



中国民事诉讼法学研究会
Civil Action Jurisprudence Association of China

【第十三辑】

民事程序法研究

中国民事诉讼法学研究会会刊

ON CIVIL PROCEDURE

【刊首语】

张卫平 为新民事诉讼法司法解释点赞

【制度探究】

傅郁林 再论民事诉讼立案程序的功能与结构

熊跃敏 民事执行检察监督：法理之维与程序建构

张 润

李 政 对我国法院收集调查证据制度的探析

高壮华 论诉权之间及与审级制度的制约关系

【学理研析】

许 可 论我国侵权责任法上之共同危险行为构成要件与免责事由
——基于诉讼的视角

赵信会 第三人撤销诉讼的原告适格

曹云吉 论“民事共同责任”的诉讼形态

——以《公司法司法解释（三）》中的民事共同责任为分析对象

【实务探微】

胡夏冰 台湾人民参审制：民众参与司法的新模式

邵俊武 论非正常死亡原因的司法认定

【紫荆沙龙】

蒲一苇 第三人撤销之诉适用范围的实体法分析

第二届紫荆民事诉讼青年沙龙实录

附：书面评议意见

【书 评】

马永平 构建纠纷解决学独立学科的有益探索

——评刘加良《当下中国纠纷解决的基本立场》

中国民事诉讼法学研究会 主办

2015年7月



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

【第十三辑】

民事程序法研究

中国民事诉讼法学研究会会刊

ON CIVIL PROCEDURE

■ 中国民事诉讼法学研究会 主办

■ 执行主编 任 重

■ 2015年7月



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

民事程序法研究. 第13辑/任重执行主编. —厦门: 厦门大学出版社, 2015. 7
ISBN 978-7-5615-5698-6

I. ①民… II. ①任… III. ①民事诉讼法-中国-文集 IV. ①D925.104-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 186178 号

官方合作网络销售商:



厦门大学出版社出版发行

(地址: 厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编: 361008)

总编办电话: 0592-2182177 传真: 0592-2181406

营销中心电话: 0592-2184458 传真: 0592-2181365

网址: <http://www.xmupress.com>

邮箱: xmup@xmupress.com

厦门市明亮彩印有限公司印刷

2015 年 7 月第 1 版 2015 年 7 月第 1 次印刷

开本: 787 × 1092 1/16 印张: 13 插页: 2

字数: 280 千字

定价: 58.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

■ 《民事程序法研究》编委会

(以姓氏拼音为序)

蔡虹	蔡彦敏	姜建初	景汉朝	李浩	李仕春	刘荣军
潘剑锋	齐树洁	宋朝武	谭兵	汤维建	田平安	姚红
张晋红	张卫平	章武生	赵钢			

■ 编委会召集人

张卫平 李浩

刊首语

为新民事诉讼法司法解释点赞

■ 张卫平

民事诉讼法司法解释在实务界和学术界急切的期盼中出台了。2015年2月4日,最高人民法院正式公布了关于《民事诉讼法》的司法解释。该司法解释共552条,远多于《民事诉讼法》的284条。虽然是司法解释,但这些解释实际上对民事诉讼的适用同样具有规范作用,因此对于今后的民事诉讼具有非常重要的影响。由于我国立法体制、程序等诸多因素,导致我国的许多法律在细节的规定方面,有的甚至是重要的规范方面,实际上都让位于最高人民法院的解释,通过司法解释加以细化和补充。尤其是涉及程序法方面的法律更是如此。又因为我国司法体制的特性,法院和法官权威受限,诉讼法理对司法指导的短缺,使得法官在具体个案中难以借助法理阐释法条的原则性规范,更进一步突显了法律制度供给的短缺。可以说如果没有最高人民法院的司法解释,一部诉讼法几乎就无法正常实施。

民事诉讼法在2012年进行了中等规模修改,并于2013年实施之后,实践中对于新民事诉讼法的诸多规定如何理解产生了较大分歧,尤其是在一些新的制度和规定方面。最典型的是第三人撤销之诉制度、小额诉讼、公益诉讼制度、担保物权的实现程序、诚实信用原则等。这种理解上的分歧必然导致实践中司法的不统一。除此之外,最高人民法院以前制定《关于适用民事诉讼法的若干意见》以及其他一些重要的司法解释也存在规定不明确、不合理、过时或不统一的问题,这些都需要新的司法解释予以统一。正是在这样的制度需求之下,最高人民法院及时地出台了全面、系统解释民事诉讼法的司法解释规范,为更好地实施民事诉讼法提供了制度支持,也实际上完善和修正了原有的司法解释以便适应民事纠纷解决的需要,顺应了民事诉讼理论的发展。可以说,新民事诉讼法司法解释是司法机关在春节之际向全国人民送上的一份大礼。

