

有關內地香港相互執行民商判決商討「提速」的意見
—給立法會司法及法律服務委員會的呈文

羅沛然
香港大律師公會執委

大律師公會訪京團上月二十二日拜訪最高人民法院時，接待訪京團的黃松有副院長表示，內地與香港雙方近日已就締結相互執行民商判決的協定進行第三輪商討，爭取在二〇〇五年簽署協定。

黃副院長還說，雙方現有的分歧點在於內地方面希望將協定的範圍擴闊至包括勞資糾紛的「一籃子」類別的訴訟而得出的判決，和港方提出內地法院判決是否符合香港法院在決定是否執行港外判決時要求有關判決是最終及不可推翻的判決的衝突法規則的問題。

這兩個都是棘手的問題，是律政司法律政策專員區義國先生在本年三月在立法會席上提及需要充分時間解釋商討的問題。黃副院長這樣說，令人覺得就此兩個問題，雙方漸取得共識，而達致共識的因素，或許是港方談判立場有變！

協定範圍

律政司在二〇〇二年諮詢大律師公會的文件，建議暫不商談相互執行所有種類民商判決的機制，而是在現階段開啟相互執行一種特定類別的民商判決的商談。有關的民商判決只限於兩方某級別或以上法院的金錢判決，並且要是依據與訟雙方預先在契約選定在中港一方或兩方的法院訴訟為解決爭端的方式的條款而進行的訴訟而得出的判決。現在的商談方向，甚有可能偏離二〇〇二年的立場，傾向好像概念上較為便民的寬闊範圍。若然如此，這既與當年律政司藉協定推介香港作為國際貿易爭端解決中心和發展香港法律服務的用意大相逕庭，也觸及香港商界和法律界對在港執行內地法院判決的一大顧慮，即判案質素問題。

筆者在二〇〇二年五月十一日在《信報》的大律師公會專欄曾引述紐約大學法學院柯恩教授〔Professor Jerome Cohen〕的觀察，指內地司法制度有多重缺陷，包括

專業水平和訓練不足、「關係」、「地方保護主義」、黨領導法院及法院內的領導人影響個別審判等問題。筆者亦指，有研究顯示，內地的中國國際經貿仲裁中心〔即CIETEC〕的仲裁決定在內地的全額執行比率只有百分之十七，並且覺得，既然內地的機構的仲裁決定的全額執行比率如此不濟，那麼內地法院執行境外判決的情況可想而知。

律政司副法律政策專員黃繼兒先生在本年三月亦在立法會席上表示，檢討內地與香港相互執行仲裁決定協定的工作小組曾經向香港法律界作問卷調查，而回覆顯示法律界人士認為在內地要求執行仲裁決定存在內地法院制度透明度低，申請执行程序繁複，對方提反對執行抗辯，及難以在內地確定對方資產等問題。

判案質素問題，不只是港人關心的問題，事實上也是最高人民法院、內地傳媒、人大代表和民眾關心的問題。然而，港人，特別是港商，憂慮的問題，是內地法院判決會否給別有用心的合夥人或其他單位用作巧取自己在港資產的憑據？面對此項憂慮，港方自然應讓最後把關的香港法院容許港人以不同的技術和實質理由反對執行。若是如此，內地方面便會問，協定能給予多少的便利？

大律師公會在二〇〇二年曾建議律政司可先只和內地部份有相當數量外資投資及在司法改革過程處於領先地位的區域商談相互執行民商判決的協定。《基本法》第九十五條容許這樣的司法關係的商談和締結，既可讓香港特區法院的民事判決可在內地經貿活動頻繁的區域得到認可和執行，也使香港特區法院須予以認可和執行的內地法院民事判決有一定的質量保證。鑑於現在商討的複雜情況，筆者覺得應重提這建議。

最終及不可推翻的判決

一九九六年高等法院在《集友銀行訴陳天君案》裁斷一個內地人民法院的判決會因為訴訟一方已啟動可能招致同一人民法院要重審有關案件的抗訴程序而不是符合香港法院理解的最終及不可推翻的判決，故擱置執行該判決的香港法律程序。

《集友銀行案》的裁斷理據後來在二〇〇一年獲上訴法庭認同。見《林哲民經營之日昌電業公司訴林志滔案》〔民事上訴案件2001年第354號〕。上訴法庭亦在二〇〇二年引用《集友銀行案》的裁斷理據，並指出內地法律沒有對啟動抗訴程序的期限

作出任何規定。見《林哲民經營之日昌電業公司訴張順連案》〔民事上訴案件2001年第1046號〕。上訴法庭再在二〇〇三年指出，人民檢察院不受時限限制的審判監督權力，令人對人民法院的判決應否被視為最終及不可推翻的判決有所保留。見《林哲民經營之日昌電業公司訴林志滔案》〔民事上訴案件2003年第95號〕。然而，由於上訴法庭審理這幾件上訴案件時，與訟各方沒提供詳盡的內地法律專家證據，與及上訴案件均屬非正審上訴，上訴法庭因而沒有人民法院的判決應否和在那時候可以被視為最終及不可推翻的判決等問題作出裁斷。

原訟法庭後來二〇〇四年的一宗案件考慮了上述的上訴法庭判決。張舉能法官否定了除非人民檢察院提出抗訴，則人民法院的判決屬最終及不可推翻的判決的說法。反之，張法官認為除非香港法院信納相關機構是不會抗訴判決，人民法院的判決應屬最終及不可推翻的判決。換言之，雖然或許假以時日，人民法院的判決有可能變成最終及不可推翻的判決，但是香港法院不可以一概而論的對人民法院的判決在什麼情況或時候便屬最終及不可推翻的判決作出指引，而是要按照該判決的個別情況處理。見《陳秋原訴南洋商業銀行及其他人案》〔遺產認證訴訟2002年第4號〕。

雖然黃副院長向公會訪京團解釋，抗訴程序是維護訴訟人的合法權利，只在特別的例外情況啟動，可是根據江蘇省近五年抗訴再審案件審理情況的調查報告，抗訴程序運作情況事實並非如此。調查報告顯示，抗訴案件數目有上升趨勢，主要對象為民商事案件，有百分之七十的案件原審當事人未依法提起上訴，而確認「錯案」改判的比率卻不足百分之三十。調查報告除了揭示抗訴程序有被濫用的可能，更闡述現行抗訴程序存在下述問題：抗訴的範圍和標準不明確；法定抗訴事由模糊；抗訴無法定期限限制，使生效裁判處於不穩定狀態；檢察機關的抗訴往往具有單方傾向性，違背現代民事訴訟平等對抗原理；檢察機關出庭支持抗訴地位不明，民事案件抗訴案件審理程序模糊；當事人的處分權受到不當干預；再審法院級別含混不清；及檢察機關和法院間存在局部衝突現象。調查報告的結論是「事實已經表明，民事抗訴制度實際運作過程中的失範，是這一制度內在缺陷的必然結果，說明我國的民事抗訴制度違背民事訴訟制度基本規律，不符合現代民事訴訟的基本原理和發展趨向。」見褚紅軍主編，《審判監督制度實證研究》〔人民法院出版社，2004年9月〕。

《中華人民共和國民事訴訟法》確立的審判監督程序，說明只要人民檢察院，原審人民法院或上一級人民法院查明已發生效力的人民法院判決出現特定的錯誤，縱使案件已經完成二審上訴，都可指令有關的人民法院重審案件。案件重審後，判決受同樣的審判監督程序規限，可再受抗訴和被要求再審。波斯納法官〔Judge Richard

Posner] 說，「追求公義，須顧及代價」。事實上，審判監督程序的代價就是案件判決恆常的有被推翻的可能。大律師公會在二〇〇二年認為，由於審判監督程序的存在，內地各級人民法院的判決均不符合香港法院在決定是否執行港外判決時要求有關判決是最終及不可推翻的判決的衝突法規則。筆者現在看不到內地民事訴訟制度有所改變，令人修正上述判斷。反之，上述判斷，應予肯定。

內地和香港雙方商討相互執行民商判決的時候，可以採取兩個不同的方式，處理這問題。第一個方法是把問題讓給香港法院處理，但這方法存在風險，因為法院可以振振有詞的裁斷內地各級人民法院的判決均不是及不可能變成最終及不可推翻的判決，結果便是使協定不能落實。第二個方法是繞過香港法院，由律政司和內地有關當局談妥協定，然後由立法會立法，指定香港法院須承認和執行某些種類的內地人民法院的判決。這做法只有一個用意，就是突破香港普通法制度的一般性的衝突法規則。

二〇〇二年律政司的諮詢文件建議以法例規定一個判決註冊制度，在港落實日後的相互執行民商判決協定。當時大律師公會已表示不贊同，因這建議顯示特區政府有放棄上述衝突法規則的意向。筆者相信現在必須重提落實機制，和律政司在商討時是否堅定不移的維護香港的普通法原則等問題。上述衝突法規則，明顯切合現代民事訴訟的基本原理和發展趨向，要求對方制度及其運作符合民事訴訟制度的基本規律，故不容律政司有任何妥協餘地。

最高人民法院蕭揚院長在本月率團來港，行程包括會晤律政司司長，至於是否已趁機進行第四輪商討，香港公眾暫時不知。

過去兩年的商討，律政司都是不公開具體內容。既然現在雙方正在提升商討速度，甚至接近就具爭議性問題達成共識的階段，律政司應及時向香港法律界和立法會披露其意向和再作諮詢，讓法律界的意見可協助律政司應對和解決問題，而不是繼續把法律界、立法會和香港市民都蒙在鼓裡。



二〇〇四年十一月十一日

註：文章原擬在《信報》的大律師公會專欄刊登，內容純屬個人意見，不代表大律師公會或其執委會的立場。

CACV354/2001

香港特別行政區
高等法院上訴法庭
民事司法管轄權
民事上訴

案件編號：民事上訴案件 2001 年第 354 號
(原本案件編號 1999 年第 9585 號)

原告人（上訴人） 林哲民經營之日昌電業公司
對
被告人（答辯人） 林志滔

主審法官：高等法院首席法官梁紹中
高等法院上訴法庭法官胡國興
高等法院上訴法庭法官張澤祐

聆訊日期：2001 年 12 月 12 日

宣判日期：2001 年 12 月 18 日

判案書

由高等法院上訴法庭法官胡國興宣讀上訴法庭判案書：

序言

1. 2001 年 1 月 4 日，當本案在原訟法庭鍾安德法官席前開始審訊時，因應被告提出的申請，鍾法官命令：原告在本訴訟中所有有關口頭租務協議及其相關的損失、損害及/或賠償的指控/濟助請求，均被撤銷。另外，鍾法官亦命令有關被告唆使員工毆打原告的訴訟，即使不應被撤銷，亦應被擱置。原告現在上訴，要求推翻鍾法官的命令，並要求重新排期審訊本案。

有關事實

2. 本案涉及原告與被告之間兩人的口頭租務協議 有關的物業是位於東莞市黃江鎮龍見田管理區的廠房。據“索償申請書”(即“申索陳述書”)所說，被告承諾將其正在該廠房加建的一層租給原告的東莞分公司。原告聲稱被告毀約，並沒有於指定日期提供該廠房的消防證以及其他批准文件，亦沒有提供足夠的工人宿舍，依約只收取低於市價的租金。被告更無理地切斷廠房及工人宿舍的水電供應，又佔用原告的工人宿舍。被告在 1999 年 4 月 23 日單方面發出通知終止租約。當原告正在撤離被告的廠房時，被告的電工衝入並揮拳毆打原告。

3. 本案的傳訊令狀連同申索陳述書於 1999 年 6 月 11 日發出。本案的被告為在東莞成立的“東莞榮豐錶業有限公司”(“榮豐”)的法定代理人。1999 年 7 月 12 日榮豐以原告身份在東莞市人民法院起訴恆昌電子(深圳)有限公司(“恆昌”)，而恆昌的法定代理人是本案的原告林哲民。

4. 兩案分別在香港及東莞同時進行。林哲民向東莞法院提出反對該法院審理東莞的案件，不果。他也在該案中提出反訴。2000 年 11

月 13 日，東莞市人民法院就該東莞案件發出一份民事判決書。簡單而言，東莞市人民法院裁定榮豐勝訴而恆昌敗訴。

5. 據該民事判決書的內容，可見與訟雙方在該案中的訴因及爭議點，與本案雙方所提出的訴因及爭議並無分別。

6. 在該民事判決書中，也很清楚指出該案的處理情況，如下：

“本院受理後，依法組成合議庭，於 1998 年 8 月 25 日、10 月 19 日、2000 年 3 月 24 日、6 月 12 日、9 月 21 日、10 月 20 日公開開庭進行審理。原告法定代表人林志滔及其委托代理人黃惠忠、廖東江到庭參加訴訟，被告經傳票傳喚，法定代表人林哲民於 1999 年 8 月 25 日、10 月 19 日、2000 年 3 月 24 日、6 月 12 日到庭參加訴訟，而 2000 年 9 月 21 日和 10 月 20 日兩次開庭未到庭。本案現已審理終結。”

7. 在該民事判決書中，東莞市人民法院就雙方的爭議點作出以下的裁定：

- (1) 從開出的支票看，恆昌已默認了租金價格，且該價格在同地區內屬中下水平，合理合法。恆昌對每月租金計算持異議，但始終未能舉證。
- (2) 恆昌要求對非法停水、停電賠償，但恆昌亦未能舉證。
- (3) 經查，源豐在東莞市龍見田管理區投資開辦榮豐，恆昌雖辯稱榮豐以源豐的名義通知恆昌終止租賃關係欠妥，但恆昌收到此通知書之後，於 1999 年 5 月 24 日開始搬走了大部份機械設備，恆昌的行為表示同意解除廠房租賃協議，終止廠房租賃關係。

- (4) 恆昌未按約定於 1999 年 8 月 1 日前將全部機械設備搬走，辯稱是榮豐阻止恆昌搬走機械設備，榮豐反駁恆昌拒不辦理結算手續，且將未搬走的機械設備鎖着，恆昌之辯稱缺乏充份的證據和理由，因此恆昌反訴原告非法扣留資產，理由不成立。
- (5) 恆昌反訴稱，榮豐唆使電工行兇，應賠償恆昌醫藥費、工資損失，被告缺乏充份的證據，且此訴與本案糾紛是兩類不同的法關係，本案不應對此訴進行辦理，被告可另行起訴。
- (6) 恆昌辯稱榮豐必須對 1999 年 5 月份起廠房不能依期交付使用違約賠償，缺乏證據，理由不成立。

8. 該法院判決榮豐的大部份索償申請勝訴，而駁回恆昌關於賠償安裝電話費用的反訴請求、關於賠償扣留資產做成損失、和另租橫江廠房空置做成損失的反訴請求。該民事判決書在末段說：

“如不服本判決，可在判決書送達之日起 15 日內，向本院遞交上訴狀，並按對方當事人的人數提出副本，上訴於東莞市中級人民法院。”

鍾法官的判決理由

9. 在鍾法官 2001 年 1 月 30 日的判案書中，鍾法官援引數項法律典籍，然後作出以下裁決：

- (1) “涉及土地或與土地有關的協議的糾紛，應以該土地所處的地

方法律為適用法律，或以與該協議有密切關連的法律(通常是指涉案土地所處的地方的法律)，為通用法律。”(判案書第 11 頁 A-D 行)

- (2) “東莞人民法院對此糾紛行使司法管轄權，依香港法律而言，並無不妥....”(判案書第 11 頁 F-G 行)
- (3) 恆昌在東莞的案件中提出抗辯及反申索及出庭應訊，“恆昌應被視為已接受了東莞人民法院的司法管轄權。”(判案書第 12 頁 E-F 行)
- (4) “東莞人民法院的裁定，相對於本案的與訟雙方而言，具約束力，(或應被視為具約束力)。”(判案書第 12 頁 I-K 行)
- (5) 本案原告和被告為香港法例第 46 章《外地判決(限制承認及強制執行)條例》第 5 條所指，分別為恆昌及榮豐的“利害關係人。”(判案書第 12 頁 R-S 行)
- (6) 結論是，“原告在本訴訟中，所有有關口頭租務協議及/或其相關的損失，損害或/及賠償的指控/濟助請求，均應被撤銷。”(判案書第 13 頁 J-K 行)

原告的上訴理由

10. 在原告的長達 23 頁的上訴通知書中，他舉出多項理由，支持他的上訴。本上訴可以說是純牽涉法律問題，故上訴通知書和原告人所提出的無關宏旨的事實，及他暗示鍾法官的行為不當的論調，本庭不

擬作出處理，只是指出，原告對鍾法官採用無禮、情緒化和尖酸的言詞及指謫，對他的上訴並無任何益處，而又無關，徒然浪費本庭時間；上訴某一法官的裁決，當然是會指出該法官的判決在何處犯錯，但並無需要以不禮貌及尖酸刻薄的言詞指謫法官。

香港法律承認東莞法院的判決

11. 原告人提出，香港法例第 319 章《外地判決（交互強制執行）條例》只適用於英聯邦國家的外地判決，這是對的。但是，被告並不是運用該條例登記東莞人民法院該判決意圖在香港強制執行該判決。普通法把承認和執行外地判決作出不同的處理。強制執行外地判決是一件事，而承認外地判決又是另一回事。不論所涉外地判決是否可以在香港以登記的方式強制執行，這要視乎該判決是否為第 319 章內所包括的判決，但外地判決卻受普通法所承認，而阻止與訟雙方在香港的法院就該判決的訴因再進行訴訟。（參閱 *Dicey & Morris* 第 467 頁 14R-001 段和第 512 頁第 19R-109 段，*Halsbury's Laws of England*, 4th Ed Reissue 第 8(1)冊，第 997 段第 4 附註和第 998 段第 8 及 10 附註）。

12. 香港法例第 319 章第 10 條也有如下規定：

“(1) 除本條條文另有規定外，本條例的條文所適用的判決，或假若根據判決須付一筆款項則本條例會適用的判決，不論該判決可否予以登記，或如可予登記則不論是否已登記，香港的任何法院須承認在基於同一訴因的一切法律程序中，該項判決為訴訟各方之間不可推翻的判決，而在任何該等法律程序中，可援引該項判決作為辯護或反申索。

(2) ...

