



烟台大学《三元法学文丛》

民事令状研究

MINSHI
LINGZHUANG YANJIU

陈 浩 著



中国政法大学出版社




烟台大学《三元法学文丛》

民事令状研究

MINSHI
LINGZHUANG YANJIU

陈浩 著



 中国政法大学出版社

2015·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

民事令状研究/陈浩著. —北京：中国政法大学出版社，2015. 10
ISBN 978-7-5620-6376-6

I. ①民… II. ①陈… III. ①民法-研究 IV. ①D913.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第243095号

出版者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮 箱 fadapress@163.com
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话 010-58908435(第一编辑部) 58908334(邮购部)
承 印 北京华正印刷有限公司
开 本 880mm × 1230mm 1/32
印 张 8
字 数 208 千字
版 次 2015 年 10 月第 1 版
印 次 2015 年 10 月第 1 次印刷
定 价 32.00 元

烟台大学法学院（三元法学文丛）学术著作出版资助

序

民事令状这一新型法律概念的出现打破了我国传统民事诉讼法学中民事判决、民事裁定、民事决定“三元”法院文书鼎足而立的既存态势，而且，对于系统梳理、规范整合目前我国民事诉讼立法中仍以令、票、通知书等文种样式分立设置的规模庞大、形式多元的行为给付类法院强制命令亦具有促进意义。民事令状作为法院向各式民事诉讼参与人广泛制发的要求其作出一定行为或不得作出一定行为的书面命令，与判决、裁定、决定一起构成了民事诉讼法院文书的基本范畴，由此，其基础地位不言而喻，而更鉴于民事令状相比其他传统法院文书，在客观范畴、构词方式、适用阶段、历史起源等层面所彰显的极为不同的集合式、偏正式、复合化、舶来型等天然属性，针对其开展概念严谨、类型全面、层级明晰、体系完整的一次理论新探与制度深析实为民事令状个体完善及法院文书整体明晰双重因素内外合力的结果，由此，该项研究具有较为突出的学术价值。

作者选择民事令状以作制度性探讨，部分肇因于该课题所需的独特思维方式与理论视角。民事令状，隶属于司法令状，皆不同于理论界及实务界当前已然频繁涉足且成果较丰的就普通法层面原始令状以及侦查令状、令状主义、令状原则、检察令状等课题所作的既有研究，法院广泛面向诉讼参加人制发的“必为性”和“禁为

性”书面命令才为其异于其他令状类法律概念的核心意旨。追本溯源，“令”、“状”在我国依次经历了分立适用与合并适用两个相异历史时期，作为合成词使用的“令状”，在我国法律科学领域的首次现身通常被认为始于清末，经作者考证，我国清代学者在对日本《治罪法》翻译时经由同一日文汉字而将“令状”直接移植，可视为该词汇较早由域外至域内的重要史实。此外，民事令状践行的秩序、效率、自由、正义等法律价值极具个体特征，这进一步使民事令状的独立研究尤为必要，两大法系民事令状的类型甄别以及包括民事令状在内的民事诉讼各式法院文书之间的特征勘校共同成就了本书极富价值的比较研究。民事令状类型庞杂，以域内为视野，可囊括令、票、通知书等多个次级概念；以域外为视野，其下则多并列而置诸如 Writ 本族令状、Summon 族令状、Warrant 族令状、Injunction 族令状等多个族系的下位概念。世界范围内两大法系民事令状完整样态的列举式探讨为我们尽力呈现了民事令状类型的全然样貌之后，依照具体内容、行为客体、适用阶段、适用对象相异而对民事令状所作的更为条理性的模块式分析又终将民事令状更具价值的分类研究引向深入。

正如美国著名法理学家罗纳德·德沃金所言：“法律是一种不断完善的实践。”探析理论的建立过程以最终理论的构建为方向。我国民事令状领域当前的理论研究及司法实践主要集中于个体层面，以针对证据调查令、人身保护令、敦促执行通知书、禁止规避执行通知书等具体微观意义上的分项研究为主，宏观角度的体系完善和全面构建亟待进行。正基于此，本书结尾处针对民事令状的概念称谓、类型设计、效力配置、救济机制等方面所作的未来发展路径的整体探究可谓提供了些许制度层面的理论创新。

