

法学硕士考研指导

诉讼法学专业

◎本书编写组

本书针对北京大学、中国人民大学、中国政法大学、华东政法学院等著名高校法学各主要专业招生的特点和要求，依据法学硕士研究生入学考试的实际需要组织编写。本书共有5分册，每分册均由两部分组成：热点问题综述部分有助于考生准确把握本专业领域最新研究成果和发展动态；全真试卷分析部分收集各校最新试题，加以精解和分析，每道题都附有解答参考资料，给考生提供复习思路和答题技巧。本书具有较强的针对性和广泛的适用性，可以帮助考生全面掌握教材之后向纵深发展和重点突破，提高效率与效果，对于考研笔试及复试都有着重要的参考作用。

法学硕士考研指导

诉讼法学专业

本书编写组

法律出版社

编写说明

就法学这个学科的研究而言,既需要兼通中西的深厚法学理论功底,也不能脱离对当今社会变革的关注。而单就一种针对法学研究生入学考试的应试性学习而言,在短短一年甚至半年的短暂时间内做到富有成效的复习,成为摆在大多数考生面前一个棘手的问题。

法学硕士研究生入学考试具有与许多考试完全不同的特点,具体表现在:各专业试卷采取的是单独命题,各校风格迥异,为了深入考查学生的理论功底和逻辑思维能力,出题和解答具有相当的开放性;法学硕士研究生入学考试不仅需要考查应试者掌握本专业学科基础知识的牢固程度,还要求他们了解和把握本专业的最新理论发展动态。针对法学考研的实际特点和广大考生的现实需求,经过编者的努力,这套《法学硕士考研指导》最终呈现在万千考研学子面前。

从年开始,研究生入学考试由五门减为四门,按照教育部的指导性意见,要求提高复试在录取中的重要性,因此,本书结合考研实际,对内容及体例作了精心编排,以提高考生复习的针对性。

第一部分热点问题综述,本部分对于报考任何一个法律院校研究生的考生的复习参考都具有适用价值,也只有这一部分在全国法学硕士研究生入学考生复习中具有共同性。因为它以法学各个专业的最新理论研究热点为主干,精心挑选和收集了各个专业最近三年内的重要学术论文和学术观点,有助于考生准确把握本专业领域的最新热点问题。对于考生在复习各校指定教材时如何把握重点,以及解答具体问题拓展思路都有着极为重要的指导作用,达到事半功倍的复习效果。

第二部分全真试卷分析,收集了2000年至2002年京沪两地四校三年的全真试题,并附有答案和解析,弥补了同类资料或出版物大多只提供真题而无解答的缺憾。尤其需要说明的是,这一部分的编写者均是法学硕士研究生考试的佼佼者,他们尽量运用考试当时所能收集的资料,以体现语境化的原始答题思路,使得试题的解答具备了准确的概念表述及严密的逻辑体系。在每道题之后都附有解答参考资料,可以使考生在复习之余广泛涉猎。本部分的价值更多的体现在给考生提供一个学习思路,一个考试的答题方法。

本书具有较强的针对性和广泛的适用性,可以和各校的指定教材相辅相成,同时应用,对于考研笔试和复试的准备都能有着重要的参考作用,有助于考生在全面掌握教材之后向纵深发展和做重点突破。

在编写时,我们参阅了众多资料,对于这些惠助,在此一并致以谢意。

为法学硕士考生编写一本确有助益的复习辅导用书,一直是我们的愿望,但由于时间仓促,本书可能存在诸多不足,有待于广大考生的指正,以期日后加以完善。

期待着您的成功!

本书编写组

目 录

第一部分 热点问题综述.....	(1)
民事诉讼法学.....	(1)
一、关于民事诉讼基本制度的研究	(1)
(一)民事诉讼模式问题	(1)
(二)当事人制度问题	(2)
(三)调解与和解制度问题	(4)
(四)再审程序	(6)
(五)关于执行程序问题	(8)
(六)关于民事监督及民事公益诉讼制度问题	(11)
(七)关于合议庭和审判委员会的研究	(12)
二、关于证据制度的研究	(13)
(一)证据概念问题	(13)
(二)证明标准问题	(13)
(三)证据的合法性问题	(15)
(四)证据法的制定问题	(16)
刑事诉讼法学.....	(16)
一、有关刑事司法问题的研究	(16)
(一)刑事司法改革问题	(16)
(二)司法独立的问题研究	(18)
(三)审判中心主义的问题研究	(19)
(四)有关审判委员会的研究	(19)
(五)有关陪审制度问题的研究	(20)
(六)再审制度的研究	(21)
(七)关于刑事审判简易程序的研究	(21)
(八)关于侦查与起诉的研究	(22)
(九)关于刑事附带民事诉讼问题的研究	(24)
二、关于沉默权和刑讯逼供问题的研究	(25)
三、关于证据制度的研究	(28)
(一)关于刑事诉讼证据基本问题的研究	(28)
(二)证据展示制度	(33)
附:主要参考书目	(34)

第二部分 全真试卷分析	(35)
一、北京大学	(35)
2000 年诉讼法学专业试卷及解析	(35)
2001 年诉讼法学专业试卷及解析	(43)
2002 年诉讼法学专业试卷及解析	(51)
2002 年综合试卷及解析	(57)
二、中国人民大学	(69)
2000 年诉讼法学专业试卷及解析	(69)
2001 年诉讼法学专业试卷及解析	(76)
2002 年诉讼法学专业试卷及解析	(85)
2002 年综合试卷及解析	(90)
三、中国政法大学	(100)
2000 年诉讼法学专业试卷及解析	(100)
2001 年诉讼法学专业试卷及解析	(110)
2002 年诉讼法学专业试卷及解析	(124)
2002 年综合试卷及解析	(135)
四、华东政法学院	(141)
2000 年诉讼法学专业试卷及解析	(141)
2001 年诉讼法学专业试卷及解析	(152)
2002 年诉讼法学专业试卷及解析	(166)
2002 年综合试卷及解析	(175)

