

2009年 第二辑

(总第三十三辑)

审判研究

施鹏鹏 / 论参审制研究的三个错误判断

邱鹭风 孙烁犇 季仲 / 论精神病人离婚制度的建构

吴英姿 / 审判委员会讨论的群体决策及其规制

姚兵兵 / 侵权诉讼中专利权正当行使与滥用的实证研究

南京市中级人民法院课题组 / 和谐诉讼机制：理想构建与实现路径

马志相 沈 杨 / 案例指导，路在何方

江博泰 / 美国的临时限制令和初步禁令：美国最高法院近期判例使
取得该两种特别救济手段的难度益愈增大



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

2009年 第二辑 (总第三十三辑)

T R I A L

审判研究

S T U D Y

《审判研究》编辑委员会 编



法律出版社
LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

审判研究. 2009 年. 第 2 辑: 总第 33 辑/《审判研究》
编辑委员会编. —北京: 法律出版社, 2009. 7
ISBN 978-7-5036-9727-2

I. 审… II. 审… III. 审判—研究—中国 IV. D925.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 119329 号

©法律出版社·中国

责任编辑/李 群

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法规出版分社

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/吕亚莉

开本/787×960 毫米 1/16

印张/14.75 字数/235 千

版本/2009 年 7 月第 1 版

印次/2009 年 7 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 978-7-5036-9727-2

定价:20.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《审判研究》稿约

《审判研究》是江苏省高级人民法院与法律出版社合作编辑的法学专业连续出版物,旨在通过对审判实践中有关法律适用的重大、疑难问题展开分析,以独特的视角、翔实的内容研究法学理论,总结审判经验,探求法的精神,倡导现代司法理念,弘扬先进司法文化,注重熔思想性、理论性、权威性、应用性与时代特色于一炉,努力实现法律理论与审判实务的良性互动。热忱欢迎广大法官、学者、律师等各界法学人员惠赐佳作。来稿要求:

1. 稿件应为未公开发表的作品,即指在同一语言下事先未在任何纸质或电子媒介上发表。
2. 稿件字数应在 4000 字以上,除本书特约稿件外,一般不宜超过 8000 字。
3. 稿件应严格遵守学术规范要求,引用文献务必标明出处,注释格式体例请遵照《审判研究》来稿技术规范或参照《审判研究》最新版本。
4. 来稿请务必注明作者姓名、单位、职务及联系方式。(电话、电子信箱、邮编、成稿时间等)
5. 来稿应用 A4 或 B5 纸张打印件,附软盘并以 WORD 文件或文本文件存盘为佳。
6. 来稿一律不退,请作者自留底稿,3 个月内未接到用稿通知,作者可另作他用。
7. 本书辑录的所有文章,任何转载、摘登、翻译或结集出版事宜,均须得到本书编辑部及法律出版社的书面许可。

来稿请寄:江苏省高级人民法院《审判研究》编辑部

邮 编:210024

联系电话:025-83785236

电子信箱:trialstudy@sina.com

spyj2004@sina.com

《审判研究》编辑委员会

主 任：公丕祥

副主任：周继业

委 员：（按姓名笔画为序）

刁海峰	马 荣	马汝庆	马志相
帅巧芳	叶兆伟	叶晓颖	刘 华
刘亚平	刘媛珍	汤小夫	李飞坤
李后龙	时永才	吴立香	何 方
宋 健	张 屹	张培成	陆鸣苏
范 群	茅仲华	周茸萌	周晖国
屈建国	胡道才	俞灌南	姜洪鲁
贺强兴	徐清宇	蒋惠琴	谢国伟
褚红军	薛剑祥		

主 编： 马 荣

副 主 编： 孙 轶 沈明磊 曹也汝

编辑部主任： 孙 轶（兼）

副 主 任： 魏 明

执 行 编 辑： 杨 鸣

目

录

Trial Study 2009年第2辑(总第33辑)

专家论坛

- 1 施鹏鹏 / 论参审制研究的三个错误判断
7 邱鹭凤 孙烁彝 季 仲 / 论精神病人离婚制度的建构
31 吴英姿 / 审判委员会讨论的群体决策及其规制

专题研究

- 48 姚兵兵 / 侵权诉讼中专利权正当行使与滥用的实证研究
——兼评《专利法》第三次修改的部分条款
68 黄 欣 王 松 / 法官释明权的行使方法和规则设计
82 吴剑平 / 股利分配请求权及其司法救济
——以公司自治与司法介入的关系为视角
94 谭筱清 肖 江 / 司法重整在执行程序中的理解与适用
——以金融危机陷入困境的被执行企业为
视角
103 沈明磊 朱千里 / 论情理法相统一的司法实现
——从借鉴传统司法经验的视角
118 刘苏明 / 关于网络侵权案件管辖权的策议

