

中国法制探索丛书

民事诉讼 当事人研究

张晋红 著

陕西人民出版社

中国法制探索丛书

民事诉讼当事人研究

张晋红 著

陕西人民出版社

(陕)新登字 001 号

民事诉讼当事人研究

张晋红 著

陕西人民出版社出版发行

(西安北大街 131 号)

西安市建明印务有限责任公司印刷

850×1168 毫米 32 开本 10.125 印张 253 千字

1998 年 10 月第 1 版 1998 年 10 月第 1 次印刷

印数:1—1000

ISBN 7-224-04922-0/D·721

定价:15.50 元

序 言

我们悲哀地面对着这样的评论：“民事诉讼法学界对于理论的研究尚未系统化。迄今为止，体系性的民事诉讼理论还基本上限于若干部教科书。”对此，我们无言。事实上，民事诉讼当事人的研究又何不如此？！在民事诉讼学理倾其所能去思考诉讼模式之选择的宏观命题时，无论如何，我们无法也不能轻淡和漠视民事诉讼基本理论和基本制度的研究。毕竟，体系性理论研究状况，反映着民事诉讼法学基石的坚实程度，而具体制度的研究状况，则体现着对民事诉讼使命的承载能力。一切旨在说明：民事诉讼体系性的理论研究以及追求具体制度的日臻完善，是必要的，也是必须的。在民事诉讼体系性的理论研究和具体制度的研究不容乐观的今天，更没有理由远离它们。可以慰藉自己的是，至少，在民事诉讼学理游离于如何选择诉讼模式之时，我们踏踏实实地走了几步——尽管可能走得不太坚实；至少，我们期待着摆脱那种不情愿的“悲哀”——尽管可能还有“悲哀”；而且，或许这一切将有助于民事诉讼学理更加严肃、更加负责地反思我们对诉讼模式的选择。

不能说民事诉讼当事人没有理论，但有的东西确已陈旧；不能说民事诉讼当事人不是制度，但有的内容却有欠缺。多年来，民事诉讼学理对当事人的研究，既传统狭隘，

又保守惰性,总是欲罢不能,欲破不能。虽然,学理对当事人的研究已几经努力,但仍有欲行却步的感觉。既定的研究模式和思维方式已阻碍了研究本身,突破和发展就变得困难,进步就显得十分缓慢。相对于传统的当事人理论而言,我们的研究几乎一切依旧。问题是,一切应否依旧?肯定不是的。未成体系的理论有待系统,陈旧的理论有待更新,欠缺的制度有待完善。这一切,便是写成这本书的原因和目的所在。我惟愿能藉以打开民事诉讼当事人研究的视野,拓宽研究的领域,并有助于我国民事审判方式的改革和进步。

作者

1998年4月于广州

目 录

第一章 当事人的概念和特征.....	(1)
一、当事人的概念	(1)
二、当事人的特征.....	(14)
三、关于“利害关系”的界定和范围.....	(21)
第二章 诉讼权利能力和诉讼行为能力	(29)
一、当事人的诉讼权利能力.....	(29)
二、当事人的诉讼行为能力.....	(42)
第三章 当事人的诉讼权利	(59)
一、问题的提出.....	(59)
二、当事人诉讼权利的立法现状及评析.....	(67)
三、当事人诉讼权利的立法完善.....	(77)
第四章 非正当当事人及其更换	(91)
一、非正当当事人及其更换理论的概况.....	(91)
二、对非正当当事人理论的重新思考.....	(99)
三、对更换当事人理论的评析与否定	(112)
第五章 原告和被告的基本理论.....	(123)
一、原告和被告的概念、特征及确定.....	(123)
二、诉讼代位	(129)
三、诉讼权利的承担	(136)
第六章 原告和被告的确定.....	(147)
一、确定原告和被告与实体法律规范的关系	(147)
二、解除收养关系纠纷案件确定当事人的问题	(150)
三、抚养纠纷案件确定当事人的问题	(154)

