



面向 21 世纪 课 程 教 材  
Textbook Series for 21st Century

# 民事诉讼法学

Civil Procedural Law

江 伟 主 编    傅郁林 副主编



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

21 世 纪 课 程 教 材

# 民事诉讼法学

## Civil Procedural Law

主 编 江 伟

副主编 傅郁林

撰稿人 (按姓氏拼音为序)

蔡 虹 段厚省 傅郁林 刘学在  
谭秋桂 谢文哲 熊跃敏 赵秀举



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

## 图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼法学/江伟主编. —北京:北京大学出版社,2012.1

(面向21世纪课程教材)

ISBN 978-7-301-19818-6

I. ①民… II. ①江… III. ①民事诉讼法-法的理论-中国-高等学校-教材 IV. ①D925.101

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第252137号

书 名: 民事诉讼法学

著作责任者: 江 伟 主编 傅郁林 副主编

责任编辑: 李 铎

标准书号: ISBN 978-7-301-19818-6/D·3009

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: [law@pup.pku.edu.cn](mailto:law@pup.pku.edu.cn)

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027  
出版部 62754962

印 刷 者: 河北滦县鑫华书刊印刷厂

经 销 者: 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 31.25印张 666千字

2012年1月第1版 2012年1月第1次印刷

定 价: 49.00元

---

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱: [fd@pup.pku.edu.cn](mailto:fd@pup.pku.edu.cn)

## 司法解释的全称与简称对照表

- |                                            |          |
|--------------------------------------------|----------|
| 1. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》       | 《民诉意见》   |
| 2. 《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》                   | 《证据规定》   |
| 3. 《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》           | 《执行规定》   |
| 4. 《最高人民法院关于委托执行若干问题的规定》                   | 《委托执行规定》 |
| 5. 《最高人民法院关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》             | 《简易程序规定》 |
| 6. 《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》                   | 《调解规定》   |
| 7. 《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》        | 《查封冻结规定》 |
| 8. 《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》           | 《拍卖变卖规定》 |
| 9. 《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(试行)》 | 《民法通则意见》 |
| 10. 《中华人民共和国民事诉讼法》                         | 《海诉法》    |
| 11. 《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》            | 《海诉法解释》  |

## 编写说明

本教材的主要对象是法学院本科生和非法律本科的法律硕士,同时兼顾法学研究生和法律实务人员。本教材重在阐释中国现行民事诉讼制度的要义和原理,同时观照民事诉讼制度的发展动态和理论评价,包括刚刚形成草稿的《中华人民共和国民事诉讼法》修改过程中的重要共识,在体例和风格上力求简洁、清晰、突出重点、尊重通说、文字洗炼、逻辑一致。

在结构安排上,本教材将总论部分和基本理论压缩在理解现行制度最不可或缺的范围之内,而将这些原则、原理和理论分解在具体的制度和程序之中。在内容安排上,尽可能避免由于章节分工和知识点交叉所致的重叠或遗漏,注意各章之间相互观照和提示。

在同质化目标上,充分重视和尊重通说和主流观点,不主张过多地阐述个人观点。在逻辑层次上,明确区分现行制度、理论阐释和运行状况三大基本内容,将制度内容与理论评析、成型制度(或理论)与发展动态、实然与应然、通说理论与本人观点……清晰地区分开来,从而有助于理解相关内容的知识点、澄清或纠正以讹传讹的通说的个人观点,表达方式要求明确、清晰,以不会产生对基本知识点理解上的歧义为限;与通说相左的个人观点要求首先阐述通说,并将支持个人观点的代表性成果写入脚注备查。

尊重通说原则的唯一明显例外是,本教材对民事司法权和管辖权的概念进行了重新梳理,废弃了已经成为管辖制度障碍的“主管”概念,并对管辖权概念的外延进行了微调。但对于这样突破传统概念、试图推行新的通说的努力,本教材也是在充分考证现有理论成果的基础上反复、审慎考虑的结果,并在教材中进行了负责任的说明,也将新概念与传统概念之间进行了明确的辨析、衔接和过渡。

