

SHIXIAN CHENGXU ZHENGYI DE BUJIE TANSUO

实现程序正义的不懈探索

本书编委会 编

——谭兵教授学生学术文集



海南大学诉讼法学文丛



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

海南大学诉讼法学文丛

实现程序正义的不懈探索

本书编委会 编

——谭兵教授学生学术文集

本书获“海南省中西部高校提升综合实力工作资金项目”资助


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

实现程序正义的不懈探索:谭兵教授学生学术文集 /
《实现程序正义的不懈探索:谭兵教授学生学术文集》编
委会编. —北京:法律出版社, 2015. 8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 8396 - 4

I. ①实… II. ①实… III. ①民事诉讼法—法的理论
—中国—文集 IV. ①D925.101 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 203843 号

©法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制/沙 磊

开本/A5

印张/15 字数/396 千

版本/2015 年 10 月第 1 版

印次/2015 年 10 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

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 8396 - 4

定价:39.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



谭兵教授生活照

谭兵教授生平

谭兵，重庆市开县人，1942年9月出生，中国著名法学家、杰出法学教育家，海南大学法学院前院长、教授、名誉院长、博士研究生导师；海南省有突出贡献优秀专家，省级重点学科学术带头人，国家级精品课程负责人，全国“高等学校教学名师奖”获得者；原中国法学会诉讼法学研究会副会长，中国民事诉讼法学研究会副会长，国务院特殊津贴专家，《当代中国法学名家》首批入选者，长期担任中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员，海南省政协社会和法制委员会副主任，海南省法学会副会长。因病于2012年6月10日上午5时在广州逝世，享年71岁。

谭兵教授1962年考入北京大学法律系学习，1968年到沈阳军区炮兵第33师农场劳动锻炼，1969年到沈阳市第105中学任教，1972年到成都市四川齿轮厂子弟中学任教，1979年到西南政法大学任教，1994年以来在海南大学法学院任教，为法学院的建设做出了不可或缺贡献，他的教学科研工作和学术声望，为法学院扩展在全国法学界的影响力做出了重要贡献。

谭兵教授的教学成果连续两次获评国家级二等奖；连续三次获评海南省一等奖。他所负责的民事诉讼法学课程获评国家精品课程。在三十余年法学教育生涯中，他始终亲临教学一线，培养了一大批优秀的法律人才，获得了“高等学校教学名师奖”等荣誉。

谭兵教授为诉讼法学理论的发展和程序法律制度的完善，做出了突出贡献。他曾主持完成国家社科基金课题“中国仲裁制度研究”和其他多项国家级重点科研项目，并受聘主编“九五”规划高等学校法学教材等多部国家重点教材，其成果曾获评海南省社会科学优秀成果一等奖。谭兵教授还捐献奖金设立了“谭兵教授法学研究基金”，支持和鼓励本科生科研工作。

谭兵教授积极参加民主法制建设活动，担任过海南省政协委员、省政协社会和法制委员会副主任、省监察厅特邀监察员、省检察院专家咨询委员会委员等社会兼职，积极为海南省的依法治省工程和社会经济发展建言献策，成为大特区民主法制建设的有力推动者。他关于经济特区问题的研究成果，获评全国精神文明建设“五个一工程”奖。

谭兵教授一生政治坚定，奉公唯谨；谦虚谨慎，不懈进取。谭兵教授的逝世，不仅是海南大学的重大损失，也是中国法学界、法学教育界的损失。我们要学习他严谨负责的科学精神和优良作风，为建设中国特色社会主义法治事业而努力奋斗！

沉痛悼念谭兵教授！

谭兵教授千古！

编 委 会

主 任	黄胜春		
副主任	王 琦	汪祖兴	肖建华
	胡亚球	贺国斌	
编 委	崔 伟	陈 彬	李祖军
	杨春平	张 勇	许明月
	廖红兵	邱代伦	吴家峰
	秦 拓	李 龙	李 静
	王琳(女)	董文彬	何士锋
	李春光	陈 华	钟垂林
	马维秋	郭璐璐	

