

民事诉讼规则 疑难问题例说

赵泽君 著

中国检察出版社

民事诉讼规则 疑难问题例说

赵泽君 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

民事诉讼规则疑难问题例说 / 赵泽君著. —北京: 中国
检察出版社, 2003.2

ISBN 7-80185-058-0

I. 民... II. 赵... III. 民事诉讼-法则-研究-
中国 IV. D925.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 109233 号

民事诉讼规则疑难问题例说

赵泽君 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.zgjcpb.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

开 本: 850mm×1168mm 32 开

印 张: 13.75 印张

字 数: 354 千字

版 次: 2003 年 3 月第一版 2003 年 3 月第一次印刷

书 号: ISBN 7-80185-058-0 / D·1052

定 价: 20.00 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

民事诉讼法学是一门理论性和实践性很强的学科。通过判例对民事诉讼实务问题进行研究，是理论联系实践、理论指导实践的一种很好的途径。

随着我国市场经济的不断发展和我国正式加入世界贸易组织，一方面民事审判领域不断拓宽，另一方面社会各界要求提高审判质量的呼声对法官的综合素质提出了更高的要求。

案例是法官运用法律解决民事案件的结果，在一定程度上是检验司法公正的“试金石”。提高审判质量、实现司法公正，必须要提高法官的综合素质，其中业务水平的提高离不开对深刻反映审判实践的案例的研究。

尽管我国属成文法国家，判例法不是我国的立法渊源，但我们不能忽视判例的参考作用。对案例的研究，不仅可以提高审判质量、有利于司法公正，而且从技术层面而言，可以发现立法中的不足和漏洞，对探寻弥补法律漏洞有积极作用。

赵泽君同志完成的这部《民事诉讼规则疑难问题例说》，不是就事论事，而是从判例的角度，其中多以自己从事审判工作和律师工作亲自办理的典型案例为引子，运用比较研究的方法，对司法和立法中的问题从学理的视角加以展开和阐释，有依据、有深度和有新意，是一本诉讼理论联系实践，并不乏作者创造性的研究成果。尽管书中有一些观点需要进一步商榷，有的内容还需深入研究，但

作为专门研究民事诉讼实务问题的专著，对当前民事审判方式改革具有重要的理论价值和实践意义。

在赵泽君同志的著作即将付梓之际，应其盛情相邀，欣然为序，以示鼓励和祝贺。

西南政法大学教授、博士生导师常怡

2002年7月9日

前 言

随着我国民主与法制建设的逐步完善，人民法院民事审判程序的规范化和科学化程度，成绩斐然，令人鼓舞。然而，在审判实践中仍存在诸多程序问题，特别是事关当事人合法权益能否得到保护的程序，如诉讼主体问题、管辖权问题、证据问题、诉讼权问题、审判方式问题、裁判文书问题和执行措施问题等，实在令人不安。尽管审判实践中出现的程序问题，原因是多方面的，但与我国目前审判人员有法学理论知识而缺乏审判实践经验或者有审判经验而缺乏较强的法学理论功底的这种状况是分不开的。如何理论联系实际，将抽象的法律用于具体的案例，对审判实践中存在的程序问题进行评析，以指导审判实践，应当是当前理论界和实践中共同探讨和努力的方向。

笔者在从事审判工作和律师工作过程中早有上述意向，现主要从事教学和科研工作并有所成就，故拟精选审判实践中疑难程序的典型案例（其中多数案件是笔者从事审判和律师工作中亲自办理的）以专著形式整理成书，作为笔者从实践到理论的一种深刻感悟。原来书名为《民事诉讼实务问题的法理视角》，考虑写这本书不是着重于理论研究，而是从程序的操作要求出发，便于读者从典型案例中掌握相关诉讼制度的程序规则和程序理念，因此改为现名。

