



普通高等教育“十一五”国家级规划教材
面向21世纪课程教材

全国高等学校法学专业16门核心课程教材

民事诉讼法

Civil Procedure Law

(第四版)

江伟 主编



高等教育出版社
HIGHER EDUCATION PRESS



普通高等教育“十一五”国家级规划教材
面向 21 世纪 课 程 教 材

全国高等学校法学专业 16 门核心课程教材

- | | |
|--------------------------|------------|
| 法理学 (第四版) (赠教学课件) | 张文显 主编 |
| 中国法制史 (第二版) (赠教学课件) | 张晋藩 主编 |
| 宪法 (第三版) (赠教学课件) | 周叶中 主编 |
| 行政法与行政诉讼法学 (第二版) (赠教学课件) | 张树义 著 |
| 刑法 (第三版) (赠教学课件) | 马克昌 主编 |
| 刑事诉讼法 (第四版) (赠教学课件) | 龙宗智 杨建广 主编 |
| 民法 (第三版) (赠教学课件) | 郭明瑞 房绍坤 主编 |
| 民事诉讼法 (第四版) (赠教学课件) | 江 伟 主编 |
| 经济法学 (第二版) (赠教学课件) | 漆多俊 主编 |
| 商法 (第四版) (赠教学课件) | 范 健 主编 |
| 知识产权法 (第四版) (赠教学课件) | 刘春田 主编 |
| 国际法 (第二版) (赠教学课件) | 邵沙平 主编 |
| 国际私法 (第三版) (赠教学课件) | 韩德培 主编 |
| 国际经济法 (第三版) (赠教学课件) | 王传丽 主编 |
| 环境资源法教程 (第二版) (赠教学课件) | 蔡守秋 主编 |
| 劳动法学 (第二版) (赠教学课件) | 王全兴 主编 |

赠教学课件

ISBN 978-7-04-038189-4



9 787040 381894 >

定价 49.50元

策划编辑 王亚敏

封面设计 杨立新



普通高等教育“十一五”
面向 21 世纪

全国高等学校法学专业16门核心课程教材

民事诉讼法

Minshi Susongfa

(第四版)

江 伟 主编



高等教育出版社·北京
HIGHER EDUCATION PRESS · BEIJING

内容提要

本书不仅及时反映了民事诉讼法学最新和重大的学术动向,而且还对《民事诉讼法》和相关司法解释的最新变动以及民事诉讼审判实务中提出的新问题及时进行了理论分析和概括。

本书是对2007年7月第三版所作的修改和补充,在保持原有体系的前提下,对某些章节的内容作了调整,使其表述和论证更加简洁、清晰、准确,使本书更符合教学的规律,能够充分满足教学的需要。

图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼法/江伟主编.—4版.—北京:高等教育出版社,2013.9

ISBN 978-7-04-038189-4

I. ①民… II. ①江… III. ①民事诉讼法—中国—高等学校—教材 IV. ①D925.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第174587号

策划编辑 王亚敏 责任编辑 王亚敏 封面设计 杨立新 版式设计 马敬茹
责任校对 刘春萍 责任印制 毛斯璐

出版发行	高等教育出版社	网 址	http://www.hep.edu.cn
社 址	北京市西城区德外大街4号		http://www.hep.com.cn
邮政编码	100120	网上订购	http://www.landaco.com
印 刷	北京中科印刷有限公司		http://www.landaco.com.cn
开 本	787mm×960mm 1/16	版 次	2000年7月第1版
印 张	37.5		2013年9月第4版
字 数	680千字	印 次	2013年9月第1次印刷
购书热线	010-58581118	定 价	49.50元
咨询电话	400-810-0598		

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请到所购图书销售部门联系调换

版权所有 侵权必究

物料号 38189-00

作者简介

- 江 伟 中国人民大学法学院教授
陈桂明 《中国法学》杂志社总编辑
李 浩 南京师范大学法学院教授
刘荣军 北京师范大学法学院教授
章武生 复旦大学法学院教授
赵 钢 武汉大学法学院教授
张卫平 清华大学法学院教授
齐树洁 厦门大学法学院教授
肖建国 中国人民大学法学院教授
纪格非 中国政法大学民商经济法学院副教授

第四版修订说明

2012年8月31日第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议通过了《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》。本次《民事诉讼法》修改涉及的内容比较广泛,不仅涉及原有诸多制度的调整,也增设了不少新的诉讼制度。基于此,民事诉讼法的教材也要进行相应的修改,以满足民事诉讼法学知识增长的需要。本教材的各位作者在较短的时间内,就自己所撰写的部分根据《民事诉讼法》的本次修改作了相应的修订,有的作者还根据本科教学的要求和理论的发展对本次立法修改未涉及的部分内容进行调整,进一步完善了本教材。

本教材主编江伟教授已于2012年故去,其所撰写的第一章由章武生教授作了局部修订。已故陈桂明教授所撰写的第二章和第三章由江伟教授推荐的修订人中国政法大学纪格非副教授作了较全面的修订。

第三版序言

本教材是教育部法学学科教学指导委员会确定的全国高等学校法学专业十六门核心课程之一,第一版于2000年7月出版并发行,颇得读者好评。2002年,教育部将本教材修订版列入普通高等教育“十五”国家级规划教材项目。2004年1月,第二版发行,同样受到读者青睐。此后,我国即将或已经颁布和实施《中华人民共和国民事诉讼法修正案》(2007年)、《中华人民共和国公证法》(2005年)、《中华人民共和国企业破产法》(2006年),全国人大常委会《关于完善人民陪审员制度的决定》(2005年5月1日起实施)、《关于司法鉴定管理的决定》(2005年10月1日起实施),国务院《诉讼费用交纳办法》(2006年),最高人民法院《关于当事人申请财产保全错误造成案外人损失应否承担赔偿责任问题的解释》(2005年)、《关于法院民事调解工作若干问题的规定》(2004年)、《关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的若干规定》(2004年)、《关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的若干规定》(2004年)、《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(二)》(2006年)、《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(2006年)、《关于涉外民事或商事案件司法文书送达问题若干规定》(2006年)、《内地与澳门特别行政区关于相互认可和执行民商事判决的安排》(2006年)等十多部民事诉讼法方面的重要的规范性文件。此外,按照最高人民法院制订的《人民法院第二个五年改革纲要》的安排,我国的民事司法改革进入了一个崭新的阶段,有必要从理论上进行归纳和总结。

本教材的三版修订旨在达到以下目标:

第一,吸收2004年以来颁布实施的法律、法规和司法解释中有关民事诉讼制度的规定,尤其是反映2007年6月全国人民代表大会常务委员会通过的《中华人民共和国民事诉讼法修正案》的精神,为读者提供我国民事诉讼法的最新、全面、权威、准确的基本知识和信息。

第二,总结民事司法改革实践中积累起来的审判和执行工作经验,反思其中出现的问题和教训,并对民事司法改革的动向作出预测,构建面向司法的民事诉讼法学理论体系,使读者不仅清楚民事诉讼法的规定,而且知道民事诉讼法的实际运作状况及其走向,了解“实践中的民事诉讼法”。

第三,展示民事诉讼法学近年来的理论研究成果及其对民事司法实践的影

响,确立理论研究的实践导向意义。理论阐述力求深入浅出、简明易懂,以便读者了解民事诉讼法学研究的最新进展,把握“理论上的民事诉讼法”。

为了达到上述目标,并结合高等学校法学专业教学的实际需要,本教材在体例上作了一些变动,删除了第二版第十八章“海事诉讼特别程序”,增加了一章“诉权与诉”;在内容上,根据新的立法和司法解释以及民事司法实践的情况,对各章进行了程度不同的修改,使教材更适合高校法学专业教师和学生使用。

本书由江伟教授主编,撰稿人及分工如下(以撰写章节先后为序):

江 伟 第一章

陈桂明 第二、三章

张卫平 第四、十五章

刘荣军 第五、六、十八章

李 浩 第七、八、九章

章武生 第十、十四、十七章

赵 钢 第十一、十二、十三章

齐树洁 第十六、二十一、二十二章

肖建国 第十九、二十章

尽管在修订中各位作者做出很大努力,教材仍难免存在不足,有许多问题仍然需要进一步研究和探讨,敬请广大读者批评指正。

编者

2008年5月

教学支持说明

建设立体化精品教材,向高校师生提供系列化教学内容集成方案,是高等教育出版社(集团)“服务教育”的重要方式。高等教育出版社将向采纳本书作为教材的教师免费提供与本书配套的教学课件。

