

民事诉讼制度 改革研究

主 编 = 金 友 成
副主编 = 陈 福 民

MINSHI SUSONG ZHIDU GAIGE YANJIU

中国法制出版社

民事诉讼制度改革研究

主 编 金友成

副主编 陈福民

撰稿人 (依篇章顺序为序):

房保国 邵 军 金友成

吴 雯 黄 胜 潘福仁

陈翠银 陈福民 金革平

牟道媛 陈吉顺

中国法制出版社

责任编辑 王淑敏

图书在版编目 (CIP) 数据

民事诉讼制度改革研究/金友成主编. —北京: 中国法制出版社, 2001.6

ISBN 7-80083-783-1

I. 民… II. 金… III. 民事诉讼-审判-司法制度-改革-研究-中国 IV. D925.11

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2001) 第 037579 号

民事诉讼制度改革研究

MINSHI SUSONG ZHIDU GAIGE YANJIU

主编/金友成

经销/新华书店

印刷/河北省三河市新科印刷厂

开本/850×1168 毫米 32

印张/ 9.125 字数/ 214 千

版次/2001 年 6 月北京第 1 版

2001 年 6 月北京第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80083-783-1/I·D·749

(北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031)

定价: 16.00 元

(如发现印装问题请与本社发行部联系 电话: 66062752)

主编、副主编简介

金友成 华东政法学院教授、民事诉讼法教研室主任、上海市第四律师事务所律师。从事民事诉讼法学和律师学的教学与研究，先后担任民事诉讼法学和公证律师制度的本科生、研究生的教学工作。

主编和参编《中国民事诉讼法教程》、《民事诉讼法学》、《公证与律师制度》等七部著作，在《法学》、《政治与法律》等刊物上发表《反诉与再反诉》、《更换当事人几个法律问题研究》、《论公证文书的强制执行效力》等 30 余篇文章。

陈福民 毕业于华东政法学院，获法学学士、法律硕士学位。现为上海市第一中级人民法院民二庭庭长、高级法官。多年来从事民事审判、法院业余大学和法官培训中心教学培训工作，受聘于华东政法学院担任司法实务课主讲教师，被聘为上海大学法学院兼职教授，主要从事民事诉讼程序、民事诉讼证据、民事审判方式改革和房地产、劳动争议、损害赔偿等理论研究和审判实务。

参编《中国审判方式改革研究》、《离婚纠纷诉讼指南》、《新类型民事案例分析》等书，在《法学》、《法苑》、《解放日报》、《上海法制报》、《中国审判案例要览》等报刊上发表多篇论文与案例评析。

序

《中国审判方式改革研究》是一个大型研究项目，历经近两年的努力，现已完成。本书是此项目最后的研究成果之一。让我们庆贺这一项目的顺利完成！

十一届三中全会以后，中国逐步走上了法制的道路，并在立法和司法方面都取得了巨大的成就。“十五”大以后，依法治国成了我国的基本治国方略。这就对中国的立法和司法提出了更高的要求，尤其是在司法审判方面。可是，中国的司法审判还存在问题，有滞后于立法的倾向，包括审判方式。审判方式不改革，就无法真正体现公开、公正、公平的司法原则，并直接影响司法质量，不利于法治。因此，有必要对现行的审判方式做些改革，使其更为完善。

1998年《中国审判方式改革研究》项目正式启动，具体的内容包括进行调查研究、到香港的有关机关考察、召开各种研讨会、发表有系列论文、撰写论文集和学术专著等。《中国民事诉讼制度改革研究》一书正是其中的学术专著之一。它从陪审制度、反诉制度、民诉检察监督制度、调查令制度等多种角度，对中国的民事诉讼制度的改革作了探讨和研究，有特色，也有新意。

此书的作者主要由两部分人员组成。一部分是我院法律系的教师，另一部分是法院的法官。他们都对中国民事诉讼制度的改革作过研究或尝试，并有一定的理论经验和体会。同时，他们的工作岗位不同，知识结构也各有侧重，各有优势，结合起来便可

2 民事诉讼制度改革研究

互补互助，形成新的合力。此专著正是这种合力的结果。从这一结果也可以看到其中贯穿着理论与实践的结合，法学知识与司法运用的结合，思想设计与技术操作的结合。可以想像，如果不是由这两部分人员组成，就不可能有此结合，也不能有这一成果。

