

DF 7-53
2

审判新视野

(第二辑)

徐清宇◎主编

4 B

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

审判新视野

(第二辑)

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2辑 / 徐清宇主编. —北京: 法律出版社, 2009. 8

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9725 - 8

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 119330 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/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/787×960 毫米 1/16

印张/23.25 字数/340 千

版本/2009 年 8 月第 1 版

印次/2009 年 8 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 - 5036 - 9725 - 8

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 唐雨虹 周永军

《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
沙长河	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	黄德海	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的贡献。

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文化传统,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

当今我国司法权威的缺失反省及重塑思考	徐清宇 周永军(3)
论我国司法救助制度的改革与发展	马生安(18)
为了纠纷的全面彻底化解	
——对“分别起诉”强制合并的理论与实践	刘仁海(29)
驾驭和规范:论对不当关联诉讼的规制	唐雨虹(41)
审判管理 路在何方	
——以审判权为中心的中国特色审判管理机制之构建 ...	许建兵(53)
困境与出路:论法官裁判中的压力因素	许雪峰(64)
我国法官在个案刑法适用中的角色困境研究	林 毅(76)
民间劳务习惯及其适用分析	
——以苏北地区农村工匠包工建房为例证	王如平(89)
民间习俗导入司法的理性思考	
——以“自生自发秩序”理论为源流	徐俊华(100)

实 务 探 讨

《物权法》抵押权新设规则实务问题研究	吴 敦(115)
“一房多卖”民事纠纷裁判规则研究	黄旭东 郑 治(125)
对驰名商标司法认定“异化”现象的思考	

2 审判新视野(第二辑)

- 以虚构商标侵权诉讼为视角 贾 娟(135)
- 从仲裁与诉讼的程序冲突看劳动争议案件的处理 朱文峰(146)
- 单务合同中的利益衡平
- 试论保证人利益的合理保障 杨 奇(158)
- 浅析劳务派遣关系中的雇主责任
- 兼评派遣职员在被派遣岗位上造成他人损害责任之承担
..... 陈菁华(170)
- 城市房屋拆迁程序中的利益衡平研究 夏 慧(176)
- 完善我国股东派生诉讼制度的若干思考 朱立龙(188)
- 被执行人财产申报制度的解读与运用 杨劲松 潘俊凡(196)
- 民事审判适用实体法错误之辨析 郑 刚(203)

制度构建

- 我国公司非破产清算制度研究 宋长琴(217)
- 试论基层法院司法职权的优化配置 黄德海 韩立勇(230)
- 完善我国多元化纠纷解决机制之探讨 周 宏(240)
- 错案责任追究中权力运行的制约
- 以某基层法院一年发改案件为背景 刘长力(252)
- 庭前审查与起诉书一本主义
- 刑事一审庭前程序和起诉方式的完善 于 浩(260)
- 司法信用的缺失与补救
- 基于案件质量综合评估工作实践 王立新(271)
- 现代法治下构建刑事调解程序之思考
- 以基层法院审理刑事附带民事上诉案件为视角 朱艳萍(284)
- 司法资源困境下立案调解机制探析
- 立、调、结“三合一”纠纷解决模式 王元元(296)
- 徘徊在理论与实践之间
- 论我国刑事被害人国家补偿制度的建构 苏 颖(304)

司法调研

法官撰写裁判文书能力问题研究

——基于对盐城法院裁判文书撰写情况的调查

..... 盐城市中级人民法院课题组(317)

学理争鸣

当今我国司法权威的 缺失反省及重塑思考

徐清宇 周永军

【内容提要】 司法权威是现代法治国家的重要标志。权威是司法的天然品质,一国的司法权威状况是该国法治现代化程度的“晴雨表”。由于历史文化、内部系统及外部环境等多种原因,我国当前的司法权威存在与应然意义相脱节的缺失现象。遵循权威的基本属性,努力实现司法权威的外在强制与内心服从的有机统一,方能构建合乎理性的司法权威。

