

minshi susong zhidu gaige yanjiu

民事诉讼制度 改革研究



李 浩◎著

安徽人民出版社

minshi susong zhidu gaige yanjiu

民事诉讼制度改革研究

李浩◎著

安徽人民出版社

责任编辑:张胜莲

装帧设计:黄 强

图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼制度改革研究/李浩著. —合肥:安徽人民出版社, 2002

ISBN 7-212-02132-6

I. 民… II. 李… III. 民事诉讼-司法制度-改革-研究-中国 IV. D925.11

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 071302 号

民事诉讼制度改革研究

李 浩 著

出版发行:安徽人民出版社

地 址:合肥市金寨路 381 号九州大厦 邮编:230063

发 行 部:0551-2833066 0551-2833099(传真)

经 销:新华书店

制 版:合肥市中旭制版有限责任公司

印 刷:合肥东方红印刷厂

开 本:850×1168 1/32 印张:11 字数:250 千

版 次:2001 年 12 月第 1 版 2001 年 12 月第 1 次印刷

标准书号:ISBN 7-212-02132-6/D·369

定 价:17.00 元

印 数:00001-01000

本版图书凡印刷、装订错误可及时向承印厂调换

前 言

自 1979 年以来,当代中国一直在进行以市场化、法治化为取向的社会改革。这一改革在充实、扩大人们的人身权利的同时引发了大量的人身权纠纷,在使人们拥有更多财富的同时产生了更多的财产权纠纷,民事诉讼制度的作用也因此而凸现出来。

我国传统的民事诉讼制度起源于新民主主义革命时期,形成于新中国成立后的计划经济年代,这一诉讼制度很难适应急剧变化了的社会生活。

从法院的角度看,我国传统的民事诉讼制度是“调解型”诉讼制度,法院在调解为主、调审合一的框架内处理民事纠纷。尽管与判决相比,调解具有自身的比较优势,但这种诉讼制度也存在着诸多缺陷。如难以使实体法充分发挥规范社会生活的作用,当事人程序主体的地位和程序选择权未受到应有的尊重,程序法在诉讼中的作用得不到应有的重视,对当事人的合法权益保护不足等。

传统的民事诉讼制度也是法官职权极大化的诉讼制度。在法官过度膨胀的权力面前,当事人有意无意地被客体化了,处分权萎缩了,自我责任的原则被抛弃了。这种扭曲了现代民事诉讼的应然结构——由双方当事人提出不同的诉讼主张和证据资料,法官则作为中立的第三

者对纠纷进行审理,用具有既判力的裁判解决纠纷。

大多数民事纠纷均源于对事实的争议,诉讼的胜败也往往取决于法院对事实的认定,因而可以说法院在诉讼中正确认定事实具有极端的重要性。法官在诉讼中面对的是由利害关系相对立的双方当事人陈述的不同的事实,而实际发生的事实早已成为“过去式”,因而必须借助证据来确定哪一方当事人主张的事实为真实,离开了证据空谈事实,在法庭上只能是毫无意义的空气振动而已。

自人类采用“证据裁判主义”这一理性的证明方式以来,证据制度一直是民事诉讼制度的重要内容之一。根据“证据裁判”主义的要求,诉讼中有争议的案件事实要由当事人提供证据证明,法官则必须依据证据认定案件事实。证据的运用涉及到一系列复杂的问题,如证明对象的确定、证明责任的分配、证明标准的选择,证据的收集、提供、质询、审查等。为了规范各诉讼主体运用证据的活动,英美法系国家不仅通过审判实务逐步建立了一套关于证据的判例,而且在 20 世纪还相继制定了关于证据的成文法,如美国联邦证据法、英国民事证据法、加拿大证据法等;大陆法系国家虽然没有像英美法系国家那样单独制定证据法,但在诉讼法中对证据作了较为详细的规定。德国和日本均在其民事诉讼法中用相当大的篇幅规定了证据问题,法国则不仅在民事诉讼法典中而且在民法典中规定了证据问题。

