

运河岸边的司法求索

——北京市通州区人民法院优秀学术论文集萃

北京市通州区人民法院 编



 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

运河岸边的司法求索

——北京市通州区人民法院优秀学术论文集萃

北京市通州区人民法院 编



 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

运河岸边的司法求索:北京市通州区人民法院优秀
学术论文集萃/通州区人民法院编. —北京:法律出版
社, 2013. 8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5246 - 5

I. ①运… II. ①通… III. ①法院—工作—通州区—
文集 IV. ①D926. 22 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 183575 号

©法律出版社·中国

责任编辑/王 曦 冯高琼

装帧设计/贾丹丹

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/北京中科印刷有限公司

责任印制/吕亚莉

开本/720 毫米 × 960 毫米 1/16

印张/24.25 字数/353 千

版本/2013 年 12 月第 1 版

印次/2013 年 12 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 上海公司/021 - 62071010/1636

北京分公司/010 - 62534456

深圳公司/0755 - 83072995

重庆公司/023 - 65382816/2908

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 5246 - 5

定价:68.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编辑委员会

主 编：黄宝跃

顾 问：高洪涛

副 主 编：史宝山

委 员：何惠英 王成喜 连增平 张永增 谢恩品

蔡炫声 樊守林 蔡俊清 马 辉 王爱农

王连勇 王旭东 白伯岩 石彦孝 刘秉浩

刘广强 刘连成 刘 梅 邱春阳 孙天舒

孙晓东 朱长军 朱 璟 李士刚 李迎新

李 卓 杨少青 杨 宇 张 静 张 萍

柳振军 徐瑞成 徐廷杰 徐伟东 管亚新

执行编辑：张 涛 卫 丹

序 言

新的形势下,人民法院和人民法官在法治建设进程中承担着重要责任,审判理论和实务研究作为司法审判事业发展的基础性工作,日益凸显其重要价值和作用。

近年来,北京市委落实聚焦通州战略,深入推进通州现代化国际新城建设,2012年北京市第十一次党代会又提出将通州打造为功能完备的城市副中心。在建设国际新城和首都城市副中心的进程中,各种新型疑难案件和复杂矛盾纠纷不断涌现,通州法院在化解矛盾纠纷、维护公平正义、促进辖区社会和谐稳定上作出了不懈的努力,取得了骄人的成绩,法官们在完成繁忙的审判工作之余,不断探索法律和司法的真谛,努力从理论角度寻求司法实践难题的解决之道,撰写了大量富有真知灼见的学术文章,并多次在各种评比中获奖。

《运河岸边的司法求索》一书,正是通州法院近年来优秀学术成果的一次集中展示,是通州法院在法治建设道路上的求索印记。该书收录的是通州法院的法官们近年来在法院系统学术讨论会、应用法学研究征文等具有影响力的学术征文活动中获奖的论文,这些论文立足审判实践和社会关切,既有对法律或司法的宏观解读,也有对具体规则和实践操作的深层思考,具有较高的学术价值和实践意义。

我衷心希望,通过该书的出版发行,能够让公众对于法官的思维方式有更清晰的认识,进而增强对法官的信任和對司法的信念。希望通州法院的法官继续发扬良好的学术研究传统,积极进行理论创新和经验总结,不断提升自身的理论水平和司法能力,为推动法治中国建设、平安中国建设作出新的贡献。

是为序。

中共北京市通州区委副书记、政法委书记

李玉君
2013.10.

目录

Contents

上篇

理论思考

一、裁判主体研究

浅谈法官新理念的培养.....石彦孝 / 3

“辩法析理”也需“春风化雨”

