

上海审判

SIFA JIETI—SHENPAN QIANYAN WENTI YANJIU

司法阶梯

——审判前沿问题研究

(第三辑)



上海市黄浦区人民法院 编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

上海审判

SIFA JIETI—SHENPAN QIANYAN WENTI YANJIU

司法阶梯

——审判前沿问题研究

(第三辑)



上海市黄浦区人民法院 编



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

司法阶梯:审判前沿问题研究. 第3辑 / 上海市黄浦区人民法院编. —北京:法律出版社, 2010. 1

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0321 - 4

I. ①司… II. ①上… III. ①审判—研究—中国
IV. ①D925. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 006169 号

司法阶梯——审判前沿问题研究(第3辑)
上海市黄浦区人民法院编

编辑统筹 法律应用出版分社
责任编辑 韦钦平
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

开本 787 × 960 毫米 1/16

总发行 中国法律图书有限公司

印张 27.5

经销 新华书店

字数 398 千

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

版本 2010 年 2 月第 1 版

责任印制 陶 松

印次 2010 年 2 月第 1 次印刷

法律出版社(100073 北京市丰台区莲花池西里 7 号)

网址 / www.lawpress.com.cn

销售热线 / 010 - 63939792 / 9779

电子邮件 / info@lawpress.com.cn

咨询电话 / 010 - 63939796

中国法律图书有限公司(100073 北京市丰台区莲花池西里 7 号)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司 / 010 - 62534456

西安分公司 / 029 - 85388843

上海公司 / 021 - 62071010 / 1636

重庆公司 / 023 - 65382816 / 2908

深圳公司 / 0755 - 83072995

第一法律书店 / 010 - 63939781 / 9782

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 0321 - 4

定价: 58.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

序

伴随着社会文明的发展与进步,尤其是处在我国社会经济快速发展,各种新情况、新问题不断涌现的特定历史时期,人民群众的司法需求不断增长,司法期待不断增强。积极回应人民群众的新需求和新期待,正成为人民法院司法工作的新要求和新挑战,也是人民法官面临的新任务。在构建社会主义和谐社会,践行社会主义法治理念的过程中,作为司法活动中最活跃的主体——法官,尤其是基层法院的法官,处于司法活动最前沿、审判第一线,掌握着最为丰富的审判实践资料,负载着正确诠释和适用法律,促进社会和谐进步的责任。因此,在完成繁重审判任务的同时,倡导、鼓励、引导和支持法官善于学习,善于思考,善于总结,善于升华,从而加快培养与建设一支既有实践经验又具理论水平的专家型法官队伍,既是时代的要求和形势的必需,也是上海法院正大力推进的队伍建设工程。

地处上海市中心城区的黄浦区人民法院,是一个具有优良传统的法院,素有“南京路上好法院”之美誉。近年来,该院更是以建设一流法院为工作目标,通过开展“争办精品案件,争做优秀法官”等活动,大兴调研之风,大力加强法官队伍的司法能力建设,取得了可喜的成绩,在全院营造出了争先创优、奋发向上的良好氛围,并涌现出一批业务素质与调研能力俱佳的优秀法官群体。

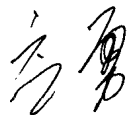
展现在我们面前的基层法院审判实务研究系列丛书《司法阶梯——审判前沿问题研究》,便是该院在总结近年来调研成果的基础上,遴选部分优秀论文、案例汇编而成的。其中,既有全国法院学术讨论会获奖论文、重大调研课题优秀成果,也有被《最高人民法院公报》刊登的案例以及在全国、省市级期刊上发表的学术论文,还有资深法官对审理方法、审判技巧以及审判管理经验的提炼与总结。见微知著,透过这一篇篇颇具专业功底的文章,我们看到了该院法官应对和谐司法亟须解决的热点、难点问题,知难而进、迎难而上的勇气和睿智;

仔细研读其中的内容,我们能真切感受到,该院法官对法学理论研究和审判实务相结合的有益尝试与积极探索,既富有实践性、创新性,亦不乏理论价值和实践意义。

“法之善者,仍在用法之人。”希冀越来越多的法院像黄浦区法院一样,立足我国基本国情,立足区域法治实践,再接再厉,激发起更大的调研热情,并加强调研成果的转化与利用,不断提升全体法官的业务素质,为推进社会主义民主法治建设,构建社会主义和谐社会的伟大事业谱写新的篇章。