为此,应该为新民事诉讼法司法解释点个赞。

虽然人们对民事诉讼法司法解释的性质和应有作用存有异议,认为最高人民法院制定民事诉讼法司法解释实际上在发挥立法的功能,有越权的嫌疑,但我们不得不承认,由于立法在制度供给上的短缺和不足以及立法机关对这种解释权扩张的认可,因此在此形势下,最高人民法院通过民事诉讼法司法解释的方式,制定相

应的、对立法起补充作用的规范也具有相对的、现实的合理性。有这种具有补充性、扩张性司法解释规范总比没有这种规范强。在补充立法不足的前提下,关键还在于这种解释性规范内容的合理性。如果立法能够更为细致、完善,相信最高人民法院也不愿意制定这些对立法具有补充作用的司法解释规范,因为这种作为也要承担相应的社会风险,一旦欠缺合理性,必将受到各方指责。正是在这个意义上,最高人民法院特别注意了关于民事诉讼司法解释的合理性和科学性。据我所知,最高人民法院几乎调动所有从事民事审判和研究的力量开展民事诉讼法司法解释的制定工作。为了保障司法解释的质量,最高人民法院还组织了无数次的调研、研讨和座谈,与专家学者、实务工作者开展的研讨贯穿了务实、细致、认真和开放的精神。其细致、慎重和开放程度堪比民事诉讼法的修改,有些方面甚至还超过了民事诉讼法。正是这种态度保障了民事诉讼法司法解释的质量。

由此,理应为新民事诉讼法司法解释点个赞。

最高人民法院关于民事诉讼法的最新司法解释坚持了以往针对性强、着力解决实际问题的特点,针对民事诉讼法理解和适用中的实践问题作出细致、具体的解释,对于正确适用民事诉讼法起到了规范作用。在具体细化规定的解释方面,最为突出的是关于管辖的司法解释。司法解释中关于管辖方面的规定有42条之多,基本上涵盖了民事诉讼实践中所有的管辖问题,包括对新型案件的管辖,如保险诉讼案件、公司诉讼案件管辖等也作出了相应规定,并且进一步对民事诉讼法的原则性规定予以细化,例如对不动产案件的管辖。对于我国这样一个特别重视管辖的国度,这些细化的司法解释是很有必要的,有助于化解当事人就管辖问题发生“次级纠纷”。在证据制度方面,新司法解释根据新民事诉讼法和实践对原有的《关于民事诉讼证据若干规定》予以了扬弃,很好地处理了过去人们争议的问题。

可以说民事诉讼法司法解释系统地对民事诉讼法予以展开、补充。这种展开和补充不仅吸取了实践经验,是对审判经验的高度总结和概括,也比较充分地吸收了学术界长期以来的研究成果,甚至最新的学术观点。例如,民事诉讼法司法解释第91条关于证明责任分配的原则规定。

民事诉讼法司法解释在提升程序正义方面也有相当的作为,例如,第105条就规定:“人民法院应当按照法定程序,全面、客观地审核证据,依照法律规定,运用逻辑推理和日常生活经验法则,对证据有无证明力和证明力大小进行判断,并公开判断的理由和结果。”不要小看“公开判断的理由”这几个字,其实相当有分量,突显了最高人民法院对提升程序正义的担当。

司法解释坚持针对我国实际,以理论为指导,不断细化规定,提升程序正义。如是,当然应该为民事诉讼法司法解释点个赞。

新民事诉讼法司法解释尤其是对新民事诉讼法中若干颇有争议的制度的解释较好地化解了这些争议,正确地处理了新规定与原有制度的协调关系,有利于新制度的合理运行,比较典型是小额诉讼、公益诉讼、第三人撤销之诉。

在小额诉讼制度方面,新民事诉讼法实施之后,小额诉讼制度并未如人们所预期的那样发挥作用,适用率远远低于人们的期望值。其中的一个原因是缺乏具体

的可操作规范。司法解释针对这一点,做了应为之努力。在小额诉讼的适用方面,司法解释对适用小额诉讼规定的案件从积极和消极两个方面做了具体类型化限定。积极方面规定了小额的买卖合同、借款合同、租赁合同等8类案件可以适用小额诉讼。消极方面则规定人身关系、财产确权等4大类案件不得适用小额诉讼。关于举证、质证、裁判文书的简化等程序问题也有相应的规定。

在公益诉讼制度方面,民事诉讼法仅有一条原则性的规定,虽然民事诉讼法对某些问题的规定让位于其他相关实体法(环保法、消保法),如原告资格的问题,相关的法律也作了相应的规定,但关于公益诉讼的若干程序问题仍然缺失。如此,必然给公益诉讼的实践造成混乱。如公益诉讼案件的立案受理问题。基于立法对公益诉讼的谨慎态度,民事诉讼法司法解释根据这一基本取向,对于公益诉讼的起诉条件作了较为严格的规定。这一点体现在要求提起公益诉讼的主体需要提出公益受损的初步证据。这与民事诉讼关于起诉条件中关于原告应当提出诉讼请求、事实和理由的规定有很大的不同。该条规定的事实和理由均是当事人自己认为和主张的。司法解释的规定意味着法院需要对公益诉讼原告提交的证据进行审查,如果没有初步证据,法院将不予受理。民事诉讼法对公益诉讼案件的级别管辖也未作具体规定,司法解释从考量公益诉讼的复杂性和社会影响,将其级别管辖法院具体为中级法院。在公益诉讼与相关行政机关的关联方面,司法解释也作了相应衔接性规定,有助于公益纠纷的解决。

