

民事诉讼法学

专题研究

(一)

■ 赵 钢/著

中国政法大学出版社

D925.101

4

:1

2006

民事诉讼法学

专题研究

(一)

■ 赵 钢/著

中国政法大学出版社 /

图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼法学专题研究/赵钢著. —北京:中国政法大学出版社,
2006.4

ISBN 7-5620-2903-2

I. 民... II. 赵... III. 民事诉讼法-法的理论-研究-中国
IV. D925.101

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 032581 号

书 名 民事诉讼法学专题研究(一)
经 销 全国各地新华书店
出版发行 中国政法大学出版社
承 印 固安华明印刷厂
开 本 880×1230 1/32
印 张 13.125
字 数 360 千字
版 本 2006 年 10 月第 1 版 2006 年 10 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-5620-2903-2/D·2863
定 价 28.00 元
社 址 北京市海淀区西土城路 25 号
电 话 (010)58908325(发行部) 58908335(储运部)
58908285(总编室) 58908334(邮购部)
通信地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088
电子信箱 z5620@263.net
网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

自序

屈指算来,自1982年大学毕业至武汉大学法律系(后改称法学院)工作时起,到这本“文集”面世时止,本人已有所间断地(大致相当于“诉讼中止”?)在民事诉讼法学的教学与科研领域“挣扎”了25个年头,由当初一个初出茅庐的“法学青年”逐渐“进化”成为一个稍稍有了那么一点可怜底气的“五旬汉子”。回首往事,想到这一不算太长但也绝对不算太短的“治学历程”(姑且这样叫吧),多少还是会有一些这样那样的感触的。当然,想到现如今的人们(其中当然也包括我身边的某些学者)往往具有或“夸大痛苦”或“自我膨胀”的病态倾向,因此为避嫌起见,也就不想作过多的涉及和议论了,但是以下几点则不能不说:

1. 我不敢妄称自己已经有了25个年头(1/4世纪!)“持续不间断”的“治学历程”,因为由于不必细说的种种原因,在1991年至1995年长达5年的时间内,本人并没有写下当然也就更没有发表哪怕是一个字的“科研心得”(当然,此前还是有一点点现在看来明显属于“羞于见人”的“科研成果”的,否则便不可能“终于”在1993年晋升为副教授了)。因此,如果借用诉讼用语来加以形容,这5年完全应当属于“期间之虚度”,或者说应属于“可剔除之期间”,故当然不应将之实际计算在“审理期限”即所谓“治学历程”之内,否则显然与事实不符。正是由于这一原因,所以这本“文集”中所选录的论文均是在1996年至2005年这10年间发表的。这样“处理”,不仅是为了尊重历史,而且也是为了给自己前期的懒惰、无能与低产做一番

“遮羞”。

2. 这本“文集”中所选录的论文,并非全都是由本人独自署名发表的,也就是说其中有的论文是分别和我的一些硕士生和博士生联名发表的。作此说明,主要也是为了尊重事实,避免因为“贪天功为己有”而遭人不待见。当然,必须同时说明的是,凡是与学生联名发表的论文,本人都实质性地付出了自己的创造性劳动,而且所付创造性劳动的比例均足以使得本人以第一作者的身份坦然地署上自己的姓名。之所以作此特别说明,主要是为了与目前我国法学界所存在的人人皆知的某些现象(譬如“著作等身”之虚假繁荣与法学垃圾的“随意倾倒”)划清界限,以便能够做到“洁身自好”;之所以能够作此特别说明,则是建立在客观事实而非老师与学生之间因“人身依附关系”而产生的“学术霸权”(简称“学霸”?)的基础之上的。

3. 本人真诚地认为,这本“文集”中所选录的论文,并非有什么了不起的学术价值,因此也就不会对我国的民事诉讼法学研究起到什么实质性的影响和所谓贡献。在我看来,它不过是对相关事实的一个客观记录,而且其中也不能完全排除有某些“功利之作”,但是结集汇编以供自己把玩、体味,或者说“自娱自乐”,想必应该是不会给他人带来什么妨碍的。