笔者

2015年8月20日于有园

目 录

第一章 导论	1
一、研究背景及研究价值	1
(一) 研究背景	1
(二) 研究价值	5
二、国内外研究述略及研究方法	8
(一) 国外研究概况	8
(二) 国内研究概况	11
(三) 研究方法概览	13
三、研究框架及理论创新	19
(一) 研究框架	19
(二) 理论创新	21
第二章 民事令状基础研究	24
一、民事令状化约论	24
(一) 令状	26
(二) 民事令状	40
二、民事令状认识论	46
(一) 民事令状的种类	47
(二) 民事令状的分类	74
第三章 民事令状价值研究	88

一、民事令状秩序价值	88
二、民事令状效率价值	94
三、民事令状自由价值	100
四、民事令状正义价值	104
第四章 民事令状比较研究	109
一、民事令状比较研究（一）——以两大法系为角度	111
（一）英美法系民事令状	111
（二）大陆法系民事令状	127
（三）两大法系民事令状比较分析	137
二、民事令状比较研究（二）——以民事诉讼为角度	157
（一）考辨一：民事令状与民事判决	159
（二）考辨二：民事令状与民事裁定	170
（三）考辨三：民事令状与民事决定	181
第五章 民事令状完善研究	188
一、我国民事令状制度构建的可行性研究与必要性研究	189
（一）民事令状制度构建的可行性研究	189
（二）民事令状制度构建的必要性研究	199
二、我国民事令状制度构建的路径分析	203
（一）民事令状的称谓选择	203
（二）民事令状的类型设计	208
（三）民事令状的效力配置	223
（四）民事令状的救济程序	231
参考文献	242
后记	251

第一章 导 论

一、研究背景及研究价值

(一) 研究背景

令状, Writ, 拉丁文为 Breve, 为诉讼法学中一个极重要的集合式、基础型、复合型的法律概念。法院令状为法院“行为给付类书面命令”的总称, 在三大诉讼法中皆有分布。作为一种与判决书、裁定书、决定书等传统法院文书相并列的较新颖的文种形式, 其客观范围并不可谓狭窄。仅在我国大陆地区, 即可涵盖诉讼整个过程中由法院制发而向各类诉讼参与人送达的“令”、“票”、“通知书”等多类法院文书样式。近年来, 法院令状在民事诉讼领域中的司法试点及实践效果不断增强。故此, 本书先以宏观的“令状”概念作引, 而后, 不断细化拓展至民事诉讼这一特定领域以作更具微观意义的“民事令状”方面的专项理论探讨, 这一渐进型写作脉络的最终敲定不仅基于读者对民事令状这一课题体系性认识的便利度, 更重要的是彰显了本书“民事令状”这一选题独特的历史背景与时代背景。

1. 选题之历史背景

社会科学领域, 理论研究品格的提升无不以历史渊源的明晰为必然之前提, 而令状、民事令状相较其他法律概念而言, 其历史发展的复杂性则更为明晰历史背景的理论需求增加了砝码。

(1) 史可为“鉴”，“溯其渊源，览其清浊”^{〔1〕}，悠久的历史、丰富的文献向来是学术研究不可或缺的必备要素和前提基础，判断某一理论体系正确与否需要在其是否具有规律性、稳定性和可操作性等方面长期评估，而判断某一学说观点正确与否亦需在其是否皆备周延性、普适性和可验性等方面进行反复论证，因此，由时间累聚而成的这方历史的“宝鉴”已成为检验社会科学成果是否具备真理性的一大利器。具体到程序法之中，在令状领域，大陆法系中，起源于古罗马时期的“令状”（Interdictum）制度至今仍具影响；英美法系中，肇始于盎格鲁·撒克逊时期的现代令状（Writ）制度虽几经变迁却犹具生命力。仅凭此两点，我们对令状以及民事令状进行专题研究的历史意义便已然初现：两种起源不同、旨要各异、源远流长的令状制度亟待甄别。

