

二十一世纪
法学热点系列

The Probe into Theory and Innovation

民事诉讼 理论与改革的探索

of
Civil Action

◎何文燕 廖永安 / 著
中国检察出版社

湖南省教育厅重点立项资助课题

D925.14
H342 ✓

民事诉讼理论与 改革的探索

何文燕 廖永安 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

民事诉讼理论与改革的探索 / 何文燕 廖永安 著. —
北京: 中国检察出版社, 2002. 9
ISBN 7 - 80185 - 003 - 3

I. 民... II. 何... III. 民事诉讼法—研究—文集
IV. D915. 204

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 070279 号

民事诉讼理论与改革的探索

何文燕 廖永安 著

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: www.zgjccbs.com

电子邮箱: zgjcbs@vip.sina.com

电 话: (010)68650027(编辑) 68650015(发行) 68636518(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市印刷厂印刷

开 本: A5

印 张: 14.375 印张

字 数: 399 千字

版 次: 2002 年 10 月第一版 2002 年 10 月第一次印刷

书 号: ISBN 7 - 80185 - 003 - 3 / D · 1003

定 价: 32.00 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 言

江 伟*

自 20 世纪 90 年代以来,我国民事诉讼法学的研究已有了长足发展,诉讼程序的独立价值日益受到理论界和司法实务界的重视,并对民事司法制度产生越来越深刻的影响。从某种意义上说,我国能否稳步地迈向法治社会,关键在于能否通过程序保障法律的实施与公民权利的实现。因此,在中国,法制现代化的实现无疑应当以法制程序化为枢纽。

我国现行的民事诉讼法颁布于 20 世纪 90 年代初,尽管当时已开始实行商品经济,但民事诉讼法的制订还是深受计划经济体制下形成的传统价值观念的影响,其中的许多规定都明显地带有那个时代的痕迹和烙印。随着市场经济体制在我国的全面确立和发展,以及民事诉讼理论研究和审判方式改革的不断深入,民事诉讼法所存在的缺陷与不足已开始逐渐展现在我们面前。本书作者立足我国当前民事司法的现状,紧紧围绕“改革”这一时代主题,在对民事诉讼基本理论展开研究的同时,对我国民事诉讼制度的改革进行了大胆而有益的探索。

概括起来,本书具有以下几个方面的特点:一是基本理论与具体诉讼制度改革相结合,充分体现了理论研究对具体制度建构与改革的指导意义。二是对具体制度的研究充分运用了历史的和比

* 中国人民大学法学院教授,博士研究生导师,中国法学会诉讼法学研究会名誉会长。

较的方法，提出了不少既务实又有创新性的观点，如审级制度与诉讼费用制度的改革，证人制度与民事撤诉制度的改革，以及简易程序的改革等等。三是研究视野开阔，作者广泛涉猎了哲学、社会学、历史学等多学科的知识，将民事诉讼制度置于社会总体结构中进行考察和研究，从而使问题的研究得以进一步的深化。四是分散与统一相结合，全书由十七章组成，各部分既相对独立，但彼此又密切联系，全书以诉讼制度改革为主线，将各章的内容有机衔接，从而使本书在结构上仍不失其逻辑性。当然，本书中的有些观点仍有待进一步商榷，有些内容的研究尚需进一步拓展，但作为一部研究民事诉讼理论与民事诉讼制度改革专著，对于我国正在进行的民事司法改革以及将来民诉法的修订无疑具有重大的理论价值和实践指导意义。

本书作者之一的何文燕教授是我熟知的一位十分勤奋务实的民事诉讼法学者，长期从事民事诉讼法的教学与研究工作，近年已发表了不少颇有分量的成果。本书作者之一的廖永安副教授是何文燕教授指导的硕士毕业生，现正在人民大学攻读博士学位，他思维敏锐、勇于开拓创新，发表学术论文四十余篇，是一位颇有发展潜力的青年民事诉讼法学者。今看到他们著作的问世，我感到由衷的高兴，并祝他们在今后的科研工作中取得更大的成绩。

