

SHENPAN

QIANYAN GUANCHA

《审判前沿观察》编辑委员会 编

● 总第7辑

2010年

审判前沿观察

第2辑

法官对法律的追问——分享卡多佐法官的司法智慧 张 斌

宪法与司法的关系 胡锦光

中国资本市场发展与展望 周勤业

刍议我民事诉讼中对非法证据的认定 周 峰 李 兴

关于财产保全和强制措施裁定书主文制作情况分析 王建平

“司法公开”研讨会纪实



上海交通大学出版社

SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS

审判前沿观察

2010年 第2辑

《审判前沿观察》编辑委员会 编

上海交通大学出版社

内 容 提 要

本书共分为主题笔谈、专家论坛、审判实务、专题研究、调查分析、改革探索、研讨综述、判案评析等板块,既有理论探索,也有司法实践工作的总结,旨在通过对审判工作中热点、重点和难点问题的研究来总结审判经验,推动司法实务的进步。

同时,本书力争立足于法学前沿动态,吸取来自法学界的先进成果,构建法学界与司法界交流的平台。

图书在版编目(CIP)数据

审判前沿观察. 2010年. 第2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 978-7-313-07017-3

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 257516 号

审判前沿观察

2010年 第2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

上海交大印务有限公司印刷 全国新华书店经销

开本: 787 mm×960 mm 1/16 印张: 20.5 字数: 340千字

2010年12月第1版 2011年3月第2次印刷

ISBN 978-7-313-07017-3/D 定价: 34.00元

版权所有 侵权必究

Contents | 目录

审 判 前 沿 观 察

主题笔谈

法官对法律的追问——分享卡多佐法官的司法智慧 张 斌/3

卡多佐法律理念的当今意义 潘家祥/6

司法思维的守成性与能动性之思考 黄杰国/10

司法的确定性与能动性——能动司法与规则之治 许 颖/13

坚持能动司法理念，弥补司法规则不足 俞凤秀/19

专家论坛

宪法与司法的关系 胡锦涛/25

中国资本市场发展与展望 周勤业/54

审判实务

测谎结论作为民事诉讼证据之运用 谭 勇/69

行政诉讼证明标准构建研究——以行政强制措施司法审查为

视角 岳婷婷 刘志敏/80

论量刑建议制度中的审检分歧与合作——以刑事和解为视角

周 欣 张金玉/90

论商业秘密民事救济与行政救济的定位与衔接 沈 强/100

行政确认在审判权运行中的先决效力研究——从审判权与行政权的平衡路径出发 羊焕发 凌捷/112

在冲突中寻找平衡——论外商投资企业纠纷中行政审批权与司法审判权的关系 任明艳/122

房屋承租人任意解约遭拒纠纷法律问题探析——兼议《合同法》第96条的完善 蔡建辉/133

论刑法信赖原则在医疗过失中的适用 康乐/141

专题研究

刍议我民事诉讼中对非法证据的认定 周峰 李兴/153

疑难案件中法官自由裁量权的运用及限度——以金融及商事审判实务为例 张文婷/164

我国税务行政诉讼举证责任分配制度的不足与完善 韩朝炜/176

我国侦查人员出庭作证制度初探——基于司法实践的考量 陈兵/187

调查分析

关于财产保全和强制措施裁定书主文制作情况分析 王建平/201

实践呼唤小额诉讼——基于中级法院的统计数据分析
刘丽园/211

行政强制司法控制的困境与出路——透过案例的钩沉
陈根强/223

改革探索

知识产权侵权诉讼中自认规则的新解释——以自认限制为视角 刘军华 陈瑶瑶/239

论举证时限制度的现实困境与制度重构 成阳/250

劳动争议终局裁决撤销审查权之限度探析——以终局裁决事

实认定干预为视角 王剑平 孙少君/260

研讨综述

“司法公开”研讨会纪实 /273

判案评析