(2) 史亦为“剑”，社会科学的发展通常体现为在始点与终点间渐臻完善的螺旋式前进的过程，相较自然科学，时间洪流衍生而来的“模糊效应”（Blurring Effect）更易在社会科学领域将事实遮蔽、将真相湮没，历史之镜在客观反映真相的同时亦会将历史真相周围围绕的经年尘埃反射出来，因此，围绕目前实体或程序意义多层面混用的令状制度，作为研究者的我们无疑必须要承担起条分缕析、拨乱反正、还原史实的责任，通过认真考证和周延推理以从历史的故纸堆中获取真相、辨出真伪、仗剑直言，可以说，对历史源起的深入查找能够更加明晰地直指理论学说的原始意旨和核心价值，对原发动机的耐心寻觅有助于更为精确地澄清理论学说的基础立意和创设意图，还原历史的本来面目才是彻底斩断讹传之谬误的最优选择，而上述结论无疑在尤具多元学说之流变、悠久历史之渊源的民事令状领域体现得尤其明显。正基于此，杜绝 Interdictum 和 Writ 两大令状概念的混乱使用、明确三大诉讼法之中令状的各自侧重与

〔1〕 陈寿：《三国志》，裴松之注，中华书局2006年版，第360页。

具体差别、尝试抛弃每谈令状则必谈诉权的普通法思维、改变我国目前将令状概念普遍等同为刑事令状进而再将刑事令状概念与权力制衡的“令状主义”进行捆绑研究的惯性思路等现象的紧迫意义才得以全面显现，因此，可以说，斩除令状及民事令状在漫长的历史演进过程中陆续衍生并比附在身的卷藤与棘刺对于快速构建起完整、科学的民事令状制度而言极具价值。

2. 选题之时代背景

2015年7月6日，最高人民法院审判委员会第1657次会议通过了《关于修改〈最高人民法院关于限制被执行人高消费的若干规定〉的决定》，限制高消费令等民事令状的“作用域”进一步扩大，修正后的《最高人民法院关于限制被执行人高消费及有关消费的若干规定》2015年7月22日起实施，对于拒不执行生效法律文书的被执行人等施以限制的消费行为扩展至其他“非生活和工作必需的消费行为”，而不再仅局限于挥霍型与奢侈型消费等高消费行为。任何科学的发展绝不是闭门造车，时代需求往往在特定时期尤其具有引导意义并因此成为“风向标”或“指挥棒”。在这一方面，法律科学领域尤其如此，每项进步无不得益于法学自身要求及与社会需求的双重推动。目前，在民事令状领域，理论研究与立法规制皆相对薄弱、亟待完善。理论层面，国内以民事令状为题或以民事令状为主要内容的研究成果、文献资料相对匮乏；而立法层面，各式法律法规之中更是难觅以“民事令状”这一集合概念将法院的各式令、票、通知书做统一囊括而将法院文书做统一整体规制的立法先例。而对比理论发展、立法规划的谨慎、“矜持”，民事令状的司法实践及实务探索着实走在了前端，我国各地及各级法院在该领域广泛进行了以证据调查令、人身保护令、不得规避执行通知书、督促履行通知书等为代表的多元创新及新型探索。目前，在我国民事令状领域，实务探索与理论研究间的强弱对比、司法实践与立法规模间的前后落差日益明显，其所呈现出的不平衡与不协调共同成就了尽快

