



法治建设与法学理论研究部级科研项目成果 (07SFB3019)

郑州大学法学博士文库

民事诉讼契约研究

张嘉军 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



法治建设与法学理论部级科研项目成果 (07SFB3019)

张嘉军 著

民事诉讼契约研究


法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼契约研究 / 张嘉军著. —北京:法律出版社, 2010. 3

(郑州大学法学博士文库)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0518 - 8

I. ①民… II. ①张… III. ①民事诉讼—契约法—研究—中国 IV. ①D925.14②D923.64

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 037381 号

郑州大学法学博士文库	民事诉讼契约研究	张嘉军 著	责任编辑 刘文科 装帧设计 汪奇峰
------------	----------	-------	----------------------

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 14 字数 327 千

版本 2010 年 5 月第 1 版

印次 2010 年 5 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress. com. cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www. lawpress. com. cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782

西安分公司/029 - 85388843

重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636

北京分公司/010 - 62534456

深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0518 - 8

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

光阴荏苒,岁月如梭。转瞬之间,郑州大学法学院已经走过了二十六个春秋寒暑,现已将近而立之年。在兄弟单位的关心、支持和帮助下,历经几代郑大人的不懈努力,郑大法学院逐步发展为拥有一个法学博士学位点,两个一级学科(法学和法律)硕士点,九个二级学科硕士学位点,一个法学本科专业,四个省级重点学科,两个省级人文社科重点研究基地的教学研究性法学院,成为中原大地从事法学教育与学术研究的重镇。

进入 21 世纪的郑大法学院,师资队伍职称结构、学历结构、年龄结构和学缘结构发生了较大变化。按照引进与培养并举、倡导教师博士化的方针,在近 80 名专任教师中,具有博士学位和正在攻读博士学位的教师业已过半。作为法学院教学、科研工作的中坚力量和学术骨干,一大批具有博士学位的中青年教师正在各自的学科领域崭露头角。为了充分展示其学术成果,并为我院培养的优秀博士生提供较高的学术平台,我们在

编辑出版《郑大法学文库》的基础上,经与法律出版社学术分社协商,拟推出一套具有更高学术价值的《法学博士文库》。该文库主要出版我院师生的优秀博士学位论文,借此展示中原法律学人的学术精神、学术品格和优秀学术成果,为发展壮大我们的科研团队创造条件。

记得米兰·昆德拉曾经讲过,“我们有越来越多的大学和越来越多的学生。学生们要拿学位,就得写学位论文。既然论文能写天下万物,论文题目便是无限。那些写满字的稿纸车载斗量,堆在比墓地更可悲的档案库里。即使在万灵节,也没有人去光顾它们。文化正在死去,死于过剩的生产中,文字的浩瀚堆积中,数量的疯狂增长中……”。面对如此残酷的文化现象,对于该文库的出版,我们不能不慎之又慎。因此,作为我院最高层次的学术出版物,该文库将坚持学术第一的基本原则,努力出版一批真正具有学术价值的优秀博士论文。因此,凡列入出版计划的每一部书稿,均须经文库编委会认真审查后才推荐给法律出版社,再由法律出版社严格按照学术标准和学术规范的要求择优出版。我们衷心希望,该文库能够集中展示中原法学界最高层次的研究成果,并为我国的法学研究和学术交流提供一方小小的园地;更希望郑州大学法学院的各位同仁能够借此相互砥砺,在学术上百尺竿头、更上一步!

该文库的出版,得到了法律出版社学术分社的大力支持,是她们对待学术的严谨、开放、执着和热情,才促成了这套文库的最终出版。相信法学院的各位同仁一定不会辜负她们的深情和厚望。

值此文库出版之际,作为项目主持人,我既欣喜又不安。欣喜的是,她可以为我们的中青年学术骨干提供一个学术交流和成果展示的平台。不安的是,在人才辈出、高手林立的法学界,这套文库能否真正引起学界的关注与共鸣!但无论如何,我们都将以发展教育事业、开展学术交流为出发点,以渴求真理、企盼争鸣的平和心态来面对未来可能会发生的一切。

