

中国法学会诉讼法学研究会

诉讼法理论与实践

(2003年·民事、行政诉讼法学卷)

(下)

主 编 陈光中

副主编 蔡江生 周国均

中国政法大学
出版社

诉讼法理论与实践

(2003年·民事、行政诉讼法学卷)

(下)

中国法学会诉讼法学研究会

主 编 陈光中

副主编 蔡江生 周国均

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

诉讼法理论与实践·下,2003年民事诉讼与行政诉讼法学卷
/陈光中主编.-北京:中国政法大学出版社,2004

ISBN 7-5620-2612-2

I. 诉… II. 陈 III. ①民事诉讼法-中国-文集②行政诉讼法-中国-文集 IV. D925.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 073864 号

书 名 诉讼法理论与实践(下册)
(2003年民事、行政诉讼法学卷)
出 版 人 李传敢
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 北京博诚印刷厂
开 本 787×1092 1/16
印 张 36.75
字 数 865千字
版 本 2004年9月第1版 2004年9月第1次印刷
书 号 ISBN 7-5620-2612-2/D·2572
定 价 48.00元

社 址 北京市海淀区西土城路25号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563(发行部) 62229278(总编室) 62229803(邮购部)
电子信箱 zf5620@263.net
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名:中国政法大学出版社)

☆☆☆☆

声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

诉讼法理论与实践

(2003 年卷)

编辑委员会

顾问 刘家琛 江 伟 张 穹 沈德咏 孙 谦

主任 陈光中

副主任 蔡江生 周国均 孙礼海 谭 兵

委员 (按姓氏笔画排列)

韦以明 左卫民 许诗明 张卫平 李 浩 李汉昌

李学宽 李忠信 宋英辉 汪建成 杨海坤 肖贤富

陈卫东 陈桂明 徐静村 崔 敏 薛刚凌 樊崇义

戴玉忠 魏 彤

秘书 罗海敏

前 言

2003年中国法学会诉讼法学研究会年会于2003年12月13日至15日在广西壮族自治区南宁市召开，本次年会由诉讼法学研究会和广西壮族自治区司法厅、广西壮族自治区法学会联合举办。年会的中心议题为：完善诉讼程序，推进司法体制改革——结合三大诉讼法典的修改。具体议题为：①刑事诉讼法理念的现代化；②刑事诉讼法修改的必要性与建议；③刑事证据制度的完善；④与刑事司法制度有关的司法体制改革；⑤民事诉讼法修改的必要性与建议；⑥民事二审制度的改革与完善；⑦民事再审制度的改革与完善；⑧仲裁与民事诉讼之互动关系研究；⑨行政诉讼法的修改与行政审判体制的改革。年会论文在编辑出版时共收入209篇；分为上下两卷，即：刑事诉讼法学卷和民事、行政诉讼法学卷。从总体上看，本次年会的论文具有较高的学术研究和较强的应用性，对立法、司法以及法学教育、研究部门具有重要的参考价值。因为篇幅所限，我们对论文做了删减，请作者谅解。

由于时间仓促，书中疏漏之处在所难免，恳请读者指正。

2003年年会文集的出版得到了广西壮族自治区法学会、广西壮族自治区高级人民法院、广西壮族自治区人民检察院、广西壮族自治区公安厅、南宁市中级人民法院、广西大学、广西政法管理干部学院、广西民族学院、广西律师协会、刘晰律师事务所、至诚律师事务所、意远律师事务所、远东事务所的资助，在此表示感谢。

