

广州法院文丛

吴树坚◎总主编

法官视野中的司法(六)

——2010年广州市法院系统第八届学术讨论会优秀论文选

王 健◎主编

上 册

人民法院出版社

广州法院文丛 吴树坚 总主编

法官视野中的司法（六）

——2010年广州市法院系统第八届学术讨论会优秀论文选

王 健 主编

（上）

图书在版编目 (CIP) 数据

法官视野中的司法. 6/王健主编. —北京: 人民法院出版社,
2011. 7

(广州法院文丛)

ISBN 978 - 7 - 5109 - 0228 - 4

I. ①法… II. ①王… III. ①法院 - 工作 - 广州市 -
文集 IV. ①D926. 2 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 069043 号

法官视野中的司法 (六)

总主编 吴树坚 王 健 主编

责任编辑 范春雪

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) 67550525 (责任编辑) 67550516 (出版部)
67550558 67550559 (发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 三河市国英印务有限公司

经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 16 开

字 数 823 千字

印 张 46.125

版 次 2011 年 7 月第 1 版 2011 年 7 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5109 - 0228 - 4

定 价 105.00 元

版权所有 侵权必究

编 委 会

总 主 编 吴树坚

编 委 黄荣康 余明永 王 健

王海波 瞿卫东 向金华

杨 勇 杨正明 刘跃南

执 行 主 编 王 健

执行副主编 王雪生 邓娟闰

执 行 编 辑 练长仁

总 序

《广州法院文丛》终于问世，我感到由衷的高兴。

这是广州法官们在总结实践经验和理论研究基础上自己撰写的丛书。无论是专著或是论文，无不倾注了法官们的心血和汗水，无不凝结了法官们的思想与智慧，相信对广大读者会有所裨益。

广州法院地处改革开放前沿，一直以来，承担着繁重的审判任务。在审判活动中，常常会遇到种种复杂、疑难的法律问题，需要法官去研究、去解决。新时期社会、经济形势的发展不仅仅对我国审判工作提出了更高的要求，而且对法官的业务素质也提出了更高的要求。令人欣慰的是，我们的法官能够迎难而上，积极探索，勤于思考，潜心研究，不断提高自身的业务水平和理论修养，不断提高分析问题和解决问题的能力，从而确保司法公正和审判任务的完成。难能可贵的是，我们的法官在超负荷工作的情况下，仍时刻关注着当前法律的热点、难点问题，利用业余时间钻研，写出文章，反映自己的真知灼见。近几年来，广州法院的调研工作也成绩喜人，硕果累累，多次在全国法院学术讨论会获奖，广州中院还被最高人民法院评为全国法院调研工作先进单位。由于有浓厚的学术氛围、坚实的群众基础和广泛的调研队伍，这为《广州法院文丛》的出版打下了扎实的基础。

“铁肩担道义，妙手著文章”。对于法官们著书立说，广州中院一直是支持和鼓励的。我们希望，通过《广州法院文丛》的系统工程，一方面能够为专心致力于法律问题研究的法官们提供一个平台，展示法官们的调研成果和广州法院的学术水平；另一方

面借此推动广州法院的调研工作，提高法官素质，进一步促进司法公正和提高审判效率。

“众人拾柴火焰高”，有广大法官的大力支持，我相信，《广州法院文丛》会越出越多，越出越好，能有更多的精品呈现给广大读者朋友。

愿我们的事业兴旺发达，愿《广州法院文丛》欣欣向荣。

广州市中级人民法院院长 吴树坚

2005年8月

前 言

理论是行动的先导。为了进一步加强审判经验总结和法学理论探讨，打造一个广州法院的研讨交流平台，广州市中级人民法院结合一年一度的全国法院系统学术讨论会征文组织活动，自2003年以来，每年举办一届广州法院系统的学术讨论会。至2010年已是第八届。

经过八年的砥砺磨洗，每年一届的学术讨论会已经成为广州法院调研工作一大亮点。广州法院的学术讨论工作不仅在全省法院处于领先地位，在全国法院系统也产生了一定影响。

自2010年3月发布《关于组织全市法院参加全国法院系统第二十二届学术讨论会的通知》以后，以“审判权运行与行政法适用问题研究”为主题的广州市法院系统第八届学术讨论会论文征集活动正式开始。两级法院高度重视，精心组织，广大干警积极参与，论文征集工作取得圆满成功。经各部门和基层法院初步选拔与推荐，共收到学术讨论会参赛论文215篇。为确保评审工作水平和质量，市中院成立了由中山大学法学院马作武教授等6位法学专家组成的论文评选委员会，实行双向匿名评审。经过认真负责、客观公正的严格评选，共评出第八届学术讨论会一等奖5篇，二等奖10篇，三等奖25篇，优秀奖31篇。在上述优秀论文中，推荐58篇上报省法院参加全国法院系统第二十二届学术讨论会征文，有29篇被省法院推荐至最高人民法院。在2010年12月底公布的全国法院评选结果中，两级法院共有14篇论文获奖，其中二等奖4篇，三等奖7篇，优秀奖3篇，获奖数量占全省获奖论文近四成（全省36篇），高居全省法院榜首。