在第三人撤销之诉制度方面,该制度无论在学术界,还是实务界都是争议最大、最多的一项新的制度。由于民事诉讼法修改之际对该制度的研讨不足,民事诉讼法本身并没有考虑第三人撤销之诉制度与现有相关诉讼制度和原则的统合问题,导致规定先天不足,给该制度的合理适用造成了诸多问题。这些问题的确给民事诉讼法司法解释提出了极大的挑战。经过努力,民事诉讼法司法解释在民事诉讼法规定的框架内较好地处理了这些问题。例如,关于第三人撤销之诉与再审、第三人撤销之诉与案外人执行异议之诉的关系问题,为第三人撤销之诉制度的运行提供了保障。

通过民事诉讼法司法解释,新民事诉讼法规定的新制度能够更有效地运行。为此,必须为民事诉讼法司法解释点个赞。

人们可能有疑问的是,民事诉讼法司法解释中的有些内容原本可以通过立法修改规定在民事诉讼法法典中,为何一定要通过司法解释加以规范?我想大概有几方面的原因:其一,法律规范更为严肃、正式,而有些内容虽按理是应当规定在民事诉讼法中,但因为存有较大争议,或对其法理不明,或对域外制度移植没有把握,因此不便在正式的法律中加以规定。其二,立法也是有成本和时限(作为立法任务需在一届人大期间完成)的,相对立法而言,通过司法解释,实际上由司法机关负担了一定的立法成本,且没有严格的时间限制,有相对充裕的时间研讨制度规定问题。其三,具体的规范往往需要进一步的实证调查,按照现在的立法模式,立法机关要进行充分实证调查没有司法机关那样便利的条件,实证调查研究是极其耗费资源(人力和物力)的事项,通过司法解释解决制度供给,也关联到立法成本分担的

问题。其四,通过司法解释,将某些具有实验性的规范在实践中“试行”,取得经验之后,将其上升为法律规范,是一种试错方式,有利于维护立法机关的权威,也符合人们一贯的所谓摸着石头过河的原则,司法机关通过制定司法解释承担了试错的社会压力。

可以说,民事诉讼法司法解释是一种巨大的付出,如是,我们也应当为新民事诉讼法司法解释点个赞。

在给民事诉讼法司法解释点赞同时,我们也要认真思考民事诉讼法规范的建构问题。作为民事诉讼的基本规范的《民事诉讼法》应尽量将可能规范的内容规定在法典中。为此,就要加强民事诉讼法的修正和完善。按照党的十八届三中、四中全会的要求,实现更加开放、民主、科学的立法,立法机关需投入更大资源研究民事诉讼法的规范建设问题,毕竟法律更加具有权威性,长期让位于司法机关的司法解释将有损立法机关的威望。司法机关毕竟是民事诉讼的主体,由参与主体制定行为规范难免引起社会质疑。有些问题(例如第三人撤销之诉原告资格问题)是民事诉讼法自身的规定问题,司法机关虽然已经有所意识,但没有修正的权力,只能成就解释性、补充性的规范,在民事诉讼法规定的框架内进行。民事诉讼法的修正和完善应通过再次修法完成。法律也可以是实验性的,在国外,例如德国,有些法律也是作为一种实验性规范先试行,试行一段时间后对其进行评估,然后再决定是否续行。民事诉讼法的修改也可以更加频繁一些,以适应社会的发展变化。日本在1996年民事诉讼法大修之后至今已有了若干次小修改。我们期望在民事诉讼法规范建设方面,立法机关有更多的担当。

