

当事人

诉讼行为法律研究

DANGSHIREN

SUSONG XINGWEI

FALÜ YANJIU

张家慧 · 著



中国民主法制出版社

当事人诉讼 行为法律研究

张家慧 著

中国民主法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

当事人诉讼行为法律研究/张家慧著. —北京:中国民主法制出版社, 2004

ISBN 7-80078-896-2

I. 当... II. 张... III. 当事人-诉讼-法律行为-研究-中国 IV. D925.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 066403 号

书名/当事人诉讼行为法律研究

DANGSHIRENSUSONGXINGWEIFALÜYANJIU

作者/张家慧 著

出版·发行/中国民主法制出版社

地址/北京市丰台区玉林里 7 号(100054)

电话/63056983 63292534(发行部)

传真/63056975 63056983

经销/新华书店

开本/32 开 850 毫米×1168 毫米

印张/9.375 字数/243 千字

版本/2005 年 1 月第 1 版 2005 年 1 月第 1 次印刷

印刷/河北滦县高坎印刷厂

书号/ISBN7-80078-896-2/D·785

定价/17.00 元

出版声明/版权所有,侵权必究。

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

序

民事诉讼作为以国家公权力解决社会民事主体间纠纷的一种程序机制,是诉讼主体(法院和当事人)依据民事诉讼法所实施的系统性、连续性的诉讼行为的外在表现。正如著者所言:无论民事诉讼价值目标的实现,还是法院工作主题的践行,抑或是最高司法理念的铸就,都与当事人诉讼行为紧密相连。按照传统民事诉讼的构造理论,当事人诉讼行为理论应当成为民事诉讼理论研究的重点和核心,但直到现在还没有出现关于该问题的系统著述。

正因为如此,六年以前,张家慧同志便选择了该论题作为自己的博士学位论文。选择开拓性领域进行研究,无疑是需要极大的勇气和甘于坚守学术孤寂的精神的,当然也少不了研究过程中难以收集资料的苦恼和奔波调查的艰辛。但是她凭借一种孜孜以求的执著精神,在2000年即以《当事人诉讼行为研究》为题出色地完成了自己的博士学位论文并顺利地通过了答辩,从而获得了法学博士学位。此后,笔者并未中断对该领域的理论研究,在承担繁重工作的同时,她不仅顺利地完成了中国社会科学院的法学博士后研究工作,而且一直积极关注和探索当事人诉讼行为理论研究的前沿问题及其成果。只要付出就总会有回报,在不久前刚推出一部《俄罗斯民事诉讼法研究》之后,凝聚了她太多心血的又一部作品——《当事人诉讼行为法律研究》行将推出。

在我国民事诉讼法学界,有价值的注释性作品的确不少,但是有分量的理论专著应当说却并不多见。当然,这种状况正在发生变化,而本书的问世,无疑正是笔者对扭转这种局面所作出

的艰辛努力。作为国内第一部系统研究当事人诉讼行为的专著,《当事人诉讼行为法律研究》在许多方面填补了该领域研究的空白。本书采用比较研究兼实证分析的方法,从理论与实践两个方面对当事人诉讼行为进行了全方位的研究,并以既定的诉讼价值目标为基准,对我国当事人诉讼行为的保障与规制提出了若干可行的立法建议。笔者首先运用翔实的资料论证了当事人诉讼行为研究的理论价值和意义,并依据目前诉讼法学界最为关注的诉权理论研究诉讼行为性质的内在逻辑机理;在此基础上,笔者分别在处分原则、辩论原则及诚实信用原则层面对当事人诉讼行为展开了具体研究,并结合我国的司法实践,提出了若干完善保障当事人平等、高效地实施诉讼行为的立法建议;另外,笔者还通过对两大法系代表性国家的理论与实务考证,开拓性地提出并倡导我国应建立当事人意思表示不真实的诉讼行为的救济制度;最后,也是笔者最大的理论贡献,就是在探讨我国当事人诉讼行为基本构造的基础上,以自己独创的标准,即以行为之法律性质与法律后果之间的关系将当事人诉讼行为划分为权利性诉讼行为、义务性诉讼行为和责任性诉讼行为为基准,展开了对当事人诉讼行为的规制研究。尽管笔者在这方面的论证尚有一些应予继续深入的地方,其中有些观点的提法也还有待商榷,但瑕不掩瑜。总的来说,笔者在本著述中提出了许多自己独到的见解,并从全新的视角对民事诉讼制度的修正提出了新的建议。我愿意向读者推荐这本对我国民事司法改革有较高参考价值的著述。