为确保该教学课件仅为教师教学所用,烦请提供下列信息并邮寄或者传真给我们,以便尽快为您办理。

证 明

兹证明_____大学_____系/院第_____学年第_____学期开设的_____课程,采用高等教育出版社出版的江伟主编《民事诉讼法》(第四版)作为主要教材。任课教师为_____,学生共_____人。学生为:

本科生 研究生 成教生 自考生 在职培训人员

电话:_____

传真:_____

E-mail:_____

联系地址:_____

邮编:_____

系/院主任 (签字)

(系/院办公室章)

_____年___月___日

高等教育出版社同时出版了其他法学类图书的教学课件,相关事宜敬请与法学分社联系。



Higher Education Press

高等教育出版社

地址:北京市朝阳区惠新东街4号富盛大厦21层(100029)

Tel:010-58581017 58581963

Fax:010-58581414

E-mail:wangym1@hep.com.cn、songjun@hep.com.cn

郑重声明

高等教育出版社依法对本书享有专有出版权。任何未经许可的复制、销售行为均违反《中华人民共和国著作权法》，其行为人将承担相应的民事责任和行政责任；构成犯罪的，将被依法追究刑事责任。为了维护市场秩序，保护读者的合法权益，避免读者误用盗版书造成不良后果，我社将配合行政执法部门和司法机关对违法犯罪的单位和个人进行严厉打击。社会各界人士如发现上述侵权行为，希望及时举报，本社将奖励举报有功人员。

反盗版举报电话 (010)58581897 58582371 58581879

反盗版举报传真 (010)82086060

反盗版举报邮箱 dd@hep.com.cn

通信地址 北京市西城区德外大街4号 高等教育出版社法务部

邮政编码 100120

目 录

第一章 民事诉讼与民事诉讼法	1
第一节 多元化纠纷解决机制	1
一、民事纠纷的概念	1
二、民事纠纷解决机制概述	1
三、ADR	3
第二节 民事诉讼	4
一、民事诉讼的概念和特点	4
二、民事诉讼的目的	6
三、民事诉讼法律关系	8
第三节 民事诉讼法	15
一、民事诉讼法的概念与性质	15
二、民事诉讼法的效力	16
三、民事诉讼法的发展	17
第四节 民事诉讼法与相邻部门法的关系	19
一、民事诉讼法与宪法	19
二、民事诉讼法与民事实体法	20
三、民事诉讼法与刑事诉讼法	23
四、民事诉讼法与行政诉讼法	25
五、民事诉讼法与人民调解法	27
第二章 民事诉讼法的基本原则	29
第一节 民事诉讼法基本原则概述	29
一、民事诉讼法基本原则的概念与特征	29
二、民事诉讼法基本原则的体系	30
三、宪法层面的基本原则及其他“原则”性规定	31
第二节 当事人诉讼权利平等原则	34
一、当事人诉讼权利平等原则的含义	34
二、当事人诉讼权利平等原则的内容	35
三、“形式”平等与“实质”平等关系的统一	36

第三节 法院调解原则	36
一、法院调解原则的含义	36
二、法院调解的历史沿革	37
三、法院调解的性质与特征	38
四、法院调解的基本原则	39
第四节 辩论原则	41
一、辩论原则的含义	41
二、辩论原则在我国民事诉讼中的适用	41
三、“辩论原则”与“辩论主义”的区别	42
四、“辩论主义”对我国的启示	43
第五节 诚实信用原则	44
一、诚实信用原则的确立及含义	44
二、诚实信用原则的适用	45
第六节 处分原则	48
一、处分原则的概念	48
二、处分原则的适用	48
三、处分权主义与辩论主义	50
四、处分权与审判权	51
第三章 民事诉讼的基本制度	53
第一节 民事诉讼的基本制度概述	53
一、民事诉讼基本制度的概念	53
二、民事诉讼基本制度的构成	54
第二节 合议制度	54
一、合议制度的概念	54
二、合议庭的组成	55
三、合议庭的运作机制	56
四、合议庭与审判委员会的关系	57
第三节 回避制度	58
一、回避制度的概念	58
二、适用回避的主体和事由	59
三、回避的方式与程序	61
第四节 公开审判制度	62
一、公开审判制度的概念与功能	62
二、公开审判制度的例外情形	63

三、公开审判制度的程序保障	64
第五节 两审终审制度	65
一、两审终审制度的概念	65
二、国外的审级制度	65
三、我国的两审终审制度及例外情形	67
四、我国审级制度的改革	68
第六节 陪审制度	69
一、陪审制度的概念和意义	69
二、陪审制度的内容	70
三、人民陪审员制度存在的问题及完善	71
第四章 诉权与诉	73
第一节 诉权	73
第二节 诉	74
一、诉的概念	74
二、诉的要素	75
三、诉的种类	75
第三节 诉的利益	78
一、诉的利益的含义	78
二、权利保护的资格	78
三、权利保护的利益	79
第四节 诉讼标的	80
一、诉讼标的的含义	80
二、诉讼标的在民事诉讼实务中的地位	82
三、诉讼标的的识别	83
第五节 诉的变动	85
一、诉的变更	85
二、诉的合并	87
三、诉的追加	88
第六节 反诉	88
一、反诉的概念和性质	88
二、反诉的要件	89
三、反诉的程序	90
四、反诉与诉的抵销	91
第五章 当事人和诉讼代理人	92

第一节 当事人概述	92
一、当事人的概念	92
二、各种当事人概念之间的关系	94
第二节 当事人的认定	94
一、当事人认定的概念和意义	94
二、有关当事人认定的理论学说	95
三、我国民事诉讼法对当事人的认定	97
四、正当当事人(当事人适格)	98
第三节 当事人主体资格	104
一、当事人能力	104
二、当事人能力与民事权利能力的关系	105
三、当事人的诉讼能力	108
第四节 诉讼代理人	109
一、诉讼代理人的概念和特征	109
二、法定诉讼代理人	110
三、委托诉讼代理人	113
第六章 多数当事人	117
第一节 共同诉讼	117
一、共同诉讼概述	117
二、必要共同诉讼	118
三、普通共同诉讼	122
第二节 诉讼代表人	125
一、诉讼代表人制度概述	125
二、诉讼代表人的确定及法律地位	128
三、代表人诉讼的种类	129
四、人数不确定的代表人诉讼的特殊程序内容	130
第三节 诉讼第三人	131
一、第三人的含义和特征	131
二、有独立请求权的第三人	131
三、无独立请求权的第三人	134
四、第三人的撤销之诉	136
第七章 主管与管辖	138
第一节 民事诉讼主管	138
一、民事诉讼主管概述	138

二、民事诉讼主管的标准·····	139
三、法院民事诉讼主管范围·····	139
四、法院民事诉讼主管与其他国家机关、社会组织处理民事争议的关系·····	140
第二节 管辖概述 ·····	143
一、管辖的概念和意义·····	143
二、确定管辖的原则·····	144
三、管辖恒定·····	145
四、管辖的分类·····	146
第三节 级别管辖 ·····	147
一、级别管辖的概念·····	147
二、确定级别管辖的标准·····	147
三、各级人民法院管辖的第一审民事案件·····	148
第四节 地域管辖 ·····	150
一、地域管辖的概念·····	150
二、确定地域管辖的标准·····	151
三、一般地域管辖·····	151
四、特殊地域管辖·····	153
五、专属管辖·····	156
六、共同管辖与选择管辖·····	157
七、协议管辖·····	158
第五节 裁定管辖 ·····	160
一、移送管辖·····	160
二、指定管辖·····	161
三、管辖权转移·····	162
第六节 管辖权异议 ·····	163
一、管辖权异议的概念·····	163
二、管辖权异议的条件·····	164
三、法院对管辖权异议的处理·····	166
第八章 民事诉讼证据 ·····	167
第一节 民事诉讼证据概述 ·····	167
一、民事诉讼证据与民事诉讼证据材料·····	167
二、民事诉讼证据的构成要件·····	168
三、民事诉讼证据的证据能力与证明力·····	170
四、民事诉讼证据的作用·····	174

第二节 民事诉讼证据在理论上的分类	175
一、本证和反证	175
二、直接证据和间接证据	175
三、原始证据和传来证据	176
第三节 民事诉讼证据的种类	177
一、书证	177
二、物证	180
三、视听资料	181
四、电子数据	182
五、证人证言	183
六、当事人的陈述	185
七、鉴定意见	186
八、勘验笔录	190
第四节 证据的收集与保全	191
一、证据的收集	191
二、证据的保全	194
第九章 民事诉讼中的证明	198
第一节 证明对象	198
一、证明对象概述	198
二、证明对象的范围	199
三、无需证明的事实	201
第二节 证明责任	207
一、证明责任概述	207
二、证明责任的分配	210
三、推定与证明责任	218
四、间接反证与证明责任	220
五、证明责任的适用	221
第三节 证明标准	222
一、证明标准的概念与作用	222
二、客观真实与法律真实	222
三、民事诉讼证明标准的选择与确定	223
第四节 证明过程	225
一、证据的提供	225
二、质证	230