写在前面的话

2012年6月10日,是谭兵教授离开毕生心血所系教育事业的日子。三年多来,先生的音容笑貌仍时刻在学生心中萦绕。为了表达对老师的思念,我们选取了学生的部分文章结集出版,期望这册集子能够将大家带回到老师耳提面命的难忘岁月。

自1979年始,先生在西南政法大学、海南大学辛勤耕耘三十余载,凝心静气做学问,为人师表带学生,为民事诉讼法学事业做出了卓越的贡献,在学生心目中留下了难以磨灭的记忆!先生曾经对我们说,“教师最宝贵的品质是良知、责任和爱心”。三十多年来,先生以实际行动关爱、呵护自己的每一位学生,担当了为师、为父的责任,践行了“事不避难、义不逃责、行不偏私、言不失信”的君子美德。先生很严,近乎苛刻。记得研究生入学时召开师生见面会,先生就讲,“做学问要‘严’字当头,崇尚严谨、严密、严格,呈现给众人的研究成果一定要代表自己的最佳水平,否则不要拿出来”。每学期,先生都要布置几篇论文让我们练笔。交稿后,每次都见先生在稿子上批注密密麻麻的修改文字。先生的言传身教,令我们感佩,并终生难忘。崇尚平实,是先生留给学生的另一笔宝贵财富。先生曾经强调,“做学问切忌空谈理论和故弄玄虚。只有把复杂的问题简单化,便于人们理解和掌握,并从中得到启迪和帮助,才是做学问的真谛所在”。曾几何时,学界弥漫浮躁、功利之风,而先生不为所动,几十年来始终谦默自持、笃志力行,“用通人的情怀做专家的学问,以专家的功力谈通人的见识”。先生朴素的文风、平实的品格,影响了一代又一代学子。

静水流深,昭示了先生的内在精神。水至柔,却柔而有骨,百转千回,不改东流入海的意志;水至灵,可因势而变,为溪低吟浅唱,为瀑飞流溅雪,蕴涵无限生机;水至善,能滋养万物,承载舟楫,却不自以为德。温润平和,显现出先生的人格魅力。不激不厉,温柔敦厚,博大包容,是先生留下的宝贵遗产,时刻提醒着我们努力追求高尚,努力追求快乐,努力追求本真的生活。

陈彬(1983年师从谭兵教授,现任重庆市高级人民法院副院长)

目 录

- 001 / 新中国民事诉讼法学六十年的回顾、反思与展望(谭兵)

诉讼理论篇

- 017 / 诉讼标的体系构建及其意义(崔伟)
- 028 / 审判权缺位和失范之检讨
——中国民事诉讼发展路向的思考(肖建华)
- 045 / 程序利益保障论(翁晓斌)
- 061 / 执行权力强化的新思路(胡亚球)
- 075 / 诉权论纲(李龙)
- 090 / 论中国民事诉讼法学的生长
——以知识社会学为视角的分析(熊云辉)
- 100 / 试论神判的价值(韦书觉)
- 112 / 论司法文化的生成因素(李建波)

诉讼制度篇

- 123 / 修改与设计:举证时限制度的新发展
——兼评《民事诉讼法修正案(草案)》第六十五条
(李祖军)
- 135 / 举证责任的确定性(叶自强)
- 156 / 思想的解放与司法的开放
——兼议陪审制的价值(吴军辉)

- 166 / 民事执行检察监督简论(张庆中 周勇)
- 178 / 完善我国检察监督立法的必要性问题研讨(王志胜)
- 193 / 我国证券欺诈集团诉讼之可行性分析(李静)
- 205 / 西方国家人事诉讼程序比较研究(邵毅超)
- 217 / 浅论我国民事诉讼中的自由心证制度(李春光)