本书笔者张家慧同志是我直接指导的博士生,这本著作是在她的博士论文及其他一些研究成果的基础上经过修改、充实和完善而成的。四年前,该书便已成稿,但是笔者本着一种对学术高度负责的态度,并未急于出版,而是在经过无数次的深入研究和修订之后方才推出。在人心浮躁、经济利益至上的学术躁动面前,她多年来一直保持了踏实严谨、勤奋朴素的本色,作为她的导师,我因

她的学品和人品而感到欣慰。看到学生的又一部心血之作问世,我感到由衷的高兴,并祝愿张家慧同志在今后的研究、生活、工作中继续努力,取得更大的成就。

常 怡

二〇〇四年夏于山城重庆

引 言

按照传统民事诉讼理论和法学教科书的划分,民事诉讼在整体构造上由四个部分组成,包括主体(当事人)、客体(诉)、主体行为(诉讼行为)及程序(程序过程),有关各该部分的理论则分别构成民事诉讼的“主体论”(“当事人论”)、“客体论”(“诉论”)、“主体行为论”(“诉讼行为论”)及“程序论”(“程序过程论”)。当事人诉讼行为理论在民事诉讼整体构造论中的重要性由此可见一斑。

当事人诉讼行为理论历来为民事诉讼理论研究的重点和核心。德国法学家 Sauer 指出:“诉讼行为之概念乃为诉讼法之中心点。”诉讼行为理论来源于民事法律行为理论,其研究始于 19 世纪末期。较早在理论上获得突破的是刑事诉讼行为理论的研究。1900 年,德国学者贝宁在其著作《德国刑事诉讼法教程》一书中首次系统地论述了刑事诉讼行为的概念、分类及效力。1910 年,德国民事诉讼法学界的泰斗赫尔维格(Konrad Hellwig, 1856—1913 年)发表了《诉讼行为与法律行为》一文,对诉讼行为的概念、种类、条件、意思瑕疵等问题进行了考察,从而使民事诉讼行为理论的研究也渐趋成熟。此后,一大批学者通过不懈的努力,对诉讼行为理论展开了长期的、系统的和不间断的研究,从而使这一理论在大陆法理论中不断地走向深入,并对各国的立法产生了深远的影响。如意大利 1988 年通过的新刑事诉讼法典即是将诉讼行为作为独立的一篇来加以规定的。^①

民事诉讼作为以公权力形式解决私人之间纠纷的一种机制及程序装置,其在过程构造上又表现为两个方面:一是民事诉讼的外

^① 参见陈永生:《大陆法系的诉讼行为理论——兼论对我国的借鉴价值》。文章来源:中国诉讼法律网。

在法律构造,即诉讼程序(Prozessverfahren),一是民事诉讼的内在法律构造,即诉讼主体之间产生的诉讼法律关系(Prozessverhältnis)。民事诉讼程序是诉讼主体(法院和当事人)依据民事诉讼法实施的系统性、连续性的诉讼行为的外在表现。民事诉讼法律关系是经由诉讼主体的共同活动并随诉讼程序(诉讼行为的外在表现)的发展而形成的诉讼内部构造。诉讼行为和诉讼法律关系是每一个诉讼得以成立、发展和终结的不可或缺的两个方面。

