

朝陽法律評論

Chaoyang Law Review

朝阳法律评论编辑委员会

第五辑 总第1357期

- 江 伟：论民事诉讼法的起草与修订
- 林志坚：诉讼管辖视野下的元代“约会”制
- 邓 勇：官方微博现象之行政法学解读及其规制探析
- 袁达松：“海峡两岸经济合作框架协议”的法制推进
——全球华侨华人促进和平统一视角的解读
- 夏 勤：《法学通论》（连载三）

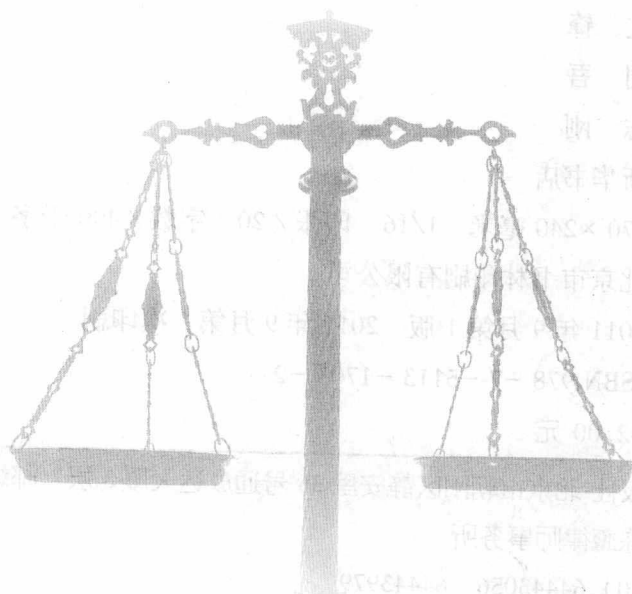
中國華僑出版社

朝陽法律評論

Chaoyang Law Review

朝阳法律评论编辑委员会

第五辑 总第1357期



中國華僑出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

朝阳法律评论. 第5辑/朝阳法律评论编辑委员会编. —北京: 中国华侨出版社, 2011. 9

ISBN 978 -7 -5113 -1703 -2

I. ①朝… II. ①朝… III. ①法学 - 文集 IV.

①D90 -53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 177818 号

朝阳法律评论

编 者 / 朝阳法律评论编辑委员会

出 品 人 / 方 鸣

责任编辑 / 文 锋

封面设计 / 周 吾

责任校对 / 志 刚

经 销 / 新华书店

开 本 / 170 × 240 毫米 1/16 印张 / 20 字数 / 400 千字

印 刷 / 北京市书林印刷有限公司

版 次 / 2011 年 9 月第 1 版 2011 年 9 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978 -7 -5113 -1703 -2

定 价 / 32.00 元

中国华侨出版社 北京市朝阳区静安里 26 号通成大厦 3 层 邮编 100028

法律顾问: 陈鹰律师事务所

编辑部: (010) 64443056 64443979

发行部: (010) 64443051 传真: 64439708

网 址: www.oveaschin.com

E-mail: oveaschin@sina.com

朝阳法律评论编辑委员会

顾问 吕振万 薛君度 徐 葵

名誉主任 王利明 曾宪义

主任 孙国华

副主任 关 怀 巫昌祯 熊先觉

委员 (按姓氏拼音为序排列)

曹重三 陈国庆 陈天池 陈逸云 程 鹏 戴玉忠 方流芳
符 立 庾以泰 郭鸥一 韩大元 韩延龙 何祖兴(台)
聂 文(台) 王承斌 王利明 信春鹰 张思之 张云秀
曾宪义 赵中孚 朱崇凯

朝阳法律评论编辑部

主 编 冯玉军

副主编 郑爱青 邵 明

编 辑 (以姓氏拼音为序排列):

杜焕芳(国际法学) 冯军(国际法学) 冯玉军(法理学)

李艳芳(环境资源法学) 马小红(法律史学)

马小红(法律史学) 邵明(诉讼法学) 杨东(经济法学)

