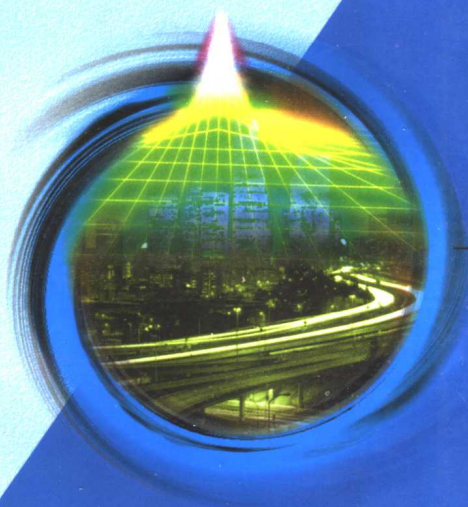


新 世纪法律应用论丛

民事诉讼法实施 问题研究

主编 梁书文



民商卷

人民法院出版社

新世纪应用法学论丛

民事诉讼法实施 问题研究

主 编：梁书文

副主编：金俊银

撰稿人：（以姓氏笔划为序）

王东敏 邱星美 吴锦标

李令新 李铁刚 单云涛

赵泽君 金俊银 崔 伟

贾 静

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

民事诉讼法实施问题研究/梁书文主编. - 北京: 人民法院出版社, 2000.12

ISBN 7-80161-025-3

I. 民… II. 梁… III. 民事诉讼法-中国
IV. D925.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2000) 第 64023 号

民事诉讼法实施问题研究

梁书文 主编

人民法院出版社

(北京东交民巷 27 号 100745)

北京人卫印刷厂印刷

850×1168 毫米 1/32 11.875 印张 298 千字

2000 年 12 月第 1 版 2000 年 12 月第 1 次印刷

印数: 1—3000 册

ISBN 7-80161-025-3/D·025

定价: 20.00 元

前 言

1991年4月9日，第七届全国人民代表大会第四次会议修改通过了《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）。该法是在总结了民事诉讼法（试行）的经验，特别是审判实践经验的基础上，适应我国现代化建设和改革开放形势的发展，保留了民事诉讼法（试行）行之有效的基本内容，并针对民商事审判实践中出现的一些问题作了必要的补充和修改。民事诉讼法公布实行九年多的实践证明，它所规定的基本原则、制度是正确的、切实可行的，对于保障人民法院正确、及时、合法地审理民商事案件，保障当事人行使诉讼权利，保护公民、法人和其他组织的合法权益、维护社会稳定，发挥了重要作用。

随着我国经济体制改革和社会主义市场经济的进一步发展，在民商事审判领域中出现了许多新情况和新问题，民事诉讼法规定的一些程序和制度不能完全适应已经变化的社会生活的需要。因此，如何完善我国民事诉讼结构和诉讼机制，使之与市场经济的客观要求和保障司法公正和高效的需要相适应，就成为摆在实际工作者

和理论研究者面前的重要课题之一。为此,我们撰写了这本《民事诉讼法实施问题研究》。该书所研究和探讨的一些问题,诸如民事诉讼目的与民事诉讼结构调整模式、诉讼标的、代表人诉讼和民事诉讼证据以及有关诉讼程序制度问题等等,都是民事诉讼法实施过程中遇到的理论问题和实践问题。

本书是我们多年审判实践经验和民事诉讼法学理论学习的一个总结。本书的有些观点可能还不很成熟,但我们希望本书的出版对于我国民事诉讼法学研究和民事诉讼实践能够起到积极的作用。尽管我们作了一定努力,力求理论结合实际地研究解决一些民事诉讼法实施过程中出现的问题,实现我们的初衷,但由于水平有限,错漏之处在所难免,恳请读者不吝赐教。