民事诉讼是当事人诉讼行为与法院审判行为合力运作的结果,没有当事人诉讼行为,法院的审判行为就将失去实施的根据和运作的依托。“公正与效率”是民事诉讼永恒的价值目标,同时也是我国人民法院的工作主题,司法为民则是我国司法的最高理念。无论是民事诉讼价值目标的实现,还是人民法院工作主题的践行,抑或是最高司法理念的铸就,都与当事人诉讼行为紧密相连。《当事人诉讼行为法律研究》采取比较研究兼实证分析的方法,从理论和实践两个方面对当事人诉讼行为进行了全方位的研究,并以既定的诉讼价值目标为基准,对我国当事人诉讼行为的保障与规制提出了若干可行的立法建议。

本著述由引言和正文两部分组成。其中正文部分包括七章。第一章题为《当事人诉讼行为的基本问题》。本章中,笔者从诉讼行为和诉讼法律关系的关系入手,运用翔实的资料,通过论证和分析,结论性地提出了下述见解:第一,诉讼行为是民事诉讼的重要组成部分;第二,从诉讼过程构造论上说明我国教科书中有关民事诉讼及民事诉讼法的概念系对前苏联相关观点的移植,并指出诉讼行为和诉讼法律关系分为诉讼的外在形式和内部构造,二者相互作用,彼此依存,不可分割,进而证明了研究当事人诉讼行为为理论的价值和意义;第三,认为我国学者有关民事诉讼三个特征的阐释在一定程度上逸脱了对诉讼过程构造的关注,即不应将“阶段性”和“连续性”作为民事诉讼的本来属性,也不能将其与诉讼行为和诉讼法律关系同等视之。此外,笔者还进一步论述了各种诉讼

法律关系主体的诉讼行为及性质,以及该行为在诉讼法律关系形成过程中的作用和特点。在对当事人诉讼行为进行分类时,笔者大胆尝试,依法律性质与法律后果间关系的新标准将当事人诉讼行为划分为权利性诉讼行为、义务性诉讼行为和责任性诉讼行为,并说明了这种分类的意义和目的。最后,笔者对当事人诉讼行为的效力及其评价以及当事人诉讼行为与民事诉讼中其他法律关系主体诉讼行为的冲突与调和进行了探讨。

第二章题为《当事人诉讼行为的生成及性质》。本章中,笔者从我国诉讼法学者最为关注且争议最大的诉权理论出发,运用丰富的最新资料和全新的思维,阐明了诉讼行为的生成及性质。从诉权理论角度研究诉讼行为性质的内在逻辑机理是:民事诉讼理论是建立在诉权理论之上的,不同的诉权理论折射出不同的诉讼观;依据不同的诉讼观可以对诉讼法与实体法的关系作出不同的回答;依据对诉讼法和实体法关系的不同回答,可以对诉讼行为的性质得出不同的结论。本章中,笔者提出了如下新的见解:第一,诉权学说的诞生目的旨在说明诉讼法与实体法的关系以及诉讼法的独立价值,而我国的诉权学说显然偏离了这一目的;第二,造成我国学说脱离诉权学说原本设置目的的根本原因,是新中国的诉权理论深受了前苏联诉权理论的影响。前苏联的诉权理论是在否定公法与私法划分的基础上产生的,失去了公法与私法划分的诉权理论,自然不能正确说明诉讼法与实体法的关系;第三,舍弃了公、私法之分的前苏联和我国学者都没有能够从诉权理论的原本立场来说明诉讼法(公法)和实体法(私法)的关系,而是“另辟蹊径”,引用革命导师马克思关于诉讼法和实体法关系的论述来界定诉讼法和实体法的关系。在这种观点下,诉讼法被视为是实现实体法的工具,并附属于实体法的存在而存在,进而使诉讼行为在本质上失去了其独立性和应有的地位,即同诉讼法一样,成了实体法律行为的附属或派生。作为本章的结论,笔者认为,从权利保护请求权的二元诉权论立场,诉讼是诉讼法与实体法的综合和“共振场”,

