

学校编码: 10384

分类号 _____ 密级 _____

学号: 200208057

UDC _____

学 位 论 文

民事“主管”制度的多重透视

Multi-perspective of Jurisdiction of Civil Case

廖桂琴

指导教师姓名: 李琦 教授

申请学位级别: 法学硕士

专业名称: 诉讼法学

论文提交日期: 2005年5月

论文答辩时间: 2005年 月

学位授予单位: 厦门大学

学位授予日期: 2005年 月

答辩委员会主席: _____

评 阅 人: _____

2005年 月

内容摘要

主管制度是法院行使审判权的重要前提，同时也是当事人行使自己的诉权，进行民事诉讼活动的基本保障。一个国家法治程度的高低与其法院主管范围的大小有着直接的关系，主管范围越宽，表明司法解纷功能越强。本文在对主管制度的基本理论加以梳理的基础上，比较分析各国民事主管范围之大小异同，总结出主管范围的应然状态，并以此作为改革和完善我国民事主管制度的进路，以正确界定我国民事主管的范围。全文由导言、正文、结语三个部分组成。

第一章概述主管制度的基本内容。首先对民事主管的概念进行诠释，其次阐明之所以设置民事主管制度的理论依据。可以说，民事主管制度对整个民事司法制度的正常运作起着举足轻重的作用。因此，各国均通过宪法对其予以保障。

第二章主要采用比较和分析归纳的研究方法，以世界上的三大法系（大陆法系、英美法系、社会主义法系）为考察对象，从管辖权的划分、民事主管的依据等方面对民事主管范围进行比较，可以清楚地看到三大法系的民事主管范围存在着较大的差异，英美法系的民事主管范围最为宽泛，大陆法系次之，社会主义法系的民事主管范围最狭窄。产生差异的根本原因主要是受不同的法律文化以及司法目的的影响。尽管存在着差异，但是三大法系都借鉴其他法系的相关作法，对各自的民事主管范围进行调整，以便更好地适应社会的需求。

第三章探讨了我国民事主管制度的现状。由于存在着诸多弊端，导致大量的民事纠纷不能寻求司法救济，使当事人的合法权益不能及时得到司法保护。因此，必须改革和完善民事主管制度，尽可能地扩大法院主管范围。

关键词：纠纷；民事主管；主管范围

ABSTRACT

The thesis discusses jurisdiction of civil case from three aspects: constitutional government, procedure law and comparative law. Jurisdiction actually relates to constitutional problem, so every country regulates it by constitution. If applies comparative methods to review jurisdiction of civil case, we can see the difference among the three legal systems in the world. According to analysis, the writer finds the real reasons of difference. When we turn to scan our country's jurisdiction of civil case, there exists many defects. If let it alone, it will damage whole judicial system.

So it is necessary to reform current Chinese jurisdiction of civil case. The thesis is made of three parts: preface, context, and conclusion.

Chapter I mainly summarize the basic content of jurisdiction of civil case. Firstly, explains the conception, secondly, elucidates two set-up basis of jurisdiction of civil case, one is due to exility of resource, the other relates to self-restraint character of judicial power. Jurisdiction of civil case takes important roles in the whole judicial system.

Chapter II is the core in the thesis. Although every country definitely regulates jurisdiction of civil case with constitution, compass of competency is different. With compared three law systems in the world, we can see that the area of jurisdiction in common-law system is biggest, continent-law system takes second place, the area in socialism law system is very strait. Why exists this difference? There are two reasons which engender above difference: Legal tradition, Intention of justice. Despite judicial limits is different, nowadays, three law systems change each jurisdiction of civil case in order to fit social need.

Chapter III In the legal practice, current Chinese civil jurisdiction has emerged some defects which badly affect the aim to establish legal state. So it's necessary to change it now. Therefore, the writer tries to give some approaches to reform Chinese civil jurisdiction.

Key Words: Conflict; Jurisdiction of civil case; Judicial limits.

