

民事诉讼法学 实践问题研究

黄海涛◎著



中国政法大学出版社

民事诉讼法学 实践问题研究

黄海涛◎著



中国政法大学出版社

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

民事诉讼法学实践问题研究/黄海涛编著. —北京:中国政法大学出版社, 2015. 7
ISBN 978-7-5620-6151-9

I. ①民… II. ①黄… III. ①民事诉讼法—法的理论—研究—中国 IV. ①D925. 101

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第181085号

- | | |
|-------|---|
| 书 名 | 民事诉讼法学实践问题研究
MINSHI SUSONG FAXUE SHIJIAN WENTI YANJIU |
| 出 版 者 | 中国政法大学出版社 |
| 地 址 | 北京市海淀区西土城路 25 号 |
| 邮寄地址 | 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088 |
| 网 址 | http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社) |
| 电 话 | 010-58908285 (总编室) 58908334 (邮购部) |
| 承 印 | 固安华明印业有限公司 |
| 开 本 | 720mm×960mm 1/16 |
| 印 张 | 20.75 |
| 字 数 | 309 千字 |
| 版 次 | 2015 年 10 月第 1 版 |
| 印 次 | 2015 年 10 月第 1 次印刷 |
| 定 价 | 46.00 元 |

序

黄海涛是我的学生，他能够在工作之余，专心民事诉讼法学的实践性研究，并出版此书，我非常高兴。

海涛于1998年考入法大研究生院，当时民事诉讼法学还是诉讼法学专业之下的一个研究方向，学校将他分配给我做学生。在入学之初他就表现出极高的学习热情，而且问题意识突出，对于书本中或老师讲的内容并不是浅尝辄止，而是特别留意其中的问题，认真钻研，有一种“打破砂锅问到底”的劲头。在学习过程中，他能够不唯上、不唯书，就某个问题的各种学术观点，非常认真地进行比较分析，择其优者而从之。在讨论问题时，海涛的发散性思维与系统性思维使他经常能从多个角度对问题的解决提出新的方案，这一点得到了大家的好评，也反映出他较强的法学基础。这些优点在他工作之后仍然得到了保留与发扬，也正因如此，他提出考博的想法而征求我的意见时，我一点也不惊奇，也非常高兴地答应继续做他的博士生导师。

法学是一门实践科学，民事诉讼法学更是如此。海涛在工作之后经常打电话给我，请教一些审判中遇到的问题。对于这些问题，他延续了刻苦钻研的作风，务求答案水落石出。对于其中的一些问题，他认真地研究之后撰写的论文，我基本都看过，在理论与实践相结合、应然与实然相结合、制定法与“活法”相结合、比较法研究与本土化思维相结合、价值衡量与实践方法相结合等方面表现突出，对于理论界了解司法现状具有实践意义，对于司法者提高对实践中的具体问题的认识与分析水平具有现实意义。这本书是他这种特殊的学术风格的集中体现。

在这本书的四个章节中，我个人认为其中关于法院调解的部分最有价值。长期以来，法院调解的制度设计与改革完善问题都是民事诉讼法学界

与实务界共同关注的话题之一，是一个老问题。但海涛这本书中的相关论文却有所创新，主要表现在以下几点：一是提出并论证了一些新的观点，比如调解是否必须以查明事实为前提，法院调解程序与法官调解权的法律性质的阶段划分问题、调审分离或调审分立的实际成效与隐忧，等等；二是运用了一些新的研究方法，比如棚濑孝雄的“过程分析法”，将对调解的研究从单纯的制度分析的角度，转向制度中的人的角度，通过对调解中各个主体的心理分析，既论证了调解的特殊属性与功能，又改变了一直以来普遍存在的“调解是法官的个人意愿与爱好”的观点；三是始终强调程序保障，提出了一个新的研究视角，将程序是否科学、合法、合理，当事人的意思自治是否得到保护与尊重作为评价调解的标准，改变过去以实体结果为唯一标准的做法；四是实证性强，其中对司法实践中的一些情况的介绍是之前学者未能获取的基础性资料或更加真实的细节，而以对“调审分离”观点的分析为例，本书对诸多问题的研究视角也始终站在司法者实操的角度进行实证分析，较好地弥补了现有研究的短板；五是有“大处着眼、小处着手”的优点，始终以法院调解的特殊性质为制度设计与评价的出发点，并以此为标准对制度设计的每一个细节进行分析探讨，书中如对调解对象的界定、对案外人参与调解的程序要求的研究，都有一定创新价值。海涛对法院调解问题一直很有兴趣，他博士论文的题目就是法院调解立法研究，我非常高兴地看到这次书中的相关论述比之前的博士论文有了进步。

