

○丛书主编 杨荣新

○肖建华 著

中国民事诉讼法判解与法理

当事人问题研析

中国法制出版社

责任编辑 李仕春

图书在版编目(CIP)数据

中国民事诉讼法判解与法理:当事人问题研析/肖建华
著. —北京:中国法制出版社, 2001. 10

ISBN 7-80083-784-X

I. 中… II. 肖… III. 民事诉讼-当事人-研究
- 中国 IV. D925.12

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 066840 号

中国民事诉讼法判解与法理——当事人问题研析

ZHONGGUO MINSHI SUSONGFA PANJIE YU FALI

——DANGSHIREN WENTI YANXI

著者/肖建华

经销/新华书店

印刷/河北省涿州市新华印刷厂

开本/850×1168 毫米 32 印张/14.125 字数/337 千

版次/2001 年 9 月北京第 1 版 2001 年 9 月北京第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80083-784-X/D·744

(北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031) 定价:25.00 元

(如发现印装问题请与本社发行部联系 电话:66062752)

总 序

中国共产党第十五次全国代表大会提出“依法治国、建设社会主义法治国家”的基本方略,后来又通过宪法修正案,写入了宪法。这标志着我国在发扬社会主义民主、建设社会主义法制的基础上,更迈上了一个新的台阶。

中国是一个缺乏法治传统的国家,在几千年的封建社会里,法律特别是民事法律不受重视。新中国成立之后,由于历史原因,法律和法治建设经历了一个曲折的过程,在法律内部,又是重刑(事)、轻民(事),重实体(法)、轻程序(法),民事诉讼法处于轻中之轻。

一九七八年党的十一届三中全会后,实行改革、开放政策,历史进入了一个崭新的阶段。健全的法律制度,是现代社会进步的基础,依法治国是现代社会发展的动力。在马列主义毛泽东思想邓小平理论指导下,我们的法律日臻健全,我们的法治日益完善,我们的社会正在腾飞猛进。

在现代社会中,随着生产的发展、经济的繁荣和人们交往的频繁,各类民事纠纷也不可避免地随之增多。人类社会是复杂而又庞大的群体,矛盾普遍存在,纠纷时有发生,需要通过法律的、行政的、经济的、各种手段加以解决,而法律又是重要的普遍运用的手段。在法律中程序法又占者重要位置,是否重视程序,是区分法治与人治的分水岭。自新民主主义革命、社会主义革命和建设以来,我国在预防和解决民事纠纷方面积累了丰富的经验,已形成一套行之有效的程序的法治系统工程。这个社会

系统工程由五个部分构成,首先是公证,在社会生活中,对单位和个人法律行为、法律事件,由公证组织代表国家予以证明,从正面加以引导,使社会正常发展,同时即可预防民事纠纷的发生。其次是调解,特别是人民调解,对于社会上可能发生的和已经发生的民间纠纷,主动介入,积极调解,并预防纠纷的产生,防止已形成的纠纷进一步发展恶化,把纠纷消灭在萌芽状态。第三是仲裁,对于民商事纠纷,特别是涉外而重大的民商事纠纷,在纠纷当事人自愿的基础上,将纠纷提交其选任的仲裁员裁决解决,这是一种快捷简便而又经济的解决纠纷的方式,深受法人和准法人组织的欢迎。第四是诉讼,即由人民法院进行民事审判。司法解决是最后的最有权威的解决方式,对于调解不了和仲裁不成的民事纠纷,由人民法院行使国家审判权予以彻底解决。第五是执行。人民法院的判决、裁定、调解和仲裁组织的裁决,以及公证组织依法作出的债权文书的执行签证,都是确认民事权利的,虽然很重要,但并没有最终解决纠纷;而只有通过人民法院的执行,迫使负有义务的当事人履行义务,才能使当事人的合法权益受到真正的保护。执行是最终实现权利,彻底解决纠纷的方式。

既然民事诉讼是解决民事纠纷最具有权威的最终的解决方式,那么,了解民事诉讼、掌握民事诉讼的方法,就具有重要的现实意义。为此,我们组织出版一套《中国民事诉讼判解与法理》丛书,先从民事诉讼的重要方面写起,包括诉讼当事人、诉讼管辖、诉讼证据、诉讼程序和民事执行等。民事纠纷极为复杂,涉及的当事人也较多,有正常的一般意义上的当事人即原告和被告,也有特殊的当事人,即共同诉讼人、诉讼代表人以及诉讼中的第三人。基于民商事纠纷的复杂性,民事诉讼的管辖也涉及广泛,首先是纠纷要归人民法院主管,然后是归哪一级哪一个法院管辖。在审判实践中,当事人争管辖的情况时有发生。管辖

