

湖北法官论丛

第二辑

法官论诉讼

主编/吴家友

执行主编/吕忠梅



法律出版社
LAW PRESS

湖北法官论丛

第二辑

法官论诉讼

主编 / 吴家友

执行主编 / 吕忠梅



法律出版社
LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

法官论诉讼/湖北省高级人民法院编. —北京:法律出版社, 2003.8

(湖北法官论丛·第二辑)

ISBN 7-5036-4471-0

I. 法… II. 湖… III. 诉讼—制度—文集
IV. D915.1—53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 072502 号

法律出版社·中国

责任编辑/张丽颖

装帧设计/孙宇

出版/法律出版社

编辑/法律教育出版中心

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/13.875 字数/420千

版本/2003年8月第1版

印次/2003年8月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn 电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn 传真/010-63939622

法律教育出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/jiaoyu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939660

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.chinalawbook.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-4471-0/D·4189

定价:26.00元

《湖北法官论丛》编委会

吴德桥	赵刚	姚莉	王晨	李群星
夏建国	黄汉桥	贺彰好	徐桂兰	沈福元
刘勇	李小菊	侯旺发	王建国	魏开发
刘春彬	夏明权			

卷首语

本卷为湖北法官论丛的第二卷,也是2002年湖北省法院系统第十二届学术研讨会的优秀论文集,其中包括了参加全国法院系统第十四届学术研讨会并获得二、三等奖的论文。

本卷的主题为“诉讼”。从法院工作的角度看,“诉讼”实际上包含着法官主持诉讼以及审判两个方面,它作为司法活动的组成部分,是法官工作的最基本内容,也是法官职业思维与法官职业素养的重要体现。因此,法官对于“诉讼”的法律进行研究,提出各种观点与见解与其说是在写论文,不如说是在分析他们自己的工作,论证他们工作的价值和功能。

由于诉讼是将各方当事人以一定形式联系起来并在法官主持下裁判纠纷的特定活动,所以在法律上表现为连接当事人与法官以及法官主持诉讼的各种方法、环节与步骤,也就是人们通常所称的程序法。相对于实体法上具体的权利义务而言,程序法的各种方法、环节与步骤往往被认为具有形式意义,它的存在主要是为了实现实体法的价值。甚至有人进而认为,程序法因实体法而生,它完全依附于实体法,没有自己独立存在的价值与追求。在这样的理念下,中国的法律理论与实践一直存在着重立法轻司法、重实体轻程序的现象,诉讼的价值与意义被弱化甚至被忽视的情况十分严重。如果说学者对诉讼价值的认识仅仅关系理论体系的完善与深入,那么法官的认识则直接关乎当事人的权利保护以及司法公正与效率。在此意义上,法官迫切需要深化对诉讼、程序、程序法的认识,需要对于法律的程序理性进行透彻的理解与把握。

中国法治化的进程正在加速,各种有悖于依法治国方略的思想观念与行为模式都要接受检验。建立符合法治时代要求的新理念、新体制与新制度是每个“法律人”所必须承担的历史使命。

其实,司法在政治及社会体系中具有“平衡器”的特殊位置;或者说,司法作为维持社会秩序的一个基本支点发挥着再生产功能。这一功能集中表现于作为司法系统中心的法院及其进行的诉讼活动。社会中发生的几乎任何一种矛盾、争议,经过各种各样的决定仍不能得到解决并蕴含着给政治、社会体系的稳定性带来重大冲击的危险时,最终都可以被诉讼所吸收或“中和”。诉讼在任何其他决定都可能成为其审理对象而终审判决却一般不再接受任何审查这一意义上具有终局性。通过诉讼,尽管争议或矛盾本身未必真正得到了解决,但由于司法所具有的诸如把一般问题转化为个别问题、把价值问题转化为技术问题等特殊的性质和手法,因发生争议或矛盾从而可能给政治及社会体系正统性带来的重大冲击却得以分散或缓解。

