

诉讼漫谈

罗德银 著



诉讼漫谈

罗德银 著

云南人民出版社

一九八九年·昆明

序 言

作者长期从事审判工作，并结合实践勤于诉讼法学研究，曾与他人合写《常用法律知识问答》、《法学入门》、《中学法律常识教学辅导》、《九法一条例问题解答》、《学习宪法维护安定团结》、《企业普法必读》等书出版；发表了法学理论和司法研究的文章二百多篇；现在由云南人民出版社出版的《诉讼漫谈》一书，是作者从事多年诉讼法学研究的基础上撰写的。

《诉讼漫谈》是一本诉讼知识荟萃的读物，是我国诉讼法学研究中的重要著作。本书不仅全面论述了刑事、民事、行政等多方面的诉讼问题，而且有作者的主张，观点明确，富于启迪。特别是作者用改革的思想，根据党的十三大精神，论述了我国诉讼制度的健全、创新和发展，并联系司法实践，结合古代的和国外的诉讼情况，论证了我国诉讼法学日益发展的优越性。为了让广大读者获得诉讼的基本知识，书中阐述了诉讼与法制、诉讼与证据、诉讼与司法机关和当事人等多方面的关系，以及当事人在诉讼中的权利和义务，还介绍了常用的起诉、应诉、上诉、判决等主要诉讼文书和司法文书的制作知识。所以，这本书具有知识性、理论性、实践性相结合的特点，并且适用性强，它对于诉讼法学的研究、教学和司法工作，以及对于律师工作和老百姓打官司等，都具有一定的现实意义，对加强法制将起到它应有的作用。

实践是理论的基础，理论是对实践进行总结和研究的发展。作者所以能够在本书中对诉讼的理论与实践，大胆探索，勇于创新，这与他长期从事审判工作和勤奋法学研究是分不开的。祝愿作者在“一手抓建设和改革，一手抓法制”的思想指导下，为加强法制不断作出新的贡献。

王洪俊

1988年7月30日于重庆

目 录

第一章 诉讼与法制	(1)
第一节 诉讼的渊源和意义.....	(1)
第二节 诉讼的形式和制度.....	(3)
第三节 诉讼的原则.....	(5)
第二章 诉讼与证据	(14)
第一节 诉讼证据的地位和作用.....	(14)
第二节 诉讼证据的分类.....	(18)
第三节 诉讼的证据制度.....	(20)
第三章 诉讼法律关系中的司法机关	(33)
第一节 诉讼法律关系.....	(33)
第二节 诉讼中的侦查机关.....	(37)
第三节 诉讼中的检察机关.....	(38)
第四节 诉讼中的人民法院.....	(41)
第五节 诉讼中的司法行政机关.....	(43)
第四章 诉讼法律关系中的诉讼参与人	(46)
第一节 刑事诉讼当事人的权利义务.....	(46)
第二节 民事诉讼当事人的权利义务.....	(51)
第三节 行政诉讼当事人的权利义务.....	(55)
第四节 其他诉讼参与人的权利义务.....	(57)
第五章 诉讼文书	(62)
第一节 司法文书.....	(62)

一	公安机关的主要司法文书	(62)
二	检察机关的主要司法文书	(67)
三	人民法院的主要司法文书	(74)
四	司法行政机关的主要司法文书	(80)
第二节	其他诉讼文书	(81)
一	自诉状	(81)
二	答辩状	(82)
三	辩护词	(84)
四	上诉状	(85)
五	申诉书	(87)
第六章	诉讼时效	(90)
第一节	诉讼时效的意义	(90)
第二节	诉讼时效的种类	(92)
第三节	诉讼时效的计算	(93)
第四节	行政诉讼时效	(94)
第七章	刑事诉讼	(97)
第一节	刑事诉讼的地位	(97)
第二节	刑事诉讼第一审的方式	(101)
第三节	刑事诉讼第二审的特点	(109)
第四节	刑事诉讼程序制度的建立和发展	(115)
第八章	民事诉讼	(126)
第一节	民事诉讼的作用	(126)
第二节	民事诉讼的管辖和原则的有关问题	(129)
第三节	民事诉讼的程序和执行措施	(132)
第四节	涉外民事诉讼的几个问题	(144)
第九章	经济诉讼	(149)
第一节	经济诉讼的成因	(149)