三、认证	232
四、对事实的认定	233
第十章 法院诉讼调解与非讼化调解	234
第一节 法院调解概述	234
一、法院调解的概念与性质	234
二、其他国家和地区的法院调解	235
三、我国传统法院调解与相关制度的关系	236
第二节 法院调解的原则	238
一、双方当事人自愿的原则	238
二、事实清楚、是非分明的原则	239
三、合法原则	239
第三节 法院调解的程序	239
一、调解的开始	240
二、调解的进行	240
三、调解的结束	242
四、法院调解书的制作	242
第四节 法院调解的效力	243
一、法院调解发生效力的时间	243
二、法院调解的效力	244
第五节 司法 ADR 与我国法院调解的新发展	244
一、司法 ADR 的域外考察	244
二、我国法院调解制度的新发展	245
第十一章 诉讼保障制度与程序	249
第一节 期间	249
一、期间的概念和意义	249
二、期间的种类	250
三、期间的计算与剔除	251
四、期间的耽误及其补救	253
五、期日	254
第二节 送达	254
一、送达的概念和意义	254
二、送达的方式	255
三、送达的效力和送达回证	260
第三节 保全程序	260

一、保全程序的概念和意义	260
二、保全程序的适用范围和适用前提	262
三、保全的对象和方法	263
四、保全程序的操作步骤	265
五、诉前保全及其特别规定	267
六、保全措施的救济程序	268
第四节 先予执行程序	269
一、先予执行程序的概念和意义	269
二、先予执行程序的适用范围和适用条件	269
三、先予执行程序的基本要求	270
四、先予执行措施的救济程序	271
第五节 对妨害民事诉讼的强制措施	271
一、对妨害民事诉讼的强制措施的概念和意义	271
二、对妨害民事诉讼的强制措施的性质	272
三、妨害民事诉讼的行为构成和行为种类	274
四、强制措施的种类及其适用	277
第十二章 诉讼费用与司法救助	281
第一节 诉讼费用	281
一、诉讼费用的概念与征收诉讼费用的意义	281
二、征收诉讼费用的基本原则	283
三、诉讼费用的交纳范围	284
四、诉讼费用的交纳标准	286
五、诉讼费用的交纳和退还	288
六、诉讼费用的负担	290
七、诉讼费用的管理和监督	293
第二节 司法救助	294
一、司法救助的概念与意义	294
二、司法救助的适用对象与具体适用情形	296
三、司法救助的申请与审批	298
第十三章 第一审普通程序	299
第一节 普通程序概述	299
一、普通程序的概念	299
二、普通程序的特征	299
第二节 起诉和受理	301

一、起诉	301
二、先行调解	304
三、受理	305
第三节 审理前的准备	311
一、审理前准备的概念和意义	311
二、审理前准备阶段的工作内容	312
第四节 开庭审理	315
一、开庭审理的概念和形式	315
二、开庭审理的基本程序	317
三、法庭笔录	324
四、延期审理	325
五、审结期限	326
第五节 撤诉与缺席判决	327
一、撤诉	327
二、缺席判决	331
第六节 诉讼中止和诉讼终结	332
一、诉讼中止	332
二、诉讼终结	335
第十四章 简易程序	338
第一节 简易程序的概念和分类	338
一、简易程序的概念	338
二、简易程序的分类	340
第二节 我国狭义上的民事简易程序	342
一、简易、小额诉讼程序的确立和意义	342
二、简易程序的适用范围	343
三、简易程序的特点	344
第三节 我国的小额诉讼程序	347
一、小额诉讼程序的概念和特征	347
二、小额诉讼程序的价值与功能	348
三、我国小额诉讼程序的建构	350
第十五章 民事诉讼中的裁判	352
第一节 裁判概述	352
一、裁判的概念及含义	352
二、判决、裁定、决定、命令的区别	353

第二节 判决	354
一、判决的概念	354
二、判决的种类	354
三、判决书的内容	358
四、判决书的补正	359
五、判决的成立与确定	360
六、判决的事实效力	361
七、判决的既判力	361
第三节 裁定	368
一、裁定的概念	368
二、裁定的适用对象	369
三、裁定的成立与确定	369
四、裁定的效力	370
第四节 决定	371
一、决定的含义	371
二、决定适用的范围	371
三、决定的效力	372
第十六章 第二审程序	373
第一节 第二审程序概述	373
一、第二审程序的概念	373
二、第二审程序的意义	375
三、外国三审终审制的借鉴意义	376
第二节 上诉的提起与受理	376
一、上诉的概念	376
二、提起上诉的条件	377
三、上诉的受理	379
四、上诉的撤回	379
第三节 上诉案件的审理	380
一、上诉案件的审理范围	380
二、上诉案件的审理方式	381
三、上诉案件的调解	381
四、上诉案件的审理期限	382
第四节 上诉案件的裁判	382
一、驳回上诉,维持原判	382

二、依法改判	382
三、撤销原判,发回重审	382
四、对不服裁定上诉的处理	383
第十七章 再审程序	384
第一节 再审程序概述	384
一、再审程序的概念	384
二、再审程序与第二审程序的关系	385
三、再审程序的意义	385
四、我国再审程序存在问题分析	386
第二节 当事人申请再审	389
一、当事人申请再审的概念和意义	389
二、当事人申请再审的条件	390
三、当事人申请再审的程序	392
第三节 人民法院决定再审	393
一、人民法院决定再审的条件	393
二、人民法院提起再审的程序	393
第四节 人民检察院抗诉提起再审	394
一、民事抗诉的概念	394
二、提起民事抗诉的条件	394
三、民事抗诉的提出与受理	394
四、民事抗诉案件的审理	395
五、当事人向人民检察院申请检察建议或者抗诉的情形	395
第五节 再审程序发动主体的重构	396
一、废除人民法院依职权发动再审的程序	398
二、限制人民检察院发动再审程序的范围	399
三、建立再审之诉	402
第六节 再审案件的审判	403
一、裁定中止原判决、裁定、调解书的执行	403
二、另行组成合议庭	404
三、分别适用第一审、第二审程序审理	404
四、可以进行调解	404
第十八章 特别程序	405
第一节 特别程序概述	405
一、特别程序的概念	405

二、特别程序的适用范围	405
三、特别程序的特点	406
第二节 选民资格案件	407
一、选民资格案件的概念和意义	407
二、选民资格案件的审理程序	408
第三节 宣告公民失踪、死亡案件	409
一、宣告公民失踪案件	409
二、宣告公民死亡案件	412
第四节 认定公民无民事行为能力、限制民事行为能力案件	415
一、认定公民无民事行为能力、限制民事行为能力案件的概念和意义	415
二、认定公民无民事行为能力、限制民事行为能力案件的审理和判决	415
三、认定公民无民事行为能力、限制民事行为能力判决的撤销	417
第五节 认定财产无主案件	418
一、认定财产无主案件的概念和意义	418
二、认定财产无主案件的条件	418
三、认定财产无主案件的审理程序	418
四、认定财产无主判决的撤销	419
第六节 调解协议司法确认程序	419
一、调解协议司法确认程序概述	419
二、调解协议司法确认程序的内容	420
三、司法确认案件的法律文书形式及其法律效力	422
第七节 实现担保物权案件程序	423
一、实现担保物权案件程序概述	423
二、申请与审查	423
三、管辖法院	424
四、裁定及其法律效果	424
第八节 督促程序	424
一、督促程序概述	424
二、申请支付令的程序	425
三、法院对支付令申请的受理与审理	427
四、支付令	428
五、债务人对支付令提出异议	429
六、督促程序的终结	431
第九节 公示催告程序	432

一、公示催告程序概述	432
二、公示催告程序的内容	433
三、除权判决	435
第十九章 民事执行总论	437
第一节 民事执行制度概述	437
一、民事执行的概念	437
二、民事执行的分类	438
三、民事执行行为	439
四、民事执行的基本原则	442
五、民事执行法	445
第二节 执行主体与执行标的	447
一、执行主体	447
二、执行标的	453
第三节 执行依据与执行管辖	457
一、执行依据	457
二、执行管辖	460
第四节 民事执行程序通则	461
一、执行开始	461
二、案件受理与被执行人财产的查明	463
三、执行担保与暂缓执行	466
四、执行和解	470
五、不予执行	471
六、执行中止	472
七、执行终结	473
第五节 参与分配	474
一、参与分配的概念和法律依据	474
二、参与分配的适用条件	474
三、参与分配的顺序	475
四、参与分配的程序	475
第六节 执行竞合	477
一、执行竞合的概念和类型	477
二、民事执行之间的竞合	477
三、民事执行与行政处罚执行的竞合	479
四、民事执行与财产刑执行的竞合	479

