



中国民事诉讼法学研究会
Civil Action Jurisprudence Association of China

【第十五辑】

民事程序法研究

中国民事诉讼法学研究会会刊

ON CIVIL PROCEDURE

【刊首语】

张卫平 我们的中心任务与使命

【特稿】

洛伊克·卡迪耶 法国民事诉讼的法典化

【学理研析】

赵信会 论致物权变动的法律文书

董少谋 诉讼请求论

陈贤贵 民事诉讼真实义务研究

王怡辛 两岸民事证据法上诚信原则的具体化

颜 卉 民事再审之诉的功能及当事人的诉权形态分析

刘鹏飞 论实现证明责任武器平等的裁量路径

【制度探究】

王合静 第三人参加诉讼告知制度研究

李俊晔 民事二审裁判方式的缺陷与重构

黄海涛 民事立案条件审查的实体化现象分析

【域外法眼】

周建华 法国参与程序之评析

贺林欣 摇摆于传统与现代之间：法国的劳动诉讼改革

巢志雄 法国民事审前程序的现代化之路

林伟翔 马来西亚民事诉讼程序初探

【紫荆沙龙实录】

曹云吉 第四期紫荆民事诉讼青年沙龙实录

霍海红 提高民事诉讼证明标准的理论反思

胡学军 我国证明责任分配理论重述

【实务探微】

罗 曼 论家事诉讼程序与家事审判机构的设立

邓和军 论“一事不再理”原则在仲裁程序中的适用

郑令晗

中国民事诉讼法学研究会 主办

2016年7月



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

【第十五辑】

民事程序法研究

中国民事诉讼法学研究会会刊

ON CIVIL PROCEDURE

中国民事诉讼法学研究会 主办

执行主编 韩 波

2016年7月



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

民事程序法研究. 第十五辑/韩波主编. —厦门:厦门大学出版社, 2016. 9

ISBN 978-7-5615-6249-9

I. ①民… II. ①韩… III. ①民事诉讼法-中国-文集 IV. ①D925.104-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 235245 号

出版人 蒋东明
责任编辑 甘世恒 邓臻
装帧设计 李夏凌
封面制作 蒋卓群
责任印制 许克华

出版发行 厦门大学出版社
社址 厦门市软件园二期望海路 39 号
邮政编码 361008
总编办 0592-2182177 0592-2181406(传真)
营销中心 0592-2184458 0592-2181365
网址 <http://www.xmupress.com>
邮箱 xmupress@126.com
印刷 厦门市明亮彩印有限公司

开本 787mm×1092mm 1/16
印张 20.25
插页 2
字数 432 千字
版次 2016 年 9 月第 1 版
印次 2016 年 9 月第 1 次印刷
定价 68.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



厦门大学出版社
微信二维码



厦门大学出版社
微博二维码

▣ 《民事程序法研究》编委会

(以姓氏拼音为序)

蔡虹 蔡彦敏 姜建初 景汉朝 李浩 李仕春 刘荣军
潘剑锋 齐树洁 宋朝武 谭兵 汤维建 田平安 姚红
张晋红 张卫平 章武生 赵钢

▣ 编委会召集人

张卫平 李浩

刊首语

我们的中心任务与使命

■ 张卫平

民事诉讼法学者的一个基本任务和使命是什么？这似乎是一个人所共知的问题。难道不是研究民事诉讼法及其适用的客观规律吗？但我们这里进一步追问的是，作为民事诉讼法学者，我们的中心任务是什么？不错，每一个规范、每一种民事诉讼的现象都可以是民事诉讼法学研究的命题和对象。在我们的研究资源有限，民事诉讼法治的初期阶段，我们不可能不抓其中心、纲领。过去有一句老话，言之有道：“纲举目张”。民事诉讼法学也应当如此，将有限的学术资源集中于民事诉讼法学的中心、重心。

什么是民事诉讼法的中心与重心？我认为，应当是对民事诉讼基本理念、诉讼体制、基本原则、基本原理和基本制度的深入研究，真正厘清我国民事诉讼法建构的基本路径和基本框架。例如，我们应当构建什么样的诉讼体制？我们是否应当坚持辩论原则和处分原则？如果说，辩论原则和处分原则有多重含义，那么，我们应该坚持什么样的辩论原则和处分原则？辩论原则和处分原则的真正要义是什么？应该如何在具体诉讼制度的建构和适用中坚持辩论原则和处分原则？如果我们对辩论原则的真正要义不了解，我们也就无法真正理解自认制度，所建构起来的自认制度也自然存在先天缺陷或在建构的同时已经被解构。（《民事诉讼法司法解释》关于自认的自我矛盾的规定就十分清晰地说明了这一点）再如，我们是否应当坚持公开、直接言辞原则？如何体现和坚持这些原则？是否应当建构既判力制度？如果已经有了既判力制度某些构成，那么，在既判力制度方面存在哪些缺失？如此，尚有诸多问题都等待我们的认真回复。作为民事诉讼法学者，在对待民事诉讼法的基本理论问题时不享有“沉默权”。民事诉讼法的正确实施也有赖于我们对民事诉讼原理、原则的深入研究。民事诉讼法的实施必然要遭遇民事诉讼法的解释问题，如实施中如何理解民事诉讼法的规定，如何协调制度之间的关系，在存在法律规定冲突、漏洞时应当如何处理才符合民事诉讼法的基本原理、价值理念、基本原则等等。

