

总第 2 辑

SHENPAN

QIANYAN GUANCHA

《审判前沿观察》编辑委员会 编

卷四

DFX182/32

审判前沿观察

2008年

第 1 辑

法学方法的困惑 贺卫方

胎儿的法律地位及其保护范围 张 驰

从“许霆案”解读“盗窃金融机构”行为 杨兴培 周啸天

医患纠纷法律适用若干问题研究 孙建国等

中级法院少年审判庭运行机制研究 冯伟强等

“党的十七大与繁荣上海法学研究”研讨会综述 李 盛

上海人民出版社

SHENPAN

QIANYAN GUANCHÁ

《审判前沿观察》编辑委员会 编

审判前沿观察

2008年

第 1 辑

上海人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

审判前沿观察. 2008 年. 第 1 辑: 总第 2 辑/《审判前沿观察》
编辑委员会编. —上海: 上海人民出版社, 2008
ISBN 978 - 7 - 208 - 08049 - 2

I. 审... II. 审... III. 审判—研究—中国—丛刊
IV. D925.04 - 55

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 114475 号

责任编辑 曹培雷

封面装帧 甘晓培

审判前沿观察 2008 年第 1 辑

(总第 2 辑)

《审判前沿观察》编辑委员会 编

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

上海商务联西印刷有限公司印刷

开本 720 × 1000 1/16 印张 20.25 插页 2 字数 353,000

2008 年 7 月第 1 版 2008 年 7 月第 1 次印刷

ISBN 978 - 7 - 208 - 08049 - 2/D · 1417

定价 30.00 元

《审判前沿观察》编委会

主 任 潘福仁

副主任 许伟基 冯伟强 游 伟 周赞华

委 员 (按姓氏笔画排列)

