

“学而时习之” 民事法丛书（之二）

民法与 民事诉讼法的 协同

MINFA YU MINSHISUSONGFA DE XIETONG

梁展欣◎著

人民法院出版社

“学而时习之” 民事法丛书（之二）

民法与 民事诉讼法的 协同

MINFA YU MINSHISUSONGFA DE XIETONG

梁展欣◎著

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

民法与民事诉讼法的协同/梁展欣著. —北京:
人民法院出版社, 2015. 9

ISBN 978-7-5109-1343-3

I. ①民… II. ①梁… III. ①民法—研究—中国 ②民
事诉讼法—研究—中国 IV. ①D923. 04 ②D925. 104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 226157 号

民法与民事诉讼法的协同

梁展欣 著

责任编辑 肖瑾璟
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号(100745)
电 话 (010)67550562(责任编辑) 67550558(发行部查询)
65223677(读者服务部)
客 服 QQ 2092078039
网 址 <http://www.courtbook.com.cn>
E - mail courtpress@sohu.com
印 刷 保定彩虹印刷有限公司
经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16
字 数 519 千字
印 张 31.75
版 次 2015 年 9 月第 1 版 2015 年 9 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-5109-1343-3
定 价 78.00 元

版权所有 侵权必究

序 言

当前，民法典的编纂工作已经被立法机关正式提上了议事日程，这是法律学人期盼已久的大事。其中，有无民法与民事诉讼法的关系问题需加注意，值得思考。展欣所撰《民法与民事诉讼法的协同》一书，正好提出了这个问题。该书是他近年系列文章的结集，尽管并未对此给出正面的回答，但细读下来，就感到他的答案已经寓于该书的命意和方法之中。

按照传统的分类，民法属于实体法，民事诉讼法属于程序法，两者之间似乎泾渭分明。对于“诉讼法乃实体法发展之母”（谷口安平）的断语，多被看作是对历史而非现实的陈词。近两年我在最高人民法院挂职锻炼，通过实际审理案件，却对这句断语有了一些切身的体验。民事诉讼法为诉讼设定了应予遵循的轨道，诉讼依此发生、推进并结束；作为民法规范所针对的对象——要件事实，须通过诉讼的推进才能形成；作为民法规范的适用结论，也须经由诉讼中的相关讨论才能得出。民事诉讼就象是一幅白画布，双方当事人各自涂上颜料，法官在必要时给予技法调节，全画告竣时，诉讼的结果也就呼之欲出。从承载诉讼结果的判决来看，一般会将叙述的重心放在实体方面，这容易使人产生“实体法决定”的误会。事实上，作为法律适用的“小前提”，要件事实必须依靠民事诉讼法才能形成，判决只是对此的最终确认，难以完全反映诉讼推进的历时现象。在不同的诉讼之间，也时常会因为“颜料”的不同而引致结果的殊异。有时，一些并不起眼的程序环节，却决定了案件的处理方向，这在客观上会造成合法的“同案不同判”。可见，民事诉讼法对于民法的实现具有实质性的影响。

如此，我们是否又回到民法与民事诉讼法是主法与助法的关系

论说上去呢？其实不然。以上所描画的，恰能反映民法与民事诉讼法各具独立的价值，主一助之论未免偏狭。如果将民事司法比喻为一位寻求公正的智者，则民法和民事诉讼法无疑是这位智者的双足，缺一不可以到达公正的彼岸。什么是公正？如何判断公正？此等问题垂问千年，迄无正解。寻常人士往往“跟着感觉走”，只看结果而不问过程，追求一种直观的甚或是形式的“同案同判”，以为仅此即为公正。然而，按照通行的理论，公正至少包括实体公正与程序公正两个维度。在民事法的领域，前者寓于民法，后者寓于民事诉讼法。案件处理公正与否，既取决于实体公正，也取决于程序公正；如果不符合程序公正，再“正确”的实体处理结果也难称合法。因此，应被追求的“同案同判”，必须同时符合实体公正与程序公正，智者因之而到达公正的彼岸。可见，实体公正与程序公正之间，以及与此相对应的民法与民事诉讼法之间，实际上是一种相对平行而非主一从的关系；民事诉讼法不仅是民法实现的保障，更是民法实现的基础和前提。

