

法官的思考与实践

张瑞强 著

法律出版社

法官的思考与实践

张瑞强 著

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

法官的思考与实践 / 张瑞强著. —北京: 法律出版社, 2017. 3

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0283 - 0

I. ①法… II. ①张… III. ①法官—工作—研究—中国 IV. ①D926.17

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 277710 号

法官的思考与实践

张瑞强 著

责任编辑 高山 汤子君
装帧设计 贾丹丹

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2017 年 3 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

责任校对 杜进

印刷 固安华明印业有限公司

印张 12.125 字数 294 千

印次 2017 年 3 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆分公司/023-67453036

深圳分公司/0755-83072995

西安分公司/029-85330678

上海分公司/021-62071010/1636

书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 0283 - 0

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)

法学研究应当接“地气”

法学尤其是民法学,是一门实践性非常强的学科,学术的目的不能仅仅只为了个人自圆其说的爱好,更应该追求实践效用的价值。法学研究不能是象牙之塔,也不是大学教授和专职研究人员的专属地域,更应该是法官或者其他实践家可以贡献其才智的领域。因此我的学生张瑞强,一个来自江苏南京鼓楼区法院的法官,将他撰写的《法官的思考与实践》这本文集发给我,希望我能够为他谈一些感想的时候,我欣然同意。像他这样一个基本上属于基层法院的法官,从事审判和执行工作很多年,结合实务争议从事法学理论研究,这样的成果,应该会产生使法学理论更具体、更清晰、更接“地气”之效果。基层法院法官始终处于司法活动的最前沿,他们基于职业特点和职业内容,始终面对最鲜活的案例、最新发现的问题、最多关于实务的思考。虽然我国不是判例法国家,法官不能造法,但法官的一些执业经验经归纳总结可以转化成司法解释、案例指导,甚至可以成为立法建议,演变成为国家的立法。从该层意义上来讲,霍姆斯在论

述普通法时所说“法律的生命从来不是逻辑,法律的生命是经验”,颇有道理。

我长期在中国社会科学院法学研究所从事民法教学研究,虽然侧重于基础理论研究,其实亦关注实务中的法律争议。《物权法》颁布之前的数年,针对物权含义及物权取得的立法争议,我曾多方面调研,收集相关的意见、建议和案例。2005年,江苏省高级人民法院的两位法官给我提供了一个案例,案例的争议焦点是,交付不动产物权凭证是否视为物权已移转交付,并介绍了他们在办理该案过程中遇到的针锋相对的观点、意见。实际上,这个案例非常清晰地说明了物权变动过程中当事人的意思表示的实践作用,特别是那些能够通过公示方式证明的物权意思表示的实践作用。其时《物权法》尚未颁布,学界的看法针锋相对,双方当事人的根本经济利益偏差很大。针对该案事实,我结合物权变动原理进行了阐释分析,令人欣喜的是,江苏高院法官根据物权变动原理对案件进行认定和裁判处理,从而解决了诉讼争议。之后,我将该案例引入《交易中的物权归属确定问题》,刊发于《法学研究》2005年第2期。2007年颁布的《物权法》第9条明确作出“不动产物权的设立、变更、转让和消灭,经依法登记,发生法律效力;未经登记,不发生法律效力,但法律另有规定的除外”的规定,从立法上解决了上述案例中物权变动成立与否的认定争议。2012年最高人民法院关于买卖合同的司法解释,2016年最高人民法院关于物权法的司法解释,也都采纳了这些看法。由此看出,立法和法学研究切不可忽视对法官在司法活动中遇到的实务问题的收集研究,因为法学研究研究的是法律争议,而法官处在遇到法律问题、处理和解决法律问题的第一线。

本书作者张瑞强是长期在基层人民法院从事审判、执行工作的法官。2006年来中国社会科学院研究生院攻读法律硕士学位,对物权法立法及法律适用产生强烈兴趣。2007年2月,我在南京大学进行学术