广州法院学术讨论会取得的优异成绩，是两级法院领导高度重视调研的结果，也是广大干警尤其是论文作者的智慧结晶。学术讨论会对于我市法院总结审判实践经验，增强调研能力和提高调研水平，发现和培养理论研究人才，提高审判人员的政治和业务素质，繁荣法院文化都发挥着积极的作用。

在迎接建党 90 周年之际，我们将第八届学术讨论会的优秀论文选集，纳入广州法院文丛，公开出版。从 2005 年开始，我们每年将优秀论文书名定为《法官视野中的司法》集结成册，已编印出版五辑，为保持延续性，今年书名仍定为《法官视野中的司法（六）》。在文集出版的时候，我们要特别感谢多年来对我市法院学术讨论工作给予悉心指导和大力支持的各位法学专家。

由于时间仓促，水平有限，本书在编辑过程中难免出现纰缪，敬请作者和读者批评指正。

编 者

二〇一一年三月二十三日

目 录

上 册

综 合

能动司法及其在基层法院的实践	许 琛 (2)
行政法律规范冲突中司法权的限度与运行	
——从能动司法哲学观出发	冯 希 (14)
我国审判权共享之现状、困境及其出路	
——以合议制的案件审理为视角	叶安东 (27)
审判权行使过程中的利益考量及其规制	李远强 (40)
扭曲与矫正：司法为民与审判权的关系	钟尉函 陈一帆 (52)
能动司法的中国语境和展开：从理论到实践	崔 剑 (65)
解开审判权良性运行的束缚	
——以结案率指标的重构为突破口	袁丽思 (77)
监督权与审判权的平衡机制研究	
——博弈视野下的人大司法监督制度	李璐思 (90)
论我国合议制度的缺陷及其重塑	黄秋盈 (104)
论远程审判的适用规则	
——克服远程审判之不足的制度设计	付 雄 (117)
反思与回应：均衡结案之中国式困境	张金浪 (127)
对司法公正的最后一道救济	
——试述我国当前审理督办案件存在问题及其完善 ...	罗万里 (146)

刑 事

- 判后司法建议：少年刑事审判职能向社区矫正的延伸
..... 张中剑 钟淑敏 (158)
- 交通肇事逃逸问题研究 张 杰 (167)
- 从“自由”到“有限自由”：法官刑事自由裁量权的行进之路
..... 伍敏青 (182)
- 刑事和解制度探析 汤 利 (193)
- 探索量刑均衡之路
——量刑失衡的成因及对策研究 ... 邱阳平 余朝阳 唐佩莹 (206)
- 量刑程序改革之我见
——基于如何实现量刑公正的思考 邹世发 (225)
- 困境与出路
——刑事法官个案法律解释权的归位与规制 王路真 (238)
- 对抗抑或对话：量刑庭审的模式选择与程序设计
..... 何智玲 周 强 (251)
- 关于基准刑概念及其确定 何国雄 简伟杰 郑建勋 (264)
- 论刑事法官错案责任追究制度的合理构建 都龙元 (275)

民商事

- 在变异中：论公司重整实践中的审判权 张达君 (288)
- 业主自治的司法介入
——兼论民事审判权的边界 杨 凡 (305)
- 论我国案外人异议之诉制度的完善
——以制度协调为视角 吴穗辉 崔颖华 (318)
- 通往正义与自由之路：论民事一审审理方式选择权之构建
..... 张艺馨 (329)
- 民事审判权之于业主自治的作用范围
——以对业主自治纠纷的司法救济为进路 邓 娟 (343)
- 论劳动争议处理体制中诉讼制度的有效运行 李 爽 (354)
- 民事诉讼调解场景中的法官角色
——以民事诉讼结构中审判权与诉权的博弈为视角 ... 卢秋莹 (367)

