



民事诉讼研究 及立法论证

毕玉谦 谭秋桂 杨 路 / 著

人民法院出版社

民事诉讼研究及立法论证

毕玉谦 谭秋桂 杨 路 著

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼研究及立法论证/毕玉谦,谭秋桂,杨路著. —北京:人民法院出版社,2006.4

ISBN 7-80217-266-7

I. 民… II. ①毕… ②谭… ③杨… III. ①民事诉讼—研究—中国 ②民事诉讼法—立法—研究—中国 IV. D925.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 031872 号

民事诉讼研究及立法论证

毕玉谦 谭秋桂 杨路 著

责任编辑 陈健 赵作棟

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话 (010) 85250580 (责任编辑) 85250516 (出版部)
85250558 85250559 (发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定市印刷厂

经 销 新华书店

开 本 787×1092 毫米 1/16

字 数 1300 千字

印 张 77

版 次 2006 年 5 月第 1 版 2006 年 5 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80217-266-7

定 价 150.00 元

版权所有 侵权必究

前 言

现行《民事诉讼法》自1991年4月9日施行以来,对于维护社会生活秩序、国家经济秩序,保护公民、法人及其他有关组织行使诉讼权利,保证人民法院查明事实、正确地适用法律,教育公民自觉遵守法律以及制裁民事违法行为发挥过积极而重大的作用。但是,该法也明显受到当时国家对内搞活、对外开放政策初期历史局限性的一些影响。自该法颁行以来,国际及国内形势发生了天翻地覆的变化,我国由计划经济逐步走向市场经济,至今又完全步入市场经济,经过多年努力已加入世贸组织,在司法领域实行审判方式改革,全面推行司法的公正与效率建设等等。为了适应时代发展、社会变迁的迫切需要,克服因现行《中华人民共和国民事诉讼法》渐显不足与局限性所引发的矛盾与挑战,最高人民法院相继颁布了《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》、《关于在经济审判工作中严格执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉的若干规定》、《第一审经济纠纷案件适用普通程序开庭审理的若干规定》、《经济纠纷案件适用简易程序开庭审理的若干规定》、《关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》、《关于民事诉讼证据的若干规定》、《关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》、《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》等司法解释。实践证明,这些司法解释已经在相当程度和范围内发挥着对现行《民事诉讼法》的替代功能,由此也引发了现行《民事诉讼法》与相关司法解释之间日渐显现化的龃龉与冲突。近年来,司法实践不断遇到新的疑难问题迫切要求在立法上作出必要反应。另外,随着民事诉讼法学理论研究成果的不断推出以及借鉴其他国家先进立法经验意识的加强,我国的民事诉讼制度正经历着一场新的诉讼观念、价值取向与思维方式的洗礼,包括小额诉讼、公益诉讼、票据诉讼、人事诉讼等

多元化的程序格局正在孕育着一场诉讼法意义上的革命。这些事实都表明,对现行《民事诉讼法》进行修订已显得迫在眉睫,不容迟缓。

令人欣慰的是,对现行《民事诉讼法》的修订被纳入我国立法程序的议事日程。笔者认为,对现行《民事诉讼法》的修订应当充分地反映社会发展对司法公正的要求,充分体现近年来理论界所推出的新的学术成就,充分展示近年来我国实务界在审判方式改革当中所总结出的经验与成果,充分借鉴国外那些经过多年实践而被视为行之有效的立法先例与司法先例。因此,此次对《民事诉讼法》的修订举措,不应以“小改小动”的权宜之计而论之。从发展的角度来看,这次对《民事诉讼法》的修订应力求在条款的篇幅上有成倍的增加,在立法的技术上争取有新的突破。鉴于对现行《民事诉讼法》的修订属于一项系统工程,犹如对我国民事诉讼程序进行系统化的一次重构或创新,为此,应当充分认识到在立法技术上所面临的种种疑难、棘手的问题。本书对于民事诉讼所展开的专题研究及立法论证正是基于这一初衷。