本书从管辖、诉讼主体、证据、庭审、证明标准、证明对象、争点效、判决理由、诉权、律师费用等方面，先提出民事审判中所出现的程序问题或值得商榷的问题，再进行论证和阐述，然后提出所建议的做法及其根据和理论。

本书最明显的特点是以判例为引子，在对各国立法和

司法进行比较研究的基础上,对我国实务中存在的问题从学理上进行研讨,并得出相应的结论。应当指出,判例不同于判例法,但是判例与判例法有着密切的关系,判例意味着一种技术,一种创制法律、解释法律以及弥补法律漏洞的技术方法。我国属成文法国家,判例法不是我国的法律渊源,但我们并不能否认判例在我国成文法和司法实践中的作用。不论是以成文法为特征的大陆法系还是以判例法为特征的英美法系,从上个世纪末以来,两大法系有趋同现象。大陆法系越来越重视判例的作用,英美法系也逐渐重视制定法的作用。考虑到我国经济迅猛发展和立法严重滞后的现实,判例对我国现行立法有补充作用、对司法有弥补法律漏洞的作用。从判例的角度,对我国民事诉讼实务问题加以研究,是一个实践——认识——再实践——再认识的过程,它对探寻立法漏洞的弥补方法和提高审判质量具有特殊的现实意义。同时,对判例的研究,是在说理和证明的基础上进行的,有根据、有理由,是提高审判质量、促进司法公正的一个重要途径。当前我国为保证司法公正而正在进行的民事审判方式改革和司法文书改革,正好可以从研究判例方面得到借鉴。本书对判例的研究,是从正反面提出问题、指出错误并提出较正确的做法及其理由和根据,尽力避免空泛的理论探讨,力求使其具有较强的实践性和可操作性。相信本书对审判人员、律师和其他法律工作者大有裨益。

本书所作各种评析,颇多个人意见,不敢自以为是,绝非标准答案,仍祈法学同仁指教。本书的完成也得益于法学同仁提供的翔实资料,在此表示最衷心的感谢!

赵泽君

2002年10月29日

目 录

序	1
前言	1

第一章 民事诉讼主体问题

一、判例：黄某某、黄某诉四川省某旅游公司交通事故致人死亡之损害赔偿并负担死者生前扶养的人及遗腹子生活费纠纷案	1
二、实务问题	3
三、诉讼主体概念界说	6
(一) 民事主体	6
(二) 诉讼主体	9
四、对诉讼主体与民事主体关系之认识	10
(一) 国外对诉讼主体与民事主体关系的立法体例与理论观点	10
(二) 诉讼主体问题在我国民事诉讼法和学理界的现状	14

五、对边缘主体——胎儿的新思维	32
(一) 胎儿是否是人的思考	32
(二) 对胎儿的民事权利能力和诉讼能力 的新思考	34
六、结论	36

第二章 诉讼管辖权问题

一、判例：河北省邯郸市某总公司诉广西北海市 某粮油贸易公司购销棕榈油合同产品 质量违约、产品质量责任纠纷案	39
二、实务问题	41
三、诉讼管辖权的基本问题	43
(一) 诉讼管辖权的概念	43
(二) 民事诉讼管辖权的种类	45
(三) 诉讼管辖权的意义	53
四、诉讼管辖权的确定	55
(一) 确定诉讼管辖权规则的理念	55
(二) 级别管辖权的确定	61
(三) 地域管辖权的确定	70
(四) 关于规避和违反诉讼管辖权的问题	80
五、结论	83

第三章 司法认知问题——兼与 证明责任比较

一、判例：香港某营造有限公司诉北海某旅游发展有 限公司、北海某国际俱乐部购销合同欠款

纠纷案	87
二、实务问题	89
三、对司法认知与证明责任的一般性认识	92
(一) 司法认知与证明责任概念界说	93
(二) 司法认知与证明责任的关系	97
四、两大法系中司法认知对象的界定	99
(一) 英美法系国家对司法认知对象的划分	99
(二) 大陆法系国家对司法认知事项的立法 规定和学理观点	101
(三) 司法认知的具体范围	102
五、关于司法认知的程序及效力问题	108
(一) 关于司法认知的程序问题	108
(二) 关于司法认知的效力问题	111
六、完善我国司法认知立法的几点建议	113
(一) 增加司法认知事项的范围	113
(二) 明确规定司法认知的必要程序	116
(三) 完善司法认知的效力问题	116
七、结论	117