当然,我们十分清醒地知道,该《法学博士文库》的生存、发展及成功与否,均有赖于法学界各位同仁的关注和爱护。我们真诚地希望学界的各位前辈、先进和同仁,能够把我们和我们的文库当作朋友,不断给予关心和支持。“涓滴之流,可成江海”。如果该文库能够以其自身特色为中国法学领域的学术积累做些贡献,那将是我们最大的心愿。

因学养有限,难有高论,只能真诚地将我们出版该文库的一些真实想法告诉读者,权当为序。



郑州大学法学院院长

2006年8月8日

序

我国现行《民事诉讼法》是在 18 年前制定的,而且在相当程度上与 27 年前制定的《民事诉讼法(试行)》所确立的理念体系一脉相承。在现行民事诉讼法所反映的时代背景——计划经济——已经发生深刻变化的今天,为适应发生变化的社会现实的需要,对现行《民事诉讼法》进行全面修改显然必要。2007 年全国人大对我国《民事诉讼法》进行了修改,然而仅仅对再审和执行程序进行了局部修改。这一修改并不能改变现行《民事诉讼法》无论是整体布局还是制度设计等仍然存在缺漏的情况,这一现实促使学界继续思考对《民事诉讼法》的修改。

修改现行《民事诉讼法》,一个亟须解决的重大理论与实践性课题是:应当为我国未来的《民事诉讼法》确立怎样的理念。有学者提出应当在我国未来修改的《民事诉讼法》中置入契约化理念。对此,张嘉军博士在本书中展开了较为深入与全面的论析。

我认为该书的学术贡献主要表现在但不止于以下几方面:其一,尽管我国民事诉讼法学理论界对于诉讼契约问题也有一定程度研究,但就现有研究来看,相当多的问题并未涉及。该书对诉讼契约的内涵、性质、效力、救济、存在的理论基础、我国诉讼契约体系的现状以及未来的改革等问题展开全面深入研究。该书系我国首部对诉讼契约问题进行专门性研究的著作。其二,该书综合运用了比较研究、实证研究等多种研究方法。尤其是该书中的很多结论是基于实证调查基础上得出,凸显了作者研究

的严谨性。其三,该书对诉讼契约的性质、诉讼契约的效力、诉讼契约的限度、诉讼契约的救济等问题的研究都提出了自己的见解,有助于理论上的创新,如该书认为,民事诉讼就其所解决的对象而言,系民事纠纷,这决定了当事人有基于契约处分相关权利的自由;但就性质而论,其又为公法,这又决定了并非所有民事诉讼当事人都可以基于契约加以处分,在此基础上该书进一步划定了诉讼契约的限度。

本书作者张嘉军系我指导的博士,我对他的努力探索持肯定态度。不过就该书的研究深度而言,尚有进一步研究的空间,诸如诉讼契约对当事人应具有何种效力、对法院应具有何种效力等,都有必要进一步深化。我期望他在未来的研究中在这一主题及其他的民诉问题上取得更好的研究成果。

是为序!

左卫民

2009年11月8日

于四川大学文科楼

目 录

第一章 导论	/ 1
第一节 论题的意义	/ 1
第二节 国内外研究的现状	/ 4
第三节 研究的方法	/ 8
第二章 民事诉讼契约的基本含义	/ 11
第一节 民事诉讼契约的概念	/ 11
一、诉讼契约的实践形态	/ 12
二、诉讼契约与私法契约之差异性	/ 14
三、诉讼契约的特征	/ 17
第二节 民事诉讼契约的源起与演进	/ 22
第三节 民事诉讼契约的性质辨析	/ 36
一、有关民事诉讼契约性质的不同观点	/ 36
二、私法行为的基本含义	/ 39