是为序。

上海市高级人民法院院长



二〇〇九年十月

导 读

《司法阶梯——审判前沿问题研究(第3辑)》基本延续了前两辑中的编排体例,在此基础上,根据部分读者的要求和我院调研工作的实际,在体例上进行了微调。即本辑仍然分四大部分,“审判研究”、“精品案件”和“案例精解”保持以往的体例和编辑风格不变,前两辑中的“法官思辨”部分则调整为“经验与分析”。

“审判研究”部分的20篇论文,是从我院广大法官和其他工作人员在2008年撰写完成的约80余篇调研成果中精选而成,其中绝大多数已经发表在相关专业期刊上,部分论文在全国法院系统第二十届学术讨论会暨2008年上海法院系统学术讨论会活动中获得各类奖项。“精品案件”和“案例精解”两大部分,汇集了我院在2008年审结的最具有典型性的17个疑难、新颖案件相关材料。“精品案件”侧重于为读者提供案件审理情况的全貌,每篇均附有概要、法律文书、调研成果及法宣情况,既反映了法官对该案审理裁判过程的思考,又提供了社会对该案的关注情况。“案例精解”则侧重于展现法官对案例中所存在的疑难法律问题进行思考后所提供的解决思路及相关建议,意在为类似案件的审理提供可资借鉴的参考。

“经验与分析”部分除依往例选编了2篇有关审判实务经验方面的论文外,还有针对性地选取了6篇立足于实证调研分析基础之上的统计分析类、调查报告类文章。其中的5篇统计分析类文章,系针对我院近年来审理的某一热点类型案件的相关数据进行统计分析,意图通过数据的梳理来反映该种类型案件的审理特点、存在的问题,并有针对性地提出解决问题的途径或审判思路。这5篇文章分别涉及劳动争议、新闻侵权、特许经营合同、房屋买卖居间合同、金融借款合同等当前社会多发、易发的案件类型。另外,《上海市黄浦区老字号、老品牌知识产权保护情况的调查报告》以调查报告的形式详尽地反映了当前老字

号、老品牌企业在知识产权保护方面所存在的问题,并提出了针对性的对策与建议,该调查报告对全国范围内存在同样问题的老字号、老品牌企业无疑极具参考价值。

由于时间、精力和水平所限,本辑所编选的各类文章可能存在种种不足之处,特此恳请广大读者批评指正。

编者

2009 年 10 月

目 录

CATALOGUE

审判研究

建设公正、高效、权威的社会主义司法制度研究	本院课题组 / 3
和谐社会民事审判视野下的裁判思维	
——正义与逻辑之间的沟通	本院课题组 / 31
必要共同诉讼制度理论与实务之应然研究	
——以必要之界定及其当事人适格为视角	本院课题组 / 44
民诉法修正案中有关再审事由的若干问题研究(民诉法修正案解读之一)	
	本院课题组 / 57
民诉法修正案中有关执行程序的若干问题研究(民诉法修正案解读之二)	
	本院课题组 / 64
承租人优先购买权纠纷的司法裁量	
——以承租人、出租人、第三人的利益平衡为核心	金民珍 张 宁 / 71
司法实践中债权人申请破产的难题及对策	卞爱生 陈 红 / 83
博弈与和谐:穿行于法意与民意之间的司法	陈树森 / 94
医疗美容纠纷的类型化研究	
——以主体/请求权为展开	金民珍 徐婷姿 / 106
共同危险行为的法律实务研究	徐婷姿 / 117
“欠薪支付令”法律适用问题探析	
——《劳动合同法》第30条第2款之理解与应用	王连国 / 130
司法能动性 with 医疗事故责任认定	汤文元 徐婷姿 陈亚男 / 143
未生效合同及其责任形态辨析	孙巾淋 / 152