展欣将民法与民事诉讼法的相对平行关系向前推进了一步，认为两者之间应当采取一种协同的态度。我深以为然。就民法研究来说，我们的许多研究尚停留在规范分析或者规则取舍的内视层面之上。尽管不能说这些工作不重要，但应当承认，这还远远不够，还应更多地寻求来自于法律的外部 and 内部的协同效应。在法律的外部，民法要完成对国家发展和社会变革的回应任务，型塑出成熟、稳定的交易规则和生活规范，使国家的法制文明基础更加丰盈和充实。在法律的内部，民法不仅要与宪法、刑法、行政法、社会法等部门保持关联视角，更要保持同属于民事法律的民事诉讼法的协同配合。除开上述民法通过民事诉讼程序的推进而得以实现这一抽象层面以外，在具体的制度构造上，民法与民事诉讼法之间也是唇齿相依的。例如，民事诉讼法上的诉讼标的，是当事人所主张的民事实体法律关系在诉讼上的呈现；民法上的证明责任分配规则，是民事诉讼法上推进诉讼和形成判决的伏线；等等。联系到这段时间我参与起草了多部民事司法解释，我深深地感到，尽管多数规则系以民法规范作为最终的依归，但至少在条文表达上，则须坚持从诉讼的角度切

入。诸如案由的确定、管辖法院的确定、证明责任的分配、法院的诉讼领导、证据指挥和公平裁量等，都是民事司法解释中常见的规则内容。

总之，必须不断拓宽民事法学研究的视野，更加主动地将更多的学术资源、素材纳入到其中，以此来充实我们正在进行的民法典编纂工作。在一个高度的民法文明的内里，必然备有高质量的民事诉讼法的座席。无论是在立法还是司法的层面，促进民法与民事诉讼法的协同，都是一个不错的视角。本书是展欣对这一课题的思考轨迹，有些观点或许不够成熟，有些论述仍有待加强，但这些都不影响它作为一部民事法学专书的成色。因此，我郑重地向读者推荐它，希望大家和我一样，通过阅读它来体会作者的勤奋和用心。



2015年7月1日

各章提要

本书名为“民法与民事诉讼法的协同”，意在阐明民法与民事诉讼法之间是相互依存、紧密相连而非相互隔绝、不相往来的关系，民事法律的实现须待民法与民事诉讼法相协同，编辑专论凡十六章。

第一章论民法的渊源。从凯尔森法律规范等级体系理论出发，对民法的渊源秉持司法适用的实践界说，认为没有司法裁判就没有所谓民法渊源。在一定时空条件下，民事程序法的适用决定民事实体法的适用；民法的一般规范系通过民法个别规范而被“反射”出来，法院以创造个别规范的形式塑造民法。包括制定法、习惯法乃至司法判例在内的诸种民法渊源，都需要在民事程序—司法裁判中找到自身的定位。最后，宪法作为民法渊源的特别论域，指出我国宪法规范无法直接“投射”到民法个别规范，因而不是民法的渊源。

第二章论多数人债务的民事诉讼形态。债权债务关系是债权纠纷进入民事司法裁判的法律基础，其类型理应决定着民事司法所采取的诉讼形态。于此，实体法构成存在被转换为程序法设置的内在要求。我国民法上对多数人债务系划分为按份债务和连带债务两种基本类型，此外还有多数人不可分债务作为一种特殊类型，补充责任则作为连带责任的特殊类型。以此类型区分作为基础，探讨不同类型所应适用的诉讼形态。这种趋向于静态的诉讼结构讨论，有助于在程序法设置上针对不同的实体法构成给予适切的回应。

