

主编 张爱军 副主编 赵有明 田开封

民事行政检察监督 理论与实践 (2013卷)

——民事行政检察·黄河口论坛

Minshi Xingzheng Jiancha
Jiandu Lilun yu Shijian

山东大学出版社

主编 张爱军 副主编 赵有明 田开封

民事行政检察监督 理论与实践 (2013卷)

——民事行政检察·黄河口论坛

Minshi Xingzheng Jiancha
Jiandu Lilun yu Shijian

山东大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

民事行政检察监督理论与实践:民事行政检察·黄河口论坛. 2013 卷/张爱军主编.
—济南:山东大学出版社, 2013. 12
ISBN 978-7-5607-4956-3

I. ①民…

II. ①张

III. ①民事诉讼—检察—研究—中国 ②行政诉讼—检察—研究—中国

IV. ①D926. 3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 305724 号

策划编辑 陈一家

责任编辑 尹凤桐

封面设计 牛 钧

出版发行 山东大学出版社

社 址 山东省济南市山大南路 20 号

邮 编 250100

电 话 市场部(0531)88364466

经 销 山东省新华书店

印 刷 山东泰安金彩印务有限公司印刷

规 格 787 毫米×1092 毫米 1/16

26 印张 595 千字

版 次 2013 年 12 月第 1 版

印 次 2013 年 12 月第 1 次印刷

定 价 38.00 元

版权所有,盗印必究

凡购本书,如有缺页、倒页、脱页,由本社营销部负责调换

《民事行政检察监督理论与实践》 编委会

主 任	张爱军			
副主任	郑克诚	王钦杰	宋 焱	赵信会
	赵有明	张其斌	陈 曦	任建波
	贾恒武	陈 凌	李金强	
主 编	张爱军			
副主编	赵有明	田开封		
编 委	(按姓氏笔画排序)			
	王红艳	王艳彦	巴光莲	卢子亮
	田开封	孙庆芳	李金强	李慧泉
	吴俊东	何象文	宋玉娜	张 静
	张丰乐	张海霞	尚华河	尉风华
	燕同芳			
统 稿	田开封	李慧泉		

目 录

民事行政检察理论研究的方法(代序)	张爱军
-------------------------	-----

第一部分 基础理论与转型思考

角色与定位:民事检察制度修改的法理审视	王 建(3)
民事调解制度的体系化完善	于晓晴(7)
贯彻实施修改后民事诉讼法的几点思考	范培河(10)
民事诉讼法修改后基层民行检察的职能定位	姜远斌 曲晓棠 张 晶(14)
民事诉讼法实施后基层民事检察监督的职能定位	神合广 刘 娜(20)
民事诉讼法实施对县(区)检察机关民事检察职能的影响	尚华河 李 丽 张建国 张少丽(25)
浅谈民事检察监督制度	陈 倩(32)
民事诉讼法实施与基层民事检察职能调整	于 鹏 高跃前(36)
从一起案件看修改后民事诉讼法的适用	赵丽萍(42)
民事诉讼法实施对检察机关民事检察制度的影响	张树会(47)

第二部分 抗诉与再审研究

民事申请抗诉权研究	李文庆(53)
当议对一审生效裁决适用再审检察建议	马永平(58)
再审检察建议之我见	卢子亮(61)
民事再审检察建议效力与程序研究	张爱美 陈 凯(65)
浅析民事检察调查核实权的行使	王红艳(69)
民事检察监督引入新证据听证制度的思考	王南南(73)
民事检察监督前置程序探讨	
——《民事诉讼法》第 209 条当议	张 静 于 硕(78)
简论调解监督	吴俊东(83)

第三部分 违法调查与诉讼活动监督

基层民行检察诉讼违法行为调查机制初探	石 敏 白 雪(89)
简论民事诉讼违法情形的法律监督	张 琳(94)
民事立案监督工作初探	魏 静 尚美红(99)
民事诉讼违法调查检察监督制度研究	陈 晨 孟一姝(103)
浅析民事行政诉讼违法调查的性质与认定标准	李慧泉(111)
民事诉讼违法行为调查机制的建立与完善	杨修龙 苏秋玲(119)
民事行政诉讼违法调查与职务犯罪侦查衔接机制研究	张 超(123)
审判人员职务违法行为的法律规制	
——《民事诉讼法》第 208 条第三款之理解和适用	张观方 于 鹏(127)
民事行政诉讼违法行为调查制度研究	张娜娜(131)
检察机关构建诉讼违法调查机制探索	王艳彦(136)
民事行政诉讼违法行为调查机制研究	王艺利 李忠勋(140)
民事诉讼法第 208 条第三款对人的适用范围研究	巴光莲(144)
民事诉讼法第 208 条第三款之我见	张美娟(148)