第二节	经济诉讼的审理·····	(152)
第三节	审理经济诉讼案应注意的问题·····	(154)
第十章	行政诉讼·····	(162)
第一节	行政诉讼与诉讼法制·····	(162)
第二节	行政诉讼的提起·····	(166)
第三节	行政诉讼的种类·····	(175)
第四节	行政诉讼的原则、管辖和审理·····	(177)
第五节	部分行政执行不可中止·····	(182)
第六节	行政诉讼的几点探讨·····	(185)
第十一章	对一些有关诉讼问题的意见·····	(189)
第一节	民事检察与民事诉讼·····	(189)
第二节	慎刑、昭信与防范·····	(194)
第三节	诉讼中“加强司法，严肃执法”·····	(201)
第四节	司法工作的改革·····	(205)
第五节	律师体制的改革·····	(209)
第六节	诉讼与公正性·····	(215)
附 记	诉讼费和司法协助·····	(224)
一	诉讼费·····	(224)
二	司法协助·····	(227)
附：	中华人民共和国刑事诉讼法·····	(229)
	中华人民共和国民事诉讼法（试行）·····	(261)
	中华人民共和国行政诉讼法·····	(301)
后 记	·····	(316)

第一章 诉讼与法制

如同犯罪生产法官一样，争讼生产法制，法制寓于诉讼之中。但是，没有法制就难于进行诉讼。所以，诉讼的意义，诉讼的形式和制度，诉讼的原则，都取决于法制的内容，是法制的一种体现。

第一节 诉讼的渊源和意义

诉讼含告状、争讼、断讼这三层意思。（1）原告起诉；（2）被告应诉和互相争辩；（3）法官根据原告、被告双方争执的事实，分清是非，依法断案，作出裁定或判决，并且依法交付执行。从字义上讲，“诉”即告诉，告状，控告，上诉，诉说，诉苦等；“讼”即争辩，争论，辩明曲直。诉与讼之间是互相依存、互相矛盾的，是对立统一的关系，讼生于诉，没有诉即无讼。以法学而论，诉讼是法律规定的活动程序，是司法机关在当事人和其他诉讼参与人的参加下，依照法定程序，为解决案件实体问题而进行的全部活动。所以，诉讼是人们习惯说的“打官司”。

“打官司”是人类社会存在的正常现象。自古以来，社会生活中总是存在矛盾，存在是非之争，存在诉讼现象。原始社会就有诉讼。恩格斯在《反杜林论》中描写原始社会诉讼情形时指出：人们刚刚脱离动物界的时候，社会就不能不由个别成

员去负责“解决争端”。我国有文字记载的诉讼见于殷、周之际。《周易正义·讼》云：“讼，上刚下险，险而健，讼。讼，有孚，窒惕中吉”。这是说，争讼发生在那些险恶而性格粗野者之中；讼端既起，就应当及时得到信服人意的处理，以利于平息争讼。古代如此，即使到了共产主义社会，诉讼亦难避免。列宁曾指出：共产主义社会也会有人捣乱，也会有“镇压这种捣乱的必要性”（《列宁选集》第3卷第249页）。毛泽东同志在党的八届二中全会上也说过：“看来，法庭一万年都要。因为在阶级消灭以后，还会有先进和落后的矛盾，人们之间还会有斗争，还会有打架的，还可能出各种乱子，你没有法庭怎么得了呀！”（《毛泽东选集》第5卷第319页）。违法犯罪和侵权行为的存在是发生诉讼的基因。人们的思想认识和觉悟程度历来是有差异的，任何时候都不能达到对于事物的看法和态度的一致，所以，矛盾无时不在，无处不在，没有矛盾就没有社会。矛盾会引起争辩，有的甚至会引起诉讼。既然诉讼是社会生活中不可避免的现象，那么，我们学习和把握诉讼的基本知识，就可以运用法律手段保护自己和帮助别人，也可以运用法律手段维护国家和集体的利益，有利于治理环境和整顿秩序，有利于促进生产力和商品经济的发展。