第三章论完全赔偿原则。完全赔偿是损害赔偿法（答责法）的基本原则，也是对损害赔偿理想状态的一种描述，意图通过赔偿实现对损害的完全弥合。但是，这一原则却在现实计算面前黯然失色，即使在以公平自诩的司法系统中，也难以获得真正的落实。这其中，既有司法系统内在局限性方面的原因，更有自限于传统司法方法方面的原因。本章系统梳理了各国民法上公平责任原则的不同表现形式，探讨公平责任原则在赔偿方式、

赔偿数额乃至因果关系等方面的司法应用，最后论述证明法上关于损害证明的特殊规则——证明度降低规则。

第四章论涉犯罪民事赔偿的程序与实体。重点是在刑事诉讼活动的框架中，探讨民事赔偿的实现问题，也可以视此为民事诉讼的特殊领域。通常所谓“刑民交叉”，既包括实体法上的“刑民交叉”，也包括诉讼法上的“刑民交叉”。在实体法上，理应追求“刑民一致”的赔偿标准；在诉讼法上，则应探寻以审判为中心的“刑民交叉”处理程序。在有被害人的刑事案件中，不论被害人有无得到实际的赔偿，均应遵循依法量刑的原则，而不能一般性地将民事赔偿作为量刑的酌定情节。同时，民法上的惩罚性赔偿与刑罚之间应遵循禁止双重危险的原则，两者原则上不得并用。

第五章论赔礼道歉的实体与程序。赔礼道歉作为一种颇具我国特色的损害赔偿方式，实际上并没有获得如金钱赔偿般备受重视的地位。无论是理论上抑或实务中，对于赔礼道歉的性质及存废等都存在不同的见解。即使是在采取赔礼道歉存续论的项下，也常有将之仅仅归于道德义务的倾向。在司法实务中，对于法院应如何作出赔礼道歉判决，以及如何强制执行之，常起争执，这又时常会反过来否定赔礼道歉作为损害赔偿方式的独特意义。笔者赞同一种由法院先行判决替代执行之金钱赔偿的做法，其性质为回复原状主义项下的金钱回复原状。

第六章论部分请求。债权人能否提出部分请求，在实体法学者的眼中似乎不成问题，但在诉讼法学者的眼中则有可能因构成重复起诉而遭遇否定。在梳理我国司法解释中肯定部分请求的相关规定的基础上，本章采取部分请求的有限肯定说，意图从诉讼法的角度切入，建构一个相对比较完整的部分请求诉讼行为的论说框架。原告在起诉时，应受全部请求之推定；原告欲提起部分请求的，应在起诉中予以明示，并提出正当理由；经法院准许的部分请求，其判决的既判力仅及于被请求部分的债权，而不及于剩余部分债权。

第七章论诉讼时效抗辩。本章旨在阐明诉讼时效抗辩的内在机理。一方面，它作为实体法上的权利类型，系作为请求权的反对权而存在；另一方面，它的实现时常体现在诉讼之中。笔者提出所谓诉讼优位主义，以抗辩权人在诉讼中的意思表示作为其是否行使该权利的最终判准，进而对抗辩权人在不同的审理程序中如何行使该权利作出界说。对于诉讼时效抗辩权的行使，抗辩权人负有主张责任和证明责任，即应就其所反对的请求权

已经罹于诉讼时效予以证明，法院不得对诉讼时效作释明或者主动援用。

第八章论事实自认。学者常将当事人对案件事实的自认归于证据，唯其实质却为证明，这一判断将直接导致原来民事诉讼所追求的客观真实论面临危机。在与职权探知主义相反对的辩论主义之下，当事人对于案件事实的“形成”发挥主导作用，真实发现的职责是归诸当事人而非法院，法院原则上不得超出当事人的主张而自主地“形成”案件事实。自认作为一种特定的证明方法，既应拘束当事人，更应拘束法院。同时，自认能否发生效力，尚须受到性质、主体、公序、目的等方面的限制。

