

民事诉讼程序分流研究

舒瑶芝 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

民事诉讼程序分流研究

舒瑶芝 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼程序分流研究 / 舒瑶芝著.
—北京:法律出版社,2013.5
ISBN 978-7-5118-4994-6

I. ①民… II. ①舒… III. ①民事诉讼—
诉讼程序—研究—中国 IV. ①D925.118

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 112993 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/刘琳

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京鑫丰华彩印有限公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/9.625 字数/285千

版本/2013年5月第1版

印次/2013年5月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-4994-6

定价:26.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

现行民事诉讼法适用的二十年,正是我国社会从计划经济走向市场经济的转型时期,法律所依赖的社会物质生活条件发生了巨大的变化,法律所调整的民事法律关系亦日趋多样和复杂,人们的价值追求亦更多元化。无论是主观层面还是客观要素,都决定了民事诉讼程序亦应趋向多元。从应然状态及发展趋势看,由现代程序理念及程序规则所组成的民事程序体系应是一个价值多元、程序多元,尊重主体自主选择的多元解纷系统。然而,民事诉讼法并未对此做出积极有效的回应及选择。自我国民事诉讼法发展至今,立法者对于这部与每一位公民休戚相关的诉讼程序法,似乎更多地关注其如何疲于应对迅速发展的社会解纷需求,而缺乏对于诉讼程序的优化、程序结构合理性及协调性、程序理念的先进性等内容的反思及建构。

在民事诉讼法的适用过程中,沿袭了我国解释法的传统,一直不厌其烦的采用司法解释来代替立法的修正。不断扩张的司法解释在发挥其补充法

2 序言

作用的同时,其诟病亦是显而易见的。司法解释的实用性、应急性导致其内容较少从制度价值层面、程序与程序之间的衔接、制度与制度之间的相互配合进行综合考量。而司法解释之层出不穷,其内容亦可能出现前后矛盾之处,损及民事诉讼法的完整性与统一性。

2007年为解决“执行难”和“再审难”,民事诉讼法对于执行程序及再审程序的修改,是本部民事诉讼法适用以来的第一次立法修正。众所周知,“执行难”和“再审难”的问题并非是单一程序或制度运作的结果,而是民事司法体制弊端的突出表象之一。故对于执行程序和再审程序的局部修改只是流于表层上解决上述两大难问题,被学者评价为有“头痛医头、脚痛医脚”之嫌。可以说,该修正案更多体现为立法修正的象征意义。2012年修正案从修法的法条数及内容上看,可谓是一次“中修”,修改的条文数涉及60个条文的80余处内容,主要涉及小额诉讼、公益诉讼、先行调解、人民调解协议的确认程序、电子证据与电子送达等方面的建构。但从修正的程度上判断,学界较为普遍认同,本次修法仍属于“零星式修正”或“填补式修订”,而不是一次系统性、结构性的大修。而本次修法所确立的“诉讼经济与简化、程序多元化与现代化”、“科学配置司法资源、提高诉讼效率”之目标功效实现程度亦有待确认。

民事诉讼程序变革是民事司法改革的重要组成部分,而民事司法改革并不是一个孤立的社会现象,它只是社会变革的一个组成部分。同时,它也受到来自域外变革的影响。20世纪后期以来,世界范围内的司法改革运动几乎波及每一个对外开放国家。虽然司法通常并不对外开放,但西方发达国家的司法改革所带来的价值观、程序理念、程序规则的变革总是或多或少地影响着那些同样渴望变革的国家。这使得民事程序法变革具有了复杂性,需要应对全球化、社会化、民主化等挑战;需要解决法律移植和本土化关系、多元化纠纷解决机制与正当程序的规则建

