

THE FRONTIERS OF JUDICIAL PRACTICE



司法实务前沿

主 编 / 姜洪鲁

副主编 / 李 勇 赵学升 蒋 涛

THE FRONTIERS OF JUDICIAL PRACTICE

司法实务前沿

主 编 / 姜洪鲁

副主编 / 李 勇 赵学升 蒋 涛

执行编辑 / 羊 震 李如虎



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

司法实务前沿/姜洪鲁主编. —北京:法律出版社,
2004.8

ISBN 7-5036-5007-9

I. 司… II. 姜… III. 审判—研究—中国—文集
IV. D925.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 068823 号

法律出版社·中国

责任编辑/王耀琪

装帧设计/温 波

出版/法律出版社

编辑/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/14.375 字数/393 千

版本/2004 年 9 月第 1 版

印次/2004 年 9 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

法律应用出版分社/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/yingyong@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939640

传真/010-63939650

中国法律图书有限公司/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

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-6393781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65293270

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

书号:ISBN 7-5036-5007-9/D·4725

定价:26.00 元

编辑委员会

主 任：徐立新

副主任：姜洪鲁

委 员：	吴 平	李玉生	潘科明	吴文康	戴济贵
	汪 敏	邓 林	王旺林	姚志坚	钟爱莉
	李 勇	李建民	陈高峰	龚胜南	朱绚凌

序

◆ 公丕祥*

现代司法理念是人们在认识司法规律过程中形成的法律观念,是广大法官从事司法审判工作的重要指导。“中立、平等、透明、公正、高效、独立、文明”等现代司法理念,不仅是人类法律文化的精华,也是司法现代化的必然要求。“公正与效率”是新世纪人民法院的工作主题,是现代司法理念的核心与基本取向。实现这一价值目标,维护司法公正,提高司法效率,需要做大量艰苦细致的具体工作,而开展司法审判实务的调研即是其中一个重要方面。

司法调研工作在人民法院的整体工作格局中占有重要地位。它是人民法院各项司法决策的基础和依据,也是广大法官正确适用法律,客观公正司法的前提和保证。当下,随着当代中国社会变革进程的有序展开,人民法院的司法事业正面临着新的机遇和挑战。法院司法改革稳步推进,审判工作领域日益拓展,新类型案件不断出现,新的法律法规陆续出台,这些都对广大法官的业务素质和司法水平提出了新的更高的要求。在审判工作中,如何平衡各种利益主体之间的关系,在维护国家整体利益和保护公民、法人合法权益之间寻求最佳的结合点,使案件审理收到良好的法律效果和社会效果;如何既坚持严肃执法、公正审判,全面、准确地理解和适用法律,又以法律的

* 作者系法学博士,江苏省高级人民法院党组书记、院长。

原则和精神为指导,树立正确司法理念和执法指导思想,恰当地行使好自由裁量权,促进司法公正、维护司法权威,实现全社会的公平与正义,这在相当程度上都有赖于针对审判工作中的重点、热点和难点问题所进行的充分研究和探讨,有赖于司法调研工作的卓有成效的开展,有赖于在深入调查研究的基础上形成的对审判工作的重要指导性意见。因之,调查研究是提高司法水平的有效途径,是提高法官业务素质的有力手段,也是回应社会变革对司法工作挑战的重要机制。调研是更高层次的审判。一个高水平的法官,首先应当是一个司法调研的能手;较强的调研能力,是一个称职法官必不可少的基本功。广大法官对审判实践中的疑难问题进行调研的过程,是一个学习、思考,寻求解决问题最佳方案的过程,也是一个认识和把握审判工作规律并以此指导个案审判的提高过程。

我们欣喜地看到,南京市两级法院历来重视司法调研工作,注重高素质司法人才的培养,始终把提高调研能力作为建设一流法官队伍的基础性工作来抓,形成了一个结构相对合理、调研水平较高的司法调研群体。近些年来,全市法院调研工作取得了显著成绩,产生了一批富有创造性和指导性的调研成果。即将出版的《司法实务前沿》一书,刊载了2001至2003年间全市法院干警撰写并获得省市级以上奖项或是发表在有影响的专业核心刊物上的文章。从作者的情况看,既有全市法院的院、庭领导,也有广大的一线法官;既有多年从事调研工作的行家,也有刚刚参加工作不久的新手;既有专职调研人员,也有各业务部门的调研骨干。从文章的内容上看,这些文章或针对审判中的疑难问题深入剖析,或围绕法律的理解适用详细论证,或选择具有典型意义的具体案例以小见大,或对队伍建设、法院管理和司法改革等工作提出前瞻性的探索建议,等等。全书题材广泛,针对性强,切入角度新,分析问题比较到位、透彻,体现了科学性、系统性和实践性的统一,展示了全市法院干警关注司法前沿、探索司法问题的进取精神。

