

MINSHI SUSONG YU JIANCHA JIANDU

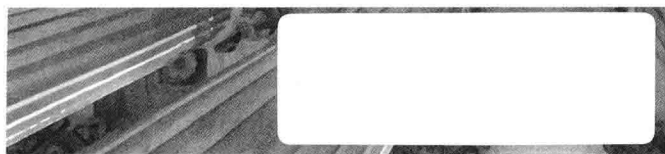


民事诉讼与检察监督

王莉 / 著

诉讼

中国检察出版社



王莉 / 著

民事诉讼与检察监督

新
訟



中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

民事诉讼与检察监督/王莉著. —北京: 中国检察出版社, 2012. 12
ISBN 978-7-5102-0775-4

I. ①民… II. ①王… III. ①民事诉讼-研究-中国②民事诉讼-法律监督-司法制度-研究-中国 IV. ①D925.104②D926.34

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 269249 号

民事诉讼与检察监督

王莉 著

出版发行: 中国检察出版社

社址: 北京市石景山区鲁谷东街 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电 话: (010)88685314(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 三河市西华印务有限公司

开 本: 720 mm × 960 mm 16 开

印 张: 19.25 印张

字 数: 349 千字

版 次: 2012 年 12 月第一版 2012 年 12 月第一次印刷

书 号: ISBN 978-7-5102-0775-4

定 价: 45.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

序

民事诉讼法是国家基本法律之一。1991年4月9日，第七届全国人民代表大会第四次会议通过了《中华人民共和国民事诉讼法》，这部法律的实施对于保障公民、法人和其他组织的民事权益，保障改革开放和社会主义现代化建设的顺利进行发挥了积极作用。但是，随着国家经济、社会的发展和社会主义法制建设的不断推进，现行《民事诉讼法》在许多方面显现出问题和不足，远不能适应形势的发展，需要在基本原则、具体制度等方面予以修改和完善。

2007年和2012年，《民事诉讼法》两次进行修改，尤其是2012年这次修改，一方面对民事诉讼制度进行了完善，另一方面也强化了民事检察监督，对于我国诉讼制度和检察制度的发展完善具有深远意义。党的十七大报告明确指出，要加快推进以改善民生为重点的社会建设，推动建设和谐社会，加快建设社会主义法治国家，维护社会主义法制的统一、尊严、权威，坚持司法为民、公正司法，推进司法体制和工作机制改革，建设公正、高效、权威的社会主义司法制度，发挥司法维护公平正义的职能作用。中共中央《关于进一步加强人民法院、人民检察院工作的决定》也提出了“加强法律监督、维护司法公正，逐步建立权责明确、相互配合、相互制约、高效运行的司法体制”的要求。检察机关作为国家的法律监督机关，在社会主义法治建设进程中任重道远。

王莉同志长期从事检察机关的法律政策研究工作，尤其是《民事诉讼法》的两次修改，自始至终参与有关工作。她在工作之余，将多年来参与立法工作积累的大量资料精心研究整理，并对民事检察制度发展完善的有关问题进行了较为深入的研究，提出了一些颇有价值的理论观点，对于进一步完善相关制度及理论具有较高的研究参考价值。

读完书稿后，感到本书具有以下几个特点：

一是结构完整，体系严谨。本书分为民事诉讼编和民事检察监督编：民事诉讼编主要围绕《民事诉讼法》修改的热点问题，对各种学术观点和理论进行概括、总结和归纳，较为全面、系统地反映了近些年来法学界的研究成果，并对新《民事诉讼法》的有关规定进行了阐述；民事检察监督编则对民事检察制度立法、实践及相关理论问题进行了深入剖析，并提出了改革完善的总体思路和具体意见。

二是资料充实，内容丰富。本书的写作，有着丰厚的学术资料基础，还有司法实践情况的介绍，信息量较大，有很好的学术研究和实践参考价值。本书结合民事诉讼实践和民事检察实践，从完善中国民事诉讼制度，改革发展中国特色民事检察制度，科学界定民事检察权行使的边界，合理配置民事检察权与司法资源，建设规范、权威、高效的民事检察制度等多个方面进行了深入研究。