另外,必须说明的是,由于本人迄今为止已在《法学评论》编辑部做了12个年头的兼职编辑,且一直是实际主持工作的副主编,与众多兄弟期刊有着长期的“睦邻友好关系”,这在客观上多少也有助于自己论文的发表,但聊以自慰的是,此种“特权”的运用应该没有给兄弟期刊带来太大的“质量下滑”,否则本人早就成了人见人躲的“瘟神”了。

4. 为了掩盖自己的懒惰与无能,当然更是为了表示自己对某些现象的不屑,本人曾经说过,“50之前不出书,50之前未必出不了书,

50 之后未必一定要出书”(“中国诉讼法律网”中“法律学人”栏目本人所作之“座右铭”)。现在看来,由于这本“文集”不过是对已发论文的一个“汇编”,根本算不上是一本严格意义上的“书”(即所谓“专著”),故仍然没有因为其之面世而使得自己自食其言。当然,这只是我自己的看法。我将坚持这一看法。正是由于这个原因,所以此本“文集”的封皮上也就有了“(一)”的明确宣示。

赵 钢

2006 年 6 月

目 录

第一部分 研究综述与《民事诉讼法》的修订

回顾、反思与展望

——对 20 世纪下半叶我国民事诉讼法学

研究状况之检讨 (3)

关于修订《民事诉讼法》的几个基本问题 (36)

激变还是渐进

——略论修订《民事诉讼法》的应然基调 (77)

第二部分 基本理论问题研究

论社会主义市场经济条件下我国公民应有的

诉讼观念 (85)

从法律文化背景看我国民事诉讼模式的选择 (102)

诉讼成本控制论 (113)

正确处理民事经济审判工作中的十大关系 (128)

第三部分 诉讼程序与诉讼制度研究

专属地域管辖与特别地域管辖趋同论	(157)
从司法解释与现行立法之抵触看无独立请求权	
第三人诉讼地位之窘困及其合理解脱	(162)
试论证据法上的推定	(168)
试论民事诉讼中的自认	(178)
略论我国民事诉讼证据规则之应然体系	(190)
实务性诠释与学理性批判	
——《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》初步	
研习之心得	(197)
民事诉讼中当事人商定举证期限与法院指定举证	
期限之应然关系	(258)
论法官对诉讼请求变更事项的告知义务	
——以《关于民事诉讼证据的若干规定》第35条	
为分析基础	(267)
我国法院调解制度的新发展	
——对《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》的	
初步解读	(278)
财产保全与先予执行制度立法完善之设想	(304)
关于完善我国司法救助制度的几个基本问题	
——以修订《民事诉讼法》为背景所进行的探讨	(325)
试析起诉的消极条件	(341)
对被告应诉行为的定性分析	(353)

略论民事诉讼简易程序之结构	(361)
略论民事抗诉程序价值取向的重构及其程序设计	(366)
论代位权诉讼	(378)

第一部分

研究综述与
《民事诉讼法》的修订

回顾、反思与展望

——对 20 世纪下半叶我国民事诉讼法学 研究状况之检讨*

一、引言

世纪之交,我国正处在向市场经济体制大踏步迈进的历史性进程之中,与此同时,也日益面临着法制现代化的跨世纪使命。毋庸置疑,被国外学者誉为“实用宪法”的程序法,其现代化自当为法制现代化的应有之义。其中,突出体现程序法精义的民事诉讼法的勃兴与发达,在法制现代化的历史进程中,自然也就更加显得举足轻重。由于民事诉讼法的勃兴与发达同民事诉讼法学的兴旺与繁荣之间总是十分明显地呈现出一种相得益彰的互动关系,因而,从某种意义上讲,民事诉讼法的发达在相当程度上必须得仰仗于民事诉讼法学的繁荣。然而,在我国,由于整个社会长期深受“重实体、轻程序”以及“重刑轻民”之传统理念的双重浸润,故直接导致了我国民事诉讼法学在研究队伍、研究手法、研究成果等许多方面均明显地落后于民商法学、经济法学以及刑事民事诉讼法等相关兄弟学科,并且已经成为健全与完善我国民事诉讼法、进而推动我国整个法制走向现代化的一个障碍。这种状况,显然是任何一个勇于面对现实的人都不会加以否认的。有鉴于此,每个致力于民事诉讼法学研究的人都应当为繁荣我国的民事诉讼法学尽自己的一份责任。作为长期从事民事诉讼法学研究工作的普通一员,笔者对本文的写作便是基于