第九章论权利自认。与事实自认异其性质，权利自认是一方当事人对方当事人就权利或者法律关系存否之主张予以承认。诉讼上权利自认是一种能够直接引起实体法上效果的诉讼行为。以义务人对诉讼时效不利益的承认为例，可以区分诉讼时效期间是否已经届满，按照包括履行行为和履行同意在内的不同承认方式而分别进行认定。最后，梳理我国司法解释上关于诉讼时效期间届满后的履行同意的相关规定，进而列举出迥无定论的各种具体情形（包括债务人提出减额给付、提供保证担保、向第三人转移债务、主张抵销等）分别进行认定。

第十章论证明妨害。与证明责任的抽象分配不同，证明妨害实际上是指向于证明责任的具体承担，处于民法与民事诉讼法交汇的区间。对于证明妨害的效果，我国法上存在法条上表述为有利推定而实务上倾向于自由评价的分裂现象。特别法上规定证明妨害的主要领域，包括商标侵权之诉、医疗损害责任之诉和亲子关系之诉等，唯依其各自的性质，证明妨害呈现出不同的构成和效果，有必要分别予以厘清。

第十一章论宣告失踪与宣告死亡。这在实体法上属于自然人失踪制度，在程序法上则属于非讼程序。我国《民法通则》与《民事诉讼法》均作有专门规定，在立法论上似以作统一规定为宜。在自然人失踪制度上，我国法上系采取宣告失踪与宣告死亡的区分体制，两者的功能指向各不相同。唯在程序上颇显繁复，似有可以简化的余地，另对被宣告人的保护亦似难谓周详。本章试对宣告失踪与宣告死亡各自的实体要件、适用程序及其效力等进行详细探讨。

第十二章论民事行为能力欠缺的认定。这在实体法上属于自然人民事能力制度，在程序法上则属于非讼程序。对于自然人的民事行为能力，我国民法上系采取三级制，而所谓民事行为能力欠缺的认定，则系主要针对

成年人而言。与我国民法停留在“认定”的层面不同，外法域已经从原来的禁治产宣告发展至成年人保护的层面上。对此，我国民法有必要予以借鉴，结合原有的监护制度对民事行为能力欠缺的认定制度予以改进。

第十三章论监护。与传统民法上的监护不同，我国民法上的监护涵括亲权和监护。唯因此二者究属异质，予以统合已经造成不少解释上的繁难。从产生方式上划分，我国民法上的监护人包括法定监护人、自愿监护人、意定监护人、协议监护人、指定监护人和补充监护人等六种类型。关于监护的特别程序，主要有不服监护指定、申请撤销监护人资格、申请变更监护人和申请恢复监护人资格等四项。

第十四章论与监护相关的民事行为能力欠缺人之行为。从实体法上的事实构成出发，就民事行为能力欠缺人实施的法律行为和侵权行为两大领域，分别探讨监护人的角色和作用。作为特论，分别探讨过失相抵中的民事行为能力欠缺因素（包括本人因素和监护人因素）和监护事务委托中民事行为能力欠缺人的致害与受害问题。

第十五章论保险人解除失权。《最高人民法院公报》所登载的“何丽红案”发生在2009年修改《保险法》之前，后者增订第16条第6款，对保险人解除失权作出专门规定。保险人解除失权的法理基础乃在于诚实信用原则，这就决定了上述规定的适用具有裁量的特质，要求法院作出一定的利益衡量，一如法院在“何丽红案”中所展示者。