第四部分 民事行政执行监督研究

浅议民事执行检察监督	杨明锋(153)
论民事执行检察监督	魏 玲 李翠红 亓恒坤(158)
民事执行活动监督的内容和方式	宋维霞(167)
一起案件引发的民事执行监督思考	崔玉华(170)
论执行检察监督	黄贤亭(173)

第五部分 民事行政检察监督程序与规范化

类案监督实证研究

——以民事行政检察为对象	赵有明 田开封(181)
民事行政申诉案件检调对接若干问题探究	冷建明 李 秀(192)
谈民行案件的科学分类	
——兼评 AJ2013(V85)版检察机关案件统计管理系统	宋玉娜(196)
和谐司法语境下民事检察和解的应然性分析	陈庆凤(201)
民事诉讼法实施对检察机关办理民生领域申诉案件的影响	周江涛(206)

民行、控申、案件管理衔接机制研究·····	李秀忠	李连营(212)
民事申请监督环节检调对接运行机制分析·····	吴增彦	(215)
检察礼仪在民行检察工作中的运用		
——检察决定宣告制度的仪式学解读·····	施林章	(219)

第六部分 公益诉讼探索

检察机关提起行政公诉制度初探·····	王钦杰	巴光莲(227)
我国经济公益诉讼原告资格的立法建议·····	赵有明	(235)
民事公益诉讼研究·····	东营市人民检察院课题组	(239)
检察机关参与公益诉讼制度初探·····	陈凌	孙琳(266)
行政执法检察监督探索的法律定位·····	田开封	(275)
检察机关参与公益诉讼问题研究		
——基于对若干基本问题的理解·····	赵国栋	(280)
人民检察院提起公益诉讼的立法研究·····	丁洁	(284)

附 录

民事诉讼法修改与基层民行检察职能转变研讨会观点辑要		
·····	记录整理	李慧泉 宋玉娜(289)
民事行政检察发展与创新论坛发言实录·····	记录整理	李慧泉 颜红霞(304)
同类民事案件统一法律适用与监督研讨会·····	记录整理	李慧泉(331)
民事行政检察法律沙龙记事·····	记录整理	田开封 李慧泉(355)
山东省法学会检察学研究会民事行政检察专业委员会组成名单·····		(400)
后 记·····		(402)

民事行政检察理论研究的方法

(代序)

张爱军*

曹建明检察长指出:“要适应经济社会发展,特别是中国特色社会主义法律体系形成的新要求,大力加强检察理论研究和立法研究,大力推进检察工作创新、理论创新和制度创新,努力构建更加科学完备的中国特色社会主义检察理论体系。”以检察理论创新促进工作创新,始终是我们检察工作特别是民事行政检察工作的重要任务。实践证明,民事行政检察工作是在争议中发展、在探索中完善,民事行政检察工作与民事行政检察理论研究一直是同步发展的。2013年1月1日修改后的民事诉讼法实施,民事行政检察的范围得到扩展,手段得以加强。加强民事行政检察工作的研究,今后应注意以下几个方面的问题:

一、民事行政检察理论研究要围绕服务大局来谋划研究课题

曹建明检察长强调:检察理论研究只有紧紧围绕党和国家工作大局来思考,紧扣检察机关中心工作来开展,才能找准研究的聚焦点,增强理论的指导性。民事行政检察理论研究作为检察理论研究的重要组成部分,必须把如何服务党和国家工作大局、如何服务中心工作作为理论研究的重点。民事行政检察工作在推进社会矛盾化解、参与和服务社会管理创新、促进廉洁执法三项重点中发挥着重要职能和作用。民事行政检察工作很多内容与民生相关,与行政机关执法活动相关。其工作内容的广泛性,给其服务大局发展留出较大空间。当前,我国正处于深刻的变革时期,面临转变经济发展方式、调整经济结构、保障和改善民生、发展与环境保护等一系列重大问题。民事行政检察理论研究要立足职能,紧紧围绕如何转变执法观念,围绕服务大局中的重点、难点问题来确定研究课题,为切实发挥民事行政检察职能、服务大局提供科学的理论支撑和决策依据。

