

Monographic Study on
Comprehensive Amendment
of Civil Procedure Law

民事诉讼法 全面修改专题研究

汤维建等 / 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D925.104/27

2008

Monographic Study on
Comprehensive Amendment
of Civil Procedure Law

民事诉讼法 全面修改专题研究

汤维建等 / 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼法全面修改专题研究/汤维建等著. —北京:北京大学出版社, 2008. 1

ISBN 978 - 7 - 301 - 13316 - 3

I. 民… II. 汤… III. 民事诉讼法 - 研究 - 中国 IV. D925.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 203401 号

书 名: 民事诉讼法全面修改专题研究

著作责任者: 汤维建 等著

责任编辑: 李 铎

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 13316 - 3/D · 1969

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: 三河市新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650mm × 980mm 16 开本 29.75 印张 373 千字

2008 年 1 月第 1 版 2008 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 48.00 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

本书系教育部人文社会科学重点研究基地 2004 年度
重大项目《民事诉讼制度的修改与完善》(05JJD820007)
的中期成果

作者简介

- 汤维建** 中国人民大学法学院教授、博士生导师
兼任中国法学会民事诉讼法学研究会常务理事、
秘书长
- 许尚豪** 北京大学法学院博士后研究人员、法学博士
- 陈巍** 中国人民大学哲学院博士后研究人员、法学博士
- 沈磊** 中国人民大学法学院博士生
- 刘加良** 中国人民大学法学院博士生

序

与有着漫长历史的西方国家民事诉讼制度相比较,我国民事诉讼制度的法制化过程显得过分短促,直至今天,我国的民事诉讼法制的发展历史,满打满算也不会超过三十年。因为在新中国建立前,国民政府照搬西方法制所形成的民事诉讼法典,一方面因为没有独立的本土化法制思想和理论体系,显得徒具形式,另一方面则是因为它在实践中运作的时间非常短暂,很快就寿终正寝,因而在中国法制演变史上未能留下深刻的可以值得回眸的烙印,不足以成为我国民事诉讼法制法典化发展的源头。新中国成立后我国长期有民事审判而无民事诉讼法,只是在“改革开放”后的1982年初才出现了我国历史上第一部正规的民事诉讼法典;这部法典幸运地成为人类历史上独树一帜的中国民事诉讼法制发展的摇篮和渊源。

不用多言,1982年的《中华人民共和国民事诉讼法(试行)》因受前苏联模式的影响而无可避免地带着浓厚的职权主义色彩,国家干预的特征非常明显。在这种诉讼体制下,当事人的诉讼主体地位未能获得应有体现,诉权的概念内涵被简约为起诉权,而难以体现出应有的对诉讼内容和诉讼过程的主导特性。毫无疑问,这样的诉讼体制难以调动起当事人以及其他诉讼参与者的积极性和能动性,诉讼程序异化为行政化的程序,法院的结构也同时变成了行政的结构,而缺少了司法权的运作特性。显而易见,这种集权化的诉讼体制不能适应日益深化的市场经济体制改革的需求,更难以与日益民主化的诉讼观念和诉讼文化相契合,其结果便是1991年《中华人民共和国民事诉讼法》的出现。应当看到,1991年《中华人民共和国民事诉讼法》,在相当大的程度上

调整了我国固有的传统诉讼体制,软化了其中的职权化全面铺开的职能,一个以当事人诉讼权利保障为核心理念的崭新诉讼体制由此开始形成。然而毋庸讳言的是,该法并未取得预期的良好的立法效果,长期为人们所诟病的高度职权化的诉讼体制依然如故,而与此同时,当事人的诉权愿望以加速度的形式不断强化,以至于现行立法体制与现实司法需要之间的脱节程度越来越大。可以说,从1991年《中华人民共和国民事诉讼法》颁布不久,对该法的再修改便成为理论上的一个重要研究课题,也成为实践中愈益强劲的吁求。这种探讨和吁求主要在最高人民法院此后发布的一系列司法解释中体现出来。

