

民事诉讼 改革

热点问题研究综述

A

1991—2005

General Study

on Hot Issues of
Civil Procedure
Reform



廖中洪 主编

中国检察出版社

民事诉讼改革热点问题研究综述 (1991—2005)

廖中洪 主 编

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

民事诉讼改革热点问题研究综述: 1991—2005/廖中洪主编.

—北京: 中国检察出版社, 2005

ISBN 7-80185-443-8

I. 民… II. 廖… III. 民事诉讼-司法制度-体制改革-研究-中国-1991—2005 IV. D925.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 130796 号

民事诉讼改革热点问题研究综述 (1991—2005)

廖中洪 主编

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: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电子邮箱: zgjccbs@vip.sina.com

电 话: (010)68650027(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 北京鑫海金澳胶印有限公司

开 本: A5

印 张: 32.625 印张

字 数: 902 千字

版 次: 2006 年 1 月第一版 2006 年 1 月第一次印刷

书 号: ISBN 7-80185-443-8/D·1419

定 价: 78.00 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

主 编 廖中洪

撰稿人 廖中洪 相庆梅 马登科
孔令章 葛讼华 谭 彬
刘翠萍 徐波萍 袁昌浩
马艳红 李亚妮 唐小梅
程 林 高云丽 张 琳

前 言

1991年颁布的《中华人民共和国民事诉讼法》，至今已十年有余。在这世纪交替的十多年中，中国社会无论是在经济、政治，还是社会人文环境条件上都发生了过去几十年未曾有过的变化。这种社会经济、政治基础上的变化所带来的，不仅是社会的发展和进步，也包括法学研究的繁荣和昌盛，以及学界对于现行民事诉讼法律规定以及传统理论观念的反思，可以说这十多年来是我国民事诉讼理论研究发展最快的一个时期。在这种背景条件下，《民事诉讼法》的修改也历史地提到了我们的面前，而要促使中国《民事诉讼法》的修改及其具体制度的设计更加理性、科学，以及符合中国社会的发展和现实需要，总结理论研究成果，归纳学术观点，为立法提供坚实的理论支持，以及进一步促进学术研究的发展就具有了十分重要的理论意义和现实意义，为此我们编著了本书。

本书虽然经过长达一年多的资料准备，并在对相关资料进行充分研究的基础上形成的，但是，由于民事诉讼法学的理论研究不仅具有众多的学者参与，而且内容多，涉及面广，因此我们的《综述》难以概括所有的学术思想及其不尽相同的学术观点。不仅如此，书中对于有的问题的“综述”也未必充分反映了相关研究的学术水平和状况。为此，恳请学界同仁谅解。

