

●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

(上卷)

*Contemporary Chinese Jurists' Library*

 中国人民大学出版社

# 探索与构建

—— 中国农村经济体制改革研究

中国农村经济体制改革研究

中国农村经济体制改革研究

（上卷）

Exploration and Construction  
—— Research on the Reform of Rural Economic System in China

中国农村经济体制改革研究

D925.104/22

:1

2008

◎ 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

(上卷)

江伟民事诉讼法研究系列

*Contemporary Chinese Jurists' Library*

 中国人民大学出版社



# 自序

2006年11月18日，我的学生们和民诉法学界的专家学者们特意为我举办了庆祝从教五十周年暨民事诉讼法学术研讨会。在会场上回味自己的执教生涯，当年满怀热情的年轻人变成了白发苍苍的七旬老人，不由得感慨万分。然而看到一个个年轻的面孔，他们都已成长为民诉法学界的中青年骨干，又不由得庆幸学科后继有人。

我于1956年大学毕业留校任教，由于众所周知的原因，自我毕业到1978年党的十一届三中全会召开，虽然我一直担任大学法律系的教师，却很少上课或从事科研工作，整整22年才仅仅为法律系本科生授课16小时。直至1979年中国人民大学法律系派我参加全国人大常委会法制工作委员会民法起草小组之后才算务了“正业”。自此，我的学术生命真正开始。可以说，我执教的这些年，也就是新中国民事诉讼法学发展繁荣的年份。我的执教生涯和我国民事诉讼法学的发展事业是紧密相连的。对此，我深感自豪。

五十年来我培养了四十多名博士及博士后，近四十名硕士。他们绝大部分都在国内多所法学院任教或在司法实践部门工作，是民事诉讼法学科得以发展的新生力量。只有后继有人，一个学科才能持续发展。对此，我深感欣慰。



五十年来我发表了学术论文一百四十多篇。本书就是选取其中最具代表性的论文。这些论文部分由我独立完成，部分是我和学生（其中少数是和其他学者）合作完成。合作的论文或是我在研究的过程中发现问题进而拟定题目，或是由我确定论点、定好文章的内容框架，或是由我逐一修改完善。可以说，这些论文主要是以我为代表的，由我及学生、中青年学者组成的学术群体的共同作品。正因如此，原本我是不愿以我个人的名义出版这本书的。然而，这些论文不仅仅属于我本人，而是我们这一学术群体的集体智慧的结晶，反映了我们在民事诉讼法学领域辛勤耕耘的成果，奉献给读者也很有可能对其大有裨益。思考良久，最后还是同意了出版。

本书选取的论文自1980年至今，横跨了二十多年，集中体现了我们对于发展民事诉讼法及民事诉讼法学的总体思路，以及对于民事诉讼法方方面面问题深入研究的成果。应当说，这些理论探讨在新中国民事诉讼法学逐步体系化和科学化发展历程中是具有一定的价值和影响的。

首先，本书体现了我国民事诉讼法学研究视野和坐标的转向。

《建议民事诉讼法先于民法颁布施行》一文在国内较早探讨了程序法的独立价值，将研究视野由实体法转向程序法，应当说对于程序法的发展具有比较重大而深远的影响。对于程序法与实体法的价值和功能关系，我国历来普遍存在“重实体轻程序”的观念。在参与1979年成立的民事诉讼法起草小组的过程中，我积极主张程序法与实体法并重，认为应突出强调程序法自身的独立价值和功能。只有当程序法的独立价值和功能为人们所普遍重视，诉讼程序在司法实践中得以广泛遵守和实施，依法治国和法制现代化才不致流于空谈。该文的发表为民事诉讼法的颁行提供了舆论和理论基础。1982年3月《民事诉讼法（试行）》正式颁布，作为程序法的民事诉讼法先于实体法的民法颁布施行，具有重要的理论和实践意义。此后，在我及一批学者的极力倡导和推动下，民诉程序的独立价值逐步深入人心，成为民事审判实践中法官依循的基本理念和行为准则。

《市场经济与民事诉讼法学的使命》一文标志着民事诉讼法学由注释法学向理论法学的转变。1982年3月《民事诉讼法（试行）》的颁布标志着民诉法学的起步。



然而在初始阶段，民诉法学一度停滞于以对民法进行注释为主的低级层次。随着市场经济的发展，主体活动渐趋多样化、复杂化、快速化及价值多元化，必然要求民事诉讼法相应地扩大其研究的对象领域。在此背景下，我主张民诉法学的研究应当转到市场经济中民事诉讼法的使命这一根本性问题上来，加强对宪法法理与诉讼法、民事实体法与诉讼法、诉讼法理与非讼法理的关系的研究，并且在新的意义上重新构建我国民事诉讼法学的基本理论体系，在研究方法上进行革新，完成从注释民法学到理论民法学的转变，实现民事诉讼法学的科学化。