当然，与许多学术专著一样，此专著只是对中国改革民事诉讼制度发表自己的看法和意见，属于一家之言。其中，有些观点可能还不很成熟，有些观点甚至还有悖于现在的一些实际做法。但是，从中仍可给人以启示，并起到抛砖引玉的作用。

在进行这一项目的过程中，曾得到过多方的厚爱，在此一并表示衷心感谢！我院的前任院长曹建明教授、现任院长何勤华教授和其他院领导都曾对此项目倾注了热忱的关心；美国福特基金和张乐伦小组给予此项目以热情的帮助；在香港考察期间，法律教育信托基金和陈小玲小姐、高等法院和陈兆恺首席大法官、廉政公署和张爱伦主任、律政司和黄继儿大律师、国际仲裁中心和陶荣秘书长、法律援助署和陈树镓太平绅士、香港大学法学院和陈弘毅教授、城市大学法学院和王晨光教授、邓耀雄苏合成律师和邓耀雄苏合成律师事务所等单位的朋友们，均对此项目给予了很大的支持。我们课题组会永记这种可贵的关心、帮助和支持！

此书将出版了，我们的项目也完成了，可是对中国审判方式改革的研究还在进行，期望这一研究与改革一样，不断深入、发展。

《中国审判方式改革研究》项目主持人
华东政法学院副院长 王立民教授

2000年9月

目 录

序	王立民 (1)
第一章 关于我国“诉讼法哲学”的构建	(1)
一、“诉讼法哲学”的概念与性质	(1)
二、我国“诉讼法哲学”的基本范畴	(3)
三、研究“诉讼法哲学”的意义	(7)
第二章 “以事实为根据”原则之再思考	(8)
一、理论上的误区：诉讼活动仅仅是一项 认识活动吗	(9)
二、事实上的“乌托邦”：客观事实真的 能够发现吗	(11)
三、证据制度上的形而上学：反思我国的 “实事求是证据制度”	(14)
四、证明制度的先天不足：对我国的证明 标准与证明责任的评析	(16)
第三章 我国陪审制度存废之争研究	(20)
一、我国有关陪审制度存废的主要观点	(21)
二、我国的陪审制度应当废除	(22)
三、废除我国陪审制度的理性思考——驳陪 审制度的“保留说”与“改革完善说”	(32)
第四章 诉讼主体与民事主体分离若干问题 研究	(36)
一、诉讼主体与民事主体分离同民事权利	

2 民事诉讼制度改革研究

与民事权利能力分离的关系	(36)
二、诉讼主体与民事主体分离同诉权的关系	(38)
三、诉讼主体与民事主体分离在我国民事诉讼法 中的演进	(39)
四、外国立法中的诉讼主体与民事主体的分离	(44)
第五章 反诉制度研究	(47)
一、反诉的内涵与性质	(47)
二、反诉的特征	(53)
三、提起反诉的条件	(57)
四、关于反诉案件的审理	(63)
五、关于强制反诉与再反诉	(65)
第六章 民事诉讼检察监督制度研究	(69)
一、确立和完善民事诉讼检察监督制度 是我国宪法体制的要求	(69)
二、当前民事诉讼检察监督中存在的问题	(73)
三、关于检察机关行使法律监督权的方式 和手段	(75)
四、关于基层检察院抗诉权和再审案件的 审级	(77)
五、关于再审结案的方式	(79)
六、关于检察机关在民事诉讼检察监督中 的调查取证权	(81)
七、关于解决当前民事诉讼检察监督实践 中存在的问题的思考	(82)
第七章 程序异化研究	(85)
一、引言	(85)
二、程序异化的界定	(85)
三、程序异化的表现	(90)