免责的债务承担应以债权人的明确同意为要件——远策
公司与华纪公司、赵某某合资、合作开发房地产合同
纠纷上诉案 陈福民 朱 瑞/291

特殊劳动关系权利义务的确定——陆某某与上海 X 工程
监理造价咨询有限公司其他劳动争议纠纷上诉案
徐 焰/299

经营者安全保障义务的合理限度范围——上海 X 餐饮有限
公司诉邓某生命权、健康权、身体权纠纷上诉案
潘 兵 陆文奕/304

证券投资者无权要求券商承担双倍赔偿责任——吴某诉
中国 Y 证券股份有限公司其他证券合同纠纷案
林晓君 沙 洵/311

《审判前沿观察》稿件技术规范 / 319

主题笔谈

法官对法律的追问

——分享卡多佐法官的司法智慧

张 斌*

赫尔说：读一部书，就是与几位大师交流思想，分享智慧。阅读卡多佐法官的《司法过程的性质》，深有此感。

思考之一

在卡多佐法官那里，法律是动态的法官的裁判，是填补法律空白的司法创新，是回应社会需求的现实考量，是贴近民众的社会福利，是深居简出的孜孜以求。

卡多佐法官生活的时代与今天的中国颇为相似，处于工业化、城市化高速发展的社会转型期，法律如何适应社会成为法官的追问。

20 世纪 60 年代，美国兴起一场名为“法与社会”的法律社会学研究运动。美国伯克利法学派主要成员塞尔兹尼克和诺内特共同提出了回应型司法的观点，其合著《转变中的法律与社会：迈向回应型司法》对这一理论予以了充分阐释。与此相呼应，吉尔兹在《地方性知识：从比较的观点看事实与法律》中指出：“法律，与英国上院议长修辞中那种密码式的矫饰有所歧异，乃是一种地方性知识。”

进入 21 世纪，中国引入回应型司法的理论，强调关注社会现实，认为法律应当适应社会，而非社会适应法律；法律应当回应社会需求，进而获得相应变革和发展。最高法院提出能动性司法就是回应社会对司法需求的一种考量。如何回应社会现实需求，成为司法的一道思考题和实践题。

* 上海市金山区人民法院院长。

思考之二

《司法过程的性质》重点探讨了法官的核心技能：法律适用方法。如该书23页里格斯诉帕尔默剥夺遗产继承权案：1882年，帕尔默在纽约用毒药杀害其祖父。原因是，他知道祖父已在遗嘱中为他留下大笔遗产，担心祖父因再婚而改变遗嘱使他一无所获。结果帕尔默因谋杀罪被判监禁，两个长辈亲属起诉要求剥夺其遗产继承权。

帕尔默的律师认为遗嘱有效，现被继承人死亡，帕尔默依法应当继承遗产。法官之间也有分歧，格雷法官同意律师的观点，而厄尔法官反对，认为如此判决的结果荒唐，社会难以接受。多数法官同意厄尔法官的观点。到1889年，纽约法院必须对帕尔默的两个长辈亲属的起诉要求作出判决，在祖父的遗产中指定的继承人——即使他为这项继承把他的祖父杀了——是否还能根据遗嘱继承。

该法院开始推理时承认：“的确，对于规定遗嘱制作、证明和效力以及财产转移的成文法，如果拘泥于字义进行解释，并且，如果这些成文法的效力和效果在任何情况下都不能够予以控制或者修改时，应该把财产给予凶手。”但是该法院继续指出：“一切法律以及一切合同在执行及其效果上都可以由普通法的普遍的基本的原则支配。任何人都不得依靠自己的诈骗行为获利，也不得利用他自己的错误行为，或者根据自己的不义行为主张任何权利。”因此，该凶手不能接受遗产。

这个著名的案例在德沃金的《法律帝国》中被反复讨论。纽约州法院的判决充分运用了司法技能，从而创立了一项司法原则，即剥夺杀害被继承人的继承人的继承权。但在当时法律并无明确规定。按照当时的法律规定，运用文义解释法解释法律将会得出荒唐的结论。在这种情况下，根据判例法的一条原则，即任何人不能从他的错误中取得好处，运用了自然法中的公正、伦理的原则，方法上的“黄金规则”（系统解释法）解释得出了和谐的能为社会所接受的判决，并且还创立了一项司法原则。

思考之三

中世纪法学家阿奎那将法律分为4种：自然法（正义、理性、伦理等）、实在

法(制定法如宪法、刑法、民法、行政法等)、教会法(理解永恒法的法律)、永恒法(阿奎那认为是上帝的法律)。现存两种,但自然法位阶高于实在法,就是合理性与合法性问题。因此,有人说,一位优秀的法官更多地应当考量裁判的合理性,不无道理;而且这与社会公众对裁判合理性的期盼,不谋而合。