责任保险中保险人参与权探析	邵宁宁 /	161
论求决类信访行政答复行为的司法审查	訾莉娜 /	169
受欺诈行政行为的效力及行政赔偿责任		
——以房地产转移登记行政行为为视角	訾莉娜 /	179
论刑事自书材料的证据能力缺陷及司法应对	沈解平 蔡丽明 熊理思 /	187
民事案件案由规定适用的分析与思考	王 平 /	193
执行被执行人债权若干法律实务问题研究	吴 乐 /	201
浅谈基层法院经费保障机制的改进与完善	章小平 /	210

精品案件

李某网络盗窃案	沈解平 韩丽芬 池晓烽 /	219
焦某诉信息公司等买卖合同纠纷案	李 雯 侯怡玮 贺再励 /	245
谈某某诉上海某公共交通有限公司等道路交通事故人身损害赔偿		
纠纷案	姜海清 朱红卫 孙韵清 /	259
吴某诉上海某妇产科医院医疗事故损害赔偿纠纷案		
	李名坚 霍 毅 陶彩英 /	274
上海某出版社诉北京某图书公司等仿冒、伪造知名商品特有名称、包装、装潢纠纷案	钱光文 金 滢 陈 红 /	280
陈某某诉上海市某区民政局不服结婚登记行政案		
	鲍 浩 訾莉娜 赵国通 /	300

案例精解

以泄愤为目的擅自买卖他人股票之行为定性研究		
——析蔡某某故意毁坏财物案	李 蘋 陈柱钊 /	317
论宴会宾客醉死的民事赔偿责任		
——析储某、洪某与潘某等人身损害赔偿案	赵冰清 徐婷姿 /	324
合同意思表示的认定及相对性原则的运用		
——析上海某照明电器有限公司与上海某餐饮娱乐有限公司		
司买卖合同纠纷案	汤文元 章其苏 /	330
合同债务中的法定抵销与约定抵销之辨析		
——析上海某演艺有限公司与上海某文化传播有限公司广		
告代理合同纠纷案	赵文英 /	339

不告不理原则的适用以及定金的种类与识别

——析叶某等与张某等房屋买卖合同纠纷发回重审案 蒋 宏 / 347

股东会召集程序的瑕疵与决议撤销

——析陈某某与上海某实业有限公司公司决议侵害股东权

益纠纷案 徐 立 邵宁宁 金文芳 / 351

证券买卖委托交易合同中的风险自负

——析胡某某与某证券有限责任公司上海某证券营业部等

证券委托服务合同纠纷案 周伟荣 / 356

信用卡被窃后透支消费不享有“零责任”保护

——析某银行股份有限公司上海市分行与赵某信用卡纠纷案

朱云华 陈 红 陆新时 / 360

公寓式酒店经营管理权转让方式

——析上海某物业管理有限公司与上海某大酒店有限公司

经营管理转让合同纠纷案 陶卓华 / 365

离异父母不单独享有未成年子女更名之亲权

——析杨某不服上海市某公安分局变更未成年子女姓名行政案

鲍 浩 白静雯 / 368

破解强制迁出的困境

——析时某申请执行与李某买卖合同纠纷案

徐 亮 / 373

经验与分析

关于新类型敏感性医疗纠纷的调解体会

竺常赞 / 381

审理涉外民事案件的程序规范及相关要点

张 敏 孙韵清 / 387

对劳动争议案件裁审情况的比较分析

张 宁 / 394

新闻侵权纠纷案件审理中的主要问题及审判思路

张 健 李会平 / 397

对新民事案由规定实施后特许经营合同纠纷的情况分析

孙巾淋 / 401

房屋买卖居间合同案件情况分析

张 宁 / 405

金融借款合同纠纷案件情况分析

陈 红 邵宁宁 / 413

上海市黄浦区老字号、老品牌知识产权保护情况调查报告

张长青 朱和平 吴燕鸣 钱光文 徐晨平 / 420

审判研究

建设公正、高效、权威的社会主义司法制度研究

和谐社会民事审判视野下的裁判思维

——正义与逻辑之间的沟通

必要共同诉讼制度理论与实务之应然研究

——以必要之界定及其当事人适格为视角

民诉法修正案中有关再审事由的若干

问题研究(民诉法修正案解读之一)