* 山东省法学会检察学研究会民事行政检察专业委员会主任,山东省东营市人民检察院党组书记、检察长。

二、民事行政检察理论研究要以诉讼监督研究为重点

中国检察机关的性质是人民代表大会制度下的专门法律监督机关,对诉讼活动进行法律监督,是中国检察制度的特色。但长期以来我们检察机关对诉讼监督的研究还不够深入,关于诉讼监督理论的研究还是初步的、不系统的。加强诉讼监督不仅有利于纠正个案的违法行为,而且还对于促进整个执法和司法机关廉洁执法具有更大的现实意义。我国有三大诉讼活动,民事行政检察工作涉及两项,监督范围广、任务重。民事行政检察的具体工作与理论研究都要以诉讼活动监督为切入点。在过去一轮的司法体制改革中,加强对诉讼活动的监督是重点。检察机关出台了七项与民事行政检察工作有关系的司法改革文件,均与民事和行政诉讼活动监督有关。其中有些是开拓性的,如两高会签的《关于对民事审判活动与行政诉讼实施法律监督的若干意见(试行)》与《关于在部分地方开展民事执行活动法律监督试点工作的通知》。这些规定突破了原来监督的瓶颈,充实了民事和行政诉讼监督的基本内涵。新民事诉讼法正是在吸收了上述司法体制改革成果的基础上,将民事行政检察范围扩展到了民事诉讼的全过程。虽然新民事诉讼法规定了对检察院审判、执行等程序的监督,但这种规定仍较为抽象,在具体实施过程中,可能会存在监督程序不够明确、监督手段不够充分、监督能力不适应等一系列问题,这正是我们下一步研究的方向。

三、民事行政检察理论研究的内容要结构化

民事行政检察工作监督的属性决定了其理论研究内容的多样性。既要研究如何监督,又要研究被监督对象的工作。对研究内容进行结构性划分,有助于我们厘清不同研究人员之间的研究方向和重点。民事行政检察理论研究至少应当分三个层面进行。

第一层面是民事行政检察基本理论的研究。即从检察制度基本原理和法律监督运行机理出发,突出对民事行政检察制度发展规律的研究。研究的重点是民事行政检察监督的内涵、职能定位、价值目标和程序设计等,消除理论上对检察机关民事诉讼监督和行政诉讼监督工作的认识误区。这部分研究是一种基本检察制度的研究,应当由学术界的专家和检察系统内的理论专家来完成。

第二层面是民事行政工作的研究。基于民行工作实践探索的需要,要对民事和行政检察工作中的难点、热点问题科学分析,重点是在法律操作层面对民事行政检察工作的程序化、规范化及监督效果进行研究,强化民事行政检察工作的科学性和实效性。通过比较其他国家的法律制度下民事行政检察制度的发展轨迹以及相互之间的区别联系,确立中国特色的民事行政检察制度运作和科学发展的一般形式。这是一种理论与实务相结合的研究,需要理论和实务部门人员共同努力来完成。

第三层面是民事和行政法律的研究。本层面研究的重点是相关的实体法和诉讼程序法的具体内容。这是当前民事行政检察研究中容易被忽略的一项内容。监督者必须具有

与被监督者同等或更高的业务水平才能监督到位,检察机关重刑轻民的传统和刑事人员多于民事行政检察人员的结构现状,导致刑事法律研究优于民事、行政法律研究。如果不进行民事法律和行政法律的研究,即使被监督对象有问题,监督者也发现不了。只有将监督者的理论水平与被监督者的理论水平提高到一个平台上来,才能产生监督可能性和实效性。检察机关对民事和行政法律进行研究时,既要个案法律适用的合理性进行研究,又要注意对某一类法律问题适用统一性的研究,这是每一名基层民事行政检察工作人员应当学习研究的重点。

