

Advanced Researches on
Civil Procedural Issues



民事诉讼法学前沿问题研究

江伟教授执教五十周年庆典活动筹备组 编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D925.101

14

Advanced Researches on
Civil Procedural Issues

民事诉讼法学前沿问题研究

江伟教授执教五十周年庆典活动筹备组 编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼法学前沿问题研究/江伟教授执教五十周年庆典活动筹备组编. —北京:北京大学出版社, 2006. 10

ISBN 7-301-11176-2

I. 民… II. 江… III. 民事诉讼法 - 法的理论 - 中国 - 文集
IV. D925.101-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 126459 号

书 名: 民事诉讼法学前沿问题研究

著作责任者: 江伟教授执教五十周年庆典活动筹备组 编

责任编辑: 蔡素芬 薛 颖

标准书号: ISBN 7-301-11176-2/D·1603

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
出版部 62754962

印 刷 者: 三河新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 34.75 印张 591 千字

2006 年 10 月第 1 版 2006 年 10 月第 1 次印刷

定 价: 56.00 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,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

恭祝江伟教授执教五十周年



江伟 1930年生，河南开封市人，中国人民大学法学院教授、博士生导师。现（或曾）兼任中国法学会诉讼法学研究会副会长、民事诉讼法专业委员会主任、《诉讼法论丛》主编。现（或曾）参与我国《民事诉讼法》、《仲裁法》、《破产法》等多部法律的起草、修订工作或作为立法顾问。在北京大学、复旦大学等多所高校兼任教师。撰写和主编多部教材和专著，发表论文百余篇，其中数部教材和多篇论文获国家级和省部级奖项。

序 言

金秋十月,民事诉讼法学界迎来了江伟教授执教五十周年庆典。此时《中华人民共和国民事诉讼法》的修订刚刚列入立法计划,这标志着民事诉讼制度和民事诉讼法学研究进入一个新的发展时期。时光流逝,季节交替,曾经贫瘠的土地已长出茂盛的青禾,曾经细嫩的秧苗已结出喜人的成果,江伟教授,这位民事诉讼法学界的泰斗,这位在民事诉讼法学园地辛勤耕耘无私奉献了五十多年的园丁,至今依然伫立在民事诉讼法学的地头,思考和研究着民事诉讼法学的前沿问题,关注和把握着学术发展的动态和方向。

五十年的教育生涯,江老师不仅用智慧浇灌了难以数计的莘莘学子,而且亲手栽培了几十位自称为“江门弟子”的硕士、博士、博士后。江老师执教的中国人民大学,已享有民事诉讼法学“黄埔军校”的美誉。如今这些弟子秉承“父业”,绝大部分接过导师的教棒,活跃在全国各大高校的诉讼法讲坛上;一部分则在法律实务的前沿阵地,并大都以学术俊杰的角色受到同行认同。在恩师执教五十周年的纪念日,我们深知江老师严谨、朴实的风格,谨记江老师对弟子的殷切期望,因此谨遵严师的禁令,未敢用浮华的言辞歌功颂德(即使所表达的是真情实意),唯以自己的学术成果回赠恩师,略表敬意。收入本书的这些文章,是我们自认为能够代表自己最佳或最新成就的学术论文,其中一部分是弟子们为江老师执教五十周年庆典活动而专门撰写的原创作品,另一部分则是作者受江老师教益最多、记忆最深刻的作品,每一篇文章的背后都有一个感人的故事。“谁言寸草心,报得三春晖。”当我们把这些文章作为献礼提交出版的时候,尽管我们克尽勤勉,未敢懈怠,但是面对恩师的鞭策与读者的评判,我们仍然诚惶诚恐,倘有愚钝与仓促之处,不求宽宥,但求不给恩师抹黑。

江老师执教五十周年,不止是“江门弟子”的荣耀,也不仅仅是有幸听过江老师授课的中国人民大学和北京大学的学生的庆典,而且是整个民事诉讼法学界的一件盛事。在长达五十年的教学和学术生涯中,江老师不仅见证了一批又一批中青年学者的成长,而且作为引领民事诉讼法学的学科带



头人,他以强烈的使命感和责任感,视培育整个学界的年轻人为己任,许多中青年学者都受过江老师的面命耳提,以自称为江老师的弟子为荣,江伟教授不分亲疏、不论门派的师长风范在诉讼法学界有口皆碑。为此,本书还收入一部分在民事诉讼法学界卓有成就的中青年学者为纪念江老师执教五十周年而提交的新作或代表作。

本书收入的文章,按其主题在民事诉讼制度中的逻辑位置进行了排序,由综合到具体,由原则到制度,并大致归入了几个篇章。

在本书的最后,我们还加上了索引,提供江老师的简要生平和作品的目录,另书出版的《江伟教授文集》将全面展示江老师的学术成就。

谨以此书祝愿江伟教授的教育和学术事业常青常新!祝愿民事诉讼法学界新人辈出,后继有人!祝愿我国民事司法改革事业前程似锦!

