

MINSHI XINGZHENG JIANCHA
SHIWU YU TANSUO

民事行政检察

实务与探索



佟志强 主编

学林出版社

MINSHI XINGZHENG JIANCHA
SHIWU YU TANSUO

佟志强 主编

民事行政检察

实务与探索



学林出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

民事行政检察实务与探索 / 佟志强主编. —上海: 学林出版社, 2005. 1

ISBN 7-80668-874-9

I. 民... II. 佟... III. ①民事诉讼—检察—中国—文集
②行政诉讼—检察—中国—文集

IV. D926. 3-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 139279 号

民事行政检察实务与探索



主 编——佟志强

副 主 编——张 梅

责任编辑——王后法

封面设计——周剑峰

责任监制——应黎声

出 版——上海世纪出版集团

学林出版社(上海钦州南路 81 号 3 楼)

电话: 64515005 传真: 64515005

发 行——新华书店上海发行所

学林图书发行部(钦州南路 81 号 1 楼)

电话: 64515012 传真: 64844088

印 刷——上海港东印刷厂

开 本——889×1194 1/32

印 张——12.625

字 数——31 万

版 次——2005 年 1 月第 1 版

2005 年 1 月第 1 次印刷

印 数——6000 册

书 号——ISBN 7-80668-874-9/D·36

定 价——25.00 元

本书编委会

主 任：陈乃保

副主任：潘柏生

委 员：陈乃保 张 径 潘柏生 周余国
徐燕平 武胜建

主 编：佟志强

副主编：张 梅

参加编写人员：（以姓氏笔画为序）

王惠俪 曲南方 李才平 佟志强
张 梅 陈春兰 赵未扬 胡旭峰
顾志良 潘丽娟

序

人们通常会把自己的作品比作自己的孩子,这里面包含着几多疼爱、几多艰辛,可能只有他们自己才会有那份十月怀胎的幸福期待,才会有那种一朝分娩的阵痛和释然。可这里我要说我们的这一册“作品”它不是我们的孩子,充其量它只能算作为一个新产品。记得陈毅同志有一句调侃般的名言:“在军事家面前我说我是诗人,在诗人面前我说我是军事家”,毫无疑问,他既有军事家的豪迈胸襟,也有诗人的浪漫情怀。作为平平常常的职业检察官,虽无丝竹之乱耳,却有案牍之劳形,从中何尝不可以体会乐在其中、乐此不疲的趣味呢?在案牍劳形之余,把头脑中迸发的点点火花,把沉思中渗透的点点滴滴,汇聚起来,专业外的劳作便是今天你看到的这份新产品。实话实说,在民事行政检察的理论家面前,我们不敢称自己为实务家,同样,在民行检察的实务家面前,我们更不敢说自己是理论家。我们只能说:我们只是对民行检察的实务,作了一点点初浅的理论方面的探索。

大家都知道,我国的民事行政检察法律制度在世界上是独具特色的,从1990年、1991年行政、民事两大诉讼法施行以后,民行检察工作经历了从试点、全面开展到逐步开始走向健康发展轨道的短暂的历史过程。在这个过程中,理论家和同行们对它的研究和探索始终就没有停止过,应当说民行检察工作是在实践中研究探索,在研究探索中实践的一项年轻的事业。也许对大多数人来说并没有把对民行检察工作的研究当作事业来做,但却恰恰是把民行检察工作当作事业才进行研究的。正因为如此,这方面的研

究尽管显得稚嫩,可谁会去嘲笑这样热爱自己的工作并把它当作自己事业的同行呢?

无论是会在闲暇中无意翻翻本书的人还是带着挑剔的眼光把这本书翻来翻去的人,抑或是想在这本书里找点什么的人,你可以说这本书的水平不高,但你不能说它没有什么内容。试想一下,一个凝聚了民行处全体同志的心血和汗水的产品,总会有那么一点你喜欢的东西,或者至少能给你带来某种启迪。

如果这样,那它还是有价值的。

说实话,为这本书作序,我确实颇费了不少的踌躇。大家可能早已达成共识,给一本书作序,不是高官就是笔墨名家,即使没有点石成金,至少也有炫目的光环萦绕其左右,或者至少,让人眼睛一亮的效果总是有的,我们之所以没有这样做,是希望本书具有与撰写者同样质朴的品质,说不定也会给读者带来一份不同的感觉,或许被评价为“天然去雕饰”什么的,那不正是一份意外的惊喜吗!