我国民事诉讼法虽然确立了“以事实为根据,以法律为准绳”的诉讼原则,但对于证据的规定却过于原则、简

单,远远不能适应诉讼实务的需要。

民事诉讼制度的目的是保护当事人的合法权益,维护国家的民事法律秩序,为诉讼当事人提供充分的程序保障。证据制度是民事诉讼制度的重要组成部分。证据制度的根本目的是发现真实,以使真正的权利人受到法院的保护。而要实现上述目的,就需要对我国的民事诉讼制度和证据制度进行改革,以构建反映法治国家精神,体现市场经济要求,符合我国现阶段基本国情的新制度。

本书的内容分为两大部分,一部分是关于民事诉讼制度改革的探讨,另一部分是对民事证据制度的分析。自1994年起,笔者就一直关注这两个问题,书中的14个专题,是关于这两个问题的部分研究成果。这些专题,有些曾以不同形式发表过,有些则是初次发表。

民事诉讼制度的改革是个宏大的课题,本书仅就其中部分问题作些探讨。限于作者的能力,分析得不深入、论证得不周密甚至观点有错误在所难免,尚请学界同仁和读者不吝指正。

李 浩

2001年9月于南京

目 录

第一章 民事司法改革中的公正与效率问题	1
一、公正与效率的理论分析	1
二、司法改革与保障公正和提高效率	7
三、对偏重效率现象之思考	10
第二章 民事诉讼处分原则若干问题研究	18
一、引言	18
二、处分权与审判权	19
三、民诉制度的改革与处分权的强化	22
四、强化处分权的价值	25
五、进一步强化和完善处分权的若干问题	27
第三章 协议管辖和管辖权异议	42
一、协议管辖	42
二、管辖权异议	49
第四章 法院调解制度的改革与完善	59
一、导言	59
二、“调解型”审判方式的特征	61
三、“调解型”审判方式保持高度稳定的缘由	64
四、“调解型”审判方式面临的挑战	73
五、调解应当与审判分离	82
六、建立诉讼上和解制度的分析与论证	102
七、重构非讼化民事调解制度的若干问题	115

第五章 法院调解的性质与审判权运作的方式	121
一、对法院调解性质的质疑	121
二、调解模式与判决模式的比较	125
三、调解不宜作为审判权运作的方式	130
第六章 调解的比较优势与法院调解制度的改革	134
一、调解的比较优势	135
二、我国法院调解制度的改革	144
第七章 辩论式审判的若干问题	152
一、辩论式审判方式的基本特征	153
二、实行辩论式审判需要进行的配套改革	156
三、审判方式的现代化与人的现代化	160
第八章 民事检察监督制度否定论评析	164
一、检察监督与司法独立	165
二、检察监督与处分原则	167
三、检察监督与双方当事人诉讼中的平等地位	168
四、检察监督与事实和法律的不确定性	169
五、检察监督与法院的终审权和诉讼效率	172
六、检察监督与依据新证据提出抗诉	175
第九章 民事证据法的目的	183
一、发现真实	183
二、解决纠纷	191
三、诉讼效率	192
四、程序公正	196
五、保护其他权益	202
第十章 民事诉讼中的真实	205
一、客观真实说	206
二、相对真实说、法律真实说、外表真实说	210
三、值得当事人信赖的真实说	214