本书作者自2004年10月开始动笔以来,至截稿时已历经近一年半时间。作为本书所表现的载体是以民事诉讼专题研究与《中华人民共和国民事诉讼法》修订建议稿的形式呈现给社会的,这些成果的取得是我们近年来对民事诉讼进行潜心研究所获取心得结晶的产物,这些成果的取得包含了我们近年来到全国各地实务部门进行调研、考察以及通过亲身的审判实务所取得的硕果;这些成果的取得与我们近年来借助不同时间、不同地点、不同场合分别多次与实务界、理论界人士就《民事诉讼法》的修订进行过充分而广泛的讨论、论证分不开;这些成果的取得也与我们近年来所从事的国外考察及国际交流分不开。通过这一次次的调研、考察、审判实务、学术研讨、国际交流,不断开拓我们的视野、增强我们厘定问题、分析问题、研究问题与解决问题的实际能力,加深了我们对于国内外不同情况的了解与把握,有助于我们在对民事诉讼进行专题探索、研究与立法论证过程中拓宽视野、思域纵横、有的放矢、脚踏实地、理论联系实际。借此机会,笔者谨向国内外有关专家学者、法官、律师及其他法律工作者表示诚挚的感谢。

需要明确的是,由于民事诉讼作为一种社会现象所具有的复杂性,对这一庞大浩繁社会系统工程的研究本身就属于人类社会的一项自我挑战,由于在某些知识领域上的欠缺、研究水平的局限,加之时间上

的仓促所致，本书抑或难以避免出现一些谬误，敬请各位读者不吝指正。

本书的出版受到了人民法院出版社的高度重视与协助。在此，谨向人民法院出版社及该社第一编辑部负责人、本书责任编辑陈健先生表达真诚的谢意。

著者

2006年5月初

著者简历

毕玉谦 国家法官学院教授、法学博士，国家法官学院司法审判研究中心主任、国家法官学院教学部主要负责人，国家人文社科重点研究基地——中国政法大学诉讼法研究中心兼职研究人员，北京仲裁委员会仲裁员。曾被评为有突出贡献的专家享受国务院政府特殊津贴。曾作为高级访问学者受最高人民法院委派到美国耶鲁大学法学院进行专题研究、学术交流并顺访美国联邦最高法院、观摩美国联邦最高法院全体大法官审案。多年来从事理论法学研究和应用法学研究，多次主持或参与国家社会科学基金、教育部、司法部等重点研究项目及专项研究项目、美国福特基金会资助的研究项目。曾在最高人民法院从事民商事审判业务。主要理论专著有《民事证据法及其程序功能》、《民事证据法判例实务研究》、《诉讼证据规则研究》、《民事证据原理与实务研究》、《中国证据法草案建议稿及论证》。其中，《民事证据法及其程序功能》1999年获全国第三届中青年诉讼法学优秀科研成果著作类二等奖；《诉讼证据规则研究》2001年获全国第四届中青年诉讼法学优秀科研成果著作类二等奖，2002年获司法部法学教材与法学优秀科研成果奖二等奖。曾主编《中国司法审判论坛》（第一卷至第二卷）、《司法审判动态与研究》（第一集至第七集）、《民事诉讼法判例实务问题研究》、《现代民商程序法原理与实务》、《法官检察官制度与实务》、《诉讼法与仲裁法》、《〈最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定〉释解与适用》、《现代企业经营与法商实务》、《证据法要义》、《民事诉讼法教程》等。曾在《法学研究》、《中国法学》、《中外法学》、《法学评论》、《法制日报》、《人民法院报》、《检察日报》等报刊发表论文近百篇。

谭秋桂 中国政法大学诉讼法学研究中心副教授，法学博士。研究方向为民事诉讼法学、民事执行法学。曾独著《民事执行原理研究》、《民事执行法学》，参著《民事诉讼原理》、《民事诉讼法学》等著作、教材10余

部。在《政法论坛》、《现代法学》、《法学评论》等学术刊物上发表学术论文 20 余篇。曾主持国家社会科学基金资助研究项目 1 项、司法部科研项目 1 项，参加国家级、省部级科研项目 3 项。曾分别于 2001 年赴法国、德国、意大利、英国和 2002 年赴韩国、日本考察民事诉讼制度。