作 者

二〇〇〇年十月

目 录

前 言	(1)
第一章 民事诉讼目的与民事诉讼结构调整模式	(1)
一、民事诉讼的目的	(1)
二、我国现行民事诉讼结构	(3)
三、两种诉讼结构模式之比较	(7)
四、我国宜采用职权主义诉讼模式	(12)
第二章 诉讼标的	(17)
一、诉讼标的理论的历史发展	(18)
二、诉讼标的的概念	(24)
三、诉讼标的与诉讼类型的关系	(45)
四、诉讼标的与有关民事诉讼制度的关系	(52)
五、诉讼标的理论体系的构建	(59)
六、立法建议	(63)
第三章 代表人诉讼	(65)
一、群体诉讼制度的历史发展	(65)
二、我国代表人诉讼的两种类型	(75)
三、我国代表人诉讼制度之比较	(81)
四、代表人诉讼的适用	(87)
五、代表人诉讼制度的完善	(96)
第四章 民事诉讼的鉴定证据	(103)

一、当事人是否有权自行委托鉴定机构进行鉴定·····	(104)
二、我国民事诉讼法有关证人与鉴定人的规定及学理 解释·····	(106)
三、英美法系国家和大陆法系国家对鉴定人制度 的不同规定·····	(110)
四、完善我国民事诉讼鉴定人证据方式的构想·····	(116)
第五章 我国民事诉讼中的证人证言·····	(119)
一、证人证言是民事诉讼中一种重要证据·····	(120)
二、确定证人资格是取得真实证言的前提·····	(128)
三、证人的权利和义务是证人如实作证的必要保证·····	(136)
四、对证人的传询质证是保证证言真实性的重要 手段·····	(152)
五、审查判断证人证言是确认真实证言的关键·····	(158)
第六章 民事举证责任·····	(168)
一、举证责任的含义·····	(169)
二、举证责任的性质·····	(173)
三、举证责任的分担·····	(176)
四、当事人举证与法院依职权收集证据·····	(181)
五、举证责任的免除·····	(186)
六、举证责任的变更·····	(189)
七、举证责任的不可转移性·····	(192)
第七章 民事举证期限·····	(195)
一、当事人有权随时提出证据制度的成因与利弊·····	(196)
二、在民事诉讼中设立举证期限制度的必要性·····	(200)
三、几个国家民事诉讼举证期限的规定及其对我们的 启示·····	(202)
第八章 民事审限·····	(212)

一、民事审限的功能·····	(212)
二、民事审限的障碍·····	(215)
三、民事审限的落实·····	(218)
第九章 财产保全和先予执行 ·····	(221)
一、外国法律中的类似制度概述·····	(221)
二、我国法律规定的财产保全和先予执行·····	(227)
三、财产保全和先予执行适用中的问题·····	(238)
四、我国财产保全制度的完善·····	(254)
第十章 浅谈开庭审理前的准备 ·····	(264)
一、庭审前准备的必要性·····	(264)
二、庭审前准备的主要内容·····	(266)
三、新型审前准备程序的特点·····	(268)
第十一章 第二审程序 ·····	(271)
一、第二审程序概述·····	(271)
二、第二审程序的开始·····	(274)
三、上诉案件的审理和裁判·····	(290)
第十二章 破产程序的参加人 ·····	(302)
一、债务人·····	(303)
二、债权人·····	(304)
三、债权人会议·····	(308)
四、清算组·····	(319)
第十三章 市场经济下的仲裁制度 ·····	(330)
一、仲裁制度的历史渊源·····	(330)
二、对我国仲裁制度的回顾·····	(334)
三、市场经济与仲裁制度·····	(342)
四、我国市场经济下的仲裁制度·····	(345)

第一章 民事诉讼目的与民事诉讼结构调整模式

我国民事审判方式改革已进行十余年了。由于改革缺乏理论上的指导和支持,加上某些改革措施与诉讼结构的调整不协调,使得改革的步履维艰。笔者认为,审判方式的改革应从民事诉讼的目的入手,调整整体民事诉讼结构,否则,若只是在现有的诉讼结构框架内进行局部改革,往往会诱发新的矛盾,改革的目的亦将难以实现。