三是观点鲜明，论证严密。对民事检察制度的研究，是本书的重点内容。作者对民事检察制度实施中出现的理论和实践问题，从明晰概念和原则入手，结合检察制度发展、演化的历史进程和规律，对民事检察制度的改革与发展提出了具体设想和方案，有些观点具有一定的创新意义。

民事诉讼与检察监督制度的完善是一个长期的实践过程。新《民事诉讼法》实施所产生的法律效果与社会效果，有待于实践的检验，对相关问题的研究还有待进一步深化。借此机会，希望王莉同志继续努力，不断从实践中吸取营养，在有关理论研究上有更多的提高和建树，也希望有更多的同志投入到相关领域的研究中去，为繁荣检察理论研究贡献力量！

孙 谦
二〇一二年十一月十五日

目 录

序	(1)
---------	-------

民事诉讼编

第一章 诚实信用原则	(3)
------------------	-------

第一节 在《民事诉讼法》中引进诚实信用原则的法理依据	(3)
----------------------------------	-------

第二节 民事诉讼中诚实信用原则的适用	(6)
--------------------------	-------

第三节 在我国《民事诉讼法》中确立诚信原则	(8)
-----------------------------	-------

第二章 管辖制度	(11)
----------------	--------

第一节 级别管辖	(11)
----------------	--------

第二节 地域管辖	(14)
----------------	--------

第三节 管辖权异议	(16)
-----------------	--------

第四节 新《民事诉讼法》关于管辖制度的完善	(20)
-----------------------------	--------

第三章 回避制度	(23)
----------------	--------

第一节 回避的适用范围	(23)
-------------------	--------

第二节 回避事由	(25)
----------------	--------

第三节 回避的程序	(27)
-----------------	--------

第四节 新《民事诉讼法》对回避制度的完善	(28)
----------------------------	--------

第四章 诉讼参加人制度	(31)
-------------------	--------

第一节 诉讼代理人制度	(31)
-------------------	--------

第二节 第三人撤销之诉	(35)
-------------------	--------

第五章	督促程序	(42)
第一节	对债务人异议权的限制	(42)
第二节	督促程序中能否适用财产保全	(44)
第三节	当事人能否撤回申请或撤回异议	(45)
第四节	支付令申请费的标准和负担办法	(47)
第五节	对错误支付令的补救措施	(48)
第六节	督促程序与普通程序的衔接	(49)
第七节	新《民事诉讼法》关于完善督促程序的规定	(51)
第六章	证据制度	(52)
第一节	民事诉讼证据概念及其种类	(52)
第二节	人民法院在调查收集证据方面的职权	(64)
第三节	民事诉讼举证责任	(68)
第四节	民事诉讼证明标准	(73)
第五节	民事质证、认证制度	(76)
第六节	民事诉讼中无须证明的事实	(79)
第七节	民事非法证据排除规则	(83)
第八节	民事诉讼证据交换制度的确立和完善	(87)
第九节	新《民事诉讼法》对证据制度的完善	(94)
第七章	送达制度	(98)
第一节	现行送达制度存在的主要问题	(98)
第二节	关于完善送达制度的意见和方案	(100)
第三节	新《民事诉讼法》对送达制度的完善	(105)
第八章	保全制度	(108)
第一节	保全制度概述	(108)
第二节	新《民事诉讼法》关于保全制度的完善	(112)