2002年5月18日

于中国人民大学静园



民事诉讼 理论与改革的探索

of **ivil** Action

内 容 提 要

本书作者立足我国当前民事司法的现状,紧紧围绕“改革”这一时代主题,在对民事诉讼基本理论展开研究的同时,对我国民事诉讼制度的改革进行了大胆而有益的探索。具有以下几个方面的特点:一是基本理论与具体诉讼制度改革相结合,充分体现了理论研究对具体制度建构与改革的指导意义。二是对具体制度的研究充分运用了历史的和比较的方法,提出了不少既务实又有创新性的观点。三是研究视野开阔,将民事诉讼制度置于社会总体结构中进行考察和研究,从而使问题的研究得以进一步的深化。四是分散与统一相结合,对于我国正在进行的民事司法改革以及将来民诉法的修订无疑具有重大的理论价值和实践指导意义。



何文燕，女，湖北省竹溪县人。湘潭大学法学院教授，硕士研究生导师，诉讼法硕士学位点负责人。中国法学会诉讼法学研究会理事。湖南省法学会诉讼法学专业委员会副会长。先后独著或合著《民事诉讼理论问题研究》（独著）、《民事诉讼法学新编》（独著）、《民事诉讼法学新论》（主编）、《中国律师制度研究》（参著）、《民事诉讼法学》（主编）、《民事诉讼200问》（合著）等著作15部。在《中国法学》、《法学评论》、《法学》、《湘潭大学学报》等刊物上发表学术论文60余篇。



廖永安，男，汉族，1972年1月出生于湖南安化。1990年考入湘潭大学法律系，1994年，1997年先后获得法学学士和硕士学位，1997年6月毕业留校任教。1998年，2001年先后破格晋升为讲师、副教授。2001年考取中国人民大学法学院博士研究生，师从我国著名民事诉讼法学家江伟教授研习民事诉讼法学。现为湘潭大学法学院副教授、硕士研究生导师。自1994年以来先后在《中国法学》、《法律科学》、《法学评论》、《法商研究》、《诉讼法论丛》、《江苏社会科学》、《人民司法》等杂志发表论文四十余篇。

责任编辑 / 安斌

设计 · Design

目 录

序 言	(1)
第一章 民事诉讼目的初论	(1)
一、民事诉讼目的的哲学基础及其理论价值	(1)
二、民事诉讼目的论的历史考察	(4)
三、民事诉讼目的的多重性	(8)
四、民事诉讼目的确立的依据	(13)
五、民事诉讼目的与相关范畴的关系	(17)
第二章 我国民事诉讼法基本原则评析	(20)
一、民事诉讼法基本原则的涵义及特征分析	(20)
二、对我国民法基本原则的肯定性评价	(22)
三、对我国民事诉讼法基本原则的缺陷分析	(25)
四、我国民事诉讼法基本原则的重整与完善	(28)
第三章 解读民事诉讼中的处分权	(33)
一、关于处分权内涵的分析	(34)
二、民事诉讼处分权的作用与法治功能	(46)
三、保障与强化处分权是深化民事诉讼 改革的关键	(51)
四、民事诉讼处分权的限制理论	(66)
第四章 民事审判权及其运行规制	(75)
一、民事审判权的内涵分析	(75)
二、中外民事审判权的运行模式	(80)

三、我国民事审判权运行失衡及其原因	(86)
四、我国民事审判权异化之矫正	(95)
第五章 诉与诉的标的若干问题	(105)
一、关于诉的含义之辨析	(105)
二、诉的种类	(108)
三、关于诉的要素之辨析	(110)
四、关于诉讼标的理论之探讨	(113)
第六章 我国民事审级制度的改革与完善	(121)
一、我国审级制度的历史考察	(121)
二、外国民事审级制度简介	(124)
三、我国两审终审制的弊端	(128)
四、我国审级制度之改革	(131)
第七章 我国民事诉讼费用制度透视与改革	(136)
一、导言	(136)
二、诉讼费用的含义及构成	(139)
三、影响诉讼费用界定及构成的诸因素分析	(147)
四、民事诉讼费用的性质	(156)
五、民事诉讼费用的征收依据	(160)
六、民事诉讼费用的负担	(171)
七、法院乱收费现象的透视与思考	(180)
第八章 民事诉讼中的当事人	(186)
一、当事人基本理论问题	(186)
二、共同诉讼	(205)
三、民事诉讼中的第三人	(227)
四、群体诉讼中的几个问题	(242)