四、以实证研究推动多元化监督格局的构建

2010年7月,高检院在井冈山召开了全国第二次民事行政检察工作会议,曹建明检察长在会上提出了民事行政检察工作要构建以抗诉为中心的多元化监督格局的基本要求。会后,高检院通过了《关于加强和改进民事行政检察工作的决定》。近年来,全国各地在民事行政检察工作多元化监督格局方面进行了许多积极有益的实践探索。2013年1月1日实施的《中华人民共和国民事诉讼法》将执行监督、诉讼活动监督等明确化,高检院出台了《深入推进民事行政检察工作科学发展的意见》,有些地方还进行了行政执法检察监督、督促起诉、支持起诉、公益诉讼等方面的探索。这些探索实践是否符合法律规定、司法改革精神及中国实际,既需要理论给予论证,又需要实践给予验证。当前加强民事行政检察的实证研究尤为迫切。它有助于解决在构建以抗诉为中心的多元化监督格局中遇到的实践和理论冲突问题,防止民事行政检察工作走弯路。一项工作通过实证研究,得出可不可以开展和如何开展的结论,即使结论是否定的,从工作实践上看,可能否定了一项工作方法或内容,但是从理论研究成果来看,研究依然是成功的。一些在多元化监督格局中构建起来的工作,尚无细致的规范和程序,需要通过实践不断总结、完善并进行理论提升,进而推动立法完善或有关部门出台相关规范。通过对民行多元化监督检察理论的实证研究,对正在实施的改革措施进行跟踪研究和经验总结,使之上升为长效机制,更好地发挥创新经验的示范和引导作用。

五、搭建开放式研究平台,提高理论研究的权威性

曹建明检察长指出,检察理论研究是一项系统工程,不是检察机关一个部门的事情,需要各部门、各方面共同参与,密切协作,要走开放式的道路。广泛吸收专家学者进行民事行政检察理论研究,实现民事行政检察理论开放研究模式,是民事行政检察理论研究的必由之路。在过去的民事行政检察工作中,检察人员进行了大量的研究工作,但这种研究多侧重于实务研究,缺乏理论高度,加之研究人员多是检察系统内人员,观点单一,缺乏广泛性和代表性。检察机关要开门搞研究,多吸收检察系统外的力量参与,这样不仅可以提升理论研究的层次,更可以提高研究成果的权威性。由于检察业务工作过程的保密性,其他人无法参与,而民事行政检察理论研究又需要一个开放式平台,民事行政检察专业委员

判决。”就维护裁判终局性与稳定性而言,“既判力”理论是非常完善的理论根据。但从民事检察监督启动再审程序的职能与定位考虑,其与“既判力”理论之间的矛盾并非对立不可协调的。因为民事检察监督只是启动再审程序的方式之一,对其合理性的判断应当建立在对再审程序的理性认知之上。众所周知,程序是价值选择的结果,不同价值之间的冲突与平衡,正是程序建构的理念基础。程序又是实践的产物,客观需要造就程序的品格。再审程序必然建立在一定的理念与现实基础之上,否则就是空中楼阁。再审程序的理念基础主要体现为程序价值的选择,是对正义、效率与安定的合理平衡的追求;再审程序的现实基础主要体现为适应司法实践出于对裁判瑕疵与权利救济的现实需要考虑。尽管从表面上看,再审程序与“既判力”理论存在冲突,但是在实质上,二者又是协调统一的。这是因为,无论是再审程序偏重的正义价值,还是“既判力”理论偏重的效率价值,最终都是为了维护司法的权威性。而从民事检察监督的实践情况来看,无论是抗诉案件的改判效果,还是对不符合抗诉条件案件的息诉服判工作,都起到了良好的维护司法权威的作用。

