



“十一五”国家重点图书出版规划项目·中国法律适用文库

总主编 高铭暄 马克昌 陈光中



DF) 10.4 / 145
MINSHISUSONGFA
SHISHIZHONG DE YINAN WENTI

民事诉讼法 实施中的疑难问题

4
◎何秉群等 编著



中国人民公安大学出版社

“十一五”国家重点图书出版规划项目·中国法律适用文库

总主编 高铭暄 马克昌 陈光中

民事诉讼法实施中的疑难问题

何秉群等 编著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

民事诉讼法实施中的疑难问题 / 何秉群等编著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2009. 7

(中国法律适用文库)

“十一五”国家重点图书出版规划项目

ISBN 978 - 7 - 81139 - 622 - 5

I. 民… II. 何… III. 民事诉讼法 - 研究 - 中国 IV. D925. 104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 120796 号

民 事 诉 讼 法 实 施 中 的 疑 难 问 题

MINSHI SUSONG FA SHISHI ZHONG DE YINAN WENTI

何秉群等 编著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 河北省昌黎县第一印刷厂

版 次: 2009 年 7 月第 1 版

印 次: 2009 年 7 月第 1 次

印 张: 17. 5

开 本: 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

字 数: 395 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 81139 - 622 - 5/D · 530

定 价: 39.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: cpep@public.bta.net.cn zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话 (批销): (010) 83903254

警官读者俱乐部电话 (邮购): (010) 83903253

读者服务部电话 (门市): (010) 83903257

教材分社电话: (010) 83903259

公安图书分社电话: (010) 83905672

法律图书分社电话: (010) 83905637

公安文艺分社电话: (010) 83903973

杂志分社电话: (010) 83903239

电子音像分社电话: (010) 83905727

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换

版权所有 侵权必究

本书咨询电话: (010) 63485228 63453145

《民商法律实施中的疑难问题》

编辑委员会

主 任：田向利

副主任：（以姓氏笔画为序）

王 宽 古怀璞 李益民

张国钧 张瑞书 张鑫鲁

陈晓颖 高金浩 曹爱平

穆思山

编写说明

改革开放三十多年来，在建设中国特色社会主义伟大实践中，我国的法制建设同样取得了巨大成就。依法治国，建设社会主义法治国家，成为国家的基本方略和全社会的共识，以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系基本形成，依法行政和公正司法的水平不断提高，公民的政治、经济、社会、文化权利正在得到切实尊重和全面保障，促进经济发展与社会和谐的法治环境不断改善。但是，伴随改革开放的持续推进而引发的重大利益格局调整和社会经济关系的复杂化，无论是在不同法学门类的理论与制度实践中，还是在国家宪法和各种法律的创制与实施中，依然面临着法治理念的冲突、权利配置的失衡、法律适用的困惑和法律效果的偏差等诸多问题，亟待理论上的深入研究和实践上的制度探索。为此，我们优先选取企业法、物权法、知识产权法、合同法、劳动法、婚姻家庭法、金融法、民事诉讼法和损害赔偿法等与主体权益保障和社会经济发展紧密相关的九个法律领域，就其学术研究和法律适用中的疑难问题，作出重点整理与深入分析，并依据我国现行法律法规或根据法理提出解决方案，以期能为国家机关、企事业单位和社会民众提供一套具有较强针对性和实用性的法律丛书。

作为“十一五”国家重点图书出版规划项目·中国法律适用文库之一，这套丛书呈现出以下鲜明特色：一是前沿性，即无论是丛书的整体选材，还是每册疑难问题的抓取，均须以事关广大主体的社会经济发展利益的争议焦点为基点，以免流于一般；二是时效性，即无论是法律依据的采用，还是解决方案的选定，均须以我国现行有效的法律法规和司法解释为依据，以免不切实际；三是学理性，即无论是对于争议焦点的分析与评价，还是对于解决方案的确定与论证，均须力求做到“知其然，知其所以然”，以免主观臆断。

本册《民事诉讼法实施中的疑难问题》由何秉群、陶建国等撰写完成。具体

分工如下：何秉群、刘宁、冯哲、陶建国、蒋路兴撰写第一章、第三章；陶建国撰写第二章、第七章；刘宁撰写第四章、第五章、第六章；蒋路兴撰写第八章、第九章；冯哲撰写第十章、第十一章。书稿经全体撰稿人讨论后，由何秉群、陶建国修改定稿。