这本书中诉讼程序问题与实体法相关问题两个章节的内容也很有特色，有一定的学术价值，比如关于立案审查的两篇文章，从实践问题、观点碰撞、法律规范、理论观点的不同角度对当前受到普遍关注的“立案难”问题进行了深入剖析，体现了法律人思考这一问题的特殊视角，并为学校的学者了解相关问题的实践情境提供了快捷方式；而关于法院释明的调研报告也很有意义，反映出一段时期中，法院内部在社会主义法治理念、能动司法、“为大局服务、为人民司法”等标签之下，对于司法本性的思考与坚持，对“政治效果、法律效果、社会效果相统一”的理性思考。诉讼法与实体法的互动关系是非常重要但研究成果相对匮乏的领域，这主要是因为缺乏对实体法与诉讼法两方面都比较关注的研究者，海涛因工作需要而具有了这一优势，这本书中的两篇文章分别从诉讼证明与诉讼

主体的角度对婚姻法与物权法上的问题进行了有益的探索，对于司法实务具有重要意义，对于诉讼法学研究也是一个新的成果。关于诉讼证明的几篇论文也充分地体现出本书的实证性与创新性，其中关注了证据法中比较重要的几个主题，我个人希望他能继续深入研究，探讨一下诸如司法实务中对证据材料的证明力如何评价、对证明标准如何掌握等实践性问题，纯粹的理论探讨对解决这些问题始终有些隔靴搔痒、力不从心的感觉，迫切需要从证据法的角度进行实践情况的梳理。

这本书的出版对海涛个人而言是一个标志，也是一种鼓励，作为海涛的老师，我为他的坚持感到欣慰，对他的成长表示祝贺。这本书中探讨的问题虽然有些观点与论述可以进一步探讨，但代表了他个人认真的思考，我认为这已足够，也希望他能再接再厉，取得更多的研究成果。

宋朝武

2015年3月20日

前 言

调研既是审判工作的一项内容，也是一种工作方法。

有机会研究审判业务问题是当前形势下，法院工作最大的吸引力。回想刚进入中国政法大学读本科的第一年，曾觉法学无味，后来学得越多、兴趣越浓，最后又考上了法学研究生继续学习。读研期间，自以为本专业的民事诉讼法学理论学得还算认真，有一点积累，但参加工作之后，特别是做了法官之后，却发现许多实践中的本专业问题自己解决不了，与同事们讨论时对相关问题的解决亦莫衷一是，仍然需要到处打“求助电话”。但这段时间的主要收获就是找到了“理论与实践结合”的一些入门的感觉，发现实践中遇到的很多问题实际上是可以与一定的理论问题对应的。记得当时讨论过一个案子，有两个被告，有一个被告明显与案子没关系，但这个当事人在本区居住并构成本案管辖的基础，法官们有两种观点：一种观点是继续审理，判决时明确责任归属；另一种观点是先把无关一方裁出去，裁出去之后再移送另一方当事人所在地法院。大家在讨论依据哪个法条处理，笔者则纠结于当事人适格、诉讼成立要件、管辖恒定原则等诸多问题的冲突，不得其解。诸如此类的问题使笔者对本专业的学术研究有了新的兴趣点，并由此解决了一些问题，这也更增强了笔者进一步学习的热情。

我国的民事诉讼法学理论研究经过数十年的发展，已经摆脱了早期单纯的注释法学、概念法学的阶段，笔者在学习工作期间也深深地感受到这一变化，并从中获益良多。而这些变化也影响到了自己的研究对象与研究方法，笔者对法律研究方法的一些个人的思考在本书收录的文章之中也有体现：

