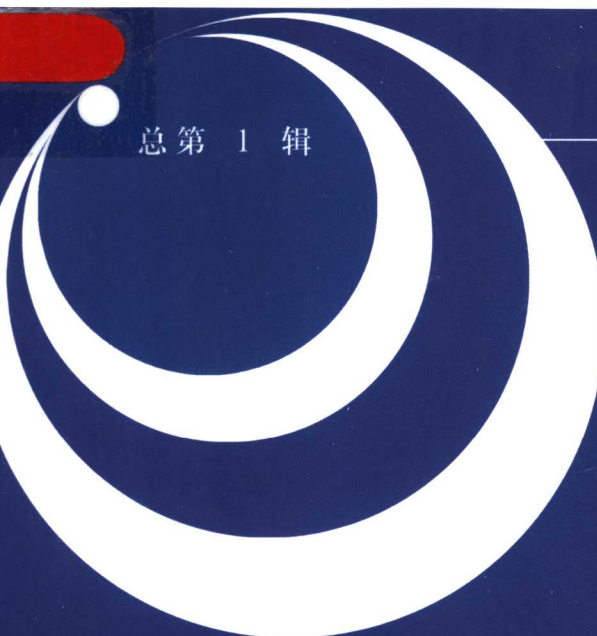




总第 1 辑

SHENPAN

QIANYAN GUANCHÁ

《审判前沿观察》编辑委员会 编

审判前沿观察

2007年

第 1 辑

以强化审前程序为基础构建多元化调解机制 潘福仁

论死刑观念变革的影响因素 赵秉志等

论疑罪、疑罪从无和疑罪从轻 胡云腾

集体建设用地使用权流转之禁与放 傅鼎生

传闻证据排除规则的意义及其引荐 谢佑平

发回重审的制度建构及其运作机制的完善 陈立斌等

上海人民出版社

SHENPAN

QIANYAN GUANCHA

《审判前沿观察》编辑委员会 编

D925.04/30

:2007(1)

2007

审判前沿观察

2007年
第 1 辑

上海人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

审判前沿观察.2007年:总第1辑/《审判前沿观察》
编辑委员会编.—上海:上海人民出版社,2007
ISBN 978-7-208-07480-4

I. 审... II. 审... III. 审判—研究—中国 IV. D925.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 160857 号

责任编辑 曹培雷 张 晗
封面装帧 甘晓培

审判前沿观察 2007 年第 1 辑

(总第 1 辑)

《审判前沿观察》编辑委员会 编

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

上海商务联西印刷有限公司印刷

开本 720×1000 1/16 印张 19.75 插页 2 字数 344,000

2007 年 11 月第 1 版 2007 年 11 月第 1 次印刷

印数 1-3,250

ISBN 978-7-208-07480-4/D·1283

定价 28.00 元

《审判前沿观察》编委会

主 任	潘福仁				
副主任	陈立斌	许伟基	冯伟强	游 伟	周赞华
委 员	(按姓氏笔画排列)				
	王 犁	孙敬沪	谷 杨	汪 彤	陈亚娟
	陈福民	郑文德	赵卫平	倪金龙	奚强华
	龚 立	盛焕炜	蔡绍祥	黎淑兰	
主 编	游 伟				
副主编	陈福民	胡永庆	刘言浩		
编 辑	唐 震	阮国平	邓永杰	崔 婕	李 盛
	胡震远	李长坤			

卷首语

党的第十六届六中全会通过的《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》要求“完善司法体制机制，加强社会和谐的司法保障”，并明确提出：“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。”这充分表明了党中央对人民法院在构建社会主义和谐社会中的作用的的高度重视，并对人民法院积极发挥审判职能作用，促进社会和谐稳定提出了具体的要求。

当前，我国已进入改革发展的关键时期，经济体制深刻变革，社会结构深刻变动，利益格局深刻调整，思想观念深刻变化。这种空前的社会变革，既激发了我国发展进步的巨大活力，也产生了诸多的矛盾和问题，可谓机遇与挑战共生，发展与冲突并存。《决定》强调，“构建社会主义和谐社会是一个不断化解社会矛盾的持续过程。我们要始终保持清醒头脑，居安思危，深刻认识我国发展的阶段性特征，科学分析影响社会和谐的矛盾和问题及其产生的原因，更加积极主动地正视矛盾，化解矛盾，最大限度地增加和谐因素，最大限度地减少不和谐因素，不断促进社会和谐。”人民法院的具体职责就是化解社会矛盾，促进社会和谐。这一重大职责决定了人民法院既是和谐社会的建设力量，更是和谐社会的保障力量，在构建社会主义和谐社会的进程中肩负着重大的历史使命。