四、无民事行为能力人损害赔偿案件确定当事人的问题	(157)
五、其他两类案件诉讼当事人问题的探讨	(165)
第七章 共同诉讼与共同诉讼人	(174)
一、共同诉讼与共同诉讼人概述	(174)
二、固有的必要共同诉讼	(184)
三、类似的必要共同诉讼	(203)
四、普通共同诉讼	(215)
第八章 代表人诉讼	(225)
一、代表人诉讼的界定和界限	(225)
二、代表人诉讼形成的条件	(233)
三、代表人诉讼的类型及其诉讼代表人的产生	(236)
四、代表人诉讼的立法完善	(249)
第九章 诉讼第三人	(260)
一、诉讼第三人概说	(260)
二、有独立请求权的第三人	(272)
三、被引入的第三方被告	(288)
四、无独立请求权的第三人	(298)

第一章 当事人的概念和特征

一、当事人的概念

(一) 当事人的概念的不同学说

民事诉讼理论对当事人的概念有一个发展的认识过程。民事诉讼当事人最初就是指原告和被告，而对原告和被告的定义最初是十分精简的。依罗马法，提起诉讼的人叫做原告（ACTOR），被其起诉的人叫做被告（CONVENTUS，REUS）^①。他们统称为民事诉讼当事人。然而，随着诉讼法制的进程而日益精细的民事诉讼理论研究，使得当事人的概念从内涵到外延似乎都不再单纯。学者们的认识愈多、愈复杂，认识结论就愈易有区别、有距离。归纳民事诉讼理论界的种种观点，关于当事人的概念有以下几种学说。

1. “接受审判说”，即所谓诉讼当事人是指接受法院为解决案件而行使审判权的人，是在审判程序中作为起诉的人（原告）及被诉的人（被告）接受判决的人。^② 此概念将民事诉讼当事人限于原告和被告，并重在突出当事人与法院审判权的关系，因而可以将其称为“接受审判说”，亦即当事人就是接受法院民事审判的人。

2. “保护自己的民事权益说”，即当事人就是以自己的名义向

① [意]彼德罗·彭梵得著，黄风译：《罗马法教科书》，中国政法大学出版社，1992年版，第85页。

② [日]兼子一，竹下守夫著，白绿铉译：《民事诉讼法》，法律出版社，1995年版，第29页。

法院提起诉讼,请求保护自己的权益的原告和被提起诉讼的被告。^①与其具有相同含义的另一种表述是当事人是指为了保护自己的民事权益并以自己的名义向法院提起诉讼或应诉的人。^②这一类概念尽管也将当事人囿于原告和被告的范围,但偏重的却是保护合法权益与法院的关系,并突出保护的是当事人自己的民事权益,故可以称为“保护自己的民事权益说”,亦即当事人就是为保护自己的民事权益而起诉或应诉的人。

3. “保护民事权益说”,即当事人是指因民事上的权利义务关系受到侵犯或者发生争议,为保护自己的民事权益或者应当受自己保护的民事权益,以自己的名义进行诉讼,并受人民法院裁判或调解协议约束的人。^③此概念不是把当事人具体到只有原告和被告的范围,而是确定在民事诉讼案件的范围,除了偏重当事人与诉讼结果的关系外,注意突出当事人所保护的是自己的或者自己应当保护的民事权益,因而与“保护自己的民事权益说”不同。故可以称其为“保护民事权益说”,以便与“保护自己的民事权益说”相区分。

4. “引起民事诉讼程序发生、变更或消灭说”,即当事人是指因民事上的权利义务关系发生纠纷,以自己的名义进行诉讼,旨在保护民事权益,并能引起民事诉讼程序发生、变更或消灭的人。^④这一概念与“保护民事权益说”有许多的共性,大多数的内涵以及外延是一致的,所不同的在于其强调了当事人与诉讼程序的关系,为了区别于其他概念学说,可以称之为“引起民事诉讼程序发生、