调查报告

- 128 南京市中级人民法院课题组 / 和谐诉讼机制:理想构建与实
现路径
——南京地区诉讼和谐度的调
查与思考
146 马志相 沈 杨 / 案例指导,路在何方
——对我国案例指导制度运行态势的调查

域外法治	
美国的临时限制令和初步禁令:美国最高法院近期判例 使取得该两种特别救济手段的难度益愈增大 / 江博泰	160
各抒己见	
正当化行为之被害人承诺浅析 / 何 露	174
管理人在破产重整中的角色定位及其规制完善 / 蒋馨叶	181
裁定驳回申请终结破产程序问题探析 / 尹悦红	188
物权请求权是否适用诉讼时效之研究 / 仇晓洁	200
审判参考	
江苏省高级人民法院关于在当前宏观经济形势下进一步 做好知识产权审判工作促进自主创新的指导意见	210
江苏省高级人民法院关于在当前宏观经济形势下进一步 规范信用证纠纷案件审理的指导意见	215
江苏省高级人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷 案件若干问题的意见	219

专家论坛

论参审制研究的三个错误判断

施鹏鹏*

时下,中国刑事诉讼正面临着新一轮的修改,有关的论文和著作可谓汗牛充栋。但人民陪审制的重构或改革却似乎并未成为探讨的焦点问题。诚如王敏远教授曾经在《中国陪审制度及其完善》一文中所深刻指出的,“与陪审在法律规定中被淡化的情况相适应,学术界对有关陪审制度的问题也很少有兴趣探讨。公开发表的有关论著中鲜见关于陪审的讨论……陪审制度,这项曾被法学界普遍盛赞的制度,这项在建国后的二十几年中被多数有关审判组织和审判程序的法律规定予以关注的原则和制度,现在,即使未被人遗忘,其淡忘的程度也足以让人吃惊了”。〔1〕但中国学术界对人民陪审制的研究不仅仅是“少”而已。在为数不多的学术精品中,我们还可以看到,许多学者对陪审制尤其是大陆法系的参审制存在严重的误解,并已开始误导中国人民陪审员制度的改革走向。囿于篇幅,本文试对中国法学界在参审制研究中较常见的三个错误判断作一分析。

一、参审制等同于德国参审制吗?

将德国参审制作为参审制的唯一典型代表加以比较和解读是当前刑诉学界普遍存在的一个误区。学者李昌道、董茂云在“陪审制度比较研究”一文中的观点便颇具代表性。文章在述及“陪审制度的变异形态”时写道,“陪审制度在大陆法系国家如德国、法国与典型形态略有不同。特别是在德国,是一种混合审判庭模式,我国有不少学者称为‘参审制’或‘混合陪审制’,以区别普通法系的陪