2003年年会文集的出版与发行得到了中国政法大学出版社的大力支持，在此表示感谢。

《诉讼法理论与实践》

编辑委员会

2004年4月

目 录

民事诉讼法学部分

／一、民事诉讼原则与制度／

1. 略论民事诉讼法的修订 江 伟 孙邦清 (3)
2. 民事诉讼法修改的目标及其实现途径
——权利法哲学角度的思考 陈桂明 相庆梅 (10)
3. “权利本位”范式与民事诉讼法学的发展
——民事诉讼法修改的法理视角 李 卓 吕淑琴 (18)
4. 民事司法改革的合法性控制
——兼论民事诉讼法的修改 张 榕 (24)
5. 关于调整民事诉讼法典结构的建议 何文燕 李喜莲 (31)
6. 论修改民事诉讼法的必要性与诉讼和解制度的完善 黄双全 (36)
7. 中国传统民事诉讼的特质及其流变 常 怡 黄 娟 (40)
8. 分流、多元与配套：民事诉讼程序立法完善
——从合力与合意角度的观照 王铁玲 陆而启 (49)
9. 论民事诉讼处分原则 吴明童 段莉琼 (56)
10. 论及时审理原则 易 萍 (62)
11. 在我国民事诉讼法中应当确立相称原则 杨春华 (68)
12. 为什么非正式开庭
——民事司法改革的一种思路 徐 昕 徐 昀 (75)

13. 论市场观念下的审判权与诉权关系·····	高壮华 (82)
14. 论民事检察监督的归位·····	邵俊武 (85)
15. 检察机关提起民事诉讼的若干问题研究·····	李中和 耿晓东 宋旺兴 (95)
16. 公益诉讼效益之管见·····	吴 俐 王玉萍 (101)
17. 浅谈对公益诉讼的认识·····	孔丁英 (108)
18. 公益诉讼初探·····	彭向阳 (113)
19. 论民事诉讼对不同效力行政行为的解决·····	羊 琴 (118)
20. 法院调解制度的修订:问题与探讨·····	李 浩 (125)
21. 关于民事审级制度若干问题的思考·····	刘田玉 (131)
22. 两审终审制的反思与重构	
——兼评“三审终审”论的非现实性·····	李 轩 (138)
23. 我国民事审级制度改革实证分析·····	张立平 (145)
24. 民事诉讼回避制度适用主体之立法完善	
——兼论与相关法律制度的协调·····	张晋红 郑斌峰 (157)
25. 论民事诉讼当事人的自由权	
——以人权为视角·····	田平安 肖 晖 (163)
26. 修改案外人异议制度之思考	
——从一起政法委协调案外人执行异议案谈起·····	王红岩 刘志勇 袁新宽 (170)
27. 公司可以作为出资纠纷的适格原告·····	邱隆芬 (178)
28. 略论仲裁与司法的关系·····	杨荣新 张艳蕊 金妩淳 (186)
29. 我国仲裁制度的反思和完善·····	谭 兵 (193)
30. 试从历史演变和程序价值角度看民事诉讼与仲裁之关系·····	宋太郎 汪 峰 (200)
31. 论我国仲裁监督模式的优化·····	蔡 虹 (207)
32. 理顺仲裁与司法的关系充分发挥辅助与支持、监督作用·····	叶永禄 周书梅 (213)
33. 仲裁与诉讼相互关系二题·····	李艳梅 (220)
34. 法院不予执行仲裁裁决的适度性标准·····	乔 欣 (225)
35. 论完善我国商事仲裁的内部监督和行业监督机制·····	张芳芳 (232)
36. 完善民事调解制度若干问题研究·····	吕洪民 隋长征 (238)
37. 论我国诉讼调解研究和实践中的五大误区·····	唐东楚 (245)
38. 我国企业破产预防制度的多样化构建·····	韩长印 (252)
39. 裁判文书主文表述的检讨与追问·····	胡建萍 (262)
40. 《海牙国际司法救助公约》与中国的涉外司法救助·····	郭树理 (271)

41. 从法定法官到选择法官
——台湾地区民事诉讼合意选定法官制度论析与启示 刘 敏 (279)
42. 台湾民事诉讼中合意选择法官制度透视 刘学在 (286)

／二、证据制度／

43. 论我国民事诉讼中当事人的举证责任 于绍元 金 琳 (293)
44. 公正与效率的衡平
——对《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》
几个问题的探讨 徐秉晖 (299)
45. 论司法认知 韩象乾 罗 歆 (307)
46. 当事人陈述的功能调整
——论当事人陈述在未来民诉法中的应然属性和作用 王福华 (315)
47. 试论完善我国民事诉讼的证人制度 王锦意 冯怀球 (322)

