

SHENPAN

QIANYAN GUANCHA

《审判前沿观察》编委会 编

● 总第9辑

2011年

审判前沿观察

第2辑

以增强群众观念为核心，着力提升司法服务水平 孙建国

关于中国现阶段慎用死刑的思考 赵秉志

论定罪中的犯罪对象梳理方法 黄祥青

浅析英美法系判例区别技术 江琦

审视与探索——要件审判九步法的提出和运用 上海市长宁区人民法院课题组

既判力原则及既判力的中断——中德法官的对话 刘言浩



上海交通大学出版社

SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS

审判前沿观察

2011年 第2辑

《审判前沿观察》编委会 编

上海交通大学出版社

内 容 提 要

本书共分为专家论坛、审判实务、专题研究、调查分析、改革探索、判案评析和研讨纪实几大板块,既有理论探索,如《论定罪中的犯罪对象梳理方法》等;也有对司法实践工作的总结,如《审视与探索——要件审判九步法的提出和运用》等。本书旨在通过对审判工作中热点、重点和难点问题的研究来总结审判经验,推动司法实务的进步。

同时,本书力争立足于法学前沿动态,汲取来自于法学界的先进成果,构建法学界与司法界交流的平台。

图书在版编目(CIP)数据

审判前沿观察. 2011 年. 第 2 辑 / 《审判前沿观察》
编委会编. —上海: 上海交通大学出版社, 2012
ISBN 978-7-313-08080-6

I. ①审… II. ①审… III. ①审判-研究-中国-丛刊
IV. ①D925.04-55

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 282750 号

审判前沿观察

(2011 年第 2 辑)

《审判前沿观察》编委会 编

上海交通大学出版社出版发行

(上海市番禺路 951 号 邮政编码 200030)

电话: 64071208 出版人: 韩建民

上海交大印务有限公司印刷 全国新华书店经销

开本: 787mm×960mm 1/16 印张: 21.75 字数: 354 千字

2012 年 4 月第 1 版 2012 年 4 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-313-08080-6/D 定价: 35.00 元

版权所有 侵权必究

告读者: 如发现本书有印装质量问题请与印刷厂质量科联系
联系电话: 021-54742979

《审判前沿观察》编委会

主 任 孙建国

副主任 周赞华 宋学东 汤黎明 黄祥青

委 员 顾福金 许祥云 周荣芳 章克勤 倪金龙
谷开文 王 珊 沈维嘉 庄登杰 张志杰
谷 杨 秦明华 吴 薇 陈福民 施 杨
赵卫平 刘军华 宋 航 孙敬沪 奚强华
王 犁 华双根 李学忠

主 编 黄祥青

副主编 王 珊 刘言浩

编 辑 (按姓氏笔画排列)