请原谅我用调侃的笔调来为严肃的、专门性较强的业务工作研究集子作序,因为我的内心是欣喜的,而且我还要不谦虚地说,这本集子中还是有些内容的,其中部分章节涉猎的范畴在我国可说尚属空白,同时,由于它来自实践,部分理论对实践的指导意义不能不说是可圈可点的,如民行申诉案件审查要点这一章,可以说在理论同实践的结合方面,或者说把实践上升到理论、用理论来指导实践方面还是有可以借鉴之处的。再如关于民事行政案件申诉人心理研究一章,可以说既具有探索性又对实践有相当的指导意义。其他各章节也充分展示了著者的理论造诣。读了本书,不能说能给你多少收获,但些许启迪应当是有的。

本书是在院党组的领导下民行处集体智慧的结晶,全处同志均参加了撰写工作。全书共分八章。第一章:民事行政检察概述。撰写人陈春兰,北京大学在职研究生班毕业;第二章:受理、立案及抗诉,撰写人王惠俐,主诉检察官,华东政法学院在职在读研究生;

第三章:民事行政申诉案件审查指要,撰写人佟志强,主任检察官,中国法学会会员、中国科协心理学研究会会员。张梅,华东政法学院民商法硕士。第四章:举证责任与证据的审查判断。撰写人潘丽娟,华东政法学院在职在读研究生;第五章:息诉的辅助方法——心理分析和对应措施。撰写人佟志强、张梅。第六章:民事行政公诉刍议,撰写人张梅。第七章:论文,前十篇作者佟志强,第十一篇作者王惠丽,第十二篇作者潘丽娟。该章所收录论文均在不同刊物公开发表过。第八章:案例。分别由赵未扬主诉检察官、张梅、王惠丽、陈春兰、顾志良、李才平、胡旭峰、曲南方等同志编写。

需要提及的是,一是囿于作者的水平,二是由于时间的推移,书中收录的部分论文发表的时间较早,其中一些观点和认识,由于民行检察工作实践的发展和法律规定的修改,多少显得有些不合时宜,本次收录未作修改,为的是保持原汁原味,体现出民行检察工作从起步伊始直至今今天的发展过程,体现出在这一发展过程中民行检察工作人员的不懈努力。

陈乃保

2005年元月

前 言

本书是检察官们集多年从事民事行政检察工作的悟性和理论上的探究而写成的,作者通过该书向广大读者、同行传递了如下信息;一是他们对新时期民行检察监督内涵的新见解;二是他们对申诉、抗诉案件在审查、提起等程序上加以严格规范的新思路;三是他们在做好本职工作的前提下,为创立和谐社会而在息诉方面所作出的新突破。

民事行政检察工作相对于人民检察院内部的公诉、反贪等传统业务来说,起步较晚,经验的匮乏加之相关法律规定的简陋,客观上给人以先天不足之感觉。而当今我国正处于经济、社会的转型时期,民商事、行政纠纷案件呈大幅度的上升趋势,“作为最高法律秩序和道德秩序的代表者”的检察院机关也不可避免地面临着广大民众和公共利益寻求法律救济的巨大压力。在此情况下,作者们以科学的态度积极迎接挑战,依照《民事诉讼法》、《行政诉讼法》和相关实体法的基础理论,结合申诉、抗诉案件的现实特点,认真研究对策,潜心归纳方法,并付诸文字呈现给大家。本书一方面致力于检察实务面临问题的探索,例如对申诉的审查、证据的判断、法律关系的界定、抗诉的支持等,系统而又不失具体的阐释诉讼法的基本理论和基本规定,揭示其中带有规律性的节点,并辅之以恰当的处置方法;另一方面,则对民行检察业务的拓展方向进行了前瞻性的论证,比较突出的是关于公益诉讼的性质及如何提起。本着既尊重他人的研究成果,同时又不拘泥于此,作者大胆设想,小心求证,理性思考,为这一新生事物从本本走向实践,提供了有

益的建设性意见。

本书除了在法律层面上,就申诉和抗诉的基本理论和实务进行了比较系统的论述,同时还对处理申诉工作中如何化解社会矛盾,止争息诉,从方法论的角度给予了较为详实的介绍。其中尤以运用心理学之理论,根据申诉人的申诉动机及性格倾向,施用不同的心理转换策略和方法去软化、消除可能激化的矛盾最有特点。其他诸如解决群体性纠纷案件申诉中的工作技巧和方法,也无不透视着检察官们的睿智和哲理。