杨路 上海市第一中级人民法院法官，法学博士。曾参与《证据法要义》、《证券民事赔偿诉讼》、《〈最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定〉解释与适用》、《新编民商法概论》等著作的编写，并在《法学评论》、《法学》、《判解研究》、《法律适用》、《人民司法》、《中国司法审判论坛》等刊物上发表论文 20 余篇。因上海市第一中级人民法院与耶鲁大学法学院中国法研究中心“诉讼公正与程序革新”项目，赴美国考察。

著者分工

毕玉谦

第九章 证据制度

第十章 审前程序

第十一章 第一审普通程序

第十二章 简易程序

第十三章 小额诉讼程序

(撰写篇幅占全书的 58.47%)

谭秋桂

第一章 民事诉讼法的基本原则

第四章 诉讼参加人制度

第七章 保全程序

第十四章 第二审程序

第十五章 第三审程序

第十七章 特殊程序

(撰写篇幅占全书的 17.06%)

杨路

第二章 管辖制度

第三章 回避制度

第五章 送达制度

第六章 调解制度

第八章 诉讼费用制度

第十六章 再审程序

第十八章 涉外民事诉讼程序

(撰写篇幅占全书的 24.47%)

目 录

第一章 民事诉讼法的基本原则	(1)
一、民事诉讼法基本原则的含义和体系	(1)
二、民事检察监督原则的定位	(4)
(一) 关于民事检察监督的立法缺陷	(5)
(二) 关于民事检察监督原则的理论 争议	(6)
(三) 世界各国关于民事检察监督的 立法惯例	(7)
(四) 关于民事检察监督原则定位的 建议	(8)
三、关于诚实信用原则的确立	(10)
(一) 在《民事诉讼法》中确立诚实 信用原则的必要性	(10)
(二) 国外民事诉讼中的诚实信用原则 的立法实践	(12)
(三) 民事诉讼中的诚实信用原则的 适用范围	(14)
(四) 我国民事诉讼诚实信用原则的 确立	(15)
四、对现行法修订的建议	(20)
第二章 管辖制度	(21)
一、主管	(21)

(一) 民事诉讼主管的基本理论	(21)
(二) 我国现行法律法规的规定	(27)
(三) 现行民事诉讼主管制度在实践 中的问题	(30)
(四) 民事诉讼主管制度的完善	(35)
(五) 对现行法修订的建议	(46)
二、级别管辖	(46)
(一) 级别管辖的基本原理	(46)
(二) 我国现行民事诉讼级别管辖的 规定	(50)
(三) 级别管辖制度在实际运作中的 问题	(52)
(四) 国外立法例	(58)
(五) 级别管辖的完善	(60)
(六) 对现行法修订的建议	(66)
三、地域管辖	(67)
(一) 地域管辖概述	(67)
(二) 我国现行民事诉讼地域管辖的 规定	(72)
(三) 实践中地域管辖制度存在的问题 ...	(76)
(四) 国外立法例	(83)
(五) 我国地域管辖制度的完善	(85)
(六) 对现行法修订的建议	(93)
四、管辖权转移	(97)
(一) 管辖权转移的基本原理	(97)
(二) 我国现行管辖权转移的规定	(98)
(三) 我国管辖权转移制度的制度性 错误——下放性转移	(99)
(四) 国外立法例	(102)
(五) 我国管辖权转移制度的重构	(102)
(六) 对现行法修订的建议	(104)
五、管辖权异议	(104)
(一) 管辖权异议概述	(104)