民事诉讼程序本身是极其复杂、庞大的规范体系,其中需要研究应对的问题实在太多,本次民事诉讼法司法解释几乎是动员了最高人民法院所有与民事审判有关的专家参与研讨,将民事诉讼法各章相关内容分派到各相关审判庭及研究机构,最终进行统合,反复研讨形成初稿。统稿中最高人民法院内部对诸多问题都开展过极其激烈的争论。相信如果没有广泛地吸纳学界、实务界的专业人士参与初稿的研讨,难以完成如此艰巨的任务。虽然,民事诉讼法司法解释已经出台,但并不意味着民事诉讼法中的所有问题已经解决,一方面,民事诉讼中许多应当且必须规范的内容,民事诉讼法司法解释也有所缺失,当然我们可以理解,这可能受司法解释权限范围所制。例如,关于判决效力问题的若干规范,尤其是判决既判力——主观范围(最重要的是既判力相对性原则)、客观范围、时间范围等。另一方面,民事诉讼法司法解释本身就隐含诸多尚未解决以及模糊的问题。例如,在关于重复诉讼的判断标准方面,将诉讼请求与诉讼标的的同一性并列作为判断重复诉讼的标准就值得商榷。因为一般而言诉讼请求包含诉讼标的,是诉讼标的的上位概念,并列在逻辑上存在问题。又如,关于原审原告撤回起诉的限制理由的规定同样是值得商榷的。该规定中将不得损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益作为前提条件,表面上看似乎是成立的,但问题在于,撤回起诉意味着没有提出诉讼请求,而没有提出请求反而会损害国家利益、社会利益、他人合法权益?这种理由成立吗?其实只需要规定经对方当事人同意以及形式要件(撤诉人是起诉人、书面申请等)

即可。在证明责任的规定方面,由于出现了举证证明责任这样的表述,可能引发更大的争论。我们可以理解规定是想表达作为行为意义的举证责任和作为结果意义的证明责任的双方含义。但将两个概念予以叠加就是个问题。我的主张是前者使用举证责任,后者使用证明责任,完全可以区分。如果对民事诉讼法司法解释的研究加以展开,可以想象有争论的问题还有很多。现行的民事诉讼法就已经存在诸多问题,司法解释有可能通过解释再次放大这些问题,同时又衍生了许多问题。

司法解释的规定还需要进一步解释,因为任何抽象的法律规范在具体司法适用的过程中也都有再解释的过程,存在再解释的空间。例如,司法解释关于重复诉讼判断标准方面,如何理解所规定的后诉在实质上否定前诉的情形,就需要进一步进行解释了。在现在的立法情境之下,民事诉讼法司法解释对民事诉讼法的完善已经作出了很大贡献,值得点赞,但如果司法解释形成的过程能够更开放一些,吸纳更多学者、专家更深入地参与讨论,而非蜻蜓点水式的、赶场式的讨论,将诸多问题置于更加开放的研讨之中,不再“加密”,相信司法解释将会做得更好、更出彩。

司法解释的出台以及出台的过程都对民事诉讼法学界提出了挑战和要求。在司法解释的研讨过程中,主持和具体制定的专家们常常认为学界对某些问题自身也没有厘清,没有统一的观点和认识,颇感无所适从,有些问题没有给出答案和解释。这说明学术界对民事诉讼还缺乏深入的研讨,理论与实践还处于背离状态之中,没能充分提供理论支持,需要学界同仁先进奋发努力。当然也要说明的是学界是学术观点的竞争市场,不统一是正常的,在民事诉讼法学现代化如此短暂的发展中,在没有积累、积淀的情形下,要求形成竞争后的统一学说是现实的。况且当下学术竞争还存在无序化的情形,对于一些技术性问题、具体操作性问题在学术理论市场上是难以找到答案的。除了民事诉讼法司法解释的制定之外,民事诉讼法司法解释的适用也需要学界在理论上进行更深入细致的研讨,为民事诉讼法司法解释的正确适用提供理论指导。

相信民事诉讼法司法解释定会引发民事诉讼法学界前所未有的一番大讨论、大争论,民事诉讼法司法解释的解释性也给了学界讨论更大的余地 and 空间。今后几年中民事诉讼法学界将热闹非凡。从这个意义上讲,民事诉讼法司法解释的出台对民事诉讼法学界来讲无疑是一件幸事,它使人们的研究有了更明确的标的,将会深化学界对民事诉讼法学理论问题的研究,从而提升民事诉讼法学的理论水平,推进民事诉讼法制度的完善。

因此,我们要为司法解释进一步刺激学界的研究热情或激情点个赞。

我们也希冀,学界在关于民事诉讼法司法解释的学习、研究、讨论中,为进一步推进民事诉讼理论发展,为民事诉讼的理论指导方面有所贡献,也能够得到社会的点赞。

2015年2月12日于成都

目 录

■ 刊首语

- 001 张卫平 为新民事诉讼法司法解释点赞

■ 制度探究

- 001 傅郁林 再论民事诉讼立案程序的功能与结构
- 016 熊跃敏 民事执行检察监督:法理之维与程序建构
- 张 润
- 034 李 政 对我国法院收集调查证据制度的探析
- 044 高壮华 论诉权之间及与审级制度的制约关系

■ 学理研析

- 063 许 可 论我国侵权责任法上之共同危险行为构成要件
与免责事由
——基于诉讼的视角
- 076 赵信会 论第三人撤销诉讼的原告适格
- 093 曹云吉 论“民事共同责任”的诉讼形态
——以《公司法司法解释(三)》中的民事共同责任
为分析对象