人们有权把保护自己权益的方法祈求于诉讼和法律。但是，在封建社会里，广大公民难于享受诉讼和法律的保护。那时人们有了冤屈，有的上京城“挝登闻鼓”，如象《包公案》剧中狄龙之妻为狄申冤，三次击鼓要求包公出审；有的“邀车驾”，乘皇帝路过时拦驾申冤；有的是“狱讼”，趁钦差大臣或者皇帝巡查监狱时借机申冤；有的“立肺石”，告状者到皇帝住的城里站立不动，倾肺申冤。其告状之难，足可想象。所谓“八字衙门朝南开，有理无钱莫进来”，老百姓纵有天大冤

屈，也无力进衙门。他们即使倾家当产到了“大堂”，也只受“明镜高悬”的戏弄，因为那是豪绅显贵的天下，往往形成有理却败诉、无理兴威风的面貌。而今天不同了。人民的法庭是依法办事和讲理的地方，是扶正压邪的工具，它对无辜者是“护身符”，对恶势力是“铁手腕”。人民法庭的性质决定它是为人民的。所以今天“打官司”绝非凭钱，全是仗法讲理，实现了人们殷殷向往的“公正廉明”。告状难、断不公的事例虽然有，但那是个别的不应当存在的情形，并且在改革和加强法制中是必然要解决的。现在，如果人们的权益受到非法侵害时，可以委托律师代理进行诉讼，也可以直接诉请法院给以法律保护，即使居住在僻壤之处的人也可以请当地乡镇法律服务所提供法律帮助。那种诉无法门的日子将不会复返了。我们的党和国家采取许多措施保护公民的权利和社会主义的公共利益，立法机关已经制定和正在制定许多法律，司法机关为方便公民诉讼提供了许多条件，律师在积极为社会提供各种法律服务，所以，人们的各种正当权益，都会在诉讼中得到法律保护。

第二节 诉讼的形式和制度

诉讼的形式取决于诉讼的内容。诉讼的内容有刑事的、民事的和行政的，所以，诉讼的形式分为刑事诉讼、民事诉讼、行政诉讼。还有其他的诉讼形式，如经济诉讼、涉外诉讼等。

诉讼的形式虽有几种，但作为国家的诉讼制度是基本一致的。因为诉讼制度是国家体制和民主制度在法律上的一种体现。我们是人民民主专政的社会主义国家，在诉讼方面主要实行人民陪审、合议、回避、两审终审等制度；实行辩护、辩论，公开审判，适用法律一律平等，“以事实为根据，以法律为准绳”，用民族语言文字进行诉讼，当事人诉讼权利平等，

调解原则、保障当事人诉讼权利、司法机关依法独立行使职权和配合与制约、诉讼主权等原则。这些诉讼的制度和原则，是总结了我国民主革命以来的司法经验，借鉴了外国诉讼法制的有益部分，并以宪法为根据制定的，是适合我国现阶段情况的。诉讼法制将随着整个国家法制的健全而逐步完善。诉讼中既要保护国家利益，又要保护当事人的权利，力求做到两者的统一。