——从心理学角度谈审判中矛盾化解的司法
艺术.....兰雅丽 / 13

人民陪审员审判话语权缺失问题探究.....欧彦峰 / 22

二、民事理论探索

在处分权与审判权动态平衡视野下的撤诉
干预.....卫 丹 / 31

司法裁判统一问题研究.....张 涛 / 44

编者注：文章按作者姓氏笔画顺序排列。

求真务实原则指导下的法律真实

——两种诉讼证明标准的交锋与融合……欧彦峰 / 53

“慎用强制措施”语境下对轻微妨害司法行为的矫正

——以民事诉讼中法院调查取证环节被调查者消极履行配合义务为例……杨冠祥 / 66

集体土地房屋拆迁中经营性承租人权益之保护

——以旧村改造为例……赵连峰 / 75

侵权行为法的复兴……徐廷杰 / 84

三、刑事理论探索

应对网络商业诽谤的刑事政策探索

——以复杂犯罪网络的多层次解析为切入点……刘宇 / 93

国有土地使用权能否成为贪污罪犯罪对象问题探究

……何琳 / 102

损害赔偿刑罚功能转化的价值……徐廷杰 / 111

职务犯罪系统研究……徐廷杰 / 122

将男性纳入性犯罪对象的考量

——浅谈破解男性性权益保护困局……梁涛 / 135

下篇

司法实务

一、民事审判实务研究

浅谈保证责任免除不当……王爱农 / 147

不动产二重买卖案件中前后买受人登记请求权冲突
问题之应对……王新东 / 156

- 论驳回起诉的条件与适用.....张 涛 / 166
- 民事诉讼调解干预问题研究.....杜 鹏 / 173
- 因“合同”的身份属性产生的规则较量
——以夫妻财产约定中涉及不动产处分的法律适用为视角.....陈佳蓉 / 181
- 论诉讼调解与判决的衔接
——基于合意的定量分析.....奉一兵 / 191
- 微观视野下的审判效率问题研究
——以某基层法院的民事审判为例.....奉一兵 / 200
- 直接结合与间接结合界分标准的重构
——对《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第3条的
司法理解与操作.....欧彦峰 / 209
- 离婚案件中按揭房屋分割难题之应对.....欧彦峰 / 221
- 多人伤亡交通事故保险金分配难题的应对.....智耀军 / 234

二、商事审判实务研究

- 重思封闭性公司受压制股东的司法退出.....刘丹丹 / 242
- 由幕后到台前的司法认定之困
——对隐名出资人股权确认之诉的法律思考.....何杨彪 / 253
- 保证金质押法律问题之探析
——对《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》
第85条的司法理解和适用.....张 燕 / 261

三、刑事审判实务研究

- 财产犯罪被害人损失弥补的路径选择
——以占有、处置型财产犯罪为中心.....李中华 / 269

谁说的是真相

——刑事诉讼中判断言词证据真实性之对策研究……何琳 / 278

刑事推定在犯罪主观方面认定中的适用

——以非法占有目的之司法认定为例如……何婉如 / 287

论毒品犯罪中控制下交付行为的法律规制

——兼评新修订的《刑事诉讼法》第151条的相关规定……张璐 / 296

回归均衡:在规范与自由之间

——以酌定量刑情节在基层人民法院的适用为视角……钱龙 / 303

论侦查人员出庭的诉讼身份界定

——兼论《刑事诉讼法》第57条之规定……曹慧 / 316

四、行政审判实务研究

试论不作为行政案件的举证责任……石彦孝 / 324

论信访行政行为的可诉性……朱璟 / 333

五、执行工作实务研究

诚信体系困境下被执行人追加、变更问题研究

——以公司法人人格否认视角……王成喜 申友祥 / 343

小产权房司法处置若干问题探讨……李福华 / 352

拒不执行判决、裁定罪的适用困境与破解

——以北京市基层法院拒执罪的适用情况为路径……陈金涛 / 360

在维护“稳定”和法律权威的夹缝中成长

——对不动产执行实行强制管理之思考……樊守林 徐寒军 / 369

上篇 理论思考

【一、裁判主体研究】

浅谈法官新理念的培养*

石彦孝

随着社会主义民主建设的发展,中国特色社会主义法制体系的初步形成,尤其是依法治国,建设社会主义法治国家基本方略的实施,在社会主义市场经济体制的确定,市场经济的发展进程中,要求司法介入经济和其他社会领域的范围越来越广,司法在社会生活中的作用和价值空前凸显出来。要建立“独立、公正、高效”的现代司法体系,建立一支符合现代司法观念的理想法官队伍乃是其中不可或缺的关键环节。无论法律制定得如何科学,体制设计得如何完美,但对案件作出终结性结论的终究是法官。随之而来的是法官的“本色”——独特的教育背景、独特的职业技能、独特的职业行为规范、独特的职业约束机制、独特的职业保护制度等,越来越被人们认知。其中,法官树立新理念对于提高司法水平,维护司法公正和效率具有十分重要的作用。本文就法官新理念的培养谈谈笔者粗浅的看法。