第九章 妨害民事诉讼的强制措施·····	(115)
第一节 妨害民事诉讼强制措施的性质·····	(115)
第二节 妨害民事诉讼强制措施的具体制度完善·····	(116)
第三节 新《民事诉讼法》对妨害民事诉讼强制措施的完善·····	(118)
第十章 普通程序及特别程序·····	(122)
第一节 审前准备·····	(122)
第二节 第一审普通程序·····	(126)
第三节 上诉审程序·····	(130)
第四节 新《民事诉讼法》对审判程序的修改完善·····	(135)
第十一章 简易程序·····	(146)
第一节 简易程序的适用范围·····	(146)
第二节 简易程序设计·····	(149)
第三节 新《民事诉讼法》关于简易程序的完善·····	(153)
第十二章 审判监督程序·····	(156)
第一节 审判监督程序的构造基础·····	(156)
第二节 审判监督程序的指导思想·····	(157)
第三节 审判监督程序的发动主体·····	(159)
第四节 关于对再审的限制·····	(160)
第五节 关于具体制度的完善·····	(162)
第六节 新《民事诉讼法》对审判监督程序的完善·····	(165)
第十三章 执行程序·····	(167)
第一节 民事执行立法的基本制度·····	(167)
第二节 执行的具体程序制度·····	(170)
第三节 新《民事诉讼法》关于执行程序的完善·····	(173)

民事检察监督编

第十四章	民事检察监督的法理及现实基础	(179)
第一节	民事检察监督的立法与实践	(179)
第二节	对民事检察监督制度的理论质疑	(182)
第三节	民事检察监督的改革与完善	(186)
第十五章	民事检察监督的法律定位与基本原则	(196)
第一节	民事检察权的属性及其在民事诉讼中的基本定位	(196)
第二节	民事检察权行使中的多维关系及权力边界	(200)
第十六章	民事检察监督的范围	(207)
第一节	对民事执行活动的监督	(208)
第二节	对诉讼调解的监督	(215)
第三节	对审判监督程序以外的其他审判程序中审判人员违法 行为的监督	(218)
第十七章	民事检察监督的方式	(222)
第一节	关于完善民事检察监督方式的不同意见	(222)
第二节	抗诉	(223)
第三节	检察建议	(235)
第十八章	民事检察监督的手段	(239)
第一节	调卷	(239)
第二节	调查	(241)
第十九章	检察机关与公益诉讼	(245)
第一节	公益诉讼相关问题研究综述	(245)

第二节	国外公益诉讼制度可供借鉴的相关内容	(274)
第三节	检察机关提起、参与民事公益诉讼的法理基础	(278)
第四节	检察机关的实践探索	(286)
第五节	检察机关提起、参与民事公益诉讼的具体程序	(289)
后 记		(294)



民事诉讼编

第一章 诚实信用原则

近年来，在我国《民事诉讼法》基本原则的研讨中，有学者主张在我国《民事诉讼法》中确立诚实信用原则（以下简称诚信原则）。他们有的不仅分析了我国《民事诉讼法》引入诚信原则的必要性，实体法上诚信原则与诉讼法上诚信原则的不同，而且还阐述了当事人违背诚信原则的表现形式，提出了相应的法律对策；有的分析了诚信原则适用于民事诉讼的理论依据、民事诉讼中诚信原则的程序功能和我国《民事诉讼法》对诚信原则的限制性承认；有的论述了在我国《民事诉讼法》中确立诚信原则的根据、诚信原则对民事诉讼法律关系主体的制约性要求和诚信原则的性质及功能；有的还对在《民事诉讼法》中如何设置诚信原则提出了建议。与此相反，还有部分学者对是否应当在《民事诉讼法》中确立诚实信用原则提出了疑问。

第一节 在《民事诉讼法》中引进 诚实信用原则的法理依据

一、在民事程序法中引进诚实信用原则的必要性

在论述《民事诉讼法》中为什么要引进诚信原则时，有学者从两个层面进行了分析。第一个层面，《民事诉讼法》之所以要规定诚信原则，是因为《民事诉讼法》和《民法》之间存在着精神上的关联性或一脉相承性。民事实体法上的诚信原则，涵盖了对当事人的行为准则要求，从立法的一贯性和体系性上着眼，必须要在立法上认可民事诉讼中的诚信原则。而民事诉讼中的诚信原则，则是对当事人诉讼行为的诚信要求。这种诚信要求乃是从民事实体法上直接转承而来，而非属于《民事诉讼法》上的独创。这反映了《民事诉讼法》对民事实体法的保障功能以及隶属性质。第二个层面，在《民事诉讼法》中确立诚信原则是为了适应新型诉讼模式的需要。在职权主义诉讼模式下，法官在民事诉讼程序中占有主导地位，诚信原则主要是针对法官恰当地行使职权来说的，其对当事人的规制意义较为微弱。而法官恰当地行使职权，在一定意义