民事诉讼的原理反映了民事诉讼的内在要求，对民事诉讼原理的理论探究无疑是民事诉讼法学的核心。原理的探究是对制度规范存在、运用内在要求的终极

追问。如果我们在制度建构中缺乏对制度规范的内在要求终极追问,该制度规范的建构就有可能存在这样那样的问题。在没有对制度规范的内在要求予以厘清时,我们就很难把握和合理地运用该规范。例如关于管辖制度,通过对管辖制度原理的深刻探究,我们就可以知晓,管辖的本质就是法院内部职能的分工,因此就没有过分地强调救济,导致权利“过剩”,程序浪费。再如,关于既判力相对性原理,我们需要探究的是为什么既判力是相对的,所谓相对性体现在哪些方面。只有探明了这些原理,我们才能知道如何对付虚假诉讼,是否需要构建一个一般性的第三人撤销之诉的制度加以应对。又如,关于诉讼行为的非法与瑕疵问题,是否所有的诉讼行为只要不符合民事诉讼法的要件要求就都是非法的、无效的?是否存在一种与时间维度关联的行为状态?如果已经实施的诉讼行为不符合民事诉讼法规定的要件要求即为违法,则将可能导致整个程序作废。由此,必将对诉讼效率造成严重冲击。对于那些当事人可以处分的事项,是否可以通过设置异议权的加以应对?既然属于当事人可以处置的事项,是否可以考虑在一方当事人对对方当事人实施的某些诉讼行为放弃异议的情形下,使对方当事人有瑕疵的诉讼行为得以有效?因为当事人对对方的诉讼行为亦有监督的责任。如果这一原理成立,则我们需要进一步追问的是,哪些事项是当事人可以处置的事项?为什么?这些问题都依赖于关于诉讼行为原理的探究。如果我们没有在原理上进行深入的研究,不了解诉讼行为的性质,就势必导致制度设计存在偏差和不完善的情形。在这方面,举证时限制度是一个教训。由于我们对举证时限制度的功能、目的、价值平衡等基本问题还缺乏基本的认识,导致在2012年民事诉讼法修改中,简单地否定了举证时限对于开庭审理准备的意义,将举证时限制度作为一般举证的限制要求,从而使举证时限的规范失去了应有的价值。

改革开放以来,我国的民事关系已经基于社会的快速发展变得日益多样化、复杂化,民事法律规范也相应变得日益复杂化,另外,由于民事关系的复杂化,民事纠纷的样态也变得多样化和复杂化。但由于我们的传统纠纷解决观念——凭感觉、无依据、无规范、靠感性解决纠纷,以及传统王权文化潜意识中的愚民认知,对百姓智识的矮化假定和预设,导致民事诉讼规范的建构和实施远远没有跟进社会发展,程序理念没有到位,依然是粗放式地简单应对纠纷解决的过程,忽视纠纷解决程序正当性。在缺乏实体规范、程序规范以及相应的事实认定和裁判技术能力的情形下,只能靠模糊事实和规范界限的调解方式来解决纠纷。而大量的调解又试图进一步麻痹、忽略人们对程序正当性的要求,忽视社会程序规范性、对纠纷解决规则细化和技术化的追求,造就一种规则细化和纠纷解决程序技术的虚无化。由此,也就使得民事诉讼法学完全没有了理论探讨的必要和需求,没有了生长的激素刺激。加之,民事诉讼法学的研究人力和财力资源又大量地流入非规范分析的研究领域——调解、司法制度,因此也就使得我国民事诉讼法学在贫困化的道路上越走越远。

