

第1卷

MINSHI SUSONG
LUNTAN

民事诉讼论坛

主编 黄松有
顾问 江 伟

[理论前沿]

略论检察监督权在民事诉讼中的行使 江伟 杨剑

关于执行改革与执行立法的热点问题 黄松有

[热点聚焦]

对于民事诉讼中合意选任法官制度之评估 姜世明

人民法院立案审查制度的必要性与合理性 姜启波

[判例研析]

民事诉讼程序的滥用与逃债之控制(一) 侯太领

张柏芝之肖像权纠纷是否属重复起诉 吴远阔 张跃芳

[审判程序探微]

民事诉讼程序中的裁判规范(上) 吴庆宝

民事审判的理念 宋鱼水

阐明权简论 张力 王中

[证据法苑]

心理测试结论作为民事诉讼证据可行性研究 刘年群

[域外传真]

美国的集团诉讼(上)

Stephen Subrin & Margaret Woo 著 徐尚豪 译

知识产权出版社

第1卷

MINSHI SUSONG
LUNTAN

民事诉讼论坛

主编 黄松有
顾问 江 伟

知识产权出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

民事诉讼论坛. 第1卷/黄松有主编. —北京: 知识产权出版社, 2006.8

ISBN 7-80198-642-3

I. 民… II. 黄… III. 民事诉讼法 - 中国 - 文集

IV. D925.104 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 091660 号

民事诉讼论坛第1卷

主编: 黄松有

责任编辑: 汤腊冬

特约编辑: 赵林静

责任校对: 韩秀天

责任出版: 杨宝林

出版发行: 知识产权出版社

社 址: 北京市海淀区马甸南村1号

网 址: <http://www.cnipr.com>

发行电话: 010-82000893 82000860 转 8101

责编电话: 010-82000889 82000860-8108

印 刷: 知识产权出版社电子制印中心

开 本: 720mm × 960mm 1/16

版 次: 2006年9月第一版

字 数: 279千字

邮 编: 100088

邮 箱: tanglad@126.com

传 真: 010-82000893

传 真: 010-82000889

经 销: 新华书店及相关销售网点

印 张: 14.75

印 次: 2006年9月第一次印刷

定 价: 25.00元

ISBN 7-80198-642-3/D·431

如有印装质量问题, 本社负责调换。

编辑委员会

顾 问 江 伟

编委会成员 (以姓氏笔划为序)

王利明 田平安 陈桂明 陈 甦 尚洪立

李 浩 张卫平 汤维建 姚 红 姜启波

肖建国 俞灵雨 杨润时

编委会秘书 李 琪

主 编 黄松有

执行主编 孙邦清

编辑办公室 汤腊冬 于海东

走向审判前沿的民事诉讼法学

(代 序)

丙戌年七月，专注于民事诉讼法学研究的《民事诉讼论坛》终于诞生了。

民事诉讼制度对于法治理念的普及、法治化生活方式的养成具有重要价值。民事诉讼法的现代化改造与推行是促使我国的民事诉讼更加符合诉讼规律的必由之路，循此可以真正贯彻司法为民的理念，实现民事司法领域的公平正义，并促进法治文化的形成。而构建适应中国国情的、符合现代民事诉讼理念的民事诉讼制度有赖于民事诉讼法学之发达。

改革开放以后，新中国的民事诉讼法学在艰辛苦涩中茁壮成长并有了长足发展。然而，几千年民刑合一的传统延续到了现代中国的程序法学。自新中国诉讼法学以降，诉讼法学研究会与《诉讼法论丛》、《诉讼法学研究》等权威刊物统一了刑事民事诉讼法学、民事诉讼法学与行政民事诉讼法学三大诉讼法学，这种法学研究体制虽然有利于整合三大诉讼法学的共通理论，但也存在着明显的弊端，即民事诉讼法学在学科上与研究阵地等方面都有失独立。这种研究体制导致民事诉讼法学缺乏与民事实体法学的交流，民事诉讼程序法与民事实体法之间缺乏必要的配套协调。

