

# 新中国民事程序 理论与适用

刘家兴 主编



中国检察出版社

# 新中国民事程序 理论与适用

|     |     |     |     |
|-----|-----|-----|-----|
| 主 编 | 刘家兴 |     |     |
| 副主编 | 王和平 | 贾小刚 |     |
| 作 者 | 马胜军 | 王和平 | 王彩虹 |
|     | 关 涛 | 刘金波 | 李 轩 |
|     | 张长江 | 高 原 | 杨建灵 |
|     | 贾 静 | 贾小刚 | 夏 军 |
|     | 汪海波 |     |     |

中国检察出版社

**京新登字 109 号**

**图书在版编目 (CIP) 数据**

新中国民事程序理论与适用/刘家兴编著,

—北京:中国检察出版社,1997. 4

ISBN 7-80086-427-8

I. 新… II. 刘… III. 民事诉讼—诉讼程序-概论-中国  
IV. D925.101

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (97) 第 00851 号

**新中国民事程序理论与适用**

主编 刘家兴

中国检察出版社出版发行

北京市东城区东总布胡同 10 号

新华书店经销

三河市残联印刷厂

850×1168 毫米 32 开 12.5 印张 326 千字

1997 年 4 月第一版 1997 年 4 月第一次印刷

印数: 1—3000 册

ISBN7-80086-427-8/D·428

定价: 22.00 元

## 前 言

与其他部门法学相比，中国民事诉讼法学仍未走出注释法学的门槛。近五十年来，“实体重于程序，刑事重于民事”的观念一直影响着法学界的人们。民事诉讼法学的理论研究步履蹒跚，始终逃跳不出对民事实体法律、刑事程序法律相傍相依的附从地位。怎样摆脱旧有观念，重新删检、合理继承中国古代与西方的诉讼法思想，如何在政治现代化、法制现代化的过程中认识和发展民事诉讼法学，使民事诉讼法学适应在社会主义市场经济下，灵活、多元的民事主体所从事的复杂、快速的市场经济行为，则是有志于研究民事诉讼（包括诉讼外纠纷解决制度）的新老学者共同面对的问题。

曾在北京大学法律系读研究生的一些年轻人，他们以青年人独有的激情和责任心，不满于民事诉讼法学的现状，结合他们数年的实务经验，开始了对民事诉讼法学的理性探索。几年来，诉讼程序的意义、价值、功能、作用、公正性、正当性以及诉讼与非诉讼、诉讼成本与私法

主体利益保障、形式真实与实质真实等民事诉讼法的基础理论都曾是他们热切关注的焦点。本书就是他们思考的结果。

本书紧紧围绕民事司法实务，就所列专题展开详细论述。一方面阐述了民事诉讼法理论和立法依据，另一方面总结分析了民事诉讼法实施过程中出现问题的原因及对策。同时，作者在思考和设计民事诉讼法基本制度的时候，更侧重于对民事诉讼法在现代政治和法律系统中理应占据的位置的论述，以探求程序法的独立价值，尽管这种论述仅为一家之言。

