

中国法学会诉讼法学研究会

诉讼法理论与实践

(2002年·民事、行政诉讼法学卷)

(下)

主 编 陈光中

副主编 李 浩

中国政法大学
出版社

诉讼法理论与实践

(2002 年·民事、行政诉讼法学卷)

(下)

中国法学会诉讼法学研究会

主 编 陈光中

副主编 李 浩

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

诉讼法理论与实践. 2002 年民事、行政诉讼法学卷/陈光中主编.
- 北京: 中国政法大学出版社, 2003. 7

ISBN 7-5620-2450-2

I. 诉… II. 陈… III. ①诉讼法-法的理论-文集②
民事诉讼法-法的理论-文集③行政诉讼法-法
的理论-文集 IV. D915.01-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 067693 号

- | | | | |
|-------|---|------|--------|
| 书 名 | 诉讼法理论与实践(下册) | | |
| | (2002 年·民事、行政诉讼法学卷) | | |
| 出 版 人 | 李传敢 | | |
| 出版发行 | 中国政法大学出版社 | | |
| 经 销 | 全国各地新华书店 | | |
| 承 印 | 北京博诚印刷厂 | | |
| 开 本 | 787 × 1092 1/16 | | |
| 印 张 | 30.25 | | |
| 字 数 | 710 千字 | | |
| 版 本 | 2003 年 11 月第 1 版 2003 年 11 月第 1 次印刷 | | |
| 书 号 | ISBN 7-5620-2450-2/D·2410 | | |
| 定 价 | 48.00 元 | | |
| 社 址 | 北京市海淀区西土城路 25 号 | 邮政编码 | 100088 |
| 电 话 | (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803 | | |
| 电子信箱 | zf5620@263.net | | |
| 网 址 | http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm | | |

☆☆☆☆

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题, 请与出版社联系调换。
本社法律顾问 北京地平线律师事务所

诉讼法理论与实践

(2002 年卷)

编辑委员会

顾问 刘家琛 江 伟 张 穹 沈德咏

主任 陈光中

副主任 李 浩 崔 敏

委员 (按姓氏笔画排列)

左卫民 孙礼海 张卫平 李 浩 李汉昌 李学宽

李忠信 宋英辉 汪建成 杨海坤 肖贤富 陈卫东

陈桂明 周国均 徐静村 崔 敏 谭 兵 薛刚凌

戴玉忠 魏 彤

秘 书 罗海敏

前 言

2002年中国法学会诉讼法学研究会年会于2002年11月3日至5日在江苏省南京市召开，本次年会由诉讼法学研究会和江苏省南京师范大学法学院联合举办。本年会的中心议题为：（1）诉讼制度改革；（2）证据制度理论与实践。具体议题为：（1）WTO与诉讼法；（2）刑事审前程序改革（包括侦、诉关系模式和犯罪嫌疑人权利保障）；（3）民事诉讼法的修改；（4）证据制度理论与实践。年会论文在编辑出版时收入144篇；分为上下两卷，即：刑事訴訟法学卷和民事行政訴訟法学卷。从总体上看，本次年会的论文具有较高的学术研究水平和较强的应用性，对立法、司法以及法学教学、研究部门具有重要的参考价值。因为篇幅所限，我们对论文作了删减，请作者谅解。

由于时间仓促，书中疏漏之处在所难免，恳请读者指正。

2002年年会文集的出版得到了南京师范大学法学院的资助，在此表示感谢。

2002年年会文集的出版与发行得到了中国政法大学出版社的大力支持，在此表示感谢。

《诉讼法理论与实践》

编辑委员会

2003年5月

目 录

民事诉讼法学部分

/一、民事诉讼原则与制度/

民事诉讼法修改的若干基本问题	景汉朝 (3)
略论民事诉讼法修改的目标与方向	杨荣新 肖建华 (9)
修改《民事诉讼法》的指导思想及其框架	常 怡 陈鸣飞 (15)
民事诉讼法修改需要注意的几个问题	潘剑锋 (20)
修订《民事诉讼法》势在必行	易 萍 (27)
简评我国民事诉讼法的基本原则	何文燕 (33)
民事诉讼法中独立审判原则立法揭密	吴明童 (39)
正义程序的自我解构及其意义播撒	韩德明 (43)
司法权威与程序正义	季金华 叶 强 (50)
论当事人在诉讼中的促进义务	陈桂明 (57)
论民事诉讼费用的性质与征收依据	廖永安 (64)
从判决实体内容的公开谈民事诉讼审判公开制度的完善	刘艳芳 於恒强 (74)
论陪审制度的民主性	王 琦 (79)
论诉讼第三人制度的完善	俞 峰 (86)
关于无独立请求权第三人制度的思考与完善	张松美 (91)
民事审级制度之研究	章武生 (98)
民事检察监督的功能定位与制度完善	蔡 虹 (106)