确定后即进入诉讼程序,进行审理工作,无论对审判人员还是对诉讼当事人,首先要弄清的是案件的事实真相,这就需要证据。民事诉讼证据是民事诉讼的核心,是查明案情认清纠纷作到以事实为根据的基础。民事诉讼法是程序法,进行民事诉讼,必须依照诉讼程序进行。依照法定诉讼程序,对民事案件进行正确审理作出判决,以保护当事人的合法权益,这固然重要,但这只是第一步,只能“望梅止渴”;若要实现这些权利,还必须依靠人民法院的执行。执行是强制义务人履行义务,实现当事人合法权益的重要手段,而且依照民事诉讼法的规定,公证组织所做的执行签证,仲裁组织所作的仲裁裁决,某些行政机关所作的处罚决定,也都需要人民法院的执行组织保证其实现。总之,上述的几个部分,均是民事诉讼的重要内容,遂作为本书的首选课题,分为单行本出版。

为了使读者更好地了解有关问题的法律规定,了解实践中存在的问题,增加可读性和实用性,我们这套丛书尽可能从实际出发提问题,采用真实的案例,采取理论联系实际的比较的方法,从诉讼法理论和法学基础理论的高度加以分析阐述,得出应有结论。我们深知民事诉讼法学是应用型学科,注意实践问题;但又要从理论高度加以分析,使之更上层楼,便于举一反三,俾能有所提高。

采取这样的方式写书,我们缺乏经验,加之水平不高,时间有限,良好的意愿是否能够实现,还需要实践的考验,更需要广大读者的帮助。诚望广大读者和专家、学者、实务工作者不吝赐教,我们将不胜荣幸、十分感激。

本丛书由中国政法大学民事经济司法研究中心设计、主持,是民事经济司法研究丛书的组成部分。

本丛书的作者绝大部分是我的学生,具有博士学位,正从事教学科研工作,能够在工作之余善于思考,勤于笔耕,写出这样

一些著作,我感到十分欣慰,遂不揣简陋,乐于为序,诚望他们继续努力,再出成绩,百尺竿头更进一步,不负于我们伟大的时代。

本丛书的出版得到中国法制出版社的大力支持,值此丛书付梓之际,特表示深深的谢意。

杨荣新(馨)谨识

于辛巳深春

小月河畔

作者简介

肖建华 1966年11月生，1991年1月西南政法学院研究生部毕业，获得诉讼法学硕士学位，分配到河南平原大学执教。1995年考入中国政法大学攻读博士学位，师从杨荣新教授。1998年获法学博士学位，留中国政法大学法律系执教。现为中国政法大学诉讼法中心副教授。研究主题包括诉讼主体、诉讼证明、破产、中国区际诉讼法律冲突和司法协作以及非国有经济法律保障等。已经公开发表30余篇学术论文，其中5篇论文获省、部级或校级一、二等奖。代表作有《民事诉讼当事人研究》、《正当当事人理论的现代阐述》和《诉讼证明过程分析》。

杨荣新 男, 1931年生, 山西省运城市人。1949年9月至1954年7月, 在前中国政法大学三部和中国人民大学法律系学习。毕业后, 即至北京政法学院(中国政法大学前身)从事民事法律的教学研究工作, 是全国最早从事民事诉讼法、公证法、调解法、破产法、仲裁法等教学研究工作的专业人员。现任中国政法大学教授、诉讼法博士研究生导师、民事经济司法研究中心主任、校学术委员会委员、校学位委员会委员。兼任中华全国人民调解员协会副会长、中国行为法学会理事、中国法学会诉讼法学研究会理事; 曾系统参加民事诉讼法、企业破产法、公证法的起草工作, 任民事诉讼法起草小组成员、企业破产法起草工作副组长、公证法起草小组顾问; 曾参加民法、继承法、婚姻法、行政诉讼法、海事诉讼特别程序法、仲裁法、调解法的讨论修订工作; 目前正在主持制定《中华人民共和国民事诉讼法》(专家建议稿), 参与制定《中华人民共和国民事诉讼法证据法》(专家建议稿)的工作。曾在日本国福冈大学法学部、美国培普丹大学大学部及法学院讲授中国民事诉讼法、中国法哲学与中国企业破产法。先后发表论文七十余篇、著作三十余部(含独著与合著)。享受国务院颁发的政府特殊贡献津贴。

