

民事抗诉论

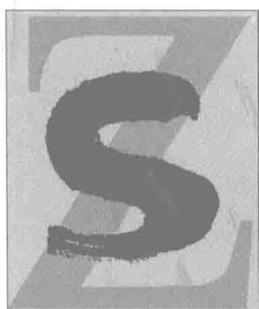
On Civil Protest



○ 宋小海 / 著

中国地方社会科学院学术精品文库·浙江系列

民事抗诉论



On Civil Protest

● 宋小海 / 著



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目(CIP)数据

民事抗诉论 / 宋小海著. -- 北京 : 社会科学文献出版社, 2017.11

(中国地方社会科学院学术精品文库·浙江系列)

ISBN 978-7-5201-1555-1

I. ①民… II. ①宋… III. ①民事诉讼-抗诉-研究-中国 IV. ①D925.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 250279 号

中国地方社会科学院学术精品文库·浙江系列

民事抗诉论

著 者 / 宋小海

出 版 人 / 谢寿光

项目统筹 / 宋月华 杨春花

责任编辑 / 孙以年

出 版 / 社会科学文献出版社·人文分社(010)59367215

地址:北京市北三环中路甲 29 号院华龙大厦 邮编:100029

网址:www.ssap.com.cn

发 行 / 市场营销中心(010)59367081 59367018

印 装 / 三河市尚艺印装有限公司

规 格 / 开 本: 787mm×1092mm 1/16

印 张: 19.25 字 数: 237 千字

版 次 / 2017 年 11 月第 1 版 2017 年 11 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978-7-5201-1555-1

定 价 / 99.00 元

本书如有印装质量问题,请与读者服务中心(010-59367028)联系

 版权所有 翻印必究

编辑委员会名单

主 任： 张伟斌 迟全华

副主任： 葛立成 毛 跃 潘捷军 陈柳裕 王金玲

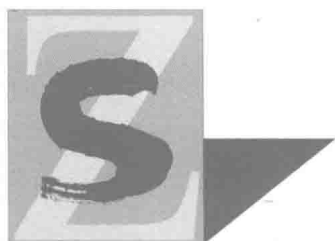
成 员： （按姓氏笔画排序）

万 斌 毛亚敏 卢敦基 华忠林 杨建华

吴 蓓 谷迎春 宋月华 陈 野 陈永革

陈华兴 林华东 徐吉军 徐剑锋 董郁奎

解力平 戴 亮



中国地方社会科学院学术精品文库·浙江系列

本书由浙江省省级社会科学学术著作
出版资金资助出版

打造精品 勇攀“一流”

《中国地方社会科学院学术精品文库·浙江系列》序

光阴荏苒，浙江省社会科学院与社会科学文献出版社合力打造的《中国地方社会科学院学术精品文库·浙江系列》（以下简称“《浙江系列》”）已经迈上了新的台阶，可谓洋洋大观。从全省范围看，单一科研机构资助本单位科研人员出版学术专著，持续时间之长、出版体量之大，都是首屈一指的。这既凝聚了我院科研人员的心血智慧，也闪烁着社会科学文献出版社同志们的汗水结晶。回首十年，《浙江系列》为我院形成立足浙江、研究浙江的学科建设特色打造了高端的传播平台，为我院走出一条贴近实际、贴近决策的智库建设之路奠定了坚实的学术基础，成为我院多出成果、快出成果的主要载体。

立足浙江、研究浙江是最大的亮点

浙江是文献之邦，名家辈出，大师林立，是中国历史文化版图上的巍巍重镇；浙江又是改革开放的排头兵，很多关系全局的新经验、新问题、新办法都源自浙江。从一定程度上说，在不少文化领域，浙江的高度就代表了全国的高度；在不少问题对策上，浙江的经验最终都升华为全国的经验。因此，立足浙江、研究浙江成为我院智库建设和学科建设的一大亮点。《浙江系列》自策划启动之日起，就把为省委、省政府决策服务和研究浙江历史文化作为重中之重。十年来，《浙江系列》涉猎

领域包括经济、哲学、社会、文学、历史、法律、政治七大一级学科，覆盖范围不可谓不广；研究对象上至史前时代，下至 21 世纪，跨度不可谓不大。但立足浙江、研究浙江的主线一以贯之，毫不动摇，为繁荣我省哲学社会科学事业积累了丰富的学术储备。

