

SUSONGFAXUE RUOGAN REDIAN WENTI YANJIU

诉讼法学 若干热点问题

研究

主编 郑泰安 杨玉泉



四川大学出版社

SUSONGFAXUE RUOGAN REDIAN WENTI YANJIU

诉讼法学 若干热点问题

研究

主 编 郑泰安 杨玉泉

副主编 夏良田 成 凯

四川大学出版社



责任编辑:曾 鑫
责任校对:周 颖
封面设计:罗 光
责任印制:杨丽贤

图书在版编目(CIP)数据

诉讼法学若干热点问题研究 / 郑泰安, 杨玉泉主编.
成都: 四川大学出版社, 2005.11
ISBN 7-5614-3283-6

I. 诉... II. ①郑... ②杨... III. 诉讼法-法的理论-中国-文集 IV.D925.01-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 132138 号

书名 诉讼法学若干热点问题研究

主 编	郑泰安 杨玉泉
出 版	四川大学出版社
地 址	成都市一环路南一段 24 号 (610065)
发 行	四川大学出版社
印 刷	成都益友印刷厂
成品尺寸	140 mm×202 mm
印 张	12.125
字 数	300 千字
版 次	2005 年 11 月第 1 版
印 次	2005 年 11 月第 1 次印刷
定 价	25.00 元

◆读者邮购本书,请与本社发行科
联系。电 话:85408408/85401670/
85408023 邮 政 编 码:610065

◆本社图书如有印装质量问题,请
寄回出版社调换。

◆网址:www.scupress.com.cn

版权所有◆侵权必究

作者简介

郑泰安，男，汉族，1965年生。1995年毕业于四川省社会科学院，获法学硕士学位，并留院法学所工作至今。现任四川省社会科学院法学研究所副所长、副研究员、经济法硕士研究生导师。先后作为主研人员参与国家社科基金课题《西部中心城市证券法制建设研究》（1998年）、《上市公司若干法律规制问题研究》（2003年），并主持四川省哲学社会科学十五规划课题《构建和谐四川法制环境研究》等8项，同时参与了大量的地方立法工作，出版专著5部，并在《社会科学研究》等学术期刊上发表论文30多篇。

杨玉泉，男，汉族，1965年生。1986年毕业于西南政法学院，获法学学士学位。1996年毕业于中国人民大学法学院，获法学硕士学位。参加工作后，历任四川省成都市中级人民法院经二庭副庭长、审委会委员、告申庭庭长、立案庭庭长。2003年起任成都市锦江区人民法院院长，并兼任四川省社会科学院法学研究所副研究员。现为第十届全国青年联合会委员。撰写的《如何认定未参加工商年检的企业法人的法律地位》、《设立案件流程管理制度构想》、《亚利桑纳州法院指南》（翻译）、《建立统一的裁判机制，维护司法公正》等多篇论文曾在《经济审判资料选读》（丛书）、《立案工作指导与参考》（丛书）和最高人民法院《人民司法》、《当代法官》、《四川审判》等书刊上发表。

序

泰安先生和玉泉院长等要出书，请我作序，我因此有机会最先拜读此书。综观当今，法学研究新人辈出，大作频现，这正是我国法学研究繁荣和进步的标志。

泰安先生天资聪颖，勤奋好学。他读研究生期间，执著于法律。他留四川省社会科学院工作后，一直从事法学研究及律师实务工作，诉讼实践经验丰富。他给社会科学院经济法专业研究生讲授诉讼法学课程，不需看书面讲稿，半天时间，娓娓道来，律法条文脱口背出，案例丰富，极有感染力。他是一个理论功底深厚，讲课富有激情的老师。

玉泉院长毕业于中国人民大学法学院，法学理论素养深厚。他从事审判工作近20年，常常挤出时间进行学术研究，是一个善于思考，勤于思考的人。

教师之思与法官之想结合，碰出了思想火花，于是本书的框架成型。本书系几位主编组织四川大学的部分博士研究生和社会科学院的部分科研人员及硕士研究生分工撰写。在写作过程中，他们多次深入讨论，历时半年，成稿45万多字。后来，几位主编多次商讨，认为：质量第一，宜精不宜多，忍痛割爱，砍成现在的30万字。