目 录

一、当事人权利请求的主观性·····	(1)
二、法定的诉讼担当·····	(8)
三、当事人即程序当事人·····	(14)
四、法人民事权利能力和民事诉讼权利能 力的分离·····	(24)
五、检察机关发动民事诉讼程序的必要性·····	(45)
六、被告的确定·····	(52)
七、非正当当事人的更换·····	(57)
八、公民死亡后的人格权保护与诉讼担当·····	(70)
九、任意的诉讼担当·····	(79)
十、诉讼承担·····	(94)
十一、诉的利益与正当当事人·····	(102)
十二、诉的利益的确认·····	(122)
十三、股东提起“代位诉讼”的正当性·····	(134)
十四、法律上的责任人与被告的确定·····	(152)
十五、诉的合并与共同诉讼·····	(157)
十六、普通共同诉讼人的相互独立性和牵 连性·····	(164)
十七、必要共同诉讼的不可分性·····	(175)

十八、共同被告的确定	(180)
十九、必要共同诉讼行为的独立性和牵连性	(190)
二十、必要共同被告的追加	(203)
二十一、诉讼标的理论与连带责任裁判的方式	(222)
二十二、“有独立请求权”的诉讼法含义	(229)
二十三、确定出资人或上级机关的连带责任	(241)
二十四、无独立请求权第三人被判决承担民事责任对合同相对性的影响	(255)
二十五、无独立请求权第三人与共同诉讼人的区别	(266)
二十六、无独立请求权第三人参加诉讼的方式	(277)
二十七、无独立请求权第三人制度的问题与解决思路	(291)
二十八、无独立请求权第三人追加制度的完善(之一)	(297)
二十九、无独立请求权第三人追加制度的完善(之二)	(314)
三十、原判当事人不适格可以提起再审	(328)
三十一、群体性纠纷解决的途径	(333)
三十二、扩大代表人诉讼司法救济功能的必要性	(351)
三十三、诉讼代表人的资格要件	(366)
三十四、禁止诉权转移与我国公益团体的诉权	(381)

三十五、判决效力主观范围的扩张	(394)
三十六、刑事诉讼与附带民事诉讼合并审 理产生的当事人问题与对策	(410)

一、当事人权利请求的主观性

——邓某某诉包头市邮电局案的启示

案情介绍

1993年11月10日,内蒙古一机厂用户邓某某收到一份包头市邮电局9月的用户长途电话查询单,查询单记载着邓某某家中电话机在1993年7月21日至8月10日期间打过12次长途直拨电话,合计电话费41.65元。邓某某否认用他家电话打过这12次长途电话,便向市邮电局营业台查询此事,不但没有得到答复,还遭到3号台一位女营业员的辱骂。之后,邓某某向包头市邮电局纪检委反映了此事,但没有结果。于是,邓某某向报社写了投诉信。自1993年11月26日起,《包头日报》、《内蒙古日报》、《经济日报》、《法制日报》和《人民日报》等媒体先后刊发了投诉信。不料,1994年1月22日,包头市邮电局状告邓某某写投诉信侵害了他们的名誉权。邓某某则提起反诉。

包头市青山区人民法院受理了此案。经查明,有争议的12次长途电话,其中10次被叫方均为内蒙古一机厂总务处处长郭某某的亲属或与其有业务往来的人。郭某某也声称10次电话都是从自家的电话或单位的电话打出的,属公费直拨电话。青山区人民法院在审理此案时,包头市邮电局青山局机器设备已更新为程控式交换机,电话号也由5位升为6位。法院委托有关技术人员对更新后的设备进行了准确性鉴定,结论是“电脑计费,不会错”。青山区人民法院据此于1995年6月29日作出判

决:驳回邓某某的反诉请求,判定他侵害邮电局名誉权,公开赔礼道歉,承担有关费用。邓某某不服上诉,但包头市中级人民法院判决驳回其上诉。

邓某某继续申诉。1997年10月8日,内蒙古高级人民法院院长签发裁定书,中止原判决的执行,决定提审,并于11月11日公开开庭审理。经过审理,内蒙古高级人民法院认为,一审、二审法院判决认定12次长途电话是从邓某某家中电话机打出的证据不足;邓某某向新闻界投诉未打12次长途电话的文章内容基本属实,其行为不构成对包头市邮电局的名誉侵害。双方达成调解协议,包头市邮电局诉邓某某侵害名誉权不当,向邓某某赔礼道歉;包头市邮电局向邓某某返还41.65元的长途电话费及利息,赔偿邓某某因诉讼造成的直接损失、精神损失,并承担一审、二审、再审案件受理费、反诉费、鉴定费等共计1.6万元。