江伟教授执教五十周年庆典活动

筹备组

2006年9月10日

目 录

第一篇 我国《民事诉讼法》修订的思路和架构

分界·分层·分流·分类

——我国民事诉讼制度转型的基本思路	傅郁林/ 3
司法改革与纠纷解决机制之重构	齐树洁/ 19
从司法解释论我国《民事诉讼法》的修改	潘剑锋/ 30
以人为本与我国《民事诉讼法》的修订	廖永安/ 41
我国《民事诉讼法》的基本原则与《民事诉讼法》的修订	孙邦清/ 56
论我国《民事诉讼法》修改中的民事审判基本制度 ...	蔡彦敏 黄秋盈/ 69
德国民事诉讼法 2002 年改革及其成效	赵秀举/ 78
民事诉讼基本结构:美国与德国的比较	吴泽勇/ 100

第二篇 民事审判权的范围与诉权保障

关于民事诉讼法与民法关系的几点看法	王国征/ 129
-------------------------	----------

一个“约定俗成”的错误

——对“民事诉讼模式”内涵的探讨	胡亚球/ 140
------------------------	----------

审判权力与诉讼权利关系设置新论

——立足民事诉讼公正与效率的思考	单国军/ 152
------------------------	----------

论听审请求权

——以民事诉讼为视角的考察	刘 敏/ 166
现代司法理念视角下的民事程序选择权研究	范跃如/ 180
论诉的利益	邵 明/ 198



论主观预备合并之诉之存废	卢正敏 常廷彬/ 211
论法官释明权及其在民事诉讼中的运用	李湘波/ 227
论我国法官阐明行使之范围与救济	谢文哲/ 237

第三篇 当事人制度

论任意的诉讼担当	刘学在/ 255
第三人制度研究	章武生/ 270
我国代表人诉讼的适用状况分析	汤维建/ 285
民事行政公诉问题研究	王景琦/ 292

第四篇 诉讼效率与案件分流

民事诉讼调解论纲	田平安 陈 颢/ 315
小额诉讼程序刍议	毕玉谦/ 338
论民事诉讼审前准备程序中的对话原则与诚信原则	徐继军/ 348
论举证时限与诉讼效率	李 浩/ 371

第五篇 终局性、审级制度与审判监督

论既判力的界线	张 力/ 389
论既判力规则与民事抗诉机制的冲突与协调	段厚省/ 400
民事诉讼法律审研究	张卫平/ 407
中国需要怎样的审级建构 ——对当前审级制度改革研究的反思	徐 卉/ 427
检察权的法理之维	熊跃敏/ 442



第六篇 审判辅助制度与民事执行

民事诉讼送达问题研究	张 艳/ 457
从德国和美国涉外送达制度冲突看国际送达制度的改革	周 翠/ 473
审执关系的基本原理研究	肖建国/ 495
民事执行若干疑难问题探讨	肖建国 赵晋山/ 507
从一个民事中止执行案例说开去 ——兼论完善民事执行程序的若干问题	张晋红/ 528
江伟教授著述一览表	539

第一篇

我国《民事诉讼法》 修订的思路和架构

分界·分层·分流·分类

——我国民事诉讼制度转型的基本思路

傅郁林*

一、我国社会转型与民事诉讼制度改革的两难境地

我国社会正处于剧烈转型时期,从生产方式到社会结构,从经济基础到政治体制,从法律制度到社会文化,从思想观念到技术细节,无不面对着多元价值和多种需求的繁交织和剧烈冲突。与此同时,像中国这样一个以移植西方法律制度为立法的重要渊源、以比较研究为法学研究为重要方法的国度,迎面而来的是西方社会基于对现代性带来的社会问题的反思和逆向改革浪潮,加剧了我国改革在目标和价值取向上的冲突和摇摆。1991年民事诉讼法典在一审、二审与审判监督程序的价值目标冲突,十几年来轰轰烈烈的民事司法改革在本世纪以来的复辟,“证据关门”制度在实践中面临的尴尬,法院调解在司法实务中的反反复复,司法角色与社会期待的落差……都反映了这种冲突和摇摆,也给当下讨论的民事诉讼法修订和民事诉讼制度改革提出了许多值得反思和警醒的问题。在这个空前剧烈转型的历史时期,传统的力量均势已经打破,社会各阶层、公权与私权、国家权力结构中各部门之间……都在通过显在或潜在的博弈重新调整自己的角色和地位。在这种背景下修订民事诉讼法和重构民事程序制度,对于当事人的权利、法院的职能、乃至整个宪政中权力结构的调整,都将产生深远的影响。因此,在对现行法进行“手术”之前,必须充分认识我国民事司法改革所面临的冲突和困境,才能在确立清晰的价值目标的前提下协调和兼顾多种需求。