各章的基本体例,基本包括本章提要、正文内容、特别提示、思考题、推荐文献五大部分构成。其中,“本章提要”尽可能用逻辑连贯的陈述对本章各要点及其相互之间的逻辑关系进行链接,以避免学生只见树木,不见森林。“特别提示”将本章所涉及的制度或理论中易于发生错误、混淆或忽略的要点,给予简要提示,并在必要时与相关制度的要点进行比较,以替代面面俱到的概念辨析。“推荐文献”用于弥补教材内容简洁、清晰、突出基础的特点而致其在深度和丰富性方面的缺陷,满足较高层次的读者拓宽视野的需求,包括本教材特别限制介绍的理论争议及国外制度和理论。

本教材的分工如下(以撰写章节的顺序为序):

第一章、第四章、第五章、第六章、第七章、第八章、第十七章、第十八章、第十九章、第二十章,傅郁林

第二章,段厚省(第三节傅郁林)

第三章、第十六章,蔡虹

第九章、第十章、第十一章、第十二章、第十三章,熊跃敏

第十四章、第十五章,赵秀举

第二十一章、第二十二章、第二十八章,刘学在

第二十三章、第二十四章、第二十五章,谢文哲

第二十六章、第二十七章,谭秋桂

全书由傅郁林统一规划、分工和校订,方案和终稿均由江伟教授审定。

北京大学出版社法律部邹记东主任和李铎编辑对本教材的编辑过程给予了特别支持和耐心等待。本教材的第一读者北京大学法学院 2009 级本科生张立翘、王依等全班同学和研究生韩静茹、张斯怡等同学就文字表达和校对等技术问题提出了富有价值的意见和帮助。在此一并感谢。同时,编者因反复校对和等待民事诉讼法修订意向趋于明确等种种原因,而致本教材出版进程的严重迟延,向各位作者致以诚挚的歉意。

傅郁林

2011 年 10 月 10 日

# 目 录

## 第一编 总 论

|                             |      |
|-----------------------------|------|
| <b>第一章 民事诉讼与民事诉讼法</b> ..... | (1)  |
| 第一节 民事纠纷的解决途径 .....         | (1)  |
| 第二节 民事诉讼制度的功能 .....         | (4)  |
| 第三节 民事诉讼法的体系 .....          | (7)  |
| <b>第二章 民事诉讼基本理论</b> .....   | (13) |
| 第一节 民事诉权理论 .....            | (13) |
| 第二节 诉与诉讼标的理论 .....          | (21) |
| 第三节 民事诉讼法律关系 .....          | (32) |
| 第四节 民事诉讼模式论 .....           | (40) |
| <b>第三章 民事诉讼法的基本原则</b> ..... | (49) |
| 第一节 基本原则概述 .....            | (49) |
| 第二节 当事人诉讼权利平等原则 .....       | (51) |
| 第三节 辩论原则 .....              | (53) |
| 第四节 处分原则 .....              | (55) |
| 第五节 法院调解原则 .....            | (58) |
| 第六节 诚实信用原则 .....            | (62) |
| 第七节 检察监督原则 .....            | (64) |
| 第八节 直接言词原则 .....            | (65) |
| <b>第四章 民事诉讼的基本制度</b> .....  | (68) |
| 第一节 两审终审制度 .....            | (68) |
| 第二节 合议制度 .....              | (73) |
| 第三节 回避制度 .....              | (75) |
| 第四节 公开审判制度 .....            | (77) |

## 第二编 民事诉讼中的法院

|                        |      |
|------------------------|------|
| <b>第五章 民事司法权</b> ..... | (79) |
| 第一节 民事司法权的概念 .....     | (79) |
| 第二节 司法职能管辖权 .....      | (80) |

|                            |       |
|----------------------------|-------|
| 第三节 民事纠纷的可诉性 .....         | (81)  |
| 第四节 民事司法权与司法外解纷途径的关系 ..... | (83)  |
| <b>第六章 初审管辖权</b> .....     | (87)  |
| 第一节 概述 .....               | (87)  |
| 第二节 级别管辖 .....             | (91)  |
| 第三节 地域管辖 .....             | (94)  |
| 第四节 移送管辖与指定管辖 .....        | (99)  |
| 第五节 管辖异议与管辖恒定 .....        | (101) |
| <b>第七章 民事裁判</b> .....      | (103) |
| 第一节 民事审判权及其行使方式 .....      | (103) |
| 第二节 民事判决 .....             | (105) |
| 第四节 裁定与决定 .....            | (116) |
| <b>第八章 法院调解</b> .....      | (119) |
| 第一节 法院调解的概念 .....          | (119) |
| 第二节 法院调解的适用范围 .....        | (122) |
| 第三节 法院调解的原则 .....          | (123) |
| 第四节 法院调解的程序 .....          | (125) |
| 第五节 法院调解的效力 .....          | (127) |