尽管本书的作者在撰写本书的过程中，下了很大功夫，查阅了大量中外文资料，但是，本书仍难免存在着许多错误。请学术界同仁和广大读者批评指正。

作 者

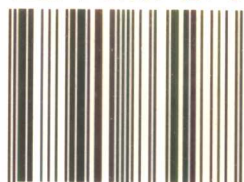
一九九六年十二月二日

责任编辑 虢 峰  
封面设计 李法明

# 新中国民事程序 理论与适用



ISBN 7-80086-427-8



9 787800 864278 >

ISBN7-80086-427-8/D · 428

定价：22.00元

D925  
0239

# 目 录

## 绪论 民事程序的功能和功能要件

|                                         |      |
|-----------------------------------------|------|
| 第一章 程序的功能.....                          | (1)  |
| 第一节 “功能”之词义辨析.....                      | (1)  |
| 第二节 实行法规范之缺陷.....                       | (2)  |
| 第三节 弥补民事实体法之缺陷——民事程序机制<br>功能之一.....     | (8)  |
| 第四节 具有自我有机运作的属性——民事程序机<br>制功能之二 .....   | (16) |
| 第五节 民事程序功能的启示 .....                     | (21) |
| 第二章 程序功能要件 .....                        | (23) |
| 第一节 加强民事程序机制的自治性 减弱对刺激<br>的恣意反应 .....   | (23) |
| 第二节 参与权利结构配置的要素之间的制约机制<br>与归责机制 .....   | (25) |
| 第三节 法律职业主义——以法官 律师的职业化<br>选拔为主要素材 ..... | (30) |
| 第四节 增加民事程序的可交涉性 .....                   | (35) |
| 第五节 民事程序的法制意义 .....                     | (38) |

## 第一编 民事诉讼程序总则

|                          |      |
|--------------------------|------|
| 第三章 民事诉讼程序基础理论 .....     | (40) |
| 第一节 民事诉讼程序与诉讼模式的关系 ..... | (40) |
| 第二节 民事程序与案件的适应性 .....    | (48) |
| 第四章 民事诉讼程序基本制度 .....     | (57) |

|     |                       |       |
|-----|-----------------------|-------|
| 第一节 | 回避制度 .....            | (57)  |
| 第二节 | 诉讼受理收费制度 .....        | (66)  |
| 第三节 | 调解制度 .....            | (71)  |
| 第四节 | 强制措施 .....            | (92)  |
| 第五节 | 期间制度 .....            | (105) |
| 第六节 | 人民陪审员制度的改革设想 .....    | (113) |
| 第五章 | 管 辖 .....             | (119) |
| 第一节 | “原告就被告”的原则性与局限性 ..... | (119) |
| 第二节 | 选择管辖的立法与实践 .....      | (124) |
| 第三节 | 民事法律行为履行地 .....       | (129) |
| 第四节 | 管辖异议与管辖恒定 .....       | (134) |
| 第六章 | 证据制度 .....            | (139) |
| 第一节 | 对民事诉讼证据的审查判断 .....    | (139) |
| 第二节 | 当事人举证与人民法院查证结合 .....  | (148) |
| 第三节 | 几类证据的证明意义 .....       | (154) |
| 第四节 | 非法手段收集证据之效力 .....     | (167) |

## 第二编 审判程序

|     |                    |       |
|-----|--------------------|-------|
| 第七章 | 诉讼主体 .....         | (171) |
| 第一节 | 诉讼第三人 .....        | (171) |
| 第二节 | 共同诉讼人 .....        | (185) |
| 第八章 | 简易程序 .....         | (190) |
| 第一节 | 简易程序的应有内涵 .....    | (190) |
| 第二节 | 简易程序与普通程序的界定 ..... | (195) |
| 第三节 | 简易程序的独立性与局限性 ..... | (202) |
| 第九章 | 普通程序 .....         | (205) |
| 第一节 | 起诉与受理 .....        | (205) |
| 第二节 | 庭审制度的实质内涵 .....    | (214) |
| 第三节 | 限制撤诉原则 .....       | (221) |



|             |                           |       |
|-------------|---------------------------|-------|
| <b>第十章</b>  | <b>上诉审程序</b> .....        | (233) |
| 第一节         | 上诉审程序概述及审级制度.....         | (233) |
| 第二节         | 上诉的主体.....                | (235) |
| 第三节         | 上诉审的审理范围.....             | (240) |
| 第四节         | 开庭审理与径行判决问题.....          | (242) |
| <b>第十一章</b> | <b>反诉制度</b> .....         | (245) |
| 第一节         | 反诉的概念及意义.....             | (245) |
| 第二节         | 反诉的条件.....                | (247) |
| 第三节         | 反诉的审理.....                | (250) |
| 第四节         | 反诉中的几个特殊问题.....           | (250) |
| <b>第十二章</b> | <b>破产程序</b> .....         | (254) |
| 第一节         | 产权界定——破产制度之前提.....        | (254) |
| 第二节         | 适用范围——从商人破产主义到一般破产主义..... | (260) |
| 第三节         | 破产界限——一种现实主义的观点.....      | (262) |
| 第四节         | 和解程序——前置还是分离.....         | (266) |
| 第五节         | 社会救济——企业破产之后的问题.....      | (270) |
| <b>第十三章</b> | <b>裁判制度</b> .....         | (273) |
| 第一节         | 各类裁判的概念及作用.....           | (273) |
| 第二节         | 各类裁判的适用范围.....            | (275) |
| 第三节         | 各类裁判的法律效力.....            | (280) |