随着“依法治国”方略的实施，我国社会整体的法律意识水平有了较大幅度提高，因社会变革而产生的众多矛盾与问题有相当部分正以案件的形式进入人民法院，诉讼已经成为市场主体和人民群众表达利益诉求，维护合法权益的重要途径。数据显示，从1996年到2006年的十年间，全国法院受理的案件数量以年均4%的速度递增，从571.3万余件

上升到 809.2 万余件；案件类型也日趋复杂，各种新类型案件层出不穷；案件审理难度持续增大，社会对司法公正的关注程度明显提高，给人民法院的审判工作带来了前所未有的压力。如何充分发挥审判职能，为构建社会主义和谐社会提供司法保障正成为各级法院必须正视的重大紧迫问题。

上海是我国改革开放的前沿阵地。根据党中央的要求，在全国新一轮发展中，上海要“率先转变经济增长方式，率先提高自主创新能力，率先推进改革开放，率先构建社会主义和谐社会”，这是历史赋予上海的机遇，也是时代寄予上海的重任。作为上海法院，在上海努力实现“四个率先”的过程，我们有幸藉地势之利，聚四海之力，积极履行审判职能，为上海乃至全国又快又好地发展提供坚实的司法保障。

《审判前沿观察》是上海市第一中级人民法院主编的，立足通过优秀调研成果的展示，着力反映社会主义法治理念的丰富与发展，探索审判实践中的新情况、新问题，全面展示法官注重理论联系实际、践行司法公正与效率主题的良好风貌。本书的主要内容包括主题笔谈、专家论坛、审判实务、专题研究、调查分析、改革探索、研讨综述、判案评析、裁判精选等。本书的出版将为法律界同仁展示智慧和才华、交流思想和心得提供一个新平台。我们诚邀学界权威、业内行家、青年才俊等各方有识之士为《审判前沿观察》添砖加瓦。

“不积跬步，无以至千里；不积小流，无以成江海。”今天，我们怀着喜悦的心情迎来《审判前沿观察》第 1 辑的出版，更期盼着她美好的未来与发展。让我们携手并肩，共同努力，关注审判前沿，传播法治理念，使法治更昌明，使社会更和谐！

