

ZHONGGUO JIANCHA
QIANGHUA FALÜ JIANDU DE ZHIDU SHEJI

中国检察

——强化法律监督的制度设计

第6卷

主 编 张智辉

副主编 向泽选 谢鹏程



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

ZHONGGUO JIANCHA
QIANGHUA FALÜ JIANDU DE ZHIDU SHEJI

中国检察

——强化法律监督的制度设计

第6卷

主 编 张智辉

副主编 向泽选 谢鹏程



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中国检察——强化法律监督的制度设计(第6卷)/张智辉主编. —北京:北京大学出版社, 2004. 11

ISBN 7-301-08164-2

I. 中… II. 张… III. 检察机关—工作—中国—文集 IV. D926.3-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 112535 号

书 名: 中国检察——强化法律监督的制度设计(第6卷)

著作责任者: 张智辉 主编

责任编辑: 陈新旺

标准书号: ISBN 7-301-08164-2/D·1006

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

电子信箱: pl@pup.pku.edu.cn

排 版 者: 北京高新特打字服务社 51736661

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

730 毫米×980 毫米 16 开本 36.75 印张 640 千字

2004 年 11 月第 1 版 2004 年 11 月第 1 次印刷

印 数: 0001—5000 册

定 价: 58.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

卷 首 语

浙江省人民检察院自 2002 年首次在全省推行重点课题制以来,得到最高人民检察院和浙江省社会科学界联合会的鼎力支持,取得了较好的成效,获得了国内著名专家教授的较高评价。实践证明,课题制研究符合科研规律和检察调研工作实际,是组织、发动广大干警开展理论研究,发现和培养检察人才,提高执法水平,推动检察工作深入开展的有效途径。为此,2003 年浙江省人民检察院继续推行课题制。本卷收录了该院 2003 年度 8 个重点课题的 10 个结题报告。

浙江省人民检察院副检察长庄建南同志主持完成的重点课题《民事抗诉属性研究》,首次从法学理论上系统、深刻地阐述了我国民事抗诉的属性问题,并厘清了民事抗诉制度存在的诸多理论和程序难题,明确回答了学界和实务界关于民事抗诉制度的种种非难。本课题从诉讼法理论上阐明民事抗诉制度不是立足于民事诉讼之解决纠纷这一直接目的,而是根植于维护法秩序这一根本目的,从而为正确阐明民事抗诉属性、走出理论困境打下坚实理论基础;并创造性地指出,民事抗诉不是普通的民事诉讼程序,它在制度基础、参与主体和目的上均根本区别于普通民事诉讼,严格上属于监审程序而非诉讼程序。不能按普通的民事诉讼观来看待民事抗诉的理论与程序问题,必须按照监审程序这一性质来重构民事抗诉程序。这样就从根本上跳出了原来有关民事抗诉的理论泥潭,使得民事抗诉制度能够沿着新开辟的理论大道放展雄姿。不仅如此,本课题还将民事抗诉制度上升到比较法文化高度予以阐述,认为民事抗诉制度体现我国特有的“检法对议”司法格局,是对西方国家“裁判中心主义”的扬弃,是对世界司法文化的多元化贡献。这一点大大深化并拓宽了对民事抗诉制度内在价值的认识。

衢州市人民检察院检察长周鸿富同志主持完成的《强化检察机关法律监督的制度设计》,以现行宪法确认的国体政体为制度依据,对检察机关的性质职能和制度定位作了细致的描述和分析,突出了法律监督在其中的重要价值。从分析法学和评论法学的立场,澄清了理论界和实务界对检察权性质的一些争议。在此基础上,课题组从检察机关的几项主要职能入手,分析了职务犯罪侦查、逮捕、刑事诉讼监督、民事诉讼监督和检察解释体制等方面存在的缺陷,并结合前述理论有针对性地提出了制度完善的方案。该成果反映了课题组成员对课题