民诉法修正案中有关执行程序的若干

问题研究(民诉法修正案解读之二)

承租人优先购买权纠纷的司法裁量

——以承租人、出租人、第三人的利益平衡为核心

司法实践中债权人申请破产的难题及对策

博弈与和谐:穿行于法意与民意之间的司法

医疗美容纠纷的类型化研究

——以主体/请求权为展开

共同危险行为的法律实务研究

“欠薪支付令”法律适用问题探析

——《劳动合同法》第30条第2款之理解与应用

司法能动性 with 医疗事故责任认定

未生效合同及其责任形态辨析

责任保险中保险人参与权探析

论求决类信访行政答复行为的司法审查

受欺诈行政行为的效力及行政赔偿责任

——以房地产转移登记行政行为为视角

论刑事自书材料的证据能力缺陷及司法应对

民事案件案由规定适用的分析与思考

执行被执行人债权若干法律实务问题研究

浅谈基层法院经费保障机制的改进与完善

建设公正、高效、权威的社会主义司法制度研究*

◎本院课题组

【提要】 我国社会主义司法制度^①是建立在我国现有生产力发展水平之上的司法活动的规范体系,具有鲜明的政治性、人民性、法律性,公正、高效、权威是其重要特征,在具体把握上要注意三者在我国现实国情下的应然涵义:在司法公正的评判问题上,应当符合我国民众的心理承受能力,统筹兼顾程序公正与实体公正的关系;在司法效率问题上,既要讲效率,也要讲效益;当公正与效率相冲突时,要坚持公正优先,兼顾效率的理念;司法权威的核心是司法的公正,司法权威的树立应当是通过公正、高效的司法行为来实现。现阶段由于诸多主客观因素的制约,我国司法制度还存在着司法不公、司法低效和司法缺乏公信力等现象。建设公正、高效、权威的社会主义司法制度,应当在“三个至上”原则的指导下,深入贯彻落实科学发展观,充分认识我国当前生产力发展水平,充分考虑人民群众的整体法律意识和诉讼能力,借鉴和利用现代法治国家的有益经验和理论成果,尊重司法工作的内在规律,努力实现司法活动的公正、高效运行,进而实现建设权威的司法制度。在具体路径选择上,应当从宏观上“深化司法体制改革”、中观上“优化司法职权配置”、微观上“规范司法行为”三个途径着手。司法制度的建设取决于一国的政治制度、法律制度以及其他一些保障措施完善的完善,因此,必须有领导、有步骤、有计划地协调推进社会主义司法制度

* 本文为2008年上海市高级人民法院重点调研中标课题《建设公正高效权威的社会主义司法制度》研究成果。

① 在我国,司法和司法权是一个不甚明了和模糊的概念。学理上,真正意义上的司法权一般是指法院的法官行使的审判权。我国宪法规定,各级人民法院和人民检察院属于国家司法机关,其代表国家行使审判权和检察权,属于司法范畴。因此,我国司法制度应当包括审判制度和检察制度两个部分,本课题由于篇幅限制,论述着重点将放在审判制度的建设上。

建设。

【关键词】 社会主义司法制度 公正 高效 权威

一、建设公正、高效、权威的社会主义司法制度的背景分析

司法制度是一国政治制度的有机组成部分,是建立在一定经济基础之上的国家上层建筑的一部分,并为经济基础服务。因此,一国司法制度必将随着该国经济基础的发展而发展,随着社会的进步而完善。自改革开放以来,我国的政治经济情况和社会生活发生了深刻的变化,无论政治、经济还是文化,都处于前所未有的从传统向现代的转型与嬗变之中,司法作为一种调整冲突、维持安定、稳定秩序的社会建制和上层建筑,其制度和形态必然要适应与促进这种良性的转变。我国原有的司法制度,虽然也进行了卓有成效的制度完善和创新,但仍日益显露出诸多的弊端,影响了司法功能的正常发挥,不利于依法治国方略的实施。