民事检察监督若干问题研究	石先钰 (112)
我国检察机关介入民事诉讼之否定	
——以国有资产流失案件为中心	王福华 (118)
试论中国法官的精英化	谭 兵 王志胜 (125)
论法官现代化：专业化、职业化和同质化	
——兼谈中国法官队伍的现代化问题	谭 兵 王志胜 (132)
对院长、庭长担任审判长审理案件的调查与思考	王双喜 张 悦 (142)
略论苏俄民事诉讼法典中的“不间断原则”及其借鉴价值	赵 钢 杨 剑 (149)

/二、证据制度/

关于证据客观性特征的再探讨

——兼与常怡教授、邹学荣教授商榷	张晋红 (153)
客观真实原则之再认识	宋朝武 (162)

中国民事诉讼证据制度的新发展

——析最高法院《关于民事诉讼证据的若干规定》	胡建萍 (167)
《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》之优劣分析	邱爱民 (173)

我国民事诉讼中的新证据

——兼论最高法院《关于民事诉讼证据的若干规定》	韩象乾 李琼华 (180)
论我国专家辅助人制度的立法与实践	

——兼析《关于民事诉讼证据的若干规定》第61条	叶 青 王刚 (189)
-------------------------------	--------------

电子证据探析	叶永禄 伍瑾 (200)
--------------	--------------

对偷录证据材料成为证据的质疑	吴 俐 (206)
----------------------	-----------

论鉴定结论的证据属性和鉴定制度的完善	黄双全 (211)
--------------------------	-----------

民事诉讼非法证据排除规则探析	李 浩 (216)
----------------------	-----------

论民事诉讼证据的审核认定	蒋为群 (223)
--------------------	-----------

论法官对证据的自由裁量	程春华 周立英 (228)
-------------------	---------------

/三、民事诉讼程序/

完善我国民事审前准备程序应遵循的原则	郭志远 (235)
--------------------------	-----------

修改我国民事审前准备程序之思考	王红岩 姜言文 袁新宽 (240)
-----------------------	-------------------

我国起诉受理制度的检讨与重构

——以保障裁判请求权为目的的考察	刘 敏	(250)
民事诉讼庭前准备程序研究	胡亚球 刘 磊	(260)
关于起诉权保护的思考	邵俊武	(266)
略论民事诉讼中的诉讼系属	刘学在	(272)
对民事诉讼当事人程序选择权的法律思考		
——兼论当事人在简易程序、普通程序选择与适用中的处分权	傅长禄 宋向今	(280)
繁简分流与程序保障	傅郁林	(286)
简易程序的经济分析		
——以深圳市宝安区法院简易法庭为考察对象	江 伟 费 晓	(294)
中级法院民事一审程序运作状况		
——一种实证的、比较的视角	王亚新 徐 昕 傅郁林 范 愉	(301)
径行裁决的理解与适用		
——兼论确立我国民事二审简易诉讼制度	孙 山	(308)
我国民事再审程序启动机制的反思与重构	高洪宾 钱建军	(317)
论人民调解协议书的制作	宋太郎 朱建敏	(323)
关于执行理论与制度创新的若干思考	童兆洪	(326)
恶意诉讼及其防治	汤维建	(331)
当代中国家事诉讼程序的实证基础	陈爱武	(336)
论破产和解程序与破产重整程序的立法基础	傅翠英	(342)
建议工程价款优先权实现的诉讼程序之我见	陈贞学	(349)
从理念到规则：德国民事上诉制度改革述评	齐树洁	(353)
美国破产法中的自然人破产预防制度	韩长印 康 伟	(361)