三、诉讼行为的基本含义	/ 40
四、当事人诉讼行为与民事法律行为之辩证关系	/ 43
五、本书对民事诉讼契约性质的基本观点	/ 45
第三章 民事诉讼契约的法理基础及其限度	/ 50
第一节 民事诉讼契约之法理基础	/ 50
一、诉讼契约:民主精神在民事诉讼领域的延伸与体现、 司法民主化之必然结果	/ 50
二、诉讼契约:程序自由主义在民事诉讼中的直观体现	/ 63
三、诉讼契约:公法的契约化(私法化)之必然结果	/ 73
四、诉讼契约:私法自治在民事诉讼中的自然延伸与直观 体现	/ 81
五、诉讼契约:程序主体性原则的内在要求	/ 92
六、诉讼契约:弥缝审判固有局限性的有效手段	/ 99
第二节 民事诉讼契约之限度	/ 106
一、私法自治中的国家强制	/ 107
二、当事人处分权的有限性	/ 115
三、民事诉讼契约的维度	/ 135
第四章 民事诉讼契约之违反与瑕疵救济	/ 160
第一节 违反民事诉讼契约之救济	/ 160
一、民事诉讼契约之效力	/ 160
二、违反民事诉讼契约救济的具体方式	/ 176
第二节 民事诉讼契约的瑕疵救济	/ 183

一、民事诉讼行为的瑕疵是否需要救济	/ 185
二、诉讼行为意思瑕疵救济的一般条件	/ 191
三、诉讼行为意思瑕疵救济的方式	/ 195
四、民事诉讼契约瑕疵救济的具体方式	/ 196
 第五章 两大法系民事诉讼契约制度之比较	 / 200
第一节 两大法系民事诉讼契约种类比较	/ 200
一、英美法系	/ 201
二、大陆法系	/ 205
三、两大法系民事诉讼契约种类之评析	/ 210
第二节 两大法系民事诉讼契约主要制度比较	/ 220
一、管辖契约(协议管辖)	/ 220
二、诉讼和解契约	/ 233
三、撤诉契约	/ 256
四、证据契约	/ 277
五、程序选择契约	/ 290
六、执行契约	/ 299
 第六章 民事诉讼契约在我国的现状透视及我国 民事诉讼契约体系的合理建构	 / 313
第一节 民事诉讼契约在我国的现状:立法与实践	/ 313
一、立法现状	/ 313
二、实践现状	/ 318
第二节 症结分析	/ 345

一、诚信的缺失在民事诉讼中之直观体现	/ 345
二、职权干预型诉讼体制之必然	/ 353
三、与我国传统民事诉讼法律关系理论难以契合	/ 358
四、当事人达成诉讼契约能力严重欠缺	/ 366
五、民事诉讼契约制度设计不尽完善、不尽合理	/ 372
第三节 我国民事诉讼契约体系之重构	/ 378
一、相关理念或理论建构	/ 380
二、具体制度建构	/ 393
 主要参考文献	 / 415
 后记	 / 432

第一章 导 论

第一节 论题的意义

经济学家亚当·斯密曾说过,“一种法律在初成立时,都有其环境上的需要,并且,使其合理的,亦只有这种环境。但事实上,往往产生这法律的环境已发生变化,而这法律却仍然有效”。^① 法律制度的时代性就决定了一定时期的法律所反映的必然是一定时期特定的社会关系,并承载着这一特定时期人们特定的观念与认识。尽管人们始终渴望当时制定的法律具有超越时空的个性,但事实上其依然无法实际超越,尤其是反映多数人意识的法律规范更是难以超越这种限制。为使法律更好地适应变动不居的社会现实,最好的办法莫过于经常地、不断地根据社会变迁和发展对法律进行适时修改与调整。

我国现行《民事诉讼法》制定于 18 年前,而且是在 27 年前制定的《民事诉讼法(试行)》基础上建构的,为此,该法典必然反映着 20 世纪七八十年代的人们对民事审判方式的种种认识。法律乃一定社会关系的反映,当其所反映的社会关系发生变动时,法律也必然会对此作出相应的调整。作为 20 世纪计划经济时代产物的现行民事诉讼法所产生的时代背景已经发生深刻变化的今天,无论是经济总量、技术水平、经济关系还是人们的观念、文化、意识等诸多方面都与计划经济时代有着质的差异,为

