



法律逻辑 与司法实践

falu luoji yu sifashijian

万国营 / 主编

人民法院出版社

法律逻辑 与司法实践

falü luoji yu sifashijian

万国营 / 主编

图书在版编目 (CIP) 数据

法律逻辑与司法实践/万国营主编. -北京:人民
法院出版社, 2012. 6
ISBN 978-7-5109-0457-8

I. ①法… II. ①万… III. ①法律逻辑学②司法—
研究—中国 IV. ①D90-051②D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 086619 号

法律逻辑与司法实践

万国营 主编

责任编辑 姜 峤
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)
电 话 (010) 67550573 (责任编辑) 67550558 (发行部查询)
65223677 (读者服务部)
网 址 <http://www.courtbook.com.cn>
E-mail courtpress@sohu.com
印 刷 保定市中画美凯印刷有限公司
经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16
字 数 550 千字
印 张 27.5
版 次 2012 年 6 月第 1 版 2012 年 6 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-5109-0457-8
定 价 65.00 元

版权所有 侵权必究

《法律逻辑与司法实践》

编委会

主 编	万国营			
副主编	陈洪信	黄志坚	贾和平	刘 泉
	汤玉平	张振峰		
执行主编	黄志坚	谢 挺		
编 委	万国营	陈洪信	黄志坚	贾和平
	刘 泉	汤玉平	张振峰	孙伟良
	黄智江	万惠明	陈发启	黄 健
	任 建	石丽华	陈晓军	李磊明
	唐 文	陈海凤	李烈斌	曹如波
	谢 挺	夏永明	郭志俊	陈新强
执行编辑	何 敏	黄莎莎	谭炜杰	郭建勇

序

人民法院在实施依法治国基本方略、建设社会主义法治国家的进程中，肩负着崇高而神圣的使命。人民法院的各项职能是通过法官公正裁判每一个案件来实现的。从这个意义上讲，法官素质的高低，直接关系到法治的实现程度，直接关系到社会公平和正义的维护程度，直接关系到全面建设小康社会的司法保障程度。要切实提高法官队伍整体素质，关键就在于大力加强法官职业化建设，努力造就一支高素质的法官队伍。法官职业化，要求法官以行使国家审判权为专门职业，具备独特法官职业意识、职业技能、职业道德和职业地位。而具有较高的专业理论素养，是一名合格的职业法官不可或缺的基本素养之一。这种理论素养的培养一方面来自于书本知识的学习，更重要的是来自于司法实践经验的积累、总结、提炼和升华。

令人欣慰的是，珠海中院的法官们直面挑战，身体力行地在法学理论研究这片沃土上辛勤耕耘。本书荟萃了珠海中院法官们近年来理论调研文章中具有代表性的作品 35 篇。这些文章，来之于审判，求之于理论，用之于实践，是法官们从自己独特的视角对“法治”这一宏大时代主题的解读，积淀了法官们对法律真谛孜孜不倦的追求。通过字里行间，我们可以透视一个积极进取的法官群体的形象，感受到一个学习型法院浓郁的学术氛围。就任广东高院院长以来，我数次到珠海，珠海法官的勤勉和智慧也给我留下了深刻印象。他们为匡扶正义作了诸多努力，为“和谐珠海”谱写了精彩篇章，向兄弟法院展现了他们“创先争优”精神面貌。眼前的这本《法律逻辑与司法实践》中，作者们怀揣经世

治国之心，把他们对法治和法律的理解付诸笔端，更是让我看到了珠海法官的思想、智慧和情怀。故而，万国营同志邀我为书写序，我欣然应允。

细细品味这几年来的所思所得，我深感加强法院文化建设是提高法官素质、提升法院形象、强化法院管理的必经之路，而法学理论研究则是法院文化建设中最具活力的一部分，为司法实践提供源源不断的理论活水。希望能有更多的法官以更大的热情投入到理论研究这片沃土上，学而不倦，“判”“述”相济，佳作不断，为我国社会主义法治建设贡献自己的一份力量。

是为序。

郑鄂

二〇一二年六月

目 录

学术论文编

综合篇

- 主动服务改革发展大局努力实现自身科学发展…………… 万国营 (3)
- 公民尊严的国家保障
- 国家赔偿中的精神损害赔偿问题探究…………… 刘 泉 (8)
- 澳洲司法的 ADR 与我国多种争端解决机制之重构…………… 赵东升 (17)
- 概念法学与个别衡平的相互校正
- 奸淫幼女奇案引发的对罪刑法定原则思考…………… 唐 文 (23)
- 公正之源：法律思维与司法良知相得益彰
- 兼论法官职业化建设内向之路…………… 唐 文 (31)
- 论优化审判职权配置
- 以法官管理制度创新为视角…………… 王晓博 (37)
- 综合配套改革试验区的宪法评价…………… 康 冰 (47)
- 论法官、法院及法律
- 以法律经济学为视角…………… 崔金涛 (59)
- 司法过程中的经验法则研究
- 以民事诉讼为例…………… 崔拓寰 (66)

