

主编：杨建学

朱福勇 著

民事法官 能动性论纲

ON THE JUDGE'S ACTIVISM
IN THE CIVIL LITIGATION

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

应用法学文库 | 主编：杨建学

朱福勇 著

民事法官能动性论纲

ON THE JUDGE'S ACTIVISM
IN THE CIVIL LITIGATION

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民事法官能动性论纲 / 朱福勇著. —北京:法律出版社, 2012. 7

(应用法学文库)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3592 - 5

I. ①民… II. ①朱… III. ①民事诉讼—法官—工作—研究—中国 IV. ①D926. 17

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 122872 号

应用法学文库

民事法官能动性论纲

朱福勇 著

责任编辑 孙东育
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 10.25 字数 251 千

版本 2012 年 7 月第 1 版

印次 2012 年 7 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 独立项目策划部

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京中科印刷有限公司

责任印制 张建伟

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

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 3592 - 5

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《应用法学文库》编委会

主 编：杨建学

副主编：张 平 陈 亮

编 委：卢代富 谭启平 李永升 谭宗泽

黄明耀 于天敏 章建东 韩德云

徐以祥 张建文

总 序

百余年来,风云激荡,国家开启现代化进程,社会迭经变迁。中国法学与民族命运共浮沉,历经数变。中国法治之路风风雨雨,坎坎坷坷;中国法律教育之旅一路探索,逶迤前行。改革开放,法学新生,日累寸进,乃有今日之成。国家顺应时代趋势,高瞻远瞩,倡导“建设社会主义法治国家”。及至今日,中国特色社会主义法律体系宣告建成,蔚为壮观。然当今中国,经济体制变革,社会结构变动,利益格局调整,思想观念变化,转型加剧突显结构矛盾,社会向学界提出挑战。社会转型催生法学转型,法学教育亟须“突围”。中国法学教育以解决中国问题为出发点,亦必以之为归宿。盖因中国有中国之问题,中国法学必须有中国意识,必须有能力把握和解决中国的法治问题。

“法者天下之公器也,变者天下之公理也”。法律是公共资源,立法者立法律为据,条贯社会;守法者以法律为凭,指导行为,充当法律请求权基础;执法者执行法律,让法律行于天下;司法

者,秉持正义,衡断纠纷,匡正法度。然法律运行于社会,非有学术之研讨、化育与引导,无法建其功。法学本基于实践亦志于实践,是知识之学、智慧之学,更是实践之学,以依法合乎正义地解决社会纠纷为其要务。陆游有诗:“纸上得来终觉浅,绝知此事要躬行”。法律是最讲求实践、注重践履躬行的学科。王泽鉴先生有言:“有实务而无理论,犹如盲目,有理论而不重实务,则近空谈”。中国并非缺乏法学理论。数十年来,主要法治国家之法学理论被大力引入,几成泛滥,又显蔡枢衡所谓的法学“殖民地”风景。中国更不乏法律实务。“为有源头活水来”,三十年改革开放,现代化进程一路高歌猛进,为法学研究所准备之实务资源无限丰富。身处伟大时代,中国当今法治实践为展开法学研究提供了广阔天地,只是“犹在深闺人未识”。而今,从“立法主义”向“应用”转变的社会需求,促动中国法学转型。为中国法学教育锦上添花。挑战与机遇并存,西南政法大学2012年首创“应用法学”学科恰逢其时。

“形而上者谓之道,形而下者谓之器。”法学理论界常以追求法学中的“形而上者”自居,带有追求弘法论“道”的自我优越感,鄙视法律实务“低级”;法律实务界则谓法学理论界“玄而又玄”,所研究者为“擒龙之术”,无以应对社会实践。而在法学界内部,理论法学与应用法学的隔膜亦复如是。应用法学研究在法学实务界与法学理论界、教育界遭到了截然不同的命运,实务界如火如荼与理论界、教育界落寞孤寂造成鲜明对照。改革开放以来,大学全面卷入市场经济大潮,斯文扫地,人文精神丧失。与此相应,大学教育之技术导向与职业化蓬勃发展。曾几何时,大学教育之技术导向与职业化成为批评的众矢之的。然天不丧斯文,国学重建及文化软实力战略,助成大学人文精神恢复。唯中国法学教育,实无力承受技术导向与职业化教育指责。若然,中国法学教育以应用为导向当备受诟病。然而,现实所提问题恰恰相反,中国法学教育所培养之法科学生竟然仍需较长时间方能应付法律实务。果如是,则中国法学教育职业化程度还远远不够,无法培养出合格的“法匠”。原因何在?从法学