行政诉讼法学部分

完善我国宪法监督制度的思考	杨明前 徐世平	(371)
中国行政程序法典化构想	杨海坤	(377)
论行政诉讼法与行政法的关系	孟昭阳	(388)
论行政诉讼制度的完善与发展		
——《行政诉讼法》修订之构想	薛刚凌 王霖霞	(393)
WTO 与我国行政纠纷解决机制	许诗明 何峥嵘	(401)

行政审判应对人世几个问题之思考 李 季 颜 辉 (408)

关于建立行政诉讼若干程序的思考 李荣珍 (413)

试论公安机关行政行为和刑事司法行为的界定

——兼对最高法院《关于执行〈行政诉讼法〉若干问题的解释》

第 1 条第 2 款第 2 项的评析 张 娟 (419)

行政非法证据排除规则解析 李佑标 (424)

控权抑或保权

——行政诉讼证据制度目的性质疑 柳砚涛 (430)

我国行政诉讼缺席判决制度检讨 刘 俊 (436)

论行政诉讼驳回诉讼请求判决 陈宏光 汪秋慧 (442)

从《政府采购法》反思我国的行政诉讼制度

——评《政府采购法》第 58 条 朱中一 (448)

司法理念转型下再审制度的收缩

——一种行政诉讼证据规则的视角 胡肖华 倪洪涛 (455)

行政行为不可变更力探究 章志远 (460)

民事诉讼法学部分

/一、民事诉讼原则与制度/

民事诉讼法修改的若干基本问题

景汉朝

1991年4月9日,《中华人民共和国民事诉讼法》的颁布实施,是中国民事诉讼制度发展史上的一个里程碑。十多年来,它对于完善我国的民事诉讼机制,规范民事诉讼秩序,推动民事诉讼法学的发展,促进司法公正,都起到了不可磨灭的作用。但是,随着司法实践尤其是民事审判方式改革的不断发展和民事诉讼法学理论研究的不断深入,对民事诉讼法修改的必要性日渐突出。笔者现仅就几个最基本的问题作以探讨。

一、不告不理原则应予强化

“不告不理”是民事诉讼的重要原则和基本特征,其基本涵义是:未经当事人起诉和提出请求,法院不得受理和审判。这其中起码包括三方面的内容。第一,当事人告诉法院才予受理。第二,法院的审理和判决不得超出当事人诉讼请求的范围。第三,当事人提出的事实和请求均应予以审理和判决,当然与本案无关的除外。关于这一问题,首先,民事诉讼法没有特别强调告诉才受理,审判实践中法院所谓“主动服务”、“上门服务”、“提前服务”、“延伸服务”等现象经常出现,有时还适应一定气候,大力提倡和推广,^[1]这不能不说与民事诉讼法在这方面规定的不明确有关。其次,法院的审理和判决可否超出当事人的请求范围,民事诉讼法第一审程序中没有规定。第151条规定:“第二审人民法院应当对上诉请求的有关事实和适用法律进行审查。”但是,最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第180条又规定:“第二审人民法院……对上诉人上诉请求的有关事实和适用法律进行审查时,如果发现在上诉请求以外原判确有错误的,也应予以纠正。”这一问题不仅法律规定不尽一致,理论界也有不同认识。有的学者认为,如果法院根据案件的具体情况,认为确有主动保护当事人合法权益的必要,可以依职权将当事人在诉讼中没有主张的实体权利纳入审判范围。因此法院有权超出当事人请求的数额进行审理和判决。^[2]在审判实践中,无论是一审还是二审,超出当事人的请求范围审理和判决的情况比较普遍,有的甚至根本没有“被动”意识,完全按照法官的

[1] 这些做法前些年曾在全国各级法院广泛推广,不少地方还开过经验交流会,媒体也曾大为宣传。

[2] 顾培东:《市场冲突与诉讼机制》,四川人民出版社1991年版

“思路”进行审理和判决，他认为应当审的都审，他认为应当判的都判。再次，实践中还有一种情况，法院对当事人提出的事实和请求未予完全审理和判决，对有些主张不置可否。笔者认为：民事诉讼中应当坚持不告不理的原则，法院的审理和判决应当受当事人请求范围的限制，这是由民事诉讼的特点所决定的。否则，不仅有违处分原则，实际上也侵害了当事人（有时是被告有时也可能是原告）的利益。民事诉讼法已规定二审就上诉范围进行审查，但最高法院的司法解释又规定，如果发现上诉请求之外原判确有错误的，也应予以纠正。这当中有两个问题。其一，如果二审法院不对上诉请求之外进行审查，何以“发现”其错误？其二，这里所谓“错误”的标准是什么？什么样的错误才需纠正？另外，不告不理原则应当作完整的理解，它虽然是从法院受理和审判案件的被动性角度提出的，但只要符合“告”的条件，则应当“告而即理”。对当事人诉讼中提出的与本案有关的事实和请求进行审理和判决，支持或不支持一定要有个“说法”，不能“若无其事”、“置之不理”。笔者认为，在上述这些方面，民事诉讼法应当按照不告不理的原则，作出明确而严格的规定。

