

徐清宇◎主编

(第三辑)

审判新视野

NEW VISION OF TRIAL

在审判实践中,我们会不断地遇到新情况、新问题,不断地触及一些新的社会关系和社会矛盾,不断地需要寻找适用法律的新途径、新方法。在办理具体案件时,法官要对事实认定、证据分析、法律适用、程序运作等进行深入细致的研究。这个过程融入了法官的智慧,凝结着法官的经验,是很有价值的知识积累与释放的过程,值得我们用文字的形式记载下来,反映出来。本书汇集的许多文章都触及了司法审判前沿中的热点和难点问题,兼具思想性、理论性和实务性……



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

(第三辑)

审判 新 视野

主编
徐清宇


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

审判新视野. 第三辑 / 徐清宇主编. —北京: 法律出版社, 2010. 9

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1202 - 5

I. ①审… II. ①徐… III. ①审判—中国—文集
IV. ①D925.04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 179609 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/伍远超

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律出版社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京民族印务有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/787×960 毫米 1/16

印张/22.5 字数/333 千

版本/2010 年 10 月第 1 版

印次/2010 年 10 月第 1 次印刷

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 - 1202 - 5

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

副 主 编 马生安
执行编辑 刘仁海 周永军 唐雨虹

《审判新视野》编辑委员会

主 任:徐清宇

副 主 任:杨 武 马生安

委 员(以姓氏笔画为序):

马生安	于伟东	刘海玉	刘恒然	许建兵
孙建华	朱 亮	杨 武	吴海龙	陆彦成
杨 斌	吴 敦	邱六泉	李建华	李 悦
邱晓虎	宋长琴	杨越华	李 萍	周 宏
岳维群	胡 勇	徐清宇	徐学坤	徐连滨
耿晔明	龚春光	谭 斌		

序

我很高兴看到凝聚盐城法院广大法官心血和智慧的《审判新视野》付梓出版,这是全省法院系统司法调研领域的又一成果,也是司法实践部门对法学研究的新贡献。

近年来,盐城市两级法院坚持“公正司法,一心为民”指导方针和“公正与效率”工作主题,紧紧围绕全市工作大局,充分发挥审判职能作用,审判管理、行政审判、人民法庭、业绩考核等诸项工作都取得了显著的成绩,形成了盐城法院工作的特色,为依法保障和服务全市经济社会又好又快发展作出了应有的贡献。当前,盐城正处于全面建成小康社会的关键阶段。实现“全面奔小康、建设新盐城”的目标,需要有更加优质高效的法治环境来予以保障。因此,人民法院的司法审判工作将有更大的作为,承担起更重要的责任。

调查研究是谋事之基,成事之道。法院和法官充分发挥司法职能,履行司法职责,必须建立在一系列扎实有效的调查研究工作基础之上。在法院工作中,调研是更高层次的审判,也是衡量审判工作质量和水平的重要标准。调研工作能为我们的审判活动提供指导和依据,高水平、高质量的审判活动离不开高水平、高质量的调查研究工作。从宏观角度而言,只有做好司法调研工作,才能准确把握人民司法工作的基本矛盾、内在规律、主要特征、价值取向和功能定位,才能为建设公正高效权威的社会主义司法制度提供理论支撑和智力支持。从微观角度而言,司法裁判的过程是把“静态”的法律运用于“动态”的案件审理的过程。由于立

法活动不可能准确预测复杂多变的社会生活的各个方面,既定的法律规则也难以与具体的案件情况完全“契合”,这就需要法官在审判过程中进行严肃认真的思考,准确把握案件的具体情况,正确理解法律的基本精神。

法院的司法调研属于应用法学研究的范畴,旨在阐发法的运用价值,解决法在实际运用中遇到的各种问题。因此,调研能力是司法能力的有机组成部分,调研也是培养专家型法官、提高司法队伍综合素质的重要途径。在审判实践中,我们会不断地遇到新情况、新问题,不断地触及一些新的社会关系和社会矛盾,不断地需要寻找适用法律的新途径、新方法。只有加强应用法学研究,才能加深法官对各项法律制度、司法政策的理解,从而提高处理矛盾、化解纠纷、适用法律的水平和能力,并因此而培育出一批懂法律、善思考、会研究的高素质法官,为司法审判工作提供有力的人才支持。

司法裁判是一种实践理性,需要理论与实践相结合。司法的实践性,决定了我们不能单纯地搞纯粹的理论研究,而要立足于审判实践,紧密结合审判实践开展调查研究,从实践中来,到实践中去,用调查研究实际成果指导审判实践。司法审判是一个取之不尽、用之不竭的宝贵财富。法院系统的同志们一定要挖掘好、利用好这块资源,发挥好自身优势,多开展一些有指导意义和实践价值的探索和研究,加强审判经验总结,不断地提高司法工作水平。