然而司法解释终究不是立法规范,其在实践中往往遇到操作上的困惑,规范之间的冲突以及内容的分散对形成一个有效的执法体系非常不利,因而《中华人民共和国民事诉讼法》的全面修改成为摆在人们面前的绕不开的话题,一定意义上甚至可以认为,对该法的全面修改,形成一个与时俱进的诉讼体制,业已成为时代的强烈呼唤,其来势之猛之烈,确乎难以阻挡。然而与人们的普遍愿望相反的是,人们孜孜以求的《中华人民共和国民事诉讼法》的修改,却变成了两项专题性的修改,一个是再审,一个是执行。2007年10月28日,第十届全国人大常委会第三十次会议通过《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》,完成了对《中华人民共和国民事诉讼法》的“小改”。再审和执行这两个程序都处在诉讼程序全过程的尾部,期望以尾部的局部修改和微观调适来转变诉讼体制,在逻辑上是困难的,甚至是不可能的;诉讼体制不变,而期望它们能够化解实践中的两大顽症,即申请再审难和执行难,也是难乎其难的,甚至也是不可能的。因为原因非常简单,不转变诉讼体制,就不可能满足诉讼参与者对于诉讼程序公正性的需求欲望,主观意义上的程序公正就难以化为现实;程序难以获得公正的判断和感受,也就难以使当事人服判而息诉,其申请再审的步履就不可能停顿下来,再审难的现象便难

以避免,与此相关联,执行难的现象便难望消除。从这个意义上说,这次修法简直就是虚晃一枪,对于一直渴盼修法的理论工作者和实务工作者来说,这种修法无异于一盘冷水从头顶灌到脚底,令人失望至极。尤其是,即便这种补丁式的修法还充满着神秘色彩,直到它最终露出庐山真面貌,人们方有机缘一睹其“芳容”。

我认为,民事诉讼法全面修改的条件已经成熟。一方面,我国社会经济条件已发生了根本性的变化,人们已经很不习惯现行立法所塑造的程序范式,甚至对过度的职权干预形成了本能式的反弹和抵制;另一方面,学界为全面修改《中华人民共和国民事诉讼法》所做的理论准备已经比较充分,最高人民法院近几年来连续性地发布的诸多司法解释也较为充分地吸收了理论研究的成果。这些都为其全面修改提供了条件。有鉴于此,我和我的几个博士生以教育部人文社会科学重点研究基地 2004 年度重大项目《民事诉讼制度的修改与完善》(05JJD820007)中期成果为契机,就《中华人民共和国民事诉讼法》全面修改中的若干重大问题,进行了专题性的探讨,以期更有针对性地推动这个过程地进行。

当然,质疑一种现成的体系是容易的,而建构一种新的体系取而代之则远非一件容易的事情。我们试图从现代法哲学的视角,以最新的理念来指导我们的这种探索;在这个意义上说,这种探索还仅仅是初步的,还很不成熟,更不敢奢望业已形成能够充分自圆其说的理论体系。因此,其中的问题还有很多,有的探索只能算是提出了问题,而问题的解答还有待于继后的努力。好在我们还有本课题的最终成果来体现这种努力,这给我们弥补存在于其中的种种缺憾提供了机会。为此,我们竭诚地希望各位读者提出各种各样的批评和建议,好使我们提升正在进行中的最终成果的质量。此聊以为序。