厦门大学博硕士学位论文摘要库

目 录

导 言	1
第一章 主管制度的基本原理	3
一、“民事主管”释义	3
二、设置主管制度的理论依据	5
(一) 司法资源的有限性决定主管范围	6
(二) 国家的司法权与社会自治权的关系	7
三、主管制度的功能	8
(一) 构建宪政制度下的司法权	8
(二) 保证诉讼机制的正当性	9
四、民事主管范围的宪法保障	11
第二章 主管制度之比较	13
一、法院管辖权的划分	13
(一) 大陆法系	13
(二) 英美法系	14
(三) 社会主义法系	15
二、民事主管范围的依据	16
(一) 英美法系——纠纷的可司法性	17
(二) 大陆法系——诉之利益	18
(三) 社会主义法系	21
三、民事主管范围差异的成因分析	22
(一) 法律传统	23
(二) 司法目的	25

四、民事主管范围的变化与发展.....	27
第三章 我国民事主管制度之重构.....	29
一、我国民事主管制度的现状.....	29
二、当前我国民事主管存在的问题.....	30
（一）与宪政要求相违背.....	30
（二）主管制度的具体运作存在缺陷.....	32
三、问题的原因.....	33
（一）“国家权力本位思想”产生的制度性缺陷.....	33
（二）主管制度不适应社会转型的新需求.....	34
四、完善我国的民事主管制度.....	35
（一）完善我国民事主管制度应遵循的原则.....	35
（二）重构之具体途径.....	38
结 语.....	42
参考文献.....	44

CONTENTS

Preface	1
Chapter 1 The basic theory of jurisdiction of civil case	3
Subchapter 1 Conception of jurisdiction of civil case	3
Subchapter 2 Theoretical basis of jurisdiction	5
Section 1 Absence of the resource	6
Section 2 Relation between judicial power and autonomous authority	7
Subchapter 3 Function of jurisdiction	8
Section 1 Set up judicial power in the constitutional system	8
Section 2 Ensure justness of litigant mechanism	9
Subchapter 4 Constitutional guarantee of judicial limits	11
Chapter 2 Comparison of jurisdiction	13
Subchapter 1 Division of jurisdiction	13
Subchapter 2 Basis of judicial limits	16
Subchapter 3 Analyse reasons of differences of judicial limits	22
Section 1 Legal tradition	23
Section 2 Intention of justice	24
Subchapter 4 Change and adjust the jurisdiction of civil case	26
Chapter 3 Reform Chinese jurisdiction of civil case	29
Subchapter 1 Current Chinese jurisdiction of civil case	29
Subchapter 2 Existent problems in Chinese jurisdiction of civil case	30
Section 1 Violate the constitutional request	30
Section 2 Disadvantage in the legal practice	32
Subchapter 3 Reasons of problems	33
Section 1 Nationalism engenders institutional defect	33
Section 2 Jurisdiction of civil case doesn't adapt to social	

transformation	34
Subchapter 4 Reform Chinese jurisdiction of civil case	35
Section 1 Principles of reforming	35
Section 2 Approach of reforming	38
Conclusion	42
Bibliography.....	44

厦门大学博硕士论文摘要

导 言

由于情感恩怨、利益归属及价值取向等因素的存在，人类社会从其产生的那一天开始，便伴随着不同的冲突和纠纷。^①无论从纠纷的积极功能（促进社会整合与社会变迁^②）还是消极功能^③上说，纠纷都必须得到解决。事实上，在人类社会发展的任何阶段，也都建立了与之相适应的纠纷解决机制。而在多种纠纷解决机制中，由于司法提供了一种相对正当化的纠纷解决途径，因此，对现代社会而言，司法被认为是解决争端与讼案的最文明、最公正、最可信赖的机制。^④尽管如此，并不是所有的纠纷都能够通过司法解决，因为受社会资源的稀缺性、国家政治结构、司法权的自然属性等因素的制约，所产生的纠纷经过必须某种筛选机制之后才能被纳入到司法救济的范围，我们把这种筛选机制称为主管制度（或司法管辖制度）。限于研究的视角，本文主要探讨民事纠纷的主管制度，而基本上不述及行政性纠纷和其他根本性的社会纠纷（如宪法纠纷）的管辖问题。

主管制度是法院行使审判权的重要前提，同时也是当事人行使自己的诉权，进行民事诉讼活动的基本保障。合理确定法院主管范围，有利于充分发挥法院以及有关国家机关、社会团体等在处理民事纠纷方面的职能和作用，保证法院正确行使审判权，保护当事人的合法权益。但是由于我国现行《民事诉讼法》对主管制度的规定相当原则、难以操作、更无程序保障机制，在民事司法运作中已经逐渐暴露出严重的问题。例如，主管范围

^① 李祖军. 民事诉讼目的论[M]. 北京: 法律出版社, 2000. 24.

^② 科塞对冲突的积极功能的论述, 他认为社会单位之间的通过低暴力、高频度的冲突会使社会整体的整合度和适应外部环境的能力得到提高和增强。科塞. 社会冲突的功能[M]. 孙立平等译. 北京: 华夏出版社, 1988. 17—183.