作者们将自己的实践上升为理性思考,是想尝试走出一条探索之路,即通过著书立说来提高自己的职业素养,并将自己的研究心得提供给社会之用,形成学习、实践、再学习的良性循环。作为一本检察业务方面的法律专业书籍,作者尽可能的着眼于我国目前的司法实践,以对我国现行法律的阐释为出发点,由于部分章节学术水准还不高,认识能力有限,若有失误之处,欢迎广大读者批评指正。

武胜建

2004年12月于华东政法学院

目 录

序	1
前言	1
第一章 民事行政检察概述	1
第一节 民事行政检察概念、性质、任务及职能	1
第二节 我国民事行政检察制度的特殊性和存在的 必要性	8
第三节 民事行政检察工作存在的问题及发展前瞻	22
第二章 民事行政案件的申诉与受理、立案和审查 ...	42
第一节 民事行政案件的申诉与受理	42
第二节 民事行政案件的立案	52
第三节 民事行政案件的抗诉	73
第三章 民事行政申诉案件审查指要	81
第一节 总则	82
第二节 合同纠纷案件审查要点	93
第四章 举证责任与证据的审查判断	129
第一节 民事诉讼证据的概念、法律特征及分类的 新思考	129
第二节 民事诉讼的举证责任	146
第三节 我国的证据时效制度	158
第四节 我国的证据质证制度	165

第五节 证据规则·····	171
第六节 行政诉讼的举证责任·····	174
第七节 调查取证——检察机关正确履行民事审判监督 职能不可或缺的手段·····	175
第五章 民事行政案件申诉人心理分析验测及对应 措施 ·····	187
第一节 研究民事行政案件申诉人心理的必要性·····	187
第二节 民事行政案件申诉人心理分类·····	192
第三节 判断把握申诉人性格特点和申诉动机的 基本方法·····	202
第四节 根据申诉人的申诉动机及其性格倾向,适用 不同的心理转换策略和方法·····	211
第五节 群体诉讼申诉人心理结构和应对措施初探·····	220
结 语·····	226
附:调查问卷一份·····	226
第六章 公益诉讼初论 ·····	236
第一节 民事公益诉讼还是行政公益诉讼·····	236
第二节 行政公诉的受案范围·····	246
第三节 行政公诉的程序设置和立法例·····	260
第七章 民事行政检察理论探索 ·····	272
第一节 民事申诉案件的审查方法及原则·····	272
第二节 民事案件申诉心理分析之一·····	278
第三节 民事案件申诉心理分析之二·····	282
第四节 民事行政检察监督的基本原则·····	294
第五节 检察机关有无民事检察取证权·····	298
第六节 民事公诉的几个问题·····	304
第七节 民事申诉听证的性质及原则·····	310

第八节 契约瑕疵及其法律问题·····	313
第九节 司法公正的哲学思考·····	321
第十节 WTO 规则与我国司法原则的关联性·····	325
第十一节 检察机关行使民事行政诉讼监督权的思考·····	330
第十二节 对我国合同违约金的诠释——析我国《合同法》第 114 条的理解与适用·····	339
第八章 代表性案例剖析·····	347
第一节 专利权人是否丧失权利? 合同是否有效?·····	347
第二节 一起租赁合同纠纷案·····	351
第三节 从一起出国服务合同纠纷的处理谈法官对法律的适用·····	354
第四节 订金合同纠纷案·····	358
第五节 某电池公司诉某仓储公司租赁合同纠纷案·····	362
第六节 上海市房屋土地管理局被诉颁发房屋所有权证行政纠纷案·····	366
第七节 保险公司是否应承担赔偿责任?·····	371
第八节 加工承揽合同纠纷案·····	374
第九节 加工承揽合同纠纷应当如何处理?·····	377
第十节 徐×诉 A 公司建设工程纠纷息诉案·····	380
第十一节 一起复杂的债权纠纷案·····	382
第十二节 上海 A 出租汽车公司申诉上海 B 科技公司、上海 C 文化经济开发公司、中国 D 财务公司上海办事处委托贷款合同纠纷案·····	388

第一章 民事行政检察概述

第一节 民事行政检察概念、性质、任务及职能

一、民事行政检察的概念

民事行政检察是指人民检察院代表国家干预民事诉讼，依照法律对人民法院的民事审判和行政诉讼活动进行检察监督的活动。它是人民检察院独立行使检察权，实施法律监督的一项重要权能。包括三个方面的内容：

