

法律硕士专业研究生教材

民事诉讼法学原理

章武生 段厚省 著

上海人民出版社

复旦大学法律硕士专业教材编委会

总主编：李昌道

编委：（以姓氏拼音为序）

陈浩然 董茂云 郭建 胡鸿高 季立刚

李昌道 王全弟 杨心宇 张光杰 张乃根

出版前言

把历史悠久的中华文明古国建设成社会主义的法治强国，是全国各族人民的一个共同心愿。为了实现这一历史性的宏伟目标，造就大批德才兼备、具有广阔的知识背景和扎实的法学功底的专业人才，国务院学位委员会和司法部在广泛征求各方意见和借鉴国外法学教育先进经验的基础上，于世纪之交推出了培养“高起点、宽口径、实用型”法律硕士专业学位（暂定名为 Juris Master，简称 JM）的新举措。

目前，复旦大学等高等院校正在积极进行 JM 教学的试点工作，已经具有法学学士学位或其他本科学科学位的学生，在为期三年的 JM 课程的学习中，将能接受系统、深入的法学理论教育，全面提高法律素质，能够为国家的法制建设贡献更大的力量。

有鉴于此，具有七十多年法学教育历史的复旦大学法学院，力图将长年积累下来的丰富多彩的法学教育经验和研究成果集中体现在 JM 的教学工作之中，并为此专门组织研究生导师编写了一套适用于 JM 教学的、内容涵盖法学教育主要专业课程的研究生教材。

编写这套教材的目的有三：一是集中反映复旦大学法学院的整体研究水平和教学经验，重视学术规范，突出 JM 教学中的

法律素质教育的主题。二是强调教材的理论深度和广度,希望学生能够通过这套教材的学习获得更加全面而坚实的法律知识和实践能力,把握法学研究的前沿课题和研究方法。三是弥补JM教学中缺乏系统的、高质量的专用教材的缺陷,为进一步提高JM教学水平进行新的尝试和探索。

法学是一门古老的学科。在蓬勃发展的中国,法学又是一门充满活力的蒸蒸日上的学科。这套教材不仅强调反映法学研究的历史成果和学术遗产,更注重体现国内外法学研究的最新动态和发展趋势,不仅希望为学生提供体现当前研究水平的一般结论,更要求为学生提出一系列代表法学发展方向的研究课题。因此,这套教材并非仅适用于JM的课堂教学,同时还是具有一定阅读理解能力的读者的法学理论读本。

在建设社会主义法治国家的伟大历程中,我们任重而道远。我们衷心希望编写的这套教材能为法学教学的发展贡献一份微薄的力量。同时,我们也衷心希望能有更多的有识之士加入我们的行列,与我们一起共同奋斗。

复旦大学法律硕士专业教材编委会

目 录

第一编 基本理论

第一章 民事诉讼目的论·····	3
一、探讨民事诉讼目的的意义·····	3
二、关于民事诉讼目的的主要学说·····	5
三、目的论研究的两个标准·····	7
四、民事诉讼的定位及其本质特征探析·····	9
五、“纠纷解决说”质疑·····	13
六、“权利保护”与“程序保障”·····	16
七、“程序保障说”涉及到的两个问题·····	21
第二章 诉权论·····	26
一、诉权概念及其含义演变·····	26
二、诉权学说·····	33
三、诉权的主体·····	50
四、诉权的要件·····	52
五、诉权的产生与消灭·····	54
第三章 诉讼标的论·····	57
一、诉讼标的的概念·····	57

二、诉讼标的功能	63
三、诉讼标的学说	69
四、各类型民事诉讼的诉讼标的和识别标准	82
第四章 既判力论	98
一、既判力概述	98
二、既判力学说	104
三、既判力的范围	106
四、既判力客观范围与诉讼标的理论的关系	112
第二编 总 论	
第五章 民事诉讼法的基本原则	123
一、民事诉讼法基本原则概述	123
二、我国民法法主要应确立的基本原则	126
第六章 管辖制度研究	133
一、管辖的基本理论与一般规定	133
二、特别管辖制度的修改及特别管辖与一般管辖 的关系	146
三、协议管辖	148
四、管辖权异议	155
第七章 当事人研究	163
一、当事人的概念	163
二、非正当当事人及其更换	165
三、民事诉讼当事人的种类	174