第七节 委托执行与协助执行	480
一、委托执行	480
二、协助执行	482
第八节 对妨害执行的强制措施的特别规定	487
一、对妨害执行的强制措施的意义	487
二、妨害执行行为的种类	487
三、对妨害执行的强制措施的种类及其适用	488
四、妨害执行的刑事责任	491
第九节 执行救济	491
一、执行救济概述	491
二、执行异议	491
三、申请变更执行法院	493
四、执行异议之诉	494
五、执行回转	499
第二十章 民事执行分论	501
第一节 各类执行措施概述	501
一、执行措施的概念和分类	501
二、我国现行法上执行措施的体系	502
第二节 金钱债权的执行	502
一、金钱债权执行的概念和意义	502
二、对于动产、不动产的执行	503
三、对其他财产权的执行	518
第三节 非金钱债权的执行	528
一、物的交付请求权的执行	528
二、对行为请求权的执行	531
第二十一章 涉外民事诉讼程序	533
第一节 涉外民事诉讼程序概述	533
一、涉外民事诉讼的概念和特征	533
二、涉外民事诉讼程序的概念和适用范围	534
第二节 涉外民事诉讼的一般原则	535
一、适用我国民事诉讼法的原则	536
二、适用我国缔结或参加的国际条约原则	536
三、司法豁免权原则	536
四、使用我国通用语言、文字的原则	537

五、委托中国律师代理诉讼的原则	538
第三节 涉外民事诉讼的管辖	539
一、特殊地域管辖	539
二、专属管辖	539
三、涉外民商事案件的集中管辖	540
四、诉讼竞合	540
五、国际民事管辖权冲突及其协调	541
第四节 涉外民事诉讼的期间、送达	542
一、涉外民事诉讼的期间	542
二、涉外民事诉讼的送达	543
三、《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》	544
第五节 司法协助	546
一、司法协助的概念	546
二、一般司法协助	547
三、特殊司法协助	548
第二十二章 涉港澳台民事诉讼程序	553
第一节 涉港澳台民事诉讼程序概述	553
一、涉港澳台民事案件	553
二、涉港澳台区际司法协助	553
第二节 涉港澳台民事诉讼程序的特别规定	554
一、管辖	554
二、当事人	555
三、证据	555
第三节 大陆与台湾地区的区际司法协助	556
一、送达	556
二、执行	558
三、人民法院认可台湾地区有关法院的民事判决	558
第四节 内地与香港特别行政区的区际司法协助	560
一、民商事司法文书的送达	560
二、仲裁裁决的执行	561
第五节 内地与澳门特别行政区的区际司法协助	564
一、一般司法协助	564
二、特殊司法协助	566
缩略语表	570

第一章 民事诉讼与民事诉讼法

第一节 多元化纠纷解决机制

一、民事纠纷的概念

在现代法治社会中,生产、流通、分配、消费等诸领域的社会关系都要受法律调整,各种社会平等主体间的法律关系由民法等民事实体法予以规范,人们通常遵循这些规则来安排社会生产与日常生活,社会呈现出有秩序的状态。但由于社会成员在观念及利益方面的不一致,导致了民事领域的各种社会冲突,这种社会冲突就是民事纠纷。民事纠纷,又称为民事冲突、民事争议,是指平等主体之间发生的,以民事权利义务为内容的社会纠纷。民事纠纷具有以下特点:

1. 民事纠纷主体之间法律地位平等。民事纠纷主体即民事主体,他们之间不存在服从与隶属的关系,在纠纷中处于平等的地位。

2. 民事纠纷的内容是对民事权利义务的争议。民事主体之间争议的内容,只限于他们之间的民事权利义务关系。民事权利义务的争议构成民事纠纷的内容,如果超出这个范围,则不属于民事纠纷。

3. 民事纠纷的可处分性。由于民事纠纷是民事权利享有和民事义务承担的争议,基于私法自治原则,民事纠纷主体有处分的权利。

根据民事纠纷的内容和特点,可将民事纠纷分为两大类:一类是财产关系的纠纷,包括财产所有关系的纠纷和财产流转关系的纠纷;另一类是人身关系的纠纷,包括人格权关系的纠纷和身份关系的纠纷。

二、民事纠纷解决机制概述

民事纠纷的存在有害于社会的稳定,导致当事人的权益无法正常实现,如果纠纷得不到解决则可导致矛盾激化,有可能使民事纠纷转化为刑事案件,并可能波及纠纷当事人之外的成员,甚至引发社会动荡。因此,现代社会创设了各种解决民事纠纷的制度,以解决民事纠纷、保护合法权益,我们称之为民事纠纷的解决机制。民事纠纷的解决机制可以分为私力救济、社会救济和公力救济。其中,前两种可称为非诉讼纠纷解决机制,在国外被称为替代性纠纷解决方式(Alter-

native Dispute Resolution), 简称 ADR。^①

(一) 私力救济

私力救济又称为自力救济,是指纠纷主体在没有中立的第三者介入的情形下,依靠自身或其他私人力量解决纠纷,实现权利。私力救济的基本特征是无中立的第三者介入,纠纷解决过程表现为非程序性,解决途径是依靠武力、操纵、说服和权威等私人力量。私力救济依据解决纠纷的方式可分为自决与和解。自决是指纠纷主体一方凭借自己的力量强行使对方服从,和解是指双方协商解决纠纷。私力救济根据法律性质又可分为法定和法外的私力救济,法定的私力救济一般包括正当防卫、紧急避险、自助行为等,法外的私力救济包括法无明文规定的私力救济、法律禁止的私力救济。^② 法外的私力救济的典型例子是债权人拘押债务人、债权人雇佣残疾人或者传染病病人进行收债等。私力救济产生于生产力低下、文明程度不高的人类早期社会,具有野蛮特性,因而现代法治社会一般禁止凭借自己的力量解决纠纷,但例外情形下承认某些私力救济的合法性。

(二) 社会救济

社会救济,包括调解(诉讼外调解)和仲裁,是指依靠社会力量解决民事纠纷的一种机制。调解是指第三者依据一定的社会规范居间调处,促使纠纷主体相互谅解、妥协,达成纠纷解决的合意。调解有多种形式,包括民间调解、行政调解、律师调解和法院附设的诉讼前调解。仲裁,又称公断,是指纠纷双方根据有关规定或双方协议,将争议提交到一定的机构,由该机构居中裁决的制度。调解与仲裁虽然是非国家公权力解决纠纷的方式,但国家一般赋予这些纠纷解决结果一定的法律效力,以维持该种纠纷解决制度的存在。

(三) 公力救济

在当事人无法通过自主性的方式解决纠纷时,必须设立一种强制性解决纠纷、保护权利的制度,这就是公力救济。公力救济的实质是由特定的国家机关,在纠纷主体的参与下解决纠纷的一种最具权威和最有效的机制。公力救济包括行政救济和司法救济,司法救济在民事领域的表现形式是民事诉讼制度。诉讼有两个特点:一是强制性,即法院凭借国家审判权强制性确定纠纷主体双方之间的民事权利义务,并以国家强制执行权迫使义务主体履行生效的裁判。二是严格的规范性,即诉讼必须严格按照法定程序规则进行。

^① 关于 ADR,本书第十章第五节另有论述。

^② 徐昕:《论私力救济》,清华大学 2003 年博士学位论文。

三、ADR

(一) ADR 的主要形态和特点

1. 和解。当事人以平等协商、相互妥协的方式和平解决纠纷,即为和解。与调解、仲裁和诉讼相比,和解的主要特性有:(1) 高度自治性,即和解是依照双方纠纷主体自身力量解决纠纷,没有第三者协助或主持解决纠纷,和解的过程和结果均取决于双方纠纷主体的意思自治。(2) 非规范性,即和解的过程和结果不受也无须受规范(尤其是法律规范)的严格制约,既不必严格依据程序规范进行,也不必严格依据实体规范达成和解协议。通常情况下,和解协议具有民事合同或民事契约的性质和效力,但是不具有强制执行力。