民事诉讼法学的生命在于实践。然而这一命题远未取得民事诉讼学者的认同。在今日之民事诉讼法领域，程序公正与实体公正、法律真实与客观真实、法定证据与自由证据、诉权与审判权等重大

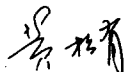
矛盾是对立还是统一，在无情地吞食着优秀学者的智慧，也在呼唤着学界的实践真知，而实务操作中的具体问题同样在拷问着实务者的论理。“制度从来都不是单纯的理论创设，而是在微观的实务中由人们不断地提出观念、不断创制和改进制度而磨合出来的。”

由此，我们发起创立了《民事诉讼论坛》（以下简称本《论坛》）这个独立的民事诉讼法学研究阵地。以此为契机，我们期望揭开民事诉讼法学研究的新篇章，团结和联络民事诉讼法学界和实务界有志于理论研究的同仁，沟通中国民事诉讼实务运作与理论研究。本《论坛》将倾力张扬我国民事诉讼理论与审判实践的整合，张扬民事程序法与民事实体法的结合，不仅关注民事诉讼的前沿理论，更关注民事诉讼的审判前沿，诸如疑难案例、典型案例以及最高人民法院的司法解释等，同时也兼顾与民事诉讼法紧密衔接的民商法热点问题。我们也想借此倡导理论与实践密切结合、程序法与实体法密切结合的理念，避免民刑不分，避免民事诉讼法学成为脱离实践、脱离实体法的玄学，使民事审判成为思辨的审判，使思辨成为实践的思辨，让民事诉讼法学成为真正指导实务运作、弘扬民事诉讼义理的法学。

我们该为中国的审判实践奉献什么？这是每一个民事诉讼法学人应当思考的问题。理论家实践，实务者论理，汇聚民事诉讼法学人的睿智，是本《论坛》的最高诉求，也将是本《论坛》永恒的主题。我们需要超越古今的法治精神，但我们更需要指导当今实践的点滴言论。朴实简洁的言辞，有的放矢的辨析，也将是本《论坛》的特色。

希望本《论坛》在实务家与理论家的关怀下成长。

最后是编委会诚挚的感谢，感谢所有关心本《论坛》创办与成长的人。



2006年7月

于正义路最高人民法院

目 录

【理论前沿】

- 略论检察监督权在民事诉讼中的行使 江 伟 杨 剑 1
- 关于执行改革与执行立法的热点问题 黄松有 9
- 发回重审制度之审视与重构（上） 王旭光 满洪杰 23
- 自由的证据评价 司法的理性选择
——以德国民事诉讼上的自由证据评价为例 赵秀举 33

【热点聚焦】

- 对于民事诉讼中合意选任法官制度之评估 姜世明 43
- 人民法院立案审查制度的必要性与合理性 姜启波 54

【判例研析】

- 民事诉讼程序的滥用与逃债之控制（一）
——债务人滥用诉权逃债之控制 侯太领 58
- 张柏芝之肖像权纠纷是否属重复起诉 吴远阔 张跃芳 64
- 法官在证明中的角色与权力
——对一宗本应避免复审的案例的分析 傅郁林 70
- 判决书中的笔误、错误及其改正 王学棉 81
- 甲某与乙公司商品房买卖合同纠纷一案评析 王 忠 85
- 从一起共同诉讼案件谈案例受理费的计算 李相波 93