第一，更加注重对本部门法领域内的法理学、法哲学问题的研究，如

法律制度与社会发展的互相呼应与影响、不同法律解释方法在诉讼法学中的运用、司法中价值冲突、利益冲突的衡量与平衡问题等。在研究案件问题的过程中,笔者发现司法审判中很多实际而具体的问题的解决方案的选择,其实主要是基于审判案件的法官本人对这些深层次问题的认识,只是很多法官没有意识到这一问题而已,比如离婚中的不忠行为的认定与偷录、偷拍证据的合法性判断问题。笔者对这一方面的关注即本书中《隐身三段论之中——民事审判的价值追求与实现路径》一文所研究的内容——法官个人的价值观与实现其价值选择的技术性方法的互动。另外,这一宏观性、理论性的问题在一些具体的法律制度设计中也有极强的影响力,如释明。释明制度是社会发展与司法制度互动过程的典型代表。在自由资本主义向垄断资本主义的发展过程中;在现代民事诉讼从法国民事诉讼法的全面的当事人主义,转向在程序进行方面采取职权进行主义的德国民事诉讼法的过程中;基于司法审判对社会现状的认识,在回应社会需求的过程中;法律界对司法公正的认识由形式公正向实质公正迈进,释明制度由此逐渐形成并推广。在我国当前国情之下,在我国的社会主义法治大背景之下,这一制度同样具有重要的现实意义,这也是本书收录的释明的调研报告中所关注的内容。

第二,更加关注实践,特别是司法审判的实践。霍姆斯法官曾言:法律的生命在于经验,而非逻辑。法律经验的形成与梳理即法学研究的重点课题之一。民事诉讼法学本身就是一门实践性很强的法学学科,上至现代司法制度整体框架的建立与改革,下至具体诉讼制度的设计与完善,均在其视野之内。近年来,法律界的研究更加关注实践中出现的课题,实证研究、田野调查等研究方法逐渐成为显学。实际审判遇到了什么问题,法学理论问题在司法实践中的具体表现,在实践中具体如何操作与掌握法律规范,这些都是非常受关注的话题,如中央也关注的“立案难、诉讼难、执行难”的问题,调解的乱象等。对于这一点,笔者认为最重要的不是研究范围的变化——将实践情况、实际问题纳入研究范围,而是研究角度的变化——注重从实践出发研究问题,关注实际问题、掌握实际情况、尊重实际需求、提供操作方案。因此,在“提出问题、分析问题、解决问题”的三部分中,最重要的始终是如何解决问题,关于这一点,在本书的多篇文章中均有体现,特别是选录的笔者参与撰写的几篇所在法院的调研报告

(需特别说明的是,本书的多数文章都依据2013年的民事诉讼法修正案与2015年2月施行的民事诉讼法新的司法解释进行了修订,但为体现调研当时的情境与思考,调研报告未做太大修改)。

第三,更加注重体系化思维,更加注重具体诉讼法问题的外部影响因素。“头痛医头,脚痛医脚”为研究问题之大忌,却也是一些同志在提出解决方案时常犯的毛病。司法本应处于社会纠纷解决的最后一道防线,但在当前形势下却成为“先锋官”;司法本应是内敛的、消极的、含蓄的,现在却在承担过多的审判之外的职能。当前许多问题虽然在审判执行工作中表现得非常严重,但其实并非法律问题,更不是司法的问题,也不是法院单独能解决的问题,如执行难中的个人信用体系与财产申报制度、虚假诉讼与虚假证明的问题等。对于这些问题,仅在法律要件、法律效果上进行分析显然不足以解决实际问题,需要我们有更加宽阔的视野、更加全面的思维、更加多元的手段。正是基于这一考虑,读者可以从本书中看到,在许多问题的解决方案上,多是从法院自身审判工作(如统一对某些法律问题的法律适用与解释的标准、制定针对诉讼程序中特定阶段与措施的操作规范与行为准则等)、立法与司法解释的修订、社会化的配套措施三个方面展开论述,这一点在本书的《关于建立民事诉讼欺诈行为制约机制的调研报告》与《关于强化法官释明弥补当事人诉讼能力不足的调研报告》中均有充分体现。而在《法院调解书的法律效力分析——从与台湾诉讼上和解之比较出发》一文中,笔者注意到,台湾学者虽然认为诉讼上和解不具有形成力,但做出这一判断的原因却不在诉讼法,而在于实体法,因为台湾对于与法律关系变更有关的典型事件,如解除婚姻关系、物权变动,均采纳了“登记要件主义”,故和解不足以产生实体法上的法律关系变动的效果,这是台湾学者认为和解不具有形成力的民事诉讼法之外的实证法基础。在本书对一些诉讼法问题的分析中,读者不仅能看到笔者对这些问题的具体诉讼法规定的分析,也能看到该问题与民事诉讼法其他诉讼制度的关系问题的探讨,还能看到民事、刑事、行政三大诉讼法的对比论证,而这些正是笔者所重视的研究内容。