本套丛书编写过程中，中国人民公安大学出版社给予了大力支持，在此深表感谢！我们深知，尽管本套丛书的编写历时一年半之久，每一位作者在撰写过程中也均倾其所学所思，但错误与不当之处仍在所难免，欢迎广大读者批评指正！

编 者

2009 年 7 月

目 录

第一章 民事诉讼基本理论与制度	(1)
一、诉讼公正与效率具有一体性关系	(1)
二、民事陪审制度应予以废除	(4)
三、民事诉讼的目的是在实体和程序公正下解决纠纷	(6)
四、我国应当建立当事人主义诉讼模式	(9)
五、我国民事判决既判力客观范围不同于其他 大陆法系国家	(12)
六、我国应当通过立法建立法院附设型调解制度	(15)
七、我国应当建立法官释明权制度	(18)
八、我国应进一步完善民事诉讼审级制度	(21)
第二章 民事诉讼当事人	(25)
一、法院不应适用已经废止的更换当事人的规定	(25)
二、类似的必要共同诉讼中法院不应依职权追加当事人	(28)
三、无独立请求权的第三人不应被判决承担民事责任	(30)
四、应进一步发展我国的代表人诉讼制度	(34)
五、代位权诉讼中债务人参加诉讼的，应为无独立 请求权的第三人	(37)
六、现行法律制度下检察机关提起民事诉讼缺乏法律 依据	(39)
七、业主委员会具有诉讼主体资格	(42)
八、民政部门代替身份不明的街头流浪乞讨人员的	

亲属提起民事诉讼缺乏法律依据	(44)
九、未成年人侵权案件不应将监护人作为被告	(47)
十、追索赡养费案件可将赡养人的配偶列为被告	(49)
十一、民事公益诉讼中原告须具有“实质的损害” 方为原告适格	(51)
第三章 管辖与证据制度	(55)
一、以诉讼标的额确定级别管辖法院有其合理性	(55)
二、网络侵权案件应以原告住所地法院管辖为主	(57)
三、管辖权异议的主体范围应予适当扩大	(60)
四、私人侦探获取的证据其证据能力应区别对待	(62)
五、民事诉讼不应利用测谎结论判案	(65)
六、电子邮件应属于独立的电子证据种类	(68)
七、人民法院的诉前证据保全仅适用于特定案件	(71)
八、我国不具备强制证人出庭作证的条件	(73)
第四章 一审程序	(76)
一、起诉要件应予以降低	(76)
二、法院不予受理案件的范围应适度缩小	(78)
三、变更诉讼请求应在举证期限届满之前提出并采取 书面形式	(80)
四、不公开审理的案件范围应予细化并适当扩大	(82)
五、简易程序适用范围应重新调整	(85)
六、简易程序与普通程序应可以互相转换	(88)
七、一审中的调解制度需要整体改革和完善具体程序	(90)
八、调解协议应当经过签字生效才具有执行力	(92)
九、一审程序中当事人的和解是特殊行为并应当 具有执行力	(95)
十、缺席判决的适用条件需要细化	(97)

第五章 二审程序	(100)
一、上诉的条件应做适当限制	(100)
二、建立上诉许可制度,明确不允许上诉的案件种类	(102)
三、上诉的受理需要完善相关程序	(105)
四、上诉案件的审理范围应以法律审为主	(107)
五、二审法院发回重审的情形应当修改	(109)
六、二审法院改判的情形应当扩大适用	(112)
七、二审中法院径行判决条件应予以调整	(114)
八、上诉裁判应确立禁止不利益变更原则	(116)
第六章 再审程序	(119)
一、当事人申请再审的条件已有明显改变	(119)
二、当事人申请再审的期限应当缩短	(123)
三、法院对当事人申请再审的处理需要制度化	(125)
四、不得申请再审的案件应做合理限定	(128)
五、对再审案件不得再次再审	(130)
六、法院提起再审程序的条件应严格限制	(133)
七、检察院抗诉的条件应适当限制	(135)
第七章 执行程序	(139)
一、执行法院竞合时仅能由最先立案的法院管辖	(139)
二、应完善申请执行人反悔和解协议时被执行人的 救济手段	(142)
三、明确指定受益人的人寿保险金不得被法院强制 执行	(144)
四、法院不应当通过强制退保方式执行人寿保险单的 退保金	(146)
五、已出卖但未登记过户的房屋不应被免于执行	(148)
六、执行中的案外人异议之诉不同于普通诉讼	(151)

