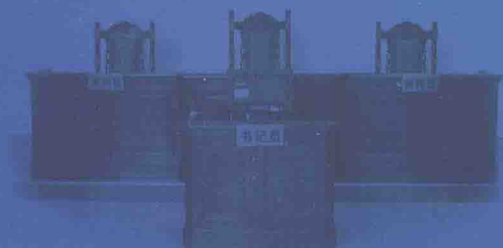


反思与重构

——民事诉讼法再修改的律师视角

李 轩 主编



Rethought and reconstruction

——The lawyer's perspective on the re-modification of the civil procedure law

多年前我曾断言：“律师兴则国家兴！”言下之意，律师业的成败关乎国家法治的兴亡。只有律师制度发达了，国家的民主、法治才能够更加完善，中华文明的伟大“复兴”才有希望。我很高兴地看到，这些年，中国律师已经崛起并逐步成长成为一种不可替代的社会力量，甚至是民主、法治和宪政人权领域的引领力量。

——法学泰斗 江平



中国民主法制出版社
全国百佳图书出版单位

李 轩 主编

反思与重构

——民事诉讼法再修改的律师视角

Rethought and reconstruction

——The lawyer's perspective on the re-modification of the civil procedure law



中国民主法制出版社
全国百佳图书出版单位

2015 · 北京

图书在版编目(CIP)数据

反思与重构:民事诉讼法再修改的律师视角/李轩
主编. —北京:中国民主法制出版社,2015.4
ISBN 978-7-5162-0783-3

I. ①反… II. ①李… ②中… III. ①民事诉讼法—
研究—中国 IV. ①D925.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 071269 号

图书出品人:刘海涛
文案统筹:陈晗雨
责任编辑:逯卫光

书名/反思与重构——民事诉讼法再修改的律师视角

FANSIYUCHONGGOU——MINSHISUSONGFAZAIXIUGAIDELÜSHISHIJIAO

作者/李 轩 主编

出版·发行/中国民主法制出版社

地址/北京市丰台区玉林里 7 号(100069)

电话/63055259(总编室) 63057714(发行部)

传真/63055259

http://www.npcpub.com

E-mail:mzfz@npcpub.com

经销/新华书店

开本/16 开 710 毫米×1000 毫米

印张/25.5 字数/393 千字

版本/2015 年 5 月第 1 版 2015 年 5 月第 1 次印刷

印刷/北京盛源印刷有限公司

书号/ISBN 978-7-5162-0783-3

定价/68.00 元

出版声明/版权所有,侵权必究。

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

《反思与重构——民事诉讼法再修改的 律师视角》编委会

主 编：

李 轩 中央财经大学法律硕士教育中心主任
中国民事诉讼法学研究会理事

成 员：

吴 革 北京市中闻律师事务所主任
朱树英 上海市建纬律师事务所主任
李晓斌 北京市李晓斌律师事务所主任
贺宝健 浙江海通联合律师事务所主任
陈有西 浙江京衡律师事务所主任
徐晓青 上海市徐晓青律师事务所主任
李 轩 北京市汇佳律师事务所兼职律师
庞 标 北京市庞标律师事务所主任
蒋 勇 北京市天同律师事务所主任
谭 芳 上海市华诚律师事务所合伙人
李 刚 北京市资略律师事务所主任
楼 韬 浙江星韬律师事务所主任

序

江平^①:律师应以更积极的姿态参与立法

多年前我曾断言:“律师兴则国家兴!”言下之意,律师业的成败关乎国家法治的兴亡。只有律师制度发达了,国家的民主、法治才能够更加完善,中华文明的伟大“复兴”才有希望。我很高兴地看到,这些年,中国律师已经崛起并逐步成长成为一种不可替代的社会力量,甚至是民主、法治和宪政人权领域的引领力量。他们或为企业事业单位和机关团体的法律顾问,或为诉讼代理人、辩护人,活跃在市场经济前沿阵地,也奋斗在权利保障的各类案件中。尤其是在刑事辩护领域,部分“死磕派”律师的坚守越来越多地赢得了社会各界的尊重;他们不仅致力于个案权利的维护,还参与平反或防范了众多冤假错案,在某种意义上他们依法抗争的“死磕”精神甚至深刻地影响了部分公安司法人员的躬身自省,成为公民社会培育过程中人格转型的开创者和引路人。

