合法,均未能反映出来。^③详细言之,目前我国在裁判文书公开方面所存

① 白岱恩:《WTO 透明度原则及对我国司法审判的影响》,载《当代法学》2001年第3期,第28页。

② 栗占荣:《论审判公开制度的改革与完善》,载《广西青年干部学院学报》2003年第5期,第15~16页。

③ 王宏壮:《论 WTO 协议体现的程序正义原则对我国司法的影响》,载《河北法学》2002年第1期,第66~67页。

在的不足主要有：立法上，对裁判文书公开没有作明确规定；一些法院错误理解当庭宣判的含义，往往事先写好判决书，后开庭审理，不顾当庭质证、认证的情况，径行宣判；很多裁判文书中不说明或不正确说明诉讼各方对事实、证据的主张，不提或不详细说明诉讼各方在审判阶段行使权利和履行义务的情况，对证据采信与否的原因、证据证明的事实内容不作说明；有些裁判文书中甚至将庭外取得的证据不经法庭调查直接作为定案根据，不说明作出裁判的事实根据和法律根据。另外，为公众查阅裁判文书设置种种障碍。绝大多数法院都不允许当事人及其代理人以外的人员或组织查阅裁判文书，即使是该案或与之有关联案件中的律师也要有其所在律师事务所出具的介绍信、当事人出具的授权委托书和律师证才能查阅。而《与贸易有关的知识产权协议》第41条第3款“对一案件是非曲直的裁决，最好采取书面形式，并说明理由——对一案件是非曲直的裁决，只能根据已向各方提供听证机会的证据作出”的规定，所要求裁决者公开其对案件的观点和对证据取舍的态度，以便当事人了解和民众的监督，体现了程序的透明性。^① 两者可谓相差甚远。

三、回应与对策：对深化我国审判公开制度改革的进一步思考

面对WTO透明度原则对我国审判公开制度提出的挑战，我们认为，唯有深化改革，进一步完善、健全审判公开制度，才是我国加入WTO后的当前所应当并且也能够采取的唯一有效的应对措施。具体而言：

（一）进一步完善裁判依据公开制度

对于裁判依据的公开，《人民法院五年改革纲要》已有涉足，《人民法院第二个五年改革纲要（2004～2008）》（以下简称《二五纲要》）和今年发布的《人民法院第三个五年改革纲要（2009

^① 韩炜：《从公开审判原则的精神内涵谈裁判文书公开》，http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=13945&k_title=从公开审判原则的精神内涵谈裁判文书公开&k_content=&k_author=，访问于2008年4月13日。

~2013)》(以下简称《三五纲要》)都对此内容进行了进一步的充实。《二五纲要》第 14 条规定:“改革和完善最高人民法院制定司法解释的程序,进一步提高司法解释的质量。最高人民法院对司法解释的立项、起草、审查、协调、公布、备案等事项实行统一组织、统一协调,并定期对司法解释进行清理、修改、废止和编纂。规范最高人民法院将司法解释报送全国人民代表大会常务委员会备案的制度。”《三五纲要》第 25 条也规定:“加强和完善审判与执行公开制度。继续推进审判和执行公开制度改革,增强裁判文书的说理性,提高司法的透明度,大力推动司法民主化进程。完善庭审旁听制度,规范庭审直播和转播。完善公开听证制度。研究建立裁判文书网上发布制度和执行案件信息的网上查询制度。”应当讲,这一做法对于完善我国裁判依据公开制度具有不可估量的重大意义,是能够从根本上解决问题的好制度。不过,对于包括省级法院、市级法院等对个案的审理具有指导意义的批复等内容并没有任何规定,正是这些地方性的规范内容造成了司法不透明现象的继续存在,并导致全国范围内的司法不统一。因此,我们认为,最高人民法院应当尽快从源头上根治这些地方化的内部性规范,明确规定这些所谓的内部性规范不得作为裁判依据,促使司法进一步的透明化。

(二) 尽快全面取消案件请示制度

针对案件请示汇报制度的危害性,《三五纲要》第 7 条规定:“改革和完善上下级人民法院之间的关系。加强和完善上级人民法院对下级人民法院的监督指导工作机制,明确上级人民法院对下级人民法院进行司法业务管理、司法人事管理和司法行政管理方面的范围与程序,构建科学的审级关系。规范发回重审制度,明确发回重审的条件,建立发回重审案件的沟通协调机制。规范下级人民法院向上级人民法院请示报告制度。完善委托宣判、委托送达、委托执行工作机制。”从字面看,这一规定的意思是在改革上下级法院之间的关系的框架下,“改革”案件请示制度,但至于如何改并没有明确提出来。我们认为,最好的改革方式是

尽快全面取消案件请示制度。理由很简单,只要在“下级人民法院就法律适用疑难问题向上级人民法院请示”的范围之内的任何探索,都不能避免对当事人上诉权的实质剥夺,都不能避免对 WTO 透明度原则的违背。而在事实上,根据该条“对于具有普遍法律适用意义的案件,下级人民法院可以根据当事人的申请或者依职权报请上级人民法院审理。上级人民法院经审查认为符合条件的,可以直接审理”的规定,已经蕴含着尽量限制案件请示的意思。而且,《二五纲要》第 13 条规定了案例指导制度:“建立和完善案例指导制度,重视指导性案例在统一法律适用标准、指导下级法院审判工作、丰富和发展法学理论等方面的作用。”这一制度的建立与完善的一个十分重大的作用就是取代现行的案件请示制度的实际功能。因此,我们认为,案件请示制度的取消是大势所趋,其最终归宿也只能是被取消,从而还当事人一个名副其实的上诉权,也真正做到与 WTO 透明度原则相一致。

(三) 完善庭审公开质证制度

如前所述,当前我国司法审判的庭审程序公开不彻底,特别是在人证的当庭质证方面不够公开,这与 WTO 透明度原则的要求还相去甚远。虽然最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第 55 条规定“证人应当出庭作证,接受当事人的质询”,第 69 条规定“无正当理由未出庭作证的证人证言,不能单独作为认定案件事实的依据”,因此从上述规定来看,证人应当出庭接受当事人的询问,但是,我国目前的民事诉讼立法对证人出庭作证义务的强制性及违背该义务的强制制裁措施却没有加以明确,因此这些规定在司法审判实践的执行就显得苍白无力。从法理上分析,证人不出庭作证、接受当事人的质询,其行为结果实际上是在妨害诉讼公开原则的贯彻执行,因而属于妨害诉讼行为。因此,世界上不管是大陆法系国家,还是英美法系国家都十分重视证人强制出庭作证制度的立法。大陆法系国家对拒不出庭作证或拒不提供证言的证人多采取拘传、罚款等处罚措施,而英美法系国家对无正当理由拒不出庭作证的证人通常以藐视法庭罪论处,