应当承认,由于我国民事诉讼实践不够,民事诉讼实践与民事诉讼理论的隔离,民事诉讼理论研究的积累不够,规范分析研究在很高程度上还不能形成自创,

还没有足够的自信,还必须研究国外发达国家已有的民事诉讼理论构成和具体应用,通过这样的研究来武装自己。但如果片面强调所谓理论创新、本土化研究,必然导致人们对国外理论的排斥与蔑视,缺失应有的敬畏与尊重。我们应该清楚,在法治建设中,我国还只是一张白纸。在没有厘清和了解制度的构成原理、适用环境和条件的情形之下,我们的借鉴就完全可能画虎成猫,南橘北枳。我国新设的民事诉讼中的第三人撤销之诉可以被认为是这方面的典型案例。在没有厘清第三人撤销之诉与其他诉讼制度的相互关系、既判力制度的作用功能时,简单地与原有的第三人制度挂钩必然导致制度的误用和运用的混乱。这些问题源于我们对民事诉讼理论深度研究的缺失,主要根子还在民事诉讼法学自身,虽然也关联立法的封闭性问题。这使人很容易与最近股市“熔断机制”被“熔断”的事例联系起来。^①熔断机制的引进者没有完全弄清熔断机制的运行条件,就盲目地引进并实施,等待它的自然是失败的命运。

对民事诉讼原理的理论研究不仅是民事诉讼法学者的任务,同时,也是我们民事诉讼法学者的使命。对民事诉讼原理的理论研究不同于对民事诉讼法应用的技术性研究,需要有一定的环境条件(包括学习和研究的时间条件、物质条件等),学术资料,熟悉学术研究规范,了解前人的学术研究成果、研究状态,以及研究者所拥有的研究语言工具等。相对于实务工作者而言,民事诉讼法学者在民事诉讼法学的学术研究方面具有更好的条件。学术研究是我们自己的专业!我们可以很容易发现这一现象,从事民事诉讼原理的理论研究的学者(学术型学者)对民事诉讼法规范适用的熟悉程度可能不如一些律师、法官和一些实务型学者,但就原理的认识而言,学术型学者则有所长(学术、实务两栖学者很少,或有所侧重)。这是社会分工的不同。特别是对于民事诉讼的法律分析实证研究,即非规范研究方面,民事诉讼法学者更不及司法实务部门有优势。尤其是法院的政策研究部门,它们可利用实务的实践优势和集体优势进行实证研究。虽然,司法实务部门在研究方面,容易受制于单位利益和司法政策导向的制约,难以坚持中立性,但就研究的客观条件而言,显然优于民事诉讼法学者。相反,司法实务部门的实务工作者虽然也可以从事民事诉讼原理的研究,但受制于研究条件、司法实务工作的压力和思维习惯的制约,难以在民事诉讼原理的研究方面有所发挥。即使进行这方面的研究也容易被边缘化,可能被斥为不务正业,理论脱离实际等,属于孤芳自赏的“自拍”行为,最终难以维持对民事诉讼原理的持续性研究。作为民事诉讼法学者的使命正

^① 熔断机制(Circuit Breaker),也叫“自动停盘机制”,是指当股指波幅达到规定的熔断点时,交易所为控制风险采取的暂停交易措施。具体来说是对某一合约在达到涨跌停板之前,设置一个熔断价格,使合约买卖报价在一段时间内只能在这一价格范围内交易的机制。2015年12月4日,上交所、深交所、中金所正式发布指数熔断相关规定,熔断基准指数为沪深300指数,采用5%和7%两档阈值。2016年1月1日起正式实施。但熔断机制的适用效果适得其反,不仅没有阻止股市下跌,反而进一步导致股市下挫,于是便于2016年1月8日被紧急暂停。这一改革可谓最短命的改革。

是为民事诉讼实务工作“生产”理论,提供理论,是科学理论的发现者。在这方面,民事诉讼法学者无法缺位。

尽管民事诉讼法学者在学术研究中,也会因为研究条件的差异和竞争关系而发生分化——有的学者将更多的精力投入到基础理论的研究;有的学者主要从事理论转化、适用的研究;有的学者甚至会放弃学术理论研究,专心于民事诉讼法的教学或实务。不可否认,民事诉讼原理的基础性研究是更为艰苦的研究,更难见其经济效益,甚至社会效益的研究。文章发表难也在不断挫伤和打击学者们学术研究的积极性和热情。但从民事诉讼法学的发展而言,我们仍然希望更多的民事诉讼法学者投入于民事诉讼原理的理论研究之中,以推动我国民事诉讼基础理论的研究。从这个意义上讲,学术研究就是一种献身,也是一种存在。学者是为解明理论,而不是为了核心期刊而活着。即使文章没有发表,但如果厘清了问题,澄清了我们自己的认识,那么依然是有价值的。正如马克思、恩格斯所说的,既然已经达到我们的目的——“自己弄清问题,我们就情愿把原稿留给老鼠用牙齿去批判了”。^① 我们完全没有必要为文章没有在核心期刊上发表而伤感。