第八章 必要共同诉讼研究.....	177
一、我国必要共同诉讼概况.....	177
二、德、日、我国台湾地区和美国必要共同诉讼制度的考察.....	183
三、我国必要共同诉讼的缺陷及其完善.....	192
第九章 第三人研究.....	199
一、第三人概述.....	199
二、其他国家和地区第三人制度的考察.....	204
三、我国第三人制度的缺陷及其完善.....	213
第十章 法院调解研究.....	224
一、法院调解概述.....	224
二、我国法院偏重调解的文化成因.....	225
三、现行法院调解制度的弊端及改革的必要性.....	241
四、与其他国家和地区相关制度之比较.....	253
五、我国法院调解制度的改革.....	267
第十一章 司法 ADR 研究.....	280
一、司法 ADR 的性质.....	280
二、法院引入 ADR 的合理性及其存在的问题的分析.....	282
三、对国外和我国台湾地区司法 ADR 方法及利用状况的考察.....	286
四、我国司法 ADR 制度的建构.....	295
第十二章 民事诉讼证据研究.....	304
一、证据概念.....	304

二、证明对象	305
三、证明责任	307
四、证明标准	313
五、证明模式	327

第三编 程 序 论

第十三章 我国民事审级制度研究	339
一、审级制度的原理及功能	339
二、我国审级制度的沿革及现行审级制度的缺陷	345
三、我国民事审级制度的建构	356
第十四章 民事诉讼准备程序比较研究	369
一、英美法系民事诉讼中的准备程序	369
二、大陆法系民事诉讼中的准备程序	387
第十五章 简易程序研究	393
一、简易程序的概念	393
二、简易程序的分类	398
三、各国简易程序的异同	402
四、从各国民事司法改革的走向看简易程序的发展 趋势	406
第十六章 再审程序研究	416
一、我国再审程序存在的问题分析	417
二、再审程序的发动主体	423
三、废除法院依职权发动再审的程序	426

四、限制人民检察院发动再审程序的范围	428
五、建立再审之诉	435
第十七章 特别程序研究	440
一、特别程序概述	440
二、督促程序	445
三、公示催告程序	451
四、票据诉讼程序	457
五、人事诉讼程序	459
第十八章 执行程序研究	462
一、执行权性质与执行主体	462
二、执行根据与执行措施	473
三、执行竞合与参与分配	476
四、执行救济与执行制裁	482
五、执行监督	489
后记	495

第一编

基本理论

第一章 民事诉讼目的论

一、探讨民事诉讼目的的意义

民事诉讼的目的是什么？民事诉讼制度是为了什么而设立的？关于这一问题的理论构成了民事诉讼法学基础理论的重要组成部分——目的论。

民事诉讼目的论属于民事诉讼法学基础理论的范畴。而对于民事诉讼法学基础理论的其他部分来说，目的论又处于一种前提性的位置，其他基础理论的探讨大多都是建立在一定目的论认识基础上的——虽然论者本人可能并未意识到这一点。由于目的论的这种基础性、前提性的位置，人们很容易把它看成是距离现实很远的“空论”，而不愿投注过多的精力。这可能是目的论在我国长期被冷落的一个原因。无法否认，目的论很难为司法实践提供直接的、具体的解释工具，但这完全不能成为我们否认目的论价值的理由。事实上，正是由于目的论在民事诉讼法学体系中的这种地位，决定了它对民事诉讼的理论研究和制度设计都具有重要的指导意义。

（一）理论上的意义。我国民事诉讼法学的研究至今仍相当薄弱，这是民事诉讼法学界无法回避的一个事实。而基础理

论研究的不足又是其突出表现。基础理论的薄弱,一方面使我国民事诉讼法学无法形成完整的体系,具备独立的品格;另一方面也因其不能为具体制度的研究提供坚实的理论基础而制约了我国民事诉讼法学整体水平的提高。基础理论的研究正如工业生产中的基础工业、基础设施,虽其本身一般不能为社会提供某种直接的消费产品,但基础工业、基础设施发展不足必然造成制约工业整体发展的“瓶颈之忧”。基础理论研究的不足,使我国民事诉讼法学的发展遭受“瓶颈之忧”,这一点已引起民事诉讼法学界的关注,有些学者在这方面已做出了或正在做出积极的努力。民事诉讼法学基础理论的某些部分,如诉权理论、诉讼结构理论、既判力理论等在我国还是受到相当关注的。这些方面的研究,无疑是极有价值的。但我们也看到,关于这些问题的某些争论实际上没有取得大的成效,因为学者们常常基于不同的前提去争论一些相对“细节性”的问题。某种目的论被作为一个当然的逻辑起点,而不同学者所持目的论观点又不一定相同。由此看来,目的论研究的意义就很清楚了:它为民事诉讼法学基础理论的研究提供了一个更高层次的争论场所,在这里人们可以把“民事诉讼法的目的是什么”作为一个单独的问题提出来进行探讨。因此,作为“民事诉讼理论出发点”的目的论研究的繁荣必然会推动整个民事诉讼法学向纵深发展。