张翔(宪法与行政法学) 姚辉(民商法学)

郑爱青(劳动法学、社会法学)

编 务 李英杰 赵 璐 王茂生

社 务 方 林 张 杨 胡 曼

传承朝阳法学教育的传统和声誉
扩大海峡两岸的法学交流与合作
提升法学研究和法律实践的水平
展示中西法治文明兼容并蓄新貌

目 录

主题研讨：民事诉讼法修改

江 伟：论民事诉讼法的起草与修订	1
刘 敏：E时代中国民事訴訟的变革	11
姜启波：民事诉讼法修订的几点建议	21
刘立杰：涉少民事案件范围的合理界定	28
范卫国：我国民事速裁程序研究	43
敖冰洁：我国小额诉讼程序之构建	55

理论前沿

王利明：规范拆迁 保障私权	69
顾文斌：中国古代法律中的人性化彰显——关于《九朝律考》的另类解读	78
林志坚：诉讼管辖视野下的元代“约会”制	85
郑 毅：试述区域性行政协议的理论定位及其软法性特征	95
邓 勇：官方微博现象之行政法学解读及其规制探析	111

部门法专论

方 林 曹义英：论传统中医网络诊疗基本法律制度的建构	127
赵忠龙 廖 娟：关于中国语境“水治”的实证研究	140
张 光：国际投资仲裁中东道国公共利益与投资者财产利益的平衡	149
方太文：保险代位权在人身保险中的适用——兼析保险法第46条	164
苏小云：再探“碳捕捉与封存”(CCS)法律问题	172

实务天地

- 郭文龙：操纵证券、期货市场罪扩容研究——以股指期货刑法规制为视角 179
- 韩业斌：南京国民政府时期股份有限公司发起人制度研究 190
- 余秀才：可读性是法院法律文书公开的基本前提 203

朝阳文萃

- 夏 勤：《法学通论》（连载三） 212
- 张玉国：民国时期的法治思想览要——兼论吴经熊的法治思想 243
- 袁达松：“海峡两岸经济合作框架协议”的法制推进——全球华侨华人
促进和平统一视角的解读 256

革命根据地法制建设研究

- 沈玮玮 赵晓耕：论革命时期中国共产党对法院工作的指导及其对当代的
影响 266
- 欧阳华：抗战时期陕甘宁边区锄奸反特方针政策研究 277
- 李英杰：“马锡五审判方式”的现实意义 289

法治杂谈

- 郭鸣一：浅议社会主义市场经济法律体系的构建和完善 297

介绍与评论

- [奥] 海尔穆特·库齐奥著，张玉东译：《奥地利损害赔偿法草案》中的严
格责任 301

CHAO YANG LAW REVIEW

VOLUME. 1357

NO. 5, 2011

On the Draft and Amendment of the Civil Procedure Law	Jiang Wei (1)
On the Transformation of Civil Procedure in the E - era China ...	Liu Min (11)
Several Propositions on Amendment of Civil Procedure Law ...	Jiang Qibo (21)
On the Proper Definition of the Scope of Civil Cases Involving Juveniles	
.....	Liu Lijie (28)
Study on the Civil Immediate Judgement Proceedings in China	
.....	Fan Weiguo (43)
Construction of Small Claim Procedure in China	Ao Bingjie (55)
On Regulation of House Demolition to Safeguard Individual Rights	
.....	Wang Liming (69)
The Humanistic Definition of The Law In Ancient China: the analysis of The Textual Research of Nine Dynasty's Law in another angle	Gu Wenbin (78)
On the "Yue Hui" System in the Yuan Dynasty from the Standpoint of Jurisdiction	
.....	Lin Zhijian (85)
On the Theoretical Localization of Reginal Administrative Agreement and Its Character Similar to Soft Law	
.....	Zheng Yi (95)
The Administrative Law Explanation and Analysis of Official Micro Blog	
.....	DengYong (111)
On the Construction of Basic Legal Systems of Cyberspace Diagnoses and Treatments of Traditional Chinese Medicine	Fang Lin Cao Yiyi (127)
Governance Through Water: A Historical Perspective and Property-rights Analysis of Water-control in China	Zhao Zhonglong Liao Juan (140)

