

总主编◎卞建林

【新时代诉讼法学创新文库】
(10)

中国政法大学科研项目“民事司法制度改革研究”结项成果
中国政法大学科研项目“虚假诉讼研究”结项成果

新型民事诉讼 程序问题研讨

■ 肖建华 唐玉富◎著

 中国人民公安大学出版社

 群众出版社

新时代诉讼法学创新文库 (10)

总主编 卞建林

中国政法大学科研项目“民事司法制度改革研究”结项成果

中国政法大学科研项目“虚假诉讼研究”结项成果

新型民事诉讼程序问题研讨

肖建华 唐玉富 著

中国人民公安大学出版社

群众出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

新型民事诉讼程序问题研讨 / 肖建华, 唐玉富著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2018. 4

(新时代诉讼法学创新文库)

ISBN 978-7-5653-3163-3

I. ①新… II. ①肖…②唐… III. ①民事诉讼—诉讼程序—研究—中国 IV. ①D925.118.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 311761 号

新时代诉讼法学创新文库 新型民事诉讼程序问题研讨 肖建华 唐玉富 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京市泰锐印刷有限责任公司

版 次: 2018 年 4 月第 1 版

印 次: 2018 年 4 月第 1 次

印 张: 10.625

开 本: 880 毫米×1230 毫米 1/32

字 数: 286 千字

书 号: ISBN 978-7-5653-3163-3

定 价: 40.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: zbs@cppsup.com zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话: 010-83903254

读者服务部电话 (门市): 010-83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010-83903253

法律图书分社电话: 010-83905745

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究



肖建华

1966年生，河南信阳人。中国政法大学诉讼法学研究院博士生导师。1991年毕业于西南政法大学，获诉讼法学硕士学位；1998年6月毕业于中国政法大学，获法学博士学位，毕业留校任教至今。对民事诉讼法、证据法、仲裁法和破产法等领域有较为独到的研究。在《法学研究》《政法论坛》《现代法学》等报刊发表论文百余篇，2002年被中国政法大学破格评为教授，2004年被评为博导；2003—2004年作为美国富布赖特学者，在美国西北大学法学院学习。2008年被聘为北京航空航天大学教授、博士生导师。兼任中国行为法学会基础理论研究会副会长，民事诉讼法学研究会常务理事，强制执行法研究会常务理事，中国互联网协会法律专家。



唐玉富

1979年生，黑龙江鹤岗人。浙江工商大学法学院讲师，华东政法大学博士后研究人员，法学博士。2003年毕业于兰州大学法学院，获法学学士学位，2006年、2013年先后毕业于中国政法大学，获法学硕士学位和法学博士学位，2006年7月至2010年9月任教于河北工业大学文法学院，2013年7月在浙江工商大学法学院工作至今，主要学术研究领域为民事诉讼法、证据法和ADR。在《法学研究》《现代法学》《法律科学》等核心期刊发表二十多篇学术论文，主持最高人民检察院检察理论研究课题、司法部国家法治与法学理论课题、浙江省哲学社会科学规划课题等多项省部级课题，参撰多本民事诉讼专著和证据法教材。

内容简介

民事诉讼面临着新一轮的变革。私人本位的民事诉讼在转向社会本位，审判从物理空间迈向信息化的虚拟空间，民事诉讼程序制度正在与时俱进地进行变革，甚至出现新的程序制度。新型诉讼程序与传统的诉讼程序有契合也有独特之处，需要理论深入研究，本书所归纳的一些民事诉讼程序，就是一个尝试。

总 序

党的十九大作出了中国特色社会主义进入新时代、我国社会主要矛盾转化为人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾等重大政治论断，深刻阐述了新时代中国共产党的历史使命，确定了全面建成小康社会、全面建设社会主义现代化国家的奋斗目标，对新时代推进中国特色社会主义伟大事业和党的建设新的伟大工程作出了全面部署。