于 鹏 吴慧琼 周 欣 胡震远 郭文龙
董礼洁

Contents | 目录

审 判 前 沿 观 察

专 家 论 坛

以增强群众观念为核心，着力提升司法服务水平 孙建国/3

关于中国现阶段慎用死刑的思考 赵秉志/11

论定罪中的犯罪对象梳理方法 黄祥青/43

审 判 实 务

售后公房物业服务费纠纷若干问题探讨 崔剑平/55

民事诉讼中争点整理初探 吴慧琼/62

房屋征收与补偿的法律适用研究

上海市第一中级人民法院行政庭课题组/72

专 题 研 究

论“整合型”审判应对机制之构建

——舆论关注案件的处理思路考 尹学新 张 倩 李 岳/85

我国反行政性垄断司法救济的困境与出路 韩朝炜/92

房屋承租人优先购买权的损害赔偿研究

——立法背景变化后对立法目的的坚守 姚建中 张占平/105

减刑假释案件审理程序研究

——以开庭审理为视角的考察

上海市第一中级人民法院审监庭课题组/115

虚假诉讼及其规制

——以恶意调解的实证分析为视角 王 涛/126

人民调解二元分化的现象分析和程序对策 雷 霆 孔令杰/136

论美国敌意收购规则对我国反收购立法的再借鉴

卢 颖 翁小川/148

从域外经验看国际航空货物承运人归责原则之适用 沈志韬/159

调 查 分 析

作品独创性概念的比较研究及其借鉴意义 徐 俊/175

法院执行工作评价与考核机制研究

上海市第一中级人民法院执行庭课题组/188

改 革 探 索

网络成瘾对未成年人犯罪的影响及对策

王列宾 邱阳戎 胡天和/209

从分项评估到综合评价

——基层法院院级审判效能评估之探索 郭 俭/219

业主撤销权法律制度建构 严佳维/226

构建法院诉讼服务机制问题研究 郭伟清 王志峰 程丽娜/237

浅析英美法系判例区别技术 汪 琦/246

审视与探索

——要件审判九步法的提出和运用

上海市长宁区人民法院课题组/252

判 案 评 析

“质押的应收账款”和“应收账款的质押”的物权性之辨

——兼评 H 公司诉 Y 公司等担保追偿案 李 峰/265

期货公司有权在行情剧烈波动导致风险率超标的情况下盘中强行平仓

——严某诉 S 期货有限公司 C 营业部等期货强行平仓纠纷案

张冬梅/277

以盗窃与诈骗交织手段非法占有他人财物行为之定性

——吴某、伍某信用卡诈骗案 梅礼匀 傅 慧/283

研 讨 纪 实

既判力原则及既判力的中断

——中德法官的对话 刘言浩/291

青年法学沙龙

——知识产权刑事案件法律适用问题研讨纪实 于 鹏/303

反垄断纠纷法律适用研讨会综述 范静波/332

《审判前沿观察》稿件技术规范/338

《审判前沿观察》稿约/340

专家论坛

以增强群众观念为核心， 着力提升司法服务水平

孙建国*

在庆祝中国共产党成立 90 周年大会上，胡锦涛总书记要求全党高度重视并切实做好新形势下的群众工作，坚持问政于民、问需于民、问计于民，真诚倾听群众呼声，真实反映群众愿望，真情关心群众疾苦，依法保障人民群众经济、政治、文化、社会等各项权益。这一重要论述为审判工作提出了新要求，也为我们提升司法服务水平指明了方向。人民法院在审判工作中要贯彻群众路线、体现群众意愿、满足群众需求、维护群众利益，这是司法的人民性所决定的。正如最高人民法院王胜俊院长指出的那样，人民法院必须高度重视回应群众关切，把“司法为民”作为一切工作的出发点和落脚点，深入开展“人民法官为人民”主题实践活动，始终坚持群众观点、群众立场、群众方法，把群众是否满意作为检验工作的第一标准，通过审判工作回应群众要求和期待，努力实现好、维护好、发展好最广大人民群众的根本利益。^①

一 司法群众工作的追求在于树立司法权威

法是公正和善良的艺术，它是特定历史文化环境中的产物，它所追求的公正也必须被这一环境中的广大群众所认可，而法官的角色更是一个根深蒂固的文化问题。在中国的语境下，司法权威的成就应该有两个条件：一是司法的普遍公正，二是司法公正的广泛信赖。

* 上海市第一中级人民法院院长。

① 王胜俊：《深入理解中国特色社会主义法律体系本质特征努力为大局服务为人民司法》，载《人民法院报》2011 年 1 月 27 日，第 3 版。

（一）实现以群众利益为导向的司法公正

人们在理解和适用法律时，必须发掘出法规范所包含的评价，并将这评价适用于案件，司法裁判几乎完全是在处理评价的事。^① 不过，法律毕竟是一种地方性的知识，所以对“公正”的内涵作出评价必须首先回归到本土法律文化的语境中去。在有着悠久文化传统的中国，我们所追求的“公正”实际上包含了“公”和“正”两层意思。