／三、民事诉讼程序／

48. 基于审前准备程序改革的思考 蔡彦敏 (327)
49. 民事审判集中化的模式选择 汤维建 许尚豪 (334)
50. 关于民事诉讼二审程序问题的思考 王 娣 钦 骏 (341)
51. 我国民事上诉制度若干缺陷之分析 齐树洁 (348)
52. 重整我国民事上诉审制度的理论构想 宋朝武 (355)
53. 完善我国民事上诉审程序的理论构想 蒋为群 (362)
54. 强制执行若干问题研究 石先钰 (367)
55. 论民事执行救济制度之法理基础
——兼论执行实施权与执行裁判权的分离 洪 浩 操旭辉 (373)
56. 强制执行中财产客体的限制与排除 王志胜 (380)
57. 我国民事再审程序之重构
——以权力、权利的冲突与衡平为视角 羊 震 (387)
58. 建立民事再审之诉的法律思考 张丽霞 (394)
59. 试论我国民事再审启动主体制度的重构 李汉昌 桂华杰 (401)

60. 浅析我国民事再审程序重构中的当事人处分权问题 姜霞 (409)
61. 论完善民事再审程序中的抗诉程序 杨飞海 (415)
62. 试论审判监督程序的规范与重构 况继明 (419)
63. 论审判监督程序的改革 吴小英 (426)

行政诉讼法学部分

1. 论行政诉讼法的修改和完善 孟昭阳 曹作义 (435)
2. 我国行政诉讼类型化之初步探索
——兼论我国行政诉讼法修改之方向 杨海坤 章志远 (442)
3. 行政诉讼法的理念、原则与规则 陈宏光 刘章 (449)
4. 完善行政诉讼制度的几点构想 肖峰昌 (456)
5. 从诉权保障论行政诉讼法的立法完善 张显伟 (460)
6. 权利有效保障原则及其对我国行政诉讼制度的影响 解志勇 (467)
7. 关于设立行政法院之我见 李季 (473)
8. 我国行政诉讼受案范围问题探析 杨明前 徐世平 (479)
9. 行政诉讼受案范围的宪政分析 胡肖华 欧爱民 (485)
10. 我国行政诉讼受案范围之再探讨
——兼论抽象行政行为与具体行政行为的分类标准 孔繁华 (490)
11. 具体行政行为和抽象行政行为区别标准新表述 罗文燕 (495)
12. 程序正义
——最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》的价值取向 ... 唐连荣 (503)
13. 论行政诉讼原告法律地位 高新华 (509)
14. 行政被告制度之检讨 薛刚凌 胡兰芳 (516)
15. 论行政公益诉讼的原告资格 余贵忠 史麒麟 (524)
16. 关于建立检察机关提起行政诉讼制度的思考 宁建海 宋雅芳 (530)
17. 试论行政诉讼附带民事诉讼制度 杨新 (537)
18. 论非诉行政执行之司法审查问题 欧仁山 (542)
19. 我国对结社自由的司法保护与界限
——以工会法新增加司法保护条款为讨论线索 赵正群 (548)
20. 中国法学会诉讼法学研究会 2003 年年会学术观点综述 (553)

民事诉讼法学部分

／一、民事诉讼原则与制度／

略论民事诉讼法的修订

江 伟 孙邦清

1991年颁行的中国民事诉讼法已经伴随我们进入新世纪近三个年头，在世界各国相继掀起民事诉讼制度改革浪潮之际，已历经12个春秋的中国民事诉讼法在日新月异、瞬息万变的现代中国何去何从就成为当前我国民事诉讼法学界和立法机关所面对的最重大课题。法律的安排受制于社会生活的需要和公平与正义的要求所作出的定期性评价，^{〔1〕}根据社会的变迁制定一部现代意义上的民事诉讼法典，使民事司法制度更接近人民、更有利于保护人民的实体权利进而提升民事司法的公正度与权威度，已成为立法机关与民事诉讼法学界所面临的一项刻不容缓的艰巨任务。本文从民事诉讼法修订的必要性、立法框架、重大程序制度的改造等诸方面对我国民事诉讼法的修订提出了若干建议，以期加速新世纪中国民事诉讼法的建构与完善。

