

民事诉讼当事人 研究

肖建华 著

中国政法大学出版社

178

197 (1004)

17

民事诉讼当事人研究

肖建华 著

中国政法大学出版社

目 录

导论	(1)
第一章 民事诉讼结构中的当事人	(11)
第二章 当事人的程序意义	(19)
一、实体意义当事人的局限性	(19)
二、程序意义的当事人	(25)
三、当事人的基本结构：原告和被告及其确定	(33)
第三章 程序法与实体法主体资格的统一与分离	(40)
一、诉讼权利能力的概念	(40)
二、当事人能力与民事权利能力的统一性	(42)
三、诉讼权利能力与民事权利能力的分离	(45)
四、统一中的分离：各类诉讼主体资格的扩展与 我国司法实践	(53)
第四章 正当当事人理论的现代阐释	(78)
一、正当当事人的意义	(78)
二、当事人适格与诉权	(82)
三、正当当事人与诉讼实施权	(91)
四、正当当事人与诉的利益	(103)
第五章 诉讼实施权与实体利益的分离——以诉讼 担当为分析对象	(122)
一、任意诉讼担当	(122)

2 目 录

二、法定诉讼担当	(134)
三、相关概念辨析	(137)
第六章 非正当当事人的识别及其更换	(152)
一、非正当当事人的识别	(152)
二、非正当当事人的更换	(153)
第七章 当事人适格的缓和与判决效力主观范围的扩张	(163)
一、判决效力主观范围及其扩张的必要性	(163)
二、判决效力主观范围扩张的诉讼机理	(168)
三、受判决效力主观范围扩张的范围	(174)
四、人民法院判决效力主观范围的扩张	(185)
第八章 共同诉讼分类理论及其实践意义	(195)
一、共同诉讼的特征及其分类	(195)
二、共同诉讼分类根据探源	(200)
三、共同诉讼人诉讼行为的独立性和牵连性	(227)
四、完善我国共同诉讼制度	(243)
第九章 第三人制度的功能	(262)
一、配合新诉讼标的的观念, 促进诉讼经济	(263)
二、有独立请求权第三人为主参加诉讼的 诈害防止功能	(268)
三、无独立请求权第三人与合同相 对性缺陷的弥补功能	(274)
第十章 主参加诉讼当事人的结构及 法律地位分析	(285)
一、二面诉讼学说及其局限性	(285)
二、三面诉讼学说及其实践意义	(289)
三、有独立请求权第三人诉讼结构的实例分析	(293)

四、有独立请求权第三人与必要共同诉讼人的关系·····	(295)
第十一章 无独立请求权第三人制度的内在冲突	
与对策·····	(302)
一、无独立请求权第三人制度的内在矛盾·····	(302)
二、比较与选择：辅助参加与第三人之“诉”的 法理分析·····	(312)
三、完善与创新：确立我国无独立请求权第三人的 主体地位·····	(330)
第十二章 群体诉讼制度的检讨与反思·····	(351)
一、美国的集团诉讼·····	(352)
二、选定当事人诉讼·····	(363)
三、德国的团体诉讼·····	(370)
四、我国的代表人诉讼·····	(376)
主要参考书目·····	(397)
后记·····	(403)

导 论

—

当事人理论与民事诉讼结构、诉权、判决的主观范围等民事诉讼理论密切相关，甚至涉及实体法和程序法的关系。在这样的整体性考查中，民事诉讼呈现了若干个相互冲突又需要相互协调的诉讼理念。正是这些诉讼理念，确立了本论文研究的视角。

（一）单独诉讼与多数人诉讼

民事诉讼的一些基本理论在这两种不同的当事人结构中体现出不同的特色，但又有一致性。如诉权在单独诉讼中是以单独请求权的存在为要件，而共同诉讼既可能因共同请求权的存在而提起，也可能因多个当事人分别行使请求权而为法院合并审理而发生；如既判力一般以单独诉讼中既判力的内容如约束力、既定力，执行力为讨论对象，对多数人诉讼而言，尽管约束力、执行力等既判力内容仍然适用于其中，但还存在既判力的扩张问题，以及争点效或参加的效力等问题。再如，旧的诉讼标的理论也因诉讼解决纠纷功能的扩大而被改造为新诉讼标的理论，等等。这都展现出单独诉讼与多数人诉讼的特殊性差异与共性。此外，同样是多数人诉讼，有共同诉讼，第三人诉讼以及代表人诉讼等形