构等多重关系。^{〔1〕}

由于各国民事立法和司法发展的不平衡,民事诉讼程序规则通常具有较大的差异性。同时,由于社会背景的不同,貌似内容相同的程序规则在不同国家和地区适用亦可能带来不同的效果。在民事诉讼程序变革中最容易达成共识的是民事诉讼程序理念,民事诉讼程序理念往往可以跨越国界,具有普适性。故,一方面,我们需要站在世界民事程序变革这一更高的平台及背景下,秉持普适的价值视角来考察民事程序体系之设计,如诉权的保障、程序的公正与效率价值之衡平、程序主体自治性、程序选择权等;另一方面,必须关注的是,我国的民事诉讼程序体系尚未完全真正建构,不同程序之设计及功能区分并未得到充分有效的论证和实证,这就有必要以系统论的视角重新审视目前的诉讼程序体系构建,注意程序之间的功能区分及程序与程序之间的衔接协调,构建有机的解纷程序系统,力争实现各类程序功能的互补和整体功能的最大化。

目前,民事程序体系的合理建构所面临的问题诸多,其主要表现涉及以下方面:首先,民事程序的基本分类尚未通过专门立法方式得以确立,主要表现在非讼程序与诉讼程序、执行程序 and 审判程序未实现有效分离;其次,诉讼程序中,立法虽设立了小额诉讼、简易诉讼和普通诉讼,但并未从价值取向及功能上对上述程序进行有效区分,故实际并未真正形成多元、多层次的诉讼程序的程序体系;最后,尚未依据纠纷特点,构建专门性的解纷程序,如适用于解决家事纠纷的家事程序,适用于商事案件的商事程序及解决公益性纠纷的公益诉讼程序等。

本书首先通过方法论的变革,以系统论为线索,将民事程序体系的系统性和创新性纳入研究对象范畴;其次,程序体系的设计,离不开程序理念的指引作用,故对现代程序理念加以梳理归纳用于指导程序的分流及具体制度之建构;再次,尝试对于诉讼程序的分流进行梳理,并对于分

〔1〕 参见汤维建:《民事诉讼法全面修改专题研究》,北京大学出版社2008年版,第5页。

4 序 言

流中涉及的具体程序和制度的定位、功能及具体构建展开论述;最后,对于分流程序中所涉及的程序与制度的相互衔接及协调进行阐述,力求论证应然状态之民事诉讼体系的完整性和合理性,以指引现行程序制度完善之可能。本书主要内容由三部分共九章构成。第一部分为“民事程序分流认识论”;第二部分为“民事审前程序的分流”;第三部分为“民事审理程序的分流”。