■ 实务探微

- 107 胡夏冰 台湾人民参审制:民众参与司法的新模式
- 119 邵俊武 论非正常死亡原因的司法认定

■ 紫荆沙龙

- 131 蒲一苇 第三人撤销之诉适用范围的实体法分析
- 144 曹云吉(记录人) 第二届紫荆民事诉讼青年沙龙实录
- 177 附:书面评议意见

■ 书评

193

马永平

构建纠纷解决学独立学科的有益探索

——评刘加良《当下中国纠纷解决的基本立场》

制度探究

再论民事诉讼立案程序的功能与结构

傅郁林*

在我国民事诉讼制度中,最混乱不堪的程序环节莫过于立案程序。深孚众望的 2012 年民事诉讼法修正案(下简称新法)增改的三个重要条款——先行调解(第 122 条)、法定起诉权的司法保障(第 123 条)、案件分流机制(第 133 条),其初衷是在实现政治和谐、保障当事人诉权、加速司法效率三大宗旨之间谋求平衡^①,但这一宏大抱负却囿于旧的规范框架和程序结构之内而无法施展,加之立法技术在政治权衡、利益权衡时捉襟见肘而不能契合程序原理,新法不仅没有澄清或解决立案程序原有的混乱和问题,反而使之更加突显,而且这些新条文本身又成为混乱之源。

这些问题不可能再等待 20 年之后由另一部可能同样有缺陷的立法来解决,因此法律文本给法律解读与适用留下的这些巨大空间需要法律人的智识和良知去填补。但目前关于立法中的“起诉与受理”(阶段 I)和“审理前的准备”(阶段 II)与实践中的立案程序之间是何种关系,各自的功能定位、结构界线及法律意义如何以及它们与比较民事诉讼法中的诉答程序和审前程序之间存在怎样的可比性和差异性等等,理论界或实务界都尚未取得基本共识。^② 笔者曾于空谷中怯怯然投石问路,

* 北京大学法学院教授,博士生导师。关于我国立案程序的初步研究,请见拙文《中国民事诉讼立案程序的功能与结构》,载《法学家》2009 年第 1 期。

① 王胜明:在北京仲裁委 2012 年 10 举行的仲裁员沙龙上关于民事诉讼法修改的专题讲座(录音记录)。

② 关于外国审前程序的比较研究,以王亚新的《审前程序研究》为集大成者,载《中外法学》;关于审前程序与立案程序之间功能交错现象的观察与分析,请见刘哲玮的博士论文:《民事诉讼审前程序研究》,北京大学 2010 届博士论文;关于答辩失权问题的针对性研究,请见曹志勋:《论普通程序中的答辩失权》(《中外法学》待刊稿)。

从我国诉讼模式转型的视角初步分析了我国立案程序的功能与结构紊乱的原因及完成这一转型的路径,得到了少许同仁的共鸣或反馈。本文将进一步探讨如何以新法的规范和宗旨为前提,通过法律解释和司法改革,将立案程序与审前程序乃至与诉前途径之间进行界分和衔接,使实践中的立案制度能够真正体现和实现法律文本的制度本义和立法初衷。^①

一、我国现行立案程序的结构与功能

立案程序并不是一个法律术语,而是内涵和外延模糊的法律俗语。立案程序按案件性质可分为刑事诉讼立案程序、民事诉讼立案程序、行政诉讼立案程序,按审级又可分为一审立案程序、二审立案程序和再审立案程序,而各类立案程序的审查标准、功能预设和程序结构都有很大差异。^② 本文仅仅讨论民事诉讼一审立案程序的功能与结构。

依据我国现行民事诉讼法的规定,“立案”与“受理”的概念同义,细微的差别是,立法使用“立案”概念的语境基本都与程序期间有关。^③ 如果一定要区分两个概念在法律规范中的差异,那么“受理”是一种更广义的和相对抽象的司法职权行为,而“立案”似乎是一个具体的受理登记行为。但无论如何,立法将立案程序的外延终结在“受理”行为完成的时刻,这一点是无可争辩的。然而,在司法实践中,立案程序却明显超越了立法所规定的“立案”或“受理”的范围。立案程序向后延伸,结构上跨越了诉答程序和审前程序两个环节,但功能上却没有、也不可能覆盖全部审前程序;立案程序向前延伸,功能上已跨越到诉前程序,虽然结构上没有、也不可能涵摄诉前程序。

具体而言,现行法第十二章第一审普通程序的第一节规定了“起诉和受理”(下称“阶段 I”)包括以下诉讼行为:(1)原告起诉的形式要求(第 120 条、第 121 条),亦即形式要件;(2)原告起诉的部分实质要求(积极要件)和部分形式要求(第 119 条);(3)原告起诉的部分实质要求(消极要件)(第 124 条);(4)受理和不予受理的处理方式(第 123 条、第 124 条);(5)性质和具体阶段均不明确的先予调解。第二节规定了“审理前的准备”(下称“阶段 II”)包括如下诉讼行为:(II1)诉的送达和权利告知(第 125 条、第 126 条);(II2)被告的实体答辩权(第 125 条);(II3)被告的管辖权异议(包括主管权异议,下同)与法院裁定(第 127 条);(II4)审前程序性准备