一、民事诉讼的目的

一般说来,民事诉讼具有实现法律和解决纠纷的功能,但二者究竟何为民事诉讼的目的,学者之间歧义较大。笔者认为,民事诉讼的目的是指以观念形态表达的,国家进行民事诉讼所期望达到的目标或结果。“目的是全部法律的创造者,每条法律规则的产生都源于一种目的,即一种事实上的动机。”^① 民事诉讼法律规则也不例外。民事诉讼目的具有一般目的的共同属性,但它不是一般意义上的认识活动,而是特殊主体在特殊领域中实现的、查清事实、适用法律而定纷止争的活动。它既是民事诉讼的内在要求和基本前提,又是国家制定民事诉讼法的基点和开展民

^① 参见《马克思、恩格斯全集》第23卷,第202页。

事诉讼活动所追求的目标。

自诉讼目的论提出以来,民事诉讼制度是为了什么而设置的,历来有多种学说,主要有权利保护说、^① 私法秩序维持说、纠纷解决说、^② 权利保障说、程序保障说及多元说。我国关于民事诉讼目的论之独立主张十分鲜见,有的学者将民事诉讼的任务和目的不作区分地论述,如常怡教授主编的《民事诉讼法》认为:民事诉讼应完成四项任务:1. 保护当事人行使诉讼权利;2. 保证人民法院查明事实,分清是非,正确适用法律,及时审理民事案件;3. 确认民事权利义务关系,制裁民事违法行为;4. 教育公民自觉遵守法律。但无论如何,我们有理由相信,上述诉讼目的多元论学说,在有意无意间已为我国诉讼法学界接受并占据着统治地位。“在现代社会里将民事诉讼目的个别化的企图是不可取的。”^③

民事诉讼目的的确立,必须以民事诉讼价值的确立为前提。尽管学者对民事诉讼的价值有不同见解,但笔者认为公正、经济应是民事诉讼的最基本价值目标。公正分为实体公正和程序公正,它是诉讼制度所以存在的不变基础,历来为人类社会所追求和崇尚,自诉讼制度产生以来,人类社会为追求诉讼公正作出了不懈的努力并付出了沉重的代价。经济则是指用较少的人力、物力和时间获得较大的成果。“人类所从事的任何社会活动都必须遵循经济性原则,即力求以最小的消耗取得最大效果。”^④ 目前,我国的诉讼成本较高,原因是多方面的,为克服此类问题,必须

① 邱联恭:《程序制度机能论》,1996年三民书局出版,第161页。

② 竹下守夫:《民事诉讼法的目的与司法的作用》,载《现代法学》1997年第3期。

③ 江伟:《市场经济与民事诉讼法学的使命》,《现代法学》1996年第3期。

④ 胡玉星:《论法律效力》,《中国法学》1992年第3期。

做到：1. 严格限制法院对案件审结期限的自由裁量权，杜绝马拉松式诉讼。2. 完善举证责任制度，避免怠于举证或无谓举证。3. 创设小额诉讼程序，实现低成本、高效益。4. 切实做好庭前准备工作，实现集中审理，^① 以有效控制诉讼成本。

不论民事诉讼的公正价值抑或经济价值，都体现了民事诉讼的目的是保障诉讼主体的合法利益，前述诉讼目的的6种学说实质也正在于此。因而，笔者认为，民事诉讼制度的目的应是利益的提出、寻求、确认和实现，即利益保障。利益是公正和经济的目标，公正、经济则是实现利益的途径和手段。三者是密不可分的价值和目的关系，此即学界常言之“价值目的”术语之浓缩。那么，我国现行的民事诉讼结构及诉讼模式是否能实现这一民事诉讼的价值目的呢？答案是不尽人意的，因而改革在所难免，已成为市场经济下的当务之急。

二、我国现行民事诉讼结构

民事诉讼结构，是指法院与当事人在诉讼中的地位及相互关系。诉讼结构的问题几乎制约了民事审判方式的整个制度化系统，包括起诉制度、保全制度、庭审制度、证据制度等。民事审判方式改革诸多问题的最终解决，无不涉及到诉讼结构的问题。我国民事审判方式的基本特征说到底是由诉讼结构的特征决定的。因此，对民事诉讼结构问题的研究无疑有助于实现我国民事审判方式改革的价值目标。

