

哲学社会科学国家“八五”重点研究课题
《中国诉讼制度研究》科研成果

中国民事诉讼法专论

主编 江 伟



中国政法大学出版社

哲学社会科学国家“八五”重点研究课题
《中国诉讼制度研究》科研成果

中国民事诉讼法专论

中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中国民事诉讼法专论/江伟主编. —北京: 中国政法大学出版社, 1998

ISBN 7-5620-1519-8

I. 中… II. 江… III. 民事诉讼法-研究-中国 IV. D925. 1
中国版本图书馆 CIP 数据核字 (98) 第 19967 号

主 编 江 伟
责任编辑 朱 芸
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 国家统计局印刷厂

850×1168 32开本 15.25印张 388千字
1998年6月第1版 1998年6月第1次印刷

ISBN 7-5620-1519-8/D·1478

印数: 0.001-3.000册 定价: 29.00元

社址: 北京市海淀区西土城路 25 号

邮编: 100088 **电话:** 62229803

声明: 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装, 由本社发行科负责退换。

版权法律顾问: 北京地平线律师事务所律师 吴允

总 主 编：陈光中

本 卷 主 编：江 伟

本卷副主编：梁书文 陈桂明

撰 稿 人：(以撰写文章编排先后为序)

江 伟 陈桂明 韩英波

肖建国 李 浩 倪寿明

本卷主编、副主编简介

江 伟 1930年生，河南省人。现任中国人民大学法学院教授、博士生导师，全国诉讼法学研究会副会长。著有《民事诉讼法学》等书。主编《中国民事诉讼法学概论》、《人民调解学概论》、《公证法学》等书，在《中国社会科学》、《中国法学》、《法学研究》等刊发表论文数十篇。

梁书文 1937年生，河北省人。现任最高人民法院民庭庭长，北京市法学会副会长，中国婚姻家庭建设协会副会长，海峡两岸关系协会理事，中国高级法官培训中心兼职教授，中国人民大学研究生院硕士研究生导师。主编及合著《民事诉讼法释义》、《执行的理论与实践》、《中华人民共和国婚姻法诠释》、《中国行政法教程》、《外国国家赔偿制度》、《国家赔偿问题研究》、《继承法题解》等书共十余种。

陈桂明 1961年生，江苏省人，法学博士。现任中国政法大学教授、硕士研究生导师，中国国际高级法律人才培训中心秘书长，全国诉讼法学研究会副秘书长、专业委员，兼任仲裁员、律师等职。著有《仲裁法论》、《诉讼公正与程序保障》等书十余种（包括合著），发表论文五十余篇。

目 录

第一章	市场经济与民事诉讼法学的使命·····	(1)
第二章	民事诉讼模式研究·····	(26)
第三章	诉讼标的理论研究·····	(61)
第四章	判决的效力与既判力理论·····	(116)
第五章	民事诉讼法基本原则研究·····	(213)
第六章	执行程序中的平等与优先原则·····	(239)
第七章	主管与管辖制度若干问题研究·····	(302)
第八章	当事人制度中的几个问题·····	(348)
第九章	法院调解制度的改革构想·····	(397)
第十章	民事诉讼强制措施之理解与适用·····	(464)

第一章 市场经济与民事诉讼法学的使命

从当初继受前苏联的民事诉讼法学到形成目前的理论体系，中国民事诉讼法学已经蹒跚地走过了47个春秋。随着社会主义市场经济体制的确立，一系列适应现代社会需要的法律的相继出台，中国逐渐步入法制现代化的进程之中。在市场经济条件下，当民法学、经济法学、国际私法等部门法学异军突起时，“民事诉讼法学应当向何处去”问题就现实地摆到了民事诉讼法学家们面前。如何适应市场经济的需要而提出民事诉讼法学的新课题？如何重新构建民事诉讼法学的理论体系？如何实现民事诉讼法学的科学化，从而使民事诉讼法学由注释法学转变为理论法学？对上述问题的回答，能够大致描绘出民事诉讼法学今后的发展方向。