廖中洪

2005年10月于西政大胡家院

目 录

第一编 总则部分

第一部分 中国《民事诉讼法》的基本原则 /1

一、现行《民诉法》基本原则的问题 /1

(一)《民诉法》基本原则的意义 /1

(二)《民诉法》基本原则规定中存在的问题 /5

二、有关《民诉法》基本原则研究的综述 /18

(一)基本原则研究中的各种观点 /18

(二)对研究观点的评述 /27

第二部分 法院主管 /32

一、现行《民诉法》法院主管规定的问题 /32

(一)法院主管的意义 /32

(二)法院主管规定中存在的问题 /33

二、有关法院主管研究的综述 /34

(一)法院主管研究中的各种观点 /34

(二)对主管问题研究观点的评述 /36

第三部分 民事诉讼中的管辖 /39

一、民事诉讼管辖的意义以及存在的问题 /39

(一)民事诉讼管辖的意义 /39

(二)民事诉讼管辖存在的问题 /39

二、有关民事诉讼管辖研究的综述 /44

(一)民事诉讼管辖研究中的各种观点 /44

(二)对管辖各种研究观点的评述 /55

第四部分 民事审判组织 /61

一、现行《民诉法》有关民事审判组织规定的问题 /61

(一) 审判组织的意义 /61

(二) 《民诉法》有关审判组织规定中存在的问题 /64

二、有关审判组织研究的综述 /73

(一) 审判组织研究中的各种观点 /73

(二) 对研究观点的评述 /99

第五部分 当事人 /101

一、现行《民诉法》有关当事人规定的问题 /101

(一) 当事人规定的意义 /101

(二) 《民诉法》有关当事人规定存在的问题 /105

二、有关当事人研究的综述 /109

(一) 有关当事人研究中的各种观点 /109

(二) 有关当事人研究观点的评述 /117

第六部分 诉权问题 /129

一、目前关于诉权问题的研究状况 /129

(一) 诉权的意义 /129

(二) 诉权研究存在的问题 /134

二、有关诉权理论研究的综述 /136

(一) 诉权理论研究中的各种观点 /136

(二) 有关各种研究观点的评述 /153

第七部分 诉讼标的理论 /174

一、目前民事诉讼标的的研究状况 /174

(一) 问题之提出 /174

(二) 诉讼标的的意义 /175

(三) 诉讼标的研究中的问题 /179

二、有关诉讼标的理论研究的综述 /182

(一) 诉讼标的理论研究中的各种观点 /182

(二) 对研究观点的评述 /199

第八部分 公益诉讼问题 /205

一、目前民事公益诉讼研究的状况 /205

(一) 公益诉讼的意义 /205

- (二) 公益诉讼研究中的问题 /209
- 二、有关公益诉讼理论研究的综述 /216
 - (一) 公益诉讼理论研究中的各种观点 /216
 - (二) 对研究观点的评述 /223
- 第九部分 诉之利益问题 /234
 - 一、目前诉之利益问题研究的状况 /234
 - (一) 诉之利益的意义 /234
 - (二) 诉之利益研究中的问题 /240
 - 二、有关诉之利益研究的综述 /242
 - (一) 诉之利益研究中的各种观点 /242
 - (二) 对研究观点的评述 /256
- 第十部分 既判力问题 /273
 - 一、目前既判力问题研究的状况 /273
 - (一) 既判力的意义 /273
 - (二) 既判力研究中的问题 /278
 - 二、有关既判力研究的综述 /285
 - (一) 既判力研究中的各种观点 /285
 - (二) 对研究观点的评述 /309
- 第十一部分 程序保障问题 /332
 - 一、现行《民事诉讼法》有关程序保障规定的问题 /332
 - (一) 程序保障的意义 /332
 - (一) 《民事诉讼法》有关程序保障规定存在的问题 /335
 - 二、有关程序保障研究的综述 /338
 - (一) 程序保障研究中的各种观点 /338
 - (二) 对研究观点的评述 /342
- 第十二部分 民事检察监督问题 /350
 - 一、现行《民事诉讼法》有关检察监督规定的问题 /350
 - (一) 民事检察监督的意义 /350
 - (二) 《民事诉讼法》有关民事检察监督规定存在的问题 /352
 - 二、有关检察监督研究的综述 /358