【审判程序探微】

- 民事诉讼程序中的裁判规范（上） 吴庆宝 99
- 民事审判的理念 宋鱼水 107
- 中国历史上最具影响的十大审判方法 刘子平 115

民事調解的心理研究	高洪賓	124
論民事抗訴制度之協調與重構	陳 斯	132
闡明權簡論	張 力 王 中	140

【證據法苑】

心理測試結論作為民事訴訟證據可行性研究	劉年群	147
法官發現真實實證研究 ——以證明標準為視角的分析	王 松	157

【執行法苑】

論執行聽證	孫明宇 劉本榮	167
執行當事人的範圍研究 ——以權利的轉讓為例	王建明 陳雪強	174

【法學教室】

訴訟標的的實踐運用	段厚省	183
-----------------	-----	-----

【實證研究】

司法裁判效力的實證分析	劉青峰 楊 鵬	191
-------------------	---------	-----

【學位論文創新集萃】

《公司法上的糾紛之特殊訴訟機制研究》創新精粹	謝文哲	204
------------------------------	-----	-----

【域外傳真】

蒙古國民事訴訟立法介紹	宗那生	207
美國的集團訴訟（上）	Stephen Subrin & Margaret Woo 著，徐尚豪譯	217
約稿函		227

【理论前沿】

略论检察监督权在民事诉讼中的行使

江 伟 杨 剑*

众所周知,现代世界各国检察机关的职能在总体上仍以刑事诉讼为主,但是检察机关作为国家与社会公共利益的代表,其职能也越来越延伸到民事诉讼领域,其突出的表现就是民事起诉、参诉制度的建立。而根据我国现行法律的规定,检察机关在民事诉讼中仅有抗诉职能,没有起诉和参诉职能。而且,检察机关在民事诉讼中的抗诉职能无论是在制度设计上还是在司法实践层面都存在诸多问题。因此,如何定位我国检察机关在民事诉讼中的地位和作用,是摆在人们面前的一个重要课题。

一、检察机关参与民事诉讼的必要性

(一) 贯彻、体现宪法所赋予的法律监督职能

检察权作为国家重要的公权力,其职权由宪法、法律规定并授予。我国检察机关自诞生之日起,便被赋予了全面法律监督的职能。建国之初,检察机关除参与刑事、民事诉讼外,还具有一般监督职权,对政府、公务人员和其他人员是否遵守法律实行监督。1979年的人民检察院组织法根据我国法制发展的实际,确定了我国检察制度的发展方向,取消了“一般监督”的职权,将检察机关的职权主要限定在司法活动或者诉讼活动之中,明确了检察机关主要在诉讼活动中、通过诉讼方式行使法律监督职能的基本格局和方向。人民检察院的法律监督职能是指对法律实施的全面监督,它应当是全方位的,不仅包括对刑事法律实施的全面监督,也应包括对民事法律和行政法律实施的全面监督。在民事诉讼中,这种监督的目的有两个方面:一是防止司法裁判不公正的产生。司法裁判不公可能产生于诉讼的任何阶段,所以检察监督应当保持一种对各个诉讼环节实行监督的可能性。二是用公权力保障国家利益、社会公共利益、公

* 江伟,河南开封人,中国人民大学法学院教授、博士生导师;杨剑,湖北恩施人,中国人民大学法学院博士研究生。

民重要权利在私法领域更为公正、有效地受到保护,检察机关应当作为国家和公益的代表来实现这一目的。从这个意义上来说,法律监督和检察机关参与民事诉讼在性质上是统一的,检察机关在民事诉讼中的起诉权、参诉权、抗诉权是检察机关法律监督途径的拓宽,是法律监督权的具体化,其最终目的是保证国家法律得到正确统一的实施,保护国家和社会的公共利益。

