



诉讼与^与社会正义

何文燕教授七十华诞祝贺文集编委会（中国） 编



SUSONG
YU SHEHUI ZHENGYI

湘潭大学出版社



诉讼与社会正义

何文燕教授七十华诞祝贺文集编委会(中国) 编



SUSONG
YU SHEHUI ZHENGYI

湘潭大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

诉讼与社会正义 / 何文燕教授七十华诞祝贺文集编
委会(中国)编. — 湘潭: 湘潭大学出版社, 2013.10
ISBN 978-7-81128-545-1

I. ①诉… II. ①何… III. ①诉讼法—研究—中国
IV. ①D925.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 256680 号

责任编辑: 雷 勇

封面设计: 罗志义

出版发行: 湘潭大学出版社

社 址: 湖南省湘潭市 湘潭大学出版大楼

电话(传真): 0731-58298966 0731-58298960

邮 编: 411105

网 址: <http://press.xtu.edu.cn/>

印 刷: 长沙瑞和印务有限公司

经 销: 湖南省新华书店

开 本: 880×1230 1/32

印 张: 15.5

字 数: 383 千字

版 次: 2013 年 10 月第 1 版 2013 年 10 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 978-7-81128-545-1

定 价: 48.00 元

(版权所有 严禁翻印)

序

2013年11月，山茶花飘香的季节，正逢湘潭大学法学院建院30周年华诞，同时也迎来湘潭大学法学院何文燕教授七十寿辰暨从教30周年纪念日的喜庆日子。何老是我国老一辈的诉讼法学家之一，长期致力于司法实践和民事诉讼法学的研究、教学工作，退休前系湘潭大学诉讼法专业博士学位点负责人、中国法学会民事诉讼法研究会理事、湖南省法学会诉讼法专业委员会副会长。20个世纪80年代初，她从基层法院领导岗位调入当时的湘大法律系任教，历经数十载，兢兢业业，教书育人，一直奋斗在法学教育的第一线，历任法律系副主任、法学院党委书记等职，见证了法学院三十年间从起步、成长到腾飞的每一个重要时刻，是湘大法学院为数不多的创始人之一。从当初名不见经传的小小法律系，到如今在国内法学教育界有着重要影响的知名法学院，湘大法学院经历了破茧成蝶之蜕变。对于这一切，何文燕教授可谓是倾注了满腔心血，在成就了法学院的同时，也成就了其自身。何老严谨仁爱的教学态度、诲人不倦的教学精神，以及平实朴素的教学风格深受学生弟子的爱戴。如今，何老已是桃李满天下，几十年来在其培养的众多本科生、硕士研究生、博士研究生中，相当一部分已成为法学研究、法学教育、法律实务乃至其他行业、领域的中坚力量，在各自的工作岗位上闪烁着耀眼的光芒。

在教书育人的同时，何老几十年潜心治学，笔耕不辍，学术

成果卓著，在民事诉讼法学界有着较高的声望和学术地位。其主要学术贡献和学术观点有：一是较早地对民事诉讼法目的进行研究。她提出民事诉讼法目的，是国家确立民事诉讼制度、制定和实施民事诉讼法的多层次的综合性目的，也可以说是国家关于民事诉讼效果的总体追求。二是对处理经济纠纷是否要单独设立“经济诉讼法”这一当时有较大争议的理论、实践问题提出自己独特的、有相当说服力的观点。她以实证和比较的方法，对“民经分立”主张的理由逐一驳斥，认为民事诉讼与“经济诉讼”所调整的社会关系性质、适用法律的依据、审判方式和法律责任的确认等都基本一致，理应适用统一的民事诉讼法。三是对民事诉讼模式进行了有影响力的研究。她认为，民事诉讼模式是一个综合性的抽象概念，是对民事诉讼体制及其运行特征的概括，也是关于法院和当事人在民事诉讼中的地位及相互关系的综合表述。在民事诉讼模式的选择上，应以我国现行民诉讼法所展现的诉讼模式为基础，进一步吸收当事人主义诉讼模式的合理机制，建立一种有中国特色的现代职权主义的诉讼模式。四是对当事人问题展开了独到的研究。1990年之前何老就提出非直接利害关系人也具有诉讼权利能力因而可以成为民事诉讼当事人的主张，同时还指出对无独立请求权第三人的识别不能局限于民事案件的处理结果，而应从两个法律关系的牵连性入手分析，主张赋予无独立请求权第三人异议权，以保护其权利。五是对民事审判行为的构成要件及审判行为的分类进行了有推动力的研究，她认为，审判行为直接关系到诉讼机制的运转，也关系到诉讼公正的实现，审判行为失控或者变质，必然导致诉讼不公和司法腐败。六是对民事诉讼现代化问题进行了初步研究。她认为，民事诉讼法律制度现代化是一个创新过程，既要调整与重构法院的组织结构及法官运作审判权的方式，更要强化诉讼当事人在民事诉讼中的权利、地位和作用，尤为重要是转变传统诉讼观念。她主张