(一) 检察监督研究中的各种观点 /358

(二) 对研究观点的评述 /368

第十三部分 ADR 问题 /379

一、目前有关 ADR 问题的研究状况 /379

(一) ADR 的意义 /379

(二) ADR 研究中的问题 /382

二、有关 ADR 研究的综述 /386

(一) ADR 研究中的各种观点 /386

(二) 对研究观点的评述 /392

第十四部分 调解制度 /402

一、现行《民诉法》有关调解规定的问题 /402

(一) 调解的意义 /402

(二) 《民诉法》有关调解规定存在的问题 /404

二、诉讼调解改革研究综述 /411

(一) 调解制度研究中的各种观点 /411

(二) 对改革观点的评述 /416

第十五部分 财产保全与先予执行 /422

一、现行《民诉法》有关财产保全与先予执行规定的问题 /422

(一) 财产保全与先予执行的意义 /422

(二) 现行《民诉法》有关财产保全与先予执行规定存在的问题 /424

二、财产保全研究综述 /427

(一) 财产保全研究中的各种观点 /427

(二) 对财产保全研究观点的评述 /433

三、先予执行研究综述 /445

(一) 先予执行研究中的各种观点 /445

(二) 对先予执行研究观点的评述 /447

第十六部分 妨害民事诉讼的强制措施 /450

一、现行《民诉法》有关妨害民事诉讼强制措施规定的问题 /450

- (一) 民事诉讼强制措施的意义 /450
- (二) 《民事诉讼法》有关妨害民事诉讼强制措施规定存在的问题 /453
- 二、有关妨害民事诉讼强制措施的综述 /460
 - (一) 妨害民事诉讼强制措施研究中的各种观点 /460
 - (二) 对研究观点的评述 /470
- 第十七部分 诉讼费用问题 /480
 - 一、现行《民事诉讼法》有关诉讼费用规定的问题 /480
 - (一) 诉讼费用的意义 /480
 - (二) 《民事诉讼法》有关诉讼费用规定存在的问题 /482
 - 二、有关诉讼费用研究的综述 /488
 - (一) 诉讼费用研究中的各种观点 /488
 - (二) 对研究观点的评述 /494

第二编 证据部分

- 第十八部分 证据能力问题 /503
 - 一、现行《民事诉讼法》有关证据能力规定的问题 /503
 - (一) 证据能力的意义 /503
 - (二) 《民事诉讼法》有关证据能力规定存在的问题 /505
 - 二、有关证据能力研究的综述 /510
 - (一) 证据能力研究中的各种观点 /510
 - (二) 对研究观点的评述 /515
- 第十九部分 证据的分类与种类问题 /524
 - 一、目前有关证据分类与证据种类问题研究的状况 /524
 - (一) 证据分类与证据种类的意义 /524
 - (二) 证据分类与证据种类理论研究中的问题 /526
 - 二、有关证据分类与证据种类研究的综述 /527
 - (一) 证据分类与证据种类研究中的各种观点 /527
 - (二) 对研究观点的评述 /532

