



高等学校法学教材

# 民事诉讼法学

CIVIL PROCEDURAL LAW

谭兵 / 主编 肖建华 / 副主编



法律出版社

高等学校法学教材

# 民事诉讼法学

主 编 谭 兵

副主编 肖建华

法律出版社

2004年·北京

## 图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼法学/谭兵主编. —北京:法律出版社,  
2004.1

高等学校法学教材  
ISBN 7-5036-4607-1

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 118957 号

法律出版社·中国

责任编辑/吕亚萍

装帧设计/于佳

出版/法律出版社  
总发行/中国法律图书有限公司  
印刷/北京中科印刷有限公司

编辑/法律教育出版分社  
经销/新华书店  
责任印制/张宇东

开本/787×960 毫米 1/16  
版本/2004 年 1 月第 1 版

印张/41 字数/763 千  
印次/2004 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法律教育出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/edu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939662

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.chinalawbook.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-4607-1/D·4325

定价:46.00 元

## 作者简介

谭兵,男,汉族,1942年8月出生,重庆市开县人,1967年7月毕业于北京大学法律系。原为西南政法大学法律系教授,诉讼法学专业硕士研究生导师,诉讼法教研室主任,省级重点学科西南政法大学诉讼法学科学学术带头人。1994年8月调入海南大学法学院任教至今,1995年6月至2003年3月任法学院院长。现任法学院名誉院长,诉讼法学专业硕士研究生导师,省级重点学科诉讼法学科学学术带头人、责任教授。兼任中国法学会诉讼法学研究会副会长,海南省法学会副会长,海南省社会科学联合会学术委员会副主任,海南省政协社会和法制委员会副主任,海南省人民检察院专家咨询委员会委员,中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员等职。1993年享受国务院特殊津贴,1995年被评为海南省有突出贡献优秀专家。1989年和1993年曾连续两次荣获国家级优秀教学成果二等奖。1998年9月因牵头申报海南省省属高校中的第一个硕士点海南大学诉讼法学专业硕士点获得成功,受到学校记功奖励。共主编出版法学著作和教材15本,主要有:《中国仲裁制度研究》(国家社会科学基金资助课题)、《民事诉讼法学》(“九五”规划高等学校法学教材)、《中国行政诉讼法原理》(西南政法大学教材)、《基层司法工作理论与实务》、《外国民事诉讼制度研究》等。公开发表学术论文50多篇,其中与他人合作撰写的“论邓小平关于创办经济特区的战略思想和伟大实践”一文,荣获1996年6月中共中央宣传部颁发的全国精神文明建设“五个一工程”第五届入选作品奖。

肖建华 法学博士,中国政法大学诉讼法研究中心教授,美国西北大学访问学者。

肖建国 法学博士,北京科技大学法律系副教授,中国政法大学诉讼法研究中心兼职研究人员。

谭秋桂 法学博士,中国政法大学诉讼法研究中心副教授。

王琦 法学硕士,海南大学法学院讲师、副院长。

冯明岗 法学硕士,海口海事法院海事审判庭庭长。

## 出版说明

二十多年前,当中国改革开放开始勃兴,法律和法律教育开始再度崛起之时,法律出版社便以精诚态度和极大力度服务于中国的法律教育。针对不同层次的读者,本社陆续推出了多种系列的法学教材,涉及法律教育的各个层面,迄今已达数百种。高等学校教材、教学辅导书是其中重要的组成部分。长期以来,这些教材陪伴中国法律人共同成长,对中国法律教育,以至对中国法律的发展都起了不小的推动作用。

进入新世纪以来,法律教育在取得长足发展的同时,也积极酝酿和展开改革举措,将培养高素质的现代法律人才进一步列为法律教育的重要目标。为此,本社应时而变,不拘一格,力求从教材的品种上、内容上、形式上实现更大突破,为新一代法律人学取专业知识提供更好读本。

就高等学校教材而言,我们立足两种进路:全面革新旧有教材,或推出全新教材。革新旧有教材,意在选取原有教材中的精品,从内容到形式全面更新、修订,重新整合,使这些在时间流变中积淀下来的法律教育的财富,以崭新面目,继续服务于新的读者。推出全新教材,则为约请优秀作者撰写新作,精阐原理,结合实践,关注前沿,努力创造出新世纪的新经典。优秀作者,或为老一辈与盛年名家,或为新生代才俊。或革新,或全新,这些教材统为一名,名之为“高等学校法学教材”。