### 第三编 民事诉讼当事人

|                         |       |
|-------------------------|-------|
| <b>第九章 当事人</b> .....    | (129) |
| 第一节 当事人概述 .....         | (129) |
| 第二节 诉讼权利能力和诉讼行为能力 ..... | (132) |
| 第三节 当事人的诉讼权利义务 .....    | (135) |
| 第四节 当事人适格 .....         | (137) |
| 第五节 当事人的变更 .....        | (140) |
| <b>第十章 共同诉讼人</b> .....  | (142) |
| 第一节 共同诉讼概述 .....        | (142) |
| 第二节 必要共同诉讼 .....        | (143) |
| 第三节 普通共同诉讼 .....        | (148) |
| <b>第十一章 第三人</b> .....   | (151) |
| 第一节 有独立请求权的第三人 .....    | (151) |
| 第二节 无独立请求权的第三人 .....    | (154) |
| <b>第十二章 诉讼代表人</b> ..... | (160) |
| 第一节 诉讼代表人制度概述 .....     | (160) |
| 第二节 诉讼代表人的条件和权限 .....   | (162) |



|                         |              |
|-------------------------|--------------|
| 第三节 代表人诉讼的要件与程序 .....   | (163)        |
| <b>第十三章 诉讼代理人 .....</b> | <b>(166)</b> |
| 第一节 诉讼代理人概述 .....       | (166)        |
| 第二节 法定诉讼代理人 .....       | (169)        |
| 第三节 委托诉讼代理人 .....       | (170)        |

## 第四编 证据与证明

|                          |              |
|--------------------------|--------------|
| <b>第十四章 民事诉讼证据 .....</b> | <b>(175)</b> |
| 第一节 证据概述 .....           | (175)        |
| 第二节 证据的法定种类 .....        | (181)        |
| 第三节 证据规则 .....           | (188)        |
| <b>第十五章 民事诉讼证明 .....</b> | <b>(191)</b> |
| 第一节 概述 .....             | (191)        |
| 第二节 证明对象 .....           | (194)        |
| 第三节 证明责任 .....           | (198)        |
| 第四节 证明标准 .....           | (204)        |
| 第五节 证明过程 .....           | (206)        |

## 第五编 民事诉讼保障机制

|                          |              |
|--------------------------|--------------|
| <b>第十六章 诉讼保障机制 .....</b> | <b>(212)</b> |
| 第一节 财产保全 .....           | (212)        |
| 第二节 先予执行 .....           | (218)        |
| 第三节 对妨害民事诉讼的强制措施 .....   | (220)        |
| 第四节 期间 .....             | (228)        |
| 第五节 送达 .....             | (232)        |
| 第六节 诉讼费用 .....           | (237)        |

## 第六编 民事诉讼程序

|                        |              |
|------------------------|--------------|
| <b>第十七章 普通程序 .....</b> | <b>(249)</b> |
| 第一节 普通程序概述 .....       | (249)        |
| 第二节 起诉与受理 .....        | (250)        |
| 第三节 审理前的准备 .....       | (255)        |
| 第四节 开庭审理 .....         | (259)        |

|                        |       |
|------------------------|-------|
| <b>第十八章 简易程序</b> ..... | (266) |
| 第一节 简易程序概述 .....       | (266) |
| 第二节 简易程序的适用范围 .....    | (268) |
| 第三节 简易程序的适用 .....      | (269) |
| <b>第十九章 上诉程序</b> ..... | (271) |
| 第一节 上诉程序概述 .....       | (271) |
| 第二节 上诉的提起与受理 .....     | (274) |
| 第三节 上诉案件的审理 .....      | (277) |
| 第四节 上诉案件的裁判 .....      | (280) |
| <b>第二十章 再审程序</b> ..... | (284) |
| 第一节 再审程序概述 .....       | (284) |
| 第二节 再审事由 .....         | (286) |
| 第三节 再审立案程序 .....       | (291) |
| 第四节 再审审判程序 .....       | (296) |