上说乃是审判制度所要求的,是由审判法或法院组织法来规范的,因而《民事诉讼法》对之可以不作规定。在对抗制或当事人主义诉讼模式下,当事人是诉讼程序的主导者,当事人的诉权对法官的审判权具有最大限度的制约作用。当事人拥有最大范围的诉讼权利,当事人自治和当事人控制是该诉讼模式的基本表现形态和运作方式。当事人在拥有充分诉讼权利的同时,其对诉讼权利的滥用成为不可避免的现象。滥用诉讼权利,不仅容易导致当事人的诉讼地位的不平衡,而且也会影响法院的司法权威性,同时对诉讼效率的提高也会带来负面效应。为了克服这种诉讼流弊,现代国家的民事诉讼法都不约而同地引进了本属私法领域的诚信原则。诚信原则在民事诉讼中得以确立的结果,乃是减弱了当事人主义诉讼模式中固有的对抗性色彩,加强了当事人在行使诉讼权利过程中的合作和协同。这种在诚信原则支配下所形成的诉讼模式可以称之为“协同型诉讼模式”或“协同主义诉讼模式”。诚信原则在民事诉讼中的引进,所造成的结果绝不止于当事人诉讼权利义务的增减,而是一个新型诉讼模式的诞生,因而,它反映了诉讼文明在新时代的新发展和新要求。^①

有学者认为,诚信原则在民事诉讼领域的确立有着深厚的社会背景。首先,诚信原则在民事诉讼中的确立,源于传统诉讼观念的转变。在自由资本主义时代,强调个人意志与选择自由的个人本位思想造就了以个人自由为中心的诉讼观。随着社会经济发展的深刻变化,个人本位思想逐渐让位于强调社会公平的社会本位思想,个人意思自治受到一定程度的限制。民事诉讼传统意义上的对抗关系也逐渐加入协助的因素。当事人有义务本着诚信态度从事诉讼行为,通过诉讼法律关系主体之间的协作,使法官尽早发现真实,作出合乎正义的裁判。其次,诚信原则在民事诉讼中的确立,是适应现实诉讼关系多样化与复杂化的需要。社会经济的高速发展,不仅带来民事纠纷数量的增加,也使民事纠纷的类型日趋复杂化。而立法的滞后常常导致在某些纠纷中仅依靠适用明确的诉讼法律规范并不能产生实质的公正。为求得各种利益的平衡,客观上需要一般条款予以补充。最后,诚信原则在民事诉讼中的确立,也是该原则在全部法领域中不断得到重视的结果。诚信原则首先是作为民事实体法一项极其重要的原则出现的,但后来,其适用范围日渐拓宽,在包括公法与私法的全部法领域,诚信原则均有适用的空间。^②