七、確認房屋產權歸屬的判決書沒有強制執行效力	(154)
八、執行回轉案件中，被執行人破產的，申請執行人 可以優先受償	(156)
九、探望權可以通過強制執行來實現	(159)
十、判決書中不應當出現告知不履行義務後果的內容	(162)
第八章 期間和送達	(166)
一、期間制度應當進一步完善	(166)
二、取消審限制度不適於我國民事訴訟	(168)
三、延長的調解期間不應計入舉證期間	(170)
四、法院電話通知開庭的送達方式不可取	(173)
五、原告下落不明應公告送達開庭傳票	(175)
六、公告送達調解書僅適用於特別情形	(177)
七、公告送達制度應當進一步完善	(180)
第九章 財產保全、先予執行、訴訟時效及訴訟代理人	(184)
一、財產保全在執行中是否具有優先受償權應根據 不同情況處理	(184)
二、先予執行與財產保全競合時先予執行應優先實現	(187)
三、當事人未提出訴訟時效抗辯的，法院不應對訴訟 時效問題進行釋明	(188)
四、同一筆債務分期履行的，訴訟時效期間從最後 一期履行期限屆滿之日起算	(191)
五、起訴後又撤訴的訴訟時效中斷	(193)
六、民事訴訟代理不適用轉委託	(196)
七、非律師代理訴訟可以收取費用	(198)
八、訴訟代理可以實行風險代理收費	(200)
九、敗訴者負擔律師費用只適用於特定案件	(202)
第十章 非訟程序	(206)
一、申請支付令中關於“沒有其他債務關係”的理解	(206)

二、督促程序的管辖应当进一步完善	(208)
三、关于法院对支付令申请的审查阶段和审查方式的 界定	(210)
四、支付令异议的条件应严格化	(212)
五、支付令具有执行力和既判力	(215)
六、申请公示催告的条件应予以完善	(217)
七、止付通知的效力应始于支付人收到通知之日， 止于公示催告程序终结	(219)
八、除权判决具有多种法律效力	(221)
九、应正确理解“公示催告期间，转让票据权利的 行为无效”	(224)
十、应建立撤消除权判决之诉制度	(227)
第十一章 涉外、涉港澳台诉讼及司法协助	(230)
一、涉外民商事案件的集中管辖制度	(230)
二、涉外民事诉讼协议管辖应规定“实际联系原则”	(233)
三、我国民商事诉讼应确立不方便法院原则	(236)
四、我国承认与执行外国法院裁判的条件	(239)
五、涉港澳台民事案件管辖权冲突的解决方法	(242)
六、应完善诉讼竞合时的法院管辖	(244)
七、涉外离婚案件的管辖制度应进一步完善	(247)
八、内地与香港民商事判决的相互承认与执行制度 有待完善	(249)
九、正确理解我国区际民商事司法协助送达方式的 规定	(253)
十、正确把握区际司法协助的主体和范围	(257)
相关法律、法规名目	(261)
主要参考文献	(265)

第一章 民事诉讼基本理论与制度

一、诉讼公正与效率具有一体性关系

【争议焦点】

公正与效率是现代司法所追求的永恒主题，也是国际通行的衡量司法活动文明程度的基本价值要素之一。一般说来，司法活动的价值目标包含公正与效率，这已成为各国司法实务界与理论界的共识。公正一般被理解或界定为实体公正与程序公正。就现代民事诉讼运行而言，公正与效率始终是衡量诉讼制度优劣的尺度之一。而各国也结合各自的国情与司法传统确立了不同的诉讼价值目标体系，我国民事诉讼制度改革与发展中也在试图确立符合我国国情的诉讼公正与效率的关系体系。