汤维建

2007 年 12 月 26 日

前 言

本书分基本理念编、重要制度编、审判程序编和执行制度编四编,共二十二章。

对我国《民事诉讼法》进行全面修改,最重要的是转变理念。本书的“基本理念编”共七章,以“总一分”的结构对民事诉讼的理念进行了十分周全的阐明与解释,在国内已有的研究成果中确属首创。本编首先指出,用以指导我国民事诉讼法修改的指导理念应当是:(1)程序的本位主义理念;(2)程序的主体自治理念;(3)程序的契约化理念;(4)程序的协同主义理念。程序的本位主义理念,指的是民事诉讼程序对诉讼结果的正义性具有逻辑的决定作用,结果的正义性是由程序的正义性来决定和描述的,诉讼的本位性理念在理论的表现形态上即为程序本位主义。程序的主体自治理念,指的是在当事人和人民法院这对诉讼矛盾中,当事人处在诉讼法律关系的主导位置,是当事人而不是人民法院主导着诉讼程序的方方面面内容,这主要包括诉讼的实体内容、诉讼的事实内容和诉讼的程序内容三个方面,具体落实为处分权主义、辩论主义和当事人进行主义。程序的契约化理念,是指诉讼程序应当体现出更多的可选择性,当事人可以通过共同意志来形成适合于其纠纷解决的程序规则。程序的协同主义理念,是指在诉讼过程中,应当同时发挥当事人和人民法院两个方面的积极性,当事人及其诉讼代理人在法院的参与、协助和指导下,一起推动诉讼程序的进行,按照协同主义的诉讼理念,现代民事诉讼既要克服当事人主义诉讼模式中的弊端,又要克服职权主义诉讼模式中的弊端。第二、三、四章分别从程序本位主义的哲学基础、人本主义的司法改革观、程序与实体关系的程序利益视角对程序的

本位主义理念进行了更为理性的解读。第五、六章分别从程序利益的实在化和当事人运行程序的两个基础性要素两个方面对程序的主体自治理念和程序的契约化理念进行了更为具体的阐释。第七章则从纠纷解决的两种正义对程序的协同主义理念进行了更为细致的展开。

“重要制度编”共七章,按照我国《民事诉讼法》的现行体例依次对七个专题进行了探讨。第八章指出,我国的司法改革目前已经进入攻坚阶段,司法改革能否以与时俱进的精神完成预期的目标,直接关系到我国改革开放政策能否深入推行。司法改革是一个系统工程,它既涉及司法体制问题,也涉及具体的程序操作问题。本章结合现代司法理念的最新提法和要求,对司法改革中所涉及的方方面面问题进行了相应探讨,认为要实现司法公正和司法效率这双重目标,首先必须要转变司法观念,要强调司法法治主义和程序本位主义。第九章通过对参审制这个传统课题的研究,指出我国的人民陪审员制度需要改名为“人民参审制度”,同时应对我国目前的平民参审制实行现代化改造。第十、十一、十二章则对滥用诉权、民事证据契约和民事案件审理期限制度这三个目前仍然未被充分关注且予以正面探讨、但十分有价值的课题进行了研究,具有填补研究空白的价值。其中,第十章分析了滥用诉权的基本构成要素和识别标准,并对合理规制滥用诉权提出了法律建议;第十二章首先指出,其他国家的民事诉讼法没有规定民事案件审理期限制度,不应当是我们拒绝研究民事案件审理期限制度的理由,进而以价值分析和实证分析两种方法对民事案件审理期限制度进行了多方位的研究并对民事案件审理期限制度的改进提出七个方面的理论方案,拉开了我国研究民事案件审理期限制度的帷幕。本编的最后两章对诉前责令停止侵犯知识产权行为和民事诉讼救助这两个难点问题进行了与众不同的探讨。尤其需要说明的是,第十三章指出,作为一项由民事实体法创制的程序性制度,诉前责令停止侵犯知识产权行为与民事诉讼

法的天然联系不能割裂开来,诉前责令停止侵犯知识产权行为在未来《民事诉讼法》全面修改中如何在结构上实现归位将决定着民事保全程序的科学性、自足性和民事诉讼法的形式理性。