^③ 社会冲突意味着对该社会既有制度、秩序以及主流道德意识原则的损害, 都意味着社会运行的某一局部的非正常状态。顾培东. 社会冲突与诉讼机制[M]. 成都: 四川人民出版社, 1991. 18.

^④ 王人博, 程燎原. 法治论[M]. 济南: 山东人民出版社, 1991. 241.

的狭窄导致很多应当由法院解决的纠纷被排除在法院大门之外，难以充分发挥司法的解纷功能，成为实现当事人诉权的障碍。产生这些问题的主要原因在于主管制度的设立很大程度上受到国家本位主义思想和计划经济体制的影响，随着经济、政治体制的改革，主管制度已经不适应社会的发展。主管问题可以说是民事诉讼程序的大门，理应成为司法改革的一项基本内容，然而在司法改革进行得如火如荼的今天，法院民事主管从宏观到微观的制度构建却尚未得到重视，不可不谓之是一极大的缺陷。笔者受知识和能力的局限，只能对主管制度中的理论和实践问题做一些粗浅的思考，简要论述设立民事主管制度的基本原理，进而从比较法的角度，通过考察不同国家对民事主管制度的规定，借鉴域外法的相关内容，改革和完善我国民事主管制度，以期成为我国社会法治化进程中的一个新的突破口。

第一章 主管制度的基本原理

一、“民事主管”释义

“主管”通常是指负有主要责任的管理机构或人员。用在法律方面，特指国家机关、社会团体依照法律规定行使职权和履行职责的范围和权限。民事主管制度包括民事案件主管和民事诉讼主管两个方面。民事案件主管是从解决民事纠纷的整个程序制度的视角宏观考察主管制度，指国家机关和社会团体排他性地享有解决特定民事案件的职能，所要关注的问题是某些民事案件应由哪个国家机关来处理，它是确定各种国家机关、社会团体在解决民事纠纷中的职权范围和权限的制度。民事诉讼主管是从解决民事纠纷的审判制度的独特视角研究主管制度，是指行使国家审判职能的法院排他性地解决民事纠纷，所要解决的问题是哪些纠纷应归法院处理，哪些纠纷不归法院处理，它是确定法院与其他国家机关、社会团体之间解决民事纠纷的职权范围和权限的制度。

翻开各国的民事诉讼法，除了能在社会主义国家的民事诉讼法中找到“主管”的字样，在西方国家的民诉立法与民诉理论中，不存在“主管”这一概念。法院对于具体案件的主管是由多个维度的管辖权概念和制度共同构成和界定的，比如事项管辖权、地域管辖权、职能管辖权等等。比如，在美国民事诉讼法中，*jurisdiction*被译为司法权、审判权或管辖权，三种译本是等义概念。在法国和德国等大陆法系诉讼法中，也没有主管制度，而是由事项管辖权和职能管辖权制度来调整法院司法权范围问题。^①社会

^① 傅郁林. 修订我国民事诉讼法的基本思路[上][EB/OL].

<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=18530>, 2004-10-15.

主义国家在民事诉讼法中之所以专门规定“主管”制度，是有着深刻的原因的（本文在第二章将作进一步探讨，此处不再赘述）。虽然社会主义国家的宪法都规定民事审判权由法院独立行使，但是实际上，民事案件的审判权不仅由法院行使，还交由其他争议解决机构行使。这很容易造成法院与这些争议解决机构之间就民事主管权发生冲突。为此，法律必须对法院与其他国家机构主管民事争议的关系作出规定。比如，法律明确规定了法院与仲裁机构解决民事案件的权限范围。^①这是因为社会主义国家的仲裁机构具有浓厚的行政性质，与一般意义上的自治的仲裁机构性质不同。法院外机构不仅与法院共享民事审判权，而且法院审理民事案件的权限还被相当程度地压缩，而法院外机构解决民事争议的权限则很大程度地被扩大。虽然世界上其他国家在法院外也存在着民间运作的机构来解决纠纷，如ADR机构，但是与社会主义国家有着本质的区别，这些机构所承担的解决社会纠纷或准司法的功能，其目的是尝试使用各种方式对小额纠纷或特别纠纷存在的权利实现廉价而迅速的保护，它们不行使民事审判权，只有法院才是民事审判权的唯一主体。^②