### 第三编 非讼程序

|             |                   |       |
|-------------|-------------------|-------|
| <b>第十四章</b> | <b>特别程序</b> ..... | (284) |
| 第一节         | 特别程序概论.....       | (284) |
| 第二节         | 特别程序与诉讼程序的界定..... | (285) |
| 第三节         | 特别程序适用少的原因.....   | (291) |
| 第四节         | 特别程序中的受理问题.....   | (293) |
| 第五节         | 特别程序中保护制度的设立..... | (295) |

|      |                      |       |
|------|----------------------|-------|
| 第六节  | 特别程序与再审制度·····       | (296) |
| 第七节  | 认定财产无主案件·····        | (298) |
| 第十五章 | 督促程序·····            | (302) |
| 第一节  | 督促程序的概念意义·····       | (302) |
| 第二节  | 督促程序的独立属性·····       | (303) |
| 第三节  | 支付令的申请与对受理制度的质疑····· | (305) |
| 第四节  | 审查申请和发出支付令·····      | (312) |
| 第五节  | 债务人的异议·····          | (317) |
| 第十六章 | 公示催告程序·····          | (323) |
| 第一节  | 公示催告的立法含义·····       | (323) |
| 第二节  | 公示催告的适用范围·····       | (326) |
| 第三节  | 公示催告案件的审理程序·····     | (329) |
| 第四节  | 除权判决·····            | (336) |
| 第五节  | 公示催告程序的终结·····       | (337) |
| 第六节  | 对利害关系人的法律救济·····     | (338) |

## 第四编 仲裁 涉外程序

|      |                         |       |
|------|-------------------------|-------|
| 第十七章 | 仲裁权·····                | (341) |
| 第一节  | 契约与仲裁权·····             | (341) |
| 第二节  | 契约要义·····               | (343) |
| 第三节  | 契约与仲裁协议·····            | (355) |
| 第四节  | 仲裁权·····                | (363) |
| 第十八章 | 涉外民事程序·····             | (377) |
| 第一节  | 涉外民事诉讼程序概述·····         | (377) |
| 第二节  | 涉外民事诉讼程序的性质·····        | (381) |
| 第三节  | 涉外民事案件的管辖 仲裁和司法协助 ····· | (383) |
| 后 记  | ·····                   | (390) |

# 绪论 民事程序的功能和功能要件

## 第一章 程序的功能

### 第一节 “功能”之词义辨析

在现代汉语意义上，“功能”一词，被解释成“效能、功效”、“功效、作用”等等。其确切词义并没有被明确界定出来。因此，与“作用”、“目的”、“任务”、“意义”、“价值”、“责任”等模糊在一起，被混淆使用。

其实，所谓目的是所想要达到的境地和想要得到的结果。所谓任务是指指定担任的工作或指定担负的责任。意义是指一种价值或作用，这种价值和作用是积极的。责任则是指分内应做的事。作用是指对事物产生的影响。这种影响分为积极、中性和消极的。

“功能”一词，与上述词组相比，语意相近，不过仍有区别。“功能”指事物局部或部分之间对于事物整体的维持和发展所发挥的作用以及事物局部或部分的运作对事物整体机制所产生的效果。“功能”一词的使用，可以使我们明显感觉到部分之间以及与整体之间的相互关系。而前述词组却无有这种语意。本文所要阐述的正是这种相对相互关系。前述词组的语意是反映静态的、静止的事物的状况。“功能”一词却反映出动态的，运动着的事物的状态。因此，虽然前述词语未尝不可，但本文却更愿意使用“功能”一词，从而使本文所要阐发的内容更明确、准确些。