* 北京大学法学院副教授。师从江伟教授,于2001年获博士学位。



1. 国情:急剧转型的中国社会与民事诉讼制度现状

总体说来,中国正处于从“前现代”的农业社会走向现代工商业社会的这个进程之中。在这个所谓现代化的进程中(“化”是一种过程),对于民事诉讼制度影响最为突出的社会转型体现在三个方面:

其一,传统多元社会中日益苏醒的多元需求对单一结构模式的挑战。中国地域辽阔,人口和民族众多,经济、文化发展极不平衡,城市与乡村之间、东部与西部之间、发达地区与落后地区之间的差异,超越了作为我国改革“样本”的任何国家。这样一个差异重重的多元社会,对于纠纷机制、司法层次、法律服务的多样性要求更为迫切。但我国从意识形态到控制机制、从政府组织形式到司法审级制度、从宏观政策立法到微观改革方案,都采取了单一化模式。这种一元化的供给与多元化的需求之间形成的矛盾,在传统上由于中央行政集权的强大力量潜而未发,在日益复杂的当代社会却浮出水面。

其二,社会自治和地方分权对中央集权模式的冲击。中国社会转型的另一侧面,是由公有制计划经济下高度集权的管理模式向市场经济下权力分化与自治模式的转型。这一过程在政府与社会的关系上体现为权力的回归,亦即政府权力在社会和阶层特别是基层由全面扩张到悄然撤退,社会/个人的自治权力/利、责任及能力都在逐渐增加;在中央与地方的关系上体现为权力的分化,亦即中央政权对于地方政权的控制力衰退,取而代之的是条块分割模式下的相互摩擦或合作模式。在经历建国以来长达40年公有制政府收缴一切私权、包揽一切私人事务之后,政府权力对于中国基层社会的实现控制的深度和广度都已超过了任何国家和中国历史上的任何朝代。与此相应,社会对于政府权力的依赖程度日益加深,社会自治能力渐渐萎缩。因此,当国家的资源和力量无力再支撑社会发生的每一个琐屑的纠纷时,当国家权力从社会控制中逐步撤退时,社会冲突却已失去了自我疗治和自我复元的能力,当事人在一种感觉被剥夺之后又被遗弃的情绪中无处发泄不满。面临纠纷,一方面在传统惯性中(包括需求者的思维惯性和供给者的渠道设置),纠纷大都涌入并依赖于政府机构特别是法院;另一方面,日益苏醒的自治意识和日益成熟的市场机制又促成对公权机构的某种排斥和对其他途径的欲求。

其三,法律向熟人社会的或速或缓的渗透与权威资源的衰落和分化。法律是陌生人世界的产物。社会对法律的需求和司法、律师职业发展的层次,很大程度上依赖于由传统的熟人社会向流动的现代社会转型的程度。

司法专业化既是这个过程的结果,又反过来成为推动这个过程的原因。公正是一切纠纷解决机制的共同价值目标,但公正来自于信任;权威是纠纷解决的资源,但权威同样来自于信任。一方面,在转向陌生人社会的司法中,信任资源的缺乏需要更多程序保障,因而也增加了纠纷解决的成本;另一方面,在尚未完成转型的熟人社会中,现代的专业化的司法所需要的相对隔离和超脱尚未成熟,难以摆脱人情影响和平民化色彩。因此,单一的纠纷解决机制、单一的诉讼模式、单一的价值取向,在如此辽阔的国度、如此复杂的背景中,更是顾此失彼。