我们深信,中国的法律教育事业将在改革和发展中不断壮大;我们承诺,本套“高等学校法学教材”以及本社所有法律教育图书都将在发展中不断更新,不断超越。本着竭诚为法律和法律教育服务,竭诚为读者服务的宗旨,我们愿与广大读者和作者一起,共同创造法律教育出版事业、法律教育事业,以至法治事业的未来。

法律出版社法律教育出版分社

2004年1月

## 前 言

1979年10月,本人受司法部原法学教材编辑部聘请,主编了由法律出版社出版的“九五”规划高等学校法学教材《民事诉讼法学》。至2002年10月,该书重印了八次仍满足不了读者的需要。2003年4月,法律出版社最新推出“高等学校法学教材”系列时,约请本人主编一本新的民事诉讼法学教材,本人欣然接受,以此回应和答谢广大读者对原民事诉讼法学教材的厚爱。

本书在编写过程中,努力反映我国近几年来民事诉讼法学研究的最新成果,以及民事诉讼制度和民事司法改革的最新动态;注意全面、准确地阐述本课程的基本概念、基本知识和基本原理,并使民事诉讼理论与民事审判实践二者紧密结合;力求做到体系结构简明、清晰、合理,内容主次分明,论点明确、论述较充分,文字表述通俗、准确、简练、规范、逻辑严谨。

本书由主编提出编写思路和要求,确定编写大纲,并对全书修改定稿。副主编协助主编组织书稿,参与了编写大纲的拟定和对部分书稿的修改。海南大学法学院民事诉讼法学专业的部分硕士研究生参与了书稿的校对和有关资料的核实工作,在此对他们的辛勤劳动表示感谢!

本书共设24章,依其内容的性质和作用不同,分为总论(第1—2章)、原则和制度论(第3—10章)、程序论(第11—24章)三大部分。作者撰写分工如下(按章节顺序):

谭兵:第一、二、三、七章

肖建华:第四、五、六、九、十、十六、二十三章

肖建国:第八、十二、二十一、二十二章

王琦:第十一、十五、十八、二十章

谭秋桂:第十三、十四、十七、十九章

冯明岗:第二十四章

由于时间仓促,资料 and 水平有限,加之各作者的写作风格和习惯不同,尽管各作者按照主编的要求对书稿进行过多次修改,但本书中仍然不可避免地存在一些缺陷甚至失误,敬请读者批评指正,以便今后修改。

谭兵

2003年10月于海口

# 目 录

|                                |        |
|--------------------------------|--------|
| 第一章 导 论 .....                  | ( 1 )  |
| 第一节 民事争议和民事诉讼 .....            | ( 1 )  |
| 第二节 民事诉讼法 .....                | ( 16 ) |
| 第三节 民事诉讼法学 .....               | ( 31 ) |
| 第四节 民事诉讼法律关系 .....             | ( 45 ) |
| 第二章 民事诉讼中的诉权、诉和反诉 .....        | ( 57 ) |
| 第一节 民事诉讼中的诉权 .....             | ( 57 ) |
| 第二节 民事诉讼中的诉 .....              | ( 69 ) |
| 第三节 民事诉讼中的反诉 .....             | ( 86 ) |
| 第三章 民事诉讼法的基本原则和民事审判的基本制度 ..... | (101)  |
| 第一节 民事诉讼法基本原则概说 .....          | (101)  |
| 第二节 民事诉讼法基本原则的种类 .....         | (104)  |
| 第三节 民事审判的基本制度 .....            | (117)  |
| 第四章 民事案件的主管和管辖 .....           | (125)  |
| 第一节 民事案件的主管 .....              | (125)  |
| 第二节 民事案件管辖概说 .....             | (130)  |
| 第三节 级别管辖 .....                 | (133)  |
| 第四节 地域管辖 .....                 | (136)  |
| 第五节 裁定管辖 .....                 | (144)  |
| 第六节 管辖权异议 .....                | (147)  |
| 第五章 民事诉讼当事人概说 .....            | (151)  |
| 第一节 当事人的界定 .....               | (151)  |
| 第二节 当事人的诉讼权利能力和诉讼行为能力 .....    | (157)  |
| 第三节 正当当事人 .....                | (163)  |
| 第四节 当事人的诉讼权利和诉讼义务 .....        | (170)  |
| 第五节 当事人的更换和诉讼承担 .....          | (172)  |
| 第六章 多数当事人诉讼 .....              | (176)  |