- (3) 就任何判決中有所決定的任何法律或事實問題而言，本條不得被視為阻止香港任何法院承認該項判決是不可推翻的，但該判決必須是在本條例生效日期前會被如此承認的。”

以上的條文 顯示第 319 章並不影響普通法對外地判決的承認及普通法的不容反悔法可基於外地判決而適用，而明顯地指出，香港法律承認的外地判決可援引作為辯護的用途。

東莞法院的判決是否最終及不可推翻的判決

13. 原告在他的上訴通知書及 2001 年 12 月 10 日的陳詞骨幹中，唯一對本上訴有關的，就是稱東莞法院的判決並非最終及不可推翻的判決。這是本上訴的關鍵。

14. 從上述第 9(1)、(2)、(3)及(5)段中，可見鍾法官對於東莞案件及本案所涉爭議的適用法律、東莞法院及香港法庭對本案的司法管轄及審判權 和本案原告和被告是否分別為恆昌和榮豐的“利害關係人”等問題 作出了裁決。本庭認為鍾法官就該等事項的裁決是正確無誤的。原告可以爭議的，就是鍾法官判決中所說“東莞人民法院的裁定，相對於本案的與訟雙方而言，具約束力(或應被視為具約束力)”是否正確。這問題的答案並非單基於是否兩案的訴因及爭議是否一樣，而是要解決東莞法院的判決是否最終及不可推翻的判決。

15. 在本庭未處理這個問題之前，要明白鍾法官為甚麼要命令撤銷本案。他是根據《高等法院規則》第 18 號命令第 19 條規則及/或法庭的固有司法權而撤銷本案的。根據該規則，如原告的訴訟是沒有成功

的機會，則容許他繼續進行訴訟，就會構成他濫用法庭程序，或案件所涉的是瑣碎無聊的訴訟。但是，只是在申索是清楚及明顯地會敗訴或法庭不應審理案件的情況下，法庭才可以運用該規則的權力，這是確定已久的法律（見 2001 年香港民事程序¹第 289 頁第 18/19/6 段）。

16. 唯一鍾法官可以撤銷本案的原因，就是不容反悔法(estoppel)適用於本案：如東莞法院的判決對本案的與訟雙方具約束力，雙方都不能就該案的訴因及爭議再在香港法庭訴訟，因而法庭不審理本案。

17. 不容反悔法只可在判決是最終及不可推翻的判決的情況下適用。在本案而言，有關判決是東莞法院的判決，是外地的判決。如外地的判決是就該案件的爭議點作出是非曲直的判決，而判決是最終及不可推翻的判決，則對與訟雙方來說，判決是已有了最終的結論，雙方都不能對判決就事實或法律方面進行任何質疑，或在另外一案中就同樣的訴因或爭議再次訴訟。參閱 *Dicey & Morris* 第 475 頁第 14R-018 段、第 476-477 頁第 14R-021 段、第 512 頁第 14R-109 段。

18. 在集友銀行對陳天君 (譯音)² 一案中，原訟法庭張澤祐法官（當時的官階）在處理一宗福建中級人民法院的判決時，指出該判決不是最終及不可推翻的判決。該案的情況特殊：被告是原告銀行一名借貸客戶的擔保人，他擔保原告借給該客戶的債務。1995 年 1 月 19 日，福建中級人民法院就原告的索償，判決被告須償還 4 萬多美元給原告。就此判決，被告上訴到福建高級人民法院，但上訴在 1995 年 7 月 30 日被駁

¹ Hong Kong Civil Procedure, 2001.

² *Chiyu Banking Corporation Limited v CHAN Tin Kwun*, HCA 1168 of 1995 (12 July 1996, unreported, Cheung J)

回。原告在香港以福建中級人民法院的判決為訴因提出訴訟，要求被告償還該款項。1995年10月18日，被告向福建人民檢察院遞交呈請書，要求福建中級人民法院重審該案。1996年3月14日，福建人民檢察院向最高人民檢察院提交報告，要求後者提出抗訴。因為該抗訴程序已展開，可能招致福建中級人民法院要重審該案，故張法官認為該法院的判決並不是最終及不可推翻的判決。

19. 本庭認為，張法官在該案的裁決是正確及合法合理的。但所要注意的是，在該案中，與訟雙方在張法官席前，都有提出中國法律專家的意見為證據。該等意見指出，檢察院對法庭的民事判決有監督的職能，它可以對判決作出抗訴，招致福建中級人民法院重審該案；而抗訴的程序亦已展開。故張法官接納該案被告的申請，把香港案件的程序擱置，以等候該抗訴程序的進行。

結論

20. 在該案中可見，因為國內法制的結構，檢察院對民事訴訟可以提出抗訴而使原審法庭把案件重審，故國內法院的判決不是最終及不可推翻的判決。但是該案的情況與本案的不同，因為該案有專家證據，證明當時有關的國內法律，張法官的裁決有證據支持。本案的雙方卻沒有就國內的法律提出證據，故法庭不知道現時國內的法律在這方面是否如前一樣，抑或是有所變更。

21. 在本案中，原告現時說他已就東莞的判決作出上訴。但是，這上訴並不表示該判決不是最終的判決。這是普通法的慣例(參閱 *Dicey*

& *Morris* 第 478 頁第 14-024 段), 亦是香港法例第 319 章第 3(3)條所承認的。該第 3(3)條規定, “即使在原訟法院的國家的法院中, 針對有關判決的上訴仍未了結, 或仍有可能針對有關判決提出上訴, 該判決仍須當作最終及不可推翻。” 而且在本案中, 也沒有證據顯示原告有採取任何步驟, 向人民檢察院要求抗訴。雖然如此, 但是因為被告向鍾法官申請撤銷本案, 要清楚無疑地證明本案受不容反悔法的約束, 被告就有舉證責任, 證明東莞的判決是最終及不可推翻的判決。在鍾法官席前, 被告沒有提出這類的證據, 故鍾法官作出撤銷本案的命令, 在這方面是錯誤的, 是沒有所需的證據支持的。況且, 被告在本案延遲至開審的第一天才作出撤銷的申請, 鍾法官是不應接納申請的(見 1999 年最高法院實踐, 第 1 冊³ 第 348 頁第 18/19/3 段, *Halliday v Shoesmith* [1993] 1 WLR 1, 第 5 頁 C-D 行)。故此本庭命令上訴得值, 把鍾法官撤銷本案的命令及訟費令撤銷, 把案件發還原訟法庭另外一位法官審理。

22. 本庭亦作出暫准命令, 本上訴訟費及 2001 年 1 月 4 日在鍾法官席前所招致的訟費, 由被告負擔。

(梁紹中)	(胡國興)	(張澤祐)
高等法院首席法官	高等法院上訴法庭法官	高等法院上訴法庭法官

原告人(上訴人): 無律師代表

被告人(答辯人): 無律師代表

³ *The Supreme Court Practice, 1999, Volume 1*

CACV 1046/2001

香港特別行政區
高等法院上訴法庭

民事司法管轄權

民事上訴

案件編號：民事上訴案件 2001 年第 1046 號

（原高院民事訴訟案件 2000 年第 9827 號）

原告人 林哲民日昌電業公司

對

被告人 張順連

主審法官： 高等法院上訴法庭法官胡國興
 高等法院原訟法庭法官鍾安德

聆訊日期： 2002 年 5 月 22 日

判案書日期： 2002 年 7 月 12 日

判案書

由高等法院原訟法庭法官鍾安德頒布上訴法庭判案書：

1. 原告（上訴人）不服高等法院原訟法庭任懿君法官在 2001 年 5 月 9 日作出的判決，向本庭提出上訴。任法官在當日命令剔除本訴訟的申索陳述書及撤銷本訴訟。為方便理解任法官作出上述命令的

原因及本庭對本上訴的裁決，本庭先將本訴訟的性質及過程作出簡述，如下。

2. 原告在 2000 年 11 月 6 日提出本訴訟。指被告（答辯人）違反與他曾訂定的有關深圳市龍崗區橫崗鎮一廠房的租用合約，並煽動龍崗鎮村民霸佔他工廠設備及資產。原告要求被告賠償有關損失。

3. 被告在 2000 年 11 月 28 日，依據高等法院規則第 18 號命令第 19 條規則提出申請，要求剔除本訴訟的申索陳述書。聆案官在 2001 年 1 月 16 日經聆訊後，作出以下命令：

“除非原告人在 28 日內將廣東省深圳市龍崗區人民法院的判決作廢，否則剔除索償聲請書（即高等法院規則所指的申索陳述書）第 1 至 4 項。”

本訴訟的申索陳述書的第 1 至 4 項申索為：

- “ 1. 退回所交的租金，人民幣 7,500.00 元
- 2. 工場裝修費，人民幣 10,871.00 元
- 3. 搬遷費，人民幣 4,000.00 元
- 4. 維持工資，人民幣 16,000.00 元。”

共折合港幣 35,860.00 元。至於申索陳述書中的第 5 至 8 項申索，則未被列入上述命令。原告不服，在 2001 年 2 月 3 日向原訟法庭提出上訴。

4. 2001 年 5 月 9 日，該上訴在任法官席前進行聆訊。在該聆訊前數天（即 2001 年 5 月 5 日），被告在法庭呈交存檔一份標題為“交相上訴通告”的文件，要求原訟法庭在 2001 年 5 月 9 日“重新聆訊被告人於 2000 年 11 月 28 日以傳票方式申請剔除原告人的索償聲請書（即高等法院規則所指的申索陳述書）及撤銷本訴訟”。

5. 因此，在 2001 年 5 月 9 日聆訊時，任法官需處理的共有兩項申請，即原告在 2001 年 2 月 3 日提出的上訴，及被告在 2001 年 5 月 5 日提出的所謂“交相上訴通告”。

6. 任法官在他 2001 年 5 月 9 日的“判案書”中，並未清楚指出法庭如何處理被告方提出的所謂“交相上訴通告”。根據高等法院規則第 58 號命令第 1（2）條規則，來自聆案官的判決、命令或決定的上訴，須以通知書方式通知送達另一方，而根據第 58 號命令第 1（3）條規則：

“除非法庭另有命令，否則通知書必須在遭上訴的判決、命令或決定作出後 14 天內發出，並必須在發出後 5 天內送達。”

7. 因此，被告方的“交相上訴通告”是在法定期限介滿後才提出。高等法院第 3 號命令第 5（1）條規則賦予法庭延展或縮短有關期限的權力。雖然如此，如前所述，任法官並沒有在判案書中，清楚顯示曾行使有關的酌情權，延展有關的上訴期限。

8. 在原訟法庭未行使其酌情權情況下，本庭可依據情況，自行決定應如何行使該酌情權。根據 2002 年香港民事程序（*Hong Kong Civil Practice 2002*）中第 3/5/2 段：

“..... application to enlarge the time for an appeal when the litigant has had his trial and lost, will not generally be granted unless there is material on which the court can exercise its discretion (*Ratnan v Cumarasamy* [1965] 1 WLR 8; [1964] 3 ALL ER 933 PC and see *Chiu Sin-chung v Yu Yan-yan Angela* [1993] 1 HKLR 225).”（中文譯本請參閱附件註一）

9. 被告從未解釋為何未在法定期限內提出該所謂“交相上訴通告”。而代表被告的劉大律師，在本上訴聆訊時，亦非常公正地承

認，被告方在提出該通知時，可能對有關法律規定有所誤解。基於以上兩點，本庭認為假如原訟法庭是基於上述的“交相上訴通告”而撤銷此訴訟，這判決缺乏充分的理據。因此，單就此點，原訟法庭在 2001 年 5 月 9 日決定撤銷本訴訟的命令是錯誤的。本上訴亦應因此而得直。

10. 除被告方提出的所謂“交相上訴通告”外，在 2001 年 5 月 9 日的聆訊時，原訟法庭應處理的，只為原告在 2001 年 2 月 3 日提出的上訴。該上訴針對的是聆案官在 2001 年 1 月 16 日作出的剔除申索陳述書中第 1 至 4 項申索的命令，即使原訟法庭駁回原告提出的上訴，亦無合理理據剔除申索陳述書中的所有申索及/或撤銷本訴訟。涉及剔除申索陳述書中第 5 至 8 項申索的原訟法庭命令，亦應因此而被撤銷。

11. 任法官在 2001 年 5 月 9 日的判決中，並沒有清楚指出，聆案官在 2001 年 1 月 16 日的命令是否正確，但由於任法官在當日撤銷了本訴訟，他理應是同意聆案官在 2001 年 1 月 16 日所作出的命令。

12. 任法官在其“判案書”中說：

“驟眼看來，這[申索陳述書]不應該在香港司法管轄範圍內，或者說是不適合香港司法管轄範圍內裁定這個毀約行為，因為所涉及的内容發生在深圳。.....

根據龍崗區人民法院在 2000 年 12 月 15 日的判決，有以下的聲明：

‘被告[即本案的原告]經本院合法傳喚，無正當理由拒不到庭，本案現已審理終結。’

..... 本席認為此案交由香港的法庭審理是不妥當的，因為涉及的内容是在深圳的房地產，而在當地已經興起訴訟”

13. 有關涉及大陸房地產租務合約的糾紛，是否應在香港提出訴訟這一點，本庭曾在林哲民經營之日昌電業公司對林志滔（2001 年民事上訴第 354 號）一案中作出判決。在該上訴中，原告亦在香港提出訴訟，指該案的被告違反口頭租務協議。有關的糾紛，未在香港法院進行審訊前，已在東莞市人民法院審理完結。上訴法庭在考慮過 *Chiyu Banking Corporation Ltd v Chan Tin Kwun*, HCA 1186 of 1995 一案後，裁定東莞市人民法院的判決，並非最終及不可推翻的判決。因此，原訟法庭不應引用“不容反悔法”（estoppel）而撤銷該訴訟。

14. 在本訴訟中，聆案官並沒有在 2001 年 1 月 16 日即時撤銷本訴訟，而僅在其命令中要求原告在 28 天內將龍崗區人民法院的判決作廢。因此，本庭在對本上訴作出判決時，須考慮聆案官是否正確地行使酌情權作出以上的命令。

15. 原訟法庭在 *Chiyu Banking Corporation* 一案作出的裁決，是基於國內民事法中有關“抗訴制度”（System of Protest）的法律而作出。在該案的“判案書”中有關的判詞為：

“Under the legal system in PRC, another state organ, the Procuratorate exercises a supervisory function over civil adjudication by the courts: Article 14 of the *Civil Procedure Law* of 1991 (“the Civil Procedure Law”). Under Article 185, the Procuratorate may lodge a protest to the court in respect of a judicial decision. The circumstances in which the protest may be lodged are set out in Article 185, namely,

- (i) the main evidence to substantiate the original judgment or ruling was insufficient;
- (ii) the law which was applied in the original judgment or ruling was incorrect;
- (iii) the People’s Court was in violation of the statutory procedure which have affected the correctness of the judgment or ruling;

- (iv) the judicial members in trying the case committed embezzlement, accepted bribes, practised favouritism or make a judgment that perverted the law.

It is for the Supreme People's Procuratorate to lodge the protest but under Article 185, the Fujian People's Procuratorate is entitled to refer the matter to the Supreme People's Procuratorate for it to lodge a protest.

Under Article 187, the court, upon receipt of the protest, is required to conduct a retrial of the action.

This procedure is well recognised. Mr Li Ping, the Plaintiff's expert on Chinese law, stated at para. 11 of his affidavit that 'if such protest is made a retrial will be ordered.' Legal literature on this topic can be found in -

‘中國訴訟制度法律全書’：楊柄芝，李春霖，法律出版社

‘*A Comprehensive Law Book on PRC's Legal Procedure System*’ by Yang Bing Zhi and Li Chun Lin. Published by the Falu Publishing House and

‘抗訴制度通論’：周士敏，中國政法大學出版社

‘*PRC's System on Protest against the People's Court – General Discussion*’ by Shou Shi Min. Published by University of Politics & Law Publishing House.

What is a final and conclusive judgment

One must apply Hong Kong law to determine whether a judgment is final and conclusive. In *Gustave Nouvion v Freeman & Another* [1889] 15 AC 1, the Privy Council considered what is a final and conclusive judgment. Lord Herschell at page 9 had this to say:

‘..... it must be shown that in the court by which it was pronounced conclusively, finally, and for ever established the existence of the debt of which it is sought to be made conclusive evidence in this country, so as to make it res judicata between the parties. If it is not conclusive in the same court which pronounced it, so that notwithstanding such a judgment the existence of the debt made between the same parties be afterwards contested in that court, and upon proper proceedings being taken and such context being adjudicated upon, it may be declared that there exists no obligation to pay the debt at all, then I do not think that a judgment which is of that character can be regarded as finally and conclusively evidencing the debt, and so

entitling the person who has obtained the judgment to obtain a decree from a court for the payment of that debt.’

And at page 10, the law lord continued:

‘..... Although an appeal may be pending, a court of competent jurisdiction has finally and conclusively determined the existence of a debt, and it has nonetheless done so because the right of appeal has been given whereby a superior court may overrule that decision. There exists at the time of the suit a judgment which must be assumed to be valid until interfered with by a higher tribunal, and which conclusively establishes the existence of the debt which is sought to be recovered in this country. That appears to be in altogether a different position from a ‘remate’ judgment where the very court which pronounced the ‘remate’ judgment (not the Court of Appeal) may determine, if proper proceedings are taken, that the debt for which this ‘remate’ judgment is sought to be used as conclusive evidence has no existence at all.’

Not final and conclusive

Based on the material before me, the supervisory function of the Supreme People’s Procuratorate and the protest system are not simply an appeal process. The Intermediate Court judgment is final in the sense that it is not appealable and it is enforceable in China, but it is not final and conclusive for the purpose of recognition and enforcement by the Hong Kong Courts because in the words of Lord Watson, it ‘is not final and unalterable in the court which pronounced it’. It is liable to be altered by the Intermediate Court on a retrial if the Supreme People’s Procuratorate lodge a protest in accordance with the Civil Procedure Law. If upon protest being made, rare the circumstances may be, a Chinese Court has to retry the case, then, clearly it retains the power to alter its own decision. As Lord Watson said at page 13 of *Nouvion*:

‘There is no real difference in principle between the case of a court retaining power to alter a decree by an order in the same suit and the case of its retaining power to defeat the operation of that decree by an order pronounced in another suit relating to the same debt.’”

(中文譯本請參閱附件註二)

16. 香港以外國家或地區的法律，以普通法而言，屬香港法院對事實的裁斷。 *Phipson on Evidence* (2000 年)第 15 版第 37-58 段，對此點有以下的陳述：

“Foreign law must, in general, be proved *on oath*, either orally or, in some cases, by affidavit; and not by the mere certificates of experts, though this strictness has occasionally been relaxed

Formerly, in all cases, *previous decisions* upon the same point of foreign law and even between the same parties were not admissible, for being a question of fact it must be decided on evidence and not on authority, in addition to which the law is continually liable to change. However, in civil proceedings, a previous decision on a question of foreign law is now given some status as a precedent. By section 4(2) to (5) of the Civil Evidence Act 1972 a previous decision of a superior court on a question of foreign law (which is reported in a citable form) may be tendered as evidence of that law and will be presumed to be a correct statement of that law until the contrary is proved.”

(中文譯本請參閱附件註三)

17. *Phipson* 一書中所指的，是英國法律（特別是《1972 年民事證據法令》）對外地法律的處理方法。香港亦有類似英格蘭法令的法律條文。根據香港法例第 8 章《證據條例》第 59 條：

“ (2) 凡就香港以外任何國家或地區關乎任何事宜的法律的任何問題，已在第 (4) 款所述法律程序中獲裁定（不論是在本部的生效日期之前或之後獲裁定），則在任何民事法律程序中（在可對該國家或地區關乎該事宜的法律予以司法認知的法庭席前進行的法律程序除外） -

(a) 在首述的法律程序中就該問題所作的任何裁斷或決定，如以可引述的形式作報導或記錄，則可接納為證據，以證明該國家或地區關乎該事宜的法律；及

(b) 如為上述目的援引如此作報導或記錄的上述裁斷或決定，則除非相反證明成立，否則該國家或地區關乎該事宜的法律須當作與該裁斷或決定相符 ”

“ (5) 為施行本條的規定，就第 (2) 款所述問題所作的裁斷或決定，如是以書面形式在一份報告、謄本或其他文件內作報導或記錄，而該報告、謄本或其他文件在假如該問題是有關香港法律的問題時可在香港進行的法律訴訟程序中被引述作為根據，則在並僅在上述情況下，該裁斷或決定須當作為以可引述的形式作報導或記錄。 ”

18. 第 59 條第 4 (a) 段的英文本規定：

“ (4) The proceedings referred to in subsection (2) are the following, whether civil or criminal, namely –

- (a) proceedings at first instance in the High Court or in the Supreme Court of England as constituted by section 1 of the Courts Act 1971 (1971 c. 23 UK);”

19. 根據香港法例第 1 章《釋義及通則條例》第 3 條：

“ ‘High Court’ (高等法院) means the High Court of the Hong Kong Special Administrative Region established by section 3 of the High Court Ordinance (Cap. 4).”