(二) 我国现行民事诉讼管辖权异议的规定	(106)
(三) 管辖权异议制度在实践中的问题 ...	(107)
(四) 管辖权异议制度的完善	(110)
(五) 对现行法修订的建议	(120)
第三章 回避制度	(122)
一、回避制度概述	(122)
(一) 民事诉讼回避的概念	(122)
(二) 回避制度的功能及意义	(122)
二、我国现行法中的回避制度	(123)
(一) 回避的主体和条件	(123)
(二) 回避的启动	(123)
(三) 回避的审查及效力	(124)
三、现行民事诉讼回避制度的问题及分析 ...	(124)
(一) 回避主体范围过窄	(124)
(二) 回避事由不尽合理	(126)
(三) 回避的效力和保障机制问题	(126)
四、国外立法例	(127)
五、我国民事诉讼回避制度的完善	(128)
(一) 扩张回避的主体范围	(129)
(二) 回避事由的明确化与具体化	(129)
(三) 明确规定回避的法律效力	(130)
(四) 设立法官地区回避制度	(130)
六、对现行法修订的建议	(131)
第四章 诉讼参加人制度	(133)
一、诉讼权利能力	(133)
(一) 诉讼权利能力的基本原理	(133)
(二) 现行法中的缺陷与原因透析	(135)
(三) 学理上的诸种观点与学说	(136)
(四) 有关国家或地区的立法例与评析 ...	(136)
(五) 实务界的看法与建议	(138)

(六) 对现行法修订的思考	(141)
二、公益诉讼	(141)
(一) 公益诉讼的基本原理	(141)
(二) 现行法中的缺陷与原因透析	(143)
(三) 学理上的诸种观点与学说	(144)
(四) 有关国家或地区的立法例与评析 ...	(152)
(五) 实务界的看法与建议	(156)
(六) 对现行法修订的思考	(159)
三、正当当事人	(160)
(一) 正当当事人的基本原理	(160)
(二) 现行法中的缺陷与原因透析	(163)
(三) 学理上的诸种观点与学说	(164)
(四) 有关国家或地区的立法例与评析 ...	(169)
(五) 实务界的看法与建议	(171)
(六) 对现行法修订的思考	(173)
四、第三方被告和辅助第三人	(174)
(一) 民事诉讼第三人的基本原理	(174)
(二) 现行法中的缺陷与原因透析	(176)
(三) 学理上的诸种观点与学说	(176)
(四) 有关国家或地区的立法例与评析 ...	(180)
(五) 实务界的看法与建议	(182)
(六) 对现行法修订与完善的意见与 理由	(186)
(七) 对现行法修订的建议	(188)
第五章 送达制度	(194)
一、送达制度概述	(194)
二、我国现行民事诉讼送达制度的问题 及分析	(195)
(一) 送达主体界定不清	(195)
(二) 具体送达方式制度的缺陷	(196)
(三) 送达费用承担与交纳制度的缺漏 ...	(198)
三、国外立法例的介绍	(198)

(一) 法国法	(198)
(二) 德国法	(199)
(三) 美国法	(200)
(四) 日本法	(201)
四、我国民事诉讼送达制度的完善	(202)
(一) 立法明确界定送达的主体	(202)
(二) 扩展传统的送达方式	(203)
(三) 留置送达见证条件的变革	(203)
(四) 公告送达制度的改革	(205)
(五) 完善委托送达制度	(206)
(六) 重构送达费用的交纳及承担制度	(206)
五、对现行法修订的建议	(207)
 第六章 调解制度	(211)
一、调解制度概述	(211)
(一) 法院调解的概念	(211)
(二) 我国法院调解的基本程序	(212)
二、我国现行《民事诉讼法》关于调解的 规定	(213)
三、我国调解制度在实践中的问题及其 根源	(215)
(一) 存在的问题	(215)
(二) 法院调解制度弊端的深层分析	(219)
四、国外立法例的介绍	(223)
(一) 美国法	(223)
(二) 德国法	(224)
(三) 日本法	(225)
五、完善我国法院调解制度的思考	(225)
(一) 重塑调解理念	(226)
(二) 对法院调解改革模式的论证	(230)
(三) 调审分离模式的具体建构	(236)
(四) 调解协议制度的完善	(242)
(五) 调解收费制度的完善	(243)