“长风破浪会有时,直挂云帆济沧海”。我们欣逢一个倡导法治的时代,一个注重权利的时代,一个锐意变革的时代。伟大的时代,

为人民法院及司法调研工作提供了广阔舞台。当前和今后一个时期,法院改革、发展和建设过程中面临的诸多问题,是我们过去所没有遇到过的,也是亟待加以解决的。这就需要在“三个代表”重要思想指引下,树立和落实科学发展观,坚持与时俱进、开拓创新,悉心思考司法审判工作面临的新形势、新情况、新问题和任务,创新法院工作思路,扎实做好法院各项工作,奋力开创法院工作新局面。适逢该书即将问世之际,我衷心期望全省法院广大干警加强学习、勤于思考,弘扬先进司法理念,大兴调查研究、学以致用之风,把建设学习型法院活动不断引向深入,为全省法院工作的全面、协调、持续发展提供有力的智力支持。

2004年6月8日

目录

综合篇 1—78

- 关于在审判工作中如何创新司法理念的思考 徐立新 / 1
- 基层法院推进法官职业化建设之构想 经翔宇 / 8
- 关于整顿和规范市场经济秩序的法律思考 赵学升 / 13
- 关于构建审判监督新体系的思考
..... 南京市雨花台区人民法院 / 19
- 论藐视法庭惩戒制度在我国诉讼法中的内嵌式
构建 陈宇 万春华 / 29
- 关于城市现代化规划建设管理中法律纠纷问题
的思考及对策研究 ... 江苏省南京市中级人民法院研究室 / 44
- 关于法院审理混合型所有制企业经济纠纷案件
的思考 江苏省南京市中级人民法院研究室 / 57
- “法官后语”与判决的人性化 王亚明 / 73

刑事篇 79—114

- 刑事审判前准备程序改革研究 汪敏 任志中 / 79
- 浅谈对滥用职权行为危害后果的认定 邓林 / 87
- 刑事诉讼证据开示制度探析 韩亮 / 91
- 对告诉才处理案件若干问题的思考 梅海洋 / 102
- 当人权遭遇诱惑侦查
——兼论正当程序等规则对我国刑事立法的启示
..... 朱锡平 / 107

民商事篇

115—203

- 网上拍卖法律问题探析 杨太兰 张瑞强 / 115
- 以平等保护债权为中心的破产债权申报制度
研究 蒋 涛 李如虎 / 124
- 物业管理合同的法律特征及相关案件的审理 钮丽娜 / 138
- 略论债权准占有制度
——以信用卡冒用案件为视角 陈海英 刘 军 / 154
- 票据抗辩限制问题研究 张 斌 沈晓蓓 / 165
- 不可抗力与情事变更
——由 SARS 疫情引起的法律话题 纪步超 / 176
- 父母出资为子女购房法律问题刍议 路 兴 / 185
- 关联企业债权人立法保护对策思考 白清泉 / 193
- 视听资料在民事审判中的运用分析 陈卫东 / 200

民事诉讼篇

204—321

- 关于完善民事诉讼调解工作机制的思考 姜洪鲁 / 204
- 利益衡平视角下的隐私权与知情权的冲突与协调
..... 李 勇 董德春 / 213
- 关于民事诉讼中人权保障问题的思考 羊 震 / 230
- 论电子证据在民事诉讼中的运用 张 谦 / 241
- 民事简易程序重构 史 俊 黄 林 / 250
- 再审立案若干问题探析
——改造民事再审启动程序的另一视角 姚志坚 / 266
- 关于“反诉”问题的理性思考 何 蓉 / 282
- 论股东直接诉讼
——兼论《公司法》的修订 吴春峰 / 303

行政篇

322—355

- 试论抽象行政行为的可诉 陈子煌 / 322

对行政诉讼被告举证责任的充分性审查	董 鸣 / 328
行政事实行为侵害性	
——救济途径之思考	李 涛 / 336
行政公益诉讼之法理基础及实现	张剑锋 / 343

知识产权篇 356—407

知识产权诉讼中的证据保全	王旺林 王劲松 / 356
树立能动执法观念,坚持利益平衡原则	
不断提高专利侵权案件审判水平	
.....	南京中院民三庭 / 364
科技成果权的法律保护	姚兵兵 / 378
外观设计专利中使用与制造的界限	沈 园 / 387
销售商在专利侵权中赔偿责任的确定	凌 水 / 397