一、市场经济与民事诉讼法学的新课题

市场经济强调经济活动的主体性，强调主体的独立性、意志自由和主体之间的平等地位。在现代社会中，随着主体活动的多样化、复杂化、快速化以及价值多元化，就要求民事诉讼法学相应地扩大其研究的对象领域。从大的方面而言，现代民事诉讼法学的主要课题，首先是研究宪法与诉讼法的关系；其次要研究民事实体法与诉讼法的关系；再其次是就民事诉讼法本身来讲，应当研究诉讼制度与诉讼外纠纷处理制度的关系以及民事诉讼法基本理论的体系结构。另外，当经济生活的发展产生新的纠纷时，就要求有相应的诉讼形式与之配套。因此，对于改革开放的过程中出现的股票诉讼、期货诉讼、房地产诉讼、新闻侵权诉讼等新型的专门诉讼形式也应当进行深入的探讨。

（一）宪法法理与诉讼法

宪法在承认国民主权的同时，也保障国民享有自由权、诉讼权、财产权以及生存权，而三大诉讼法就是通过具体的程序规划保障上述基本权的实现的。因此，如何从宪法的观点来探讨诉讼法的功能、目的，也即宪法所保障的诉讼权、自由权、财产权、平等权、生存权等基本权利的理论，如何透过诉讼法的适用、运作来获得实现，就成为诉讼法学包括民事诉讼法学今后的重要课题之一。

黑格尔在其《法哲学原理》中深刻地指出：“法的基地一般说来是精神的东西，它的确定的地位和出发点是意志。意志是自由的，所以自由就构成法的实体和规定性。”〔1〕实际上，贯穿在《法哲学原理》中的一条主线就是意志自由、主体自由。“既然人的本质特征就是思维和意志，而意志是自由的，自由就是法的实体，而法就是权利，法的体系就是实现了的自由王国。”〔2〕由此，黑格尔阐述了一条基本原则，就是所谓的“主观自由的原则”，或者说法的主体性原则。这一原则包含了主体的自我意识、个人特殊性、自由、独立自主和能动性等含义。尽管黑格尔的观点带有唯心主义色彩，但在市场经济条件下，黑格尔所主张的法即主体性原则的理论，对于法学界尤其是诉讼法学界具有某种特殊的借鉴意义。

以法的主体性原则的理论来考察宪法法理与诉讼法的关系，我们不难看出，欲使宪法规定的基本权获得程序保障，就应在一定范围内，肯定国民的法主体性，并应对当事人以及程序关系人赋予程序主体权，即程序主体地位。这就是所谓的“程序主体性原则”。这一原则，是立法者从事立法活动，法官适用现行法以及程序关系人（包括诉讼当事人）进行诉讼行为时，均须遵循的指针。按照这一原理，程序当事人以及利害关系人，不仅不应沦为法院审理活动的

〔1〕 黑格尔：《法哲学原理》，商务印书馆，1982年版，第10页。

〔2〕 武步云：《法与主体性原则的理论》，法律出版社，1955年版，第11页。

客体,相反,应赋予对程序的进行有利害关系的人以相当的程序保障,即在涉及该人利益、地位、责任或者权利义务的审判程序中,“应从实质上保障其参与该程序以影响裁判形成之程序上基本权;而且,在裁判作成之前,应保障该人能得适时、适式提出资料、陈述意见,或为辩论的机会;在未被赋予此项机会之情况下所收集之事实及证据,应不得迳成为法院作成判决之基础。”〔1〕

程序主体性原则要求程序制度的构思、设计以及运作应当符合程序关系人的主体意愿,应当赋予程序主体一定的程序参与权以及程序选择权,同时还应有助于提升程序主体对程序制度内容及其运作的信赖度、信服度和接纳度。在特定的诉讼形态中,程序主体权进而程序参与权以及选择权的实现在很大程度上取决于该诉讼构造中双方程序主体能否处于平等的诉讼地位,亦即一方主体能否与另一方主体形成“对峙”〔2〕。从行政诉讼的构造来看,(参见图一)作为一方程序主体个人,其特殊利益得到承认并上升为法权,个人基于自由的、独立的意志而取得独立人格,并与政府这一法律人格相对峙。“个人——政府的对峙实质上是一种价值的冲突,”〔3〕即公共利益与个人利益、社会秩序与个人自由、行政效率与个案公正的冲突。在权力与自由对峙的背后,我们可以看到自由价值在社会心态中的回升,自由观念在中国公法中的萌发,这就意味着从国家本位转向对社会的尊让,对个人意志自由和独立人格的承认。因此,我们也不难理解为什么黑格尔说中