所涉知识具有较全面的把握,对检察实务及其规律有着具体而深刻的体验和洞察。课题成果引证材料丰富、格式体例规范、前后观点呼应、理论实务结合,既有宏大叙事,又有具体设计,具有较高的学术价值,对政治体制改革中完善检察制度具有积极意义。

金华市人民检察院研究室主任汤向明同志主持完成的《我国检察机关法律监督制度的反思与重构》,阐述了法律监督制度的宪政基础、性质、特征和价值取向,针对检察机关在诉讼活动监督中存在的问题、对行政执法行为的“弱力监督”以及违宪监督的“空白”,提出了完善诉讼活动监督、行政执法行为监督、违宪行为监督的制度设计。课题对我国现行检察机关法律监督中存在问题的研究切中要害,对该制度的一些合理化建议具有一定创新。

宁波市北仑区人民检察院检察长王国明同志主持完成的《检察机关求刑权的制度设计》,以理论与实证相结合为主要研究特色。课题组利用该院开展求刑制度试点工作的机会,本着试点工作与课题研究互动的原则,对试点工作不同阶段的情况及时进行总结、分析和研究,不断充实和修正课题相关内容。课题阐述了求刑权的概念、属性、法理基础、法律依据和求刑权的价值,论证了求刑的原则、条件、诉前阶段的求刑准备、审判阶段的求刑方式、审结阶段对求刑的审查和考核等制度,探讨了推行求刑制度可能存在的障碍与对策。课题提出的全面求刑制度、绝对性求刑制度、简易程序和普通程序分类求刑制度,在全国同类研究中尚属首次,观点新颖,论证充分;课题澄清了求刑权的权源、依据、价值等方面的模糊认识,为求刑权正本清源;课题设计出的求刑制度和求刑规则,科学合理,制度完备,操作性强,具有较高的应用价值,可为推行求刑权制度提供有益的参考。

检察机关提起民事公诉也是近年来我国理论和实务界关注的热点问题。一些地方的检察机关已在这方面进行了积极的尝试,但理论研究仍显薄弱。杭州市人民检察院副检察长冯仁强博士主持完成的《民事公诉的法理基础与制度建构》,从探讨民事公诉的必要性入手,对民事公诉制度的构建提出了具体设想,并对其立法提出了建议。本课题从理论上回答了民事公诉权的来源和正当性问题,从国家公诉权的统一、民事公诉权的宪政基础、民事公诉权的诉讼法基础等三个层面对检察机关享有民事公诉权的正当性进行了充分论述,体现了较强的理论性。本课题对现行民事诉讼、刑事诉讼制度和行政救济手段在保护国家利益和社会公共利益方面存在的缺陷进行实证分析,在此基础上论证了民事公诉制度的现实必要性,体现了较强的实证性。本课题不局限于将民事公诉权置于检察机关法律监督权框架中考量,而是从国家利益和社会公共利益司法救

济体系完整性这一全新视角构建了完整的公诉权,并就民事公诉制度提出了具体设想和系统的立法建议,体现了较强的创新性。

绍兴市人民检察院副检察长陈志君主持完成的《民事公诉制度研究》,论证了民事公诉的必要性和可行性,对民事公诉的含义、本质、功能及与相邻的法律制度的关系进行了全面分析,从理论上找到了民事公诉的合理定位,并从基本原则、具体制度和操作程序各个角度,对民事公诉的制度设计提出了富有见地的建言。课题报告对民事公诉的本质有着辩证而独特的认识,认为其目的是维护公益公序,但本质仍是检察权对行政权的间接性制约和监督;通过对民事公诉辅助性、补充性和后位性的制度定位和以司法方法促进公共政策形成、督促行政执法和监督民事守法的功能定位,使研究成果更具有实践价值;通过对民事公诉的基本原则和基本制度的研究,为立法和司法提供了可资借鉴的建议。课题报告引证了比较丰富的材料,论证有力,显示了研究者对民事诉讼理论、检察理论和现实法制状况较为全面的掌握,取得了富有成效的研究成果。

