

民事诉讼法学精要

张发祥 著

西南师范大学出版社

民事诉讼法学精要

张发祥 著

西南师范大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼法学精要/张发祥著. —重庆:西南师范大学出版社,2001.3

ISBN 7-5621-2480-9

I. 民... II. 张... III. 民事诉讼法-法的理论-研究-中国 IV. D925.14

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 12023 号

责任编辑:王 静

封面设计:王正端

民事诉讼法学精要

张发祥 著

西南师范大学出版社出版、发行

(重庆 北碚)

四川外语学院印刷厂印刷

开本:850×1168 1/32 印张:10.125 字数:235 千

2001 年 3 月第 1 版 2001 年 3 月第 1 次印刷

ISBN 7-5621-2480-9/D·116

定价:18.00 元

前言

1

随着我国改革开放的不断深入，我国的经济正以前所未有的速度融入到全球经济一体化的洪流中，与此同时，我国的政治、文化等社会生活的各个方面也发生了相当大的变化。法律的一个重要的职责是规范社会成员的行为。完备的法律，有利于化解社会矛盾、降低社会成员之间因利益冲突而带来的社会震荡，同时，法律也是作为第三世界国家的中国在经济全球化进程中的滤波器，它不但可以使我们在经济全球化发展中获得更大的利益，而且可以在很大程度上降低其对我国的政治、经济等社会生活的冲击程度。

民事诉讼法作为国家重要的基本法之一，为适应客观现实的需要和迎接所面临的严峻挑战，同时也为了民事诉讼法自身的完善，有关民事诉讼的改革正不断深入。审判方式及其他方面的改革，给我国的民事审判和相关的民事诉讼活动带来了一些新气象。但与此同时，我们也应当意识到，民事诉讼法律制度的发展和完善，决不应仅仅停留在其形式上与某些发达国家相似，而应当是从民事诉讼法律理念、民事诉讼法律体系上深入、全面地进行改革，有时甚至表现为一个重新学习的全新过程。民事诉讼法学界应当深入探求正确的诉讼理念，弄清诉讼价值的内容，建立有效的评判诉讼的体系，这对完善我国民事诉讼法律制度、建立法治国家具有重要的意义。孙中山先生在20世纪初就曾说过：“世界潮流浩浩荡荡，顺之者昌，逆之者亡”，迈向民主、自由、平等和法治，就是世界各国都必须“顺之”的历史潮流。法治和人治是两个相对立的概念，但实现法治又离不开人的要素，只有广大公民，特别是

执法者的法治观念达到相当的程度，国家法治的实现才有保障。这些年来，我国所制定的法律的数量和质量都有了很大提高，但对人民群众人身权利和财产权利的保护并没有得到我们所预期的同步加强，有的司法部门依然是“门难进，脸难看，事难办”，究其原因，主要就是法治中“人”这一要素所致。“《易经》咒不翻潜水艇，《论语》感化不了德国兵”，即使是十分精妙的理论，在现实社会中有时也显得十分无奈，但这并非是理论者的过错，更何况，法律理论与司法实践之间的互动关系，本身就是法律科学要探讨的一个重要课题。法治不是政治，但只有具备了现代民主的政治制度，法治的运行才有良好的环境作为保障，法治的效力才有可能达到极致。本书从深入研究民事诉讼的目的入手，对民事诉讼运行中涉及的一些重要元素进行剖析，通过这些研究，希望能够对建立民事诉讼的价值评判体系有一定帮助。限于篇幅，本书不可能对民事诉讼法律关系建立、发展和结束的全过程中涉及的所有问题，甚至是主要问题加以研究，故仅能涉及其中的一部分内容，疏漏之处，在所难免，还望读者不吝指正。

本书得以完成和出版，要感谢河南省高级人民法院的魏琪、西南政法大学诉讼法专业研究生杨军、西南政法大学经济法专业研究生曹攀、重庆天人电脑公司经理周勇等优秀青年，他们帮助我收集资料、电脑排版和校对等，在写作过程中由于操作不当或电脑故障，曾经遗失了数万字的书稿，是他们的鼓励，我才得以继续进行写作。要感谢西南政法大学科研处为该书的出版提供经济资助。还要感谢我的女儿，由于作者的特殊原因，每当打字时，都需要她在电脑上用鼠标点击到工作状态。正是有了他们的热心帮助，本书才得以完成。