① 《法学辞典》,上海辞书出版社,1980年版,第250页。

② 王棋国:《当事人概念之我见》,载《政法学刊》,1986年第4期。

③ 江伟主编:《中国民事诉讼法教程》,中国政法大学出版社,1994年版,第86页。

④ 江伟主编:《中国民事诉讼法教程》,中国政法大学出版社,1990年版,第116页。

变更或消灭说”，亦即当事人是能够引起民事诉讼程序发生、变更或消灭的人。与此概念基本相同的另一种表述是：当事人是指因民事权利义务关系发生纠纷，为了保护自己的民事权益或受其保护的特定权益，以自己的名义进行诉讼，并有权实施可导致程序发生、变更或终结的诉讼行为的利害关系人。^①此种表述与前者相比，有两点区别。其一，后者强调的是当事人对诉讼程序作用的权利性，而前者偏重的是当事人在这问题上的权能性。其二，后者把当事人归结于“利害关系人”，而前者没有这一明确的主张。

5. “利害关系人说”，即当事人是指因民事权利义务关系发生争议，以自己的名义进行诉讼，并受人民法院裁判拘束的利害关系人。^②这一学说是我国民事诉讼理论对当事人的主流观点，对其诠释的重点往往落在“利害关系”上，即主张当事人须是本案的直接利害关系人，故将其称为“利害关系说”。

（二）对当事人概念不同学说的评析

上述五种关于当事人概念的学说就其表现出的内涵来看，有着相同或相似之处。一是当事人是与法院发生关系的人，起因是基于民事纠纷，目的是求得法院的审判。二是当事人都是以自己的名义进行诉讼的人，因为当事人进行诉讼所欲求保护的是自己的民事权益或自己应予保护的民事权益。三是当事人与诉讼结果有联系，即他们是受法院裁判拘束的人，或者说他们是接受法院判决的人。当然，上述关于当事人概念的种种学说，因各自认识的角度和偏重不同，因而必有差异。

1. 所确定的当事人的范围不同。在阐述这一方面的差异时，

^① 何文燕著：《民事诉讼理论问题研究》，中南工业大学出版社，1996年版，第158页。

^② 柴发邦主编：《民事诉讼法学新编》，法律出版社，1992年版，第147页。

我们应当明确一个已成事实的基本前提，那就是前述所有当事人概念的学说都是指民事纠纷案件的当事人，而非民事案件的当事人。民事案件分为两类：一类是数量占绝对优势的民事纠纷案件（有的也称其为民事诉讼案件），另一类是数量不多的民事非讼案件，亦即不具有民事权利义务之争的案件。在当事人概念的种种观点中，要么是把当事人限定为起诉人（原告）和应诉人（被告），^① 要么以民事权利义务发生纠纷为前提，或者以保护民事权益为宗旨，^② 从而完全可以窥见到确定当事人概念的背景是民事纠纷，其中不包括只欲确定某些民事事实问题的非讼案件，如确认某公民失踪的事实，因此通行的当事人的概念是排除了非讼案件当事人的。在此前提下，前述当事人概念的不同表述，所涉及的当事人的范围不同，其表现在两个方面。一是原则性的范围不同，有的概念强调诉讼当事人须是“利害关系人”，而有的概念则不提及这一点。二是具体性的范围不同，有一部分概念把当事人解释为起诉人（原告）和应诉人（被告），而有的概念则不作如此限制。^③ 我们认为，诉讼当事人应当是与案件有利害关系的人，这也是当事人与其他诉讼参与人的区别所在，至于如何认识和解释“利害关系”，则另当别论。当然，承认当事人须是利害关系人的属性，并不等于说肯定当事人的概念应反映出这一属性。从某种意义上讲，界定清楚“利害关系”比讨论当事人概念中应否表现这一属性更为重要，因为前者才是当事人范围的决定因素。如果在当事人的概念中点出“利害关

① ③非讼案件的当事人不叫起诉人（原告）和应诉人（被告），而是称为申请人和被申请人，有的非讼案件只有申请人一方。

② 非讼案件的目的是请求法院确认某一民事事实的实际状态或推定某种民事结论，而不是保护自己的民事权益或应由自己保护的民事权益。

系”，却未对此作明晰的界定，反倒会使当事人的概念有模糊之嫌。本书将在后面详细探讨“利害关系”的界定问题。从当事人的具体范围看，在概念中把当事人限定为原告和被告，应当说是有缺陷的。因为事实上当事人不止于此，除原告和被告之外，诉讼中的第三人也属于当事人的范畴。尽管原告和被告是基本的当事人，但也不应在当事人的概念中完全忽略诉讼中的第三人。在前述五种概念中，还有一点内容也反映着当事人的范围不同，即有的概念强调当事人只是为保护自己的民事权益进行诉讼，而有的概念则认为当事人是基于保护自己的或属于自己应当保护的民事权益进行诉讼。显而易见，依后者所划定的当事人的范围要大于前者。