诉讼制度是一种法律制度，它是由国家的社会制度和社会形态决定的。由于社会制度不同，由于诉讼与社会性质分不开，在不同社会里有它们各自的诉讼制度。（一）奴隶社会一般实行弹劾式诉讼制度，也称控告式诉讼。即司法机关不主动追诉，有诉者则审，不告不理。即使告的，司法机关也不主动追究责任，只根据原告和被告双方提出的诉讼主张和证据事实作出判决。（二）封建社会总的看来是实行纠问式诉讼制度，也称审问式诉讼。法官主动追究责任，被告人是受审和拷讯的对象，一般没有辩护权利。在刑事诉讼中实行“有罪推定”，被告人尚未被证明无罪以前，即被推定为有罪。封建社会也有相对地局部地实行弹劾式诉讼或称控告式诉讼。例如，我国不仅设立过负责弹劾事宜的谏官、御史台、都察院等机关，而且以弹劾式诉讼进行审理的案子也不乏其例。“公元656年侍御史王义方弹劾中书侍郎李义府好色枉法，逼死大理寺丞毕正文案”便是其一。（《政法论坛》1988年第一期第33页）再从法制看，也有不主动追究责任的，《唐律疏议》规定：丈夫打伤妻子的，“皆须妻妾告乃坐”，妻子打伤丈夫的，“须夫告乃坐”，在亲告乃论的案子中如果本人不告，即使别人告发，司法机关也不受理。（三）资本主义社会实行辩护式诉讼制度，被告人有辩护权利。在刑事诉讼中实行“无罪推定”，被告人

尚未被证明有罪以前，即被推定为无罪。但由于地域和习惯的影响，诉讼制度也有区别：英美法系国家诉讼中实行当事人主义，由诉讼双方在法庭上提证和辩论，法官一般不主动审问，并强调保护被告人的权利。大陆法系国家实行诉讼的职权主义，法官主动审问，较为强调保护国家利益；尽管有诉讼双方的充分辩论，但是，法官不是消极的仲裁者，而是积极审理，作出判决。

第三节 诉讼的原则

诉讼除了有它特定的形式和制度外，还有它特定的基本原则。

诉讼原则是指进行诉讼的基本精神，执行中有一定的灵活性，贯串在诉讼活动的始终，包括立案、侦查、起诉、审判、执行等各个阶段，都要贯彻诉讼的基本原则。

由于对诉讼原则理解不一，所以有的把它写成6个，有的写成13个。根据我国法律规定，诉讼的基本原则可以概括成为十个。

一、当事人双方诉讼权利平等原则。公民权利是平等的，保护公民实体权利手段的诉讼权利也应当是平等的。如果当事人双方的诉讼权利不平等，那么，会发生他们的实体权利不平等。所以，我国民事诉讼法（试行）第5条规定：“保障诉讼当事人平等地行使诉讼权利”。这意味着不因为一方是法人，他方是自然人，或者一方是原告，他方是被告，而在诉讼权利上有所不同。人民法院依法为当事人双方提供平等的诉讼机会，以利于保障他们行使各自的诉讼权利。当事人双方享有平等的诉讼权利，主要表现在：他们都有权委托诉讼代理人，都有权申请回避，提供证据，进行辩论，请求调解，提起上诉，

申请执行；经人民法院许可，都可以查阅本案的庭审笔录，复制庭审材料和法律文书，但是有涉及国家机密和个人隐私的材料除外。诉讼权利平等既适用于中国的诉讼当事人，也适用于在中国打官司的外国当事人。

有人认为企业内部的纵向性承包合同当事人不是平等主体，他们的诉讼权利也不是平等的，这是十分错误的理解。不论任何合同的当事人双方在法律面前都是平等主体，他们都享有平等的诉讼权利，在法律面前没有不平等的当事人。“公民在法律面前一律平等”是宪法的原则，这自然是诉讼法的重要原则。

法律对一切公民的平等性，体现了诉讼的公道。以刑事诉讼而论，不论任何人犯罪，都一律依法制裁。这个诉讼原则用法律固定下来是不容易的。它本来是加强诉讼法制的体现，但在我国，对坚持这个原则的人，曾被加上“没有阶级观点，资产阶级口号，让革命和反革命一律平等吗？”等等罪名，受到了无情的批判，曾一度成了法学界和司法部门的一个禁区。这个问题仅仅在七十年代末，由于“拨乱反正”的胜利，禁区被冲破，法律面前人人平等的原则才在我国法律上得到认可。

