

2006年 第六辑

(总第十九辑)

TRIAL

审判研究

《审判研究》编辑委员会 编

STUDY

李佑标 谢佑平 周伟 杨雄 王福华 陈宏光/

中国法学会诉讼法学研究会2006年年会综述

孙南申/论涉外仲裁的司法审查

张利民/涉外司法文书电子邮件送达条件分析

奚 玮 余茂玉/我国发回重审制度之价值层面反思

李飞坤/试论经验法则的存在及应用

汪 敏 任志中/无罪推定视角下证据规则的确立

王新兵/民事诉讼中具体行政行为的审查问题研究



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

2006年 第六辑

(总第十九辑)

T R I A L

审判研究

S T U D Y

《审判研究》编辑委员会 编



法律出版社
LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

审判研究. 2006 年. 第 6 辑/《审判研究》编辑委员会编. —北京: 法律出版社, 2006. 12
ISBN 7-5036-6938-1

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(2006)第 155274 号

©法律出版社·中国

责任编辑/李 群

装帧设计/于 佳

出版/法律出版社

编辑统筹/法规出版分社

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/吕亚莉

开本/787×960 毫米 1/16

印张/15.25 字数/250 千

版本/2006 年 12 月第 1 版

印次/2006 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号: ISBN 7-5036-6938-1/D·6605

定价: 20.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

《审判研究》编辑委员会

主 任：公丕祥

副主任：丁巧仁 周继业

委 员：公丕祥 丁巧仁 周继业 周晖国

叶兆伟 张 屹 屈建国 沈文祖

马汝庆 刘亚平 徐立新 马志相

帅巧芳 刘 华 李飞坤 张培成

陆洪生 范 群 胡道才 徐清宇

鲁国强 褚红军 刁海峰 李后龙

刘媛珍 何 方 吴立香 陆鸣苏

沈 莹 茅仲华 周茸萌 谢国伟

蒋惠琴 薛剑祥

主 编： 李后龙

副 主 编： 蔡绍刚 朱建新 徐安欣

编辑部主任： 朱建新（兼）

副 主 任： 魏 明

执 行 编 辑： 孙晋琪 杨 鸣

《审判研究》稿约

《审判研究》是江苏省高级人民法院与法律出版社合作编辑的法学专业连续出版物。旨在通过对审判实践中有关法律适用的重大、疑难问题展开分析,以独特的视角、翔实的内容研究法学理论,总结审判经验,探求法的精神,倡导现代司法理念,弘扬先进司法文化,注重熔思想性、理论性、权威性、应用性与时代特色于一炉,努力实现法律理论与审判实务的良性互动。热忱欢迎广大法官、学者、律师等各界法学人员惠赐佳作。来稿要求:

1. 稿件应为未公开发表的作品,即指在同一语言下事先未在任何纸质或电子媒介上发表。
2. 稿件字数应在 4000 字以上,除本书特约稿件外,一般不宜超过 8000 字。
3. 稿件应严格遵守学术规范要求,引用文献务必标明出处,注释格式体例请遵照《审判研究》来稿技术规范或参照《审判研究》最新版本。
4. 来稿请务必注明作者姓名、单位、职务及联系方式。(电话、电子信箱、邮编、成稿时间等)
5. 来稿应用 A4 或 B5 纸张打印件,附软盘并以 WORD 文件或文本文件存盘为佳。
6. 来稿一律不退,请作者自留底稿,3 个月内未接到用稿通知,作者可另作他用。
7. 本书辑录的所有文章,任何转载、摘登、翻译或结集出版事宜,均须得到本书编辑部及法律出版社的书面许可。

来稿请寄:江苏省高级人民法院《审判研究》编辑部

邮 编:210024

联系电话:025-83785236

电子信箱:trialstudy@sina.com

spyj2004@sina.com

目 录

Trial Study 2006 年第 6 辑(总第 19 辑)

特 稿

- 1 李佑标 谢佑平 周 伟 杨 雄 王福华 陈宏光
/ 中国法学会诉讼法学研究会 2006 年年会综述

专家论坛

- 15 孙南申 / 论涉外仲裁的司法审查
29 张利民 / 涉外司法文书电子邮件送达条件分析
40 奚 玮 余茂玉 / 我国发回重审制度之价值层面反思
——以民事诉讼为研究范畴