第一，民事行政检察是人民检察院检察权的一种体现。我国1982年《宪法》第129条明确规定：“中华人民共和国人民检察院是国家的法律监督机关。”1980年1月1日起施行的《中华人民共和国人民检察院组织法》第1条也明确规定：“中华人民共和国人民检察院是国家的法律监督机关。”人民检察院实施法律监督的形式是行使检察权，实施法律监督的范围包括除宪法外的各个法律部门，不仅有刑法、刑事诉讼法，还包括广义的民法、行政法、民事诉讼法、行政诉讼法。民事行政诉讼检察监督的行使，体现了法律监督职能的完整性和全面性。

第二，民事行政检察监督的范围包括一切适用民事和行政诉讼程序的民事、行政案件。对民事行政检察监督的范围，从理论上讲，应是所有的民事行政案件，但当前由于立法上的局限、理论上的困惑、实践中的重重障碍与困难，目前其监督范围仅局限于部分人民法院作出的已生效民事、行政判决和裁定。

第三,人民检察院民事行政检察监督的对象是人民法院的审判活动和行政诉讼活动。在任何一起民事、行政诉讼中,总是存在两个方面的主体,一是人民法院,拥有指挥权和裁判权,一是所有的当事人和诉讼参与人。由于人民法院拥有法律赋予的审判权力,其在诉讼过程中的行为,对当事人的利益能否得到合法的保护至关重要。如果这种权力没有约束,就可能膨胀,发生偏差,甚至导致冤假错案的发生,因此,由人民检察院根据宪法和法律的规定,代表国家出面干预,对人民法院的违法行为提出纠正意见、启动抗诉程序,就可以使不公正的司法行为得到迅速、及时、准确、合法地解决,使国家、集体、个人的合法权益受到最少的损害,将损失降到最低的程度。同时,当事人和其他诉讼参与人应严格按照法律的规定行使诉讼权,享有诉讼权利的同时履行诉讼义务,不得滥用法律赋予的诉讼权利,或者拒不履行法律规定的诉讼义务。否则,既有可能影响他人的合法权益,更会损伤司法的权威。所以,人民检察院的民事、行政检察监督还包括对当事人和其他诉讼参与人的监督,在必要的时候,以国家监督机关的身份进行干预,协助人民法院排除妨碍,保证诉讼机制的良性运转。

二、民事行政检察的性质

谈到民事行政检察权的性质,我们首先要厘清检察权的性质。在当前司法改革的过程中,一些学者对检察权的性质提出了不同的看法,概括起来主要有三说:一是“行政权说”,即认为检察权是一种国家主动追究干预的权力,应当隶属于行政权。二是“司法权说”,即认为检察权是司法权,检察官与法官是“同质但不同职”。三是“双重性说”,即认为检察权既是行政权又是司法权。^①我们认为,检察权既非司法权又非行政权,它是独立的法律监督权,检察机关就是法律监督机关,这是由我国的政体决定的。我国的政

^① 参见张智辉:《论检察权的性质》,载《检察日报》2000年3月9日。

体是人民代表大会制度,全国人民代表大会是国家的权力机关,行使国家立法权,并将行政权、司法权与法律监督权、军事权分别赋予人民政府、法院、检察院和军事机关行使。检察机关是国家的法律监督机关,其享有的权力统称为检察权或法律监督权,是国家为确保法律能够得到统一正确的实施而赋予检察机关的一项独立而专门的权力。1954年宪法第81条规定:“中华人民共和国最高人民检察院对于国务院所属各部门、地方各级国家机关、国家机关工作人员和公民是否遵守法律,行使检察权。地方各级人民检察院和专门人民检察院,依照法律规定的范围行使检察权。”第83条规定:“地方各级人民检察院独立行使职权,不受地方国家机关的干涉。”显然,1954年宪法不仅规定了检察权,而且确立检察权具有一定的独立性。根据1954年宪法规定制定的人民检察院组织法明确规定了检察机关享有一般监督权。1982年《中华人民共和国宪法》第129条以及1980年1月1日起施行的《中华人民共和国人民检察院组织法》第1条对此都明确规定:“中华人民共和国人民检察院是国家的法律监督机关。”检察机关被定位于国家的法律监督机关,检察权被定位于法律监督权,相应的,作为检察权权能之一的民事行政检察权也应被定位于法律监督权。检察机关享有的法律监督权,虽只属国家法律监督体系中的一部分,但因为法律监督权是运用法律规定的手段,按照法律规定的程序监督法律的实施,并必然产生一定的法律效果,因此它有别于政党监督、权力监督(特指人大的监督)、行政监督、群众监督及舆论监督等。根据宪法和法律的规定,法律监督权具有主体唯一、对象特定、手段法定和结果强制等特征。