## 第七编 非讼程序

|                                     |       |
|-------------------------------------|-------|
| <b>第二十一章 特别程序</b> .....             | (298) |
| 第一节 特别程序概述 .....                    | (298) |
| 第二节 选民资格案件的审理程序 .....               | (302) |
| 第三节 宣告公民失踪案件的审理程序 .....             | (304) |
| 第四节 宣告公民死亡案件的审理程序 .....             | (306) |
| 第五节 认定公民无民事行为能力、限制民事行为能力案件的程序 ..... | (309) |
| 第六节 认定财产无主案件的审理程序 .....             | (312) |
| <b>第二十二章 督促程序</b> .....             | (315) |
| 第一节 督促程序概述 .....                    | (315) |
| 第二节 申请支付令的程序 .....                  | (317) |
| 第三节 法院对支付令申请的受理和审理 .....            | (319) |
| 第四节 支付令 .....                       | (320) |
| 第五节 债务人对支付令的异议 .....                | (321) |
| 第六节 督促程序的终结 .....                   | (322) |
| <b>第二十三章 公示催告程序</b> .....           | (325) |
| 第一节 公示催告程序概述 .....                  | (325) |
| 第二节 公示催告程序 .....                    | (330) |
| 第三节 除权判决 .....                      | (334) |

## 第八编 涉外和海事诉讼特别程序

|              |                       |       |
|--------------|-----------------------|-------|
| <b>第二十四章</b> | <b>涉外民事诉讼程序</b> ..... | (337) |
| 第一节          | 概述 .....              | (337) |
| 第二节          | 一般原则 .....            | (339) |
| 第三节          | 管辖 .....              | (344) |
| 第四节          | 送达、期间与财产保全 .....      | (349) |
| 第五节          | 司法协助 .....            | (354) |
| <b>第二十五章</b> | <b>海事诉讼程序</b> .....   | (363) |
| 第一节          | 概述 .....              | (363) |
| 第二节          | 管辖 .....              | (364) |
| 第三节          | 海事保全 .....            | (369) |
| 第四节          | 审判程序 .....            | (381) |
| 第五节          | 设立海事赔偿责任限制基金程序 .....  | (386) |
| 第六节          | 债权登记与受偿程序 .....       | (388) |
| 第七节          | 船舶优先权催告程序 .....       | (390) |

## 第九编 执行程序 and 破产程序

|              |                     |       |
|--------------|---------------------|-------|
| <b>第二十六章</b> | <b>执行程序总论</b> ..... | (395) |
| 第一节          | 民事执行程序概述 .....      | (395) |
| 第二节          | 执行程序总则 .....        | (398) |
| 第三节          | 执行程序的开始 .....       | (407) |
| 第四节          | 执行程序的进行 .....       | (412) |
| 第五节          | 执行程序的结束 .....       | (418) |
| 第六节          | 执行救济和执行回转 .....     | (422) |
| <b>第二十七章</b> | <b>执行程序分论</b> ..... | (435) |
| 第一节          | 各类执行措施概述 .....      | (435) |
| 第二节          | 实现金钱债权的执行 .....     | (437) |
| 第三节          | 实现非金钱债权的执行 .....    | (450) |
| 第四节          | 保障性执行措施 .....       | (452) |
| <b>第二十八章</b> | <b>破产程序</b> .....   | (456) |
| 第一节          | 破产程序概述 .....        | (456) |
| 第二节          | 破产程序的开始 .....       | (464) |
| 第三节          | 管理人与债权人会议 .....     | (467) |
| 第四节          | 重整与和解 .....         | (471) |
| 第五节          | 破产清算 .....          | (477) |

# 第一编 总 论

## 第一章 民事诉讼与民事诉讼法

### 【本章提要】

民事诉讼的功能定位决定或影响着民事诉讼法的理念、原则和技术规范。民事诉讼并非解决纠纷的唯一途径,它与调解、仲裁等诉外解纷途径各有优势和相应局限;解决纠纷更非民事诉讼的唯一功能,诉讼制度的功能更在于通过解决个案纠纷,保护权利、维护法秩序、形成社会行为规范,从而为避免和解决潜在纠纷提供示范。本章介绍了民事纠纷解决的诉讼途径与诉外途径的比较优势和衔接方式,介绍了现行民事诉讼法的渊源、法典的结构和发展动态。

