



上海市高级人民法院“一个素养、三个能力”轮训指导小组/编

主 编/乔宪志 金长荣

副主编/陈全国 刘玫英

法官素养与能力培训读本

FAGUAN SUYANG YU NENGLI PEIXUN DUBEN



法律出版社
LAW PRESS

上海市高级人民法院“一个素养、三个能力”轮训指导小组/编

主 编/乔宪志 金长荣 副主编/陈全国 刘玫英

法官素养与能力培训读本

FAGUAN SUYANG YU NENGLI PEIXUN DUBEN



法律出版社
LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

法官素养与能力培训读本/上海市高级人民法院法官
“一个素养、三个能力”轮训指导小组编. —北京:法律出
版社, 2003. 5

ISBN 7-5036-4267-X

I. 法… II. 上… III. 法官—中国—学习参考资料
IV. D926.17

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 032690 号

法律出版社·中国

责任编辑/王耀琪 潘洪兴 萧逢伟 装帧设计/孙 宇

出版/法律出版社

编辑/法律应用出版中心

总发行/中国法律图书公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/787×960 毫米 1/16

印张/52 字数/1005 千

版本/2003 年 7 月第 1 版

印次/2003 年 7 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

法律应用出版中心/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/yingyong@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939640 63939646 传真/010-63939650

中国法律图书公司/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

销售热线/010-63939792

网址/www.Chinalaw-book.com

010-63939778

书号:ISBN 7-5036-4267-X/D·3985 定价:70.00 元

主 编:乔宪志、金长荣

副主编:陈全国、刘玫英

各部分负责人

《庭审驾驭能力》:吕敏、马顺荣、陈福民、张斌

《裁判文书制作能力》:杨承韬、侯丹华、王犁、王家德

《法律适用能力》:陈旭、王祖德、应新龙、张斌、高长久、沈满堂

序

1999年初,为制定新世纪开局五年上海法院教育培训规划,我们组织力量开展调查研究,通过召开座谈会、问卷调查、普查统计等多种形式,广泛地听取各级法院领导与法官、院校及科研机构专家学者的意见,深深地感到:随着法官队伍学历层次的大幅度提升,一个提高法官职业素养和审判技能,实现从文凭到水平,从资格到能力转化,已刻不容缓地摆到了我们的面前。为此,高院党组决定,用三年的时间对全市法院审判业务庭的法官进行旨在提高法官职业素养和庭审驾驭能力、裁判文书制作能力、法律适用能力(简称“一个素养、三个能力”)的轮训,从而促进法官职业素养的全面整体提高,并将此列入了《2000年—2004年上海法院干部业务教育培训规划》。

提高法官的“一个素养、三个能力”,是推进法官职业化建设进程的要求。肖扬院长在“全国法院队伍建设工作会议”上指出:“法官是为法律而存在的。法官的职责就是正确适用法律,惩治犯罪,‘定纷止争’。因此,人们一直把法官当作正义的象征、公平的化身和良知的守护神。”法官是通过特有的职业行为和职业技能来履行职责的。庭审驾驭能力、裁判文书制作能力和法律适用能力,是法官职业群体所特有的方法和技能。在这“三个能力”中,法律适用能力居于核心地位,庭审驾驭能力是法律适用能力的前提,裁判文书制作能力是庭审驾驭能力、法律适用能力的综合反映。如果法律适用错误,或者不当,庭审再好也会前功尽弃。同样,庭审查明了事实,而法律适用错误,裁判文书写得再好也是一个错案;裁判文书制作的优劣又直接导致审判的公信度。因此,这三个能力是法官必备的最基本职业技能,体现了法官职业化的程度,直接关联着公正与效率,影响司法的权威。

为了搞好“一个素养、三个能力”的轮训,我们组织了部分具有审判经验丰富、理论功底扎实的法官编写了三本讲义,作为轮训的教材。讲义在准确阐释法律规定与法学理论的基础上,着重分析与解决庭审、裁判文书制作、法律适用中的问题,具有很强的针对性、实践性,贴近基层法院的实际,成为法官案头参考资料。