〔1〕 邱联恭:《程序选择权之法理——着重于阐述其理论基础,并予以展望新世纪之民事程序法学》,载于《法学丛书》1993年第151期。

〔2〕 “对峙”是黑格尔在《历史哲学》一书中用来描述历史的辩证过程使用的一个概念。他认为,历史的真实意义存在于对峙之中,即“普遍的绝对的东西”与“有限的存在”的对峙,“主观的东西”同“客观的东西”的对峙。陈端洪:《对峙——从行政诉讼看中国的宪政出路》,载于《中外法学》1995年第4期。

〔3〕 陈端洪:《对峙——从行政诉讼看中国的宪政出路》。

华帝国没有宪法。^{〔1〕}实际上,宪法不是任意选择的,而是同民族精神相适应的。^{〔2〕}由于中国几千年来,国家权力泯灭了个人意志的自己而获得实体性,主观性即个人意志的自我反省将自己的存在统一于这个实体,而没有把权力看成一种对峙的存在,因此,各个人、各个团体便没有独立的权利。^{〔3〕}

权力与自由的对峙,同样体现在刑事诉讼构造中(参见图二)。按照我国学者的理解,我国刑事诉讼的基本目的是惩罚犯罪与保障人权的统一。^{〔4〕}从保护被害人、保障社会稳定与安全等方面来看,惩罚犯罪固然是与人权保护相一致的,然而惩罚犯罪势必涉及到刑事被告人的生命、健康、人格、自由和财产等宪法上的基本权,因而两者之间存在着二律背反的悖论。古代专制社会重惩罚而不重人权,资产阶级提出了“无罪推定”原则,按此,一切未被宣判的人均应视为无罪。基于这一理念,必须运用各种程序规则与法律规范以防止国家滥用刑罚权,由此增加了被告人获得有利判决的机会。从弘扬人的法主体性,尊重个人的人格而言,确立无罪推定原则有其合理性,因为要在整个社会利益与被告人的个人利益之间保持平衡,就应当建立可操作性的程序法原则,而“真正的公平审判程序,不仅要求罪犯被宣布为有罪,而且还要求在发现其犯罪后,以一种明确无误的方式宣布其有罪。”^{〔5〕}

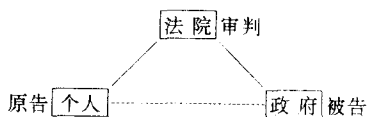
在民事诉讼构造中(参见图三),程序主体双方处于平等的诉讼地位,已成为现代社会不争的事实。基于程序保障的要求,程序制度的判定者(立法者)及运作者(如法官),不仅应致力于保障程序关系人的实体利益,也应防止对其造成程序上的不利,以

〔1〕〔2〕〔3〕黑格尔:《历史哲学》,三联书店,1956年版,第168页、第164页、第168页。

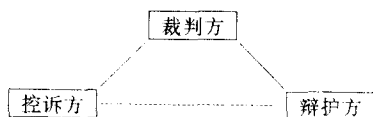
〔4〕李心鉴:《刑事诉讼构造论》中国政法大学出版社,1992年,第137页。

〔5〕彼得·斯坦等:《西方社会的价值》,中国人民公安大学出版社,1995年版,第103页。

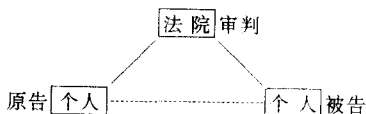
便使其有自主地追求实体利益及程序利益的机会。^{〔1〕}按照程序主体性原则及程序主体权原理，成为程序主体的当事人，不仅应有实体法上的处分权，同时也享有程序法上的处分权（即程序处分权）。这样，程序当事人一方面可以基于其实体法上处分权，决定如何处分系争的实体利益或实体权利；另一方面则基于其程序处分权，在一定范围内决定如何取舍程序利益，以避免因使用该程序而导致减损、消耗、限制系争实体利益或系争标的外财产权、自由权的结果。因此，民事诉讼法承认当事人处分原则的目的，并非仅为了保障当事人对系争实体权的支配地位，也是为了使当事人有机会藉此追求程序利益，以同时维护其受宪法所保障的系争外的财产权、自由权等。从这个意义上说，当事人处分原则并非仅仅基于传统民法上的私法自治原则，更重要的是源于宪法上关于财产权及自由权的保障规定。^{〔2〕}只有从宪法上的理念来看民事诉讼法，或从民事诉讼法的功能去看宪法上的理念如何实现，才能拓宽民事诉讼法的领域，提高民事诉讼法学理论的品位。