专题研究

- 51 李飞坤 / 试论经验法则的存在及应用
——以刑事司法为视角
65 沈 杨 / 规则之治憧憬的破灭与再生
——论知识产权审判的造法困惑及其消解
79 孙参政 / 购房还贷保证保险法律问题研究
91 张志成 / 论共同犯罪的认定
100 汪 敏 任志中 / 无罪推定视角下证据规则的确立

调查报告

- 114 江苏省高级人民法院立案庭 / 关于江苏省法院 2005 年度申
诉复查案件原审裁判质量问
题的调查报告
130 苏州市中级人民法院审判管理课题组
/ 关于审判质量效率评估体系功用的实证分析
147 南京市中级人民法院研究室、民三庭
/ 中小科技企业创新发展中的知识产权保护问题与对策

目 录

2006 年第 6 辑(总第 19 辑) Trial Study

域外法谈

- 法国企业困境法最新修改述评 / 李道丽 164

各抒己见

- 论保险法的不利解释规则 / 周 辉 174
出罪、入罪的理论探源与实务考证 / 周军生 186
——以聚众斗殴罪为视角
民事诉讼中具体行政行为的审查问题研究 / 王新兵 197
——兼论民事附带行政诉讼制度建立的应然性

案例分析

- 内部行政命令可诉性的认定 / 蒋学群 208
——泗洪县建明食品有限责任公司诉
泗洪县人民政府检疫行政命令纠纷案评析

优秀裁判文书

- 星裕公司诉无锡脱普公司股东知情权、
公司盈余分配请求权纠纷案 215
——江苏省高级人民法院[2002]
苏民三初字第 004 号民事判决书

审判参考

- 江苏省高级人民法院关于规范民事
案件庭前程序的意见(一)(试行) 233

特 稿

中国法学会诉讼法学研究会 2006 年年会综述

李佑标 谢佑平 周 伟 杨 雄 王福华 陈宏光*

刑事诉讼法学部分

一、《刑事诉讼法》的再修改

(一) 关于《刑事诉讼法》再修改的历史背景

代表们认为,刑诉法再修改与 1996 年刑诉法的修改所面临的历史背景不同。党的十五大以来,陆续提出了依法治国、依法执政、科学发展观、和谐社会,以及社会主义法治理念等重大理论命题。因此,刑诉法再修改必须关注上述历史背景,与时俱进,将上述重大理论命题作为刑诉法再修改的重要理论根据。

(二) 关于刑诉法再修改的条件

对于刑诉法再修改的条件是否已经具备,存在着以下两种观点:第一种观点为“成熟论”。认为刑诉法再修改的条件已经具备,第十届全国人大常委会应当在本届任期内完成再修改。另一种观点为“质疑论”。有的代表认为刑诉法再修改的条件尚未完全具备,对刑诉法再修改要谨慎,“宁可晚点,也要好点”。这次刑诉法再修改最起码应当保持 20 年左右的相对稳定。与此相关,有的代表建议刑诉法再修改应当由全国人民代表大会通过,而不宜由全国人民代表大会常

* 李佑标,中国人民武装警察部队学院教授;谢佑平,复旦大学法学院教授,博士生导师;周伟,上海交通大学法学院教授,博士生导师;杨雄,北京师范大学刑事法律科学研究院讲师,法学博士;王福华,上海交通大学法学院教授,法学博士;陈宏光,安徽大学法学院教授。

务委员会通过。

(三) 关于刑诉法再修改的途径

代表们一致认为,刑诉法再修改应当讲民主,而要讲民主,必须坚持开门立法。为此,有的代表主张,公检法机关和专家学者都可以向全国人大提出刑诉法再修改建议稿;应当借鉴《婚姻法》的修改,以及《物权法》等法律的制定经验,向全社会公开再修改意见稿,征求公众意见,集思广益,“小人物,大智慧”。与此相关,有的代表还建议刑诉法再修改可借鉴某些法律在立法机关“三读”通过的经验。

(四) 关于如何处理刑诉法再修改与宪法的关系

对于刑诉法再修改时如何处理与宪法相关规定的关系问题,主要有以下三种观点:第一种观点为“合宪论”。大多数代表认为,刑诉法再修改不能突破我国现行宪法的相关规定。换句话说,刑诉法再修改只能在目前的宪政架构下进行。第二种观点为“良性违宪论”。有的代表认为,对于那些不符合刑事诉讼规律的规定可以在良性违宪前提下予以突破,并以此来推动宪法的修改。第三种观点为“改造论”。有的代表认为,现行宪法有关刑事诉讼的相关规定在刑诉法再修改时必须得到切实遵守,这是原则,也是前提。但是,这并不意味着在具体贯彻落实宪法相关规定时没有“改造”空间,如司法机关的垂直领导体制问题。同时,现行宪法没有规定的,刑诉法再修改时作出相应规定则不应当视为违宪,如不得被迫自证其罪原则。