2. 所揭示出的当事人的内涵不同

前述五种当事人的概念，共揭示出当事人六个方面的基本内涵：一是民事上的权利义务关系发生争议；二是以自己的名义进行诉讼；三是欲求保护自己的或自己应当进行保护的民事权益；四是能够引起民事诉讼程序发生、变更或消灭；五是受法院裁判的拘束；六是与案件有利害关系。这些内涵并未在某一种学说中统一地表现出来，事实上，不同的学者基于认识问题的偏重和角度不同，其在当事人概念中所反映的内涵也不同。当事人的概念是否应将这些内涵全部都表现出来，是否有必要都表现出来，是值得探讨的。

“民事权利义务关系发生争议”的内容，是不必在当事人的概念中表明的。因为该内容若表现出来，必然将民事诉讼当事人的范围限制于民事纠纷案件，从而无法容纳进非讼案件的当事人。即便只是对民事纠纷案件的当事人进行定义，也不必专门表明当事人之间争议的存在，因为无纠纷即无诉，无诉便无诉讼当事人，倘若诉讼当事人已经存在，纠纷的存在则是不言自明的了。所以，当事人的概念中着意渲染纠纷的存在是没有什么实际意义的。“以自己的名义进行诉讼”这一内涵有必要表现于当事人的概念之中，因为不仅仅是为了与诉讼代理人相区别，更重要的是行使诉权的使然。基

于诉权的行使而成为诉讼当事人的人，有权利以自己的名义进行诉讼，才能实现其诉权。从另一方面看，当事人以自己的名义进行诉讼是与接受法院的审判相一致的，^①亦即当事人最终得以自己的名义接受法院的裁判，因为法院的裁判只对当事人作出。“保护自己的或自己应当保护的民事权益”的内容意在突出当事人的诉讼目的和与案件具有的利害关系，如果为了以此表明当事人与其他诉讼参与人的差异，表现出这一内容似乎也有意义。但其结果不免导致相应的缺陷产生：一是使当事人的概念在外延上排除了非讼案件的当事人，毕竟非讼案件的当事人既无此诉讼目的，又无此种利害关系；二是使当事人易被误解为都是积极的当事人——主动提出诉讼请求、欲求法院予以支持的当事人，而事实上，只有原告和有独立请求权的第三人才有积极请求保护的诉讼目的（包括反诉中的原告），被告和无独立请求权第三人通常没有这一诉讼动机，因而缺少诉讼上的主动性，属于消极的当事人。基于此，当事人的概念中不表现出这一有局限性的内涵比作出表现更为适宜，更为妥当。“能够引起民事诉讼程序的发生、变更或消灭”这一内涵，应当是当事人的本质所在。当事人基于诉权，具有引起诉讼程序发生、变更或消灭的能力，也具有运用这种能力的事实原因——民事纠纷或需要法院确认的其他民事事项，而这一本质从根本上划清了当事人与其他诉讼参与人的界限。所以，当事人的概念中不能不反映出这一内涵。“受法院裁判的拘束”或者“受法院裁判或调解书拘束”的内涵，其有两方面的含义：一是当事人须承担诉讼的后果，这里既有程序后果，如结束诉讼或不得再行起诉，又有实体后果，如赔偿损失或不享有继承权等；二是当事人负有履行生效裁判或调解书的义务。这一内涵等于要求进行诉讼的当事人与承担诉讼后果的人