四、程序异化的解构	(102)
第八章 私自录音的证据效力研究	(104)
一、私自录音的含义与分析	(104)
二、私自录音的性质与效力	(106)
三、私自录音证据的运用与完善	(109)
第九章 亲子鉴定的证据效力与程序研究	(112)
一、亲子鉴定在民事审判中的运用和发展	(112)
二、亲子鉴定在民事审判中的证据效力	(114)
三、民事审判中运用亲子鉴定的原则和条件	(116)
四、对民事审判运用亲子鉴定的几点立法建议	(119)
第十章 调查令制度研究	(122)
一、我国调查令制度产生的历史背景	(122)
二、调查令制度的法律性质	(123)
三、设立调查令制度的必要性及其意义	(124)
四、司法实践中调查令制度的实施	(126)
五、调查令制度的完善	(127)
第十一章 民事证明责任制度研究	(130)
一、证明责任的基本含义	(130)
二、证明责任的法律性质	(133)
三、我国证明责任制度之现状	(135)
四、完善民事证明责任制度的必要性	(137)
五、完善民事证明责任的几点建议	(138)
六、当事人举证与人民法院查证的关系	(152)
第十二章 民事举证时限制度研究	(157)
一、各国关于举证时限制度的规定	(157)
二、我国民事举证时限制度之原则、依据 及缺陷	(158)
三、设立举证时限制度的目的及依据	(160)

四、设立举证时限制度的意义	(165)
五、完善我国举证时限制度的构想	(165)
第十三章 民事质证制度研究(上)	(170)
一、质证制度的基本含义	(170)
二、我国民事质证制度之现状及缺陷	(170)
三、质证模式的设置	(172)
四、质证制度的构想	(173)
五、质证的方式	(174)
第十四章 民事质证制度研究(下)	(177)
一、质证的性质和特征	(177)
二、质证的模式选择	(180)
三、质证的构成要素	(183)
四、质证与审判方式改革	(187)
第十五章 民事认证制度的构建研究	(192)
一、认证的基本含义与性质	(192)
二、建立民事认证制度的必要性	(193)
三、举证、质证和认证之关系	(194)
四、设立民事认证制度的构想	(195)
五、当庭认证的要求	(198)
第十六章 我国审前准备程序的构建研究	(202)
一、我国当前审前准备程序改革的实践	(203)
二、我国审前准备程序改革所应坚持的 价值取向	(205)
三、建立我国审前准备程序的制度创新	(209)
第十七章 民事执行的对象、规程和期限 的研究	(215)
一、执行的对象	(215)
二、执行的规程——操作程序和执行措施	(226)

三、执行的期限——效率和社会经济关系	
稳定的需要	(234)
第十八章 民事判决、裁定及其执行中的	
利息计算问题研究	(243)
一、中国人民银行关于贷款利率及结息办	
法的有关规定	(244)
二、财务管理实务中实际贷款利率的核算	(246)
三、民事判决、裁定及其执行中计算利息	
应当适用“挤占挪用贷款利率”并	
按季计收复利	(251)
第十九章 关于民事诉讼法实施过程中若干	
问题的探讨	(261)
一、关于再审制度	(261)
二、关于审级制度	(263)
三、关于执行问题	(265)
四、关于陪审制度	(269)
第二十章 应当重视民法中程序问题的研究	(272)
一、民法与民诉法分野的历史考察	(272)
二、应当重视民法中的程序性规定	(274)
后记	(276)

第一章 关于我国“诉讼法哲学”的构建

长期以来,由于受“重实体、轻程序”观念的影响,我国的诉讼法一直附庸于实体法,诉讼法学未能得到人们足够的重视,更未有过充足的发展。即使在强调“依法治国”的今天,诉讼法学的勃兴仍是遥远的事情;尽管“程序正义”已为部分学者所认识,但对程序法的基础理论研究匮乏。诉讼法的出路何在?这是我们不得不思考的问题。振兴与重估我国的诉讼法学,应是当代学人责无旁贷的重任。

我国诉讼法学的振兴与重估,既是一项系统建设的工程,又是一项宏伟的事业。而“诉讼法哲学”的提出与构建,则是这场伟大的“诉讼法学革命”的基点与突破口。因为“我们的时代是一个反思的时代,崇尚思辩应该成为这个时代的特征”。诉讼法学如欲无愧于这个时代的重托与厚望,必须提高自身的理论层次,引入哲学思维,使诉讼法的理论思辩成为时代本质的思维,与时代变革的脉搏跳动合拍。^①