二、处分原则应予尊重

处分原则是民事诉讼中的一项基本原则，是指当事人在诉讼过程中，对自己所享有的民事权利和诉讼权利在法定范围内有权自由处理，可以行使也可以放弃。^{〔1〕}如当事人的诉讼请求权，他可以主张、变更、放弃；当事人的起诉权、上诉权、申请再审权可以行使也可以放弃等。当然，这种处分权的行使不是毫无限制的，应当以不损害国家、公共和他人利益为前提条件。但民事诉讼法在许多方面具有浓厚的职权主义色彩，对当事人的处分权限制过死，干预过多，妨害了当事人对这一权利的正常使用。主要表现在以下几个方面：

第一，追加当事人范围过宽。民事诉讼法第119条规定：“必须共同进行诉讼的当事人没有参加诉讼的，人民法院应当通知其参加诉讼。”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58条规定：“……应当追加的原告，已明确表示放弃实体权利的，可不予追加；既不愿参加诉讼，又不放弃实体权利的，仍追加为共同原告，其不参加诉讼，不影响人民法院对案件的审理和依法作出判决。”第53条规定：“因保证合同纠纷提起的诉讼……债权人仅起诉保证人的，除保证合同明确约定保证人承担连带责任的外，人民法院应当通知被保证人作为共同被告参加诉讼……”。第65条又规定：“……无独立请求权的第三人，可以申请或者由人民法院通知参加诉讼。”由此可见，无论是原告、被告，还是第三人，在当事人不起诉、不主张的情况下，人民法院均可以依职权通知其参加诉讼并判决其享有权利或履行义务。这是与处分原则相矛盾的。按照处分原则，当事人是否起诉、向谁请求、请求什么等，均由当事人自行决定。当事人可以处分实体权利，也可以处分诉讼权利。债权人不放弃实体权利，又不愿参加诉讼的，说明其处分了要求法院通过审判程序保护其权利的权利，法院通知其参加诉讼显属不当。如果其他共同权利人实现债权后，该债权人又起诉的，应另案处理。债权人不向债务人或不向全部债务人或其他利害关系人请求的，法院也无必要主动通知被告或第三人参加诉讼，强令债

〔1〕 李春霖、潘永隆主编：《中国新民事诉讼法学通论》，北京出版社1991年版，第83页。

权人向其请求。

第二，法院对当事人的撤诉权限制太多。所谓撤诉，即原告或上诉人在起诉或上诉之后，基于种种原因决定撤回起诉或上诉。民事诉讼法第13条规定：“宣判前，原告申请撤诉的，是否准许，由人民法院裁定。人民法院裁定不准撤诉的，原告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的，可以缺席判决。”第156条也规定：“第二审人民法院判决宣告前，上诉人申请撤回上诉的，是否准许，由第二审人民法院裁定。”原告起诉后又撤诉，说明其放弃了通过诉讼保护自己实体权利的权利。一审判决后，一方当事人不上诉或上诉人上诉后又撤回上诉等，也是当事人放弃或部分放弃自己请求权的行为。这些完全都是当事人自己“份内”之事，应当有充分的、完全的处分权（当然要以不损害国家、社会 and 他人利益为前提），法院没有理由和必要对其予以限制。但审判实践中，由于民事诉讼法的这一规定，加之法官的片面理解，许多根本不损害国家、社会 and 他人利益的撤诉，都被裁定不准撤诉，实质上侵犯了当事人的处分权。这一规定应予废止。