在刑事诉讼中,刑事立案管辖是一个既重要又复杂的问题。长期以来,由于国内法学界通常把刑事立案管辖视为当代中国大陆特有的一项诉讼制度,以致视野过窄,理论研究不够深入全面。乐清市人民检察院检察长潘波同志主持完成的《刑事立案管辖问题研究》,采用理论联系实际和比较的方法,突破了法学界关于刑事立案管辖的通说,指出了法学界一些流行提法的错误之处,构建了较为完整的刑事立案管辖的理论体系,解决了法学界和司法实务部门都感到困惑的诸多实践问题。这对于完善刑事立案程序和相关司法解释,促进司法机关依法正确行使职权都具有重大的立法参考价值,特别是对减少管辖权冲突、检察机关与公安机关侦查权的合理配置、强化刑事立案监督等都将产生积极影响。全文结构合理,内容丰富,引证翔实,文理通顺,值得一读。

研究出庭公诉方略,有利于提高诉讼效率,有利于实现司法公正——丽水市人民检察院检察长陈长华同志主持完成的《出庭公诉方略研究》开宗明义地指出了本课题的研究价值,进而论述了出庭公诉的三大基本原则:以事实为根据、以法律为准绳原则,维护法律的正确适用与维护当事人合法权益相统一原则,依法履行公诉职能原则;阐述了运用出庭公诉方略的实体法、程序法、证据法基础。在夯实出庭公诉方略的理论基础之后,课题进一步详细分述阅卷、复核证据、庭前预测、制作审查诉讼文书、退回补充侦查等庭前准备的要旨,庭审举证、多媒体示证、交叉询问、质证等庭上查证方法,法庭辩论的基本策略、事实和法律问题的辩论技巧、诡辩的识别,以及证人、被告人当庭翻证翻供的应变之策。整个课题逻辑严谨,论证充分,对出庭公诉的理论研究和实战演练均有很

大裨益。

刑事隐性程序是相对于刑事法定程序而言的司法机关的内部办案规定和惯例式做法,司法实践中,它是办案人员的首选规则。深入考察这些规则,不但有助于人们了解司法运作的实际状况,为刑事司法的深入研究提供坚实的实证材料,而且可以给司法改革和刑事诉讼法律的完善以启迪。绍兴县人民检察院检察长裘霞同志主持完成的《刑事隐性程序研究》,比较深入地考察了我国刑事司法实践中广泛存在的内部办案规则和惯例性做法,指出刑事隐性程序的根据在于形式法定程序本身,刑事隐性程序的改进应当立足于法定程序结构和功能系统的协调和完善。本课题选题新颖,论证深入,文字流畅,关于刑事隐性程序的特征概括、类型分析和动态运作的理性考察,在全国同类研究中处于前沿,理论上富有创新,是一篇比较优秀的研究成果。

刑事诉讼中刑民交错现象在司法实践中普遍存在,由此导致处理上的争议层出不穷,围绕这一主题进行专门研究,无疑具有重要的现实意义。宁波市人民检察院检察长刘建国同志主持完成的《刑事诉讼中的刑民交错现象及其法律规制》,以“刑民交错:当前的司法难题”为引子,阐述了刑民交错的概念、表现形式、刑民交错现象所导致的程序处理冲突,分析了刑事诉讼中刑民交错现象产生的主要原因,论证了处理刑民交错现象的原则,提出了规制刑民交错的具体建议。本课题案例素材丰富翔实、研究务实深入,对推动诉讼法学理论研究和指导司法实践均有重要意义。