此外,本书系浙江省社会科学基金项目(11JCFX01Z)的研究成果。

舒瑶芝

2013年1月于杭州

目 录

第一部分 民事程序分流认识论

第一章 绪论——法学研究方法论研讨 / 3

第一节 “法律”的多元构成 / 3

一、“法律”是规则集合还是开放系统 / 3

二、民事诉讼法的构成 / 5

第二节 研究方法之多元化 / 7

一、规则研究 / 7

二、基础理论研究 / 8

三、社会实证研究 / 9

四、多元化研究趋势 / 10

第三节 系统论之运用 / 13

一、系统论概述 / 13

二、法学研究系统论之引入 / 16

第二章 民事诉讼价值及程序理念 / 24

第一节 民事诉讼价值体系 / 24

一、民事诉讼目的价值 / 25

二、民事诉讼程序价值 / 32

第二节 民事诉讼法之程序理念 / 39

一、程序保障性要求 / 41

二、程序主体性要求 / 44

三、程序相称性要求 / 47

2 目 录

四、程序安定性要求 / 49

第三章 多元化纠纷解决机制与程序分流 / 52

第一节 多元化纠纷解决机制 / 52

一、多元化纠纷解决机制的缘起 / 52

二、多元化纠纷解决机制的形态 / 55

三、多元化纠纷解决机制的功能 / 58

第二节 域外民事程序分流观察 / 61

一、域外民事程序分流现象 / 61

二、域外程序分流的发展趋势及启示 / 64

第三节 我国程序设置存在的问题及应对 / 66

一、程序设置存在的问题 / 67

二、完善程序设置的设想 / 69

第四节 程序分流的基础条件和路径 / 73

一、程序分流的基础条件 / 73

二、程序分流的路径 / 77

第二部分 民事审前程序的分流

第四章 非讼案件程序保障 / 83

第一节 非讼程序基础法理 / 84

一、非讼案件的范围 / 84

二、非讼程序的甄别 / 87

三、非讼程序机理 / 92

四、非讼程序法理的适用 / 96

第二节 大陆法系非讼程序之立法 / 101

一、诉讼事件与非讼事件界分 / 101

二、非讼程序立法模式 / 102

三、非讼程序的适用范围 / 105

第三节 我国非讼程序的立法现状及改良 / 106

- 一、非讼程序立法现状 / 106
- 二、非讼程序的立法改良 / 111

第五章 审前程序功能的实现机制 / 118

第一节 审前程序功能的比较法考察 / 119

- 一、域外各国审前程序的功能 / 119
- 二、审前程序功能的比较借鉴 / 129

第二节 我国审前调解程序的建构 / 132

- 一、“审前调解”辨析 / 132
- 二、审前调解的意义 / 135
- 三、审前调解模式 / 136
- 四、审前调解的程序设计 / 138

第三节 诉调对接机制 / 141

- 一、诉调对接的意义 / 141
- 二、诉调对接的效力 / 142
- 三、诉调对接的具体适用 / 144

第四节 审前程序建构及功能拓展 / 146

- 一、审前程序的模式选择 / 146
- 二、审前程序的功能拓展 / 147

第六章 督促程序的解构与重构 / 153

第一节 督促程序的基础法理 / 153

- 一、督促程序的属性认识 / 153
- 二、督促程序的特征 / 156
- 三、督促程序的功能 / 158

第二节 以德国为代表的大陆法系督促程序之发展 / 160

- 一、德国督促程序的立法及适用 / 160
- 二、德国督促程序的特色 / 162
- 三、其他大陆法系国家督促程序的发展 / 163

第三节 督促程序重构的必要性 / 165

- 一、督促程序的立法缺陷 / 165

4 目 录

二、督促程序的适用困境 / 168

第四节 督促程序的重构 / 173

一、督促程序与诉讼程序衔接 / 173

二、重构督促程序的具体设计 / 176

第三部分 民事审理程序的分流

第七章 小额诉讼程序规则及适用 / 183

第一节 域外小额诉讼程序建构比较 / 183

一、域外小额诉讼的程序设计 / 183

二、小额诉讼程序的价值定位 / 191

第二节 我国小额诉讼程序构建 / 194

一、关于小额诉讼程序价值问题 / 194

二、小额诉讼程序原理 / 197

三、小额诉讼程序设计 / 200

四、小额诉讼程序试行中遇到的问题 / 202

第三节 小额诉讼程序的规范及建构 / 206

一、确立独立、完整的程序地位 / 206

二、明确合理的适用范围 / 208

三、设立程序救济方式 / 209

四、设定适合的审理主体 / 210

五、实现小额诉讼的程序衔接机制 / 211

六、促进小额诉讼的应有功能实有化 / 213

第八章 简易程序的简易化与正当化 / 217

第一节 简易程序立法考察 / 217

一、简易程序之界定 / 217

二、域外简易程序比较 / 219

三、我国简易程序的立法评价 / 224

第二节 简易程序的适用现状及问题 / 228

- 一、简易程序的适用率高 / 228
- 二、简易程序适用混乱 / 229
- 三、简易程序效率环节有待改进 / 230
- 四、简易程序中当事人的主体地位有待加强 / 230

第三节 简易程序基本法理 / 231

- 一、简易程序的程序目标 / 231
- 二、简易程序的价值选择 / 235

第四节 简易程序目标——简易化与正当化的平衡 / 238

- 一、组织机构简易化 / 239
- 二、适用范围明确化 / 240
- 三、程序正当化 / 242
- 四、程序的衔接与转换 / 246

第九章 普通程序的正当化——构造及功能 / 249

第一节 普通程序的立法 / 249

- 一、普通程序的立法例 / 249
- 二、普通程序的属性 / 251
- 三、普通程序的功能 / 252

第二节 普通程序的失范表现 / 256

- 一、普通程序简便审 / 256
- 二、合议制独任化 / 259
- 三、诉讼调解的过度适用 / 260
- 四、解纷功能弱化 / 262

第三节 普通程序的程序准则 / 263

- 一、对审原则 / 263
- 二、公开审判原则 / 264
- 三、处分原则 / 266
- 四、辩论原则 / 267
- 五、直接言词原则 / 268
- 六、集中审理原则 / 270