浓缩的是精华，留下的是精品。我认为，本书以下几个方面的特色是十分明显的。

一、直面诉讼实践中发现的问题。“超期羁押，似黑色之幕，弥漫于中国刑事诉讼已久。”文章中披露了大量确凿的数据显示中国刑事诉讼中存在的超期羁押问题，详细分析了其六个方面的成因，认为解决刑事中违法诉讼超期羁押问题必须相应地进行多

方面的改革，特别指出“建立职业责任制和个人责任制”是破解之法。本书其他很多专题都是针对我国司法实践进行的研究，并提出了许多富有建设性的建议。

二、专题选择富有挑战性、前瞻性。例如：《我国刑事证明标准的反思与重构》一文，作者首先检讨我国当前证明标准制度和理论。证明标准过高而空洞化，造成制度与实践脱节；接着介绍国外的刑事证明标准并做了比较；参考借鉴国外相关理论和立法，进行刑事证明标准的理论阐释，提出：最佳的刑事证明标准是“排除合理怀疑”，现实的选择则是“确定无疑”证明标准。这些观点对我国正在进行的司法制度改革是有启发意义的。

三、比较研究方法的广泛运用。法学研究，从某种角度而言，是方法重于理论。先看到我国的诉讼法的现状和问题，后比较分析存在这些问题的原因，查看国外的理论和实践，寻找出为我所用的“攻玉之石”。本书中的“司法鉴定制度研究”、“民事诉讼模式的效益比较”、“中国律师权利保障问题”等研究专题都贯穿了比较研究方法。

改革是一个发现问题，面对问题，解决问题的不断发展、进步的过程。司法改革需要直面现实，正视问题。学者们研究理论、认识现实，引进学说，更新制度，张扬权利、规范权力。他们从不同的方面、不同的角度研究中国的实际，提出自己的见解和观点，以促进我国法治建设的进步与升华。提出问题和观点是需要勇气的。但中国司法改革和进步不能停留在提出问题层面上，我们的司法改革更需要凤凰涅槃似的创新发展。我期盼着我国的司法制度有一个长足的进步，更期望泰安、玉泉、良田、成凯等法学新人新作叠出、成果累累。

是为序。

刘德兴 教授

2005年8月于四川师范大学法学院

目 录

上 篇

两种民事诉讼模式的效益比较

- 兼论我国民事诉讼模式的选择与构建····· 沈 柯 (3)
- 论法院民事主管范围的扩展····· 谢国强 (18)
- 管辖权转移制度评析····· 陈红霞 曹碧辉 (32)
- 代表人诉讼制度研究····· 郭 娟 (45)
- 论举证时限制度的法律价值及其立法完善····· 张 松 (60)
- 举证责任倒置问题探析····· 彭晨曦 (72)
- 我国法院调解制度的反思····· 陈 杰 (82)
- 浅析财产保全制度的立法缺陷和完善····· 王 莉 (93)
- 论民事案件申请再审及
- 申诉复查听证制度 ····· 郑泰安 周伟蓉 (102)
- 民事执行程序中的几个法律问题 ····· 唐 军 (115)
- 民事审判方式改革透视 ····· 谢春凌 (129)
- 我国有限责任公司股东诉讼的法律问题 ····· 郑泰安 (143)
- 论鉴定人的诉讼地位与法律责任 ····· 成 凯 屈 新 (158)
- 民事诉讼收费问题研究 ····· 黄泽勇 李 涛 (175)
- 试论民事诉讼中的诉因及运用 ····· 杨玉泉 (195)



下 篇

刑事强制侦查司法审查制度问题研究	秦宗文 (217)
论司法独立	杨咏梅 (237)
价值回归与制度重构	
——论我国人民陪审员制度的进一步改革与完善 ...	李 军 (252)
司法鉴定制度	袁 志 (263)
中国律师权利的保障问题	魏 东 (277)
超期羁押问题研究	秦宗文 (290)
犯罪嫌疑人、被告人的权利保障制度研究	刘海蓉 (301)
我国刑事证明标准的反思与重构	李 明 (316)
证人出庭作证问题研究	阎朝秀 (332)
我国建立刑事证据开示制度问题研究	金 钟 (347)
刑事诉讼国际准则与我国刑事诉讼制度改革	夏良田 (359)
坦白从宽应体现在刑事诉讼的各个阶段	周素珍 (374)