交流,他呈上我的著作《论物权法》请我题字,我题写“持之以恒”与他共勉。他的毕业论文选题是“物权行为理论在我国的继受与发展”,论文中收集及引用了他在审判实务中审理的案件,并做了相应的理论研讨分析,提出了自己独到的见解。论文最终获评优秀毕业论文。作为导师,我甚感欣慰。尤其欣慰的是他也一直在“持之以恒”,多年来,在履行好法官审判职责的同时,勤于思考,重于研究,结合自己在审判实务中遇到的法律争议问题做了一些调查研究,积累了一定的成果,累积多年,集成这本《法官的思考与实践》。在该书出版发行之际,我写上这么几句评论,勉励他继续持之以恒,能够在实践和学术道路上取得更大成绩。

孙宪忠

2016年8月于北京

序

历史发展的规律已然昭示：欲将社会良好治理，实现国家的长治久安，必须真正把法律奉为治国的法宝，这是依法治国应有的态度。依法治国除了制定优良的法律与建立完善的法律体系之外，更重要的是全社会都要信奉并遵守法律，同时要确保法律得到切实的实施。在现代社会，司法已经成为化解社会矛盾纠纷、保证法律得以贯彻实施的主渠道。因此，实现司法公正，就需要一个崇尚法治的精神和信念、具有优良法律职业能力的优秀法官群体。他们依法行使司法权，通过审理案件，用裁判行为分辨曲直是非，化解社会矛盾，纠正、制裁违法行为，保护当事人的合法权益，将法律的公正体现为社会现实中的公正，达到以法治理社会的效果。从这个意义上讲，依法而治在很大程度上是依法官而治。诚如哈耶克所言，“就正义的实现而言，操作法律的人的质量比其操作的法律的内容更为重要”。故法治国家与法治社会需要大量具有法律专业知识、法律实践经验、洞察力、判断力、写作能力、交往能力等专业技能的优秀法官。他们在

适用法律的实践中,一方面理解立法意图,把握法律精神原则,体会法律的理念和精神,通过司法裁判把法律规则准确地运用于具体的个案;另一方面善于从实践中学习,以其积累的丰富实践经验,对经济社会生活发展变化而出现的各种新类型案件,在法无明文规定的情况下,创造性地运用法治思维解释法律、适用法律,以弥补法律的漏洞,从而最大限度地实现司法公正。因此,作为法官,不仅需要掌握系统、扎实的专业知识和渊博的文化知识,具有丰富的司法实践经验和社会实践经验,而且应当善于归纳总结司法实践经验,运用法律思维,将丰富的审判实践经验上升到理性认识的高度,为国家的法治建设事业和司法实践经验的传承奉献自己的智慧。只有这样,才能化蛹为蝶,使自己成为一名专业化、高素质的职业法官。

本书作者张瑞强法官,曾在江苏省南京市鼓楼区人民法院研究室从事专职调研工作,在他和法院全体人员的努力下,鼓楼法院多次被评为江苏省法院系统调研工作先进集体,跻身全省法院调研工作先进行列。之后,作者在审判执行岗位工作的同时,依然研究不断、笔耕不辍,始终结合其在基层法院的审判工作实践,对出现的法律难题及实务经验坚持进行相应的归纳总结,累积了较为丰硕的成果。现在呈现在大家面前的这本书就是瑞强法官二十年来诸多理论思考和调研成果的汇集。我原在高校从事法学教育和学术研究工作,后来到南京市中级人民法院和江苏省高级人民法院分管司法调研工作,读了书中的一些文章,不仅感到瑞强法官的研究涉猎较广,既涉及审判组织结构、诉讼程序的改革完善,也涉及审判实务领域中具体争议问题和案件的认定处理,而且深感法官其在繁忙的工作之余,能够坚持从事理论研究和经验总结工作,体现的是一名优秀法官难能可贵的职业进取精神,因而是一件值得推介的事情。这对于我们倡导学习型法院、学习型法官,始终秉持学习不断、研究不止,保持积极进取的人生态度,应当具有很强的现