教育角度看,缺乏沟通法学理论与法律实务的“应用法学”,乃是一重要原因。法学教育被称为“一种真实的职业教育”,学生从迈进法学院的第一天起就被要求像职业者那样去思考、行动,其应用性和实践性实乃学科之首要属性。诚如大法官霍姆斯所言:“法律的生命不在于逻辑,而在于经验。”法学教育的生命亦不仅在抽象的逻辑理论,更在现实生活中的源头活水。

中国当前法学体系中,本有理论法学与应用法学之分。所谓应用法学者,是旨在直接服务法律实际生活、帮助解决法律实际问题之法学分支学科总称,其代表性学科是各种部门法学。在此意义上,应用法学几成一无所不包之庞然大物。盛名之下,其实难副。究其实质,这种“应用法学”还只是停留在部门法学层次。在这个庞大体系中,每一具体部门法学,皆形成各自独立之理论体系。尽管诸部门法学均以解决法律实际问题相标榜,却处于杂乱状态。各部门法学以研究对象和研究方法为主要标准,于应用法学名义下,纵向上各自确定自己之学科地位。而诸部门法学之间壁垒森严,各自为政,扞格难通,成各自为政之局面,甚至相互踏伐,基于利益诉求争夺学术地盘。传统应用法学内部“纵向分割”,各部门法学孤军奋战,有碍通盘考量。一叶障目,不见泰山。每一种分类,无疑都是一种遮蔽。遮蔽之后需去蔽。综合运用法学理论,有效衔接法律规范与社会事实,非各部门法学单打独斗所能独力完成。欲去现行法学教育之蔽,加强薄弱环节,当形成真正之“应用法学”学科。

此“应用法学”,旨在会通理论与实践,研究对象上一改传统之“纵向”划分,在横向上贯通各部门法学,精研各法律部门于“应用”过程中所生之共同问题与共同规律。“法之理在法外。”应用法学旨在为“法之理”与“法之外”搭建学科桥梁,实现法学内部各学科之间的交叉融合,提升法律人的法律综合应用能力。既入乎其内,又出乎其外,出法入理,“顶天立地”,为“仰望星空”和“脚踏实地”建立中介,打破以部门法为界的划分方法,从横断面切入各个部门法学,突出法学知识的综合运用,实现关注对象从“立法”到“法律实

施”的转变,强化法律应用技术,特别是法律方法论研究。总而言之,应用法学要借助法律方法论,把作为权威系统的法、作为社会系统的法和作为价值系统的法有机协调起来,沟通实务与学说,促进法学进步。而应用法学,实有助于法律职业共同体的养成。法官、检察官、律师、公证员等只是法律人从事不同法律职业分化之结果,但在培养法律职业共同体的过程中,仍有赖于法律思维的训练乃至内化。就此言,应用法学的创立,是法律思维和法学教育理念的一场革命。

独立之精神,自由之思想,是现代大学之精髓。《诗经》有云:“周虽旧邦,其命惟新。”《尚书》有云:“苟日新,日日新,又日新。”思想自由与学术创新,亦是现代大学的社会职责。秉持创新理念,担当社会责任,西南政法大学首创“应用法学”学科,举“应用法学院”一个学院之力,倾力打造“应用法学”。《应用法学文库》将以关注法律职业人员等特定主体运用法律的具体行为和实际效果为宗旨,概括、提炼法律职业主体在法律实务中应当遵循的技术、方法、规律和原则,期许为法律的正确应用进而制度完善提供实际指引和理论支持。西南政法大学诚欲和海内外有志之士,共谋应用法学发展大业。“西政精神”体现为两个鲜明的办学特色,即“尚思善辩,营造论辩文化”、“厚德笃行,打造务实人才”。尚思善辩,才能目光高远。厚德笃行,才能脚踏实地。尚思,但不空谈;笃行,但不功利。这两大特色紧密联系,共同体现了学校培养人才的独特教育模式。

海纳百川,有容乃大。“应用法学”乃新生事物,初创时期,尚显幼稚,然所针对问题,实具普遍意义,直指中国当前法学教育“软肋”。“应用法学”欲深入理论,润养于经典;关注实践,立足于现实;阐幽发微,沟通实务与理论两端;回应时代需求,服务现实社会。“应用法学”之发展壮大,端赖法学理论与法律实务携手共进,践行法律,弘扬法治。涓涓细流,汇成大海。法学教育一日千里,应用法学方兴未艾。唯愿法学理论界与实务界,持开放心态,扶持发展,协力共进,共同推进中国法治事业。