“公”与“私”相对。古人云：“民不畏我威，而畏吾公，公生明，廉生威。”《经法·君正》说：“精公无私而赏罚信，所以治也。”法官审理案件不得抱有私心，存有私利，只有大公无私，以群众利益为要，才能赏罚分明，令人信服，进而助推社会治理。要使事物合于正义，必须有毫无偏私的权衡，法律恰恰正是这样一个中道的权衡。^② 因此，“公”的要求就是在处理涉及群众利益的纠纷时，法官不得徇私利，这显然是在消极方面禁止法官私利与群众利益相冲突。但是，只有公心尚且不够，法治必须是规则之治，所以除了排除个人私利之外，法治更在积极方面要求法官自觉保护群众利益——做到既“公”且“正”。

“正”与“邪”相对，本义是向一个方位或目标不偏不斜地走去，引申为合于规则，合于道理。在我们国家，法律是全体人民意志的体现。因此，我们的法律归根结底也就是群众利益的反映。据此来看，“正”所要求的“合于规则”其实就是“严格执法”，而要达到这样的境界，其本质就是以不偏不倚地居中裁判为基本手段，以不折不扣地实现群众利益为根本追求。

（二）建立以群众信赖为基础的法律信仰

法律必须被信仰，否则它将形同虚设。有了法律并不意味着法律信仰的达成。法律不仅仅是一套规则，它代表了理念和信仰；法律也不仅仅是一种制度，它代表了公平正义的价值。

法律信仰是来自经验的，或者说是世俗化的。法律和群众之间存在着某种微妙的相互关系——在生活中，每个人都是独一无二的，但在法的观念里，人只是抽象的概念，千人一面；在纸面上，法总是千篇一律的，但在人的视野中，个案中的法却又总是见仁见智的。法总是想方设法把规则抽象化，但表达民意的群体

① 范立波：《拉伦茨：经由方法的正义》，载《人民法院报》2006年1月9日，第B4版。

② [古希腊]亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1997年版，第169页。

大都是形象思维的，因此，法始终改变不了群众把它形象化的认知习惯。法官是把抽象的法律和形象的案例连接起来的唯一纽带，如果我们希望在法律的天空下看到活生生的人的身影，而不只是符号化的存在（如“人格”），那么法官就必须用形象的方法再现抽象的法，把它拉回到人们的现实生活，而不与群众的认识相分离。群众对法的信赖总是建立在对具体案件裁判过程和结果的经验和知识上，只要经历一次挫败，就很难恢复或重建信心。

我们必须具有一点起码的常识：尽管群众遵守或诉诸法律的直接动机并不相同或完全不同，有时甚至仅仅是出于习惯，但总体来说，必定是由于法律能给群众带来各种利益。如果法律给群众带来的只是不便，甚至是损害，那么只要没有实际的强制，法律就很难为群众所自觉遵守，更不可能进入他们的心灵，成为他们的信仰^①。因此，法律信仰的建立必须以群众对司法建立信赖为基础，而这又完全依赖于群众的需要和自愿。这里有两条原则：一条是群众实际上的需要，而不是我们幻想出来的需要；一条是群众的自愿，由群众自己下决心，而不是由我们代替群众下决心^②。

信仰法律不是没有代价，但只要法律的终极原因是社会福利，只要信仰法律的收益大于成本，只要司法能够有效回应群众的需求，群众自然会选择信仰法律。为此，任何司法裁判中的国家意志必须表现为以法官固有的正义感来获得一个公正的决定，司法决定应当与商业交往所要求的诚信以及实际生活的需要相和谐，而在权衡相互冲突的利益时，应当帮助那种更有理性基础并且更值得保护的利益，直到它获得胜利。当然，指导这一进程的目标既包括正义，也包括一般效用——一方面，我们应当追问理性和良心，从我们的天性中发现正义的根本性基础；另一方面，我们也应当关注社会现象，确定使它们保持和谐的法律以及它们急需的秩序原则^③。

