

● 江 伟 著

探索与构建


—— 民事诉讼法学研究

中国当代法学家文库

江伟民事诉讼法研究系列

(下卷)

Contemporary Chinese Jurists' Library

 中国人民大学出版社

D925.104/22

:2

2008

◎ 江 伟 著

探索与构建


——民事民事诉讼法研究

(下卷)

中国当代法学家文库

江伟民事诉讼法研究系列

Contemporary Chinese Jurists' Library

 中国人民大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

探索与构建——民事诉讼法学研究/江伟著.
北京:中国人民大学出版社,2007
(中国当代法学家文库·江伟民事诉讼法研究系列)
ISBN 978-7-300-08810-5

- I. 探…
- II. 江…
- III. 民事诉讼法—法的理论—理论研究—中国
- IV. D925.101

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 193056 号

中国当代法学家文库
江伟民事诉讼法研究系列
探索与构建
——民事诉讼法学研究
(上下卷)
江 伟 著

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242 (总编室)		010-62511398 (质管部)
	010-82501766 (邮购部)		010-62514148 (门市部)
	010-62515195 (发行公司)		010-62515275 (盗版举报)
网 址	http://www.crup.com.cn http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	河北涿州星河印刷有限公司		
规 格	170mm×228mm 16 开本	版 次	2008 年 1 月第 1 版
印 张	67.5 插页 6	印 次	2008 年 1 月第 1 次印刷
字 数	1 018 000	定 价	88.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换



目 录

三、民事诉讼法具体制度

(一) 当事人制度	3
26 论民事诉讼当事人与民事主体的分离	3
27 论集团诉讼	16
28 关于代表人诉讼的几个问题	44
29 论民事诉讼中无独立请求权第三人的确定	54
30 当事人适格的识别	64
(二) 人民检察院与民事诉讼的关系	68
31 试论人民检察院参加民事诉讼	68
32 民事诉讼检察监督若干问题探讨	75
33 论我国民事审判监督制度的改革	82
34 检察机关提起民事公益诉讼若干问题的探讨	101
35 略论检察监督权在民事诉讼中的行使	117

(三) 证据制度	126
36 民事诉讼举证责任若干问题的思考	126
37 论民事诉讼中的认证	137
38 关于我国制定统一证据法典的意义和若干设想	152
39 证据法若干基本问题的法哲学分析	177
40 对我国举证时限制度确立的反思	200
41 经验与规则之间的民事证据立法	220
(四) 保全制度	237
42 完善我国财产保全制度的设想	237
43 民事诉讼中的行为保全初探	249
(五) 审判程序	259
44 论开庭审理	259
45 论审判独立的制度保障及其与审判监督的关系	270
46 论我国民事诉讼一审与上诉审关系之协调与整合	285
47 我国民事诉讼主管之概念检讨与理念批判	298
48 论民事再审程序的完善：制度整合与程序刚性	314
(六) 非讼程序	323
49 论公示催告程序	323
50 论诉讼程序和非讼程序的交错适用 ——兼析程序法之适用	332
(七) 执行制度	349
51 民事执行制度若干问题的探讨	349
52 论执行行为的性质与执行机构的设置	360
53 论我国强制执行法的基本构造	371

(八) 民事争议与刑事争议、行政争议的协调处理机制	384
54 民事行政争议关联案件诉讼程序研究	384
55 刑民交叉案件处理机制研究	401

四、民事纠纷的非讼解决机制

(一) 仲裁制度	415
56 仲裁适用范围初探	415
57 劳动争议仲裁制度的比较研究 ——兼论我国劳动争议仲裁立法之完善	426
58 论人民法院与仲裁机构的新型关系 ——为《仲裁法》的颁行而作	434
(二) 调解制度	447
59 论市场经济与法院调解制度的完善	447
60 简论人民调解协议的性质与效力	457
61 中国的“东方经验”——人民调解	461