从另一方面来说,法官办案不是机械地“套用公式”的过程,而是在认识的基础上进行思绪整合、思维创新、思辨推理的过程,是从感性认识上升到理性认识的过程。在办理具体案件时,法官要对事实认定、证据分析、法律适用、程序运作等进行深入细致的研究。这个过程融入了法官的智慧,凝结着法官的经验,是很有价值的知识积累与释放的过程,值得我们用文字的形式记载下来、反映出来。

盐城既是红色之都,又是文化名城。历史上盐城地区就人文荟萃,

文人辈出,文化底蕴浓厚。东汉“建安七子”之一陈琳、南宋时期左丞相陆秀夫、北宋宰相范仲淹、《水浒》作者施耐庵、《三国演义》作者罗贯中以及当代被誉为“党内第一笔”的胡乔木和杰出外交家乔冠华等都在此留下足迹。长期以来,盐城法院的广大法官继承悠久的历史传统,积极撰写调研文章,取得了丰硕的成果,多人多次在全国法院系统的学术讨论会中获奖。本书汇集了盐城广大法官新近撰写的调研文章,许多文章都触及了司法审判前沿中的热点和难点问题,兼具思想性、理论性和实务性。尽管本书中有的观点或许还考虑欠周,但它却能促成法官们更加勤于学习、勤于思考、勤于研究,这对司法审判工作来说不失为一个有益的推动。

一分耕耘,一分收获。我衷心希望盐城法院广大法官在应用法学研究的天空里展翅翱翔,在司法调研的园地里采摘更多的果实。

是为序。

公丕祥

二〇〇八年三月

目 录

序	公丕祥(1)
---------	----------

学 理 争 鸣

刑罚裁量的社会正当性探略

——以社会性因素的介入为切入点	徐清宇 周永军(3)
-----------------------	--------------

关系、限度与制度:刑事犯罪中的刑事责任与民事

责任	马生安(16)
----------	-----------

法官队伍建设的精神向度

——以法院精神文化为方向	许建兵(32)
--------------------	-----------

刑事自由裁量权的悖逆及消解

方朝军(45)

行政诉讼驳回诉讼请求判决研究

丁扣萍(60)

量刑程序改革语境下的量刑事事实裁量研究

夏 慧(73)

刑法解释难题之有效破解

——罪刑法定视域中对几种刑法解释方法的再解读	张俊宏(84)
------------------------------	-----------

实 务 探 讨

论贿赂犯罪“特别自首”的适度扩张

王立新(97)

刑法“追缴”适用的困惑与路径

韩立勇 李纯鸿(109)

刑事二审法官自由裁量权探析

——从一则刑事二审维持原判的案例谈起	于 浩(118)
--------------------------	------------

走出礼与贿的灰色地带:论接受感情投资行为的法律

规制 罗 涛(130)

银行存款的法律性质探究

——冒领存款引起的储蓄合同纠纷的定性和

处理 徐 峰 赵 阳(143)

对职务犯罪自首、立功认定的再思考

——兼谈职务犯罪的轻刑化治理 施兆军(152)

点亮维权的灯塔

——宽严相济刑事政策在少年刑事审判中的执行 朱艳萍(164)

自由与制衡的交锋

——探索自由裁量权下的规范化量刑 刘 萍(177)

论一般自首的扩容

——以自首制度的本质为研究基础 赵 阳(187)

试论离婚诉讼中的精神损害赔偿 曹 洋(199)

制度构建

论救济财产法益的程序法限度

——基于对刑事诉讼中三种权力配置的反思 刘仁海(211)

公诉案件庭前程序的异化与重构

——立足于本土化的渐进之路 唐雨虹(226)

优化法院职权配置的另一视角

——从“诉前功能”的职权性扩张谈“自足性审前程序”

的确立 杨 奇(240)

均衡与最优:人民陪审员制度运行的博弈论分析

..... 李 悦 梅真卿(253)

理想目标与现实路径:论我国法官逐级选任制度之

构建 许雪峰(260)

罪名变更模式的反思与重构 冯兆江 罗 真(272)

和谐社会语境下我国刑事被害人救助制度的理性

构建	许建兵 唐闻声(284)
个体权利和社会利益的交锋与妥协	
——对构建我国未成年人前科消灭制度的理性思考	朱莉青(298)

司法调研

关于当前司法救助实施情况的调研	
.....	江苏省盐城市中级人民法院课题组(311)