法官对案件合法性与合理性的把握程度,取决于法官适用法律的司法技能。适用法律,包括寻找法律和运用法律两个方面。寻找法律即是发现法律,包括发现明确的法律和隐含的法律(德沃金对法律的分类)。对于明确的法律,法官直接加以推理就会实现法治,而对于隐含的法律,法官的任务就是努力去发现它。发现的方法有二:一是通过已经存在的规范性文件中去查找;二是用法律解释、法律推理的方法予以阐明隐含法律的意义,为判决适用创造条件。在此基础上,对事实定性适用法律和对行为处理适用法律。

法官对案件合法性与合理性的把握程度,不仅取决于法官适用法律的司法技能,更取决于法官的社会责任感。古人云:“在其位,谋其政,行其权,尽其责。”法官要不辱使命,不负众望,就要明确自己的职责所在,做到心中有数,进而恪尽职守。对细节决定成败的解读是:细节体现责任,责任决定成败。有人说,现代社会不缺能力缺责任。从这个意义上说,责任胜于能力。

卡多佐法官说过:“一个法官的工作,在一种意义上将千古流传,而在另一种意义上又如白驹过隙。”今天,我们学习卡多佐的著作虽然很有收获,但是对法律的追问和追求并没有结束。特别是在当代转型中国由封闭走向开放、由计划走向市场、由人治走向法治和由传统走向现代的过程中,对法官的要求越来越高,法官对法律的追问也会越来越迫切。

法律是什么? 17世纪英国伟大的法官柯克在与封建王权的斗争中,作出了精辟的归纳:“法律是一门艺术。在对它有足够的认识之前,需要长期的学习和实践。”让我们以此共勉,怀抱国家和人民的期望,遵循公正、廉洁、为民的价值观,在各自的岗位上,为国家、为人民、为法律,作出自己应有的奉献!

卡多佐法律理念的当今意义

潘家祥*

卡多佐的《司法过程的性质》一书采取了一种夹叙夹议的风格，既向我们展现了英美法系中法官形成司法决定的过程，也表达了自己关于法官应当如何发展法律以回应不断变动的社会需要的立场。它不但是实用主义法学的经典之作，还是倡导能动司法理念的代表作。

一 卡多佐法律理念的理解

（一）在法官和法律关系上的中庸立场

在法官和法律的关系上，卡多佐反对以下两个极端：一是机械执法，认为法官绝对从属于法律，是法律的喉舌，只有适用法律的义务，而没有创造法律的权利；二是绝对权力，认为只有表现在法官司法决定中的规则才是法律，法官是法律绝对垄断的、神圣的来源。卡多佐认为法官应当尊重法律，特别是宪法和制定法，但可在制定法的空白之处，在对先例进行考察的基础上进行相对自由的创造，使在过去时代制定满足过去时代需要的法律能够适应新的社会条件，满足新时期民众的期待、需要及正义感。这就可以看出卡多佐在两个极端之间选择了一个不偏不倚的中庸立场。

（二）在创造法律上的理性主义的态度

卡多佐赞成法官有创造法律的权利，但反对抛弃现有的规则、原则进行自由的创造，仅仅强调在制定法的空白处才是法官发展法律的起点，而且前辈法官的先例也是在创造时应当尊重的前提。他认为应当分别利用逻辑的方法（哲学方

* 上海市金山区人民法院副院长。

法)、历史的方法、传统的方法和社会学的方法,对先例中的法律原则和规则进行考察,标出这些原则、规则所有可能的前进方向,并在具体情境下具体衡量应当以何种力量作为在法律发展中的主导作用,而且这种发展要反复地经过检验和再检验才能最终确立起在法律中的地位,展现出一种坚实的理性主义态度。

(三) 在发展法律上的实用主义精神

卡多佐认为尽管不能忽视逻辑(哲学)方法的地位,不能小视历史和传统在法律规则形成中的作用,但对法律发展起决定作用的仍然是社会福利,不论是在其他方法对如何发展法律存在分歧时,还是因社会条件变革产生了急需满足的新的社会需要时,社会福利的权衡,即何种原则、规则是最大限度维护社会福利的,就是法律发展的目标。这可以说是高唱“社会的最大利益就是最高的法律”,展现出彻底的实用主义精神。