Balancing Host State's Public Interests and Investors' Property Interests in International Investment Arbitrations	Zhang Guang (149)
Application of Right of Insurance Subrogation in Life Insurance; Analysis of the 46 th article in the current Insurance Law	Fang Taiwen (164)
Reconsidering the Legal Issue of Carbon Dioxide Capture and Storage Technology	Su Xiaoyun (172)
Further Research on Market Manipulation of Securities and Futures; in the Perspective of Criminal Law Regulation on Stock Index Futures	Guo Wenlong (179)
Limited Liability Company Initiator System Research During Nanjing National Government Time	Han Yebin (190)
Comprehensibility is the Basic Prerequisite of Publicizing of Legal Documents in Courts	Yu Xiucan (203)
The General Theory of Law (Part III)	Xia Qin (212)
Origin of the Republic of View to the Rule of Law Ideology; with a discussion of the idea of ruling of law by John Wu	Zhang Yuguo (243)
Progress in Legal System with Cross - Straits Economic Cooperation Framework Agreement; An interpretation from the perspective of peaceful unification of world overseas Chinese	Yuan Dasong (256)
On the CPC's Instructions to the Court Work in the Revolution Period and Its Contemporary Influence	Shen Weiwei Zhao Xiaogeng (266)
Studies on Policies of Eliminating Traitors and Anti - espionage at the Border of Shanxi - Gansu - Ningxia during the War of Resistance against Japan	Ouyang Hua (277)
Realistic Significance of "the Judicial Style of Ma Xiwu"	Li Yingjie (289)
Brief Discussion on Construction and Perfection of Socialist Market Economic Legal System	Guo Ouyi (297)
Strict Liability in the New Austrian Draft on Liability Law	Helmut Koziol (301)

主题研讨：民事诉讼法修改

论民事诉讼法的起草与修订^①

江 伟*

〔摘要〕 本文回顾了1982年民事诉讼法的起草过程，并介绍了1991年和2007年修订时对民事诉讼法作出的完善和创新之举，在这一基础上，进一步分析了对民事诉讼法作如此修订的原因。本文在最后提出了几个此次修订民事诉讼法需要关注的问题：小额诉讼、检察监督、调解协议、司法确认以及执行程序。

〔关键词〕 起草；修订；民事诉讼法

民事诉讼法的起草与修订，实际上应该是一本书，但由于自己年纪比较大了，精力也较为有限，这本书迟迟没有写出来。由于时间限制，今天就不能讲得那么详细了，我们只能将这个过程给大家讲一讲。但为什么定这个题目来讲呢？现在我们法工委已经启动了民事诉讼法的修改，也列入了人大常委会的议程，就是要进行第四次的修订，但是这个修订应该怎样进行呢？我们已经修订过两次了，这是第三次大的修订，所以我们必须了解起草和修订的历史过程，通过历史进程来指导我们今天的修订沿着什么方向进行。

首先，我要讲一下民事诉讼法的起草，民事诉讼法的起草很有特色，因为当年在1979年人大常委会法制委员会下面专门成立了民事诉讼法起草

^① 本文是江伟教授2011年6月6日在中国人民大学法学院和民商事法律研究中心举办的“民事诉讼法全面修改系列讲座”上的专题讲座。本讲座由中国人民大学法学院博士生杨奕整理。

* 中国人民大学法学院教授，博士生导师。

小组，过去法律起草没有这个。其采用了三结合的安排，一共由三部分人组成，一部分人为民事诉讼法的起草学者，一部分人为在职的法官，第三部分人就是领导了，所以称为三结合，这个班子一直延续了三年多之久，1979 到 1982 年，这个小组一直存在，起草很慎重，用了三年时间才起草了一个《中华人民共和国民事诉讼法（试行）》，但是在当时它也是正式的法律，写“试行”只是为了慎重，这是简单的过程。