全面依法治国是新时代中国特色社会主义的本质要求和重要保障，而法学研究是社会主义法治建设的重要组成部分，肩负着为法治建设提供理性解读与智识支撑的重要任务。诉讼法学作为与法治实践密切相关的应用性学科，面对新时代法治建设的新任务，更需要深入自觉地回应实践发展需求。只有建立能够适应我国国情、符合社会发展趋势的诉讼法学理论学说与制度体系，才能满足司法实践的需要。新时代推进中国特色社会主义法治建设面临的新问题，为诉讼法学研究提供了新的机遇，也使诉讼法学研究面临前所未有的挑战与压力。面对这种挑战与压力，我们有必要重点强调“创新”二字。创新是学术研究与理论发展之魂，是推动诉讼法学研究不断发展的最大动力。创新诉讼法学研究，可以从以下几个方面理解：

首先是学术研究领域的创新。研究领域的创新并不意味着

否定、抛弃过去的研究成果，而是在此基础上往更广、更深、更符合实践需要的方向拓展。这不仅需要我们在今后的研究中进一步加强基础性研究，争取在原有研究范畴上获得更高层次、更有深度的学术成果，并不断挖掘、开发新的理论研究范畴，同时也需要我们进一步加强应用性研究，特别是法律实施问题的研究，从而使得诉讼法学理论研究的成果能够顺利转化到实践中去，能够真正引导国家司法制度的变革与发展。此外，社会的发展是一个系统工程，各个部分、环节与层面的发展都是相互影响与相互制约的，这种影响与制约的关系越来越紧密，因此，诉讼法学的发展要想跟上社会发展的步伐并充分发挥其作用，也必须加强对社会科学及自然科学中相关研究成果的吸收、借鉴，进一步开展跨学科、交叉学科、边缘学科的探索研究。

其次是学术研究思路的创新。过去，诉讼法学研究存在较明显的功利化倾向，同时也难以摆脱条文的限制，从而缺乏研究的深度和新意。从规范诉讼法学走向理论诉讼法学，是诉讼法学发展的必然趋势。加强对诉讼原理、诉讼规律的研究，有助于诉讼立法的科学化，也对正确开展司法活动具有重要的指导作用。在这个过程中，不仅需要我们积极借鉴法制发达国家丰富的研究成果和宝贵的实践经验，也需要我们深刻解读、准确把握中国法治实践与法治道路的客观规律，重点解决国际司法准则的本土化问题，努力打造具有中国特色的诉讼法治话语体系。

再次是学术研究方法的创新。长期以来，我国学者在诉讼法学研究方法的运用上偏重于采用概念推理、理论辨析等传统

方法，缺乏实践调查与数据分析，以致产生理论设想与实践操作之间的偏离与脱节。面对新时代司法实践中出现的诸多问题，我们有必要进一步加强探索实证研究方法，积极开展各种形式的实践调查和试点实验，加强数据采集与定量分析，不断总结、推广试点经验与实证成果，回答和检验理论研究中的特定问题。实证研究方法的运用有利于实现理论法学与应用法学的衔接、法学理论与司法实践的衔接，也有助于将法学研究成果及时地投入到司法实践中加以检验和修正。

最后是学术研究队伍的创新。以往，诉讼法学研究大都局限于自身学科领域，在研究队伍的组建上存在成员单一、结构固定等普遍问题。在中国特色社会主义新时代，面对不同性质、不同诉求的社会矛盾相互交织、共同作用的现实情况，突破学科壁垒与部门围墙，实现多学科、多部门之间的协同创新势在必行。协同创新理念的实施，要求诉讼法学科在自身优势与特色的基础上紧密联系其他学科，在学术研究队伍的搭建与研究项目的设计上努力实现高校、科研院所、司法实务部门以及企事业单位等不同学科、不同主体之间的资源集成与共享，以此消除诉讼法学科与其他学科、理论与研究与司法实践之间的脱节现象。

中国政法大学诉讼法学研究院是从事诉讼法学研究的新型综合性研究机构。2000年10月，诉讼法学研究院入选教育部普通高等学校人文社会科学百所重点研究基地，成为全国法学专业九个重点研究基地之一。诉讼法学研究院以中国政法大学雄厚的法学专业为基础，以国家级重点学科诉讼法学科为依托，集中开展诉讼法学、证据法学与司法制度研究，下设刑事訴訟