嘉兴市人民检察院研究室副主任童可兴同志独立撰写的《刑事诉讼中的刑民交错现象及其司法认定》一文,有独到之处,对理解和处理刑民交错现象大有裨益,为此一并收录本卷。该文指出,刑民交错是指当事人的某一行为为同时部分或全部符合刑事犯罪构成要件和民事关系构成要素的客观存在。刑民交错的基本形态,主要有刑事犯罪与一般侵权行为的交错,刑事犯罪与民事违约行为的交错,刑事犯罪与不当得利、无因管理的交错,以及刑事犯罪与民事合法行为的交错。造成刑民交错的因素,一是法律规定模糊,二是客观行为特殊,三是立法预见局限。界定刑民交错案件的性质应当遵循罪刑法定原则、刑法罪过原则和刑法谦抑原则。界定刑民交错有两种基本方法:民事分析法和刑事分析法,并依据上述原则确立了各自分析的侧重点。全文篇幅不长,但结构严谨,行文流畅,论述可圈可点。

浙江省人民检察院研究室

2004年7月

目 录

★ 法律 监 督

民事抗诉属性研究	(1)
一、民事抗诉的理论困惑	(1)
二、民事抗诉实践的程序难题	(5)
三、民事抗诉的宪政基础	(8)
四、民事抗诉的诉讼法理根据	(11)
五、民事抗诉本质的展开——关系范畴	(16)
六、民事抗诉本质的实现——民事抗诉程序重构	(20)
七、民事抗诉与现代法治秩序构建	(33)
八、结语——中国特色司法制度	(44)
强化检察机关法律监督的制度设计	(48)
一、检察机关是国家法律监督机关的宪法 地位不能动摇	(49)
二、检察机关法律监督现行制度的缺陷与不足	(57)
三、强化检察机关法律监督的制度设计	(71)
我国检察机关法律监督制度的反思与重构	(95)
一、引言	(95)
二、我国检察制度的核心——法律监督制度	(97)
三、对我国检察机关现行法律监督制度的反思	(125)
四、对我国检察机关法律监督制度的理性设计	(140)
五、结语	(160)

★ 检 察 改 革

检察机关求刑权的制度设计	(161)
一、求刑权理论概说	(162)
二、国内外求刑制度考察	(176)
三、我国求刑权的制度设计	(180)
四、推行求刑制度的障碍与对策	(197)
附录一 简易程序求刑意见书	(203)
附录二 人民检察院求刑规则(建议稿)	(203)
民事公诉的法理基础与制度建构	(206)
一、引言	(206)
二、现行法律制度之缺陷与民事公诉制度 必要性研究	(210)
三、民事公诉的内涵与特征	(221)
四、民事公诉制度的法理基础	(225)
五、民事公诉的基本原则	(244)
六、民事公诉具体制度的建构 ——兼评现有检察实践	(250)
七、民事公诉权的保障与制约	(276)
八、民事公诉的立法体例与具体立法建议	(279)
民事公诉制度研究	(283)
一、引言	(283)
二、前提问题:民事公诉的必要性和可行性	(284)
三、立制基石:民事公诉的理性认识	(289)
四、科学定位:民事公诉制度的“相邻关系”	(300)
五、指导准绳:民事公诉制度的基本原则	(304)
六、特别规范:民事公诉的若干具体制度问题	(319)
七、严格限权:民事公诉的程序设计	(332)

八、结语	(341)
------------	-------

★ 刑 事 程 序

刑事立案管辖问题研究	(343)
------------------	-------

一、引言	(343)
二、职能管辖权和专门管辖权的配置	(345)
三、职能管辖权和专门管辖权的落实	(358)
四、管辖权冲突及其解决机制	(364)
五、合并管辖的条件和规则	(374)
六、刑事立案管辖监督的内容和途径	(380)
七、结语	(386)

出庭公诉方略研究	(388)
----------------	-------

一、出庭公诉方略的研究价值	(388)
二、出庭公诉的基本原则	(394)
三、运用出庭公诉方略的法律基础	(401)
四、庭前准备要旨	(408)
五、庭上查证方法	(428)
六、法庭辩论技巧	(443)
七、临庭应变之策	(449)