我国现行的民事诉讼结构基本上是以法院为主导，表现为强

^① 在德日民事诉讼中，诉讼之本案审理应尽可能使程序集中化并以开一次言词辩论即可终结为理想。参见邱联恭：《程序制度机能论》，1996年三民书局出版，第210页。

职权主义或者超职权主义的特点。^① 在民事诉讼机制运行的过程中, 法院的主动性和能动作用得以充分发挥, 整个民事诉讼运行机制, 是以审判人员对案件事实、证据的调查为主线而展开的, 当事人虽然是平等的诉讼主体, 但实际上他们在诉讼中的能动作用及彼此间的对抗作用受到很大的遏制。这一特点在我国 1982 年颁布的《中华人民共和国民事诉讼法(试行)》(以下简称《民事诉讼法(试行)》)中得到了充分的体现。

现行《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)是在有计划的商品经济向市场经济转轨的过程中修改后颁布实施的。经济发展和改革的因素无疑直接影响着法的修订。与《民事诉讼法(试行)》相比,《民事诉讼法》在诉讼结构方面更加充分地体现了诉讼民主。但是, 这部法并未带来诉讼结构的根本改变: 首先,《民事诉讼法》本身并未彻底改变原有的诉讼结构, 尽管它有了相当大的改进; 其次, 现有的民事诉讼结构与《民事诉讼法》之间还有相当一段距离, 远未达到立法的要求。由此就决定了现有的民事诉讼结构仍属于职权主义诉讼结构, 具体表现在:

第一, 许多具体的诉讼程序的开始、进行和终结, 法院具有主动性和决定性。尽管作为诉讼主体的当事人对多种诉讼程序享有启动权, 但很多重要的程序如保全程序、执行程序的启动与否仍可由法院决定。法院可在当事人没有申请的情况下, 依职权开始这些程序。另外在诉讼中, 民事诉讼也不能完全按当事人的意志进行或者终结。例如, 原告提出撤诉, 不论申请是否对原告有利, 诉讼得依法官的意志来决定是否继续。

^① 左为民、刘全胜:《中国民事诉讼制度: 透视、评析和改革》, 载《法学》1994 年第 1 期。

第二，法院可以在当事人负举证责任的同时，依职权积极主动地收集证据，并将此作为认定案件事实的根据。虽然《民事诉讼法》规定当事人应承担举证责任，并限制了法院收集、取证的范围，但事实上，法院仍然依职权收集调查证据。因而法院在作裁判时，常对当事人依举证责任提供的证据不予考虑，而是完全将自己独立收集来的证据作为裁判的根据。并由此使民事举证责任制度和法庭调查、法庭辩论失去意义。

第三，法官主宰整个庭审进程，当事人处在消极、被动的地位。在法庭审判中，法官控制、指挥诉讼，虽然自《民事诉讼法》颁布以来，法庭比较注意发挥当事人在法庭审理中的对抗、辩论作用，但这多半停留在形式上，或者顶多将双方当事人的意见作为参考，法院在裁判时可不必将当事人的陈述和提出的证据作为裁判的根据。因此实际上，法院仍然是指挥和控制诉讼的主角，而当事人则处于消极、被动的地位，成为被询问和调查的对象。

我国民事诉讼的这种结构性特点由来已久，决非偶然。

首先，我国封建社会历史悠久，几千年来形成并保持了“中央集权、高度统一”的历史状况以及根深蒂固的“以官为贵”的传统意识。这种历史背景必然导致在司法审判中，司法者主宰诉讼，而当事人处于被调查、被审问的对象的地位这种诉讼结构。本世纪初，清政府在制定成文法时，很自然地接受了大陆法系的德、日、奥等国的职权主义诉讼模式。但是，应当指出的是，大陆法系的职权主义在形式上是法官主宰诉讼，而实质上是以辩论主义为核心的。表现在：第一，凡是未在当事人辩论中出现的事实不能作为判决的基础和依据。第二，法院应将双方当事人间无争议的事实作为判决的依据。从这个意义上讲，可以说法院直接受到了当事人诉讼行为的约束，如一方对另一方主张的某事实自