第十六章论执行和解的效力。最高人民法院以指导案例2号刊出“吴梅案”，其中虽以《民事诉讼法》上关于执行和解的规定作为相关法条，唯本案实质却为当事人在第二审程序中因达成和解协议而撤诉，究与执行和解有一定距离。指导案例对此二者综而论之，虽非属无理，唯仍须就执行和解的特点、性质等予以一一解明。其中最应厘清者，乃执行和解将发生何等之效力以及如何发生效力。

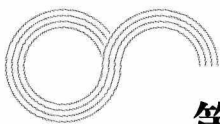
目 录

序 言	(1)
各章提要	(1)
 第一章 民法的渊源	
——凯尔森法律规范等级体系理论的运用	(1)
一、何为民法的渊源	(3)
二、民法渊源的类型化及其方法	(9)
三、宪法是否民法的渊源	(25)
四、结论	(31)
 第二章 多数人债务的民事诉讼形态	(33)
一、多数人债务与债的个数判准	(35)
二、民事诉讼形态概说	(39)
三、民事诉讼形态中的复数主体情形	(45)
四、按份债务的民事诉讼形态	(49)
五、连带债务的民事诉讼形态	(52)
六、补充责任的民事诉讼形态	(64)
七、多数人不可分债务的民事诉讼形态	(75)
 第三章 完全赔偿之理想与实践	(109)
一、完全赔偿原则	(111)
二、动态系统论视野中的完全赔偿	(117)
三、答责的公平责任	(120)
四、证明度降低规则	(134)

第四章 涉犯罪民事赔偿的程序与实体	(139)
一、序论	(141)
二、民事责任与刑事责任的区别与联系	(144)
三、民事赔偿责任与刑事责任的法律交叉点	(147)
四、刑事诉讼中与民事赔偿责任相关的程序	(151)
五、民、刑事互涉案件的程序处理	(159)
六、刑事附带民事诉讼中的民事赔偿标准	(183)
七、民、刑事责任量定活动的关联考察	(191)
八、刑事诉讼活动对民事诉讼时效的影响	(197)
附录1 关于审理和执行民、刑事互涉案件若干 问题的规定(试拟稿)	(203)
附录2 赃物赃款的追缴与善意取得	(207)
第五章 赔礼道歉的实体与程序	(213)
一、赔礼道歉的性质	(215)
二、赔礼道歉的存废	(218)
三、赔礼道歉的判决	(220)
第六章 部分请求	(227)
一、部分请求概说	(229)
二、部分请求的存废	(230)
三、部分请求的构成	(232)
四、部分请求对实体权利的影响	(234)
第七章 诉讼视野中的诉讼时效抗辩	(237)
一、诉讼时效概说	(239)
二、诉讼时效的效力:抗辩权发生主义	(241)
三、诉讼时效的主张:诉讼优位主义	(246)
四、就诉讼时效问题当事人与法院的作用分担	(254)
五、结语	(261)

第八章 事实自认	(263)
一、发现真实与自认	(265)
二、自认的体系位置	(268)
三、自认的构成与类型	(273)
四、自认的特点	(278)
五、自认的效力	(282)
 第九章 权利自认	
——以诉讼时效不利益的承认为视角	(289)
一、权利自认的形式与实质	(291)
二、权利自认的构成	(293)
三、权利自认的效力	(297)
四、关于诉讼时效期间届满后的履行同意的补论	(299)
 第十章 证明妨害的裁判理路	(305)
一、证明妨害的效果	(307)
二、商标侵权之诉中的证明妨害	(315)
三、医疗损害责任之诉中的证明妨害	(320)
四、亲子关系之诉中的证明妨害	(328)
 第十一章 宣告失踪与宣告死亡	(339)
一、序论	(341)
二、宣告失踪	(342)
三、宣告死亡	(346)
 第十二章 民事行为能力欠缺的认定	(353)
一、民事行为能力的概念和类型	(355)
二、认定民事行为能力欠缺特别程序	(359)
三、传统民法上的禁治产宣告与成年人保护	(363)
四、简要评论	(367)