应以“诉讼层次论”(诉讼〈裁判〉为上位,诉讼法为中位,实体法为下位;诉讼法是联系裁判和实体法的桥梁,具有检验实体法和完善与发展实体法的功能)来说明诉讼法与实体法的关系。并据此认为,诉讼法是独立于实体法的法律部门,受诉讼法调整的诉讼行为绝不是实体法律行为(民事法律行为)的附属和派生,而是独立存在的、具有独自法律意义的行为;同时,笔者还对我国二元诉权论进行了实证考察,并对其中存在的问题进行了反思。此外,笔者还从新诉权理论立场对当事人诉讼行为的性质作了一些简述。

第三章题为《处分原则下的当事人诉讼行为》。本章是继前两章对当事人诉讼行为进行基本理论研究之后,对当事人诉讼行为展开的具体性研究的开始。笔者在剖析我国民事诉讼理论上、立法上及实践上对当事人平等施行诉讼行为保障不足及其存在的问题和原因的基础上,对处分原则的基本含义、内容及适用,以及人民法院对处分原则的适用进行释明等问题进行了阐述。笔者并从比较法角度对撤诉、诉讼请求的放弃和认可、诉讼和解等涉及当事人具体诉讼行为保障与规制的理论和立法进行了分析。另外,本章还结合我国司法实践,提出了若干完善处分原则的具体建议及将诉讼和解制度引入我国民事诉讼领域的必要性和可行性。

第四章题为《辩论原则下的当事人诉讼行为》。本章中,笔者在全面论述辩论原则三大命题的基础上,结合我国民事审判制度的改革实践,认为我国目前推行的非约束性辩论原则并非本质意义上的辩论原则,应将其转变为对法院和当事人的约束性规范原则,并在此基础上提出了如下具体建议:第一,当事人主张行为应受法律控制,不得以拖延诉讼、增加诉讼成本等为目的予以实施,否则将遭受失权效或经济上的诉讼制裁;第二,为体现诉讼公平,防止诉讼迟延,在我国民事诉讼领域应当进一步推行和完善证据的适时提出主义;第三,设定科学的自认制度,对违背当事人真实意思表示的自认给予救济。

第五章题为《诚实信用原则下的当事人诉讼行为》。本章中,

笔者采取比较研究的方法,通过对相关国家民事诉讼中诚实信用原则及其适用的论述与分析,以诉讼公正和诉讼效率两大价值目标为基准,揭示了诚实信用原则对于当事人诉讼行为的意义:调整当事人诉讼行为的最高准则,并进而阐释了在我国民事诉讼中设立诚实信用原则的必要性,展示了我国民事诉讼中适用诚实信用原则的前景。

第六章题为《当事人意思表示不真实诉讼行为的救济》。本章有关内容为国内学界首次述及,具有一定的理论独创性和较大的现实意义。笔者在对当事人意思表示不真实诉讼行为之概念、种类等进行界定的基础上,通过对两大法系有关代表性国家,如美国、日本等对当事人意思表示不真实诉讼行为应否予以救济的理论与实务的论证,得出了两大法系业已对当事人意思表示不真实诉讼行为应予救济达成共识的结论,同时阐述了两大法系相关国家在具体施行救济时,所限定的应受救济的当事人意思表示不真实诉讼行为之范围与条件仍有一些差异。在此基础上,笔者倡导在我国设立当事人意思表示不真实诉讼行为的救济制度,并探讨了救济的一般要件和方法。

第七章题为《我国当事人诉讼行为之构造与规制》。本章既是对本著述所涉相关问题及其解决对策的综述,也是本著述写作的落脚点。笔者在探讨我国当事人诉讼行为基本构造的基础上,以自己独创的当事人诉讼行为划分标准,即以行为之法律性质与法律后果之间的关系将当事人诉讼行为划分为权利性诉讼行为、义务性诉讼行为和责任性诉讼行为为基准,展开了对当事人诉讼行为的规制研究。总体上说,该规制系以保障、制裁和责任三大体系,构建起对当事人诉讼行为的严格而科学的规范网络,使当事人诉讼行为真正符合司法为民和协同主义诉讼观的现实需要,并增强当事人的诉讼风险意识和责任意识,从而促进我国民事诉讼制度的健康运行。