张发祥

2000年10月
于西南政法大学

目 录

1

第一章 民事诉讼的目的论	(1)
一、民事诉讼定义的再思考	(3)
二、有关民事诉讼的目的的不同看法	(13)
三、掌握我国民事诉讼目的的思维平台 和思维路径	(16)
第二章 民事诉讼当事人的新定位	(25)
一、走出纠纷的阴影,来到诉讼前台的当事人	(25)
二、论民事诉讼第三人的解放	(41)
三、代表人诉讼制度新论	(57)
第三章 民事诉讼环境	(73)
第四章 中国的 ADR	(81)
一、国内经济合同及其他财产权益纠纷仲裁	(86)
二、劳动争议仲裁	(95)
三、涉外仲裁	(98)
四、人民法院的诉前调解	(103)
五、人民调解	(107)
第五章 民事诉讼的基本制度的完善与落实	(113)
一、合议制度	(115)
二、回避制度	(126)
三、公开审判制度	(136)

四、两审终审制度	(144)
第六章 民事诉讼的证据	(149)
一、证据的概述	(150)
二、证据的分类和种类	(159)
三、民事诉讼的证明责任	(183)
四、人民法院对证据的收集和保全	(193)
五、民事诉讼证据的质证和认证	(198)
第七章 民事诉讼的一审程序	(203)
一、原告的起诉和人民法院对起诉的审查处理	(203)
二、审理前的准备	(208)
三、开庭审理	(211)
第八章 民事诉讼的二审程序	(222)
一、当事人上诉的提起和人民法院的受理	(222)
二、二审人民法院对上诉案件的审理和裁判	(229)
第九章 民事诉讼的执行程序(一)	(239)
一、执行的一般规定	(239)
二、执行案件的管辖	(243)
三、执行根据	(256)
四、执行异议	(261)
五、执行担保、执行承担及协助执行	(265)
六、执行和解、执行回转	(272)
第十章 民事诉讼的执行程序(二)	(281)
一、执行开始	(281)
二、执行措施	(290)
三、执行中止、执行终结、执行结案	(307)
四、对妨害执行行为的强制措施	(312)
五、执行监督	(313)

民事诉讼的目的论

任何一个人、一个团体和社会的有意义、有价值的行为都会把一系列的目的组合作为指导自己行为的指针，在指导人的行为的目的组合中，总是有一个主要的目的，此外还有一些辅助的、次要的、阶段性的目的，人类社会越发达，其行为的目的组合也越丰富。就吃饭而言，最单纯的目的就是获得热量、维持生命，但是随着人类社会的进步，在吃饭这一行为中已经不断附加了除主要目的以外的许多附加目的，我们姑且称之为主目的以外的子目的。现在的人们已经不限于获取热量、维持生命，其他的各种目的如食疗、欣赏烹饪艺术、显示身份、社交等，都成了吃饭这一以前只是单一目的的行为的子目的。随着人类社会的进步，人的行为日趋复杂化，行为的复杂，除了实施该行为的手段、工具不断丰富之外，还在于驱使人们实施该行为的价值追求，也就是行为的目的的多样化。弄清一个社会行为的目的，对于认识该行为、掌握该行为、正确地实施和处理该行为具有重要的意义。要弄清某一社会行为的目的，我们需要注意以下几个方面的问题：首先，要把某类社会行为的一般性和特殊性区别开来。某一类社会行为是指人们实施该行为的一般表现形式，除了这种一般形

式之外,还有一些特殊行为与一般行为相伴而生,我们分析行为的目的,主要是分析那种一般行为的目的,例如穿衣服这个行为,我们主要是说一般的穿衣行为,与医生穿白大褂、士兵穿迷彩服、巫师穿八卦衣等不同。其次,要正确认识在一系列的目的中,哪些是主目的,哪些是从目的,哪些是原始目的,哪些是派生目的,并且要正确处理两类不同的目的关系。仍以穿衣服来说,无疑,保暖防寒是主要的和根本的目的,而遮羞、美化身体、显示身份和地位则是随着时代的发展而派生出来的居于从属地位的目的,掌握这一点对正确认识某一社会行为有着特别重要的认识论上的价值。有一点值得注意,特殊的行为会有特殊的目的,这个特殊目的和这里的从属目的和派生目的是不相同的,两者虽然有时会产生竞合,但来源却不一样,我们在分析主目的和从目的时是仅仅针对一般的社会行为而言的。第三,目的随着人的认识能力和客观环境及条件的变化可能会作一些相应的调整,无论是主动的还是被动的,都是一种积极的、有意义的表现。