第四章 民事判决理由问题

一、判例：聂某某诉张某某偿还其夫生前借款案	120
二、实务问题	121
三、对判决理由的比较研究	126
(一) 英美法系国家学理上和立法上对判决 理由的认识和设置	126
(二) 大陆法系国家对判决理由的学理观点	

和立法设置	131
(三) 对英美法系国家判决理由与大陆法系 国家判决理由的比较	135
四、我国民事判决理由中存在的问题以及两大法系 对我国判决理由的借鉴价值	142
(一) 我国审判实务中存在的问题	142
(二) 对我国民事判决理由的立法规定的思考 及其完善	146
五、结论	148

第五章 争点效问题

一、判例：吴某某诉《重庆某报》名誉权损害赔偿 纠纷案	151
二、实务问题	152
三、争点效的形成和发展	156
四、争点效与既判力的关系	160
五、构筑争点效的基础	165
(一) 有利于诉讼经济	166
(二) 有利于判决的稳定性	166
(三) 有利于社会的有序发展	167
(四) 有利于弥补既判力的不足	167
六、争点效与我国民事诉讼	168
(一) 判决主文与判决理由	168
(二) 判决理由与既判力和争点效	170
(三) 我国法院的判决理由与争点效	172
七、结论	174

第六章 民事证明标准问题

一、判例：李某某、张某某诉高某某、陈某某返还 财物纠纷案	177
二、实务问题	179
三、证明责任标准 (standard of proof) 概念的理解	182
(一) 证明标准在大陆法系国家和英美法系国家 的表述	182
(二) 我国民事诉讼法学界对证明标准的 概念表述	184
(三) 拙见——证明标准是证据的证明力在法官 内心所产生的程度的结果	185
四、证明标准的具体定位	187
(一) 大陆法系国家对证明标准的具体定位	187
(二) 英美法系国家对证明标准的具体定位	189
(三) 对两大法系证明标准的比较	196
五、关于我国民事案件证明标准的若干思考	200
(一) 对我国民事案件证明标准具体定位的思考	200
(二) 对设置我国民事案件证明标准制约规则 的思考	204
六、结论	207

第七章 滥诉权问题

一、判例：杨某诉姚某某滥诉权损害赔偿纠纷案	209
二、实务问题	210
三、滥诉权行为的概念和种类	211

(一) 引子	211
(二) 滥诉行为概念表述和种类界定	212
四、对滥诉行为性质的法律分析	218
五、对国外诉讼立法中防范滥诉行为的考察	222
(一) 诚实信用原则	222
(二) 滥诉行为的法律责任	224
六、我国《民事诉讼法》中防范滥诉行为的对策	231
(一) 适当强化诉讼法律规范的强制性	231
(二) 加大民事实体法调整滥诉行为的力度	233
(三) 完善我国民事诉讼法对滥诉权的 调控机制	234
七、结论	236

第八章 股东诉权问题

一、判例：上海某医疗康复器械有限公司诉汪某某 公司股东权益纠纷案	239
二、实务问题	242
三、股东的基本含义与股东诉权评析	243
(一) 股东的基本含义	243
(二) 股东个人诉权的立法模式	245
(三) 评析	247
四、股东诉权的学理分析与运行机制	251
(一) 学理分析	251
(二) 股东诉权的程序机制	257
五、建立我国股东派生诉讼制度的设想	265
六、结论	267