① [英]亚当·斯密:《国富论》,郭大力、王亚南译,商务印书馆 1987 年版,第 351 页。

此,反映彼时中国社会现状的现行民事诉讼法,尤其是民事诉讼体制已远远落后于时下中国社会的发展现状,这样的负面效应就是严重“制约了我们公正、经济、迅捷解决民事纠纷时的制度和观念的需要。”^①为此,为适应发生变化的社会现实的需要,对现行民事诉讼法进行全面修改显然具有十足的必要性。2007年的民事诉讼法之修改仅仅是对再审和执行程序进行局部修改,现行民事诉讼法的众多缺漏需要对其进行全面修改。在现行民事诉讼法即将全面修改的宏观背景下,我国民事诉讼法学界迫切需要解决的一个重大理论与实践性课题就是:应当为我国未来的民事诉讼法确立怎样的立法理念。

“作为人类为其社会生活制定规则的有意识行为,立法从来都与一定的观念密切相关。无须遮掩,我国现行民事诉讼法的立法理念并不清晰,虽然这与当时的立法环境以及人们对诉讼程序的认识是分不开的。立法理念的不明确,不仅导致了立法本身的各种结构性和技术性的疏漏,也使得这部法典难以适应迅速变化的社会现实,以至于从它颁布那天起,就一直依靠各种司法解释来对它进行修修补补。”^②在市场经济体制基本确立、社会结构发生深刻变化的今天,不仅在“审判方式改革”的名义下进行的零敲碎打式的局部改革已不能适应形势发展的迫切需要,而且现有的理论研究成果也未必能够满足从整体上重塑我国民事诉讼制度的需要,而从整体上重塑我国民事诉讼制度则需要确立能宏观指导我国未来《民事诉讼法》修改的基本理念。我国未来民事诉讼法修改能否成功的一个关键就在于,能否科学确立宏观指导我国未来民事诉讼法修改的具有时代性、前瞻性与

① 张卫平:“论民事诉讼的契约化——完善我国民事诉讼法的基本作业”,载《中国法学》2004年第3期。

② 江伟、吴泽勇:“论现代民事诉讼立法的基本理念”,载《中国法学》2003年第3期。

开放性的立法理念。因为在缺乏明确、清晰的立法理念指导情形下制定的法律必然带有某种盲目性,必然导致制定的法律存在着内在结构上的种种缺陷,我国现行民事诉讼法存在的种种缺陷与不足即为明证。为避免重蹈现行民事诉讼法缺乏明确清晰的现代立法理念的指导而产生诸种缺陷的覆辙,确立对现行民事诉讼法修改的现代立法理念显然是必要的。

至于如何确立我国未来民事诉讼法修改的立法理念,有学者已经提出了相当有助益的见解^①。尽管如此,有学者认为现有研究还“缺乏从体制的角度、民事纠纷特性,从市场经济发展与私法关系的内在联系上更宏观、更深入地考虑民事诉讼法的修改问题。”^②基于这样的考虑,他进而提出,应当将民事诉讼契约化作为我国未来民事诉讼法修改的指导理念。笔者也赞同这样的观点,认为我国未来修改的民事诉讼法应将契约化作为其基本的立法理念。

为民事诉讼法确立契约化这样的立法理念的一个根本性原因就在于市场经济对民事诉讼的现代诉求,“民事诉讼的契约化是转型后民事诉讼制度再建构过程中必须植入的一种‘基本元素’,如果没有这种‘基本元素’,民事诉讼法就不可能成为与市场经济相契合的现代民事诉讼法,因为诉讼契约化内在地反映了市场经济的基本要素——契约自由与私法自治。”^③计划经济时代的一个突出特征就是利益的非多元化、利益的非独立性,这样的社会特征在我国民事诉讼法上的直观反映就是:在民事诉讼中,当事人的主导性、自主性、积极性得不到应有彰显,相反法院的主动性与积极性则相当突出,结果导致当事人的被动性与客体化。在如此的诉讼体制下,当事人的基于合意解决纠纷的积极意义自然被忽视,这种被忽视的必然逻辑延伸就是我国民事诉