民事诉讼是一个十分重要的概念,也是一项重要的法律活动,它内容丰富,关系复杂,民事诉讼的过程和结果往往涉及到国家、集体和公民个人的重要利益,因此,对民事诉讼进行综合研究、全面了解是现代文明国家一项必不可少的工作。要走一段错综复杂的路,要想在这段错综复杂的路途中不迷失方向、不走弯路,最有效的办法就是在开始行路时就对我们将要到达的目的地做到心中有数,一进入起点就瞄准到达终点的方向,是研究一个复杂问题的捷径。因此,在我们研究民事诉讼这一问题之初,我们首先就要明确民事诉讼的目的,而要研究民事诉讼的目的,当然需要弄清什么是民事诉讼。

一、民事诉讼定义的再思考

在我国当前的法学界普遍被接受的民事诉讼的定义可以表述如下：所谓民事诉讼是指人民法院在当事人及其他诉讼参与人的参加下审理和解决民事纠纷的活动，以及由这些活动所形成的法律关系的总称。我国西南政法大学著名诉讼法学家王锡三教授认为所谓民事诉讼：“就是人民法院根据当事人的请求，确定其权利的存否，以保护当事人的权利或利益的法定程序。”^①常怡等学者认为：“民事诉讼就是人民法院在双方当事人和其他诉讼参与人的参加下依法审理和解决民事纠纷案件和其他案件的各种诉讼活动以及由此所产生的各种诉讼法律关系的总和。”^②台湾学者普遍认为：民事诉讼乃国家司法机关基于私人之请求，以确定其私权为目的之法律上程序^③。此外，日本诉讼法学者兼子一主张：民事诉讼，就象文字所表示的那样，是关于民事的诉讼；另一日本诉讼法学者斋藤秀夫主张民事诉讼是适用法律以解决私人间的纠纷使对立的当事人参加的法律上的程序；美国诉讼法学者G. 勒斯克主张民事诉讼就是审理案件的程序；前苏联诉讼法学者多勃罗沃里斯基认为民事诉讼是法律规定的司法保护权利的形式。另一位前苏联诉讼法学者克列曼主张民事诉讼是苏维埃法院在双方当事人的参加下审理与解决民事案件的活动。以上各位学者观点不尽一致，本文不想就这些观点孰优孰劣进行过

①王锡三．民事诉讼法研究．重庆大学出版社，1996.3页

②常怡主编．民事诉讼法学．中国政法大学出版社，1996.6页

③杨予龄．四十年来民事诉讼法之制定与修订．台湾：法令月刊第41(10)：16页；王甲乙等．民事诉讼法新论．三民书局，台湾：1991.1页

多的讨论,而是立足于发展的眼光,探索如何适应新的社会发展状况,适应改革开放以来我国民事诉讼法的现状,以及探讨未来的发展对民事诉讼的概念的调整和完善。在我国和日本、前苏联等国家,对民事诉讼普遍接受的概念存在一些问题,其中最主要的是在民事诉讼这一概念中过分突出了法院的地位与作用,把诉讼参与人特别是当事人摆在一个完全从属和陪衬的位置,如在我国多数人认同的民事诉讼的概念可以简单概括为:“民事诉讼是人民法院……的活动,以及由这一活动产生的法律关系”,这一概念中当事人的诉讼地位和作用极度被弱化,这既不符合民事诉讼的性质,也不符合民事诉讼的现状和发展趋势。具体说来,我国通行的民事诉讼的概念有以下几方面的问题:

1. 这一概念没有完全和我国传统的封建的“青天”观念和“治人”意识彻底划清界限

延续两千多年的封建社会,在人们思想意识中、在社会生活的各个方面留下的印记和打上的烙印是十分牢固的,不会轻易被抹掉,何况封建社会从制度上也就是说从形式上被推翻也才八十多年(并且其中还有反复)。在封建社会,虽然有法制,却没有法治;虽有法律典章,根本上实行的还是人治。其实,那些法律典章的内容中就充满了以法制肯定人治的内容,广大人民的利益的保护既没有社会基础,也没有法律基础,利益的保护一靠私力救济,二靠宗法制度的约束,而主要的就是盼望有个能为民作主的父母官和慧眼辨忠奸的青天大老爷。而作为当事人,作为生命、健康、财产和尊严等人身权利和财产权益享有者的人民本身,除了望眼欲穿的盼望、呼天抢地的申冤之外,实在不可能采取多少有价值的具有实际意义的行为。翻开中国整个封建法律史,集行政、司法、军事等权于一身的官员何止成千上万,其中,佞臣酷吏不尽其数,而

能够称得上“青天”的大老爷却寥若晨星。清官的出现和发挥一定程度的正义作用要具备十分严格的内在和外在的条件：首先，清官者，必德才兼备，具有疾恶如仇、刚直不阿、一身正气，而儒家的传统中庸哲学和隋唐以来科举制度下走进统治集团的人，多是一些明哲保身，四平八稳，庸腐不堪的人。除了德之外，他还要具有丰富的学识，有对事物的敏锐观察能力和严密的逻辑思维能力。其次，在客观上还要具备数不胜数的条件。如在本人拥有一定的权力基础上，上级的信任和君王的相对贤明等等。要同时具备这些条件，实在是困难，这也就是为什么在中国两千多年的封建社会里，可称得上“青天”的人只有那么寥寥可数的几位。由所谓的“青天”包办的诉讼和某些管理良好的专制制度，或许有更高的效率和更令人振奋的结果，但是对这样的寄托，社会所可能付出的代价实在太高，完全由偶然性、或然性所左右，没有可以接受程度的结果的可预见性，因此，无论是在政治上还是在民事诉讼上，以制度来对人民的利益加以保护是最实际，从整体上看也是最有效的。只有建立相对合理和尽可能体现公平与正义的法律规范和体系，才能使个人和社会整体利益得到最大程度的实现。审判者也和一般人一样，绝大多数的才能和品格都会有一定的局限性，把赌注押在这些偶然出现的超人格的人身上（往往这还只是人们的期望和幻想），个人的利益和社会整体利益的保护肯定会受到极大的损害，更何况还有一些是居心叵测、才能低下，靠卖官鬻爵而进入统治集团的。在这种情况下，更不可能指望他们会切实保护人们的利益。因此，作为民事诉讼，不仅要有一套诉讼程序，而且在诉讼程序的设计中为自己合法权益进行诉讼的当事人，必须要有为自己合法权益进行充分活动的权利，他们应当有一定的选择、决断、要求和行动的空间。另外，在这一定义中还体现了中国传统的“治

人”的社会法律思维模式。“治人”和“人治”不是同一概念,“人治”是一种统治形式,而“治人”则是人治形式中的一种思想模式。即使在人治已经不是占主流的统治形式的时候,治人的观念还会在人们的思想中长期停留。人治在具体个案中可能会产生十分积极的效果,可能还会有极高的诉讼效率,如中国古代的“青天”办案。但就是在这些有积极效应的个别人的个案中所体现出来的治人的思维模式却是极其有害的,那是一种父与子的关系,是官与草民的关系,舟与水的关系,或是对立的或是相互依存的,总之是不同的两个方面。受此观念的影响,长期以来,我们的诉讼是所谓的“老子打儿子、老子管儿子”的关系。西方法律思想传入我国后,我们把这种关系与职权主义简单地等同起来,因而在立法中、司法实践中甚至在对民事诉讼定义中,都反映了长期遗留下来的“治人”的思维模式。从“治人”的理念出发,无论是主张“民贱”还是虚伪的声称“民为贵”,不外乎是统治技巧的进步和统治手段的调整而已;引入职权主义,只不过是“治人”的观念在新时期的延续寻找借口和诠释而已。