地方性知识：先例式审判之困局与出路	
——以房地产审判中对“先例”的遵循和背离为视角	
.....	黄彩丽 (379)
房地产纠纷中的民事、行政交叉问题研究	
——从请求权基础的角度	陈嘉贤 (393)
知识产权诉讼禁令的制度安排与适用实践	
.....	黎炽森 郑志柱 刘 婕 (404)
论我国商标权双轨制保护制度之完善	张志荣 (415)

下 册

行 政

站在历史与未来的交汇点	
——论政府信息公开司法审查的调控与平衡	邢 曼 (428)
在尊重与制衡之间	
——试论对行政裁量基准的司法监控	卜晓虹 (442)
野蛮拆迁的文明衍进	
——我国征地拆迁行政补偿机制的反思与重构	杨 毅 (457)
法治社会下的多元化行政争议解决机制改革之构想	
.....	肖志雄 汪 毅 (469)
浅论具体行政指导行为的可诉性	
——由陈××诉中山市建设局行政违法案引发的思考	
.....	肖陈翔 (483)
现行房屋征收拆迁制度初探	
——行政主体之定位与程序之完善	王碧玉 (491)
农民工工伤认定之司法困境与路径	陈冬梅 汤 琼 (503)
论政府信息公开中的行政裁量	瞿 栋 (519)
具体行政行为程序瑕疵的司法判断	林 涛 (532)
行政程序违法之撤销责任的法律适用	黄 威 邓小春 (541)
工伤认定职权划分模式问题研究	
——兼论司法权对行政权的制约与尊重	赵盛和 (549)

上下班途中工伤认定行政案件之探讨

——试析《工伤保险条例》第十四条、第十六条的理解适用

及相互关系 邓 军 (561)

淡定中的隐忧

——行政审判信息资源利用的困境及出路 钟 涛 (571)

城市房屋拆迁中的利益衡平 何艳萍 (586)

论比例原则在我国行政诉讼中的实然与应然

——以规范行政裁量权行使为中心 蔡郁生 (599)

看守所失职行为性质辨析与刑事赔偿制度的完善

——一起“躲猫猫”类赔偿案件引发的思考 瞿 栋 (611)

国家赔偿因果关系认定的理论歧向和体系建构

——基于国家赔偿基本法理的展开 陈 丹 (623)

执 行

毫厘之内与千里之外

——迟延履行利息的性质及衍生问题研究 刘卓江 (636)

主动执行机制论要

——以广东省法院司法实践为研究样本 邬耀广 周 强 (650)

离婚妇女土地承包经营权案件的执行困境及进路探索

..... 贾志生 胡德华 (666)

论“分段集约”执行工作机制 樊春穗 肖录婷 (679)

追加、变更被执行人的程序探究与合理建构 邓丹云 (690)

执行程序中的审判权构造探析

——以案外人异议救济制度为视角 蔡培娟 (702)

附:

全国法院系统第二十二届学术讨论会广州法院获奖名单 (711)

广州市法院系统第八届学术讨论会获奖名单 (713)

综 合

能动司法及其在基层法院的实践

广东省广州市天河区人民法院 许琛*

内容提要

在中国,能动司法的概念一经提出,引起了学术和司法界的大讨论。在理论上争论不休的同时,实践早已起步,原因在于过去十年司法改革所强调的以抗辩体制为核心、法官相对消极被动的司法方式并不能满足中国社会的司法需求,片面强调案件在法律上的处理结果,机械套用法律条文,使法律脱离社会和民众的期待,这必然导致虽然是合法裁判结果,但老百姓却不理解、不认同、不接受。

本文探讨的是我国正在实施的能动司法的内涵所在,它与以美国为代表的西方的司法能动主义思潮有着本质的不同。我们也并不忌讳谈能动司法的政治目的,其最大的政治目的便是使法院工作真正服务于社会发展大局,切实化解矛盾纠纷,维护社会稳定;同时也不可避免地要探究其与司法被动性之间相离又相交的关系,司法被动性主要着眼于司法的程序运作,而能动司法着眼于实体处理上的和谐结果。

本文的重点在于分析能动司法与基层法院的契合处,认为能动司法应更多地基层法院实践。并以部分基层法院为例,分析归纳目前已在基层法院开展能动司法实践的措施和经验,如:推行的多元化纠纷解决机制、强调司法调解、开展案件的繁简分流、落实司法指引、延伸审判职能等,肯定能动司法所取得的显著成效。但同时提醒,能动司法有其局限性,过分的、不适当的或错误的能动,以及其对法官个人素质的过于依赖,都可能导致司法权不适当地干涉行政立法权、导致司法的不公和可能使法院成为政治的附属,因此法院在进行能动司法的过程中,必须明确能动司法的边界,理性地进行判断,适时保持司法的克制和谦抑。