“ ‘高等法院’ (High Court) 指《高等法院條例》(第 4 章) 第 3 條所設立的香港特別行政區高等法院。”

20. 而香港法例第 4 章《高等法院條例》第 3 條則規定：

“There shall be a High Court of the Hong Kong Special Administrative Region consisting of the Court of First Instance and the Court of Appeal.”

“現設立香港特別行政區高等法院，由原訟法庭及上訴法庭組成。”

21. 因此，根據以上各條款，雖然在本訴訟中，並無有關“抗訴制度”的證據，基於第 8 章第 59 條的條文，本庭亦可採納原訟法庭在 *Chiyu Banking Corporation* 一案的“判案書”中有關此點的裁斷，作為本庭對本上訴作出裁決時的證據。

22. 但第 8 章中第 59 條第 4 (a) 段的中文本，與英文本的有所不同。該中文本為：

“在由《1971 年法院法令》(1971 c. 23 UK) 第 1 條所組成的英格蘭高等法院或最高法院中的原訟法律程序；”

根據中文本，第 59 條第 4 (a) 段所指的“高等法院或最高法院”均為英格蘭的法院，而非分別指香港高等法院和英格蘭的最高法院。假如

中文本是第 59 條第 4 (a) 段的真正意義，本庭不可採納香港高等法院原訟法庭在 *Chiyu Banking Corporation* 的裁斷，作為“抗訴制度”的證據。

23. 第 59 條第 4 (a) 段的中文本的意義與英文本的意義出現分歧，本庭認為，英文本所載的意義是真正的意義，即“High Court”是指香港特別行政區的高等法院。原因如下：

- (1) 第 59 條第 4 (a) 段的英文本，明確指明有關的法律程序是“proceedings at first instance”（原訟法律程序）。該條款亦明文指定，有關法院是“.... the High Court or the Supreme Court of England”（“.... 高等法院或英格蘭的最高法院”）。根據英格蘭的 1971 年法院法令第 1 條：

“The Supreme Court shall consist of the Court of Appeal and the High Court, together with the Crown Court established by this Act.”

（中文譯本請參閱附件註四）

在英格蘭而言，最高法院中負責原訟法律程序的法院，基本上是高等法庭（High Court）和英皇法院（Crown Court）。因此，假如第 59 條第 4 (a) 段僅指英格蘭法院的原訟法庭程序（無論是在英格蘭高等法院或英皇法院的法律程序），該條款只須訂明有關的法律程序是：

“在由《1971 年法院法令》.... 第 1 條所組成的英格蘭最高法院中的原訟法律程序”

已經足夠。另方面，假如第 59 條第 4 (a) 段是專指英格蘭高等法院中的原訟法律程序，便無須訂明有關原訟法律程序是“.... the High Court or the Supreme Court of

England” (.... 高等法院或英格蘭的最高法院)中的原訟法律程序,而只須直接規定是“.... the Supreme Court of England” (英格蘭的最高法院)的原訟法律程序;

- (2) 第 59 條第 4 (b) 和 4 (c) 段,分別涉及第 4 (a) 段“所述的法律程序所產生的上訴”及“在終審法院席前進行的法律程序”。因此,第 59 條第 4 (a) 至 (c) 段所指的 legal proceedings,應該是分別在香港高等法院中的兩級法庭及香港終審法院席前的法律程序。

24. 香港法例第 1 章第 10B (3) 款規定:

“凡條例的兩種真確本在比較之下,出現意義分歧,而引用通常適用的法律釋義規則,亦不能解決,則須在考慮條例的目的和作用後,採用最能兼顧及協調兩文本的意義。”

25. 如前所述,本庭裁斷第 59 條第 4 (a) 段的英文本的真正意義是指,香港原訟法庭的裁決或決定,可被接納為有關香港以外國家或地區的法律的證據。

26. 本庭亦裁斷,第 59 條第 4 (a) 段的中文本,在此點與英文本出現意義分歧。因此,本庭運用第 10B (3) 條賦予的權力,採用第 59 條第 4 (a) 段英文本的意義,為該條文的真正意義。

27. 根據 *Chiyu Banking Corporation* 一案的裁斷,由於國內的法律容許有關方面提出“抗訴”,而“抗訴”經提出後,有可能引致裁決原訟的法院須對有關訴訟重行審理。因此,根據香港法律而言,該法院的判決,並非一最終及不可推翻的判決。

28. 第 8 章第 59 條第 (3) 款規定，除經法庭許可外，與訟的任何一方，不得援引有關的裁斷或決定。原告並無律師代表應訊，亦無接受法律訓練，在此情況下，原告沒有在本上訴聆訊前申請法庭許可，實可理解。本庭為能考慮與本上訴有關的事項，決定給予許可。

29. 此外，國內的法律亦沒有對提出“抗訴”的期限作出任何規定。基於以上各點，聆案官在 2001 年 1 月 16 日所作的命令，規定原告須在命令日起 28 天內將人民法院的判決作廢，並無充分的理據支持。而任法官在 2001 年 5 月 9 日駁回原告針對 2001 年 1 月 16 日命令而提出的上訴時，亦無解釋如此裁斷的理據。

30. 本庭因此裁定原告的上訴得直，命令撤銷任法官 2001 年 5 月 9 日及聆案官 2001 年 1 月 16 日的兩項命令。

31. 最後，本庭必須一提，與本上訴相關的兩事項：

(a) 被告在本上訴聆訊時，要求本庭批予許可接納進一步證據呈堂，該進一步證據基本上涉及被告指龍崗區人民法院的判決，已在較早前完成執程序。但此點與人民法院的判決是否一最終及不可推翻的判決，並無關係。因此，本庭認定這進一步證據與本上訴的爭議無關，把有關的申請撤銷。

(b) 代表被告的劉大律師指 *Chiyu Banking Corporation* 一案中的被告，在該案聆訊時，已提出“抗訴”，但本訴訟的原告，從未提出“抗訴”。雖然如此，由於並無證據顯示，國內法律規定提出“抗訴”的期限，本庭認為單憑此點，不足

以令本庭裁斷 *Chiyu Banking Corporation* 一案的裁決, 不適用於本上訴。

32. 本庭作出暫許訟費命令, 被告要支付予原告本上訴及在聆案官和原訟法庭席前涉及有關本上訴各爭議點的訟費。

(胡國興)
高等法院上訴法庭法官

(鍾安德)
高等法院原訟法庭法官

原告人: 自行應訊

被告人: 由黎錦文李孟華律師事務所轉聘劉煥新大律師代表

附件

[以下節錄以英文原文為準，中文譯本僅供參考。]

註一：

“…… 案件經過審訊而訴訟人於被判敗訴後申請延展期限以進行上訴，除非有資料讓法庭賴以行使其酌情權，否則法庭在一般情況下都不會批准 (*Ratnan v Cumarasamy* [1965] 1 WLR 8; [1964] 3 ALL ER 933 PC 及 *Chiu Sin-chung v Yu Yan-yan Angela* [1993] 1 HKLR 225)。”

註二：

“根據中華人民共和國的法制，另一國家機關檢察院有權對民事審判活動實行法律監督：《1991 年民事訴訟法》（“民事訴訟法”）第 14 條。第 185 條則規定檢察院可在下述情況下對司法判決提出抗訴：

- (i) 支持原判決或裁定的主要證據不足夠；
- (ii) 原判決或裁定所採用的法律有錯誤；
- (iii) 人民法院違反法定程序，影響了案件正確判決或裁定；
- (iv) 審判人員在審理案件時有貪污受賄、徇私舞弊、枉法裁決行為。

雖然抗訴須由最高人民檢察院提出，但根據第 185 條，福建人民檢察院有權把有關事宜提交最高人民檢察院，以便最高人民檢察院提出抗訴。

根據第 187 條，法院於收到抗訴後須對案件再行審理。

這項程序已是眾所周知。原告人的中國法律專家李平（譯音）在其誓章第 11 段指出‘如抗訴被提出，法院會指令再審該案。’有關這方面的論述可見於下列法律文獻：

《中國訴訟制度法律全書》：楊柄芝、李春霖，法律出版社，
和

《抗訴制度通論》：周士敏，中國政法大學出版社

何謂最終及不可推翻的判決

我們必須根據香港法律來判定一項判決是否最終及不可推翻。英國樞密院曾在 *Gustave Nouvion v Freeman & Another* 一案[1889] 15 AC 1 考慮何謂最終及不可推翻的判決這問題。Lord Herschell 在判案書的第 9 頁有以下論述：

‘…… 必須有證據顯示，在本國擬用來確證該筆債項存在的判決，經由宣布該判決的法庭作出後，該項判決便不可推翻、最終及永久地確立該筆債項的存在，以致對訴訟各方而言，債項的存在已成既判事情 (res judicata)。若這判決在宣布判決的法庭並非不可推翻，那麼即使法庭已作出判決，但相同的訴訟各方日後依然有可能在同一法庭，就債項是否存在提出爭議，而法庭經過恰當的法律程序審理該項爭議後，有可能宣布訴訟的其中一方根本沒有義務償還債項。在這情況下，本席認為，這樣性質的判決便不能看作是最終及不可推翻地確實證明了該筆債項，致使獲得該判決的人因而有權向本國法庭要求作出償付債項的命令。’

在該判案書的第 10 頁，Lord Herschell 續說：

‘…… 雖然案件可能正待上訴，但具有司法管轄權的法庭已最終及不可推翻地裁定這筆債項確實存在。儘管這項裁定有可能會被較高級的法庭推翻，然而法庭還是作出了判決，因為訴訟任何一方都有權向較高級的法庭提出上訴。這項判決未被較高級的法庭推翻之前，在本案訴訟期間都必須視為有效，並且不可推翻地確立了在本國所擬追討的債項確實存在。這種判決看來跟“出售財產”判決的性質截然不同。宣布該項“出售財產”判決的法庭（並非上訴法庭），如經過恰當的法律程序審理有關案件後，就該筆現擬以這項“出售財產”判決為不可推翻的證據來證明的債項，可能會裁定根本並不存在。’

並非最終及不可推翻

根據本席在本案所得資料，最高人民檢察院的監督職能和抗訴制度並非僅是一項上訴程序。從中級人民法院的判決是不可上訴，及在中國是可以強制執行這個角度而言，中級人民法院的判決是一項最終判決。然而，就香港法院承認和強制執行判決這目的而言，這並非一項最終及不可推翻的判決，因為引用 Lord Watson 所言，這判決“在宣布判決的法庭並非是最終和不可更改的”。如最高人民檢察院根據《民事訴訟法》提出抗訴，則案件在中級人民法院經過再行審理後，判決是可以被更改的。即使提出抗訴的情況或許很罕有，但一旦抗訴提出後，中國的法院便須再行審理該案，這樣，中國法院顯然保留着改變其決定的權力。誠如 Lord Watson 在 *Nouvion* 一案第 13 頁所言：

‘法庭保留權力，在同一訴訟中發出命令，以更改先前的一項判決，與法庭保留權力，在另一宗與同一筆債項有關的訴訟中發出命令，使先前的判決無法執行，兩者在原則上都沒有實質分別。’”

註三：

“一般來說，外地法律必須經宣誓來證明，宣誓可以用口頭形式，或在某些案件以誓章形式作出，而並非單靠專家的證書來證明，雖然，法庭以往亦曾偶然放寬這項嚴格的規定……

以前，在所有案件，同一項有關外地法律問題的*先前判決*，即使對訟的各方相同，都不可以在另一案件中接納為證據。這是因為涉及外地法律的問題屬於事實問題，必須基於證據而非案例來作出裁斷，而且有關法律亦可能在不斷轉變。但現在，在民事法律程序中，有關外地法律問題的*先前判決*已享有某些類似法律先例的地位。根據英國《1992年民事證據法令》第 4(2)至(5)條，高級的法庭就外地法律問題所作的*先前判決*（經已用可引述的形式報導）可被提出作為該項法律的證據，而這判決亦會被推定為該項法律的正確陳述，直至相反證明成立為止。”

註四：

“最高法院由上訴法院和高等法院，連同由本法令所設立的英皇法院所組成。”

林哲民

訴

林志滔

原告人

被告人

(高等法院上訴法庭)
(上訴法庭民事上訴案2003年第95號)

高等法院上訴法庭法官楊振權及袁家寧
2003年9月5及11日

民事訴訟程序——狀書——修改——應否批准修改狀書的申請——關連性及是非曲直的驗證標準

民事訴訟程序——訟費——無律師代表的訴訟人——可獲准予的訟費額——《高等法院規則》(第4章, 附屬法例)第62號命令第28A條規則

原告人於1999年6月入稟香港法院, 向被告索償。一個月後, 被告人入稟東莞市人民法院, 起訴原告人。兩宗訴訟引發的爭議點相同。後來, 東莞市人民法院裁定被告人勝訴, 被告人繼而倚據“一事不能再審/不容反悔”法則, 要求香港法院撤銷原告人的申索。原訟法庭撤銷該申索, 但上訴法庭裁定原告人上訴得直, 下令將案件發還原訟法庭, 並下令被告人支付該上訴的訟費。其後出現兩個問題。首先, 沒有律師代表的原告人要求被告人支付以每小時3,517.40元計算的訟費, 原告人聲稱該數字是他於關鍵時間的時薪。訟費評定官不接納這說法, 並將原告人的訟費減至每小時200元。第二, 被告人申請修改香港訴訟中的答辯書, 以加入“一事不能再審/不容反悔”的抗辯理據。該申請獲法院批准。原告人就上述兩個問題提出上訴。上訴期間, 原告人尋求提出證據, 內容指公司曾議決因處理上述訴訟而扣減原告人的薪金。

裁決——駁回上訴:

修改答辯書

- (1) 一般來說, 修改狀書的申請都應獲批准。此外, 有關修改可在訴訟的任何階段作出 (依循 *Cropper v Smith (t/a HS Cropper & Co)* (1883) LR 26 Ch D 700, *Re Duke of Buccleuch* [1892] P 201, *GL Baker Ltd v Medway Building and Supplies Ltd* [1958] 1 WLR 1216)。(見第110頁C至I)
- (2) 法庭決定是否批准本案被告人的申請前須考慮: (一) 該人提出的修改是否與雙方的爭議點之一有關; 及 (二) 該人提出的抗辯理由是否有可爭拗之處或是否有可能成立, 從而須交由法庭處理。被告人的申請通過了這兩項標準。此外, 被告人提出的修改既是必需和適當, 也不會導致不公義情況。(見第109頁F至G, 第110頁I至J)

訟費

- (3) 《高等法院規則》(第4章, 附屬法例)第62號命令第28A條規則為沒有律師代表的訴訟人的訟費作出了規定。根據第28A(3)條規則, 假如訴訟人未有因辦理任何與訟費有關的工作而蒙受任何金錢上的損失, 該人將不得獲准予每小時多於200元的訟費。(見第111頁F至J)

- (4) 本案原告人直到上訴階段才尋求提出關乎金錢損失的證據, 而該些證據未能符合 *Ladd v Marshall* 一案所訂立的原則, 故法庭不能予以接納。原告人亦未能提出證據以證明其時薪為3,517.40元的指稱 (引用 *Ladd v Marshall* [1954] 1 WLR 1489)。(見第111頁C至D, 第111頁J至第112頁A)

上訴

原告人針對訟費評定官的各項命令以及准許被告人修改答辯書的命令而提出上訴。案情已在判詞中詳述。

[English translation of headnote.]

Lam Chit Man

Plaintiff

and

Lam Chi To

Defendant

(Court of Appeal)
(Civil Appeal No 95 of 2003)

Yeung and Yuen JJA
5 and 11 September 2003

Civil procedure — pleadings — amendment — whether application to amend defence to be allowed — tests of relevance and merits

Civil procedure — costs — litigant in person — amount of allowable costs — Rules of the High Court (Cap.4, Sub.Leg.) O.62 r.28A

P commenced proceedings against D in Hong Kong in June 1999. One month later, D commenced proceedings in the People's Court in Dongguan, Guangdong, which gave rise to the same issues. The Dongguan Court gave judgment in D's favour. D then sought to have P's claim in the Hong Kong proceedings set aside on the ground of *res judicata*/issue estoppel. his claim was set aside at first instance, but the Court of Appeal allowed his appeal with costs and ordered that the case be remitted back to the court at first instance. Two issues arose. First, P, who was unrepresented, claimed costs at an hourly rate of \$3,517.40 which was allegedly his hourly salary at the material time. This was disallowed by the taxing Master, who reduced the hourly rate to \$200. Second, D subsequently applied to amend his defence in the Hong Kong proceedings by including the ground of *res judicata*/issue estoppel. The application was allowed. On appeal, P sought to adduce evidence in the form of a company resolution that his salary be deducted by reason of the litigation.

Held, dismissing both appeals, that:

Amendment of defence

- (1) Generally speaking, applications to amend pleadings should be allowed. Further, amendments to pleadings could be made at any stage of the proceedings (*Cropper v Smith (t/a HS Cropper & Co)* (1883) LR 26 Ch D 700, *Re Duke of Buccleuch* [1892] P 201, *GL Baker Ltd v Medway Building and Supplies Ltd* [1958] 1 WLR 1216 followed). (See p.110C-I.)
- (2) In deciding whether to allow D's application, the Court had to consider: (a) whether the proposed amendment related to an issue in dispute between the parties; and (b) whether the proposed defence was arguable or might succeed and hence had to be dealt with by the Court. D's application satisfied both tests. Further, the proposed amendment was necessary and appropriate and would not cause injustice. (See pp.109F-G, 110I-J.)

Costs

- (3) Costs of a litigant in person were governed by O.62 r.28A of the Rules of the High Court (Cap.4, Sub.Leg.). Under r.28A(3), where the litigant had not suffered any pecuniary loss in doing any work to which the costs related, he would not be allowed costs at more than \$200 per hour. (See p.111F-J.)
- (4) Here, P did not purport to adduce evidence on pecuniary loss until the appeal stage, and such new evidence could not be admitted since it did not comply with the principle in *Ladd v Marshall*. P also failed to adduce sufficient evidence to show that his salary was \$3,517.40 per hour as alleged (*Ladd v Marshall* [1954] 1 WLR 1489 applied). (See pp.111C-D, 111J-112A.)

Appeals

In this case, the plaintiff appealed against orders made by a taxing master as well as an order allowing the defendant to amend his defence. The facts are set out in the judgment.

與訟雙方均親身應訊。

The parties in person.