实体篇

- 理论、语境与选择：中国法官的刑法解释方法····· 郭建勇（79）
- 程序瑕疵行政行为之裁量标准····· 陈伟（93）
- 绑架罪是否存在犯罪中止与未遂····· 赵东升（104）
- 关于走私微量毒品案件定罪入刑的思考
- 以深圳、珠海走私毒品案件的实证研究为视角····· 张少凯（107）
- 论诉讼欺诈的定性····· 邝 鹞（121）
- 诉讼欺诈行为的定性及其刑法规制问题探析····· 诸葛亭（132）
- 诈骗犯罪的被害人提起民事诉讼若干实务问题研究····· 吴永科（145）
- 隐名股东资格确认的司法逻辑····· 曹如波（156）
- 当前劳动争议案件审判若干争鸣问题研究····· 吴永科（159）

程序篇

- 行政强制执行权配置的理论探究与实证构想····· 万国营 谭炜杰（171）
- “量刑规范化”若干问题研究····· 彭 帅（186）
- 不动产登记의 民行交叉问题的再思考
- 一个多维的视角····· 涂远国（196）
- 论查封优先权
- 《澳门民法典》第812条的启示····· 李磊明（208）
- 物权法体系下不动产登记争议解决程序之构造
- 以《物权法》第十九条为中心····· 郭建勇（219）
- 和谐社会语境下刑事附带民事执行之探讨····· 管文超（229）
- 人民陪审员制度引入执行程序初探····· 熊 珊 温建鸿（242）
- 实践中的忧思
- 论执行和解权能之合理配置与运用····· 陈永成（256）
- 论规避执行的表现、成因及应对之策····· 康 冰（265）

关于涉台商事审判中司法协助问题的法律思考 ——以珠海中院的司法实践为模本	贺晓翊 (277)
中国承认与执行区际法院判决制度存在的问题、对策及展望	贺晓翊 (286)

调研报告编

司法能力提升篇

关于充分发挥司法能动性 服务珠海经济社会发展的调研报告	主持人 万国营 (307)
关于珠海中级法院审理涉港商事案件的调研报告	主持人 贺晓翊 (341)
关于发挥司法保护知识产权主导作用, 促进经济社会和谐发展的调研报告	主持人 万国营 (350)

司法热点探索篇

关于行政登记类案件疑难问题的调研	主持人 唐文 (371)
关于适用《劳动合同法》疑难问题的调研	主持人 黄志坚 (391)
关于财产保险合同法律实务疑难问题的调研	主持人 詹洁 (405)

学

术

论

文

编

主动服务改革发展大局 努力实现自身科学发展

万国营

随着《珠江三角洲地区改革发展规划纲要（2008—2020年）》（以下简称《纲要》）和《横琴总体发展规划》（以下简称《规划》）的颁布实施，珠海迎来新一轮大发展的机遇。深入实施《纲要》和《规划》成为珠海当前乃至今后一个时期的工作大局。为充分发挥审判服务珠海经济社会发展的职能作用，珠海中院党组自觉从全市工作大局中谋划法院工作，结合实际情况，制定了《珠海法院关于贯彻〈珠江三角洲地区改革发展规划纲要（2008—2020年）〉的实施意见》，多措并举，主动服务改革发展大局。

一、组织干警学习《纲要》，提高贯彻《纲要》服务大局的认识

《纲要》公布后，我院党组及时召开党组会议，研究部署《纲要》在全院的学习和贯彻，已经将《纲要》印发给每个部门，要求采取多种形式，组织干警对《纲要》进行深入学习，深刻理解《纲要》的重大意义，结合我院继续开展的大学习大讨论活动和刚刚开始的学习实践科学发展观活动，以“三个至上”为指导，以服务大局为使命，结合法院工作的实际，对《纲要》的内容，特别是涉及珠海规划和发展的条款，逐条研究法院可以提供司法服务的途径和方式，明确了今后一段时期我院贯彻《纲要》、服务珠海发展大局的具体方向、内容和要求。