第十三章 对民事行为能力欠缺人的监护	(371)
一、监护概述	(373)
二、传统民法上的监护制度	(380)
三、监护人的类型及其确定	(385)
第十四章 民事行为能力欠缺人之行为与监护	(395)
一、民事行为能力欠缺人之法律行为与监护	(397)
二、民事行为能力欠缺人之侵权行为与监护人责任	(406)
三、过失相抵中的民事行为能力欠缺因素	(420)
四、监护事务委托中民事行为能力欠缺人的致害与受害	(426)
第十五章 保险人解除失权的司法衡量	
——“何丽红诉中国人寿保险股份有限公司佛山市顺德 支公司、中国人寿保险股份有限公司佛山分公司保险 合同纠纷案”评析	(439)
一、何谓“失权”	(444)
二、保险人解除失权的构成要件	(446)
三、保险人解除失权的方法论检讨	(453)
第十六章 执行和解的效力	
——兼评最高人民法院指导案例2号“吴梅诉四川省 眉山西城纸业有限公司买卖合同纠纷案”	(457)
一、执行和解的特点	(460)
二、执行和解的性质	(464)
三、执行和解的效力	(466)
四、对相关司法文件的分析	(469)
五、对“吴梅案”的简评	(473)
法源简称	(477)
法条索引	(480)
后 记	(493)



第一章 民法的渊源

——凯尔森法律规范等级体系理论的运用*

一、何为民法的渊源

- (一) 何为法源
- (二) “民法的渊源”概念的界定

二、民法渊源的类型化及其方法

- (一) 民法渊源的类型
- (二) 民法诸正式渊源类型间的关系
- (三) 民法规范竞合问题的解决

三、宪法是否民法的渊源

- (一) 我国《宪法》不具有司法适用性
- (二) 我国《宪法》是否民法渊源的学说
- (三) 笔者的观点

四、结论





* 本章原以“论民法的渊源——Kelsen法律规范等级体系理论的运用”为题，载于《判解研究》2010年第3辑（总第53辑）；收入时有增补。

民法的渊源，是民法上的“关键词”，也是民法研习的起点。近代民法法典化 200 余年以来，有关此问题之讨论不绝如缕。究其实质，乃以概念法学执其一端，而自由法学执其另端。唯民法的渊源，概念乎？自由乎？本章欲以奥地利法学家汉斯·凯尔森（Hans Kelsen, 1881~1973）法律规范等级体系理论的运用，进入其纯粹法学（the Pure Theory of Law）——在某种程度上可视之为概念法学之再造——之论说理路，究诂我国民法之法源概念论、法源类型论、法源竞合论和法源宪法论。就我国民法渊源的学说而言，既未堕入自由法学，却难免流于“概念”之讥（笔者称此为“唯概念论”，区别于作为法学流派的概念法学）。本章欲通过求解民法渊源的概念、规范、体系等之意含，逐层剥开民法法源论之真相，以为我国民法学说破除“唯概念论”之奠基。

一、何为民法的渊源

所谓“民法的渊源”，是民法学对法理学上“法律渊源”（简称“法源”）概念的移用。本节要追问的是：民法学的这种移用是否“合法”？与否，如何确立其意义？

（一）何为法源

法理学上的“法源”概念，是用来探讨什么是法律，或者如何才构成为法律的概念工具。凯尔森曾经在其著名的法律规范等级体系理论中批评了“法源”概念，他认为，所谓“法律的‘渊源’是一个比喻性并且极端模糊不明的说法”，因而“这一用语近乎无甚用处”。他归纳了“法源”概念使用上的三种含义：一是用来说明创造法律的方法，如习惯和立法等；二是用来说明法律效力的理由以及尤其是最终理由，“任何‘高级’法律规范就是‘低级’法律规范的‘渊源’”；三是用来指所有那些实际上影响创造法律机关的观念，如道德规范、政治原则、法律学说、法学专