贴近实际、贴近决策是最大的特色

学科建设与智库建设双轮驱动，是地方社会科学院的必由之路，打造区域性的思想库与智囊团，是地方社会科学院理性的自我定位。《浙江系列》诞生十年来，推出了一大批关注浙江现实，积极为省委、省政府决策提供參考的力作，主题涉及民营企业发展、市场经济体系与法制建设、土地征收、党内监督、社会分层、流动人口、妇女儿童保护等重点、热点、难点问题。这些研究坚持求真务实的态度、全面历史的视角、扎实可靠的论证，既有细致入微、客观真实的经验观察，也有基于顶层设计和学科理论框架的理性反思，从而为“短、平、快”的智库报告和决策咨询提供了坚实的理论基础和可靠的科学论证，为建设物质富裕、精神富有的现代化浙江贡献了自己的绵薄之力。

多出成果、出好成果是最大的收获

众所周知，著书立说是学者成熟的标志；出版专著，是学者研究成果的阶段性总结，更是学术研究成果传播、转化的最基本形式。进入 20 世纪 90 年代以来，我国出现了学术专著出版极端困难的情况，尤其是基础理论著作出版难、青年科研人员出版难的矛盾特别突出。为了缓解这一矛盾和压力，在中共浙江省委宣传部、浙江省财政厅的关心支持下，我院于 2001 年设立了浙江省省级社会科学院优秀学术专著出版专项资金，从 2004 年开始，《浙江系列》成为使用这一出版资助的主渠道。同时，社会科学文献出版社高度重视、精诚协作，为我院科研人员学术专著出版提供了畅通的渠道、严谨专业的编辑力量、权威高效的书

稿评审程序，从而加速了科研成果的出版速度。十年来，我院一半左右科研人员都出版了专著，很多青年科研人员入院两三年左右就拿出了专著，一批专著获得了省政府奖。可以说，《浙江系列》已经成为浙江省社会科学院多出成果、快出成果的重要载体。

打造精品、勇攀“一流”是最大的愿景

2012年，省委、省政府为我院确立了建设“一流省级社科院”的总体战略目标。今后，我们将坚持“贴近实际、贴近决策、贴近学术前沿”的科研理念，继续坚持智库建设与学科建设“双轮驱动”，加快实施“科研立院、人才兴院、创新强院、开放办院”的发展战略，努力在2020年年底总体上进入国内一流省级社会科学院的行列。

根据新形势、新任务，《浙江系列》要在牢牢把握高标准的学术品质不放松的前提下，进一步优化评审程序，突出学术水准第一的评价标准；进一步把好编校质量关，提高出版印刷质量；进一步改革配套激励措施，鼓励科研人员将最好的代表作放在《浙江系列》出版。希望通过上述努力，能够涌现一批在全国学术界有较大影响力的学术精品力作，把《浙江系列》打造成荟萃精品力作的传世丛书。

是为序。

张伟斌

2013年10月

目 录

导 论	1
一 研究之缘起	1
二 本书基本构思与内容	4
三 本书研究的意义与局限性	6
第一章 民事检察概论	8
第一节 基本范畴	8
一 民事检察	8
二 民事诉讼检察监督	12
三 民事抗诉	14
第二节 民事检察制度的比较法考察	16
一 法国民事检察制度	16
二 德国民事检察制度	19
三 日本民事检察制度	20
四 英国民事检察制度	21

五	美国民事检察制度·····	22
六	俄罗斯民事检察制度·····	24
第三节	中国民事检察制度的历史发展·····	28
一	新中国成立初期的民事检察制度·····	29
二	民事检察制度的重建与发展·····	31
第二章	民事抗诉制度的合理性之争·····	38
第一节	民事抗诉制度质疑论·····	40
一	民事抗诉侵犯当事人处分权·····	40
二	民事抗诉损害当事人诉讼地位平等原则·····	42
三	民事抗诉有违案件裁判的不确定性·····	45
四	民事抗诉损害审判独立·····	46
五	民事抗诉损害司法裁判的终局性和司法权威·····	48
六	民事抗诉不符合诉讼经济原则·····	52
第二节	民事抗诉制度维护论·····	53
一	正面立论·····	54
二	对质疑论的反驳·····	59
第三节	对合理性之争的简要评析·····	75
第三章	检察监督的基础理论·····	82
第一节	“法律监督”概念考察·····	82
一	“法律监督”的含义分歧·····	82
二	法理学解释的局限性·····	85
三	“法律监督”的语源考察·····	88
四	“法律监督”的本义·····	91