王 犁 庄登杰 孙敬沪 谷 杨 汪 彤

张志杰 陈福民 郑文德 赵卫平 秦明华

倪金龙 奚强华 盛焕炜 蔡绍祥 黎淑兰

主 编 游 伟

副主编 陈福民 刘言浩

编 辑 唐 震 邓永杰 李 盛 刘 鑫 崔 婕

目录

CONTENTS

主题笔谈 1

裁判思维的转换与释明制度的重构 吴金水 陆 淳 / 3

法律适用中的价值判断 胡震远 / 10

在法律与情理中寻找结合点 王剑平 / 15

法律适用类刑事疑案的成因及解决路径 刘 鑫 / 20

司法为民与刑事审判中的利益衡平 余 剑 / 26

专家论坛 31

法学方法的困惑 贺卫方 / 33

胎儿的法律地位及其保护范围 张 驰 / 47

从“许霆案”解读“盗窃金融机构”行为 杨兴培

周啸天 / 60

审判实务 73

保险人合同解除权的行使与限制 王秋良 方 遑 / 75

从《物权法》第一百零六条看无权处分和善意取得之

关系处理 严卫忠 / 84

房地产登记行政诉讼中的若干问题研究——兼论《物权

法》的相关规定 周瑶华 / 90

关于建立我国专利间接侵权制度的思考 朱 丹 / 101

论存款被冒领案件中存储双方的民事责任 王建平 / 110

权证信息披露纠纷中交易损失的责任认定 俞秋玮 / 124

论民事执行和解制度的定位与到位——从公权与私权

关系角度的观察和研究 郑天衣 /133

专题研究 145

医患纠纷法律适用若干问题研究 孙建国等 /147

论竞合犯罪的构成和定性原则 毛国芳 /170

物权法实施后业委会诉权问题研究——以请求权

基础为视角 蔡新国 高行玮 /180

调查分析 193

完善上海国际金融中心建设的司法环境 上海市第一

中级人民法院研究室 /195

建设工程合同纠纷案件特点、成因及审理难点分析

汪彤等 /205

因起诉要件争议上诉的行政案件审理情况分析

岳婷婷 /215

改革探索 219

中级法院少年审判庭运行机制研究 冯伟强等 /221

司法廉洁与法官职业化：双重视角下的法官交流机制

朱 川 孙衍荣 /235

角色的强化、弱化与衡平——负责制视角下的合议庭

成员考论 王庆廷 /244

研讨综述 255

“党的十七大与繁荣上海法学研究”研讨会综述

李 盛 /257

判案评析 263

网络服务提供者利用 P2P 软件帮助侵权应承担侵权

责任——广东中凯文化发展有限公司诉广州数

联软件技术有限公司等侵犯信息网络传播权纠

纷案 章立萍 / 265

道路交通事故赔偿协议效力的认定及处理——毛建军

诉姚来扣等道路交通事故人身损害赔偿纠纷上诉案

周 啸 王志峰 / 270

裁判精选 275

上海文艺出版总社诉上海康育乐购超市有限公司等仿

冒、伪造知名商品特有名称、包装、装潢纠纷案

上海市第一中级人民法院(2006)沪一中民五(知)初字第

283号民事判决书 / 277

上海佩吉电子商务有限公司诉浙江双佳制衣有限公司

加工合同纠纷案 上海市第一中级人民法院(2007)沪一

中民四(商)初字第3号民事判决书 / 288

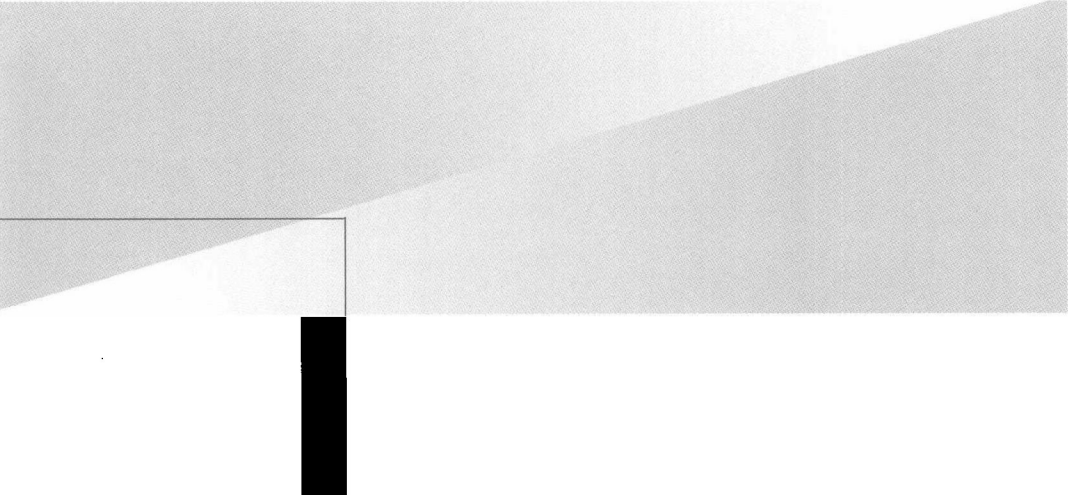
域外法制 299

比利时最高法院掠影 刘言浩 / 301

德国简化民诉程序的实践与启示 周 峰 / 308

《审判前沿观察》稿件技术规范 / 313

《审判前沿观察》稿约 / 315



主题笔谈



裁判思维的转换与释明制度的重构

吴金水* 陆 淳**

随着哲学诠释学对裁判思维的渗透,案件事实的建构过程实际上融入了当事人与法官各方的“前见”。为了消除前见的负面影响,对话是一种最有效的回到事物本来面目的形式。在对话的立场上需重新认识民事证据规则中的释明制度,所谓释明,是通过法官与当事人之间的对话、交流,增强案件事实建构过程的透明度,消除在建构案件事实过程中法官与各方当事人各自前见中的负面影响,协同发现案件真实。唯此,我们将以更开放的心态看待释明,更灵活的方式进行释明。当然,关键是要转变法官的思维,强化对话与合作的意识,艺术化地开展释明。

一 分立到融合——裁判思维的转换

3

在传统的法学教育中,演绎推理(司法三段论)是影响最为深远的一种法律适用方法,对裁判思维产生了深刻的影响。近年来,随着司法职业化的推进,这一裁判思维正在发生着变化。

