



诉讼法学研究丛书
宋世杰 主编

民事诉讼 理论问题研究

何文燕 著

71
Y

中南工业大学出版社

诉讼法学研究丛书

民事诉讼理论问题研究

何文燕 著

中南工业大学出版社

民事诉讼理论问题研究

何文燕 著

责任编辑：彭亚非

*

中南工业大学出版社出版发行

长沙市东方印刷厂印装

湖南省新华书店经销

*

开本：787×1092 1/32 印张：8.25 字数：173千字

1996年12月第1版 1997年3月第1次印刷

*

ISBN 7-81020-942-6/D·058

定价：12.00元

本书如有印装质量问题，请直接与生产厂家联系调换
厂址：湖南长沙八一东路453号 邮编：410001

“诉讼法学研究丛书”

序 言

我们怀着火一样热忱，向法学家们及诉讼法学的学者们奉献这套《诉讼法学研究丛书》，既是为了法学的繁荣，也是为了实现我们盼望已久的想为社会主义诉讼法学大厦增砖添瓦的宿愿，从而献出的一份薄礼。

我们是从事法学研究的莘莘学者，深深体会到社会需要法学，改革开放需要法学，我们从事的崇高教育事业更需要发展法学，特别是诉讼法学。我们认为程序法是法学科学中非常重要的部分，无论从哪个方面讲，和实体法相比都不会有任何逊色。正如马克思所指出的“实体法具有本身特有的必要的诉讼形式……审判程序和法二者之间的联系如此密切，就象植物的外形和植物的联系，动物的外形和血肉的联系一样。审判程序和法律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。”^①就其实质而言，诉讼法的实践性和活力已远远超过相应的实体法，同时它与人民切身利益息息相关，更为广大群

^① 《马克思恩格斯全集》第一卷，人民出版社1956年版，第178页。

众所关注。目前司法实践中出现的许许多多的现象，无一不是与诉讼法的实施内容有密切联系。西方一些国家把正当程序强调到极端重要的程度，也不无一定道理。特别是在我国当前执法方面存在某些不良倾向的情况下，加强对诉讼法学的研究，坚持程序公正，在司法活动中注入更多的公平正义精神，更是改善执法的当务之急。

我们这套《诉讼法学研究丛书》，力求对诉讼法学领域进行纵深探索，并做出力所能及的贡献。主要是对刑事诉讼的理论、民事理论的理论、行政诉讼的理论、国际诉讼方面的理论、证据理论以及程序综合理论进行比较研究，力求做到能出产理论新、层次高、难度大、应用性强的精品著作，成为法学百花园中一束鲜艳的红花，给诉讼法学“美丽的公主”披上璀璨的光环。

我们是在游泳中学习游泳，我们还要不断提高技艺。我们又是一群法学的赤子，我们想做开拓性的工作，对诉讼理论的深层次问题进行探索。我们更愿意向法学界的同仁，特别是前辈们学习，我们也十分珍惜前人和同辈的研究成果，当然也不排斥向国外学习。只要是有益的知识，我们就应好好地消化吸收，以启迪我们自己的智慧。因而我们也就十分坦露地向读者表白，我们一方面是作者，正在作开拓性的研究，以求对诉讼法学的发展有所建树；另一方面也是学生，我们热忱希望得到所有读者的支持，以便从你们那里获得新知，力求使《诉讼法学研究丛书》跨入学科研究的前沿，为繁荣法学作出贡献。