二、“以事实为根据，以法律为准绳”的原则。这一原则在我国刑事诉讼法第4条和民事诉讼法（试行）第5条中都有规定。以事实为根据，是以事实作为认定案件和处理案件的根据；以法律为准绳，是在案件事实清楚和证据确实充分的基础上，用法律作为准确衡量断案的尺度，使案件得到公正处理。

以事实为根据是实行这个原则的前提和基础，是坚持唯物论的根本要求，是坚持从客观存在出发进行诉讼活动的基本工作方法。诉讼中如果离开了案件事实，就谈不上适用法律，使法律这个准绳就象空中楼阁一样没有根基。以法律为准绳是实

于这个原则的保障，是司法机关处理案件的实体问题和程序问题的时候必须以法律规定作为标准尺度。如果处理诉讼案离开了法律这把尺度，即使事实清楚的案子也就象一段好布料那样得不到恰当裁量。因此，“以事实为根据，以法律为准绳”是相辅相成不可缺一的，必须全面贯彻执行。

三、司法机关依法独立行使职权原则。诉讼中，公安机关立案、侦查、拘留和预审的职权，检察机关自侦、审查批捕、提起公诉、法律监督的职权，人民法院依法审判的职权，司法行政机关执行有关判决、改造罪犯的职权都必须独立行使，不受其他机关和个人的干涉。这不仅是党政职能分开的一个方面，而且是加强法制和依法办事的需要。坚持这个原则，有利于更好地实现诉讼任务，有利于正确处理案件，有利于充分发挥司法机关的职能作用。

司法机关依法独立行使职权，并不意味着它们行使职权的诉讼活动不受任何监督。列宁指出：“一般是用什么来保证法律的实行呢？第一，对法律的实行加以监督。第二，对不执行法律的加以惩办”。（《列宁全集》第2卷，第253页）除了加强人大的司法监督、检察机关的法律监督、司法机关在诉讼中的互相监督外，还要发动人民群众和社会舆论对司法的监督。“只有吸收广大工农群众参与国家大事和广泛监督管理机关，才能消除机构的缺点，消除机关中的官僚主义恶习，从而大大推进社会主义建设事业”。（《列宁回忆录》第465页）列宁这段话非常适用于我们吸收人民群众参加监督司法工作的必要性。

诉讼的顺利实现。

四、司法机关分工负责，互相配合，互相制约的原则。这个原则我国宪法和刑事诉讼法都有规定。

司法机关分工负责是根据法律规定的职权，在诉讼中各司其职，各负其责。例如，公安机关负责侦查、拘留、预审、执行逮捕，检察机关负责批捕、检察（包括侦查）和提起公诉，人民法院负责审判，这是指刑事诉讼的分工。那么，民事诉讼和行政诉讼怎样分工呢？由于民事诉讼和行政诉讼不需要侦查、逮捕、预审等，所以司法机关分工不同于刑事诉讼。任何形式的诉讼都由法院审判，这是非常明确的。（一）民诉中司法机关分工不同。根据民事诉讼法（试行）第78条第3款规定，“被拘留的人，由人民法院交公安机关看管”；又根据最高人民法院《关于贯彻民事诉讼法（试行）若干问题的意见》第74条规定：“必须到庭应诉或继续参加诉讼活动的港、澳当事人要求离境的，应向人民法院提供担保。拒绝提供担保的，人民法院可及时作出决定，通知公安机关采取适当的措施，限制其出境”。这也算是公安机关在民事诉讼方面的分工。此外，民事起诉中不符合条件的有关违反治安管理处罚条例的案件，根据民事诉讼法（试行）第84条第1项规定，应由公安机关受理。检察机关应当参加民事诉讼，除了依照民事诉讼法（试行）第12条规定“有权对人民法院的民事审判活动实行法律监督”外，还应当为某些特定的被害人提起附带民事诉讼。此外，为了维护公共利益和民事当事人的权利，还可以为某些特定的民事案件提起诉讼。（二）在行政诉讼中，公安机关除了参加应诉外，也可以当原告提起诉讼。检察机关除了对人民法院的行政审判活动实行法律监督外，也可以为某些特定的当事人提起行政诉讼。（三）检察机关提起民事诉讼和行政诉