第一部分 热点问题综述

民事诉讼法学

一、关于民事诉讼基本制度的研究

近年来,理论界(包括实务界)围绕着审判方式改革这一热点进行了深入的探讨,取得了丰硕的成果。

(一)民事诉讼模式问题

有学者从澄清民事诉讼模式的概念入手,认为民事诉讼模式可定义为“支持民事诉讼制度和程序运作所形成的结构中各种基本要素及其关系的抽象形式”。它是反映现实社会生活和追求理想目标的结合,是一种反映社会现实和制度追求的理论架构,对它应从模式的内容和形式两个方面来进行分析。论者进一步指出,不仅在不同法系的国家之间,而且在相同法系的国家之间,由于文化历史背景以及当时各国政治、经济状况的不同,都会导致当事人主义和职权主义在各自民事诉讼制度中的表现形式和内涵的差异,而在民事诉讼程序的不同阶段,当事人主义和职权主义都有可能适用于其中,我国的情形便是如此,因此单纯强调某一种模式已经失去了现实意义。“关于民事诉讼模式的讨论固然具有积极的意义,但是,从中国的实践出发,尽快明确当事人与法院在民事诉讼中权能划分,为两种权能的结合寻找有利的黏合剂,形成解决民事纠纷的互动机制,更符合中国现实的需要”。即“淡化模式论,注意程序内容的研究”。^①

有学者认为,在民事审判方式改革向纵深持续发展的情势下,对“以事实为根据、以法律为准绳”原则重新释读十分必要。论者认为,以事实为根据中的“事实”包括法律上的实体纠纷事实和程序上的事实。法律上的实体纠纷事实具有集客观性、正当程序性、主观性于一体的特征。而对以法律为准绳原则的奉行,要求我们特别关注法律的局限性与法官的能动性,探究有关法官基于自由裁量权补充发展法律及其与以法律为准绳的关系。以法律为准绳原则可以指引法官充分认识自由裁量权的性质并具有对法官能动司法过程的程序保障和规制的重要功能。^②

有学者认为,共同诉讼是各国普遍存在的一种诉讼形式,因其在防止裁判矛盾、提高诉讼效率等方面的重要作用而受到重视。但我国的共同诉讼制度却因存在许多问题而阻碍了其功能的有效发挥。为了进一步完善该制度,解决审判方式改革中存在的一些深层次问题,有必要借鉴国外做法,将共同诉讼区分为固有的必要共同诉讼和类似的必要共同诉讼,并以此为理论前提重新构筑我国的共

^① 参见江伟、刘荣军:《民事诉讼中当事人与法院的作用分担——兼论民事诉讼模式》,载《河北法学》,1999年第3期。

^② 参见蔡彦敏:《对“以事实为根据、以法律为准绳”原则的重新释读》,载《中国法学》,2001年第2期。

同诉讼制度。^①

对这一问题进行论述的文章还有《论现代民事诉讼的基本法理》^②等。

(二)当事人制度问题

有学者对股东代位诉讼进行了研究,认为,股东代位诉讼是指当公司的合法权益受到不法侵害而公司却怠于起诉时,公司的股东即以自己的名义起诉,而所获赔偿归于公司的一种诉讼形态。该学者对股东诉权的法理基础从实体法和程序法角度分别进行了探讨,认为将股东代表诉讼定性为诉讼担当是不准确的。诉讼担当的前提是当事人非为实质上的利害关系人,而在股东代表诉讼中,原告股东虽非诉讼标的直接权利义务主体。但在实质上,基于其股东权却与诉讼标的有着利害关系。不过,正是由于股东与诉讼标的之间存在的是一种间接的利害关系,因而也不能认为股东的诉讼地位符合传统诉讼当事人的特征。论者认为:股东代表诉讼的性质应是介于第三人诉讼担当与本人诉讼之间,但与本人诉讼更近的一种诉讼形态。原告股东的诉讼地位包括在广义当事人范围之内,其诉权以股东权为实体基础,而以程序法的承认或直接规定为其程序上的法理依据,后者以前者为基础。本章进一步归纳出股东诉权的三个特殊要件为:股东身份拥有、股份的持有时间和持股数额达到法定条件。^③

有的学者对股东代位诉讼制度进行了更广泛层面的研究。他认为:设立股东代位诉讼制度有三个方面的作用:有利于强化公司的经营监督,维护股东的合法权益;有利于维护公司资产,落实公司的社会责任;有利于避免重复诉讼,减轻法院的负担。而我国拟设立的股东代位诉讼制度应当明确规定,只有同时符合下列两个要件的股东才可提起代位诉讼:首先,必须是在所诉行为发生时,即为公司的股东或者其股东的身份是因法律的作用而获得的。其次,必须公正、充分地代表公司的利益。在代位诉讼中,公司与原先股东、被告董事等人之间是一种三足鼎立的关系,原

则上,公司应以独立当事人的身份参加诉讼,并在诉讼中保持中立,只有在下列两种情况下,公司才可参加到原告或被告一方进行诉讼,从而成为共同诉讼人:1. 公司增加新的诉讼请求;2. 公司认为原先提起诉讼是出于不正当的目的。显然,在前一种情形下,公司参加到原告方进行诉讼,在后一种情形下,则参加到被告方进行诉讼。最后,作者又对股东代位诉讼的激励与约束机制进行了探讨,提出为平衡原告股东的风险与利益,可明确代位诉讼为非财产诉讼,导入诉讼费用补偿制度,赋予原告在特定情形下的直接受偿权,限制原告股东的处分权利,明确股东败诉时的赔偿责任。^④

有学者以最大限度地实现当事人的诉讼主体地位为目标,以正在进行的审判方式改革为背景,指出程序当事人才是民事诉讼当事人的概念的内涵。该学者认为,民事诉讼当事人,应当是以自己的名义起诉和应诉,要求人民法院保护其民事权利或法律关系的人及其相对方,应包括一切符合诉讼程序要求的起诉和应诉的双方。凡是以自己的名义起诉应诉的人,就是当事人,凡是在诉状内明确表示的争议主体就是当事人,判断某人是否属诉讼当事人只看实际诉讼的当事人是谁,而无须从实体上考查他与诉讼标的关系。具体而言,可从是否符合以下三个程序要件构成来判断:其一,以自己的名义起诉、应诉,进行诉讼行为。其二,向法院请求确定私权或其他民事权益的一方及其对方。其三,在诉状内明确表示出来。重新界定当事人具有很