在这样的时代背景下,党的十六届六中全会上通过的《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》中指出:“坚持司法为民、公正司法,推进司法体制和工作机制改革,建设公正、高效、权威的社会主义司法制度,发挥司法维护公平正义的职能作用。”第一次在党的文件中提出了建设“公正、高效、权威”的社会主义司法制度这一宏大的时代课题。党的十七大报告则进一步为社会主义司法制度建设指明了方向,提出要:“深化司法体制改革,优化司法资源配置,规范司法行为,建设公正高效权威的社会主义司法制度,保证审判机关、检察机关依法独立公正地行使审判权、检察权。”

构建公正、高效、权威的社会主义司法制度的提出,凸显了时代的要求,反映了我党对于党的执政规律和司法规律认识的进一步深化。从人民法院的自身实践看,新世纪伊始,公正与效率就被确立为人民法院工作的主题,逐步形成了司法公正的理论体系,各级人民法院也根据公正与效率的要求,进行了卓有成效的实践和理论创新。但公正、高效的真正实现,必须依赖于制度的保障。当前,我国社会主义市场经济体制基本建成,市场经济作为法治经济,它对整个社会的运行管理方式和纠纷解决机制都提出了不同于以往的要求。但令人遗憾的是,我国的司法体制、司法的运作机制仍存在着难以适应时代要求的地方,其中最突出的问题莫过于司法的非独立性、司法判决的非权威性,司法作为社

会的最后防线的功能还未得到令人信服的发挥。这其中既有工作机制和工作方式方法的问题,也有人民法院自身的问题,还存在着制度层面的问题。因此,从建设社会主义司法制度的高度,提出公正、高效、权威三个具有鲜明时代特征的要求,适应了司法工作的需要,必将极大地促进司法工作,更好地满足人民群众日益增长的司法需求,从而从根本上化解现在司法能力不足与人民群众日益增长的司法需求之间的这一对基本矛盾。这也是本课题研究的意义和价值所在。

二、社会主义司法制度基本涵义解读

司法制度是国家制度的重要组成部分,它是统治阶级为保证法律实施而制定的制度,包括司法机关的设置及其任务、司法机关的组织体系、组织与活动原则及工作制度等。^① 司法制度是有关司法机关的性质、任务、职权、组织体系、活动原则和工作制度等方面规范的总称。^② 司法权作为国家权力的重要组成部分,在现代法治社会,同立法权、行政权一起,构成现代国家基本的权力体系。由于不同的政治制度、经济制度和文化传统等因素的影响,世界各国对司法权的来源、分配以及司法权在国家基本权力结构中的地位有着不同的规定,由此而形成了不同的司法体制以及与之相适应的司法制度。一个国家的司法制度是该国政治文明程度的重要标志,一个国家实行什么样的司法制度归根结底是由这个国家的国情决定的。

建立在三权分立理论基础之上的现代宪政国家,把国家权力分为立法权、行政权和司法权三种权力,并分别由三个不同机关行使,这三种权力之间是互相牵制和约束的关系,以达到三种国家权力的平衡。“权力制衡”贯彻渗透于各种具体的程序与制度中,使之成为相互配合、协调一致的严密体系,“防止几种权力逐步集中于同一部门的最大保证,就在于授予管理每个部门的人以必要的宪法手段或个人动力,用以对抗其他部门的侵犯”,从而保证了其政治制度的有效性和延续性。^③ 典型的如美国。

① 参见许崇德主编:《中国宪法》,中国人民大学出版社1990年第2版,第295页。

② 参见马骏驹、聂德宗:“当前我国司法制度存在的问题与改进对策”,载《法学评论》1998年第6期。

③ 参见章成:“论西方国家司法制度的性质与功能”,载《法制与社会》2008年第7期。

我国是人民民主专政的国家,我国的司法制度属于人民民主专政的司法制度,实行的是具有中国特色的社会主义司法制度。我国的司法制度是建立在我国生产力发展水平之上的经济基础和上层建筑相统一的司法活动的规范体系,是关于我国司法机关及其他司法性组织的性质、任务、组织体系、司法活动运行规则、程序以及工作制度等方面规范的总称。三权分立并不适合我国的国情,但我国并不反对国家机构之间的权力分工。事实上,我国国家权力从职能上也大体分为立法权、行政权和司法权三种。只是这三种权力必须服从国家主权的概念,必须在党的领导下统一行使。因此,我国社会主义司法制度具有如下鲜明的中国特色:

(1)政治性。宪法、党章、“两院”组织法都明确规定,中国共产党是中国特色社会主义事业的领导核心,党既领导人民制定宪法和法律,也领导人民实施宪法和法律。坚持和强化党的领导,是我国司法权行使的一个重要的基本原则。(2)人民性。社会主义司法制度是我国人民民主专政国家制度的组成部分。人民民主专政是我国国家政权的本质,也是社会主义司法制度的本质。人民是国家和社会的主人,也是司法的主人,我国司法机关的权力均来源于人民代表大会,并接受人大监督。这就使我国社会主义司法制度具有了最本质的特征即人民性。(3)法律性。党的事业和人民的利益要靠宪法和法律来实现和保证。依法治国的核心内容就是确立和实现以宪法和法律为治国的最具权威的标准。而司法则是实现宪法和法律权威的最主要手段。人民法院作为国家的专门审判机关,一切活动都必须以宪法和法律为准绳,切实维护宪法和法律的权威。

社会主义司法制度的政治性、人民性和法律性是高度统一的有机整体。党的事业、人民利益、宪法法律三个方面相互依存、缺一不可。宪法法律是党的主张和人民意志相统一的体现,是通过法定程序上升为国家意志、表现为法律文本的党的主张和人民意志,是实现党的主张和人民意志的保障。在建设社会主义司法制度的过程中,要防止人为割裂三者之间关系的倾向,既不能抛开宪法法律而抽象地讲党的领导和人民利益,也不能只讲宪法法律而不讲党的领导和人民利益;既要克服“如果宪法法律至上,那党的领导放在哪里”的模糊认识,更

要反对“不放弃党的领导就谈不上宪法法律至上”的错误认识。^①

三、公正、高效、权威相关概念的基本内涵解读

(一)“公正”与“司法公正”的内涵

1. “公正”与“司法公正”的基本涵义

公正即公平正义,公平,即平等、正当之义,是指“参与各方在规则权上的平均或相等”;^②正义则是公正的义理,包括社会正义、政治正义和法律正义等。公平正义是人类社会孜孜以求的理想和目标,也是衡量一个国家或社会文明发展的标准。自古以来,公平就是人类的理想。在我国,儒家将“天下为公”的“大同”社会作为至高无上的追求。在西方,柏拉图首先提出了公平和正义的问题,强调“公平即和谐”;罗尔斯认为,正义即公平。公平正义是我国构建社会主义和谐社会的重要特征之一。“公平正义,就是社会各方面的利益关系得到妥善协调,人民内部矛盾和其他社会矛盾得到正确处理,社会公平和正义得到切实维护和实现。”^③公平正义在构建社会主义和谐社会的进程中处于十分关键的基础地位。没有公平正义,社会的诚信友爱、安定有序、充满活力等也都无法实现。公平正义是现代社会进行制度安排和制度创新的重要依据,是协调社会各个阶层相互关系的基本准则。

司法公正是指在司法活动中司法机关必须居于公正立场,秉公适用法律处理案件,不偏袒任何一方当事人,使案件处理的客观结果最大限度地符合社会普遍感到的公正,最大限度地满足人民对公正的要求。司法发展的历史就是一部人类社会不断追求司法公正的历史。司法公正是司法机关的生命和灵魂,“以公正的逻辑代替武力的逻辑是法律本质的全部所在”。^④司法往往被人们形容为守护社会正义的最后一道防线。一个社会,如果连司法都达不到公正,那么整个社会的正义就无从实现;一个社会如果没有司法公正,则不可能存在真正的公正;一个国家所建立的司法制度如果体现不出公正,就会丧失制度设

① 参见张文显:“以‘三个至上’作为法院工作的指导思想”,载《人民法院报》2008年10月16日。

② 参见夏光志:“对公平问题的看法:权利平等是最大的公平”,载《学习时报》2006年9月5日。

③ 2005年胡锦涛总书记在省部级主要领导干部提高构建社会主义和谐社会能力专题研讨班上的讲话。

④ 斯洛文尼亚宪法法院大法官、美国哈佛大学法学院教授卜思天·儒佩基奇格言。