但是,毋庸讳言,当前中国律师参与社会政治生活的广度和深度都还远远比不上他们的外国同行,对立法普遍缺乏热情就是一个明证。我曾经呼吁律师应该更多地参与政治;在政治参与的直接途径较为有限的情况下,参与立法不啻一种间接参与政治的有效方式。我认为,律师参与立法至少有以下三个方面的功能:

一是律师参与立法有助于全面反映民意。人们都说,律师是公民权利的代言人。普罗大众对立法有什么需求,希望保护什么、防范什么、惩治什么,律师一般掌握得比较清楚而且全面。律师参与立法无疑有助于将来自民间的权利呼声传达给立法机关和立法工作人员,有助于立法的全面吸收和民意采纳。

^① 江平:中国政法大学终身教授,第七届全国人民代表大会法律委员会副主任委员。

二是律师参与立法有助于维护行业利益,促进执业环境好转。作为法律的最直接消费者,立法质量的高低直接影响到律师的执业环境和执业效果。现实中,无论是诉讼业务还是非诉讼业务,中国律师都还面临这样或那样的困难和障碍。基于执业过程中的切身体会,律师对相关法律的立、改、废,及时提出自己的意见和建议,无疑有助于创造更好的职业环境,促进行业发展。

三是律师参与立法有助于加强立法的民主监督。我注意到,十八届四中全会决定强调要健全立法起草、论证、协调、审议机制,提高立法质量,防止地方保护和部门利益法制化。作为一种相对中立的民间力量,律师通过多种途径和方式参与立法的规划、起草、论证、协调、审议诸环节,无疑有助于加强立法的民主监督,促进立法机关择善而从,从而更好地完善法律体系,优化法治环境。

我们知道,立法是多方面利益群体博弈的过程,只有各种利益诉求得到充分表达和合理采纳,立法者才能做到兼听则明,从善而“立”。律师参与博弈,是立法过程中达成平衡与妥协的重要因素。在法治发达国家,律师协会或律师公会作为院外集团进行立法游说是一种普遍做法,很多律师组织甚至直接起草法律案或示范法而获议会或其他有权机关通过成为法律规则。相形之下,中国律师参与立法的积极性和参与能力显然要逊色得多。这固然与中国律师行业的发展刚刚起步有关,但无疑也有律师眼界长短高低的问题。

我曾说过,律师既要追求服务之道,也要追求治国之道。服务之道是如何以专业知识和技能为当事人来服务,这是律师的基本职能;治国之道则是用法律来维护社会的正义公平,这是律师的宏观责任。但我们不无遗憾地看到,很多律师对社会公共事务总是采取“事不关己、高高挂起”的态度,只顾埋头于打理自己的业务或致力于经营自己的一亩三分地。律师为自己的当事人勤勉服务,那当然是必要的,但如果因此忽视甚至排斥其社会和国家责任,那就是短视的。参与立法,就是在更高层次上对律师行业提出的要求,是人民赋予律师的一种特殊的社会责任乃至国家责任,转型时期的中国律师尤其应当如此。

当然,我注意到近年来我们的律师协会和部分律师在立法方面也开始有所作为,尤其是在刑法和刑事诉讼法修改方面律师参与讨论很热烈,也提出了非常重要的意见和建议,其中很多得到了法学界的响应和立法机关的采纳。但在宪法和其他部门法领域,我听到的来自于律师界的声音还很少。2012年民事诉讼法的再次修改似乎是一个例外,全国律协不仅两次提交了律师修改建议稿,还邀请中国民事诉讼法学研究会作了论证,采取全国律师代表开会逐条讨论通过立法建议的方式也是一种很好的尝试。虽然提出的立法建议最终采纳得不多,但这种积极参与的精神值得肯定和继续发扬。

总之,积极有效地参与立法是律师执业的高级境界。我希望各级律师协会及其专业委员会、律师事务所和律师个人都能行动起来,通过各种公开平台和方式方法尽量参与每一步法律的立、改、废。无论是法律、法规,还是司法解释,律师界不应放过每一次发声的机会。而且,参与立法绝不应只是少数律师的事情,也不能指望每役必成、一蹴而就。只有群策群力、锲而不舍,律师参与立法才会有更大的作为。