2. 诉讼制度的改革趋向:以现代西方民事诉讼制度为参照系

基于对国情的上述判断和定位,我国民事司法改革的基本目标和总体方向仍然应当是司法现代化和司法专业化,亦即完成从“前现代”向“现代化”的转型。现行民事诉讼制度充分体现或保留了“前现代”法律制度的特点,它以计划经济体制下形成的简单的经济关系和社会结构为基础,以解决简单的民事纠纷为基本功能,在理念上体现出强烈的职权主义色彩,在技术上呈现出简易(粗糙)化、单一化、非专业化的特征,规则效力差,难以操作和统一,易于滥用。这种程序面对日益复杂的纠纷时,既不能保障公正,丧失了追求效率的初衷。特别是我国诉讼制度的唯一目标是解决个案纠纷,而缺乏统一解释和创制规则的功能,不能为同类纠纷和潜在纠纷提供举一反三的参照,反而导致司法冲突而刺激诉讼和对司法结论的挑战,比如大量错案而导致的重复审判、程序缺乏不可逆转性质而导致的重复诉讼活动,因而从制度的整体收益上看,这种简化程序制度效率很低。

当我们以当代西方国家的民事诉讼制度为改革的参照系时,这在原本以“舶来”为主要资源的法律领域中并没有什么可以指责,但须特别注意几个问题:

其一,现代西方国家的程序改革所面临的问题比较单纯,主要是在公正和效率两个端点之间寻求一个平衡点;我国所面临的程序问题则如同疑难杂症,在司法正当性和司法效率两个方面都面临着困境。比如,当我们以司法现代化和专业化为目标时,我们必须同时意识到中国“前现代”时期的民众获得简易的、低廉的、非专业化的司法救济的需求,这种需求与后现代西方国家在检讨专业化司法在满足公民获得正义方面的弊端时所寻求的平民化途径非常相似,但两种改革趋向的差异在于,我们没有西方国家那样现代的、标准的、规范的、精密设计的、专业化程度较高的司法程序和司法人员,这是程序简化和案件分流的基础,我们的“简易”是原始或粗糙意义上的简

单和单一,这种程序不仅早已无法适应正在日益扩大的社会差异和多元价值需求,更重要的是,在当事人本位、程序正当性理念和规则尚未形成的背景下,强调民事程序的简易化和非专业化,与“规则之治”(rule of law)的目标南辕北辙。

其二,在那些被我们在各种改革中引为权威性依据的现代西方国家,不仅没有面临我国城市与乡村之间、东部与西部之间、发达地区与落后地区之间多层次的差异,而且像美国、德国、前苏联等这些较大的国家,都基于联邦制而缓解了地区差异引起的司法供求冲突,并基于多层审级制缓解了城乡、贫富差异引起的司法供求冲突。

3. 小结

由以上分析,我们得出关于我国民事诉讼制度转型的两个基本结论:

其一,任何单一的价值取向或矫枉过正都不能解决中国如此复杂的问题。程序改革的成功依赖于司法制度的综合改革和配套制度之间、程序制度的各个部分之间的相互协调,而且现行程序制度中的缺陷或漏洞越多,在程序的具体环节上各个突破的成功率就越低。从制度设计的技术来看,社会的进步程度是以社会分工的专业化程度为标志的,现代化民事诉讼程序通过精密的分流装置来满足多元的、差异性的价值需求。在价值冲突中系统地重构我国程序制度,要体现权限分界、职能分层、案件分流、程序分类的基本思路,其中权限分界与职能分层是通过民事诉讼主体及其他相关主体之间的权力/权利配置,构建民事程序的内部关系和外部关系,案件分流和程序分类则是通过对民事诉讼客体及其相应程序的安排,构建诉讼内多元程序和协调诉讼内外纠纷解决途径之间的关系。

其二,在研究现代西方国家的民事司法制度以为法律移植的参考时,由于社会基础和社会需求不同,因此必须考察西方程序制度的动态发展,思考当代西方程序制度及其改革动态的具体背景,观照一国程序制度内部的自治逻辑及其与本国相关制度的协调运作关系。如果简单地甚至断章取义地引入和推行某项具体的程序制度,可能导致我国民事诉讼法改革目标的迷失和制度内在逻辑的紊乱,引起民事司法实践有法不依、各行其是,导致当事人和社会的无所适从和司法信任危机。这种教训在1991年立法中已露端倪,在20世纪90年代以来的民事司法改革中愈演愈烈。这种改革的认同率很低,反而在某种程度上导致司法机构在这个博弈过程中处于更加劣势的地位。



二、权限分界与职能分层:以民事诉讼主体为核心的程序内外和纵横关系的架构

本文所指的权限分界包含三层含义:在民事程序的内部的横向关系中,亦即在作为民事程序核心内容的民事诉讼法律关系中,要划定当事人处分权与法官审判权(公权与私权)的界线,在此基础上形成处分权与审判权之间“相互”制约的机制;在程序内部的纵向关系中,亦即在审级关系中,要划定上下级法院之间的职能范围,在此基础上建立以一审程序功能为重心、以上级法院与下级法院之间双向制约、以维护司法统一为目标的机制;在程序的外部关系中,亦即在民事审判监督关系中,要划定审判权与其他公权力(公权与公权)的界线,建立民事审判权边界明晰、以司法独立为前提、以宪法和法律划定的权限为基准的“相互”制约的机制。

