

SHENPAN

QIANYAN GUANCHA

《审判前沿观察》编辑委员会 编

● 总第6辑

2010年

审判前沿观察

第1辑

重视法律方法 促进司法公正 潘福仁

论金融行业合规的概念、原则与制度 李清伟 章雯蔚

利益衡量的运用与规制——以夫妻分居期间一方举债的债务主体认定为例 王秋良 方遑

鉴定质证制度在刑事审判实践中的完善

——以提升鉴定质证质量为视角 上海市第一中级人民法院一庭课题组

第三届法院院长论坛暨“法律方法与司法公正”研讨会综述

证券类资产转让后债务承担主体的认定 宋航



上海交通大学出版社
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS

审判前沿观察

2010年 第1辑

《审判前沿观察》编辑委员会 编

上海交通大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

审判前沿观察. 2010年. 第1辑 / 《审判前沿观察》
编辑委员会编. —上海: 上海交通大学出版社, 2010
(法官文库)
ISBN 978-7-313-06837-8

I. ①审… II. ①审… III. ①审判—研究—中国—丛
刊 IV. ①D925.04-55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 189570 号

审判前沿观察

2010年 第1辑

《审判前沿观察》编辑委员会 编

上海交通大学出版社出版发行

(上海市番禺路951号 邮政编码200030)

电话: 64071208 出版人: 韩建民

常熟市文化印刷有限公司印刷 全国新华书店经销

开本: 787mm×960mm 1/16 印张: 19.75 字数: 326千字

2010年6月第1版 2010年11月第2次印刷

印数: 831~2040

ISBN 978-7-313-06837-8/D 定价: 34.00元

版权所有 侵权必究

《审判前沿观察》编委会

主 任	潘福仁			
副主任	周赞华	王晓翔	宋学东	黄祥青
委 员	顾福金	许祥云	郑文德	盛焕炜
	周荣芳	倪金龙	王 珊	沈维嘉
	庄登杰	张志杰	谷 杨	秦明华
	吴 薇	陈福民	施 杨	赵卫平
	朱 丹	宋 航	孙敬沪	奚强华
	王 犁	华双根	李学忠	

主 编	黄祥青			
副主编	王 珊	刘言浩		
编 辑	(按姓氏笔画排列)			
	于书生	武 鹏	周 欣	郭文龙
	唐 震	董礼洁		

Contents | 目录

审 判 前 沿 观 察

专家论坛

重视法律方法 促进司法公正 潘福仁/3

论金融行业合规的概念、原则与制度 李清伟 章雯尉/15

审判实务

论我国商事仲裁司法审查范围的合理界定——兼论意思

自治与司法干预的协调 申黎/37

论疑案有利于被告人原则 刘鑫/49

商事代理制度在我国法律上的适用与完善 凌捷/57

“多次盗窃”若干问题探讨 于书生/63

从危害结果角度解读绑架罪中的“杀害被绑架人”

周欣 张金玉/70

调查令相关法律问题初探 顾慧萍/77

早来的正义亦非正义——谈我国刑事一审审限 万志尧/86

专题研究

利益衡量的运用与规制——以夫妻分居期间一方举债的

债务主体认定为例 王秋良 方遑/99

房屋买卖合同纠纷案件若干问题研究 上海市第一中级人民法院课题组/108

少年法庭运作机制的现实困境与完善——以中级法院和基层法院为视角 秦明华 王列宾/135

调查分析

《劳动争议调解仲裁法》实施后申请撤销劳动争议仲裁案件的特点、原因及建议对策 上海市第一中级人民法院课题组/145

沪上聚众斗殴犯罪态势及对策研究 唐震 朱晋峰/153
职业法律人在调解中的利益博弈与选择现象调查——律师及其代理行为对诉讼调解的影响 张倩 韦自力 阎敏/160

改革探索

鉴定质证制度在刑事审判实践中的完善——以提升鉴定质证质量为视角 上海市第一中级人民法院刑一庭课题组/175
转型社会中的农村司法进路——以农村土地承包纠纷联合调处机制为研究对象 奉贤区人民法院课题组/190
审判运行中的辅助系统研究——以用科技手段辅助文书制作为视角 上海市第一中级人民法院办公室课题组/202