有感于律师参与立法的特殊意义,在李轩博士领衔主编的《反思与重构——民事诉讼法再修改的律师视角》行将付梓之际,欣然为序。



2015年3月

目 录

引言 在期待中徘徊:民事诉讼法修正案 实施两周年效果观察	1
------------------------------------	---

第一编 律师参与“民事诉讼法 再修改”的总体思路

民事诉讼法修改应以保障当事人诉权为立法取向	朱树英 林 燕/19
律师视角下的民事诉讼法修改	李 轩 李 刚/24
《中华人民共和国民事诉讼法修正案 (草案)律师再修改建议稿》说明	中华全国律师协会/44
《中华人民共和国民事诉讼法修正案(草案) 律师再修改二次建议稿》说明	中华全国律师协会/46
民事诉讼法修改:律师的视角	李 轩/48
“民事诉讼法再修改的律师视角研讨会”综述	吴 革 崔丽丽 范抗抗/52
“民事诉讼法再修改的二次建议圆桌论坛”综述	崔丽丽 罗 洁/55
全国律协再推民事诉讼法修改波澜	陈 霄/58

第二编 民事诉讼法再修改的律师 建议稿及立法理由

《中华人民共和国民事诉讼法修正案 (草案)》律师再修改建议稿	/65
---	-----

《中华人民共和国民事诉讼法修正案(草案)》

律师再修改二次建议稿 /105

《中华人民共和国民事诉讼法修正案(草案)》

之公益诉讼制度律师修改建议稿 /123

第三编 民事诉讼法再修改的 律师论证与争鸣

以“维权”促“维稳”:民事诉讼法修改的大局观 李 轩/131

民事诉讼法基本程序的反思与重构 李 轩/136

民事诉讼法修改相关问题之我见 曹春风/150

论当事人资格异议及其立法构想 李 轩 崔丽丽/154

浅议无因回避制度及其引入 李启来/159

论当事人及其代理人取证权利的程序保障 徐 灿/162

论无独立请求权第三人制度的立法完善 庞春云/172

建立强制答辩制度,完善事实发现机制 麦 欣 余 力/175

关于对民事诉讼法修正案草案的修改建议

..... 刘锡秋/181

民事诉讼法修正案草案修改意见 谭敬慧 周 涛/184

关于《全国律协“民事诉讼法再修改研讨会”