一、修订民事诉讼法的必要性与立法框架

（一）修订民事诉讼法的必要性

现行民事诉讼法是在我国市场经济确立之前出台的，这一立法背景决定了现行法不可避免地未反映一些与市场经济相契合的现代民事诉讼理念，一些基本的程序制度不能适应市场经济的需求，且存在着条文过于简约、粗糙及操作性不强等缺陷。自民事诉讼法颁行以来，我们国家经历了两次修宪，^{〔2〕}确立了依法治国方略，市场经济体制虽然并不完善，但已基本确立，^{〔3〕}并且随着我国加入世界贸易组织及签署一系列国际公约，如《公民权利和政治权利国际公约》等，现行民事诉讼法与其适用的社会环境之间的差距越来越明显，民事诉讼法的滞后性日渐突出。

为了使民事诉讼法适应已变化了的社会实践，人民法院围绕证据制度、简易程序、普通程序、再审程序以及执行制度等进行了富有成效的改革。作为这一改革经验主要表现形式的司法解释已经触及到现行民事诉讼法的各个方面，其中很多司法解释已突破自身界限

〔1〕 [美] 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第242页。

〔2〕 值得注意的是，对宪法新的修订也正在紧锣密鼓地进行。

〔3〕 我国的市场化已得到很多国家的承认，如欧盟于1998年宣布将中国从非市场经济国家名单中取消，将中国视为市场转型经济国家。

而具有立法的性质，民事诉讼法已经被各种形式的司法解释所肢解、淹没，而变得支离破碎。依照我国宪法和立法法，这种改革并不具有合法性，因此依靠司法解释来弥补立法缺陷的方式并不符合法治的基本精神。当然在目前形势下我们不能对其过于苛责，因为我国立法机关没有履行其应有的立法职能，在立法职能缺位的情况下，最高人民法院以司法解释的形式对民事诉讼法进行补充，使之基本适应于变化的社会，填补了立法职能缺位留下的空当，这种做法具有积极的意义。当然，从长远的法治精神出发，如果民事诉讼法确实需要补充，应当是最高人民法院向全国人大常委会提出修订建议，由全国人民代表大会进行立法工作，或者由全国人民代表大会授权最高人民法院进行有关的修订，而不是最高人民法院自行以司法解释的形式对之进行修改。目前我国强制执行法已经列入立法日程，而有关证据法制定的讨论也正热火朝天，有望列入立法日程，在此形势下，若民事诉讼法不同步修订，那么它与证据法、强制执行法之间的不协调甚至冲突会进一步损害民事诉讼法作为程序基本法的完整性。

修法之必要性还来自于世界性民事诉讼法改革浪潮的冲击。自上个世纪末至本世纪初，为解决民事司法危机，世界各国掀起了轰轰烈烈的民事司法改革大潮，这对我国的司法改革起到了推波助澜的作用，我国的司法改革也从中吸取到很多有益的养分。但与我国的司法改革不同的是，各国司法改革的方式无一不是以修订民事诉讼法的形式完成的，^{〔1〕}这种方式保证了司法改革在法治框架内进行，保证了改革的合宪性、合法性。反观我国，目前的司法改革不仅其合法性引人质疑，并且由于各地改革的情形千差万别，极大地影响了民事诉讼法的统一适用，也导致了很大的司法任意性。因此，加快民事诉讼法修订的要旨还在于确保民事诉讼程序运行与司法改革的合法性，确保民事诉讼法秩序在社会中的实现。