判詞中提述的法例

Foreign Judgments (Reciprocal Enforcement) Ordinance (Cap.319)

Foreign Judgments (Restriction on Recognition and Enforcement)

Ordinance (Cap.46) s.3

Rules of the High Court (Cap.4, Sub.Leg.) O.20 rr.5(1), 8(1), O.62 rr.28A, 28A(2)

判詞中提述的案例

Chi Yu Banking Corp Ltd v Chan Tin Kwun [1996] 2 HKLR 395

Cropper v Smith (t/a HS Cropper & Co) (1883) LR 26 Ch D 700

Duke of Buccleuch, Re [1892] P 201

GL Baker Ltd v Medway Building and Supplies Ltd [1958] 1 WLR 1216, [1958] 3 All ER 540

Ladd v Marshall [1954] 1 WLR 1489, [1954] 3 All ER 745

判詞中提述的其他資料

Constitution of the People's Republic of China art.129

上訴法庭法官楊振權

1. 1999年6月11日，原告人(林哲民經營之日昌電業公司)入稟法庭(高等法院原訟法庭民事案1999年第9585號)，以被告人林志滔違反雙方的口頭租務協議為由，向被告索償。

2. 被告人則於1999年7月12日在東莞市人民法院起訴原告人。被告人提出訴因的爭議，與高等法院原訟法庭民事案1999年第9585號案所引發的爭議相同。因此，原告人及被告人之爭議同時在香港及東莞的法院進行。

3. 2000年11月13日，東莞市人民法院裁定被告人勝訴。

4. 其後，被告人根據東莞市人民法院的決定，依賴“一事不能再審/不容反悔法”的原則，要求法庭撤銷原告人的索償。

5. 2001年1月30日，原訟法庭法官鍾安德認同被告人的立場，撤銷原告人的索償。

6. 原告人不服鍾法官的裁決，向上訴法庭上訴。

7. 2001年12月18日，上訴法庭裁定原告人上訴得直，撤銷鍾法官於2001年1月30日所作的決定，並將案件發還原訟法庭，由另一位法官審理。

8. 上訴法庭更下令被告人負擔上述上訴的訟費以及案件於2001年1月4日在鍾法官席前聆訊所引起的訟費。

9. 根據上訴法庭的判令，原告人提交一份訟費單，要求被告支付訟費。原告人的立場是，計算訟費時，應以每小時訟費額3,517.40元為準。原告人指應該數額的三分之二計算他應得的訟費。原告人雖然曾調低他認為應得的訟費額，但堅持該訟費額應超過每小時200元。原告人倚據《高等法院規則》(《香港法例》第4章，附屬法例)第62號命令第28A(2)條規則支持其立場。

10. 原告人指出，1998至1999年間，他在香港不足30天，每月工作亦不足8小時(即全年不足96小時)。在該年度，他的報稅額為337,671元，因此，其時薪應為3,517.40元。

11. 原告人的立場不為聆案官陳素嫻接納，2002年6月25日，陳聆案官修訂原告人的訟費單，修訂主要有兩方面：

(一) 每小時訟費額減至200元；及

(二) 刪除訟費單第27至31、36、39至42、48及51項。

12. 原告人不滿陳聆案官的修訂，曾要求陳聆案官進行覆核，但不成功。

13. 原告人向高等法院原訟法庭上訴，但於2003年4月7日被暫委法官杜淮峰駁回。杜法官亦下令原告人支付200元訟費給被告人。

14. 原告人不服杜法官的裁決，現再向本庭提出上訴。

15. 2003年3月20日，被告人提出申請，要求修改高等法院原訟法庭民事案1999年第9585號的答辯書。

16. 被告人指東莞市人民法院已就雙方爭議作出最終及不可推翻的判決，因此，根據“一事不能再審/不容反悔法”的原則，原告人不能再向他索償。

17. 被告人指出，東莞市人民法院已於2000年11月13日及2001年12月3日就雙方爭議作出判決及頒下判決書，而東莞人民檢察院亦已於2002年12月3日發出一份不對上述判決提出抗訴的決定書。

18. 被告人要求修改答辯書，列出上述事實，作為其答辯理由之一。

19. 原告人反對被告人的申請，理由有四項：

- (一) 被告人沒有列明關於《高等法院規則》的申請依據；
- (二) 按照《高等法院規則》第20號命令第3條規則，被告人的申請逾期；
- (三) 被告人修改內容所陳述的訴因已在高等法院民事上訴案2001年第354號及高等法院民事上訴案2002年第318號被判無效；及
- (四) 有關修改妨礙司法公正。

20. 2003年4月8日，杜淮峰法官接納被告人的申請，批准他提出東莞人民法院就雙方爭議所作的裁決，作為答辯理由之一。

21. 原告人亦不服杜法官的決定，向本庭上訴，要求推翻該決定。

22. 因此本庭須處理上述兩項由原告人提出的上訴。

修改答辯書方面的上訴

23. 原告人重申有關修改違反《高等法院規則》，既不符合規則所列之期限，亦與雙方爭議無關，原因是上訴法庭曾指出“本案的審訊與在中國進行的上訴或向人民檢察院申請抗訴完全沒有關係”。原告人指上訴法庭亦曾否定被告人以東莞人民法院的判決為訴因。

24. 原告人強調“外地法庭判決不能影響香港法庭判決”。

25. 原告人指被告人修改答辯書等同否定上訴法庭的判決，違反司法公正。

26. 原告人更對杜法官在聆訊時的行為作出投訴。

27. 原告人在其補充上訴通知書內指稱，被告人無法證明本案受“一事不能再審/不容反悔法”約束，更不能證明東莞人民法院的判決是最終及不可推翻的判決。

28. 原告人在回應被告人的論點時，提出《外地判決(交互強制執行)條例》(《香港法例》第319章)的條文作為反駁。他指有關東莞人民法院是最低級的法院，上有其他更高級的法院，包括中級法院、省高院、最高人民法院等。

29. 原告人亦指被告人受《外地判決(限制承認及強制執行)條例》(《香港法例》第46章)第3條約束。

30. 原告人更指杜法官偏幫被告人，亦錯誤裁定雙方在東莞人民法院案件的訴因和本案相同。

31. 本庭不打算逐一詳細分析原告人所提出的論點，特別是針對個別人士的不理性指控。但本庭要先指出，《香港法例》第319章和《香港法例》第46章均與本上訴的爭議點無關。

32. 《香港法例》第319章涉及強制執行外地法庭的判決。本案被告人並非要求根據上述法例登記東莞人民法院的判決及意圖在香港強制執行該判決。被告人只是根據普通法的規定，要求法庭承認東莞人民法院的判決，以“一事不能再審/不容反悔法”的原則，作為答辯理由之一。

33. 《香港法例》第46章第3條亦只適用於爭議雙方曾簽訂協議，並將爭議交由法院以外的其他途徑解決的情況。在對方沒有在有關法院提出或同意提出法律程序，亦沒有提出反申索或接納該法院的司法管轄權時，有關法院的判決不會獲得香港法院承認或強制執行。沒有資料顯示本案原告人和被告人曾經達致上述協議。

34. 根據普通法，外地法院的判決只要符合某些條件，便會獲香港法院承認。該等判決雖然不能直接在香港執行，但會被視為在有關訴訟當事人之間產生債務。被裁定對債務負責的一方，有責任清繳該債務。

35. 上述普通法之規定，不但是為了表示對外地法院判決的尊重，亦是為了避免訴訟雙方就相同訴因反覆進行訴訟，令案件沒完沒了，這不但會對個人做成困擾，亦與公眾利益有抵觸。

36. 外地法院的判決要獲得香港法院承認，須符合下列條件：

- (一) 訴訟雙方的身份和外地法院案件訴訟當事人的身份相同，而雙方對有關爭議是知情的；
- (二) 訴訟雙方在兩地訴訟的爭議點亦相同；
- (三) 有關爭議點的是非曲直已經得到外地有權行使司法管轄權的法院判定；及
- (四) 有關判決是最終及不可推翻的判決。

37. 《中華人民共和國憲法》第129條訂明：“中華人民共和國人民檢察院是國家的法律監督機關”。人民檢察院在行使其法律監督職權時，有權就法院的判決提出抗訴。行使上述職權時，人民檢察院不受任何時間限制。

38. 中華人民共和國法院是以兩審為終審。憲法規定的審判監督程序，令人對該等法院的判決應否被視為最終及不可推翻的判決有所保留(見 *Chiyu Banking Corp Ltd v Chan Tin Kwun* [1996] 2 HKLR 395一案)。

39. 上述問題曾多次引起爭議，但未有定案。

40. 然而，在申請修改答辯書的階段，法庭毋須決定被告人指東莞人民法院就雙方爭議已作出決定，並根據“一事不能再審/不容反悔法”原則所提出的答辯理由，是否一定會成立。法庭只須決定被告人提出的理由是否有可能成立、是否有可爭拗之處或是否應由法庭處理。

41. 明顯地，被告人指東莞人民法院曾就雙方爭議作出判決的答辯理由，確有可爭拗之處，亦可能成立。因此，法庭必須處理該答辯理由，才能整體解決雙方的爭議。

42. 東莞人民檢察院發出一份不對有關判決提出抗訴的聲明，更會強化被告人的答辯理由。

43. 原告人指，作出有關判決的東莞人民法院，只是東莞市最低級的樟木頭法庭。

44. 法院判決是否最終及不可推翻的判決，與該法院的級別無關。誠然，下級法院的判決可能會透過上訴/申訴程序被上一級法院推翻。

45. 中華人民共和國法院行使兩審終審制，東莞人民法院的有關判決可透過上訴/申訴程序被上級法院推翻。但原告人沒有提供任何資料，以顯示他曾採取任何上訴/申訴程序以期推翻東莞人民法院於2000年11月13日作出的有關判決。

46. 在上述情況下，東莞人民法院的級別與其決定是否最終及不可推翻無關。

47. 上訴法庭於2001年12月18日就上訴法庭民事上訴案2001年第354號作出的判決，只是指出被告人不能以東莞人民法院的有關判決為理

由而撤銷原告人對他的索償。上訴法庭指出，要撤銷原告人的索償，必須有足夠資料證明有關申索是清楚及明顯地會失敗或法庭根本不應審理有關案件。

48. 上訴法庭裁定，被告人當時未有提出足夠證據證明東莞人民法院的有關判決是最終及不可推翻的判決，故不應以該理由撤銷原告人的申索。

49. 上訴法庭並沒有裁定被告人不能以東莞人民法院的判決作為答辯理由，更沒有裁定該答辯理由會否成立。

50. 事實上，該答辯理由會否成立，必須經過審訊後才能作出，在現階段作出裁決，實屬言之過早。

51. 修改狀書(包括答辯書)在民事訴訟程序中是非常普遍的做法。一般來說，為了解決訴訟各方實在的爭議和糾正程序上的不足及差錯，修改狀書的申請都應獲批准。

52. 英國法官Bowen LJ在 *Cropper v Smith (t/a HS Cropper & Co)* (1883) LR 26 Ch D 700一案有以下評論：

已確立的原則是：法庭的職責是要決定訴訟各方的權利，而不是因為他們在處理案件時犯錯而頒發與他們的權利有衝突的裁決作為懲罰。……除非訴訟方所干犯錯誤帶有詐騙性或旨在達到不能做到的事，否則法庭都應在不對對方做成不公的情況下改正錯誤。法庭的存在並不是為了行使紀律，而是為了解決爭議……如果資料顯示訴訟方在其狀書中所持的理據未能導致一個能解決實在爭議的裁決，該方有權作出修改，條件是這不會造成不公。(見彙報第710頁)

53. 《高等法院規則》第20號命令第5(1)及8(1)條規則均容許法庭批准訴訟任何一方在訴訟的任何階段修改狀書。該兩項規則全文如下：

第5(1)條：除第15號命令第6、7及8條規則及本條規則的以下條文另有規定外，法庭可在法律程序的任何階段，容許原告人或任何一方按關於訟費或其他方面的公正條款，並以法庭所指示的方式(如有的話)，修訂其令狀或狀書。

……

第8(1)條：為確定任何法律程序的各方之間所爭議的真正問題或改正任何法律程序中的任何缺失或誤差，法庭可在法律程序的任何階段，主動或應法律程序的任何一方的申請，命令將法律程序的任何文件，按法庭所指示的方式(如有的話)予以修訂，法庭並可施加關於訟費或其他方面的公正條款。

54. 有案例指出，有關修改可以在開審前、開審期間或開審後，甚至在裁決後或上訴期間作出(見 *Re Duke of Buccleuch* [1892] P 201; *GL Baker Ltd v Medway Building and Supplies Ltd* [1958] 1 WLR 1216等案)。

55. 本案被告人提出的修改，明顯與雙方所爭議的真正問題之一有關。要適當地解決該問題，便必須批准被告人修改其答辯書。

56. 有關修改不會導致任何不公平的情況出現，並且是有需要及適當的。

57. 法庭不會太拘泥於有關程序的形式(包括申請是根據哪一號命令、哪一項條文作出)。重要的是事件的是非曲直。不論是根據《高等法院

規則》第20號命令第5(1)條抑或第8(1)條規則，杜法官行使酌情權批准被告人修改答辯書，加入東莞人民法院的裁決作為答辯理由之一，是正確和合適的做法。

58. 原告人在這方面的上訴全無理據支持，須予撤銷。

修訂訟費單方面的上訴

59. 本庭須先指出，原告人的立場在邏輯上是站不住腳的。他不能根據自己在1998至1999年度在香港工作不足96小時就能賺取337,671元而強稱其時薪應為3,517.40元。

60. 是否身在香港和是否工作是兩碼子事。原告人不能單單因為自己身不在香港而作出自己不在工作的結論。現今社會交通方便，跨境工作(特別是穿梭香港及國內之間工作)十分普遍。原告人指稱其收入應定為每小時3,517.40元，不能成立。

61. 從證據角度來看，原告亦沒有提出足夠證據，證明自己在2000至2001及2001至2002年度(即有關訴訟程序進行期間)身在香港的確實日數。原告人負有舉證責任。他未能證明自己在有關期間的收入是每小時3,517.40元。

62. 再者，訟費令的目的只是補償性，令勝訴一方能從敗訴一方討回因訴訟而要付出的部份開支，特別是律師費及/或因訴訟程序而招致的金錢損失。

63. 當訴訟當事人有律師代表時，聆案官會根據該律師的資歷、案件的複雜性和其他有關因素，定出合理的每小時訟費額，令律師能賺取其應得的利潤或薪酬。該做法不適用於一名沒有律師代表的訴訟當事人。

64. 《高等法院規則》第62號命令第28A條規則規定：

- (1) 在評定一名無律師代表的訴訟人的訟費時，除本條規則的條文另有規定外，可准予的訟費為假若與該等訟費有關的工作及代墊付費用，是由一名律師代該訴訟人辦理或支付時本可准予的。
- (2) 就任何項目所准予的款額，須為訟費評定官認為適合的數目，但除屬代墊付費用外，該款額不得超過訟費評定官認為假若該訴訟人是由律師代表時本可准予的數目的三分之二。
- (3) 凡訟費評定官認為該訴訟人未有因辦理任何與訟費有關的工作而蒙受任何金錢上的損失，則就該訴訟人所花於該項工作的時間，訟費評定官不得准予每小時多於\$200的訟費。
- (4) 訴訟人如已就出庭進行其本人的案而獲准予訟費，即無權另外獲發證人津貼。
- (5) 第6號命令第2(1)(b)條規則，或本命令第32(4)條規則，或本命令附表2，不適用於無律師代表的訴訟人。
- (6) 就本條規則而言，無律師代表的訴訟人不包括身為執業律師的訴訟人。

65. 有關條例的規定是明確的。對本上訴特別適用的是第28A(3)條。如訴訟人沒有因訴訟而蒙受任何金錢上的損失，訟費評定官不得准予每小時多於200元的訟費。

66. 本案原告人提出其訟費單時，沒有指因辦理與訴訟有關的工作而蒙受每小時3,517.40元的金錢損失，亦沒有提出證據支持該說法。

原告人在上訴階段提出資料，指其所屬公司曾於2000年10月10日議決：“如以後為了林志滔案件到香港處理，每天扣罰工資等2,800元（由股本中扣）”。該等資料屬新證據，原告人未能符合 *Ladd v Marshall* [1954] 1 WLR 1489一案所訂立的原則，令本庭無法接納該等新證據。原告人將有關資料存檔的目的，顯然只是為了克服法庭在其判決中指出他面對的困難。

67. 本庭已經小心審閱陳聆案官和杜法官對於《高等法院規則》第62號命令第28A條規則的分析。他們的分析是正確的，本庭表示認同。

68. 就其餘單項訟費被陳聆案官刪除一事，本庭得指出，聆案官是處理及評定訟費的專家。他們有酌情權，決定某項訟費或其數額是否合理。除非聆案官的裁決毫無根據，否則上訴法庭不會更改他們就訟費所作的決定。

69. 本庭亦審閱過陳聆案官和杜法官就各單項訟費所作的分析及評定。他們的分析正確，評定合理，本庭沒有理據更改他們的決定。

結論

70. 原告人提出的兩項上訴都沒有理據支持，須予撤銷。

71. 本庭亦下令原告人支付被告人因本上訴而引起的訟費。如雙方不能達成協議，訟費數額須交由聆案官評定。

72. 上述訟費令是一項暫准命令，將在本判案書頒下14天後作實。

DIGESTS

CASES

HCAP 4/2002

**IN THE HIGH COURT OF THE
HONG KONG SPECIAL ADMINISTRATIVE REGION**

COURT OF FIRST INSTANCE

PROBATE ACTION NO. 4 OF 2002

IN THE MATTER of CHAN MING
PO (陳明保) late of Chaojiang
Village, Paobu Villagers' Committee,
Taicheng Town, Taishan City,
Guangdong Province, China

and

IN THE MATTER of Order 76 of the
Rules of the High Court, Cap. 4

BETWEEN

CHAN CHOW YUEN

Plaintiff

and

NANGYANG COMMERCIAL BANK TRUSTEE
LIMITED, the lawful attorney of CHAN MUI KWAI

and TAM MEI FONG

1st Defendant

CHAN MUI KWAI

2nd Defendant

TAM MEI FONG

3rd Defendant

TAM WAI CHING

4th Defendant

TAM SHEUNG FONG

5th Defendant

TAM SHUET FONG

6th Defendant

Before: Hon A Cheung J in Chambers

Date of hearing: 7 June 2004

Date of Judgment: 7 June 2004

J U D G M E N T

1. I have before me a summons by the Plaintiff to stay the present action, which has been commenced by the Plaintiff to revoke a grant of letters of administration that has been issued in favour of the 1st Defendant as attorney for the 2nd and 3rd Defendants. Further Defendants have been joined as parties after the commencement of action.

2. There is a parallel action pending in the People's court in the Mainland, concerning more or less the same parties. The dispute between the parties relates to the entitlement to certain shares in a company incorporated in Hong Kong, which were no doubt owned by a Mr Chan Ming Po prior to his death in 1935. The parties, apart from the 1st Defendant, are all related in blood or by marriage to Mr Chan. In a nutshell, it is alleged by the Plaintiff that the shares had been gifted by the deceased prior to his death to his only son, who had, prior to his own death in 1948, gifted the shares to others. It is thus argued that the determination of the present title to the shares should be made by reference to the gifts in question. The parties also argue amongst themselves as to who should be beneficially entitled to the shares in case the gifts alleged were invalid and the deceased died intestate. In short, the parties dispute over the present ownership of the shares, the entitlement to future dividends and the entitlement to the past dividends that have been declared by the company. Entitlement to representation of the estate in Hong Kong is thus also affected.

3. There is no dispute that the action in the People's court in the Mainland has reached an advanced stage. A first instance judgment has been rendered and an appeal and a cross-appeal have been taken out by three of the parties involved. One of them, a third party in the Mainland

proceedings, is not a party to the present action. The appeal and cross-appeal have been heard and judgment is pending. On the other hand, in the local action, pleadings have closed and a summons for directions has been taken out.