^① 非讼案件的目的是请求法院确认某一民事事实的实际状态或推定某种民事结论，而不是保护自己的民事权益或应由自己保护的民事权益。

是完全相同的，然而事实又并非完全如此。例如，在未成年人致人损害引起的诉讼中，未成年人是诉讼当事人（被告），但依法应承担民事责任的监护人却是诉讼后果的实际承受者。这里就出现了当事人与诉讼结果的承担人相分离的情况。当然，仅就此例而言，这种分离状态是否合理、是否应当，将是本书后面予以讨论的问题。若换一种情况看，这种分离又是合理和必然的。例如，失踪人的财产代管人因所代管的财产与他人发生纠纷涉诉法院，其不管是作原告还是作被告，诉讼的实体后果都不是由其承担的，而是由失踪人承担的。这种当事人与诉讼结果的承担者的合理分离是必然的，由此也说明，当事人未必都要承受诉讼后果，而实际承受诉讼后果的人又未必是诉讼中的当事人。至于“与案件有利害关系”或曰“是利害关系人”，依传统的当事人理论，应当是当事人的内涵。但是，若依传统理论把“利害关系”诠释成与争议法律关系的真正主体完全对位，则无法容纳进某些新型的当事人，即非权利主体或非义务主体以自己的名义进行诉讼的当事人——代位当事人。“利害关系”本身是模糊概念，其需要法律或学理作出解释以使其具体化。除非法律对其有明确的解释，或者学理有统一的界定，不然，将其表现于当事人的概念中，反易造成当事人概念的相应模糊。

3. 所表现当事人内涵的侧重点不同。分析前述当事人的不同概念，各自表现当事人内涵的侧重点都不完全相同。有的概念着重突出当事人与诉讼程序和审判之间的关系，因而常常表述为：当事人就是起诉人和应诉人（或被诉人）；当事人是能够引起民事诉讼程序发生、变更或消灭的人；当事人是以自己的名义进行诉讼的人。另外一些概念则偏重于突出当事人与实体问题的关系，对此通常表述为：民事权利义务关系发生争议；保护民事权益；受法院裁判的拘束；有利害关系。当然，也有的概念欲求对程序的关系和对实体问题的关系都作出表现。应该说，当事人与诉讼程序以及实体问题均有无法割裂的关系，没有实体纠纷就没有诉讼，而没有诉讼

程序则不成其为诉讼，当然也就无所谓诉讼当事人了。在当事人的概念中，对这两种关系愈表现出偏重，就愈易走向一种倾斜——单纯地追求某种意义上的当事人。如果完全偏向于表现当事人与实体问题的关系，其概念所指的是实体法意义的当事人，即诉讼当事人就是争议法律关系的真正主体，否则，即便已与诉讼程序打交道，也不是诉讼当事人（亦即属于非正当当事人）。如果完全偏向于表现当事人与诉讼程序的关系，其概念所指向的是诉讼法意义上的当事人，即起诉人与被诉人虽然可能不是争议法律关系的真正主体，但因其提起诉讼或被诉从而成为当然的诉讼当事人。其实，任何一种完全的偏向和绝对倾斜的追求，都失之偏颇，而实际上当事人是不可能定点地处在某一绝对倾斜的位置上的。如前所述，言及诉讼当事人，不可能不与实体问题发生关系，也不可能不与诉讼程序发生关系，从相当意义上讲，实体问题是当事人与诉讼程序发生关系的契机，同时也是其目的所在，因为诉讼的宗旨是解决民事纠纷和其他有关的实体事项，而这一切均可概括为实体问题。当然，如何在当事人的概念中合理地处理好这两重关系，尚需进一步研究。

（三）当事人概念的思考

对于当事人的概念，首先从理论上要有广义与狭义之分。广义的当事人概念包容所有民事诉讼当事人，既有纠纷案件的当事人，又有非讼案件的当事人，既指原告和被告，又指诉讼中的第三人。狭义的当事人就仅指民事纠纷案件的当事人。之所以作如此区分，是因为从民事诉讼法整体效果上看，有必要对民事诉讼当事人从广义上界定清楚，这是一个部门法对其基本理论的自然要求。从另一方面看，民事纠纷案件在整个民事案件中占有绝对优势的比例，不管是民事诉讼立法还是民事诉讼理论，对当事人的专章规定和广泛的学理研究，都是从民事纠纷案件当事人的角度出发的，事实上最值得专门立法和专门研究的也是民事纠纷案件的当事人，因而有必要单就民事纠纷的当事人作出界定，以便于区分非讼案件的当事