诉讼实践篇

- 227 / 组建和管理律师团队的构想与实践(邱代伦)
- 236 / 民事与行政争议交叉案件的审理模式研究(张家慧 麻红丽)
- 246 / 论银行卡冒用纠纷案件中的举证责任分配(秦拓)
- 260 / 理想价值目标下的现实窘境
——对新时期人民陪审员制度现状的冷观察(蔡国芹)
- 278 / 论诉讼中的对抗与合作(王琦)
- 293 / 论中国农民工医疗保障制度的完善(王琳)
- 301 / 试论我国医疗纠纷处理机制的完善
——以域外医疗纠纷处理机制为鉴(马维秋 丁影)

诉讼拓展篇

- 325 / 观念与路径:高等法学教育探微(陈彬)
- 336 / 中国不同领域的 ADR 实践
——ADR 在消费者权益保护、劳动争议、环境污染纠纷
和家庭纠纷等中的运用(杨春平)
- 347 / 侵权救济、救济成本与法律制度的性质
——兼论民法与经济法在控制侵权现象方面的功能分
工(许明月)
- 363 / 仲裁机构民间化的处境、遭遇与变通(汪祖兴 郑夏)
- 388 / 论仲裁协议效力的扩张与仲裁第三人制度的完善(黄胜春)

- 406 / 美国拜杜法案颁布前相关政策的演变及启发(唐素琴)
- 419 / 纠纷的解决与程序公正
——兼论程序法治视野中的实体公正(邓和军)
- 431 / 试论仲裁请求权(钟垂林)

特稿:难以忘却的纪念

- 447 / 特稿一:良知、责任与爱心
——记第三届高等学校教学名师奖获得者海南大学
教授谭兵(执笔人:李建波)
- 456 / 特稿二:天堂里多了一位法学家
——纪念恩师谭兵教授(黄家奇)
- 463 / 特稿三:一个法学家的无悔人生
——纪念我的恩师谭兵教授(吴永林)
- 468 / 特稿四:纪念我的老师谭兵先生(范慧芳)

新中国民事诉讼法学六十年的回顾、 反思与展望

谭 兵^{*}

新中国民事诉讼法学走过了六十年的发展历程。这六十年中,民事诉讼法学沿着整个“新中国法学六十年——曲折·磨难·追求”的基本轨迹,^{〔1〕}“既经历过苦不堪言的低谷,也见证了法学研究的辉煌”,而时至今日,民事诉讼法学在经过“理念转型和基本理论体系的重构”之后,“开始驶入了一个高速发展轨道”。^{〔2〕}但是,我们在欢庆新中国民事诉讼法学六十年来所取得的巨大成绩的同时,也应当对几代民事诉讼法学者六十年来在新中国民事诉讼法学的奠基、传承与发展过程中的不同作用进行清晰的梳理和作出正确的评价,同时,应对学科研究工作中存在的不足进行反思和总结。这或许能从中得到一些有益的启示。

一、新中国民事诉讼法学六十年形成和发展的历史脉络

新中国民事诉讼法学六十年形成和发展的历史脉络,如果以其受到社会剧烈变革的深刻影响为标志,可以分为改革开放前的民事

^{*} 谭兵(1942—2012),男,汉族,重庆市开县人,海南大学法学院教授、名誉院长,中国法学会原诉讼法学研究会现民事诉讼法学研究会副会长。

〔1〕 此系2009年4月在上海华东政法大学举办的“首届中国法学名家论坛”的主题。

〔2〕 参见江伟、崔蕴涛:“民事诉讼法学60年”,载2009年4月首届全国法学名家论坛《学术论文集》(下册),第301、305页。

诉讼法学三十年和改革开放后的民事诉讼法三十年。应当说,1978年改革开放前,我国“并没有系统的现代意义的民事诉讼法学”。^{〔3〕}我国现代意义上的民事诉讼法学体系的系统构建,始于1982年3月《中华人民共和国民事诉讼法(试行)》[以下简称《民事诉讼法(试行)》]的颁布施行之后。如果以民事诉讼法学学科自身内在的规律为标准,我国民事诉讼法学的形成和发展,则经历了以下四个阶段:

(一)民事诉讼法学研究的起步和探索阶段

从1949年10月中华人民共和国成立至1982年3月《民事诉讼法(试行)》颁布之前,为我国民事诉讼法学研究的起步和探索阶段。这一阶段,我们重点围绕新中国民事诉讼制度的创建做了以下几项工作:一是学习研究和借鉴苏联的民事诉讼制度。主要是翻译介绍一些苏联的民事诉讼法及其理论书籍,如顾尔维奇的《诉权》等。二是总结推广革命根据地和解放区的民事审判工作经验。包括沿用“马锡五审判方式”,确立“依靠群众、调查研究、就地解决、调解为主”的民事审判工作十六字方针,出台最高人民法院的《关于各级人民法院民事审判程序总结》等。三是各政法院系普遍开设了民事诉讼课程,有的还编写了民事诉讼教材并招收民事诉讼专业硕士研究生。四是推动并参与了《民事诉讼法(试行)》的起草工作。这一阶段,虽然尚未提出建立我国民事诉讼法学学科体系的任务,但却积极地开展了民事诉讼的理论研究工作,为学科体系的构建打下了一定的基础。当然,这一阶段由于其时间跨度长达三十余年,民事诉讼法学的研究工作中间也曾遭受过1957年极“左”思潮的冲击和长达十年之久的“文革”的破坏。

(二)民事诉讼法学研究得到较快发展和学科体系初步形成阶段

从1982年《民事诉讼法(试行)》的出台至1991年《中华人民共

〔3〕 参见江伟、崔蕴涛:“民事诉讼法学60年”,载2009年4月首届全国法学名家论坛《学术论文集》(下册),第302页。

和《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)公布施行之前,为民事诉讼法学研究工作得到较快发展和学科体系初步形成阶段。《民事诉讼法(试行)》的颁布实施,是我国民事诉讼立法史上的一个里程碑。其不但使法院审理民事案件有章可循,有法可依,而且为广大理论研究者研究民事诉讼理论提供了现实依据,从而极大地推动了民事诉讼法学研究工作的开展,使之得到较快发展,并逐渐走向深入。与此同时,学科体系开始初步形成。

这一阶段所取得的主要成绩是:首先,各政法院系普遍成立了诉讼法教研室甚至民事诉讼法教研室,民事诉讼法学专业硕士研究生的毕业人数逐年增加,民事诉讼法学专业的博士研究生也开始培养。因此,这时的民事诉讼法学研究队伍得到了明显的壮大。其次,为了适应学习和宣传《民事诉讼法(试行)》的需要,各政法院系编印了一大批民事诉讼法教材和参考资料。与此同时,大量的民事诉讼法学论文也得到发表,为民事诉讼法学的教学和科研工作奠定了良好的基础。再次,全国诉讼法学研究会于1984年10月在成都宣告成立,并创办了学会的年刊《诉讼法学论丛》,极大地推动了民事诉讼法学的研究工作。最后,民事诉讼法学的体系经过广大理论工作者不断探索和努力,已初步形成。尽管这时尚未形成一个大家共同认可的完善的民事诉讼法学体系,但毕竟有了一个初步的系统框架,而且对其中的不少内容已经达成共识,这从当时出版的一些主要的民事诉讼法教科书中得到了体现。

(三)民事诉讼法学研究工作取得重大进展,学科体系构建日趋完善和成熟阶段〔4〕

从1991年《民事诉讼法》的颁布施行至2000年底,为民事诉讼法学研究工作取得重大进展,学科体系日趋完善和成熟阶段。其主要标志是:第一,研究内容更加深入,研究领域不断向纵深发展,出版