2 民事诉讼当事人研究

式。在一定程度上，第三人制度和代表人诉讼都与共同诉讼在诉讼理论上有着必然的联系，甚至是必要的联系，但这不能否定第三人诉讼制度或代表人诉讼制度的独立性。

（二）二面对立的当事人诉讼结构与三面对立的当事人诉讼结构

以单独诉讼为基础的两造对立到共同诉讼的两面对立，再到第三人独立参加诉讼的“三面对立”，表现出实体法律关系的多样性以及当事人诉讼结构的复杂性。诉讼解决纠纷的功能扩大影响到当事人结构变化。对当事人诉讼结构形式以实证方法分析，可以得到结论，承认三面对立的当事人结构并不是对二面对立的当事人结构的否定，合理的当事人制度并不排斥当事人诉讼结构的流动性和多样性。

（三）司法解决纠纷的功能扩大与正当程序保障

从单独诉讼到多数人诉讼，从二面结构到三面结构，表现现代诉讼中尽量利用一个诉讼程序解决相关的尽可能多的纠纷的发展趋势。但是在尚未实现司法现代化的今日之中国，如果片面地强调扩大法院解决纠纷功能，就必然会进一步突出法院审判权在解决纠纷中的强制力量，当事人的诉讼主体地位及正当程序都会进一步软化。在审判权无限制膨胀的背景下，有必要以诉权约束和监督审判权行使的方式，突出诉的功能，不宜过分强调新诉讼标的理论的适用。但另一方面，却有必要承认司法的能动作用。如实践中出现的大量的纠纷，有些尚未进入实体法领域，有些纠纷实体法对其规范得十分概括和模糊，作为实现正义与衡平的工具，法官有必要对法予以扩张解释，甚至在法未作出任何规定的情况下，通过诉讼程序生成新的权利和义务关系，诉讼程序因之具有独立的价值，法院成为诉讼价值的传达者和现实的立法者。

（四）当事人适格要件的缓和与既判力的扩张

当事人适格要件的缓和是诉讼的发展趋势。如诉讼法拟制出的“集团”的诉讼主体资格，以及当事人适格在必要共同诉讼中，仅其中的部分当事人担当诉讼，都不失为当事人适格，等等，都表现了对当事人适格的要求已经放松，但这是以既判力的扩张为前提的。没有既判力的扩张，就无法让判决的效力及于适格者所担当的那些未参加诉讼的人，缓和当事人适格要件就没有实践上的意义。但是在当前情况下，法官素质良莠不齐，错案较多，过分强调判决的效力，不利于诉讼法保障实现实体权利的基本功能，所以，一方面要解决当事人主体众多与诉讼空间狭小的矛盾，倡导当事人适格要件的缓和，但另一方面却不能过分强调判决效力的扩张。面对现实和理想的冲突，中国民事诉讼理论在矛盾中痛苦地抉择。

（五）诉权与审判权

要成功地进行审判方式改革，必须以尊重当事人诉讼主体地位，尊重其诉权实现为前提，舍此都是银样镪枪头——中看不中用的摆设。要提高审判权的权威，仅仅赋予法院的强制权力以及以强制权力来实现各种审判“改革”，其结果是适得其反。当事人不是诉讼的客体，而是诉讼的主体，把私人纠纷诉诸于国家审判权决断，是当事人的权利，而不是当事人的义务。司法正义是一个民族法的意识提升的根本动力。让诉权行使在审判过程中产生诉讼法上的各种效果，最后必然可达到对审判权滥用予以限制的目的。所以，承认当事人以诉的形式实现权利，如允许同一侧共同诉讼人之间的相互诉讼，以及第三人独立参加的三面诉讼，在理论和实践上都有十分积极的意义。

二

笔者认为,对我国审判方式改革的目标选择和程序运作进行深层次的理论思考,首先要对诉讼程序中当事人的诉讼行为和诉讼结构进行深入的分析和考察。

民事诉讼结构并不能与刑事诉讼构造相类比。刑事诉讼构造弘扬控辩双方的武器平等和法官的中立,而民事诉讼构造恰恰是承认这一三角形的诉讼结构配置的,所以,民事诉讼的当事人主义与职权主义就不仅是有关诉讼结构的问题,而更重要的是对当事人的主体地位的尊重,对其在诉讼中的角色分配予以重新审视。首先,没有当事人,就不成其为诉讼,也就无法提起和推进诉讼;没有当事人的诉讼活动,只有人民法院的诉讼活动,这样的诉讼是毫无意义的,也不会产生诉讼法律关系。^{〔1〕}民事诉讼行为主要是当事人和审判者的行为,民事诉讼构造就不是三角形构造本身有问题,而是如何在这个构造中以当事人主体地位为基础行使审判权的问题,亦即当事人的主体地位及其诉讼法律行为要在程序上产生既定的法律后果,并对法院审判权或裁量权产生制约和影响的问题。故此,笔者认为审判方式的改革的出路在于当事人的诉权要得到审判权的尊重,并在此基础上对审判权予以监督和制约。简言之,要实现当事人在诉讼的主体地位。西方国家当事人的主体地位不仅有诉讼保障,而且有宪法保障。在美国宪法中是法律表现为的正当程序(《美国宪法修正案》第14条);在德国是当事人的“听审请求权”(《德国基本法》第103条);