司法执行篇 408—449

关于民事案件“执行难”问题的思考与对策	
.....	“执行难”问题调研课题组 / 408
设立民事执行协助调查制度的法律思考	
.....	龚胜南 仲伟民 / 421
法院强制执行中拍卖第三人财产之效力	
.....	李 彬 何建华 / 429
设立非诉行政执行案件审查听证制度的思考	彭德华 / 439
谈刑法对民事执行之保障	木 杉 / 444
后记	/ 450

关于在审判工作中如何创新 司法理念的思考*

◆ 徐立新

现代司法理念的内涵是指人们在认识司法客观规律过程中形成的一系列科学的基本观念,是支配人们在司法过程中的思维和行动的精神指导。现代司法理念的内涵是法治现代化必然要求,是人类法律文化的精华,是司法客观规律的集中反映。它虽然不包括具体的法律制度,不同于普通的司法理论,但它却是高于法律制度和司法理论的指导思想和行为指南。当前,我们在审判工作中,如何把握创新司法理念的问题?笔者认为,应注意确立“八个理念”,同时应处理好“八个关系”:

(一)要确立开放化的理念,必须处理好创新与继承的关系

改革与开放具有一致性,因为从改革促开放看,开放也是一种改革;从开放促改革看,改革也是开放。改革与开放是我国社会主义现代化事业的推动力,其目的都是为了解放生产力,发展生产力,在更高层次和更宽领域上融入经济全球化的大潮,实现经济社会发展质

* 徐立新:江苏省南京市中级人民法院院长。本文获2003年度南京市“依法治市与政治文明研讨会”一等奖。

的飞跃。在加入 WTO 的历史条件下,对外开放出现了“三个转变”,即由有限范围和有限领域内的开放转变为全方位的开放;由以试点为特征的政策性开放转变为法律框架下的可预见性开放(按承诺时间表开放);由单向型开放转变为双向型开放。随着中西方法律文化的频繁交流,树立开放化的司法理念将是历史的必然。但树立开放化的理念,必须注意把握好创新与继承之间的辩证统一关系。创新是开创人民法院工作新局面的不竭动力。对于人民法院来说,审判工作的创新要紧紧围绕实现“公正与效率”这一世纪主题来进行,必须放到推动当代中国先进生产力和先进文化的发展中去考察,放到维护和实现最广大人民根本利益的奋斗中去检验。惟有如此,才能经得起历史的考验,才能推动“依法治国,建设社会主义法治国家”基本方略的深入实施。在创新的同时,要善于借鉴、继承一切行之有效的优良司法传统,如注意便民原则与立、审、执分立的统一;法院职权主义与当事人主义的统一等等。没有继承,人民法院的审判工作就可能脱离国情,就会丢掉根本,更高层次的创新也就无从谈起。

(二)要确立服务化的理念,必须处理好全局与局部的关系

这几年,法院在为政权服务、为改革发展稳定服务、为人民群众服务方面做了许多工作。现在把服务上升为一种理念,这就把服务要达到的水平提高了一个层次。按照“三个代表”的要求,我们必须明确服务的主体、内容和方式,处理好全局与局部的关系。当前,在为大局服务中,要强化政权意识、责任意识和大局意识,避免产生狭隘的眼光和权力本位的误区。党的十六大“把发展作为执政兴国的第一要务”,党的所思、所言、所作、所为,都遵从了人民的利益、愿望和要求,真实地体现了“三个代表”。可见,发展是一件事关全局的大事。因此,我们要围绕大局、紧贴中心,增强司法服务的主动性和创造性。从陈旧思维、传统的落后观念和滞后体制中跳出来,从重管理轻服务的褊狭认识中跳出来,从就案办案、孤立办案等固定模式的局限中跳出来。做到对于一切妨碍审判工作发展的思想观念坚决破除,对于一切有违审判工作规律的做法和规定坚决改变,对于一切影响“公正与效率”实现的体制弊端创造条件革除,从而保证审判工作

的服务目标得以实现。具体来说,在审判工作中要突出重点搞好“四个服务”:一是通过依法严厉打击严重刑事犯罪,积极参与综合治理,为维护社会稳定搞好服务;二是按照“十六大”关于加快经济建设的战略部署,充分发挥审判职能,为促进经济发展搞好服务;三是进一步强化宗旨意识,妥善审理并执行涉及弱势群体利益的案件,为保护公民合法权益搞好服务;四是通过司法手段,支持政府依法行政,为推进依法治国搞好服务。