四、对各种真实说的评析	217
第十一章 司法解释中的民事证据问题	222
一、举证责任的本质	223
二、举证责任分配的原则	229
三、举证责任的倒置	238
四、疑难案件举证责任处理规则	241
五、证明标准	243
六、预决事实	248
七、举证时限	254
八、起诉证据	261
第十二章 民事诉讼证明标准的若干问题	265
一、证明标准的特征	266
二、确定证明标准的依据	279
三、如何判断是否正确适用证明标准	287
第十三章 事实真伪不明处置办法之比较	291
一、引言	291
二、拒绝裁判	293
三、驳回起诉	294
四、调解解决	296
五、按心证比例作出裁判	297
六、推迟作出裁判	301
七、降低证明标准	302
八、运用举证责任作出裁判	304
第十四章 民事诉讼中的非法证据排除规则	306
一、证据的合法性与非法证据的排除	306
二、非法证据排除规则的形成与演变	308
三、非法证据排除规则的比较法考察	315
四、关于适用新排除规则的几点思考	319

第一章 民事司法改革中的 公正与效率问题

公正与效率问题,是当前诉讼理论界和司法实务部门研讨最多的问题。公正与效率的问题又具有相当的复杂性,如公正可区分为实体公正与程序公正,两者有时会发生冲突,发生冲突时应优先选择哪一种公正?公正与效率的关系如何?是统一的还是矛盾的,如果是矛盾的,应当是公正优先兼顾效率呢,还是效率优先兼顾公正?公正与效率是一种价值,也是一种理念,具有高度的宏观性和抽象性,因而对当前我国正在进行的民事司法改革具有指导作用,我国法院已经和将要采取的一系列民事司法改革措施,也是为了更好地实现公正和进一步提高效率。

本章拟对民事司法活动中公正与效率的关系作些探讨,对此相关的改革措施作些评论。

一、公正与效率的理论分析

公正与效率是司法活动中最为重要而又极其复杂的问题。公正之所以重要,是由于它是司法活动中的本质属性,是司法的核心价值取向,也是司法制度中的永恒主题,尤其是近现代以来各国司法制度孜孜不倦追求的目标。司法制度一旦失去了公正,便失去其灵魂,也就根本不配称为司法。另一方面,公正在司法中又是一个极其复杂的问题。其复杂性在于,评价公正的主体具有多元性,司法者、诉讼当事人、社会公众、法律研究者等都会参与对司法公正与否的评价,这些评价者又往往从不同的视角、用不同的标准对

司法公正与否进行观察与衡量,所得出的结论也常常不同。

司法公正首先可以区分为实体公正与程序公正。实体公正一般是指裁判结果的公正,法官在查明案件事实的基础上,正确适用实体法规定作出的裁判是符合实体公正要求的,但也并非全然如此,因为对那些事实无法查清的案件,法官依据举证责任的分配作出的裁判同样也是符合实体公正的标准的。程序公正主要是指诉讼过程的公正,当事人的诉讼主体地位是否得到承认和保障,诉讼权利是否得到尊重,是否被赋予行使权利的充分机会,当事人诉讼活动是否受到重视,能否对裁判的形成发挥实质性的作用;法官在诉讼中是否保持中立,应当回避的法官是否已经回避,审判是否公开,裁判文书是否充分说明理由,这些都是评价程序是否公正的标准。

评价司法公正与否还有用法律标准和社会标准的问题。法律标准是以裁判是否合法作为司法是否公正的评价标准,如果裁判是依照实体法和程序法的规定作出的,符合法律的标准,司法就是公正的,反之,如果违法裁判,便是不公正的。然而,这一问题也并非那么简单,这里至少有两个问题需要探讨:首先是法官的裁量权问题。法律往往授予法官或大或小的自由裁量权,是否只要是在自由裁量权许可的范围、幅度内作出的裁量就一定是公正的?其实,自由裁量权的行使也有个公正与否的问题,运用自由裁量权目的不正当,考虑不相关因素,未考虑相关因素,反复无常,都会导致自由裁量权的误用或滥用。遵循合理性要求行使裁量权才符合公正的要求。其次是法律的滞后性问题。我国当前正处于社会转型时期,人们的价值观、经济关系、社会生活方式都处在急速变化之中,法律的修订常常迟于变化了的社会生活,有的法律规定与改革的要求明显相背离,用现行法去处理新社会生活关系有时会明显合法不合理。面对此种情形,究竟是严格依法裁判才符合公正的标准,还是突破甚至抛开现行法的具体规定,依据法律中诚实、信

用、公平等一般准则裁判才符合公正的标准?