第九章 我国民事证据制度改革的新探索	(255)
一、民事证据立法的必要性	(255)
二、民事证据立法的指导思想与立法体例	(256)
三、书证制度	(257)
四、证人制度	(259)
五、鉴定制度	(260)
六、免证事实	(262)
七、证据调查	(265)
八、举证责任	(266)
第十章 民事诉讼证人制度改革与完善	(269)
一、证人作证的理论根据	(270)
二、证人作证制度的比较法考察	(279)
三、我国现行证人作证制度的结构性缺陷	(289)
四、完善我国证人作证制度的基本构想	(293)
第十一章 民事诉讼认证制度研究	(302)
一、对民事诉讼认证的界定	(302)
二、民事诉讼认证的内容	(304)
三、民事诉讼认证对象的来源与范围	(307)
四、民事诉讼认证的原则	(312)
五、民事诉讼认证的标准	(315)
六、民事诉讼认证的时段与方式	(323)
七、民事诉讼认证的制度保障	(326)
第十二章 我国民事撤诉制度改革	(331)
一、大陆法系国家民事撤诉制度	(331)
二、英美法系国家民事撤诉制度	(334)
三、两大法系民事撤诉制度之比较	(337)
四、我国民事撤诉制度的现状与改革	(340)

第十三章 我国民事简易程序之重塑	(346)
一、我国简易程序运作之现状	(346)
二、简易程序建构之法理基础	(349)
三、我国简易程序之完善	(355)
第十四章 民事诉讼一审与上诉审关系之重整	(367)
一、我国民事诉讼一审与上诉审的运行现状 及弊端	(368)
二、我国民事诉讼一审与上诉审关系之重整	(373)
第十五章 民事检察监督问题研究	(383)
一、检察机关提起民事诉讼	(383)
二、民事抗诉程序若干问题	(394)
第十六章 错案责任追究制度反思	(412)
一、错案责任追究制度之现状	(412)
二、错案责任追究制度之反思	(414)
第十七章 审判独立与审判监督关系之辩证	(423)
一、审判独立的内涵辨析	(423)
二、审判独立的制度保障	(427)
三、审判独立与审判监督关系辩证	(435)
主要参考文献	(442)
后 记	(451)

第一章 民事诉讼目的初论

一、民事诉讼目的的哲学基础及其理论价值

民事诉讼目的与诉权理论、既判力理论等都是民事诉讼法学最基本的重要理论问题。其中对民事诉讼法学基础理论的研究,是研究民事诉讼中任何具体问题的前提。而目的论又是民事诉讼法学基础理论中前提性理论。从一定意义上说,目的属于哲学范畴,因而对民事诉讼目的的研究离不开对“目的”这一哲学范畴的正确认识。哲学是关于自然界、人类社会和思维最一般发展规律的概括,对人类科学地认识世界和改造世界具有方法论的意义。“目的”作为哲学的一个基本范畴,是人类活动的特点。是人的自身需求与客观对象之间内在联系的一种反映。目的不是某种客观趋势,自然的指向,不是指那种由自然的原因所引起的自然的结果,而是指那种通过意识观念的中介被自觉意识到了的活动或行为所指对象和结果。^①由此可见,“目的”只适用于人事,即与人的活动有关的范畴。可以说任何目的都是人的目的,只有人的活动才有目的性,正如康德所言:有理性者与世界其余物类的分别就在于有理性者能够替自己立个目的。目的是作为主体的人在认识客观世界的过程中,根据自身的需要和对象本身的固有属性预先设计的通过某种活动所要达到的某种结果。也就是说,目的的提出和设定必须以客观因果性和规律性为前提,并且要受人们自己一定社会历史条件的限制。目的是以观念形态存在于人的头脑中的主观追求,是人们实践