上海市高级人民法院院长、大法官

滕-龍

2007 年 9 月 19 日

目录

CONTENTS

主题笔谈 1

以强化审前程序为基础构建多元化调解机制 潘福仁 /3

审前程序与多元化调解机制的模式选择 庄登杰等 /10

民事审前准备工作的具体操作程序及功能定位

蔡绍祥等 /16

审前程序中多元化调解工作的可行性评价及制度设计

王 珊等 /23

民事二审简化审机制的构建与完善 周 峰 /29

专家论坛 35

论死刑观念变革的影响因素 赵秉志等 /37

论疑罪、疑罪从无和疑罪从轻 胡云腾 /60

集体建设用地使用权流转之禁与放 傅鼎生 /73

传闻证据排除规则的意义及其引荐 谢佑平 /86

审判实务 99

论破产债权审查确认程序之完善 赵卫平等 /101

略论证据规定对民事诉讼准备程序改革的影响

崔 婕 /108

商品房包销合同若干法律问题研究 陈福民 /115

委托理财纠纷疑难问题研究 宋 航 /127

非法出售未上市公司股权行为性质的刑法分析

贺平凡等 /139

驱逐出境的实践适用 唐 震 /149

专题研究 157

论法官的法律观点开示义务 邹碧华 /159

法官自由裁量权的行使及其规制 羊焕发 /169

民事诉讼主管制度研究 杨 路等 /176

论刑事被害人国家补偿制度之构建 李长坤 /189

调查分析 199

入世五年来知识产权司法保护状况分析 黎淑兰等 /201

发回重审的制度建构及其运作机制的完善 陈立斌等 /212

改革探索 225

民事案件审限管理机制探讨 崔剑平 /227

法官业绩评估及其管理机制探索 吴肇邦等 /239

以警长制为核心的警务工作运行机制研究 李学忠等 /252

研讨综述 261

民事诉讼时效实务问题研讨会观点综述 /263

判案评析 269

股东申请解散公司之诉案件的审理原则及思路

李 盛 /271

公司业务员与他人恶意串通损害公司利益民事责任的

认定 费 勤等 /276

裁判精选 283

原告 2001 年 11 月 21 日公司 (AKTIESELSKABET AF
21. NOVEMBER 2001) 诉被告易趣网络信息服务
(上海) 有限公司、上海易趣贸易有限公司商标

侵权纠纷案 / 285

上海酷毙狗宠物有限公司与蔡伟中财产损害赔偿纠纷

上诉案 / 299

《审判前沿观察》稿约 / 303

《审判前沿观察》稿件技术规范 / 304

后记 / 306



主题笔谈



【编者按】为进一步完善审判管理机制，强化审前程序，促进多元化调解机制在中级人民法院层面的构建和运作，提升审判质量与效率，上海市第一中级人民法院于2007年7月26日组织召开了“审前程序与多元化调解机制”专题研讨会。本次研讨会既从理论层面作了前瞻性的思考，又从实践层面作了务实性的探索，对在新形势下积极探索人民法院多元化调解工作机制和方法，实现案结事了和促进社会和谐具有积极意义。本期“主题笔谈”刊载了上海市第一中级人民法院潘福仁院长等在本次研讨会上的主题报告，以对审前程序以及多元化调解机制这一具有重要实践意义的课题进行探索。

以强化审前程序为基础 构建多元化调解机制

潘福仁

3

当前，我国正处在一个社会转型期，在这一过程中，社会的各种矛盾和问题，往往首先表现为复杂而频发的纠纷。面对这种形势，近年来，对多元化纠纷解决机制的构建成了理论界和实务部门共同关心的论题，其背景是在构建社会主义和谐社会的框架下促进和保障社会的稳定和健康发展，构建和谐社会秩序。作为司法解决纠纷机构的人民法院来讲，也应在构建和谐社会的大背景下探索应对的方案。我们的设想之一是以审前程序功能的强化为基础，构建多元化调解机制，在确保司法公正的前提下，进一步提高司法效率，以缓解司法压力，更好更快地解决纠纷。

一 法院民事审判工作面临的挑战：探索审前多元化调解机制的基本动因

挑战之一：收案数量上升，存案压力增大。近年来，大量的案件尤其是民事案件涌入法院，法院成为解决民事纠纷的主要场所。统计数据表明，法院收结案

数量逐年攀升,特别是经济、社会比较发达地区的基层法院,已不堪重负深陷“诉讼爆炸”之中,与之相应的是,中级法院审理的民事二审案件也随之大幅度上升,而且随着诉讼费制度的改革,这种影响必然会在民事二审案件的审理中得到体现。但与收案数量逐年增加对应的法官人数却没有得到应有增加。为了使民事纠纷解决不至于迟延而造成案件的积压,法官工作量的增加在所难免,法院正承受着前所未有的压力和考验。

挑战之二: 涉诉信访问题未能得到有效解决。在案件数量增加、裁判比例提高的同时,纠纷的矛盾化解难度也在不断加大。裁判案件的上诉率高,申诉上访、再审现象已严重影响法院判决的既判力与权威性。尽管法院对某些案件在审判过程中存在一定的不足之处,但大多数案件适用规则与程序正确适当,之所以当事人不服判决结果,也是纠纷解决方式过于集中、当事人对法院裁判期望值过高所导致社会矛盾复杂化的一个缩影。大量的案件诉诸法院,当事人无疑是希望法院尽可能迅速而又合法地处理这些案件。当事人因为种种原因会对法院诉讼渠道产生不满,不少纠纷当事人走上了信访道路,而且信访规模呈上升之势,信访形式由个访、“静访”等和谐方式向群访、缠访、闹访等异常方式发展。面对日益严重的信访局面,党中央自2004年起在全国范围内开展了为期两年的集中处理涉法信访活动。与近年来信访、申诉量居高不下形成对比的是民事案件调解率还不高,矛盾化解的力度还有待进一步增强^①。从全国法院统计数据来看,近年来民事诉讼调解率尽管扭转了下降的趋势,但没有占据其结案方式的主流。近年来出于对诉讼调解弊端的反思以及对程序正义理念的强调,程序的正规化运作得到了加强,但调解工作未得到应有的重视。尽管这两年以来,调解工作的重要性重新得到认识后,民事案件调解率有所上升,但由于民事案件的收案数量大幅上升,加之对诉讼效率价值的重视,各地法院普遍对案件的审理周期有了更高的要求,由此留给法官主持诉讼调解的时间和精力较为有限。因此,我们需要从机制入手探索提高民事案件审判效率的方法,以确保提升案件的矛盾化解程度。