第二十部分 证人问题 /536

一、现行《民诉法》有关证人规定的问题 /536

(一) 证人制度的意义 /536

(二) 现行《民诉法》关于证人制度规定存在的问题 /538

二、有关证人制度研究的综述 /544

(一) 证人制度研究中的各种观点 /544

(二) 对证人制度研究观点的评述 /554

第二十一部分 证据收集问题 /563

一、现行《民诉法》有关证据收集规定的问题 /563

(一) 证据收集的意义 /563

(二) 《民诉法》有关证据收集规定存在的问题 /564

二、有关证据收集研究的综述 /567

(一) 证据收集研究中的各种观点 /567

(二) 对研究观点的评述 /573

第二十二部分 举证问题 /582

一、现行《民诉法》有关举证规定的问题 /582

(一) 举证的意义 /582

(二) 《民诉法》有关举证规定存在的问题 /584

二、有关举证研究的综述 /593

(一) 举证问题研究中的各种观点 /593

(二) 对研究观点的评述 /600

第二十三部分 证明标准问题 /608

一、现行《民诉法》有关证明标准规定的问题 /608

(一) 证明标准的意义 /608

(二) 现行《民诉法》有关证明标准规定存在的问题 /613

二、有关证明标准研究的综述 /616

(一) 证明标准研究中的各种观点 /616

(二) 对于研究观点的评述 /624

第三编 程序部分

第二十四部分 中国民事诉讼审级制度 /635

一、现行《民诉法》有关审级规定的问题 /635

(一) 审级制度的意义 /635

(二) 现行审级规定中存在的问题 /636

二、有关民事诉讼审级制度研究的综述 /640

(一) 审级制度研究中的各种观点 /640

(二) 对研究观点的评述 /650

第二十五部分 第一审普通程序 /657

一、现行《民诉法》有关第一审普通程序规定的问题 /657

(一) 第一审普通程序的意义 /657

(二) 第一审普通程序规定中存在的问题 /659

二、有关第一审普通程序研究的综述 /666

(一) 第一审普通程序研究中的各种观点 /666

(二) 对研究观点的评述 /693

第二十六部分 简易程序 /703

一、现行《民诉法》有关简易程序规定的问题 /703

(一) 简易程序的意义 /703

(二) 简易程序规定中存在的问题 /708

二、有关简易程序研究的综述 /718

(一) 简易程序研究中的各种观点 /718

(二) 对各种观点的评述 /735

第二十七部分 上诉审程序 /770

一、现行《民诉法》有关上诉审程序规定的问题 /770

(一) 上诉审程序的意义 /770

(二) 上诉审程序规定中存在的问题 /772

二、有关上诉审程序研究的综述 /779

(一) 上诉审程序研究中的各种观点 /780

(二) 对研究观点的评述 /797

第二十八部分 审判监督程序 /818

一、现行《民诉法》有关审判监督程序规定的问题 /818

(一) 审判监督程序与再审程序 /818

(二) 审判监督程序规定中存在的问题 /818

二、有关审判监督程序研究的综述 /823

(一) 审判监督程序研究中的各种观点 /823

(二) 对研究观点的评述 /838

第二十九部分 人事诉讼程序 /848

一、目前人事诉讼程序的研究状况 /848

(一) 人事诉讼程序制度的含义 /848

(二) 人事诉讼程序制度的特征 /851

二、有关人事诉讼程序研究的综述 /856

(一) 人事诉讼程序研究中的各种观点 /856

(二) 对研究观点的评述 /863

第三十部分 小额诉讼程序 /873

一、目前有关小额诉讼程序研究的状况 /873

(一) 小额诉讼的含义 /873

(二) 小额诉讼程序的特征 /875

(三) 小额诉讼实践中的问题 /877

二、有关小额诉讼程序研究的综述 /879

(一) 小额诉讼的理论基础 /879

(二) 小额诉讼的功能 /882

(三) 小额诉讼程序与简易程序 /885

(四) 小额诉讼程序的构建 /889

(五) 与小额诉讼程序设置有关的理论问题 /897

第三十一部分 股东派生诉讼程序 /902

一、目前有关股东派生诉讼程序研究的状况 /902

(一) 股东派生诉讼程序制度的含义 /902

(二) 股东派生诉讼程序制度的特征 /904

(三) 股东派生诉讼程序制度的目的与机能 /907

二、有关股东派生诉讼程序研究的综述 /910

(一) 股东派生诉讼程序研究中的各种观点 /910

(二) 对研究观点的评述 /919

第三十二部分 督促程序与公示催告程序 /930

一、现行《民诉法》有关督促程序与公示催告程序规定的问题 /930

(一) 督促程序与公示催告程序的意义 /930

(二) 《民诉法》督促程序与公示催告程序规定中存在的问题 /932

二、有关督促程序与公示催告程序研究的综述 /942

(一) 督促程序与公示催告程序研究中的各种观点 /942

(二) 对研究观点的评述 /947

第三十三部分 涉外民事诉讼程序 /954

一、现行《民诉法》有关涉外民事诉讼程序规定的问题 /954

(一) 涉外民事诉讼程序的意义 /954

(二) 涉外民事诉讼程序规定中存在的问题 /958

二、有关涉外民事诉讼程序研究的综述 /966

(一) 涉外民事诉讼程序研究中的各种观点 /966

(二) 对研究观点的评述 /973

第三十四部分 区际民事司法协助 /984

一、目前有关区际民事司法协助研究的状况 /984

(一) 区际民事司法协助的含义 /984

(二) 中国区际民事司法协助的特征 /985

(三) 开展区际民事司法协助存在的障碍 /988

二、关于区际民事司法协助研究的综述 /991

(一) 国际民事司法协助研究中的各种观点 /992

(二) 海峡两岸民事司法协助研究 /1021

后记 /1023

第一编 总则部分

第一部分 中国《民事诉讼法》 的基本原则

一、现行《民诉法》基本原则的问题

(一)《民诉法》基本原则的意义

在民事诉讼学理上,对于《民诉法》基本原则在整个民事诉讼法律体系中占有十分重要的地位和具有十分重要的意义,几乎是没有任何异议的。但是,从《民诉法》基本原则功能的角度上看,到底有哪些意义,却是存在一定分歧的。就目前已公开发表的论著、论文中的学术思想来看,学理上有关《民诉法》基本原则意义的认识,有下述几种具有代表性的观点。

第一种观点认为,《民诉法》基本原则的意义表现在以下四个方面:

1. 有利于《民诉法》各项具体制度的制定以及相互间的协调

按照这种观点的解释,《民诉法》基本原则之所以具有这一意义,是因为《民事诉讼法》的基本原则对民事诉讼各项制度的制定起着指导作用,民事诉讼的各项制度都要按照《民诉法》的基本原则来设立,不能违背基本原则。正是因为有了这一统一的基础,民事诉讼法各项制度才有可能服务于同一目的,彼此间也才得以协调。