① 夏甄陶:《关于目的的哲学》,上海人民出版社1982年版,第7页。

活动的前提和起点。其存在的方式虽然具有主观性，但内容却是客观的，这是因为人的需要和人的活动对象属性是客观的。所以说目的是主客观的辩证统一。人的主体性充分展示在其认识世界的主动性和能动性之中，而这种主动性和能动性的动力又源于人的目的性。同时，目的又是一个动态的概念，随着社会政治、经济的发展，人们需求的不断变化，人的目的也会不断变化。因而，只有在其历史的过程中才能把握目的的真正内涵。民事诉讼作为特殊主体在特殊领域所实施的活动，与一般社会活动相比有其特殊性。其目的确定应立足于民事诉讼的内在规律，反映主体的特定需要和对对象本身属性的关系。根据上述关于目的的哲学探讨，笔者认为民事诉讼目的是指国家基于统治阶级的需要及其对民事纠纷本质属性和规律的认识，而预先设定的期望通过民事诉讼所能达到的理想目标或结果。这一概念表明民事诉讼目的至少包括以下特征：其一，民事诉讼目的是主观与客观的辩证统一。如上所述，就目的存在的方式而言，具有主观性，它是通过意识、观念形态存在于人们的头脑之中，但就其内容而言，则是客观的。因为国家的需要以及民事纠纷的属性都是客观的。民事诉讼制度要受生产力及科学文化发展水平等社会历史条件的制约。其二，民事诉讼目的是国家意志的体现。民事诉讼是一种多方主体参与的特殊社会活动，在这种活动中各诉讼参加者有各自的目的，这些目的既是他们参与诉讼活动的根本动因，也是他们通过民事诉讼活动所追求的理想结果。但因民事诉讼的本质特征在于运用国家公权力介入民事纠纷的解决，因此，从严格意义上说，民事诉讼目的是国家设置民事诉讼制度的目的。本章正是探讨这种意义上的民事诉讼目的。虽然国家在设立民事诉讼目的时，必须充分考虑各诉讼参加者的目的，但只有将其上升为国家的意志才能产生强制推行的效力。其三，民事诉讼目的是基于国家的特定需要和对民事诉讼本质属性及规律的认识而预先设定的民事诉讼结果的理想模式，没有国家和社会的需要，民事诉讼就没有产生和存在的必要，当然也无民事诉讼目的可言，在对民事诉讼本质属性及规律缺乏认识的基础上设定的目的，也会因为不切实际

而无法实现。因此科学的民事诉讼目的必定是主客观辩证统一的结果。同时,民事诉讼目的的是一个动态范畴,从整体上说,维护统治阶级所确立的社会秩序是任何历史阶段、任何国家民事诉讼的根本目的。但民事诉讼的具体目的却因时而异,即使是同一历史时期相同性质的国家之间,由于其任务、价值观念、文化传统等因素之不同,民事诉讼目的也各异。因此,试图用抽象、静止的观点来考察民事诉讼目的都是违背客观规律的,因而是科学的。