2. 调解。调解是第三方在争议的双方当事人之间沟通信息,摆事实讲道理,促成其相互谅解相互妥协的解决纠纷的活动。我国现行法上具有 ADR 性质的调解,主要是指人民调解、劳动争议调解委员会的调解、消费者协会调解等。调解除了具有和解的特征外,它的一个明显特性是调解人的居中性。即调解人应当公平对待双方当事人,做到“一碗水端平”。居中调解人的存在,使调解与和解区别开来。调解协议具有民事合同的效力,只能依靠当事人自觉履行;是否赋予调解协议以强制执行力,是《中华人民共和国人民调解法》起草过程中争议最大的一个问题。

3. 仲裁。与其他非诉讼纠纷解决方式相比,仲裁有四个特点:(1) 自愿性。仲裁解决争议以当事人在民事纠纷发生前或发生后自愿订立仲裁条款或达成仲裁协议作为前提,有效的仲裁协议具有妨诉抗辩的效力,阻断人民法院对该争议的管辖权。(2) 民间性。民商事仲裁由作为民间机构的仲裁委员会进行。仲裁委员会系社会团体法人,无上下级之分。(3) 自治性。在仲裁程序中,当事人双方具有高度的自治性,可以选择仲裁员、约定仲裁规则、协商仲裁地点、选择适用的实体法、约定仲裁庭审理方式等。(4) 合法性。仲裁的民间性和自治性并不能完全排除仲裁应当遵守当事人选定或者法律规定必须适用的仲裁程序法和民事实体法,尤其不得排除适用强行法规范;仲裁一裁终局,仲裁裁决也具有执行力;除有相反证据加以推翻外,生效仲裁裁决所确认的事实为免证事实。

(二) ADR 与民事诉讼的关系

上述各类纠纷解决方式都有自己的特点,解决纠纷的功能各有侧重,在适用的基础和所付出的代价方面也有所不同。和解属于私力救济,其结果一般能为双方当事人所认可,但须以当事人的合意为条件;调解一般具有较好的社会效果,但是否成功,往往与当事人之间的让步以及调解者对双方的影响力密切相关;仲裁比较适合那些专业性较强、涉及商业秘密或者当事人不希望纠纷解决公开化的民事纠纷,但其适用与纠纷的性质以及当事人诉诸仲裁的意愿相关;民事

诉讼可以满足那些希望将事实和法律都理清楚的当事人的要求,但其以花费双方当事人及国家相当的人力、物力、财力和时间为代价。

在上述多元化的纠纷解决体制中,民事诉讼具有基础性的作用。民事诉讼具有根据纠纷性质的不同而提供相应的程序救济的功能:从纠纷的内容而言,除了普通民事纠纷在普通诉讼程序中解决外,特殊类型的纠纷有特殊的诉讼程序可资利用,如海事诉讼程序、票据诉讼程序、人事诉讼程序等;从纠纷的难易度来讲,简单而容易解决的纠纷适用简易程序或小额诉讼程序,复杂的纠纷则适用普通程序;从纠纷需要救济的紧迫性来讲,民事诉讼法又设有终局性临时救济制度和临时救济制度。并且,民事诉讼制度作为民事权利的最后一道防线,具有支撑、维持其他纠纷解决方式的作用,这体现在:首先,当事人出于对诉讼成本以及民事诉讼公正裁判结果的预测,才会根据需要进行非讼方式解决纠纷,从这个角度而言,民事诉讼制度赋予诉讼外纠纷解决方式更大的活力。^①其次,民事诉讼法赋予诉讼外纠纷解决结果以相应的法律效力,在制度上为诉讼外纠纷解决方式提供保障。

第二节 民事诉讼

一、民事诉讼的概念和特点

(一) 民事诉讼的概念

民事诉讼是指法院、当事人和其他诉讼参与人,在审理民事案件的过程中所进行的各种诉讼活动,以及由这些活动所产生的各种诉讼关系的总和。诉讼活动既包括法院的审判活动,如案件的受理、调查取证、采取强制措施、作出裁判等;又包括诉讼参与人的诉讼活动,如原告起诉、被告提出答辩或反诉、证人出庭作证等。但法院的活动不都是诉讼活动,如合议庭评议案件的活动、审判委员会讨论案件的活动就不是诉讼活动,而是法院内部的一种活动,这种活动由法院组织法所调整。诉讼活动必须是法院和诉讼参与人在诉讼过程中所进行的能够发生诉讼关系的活动。如法院将起诉状副本于法定期限内送达被告,这就是一种在诉讼过程中进行的诉讼活动。

诉讼活动与诉讼关系密切相关。诉讼关系,是指法院和一切诉讼参与人之间在诉讼过程中所形成的诉讼权利义务关系。法院始终是诉讼关系中的一方主体,与作为诉讼关系中另一方的诉讼参与人之间发生关系。如原告起诉后,法院经审查,认为符合法定起诉条件,裁定予以受理,并在法定期限内将原

^① [日]三月章:《日本民事诉讼法》,汪一凡译,五南图书出版公司1997年版,第10页。

告的起诉状副本送达被告,这样法院就同原告和被告分别发生了诉讼关系。可见,诉讼是由诉讼活动和诉讼关系两方面的内容构成的。诉讼活动能够产生、变更或消灭诉讼关系,而诉讼关系又通过诉讼活动表现出来。同时,这些诉讼活动和诉讼关系都是民事诉讼法所规定的,换言之,都是依法进行的诉讼活动和依法产生的诉讼关系。

(二) 民事诉讼的特点

民事诉讼作为解决民事纠纷的一种独特的方式,与解决民事纠纷的其他方式相比,具有自身特殊之处,也与行政诉讼、刑事诉讼不同。其特点是:

1. 诉讼对象的特定性。民事诉讼解决的是有关民事权利义务的争议。不是民事主体之间因民事权益发生的争议,不能纳入民事诉讼程序处理,如伦理上的冲突、政治上的争议、宗教上的争议或者科学上的争议等不能成为民事诉讼调整的对象。对于无讼争性的非讼事件,虽然各国的普遍做法是由法院主管,但都规定了与民事诉讼程序不同的非讼程序来处理。

2. 当事人处分权利的自由性。民事诉讼反映民事主体权益之争,民事主体不论在实体上还是在程序上,都有依法处分其权利的自由。民事诉讼中的原告有权依法处分其诉讼权利和实体权利,被告也有权处分其诉讼权利和实体权利。正因如此,民事诉讼形成了自己特有的机制。诉讼中的和解制度和调解制度,对当事人处分其权利具有独特的作用和意义。对法院发生法律效力判决,胜诉的一方当事人可以申请执行,也可以不申请执行。但是,在刑事诉讼和行政诉讼中情况则不同,刑事诉讼中公诉人与被告人不能进行和解或调解,行政诉讼中就行政法律关系的争议,也不适用调解方式解决,作为当事人一方的行政机关胜诉后也无权放弃自己的权利。

3. 双方当事人诉讼上对抗的特殊性。诉讼意味着双方之间的对抗,这与其他解决纠纷的方式是不同的,在和解与调解中追求的是谅解与妥协。在不同的诉讼中,诉讼主体的地位不同,诉讼目的不同,对抗的方式也不同。民事诉讼是以依法协调民事诉讼权利义务关系为基础的,双方当事人在实体和程序上的地位是平等的,诉讼目的是维护自己的民事权益,这就决定了民事诉讼当事人在诉讼上对抗的平等性。而刑事诉讼中的一方主体为国家检察机关,行政诉讼中一方主体总是行政机关,这种主体的区别决定了其对抗方式与民事诉讼明显不同:由于其地位的特殊性,法律往往赋予了国家公诉机关和行政机关更多的诉讼义务,以保护处于弱势地位的对方当事人。比如,三大诉讼中举证责任负担的差别典型地反映了这种特殊性。再如,民事诉讼中一方当事人提起了诉讼,另一方当事人可以提出反诉与之对抗。而在刑事诉讼中,被告不得向公诉人提出反诉;在行政诉讼中,做出具体行政行为的行政机关被起诉后,也不得向行政行为的相

对人提出反诉。

4. 民事诉讼程序的严格规范性与正当性。慎重正确的裁判与程序规则的严格性、正当性密不可分。民事诉讼法以及其周边法律制度如法院组织法和法官法等保障着民事诉讼的正义性,确保当事人的实体权利和程序利益不受侵蚀。程序规则的严格性并不等同于程序的复杂性^①,其含义是指不得违反确保当事人权益的强行性规定,否则即产生一定的程序制裁。民事诉讼的严格规范性限制了法官的恣意,消除了对社会统一规范的背离,满足了国家和社会维护统一的法律秩序的要求。