讼，目前虽无明文规定，但是，检察机关负有维护法制，法纪监督以及维护国家和社会重大利益的责任，负有维护法人和公民权利的责任。民事诉讼法（试行）第13条规定：“机关、团体、企业事业单位对损害国家、集体或者个人民事权益的行为，可以支持受损害的单位或者个人向人民法院起诉”。这一条对于检察机关、公安机关也是适用的。此外，检察机关对于民事和行政判决、裁定，如果认为确有错误的时候，也可以按照上诉程序或者审判监督程序提起抗诉，这是检察机关的法律监督职能。

诉讼是有机的复杂的活动，只强调司法机关独立行使职权，而忽视了它们之间的配合与制约，它们的职能作用就难于充分发挥，诉讼活动亦难顺利进行。现在，一般来说，司法机关配合容易制约难。如果放松了它们在诉讼中互相制约，不但诉讼法制及当事人权利得不到维护，也不利于公正处理案件。

五、用民族语言文字进行诉讼的原则。诉讼法律规定，各民族公民可以用当地通晓的语言文字进行诉讼，司法部门在诉讼中对于不通晓当地语言文字的当事人要为他们提供翻译，并用当地通晓的文字制作法律文书。这是各民族公民社会生活一律平等在法律上的体现，以利于保障他们的诉讼权利，而不至于因为语言文字的隔阂影响他们的诉讼活动。我国刑事诉讼法第6条和民事诉讼法（试行）第9条都规定：在少数民族聚居或者多民族杂居的地区，司法机关应当用当地民族通用的语言进行审讯，用当地通用的文字发布判决书、布告和其他文件；对于不通晓当地民族语言、文字的诉讼参与人，应当为他们翻译。

六、保障诉讼参与人诉讼权利的原则。诉讼参与人除了

事人外，还包括法定代理人、辩护人、证人、鉴定人、翻译人以及民事诉讼中的法定代表人、诉讼代理人、第三人等。司法机关在诉讼活动中为了完成诉讼任务，应当保障上述诉讼参与人的诉讼权利，而不能剥夺或变相剥夺他们的诉讼权利。为坚持这一原则，除司法机关自觉遵守和互相制约外，诉讼参与人对于司法人员侵犯他们诉讼权利和人身侮辱的行为，可以向有关部门提出控告。

七、诉讼调解原则。这一原则虽是民事诉讼中着重强调的，但在刑事自诉和行政诉讼中也可适用。其主要意义在于解除讼争，利于团结，并且容易执行。用调解方法解决民间纠纷是我国的好传统，司法部门从民主革命沿袭至今积累了许多经验。现在，基层组织把大量民间纠纷纳入诉讼外调解，又称非诉讼调解，这对于减少诉讼的发生和防止矛盾扩大，都具有重要意义。

八、诉讼主权原则。无论刑事诉讼、民事诉讼还是行政诉讼，除了对于享有外交特权和豁免权的外国人法律有特别规定外，都适用我国诉讼法，这就是诉讼的主权原则。涉外诉讼中决不可以适用外国的法律。这一原则，是我国主权在诉讼中的实际体现。具有独立、主权的国家，毫无疑问，对其领域内的人和物都有权管辖。外国人在我国领域内犯罪或者侵犯民事权利而应当追究责任的，司法机关有权依照我国诉讼法规定的程序进行追究。违法犯罪的外国人，即使享有外交特权和豁免权，也应当根据我国参加的国际协定的有关规定，由外事部门通过外交途径解决。这是维护国家利益和尊严，以保持主权国家之间正常关系的需要。

九、审判公开原则。审判公开是指人民法院审理案件的全过程向社会公开。所谓审理案件的全过程包括：法庭调查，法