二、从“审判”到“诉讼”——概念的厘清与范围界定

修改后的民事诉讼法将第14条由“人民检察院有权对民事审判活动实行法律监督”修改为“人民检察院有权对民事诉讼实行法律监督”,看似只是“审判”与“诉讼”简单的两字之差,实质上却从概念角度厘清了民事检察监督的范围,对民事检察监督范围的界定具有革命性的意义。在此之前的理论研讨中,尽管有多名学者对民事诉讼法所规定的“审判”二字作出学理解释,认为审判活动不仅仅局限为通过庭审对案件事实进行认定,对法律关系进行确认和对责任承担进行划分,庭审之前必要的诉讼准备活动亦属于审判活动的必要前置活动,而执行活动则是对法院裁判效力的确认和体现,属于审判活动当然的范畴,主张人民检察院的民事检察监督职能及于民事诉讼的全过程。但在司法实务中,这一问题一直存在争议。本次民事诉讼法修改,将民事检察监督表述为“人民检察院有权对民事诉讼实行法律监督”,从概念角度厘清了民事检察监督的范围,有利于民事检察监督职能的发挥,是监督理念和立法技术的一大进步。因为从概念角度讲,民事诉讼是指法院、当事人和其他诉讼参与人在民事诉讼审理过程中所进行的各种诉讼活动,以及由这些活动所产生的各种诉讼关系的总和。既然民事检察监督的对象是民事诉讼,其监督的范围自然及于民事诉讼的全过程,包括立案、审判和执行。为了避免概念解释上的分歧,本次立法更是直接规定了检察机关对执行、调解和审判监督程序之外的其他审判程序的法律监督,使得民事检察监督范围的界定更加清晰、明确和全面。

三、从抗诉到抗诉与检察建议并行——创新在立法中的体现

学界和实务界一致认为,1991年的民事诉讼法对民事检察监督方式的规定过于单一。因为从操作层面来讲,对于一个生效的判决、裁定,抗诉只能由作出生效裁判法院的上级人民检察院提出,而且一般是由作出生效裁判法院对应级别的人民检察院提请上级人民检察院审查。这样的监督模式不仅影响了监督的效率,有悖民事诉讼法规定的诉讼便利原则,而且还是对权力对等监督规律的违反。在多年的民事检察监督实践中,检察机关深刻认识到这种单一监督方式的局限性,逐步探索缩短办案周期、提高监督效率的方式

方法,并创新性地提出由作出生效裁判法院对应的同级人民检察院,对确有错误的裁判,建议同级人民法院启动再审程序纠错的办案模式,检察建议启动再审应运而生。在多年的探索过程中,检察建议启动再审逐步规范,监督效率和效果日益显现,显示出强大的生命力,逐步获得了社会各界的认可,本次修法中,检察建议启动再审被正式写入法律,是创新在立法中的体现。这不仅是检察监督方式的重大变革,而且还将为检察监督的创新发展提供重要的动力源泉。

四、调查权的确认——权力运行的应然模式

权力正常运行的必要因素之一即为权力功能齐全。作为一项公权力,必须具备必要的功能,方能树立自己的权威。而权威的来源有二:一是国家强制力,二是理性。民事检察监督的对象是人民法院的审判权,作为一项公权力,赋予其一定的国家强制力,是符合权力运行规律的应然选择。在修法之前的民事检察监督实践中,最高人民检察院已经深刻认识到监督权的行使必须有具有强制力的措施予以保障,在2001年制定的《人民检察院民事行政抗诉案件办案规则》中明确规定了检察机关可以基于办理抗诉案件的需要对有关事实进行调查,检察机关在民事检察监督过程中对检察监督权保障措施探索实践,最终取得了立法机关的认可,修改后的民事诉讼法在第210条中对检察机关的调查权进行了规定。调查权的赋予,不仅能够保障民事检察监督权的正确行使,而且还是保证其监督权威和监督功能发挥的正确选择。