有观点认为,从内容上来看,检察机关的民事法律监督职能既应当体现为对民事诉讼活动的参与,也应包括对法院审判行为的监督,对法庭审理过程中出现的违法现象可以即时提出纠正意见,在庭审结束时还可对整个庭审过程进行评价,并代表检察机关发表出庭意见。这种“双重监督”观点是值得商榷的,它不仅打破了民事诉讼的均衡格局,而且影响了法官独立行使审判权,混淆了审判权和检察权的明确界限。从检察机关参与民事诉讼的方式来讲,可以包括提起诉讼、参加诉讼和对生效裁判提出抗诉三种。检察机关作为国家和社会公益的代表在提起和参加民事诉讼的时候,其身份应当定位于程序当事人。在民事诉讼中,双方当事人的诉讼地位平等,裁判者应当保持中立,处于超然和不偏不倚的中间位置。而如果检察机关一方面与被告人处于对立的诉讼地位接受裁判,另一方面对被告的诉讼活动和法官的审判活动具有监督职能,难免造成当事人之间实质上的不平等,法官也难免有所顾忌而产生有意维护检察机关观点与主张的可能,同时检察机关作为置身其中的诉讼主体,难以保持客观、公正的心态来履行监督职能。而检察机关对生效裁判提起抗诉而引发再审的时候,也只能作为启动再审程序的一种途径,在法庭上宣读抗诉书、发表抗诉意见,至于抗诉理由是否成立仍然必须接受法院的审理和裁判。检察机关本身不是审判者,不应侵入审判权发挥作用的范围,只能对审判权的行使结果发挥事后监督的作用。因此,履行好起诉、参诉和抗诉三项职能便充分地体现了检察机关对民事诉讼的法律监督权。“监督”不能简单地等同于“干预”,那种在审理过程中寻求对审判人员的审判行为进行干预、意图“双重监督”的做法是不适当的。检察机关在参与民事诉讼的时候,就必须遵循诉讼的一般规律,按照法院一当事人的架构定位于恰当的诉讼地位。当然,参与民事诉讼的检察人员对人民法院在民事审判活动中存在的一般的程序性错误,或者是人民法院在审判活动中应当予以改进的问题,可以通过事后提出检察建议的方式提出纠正意见或改进意见。这种监督方式不具特别的强制效力,仅仅是提出问题,供法院在审判活动中参照纠正或者参考改进。

(二)社会公益保护主体的缺失需要赋予检察机关提起和参与民事诉讼的权利

当前我国的市场经济体制正在逐步建立和完善,保护国家公共利益,维护民事经济活动秩序成为一个迫切要求,但是实践中,公共利益得不到有效保护

的问题日益突出,主要表现为某些单位和个人为了追求本部门或个人的私利,大肆私吞国有资产、严重破坏自然环境、扰乱市场经济秩序、违反公序良俗等。而针对以上种种行为提起诉讼的案件却寥寥无几,究其原因,或者是因少数法人组织或公民恶意串通,损害国家、集体和社会公共利益,致使无人行使诉讼权;或因公民、法人法律意识淡薄,不知道行使诉讼权;或因公民、法人民事行为能力欠缺、无公益代表人而无法行使诉讼权;或因民事侵权关系中加害方与受害方地位、能力的巨大差距,致使受害方不敢行使诉讼权等。面对以上种种问题,必须要设定一个能够代表公共利益,而且拥有足够有效法律手段和权威的主体代表国家提起诉讼、参与诉讼。自检察制度产生以来,检察机关就以国家利益和社会公益代表的面目出现,作为国家的法律监督机关,其有义务、也有能力担当起维护国家利益和社会公共利益的职责。

(三) 对民事审判权的监督要求保留检察机关的抗诉职能

尽管保留检察机关提起民事诉讼抗诉的理由可以列出很多,但其中最具有说服力的理由就是其现实意义。近年来,司法不公和司法腐败已成为人们深恶痛绝的社会丑恶现象之一,在民事诉讼中,金钱案、人情案、关系案等司法腐败现象比较严重,而且呈逐年上升趋势。据统计,1993年,全国各级检察机关通过对判决、裁定明显不公的民事、行政案件的审查,发现并立案侦查徇私舞弊、索贿受贿的审判人员44人;1994年,审判人员在民事和行政案件审判活动中徇私舞弊、索贿受贿案65件76人;1995年,此类人员为183人;1996年,此类案件也仅为237件264人。而到了1999年,全国检察机关共立案侦查涉嫌贪赃枉法、徇私舞弊等犯罪的司法人员高达4592人。如果运用恰当的话,检察机关的抗诉职能对矫正民事审判权的不当行使具有重要作用。另据统计,从1991~2001年7月,全国检察机关受理民事、行政申诉案件41.9万余件,立案审查17.17万余件,向人民法院提出抗诉5.91万余件。人民法院再审审结民事、行政抗诉案件29580件,其中改判、撤销原判发回重审和调解处理23514件,占再审审结总数的79.5%。^①这说明了我国检察机关的民事、行政诉讼法律监督工作已经取得了很大成绩,保留并完善检察机关的民事、行政抗诉职能是有积极意义的。