所谓法律秩序就是这样一种有序状态。它表明,人类在建立政治或社会组织单位时,为了防止不可控制的混乱现象而确立某种适于生存与发展的有序形式的努力。秩序总是意味着某种程度的关系的稳定性、结构的一致性、行为的规则性、进程的连续性、事件的可预测性以及人身财产的安全性^{〔1〕}。在现实生活中,对现存秩序的破坏是一种伴随人类社会存在的可能性;即使在一个行之有效的法律秩序框架中,违反规范的行为亦是极为频繁的。实际上,任何秩序都经常遭到破坏,冲突不会被彻底根除。没有冲突,社会就会呆滞,就会灭亡。社会发展的目的不在于消灭冲突,关键在于必须对冲突进行适当的调节,使冲突不致经常以将毁掉整个社会的暴力方式而进行。因此,当秩序因冲突而遭受破坏时,为了避免陷入完全失控的无序和混乱,就必须拥有某种使之得以恢复的手段。“诉讼”就是这样一种手段。尽管在特殊时期,“大炮一响,法律无声”,但在和平时期,在正常情况下,个人之间、法人之间、政府与相对人之间的冲突和矛盾,其解决的最佳有效方式还是以国家强制力为后盾的法律和司法^{〔2〕}。因为在多数情况下,司法的确可以保证法律所要帮助和保护的人得到适当而必要的赔偿,而适当和充分的损害赔偿又可以反过来促使违法行为的受害者寻求法律的保护。在这样的一个过程中,诉讼通过其特

〔1〕 参见张文显:《法学基本范畴研究》,中国政法大学出版社1993年版,第258页。

〔2〕 参见杨一平:《司法正义论》,法律出版社1999年版,第55~60页。

有的程序规则以及法律语言,将日常社会生活中的各种利益冲突纳入法律规范的调整范围,以个案处理的方式,实现法律保护各种利益的目的,保障社会安全、交易安全、人身安全……。

如果我们以这样的认识来面对司法与诉讼,诉讼法的功能与作用当然也会凸现:其一是对于恣意的限制;其二是作为理性选择的保证;其三是作为国家与公民个体间联系的纽带;其四是反思性整合特性^{〔3〕}。从第一方面看,程序法作为恣意的限制的实质在于通过对程序参与者的角色定位而明确其权责利,使其各司其职又相互牵制,从而减少恣意发生的余地,这实际上就是对当事人绝对权利和法官绝对权力的一种限制。从第二个方面看,程序法通过其固定化的处理流程,从而将一种对不确定的结果的担忧转化为一种对确定过程的关注,并以结果的拘束力来加强这一选择的确定性。从第三个方面看,公正化的程序通过其类似过滤性装置的设置,将公民过去的要求通过法律程序的沉淀和反馈,而最终成为未来社会生活场景的一个事实状况,这实际上是现代法制向生活世界渗透的一种成本最小的做法。从最后一个方面看,程序法是交涉过程的制度化,它通过对于形成法律决议过程的“反思性整合”,既可以发挥程序的灵活性作用,从而弥补实体法功能的缺陷;另一方面也通过程序法定,防止司法者的过度自由化而导致的法律过度开放和确定性消弭的危险。

由此看来,程序的问题并不简单,至少不是“形式主义”所可以概括的,更不是与司法公正与效率无关的。在这样的基础上,我们再来读有关程序法的论文,似乎也应从中看到单纯的制度设计以及程序完善以外的东西,以获得对“法律背后”或者更确切地说是“程序背后”的认识。

正因如此,我无法也无须对本卷的每篇论文进行详细的评述,相信读者会有更多更深的感悟!

吕忠梅

2003年6月8日

〔3〕 参见季卫东:《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社,1997年版,第15~19页。

目 录

卷首语·····	(1)
----------	-------

诉讼基础理论

论审判委员会的作风建设与制度改革·····	杨 凯(3)
——兼对我国《人民法院组织法》第 11 条规定的检讨	
程序正义优位论·····	郭载宇(29)
论程序正义的人权价值基础·····	陈 旗(41)
试论司法程序在公正与效率主题中的枢纽地位·····	干朝端(56)
论作为司法权正当性基础的程序公正·····	任辉献(66)
陪审制度改革问题研究·····	贾伟杰 夏丽华(78)
民事再审程序有限性与当事人自治理念的	
悖反与统一·····	王赞雄 李雅惠(89)
陪审制度的存废问题研究·····	崔四星(100)
浅谈取消陪审制度之我见·····	王益民 潘如文(111)
浅析我国陪审制度及其完善·····	王伟才(119)
陪审制度存废问题研究·····	张忠斌 黎宏谊(128)
法官独立审判及其运行模式·····	姚仁安 柴 勇(142)
自由心证是程序公正的终点站·····	雷和平 黄金波 赵成泽(152)
——关于自由心证问题研究的理念式大纲	
程序公正的理性认识与追求·····	丰群辉(161)