(一) 司法三段论对裁判思维的影响

司法三段论认为,司法裁判首先是以司法三段论形式进行的,即法律规范为大前提,特定的案例事实为小前提,以一定法律效果的发生为结论。其中,法律规范的要件,通常系由多数要件特征组成的。因此,特定的案例事实必须该当于所有的要件特征,始能发生该法律规范所定的法律效果:

司法三段论作为一种思维规律的总结,帮助法官解决了如何将案件事实与法律规范相联系的问题,但是没有解决案件事实是如何建构的问题。能被理解的存在就是语言,也就是说事物通过语言来表达从而被理解。作为三段论小前提的案

* 上海市闵行区人民法院副院长。

** 上海市闵行区人民法院法官。

件事实首先需要借助语言来表达,语言不过是一个描摹无限之现实的有限之符号体系,人们在语言中是按照类比的方法来行事的。因此,司法三段论企图仅仅通过概念—逻辑推理技术把属于思维范畴的规范与作为存在范畴的案件事实嫁接起来,在现在看来是过于简单化且十分粗糙的认知和实践图式。受司法三段论的影响,司法实践中将事实与法律分立开来看待,一如法谚所言“汝予吾事实,吾予汝法律”,似乎法官对事实发现完全不干预,使得司法裁判似乎是以一种从法律规范到案件事实的链条式的单线思维方式展开的。

(二) 诠释学循环论对裁判思维的影响

随着对司法三段论的检讨,卡尔·拉伦茨在诠释学循环论的立场上揭示了案件事实与法律规范之间“对向交流”的过程:“为了对实际发生的案件事实作法律上的判断,判断者必须把它陈述出来,陈述中又只采择与其法律判断有关者。对法律是否具有意义,取决于可能适用于案件事实的法条有哪些,根据这些法条的构成要件再进一步补完案件事实,假使法条本身不适宜做立即的涵摄,便须针对案件情境作进一步的具体化。只有在考虑可能是判断依据的法条之下,成为陈述的案件事实才能获得最终的形式;而法条的选择乃至必要的具体化,又必须考量被判断的案件事实。”*正是这种“在大前提与生活事实间之眼光的往返流转”才使得案件事实的确立趋于精确化,才使得案件事实与法律规范的结合更加严密。近年来,在案结事了、司法为民等司法政策的要求下,诠释学循环论所包含的在事实与法律规范之间循环往复的方法通过各种培训途径影响着广大基层法官,从而将规范与事实相融合的思想渗透进了法官的裁判思维中,使得原本存在的一种自发的、潜在的思维方式逐步得到自觉的运用。

二 融合与对话——使案件事实接近事物本来面目之路径

事实通过语言来表述,因此,任何事实都是主客观的统一体,而作为在生活事实与法律规范之间循环往复建构起来的欲求得一定法律效果的案件事实,还具备自身的特点,这些特点的存在可能会增大案件事实与事物本原的距离,因而需要一些路径使得案件事实尽可能回到事物的本原。

(一) 案件事实的特点分析

1. 由一系列的要素事实组合而成。比如,承担雇主责任的构成要件是:甲是

* [德] 卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2003 年版,第 173 页。

乙的雇主,乙在雇佣活动过程中遭受人身损害。雇主的定义则是对雇员的工作进行管理、支付报酬并享受雇员的劳动成果的人是雇主,因此仅“甲是乙的雇主”这一要件在具体的案件中就需要由一系列的要素事实与之对应。

2. 是法律规范与生活事实相结合的产物。这一特点是伴随着上文所指出的“在大前提与生活事实间之眼光的往返流转”之案件事实的建构过程中产生的,因此案件事实蕴含着裁判者和诉讼当事人对法律规范的理解。

3. 受到前见的制约。所谓前见是指包括理解者身份、性别、处境、经验、文化等一切可能影响理解的诸因素。案件事实首先由当事人通过语言予以表达,因而受到当事人的前见的制约;而法官掌握裁剪、选择案件事实的主动权,因而又受到法官前见的制约。前见既可能有利于案件事实的建构,也可能对案件事实产生负面影响。