^① 参见韩象乾、葛玲:《关于完善我国共同诉讼制度的一个理论前提——兼谈民事审判方式改革》,载《政法论坛》,2001年第1期。

^② 参见白绿铨:《论现代民事诉讼的基本法理》,载《中外法学》,1999年第1期。

^③ 参见江伟、段厚省:《论股东与诉权》,载《浙江社会科学》,1999年第5期。

^④ 参见杨辉:《关于设立我国股东代位诉讼制度若干问题的思考》,载《法商研究》,2002年第2期。

大的意义:其一,寻求独立的程序地位,扩展权利保障的空间。在现代社会,当事人的权利、利益已越来越受到司法重视,这是经济领域平等自由观念发展而发生的结果,也是司法功能扩大的结果。在走向法制社会的进程中,司法审判不仅具有发现实体法的功能,还具有生成法的功能,而依传统的实体利害关系理论或者以适格当事人为基础的当事人理论,在当事人无法定权益的情况下,很难想像这些利益主体可以通过诉讼,作为适格当事人,最终使诉的利益获得司法的救济和保护。在注重利用法律方法解决民事纠纷,保障私权的现代社会,法功能的扩大是一个普遍趋势,与之相伴的,必然是独立的、不依附于实体法的纯粹的当事人概念的确立。其二,提高程序的自主性,保障诉权的行使。在西方民事诉讼中,只要当事人向法院递交的诉状符合法定的形式要件,案件即应系属于法院,而不存在案件的受理程序,法院对诉状的形式审查及要求诉状补正程序,并不包含任何实质审查内容,而我国要求“原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织”,实际上暗含了对起诉人的当事人资格进行实体审查的要求,这种差异都是与当事人概念的界定相联系的。为进一步保护我国当事人的权利,需要把当事人的概念界定为程序上的当事人。^①

有学者对当事人适格问题进行了研究和探讨。他认为,所谓当事人适格,是指在具体的诉讼中,对于作为诉讼标的的民事权利或法律关系有实施诉讼的权能,也即:能够以自己的名义起诉或应诉的资格。适格的当事人是就一定的实体法上的权利或法律关系有权进行诉讼的人。当事人适格与否,应该根据原告或者被告在具体的各个诉讼中与作为诉讼标的权利或者法律关系的相应关系确定。这种相应的关系,归根结底就是原告或者被告对于作为诉讼标的实体法上的权利或法律关系具有管理权或处分权的关系,从实体法和程序法角度思考,具体而言,适格当事人有

以下两种情况:第一,诉讼标的的主体,通常就是适格的当事人。第二,虽然不是诉讼标的的主体,但对该诉讼标的有管理权或者处分权的人,也可以成为适格当事人。常见的情形有:破产企业的清算组、遗嘱执行人、遗产管理人、失踪人的财产代管人等。该学者又对给付之诉、确认之诉、形成之诉三种类型的诉讼当事人适格分别进行了探讨,认为,在给付之诉中,只需是主张自己有给付请求权的人对其有给付义务的人提起,就是适格的当事人。在确认之诉中,只需是对法律关系存在与否有不明确的人,对于争执其主张的人提起,而且对确认判决有法律上的利益的人,就是适格的当事人。在形成之诉中,由于一般在实体法上都有明文规定。所以适格的原告必须是依照法律规定的诉的形式行使形成权的人,适格的被告,除法律另有规定外,应该以形成的法律关系的主体或者相关的法理来决定。^②

无独立请求权第三人问题历来争议颇多,有学者认为这缘于立法规定的矛盾,因此必须在立法上对无独立请求权第三人制度予以彻底改造和重新设计。我国《民事诉讼法》明确规定,无独立请求权的第三人,是对当事人双方的诉讼标的没有独立请求权,但案件的处理结果与他有法律上的利害关系而参加到既有诉讼中来的人。这种加入诉讼的程序,不是通过本诉讼的原告或被告对案外的第三人起诉,也不是由案外的第三人对本诉讼的原告或被告提起诉讼的方式进行的,而是由自己申请参加诉讼或者由法院通知其加入的,但没有通过诉的方式进入诉讼的第三人,与本诉讼的一方当事人不可能存在“诉讼标的”,也没有所谓的第三人之诉,没有民事之诉的审判,是没有审判对象的审判,是根本

^① 参见李龙:《民事诉讼当事人适格刍议》,载《现代法学》,2000年第5期。

^② 参见肖建华:《论我国无独立请求权第三人制度的重构》,载《政法论坛》,2000年第1期。

违背民事诉讼的基本原理的,忽视了无独立请求权第三人作为诉讼主体应有的诉讼地位和权利的法律保障。该学者借鉴两大体系的立法提出构想,将无独立请求权第三人制度分解为准独立当事人制度和辅助参加人制度分别加以规制。案件的处理结果同无独立请求权第三人有法律上的利害关系,为无独立请求权的本质特征。从扩大诉讼解决纠纷的机能和保障诉的主体的利益的双重目标出发,对法律上的利害关系不应做限定,只要第三人与本诉讼一方当事人存在实体上的法律关系,与本诉有牵连,无论是主张权利,还是被起诉请求承担义务,都应允许。具体地说,第三人参加方式包括:第一,本诉讼原告向第三人起诉。第二,本诉讼被告向第三人起诉。第三,第三人向本诉的原告起诉。第四,第三人向本诉的被告起诉。无论是由第三人向本诉原告或被告起诉,还是由本诉原告、被告向第三人起诉,均因第三人与本诉判决结果有利害关系而参加诉讼。实体的利害关系如何,应根据本诉原、被告和第三人的举证和法庭审理结果而定,而辅助参加人是真正意义上的“无独立请求权的第三人”,该第三人参加诉讼,是法院为了使本案情况让该第三人知悉,以便让他同一方当事人(主要是被告)一起抗辩和反驳原告的请求,法院不得判决该第三人承担责任,他的参加只是起辅助的作用,只能站在所辅助主当事人一方参加诉讼。该学者认为,以民事之诉为前提,赋予第三人以更高的程序保障和独立的诉讼主体地位,是重构我国无独立请求权第三人制度的必由之路。^①

根据我国《民事诉讼法》的规定,无独立请求权第三人是指对他人之间争议的诉讼标的无独立请求权,但案件的处理结果同他有法律上的利害关系而参加诉讼,要求保护其合法权益的人。其核心要件在于:一是无独立请求权第三人对他人之间争议的诉讼标的无独立请求权;二是案件的处理结果同他有法律上的利害关系。有学者认为,第三人制

度设置的目的是由法院将两个有牵连的诉讼合并审理,其追求的目的是诉讼经济和程序公正。无独立请求权第三人应该既可以根据其同本诉当事人之间某一法律关系直接起诉而加入已开始的本诉,也可以通过本诉当事人的起诉引入诉讼,在整个诉讼过程中应处于狭义当事人的诉讼地位。^②

有学者认为,必要共同诉讼制度是民事诉讼中一项极为重要的制度。但在我国民事诉讼立法之初,由于对其缺乏深入的研究,加之司法实践的不断发展,该制度所存在的问题也日益突出。应将必要共同诉讼区分为固有的必要共同诉讼和类似的必要共同诉讼,提升必要共同诉讼制度立法的科学性,扩大必要共同诉讼制度排忧解难的机能。^③