五、“后再审”式的监督——纠错权归属的分野

民事检察监督实质是检察权对审判权的监督,是一种公权力监督公权力的权力监督模式。如何实现两项公权力的制约与平衡,牵涉到权力运行机制的问题,民事检察监督权的设定,实际就是权力结构配置问题。修改后的《民事诉讼法》第209条规定,当事人对于已经发生法律效力的判决、裁定、调解书,应当首先依法向人民法院申请再审,在三种情况下才可以转而向人民检察院申请检察建议或者抗诉。此次修法确定的监督模式,单纯从字面规定的形式来看,笔者称之为“后再审”式监督模式。这种监督模式,以规制当事人申请再审权利的行使为视角,将决定是否再审的权力优先配置给人民法院。这种权力划分模式的定位,是建立在权力边界理论的基础之上的。该理论认为,一项合理的权力结构,应该能够保证权力正常地发挥作用,对各权力主体进行合理的分解与组合,使之处于相互平衡的和谐状态,科学界定各权力主体的职能与作用范围,清晰权力边界,既彼此独立、各司其职,又相互支持、密切配合,减少权力的摩擦成本,控制越权行为,能够在一个权力结构之内解决的问题,先交由本结构之内的权力主体解决,充分发挥一个权力结构内部的矛盾解决功能,只有在在一个权力结构不能发挥功能时,才交由另一个权力结构来解决,这样做既能节约权力运行成本,又能正确区分权力边界。从一个方面看,既然民事纠纷坚持司法最终解决原则,将纠正司法错误的权力优先配置给法院,交由法院解决法院内部的问题,似乎更能提高司法效率。但是,一个不容忽视的理性问题是,法律的运行不是简单的机械化运作,必须考虑到人的因素,作为法律的执行者,人性的弱点必然影响执法的效果,这也是建立监督制度的必要性之所在。古人云:“知错能改,善莫大焉!”古人之所以把知

错能改视为大善,与人类不愿意纠正,甚至掩饰自己错误的天性不无关系。既然人类存在不愿纠正自己错误的天然弱点,将纠正法院错误的机会和权力优先配置给法院,这种内部纠错机制的运行效果,就不得不使人担忧。在多年的司法实践中,检察机关就当事人向法院申请再审被驳回后的案件提出抗诉的案件不在少数,也不乏法院再审部门的法官碍于同事情面不敢或不愿启动再审程序,推荐当事人向人民检察院申诉的案例。这些事实表明,“再审”式监督模式亦可能增加权力摩擦成本,有可能影响权力结构的运行效率。检察机关民事检察部门在修改后民事诉讼法施行的过程中,应当注重对这种“再审”式监督模式的调查研究,以验证其合理性和正当性,并视情况向立法机关提出立法建议。

总之,修改后的民事诉讼法对于民事检察监督的角色定位更加理性,其关于民事检察监督对象、范围、手段的修改,必将引起民事检察工作在执法理念、执法方式、执法机制等方面的深刻变化。各级检察机关应当明确职责分工,从案件受理、审查、调查到作出决定,应优化不同层级民事检察部门的工作重心,形成上下一体、各有侧重、各负其责、密切配合、科学高效的工作格局。要将监督的重点从裁判结果转向诉讼过程,充分、慎重地用好调查权,保证监督的权威和实效。

民事调解制度的体系化完善^{*}

于晓晴^{**}

调解具有便于修复社会关系、提高诉讼效率、矛盾化解彻底等优势。在社会转型矛盾多发的当下,面对有限的司法资源,纠纷解决的难度和压力愈发凸显。此次民事诉讼法修改认真回应时代要求,科学总结实践经验,有多个条文的修改涉及调解,对调解制度进一步加以完善,呈现出体系化的特征。

一、诉讼调解的体系化发展

修改后的民事诉讼法对诉讼调解在诉讼的各个节点上加以全面拓展,涵盖了起诉、立案、庭前、庭审、庭后乃至一审、二审和再审等诉讼的各个阶段,这就进一步彰显了诉讼调解的体系化特征。在诉讼调解的体系中,修改后民事诉讼法第122条、第133条第(二)项规定的调解更应当引起关注。

修改后民事诉讼法第122条规定了起诉后的“先行调解”。有的观点将“先行调解”称为“诉前调解”,认为属于非诉调解。理由是第122条是在“起诉和受理”一节中,位置是在第123条(关于法院应当保障当事人的诉权和案件受理立案规定)、第124条(关于受理和不予受理情形及其处置的规定)之前,因此从逻辑上看,应当解释为受理前的调解。由于法院尚未受理诉讼,所以一般将其称为“诉前调解”。笔者不赞同这一观点,这涉及诉权保护和诉的起点问题。称第122条规定的情形为“诉前调解”,存在以下问题:一是将法院的立案(受理)作为诉讼的起点,既不利于当事人诉权的保护,也不能充分解释法院“不予受理”裁定的性质和当事人对此裁定可以上诉的权利。二是将“诉前调解”作为非诉调解,既不符合司法实践,也不符合对条文的文义理解,更不利于充分发挥“先行调解”的功用。笔者认为诉讼的起点应当是当事人的起诉,对当事人的起诉,法院负有审查的职责,立案和裁定不予受理都是审查的结论,立案只是审判程序的开始。这样理解既有利于保护当事人的诉权,也符合审判权被动性的特征。此外,将“先行调解”理解为“诉前调解”即非诉调解会排除法官调解,不当地限制了调解的主体。从该条文义来看,当事人起诉到法院后,应当由法官对当事人的起诉进行审查,这就存在审查法官进行调解的可能性,“先行调解”