关键词 能动司法 基层法院 实践 边界

* 许琛,女,1977年1月生,广东兴宁人,1999年毕业于中山大学法学院经济法专业,2007年获法学硕士学位。现任广州市天河区人民法院调研科审判员。

2009年5月,在杭州举行的经济复苏与能动司法——第一届长三角地区人民法院司法协作和发展论坛上,沪、苏、浙三省首次提出能动司法理念,并就能动司法在司法实践中的做法和经验进行了介绍。^①2009年8月6日,江苏省高级人民法院院长公丕祥在光明日报发表《应对金融危机的司法能动》一文,成为能动司法的最先倡导者和实践者。2009年8月28日,最高人民法院王胜俊院长在江苏等地调研时,针对全国法院工作面临的形势和任务,明确并相对系统地提出了“能动司法”的理念。^②由此引发了理论界、司法界对能动司法的热烈讨论,与此同时,在各地各级法院先行先试地积极地开展了探索和实践。本文从实践的角度关注能动司法在法院尤其是基层法院的实践和探索,同时探究其不可触碰的边界,法院和法官必须在能动与克制之间做出正确的选择。

一、能动司法的中国式理解

——国外的能动司法。关于能动司法,中西方基于不同的宪政制度和司法体制有不同的理论界说。能动司法的提法的确是个“舶来品”,《布莱克法律词典》的界定是:司法能动主义(judicial activism)是指司法机构在审理案件的具体过程中,不因循先例和遵从成文法的字面含义进行司法解释的一种司法理论以及基于此理念的行动。当司法机构发挥其司法能动性时,它对法律进行解释的结果更倾向于回应当下的社会现实和社会演变的新趋势,而不是拘泥于旧有成文立法或先例以防止产生不合理的社会后果。由概念可以看出,司法能动主义意味着法院通过法律解释对法律的创造和补充^③。司法能动主义者的法律方法一般具有三个特点:一是司法能动主义的主张,在法律解释中超越立法者意志;二是主张司法应当面对现实,而非面向历史,反对受制于先例;三是法官造法;四是追求实质正义,程序虚无主义。^④

——中国的能动司法。而在当代中国社会转型时期的司法实践中,司法能动的界定显然不同。“我们要从中国各方面的实际情况出发来研究、认识和实践这一问题(能动司法)。从根本上讲,我们所讲的能动司法,就是要发挥司法的主观能动性,积极主动地为党和国家工作大局服务,为

① 见《人民法院报》2009年6月3日第五版。

② 见最高人民法院办公厅《情况通报》第5期《坚持能动司法 切实服务大局——王胜俊院长在江苏省高级人民法院调研座谈会上的讲话》。

③ 王建国:《司法能动与纠纷解决》,载《法律适用》2010年第2、3期。

④ 杨建军:《“司法能动”在中国的展开》,载 <http://law.law-star.com/txtcac/lwk/057/lwk057s562.txt.htm>, 2010年6月7日浏览。

经济社会发展服务。”^① 它的特征包括三个方面：一是能动司法是服务型司法，人民法院必须紧紧围绕服务经济发展、维护社会稳定、促进社会和谐、保障人民权益的要求，积极运用政策考量、利益平衡、和谐司法等司法方式履行司法审判职责；二是能动司法是主动型司法，人民法院必须主动开展调查研究，认真分析研判形势；主动回应社会司法需求，切实加强改进工作；主动延伸审判职能，积极参与社会治理；主动加强沟通协调，努力形成工作合力。三是能动司法是高效型司法，人民法院必须根据经济社会发展要求，未雨绸缪，超前谋划，提前应对，努力把矛盾纠纷解决在萌芽状态。即要求法院要以积极的姿态主动介入社会生活和经济生活，力求以司法方法达到有效化解和预防纠纷，促进经济平稳较快发展的目的，回应实现“为大局服务、为人民司法”的工作主题。