|                               |              |
|-------------------------------|--------------|
| 第一节 共同诉讼 .....                | (176)        |
| 第二节 第三人诉讼 .....               | (184)        |
| 第三节 代表人诉讼 .....               | (193)        |
| <b>第七章 民事诉讼代理人 .....</b>      | <b>(201)</b> |
| 第一节 民事诉讼代理制度概说 .....          | (201)        |
| 第二节 法定诉讼代理人 .....             | (208)        |
| 第三节 委托诉讼代理人 .....             | (213)        |
| <b>第八章 民事诉讼证据 .....</b>       | <b>(224)</b> |
| 第一节 民事诉讼证据制度概说 .....          | (224)        |
| 第二节 民事诉讼证据的学理分类 .....         | (226)        |
| 第三节 我国民事诉讼证据的法定形式 .....       | (230)        |
| 第四节 证据能力和证明力 .....            | (246)        |
| <b>第九章 民事诉讼证明 .....</b>       | <b>(251)</b> |
| 第一节 证明对象 .....                | (251)        |
| 第二节 证明责任 .....                | (256)        |
| 第三节 证明标准 .....                | (267)        |
| 第四节 法院的举证指导义务、证据调查和证据保全 ..... | (270)        |
| 第五节 法院对证据的审核判断 .....          | (277)        |
| <b>第十章 民事诉讼保障制度 .....</b>     | <b>(282)</b> |
| 第一节 期间和期日 .....               | (282)        |
| 第二节 送达 .....                  | (285)        |
| 第三节 财产保全 .....                | (288)        |
| 第四节 先予执行 .....                | (293)        |
| 第五节 对妨害民事诉讼的强制措施 .....        | (296)        |
| 第六节 诉讼费用 .....                | (299)        |
| 第七节 诉讼救助 .....                | (305)        |
| <b>第十一章 普通程序 .....</b>        | <b>(310)</b> |
| 第一节 普通程序概说 .....              | (310)        |
| 第二节 起诉和受理 .....               | (312)        |
| 第三节 审前准备程序 .....              | (316)        |
| 第四节 开庭审理 .....                | (321)        |
| 第五节 撤诉、缺席判决和延期审理 .....        | (327)        |
| 第六节 诉讼中止和诉讼终结 .....           | (330)        |
| <b>第十二章 简易程序 .....</b>        | <b>(333)</b> |

|      |                                           |       |
|------|-------------------------------------------|-------|
| 第一节  | 简易程序概说 .....                              | (333) |
| 第二节  | 简易程序的适用范围 .....                           | (335) |
| 第三节  | 简易程序的特点 .....                             | (338) |
| 第四节  | 简易程序中的几个特殊问题 .....                        | (341) |
| 第五节  | 我国民事诉讼简易程序的改革和完善 .....                    | (345) |
| 第十三章 | 第二审程序 .....                               | (349) |
| 第一节  | 第二审程序概说 .....                             | (349) |
| 第二节  | 上诉的提起和受理 .....                            | (352) |
| 第三节  | 上诉案件的审理 .....                             | (357) |
| 第四节  | 上诉案件的裁判 .....                             | (362) |
| 第十四章 | 再审程序 .....                                | (367) |
| 第一节  | 再审程序概说 .....                              | (367) |
| 第二节  | 当事人申请再审 .....                             | (371) |
| 第三节  | 人民法院决定再审 .....                            | (377) |
| 第四节  | 人民检察院抗诉引起再审 .....                         | (380) |
| 第五节  | 再审案件的审理和裁判 .....                          | (386) |
| 第十五章 | 民事诉讼中的法院调解 .....                          | (391) |
| 第一节  | 法院调解概说 .....                              | (391) |
| 第二节  | 法院调解的原则和程序 .....                          | (394) |
| 第三节  | 法院调解书的制作和法院调解协议的效力 .....                  | (397) |
| 第十六章 | 民事诉讼中的法院裁判 .....                          | (400) |
| 第一节  | 民事判决 .....                                | (400) |
| 第二节  | 民事裁定 .....                                | (407) |
| 第三节  | 民事决定 .....                                | (411) |
| 第十七章 | 特别程序 .....                                | (413) |
| 第一节  | 特别程序概说 .....                              | (413) |
| 第二节  | 宣告公民失踪和宣告公民死亡案件的审理程序 .....                | (417) |
| 第三节  | 认定公民无民事行为能力 and 限制民事行为能力案件<br>的审理程序 ..... | (423) |
| 第四节  | 认定财产无主案件的审理程序 .....                       | (427) |
| 第五节  | 宣告婚姻无效案件的审理程序 .....                       | (430) |
| 第六节  | 选民资格案件的审理程序 .....                         | (433) |
| 第十八章 | 督促程序 .....                                | (437) |
| 第一节  | 督促程序概说 .....                              | (437) |