五、WTO与民事诉讼法

62 WTO协议与中国民事司法制度的完善	475
63 论WTO争端解决机制与我国的对应之策	494
64 WTO争端解决机制与中国对该机制的运用	505

六、其他

65 一定要制订民法	523
66 论我国制定破产法的客观必要性	531

七、会议报告

- 67 民事诉讼法立法与实践的一些新情况新问题 543
- 68 中国民事诉讼程序的改革 571
- 69 大陆涉台湾商业贸易纠纷案件司法解决之制度 578

八、媒体访谈

- 70 现行民事诉讼法应当作较大的修改 591
- 71 公证是预防和减少纠纷的第一道防线
——访江伟教授 597
- 72 正义必须眼见着被伸张 599
- 73 民事诉讼法修改的若干重大理论问题（上、下）
——《中国民事诉讼法典建议稿（二稿）》
 修改与完善论证会综述 609
- 74 诉权和审判权的保障应相得益彰
——民事诉讼法修改建议稿成都论证会综述 616
- 75 民事诉讼法修改建议稿有突破 621
- 76 他见证了民诉法 50 年立法进程 627
- 77 废除立案审查 吁建公益诉讼 631
- 附录一 江伟教授专著和主编的主要作品一览 636
- 附录二 江伟教授历年发表文章一览 640

三、民事诉讼法 具体制度

与构建

探索与构建

探索与构建

探索与

(一) 当事人制度

26 论民事诉讼当事人与民事主体的分离*

江 伟 王强义**

当事人，作为一个法律概念，可以从两种意义上使用。民事上的当事人，是指民事法律关系的参加者，即在民事法律关系中依法享受权利和承担义务的人。在民事活动中，民事当事人，即是民事主体。在民事诉讼中，诉讼主体和诉讼当事人则不是同一概念，诉讼主体不仅包括当事人，还包括在诉讼法律关系中居于主导地位的一方，而当事人只是诉讼参与人的一种。

当事人问题涉及实体法中民事主体问题。诉讼当事人是民事诉讼法学上的一个基础理论，在当事人问题上造成的混乱不予以澄清，就会影响到民事诉讼中许多制度（如确立非法人团体的诉讼地位、检察机关提起和参加民事诉讼、集团诉讼等）的建立。实践已经向我们提出了革新和发展当事人理论的迫切要求。因

* 本文原载《法律学习与研究》，1988（2）。

** 王强义，江伟教授1990届硕士，现为和记黄埔有限公司集团高级法律顾问。



此，本文拟就诉讼当事人与民事主体的问题谈谈几点看法。

作为诉讼主体的当事人与民事主体的分离，首先表现在两者的范围不同。

所谓主体范围不同，是指诉讼当事人并不以在民法上取得主体资格为前提。诉讼当事人的范围是指那些具有当事人能力的人（实体权利人）的范围，这一范围较民事主体为广。当事人能力又叫诉讼权利能力，换言之，即在诉讼中享有民事诉讼权利、承担民事诉讼义务，能以自己的名义起诉、应诉的资格。具有诉讼权利能力的人，才有资格成为民事诉讼的当事人，诉讼权利能力是确定当事人法律资格的唯一因素。我国《民事诉讼法（试行）》（1982年颁布试行，以下简称《民事诉讼法》）第44条第1款明确规定：“有诉讼权利能力的人可以作为民事诉讼的当事人。”那么，什么样的人可以取得当事人资格而成为诉讼主体呢？

（一）民法上的权利能力人

民法上的权利能力人，即具有民事权利能力的人。民事权利能力是指在民法上享有民事权利、承担民事义务的资格。现代世界各国民法上的权利能力人仅限于自然人和法人。所以，按照诉讼理论，具有民事权利能力的自然人和法人，也具有当事人能力。