用社会标准来评价司法是否公正似乎会面临更多的问题,用社会标准评价司法是否公正主要是依据公众对司法的认识来评价。但“公众”本身就是一个不易确定的概念,如果把公众解说成为特定地域范围中的大多数人,也仍然会遇到如何确定地域范围和人数比例的难题。进一步说,公众中的绝大多数人没有系统地学习过法律,而对司法中的一些问题的认识是需要法律专业知识的,所以难免出现某些案件从法律标准评价是公正的,而公众却并不认同的情形^①。这正是一些案件的法律效果与社会效果难以统一的原因。

对司法是否公正的评价还可以从当事人、法院及第三人的角度进一步探讨。

当事人是因民事权利义务关系发生纠纷而寻求司法救济的,在诉讼中实体公正与程序公正发生冲突时,享有权利的一方往往更倾向于选择实体公正。当然,这并不是说当事人对程序是否公正是无所谓,只是相比较而言,实体上的公正占有更重要的地位。例如,只要能最终获得胜诉的判决,当事人对法院采用的是当事人主义还是职权主义,实行的是审问式还是辩论式,法院是否依职权调查取证,往往并不在意。当事人亲身经历了发生争议的民事纠纷,对争议事实的真相最为清楚,如果法院裁判中认定的事实与实际发生的事实不一致,尽管审判程序的公正性无懈可击,法官严格遵循了证据规则,败诉的当事人也会认为公正未能实现,虽然从另一方面说作为理性的当事人应当理解法院的判决。

法官是纠纷的裁判者,他们对公正与否的评价是从裁判者的立场和视角进行的。对所需裁判的纠纷来说,法官是第三者,而不是当事者,他们不可能亲身经历、观察纠纷,尽管他们会运用法律

① 张军:《司法公正的标准与理性的认识、追求》,《人民司法》2001年第3期。

程序努力去发现真实,但发现真实的愿望有时并不能如愿以偿。就实体公正与程序公正的关系而言,法官往往更注重程序公正,例如法官大多会认为,诉讼中实体公正具有内在性和相对性,裁判结果是否实现了实体公正不易准确识别和把握,而程序公正则具有外在性和确定性,易于检验和衡量,因而只要程序是公正的,即便真正拥有权利的一方当事人被判决败诉,裁判结果也无可非议。

庭审时参与旁听的第三人与民事纠纷无关,在这一点上与法官相同,但法官是诉讼程序的参与者,就解决纠纷的过程而言已不再是纯粹的第三者了。第三人既与纠纷本身无关,也与解决纠纷的诉讼活动无关,他们是旁观者。第三人对司法公正与否的评价,与法官有很大的相似性。由于他们同样无法了解当事人纠纷的真实情况是什么,所以判断司法公正与否往往亦侧重于诉讼程序和解决纠纷的过程。

尽管实体公正与程序公正有时会发生冲突,尽管对公正的评价存在着上述问题和困难,但对公正问题还是可以作出如下认识的:

第一,欲实现实体公正,法院的裁判就需要建立在实际发生的案件事实之上,这就要求运用证据去努力发现真实,尽管这一努力并不总是能获得成功。

第二,坚持程序公正从总体上是有助于实现实体公正的。虽然程序公正具有独立价值,虽然程序公正的内容并非都是为了实现实体公正而设计的,但不应该否认程序公正对实体公正的工具价值。脱离了实体公正,很难正确说明程序公正的价值与意义,也与民事诉讼的实际状态不符,因为当事人到法院诉讼,绝不仅仅是为了追求程序上的公平对待。