2. 这一概念不符合民事诉讼的性质

关于民事诉讼的性质,很少有人进行系统的研究,我想,这恐怕主要是由于两方面的原因所致。第一个原因是众多的学者都把注意力放在了对民事诉讼法的性质的研究。按照马列主义的阶级、国家和法律观点阐述法律的性质是比较明确、清楚的,当然也显得十分方便。国家是阶级统治的暴力机器,法律是统治阶级意志的集中体现,因此有什么性质的国家就有什么性质的法律。所以,资本主义国家的法律都是反映资产阶级意志的,其性质就是资本主义的法律,以此类推,我国的民事诉讼法的性质就是体现广大人民群众意志的社会主义的法律。在对法律不仅有阶级性也有共性加以讨论之后,

普遍认为,法律除具有明显的、强烈的阶级性外,也有共性。不同性质的国家的法律也有一些共同的一般性的规律,不同制度的国家的民事诉讼法在法的功能和社会角色上有共同的属性,这使得对民事诉讼法的性质的认识在深度、广度和科学性上都有一些进步。不同制度国家的民事诉讼法共同的性质一般被归纳为:民事诉讼法是一部基本法(区别于根本法和一般性的法规),是一部部门法(指其社会功能),是一部程序法(与实体法相区别)。由于以上既有经典为据,又方便并能被自然而然地推断,因此,对民事诉讼的性质进行研究也就很容易被忽略了。没有给民事诉讼的性质的研究多加关注的原因是,这个问题相对于研究民事诉讼法的性质来说要困难、复杂一些。按照目前民事诉讼的定义,不论其表述有多少差别,但是都包含了两个核心内容,一是诉讼活动、二是诉讼法律关系,其中,诉讼活动包括不同的主体、不同的诉讼阶段的活动,而诉讼法律关系本身就是一个较庞大的内容。基于上述两方面的原因,至今对民事诉讼的性质的研究基本上还是一个有待开垦的处女地。

在我试图给民事诉讼的性质下一个定义的时候,存在一个令人困惑的状况,那就是常常陷入民事诉讼的性质、民事诉讼的目的、民事诉讼活动、和民事诉讼法律关系相互之间不断循环的逻辑怪圈之中。此外,我也曾想能通过民事诉讼的构造来解决这个问题,但也显得十分苍白。以上问题的症结在于,民事诉讼的形成是产生民事诉讼的构造、民事诉讼法律关系等等一系列法律现象的基础,而民事诉讼的性质是民事诉讼产生和运作的本质属性,只有对这一本质属性本身加以研究,才能对民事诉讼的性质作一个准确和令人信服的界定。在这一指导思想之下,我把目光投向了20世纪六十年代以来产生并不断发展的一门新兴的学科——法律经济学。美国著

名法律经济学学者 Becker 在其著作^①中认为, 社会理论的研究必须建立在对个人意向和行为的研究、考查的基础之上, 分析研究对象的基本单元是有理性的个人并由此假定集体行为是其中个人选择的结果, 这就是研究理性选择行为模式的方法论个人主义法学, 即以人的理性化全面发展为前提的法学思潮。他认为, 个人是理性行为者或功利最大化者, 个人会对适合于他的各种优先可能选择作出判别, 即个人是其自身行为的最佳判断者。另一位美国著名法律经济学者, 美国联邦上诉法院第七巡回审判庭(芝加哥)法官、首席法官和芝加哥大学法学院、斯坦福大学法学院法律经济学高级讲座主持人理查德·A·波斯纳在他的《法律的经济分析》一书中也阐述了相同的看法。法律经济学主要是用微观经济学的理论来论述法律问题, 是法学与经济学有机结合的一门较新的交叉学科。法律经济学中虽然充满了数学图形和涵数公式, 初看起来实在晦涩难懂, 但其独特的思维方式和研究方法, 对于解决立法、司法和法学研究中的很多问题是相当有效的。

里查德·A·波斯纳指出: “经济学是一门关于我们这个世界的理性选择的科学(The Science of Rational Choice)——在这个世界, 资源相对于人类欲望是有限的。依此定义, 经济学的任务就在于探究以下假设的含义: 人在其生活目的满足方面是一个理性最大化者(Rational Maximizer)——我们将称他为‘自利的(Selfinterest)’。理性最大化不应与有目的计算(Conscious Calculation)相混淆。”他又指出: “‘人是其自利的理性最大化者’这一概念暗示人们会对激励(Incentive)作出反应, 即, 如果一个人的环境发生变化, 而他通过改变其行为就能增加他的满足, 那他就会这样做。诉讼是社会利益发生