《论现代民事诉讼立法的基本理念》和《民事诉讼法典修订的若干基本问题》这两篇文章体现了从法学理论到法学实践和从法学实践到法学理论的良性反馈。而这种良性反馈标志着民诉法学理论研究走向成熟。我一向重视理论与实践的结合，强调理论研究对于立法和司法实践的导向作用。我曾经直接参与先后两部民法的起草和修订工作，是新中国民事诉讼法的参与人和见证人。民事诉讼法学者一向立足实践为立法提供建议，从不亦步亦趋，这也是我们学科得以兴起的重要原因之一。通过这些年的司法实践，新情况新问题不断出现，我认为应当重新审视现行民事诉讼法，将全面修订民事诉讼法提上日程。

其次，本书对民事诉讼基本理论研究给予了极大关注。

我提出由大陆法系国家学者主张的“三论”（目的论、诉权论和既判力论）扩展到“六论”，即除此“三论”之外，还应包括程序价值论、民诉法律关系论和诉讼标的论；并且将“六论”的研究进一步深化和发展。由此，初步构建了我国民法学基本理论体系，为我国民法学的进一步发展奠定了理论基础。

《关于诉权的若干问题的研究》将苏联学者顾尔维奇的多重诉权理论转化为统一的诉权理论，并把程序意义诉权解释为诉权成立要件，把实体意义诉权解释为权利保护要件，从而消除了大陆法系学者长期争论不休的诉讼要件理论和权利保护要件理论之间的分歧，将二者融会在一起。《论判决的效力》认为既判力主要是一种诉讼法上的制度和范畴，并由此提出了关于既判力本质的修正的诉讼法说。《论民事诉讼法律关系》主张区分诉讼法律关系主体与诉讼主体，进而界定了诉讼主体的范围，而在诉讼法律关系的客体方面，反对将其与诉讼标的画等号

的观点，而是定位为案件事实和实体权利请求。《论诉讼标的》重新界定了诉讼标的的概念，并对诉讼标的的识别标准进行了修正，提出将“新二分肢说”确定为我国诉讼标的理论的基本思路。此外，《民事诉讼中当事人与法院的作用分担——兼论民事诉讼模式》主张淡化诉讼模式论，转而注重程序内容的研究，明确当事人与法院在民事诉讼中的权能划分，形成解决民事纠纷的互动机制。以上这些观点目前均被学术界所普遍认同。

再次，本书在民事诉讼具体程序制度构建方面也有所论述。

在当事人制度方面，《论民事诉讼当事人与民事主体的分离》阐明了民事诉讼当事人与民事主体之间的非对应性，主张承认其他组织的当事人资格。《论集团诉讼》在国内最早全面介绍了集团诉讼制度的内容及适用，主张在我国建立集团诉讼制度，对解决多数人诉讼提出了具体设想。这些观点已经被1991年的民事诉讼法所吸纳。

在人民检察院与民事诉讼的关系方面，早在1981年，我和刘家兴就已经关注这个在我国检察实践中的新课题。人民检察院要不要参加民事诉讼？它在民事诉讼中的地位如何？当时学术界和实务界对此莫衷一是。我们在《试论人民检察院参加民事诉讼》一文中率先提出检察院应当参加民事诉讼，人民检察院在提起民事诉讼时处于原告的地位，享有原告的诉讼权利；而在参与民事诉讼时其诉讼地位是法律监督者。

在保全制度方面，《民事诉讼中的行为保全初探》在国内首先提出行为保全的问题以及建立行为保全制度的设想。通过对民事保全程序的深入研究，指出财产保全制度只能局限于金钱请求和交付物请求的保全，而对于作为不作为请求则无能为力，因此主张确立我国的行为保全制度。这一观点得到了立法者和实务界的认同，在海事诉讼和知识产权诉讼领域，行为保全目前已经被立法正式确立下来。

在证据制度方面，《证据法若干基本问题的法哲学分析》从法哲学的角度对证据制度中最重要的三对范畴——客观真实与法律真实、当事人举证与法院查证、法定证据与自由心证——加以梳理并且作出恰当的抉择。《对我国举证时限制度确立的反思》认为举证时限制度的法律效果过于严苛，提出严苛的证据失权



必须辅以充分完备的审前准备制度以及其他周边制度，否则难以获得正当性。并在此基础上，提出构建举证时限的理论基础与思路，以期有助于建立“一个温暖而有人性的民事诉讼制度”。

