

■ 田平安 / 主编

民事诉讼程序

改革热点问题研究

MINSHI SUSONG CHENGXU
GAIGE REDIAN
WENTI YANJIU

中国检察出版社

民事诉讼程序改革 热点问题研究

主 编 田平安

副主编 廖中洪

李祖军

周世民

中国检察出版社

图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼程序改革热点问题研究/田平安主编.
北京:中国检察出版社,2001.5
ISBN 7-80086-834-6

I.民... II.田... III.民事诉讼-诉讼程序-研究-中国 IV.D925.118

中国版本图书馆CIP数据核字(2001)第24210号

民事诉讼程序改革热点问题研究

田平安 主编

出版发行:中国检察出版社
社 址:北京市石景山区鲁谷西路5号(100040)
电子信箱:zgjcbs@263.net
电 话:(010)68650027(编辑) 68650025(出版) 68650016(发行)
经 销:新华书店
印 刷:河北省三河市印务公司燕山印刷厂印刷
开 本:850mm×1168mm 32开
印 张:18.875印张
字 数:470千字
版 次:2001年10月第1版 2001年10月第1次印刷
印 数:1—2000册
书 号:ISBN 7-80086-834-6/D·835
定 价:36.00元

检察版图书,版权所有,侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

编 辑 委 员 会

主 任：江 伟

副主任：杨荣新 田平安 张卫平

顾 问：常 怡

委 员(依姓氏笔划为序):

田平安 江 伟 李 浩

李汉昌 刘荣军 齐树洁

张卫平 张晋红 杨荣新

陈桂明 赵 钢 章武生

景汉朝 谭 兵

说 明

为进一步推动和促进我国民事诉讼法学的研究和发展,为当前正在深入进行的民事审判、证据制度和执行制度等民事诉讼领域的重大改革提供强有力的理论支持,中国诉讼法研究会民事诉讼法专业委员会与西南政法大学等单位,在西南政法大学联合举办了第二届全国民事诉讼法学研讨会。会议对近年来民事诉讼法学领域的诸多热点、难点问题进行了深入的研究和讨论。仁者见仁,智者见智,专家和学者们提出了许多颇具价值的看法和观点。本书便是对会议研究内容和学术思想的一个集中体现。

会议期间我们收到了大量的论文,且均具有较高的水准。但由于篇幅所限,我们不得不对论文进行精选,部分论文也作了一定程度的压缩、删减,请作者谅解。

由于水平有限,加以时间仓促,编辑方面的不足之处,在所难免,敬请读者及同行专家指正。

编 者

2001年3月15日

目 录

总 论

民事诉讼改革的现状和未来	田平安 (3)
司法公正再认识	景汉朝 (16)
权利保护机制与程序的最佳选择	李汉昌 刘田玉 (29)
论民事诉讼事实审理的目的	李祖军 (41)
论法官独立	陈中晔 (59)
民事诉讼公开审判制度重构	刘 静 (68)
法院调解制度之重塑	章武生 吴泽勇 (82)
大陆法院调解制度与香港诉讼和解制度 之比较研究	蔡 虹 (95)
民事审判方式改革与法官司法理念 的重塑	王青方 罗 茜 (108)
答辩状及提交答辩状行为的性质定位 ——兼论民事审判方式改革	蔡彦敏 张 珺 (123)
正确引导当事人陈述最后意见是改进 庭审方式的重要一环	张淑兰 (140)
论庭前程序的完善	李祖军 周世民 (147)
简论我国民事审判方式改革的内容	张进渝 (161)

对我国司法审判制度改革之我见	赵泽隆 (169)
民事经济“诉辩式”庭审方式改革和完善 的几点思考	赵俊如 (177)
我国民事诉讼制度改革与比较民事诉讼法研究 ——谈比较民事诉讼法的研究体会	白绿铤 (182)
中美民事审判改革之比较研究	曾红梅 (205)
民事诉讼机制改革与完善的法律经济分析	吴 杰 (213)
两大法系的法院作用论 ——从中村民事诉讼法学立场 进行的比较研究	陈 刚 (221)
关于民事诉讼当事人制度立法完善的思考	张晋红 (245)
对被告应诉行为的定性分析	赵 钢 (259)
民事诉讼机制的变革与撤诉制度的完善	杜睿哲 (267)

证 据 论

民事经济审判方式改革与证据运作 的几个问题	宋茂荣 (283)
民事证据制度三题	李 浩 (290)
民事审判方式改革背景下的证据认定规则	张郑元 王福华 (299)
论证人的证言拒绝权	刘荣军 (314)
论我国民事诉讼中的证人出庭作证制度	杨 涛 (333)
论完善我国民事诉讼证人制度	齐树洁 (345)
国外诉讼中的证人宣誓程序 ——兼论我国证人作证程序的完善	廖中洪 (360)