刑事隐性程序研究	(454)
----------------	-------

一、刑事隐性程序一般分析	(454)
二、刑事隐性程序动态分析	(470)
三、刑事隐性程序存在之根据——侧重于刑事程序的结构 ——功能分析	(484)
四、刑事隐性程序之改进	(497)

★ 刑 民 交 错

刑事诉讼中的刑民交错现象及其法律规制	(505)
--------------------------	-------

一、刑民交错现象之概述	(505)
-------------------	-------

二、刑民交错的表现形式	(512)
三、刑民交错现象所导致的程序处理冲突	(518)
四、刑民交错现象产生的主要原因探析	(523)
五、处理刑民交错现象的原则	(534)
六、规制刑民交错的具体建议	(542)
刑事诉讼中的刑民交错现象及其司法认定	(554)
一、引言	(554)
二、刑民交错现象概述	(554)
三、刑民交错的表现、成因与影响	(560)
四、刑民交错的界定原则	(564)
五、刑民交错的界定方法	(572)
六、结语	(578)

★ 法律监督

民事抗诉属性研究

课题组组长

庄建南 浙江省人民检察院副检察长

课题组成员

傅国云 浙江省人民检察院民行处副处长,法律硕士

杨联民 浙江省人民检察院民行处科长

宋小海 浙江省人民检察院干部,法学硕士

王水明 浙江省人民检察院干部

一、民事抗诉的理论困惑

我国民事检察是检察机关依法对法院民事审判活动进行监督的制度。它起源于新中国建国初期,正式确立于1991年修改后的《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)。十几年来,民事行政检察工作对维护我国法

制统一正确实施和社会主义市场经济秩序,以及促进经济与社会发展起到了日益重要的作用。但是,随着我国司法改革的推进,在程序正义、审判程序的独立价值以及“以裁判为中心”的司法理念越来越受到理论界议论的今天,很多学者对我国现行的民事抗诉制度提出了质疑。这些质疑不再是停留在星火零散的程度上,实际上法院方面以及一些对民事抗诉制度持批判态度的学者已经就民事抗诉制度所存在的“问题”作出了相当系统的理论概括(故称之为理论责难),概述有如下几点:

1. 损害当事人处分权原则和诉讼地位平等原则。民事诉讼中讲求当事人的意思自治,当事人在民事诉讼中享有自主权,检察院依靠自己的职权强行提起再审,就有侵犯当事人的处分权之嫌;同时,检察机关应申诉方提起民事抗诉后,一方有检察机关支持,一方没有检察机关支持,破坏了民事诉讼当事人地位平等原则。总的来看,这是一条最重要和最普遍的理由。

2. 损害判决既判力和两审终审制度。由于民事抗诉必然启动再审,故其动摇了法院判决的稳定性和权威性,损害了法院判决的既判力,形成了事实上的三审制度。

3. 干涉法院独立审判权。民事抗诉具有强制性效力,它动摇了司法独立的地位,是对法院审判权的干预,其目的是影响法院的裁判(要求法院撤销原判,重新改判)。

4. 属于“有错必纠”的理念错误。“有错必纠”是刑事审判的原则,而民事审判具有不确定性,因此不能说检察机关对民事判决的结果有不同的认识,就得出法院的判决错误的结论。检察机关对法院民事审判活动的监督,走进了有错必纠的理念误区。

5. 违背诉讼经济原则。民事抗诉造成大量终审的案件重新审理,使得诉讼成本大大增加,影响了司法的效益。“监督情结”是在追求实体正义方面走过了头,而忽视了经济上的成本与收益问题。