(三)要确立效益化的理念,必须处理好法律效果与政治效果和社会效果的关系

我们所说的司法效益,是指审判活动所产生的社会总体的积极效果和利益。讲求司法效益,总的要求是做到公正、廉洁、文明、高效执法,实现审判的法律效果与政治和社会效果的统一。法律效果是基础,政治效果是前提,社会效果是尺度。法律效果在审判工作中体现司法的“公正与效率”两个方面。司法公正是法院追求的终极目标,也是法院工作的灵魂,而司法效率则有时被忽略。司法效率实际体现了司法效益。因为它是现代诉讼在价值目标取向上的多元性,对实现现代诉讼法律价值目标体系中公正、安全、效益等要素的价值整合,具有重要的影响和作用。司法效率的提高,可以促使司法效益的增大。可见,只要在审判工作中坚持与时俱进,把握时代特点,不断深化对诉讼活动基本规律和要求的认识,不断深化对现代诉讼目标体系及其各个要素的思考,不断吸取法律社会科学的新思想和新成果,并联系实际解决审判工作中的突出问题,那么,就能实现“公正与效率”的世纪主题,就能达到法律效果与政治效果和社会效果的相互协调,就能推进司法现代化的进程。

(四)要确立透明化的理念,必须处理好程序公正与实体公正的关系

公开审判是我国重要的宪法原则和基本诉讼制度。作为 WTO 重要原则的透明度原则在公开审判基础上又提出了更高的要求。树立透明化的理念,实质就是强调在审判过程中要做到程序公正。程序公正是指诉讼主体认真遵循公平的法律程序,它是实体公正的保

证,是一种看得见的公正。但是,目前我们仍有少数人对这一问题的认识还停留在“重实体、轻程序”阶段,这实际是“司法神秘化”的传统观念的外在表现,它与现代司法理念是不合拍的,必须彻底转变。西方有一句古老的格言:“正义不仅应得到实现,而且要以人民看得见的方式加以实现。”这就是说,案件不仅要判得正确、公平,完全符合实体法的条文和精神,而且还应当使人感受到案件处理过程的公平性和合理性。程序法的现代观念认为,程序法的宗旨在于约束司法权,防止法官的恣意妄为与权力滥用,从而保障当事人的程序权利,促进社会正义的实现。因此,如果裁判的公正性不能以人们能“看得见”的方式得以实现,缺乏透明度,那么这种裁判本身就不符合正义的要求。所以,只有确立透明化的理念,才能顺应时代的发展。

(五)要确立人性化的理念,必须处理好以人为本与严格执法的关系

在现代社会中,法律是威严的,神圣不可侵犯;司法是严肃的,不容任何人亵渎。严格执法是司法机关维护法律不受侵犯的天职,建构并维护法律的尊严,是司法的理性所在,也是理性的司法所求。从理论上讲,严格执法意味着以国家强制力处理各种案件。但是法律、特别是民主社会中的法律,不是脱离人性的冰冷的法条,富含人性是民主社会法律的重要特征,相应地,民主社会、民主国家的司法也要求充满人性。充满人性的司法,绝不在于威严的法庭、冰冷面孔的法官、生硬的判决和不文明的执行。体现民主精神的法律制度,充满人文关怀的司法,要求法官具有民主意识、以人为本的意识、为人民服务的意识。但从实践看,我们并没有把握好,常常是一讲严格执法,就会机械办案、埋头办案,对待当事人冷、硬。严格执法的真正含义应当是依法办案和文明办案,认真维护法律的尊严。我们讲以人为本,就是要求法官应当有服务意识、亲民意识,文明而礼貌的对待当事人,重视人性、尊重人权。以人为本与严格执法的结合,就是要求我们在严格依法办案的基础上,礼貌对待当事人,在裁判时应在法律规定的范围内为当事人着想,使每个裁判都充满人性。在中国的文化观念中,情是放在第一位的,顺序是情、理、法。作为法官在办案

中理应把法放在第一位,但也不能完全脱离中国实际,机械执法,应认真处理好以人为本与严格执法的关系。如对一些民间纠纷案件,就应当充分发挥诉讼调解的作用,提高调解水平,动之以情,晓之以理,示之以法,有百分之一的调解希望就要做百分之百的努力,以达到化解社会矛盾的目的。这也是实践“三个代表”的具体体现。