论当事人举证与法院查证的关系

——兼评法释[1998]14号关于当事人举证和

法院查证的规定	黎蜀宁 (370)
论民事审判中的质证	刘艳军 (377)
中葡民事诉讼证据制度比较	周 春 (389)

程 序 论

诉的利益与学术争议

——《马桥词典》名誉侵权案之剖析

罗筱琦 (397)	
诉讼标的与诉之声明在台湾庭审、判决中 的相互关系	吴永烘 (403)

审前准备程序比较研究

——兼论对我国审前准备程序的构建

论我国民事诉讼再审程序的改革	黄 宣 (420)
论民事诉讼审前准备程序	唐 力 (437)
论民事诉讼中检察监督权的完善	胡亚球 (452)

改革与完善我国现行民事上诉

制度之构想	张家慧 刘远生 (465)
论民事判决的既判力	李 龙 (480)
民事执行存在问题的病理探析	江 伟 刘荣军 (495)
论强制执行制度的改革与完善	杨荣新 乔 欣 (506)
民事强制执行立法研究	常 怡 崔 婕 (515)
完善民事执行制度若干问题研究	黄双全 陈祖德 (570)
略论国际民商事诉讼的理想与改革	彭世忠 (576)

总 论

民事诉讼改革的现状和未来

田 平 安

—

改革一词,是当今中国报刊、杂志、广播、电视、网络等传播媒介使用频率最高的两个汉字。二十年来,各行各业进行的改革已经并正在使大江南北、长城内外发生天翻地覆的变化:国内生产总值年平均增长速度达到了 9.8%;1997 年国民生产总值达 74772 亿元,经济总量跃居世界第七位。1998 年达到 79748 亿元。农村居民人均纯收入由改革开放初的 133 元提高到 1997 年的 2090 元,城镇居民家庭人均可支配收入由 343 元增加到 5160 元。对此,有人惊呼:“巨人醒来了,他的时代已经到来,他的确要惊动世界了。”

经济体制的伟大变革,必然导致民事纠纷量的增多和质的复杂。面对此情此景,民事审判日益显得不适应形势的发展,客观现实要求并导致上层建筑领域的法律制度作出相应的变革。民事审判作为上层建筑的一部分,正是顺应这种要求,酝酿并进行着改革的尝试。

大约从 80 年代后期始,先是在司法实际部门继之是法学理论界的步入,谈论的一个热门话题便是审判方式的改革。君不见,学者在写文章,法官在出书。文章一篇一篇的见诸报刊,书一本一本的陈列于书摊。高层不时在作报告发指示,中层正紧张地调查研

· 3 ·

究并制定司法解释,基层正八仙过海各自在闯在革。理论研讨会、学术交流会此落彼起,有人呼吁立新法,有人力陈修旧法,有人建议先立规,仁者见仁,智者见智,一片繁忙景象。对于长期重实体而轻程序的国度来说,这无疑是一件大好事。因为毕竟是向法制的方向前进,因为毕竟是对民事程序法的一次宣传一次改革。

但作为一名诉讼法学理论工作者,我们又不能不透过此时热闹的现象而进行冷静地理性思考:比如改革的名称,是叫审判方式改革?还是审判改革?还是诉讼制度改革?又比如,改革的背景,包括国际背景和国内背景;它是我国的特产抑或是一种国际现象?或称趋势?它是个别人的一时冲动还是客观形势的发展带动?中国的民事诉讼改革的内容、方向和条件又是什么?民事诉讼改革与司法改革的关系又当如何?改革的目标和计划是什么?改革需不需要一个专门的机构来组织来规划?民事诉讼改革是不是要单枪匹马孤军深入?凡此等等,急需理论的探讨和科学的争鸣,更需要借鉴古今学习中外。作者不揣冒昧拟针对以上诸点略抒管见并力图对未来作出某种预言,敬乞同行诸君指正。

二

众所周知,生产力的逐步发展导致阶级的萌芽;阶级矛盾的不可调和致使国家产生。作为国家主宰的统治者为了维护其统治地位“除必须以国家的形式组织自己的力量外,他们还必须给予自己的由这些特定关系所决定的意志以国家意志即法律的一般表现形式。”^①专门听讼止争执行法律的机关即为审判机关。所谓审判,就是国家审判机关对一定范围社会问题按特定程序进行查明和判处的活动。这种活动的初、中期形态的显著特征是审判权的依附

^① 《马克思恩格斯全集》第3卷,第378页。

性;审判受制于行政,法不如官大。

近世所谓民事审判,即由法院根据法律依照法定程序审理与解决民事纠纷的活动。该活动的特点有三:

其一,活动的组织者是法院。按照宪法与法律的规定,法院是代表国家行使审判权的机关。没有法院即没有诉讼。在民事诉讼理论中,根据法院与当事人作用发挥架构的差异,人们将当今世界的民事审判又界定为三种诉讼模式,即“职权主义”、“当事人主义”和“混合主义”。^①

其二,活动的对象是民事案件。即是说,民事审判只解决平等主体之间的民事、经济、海事海商纠纷,这是区别刑事审判、行政审判的分水岭。

其三,活动的目的是定纷止争。因为统治阶级要维护自身的统治必须建立一种有利于自身统治的社会秩序,他不愿意看到也不允许社会的不安定,用一定的机制处理和解决各种矛盾和纠纷完全在情理之中。当然在结果上又达到了维护当事人合法权益效果。

民事审判是法院行使国家审判权与当事人行使诉权的外化形式,在实现和完成民事审判目的的过程中,客观上将体现它自身的三大功能:

第一、确认功能。即通过确认当事人民事权利义务状况的功能。当事人纷争的形成是基于双方对同一事物的理解、实现的歧见,攻者说有,辩者说无。审判就是探究案件的法律事实,运用完整的一套程序设计并凭借国家特殊的强制力沉淀假象,揭露真实,

① 关于民事诉讼的模式问题是近年来理论界讨论最多的一个问题。通说是只有当事人主义和职权主义。但一涉及中国民事诉讼模式的问题时,有不少文章主张我国的民事诉讼模式现在应该是介于当事人主义和职权主义之间的一种中间状态,有人提出可以称为是混合主义模式。

恢复当事人权利义务的“庐山真面目”。审判本身并不创设权利和义务。

第二、制裁功能。制裁是一种依法的惩罚。它是指法院对本该承担责任的当事人的一种强迫。例如责令赔偿、责令具结悔过和征收诉讼费用。制裁功能的实现有利于弘扬正气,惩恶扬善,匡扶正义。

第三、预防功能。按传播学原理,社会群体意识和行为方式与信息源和传播媒介关系十分密切,一定的信息会影响主体的一定行为,有声的传播会造成无声的意识流。作为一个完整的民事审判过程必然会给社会输送大量的信息,影响社会主体的行为和行为方式。民事审判特有的依法性肯定会感染外界,教育公民,一方面可以减少各种纠纷的发生,另一方面可以有效地防止民事纠纷转化为刑事案件。减少矛盾对社会的震荡。

新中国的民事审判发端于新民主主义革命时期,成型于建国之后,发展于改革浪潮之中。应当说,几十年来,民事审判在服务于和服从于社会主义经济基础和广大人民群众的根本利益方面,在实现民事审判三大功能方面,发挥过并仍在发挥着巨大的作用。任何忽视或有意无意地贬低其作用的观点都是错误的,因而是站不住脚的。

但是,毋庸讳言,由于中国有二千多年封建主义的影响,由于革命战争年代形成的高度集中统一的习惯,由于受原苏联法学理论和民事诉讼“超职权主义”模式的影响,^①更由于建国以来,我国民事审判赖以生存的基础是计划经济。因此,它不可避免地会深深地刻上旧时代的胎记,烙上计划经济的印痕。时至国家实行社会主义市场经济的今天,这些“印痕”和“胎记”在某些方面便不

① 超职权主义是指比职权主义还要过之而无不及的一种模式。这类称呼是近年来我国民事诉讼法学界出现的一种说法。

可避免地演化为种种“弊端”：

弊端之一是人民法院对诉讼事宜管得太多，统得太死。计划经济的长期结果使企业和个人自身的独立利益没有与其生产效益直接挂钩，个人吃企业的大锅饭，企业吃国家的大锅饭，外部缺乏竞争压力，内部一举一动须经国家首肯，统得过死的企业不能根据市场供求的变化而灵活调整生产，计划经济此种典型的特征反映在诉讼领域就是代表国家行使审判权的人民法院对诉讼管得过多、过死、过严、过细。造成从起诉到审判，从判决到执行，一切均由法院大包大揽、包打抱唱，“当事人动动嘴，法官跑断腿”“我判你服”是这种情景的真实写照。如果说在计划经济条件下，民事纠纷比较少人们又羞于诉诸公堂因而官司比较少，法院尚能勉强应付的话，那么，在市场经济的今天，面对纷繁的纠纷民案，法院想统死想管死恐也力难从心了。