“审判程序编”共六章,涉及审前程序、第一审程序和再审程序。其中,第十五、十七、十九章采取模式化的思维方式对我国民事诉讼审前程序、民事再审制度、民事检察监督制度的完善所进行的探讨,为另辟蹊径,旨在为这三个传统型难点问题的破解寻求切实可行的途径,令人耳目一新。第十五章指出,我国需要一个多元的集中审理模式,应从明确建立争点整理制度和程序、建立和完善证据交换制度、完善举证时限制度、建立审前会议制度四个方面来完善民事诉讼审前程序。第十七章认为,再审有政策形成型、私权保障型和程序救济型三种模式,分别由我国、大陆法系国家以及英美国家所代表,我国目前的再审制度属于政策形成型,但这种再审模式已不适应市场经济发展的需要,因而需要加以改变,改变的基本方向是以程序救济型再审为主的综合模式,为了完成这种转变,需要在理念和机制两个层面上予以推动。第十八章对刚修订的民事再审制度作出系统而又深入的评论。第十九章认为,检察机关的法律监督模式,从历史到现实,可以抽象出国家干预型监督模式、法制统一型监督模式、程序保障型监督模式和公益代表型监督模式四种模式,我国的检察监督模式应被纳入国家干预型模式的范畴,我国民事诉讼中的检察监督制度需要完成从干预型监督向保障型监督、从监督者的角色向参与者的角色、从实体型监督转向程序型监督、从对立型监督向协同型监督的转变。第二十章专门就民事抗诉制度的完善作出了开拓性的研讨。

“执行程序编”共两章。第二十一章指出“执行难”是一个牵动全社会注意力的、长期困扰司法机关的一个特大难题,其最深刻的原因无疑在于执行体制本身,我国目前的执行体制是分散的,刑事执行、民事执行和行政执行既各自为政,又相互交叉,不

仅在执行机构上显得臃肿和凌乱,尤其难以做到执行资源的优化配置和互补整合,这种状况显然不利于国家执行权的统一化行使,不利于提高执行效率。将执行权从法院权力结构中分离出去,将它交由统一的执行机构行使,是化解“执行难”的最佳选择。第二十二章以执行和解为研究标本,从各个层面解析了民事执行程序中的契约化表现形态及发展规律,并对我国的执行和解之完善提出了相关建议,开民事执行程序的契约化研究之先河。

本书写作的具体分工是:

汤维建:第一章、第二章(与陈巍合作)、第三章(与陈巍合作)、第八章、第九章、第十章(与沈磊合作)、第十一章、第十五章、第十七章、第十八章、第十九章、第二十章、第二十一章、第二十二章(与许尚豪合作)。

许尚豪:第四章、第五章、第六章、第七章、第十六章

刘加良:第十二章、第十三章、第十四章

全书最后由汤维建教授修改定稿,刘加良协助汤维建教授进行了统稿工作,卢瑞华、林晓艳、刘虹蕴等为书稿的校对付出了辛勤的劳动。北京大学出版社的李铎先生为本书的编辑、出版作出了值得我们铭记的贡献。在此,向他们表示由衷的感谢。

