

胡夏冰 冯仁强 等著

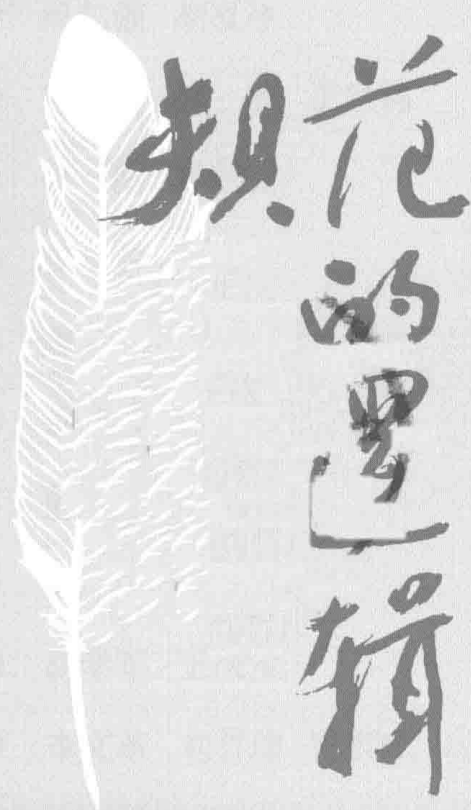
民 事 诉 讼 法 学

规范 的逻辑

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

胡夏冰 冯仁强 等著

民事诉讼法学



法律出版社 LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼法学:规范的逻辑 / 胡夏冰,冯仁强 等著. —
北京:法律出版社,2016. 11
ISBN 978 - 7 - 5197 - 0288 - 5

I. ①民… II. ①胡…②冯… 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 280900 号

民事诉讼法学:规范的逻辑	胡夏冰 冯仁强 等著	责任编辑 黄琳佳 装帧设计 马 帅
--------------	------------	----------------------

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
版本 2016 年 11 月第 1 版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 固安华明印业有限公司

印张 29.75 字数 452 千
印次 2016 年 11 月第 1 次印刷
编辑统筹 学术·对外出版分社
经销 新华书店
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
网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779
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
重庆公司/023-65382816/2908
北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843
上海公司/021-62071010/1636
深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 0288 - 5
(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

定价:78.00 元

本书作者



- 1999** 冯仁强 胡夏冰
- 2000** 徐 昕 韩 波 王学棉
- 2001** 李 刚 林剑锋
- 2002** 蒲一苇 朱春涛
- 2003** 董红卫 郭 翔
- 2004** 许 可
- 2005** 郭小冬
- 2008** 栗 峥 董 疆
- 2009** 胡学军 王次宝
- 2010** 李文革 刘哲玮 范智欣 冯 珂
- 2012** 周洪江
- 2013** 任 重
- 2015** 黄忠顺

勿忘匆匆走过的桥

——“张卫平教授执教三十载纪念论文集”序

自1986年执教于西南政法大学始,至2016年,张卫平教授已执教三十年。这三十年间,张老师孜孜不倦地奉献于民事诉讼法学教育、研究领域;这三十年间,亲耳聆听张老师授课的同学数以千计。张老师智慧、洒脱、激情洋溢的授课风格至今仍令人难以忘怀。张老师对民事诉讼法原理与制度深入浅出、充满趣味的解读与诠释构成学生们法律人生指南篇中的精彩华章。能获选进入清华大学并成为张老师指导的博士研究生、博士后研究人员,对我们每个人而言,都是一生中极快乐、极幸运的事。

1996年张老师获得博士生导师资格。张老师在清华大学法学院招收博士生始于1999年。冯仁强、胡夏冰是张老师在清华大学指导的第一届博士生。毕业后,他俩分别在法院、检察院的重要岗位就任;徐昕、韩波、王学棉是张老师在清华大学指导的第二届博士生。毕业后,韩波、王学棉都从事民事诉讼法学的教学、研究工作,徐昕主要从事司法制度研究。目前,他们三人分别在北京理工大学、中国政法大学、华北电力大学任教;李刚、林剑锋是张老师在清华大学指导的第三届博士生。毕业后,李刚投身律师实务,开办了资略律师事务所。林剑锋赴中央财经大学任教,从事民事诉讼法学的教学、研究工作;朱春涛、蒲一苇是张老师在清华大学指导的第四届博士生。毕业后,朱春涛继续在法院工作,蒲一苇则继续在宁波大学法学院开展民事诉讼法学研究工作;董红卫、郭翔是张老师在清华大学指导的第五届博士生,毕业后董红卫在清华大学公共管理学院进行博士后研究,郭翔赴北京师范大学法学院任教;许可是张老师在清华大学指导的第六届博士生,毕业后继续任教于