推荐议题》的反馈意见 苏东彪/189

小额诉讼程序立法的立场考辨 王岩云/196

论精神病人强制诊断和强制住院治疗的法律规制

——兼评精神卫生法草案的主要缺陷 樊潇婷 李 轩/199

关于撤销和不予执行仲裁裁决相关制度的修改建议

..... 齐 斌/210

我国环境公益诉讼制度初探 陈 占 军/214

关注民事诉讼法修改后的实施:学者、法官、律师三人谈

..... 邢五一 张卫平 蒋惠岭 蒋 勇/223

律师参与民事诉讼法司法解释制定过程的作为与思考

..... 蒋 勇 陈耀权/227

第四编 律师参与民事诉讼立法的 业界评价与媒体关注

民事诉讼:抽象到具象的思索	张卫平/237
民事诉讼法的修正:问题与前瞻	李 浩/239
这一刻,我们共同聚焦民事诉讼法修改	徐 灿/247
评中国律师参与民事诉讼法修改的历史意义	慧 哲/249
民事诉讼法修正案草案律师建议稿: 着眼于解决民事诉讼实践难题	林 燕/251
《中国律师》:从律师的视角看民事诉讼法修改	秋 天/253
《民主与法制》:民事诉讼修法,律师界发出的声音	黎伟华/256
《法制晚报》:民事诉讼法修改征民意, 律师费由败诉方当事人承担	温如军/260
民事诉讼法修正案草案部分条文吸收律师建议稿意见	罗 洁 刘海琴/262
《法制日报》:全国律协再提八项民事诉讼法修改建议	蒋安杰/266
《人民法院报》:“民事诉讼法再修改的 二次建议圆桌论坛”再提十条建议	韩 芳/267
《检察日报》:全国律协提出民事诉讼法 修正案草案修改建议	谢文英/268
全国律协建言增办调查令制度: 让律师替法官跑腿取证	王殿学/270
全国律协建言民事诉讼法修改增加调查令制度	任重远/272
公益诉讼立法还需更多共识	崔 丽/274
《法制日报》:公益诉讼入法迈出制度破冰第一步	李 娜 蒋 皓/278
精神卫生法草案难防“被精神病”	王 茜/282
精神卫生法草案征求意见结束,“被精神病”仍然防不胜防	李秋萌/285
《法制日报》:民事诉讼法司法解释统一标准亮点多, 权威专家肯定同时也有担忧	刘子阳 李 娜/289
《法治周末》:消法领域公益诉讼未走出低谷	蒲晓磊/292
跋:借力司法改革,助推民事诉讼立法与司法完善	/297

附录 民事诉讼法修正案及关联
法律、司法解释选编

全国人民代表大会常务委员会关于修改
《中华人民共和国民事诉讼法》的决定 /305

中华人民共和国消费者权益保护法(节录) /314

中华人民共和国环境保护法(节录) /315

最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释 /316

最高人民法院关于巡回法庭审理案件若干问题的规定 /371

最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼
案件适用法律若干问题的解释 /373

人民检察院民事诉讼监督规则(试行) /377

引言

在期待中徘徊:民事诉讼法修正案 实施两周年效果观察

李 轩^①

导读:2013年1月1日,再次修改后的《中华人民共和国民事诉讼法》开始实施。当年年初笔者开始启动“民事诉讼法修正案实施效果观察”的调研课题,但因民事诉讼法修正案实施时间较短,来自各地法院的第一手资料相对匮乏,尤其是最高法院“民事诉讼法司法解释”迟至2015年年初才正式发布。虽然两年过去,课题研究尚在深入调研中;本文充其量只能算作课题前期研究成果,既不全面,也不严谨,甚至没有多少技术含量。但是,笔者相信本文的观察结论大抵是与司法实践同步并且相符的,因而不揣冒昧供各位同行分享与指正。

一、从立法博弈到实效观察

2013年1月1日,再次修改后的民事诉讼法正式实施。在此之前的修法过程中,围绕旧制度的完善和新制度的增益,各方曾展开了比较充分的立法博弈。以诉前调解制度为例,修正后的民事诉讼法第一百二十二条规定:“当事人起诉到人民法院的民事纠纷,适宜调解的,先行调解,但当事人拒绝调解的除外。”对此,李浩教授、齐树洁教授和陈慰星博士等学者分析指出:“关于这一条的规定,在修正案草案一审稿中并没有但书的规定,遭到律师界的强烈反对,纷纷要求废除强制性立案调解的制度,改为自愿诉前调解。

^① 李轩:兼职律师,中央财经大学法律硕士教育中心主任,兼任中华全国律师协会宪法与人权委员会秘书长、中国案例法学研究会秘书长,副教授,法学博士。

因为如果没有但书的话,等于变相的强制调解,不仅违背了调解自愿原则,还会严重侵犯原告的起诉权,许多法官可能会以调解作为立案的前提,只有原告答应调解了,才给予立案,否则,会找各种各样的理由不予立案,这不仅侵犯起诉权,而且还将严重影响律师代理工作的开展。在律师的强烈要求下,二审稿中增加了但书的规定,现在的法律条文就是二审稿增加上去的。”^①现在,立法争论告一段落,人们开始关注民事诉讼法修正案的贯彻实施问题。