弊端之二是“重调解轻判”既重视调解轻视判决。中华民族历来就有“和为贵”“忍”为上的思想土壤，基于此，在人民法庭上普遍流行着一种“和稀泥”式的调解，怒目相对的当事人，经人民法院苦口婆心一一劝导，最后弃甲卸刀、握手言好。这对于化解矛盾而言，应当认为这是一件好事。问题在于，法官主持的民事审判是追求公正和效益，能调则调，该判则判，本是情理中事，但“为避免矛盾激化”，“方便执行”“安定团结”，不少法院把许多本该判决的案件统统纳入无休止的调解轨道之中。不少地方甚至将调解率的高低作为衡量法官水平高低的尺度，作为评先进发奖金的标尺。这种重调解轻判的惯性心理和惯性作法不但与民事审判的功能相悖，而且与民事审判的宗旨相背，不但在理论上荒谬无据，而且与市场经济的快节奏格格不入。

弊端之三是重实体法轻程序法。一个国家的法律分为实体法与程序法乃是统治阶级便于操作运行的意志反映。实体法规定公民、法人和社会组织的权利、义务，程序法则界定公民、法人和社会

组织的诉讼权利和义务,二者视角有别、本质同一。作为执法者的法官本应一视同仁,但中华法系重实体轻程序的劣性效应却深深地影响着我国的审判实践。以至于“先结后立”、“以结代立”、“不结不立”、“不按时开庭”、“不当庭宣读笔录”、“当事人送传票”、“办公室开庭”、“庭审程序颠倒”的现象屡屡出现在法庭之上。至于“法官仪容不整”、“动辄训斥当事人”、“审限过长”之现象几乎比比皆是。有人甚至提出,只要结果正确,程序疏忽无伤大雅!这是十分有害的。程序法实体法都是国家的法,违反实体法是违法,违反程序法也是违法。在建设法治国家的征途中,凡违法均在摒弃之列,况且,有大量案例表明,对程序法践踏亦往往导致对实体法的适用错位。

弊端之四是民事审判运作过程中人治成分太浓,法治成分太淡。人民法官是人民的执法者,其天职是执行法律,服从法律,捍卫法律。任何人治的行为,理应遭到拒绝和反对。然而,相当长时间以来,审案的法官无权,不审案的官却有权。内部是等级森严的行政建制,官大一级真理多一分,官小一级真理少一分。“依法办事”在不少地方、不少方面几成口号。本来,按《人民法院组织法》和《民事诉讼法》的规定,人民法院审理民事案件的组织形式是“独任制或合议制”。无论何制,承审法官应该有职有权,但事实往往相反,内部的“请示”“汇报”、“定调”、“照办”、“研究”,“执行”已成法官的办案模式。

为了革除弊端,为了减少积案,提高效益,为了强化民主完善法制,民事审判实践与理论界都在思索一个问题:这些弊端要不要革除?如何革除?冥思苦想的结论是:改革。只有改革才能革除弊端只有改革才有出路。追寻民事审判改革的源头,最早可以上溯到1989年。在1989年3月29日最高人民法院向人大的工作报告上就明确指出:“不少法院把搞好公开审判列为自身改革和业务建设的重点。”“公开审判体现了审判工作的公开性和透明度,保

证了案件的依法公正审理;同时,也有利于进行生动、具体的法制宣传教育,预防和减少犯罪与纠纷的发生。”以后,在全国第15、16次全国法院工作会议上把公开审判上升为审判方式的改革。在1990年召开的全国民事审判工作会议上,最高人民法院副院长马原提出:“改进民事审判方式是提高执法水平,保证办案质量和效率的重要途径,今后要全面深入地推进这项工作。”“改进民事审判方式要以公开审判为中心”。1996年7月,最高人民法院又专门召开了全国民事审判改革会议。在会上,对改革的经验进行了总结,会议号召全国的法院要进一步推广民事审判的改革。

三

在民事审判实际部门称为民事审判方式改革的这场改革,其动机和出发点以及出台的时机都是相当好的。但是,这场改革存在先天的局限性。笔者认为首先是定位欠当。顾名思义,方式的改革它只能也不得不停顿在审判的外在形式上,它难以触及民事审判长期存在的深层次弊端,它会导致审判的外在形式的变化而断送来势迅猛的这场改革。事实上,任何国家的民事诉讼改革,它所涉及的问题都是全方位的,从立法到执法,从法官到当事人,从思想到行动,从方式到内容,从制度到程序……。有鉴于此,笔者主张,要进行这场改革比较准确的定位应当是民事诉讼改革。从改革的内容来看,它应当涵盖下面几个方面:

首先,要强调法官观念的改革。邓小平说过:“改革是第二次革命”,“没有一点闯的精神,没有一点冒的精神,没有一股气呀、劲呀,就走不出一条好路,走不出一条新路,就干不出新的事业。”^①可见,思想的解放是民事审判改革的关键的关键。对法官而言,一

① 《邓小平文选》第3卷,人民出版社1993年版,第372页。