我主要想讲的是我们的起草不是随便进行的，现在有人批评我们这个法律是超职权的法律，而且批得很厉害，有一段甚至认为我们中国的这个民事诉讼法给人家一个很不好的印象，完全讲职权主义，不讲当事人主义，对当事人的地位予以漠视。实际上这个看法是错误的，他们主要是抓住了《中华人民共和国民事诉讼法（试行）》的第 56 条，因为这条第一款规定，当事人对自己的主张有责任提供证据进行证明，第二款规定人民法院应当全面地、客观地收集、调查证据，最主要就是攻击这一款，认为这叫超职权主义。为什么说这种观点是错误的，我们民事诉讼法的起草工作是建立在对中国的国情、尤其是对中国司法实践的状况彻底了解的基础之上，也包括刚才所说的 56 条的条文，举个例子，在动手起草这个法律之前，我们用了十天左右的时间专门听取了全国各级法院领导介绍他们民事诉讼的运作过程和存在的问题，包括安徽、河北等等。不仅如此，我们起草小组有四名是来自法院的一些实践部门的同志，其中包括上海、天津、北京、辽宁，四个省法院的领导，也就是说我们不仅听取了来自全国各地法院法官的介绍，还专门听取了起草小组内部实践部门同志的介绍，所以说我们对司法实践是做了比较深入的了解之后，才起草了条文，因此应当说 1982 年颁布的《中华人民共和国民事诉讼法（试行）》，是符合中国国情的法律，而且事实证明我们民事诉讼法确立的原则、制度和程序基本上是符合国情的、是正确的，绝不是所谓的超职权主义。

这里要强调一点，因为中国历来法官在审理案件时都是处于主动的地位，中国历史上最有名的几个法官，包拯、海瑞、狄仁杰，你们都看过他们的电视，他们这些人主要办的就是刑事案件，当时民事案件不太受重视，清代将民事案件称为“细故”，这些大清官办案都是到现场去调查，这一点很重要，这是中国根深蒂固的做法，因为中国与西方不同，有比较完备的律师强制代理制度，我们一般当事人力量都比较弱，如果要想当事人在诉讼中起主导一切的作用，实际上当事人的权利是得不到保障的，所以我们的法官要关心当事人，甚至帮助当事人，现在西方国家提出来比如绝对的中立，当事人主张什么就审理什么，没提出来的就不要管，那么你们看看包公办案，当事人没有提出来的也要管，所以我们要顾及历代的传

统，我们并不是要发明一个什么东西，这就是中国固有的国情，我们只不过是在法律上将其明确化，因此我们1982年已经奠定了很好的基础，后来1991年第一次大的修改，我当时有一篇文章，最早发表在《法学评论》1991年第3期，叫做《新民事诉讼法的重大突破》，当时我一共写了十二个大问题，也就是说我们1991年修改主要针对十二个大问题，但只是属于修改和补充的性质，并没有对我们的原则、制度和程序做重大改变。比如，当时第一个大问题，民事诉讼法的任务，就是强调这个法律能够保证法院正确、合法、及时地审理案件，但没有提出保障当事人的诉讼权益，这是一个比较大的缺陷，所以1991年增加了一条，第一句话是保障当事人的诉讼权利，然后才是保障、保证法院正确、合法、及时地审理民事案件，也就是说我们的民事诉讼法的任务体现在两个方面，首先是保障当事人能正确行使自己的诉讼权利，其次就是给法院审理案件提供一个制度或者程序的保证，这样就比较全面了，这是修改的第一个问题。

第二个问题就是民事诉讼法的调整范围，这些问题都是根据当年各地所谈的情况制定的。当时中国最大的一个问题就是法院不立案，要有介绍信、人民调解委员会的证明，没有这些就拒绝受理，因此我们这里必须明确一个问题，就是法院到底要按照民事诉讼法规定审理哪些问题？如果不加以规定，各地法院就会自定政策，无法统一。我们规定的审理范围就是按照民法的原则，平等主体间发生的财产或者人身的问题，这个都划为民事诉讼法的审理范围，但这个审理范围问题也不小，太过于原则，但这个原则毕竟有一个标准，所以这是我们第二个修改的地方。