研讨综述

第三届法院院长论坛暨“法律方法与司法公正”研讨会综述/225
“以审判管理促进公正和效率”专题论坛综述/254

判案评析

证券类资产转让后债务承担主体的认定——中银国际证券

有限公司、沈阳和平南大街证券营业部与沈阳市银丰
典当有限责任公司上诉纠纷案 宋航/279

商标近似的判定——庄某与上海 A 餐饮有限公司侵犯商标
专用权纠纷上诉案 刘军华 陈瑶瑶/285

个人共同受贿与单位受贿的区分与认定——倪某等受贿罪
上诉案/291

劳动关系与相关民事法律关系并存时劳动关系性质的认定
及其法律适用——刘陆乡与大众交通集团追索劳动
报酬纠纷案 唐荣刚/296

公积金借款合同变更主贷人并不必然导致公积金冲还贷终止
——赵正茂诉中国建设银行股份有限公司上海金山石化
支行、王伟财产损害赔偿纠纷案 董永强/302

《审判前沿观察》稿件技术规范 / 306

后记 / 308

专家论坛

重视法律方法 促进司法公正

潘福仁*

法律方法是一个具有丰富内涵的概念。以作用的对象作为标准，法律方法可分为研究法律的方法、制定法律的方法与适用法律的方法。其中适用法律是司法审判机关最重要的职责，因此这里对法律方法的讨论主要是指司法过程中的法律方法。司法过程中的法律方法不仅是法哲学上的有关正义问题在具体的司法实践中如何实践的永恒课题，也是司法实践和法律应用的具体方法，更是当前我国法治社会建设向纵深发展必然要面临和已然面临的现实问题。新时期人民法院要实现自己的宪法使命，维护社会公平和正义，提高司法公信力，离不开对法律方法的研究与普及。

一 法律方法的现实意义

20 世纪 60 年代以来，法律方法在全世界范围内日益受到重视，并以其特有的内涵不断发挥着指导司法裁判的作用。对法院的审判活动而言，法官如何运用正确的法律方法寻求法律和事实的接合点，使案件的处理体现司法公正和司法效率，是当前我们研讨法律方法的主要目的。具体而言，法律方法具有以下四个方面的现实意义：

（一）法律方法的运用有利于维护法律秩序和法的安定性

首先，法律方法是连接既有法律的稳定性与现实生活的多样性之间的重要桥梁。法律的稳定性必然导致滞后性，法律的守成必将面临多变的现实生活的挑战。通过法律的废、立、改固然可以弥补两者之间的矛盾，然而该方法一旦被

* 上海市第一中级人民法院院长。

频繁适用,法律的稳定性和守成的品性就会荡然无存。所以,司法在弥补法律的滞后性方面也承担着重要的职责^①。通过法官在司法裁决过程中对法律方法的运用,可以有效弥合法律与现实多样性之间的间隙。通过法律解释等法律方法的运用,法律随着时代的发展而具有新的意义,法律因而具有新的生命,从而维护了法律的安定性。

其次,法律方法是阻止法官恣意性、维护法治合理性的基本方式。如前所述,法律必须具有适应复杂多变社会的“自生能力”,但法律的自生能力应在法治的框架下进行,而法律方法正是划定该种法治框架的基本手段。正如我国有学者所指出的,“法律方法的功能就在于承认‘价值有涉’的前提下,为个人价值和经验的介入提供有章可循的方法通道,使法律者能凭借各种方法去约束和指导自己的判断行为,以实现法律应用的目标:形成一个虽非唯一正确的,但要求是在充分论证基础上的具有说服力的正当性判断”。由此可见,法律方法能够在赋予法律自身以鲜活的生命力的同时,保证法律不被曲解,从而通过裁判的一致性维护法律在司法过程中的安定性和可预测性。