|       |                            |       |
|-------|----------------------------|-------|
| 第二节   | 支付令的申请和受理 .....            | (438) |
| 第三节   | 人民法院对支付令申请的审查和处理 .....     | (440) |
| 第四节   | 债务人异议和督促程序的终结 .....        | (442) |
| 第十九章  | 公示催告程序 .....               | (444) |
| 第一节   | 公示催告程序概说 .....             | (444) |
| 第二节   | 公示催告程序的适用范围 .....          | (447) |
| 第三节   | 公示催告案件的审理 .....            | (450) |
| 第二十章  | 破产程序 .....                 | (456) |
| 第一节   | 破产程序概说 .....               | (456) |
| 第二节   | 破产案件的申请和受理 .....           | (459) |
| 第三节   | 债权人会议 .....                | (463) |
| 第四节   | 和解和整顿 .....                | (465) |
| 第五节   | 破产宣告、破产清算和破产终结 .....       | (468) |
| 第六节   | 破产违法责任和破产责任的追究 .....       | (474) |
| 第二十一章 | 民事执行总论 .....               | (477) |
| 第一节   | 民事执行概说 .....               | (477) |
| 第二节   | 执行主体和执行参与人 .....           | (486) |
| 第三节   | 执行标的 .....                 | (492) |
| 第四节   | 执行根据和执行管辖 .....            | (495) |
| 第五节   | 执行程序通则 .....               | (499) |
| 第六节   | 执行程序的合并和执行竞合 .....         | (507) |
| 第七节   | 参与分配 .....                 | (511) |
| 第八节   | 委托执行和协助执行 .....            | (514) |
| 第九节   | 执行救济 .....                 | (517) |
| 第十节   | 对妨害执行的强制措施的特别规定 .....      | (520) |
| 第二十二章 | 民事执行分论 .....               | (525) |
| 第一节   | 各类执行措施概说 .....             | (525) |
| 第二节   | 金钱债权的执行 .....              | (527) |
| 第三节   | 非金钱债权的执行 .....             | (548) |
| 第二十三章 | 涉外民事诉讼程序 .....             | (553) |
| 第一节   | 涉外民事诉讼程序概说 .....           | (553) |
| 第二节   | 涉外民事诉讼管辖 .....             | (559) |
| 第三节   | 涉外民事诉讼程序的特殊规定 .....        | (567) |
| 第四节   | 相互承认、执行外国法院裁判和外国仲裁裁决 ..... | (575) |

---

|                                    |              |
|------------------------------------|--------------|
| 第五节 我国涉外仲裁的司法支持和监督 .....           | (582)        |
| 第六节 涉港澳台民事诉讼 .....                 | (588)        |
| <b>第二十四章 海事诉讼特别程序 .....</b>        | <b>(599)</b> |
| 第一节 海事诉讼概说 .....                   | (599)        |
| 第二节 我国海事法院的受案范围和海事诉讼管辖 .....       | (604)        |
| 第三节 海事请求保全、海事强制令、海事证据保全和海事担保 ..... | (609)        |
| 第四节 海事审判程序 .....                   | (629)        |
| 第五节 关于几种海事非诉程序的规定 .....            | (636)        |

# 第一章 导 论

## 第一节 民事争议和民事诉讼

### 一、民事争议及其处理机制

社会生活常识告诉我们,人离不开社会,人离不开相互之间的交往,而人们在共同生活和相互交往中难免发生各种争议,其中也包括民事争议。民事争议属于涉及权利义务的法律争议,就其本质而言,它是社会冲突在法律领域中的一种表现形式。所谓社会冲突,按照社会学家的通常解释,是指“各派之间直接的和公开的旨在遏制各自对手并实现自己目的的互动。”<sup>①</sup>单纯的社会冲突不属于法学的研究对象,而是社会学的研究对象,但社会冲突的法律控制则是社会学和法学的共同研究对象。作为法学分支的民事诉讼法学,不但要研究如何妥善地解决已经发生的民事争议,而且要研究怎样有效地预防和减少民事争议的发生。因此,在这里有必要对民事争议本身及其处理机制作一探究。