二、充分发挥审判职能，主动服务珠海经济社会发展大局

《纲要》明确将珠海定位为珠江口西岸核心城市、珠江口西岸交通枢纽城市，要求珠海加快建设成为现代化区域中心城市和生态文明新特区、科学发展示范市。珠海市委市政府为此制定了贯彻落实《纲要》的工作方案，确定了“九大目标”、“九项任务”，明确了“十大工程”共六十多个建设项目。这是珠海当前及今后一个时期的工作大局。珠海两级法院将充分发挥审判职能，保障市委市政府的工作思路顺利实施，确保全市中心工作顺利发展。

（一）充分发挥维稳职能，维护珠海社会和谐稳定

《纲要》的顺利实施，需要一个和谐稳定的社会环境。一是通过充分发挥打击职能，严惩危害国家安全、破坏社会治安的犯罪，特别是要根据珠海毗邻澳门的特点，严惩跨境犯罪、涉黑社会性质犯罪以及走私、贩毒犯罪等，维护珠海治安环境。二是审慎处理群体性案件，对群体性案件力求以调解或和解方式结案，对于未能调解的案件，要强化审判过程中的稳控工作。三是加大调解工作力度，将调解工作提升到化解社会矛盾，促进社会和谐的高度来认识，不断提高法官参与调解、和解工作的积极性和主动性。同时，发动社会力量参与诉讼调解，并努力构建社会大调解工作格局。四是强化涉诉信访工作，建立健全案件信访工作机制，落实信访工作责任制，提高当事人的息诉罢访率。

（二）积极应对金融危机，促进珠海经济健康发展

2008年，珠海的劳动争议案件同比增长了23.4%，民商事案件增长了19%。2011年1~3月，劳动争议案件同比增长了34%，民商事案件同比增长了23.5%，这种趋势还在延续。诉讼的增多，从一个侧面反映出珠海经济发展受到2007年以来爆发的这场国际金融危机的冲击不小，企业经营状况出现了一定的困难。为此，我们将增强政治敏感性，树立服务大局意识，发挥司法职能，积极应对，妥善化解各类民商事纠纷。一是妥善审理金融纠纷案件。正确处理好保护金融机构的合法利益和维护困难企业的生存空间的关系，努力降低金融机构的金融风险，尽量给予困难企业度过难关、继续发展的机会，确保珠海经济平稳顺利发展。二是妥善审理涉外商事纠纷。珠海外向型经济所占比重较大，国际金融危机的爆发，将导致一批外贸加工出口合同的履行出现困难，这类合同纠纷可能会增加，我们要积极准备，认真应对，及时审判，维护外向型企业的合法权益。三是妥善处理劳动争议案件。注意区分恶意欠薪企业与因经营困难而支付不起工资企业的不同。对于前者要依法严处，保护劳动者的合法权益；对于后者法官则要发挥审判智慧灵活处理，多做调解与说服工作，在维护企业发展和维护劳动者合法权益之间找到最佳平衡点，实现双方共赢。四是慎重受理企业破产案件。本次金融危机的延续可能导致企业申请破产案件增多，从而引发一系列的社会矛盾，我们将采取慎重的态度、稳妥的方法予以处理，尽一切可能促使陷入困境的企业恢复运转，促成破产和解，让企业重获生机。

（三）延伸法院服务职能，确保珠海大项目建设顺利推进

目前，广珠铁路、广珠城际轨道、航空产业园等一批重大项目正在建设或推动之中。重大项目建设，牵涉到项目评估论证、征地拆迁、资金筹措、项目管理等方面问题，可能会引发纠纷。我们将采取以下三项措施，保障这些重大项目顺利推进：一是涉重大项目案件在依法的前提下实行

“立案优先”、“审判优先”、“执行优先”；二是加强调研预测和司法建议，主动收集涉重大项目案件中暴露出的问题和矛盾，向市委和市政府提出司法建议；三是强化司法宣传工作，利用审判资源优势，对重大项目推进过程中涉及的法律予以宣传。

（四）主动发挥专业优势，配合珠海横琴新区建设

把横琴新区建设成珠港澳合作的重要平台，是国务院确定的珠海发展重点。横琴新区在完善规划功能布局，整合土地资源，拓展发展空间，完善基础设施，推进项目招商，深化珠港澳台经贸合作、产业合作、现代服务业的转移等方面涉及的法律问题比较多，同时也涉及与港澳台不同区域的司法合作问题。我院根据市委的统一部署，已经指派了一名专职审委会委员和一名法官作为工作人员为横琴新区建设提供法律服务。