第三个问题就是基本原则，基本原则是当时一个争议很大的问题。我们中国历来在民事审判方面奉行一个基本方针，就是“依靠群众，调查研究，调解为主，就地解决”的十六字方针，这是在战争年代，解放区根据地一直实行的原则方针，1949年新中国成立以后仍然奉行这个方针，那么现在制定这个法律的时候是不是还把这个十六字方针原本内容一字不动地放在民事诉讼法中？这是一个很大的问题，在当时争议也很大。我当时的态度是：精神可以保留，但要用法律的语言来表达。后来经过大论战，把调解为主，改为着重调解，至于“就地解决”并不是一个方针性的问题，我们在有些地方规定便利群众、审理及时就行了。这就是原则的问题。

因为这十二个问题我不能一一都讲，我就讲其中几个大的问题。还有一个问题我要讲的就是当事人的问题，我们原先规定的是具有民事权利的人就具有民事诉讼权利资格，这个规定本身并没有错。但是谁具有民事诉讼权利能力，跟有没有民事权利能力是大有关系，那么公民、法人这是当然具有民事权利能力的主体，因而在程序法上也当然具有诉讼权利能力，

但是除此还有一些组织，它虽不具有法人资格，但是它一样要从事民事活动，它既要与法人进行民事交往也要与自然人进行民事交往，那将这部分人排除在诉讼主体之外显然是不合适的，我当时写过一篇文章《论民事主体与诉讼主体的分离》，就是说它虽非民事主体，我们要给它诉讼主体的地位，实际上也就是承认它有民事主体的地位，这个与民法学者的观点有所区别。像这类不具有法人资格的经济组织，它的权利受到了侵犯或者它侵犯了其他主体权利，其他主体如何告它？因此我们必须明确地加以规定公民、法人和其他组织都具有民事诉讼主体的资格，这一点就很重要了。这是一个主体上的问题，另外还有一个问题，就是1991年法律确定的，美国不是搞集团诉讼吗，我们中国的现实情况是也有大量的群体性诉讼发生，因此我们1991年的法律明确规定了“代表人诉讼制度”，因此就当事人的问题我们有所突破。

下面一个问题，就是举证责任的问题，我们目前有两位博士生写了两篇博士论文就是针对举证责任来写的。我们当时讲的举证责任是很明确的，就是主观上的举证责任，是提供证据的责任，我们不强调后果责任，也就是不能举证承担不利法律后果责任，我们没有规定这个，为什么没有规定？因为我刚才也讲到了，不能举证法院可以调查，这是一个公理。当事人到法院来如果什么都搞得好好地，法院只需居中裁判，那法官当得就过于简单了。当事人到法院来实际就是希望法院能解决问题，解决问题之前你必须先把事实搞清楚，如果把这一切都交给当事人，当事人事实上并没有这个能力，就算有了律师也不一定能解决问题，何况中国的律师制度也不是很发达，而且我们的发展势头也不是想搞一个律师强制代理制度，因此当事人的能力本来就很弱，法院如果再不调查，那么当事人肯定就只能败诉。因此我们的举证责任主要就是强调一个问题，当事人本身也不能闲着，既然打官司、提出主张，就要尽可能提供证据来证明，但是如果证明不了要求法院调查，法院有义务来调查，这就是一个公理，法官有义务对事实来负责。美国有陪审团来对事实负责，我们中国法官既要对事实负责也要对法律负责，所以说我们的原则应当是当事人举证与法院职权调查相结合，也就是当事人举证不能并不能自然导致败诉后果，只有经过法院调查也不能证实当事人的主张，才能承担不利的后果。最近有两个学生写了两篇博士论文，专门批判罗森贝克的客观的举证责任，这两个学生一个是法官、一个是律师，他们从实践出发，认为如果严格按照罗森贝克的观点，很容易造成冤假错案，他提出的事实真伪不明时就要采用举证不能的不利后果责任。那么什么是“真伪不明”？这个问题本身也值得探讨，如果案件多数为“真伪不明”，那么法官将没有任何权威可言。虽然案件不