4. The Plaintiff argues that the People's court is a more natural and appropriate forum for trying the disputes between the parties. Based on the usual principles applicable in this type of applications (see for instance, *The Abidin Davor* [1984] 1 AC 398), the Plaintiff asks me to consider a number of advantages in staying the present action in favour of the action in the Mainland.

5. At this juncture, I should add that in the local action, apart from the claim made by the Plaintiff against the Defendants, the Defendants have also commenced a counterclaim against the Plaintiff. So although at first glance, the Plaintiff is the plaintiff in the two actions, in fact, so far as the local action is concerned, the Plaintiff stands in the position of a defendant in the counterclaim, which raises substantively the same issues as that raised in the Mainland proceedings.

6. The Plaintiff argues that the People's court is a more natural and appropriate forum, given that the events in question took place or allegedly took place in the Mainland, the parties and the witnesses or at least most of them are resident in the Mainland, and the past dividends have all been paid by the Hong Kong company to parties residing in the Mainland.

7. But there is no question of the Hong Kong court lacking jurisdiction in the subject matter. Mr Hui, appearing for the Plaintiff, does not go so far as to suggest that. After all, a Hong Kong grant is involved in the Plaintiff's own action here. Moreover, one is concerned with shares in a limited company incorporated in Hong Kong.

8. Mr Hui in his submission refers me to the obvious advantages in terms of costs, convenience, the avoidance of any risk of inconsistent judgments and the fact that the Mainland proceedings have reached a really advanced stage, in support of his application for a stay of the local proceedings. I wish to say that I have fully borne in mind these factors.

9. But there is one complication in the present case arising from the fact that the foreign proceedings in question take place in the Mainland. As has been illustrated by a number of first instance and Court of Appeal judgments, arising from the litigations between 林哲民 v. 林志滔 (HCA 9585/1999) and 林哲民 v. 張順連 (HCA 9827/2000), such as CACV 354/2001 (18 December 2001); CACV 1046/2001 (12 July 2001) and CACV 95/2003 (11 September 2003), and the parties are in agreement, despite the fact that there is no specific evidence or expert evidence to that effect in the papers filed for the purpose of the present application, that there exists under the civil procedure in the Mainland a system of protest, which in short renders a civil judgment given by the People's courts in the Mainland, at least in theory, not final and conclusive. I will not go into the system of protest here. It has been referred to and explained by the Court of Appeal in its repeated judgments in the 林哲民 cases.

A

A

B

B

C

C

D

D

E

E

F

F

G

G

H

H

I

I

J

J

K

K

L

L

M

M

N

N

O

O

P

P

Q

Q

R

R

S

S

T

T

U

U

V

V

10. Insofar as Mr Hui submits that unless and until a protest has been made by the relevant authority in the Mainland, a judgment rendered by the People's court in the Mainland is final and conclusive or should be treated as such, I disagree. Rather my reading of the series of judgments is that unless and until it can be demonstrated to the satisfaction of the court that no such protest would be made by the relevant authority, any such judgment by the People's court is not final and conclusive.

11. Now as to whether such a judgment will become final and conclusive after a confirmation to that effect is obtained from the relevant authority, I need not express any definite view, save to say that the proposition is arguable.

12. I cannot, given my analysis of the system of protest above, exclude the possibility that in the present case, notwithstanding the system, eventually a judgment obtained in the Mainland may become a final and conclusive one for the purpose of enforcement in Hong Kong. But that may take time. Moreover, that would be subject to uncertainties. More important still, that result (i.e. that the Mainland judgment should eventually become final and conclusive) may not be arrived at without further litigation in Hong Kong. Put at the lowest, given the uncertainty regarding the status of Mainland judgments in Hong Kong for enforcement purposes, further litigation between the parties may be required in order to resolve the question of whether such a judgment obtained in the Mainland by one side against the other has eventually become final and conclusive and thus can be enforced in Hong Kong to resolve the present disputes between the parties. So, the matter is not as simple and straightforward as

A

A

B

B

Mr Hui would like it to be, and the advantages that he has pointed out may not be as clear-cut as they may first seem.

C

C

D

D

E

E

F

F

G

G

13. Given that complication, the advantages relied on by Mr Hui in support of the present application may or may not be real because if the Mainland judgment is not final and conclusive, it will not be enforced locally. And thus the parties would still need to proceed with the local action in order to resolve their disputes.

H

H

I

I

J

J

K

K

L

L

14. It is not the situation here that the parties need not come to Hong Kong to litigate or obtain an order from this court in order to resolve fully their disputes. As I say, after all I am concerned with a claim to revoke a Hong Kong grant. Moreover, in order to claim title to the shares, a determination that is either made by the local court or is recognised by it would be required in order to have any practical binding effect on the local company itself.

M

M

N

N

O

O

P

P

Q

Q

15. On the other hand, I must bear in mind other factors that are not so favourable to Mr Hui's application. Apart from the system of protest that I have already alluded to, there is also the very material question of the choice of laws and applicable law. As I said, the parties' disputes relate to a deceased who passed away prior to 1949 when the People's Republic was founded.

R

R

S

S

T

T

U

U

V

V

16. Mr Chan Ming Po died, as I said, in 1935. His only son, to whom allegedly he gifted the shares prior to his death, passed away in 1948. If the matter is tried in Hong Kong, under our rules on conflict of laws, the validity of the alleged gift, or alternatively, if the alleged gift did not take

place or was not valid, the devolution of the shares upon intestacy – there being no dispute that Mr Chan Ming Po died intestate – would be determined by Hong Kong law in relation to the alleged gift or the law of the domicile of Mr Chan Ming Po if the gift was somehow not valid or never took place.

17. There is no dispute that Mr Chan Ming Po was domiciled in the Mainland when he passed away in 1935, and there can be no dispute that at that time, the applicable law governing devolution of estate in the Mainland was the Civil Code. Depending on the findings of fact and so forth, the Hong Kong court may have to apply the Civil Code in order to decide the question of devolution of the shares after the death of Mr Chan Ming Po in 1935. Similarly, the Hong Kong court may also have to apply the Civil Code to determine the devolution of the shares upon the death of Mr Chan's son in 1948.

18. The Plaintiff accepts that if the Civil Code were to be applied, it would give rise to a result more favourable to the Defendants, in contrast with the position if the case is tried in the Mainland. The evidence and material before this Court make clear that the People's courts in the Mainland do not recognise the Civil Code even in relation to matters that took place prior to the founding of the People's Republic in 1949. To be more specific, in the present case in dealing with the question of succession of Mr Chan Ming Po's estate who died in 1935 and the question of succession regarding the estate of Mr Chan's son who died in 1948, the Succession Law of the People's Republic would be applied as opposed to the Civil Code.

19. Again, it is common ground that if the Succession Law of the People's Republic is relied on or applied, the result would be more favourable to the Plaintiff than the Defendants.

20. That, in my judgment, is a material judicial disadvantage to the Defendants if the local action (including the counterclaim) is stayed with the net result that the parties' disputes are to be decided by the People's court according to the Succession Law of the People's Republic, as opposed to the Civil Code.

21. In my judgment, the judicial disadvantage relating to the application of the Civil Code constitutes unfairness to the Defendants. I say this from the angle of a Hong Kong court and in the context of Hong Kong law, which requires the application of the *lex domicilii* at the time of death to decide questions of succession relating to movables. The application of law made years after the event to determine questions of succession in a retrospective manner is, save in very exceptional circumstances, quite foreign to this court. The attitude and position adopted by the People's courts are fully understandable in the context of the People's courts, but so far as Hong Kong courts are concerned, whether before or after the resumption of sovereignty in 1997, the Civil Code has been applied here in appropriate circumstances with no difficulty.

22. Mr Hui argues that in fact the Defendants have, prior to the commencement of the two actions in Hong Kong and in the Mainland by the Plaintiff, threatened to sue the Plaintiff in the Mainland. Therefore, counsel argues that the Defendants cannot now complain about losing a judicial advantage if the local action is stayed and the disputes are decided

by the People's court in the Mainland according to the Succession Law of the People's Republic.

23. But the fact remains that the Defendants never carried out what they said they intended to do; they never sued the Plaintiff in the Mainland. In fact, it was the Plaintiff who commenced both actions in Hong Kong and in the Mainland. I do not think what counsel has submitted can to any material extent affect the judicial disadvantage that the Defendants have pointed out to this Court that they would suffer if the local action is stayed in favour of the Mainland proceedings.

24. Another matter that I must bear in mind is the fact that the individual Defendants in the present action are legally aided. That is a personal advantage that the Court should bear in mind.

25. Yet another matter that I must bear in mind is the fact that there is no identity of parties here. As I said, the Mainland proceedings involve a third party, Chan Hung Siu, who is not a party to the local action. In fact, the third party has appealed against the first instance judgment given in the People's court.

26. I have borne all the above matters in mind. I wish to say that I have also borne in mind all the arguments advanced by counsel on both sides in their oral as well as written submissions. It is quite unnecessary for me to repeat them here. I have also borne in mind the material circumstances and underlying facts; again there is no need for me to repeat them here.

A

A

B

B

C

C

D

D

E

E

F

F

G

G

H

H

I

I

J

J

K

K

L

L

M

M

N

N

O

O

P

P

Q

Q

R

R

S

S

T

T

U

U

V

V

27. Having borne all relevant matters and considerations in mind, I have come down against the present application. In those circumstances, I dismiss the application.

(Andrew Cheung)
Judge of the Court of First Instance
High Court

Mr David Hui Tai Wai, instructed by Messrs Chan & Tsu, for the Plaintiff

The 1st Defendant, unrepresented, absent

Mr Nelson L Miu, instructed by Messrs Hastings & Co., assigned by the Director of Legal Aid, for the 2nd to 6th Defendants

《审判监督制度实证研究》

编辑委员会

主 编：褚红军

编 委：（按姓氏笔画排列）

孙坚强 孙 欣 朱绚凌 刘根妹 花玉军
沈开宏 张成杰 迟佳民 李其苏 苏学增
陈祖荣 宋 健 吴 猛 周 伟 谈金华
徐连滨

撰稿人：（按章节排列）

褚红军 宋 健 何春兰 丁 浩 孙祥壮
花玉军

审判监督制度实证研究

SHENPAN JIANDU ZHIDU SHIZHENG YANJIU

褚红军 / 主编



人民法院出版社
THE PEOPLE'S COURT PRESS

5

图书在版编目(CIP)数据

审判监督制度实证研究/褚红军主编. —北京:人民法院出版社, 2004.8
(“法院改革与发展”系列丛书)
ISBN 7-80161-846-7

I. 审… II. 褚… III. 审判监督-司法制度-研究-中国 IV. D925.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 077661 号

“法院改革与发展”系列丛书

审判监督制度实证研究

主编 褚红军

责任编辑 陈燕华 谢 庆
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市朝阳区安慧北里安园甲 9 号(100101)
电 话 (010)65290583(责任编辑) 65290516(出版部)
65290558 65290559(发行部)
网 址 www.courtpress.com
E-mail courtpress@sohu.com
印 刷 北京人卫印刷厂
经 销 新华书店

开 本 890×1240 毫米 A5
字 数 455 千字
印 张 17
版 次 2004 年 9 月第 1 版 2004 年 9 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-80161-846-7/D·846
定 价 35.00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装, 请与出版社联系调换)

“法院改革与发展”系列丛书

编辑委员会

顾 问: 王寿亭(中共江苏省委副书记、省纪委书记)
孙安华(中共江苏省委常委、省委政法委书记)
李佩佑(江苏省人大常委会副主任)

主 任: 公丕祥(江苏省高级人民法院党组书记、
院长)

副主任: 丁巧仁(江苏省高级人民法院党组副书记、
副院长)

编 委: (以姓氏笔画排序)

丁巧仁	马汝庆	马志相	公丕祥
田 幸	帅巧芳	刘 华	孙南申
李飞坤	张年庚	张培成	周晖国
陆洪生	陆国甫	胡道才	徐立新
曹立久	鲁国强	蔡则民	

第三章 我国民事抗诉制度实施状况 与改革趋向研究

——关于江苏省五年抗诉再审案件 审理情况的调查报告

检察院对法院发生法律效力判决、裁定提出抗诉是启动再审程序的重要途径之一,特别是民事、行政抗诉制度,是我国诉讼制度的“特色”之一。近年来,随着司法改革的不断深化和理论界对司法制度和诉讼制度研究的日益深入,人们对我国现行的审判监督制度特别是民事、行政抗诉制度不断提出质疑和批评,强烈要求进行改革和完善。其中,对民事、行政抗诉制度的存废之争尤为激烈。为了掌握民事、行政抗诉制度的实际运作情况,为相关诉讼制度改革提供实证依据,我们对江苏省法院系统近五年来审结的抗诉再审案件进行了调查研究,并对江苏省高级法院及南京、无锡、扬州、泰州、徐州、连云港等六个中级法院2001、2002年度审结的313件抗诉再审案件逐一调卷核查分析。调查的主要内容包括:一是检察院民事抗诉及法院审理民事抗诉案件的基本情况;二是法院在审理民事抗诉案件中遇到的主要问题;三是民事抗诉制度是否有继续存在的必要,取消民事抗诉制度是否可行,在纠正法院的错误裁判问题上,是否有其他更为合理的制度设计或解决途径。

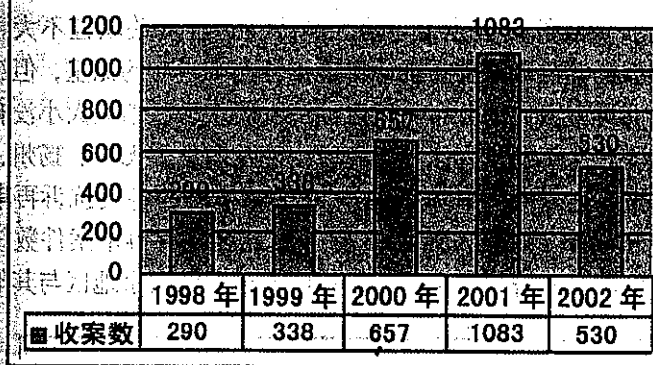
一、近年来民事抗诉案件基本情况及主要特点

据统计,1998年~2002年的五年里,江苏省全省法院系统因检察院抗诉启动再审程序的案件共2991件;已经审结2858

件,其中,维持原判1327件,改判748件,发回重审70件,撤诉的75件,调解的195件,其他方式结案的443件。从调查情况看,民事抗诉再审案件呈现出以下特点:

1. 抗诉再审案件呈逐年上升趋势。1998年至2002年,江苏省全省各级法院共受理各类再审案件12459件,其中抗诉再审2991件,占24.01%。各年度受理的抗诉再审案件依次为290件、338件、657件、1083件、530件。如图1所示,2001年之前的4年,抗诉案件以年均50%左右的速度递升,2000年增幅高达94%。2002年,随着审判监督改革的不断深入,法、检两院协调工作的加强和检察机关民事、行政检察工作指导思想的转变,抗诉案件大幅度下降,比2001年下降了51%。

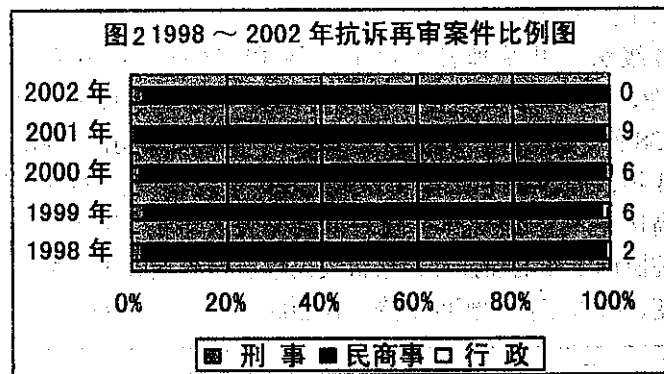
图1 1998~2002年全省抗诉再审收案数比较



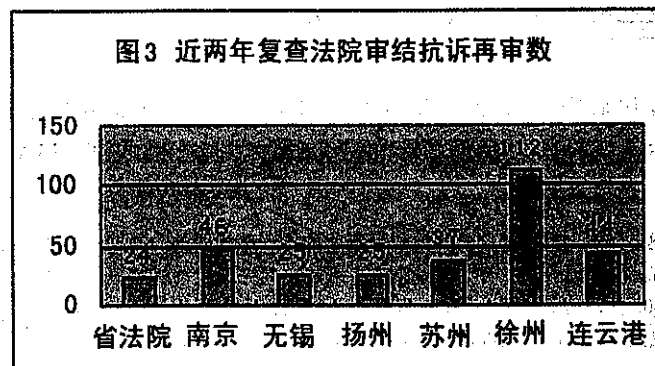
2. 民商事案件是抗诉的主要对象。^①近五年,受理的2991件抗诉再审案件中,民商事案件2908件,占总数的97.23%;刑

^①这一情况与其他地区的统计数据表明的特点是相同的。如据福建省高级人民法院的统计,2001~2002年,福建全省各级法院共受理检察机关提起的各类抗诉再审案件800件,其中,民、行抗诉再审案件782件,占97.75%。该数据见于福建省高级人民法院在全国法院审判监督工作座谈会上经验介绍材料:《加强协调,理顺关系,共同维护司法权威》。

事案件 60 件, 行政案件 23 件, 二者合计 83 件, 仅占总数的 2.77%。如图 2 所示, 从 1998 年起, 每年民商事案件所占比例均不低于 95%, 表明民商事案件一起是抗诉的重点和热点。



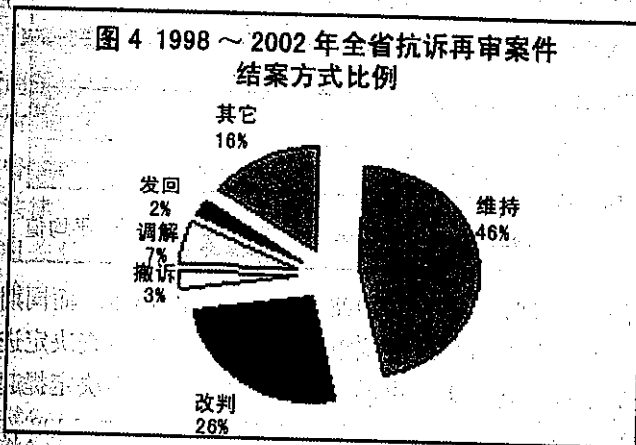
3. 抗诉案件数量分布与辖区经济发达程度关联性不大。虽然民商事抗诉再审案件在抗诉再审案件占有绝对的比重, 但江苏全省抗诉再审案件的分布与地区经济发展水平、辖区大小没有明显的关联。从年初复查江苏省高级人民法院及南京、无锡、扬州、泰州、徐州、连云港六中院 2001~2002 年审结的各类抗诉再审案件数的分布看 (如图 3 所示), 除徐州地区抗诉再审案件数较多外, 地处苏南经济较为发达、管辖区域最大的南京地区与其他地



区基本趋于均衡。

4. 原审当事人未依法提起上诉的案件抗诉比例较高。自 1999 年至 2003 年 4 月, 江苏省法院系统所受理的抗诉案件中, 约有 70% 属于当事人未对原审判决提出上诉的案件。