上 篇



两种民事诉讼模式的效益比较

——兼论我国民事诉讼模式的选择与构建

诉讼模式是近年来我国民事诉讼法学领域的研究热点，特别是关于我国民事诉讼模式的选择与构建的问题。对于这一热点问题，本文所关注的是两种民事诉讼模式的效益分析，并通过对二者效益的比较，为我国民事诉讼模式的选择与构建提出一些建议。

民事诉讼模式概述

所谓模式，是对一定事物的基本要素及其关系的基本结构的反映^①。那么，民事诉讼模式所揭示的就是审判权及其载体法院（法官）与诉权及其载体当事人之间的关系^②。因此，学者将民事诉讼模式定义为法院审判行为（职权行为）与当事人诉讼行为（诉权行为）之间的关系模式^③，亦即法院与当事人之间诉讼权限的配置模式。民事诉讼模式一般被区分为职权主义模式和当事人主义模式。有学者认为英美法系国家和大陆法系国家的民事诉讼制度是属于当事人主义模式，职权主义模式只存在于前苏联和东欧以及我国等少数国家；也有学者认为英美法系国家的民事诉讼实行的是当事人主义模式，而大陆法系国家则实行职权主义模

① [英] 戴维·赫尔德著，燕继荣等译：《民主的模式》，第8页，北京：中央编译出版社，1998。

② 肖建国：《民事诉讼程序价值论》，第112页，北京：中国人民大学出版社，2000。

③ 陈桂明：《民事诉讼模式与重塑》，载江平主编：《民事审判方式改革与发展》，第183页，北京：中国法制出版社，1998。



式^①。本文赞同前者的观点。

当事人主义的核心是辩论主义，主要内容包括：其一，判断权利发生或消灭的法律效果所必要的要件事实，只要在当事人的辩论中没有出现，法院不以其作为判决的基础；其二，法院在判决理由中所需要认定的事实只限于当事人之间争执的事实；其三，认定所争事实所需要的证据资料，必须是从当事人提出的证据方法中获得，不允许法院依职权调查证据^②。当事人主义模式中又存在对抗制和质问制的区别^③，英国、美国以及法国属于前者，而德国等大陆法系国家则属于后者。

职权主义的实质是职权探知主义，即法院裁判所依据的诉讼资料可以不依赖于当事人，法院（法官）可以在当事人主张之外依职权独立地收集和提出证据，并将其作为裁判的根据；当事人放弃、认诺请求以及进行和解等，对法院均无拘束力。前苏联、东欧以及我国即属于这一模式。

诉讼效益比较的标准

经济学中的效益是指成本与收益的比值，在运用经济学的方法进行效益分析时，必然涉及成本和收益这两个基本要素；同时，在二者之外，还存在其他影响效益的因素，如成本的分担方式。鉴于此，本文对两种诉讼模式的效益的比较，就将从这三个因素进行，即诉讼成本、诉讼收益以及诉讼成本的分担。

① 张卫平：《当事人主义与职权主义》，《外国法学研究》，1993（1）。

② [日] 兼子一、竹下守夫著，白绿铨译：《日本民事诉讼法》，第72页，北京：法律出版社，1995。

③ 也有学者归纳为英美型当事人主义和大陆型当事人主义，参见张卫平：《诉讼构架与程式——民事诉讼的法理分析》，第19页，北京：清华大学出版社，2000。



一、诉讼成本的比较标准

所谓诉讼成本,是在运用经济分析方法考察诉讼制度时,移植经济学中的生产成本概念而产生的一个新的概念,目前还没有一个明确的、得到公认的界定^①。因此,本文很难直接引用某种观点,而是希望在对不同观点的分析中把握其内涵和外延。

理查德·A·波斯纳将诉讼成本概括为直接成本和错误成本的总和:前者指诉讼主体投入的人力、财力、时间等;后者指错误的司法裁判对于经济资源造成的浪费,二者均属于经济性成本。德沃金在经济成本的基础上又提出了道德成本的概念,即错误的司法裁判除造成经济资源的浪费外,还造成道德浪费。而迈克尔·D·贝勒斯则进一步将诉讼成本归纳为直接成本、经济错误成本和道德错误成本之和^②。