第三，法院可以依职权采取财产保全措施。民事诉讼法规定：“人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因，使判决不能执行或者难以执行的案件，可以根据对方当事人的申请，作出财产保全的裁定；当事人没有提出申请的，人民法院在必要时也可以裁定采取财产保全措施。”由此规定可以看出，财产保全的目的是为了使将来的判决得以执行，这完全与当事人的自身利益相关。既然当事人没有提出保全的申请，说明当事人对此行使了处分权，人民法院主动依职权再予保全则没有必要。况且，根据《中华人民共和国国家赔偿法》的规定，人民法院如因违法采取保全措施，给当事人造成损害的，要依法予以赔偿。在审判实践中，由于民事诉讼法赋予了法院这样的权力，办案人员滥用财产保全措施的情况时有发生，有的当事人没有申请就进行保全，有的保全之后再让当事人补办申请手续，还有不少超标的保全的，给对方当事人造成不必要的经济损失和经营信誉损害，而且多数难以赔偿和挽回。所以，应当规定财产保全以当事人申请为限。

第四，移送执行过于职权化。民事诉讼法第216条规定：“发生法律效力民事判决、裁定，当事人必须履行。一方拒绝履行的，对方当事人可以向人民法院申请执行，也可以由审判员移送执行员执行。”据此规定，判决、裁定发生法律效力后，即使当事人不申请执行，法院也可以主动执行，其实，这里的判决、裁定只是对当事人双方的权利义务关系予以确定，这种权利义务关系被确定之后是否需要实现，完全应当取决于当事人的意志，当事人不申请执行，说明其行使了处分权，人民法院没有理由和必要否定这种处分权而主动执行。更进一步讲，在申请执行的期间内权利人不申请执行即其不再主张请求权，该判决、裁定所确定的利益自然应当属于义务人，其他任何人（包括人民法院）强迫其继续履行，是对其合法利益的侵犯和剥夺。^{〔1〕}所以，对判决和裁定的执行，也应以当事人申请为前提。

三、审级制度应予完善

审级制度是诉讼制度中的基本设计之一，由于各个国家的国情不同，加之立法的具体背景各异，因此各国审级制度的设立不尽相同。究竟是审级多了好还是审级少了好，不可

〔1〕 景汉朝：《审判方式改革实论》，人民法院出版社1997年版，第69页。

一概而论。由于目前的审判质量不能令人满意,司法不公问题已经成为人们关注的焦点,因此,有的学者提出建立三审制的审级构想。^{〔1〕}笔者认为,审级制度的设立要考虑诸多因素,其中审判质量与诉讼效率、成本是最值得考虑的因素。单从审判质量来讲,似乎是审级越多越好。单从诉讼效率、成本讲,又应是审级越少越好。如何实现审判质量与诉讼效率、诉讼成本的最佳平衡,使二者同时达到最理想的状态,则是我们要下大力气研究的问题。

世界是繁纷复杂的,民事案件也是千差万别的,马克思主义最精髓的东西就是一切从实际出发,具体问题具体分析。笔者认为,我国目前的民事诉讼审级制度的突出问题之一就是“一刀切”,即不论案件标的额大小、难易等,一律实行两审终审制。这种设计有明显的弊端,其一,有些案件十分复杂,两审终审确实无法保证案件质量,司法实践通行的做法,一是为了保证审判质量,案件在一审、二审过程中向上级法院请示,这实际上违反了审级独立的基本原则和程序,严重地损害了当事人的上诉权和申请再审权;二是终审判决不能令当事人“服气”,以至于二审终审后又申请再审,甚至申诉不断,实际上形成了“三审”、“四审”,导致终审不终,严重地损害了司法权威和司法机关的形象。其二,有些案件争议标的额很小或案情很简单,也一概实行两审终审,这对于保证案件质量不仅起不到什么作用,反而会增加诉讼成本,浪费司法资源,降低诉讼效率,从一定意义上说,也起到了“纵讼”的副作用。如新闻媒体披露的旅客葛锐1998年10月28日起诉郑州火车站高价候车室收“如厕费”0.3元纠纷案,^{〔2〕}官司打了一审又打二审。最终旅客胜诉了,0.3元钱退了。可是与这0.3元相比,国家投入的司法成本太高了。这种诉讼制度实际上既谈不上效率也谈不上公正。在我国尤其是广大农村,争议标的额很小而案情又很简单的案件数量并不少,这类案件也实行二审终审的必要性确实值得怀疑。