诚然,强调民事诉讼法学者的所谓“任务”也许过于沉重,也许会使我们像山一般沉重的生活变得更加的沉重,“使命”的说法也太过于“高大上”。不过,民事诉讼法学基础理论的研究也具有一定的乐趣。有时就像打游戏通关一样,能够提供不一样的解释,澄清一个概念的内涵和渊源,构建一个有理论支撑的制度框架,提出一个具有解释力的概念,都是一种智力上的成就,沉浸其中,能够摆脱无端、无聊、无益的事务,超脱于虚假话语与复杂的人际关系之中,也是一种逍遥自在,身处“南山”的状态,也能起到一种修身养性的功效。这并非阿 Q 式阐释和解读,也让我不得想起一句歌词,“闪闪发光的東西,让我们去寻觅”。^②

2016年8月5日成稿于四川成都水乡“石隐园”书斋

① [德]弗·梅林:《马克思传》(上),人民出版社1965年版,第147页。

② 《发光的東西》,是纪录片《中国铁路大纪行》插曲。

目 录

- 刊首语
- 001 张卫平 我们的中心任务与使命
- 特稿
- 001 洛伊克·卡迪耶(Loïc Cadiet) 法国民事诉讼的法典化
- 学理研析
- 027 赵信会 论致物权变动的法律文书
- 039 董少谋 诉讼请求论
——以诉讼请求为轴线重述民事诉讼基本理论
- 053 陈贤贵 民事诉讼真实义务研究
- 075 王怡莘 两岸民事证据法上诚信原则的具体化
——以举证责任之分配及减轻为中心
- 090 颜 卉 民事再审之诉的功能及当事人的诉权形态分析
——以新修改的《民事诉讼法》第 252 条为视角
- 100 刘鹏飞 论实现证明责任武器平等的裁量路径
- 制度探究
- 123 王合静 第三人参加诉讼告知制度研究
——以我国《民诉法解释》第 81 条
和第 327 条的规定为切入点
- 136 李俊晔 民事二审裁判方式的缺陷与重构
——从不完全归纳向类型化演绎转型
- 152 黄海涛 民事立案条件审查的实体化现象分析
——以 100 件裁定驳回起诉案件为样本
- 域外法眼
- 161 周建华 法国参与程序之评析
- 172 贺林欣 摇摆于传统与现代之间：法国的劳动诉讼改革

187 巢志雄 法国民事审前程序的现代化之路
——以诉讼契约化的视角

198 林伟翔 马来西亚民事诉讼程序初探
——兼论马来西亚的审级制度

■ 紫荆沙龙实录

213 曹云吉 第四期紫荆民事诉讼青年沙龙实录

264 霍海红 提高民事诉讼证明标准的理论反思
——以《民诉法解释》第109条为中心

287 胡学军 我国证明责任分配理论重述
——以《证据规定》与《民诉法解释》相关规范比较为中心

■ 实务探微

297 罗 曼 论家事诉讼程序与家事审判机构的设立

307 邓和军 论“一事不再理”原则在仲裁程序中的适用
郑令晗

特稿

法国民事诉讼的法典化

■ 洛伊克·卡迪耶(Loïc Cadiet)* 著 周建华** 译

作者简介 洛伊克·卡迪耶(Loïc Cadiet)先生,现为法国巴黎第一大学法学教授,国际诉讼法协会会长。研究方向:诉讼的基本理论、司法组织法、司法制度、民事司法法、仲裁和ADR。

发表的研究成果颇多,著作10余本,主编论文集20余本,主持官方研究报告四份,发表的期刊文章上百篇。对法国诉讼法学、民事诉讼法学、纠纷解决学,以及国际民事诉讼法学的发展做出了卓越的贡献。其中,他的著作《法国民事司法法》(Droit judiciaire privé)第三版被翻译成中文(2010年中国政法大学出版社出版),为中国诉讼法学者所熟知。

1983年,卡迪耶先生在法国普瓦提(Poitiers)法学院获得法学国家博士学位(Doctorat d'État),1984年通过私法和刑事科学领域教授资格考试,1985年至1992年担任法国雷恩(Rennes)法学院教授,1992年至1996年担任法国南特(Nantes)法学院教授,1996年至今担任法国巴黎第一大学法学教授。2003年至2014年,法国高校研究院(Institut Universitaire de France)高级成员(司法制度和诉讼法教授职位)。

现同时兼任下列社会职务:国际诉讼法协会会长;法国司法部法律和司法研究委员会主任;法国司法部法律和司法研究让·卡尔邦尼(Jean Carbonnier)奖学金评审委员会主任;法国国家法官学院研究委员会成员;法国比较法研究会常任理事和诉讼法分部共同主任;经济法国际协会常任理事;经济法欧非研究院常任理事;比利时皇家学院外聘专家;意大利诉讼法协会荣誉成员。