(二) 法律方法的运用有利于实现公平正义

法的公正性要求针对不同的情形做出不同的反应。然而法律是从纷繁复杂的社会关系中高度抽象而来的,具有普遍性的特征。法律的普遍性特征使法律只注意其适用对象的一般性而忽视其特殊性,即作为一种普遍适用的规则,法律无暇顾及个案的命运。因此,适用于一般情况能导致正义的法律,适用于个别情况的结果即可能是不公正的。这就需要法官根据个案的情况,通过法律方法的运用解释法律、把握立法目的,得出正义的判决结果,从而实现个案的公正。在我国当前环境下,这一问题表现得尤为突出。一方面,人民群众对司法功能的需要不断增长,要求司法保障的需求量日益增加,要求司法保障的范围不断拓展,案件类型也更加多元化,新的案件类型在不断出现。另一方面,我国法制现代化仍处于发展时期,与人民群众的司法需求相比,立法在及时性、准确性和科学性等方面难免存在一些不相适应的地方,并最终在司法领域表现出来。因此,法官在审理案件时,特别是在面对疑难复杂案件时,若单纯地从法律条文的字面含义出发,在处理一些疑难复杂案件时往往会感到无所适从。为此就需要法官在适用法律的

^① 参见徐国栋:《民法基本原则解释——以诚实信用原则的法理分析为中心》,中国政法大学出版社2004年版,第177~187页。

过程中,运用法律解释、法律拟制、法律推理等法律方法来弥补成文法律天然的局限性、缓解规则与事实之间的紧张关系,从而作出符合公平正义理念的判决。

(三) 法律方法的运用有利于提高司法公信力

司法公信力的高低是衡量一个社会法治程度与文明程度的标杆,也是构建法治国家的重要精神要素。法律方法在提高司法公信力、维护司法权威方面能够发挥积极作用。首先,法律方法有助有效约束法官自由裁量权的行使,防止司法权的滥用。在司法裁判无法避免“法官造法”或做到“价值无涉”的现实状况下,法律方法可对法官在适用法律中可能存在的肆意裁判形成有效约束。以法律解释为例,由于法律解释存在多种可能性,解释存在着片面、恣意的可能,裁判者随时能够以客观规范为名,行主观擅断之实。为了维护法律,解释活动必须遵守法律方法上业已系统化了的解释方法,从而减少裁判者选择的可能性和任意性。法官的行为一旦受到方法论的约束,判决的理性成分就会增加,从而更容易得到公众的认同。其次,法律方法有助于统一裁判标准,缓解公众对司法公正的质疑。人们之所以信仰法律,愿意选择法院作为解决纠纷的场所,原因之一在于其可以预先知道自己的行为是否合法并进而作出行动的选择,或者预先知道法官将依照既有法律对其受损权利进行保护^①。若法院适用法律的标准不统一、判决结果的不具有可预测性,无疑会影响公众对司法的信任。法律方法作为一种可以重复适用、程式性的法律适用规则,可以起到统一裁判标准的积极作用,从而维护司法公信。

(四) 法律方法的运用有利于维护社会稳定、促进社会和谐

党的十六大、十六届四中、五中全会明确提出建设社会主义和谐社会的理念。司法作为社会争端的最终解决机制,作为维护社会公平正义的最后一道防线,理应成为构建社会主义和谐社会的重要力量。随着我国经济社会的快速发展和人民群众法治意识的不断增强,人民群众对人民法院工作提出了一系列新要求、新期待,不仅要求人民法院对案件依法作出裁判,还期待人民法院从根本上化解纠纷、促进社会和谐。这就要求法官在案件审理过程中,既要避免把法律看成一成不变或者必有唯一答案的教条,将司法的过程视为简单对照法条得出结论的投币般的操作规程,机械适用法律,同时也要避免无视法律的基本要求或合理含义,甚至无视法律的规定,随心所欲的适用法律的情形。因此就需要法律方法