此外，现代科学技术的迅猛发展也对民事诉讼法产生了深远的影响。现代科技对民事诉讼法的影响是全方位的，如当事人、其他诉讼参与人与法院间可以通过电信传真或电子邮件等方式传送法律文书，可以通过传输声音及影像的电子设备对证人进行询问，远距离的当事人也可以通过音像传输设备进行法庭辩论，甚至可以实现某些程序审理的电子化。^{〔2〕}民事诉讼法对此应当做出积极的回应，提高民事诉讼法的科技含量。

随着市场经济的发展，案件从种类到数量都有绝对增加，民事案件不仅在诉讼中应繁简分流，而且也面临着诉前分流的问题。人民调解、各种形式的仲裁等诉讼外的纠纷解决制度不仅可以满足当事人对纠纷解决程序的不同追求，而且有利于减轻法院的负担。应多元化纠纷解决机制的需求，民事诉讼法应协调诉讼外的纠纷解决机制与民事诉讼制度的关系，确认纠纷解决结果的法律效力，^{〔3〕}发挥民事诉讼法对其他纠纷解决制度的支撑作用，

〔1〕 如英国于1999年颁布了新的《民事诉讼规则》，德国《民事诉讼改革法案》于2002年正式实施，日本也于1996、2003连续两次修订《民事诉讼法典》，我国台湾地区更是在新世纪之初就连续两次对“民事诉讼法”进行修订。

〔2〕 如德国在20世纪80年代就规定了自动化督促程序，充分利用网络和计算机来实现督促程序的自动化。

〔3〕 如人民调解作为一种纠纷解决方式，其结果——人民调解协议就未获得应有的对待，参见江伟、廖永安：“简论人民调解协议的性质与效力”，载《法学杂志》2003年第3期。

以维持诉讼外纠纷解决制度。^[1]

自 20 世纪 90 年代中后期以来,我国民事诉讼法学研究呈现出一片繁荣景象,民事诉讼法学获得了长足发展,民事诉讼基础理论的现代化、系统化、本土化基本完成,^[2]具体程序制度设计的研究也取得了突破性进展,当前民事诉讼法学的理论研究成果足以为民诉讼法的修订提供夯实的理论支持。

总之,民事诉讼法不备将无从实现中华民族法治国的理想,依托民事诉讼法的现代化改造与推行以实现民事司法领域的法治,以此彻底矫正我国行政权吸收司法权,切实贯彻司法为民的理念,实现民事司法领域的公平正义,并达致法治文化的形成。^[3]因此,对现行民事诉讼法进行全面修订,构建一部适应中国国情的、符合现代民事诉讼理念的民事诉讼法已是刻不容缓,且值宪法新修订之际,以民事诉讼法的修订推动民事诉讼法的宪法化在历来轻视程序法的中国更具特殊的意义。

(二) 立法框架问题

民事诉讼法的修订是在原有框架内进行还是另起炉灶、全部推翻重来,是修订民事诉讼法应首先解决的问题。目前我国学界一致认为,现行民事诉讼法尽管比较粗糙,未反映一些现代民事诉讼的理念,但“整体上是好的,其体例和框架基本符合中国国情”,^[4]且行之有效,因此,笔者认为修订应在原有框架的基础进行,不宜另起炉灶,以保持法律的连续性、稳定性。由于海事诉讼特别程序法已经颁行,强制执行法与证据法有望通过,^[5]因此,修法时应去除海事诉讼特别程序法、强制执行法及证据法的有关内容,而以审判程序为主要内容。虽然民事诉讼法与海事诉讼特别程序法、证据法(有关民事诉讼的内容)、强制执行法相分离,但无疑民事诉讼法具有民事程序基本法的地位,对海事诉讼特别程序法、证据法及强制执行法等民事程序法起着统率作用,海事诉讼特别程序法、证据法及强制执行法等民事程序法不能与民事诉讼法相抵触。这种立法体例可以达成民事诉讼法事实上的法典化,使民事诉讼法具有法典所具有的逻辑严密、概念精确、语言规范等特点,达到统一法律的目的,以避免法律之间的不协调与冲突现象。