法学研究所、民事诉讼法学研究所、行政诉讼法学研究所和证据法学研究所。自成立以来，诉讼法学研究院坚持以科研为立院之本，积极承担多个国家级、省部级重大攻关项目，注重人才培养与团队建设，广泛开展多层次学术交流与合作，为国家立法完善作出重要贡献，很好地发挥了重点研究基地的引领与示范作用。

面对新时代涌现的诸多研究课题，在学术研究方面不断创新，积极进取，充分展现重点研究基地的学术影响力，是诉讼法学研究院长期建设、发展的主要目标。为了达此目标，诉讼法学研究院专门创办了“新时代诉讼法学创新文库”这一系列著作项目，用以汇集、总结和展示研究院各位研究人员围绕新时代中国特色社会主义诉讼法治理论与实践中的热点、重点、难点问题而形成的各项学术研究成果。这一文库的出版领域涵盖刑事訴訟法学、民事诉讼法学、行政诉讼法学、证据法学、司法制度等多个方面，以有新意、有深度、有分量的专著、译著为主要形式。我们希望能通过这个文库鼓励学术创新，积累学术成果，并为繁荣、深化和开拓诉讼法领域的学术研究积极贡献力量。

中国政法大学诉讼法学研究院院长

卞建林

2018年3月于北京

序 言

民事诉讼程序的多元化，是程序分化与革新的重要表现形式，也是构建多元化纠纷解决机制的重要组成部分。其实，多元化纠纷解决机制包含两个层面的内容：一是诉讼程序与 ADR 的不同程序之间妥适的案件分流与纠纷解决机制；二是诉讼程序内部多个子系统的理性发展。司法实践不仅重视多元化纠纷解决机制，重视诉讼与 ADR 之间的程序分流与程序衔接机制，而且也十分重视审判程序的多元化。这也是诉讼程序发展的必然趋势。

欧美法治发达国家于 20 世纪六七十年代面临着民事诉讼成本高昂、效率低下和诉讼拖延等严重正当化危机的客观现实，转而接受和大幅度利用 ADR。即使在当今 ADR 已经可以化解绝大多数民事案件的情形下，亦需要确立诉讼程序的示范意义与功能。所以，建构合理化和多元化的诉讼程序仍然是民事司法改革的重要方向，我国民事诉讼法也不例外。

民事诉讼法不断确立一些新的程序形式，或对原有的程序进行完善，我们把这种程序称作新型民事诉讼程序。他们有的已为法律或者司法解释所确认，并且在司法实践中产生了非常积极的效果，如公益诉讼程序和恶意诉讼程序。但是，有些民事诉讼程序仍然处于探索之中，尚未上升到法律层面，如附带

上诉程序。借鉴、移植这些成熟有效的民事诉讼程序可在相当程度上充实丰富多元化民事诉讼程序，亦能妥善地促进民事诉讼程序的精细化。为此，我们把一些新型民事诉讼程序的研究汇集成书，并希望为民事诉讼实践提出一些建设性的意见。

本书由肖建华与唐玉富合作完成，分工完成后由肖建华进行修改定稿。具体分工如下：

肖建华：撰写第一章、第二章、第三章、第四章、第五章、第十章。

唐玉富：撰写第三章、第四章、第五章、第六章、第七章、第八章、第九章。

新型民事诉讼程序问题仍然是全新的研究课题。囿于研究能力，我们在论述过程中可能存在一定的问题，恳请读者多多批评指正！

肖建华

2018年5月27日于小月河畔

目 录

第一章 现代型诉讼之程序保障	(1)
一、现代型诉讼的界定	(1)
二、现代型诉讼形式的多样化	(5)
三、现代型诉讼救济的倾向性	(22)
四、现代型诉讼裁判效力的特殊性	(29)
结语	(34)
第二章 论恶意诉讼及其法律规制	(35)
一、恶意诉讼的界定	(35)
二、关于恶意诉讼规制的立法比较	(41)
三、我国规制恶意诉讼的法律路径	(59)
第三章 公益诉讼制度的司法建构	(80)
一、公益诉讼的制度功能	(81)
二、公益诉讼的适用范围	(89)
三、公益诉讼的原告主体资格	(91)
四、构筑合适的公益诉讼程序	(101)
五、公益诉讼判决的效力	(107)
第四章 小额诉讼程序	(110)
一、小额诉讼的理念错位与程序缺位	(110)
二、小额诉讼的适用范围	(117)
三、小额诉讼的救济机制	(122)
第五章 调解保密性原则的制度建构	(127)