2. 有利于对民事诉讼法具体制度的正确理解和在司法实践中的正确运用

按照这种观点的解释,在理论上和司法实践中,基于各种各样

的原因,都可能出现对民事诉讼制度相关法律规定的不同理解。由于民事诉讼中的各种具体制度都不同程度的反映着《民诉法》基本原则的精神,或者民事诉讼中的各项具体制度,都是《民诉法》基本原则在民事诉讼中的具体表现,是对基本原则的贯彻与落实。因此,《民诉法》基本原则的把握,有利于对具体诉讼制度的正确理解和在司法实践中的正确运用。

3. 特殊情况下能为法院处理案件提供法律上的依据

按照这种观点的解释,《民诉法》的各种具体制度,由于都是针对诉讼中的具体情况设置的,因而这些具体制度性规定不仅比较具体,而且适用的条件和情况也十分特定。而社会生活是千变万化的,现行已规定的这些具体制度未必能适应变化中的社会生活和诉讼实践。这种情况下概括性强、相对抽象的基本原则就可以弥补立法的不足,在遇有某些具体的制度和程序规范没有规定的情形下,在司法实践中根据基本原则的精神来解决程序问题,从而为法院处理案件提供法律上的依据和思想上的指导。

4. 有利于协调《民事诉讼法》与其他相关法律部门之间的关系

按照这种观点的解释,《民诉法》基本原则不仅集中体现了民事诉讼法的基本精神,而且,也为其他相关法律部门在制定与民事诉讼有关的内容上提供了依据,因而具有防止法律部门之间的冲突,协调法律部门之间关系的作用。^①

第二种观点从功能的角度,提出《民诉法》基本原则的意义表现在以下两个方面:

1. 规制民事诉讼的具体制度和规范——立法准则的功能

按照这种观点的解释,《民诉法》基本原则之所以有此功能和意义,是因为《民诉法》是由多方面具体诉讼制度和规范组成的统一体,各种繁杂的制度、规范要形成一个协调一致、互不矛盾的

^① 潘剑锋著:《民事诉讼原理》,北京大学出版社2001年版,第75—77页。

体系，必须具有一些根本的出发点，由此演绎出法律的全部内容，这就是法律的基本原则。它隐含于具体法律规定之中，并决定着这些具体法律规定的走向。所以《民事诉讼法》基本原则具有立法准则的功能，即规制民事诉讼具体制度和规范的意义。

2. 规制诉讼主体的行为——行为准则的功能

按照这种观点的解释，民事诉讼活动的复杂性决定了即使十分详备的法律条文，也不可能毫无遗漏地包容民事诉讼活动的方方面面。因此，诉讼中总会遇到一些具体的问题，法条中难以找到据以处理和解决的规定。这种情况下，具体法条的适用就不足以保证诉讼程序的进展，出现“无法可依”的真空地带。这种条件下解决的方法只能是根据基本原则的规定办理。

同时，这种观点还认为，基本原则的适用过程具有特殊性。由于基本原则本身缺乏具体性和可操作性，通常只是为诉讼行为提供导向，其适用往往需要有一个转换装置，即由法官根据这种导向“自由裁量”，或者由最高司法机关根据这种导向作出司法解释。因此，也可以说法律的基本原则还具有“法官造法”的功能，即成为法官进行创造性司法活动的理性依据。^①

第三种观点认为《民事诉讼法》基本原则的意义表现在以下三个方面：

1. 指导诉讼主体正确地适用《民事诉讼法》的具体规定

按照这种观点的解释，由于民诉法的具体规定体现了民诉法的基本原则，是民诉法基本原则的展开，因此，民诉法基本原则规定了民诉法各具体规定的精神实质，只有把握和理解了民诉法基本原则，才能正确适用民诉法的具体规定。

2. 有利于克服既定《民事诉讼法》的有限针对性

按照这种观点的解释，当《民事诉讼法》对某些具体情况没有明确规定时，审判人员可以根据民诉法基本原则具体灵活地加以处

^① 江伟主编：《中国民事诉讼法专论》，中国政法大学出版社1998年版，第216—217页。