

张卫平:民事诉讼法修改：关注十大焦点 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/486/2021\\_2022\\_\\_E5\\_BC\\_A0\\_E5\\_8D\\_AB\\_E5\\_B9\\_B3\\_\\_c122\\_486114.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E5_BC_A0_E5_8D_AB_E5_B9_B3__c122_486114.htm)

内容提要:《中华人民共和国民事诉讼法》制定于1991年，距今已近十六年。对于西方法治国家而言，这个时间并不算长，但就中国这样一个社会变化如此之快的国家而言，十六年已经是一个能够使人感到沧海变桑田的时间，正因如此，民事诉讼法已显得颇有些“历史”了。无论从法典所表达的诉讼体制，还是各种具体制度的设计，都显露出明显的不适应。基于此，立法部门已将民事诉讼法的修改提上日程。张卫平教授一直从事民事诉讼法的研究，本报特邀他就民事诉讼法修改中值得关注的问题撰文。当然，民事诉讼法的修改并不仅仅是这十个问题，本文也仅是一家之言，希望有更多的人关注并参与讨论。

诉讼简易化：跟进需求，实现程序多样化 提高诉讼的效率一直是现代民事诉讼的理念之一，尤其是在当下我国部分地区已经开始呈现“诉讼爆炸”势态的情况下。诉讼效率是一个世界性的话题，国外的“小额诉讼程序”、“速裁程序”也就是在这样的背景下，作为一种制度建构提出来的，其基本指导思想是救济权利大小与救济程序的复杂程度呈正比。按照这一认识，财产争议标的数额小的案件，就应当适用更为简易的程序。现行民事诉讼法虽有“简易程序”落实这样的认识，但简化的程度还不够，如依然适用了两审终审制，从而影响了诉讼效率。在诉讼的简易化作业方面，有的学者主张，在保留简易程序的前提下，建立独立的小额诉讼程序，甚至速裁程序。这种主张是将解决民事争议的程序进一步细

化，即将民事诉讼程序细分为多个层次，使其针对性更强，能够更好地处理诉讼效率与程序正义的关系。不同程序中，其程序权利也有所不同。例如，规定在小额诉讼程序中被告人不得向原告提起反诉；没有证据交换；须一次审理结束；当事人不得提起上诉等等。在理论上，这样的细化是没有问题的，主要的问题在于三种程序适用范围的界定问题。

### 公益诉讼：一种特殊诉讼程序的建构

公益诉讼成为热点问题与当下市场经济体系的形成和社会转型密切相关。“公益”由于本身就涉及每一个人的利益，也很容易成为人们关注的焦点。在环境污染、国有资产流失等问题不断成为人们议论的话题时，人们也自然要问如何维护公益的问题，包括救济手段和措施，也自然会想到诉讼程序??行政诉讼和民事诉讼。通常认为，如果法律具体规定了超越个体利益、私人利益的公共利益，那么建构一个实现公共利益的特殊诉讼体制在理论上是没有障碍的。逻辑上，当公共利益、社会利益受到侵害时，就应当有人通过法律途径使公共利益、社会利益获得救济。公益诉讼的问题还有一个语境，即民事诉讼体制的转型问题。按照一些学者的认识，在一般的民事诉讼中应当贯彻处分原则和辩论原则，但在公益诉讼中则处分原则和辩论原则都要受到限制，甚至不能适用。正是由于民事诉讼体制的转型，才反映出公益诉讼的特殊性。公益诉讼作为一种特殊类型规定在民事诉讼法中，将有可能涉及到公益诉讼提起的主体问题，哪些个人、团体和组织能够提起公益诉讼？检察机关能否提起、参与公益诉讼？应当如何参与？哪些纠纷属于公益纠纷？法院在证据的收集和认定方面有何特殊的权力？公益诉讼的判决具有怎样的效力等。

### 诉讼与调解：合理对

接，增强效用 在当前强调和谐社会的背景下，如何发挥人民调解制度在解决民事纠纷方面的功能和作用，是人们关注的重要问题。一般认为，人民调解制度之所以难以发挥作用，其主要原因之一在于达成的调解协议对双方没有约束力。按照现行制度，双方达成协议后，如果另一方不自动履行的，不能向法院申请执行。当事人一方要寻求司法强制的，只能就该民事纠纷向法院提起民事诉讼，通过诉讼获得强制执行的根据。在实践中，正是因为人民调解协议没有约束力，因此，许多当事人便不愿意选择人民调解的路径。为了强化人民调解制度的作用，最高人民法院发布了《关于审理涉及人民调解协议的民事案件的若干规定》，按照该规定，一方不履行调解协议时，另一方可向法院提起诉讼，法院直接对调解协议进行审理和裁判。由于将调解协议视为合同，调解协议成了诉讼标的，也避免了法院对“元纠纷”的事实审理，只是涉及调解协议有效性和权利义务问题，实际上是一种形式上的审查。尽管上述规定将调解协议作为合同，但调解协议与一般的合同有所不同。例如，调解协议如果被确认无效，则“元纠纷”依然存在，当事人仍然可以就该纠纷提起民事诉讼。这样必然导致纠纷解决的进一步复杂化，反而增加了纠纷解决的成本。因此，究竟是通过立法直接规定人民调解协议的效力，还是通过民事诉讼承认协议的效力，是需要认真考虑的问题。