^{*} 本文原载2012年11月2日《检察日报》。

^{**} 山东省人民检察院党组成员、专职检委会委员。

从文义上并没有排除法官调解。从司法实践来看,近年来许多法院对起诉后的调解采用了“预立案”的做法。所谓的“预立案”,是指法院对原告提起的诉讼,办理预立案登记后,征询当事人的意见,当事人同意调解的,就由法院立案庭的法官或者民庭的法官进行调解,或者采用委托调解的方法。调解不成的,再正式立案,进入审判程序。这种“预立案”中的调解包括法官的调解,所以不宜称为“非诉调解”。

修改后民事诉讼法第133条第(二)项的规定增加的调解应为立案调解和庭前调解,这也是司法实践的产物。最高人民法院《关于进一步贯彻“调解优先、调判结合”工作原则的若干意见》第9条规定:“进一步强化立案调解工作。在案件立案之后、移送审判业务庭之前,要充分利用立案窗口‘第一时间接触当事人、第一时间了解案情’的优势,积极引导当事人选择调解方式解决纠纷。”第10条规定:“积极探索和加强庭前调解工作。在案件移送审判业务庭、开庭审理之前,当事人同意调解的,要及时进行调解。”

这里需要强调的一点是:“先行调解”“立案调解”“庭前调解”的调解主体有哪些?笔者认为,这三种调解的主体应有三种:一是法官乃至法官助理;二是受法院委托或当事人选择的人民调解员等非诉调解主体;三是受法院邀请协助调解的有关单位、技术专家、律师等。由此可见,诉讼阶段进行的调解并不必然都是诉讼调解,仍然存在着非诉调解,只有法院主持的调解才是真正的诉讼调解。

二、对违法诉讼调解的有效规制

虽然诉讼调解由法官主持,协议达成又以双方当事人的合意为必要条件,但诉权和司法权的滥用仍存在可能,违法调解的存在已经为司法实践所证明。所以,对违法调解予以有效的规制是修法的必然选择。

1. 对恶意调解的司法处罚。对我国诉讼调解制度的批评之一是对违法调解的处罚规定不够完善,导致一些当事人恶意串通,通过调解损害他人利益甚至国家利益和社会公共利益,逃避法定义务。修改后《民事诉讼法》第112条规定:“当事人之间恶意串通,企图通过诉讼、调解等方式侵害他人合法权益的,人民法院应当驳回其请求,并根据情节轻重予以罚款、拘留;构成犯罪的,依法追究刑事责任。”第113条规定:“被执行人与他人恶意串通,通过诉讼、仲裁、调解等方式逃避履行法律文书确定的义务的,人民法院应当根据情节轻重予以罚款、拘留;构成犯罪的,依法追究刑事责任。”这两条是对包括恶意调解在内的恶意诉讼的司法处罚规定,处罚的力度较大,赋予法院的自由裁量权也较大。

2. 第三人改变或撤销调解书之诉。为增强对违法调解规制的有效性,修改后民事诉讼法综合运用了多种制度设计,第56条第(三)款规定的第三人改变或撤销原调解书之诉即是其中之一。这一制度赋予了第三人对损害其民事权益的违法调解提起改变或撤销之诉的权利,既畅通了第三人权利救济的法律渠道,又有利于违法调解的发现及规制。这一制度主要借鉴了法国和我国台湾地区的第三人撤销诉讼的制度,但将调解书纳入申请撤销的对象为一创设。

3. 违法诉讼调解的再审。再审程序是我国诉讼法上专门纠错的重要制度设计,违法诉讼调解的有效规制离不开这一程序。修改后的民事诉讼法对违法诉讼调解的再审启动规定了三条路径:一是第198条规定的各级法院院长对本院、上级法院对下级法院发现生