### 第一节 民事纠纷的解决途径

#### 一、民事纠纷

民事纠纷又称民事争议,是指平等主体之间因财产关系、人身关系而产生的权利义务争议。一般认为,民事纠纷具有三大特点,一是纠纷主体之间法律地位平等,没有隶属关系;二是纠纷内容仅限于民事权利义务;三是纠纷主体享有自治(或可处分)的权利。

人类的生存和交往是按照一定规范或习惯进行的,正是借助于这些由社会自然形成或由国家法律强制推行的规则,社会生活才井然有序。在这些规范或习惯中,民事实体法规范在划定私人(公民、法人或其他组织)之间的权利义务关系方面发挥着主要作用。当那些规范私人之间行为的规则尚未或正在形成,或者遭到破坏时,特别是当民事实体法所确定的权利义务关系发生歧义或遭到破坏时,就会产生民事纠纷。

#### 二、民事纠纷的多元救济途径

按照是否有中立的第三方介入纠纷解决以及该第三方的角色,民事纠纷的解决机制可分为自力救济、社会救济和公力救济,这些解纷机制各有其自身的优势和相应的劣势。

### （一）自力救济

自力救济又称私力救济,是指纠纷主体在没有中立的第三方介入的情况下,依靠自己的力量或其他私人资源解决纠纷。合法的途径,除了传统上常用的自决之外,在当代仍有生命力并且仍为重要救济途径的,就是和解。此外还有私人收债、人身或商业报复等方式,这些方式和自决一样,虽不能直接定性为非法,但容易导致纠纷升级,甚至利用或引发暴力、敲诈、黑社会等非法力量。

### （二）社会救济

社会救济是指纠纷主体借助于社会力量作为中立的第三方介入纠纷解决的一种途径。社会救济主要包括调解和仲裁。调解通常是指诉讼外调解,是介入纠纷的第三者运用一定的社会规范、习惯、风俗、伦理、法律等渊源,通过对纠纷双方晓以道理和利害,促成谅解或妥协。调解的正当性基础是当事人自愿,其基本特征是非正式性和非专业性。按照调解者的身份,可分为民间调解、行政调解、律师调解、法院附设的审前调解,等等。我国制度化的群众性调解组织是人民调解委员会,其他的民间调解主体达成的协议目前尚未进入民事诉讼法的调整范围。法院附设的调解机构所主持的调解,在一些国家(如美国)是重要的社会救济途径,其调解过程完全不受司法权影响,一般由调解员(由律师等志愿者担任)主持,达成协议可请求法院制作合意判决,我国法院也进行了经济调解中心、法院附设调解等尝试,但如何将调解作为社会救济途径的功能与司法权剥离开来,保障其不妨碍诉权的行使,还需进一步探讨。

仲裁分为商事仲裁和劳动仲裁,不过通常在没有特别定义时是指商事仲裁。商事仲裁又称公断,是指民间性质的仲裁机构根据当事人之间的书面协议(合意),取得对约定事项的管辖权,据此对提交其解决的争议作出具有强制拘束力的裁决,并且商事仲裁实行一裁终局制。劳动仲裁是由劳动行政部门、同级工会代表、用人单位方面的代表组成的仲裁机构,根据法律规定对劳动关系纠纷进行调解或裁决的途径。我国劳动仲裁具有浓厚的行政色彩,并且实行强制仲裁,即劳动仲裁作为诉讼前的必经程序,亦即诉讼的前置程序。

### （三）公力救济

公力救济是指以国家公权力介入纠纷,依据法律规范和法定程序解决纠纷,并以国家强制力保障执行的救济途径。民事纠纷的公力救济主要是民事诉讼和行政裁决。

民事诉讼是一方当事人针对另一方当事人向人民法院提起诉讼,请求法院解决其所主张的纠纷和保护其主张的权利的公力救济途径。其基本特征是当事人的平等性,纠纷解决机制的对抗性,诉讼主体行为的法定性、程序性、规范性和专业性,以及纠纷解决结果的强制性。相对于与其并存的刑事诉讼、行政诉讼而言,民事诉讼具有更多的自治性,当事人享有更多处分权;相对于自力救济和社会救济而言,自治性和处分权要受到更多限制。

行政裁决是行政机关作为中立的第三者对民事纠纷进行的裁判,故又被称为准司法权。比如我国专利委员会对专利纠纷、工商管理局对商标纠纷的裁决。行政裁

决与行政决定的差异在于,在行政裁决中行政机关是民事法律关系之外的中立的第三者,行使的是准司法权;而在行政决定中行政机关是作为行政法律关系的一方当事人,行使的是行政权。