第三,在某些具体制度的安排上,实体公正与程序公正可能会发生冲突,此时需要立法者和司法者进行比较、权衡、判断、选择,寻找两者之间最佳的结合点与平衡点。在无法两全时,还需决定

究竟是实体公正优先还是程序公正优先。

在对效率进行分析之前,为避免语言歧义造成的误解,需要对其含义作一界定。弄清效率的含义主要在于辨析效率与效益的关系。有人认为“效率”与“效益”是同义语,两者表达或传递的价值内涵或价值目标是相同的,这正如同我们谈“公正”与“正义”一样^①。也有人认为应当将“效率”与“效益”作适当区分,他们认为在论及司法活动中公正与效率的关系的时候,效率“所要描述的应当是诉讼进行的快慢程度,解决纠纷数量的多少,以及在诉讼过程中人们对各种资源的利用程度和节省程度,其强调的是尽可能又多又快解决纠纷,充分利用和节省各种诉讼资源。而效益强调的则是结果的好。”^② 笔者赞成将两者加以区分,因为如果效率与效益同义,效率高既指解决纠纷速度快又指效果好,公正也就被包含在效率之中了,再来分析司法活动中公正与效率的关系也就没有什么意义了。因此,本章所用的效率一词,仅指处理纠纷的速度与成本。

衡量民事司法活动效率的高低主要是从以下两个角度:

一是处理案件的速度。审理案件的速度愈快,诉讼效率就愈高。速度快不仅意味着法官处理每一个案件用的时间较少,而且也意味着在一段既定的时间内法官可以处理更多的案件。

处理案件速度的快慢与程序的设计有密切的关系,程序愈是简便,诉讼进度就愈快;而程序愈复杂,进度就愈慢。我国民事诉讼法将适用普通程序的第一审民事案件的审限规定为6个月,适用简易程序的规定为3个月,就是考虑到这两种程序复杂程度不同。

① 李文健:《刑事诉讼效率》,《政法论坛》1997年第5期。

② 谭世贵、黄永锋:《论诉讼效率及其实现》,中国诉讼法学研究会2001年年会论文。

二是审理案件所支出的成本。任何诉讼制度的运作都需要支出一定的成本。这里所说的成本是指为解决纠纷,法院和当事人用于诉讼的时间和费用,而不包括错误成本和道德成本。理想的诉讼制度是在不减损公正的前提下尽量使诉讼成本最小化。诉讼活动主要是由当事人和法院进行的,诉讼成本主要是指法院的成本和当事人的成本。成本的最小化既有利于节约司法的资源,又可以减轻诉讼当事人的负担,在成本节约问题上取得法院与当事人双赢的效果,例如一些法院进行的繁简分流的改革,凡属简单民事案件,一律适用简易程序审理。有些程序改革措施,在总体上似并未节约成本,只是在当事人与法院之间进行了成本转移。例如,我国民事诉讼原先以法院依职权调查取证为主,后来实行了加强当事人举证责任(实际上是指提供证据的责任)的改革,这项改革虽然大为减少了法院花费在调查取证上的费用和时间,但却增加了当事人及其诉讼代理人用于收集证据上的成本。

一般而言,速度与成本之间呈现出正相关关系,成本随速度的加快而降低,速度愈快,用于诉讼的成本就愈低。

公正与效率在民事司法改革中尽管都是重要的价值目标,都是新世纪法院工作的主题,但两者并非在同一层面上,与效率相比,公正具有更高的价值,因此,在完善我国民事诉讼制度时,在进行民事司法改革时,应当坚持“公正优先,兼顾效率”的价值取向和目标模式。这一目标模式要求:(1)在不影响、减损公正的前提下提高诉讼效率,但不盲目地追求效率;(2)当公正与效率发生冲突时,一般应优先满足公正的要求;(3)为了有利于公正的实现,在必要时可以适当增加诉讼成本的支出;(4)只有在效率低下成为影响公正的主要原因时,才可实行效率优先。