* 洛伊克·卡迪耶(Loïc Cadiet),法国巴黎第一大学法学教授,国际诉讼法协会会长。

** 周建华,北京理工大学法学院讲师,法国蒙彼利埃第一大学法学博士。

担任法国诸多核心法学期刊的主编、指导教授、编辑委员会成员,例如《诉讼法国际期刊》(*Journal of Procedural Law*), *Juris-classeur* 期刊《民事诉讼法分刊》,《诉讼法》(*Procédures*), 论文集《法律之路》(*Les voies du droit*)等,还担任加拿大、俄罗斯、巴西、日本等国多份法学重要期刊的编辑委员会成员。

1993年获得法国道德和政治科学研究院颁发的 Odilon Barrot 奖,2016年获得意大利 Enrico Redenti 基金颁布的 Enrico Redenti 奖项。

摘要 基于时间脉络,即从1806年旧民事诉讼法典到1975年新民事诉讼法典,再到如今,法国民事诉讼法的发展演变在其法典化的历史过程得到充分揭示。法国民事诉讼法的历史是法国法律文化的呈现。这部法典化的法律是法律安全的源泉。民事诉讼的法国理念现在坚持着合作原则,即在当事人权利和法官权力之间构建一种平衡。

关键词 民事诉讼 法典化 历史演变 诉讼 理念

理解法律真谛的最好方法是对法律的历史沿革进行了解,因此对法国民事诉讼法的研究将采取从历史沿革的角度进行论述,可追溯至拿破仑时期实现的民事诉讼法典化。法国是一个集权主义和立法至上的国家,它最重要的法律都集中于法典中。法国法典非常之多,足有60余种,这些法典均可在法国法律的官方网站(*Légifrance*^①)查询到。这些法典承载着法国的历史,参与了法国社会的构成和发展。^② 它们作为法律传统的集合者,随着立法和条例的修改不断更新着。它们呈现了法国法律的精神,也揭示了法国法律的理念。作为拿破仑法典之一的1806年《民事诉讼法典》,它的理念显然不同于1975年《新民事诉讼法典》的理念,后者体现的理念才是如今所适用的。笔者将先从总体上介绍民事诉讼法典化进程,然后再对民事诉讼法典的结构进行具体论述。

一、法国民事诉讼法典化的总体进程

法国《民法典》颁布的两年后,法国《民事诉讼法典》于1806年颁布(以下简称“1806年法典”或“旧法典”),1807年1月1日实行。^③ 1975年颁布了《新民事诉讼法典》^④(以下简称“1975年法典”或“新法典”),1976年1月1日适用于法国领土的

① <https://www.legifrance.gouv.fr>.

② 参见 J. Carbone, *Le Code civil*, in P. Nora (dir.), *Les lieux de mémoire*, Paris, Gallimard, 1986; rééd. Quarto, 1997, t. II, La Nation, Vol. 2.

③ 《民事诉讼法典》前言部分:《由崇高的帝国和国王任命的最高行政法院发言人,在立法机关面前就制定该法典的立法理由所做的说明》,1806年5月在巴黎勒纳蒂耶珂家(N. Renaudière)。

④ 《新民事诉讼法典》依据1975年12月5日第75-1123号法令制定(法兰西共和国公报,1975年12月9日),1975年12月15日进行新的修改,公报印刷厂,1975年。

大部分领域^①，1977年1月1日适用于法国的全部领土。这部新法典是不完整的，当时只包含972条。直到1981年，条文增加到1507条，法典通过纳入最高司法法院处理案件的程序^②，特别程序的(第三卷)^③和仲裁(第四卷)^④而有所完善。法典自此有了突破性的大发展。第四卷《仲裁》被2011年1月13日第2011-48号法令修改，增加了第1442条至第1527条。第五卷，起初是规定民事执行程序^⑤，后改为规定友好解决纠纷的条文^⑥。最后一卷，即第六卷为《涉外领土的规定》^⑦。

在一段期间内，民事诉讼法的新旧两部法典同时存在着，新法典主要适用于诉讼程序，旧法典作为附属部分，适用于执行程序和一些特别程序。^⑧ 2007年12月20日第2007-1781号有关简化法律的法令^⑨废除了1806年法典，1975年法典不再称为《新民事诉讼法典》，而就称为《民事诉讼法典》。^⑩ 这两部法典在历史长河中具有各自的鲜明特征，采用完全不同的方式。它们的影响均超越法国领土。如同1975年法典一样，1806年法典对欧洲其他国家法律的发展也有着交叉式的影响作用。因为军事上的合作和学术间的交流，法国与这些国家的法律互相借鉴和影响。