学理争鸣

刑罚裁量的社会正当性探略

——以社会性因素的介入为切入点

徐清宇 周永军

〔内容提要〕 在量刑时,法官不仅要考虑案件之内的规则因素,还要多考虑案件之外的社会因素,统筹兼顾法律内外多种因素的合理诉求,才能实现法律效果与社会效果的“双赢”。而刑罚裁量的社会正当性的运作机理在于在司法裁判与社会系统之间形成互动,将合理的社会性因素作为权衡量刑的正当依据,使法官的理性认识和社会的感性认识融为一体。

〔关键词〕 法律正当性 社会正当性 刑罚裁量

法律发展的真正源泉在于社会现实。

——卡多佐

刑罚裁量是法官对确应定罪的案件,依据一定的规则,在相应的刑罚格次范围内作出刑量上的决断,这其中法官具有就高或就低或取中的自由裁量权。由于同一格次的刑罚幅度一般比较大,法官基于一定因素考虑而选择的不同量刑点,将对刑罚的公正性产生较大的影响。因而法官在裁量刑罚时的考虑因素,就直接关乎对犯罪行为人所科以的刑罚公允与否,关乎到刑事裁判的根据正当与否。法官对刑罚的裁量,不仅应体现出法律正当性,依据法内量刑情节进行决策,而且还应体现出社会正当性,统筹法外社会因素进行平衡,达致法律正当性与社会正当性的协调统一。充分考虑社会性因素对刑罚裁量的影响,追求刑罚裁量过程的社会正当性,可以适应社会语境,促进社会参与,实现刑罚裁量与社会结构的正向互动,从而提高刑罚裁判的社会认同度。

一、缘起:正当性的二元结构分野

正义是法律制度的基本价值之一,而正当性则是正义理念的一个重要内涵,是法律制度合理性的反映。陈兴良教授指出,正当是指某一事物的存在具有合理的依据。因而,刑法的正当性涉及对刑法存在根据合理性的考察。正当是正义的首要意蕴,它引导我们对社会制度、法律制度,包括刑法制度的存在根基进行理性的反思。^①在刑事司法中,刑罚裁量的正当性是刑罚合理化的存在前提,也是考量刑罚实施价值的重要一面,它是判别量刑科学性的基本立足点和重要参考值。

就法律制度自身的正当性而言,并非是一元理性,而是法律正当与社会正当相结合的二元理性,也就是从法律本身和社会系统两个层面求证其合理性。前者是从法律技术层面追求法律规范意义上的合理性,是法律制度内在的基本正当要求;后者是从法律艺术层面追求社会存在意义上的合理性,是更高层次上的法律制度正当性。任何法律制度的存在与运行都是在一定的社会系统背景下进行的,这就决定了法律制度的正当性不仅应符合法律逻辑的合理性,而且更应符合社会逻辑的合理性。有学者就认为,法律效果是裁判形式正义的实现路径,社会效果是裁判实质正义的必要来源。裁判的正当性在直观的层面上来自于法律效果,实质上则由社会效果所决定,其正当性源于法律效果和社会效果的有机统一,也只有当裁判既实现了法律效果又实现了社会效果时,才真正实现了司法正义。^②法律制度正当性的二元结构特性,使我们在理解法律制度时不仅应关注其法律本原意义上的合理性,而且还应关注其社会存在意义上的深层次合理性。

法律与社会之间有着密切的联系,社会利益从来都是法律制度不可或缺应有目标,这就决定了法律制度的社会正当性这一命题不是空穴来风的“伪”命题,而是货真价实的“真”命题。卡多佐大法官直言“法律的终极原因是社会的福利”。^③西方也有学者分析了法律价值与社会利益之间的关系,指出“与法律永相伴随的基本价值,便是社会秩序”。^④这一如影随形

① 陈兴良:《刑法理念导读》,法律出版社2003年版,第149页。

② 参见杜月秋:“论裁判的正当性基础”,载《法律适用》2007年第3期,第38~41页。

③ [美]本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆1998年版,第39页。

④ [英]彼得·斯坦、约翰·香德:《西方社会的法律价值》,王献平译,中国法制出版社2004年版,第45页。

的关系使法律制度必须始终置身于社会现实,关注社会关系,满足社会需求,也决定了法律制度的社会正当性这个概念本身就具有正当性。有学者认为,正当性是在经验和理性两个维度上寻求最高的“合法性”。就经验层面而言,正当性表现为得到社会的普遍认同和尊重;就理性层面而言,正当性是经过道德哲学论证而取得的合理性。^① 其经验层面的社会普遍认同和尊重,实质上就意指法律制度应具有的社会正当性。甚至有的学者直接就是从社会视角理解正当性的内涵,认为某个人的行为与社会大多数的利益或需要相一致并且与社会规范评判标准相符,它就具有正当性,否则,就不具有正当性。^② 刑事司法中的刑罚裁量,既是法律领域内的具体法律实施过程,又是社会领域内的客观社会现象,因为“作为社会秩序范畴的刑法,不是社会秩序之外的东西,不是先于社会秩序的东西,不是用来维护社会秩序的东西,而是社会秩序之内的过程,是社会秩序自身的过程。”^③ 刑罚裁量实际上是法官代表社会对违反社会秩序的犯罪行为作出的否定性评判,不仅应符合法律理性,而且应遵循社会理性。