(二) 使案件事实接近事物本来面目的路径

哲学诠释学主张,通过融合前见来扬弃因前见的存在而带来的理解上的差异。为了让各方的视域充分显现出来,就必须进行对话,通过对话这种交流形式发现真理,即所谓“真理越辩越明”。司法裁判的运作路径及案件事实的特点决定了在民事司法的过程中,法官应当经历与当事人、与证据、与法律规范之间的多角度对话。

1. 法官和当事人之间的对话。当事人往往是用生活语言来表述案件事实的,而有些生活语言可能不具有法律意义,也可能包含多种法律意义;同时,当事人自身的立场也决定了他会趋利避害地表述事实,因此法官需要充分理解当事人的陈述,进而探知事情的本来面目。

2. 法官和证据之间的对话。当事人的陈述需要通过证据加以证明,而证据本身的内容往往具有独立的表达作用,在裁判过程中,也需要法官进行阅读理解,消除当事人的前见对证据内容的扭曲。

3. 法官与法律规范之间的对话。在语言表述的过程中,信息可能会丢失,因而需要对文本进行理解,获知语言背后所隐藏的事物的本质。司法权的功能是对制定法进行再理解,实现文本与个案所处现实的视域融合。

在具体的裁判过程中,法官与这三者之间的对话往往是同时进行、同步推进的,在这一过程中,当事人的意见始终不能脱离法官的视域。因此,从根本功能上看,司法过程实质是在一定结构的约束中,将个人思维组织化为集体思维的过程。司法裁判的形成绝不是任何一方的单独思维。这是实现诉讼民主化、对法官进行合理约束的根本保证。

三 开放与沟通——民事证据规则中释明制度的重构

上文的论述表明，司法实践中司法裁判的过程和案件的实体处理需要法官与当事人的交流，这种交流需要技术层面的帮助，也即在诉讼制度中有所体现才能实施。因此，法官释明制度作为实现交流的技术可以重新予以认识。

（一）对释明含义及方式的再认识

释明一词源于德语，本意是指使不明确的事项得以明确。民事证据规则第3条第1款规定：“人民法院应当向当事人说明举证的要求及法律后果，促使当事人在合理期限内积极、全面、正确、诚实地完成举证。”第八条第二款规定：“对一方当事人陈述的事实，另一方当事人既未表示承认也未否认，经审判人员充分说明并询问后，其仍不明确表示肯定或者否定的，视为对该项事实的承认。”这些规定虽然有其合理内核的，但其中的用语传递给法官的则是强职权主义的信息，使法官在释明时，不区分情况，一律格式化地告知：“原(被)告，你应当……，如果不这样，你可能将承担对你不利的后果。”同时，释明的方式也都是采用单向的传递信息的行为——告知，而作为交流必须是对向的，只有经过相互的沟通才可能达到彼此的理解。在民事诉讼中，法官基于其专业和经验的优点，理解力可能强于当事人，在法官能够理解当事人意思的情况下，采用告知的形式传递信息是可行的，但更多的时候还需要采取对向交流的方式来达到沟通的目的。

站在法官与当事人合作以共同探求事物本质的角度，可以赋予法官释明以下新的含义：即通过法官与当事人之间的对话、交流，增强案件事实建构过程的透明度，消除在建构案件事实过程中法官与各方当事人各自前见中的负面影响，协同发现案件真实。在这一含义之下，法官释明的方式可以更加灵活多样。但是，作为一种对话交流，首先要注意倾听，通过倾听来了解当事人在语言背后所要表达的真正的意思，比如借贷纠纷中的被告在庭审时反复陈述对方从未向其催讨过讼争钱款，那么隐含着的意思可能是以此证明原告主张的事实不成立或者是认为原告已超过诉讼时效。法官应当注意倾听这些细节，在此基础上采用发问的方式帮助当事人明确其意思。比如问被告：“你刚才的陈述想说明什么问题？”再根据其意思表示决定是否需要介绍有关诉讼时效制度的规定。作为交流的方式可以多种多样，可以是完整的包含法律后果的书面或口头告知形式，也可以是巧妙的发问，甚至可以是对争议焦点的归纳。而这些方式的具体运用，应当由法官根据个案的具体情况，根据当事人的领悟和合作程度，灵活运用，这属于司法经验和司