民事诉讼

法院调解制度改革理论透视与立法思考

- 以程序公正与诉讼效率为中心的分析····· 杨 凯(171)
- 论网络著作权侵权纠纷的地域管辖····· 宋 哲(196)
- 我国民事诉讼中审前程序与完善····· 曹 志(209)
- 民事公益诉讼范畴探讨····· 董伟威(222)
- 关于我国法院调解制度改革的思考····· 陈 辉(242)
- 从 ADR 制度的发展谈我国诉讼调解制度的完善和构架 ···· 李 军(251)
- 民事诉讼调解机制变革之设想····· 柯昌洁(264)
- 也论我国法院调解制度的不足与完善
- 以调解制度的基本原则为视角····· 徐 翠(274)
- 民事诉讼中执行审判公开的不足及完善····· 苏 江(284)
- 现行调解制度的弊端与改革完善····· 刘忠萍(296)
- 谈谈现行民事再审程序发起制度的缺陷及其改进完善····· 李伟业(302)
- 对我国民事诉讼处分原则的理性反思····· 范小群(313)
- 民事执行程序中存在的问题及对策····· 王建新(321)

刑事诉讼

- 刑事再审程序之重构····· 李 攀(333)
- 刑事附带民事诉讼制度检讨····· 熊 锋 黄元姍(341)
- 论我国刑诉法与沉默权的合理冲突及立法借鉴
- 熊大国 黄祥武(352)

行政诉讼

论我国行政诉讼制度的立法完善

- 以诉讼目的为视角的理性分析····· 占云发 王纳新(361)
- 行政诉讼时效若干问题研究····· 王晓华(385)

论建立我国行政公益诉讼制度的价值·····	王洪斌(397)
-----------------------	----------

其 它

诉前临时措施在我国知识产权保护中

的适用和完善·····	裴 缜 蔡 晖(409)
论建立法官就职宣誓制度之构想·····	董正彪(422)
由“执行难”论我国执行体制改革·····	余 澜(427)

诉讼基础理论

论审判委员会的作风 建设与制度改革

——兼对我国《人民法院组织法》第 11 条规定之检讨

□杨 凯

具有中国特色的审判委员会制度是我国诉讼法的独创;审判委员会作为法院内部最高审判组织的设置是我国司法审判组织系统的一大特色。审判委员会制度创设后曾在我国几十年的司法审判实践中发挥着非常重要的作用,但随着社会的变革和诉讼制度的改革深入,这一中国特有的诉讼组织制度在程序立法上存在的缺陷和漏洞及在司法审判实践中暴露的种种弊端日趋明显。关于审判委员会制度的存废之争,制度改革完善与作风建设之争已成为诉讼制度改革研究的热点问题。笔者认为,研究和推进审判委员会制度的改革必须将这一制度置于整个诉讼制度改革,乃至整个司法制度改革和政治体制改革的大环境之中,贯彻以程序公正为本位,兼顾诉讼效率的理念,对审判委员会制度存在的立法缺陷与漏洞以及在司法审判实践中存在的作风建设进行了理性分析与思考,将作风建设与制度改革相结合,确立以程序公正和诉讼效率为制度改革的价值取向,从立法角度完善制度设计的缺陷,弥补制度存在的立法漏洞,将优良的作风和好的传统制度化、程序化;以体现程序公正的制度构架与程式规制司法审判实践中存在的不良作风和弊端,使审判委员会这一独具特色的诉讼组织制度在改革完善的基础上获得创新和发展。

一、审判委员会制度在司法审判实践中存在的不良作风剖析

现行审判委员会制度由于程序制度设计的缺陷、立法时的疏漏及管理上的行政化,导致审判委员会制度的许多好的优良传统和优良作风,没有得到传承和发扬,反而在司法审判实践运作过程中存在如下不良作风

和弊端:

1. 审判委员会制度欠缺良好的民主作风。现行审判委员会制度行政管理色彩浓厚,民主作风得不到有效的发挥。民主作风是我国人民司法的重要特征和优良传统,然而由于审判委员会制度的实施过程中过于强化的行政管理方式和职权主义色彩,导致审判委员会固有的民主作风得不到发挥。审判委员会讨论案件一般都由院长或院长指定的常务副院长或业务力强的副院长主持,特别是在基层法院审判委员会主持人的地位是很高的,在讨论中如果主持人已经作了定性的发言,也就是院长或副院长已对案件的处理有了定性的态度,其他的审判委员会委员还敢不敢再说?敢不敢表达自己的思想与见解?即使有委员勇敢地表达了自己不同的思想与见解,又会有多少委员认可和赞同?赢得多数委员支持的主持人会不会认真听取不同意见?即使不同意见或少数意见是正确的,民主集中制的原则还是决定了决定权在主持人——院长手里。院长或副院长以其审判职权与行政职权的双重身份实际上成为委员会的真正决定者,民主作风得不到充分的发挥,讨论只不过是一种形式和走过场的过程而矣。创设审判委员会的目的在于通过发扬民主作风,集思广益,提高案件审判质量,提高法官整体素质,防止法官徇私枉法。而现实情况中,由于民主作风得不到很好的发挥,导致制度的运作背离了制度创设的本意。从审判委员会的实际运作情况来看,审委会讨论案件的启动程序、操作程序和终结程序的随意性很大,不利于民主作风的形成和发挥。什么样的案件可以上审委会没有具体的标准,院长、副院长、庭长在审判和签发案件时,认为案件重大,疑难或不同意合议庭、独任庭意见的,都可以提交到审判委员会讨论,即使合议庭已形成一致意见的案件,同样可以重新再讨论,实践中常造成院长、副院长、庭长可随意通过审委会讨论而推翻独任庭、合议庭的判决意见的现象。在审委会的运作过程中,审委会何时召开,应当有多少委员出庭才算合法、有效,都没有具体规定,实践中曾出现主持人在持反对意见的委员出差时主持召开审委会讨论决定案件的不正常现象。实践中还有审委会已经讨论并形成多数意见后,主持人当场不作决定,而以种种借口决定再讨论一次,不按多数人的意见形成审委会讨论决定的现象。这些实践中的不正常现象和种种程序制度的缺陷都严重侵蚀了审委会民主作风的优良传统,使民主作风在审委会的运作过程中

得不到充分的发挥,审委会实际变成主持人把关的行政化管理组织和形式,集思广益变成了集权制度。民主作风在制度运作程序中得不到充分发挥是现行审判委员会制度在司法审判实践中最大的弊端。

2. 现行审判委员会制度欠缺良好的学习研究作风。审判委员会的首要任务应是总结审判经验,制定审判政策。指导审判实践,规范审判活动。^{〔1〕}然而在司法审判实践中,特别是基层法院对于总结审判经验,制定审判政策,指导审判实践,规范审判活动所作的工作历来很少,甚至根本就没有做这方面的工作,这与现行制度缺乏良好的学习研究的作风有关。审判委员会讨论案件,委员们事先一般不看卷,对于涉及案件的证据认定和适用法律没有充分的时间熟悉了解和思考,只是在讨论时临时听承办法官和庭长汇报,然后凭委员们各自的审判实践经验来讨论决定案件。审委会讨论决定案件不是在深入学习和研究的基础上进行,而仅凭现有的法学知识和实践经验来讨论复杂、疑难案件,讨论后也缺乏深入的再学习和再研究的总结程序和良好作风,因而,总结审判经验,指导司法实践的功能长期得不到发挥。随着我国法治现代化进程的加快和立法的不断完善,随着社会变革与转型时期的矛盾多样化,大量新型、复杂、疑难案件不断出现。在处理这些案件时如仅凭现有的知识和经验已不能适应情况的变化和社会发展的需求,必须通过学习和研究才能胜任法治时代的审判工作需要。所以审判委员会形成良好的学习研究作风非常重要。对于各类新型重大、疑难案件,如果能在审判委员会讨论前,委员们先学习涉案相关证据和专业技术知识,学习涉及适用法律的解释与适用知识,通过阅读审理报告熟悉了解案件,并对涉及案件事实与证据的分析与认定,对法律的解释与适用等方面存在的争议有一定的研究,在此基础上讨论才会有所收益。对于诉讼中提出的新问题,新情况,以及难以统一的观点和认识,还可以通过讨论后的继续学习和研究来总结和完善,只有审委会委员们养成良好的学习研究作风,并在制度运作程序中加以贯彻,才能在法院形成学习研究的氛围,提高审判法官的整体素质,提高委员会讨论案件的质量,真正起到审委会总结审判经验、指导审判实践的作用。

〔1〕 杨斌:《论审判委员会的法律职能、运作弊端及其改革》,载武汉市中级人民法院研究室主编:《法苑论坛》1999年第4期,第16页。

现行审判委员会讨论案件仅凭现有知识和经验,不注重学习和研究,讨论只管对案件进行拍板而忽视对审判经验的总结和审判委员会对审判实践的指导作用,讨论结束后百事大吉,不继续学习研究,也不推广讨论结果的不良作风也是现行审判委员会制度在司法审判实践中存在的重大弊端。