一、法官新理念的内涵

在探讨法官新理念的培养之前,首先必须明确其目标,按照现代司法理论,法官新理念应当包括以下几个方面的内容:

(一)法官的同质性

同质性是指法官职业群体在价值取向、行为模式和职业道德等方面具

* 本文荣获北京市法院系统第十六届学术讨论会三等奖。

有共通性和一致性。内涵表现为:其一,法官职业价值共同。法官在追求正义的过程中形成了自己对价值取向的评价和选择。在个体具有相同价值观的基础上,凝聚成强大的团体价值理念。这一理念对整个社会的价值观具有稳定和导向的作用。其二,法官职业行为共同。法官对正义的追求是通过法律的途径、运用法律的方法去实现的。法官裁判案件的过程是一个不断地重复着规范化程式的行为过程,在行为模式上表现出极强的共通性和一致性。其三,法官职业道德共同。这是法官拥有人格魅力、从事公正审判并获得社会信赖的基础和源泉。法官的同质性对司法公正具有重要意义。因为相同的价值理念使法官裁判案件时,在正义和良知方面有共同的基础,因而对法律的解释和适用必然更加合理和公正;相同的职业行为模式能够使法官在规范化的操作程序中提高裁判的效率,从而达到公正与效率的有机统一;相同的职业道德规范能够使法官始终保持清醒的头脑和自制力,无论是在职业内还是职业外,都能做到严格自律,在大众面前树立起公正廉洁的形象。^[1]

(二) 法官的独立性

笔者认为,法官不仅是传统的市民社会的裁判者,更是市民社会与政治国家(政府)之间中立的仲裁人,由此可以自然地推出法官所应具备的最基本特性——独立性。司法独立的主旨是法官的独立,法官独立审判乃是审判独立的必然要求,也是我国法定之独立审判原则的应有和已有之义。^[2]

法官独立要求法官只服从于法律,凭自己对法律的理解和良知判案,不受判案依据之外因素的干扰和影响。正如马克思所说:“法官除了法律就没有别的主,法官的责任是当法律运用到个别场合时。根据他对法律的诚挚理解来解释法律。”对于司法职业来说,法官最重要的品格是独立,司法独立不仅意味着法院系统对于外部干预的独立,而且也意味着上下级法院之间的独立,意味着法官个人的独立,法官只服从于自己对法律的理解,服从自己心中的正义准则。审判时,独立的法官依据的应当是客观的法律原则,而非当事人所具有的社会地位或者政治权力,唯有如此,才能防止掌权者为一己之私利而凌驾于法律之上,才能够为受害人提供有效的诉讼救济。如

[1] 吕忠梅:“职业化视野下的法官特质研究”,载《中国法学》2003年第6期。

[2] 韩旭:“21世纪中国法官的新理念”,载《云南法学》2001年第1期。

果法官缺乏独立性,就极易成为权力操纵的工具,政府的专横或者非法行为就很难得到遏制,法院在维护宪法和社会正义时就会显得十分无力。

(三)法官的消极性

司法与行政是两种不同性质的活动,司法是典型的法律适用活动,司法的本质是追求公正的理性判断。行政则是典型的法律执行活动,以效率为价值取向,以服从为天职。审判权和行政权的重要区别就是行政机关可以对行政事务进行积极而主动的干预,而法院不应该采取主动的方式行事。假如司法者采取主动的行为,试图积极地发现和解决社会中出现的或潜在的纠纷,势必将自己卷入当事人的冲突之中,难以保证公正的面目。^[1]西方有一句古老的法律谚语:“法院不得对于未向其诉求的事项有所作为。”它揭示的行为特征是与法院作为裁判机构的性质密切关联的。很显然,既然纠纷是法院存在的前提,而纠纷总是意味着两方甚至多方当事人之间的利益冲突,在当事人自己难以解决的情况下,寻求一个第三方作出权威的判断,从而使纠纷得以解决。法官在司法活动中不仅要有有所为,而且要有有所不为,消极无为是为了积极有为。^[2]