## 第二节 实体法规范之缺陷

实体法与程序法的分类是功利主义的鼻祖边沁首先提出的。法学发展到现代，法学家们对实体法与程序法的界定、使用和研究已远远超出了边沁分析实证和功利的范畴。从而使得人们从实体法与程序法这对类名词的角度来学习、研究法律和法律现象获得了从其他角度学习和研究无法替代的功用。

需要首先强调的是本文所称之实体法和程序法仅囿于民事实体法和民事程序机制而言，而不包含其他实体法和程序法。

依照我国民法通则的规定，民事实体法所调整的对象（范围）是基于平等主体之间发生的财产关系和人身关系。财产关系是指人们在物资资料生产、分配、交换和消费过程中形成的具有经济内容的社会关系。人身关系是指基于人身发生的、与人身不可分离而无财产内容的社会关系。不论是财产关系还是人身关系都是一种社会关系。将这种发生于平等主体之间的带有财产内容的社会关系和带有人身内容的关系作为自己的调整范围，表明了民事实体法的全部内涵。

边沁曾将实体法界定为所有调整人们权利和义务的行为规则，均是实体法。实体法的对象是人们的权利和义务。<sup>①</sup>这一带有明显功利主义和实证分析色彩的概念，为后世带来不少困惑和疑问。本文认为研究实体法与程序法之界定，还须从调整的不同社会关系上着眼。

平等主体之间产生的社会财产关系和社会人身关系在法律上的反映，被西方学者称为“私法现象”，这样的法律称为私法。根据人类进入文明历史的经验和规律看，私法领域一直是伟大思想家们编织其治国之梦的核心领域，先哲们一直孜孜探索如何处置

---

<sup>①</sup> 《牛津法律大词典》，第 17 页、第 865 页、第 725 页。

私法关系。从柏拉图、亚里士多德到卢梭、杰弗逊等。从苦痛的教训中，理性地选择了用法来配置私法关系。“权利”一词成了先哲们捍卫人类群体和人类个体的锐利武器。财产权、人身权明了了文明与法交合的产物。历史不停地前进，“权利”在私法关系中被配置得越来越精细、越来越科学。

不能否认，这种权利的背后，有着深切的实体利益，有着人类群体和人类个体生存和发展的本能要求。

实体法就是配置实体权利和实体义务的法。从技术上看，这种配置不可避免地带有普遍性和确定性。所谓普遍性，首先指法律从纷繁复杂的社会关系中高度抽象而来，舍弃了个别社会关系（具体社会关系）的特殊性，而表现为同种类社会关系的一般共性。换句话说，法律一般只对社会关系作“类”的调整或作规范调整，而不作个别调整。其次，法律所为设想的适用对象不是特定的个人或某个具体事件，而是带有一般含义的人和事件。联邦德国基本法第70条规定：“立法权是在国家种种活动领域中确定具有普遍约束力、自个别事件脱离的法律规范之权能。”事实上，如果法律将某个特定个人作为其适用对象的话，法律也就成了具体命令。具体命令的适用对象是特定的人，而法律的适用对象是不特定的具有共性的人。具体命令只适用一次，而法律可以适用多次。<sup>①</sup> 法律的普遍性使得法的公平、正义和法律的可预见性成为可能。这是因为只有在去掉规范对象（客体）独有的特征而实现普遍化之后，才有可能对私法主体（法律主体）平等地适用同样的法律，使其在竞争中受平等规则的约束，从而保障法律主体（对私法主体尤甚）的安全，防止立法者和司法者任意地偏惠或苛待某一社会阶层或个人（所有法律适用对象），实现法律上的平等，保障法律主体规

---

① 《法学基础理论》，孙国华主编，中国人民大学出版社，1987年版，第347页。

范规则内的自由。<sup>①</sup> 社会的统治者们由于被限制用普遍适用的法律进行统治，所以，不能将个别的公民单挑出来进行特别的处治。法律是统治者和被统治者之间的一道屏障，它保证个人不受那些拥有政治权力的人敌对的歧视。统治作为一种理想，要求用限制在公民中给以差别待遇范围的普遍规则来实现国家管理，或者要求用普遍规则限制特殊秩序并且证实其正当性。<sup>②</sup>