有观点认为,检察机关对生效民事判决提起抗诉,将会对法院的独立审判造成不当干涉,损害了生效判决的既判力,导致终审不终。这种观点没有认识到,审判独立和检察监督都是相对的,审判机关不能以独立为理由排斥任何外来监督,检察机关也不应当以监督为理由对法院的审判活动横加干涉。

① 宋安明:《民事行政检察工作十年来成绩显著》,载2001年8月22日检察日报。

1982年的《民事诉讼法(试行)》并没有规定民事抗诉制度,直到现行《民事诉讼法》修订之际,民事司法的状况已经恶化,司法不公的现象日益突出,民众的呼声日渐高涨。正是在这一背景下,1991年的《民事诉讼法》才确立了民事抗诉制度。从实际情况来看,以1999年为例,全国法院审理的民事案件有506万件之多,检察院提出抗诉的民事案件仅有13910件,检察院抗诉案件数量占法院审理案件数量的0.027%,还不到万分之三。1999年,法院再审民事抗诉案件6970件,其中,改判、调解、撤销原判发回重审的共5767件,占再审总数的82.7%。^①检察院提起民事抗诉案件数量之低表明,检察监督远不足以损害法院的司法权威,同时,法院对抗诉案件再审后改变原判决的比例之高表明,检察院抗诉的质量、效果是良好的,并未构成对审判权的不当干预。至于民事抗诉将会削弱判决的既判力的观点,从根本上来看,这一弊端并不是抗诉制度的产物,而是再审制度的产物。只要再审制度继续存在,不管由什么途径引发再审,都将会导致生效判决既判力的动摇,这也是为了兼顾实质正义的实现,对程序的安定性作出的必要妥协。

二、检察机关参与民事诉讼的具体方式

就检察机关参与民事诉讼、履行民事法律监督职能而言,我们认为,具体应当包括提起民事公益诉讼、参与民事公益诉讼、针对生效民事裁判提出抗诉三种方式。

(一) 提起民事公益诉讼

检察机关对于部分涉及国家利益、社会公益和公民权益保护的民事案件以起诉的方式提请法院依法裁判,不仅是世界上许多国家的通例,就是在我国建国初期检察机关的职权中也有这项内容。1979年开始起草的《中华人民共和国民事诉讼法(试行)》草案中本已写入了人民检察院参与民事诉讼的条款,但由于检察系统内部意见不统一,出于“惟刑事论”的思想,认为检察机关人力不足,无暇顾及民事监督,造成民事诉讼法在定稿时删除了有关内容,仅保留了“人民检察院有权对人民法院的民事审判活动实行法律监督”的原则性规定,致使检察机关的这一职责未能得以继续贯彻实施。当前我国的市场经济体制正在逐步建立和完善,保护国家公共利益,维护民事经济活动秩序成为一个迫切要求。时至今日,法学理论界和实务界对于应否赋予检察机关提起民事诉讼的职能已经没有太多争议。

保护公益,虽然需要赋予检察机关以民事诉权,但如果检察机关对民事诉

^① 王景琦:《司法改革与民事检察监督刍议》,载《法学家》2000年第5期。

讼过多干预,则与民法私权自治、契约自由的基本精神相背离。况且为了抑制因私权滥用而设置的检察机关提起民事诉讼的机制,同样也有着被滥用的可能。因此,我们主张将检察机关提起民事诉讼的范围严格限定在为维护国家利益和社会公共利益之中。所谓国家利益,应包括国家的经济、军事、外交等各方面的利益,其中经济利益的主要内容是对国有资产的占有、使用、收益和处分。而社会公共利益,应解释为社会生活的基础条件、环境、秩序、目标和道德准则及良好的风俗习惯,其在法律上的地位和作用,相当于大陆法系所谓公共秩序和善良风俗。对于检察机关提起民事诉讼的范围,除应在检察院组织法和民事诉讼法中作出上述概括性规定外,还应在相关实体法中予以列举。