对法官进行“一个素养、三个能力”的轮训,也探索了在新的历史条件下法官岗

位培训工作规律,其中之一就是:法官培训必须以审判工作为中心,坚持把提高法官素质、提高审判能力作为出发点和归属点。实践证实,岗位培训的成效取决于培训的内容是否管用。“一个素养、三个能力”轮训的成功之处,就在于轮训讲的都是法官自己过去已经做过的、现在正在做着的以及今后还要做的事。本市法院“一个素养、三个能力”的专题轮训已经划上了一个句号,取得阶段性的明显成效,但提高法官的职业素养和职业技能仍然是一项长期的任务。我们要以时不我待的紧迫感、与时俱进,在实践公正与效率这一世纪主题的过程中,大力加强法官的素质教育和职业能力培养,努力推进法官职业化建设的进程,以公开促公正、以公正提高公信度。

滕一龍

二〇〇三年三月

目 录

序

第一部分 庭审驾驭能力

第一编 总 论

第一章 法官的素质	(3)
第一节 法官应是高素质的人才	(3)
第二节 法官的内在素质	(5)
第三节 法官的外在形象	(9)
第四节 进一步提高法官素质	(13)
第二章 庭审的作用与意义	(15)
第一节 关于庭审作用与意义的认识误区	(15)
第二节 充分发挥庭审作用的重大意义	(16)
第三节 庭审的作用	(18)
第四节 庭审成功与否的标准	(20)
第五节 充分发挥庭审作用的有效途径	(23)
第三章 证据制度概述	(26)
第一节 证据法概论	(26)
第二节 诉讼证据的概念和证据的基本特性	(27)
第三节 证据制度的历史发展	(28)
第四节 证据种类	(31)
第五节 证明和证明构成环节	(34)

第四章 庭审驾驭能力的基本要素概述	(37)
第二编 刑事审判	
第一章 第一审程序开庭审理的若干问题	(40)
第一节 庭前准备阶段的若干问题	(40)
第二节 开庭审理阶段的若干问题	(42)
第三节 自诉案件中的若干问题	(45)
第四节 普通程序简化审操作中应注意的问题	(46)
第二章 刑事庭审中的举证、质证和认证	(49)
第一节 举证	(49)
第二节 质证	(54)
第三节 认证	(57)
第三章 刑事审判庭审驾驭能力的基本要素	(66)
第一节 庭前准备阶段	(66)
第二节 开庭审理阶段	(68)
第三节 评议裁判阶段	(74)
第三编 民事、商事审判	
第一章 第一审程序开庭审理的若干问题	(76)
第一节 庭前准备	(76)
第二节 开庭审理	(79)
第三节 评议与裁判	(83)
第四节 简易程序	(84)
第二章 民(商)事审判庭审中的举证、质证和认证	(87)
第一节 举证	(87)
第二节 质证	(90)
第三节 认证与确信	(91)
第三章 民(商)事审判庭审驾驭能力的基本要素	(93)
第一节 庭前准备阶段	(93)
第二节 开庭审理阶段	(98)
第三节 评议裁判阶段	(108)
第四节 适用简易程序的庭审驾驭能力	(109)
第四编 行政审判	
第一章 第一审程序开庭审理的若干问题	(112)
第一节 庭前准备	(112)
第二节 开庭审理	(113)

第二章 行政庭审中的举证、质证和认证	(115)
第一节 举证	(115)
第二节 质证	(119)
第三节 认证	(120)
第三章 行政审判庭审驾驭能力的基本要素	(125)
第一节 庭前准备阶段	(125)
第二节 开庭审理阶段	(127)
第三节 评议裁判阶段	(132)

第二部分 裁判文书制作能力

第一编 裁判文书制作的改革意义与目标

第一章 制作裁判文书的作用与意义	(137)
第一节 裁判文书的作用	(137)
第二节 制作裁判文书的意义	(138)
第二章 裁判文书制作改革的基本原则和要求	(140)
第一节 当前裁判文书制作存在的缺陷	(140)
第二节 裁判文书制作改革的必要性	(144)
第三节 裁判文书制作改革的基本要求	(146)

第二编 裁判文书制作的基础理论

第一章 裁判文书制作概论	(150)
第一节 裁判文书的概念与种类	(150)
第二节 裁判文书的基本特征	(152)
第二章 裁判文书结构的制作要求	(159)
第一节 裁判文书的结构	(159)
第二节 裁判文书结构的规范	(161)
第三节 裁判文书事实要素的叙述	(167)
第四节 裁判文书说理部分的叙述	(172)
第五节 裁判文书规范格式的技术要求	(173)
第三章 裁判文书的语、句、词规范	(177)
第一节 裁判文书语言的表达方式	(177)
第二节 裁判文书的词语修辞	(182)
第三节 裁判文书的句式运用	(186)