第四,更加注重法学交叉领域的研究,关注实体法与诉讼法的呼应。本书中收录的《回归之旅:夫妻共同债务认定的法理基础与司法对策——对〈婚姻法解释二〉第24条的诉讼法解读》一文,即属于此类主题。我

国婚姻法对形成夫妻共同债务的要素做出了实体性的规定，司法审判中一直照此执行，但在司法解释做出了认定共同债务的具体规定之后，法律界对婚姻法与司法解释之间的关系、对如何适用司法解释产生了一定的争议。而该文从诉讼法的角度，将司法解释的这一规定界定为改变证明责任承担方式的推定规则，从其对诉讼证明的影响出发，从主张责任、提供反证的责任、提供证据责任的转移等方面，对解决婚姻法上夫妻共同债务的认定与婚姻法、司法解释的关系问题进行了探索。实践中，实体法与诉讼法问题互相交错、互相影响的情形经常出现，特别是在法院审查原告起诉是否符合立案受理条件，确定“原告是否与本案有直接利害关系”或被告是否明确时。本书中《法院立案审查标准异化现象分析》中对此问题有所论述。而在审判中，容易产生争议的还有合伙人身份的认定与其诉讼身份、提起第三人撤销之诉的主体资格问题、挂靠经营的民事责任与诉讼主体身份的衔接问题、代位权诉讼的实体构成与诉讼方式的问题、未成年人侵权的责任承担与诉讼主体问题等。本书中《业主委员会有权诉请保护所在小区土地使用权》实际也涉及了这一问题。

第五，更加关注细节，特别是实证法的细节。对法律制度性问题的研究，多数从制度的规范与相关理论出发，但泛泛而谈难免有误，只有关注到制度设计与施行的细节，方能有所裨益。本书中《试论重复起诉的认定与诉的识别——从〈民诉法解释〉第247条的规定出发》一文即对“一事不再理”的实证法规定进行了细致的梳理。传统理论认为既判力仅限于判决书，裁定书不具有既判力。但在实证法上，《民事诉讼法》第124条第5项规定，对判决、裁定、调解书已经发生法律效力案件的当事人又起诉的，法院应告知原告申请再审。两者之间似乎存在既判力范围界定的矛盾。该文通过对裁定书类型与处理事项的具体分析，梳理《民事诉讼法》第154条规定的10项具体裁定事项，认为由这些事项所决定，裁定书并不具有既判力，从而找到了制定法与法学理论之间的衔接点。《法院应当在庭审中释明案件的具体法律关系》一文，结合具体案例，针对实践中释明的具体操作性问题，就释明的时间点、方式（如是否应当直截了当地告诉当事人本案的正确的法律关系，还是可以概括地询问双方当事人是否同意以法院认定为准）等如何进行释明的细节性问题进行了探讨。在《关于排除调解事项之完善的思考——基于对〈民诉法解释〉第143条的分析》

中，笔者通过对比婚姻法司法解释中对婚姻无效之诉的调解问题的具体规定，提出排除调解的对象应该是特定的事项，而不是《民诉法解释》中规定的整体的案件，并对特殊案由或适用特殊程序的案件的调解问题进行了细致的梳理。