有鉴于此,笔者提出“多元制”的审级制度构想,^{〔3〕}即争议标的额很小、案件特别简单或争议不大的案件,适用一审终审制。一般的案件适用两审终审制。少数争议标的额特别大且特别疑难的案件适用三审终审制,但三审仅限于法律审。同时,为了尽可能提高效率,降低诉讼成本,适用三审终审制的案件还可以“飞跃上诉”,即一审判决后当事人对案件事实无争议,仅对适用法律有异议的案件,经双方当事人同意,可以选择先上诉到二审法院,不服二审判决再上诉到三审法院,也可以选择跃过二审法院直接上诉到三审法院。这样将一部分法律规定适用三审终审制的案件实际上又改为二审终审制,最大限度节省了司法资源,同时又有利于当事人行使诉讼权利。

同时,为了科学地划分审级功能,减轻高级法院和最高法院案件压力,应当取消高级法院和最高法院审理一审民事案件的规定。其理由是:第一,就审级功能而言,高级法院和最高法院主要应当是通过审理上诉案件,把握下级法院审理的案件质量,平衡全国的司法尺度,维护法制的统一性,而不在于解决多少具体的个案,尤其是一审案件。第二,基

〔1〕 陈桂明:《诉讼公正与程序保障》,中国法制出版社1996年版,第123-124页。

〔2〕 转引自:《文摘报》2001年9月27日第3版。

〔3〕 笔者最早公开提出这一观点,是在2001年4月9日在北京召开的“纪念《民事诉讼法》颁行十周年学术研讨会”上,见《法制日报》2001年4月18日第2版。

于上述构想，由于设立了部分案件的三审终审制，使原来本不会上诉到高级法院和最高法院的案件也会上诉上来，势必给高级法院和最高法院在现在案件压力已经很大的基础上再添负担。取消其作一审的规定，会缓解这个矛盾。第三，符合国际上的通行做法，世界上许多国家都是上诉法院不审一审而只审上诉案件。这种通行的设置有一定的科学道理。

设立“多元制”审级制度符合实事求是、一切从实际出发的基本原则，比较科学地兼顾了公平与效率，使二者尽可能地实现最大化。当然，在涉及具体制度时，还会遇到许多具体问题，这有待于进行深入研究。

四、债务抵销诉讼制度应予建立

先从案例说起。案例一，某建筑安装公司为了给本单位职工宿舍安装空调，于1998年8月向某银行贷款300万元，借期半年。1999年1月，该建筑安装公司又与该银行签定一合同，约定建筑安装公司承包银行的内部招待所改造工程。工程竣工后银行欠建筑安装公司工程款260万元。1999年12月，该银行起诉该建筑安装公司，要求其偿还逾期贷款300万元及其利息。诉讼中建筑安装公司提出，贷款应当偿还，但银行欠我公司的工程款260万也应当在此案中一并解决，只同意偿还其贷款及其利息扣除260万元工程款及其利息的余额部分。银行则认为，建筑安装公司的请求与本诉没有任何牵连，不构成反诉，不能在该诉讼中一并解决，应由该公司另行起诉。法官支持银行的主张。案例二，A县某面粉加工厂，向B县某木器加工厂购买一批木器，欠该木器厂货款12000元。该木器厂因买该面粉厂面粉而欠其货款16000元。后来木器厂在被告所在地A县起诉，要求面粉厂偿还购买其木器款12000元。诉讼中被告面粉厂提出，木器厂还欠我方面粉款16000元，扣除其应偿还原告的12000元，原告还应偿还我方4000元。原告不否认欠面粉款之事，但提出被告的请求与本诉没有牵连，不构成反诉，且被告请求原告偿还面粉款的诉讼A县法院无管辖权，面粉厂应到木器厂所在地B县法院起诉。法官支持了木器厂的主张。无奈面粉厂只得到B县法院另行起诉，一审判决后木器厂又以计算利息过高为由提起上诉。二审法院尚未开庭时，A县法院的判决即已生效并进入执行程序，经木器厂申请，法院从面粉厂执行12000元及其利息。后因木器厂经营不善倒闭，面粉厂诉木器厂的案件二审判决生效后无法执行。