6. 不符合民事司法的国际通例。国外的民事行政诉讼中均没有类似的民事抗诉制度,我国民事抗诉制度与国际通行民事诉讼制度不符。

针对上述理论责难,支持维护民事抗诉制度的同志与学者对其一一地予以

坚决反驳。^① (维护意见)大体认为,国外不但有民行检察制度,而且其检察范围比我国还要宽;民行检察的价值目标是公正,在公正与效率发生一定程度上的矛盾时,应以公正优先;大部分民事案件的裁判结果是具有基本确定性的,否则民事审判就成为没有标准的“不可知论”;我国奉行人民代表大会制度,西方“三权分立”宪政框架下的司法独立在我国并不具有合法性,而且审判独立并不必然等同于司法公正,它并不排斥监督,不能将监督混同于干预;判决既判力与判决公正性是辩证关系,强调判决既判力须以整体上的司法公正为前提,绝对地追求判决既判力是不合理的。这些反驳明了有力,持之有故,言之成理;且此等有关公正与效率、司法独立与司法受制、既判力与公正性等问题,多少具有多元价值排序与抉择之政策性,其解决依赖于我国现实状况及其变化发展,不具有理论上的逻辑必然性。若有朝一日我国法官实现了精英化、专业化,诉讼程序完备,舆论监督通畅,强调审判独立和判决既判力可能就非常必要;但在当前我国法官整体素质不高,司法不公现象严重的情况下,强调司法受制(监督)和改判纠错(公正)显然更具有现实合理性。^②

尽管如此,在笔者看来,维护意见对责难理论中最重要和最普遍的责难理由——损害当事人诉讼地位平等原则和处分权原则,却没有有效的反驳观点。^③ 而这一问题,却并非如“判决既判力与判决公正性”等属于价值选择之政策性问题的,它是真正的具有深刻内在逻辑的诉讼法学理论问题。

近来,一些文章在艰苦辩证基础上试图提出圆满理论回答。大体认为,由于法官审判违法已经使当事人双方平等地位遭到破坏,检察机关介入民事诉讼应当视为向因原审法院的失职而在诉讼中处于劣势的一方当事人提供的必要援助,其效果是平衡当事人双方的实力,使他们在再审诉讼中能够展开真正平

① 参见杨立新:《民事行政检察监督与司法公正》,载《法学研究》2000年第4期;高检院“民事行政诉讼检察监督方式研究”课题组:《民事行政诉讼监督与监督方式完善》,载中国检察理论研究所编:《检察理论研究成果荟萃》(2001年11月);蔡福华:《论民事行政检察监督的几个理论问题》,载《国家检察官学院学报》第9卷第1期;翁晓斌、方文晖:《论民事检察监督制度的现实合理性》,载《人民检察》2001年第4期;邵世星:《民事诉讼检察监督的法理基础再论》,载《国家检察官学院学报》第9卷第2期;于淑妍:《民事检察监督若干问题探讨》,载《国家检察官学院学报》第9卷第2期;陈钢、李永安:《民事审判检察监督初探》,载《重庆师院学报》(哲学社会科学版)2002年第1期。

② 关于我国民事检察监督制度的现实合理性,参见翁晓斌、方文晖:《论民事检察监督制度的现实合理性》,载《人民检察》2001年第4期。

③ 例如,前注高检院“民事行政诉讼检察监督方式研究”课题组:《民事行政诉讼监督与监督方式完善》一文认为,检察机关提出抗诉,是认为特定的已经发生法律效力判决、裁定不正确;依法进行再审,是法院的权力,法院应当按照法律的规定,对抗诉的案件作出新的裁判,认为抗诉使当事人之间的诉讼地位发生不平等的变化,是没有道理的,如果是这样的话,别的法治国家就不会让检察机关介入民事诉讼和行政诉讼。显然,该文并没有具体明确地回答民事抗诉到底如何没有破坏民事诉讼当事人平等地位。

等的对抗。因此,检察抗诉的目的正是为了维护民事诉讼中当事人地位平等的架构,而不是破坏这种架构。^① 笔者认为,这种辩驳无疑在另一侧面自我肯定了检察机关作为申诉一方“公请律师”的角色,即帮助弱势一方以真正平等地与对方对抗。虽然这种辩驳对抗诉的客观效果(有利于重新平衡当事人双方对抗地位)的评述具有一定中肯性,但在理论形态上却明显不妥,与民事抗诉的监督目的相背。