* 原文发表于《法学评论》1998年第1期。

4 民事诉讼法学专题研究(一)

这一目的。在本文中,笔者试图通过回顾我国民事诉讼法学所走过的历程,并在对其进行深刻反思的基础上,对我国民事诉讼法学的未来发展趋向作出尽可能科学的展望,以期能为繁荣我国的民事诉讼法学尽自己的一份绵薄之力。

屈指算来,我国的民事诉讼法学已经蹒跚地跨过了将近 50 个春秋。回顾其所走过的近 50 年的历程,笔者认为,从总体上来看,我国民事诉讼法学的发展基本上显现出这样一条脉络,即它的每一次整体性飞跃,都是以民事诉讼法典的颁行为契机的。建国以来,我国先后共颁行过两部民事诉讼法典,即 1982 年的试行法和 1991 年的新《民事诉讼法》。基于此点认识,笔者在回顾我国民事诉讼法学所走过的历程时,即是以这两部民事诉讼法典的颁行作为具体阶段划分的标识的。

二、回顾

(一) 第一阶段(1949 - 1982)

1. 1949 - 1957 年的起步阶段。应当承认,建国伊始,新生的人民政权即在百废待兴的历史条件下开始着手诉讼法制的建设。1950 年 12 月,中央人民政府法制委员会拟定了《中华人民共和国诉讼程序试行通则(草案)》,以期在正式的诉讼法典公布施行以前,将其作为人民司法机关处理各类诉讼案件之程序依据。由于这一草案刑民不分,集刑事诉讼程序和民事诉讼程序于一体,加之其所设置的诉讼程序具有诸多不足之处,故其未能获得通过。但即便如此,由于该草案所提出的“根除反动司法机关压迫人民的、繁琐迟缓的、形式主义的诉讼程序”这一原则要求的实际贯彻执行,故以旧中国的民事诉讼立法和民事审判实务作为主要研究对象的旧民事诉讼法学便随之而遭受到完全、彻底的批判。与此同时,出于巩固新生的人民政权的需要,在当时的诉讼领域中,各种刑事案件占据了突出的地位,而民事案件则比重较小,且其中又以离婚案件居多,因此当时的民事审判工作远未受到与刑事审判工作同等程度的重视。这样一种社会背景,自然也就成为我国民事诉讼法学先天不足并且

在相当长的时间内发育迟缓的重要原因之一。更为重要的是,由于受到当时国际政治形势的限制,我国与苏联之间便表现出一种近乎天然且十分强烈的“亲和性”,这就使得新中国尚处幼稚时期的民事诉讼法学与其他法学学科一样,从一开始便直接展示出其全盘照搬的明显胎记。为数不多的学者们当时所做的全部工作不过就是翻译苏联的民事诉讼法学著作、介绍苏联的民事诉讼法学理论。对此,以下两点即为明证:

(1)各高等法律院校虽然开设了民事诉讼法学课程,但学生们所使用的教材却是未经任何改编而直接从苏联照搬过来的,不过是俄文教材的中文译本而已。课堂上所讲授的绝大部分内容自然也是苏联的民事诉讼法学理论,虽然其间也不时穿插介绍一些涉及我国情况的内容,但也仅是限于当时我国民事审判实践的浅表层面,而且其目的亦在于印证苏联民事诉讼法学理论的合理性,因而完全谈不上有什么自己独立的理论体系和理论深度。