关于当事人制度进行研究的论文还有的《群体诉讼与我国代表人诉讼的比较研究》^④等。

(三)调解与和解制度问题

有学者分析了调解与审判的关系,认为作为人民法院行使民事审判权的两种不同方式,调解和开庭审理(以及依法不开庭审理)基础上的判决,本身并无功能上的优劣与好坏。从理论上讲,在处理二者之间的相互关系时,应当遵循的基本规则是:案件所涉纠纷的处理方式,不能由承办法官仅凭个人好恶来加以选择,而应当根据案件的具体情况,在充分尊重当事人意愿的基础上。从有利于公正、及时地维护当事人合法权益出发来加以确定,既不宜“钟情”调解,也不能偏爱于判决,要想正常地发挥调解的功能,理顺调解与

^① 参见赵钢:《正确处理民事经济审判工作中的十大关系》,载《法学研究》,1999年第1期。

^② 参见杨雅妮、杨芳:《论无独立请求权第三人参加诉讼的方式及其诉讼地位》,载《甘肃教育学院学报(社会科学版)》2001年第2期。

^③ 参见张义清、吴勇:《略论我国民事诉讼基本原则的重建》,载《当代法学》,2001年第10期。

^④ 参见肖建华:《寻求独立的诉讼主体地位》,载《现代法学》,2000年第2期。

判决的相互关系,就必须“纯化”当事人的合意,杜绝违反自愿原则的现象发生。此外,如欲正确处理调解与判决的相互关系,还应当严格地遵循“调审一致”规则。这项规则具体包括以下两层含义:其一,不论是进行调解还是作出判决,均必须查清事实,分清是非。这是就基础和前提而言的“调审一致”。其二,不论是调解结案还是判决结案,均必须符合法律规定。这不仅是指调解和判决的程序均必须合法,而且就个案而言,其在调解结案情况下的处理结果应当与其在判决结案情况下的处理结果大致相当,而不能出入太大。此外,该篇文章还就正确处理审判方式改革与严格依法办案的关系、法院行使审判权与当事人行使诉权的关系、实体真实与程序合法的关系、司法解释与现行立法的关系、合议庭与审判委员会的关系、当事人举证与法院查证的关系、二审法院与一审法院的关系、审判程序与执行程序的关系、依法独立行使审判权与接受检察监督的关系等九个方面进行了精彩论述。^①

有的学者主张对我国现行调解制度进行改革,指出现行的调审合一制度存在许多弊端,主要表现在:第一,法官的调解偏好,使重调轻判成为必然。第二,强制与自愿的矛盾,使自愿原则难以实现。第三,严格依法解决纠纷与适用法律的流动性、随意性的矛盾,使合法性原则得不到遵守。第四,让步息讼与权利保护的矛盾,使当事人的合法权益难以得到切实保护。针对上述弊端,作者认为,调解与判决之间的目的是不同的。调解的目的是使争议双方在第三方的协助下友好地解决他们的争议,第三方的建议只有在双方当事人予以采纳时才对他们有拘束力。而判决的目的则是通过强制性的操作即有拘束力的判定,使争议得到解决。所以,将两者统一规定在民事诉讼制度中必然引起程序的不和谐,法官的双重身份及其调解偏好又必然使我国的民事诉讼制度仍然继续保持着“调解为主”的传统格局,使民事诉讼的实践在一定程度

上偏离了《民事诉讼法》确定的目标和市场经济的要求。因此,作者主张改革调解制度使其与审判制度相分离,建立民事诉讼中的调审分立制度。论者认为,调审分立适应了社会条件变化的需要和深化审判方式改革的需要,具有存在的客观必然性,同时调解结案比例的下降和判决结案比例的上升,又为调审分立提供了现实可行性。论者进一步提出,改革我国法院调解制度的内容应包括如下方面:首先,确立正当的诉讼目标,以判决为主导,调解只作为某些案件的前置程序。其次,明确规定调解程序原则,具体包括:取消法院调解原则,设置调解前置程序,规定调解案件的范围,调解的开始程序、进行程序、终结程序。^②

有学者在分析法院调解的基本属性的基础上,强调指出,一定程度上人们对法院调解的认识已陷入误区。认为这是目前影响法院调解立法与实践操作的关键因素。法院调解又称司法调解或诉讼中调解,是指人民法院在审理民事(含经济)案件过程中,在审判人员的主持下,由双方当事人就争议的实体权利义务问题自愿协商而达成一定的协议的一种诉讼活动。其基本的属性为:(1)法院调解是诉讼活动和审理活动的重要手段,是人民法院结案的一种重要方式。(2)法院调解是在诉讼过程中由审判人员主持、指挥的一种诉讼活动。(3)法院调解是在接受双方当事人自愿以及调解合法的原则制约下所为的一种诉讼行为。(4)法院调解是严格按照《民事诉讼法》的规定进行的一种诉讼活动。该学者认为,若想使法院调解真正发挥其积极作用,必须走出对法院调解的认识上的误区,在现有的立法及实践经验的基础上不断对法院调解予以健全、完善。建议:(1)设定法院调

^① 参见王红岩:《试论民事诉讼中的调审分立》,载《法学评论》,1999年第3期。

^② 参见张晋江、易萍:《论诉讼和解制度的完善》,载《法律科学》,1999年第5期。

解的适用范围。(2)建立对调解案件的共同管辖规定。(3)设立专门负责审前调解的调解庭。(4)限定法院调解的期限。(5)明确设定法院调解的具体程序。^①

有学者对诉讼和解的性质和效力进行了分析,认为在强调诉讼民主和公正的今天,在检讨法院调解的立法与适用的今天,强化诉讼和解的理论研究,完善诉讼和解制度,是极其必要的。在诉讼和解的性质和效力的选择上,论者主张,我国民事诉讼立法宜采用“两种性质说”,即诉讼和解具有诉讼行为与民事法律并存的两种法律性质,并赋予诉讼和解以诉讼法上的效力,并建议《民事诉讼法》对诉讼和解的效力可以规定为:“双方当事人之间达成和解协议并申请结束诉讼的,应当由人民法院依法进行审查。经审查,和解协议成立的,应当制作和解书。和解协议从成立之日起即具有与确定判决同等的法律效力;和解协议裁定有给付内容的,具有强制执行的效力。”在诉讼和解程序的设置上,论者主张从四个方面设置程序:其一,《民事诉讼法》应当对法院与诉讼和解的关系作出适当的规定。其二,《民事诉讼法》应当对诉讼和解的期间作出规定。其三,《民事诉讼法》应当就法院对和解协议的审查作出规定,其四,《民事诉讼法》应当对和解书的制作予以规定。^②