法艺术范畴的内容,“道可道,非常道”,难以作统一的规定。但释明应当坚持在双方当事人均在场的情况下,以确保程序的公开透明和当事人诉讼权利义务的对应。

(二) 对释明内容的再认识

在司法实践中,就哪些内容进行释明是一项十分具体且不太容易明确的工作。联系案件事实的建构过程,释明内容大致应当涉及以下方面:

1. 有关事实问题的释明。法官在倾听的基础上,围绕以下方面开展释明:

(1) 引导当事人明确或补充有关事实。当当事人对事实的陈述不完整、不明确时,法官应当与其进行进一步的交流,帮助其明确有关的事实构成要素。实践中对法官应否引导当事人补充某一事实存在争议,笔者认为,法官可以引导当事人补充一定的事实,理由是:案件事实是围绕着一一定的法律规范而构建的,当事人对一定的要件事实不予主张往往发生在其欠缺法律知识或者与法官对法律规范的理解不一致时,基于使胜诉者当然胜诉的理念,法官应当引导其补充一定的事实要件,但应当采用发问等不直接暴露法官观点的方式,以免诱导当事人作出不实陈述。需要说明的是,这种引导与法律观点开示以后就有关事实问题的引导是有区别的,此时往往法官对案件可能适用的法律规范并不确定,还需要一定的事实构成要素帮助其形成判断。

(2) 公开对证据证明力的心证结果。法谚谓“自由心证之终点,举证责任之开始”,说明证据的证明力由法官进行判断,法官在形成最终的判断之前应当将对现有证据的心证结果传递给当事人,以便当事人穷尽证据。但此时的公开有别于在判决书中对证据证明力心证的公开,应当采用询问、建议等方式提示当事人就某一具体问题再行提供证据,甚至还可以进行例示性的引导,而不宜明确具体地告知当事人现有证据不能证明待证事实,以免违背法官中立原则。

2. 有关法律问题的释明。前见对当事人陈述案件事实的影响表明法律判断权并非法官独占,应当通过法律问题的释明为当事人提供对法官的法律判断权施加影响的机会,从而保障当事人在法领域中的程序参与权,协同发现法之所在。

在对法律进行释明时,还需要探讨的是如何理解民事证据规则第35条的规定。该条第1款规定,当事人主张的法律关系的性质或者民事行为的效力与人民法院根据案件事实作出的认定不一致时,应当告知当事人可以变更诉讼请求。司法实践中往往将这一规定理解为如果当事人拒绝变更诉讼请求,则应当承受对其不利的后果,当涉及疑难案件或者法院内部对某些问题的法律效力尚难以形成定

论时,这种释明有可能使得当事人无所适从,也有可能造成一审法院错误释明误导当事人的情况。如果将上述规定理解为有关法律观点开示的规定,并在法律观点开示的基础上告知当事人相应的诉讼权利——可以变更诉讼请求,将使法官在裁判时赢得更大的回旋空间,尽可能使得矛盾平息。如果当事人不愿意变更诉讼请求,可以视情对案件作如下处理:

(1) 法官可以通过与当事人之间的对话,探求当事人诉讼的目的,从而作出对原告有利的判决。比如,原告主张被告应向其承担人身损害赔偿赔偿责任,但其举证的事实则表明被告并非加害人,双方间可能存在着客运合同关系,原告可以要求被告承担违约责任从而获得赔偿,在此情况下法官可以将自己的法律观点向双方当事人说明,并允许双方当事人就此陈述相应的观点提供相应的证据,但不必强求原告变更其诉讼请求。在最后判决时,如果能够确定双方间存在的是客运合同关系,则可以直接依合同关系支持原告获得赔偿。因为在这一案件中,原告已经表达出了希望获得赔偿的愿望,至于依何种法律关系获得赔偿,只是达到目的的理由。

(2) 对某些在审理阶段难以形成定论的问题,允许当事人提出选择性的诉讼请求或抗辩事由。即将案件事实可能涉及的法律关系或者民事行为的效力向当事人进行解释,由当事人针对不同的法律观点明确相应的诉讼请求或抗辩事由。法官在裁判时根据最后认定的法律关系或民事行为效力,选择对当事人有利的诉讼请求及抗辩事由进行处理。