#### (一)民事争议

所谓民事争议(也叫民事纠纷),是指平等主体之间发生的,以民事权利义务为内容的法律争议。民事争议与其他法律争议相比,具有以下主要特征:

1. 它发生在平等主体之间。也就是说,发生争议的各方当事人在民事活动中的地位是平等的,彼此之间不存在隶属关系和管理与被管理的关系,不论争议当事人是公民还是法人或者其他组织,均是如此。

2. 它以民事权利义务关系为内容。也就是说,平等主体之间争议的内容只限于他们之间的民事权利义务关系,而不涉及其他方面。如果超出了这一范围,则不属于民事争议,而是其他法律争议,如刑事争议、行政争议等。

3. 它以违反民事实体法的规定为形成原因。也就是说,民事争议之所以发生,是因为民事实体法所保护的社会关系遭到了破坏,民事法律关系处于一种不正常的状态,包括一方当事人的民事权益已经受到侵害,或者即将受到侵害。只有使民

---

<sup>①</sup> 特纳:《现代西方社会学理论》中译本,第245页。

事实体法所保护的社会关系恢复常态,争议才能平息。

4. 它的解决具有可处分性。即在解决民事争议时当事人之间可以互相让步,放弃自己的权利,这一点与刑事争议和行政争议不同。刑事争议和行政争议的解决除法律规定的特殊情况以外,不具有可处分性,即不允许双方当事人之间互相让步,放弃权利。

民事争议涉及社会生活的各个方面,社会生活的复杂性决定了民事争议的多样性。因此,民事争议可以从不同角度,按不同标准划分为不同的类型。如果以争议的基本属性和主要特点为标准,可以把民事争议划分为两大类:一类是财产权益方面的民事争议,如损害赔偿纠纷、合同纠纷、经营权纠纷、相邻权纠纷等等。另一类是人身权益方面的民事争议,如继承权纠纷、赡养纠纷、扶养纠纷、抚育纠纷、收养纠纷、姓名权纠纷、名誉权纠纷、肖像权纠纷、荣誉权纠纷等等。当然,人身权益方面的争议也会涉及财产权益的内容。

## (二)民事争议的处理机制

包括民事争议在内的任何争议的存在,都不利于社会的稳定和发展,但争议的发生又是不可避免的,因此必须寻求解决和消除争议的有效制度和办法,这就是民事争议的处理机制。所谓民事争议的处理机制,是指一定社会中实行的,有效地解决和消除民事争议的一整套制度和办法。人类在从野蛮到文明的进化过程中,为了维持自身的生存和发展,防止在无谓的争斗和冲突中归于消灭,逐渐摸索和形成了一套解决民事争议的制度和办法。这些制度和办法,与一定社会的政治经济情况相适应,经历了一个由低级到高级的发展过程,并实现了从“自力救济”到“公力救济”的质的飞跃。所谓“自力救济”,是指争议主体依靠自己的力量自行解决争议,排除侵害,维护其权益。所谓“公力救济”,是指争议主体依靠国家和社会的力量解决争议,排除侵害,维护其权益。

根据解决民事争议的制度和办法的不同性质和特点,以及它们对解决民事争议的不同作用,可以将民事争议的处理机制分为自决与和解、仲裁与调解、诉讼三种。<sup>②</sup>

### 1. 自决与和解

这是解决民事争议最原始和最简单的一种方式,属于“自力救济”的范畴。它主要存在于生产力不发达、文明程度不高的人类早期社会之中。如古罗马时期就允许债权人直接杀戮不偿还债务的债务人,当债权人有数人时,债权人可以分割债务人的身体。罗马帝国中期,随着社会的进步,改为由债权人将债务人卖为奴隶抵债。到了罗马帝国后期,随着人格权的提出,既不允许债权人杀死债务人,也不允