开展民事令状专题研究的时代背景。2012年8月31日，第十一届全国人大常委会第二十八次会议通过了《民事诉讼法》进行再次修改的决定，民事诉讼法的此次全面修改亮点纷呈，诚信原则、检察监督、恶意诉讼、逾期举证、电子证据、小额诉讼等长期牵动民心的焦点问题均获立法，既注重对传统争讼程序的调整和完善又重视对非讼程序的修正与梳理成为本次修法的独到之处。在民事令状领域，《民事诉讼法》进行的变动与修正虽数量不多但甚为惹眼，该法对督促程序的支付令异议机制大幅变革，修改后的《民事诉讼法》第217条创设了督促程序与诉讼程序的直接衔接机制：“人民法院收到债务人提出的书面异议后，经审查，异议成立的，应当裁定终结督促程序，支付令自行失效。支付令失效的，转入诉讼程序，但申请支付令的一方当事人不同意提起诉讼的除外。”基于此，支付令这一民事令状在司法实践中的实际效果获得大幅提升。统揽而言，经过多年试点及探索，令、票、通知书这一民事令状体系的科学性已获基本证成，在此基础上，全国各级各地法院还着重从司法实务操作的具体层面对民事令状系统着手创新，民事令状的类型不断丰富，民事令状的作用范围极大扩展：已由传统的执行程序分布推广到了诉前程序、审理程序，例如诉前程序、审理程序中证据调查令这类民事令状的试点。已从早期的特别程序扩展到了通常程序，例如通常程序中人身保护令这类民事令状的试点。但如英国著名学者梅因所言：“社会的需要和社会的意见常常或多或少地走在法律的前面。”^{〔1〕}目前，我国民事令状立法的规模与质量均显然滞后，无法满足司法实务的具体需求。故此，民事令状实践先行于立法、实务先行于理论的现状共同造就了完成一次概念严谨、层次明晰、类型全面、体系完整的民事令状专项研究的时代动因。

〔1〕〔英〕梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆2011年版，第17页。

（二）研究价值

以“民事令状研究”为题，渐次开展民事令状的概念论证、特点归纳、渊源回顾、体系总结，具有独到的开拓意义。“民事令状研究”直面目前世界范围内各国令状研究中“过量采用”普通法思维以及过于拘泥于刑事诉讼领域的现实不足，试图完成民事令状在程序法角度这一独特视角的体系性构建与制度性创新，具有突出的学术价值。详言之：

首先，意在填补理论空白。无论是仅以我国为客观范畴的国别考察，还是在世界各国更为宏观的范畴内的普遍考证，目前，民事令状、行政令状、刑事令状三大领域诉讼令状的理论考证与学术探讨均严重失衡，刑事令状研究成果相较丰富，其他领域令状的理论研讨则相形见绌。民事令状、行政令状与刑事令状不完全等同，民事令状与刑事令状的差别则更显突出：①在内容层面，民事令状的主要内容为指令受送达人为一定行为或者禁为一定行为，刑事令状除上述内容之外，更涉及传统令状主义所要求的平衡机制（例如法院发布逮捕令状）以兼顾犯罪嫌疑人之人权以及侦查机关之侦查权等内容；②在主体层面，民事令状并不以侦查机构这一主体为制发对象，而刑事令状则不同，需涉及以侦查机构为制发对象的令状形式；③在适用阶段层面，广义而言，刑事令状和民事令状均可适用于诉前、诉中和诉后，但比较来说，刑事令状在诉前侦查阶段的适用更加突出，而民事令状则通常会更为集中地分布于诉中审前准备及审理阶段以及诉后执行阶段；④在类型设置层面，鉴于民事令状随附于普通民众财产权争议与人身权争议的审理及执行的各个环节，因此，相较刑事令状，更易受到社会现实及时代需求的影响，民事令状的种类更为多元、更新速度更为迅速。因此，三大诉讼法基本法理的不同使得任何一种诉讼令状的研究成果均无法通过简单置换而直接适用于其他领域。2012年10月1日，作者曾以“民事令状”、“民事诉讼令状”为题名特征在中国知网中国学术文献网络出