目的是构建民事诉讼法学理论体系的基点和归宿,是民事诉讼实践的内在要素和终极目标,^①在民事诉讼法学理论中处于核心地位,是民事诉讼法学的理论基石。其理论意义在于它为民事诉讼法学基础理论的研究提供了一个更高层次的争论场所,人们可以把“民事诉讼法的目的是什么”作为一个单独的问题提出来探讨。因此,作为“民事诉讼理论出发点”的目的论研究的繁荣必然会推动整个民事诉讼法学向纵深发展。在实践上,对民事诉讼目的的研究可以为民事诉讼制度设计提供一种基本理念。此外,目的论还可以为法官的法律解释提供方向性的指导。^②具体表现在以下几个方面:^③ 1. 对民事诉讼目的进行研究,有助于丰富民事诉讼法学理论研究的内容,促进民事诉讼理论体系的完善。以民事诉讼法学研究对象为基准,我们一般将其分为注释民事诉讼法学、对策民事诉讼法学和理论民事诉讼法学。注释民诉法学的任务在于对现行民诉法进行释义;对策民诉法学的任务是研究民事诉讼法律实施中出现的问题,并提出解决问题的方案;理论民诉法学则主要就民事诉讼中的基本理论问题,如诉讼目的、诉讼价值、诉权、诉讼标的、既判力本质、诉讼模式等等问题进行探讨。以往我国民事诉讼法学研究主要侧重于注释民诉法学与对策民诉法学,并在实践中发挥了巨大作用。但在社会主义市场经济条件下,司法实践中的许多新课题单

① 李祖军:《民事诉讼目的论》,法律出版社2000年版,第1页。

② 谭兵:《民事诉讼法学教学参考书》,法律出版社2000年版,第39页。

③ 何文燕:《民事诉讼理论问题研究》,中南工业大学出版社1996年版,第22页。

靠注释法学和对策法学是无法解决的,迫切需要人们把研究的视野更多地移向民事诉讼基本理论的研究。而民事诉讼目的则是理论民事诉讼法学中的一个核心问题,已成为研究民事诉讼制度的前提和出发点。民事诉讼目的的确立,直接影响诉讼主体的确定、诉讼职能的划分、诉讼原则的设立和诉讼模式的构建等。因此,研究民事诉讼目的有利于促进民事诉讼理论向纵深发展。2. 对民事诉讼目的进行深入研究,有助于民事诉讼法的制定、修改与完善。因为立法者在制定或修改民事诉讼法时,必须要有明确的目的,而这种目的又必须有科学的目的理论作支撑。民事诉讼主体的多元化决定了民事诉讼立法既要考虑国家的需要和目的,更要关注诉讼参加者的目的,因为国家设立民事诉讼制度必须通过当事人运用,其目的才能实现,所以国家的目的必须合当事人的目的,这样,民事诉讼立法才具有科学性。3. 研究民事诉讼目的,有助于民事诉讼法的贯彻与实施。一般来说,任何一部完善的立法,其内容范围也总有一定的局限性。民事案件本身千差万别,十分复杂,而社会生活又在不断地发生变化,在诉讼实践中,如何将民事诉讼法的规定适用于具体案件、对法律无明文规定的问题又如何处理等等,都与司法人员的民事诉讼目的观相关。因此,研究民事诉讼目的,树立科学的目的观,有助于司法人员和一般社会成员准确地理解民事诉讼法的精神实质,从而保证民事诉讼的立法意图的充分实现。

二、民事诉讼目的论的历史考察

从历史上看,大陆法系国家的民事诉讼的目的理论大体经历了“保护私权”、“维护私法秩序”和“纠纷解决”三个阶段。^①最早出现的是十九世纪初期的“私权保护说”。这一目的论植根于自由资本主义时期。由于这一时期是近代资本主义开始发展,个人主义处于支配地位,出于反对封建专制主义和发展资本主义经济的需

^① 江伟:《市场经济与民事诉讼法学的使命》,载《现代法学》1996年第3期。

要，登上历史舞台的资产阶级极力反对国家干预经济生活，认为国家的主要作用在于保障公民的权利，因而有“夜警国家”之说。保护私权说就是在这种背景下由德国学者提出的。该说认为，民事争议原本可以通过当事人自力救济方式解决，但国家为了维护自身统治的需要，禁止自力救济。既然如此，那么当民事权利受到侵害或发生争议时，国家就有义务通过诉讼手段保护当事人的权利。而民事权利被认为是私人的权利，因此，国家设立民事诉讼法的目的就是保护社会成员的民事权利，而诉讼只不过是手段。1806年的法国民事诉讼法就是资产阶级反对封建专制及其纠问主义诉讼制度的产物。资产阶级民事法律的私有财产绝对权利、契约自由、意思自治等基本原则在该法中得到了充分体现。反映在诉讼结构上是“彻底的当事人主义”，由当事人主导并控制诉讼进程。然而在这种目的论指导下的民事诉讼结构，因当事人自由放任倾向严重而产生了許多弊端，尤其突出的是诉讼迟缓^①。