^① 本文也是笔者践行自己所倡导的研究方法由立法论向解释论转型的一种初步尝试(见《中外法学》2013 年第 1 期编者按)。关于比较研究的方法探讨见拙文:《追求价值、功能与技术逻辑自洽的比较民事诉讼法学》,载《法学研究》2012 年第 5 期。

^② 关于起诉立案、上诉立案和再审之诉立案之间的差异和原理讨论,见拙文《我国“立审分离”模式的质疑》,载傅郁林:《民事司法制度的功能与结构》,北京大学出版社 2006 年版。

^③ “受理”一词的使用率较高,出现在涉及主管与管辖、各类案件的动议(诉讼案件的起诉、非诉讼案件和执行案件的申请)审查程序的 19 个条款中;“立案”一词则出现在第 35 条(共同管辖),第 119 条和第 125 条(受理与送达),第 149 条、第 161 条、第 176 条和第 180 条(各类案件的审理期限)共 7 个条款中。

(第128条、第132条);(II5)审前证据准备(第129至第131条);(II6)审前案件分流(第133条)。

但在我国司法实践中,立案程序包含了从起诉到审前准备的两个阶段,甚至向前延伸到起诉之前。这一突出特点,结合两个阶段的具体法律规定和司法实践,可以归纳我国立案程序的制度特征:

其一,原告的“诉”与被告的“答”分别安排在阶段I“起诉与受理”与阶段II“审理前的准备”两个不同的程序环节;在原告的“诉”与被告的“答”之间插入了法院的审查“受理”;法院对原告的诉的审查与对被告的诉的通知也分别安排在阶段I和阶段II。因而,我国没有相对独立的诉——答程序或审前程序,而是两个阶段紧密地交织在一起。

其二,“诉”的答辩在性质上是一种权利,而且是不受任何程序约束也不影响法院诉讼行为的一种权利。就阶段I而言,被告答辩之前法院即已对起诉进行实质性审查且决定行使裁判权之后才通知被告;就阶段II而言,被告既不承担任何答辩义务,也不会任何程序阶段丧失答辩权利,法律不仅对被告答辩的时限或内容未作任何要求,反而明确授意被告“不答辩不影响人民法院审理”。^①

其三,法院对“诉”的提起实行形式审查与实质审查混合模式。法院审查受理起诉的标准是第119条规定的四个要件,其中第(一)项原告适格和第(四)项法院司法权是实质要件,第(二)项被告明确和第(三)项诉讼请求和事实理由具体是形式要件。立案审查还要对起诉状是否具备第120条、第121条要求的内容进行形式审查,其中包含第119条规定的两个形式要件;此外还要审查是否符合第124条(二)、(五)、(六)、(七)及相关司法解释规定的实质性消极要件。

其四,对“诉”的程序性驳回^②采取不予受理与驳回起诉两种途径,在形式上、标准上、程序上、方式上均具有多样性,且在司法实践中常常大量混用,因而对其合法性进行评价、救济或监督缺乏统一标准。在标准上,法院决定不予受理实际上适用了实质审查与形式审查两种标准,已如上述。在形式上,法院根据上述任何标准决定不予受理的,无论形式要件或实质要件、无论积极要件或消极要件不合法,原

① 这一规定本义与刑事诉讼中旨在保护被告人权利的“重证据,不重口供”十分相似,但与刑事诉讼由控方承担证明责任不同的是,民事诉讼以双方当事人平等对抗为基本特征,因而这种规定便成为纵容被告一方、破坏程序平等的规则。类似的条款还有第75条“当事人拒绝陈述的,不影响人民法院根据证据认定案件事实。”此外第109条也体现了刑事程序的特征:“人民法院对必须到庭的被告,经两次传票传唤,无正当理由拒不到庭的,可以拘传。”我国司法制度整体上是刑事司法为本体建构的,相关分析见拙文:《我国两审终审制的历史考察与反思》,载《华中科技大学法律评论》2007年第1辑。

② 与程序性驳回形成对照的是实体性驳回,如我国的判决驳回诉讼请求。我国的程序性驳回在美国法上称为无损害的驳回(dismiss without prejudice),亦即因起诉的程序要件(包括诉的通知)不合格而驳回起诉,不影响原告满足程序要件后再行起诉。注意,在美国法上基本没有程序问题与实体问题的区分,而是区分为形式事项与实质事项(merits),实质事项又称为实质性事项,包括在我国被归入程序事项的管辖权问题、当事人适格问题等。