* 西南政法大学教授,中法法学双博士。

〔1〕 王敏远:“中国陪审制度及其完善”,载《法学研究》1999年第4期。

审制,现特对德国参审制予以阐述”〔2〕这里,李昌道和董冒云先生显然将德国参审制作为参审制的唯一典型加以解析。王敏远教授在《中国陪审制度及其完善》也秉承了这一观点。例如,王敏远教授在论及“陪审制度的特点”时指出,“从有关规定来看,(中国)陪审员的产生主要有两种方式:一种是选民选举或有关单位推荐产生;另一种是法院(长期或临时)聘任。不论是这两种方式中的任何一种,都是指的陪审员资格,而不是对具体案件进行审判的审判庭成员。作为一种资格,陪审员都是相对固定的,这与英美法国家普通选民一般均有陪审员资格的情况完全不同,与大陆法国家如法国和德国的情况倒有点类似(括号内容为笔者所加)”〔3〕而王敏远教授在引注中进一步指出,“与大陆法系国家的有关情况也仅仅是相似而已,却并不完全相同。例如在德国,每4年一次选拔陪审员的程序分为提名和遴选两个阶段。各地方当局在提名上的做法有极大差异,有的通过编制基本上是随机的居民名单进行提名;有的则由在市议会中有议席的政党提名”〔4〕笔者之所以断言王敏远教授将“德国参审制作为参审制的唯一典型”,是因为王教授的论断只合乎德国的情况。换言之,在陪审员资格及遴选程序上,德国适用比较特殊的提名推荐程序,而其他大部分国家(如英国、法国、西班牙、意大利、俄罗斯等)则均适用随机遴选程序。可见,王敏远教授在这一段的论述中至少犯有两个错误:其一,中国人民陪审员的产生只与德国类似,与法国并不类似;其二,“与大陆法系国家如……德国……”的论述亦欠全面。龙宗智教授在其博士论文《刑事庭审制度研究》中便曾从“保障诉讼的民主性”、“诉讼任务分工的合理性及制度设置的有效性”、“诉讼的效率”以及“诉讼的合法性与反映国家意志的要求”四个方面对陪审制和参审制进行了十分独到、深刻的分析,〔5〕但遗憾的是,龙教授的比较也是以德国参审制为参审制的基本蓝本,因而以偏概全,得出错误的结论。〔6〕贺卫方教授在《南方周末》的一篇文章“恢复人民陪审制度?”中甚至认为,“与英美国家的陪审团不同的是,在欧洲大陆和我们这里,陪审制通常的表现形式是由两名外行人与一名专业法官组

〔2〕 李昌道、董茂云:“陪审制度比较研究”,载《比较法研究》2003年第1期。

〔3〕 前引〔1〕,王敏远文。

〔4〕 前引〔1〕,王敏远文。

〔5〕 龙宗智:《刑事庭审制度研究》,中国政法大学出版社2001年版,第403页及以下;或参见龙宗智:“论我国陪审制度模式的选择”,载《四川大学学报》(哲学社会科学版)2001年第5期。

〔6〕 施鹏鹏:“法国参审制及其借鉴意义”,笔者西南政法大学2004年硕士论文。

成合议庭或所谓混合法庭来审理案件”。〔7〕这里,贺教授显然也以德国的参审制作为欧洲参审制的唯一模型,〔8〕因而得出了错误的结论。

当然,笔者并非仅是吹毛求疵。之所以提出上述认识误区,原因主要在于:德国的参审制既不是唯一的参审制,更不是典型的参审制。因此,以德国参审制作为参审制的研究范例及立法参照对象将存在以偏概全甚至步入歧途的极大风险。首先,德国参审制并非参审制的唯一模型:仅从技术设计而言,德国参审制便与法国参审制存在很大的区别。即使在影响力方面,法国参审制在世界范围内的影响也不比德国参审制逊色。因此,法国参审制不应被忽视。其次,也是最为重要的,德国参审制并非典型的参审制。在笔者看来,不管是参审制还是陪审制,都应合乎民主、自由等共同基本价值,这既是“平民参与”区别于职业法官裁判的根本依据,也是陪审制存在的唯一理由。因此,陪审制或参审制的制度设计均应以这一价值目标为指向。但与法国参审制相比,德国参审制无疑与价值目标偏离得更远。例如,德国的参审员遴选程序适用相当独特的提名推荐制度,不符合“人民主权”的基本价值理念;德国的参审制运作带有极强的职权主义色彩,职业法官在庭审、合议及表决时都发挥着主导作用,难以成为“反司法专权的壁垒”;德国参审制的运作理念也不符合陪审制的一般理念,如上诉制度采用职业法官裁判,有悖“人民主权至上”的基本理念;职业法官撰写书面判决理由,难以反映参审员意志等。综上,笔者认为,法国参审制比德国参审制更具有典型性,应引起中国学界高度关注。

二、陪审制与参审制完全对立吗?

就比较法而言,陪审制和参审制之间的关系厘定颇具重要意义。传统的学说倾向于将两者对立起来,甚至将两者的区别作为区分大陆法系和英美法系的重要标志。然而,在笔者看来,陪审制和参审制之间是存在一些区别的,但两者间的共性大于个性,不应过分夸大两者的对立关系,更不应将两者分别贴上英美式或大陆法的标签以作为“陪审制移植必然失败”的论据。其实不管是陪审制,还是参审制,两者的技术特点都颇为相似,如实施以民主代表性为核心的陪审员/参审员遴选制;以有限司法资源为条件的陪审制/参审制适用范围限制;以程