所以，作为民事主体的自然人和法人，也就成为民事诉讼中最基本的当事人。

（二）不具有民事权利能力的非法人团体

非法人团体是民事诉讼法上的概念，而不是民法上的概念。非法人团体并不是指法人以外的一切团体。世界各国的立法和司法实践对非法人团体确定的范围并不相同。一般来说，合伙是其中较为普遍的一类。此外，其他无法人资格的团体，如未依法登记的公司、商会以及基金会、政党、慈善机构、工会、同乡会乃至寺庙等，许多国家也把它们作为非法人团体看待。依据1974年英国《工会及劳动关系法令》，工会得以自己的名义参加诉讼。日本民事诉讼法规定，无法人的社团、财团，设有代表人或管理人的，得以其名义起诉和应诉。对于合伙，则

应分别情况来决定其是否能取得当事人资格。波兰和希腊民事诉讼法典规定得最为广泛，对合伙和非法人组织的当事人资格没有什么限制。

我国民事诉讼理论一般认为苏联在法律上不承认非法人团体的当事人资格，应当说这是不确切的。苏俄民事诉讼法典在这方面规定得很不严密。法典只规定了公民和具有法人资格的国家机关、企业、集体农庄、其他合作社组织和社会团体具有诉讼权利能力，似乎不承认非法人团体的当事人资格。但同时法典中也有关于非法人团体成为诉讼当事人的规定，例如，它允许不是案件的利害关系人的社会组织 and 劳动人民集体的代表参加法院审理（《苏俄民事诉讼法典》第147条）。在这种情况下，一些不具有法人资格的组织如房管委员会、街道委员会、家长委员会等可以参加诉讼。在其他的社会主义国家，一些没有法人资格的团体如工会、公共机构以及其他协会和集体组织，按照诉讼法典中的“特别原则”，也被赋予了为他人利益而提起诉讼的权利。

可见，赋予非法人团体以诉讼主体资格，已为当代世界各国普遍接受。究其原因，主要有以下几点：

其一，非法人团体是一种客观存在，它要从事各种民事活动，在活动中不可避免地发生纠纷，形成诉讼。这类团体引起的纠纷客观上已成为社会矛盾的一部分，从维护正常的社会秩序出发，需要用法律手段加以解决。

其二，是保护与该团体发生法律关系的单位和个人的民事权益的需要。许多国家，如法国等，正是基于这一理由，规定非法人团体能成为被告。因为如果否认其作为被告应诉的资格，在他们给其他人造成损失时，受害人则不能对它进行起诉，从而使他人的合法权益不能受到法律保护，并使非法人团体以此来逃避法律责任。

其三，是保护该团体本身合法权益的需要。从诉讼理论上讲，任何组织或个人，只要具备成为被告的资格，就应该具有作为原告的权利，二者是统一的。如果只承认非法人团体的被告资格，而不承认其原告资格，不利于保护非法人团体在经济活动中的合法利益，而且，对于在两个非法人团体之间发生的侵权行为或权益争议，无法以司法手段来解决。甚至还可能出现其他具有法人资格的组织或团体利用非法人团体不能起诉的弱点，侵犯其合法权益的情况。

其四，有利于充分发挥法院的审判职能，简化诉讼程序，及时解决纠纷。如果法律只允许以团体成员个人名义进行诉讼，不仅会使诉讼复杂化，而且，在有些情况下这种诉讼不可能进行。