图一



图二



图三

〔1〕 邱联恭：《程序选择权之法理——着重于阐述其理论基础，并予以展望新世纪之民事程序法学》，载于《法学丛书》，1993年第151期。

〔2〕 邱联恭：《程序选择权之法理——着重于阐述其理论基础，并予以展望新世纪之民事程序法学》，载于《法学丛书》，1993年第151期。

（二）民事实体法与诉讼法

民事实体法上的权利如何透过诉讼法加以实现或贯彻的问题，既是研习民事诉讼法时应有的基本素养，也是在民事实体法与诉讼法之间关系上首先应当回答的问题。这个问题延伸开来就是：民事实体法与诉讼法各自的作用或功能是什么？民事诉讼法是否仅为实体法的从法或辅助法？中国目前“轻程序”现象的症结何在？对策何在？

应当说，民事实体法与诉讼法在对社会关系的调整中分别发挥着不同的作用：前者是国家制定的调整平等主体之间的生活关系的规则，而后者则是法院解决私权纠纷应遵循的形式规则。日本民事诉讼法学之父兼子一教授认为：“私法与其说是私人的生活规范，倒不如说是为解决纠纷而制定的规范，是为裁判而制定的规范。”〔1〕因此，兼子一主张实体法并不真正是为了调整当事人之间的民事法律关系，而是专门为法院审判民事案件而制定的，这就是所谓的“实体法性质的裁判规范说”。从历史上看，民事实体法固然是审判经验的产物，但把实体法视为纯粹的裁判规范的观点是不妥当的，也是不符合当今世界各国民事立法的目的的。

与兼子一的观点相反，传统的法律解释学一般把诉讼（程序）法看作是为了实现权利、义务或法律关系的实质内容的手段和方法。然而，诉讼法不应该被视为单纯的手段和形式。在诉讼中，“与以法官心证为核心的实体合成相对应，由诉讼行为所构成的关于诉讼进行的作用机制称为程序合成。程序合成能够成为实体合成的基础和催化因素。……可以说，实体法正是通过一环扣一环的程序行为链而逐步充实、发展的”。〔2〕

〔1〕 兼子一、竹下守夫：《民事诉讼法》，法律出版社，1995年版，第8页。

〔2〕 季卫东：《法律程序的意义——对中国法制建设的另一种思考》，载于《中国社会科学》1993年第1期。

从上述意义上说，无论是民事实体法还是诉讼法，都是法院进行民事诉讼并作出裁判所依循的规范。不过，实体法往往只注重衡量当事人之间的利益关系，而诉讼制度的运用除了以实体法为其裁判规范外，还要将当事人使用某一诉讼程序所支出的劳力、时间、费用等诉讼法上的因素考虑在内。因此，就如何理解诉讼（程序）法与实体法的相互关系而言，不应认为诉讼法仅以实现实体权利或贯彻实体法规范为其目标，诉讼法并非仅属于实体上权利的实现法。事实上，实体法与诉讼法“如同一辆车的两个轮子，对诉讼都起作用，在它们之间不可能存在主从关系”。〔1〕

在我国，从80年代早期人治与法治的讨论到近年来关于权利与人权问题的研究都反映了一种倾向，即“在考虑法制建设的时候，中国的法律更侧重于强调令行禁止，正名定分的实体合法性方面，而对在现代政治和法律系统中理应占枢纽位置的程序问题则语焉不详。偶有论者，也并未把程序看作一个具有独立价值的要素。”〔2〕中国法院系统自80年代后半期开始的民事、经济审判方式改革中有关调解中心存废一议，本来当会诱发对于审判程序以及调解的法制化问题的深入探讨，但是，实际上占主流的论述多偏重于对调解中心的表层问题的分析上。新民事诉讼法关于调解原则的表述由“着重调解”改为“自愿、合法调解”，尽管立法更趋于科学化，但仍倾向于注重调解制度与实体法的一致，而不是把重点放在程序的合理化上，结果降低了调解在弹性选择方面的价值。实践一再表明，“缺乏完备的程序要件的法制是难以协调运作的，硬是推行之，则极易与古代法家的严刑峻法同构化，其结果，往往是‘治法存’、法治之。因此，程序应当成为中国法制