(二) 实践中的意义。目的论研究对于民事诉讼实践的意义主要在于它可以为民事诉讼制度设计提供一种基本理念。法学是一门应用学科,在应用学科的研究中,理论研究不是最终的目的,再完善的理论构筑,如果对现实没有任何指导意义,就失去了其存在的价值。民事诉讼的理论是为了指导民事诉讼实践,在这当中,目的论起着为民事诉讼制度设计提供基本理念或曰“指导方向”的作用。基于不同的目的论观点,定会有不同的

民事诉讼制度设计。^①例如,以“私法权利保护说”或“私法秩序维持说”作为基本理念而设计的民事诉讼制度,一定不会像以“纠纷解决说”为基本理念的民事诉讼制度那样重视当事人的和解;而以“程序保障说”为基本理念设计的民事诉讼制度,肯定要比以其他几种目的论观点为基本理念设计的民事诉讼制度更注重诉讼的程序。应该明确的是,由于目的论的这种功能,我们在研究时无法完全抛开一个国家具体的国情。尽管目的论研究所具有的抽象性和普遍性使我们在一定程度上可以进行超越历史、地域的探讨,但每个国家的法制传统、现实国情及由此决定的法制化阶段对法学理论的要求毕竟有所不同,因此,旨在对我国民事诉讼制度设计提供基本理念的目的论研究必须结合我国的现实进行。

此外,目的论对司法实践也并非完全无能为力。目的论可以为法官的法律解释提供方向性的指导,而在成文法不甚完善的国家,这种指导在某些时候显得更为重要。目的论的这一功能和它为民事诉讼制度设计提供基本理念的功能是紧密结合、相辅相成的。如果法官和制度设计者持相同的目的论观点,那么民事诉讼制度无疑会更好运转。

二、关于民事诉讼目的的主要学说

在国外,经常把民事诉讼的目的作为一个课题来研究,并形成了较完整学说体系的是德国和日本。第二次世界大战前,在

^① 当然,这里的“设计”只是一种假定,因为从本质上说,法律制度是一定社会经济基础的产物,而非法学家设计的。但不应否认法学理论对法制建设的影响,尤其是在我国法制的转型时期,这种影响可能是非常重要的。

德国长期存在着“私法权利保护说”^①和“私法秩序维持说”的对立和论争。受德国法的深刻影响,这一时期日本法学界对民事诉讼目的的争论也主要发生在上述两种学说之间。二战后,日本著名民事诉讼法学家兼子一提出了“纠纷解决说”并经三ヶ月章等学者发展而成为日本民事诉讼法学的通说。近年来,一些日本学者从英美法中的正当程序观念出发,提出了“程序保障说”,在日本法学界产生很大影响,掀起所谓“第三次浪潮”。同时,传统的“私法权利保护说”、“私法秩序维持说”也在新的形势下不断发展自己的观点,如最近著名民事诉讼法学者竹下守夫就在“权利保护说”基础上构建了“权利保障说”。日本法学界之所以有这么多的目的论学说,主要是因为日本法同时受到来自大陆法系和英美法系的双重影响——一方面日本法是德国法的“再造”,另一方面又在二战后受到美国法的巨大冲击,在日本,来自两大法系的许多法学思潮都可以找到自己的立足之地。这些思潮不断的碰撞、分化、组合,在民事诉讼法学上的一个体现就是导致了关于民事诉讼目的的众多学说并存和纷争的局面。下面对其中的4种主要学说做简要介绍:

(1) 私法权利保护说。该说认为,国家设立民事私法制度,表明其禁止当事人通过“私力救济”来实现其权利;而作为代价,国家就应承担起保护当事人权利的任务。因此,国家设立民事诉讼制度的目的在于保护社会成员的私法权利。

(2) 私法秩序维持说。该说认为,民事诉讼制度是国家设立的,国家设立民事诉讼制度的目的在于满足社会整体的需要,而不是维护某个当事人的私法权利。尽管客观上民事诉讼制度

① 又称“权利保护说”。为了行文的方便,本文在不同场合分别选用“私法权利保护说”和“权利保护说”。

起到了保护私法权利的作用,但从设立者的角度看,维持社会现存的私法秩序才是其根本目的。

(3) 纠纷解决说。提出这一学说的兼子一认为,民事诉讼不是以对原有实体权利的确认为出发点,而是以解决纠纷为其出发点。作为一项制度,其存在的必要性在于当事人之间的某些纠纷不能通过其他诉讼外方式解决,而必须要由国家强制力介入。因此民事诉讼的目的在于以国家强制力解决当事人之间的纠纷。