〔7〕 贺卫方:“恢复人民陪审员?”,载《南方周末》1998年10月23日。

〔8〕 两名参审员和一名职业法官的合议庭组成显然与法国的参审制相差太远,后者由九名参审员及三名职业法官组成(在一审的重罪法庭中)。

序公正为保障的对抗式诉讼机制设计;以及以“谨慎量刑”为主旨的一致裁决制或多数裁决制。尽管在结构和功能上存在一些差异,但陪审制与参审制之间似乎并不存在不可逾越的鸿沟。近年来,传统的大陆法系国家俄罗斯(1993年)和西班牙(1995年)先后引入了陪审制,并运作良好。这也为笔者的上述判断提供了绝佳的佐证。

消除对陪审制和参审制关系的错误解读至少具有如下两方面的重要启示意义:一方面,在学术研究上,我们应更客观地看待陪审制与参审制之间的共性,不应将两者截然对立起来,更不应盲目地将其和司法文化或法系直接挂钩。宏观比较法发展至今已呈衰微之势,很大程度上便是因为比较法所仰赖的类型学标准已逐渐丧失其普适性。新的“统一法”思想以及跨越法系的个性化设计正成为冲击传统宏观比较法的两股主要力量。从某种意义上讲,陪审制和参审制之间日趋模糊的界限标准和国别标准已俨然为这一理论现状提供了精确的注释。时至今日,我们甚至很难判断,究竟是法国参审制和英国陪审制更为类似,抑或是美国陪审制和英国陪审制更为接近,或者西班牙陪审制和英国陪审制更为相似。另一方面,陪审制和参审制之间的关系厘定还有助于我们建立准确的改革观。从既有的研究成果来看,中国学界大抵更青睐欧陆式的参审制,而对英美的陪审制存在某种悲观的看法。我们不难发现这一主流观点的论证思路:陪审制和参审制存在本质区别(前者根植于英美法文化,后者则建立于大陆法思想)→中国属大陆法系国家→中国只能适用参审制。但如前文所述,陪审制和参审制并不存在本质的区别,两者间的共性大于差异。因此,中国学界的主流观点是建立在错误的前提之上(陪审制和参审制存在本质区别),所得出的结论自然令人难以信服。依笔者浅见,不管是陪审制,还是参审制,都是中国人民陪审员制度改革的一个重要选项。与其作一不甚严肃和严格的主观臆断,不如让陪审制、参审制以及职业法官审判制等并存,让实践作出最终选择。

三、中国人民陪审员制度是典型的参审制吗?

长期以来,人民陪审员制度的相关设置主要规定于《人民法院组织法》和诉讼法中。但由于“各种规定过于笼统,严重影响了这项制度的实行。人民陪审员制度在很多地方已流于形式,有的地方甚至根本就不搞陪审”。〔9〕因此,早在

〔9〕 最高人民法院答问:“关于完善人民陪审员制度的决定”,新华网2004年11月27日。

2000年10月,最高人民法院便将《关于完善人民陪审员制度的决定(草案)》提请第九届全国人民代表大会审议。该草案对人民陪审员制度的适用范围、人民陪审员的资格条件、产生方式、权利和义务及执行职务的待遇等内容均作了具体的规定,力图使我国人民陪审员制度趋于规范。此后,最高人民法院又根据九届全国人大法律委员会所提出的修改意见,在全国法院范围内经全面、深入的调查研究和论证后对草案进行相应修改,将其作为新的立法建议报送十届人大常委会。^[10] 2004年8月28日,第十届全国人大常委会第十一次会议通过了《关于完善人民陪审员制度的决定》(下文简称《决定》),并定于2005年5月1日正式施行。2004年12月13日,最高人民法院、司法部又联合印发了《关于人民陪审员选任、培训、考核工作的实施意见》(下文简称《实施意见》),对人民陪审员选任、培训、补助、考核等问题进行了细化规定。据统计,目前全国已有45697名人民陪审员,其中大专以上学历40029人,占现任人民陪审员总数的87.6%。截至2005年底,陪审团共参与审判案件164630件。^[11]