博登海默认为：“如果用最为广泛和最为一般的术语来谈论正义，人们就可能会说，正义所关注的是如何使一个群体的秩序或社会的制度适合于实现其基本目的的任务……满足个人的合理需要和要求，并与此同时促进生产进步和社会内聚性的程度——这是维持文明社会生活方式所必需的——就是正义的目标。”在民事诉讼活动中，公正一般指在诉讼过程中，依照科学合理的程序，实现对诉讼当事人之间权利义务合理分配。一般认为，司法公正应当包括实体公正与程序公正。实体公正对民事诉讼的当事人来说是具体权利或义务的增减，而程序公正则是以一种“看得见的方式”公平地实现上述权利义务重新分配。在我国传统的民事诉讼程序中，实体公正的价值追求是优于程序公正的价值追求的。但随着国际交流的开展，以及现代民事诉讼理念的引进，程序公正逐渐为人们所重视。如何理解与衡量诉讼程序是否实现了公正的价值目标，成为人们讨论的热点之一。对于程序公正的内容和判断标准，我国学者的观点也是不尽相同，有学者认为，程序公正的实现取决于三个因素：（1）冲突事实的真实回复；（2）执法者的中立立场；（3）对冲突主体合法愿望的尊重。也有学者认为，最低限度的程序公正标准有六项原则，即程序参与原则、中立原则、程序对等原则、程序理性原则、程序自治原则、程序及时和终结原则。还有学者主张，程序公正的识别可包括程序法定、程序透明、裁判者的独立与中立、程序的平等性与及时性，等等。

效率是经济学领域的概念，随着商品经济的发展，效率一词被引入诉讼领域。有学者认为，诉讼效率，是指诉讼耗费与诉讼收益之间的关系。也有学者认为，诉讼效率是一定的司法资源处理案件的数量。大多数学者认为，诉讼效率就是一定的司法资源投入获取尽可能多的诉讼收益，即以最少的诉讼成本的投入获得最多的诉讼收益或者以同样的诉讼成本的消耗取得尽可能多的诉讼收益，从而实现司法资源的最优配置与使用。总

的来看,大多数学者认为,诉讼效率主要是指案件审结速度的迅捷与程序的简便;少数学者则认为,效率除了速度与程序的快捷外,还包括结果的正确性,即“又快又好”。

从诉讼程序的内容上来看,诉讼公正与效率是其存在的基本价值内容,但在追求公正与效率的基本价值目标中,各国采取的价值取向有所差别。就我国民事诉讼制度而言,一般认为,其价值目标的确定为公正优先,兼顾效率。但针对民事诉讼制度的运行及实践,学者们也提出了不同的观点与理解,概括起来可以包括以下几种:

第一,绝对对立论。诉讼效率和程序公正同是司法改革的目标,同时,提高诉讼效率和完善程序公正也是我国目前司法改革中的重点和难点。在处理二者关系上,我国的不少学者都将其对立起来,认为二者不能相统一,是“鱼和熊掌”的关系,不可兼得,如果过分地讲究效率,则必然不利于公正的实现。

第二,兼顾论或对立统一论。这是大多数学者的观点,这种观点认为,诉讼公正是司法活动的生命所在,从当事人的角度来讲,其求助于司法程序以解决纠纷的目的就是确认自己的权利归属问题。因此,公正尤其是实体公正,应为诉讼活动的根基或基础,在此基础上,应注意权利保障或义务确认的效率性,毕竟“迟到的正义非正义”。因此,才有了“公正优先,兼顾效率”的说法,并且在公正与效率的关系理解中占主导地位。

第三,分离统一论。这种观点认为,公正与效率是相对分离的,但是它们具有更高的统一性,如果从更高的目标去考察它们的关系时,公正高于效率,只有在符合了公正以后,才能去考虑是否有效率,这种关系就是我国进行司法改革所应具有的特殊内涵。

【分析与结论】

诉讼公正与效率都是现代民事诉讼的价值目标之一。我国民事诉讼制度的改革进程也是在权衡两者之间的关系中不断演变和发展的。笔者认为,应在厘清基本概念的基础之上,结合民事诉讼活动实践来确立二者之间的关系。

首先,关于诉讼公正与效率的概念识别问题。毫无疑问,诉讼公正应当包括实体公正与程序公正。实体公正的识别标准,一般应为实体权利义务的归属是否正确,即权利是否归属于事实上的权利主体,义务是否归属于真正的义务人。而程序公正的识别则具有复杂性,笔者认为,程序公正的识别具有动态性,即必须结合发展中的诉讼程序来判断程序的公正性。具体而言可包括程序的法定性、程序的透明性、程序的合理性及程序的效率性。这里需要说明的是,程序公正的动态识别标准是与诉讼程序的运作结合在一起的。无论现代民事诉讼如何强调诉讼程序的独立性,都无法否定诉讼程序的工具性。换句话说,民事诉讼程序的根本作用是解决民事纠纷,因此,程序是否公正只能在纠纷解决中进行判断,这就赋予了程序公正识别标准的动态性特征。而关于诉讼效率的理解分歧,笔者认为,从概念移植角度来看,诉讼效率仅仅侧重于程序运作的快速与便捷,而关于“结果又好”是实体公正的内容,不应纳入诉讼效率的范畴,至于有的学者将诉讼效率与诉讼效益混用则是混淆了实体公正与程序公正的内容。