一、“诉讼法哲学”的概念与性质

应当说,在民法学中有“民法哲学”,在刑法学中有“刑法

^① 陈兴良:《刑法哲学》“题记”语,中国政法大学出版社1997年8月第1次修订版。

哲学”，那么在诉讼法学中有无独立的“哲学”呢？笔者认为，答案应当是肯定的。也就是说，诉讼法学应该有它独立的哲学基础；诉讼法学应该成为一门超越简单法条注释之上的理论法学。然而，对于“诉讼法哲学”这一论域，以往学者们关注甚少或者无人问津，以致这一论题至今仍成为诉讼法学界研究中的空白与盲区。

笔者认为，对“诉讼法哲学”的界定，不能简单地套用哲学上的概念，它应具有独立的内涵。简单地说，“诉讼法哲学”，又可称为诉讼法法理学，它是对诉讼法所蕴涵的法理提升到哲学高度进行研究的一门学科；具体说来，“诉讼法哲学”是对程序正义、程序目的、程序价值、程序异化等一系列诉讼法基础理论性问题进行研究的总称。^①它不仅对一些实然的具体制度进行解说、回答现实中的问题，而且也对应然的程序与诉讼理念进行阐述，析明“现代程序法的精神”。因此，从总体看来，“诉讼法哲学”应是一门纯粹的理论法学，它是诉讼法学的哲学性思维与最高抽象，是哲学、法哲学、法理学等方法在诉讼法学领域中的具体运用。

关于“诉讼法哲学”的性质，笔者认为，可以概括为以下几个方面：

第一、“诉讼法哲学”不是哲学，它是诉讼法学的一门分支学科，它既不属于哲学的研究范畴，也不属于诉讼法学与哲学的边缘学科；^②

第二、“诉讼法哲学”的研究范围包括诉讼法学的全部领域

① 严格说来，“诉讼法”不等于“程序法”，“程序法”的内涵要大于“诉讼法”，它除包括“诉讼法”外，还包括“非讼法”。对于非讼程序，也宜纳入研究的视野。

② 此观点得益于华东政法学院李锡鹤教授对“民法哲学”的研究。

和全部内容，研究对象是诉讼法学的一般基本理论；

第三、“诉讼法哲学”着眼于对诉讼法学的宏观研究、整体探讨与哲学性概括，而不留恋于具体制度的分析（尽管具体制度的分析为“诉讼法哲学”提供了材料来源与研究基础，但“诉讼法哲学”无论如何都不能是一项各种零星研究的大杂烩）；

第四、“诉讼法哲学”着眼于整个诉讼制度的研究，而无刑事、民事诉讼和行政诉讼的差别，它拒绝过于细致的分科；

第五、“诉讼法哲学”作为一种整体观与方法论，对诉讼法学的全部研究工作，具有比法哲学而言更为具体的指导作用，这是“诉讼法哲学”的存在根据，也是研究“诉讼法哲学”的价值所在；

最后、“诉讼法哲学”与法哲学之间存在密切的联系，因此，“诉讼法哲学”的发展应当关注法哲学的研究动向。

二、我国“诉讼法哲学”的基本范畴

在哲学中，范畴是主体的思维掌握客观世界普遍的或本质的联系的关节点或支撑点。如果“没有范畴，人们就不可能掌握客观世界的普遍或本质联系，也就不可能建立起任何科学理论体系”；范畴具有“奠基的功能”和“凝聚的功能”。^①相应地，“诉讼法哲学”的范畴，则是构建整个“诉讼法哲学”大厦的基石与起点，对此要进行“遴选”，即按照一定的标准将某些诉讼法概念选择，并列入诉讼法哲学的范畴体系。

“诉讼法哲学”是一个大的“系统”，或是一个大的体系，它是由一系列的“子系统”或“基本范畴”所构成。这些“基本范

^① 陈兴良著：《刑法哲学》，中国政法大学出版社1997年8月第1次修订版，第11页、第13页。

畴”包括（但不完全限于）：

1. 程序：以人为本。也就是以“人”为基点看程序。由于一切程序的设置归根结底皆为人，所以从“人”的角度看程序，探讨程序法的人文基础，具有重大意义。

2. 程序法的人文关怀。正当程序、实体真实的矛盾与冲突，是程序法的难解之题。在强化程序法治的今天，研究程序法的人权保障功能，是一个有益的探索。

3. “程序正义论”。程序与实体的关系，是一个值得探讨的话题。程序除具有服务于实体的“工具性”价值外，还具有独立的“内在价值”——程序正义。

4. “程序价值论”。公平与效率是现代程序法的两大价值目标，在确保程序公正的前提下，应当注重程序的经济分析，提高程序设置与运行的效率，实现程序价值的多元化。

5. “程序目的论”。惩罚犯罪，保障公民合法权益，成为刑事诉讼的双重目的；解决纠纷，保障私权，乃是民事诉讼的归宿。程序目的的合理构建是整个诉讼制度赖以建立的基础。