(六)要确立权力平等化的理念,必须处理好道德评价与法律判断的关系

在社会的发展过程中,社会的行为规则体系以其特有的方式影响着社会的生存和发展。在社会调整系统中,道德与法律分别以各自特征发挥着不同的调整功能,二者相辅相成,缺一不可。从调整手段看,道德调整主要建立在道德评价基础上来保证人们对道德规范的遵守,而法律调整则主要通过法律判断而产生的国家强制力来约束或制裁人们的行为。道德观念的变化具有明显的滞后性,它往往滞后于法律的变化,当法律的规定或者司法要求已经发生变化,而道德观念却还处于原来的状态时,道德评价与法律评价就会发生冲突。如果法官道德观念落后于新时期的司法要求时,就会影响到司法的效果,甚至会损害法律威严。在我国计划经济时期,人们就形成了“公有”比“私有”好的“公”与“私”的观念,这些观念在司法上表现为:热心关注公有企业、事业,积极保护公有财产,面对涉及“私有”的问题时,往往表现为冷淡、漠不关心。虽然这些司法作风和表现不是法律公正的要求,但它却符合群众道德公正的要求。所以在过去计划经济时期这种司法不公正的现象,并不为我们所重视。随着改革开放步伐的加快,特别是市场经济的发展和我国加入 WTO 的实现,审判人员应当关注市场经济价值取向,重视 WTO 规则,摒弃传统的“公”与“私”、“好”与“坏”的道德评价,以权力平等的理念和法律公正的方法来平等保护诉讼主体的合法权益,依法尊重和维护劳动、资本、技术和管理等生产要素在分配中的法律地位,以促进社会财富的快速积累,妥善调处因社会阶层变化引发的各类纠纷,切实做到“权为民所用、情为民所系、利为民所谋”。

(七)要确立司法独立化的理念,必须处理好党委领导、人大监督与审判独立的关系

司法独立作为一项十分重要的司法制度和原则,是指司法机关在办理案件的过程中,依照法律规定独立行使司法权。司法独立原则是世界各国对法院独立行使审判权的共同认识,它是我国宪法规定的一项根本原则,也是我国有关组织法和诉讼法规定的人民法院适用法律的一个基本原则。我国的宪法和人民法院组织法都规定:人民法院依照法律规定独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。审判工作贯彻这一原则,有利于保证国家审判权的统一行使,有利于保障人民法院审判活动的严肃性和公正性。从理论上讲,司法独立是法治国家最为合理的制度设置。司法独立的核心内容或基点是法官的独立,而法官独立的直接效果是审判独立。从现实来看,司法独立是必然趋势,因为他有利于国家法制的统一,有利于加快“依法治国”的进程。但是,我们在力主审判独立的同时,必须从政治和党性的高度来处理好党委领导和人大监督的关系。党的领导是人民法院一切工作的可靠保障,司法体制的改革必须有利于加强党对司法工作的领导,这在任何时候、任何情况下,都是雷打不动的原则。人大及其常委会对法院工作的监督是宪法赋予的权力。因此,我们要摆正位置,定期向党委和人大汇报工作,以主动争取党委和人大对法院工作的领导、指导和监督;并定期向政府和政协通报情况,以取得他们的帮助和关心,从而保证法院的各项工作能沿着正确的轨道前进。

(八)要确立法官职业化的理念,必须处理好提升法官单一素质与整体素质的关系

随着当代中国司法现代化的进程,建设一支高素质的职业化法官队伍,已经成为摆在我们各级法院面前的一个重大而紧迫的课题。世界的法制发展史和中国的法治历程,都清楚地告诉我们,作为正义化身的法官,必须走法官职业化建设之路,必须培养和造就出一支高素质的专家型的法官队伍。否则,人民法院就不能很好地实践“三个代表”,就很难更好地行使党和人民赋予的审判权。法官职业化建设

是一个系统工程。法官职业化包含了对法官在职业能力、职业精神、职业自治和职业声望等方面更高的品质要求。所以说,法官职业化是一个富有理论内涵的命题。法官职业化建设是一项长期的战略性任务,不可能一蹴而就。法官职业化的内涵和目标要求法官不是简单地适用法律条文,而是要在审判中融入法官的法律思想、司法理念和审判经验,实现法的目的和精神。由此,法官一方面要具有崇高的职业道德、文明的司法礼仪、自觉的廉洁意识;另一方面还要具有过硬的专业知识、丰富的审判经验,能够深刻领会司法原则和精神,在立法和司法解释滞后、法律存在空白的情况下,善于运用法理,以精湛的专业知识和浓厚的人文科学知识去合理运用法律原则,弥补法律空白,作出有利于促进生产力发展、弘扬先进文化、维护最广大人民根本利益的司法裁判。所以说,法官职业化不能只提升单一素质,而必须是法官整体素质的提升。从西方法治发达国家的情况看,在推进法官职业化建设过程中,法官职业化朝着专精化方向发展,容易产生脱离社会和民众的现象。鉴此,我们在建设法官职业化的同时,尤其要注意它的社会化以及亲和力,这样才能有力保障法官职业化建设的健康发展。