(四)再审程序

再审程序即民事审判监督程序,它在我国《民事诉讼法》中具有十分重要的地位。它对保障当事人的诉讼权利和实体权利,依法纠正错案,提高办案质量和法官业务素质,都发挥着突出的作用,也是理论界研究的重点问题之一。

蔡彦敏在1999年全国诉讼法学年会提交的论文《从规范到运作——论民事诉讼中检察监督的若干问题》中,对民事审判监督程序进行了分析,他认为,这一程序存在不少弊端:一是指导思想有失偏颇。二是监督途径过多且不合理,法院自身的监督和人民检察院的抗诉监督的合理性和必要性令人怀疑。

三是再审条件过宽。最突出地表现在:发现新证据即可申请再审和再审无次数限制两个方面。四是审级不合理,增加了重复劳动和诉讼成本,不符合诉讼经济的原则。五是“先定后审”,提起再审程序的前提要求对原判决、裁定发现确有错误的规定不尽合理。基于上述原因,论者认为应当对再审作如下限制:第一,一审判决后,当事人未行使上诉权的不得申请再审。第二,终审后发现新证据的不能申请再审。第三,已经经过再审程序的不得申请再审。第四,最高人民法院终审的案件不得申请再审。第五,无纠正可能的判决、裁定不得申请再审。第六,无纠正必要的不予再审。论者进一步提出,在法律上应当作出下列规定:第一,对当事人的再审申请只作形式审查,不能进行实质审查。第二,符合申请再审条件的必须再审,且应当规定启动再审程序的期限。第三,再审一律由终审法院的上一级法院受理。第四,再审案件应当开庭审理。第五,再审案件的合议庭应由资深法官组成。

章武兴、孙永军在1999年诉讼法学年会提交的论文《再审程序之重构》中认为,基于对权力与权力、权力与权利相互制约和相互作用的理论,基于审判权、诉权和检察监督权基本依据和目的的共同性,基于现行立法的规定,以及基于对中国当前的司法现状等诸多因素的考量,保持检察机关在民事诉讼中的特殊的诉讼主体地位更富有积极意义。

而有学者主张,人民检察院再审发动权有必要予以保留,但“检察机关作为社会国家利益的代表,其对民事案件再审发动权的范围一定要限制在涉及公益的案件范围内”。

还有学者认为,要赋予检察机关起诉权,检察机关的起诉权主要应当针对那些损害国

^① 参见潘牧天:《对法院调解的再认识》,载《求是学刊》,2001年第2期。

^② 参见易汉朝、卢子娟:《论民事审判监督程序之重构》,载《法学研究》,1999年第1期。

家利益和社会公共利益的违法行为;要赋予检察机关对未生效民事判决、裁定的抗诉权,尽管现行法律已经将上诉的权利赋予诉讼当事人,但是,在法院的裁判涉及的公共利益与自身利益没有直接关系时,当事人往往不提出上诉。^①

有学者认为,构建再审程序的立法指导思想应从“实事求是、有错必纠”转换为兼顾纠正错误裁判与保持生效裁判的稳定。原来的再审程序的指导思想在一般意义上无疑是正确的,但不加分析地运用到民事诉讼程序中,则有失偏颇。具体表现在:第一,法院可以主动发动再审,撤销其认为确有错误的判决,不仅上级法院可以通过再审撤销下级法院判决,原审法院也可以通过再审撤销自己的判决。第二,对法院和检察机关提起再审无期限的限制。第三,允许当事人未经上诉直接申请再审。因此欲改造我国的民事再审程序,必须转换原有的立法指导思想。新的指导思想应体现如下原则:第一,再审程序只纠正生效裁判中的重大错误而不是一般性错误;第二,当事人在再审程序中享有诉权和处分权,再审原则上应当由当事人提起;第三,发动再审应当受到期间的限制,这一限制适用于任何主体发动的再审。该学者进一步提出,构建我国新的民事再审程序,必须取消法院主动发动再审制。因为法院主动再审不符合民事诉讼中的处分原则,也不符合诉审分离的原则,不利于民事法律关系的稳定,并且在实践中也很少发生。必须完善检察机关的抗诉监督:第一,应在法律上明确规定除涉及国家利益和社会公共利益的案件检察机关可以依职权提起抗诉外,其余案件应依当事人申请提起抗诉。第二,检察机关不应直接受理未经上诉直接申请抗诉的案件。第三,应规定检察机关只能受理当事人在法律规定的申请期限内提起的抗诉申请,超过法定期限的,检察机关不予受理。第四,对检察机关提出抗诉,也应从时间上作出限制。第五,对最高法院终审的案件不得提出抗诉。该学者还

认为,应当将申请再审改为再审之诉,并对再审之诉起诉与受理的程序作出具体明确的规定,从而使当事人在再审程序中的诉权实在化,也使法院对再审之诉的受理规范化,应当重构再审的法定理由,将《民事诉讼法》规定的再审理由予以合理化和明细化。细化再审之诉的法定理由应从违反程序法和违反实体法两方面入手。这种细化不仅有利于当事人正确行使其起诉权,也便于法院审查决定是否应当受理当事人提起的诉讼。^②

还有学者对再审事由进行了深入的研究。他认为,现行《民事诉讼法》关于再审事由的规定尚欠不足。其一,关于法定再审事由的表述不够准确、合理。其二,忽视了违反程序正义作为再审事由的独立存在。其三,遗漏了应当作为再审事由的诸多事项。该学者认为,在重构我国民事再审事由时应当注意:第一,法定的再审事由应当是具体和明确的。第二,再审事由的规定与再审的客体有直接关系。第三,违反程序性规定的判决、裁定是否都作为再审事由应当慎重考虑。他提出我国再审事由可从以下几个方面加以规定:第一,裁判主体不合法。具体包括:裁判机构不合法,法官对本案没有审判权,参与该案的法官在审理该案件的过程中实施了职务上的犯罪行为。第二,裁判根据不合法,包括事实根据和法律根据两方面。前者具体又包括:作为裁判基础的证据材料是虚假的或不真实的,原判决、裁定认定事实的主要证据不足,应裁判的重要事项有遗漏,当事人的自认是在他人实施违法行为的情况下被迫作出的;后者具体包括:作为原判决、裁定依据的判决和裁定已经被撤销或变更,作为原判决、裁定依据的行政处分被撤销,原判决、裁定无