(2)从当时我国民事诉讼法学的研究状况来看,且不说没有出版过一本自己的民事诉讼法学著作,就连公开发表在报刊杂志上的民事诉讼法学的专业论文也是凤毛麟角,而且它们的学术质量亦普遍较低。在当时,学者们大都乐此不疲地将几乎所有的精力倾注于移植和翻译介绍苏联的民事诉讼法学著作上,故以顾尔维奇的诉权理论和维辛斯基的证据理论为基干的苏联民事诉讼法学理论便在此种种背景之下被我国的学者们所接受,并深深地根植于脑海之中,进而成为我国民事诉讼法学至今未能彻底摆脱苏联民事诉讼法学窠臼的直接原因。诚然,在当时特定的历史条件下,吸收、借鉴苏联的民事诉讼法学本身无可厚非,但对苏联民事诉讼法学全盘照搬并加以“生吞活剥”的作法,无疑使得我国的民事诉讼法学从一开始就脱离了中国的实际而陷入了窘困之境。

与此同时,由于当时的民事审判工作基本上仍在因袭新民主主义革命时期根据地的一套老做法而未能针对已经发生变化的客观实际建立起一套适宜的新规范,这也在很大程度上影响了我国民事诉讼法学的发展。在当时,由于一味强调并片面理解“走群众路线”的指导方针,我国在民事审判实践中普遍采取了“依靠群众办案”的做法,不仅法院在审

6 民事诉讼法学专题研究(一)

理民事案件时须要广泛地听取各方面群众对案件性质、事实认定乃至适用法律的意见已经构成民事审判工作不可或缺的重要一环,更有甚者,一些地方的法院走向了极端,其表现为:当民事案件审结后,法院还要去搜集当地群众的意见,遇有群众意见与裁判结果相左的情况时,则以群众的意见为准并据此推翻原来的裁判结果。如此一来,审判权实际上被架空,其行使亦无疑被虚化,不仅完全丧失了应有的权威,更谈不上对当事人合法权益的保护。

或许是由于审判机关因自身所处地位之尴尬而逐步意识到了上述现象的危害,同时考虑到民事诉讼法一时还不可能被制订出来,故最高人民法院在充分调查研究的基础之上,于1956年10月起草并印发了《关于各级人民法院民事案件审判程序的总结》。依今天的标准来衡量,这份总结或许连司法解释的形式要件也不具备,但在当时特定的历史条件下,它却的确是一份比较系统、全面且具有相当约束力的有关民事案件审判程序的规范性文件。它把各级人民法院民事审判活动中的那部分行之有效的实际做法加以归纳并提炼成为一般性的程序要求,因此对于规范审判活动、纠正审判行为、保证办案质量、防止裁判偏差等,都起到了一定的促进作用。随后,根据《关于各级人民法院民事案件审判程序的总结》,最高人民法院又于1957年草拟了《民事案件审判程序》,共计84条,其内容与总结基本相同。在此种背景之下,学者们开始直视中国的实际,他们试图通过总结新民主主义革命时期和建国以来司法工作的经验,以便在此基础上,逐步创建起我国自己的民事诉讼法学。但是,这种努力刚刚起步,便因“反右倾”斗争的扩大化而被扼杀在襁褓之中。至此,民事诉讼法学研究者力图创建新中国自己的民事诉讼法学的良好愿望便在政治运动的猛烈冲击下迅速地化为泡影。

2. 1957-1978年的停滞阶段。随着1957年“反右倾”斗争的扩大化以及其后接踵而至的政治运动的反复冲击,新中国本来就颇受冷遇的法学便彻底地丧失了自己的独立地位而沦为政治学的附庸。原本不多的几所政法院校和大学法律系大部分被停办;原来所开设的法律专业课程基本上被具有浓重时代色彩的政治理论课取而代之;当时仅有的几家

法学刊物如《政法研究》、《政法译丛》、《法学》等亦在创刊不久之后便被迫停刊。“十年动乱”期间,“左”的思潮更是被近乎疯狂地发展到了极致,法律虚无主义蔓延于整个社会。需要指出的是,在这一阶段的前期,虽然也出现过短暂的经济建设高潮,但由于其基本上不是符合客观规律的理智行为的产物,所以并未因此而对处于全面停滞状态的我国法学的复苏起到丝毫的促进作用,更谈不上给历来叨陪末座的民事诉讼法学的发展带来任何生机。