认时，法院不得提出质疑。第三，法院虽可依职权主动调查，但调查的范围仅限于双方当事人在诉讼中提出的事实。可见，我国在引进职权主义的时候并未吸取其辩论主义的内核。我国特有的封建主义性质的职权主义色彩依然存在，诉讼结构并未发生质的变化。

其次，在建国以后，我国的各项立法受前苏联的影响很大，前苏联民事诉讼中的国家干预原则为我国所接受，而国家干预与职权主义有必然联系。深层次的原因是，经济制度从根本上规定了国家与经济主体的相互关系，从而也决定了民事诉讼中法院与当事人各自的地位。建国后在经济制度上我国效仿前苏联，根据马克思主义经典作家的某些设想，实行生产资料公有化，这就必然要求并且需要建立高度统一的计划经济体制，以便使国家按照总的计划统一管理国民经济。国家在经济生活中的这种地位必然反映到经济纠纷解决领域——民事诉讼中来。在民事诉讼中，法院代表国家干预纠纷的解决过程，要将国家对经济的控制作用延伸到民事诉讼中，法院始终站在国家利益的角度来看待和处理当事人的处分行为，并进行干预。这就决定了在民事诉讼中法院必然居主导地位，而当事人则处于被动和消极的地位，这种诉讼结构是一种以国家干预为核心的职权主义模式。

正因为经济制度是民事诉讼结构模式的根本生成原因，因而经济制度的改革和市场经济的建立也必然要求民事诉讼结构与之相适应。市场经济是高度社会化和市场化的商品经济，其特点包括经济主体具有多元性和平等性、经济行为具有自由性和竞争性、经济形式具有契约性和公开性等。在市场经济条件下，社会的经济权力不再垄断在国家手中，而是被分解为各经济主体的权利，每个商品生产者都是独立的经济主体，都享有充分的自由权利，他们通过自由协商来共同决定他们之间的互利有偿。市场经

济的本质特征是民主、自由、平等和独立，它强调分权、自治和权利的保障，要求国家尽可能少地干预经济关系，充分地尊重私人间的合意和选择的自由，仅从宏观上调控经济的发展。^①

市场经济的这一本质要求体现在民事诉讼结构中，就表现为如同在经济生活中国家尊重商品生产者一样，法院应充分尊重当事人的意思，使当事人能够按照自己的利益要求决定自己的诉讼行为，而法院对当事人自由行使诉讼权利不予干预，更不能代替当事人去处分由当事人享有的自由权利。裁判案件的事实根据只能来自于当事人，同时要当事人对自己的主张充分举证，并对自己的诉讼行为负责。

由此看来，我国民事审判方式的改革实际上已涉及到诉讼结构这一更深层次的问题了。

三、两种诉讼结构模式之比较

无论是从民事审判方式的改革、建立适应市场经济发展需要的民事诉讼机制方面看，还是从立法上、理论上完善我国的民事诉讼制度方面看，民事诉讼结构的调整都势在必行。但民事诉讼结构的调整应当选择一种什么样的目标模式，对此却存在着不同的看法，由于民事诉讼结构的问题关系着民事审判方式改革等若干重大理论问题，因此有必要从理论上对民事诉讼结构的模式进行深入的研究，并从中作出正确的选择。

关于民事诉讼结构的基本模式，理论界比较认同的有两种类型，即当事人主义诉讼结构和职权主义诉讼结构。当事人主义诉讼结构为英美法系国家的民事诉讼法所采用。其特征包括：第