五 检察权的法律监督性质	95
第二节 “法律监督”的概括性意指	99
一 一个有待思考的问题：“法律监督”的意指	99
二 “法律监督”系职权概念	101
三 检察权的结构	104
四 “法律监督”的概括意指	110
第四章 民事抗诉制度的构造与功能	114
第一节 民事抗诉制度的构造	115
一 构造概念及其应用	116
二 民事抗诉制度构造的概念	119
三 民事抗诉制度构造的历史演变	122
第二节 民事抗诉制度的功能	127
一 制度功能的概念	127
二 关于民事抗诉制度功能的各种观点	130
三 民事抗诉制度功能的界分原理	133
四 民事抗诉制度的原初功能	139
五 民事抗诉制度功能的嬗变	140
第五章 民事抗诉监督的诉讼结构	145
第一节 既有理论的检视	146
一 关于民事抗诉监督诉讼结构的各种理论	146
二 对既有理论的检视	155
第二节 民事抗诉监督诉讼结构的新分析	159
一 诉讼结构分析的基础理论	160

二 诉讼结构分析的展开	166
第六章 民事抗诉制度的合理性论证	173
第一节 面向旧构造的理论阐释及其困境	175
一 民事抗诉制度的宪法基础	176
二 民事抗诉制度的诉讼法理根据	181
三 民事抗诉的原则特征	186
四 应然的程序关系	188
五 应然的程序构造	190
六 小结：旧阐释的理论困境	191
第二节 面向新构造的理论阐释	193
一 再审之诉概述	195
二 民事抗诉制度新构造与再审之诉的原理相融性	200
三 小结	218
第七章 抗诉事由	220
第一节 抗诉事由概论	220
一 抗诉事由的概念	220
二 抗诉事由的作用	222
三 抗诉事由的设置	223
四 抗诉事由的立法演变	226
第二节 抗诉事由的理解与把握	236
一 有新的证据，足以推翻原判决、裁定的	237
二 原判决、裁定认定的基本事实缺乏证据证明的	244
三 原判决、裁定认定事实的主要证据是伪造的	247

四 原判决、裁定认定事实的主要证据未经质证的	249
五 对审理案件需要的主要证据，当事人因客观原因不能自行收集，书面申请人民法院调查收集，人民法院未调查收集的	251
六 原判决、裁定适用法律确有错误的	252
七 审判组织的组成不合法或者依法应当回避的审判人员没有回避的	257
八 无诉讼行为能力人未经法定代理人代为诉讼或者应当参加诉讼的当事人，因不能归责于本人或者其诉讼代理人的事由，未参加诉讼的	260
九 违反法律规定，剥夺当事人辩论权利的	261
十 未经传票传唤，缺席判决的	263
十一 原判决、裁定遗漏或者超出诉讼请求的	264
十二 据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更的	266
十三 审判人员审理该案件时有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为的	268
结 语 “再审程序抗诉一元启动”之展望	271
参考文献	276
后 记	290

导 论

一 研究之缘起

从很多方面来看，我国民事抗诉制度都是一项“小众性”的制度。从立法来看，民事抗诉是我国民事诉讼法规定的作为非常规救济程序之审判监督程序中的一小部分，立法表述上位于法院依职权再审、当事人向法院申请再审等再审启动机制之后；从司法实务来看，民事抗诉在传统上以刑事检察为主的检察机关业务格局中居于次要甚至边缘的位置；而从学理上看，民事抗诉制度一直被视为与传统民事诉讼原理格格不入的“异物”，从而未能被学界主流所真正重视。尽管如此，因为本人多年从事民事检察工作之故，民事抗诉制度对于笔者而言却是一个“大写”的存在，缘分极深。笔者对其有着很深的经验体会，也有长时期的个人思考。