二 司法群众工作的观念要求践行司法民主

王胜俊院长深刻指出：“坚持为人民司法，……必须杜绝衙门习气，克服官僚

① 朱苏力：《法律如何信仰——〈法律与宗教〉读后》，<http://wenku.baidu.com/view/50e8a68884868-762caaed597.html>，访问时间：2011年6月2日。

② 毛泽东：《论联合政府（1945年4月24日）》，载《毛泽东选集》第3卷，人民出版社1991年版，第1096页。

③ [美] 本杰明·卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆2000年版，第45页。

作风, 尊重人民主体地位, 推进司法民主, 保障人民的知情权、表达权、参与权、监督权; 必须克服司法神秘主义、形式主义, 增强群众观念, 增进群众感情, 体现司法人文关怀……”^① 以群众工作为导向的司法必然以司法民主为己任。

(一) 树立司法服务的群众观念

司法民主首先要求法官对诉讼当事人予以足够的重视, 尊重当事人的主体地位, 坚决摒弃那种把当事人当作审理对象的思维。因为人民群众既是司法的原始出发点, 也是司法的最终归属处。离开“人民”二字, 司法将不成其为司法, 法官的心目中应当始终点燃人民之灯, 将人民的利益洞烛无遗。^② 最高人民法院提出的“为大局服务、为人民司法”的工作主题以及“司法依靠群众、群众参与司法, 司法服务群众、群众认同司法”的工作思路就是司法民主的最佳注释。

除了司法为民之外, 司法民主还要求司法亲民。清人王辉祖曾在《学治臆说》中提出“治以亲民为要”, “亲民之道, 全在体恤民隐, 惜民之力, 节民之财, 遇之以诚, 示之以信, 不觉官之可畏, 而觉官之可感。斯有官民一体之像矣。”亲民司法亦同此理。法官如果仅仅是被要求司法为民而为民, 那还远非司法民主主题中应有之义, 司法民主所主张的, 更在于法官内心的亲民观念、亲民感情和亲民追求。纵然偶尔出现案情真伪不明的情况, 法官虽有司法为民之心, 却苦于没有发现真实的手段, 此时, 法官若将情、理、法相配合, 达到亲民效果, 同时结合诉讼程序的展开, 使该过程充分吸收当事人的不满, 却也可能赢得当事人的体谅和尊重, 不至于令他对司法丧失信心, 从而实现程序正义的价值。当然, 司法民主的要求并不仅仅着眼于照顾诉讼当事人的感受, 它的另一重大使命在于通过打开法院之门, 让更多的群众(非当事人)通过各种直接或间接的机制, 有机会参与司法、体验司法, 感受以民为主的司法氛围。

为此, 上海市第一中级人民法院(以下简称“一中院”)要求法官从观念上武装自己, 在以下五个方面充分贯彻群众观念: 一是敬之以心, 《论语·子路》说: “欲修其身者, 先正其心; 欲正其心者, 先诚其意。”群众是人民法官的衣食父母, 法官一定要诚心记住权力的来源, 记住群众在我们心中有多重, 我们在群众的心中就有多重的道理; 二是授之以利, 在任何一个案件中, 群众的利益和需求都是

^① 王胜俊:《深入学习实践科学发展观坚持为大局服务为人民司法》, 载《求是》2009年第4期。

^② 汤维建:《让司法的殿堂光明普照》, 载《人民法院报》2011年3月4日, 第5版。

具体的。“假如我们对这些问题注意了，解决了，满足了群众的需要……群众就会真正围绕在我们的周围，热烈地拥护我们。”^① 三是动之以情，群众的感情最真挚、最纯朴，在司法过程中，要以情动人，诚心诚意与群众沟通，将心比心，以心换心；四是晓之以理，司法裁判行使的是判断权，凡是判断必有理据，裁判一定要讲清道理，帮助群众理顺情绪，使司法获得群众的理解和支持；五是束之以法，司法工作要尊重群众，但也不是听之任之，放任自流。司法既要让群众感受到社会公平正义，确保群众利益不受侵害，又要引导群众依法维权，理性维权，法官要站在社会管理的高度，依法维护社会秩序与安宁。^②