法律的确定性首先意味着法律在一定行为与一定后果之间设定了一种稳定的因果关系，将法律适用对象的行为模式化、恒定、固定化。法律也因此而具有可预见性，人们在作出某种行为之前即可预料到法律对自己所作行为的态度，从而根据法律趋利避害地设计自己的行为。法律主体的安全、自由、发展因而得以保障和规范。其次，确定性还表明法律是一种不可朝令夕改的规则体系，一旦法律设定了一种权利义务关系，则尽可能地避免对该方案进行不断的修改和破坏，否则法律将丧失权威性，人们将因法律的不断变动而受到伤害，从而对其产生怀疑，以非法治社会（或非完全法治社会）中法律之无预兆更为甚。“就一般而言，轻易改变法律的习惯乃是一种罪恶。所以，如果改革的益处不大时，无论是法律适用者或统治者，我们还是以忍受这些缺点为妙。”“如果轻易地对这种或那种法制常常作这样或那样的废改，民众守法的习性必然消减，而法律的威信也就跟着削弱了。”<sup>③</sup> 这是多少年来无论是立法者还是司法者认识、信奉法律稳定性的至理明言。

从法律上述两性的积极意义上看，确定性和普遍性使得法律成为一种无私无欲的客观尺度和规矩绳墨。以此给人们带来安全和权威。从而使法律成为法律主体之间、以及同国家之间互相约

---

① 《西方法律思想与立法史略》，徐国栋，《比较法研究》1992年，第1期，第2—3页。

② 《立法至上与法治，民主与宪政》，阿伦，《法学译丛》，1986年，第3期。

③ 《亚里士多德法治思想探索》，武树臣，《法学》，1985年，第5期。

束和制约的至关重要的显见科学、文明属性的手段。法律也因此而具有伟大的社会价值。

然而，事物的性质总是具有两面性：正面和负面。正面价值的获得与负面价值的存在同时蕴容于同一事物之中。上述两性给法律带来巨大正面效应时，因两性所生之法律的缺陷也因此而产生。

法律分为实体法律和程序法律。实体法律和程序法律二元之结合或简单相加即构成法律之完整体系。<sup>①</sup>

普遍性和确定性已融进实体法对实体权利和实体义务之配置之中去了。参加民事法律关系的主体，其在民事法律关系中的权利、义务在其即将参加进这种关系时已经得到配置。这种配置具有确定性，但是这种配置是以假设为前提的。以民法通则第71条为例：“财产所有权是指所有人依法对自己的财产享有占有、使用、收益和处分的权利。”这里起码有这么几个假设因素：其一你是不是财产所有人即对权利主体的资格（适格）怀疑，权利主体是否适格是本条适用的基本前提，暗含适格的主体才能对自己的

---

① 注：西方法律文化中将“法”和“法律”二元化，使之成为对立的范畴。在他们看来，法指的是永恒的，普遍有效的正义原则和道德公理，而法律则指由国家机关制定和颁布的具体行为规则。法律是法的真实或虚假的表现形式。马、恩在《德意志意识形态》中指出，在一定的物质生产关系中“占统治地位的个人除了必须以国家的形式组织自己的力量以外，他们还必须给予他们自己的由这些特定关系所决定的意志以国家意志即法律的一般表现形式。”“他们的个人统治必须同时是一个一般的统治，他们个人的权力的基础就是他们的生活条件是作为对许多个人共同的条件而发展起来的，为了维护这些条件，他们作为统治者，与其他的个人相对立，而同时却主张这些条件对所有的人都有效。由他们的共同利益所决定的这种意志的表现，就是法律。”在这里，马克思主义创始人第一次提出了法是在一定的物质生活关系中占统治地位的统治者的意志，统治者的意志必须以国家即法律的形式存在才具有普遍效力。可以看出，马克思主义也将“法”与“法律”二元化，但又与西方二元化显有区别。本文同意这种二元化认识。但本文也认为，“法”与“法律”在实际中，也有可以混同使用的机会。本处即为一例。