^① 陈泉生：《论市场经济与民事诉讼模式的转变》，《社会科学家》1994年第4期。

一，诉讼的双方当事人在启动、推进、终结诉讼程序方面，以及在法庭辩论和提供证据方面具有决定性作用。法院据以作出裁判的案件事实，也是在双方当事人平等而激烈的对抗中展示出来。在这种诉讼结构中，当事人的举证责任具有举足轻重的意义。第二，作为裁判者的法官在诉讼中居于中立的超然地位，一般不介入双方当事人的辩论，法律通常禁止法官主动收集证据或者积极地谋求当事人和解，法官只能在当事人请求的范围内，在法庭辩论终结以后作出裁判，并且裁判所依据的证据只能来源于当事人。第三，整个民事诉讼程序，尤其是法庭辩论呈现出激烈的对抗色彩。有人形象地称进行诉讼的双方当事人为“竞技”或“决斗”，而法官恰似一个裁判。^① 由于当事人与法官在诉讼中的地位以及相互关系，决定了当事人要想在竞技中获胜，必须最大限度地法庭调查或者辩论中发挥自己及律师的智慧、能力、辩才。为了使双方当事人能够有效地在诉讼中展开攻击和防御，同时也使陪审团和法官在双方当事人激烈的对抗中正确地采纳和运用证据，这些国家的法律通常设置了精细、严格、完整的程序制度（如交叉询问制）和证据法规则，激烈的对抗性带来了诉讼程序的高度制度化和复杂化。

职权主义诉讼结构一般为大陆法系国家所采用。在职权主义诉讼结构中，双方当事人是平等的诉讼主体，对于诉讼程序的发生、变更、消灭等重大诉讼事项具有主导作用。但法官不是消极的裁判者，他们被授权控制诉讼的进程，具体表现在，在开庭审理之前，法官可以通过了解案情，确定争议的焦点，积极主动地对案件事实进行必要的审查。在庭审中，法官有权掌握和控制双方当事人的辩论，有权主动地向当事人、证人等发问，并适时地

^① 龙宗智：《改革刑事诉讼结构应当慎行》，《法学研究》1994年第4期。

促成双方和解。诉讼结果并非完全取决于当事人及其律师的法律专业技能及辩才，法官在庭审中始终具有积极性、主动性。法官为了查明案件事实，有权收集、审查和评判证据，并可运用法律允许的一切证明方法来发现案件事实真相，并在此基础上作出裁判。裁判所依据的证据材料并非完全依赖双方当事人，这一点与当事人主义诉讼结构明显不同。

值得注意的是，大陆法系国家所采用的职权主义诉讼结构，同英美法系国家所采用的当事人主义诉讼结构一样，都承认并且贯彻民事诉讼中的辩论主义。因为辩论主义反映了诉讼中的自由主义和个人主义，这种自由主义和个人主义的基础是私权自治。^① 大陆法系国家和英美法系国家对辩论主义的内涵，虽然在解释上有些不同，但大体上包括以下内容：第一，没有在当事人辩论中出现的事实，不能作为法官裁判的依据；第二，双方当事人之间没有争议的事实，法院应当对其直接加以认定，而无需提出质疑，也不能再去调查核实；第三，法官或陪审团对案件进行审理、裁判、应受当事人主张的约束。大陆法系国家的法院即使有权对案件事实主动进行调查，但调查的范围也不便超出双方当事人在诉讼中所提出的事实和主张的范围。事实上，“大陆法系和普通法系共同流行的制度是处分制度。根据这个制度，提出什么争端，举出什么证据和作出什么样的辩论，几乎完全取决于当事人。”^② 当事人主义诉讼结构与职权主义诉讼结构尽管属于不同的类型，存在差异，但在这一点上却是共同的。由此可以看出，大陆法系民事诉讼法采用的职权主义诉讼结构与前苏联民事诉讼法所采用的所谓职权主义截然不同。前苏联的民事诉讼法所

① 张卫平：《程序公正实现中的冲突与衡平》，成都出版社 1994 年版，第 8 页。

② （美）约翰·亨利·梅利曼：《大陆法系》，知识出版社 1984 年版，第 76 页。