（二）强化司法过程的群众参与

要在司法过程中运用群众路线，首先要让群众获得参与诉讼的机会，而这又以司法信息的透明为前提。一中院要求每一名法官必须清醒地认识到，法院是国家的法院，而人民是国家的主人，所以法院归根到底是属于人民的，通往司法之门也就必然为人民敞开。在审判实践中，一中院立足司法过程的全方位透明，切实保障群众的知情权、表达权、参与权和监督权。

一是保障群众的知情权。一中院自主研发了一站式、集约化的在线诉讼服务平台，实施新闻通气会制度，推出网络庭审直播，并推行裁判文书上网、附录法律条文及判后答疑制度。这一系列举措为群众揭开了司法的神秘面纱，使群众了解司法的过程，掌握维权的正确方向和方法，争取和创造自己的幸福生活；二是保障群众的表达权。案件当事人可以登录一中院在线诉讼服务平台，通过留言方式对案件审理发表意见；也可以通过信访接待、审判长接待、院长接待等方式对案件审理发表看法，非案件当事人也可以在观看庭审网络直播时发表评论意见。这些措施让群众开诚布公地评价我们的审判工作，强调将法律条文中的民意和社会生活中的民意相互融合，既促进自身水平的提升，又通过裁判在宏观上启迪社会进步，从而提升法治水平。三是保障群众的参与权。一中院采取公民凭身份证旁听案件、依托社会人士进行多元化调解等举措让群众在对司法的体验和感受中，增强了自身的法律意识，增强了对司法的信心，同时增进了对司法的认同。四是

① 毛泽东：《关心群众生活，注意工作方法（1934年1月27日）》，载《毛泽东选集》第1卷，人民出版社1991年版，第139页。

② 周德翔、铁亚刚：《坚持党的群众路线与做好新形势下的群众工作》，载《中共云南省委党校学报》2009年第1期，第65—66页。

保障群众的监督权。一中院公布了监察室的举报电话,聘请了特邀廉政监督员,建立了与律师的良性互动,还建立案件回访机制,让群众有机会关注审判工作的一举一动,集社会之力制止法官恣意、专横和腐败的行为。

三 司法群众工作的实践强调司法服务群众

面对群众对司法的新需求,一中院以不断提升司法水平、满足群众新期待为己任,先后制定了《关于充分发挥审判职能,为构建社会主义和谐社会提供有力司法保障的若干意见》、《关于进一步贯彻司法为民宗旨,切实保障诉讼当事人合法权益的意见》、《关于进一步加强民生案件审理的若干意见》等一系列规章制度,并印发了《司法为民规定汇编》,这些意见落实到审判实践中,就是要求司法必须服务群众。

(一) 贯彻客观真实的群众思维

与追求完美相适应,中国的司法向来体现了实事求是的强烈倾向,司法平息纠纷的过程首先表现为发现真实的过程。但在现实层面上,当事人诉讼技术的欠缺、法学教育的纯理论化、诉讼程序的不周延等原因导致审判实践中还原案件事实的状况有时还不完善,所以妥善处理程序与实体的关系是当代法官不可逃避的使命。由于法律的运用本身是一种技术,只要是运用技术就可能存在遮蔽真相的情形,^①而法官又必须消除因当事人或律师不细心和不懂技术所造成的失误,所以一中院要求法官有针对性地追求案件的客观真实。法官首先要注意抓住案件审理中的疑点,通过提问、解释、归纳的方式向当事人释明,促使诉讼当事人形成明晰的事实争议焦点。其次,法官不得一味强调、机械适用举证责任分配规则,要善于根据经验法则,合理分配举证责任,对于举证能力较差的弱势当事人,要努力引导其调查取证,从而证明自己的事实主张。对当事人提出的调查取证申请要慎重对待,必要的时候可以采用依职权取证的方式,查明案件事实,为案件的公正处理奠定基础。