第九章 律师过错责任赔偿制度

一、判例：上海某大厦诉上海某律师事务所	
法律服务费赔偿案	271
二、实务问题	272
三、律师的法律责任	274
(一) 行政责任	274
(二) 刑事责任	276
(三) 民事责任	277
四、对律师费性质的认识	279
(一) 国外的情况	279
(二) 我国的情况	281
五、律师收费标准和争议解决规则	283
(一) 国外的情况	283
(二) 我国的情况	287
六、律师过错责任的认定	290
(一) 律师过错责任概述	290
(二) 律师过错责任的具体表现	292
七、结论	294

第十章 民事证人证言真实性问题

一、判例：李某某诉张某某返还财物纠纷案	301
二、实务问题	303
三、证人证言是民事诉讼中一种重要证据	306
(一) 证人证言在民事诉讼中的地位	307
(二) 证人证言的特点	310

四、规定证人资格是取得真实证言的前提	315
(一) 对国外诉讼法理论中证人资格的比较与评价	316
(二) 对我国民事诉讼中证人资格的新思考	319
五、证人的权利和义务是证人如实作证的必要保证	324
(一) 证人权利和义务之间的关系	324
(二) 证人权利和义务的内容	328
(三) 证人的义务	335
六、对证人的传询质证是保证证言真实性的重要手段	342
(一) 法庭传询证人的重要性	342
(二) 法庭传询证人的形式和策略	345
(三) 对不同证人的询问方法	347
七、审查判断证人证言是确认真实证言的关键	348
(一) 加强立法、完善与审查判断证言有关的规则	349
(二) 推行心理学家对证言的鉴定, 发挥证言鉴定在审查判断证言可靠性问题中的作用	353
(三) 司法实践中审查判断语言时的一般要求	356
八、结论	361

附文

WTO 协议视角下的我国民事诉讼制度中的八个问题	363
一、行政干预司法的问题	363
二、审判公开的问题	365
三、诉讼保全的问题	368

四、举证时限的问题	370
五、诉讼管辖范围的问题	371
六、举证责任倒置的问题	372
七、民事救济措施的问题	373
八、律师业务和律师费用的问题	375
律师拒证权初探	380
一、拒证权的内容	380
二、律师拒证权的价值分析	381
三、我国法律规定律师拒证权的理由	383
关于股东权利保护中的诉讼问题	385
一、引子	385
二、不同观点	386
三、提起股东诉讼的条件	389
WTO 与中国律师	391
一、影响	391
二、利弊	392
三、对策	394
论民事自由裁量权	399
一、民事自由裁量权存在的理由	399
二、民事自由裁量权的制约	402
三、民事自由裁量权的适用范围	405
当事人据实陈述义务初探	408
一、问题的提出	408
二、规定当事人据实陈述义务的价值	410
三、立法建议	413
主要参考文献	418

第一章 民事诉讼 主体问题

一、判 例

黄某某、黄某诉四川省某旅游公司交通事故致人死亡之损害赔偿并负担死者生前扶养的人及遗腹子生活费纠纷案

原告：黄某某，女，32岁，系限制行为能力人。

法定代理人：黄学明，系黄某某之兄。

原告：黄某，女，1992年12月14日生，系黄某某之女。

法定代理人：黄学明，系黄某之舅。

被告：四川某旅游公司。

1992年10月27日晚10时左右，四川某旅游公司（以下简称“某旅游公司”）驾驶员胡某某驾驶本单位三星牌小货车（四川48-10937），从成都返回眉山，行至新津县邓双乡境内省道103线43公里800米处，因超速行驶，违章绕行，将正在该处横穿公路的叶某某撞伤，后叶某某经医治无效死亡。经四川省某县交警队认定，车方某旅公司应负主要责任，死者叶某某负次要责任。对此认定，叶某某的亲属和车方均无异议。车方并先付了丧葬费800元和住院费320元。叶之妻黄某某从小患有小儿麻痹