〔1〕 兼子一、竹下守夫：《民事诉讼法》，法律出版社，1995年版，第8页。

〔2〕 季卫东：《法律程序的意义——对中国法制建设的另一种思考》，载于《中国社会科学》1993年第1期。

建设乃至社会发展的一个真正的焦点”。〔1〕同时，在立法、行政、审判等几种主要程序类型中，最重要、最典型的是审判程序。因此，如何构筑现代的审判程序尤其是民事诉讼程序，就成为中国法制现代化进程中至关重要的一个环节。

探究中国“轻程序”现象的原因不能不追溯中国诉讼法史。中国传统诉讼法律文化的重要特征是在法律结构形式上诉讼法与实体法不分，在诉讼组织及操作方式上司法与行政合一。当事人在诉讼中的活动主要是形成供状（陈述情节）和招状（表示认罪）。但招供的过程实际上并不是事实认定的过程，而是通过结论必须由被告自己承认这一制度来防止专断。司法官不必受复杂的证据法则的限制，当事人对法律的援引和解释也没有发言权。案件处理的结果，不仅要“合法”，更重要的是要“合情”、“合理”。追求“合情合理”，成为我国历史上对程序法制发展危害最大的一个因素。〔2〕这是因为程序的实质是管理和决定的非人情化，其一切设计是为了限制恣意、专断的裁量。

在观念层次上，中国“轻程序”现象还源于对民事诉讼程序意义的认识不足，以及程序公正观或程序正义观的欠缺。实际上，程序一方面可以限制法官的裁量权，维护法的稳定性和自我完结性，另一方面也允许选择的自由，使法律系统具有更大的可塑性和适应能力。换言之，程序具有开放的结构和紧缩的过程，包含着决定裁判成立的前提，存在着左右当事人在程序完成之后的行为态度的契机，并且保留着客观评价裁判过程的可能性。〔3〕研究

〔1〕 季卫东：《法律程序的意义——对中国法制建设的另一种思考》，载于《中国社会科学》1993年第1期。

〔2〕 范忠信、郑定等：《情理法与中国人——中国传统法律文化探微》，中国人民大学出版社，1992年版，第28页。

〔3〕 季卫东：《法律程序的意义——对中国法制建设的另一种思考》，载于《中国社会科学》1993年第1期。

法制史我们会发现，重视诉讼（程序）法并非近代人的“专利”，尽管法典意义上的程序法诞生在近代革命之后，但作为一般意义上的程序法或程序规则早已存在，甚至有学者认为程序法早于实体法诞生。在以诉讼法为中心的英国，法官和法学家们一直致力于程序法，即奉行“程序优先于权利”的法律原则。英国法学家的传统观念在于，“如果在实践中没有一个实施的办法，肯定一项权利或原则便无任何实质意义”。〔1〕这种见解生动而确切地描绘出实体法对程序法的依赖程度。

在法学理论上，我们过去总是回避程序公正问题，认为程序公正的形式性决定了它没有实际意义和内容。这种观点应当予以否定。“从程序本身着眼，公正是它的最低要求或标准。”〔2〕不公正的程序一般来说是难以实现实体公正的，因此，无论对于执法者还是对于当事人来说，首先要关心的是程序本身是否公正。约翰·罗尔斯认为，公正的法治秩序是正义的基本要求，而法治则取决于一定形式的正当过程，正当过程又主要通过程序来体现。〔3〕更重要的是，罗尔斯在程序性正义与程序结果的正当性之间找到了联结点，并在他的程序正义结构模型中对如何减免不当结果的发生提出了有价值的解决思路。这对于确立我们的程序公正（或正义）观，摆正程序公正与实体公正的关系很有教益。

总之，“轻程序”问题应当提到法制现代化的高度来解决。中国法制现代化的要点是“法制程序化”，而“法制程序化”的关键是诉讼程序。只有当诉讼法的独立地位和独特价值得到承认和尊重，诉讼法与实体法一样具有不可违反的法律尊严时，“法制程序