在社会主义法治理念指导下，对我国民事诉讼进行价值重构和模式的合理选择。以上观点反映在何老发表的一系列论文以及《民事诉讼理论问题研究》、《民事诉讼理论与改革的探索》、《民事诉讼理念变革与制度创新》等著作中。

可以说，何老所展开的学术研究一直与中国民事诉讼法学的发展历程以及民事司法改革的步伐相伴随，这些研究背后透露出的是她对中国民事诉讼法学的热爱，以及推动中国民事诉讼法制建设的拳拳之心。值此何老七十寿诞之际，为了感念师恩，感念她老人家为湘大法学院、为中国民事诉讼法学研究所作出的贡献，为寿诞献上一份贺礼，同时也为了纪念中国法制建设所取得的不凡成就，何老的一些学生针对当前诉讼法学的一些热点问题撰文探讨并集结出版。乘着两大诉讼法刚刚完成新一轮修订的东风，希望此文集的出版在增添一份喜庆的同时，也能够在校人之中产生、激发一些共鸣与争鸣，留下些许启迪和思索。

最后，衷心祝福何文燕教授永远健康幸福，学术之树常青，同时也祝愿中国的诉讼法学事业的明天更加辉煌！

何文燕教授七十华诞祝贺文集编委会

2013年11月

目 录

第一篇 诉讼的基本原则与基本范畴

论诉的利益之进路

——从利益、实体利益与程序利益到诉的利益

..... 杨 军/ 3

论连带责任案件的诉讼形式 彭熙海/ 26

论民诉法诚信原则不适用于法院和法官

——基于民事诉讼法与实体法关系的考察 唐东楚/ 45

论诉讼法的理论体系 苏仲庆/ 61

论民事诉讼程序保障的价值目标 邓和军/ 87

城市化进程中的刑事诉讼效率问题 邹梅珠/ 108

第二篇 证据理论与制度

从法定证据证明标准之兴衰看我国新刑诉法的证明标准

..... 李 蓉/ 129

论诉讼证明标准之主客双重性 张立平/ 152

第三篇 审判与审判辅助制度

我国民事合议制度运行现状考

——以一个欠发达地区基层法院的民事审判为考察对象

..... 廖永安 李世峰/ 167

浅谈商事审判理念 李 微/ 192

论我国的陪审制度与司法改革 蒋悟真/ 201

国际民商事管辖权冲突及其救济

——对中国实践的考察 郭树理/ 219

论民行交叉案件现行处理模式中存在的风险及其预防

..... 李 佳/ 236

民事公告送达的法理分析

——基于传播的视角

..... 何四海 何文燕/ 250

第四篇 判决的效力与执行

美国第三人援引争点排除效规则及其借鉴 胡军辉/ 265

第三人异议之诉性质的新思考 匡青松 肖述华/ 278

论执行公开 梁宏辉/ 292

第五篇 和解与调解

法院调解优先的冷思考 李喜莲/ 307

我国非政府组织调解机制的反思与完善 姜 霞/ 327

目 录

行政纠纷调解机制构建的法理分析	马柳颖/ 347
论刑事和解语境下的主体性与损害赔偿	穆远征/ 360
论实现担保物权案件中适用调解的正当性	李林启/ 372

第六篇 立法与司法的理念与实践

现代司法的伦理解读：为权利而沟通 ——基于商谈伦理的视角	陈文曲/ 389
试论司法规则制定权	王杏飞/ 410
法律权威树立的中国路径分析	吴军辉/ 433
女权主义法学的性别平等观对中国立法的启示	赵 明/ 466

第一篇

诉讼的基本原则与基本范畴



杨军, 北京交通大学人文
学院法学系教师, 2001—2004
年师从何文燕教授攻读硕士
学位。

论 诉 的 利 益 之 进 路

——从利益、实体利益与程序利益到诉的利益

杨 军

在我国民事诉讼法的理论体系中,诉的利益是一个被忽视的概念。这种忽视使得我们不能及时应对民事司法领域内出现的纠纷类型多元化、民众权利救济意识增强、现代性新型诉讼层出不穷等新问题。众所周知,一国的司法资源毕竟有限,法院不可能解决一切纠纷,因此,需要建立一种筛选机制,使得法院能够有效地选择那些最值得花费国家司法资源予以解决的纠纷。如何确立这种筛选机制的评价标准呢?诉的利益就是这样一个标准。一般认为,诉的利益是指当民事权利受到侵害或者与他人发生民事纠纷时,需要运用民事诉讼予以救济的必要性。利益、程序利益与实体利益以及诉的利益等概念之间存在许多的关联之处,它们在概念内涵上一步一步地深入、细化,在逻辑上呈现出清晰的递