随着我国社会主义革命的胜利，全盘引进苏联的法学理论，民事主管这一概念及其相关理论也就自然引进了我国民事诉讼法学的范围。所不同的是，我国在民事诉讼法中并未就主管进行单列，“主管”一词也并未在民诉立法中直接体现，只不过是我国民事诉讼法学理论中的一个概念。但是在司法实践中，“主管”却占据了极其重要的位置。笔者认为“主管”的用法并不规范。因为：其一，“主管”不是真正的法律术语；其二，“主

^① 社会主义国家划分法院与仲裁机构之间的民事主管权限，主要有三种方式：（1）先仲裁后审判，仲裁是审判前的必经程序。罗马尼亚《民事诉讼法》规定，企业、机关之间发生的民事争议，不服国家仲裁委员会裁决提起的诉讼，由州法院审理。（2）当事人只能就仲裁或审判选择其一。选定仲裁后不得再向法院起诉，选定法院审判后不得再提交仲裁机关仲裁。（3）某些民事争议由仲裁机关或其它组织主管。

^② 陈刚. 社会主义民法简读——沿革、诉讼主体及证据制度[M]. 北京：法律出版社，2001. 69—70.

管”融入了较强的行政管理色彩，给人一种“能动”的意味，^①这与司法机关管辖民事纠纷的特点在于它的被动性这一性质不符合。之所以本文仍使用“主管”一词，主要是因为它已经为大多数人所熟知，再加上本文的写作是以改革和完善我国的民事主管制度为目的，为了保障文章用语的整体性和便于采用比较法的方法，因此，视“主管”等同于“司法管辖权”或“法院管辖权”。

二、设置主管制度的理论依据

正如法谚所云：“无救济则无权利”（A right without remedy is not a right）。如果权利受到侵害，而被侵权者根本无法诉诸司法裁判机构，也无法获得任何有效的司法救济的话，那么，该权利的存在是毫无意义。进一步而言，按照社会契约论的观点，公民既然转让了私力救济的权利，就理应获得国家提供公力救济的权利。正如第洛克勋爵（Lord Diplock）所言：“每一个文明的政治体制都要求，国家应该向所有的社会成员提供公正的、和平的纠纷解决方式以解决他们之间的权利纠纷。这个方式就是法院诉讼。每一个社会成员在其法定或衡平权利受到侵害时，都有权作为原告要求法院给以相应的救济。”^②从应然的角度来看，只要存在着社会冲突和利益纠纷，都可以通过司法解决。然而，法院并不能解决所有的社会冲突和利益纠纷，这就使得纠纷在进入诉讼之前必须经过筛选，这种筛选机制我们称之为主管制度。任何一种制度的设立都有基本的法理，主管制度也不例外。

^① 哈里·爱德华兹. 爱德华兹集[C]. 傅郁林等译评. 北京: 法律出版社, 2003. 105-106.

^② Bremer v. South India Shipping Corporation Ltd.(1981)A.C.909,917. 转引自齐树洁. 英国民事司法改革[M]. 北京: 北京大学出版社, 2004. 4.

（一）司法资源的有限性决定主管范围

资源的有限性决定了纠纷是一种普遍存在的社会现象。为了解决纠纷，人类一直在尝试不同的纠纷解决办法，如同态复仇、决斗、协商、仲裁等等。专门的司法机关与诉讼机制的出现，可以说是争议解决机制的一次飞跃。^①不过，不论诉讼机制如何发达，它不能也不宜解决所有的争议，同样也是因为资源有限性的原因。如果我们把解决纠纷作为一种特殊的公共服务产品，那么政府必须为公众提供这类公共服务。而任何一种公共服务产品的提供都是需要政府为之付出一定程度的成本，尽管有时作为受益者的私人也须为此支付一定的费用，比如当事人需支付一定的诉讼费，但是，就整体而言，政府在公共服务产品上所承担的义务是主要的。由于资源的稀缺性，包括政府财政在内的社会资源总是呈现出某种稀缺性，于是，政府总是会力求在各公共物品的提供之间谋求一定的平衡。那么，在社会资源总量不变这一前提下，政府对某一方面公共物品（包括执行司法职能的法院）方面的投入不可能过多地倾斜，或者在该过程中不能过多的浪费，否则便会影响公众其他方面的应有福利，由此损害社会需求结构的总体平衡。因此，社会公众对诉讼制度的利用不可能是无限制的。作为这种认识的结果，尽管司法权的行使以当事人诉权的行使为前提，但并非所有的争议都能够凭借主体的起诉行为而进入到公力救济的领域，而是在制度上预先设置一道关口，使得那些符合某种要求的诉讼请求才能获得法院的受理。换言之，对于诉讼制度的利用者，或者说国家所提供的此种公共服务产品的受益人——当事人而言，除了在经济上理所当然地为此付出一定的成本之外，最重要的是必须保证其诉讼请求本身具有一种特质，从而使得该请求能够得到国家的司法裁判，否则，该请求将会被拒之于司法救济的

^① 周汉华. 分拆司法——有益的尝试[EB/OL].

http://www.legaldaily.com.cn/bm/2003-08/28/content_45195.htm, 2003-08-28.