从民事诉讼法修正案实施至今刚刚两年的时间,由于实施时间较短,各地法院相关年度司法统计数据尚未发布,其实施效果如何,有关情况不甚了了,各界评价不一。从网上有关法官和律师甚至当事人披露的局部或个案情况来看,修改后的民事诉讼法实施效果似乎并不十分理想。笔者注意到,自民事诉讼法修正案通过以来,最高司法机关已经有所行动,其中最高人民检察院于2013年9月23日制定了《人民检察院民事诉讼监督规则(试行)》,最高人民法院于2014年12月18日制定了《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法的解释〉》。某些地方法院也就民事诉讼法修正案的贯彻实施制定发布了一些司法规范性或政策性文件,如浙江省高级人民法院发布了《贯彻修改后民事诉讼法有关立案审判工作的意见》,江苏省高级人民法院连续发布了《关于做好修改后的〈中华人民共和国民事诉讼法〉施行后立案审判工作的讨论纪要》《关于小额诉讼案件审理程序的讨论纪要》《关于人民法院审理确认调解协议案件若干问题的讨论纪要》《全省法院民事案件立案受理工作规范》,广西壮族自治区高级人民法院下发了《关于适用小额诉讼程序审理民事案件相关问题的解答》,苏州市中级人民法院也发布了《关于适用小额诉讼程序审理民事案件相关问题的实施意见(试行)》。近两年来,律师界和诉讼法学界普遍关注民事诉讼法修正案实施效果,期待立法成果能够在司法实践中逐步得到全面落实。

由于笔者在2011年到2012年期间曾积极参与了全国人大常委会法工委组织的民事诉讼法修改征求意见活动和全国律协组织的民事诉讼法修改建议活动,并连续参加了中国民事诉讼法学研究会组织的数次民事诉讼法修改研讨会或座谈会,对民事诉讼法的修改过程较为了解,对民事诉讼法修改后的实施状况较为关注。近十个月以来,笔者一直密切观察相关领域的司法动态和律师界的反应,并在此期间陆续在北京海淀、山东潍坊、内蒙古呼伦贝尔、海南海口、广东广州及深圳等地相关法院和律师事务所展开了局

^① 参见李浩等:《民事审判程序修改中的新制度》,载于《海峡法学》2013年第1期。

部调研和抽样调查。囿于了解到的信息有限,笔者重点从中国法院网、中国律师网、中国民事程序法律网等主要网站搜集整理了与民事诉讼法修改内容实施效果相关的内容,并结合部分法院和律师事务所的调研情况,对民事诉讼法的实施效果局部进行了初步总结分析,供方家批评指正。

二、笔者关于民事诉讼法实施效果的总体评价

从笔者掌握的有限资料和信息来看,总体而言,至少到目前为止,此次民事诉讼法修改还远远没有发挥立法机关所期待的应有作用。有关新的制度性规定,甚至在很多法院尚未付诸实施。这一方面,可能反映出民事诉讼法修改内容缺乏针对性,立法目的在实践中部分落空;另一方面,可能反映出地方法院尚未做好实施民事诉讼法修正案的充分准备,对民事诉讼法规定的新理念、新制度,还来不及进行有效反应。而且,从当事人和代理律师的角度来看,可能由于新修正的民事诉讼法宣传力度不够,他们对相关的制度新规缺乏了解,在诉讼实践当中,还想不到利用新的法律规定维护自己的合法权益,因而有关法院也没有启动相关的制度机制。接受笔者走访调查的法官和律师几乎都表示,民事诉讼法修改之后,司法实践状况对比过去没有实质性改观。

据笔者不完全观察,在此次修法的新增制度领域,部分制度机制很少付诸实施,如公益诉讼制度、第三人撤销之诉制度;部分制度机制只是得到初步实施,如电子证据制度、担保物权实现程序、申请人民调解协议司法确认程序等;只有少部分制度机制已得到较好实施,如行为保全制度、小额诉讼程序、电子送达方式等。而在修改完善后的原有制度领域,部分修改内容几乎尚未发挥任何作用,如针对立案难的诉权保障机制、证人出庭作证机制、督促程序转普通程序机制;部分修改内容也只是得到初步实施,如二审开庭审理机制、检察监督机制;只有少部分修改内容已得到较好实施,如限制公民代理规则、申请检察院抗诉的法院再审审查前置规则等。

因此,总体而言,虽然此次修法增加了很多新制度,并对一些原有制度进行了修改完善,理论上加强了诉权保障、限制了法院或法官的自由裁量权、扩大了检察监督权限,但是在民事诉讼实践当中,原告立案难的情况仍然普遍存在。在最近两年的诉讼实践中,当事人、代理律师和各级法院运用的相对比较多的,只有行为保全等少数易于操作的制度性规定。