则上均可采取口头决定方式;作为例外,即如果当事人坚持起诉,则因不符合积极要件而不予受理的(包括形式要件不符的)须作出书面决定(裁定书),而不符合消极要件而不予受理的(包括实质要件不符的)仍只需作出口头决定。在程序上,无论针对形式要件或实质要件,作出书面裁定须经的程序(比如是否须经听证或辩论)均由法院裁量决定;即使针对实质事项作出的书面裁定,也无须说明理由(这一历史最近才因新法第152条对裁定理由作出明确要求而宣告结束),因此司法决定的标准并不明确。就阶段而言,程序性驳回决定既可在阶段I“起诉与受理”中作出,也可在阶段II送达和答辩之后作出,还可以在实体审理阶段(如因任何一方当事人不适格)和上诉程序(如因一审法院缺乏管辖权),乃至在对实体争议经两级审理并作出生效裁判之后的再审程序中仍可能作出不予受理该案的決定;唯一的差异是阶段I采用不予受理的方式,其他阶段采用了驳回起诉的方式,但两种司法决定针对实质要件不合法情形的标准却是相同的。^①

其五,如果如前所述将立案程序的功能界定为“决定是否受理以对实体争议行使审判权”,那么实践中立案庭的职能与立案程序的功能既存在多重交叉,也存在多项分离。立案庭的职能包括阶段I的全部事项和阶段II中II1、II2、II3的全部事项;阶段II中II4、II5、II6的事项则由立案庭与审判庭分担或共享。分担是指立案庭与审判庭各自承担部分职能,比如II6审前案件分流中第133(1)、(3)条由立案庭负责,II4审前程序性准备(第128条合议庭组成、第132条追加当事人)、II115庭审证据收集与审核则由审判庭承担;共享职能则是指立案庭和审判庭均有可能承担的职能,比如II6审前案件分流第133(2)条庭前调解和第133(4)条交换证据和确定争点,现行法和实践惯例尚未确定由立案庭与审判庭分担抑或共享(如果分担,界线在哪儿;如果共享,如何操作),有待讨论。

其六,立案程序与审前程序均贯彻调解原则,在立案程序中实行先行调解,在审前程序中实行庭审调解。但现行法规定对两个重要问题语焉不详,需要进行法律解读。

二、我国现行立案程序面临的实践与理论困境

上述归纳未必囊括了立案程序的全部事项、特点及其与审前程序交叉或分界的全部重要节点,但已足够观察到我国立案程序的混乱状况了。这种结构与功能安排产生了诸多实践问题和理论困境,而尚未形成通说的三条新规范也将困扰司法实践的统一性和法律教育的同质化。以下进行简要分析。

① 唯一差异源于一个法律漏洞,不过尚未引起普遍关注。司法实践中因当事人不适格而驳回起诉的裁定往往同样援引第119条(原第108条)关于起诉要件的规定,然而第119条对原告与被告的审查分别采用了实质标准与形式标准,即原告须为利害关系人(适格当事人),而被告仅需“明确”即可,所以因原告不适格裁定不予受理或驳回起诉可适用该条,但因被告不适格裁定驳回起诉时却不可适用该条。

(一)立案混合审查制产生诉讼时效起算点等法律难题

起诉与受理程序将形式审查与实质审查混为一体,造成了两种程序价值的紧张与冲突,从而导致权利保障与程序效率的两大价值目标的双双落空。一方面,诉权行使的时效性和“诉讼开始”在时间上的精确性、确定性,要求对起诉的审查在程序上的形式性、简单性、快捷性;另一方面,司法权行使的谦抑性和程序保障的公平性又要求在启动司法权之前审慎考量诉的实质要件。在同一个程序阶段同时进行形式审查和实质审查,既破坏了形式审查的简单性和快捷性,又破坏了实质审查的程序性和规范性,因而第119条规定的7日内立案,对于形式审查而言太长,对于实质审查而言太短,这也是实务界与理论界在此问题上长期争执的重要根源。

详而言之,民事诉讼程序的开始是由形式性起诉与实质性送达两个诉讼行为共同构成的。提起一宗诉讼包括两个步骤:(1)向适当的法院提出诉(the-claim),称为诉的启动(initiation)或诉讼开始;(2)将诉的信息向被告通知(notification)或送达(service),称为诉的通知或诉讼通知。诉讼开始只是标志着法律程序在形式上启动了,因此形式性行为即可标志诉讼开始;但诉讼开始还会引起各种程序规则的实施,比如要求诉讼通知必须在一个特定期间内送达给被告,只有当这一诉的形式(form)实际送达到被告时诉讼程序才能完整进行。

诉讼开始与诉讼通知的条件和法律意义均有明显差别。“诉讼开始”的意义不仅在于启动法律程序,而且更重要的是,程序启动的具体时间成为确定原告的起诉是否符合诉讼时效的关键节点。诉讼开始的时效意义决定了其程序特征必须满足两个基本条件:其一,它不必依赖于被告的合作,否则被告就可能阻挠原告启动程序;其二,诉讼开始的时间必须精确地确定,从而得以确定诉是否是在时效内提出的。因此,诉讼开始必须以单一、简单、快捷的方式完成,换言之,诉讼开始只能是一种形式性的。