巍巍上庠，国运所系。法学教育更攸关国运兴衰。孟子云：“入则无法家拂士，出则无敌国外患者，国恒亡。”近代《申报》有文指称，“今日者，国事危矣……论者每归咎于国家人材之缺乏。夫国家之人材，果真缺乏哉。所缺乏者，明法政之人材也”。其间以造就实践人才、担当践履使命的应用法学更加责无旁贷。未来泱泱之法治中国，有赖今日昂昂之有志青年；今日佼佼之青春学子，必成未来昭昭之法律精英。唯今日为应用法学尽绵绵之力，希冀他日成蔚为大观。是为序。

西南政法大学 付子堂

二〇一二年五月于重庆渝北宝圣湖畔

序

近年来,能动司法一词不断见诸报端,并成为业内耳熟能详的高频率词语之一。而学界和实务界对此问题的探究可谓见仁见智,莫衷一是。能动司法其实不同于民事法官能动性。就世界范围而言,民事法官享有的依据法律或先例合理解释、平衡、选择法律以及填补法律缺漏的特有能动性是两大法系国家较为一致的选择。随着国际交往的日增和全球一体化进程的加快,世界各国民事诉讼领域正有一种扩大司法灵活性和自由裁量权之趋势。由于历史原因,作为一个成文法国家,我国在法律意识形态方面忌讳法官僭越权限,以《民法通则》为核心的法律规范要求法官依据法律、政策、社会公德和国家经济计划审理案件。然而,“宜粗不宜细”立法原则和法律自身的局限性,显然难以满足社会发展的客观需求,在法律规定模糊或不足的情况下,无论是政治使命,还是职责使然,均要求法官予以

能动地应对,实现诉讼目的。随着社会经济飞速发展和新型疑难案件的不攀升,我国法官对个案进行合理解释、平衡、选择适用法律以及填补法律缺漏已成为时代之需,因此,加强对民事法官能动性研究具有十分重要的意义。

作为一名长期从事审判实践和学术研究的法官,朱福勇博士依托司法实践,以民事法官能动性论纲为题,从民事法官是秉承法律,坚守“三段论”的逻辑推演,沉醉于自身逻辑演绎之美,抑或以社会工程师的面目,运用其能动性裁量案件,实现司法公正这一现实问题着手,就民事法官能动性基本理论问题、民事法官能动性理论基础、民事法官能动性历史沿革、民事法官能动性的范围、民事法官能动性的原则、民事法官能动性的限度,以及我国民事法官能动性的现状及其发展前景等问题展开了相当深入的研究。全书引经据典,论证有力,既有一般原理的阐释和基本概念的界定,又有相关制度的建构,既翔实考察和总结了比较法上就此问题的基本经验,又涵盖我国民事法官能动性理论与实践的梳理和总结,既对现行立法和相关学说展开评述,又对我国民事法官能动性的现状进行了分析,并指出其存在的问题和不足,剖析其成因。在此基础之上,阐释了我国民事法官能动性确立的现实条件,并提出了我国民事法官能动性建构的具体路径。特别值得肯定的是,文章还创造性提出了构建我国特色的规则与民事法官能动共生的司法运作模式,从而使民事司法能动地回应社会多元化价值的融合、市场利益群分化罅隙的弥合、社会分层系统间的沟联等诸多需求,成功地从现实困境中突围达到实现正义、构建和谐社会的目标。当然,本书还有许多颇为独到的见解,留待读者仔细评判。因此,不难发现,本书是一部较为全面论及民事法官能动性的一部著述,将对我国民事立法和司法具有重要的参考价值。

著者已过而立之年,才考入西南政法大学攻读诉讼法学博士学

位。20余年的审判实践的积淀,无疑为他从事诉讼法学理论研究注入了新的活力,加之,他的勤奋与踏实,使其较为圆满地完成了民事法官能动性相关问题的研究,确属不易。作为导师,为学生开始“著书立说”作序,不免心生欣慰和喜悦。

当然,民事法官能动性的研究是一个系统工程,仍有许多技术性问题值得研究。在本书即将付梓之际,我衷心地希望他能够再接再厉,贡献出丰硕的学术成果,也希望有更多的人投入诉讼法学理论研究之中。

李祖军

2012年5月25日

目 录

导 论/1

第一章 民事法官能动性的基础理论/13

一、民事法官能动性的基本含义/13

二、民事法官能动性的特征/17

(一)能动的主体:法官/17

(二)能动的对象:具体个案/18

(三)能动的方法:依法自由裁量和填补 法律缺漏/18

(四)能动的根据:良心和理性/22

(五)能动的范围:案件事实、诉讼程序和 法律适用/24

(六)能动的目标:公平正义/26

三、民事法官能动性的性质/27

(一)法官对证据能动地审查与判断/28

(二)法官对程序的能动管理/28

(三)法官对法律能动的适用/29

四、民事法官能动性的功能/29

2 | 民事法官能动性论纲

- (一) 保障公民宪法和法律确认的诉权/29
- (二) 服务经济发展/31
- (三) 维护社会和谐发展/32
- (四) 提升司法权威/35
- 五、与相关概念的区别与联系/36
 - (一) 民事法官能动性与司法能动主义/36
 - (二) 民事法官能动性与裁判解释/38
 - (三) 民事法官能动性与自由心证/39
 - (四) 民事法官能动性与司法被动性、中立性/40