起诉制度：实现“低阶化”，化解起诉难

起诉是启动民事诉讼程序的重要诉讼行为。民事诉讼法第一百零八条规定了起诉的条件：1.原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织；2.有明确的被告；3.有具体的诉讼请求和事实、理由；4.属于人民法院受理民事诉讼的范

围和受诉人民法院管辖。实践和理论上的问题在于，这种规定导致了民事诉讼的“高阶化”，即所谓起诉难（实质是受理难）。在认识上，实际上是把诉讼程序开始的要件与法院作出实体判决的要件混淆起来了。原本应该在诉讼开始以后审理的问题被前置到起诉审查程序中，如原告是否系本案的利害关系人，是否属于法院主管以及受诉法院管辖等。起诉制度改革的一个思路是：降低起诉的条件，在起诉受理阶段不再对实体内容进行审查，关于是否系利害关系人、是否属于法院主管和受诉法院管辖，一律在诉讼开始以后的程序进行审理。因为这些问题本身并不属于诉讼开始的要件，而是实体判决的要件。法院在诉讼开始后将对实体判决的要件和案件的实体权利义务问题一并进行审理。我们是否应当降低受理的门槛，这是一个司法政策所需要考虑的问题。有人担心一旦降低了起诉或受理的门槛，会导致案件的大量增加，给法院增加压力。

**第三审：法律适用高度统一的需要** 我国现行的审级制度实行的是单一的两审终审制，即案件经过两级法院审理之后即告终结，当事人不得再行上诉。在我国，上诉审不仅具有事实审的功能，也具有法律审的意义，上诉审法院不仅可以就上诉的原审法院的事实问题进行审理，重新予以确认，也当然可以对上诉的原审法院在法律适用方面的问题进行审理，根据法律纠正原审法院在法律适用上的错误。两审终审的这种制度安排决定了要求更高程度地实现法律适用的统一性，其作用必定是十分有限的。我国实行的是四级法院体系，实践中绝大多数案件的第一审在基层法院，这些案件的终审法院即为中级法院，而如此众多的中级法院作为终审法院就难以保证较高程度的法律适用的统一。仅仅在

中级法院的辖区内实现统一是远远不够的，因此，为了实现在更高层次上的法律适用统一性，应当考虑审级制度的改革。设置有条件的三审终审制度，不仅有利于提高审判的质量，也有利于法律适用的统一性。当然，如果将所有案件的审理均设计为三审终审，其诉讼和审理的成本又太高，因此，在审级制度重构时应当考虑多重因素的衡平问题。由于第三审的目的在于法律实施的统一，因此，只有涉及法律适用问题的判决才能上诉到第三审。一旦设立法律审程序，民事诉讼法中就要相应地规定法律审提起的条件（如法律审提起的事由，即具有什么样的理由才能提起法律审）、法律审提起的程序、法律审的审查、法律审的审理程序、法律审的裁判等等。

第三人：满足实体、程序正义的要求 第三人制度中，尤其是无独立请求权第三人制度存在的问题最多。学术界和实务界对强制无独立请求权第三人参加诉讼颇有异议。按照现行法的规定，人民法院可以通知该第三人参加诉讼，判决其承担民事责任。也就是说，在我国，无独立请求权第三人实际上有两种类型：一是作为辅助本诉一方当事人的无独立请求权第三人，可以称之为“辅助型第三人”；另一种是独立承担民事责任的无独立请求权第三人，可以称为“被告型第三人”。问题在于，作为被告型的第三人又不是通过被告的诉讼请求让第三人进入诉讼的，而是当事人通过非法定的申请，法院通知参加诉讼。这不仅在诉讼理论上存在问题，也有违程序正义的理念。对于第三人制度修正问题，涉及到我国是否要设置强制第三人参加诉讼的问题，是否借鉴美国强制引入第三人制度。如果借鉴美国的强制引入制度，那么应当在哪些情形下可以强制引入第三人；在体制上是否应采

取大陆法系国家的诉讼参加制度，包括诉讼告知制度；从广义的第三人制度来看，也还涉及对已经生效的判决，第三人能否提起撤销该判决的诉讼问题。这些都是民事诉讼法修改中需要考虑的重要问题。