^①[美]Becker: 《The Economic Approach To Human Behavior》University of Chicago Press. 1976. T. 5

冲突后的一种解决方式,作为诉讼形态中重要的一种,民事诉讼是当事人在保护私权的动机驱使下所进行的一种选择。因此从根本上来说,民事诉讼的性质就是当事人将其民事权益冲突系属于审判机关作为其利益最大化的一系列选择的总和。民事诉讼是当事人为保护自己合法权益的一种工具,但并不是唯一的选择。无论过去、现在还是将来,无论中国还是外国,当利益发生冲突的时候,利害关系人都可以用其他方法解决纠纷。他们之所以选择诉讼的形式,显而易见,这是基于其最大利益能在诉讼中得到最大的体现。以这种动机而作出的选择,是民事诉讼最基本、最核心的本质;以其来概括民事诉讼的性质,反映了民事诉讼产生、发展进程中诉讼主体的各种活动及各种法律关系的内在动因。

3. 这一概念过分强调人民法院的地位及其行为的作用

绝大多数学者认为,在两大法系中,英美等国家的民事诉讼是以当事人主义为其基本特色的,而大陆法系国家,特别是德国和日本等国,是主张职权主义的。我国的民事诉讼法主要是源于德、日和前苏联,前苏联的民事诉讼法也主要是以德国民事诉讼法为模式建立起来的,因此我国的民事诉讼中以职权主义为基调也就自然而然了。我国著名法学家白绿铨指出:“不管英美法系国家与大陆法系国家在法庭询问的方式上如何不同,但都是根源于市场经济的物质生活关系,都是在尊重当事人的处分权利的基础上构筑的当事人主义诉讼结构。对于民事诉讼中当事人主义与职权主义的划分问题,应当是以当事人在诉讼中的地位即当事人权利与法院权力二者究竟何者在支配和决定诉讼的实体内容上占主导地位来划分。因此,只有中世纪封建专制制度下的民事诉讼,由于当事人没有诉讼主体地位,只是被审查的诉讼的客体,那种诉讼才是典型的职权主义。而两大法系国家民事诉讼法适应市场经

济要求,都承认当事人对诉讼的实体内容的处分权,都是当事人在诉讼中占主导地位,所以都是当事人主义程序结构的民事诉讼”。^①

我国的民事诉讼程序主要是源于前苏联和德、日等国的民事诉讼法并结合我国的实际情况制定的,德国和日本等大陆法系国家的民事诉讼法与英美等国为代表的海洋法系国家的民事诉讼法,虽然在诉讼结构和诉讼的表现形式上有一定的差异,但都是资产阶级革命的成果。这些形式不同的民事诉讼法无一例外地都体现了资产阶级倡导的“天赋人权”、公民有接受正当程序公正审判的权利的原则。在民事诉讼中不管当事人所享有的权利和活动的内容和范围有何不同,当事人在诉讼中都能主观能动地决定其合法权益的保护范围、保护手段和保护深度。这种当事人在诉讼中的主动性是和职权主义背道而驰的。典型的民事诉讼中的职权主义是国家权力在民事诉讼中极度延伸的结果,它否定当事人的合法利益本质上与国家利益是一致的,有时甚至把两者对立起来,当事人仅仅是作为诉讼程序的导入者而且还是被审判的客体,除了程序的开始之外,诉讼进程中审判机关的活动不受当事人意志的限制。在现代的三大诉讼中,我国和其他大多数国家一样,只有刑事诉讼可以说是贯彻了职权主义的,这其中还不包括刑事自诉案件。无论是大陆法系还是英美法系的民事诉讼中的法官都享有很大的权力,只不过表现形式和表现阶段不尽相同罢了。英美国家的法官的权力并不因为在庭审过程中直接提出问题较少而有所削弱,他们可以确定争点、解释法律、指挥诉讼,甚至还可以判决当事人、证人等藐视法庭罪,他们也具有强有力的正常诉讼的保证权,何况上诉法院、最高法院的法官的判例就是法律渊源之一。总而言之,不管是按

^①白绿铤:《美国民事诉讼法》,经济日报出版社,1998.10页