一、保密性原则：调解合理性基础	(128)
二、调解保密性的程序表达方式	(143)
三、调解保密性理论在我国民事程序理论中的缺位 ..	(162)
四、我国调解保密性原则的制度建构	(179)
第六章 被告撤诉同意权	(199)
一、被告撤诉同意权之确立	(199)
二、被告撤诉同意权之不当限制	(207)
三、被告撤诉同意权之程序保障	(215)
结语	(220)
第七章 第二审程序的反诉	
——兼评《民事诉讼法解释》第328条	(222)
一、反诉制度嵌入第二审程序的正当性	(222)
二、利益失衡、程序断裂与制度错位交织存在	
——《民事诉讼法解释》第328条之省思	(228)
三、第二审程序反诉的有序化与弹性化建构	(234)
四、程序主体的协同共治与民事诉讼理念的变迁	(242)
第八章 上诉审程序中的利益变动	(246)
一、诉的利益与上诉利益	(246)
二、上诉利益的界定	(252)
三、上诉不利益变更禁止与利益变更禁止	(255)
四、附带上诉	(261)
结语	(269)
第九章 民事执行检察监督制度之路径选择	(270)
一、两种观点的对立与分歧	(270)
二、现行民事执行检察监督方式之反思	(275)
三、建构执行检察监督方式之新思路	(281)
四、审查批准之执行检察监督方式的程序保障	(286)
结语	(290)

第十章 我国股东代表诉讼制度的建构

- 兼论《公司法解释四》之相关规定 (292)
- 一、公司诉讼和股东代表诉讼概述 (293)
- 二、股东代表诉讼当事人的确定 (296)
- 三、股东代表诉讼判决及其效力 (310)
- 四、域外股东代表诉讼制度之比较 (316)

第一章 现代型诉讼之程序保障

我国民事诉讼法正在面临现代社会所需要的转型。民事诉讼法的修改在一定程度上反映了这一要求，以面对现代社会纠纷解决的需要。传统民事诉讼倡导诉讼双方当事人进行平等的对抗，体现了司法竞技主义的色彩。在现代社会中，诉讼当事人双方的力量明显不对等，古典的对抗主义或绝对当事人主义诉讼结构面临着重大的挑战。例如，在大规模的消费者利益受损案件、股民受上市公司虚假信息欺诈案件、重大环境污染案件、医疗纠纷案件等不特定多数人利益受损的案件中，其诉讼当事人的主体资格，诉讼中的证明责任的分配，以及法院判决的既判力等，与传统的民事诉讼相比都呈现出不同的形态。民事诉讼法必须面对这些新型诉讼中多数人的利益受到损害而需要司法救济的现实。这里拟以 2012 年《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）和相关司法解释的具体条款为分析对象，探求现代型诉讼的司法解决与程序保障之道。

一、现代型诉讼的界定

（一）现代型诉讼的含义

20 世纪中叶以来，现代化工业大生产带来了社会经济的大幅发展和利益格局的深刻变动，出现了许多传统诉讼制度无法涵盖的新型诉讼，环境权诉讼、公害诉讼、消费者诉讼、医疗损害赔偿诉讼、产品质量诉讼、虚假广告侵权诉讼、日照权诉讼与嫌烟权诉讼等都需要司法制度进行正面的回应和相应的程序安排。这些区别于传统一对一的私益诉讼而涉及不特定多数人共同利益的新型诉讼形

态就是现代型诉讼。现代型诉讼是针对传统型诉讼而言的,直到20世纪六七十年代才逐渐受到重视,并呈喷发式增长。现代社会工业大生产和社会权利的勃兴提供了孕育现代型诉讼的温床。“作为深刻的社会变动之结果,我们时代的主要问题不再是基本上为个人主义的、静态的‘私法’及其个人权利的问题,而映射出一个工业化、动态的、多元化社会的问题。”^① 现代型诉讼是追求安定的司法制度无法适应急剧变化的社会体制和经济体制的产物。