该等文章又认为,关于民事抗诉是否侵害当事人处分权问题,由于绝大部分抗诉案子均来源于当事人申诉,因此,抗诉恰恰体现了当事人的诉权,实践上并不存在抗诉权干预当事人处分权的问题。甚至提出,为避免这种可能发生的情况(即抗诉干预当事人自由处分),完全可以规定除涉及国家利益、社会公共利益外,非由当事人申诉不得抗诉。^② 但是,笔者认为,这样的辩驳理由在理论上并不能成立。首先,我国民事诉讼法规定的抗诉制度是内在逻辑一致的性质单一的制度,统一表现为对符合法定条件的法院错误裁判的监督,并不存在对纯私人案件裁判的抗诉和对涉公案件裁判的抗诉之法律区分,因此,人为区分涉公案件抗诉无需当事人申诉而纯私案件抗诉需要当事人申诉,这一做法本身即拆散了抗诉制度的内在逻辑统一性,在理论与法律上均不能成立。其次,作为民事抗诉是否侵害当事人处分权这一问题的理论解答,关键问题并不是在于“实践上”抗诉是否基本上来源于当事人申诉,而是要问:从理论逻辑和制度要求上,民事抗诉是否必须以申诉为前提?事实上这一点应当是明确的,即无论抗诉案子是否来源于申诉人申诉,民事抗诉按照宪法和法律规定是而且在理论上必须被理解成是检察机关独立依职权进行的履行监督职责的行为,当事人申诉只是案件信息来源之一;否则,如果将民事抗诉理解为甚至直接规定为是依当事人申诉而进行的,则民事抗诉在逻辑上只能被理解为是对当事人申诉的应和,在实践上意味着检察机关不得在当事人没有申诉的情况下提起抗诉,也不能以当事人申诉理由之外的检察机关自己认定的法定理由对法院审判进行监督(提起抗诉),其结果是在定性上民事抗诉只能被理解为是为申诉一方当事人而进行的公力救济(“公请律师”),而无法定位为独立依据宪法进行的对审判活动的法律监督。因此,在理论与制度要求上,抗诉权的行使与当事人申诉与否

① 类似观点可参见邵世星:《民事诉讼检察监督的法理基础再论》,载《国家检察官学院学报》第9卷第2期;翁晓斌、方文晖:《论民事检察监督制度的现实合理性》,载《人民检察》2001年第4期;于淑妍:《民事检察监督若干问题探讨》,载《国家检察官学院学报》第9卷第2期。

② 类似观点可参见邵世星:《民事诉讼检察监督的法理基础再论》,载《国家检察官学院学报》第9卷第2期;于淑妍:《民事检察监督若干问题探讨》,载《国家检察官学院学报》第9卷第2期;陈洪玲、魏华:《现行民事诉讼检察监督程序与有关学说评价》,载《当代法学》2002年第2期。

不存在逻辑关系,抗诉的客观后果确实可能存在违背当事人诉权意志的问题(例如,检察机关自己发现案源并依职权提起抗诉,以及检察机关以自己认定的当事人申诉理由之外的理由提起抗诉等等)。^①

总而言之,维护意见对责难理论中最重要和最普遍的责难理由——损害当事人诉讼地位平等原则和处分权原则这一问题,始终没有给出“过硬”的理论回答,其现有的理论回答似乎恰恰在另一侧面印证了理论责难的“正确性”。维护意见对这一理论问题的解答不力,必定反映了现有维护意见在理论上存在致命的内在逻辑欠缺。实际上,关于民事抗诉损害当事人诉讼地位平等原则和处分权原则这一理论责难,并非空穴来风,它建立在民事抗诉司法实践之客观现象上,是对民事抗诉司法实践问题的理论表达。只要我们对民事抗诉的司法实践稍加考察,即会愈加深刻地发现维护意见对这一理论责难的反驳在实践上是苍白的。