挑战之三: 对疑难复杂案件未能投入足够的成本,中级法院执法统一的功能的实现不尽如人意。根据我国民事诉讼制度的设计,中级法院作为审理二审案件

^① 有学者在对信访问题进行分析时指出,对信访问题的解决,重点不在于通过信访制度本身来化解矛盾,而是为接近司法提供更多的便利和机会,为人民群众建立和提供更为公正与经济的司法制度,这也正是我们提出加强审前程序分流案件,构建多元化调解机制,确保庭审程序公正高效的初衷和出发点。有关此问题的具体论述,可参见左卫民、何永军:《政法传统与司法理性——以最高人民法院信访制度为中心的研究》,载《四川大学学报:哲社版》2005年第1期,第86页。

的主要机构,承担了最大量的二审案件的工作。在中级法院需要集中力量消化案件收结存压力的情况下,对审级指导以及执法统一的功能的实现必然有所减弱。从审判实践来看,二审案件中难易案件的比例应较为稳定,大部分应为事实争议不大、法律适用问题较为明确的案件,疑难复杂案件所占比例毕竟是少数;且其中夹杂了相当一部分无理上诉的案件,一部分当事人无非是利用了审级制度提供的制度上的上诉机会拖延履行义务的期间,对于此类案件以及上述的简单案件的审理,如果与复杂案件和典型性、类型化案件的审理倾注同样的司法资源,对诉讼成本投入的产出就不能期待过高。^②

二 审前程序功能的强化: 建立审前多元化调解机制的基本架构

针对我们所面临的上述形势,在确保案件质量的前提下,既要提高诉讼效率,缓解审判压力,同时又要确立程序保障,维护当事人正当的程序权利,我们的设想是通过庭审前程序分流案件,可以通过对原有“一步到庭”方式的逐步修正,在建立以庭审为中心的审判方式过程中,逐步增强审前准备程序重要性的认识,一方面在于通过充分而适度的庭前准备可以提高正式开庭审理的公正性与效率;另一方面,通过当事人自行和解或其他人员以及法官的介入进行调解,甚至判决在进入庭审前就可解决大部分纠纷。而这两个方面的功能是紧密相连的,通过民事审前程序和多元化调解机制的运行来解决大部分纠纷案件。

其中,需要明确以下三个方面的问题:

(一) 诉讼经济与程序公正

在司法改革的早期,较为强调程序公正的独立价值,注重该项原则对实现实体公正的保障作用。而近年来的审判方式改革则更多地转向实际操作层面的诉讼效益和经济,不仅是从微观层面探索提高诉讼程序效率的具体方式方法,而且还从纠纷解决机制的宏观视角寻求提高诉讼效率。以民事二审案件简繁分流来讲,

^② 对于这一问题的分析,如果我们从民事诉讼目的的角度出发,则可更加明确。对于民事诉讼目的的分析,学术观点不尽一致,包括了权利保护说、法律秩序维护说、纠纷解决说等诉讼目的论中最基本的学说。其中,我们认为,对民事诉讼的功能不可定位于一种目的,其功能是多方面的,尤其是在当前社会转型期阶段,纠纷的发生原因和类型是多样性的,民事诉讼的功能需要针对其不同类型的纠纷侧重点不同,某些类型的纠纷则可简单地归于化解纠纷,而某些诉讼案件则对规范整个社会秩序和法律制度有着重要意义,因此,在具体操作上应有所侧重。具体论述可参见章武生、吴泽勇:《论民事诉讼目的》,载《中国法学》1998年第6期,第86—97页;李祖军:《民事诉讼目的论评述》,载《现代法学》1999年第1期,第31—36页。