最后，要感谢为我们铺开道路的同行人，特别要感谢陈光中、李双元、江伟、程荣斌等教授对我们的关心和支持。并

希望对我们的拙作不吝指正。

《诉讼法学研究丛书》的出版还得到了中南工业大学出版社的热情的援助，借此深表感谢，并祝愿《诉讼法学研究丛书》出版成功。

宋世杰

1996. 3. 8

前 言

民事诉讼法学是分析、研究民事诉讼的产生、发展及其运行规律的科学。它对完善民事诉讼立法、健全民事诉讼制度，发展民事诉讼理论具有方法论的意义和实践的功能，对于民事诉讼立法和司法实践活动起着指导作用。在社会主义市场经济体制下，在我国步入法制现代化的进程中，民事诉讼法学必须在充分发挥上述功能的同时，进一步向前发展。理论研究也应在完成注释法学的历史使命的基础上向理论法学过渡。唯其如此，才能适应新形势的需要，并更好地服务于社会。作为民事诉讼法学界的一员，如果能为这种过渡尽一点绵薄之力，如同为一个庞大的基础工程添进几粒砂石，也不枉在法学界工作这么多年。于是便萌发了对民事诉讼的基本理论问题进行一些粗浅探讨的念头。初步计划包括两大部分，第一部分是对民事诉讼的基础理论进行专题探讨，第二部分是对民事诉讼实务问题进行分析研究。基础理论部分为两卷，即：《民事诉讼理论问题研究》、《民事程序理论研究》。现在完成的专著《民事诉讼理论问题研究》为第一卷，也是计划的第一步。这一部分课题研究获得了湖南省教委立项资助和省诉讼法学重点学科的资金，笔者不胜感激。

《民事诉讼理论问题研究》分为10章，主要探讨了民事诉讼的本质、功能与目的，民事诉讼法的地位、审判权与诉权、诉与诉的标的理论、民事诉讼当事人基本理论、民事诉

讼模式以及民事司法侵权赔偿制度等有关问题。至于证据理论、审判程序理论和既判力理论等问题将在《民事程序理论研究》中论述。

本专著的主要特色，一是体系有所变化。即突破以往民事诉讼法学理论体系，力争构建一种新的理论框架。尽管本书只是民事诉讼法学基础理论的一部分内容，但毕竟反映了体系上的某些变革。自认为按这种思路去构建新的理论体系有一定的可行性。二是研究方法有所更新，基本上摆脱了纯注释法学的藩篱，从民事诉讼的法理入手，侧重分析民事诉讼的基本理念。并且根据辩证唯物主义与历史唯物主义原理，立足于中国的实际，客观地分析和评价我国现行民事诉讼法律制度及相关问题。同时又放眼全局和未来，探索我国民事诉讼的发展方向。

本书主要内容包括以下几个方面：

1. 分析论证了民事诉讼所具有的调控功能、恢复功能、保障功能和教育功能。并在此基础上对民事诉讼的目的及其相关问题进行了初步探讨。民事诉讼目的是国家关于民事诉讼效果的整体追求，是国家根据社会需要和价值取向，对各项价值目标选择的结果。民事诉讼目的具有多重性、层次性。包括保障实现民事诉权和审判权，查明案件事实、解决民事纠纷、保护当事人合法权益、维护和实现社会秩序和经济秩序。以前我国民事诉讼法学对诉讼目的与功能的研究较少，本书希望能起到一定的补缺作用。尤其是把实现诉权和审判权作为民事诉讼的目的之一，对实现诉讼民主化、现代化和改造诉讼结构有一定的现实意义。同时指出民事诉讼的价值取向是对实现民事诉讼目的的方式、手段及过程的要求，并明

确了公正性和经济性是民事诉讼的两个基本价值取向，廓清了诉讼目的与价值取向及诉讼模式的关系。

2. 强调了民事诉讼法的独立价值和基本法的地位，并对诉讼法上的民、经分立观提出了否定理由。指出实体法的发展不是诉讼程序分立的决定因素，引起诉讼分立的内在原因在于社会冲突的不同性质和特征；程序法应与实体法相适应，但并非每一部实体法都必须有一部诉讼法；改革开放带来的民事纠纷的变化对民事诉讼法提出了更高的要求，是促进民事诉讼法律制度发展和完善的动力，而不是分离民事诉讼程序内容、缩小民事诉讼涵盖力的根据。