5. 民事抗诉再审案件结案方式呈多元化。基于检察院抗诉引发再审的特殊性, 法院在审理民事抗诉再审案件过程中, 法院、检察院之间及法院内部对于检察院能否撤回抗诉、法院能否组织当事人调解并以调解方式结案或当事人能否申请撤诉, 认识上不尽统一, 实践中做法也不一致。据统计, 1998 年~2002 年, 江苏省法院系统审结的 2858 件抗诉再审案件中, 调解结案的 195 件, 撤诉结案的 75 件, 分别占总数的 7% 和 3%, 以其他方式结案的 443 件, 占总数的 16% (如图 4 所示)。三者合计, 占总数的四分之一以上, 表明民事抗诉案件调解、撤诉等结案方式在司法实践中运用较多。民事抗诉再审案件结案方式的多元化发展趋势, 表明民事抗诉案件再审启动方式的特殊性并不能改变民事诉



6. 抗诉再审案件改判率普遍较低。据统计 (如图 5 所示), 在 1998 年至 2002 年的 5 年期间内, 江苏全省各级法院审结检察机关抗诉再审案件 2858 件, 审结的案件中改判的 748 件, 占结

思路,甚至向下级检察机关下达抗诉指标,要求加大对法院的民商事审判的法律监督力度。有的检察机关为了完成上级检察机关下达的抗诉案件指标,鼓励当事人不上诉而直接向检察机关申诉,甚至就民、行抗诉“做广告”,与律师事务所开“联席会议”,要求律师提供抗诉线索。实践中出现了片面追求抗诉数量的倾向。近两年来,随着审判监督改革的不断深化,法学界对民、行检察监督的理论研究也日益深入,检察机关内部逐步也加强了对民、行检察监督经验教训的总结及对这项业务的指导和规范,与此同时,法、检机关之间就民商事、行政案件的抗诉问题加强沟通与协调,确立了“共同维护司法公正与司法权威”的指导思想,对民、行抗诉及抗诉案件审理中的许多具体问题也取得了共识,民、行检察监督工作和民、行抗诉案件的审判工作逐渐走上正常发展的轨道。但由于现行法律关于民事、行政抗诉的规定过于笼统,一些规定不够科学,导致司法实践中对民事、行政抗诉的范围、程序、期限、方式等问题产生了较大分歧,下列问题依然存在:

1. 抗诉的范围和标准不明确。抗诉范围主要是指检察机关可以对法院的哪些生效裁判提出抗诉。抗诉的标准是指检察机关对什么样的生效裁判应当提出抗诉。明确抗诉范围和抗诉标准是检察机关正确履行民、行检察监督职能的基础。由于我国《民事诉讼法》和《行政诉讼法》在规定的抗诉制度的同时,并没有明确规定抗诉的具体范围,导致司法实践中对这一问题的认识产生严重分歧:抗诉范围是及于法院在诉讼过程中作出的所有生效裁判,还是仅限于在某些程序中作出的生效裁判?对裁定的抗诉是及于《民事诉讼法》第一百四十四条规定的全部裁定,还是其中的部分裁定?检察机关认为,抗诉监督的范围应当包括民事诉讼的全过程和适用法律确有错误的全部裁判,包括执行程序中作出的裁定。法院则认为,检察机关可以提出抗诉的裁判仅限于在诉讼程序中作出的一部分裁判,可抗诉的裁判必须满足事后监督的要求。其理由是,我国《民事诉讼法》规定检察监督受时间和程序

的双重限制,即只能等到诉讼结束,法院裁判发生法律效力后,才能提出抗诉进行监督。因此,检察机关不得单独对法院在诉讼过程中所作出的管辖权异议、财产保全、先予执行等裁定提出抗诉。检察机关认为这些裁定确有错误,只能等一审或二审生效后在对判决抗诉时一并提出抗诉。并且,检察机关只能对符合再审程序规定的案件进行抗诉。《民事诉讼法》将再审程序规定在第二审程序、第二审程序、特别程序之后,表明再审程序是专门用以纠正一、二审程序中作出的已经生效的错误裁判的。依特别程序、公示催告程序作出的裁判也不能提出抗诉。执行程序是为了强制实现判决、裁定等生效法律文书确定的义务而设立的程序。因此,对法院在执行过程中作出的裁定,也不得适用再审程序,即也不得提出抗诉。

2. 法定抗诉事由模糊。法律关于抗诉事由规定的过于原则,也是导致民商案件抗诉质量不高、成功率偏低的重要原因。《民事诉讼法》第一百八十五条规定,生效裁判具有下列情形之一的,检察机关应当按照审判监督程序提出抗诉:一是认定事实和适用法律确有错误的;二是适用法律确有错误的;三是违反法定程序,可能影响案件正确判决、裁定的;四是审判人员在审理该案件时有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为的。同时,该法第一百八十六条规定,只要检察机关提出抗诉,法院就应当进行再审。这样的设计,显然缺乏必要的调控^①,致使生效裁判是否应当提起抗诉在很大程度上仅依赖于检察机关的“自由裁量”,固然保证了检察机关抗诉监督权的充分行使,一定程度上,却容易导致抗诉权的不当行使甚至为其滥用披上了合法的外衣。尽管最高人民检察院在《人民检察院民事行政抗诉案件办案细则》中对《民事诉讼法》第一百八十五条规定的抗诉事由作出了具体规定,

^① 尽管实践中法院通常要对各类抗诉案件进行为期一个月的审查,但事实上除由本院再审或指令下级法院再审的裁决决定(包括以内部函的形式)外,即使发现不符合法律规定的地方,也无法即时作出法律上的裁决。

但实践中依然难以操作。事实上,生效裁判是否符合“抗诉条件”,完全依靠检察机关办案人员的具体把握,特别是事实和证据的认定问题,弹性更大。从调查的情况来看,检察机关以原裁判认定事实不清、证据采信不当、发现足以推翻原生效裁判的新证据为由提出抗诉的占民事抗诉案件的80%以上,其中,绝大多数属于对原有证据的认定问题,导致证据的采信问题成为目前民事抗诉案件的焦点。这与法院和检察机关的办案人员司法理念不同、对同一证据的认识角度不同、对证据规则的理解和把握尺度不同,以及案件情况的变化等因素,都有一定的关系。

3. 抗诉无法定期限限制,使生效裁判始终处于不稳定状态。《民事诉讼法》虽然规定当事人有权申请再审的期限为二年,但对检察机关提起抗诉只规定是事后监督,却没有期限上的限制和约束。对当事人向检察机关申诉时距裁判生效已经超过二年的,检察机关能否立案受理,立法未作限制性规定。最高人民检察院民事行政检察厅《关于规范省级人民检察院办理民事行政提请抗诉案件的意见》中虽明确规定,申诉人在人民法院判决、裁定生效二年之内无正当理由,未向人民检察院提出申诉的案件,人民检察院不予受理,但超出当事人申请再审两年期间提起抗诉的情况依然存在。司法实践中,有些当事人在上诉期间内不上诉,或者在向法院申请再审被驳回以后,转而向检察机关申诉,请求检察机关抗诉再审,从而曲线突破法律的时限规定。同时,法律对检察机关从立案审查到提起抗诉、法院从接到抗诉到进入再审程序的法定期间也未作规定,致使半数以上的民事抗诉案件在检察机关向法院提起抗诉时已经超过二年,时间最长的距裁判生效已逾五年之久。

4. 检察机关的抗诉往往具有单方倾向性,违背了现代民事诉讼当事人平等对抗原理。立法规定检察机关享有对民事案件的抗诉权,其出发点在于使检察机关以国家利益代表者的身份监督法院的民事审判活动,以维护国家利益。但从司法实践来看,当前几乎所有的民事抗诉案件,检察机关是根据一方当事人的申

诉,为维护其民事私权而启动再审程序。检察机关作为国家专门的法律监督机关,运用国家权力和公共资源为民事诉讼的一方当事人调查取证,个别的甚至采用刑事侦查手段,且往往只注意收集有利于申诉人的证据,而不收集甚至隐去对申诉人不利的证据来以此支持一方当事人的申诉请求。检察机关以国家公共权力帮助申诉人调查取证,客观扩大了申诉一方当事人的举证能力,对另一方当事人而言是极不公平的,它实际上破坏了民事诉讼双方当事人在举证方面的“攻守平衡”,势必造成双方当事人在诉讼地位和诉讼权利上的不平等,与立法赋予检察机关民事诉讼抗诉权的目的和检察机关通过民事抗诉追求和维护司法公正的初衷相去甚远。另外,由于立法对检察机关是否具有民事案件的调查权、法院对检察机关调查获取的证据如何组织当事人进行质证、对“新证据”如何理解、申诉人向检察机关提交的证据是否受举证时限的限制等问题均未作出明确规定,导致法、检两家对上述问题的认识产生较大分歧,影响了民事抗诉和抗诉案件审判工作的正常进行。

5. 检察机关出庭支持抗诉的地位不明、民事抗诉案件审理程序模糊。由于检察机关对民事案件的抗诉是基于履行法律监督职能提出的,从而决定了抗诉引起的民商事再审案件的庭审过程中,检察机关的地位既不同于审判机关,也不同于案件当事人和其他诉讼参与人,导致其在庭审活动中往往处于十分尴尬的境地。民事抗诉案件一般是因为一方当事人向检察机关申诉而提起的。庭审时,检察机关派员支持抗诉,对方当事人自然认为检察机关是支持一方当事人进行诉讼,从而与检察机关产生对立情绪。庭审气氛常常出现不协调的情形。有的当事人直接与出庭检察官进行辩论,甚至发生言辞冲突,有损国家法律监督机关的形象和威信。同时,由于立法对民事抗诉案件审理程序规定不明确,致使检察员出庭支持抗诉的方式和从事的诉讼行为不清,出庭检察员除了宣读抗诉书之外,还应履行哪些职能和从事哪些诉讼行为?究竟如何安排出庭检察员在法庭上的座位?对此,法律

和司法解释均未作出可具操作性的规定,因而各地做法不同。就调查情况看,江苏省目前在司法实践中仍存在以下三种模式:

- (1) 检察机关出席法庭仅宣读抗诉书,不参加其他庭审活动;
- (2) 检察机关不单单是宣读抗诉书,还参加其他庭审活动,包括参与法庭调查,举证、质证,发表出庭意见等等;
- (3) 折衷模式,检察机关宣读抗诉书、发表出庭意见,而不参加其他庭审活动^①。其原因:(1) 法律规定不明确;对民商事抗诉再审案件,人民检察院如何参加诉讼活动,诉讼法并未作具体规定。《民事诉讼法》第一百八十八条仅规定,人民检察院提出抗诉的案件,人民法院再审时,应当通知人民检察院派员出席,但未规定作为抗诉机关的检察院如何履行职责。(2) 两高自定规范不一致:2001年11月1日最高人民法院《全国审判监督工作座谈会关于当前审判监督工作若干问题的纪要》(简称《纪要》)规定,人民法院开庭审理抗诉案件,由抗诉机关出席法庭的人员按照再审案件的审判程序宣读抗诉书,不参与庭审中的其他诉讼活动,以避免抗诉机关成为一方当事人的“辩护人”或“代理人”,保证诉讼当事人平等的民事诉讼地位。1992年6月10日最高人民检察院《关于民事审判监督程序抗诉工作暂行规定》(以下简称《规定》)第十一条规定,检察长、检察员出席法庭的任务是:(1) 宣读抗诉书;(2) 参与法庭调查;(3) 说明抗诉的根据和理由;(4) 对法庭审判活动是否合法实行监督。2001年9月30日最高人民检察院《人民检察院民事行政抗诉案件办案规则》(以下简称《规则》)第四十五条规定,检察人员出席抗诉案件再审法庭的任务是:(1) 宣读抗诉书;(2) 发表出庭意见;(3) 发现庭审活动违法的,向再审法院提出建议。尽管最高人民检察院2001年的《规则》与1992年《规定》相比,范围已有所缩小,与最

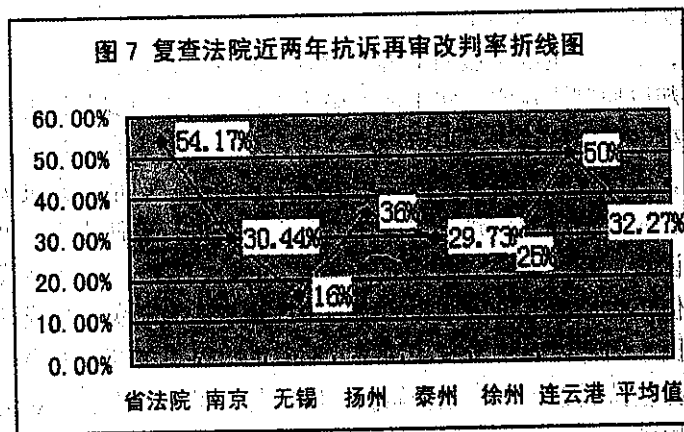
^① 近年来大多适用模式三,模式二前几年较多采用,现仍有极少数法院适用。而模式一即最高法院《全国审判监督工作座谈会关于当前审判监督工作若干问题的纪要》模式应用较少。

高人民法院《纪要》已有所接近,但显而易见,两高有关检察机关在民商事再审诉讼中的地位和职能至今未能取得一致。

审判6: 当事人的处分权受到不当干预。按照《民事诉讼法》规定的处分原则,在民事诉讼中,当事人可以自由处分自己的“私权利”,国家权力应避免强行介入。但在民事抗诉制度的实际运作过程中,检察机关强行干预当事人处分权的现象屡见不鲜。如司法实践中,有的当事人不服一审判决提起上诉,后又自愿撤回上诉,二审裁定准予撤回上诉,双方按原判决执行,但有的检察机关却以原判决认定事实不清、确定责任不当为由提起抗诉。有些民事案件因抗诉进入再审程序之后,双方当事人自行达成和解协议,或申诉一方当事人放弃申诉请求,当法院商请检察机关撤回抗诉时,但有的检察机关往往不愿撤回抗诉,迫使当事人继续进行诉讼。有些案件,法院的生效裁判确实存在一定问题或瑕疵,但仍在当事人可以接受的范围内,当事人为了避免讼累或基于其他因素的考虑而决定服从判决,而有的检察机关却不顾当事人的选择坚持提起抗诉。这些做法,明显与《民事诉讼法》规定的处分原则相悖。

审判7: 再审法院级别含混不清。现行立法规定地方各级检察院对同级法院的生效裁判应当提请上级检察院提出抗诉,而上级检察院向同级法院提出抗诉之后由哪一级法院对案件进行再审却没有明确规定。对此,检察机关和审判机关存在不同认识。法院认为《民事诉讼法》只规定对检察机关提出的抗诉案件应当进行再审,但并未规定此类案件应由作出原生效裁判的上级法院再审。相反,《民事诉讼法》第一百八十四条规定,再审案件一般由作出原生效裁判的法院进行审理,上级法院提审只是一种例外。然而检察机关认为,检察机关代表国家行使抗诉权而引起的再审应区别于当事人申请再审和法院内部监督引起的再审,按法院组织法的规定,基层法院无权审理上级检察机关按照审判监督程序提出抗诉的民事再审案件。但从实际运作情况来看,检察机关提出抗诉后,对刑事案件,一般由上级法院再审,而对民商事

案件,几乎一律以函转的方式将案件交给作出生效裁判的下级法院审理。从案件的分布看,此类再审案件大都由基层法院再审。实践证明,将抗诉再审案件交由作出原生效裁判的法院进行审理,往往因“撕不开脸皮”或其他因素而使案件得不到及时公正的处理。而由上级法院提审的改判率明显高于原审法院再审的改判率。



8. 检、法之间存在局部冲突现象。如图3所示,徐州地区2001~2002年审结的抗诉再审案件数却三倍于平均数居各地区之首,而改判率却低于平均改判率32.27%达7个百分点(如图7所示)。由此可见,江苏省检法配合总体良好,检法冲突依然存在,局部较为严重。调查中发现,个别地方的检察机关一味追求抗诉数量,以体现其检察监督力度,甚至对抗诉数量下指标。而有的法院将检察院的抗诉视为对自己独立审判的干预,对检察院提出抗诉的案件消极拖延,长期不开庭审理,或者是审而不决。虽然《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第二百一十三条规定“再审案件按照第一审程序或第二审程序审理的,适用《民事诉讼法》第一百三十一条、第一百五十九条的规定,”但由于这两条规定本身弹性很大,致使一些法院利用其中有“特殊情况”的规定,将抗诉再审案件

一拖再拖。更有甚者,有的法院不论检察机关的抗诉是否有理,再审后一味维持原判以排斥检察监督。检法两家走向两个极端,在工作中互相对立。这种情况虽然出现在个别地方,但却严重影响了法、检两家的司法公正形象。

三、民事抗诉制度改革的基本思路

当前民事抗诉制度实际运作过程中出现的种种问题,表明我国现行《民事诉讼法》所规定的民事诉讼检察监督制度,存在内在性缺陷,实践中的可操作性也不强。为此,民事抗诉制度的存废问题引起了学术界和司法实务界的激烈争论,有的主张废除,有的主张强化或扩大,有的主张改良,可谓“唇枪舌剑”,观点林立,莫衷一是。^①

废除论者大多从民事案件的特殊性出发,强调民事诉讼应当以当事人意思自治为基本原则,不应由检察机关以国家公权进行干预。^②认为检察机关行使民事抗诉权与已经形成的民事诉讼制度造成了一系列的矛盾和冲突:一是和二审终审制的冲突;二是与法院独立审判权的冲突;三是举证制度上的冲突;四是具体操作程序上的冲突,等等。^③同时,检察机关提起再审,将造成当事人之间诉讼地位的不平等,^④也必然会弱化法院审判权行使的独立性,损害法院裁判的权威性,危及司法公正和社会正义。^⑤

强化论者认为,民事检察监督权有其行使的必要性:一是当事人申请再审往往不受重视,形成“申诉难”。二是民事司法领

① 刘立宪、张治辉:《司法改革热点问题研究》,中国人民公安大学出版社2001年版,第195~204页。

② 景汉朝、卢子娟:《论民事审判监督之重构》,载《法学研究》1999年第1期;夏克勤:《推进我国司法改革的几点思考》,载《法学》1998年第2期。

③ 方加初:《民事抗诉质疑和民事检察工作的基本思路》,载《法治论丛》1996年第2期。

④ 夏克勤:《推进我国司法改革的几点思考》,载《法学》1998年第2期。

⑤ 黄松有:《对现行民事检察监督制度的法理思考》,载《人民法院报》2000年5月9日第3版。

域司法不公严重；三是民事检察监督是来自于法院外部的监督，体现了检察权与审判权的相互制衡，有利于保障当事人所享有的权利；四是检察机关的抗诉可以督促法院的审判人员严格依法办案，保持廉洁公正；五是由检察机关对错误裁判提起抗诉可以避免某些当事人四处上访。同时，民事检察监督制度的存在有其法理依据：其一，国家设置民事检察监督制度的基础是人民代表大会制度；其二，审判独立与检察独立并行不悖，检察机关对审判权的监督与对审判权的干预是性质不同的两回事；其三，检察机关坚持有错必纠，直接体现公平、正义理念；其四，检察机关抗诉的目的是为了保障司法公正。^① 强化论者认为，民事检察监督权不仅必要，而且其范围应当拓宽到包括对起诉至判决裁定执行的全部监督活动，以及检察机关对重要的民事案件参与诉讼的权力和对于涉及国有资产权益和社会公益案件的起诉权。认为这样的民事检察监督才是完整的法律监督。^②

折衷论或改良论者则认为，民事检察监督中的抗诉监督与民事诉讼中的处分原则也并非“水火不相容”。^③ 因此，不主张民事检察监督，而是将检察监督限制在涉及国家利益和社会公共利益的范围。