上述波斯纳与德沃金、贝勒斯的观点可以分别归纳为经济成本论和综合成本论。综合成本论通常将诉讼成本区分为经济成本和伦理成本,或是直接成本和相关成本。而经济成本论则认为,定量分析是经济分析方法的优势所在;而道德伦理因素难以进行定量分析,将这类非经济因素纳入诉讼成本的概念,会丧失对诉讼成本进行定量分析的方法论优势,并非理论上的进步^③。

我们认为,诉讼活动中虽然包含一定的经济内容,但其本质并不是一种经济活动。诉讼活动除了受经济因素的制约外,还要

① 常怡主编:《比较民事诉讼法》,第21页,北京:中国政法大学出版社,2002。

② R.A.Posner, *An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration*, in the *Journal of Legal Studies* 2 (1973) P401; Michael Bayles, *Principles for Legal Procedure, Law and Philosophy* 5 (1986), by D.Reidel Publishing Company, P39。

③ 肖建国:《民事诉讼程序价值论》,第211页~第212页,北京:中国人民大学出版社,2000。

受到特定社会的法律文化、道德伦理观念甚至风俗习惯的影响。我们运用经济分析方法考察诉讼活动，首先是借鉴一种视角，而不是照搬某种具体的分析手段；其次，对诉讼活动进行经济分析的着眼点是对有关诉讼法律的分析，而不是仅对其中的经济因素的分析，因此不应将非经济因素排除在外。我们认为，诉讼成本是诉讼主体因为诉讼活动而投入的经济资源和精神资源^①，具体包括：

直接成本，即诉讼主体在实施诉讼活动中所消耗的经济成本，包括人力、财力、时间等资源。

错误成本，即错误的司法裁判引起的经济资源的浪费，包括：①错误裁判本身造成的经济资源的浪费；②为了纠正错误裁判而投入的经济资源。

伦理成本，主要指错误的司法裁判造成的人们对法律的认同感和信任度的下降；另外，不合理的诉讼模式所带来的某些问题同样会使人们对法律产生怀疑，如司法腐败，也属于伦理成本的范畴。

在上述三种成本中，错误成本与伦理成本的产生基础大体是一致的，即错误的司法裁判，因此这两种成本之间是正相关的关系，即错误成本越高，相应的伦理成本也越高。而直接成本与错误成本之间则呈现出负相关的关系，即直接成本过低，会造成错误成本和伦理成本上升，总成本不一定降低；同样，很低的错误成本和伦理成本需要以很高的直接成本才能维持，也不利于总成本的控制。由此可见，实现较低的总成本关键在于如何协调直接成本和错误成本的关系。

由此得出本文进行诉讼成本比较的原则：在效益上具有优势

① 如对国家法律制度的认同感、信任感等，这类精神因素对于一国的稳定和发展也是至关重要的，因此可以视为一种资源。



的诉讼模式必须能够合理地协调直接成本和错误成本之间的关系，从而控制总的诉讼成本。

二、诉讼收益的比较标准

相对于诉讼成本而言，诉讼收益则是一个更为抽象的概念。一般认为，诉讼是实现社会公正的法律途径，其结果无论是维护或是破坏了社会公正，这种结果都是非物质性的，难以直接衡量其经济收益。

有学者认为，诉讼的经济收益对法院而言是指其收取的诉讼费用的数额；对当事人而言则是指预期利益的实现或预期不利益的避免^①。这种观点着眼于具体诉讼活动中的具体主体，但以经济分析法考察诉讼活动在于揭示诉讼制度对于社会的效益，而不是考察具体的诉讼主体通过诉讼活动所获得的经济利益。因此，不应将具体的诉讼主体作为诉讼收益的主体。所谓诉讼的经济收益，应当是整个社会的经济资源通过诉讼活动而产生的增加值。

然而，在民事诉讼中，无论诉讼主体获得或丧失了多少经济利益，就整个社会范围而言，这种获得与丧失只是社会经济资源在不同主体间的重新分配，社会经济并没有因此而直接获得一个增量。因此，整个社会并没有从诉讼活动中得到直接的经济收益。因此，有学者指出，就司法效益本身而言，无论是何种情况，它都不可能给社会带来积极的经济效益；相反，司法的结果，其社会效益都是负效益。这也许是司法活动的最基本的特点之一^②。