法院调解是本人一直非常感兴趣的研究课题之一。本书中专设了一章讨论此问题，其中收录了工作以来就法院调解问题撰写的几篇论文，读者们如果认真阅读相关内容，可以发现前后几篇文章的角度与观点略有区别，并非完全一致，特别是关于法院调解的性质与法官调解权力的性质的讨论。这一点在《调解真实原则质疑——从程序保障看调解制度改革》，到《试探法院调解中法官调解权的阶段性》，再到《法院调解性质的实证化分析——从调解的实践场景描述入手》这几篇文章的对比中有所体现。而这些也反映出本人对法院调解的认识不断深入的过程。如调解的性质问题，从2001年的研究生毕业论文，到2008年的博士毕业论文，再到去年撰写的《实证化分析》一文，观点一直在演化。在笔者博士论文的《前言》中，曾专门就此过程进行了介绍：“笔者曾认为法院调解是纯粹的当事人的合意处分行为，与比较法上日本、我国台湾地区的诉讼上和解制度的性质相同，法院法官仅仅是协助当事人达成一致，并不存在其他行为，对法院调解的性质不具有影响。但通过这次论文的写作，笔者发现法院对调解的审查确认是法院调解区别于人民调解、诉讼外和解等调解方式的关键所在，以前观点存在以下不足之处：一是人为割裂了法院调解的前后关系，仅仅将研究目光放在前期的调解过程，忽略了后期审查过程；二是未充分注意我国法律规范中对法院调解的实际规定，以前自己勾勒的法院调解制度的法律框架有所欠缺，未意识到法院后期审查行为对法院调解构成的重要性；三是在借鉴比较法研究成果和经验上，过于草率简单，未作具体细致的分析，未充分考虑我国法院调解立法与其他国家和地区立法例之间的具体差异，未充分认识到我国民事诉讼法学界对法院调解制度的研究与日本、我国台湾地区对诉讼上和解的研究在视角、目的、争议点上的不同。在本文中，笔者特别将自己的一点学习和研究体会写入论文之中，作为对自己的一种鞭策。”实际上，从本人目前所持的观点看，这一演化过程仍在继续中，但有两点一直未变：一是以程序保障为制度评价与设计的出发点，摆脱以审判、以“可能”的判决的结果作为调解的评价标准的做

法；二是从实证的角度进行研究，这一点在《实证化分析》一文中得到了充分体现，在《从过程分析的进路看“调审分离论”之不足》一文中，实证分析也是笔者质疑“调审分离论”的基础之一。笔者也希望能通过本书中对相关问题的实践情况的论述，引发大家对法院调解的持续关注，因为里面还有许多问题值得研究。

值得进一步研究的问题还有很多，比如证明。与证明相关的理论成果非常丰富，证据法的问题也是实践中法官们非常关注的问题，特别是举证责任的分配、提供证据责任的转移、证明标准的掌握、证据合法性的判断、推定的运用与反驳、本证与反证的区分等。本书中收录的《试论当事人对程序法上事实的疏明》与《从程序保障看我国司法鉴定制度改革》两篇文章只是笔者挑选的，目前自己的能力可以初步解决的相对简单的问题而已。个人对证据法的问题还远没有学习到位，但可能下一步会集中研究一些举证责任分配方面的问题，特别是具体案由之下具体事实要件的分配问题，因为这是实体法与诉讼法交错的问题之一，也是谈论案子时经常纠缠的难题。

法国科学家笛卡儿曾说过：“愈学习，愈发现自己的无知。”本书虽然是笔者在民事诉讼法学领域对某些问题的研究“结果”，但自知对该学科尚未完全入门。其实在写作的过程中就发现有些问题，自己尚不能得出一个可以说服自己的结论，更无法论证，仍需要进一步学习研究。但能坚持到这一步，离不开谆谆教导的师长，尤其要感谢我的研究生导师，也是我的博士生导师宋朝武教授，是他引我进入民事诉讼法学的大门，并在许多方面给予过我帮助；其次，我要感谢在学习过程中给我指导的其他老师，各有所长的他们总能给我不同的启发；同时，要感谢工作以来给予我信任、关怀、指点的院庭的领导，他们对调研工作的支持和我个人的照顾，我铭记于心；最后，也要感谢同样学习研究民事诉讼法的我的年轻朋友以及一起研究案件的法官同事们，虽然不能一一提及他们的名字，但与他们的讨论乐趣无穷，我受益颇丰。