毋庸讳言,与《人民法院组织法》的相关规定相比,《决定》和《实施意见》更为系统、明确,也更具规范性和可操作性。但在笔者看来,中国的人民陪审员制度却不属于典型的参审制。这主要是因为中国的人民陪审员制度具有如下“特性”:人民陪审员的遴选制度不民主,有悖陪审制的民主价值和自由价值;人民陪审员的适用范围不明确,具有很强的任意性,极大地限制了人民陪审员的功用;人民陪审员的裁决不具有权威性、受制于本级法院的审判委员会;^[12] 人民陪审员的任期和考核制度“职业化”,人民陪审员制度出现职责和功能异变;还有一些重要规定不明确或不合理,不利于人民陪审员规范、有效地运作。因此,我们或许可基于审判主体的组成特点称中国现行的人民陪审员制度为“参审制”,但这种“参审制”也仅仅是一种“非典型”的参审制,因为人民陪审员制度并不符合主流国家参审制的普遍共性。甚至可以断言,人民陪审员制度与通行的参审制存在质的区别。唯有作出这一确定性,我们才可理解为何中国现行的人民陪审员制度还需进行深入的改革,甚至是颠覆性的改革。

所谓“流丸止于瓯臾,流言止于智者”。毋庸讳言,在学术领域中,即便一

[10] 上引文。

[11] 具体相关数据等可参见 <http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=191309>。

[12] 《决定》第11条第2款规定,“合议庭评议案件时,实行少数服从多数的原则。人民陪审员同合议庭其他组成人员意见分歧的,应当将其意见写入笔录,必要时,人民陪审员可以要求合议庭将案件提请院长决定是否提交审判委员会讨论决定”。

些“常识”的论断也应经过认真的推敲和论证。而法学研究者作为法学领域的“智者”理应成为误判的终结者。唯有正本清源,学术事业方可实现良性循环。

论精神病人离婚制度的建构

邱鹭风 孙烁霖 季 仲*

引言

近年来,因精神病人离婚而引发的诉讼不在少数,不仅有民事诉讼,亦有行政诉讼。在民事诉讼中,当事人的争议焦点以及法官的审判重点往往集中在婚姻关系是否需要继续维持上,一般很少关注精神病人的民事行为能力这一基础问题。在笔者搜集的关于精神病人离婚诉讼的民事案件中,几乎没有法院专门对精神病人的民事行为能力进行认定。^[1]而由河北省辛集市人民法院于2004年受理的“刘焕彩诉林金平离婚纠纷”一案中,^[2]审判中涉及了关于被告民事行为能力的认定。判决书首部中对被告的表述是:“被告林金平,男,1964年6月6日生,汉族,住址同上,无民事行为能力。”从正文中不难发现,法院对于被告民事行为能力的认定是直接借用了此前刑事诉讼中的结论。这样的做法是否可行呢?笔者暂且不能得出结论,但总之,在涉及精神病人的诉讼中,关于当事人行为能力的认定,实践中确实存在着不太统一的做法。

在行政诉讼中,问题大多比较相似。2005年,北京市东城区人民法院受理了一起案件。^[3]原告与第三人陈庚葵结婚后患上严重的精神分裂症,并于2003

* 邱鹭风,南京大学教授;孙烁霖,南京大学法学院2006级民商法专业硕士研究生;季仲,江苏省宜兴市人民法院法官。

[1] “孙聪明诉刘彦城婚后患精神病久治不愈离婚案”,载 <http://vip.chinalawinfo.com/case/displaycontent.asp?Gid=117463359&Keyword>,2008年4月27日访问;“孟庆奎诉李桂森离婚案”,天津市静海县人民法院(2001)静民初字第141号;“潘本油与罗姻离婚纠纷上诉案”,广东省佛山市中级人民法院(2003)佛中法民一终字第890号等。

[2] 河北省辛集市人民法院(2004)辛民一初字第10060号。

[3] 北京市东城区人民法院(2005)东行初字第5号。

年发病。在发病期间,双方达成离婚协议。东城区民政局为原告与陈庚葵办理了离婚登记,解除了双方的婚姻关系。此后,陈庚葵于2005年1月经东城区民政局登记与他人再婚。东城区人民法院一方面认为,当事人出具的证明材料已符合法定形式与要求,民政局已经尽到了法定的审查义务;但另一方面又认为民政局的行为属于实体办理结果错误。考虑到陈庚葵已经再婚,被诉具体行政行为不具有可撤销的内容,最终认定北京市东城区民政局为当事人办理离婚登记的行为违法。近年来,类似的案件在现实生活中时有发生。民政部门在不知情的情况下受理并批准了夫妻一方为精神病人的离婚请求,事后病人的家属往往会将民政部门作为被告,试图通过行政诉讼的方式进行补救。但是案件进入行政庭审理后,法官就是以审理行政行为的思维来审理案件,对于当事人民事权利的考虑就不再成为重点。这类案件提醒我们思考这样的问题:在离婚登记中,行政部门需要承担什么样的义务?能否完全从行政行为的视角看待离婚登记?我国的离婚登记制度有没有值得完善的地方?