### 【特别提示】

和解与调解的差异,不在于是否有纠纷主体以外的人(如律师)介入,而在于介入的外力立场是否中立。参与和解的案外人依附于一方当事人的立场,因此与一方当事人构成同一阵营;作为调解人的案外人则是中立的,至少在理论上和伦理上是如此。调解与裁判的差异,不在于第三方在纠纷解决过程中是否积极、介入的深度如何,以及介入的方式是面对面或背靠背,而在于当事人与该第三方谁享有最终决定权。调解者可以提出自己的解决方案,但当事人保留了接受与否的最终决定权;裁判者则可以不管当事人是否接受,有权按照自己的判断作出最终决定。

## 三、民事诉讼法的对事效力范围

我国《民事诉讼法》第3条规定:“人民法院受理公民之间、法人之间、其他组织之间以及他们相互之间因财产关系和人身关系提起的民事诉讼,适用本法的规定。”这是关于民事诉讼法调整的客观范围,也就是对事效力范围的规定,也是关于民事司法管辖的民事纠纷范围的规定。但是,民事纠纷与民事司法之间只有部分交叉。一方面,并非所有的民事纠纷都进入民事司法,实际上提交民事诉讼而由司法处理的民事纠纷在范围和数量上都只涵盖了民事纠纷的很小部分;另一方面,民事司法所管辖的并不都是民事纠纷,同时还有非争议性事件,此外还有强制执行。具体而言,民事诉讼法适用于以下几类案件:

(1) 平等主体之间基于财产关系和人身关系提起的诉讼。包括民法调整的物权、债权、知识产权、人身权关系所产生的民商事诉讼;婚姻法调整的婚姻、亲子、收养关系等产生的家事诉讼;经济法调整的民事关系所产生的商事诉讼。

(2) 基于劳动法提起的并非严格意义的平等主体之间部分劳动关系提起的诉讼。包括:劳动者与用人单位在履行劳动合同过程中发生的纠纷;劳动者与用人单位之间没有订立书面劳动合同,但已形成劳动关系后发生的纠纷;劳动者退休后,与尚未参加社会保险统筹的原用人单位因追索养老金、医疗费、工伤保险待遇和其他社会保险费而发生的纠纷。

(3) 基于特殊的民事法律关系提起的民事非讼案件。一是公证性质或宣告性的非讼事件,包括认定公民无民事行为能力和限制民事行为能力案件、宣告公民失踪和宣告公民死亡案件、认定财产无主案件。这些案件虽有民事性质,但并不存在争议或纠纷,而是对利害关系人民事法律关系影响较大的某种法律事实或状态的认定和宣告。二是确定和实现相关权利为目的的非讼案件,包括申请支付令案件、公示催告案件、企业法人破产还债案件等。

(4) 基于个别宪法权利提起的诉讼,即选民资格案件。究其性质,实际上是在我

国尚未建立宪法诉讼程序的背景下,由民事诉讼法暂时“代管”。这一情形类似于在我国《行政诉讼法》颁布以前,并非平等主体之间发生的行政诉讼案件却适用民事诉讼法调整。实践中这类案件也十分罕见。

可见,我国《民事诉讼法》第3条所称的“诉讼”是广义上的,与“案件”意义相同。而狭义的民事诉讼案件只包括上述第(1)类和第(2)类。此外,我国现行《民事诉讼法》的调整对象还包括执行案件。但在此未列举执行案件,是考虑到将“诉讼”解释为包含“执行”案件很难为当下的理论共识所接受。在现行《民事诉讼法》第3条制定时,执行曾经被认为是诉讼的附带部分,执行权与审判权并无区分;而当执行区别于诉讼的特质和相对独立性广为认知之后,执行程序正被起草中的《民事诉讼法》分离出去,执行案件将不再属于新民事诉讼法典的调整范围,而由独立制定的《强制执行法》来调整。不过值得一提的是,执行程序从民事诉讼“法典”中分离出去,并不意味着执行从整个民事诉讼“制度”中分离。