其次,诉讼公正与效率的关系理解。笔者认为,关于诉讼公正与效率的关系分歧,学界观点均有一定的合理性与科学性,但其均脱离了民事诉讼程序的运作这一基本事实,不免有失偏颇。民事诉讼公正与效率关系的界定应纳入民事诉讼程序的运作之中进行分

析与理解。从具体关系上分析,应包括以下两个层次:第一,抽象的理论层次。这是诉讼公正与效率关系的理论基础,也是其基础性关系。如前所述,民事诉讼制度的设置以解决民事纠纷为目的,即诉讼程序的工具价值是其存在的基础或根本。因此,实体法律关系权利义务的实现即实体公正是诉讼程序运作所追求的基本价值目标。在明确基本价值目标的前提下,诉讼公正与效率关系的理解就成了如何清楚界定程序公正与效率的关系了。程序公正是在强调程序运作的透明性、合法性与效率性中实现的,这也就是说,程序公正的价值追求中孕育着效率的基本内容,从这一层次进行分析,程序公正与效率之间具有一体性的关系,即诉讼公正与效率是包含与被包含的关系,其价值内涵完全一致,自然也就没有了先后之分。第二,具体的程序运作层次。诉讼公正的理解与分析具有一定的具体性与阶段性,其总是与一个时期人们的不同认识结合在一起的,这也就是说,诉讼公正具有相对性,这一点是与效率的根本区别。我们可以从具体的程序设计中寻求公正相对性的合理依据。就我国民事诉讼普通程序设置而言,其完整地规定了民事诉讼基本流程,以保证双方当事人充分地行使诉讼权利,以达到充分抗辩之目的,这体现了诉讼公正的基本追求目标,效率的价值追求则退而居其次;而在简易程序的设置中,其简化的程序运作过程或步骤则是以便捷、迅速解决纠纷为目的,这里诉讼效率的价值追求表现得更为突出。那么在简易程序的设置中,就忽视了诉讼公正吗?答案是否定的。虽然简易程序没有普通程序那样充分的程序对抗内容,但相关法律规定赋予了当事人简易程序的选择权,换句话说,立法将诉讼公正与效率关系的选择权赋予了当事人,在迅速解决纠纷的前提下,实现了当事人权利义务的确认,对具体纠纷当事人来讲已经实现了诉讼公正与效率的完美结合。

笔者认为,无论诉讼公正,还是诉讼效率,均为民事诉讼程序追求的永恒目标,二者是同一而存在的,相辅相成,共同发挥作用。任何诉讼程序的设计均应顾及诉讼公正与效率的价值目标,只不过在特定的程序设计中,出于一定的诉讼目的,在外在表现形式上出现了诉讼公正与效率的位次差别,即孰先孰后的问题。从诉讼程序基本价值上来看,诉讼公正与效率并没有位次差别,两者互相包含,共同发挥作用,无论是“公正优先,兼顾效率”的观点,还是绝对对立论观点均具有一定的片面性,其忽视了民事诉讼价值目标的抽象性与具体性的差别,也忽视了衡量诉讼公正与效率的动态性这一特点。

【法律依据】

中华人民共和国民事诉讼法(节录)(1991年4月9日中华人民共和国主席令第44号公布施行 根据2007年10月28日中华人民共和国主席令第75号修正)

第二条 中华人民共和国民事诉讼法的任务,是保护当事人行使诉讼权利,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,确认民事权利义务关系,制裁民事违法行为,保护当事人的合法权益,教育公民自觉遵守法律,维护社会秩序、经济秩序,保障社会主义建设事业顺利进行。

第七条 人民法院审理民事案件,必须以事实为根据,以法律为准绳。

二、民事陪审制度应予以废除

【争议焦点】

陪审制度，是指在司法审判中邀请普通民众组成一个临时性的组织，并针对个案暂时给予其成员参加审判的权力。因此，现代陪审制度被认为是国家司法机关吸收普通公民参加审判活动的重要机制，也是现代司法民主和公民权利的保障制度。陪审制度在我国被采用为“人民陪审员制度”，该制度反映了普通民众参与司法程序的民主形式。在我国民事诉讼领域，人民陪审员制度虽是一项法律制度，但却没有具体、完整的法律规范，有关内容散见于人民法院组织法、民事诉讼法及全国人大常委会《关于完善人民陪审员制度的决定》中。