(五) 关于刑诉法再修改与中国国情

刑诉法再修改不可避免地要涉及如何看待中国国情问题。对此,存在着以下三种观点:第一种观点为“肯定论”。认为刑诉法再修改必须立足于中国国情,如1996年刑诉法规定的移送主要证据复印件制度就背离了中国国情,结果在司法实践中导致这一制度难以付诸实施,控辩审三方均不太满意。第二种观点为“怀疑论”。认为刑诉法与刑法不同,具有超国界性,凡是符合刑事诉讼规律性的东西,都应当加以借鉴。第三种观点为“折衷论”。认为应当具体情况具体分析,中国的国情当然要考虑。否则,再修改后的刑诉法就难以实施。但是,我们不能迁就中国的国情,“国情是个筐,推着小车往里装”,而应当用先进的司法理念来引领中国国情。

(六) 关于刑诉法再修改与配套制度

代表们认为,1996年刑诉法规定的很多制度从立法本意上讲都是值得肯定

的。但是,由于缺乏相应的配套制度而往往难以执行或者无法执行,如刑讯逼供为什么得不到有效遏制,一个很重要原因就是没有建立诸如非法证据排除规则、沉默权规则等配套制度。再如程序违法为什么屡禁不止,其原因也是未建立程序裁判这一配套制度。因此,代表们呼吁刑诉法再修改时必须关注相应配套制度。

(七)关于刑诉法再修改与可操作性

代表们认为,1996年刑诉法修改时将1979年刑诉法由164条增加到225条。但是,即使如此,仍然存在着某些条文过于原则问题。为此,公安部、最高人民检察院、最高人民法院、中央军委,以及“六部委”先后出台了有关规定,共计超过1000余条。因此,刑诉法再修改时必须关注上述情形,增加刑诉法条文的可操作性。对此,有的代表建议再修改的刑诉法从条文上至少要翻一倍,达到450条左右,以切实解决刑诉法的可操作性问题。

二、关于刑事诉讼程序的完善

(一)关于刑事诉讼程序的研究方法

有代表认为,在对我国现实及背后原因没有深入的认识,对中国刑事诉讼运行机制没有全面把握的情况下,提出任何刑事诉讼程序的改革方案都是不切实际、行不通的,必须以实证的方法研究程序问题。

(二)关于刑事简易程序的完善

有代表认为,我国刑事简易程序在被告人选择程序权、受益权方面均存在缺陷,必须对相应的刑事诉讼制度进行修改。另有代表就简易程序中被告人的律师帮助权问题提出异议,认为在我国260个县不设律师的情况下,很难保障被告人对简易程序选择上的自愿性。在简易程序改革的路径上,有代表指出,认为应当以程序方法简化程序,以时间控制来达成一定的目的不是程序手段,而是行政手段。

(三)关于量刑建议权

有代表认为,从法理上说,检察机关的诉权应当包括量刑建议权,不存在侵犯审判权的问题;从司法实践来看,量刑建议权从无到有的历程符合诉讼发展方向;从监督角度而言,量刑建议权是一种程序内监督。但是,有代表指出,求刑权虽然是诉权,不侵犯法院的审判权。然而,在司法实践中,有些法院却不予支持。

(四)关于死刑案件诉讼程序

有代表提出,公正与效率不能相提并论,尤其是在死刑案件的审理中,效率应当受到极大的抑制,应当否定效率。还有代表认为没有必要规定死刑案件的审理期限。就这一问题,有代表认为,效率是公正的一方面,特别是在死刑案件审理中,被告人都是被羁押的,不讲求效率问题有违人权。

(五)关于刑事诉讼中的司法审查机制

有代表认为,司法审查与法院审判应属同种性质的行为,与国家的政治体制无关。我国的司法审查可以分阶段进行,逐渐为公众接受,上升到应有地位。还有学者明确指出,不能简单地认为司法审查等同于司法令状,令状主义是事前审查,而我国目前最缺乏的是事后审查。而且,从比较法的角度看,国外涉及人身自由的强制措施采用令状的比例比较大,而对于搜查等则多采用事后审查机制。但是,有代表认为,目前我国不应建立司法审查机制,原因在于,一是效率问题,如拘留等应急措施讲求效率;二是体制问题,我国目前是法院独立,而非法官独立,建立司法审查容易造成法官提前介入。有代表指出,在我国目前,公安机关不希望受制于法院的司法审查,而另一方面,法院又不愿意行使司法审查的权力。这种状况与坚持正当程序的现代刑事司法理念和趋势背道而驰。