还有学者从以下五个方面对诚信原则适用于民事诉讼的理论依据进行了阐

① 汤维建:《论民事诉讼中的诚信原则》,载《法学家》2003年第3期。

② 熊跃敏、吴泽勇:《民事诉讼中的诚信原则探究》,载《河北法学》2002年第4期。

述：(1) 公法私法化的发展趋势是诚信原则适用于民事诉讼的宏观背景。诚信原则最初起源于债法，但自德国《民法典》颁行以来，诚信原则的地位不断提高，其适用范围也在不断扩展，到今天已经超出了民法领域而渗透到其他私法部门甚至公法的领域，这既是因为诚信原则本身巨大的普适意义使然，同时也不能不说和公法私法化的趋势有着不可分的联系；(2) 当事人主义诉讼制度是诚信原则适用于民事诉讼的制度温床。体现当事人主义诉讼制度的平等的当事人对抗诉讼格局，为本来适用于平等主体之间的诚信原则引入民事诉讼提供了制度上的契机和可操作性的平台；(3) 《民事诉讼法》的实体法性质是诚信原则适用于民事诉讼的技术前提。虽然学术界较为普遍的观点认为，诚信原则是一项仅适用于私法领域内的原则，而作为公法的《民事诉讼法》则没有适用的前提。但是，《民事诉讼法》具有实体法性质，其离不开实体的内容和实体价值的衡量。那么，作为实体价值衡量最高指导原则的诚信原则也就必然要支配程序法领域；(4) 公平诉讼观的确立是诚信原则适用于民事诉讼的观念前提。从19世纪末开始，诉讼制度所具有的公共性质被日益强调，民事诉讼从“当事人自己的事”向“直接关系公共利益的事”这一认识转换，随着1933年德国修改《民事诉讼法》后围绕着真实义务的德国学说的广泛展开，一种将诉讼视为当事人之间协力而非对立关系的公平诉讼观开始崭露头角，这种新型的诉讼观要求诉讼应该成为争议双方的公平论战，其理想和目标在于最大限度地消除诉讼中的不诚实行为；(5) 主体间权利义务关系的存在是诚信原则适用的基本条件。行使权利、履行义务应遵循诚实及信用，这是罗马法确认的原则，之后，法、德两国《民法》及瑞士《民法》对此原则进一步确认并加以推广——无论何人，行使权利或履行义务，均应依诚实及信用为之，权利之滥用不受保护。诚实信用用来约束“权利博弈”的参与者，可以使合乎理性的选择引发与预期相一致的结果并减少交易的外部性成本，只有这时，诚信原则才有了适用的合理界域。^①

二、实体法上诚信原则与诉讼法上诚信原则的区别

在论述实体法上的诚信原则与诉讼法上的诚信原则的区别时，有学者从以下四个方面进行了分析：第一，二者的功能不同。实体法上的诚信原则既是当事人进行民事活动的行为准则，又是法官享有自由裁量权的依据。实体法上的诚信原则具有行为准则和裁判规范的双重机能。而诉讼法上的诚信原则具有三

^① 陈虎、散琦：《民事诉讼中的诚信原则新论》，载《国家检察官学院学报》2003年第4期。

重功能：对当事人而言，诚信原则是当事人行使诉讼权利、履行诉讼义务的行为准则；对法官而言，诚信原则既是法官行使审判权、履行审判义务的行为准则，同时也是其平衡各种诉讼利益的基准。第二，二者所规范的主体和行为领域不同。民事实体法上的诚信原则规范的主体包括当事人和法官两个方面。它对当事人所起的规范作用乃是在正常的民事活动领域，而对法官所起的规范作用乃是在对纠纷解决过程中的裁判阶段。因此，实体性的诚信原则则是跨领域而发挥作用的，在时序上有着严格的先后性。而诉讼法上的诚信原则则仅仅在诉讼程序发生和发展的过程中发挥作用，诉讼程序产生前以及诉讼程序结束后，它都没有发挥作用的余地。诉讼法上的诚信原则在规范的主体上具有多元性，它所规范的主体涉及所有的诉讼法律关系的主体，它实际上是对所有的诉讼法律关系主体实施诉讼行为、从事诉讼活动所提出的普遍性要求。第三，违反诚信原则的行为所侵害的客体不同。对当事人而言，其违反实体法上的诚信原则所侵害的客体仅仅限于实体法律利益，对法院而言，其违反诚信原则所侵害的客体则既有实体性利益也有程序性利益。而违反诉讼法上的诚信原则，它所侵害的客体主要是或直接是诸如诉讼公正、诉讼经济等诉讼利益，但间接也会影响当事人的实体利益。第四，违反诚信原则所产生的后果也是不同的。违反程序法上的诚信原则所产生的后果要比违反实体法上的诚信原则所产生的后果复杂得多。^①