## 第二节 民事诉讼制度的功能

在当代关于纠纷解决的理论研究中,民事纠纷的救济途径被划分为诉讼途径与非诉讼(或诉外)途径两大类,也就是将公力救济中的司法途径与其他非司法(司法外)救济途径区分开来。在符合司法职能管辖条件的情况下,哪些因素导致当事人自愿放弃诉讼而选择诉外解纷途径?这可能由诉外解纷途径与诉讼解纷功能的比较优势决定的。然而,民事诉讼制度的功能绝不仅仅是、甚至不主要是解决纠纷,它还具有诉外解纷途径所不能涵盖的其他功能,恰恰是那些独特的功能使民事诉讼制度得以拥有超越于诉外解纷途径的优势和价值,也正是为了体现和实现那些独特功能和价值,所以才形成了民事诉讼制度的基本原则、权限配置、程序规范、救济和监督机制等。

### 一、民事诉讼的纠纷解决功能

解决纠纷是民事诉讼的基本功能。但民事诉讼只是解决民事纠纷的一种途径,而非唯一途径。通过比较诉讼与和解、调解、仲裁等诉外纠纷解决途径,可发现一些规律:比如,第三者权力越大、效力越强时,则风险越高,因而对于程序保障的依赖性越强,程序的正式化程度也就越高;当事人的自治权和控制权越小,则当事人权利保障和实现对于程序和法律规则的依赖程度越高,程序就越具有正式性、规范性和法定性,与此相应,程序和规则越少的解纷机制成本也就越低。

相比其他纠纷解决途径,民事诉讼具有以下特征:

第一,诉讼的启动。当事人的自治权受制于法律。比如,启动权只能由当事人一方(原告)享有,其他当事人基本没有选择权(除范围有限的协议管辖外);原告的程序启动权受法律关于裁判者和当事人两方面主体资格等制度的制约,比如对法官选任、审判庭组成、法院管辖及主管均无控制权。同样,民事审判权主要源于法律授权,

同时受当事人处分权的制约,比如不得主动行使管辖权,裁判范围不得超出诉讼请求。

第二,诉讼的结果。司法裁判及我国法院调解书,均有强制执行力。因此,当事人一旦选择了诉讼途径,无论是否自愿,都要承受诉讼结果。

第三,诉讼的过程。民事诉讼具有法定性、正式性、规范性和专业性,诉讼权利和审判权力的行使都按照严格的条件和程式进行,比如当事人之间的对抗性、审判过程的公开性、诉讼证明和裁判说理的逻辑性、救济机制(上诉和再审)的繁复性。这是由于诉讼缺乏自愿和信任资源,又具有强制执行力带来的高风险所导致的。

民事诉讼的这些特征,一方面在保障公正解决纠纷、保障合法权益实现方面(应当)更有优势;另一方面纠纷解决的成本可能高于其他途径,同时诉讼在纠纷解决的彻底性和治疗性(修复性)以及信息的保密性方面也有明显劣势。认识诉讼的特殊性和局限性意义在于:(1)法律并非万能,社会冲突的解决不能仅仅依赖于司法救济。容许和鼓励解决纠纷的多种机制并存,一方面有助于培植社会自我疗治冲突的能力,从根本上减少纠纷;另一方面有助于从机制上实现案件分流,缓解司法的压力,为实现司法公正并提供社会公正的理想标尺创造现实可能性。(2)每一种纠纷解决机制各有其内在的优势和相应劣势,这些优势和劣势取决于各种机制的预设功能以及各自利用自身的正当性资源实现预设功能的能力。它们无法相互替代;任何一种机制试图实现所有价值、占有全部资源、克服一切劣势,就会丧失其特定个性和与劣势相伴而生的优势。对于制度的设计者而言,提供多元的、合理的、可选择的机制;对于制度的运作者而言,充分发挥优势;对于制度的利用者而言,充分考虑和比较并在此基础上加以选择——选择其优势的同时也就意味着准备承受其劣势。(3)从民事诉讼法教学和研究的意义上,在比较中增加对诉讼特质的理解,有助于理解和评价我国现行诉讼法中的具体制度是否体现了这些特质以及能否保障诉讼制度功能和优势的实现。