大门之外。^①

(二) 国家的司法权与社会自治权的关系

主管范围的有限性除了受制于司法资源的有限性外，还受制于司法的自我克制的品性。虽然国家垄断暴力，却仍旧给社会留有适当的自治空间。主管范围实质上划分出国家司法权与社会自治权之间的界线，是国家对市民社会的一种尊重。社会自治权是指人民在将必要的权力交给国家后，由自己保留行使的权利，它的基础是个人自治权。^②因此，社会自治权具有独立于国家权力的地位，它不是国家权力的附庸或延伸，更不是国家权力的组成部分。社会自治权的存在使得许多具有自治属性的自治组织如各种行业团体逐步建立起来，是自治组织得以生存和活动的前提。自治组织和团体的内部活动和管理具有高度的自治性质，其内部决定在得到法律的“尊重”后，在一定范围之外排除国家司法权的干预。因为司法权作为国家权力之一，毕竟属于一种公权力，私法自治要求国家的职责定位于保障个人的财产和契约自由的权利，只有在私人向国家求助的情况下，才能启动司法权。同样，司法权也必须尊重自治组织的这种自治特征，不得随意干预自治组织的具体运作方式和活动方式。如果司法权不加限制地侵入自治组织的具体事务可能会危及自治组织的存在根基。为维护自治权，对于自治组织内部所发生的争议，包括成员之间的纠纷与不服从处罚的纠纷，应首先通过内部裁决程序解决。

国家司法权介入社会自治权应限制在以下两个方面：一是介入的事务范围（广度），司法权只应介入其“确有必要”介入的自治事务。何为“确

^① 常怡，黄娟。司法裁判供给中的利益衡量：一种诉的利益观[J]。中国法学，2003，(4)：79—88。

^② 个人自治权是一种自己决定权，即“个人的事情，公权力不得干涉而由自己决定”的权利。一个人之所以拥有“自己决定权”是因为，一个理性人都具有独立的人格，对自己的行为和利益具有独立的判断能力与决策能力，每一个人都是自己利益最大化的最佳判断者和决策者。

有必要”，则应视不同社会发展阶段的具体情况而定。但从总体上来说，对司法权介入自治事务的范围不宜作太多的限制，因为相对于国家行政权的介入而言，司法权的介入是事后性的，且有较为严格的程序控制，其非法侵害自治权的可能性较少，而其对自治组织成员的权利进行救济的力度却是其它救济方式难以比拟的。二是介入的时机，只有当自治权的行使发生异化或变形时，例如出现自治权被滥用而存在法外运作的情况，或自治组织将不属于自治范围的事务纳入自治权行使的对象，或以自治权为借口侵害国家、集体和公民的合法利益时，国家司法权才能获得干预自治权以行使司法救济的正当目的。

三、主管制度的功能

在社会科学中，功能的基本涵义是指一定组织或体系所发挥的作用，以及为发挥作用而应完成的一整套任务、活动或职责。^①主管制度功能的正常发挥，是整个司法体制发挥其应有作用的根本保障。

（一）构建宪政制度下的司法权

在宪政条件下，无论是个人之间的争议，还是个人与国家之间的争议，其最后的裁判权都只有诉诸司法机关断定。这意味着只有司法权的独立行使才能使司法担负起利用国家权力处理社会纠纷的职责。如果说宪政制度为司法权独立成为可能提供了条件，那么主管制度则是把这种可能变为现实的途径。主管制度通过设置司法权的边界，为司法权创造了必要的自治空间。主管范围不仅确立了司法权的独立范围，而且在协调司法与其他权力之间的关系以及司法自身的体制与程序方面提供稳定的保障，从而

^① 莫里斯·迪韦尔热，政治社会学——政治学要素，杨祖功等译，北京：华夏出版社，1987，180。

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

廈門大學博碩士論文摘要庫