〔1〕 杨联华：《简论英国注重程序法的缘由》，载于《比较法研究》1991年第4期。

〔2〕 孙笑侠：《两种程序法类型的纵向比较——兼论程序公正的要义》，载于《法学》1992年第8期。

〔3〕 约翰·罗尔斯：《正义论》，中国社会科学出版社，1988年版，第225页。

化”才不会沦为空话。

(三) 诉讼法理与非讼法理

传统的民事事件可大致分为诉讼事件与非讼事件两种。诉讼事件就是就实体法上权利的存否实质事项有争执的事件,而非讼事件是指“利害关系人在没有民事权益争议的情况下,请求人民法院确认某种事实是否存在,从而使一定的法律关系发生、变更或消灭的案件。”〔1〕其中诉讼事件应以民事诉讼程序的原理(即诉讼法理)来处理,非讼事件则应依非讼程序的原理(即非讼法理)来处理。而且,在非讼程序中无适用诉讼法理之可能与必要,实质上确定力(既判力)也只能发生在依诉讼程序审理所作的判决,而一般不发生在依非讼程序所作的裁定。这就是传统民事诉讼法学理论中的“程序法理二元分离适用论”。

诉讼法理与非讼法理的分离适用现象,早在罗马法时代就已经出现,至近代法典编纂运动之后,德国、日本等大陆法国家进一步将民事诉讼程序与非讼事件程序在立法上分开,在民事诉讼法之外,出现了单行的非讼事件法。第二次世界大战后,随着社会的变迁,法院的负担日益繁重。于是基于诉讼经济和扩大诉讼制度解决纷争机能等考虑,非讼事件程序的适用出现了扩大的趋势。与此同时,德国还设置了专司非讼事务的司法辅助官制度,并于1969年通过了《司法辅助官法》。〔2〕我国台湾地区1993年也草拟了“非讼法务官草案初稿”,旨在减轻法官工作负担,使检察官与法官专心于侦查及审判工作,将部分较具业务性的事件,交由非讼法务官集中处理。〔3〕我国虽然没有专门的非讼事件法,但新

〔1〕 王强义:《民事诉讼特别程序研究》,中国政法大学出版社,1993年版,第12页。

〔2〕 刘初枝:《论非讼法务官之制度》,载于《辅助法学》第11期。

〔3〕 同上。

《民事诉讼法》第十五章对非讼事件设有“特别程序”加以规定。不过，我国民事非讼程序的适用范围过于狭窄，立法上对处理非讼事件程序的基本原则缺乏明确规定，学理上对诉讼法理与非讼法理之间的分界也未能廓清。今后的首要任务是探究诉讼程序与非讼程序在审理原则上有何不同？非讼事件程序究竟有何特点？并在此基础上根据不同类型、不同特点的事件来分别适用不同的程序法理。

一般认为，诉讼程序与非讼程序在审理原则上存在以下差异：其一，在诉讼事件程序上，处分原则受到限制或排除。无论是程序的开始还是终结，大多不受当事人意思的左右，法院常常站在公益的立场上依职权开始或终结诉讼程序；而在诉讼程序，由当事人申请开始或依当事人意思终结才是常态。另外，非讼裁定的内容，可以不受当事人请求范围的拘束。其二，非讼程序采取职权探知主义，不适用辩论原则。当事人没有主张的事实，法院可以依职权加以收集，当事人没有提出的证据，法院也可以调查，当事人的自认对法院并无拘束力。^{〔1〕}其三，非讼程序不适用法院调解原则。其四，在非讼程序，原则上不采取公开审理原则，审理采用书面形式，不进行言词辩论。从非讼程序的上述特性可以看出，诉讼程序的当事人比非讼程序的当事人享有更严密、更优厚的程序上的保障，即在诉讼程序，当事人依诉讼法理可以得到更充分的攻击和防御机会，较非讼程序更能有助于避免突袭性裁判；而非讼程序则能节省当事人的劳力、时间和费用，较之诉讼程序更加经济、迅速。

与非讼法理相关的一个问题是非讼事件范围的确定。不同时

〔1〕 邱联恭：《诉讼法理与非讼法理之交错适用——从民事事件之非讼化审理及诉讼化审理理论程序保障之机能》，载于《民事诉讼法之研讨》（二），三民书局，1987年版，第435页～第436页。