(4) 程序保障说。该说从“正当程序”(Due process)的观念出发,认为民事诉讼的正当性来自其程序的正当,而不是其结果的正当;民事诉讼程序并不是为了达到正确判断的手段,其过程本身就是民事诉讼的目的。因此,民事诉讼制度的目的,在于“为实现当事人自律性的纷争解决提供程序保障”。

除上述 4 种主要学说外,在日本还有主张“民事诉讼的目的应该是多元”的“多元说”,以及认为“民事诉讼目的论研究并无太大意义”而主张将其搁置起来的“搁置说”。但上述 4 种学说无疑是论述最为充分和影响最大的,对上述 4 种学说的介绍已能大致使我们了解民事诉讼目的论研究的概况和主要争点所在。

三、目的论研究的两个标准

以上介绍的学说大都由著名的民事诉讼法学家提出,并经过许多学者反复论证,其在理论上均具有相当的科学性和完备性,因此仅通过对其学说进行语义上的辨析来判定孰优孰劣,是一件很困难的事。并且,这种辨析可能也没有太大的意义。因为正如前文所言,致力于“为民事诉讼制度设计提供基本理念”的目的论研究,不可能也不应该脱离对一个国家现实国情的分

析。鉴于此,日本学者谷口安平指出:“为使诉讼目的论更有建设性,就应不局限于理念层次的争论,而应该与类似诉讼的同种制度相互关联中找到诉讼目的的确切位置,并着眼于实践性与政策性来构筑关于诉讼目的的理论。”^①沿着这一思路,笔者对我国民事诉讼目的的探讨将围绕以下两个标准展开:

(1) 研究民事诉讼的目的,首先应弄清楚民事诉讼在我国“民事纠纷解决方式”这一系统中所处的位置。目的论的研究涉及到对民事诉讼本质的认识,我们不能脱离对其本质的探讨而仅局限于具体民事诉讼现象的总结。而要准确认识一个事物的本质,就需要将其与相关的事物作一比较,在比较中才有可能发现该事物区别于其他事物的“质的规定性”。因此,有必要选择一个作为参照的“母系统”来确定民事诉讼在这一系统中的地位,进而弄清楚它区别于该系统其他事物的“特质”——这种“特质”就是我们所要探寻的。那么,这个母系统应怎样确定呢?根据其在我国社会调控体系中所处的位置,民事诉讼可分别被归纳进“诉讼”和“纠纷解决方式”这两个母系统中。本文选择了后者,因为笔者认为,将民事诉讼放到“诉讼”这一母系统中与刑事诉讼、行政诉讼进行比较,很容易导致我们对三者共同具备的某些性质要素(如强制性、权利保护等)的忽视,而这些要素恰恰是不同学说之间争论的焦点所在,是不容忽视的。将其放入“民事纠纷解决方式”这一系统中进行定位,必然涉及到所有引起争论的因素,对这些因素进行分析、鉴别,“去伪存真”,我们就可以弄清民事诉讼区别于其他民事纠纷解决方式的地方,什么是民事诉讼的本质要求。

^① [日]谷口安平:《程序的正义与诉讼》,王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社1996年版,第49页。

(2) 目的论的研究,应能为我国民事诉讼制度设计提供实践性、政策性的指导。如前文所述,目的论对于民事诉讼实践的主要意义在于它能“为民事诉讼制度设计提供基本理念”。由于目的论的高度抽象性,它很容易成为局限于理念层次的争论,这种争论对于深化民事诉讼理论研究可能有一定意义,但在为现实的民事诉讼实践服务上,却发挥不了什么作用。所以,本文在进行民事诉讼目的的讨论时,将“实践性、政策性”作为一个经常考虑的标准,以避免讨论成为“空论”的危险。这样,我们就需要结合我国的具体国情,考察什么是我国民事诉讼制度缺少的,什么又是目的论所能提供的,将这两个方面协调起来的目的论才是建设性的,才能为我国民事诉讼制度设计提供政策性、实践性的指导。

四、民事诉讼的定位及其本质特征探析

民事诉讼区别于其他民事纠纷解决方式的特征是什么?解决这一问题,首先要对民事纠纷解决方式做一大致的分类。按纠纷解决方式是否为国家法律所规定,可将其分为“私下的纠纷解决方式”和“制度的纠纷解决方式”。前者如当事人私下的和解和第三人居中调解,后者如民事诉讼和诉讼外的公证、调解和仲裁。私下的纠纷解决方式自人类社会形成伊始就已存在,并在现代社会中仍发挥着不可估量的作用。在我国,有相当一部分民事、经济纠纷是当事人私下协商解决的。而在农村,当事人之间的和解以及各种非正式组织或个人主持的调解对于及时解决纠纷、稳定社会秩序发挥着重要的作用,这些作用并不是民事诉讼所能完全替代的。但私下的纠纷解决方式有其明显的局限性:一方面由于