## 二、民事诉讼的规范功能

正如日本学者棚濑孝雄所言,如果单纯以“一定人力或物力为基数平均所解决的纠纷件数”为标准来评价民事纠纷解决机制的效率,那么司法会被认为是最没有效率的方式。这是由民事诉讼的特征决定的。然而,诉讼的特征因其所独有的另一功能而使之具有潜在效率。民事诉讼通过依法解决具体纠纷而维护乃至形成具有普适性的一般行为规范和法律秩序,以此促进大量类似纠纷得到自发解决,并因其后果的可预测性而预防潜在的社会纠纷。司法判决所确立的标准和规则,给诉讼外纠纷解决机制提供了参照标准,比如人们在决定将案件提交诉讼或自行和解时,或者在考虑是否接受和解或调解结果时,总是自觉或不自觉地假定案件如果审判将意味着怎样的成本投入和收益。因此,诉外纠纷解决机制被称为“在法律的阴影下谈判”,个人之间的纠纷“私了”常常以国家法律为索赔标准。美国律师甚至总结出一个接受和解方案的公式,将诉讼的“成功概率”乘以“本方当事人希望获得的赔偿数额”,与“对方当事人建议的赔偿数额”进行对比。因此,民事审判在解决个案纠纷的过程中,必须形成



具有确定性、统一性和普适性(或参照性)的行为规范,才能使诉讼制度在解决和预防整个社会纠纷方面具有维护和形成规则的价值,产生“批量”效应——这种效应从整体和长远意义上大大提高了诉讼作为纠纷解决和社会控制(治理)途径的效率。

比较而言,诉讼制度的规则功能在判例法国家比成文法国家更明显,在上诉程序中比在初审程序更重要,在最高法院比在下级法院特别是基层法院更突出。但在一般技术结构上共享一些共同的法理。比如,这一功能的实现依赖于规则意识和司法统一,特别是依赖于上诉程序的强化和功能转变。如果整个诉讼机制以个案解决为唯一目标,诉讼就无异于诉讼外纠纷解决机制,而且缺失规则、反复无常、充斥司法冲突的司法,会突显其高成本、低效率的劣势,即使仅仅就个案而言,也不会显示其纠纷解决更公正、更权威的优势。

### 三、民事诉讼的教育功能

进行法制教育和培育法律信念,是由民事诉讼的规范功能衍生出来的功能。

首先,司法承担着向公众说明“法律是什么”的责任。司法如同戏剧一样,在事物自身和表演所指定的空间内叙说着法律;司法机构不仅仅要通过判决解释法律,而且要通过法律的仪式、表演以及对待参与者的方式,展现它在给定的范围内正当地行使了权力。司法过程的核心是说服,双方当事人只有努力说服判决者相信他们关于事实和法律的那个版本,才能获得有利于自己的裁判结果。但他们提交法院判决的案件是一个事实与法律的混合体。事实之所以被称为事实,是因为它们并非虚构;但事实与法律之间的互动是由一种“可操作的、弹性的逻辑”引导的,对于事实和法律的选择常常受到第三种因素的引导,也就是在法庭上可能表演的潜在因素,亦即证据规则、对方的状况、诉讼的动态(包括突然袭击和临场反应)、证据和证言的类型以及法律的强制,等等。换言之,对于事实和法律的选择取决于或借助于律师说服判断者的表演,这一特点将法律案件与科学考察区分开来。就像生活素材必须经过编剧的剪裁,一个最好的案件陈述就是一个真实与想象的天衣无缝的契合,而只有反映生活真实的剪裁和再现才能说服受众(剧院中的观众和法庭上的裁判者)。法院的“剧院”性质使之有了自由的空间,这就是人性的空间,尽管这个空间常常受到争议,但它就是司法的特质。在技术层面上,诉讼律师从会见客户并倾听他们叙说故事的那一刻开始,就必须思考:如何能把客户的故事翻译成起诉状亦即启动诉讼的书面文件?哪些要素会构成可救济的请求,使之在管辖权、当事人资格、法律理由等方面都能够获得法院受理?如何找到足以支持在起诉状中所提出的“主张”的证据?请求即使胜诉是否能获得充分的金钱补偿数额,从而值得花费如此成本?或者律师是否应当鼓励客户撤诉、和解或寻求调解或其他替代诉讼的解决方式……程序法的意义在于,提供一种途径将争议引入诉讼的轨道并提供在法院解决这些争议的方法。

其次,司法承担着培养和强化法律信仰的责任。诉讼如同牌局,客观事实和证据一旦发生,就像手上的牌一旦确定便无可更改一样;但基于如上所说的原因,裁判结果并非总是确定的、可预测的,正如牌局可能因游戏参与者或出牌方式的差异等而有