(六) 调解有无效或可撤销原因时的救济	(244)
六、对现行法修订的建议	(245)
第七章 保全程序	(251)
一、民事保全程序的名称与范围	(251)
(一) 民事保全程序的基本原理	(251)
(二) 现行法律规范的缺陷及原因透析	(253)
(三) 有关国家和地区的立法例与评析	(254)
(四) 对现行法修订与完善的思考和理由	(254)
二、民事保全管辖	(255)
(一) 民事保全管辖的基本原理	(255)
(二) 现行法律规范的缺陷和原因透析	(255)
(三) 学理上的诸种观点和学说	(256)
(四) 有关国家和地区的立法例与评析	(256)
(五) 实务界的看法与建议	(257)
(六) 对现行法修订与完善的思考和理由	(257)
三、民事保全的范围	(257)
(一) 民事保全范围的基本原理	(257)
(二) 现行法律中的缺陷和原因透析	(258)
(三) 学理上的诸种观点和学说	(258)
(四) 有关国家和地区的立法例与评析	(259)
(五) 实务界的看法与建议	(260)
(六) 对现行法修订与完善的思考和理由	(260)
四、非金钱请求的保全	(261)
(一) 非金钱请求保全的基本原理	(261)
(二) 现行法律中的缺陷和原因透析	(261)
(三) 有关国家和地区的立法例与评析	(261)
(四) 实务界的看法与建议	(262)

(五) 对现行法修订与完善的思考和理由	(262)
五、民事保全的担保	(263)
(一) 民事保全担保的基本原理	(263)
(二) 现行法律中的缺陷和原因透析	(263)
(三) 对我国有关司法解释的评析	(263)
(四) 对现行法修订与完善的思考和理由	(264)
六、民事保全的程序	(264)
(一) 民事保全程序的基本原理	(264)
(二) 现行法律中的缺陷和原因透析	(265)
(三) 对现行法修订与完善的思考和理由	(265)
七、对现行法修订的建议	(266)
第八章 民事诉讼费用制度	(270)
一、民事诉讼费用的基本原理	(270)
(一) 民事诉讼费用的概念	(270)
(二) 民事诉讼费用的构成	(272)
(三) 民事诉讼费用的法律性质	(272)
(四) 民事诉讼费用的征收依据	(276)
(五) 诉讼费用负担原则	(279)
二、我国现行民事诉讼费用制度的规定	(280)
三、我国现行民事诉讼费用制度的困境与难题	(282)
(一) 立法主体的正当性和效力质疑	(282)
(二) 诉讼费用征收标准存在严重缺陷	(284)
(三) 诉讼费整体收费过高	(287)
(四) 诉讼费用征收的权力寻租倾向	(289)
(五) 诉讼费用裁判之救济制度的缺失	(290)
(六) 诉讼费用辅助制度的缺漏	(292)
四、国外立法例的介绍	(293)
(一) 诉讼费用的构成制度	(293)

(二) 诉讼费用的征收制度	(294)
(三) 诉讼费用负担制度	(295)
(四) 裁判费用裁决的救济制度	(297)
(五) 诉讼成本的第三方转嫁制度	(297)
五、民事诉讼费用制度之完善	(300)
(一) 立法主体的回归	(300)
(二) 诉讼费用范围的还原	(301)
(三) 民事诉讼收费标准的多元化策略	(302)
(四) 诉讼费用负担制度的完善	(307)
(五) 完善诉讼费用裁判的救济制度	(311)
(六) 民事诉讼费用辅助制度的建构与 完善	(312)
六、对现行法修订的建议	(314)
 第九章 证据制度	(322)
一、证据制度与法典化	(322)
二、关于对现行证据制度的整合	(324)
三、在修订法中设置证据制度的若干疑难 问题	(326)
(一) 三大诉讼法有关证据制度之间的 协调问题	(326)
(二) 非法典化证据制度与证据法典化 之间所应考虑的一些技术问题	(327)
(三) 证据制度本身所涉及的程序法与 实体法之间的设置问题	(327)
(四) 诉讼法的整体结构与证据制度的 自身内容之间相互协调问题	(328)
(五) 涉及证据法的程序规范与技术规范 之间的关系定位与协调问题	(329)
(六) 修订法的前瞻性与现实国情的 局限性之间的衡平问题	(329)
四、举证时限制度	(330)
(一) 现行法的缺陷	(330)