<sup>②</sup> 顾培东:《社会冲突与诉讼机制》,四川人民出版社1991年第1版,第36~50页。

许将债务人卖为奴隶抵债,而改为债权人可以对债务人的财产采取措施。上述讨债方法虽然在不断进步,但均属于“自力救济”的范畴。“自力救济”方式解决争议包括自决与和解两种不同的方法。两者的共同点在于,争议主体都是按照自己的意愿并凭借自我的力量来解决争议。不同点在于两者在消除争议的方式和程度上存有差异:自决更强调一方凭借自己的力量使对方服从,而不易从心理上消除争议双方的对抗;和解则主要体现了双方的妥协和让步,注重的是理智和情感,而不是强力,起作用的是一方对他方的同情、谅解、谦让、尊重等因素,因而它有利于从形式上和心理上消除双方的对抗,比“自决”的效果更好。

由于自力救济方式解决争议有损于建立正常的社会秩序,同时不利于对弱者的保护,违反社会正义原则,因此其中的自决手段逐渐被文明社会所禁止,由公力救济方式所取代。公力救济方式包括调解、仲裁和诉讼等。

## 2. 仲裁与调解

仲裁与调解是依靠社会力量解决民事争议的一种方式,属于公力救济的范畴。所谓仲裁,是指根据有关规定或者当事人之间的协议,由一定的机构以第三者的身份,对双方发生的争议,在事实上做出判断,在权利义务关系上作出裁决的一种方式。仲裁也称公断。仲裁与诉讼相比,其优点,一是当事人享有很大的自主性;二是程序简便,方式灵活,解决争议及时;三是收费较低。<sup>③</sup> 所谓调解,是指由第三者出面,依据一定的道德和法律规范,对发生纠纷的双方当事人进行劝说,使之达成谅解和让步,从而消除争端,改善相互之间关系的一种活动。调解的本质特征,一是有第三者主持;二是以一定的道德规范或者法律规范为依据;三是纠纷的解决以当事人双方自愿为前提,不带有任何强制性。<sup>④</sup> 仲裁与调解方式的运用,标志着社会力量对解决民事争议的干预,也表明人类社会解决争议的进步。它是介于争议主体的自决与和解同法院诉讼之间的中间形式,被视为“类法律式”的争议解决方式。特别是仲裁与诉讼在形式上有很多相似之处,因而西方学者通常把它视为“准诉讼”形式。<sup>⑤</sup>

仲裁与调解的共同点在于,两者都有解决争议的第三者出现,而且第三者对于争议的解决起着重要作用。这也是仲裁和调解方式同争议的自决与和解方式的一个显著区别。仲裁与调解的区别主要表现在两者结果的差异上:调解的结果更多地体现了争议主体的意愿;仲裁的结果则更多地体现了仲裁者的意志。仲裁和调解都是我国解决民事争议不可缺少的方式,在实践中发挥了重要作用,特别是其中的人民调解在我国具有特殊功能和深厚的社会基础,被西方人士称为“东方经验”。

③ 谭兵主编:《中国仲裁制度研究》,法律出版社1995年第1版,第1页、第13页。。

④ 谭兵主编:《基层司法工作理论与实务》,西南财经大学出版社1992年第1版,第1页。

⑤ 顾培东:《社会冲突与诉讼机制》,四川人民出版社1991年第1版,第41页、第43页。

### 3. 诉讼

诉讼解决民事争议,即通过司法程序解决民事争议。它是解决民事争议诸种方式中,最正规、最权威和最有效的方式,并且是调解和仲裁方式解决民事争议的后盾。由“自力救济”向“公力救济”过渡的主要标志,便是诉讼解决争议方式的出现。诉讼的本质特征,在于凭借国家权力而非依靠争议主体自身的力量解决争议。因此,它有两条规则:一是解决争议的依据只能是国家立法;二是解决争议的结果,或者靠国家强制力的保障来实现,或者直接凭借国家强制力来实现。这就决定了诉讼方式与其他方式相比,在保护当事人的合法权益、维护社会秩序和维护法律的尊严方面具有明显的优势,一切争议均可以通过诉讼方式最终得到解决。但诉讼与调解和仲裁方式相比,也有自己的弱点,即在许多情况下,它可以在表面上平息争端,但却不能消除争议主体的心理对抗。特别是在我国,由于受传统文化中“和为贵”“让为贤”的影响较深,老百姓中普遍存在着不愿打官司并“以讼为耻”的观念。甚至统治者也主张尽量避免用诉讼方式解决争议。如清王朝的康熙皇帝就曾公开宣称:“若庶民不畏官府衙门且信公道易伸,则讼事必剧增。若讼者得利争端必倍加。届时,即以民之半数为官为吏,也无以断余半之讼案。故朕意以为好讼者宜严,务使庶民视法为畏途,见官则不寒而栗。”<sup>⑥</sup>正是基于上述原因,使得我国的诉讼制度不如西方一些国家的诉讼制度发育得成熟。而恰恰相反,调解制度则大受群众欢迎,在我国历史悠久,基础深厚。