二、基本原则与基本制度的重构

(一) 基本原则

现行民事诉讼法规定的基本原则有十几个,但这些原则是否都属于民事诉讼法的基本原则值得探讨。基本原则具有宏观、根本的指导性,具有一以贯之的统率特质,^[6]因此,

[1] 当然,我国民事诉讼法所要解决的问题主要不是扩展替代性纠纷解决机制,而是解决被替代的司法。参见苏永钦:“飘移在两种司法理念间的司法改革——台湾司法改革的社经背景与法制基础”,<http://www.law-dimension.com/detail.asp?id=544>。

[2] 有关民事诉讼基本理论体系形成的标志性论著可参见江伟、刘学在:“中国民事诉讼理论体系的阐释与重塑”,载《诉讼法学研究》第5卷。

[3] 在市场经济社会民事诉讼法对于法治理念的深入社会、人民养成法治化的生活方式具有重要价值。

[4] 肖建华、肖建光:“民事诉讼法的回顾与展望——民事诉讼法颁行十周年学术研讨会纪要”,载《法制日报》2001年4月22日。

[5] 若二者不能单独立法,则自然应当将二者纳入民事诉讼法的修法框架。

[6] 江伟主编:《中国民事诉讼法专论》,中国政法大学出版社1998年版,第218页。

在重塑民事诉讼法的基本原则时，对于那些不具有基本原则特质的“原则”不应作为民事诉讼法的原则，例如人民调解原则等。此外，凡是已经由宪法规定的原则，民事诉讼法不应再予重复规定，这些原则可由民事诉讼法“根据宪法制定本法”的立法宗旨所涵括。据此，民事诉讼法的基本原则可以循以下方案予以重塑：

1. 保留处分原则、辩论原则、调解原则，并对之进行充实，使之具体化，避免其内容上的空洞化。其中应当特别注意对辩论原则和处分原则的改造。现代辩论原则的核心是当事人的辩论内容对法院或法官的裁判的制约，法院或法官判断的依据应限制在言词辩论中当事人主张的范围内，^{〔1〕}我国现行民事诉讼法规定的辩论原则则与此迥然有异，并不具有实际意义，因此，应当依循现代诉讼理念重构辩论原则。而重塑处分原则的要点是确定当事人处分的范围，理顺当事人处分与国家干预的相互关系，譬如人事诉讼等涉及公益的案件应当排斥当事人的处分，以及允许代表公益的机关甚至任意的第三人提起诉讼，甚至可以考虑在人数众多的代表人诉讼中为维护私法秩序应允许处分的推定，即当事人不提出书面异议视为同意诉讼代表人代其提起诉讼。

2. 增加规定程序本位原则、程序选择权原则、诚实信用原则以及公益诉讼原则作为民事诉讼法的基本原则。①将程序本位^{〔2〕}作为民事诉讼法的基本原则，实际上是对轻程序传统的矫枉过正，对于改变我国轻视程序法的观念具有根本理念性意义。程序本位原则注重程序的自治和程序的安定，强调只要程序本身被遵循，结果就应当被认为是公正的；程序应当具有程序刚性，某一主体违反了法律关于诉讼规程的强制性规定，就会导致对其不利的后果发生。②程序选择权是当事人在多元化的程序间进行选择的权利，其价值在于彰显当事人的程序主体地位。民事诉讼主要涉及到民事权利义务关系，在实体法领域与程序法领域当事人都存在较大范围的自治，自由意味着选择，在程序法内的自治表现为程序选择，这样更有利于节省诉讼资源、提升当事人对法院裁判的信赖度从而提升法院裁判的权威性。随着现代民事诉讼法的发展，程序选择权的范围呈现出扩展化的趋向，当事人合意选择鉴定人、非普通程序案件合意选择适用普通程序、在普通程序中选择适用独任制法官以及当事人合意选定合议庭成员及独任制法官^{〔3〕}等。应当注意的是程序选择权并不能被处分权所容纳，因为处分权的本质含义在于处分，而程序选择权则允许当事人在多种程序之间作出选择，选择是其本质。③诚实信用原则不仅是私法领域的一项基本原则，在民事诉讼领域也有其广泛发挥作用的空间，其作为民事诉讼法的一项基本原则对于引导民事诉讼法律关系主体在为诉讼行为时遵循诚信、善意具有重大价值。④公益诉讼原则是对支持起诉原则的彻底改造。支持起诉原则在司法实践中很少适用，即使适用也鲜具价值。支持起诉原则目的在于加强对弱势群体的保护，对公益和弱势群体加强保护是现代民事诉讼法发展的一个趋势，而支持起诉并不足以提供这种保护，因此，笔者建议将该原则改造为