上述类似案件，在审判实践中并非罕见，民事诉讼法没有规定债务抵销之诉制度，传统的反诉制度又无法解决这类问题。所谓反诉，是指在已经提起的诉讼中，被告为了维护自己的权益，以本诉的原告为被告，向法院提出与本诉有直接联系的独立的诉讼请求，以达到抵销、动摇或吞并本诉的目的。反诉制度存在的基础是原、被告之间彼此联系的非单一性以及权利的交叉和重叠。^{〔1〕}反诉的提起必须具备如下条件：第一，反诉必须以本诉的存在为前提。第二，提起的反诉要与本诉有牵连，即反诉与本诉的诉讼请求或者诉讼理由基于同一事实或者同一法律关系，没有这种牵连，应该视为另一个案件，不能作为反诉。第三，反诉必须向本诉的人民法院提出，并且本诉人民法院对反诉有管辖权。第四，反诉必须在本诉作出裁判前提出。^{〔2〕}反诉须与本诉有牵连，这是反诉这一传统理论和制

〔1〕 刘家兴主编：《民事诉讼法教程》北京大学出版社1994年版，第244页。

〔2〕 王怀安主编：《中国民事诉讼法教程》（新编本），人民法院出版社1992年版，第250-251页。

度的基本特征之一，如日本学者兼子一、竹下守夫提出，反诉请求是与本诉请求及其防御方法有关联的。与原告告诉的变更一样，反诉请求是在诉讼中合并的新请求，因此，与原来的请求无关的请求不应提起。^{〔1〕}

正因为反诉必须具备上述条件，而前述案例又不具备这一特征，所以类似情况不能适用反诉制度来解决，但这类问题在审判实践中又经常遇到，如果一律按照以往由被告“另案起诉”的做法，既不利于平等地保护双方当事人的合法权益，又会无谓地增加诉讼成本，浪费司法资源，还会在社会中造成司法不公的影响，其弊端是十分明显的。所以，笔者提出建立债务抵销诉讼制度的构想，即遇有上述类似案件，虽然被告提出的请求与原告所诉没有牵连，但为了平等地保护当事人的合法利益，节约人力、物力、财力，也应当合并审理，在同一诉讼程序中解决看似无关但实际上有关的两个或多个争议。当然，如果根据案件的具体情况，平衡多方面的利益，分案审理更为合理时，也可以分案审理。如甲在村内开拖拉机撞伤乙，乙起诉要求甲赔偿5000元，诉讼中甲提出乙还借有甲农具一部，请求归还并要求在该诉讼中一并审理解决，像这种情况，甲提出的诉讼请求标的不是同一类的，归还农具和赔偿人身损害5000元又不能抵销，两案合并审理非但达不到平等保护当事人合法权益、节约诉讼成本的目的，反而使侵权之诉得不到及时解决，这种情况仍应由甲另行起诉，分案审理。

建立债务抵销诉讼制度，不仅有实践需要，也有实体法规定作依据。1999年10月1日开始施行的《中华人民共和国合同法》规定了债务抵销这一法律制度，这为在民事诉讼中设立债务抵销诉讼制度提供了实体法上的依据。该法第99条规定了法定抵销，即当事人互负到期债务，该债务的标的物种类、品质相同的，任何一方可以将自己的债务与对方的债务抵销，但依照法律规定或者按照合同性质不得抵销的除外。当事人主张抵销的，应当通知对方。该法第100条规定了约定抵销，即当事人互负到期债务，标的物种类、品质不相同的，经双方协商一致，也可以抵销。实体法这一新的规定必然会反映在诉讼当中，并提出建立相应诉讼制度的要求。法定抵销在实践中会有如下几种诉讼情形：（1）类似前述案例，诉前双方均未通知对方抵销债务，诉讼中被告提出抵销之诉。（2）诉前一方通知对方要求抵销，另一方以种种理由不同意抵销，并提起诉讼仍然主张原债权，诉讼中对方以该债权已经抵销为由予以抗辩。（3）诉前双方已经抵销债务，之后一方反悔又起诉要求撤销抵销。至于约定抵销，因为双方当事人已经形成合同关系，按合同之诉审理即可。

民事诉讼法的修改是一个庞大的系统工程，需要进行深入的理论研究和充分的科学论证。本文的论述既非全面，观点也未见成熟，冒昧写出，意在抛砖引玉。

（作者单位：河北省高级人民法院）

〔1〕〔日〕兼子一、竹下守夫：《民事诉讼法》，白绿铉译，法律出版社1995年版，第185-186页。