**证明责任：不利后果承担的规则**

证明责任是证据制度中的一个重要内容，在现行的民事诉讼法第六十四条中虽规定了当事人对自己提出的主张，有责任提供证据，但这仅仅是行为意义上的证明责任，并没有解决当作为裁判依据的主要法律事实处于真伪不明时，应当由谁来承担由此发生的不利后果的问题，也就是没有规定结果意义上的举证责任。因为在诉讼中，为了维护自己的权益，对同一事实问题双方都将提出主张（只不过是完全相反的主张而已），并予以证明，如是否履行合同的问题。如果双方都没有证明是否履行合同的事实时，就存在哪一方应当承担其不利后果的问题。在国外，关于具体情形的举证责任一般规定在实体法中，如民法。我国的情形是实体法在这方面很少予以关注，这就提出了有关民事诉讼法中是否应当明确规定具有结果意义上的证明责任的问题。在最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》中，比较明确地规定了结果意义上的证明责任，并对合同案件、特殊侵权案件等的证明责任的分配作出了规定。例如，规定对合同是否履行发生争议的，由负有履行义务的当事人承担举证责任。问题在于，是否应当在民事诉讼法中规定证明责任分配的一般原则和例外的一般情形（即证明责任倒置），这一分配原则和例外情形应当如何规定？证明责任制度的建构和完善不仅涉及程序法，也涉及实体法，是一项复杂的工程。

**证人与证言：保障出庭与防止作假**

在民事诉讼中正确认定事实是公正裁判的前提。当

前，我国民事诉讼的一个大问题就是证人的问题，这当中又包含了两个问题：一是证人不出庭或出庭率低下的问题；二是证人作假证的问题。证人不出庭，出庭作假证都极大地影响案件裁判的公正性。现行的民事诉讼法虽明确规定了证人有出庭的义务，但由于没有规定证人无正当理由不出庭时所应当承担的法律责任，因此，依然无法保障证人出庭率。除了人们的传统认识和社会背景外，制度上的缺失是一个很重要的方面。另一方面，在证人的权利保障方面也没有完善的规定，如证人出庭费用的承担问题，证人的的人身保护问题。关于防止证人作假证的问题，现行民事诉讼法也存在缺失，最重要的是没有规定证人作假证所应当承担的法律责任，如对作假证的证人给予何种处罚。当然，也有人反对对证人作假证给予处罚，涉及如何判断故意与非故意的界限问题。因此，对于是否应当给予作假的证人以处罚以及处罚的形式、幅度等，都是在民事诉讼法修改中应当讨论的大问题。

再审制度：改革势在必行 民事诉讼法规定，已经发生法律效力的判决、裁定，确有错误的，人民法院可以提起再审，纠正原判决、裁定的错误。关于再审的提起和审理程序的规定就构成了我国的再审制度，即所谓审判监督制度。再审制度一直是人们关注的焦点问题。虽然有人针对再审制度与法院判决的稳定性存在着的紧张关系，提出了在改善审级制度的前提下，取消审判监督程序的主张，但在目前的情势下，取消对已经发生效力裁判的救济手段，似乎是不现实的。再审制度的修正主要涉及以下问题点：1.关于再审的启动。现行制度是法院可以依职权启动，即法院认为生效判决、裁定确有错误的，即使没有当事人的申请和检察院的抗诉，也可以主动

提起。但有违反民事诉讼处分原则之嫌，因此，有学者主张，建立再审之诉，通过当事人行使再审诉权实现再审的启动。

2.修正再审提起的条件，包括再审之诉提起的主体、期间、法定事由，案件范围等。修正现行法中关于申请再审的事由，将是这一部分的重点。

3.明确再审事由的审查程序，即明确规定再审条件审查的机构、审查的期间、审查的结果告知、是否应当设立听证程序等。

4.完善再次审理的程序。

5.如果保留抗诉制度，则如何完善抗诉制度也是关注的重点问题。

执行制度：分立已是大趋势 虽然学术界对司法裁决的执行权是否应当由法院来继续行使存在争议，但对将执行制度的规定从民事诉讼法中分离出去已经没有什么争议。将执行制度的规定从民事诉讼法中分离出去成为独立的法典??民事执行法或强制执行法的理由主要有以下几点：1.基于性质不同。执行程序虽然与民事诉讼程序有密切的关联，但两者毕竟是不同的程序和阶段。民事诉讼程序处理的是如何解决民事争议的问题，而执行程序解决如何实现实体权利的问题。民事诉讼法应当将民事诉讼中产生的社会关系作为自己的调整对象，而将执行程序中社会关系的调整交由独立的民事执行法来完成。

2.基于复杂性。执行程序包括执行实施的程序、执行的手段和执行程序的救济程序，内容十分复杂，而且随着社会的发展，执行的手段和方法也日趋多样化，也导致执行制度的进一步复杂化。如果这些内容复杂的执行规范放在民事诉讼法法典中，不仅会导致民事诉讼法法典的庞杂、臃肿，也会因为影响立法中对执行制度的特别关注，而影响执行制度的完善。如果分离出去，那么在制定民事诉讼法的同时就要制定民事执行法，以便与新民事诉讼法配套。

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问  
[www.100test.com](http://www.100test.com)