3. 对民事诉讼法学理上的基本原则和立法上的基本原则的地位和作用进行了分析，特别是对诉讼调解和支持起诉作为基本原则提出的否定性意见有独到之处。例如：对诉讼调解的分析，既肯定了诉讼调解的必要性和可行性，又指出调解对法院来说只是一种工作方法，在双方当事人申请的情况下才能进行；对当事人来说是一种处分行为，也是一种诉讼权利，已为处分原则所包容，无须另作一项基本原则。而且本书指出不适当地提高调解的法律地位，容易产生一种误导，是重调解、轻判决现象的根源之一。只有给调解正确定位，才能理顺调解和判决的关系，也才能真正尊重当事人的意愿，发挥调解应有的功能。

4. 在全面论述民事审判权的基础上，对行使民事审判权的规范性要求和法官“角色”及其行为作了较深入的分析，探讨了法官由“主宰型”转换为“主导型”的根据。同时对诉权和诉讼行为作了较全面的分析。

5. 在诉与诉权的标的理论研究中，主张把诉的标的与诉

的其他要素综合考察。识别诉的标的的标准是民事法律关系争议和一方当事人的具体请求；识别诉的标准是诉的标的和诉的理由。指出诉的标的是诉讼法上的概念，但与实体法有密切联系，其中的连结因素应该包括一方当事人的具体诉讼请求。另外，结合一些新型纠纷对合并审理和反诉理论的发展提出了新的看法。

6. 在当事人一章，对第三人和代表人诉讼制度等问题进行了重点研究，对其中一些理论问题进行重新分析和审视，提出了如何完善的意见。

7. 在民事诉讼模式一章，用比较的方法，简要分析了当事人主义和职权主义诉讼模式各自的优点和缺陷，探讨了两者的区别和共同点，得出的结论是：其一，两种诉讼模式都是商品经济发展和民主政治建设的产物，都是完整的诉讼结构，我们不能盲目地评价谁优谁劣；其二，民事诉讼模式特定化是社会政治、经济、意识形态、法律文化传统和民众心理素质综合作用的结果。因此，相同社会制度的国家会有不同的诉讼模式，不同社会制度的国家如果具备某些共同因素也可构筑相近或同类的诉讼模式；其三，从本质上说，经济基础是作为上层建筑的法律制度的决定性因素，社会制度和经济制度不同的国家，其法律制度的性质也不同。这种本质对确立民事诉讼的目的有决定性作用，但对于作为实现民事诉讼目的的手段——诉讼模式来说，其影响作用则具有间接性。因此，不同社会制度的国家对于诉讼模式也是可以互相借鉴、相互吸收的。同时本章还立足于我国社会现实和国情客观地分析和评价了现行民事诉讼法所展示的具有中国特色的民事诉讼模式，肯定了它的优势，也分析了它的不足之处，

认为改革的方向应该是：以我国现行模式为基础，进一步吸收和引进当事人主义诉讼模式的某些经验和技术规则，建立一种高度兼容的现代职权主义的民事诉讼模式。在给我国民事诉讼模式定位的基础上，对民事审判方式改革中的某些举措提出了修正方案和建议。

8. 民事司法赔偿原本非民事诉讼法学所研究的理论问题，但由于引起该赔偿的侵权行为发生在民事诉讼过程中，与正确行使民事审判权、保护公民、法人和其他组织合法权益密切相关，且是一种与民事诉讼中程序救济相对应和相衔接的实体救济，因此，司法赔偿问题有必要纳入民事诉讼法学的研究范围。本章就民事司法赔偿的历史渊源、理论依据、归责原则、构成要件、赔偿范围、赔偿程序作了较系统的探讨。尤其是对民事司法侵权赔偿的范围进行了大胆的探索，突破了现行国家赔偿法的框架，提出了一些新的见解。