（五）加大知识产权的司法保护力度，提高珠海自主创新能力

《纲要》将提高自主创新能力作为珠三角地区发展的重要目标，珠海也提出了“以自主创新为重点，着力提高城市核心竞争力”的发展思路。我院将从三个方面发挥审判职能鼓励自主创新，保护知识产权。一是建立刑事、民事和行政三大审判功能协调应对的审判机制，刑事审判发挥震慑和安抚功能，民事审判发挥规范和引导功能，行政审判发挥监督和保护功能。二是建立知识产权司法保护联动机制，加强与知识产权行政主管部门和行业协会等有关部门的联系、沟通与合作。三是建立知识产权司法保护宣传机制，采取多种宣传方式向外商、外国驻珠机构、企业等通报珠海市知识产权的司法保护状况，增强投资信心，提升珠海市良好的投资环境的国际影响力。

（六）积极回应社会主义新农村建设的需求，促进珠海统筹城乡发展

统筹城乡发展，着力推行社会主义新农村建设是《纲要》的重大战略部署。在统筹城乡发展的过程中，农村土地承包、土地使用权流转、土地征用补偿、集体组织生产经营权保护等与农业生产和农村稳定密切相关的矛盾纠纷将不断发生。我们的对策，一是注重矛盾纠纷的协调处理，争取党委政府的支持，发挥农村基层组织的力量，讲求策略，促使纠纷就近、及时解决；二是注重裁判结果的系统考量，避免因单纯追求个案公正导致对全局性后果的忽略，造成不好的社会效果；三是提高面向农村的司法亲和力，完善涉农案件的司法救助机制、诉讼辅导机制和高效便捷的审判机制。

三、按照省院要求，努力实现自身科学发展

珠海法院的工作将紧紧围绕省法院的“三项硬要求”，深入开展“四个年”活动，办好三件大事，用全局的观点、科学的观点谋划自身发展，努

力在以下十个方面下工夫：

（一）在完善内部机构、机制上下工夫

从实际情况看，我院在内部机构设置、部门职能分工、行政审判管理机制等方面还存在一些不符合科学发展的地方。针对我们总结和发现的问题，我院以开展“四个年活动”为契机，已经整理出了十五个工作调研课题，由各院领导主持调研，提出改进和完善方案。

（二）在完善人员管理上下工夫

重点解决人员结构配置、绩效考核管理、干部职级待遇等方面存在的问题，明确人员岗位职责，设置管理目标，完善管理程序，改进晋升机制，关心干警待遇，建立覆盖法院各部门、各工作岗位、各类法院工作人员的全员管理机制。

（三）在提高审判质量和效率上下工夫

通过自我总结，我们清醒地看到，虽然珠海法院干警整体文化素质较高，但是在案件的质量和效率方面，与省法院的要求和希望还有很大距离，与珠三角兄弟法院比还有一定的差距，结案率有待提高，发改率有待降低。我们将以开展“审判管理年”活动为动力，加大力气，着重加强审判质量与效率的管理，力争上一个新台阶。

（四）在增强法院政策执行力上下工夫

法院要执行法律，也应贯彻政策，这是法院维护稳定、服务大局应有的意识。因此，我们首先要全面了解政策，比如当前我国“宽严相济”刑事政策、我国应对国际金融危机的政策等，要从全局上把握政策走向，洞悉政策的深刻内涵和本质要求。其次，我们必须理性地实现政策的价值取向，准确估量裁判结果对政策可能产生的各种正面或负面效应，尽可能地实现二者的有机统一。

（五）在树立廉洁清明法院形象上下工夫

按照省法院提出的“强化三个意识”、“解决三个问题”、“实现三个提升”的要求，我们一是要严格执行“五个严禁”，解决司法不廉问题。我们将采取组织明查暗访、鼓励举报投诉、严肃核查处理等措施，迅速发现、妥善处理法院干警存在的问题，确保做到令行禁止、取信于民。二是要深入开展“廉政警示教育年”活动，以落实党风廉政建设责任为重点，进一步明确各级领导干部对业务和队伍的监督管理责任和追究办法，积极构建防腐倡廉体系。三是要狠抓机关作风问题，大力强化内部纪律监管，把工作职责、工作时限、工作质量、工作纪律明晰到每一位干警和每一个岗位，坚决处理和纠正推诿拖拉、效能低下、纪律松懈等不良现象。