第三编 裁判文书的论证和说理

第一章 裁判文书的论证和说理概述	(190)
第一节 什么是裁判文书的论证和说理.....	(190)
第二节 怎样提高裁判文书论证和说理的能力.....	(196)
第二章 刑事裁判文书的论证、说理	(199)
第一节 概述.....	(199)
第二节 刑事裁判文书的论证及其特点.....	(199)
第三节 刑事裁判文书的说理及其特点.....	(210)
第四节 刑事裁判文书的简写.....	(213)
第三章 民事裁判文书的论证和说理	(235)
第一节 概述.....	(235)
第二节 诉讼主张的归纳.....	(235)
第三节 诉讼证据的展示.....	(241)
第四节 法律事实的叙述.....	(249)
第五节 判决理由的阐明.....	(254)
第六节 法律依据的引用.....	(260)
第七节 判决主文的表达.....	(282)
第八节 其他民事裁判文书的论证和说理.....	(295)
第四章 行政裁判文书的论证和说理	(298)
第一节 概述.....	(298)
第二节 争议焦点的归纳.....	(301)
第三节 证据的罗列引述.....	(303)
第四节 裁判理由的阐述.....	(306)
第五节 判决主文的表述.....	(311)
第六节 二审行政判决书的论证和说理.....	(312)

第四编 裁判文书点评

第一章 刑事裁判文书	(314)
第一节 第一审程序.....	(314)
第二节 第二审程序.....	(325)
第二章 民事裁判文书	(338)
第一节 第一审程序.....	(338)
第二节 第二审程序.....	(351)
第三章 行政裁判文书	(360)
2001 年上海法院“裁判文书制作能力轮训”考试优秀试卷选	(369)

第三部分 法律适用能力**第一编 法律适用的基础理论与方法**

第一章 法律适用方法概论	(437)
第一节 法律适用方法的概念和特征.....	(437)
第二节 法律适用方法的基本内容.....	(439)
第三节 正确适用法律方法的现实意义.....	(440)
第二章 法律适用方法价值论	(445)
第一节 法律适用的文化背景.....	(445)
第二节 法律适用的价值目标.....	(447)
第三节 法律适用的思维方式.....	(449)
第三章 法律适用的客体与方法	(453)
第一节 法律适用的客体.....	(453)
第二节 法定主义与自由裁量权.....	(455)
第三节 法律适用的基本方法.....	(459)
附:法律适用方法的历史演进.....	(468)

第二编 刑事审判的法律适用

第一章 刑事法律适用的基础观念与基本原则	(478)
第一节 刑事法律适用的基础观念.....	(478)
第二节 刑事法律适用的基本原则.....	(495)
第二章 刑法适用的若干问题	(523)
第一节 单位犯罪的认定与处罚.....	(523)
第二节 犯罪未遂的构成与司法认定.....	(528)
第三节 共同犯罪的认定.....	(533)
第四节 自首与立功的认定.....	(540)
第五节 罪数理论与数罪并罚原则的应用.....	(544)
第六节 财产刑的法律适用.....	(549)
第七节 非法经营罪的认定.....	(553)
第八节 虚开增值税专用发票罪的认定.....	(559)
第九节 诈骗犯罪的认定.....	(564)
第十节 聚众斗殴、寻衅滋事犯罪有关问题的认定.....	(571)