我们认为，上述调查情况所揭示的事实已经表明，民事抗诉制度实际运作过程中的失范，是这一制度内在缺陷的必然结果，说明我国的民事抗诉制度违背民事诉讼基本规律，不符合现代民事诉讼的基本原理和发展趋向。从完善诉讼制度，促进司法公正，维护司法权威，建立社会主义法治国家的长远目标出发，应当取消民事抗诉制度。同时，只要确立再审之诉制度，民事抗诉制度也将失去存在的必要。对于涉及国家利益和社会公共利益的

① 高建民：《论民行检察监督制度的法理基础》，载《检察日报》2000年5月19日第3版。

② 杨立新：《民事行政检察监督方式研究要论》，最高人民检察院“民事行政检察监督方式研究”课题组（1999年度）研究成果。

③ 李浩：《民事再审程序改造论》，载《法学研究》2000年第5期。

民事案件，检察机关可以代表国家提起公益诉讼。具体理由是：第一，赋予检察机关民事抗诉权违背民事诉讼的基本原则和审判规律。在民事诉讼中，错案是客观存在的，但应当如何纠正这些错案，则必须考虑民事案件的特性和民事诉讼的基本规律和特点。

第二，民事诉讼所要解决的是平等主体之间的“私权纠纷”，奉行“意思自治”原则，排斥来自于当事人之外的不当干预。众所周知，争议解决方式应当与所要解决的争议性质相适应。作为一种法律争议的解决方式也应当与该法律争议的性质相适应。^① 刑事、民事、行政三大诉讼程序和方式，就是根据各自不同的实体法律争议领域的争议性质即不同诉讼对象来设计的。民事诉讼是人们为理性地解决民事纠纷而创设的一种程序，也必须与民事纠纷质的规定性相适应。民事纠纷是平等主体之间财产关系和一定人身关系发生的争议，纠纷主体之间的法律地位是完全平等的。因为民事交往是以当事人独立意思自由为前提的。当事人之间法律地位平等不过是为民事主体的意志自由创造条件。因而，平等的落脚点必然是在有关当事人的意思自由上。^② 民法调整的社会关系的性质决定了民法的平等自愿这一“公理性原则”。民法实体法的这一“公理性原则”和民事争议的特性决定了民事诉讼的特性。主要体现在：一是诉讼各方当事人诉讼权利平等，以保证诉讼是在平等、公正的情形下进行的。而赋予检察机关的民事抗诉权，客观上使检察机关成为一方当事人的强大“后盾”，扩充了一方当事人的诉讼能力，造成当事人双方诉讼地位的不平等。三是当事人在民事诉讼程序中同样享有意自治的权利。在诉讼中，当事人不仅有权处分自己的实体权利，也同样有权处分自己的诉讼权利。为此，现代各国民事诉讼法均确立处分原则为民事

① 张卫平：《探究与构想——民事司法改革引论》，人民法院出版社2003年版，第272页。

② 彭万林主编：《民法学》，中国政法大学出版社1994年版，第3页。

诉讼的一项基本原则。处分原则在以下三个方面发挥作用,并决定或影响着民事诉讼的进程:(1)民事诉讼只能因当事人行使诉权而开始,而且,已经开始的诉讼也可因当事人自主的撤诉行为而结束。“不告不理”原则就是处分原则的体现。没有当事人向人民法院提起民事诉讼,法院不可能依职权开始民事诉讼程序,上诉程序的启动也是由当事人决定。一般情况下,执行程序也是因当事人即申请执行人的申请下才能开始。(2)诉讼程序开始后,原告可以放弃或变更诉讼请求,被告可以承认、反驳诉讼请求,有权提起反诉;双方可以自行和解,也可以请求调解,并在人民法院的主持下达成调解协议。(3)提出何种诉讼请求以及请求的范围由当事人自己决定。当事人在诉讼请求中没有提出的事项法院不能作出裁判,即审判对象由当事人决定。处分原则体现了国家对“私权”的一种尊重,这种尊重一方面体现在当事人在发生以后对解决方式的选择,另一方面体现在如果当事人选择诉讼方式救济权利的话,也尊重当事人在诉讼中的选择。而民事抗诉作为一种国家干预方式与手段,以检察机关的公权发动再审程序,与当事人的处分原则是不相容的。^①

民事诉讼的另外一个重要特点是,法院认定案件事实要受到一系列法律制度的约束。民事诉讼的辩论原则,反映了诉讼中法院与当事人的相互关系与作用界分:当事人主张事实并提供证据加以证明;法院则对当事人主张的事实,调查其所提供的证据并对该事实加以认定,最后适用法律加以判决。^②根据辩论原则,当事人没有主张的事实,法院不得作为审理的对象和裁判的依据。当事人自认的事实(双方当事人不争执的事实),法院不得作出相反的认定。法院认定事实所需要的证据,也应当由当事人提出,除法定情形外,法院不能依职权主动收集调查证据。可

^① 张卫平:《探究与构想——民事司法改革引论》,人民法院出版社2003年版,第276页。

^② 常怡主编:《比较民事诉讼法》,中国政法大学出版社2002年版,第293页。

见当事人人在诉讼过程中的请求和辩论内容对法院产生拘束力。此外,法律真实的证明要求和高度盖然性的证明标准,决定了法院裁判并不都是建立在客观真实性基础之上的,相当部分民事案件的事实是建立在法律真实即证据事实基础之上的。与此相适应,举证时限制度的确立,要求当事人必须在规定的时间内完成举证,否则,当事人依法应当承担不利的诉讼后果。而且,法院审理民事案件还要受到审限的约束,法院不得以案件事实不清反复审理,长期审而不决。我国现行《民事诉讼法》规定检察机关可以以认定事实的主要证据不足、事实不清为由提出抗诉,客观上将使生效裁判所确立的法律关系始终处于不确定状态,不利于正常的民事流转和交易的安全。

民事抗诉违反了审判客观规律。在审判过程中,法官面对可靠性程度不同的证据来认定案件事实,少不了自由心证和自由裁量权的运用。“法院必须考虑它作为国家司法机关应执行的公共政策及调查证据时的实际环境状况,而据情对证据的可采性作出职能上的判断”。^①“经验”构成法官认定案件事实的重要手段。但检察机关不具有民事诉讼活动经验,远离个案审判过程,难以探知审判过程中的客观环境状况,仅凭一纸裁判文书、一方当事人的片面陈述和简单的阅卷,就“认为”生效裁判“确有错误”而作出抗诉决定,是不符合审判的客观规律的。

民事诉讼法律关系的稳定性和程序的及时终结性要求尊重民事裁判的既判力。社会秩序的形成和维系、社会生活的圆满进行,往往与国家机关做出的各种各样权威性的判断或决定紧密联系。权威性的判断或决定为社会所必需。尤其是司法机关通过审理诉讼案件之后所下的判决,在其可变性、灵活性方面应当受到更为严格的制度性限制。^②“诉讼是根据国家审判权作出的公权性的法

^① 刘善春、毕玉谦、郑旭:《诉讼证据规则研究》,中国法制出版社2000年版。

^② 王亚新:《对抗与判定——日本民事诉讼的基本结构》,清华大学出版社2002年版,第332页。

律判断,是以解决当事人之间的纠纷为目的的,而终局判决正是这种判断。因此,一旦终局判决使之在诉讼程序中失去以不服声明诉讼法被撤销的可能性而被确定,就称为最终解决纠纷的判断。”^①民事诉讼是解决民事纠纷的最后一种制度设置,生效的裁判是国家对双方当事人权利义务关系的最终判定,不容许轻易地加以改变,而作为其对象的纠纷也被视为得到了根本的解决,一般情况下已经不能够再次成为司法审查的对象。这是判决终局性最主要的含义。司法的决定相对于行政等其他权威决定的特殊性质、通过诉讼程序以及所达到的判决对纠纷的解决而建构法的秩序等重大理论命题,都与既判力的观念紧密相关。^②既判力最重要的功能作用就在于通过判决终局性的达成,来帮助在观念上确立一种规范的秩序并使其相对地固定下来,进而诱导社会生活空间内的秩序形成。^③生效裁判的稳定性和终局性必须得到有效的保障。只有这样,才能使双方当事人从已经终结的诉讼中及时摆脱出来,以生效裁判确定的权利义务关系为基础,安排自己的民事、经济活动,在市场交易中具有安全感,从而使社会关系处于一种平衡状态,社会秩序趋于稳定。而赋予检察机关宽泛的民事抗诉权,这将给判决的既判力及终局性带来重大冲击,从而不利于社会秩序的形成和稳定。

在法治国家中,法院作为法律和正义的维护者,其独立性、权威性必须得到有效保障。民事诉讼具有强制性、终局性的特点,民事纠纷的解决不仅需要从程序和实体两个方面提供正当性根据,而且法院自身在解决纠纷中的独立性、权威性也是纠纷得到解决的正当性根据。如果法院丧失了独立性和权威性,必将动摇法院裁判的正当性基础,社会将不会接受法院强制性、终局性的处理结果,司法的纠纷解决和社会调节功能将受到极大的削

① 兼子一、竹下守夫,白绿铨译:《民事诉讼法》,法律出版社1995年版。

② ③ 王亚新:《对抗与判定——日本民事诉讼的基本结构》,清华大学出版社2002年版,第338页,第348页。

弱。这对建立社会主义法治国家、保持社会的长期稳定是极其不利的。而赋予检察机关的民事抗诉权,使法院作出的生效裁判的权威性、稳定性随时都会受到挑战,不利于树立和维护法院在法治社会中的公正、权威形象。

民事抗诉也不符合诉讼的效率效益原则。“民事诉讼的基本理念是通过各个具体诉讼案件的解决,将纠纷这个危及社会秩序和当事人权利的问题迅速解决,以恢复和维护社会秩序”。^①程序的及时终结性,可以使当事人理性地对待生效裁判,避免无谓的讼累。对于法院而言,也需要通过裁判的终局性和程序的及时终结性,以节约审判资源,保证其他民事纠纷的及时、有效处理和提高司法效率和纠纷解决功能。根据现行《民事诉讼法》,检察机关对民事裁判提出抗诉没有时间和次数限制,造成裁判内容的不可预测性,导致当事人的权利义务始终无法确定,既不符合诉讼的效率效益原则,也使法院生效裁判所调节的社会关系始终处于不确定和不稳定状态,降低了民事诉讼的纠纷解决功能。

第二,程序上难以操作。这已为前述司法实践所证明。

第三,再审之诉制度的确立,将使民事抗诉制度失去存在的必要。既然一审、二审与执行程序的启动权能够赋予当事人,按照当事人处分原则,从充分尊重当事人意思自治的要求出发,再审程序的启动权也应当赋予当事人。这同样可以实现纠正错案的目的和要求。基于此,构建再审之诉制度后,当事人的再审申请只要符合法律规定的再审之诉条件,就可以直接启动再审程序。也就是说,再审之诉制度的建立,可以使当事人申请再审的民事再审程序的启动机制进入畅通的法律程序轨道,不需要经过向检察机关申诉即可启动再审程序。事实上,实践中检察机关提起民事抗诉,绝大多数是根据当事人的申诉引发的,一旦当事人不再

① 刘荣军:《论纠纷解决与民事诉讼制度的机能》,载《中外法学》1999年第4期。

向检察机关申诉,检察机关将无从发现再审事由。再者,由于检察机关没有亲自参加民事诉讼,因而很难要求其对自己并不了解的民事案件提起民事抗诉。如此,人民检察院的民事再审程序的启动机制实在没有再继续存在的必要。

第四,赋予检察机关民事诉讼抗诉权与国际通行做法不符。相反,赋予检察机关提起公益诉讼的权利则符合其代表国家和社会公共利益的法律地位,且有国外成熟的司法实践经验可资借鉴。

1964年原苏联的民事诉讼法典以及苏联和各加盟共和国民事诉讼法纲要均规定,检察长从维护国家利益、社会利益或保护公民的权利和法律保障的利益出发,有权提起诉讼或在诉讼的任何阶段参与诉讼,可以按照上述程序提出抗诉,也可以按照审判监督程序提出抗诉。苏联解体后,废除了这些规定。但是在其后新颁布的俄罗斯法院组织法又规定了检察机关对法院的判决有权进行监督,提出抗诉。法国比较重视检察院在民事诉讼活动中的作用,他们认为对涉及公共利益的重大案件,检察官应参与其中,因此,法国民事诉讼法辟专章“检察院”对此作了专门规定。但它也规定,检察官参与民事诉讼,其身份是当事人,他可以作为主当事人(原告)提起诉讼,也可以作为从当事人参与诉讼,有些案件法院在处理前还应当通报检察院。这些案件包括:(1)涉及亲子关系、未成年人监护的与变更的案件;(2)先行中止追诉程序、集体核查负债程序、个人破产程序或其他制裁以及法人时,裁判清理或财产清算程序;裁判清算与裁判重整程序以及有关公司负责人金钱性责任的案件;(3)其他法律规定检察院应当提出意见的所有案件;(4)检察院认为其应当参加诉讼的其他案件,可以向法院进行了解。对于这些案件,检察院在开庭之前,应当得到开庭日期的通知,按期参加诉讼,另外,国民法典也规定,对涉及到人的民事权利的重大事件,检察官应当参与。《澳门民事诉讼法典》也规定:检察机关有权提起民事诉讼程序,作为主当事人参与诉讼;在涉及到当事人资格等

事由,例如禁治产宣告、人格权的保护、法人破产等案件,在诉讼中,检察官应当参加意见,法院判决如有错误,可以提出上诉等等。德国和日本也都确定了“公共利益代表人”制度。德国联邦最高检察官作为联邦公共利益的代表人,有权参与民事诉讼和行政诉讼,在有些案件如婚姻无效、雇佣劳动、禁治产案件由检察官有权提起诉讼、参与诉讼,并对不符合法律的判决提出抗诉。日本民事诉讼法程序法规定,对于婚姻案件、收养案件和亲子关系案件,检察官可以提出诉讼,作为当事人;检察官可以列席诉讼,提供事实和证据,对已经判决的案件,可以提出上诉。英国法律规定,检察长作为公益事项参与民事诉讼,强化国家干预。对于涉及皇室权益的民事诉讼,告发诉讼案件,确认婚生和非婚生子女合法身份案件,以及缠讼案件,有权参加诉讼。在参加这些案件的诉讼中,检察长是必要的当事人,享有当事人的权利。在美国,检察官是政府的代表,代表政府行使诉讼权利,对涉及政府利益和公共利益的案件,如因违反反托拉斯法而引起的争议提起诉讼,参加诉讼,出席法庭,保护政府和公众的利益。在诉讼中,检察官可以是原告,也可以是被告,认为判决有错误的可以上诉。^①

从上述境外立法例来看,关于检察机关在民事诉讼中的地位规定,有如下共同特点:其一,为了维护国家利益、社会公共利益,检察机关对于涉及国家、社会公共利益或某些特殊的案件,可以作为代表人或以其他形式提起诉讼、参加诉讼,或者应诉,以保护国家、社会公共利益或为特殊主体提供适当救济。其二,检察机关在诉讼中一般都是以当事人的身份出现,享有当事人的权利,可以对判决发表意见,认为判决有错误的,也可以提出上诉,但不能“左右”、指挥法官,不对法官独立行使审判权形成威胁。其三,尊重终审判决的效力和权威,除前苏联和

^① 上述境外立法介绍,请参见常怡主编:《比较民事诉讼法》,中国政法大学出版社2002年版,第660~661页。

俄罗斯仲裁法院组织法外,均未规定检察机关对生效判决的抗诉权、监督权。^①

参考上述国家和地区的规定,结合中国的实际情况,应当对中国检察机关参与民事诉讼活动的规定予以修改。基本思路是:扩大检察机关参与民事诉讼活动的制度,规定检察机关对于涉及国家利益、社会公共利益的案件可以以当事人的身份提起诉讼,参加诉讼,上诉等,取消检察机关对生效裁判抗诉的规定;同时也取消上级法院对下级法院、本院院长对本院生效裁判的监督权,将对生效裁判不服提起再审之诉的权利完全赋予当事人。

但是,在改革的方法和步骤上,我们不主张激进式的变革,而应当从实际情况出发,进行渐进式改革。因为,考虑民事抗诉制度的存废问题,一方面要尊重民事诉讼的特殊本质及其客观规律,充分考虑现代法治的发展趋势和国际通例;另一方面,也不能不考虑我国经济社会发展的特殊现状,特别是司法现状。首先,司法改革应当在现行法律框架之内进行,不能突破立法规定。在宪法和法律未作修改的情况下,民事抗诉制度有其存在的宪法和法律根据;其次,我国目前社会经济文化发展水平还不高,人民群众的法律意识和自治能力较弱;第三,由于各种因素的制约,现有法官队伍的整体素质不高,诉讼制度尚不完备,法院裁判的社会公信力还缺乏广泛的社会基础;第四,在当前的司法体制之下,司法中的地方保护主义和部门保护主义仍未根除,民事司法领域的司法不公和司法腐败现象依然存在;而作为司法正义的最后一道防线和终极救济渠道的我国现行民事再审制度因其内在理念和外在设计又无法充分满足当事人的需求,最主要的问题就是“申请再审难”,当事人的民事再审救济请求权缺乏必要的制度保证。在这种情况下,人民检察院民事抗诉权的存在无疑是一种非常必要和有益的补充。因此,民事抗诉制度不能立即

彻底废除,而应分阶段、有步骤地进行渐进式改革,即先规范,后限制,再取消。具体建议是:

首先,通过立法解释完善《民事诉讼法》的相关规定,进一步规范民事抗诉制度。现行《民事诉讼法》关于民事抗诉的相关规定比较原则,导致法、检两院理解认识上的偏差并造成司法实践的种种问题。根据1981年第五届全国人大常委会19次会议通过的《关于加强法律解释工作的决议》,最高人民法院和最高人民检察院在具体适用法律问题上发生分歧时,应报全国人大常委会解释或决定。在《民事诉讼法》修改之前,对法、检两家就民事抗诉制度中认识发生严重分歧的问题,诸如民事、行政抗诉的前提条件、检察机关提出民事、行政抗诉的范围、人民法院审理民事、行政抗诉案件的程序,等等,应当通过立法解释加以明确。对司法实践中的具体法律问题和操作规范,由最高司法机关通过司法解释加以规范。这样,可以保障司法统一,防止各行其是,破坏法制统一,损害司法权威。

其次,修改《民事诉讼法》,对民事抗诉权的行使进行必要的限制。在法官整体素质和裁判质量大幅度提高的基础之上,对《民事诉讼法》中关于审判监督程序的规定进行重大修改:一是取消法院依职权主动提起再审制度,二是限制民事抗诉制度,三是建立再审之诉制度。法院作为审判机关,在裁判时必须保持中立不偏倚,在诉讼程序启动上必须保持被动,这是现代司法之基本理念。故法院依职权提起再审的制度应当逐步取消。因为在市场经济条件下,大量的民商事纠纷是关于平等主体之间对财产关系的争议,争议主体之间的平等性,也是民事诉讼质的规定性。对于民事诉讼,应以尊重当事人的意思自治为基本出发点,当事人对诉讼程序的起始、发展和终结以及对实体和诉讼权利的支配和处分,均应依当事人本人的意思而定。随着我国民事再审制度的逐步完善,人民检察院运用抗诉权大量介入普通民事案件的做法必须加以严格限制与控制。即人民检察院对于民事抗诉权的行使只能及于严重危害社会公共利益和国家司法正义的错误裁判,而不