第四节 普通程序的正当化改造 / 272

6 目 录

一、诉讼结构的矫正:回归竞技型诉讼 / 272

二、诉讼和解与诉讼调解的整合 / 273

三、陪审制度的完善 / 279

四、普通程序功能的再认识 / 282

参考文献 / 285

▲ 第一部分 民事程序分流认识论

基于系统论的视角,民事诉讼程序体系的建构,实为一项复杂的系统工程,既要在宏观层面的体系结构上进行把握,又要注意微观层面具体程序与制度的设计。民事诉讼程序体系的协调性、完整性决定了程序体系结构应具有层次性,其程序体系结构中的各个层次、各个子系统之间既相互作用和影响,又相互制约和合作,推动诉讼程序体系以一定的规律发展变化。如果把民事诉讼程序体系看做是一项精细复杂的系统工程,那么设计这项工程的指导思想则应该是所应坚持的程序理念。

第一章 绪 论

——法学研究方法论研讨

第一节 “法律”的多元构成

一、“法律”是规则集合还是开放系统

法学研究离不开研究对象之确定及研究方法的选择,而研究对象的范畴通常又会在一定程度上影响研究方法的运用。例如,概念法学似乎就没有进行实证分析的必要。法学的研究对象究竟是什么,这一认知显然影响到法学研究方法的运用。在我国社会主义法律体系构建过程中,部门法学几乎都曾出现过注释法学的繁荣。传统法学所认知的“法律”是一个相对封闭的规则体系,规则自然而然地成为法学研究的重点。

在多数情况下,我们可以寻找到相应的规则即法条的明文规定作为我们三段论式裁判依据的大前提,但在规则体系相对健全的今天,我们仍然发现,仅有规则并不足够,规则并不足以构成法律的全部。在既有的规则体系框架下,仍然可能发生在特定案

件中无法找到适合的规则作为裁判依据,或者可以找寻到的规则内容出现矛盾的情形,裁判仍然可能存在裁判依据的缺失问题。上述情形的出现并非是我国的特色,我们在德沃金借助特定案例的分析对哈特的“规则理论”进行批判的论证中,可以看到法律构成要素多元化之必要。

裁判中存在的“规则缺失”或者立法所遗漏的对于权利保护的内容,有必要通过司法、通过判决得以展现。“规则有效性缺失”的现象,在我国催生了以多种形式存在的由最高人民法院所作出的“司法解释”。这种具有法律拘束力的司法解释,其一部分是针对规则的抽象性、概括性作出的适用说明,仍然属于上述注释法学的研究范畴;同时,相当部分的司法解释是就特定案件的具体事实进行法律适用的说明,这部分内容构成了事实上具有法源性效力的判例,有学者称之为“批示性判例”。如果说,上述内容仅是在立法环节重构了法律要素,那么,在司法活动中由于“创设性裁判”的存在,法官也有可能创设法律,在进行法律规则的续造活动。

法律是否构成开放系统?从系统自身要件看:首先,系统需要具备性质不同、独立分离为两个以上,并具有各自独特功能的要素构成。其次,各要素之间存在着独特的相互联系和作用,且有明确的分工;通过各要素的有机联系与结合,具有整体目标;系统不仅作为状态而存在,而且还具有时间上的顺序。而所谓的开放系统,是指与环境相互作用,相互交流,通过与外界不断交换物质、能量和信息,相互协调,向更高目标发展的系统。

如果依据上述判断,我们可以看到,今天的“法律”不再是由单一规则所组成的孤立体系,而是由多种法源所构成的一个开放系统。不管是否承认,司法事实上在进行一定程度的法律续造活动,有助于弥补法律的漏洞,展示了动态中的法律样貌,有必要纳入法学研究的对象范畴。法学研究的发展趋势正逐步走向“微观论证”。所谓微观论证,按照谢晖教授的说法,即“通过对法律之内部问题的观察和梳理,以解决实在法可能存在的冲突、漏洞、不足、超前、滞后等问题,以完善实在法从纸面的法到实际行动中的法之过程”,“如果说宏大叙事更垂青于立法及其相