① 依据1976年9月29日第76-899号有关《新民事诉讼法典》在下莱茵、上莱茵、摩泽尔省适用的法令的第35条，阿尔萨斯—摩泽尔省不适用于《新民事诉讼法典》。

② 依据1979年11月7日第79-941号法令制定，当时《新民事诉讼法典》的第973条至第1073条。

③ 依据1981年5月12日第81-500号法令制定，当时《新民事诉讼法典》的第1038条至第1441条。

④ 依据1981年5月12日第81-500号法令制定，当时《新民事诉讼法典》的第1442条至第1507条。

⑤ 后来它们单独成为一部法典：《民事执行程序法典》。

⑥ 2012年1月20日第2012-66号法令加上《民事诉讼法典》第1528条至第1568条。

⑦ 2004年11月20日第2004-1234号法令加上《民事诉讼法典》第1508条至第1519条，由2005年10月14日第2005-1301号法令修改，重新编号为第1570条至第1582条，放在第四卷《仲裁》和第五卷《纠纷友好纠纷》之后。

⑧ 旧民事诉讼法典中从1806年遗存下来的条文适用于：小审法院传唤的送达，大审法院执达员制作的诉讼文件的登记(第4条和第67条)；对法官失职责任的追究(第505条至第516条)；自愿让与的拍卖(第832条至第838条)。旧法典中有关执行程序的条文，继不动产扣押法律修改后，和《民法典》中第2190条至第2216条合并，组成第三卷第19编《不动产扣押和变卖后的分配》(2006年4月21日第2006-461号条例)，后来并入依据2011年12月19日第2011-1895号条例制定的《民事执行程序法典》中。

⑨ 《法兰西共和国公报》，2007年12月21日，第20639页。

⑩ 依据2008年5月22日第2008-484号法令第22条，所有有效法律条文中的“新民事诉讼法典”均被替换为“民事诉讼法典”。

在民事诉讼欧盟化的时代下,对于1806年法典和1975年法典^①的思考自然要考虑欧盟大空间的发展,此方面的构建还未完成。^②下面将细述构建的方法。

(一) 角度

对1806年旧法典和1975年新法典同时进行研究,是件非常有趣的事情。这是对法国民事诉讼的历史沿革进行概括的绝佳方法。这种视角却并不常用。不同于刑事诉讼的历史研究,民事诉讼的历史研究在法国尽管也存在一些重要的成果,但不能称其为一门学科。^③但采取这种视角是非常重要的,基于以下两个原因,包括外部原因和内部原因。

1. 外部视角

虽然欧盟宪法的方案没有被通过,但是欧盟的组建仍然继续着。民事诉讼方面正等待进入一个新的阶段,一个将涉及本质方面的改变,而不仅是程度上改变的阶段。事实上,民事诉讼的欧盟化发展已经影响至国际纠纷中(或即欧盟共同体内部),同时也影响至欧盟成员国内部不存在任何涉外因素时适用的国内民事诉讼程序。^④此外,受到欧盟立法和美国私法统一协会(UNIDROIT)制定的《跨国民事诉讼规则》^⑤的启发,在欧盟法律研究院(European Law Institute)的主持下,正在起草制定《欧盟民事诉讼原则》(*Principes européens de procédure civile*),意图对欧盟成员国各国的民事诉讼法进行合并或统一。

姑且不论对此发展进程进行什么样的评断,但此现象显然表明法国在国内诉讼程序规则的构建中不可能忽略外国程序法,法国法律应当与他国法律进行结合,而这种结合在共同体规则的制定中已经开始。各国法律从来都未曾互相排斥。具体而言,在民事诉讼的历史进程中,即从1806年旧法典到1975年新法典的更替和

① 有关共同纪念两部法典的论述,参见:L. Cadiet et G. Canivet (dir.), 1806—1976—2006, *de la commémoration d'un code à l'autre, 200 ans d'histoire de la procédure civile*, Paris, LexisNexis, 2006。—J. Foyer et C. Puigelier (dir.), *Le nouveau Code de procédure civile (1975—2005)*, Economica, 2006。十年之前,就曾有关相同主题的论述,参见:Cour de cassation, *Le nouveau Code de procédure civile: vingt ans après*, Paris, La documentation française。

② 参见:L. Cadiet, E. Jeuland, S. Amrani-Mekki (dir.), *Droit processuel civil de l'Union européenne*, Paris, LexisNexis, 2011。

③ 这种现象已经有了可喜的改观,参见:S. Dauchy, J.—L. Halpérin et L. Cadiet (sous la direction de), *Itinéraires d'histoire de la procédure civile*, Paris, IRJS Editions, coll. *Bibliothèque de l'Institut André Tunc*, 2014。

④ 参见:F. Frattini, *European area of Civil Justice - Has the Community reached the limits?* *Zeitschrift für European Privatrecht*, 2006, p. 225 sq. — Comp. M.—L. Niboyet, 2005: la coopération judiciaire européenne prend sa vitesse de croisière, *Droit & Patrimoine*, 2006, n° 145, p. 110 sq, spéc. p. 111-112。—最近的,如:L. Cadiet, E. Jeuland, S. Amrani-Mekki (dir.), *Droit processuel civil de l'Union européenne*, précité, n° 1-5, spécialement n° 3。