^① 刘治斌:《法律方法论》,山东人民出版社2007年版,第20页。

的指引和支撑。只有掌握了正确的法律方法,才能在办案过程中将法律推理与法律价值相结合,将法律条文的准确适用与司法目的的实现相结合,将原则性与灵活性相结合,在法律框架内作出为社会广泛接受的裁判,从而定分止争、化解矛盾,实现法律效果和社会效果的统一,构建和谐稳定的社会环境和公正高效的法制环境。

二 当前法律方法的实践现状

(一) 法律方法在我国现状

随着我国法律体系的逐步完善,法律适用所面临的主要矛盾也随之转移。20世纪90年代之前,经历了几十年法律空白的中国基本处于“无法可依”的状态,法官自由裁量权空间较大,政策在实践中的作用非常突出,甚至一度成为最重要的、高于法律的法源。新千年,中国立法有了长足的进步,以民法为例,随着《合同法》、《物权法》、《侵权责任法》等支撑性法律的相继出台,我国基本的法律框架已经初步具备。司法面临的主要问题也相应地由“无法可依”转变为法律适用中的安定性和公平性较差的问题。我国对法律方法的研究起步较晚,梁慧星于1995年出版的《民法解释学》是我国关于法学方法论中较早的研究成果。20世纪90年代末,随着台湾学者杨仁寿、黄茂荣、王泽鉴和德国学者拉伦茨关于法学方法论的著作在国内的出版和传播,法律方法的研究也日益受到学者和法官们的关注,成为法律理论研究的一个重要领域。2002年,上海法院系统专门开展了关于法律适用能力的轮训,对于提高法官运用法律方法的能力起到了积极的促进作用,取得了良好的成效。从实践来看,当面临法律界限模糊、法律条文之间相互矛盾、法律有漏洞、法律适用于个案会带来合法与合理的矛盾等问题时,法院通过灵活运用法律推理、法律解释、价值衡量、漏洞补充以及法律论证等法律方法,不仅有效的弥合了抽象的法律规范与具体的案件事实之间的罅隙,同时还促进了法律的完善和发展,更好地实现了司法公正,树立了司法威信。但由于对法律方法研究的时日尚短,因此在人民法院法律适用的实践中仍然存在影响法治建设的负面因素。

(二) 当前法律适用实践中存在的问题

1. 新法律未能得到及时有效的实施

法官在审理案件过程中,必须受到法律规则的强制性约束,这是正当裁判形成的前提,也是法律方法运用的基础。但在实践中,很多新出台的法律法规以及

司法解释未能在司法中得到有效实施。例如关于夫妻共同债务及其清偿的认定问题。2001年颁布的婚姻法第41条规定,“离婚时,原为夫妻共同生活所负的债务,应当共同偿还。”由于该条规定较为抽象,在司法实践中对于如何认定债务是否为“夫妻共同生活所负”认识不一,法律适用较为混乱。在这一背景下,最高人民法院出台了《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》,该解释第24条规定:“债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的,应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务,或者能够证明属于婚姻法第19条第3款规定情形的除外。”按照该解释,只要是婚姻关系存续期间一方所负债务,配偶另一方不论是否知道,也不论是否用于家庭,另一方都要承担连带清偿责任,除非能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务,或者能够证明第三人知道夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有。然而在目前的司法实践中,该解释未能得到很好的实施。有的法官仍然适用婚姻法第41条的规定,在认定夫妻共同债务时首先考虑该债务是否用于夫妻共同生活,然后再作出相应判决。这种“有法不依”现象的存在,造成了法律适用中的混乱,影响了法律适用的安定性。