我国民事诉讼法中没有使用非法人团体的术语，只规定“企业事业单位、机关、团体可以作为民事诉讼的当事人”（第44条第2款），对于这一规定的理解，存在着两种不同的意见。一种是把它理解为法人的同义语，另一种把它理解为，既包括法人，又包括法人以外的团体，即非法人团体；非法人团体是指设有代表人或管理人，但不具备法人条件，未取得法人资格的集合体，类似于日本等大陆法系国家的解释。我们认为，在我国民事诉讼中，能成为诉讼当事人的社会团体，既包括法人，也包括非法人团体，我国民事诉讼法应该明确规定这两类社会团体的诉讼当事人地位。理由是，其一，虽然现行民事诉讼法中没有明确使用非法人团体的术语，但司法实践中已经大量地吸收非法人团体参加诉讼，表明这些活跃于现实生活中的团体成为诉讼当事人已是必然的趋势；其二，我国民事诉讼法颁布试行时，《民法通则》等民事法规还没有颁布，法律文件中很少使用法人这一术语，法人的概念在人们的心目中是生疏的，因此，民事诉讼法只写了“企业事业单位、机关、团体可以作为民事诉讼的当事人”。《民法通则》的颁布，使得我国法人制度建立和健全起来。此外，《民法通则》还规定了合伙（个人合伙、联营）^①的法律特征，参加民事活动及承担民事责任的方式。因此，民事诉讼法应该明确规定法人以及合伙等非法人团体的法律地位，以此来取代“企业事业单位、机关、团体”，从而与民法通则统一起来。

但是，名词术语上的统一并不意味着民事主体等同于诉讼当事人。《民法通则》并不承认合伙的民事主体资格，它开宗明义地规定“调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系”（第2条），至于合伙，则分别情

^① 《民法通则》第三章第四节第51条、第52条、第53条规定三种类型的联营，其中第一种联营，是能够“独立承担民事责任、具备法人条件的，经主管机关核准登记，取得法人资格”的联营。本文所谈的联营是指后两种，即作为合伙的联营。

况，或看作公民（自然人），或看作法人。我们认为，无论是个人合伙、联营，还是其他类型的合伙，凡具备下列条件的，应该承认其为非法人团体：（1）有一定的组织和名称，并设有管理人或代表人的；（2）经有关机关批准或者登记的；（3）依法进行相应的民事活动，能够承担财产责任的。为此，民事诉讼中应该明确地把他们作为诉讼当事人加以规定。

上述两类诉讼当事人的区别在于：前者具有民事权利能力，后者不具有民事权利能力。鉴于此，西方一些学者称前者具有实质当事人能力，后者具有形式当事人能力。我们认为，这种提法大体上能够反映出这两类当事人在法律地位上的差别，在我国民事诉讼理论中，可以予以确认。

（三）集团诉讼中的“集团”

集团诉讼，即当事人一方为一个庞大集团，由其中一人或数人作为代表所进行的诉讼。集团诉讼中的集团，是指存在共同的事实和法律问题的多数人自愿结合而形成的，旨在进行诉讼，以保护具有共同性的利益的集合体。集团形成的前提是其成员具有共同的事实和法律问题。集团成员分别与同一主体存在法律关系，并且由同一类事实上的或法律上的原因引起。因此，在进行诉讼时，他们的请求应该是共同的。诉讼正是设立这一集团的唯一目的，以此来保护成员之间具有共同性的利益。

在集团诉讼中，集团居于当事人的地位。这是因为，集团是有争议的民事法律关系的一方主体的结合，它集中了全体成员的意志，向对方当事人主张全体集团成员的共同性利益。

集团诉讼与共同诉讼是有区别的，集团作为诉讼当事人也不同于自然人。集团成员人数众多，以致不可能共同进行诉讼。集团也不同于以团体或组织面目出现的法人和非法人团体。非法人团体毕竟是在事实上从事民事活动的集合体，它根据章程或合同而成立，只是没有取得实体法上的主体资格而已。非法人团体作为诉讼当事人，是为了保护其以团体名义在从事民事活动上的合法权益，以及保护相对人的利益。而集团诉讼中的集团纯粹因进行诉讼而形成，诉讼结束即告解散。它只是一个临时的、松散的、没有内部组织机构的集合体，在实体法上并不

承认它的存在。

集团诉讼是解决当代社会日渐增多的群体性纠纷的一种有效方法，它有利简化诉讼程序，节省时间、人力和财力。集团诉讼首先在英美国家普遍实行。大陆法系如德、日等国也在研究集团诉讼制度，并且在司法实践中进行了一些尝试。我国民事诉讼法中没有集团诉讼的规定，但是，随着商品经济的不断发展，以及由此带来的社会经济关系的日益复杂化，由同一或同类违法损害事实所引起的众多当事人受损的纠纷日渐增多，而共同诉讼制度却不便解决这种纠纷，集团诉讼制度的建立必然会提到议事日程上来。因此，明确集团诉讼中“集团”的诉讼地位，具有极其重要的意义。