〔1〕 张卫平：《程序公正实现中的冲突与平衡》，成都出版社1993年版，第2页。

〔2〕 关于程序本位的有关问题参见江伟、吴泽勇：“现代诉讼理念与中国民事诉讼制度的重塑”，载《中国法学》2003年第3期。

〔3〕 如我国台湾2003年5月20日通过的“民事诉讼合意选定法官审判暂行条例”规定当事人可以合意选定审理案件的合议庭法官或者独任法官，对于属于应当实行合议制的案件当事人也可以选择由独任法官审理。

公益诉讼原则，允许代表公益的团体、机关（或者专为保护弱势群体而成立的组织等）提起公益诉讼或者参与涉及公益诉讼。

（二）基本制度

基本制度的打造首先是合议制的改革。合议制在司法运作中存在形式化的倾向，“合而不审、合而不议”等现象大量存在，在很多案件中已经变异为实际上的独任制，而独任制无论在形式上还是实际上都在广泛应用。因此应考虑是否扩展独任制的适用范围。从理论言之，合议制具有发挥集体智慧、法官之间相互监督的优点，对于重大疑难的案件确有其优势。但独任制具有节约诉讼资源的优点，一般案件适用独任制对公正并不会构成太大的威胁，因此，民事诉讼法的改革方向应是扩展独任制的适用范围，对于一审案件尤其是基层法院的一审宜实行独任制，除非是特别重大疑难的案件才实行合议制。其次，应对两审终审制深刻反思。科学合理的审级制度应当不仅有利于案件的纠错，而且有利于法律的统一适用。我国目前的两审终审制度下，最高人民法院和各高级人民法院并没有起到统一法律适用的作用（最高人民法院和各高级人民法院不得不利用大量的司法解释、批复等来统一法律适用），并且由于终审法院的级别太低，导致终审判决不终，上访、申诉案件大量存在。因此，为追求法律的统一适用、裁判的慎重妥当性，三审终审制或者说有条件的三审终审制是修法时应当考虑的一个重要问题。当然，审级制度应当根据案件的类型做出类型化调整，出于诉讼效率的考虑，对于一些特别简单的案件则有实行一审终审制的必要。

三、重大程序制度建构提要

（一）普通程序

普通程序的改造主要涉及起诉受理制度的改革、审理的集中化、审前准备程序的构建等问题。目前的立案审查制度已经侵害了当事人的诉权，新世纪的民事诉讼法是否仍然规定受理制度值得检讨。而要达到审理的集中化，必须设置较为完备的审前准备程序。审前准备程序的功能在于整理并简化争点、固定证据，^{〔1〕} 审前准备程序也应当主要围绕这一目的进行构建，构建时应当特别注意：①审前准备的充分程度、违反审前准备程序的制裁的程度与集中审理化的程度、我国的国情密切相关，当事人违反程序的制裁（主要表现为证据失权）不能太过强烈。②要加强对当事人在审前阶段的程序保障，确保当事人收集证据的权利，不能只强调当事人的举证责任而不相应充实其收集证据的权利。③加强法官的阐明权，这也是对当事人进行程序保障的很重要的一方面。④设置繁简不同的多元化的审前准备程序，保障当事人的程序选择权。