十九世纪末，随着自由资本主义向垄断资本主义过渡，在自由经济受到限制的同时，民事诉讼目的理论也发生了变化，在批评“私权保护说”之缺陷的基础上，产生了“维护私法秩序说”，该说认为，民事诉讼目的不只是保护私权，因为从某种意义上说，保护私权只是民事诉讼在客观上起的作用，所以仅仅从保护私权的角度难以界定民事诉讼目的。民事诉讼是以国家制度的组成部分出现的，国家是为了社会整体的需要才设立民事诉讼制度，因此，从整体上维护国家私法秩序是民事诉讼的目的。这种目的论反映在民事诉讼结构上，便是所谓的职权主义。即在诉讼中国家干预有所加强，“当事人进行主义”受到某些限制。

日本由于受德国法的影响，在民事诉讼目的论方面同样反映了这一变迁过程。第二次世界大战前，日本法学界关于民事诉讼目的理论主要有权利保护说和维护私法秩序说，其中维护私法秩序说曾

^① 何文燕，廖永安：《民事诉讼目的之界定》，载《法学评论》1998年第5期。

居于通说地位。^①第二次世界大战后，在日本新宪法和战后民主思潮的影响下，日本学者兼子一先生在1947年发表的著名论文《我们应该回到民事诉讼法的出发点》中，第一次提出了民事诉讼和民事审判目的是以国家权力解决和调整私人之间纠纷和利害冲突的解决纠纷说。^②兼子一认为，民事诉讼的出发点和目的并不是从先有的实体权利出发确认当事人之间原有的权利义务关系，而是要解决当事人之间活生生的纠纷。私法与其说是私人生活规范，倒不如说是为了解决纠纷而制定的规范，是为裁判而制定的规范。民事诉讼也如仲裁、调停一样是解决民事纠纷的一种方式，法院审判民事案件也是以解决当事人之间的纠纷为目的，而不是从既存的实体权利出发来确认当事人之间原有的权利义务关系。因此，民事诉讼目的是解决纠纷，而不是达到案情客观真实。因为民事案件与刑事案件不同，如果加进时间因素的话，当事人之间的利害关系随时在变化，即使完全达到客观真实，纠纷不见得都能得到解决。^③现在日本民事诉讼法学界公认：把兼子一先生的解决纠纷说作为民事诉讼法学理论的出发点是正确的。当然，这并不是说民事诉讼目的在日本已经定论，从现在日本理论界的情况看，并不都认为解决纠纷是惟一的目的，许多学者认为保护私法权利和维护私法秩序也是民事诉讼目的。这种观点实际上属于目的多元说。此外，还有些学者提出了“程序保障说”和“权利保障说”。“程序保障说”从正当程序原理出发提出了如下观点：在双方对立的诉讼构造中，充分保护双方当事人对其主张的举证机会；在审理中必须注重通过程序保护当事人的权利，应该从审判结果偏向主义转向程序本身。也就是说，对当事人在诉讼中的权利平等地加以分配和保护。只不过这里的平等分配，已经成为程序的核心内容，程序本身也不再是手段，而是目的。“权利保障说”从民事诉讼与宪法、司法作用之间的关系入手分析民事诉讼的目的，认为，根据宪法理念，民事诉讼是被

① 宋英辉：《刑事诉讼目的论》，中国人民公安大学出版社1995年版。

② 谷口安平：《程序的正义与诉讼》，法律出版社1996年中文版，第49页。

③ 兼子一、竹下守夫：《民事诉讼法》，法律出版社1995年中文版，第17页。