从上面的分析可以看出，随着社会经济的发展变化。民事诉讼当事人逐渐与民事主体分离开来，为适应经济发展的需要而走上了更为宽广的道路。19世纪，法律上一般只承认自然人的当事人资格，团体和组织被严格排除在民事诉讼当事人的范围之外。法人制度的建立，使这类组织在遵守严格的实体法规范从而得以承认其民事主体资格的基础上，第一次以团体和组织的面目出现在法庭上，成为民事诉讼当事人；随着社会经济的发展，被排斥在民事主体之外而事实上仍在进行民事活动的非法人团体也越来越多地进入了当事人领域。而集团诉讼的出现，则使在实体法领域根本谈不上作为一个组织或团体从事民事活动的人，为了诉讼目的而集合为一体，却能取得诉讼当事人的资格。因此，应该改变在历史上长期流行、至今仍然对我国民事诉讼法学有影响的那种认为具有民事权利能力的人才具有诉讼权利能力的观点，确立除民事主体之外，非民事权利能力人承担诉讼当事人的新观点。

二

当事人并不意味着实体权利人本人，非利害关系人同样可以成为诉讼当事人。这是作为诉讼主体的当事人与民事主体分离的第二种表现。

传统的民事诉讼理论倾向于把实体权利人本人作为当事人，没有利害关系的

人不能成为诉讼当事人。我国目前民事诉讼理论上基本上仍坚持这一观点，即认为民事诉讼中的当事人，是指因民事上的权利义务关系发生纠纷，以自己的名义进行诉讼，并受人民法院裁判拘束的利害关系人。这种当事人具有以下三个特征：一是以自己的名义进行诉讼；二是与案件有直接的利害关系；三是受人民法院裁判的拘束。其中主要点在于当事人必须是利害关系人，而且是直接利害关系人。完全排除非利害关系人即实体权利人以外的人成为诉讼当事人的可能性。

我国民事诉讼理论上这种利害关系当事人的观点，与民事诉讼理论的发展趋向不相吻合。从世界各国民事诉讼理论和立法来看，有一种抛弃利害关系当事人的概念、代之以纯粹诉讼上当事人概念的趋向。即使现今保留利害关系当事人概念的国家，也已经对这一概念作了新的解释。这又一次表明实体法与程序法出现不一致是不可避免的，而且程序法可能要走在前面。在某些情况下，实践首先向程序法提出了更为迫切的问题，在实体法尚不能对客观世界予以反映前，程序法必须先行发展。

诉讼当事人可以不是实体权利人本人，这种变化的发生是一个历史的过程，最根本的原因是社会经济的发展带动上层建筑领域的变革，也带动了诉讼法理论的发展，从而使利害关系当事人概念屡受冲击。

首先是诉讼信托^①的出现。所谓诉讼信托，是指某人被赋予以自己的名义提起诉讼的权利，目的在于主张一项他人享有的实体权利。具有诉讼信托资格的人自己就具有当事人资格，法律承认他们是正当的诉讼当事人。尽管他主张的权利不完全属于他自己，而真正的利害关系人并没有成为诉讼当事人。例如，遗嘱执行人向被继承人的债务人起诉，要求归还遗产。遗嘱执行人并非主张自己的权利，而是主张继承人享有的权利，但在诉讼中他是合格的当事人，继承人只不过是受益人。此外，遗产管理人、破产管理人、为他人利益订立合同的人等，都能以自己名义起诉、应诉。

^① 诉讼信托的理论主要由西德学者创立，作为一项诉讼制度，存在或变相存在于许多大陆法系国家。