〔1〕 杨荣新主编:《民事诉讼法学》,中国政法大学出版社1997年版,第6页。

日本学者也从宪法中去找诉讼主体司法救济的宪法保障。无论哪种诉讼模式，都要把当事人作为诉讼开始、进行和终结的重要程序因素；而当事人是什么，当事人的权利和义务在诉讼程序中如何恰当配置并获得程序保障，我国民事诉讼理论尚未解决这些问题，当事人主义也无从进行深入的论证。特别是在民事诉讼中存在越来越多的多数人诉讼，不同形式的多数当事人间内部关系是否为利益完全一致的关系？在不完全一致的情况下，多数当事人与对方当事人、对方当事人之间的关系如何处理？多数当事人与法院的关系同单独诉讼当事人与法院的关系相比有何不同？立法、司法处理这些问题的不同方法影响当事人的诉讼主体地位的实现。立法、司法上的不同做法都体现出职权主义与当事人主义的不同倾向。向来，学者们都以单一型诉讼为基础，通过对当事人的权利和义务列举和描述来说明当事人的诉讼主体意义。而国外的学者以当事人主义为基础，依照现在一些学者的解释，德国、日本民事诉讼与英美民事诉讼都属于当事人主义，都认同当事人之间的相互关系，^{〔2〕}在多数当事人诉讼中，多数当事人的内部关系的利益排斥性和共同性同时存在。因此，这些学者也难以体察中国职权主义诉讼模式下立法对当事人间内部关系的忽视，对诉讼模式的职权化产生了何等影响。而这一点，只有我们自己对职权主义诉讼模式的民事诉讼的理论与实务进行深入剖析才能得出结论，简单的否定或肯定都不是科学的态度。当前的民事审判方式改革，不是认同当事人主义诉讼模式、职权主义诉讼模式，还是主张兼采以当事人主义与职权主义相结合的诉讼模式的问题，而是应当探讨如何根据中国情况，借鉴外国民事诉讼立

〔2〕 张卫平：“绝对职权主义的理性认知”，载《现代法学》1996年第4期；白绿铉：“论现代民事诉讼的基本法理”，载《中外法学》1999年第1期。

法经验的问题，解决好外国民事诉讼法的借鉴和中国本土化问题，只有通过对民事诉讼严密的技术构成予以分析和论证，才能吸收当事人主义的优点，改造我国的职权主义诉讼结构。只有从民事诉讼立法的可操作性入手，使程序每个环节在民事诉讼程序系统中优化组合协调配制，才能使程序本身成为公正的化身与正当的裁判相适应的手段。

三

我国的民事诉讼研究往往侧重于制度性、原则性研究，注重抽象的法律条文体现出的制度均衡与法的稳定性及程序的正义功能等形而上的问题。但是程序法问题，主要的侧重点应当是如何实现实体法以及正义观念的技术设计问题，需要深入分析诉讼过程中的制度运行及其结果，运用以行为主体为中心、从个案归纳到一般类抽象，从微观总结到宏观理论，从动态寻求均衡关系的研究方法，并从诉讼程序的过程来进行研究。^{〔3〕}“民事诉讼当事人”并不只是概念性的归纳与界定，而应是民事诉讼的主体，与诉讼程序的运行相始终。^{〔4〕}所以，诉权、诉的标的、举证责任、既判力等民事诉讼的基本理论不是相互分离的，而是互为联系，构成了民事诉讼理论的有机整体。虽然这些理论分别侧重于过程的某个方面，但都是围绕行为主体，特别是当事人来展开其所有