但我们认为，法律作为上层建筑，固然担负着维护社会公

^① 肖建国：《民事诉讼程序价值论》，第213页，北京：中国人民大学出版社，2000。

^② 李文健：《刑事诉讼效率论——基于效益价值的法经济学分析》（上），《政法论坛》，1997（5）。



正、正义的使命，但在现代市场经济社会中也起着调节社会资源配置的作用。现代市场经济是联系的经济，各个经济环节必须环环相扣才能保证整个经济运行的流畅；同时，现代市场经济也是流动的经济，各种经济资源必须在不断的流动中才能实现增值。各种经济因素在密切的联系和频繁的流动中必然产生摩擦和碰撞，从而形成纠纷。纠纷的出现使得原本环环相扣的经济运行链条发生脱节，使得原本流畅的经济运行出现停滞；处于纠纷状态的经济资源由于不能顺畅地流动而失去增值能力，从而有损于社会的整体经济利益。由此可见，民事诉讼作为解决纠纷的法律途径，对纠纷的解决实质上也就是修复经济运行链条上的脱节点，使经济链条恢复原有的运行状态或是创建新的稳定的运行状态，使处于纠纷中的经济资源重新回到联系和流动的状态，从而恢复其增值能力。社会经济由于纠纷的解决而获得的增量就是整个社会通过民事诉讼而得到的经济收益，即民事诉讼的经济收益。

从上文的分析不难看出，诉讼收益的实现有赖于纠纷的有效解决。为此，民事诉讼的结果应当具备两个条件：

①司法裁判的正确性。错误的司法裁判会增加错误成本和伦理成本，造成对社会资源的浪费。因此，要实现诉讼收益，必须使裁判的正确性得到保证。

②司法裁判的稳定性。裁判的不稳定意味着裁判所确定的经济运行关系处于不稳定的状态，有关经济因素的联系和流动状态随时可能遭到破坏，导致新的纠纷。因此，不稳定的裁判只会造成更多的成本投入，而不会带来任何收益。

因此，对诉讼模式进行收益比较的标准为：在效益上具有优势的诉讼模式应该在更大程度上实现裁判的正确性和稳定性。

三、诉讼成本分担的比较标准

所谓民事诉讼的成本分担问题，是指不同的诉讼主体在民事诉讼的过程中如何分担诉讼成本的问题。应当注意的是，这里的



诉讼成本仅指直接成本^①。

在民事诉讼中，基本的诉讼主体是法院与双方当事人。相应的，诉讼成本也主要由法院和当事人分担，以及双方当事人之间的分担。本文所要讨论的限于前者^②。

法院和当事人各自承担的诉讼成本被分别归纳为“公共成本”和“私人成本”^③。二者区别的依据在于：首先，司法资源不具有社会福利的性质，不宜无偿使用；同时，私人成本的存在可以在一定程度上抑制滥用诉权的行为；这一成本表现为当事人缴纳的诉讼费、执行费等。其次，从表面上看，诉讼的受益者只是个案中的当事人，但如前文所述，诉讼收益具有社会性；因此，社会或国家作为受益人也应当承担一部分诉讼成本，即公共成本；该部分成本表现为国家在财政预算中拨给法院的业务经费^④。

公共成本与私人成本的划分体现了特定诉讼模式下对于法院（法官）和当事人各自角色的定位和诠释，进而体现了特定诉讼模式的价值理念。两种诉讼模式对于诉讼主体不同的角色定位决定了他们在诉讼中享有的职权、权利以及承担的职责、义务是不同的，这些差异将最终影响诉讼的效益。

因此，本文将诉讼成本的分担作为对两种诉讼模式的效益进行比较的因素之一，比较的标准为：在效益上具有优势的诉讼模

① 虽然错误成本也会发生在诉讼主体间的分担问题，但本文主要是基于对社会经济资源的影响这一角度来考察错误成本的，因此对于其在诉讼主体之间的分担问题不作论述；而对于伦理成本，从前文的定义就可以看出，这一成本及其消极后果均是社会性的，一般不发生在诉讼主体间的分担问题。

② 本文所关注的是两种诉讼模式的比较，由于双方当事人之间对诉讼成本的分担并不体现两种模式的差异，因此本文从略。

③ 肖建国：《民事诉讼程序价值论》，第215页，北京：中国人民大学出版社，2000。

④ 王如铁、王艳华：《诉讼成本论》，《法商研究》，1995（6）。