第十一节 挪用型犯罪的认定·····	(574)
第十二节 受贿罪的认定·····	(578)
第三章 刑事诉讼法适用的若干问题·····	(585)
第一节 刑事非法证据的甄别与取舍·····	(585)
第二节 刑事附带民事诉讼的法律适用·····	(590)
第三节 刑事程序法适用中的其他问题·····	(598)
第三编 民事(民商事)审判的法律适用	
第一章 民事(民商事)审判法律适用的一般原则·····	(609)
第一节 诚实信用原则·····	(609)
第二节 平等性原则·····	(616)
第三节 衡平原则·····	(618)
第四节 国家公权力对私权利适当干预原则·····	(622)
第五节 法官不得回避裁判原则·····	(624)
第六节 法律适用中涉及行政法规、规章、地方法规时的理解与适用·····	(627)
第七节 没有具体明确的法律规范规定时的法律适用·····	(632)
第二章 民事诉讼法适用的若干问题·····	(637)
第一节 反诉·····	(637)
第二节 共同诉讼人的追加与认定·····	(643)
第三节 诉讼主体的若干问题·····	(647)
第三章 民事(民商事)审判适用实体法的若干问题·····	(654)
第一节 登记手续与合同效力的判断·····	(654)
第二节 诉讼时效的若干问题·····	(659)
第三节 保证期间的若干问题·····	(664)
第四节 赔偿案件的法律适用·····	(668)
第五节 劳动争议案件的法律适用·····	(673)
第六节 关于婚前财产及共有财产的确认·····	(680)
第七节 关于票据变造后付款人的法律责任·····	(686)
第八节 股东出资责任与资本充实责任·····	(689)
第九节 公司法人人格否认的法律适用·····	(694)
第十节 二人股东股份转让协议的效力·····	(697)
第四编 行政审判的法律适用	
第一章 行政审判法律适用概述·····	(700)
第一节 行政审判法律适用的特点·····	(700)

第二节 行政审判法律适用的范围和方法	(701)
第三节 行政审判法律适用的现状和要求	(705)
第二章 行政诉讼法适用的若干问题	(707)
第一节 行政诉讼的受案范围	(707)
第二节 行政诉讼的主体资格	(714)
第三节 行政诉讼的起诉期限	(719)
第四节 行政诉讼证明责任的分配	(722)
第三章 行政审判适用实体法的若干问题	(725)
第一节 行政程序审查的法律适用	(725)
第二节 行政处罚“一事不再罚”原则的适用	(728)
第三节 行政处罚显失公正案件的法律适用	(732)
第四节 法律规范的效力及其适用	(735)
第五节 行政赔偿案件的法律适用	(738)
第五编 海事审判的法律适用	
第一章 海事审判法律适用概述	(742)
第二章 海事审判程序法适用的若干问题	(749)
第一节 海事请求保全的法律适用	(749)
第二节 海事强制令的法律适用	(754)
第三节 海事证据保全的法律适用	(759)
第四节 海事担保的法律适用	(761)
第五节 设立海事赔偿责任限制基金程序的法律适用	(765)
第六节 债权登记与受偿程序的法律适用	(769)
第三章 海事审判实体法适用的若干问题	(773)
第一节 货运代理合同的法律适用	(773)
第二节 海上货物运输合同的法律适用	(777)
第三节 定期租船合同的法律适用	(783)
第四节 船舶碰撞的法律适用	(786)
第五节 海上保险合同的法律适用	(789)
第六节 海难救助的法律适用	(794)
第七节 海事审判中的损害赔偿	(801)
第四章 海事行政审判法律适用的若干问题	(808)
第一节 海事行政案件的起诉和受理	(808)
第二节 海事行政程序的合法性审查	(810)
第三节 海事行政审判需要注意的问题	(812)
后 记	(818)

第一
部分

庭审驾驭能力

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

第一编 总 论

第一章 法官的素质

随着依法治国方略的实施和司法改革的深化,法官素质问题正受到越来越多的关注,并成为推进司法改革的热点和难点。法官素质应当成为司法改革的重要内容,而司法改革的成败也在很大程度上取决于法官素质切实提高的程度,法官素质最终将决定着人民法院能否在全社会真正树立起崇高的司法权威。

第一节 法官应是高素质的人才

一、法官地位、作用和责任的特殊重要性决定了只有高素质的人才能成为法官

法官是最权威的裁判者。法官的权威来自法律,而法律规定是抽象的,其效力及于不特定的大多数人,法律只有适用于千差万别的具体案件和形形色色的个人、组织才能达到效果。如何使法律的规定从抽象过渡到具体化,从而实现案件处理中的具体公正,这正是法官在审判案件适用法律时的作用和职责。正因为如此,法官常常被视为法律的“化身”和“代言人”。法官对法律的解释和执行上对当事人和普通公众有着极其重要甚至决定性的影响。低素质的法官不可能带给当事人和一般公众正确而深刻的法律认识,也无法担当起公正适用法律的重任。