〔4〕 以上三个阶段的划分,参见谭兵、李浩主编:《民事诉讼法学》,法律出版社2009年版,第27~29页。

了一批质量较高的专著,如《民事诉讼专论》、《强制执行理论与实务》、《诉讼公正与程序保障》、《民事诉讼目的论》、《中国仲裁制度研究》等。第二,对外国民事诉讼理论和制度的研究更加受到重视,陆续出版了一批相关的新的研究成果,包括译著、编著和专著。第三,民事审判实务问题特别是民事诉讼制度改革问题的研究受到空前的重视,形成热点,并取得了一些重要成果,如庭审方式改革、审前程序改革、证据制度改革、审级制度和再审制度改革等方面。第四,完成了民事诉讼法学研究工作的理念转型和基本理论体系的重构。其中,民事诉讼法学研究工作的理念转型包括两个方面的内容:一是在民事实体法与民事诉讼法的关系上,民事诉讼法的独立价值得到了肯定和彰显;二是在民事诉讼模式的构建上初步实现了由职权主义向当事人主义的转型。民事诉讼基本理论体系的重构,主要指在程序正义理念和诉讼模式转型的引导下,大陆法系国家民事诉讼法学中的诉讼目的理论、诉权理论、诉讼标的理论以及既判力理论等在我国民事诉讼法学研究中得到了较普遍的认同,并取得了不同程度的进展和突破。^{〔5〕}第五,对学科自身的特点和规律以及研究对象等有了更深入的认识和把握,从而使学科体系的构建日趋完善和更加成熟。正如江伟教授所说:“时至今日,客观地说我国民事诉讼法学的基本理论体系已经初步转型并且构建完成。”^{〔6〕}

(四) 民事诉讼法学研究工作驶入高速发展轨道阶段^{〔7〕}

进入 21 世纪以来,随着国家法治化进程的加快和构建社会主义和谐社会目标的提出,解决民事纠纷的程序机制越来越受到重视,因此我国民事诉讼法学研究工作驶入了高速发展的轨道,主要体现在:首先,研究工作呈全方位、多角度、综合性态势,高质量的成果层出不穷。其次,研究的视角跳出了以诉讼为中心的局限,提出了“多元

〔5〕 参见江伟、崔蕴涛:“民事诉讼法学 60 年”,载 2009 年 4 月首届全国法学名家论坛《学术论文集》(下册),第 305、304 页。

〔6〕 同上注,第 305 页。

〔7〕 同上注。

化”的纠纷解决体系理论。江伟教授曾对此评价说,“这一阶段民事诉讼法学研究最大的特点就是呈现立体化的研究趋势”,“最大成果就是‘多元化的纠纷解决体系’理论的提出”,“多元化的纠纷解决理论的提出对于传统民事诉讼法学是一个巨大的挑战,给现有民事诉讼法学带来了根本性变革”。〔8〕再次,一批富于创新精神且颇具实力的中青年民事诉讼法学者脱颖而出,成为民事诉讼法学研究的中坚和骨干力量。他们都在各自的研究领域取得了较突出的成绩,有的还被评为全国十大杰出中青年法学家。最后,经中国法学会批准,2006年9月新设立了独立的民事诉讼法学研究会。这不但使民事诉讼法学科的地位得到明显提升,而且为学科的研究工作拓展了更大的空间。

二、学科队伍的结构和作用探析

(一)老一代学者对新中国民事诉讼法学的重大贡献

新中国老一代民事诉讼法学者,一般是指新中国成立不久即在高校从事民事诉讼教学和研究工作,以后又领导了民事诉讼法学科的创建,并在学科建设和发展的较长一段时间内发挥了重要影响和起着核心作用,对学科的人才培养作出过重要贡献的一代学者群体。老一代学者群体,一般出生于20世纪30年代,50年代初期受过高等法学教育,有的还曾到国外留学。目前他们一般年近八旬或者年事更高,大多数已退居第二线,个别人已经去世。但由于其学术造诣高、研究成果丰硕、德高望重,既是新中国民事诉讼法学科的奠基者,又是学科建设和发展的掌舵人,且至今还有几位老先生担任民事诉讼法学研究会的名誉会长,因此他们的学术影响仍然存在。一般认为,新中国老一代民事诉讼法学者群体的主要代表人物包括(排名不分先后):中国人民公安大学教授柴发邦先生(已经过世)、中国人

〔8〕 参见江伟、崔蕴涛:“民事诉讼法学60年”,载2009年4月首届全国法学名家论坛《学术论文集》(下册),第305页。