在民事诉讼程序方面，《论我国民事审判监督制度的改革》提出了重构我国民事审判监督制度的两条主线：一是既判力下的平衡；二是诉权与审判权的平衡。并在此基础上提出我国民事审判监督制度改革两步走的方针：一是在现有民事诉讼法框架内进行制度改良；二是在重新制定民事诉讼法的基础上建立以再审查之诉为核心的三层次的再审制度。

在执行制度方面，《论执行行为的性质与执行机构的设置》认为虽然执行行为具有一定的行政行为的特点，但从整体上来看，执行行为依然是一种司法行为。进而主张执行机构的设置必须体现执行行为的司法性质并且针对民事案件的执行现状。

在非讼解决机制方面，《简论人民调解协议的性质与效力》认为人民调解不具有民事合同的性质，而在某种意义上与诉讼、仲裁以及行政处理并无二致，也有违效率原则。对民事调解应通过立法设置法定程序，使调解协议获得一种执行力。

五十年来，我的研究领域涉及民事诉讼理论体系的构建以及民事诉讼法制的建设，虽然没有取得很多辉煌的成就，但也做了过渡时期学者应当做的事情。我国民事诉讼法学能够由过去的“轻中之轻”（重刑轻民、重实体轻程序）成长为备受瞩目的显学，我不过为此做了些许微薄贡献罢了。

我的学生、中国人民大学法学院民事诉讼法学博士生苏文卿，负责统筹本书论文的收集、整理以及联系出版工作，付出了大量的时间和精力。此外，国家法官学院讲师徐继军博士，北京大学法学院民事诉讼法学硕士生高娜、韩玉婷，协助论文收集工作，在此一并道谢！

江 伟

2007年12月

# 目 录

目 录

## 一、发展民事诉讼法及民事诉讼法学的总体思路

(一) 发展民事诉讼法的总体思路 .....	3
1 建议民事诉讼法先于民法颁布施行 .....	3
2 民事诉讼法概说 .....	8
3 新民事诉讼法的重大突破 .....	15
4 完善我国民事诉讼立法的若干理论问题 .....	24
5 实体法与诉讼法的关系要论 ——民事实体法与诉讼法分离的历史小考 .....	43
6 评民事诉讼法的修订及其主要缺陷 ——兼论民事诉讼法的进一步完善 .....	52
7 民事诉讼法的宪法化 .....	77
8 论现代民事诉讼立法的基本理念 .....	92
9 中国民事诉讼基本理论体系的建构、阐释与重塑 .....	113
10 民事诉讼法典修订的若干基本问题 .....	155



11 将“公益诉讼制度”写入《民事诉讼法》的若干基本问题的探讨 .....	169
(二) 发展民事诉讼法学的总体思路 .....	183
12 市场经济与民事诉讼法学的使命 .....	183
13 走向 21 世纪的中国民事诉讼法学 .....	208

## 二、民事诉讼法学基本理论

(一) 诉权论 .....	217
14 关于诉权的若干问题的研究 .....	217
15 论股东诉权 .....	254
16 论救济权的救济 ——诉权的宪法保障研究 .....	269
(二) 诉讼标的论 .....	286
17 论诉讼标的 .....	286
18 请求权竞合与诉讼标的理论之关系重述 .....	305
19 民事诉讼标的的新说在中国的适用及相关制度保障 .....	325
(三) 既判力论 .....	340
20 论既判力的客观范围 .....	340
21 论判决的效力 .....	360
(四) 诉权与审判权关系论 .....	378
22 民事诉讼中当事人与法院的作用分担 ——兼论民事诉讼模式 .....	378



(五) 诉讼法律关系论及程序保障观 .....	395
23 论民事诉讼法律关系 .....	395
24 民事诉讼程序保障的制度基础 .....	402
25 民事诉讼程序之协调与整合 .....	413

# 一、发展民事诉讼法 及民事诉讼法学 的总体思路



## （一）发展民事诉讼法的总体思路

### 1 建议民事诉讼法先于民法颁布施行<sup>\*</sup>

江 伟 刘家兴<sup>\*\*</sup>

五届人大二次会议通过刑法和刑事诉讼法之后，为了进一步健全社会主义法制，正在加紧草拟民法和民事诉讼法。刑法和刑事诉讼法是同时提交人大会议讨论通过的，是否也一定要求民法和民事诉讼法同时颁布，民事诉讼法可否先行颁布施行呢？这里就民事诉讼法与民法的关系、民事诉讼法这个法律部门的特点以及一些国家的先例，谈谈我们的一些看法和建议。