进关系。因此，沿着“利益——程序利益与实体利益——诉的利益”这一进路，逐步深入研究，是揭示诉的利益内涵的一种全新而独到的视角。

一、利益的法哲学分析

“诉的利益”很容易使人初步联想到：它应该与“利益”一词有着紧密的关联。诚然，诉的利益究其词语的初始含义，可以表现为一种利益，这种利益是基于诉讼而产生的。因此，在界定诉的利益的概念之前，我们有必要先厘清“利益”在法哲学上的内涵。

（一）利益的概念与特征

“利益”就其语义来说是指好处。^① 利益是我们日常生活中经常接触到的概念，它与每一个人都息息相关，“利益是人们生活中最敏感的神经”。^② 利益具有如下特征：首先，从本质属性来讲，利益首先表现为一种需要。利益一般是指某种需要或期望的满足，或者说是主体对他所需要的任何对象的一种目的明确的态度。正如庞德所言：“它（利益）是人类个别地或在集团社会中谋求得到一种欲望或要求，因此，人们在调整人与人之间的关系和安排人类行为时，必须考虑到这种欲望或要求”。^③ 其次，利益是主客体之间的一种关系。利益表现为社会发展规律作用于主体而产生的不同需要和满足这些需要的措施，反映着人与周围

① 辞海编辑部：《辞海》，上海辞书出版社 1989 年版，第 1955 页。

② 《列宁全集》（第 16 卷），人民出版社 1988 年第 2 版，第 136 页。

③ [美] 庞德：《通过法律的社会控制——法律的任务》，商务印书馆 1984 年第 1 版，第 55 页。

世界中对其发展有意义的事物和现象的积极关系，它使人与世界的关系具有了目的性，构成人们行为的内在动力。^① 再次，利益是人们行为的内在动力。马克思曾指出：“在商品经济社会，人们奋斗的一切都与他们的利益有关”。^② 因此，追求利益是人类社会活动的动因，利益不愧为人类社会历史变迁的根本动力。最后，利益具有客观性，受客观规律的制约。利益本身是客观的存在，虽然利益的认识和实现要通过人的意识，并且可以通过这种意识的反射采取意志行动，但利益仍然存在于主体的主观意志之外，而不管它被意识到与否。

（二）利益与权利的关系

在现代法治社会，利益与权利相伴而行。利益反映的是人与周围世界中对其生存和发展具有一定意义的各种事物和现象之间的关系，是个客观范畴，受社会物质生活条件的制约。权利是授予权利享有者以利益，是追求利益的法律活动形式，或者说，权利本身就是法律上对利益的一种平衡与确认。

利益与权利的关系主要表现为：（1）权利内含的实质性要素是主体对利益的追求或维护。权利是主体为追求利益而可以采取的行为，这种行为的动机和目的是利益。因而，主体需要的权利，总是与他追求或维护的一定利益有关。（2）权利是利益在法律上的表现。权利是法律对利益的确认，利益在法律上的表达就是权利。利益只有法律化为权利，才是安全的、可预测的。作为市场经济的法律体系，自然要明确利益机制，并通过权利立法

^① 参见孙国华主编：《法理学教程》，中国人民大学出版社1994年版，第83页。

^② 《马克思恩格斯全集》（第1卷），人民出版社1995年版，第71页。

表达出来。^①（3）权利是法律调整利益的有效机制。法律对利益调整功能的实现主要是通过权利机制，因为权利以其特有的利益导向和激励机制作用于人的行为，并影响人们的行为动机，引导人们的行为方式，使复杂的利益关系简单化和固定化，并用法律符号来表示人与人的利益关系，构成对利益进行调整的有效机制。^②

二、实体利益、程序利益及其关联

本文将实体利益与程序利益共同置于诉讼这一“场域”加以分析。虽然实体利益与程序利益有其各自的内涵，体现出一定的相对性，但是两者更为重要的是具有一致性与共洽性，即追求实体利益与程序利益的目标是一致的，都是为了实现当事人宪法统摄下的自由权、财产权、诉讼权、平等权、生存权等基本权利，而且在追求共同目标的过程中，两者共洽求同，紧密配合，缺一不可。