5. 纠纷解决的强制性、最终性与权威性。民事诉讼以国家公权力解决纠纷,其解决纠纷的过程与结果具有强制性,其结果具有终局性地确定当事人之间权利义务关系的效力。与其他纠纷解决方式不同的是,不管被告是否自愿,是否放弃参与诉讼,其必须接受法院的裁判结果。任何社会都需要权威来维持,也需要维持权威。^②权威的来源有二:一是国家强制力,二是理性。合理公正的民事诉讼程序作为民事领域权威性的制度,其程序结果——法院的裁判具有理性权威,正是这种理性权威从理念和终极意义上保障着司法裁判的正统性与权威性,而非仅依靠国家强制力。

二、民事诉讼的目的

民事诉讼目的,是指国家设立民事诉讼制度所期望达到的目标或结果。国家设置民事诉讼制度,总是在一定的目的论的指导下进行的,目的不同,则其所设计的诉讼结构、具体制度、诉讼权利义务的配置、程序保障的程度等方面就会存在差异,因而民事诉讼目的的理论是民事诉讼中的一个基础理论。在德、日等大陆法系国家和地区中,关于民事诉讼目的理论,存在着权利保护说(私权保护说)、法律秩序维护说(私法秩序维护说)、纠纷解决说、程序保障说、权利保障

^① 改革程序法复杂化的弊病以使其更接近民众已经成为西方国家司法改革的目标之一,但我国则存在着完善程序法的必要。

^② 季卫东:《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社1999年版,第53页。

说、多元说、搁置说等不同观点。^① 笔者以为,企图将民事诉讼的目的单一化的观点是不可取的,它将复杂的诉讼现象简单化了,与诉讼的实际显然不符。现代民事诉讼价值的多元化和相对性决定了民事诉讼目的的多重性,科学的态度和方法应当是从实体和程序相结合的角度来探究多元化的民事诉讼目的。民事诉讼的过程是民事诉讼法和民事实体法共同作用的过程,在现代民主和法治社会中,国家设置民事诉讼程序制度的目的就在于为当事人提供充分的、完善的程序保障并在这种保障之下实现制定法所确立的权利义务关系和法定秩序,因此民事诉讼的目的应当既包括实体性目的也包括程序性目的,应当是以此为基础多个目的的统一。具体而言,实体性目的包括保护实体权利和维护法律秩序等,程序性目的则主要是指为当事人提供程序保障,保护当事人的程序权利和程序利益。^② 民事诉讼目的论可从以下几个方面理解:

第一,现代民事诉讼价值的多元化和相对性,决定了民事诉讼目的的多重性。在探讨民事诉讼的目的时,不应当从某个单一的价值观念出发将民事诉讼的某一目的绝对化,正确的思路是在各种冲突的价值观念中找到一个平衡点,以实现各种不同目的的整合。由于民事诉讼程序价值是程序的独立价值(内在价值)和工具性价值(外在价值)的统一(参见本章第四节第二部分),因而民事诉讼的目的也应当包括程序性目的和实体性目的。其中,程序性目的是由民事诉讼程序的独立价值所决定的,实体性目的则是由民事诉讼程序的工具性价值所决定的。

第二,民事诉讼主体的多元性也决定了民事诉讼目的的多重性,各个诉讼主体参与诉讼时往往具有不同的目的指向,不能以法院的审判目的代替当事人参与诉讼的目的。因此,民事诉讼目的确定,必须考虑到程序参加者的多样性、复杂性。^③

^① 权利保护说认为,民事诉讼的目的应当是保护社会成员的私法权利。法律秩序维护说认为,国家设立民事诉讼制度的目的在于维护实体法所确立的私法秩序以满足社会整体的需要。纠纷解决说认为,国家运用强制力解决当事人之间的纠纷才是民事诉讼的目的。程序保障说从“正当程序”的观念出发,认为民事诉讼的正当性来自其程序的正当,因此,民事诉讼制度的目的在于“为实现当事人自律性的纷争解决提供程序保障”。权利保障说从宪法上权利保障的角度阐述民事诉讼的目的,认为诉讼制度所保障的权利实为实体法上的“实质权”,即法律应予保护的利益、价值,民事诉讼的目的就是保障这种“实质权”。多元说主张,对于民事诉讼目的的认识,应站在作为制度设置、运作者的国家和作为制度利用者的国民双重立场下进行,依此,纠纷的解决、法律秩序的维护及权利的保护都应当视为民事诉讼制度的目的。搁置说认为目的论讨论过于抽象,没有多大的实际意义,与其争论不休,不如将其“搁置”起来而将时间和精力用于讨论更现实、更具体的问题上去。

^② 江伟、刘学在:《中国民事诉讼理论体系的阐释与重塑》,见樊崇义主编:《诉讼法学研究》第5卷,中国检察出版社2003年版,第88页。

^③ 肖建国:《民事诉讼程序价值论》,中国人民大学出版社2000年版,第105页。

第三,在不同的社会历史条件下,民事诉讼制度的目的的侧重点是不同的。在专制社会中,民事诉讼制度是统治者设置的“牧民”工具,其目的侧重于解决民事纠纷以维护专制统治秩序,对其他目的则考虑得较少。近代产生的私权保护说、私法秩序维护说、纠纷解决说等目的论学说,实际上都是其特定历史时代的产物,体现了该特定时代的诉讼制度在诉讼目的界定上的侧重。在现代民主、法治的社会中,民事诉讼制度的目的不仅在于维护国家所设定的实体法秩序,而且在于保护当事人的民事权利,以及为当事人提供“正当程序”的保障,并力求达到各种目的之间的协调和有机统一。

第四,从我国《民事诉讼法》第2条的规定来看,对于民事诉讼的目的,立法上也是倾向于多元说的。该条款规定,我国民事诉讼法的任务,“是保护当事人行使诉讼权利,保证人民法院查明事实,分清是非,正确适用法律,及时审理民事案件,确认民事权利义务关系,制裁民事违法行为,保护当事人的合法权益,教育公民自觉遵守法律,维护社会秩序、经济秩序,保障社会主义建设事业顺利进行”。从这一条款的具体内容我们可以分析现行法的目的。“保护当事人行使诉讼权利”,实际上是将当事人的程序权利和程序利益的保护作为民事诉讼的一个目的;“确认民事权利义务关系”,“保护当事人的合法权益”,以及“维护社会秩序、经济秩序,保障社会主义建设事业顺利进行”,则反映了“权利保护说”和“维护法律秩序说”的主要内容,是立法上关于民事诉讼的实体性目的的规定。

三、民事诉讼法律关系

(一) 民事诉讼法律关系的概念和特征

民事诉讼法律关系,是指受民事诉讼法调整的法院、当事人及其他诉讼参与人之间存在的以诉讼权利义务为内容的具体社会关系。这一概念包含以下几层含义:民事诉讼法律关系是民事诉讼法所调整的社会关系;民事诉讼法律关系存在于法院、当事人和其他诉讼参与人之间,当事人与其他诉讼参与人相互之间也会发生诉讼法律关系;民事诉讼法律关系的内容是诉讼权利义务。民事诉讼法律关系的概念产生于19世纪中叶的德国,德国民事诉讼学者标罗(Osker Bulow)在1868年的《诉讼抗辩和诉讼要件论》一书中最早提出了民事诉讼法律关系的学说。标罗认为,民事诉讼程序是双方当事人和法院之间的一种统一、逐步发展着的法律上的关系,就像民事法律关系一样(例如债权、所有权关系),其中与一方的权利相对应的是另一方的义务。^①现在很多学者主张不仅当事人与法

^① 张卫平:《程序公正实现中的冲突与平衡——外国民事诉讼研究引论》,成都出版社1993年版,第55页。

院之间存在着诉讼法律关系,当事人相互之间也存在着法律关系,甚至认为所有的诉讼法律关系主体之间都存在着法律关系。民事诉讼法律关系始于起诉止于诉讼终结,不依赖于诉是否合法或者是否有理由。^①

民事诉讼法律关系具有如下特征:

1. 民事诉讼法律关系是由审判法律关系和争讼法律关系构成的特殊社会关系。所谓“审判法律关系”,是指在法院与当事人和其他诉讼参与人之间形成的,由民事诉讼法律规范所调整的具体的社会关系。首先,审判法律关系表现为法院和当事人之间的关系。当事人通过行使诉权为法院行使审判权提供了契机和条件。原告起诉,法院审查认为符合法定条件,决定受理,这就开始了原告与法院之间的诉讼关系;法院在法定期间内将起诉状副本送达被告,又产生了法院同被告之间的诉讼关系。其次,审判法律关系还表现为法院同其他诉讼参与人之间发生的法律关系。在诉讼过程中,为了顺利作出裁判,法院还将同其他诉讼参与人发生诉讼关系。例如告知证人权利义务,指定鉴定人等。在审判法律关系中,法院始终是一方主体,审判权是这一法律关系得以存在的必要条件。