三、关于民事诉讼法修正案主要新增制度机制 实施效果的观察与思考

(一) 诚实信用原则写入民事诉讼法的立法目的尚需落实

诚实信用原则是否应该作为一项民事诉讼的基本原则写入民事诉讼法,历来存在巨大的争议和分歧。这一次民事诉讼法的修改,在部分学者的积极倡导和最高立法机关的大胆决策下,诚实信用原则被写入民事诉讼法总则。对此,很多人以为这是一个进步;但据笔者观察,这一原则缺乏必要的制度支撑。中国民事诉讼法学研究会会长、清华大学程序法研究中心主任张卫平教授对此曾一针见血地指出:“如果不能推进司法体制改革,使得司法获得足够的权威性,民事诉讼法中关于诚实信用原则的条款将与其他原则一样,难免成为‘睡眠’或‘植物人’条款,仅仅是回应社会的一句政治性口号而已。”^①

当然,也许有人会说,我们建立了恶意诉讼制裁机制、第三人撤销错误裁判机制、第三人提出执行异议之诉机制,在某种程度上可以保障诚实信用原则的贯彻实施。但是,对真正落实诚实信用原则而言,仅有这些显然是远远不够的。事实上,在美国民事诉讼中,《联邦民事诉讼规则》规定了很多好的值得借鉴的机制,譬如,强制被告人答辩制度、强制当事人出庭作证制度、禁止反言制度、证人伪证责任制度、特殊类型案件胜诉方当事人律师费由败诉方当事人负担制度。虽然美国的诉讼规则没有明确宣示诚实信用原则,但恰恰是这些制度,保障了诉讼参与人尤其是当事人在诉讼过程当中必须诚实守信,否则他们就要承担不利的诉讼后果。

(二) 被寄予厚望的公益诉讼在写入法典后实施情况不尽理想

在2012年民事诉讼法修改的过程中,几乎所有的律师、学者和社会公益组织和公益人士,都对公益诉讼立法寄予厚望。在民事诉讼法确立公益诉讼制度之后,甚至有人宣称2013年将成为真正的“公益诉讼元年”。但是,公益诉讼在2013年民事诉讼法实施之后,不仅乏善可陈,而且实施状况不尽理想。出现这一局面的原因,笔者分析,主要是源于民事诉讼法第五十五条关于公益诉讼主体的资格限制,即只有“法律规定的机关和有关组织”才能提起公益诉讼。而“法律规定的机关和有关组织”,只限于法律的明文规定。

^① 参见张卫平:《新民事诉讼法的实施与司法体制改革的推进》,载于《人民司法(应用)》2013年第9期。

而当时,只有海洋法规定的国家海洋局,现在还包括消费者权益保护法规定的中国消费者协会及省一级消费者协会,以及环境保护法规定的“依法在设区的市级以上人民政府民政部门登记”并且“专门从事环境保护公益活动连续五年以上且无违法记录”的社会组织。除此之外,公民个人和其他社会组织甚至检察机关都无权提起公益诉讼。对此,有学者指出:“新修正的民事诉讼法确认非实体利害关系人具有作为公共利益提起民事诉讼的主体资格,但并未明确规定哪些机关和组织可以作为公益诉讼的主体,这有可能增大公益诉讼实际运作的难度。”^①

令人欣慰的是,笔者注意到,2015年1月6日,最高人民法院刚刚发布了《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》。该司法解释明确检察机关、负有环境保护监督管理职责的部门及其他机关、社会组织、企业事业单位可以支持社会组织提起公益诉讼,并以“提供法律咨询、提交书面意见、协助调查取证等方式”参与诉讼。该司法解释在适当扩大提起公益诉讼提起主体、明确提起公益诉讼操作程序方面无疑具有重大突破,但具体实施效果如何,尚待观察。