公益诉讼应在国家利益和社会公共利益遭到不法侵害,受害人没有提起诉讼或者很难确定受害人的情况下由法定的主体提起。其中“受害人没有提起诉讼”是指:(1)受害人无法起诉。如国有资产流失案件,由于权利的享有者和权利的行使者是分离的,而作为权利享有者的抽象的国家无法具体地行使诉权;再如侵害死者名誉、肖像、隐私损害社会公益的案件中,受害人的近亲属已全部死亡,没有人主张权利。(2)受害人放弃诉讼,不愿起诉。如垄断案件,占据垄断地位的企业往往都是经济巨人,普通消费者多处于劣势地位,无法与之抗衡,不得不放弃诉讼。(3)受害人由于人数众多等原因而没有起诉。如环境污染案件,受害人数往往众多而分散,且意见分歧不易集中。而“很难确定受害人”则指像损坏公用设施、破坏自然资源等案件,具体的受害人不明确,自然无人起诉。检察机关作为国家利益和社会公共利益的代表者、维护者和实现者,当国家利益和社会公共利益受到非法侵害而又无人起诉时,理应行使诉权以维护国家利益和社会公益。但是这一诉权并不由检察机关垄断,如果就同一侵害行为已经有合法主体提起公益诉讼,或者受害人已经提起停止侵害的诉讼时,检察机关就不得另行提起公益诉讼,但可以作为从当事人参加诉讼。

(二) 参与民事公益诉讼

除了以自身的名义提起民事诉讼,代表国家和社会公共利益行使诉权以外,检察机关还可以通过以下两种方式参与民事诉讼:

(1) 对于已经起诉的涉及公共利益案件,检察机关可以作为从当事人参加到诉讼中。

(2) 在某些特殊情况下,检察机关以公益代表的身份作为被告参与民事诉讼。

这主要是针对人事诉讼而言。人事诉讼,也称为身份关系诉讼,是以婚姻、收养、亲子等基本身份关系的形成、确认为目的的诉讼。人事诉讼以身份

关系上的争讼作为调整对象,大多关系到家庭的稳定。家庭是构成社会的基本单元,是国家、社会的一个断面或缩影,也是社会秩序稳定的重要基础。作为社会机体细胞的家庭,若纠纷频发,不仅对家庭秩序有影响,也会对整个社会秩序造成重大影响。因此人事关系案件具有强烈的公益性。基于人事案件关系到整个社会秩序的稳定,纠纷当事人不能随意处分身份关系,故在程序的设置上也有别于贯彻处分权主义的普通诉讼程序,世界各国大都制定了单独的人事诉讼程序或独立的人事诉讼程序法。纵观各国民事诉讼法及人事诉讼程序的规定,在下列人事诉讼中本应成为被告者死亡时,检察官具有被告适格:^①

- (1) 婚姻案件中的婚姻无效、婚姻撤销以及离婚撤销之诉;
- (2) 收养关系案件中的收养无效、收养撤销以及解除收养的撤销之诉;
- (3) 亲子关系中的子女认领之诉以及生父确定之诉。

(三) 针对生效民事裁判提起抗诉

根据现行法律规定,我国检察机关在民事诉讼中享有抗诉职能,即检察机关对于法院已经发生法律效力民事裁判,发现符合法定情形的,可以按照审判监督程序向法院提起抗诉,法院应当进行再审。如前所述,我国法律赋予检察机关在民事诉讼中的抗诉职能,具有很强的现实意义,有利于充分发挥检察机关对民事审判权的监督职能。但从最近十几年的实践来看,现行的民事抗诉制度已经暴露出诸多问题,需要从以下几个方面对其予以重构:

(1) 为抗诉程序的启动设置前置程序,规定检察机关受理抗诉的前提条件是当事人的再审申请被法院驳回,且当事人向检察院申请抗诉。

(2) 明确检察机关有权针对法院所有的生效裁判提起抗诉。

现行《民事诉讼法》第185条将抗诉的对象确定为人民法院已经发生法律效力判决、裁定,将抗诉的原因规定为原判决、裁定认定事实的主要证据不足等四种情形。最高人民法院曾先后作出司法解释,对检察机关在诉讼过程中所作出的管辖权异议、诉前保全、诉讼保全、先予执行等非终局性裁定的抗诉权进行限制,并规定对检察机关对破产、执行程序中的有关裁定提出抗诉的,法院不予受理。我们认为,检察机关的抗诉权行使范围由作为被监督者的法院或作为监督者的检察机关来确定均为不妥,应由立法机关在民事诉讼法中明确列举。

抗诉监督的目的主要是防止司法不公的产生,司法不公正可能产生于诉讼的任何阶段,所以检察监督应当保持一种对各个诉讼环节实行监督的可能性。就裁定而言,我国民事诉讼法规定当事人可以就不予受理、管辖权异议、

^① 参见郭美松:《人事诉讼程序研究》,西南政法大学博士学位论文,第136~141页。

驳回起诉三种裁定提出上诉,因此检察机关只能待上述三种裁定发生法律效力,才能够依法提起抗诉;对于其余的各种裁定当事人不能提起上诉,法院一旦作出立即发生法律效力,而先予执行、财产保全等临时性措施对当事人的实体权利却有着重大影响,检察机关应有权在诉讼进行过程中提起抗诉。同时,随着民事执行案件的增多,执行管理无序、执行行为不规范成为带有普遍性的问题,个别执行人员不公正对待当事人的现象在群众中造成了恶劣影响,来自社会各界对法院的不良反映中有相当一部分是关于民事执行的。我国的破产程序在性质上又是执行程序的特殊形式,人民法院自依法接受企业破产申请直到破产清算完毕,在破产程序中居于主导地位,法院是否依照法定程序依法实施破产,司法人员是否有违法乱纪行为,都缺乏应有的法律监督,而《破产法》强调审理破产案件采用一审终结,债权人不得上诉,这又成为现实中某些审判人员无所顾忌而滥用职权的直接动因。因此,从立法上明确赋予人民检察院具体的、可操作的民事执行案件监督权、破产案件监督权,对确保民事诉讼法的统一正确实施,促进司法公正有着十分重要的意义。

(3) 规定再审审级,体现职权上的对应性。

根据现行《民事诉讼法》的规定,除最高人民检察院外,其余同级检察机关无权对同级人民法院的生效判决或裁定直接提出抗诉,而是要提请上一级检察机关履行抗诉职权。这一规定在审级问题上,可以理解为行使民事监督权的检察机关在地位上劣于同级审判机关,这不仅提高了行使抗诉权的诉讼成本,又使抗诉工作效率严重下降。同时,现行民事诉讼法对抗诉的民事案件应由哪一级人民法院进行审理没有作出明确规定,实践中的通常做法是,上级法院几乎一律以裁定或函转的方式将案件交给作出被抗诉裁判的下级法院审理。这种做法亦颇为不妥,严重影响了法律监督的严肃性和权威性。我们认为,生效裁判的抗诉应由原审法院的同级检察院提起。根据《人民法院组织法》和《人民检察院组织法》的规定,同级检察院和同级法院的职权是对等的,二者在诉讼中享有平等的法律地位,发生相对应的监督法律关系。一般而言,决定提请抗诉的检察院对于抗诉的理由、生效判决的错误所在及其危害性、抗诉的必要性最为了解。相对于下级检察院提请上级检察院对原审法院的生效判决提出抗诉,再由上级法院指令原审法院进行再审的程序而言,同级检察院对于原审法院生效判决进行抗诉监督具有职权上的对应性和程序上的便利性。

(4) 理顺监督关系,完善检察机关在再审程序中的职责。

现行《民事诉讼法》第188条规定,“人民检察院提出抗诉的案件,人民法院再审时,应当通知人民检察院派员出席法庭”,这一规定既没有明确检察人员出席再审法庭的法律地位、任务及权限,也没有明确出席法庭的主要职