版总库中分别进行了精确检索和模糊检索，检索后均显示“没有检索到符合条件的结果”，随后，作者又选择“令状”作为题名特征进行精确检索，在检索结果的诉讼法与司法制度学科组中所获文献数量仅为52篇，其中，18篇专门针对的是刑事令状，而剩余则多涉及司法令状、令状主义、令状原则、检察令状等更为宏观的问题，竟未有一篇为专门针对民事令状的专题性研究。2015年8月5日，作者再以“民事令状”和“民事诉讼令状”为题名特征在中国知网中国学术文献网络出版总库中进行精确和模糊检索，检索结果依然显示“没有检索到符合条件的结果”。由此可见，本书选择民事令状进行深度挖掘及体系探讨具有填补民事令状学术研究空白的理论价值。

其次，意在指导司法实践。世界范围内，两大法系中，令状价值均堪称显著：英美法系中，令状从根本上促进了普通法的形成，“令状的统治即法的统治”^{〔1〕}，王室法院通过令状启动具体诉讼，并在依据当地习惯以对案件作出判决的实践积累中促进了普通法的形成；而在大陆法系中，更多的情况下，令状是一种与法院判决、裁定、决定相并列的文书样式。相较之下，此类文书拥有更为丰富的表现形式，其在快速实现债权人权利、平衡双方当事人诉讼能力、公示诉讼时间及流程、督促当事人履行诉讼义务等方面均拥有其他法院文书难以比拟的显著优势。然而，实践欠缺理论的先行引导现象却在民事令状领域相对突出。目前，在我国，民事令状如火如荼的试点、探索与该领域极其缺乏理论指导及立法规制的现状相映成趣：一方面，全国各地法院积极进行民事令状的创新与改革，试图通过证据调查令、人身保护令、探视令、敦促执行令、禁止规避执行通知书等新型法院文书的试点尝试赋予诉讼当事人更为细致的权

〔1〕 项焱、张烁：“英国法治的基石——令状制度”，载《法学评论》2004年第1期，第118页。

利保障，树立法院更加中立的裁判形象，恢复公力救济原本的强制色彩；然而，另一方面，各地法院的上述试点却多各有规则、自成一系，由于缺乏统一的指导而亟待规范，各地法院在借鉴国内外先进经验基础上所创制的新型令状普遍在格式、内容、效力、编号、救济途径等方面存在诸多差异，这样的实务现状不仅使理应最具规范意义的诉讼法科学在实践操作中丧失了统一性与权威性，而且，民事令状过分“自由”的实务现状亦与我国中国特色社会主义法律体系已宣告完成的法治阶段并不相称。立法的完善是权威指导司法实践的最优路径，2015年3月15日修订的《立法法》第8条规定：“下列事项只能制定法律：……⑩诉讼和仲裁制度；……”因此，民事令状作为一种制度的考量，其创设权力理应直接归属于全国人民代表大会及其常务委员会。正所谓立法是实务探索成功的最终归宿，立法是理论研究成熟的最佳标志，民事令状的最终完善亦必须最终落脚于程序基本法的立法规范上。然而，鉴于目前我国民事令状体系的创设正处于发育期，民事令状的制度构建正处于起步阶段，因此，先行发挥学理探讨对于法律实践的指导作用，完成两大法系视野下民事令状的脉络性梳理和系统性分析才能为我国民事令状的司法实践储备较为丰富的国内外立法例资料，提供较为全面的理论指导，以此为基础，也才具有日后将相关理论成果进一步升华为立法规范的可能性。

此外，以民事令状为客观对象的专题研究和系统分析亦能有效促进我国民事诉讼法及民事诉讼法学的国际化发展。近年来，响应时代的需求，我国于2007年和2012年分别对《民事诉讼法》进行了部分修改和全面修改。两次修法中，民事诉讼法的现代化和国际化趋势明显。对于这一点，一审终审制度的创设、立案分流机制的设置、检察监督力度的强化、小额及公益诉讼的引入等均为典型例证。其中，国际化趋势尤其值得关注，于两大法系的不同国家及地区，“为了适应社会和诉讼的新情况，着手改革不合时宜的民事诉讼