6. “程序异化论”。“程序异化”是对程序本质与程序价值的背离，它包括程序的内在异化和外在异化两种情况，表现为程序非正义、非效率、非自治、非安定、非理性、非参与、非人道、非中立等诸种情形。在高扬程序正义的今天，不应忽视“程序异化”问题，对此尤应重视。

7. “诉讼主体论”。提高原告、被告、被害人的诉讼处境，确保其平等的诉讼主体地位，克服诉讼地位客体化的倾向，对于保障当事人实体权利和保障当事人诉讼权利的实现，具有重大意义。

8. “诉讼行为论”。诉讼行为是指诉讼程序中主体动态的，能够引起诉讼法律效果的行为；在诉讼程序中，各种主体的诉讼行为交错，结成相互交联的行为锁链，使诉讼程序本身具有张

力、收缩力、以及永恒不变的生命力。^①而在我国，这一理论研究匮乏。

9. “诉讼客体论”。同“诉讼行为论”一样，“诉讼客体论”也是德国、日本、台湾地区诉讼法学理论的一个基本范畴，而在中国大陆，这些概念都尚未得到足够的重视。

10. “诉讼模式论”。研究弹劾式、纠问式、混合式诉讼模式，糅合当事人主义与职权主义，借鉴不同模式的优点，有助于完善我国审判方式，确保诉讼的公正。

11. “诉讼结构论”。如何选择适当的“线型结构”、“三角结构”、“混合结构”等诉讼构造，合理构筑我国的诉讼结构，是一个饶有兴趣的问题。

12. “诉讼职能论”。在刑事诉讼中，应当正确协调控诉、辩护、审判三大诉讼职能。

13. “诉、诉权论”。这是民事诉讼理论的核心问题。应当正确认识诉、诉讼标的、诉的理由，切实保障当事人的诉权。

14. “诉讼标的论”。基于诉讼标的的特殊性，宜单列予以研究。

15. “既判力理论”。无论是刑事、民事还是行政裁判，都应具有相对的稳定性和既判力，未经法定程序，不得随意推翻。

16. 另外还有“诉讼文化论”、“诉讼效率论”、“诉讼社会学”、“诉讼制度史”和“诉讼思想史”等。

上文列举的有关我国“诉讼法哲学”的十六项“基本范畴”，并不是杂乱无章的堆砌，而是有着内在的逻辑联系，组成了一个完整的“诉讼法哲学”体系。其中：（1）“程序法的人性基础”和“程序法的人文关怀”，是从“人”的角度看程序，这二者构成了诉讼法的人文基础；（2）“程序正义论”、“程序价值论”则

① 刘荣军著：《程序保障的理论视角》，法律出版社1999年版，第222页。

是对应然程序法的追求；而“程序异化”却是对程序内在价值对外在价值的背离。(3)“程序目的论”是整个诉讼法学的核心与归宿，是诉讼法哲学大厦建立的基石，一切诉讼制度皆由诉讼目的而引发；(4)“诉讼主体论”、“诉讼行为论”与“诉讼客体论”，三者构成了“诉讼法律关系论”；(5)“诉讼模式论”、“诉讼结构论”和“诉讼职能论”，是从诉讼构造角度对诉讼的考察；(6)“诉、诉权论”、“诉讼标的论”、“既判力论”，乃是从诉、诉权视角的分析；(7)最后、至于“诉讼文化论”、“诉讼效率论”、“诉讼社会学”、“诉讼制度史”等，则是从文化学、经济学、社会学、历史学等角度的研究，体现了诉讼程序研究视角的多元化。

这些“基本范畴”的相互关系，可以列表显示如下：