〔3〕 季卫东：“当事人在法院内外的地位和作用”（代译序），载〔日〕载棚濑孝雄著，王亚新译：《纠纷的解决与审判制度》，中国政法大学出版社1994年版，第4页。

〔4〕 陈桂明：《诉讼公正与程序保障》，中国法制出版社1996年版，第5页。

内涵的。例如，将当事人与诉讼标的理论关联性用于当事人更换、第三人、共同诉讼的制度，并对诉权与正当当事人、正当当事人的更换的关系进行探讨，将民事诉讼的当事人、诉讼标的、既判力等理论放在一起讨论后，笔者感受到了民事诉讼技术构成的精微。例如，第三人在我国民事诉讼法中分为有独立请求权的第三人与无独立请求权的第三人两种类型，但是依诉讼整体分析方法来看，这种分类是值得检讨的，理由是：（1）把判决承担民事责任作为无独立请求权第三人获得诉讼主体的地位的要件，是把既判力的拘束力作为诉讼要件，是因果倒置；（2）不依第三人依是否有独立之诉确定有无请求权，而依是否有独立请求权来决定是否可独立提起上诉，难以让当事人的诉权得到保障。当事人作为判决中的权利和义务的承担者，应在诉讼开始就明确的。总之，这是我国民事诉讼职权主义对诉权的不当干预的结果，解决这个问题的方法是，让诉的利益主体成为诉讼当事人，即让有可能被判决承认责任的无独立请求权第三人提起独立诉讼；或者让与本案无直接诉的利益的人成为辅助参加人，法院不得判决其承担民事责任。

四

两百多年前的德国诗人诺瓦里斯说过，“一切知识都可源于比较”；德国法学家耶林（R. Von hering）认为，“外国法律制度的接受问题并不是一个‘国格’问题，而是一个单纯的适合使用和需要的问题……”我国近代法学家沈家本则倡导参考古今，博稽中外，择善而从，所以才对中国近代的立法有卓著的贡献。在民事诉讼比较法领域，学者们逐渐认同市场经济体制下的民事诉

讼法具有共性,这种共性表现为市场经济主体的平等观念,意见自治观念在民事诉讼程序过程中的弘扬,民事诉讼程序对民事实体权利的发现与生成,无不仰赖于体现公正、效率价值的民事诉讼程序对当事人的主体地位予以保障。所以,各国民事诉讼具有可比较借鉴的共性。大陆法系和英美法系两大法系民事诉讼法互相借鉴的趋势就是一个明证。运用比较法学方法,分析研究各国民事诉讼法及司法实践的经验,在个性差异的基础上,找出其共性,根据我国的实际情况予以吸收和借鉴是十分必要的。但是不应只限于宏观比较,还应作微观比较。所谓宏观比较,指其研究对象不是具体的各个问题及其解决方法,而是处理法律素材的一般方法,或法律家从事法律工作时所使用的方法。微观比较,是指比较那些在不同的法律程序中用以解决一定的具体问题或一定的利益冲突的规则,但二者的界限并非是泾渭分明的。^{〔5〕}我国民事诉讼宏观比较主要侧重于不同国家民事诉讼法关于认定事实和适用法律这项任务,在法官与当事人及其律师之间是如何分配形成的诉讼模式及其诉讼价值分析等方面,而微观比较则很少运用。但是通过微观比较,可以从具体的诉讼运作中,发现各国诉讼制度中审判权和诉权是如何此消彼长的,职权主义是如何得到运用和抑制的。通过对当事人制度的比较,发现了我国浓厚色彩职权主义,以及随之伴生的弊端,也发现了职权主义中的某些合理因素。微观比较的一个重要途径是运用个案分析方法。尽管我国各级人民法院每年审理了大量的民事、经济案件,其判决书之多可谓卷帙浩繁,但是,分析我国民事经济案件的判决书,几乎难以发现民事诉讼法是如何得到严格遵守的,审判者更多的是把

〔5〕〔德〕茨威格特等著,潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译:《比较法总论》,贵州人民出版社1992年版,第7~9页。

注意力放在事实查明和实体法适用的问题上。除法庭审判中调查辩论外，大量的程序问题几乎在当事人难以把握的司法裁量权限范围内被操作。当事人的主体性难以保障的原因多源于此。在这种背景下，对判例中有关民事诉讼问题的类型化研究更显得必要。

五

在对当事人制度进行系统、深入的研究过程中，笔者提出了这样一些观点，如当事人即程序当事人，当事人的权利能力不取决于其民事责任能力，但受民事责任能力影响，共同诉讼当事人的诉讼利益并非一致，主参加诉讼结构二面诉讼或三面诉讼的特质，以诉为前提、无独立请求权第三人应分为第三人之诉与不得判决其承担民事责任的无独立请求第三人两类，扩大代表人诉讼的功能的方式与途径等；澄清了已有学说中的某些分歧，如非正当当事人的更换理论、当事人能力与民事权利能力分离理论，当事人适格理论，诉的利益理论，判决效力主观范围的理论，诉讼担当与诉讼信托、诉讼继受、代位诉讼的不同意义，我国民事诉讼共同诉讼人的诉讼行为的效力理论，第三人制度的功能，无独立请求权第三人理论等，从比较法以及法院解决纠纷功能扩大的趋势对集团诉讼作了更为全面的评价，等等。通过对当事人之间内部结构的研究，笔者对如何实现当事人主体地位的理念，以及实现这种理念时如何对原有当事人理论进行检讨、修改，提出了自己的观点。而笔者提出或再论证这些观点的目的是回应当前的理论与实际问题，寻求当事人的诉讼主体地位的实现途径。在民事诉讼中，从诉讼程序的启动要件到判决效力所拘束的主观范