能完全与原来发生的事实一模一样，但至少要在基本的问题上查清楚，这样才能取得群众的信任，因此“真伪不明”是不利后果责任的要害问题，把这个问题解决了再加上一个相结合的办法，就是当事人举证与法院调查相结合的办法，所以这都是一些重要的修改。意思就是说我们在1982年公布《中华人民共和国民事诉讼法（试行）》时，我们国家刚刚从计划经济向市场经济过渡，还没有过渡好，到了1991年又发生了许多新的问题，特别是法人之间的案件逐渐增多，而法人之间的案件在程序制度方面有别于个人之间的案件，因此也就促使我们对这个法律作了重大修改，一共涉及十二个主要方面，我刚才主要介绍了其中的四、五个方面，这就是第一次大修改。

第二次大修改就是2007年，这次修改就与以前不一样了。以前都是由起草小组来进行的，1991年的修改也有1982年起草小组成员的间接参与，而2007年的修改则不同了，它是由最高法院牵头，重点是修订了一个再审问题、一个执行问题，当然也不限于这两个问题。实际上2007年的修改也是一个大的修订，它不仅仅是重点放在再审和执行两个程序，而且对强制措施在法人方面增加到30万，另外删掉了企业法人破产还债程序，因为破产法已经制定，包含了这个问题，一切以破产法为准，民诉法再规定则没有必要了。当年规定的企业法人破产还债程序实际上补充破产法的规定，当时我国破产法实际上是很狭窄的，规定就叫做《中华人民共和国全民所有制企业破产法》，它只限于全民所有制企业，这个制定法本身就很有问题，在实践中我还特意进行了调查，实际处理的全民所有制企业破产案件就一个、两个，实践中较多的是集体所有制企业的破产案件还有私营企业、外商投资企业的破产案件，那么这类案件则无法可依，所以民事诉讼法只能拾遗补缺了，所以说2007年的修改还是一个比较大的修订。比如再审增加了许多再审事由，而且再审的法院升一级，另外执行上也做了许多重要的规定。因此我给大家回顾一下，我们起草这个法律的时候就是符合中国国情的法律，我们的修订是在基本原则、制度和程序基础上的完善和补充，从来没有过颠覆我们这个原则、制度和程序的修订之举，两次大的修订都秉承这一原则，我们现在面临第三次大修订，加上原来的起草，相当于第四次大修订，这也是一个很大的修订，而且法工委现在态度也很诚恳，陆续召开许多会议，而且委托最高法院今年年初在房山召开了一次大型修改民事诉讼法研讨会，法工委连续几次来讨论修改的问题，那么我们今天应该抱着什么样的态度来修订呢？所以我刚才定了一个原则，我们的态度是修订和完善，而不是全部破掉，这一点要不明确很容易走偏方向，就像当年民事诉讼法颁布，有很多人对这个法律进行指责，其中有一个很

不好的地方，就是拿着外国的法律来指责中国的法律，这是很不对的，每个国家的国情不同，因此不能拿外国法律的眼光来看待中国的法律，这一点必须要正确对待。当然我们并不否定要借鉴，但是借鉴是借鉴，主体还是我们自己的国情和问题，而不能以外国的标准来看待我们的法律。