2. 法律适用不统一,同案不同判现象较为常见

由于法学知识、理解能力、价值观念、社会实践等方面的差异性,不同法官对相同或相类似事物往往具有不同的认识和理解。而这种不同的认识和理解体现在案件审理上,就常常有可能会做出不同的裁判结论,从而导致法律适用的不统一。目前法律适用的不统一,集中体现在“同案不同判”上,如对于同样是因家庭暴力和长期虐待而导致的激愤杀人行为,不同法院量刑结果相异悬殊。司法实践中,该类“同案不同判”的现象较为常见。有时不同法院对同类案件的裁判不同,有时同一法院不同审判庭对同类案件的裁判结果各异,有时甚至同一法院的同一庭的不同合议庭针对同类案件也会作出不同的裁判。法官固然对法律有不同的理解,但不同的理解并不意味着可以各行其是,否则,一个国家的法律体系和法律内容会发生紊乱。同案不同判现象的存在,无疑不利于法律统一以及社会民众对法律的合理预期,影响了司法的权威和公信力。

3. 机械适用法律的情况多有存在

实践中,法官机械适用法律,主要有以下几种情况:①法律选择技术存在不足。在司法实践中,当有几种法律条文可以适用时,一些法官未能依照上位法优

于下位法、特别法优于普通法、新法优于旧法等原理选择适用其中最适合的条款,对于较为复杂的如法条竞合理论、请求权基础理论、请求权竞合的理论研究运用也不深入。②在案件的处理中机械地适用分则中的法律条款,不考虑适用总则中的法律条款,造成处理适当。③在裁判中不能考虑法律的基本价值如公平、诚实信用等,对适用具体的法律条文显失公平的情况,不能运用目的性限缩的方法填补漏洞,造成裁判不公。④法律解释方法过于单一。在适用法律中,不能根据社会发展的实际,充分运用最合适的解释方法进行解释,而往往只用某一方法进行解释,致使法律解释不充分、不全面,影响法律适用。

4. 法官自由裁量权运用失当

在一些需要运用法官自由裁量权的案件中不能够妥当、合理地行使自由裁量权,使得裁判结果难以为社会接受,如在精神损害赔偿案件中超越国情判处巨额赔偿金。

5. 利益平衡的思想和技术存在欠缺

随着社会的快速发展,各种利益诉求不断地通过诉讼进入司法。法院若要回应此种社会变化,引领社会前进,就要求法官具有高超的利益平衡技术。目前,在一些新型诉讼中就体现了特定利益的冲突,如言论自由与名誉权的冲突、营业自由与知识产权的冲突、劳动权与企业管理权的冲突、行为自由与受害人保护之间的冲突等。

上述法律适用中存在的问题,重则造成适用法律错误,轻则造成裁判结果不公或失当,影响法律适用的统一,也影响了公平正义的实现和司法的公信力的提高。因此,法律方法应当引起司法界的高度重视。

三 加强对法律方法的重视,提升司法能力

(一) 法律方法的主要内容

充分发挥法律方法在指导法律适用中的积极作用,首先需加强对法律方法内容的研究。关于法律方法的体系与内容,目前学界的认识并不统一,有的主张以法律发现为“龙头”构建法律方法体系,包括法律发现、法律解释、法律价值衡量、法律漏洞补充、法律论证、法律推理等;有的主张以法律解释为核心的法律方法体系,认为法律价值的衡量、法律论证以至于对法律漏洞的补充都是法律解释的形式;还有的观点主张以法律推理为核心构建法律方法体系。就法院的司法

审判实践而言,最常用到的法律方法主要包括法律解释方法、法律漏洞补充方法以及价值衡量方法。

1. 法律解释方法

法律解释方法是适用法律者为将某一规范作为判断特定案件事实的依据对规范本身“意义”进行说明和阐释的方法。由于法律语言具有先天的不确定性,法官在适用法律过程中首要的任务即是探寻法律“在今日法秩序的标准意义”。法律解释主要包括文义解释、体系解释、历史解释、目的解释、合宪性解释等。法官在解释法律时不能随心所欲,必须遵循一定的原则。首先,解释法律不能超越法律含义。对于法律含义已有明确文字表达的条款,必须严格按照法律用语的逻辑含义进行理解、解释和适用。其次,应当遵循法律解释的规则。法律解释应当首先从文义解释开始,并将文义解释作为所有解释的基础;当文义解释出现复数的结果时,应运用体系解释的方法确定法律规范的意旨;如果根据法律的字义和体系解释的方法,仍然不能确定法律规范的意义,则需要根据法律目的对规范意义进行解释;若仍不能澄清法律规范的意义时,再作原意解释。再次,应综合考虑各种法律解释方法。各种解释方法具有协力的关系,是一种互相支持、补充、彼此质疑,阐明的论辩过程。法官在解释法律时,应当以实现正义为目标,对各种解释方法作通盘性的思考、检讨。