建国50多年来,虽然检察事业走过了曲折的道路,但就检察权的性质,我们可从既往的法律规定中,得到印证。新中国成立后,我们以前苏联为榜样,参照苏联1936年宪法,制定了1954年宪法。在该部宪法中,对独立的检察制度作出了规定,并明确了检

察权作为一种国家权力的宪法地位。该部宪法还明确了民事诉讼检察监督是“对于有关国家和人民利益的重要民事案件有权提起诉讼或者参加诉讼”。虽然检察权后因“文化大革命”等原因一度中止,但在十一届三中全会后,1978年宪法恢复了1954年宪法关于检察权和检察机关的规定。彭真同志在1979年召开的第五届全国人民代表大会第二次会议上作了《关于七个法律草案的说明》,指出:“列宁在十月革命后,曾坚持检察机关的职权是维护国家法制的统一,我们的检察院组织法应用列宁这一指导思想,确定检察机关的性质是国家的法律监督机关。”1979年7月1日第五届全国人民代表大会第二次会议通过的《中华人民共和国人民检察院组织法》第一条明确规定:“中华人民共和国人民检察院是国家的法律监督机关。”虽然当时民事案件数量较少,专门调整民事诉讼案件的民法、民事诉讼法尚未制定颁行,行政诉讼法也未制定颁行,1954年人民检察院组织法中规定的一般监督职权和民事诉讼检察监督的内容未予恢复,但立法对检察权作为一种法律监督权力的定位没变。五届人大二次会议后,国家立法机关根据情况的变化,重新赋予人民检察机关民事诉讼检察监督权。1982年《中华人民共和国宪法》第129条以及1980年1月1日起施行的《中华人民共和国人民检察院组织法》第1条都规定了“中华人民共和国人民检察院是国家的法律监督机关”。1982年3月第五次全国人民代表大会常务委员会第十二次会议上通过的《中华人民共和国民事诉讼法(试行)》第12条规定:“人民检察院有权对人民法院的民事审判活动实行法律监督。”1991年修订的《中华人民共和国民事诉讼法》第14条规定:“人民检察院有权对民事审判活动实行法律监督。”1990年10月1日施行的《中华人民共和国行政诉讼法》第10条也明确规定:“人民检察院有权对行政诉讼实行法律监督。”

由上可见,检察机关作为国家的法律监督机关,虽然其法律监

督的内容在不同的历史时期有所变化,但其法律监督的性质未曾改变。作为法律监督内容之一的民事行政检察监督,其性质同样为法律监督,是检察机关法律监督职能的重要体现。

三、民事行政检察的地位

人民检察院参加或提起民事诉讼,在诉讼中处于什么样的地位,在理论界和司法实务界一直存在不同的观点。有观点认为,人民检察院参与民事诉讼,均处于法律监督者的地位;也有观点认为,人民检察院参与民事诉讼的地位因其参与的方式不同而各不相同;还有观点认为,人民检察院参与民事诉讼的基本地位为法律监督地位,但在诉讼的各个环节,诉讼地位又各不相同;更有观点认为,人民检察院参加民事诉讼,处于监督者地位,但提起诉讼,则处于特殊原告地位。我们认为,人民检察院参与民事诉讼,始终处于法律监督的地位。

首先,法律监督的地位是由检察机关的性质和任务决定的。作为国家根本大法的宪法,是一切法律的立法根据。我国宪法明确规定“人民检察院是国家的法律监督机关”,宪法规定的这种本质属性必然体现在其他部门法的具体规定和法律的执行活动中。1979年7月1日第五届全国人民代表大会第二次会议通过的《中华人民共和国人民检察院组织法》第四条规定:“人民检察院通过行使检察权,镇压一切叛国的、分裂国家的和其他反革命活动,打击反革命分子和其他犯罪分子,维护国家的统一,维护无产阶级专政制度,维护社会主义法制,维护社会秩序、生产秩序、工作秩序、教学科研秩序和人民群众生活秩序,保护社会主义的全民所有的财产和劳动群众集体所有的财产,保护公民私人所有的合法财产,保护公民的人身权利、民主权利和其他权利,保卫社会主义现代化建设的顺利进行。”“人民检察院通过检察活动,教育公民忠于社会主义祖国,自觉地遵守宪法和法律,积极同违法行为作斗争。”因此,检察机关的检察权事实上涉及到国家政权建设的各个方面和