二、民事抗诉实践的程序难题

一位法官学者以其颇有意味的笔触这样描述民事抗诉制度之司法实践所面临的程序难题:

我们在未曾仔细考量民事抗诉将会给诉讼程序甚至审判制度带来何种影响的情况下,设立了这一制度。而十余年来的实践已经表明这一制度所带来的一系列程序冲突是难以平衡的……在民事诉讼中,诉讼主体是构成民事诉讼法关系的核心,而当事人平等控辩,法官居中裁判则为其本质特征。……但检察机关以法律监督机关身份,通过抗诉这一形式介入民事诉讼后,又会发生什么样的情形呢?原来稳定的等腰三角形主体结构将被打破,而代之以不等边的四角形结构,检察机关在四角关系中将处于一极地位。我们暂且不论诉讼中的四角形是否具备公正和理性基础,其运作是否符合诉讼规律。令人尴尬的是检察机关这一极的位置都极难确定。从法律监督机关的定位出发,它似乎应高于居中裁判的法官,成为法官之上的法官;从再审程序启动者的角度而言,它又应该类似于当事人的地位,而受作为裁判者的法官指挥和组织,并最终服从裁判。但显而易见的是这两方面的角色定位都与现行民事诉讼实际运作中检察机关

^① 这一点也是认为民事抗诉实践上不违背当事人意愿的学者所承认的。见于淑妍:《民事检察监督若干问题探讨》,载《国家检察官学院学报》第9卷第2期。

的真实角色不符。^①

平心而言,从正统民事诉讼的理论视角看,该法官对民事抗诉制度所存在的“程序问题”作了并不为过分的描述。如何按照民事诉讼原理来公正、合理地理解、安排民事抗诉中检察机关与当事人、检察机关与法院之间的诉讼关系,一直是民事抗诉制度所面临的核心程序难题。具体而言,民事抗诉制度的程序性难题大致有:

(一) 检察机关抗诉与当事人申诉的关系

在我国目前的宪法和诉讼法框架下,检察机关民事抗诉显然具有职权性,当事人申诉只是案件信息来源之一。那么在当事人未提出申诉或申诉理由未被检察机关采纳的情况下,检察机关依职权以自己认定的理由提出抗诉,再审时当事人不愿出庭怎么办,再审庭审如何进行?此外,再审庭审中申诉人能否撤诉、当事人能否和解以及法院能否进行调解?如果当事人不出庭、达成和解或撤诉,再审庭审无法实际进行,抗诉机关就只能撤回抗诉,则抗诉的职权性体现在哪里?如果不允许再审庭审中当事人撤诉、和解以及法院调解,则是否确实涉嫌干预当事人处分权?可见,检察机关抗诉权与当事人诉权之间的关系难题在所难免。

(二) 检察机关的抗点与再审法院的审点之间的关系

抗诉具有职权性,而实践当中绝大部分抗诉案件都是因当事人申诉而引起,因此,当事人申诉理由与抗诉理由不一致是司法实践当中的常见问题。此时,法院在再审庭审中应当围绕申诉理由还是围绕抗诉理由进行审理又成为一大程序难题。如果法院在再审庭审中应当围绕申诉理由进行审理,那么会造成依抗诉启动的再审却置抗诉理由于不顾转而审理申诉理由之逻辑矛盾;而如果围绕抗诉理由进行审理,即会出现申诉人在再审庭审中既不同意抗诉观点又不允许表达自己的申诉观点(即使表达法庭亦不会理会)这一尴尬局面,则申诉人为何要以及是否有义务出席这样一个尴尬的再审?且申诉人出庭以后,由于其不同意抗诉观点且与被申诉人相对立,那么申诉人的诉讼角色该如何安排,是诉还是辩,与谁诉又与谁辩,诉什么又辩什么?总之,此种情况下再审法庭如何安排诉辩关系、如何组织庭审即会面临难题。

^① 陆永棣:《程序冲突映照下的制度困境——现行民事抗诉制度考察》,载《中外法学》2003年第3期。