不同观点

对于本案,可能会涉及程序或实体上的其他问题,如正当的舆论批评与侵权的界限等问题,但这里主要讨论当事人的请求主观性或客观性的问题。也就是说,当事人自己“认为”自己权利受到他人的侵害时,是否有权提起诉讼请求法律保护,而不是要求在起诉时就“客观”上“享有”民事权利。

有人认为,原告是案件的直接利害关系人,原告与所争执的对方有实体利害关系。也就是说,要求原告“客观”上就是“直接的利害关系人”,其实际利益遭受损害;客观上没有“实质的利害关系”的人提起的诉讼,不能立案。邓某某起诉时,没有证据证明自己的权利确实受到了伤害,所以,不能受理。

但是,也有人认为,不应以客观上当事人有无利害关系为标准来确定案件原告的起诉是否应当受理,当事人的权利请求是主

观的。只有经过实体审判,确认或否认其主观的权利请求,才是适当的,不应当在立案前进行实质审查。在市场经济中,原告“认为”遭受不利益,就有权提起民事诉讼,发动民事诉讼程序。在主观上认为权利受到侵犯时,请求司法救济,是民事主体的应有权利。不经过实体审理,就决定立案或不予以立案,是不适当的。

法理分析

本案作为 90 年代初期民众的民事权利觉醒的一个标志,特别是公民个人面对着强大的国家垄断机构,进行这一场讨个“说法”的诉讼——即使是被动地通过反诉方式进行的,也曾社会上产生了较大影响。

(一)当事人是民事诉讼的主体

民事诉讼所要解决的纠纷就是当事人之间的纠纷,没有当事人,诉讼无从提起,法院的判决也没有约束的主体范围。《民事诉讼法》第 108 条规定,起诉必须符合下列条件:(1)原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织;(2)有明确的被告;(3)有具体的诉讼请求和事实、理由;(4)属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖权。当事人是以自己的名义进行诉讼、与案件有直接利害关系、受人民法院裁判的约束的公民法人或组织。人民法院的裁判是针对原告、被告双方当事人之间的民事纠纷作出的,对双方当事人具有法律上的约束力,他们必须遵照执行。在民事诉讼中,有些人也以自己的名义参加诉讼,但不受人民法院裁判的约束,不能成为民事诉讼中的当事人,如证人、鉴定人。

同时,当事人有广义与狭义之分。狭义的当事人,即通常所说的当事人,仅指原告、被告;广义的当事人,不但指原告、被告,还包括共同诉讼人、诉讼代表人和第三人。符合条件的公民、法

人或其他组织均可成为民事诉讼中的当事人。公民,亦称自然人,与法人相对称。公民从出生时起到死亡时止,均具有民事权利能力,可以进行民事活动,成为民事法律关系的主体。公民作为主体的民事法律关系发生争议,可以以自己的名义起诉、应诉,作为民事诉讼的当事人。法人,即具有法律人格的社会组织。《民法通则》规定:“法人应当具备下列条件:(1)依法成立;(2)有必要的财产或者经费;(3)有自己的名称、组织机构和场所;(4)能够独立承担民事责任。”法人的民事权利能力和民事行为能力,从法人成立时产生,到法人终止时消灭。法人和公民一样,可以进行民事活动,成为民事法律关系的主体。法人作为主体的民事法律关系发生争议,可以以自己的名义起诉、应诉,作为民事诉讼的当事人。其他组织,即设有代表人或管理人但不具备法人条件、没有取得法人资格的社会组织。例如,个人合伙、合伙型联营,不具备法人条件、没有取得法人资格的乡镇企业和街道企业,我国企业事业单位、机关、团体的分支机构或派出机构,外国企业和组织在我国设立的分支机构或派出机构等。其他组织有自己的名称,设有代表人或管理人,有的还经主管机关批准或登记,依法可以进行相应的生产或经营活动。当它们依法进行民事活动的时候,自然也就成了民事法律关系的主体。如果它们作为主体的民事法律关系发生争议,可以以自己的名义起诉、应诉,作为民事诉讼的当事人。

本案中,邓某某作为成年公民,享有民事诉讼主体资格;而包头市邮电局,作为我国邮电系统下属的一个组织,根据有关规定和司法解释,是独立享受民事权利和承担民事义务的组织,有权以自己的名义进行诉讼。