由于本人学识水平有限，加之时间仓促，资料不足，因此，有些专题的论述比较粗浅，某些观点还不够成熟，谬误之处在所难免。恳请同行及读者赐教指正。如果能引起批评或争鸣，便是笔者最大的收获。

作者

一九九六年十月

目 录

第一章 民事诉讼的本质与功能	(1)
一、民事诉讼的涵义	(1)
二、民事诉讼的基本特征	(6)
三、民事诉讼法律关系	(8)
四、民事诉讼的功能	(17)
第二章 民事诉讼目的	(20)
一、民事诉讼目的之界定	(21)
二、民事诉讼目的确立的根据	(24)
三、民事诉讼目的与民事诉讼基本任务、诉讼功能 及诉讼模式的关系	(29)
四、民事诉讼的基本价值取向	(33)
第三章 民事诉讼法的地位	(43)
一、民事诉讼法与民事程序法的关系	(43)
二、民事诉讼法与民事实体法的关系	(50)
三、关于诉讼法上的民、经分立观	(53)
第四章 民事诉讼基本原则若干问题研究	(63)
一、基本原则在民事诉讼法律体系中的地位	(63)
二、民事诉讼学理上的基本原则	(67)
三、民事诉讼立法上的基本原则	(70)
四、民事诉讼两项基本原则之否定	(77)
第五章 民事审判权	(84)
一、民事审判权概述	(84)

二、正确行使民事审判权的有关问题·····	(90)
三、民事审判行为·····	(96)
第六章 民事诉权 ·····	(109)
一、诉权的含义及其取得条件·····	(109)
二、民事诉权的特征·····	(115)
三、诉权的功能及诉权的保护·····	(119)
四、诉权与诉讼权利及诉讼行为·····	(122)
第七章 诉与诉的标的理论 ·····	(128)
一、对诉的基本认识·····	(128)
二、关于诉的标的理论研究·····	(139)
三、关于反诉的若干问题研究·····	(149)
第八章 当事人基本理论 ·····	(154)
一、民事诉讼当事人的基本理论·····	(154)
二、单一诉讼与共同诉讼·····	(168)
三、民事诉讼中的第三人·····	(172)
四、关于群体诉讼的几个问题·····	(183)
第九章 民事诉讼模式 ·····	(191)
一、民事诉讼模式的涵义·····	(192)
二、对当事人主义与职权主义民事诉讼模式的 简要比较分析·····	(195)
三、我国民事诉讼模式的定位与选择·····	(203)
四、民事审判方式改革的若干问题·····	(213)
第十章 民事司法赔偿制度 ·····	(223)
一、民事司法赔偿制度的历史发展·····	(224)
二、确立民事司法赔偿制度的依据·····	(226)
三、民事司法赔偿的归责原则·····	(229)

四、民事司法侵权赔偿的构成要件	(231)
五、民事司法赔偿的范围	(233)
六、民事司法赔偿程序	(240)

第一章 民事诉讼的本质及功能

民事诉讼作为一种特定的社会现象，或者说是人们有意识的实践活动及其过程，必然有其客观的运动规律。民事诉讼的规律性由其本质所决定，往往又透过民事诉讼的基本特征及其功能体现和反映出来。因而，分析研究民事诉讼本质是认识民事诉讼规律的基础。诚如毛泽东所说：“我们看事情必须要看它的本质，而把它的现象只看作入门的向导，一进了门就要抓住它的实质，这才是可靠的科学的分析方法”^①。

一、民事诉讼的涵义

（一）社会冲突与诉讼形式

人类社会处处、事事都可能发生各种冲突。包括社会成员相互之间的冲突，社会成员与特定的国家机关之间的冲突，以及国家与特定社会成员之间的冲突，等等。无论是哪一方面发生的冲突，不仅表明个体利益受到侵害，其权利需要救济，而且表明国家统治秩序不同程度地受到影响，甚至对社会整体利益造成损害，社会秩序也需要恢复。只要有社会冲突存在，就需要不断地排除和消除冲突，并需要有防止和解决冲突的方式或手段、相关的程序规则及相应的机构和场所。人类早期社会对冲突的解决依靠自力救助，即发生纠纷时，当