效调解书确有错误的,依职权提起再审;二是第201条规定当事人对违反自愿和合法原则的生效调解书申请再审;三是第208条规定检察机关对损害国家利益、社会公共利益的生效调解书提出抗诉或检察建议。

显而易见,这三个路径对于纠正违法诉讼调解特别是虚假调解、恶意调解等具有重要作用,但不同的启动条件又难免会给司法实践带来困难和疑惑。那么如何正确看待这些不同的启动条件?笔者认为,应当根据法律规定原意,结合前后条文及司法实践来理解。如法院依职权提起再审的条件是发现调解书确有错误,但司法实践已经证明,并非只要有错误就必然地、绝对地启动再审,是否启动再审根本仍取决于调解是否遵循了自愿原则,是否符合法律规定。再如当事人申请再审的条件是提出证据证明调解违反自愿原则或协议内容违反法律规定,若以许诺当事人一定的利益诱使其达成调解协议或以“以判压调”等方法迫使其同意调解,显然违反自愿原则,但也不能将违反自愿原则的适用范围扩大,比如为促成情绪严重对立的当事人互谅互让、握手言和,不告知其另一方采取的一些激烈言行,则是调解的艺术和策略,不能看成隐瞒真相,从而认为违反了当事人的自愿原则。同理,检察机关对损害国家利益、社会公共利益的调解有权提出抗诉或检察建议,这里的国家利益、社会公共利益也不能孤立地理解为绝对地排除了个人利益,因为一方面国家利益和社会公共利益的概念具有相当的不确定性,另一方面许多情况下国家利益也是通过个人利益表现出来的,我们不能仅凭事物的表象判断事物的本质。如虚假调解、恶意调解等,严重背离调解的原则,其损害的就不仅仅是当事人或案外人的利益,而且是对法律秩序的恣意违反,必然损害国家利益。当然,也不能把所有损害当事人或案外人利益的违法调解都不加分析地一概视为损害国家利益,因为两者毕竟有质的差异。

贯彻实施修改后民事诉讼法的几点思考

范培河*

2012年8月31日十一届全国人大常委会第二十八次会议修改的民事诉讼法,已于2013年1月1日起施行。八个多月来,仅《检察日报》就开辟了“关于修改民事诉讼法的决定专家解读”“一线看民诉”等专栏,刊登了50余位专家学者、司法实务人员的论述,对修改后的民事诉讼法进行了全方位解读,这对深刻理解和准确把握民事诉讼法起到重要作用。笔者在认真学习的基础上,结合民事检察的具体实践,提出一些建议和思考,以期对更好地贯彻实施民事诉讼法有所裨益。

一、围绕一条主线,把握职能定位

修改后的民事诉讼法第14条规定:“人民检察院有权对民事诉讼实行法律监督。”根据这一条文,民事检察监督由过去对生效裁判的监督,向前延伸到人民法院的受理,向后扩展到执行终结,从而在立法上使民事检察监督的范围扩大到民事诉讼的全过程。既要监督“事”,又要监督“人”。需要强调的是,民事检察监督在性质上仍然是对审判公权力的监督。虽然检察机关对发现的当事人的恶意诉讼、虚假诉讼、逃避执行等在民事诉讼中的违法情形可以提出纠正意见,但这不是直接监督当事人,而仍应通过人民法院的审判和执行活动予以纠正。民事检察监督是居中监督,检察机关代表国家行使法律监督权,在当事人之间要保持客观、中立、公正的立场,不代表任何一方当事人。监督的范围是审判机关及其审判、执行人员发生的违法情形或生效的错误判决、裁定、调解书;监督的效力主要是依法启动相应的法律程序,纠正违法情形和行为,检察机关不代行审判权;监督的基本目标是通过依法监督纠正诉讼违法和裁判不公问题,维护司法公正,维护社会主义法制统一、尊严和权威。

二、明确两种方式,依法进行监督

《民事诉讼法》第208条明确规定的两种监督方式是抗诉和检察建议。抗诉适用于《民事诉讼法》第200条、208条、209条规定的情形,检察建议还包括第235条的情形。因此,检察建议有比抗诉更为广泛的适用情形,包括:对符合抗诉条件的案件提出的个案监

* 山东省人民检察院。