【关键词】 权威缺失 司法制度 司法权威

权威是依赖、尊重、顺从的逻辑起点。一套社会公共系统如果缺失权威,那么它就难以引起公众的普遍服从,难以有效承担公共管理的责任。司法权作为一种解决矛盾纠纷的公力救济手段,是国家公权力的重要组成部分,必须依赖一定的权威来支撑,失却权威就意味着权力性能的丧失。而且司法调节社会关系作用的发挥与其权威之间有着显明的正向比例关系,权威越高则作用越大,权威越弱则作用越小。司法形成权威也是社会实现法律治理的重要标志,“司法权威的实现程度也是衡量一个国家司法现代化程度的重要标尺……司法是否具有权威在相当大程度上表征了司法现代化

* 根据对司法机关的不同理解,形成了小司法、中司法和大司法三种解释。其中小司法严格将司法机关限定为法院;中司法将司法机关扩大到检察机关;而大司法是以解决纠纷的动态过程来考察司法,将司法看作为以审判为核心,内容确定、层次分明的开放性系统。参见周世中:《法的合理性研究》,山东人民出版社2004年版,第381页。本文所探讨的司法及司法权威则立足于法院这个小司法概念,因为审判是司法的核心,只要把这个核心问题解决好,其他问题就会迎刃而解。

的水平和状况”。^①欠缺司法权威的社会很难说是真正意义上的现代法治社会。然而令人担忧的是,当今我国司法正面临着不可忽视的权信危机,司法不被信任、司法权威不受尊敬的现象实为普遍,不仅给司法现代化带来了前所未有的挑战,而且也成为构建社会主义法治国家的深层次障碍。

一、应然含义:司法权威是司法的天然品质

司法制度是一个包括司法主体、司法客体、司法内容、司法环境等诸多要素的综合系统,而司法权威多反映的是司法与外界的关系、司法在社会中的地位、司法的实然状态等环境性问题,因此也是司法制度的有机组成部分。可以说,“司法权威是司法的本质属性之一”,^②是常态司法的天然品质。

1. 从权威与权力的关系角度分析,司法权威是司法权力性的必要保证。顾名思义,权威是“权力+威信”的结合体,两者相辅相成、相得益彰,权力可以生成威信,威信可以增强权力。可见,权威是权力的衍生物,权威以权力为基础,而添加了威信成分的权威可以强化权力的“权”属性,是将应然意义上的权力变成实然意义上的权力的必要保证。司法权是宪法和法律赋予司法机关的纠纷解决权,本质上属于公共权力,它也需要一定的权威来维系其权力属性。假若司法缺乏权威,司法固有的权力只能是得不到社会认同的自娱自乐型权力,不会对社会产生多大的实际效用,也就没有实然意义上的存在价值。而高度的司法权威可以带来广泛的公众认同,司法权会因人们的认可、接受而发挥实质性的权力效用,起到公共权力具有的管理与支配作用。

2. 从权威与信仰的关系角度分析,司法权威是司法公信力的必要保证。判断一个国家是不是成熟的法治国家可以有多种标准,然而,法治能否赢得社会公众足够的信任和信赖,应当是一个不可或缺的标准。^③美国法学家伯尔曼在其《法律与宗教》一书中强调:“法律必须被信仰,否则它将形同虚设。”这些原理落实到司法活动中,就要求司法必须具有良好的公信力,获得公众普遍的信任、信服和信赖。信仰意味着不容置疑的内心确信,虽是人

① 刘旺洪为季金华著《司法权威论》一书所作的序,山东人民出版社2004年版,序第8页。

② 李修源:《司法公正理念及其现代化》,人民法院出版社2002年版,第328页。

③ 郑成良:“法治公信力与司法公信力”,载《法学研究》2007年第4期,第155页。

们内心对某事物的定位、评判、追求活动,但这些内心活动是外在情况的内在反映,显然与事物外在的权威状况有着密切联系。因为权威代表着一种无可亵渎的力量和不容辩驳的能力,代表着公共管理和解决问题的基本保障,它可以作为一颗“定心丸”而促成人们信赖这种权威的力量。相反,如果某一权力缺乏权威性,言而无威、言而无力,最终只能导致言而无信,当然无法获取人们的信仰。在司法活动中,如果司法没有权威可言,其解决纠纷的正当性、有效性都会受到人们的合理怀疑,对司法的信仰也就无从谈起。所以,司法要被信仰、要有公信力,必须以司法的权威作为保障。