第二节 民事诉讼中诚实信用原则的适用

民事诉讼中的诚实信用原则究竟适用于哪些主体？当今法学界还存在着争论。第一种观点认为，诚实信用原则只应适用于当事人之间，认为该原则的机能应限于调整 and 平衡当事人相互之间的利益。法院作为审判机关在履行自己的职责和义务时，无需考虑是否应取得当事人的信赖。对于当事人的不诚实行为、缺乏信用的行为，法院应以滥用诉讼权利为由加以排斥。第二种观点认为，诚实信用原则应该分别适用于当事人之间及当事人与法院之间。适用于当事人之间时，当事人可以基于自己的利益申请法院适用该原则，法院基于此可以判断是否应该适用。而在当事人与法院之间适用该原则时，法院可以基于职权加以判断。第三种观点认为，诚实信用原则适用于民事诉讼法律关系的各个主体。日本学者谷口平安认为，信义原则的适用对象还应该理解为不仅包括狭

^① 汤维建：《论民事诉讼中的诚信原则》，载《法学家》2003年第3期。

义的当事人和法院，还包括法定代理人、诉讼代理人、辅助人、证人以及鉴定人。^①

在阐述《民事诉讼法》诚实信用原则对民事诉讼法律关系主体的制约性要求时，有学者从以下三方面提出了立法建议：（1）诚信原则对当事人的制约表现。包括：①禁止以不正当方式形成有利于自己的诉讼状态；②禁止滥用诉讼权利，故意拖延或获得确定判决；③禁止在民事诉讼中作虚假陈述，影响法院对案件事实的正确判断；④禁反言；⑤禁止提供证据中的不正当行为。（2）诚信原则对法院（或法官）的制约表现。包括：①禁止滥用自由裁量权；②正确处理诚信原则与自由心证的关系，用诚信原则约束法官在审查判断证据中的自由裁量权；③充分尊重当事人的程序主体权，禁止实施突袭性裁判。（3）诚信原则对其他诉讼参与人的制约表现。包括对证人的制约和对鉴定人的制约。其中，对证人的制约包括对证人经合法传唤，无正当理由不出庭作证的，处以罚款并命其负担因不出庭而发生的诉讼费用，对情节严重的，处以刑事处罚。对证人出庭，无正当理由拒绝提供证言，或作虚伪陈述的，处以罚款，承担诉讼费用，重者追究刑事责任。承认证人出庭义务的例外，对证人确有困难不能出庭，经人民法院许可，可以责令提交书面证言。对鉴定人的制约主要是建立鉴定人侵权损害赔偿制度，鉴定人本人由于故意或重大过失造成侵权的，也可以对其进行罚款，情节恶劣直至追究刑事责任。^②

还有学者认为，诚信原则适用于所有的民事诉讼法律关系的主体。根据各国的学说和司法实践以及我国的具体情况，诚实信用原则在民事诉讼中主要适用于以下四种形态：一是排除不正当形成的诉讼状态。当事人一方为了自己的个人利益，恶意利用法律漏洞，或者不当地妨碍对方当事人有效地实施诉讼行为，从而形成有利于自己但损害他人利益的诉讼状态时，对方当事人对此可以提出异议，法院也可以根据诚实信用原则否定一方当事人已经恶意实施的诉讼行为。一些法院基于地方保护主义，不当地利用职权，或者故意规避法律规定，制造出一些不正常的诉讼状态，也是对诚实信用原则的背弃和违反，应予以排除。二是诉讼上的禁止反言。主要是防止一方当事人以及诉讼参与人之间出现前后互相矛盾的诉讼行为，从而损害对方当事人的利益。三是诉讼权利的失效。当事人一方懈怠行使诉讼权利，长期没有行使的表示和实施相应的行

① 陈雪萍：《诚实信用原则与民事诉讼权利滥用之制约》，载《当代法学》2002年第8期。

② 聂明根：《民事诉讼法上诚实信用原则研究》，载《诉讼法论丛》第4卷，法律出版社2000年版，第337～359页。