(四)法官的中立性

中立性是指法官在司法活动中相对于控诉一方或者辩护一方的活动没有明显的倾向,他始终处于中立的裁判者地位。法官中立是由于司法权的特性所决定,也是法官独立性所要求的。法官中立的表现形式是:法官在诉讼关系中的中立地位;法官在主持庭审过程中的中立性表现;法官在处于各种权力与利益压力之下时的中立态度。法官中立对于司法公正的意义巨大,它使法官不仅能切实的主持正义,而且是以人们看得见的方式维护正义。

二、当前我国法官队伍的素质现状

我国近年来的法治建设主要集中于强化立法,扩大法律规范体系上,在法官教育、选拔体制上少有实质性的改革。

我国法官素质令人担忧的境况主要表现在两个方面:一是法官队伍整

[1] 丁晓虎:“理想的法官和法官的理想——透视司法改革的一个维度”,载《法律适用》2003年第8期。

[2] 韩旭:“21世纪中国法官的新理念”,载《云南法学》2001年第1期。

体素质不高；二是法官个体间素质参差不齐，同质化极不充分。前者主要指法官整体素质与其审判主体地位的根本要求不相符合；后者主要指法官个体素质的差异呈两极分化——素质较高的法官集中于高层次的法院，素质有待提高的法官大量集中于基层法院（但他们却承担着最多的审判工作），基层法院的法官在法官总数中占有绝对的比例，承担着绝大多数案件的一审业务，但却并不拥有相对足够的工作能力，其内部也存在如素质参差不齐的问题。在我国司法实践中，有以下现象不容忽视：一是同样的案件在不同地区法院、不同级别的法院或相同级别及地区的法院之间会出现迥然不同的判决结果；二是部分法官的素质低下和腐败与法官群体所应具有严肃性形成鲜明对比，法院与法官在社会观念环境中的权威地位始终未能真正树立起来，从而使法律也难以真正成为裁判是非的准绳。

法官来源的多元化是我国法官队伍的另一重要特征。据有关统计资料，我国的法官（尤其是基层法官）受过大学本科教育的只占少数，相当多的法官是军队或其他部门，甚至直接从社会而来。他们几乎从未接受过任何正规的法学教育，经过“培训”便“上岗执业”。事实证明，正规法学院校的法学教育具有相对稳定的育人环境，循序渐进的知识传授体系，符合个体身心成熟规律的人格品质培训方式。其所达到的教育效果是任何形式的事后培训难以企及的。因而鼓励或任由法官来源的多种多元化，无疑会使法官同质化遇到大量法官前期法学教育严重不足的障碍。加之社会不正之风影响，法院吸纳人员的途径与程序有时相当不明朗，一些素质不高者鱼目混珠，更会制约法官队伍整体素质的提高。

法院内部权力结构不合理对法官同质化亦是一个制约因素。各级法院的审判委员会在相当多的情况下主宰了案件的最终判决权，从而使裁判权被人为地分割为事实审理权和法律适用权。前者由合议庭法官或独任审判员行使，后者则由审判委员会掌握。法律运用效果归根结底要通过判决体现出来，当法官丧失必要的独立地位而仅仅被赋予主持庭审查明事实的职责时，其权力和责任主体地位显得无足轻重，于是其研习法律、提高业务水平也就缺乏了必要的强制性动力。久而久之，甚至会造成部分法官稍遇复杂情况便依赖审委会的惰性心理。这对于法官整体素质的提高有着不可忽视的消极影响。

当前,司法改革的帷幕已经拉开,统一国家司法考试制度的确立,已被公认为近年我国司法改革为数不多的硕果之一。新修订的法官法排除了非经统一国家司法考试进入普通法官队伍的可能性,也建立了对现有法官的淘汰制度。因此,统一国家司法考试不仅结束了过去多年来法官选任的无规则的历史,而且成为法官职业化道路上的第一块基石。可以说,没有统一国家司法考试,就谈不上法官的职业化。在统一国家司法考试这块基石奠定之后,建立特定的法官选任制度,就成为法官制度改革的下一个必然目标和法官职业化的必由之路。虽然目前法官选任中尚存在选任程序不完整、法官选任内部化、人大任命法官缺乏前置考核程序、法官任命流于形式、法院院长选任等同于党政领导选任等方面的问题。但是,法官职业化已经成为法官制度改革的共识并已付诸实施。基于这样的前提,笔者认为对于法官新理念的培养,应当先行一步抓起。