关于我国民事诉讼中的陪审制度，除了“陪审”与“参审”的界定哪个更为贴切之外，学者们的注意力主要集中在对该制度的“存”与“废”之争，陆续出现了“保留说”、“废除说”、“完善说”等学术观点。

赞同民事陪审制度的学者们认为，陪审制度有利于司法公正。一方面，陪审员的社会职业和生活经历各不相同，他们参与审判可以从不同的角度分析案情，从而弥补法官的不足；另一方面，陪审员参与审判还可以促进法官的办案责任心，从而减少他们在审理案件过程中因疏忽而造成的失误。此外，民事陪审制度的支持者们还认为，陪审制度有利于促进审判方式改革，以及司法的民主、公开、独立，并认为民事陪审制度能起到普法教育的作用。另外，陪审制度有利于发挥民主监督作用、有利于在司法审判工作中发挥群众智慧等观点也是被较为广泛地认可的对民事陪审制度的肯定性评价。在上述认识的基础上，这些学者提出从若干方面完善我国的民事陪审制度。例如，健全人民陪审员参与陪审的程序、提高陪审员选任标准、制定人民陪审员法、赋予人民陪审员职务豁免权、适当提高陪审员待遇等。有学者更进一步提出应当“赋予当事人在民事陪审中的程序选择权，将民事案件是否适用陪审的决定权交给当事人，将民事陪审案件中具体人民陪审员的选定权交给当事人”的观点。还有学者提出了更为具体的完善措施，诸如从立法高度明确陪审员的权利与义务，认为人民陪审员具体应享有如下权利：了解案情；查阅审卷；参加法庭审理的全过程，但不能行使调查、提问、查证、质证等审判权；参加合议；在审理过程中如认为程序、证据采信、事实认定等方面有错误，可当庭或在合议阶段向法官指出，并要求其改正，法官如不采纳，可向审判委员会、上级人民法院或检察机关反映，等等。也有学者认为，应把陪审制度的适用范围以概括加列举的方式明确界定，并将现有适用范围扩充为“人民陪审员可以参加任何种类的一审案件，对案情重大、专业技术性较强的一审案件必须有陪审员参加，二审也应当有陪审员参加。”另外还要完善人民陪审员的培训制度，建立错案责任制度，以及落实对人民陪审员人身权利的保护与物质保障。

与此不同的是，对陪审制度提出质疑的学者从以下几个方面指出了陪审制的弊端：其一，陪审制度的司法民主意义仅是象征性的。陪审制度并非一项具有普通适用力的司法原则，法院对个案是否适用陪审制度具有完全的决定权。其二，审判经验来源于生活，

民事案件是生活矛盾和利益冲突的典型体现,作为职业法官肯定具备一定的审判经验,理应比一般公民具有更为丰富的社会经验和认知水平,因此,以普通民众对案件的认知来弥补法官认知的可行性值得怀疑。其三,我国陪审员选择上的狭窄性和适用上的随意性,使得陪审制度对于全体公众的法治水平影响微弱,普法的效果亦体现不出来。其四,我国现行法律对陪审制度缺乏统一性、完整性和可操作性的规定,立法上存在重大缺陷;陪审员责任追究制度未有明确、完善的规定;陪审员的选任制度存在被选人员无法代表民意参与司法工作等问题。其五,在实践中的陪审制度是陪审员“陪而不审”、“审而不决”,陪审制度没有发挥作用。

【分析与结论】

笔者认为,我国民事诉讼中的陪审制度貌似美好但实际用处不大,它既无益于诉讼公正,也妨碍着司法效益的提升,甚至在某些方面还与我国现行的其他制度相抵触(如国家统一司法考试制度所体现的司法职业化、专业化)。因此,笔者主张对于民事陪审制度将之舍弃比形式上的保留更有积极意义。之所以这样说是因为普遍认为的陪审制度的价值,如司法民主、利用民间智慧、提高公众法治素质、强化诉讼监督等均无法真正通过实际的运作得以实现,同时,民事陪审增加了诉讼成本。对当事人来说,陪审的效率普遍偏低,那么他们就不得不承受此种拖延;对法院来言,为了保证民事陪审质量,会对陪审员进行一些必要的民事法律知识和民事审判技能的培训,并且为了提高陪审员的陪审积极性,对陪审员参审支出的车旅费及误工损失予以补助,这些也势必增加诉讼成本。