《民事诉讼法全面修改专题研究》课题组
2007年12月26日

目 录

基本理念编

第一章 民事诉讼法修改的指导理念

一、引言	3
二、程序本位主义理念	6
三、程序主体的自治性理念	8
四、程序的契约化理念	11
五、程序的协同化理念	14

第二章 哲学范式转换视野下的司法价值观

一、传统哲学的思维范式与程序工具主义观	20
二、现代哲学的反本质主义批判	22
三、哲学范式转换与程序本位主义	31
四、结语	35

第三章 司法改革的人本主义向度

一、我国司法改革的法院本位主义倾向	38
二、人本主义的司法改革观	42
三、我国人本主义司法改革的若干理论评析	45
四、人本主义司法改革的基本思路	52

2 民事诉讼法全面修改专题研究

第四章 民事诉讼程序的能与不能

——程序利益保护观念下的程序与实体关系思考

一、问题的提出	59
二、程序能保障实体利益吗	61
三、程序能本位吗	65
四、结语:树立程序利益为中心的正义观念	68

第五章 程序利益的法律解读

一、程序利益概念的源起、意义及界定	70
二、程序利益的特征	74
三、程序利益的本质与功能	80

第六章 正当期望与程序选择

——当事人运行程序的两个基础性要素解读

一、引言	90
二、程序正当期望	91
三、程序选择	95

第七章 交换的正义与分配的正义

——纠纷解决途径的正当性基础解读

一、源于不同途径的两种正义	101
二、合意:交换的正义	105
三、决定:分配的正义	112
四、结语	117

重要制度编

第八章 司法公正的保障机制及其改革

一、序论	121
二、实现司法观念的转变	124
三、实现司法体制的创新	128
四、确保当事人对诉讼程序的充分利用权	132

五、从程序建构的角度看程序保障	138
六、从裁判者的视角谈制度保障	144
七、证据制度的保障	148
八、监督机制的保障	153

第九章 论民事诉讼中的参审制度

一、参审制与陪审团制度的界分	157
二、参审制的历史沿革	160
三、参审制的类型	162
四、参审员的权利义务	165
五、平民参审制的利弊分析	167
六、对平民参审制的改造	171
七、改“陪审员”为“参审员”	172

第十章 滥用诉权及其合理规制

一、诉权与滥用	178
二、比较法视野下的滥用诉权	190
三、滥用诉权在我国的识别及类型化分析	204
四、合理规制滥用诉权	215
五、结语	230

第十一章 民事证据契约研究

一、引言	232
二、证据契约与诉讼契约的辩证关联	234
三、证据契约的内涵界定与类型分析	236
四、证据契约的有效性判断	242
五、证据契约制度的正当性论证	244
六、证据契约制度的适用原则	247

第十二章 民事案件审理期限制度初探

一、民事案件审理期限制度的正义性源泉	253
二、现有民事案件审理期限制度的法源分析	257

4 民事诉讼法全面修改专题研究

三、现有民事案件审理期限制度的现实检讨	263
四、现有民事案件审理期限制度的改进思考	281
五、结语	289

第十三章 诉前责令停止侵犯知识产权行为的制度化 及其未来走向

一、制度化的脉络	292
二、制度化对于民事诉讼法的价值	293
三、诉前责令停止侵犯知识产权行为的未来走向	297

第十四章 民事诉讼救助制度的比较视角

一、我国民事诉讼救助制度的比较优势	301
二、我国民事诉讼救助制度的比较劣势	302
三、我国民事诉讼救助制度之比较劣势的原因分析	309
四、《诉讼费用交纳办法》之检讨:诉讼费用规则应由 全国人民代表大会常务委员会制定	310
五、我国民事诉讼救助制度的合理改进	313

审判程序编

第十五章 论民事诉讼审前程序的模式转变

一、从基本模式到结构模式:我国民事审判方式改革的 第二次飞跃	319
二、我国民事诉讼审前程序的缺陷解析及其改革思路	322
三、多元化诉讼结构模式的建立	325
四、具体建议:从制度到程序	331

第十六章 小额诉讼程序的基本理念及制度建构

一、小额诉讼程序的基本理念	337
二、我国小额诉讼程序的建构	344
三、结语	350

第十七章 从模式比较的视角看我国民事再审制度的改革与完善

- 一、引言:再审程序的改革应当采用模式化思维方式 351
- 二、私权保障型和程序救济型:西方国家再审模式的比较考察 354
- 三、政策形成型:我国再审制度的特征及弊端 358
- 四、理念变迁和机制转换:改造我国再审制度的两个步骤 362

第十八章 我国民事再审制度的新发展及其展望

- 一、再审程序的诉讼化改造 371
- 二、再审理由的重新设定 377
- 三、再审制度的进一步完善 381

第十九章 我国民事检察监督模式的定位及完善

- 一、民事检察监督的模式 385
- 二、我国民事检察监督模式的定位及其局限 388
- 三、当前我国民事检察监督的几个理论难题 393
- 四、我国民事检察监督制度的模式转型 399

第二十章 论民事抗诉制度的完善

- 一、建立民事抗诉再审启动一元机制 405
- 二、民事抗诉的客体范围应当进一步明确并有所扩大 407
- 三、民事抗诉的保障机制 410
- 四、民事抗诉的制约机制 412

执行制度编

第二十一章 论执行体制的统一化构建

——以解决民事“执行难”为出发点

- 一、我国执行体制的特征与弊端 420
- 二、执行改革及其局限 422
- 三、法院不宜行使执行权的原因 425
- 四、建立独立的执行机构,实现执行体制的全面创新 428