责，实践中缺乏可操作性。

就抗诉程序的启动而言，应当由当事人向检察院提出抗诉申请，检察机关在充分听取当事人的意见并斟酌、核实案件的各种情况后，才能决定是否提出抗诉。在此期间，检察院有必要通过调取、阅读法院审判卷宗来认定生效裁判是否具备法定的抗诉情形。目前在实践中普遍存在检察机关调卷难的问题，给民事抗诉程序的启动带来很大的不便。因此立法上需要明确规定检察院有权向法院调阅案卷。

检察机关在民事抗诉程序中应当被赋予有限的调查取证权，具体包括以下两个方面：一是对法院查证缺漏行为予以补救，目的是侧重于消除那些造成当事人客观上举证不能的原因，从而使其能够获得依法应该得到的证据，这种情形下检察机关调查取证行为的启动应依当事人的申请而为之；其二是调取审判人员贪污受贿、徇私舞弊或者枉法裁判行为的证据，目的是侧重于对审判人员相关违法行为的追究，维护国家审判机关应有的公正性。除此之外，检察机关不应任意扩大调查取证的范围。因为在民事诉讼中，行为意义上的举证责任和结果意义上的举证责任都由当事人承担，法院只是在当事人因客观原因举证不能的情况下才依职权予以调查收集证据。如果检察机关任意就新的事实和证据进行调查收集的话，将会破坏当事人诉讼权利平等原则和辩论原则，造成诉讼结构的失衡。

对于法院因抗诉而进行再审的案件，检察机关应当派员出庭。出席再审法庭的检察员应当宣读抗诉书，说明抗诉意见，并有权向法庭出示检察机关调查获取的与本案有关联的证据或证明材料。

关于执行改革与执行立法的热点问题

黄松有*

本文主要是给大家介绍全国各级法院在执行改革、解决执行难方面所作的一些探索,以及民事强制执行法起草的基本情况。

一、关于执行改革的基本情况

(一) 关于执行改革的必要性

自1999年中央下发11号文件以来,人民法院的执行工作虽取得了很大成绩,有了许多新的进展,但执行难问题仍未能解决,甚至有加剧的趋是。其主要原因和表现是:(1)执行体制不顺,机构设置和人员管理不统一。中央[1999]11号文件提出的“各省(自治区、直辖市)范围内的人民法院执行工作由高级人民法院统一管理和协调”的要求未能真正得到落实,地方和部门保护主义依然严重;(2)执行立法很不完善,审判与执行权限不清,部分涉及实体争议该审未审,缺乏科学的分权制约及救济机制;(3)人少案多矛盾日益突出,执行队伍素质有待进一步提高,部分法院缺乏相应的经费和物质装备保障,执行不力、执行失范时有发生;(4)一些特殊的单位和部门拒不执行法院判决的现象继续存在;(5)一些应予协助执行的单位和个人不协助、不配合,法院对部分被执行人的财产找不到、封不住、划不动;(6)国家法律权威未能真正树立,社会诚信体系尚未建立,公民和法人的守法、信用意识淡薄,判决书自动履行率逐年下降,申请强制执行比率逐年上升,债务人逃债成本低,暴力抗法有增无减;(7)社会公众对“执行难”缺乏正确的上识,对属于市场经济中交易行为产生的市场主体应承担的风险以及其他债务人本身无财产可供执行的案件,误解为“执行难”,影响了司法机关的形象。因此,中央在中发[2004]21号文件《中共中央转发〈中央司法体制改革领导小组关于司法体制和工作机制改革的初步意见〉的通知》中提出:“各级人民法院设立执行机构,专司民事、行政案件的执行实施工作。最高人民法院执行机构监督和指导全国法院的执行工作。省、自治区、直辖市高级人民法院执行机构统一管理、统一协调下级人民法院的执行工作。”这是十分必要和正确的。

* 最高人民法院副院长。