第二章 民事法官能动性的历史沿革/43

- 一、民事法官能动性的理论嬗变/43
 - (一) 法官能动性思想萌芽的古希腊时期/44
 - (二) 法官能动性发展的古罗马和中世纪时期/45
 - (三) 法官能动性理论纷呈的 19 世纪欧洲大陆/47
 - (四) 法官能动性发挥极至的 20 世纪的美国/51
 - (五) 法官能动性在当代社会的新发展/51
 - (六) 法官能动性在我国的产生与发展/53
- 二、民事法官能动性的实践发展/58
 - (一) 大陆法系国家:由严格规则主义到法官能动性逐步扩大/58
 - (二) 英美法系国家:法官能动性的加强到限缩/62
 - (三) 中国:“人法合治”经严格规则主义到司法能动/67

第三章 民事法官能动性的理论基础/89

- 一、民事法官能动性之争/89
 - (一) 工具抑或回应/90
 - (二) 功利抑或实用/91
 - (三) 无为抑或浪漫/92
 - (四) 多元性抑或消极中立/94
 - (五) 裁判抑或服务/94

二、民事法官能动性的认识论基础/97

(一) 法律规定与案件事实之间并非一一对应/97

(二) 法官能动地揭示案件事实/99

(三) 法官查明案件事实非绝对性/101

三、民事法官能动性的方法论基础/105

(一) 民事法官将辩证法能动地适用于个案/105

(二) 民事法官能动性呈现系统性/106

(三) 民事法官能动性与概率论/107

(四) 民事法官能动性与同一认定理论/108

四、民事法官能动性的价值论基础/108

(一) 民事法官能动性平衡法律外部价值/109

(二) 民事法官能动性平衡法律内部价值/110

第四章 民事法官能动性的原则/111

一、合法性原则/112

二、合理原则/115

三、诚信原则/117

四、公序良俗原则/123

五、公平与利益衡量原则/126

(一) 法律漏洞的填补/128

(二) 民事司法人性化/129

(三) 分配正义的矫正/130

(四) 其他法律方法的弥补/131

(五) 公开性原则/132

(六) 统一性原则/132

第五章 民事法官能动性的范围/141

一、案件事实认定/142

(一) 案件事实认定主体/142

(二) 案件事实认定的发展路径/143

(三) 诉讼模式与案件事实认定/145

(四) 证据规则与案件事实认定/146

二、诉讼程序管理/159

(一) 法官对程序的管理/160

(二) 法官调取证据权/163

(三) 法官询问权/165

(四) 法官释明权/169

(五) 法官对特殊程序的管理/170

三、法律适用/175

(一) 法律规定明确/176

(二) 法律规定模糊/178

(三) 法律规定缺位/181

(四) 法律规定冲突/185

(五) 法律适用显失公平/189

第六章 民事法官能动性的限度/193

一、民事法官能动性的限度方式/194

(一) 立法限度/194

(二) 程序规则/197

(三) 审判主体/208

(四) 审判制度与体制/215

(五) 诉讼对话机制/219

二、民事法官能动性限度的根源/225

(一) 行使权力主体的特定性/225

(二) 民事审判权的腐蚀的可能性/228

(三) 民事审判权滥用的现实性/231

第七章 我国民事法官能动性的思考/235

一、我国民事法官能动性的现状/236

(一) 难以圆满的法律规则/236

(二)粗糙的方法论/240

(三)严苛的制度约束/241

(四)步履蹒跚的司法改革/242

(五)失范的法官能动/243

二、我国民事法官能动性规制的现实条件/248

(一)程序正义与实体正义并重理念的形成/248

(二)特殊正义与一般正义平衡的需要/249

(三)法官职业化建设的稳步推进/251

(四)人民陪审员制度的渐进完善/253

(五)具有我国特色调解制度的不断健全/255

(六)指导性案例制度的规范作用/256

(七)现实审判发展的需要/258

三、规则与法官能动性共生的民事司法运作模式的构建/262

(一)确立核心理念/262

(二)明确诉讼目标/266

(三)完善相关法律/266

(四)加强指导力度/271

(五)规范裁判行为/273

(六)配套措施的保障/276

(七)营造法治环境/279

结 语/283

参考文献/287

后 记/305

《应用法学文库》后记/307