（一）实体利益

实体利益，笔者将之界定为当事人在诉讼中所追求的实体法事先规定的某种实体权利。实体利益就其本质属性而言，它是由实体法规定的“法规权利”，是一种在先权利，具有应然性。也正是由于实体利益的在先规定性，它还没有为当事人实质上拥有，因此，迫切需要一个载体或装置来实现其利益内涵。在现代法治社会里，该载体或装置大都体现为诉讼制度，是诉讼制度将

① 张文显：《市场经济与现代法的精神论略》，《中国法学》1994年第6期。

② 参见毕可志：《法律、利益与权利》，《烟台大学学报（哲学社会科学版）》2005年第2期。

产生纷争与冲突的实体利益置于一个公正、平等、迅速的程序过程中，理性、正义地予以平息、分配与重整，更大程度地满足当事人的利益诉求，实现实体法上规定的利益。

（二）程序利益

程序利益，作为诉讼这一“场域”中所存在的利益的重要一极，在诉讼法理论学说与审判实务中受到关注与重视，只是近些年来所发生的事。在我国民事诉讼法学的语境中，20世纪90年代中后期学界热衷于谈论诉讼效率（或曰诉讼效益、诉讼经济），不过，这场谈论的主旨与中心是关于司法投入与产出的比例问题，即如何使司法效益最大化，与本文所倡导的程序利益并非同一含义。正如台湾民事诉讼法学者邱联恭先生所言：“在有关民事诉讼制度应如何建构或运作的审判实务及理论学说中，向来使用诉讼经济之概念者，多系为达成其避免程序重复或减轻法院负担之目的，借此寻求正当化之根据，而鲜见其表明系出于保护当事人利益之意图。”^①另外，值得注意的是，在关于诉讼效率（或曰诉讼效益、诉讼经济）问题的讨论中，很少涉及到在诉讼这一“场域”中平衡保护实体利益与程序利益的这一视角。

如何界定程序利益？一般来说，程序利益是指因某一诉讼程序的使用或不使用而可能获得的人、财、物力或时间的节省。^②邱联恭先生进一步指出：“程序利益系指因简速化程序之利用或避不使用烦琐、乏实益之程序所可节省之劳力、时间或费用而言，所以诉讼程序之进行或运作尚未能致力于此，或竟然反而造成劳力、时间或费用之浪费，即属使当事人蒙受程序上不利益。此种不利益之发生，不仅对于系争标的以外同受宪法保障之上开

① 邱联恭：《程序利益保护论》，台湾三民书局2005年4月初版，第3页。

② 李祖军：《民事诉讼目的论》，法律出版社2000年版，第159页。

基本权，导致其遭减损、消耗或限制之结果，应非所许。”^① 程序利益保护论是民事诉讼法的一项基本理论，它随着突袭性裁判防止论（尤其是有关防止促进诉讼的突袭之理论）、新程序保障论、程序主体论、程序选择权论及适时审判请求权论等理论的相继出现而被倡导，终将成为民事诉讼法的一项重要理念，在指引与重构诉讼理论及改革审判实务上发挥日益重要的作用。

为了更好地把握程序利益这一术语的理论指导意义，我们有必要深入探讨程序利益的内涵：

第一，程序利益的根本要求是赋予诉讼当事人及相关利益关系人程序主体地位，使其充分享有程序主体权。程序主体性原则源于宪法上所规定的保障自由权、诉讼权、财产权、平等权及生存权等基本权利，依照程序主体性原则，“立法者及程序制度运作者（法官），对于程序主体权者即上开当事人及利益关系人，就关涉其利益、地位、责任或权利义务之审判程序（或纷争处理、解决程序），应从实质上保障其有适时、适式参与该程序以影响裁判如何形式之机会”。^②

第二，程序利益保护是民事诉讼法上一项基本原则。程序利益保护论原则的理论渊源可以追溯至宪法上有关国民的自由权、诉讼权、财产权、平等权及生存权等基本权利的规定。程序利益保护原则“要求立法者于设计民事诉讼制度时及法官于运作相应程序时，均应致力赋予当事人有平衡追求程序利益与系争实体利益之机会，俾使得能就此二项利益为取舍选择，在二者之平衡点上确定‘真实’、寻求‘法’之所在”。^③ 按照这种理解，程序保障理论不应仅指赋予当事人有优先选择追求系争实体利益

① 邱联恭：《程序利益保护论》，台湾三民书局2005年4月初版，第5页。

② 邱联恭：《程序利益保护论》，台湾三民书局2005年4月初版，第5页。

③ 邱联恭：《程序利益保护论》，台湾三民书局2005年4月初版，第7页。