(二)当事人权利请求的主观性

立法没有对“当事人”请求的“主观性”或“客观性”作任何约束。但是,如果要求当事人在起诉时其权利请求是客观存在的,

任何案件只要一到法院就可以是非明了,就无须两审终审,也无须有再审程序。以本案为例,如果包头市邮电局起诉时,其权利请求是客观存在的,就不应当出现一、二审判决与再审判决根本不一致的情况。一、二审判决认定原告——邮电局的请求成立,并驳回邓某某的反诉请求,判定被告承担侵害邮电局名誉权的责任,公开赔礼道歉,承担有关费用。而再审法院——内蒙古高级人民法院的看法正好与一、二审相反:反诉成立,而本诉不成立。更值得玩味的是,再审判决理由恰恰上推翻了一审、二审法院的判决理由,认为一审、二审法院判决认定原告所请求事实的法律依据不足(12次长途电话是从邓某某家中电话机打出的证据不足);被告(反诉原告)向新闻界投诉文章的内容基本属实。判决主文所表明的责任人也恰好颠倒过来:再审判决包头市邮电局应向被告赔礼道歉;返还邓某某长途电话费及利息、赔偿邓某某因诉讼造成的直接损失、精神损失、承担一审、二审、再审案件受理费、反诉费、鉴定费等。因此看来,在提起诉讼时,邮电局的本诉请求和邓某某的反诉请求,都是其自己的主观请求,要在立案审查时就搞清楚是不可能的。所以,《民事诉讼法》第108条要求“原告与本案有直接利害关系”,是要求原告的“利益”与本案有“一定”的联系,并不是要求其诉讼请求“客观”存在。查明案件事实是诉讼目的之一,法院的审理活动应当实现这一目的。^① 根据证据认定的案件事实如何,是对当事人的诉讼请求成立或不成立有绝对的影响。但是,不能要求在立案时,就达到这一目的。

我国民事诉讼司法制度深受前苏联的影响,“客观”的意义

^① 法院在查明案件事实时,犯了一个常识性错误。法院为了查明是否是邮电局记费设备有错误,不是将记录过有争执的12次长途电话费的记费机器作为鉴定对象,而是以法院审理此案时邮电局已更新后的程控式交换机为鉴定对象。

被滥用于民事诉讼中,尽管“客观真实”作为诉讼的追求的一部分还是有积极意义的。苏联学者认为,“任何审判权,按其观念和实质来说,都应该是:探求真理,恢复真实和保护真实。只有以保护真实的,即存在于诉讼程序以外并且不以诉讼程序为转移的实体权利作为自己任务的审判权,才可能是真实的和公正的。除此之外,关于诉讼程序的任何其他概念,都是同审判的历史观念——恢复被侵犯的权利——不相符合的。”^①毫无疑问,这是对证明程度的要求,无论这一要求是否适当,不能将它用于约束提起案件的当事人的范围。所以,苏联学者仍然认为,“任何引起诉讼程序发生,提出诉讼请求的人,也就是请求法院保护自己的主体民事权利或法律所保护的利益的人,或者以自己的名义请求法院保护法律委托由其保护的他人的民事权利或法律所保护利益的人。就叫做原告人”。“任何经原告人起诉称其侵犯原告的主体民事权利或者法律委托由原告人保护的利益,或者是对这些权利发生纠纷而被传唤应诉的人就叫做被告。”^②在实践中,根据司法技术的需要,苏联学者承认了当事人在程序上的独立意义,认为“承认法庭审理的对象是一种推定的或有争执的民事法律关系。争执的相对方之间究竟是否存在民事法律关系,这个问题只有在审理案件之后才能解决,而不能在提起案件之前预先解决。有权请求保护自己的权利和利益的,不仅是确实存在的和确实有争议的民事法律关系的当事人,而且是所有的人,只要他们善意地认为自己的确有某项权利和利益,而这种权利和利益又因他人提出争执而需要受到审判保护,这就是

① [苏]顾尔维奇:《诉权》,中国人民大学出版社1958年版,第25页。

② 这里所称法律委托由原告人保护的利益,是指检察长、国家管理机关、工会、国家机关、企业、集体农庄、其他合作社组织社会团体或个别公民可以依法请求法院保护他人权利,从而开始民事诉讼。[苏]阿布拉莫夫:《苏维埃民事诉讼》,法律出版社1954年版,第118-119页。