1. 民事程序内部的横向关系:以处分权主义为核心的权利—权力制约

在我国现行民事诉讼法中,诉讼程序内法官权力与当事人权利的配置模式与民事诉讼法关系理论的“两面关系”说一脉相承,形成超职权主义诉讼模式,法庭的权力没有受到来自程序主体当事人权利的有效制约。具体表现在:(1)在实体权利范畴内,当事人的处分权不足以形成对法官权利的制约,相反却合法地受制于法官所掌握的广泛的国家干预权力;(2)在证明责任范畴内,当事人及其律师在主观证明责任(提出证据的行为责任)和客观证明责任(证明不能的结果责任)——及其相应权利——两个方面均受到职权探知主义的庭审模式的控制,当事人双方不能自主地形成诉讼结果并对法官的权力构成制约;(3)在推动程序进展方面,职权进行主义模式几乎完全否定了当事人双方积极参与程序事务并决定程序进度的权利,当事人对于程序事项几乎完全听命于法院和法官的程序控制权,而不能对之构成任何制约。^①

民事诉讼法制度的转型应当首先改变民事诉讼法律关系的理论基础和制度格局,采用以处分权主义理念为基础的三面关系说(或两类关系说)建构我国民事诉讼法关系理论,具体程序规则不仅调整法院与当事人之间

^① 关于诉讼模式的定义方法,请参见汤维建:《两大法系民事诉讼制度研究》,陈光中、江伟主编:《诉讼法论丛》第1卷;张卫平:《诉讼构架与程式——民事诉讼的法理分析》,清华大学出版社2000年版。



的关系,而且直接调整双方当事人之间的关系,使之符合诉权与审判权之间的对立统一关系,由此解决两面关系的制度结构在平衡法官与当事人、当事人与当事人之间相互制约关系时面临的诸多困境,比如,法官职权过大可能导致权力滥用和对双方当事人诉权和诉讼权利的侵害,职权过小则可能导致对当事人滥用权利控制不力。在三面关系结构中,由于一方当事人的权利或收益常常体现为对方的义务或损失(有时体现为对方的同等或对等权利),因而在某些程序规则中直接调整双方当事人之间的关系,通过规定滥用权利或从程序中获得利益的一方给予对方以直接补偿,可以避免赋予法官单方控制权利滥用而导致的法官职权滥用。这样的民事诉讼法律关系构架,在法官与当事人之间,形成以处分权主义为核心的民事审判权制约机制,防止法官权力过大而导致滥用;在原告与被告之间,形成以诚实信用为基础的平等对抗关系,通过一方当事人的对抗来制约另一方当事人权利滥用,并通过法官的职权控制平衡双方当事人的平等关系。

2. 民事程序内部的纵向关系:以职能分层为基础的上下审级相互制约

本文所指的职能分层,是指在审级制度中,上下级法院之间的关系架构是通过法律明确各自的职能配置确定的,由此划定上下级法院之间的权力界线。无论下级法院或上级法院,均在各自职能范围内行使权力,从而建立以一审程序为重心的上下级法院之间“相互”制约的机制。其意义至少在于两个层面:

在权力结构层面上,其意义在于构成程序内上下级法院之间的权力分立、独立和制约,从而消除外部“监督”的契机和借口。不同审级职能的明确定位使上级法院对下级法院的干预、监督权限限定在法律明确授权的职能范围内,改变上级有权“指导”和监督下级法院、而自身权力不受程序制约的司法行政化模式,实现下级法院独立于上级法院、在法律授权范围内独立行使审判权不受干预、上下级法院之间权力双向制约(特别是下级法院对上级法院的权力制约),在司法行政管理方面铲除请示汇报制度的土壤,落实“两审”终审制或有限三审制。

在程序技术层面上,其意义在于层层分解压力和最终实现司法统一。亦即通过法律对不同审级法院在处理事实问题、法律问题和裁量问题上的权限及运作方式的不同期许,使一审法院在解决事实问题特别是证据的可信性问题方面的职能和决定裁量问题的权力得到上级法院的充分尊重,从而将事实问题和大量事实性纠纷在一审法院获得终局性;在此基础上,上诉法院(特别是省级法院)得以主要精力集中在有助于形成和/或完善规则