(3) 在不损害社会公共利益的情况下,尊重当事人的处分权。如果经过法律观点开示,当事人明确表示不改变其诉讼请求或抗辩事由,又无法根据法院的认定作出对其有利的判决的,在不损害社会公共利益的情况下,根据其意思表示对案件作出相应处理。

3. 有关程序性事项的释明。这包括对当事人诉讼请求的明确、诉讼权利义务的告知、举证责任的分配等专业性较强的事项。日本学者中村英郎指出:诉讼制度是以具有完全能力的理性人为基准而建立起来的。但现实里的诉讼当事人却未必都是如此,尤其是本人诉讼的场合,要求本人充分的主张和申请是困难的。但是,如果因为其申请明白了、不完备而使得其丧失本应属于他的权利,反而使深得要领的当事人胜诉的话,这就违背了正义的原则*。因此有关程序性事项的释明旨在确保当事人之间的对话有效开展。

* [日] 中村英郎:《新民事诉讼法讲义》,陈刚等译,法律出版社2001年版,第178页。

(三) 小结——释明制度重构应注意的几个问题

1. 规定宜粗不宜细。作为对话与交流的技术手段,释明的方式、内容因案而异、因人而异。在构建释明制度时,不宜规定得过细、过死,从制度上只宜规定一些基本的问题和特别的制度,比如释明应遵循的原则、拟制自认的后果等。

2. 通过制度化与司法经验的传承两条路径规范释明的运用。释明是应用法学中的一门专门技术,与不同的案件、不同的当事人如何进行沟通没有定式,只能借助司法经验的传承来帮助后继者学习其中的技巧。

3. 不断摸索总结,逐步完善。作为一项新生事物,释明的运用在司法实践中只有短短几年的历史,实践中如何把握释明过与不过、当与不当等问题都还有待摸索,有关释明的制度还需要不断完善。在此情况下,暂时不宜明确释明不当的后果。理论界已经提出当法官该释明不释明或者不该释明而释明、释明内容错误时,应否承担责任的问题。对此,笔者认为目前不宜对此作出规定,一方面评判是否构成释明不当的标准难以确立;另一方面,过于严苛的规定将导致法官对释明产生畏惧,从而影响释明工作的顺利开展。

法律适用中的价值判断

胡震远*

我国是成文法国家，目前法律的体系不可谓不完备，法律的规定不可谓不完整，立法的技术也不可谓没有提高，但是相对于变动不居的社会生活，法律总是相对滞后，也正因为如此，法官在法律适用中的创造性劳动才显得尤其重要。如果真像孟德斯鸠所说的“法官就是自动售货机”，那么我相信法官职业早就不复存在了。一段时间以来，法院的一系列判决引起了社会的广泛关注，公众的“自然理性”与法官的“技术理性”相去甚远^①，这是一个值得警惕的信号。我们知道，司法权威的树立需要两个条件：一是司法的普遍公正，二是司法公正的广泛认同。现在法官和公众的公正观念差异如此悬殊，我们就有必要对法律适用的正确性进行深刻的反思。

10

一 法律适用与价值判断的关系

“法律适用是一个基于逻辑形式而为的评价，此乃是一种论证，即以必要充分的理由构成去支持其所作成法律上的判断。”^②表面上看来，法律适用是逻辑推理过程，与价值无关，实际上法官在做法律判断的时候，往往会因为不同的价值判断而选择不同的理由构成，达到不同的裁决结果。不可否认，法律适用既是一门科学，又是一门艺术。

二 法律适用中价值判断的几个空间

1. 在认定事实与寻找法律之间

人们通过司法实现公正，而司法的过程总是三段论的推理。然而从事司法实

* 上海市第一中级人民法院民五庭助理审判员。

① 张国香：《法官是怎样思考的？——孙笑侠教授关于法官思维特征的访谈》，《人民法院报》2002年4月15日第B1版。

② 王泽鉴：《法律思维与民法实例》，中国政法大学出版社2001年版，第210页。