^① 参见杨立新:《新中国民事行政检察发展前瞻》,载《河南省政法管理干部学院学报》,1999年第2期。

^② 参见李浩:《民事再审程序改造论》,载《法学研究》,2000年第5期。

明确的法律根据。第三,法院严重违法法定程序。具体包括:违反《民事诉讼法》的规定,没有给予当事人陈述或答辩的机会;违反专属管辖;无诉讼行为能力的当事人没有通过法定代理人直接进行诉讼;当事人有新的证据,足以推翻原判决、裁定的,但当事人在原审诉讼中以迟延履行为目的,故意不提出该证据的除外。^①

该学者还对民事再审事由审查程序的法定化进行了更加深入的研究。他认为,作为一个完整的再审制度,在法律规范方面应当有认识确认再审事由的法的程序。现行再审制度的缺陷之一就是在法的结构上欠缺了认识和确认再审事由的程序。虽然司法实践中,实际存在这种再审事由的发现确认程序,但由于这种程序没有被完全规范化、统一化,因此还没有上升为一种法的、有刚性约束的结构。这种再审事由审查程序的非法定化具有以下缺陷:第一,法院和检察院对再审事由的审查不具有透明性,是不公开的。这就违背了程序公开的一般原则。第二,由于程序的非法定化,必然使审查程序不能统一和规范,给当事人的申诉造成困难,使错误的判决、裁定不能得到有效的纠正。第三,既然《民事诉讼法》给予了当事人申诉权,就要求法院在审查申诉时有一个符合正义基本要求的程序。程序公开、充分陈述、程序法定等正义要求就应当在申诉审查程序中得到体现。如果没有一整套公正和完善的申诉审查制度,但却一旦作出再审决定,就停止原判决的执行,也难以让被申诉的当事人接受。该学者进一步提出,作为再审事由审查程序或再审审查程序的规范结构应当考虑以下构架:一是规范当事人的申诉状。二是对受理当事人申诉的法院作为规定。三是明确法院中具体的审查机构。四是法律明确规定再审事由。该学者认为从程序正义的角度考虑,应补充以下事由作为再审事由:第一,违反法律规定,没有给予当事人陈述和答辩的机会。第二,违反专属管辖。第三,作为法院裁判依

据的证据没有经过当庭质证。第四,作为法院裁判依据的证据属于违法证据。第五,无诉讼行为能力的当事人没有通过法定代理人直接进行诉讼。第六,应当回避的法官没有回避。再审事由审查程序的规范结构还应考虑:法院对申诉的审查期限;再审事由的调查程序;驳回申诉的方式及理由;经审查符合提起再审条件的,法院裁定提起再审,并将该裁定通知原判决或裁定的当事人;作出停止原判决或裁定效力的裁定;对再审裁定的复议等。^②

(五)关于执行程序问题

执行程序也是我国民事诉讼法学的重要内容之一,它一直是理论界和实践中关注的焦点。

关于执行行为的性质,江伟、赵秀举在1999年诉讼法学年会提交的论文《论执行行为的性质与执行机构的设置》中认为,执行行为兼具司法行为与行政行为两个方面的特点。但是从整体上看,仍应将执行行为定性为司法行为,单纯的执行行为发生在执行主体与债务人之间,它遵循的是职权进行主义和当事人不平等主义,体现了国家的干预,着重强调债务人的被动地位,执行行为所具有的强制性、主动性主要体现在这种行为上;执行救济行为遵循当事人进行主义原则,强调执行主体的消极性和被动性,具有司法行为的典型特征。

关于执行机构的设置,有学者认为,上下级法院执行机构之间实行领导管理体制,省高级法院设执行工作局,负责领导全省执行工作,各中级法院视条件逐步设相应机构,领导辖区内的执行工作,形成执行工作上的统一管理、统一部署、统一指挥、统一协调,高效、规范地开展执行工作。现阶段,上级法院

^① 参见张卫平:《论民事再审事由审查程序的法定化》,载《法学》,2000年第2期。

^② 参见张卫平:《民事再审事由研究》,载《法学研究》,2000年第5期。

对下级法院的执行机构先实行工作上的领导,主要是:确定执行任务并检查、监督完成情况;统一指挥执行力量,进行集中执行;组织实施对重大案件的执行;协调执行中的配合,解决下级法院间的执行争议;命令纠正下级法院的违法执行;处理请示等事宜。关于人事、经费、装备等方面的问题,将在实践中进一步探索,逐步理顺关系。同时,要明确执行局的职责范围和工作方式,在从纵向关系上解决执行工作体制问题的同时,还必须从横向关系上,解决好执行部门与审判部门的职责划分。^①

而有的学者指出,上下级法院执行机构实行领导管理体制这种设置模式存在很多严重缺陷,主要表现在:第一,这种设置与执行独立的要求相冲突;第二,这种设置抹煞了执行行为所具有的司法性。执行机构的设置必须注意以下几个方面:一是有利于执行独立;二是赋予执行主体更多的裁量权;三是加强执行机关的执行力量。为此,我国应引入执行法官制度,在原有执行庭的基础上,明确执行员的执行法官身份,他独立于审判组织,代表法院负责签发有关执行的裁定,解决执行异议、执行中止等情况,同时在执行庭中设置实施具体执行措施的执行员,由法警配合其工作,执行员在执行法官的指挥和监督下实施执行工作,不具有独立身份。^②

关于执行行为的性质,有学者认为,民事强制执行是一种以保证人民法院实现审判职能为基本任务的行政行为,即是一种司法行政行为。一方面,执行工作具有不同于审判工作的行政性,民事审判的目的在于确认民事权利义务关系,其前提是双方当事人间民事纠纷的存在。作为一项查明事实、分清是非的程序,其侧重于调动当事人积极性,通过双方积极的主张、举证、质证、辩论,使纠纷得以公正解决,法官在整个审判活动中则保持中立。而民事执行的目的在于强迫债务人履行债务以实现债权人的债权,其前提是当事人间的纠纷已得到解决,债权人债权已得到