制度，其中包括相互吸收和借鉴对方的长处，从而在整个法律领域包括民事诉讼法领域出现了趋同的态势”〔1〕，在此前提下，借鉴国外较成熟的令状制度，整合我国现行《民事诉讼法》当中分散设置的令、票、通知书等各类法院强制行为给付命令文书，将为我国与其他国家的民事诉讼法以及民事诉讼法学的交流提供一个崭新的连接点，开拓一个新型的对话通道。如2012年修改后的《民事诉讼法》第217条所设计的督促程序因债务人异议成立而终结之后的自动衔接诉讼程序机制就是部分吸纳国外立法例之合理因素的结果：在韩国，债务人在督促程序中提出的异议成立的，“则视为于债权人提出支付命令申请时提起了诉讼，案件将转入普通诉讼程序进行审理”〔2〕；而依日本法律，督促异议的申述一经债务人提起，便视为向发出该督促支付令的法院书记官的所属的简易法院或管辖该简易法院的地方法院提出了诉讼〔3〕。因此，促进我国民事诉讼法以及民事诉讼法学的国际化发展成为作者确定民事令状为该书选题的又一重要价值考虑。

二、国内外研究述略及研究方法

（一）国外研究概况

国外民事令状的相关研究成果相较丰富，但是，却存在明显的国别性、多源性特点。不同国家对于令状以及民事令状的历史起源、概念特征、类型分类、法律效力的认识往往迥然不同，而即便在同一国家，不同历史时期的令状及民事令状的相关研究也多拥有与各自历史时期相对应的差异化重心及侧重点。换言之，相对而言，国

〔1〕 耶明：“民事诉讼法的发展趋势”，载《法学杂志》2003年第2期，第21页。

〔2〕 [韩]孙汉琦：《韩国民事诉讼法导论》，陶建国、朴明姬译，中国法制出版社2010年版，第526页。

〔3〕 参见[日]中村英郎：《新民事诉讼法讲义》，陈刚、林剑锋、郭美松译，法律出版社2001年版，第305页。

外民事令状的相关研究呈现出较强的阶段化、多元性特点。

以英国为例，正如我国学者萧瀚所做的评价：“要了解英国普通法的历史，如果不了解令状制度，将是不可能的。”〔1〕现代意义的令状概念可谓源自英国，13世纪衡平法出现前，在英国普通法的创立及发展过程中，令状一直被作为一种王室司法管辖的启动机制而获广泛适用，没有国王令状，对方当事人可保有不受随意司法干扰的权利，对此，英国著名法学家密尔松曾依具体案例指出：“没有国王的令状，不能强迫任何人回答有关其自由保有的土地出庭答辩。”〔2〕因此，令状成为国王法院彰显其管辖权范围的重要标志，英国司法系统内部各类法院、各级法院之间管辖权的划分也随着令状种类的不断增长而日益完善。而在启动国王法院审理的原始令状历史时期结束之后，英国令状制度的发展亦渐如其他国家一样愈发开始向更侧重于行为给付命令的司法令状阶段过渡。故此，英国学术界对于令状、民事令状的研究可谓源远流长，相较其他国家，其内容也更为全面和深入。具体说来：首先，中世纪时期，令状及民事令状的数量不断增长，在该领域的众多研究成果中，被称为“最古老、最权威的普通法著作”、“中世纪普通法基础”的《令状方式集》可谓当时关于令状及民事令状著述的集大成者；其次，17、18世纪以来，包括布莱克斯通、梅因、波洛克以及梅特兰等在内的众多英国近代法学家对令状、民事令状均曾进行过深入研究，其中，有“英国法制史上的汉马克拉维”之称的著名法学家梅特兰在其名著《衡平法及普通法程式诉讼两大系列讲座》中以程式诉讼的发展为主线，将该历史时期细化为5个独立的历史阶段并详析了与各历史阶段分别对应的不同令状的具体特点，即该时期令状及民事令状领域的重要

〔1〕 萧瀚：“读《普通法的历史基础》”，载《比较法研究》2000年第4期，第446页。

〔2〕 [英] S. F. C. 密尔松：《普通法的历史基础》，李显冬等译，中国大百科全书出版社1999年版，第3页。