所以我刚才提到了，第一不能把我们的法律颠覆了，另外就是不能拿外国法律的眼光来看待我们自己的法律，只要我们中国的法律是符合中国国情的，我们就应该尊重它、保护它、完善它，而不应该颠覆它，我觉得这两点是很重要的，所以我们不应该一提修改就提诸多不适。现在有人提出来这次修订是大修、小修、中修，我觉得这个不需要讨论，需要大修就大修，需要中修就中修，关键是我们讨论些什么问题，所以如果是一个建设性的问题当然就可以考虑了。我现在发表意见也是借鉴，汤教授的学生张自合博士写了一篇“非讼程序”的博士论文，我就特别推崇非讼程序，我们应该发动社会上的组织来参与纠纷解决，纠纷解决的途径不能太单一，不能完全就依靠诉讼，但是讨论这一问题我们必须明确一点，不能把多元化的纠纷解决机制提得太过头了，把诉讼说得根本就一无是处，不重要了，这就与我国的法治精神相违背，成了什么问题都拿去调解、都由社会组织化解了。真正解决问题应该是享有权利就应该得到保护，侵犯权利就应该受到制裁，否则还有什么是非可言，什么规矩可言？所以我们一定要警惕，我并不是不赞成搞这一条，但是一定要有一个原则，现在有人一直对民诉法的这一条予以反对。调解有两条，就是自愿合法以及在查明事实、分明是非的基础上进行调解，他们反对这一条，意思就是说调解可以不分是非，不查明事实，这还叫什么解决争端？婚姻家庭、家事诉讼可以这样，不必斤斤计较，但是如果是合同问题、侵权问题也不讲明事实，分明是非，那么将来还有什么法治可言，时间长了人们就没有法制观念了，我们要注意提多元化纠纷解决机制，决不能忽视诉讼在解决纠纷中的核心作用。我最近看了一篇文章，并不是民事诉讼法学者写的，文章强调提多元化纠纷解决机制不要偏废诉讼，不要忽略诉讼，不能为了追求多元化纠纷解决效果把诉讼批的一无是处，我们在修改的时候这就是一个很大的问题。我们修改的时候是否要把多元化纠纷解决机制、诉调对接予以反映，所以我们必须反思到底如何规定、怎样对接？现在不是有一个规定，就是人民调解委员会主持达成的协议，双方当事人可以请求法院确认它的效力，像这个问题，法律上就必须予以规定，还有一个与《人民调解法》相协调的问题，最高法院还发了一个关于这个修订的程序，所以像这个问题就要认真讨论，所以说张自合他们写的文章我比较欣赏，因为这是一个新东西，他们研究的结果是这个非讼程序不仅是古典的，而且发展到今天

还有一个诉讼非讼化的问题，我们光讲多元化的纠纷解决机制，为什么不讲多元化的裁判机制？就是裁判也不仅是普通程序，还有非讼程序、保全程序，因此像这些问题都是大的问题，这些问题修改就是要借鉴，但是要在我国国情的基础上，只有符合国情的才可以吸收。

下面我再给大家介绍一下，现在法工委在修改民事诉讼法时广泛吸取意见，据我了解主要有以下几个问题：首先一个是小额诉讼，最高法院对于小额诉讼也很感兴趣，小额诉讼程序简单而且一审终审，这是吸引他们之处，现在案件多，遇到问题可以一次解决，不留后患，我原来也很欣赏小额诉讼，但是有一个问题，上次讨论这个问题也没有解决，我们现在的普通程序、简易程序和小额诉讼，有两个关系，一个关系是普通程序和简易程序的关系，就是哪些案件应该适用简易程序？我们现在法律的规定是事实清楚、争议不大、标的数额较小可以适用，但是过于简单，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》中注意到了这个问题，列举了几类，它上面规定了几类案件，虽然也不一定准确，但也比抽象的几句话容易掌握和运用。首先必须掌握这个问题即普通程序与简易程序之间要有这个界限，在实践中就好运用，现在法工委有一个态度就是适用简易程序由当事人选择，这是一个办法，就是在普通程序与简易程序之间赋予当事人以主动权，但是也应有一个标准再赋予当事人选择权。另外就是再增加一个普通程序向简易程序转化的程序，法院在审理案件时，发现不宜适用简易程序的可以转化为普通程序，我当时不同意，已经先搞出一个标准，但又在适用时因为不同意又转为普通程序，这不是凭空增加程序负担，给当事人造成很多麻烦，我认为这一条必须堵死，既然当事人已经选定了。这里面的一个关键问题，就是我们现有的简易程序是否可以再进一步简化，现在的规定是口头起诉、通知、送达用简易的方法，能否再想一些办法进一步简化，现在可以把速裁程序中的经验借鉴过来使简易程序更简化。第二个问题，现在如果规定了小额诉讼程序，那么小额程序与简易程序的界限又是什么？有两个标准，一个是由最高法院根据各地社会经济发展情况规定，最高不得高于六千元。第二个按照人均收入的25%计算，即一个按照钱数看、一个按照人均可支配收入的百分比来看，总之简易程序下又设立一个小额程序，一定要把两者的界限搞清楚，我一直欣赏的是简易程序不说一审终审，小额程序提一审终审，这一个一审终审问题又大了，审级制度民事诉讼法可以规定，但还有一个法院组织法呢？有人认为法院组织法是一个宪法性法律，它高于民事诉讼法，如果其不认可一审终审，问题就大了，就算法律上认可，也要对一审终审的小额诉讼程序给以救济，所以我们在程序上，应该从全局上考虑，