为此,各国均对起诉采取形式审查标准,亦即起诉登记制。比如,英国民事诉讼(除极少例外)都以发出格式起诉状(CPR7 claim form)作为计算诉讼时效中断的节点;在美国联邦法院提起的联邦法诉讼也是自原告向法院提交诉状时开始^①;在日本,诉讼也是从起诉状递交给法院时开始;在德国原告递交起诉状构成所谓“系属”(§ 253 V ZPO),送达被告后才构成“诉讼系属”(§ 261 ZPO),诉讼时效的中止效果发生在诉讼系属即法院将诉状送达被告时(§ 204 I Nr. 1 BGB),但在送达紧随诉状的提交完成时,中止效果也可以追溯到原告向法院提交诉状时(§ 167 ZPO)。不过,在解释诉状的提交与送达是否紧随时,并没有一个绝对的时间节点,而需要具体考察原告的过错和与延迟的因果关系:如果期间的迟延单纯由于法院

^① 但州法诉讼均适用各该州的诉讼时效规范。一些州规定,诉讼开始以送达被告时为准,这样原告如果出现送达缺陷则产生致命后果,因为在原告有机会改正送达错误之前诉讼时效一直还在运行。另外,联邦法院对于原告提交诉状后120天内未送达被告又未表明“合理理由”(good cause)的,则应裁定无损害地驳回起诉(即驳回起诉后不影响另行起诉)Cf. Oscar G. Chase, ect., *Civil Litigation in Comparative Context*, West, 2007, Chapter 4.

造成,不影响诉讼时效中止的溯及力;如果原告及其代理人由于轻过失(比如未能依法及时交纳诉讼费或者在特殊情形下及时询问立案进度)促成了较为严重的迟延,则中止效力不能溯及。一般而言,如果原告造成的送达迟延在自时效期间经过后14天内,都不属于较为严重。

但在我国,由于司法权的先期介入和“诉讼开始”的复杂性,导致以哪个时间点作为准诉讼时效难以确定。究竟自原告递交起诉状的时间,还是以法院审查结束于7日后受理起诉的时间?如果以前者为准,鉴于目前法律并不要求法院接收起诉状时进行形式审查,那么如果起诉状不具备基本的形式要件,比如被告不明确或诉讼请求不具体,亦即该起诉并不具备特定诉的主体或客体,这种起诉行为能否将请求权特定化从而产生中断该请求权诉讼时效的法律效果?反之,如果以法院受理的时间为准,那么自原告提交起诉状到法院正式受理之间的审查期间是否计入诉讼时效?如果司法实践普遍遵守法律规定的最长7日的审查期间,问题倒不那么严重,因为无论计入或扣除都有相对确定性和可预测性;尽管如此,不予受理与驳回起诉在法律性质和程序效果上完全相同,但这两种诉讼行为对于诉讼时效中断和重新起算时间的影响却迥然不同,因为不予受理的决定必须在相对确定的7日内作出,而驳回起诉则是在经历送达、答辩(包括管辖权异议)、管辖权决定与上诉、移送管辖乃至实体裁判之后,亦即经过漫长而且期间无法确定的多项诉讼行为之后才作出的。但更为严重的问题还在于,普遍的且越来越正当化的司法实践进行起诉审查的时间并未遵守法律规定的最长7日,实际上从原告提交起诉状到法院正式受理的期间从1日(当即立案)到30日乃至一两年时间不等;而且新法规定的先予调解将使这种无确定期间的立案审查实践合法化、复杂化、更加普遍化。在这种状况下,如果将法院受理起诉的时间作为诉讼时效中断的起点显然更不具有确定性和正当性;唯一的选择是以原告提交起诉状作为计算诉讼时效的时间,但能够产生时效中断效力的起诉状必须符合法律规定的形式要件,而对此起诉状的形式审查可在原告向法院提交起诉状的当即完成,因此可以保证诉讼开始时间的单一性和确定性,从而保持诉讼开始的程序行为与诉讼时效中断的实体效果之间的一致性。《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第12条的规定“当事人一方向人民法院提交起诉状或者口头起诉的,诉讼时效从提交起诉状或者口头起诉之日起中断”也支持这一论点。

(二)法院起诉审查截断原被告之间的诉——答程序造成诉权保障与程序效率双重受损

民事诉讼的进行必须以实质送达为前提。受诉讼影响的当事人必须得到通知,是司法正义的基本要求;诉讼文件只有送达当事人,才能提示其注意到针对他所提出的诉讼程序的存在。无论在普通法国家还是大陆法系国家,无论称为公平审判权(《德国宪法》第103条)或正当程序权利(《美国宪法》第14修正案),都要求