三、法官新理念的培养

法官新理念明确以后,似乎当然会得出一个结论:所有新的理念都不可能天然形成,它必须有专门的教育与培养过程,法官教育问题由此而凸显。于是可以对法官职业、法官思维、法官新理念与法官教育之间的关系得出十分明确的结论:法官教育与法官职业、法官思维、法官新理念有着内在的必然联系。这种联系可以描述为一种简单的逻辑关系,即法官职业以专门性为特征→专门性由法官思维所决定→法官思维需要经过系统的培养和训练→树立起法官新理念。可以说,法官教育是实现法官职业化、建立法官思维、树立法官新理念的必由之路。

法官教育是法官走向职业化,树立法官新理念的必由之路。法律的权威性、公正性以及稳定性来自法官对法律的解释和适用。所以,法官的职业素养对于司法公正起着决定性的作用。法官职业教育,应当立足于法官职业特质,围绕培养符合职业化目标的人才展开。

(一)法官的同质性是法官走向职业化,树立法官新理念的基本前提

法官职业化表现为一种特殊的职业品质,这种品质是以他们特有的思维方式为基础的。可以说,因为有了法官独特的思维方式,法官职业的技能才得以存在;才增强了法官职业的自主性或自治性;法官内部才能保证职业

伦理的传承;法官独特的思维方式,是法官资格考试的主题,他们被认真考查之后,才获得许可证,得到法官的头衔,并由此获得一定的社会地位。在此意义上,笔者认为法官思维方式是法官职业的灵魂,是法官职业特质的根本。当前,统一国家司法考试为法官走向职业化奠定了基石,但是要做到法官的同质性,树立起法官共同的新理念,还需要有漫长的过程,这就需要通过法官的职业教育来逐步完成。从广义上讲,法官职业教育应包括三个环节,即法律学科教育、法律职业教育以及法律继续教育。目前,我国的法官职业教育是指对在任法官的教育培训,属狭义的“法官培训”范畴。如果从职业化的视角来进行思考和选择,笔者认为应扩展目前的“法官培训”的含义,使其包含与大学普通法律教育相衔接的“职前训练”的内容,形成完整的法官职业教育模式。只有在知识背景、训练方法以及职业利益方面获得高度一致的法律家们才会自然地凝聚为一个所谓的“解释共同体”。由于我国法官选任上的大众化、多元化,尤其是在法官法实施前,法官选任上几乎无教育背景的要求,这样低标准的选任制度使人人当法官。于是出现了严重的法官素质危机。

在法官的同质化过程中,以下两个方面的因素起了直接的推动作用。首先,司法独立是法官同质化的第一推动力。司法独立带来审判工作的专职化,审判成为法官唯一的任务,“多种经营”在法官的行为时空中是绝对被禁止的,这使法官业务体系的外延极为有限,也就使法官职业素质的造就与巩固更具有明显的预设色彩和单向性。其次,相同的培养选任程序和职业行为模式促进了法官同质化。^[1]不管是英美法系国家的“律师经历前置”,还是大陆法系国家“法官学院”或“司法研修所”中的培训,其基本过程和内容的形成对志在获取法官资格的人而言都是相同或类似的,这就使法官职业素质的形成有了较为一致的前期基础,而获得法官资格后的同种职业行为又将这一基础进一步巩固,从而促成了法官的同质化。

法官同质化的意义有以下几个方面:(1)同级法院法官间的同质化,有利于防止同样的案件在同种程序中形成不同的裁判结果。法官裁判案件是在当事人间进行权利义务的“二次分配”,若同级别法官间素质参差不齐,则

[1] 谭兵、王志胜:“论法官现代化:专业化、职业化和同质化——兼谈中国法官队伍的现代化问题”,载《中国法学》2001年第3期。