二 卡多佐法律理念的当今意义

(一) 尊重宪法、制定法的态度

卡多佐认为法官发展法律是在宪法、制定法的空白处,而不是抛开现有的规则、原则进行创造,表达出对宪法、制定法足够的尊重,在某种意义上说,是一种宪法、制定法至上的见解,这和我国当前提倡的司法工作“三个至上”中的内容,有部分的契合之处。

(二) 现实主义的眼光

卡多佐认为法官在尊重前辈创下的先例时,也有应当在社会变革、转型的时期,通过创立新的原则、规则,以适应新时期的公共政策,从而推动经济社会的变革,正是出于这种立场,在其任职联邦最高法院的法官时,才支持了罗斯福为摆脱当时的经济危机而采取的新政措施。而法官通过司法过程参与、推动经济社会变革,在某种意义上就是我国当前司法工作中力推的社会管理创新。

(三) 司法为民的价值导向

卡多佐认为应当密切观察先例中的原则和规则赖以存在的社会条件,在这些社会条件发生变化,社会利益的格局发生变动,公众的正义感发生转变,社会对司法服务有新的需要时,法官应当对先例中的规则、原则进行限制和扩展,甚至在必要时对其加以抛弃,从而最大限度地维护社会福利。这其实是强调司法不断顺应时代的要求,满足民众的新要求、新期待,也和我国司法工作中司法为民的

要求异曲同工。

三 卡多佐法律理念的借鉴和运用

(一) 法官造法与法官的创造性劳动

法官造法的前提是法官的权威、独立以及不偏私的品格,而我国采用的是成文法体制,我们的法官无权创造法律,但不能说我们的法官是机械的法律执行者,相反,可以在司法过程当中,在尊重现有法律的框架下,通过创造性的劳动,妥善运用各种法律推理的工具,最大限度地寻求个案的正义,追求最优的法律效果和社会效果。

(二) 法官造法与能动的司法活动

司法的特性在于被动、中立、克制,是指司法以执法办案为中心的职业特性,通过案件的审理和裁判来寻求正义,这是一种不同于一般社会正义的司法正义。这种职业特性不仅没有排斥司法的能动性,相反,为司法能动性提供了相当大的空间。因为在制定法的空白处,法官本身有一个能动的裁量权,其价值导向是社会福利或司法正义,这需要法官进行创造性的劳动,或者说是发挥法官的主观能动性,在这个意义上,司法并不是绝对的被动。在社会的转型期,不断涌现的社会利益形态,不断产生的社会冲突、矛盾,有时需要司法向前一步,适度延伸,将法律对社会利益的调整指向立法者设定的目标,从而满足已经变化的社会正义。但是不能将法院的能动作用限制在纠纷的解决上,在我国的司法体制内,还可以将法官的能动司法作用导向对纠纷的预防上,通过将司法能动的作用从解决纠纷扩展到预防纠纷,实现司法能动形态的重大创新。另外,能动司法对不同层级法院的要求也是不一样的,最高人民法院、高级人民法院分别通过对法律的解释和对法律具体适用的阐明,其能动性主要体现在,在推动法律的统一实施的同时,促进经济、社会的发展,主要发挥的是一种示范性的导向作用;而能动司法对基层法院而言,意味着在处理具体案件时,不能以消极的态度将诉讼的负担转移给当事人,而是要综合运用调解等手段尽最大努力帮助当事人解决矛盾纠纷,最大限度地追求社会效果和法律效果的统一,因此,可以说能动司法客观上存在着差异化的特征。

(三) 法官造法与法官的忠诚、克制

在判例法体系中,法官即使存在着造法的权力,但要在尊重宪法、制定法的

前提下进行，造法权力的背后是法官对自己权力的克制和对法律的忠诚，特别是对法律的忠诚，这一点已经凝结为一个判例法系中耳熟能详的司法格言——“法官除了法律，没有上级”。而我国司法的指导思想是“三个至上”，法官在进行能动司法时，不仅要尊重宪法法律的规定，还要服从党的事业和人民利益的要求，所有司法举措的创新，一切司法方法的改进，都要切实对照“三个至上”的要求，是不是符合党的事业的发展，是不是符合人民的根本利益，是不是符合宪法和法律的规定，确保能动司法的实践经得起历史的检验。