所谓“争讼法律关系”,是指在当事人之间以及当事人与其他诉讼参与人之间形成的由民事诉讼法律规范所调整的社会关系。首先,争讼法律关系表现为当事人之间在诉讼过程中形成的诉讼关系。当事人为了获得有利于自己的裁判,在诉讼过程中必然要求相互抗辩,实施攻击防御的诉讼行为。当事人之间的诉讼法律关系还表现在管辖合意、不上诉契约等诉讼契约上。所谓诉讼契约是指当事人对于诉讼程序的进行和形态而达成的契约,是私法自治在公法领域的体现。其次,争讼法律关系还表现为当事人与其他诉讼参与人之间的诉讼关系。例如,当事人委托代理人代为实施诉讼行为,当事人对证人证言进行质证,翻译人员为当事人进行翻译等。争讼法律关系的存在以当事人和其他诉讼参与人的诉讼权利和诉讼义务为基础。

2. 民事诉讼法律关系体现了法院审判权与当事人诉讼权利的对立与平衡。如果没有法院审判权与当事人诉权的结合,那么一切民事诉讼法律关系都不可能发生。现代诉讼程序都重视当事人的诉讼权利与法院的审判权相互配合与制衡,强调法院审判权与当事人诉讼权利并重,加强法院的阐明义务,以确保民事诉讼法律关系的均衡。其典型例子是德国 2002 年颁行的新《民事诉讼法》,该法规定在和解辩论程序中法官可以就事实与法律问题与当事人讨论,应阐明继续诉讼的利弊,在诉讼程序中法官应就事实与法律讨论实体及争讼关系并提出问题,使当事人即时完整陈述所有重要事实、声明证据等。法院的这种指示义

^① [德]奥特马·尧厄尼希:《民事诉讼法》,周翠译,法律出版社 2003 年版,第 176 页。

务、说明义务、发问义务和照顾义务等对于维持均衡的民事诉讼法律关系具有“大宪章”性意义。^①只有正确认识二者的相互关系,才能构建科学公正的诉讼程序,实现民事诉讼的目的。

在此需要讨论的一个重大问题是法院的审判权是否都转化为诉讼权利义务从而与当事人发生诉讼法律关系。审判权是一种公权力,权力是指处于社会关系中的行动者排除抗拒其意志的可能性^②,即权力主体不管权力相对方是否同意,能够单方面确认和改变一定的法律关系,控制和支配他人财产和人身。权力以不平等和强制性为内核,具有天然的腐蚀性,因此,为避免审判权成为侵害当事人权利的专横工具,必须对审判权进行监督、制约,这种制约在诉讼法上就表现为行使审判权的主体法院成为民事诉讼法律关系的一方,通过程序规则以及当事人的诉讼权利来制约权力。笔者以为审判权都应当转化为诉讼权利义务关系,实现权利对权力的制衡,而非以权力制约权力。因为如果没有诉讼权利的制衡,仅以权力制约权力,那么能够制约权力的权力会产生更大的不公正,具有更大的腐蚀性。但遗憾的是,司法实践中很多审判权的行使游离于诉讼法律关系之外,或者干脆异化为行政权。例如审判委员会讨论决定重大疑难的案件,尽管各地法院规定了一些审判委员会委员判错案件的惩罚措施,但并非以当事人的诉讼权利对之进行制约。至于法官按照院长、庭长的指示办案的情形,表明审判权已经完全受制于行政权的制约,当事人的诉讼权利根本无从对之进行制约。最高人民法院正是认识到了权利与权力之间制衡的重要性,规定当事人在诉讼过程中可以申请审判委员会成员回避,开始将审判委员会的“审判”活动纳入到诉讼法律关系调整的轨道,虽然这并没有将审判委员会的全部“审判”活动纳入到诉讼法律关系调整的范围。从长远的法治理念考虑,在科学合理的司法体制下,应当将审判权全部纳入民事诉讼法律关系调整的范围,实现诉讼权利对审判权的制衡。但法院的一些内部行为诸如审判长的指定、合议庭评议等不宜纳入诉讼法律关系调整的范围,当然,合议庭评议活动的结果还是受诉讼法律关系调整的。对于审判委员会的“判而不审”的游离于诉讼法律关系之外的现象,其存在的原因是多方面的,如行政权吸收司法权的传统、我国法官学识上难以独立等。笔者认为,审判委员会即使存在,其活动也应当由民事诉讼法律关系调整,譬如对于特别重大疑难的案件应当由审判委员会成员组成合议庭来实际审判案件,而非在幕后决定案件的结果。

总之,研究民事诉讼法律关系理论对于在立法与实务中平衡当事人的诉权与

^① 姜世明:《2002年德国民事诉讼法改革》,载《月旦法学教室》创刊号。

^② 苏国勋:《理性化及其限制——韦伯思想引论》,上海人民出版社1988年版,第189页。

法院的审判权以及其他法律关系主体的权利义务也具有基础性指导意义。立法与司法实践的很多做法都没有正确处理民事诉讼主体之间的法律关系,导致法律关系失衡。例如,规定严苛的举证时限,而不相应扩张当事人收集证据的权利,使当事人在诉讼法律关系中处于较弱的地位,不利于案件事实的查明和当事人权利的保护;再如,不规定证人强制出庭制度及相应的证人特权,使证人实际上游离于诉讼法律关系之外的现象,也不能不说是我国民事诉讼制度的一大缺陷。

(二) 民事诉讼法律关系的要素

民事诉讼法律关系的要素是指构成民事诉讼法律关系的基本因素。民事诉讼法律关系与其他法律关系一样,也是由主体、内容和客体三个要素构成。

1. 民事诉讼法律关系的主体。民事诉讼法律关系的主体,是指民事诉讼权利的享有者和民事诉讼义务的承担者,包括人民法院、当事人及其诉讼代理人、其他诉讼参与人和人民检察院等。

除了民事诉讼法律关系主体的概念外,我国民事诉讼理论中还有诉讼主体的概念。诉讼主体是指诉讼法律关系主体中能够引起诉讼程序发生、发展和终结的人,诉讼主体具有两个不同于诉讼法律关系主体的基本特征:一是诉讼主体在民事诉讼中居于重要的诉讼地位,没有诉讼主体参加诉讼,诉讼将无法进行或失去进行的意义。二是诉讼主体是诉讼活动的主要主体,其诉讼行为对诉讼的发生、变更和终结起着决定性作用。从外延上讲,诉讼主体一定是诉讼法律关系主体,但诉讼法律关系主体不一定是诉讼主体,例如证人等其他诉讼参与人就不是诉讼主体。在我国,诉讼主体一般包括法院、当事人、人民检察院以及有特别代理权限的诉讼代理人等。

(1) 人民法院。人民法院是行使国家审判权的机关,在诉讼中依法享有诉讼权利和承担诉讼义务,依照法定程序和方式进行诉讼活动。人民法院在诉讼中通过行使审判权,与当事人和其他诉讼参与人形成审判法律关系。在审判法律关系中,人民法院有组织和指挥诉讼程序的职权。

(2) 人民检察院。人民检察院作为国家的监督机关,有权对人民法院的民事审判活动进行监督。根据民事诉讼法规定的抗诉权,人民检察院对人民法院已经发生法律效力裁判发现确有错误的,通过提出抗诉、派检察员参加诉讼等方式介入民事诉讼的再审程序,与人民法院形成审判监督法律关系,是特殊的民事诉讼法律关系主体和诉讼主体。人民检察院的这两种主体身份只是源于民事诉讼法的规定,是我国国情在特殊历史时期的反映,在实践中起到了一定的积极作用。最近几年,人民检察院的这两种主体身份则在法理上受到了质疑,探讨人民检察院在民事诉讼中的地位,如检察院能否启动民事诉讼程序特别是未经利害关系人申请能否主动启动再审程序,已是需要刻不容缓地研究、解决的课题。