对于哪些案件进入快审流程的决定权由法院来掌握,赋予法官较为宽泛的程序控制权,将上诉程序中大量的简易案件通过简化审的形式予以消化掉。但我们需注意的是,简化审程序对案件的分拣尽管有明文的标准可以依据,但毕竟人为的主观因素占据了一定地位,一方面可能会将一部分不适合简化审的案件纳入进来,另一方面也可能为追求开庭率指标的完成而将依法可简化审的案件进行排期开庭。对于上述两个方面的问题,均可以通过赋予当事人程序选择权的形式解决,一是对当事人双方或一方明确要求开庭审理的案件,应纳入排期开庭程序审理;二是对按照普通程序审理的案件,若案件性质符合简化审范围标准的内容,就可以在征询当事人同意后,依照规定的程序可转化为简化审。简言之,我们在审判管理方面落脚点在于,一方面要缓解审判压力,确保案件收结存良性循环;另一方面要提升程序规范,切实保障当事人合法权利,其总的要求是要努力化解矛盾纠纷,促进社会和谐。

(二) 调审适度分工

目前调解模式是在审判程序中以庭审中调解和庭审后调解为主,不能达到减少诉讼环节、提高诉讼效率、节约司法资源的目的。因此,对于调解阶段可适当提前,注重案件的审前调解,确立以审前调解为主和随机调解为辅的调解机制,这既有利于提高办案效率及降低诉讼成本,并可保证自愿与合法调解原则的落实,避免造成调解与审判的对立^③。这一机制的出发点在于,可设立专门审判机构,由专门的审判人员组织调解,将易于调解的案件分由专职部门或人员承办,在案件分流管理的前提下,将调解的重心放在庭审前程序中进行,引导当事人通过协商解决纠纷,缓解社会矛盾,减少诉讼环节,提高审判效率。我们主张的调审适度分工,在一定程度上不同于理论界部分学者提出的调审分立,其出发点是要将调解工作贯穿于审判的全过程。强调全面的调审分立并不符合当前的审判工作的价值取向,也不能及时产生提高调解率的效果。同时,我们也认为,由于案件的大幅度上升以及案件中需要作矛盾化解的情况越来越多,若要由审判法官更多地在审理过程中通过“背靠背”、“和稀泥”的方式结案,一方面工作量的大大提升并不利于案件的及时化解,另一方面对于那些确实需要在法律适用的统一执

^③ 上海法院近年来一直倡导“调审适度分工、以审前调解为主和法官主导下适度社会化”的调解模式,并取得了良好的效果,如在上海市浦东新区人民法院和长宁区人民法院就是较好的例证。当然,在开展好审前调解的情况下,对诉讼程序审中调解的重视程度并未下降。有关论述可参见范愉:《社会转型中的人民调解制度——以上海市长宁区人民调解组织改革的经验为视点》,载《中国司法》2004年第4期,第55—62页;潘福仁:《探索诉讼调解新模式创新调解工作新机制》(在2004年上海法院调解工作新闻发布会上的讲话)2004年10月10日。

法和规范社会秩序方面加大力度的案件也不能付出更大的工作量,在“精品案件”的审理上必然力不从心。同时,简单地只是在案件审理过程中注重调解工作,对目前理论界批评的“以判压调”的现象则是在所难免,也不利于法院整体的司法权威的树立,最后损害的必然是当事人自身诉求法院解决纠纷的司法机制的运作效果和效率。因此,我们主张,将调解的阶段适当提前,加大审前调解的力度,提高审前调解的成功率,既化解了矛盾和纠纷,又能够在一定程度上将庭审法官从琐碎的调解事宜中解放出来,使其安心做好庭审工作,建立以庭审为中心的案件民事裁判模式。