① 有学者提出,我国民事诉讼法应当确立程序本位、程序选择以及民事诉讼程序的宪法化、本土化以及国际化等理念。详见江伟、吴泽勇:“论现代民事诉讼立法的基本理念”。

② 张卫平:“论民事诉讼的契约化——完善我国民事诉讼法的基本作业”。

③ 张卫平:“论民事诉讼的契约化——完善我国民事诉讼法的基本作业”。

讼中严重缺乏与市场经济的基本要素——契约自由与私法自治相吻合的基本精神——民事诉讼的契约化。为与已经建立的我国市场经济相契合,我国未来修订的民事诉讼法中必然应当植入契约化这样的立法理念。当然,鉴于民事诉讼的公法性,笔者认为民事诉讼的契约化并不意味着所有诉讼制度当事人都可以契约,因为倘若所有民诉制度都可以契约,那么,民事诉讼与仲裁间的质的差异将会消失,民事诉讼有着仲裁化的危险倾向。相反,而是指在民事诉讼中最大限度地赋予当事人达成诉讼契约的自由,在民事诉讼中逐步形成尊重当事人主体性、尊重当事人所达成的诉讼契约这样的一种理念。同时在这样的理念指导下,在民事诉讼中确立更多的诉讼契约制度,并进而逐步建立我国民事诉讼契约化的有机体系。

既然在我国未来民事诉讼中应当植入契约化这样的精神,那么,我们对于民事诉讼契约化的基本内容——诉讼契约的基本理论、两大法系其他国家与地区有关诉讼契约的基本制度与相关理论、我国民事诉讼契约体系的现状与未来等问题,无不应当给予应有的关注与重视。

由上述可知,在我国民事诉讼法即将全面修改的宏观背景下,对民事诉讼契约问题进行深入、全面地研究与探讨,无疑具有相当高的理论价值与实践指导意义。

第二节 国内外研究的现状

对诉讼契约,大陆法系的德国、日本以及我国台湾地区有着广泛而深入的研究。由历史的角度来看,大陆法系“至19世纪末叶,才开始了对于诉讼契约的全面考察”。^①至此之后,德国、日本以及我国台湾地区学

^① [日]齐腾秀夫:“执行契约”,载《民事诉讼法讲座》(第4卷),有斐阁1955年版,第1043页。

者们纷纷以积极的姿态投身于对诉讼契约问题的大讨论中,并进而推动诉讼契约问题的研究向纵深发展。总体而言,大陆法系对诉讼契约问题的研究大致呈现如下特征:

其一,在大陆法系国家,学者们不仅从宏观抽象角度对诉讼契约问题进行深入研究,而且还从细而微的角度对某些种类的诉讼契约进行深入研究。一方面,许多学者纷纷撰文从宏观角度对诉讼契约进行深入研究。诸如德国学者范·尤·赫尔维希写有博士学位论文《民事诉讼上的契约的体系》、朱罗沙写有文章《民事诉讼中基于合意的当事人行为》^①;日本学者兼子一写有《关于诉讼上合意》^②、西泽宗英写有《诉讼上的契约》^③、松本写有《研究诉讼契约论》^④、竹下守夫写有《诉取下契约》^⑤;我国台湾地区学者沈冠伶也写有《示范诉讼契约之研究》^⑥、姜世明写有《诉讼契约之研究》^⑦,等等。另一方面,大陆法系学者们对某些种类的诉讼契约也进行了深入探讨。诸如日本学者齐腾秀夫写有文章《执行契约》^⑧、日本学者金洪奎写有《证据契约研究》^⑨一书、我国台湾地区学者陈自强写有

① 刘荣军:《程序保障的理论视角》,法律出版社1999年版,第228页。

② [日]兼子一:“关于诉讼上合意”,载《民事法研究》(第1卷),酒井书店1953年版。

③ [日]西泽宗英:“诉讼上的契约”,载三月张、青山善充编:《民事诉讼法的争点》(新版《法律家》增刊),有斐阁1988年版。

④ 陈自强:“诉撤回契约之研究”,台大法律研究所硕士论文1986年,第25页,注释35。

⑤ 陈自强:“诉撤回契约之研究”,第46页。

⑥ 沈冠伶:“示范诉讼契约之研究”,载《台大法学论丛》2004年第6期。

⑦ 姜世明:“诉讼契约之研究”,载《东吴法学学报》2008年第1期。

⑧ [日]齐腾秀夫:“执行契约”,载《民事诉讼法讲座》第四卷,有斐阁,昭和30年,第1043页。

⑨ 金洪奎:《证据契约研究》,法律文化社1975年版。转引自陈计男:《民事诉讼法论(上)》,三民书局1995年版。