不过,与民事诉讼法学在这一阶段所处的停滞状态不同的是,直到“文革”开始以前为止,我国的民事审判工作仍在不间断地持续进行着,并开始受到某种程度的重视。根据1962年10月全国第六次司法会议的决定,最高人民法院于1963年7月召开了第一次全国民事审判工作会议。在会后所提出的《关于民事审判工作若干问题的意见(修正稿)》当中,正式确立了“调查研究,就地解决,调解为主”的“十二字”方针,并将其作为民事审判工作的根本工作方法和工作作风来加以强调,同时明确要求:“为了把案件处理的正确及时,必须全面地认真地贯彻这一方针”。1964年12月,最高人民法院院长谢觉哉在向第三届全国人民代表大会第一次会议所作的工作报告中,针对民事审判工作,又提出了“依靠群众、调查研究、调解为主、就地解决”的“十六字”方针。这样一来,如果说我国的民事诉讼法学在当时虽然处于停滞状态但毕竟尚未完全“窒息”的话,那么“十六字”方针实际上几乎也就成了可供其加以“研究”的全部内容。

3. 1978-1982年的复苏阶段。“十年动乱”结束后,随着高考制度的恢复,顺应民主与法制建设的客观需要,自1978年春天起,我国的高等法学教育事业亦步入了持续发展的新的历史时期。政法院校和大学法律系陆续复办和新办,并先后招生,且规模不断扩大,数量逐年增加;在课程设置中,民事诉讼法学作为基本的专业必修课程之一而被纳入了教学计划;专以民事诉讼法学作为研究方向的硕士研究生的培养亦开始起步。所有这一切,都为日后我国民事诉讼法学的发展奠定了必要的基础。

1978年底,党的十一届三中全会召开以后,全国各条战线陆续进行了拨乱反正,各项工作逐步走上正轨,立法工作亦被摆到全国人民代表大会及其常务委员会的重要议程上来,中断多年的民事诉讼立法工作即在此种背景条件下得到恢复。这里需要说明的是,由于我国当时仍处于高度集中的计划经济体制时期,商品经济很不发达,故制定一部系统规范民事主体行为的民事法典的条件与时机尚不成熟。但是,基于规范民事审判工作的客观需要,却迫切要求先行制定一部统一的民事诉讼法典。这不仅成为学者们当时的共识,而且也是审判机关自身的愿望。1978年12月,最高人民法院召开了会期长达17天之久的第二次全国民事审判工作会议,并于次年2月印发了《人民法院审判民事案件程序制度的规定(试行)》,对案件受理、审理前的准备工作、调查案情和采取保全措施、调解、开庭审理、裁判、上诉、执行、申诉与再审、回访、案卷归档共11个问题作了较为详细的规定,以供在民事诉讼法公布之前试行。其实,这一规定的印发与试行也是为随后开始进行的民事诉讼立法活动所作的前期准备工作之一,因而具有重要的意义。

1979年9月,全国人民代表大会常务委员会法制委员会成立了民事诉讼法起草小组,开始草拟民事诉讼法。经过2年零6个月的反复酝酿、修改,其间先后三次在全国范围内进行讨论,反复征求各方意见,至1982年3月8日,在第五届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议上,新中国有史以来的第一部民事诉讼法典终获通过,并于同年10月1日起开始试行。以我们今天的眼光来看,这部民事诉讼法典虽非“正式施行”而仅为“试行”,且其不论是在立法的技术与风格方面还是在法典本身的体系结构与内容安排方面均存在不少缺憾,故而折射出当时特定历史条件下普遍存在的“立法幼稚症”。但即便如此,其在以后一段时间内,对于法院审判行为和当事人诉讼行为的规范作用,却是此前任何一部非法典化的程序规范所根本无法比拟的。因此,它不仅是当时我国社会主义法制建设的一大成就,而且对于推动我国民事诉讼法学的发展来讲,更是具有划时代的意义。

完全可以说,正是制定民事诉讼法的紧迫需要推动了我国民事诉讼