就是从普通程序的序列来考量，不能认为小额程序也不错，就盲目规定。但是小额诉讼程序应该包括哪些内容呢？如果将家事纠纷放入简易程序，那么小额程序也就剩下“钱债”，那么这个钱债还有大有小，规定这个六千元又有问题，我认为在北京五万元都不算大，但有的经济落后地区两千元就比较大，因此很难掌握，前提条件必须把这个理清楚，要从整个普通程序系列来考虑这个问题。

我们要建立多元化的纠纷解决机制，不仅仅是普通程序系列，还有非讼程序的系列，非讼程序我们现在太简单了，就只有宣告失踪死亡、认定公民无民事行为能力、认定财产无主再加上一个选民资格认定，与许多实体法也不配套。现在实体法上规定有些不一定非要诉讼，有时只要一个执行根据就可以了，像仓单、提单，有什么好争论的，有提单不让提还用诉讼吗？只要给它一个执行名义就行了，用非讼的方式解决就可以了，又比如登记，行政机关的登记没有司法审查很容易出问题，比如拆迁现在问题很多，这次修订要弄个司法审查，有些登记的案件经过司法审查就很慎重，也比较简便，跟实体法也比较配合。不能弄一个多元化纠纷解决机制就把诉讼给抛弃掉了，这是我们修改时最应该注意的问题。现在就是要多从制度的层面进行考虑，我们现在的保全程序太简单，财产保全就保持现状，那么行为保全像德国法上假处分，我们现在应该予以学习借鉴。当然我们现在已经有所借鉴，比如知识产权上的禁令，这个禁令非常好，比如某人冒充他人商标，给他发一个禁令，禁止其继续出售，这个禁令一发这个官司也就没什么好打的了，东西已经不能卖了，禁令就起到了解决纠纷的作用，还有许多领域也有必要运用类似禁令的办法，我们现在要说的就是这个意思，我们要修改的是一些建设性问题，因此我们要把重点放在实质性问题上。

另一个就是关于检察监督的问题，现在的检察监督规定的太过于简单，就是人民检察院对民事审判活动有权进行法律监督，就只局限于民事审判活动，而执行、诉讼过程中的问题就没有，这些都可以完善。另外还有个特别问题，就是调解书，咱们现在的规定就是当事人能提起，违反自愿原则、违反法律的可以提起，那么检察院怎样进行干预，这里面又有一个问题，现在调解数量很大，问题也很大，现在最高法院提出的“调解优先、调判结合”的问题，它与调解为主类似，但有所区别，比较巧妙，但也会导致倾向去调解的问题。我一个学生说他们如果调解数量不够，就可能把人民调解委员会的调解数字放到法院调解的数量中去，如此很容易造成弄虚作假的大问题。现行民事诉讼法的规定怎么就不合适呢？就是自愿合法，没有讲数量，而且这个合法，我们还有讲究，与判决不同，就是只