司法思维的守成性与能动性之思考

黄杰国*

《司法过程的性质》是卡多佐 1921 年在耶鲁大学为纪念一个已经去世的毕业生所作的演讲。卡多佐演讲所散发出来的魅力和思想的光芒让这个他本来不看好的演讲取得了无心插柳的效果。拜读此书的过程中，我对司法能动性这一概念有了更深理论层次上的认识。

一 司法思维的守成性与能动性

司法过程是通过法律解决社会生活中出现的各种纠纷或矛盾的一个过程或一种行为方式。在卡多佐看来，司法过程事实上就是法官运用各种方法对不同的考虑因素进行综合分析，以“酿造”一种奇怪的“化合物”的过程。可以说，司法过程的核心问题就是将抽象的带有共性或普遍性的法律适用于具体的带有个性或特殊性的人或事项，即法律和事实的结合。正是因为法律的抽象性和事实的具体化往往存在不对称性，因此司法过程在思维层面上，它集中地体现在守成性与能动性这一对矛盾上。一方面，司法思维必须是守成的，必须万变不离其宗，要根据法律进行判断。不论案件事实多么复杂，情节多么曲折，法官都必须在其思维中要抱守法律稳定的、不变的规定，否则，以法律来构造社会秩序、维护社会稳定、促进社会和谐、保障自由交往的初衷便会大打折扣。然而另一方面，由于案件事实本身的复杂多变，法官也必须能动地把案件事实带入法律的适用过程中去。所以，司法的能动性，也是非常必要的。正如卡多佐所说的，纯粹机械地重复适用规则至多只能产生一个拙劣的工匠，只有细致处理具体个案与事例才能培

* 上海市金山区人民法院民二庭庭长。

养艺术固有的创造力。卡多佐的贡献正是在于分析了法官在司法实践中如何通过司法技术解决这样的问题，如何根据时代的需要而在这二者之间徘徊，在法律的守成性与能动性之间保持平衡。

二 司法能动性的必然性需求

卡多佐最核心的思想就是对法官工作性质的清醒定位：法官的工作之所以可以流芳百世就在于他对法律的创造，按他的说法，“司法过程的最高境界不是发现法律，而是创造法律”。他认为，法官不是机械地面对法律和事实，而是要充分发挥其自身的智慧和能动性，这便是对司法创造性与能动性的要求。

（一）司法的能动性是能动的主体面对客体的必然反映

法官作为司法主体面对客体不仅仅是镜像反映，更是一种能动的反映。这种能动的反映就表现在，首先他必然会对所面对的案件证据材料进行查阅了解进入感性认识，然后在此基础上对案件的证据材料进行整理分析，上升为理性认识。当法官对案件证据的认识达到一定的阶段或层次时，甚至就在分析和认识的过程中，有可能依照其当时的认识，逐步形成对案情和适用法律的印象，而且这个印象会随着法官认识的不断深化而发生变化。

（二）司法能动性是司法过程的必然要求

法律的适用主要有四个过程，即认定案件事实，寻找可以适用案件的法律规范，解释该法律规范并和案件事实相结合，最后做出裁判。在这四个过程中，法官作为主体发挥能动性以其经历、学识、素质、能力为基础，受道德、利益、观念等多种复杂因素的驱使，对法律作出理解与解释，对证据进行分析和认定，从而对案件作出判决。这些因素中有主观因素，也有客观因素。

（三）司法能动性是法律局限性的必然要求

法律是由同样作为意识主体的立法者为规范现实发生或可能发生的社会现象而制定的，因而其同样具有无法避免的先天局限性。法律的局限性主要表现在：一是立法者认识的局限性，必然注入法律条文之中，从而导致了法律的局限性；二是法律规范作为一般的普遍适用的条款是抽象的，同时为了普遍性和灵活性的需要，也具有一定的模糊性，无法与活生生的个别的具体的案件一一对应；三是为确保人们对自己行为后果的可预知性，法律规范一经公布则不得随意更改，要保持在一个时期内的相对稳定性，相对于时刻发生变化的社会具有滞后性。法律