⑤ <http://www.europeanlawinstitute.eu/projects/current-projects>。

发展,存在的部分重要理念和重要制度呈现了法国法律和欧洲法律传统的联盟关系^①,它们彼此充实着对方,例如,有关当事人和法官各自作用的分配,书面和口头在程序中的比重,民事诉讼的结构,诉讼进程各阶段的安排,特别是审前程序的地位以及它和庭审程序的关系。

基于历史和比较的双重视角,我们重新思考民事诉讼的法国理念的发展,从1667年民事条例,到它的继承者——1806年《民事诉讼法典》,再到1975年《民事诉讼法典》。在欧盟商谈合作的大背景下,各国均熟悉自己的法律,包括它们的缺陷和优势,因此各国在外部力量的推动下努力采取改善措施,积极提高自身法律体系的质量。因此,如同在国内法律领域内一样,应当了解这次商谈中为推进欧盟司法领域的衔接而展开讨论的关键问题的具体进展,这是非常重要的。公共管理职能的方法不适用于法官,也不适用于高校学术研究领域。我们需要从对法国法律的完整理解和认识入手,开辟一条途径,这是开启高质量谈判的必要条件。

2. 内部视角

对于法国民事诉讼法的理解,存在许多不确定的地方。法典制定时确定的理念所产生的疑惑,在后续的修改中不仅没有得到解决,反而加强了疑惑的不确定性。有关民事诉讼法国理念的界定一直存在各种争论,体现于具体诉讼中。

第一,是有关民事诉讼的私法本质或公法本质。

传统观点简单论断1806年和1975年法典的模式特征,前者为当事人主义,后者为职权主义,对于这两种模式各有自己的支持者和反对者。国外学者大多认为法国体系呈现的是一种民事诉讼的职权模式,但是法国学者中不少坚持认为法国民事诉讼不同于刑事诉讼和行政诉讼,坚持当事人主义为主。对实践进行细微和

^① 例如,A. Wijffels, “French Civil Procedure (1806—1975)”, p. 25; L. Cadiet, “The New French Code of Civil Procedure (1975)”, p. 49; in C. H. van Rhee (ed.), *European Traditions in Civil Procedure*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005. 尼克拉·皮卡迪(Nicola Picardi)先生发表的有关欧盟国家民事诉讼法典化的研究成果:N. Picardi e A. Giuliani (a cura di), *Testi e Documenti per la Storia del Processo*, Milano, Giuffrè editore, spécialement I. Code Louis, t. 1 *Ordonnance civile*, 1667, Introduzione N. Picardi (1996) et V. I Codici Napoleonici, t. 1 *Codice di procedura civile*, 1806, Introduzione U. Petronio (2000).

认真的考查后,发现这种区分太过严苛。^① 1975年法典的制定者曾反复解释^②,新法典继承了法国法律中的自由传统,确认诉讼或纠纷应是当事人的事情,它解决的是纠纷在私法秩序上的事情;同时,民事诉讼如同其他诉讼一样,承担着维护社会利益的使命,因此具备社会职能,民事诉讼须在公共服务的框架内行使,法官因此获得掌控诉讼程序的必要职能。简单言之,民事诉讼是当事人和法官的共同事情。趋于目的和利益的共同性,各方主体在决定纠纷方式和诉讼进程应建立一种“长久的合作”关系。^③ 这种合作体现于诉讼程序的操作中,它不是要求各诉讼主体约定放弃各自的作用,而是对他们各自独立性发挥作用的进行清楚界定和衔接。^④

第二,是民事诉讼结构方面的含糊性。

1975年新法典在第一卷规定适用于各法院的一般规则,其他卷规定适用于特定法院、特定纠纷和仲裁的特殊规则,这是相对1806年旧法典建构的一个不可否认的明显进步。^⑤ 然而,新法典中有关书面和口头各自适用范围的规定引发诸多困扰,它们的区分是依据程序是口头或书面,或依据是否由专门的法官主持审前准备程序的实施,或依据是否要求强制代理,或是否有司法专业人员为保护当事人利益而参与到诉讼中。^⑥ 确实,民事诉讼通常表现为在大审法院实行的包含审前程序在内的普通程序。但这具有欺骗性,会让国外学者误认为法国民事诉讼只限于这种形式,或由这种形式产生其他形式。

法兰西第五共和国建立后,立法频繁修改,1975年法典的理念因此没有得到永久的铭记和守护。而对它破坏最强的是“去法典化”(décodification)运动。

① 参见: C. Ambroise-Castérot, *Procédure accusatoire/Procédure inquisitoire*, in L. Cadiet (sous la direction de), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004. - L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, Paris, Presses universitaires de France, coll. *Thémis*, 2010, pp. 3830-393. - Voir également, en droit comparé, N. Trocker et V. Varano (ed.), *The reforms of civil procedure in comparative perspective*, Torino, Editore Giapichelli, 2005, pp. 243 et suivantes.