2. 法律漏洞填补方法

由于我国目前正处于改革阶段,社会各方面的制度都在进行着重大的调整,新的社会关系不断涌现,新的社会纠纷也应运而生,而由于立法的滞后性,对这些问题往往没有相应的法律规定,而法官又不能因法无明确规定而拒绝裁判,因此需要在裁判过程中对法律漏洞进行填补。法律漏洞主要有两种情况:一是开放性的漏洞,即法律根本没有规定;二是隐藏性的漏洞,即法律虽然有规定,但适用该法律会导致不公正的结果。在司法实践中,法律漏洞的填补方法主要有类推适用、依习惯补充、依法理补充、目的性限缩以及创造性补充等。

3. 利益衡量方法

随着中国社会的发展,各种新的利益诉求不断出现,法院每天面对的都是利益判断和利益的取舍,经常需要运用被称为“黄金方法”的利益衡量方法进行裁判。例如,在刑事审判中,法官在刑事证据的认定、刑法解释、刑事和解以及酌定量刑情节方面需要进行利益衡量。在民事审判领域,在民事诉讼程序选择,民

法原则性条款的应用,知情权、隐私权与名誉权关系的处理,公平责任原则的适用,损害赔偿案件中责任的承担和损害赔偿数额的确定等方面也都离不开利益衡量方法的运用。

(二) 法律方法的运用原则

在法律方法的运用中,除法官必须遵循一定的原则,法律方法正确与否的检验也要以这些原则为依据。

1. 法律方法的运用应当遵循信赖原则

党的十五大报告提出了“依法治国,建设社会主义法治国家”的基本方略。实现法治的首要前提即为已公布的法律得到很好的实施。人民以法律作为行为的指南,依其对法律的信赖行事。法官在法律实现的过程更应尊重法律的权威,保护人民对法律的信赖。具言之,法官在适用法律过程中,应当将法律作为最高准则,在法治的框架内解决问题;在解释法律过程中法官应认真对待法律规则,对法律规范的固有意义保持克制,不得进行无根据的推测和曲解。唯其如此,方能保护人民对法律的信赖。

2. 法律方法的运用应当遵循平等原则

同等事物同等处理是法治的基本要求。所谓法律方法的平等原则,即法官对法律作出的解释必须是稳定的,适用于所有同类情况的。法官一旦对某一法条作出解释,就必须将该解释无例外地适用于所有相同的案件,以保障同案同判、同等事物同等处理。如果法律适用不遵守平等原则,法律的可期待性就会丧失。

3. 法律方法的运用应当遵循公正原则

所谓公正原则,即法律解释的结果应当符合于自然正义,在刑法中要作到罚当其罪、罪刑相当,在民法中要作到公平、诚实信用,体现分配正义、交换的正义与矫正的正义。如果法律解释得出的结果与自然正义相冲突,应及时填补法律漏洞。尊重法律,并不意味着拘泥于法律的文义,而是应当在保障法律安定性的前提下,尽可能地实现立法的根本目的和社会的根本价值。

法律方法的运用应以维护法律在司法过程中的安定性和公正性为目标。安定性是形式法治的要求,公正性是实质法治的要求。安定性意味着做法律决定的人在做决定的过程中应该尽可能地避免武断和恣意。这就要求法官在适用法律的过程中,必须以既存的法律规范为基础,并按照科学的方法适用法律规范,从而保障法律适用的确定性和可预测性。公正性要求法官在适用法律的过程中,针对不