生效法律文书确认,执行的内容、对象都很明确,执行人员的职责就是依法将执行根据的内容付诸实现以保护债权人的利益,一旦进入执行程序,执行人员就是围绕执行根据确定的义务,主动的采取各种强制性措施,强制债务人履行义务。可见,民事执行具有确定性、主动性、命令性、强制性等行政行为特征;而另一方面,民事执行又不同于一般意义上的行政行为,其主要任务是使人民法院行使审判权(司法权)作出的生效判决得以落实。此外,该学者还对执行机构的设置和职责,执行管辖、申请执行的期限、执行救济等问题进行了有益的探讨。他认为,民事执行区别于民事审判的司法行政性决定了执行体制不能沿用审判体制的模式,执行机构的设置应加强垂直领导,这适应了民事执行快捷、集中、配合的内在要求,既有利于形成全国执行工作的统一领导、统一管理、统一协调、统一配合,也可以从体制上克服地方保护主义,为降低执行成本和公正执法奠定制度上的基础,对执行机构与审判机构职责划分,应明确界定,执行机构强制执行应按执行根据进行,无权对执行根据进行实质审查,无权变更执行根据的内容;执行机构对强制执行程序本身所涉及的实体事项有必要的调查确认权,但当事人间有争议的实体权利义务关系的最终确定,属于审判机构的职责。执行机构依法独立办理民事强制执行事项,对执行管辖的确定必须坚持便于法院开展执行活动和便于债权人实现债权,便于债务人履行义务的原则,适应民事强制执行的特点。对于申请执行的期限,鉴于其属于诉讼时效的范畴,其制度的完善得在实体法中加以规定,而考虑到我国现有申请执行期限与民事诉讼时效相矛盾且时间过短,应当予以延长。对执行救

^① 参见孙小虹:《体制突破:执行工作新思路》,载《云南法学》,1999年第1期。

^② 参见郝振江:《民事诉讼证明标准》,载《现代法学》,2000年第5期。

济制度的完善,该学者提出:第一,对执行机关在程序上违法或不当的执行行为,执行当事人或利害关系人可以提出执行异议。第二,债务人对执行根据所载请求,主张有足以排除强制执行理由的,可以在执行程序结束前提出债务人异议之诉。第三,案外人对执行标的物有足以排除强制执行的权利的,可以在对该执行标的物的执行结束前提出第三人异议之诉。^①

针对司法实践中的“执行难”的问题,有学者指出,造成现阶段执行难最主要的原因是“地缘关系”和“人缘关系”的干扰,所谓“地缘”、“人缘”关系,就是说法院、执行人员长期工作生活在一定区域,客观上必然形成各种各样的社会关系,这些关系从各方面包围着法院、执行人员,不可能完全摆脱。目前全国关于解决“执行难”问题,主要有三个方面的对策:改革执行工作管理,大力推行委托执行、组织执行大会战。改革执行工作管理体制,即将执行工作由原来各级法院的分级管理改为由高级法院对其辖区内各级法院的执行工作实行统一管理和协调的新体制。但现在的改革基本上还是管事不管人,高级法院只是统一管理协调执行工作,并没有人事权,这样下级法院在许多问题上就难以排除地方利益而完全服从上级法院的统一协调和管理,使这项改革的作用大打折扣。而委托执行是指被执行人或被执行财产在外地的案件,不再由出具判决的法院自己去执行,而由该法院委托被执行财产所在地的法院执行。但实践证明,一律实行委托执行的弊端也是比较明显的。一是使当地法院与当地利益及有关机关形成对立,不利于法院的“生存”与发展。二是使执行法院陷入“地缘”、“人缘”关系之中,造成更大的执行难,形成恶性循环。三是申请执行人持反对态度。四是受委托法院不积极。搞执行“大会战”则可以说是“短、平、快”的办法,动作快捷,立竿见影,但这种办法并不是长久之计,也难以治本。该学者认为,从长远来看,要彻底解决“执行难”

问题,必须从改革体制上下功夫,有赖于改革司法体制,清除司法权地方化,切断法院、执行人员与当地政府、周围环境之间的非必要联系,实行司法独立。^②

有学者从执行程序中的说服教育原则为切入点,探讨了“执行难”的深层次原因。他认为,“执行难”不仅体现在需要强制执行的案件负担过重,执行组织的内部关系未理顺等问题所造成的“绝对力量不足”。而且集中表现为转型时期总体供应不足所导致的“相对力量不足”,在这种背景下,说服教育在解决“执行难”的问题中发挥着重要作用,其作用在于,通过加强法院裁量的因素和引入当事人同意的契机以减轻执行制度的负担,使过大或过于复杂的问题有可能在强制执行的范畴中得到处理,从而加大了制度的容量,在一定程度上弥补了其他制度的不足。说服教育不仅在通过获得当事人同意而满足程序的正当性要求这方面必不可少,而且在运用得好的时候确实能够解决问题,收到良好的社会效果,有助于执行制度在市场相对缺乏秩序、地方保护主义泛滥以及应付这些问题的其他制度供应不足等复杂困难的局面下依然保持运转;但说服教育原则同时也给执行制度带来内在的扭曲和变形,并使我国法制建设深层结构上的矛盾得到再生产,降低了强制执行制度的透明度和专门性,使法的或程序性的判断基准于不知不觉中发生了向道德性判断基准的转移。该学者认为,这样的局面并不是短时期内就能得到根本改观的,在我国转型期制度变迁的大背景下,强制执行制度以及机关的其他制度在适合国情并改变国情的前提下逐渐地完善和健全将是一个长期的过程。^③

① 参见常怡、崔健:《完善民事强制执行立法若干问题研究》,载《中国法学》,2000年第1期。

② 参见景汉朝、卢子娟:《“执行难”及其对策》,载《法学研究》,2000年第5期。

③ 参见王亚新:《强制执行与说服教育辨析》,载《中国社会科学》,2000年第2期。

(六)关于民事监督及民事公诉制度问题

有学者认为,审判监督与司法公正本应是个相辅相成的命题,在一定意义上也是手段与目的的关系,加强审判监督是为了树立司法权威,树立司法权威需要实行一定的审判监督。一个国家只有树立真正的司法权威,审判监督才可能发挥应有的作用。但是在实践中由于缺乏一种正确的理论的指导,加上操作的失误,往往会发生矛盾,不仅使审判监督不能发挥应有的作用,而且严重地影响了司法公正。论者认为,审判监督的特点是事后性、法定性、权力性、补救性以及时效性。论者认为误区为:(1)强调以事实为根据,苛求法律事实与客观事实的一致;(2)有错必纠缺乏客观标准,忽视了裁判的稳定性、终极性;(3)对法官队伍现状估价不足,片面强调监督的作用。论者认为审判监督程序需要重构,主要从以下几个方面展开:(1)指导思想的校正。论者认为,监督的目的是确保司法公正,维护司法权威,而不是损害司法权威。所以并非是监督越多越好,改判越多越好,而应该是可抗可不抗的不抗,可改可不改的不改。(2)监督观念的改变。(3)关于法院内部的监督。论者认为,根据诉讼规律,在民事诉讼中应取消法院内部直接启动再审程序。(4)关于当事人的申请再审,论者认为申请再审的规定太笼统,应当细化。(5)关于再审案件的审理,作者认为现行法律对再审案件受理的法律未作限制,随意性很大,不利于保护当事人的权益。最后论者认为,审判监督程序目前存在是必要的,但弊端较多。随着司法制度的改革,人们诉讼观念的改变,法官素质的增强,法律、法院、法官的公信度提高,审判监督程序应当取消。为了确保裁判的准确、公正,有利于保护当事人的合法权益,在修改诉讼法的时候,可以考虑对一部分案件实行三审终审制。^①