3. 从权威与秩序的关系角度分析,司法权威是司法秩序性的必要保证。秩序是司法的第一功能,古有定分止争的司法功能之说,今有秩序之法律基本价值之谓。^① 规范和引导是法律的基本功能,它们的基本目标是趋向法律秩序。而秩序离不开制度的权威性,权威的制度可以形成人们的自觉认同与自愿遵守,从而在管理者与被管理者之间建立起有序的管理秩序。缺乏了权威的保证,人们不会自觉接受制度的管理,不会按照制度确定的秩序实施行为,每个人的我行我素必然导致整体的杂乱无章。司法活动的秩序性不仅体现在通过法院的裁判活动恢复、矫正被纠纷破坏了的的社会秩序,而且也体现在法院裁判过程自身的有序性。司法活动程式性很强,有一套严谨规范的程序安排,只有把诉讼参与人在处理纠纷过程中的各项行为都纳入既定的程序之内,依照法定程序行使权利、履行义务,诉讼活动才会井井有条、井然有序。也只有当司法有了权威,当事人才会认可法院裁判这种方式的正当性以及通过这种方式获得的结果,才会自觉遵守裁判的规则并按规则“出牌”,以法律规定的和法官预期的程序和方式行事。相反,如果因失却司法权威而引发司法失信,当事人很可能对在这种程序安排下产生的结果根本不抱希望或拒绝服从,在诉讼中行为无常也就不难想象,秩序就会远离司法。

4. 从权威与服从的关系角度分析,司法权威是司法执行力的必要保证。公共权威的核心内容就在于服从,权威的实现最终必然建立在客体对权威

^① 汪习根:“在冲突与和谐之间——对司法权本性的追问”,载中国人民大学复印报刊资料:《法理学、法史学》2005年第12期,第10页。

主体意志服从的基础上。^①人们对司法的服从状况体现着司法的权威程度。在司法活动中,绝大多数当事人进行诉讼的最终目的不是乞求一纸裁判文书,而是为了真正实现自己的实体权益,说白了就是将纸上的东西变为现实的利益,而这有赖于法院裁判文书的实际执行力。裁判文书的兑现固然要依靠法律赋予法院的强制执行权,但也离不开当事人的主观意志。司法实践的经验告诉我们,如果义务人不主动配合法院执行,执行的难度将会明显增大,执行效果也将明显降低。而当事人的主观意志取决于其内心服从程度,如果司法有了权威和公信,当事人充分信任了法官,无论输赢都能够心悦诚服地认可、接受裁判的结果,则无疑会提高裁判的自动履行率。相反,如果司法没有权威,当事人从心底就不认同裁判结果的正当性,不觉得履行法院裁判文书是件有意义的事,甚至产生抗拒执行反而是追求正义的快感,则会大大影响司法的执行力。

二、实然状态:当今司法权威的缺失及其原因

理性呼唤司法的权威,但实际情形却不容乐观。当今我国司法权威还存在令人堪忧的缺失现象,与应然意义上的司法权威需要达到的程度还有不小的差距,这已成为司法发展的致命性危害。

(一)司法权威缺失的表现

1. 司法理念缺乏权威。理念是事物的最高信念和终极目标,也是其本质特征和内在规律的集中体现。任何事物都应有量体裁衣的理念,否则就会形神俱散。司法活动同样如此,需要权威的、公信的理念来支撑和指导,“没有正确的解决纠纷的理念,再好的制度和程序规范在司法实践中也会被扭曲”。^②司法裁判作为一项处理纷争的专业性活动,在任何时候、任何地方都有其本质相通的共性内核,有着普遍适用和遵循的规律和特征,不因时空和环境的不同而出现差异。只有依照这样的理念实施司法活动,才是合乎原理、遵循规律的活动。长期以来,我国的司法审判仅被当做一项普通的的活动而已,起初并无明确的理念意识,20世纪末期开始尝试研究司法的

^① 于洪生:“论公共权威认同的机理——一种透视权威现象的新视角”,载《理论探讨》2006年第2期,第103页。

^② 公丕祥主编:《纠纷的有效解决——和谐社会视野下的思考》,人民法院出版社2007年版,第63页。