三、关于刑事证据制度改革

(一)关于证据法学的研究方法

有代表提出,证据法的研究固然有修改法律的动因存在,更是因为证据理论是否很好的回应立法和司法的需求。证据法的理论研究必须增强对立法和司法的解释力。学界必须加强证据法的理论研究,否则这些证据规则缺乏基础。

与会多数代表认为,必须实现证据法理论研究的转变,只有建立在程序之上的证据法学研究才有意义。对此,也有学者指出,证据问题离不开程序,如何实现证据问题向程序的转移,要将证据法的研究落实到程序之中去。有代表指出,证据裁判原则、制度,实际上是控方将证据提交给法庭加以审查和裁决其效力、可采性等,并具以做出程序和实体性裁判的机制。如果没有审判中心主义的机制,就不可能有证据裁判制度。

(二)关于非法证据排除规则

有代表提出,司法实践中作为非法证据认定的案件很少。对于什么是非法证据,哪些需要排除,审判中很难认定。除非在极为个别案件中,非法

取得证据所侵犯的合法利益远远超过了案件本身所保护的利益,法官才会作为非法证据予以排除。因此,该代表建议以证据排除规则取代非法证据排除规则。

关于刑事诉讼中的举证责任如何倒置,有代表认为,辩方需要提供初步证据。有代表认为,仅仅靠法院查明是很困难的,这不仅因为现行制度上说不通,而且实际上也难以做到。

就非法证据的排除范围而言,有代表提出,并非一切非法证据都需要排除。应当区分非法言词证据、非法实物证据和非法派生证据。对于非法言词证据应给予一律排除,而对于非法实物证据和非法派生证据应根据案情予以裁量。另有代表提出,对非法证据不宜采取非法言词证据和非法实物证据的区分方法,而应采取非法采集的手段所侵犯的法益程度的大小酌情认定。

此外,不少代表指出,现有的非法证据认定程序缺乏可操作性。有代表提出,对于非法证据的排除应当主要采健全审查起诉环节、庭前审查环节、审理环节等方式予以认定。

(三)关于证明标准

有代表认为,应当根据诉讼的发展进程对立案、公诉、宣判适用不同的证明标准。但也有学者对此持反对态度,指出不应根据诉讼阶段来区分证明标准。

有代表指出,证据问题其实离不开程序,证明标准只能是主观的认识,离开法官个人认识谈证明标准是不可能的。在这个问题上,两大法系虽表述不同,实际上殊途同归,都是承认了证明不能离开认识主体。因此,应当考虑将主观标准客观化,这就需要程序规则的完善。

(四)关于《刑事诉讼法》第46条“仅凭口供不能定罪”规则

有代表针对司法实践中出现的案例,指出在现实中存在只有同案被告人的口供,且得到相互印证,但没有其他证据从而无法定罪,只好放人的情形。与会代表认为,大部分命案是可以通过仔细侦查,比如通过DNA方式,从细微之处再收集获取一些补强证据的。这就需要侦查人员职业能力、素质和意识的进一步提升。还有代表强调,尽管存在个案上的弊端,但绝不能因此取消刑诉法第46条规定,要正视刑诉法第46条对于防止侦控机关刑讯逼供的防线作用,一旦放开,后果更不堪设想。“仅凭口供不能定罪”不是一个孤立的规则,要改变这一证据规则,就必须要建立辩诉交易制度、污点证人制度、口供自白任意等制度作为基础。

(五)关于侦查讯问阶段录音录像或者律师在场的问题

对于侦查讯问阶段究竟采取录音录像还是律师在场来保障犯罪嫌疑人供述的自愿性问题,有代表提出,有鉴于我国国情复杂、地区多样,应当多元并举,以备选择。还有代表提出,鉴于现阶段办案机关办案经费的极为有限性,配置录音录像费用高昂,采律师见证的方式,特别是在命案中采取律师见证似乎更为可行。反对者认为,录音录像从经济上看未必比律师在场更耗费资源。而且,从侦查机关的可接受性效果上看,采取录音录像的方式更为可取和可行。还有代表则担心采用全程录音录像,犯罪嫌疑人供述可能被剪辑,或者先被制服后再行录音录像的情形。因而,全程录音录像不能根本保证口供的自愿性。有代表指出,要防止录音录像成为侦控机关单纯维护自己的利益,必须对录音录像的程序予以精密设计,通过其他权力的监督或者科技手段的监督保证录音录像的真实性。