3. 现行审判委员会制度欠缺良好的讨论作风,缺乏讨论成果转化、推广、培训和宣传的后续程序制度保障。审判委员会在讨论案件时一般都是先听承办人汇报案情,然后再轮流发言讨论,主持人作最后总结。讨论时没有讨论主题的限定,没有发言时间的限定,讨论随意而散漫的讨论方式,很难取得好的讨论结果,审判委员会除总结审判经验外,主要的任务是讨论重大或疑难的案件及其他有关审判工作的问题,而讨论是完成这一任务的主要方式。发扬司法民主、集思广益,在学习研究的基础上讨论决定案件和相关审判工作问题是审判委员会工作的主要方法和途径。因此良好的讨论作风就显得格外重要。但现行审判委员会制度运行程序欠缺良好的讨论作风,讨论时委员们凭经验、凭感觉、凭现有知识结构随意发表自己的见解和意见,没有明确的讨论主题,没有明确的讨论范围,没有时间的限制,没有主持人的掌握和引导,讨论的形式较为单一,讨论的方法较为简单,缺乏学术研讨的氛围,缺乏法学知识应用的争辩,缺乏法律解释与适用的辩论,所以难以通过讨论取得好的成效,审委会的整体素质和整体水平亦难以提高。另外,现行审判委员会缺乏将讨论研究的成果及时和推广应用的后续程序制度,同时也缺乏将讨论成果的总结的经验及时对全院法官进行培训,以及及时开展法制宣传的后续程序制度保障。审委会只起到讨论决定案件的作用,而忽视了总结经验、转化成果、宣传法制、指导审判实践等积极重要作用的发挥。审委会讨论的案件可能是审判实践中普遍存在的问题,如果能及时将讨论的结果总结成经验或制定成审判政策,用于指导审判实践和规范审判活动。就可避免今后类似的案件再上审委会讨论,法官只需借鉴审判委员会的审判经验和成果即可。如果某一法院审委会讨论的成果是在全国或全省有指导意义的,完全可以通过成果转化将其推广到更广的范围,以避免审委会的重复劳动,节约司法资源。另外,审委会讨论成果中涉及司法技能运用和法律解释方法、法律适用问题的应用法学知识成果,完全可以通过法官培训的

渠道和途径对全院法官乃至全省、全国职业法官群体进行培训,便于及时将讨论的成果变成职业法官群体的司法技能,提高法官整体素质,开拓法官培训教育的更广泛的渠道。此外,法制宣传也应是审判委员会讨论的一个重要内容,我国是成文法国家,法律条文是原则而抽象的,只有与具体的案例相结合,人民群众才能更好地理解什么是法律。如果审委会能在讨论决定案件的同时注重讨论成果对社会有规范和指导作用的法制宣传工作,将会使审委会的讨论成果能够及时引导和规范人们的行为,成为规则之治的重要内容。审委会讨论方式的随意、简单及缺乏良好的讨论作风和成果转化机制是现行审委会在司法审判实践存在的重大弊端之一。

复次,现行审判委员会制度欠缺良好的纪律作风和严格的保密制度。审判委员会作为法院内部的最高审判组织在组织纪律和保密制度上都存在一定的缺陷和不足,审委会委员缺乏参与意识、主人翁意识、责任意识和纪律意识。现实中不仅仅是委员们的不积极思考、不积极发言、不学习研究,而且出现委员不参加审委会,委员在审判会研究讨论时迟到、早退、随意进出、随意接听手机、回传呼、睡大觉、泄露审判机密等诸多不正常现象。没有良好的纪律作风,审判委员会的职能作用将难以得到很好的发挥。作为法院内部的最高审判组织,其纪律作风建设必须要比独任庭和合议庭强,否则凭什么指导独任庭和合议庭的审判实践?又凭什么规范全院的审判工作?审判委员会在讨论案件时应当有严格的纪律规范,难以想象,没有纪律约束的组织能够取得好的成效。现实中由于审判委员会成员都是院长、庭长等行政领导的集合体,都是管人的人;而委员会制度本身又没有严格的纪律规范来约束,导致审委会缺乏良好的纪律作风制度建设,纪律的问题全凭委员们的自觉,院长也不好具体来抓纪律问题,由此形成现实中审委会纪律松弛,涣散的不良作风。由于审委会缺乏严格的保密制度,缺乏泄密追究制度,造成泄密事件时有发生。有的甚至发展到审委会散会后几分钟内,当事人就知道了讨论决定结果的状况,组织纪律和组织原则丧失殆尽,保密纪律和制度形同虚设,对泄密行为无能为力,严重损害了审判委员会的组织形象,同时也损害了法院和法官的整体形象。审判委员会作为审判组织的设置,没有良好的纪律作风和保密作风同样也是审判委员会制度在司法审判实践中存在的重大弊端之一,必须加强审委会的纪律作风建设,加强审委会的保密制度规范。