检察机关现行的民事行政检察业务是从 20 世纪 80 年代后期才逐渐开展起来的。相比于传统的公诉、批准逮捕以及职务犯罪侦查等刑事检察职能，民事行政检察业务起步较晚，且立法规定简略，实践中有一个逐步探索的过程，制度与理论的完备性远远不足，因而在实务上与理论上很容易造成迷茫、分歧与争论。而在民事行政检察整体业

务中，民事抗诉则无疑占据着“主业”的重要位置。尽管晚近一些年来，检察机关民事支持起诉、民事督促起诉、行政执法监督以及公益诉讼等探索性工作不断受到关注与推进，但到目前为止，民事抗诉业务仍然占据着“头把交椅”（行政抗诉只占极少数）的位置。因此，就民事行政检察职能范围而言，民事抗诉毫无疑问成为实务界和理论界关注的核心。民事抗诉制度既是大家建设性关注的对象，也是大家质疑与批判的焦点。就建设性关注而言，大家看到了检察权对审判权进行法律监督的宪法依据，以及民事抗诉制度对于维护司法公正的现实意义，从而提倡予以进一步完善和发展。而从质疑与批判方面而言，大家看到了民事抗诉所带来的诉讼程序上的难题，并尖锐地提出了民事抗诉制度与学界高度共识的传统民事诉讼原理之间所存在的内在紧张与冲突。这两方面的关注相互抵触，最终构成了关于民事抗诉制度是否具有合理性的巨大争议。

应当说，民事抗诉涉及的程序上的难题是多方面的。例如，如果没有当事人申诉在先，检察机关是否可以依职权提出民事抗诉？如果检察机关可以依职权提出民事抗诉，那么是否涉及侵犯当事人处分权？如果检察机关依职权提出民事抗诉后，再审开庭时双方当事人都不出庭，那么诉讼该如何进行？以及类似的情况，如果检察机关提出民事抗诉后，法院再审过程中申诉人撤回申诉或者再审请求，那么又该如何处理？检察机关办理民事抗诉案件是否可以依职权调查取证以及抗诉案再审时对自己的抗诉观点是否负有举证责任？如果检察机关办理民事抗诉案件时可以依职权调查取证，那么是否会变相成为申诉人一方的“公请律师”，从而破坏双方当事人诉讼地位平等原则？如果检察机关承担举证责任，那么是否与其法律监督机关的职责不相符以及是否明显破坏了当事人的举证责任规则？如果检察机关不承担举

证责任，那么应由谁来负责提出证据资料以支撑抗诉观点？以及与此相关，抗诉案开庭再审时检察机关是否可以参加各项庭审活动，以实质性地支撑其抗诉观点？如果再审时检察机关不参与各项庭审活动，那么该如何实际支撑其抗诉观点以及如何落实其法律监督职责？如果再审时检察机关可以参与各项庭审活动，那么该如何处理作为法律监督者的检察权和作为庭审主持者的审判权之间的关系，以及该如何处理同时作为法律监督者与庭审参与者的检察机关和同样作为庭审参与者的双方当事人之间的关系（如被申诉一方当事人是否可以向检察人员发问以及是否可以要求与其进行法庭辩论）？诸如此类不一而足。上述这些问题并非孤立存在，而是内在相互关联的，并且程序问题与诉讼法理问题相互交织。甚至应当说表面上是一个个的程序问题，但其背后实质上还是诉讼法理的问题。正是基于上述种种问题情境，很多人对民事抗诉制度提出了质疑与批判，并酿成了引人注目的合理性争论。

民事抗诉存在的上述种种问题以及由此引发的合理性争论，深深地困扰着大家，并因此实际影响到了民事抗诉制度的立法完善与实务发展。对此，笔者深有感触，也一直在进行着思索。作为民事抗诉制度长期的实践者与参与者，笔者内心对其充满着自然的亲和感，因此也曾试图竭力予以一一解答，以为民事抗诉制度辩护。但是，沉下心来思考发现，试图孤立地一个一个解答上述问题是徒劳无益的。我们必须从整体上系统地阐述清楚民事抗诉制度的法理逻辑，形成完备的民事抗诉制度诉讼理论体系，这样才能有效地应对浮现出来的一个个具体的程序或理论难题。而且阐释这样一个民事抗诉制度诉讼理论体系的过程，其实就是为民事抗诉制度进行合理性论证的过程。很显然，我们非常需要这样的合理性论证。应当说，民事抗诉制度的维护论者