目 录

引言	1
第一章 当事人诉讼行为的基本问题	1
第一节 诉讼行为之于民事诉讼	1
一、诉讼行为是民事诉讼的重要构成因素	1
(一)德国对民事诉讼的界定	2
(二)前苏联对德国学说的移植	3
(三)我国对前苏联观点的又移植	5
二、诉讼行为与民事诉讼法律关系主体	7
(一)诉讼行为与民事诉讼法律关系的形成	7
(二)各种诉讼法律关系主体的诉讼行为	14
第二节 当事人诉讼行为的基本含义	33
一、当事人诉讼行为的界定	33
二、当事人诉讼行为的特点	35
三、当事人诉讼行为的种类	37
四、当事人诉讼行为的有效要件及其评价	42
(一)当事人诉讼行为的有效要件	42
(二)对当事人诉讼行为的评价	48
第三节 当事人诉讼行为与民事诉讼中其他主体	
诉讼行为的冲突与调和	51
一、诉讼法律关系主体和诉讼主体的区别意义	
以及与诉讼行为的关系	51
二、不应将法院作为民事诉讼法律关系的主导者,审判行为	
和当事人诉讼行为之间不存在支配与被支配的关系	53

三、当事人和其他诉讼参与人之间可以发生民事诉讼法律关系,其他诉讼参与人的诉讼行为具有维护当事人权益的作用	54
四、应以司法为民理念下的新“两便原则”作为规范当事人诉讼行为的基本原则	55
第二章 当事人诉讼行为的生成及性质	60
第一节 传统诉权理论下的诉讼行为本质论	61
一、私法诉权说下的诉讼行为本质论	61
二、公法诉权说下的诉讼行为本质论	65
三、权利保护请求权说下的诉讼行为本质论	68
四、传统诉权理论与诉讼行为本质论关系的小结	72
第二节 新诉权理论与当事人诉讼行为的本质论	75
第三节 我国的诉权学说与诉讼行为的性质	78
一、我国的诉权理论与诉讼行为的性质	78
二、对我国二元诉权论下当事人诉讼行为的实证考察与反思	85
第三章 处分原则下的当事人诉讼行为	90
第一节 处分原则的基本含义	90
一、大陆法系处分原则的基本含义	90
二、我国民事诉讼中处分原则的基本含义	92
三、民事诉讼中处分原则的适用	93
四、人民法院对处分原则适用的释明	96
五、处分原则与辩论原则的关系	98
第二节 撤诉	99
一、美国民事诉讼中的撤诉	100
(一)通知撤诉	100
(二)合意撤诉	102

(三) 法院命令撤诉	102
二、日本民事诉讼中的撤诉	103
三、我国民事诉讼中的撤诉	105
(一) 当事人撤诉及其制度完善	105
(二) 按撤诉处理	108
第三节 诉讼请求的放弃与认可	109
一、放弃或承认诉讼请求的含义	109
二、放弃或承认诉讼请求的成立要件	110
第四节 诉讼和解	112
一、自行和解与法院调解	112
(一) 自行和解	112
(二) 法院调解	113
二、诉讼和解	114
三、将诉讼和解制度引入我国民事诉讼领域的 必要性及意义	121
第四章 辩论原则下的当事人诉讼行为	124
第一节 辩论原则的基本含义	124
一、辩论原则的产生背景	124
二、辩论原则的根据	125
(一) 本质说	126
(二) 手段说	126
三、辩论原则的内容	127
第二节 我国民事诉讼中的辩论原则	128
一、我国民事诉讼中对辩论原则的传统理解	128
二、我国民事诉讼中辩论原则的发展	129
三、我国民事诉讼中辩论原则的进一步发展完善	132
第三节 辩论原则下的当事人诉讼行为	136
一、提出主张行为	136