① 常怡主编:《比较民事诉讼法》,中国政法大学出版社2002年版,第661页。

能及于普通民事案件或存在一般性瑕疵的生效裁判。^①

3. 以改革完善诉讼审级制度为前提,最终彻底取消民事抗诉制度。以合理的三审终审制附加再审之诉制度,民事诉讼制度将进一步完善,并接近其本质,民事抗诉制度将最终失去其存在的意义和基础。因为对少数疑难、复杂民事案件提高审级,使司法终审裁判权由高级法院或最高法院行使,从而使终审裁判的权威性和公信力得到一定程度的提高,较高级别的法院法官相对高的素质也为司法公正提供了可靠保证。再加上再审之诉制度的确立,当事人如果认为终审裁判存在法定再审事由,可依法提起再审之诉,请求司法救济。至于一项裁判是否侵犯了国家和社会公共利益,三级法院应当有能力判断,自然无须再设置一套抗诉程序。

四、民事抗诉若干实务问题探讨

在现行法律框架内,探索进一步规范、改进抗诉再审的有效措施,将抗诉可能带来的消极因素降到最低限度,对于维护当事人合法权益、维护生效裁判的稳定性、权威性,仍然是有积极意义的。

(一) 正确处理抗诉权与审判权、抗诉权与诉权之间的关系

关于抗诉权与审判权之间的关系。审判权是国家以强制力为后盾,解决当事人利益冲突,实现法律正义,通过法律实施实现国家统治;检察抗诉权是为了保证国家法律的正确、统一实施,保证国家法律的正确实施、维护国家法律的统一和尊严、实现司法公正,是二者的共同使命。因此,在处理抗诉权与审判权的关系问题上,应当将二者统一到共同维护司法公正和司法权威的指

导思想上来。对此,法、检两家已经基本取得共识。^② 审判独立是现代法治的基石。检察机关抗诉权的行使不能妨碍审判权的正常运行。换言之,民事抗诉权本身不得滥用。为此,民事抗诉应当坚持以下原则:一是坚持事后监督原则。检察机关提起抗诉,是对已经发生法律效力裁判的监督,为保证诉讼程序本身的公正性,再审程序发动后,检察机关不应再对正在进行的诉讼审判活动提出监督意见和发表评论意见。二是坚持依法监督原则。检察机关提起抗诉,是检察机关对原审法院审判活动的监督,不应理解为参与再审诉讼的检察人员对再审审判活动或对再审审判人员的监督。三是共同维护法院正确生效裁判的既判力原则。严格把握提起抗诉的条件,减少对正确生效裁判执行力的不当冲击。二、关于抗诉权与诉权的关系。民事诉讼就其本质而言,是一种私人之间的争讼,乃私人权益之争。“原则上,民事诉讼使普通个人——自然人或法人——处于双方对垒的地位。”因而,“构成民事诉讼程序的足以支轴则是‘对审’原则”。^③ 从尊重民事诉讼的特性和内在规律性出发,必须切实保证民事诉讼当事人主体地位的平等性,避免代表国家公权力的检察机关成为普通民事案件一方当事人的“代理人”而打破诉讼的平等性。因此,在当事人没有申诉的情况下,除非原裁判严重损害国家利益或社会公共利益,否则,检察机关原则上不依职权提出抗诉。因为,当事人没有提出申诉,一般情况下即表明当事人已经接受了司法裁判结果,尽管这一裁判结果可能对其并不有利,这表明司法对于社会生活的调整功能已经实现。此种情况下,如果检察机关运用抗诉权强行启动再审程序,不仅构成对当事人法定处分权的干涉与侵

^① 最高人民法院赵虹副检察长在全国检察机关民事、行政检察工作座谈会上指出,民事、行政检察工作“要端正执法思想,必须树立维护司法公正和司法权威的观念。”转引自沈德咏主编《最新再审司法解释适用与再审改革研究》,人民法院出版社2003年版,第175页。

^② [法]让·文森、塞日·金沙尔著,罗结珍译:《法国民事诉讼法要义》,中国法制出版社2001年版,第83页。

^③ 李晓明、于雷:《人民检察院民事抗诉权的法理学解析》,载《法律适用》2003年第7期。

犯,也是对国家公共权力资源的浪费。此外,在当事人没有正当理由不行使上诉权以及超过申请再审期限,却又向检察机关请求抗诉的,为鼓励当事人穷尽正常审判程序救济以及考虑到裁判稳定性的要求,检察机关原则上也应不予受理。

(二) 合理界定民事抗诉的范围与条件

1. 关于抗诉的范围

无论是当事人申请再审的范围、法院依职权启动再审的范围,还是检察机关提起民事抗诉的范围,《民事诉讼法》均指向“人民法院发生法律效力判决、裁定”,规定得较为原则。如何界定民事抗诉的范围,因理解角度不同,长期以来,不但学界意见不一,法、检两家也常因此产生工作上的冲突。争议集中在民事抗诉的范围是及于所有的民事生效判决、裁定还是其中的一部分。检察机关主张,抗诉的范围应当包括法院在民事诉讼中所作出的所有生效判决、裁定。法院则主张,执行中的裁定、先予执行裁定、财产保全的裁定、破产程序中的裁定等不在抗诉范围之列,最高法院对此作出了相应的司法解释。以杨立新为代表的部分学者,从注重法条文义解释的角度,认同检察机关的观点;而以李浩为代表的部分学者侧重法条体系解释的角度认同法院的观点^①。

我们认为,确定民事抗诉的范围和条件,其实质乃法律解释问题。因此,考究这一问题,不仅要从程序法角度进行分析,还要结合实体法规范进行分析;不仅要从文义解释和体系解释的角度出发,而且还要考究立法目的,斟酌立法者具体的规范意思、价值判断及利益衡量,以求法律解释的客观性。^②从这种视角出发,民事抗诉的范围不能及于所有的生效裁判,只能是其中的一部分。具体地:

① 沈德咏、曹建明主编:《中国审判监督制度改革研究》2002年6月版,第59页。

② 王泽鉴:《法律思维与民法实例》,中国政法大学出版社2001年版,第219-244页。

(1) 从案件类型上讲,检察机关抗诉的案件范围应当限定在平等主体间发生的财产关系争议而引发的民事诉讼上。因为,涉及人身关系的裁决,如解除婚姻关系的案件,客观上已无纠正的可能;一旦纠正明显违反社会公德。(2) 对生效的民事调解书不能提出抗诉。因为,生效的调解书是根据当事人在自愿和合法的前提下达成的调解协议制作的,从尊重当事人意思自治的角度出发,不宜对其提出抗诉。更重要的是,《民事诉讼法》未规定检察机关可以对民事调解书提出抗诉。(3) 人民法院于案件尚未审结之前作出的生效裁定不应抗诉。民事检察监督为“事后监督”,人民法院在诉讼前或者诉讼进行中作出裁定,诸如先予执行、财产保全、诉前保全的裁定等,是为了解决诉讼中某些阶段性的问题,虽经作出就发生法律效力,但并不是最终裁定,即使存在错误,也可以通过终审裁判确定的内容,在执行程序或者当事人提供的财产担保予以纠正,勿需通过抗诉进入再审来解决。(4) 人民法院适用督促程序、公示催告程序、企业法人破产还债程序审理的案件所作出的裁定,不能提出抗诉。以上案件,有的客观上无法再审或者再审没有实际意义,有的法律已经规定了另外的救济手段,因而不能或不需要通过抗诉再审予以解决。而且,从我国《民事诉讼法》的立法体例来看,规定有民事抗诉内容的审判监督程序,被置于第二编第十六章,在第十二章第一审程序、第十三章简易程序、第十四章第二审程序、第十五章特别程序之后,而在第十七章、第十八章、第十九章规定的督促程序、公示催告程序、企业法人破产还债程序之前。从立法者的法律编制体例可以看出法律的规范意旨,^③即立法者未将适用督促程序、公示催告程序、企业法人破产还债程序作出的生效裁判列入民事抗诉的范围。(5) 人民法院在非审判程序中作出的裁定,如执行程序作出的裁定,不能抗诉。审判监督程序作为一种特殊的救

③ 王泽鉴:《法律思维与民法实例》,中国政法大学出版社2001年版,第223页。

济程序,它与一、二审程序最大的区别就在于其针对的对象是人民法院作出的生效裁判。从我国《民事诉讼法》的立法体例来看,规定有民事抗诉内容的审判监督程序,被置于第二编第十六章,置于第三编执行程序之前。故执行程序中作出的生效裁判,不属于抗诉的范围。检察机关抗诉的范围只能限定在审判程序中所作出的一审或二审生效裁判。(6) 最高人民法院作出的终审裁判不能抗诉。根据宪法规定,最高人民法院是最高审判机关,其地位最高,审级最高,裁判的效力最高,它所作出的裁判应当是最具权威性的、终局的。如果最高人民法院作出的生效裁判也允许抗诉,将会破坏其“最高审判机关”的权威和神圣形象,这对于树立公众的法律意识是极其不利的。而且,最高人民法院终审的案件,一般都是经过高级人民法院一审或二审的,其审级起点高,又经过最高人民法院审理,其案件质量是有保证的。^① 有人认为,最高人民法院为了“抗衡”来自检察机关的民事经济检察监督,左一个解释,右一个批复,对可以抗诉的生效裁判的范围不断加以蚕食,从而使来自检察机关的法律监督频频受阻,单方面限制了民事检察抗诉监督的范围^②。我们认为,这种评论是有失偏颇的。因为,民事抗诉再审案件的受案范围问题,应属于法院审判工作中具体适用法律、法规的问题,最高人民法院就此作出一系列的解释、批复,并没有违反全国人大常委会1981年通过的《关于加强法律解释工作的决议》的规定。除极个别批复有待商榷外,绝大多数批复是符合民事诉讼法审判监督程序的立法宗旨的。因而,民事抗诉的范围原则上应统一到最高人民法院批复、解释所确立的范围之内,主张民事抗诉及于所有生效裁判

① 常怡主编:《比较民事诉讼法》,中国政法大学出版社2002年版,第670页。

② 赵钢:《正确处理民事经济审判工作中的十大关系》,载《法学研究》1999年第1期。

③ 关于当事人没有申请再审的生效民事调解书能否再审,最高法院1999年11月26日和1993年3月8日的相关批复,针对检、法作出了不同的回答。

观点显然是不可取的。

2. 关于提起民事抗诉的条件

检察机关提起民事抗诉,必须具备法定条件。民事抗诉权本质上属于法律监督权,而非诉权。这就决定了民事抗诉的条件不可能像当事人申请再审那样宽泛,不能因为对证据的分析判断、事实认定、实体处理有不同意见就提出抗诉,而应严格按照《民事诉讼法》所规定的四种法定情形进行抗诉。即:原判决、裁定认定事实的主要证据不足的;适用法律确有错误的;人民法院违反法定程序,可能影响案件正确判决、裁定的;审判人员在审理该案件时有贪污受贿,徇私舞弊,枉法裁判行为的。调查情况表明,实践中大多数民事抗诉针对的是前两种情形,针对后两种情形进行抗诉的情况十分罕见。针对这种情况,最高人民检察院副检察长赵虹在2001年全国检察机关民事行政检察工作会议上的讲话中明确指出,“为了更好地突出监督实效,应将下列案件作为办案重点:侵害国家利益、社会公共利益的案件;由于行政干预或地方保护造成错判的案件;新闻媒体和人民群众关注的热点案件;审判人员枉法裁判的案件;裁判显失公平、确有必要再审的案件。对重点案件要优先审查,及时审结,符合抗诉条件的,依法向人民法院提出抗诉。……注意对申诉案件进行合理的分流,引导当事人依法按照其他法定程序启动再审。”^① 上述讲话表明了检察机关民事抗诉执法观念的转变,是符合现行立法精神

的。此外,还应确立申请抗诉的时限制度和抗诉的次数限制。如前所述,《民事诉讼法》未对当事人向检察机关申诉请求抗诉期限作出明确的规定。虽然《民事诉讼法》明确规定当事人向法院申请再审的期限是判决、裁定生效后两年,超过两年将不能申请再审。这就出现了我们调查中发现的一个比较突出的问题,生效裁判生效后两年内没有向法院申请再审的当事人,依民诉法的规

① 沈德咏主编:《审判监督指导与研究》2001年第3卷,第81~82页。

定丧失了申请再审的权利,生效裁判已不具备再审的条件,可当事人往往转向检察机关申诉,生效裁判通过检察机关抗诉的最终获得再审。所以,如果当事人向检察机关申请抗诉没有时间限制,将使法律规定的当事人申请再审期限形同虚设。因此,从维护法制统一性和法律完整性、严肃性角度看,有必要限定当事人向检察机关申请民事抗诉期限。这一期限可与当事人向法院申请再审的期限相同。在抗诉次数的限制上,应以一次为宜,以维护生效裁判的既判力。

(三) 依法确定检察机关在庭审中的诉讼地位和职能

检察机关参与再审庭审活动,应享有与再审启动者身份相适应的诉讼职能。检察机关作为再审程序的启动者,参与抗诉案件再审庭审活动,其法律地位既不同于行使审判权的人民法院,也不同于与纠纷的处理有利害关系的当事人或为保证诉讼正常进行起辅助作用的其他诉讼参与人,而应作为独立的民事诉讼主体。其职责仅仅是说明再审程序启动的合法性,也就是宣读抗诉书、陈述抗诉理由和根据;除此之外,别无其他。首先,这是再审程序特殊性的必然要求。“既判之事即为真实,既决之判即为正确”的既判力理论,要求对终局判决尽最大可能维持其稳定性,禁止任何人随意宣告终局判决无效或擅自加以改动,而只能按照法定的程序变更该判决。也就是说,追求程序公正与效益的既判力理论并没有否认追求实体公正乃至司法公正的再审程序存在的必要性,而是强调改变程序的法定性。同理于无诉讼则无审判,在再审开庭时,对受既判力约束的各方(包括法院、当事人)说明再审程序启动的合法性、正当性,这是对生效裁判所涉纠纷重新审理的首要前提。其次,这是民事诉讼平等性原则的必要保障。再审程序对生效裁判重新审理的“三角形”诉讼格局,与民事诉讼一、二审程序并无区别。当事人依然是纠纷的冲突主体,双方在诉讼中依然处于平等的诉讼地位、享有平等的诉讼权利、承担平等的诉讼义务;法院依然是代表国家行使民事审判权的中央的审判权,依法独立地行使审判权。人民检察院作为抗诉机关

既非民事法律关系的参加者,也不是实体权利义务的感受者,不承担案件审理的法律后果。这就要求检察机关不得违背当事人平等抗辩这一民事诉讼的基本原则,不能参与法庭调查、法庭辩论;同时,也没有发表出庭意见的必要。因为即使是为监督再审庭审程序的合法性,参照最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大法工委《关于〈中华人民共和国民事诉讼法〉实施中若干问题的规定》第四十三条规定,人民检察院对违反法定程序的庭审活动提出纠正意见,应当由人民检察院在庭审后提出。其实,检察机关对民事、行政案件的抗诉,目的在于维护司法公正,其作用是依法启动再审程序。检察机关只要通过抗诉发动再审程序,其作用已经发挥,因而可以考虑不再派员参加再审庭审活动,以尽量体现民事诉讼由当事人对法院居中裁判的特点。

(四) 正确司法实践中的几个特殊问题

1. 当事人已达成执行和解协议,检察机关提出抗诉的处理问题。当事人之间已经达成执行和解协议,表明当事人之间的争讼已经得到彻底解决,纷争已经平息,此种情况下,除非原审裁判严重损害国家利益或社会公共利益,检察机关不应提出抗诉。否则,是对当事人处分权的不当干预,有违民事诉讼的目的。如果检察机关向人民法院提出抗诉后,人民法院裁定再审之前,涉案当事人已经达成执行和解协议,且不损害国家利益或社会公共利益的,人民法院可以建议检察机关撤回抗诉;检察机关向人民法院提出抗诉,人民法院裁定再审之后,涉案当事人达成和解协议的,人民法院可以据此制作调解书对双方的和解协议予以确认。如果和解协议已经执行完毕的,可以依法终结诉讼。

2. 检察机关在民事抗诉中的调查取证问题。从调查情况看,几乎所有的抗诉案件都不同程度地存在检察机关根据一方当事人的申诉,依职权调查、搜集对申诉人有利证据材料的情形。这不仅违背了民事诉讼“谁主张谁举证”这一基本规则,而且在客观上扩大了申请抗诉一方当事人的举证能力,对另一方当事人而言

是极不公平的。同时,申诉一方当事人以检察机关调查取得的证据参与法庭调查、质证,势必会使被申诉一方当事人感到国家公权力的压迫,这必然会打破民事诉讼的平等性。更何况,现行《民事诉讼法》没有赋予检察机关调查取证权,也未规定出席再审法庭的检察人员参与法庭调查。因此,检察机关在民事抗诉过程中进行调查取证是没有法律根据的,这一做法应当摒弃。

3. 关于检察建议问题。实践中,为了实现维护司法公正和维护司法权威之间的平衡,检察机关将检察建议制度运用到了民事司法监督领域,并为法院系统所接受。2001年全国审判监督工作座谈会《关于审判监督工作若干问题的纪要》中规定,“人民检察院对人民法院的审判工作提出检察建议书的,人民法院应认定研究以改进工作;经与人民法院协商同意,对个案提出检察建议书的,如符合再审立案条件,可依职权启动再审程序。”^①随后,全国各级、各地法院协同相应检察机关对检察建议的适用进行了积极的探索。从江苏省的情况看,已有不少中级法院和少数基层法院与检察机关就此达成了一致意见,有的还联合下发了规范操作性质的文件。为了保证检察建议的正确运用,实践中应注意以下几点:一是针对生效裁判提出检察建议的范围,应当限定在适用审判监督程序的生效裁判范围之内;二是检察建议应当采取书面形式;三是针对个案的检察建议,应具备再审的可能性并符合监督性和时效性的要求;四是对于检察机关建议审查的案件,人民法院应当立案审查,并以书面方式将审查情况反馈给检察机关。

第四章 对人大监督司法机制的思考

一、问题的提出

在人民法院审理的申诉、申请再审案件中,由人大对法院进行具体案件监督所形成的交办案件^②极具特殊性:一方面,此类案件绝对数量不大,据统计,2001~2002年江苏法院审结各类人大监督案件331件,占同期全省法院审结664件各类交办案件的49.85%,占同期审结的15575件各类审监案件(包括申诉或申请再审复查案件和再审案件)的比例仅有2.13%;^③另一方面,各类人大监督案件却占用了法院相当数量的审判监督资源。对人大监督案件,各级法院均相当重视,严格办理期限,优先审结。然而,从整体上看,包括人大监督案件在内的所有交办案件的监督效果均不甚理想。调查显示,2001至2002年江苏法院处理的664件交办案件中,在复查程序被直接驳回当事人再审申请的有426件,占交办案件总数的63.2%;经复查提起再审的有195件占28.93%,而再审结果又维持原裁判的105件,再审改判的仅有69件。这意味着,2001~2002年江苏法院交办案件中经复查被直接驳回再审申请或经再审维持原判的案件总计531件,占交办案件总数的78.78%,而再审改判的案件占交办案件的总数仅有10.24%。另据江苏省高级

^② 本文所称人大监督案件是一个广义的概念,包括人大个案监督、人大转办、人大代表建议以及人大代表来信来访所形成的交办案件。