民事诉讼法学部分

一、民事检察监督

对于民事检察监督问题,来自学术界和实务界(主要是法院系统的代表与检察系统)的代表均给予了相当的关注,形成了完善与取消该制度的两种截然对立的观点。

(一)完善民事检察监督的观点

有代表提出民事检察监督在我国的法律监督体系中具有独到功能,而且是不可替代的监督方式。因而,健全完善民事检察监督体制就成为必然的选择。民事检察监督的存废绝非检、法两家的部门利益问题,而是一个既涉及宪法对国家权力分工、法律监督制度的规定,同时又涉及民事诉讼中公正审判、诉权的保障机制及其实现的重大理论及实践问题。最高人民法院和最高人民检察院在民事检察监督制度上的司法解释应当协调一致,以满足民事检察实践工作的需要。

在抗诉的范围上,部分代表还进一步提出,从维护生效裁判的稳定性、尊重当事人处分权、实现诉讼经济原则、制止当事人滥用申诉权等因素考虑,检察机关提出民事抗诉的范围应当有所限定,即将民事抗诉限定于涉及公共利益的民事案件范围内,人民检察院对不涉及公共利益的一般民事案件,不宜提出民事抗诉。部分学者认为,人民法院作出的所有裁定(包括执行程序中的裁定)均应当接受人民检察院的监督。因此,人民检察院对人民法院的民事裁定提出抗诉不应当

有对象的限制。对人民法院适用特别程序(除选民资格案件外)、督促程序、公示催告程序和破产程序审理案件所产生的法律文书也应当成为检察监督的对象。

(二)取消民事检察监督的观点

部分代表认为,检察机关对民事审判活动的监督干预了当事人的处分权,违背了当事人意思自治的原则。人民检察院作为司法行政机关,其职权范围主要是公法领域,而其代替当事人发动再审程序,显然是对私法领域的干预,这是不应该的,也是不必要的。此外,目前的民事检察监督的不合理之处还在于,裁判一经确定,当事人不得再就裁判确定的事项再行争执,法院也不得再作出与确定裁判相矛盾的判决与裁定。因此,检察机关对生效的民事行政裁判进行抗诉,动摇了裁判的既判力,损害了裁判的权威,不利于诉讼经济、程序安定和司法公正。

二、法院执行难问题及其对策

(一)关于执行机构

根据现行《民事诉讼法》的规定,基层人民法院、中级人民法院可以设立执行机构。但实践中各级法院均设立了执行机构。对此,立法应予以肯定。目前,执行机构的改革主要包括以下几个方面:(1)各级法院应设立执行局;(2)解决执行权过分集中的问题;(3)在执行中区分审判事项和执行事项,将审判事项分离出去,保留由执行机构行使的执行事项;该执行事项又包括执行审查事项和执行实施事项;(4)执行机构是否保留一定比例的法官。今后立法完善的方向应当是:(1)各级法院均应设立执行机构;(2)明确规定由执行机构办理执行事项;(3)规定执行机构的组成人员,包括法官、书记员和执行员;(4)规定由执行员负责实施执行工作。

(二)关于公安武警对执行的协助

许多国家规定,协助执行是警察的一项职责。我国也有必要对公安武警协助执行方面的职责加以明确规定。

(三)关于提级执行和指定执行

提级执行和指定执行有助于克服地方保护。目前在地方保护方面主要依靠上级法院的监督。当事人则主要依靠申诉上诉表达不满,这方面的程序不够规范。今后应当明确当事人申请提级执行和指定管辖的权利,并规定相关条件,如限定为被执行人有财产的情况,执行法院无正当理由一年未执行的。

(四)关于案外人异议制度

现行法律对案外人异议的审查缺乏规定,目前由执行员负责审理,审查程序

不够详细,当事人缺乏程序保障。对此存在两种不同观点:观点一是案外人直接提起诉讼。观点二是不宜由案外人提起诉讼而直接进入审判程序,应当先由执行机构进行审查来解决执行异议,具体做法可以有以下几种:(1)执行机构审查前置程序;(2)执行机构审查与诉讼并列设置,由当事人行使程序选择权;(3)区别不同异议而决定适用不同的程序;(4)执行机构不作实质审查,但须先向执行机构提出异议申请。国外多有案外人异议之诉的规定,但其毕竟不同于一般诉讼,其性质应如何界定,应当以谁为被告,都是需要解决的问题。例如,法院依职权查封后,案外人提起异议之诉的,以债权人作为被告就有问题。