(一)主张的对象与防止判决突袭	137
(二)时间上的限制	137
(三)主张与诉讼标的及既判力的关系	138
二、提供证据行为	139
(一)关于本证与反证的关系问题	139
(二)关于举证时效制度的问题	139
三、自认行为	141
第五章 诚实信用原则下的当事人诉讼行为	143
第一节 调整当事人诉讼行为的最高准则:诚实信用原则	143
一、诚实信用原则的基本含义及其与当事人诉讼行为的关联	143
二、民事诉讼领域适用诚实信用原则的法理依据	146
(一)公法与私法的相互弥补	146
(二)扩大法官的审判裁量权	147
(三)确保判决的效力	148
三、当事人诉讼行为与诚实信用原则的立法与实践	148
(一)排除不当行为形成的诉讼状态案	150
(二)禁止与先行行为相矛盾的举动案	150
(三)诉讼上的权能失权案	151
(四)禁止滥用诉讼权能案	151
第二节 当事人诉讼行为与诚实信用原则的适用范围	152
一、当事人诉讼行为主体与诚实信用原则的适用范围	152
二、当事人诉讼行为的内容与诚实信用原则的适用范围	154
(一)排除不正当形成的诉讼状态	154
(二)诉讼上的禁反言(大陆法系)	154

(三) 诉讼上权利的失效	155
(四) 禁止滥用诉讼权利	156
(五) 对既判力的遵守	156
第三节 英美法系调整当事人诉讼行为的最高准则:	
禁反言原则	157
一、禁反言原则的基本含义及其与当事人诉讼行为 的关联	157
(一) 禁止有意识的矛盾行为	159
(二) 遮断当事人对法院的不正当行为	159
(三) 禁止当事人为了起诉当前的紧急性事态 而事后故意改变立场	159
(四) 对当事人的矛盾立场产生遮断效力	159
(五) 对宣誓的禁反言	160
二、裁判上禁反言原则的适用规则	160
(一) 绝对规则	160
(二) 先行得益规则	160
三、当事人诉讼行为与裁判上禁反言原则 的适用对象	160
第四节 当事人诉讼行为与诚实信用原则之派生 原则——真实义务原则的关系	162
一、当事人诉讼行为之实施界限: 真实义务原则 的遵循	162
二、当事人违反真实义务原则的法律后果	163
第五节 我国当事人诉讼行为与民事诉讼诚实信用 原则的建立	164
一、我国民事诉讼领域诚实信用原则的建立	164
二、我国当事人诉讼行为与诚实信用原则 的具体适用	166
(一) 攻击防御方法的提出	167

(二)排除不正当行为形成的诉讼状态	169
(三)诉讼上的禁反言	170
(四)诉讼上权利的失效	170
(五)禁止滥用诉讼权利	171
第六章 当事人意思表示不真实诉讼行为的救济	173
第一节 当事人意思表示不真实诉讼行为的种类	
及可取消性	174
一、当事人意思表示不真实诉讼行为的种类	174
(一)虚假表示	175
(二)误解	175
(三)欺诈	176
(四)胁迫	176
二、当事人意思表示不真实诉讼行为的	
可救济性法理	177
三、对当事人意思表示不真实诉讼行为申请	
救济的一般条件	179
(一)美国法关于当事人申请对不真实意思表示	
诉讼行为进行救济的一般条件	180
(二)德国法和日本法关于当事人申请对不真实	
意思表示诉讼行为进行救济的一般条件	180
第二节 英美法系对当事人意思表示不真实诉讼	
行为的救济	182
一、对当事人错误意思表示诉讼行为的救济	182
(一)诉答错误的修正	183
(二)审前会议错误的修正	185
(三)懈怠判决错误的救济	187
(四)合意判决错误的救济	188
(五)小结	189