——能动司法的政治目的。有学者认为，中国的能动司法，总体上属于政治话语而非学术话语，属于一种应急性的司法政治策略而非经过严密论证后的理性选择，^② 认为这是对“司法能动”的曲解、添附和歪曲^③。这一观点虽然有些偏激，但从侧面反映了两点，一是中国目前正在推行的能动司法与国外的能动司法的确有着本质的不同；二是中国的能动司法与中国的政治大背景密不可分，带有很明显的政治目的。对于这两点，苏力的观点可谓精辟。“外国司法能动主义的讨论在很大程度上与中国的司法实践没有多大关系，引证再多国外司法能动主义的论证分析都不能支持、也很难否定中国如今被称之为‘能动司法’的那些具体做法，因为法律的生命是经验，是社会需求的压力，而不是理论，相反理论最多只是对这种社会需求和法治实践的正当化。”^④ “司法确实不等于政治，但也不可能脱离政治，不可能完全独立于政治；完全独立于政治的司法本身就是一种没有现实根基的政治主张”，“有政治意识，是为了保证司法更有效地满足其参与治理国家与社会的政治功能。”^⑤

——“能动”、“主动”与“被动”。被动性是司法权的基本特征，司法活动区别于带有明显的主动性特征的行政活动的重要特征之一，是指司法权自启动开始的整个运动过程中只能根据当事人的申请包括申请行为和

① 见最高人民法院办公厅《情况通报》第5期《坚持能动司法 切实服务大局——王胜俊院长在江苏省高级人民法院调研座谈会上的讲话》。

② 杨建军：《“司法能动”在中国的展开》，载 <http://law.law-star.com/txtcac/lwk/057/lwk057s562.txt.htm>，2010年6月7日浏览。

③ 杨建军：《“司法能动”在中国的展开》，载 <http://law.law-star.com/txtcac/lwk/057/lwk057s562.txt.htm>，2010年6月7日浏览。

④ 苏力：《关于能动司法》，载《法律适用》2010年第2、3期。

⑤ 苏力：《关于能动司法》，载《法律适用》2010年第2、3期。

申请内容进行裁判而不能主动启动司法程序或擅自变更当事人的诉请内容,^①体现的是一种司法克制。其内涵有三:一是司法程序启动的被动性,司法权不主动介入当事人之间的矛盾,即“无控告即无法官”,“不告不理”。二是有限裁判,即法官裁判的范围局限于起诉书所载明的当事人和控诉请求事实。三是审判案件过程中的中立主义诉讼形式,或当事人中心主义,法官完全地居中裁判。能动司法强调以“案结事了”为目标,法院和法官可适时突破法律的规定,采取更加灵活的措施化解矛盾,它并不等同于“主动”,“主动”指的是一种积极的姿态,而能动除了这种姿态,不是包含了一种创造和开拓的意喻。

“司法能动性 with 司法被动性是一个事物的两个方面,两者并不存在不可调和的矛盾”的观点值得肯定。司法被动性主要着眼于司法的程序运作,而能动司法着眼于实体处理上的和谐结果。首先,在司法程序的启动上,法院应当恪守司法被动性的本质属性,任何时候都不能依职权主动启动司法权,否则无疑是“既做运动员又做裁判员”,使司法权沦为工具而更丧失司法权威,因为“在某种程序上,法院的这种谦抑性是令其获得大众尊重和仰视的原因之一。”^②其次,在裁判的有限性和法官中立主义诉讼模式上,因为涉及实体处理,不可避免司法能动和司法被动性会在这两个领域发生碰撞。对于其取舍、选择或综合运用,后文将作一定的论述,总的观点是,在当事人诉讼能力较弱或极不对称等情况下,即便是程序上、表面证据上毫无瑕疵,但可能影响实体公正、连法官都无法达到内心确认的情况下,应当优先考虑通过能动司法能够带来的更好的解决方案。“司法应当遵守司法权的被动性,但并不意味着法院在纠纷的处理中陷于消极被动的地位,在社会的转型或危机时期,客观现实要求法院在遵循司法被动性的同时,强化司法的能动性,以更好地化解纠纷、维护社会的稳定和秩序。”^③

——能动司法的正当性。在我国能动司法赖以生存的最大土壤便在于我国的政治、社会国情。从司法整体职能来看,司法的职能不能简单地定位在裁判纠纷上,而应定位为有效的化解矛盾纠纷,维护社会稳定,甚至担负一定的社会职能,具体如参与社会综合治理、开展法制宣传、落实“失足少年”帮教,等等,这要求无论是法院还是法官都必须能动地开展工作。原因在于:第一,能动司法是人民法院的政治性质所决定,在西方“三权分立”的体制下,司法权独立于行政权和立法权,但在我国,司法权是至关重要的执政权,人民法院是中国共产党领导下的人民民主专政的

① 王建国:《司法能动的正当性分析》,载《河北法学》2009年第5期。

② 王建国:《司法能动的正当性分析》,载《河北法学》2009年第5期。

③ 齐奇:《有效拓展能动司法领域》,载《人民法院报》2009年6月3日第5版。