(五)关于执行救济

目前,对于不依法查封、拖延执行、拍卖过程中违法等不当执行行为,无相应的执行救济程序,只能通过申诉和上访解决。今后应当赋予当事人、利害关系人对不当执行提出异议的权利,规定相应的裁定程序,并规定对裁定不服的可申请复议。上述执行救济可称之为“程序上的执行救济”,由执行机构予以处理。

(六)关于申请执行期限

目前《民事诉讼法》在执行期限方面区分法人和公民而有不同规定,这不符合民事主体平等原则。同时执行期限的规定过短,不利于执行过程中和解的达成,导致大量案件在短时间内涌入法院,债权人稍有不慎就丧失申请执行的机会,从而给债务人逃避履行创造机会。另外,6个月或一年的执行期限短于民法上普通债权的保护期限。大陆法系国家大多没有规定执行期限,执行期限与消灭时效一致。现在的建议有两种:(1)在强制执行制度中删除时限规定,适用民法上的消灭时效;(2)保留执行期限,但延长至3~5年。目前执行期限的起算点模糊不明,有人建议立法应当对起算期限作出规定。

(七)关于妨害执行的强制措施

目前存在的问题:(1)罚款金额过低;(2)拘留期限过短;(3)对有关单位不履行协助义务是否可拘留有关责任人没有规定。今后完善的方向:(1)提高罚款金额。可以是现在的10倍。(2)适当延长拘留期限。有些国家或地区规定较长,如德国为6个月,我国台湾地区为3个月,建议我国规定为3个月左右。(3)明确规定对有关单位不协助履行的责任人的处罚措施。

(八)关于执行通知

目前规定首先发出执行通知,被执行人逾期不履行的才予以强制执行。但实践中,通知成为通风报信,确定履行期限的做法束缚了执行人员的手脚。应当

说,法律文书生效后债务人应按法律文书中规定的期限履行,通知另定期限的做法并不适当。修改的思路有两种:(1)彻底删除执行通知的有关规定;(2)考虑到被执行人的财产权保护比较重大,应保留执行通知的规定,但发出通知的同时进行执行。

(九)关于执行财产调查和强制报告制度

目前立法上的问题:未赋予申请人查找财产的有效措施;法院查找财产的途径不畅;未规定债权人财产申报制度。地方法院的有益尝试:有些地方法院建立了“审计执行制度”。北京、上海的有些法院则向律师发出协助调查令,律师持协助调查令有权向有关单位和个人进行调查。

完善的方向:(1)强化债权人调查债务人财产的权利义务和途径、手段,如可以规定律师持协助调查令到有关部门进行调查;(2)赋予法院调查财产状况的职责,以作为对债权人调查的补充;(3)明确规定有关单位的协助义务;(4)规定被执行人申报财产的义务,如申报一年前的财产状况、未来的财产权。

(十)关于执行终结

实践中,债务人的确无财产可供执行,用尽所有手段也无法发现财产的案件,在目前占30%左右。法律对该类案件只规定了入口,而未规定出口。即对此类案件没有规定“死亡标准”,导致该类执行案件无法终结。有的法院作“执行中止”处理,统计为结案案件,其实并不妥当。将来可否考虑规定以下条件,确无财产可供执行的案件执行终结:(1)法院实施了有关执行措施;(2)债务人申报了财产状况;(3)一定期限内未发现财产;等等。

三、审级与级别管辖制度

与会代表普遍认为在我国民事审判中实行三审终审制是必要的。

(一)将第三审定位于“法律审”

将第三审是定位于“法律审”,有助于改变目前民事审判中下级法院向上级法院的“请示”做法,使最高人民法院的意见通过裁判体现出来。有代表提出审级分层的观点,明确三级法院在审理民事案件的分工,即一审法院直接处理案件,负责将法律正确地适用于由其认定的案件事实,以确保个案当事人获得公正裁判;二审法院一方面要满足一审中败诉一方当事人寻求更高级法院重新考虑案件的人性期望,尽可能确保法律正确适用于个案和保障个案当事人获得正义,另一方面通过纠正错误裁判,维护社会公共利益;三审法院则应当在维护司