(二) 立足法律适用的群众观点

司法应当以人民意志为依据,立法者及其所代表的利益群体,在立法时所追

^① 张卫平:《发现真实与维护程序正义的冲突与衡平》, http://www.jcrb.com/xueshu/zt/200806/t20080613_22857.html, 访问时间:2011年7月4日。

求的法律目标与社会理想，都是法官适用法律时不可忽略的重要因素，尤其是内化于法律规范中的价值理念，它不仅是法官准确理解法律条款的导引，也是法官进行法律漏洞填补甚至法律续造的重要依据。^① 法规范并不是可以随时用来衡量待判案件的折尺，法学思维也不是单向直线地进行，法官应该在法规范和案件事实之间“目光往返流转”，以对向交流的步骤展开，通过各步骤的相互解明获得正当答案，这是一个以价值为导向、需要艰苦探索且充满创造性的精神活动。^② 为此，一中院要求法官在适用法律时，准确把握法的文本内涵、规范目的和价值追求，把握司法国情和时代精神，形成符合中国特定语境的价值权衡规则，并运用于个案的判断。法官必须把法律效果和社会效果的统一作为司法实现群众利益的最高价值追求，切实履行自己权衡社会利益的职责，结合特定的法规范作出智慧的价值判断，正确处理个人利益与集体利益、局部利益与整体利益、当前利益与长远利益的关系，综合运用各种方法寻找、解释和适用法律，避免脱离民意的法律适用，进而避免司法裁判与群众的隔阂。

（三）掌握化解纠纷的群众方法

“法”（灋）本身具有“平之如水，不直者去”的意思。“不直者去”代表了去伪存真，邪不胜正，而“平之如水”意味着秩序恢复，化于无形。中国的司法文化向来蕴含着一种和谐价值观，司法和谐的理念要求通过宽和、公正的刑罚手段来促进社会和谐，并通过顺应自然秩序的司法措施最终达到自然和谐。^③ 有鉴于此，我们要求法官在审理案件时，从群众利益的角度出发，尊重和谐司法观，案件的处理必须符合群众恢复秩序、安居乐业的自然要求，案件的处理不能简单地依靠判决来“定”，而是尽可能采用调解、和解手段实现“化”。法官要注重对民间纠纷解决方法的学习，始终记得“没有无缘无故的爱，也没有无缘无故的恨”，善于找出导致案件发生的深层次原因，了解纠纷的本质，进而在源头上予以化解。法官要实现法的“平之如水”的追求，必须牢记仅仅“在水面上做外科手术”并不能阻止暗流涌动，要时刻注意群众利益、群众经验、群众情绪，因势利导，将波涛化为微澜，把微澜化为静水。

① 周刚志：《论“司法为民”视野下的法律思维》，载《人民法院报》2009年6月9日，第5版。

② 范立波：《拉伦茨：经由方法的正义》，载《人民法院报》2006年1月9日，第B4版。

③ 崔永东：《古代司法文化中的和谐价值观》，载《人民法院报》2011年1月14日，第5版。

四 结语

人民法院既是国家审判机关，也是群众工作部门；人民法官既是司法工作者，也是群众工作者。“历史唯物主义告诉我们，人民，只有人民，才是创造世界历史的动力。建构社会主义和谐社会，必须最广泛、最充分地调动一切积极因素，发挥各方面的创造活力，不断推动经济社会发展。”^①毫无疑问，群众观念是统率我国司法实践的强大的思想武器，也是我们提升司法服务水平不可或缺的法文化基石。

^① 胡锦涛：《在省部级主要领导干部提高构建社会主义和谐社会能力专题研讨班上的讲话（2005 年 5 月 29 日）》，载《十六大以来重要文献选编》（中），第 713 页。