将这本书献给我的家人，感谢他们一直以来的默默支持。

黄海涛
2015年5月

目 录

CONTENTS

第一章 民事诉讼程序问题研究	1
隐身三段论之中	
——民事审判的价值追求与实现路径	3
我国陪审制度改革若干问题初探	19
法院立案审查标准化现象分析	33
试论重复起诉的认定与诉的识别	
——从《民诉法解释》第 247 条的规定出发	49
关于建立民事诉讼欺诈行为制约机制的调研报告	61
关于强化法官释明弥补当事人诉讼能力不足的调研报告	79
法院应当在庭审中释明案件的具体法律关系	107
诉讼过程中诉讼标的物灭失应如何处理	114
第二章 法院调解问题研究	121
调解真实原则质疑	
——从程序保障看调解制度改革	123
试探法院调解中法官调解权的阶段性	135
法院调解性质的实证化分析	
——从调解的实践场景描述入手	147
从过程分析的进路看“调审分离论”之不足	158
案外人参与调解制度之完善问题研究	
——以《法院调解规定》第 11 条为对象	175

关于排除调解事项之完善的思考	
——基于对《民诉法解释》第 143 条的分析	189
法院调解书的法律效力分析	
——从与台湾诉讼上和解之比较出发	201
第三章 证据与证明问题研究	215
从程序保障看我国司法鉴定制度改革	217
试论当事人对程序法上的事实的疏明	232
未经承认之外国判决的效力分析	247
第四章 实体法相关问题研究及其他	257
回归之旅：夫妻共同债务认定的法理基础与司法对策	
——对《婚姻法解释二》第 24 条的诉讼法解读	259
业主委员会有权诉请保护所在小区土地使用权	273
执行豁免财产制度完善研究	
——以比较法研究为进路	287
反家庭暴力法应当完善诉讼法思维	296
谈谈法院调研报告的写作	299

第一章

民事诉讼程序问题研究

隐身三段论之中

——民事审判的价值追求与实现路径^{〔1〕}

在西方司法制度中，为保证司法过程与结果的公正性，防范法官的个人因素对判决客观性的影响，从“三权分立”的基本理论出发，法官被设定为严格根据“三段论”的逻辑推导方法适用法律的保守和克制的形象。在司法过程中，法官应当，而且只能严格依据现有的法律条文，从现有实体法律规范（大前提）出发掌握争议事件的法律关系性质，分析其事实要件，通过论证案件事实（小前提）与法律规定的“事实要件”之间的关联性，将案件纳入争议的规范所调整的范畴，遵守严格的逻辑思维方式，以演绎式（推导式、涵摄式）的三段论推理方法适用法律，分配当事人各方的权利义务（结论）。在我国，对司法审判过程的理论概括也基本上遵循同样的设计，法官的审判工作同样基于“寻找大前提、认定小前提、判定法律效果”的这一逻辑顺序展开，这也是讲授三段论等逻辑推导方法的法律逻辑课程成为法学本科必修课的原因之一。

但现实的司法过程真的只是逻辑推理吗？法官的审判真的只是“自动售货机”吗？卡多佐曾有句名言，“司法的创造性是司法的本质”，恩吉斯曾说，“法就其全部构成部分而言，是一种有机的，与人结合出现的活泼的精神产物”。^{〔2〕}比较法上，西方法治发展的进程已经抛弃了原来对法官保守而机械的形象设计，逐渐认可了法官在司法中的个体性、创造性、目

〔1〕 本文原标题为《试论司法裁量权的价值实践功能》，载张卫平主编：《民事程序法研究》第9辑，厦门大学出版社2013年版。收入本书时有所修改。

〔2〕 转引自〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第176页。