人，同时也有利于进行有关的学理研究。

广义的民事诉讼当事人，是指以自己的名义引起民事诉讼程序发生或参加民事诉讼，以求解决特定的民事纠纷或确认特定的民事法律事实，从而接受法院裁判的利害关系人。此概念有四个方面的含义：其一，当事人是引起民事诉讼程序发生的人或参加民事诉讼的人，前者是指原告和申请人，后者是指未实际为起诉行为的共同原告（即追加原告）、被告和第三人。其二，当事人是以自己的名义与诉讼程序打交道的人，不仅以自己的名义起诉或申请，还以自己的名义进行诉讼。其三，当事人是欲求通过诉讼解决特定实体问题的人，其以期解决的既可能是特定的民事纠纷，也可能是特定的民事法律事实的确认。其四，当事人是接受法院裁判的人，亦即法院的裁判将对当事人作出，也只能对当事人作出，因而当事人必是法院裁判的接受人。其五，当事人是利害关系人，即当事人与欲求解决的特定的实体问题具有某种利害关系。确定当事人概念中的这五方面的含义，似乎与我们在前面评析中的某些思考相矛盾，对此，我们将在论证狭义当事人概念的内涵时作出解释。

对于狭义当事人概念的研究，民事诉讼理论对其有一个逐步扩展其内涵的发展过程。学理最初把当事人只理解为起诉人和被诉人，最初的立法如罗马法等也只是把起诉人和被诉人确立为当事人。后来立法把当事人逐渐扩展到包括追加当事人和第三人在内的范围，而学理则较为一致地把当事人理解为案件的利害关系人，并成为我国当事人理论的主流观点。由于学理对“利害关系”的解释完全是应和着实体法的需要，因而诠释的结果是：利害关系人须是争议法律关系的真正主体，唯其如此，才能成为正当的诉讼当事人，否则，便是非正当当事人，应当退出诉讼。但是，这种对“利害关系”的传统解释终于受到了新当事人理论的冲击。英国学者柯恩在《国际比较法百科全书》中写道：“按当前占主导地位的观点，诉讼当事人不必是利害关系当事人或合格当事人。不合格当事人可

能会败诉，甚至可能会被从诉讼记录中取消资格，但在此以前，他是诉讼当事人。”柯恩的这一观点，实际上提出了一个“纯粹程序上的当事人概念”。随着国外新当事人理论的兴起，到80年代中期，我国也有学者开始认为民事诉讼当事人应当包括非正当当事人，亦即当事人可能不是传统意义上的利害关系人。^①基于此，当事人的概念必有所修改。到90年代初，又有学者提出诉讼代位问题，认为与案件无直接利害关系的第三人在特定情况下，可以当事人的资格起诉或应诉。^②与此相适应，当事人的概念得到了一定的发展，其表现在陈述“保护民事权益”的内涵时，由“保护自己的民事权益”扩展到还可以“保护应当由自己保护的民事权益”。这一修正，无疑使当事人的概念突破了传统理论的束缚，进而使当事人的范围得以扩大。前述关于当事人概念的五种学说，基本上反映了当事人概念方面的发展轨迹，但就个体而言，每一种学说却不尽如人意。在界定民事纠纷案件当事人的基本内涵时，我们必须讨论清楚四个方面的问题。

1. 当事人对诉讼程序的功能问题。肯定当事人对诉讼程序积极作用的概念都强调：当事人能够引起民事诉讼程序发生、变更或消灭。然而，这有以偏概全之嫌。首先，并不是所有的当事人都能实际地揭开诉讼的序幕，能够引起诉讼程序发生的人只是实施提起诉讼行为的人。在诉讼中被追加的共同原告，以及被告和第三人，都不是引起诉讼程序发生的当事人。其次，民事诉讼程序开始至结束期间，必须依法定要求进行，其进程是法定的，不存在随意变更程序的问题，因而当事人对诉讼程序的改变不具有主观能动性，换

^① 参见王强义：《非正当当事人及其更换》，载《法学研究》（发表时间不详）。

^② 参见马新彦：《诉讼代位制度初探》，载《中国法学》，1992年第4期。