② 特别参见: G. Cornu, *Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes, fragment d'un état des questions*, in *Mélanges Pierre Bellet*, Litec, 1991, pp. 83 et suivantes. - Adde H. Motulsky, *Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile: la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971*, Recueil Dalloz 1972, pp. 91 et suivantes.

③ 参见: L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Paris, LexisNexis, 8^{ème} édition 2013, n° 524-551.

④ 参见: L. Cadiet, *Construire ensemble des débats utiles...* in *Mélanges Jean Buffet*, Petites affiches, 2005, pp. 99 et suivantes.

⑤ 参见下文第二部分《法国民事诉讼法典化的具体结构》。

⑥ 参见: L. Cadiet, *Construire ensemble des débats utiles...* précité. - Adde H. Croze, *Les procédures civiles avec ou sans professionnels: une nouvelle dimension de la conception française du procès civil?* in L. Cadiet et G. Canivet (dir.), 1806—1976—2006, *de la commémoration d'un code à l'autre, 200 ans d'histoire de la procédure civile*, précité, pp. 11 et suivantes.

在《劳动法典》《商法典》《消费法典》等法典和其他单独实体法律中有关特别程序的条文急剧增加,参与了针对《民事诉讼法典》形式上的去法典化运动。这种威胁并非是一种幻觉。《司法组织法典》虽然不具备《民事诉讼法典》的品质,但这些年该法典引入诸多有关民事诉讼方面的改革。通过2006年6月8日第2006-673号条例,^①《消费法典》中确立集团诉讼。这些都不是可以忽略的小事情,它们对于诉权理论、诉讼程序理论和法院理论产生了重要影响。^②还有,民事执行程序方面的相关规则也是如此。^③此外,在《民事诉讼法典》中引入的新编章节或段落,它们的安排也值得讨论。^④经历发展改革后,20世纪60年代民事诉讼法典化中所确立的价值还剩下多少?《民事诉讼法典》何时又重新成为一部有关程序规则的法律,而不再是集合司法实践中有益经验的法典?法典形式上的贬低,已经意味着它的法律精神受到实质影响,开启了民事诉讼法实质内容的去法典化之门。

实体上的去法典化已经在进行中。雅克·珂弘(Jacques Héron)率先论及,^⑤随后有其他学者的加入,如威尔德科(Wiederkehr)院长,^⑥他们提出《民事诉讼法典》中的新条文已经影响到法典制定者在民事诉讼中构建的平衡机制。例如,继库伦(Coulon)和玛让蒂(Magendie)院长主持的司法改革报告,^⑦自1998年以来颁布的各种法令,特别是2004年8月24日第2004-836号法令和2005年12月28日第2005-1678号法令,要求当事人在审前程序中提出程序抗辩手段和引发诉讼终结的

① 2006年6月8日第2006-573号条例对《司法组织法典》进行重组和对《商法典》《农村法典》《刑事诉讼法典》(立法部分)进行修改(《法兰西共和国公报》6月9日,第8710页)。有关此条例的共和国总统报告,可查阅于《法兰西共和国公报》6月9日(第8708页)。《司法组织法典》削减了适用于特殊法院的特殊条文,这些条文转移至与特殊法院管辖权限有关的实体法典中,如《劳动法典》和《商法典》等。

② 《消费法典》第L. 423-1条及以下,第R. 423-1条及以下(后由2014年3月17日第2014-344号法律和2014年9月24日第2014-1081号法令进行修改)。

③ 参见《民事执行程序法典》。

④ 例如,第一卷第五副编“违宪性问题的优先处理”(第126-1条至第126-13条),第九副编“听取儿童在司法程序中的证词”(第338-1条至第338-12条),第十四编“辩论”小节中插入有关口头程序的规定(第446-1条);第三卷第一编《人事诉讼》第十二章《有关歧视的诉讼》(第1263-1条)。

⑤ J. Héron, *Réflexions sur le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le code de l'organisation judiciaire et le nouveau Code de procédure civile*, *Revue générale des procédures* 1999, pp. 65 et suivantes, spécialement pp. 69 et suivantes: *parcellisation et décodification*.

⑥ G. Wiederkehr, *Le nouveau Code de procédure civile: la réforme permanente*, in *Mélanges Jacques Béguin*, Paris, Litec, 2005, pp. 787 et suivantes.

⑦ J.-M. Coulon, *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, Paris, La documentation française, 1997. —J.-C. Magendie, *Célérité et qualité de la justice - La gestion du temps dans le procès*, Paris, La documentation française, 2004; *Célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel*, Paris, La documentation française, 2008.