法官是行使审判权的法定主体。审判权是一种责任重大的权力,正确地行使审判权,对维护司法公正意义重大。现在法院审判领域不断扩展,案件类型越来越多,标的额动辄几百、上千万甚至上亿元,案情日趋复杂,法律适用难度加大。这不仅使得法官的权力加重,也使得其责任大大增强。面对这样一种权力,只有对法律有着深刻理解和准确把握,并能将其灵活运用到的具体案件适用的高素质法官,才能正确地运用法律,使公正不仅被实现,也能被看见实现。

案件纠纷的不确定性决定了法官应当具备高素质。法律社会学的研究和实践告诫我们,审判活动中存在着大量偶然的不确定因素,即法律适用的不确定性;事实认定的不确定性,司法人员个性的不确定性和其他社会因素的不确定性。司法活动的这种不确定性因素,加大了司法职业的难度,对司法主体素质的要求也就更高。

法官之所以需要高素质,还在于这种职业的高度敏感性和复杂性。审判作为一种在具体案件中通过适用法律以作出判决的专门活动,需要丰富的法律知识和熟练的专业技巧,但这绝不意味着审判活动可以无视社会影响。尤其是改革开放以来,我国社会经济生活日趋复杂,利益结构更加多元,产生纠纷的概率大增;高度发达的现代传媒技术,使得来自社会的影响、压力无处不在、无孔不入;信息网络时代的来临,又使这种复杂性有增无减,如何在复杂的社会环境中排除各种干扰和影响,独立作出公正的判决,对法官来说是一个巨大的考验。

二、只有高素质的人才能成为法官,是社会发展进程中司法活动专门化的必然结果

司法活动的专门化是一个历史的演进过程。随着社会不断向前发展,司法活动的专门化进程不断加快,司法活动越来越依赖于一个特殊的司法职业群体。高度专业化的法官职业,不仅意味着司法机构的完整和独立,更要求法官具有高于一般人的特殊资质,具备“在法官职业的行为道德框架内,根据一定的标准,运用知识和技能解决特定问题的能力。”这样才能坦然面对不断增多、案情迥异的各种纠纷,作出明智、公正的裁决。当代高度专业化的司法人员不仅是法律的基本要素之一,更是现代法治国家的一个重要标志。现代法治国家都要求法官具有特殊而鲜明的职业素质和专业特征。“法律是靠人来执行的,司法权力如果经过无知和盲从的非职业者之手,那么再神圣的法律也都会变质。”法官的素质对于正确适用法律,实现法制社会具有决定性的作用。“法治只有在体现其真正的意义时才能发挥作用,这需要胜任法官之职的人来做到这一点。”有的学者认为,我国法官的整体素质之所以还较低,正是因为司法活动的专门化程度不高的缘故。长期以来我们在法官教育中存在着法官平民化,法官大众化的倾向,这种导向非但没有解决法官脱离群众、为人民服务的宗旨问题,降低了法官的标准,引起了人民群众对法官素质的不满。现在我们认识到,法官不是一个大众化的职业,而是一个职业化的群体,法官要走精英化的道路,作为法官要自重、自尊、自省、自律。“法院是法律的殿堂,而法官则是殿堂中的帝王。”我们千万不要把自己低看了,使这法律帝王——法官的称号蒙灰。

三、法官保持高素质,是实施依法治国方略、建设社会主义法治国家的内在要求

党的十五大不仅提出了依法治国的基本方略和建设社会主义法治国家的宏伟目标,而且将建设一支高素质的司法队伍作为依法治国的重要内容。法官队伍的高素质,已经不只是维护司法公正的需要和条件,更是一个涉及国家全局、关系民族未来的问题。1999年4月中央作出了《关于进一步加强政法队伍建设的决定》,强调要“充分认识建设高素质政法干部队伍的重要性和紧迫性”,并提出要“把政法干部队伍建设成为一支党和人民放心的、能够担当跨世纪重任的、高素质的队伍。”针对多年来人民法院一直沿用的从书记员晋升助理审判员,再由助理审判员晋升审判员的法官选任办法不利于广泛吸收人才、提高法官队伍素质和造成当前法官数量庞大、素质不高的现状,《人民法院五年改革纲要》第三十二条至三十四条提出了改革法官来源渠道、设置法官助理和