民事监督权是我国宪法赋予检察机关的一项重要权能,但目前监督不力的现状迫使我们不得不反思其原因及解决办法。基于完

善我国民事检察监督权的良好愿望,应扩大检察机关监督权的内容、赋予检察机关民事公诉权。有学者认为,我国检察机关现行民事监督权不足。根据我国《民事诉讼法》第185条的规定,最高人民检察院对各级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定,上级人民检察院对下级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定,发现有法定情形之一的,应当按照审判监督程序提出抗诉。而地方各级人民检察院对同级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定,发现有法定情形之一的,应当提请上级人民检察院按照审判监督程序提出抗诉。由此可见,我国检察机关的民事监督权目前主要体现为以按照审判监督程序提出抗诉的方式进行事后监督,而这一监督方式具有明显的缺陷和不足。首先是单一性;其次是滞后性;再次是片面性;最后是弱质性。论者认为,造成我国民事检察监督不力的原因包括主观方面和客观方面。客观原因:第一,具有历史方面的原因。第二,思维方式方面的原因。第三,组织架构方面的原因。第四,法律上的概然规定使检察院、法院两机关产生观念上的冲突,加之审判机关滥用司法解释权的行为更局限了检察机关的民事监督权。^②

有学者认为,民事检察监督的目的是为了维护司法公正、司法权威和法制统一。以错案无法界定、审判权独立排斥监督、诉讼公正不容检察院参与、尊重当事人处分权原则以及节省诉讼成本为由,主张限制甚至取消中国民事检察制度的观点,在理论上是站不住脚的,在实践上是极其有害的。^③

近来不少学者主张在我国应尽快建立民

^① 参见高洪宾:《审判监督与司法权威》,载《人民司法》,2001年第1期。

^② 参见张晋红、郑斌峰:《论民事检察监督权的完善及检察机关民事诉权之理论基础》,载《国家检察官学院学报》,2001年第3期。

^③ 参见蔡福华:《论民事检察监督的几个理论问题》,载《国家检察官学院学报》,2001年第1期。

事公诉制度,赋予检察机关在一定范围内的民事起诉权,而从保护社会公益、解决群众性纠纷、保护弱者和加强法律监督四个方面分析,有学者针对这些观点提出异议。该学者认为误区为:(1)保护国家利益、社会公益,民事公诉难有作为。它忽视了我国检察机关和国外检察机关在法律地位及法律性质上存在的本质区别;我国的检察机关是法律监督机关,可以亦有责任维护国家和社会利益,但它主要是通过监督国家机关及其工作人员执行法律、遵守法律,保证国家法律得到正确、统一实施来维护,而不宜干预具体的国家事务;在保护国家利益和社会公益方面,行政执法制度较之民事公诉制度更具优越性。(2)解决群体性纠纷,民事公诉理由乏力。论者认为,建立民事公诉制度的这一根据和理由同样是乏力的。只要不断完善和加强以利益整合为基础的群体诉讼制度,并使这些新确立的制度协调发展,完全可以实现对双方当事人利益之均衡保护。(3)保护社会弱者,民事公诉难以实行。首先,对社会弱势群体的界定并非易事,因此,在社会司法资源有限的情况下,若随意扩大弱势群体的范围,只会妨碍和削弱国家与社会对公民基本人权的关注与保护,而对推进法治不利。其次,通过特别立法对弱势群体加以保护,这是对法治的曲解和对法律本身的迷信,任何一种法律或法律制度,只能够实现相对的合理。(4)加强检察机关民事监督职能,赋予检察机关参诉权,主张建立民事公诉制度。司法不公可能产生于诉讼的任何环节,法律监督应当保持一种随时可以进行的可能性。论者认为,把赋予检察机关民事公诉权作为加强其履行法律监督职责的一种手段于法于理都不符。^①

(七)关于合议庭和审判委员会的研究

世界各国法律都规定了合议庭制度,可见,合议庭制度在审判中具有十分重要的地位和作用。有学者认为,设置合议庭的内在机理及其功能为:(1)追求裁判事实基础客观化。(2)抑制主观偏见,把握法律精神,统一

适用法律。(3)权力制约,防止滥用。论者认为合议庭评议原则为:禁止弃权原则、公开心证过程原则、发言顺序限定原则、过半数决定原则。论者提出完善我国合议庭制度的几点建议:第一,禁止结论性的评议意见。在进行案件评议时,合议庭成员必须展示其评判证据效力、认定案件事实的心证程度和心证过程,以及适用法律作出判决结论的逻辑推理过程,禁止仅仅作出“同意”或“不同意”之类的表态性的评议意见。第二,一次评议原则。合议庭在对案件进行评议之前,每一个合议庭成员理应充分了解案情,在评议时不得含糊其辞,模棱两可,必须阐明自己对案件的意见。第三,限定合议庭成员在合议时发言的先后顺序。第四,对“少数服从多数”的评议活动原则进一步具体化。^②

对审判方式改革的研究一直是诉讼法学界的热点之一。有学者就审判委员会的利弊进行分析。其合理之处为:(1)更好地保障实体公正。审判委员会制度体现了其自身平衡法官能力、集思广益的优点。(2)有助于减少司法腐败。审判委员会制度将部分案件的决定权由少数人拥有变成多个人集体拥有,成了难却“人情”的法官们抵御腐败的挡箭牌。(3)有利于司法的局部统一。审判委员会对重大、疑难案件的讨论、决定和对审判委员会经验的总结,在一定程度上有助于形成本法院管辖内的司法实践的统一。论者认为其弊端是:(1)与审判公开原则相冲突,审判委员会审理、决定案件的活动更无法向当事人和社会公开,整个过程“暗箱操作”,使诉讼中的民主监督流于形式,程序公正成了追求实体公正的牺牲品。(2)与直接审理原则相违背,审判委员会为经过庭审程序而对案件作出决定,导致先定后审、审判分离的不正常现象,

^① 参见陈兴生、宋波、梁远:《民事公诉制度质疑》,载《国家检察官学院学报》2001年第3期。

^② 参见张永泉:《论合议庭制度》,载《法律科学》,2001年第5期。