（二）简易程序

由于当初立法过于简单粗疏，加之理论认识的局限性，简易程序存在诸多缺陷，如简易程序的适用标准比较抽象、可操作性差，实务中简易程序普通程序化与普通程序简化的程序异化现象大量存在，并且简易程序也体现不出简便易行的特点。^{〔2〕} 因此，重构简易程序时应当注意：①简易程序并不必然以牺牲公正为代价。②进一步简化诉讼程序内

〔1〕 但审前准备程序也可以发挥其他功能，如防止诉讼突袭、促进和解、简化判决书并提高其质量等。

〔2〕 曹建明主编：《民事审判指导与参考》，法律出版社2002年版，第190页。

容、扩大简易程序的适用范围（如对于非简单案件当事人也可以选择适用）。

（三）小额诉讼程序

在简易程序外另行设立小额诉讼程序制度。在现实生活中，除了简单的民事案件外，还存在大量的争议标的额很小的民事纠纷，这类纠纷当事人往往无法忍受人力、财力及时间的支出，希望纠纷得到迅速解决。而简易程序并不能满足这类纠纷的需要，小额程序则比简易程序更为简便、快捷、灵活，恰好可以满足当事人的需要，符合程序制度的设计适应案件类型化的程序法理，应有从简易程序中分离的必要。

（四）再审程序

再审程序的改造应当主要从以下几个方面进行：①对再审程序应进行程序化改造，使当事人申请再审诉讼权利化，去除再审程序中的非程序因素，改变再审过程中的非司法化倾向，如取消人民法院主动发动再审。②对再审案件的管辖进一步完善。我国规定的再审管辖实际上处于无序状态，这与诉权的保障应当同步完善。③再审的程序内容充实完善。目前我国再审程序的规定比较笼统模糊，缺少一些基本的规定，如没有规定再审辩论和审理的范围，一般而言，再审的辩论和审理范围应当以当事人再请求为限。再审理由方面还需要在兼顾判决的安定性与正确性的基础上予以合理科学地规定。④抗诉案件的再审程序存在很多立法空白，亟须完善。从当前国情出发，有保留检察机关发动再审的必要性，但改造时对于检察机关抗诉的法定要件（在当事人申请再审的权利得不到保护时由当事人提出申请）、检察机关出庭支持抗诉的程序、检察机关在再审程序中的地位、检察机关调查获取的新证据如何进行质证等诸多问题都需要补充。

（五）特别程序

特别程序的建构首先是特别程序体系的完善，特别程序体系应包括以下程序：选民资格案件程序，非讼案件程序（一般的非讼程序），公示催告程序，人事诉讼程序以及其他特别诉讼程序。^{〔1〕}其中非讼程序与人事诉讼程序的建构异常重要。现行法规定的非讼程序仅宣告公民失踪案件、宣告公民死亡案件、认定公民无民事行为能力或限制民事行为能力案件、认定财产无主案件，对于大部分的其他非讼案件尤其是涉及到法人的非讼案件却不调整，导致法院和当事人遇到此类案件时无所适从。因此，重修民事诉讼法应当全面完善，且从立法资源的节省以及法律的系统性考虑，不宜另行制定非讼程序法。我国对人事诉讼案件并没有特别规定，一般适用普通程序审理。由于人事诉讼案件主要涉及人身关系的案件，因此人事诉讼程序采用干预主义与限制当事人的处分权。人事诉讼程序与非讼程序是不同的，人事诉讼程序在性质上为诉讼程序，应当对人事诉讼程序有特别规定的必要。此外，根据市场经济的发展还应考虑是否构建票据诉讼程序甚或证券诉讼程序。

（六）保全程序

现行民事诉讼法规定的临时救济制度存在先天性的内在缺陷，欠缺行为保全制度，暂时满足权利的制度也不健全，致使不能为当事人提供相应的救济。虽然司法解释、海事诉讼特别程序法和有关知识产权立法规定的诉前禁令制度对此予以了一定的补充，但这种补丁式的立法破坏了临时救济制度的和谐统一，没有从根本上完善临时救济制度。因此，应

〔1〕 关于特别程序的建构详见王强义：《民事诉讼特别程序研究》，中国政法大学出版社1993年版，第85页。