（六）在切实提升司法能力上下工夫

围绕增强司法能力是法院队伍建设“硬任务”的要求，深入开展“司

法能力建设年”活动，努力达到省法院提出的“能力增强、机制健全、质量提高、形象改善、群众满意、权威提升”六个目标。一是开阔法官的宏观视野。引导法官从法律和案件外更广阔的视野去观察和思考问题，思考我们的裁判除了符合法律外，是否与社会的主流价值最大限度地保持了一致。二是丰富法官处理棘手问题的智慧。引导法官运用司法智慧，考察纠纷所涉及的社会情形，注重与相关各方的沟通与协调，对棘手案件进行超越惯常的处置，破解僵局。三是深入开展各类岗位培训，提升法官适用法律、驾驭庭审、诉讼调解、制作裁判文书等技能；抓好交流轮岗和挂职锻炼，提高法官的实践能力等。

（七）在完善审判管理上下工夫

我们将以深入开展“审判管理年”活动为契机，对我院现行的审判管理体制进行修改和完善。①完善案件流程监管体制，整合司法资源，提高审判效率，提高结案率；②完善案件质量评查机制，降低二审案件的发改率，提升民商事案件的调撤率，提高审判综合质量；③加强与上级法院的沟通协调，注重对基层法院的业务指导，进一步统一司法裁判标准；④落实审限通报、案件督办、错案追究等制度，加强审判监督。⑤全力推进信息化建设，形成覆盖基层法院、上通省法院的完善的计算机网络系统，推动科学法庭建设，实现审判执行各类信息化业务系统的深层次应用。

（八）在强化执行工作上下工夫

前段时间，我院清理执行积案工作取得了一定成效，但仍然有一定数量的案件没有清理完毕。我院将切实贯彻落实省法院部署，深入开展“执行治理年”活动，扎实开展集中清理执行积案活动，进一步加大执行力度，强化执行措施，规范执行行为，创新执行方式，穷尽执行手段，继续推进执行联动机制建设，增强执行实效。

（九）在完善审判保障机制上下工夫

在服务珠海工作大局的过程中，加强与市委、市政府、市人大、市政法委的沟通协调，积极争取他们的支持，健全法院经费保障机制，充实法院内设机构，解决法院人员不足等问题。

（十）在加强基层基础建设上下工夫

积极推动并配合两级党委和政府，将法院基础设施、技术装备纳入地方基建投资计划和财政预算。中级法院要积极争取我市两级党委和政府的支持，加速解决基层法院审判法庭和办公场所的建设问题。

公民尊严的国家保障

——国家赔偿中的精神损害赔偿问题探究

刘 泉

一、欣喜与期待——精神损害赔偿写入《国家赔偿法》之追问

1995年1月1日起实施的《国家赔偿法》，出台时被誉为“中国法治建设的里程碑”，有学者认为，“这部法律最伟大的意义在于，它向社会公众明确传递了一个前所未有的信息——政府也会犯错，而且，一旦犯了错误，还要承担法律责任”^①。确实，《国家赔偿法》的出台，使合法权益受到行政机关、司法机关不法侵害的公民、法人能够获得国家赔偿，成为国家尊重和保障人权的重要体现。但走过十五年之后，该法也暴露出不少问题：该赔的不赔，该执行的不执行，以至有人概括称国家赔偿法的特征是“门槛高、标准低、范围窄、程序乱”^②，有人戏称它为“国家不赔之法”^③。

鉴于《国家赔偿法》的诸多缺陷，修法的呼声一直不绝。全国人大常委会将《国家赔偿法》的修改列入2007年立法规划，并由第十一届全国人大常委会第五次会议于2008年10月23日第一次审议了《国家赔偿法修正案》草案，并向全社会征求意见。社会各界广开言路，国家赔偿制度的研究者和修改者倾心探讨，终于在2010年4月29日，全国人大常委会表决通过了关于修改国家赔偿法的决定，新法于2010年12月1日起施行。此次修正主要从畅通请求渠道、完善办理程序、细化赔偿范围、明确举证责任、保障费用支付等方面予以了完善，体现了“国家尊重和保障人权”的宪法精神。其中，备受期待的精神损害赔偿，也首次正式纳入国家赔偿的范围，被视为这次修法的一大亮点。^④

曾几何时，麻旦旦的“处女嫖娼案”，余祥林的蒙冤入狱十余年杀人案，给当事人造成的精神折磨和摧残，是无以言表的，还使他们的家庭蒙受牵连痛苦，甚至家破人亡。在冤案得到昭雪之后，他们提出的精神损害

① 《法学界呼吁加大修改力度》，2008年11月18日，载民商法网。

② 《“门槛高、标准低、范围窄、程序乱”〈国家赔偿法〉修改已列入立法计划》，2008年2月，载民商法网。

③ 应松年：《为何要建议修改〈国家赔偿法〉》，2001年5月，载民商法网。

④ 林森：《精神赔偿有了法据尚缺标准》，载《人民法院报》，2010年5月11日。