二、机理:刑罚裁量与社会结构的互动

法律具有社会性,它是以社会生活、社会现象、社会关系为规范对象。法律现象作为一种社会现象,同其他社会现象一样,是社会结构、社会过程的产物,而它的存在又发挥着特殊的社会功能。^④ 法律社会功能的发挥与社会整体结构紧密相联,离开了客观的社会环境,法律的社会功能也就成为无源之水、无本之木。法律与社会的相容性,使得法律实施者应当跳出法律领域的狭隘视图,把具体的法律制度放到纵深的社会系统背景下去执行,以法律人和社会人的双重身份去诠释法律的真实旨趣,从而体现社会的整体精神,维护社会整体的意志。梁慧星教授指出,法律既然是社会规范,其解释、适用就不能够仅依“文义”和“逻辑”,而不顾及所产生的“社会效果”。^⑤ 裁判活动应当承载社会的道义性诉求,积极回应社会利益和立法目的的要

① 刘杨:《法律正当性观念的转变——以近代西方两大法学派为中心的研究》,北京大学出版社2008年版,第51页。

② 周世中:《法的合理性研究》,山东人民出版社2004年版,第181页。

③ 刘远:《刑事法哲学初论》,中国检察出版社2004年版,第171页。

④ 刘远:《刑事法哲学初论》,中国检察出版社2004年版,第184页。

⑤ 梁慧星:“从法律的性质看裁判的方法”,载《金陵法律评论》2005年春季卷,第145页。

求,与社会的普遍价值观相吻合。^①因此,刑罚裁量活动实现和维护社会正当性的落脚点,就在于如何从社会立场出发,运用社会学思维的方法,阐释刑罚的社会责任。在这一过程中,刑罚裁量已不再局限为一种纯粹的法律活动,而是作为社会活动的一个有机组成部分。法官在具体裁量刑罚时,理应反映社会需求,尊重社会意愿,把法律意识和社会意识有机地结合起来,在刑罚制度和社会结构之间搭起沟通的桥梁,实现刑法内外的良性互动。

根据制度性功能与社会结构的关系,刑罚制度的功能展示也必须在一定的社会环境中进行。按照福柯的观点,只有当一种刑罚所发挥的制度性功能契合了社会结构、满足了社会结构的要求,这种刑罚才能获得正当性并得到承认。^②实际上,刑罚本身就是社会结构的一部分,是表达社会情感的一种方式。国外有学者认为,惩罚是一种表达社会对某些活动的厌恶(dis-taste)的方式。如果禁止一种行为和惩罚触犯者有助于表达社会的道德信念,那么它是值得做的,即使这种惩罚无助于威慑犯罪。^③因此,在刑罚裁量中基于与社会结构互动的立场,吸引各种社会力量的参与,建构起规范、理性、常态的社会互动机制,既有助于充分表达社会情感,亦有助于有效发挥刑罚的制度性功能,是维系刑罚裁量社会正当性的有效途径。

三、进路:刑罚裁量中社会性因素的介入

刑罚裁量的社会正当性意旨,要求法官在决定刑罚量时,除了应考虑法定性因素以外,还应积极考量一些社会性因素,博取社会的理解与认同。由于法的正当性与合理性之间有着天然的联系,因此,有必要从法的合理性角度对社会性因素进行权衡。有学者认为,决定和制约法的实质合理性的法外因素有社会物质生活条件、社会的道德水平、国家的政策等。人们普遍认同的生活方式,也制约着法的实质合理性,其最明显的特征就是,它决定了人们对某种法律的态度,以及这种法律的可行性。^④笔者认为,立足于刑罚

① 参见杜月秋:“论裁判的正当性基础”,载《法律适用》2007年第3期,第39~40页。

② 参见黄永锋:“历史变迁中的刑罚政治经济学”,载《海南大学学报》(人文社会科学版)2007年第1期,第34页。

③ 参见[美]布赖恩·比克斯:《法理学:理论与语境》,邱昭继译,法律出版社2008年版,第148页。

④ 参见周世中:《法的合理性研究》,山东人民出版社2004年版,第201页。