(3) 诉讼参加人。根据民事诉讼法的规定,诉讼参加人包括当事人和诉讼代理人。这里的当事人是指广义的当事人,根据民事诉讼法的规定,包括原告、被告、共同诉讼人、第三人和诉讼代表人。当事人在诉讼过程中享有广泛的诉讼权利,对诉讼程序和民事诉讼法律关系的发生、发展和终结具有决定性的影响,因此,他们既是诉讼法律关系主体,又是诉讼主体。诉讼代理人包括法定代理人和委托代理人,学理上还有指定诉讼代理人的概念。对于诉讼代理人能否成为诉讼主体,应当根据各种代理人在诉讼中的地位及其权限加以具体分析。确定其能否成为诉讼主体的标准是诉讼代理人在诉讼中能否实施使诉讼程序发生、变更或消灭的诉讼行为;而是否与诉讼标的有直接的利害关系则不是判断诉讼主体的标准。按照这种标准进行分析,法定代理人和指定代理人尽管不能以自己的名义实施诉讼行为,但是在诉讼过程中他们享有同被代理的当事人基本相同的诉讼权利,其实施的诉讼行为能够左右民事诉讼程序的发生、变更和消灭,因此,既是民事诉讼法律关系主体,又是诉讼主体。就委托代理人而言,若未经被代理的当事人特别授权,则只能享有一般性的诉讼权利,并不能左右民事诉讼程序的发生、发展及终结。在此种情况下,委托代理人只能是民事法律关系主体,而不具有诉讼主体资格。但是在经被代理当事人特别授权的情况下,委托代理人也可以成为诉讼主体。

(4) 其他诉讼参与人。根据民事诉讼法的规定,诉讼参与人可以从两种意义上来理解:一是泛指人民法院以外所有参加诉讼的人,既包括诉讼参加人,又包括证人、鉴定人,勘验人员和翻译人员;二是仅指证人、鉴定人,勘验人员和翻译人员。按照通说,其他诉讼参与人是第二种意义上的,《民事诉讼法》第136、137、147条所提及的“诉讼参与人”也是在这种意义上使用的。

其他诉讼参与人同诉讼结果不具有法律上的利害关系。他们基于不同的原因参加诉讼,分别与人民法院产生审判法律关系,与当事人产生争讼法律关系,以协助人民法院和当事人查明案件事实。尽管在这一过程中其他诉讼参与人也依法享有诉讼权利和承担诉讼义务,但是他们实施的诉讼行为不能引起民事诉讼程序的发生、变更或消灭,因而,他们虽然是民事诉讼法律关系主体,但却不是诉讼主体。

2. 民事诉讼法律关系的内容。民事诉讼法律关系的内容,是指民事诉讼法律关系主体根据民事诉讼法律规范所享有的诉讼权利和承担的诉讼义务。所谓民事诉讼权利,是指民事诉讼法律规范所规定的民事诉讼法律关系主体所享有的实施一定诉讼行为的可能性。它表现为民事诉讼法律关系主体可以自己实施一定的诉讼行为,可以要求他人做出一定的诉讼行为,当该权利受到侵犯时,可以寻求相应的法律救济。所谓民事诉讼义务,是指民事诉讼法律规范所规定的

民事诉讼法律关系主体实施一定诉讼行为或者不实施一定行为的义务。

(1) 人民法院的诉讼权利和诉讼义务。人民法院的诉讼权利和诉讼义务是同行使国家审判权的职责结合在一起的。人民法院有权对民事案件进行审理和作出裁判,这既是其享有的诉讼权利,也是其对国家和当事人应当承担的诉讼义务。例如,听审当事人、接受当事人陈述、向当事人阐明有关事实和法律问题、实施诉讼状态所需要的诉讼行为等既是其诉讼权利也是其诉讼义务。

(2) 人民检察院的诉讼权利和诉讼义务。人民检察院的诉讼权利和诉讼义务的基础是法律监督权,这一权限在民事诉讼法律关系中具体化为抗诉权。这既是权利也是其作为国家法律监督机关应当履行的义务。

(3) 当事人的诉讼权利和诉讼义务。当事人是民事诉讼必不可缺的主体,其诉讼权利和诉讼义务的范围比较广泛。随着当事人程序主体地位的加强,其享有诉讼权利的范围将逐步拓展,民事诉讼法对其程序主体权的保障度也不断加强。

(4) 诉讼代理人的诉讼权利和诉讼义务。诉讼代理人的诉讼权利和诉讼义务是基于诉讼代理权而产生的,民事诉讼法法律规范赋予诉讼代理人与当事人相似的诉讼地位,因而他们与当事人的诉讼权利和诉讼义务基本相同。当然,未经特别授权的委托诉讼代理人除外。

(5) 其他诉讼参与人的诉讼权利和诉讼义务。其他诉讼参与人参加诉讼,既要与人民法院发生审判法律关系,又要与当事人发生争讼法律关系。为查明案情,他们必须配合人民法院的审判活动,也必须对当事人负责,如实反映案件事实或者协助当事人实现其权利。当然,诉讼参与人因其参与诉讼的身份不同,各自享有的诉讼权利和承担的诉讼义务也不相同。

3. 民事诉讼法律关系的客体。民事诉讼法律关系的客体,是指民事诉讼法律关系主体的诉讼权利和诉讼义务所指向的对象。大陆法系民事诉讼理论没有使用诉讼法律关系客体的概念,而有诉讼客体的概念,诉讼客体、审判对象、诉讼请求和诉讼标的在大陆法系民事诉讼理论中基本含义是相同的。可见,大陆法系诉讼客体与我国诉讼法律关系客体是不同的概念。民事诉讼法律关系主体之间存在着多种民事诉讼法律关系,各个主体所享有的诉讼权利和承担的诉讼义务也不尽相同,因而客体也有区别。

就法院与当事人之间以及各方当事人之间而言,诉讼法律关系的客体是案件事实和诉讼请求,即法院和当事人围绕着案件事实、证据是否真实和诉讼请求是否合法而行使诉讼权利和履行诉讼义务。法院、当事人分别与其他诉讼参与人之间法律关系的客体是案件事实,因为证人等其他参与人不是当事人,不能提出诉讼请求,仅为协助法院和当事人查明案件事实而参加诉讼。就起诉是否合

法、回避、诉讼期间顺延、管辖权异议、管辖合意、撤回起诉等所发生的民事诉讼法律关系,其客体显然不是案件(实体)事实或诉讼请求,而是程序上的事项。我国传统理论中,民事诉讼法法律关系客体,并不包括程序上的事项,仅限于案件的实体内容。这种认识可以被视为“重实体,轻程序”在民事诉讼领域或民事诉讼法律关系中的一种表现,也是受到私法一元观的影响。^①

(三) 引起民事诉讼法律关系发生、变更和消灭的法律事实

民事诉讼法律关系因具备民事诉讼法律规范所规定的法律事实而发生、变更和消灭。凡是能够引起民事诉讼法律关系产生、变更和消灭的事实,就称为诉讼上的法律事实。根据是否包含行为人的意志,民事诉讼上的法律事实大致可分为事件和诉讼行为。事件是指不以行为人的意志为转移的法律事实。如当事人死亡等。

诉讼行为是指民事诉讼主体所实施的能够引起一定的诉讼法上效果的行为。诉讼行为是民事诉讼上的主要法律事实。诉讼行为既包括作为和不作为,又包括合法行为和非法行为,都能产生一定的诉讼后果。不过合法行为能够产生行为人预期的效果,而非法行为则不能产生行为人预期的效果。

1. 法院的诉讼行为。法院的诉讼行为包括裁判行为、执行行为和其他行为。裁判行为是指法院依据审判权对本案当事人之间争议的实体上和程序上的权利义务纠纷作出归属性判断的行为,它是法院的主要诉讼行为。执行行为又称民事执行或强制执行,是指人民法院依照法定程序,运用国家司法执行权,迫使被执行人履行生效法律文书内容的诉讼行为。法院的其他诉讼行为包括诉讼指挥、在法定条件下调查收集证据行为、接受当事人诉讼行为等。诉讼指挥行为源于诉讼指挥权,是指法院主持和维持诉讼程序和执行程序有序进行的行为,包括指定期日、传唤当事人、送达诉讼文书等。

2. 当事人的诉讼行为。讨论当事人诉讼行为的概念,意义在于区别当事人的法律行为和诉讼行为,从而决定是适用民法上有关法律行为的规定还是适用民事诉讼法上有关诉讼行为的规定。对于当事人的诉讼行为,大陆法系一般分为取效性诉讼行为、与效性诉讼行为。

取效性诉讼行为无法单独直接获取其所要求的诉讼效果,必须借助法院相应的行为。例如,要求法院作出一定裁判的申请、被告以原告不适格为由请求法院驳回起诉、当事人向法院提出调查证据的申请等。当事人有关案件事实的主张和举证行为也属于取效性行为。取效性诉讼行为应向法院实施,法院应当调查取效性行为是否合法及有无理由。

^① 江伟主编:《民事诉讼法学》,复旦大学出版社2003年版,第67页。