(三) 调解协议司法确认程序形同虚设

2009年最高人民法院出台了诉调对接的司法政策性文件(《最高人民法院关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接机制的若干意见》),全国人大常委会在修改民事诉讼法的时候,将这一司法政策性文件的主要内容上升为法律,在特别程序中增加了“人民调解协议的司法确认程序”,学者们对此普遍给予积极评价。^②但实事求是地说,实践中通过基层调解机构达成人民调解协议的个案,数量本身就不多,加之社会公众对这一新增特别程序并不了解,而且尤其是法律要求协议双方同时到法院申请确认,更可能是该制度实施的根本障碍——其中蕴含的逻辑悖论是:一旦当事人双方同意共同到法院申请司法确认,则义务方可能就在申请司法确认前主动积极履行义务;否则,如果义务方不想真正履行协议约定义务的话,就很少出现双方共同去法院申请司法确认的可能性。笔者注意到,有年轻学者从其他维度对这一制度作了同样富有逻辑意味的阐述:“人民调解的制度实效性更多地依赖于人民调解协议的自动履行,而不应过多地寄望于司法确认程序及其之后的强制执行程序。其原因一方面在于,司法确认程序的适用比率与社会诚信度之间存在反比例关系。司法确认程序的适用比率越高,说明社会诚信度越低,有利于促进人民调解协议自动履行的条件就越是不具备,此时若一味依

^① 参见齐树洁:《我国公益诉讼主体之界定》,载于《河南财经政法大学学报》2013年第1期。

^② 参见汤维建:《漂移的中国民事调解制度》,载于《比较法研究》2012年第5期。

赖司法确认程序的话,则人民调解的制度优势将丧失殆尽并最终被诉讼机制所取代。另一方面在于,‘必须依靠强制执行的调解协议,往往隐含着非自愿、恶意、滥用、不诚信、有失公平、错误等风险,难以达到调解追求的和谐、自主和双赢的目标。’因此,司法确认程序只能被当成人民调解的‘备胎’,可以利用但只能在特殊情况下利用。换言之,司法确认程序应该作为通过人民调解化解民事纠纷过程中的非常态性程序,力争不予适用或减少适用。”^①

此外,在人民调解过程当中,很少有人委托律师参与代理,因而也会影响当事人自觉运用司法确认程序的积极性。有关法院网站虽然对“诉调对接”“调解协议司法确认”等新规作了浓墨重彩的宣传,但是迄今为止,笔者尚未从公开渠道搜集到任何关于申请调解协议司法确认的个案,这一制度有待今后统计数据出现之后另作实证观察和分析。

(四)担保物权实现程序各地试水谨慎

担保物权实现程序对很多中国人而言几乎是一个全新的概念。在民事诉讼法修改过程中,担保物权实现程序是否写入民事诉讼法也是一个备受争议的话题。笔者曾经指出,民事诉讼法修改时在“非讼程序”部分增加的担保物权实现程序不仅与物权法的规定不尽一致,而且没有考虑到中国缺乏权威、健全的第三方物权担保登记制度,规定债权人可以不经诉讼程序直接向法院申请实现担保物权(并且没有设置债务人或担保人异议机制),既有悖诉讼法理,又有悖非讼法理,将担保物权甚至主债权可能存在的争议审查完全交由独任法官短时期内自由裁量,可能导致更大的司法不公。

笔者发现,虽然已有媒体个别披露了少数法院陆续受理了各自的担保物权实现程序第一案,但大多数法院和当事人及代理律师对此仍然感到陌生,法院对该程序的尝试也采取了谨小慎微的态度。如据中国法院网报道,迟至2013年5月,湖南省浏阳市人民法院才依照修改后民事诉讼法新设的实现担保物权程序,发出该院首例实现担保物权民事裁定书。^②无独有偶,2013年5月7日,江西省横峰县人民法院就申请人中国民生银行股份有限公司南昌分行申请对抵押人张某、徐某抵押的相关房产作出采取拍卖、变卖方式依法变价的民事裁定书,该银行可以直接向法院申请强制执行,中国民生银行南昌分行的借款本金1800万元及利息、实现担保物权的费用在约定的担保范围内优先受偿。而报道称这是横峰法院自2013年1月1日新修改

^① 参见刘加良:《论人民调解制度的实效化》,载于《法商研究》2013年第4期。

^② 资料来源:刘敢德:《浏阳法院发出实现担保物权民事裁定》,载于中国法院网, <http://www.chinacourt.org/article/detail/2013/05/id/954050.shtml> 发布时间:2013-05-03。