通过对以上实践中典型案例的梳理,笔者初步归纳出在精神病人离婚诉讼中需要解决的若干问题:首先,精神病人的民事行为能力宣告制度究竟应当如何操作?仅上文几个案件中已有的几种做法,有的直接引用刑事诉讼中的结论,有的直接引用鉴定部门的结论,^{〔4〕}更多的则没有涉及这个问题。但事实上,民事行为能力的认定是基础,由它可以衍生出一系列的问题,如监护制度、诉讼代理人制度,值得仔细研究。其次,精神病人离婚的标准问题,普通离婚诉讼中采用的“夫妻感情破裂”标准在这里是否适用,是否是唯一的标准,有没有其他需要考虑的因素?与此相关,精神病一方的权益在离婚诉讼中如何保障,如何平衡它与婚姻自由之间的关系?这些都是棘手的问题。第三,在登记离婚与诉讼离婚两套体系并行的情况下,如何看待行政机关在离婚登记中扮演的角色?进一步,我国的婚姻登记制度是否有值得完善的空间?下面,本文将围绕后面几个问题对制度的建构完善进行展开分析。

〔4〕北京市东城区人民法院受理的“马秀梅不服北京市东城区民政局离婚行政登记案”中,法院委托北京市精神病司法鉴定委员会北京安定医院、北京市精神病司法鉴定委员会对马秀梅进行了鉴定,在医院以及鉴定委员会的结论中直接出现了当事人“不具有民事行为能力”的字样,而法院则是直接引用了该结论,没有作进一步的认定。也就是说,本案中当事人的民事行为能力情况其实是由医院和鉴定委员会认定的。

一、制度建构之一——民事行为能力宣告制度

(一)宣告的必要性

民事行为能力制度作为一项古老的制度,在保护精神病人权益方面发挥着重要的作用。基本上,各国法律都为如何确定未成年人、精神病人、神志衰弱者缺乏行为能力的前提条件制定了具体的法律规则,而所有这些法律规则的首要目的在于保护这些行为能力欠缺者的利益。^{〔5〕}我国《民法通则》第13条规定:“不能辨认自己行为的精神病人是无民事行为能力人……不能完全辨认自己行为的精神病人是限制民事行为能力人。”最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》第4条、第5条规定:“不能完全辨认自己行为的精神病人进行的民事活动,是否与其精神健康状态相适应,可以从行为与本人生活相关联的程度、本人的精神状态能否理解其行为,并预见相应的行为后果,以及行为标的数额等方面认定。”“精神病人(包括痴呆症人)如果没有判断能力和自我保护能力,不知其行为后果的,可以认定为不能辨认自己的行为的人;对于比较复杂的事物或者比较重大的行为缺乏判断能力和自我保护能力,并且不能预见其行为后果的,可以认定为不能完全辨认自己行为的人。”这样的立法表述初看没有任何问题,但并没有强调民事行为能力确认必须经过“宣告”这样的程序,尤其《民法通则》使用了“是”这样的字眼,很容易使人将精神病人与限制民事行为能力人与无民事行为能力人画上等号,这也许是导致最高人民法院作出上述司法解释的原因之一。根据该解释,对于民事主体的行为能力,可以由法官自行判断,依据的是精神状态而不是法定的宣告程序。如此,虽然《民法通则》中建立了民事行为能力宣告制度,《民事诉讼法》也规定了民事行为能力宣告程序,但上述司法解释在人民法院审判实践中的运用,却导致了架空行为能力宣告制度的后果。

笔者认为,民事行为能力的认定必须经过法院的宣告,通过宣告,被宣告人的法律行为能力被全面地剥夺或限制,如此方能保护行为能力欠缺人的合法权益,维护一定的社会秩序和安全,而且由于被宣告人无法参与相应的法律行为,故无法使自己受到伤害,从而其利益得到保护。如果鉴于一些特例和特殊政策的考虑,如涉及精神病人受领利益的事项,为了加强对精神病人的保护,无须要

〔5〕〔德〕康拉德·茨威格特、海因·克茨:“行为能力比较研究”,孙宪忠译,载《外国法译评》1998年第3期。