强调公正优先,并非是忽略和贬低效率的重要性。实际上,公正与效率是相互影响的,如果只是一味强调公正,忽略了效率,造成诉讼的迟延和诉讼成本无谓加大,最终还会损害诉讼的公正性。

二、司法改革与保障公正和提高效率

自上个世纪 80 年代中期以来,我国的民事司法改革一直在深入持续进行,几乎每年都有改革措施出台。从总体上看,已经实施的众多改革措施是有利于实现公正与效率的目标的,但具体到每个措施而言,有的是侧重于保障和强化公正,有的则是侧重于提高效率。

(一)保障公正的改革措施

1. 严格公开审判制度。

公开审判使审判活动处于透明状态,既有利于民众了解司法,增强对司法的信赖感,也有利于加强对司法的监督,防范裁判权的滥用。公开审判可以有力地促进和保障司法的公正。

我国民事诉讼法虽然规定了公开审判制度,但在审判实务中,一些地方的法院没有严格执行这项制度,一些依法应当公开审理的案件并未公开,尤其是二审案件,往往以便利为由不开庭审理。针对上述问题,最高人民法院于 1999 年 3 月颁布了《关于严格执行公开审判制度的若干规定》,该规定一方面以列举方式明确了应当公开审理的一、二审案件的范围,另一方面对应当公开而未公开审理的案件设置了包括撤销原判、发回重审和再审在内的相当严厉的法律后果。

2. 严密回避制度。

回避制度是保障司法公正的又一项重要制度。我国民事诉讼法虽然对回避制度作了规定,但一些规定较为原则,加之实践中出现了一些新的影响司法公正的情形,如有的审理案件的法官为本案当事人推荐、介绍代理人,或者为律师、其他人员介绍办理该案件;有的法官与本案的诉讼代理人有夫妻、父母、子女或者同胞兄弟姐妹关系。为解决回避制度存在的问题,最高人民法院于 2000

年1月颁布了《关于审判人员严格执行回避制度的若干规定》，该规定一方面增添了应当回避的情形，另一方面对违反规定应当回避而未回避设定了撤销原判、发回重审的法律后果，并规定违反者应受到纪律处分。

3. 实行裁判文书改革，增强裁判文书说理性。

裁判文书记载了案件的处理结果，其重要性是不言而喻的。我国的裁判文书过于简单，对裁判的理由缺乏充分的说明和论证，如对事实作出认定时，往往既未列出双方当事人提供的证据，又未写明质证情况和法官的心证情况，这就使得裁判文书显得极为武断，缺乏应有的说服力。针对上述弊端，我国法院进行了以增强裁判文书说理性为主要内容的改革。

4. 实行分权与制衡。

权力集中虽然有助于提高效率，但权力过于集中，很容易造成权力的滥用。这一政治学原理同样适用于掌握审判权的法官，尤其是自律机制尚未有效形成时的法官。改革开放初期，我国法院实行的是高度集权的审判体制，民事案件从立案到执行由一位独任法官或一个合议庭从头到尾全程负责，这种全程负责的做法由于法官熟悉案件在效率上虽然是比较高的，但也造成了权力容易被滥用的制度上的缺陷。于是，最高法院在法院内部开始分权的改革。改革首先是针对审判权与执行权的，实行审、执分离，接下来是审判权与立案权的分离，然后是裁判权与对审判监督权的分离。实行分权后，立案权、裁判权、执行权、审判监督权分别由法院内部的立案庭、审判庭、执行庭、审判监督庭行使。

民事执行是司法活动中问题较多的领域，除了执行难的问题普遍存在外，也存在着执行乱的问题。执行乱的实质是执行人员滥用了法律赋予的强制执行权，而原因则是对权力缺乏有效的制约，个人说了算。为此，我国法院近年来开始了执行改革的试点，有的地方实行两权分离（执行裁决权与执行实施权分离），有的则