从更为宏观的角度看,民事纠纷具有复杂性、多发性以及容易和解等特点,这与刑事诉讼中犯罪嫌疑人与国家的对抗以及行政诉讼中行政机关与行政相对人的矛盾截然不同。而且,我国现行的民事诉讼法更是将调解作为一项基本原则予以确立,所以在能够积极有效寻求和解、调解的前提下,陪审制度似乎与之不相匹配。何况,相对于刑事案件与行政案件而言,民事关系的错综复杂也使得陪审员难当其责。

回顾历史,新中国建国初期法律工作者严重匮乏,那种情况下陪审员起到的是以传统的大众道德观念对匮乏的法律资源的一种暂时性弥补作用。这种作用是相对低质量低效益的,仅为过渡形式。当前,我国法律法规日益完善,法律工作者不断增多,司法资源逐渐充足,不再需要非专业人士的弥补了。另外,建国后确立的陪审制度,其“政治性的标示作用远大于法律意义”的时代也已经一去不复返了,所以今天的民事陪审制度已经完成了它“特定”的历史使命,可以谢幕了,更何况它本身就是个缺乏文化根基的“舶来品”。

再放眼全球,作为世界范围内较早实行陪审制度的英国实际已经取消了在民事诉讼领域内的陪审。而将陪审制度发扬光大的美国在民事案件中采用陪审制度也并不普遍。此外,西班牙、意大利、日本等国也都已经相继废除了民事陪审制度。从中不难看出,取消民事陪审已经成为一种国际趋势,被多数国家所接受。我国的民事诉讼也理应顺应这个潮流,废除民事诉讼中的陪审制,这样更利于民事诉讼目的的实现。

【法律依据】

中华人民共和国民事诉讼法（节录）（1991年4月9日中华人民共和国主席令第44号公布施行 根据2007年10月28日中华人民共和国主席令第75号修正）

第四十条 人民法院审理第一审民事案件，由审判员、陪审员共同组成合议庭或者由审判员组成合议庭。合议庭的成员人数，必须是单数。

适用简易程序审理的民事案件，由审判员一人独任审理。

陪审员在执行陪审职务时，与审判员有同等的权利义务。

中华人民共和国人民法院组织法（节录）（1979年7月5日中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会委员长令第3号公布 自1980年1月1日起施行 根据2006年10月31日中华人民共和国主席令第59号第二次修正）

第九条 人民法院审判案件，实行合议制。

人民法院审判第一审案件，由审判员组成合议庭或者由审判员和人民陪审员组成合议庭进行；简单的民事案件、轻微的刑事案件和法律另有规定的案件，可以由审判员一人独任审判。

人民法院审判上诉和抗诉的案件，由审判员组成合议庭进行。

合议庭由院长或者庭长指定审判员一人担任审判长。院长或者庭长参加审判案件的时候，自己担任审判长。

全国人民代表大会常务委员会关于完善人民陪审员制度的决定（节录）（2004年8月28日第十届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议通过）

第二条 人民法院审判下列第一审案件，由人民陪审员和法官组成合议庭进行，适用简易程序审理的案件和法律另有规定的案件除外：

（一）社会影响较大的刑事、民事、行政案件；

（二）刑事案件被告人、民事案件原告或者被告、行政案件原告申请由人民陪审员参加合议庭审判的案件。

第三条 人民陪审员和法官组成合议庭审判案件时，合议庭中人民陪审员所占人数比例应当不少于三分之一。

三、民事诉讼的目的是在实体和程序公正下解决纠纷

【争议焦点】

民事诉讼的目的在于整个民事立法和司法过程中具有导向作用，诉讼目的使得国家进行民事立法和司法活动具有了主动性，使国家在这方面的行为有了目标和方向。因此，民事诉讼目的既是民事诉讼的内在要素和基本前提，又是一个国家制定民事诉讼法的基点，以及开展民事诉讼活动所追求的目标。作为民事诉讼法学基本理论之一，目前我国学术界在民事诉讼目的研究领域内比较流行的有这样几种学说：

其一，纠纷解决说。该学说认为，民事诉讼目的应是纠纷的强制解决。民事诉讼如