所有物享有占有等四项权能。实践中，这种主体适格问题纷繁复杂。因此，对主体适格问题作肯定时，有许多可变因素。其二占有等四项权能是否在任何情况下都适用？都难以有任何形式的变更和移转？当相邻权发难、因合法原因将四项权利分离，等可变因素出现时，所有权主体对所有物之权利内容便受到了限制。法律给权利主体的权利配置的内涵便受到了冲击。其三权利主体对权利对象行使权利时，是否需要形式上的要求？而形式的多样性又使得权利主体行使权利内容时，含有多种结果趋向和过程趋向，也即过程和结果的多元化。这不得不说是权利配置所造成的可变因素作用的结果。通过对实体法律规范配置权利、义务的考察，可以发现，民事实体法对实体权利、义务的配置是普遍的、确定的、恒定的，这种配置是不容作否定的逆向行为的。但由于民事实体法律规范所暗含的这些可变因素而影响了民事实体法主体权利、义务享有或履行的判定。某权利主体在没有排除可变因素时，尚不能享有这些权利，除非受到其他权利义务方之允可。我们可以说，实体法在配置权利的同时，也配置了可变因素。

各个利益方（对权利的享有即为利益方）对其中一方的利益享有发生怀疑时，该方的利益即处于非最后确定状态，也即处于无利益推定状态。

当非最后确定状态存在时，实体法便进入了盲区。实体权利、义务如何配置，这是实体法本身所不能解决的。

（实体）权利配置对所配置的权利与享有主体之间是既确定又不确定。也恰是实体法的确定性又同时为其本身带来了不确定因素。当满足了实体权利配置所需之条件时，这种配置是确定的，权利与享有主体之间的关系是恒定的。当其他利益方对某特定利益方享有权利、享受利益不满，而且掌握有其与权利之间有可变因素存在时，主体与权利内容在法律上是不在一起的。民事程序机制中的保全制度便是这一现象在法律上的映象。保全措施的实施，使得权利主体与权利内容之间的关系由动态占有、使用、收益等



变为静态看守，而这种关系在保全之前还是确定的，保全关系标的物的占有、使用、收益和处分仍然归所有者享有。保全制度的设立，已是基于这种可分离关系的特点。也只有这种既可确定又可否定的主体与其权利内容之间的这种关系，才使得民事程序机制具备了发挥作用的广阔天地。

权利有具体权利（恒定权利）与模糊权利之分。具体权利主体与权利内容之间的关系是确定的。模糊权利主体与权利内容之间的关系是不定的、虚化的。造成模糊权利的原因是多方面的。实体法律的确定性与普遍性的天然副作用便可造成可变因素之产生。而可变因素的作用结果之一便是使权利主体与权利内容之间关系之移位。程序的意义就在于将具体权利更加特定、肯定化；将模糊权利予以具体化。通过过程机制的筛选而予以特定化，是排解纷争的最重要、最具公平与正义的手段，是依托国家强制力进行的。

实体法对实体权利的配置（分派）是多义的。表现在下述三个方面：一是实体法是以文字为载体公布于众、昭示于天下的。但文字有时是极不严谨的，文字映入人脑后作出的指示性符号含有多义性。再加上人都有客观局限和历史局限性，因而对文字的理解与判断更是多向的。仍以民法通则第71条为便，对“占有”、“使用”、“收益”、“处分”八个字的理解在学术界尚有很大分歧，更何况非法律学者？二是可变因素加剧了这种多义性。三是恣意的蔓延。这种恣意来源于民事实体法所赋予民事主体的平等地位和意思自治。民事法律关系的产生、变更、发展的过程，就某一个断面而言，只受当事人意志直接支配。比如是代销还是经销？是五万元一吨还是六万元一吨？等等。就某种民事法律关系而言，从产生时起，就受这种意志不定性的影响或曰支配，而个人意志的充分发挥是很难摆脱恣意的。许多民事法律关系的产生、发展、变更、消灭都需要利益各方合意而为。为维护自身利益、各方主体会在自由意志（这种意志虽受法律的宏观调控，比如意志之作出，