实意义。

书中大多数文章分别在《人民司法》《法律适用》《审判研究》《金陵法苑》等法院系统专门刊物上先后发表,此次结集出版,向社会发行,可以让更多的对法治法律、对司法实践感兴趣的读者了解法院及法官的工作情况,了解法官的思考、探索历程,特别是从一个侧面了解近二十年来中国司法所经历的发展变化。故瑞强法官在他的这本著作问世之际,希望我能为该书作个序,我欣然承命而作,并以此序向读者推荐本书,希望大家能够和我一样读有所获。

江苏省高级人民法院副院长

李玉生

2016年8月于金陵

目 录

一、审判管理与改革

- 关于公正司法的基本评价及实现的思考 003
- 浅谈基层法院审判组织的改革 011
- 确立大民事格局审判理念 拓展简易程序适用范围 019
- 规范合议庭考核目标 构建合议庭运作新机制 029
- 论提高庭审质量与效率的措施 035
- 构建刑事诉讼庭前示证制度之思考 043
- 刑事普通程序简化审的探索 057
- 民事审判监督程序的几个问题及其矫治 062
- 论民事再审程序的缺陷及其重构 070
- 关于改进审委会运行方式的思考 084
- 立法不作为问题的成因及对策 090
- 为司法解释活动“把脉” 093

二、审判实务研究

- 租赁房屋添附的认定及处理原则 099
- 虽有营利目的,但既非代理机构,亦非买卖机构
——试析拍卖人的法律地位 105

民事诉讼中行政附属问题研究与解决	
——兼论程序启动后行政主体当庭作证制度的建立及完善	108
试论医患纠纷的认定及处理原则	122
承租公房：行政行为还是民事行为	132
按房改政策购买公房的产权人不得要求同住成年家庭成员迁让	135
房屋共有公用面积的性质及其分摊计算	139
建筑物区分所有制度及其在审判中的运用	141
事实行为的法律性质辨析	151
浅析好意同乘者损害赔偿责任的认定与承担	157
合同相对性与物业服务合同例外现象分析	162
网上拍卖法律问题探析	165
委托理财合同风险责任条款性质探析	177
劳动争议与承包经营合同纠纷的区别及意义	183
劳动关系中的用工主体、诉讼主体问题	188
混合身份共犯问题初探	190
商事信托财产的法律性质辨析	197
劳务派遣合同纠纷的认定及审理	206
物权行为理论在我国的继受与发展	214
《国有土地上房屋征收与补偿条例》在审判中的理解与适用	258
信用卡纠纷诉讼文书的送达	264
非诉行政行为应实行合法性兼顾合理性司法审查原则	276
南京市住改非房屋征收补偿规定的理解适用	289
南京市城市房屋拆迁产权调换规定的理解适用	295

三、案例评析

- 汤某忠因其女在校期间出走下落不明被宣告死亡诉某医科大学
严重失职赔偿损失案 305
- 赠与行为不符合法律规定,受赠人无权要求赠与人履行义务 311
- 周某诉某装饰公司用其设计施工不支付约定的报酬请求支付案 314
- 倪某柱诉某浴室就浴时其衣柜被他人打开致其衣物灭失赔偿案 320
- 江苏省水利建设工程总公司诉江苏省审计事务所出具验资证明
后其表示不作发起人应确认验资无效审计赔偿案 328
- 开发商未协助办理土地使用权证的责任承担 338
- 张某平等诉中山国际旅行社等旅游合同纠纷案 353
- 受让人擅自改变土地及地上房屋用途的查处 365

一、审判管理与改革

关于公正司法的基本评价及实现的思考

公正的司法活动既包括司法制度的公正,又包括审判程序和审判方式的公正。由此而言,司法公正问题是个历史议题。例如,在人类社会各个历史发展阶段曾出现同态复仇、司法行政合一等各种各样的审判方式和审判原则。这些审判方式和原则的此消彼兴,说明人类对司法公正的理解存在相当的差异和不同的理念。当前,司法公正已成为整个社会的强烈期待。作为人民法官,及时对司法公正问题进行反思并客观地认识司法公正的含义和内容,对于全面贯彻依法治国的基本方略,提高审判工作质量,依法打击犯罪、保护公民的合法权益,意义重大。现就司法公正的基本含义及其实现从理论上进行简要探析。