#### 实体法和程序法不是主从关系或依附关系

按照法学理论对某些法律部门的分类，规定行为规则和权利义务的法，称为

---

<sup>\*</sup> 本文原载《民主与法制》，1981（5）。

<sup>\*\*</sup> 刘家兴，北京大学法学院教授、博士生导师。





实体法；规定诉讼规则和程序制度的法，称为程序法。民法、刑法为实体法；民事诉讼法、刑事诉讼法为程序法。

马克思曾对实体法和程序法的关系作了论述。他说，审判程序和法二者之间的联系如此密切，就像植物的外形和植物的联系，动物的外形和血肉的联系一样。审判程序和法应该具有同样的精神，因为审判程序只是法律的生命形式，因而也是法律的内部生命的表现。

马克思在这段话里，强调实体法与程序法应当贯彻同一精神，强调二者是内容与形式的关系，目的在于批判资产阶级法律的虚伪性，揭露资产阶级把审判程序只是当作一种没有内容的形式。他进而指出：如果审判程序只归结为一种毫无内容的形式，那么这种空洞的形式就没有任何独立的价值了。

马克思的有关论述，对于我们起草民法和民事诉讼法具有重要的指导意义。我们应当使两个法律贯穿同一精神，使民事诉讼法不致成为空洞的形式。但是，马克思并没有谈到必须同时制定实体法和程序法、还是分别制定的问题。我们不能也不应当要求马克思就这个问题为我们提供现成的答案。

根据我们的理解，首先马克思讲的是程序法和实体法之间的密切联系，而不是说它们之间具有主从或者依附的关系。其次，马克思将审判程序和法称为“二者”，就表明它们是两个不同的法律部门。马克思是在承认程序法和实体法是两个不同法律部门的基础上，进而强调它们之间的联系；但这种联系并不是一种主从关系或者依附关系。

### 民事诉讼法是一个独立的法律部门

民事诉讼法是调整诉讼主体之间的诉讼活动和诉讼关系的法律规范的总和，是一个独立的法律部门。它的任务是保证人民法院正确行使审判权，保障人民行使诉讼权利。

人民法院行使审判权关系到公民、法人的人身和财产权益，必须按特定的法律程序进行。有了民事诉讼法，既能使审判人员审理民事案件有法可依、有章可





循；又可以防止不正确地行使审判权，侵犯人民的权益。同时，行使审判权也涉及维护国家的主权。例如，属于我国专属管辖的民事案件，不容其他国家管辖；违反我国法律的外国判决，人民法院不予执行。否则，就可能损害我国公民的权益，甚至有损我们的国家尊严。

诉讼权利是人民的民主权利在诉讼活动中的体现，它是公民基本权利义务的重要组成部分。人民的诉讼权利必须由特定的法律予以保障，民事诉讼法就担负着保障人民诉讼权利的任务。有了民事诉讼法，就可以使人民了解自己有哪些诉讼权利和义务，怎样行使自己的诉讼权利，履行自己的诉讼义务。民事诉讼法既是保障人民实现诉讼权利的手段，又是防止滥用诉权，侵犯他人合法权益的手段。切实保障人民的诉权，对于纠纷的及时解决，从而维护社会的安定团结，具有重要的意义。

可见，保证人民法院正确行使审判权与保障人民行使诉讼权利，是民事诉讼法区别于民法等实体法的特殊职能，正因为如此，它必须在我国社会主义法律体系中占有一个独立法律部门的地位。

此外，民事诉讼法的独特性质，还恰好体现在它与民法既相联系又相区别的关系上。

首先，民法和民事诉讼法虽然都是与解决民事纠纷有联系的法律，但各自调整的对象不同。民法调整的是财产关系以及与此相联系的人身关系范围内的权利义务关系，而民事诉讼法调整的是法院在审理民事案件过程中与诉讼参加人之间的诉讼关系，还涉及婚姻家庭纠纷，以及规定适用民事诉讼程序处理的劳动案件、选民名单案件等等。因此，民事诉讼法不只是一要保证民法的贯彻实施，还要保证其他实体法的贯彻实施。

其次，民法和民事诉讼法在内容上确有某些内在的、必然的联系，这表现在民事诉讼法的一些内容，一般要由民法明文加以规定，如法人、证据、代理人、诉讼时效等。但这些内容也可以在民事诉讼法中先加以规定，然后再在两个法律（民法和民事诉讼法）中就这些内容予以协调。这种做法，其他国家有先例可循。所以，两个法律中某些内容的相互联系，并不能否定它们各自具有的特点。

从民事诉讼法的种种特点来看，都充分表明它是我国法律体系中的一个独立