调解、仲裁和诉讼构成了我国采用公力手段解决民事争议程序制度的完整体系,在这个体系中三者具有不同的功能,并且彼此衔接,相互补充,谁也不能代替谁,从而体现了解决民事争议的程序制度的中国特色。

## 二、民事诉讼的概念

### (一)诉讼的定义和本质

要了解什么是民事诉讼,应当先了解什么是诉讼。诉讼一词,通常的理解,是指国家司法机关按照一定程序和方式解决纠纷的活动。诉讼俗称打官司。我国古代曾将“诉”与“讼”分开使用,“诉”指刑事案件,“讼”指民事案件。常见的说法是:“诉者,谓有冤抑之事而陈告也;讼者,谓有争论之事而陈告也。”“争罪曰狱,争财曰讼。”人们往往把审理民事案件称为“听讼”,把审理刑事案件称为“折狱”。据考证,“诉讼”一词合用的书面记载,最早见于元代的《大元通治》,其中有一篇以“诉讼”命名。诉讼作为国家解决社会成员之间争议的一种方式,是阶级社会的产物,它相对于社会成员采用“自力救济”方式自行解决争议是历史的进步,属于“公力救济”的范畴。诉讼的本质是国家对解决社会成员之间争议的一种干预,其目的在于制止

<sup>⑥</sup> [法]勒内·达维德:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社1984年版,第486页。

对他人权益的侵害,建立正常的社会秩序。因此,诉讼对于国家而言是一种职能,对于纠纷当事人而言是维护其权益的一种手段。国家的性质不同,诉讼的性质也不相同。根据国家解决当事人之间争议的内容和方式的区别,通常把诉讼分为刑事诉讼、民事诉讼和行政诉讼三种类型。从三大诉讼产生的时间来看,刑事诉讼最早,民事诉讼次之,行政诉讼最晚。

## (二) 民事诉讼的定义和特点

对于什么是民事诉讼,由于各个国家文化传统和法律观念的差异,在理解上不完全相同。西方国家的学者一般是从民法是“私法”的观念出发,把民事诉讼看成是私人要求国家司法机关保护其私法上之权利或利益的程序或者手续。如有的认为,“民事诉讼是以国家权力解决以私法关系为内容的纠纷的程序。”<sup>⑦</sup> 有的认为“民事诉讼乃本诸国家公力保护私权之手续也。”<sup>⑧</sup> 前苏联的一些学者则认为“民事诉讼是法律规定的司法保护权利的形式。”<sup>⑨</sup> 即使是在我国,学者们对什么是民事诉讼的理解也不完全一致。有的认为“民事诉讼,就是人民法院根据当事人的请求,确定其权利的存否,以保护当事人的权利或利益的法定程序。”<sup>⑩</sup> 有的认为“民事诉讼,是民事诉讼法律关系主体进行的诉讼活动,以及由此而产生的各种诉讼关系的总和。”<sup>⑪</sup> 还有的认为“民事诉讼是个人、国家机关、社会团体、企业、事业及集体单位,要求人民法院保护正当权利和合法利益的审判程序制度。”<sup>⑫</sup>

我们认为,只有从诉讼活动和诉讼关系入手才能揭示民事诉讼的内涵。在我国,所谓民事诉讼,是指人民法院在双方当事人和其他诉讼参与人参加下,审理和解决民事案件的活动,以及由这些活动所发生的诉讼关系。民事诉讼就其本质而言,是国家强制解决民事纠纷的一种方式,是权利主体凭借国家力量维护其民事权益的司法程序。民事诉讼有以下四个特点:

1. 它由诉讼活动和诉讼关系构成。也就是说,民事诉讼既包括诉讼活动,又包括诉讼关系。所谓诉讼活动,是指人民法院和诉讼参与人围绕案件的解决,而进行的能够产生一定法律后果的活动。它既包括法院的诉讼活动,又包括诉讼参与人的诉讼活动。由于法院的诉讼活动是基于审判职能而进行的,故又称为审判活动。所谓诉讼关系,是指人民法院和一切诉讼参与人之间在诉讼过程中发生的权利义

⑦ [日]兼子一、竹下守夫:《民事诉讼法(新版)》,白绿铉译,法律出版社1995年第1版,译者前言第3页。

⑧ [日]松岗义正:《京师法律学堂笔记》《民事诉讼法》第1页。

⑨ [苏]阿·阿·多勃罗沃里斯基等:《苏维埃民事诉讼》李衍译,法律出版社1985年第1版,第1页。

⑩ 王锡三:《民事诉讼法研究》,重庆大学出版社1996年第1版,第3页。

⑪ 柴发邦主编:《民事诉讼法学新编》,法律出版社1992年第1版,第3页。

⑫ 刘家兴:《民事诉讼法教程》,北京大学出版社1982年第1版,第1页。

务关系,通常称为民事诉讼法律关系。

2. 法院的审判活动与当事人的诉讼活动均为民事诉讼的动因,但性质和作用不同。这是指法院的审判活动与当事人的诉讼活动互相依存,缺一不可,正是两者的交互作用,才引起了民事诉讼程序的发生,推动着民事诉讼程序的发展,并进而导致民事诉讼程序的终结。但两者的性质和作用又有区别:法院的审判活动派生于国家审判权,它对于诉讼的发生、发展和终结起着主导作用;当事人的诉讼活动派生于诉权,它对于诉讼的开始、发展和终结有着很大影响。至于其他的诉讼参与人的诉讼活动,虽然也是民事诉讼不可缺少的内容,但它们仅起辅助作用。

3. 诉讼的全过程分为前后衔接,但任务各不相同的若干阶段。也就是说,民事诉讼程序是由若干个既互相联系,又各自独立的阶段组成的,每个阶段的任务各不相同。一般说来,只有先完成了前一个阶段的任务后,下一个阶段才能开始。根据我国民事诉讼法的规定,民事诉讼的全过程通常分为一审程序、二审程序和执行程序三大诉讼阶段,而每个大的诉讼阶段中又包括若干个小的诉讼阶段。虽然不是每个案件都要经过这三大诉讼阶段,但如果要经过的话,则必须依此顺序进行。

4. 整个诉讼活动依照法定程序和方式进行。由于民事诉讼是一种有目的、有组织,并产生一定法律后果的活动,因此,不论是法院的审判活动也好,还是当事人和其他诉讼参与人的诉讼活动也好,都必须严格遵守法律规定的程序和方式,否则便不产生法律上的后果,达不到诉讼的目的。

我们认为,民事诉讼的上述四个特点,科学地揭示了民事诉讼的本质,符合民事诉讼的实际情况。但对民事诉讼的特点也有不同看法。如有人认为,民事诉讼有以下三个特点:民事诉讼的诉讼标的是民事法律关系;第二,人民法院和一切诉讼参与人都是民事诉讼法律关系的主体;第三,民事诉讼过程的阶段性和连续性。<sup>⑬</sup>也有人认为,民事诉讼的特征是三个结合,即依法性与有效性相结合;当事人的主动性与法院的决定性相结合;诉讼活动的阶段性与连接性相结合。<sup>⑭</sup>还有人认为,“民事诉讼的特点,是行为的规定性,即人民法院、当事人和其他诉讼参与人的行为,行为的形式和行为的时期,以及民事诉讼的开始、发展和终结,都必须按照民事诉讼法的规定进行。否则,就是违法行为,不发生本来的效力。”<sup>⑮</sup>

### 三、民事诉讼的目的和基本价值目标

#### (一)民事诉讼的目的

民事诉讼的目的,是指统治阶级基于其客观需要和对民事诉讼本质属性及规

<sup>⑬</sup> 柴发邦主编:《民事诉讼法学新编》,法律出版社1992年第1版,第4~6页。

<sup>⑭</sup> 常怡主编:《新中国民事诉讼法学研究综述(1949—1989)》,长春人民出版社1991年第1版,第18页。

<sup>⑮</sup> 王锡三:《民事诉讼法研究》,重庆大学出版社1996年第1版,第5页。