围，从诉权的享有到诉讼标的概念的扩张，无不表现出加强正当的诉讼程序与扩大解决纠纷功能的矛盾冲突，这也无不是以当事人的主体地位为中心来展示解决矛盾冲突的意义。通过寻求处置这些矛盾的适当方法，才能适应市场经济对当事人的诉讼主体性要求。由于个人水平的局限，这些观点和论证可能还存在不足，恳望民事诉讼法学界专家、学者不吝赐教。

第一章 民事诉讼结构中的当事人

诉讼结构是审判程序得以发挥人们预设功能的基础，反映了程序参与者之间的内在关系。这种内在关系表现为：首先，法院以外的诉讼主体——原告和被告将争议提交法院，是法院介入私人法律关系的前提。“没有当事人，就没有法官”的法谚为民事诉讼结构的这一特点作了绝妙的注解。这一结构关系是由民事诉讼的内在结构特征所决定的。其次，诉讼结构是由法律规范的疏密与自由裁量权的宽严、法官或当事人（律师）在诉讼中能动性的消长、事实发现的程度与自由心证等诸方面关系构成的。再次，民事诉讼结构是当事人、法院的诉讼地位与相互关系的内在反映。把民事诉讼结构简单地归结为当事人主义或职权主义两种形式，就会忽视当事人的主体性。

诉讼结构具有很强的稳固性，并不是仅仅通过法律来确定的，地方的、历史的传统、法律文化甚至社会风俗一起促进了一地或一国诉讼结构的形成。这也使诉讼形式在现实变革面前具有保守性和滞后性，正因为诉讼结构的稳固性，诉讼形式比一般实体规范更具有历史承传性。英国的诉讼制度一直以传统的陪审制形式保持它的生命力；德国民事诉讼中的职权主义色彩可以说和纠问制诉讼一脉相承；而我国封建时代的诉讼，对客观真实的追求，以及冤狱复审的程序安排仍然影响着今天的民事诉讼再审制度。尽管如此，各种形式的诉讼结构并不是没有任何共性可言。

任何一种程序结构只有融入人类孜孜以求的正义价值观，才会使得这种稳固的结构得以延续。如自然正义观有两个重要原则：（1）任何人都不能审理与自己有利害关系的案件；（2）任何一方的证词都要被听取。根据前一项原则，一项法律制度必须为保护权利和补偿损失提供公正的法庭，而且任何人都不得在自己的案件中充当法官，如果法官与判决结果有法律上或金钱上的利害关系，或法官有偏袒一方当事人的可能，那么，法官应当回避；根据后一项原则，在当事人双方进行争讼时，法官应给予双方平等的陈述己见的机会，并同等地看待他们的意见。这种自然正义理念其实对诉讼中参与者的角色分配提出了最基本的伦理道德准则，深深地根植于民事诉讼结构之中，从而使民事诉讼在原告、被告、法院这三个角色间形成了一个稳固的道德支撑结构，使诉诸于法庭的纠纷当事人对法律秩序有安全感和信赖感，同时，也使诉讼结构的正义客观性有了根据。

诉讼结构的稳固性，并不能阻挡其变化的发生，因为在人类文明的发展要求有与之相适应的法律制度和程序结构，它也处在不断演化的过程中。在社会变革时期，革命者要求法律承担起变革社会、改造社会的重任，法律的实现形式必然要随着主观需要的变化而调整，从而影响了诉讼结构的宏观和微观支撑要素的变化。首先是立法者彻底改变旧的审判法，引起诉讼法律规范的变化及其他所确立的诉讼目的的调整。其次是司法者观念的变化。司法者（即法院或法官）不仅是民事诉讼结构中的一个角色担当者，同时在具体的案件中，他还负有实现诉讼目的并对各个参与者的角色分配进行调整或控制的职责。司法者观念的变化对民事诉讼结构必然产生影响。最后是诉讼结构微观支撑的变化表现为角色分配与角色定位的变化。这种变化是最根本的，也是最细微、最缓慢的。在现代社会，一切诉讼形式的变化最终都要落实