一、司法公正的基本含义

司法活动,是指司法机关依据法定的职权和法定程序处理诉讼或纠纷的活动。由于司法活动是依据法定职权和程序进行的活动,公正的司法活动包含司法程序的公正执行和司法结果的依法、公平。因而司法公正的基本含义包括司法活动的实体结果公正和

程序进行的依法、公正。在进行司法活动时,存在对程序法和实体法的依照和遵循问题。程序法是用来申明、证实和强制实现实体权利、义务的手段,或保证在这些权利遭到侵害时通过运用该手段得到救济和补偿,如我国《民事诉讼法》《刑事诉讼法》和《行政诉讼法》三大诉讼法。实体法,是指规定和调整实体权利义务关系的法律,如我国1999年颁布实施的《合同法》。程序法和实体法在法律体系,特别是大陆法系中是形式和内容的关系。但这种依据功能和目的的划分是相对的,有时也并无截然的界限。在有的程序法中也含有实体的权利义务,有的实体法中也含有实现实体权利义务的条件、规则和方法。但实体法和程序法并不一定是同时存在和同步向前发展的。如当今世界各国审判实践中使用的某些程序规则,上溯到几百年甚至上千年前就已为当时的人们在诉讼中所确定和遵循。在实体法的发展中,也存在某一时代某一国家的实体法的先进性和公正性水平高于同时代的其他国家甚至是本国以后的某一历史发展阶段。这说明在法律的发展中,实体法与程序法的发展并不一定是平衡的。程序法表现的先进性并不一定体现在实体法中,实体法的公正性并不一定反映在程序法中。程序法对于载于实体法的内容具有相对的独立性,实体法有时也并不必然、直接地影响程序法。

所以,“法律正义的实现必须是以一定的程序法和实体法的存在及其有效适用为前提”。^①这就说明司法意义上的公正必须是程序的公正与实体的公正的统一。也即实体结果公正的实现必须依靠公正公开合法的程序并用这类程序赋予的方法 and 手段来实现。任何未采用合法正当的程序实现的“公正”,相对于对方当事人和程序适用规范制约的社会其他成员,都是不公正的。因为适用不同的司法程序,可能产生不同

^① 杨一平:《司法正义论》,法律出版社1999年版,第153页。

的法律后果。不采用合法正当的程序而产生的法律后果,必然剥夺了相对人运用合法正当程序的权利。而适用了公正的程序,但案件事实的认定及实体处理未依据实体法规进行,作出的法律结论肯定也是不公正的。因此,在英美法系中,其程序法规则中有正当法律程序的原则,它“系指法律为了保持日常司法工作的纯洁性而认可的各种方法:促使审判和调查公正地进行,逮捕和搜查适当地采用,法律救济顺利地取得,以及消除不必要的延误等”。^① 在大陆法系中,法律要求司法活动必须严格遵守既定的程序法规定,违反程序法规或未适用程序法规的裁判结果是违法的,因而是公正的。我国法律也明确规定司法机关在适用法律审理案件时,必须“准确、及时、合法”地适用程序法进行。违反了程序法规定,即使结果是符合法律规定的正当结果,也要通过程序上的补救措施(如再审程序等)来保证司法后果的合法性和公正性。

由此可见,程序法、实体法规定的全面贯彻执行,是公正司法完整的、不可或缺的结果。司法活动的结果,如果在司法运作中违反程序法规定,即使结果是符合法律规定的,也不是完全的公正。反之,司法活动严格按程序法规定进行,但未按法律规定原则认定和裁量而得出不符合法律规定的实体结果,也肯定不是公正司法追求的正义。无论是违反程序法的司法后果,还是违反实体法的司法后果,都是不公正的后果。虽然,程序法和实体法的发展有其不平衡的一面,但任何法律体系的完善必须是程序法和实体法的共同完善。司法活动追求的公正必须是程序公正与实体公正的共同结果。两者缺一就不是公正的司法结果。因而,可以认为,实体公正与程序公正的法律后果是公正司法的同一载体,也是公正司法活动及其追求的公正法律后果的统一体。

^① [英]丹宁勋爵:《法律的正当程序》,群众出版社1984年版,“前言”第1页。