^① 《毛泽东选集》，第1卷，人民出版社1991年版，第96页。

事人凭借个人的力量，采取“以牙还牙”、“同态复仇”的报复性手段进行救济。随着社会的不断发展，私有制、阶级和国家的出现，社会冲突日益增加，威胁着社会存续所必需的生活秩序，“自力救助”已不能适应维持社会生活秩序的要求。于是，逐步形成了防止和化解社会冲突的多种形式。如审判外的和解、调解、仲裁、以及由国家审判机关的审判，即“诉讼”。其中冲突主体间的和解实质上具有自决性。调解、仲裁和诉讼虽然都是由第三者参与解决冲突，但各自都具有不同的性质，适用不同的原则和程序。调解和仲裁的适用需要冲突主体各方自愿，其适用范围也有一定的局限性。而诉讼则是由国家司法机关运用国家的审判权解决冲突，不必以双方完全自愿为前提，适用范围也很广泛。由于审判权是国家权力的组成部分，因此，诉讼的本质在于通过国家的强制力解决社会冲突。公力救济代替私力自救是人类从野蛮社会步入文明社会的一个标志。

现代社会的诉讼制度一般是三种类型，即民事诉讼、刑事诉讼和行政诉讼。之所以如此分类，从表象上看，取决于实体法部门的发展。也就是说，因不同的社会关系需要不同的法律调整，而民法、刑法、行政法各自成为独立的法律部门，由此也必然引起程序制度的分设。而内在的原因则取决于冲突的不同性质和特征。即不同性质的社会冲突需要通过与其相适应的诉讼程序制度加以排解。以法律关系性质为标准，社会冲突总体上分属民事法律领域，刑事法律领域，行政法律领域的冲突。三类领域中的冲突存在着共同点：（1）社会关系或法律关系处于非正常状态；（2）冲突的发生存在着共同或类似的原因，比如，主体行为违法或行为不正当，或

者因主体认识不一致,利益对立等原因引发利害冲突;(3)任何冲突的发生都具有不同程度的社会危害性,即不仅侵害或影响主体权益,而且波及社会,对国家造成直接或间接的损害。这些共同性决定了三种不同类型的诉讼形式有着某些共同的基本原则和制度。但是,只要稍作比较分析,就会发现不同的冲突存在质的差异性。这主要表现在以下几方面:

1. 争议的客体不同。民事冲突争议的客体是民事权利义务关系,刑事冲突争议的客体是刑法关系,亦即罪与非罪和适用刑罚的关系,行政争议客体是行政法律关系。

2. 涉及的冲突主体范围及其地位不同。民事冲突主体包括公民、法人、其他组织,这些主体一般有平等的社会地位和法律地位,反映平等主体之间的利益关系;刑事冲突发生在代表社会整体利益的国家与特定的社会成员即被告人之间,表现为国家与犯罪者个人之间的对立;行政冲突发生于特定的社会成员与作出具体行政行为的国家行政机关之间,反映行政管理机关与相对人之间的利害关系。

3. 冲突范围不同。民事争议发生在生活、消费、生产、流通等领域;刑事冲突发生在国家政治统治或者公民生命财产安全方面;行政争议发生在国家行政管理活动之中。

4. 激烈程度与危害性有所不同。民事冲突内容是财产关系和人身关系争议,主要涉及冲突主体自身的权益,因而当事人享有处分权。当然,民事冲突也不可避免地波及到社会,直接或间接地影响国家和社会公共利益。刑事冲突涉及国家和人民的根本利益,危害性更为严重,运用民事、行政的法律手段仍然不足以制止和解决,而只有依靠刑罚手段,行政冲突涉及行政管理秩序和相对人的合法权益。这些质的差异