现代型诉讼实质性地改变了当事人与法院在民事诉讼中的作用负担和权限分工。自由主义的民事诉讼假定诉讼双方当事人的机会平等和武器平等,却没有关注这种形式上平等所隐藏的实质性不平等,造成很多案件的实质正义无法实现。可见,现代型诉讼与自由主义的民事诉讼格格不入。重新分配当事人与法院在民事诉讼中的权限,也吻合诉讼从自由主义到社会性民事诉讼的发展轨迹。社会性民事诉讼要求法官裁断案件时要依托案件所处的政治、社会和经济背景,必要时行使法官职权,“现代国家并不是与诉讼事件彼此分离地相互对立,不再允许将诉讼视为技术问题,而必须将诉讼列入社会政策计划中”。^② 在现代型诉讼中,法官在事实认定、证据调查和法律解释中的积极能动角色是实现社会性民事诉讼必不可少的条件。毫不讳言,现代型诉讼契合社会性民事诉讼的制度机理而逐渐获得了制度确认。但是,现代型诉讼在中国还未获得法律的正式认可,始终游离于法律的边缘。改变现代型诉讼的边缘性地位,必须充分依托正在修改中的民事诉讼法,构建诉讼启动—诉讼过程—诉讼终结的动态程序保障机制。

(二) 现代型诉讼的基本特征

尽管我们只能对现代型诉讼进行大致的事实描述,无法精确地

① [意] 莫诺·卡佩莱蒂:《比较法视野中的司法程序》,徐昕、王奕译,清华大学出版社2005年版,第322页。

② [德] 鲁道夫·瓦瑟尔曼:《社会的民事诉讼》,载[德] 米夏埃尔·施蒂尔纳:《德国民事诉讼法学文萃》,赵秀举译,中国政法大学出版社2005年版,第90页。

概括出统一的普适概念,^①却可以从具体的诉讼样态中抽象出不同于传统型诉讼的制度共性,凝结成现代型诉讼的特征。

第一,主体的集团性与实力的倾斜性。现代企业的模式化操作致使其违法活动造成大量市民的利益受到侵害或者面临侵害之虞,由此而引起的诉讼中原告的数量众多而呈现出集团性或扩散性。同时,现代型诉讼中双方当事人呈现失衡的状态,传统民事诉讼所预设的诉讼双方当事人平等对抗的诉讼结构无法实现。在现代型纠纷中,利益受害方往往是势单力薄的个人,有时所遭受的利益损失异常微小,利益权衡后,通过诉讼保障权益的意愿并不强烈,甚至放弃权利,使得加害方无法受到法律制裁而改变其现有的技术性运作。现代型诉讼的被告往往是实力雄厚、掌握特定资源的大型企业、公共团体或者行政机关。与其相比,原告明显处于弱势地位。这种不平等还同时表现在现代型诉讼的证据偏在现象。作为被告的大型企业、公共团体或者行政机关占有和掌握着大量的证据,而原告却无法合法获得这些证据。如果仍然课以原告方证明被告的过错和因果关系的证明责任,势必造成原告的诉讼困局,这对其极为不利。因此,必须设计合理的程序机制才能扭转诉讼双方当事人的不平等局面。具体解决路径有二:一是加强法官在现代型诉讼中的职权,除了进行职权调查取得证据外,法官还要借助于大量的间接事实判断要件事实的成立与否;二是实现证明责任倒置,由被告承担要件事实的证明责任,减轻原告的证明负担,努力消解诉讼双方当事人之间的不平等局面。

第二,争点的共通性与利益的集合性。在现代型纠纷中,同一违法行为危及很多人的利益而使得纠纷争点具有共通性。争点的共通性既可以是事实争点的共通性,也可以是法律争点的共通性。比如,在最高人民法院发布的指导案例“中华环保联合会诉德州晶

^① 关于现代型诉讼的含义和本质,学界并没有统一的或标准的概念。参见新堂幸司:《现代型诉讼及其作用》,载《基本法学(七)》,岩波书房1983年版,第308页。