(三) 审前程序功能的定位

在此机制下,应该尽量安排专职部门或人员在审前从事调解工作,与此相对应的则是要对审前程序予以完善,在大立案模式下对审前程序的功能进行正确、适当定位。具体包括: 其一是简化程序。将庭审程序中所有可省略的环节均置于庭前准备程序中去完成,便可在简化庭审程序的同时最大限度地避免对程序完整性的破坏,有助于提高案件的庭审效率。其二是化解矛盾。审判实践一再表明,由于审限管理和均衡结案对承办人工作的压力,其对调解工作的力量投入有所限制。可以考虑的解决办法则可在审前准备程序中加强调解工作,将最高法院《证据规定》中确立的证据交换程序以及其他审前准备程序与调解程序结合起来,做到“在准备中调解,在调解中准备”。其三是简繁分流。根据我国民事诉讼法的规定,中级法院审理的民事一审案件主要是本辖区内具有重大影响的案件,且中级法院民事案件中以二审案件居多,故这一功能在中级法院层面上还是侧重于二审案件的运作。通过庭前接待当事人、谈话等程序,法官能够与双方当事人直接接触,从而较为准确地判断案件是否需要开庭审理,并在此庭前程序过程中加强调解工作。

7

三 审前多元化调解机制的具体设计

(一) 以证据交换为基础展开一审案件的立案调解工作

民事诉讼的目的之一,在于解决私人之间的民事纠纷,在诉讼过程中,庭审阶段是解决纠纷的集中阶段,但不是惟一阶段。审前准备程序既有为庭审服务的功能,又有在一定条件下解决纠纷的功能,而且其法律效果与开庭审理后裁判的法律后果相同,实现妥当、公正、迅速、廉价的纠纷解决。对于一审案件,具体做法是: 第一,对于较为简易案件,一审案件在收到立案材料或立案审查期间内,

在征询当事人同意进行诉求调解的情况下，由调解法官现场调解，调解成功的根据需要立案后出具调解书；第二，对于证据材料较多需要证据交换的案件，在案件立案后，先由调解法官在准备程序中对案件进行调解，调解成功的，既可以由当事人撤诉，也可以由法院作出调解书；第三，调解不成的，则进入庭审程序。案件进入庭审程序后，对于需要进行审前证据交换的案件，法官需在此程序中充分发挥诉讼调解的作用，可以于证据交换前或者证据交换结束时进行调解。对于其他不需要进行证据交换的案件，法官应根据案件具体情况，在开庭前适时做好调解工作。在庭审过程以及庭审后阶段内，法官仍应根据案件具体情况随机调解。这种以审前调解为主的做法，在国外的司法实践中已取得明显成效；第四，实行调解人员与审判人员的分离，由预审法官主持审前调解。

（二）以简繁分流为基础构建二审案件的多元化调解机制

目前各地法院对于民事二审案件审理方式的要求并不一样。从大的方面来讲，主要存在着全面开庭和简繁分流的两种做法。对于民事二审案件的审理方式，随着我国庭审方式乃至整个审判方式改革的不断深入和庭审中心主义的影响下，针对审理不规范的情况，逐渐注重对程序价值独立性的认识，实践中更多的法院要求逐步提高民事二审案件开庭率，也有要求全面开庭的。从这一方法的实施效果来看，这一措施对于提升司法程序的公正性和法官的司法能力起到了积极的作用。而在当前阶段，更多的法院是在依据民事诉讼法规定的二审案件迳行裁判的规定，以简繁分流的形式探索民事二审普通程序简化审的方法。

对于二审案件，我们的设想是，结合简繁分流机制的运作，将大部分案件通过民事二审普通程序简化审结案的前提下，鼓励简化审合议庭法官加大调解力度。对于进入快审程序的民事二审简化审案件，在按照规定程序进入谈话阶段时，快审法官在接待完当事人后，征询当事人的调解意向，在同意调解的情况下，则当即安排当事人前往调解室由调解法官主持调解。调解成功的，则出具调解书或者由当事人撤诉；调解不成功的，则在一定期限内由快审合议庭迳行作出二审判决。对于排期开庭的民事二审案件，亦可探索在其排期准备阶段，在征询当事人同意后由调解法官主持调解，促成诉讼和解，以减少诉讼环节和缩短审理周期。

（三）申诉案件中息诉和解工作的开展

针对当前的审判工作情况，需要进一步加强申诉案件的和解撤诉工作，针对申诉案件具体情况，采取多种方法，争取当事人息诉服判。对于原判认定事实清楚、适用法律正确的案件，通过摆事实、讲道理，促使当事人撤回申诉，对原判