国际关系学院;郭小冬是张老师在清华大学指导的第七届博士生,毕业后赴天津师范大学法学院从事民事诉讼法教学、研究工作;董疆是张老师在清华大学指导的第八届博士生,毕业后赴国家开放大学从事民事诉讼法教学、研究工作;胡学军、王次宝是张老师在清华大学指导的第九届博士生。毕业后,胡学军继续任教于南昌大学法学院,王次宝继续任教于山东科技大学文法学院;李文革、范智欣、冯珂是张老师在清华大学指导的第十届博士生。毕业后,李文革继续在湖北民族学院法学院任教,范智欣继续在广东警官学院任教,冯珂赴北京化工大学文法学院任教;周洪江是张老师在清华大学指导的第十一届博士生,毕业后继续在鲁东大学法学院任教。2008年,张老师开始指导博士后研究人员。栗峥、刘哲玮、任重、黄忠顺是张老师指导的博士后研究人员。博士后出站后,栗峥赴中国政法大学任教,刘哲玮赴北京大学任教,任重留清华大学任教。

我们在清华大学学习、研究期间,不仅从张老师对民事诉讼原理与制度的深层解析与讲解中获得真知;不仅在跟随张老师进行课题研究时,在研究方法与研究能力上获得提升;面对纷扰世事的冷静态度、以学术为志业的人生执念、淡泊豁达的人生襟怀、情趣高雅的人生品味、严己宽人的为人之道,是我们在各自的“清华岁月”中、在各自与张老师的日常交流中,共同的也是最为珍贵的收获。值此张老师圆满执教三十年之际,我们将各自的代表性论文汇集出版,以表达对老师教育、培养深恩的感激。

民事诉讼模式转型、民事司法改革、民事诉讼基础原理和基本制度、民事诉讼研究和教学方法是张老师执教三十年来重点研究的学术领域。在这些领域,张老师提出了自己主要的学说观点。在这些领域,我们也深得教益与启发。故此,本文集自然形成“民事诉讼模式转型”、“民事司法改革”、“民事诉讼基础原理和基本制度”、“民事诉讼研究与教学方法”四个专题。

在民事诉讼模式转型专题中,《民事诉讼模式论:争鸣与选择》一文的主要观点是,以体制与机制的位阶次序、实体公正与程序保障及发现真实之间的价值衡量、解构司法私益化“怪圈”的现实考量三要素构成的“准据框架”作为选择民事诉讼模式的分析进路,我国民事诉讼的更新与再造仍要以当事人主义民事诉讼模式的建构、职权主义民事诉讼模式的解构为方向。在此明确的方向指引下,“协同主义”、“和谐主义”倡导者完善诉讼机制的真知灼见才可能发挥最大化的效能;《论当事人主义诉讼模式在我国法上的新进

展》——以法典与相关司法解释文本为核心的主要观点是,我国民事诉讼模式的改革目标是建立大陆法系的当事人主义诉讼模式,即以约束性辩论原则、约束性处分原则以及职权进行主义为基础,辅之以合理的释明权制度。近年来关于我国民事诉讼模式的改革目标在理论上存在一些误识。主要体现在混淆了当事人主义诉讼模式的适用范围、夸大了当事人主义与协调主义的差异等。《反思“协调主义”》一文的主要观点是,协调主义诉讼模式论实际上是一种企图利用职权主义模式改良当事人主义模式的混合型诉讼模式论。“协调主义”由于缺乏个性内容和可操作性,不具备成为独立诉讼模式的条件,只能沦为当事人主义模式的附庸,或者当事人主义与职权主义结合的“乌托邦”,不能作为我国司法改革的方向。《论民事诉讼模式理论的方法论意义及其运用》一文的主要观点是,从方法论的角度观察,民事诉讼模式理论发挥着范式革命的效果,当事人主义在可证伪性和确定性的意义上具有科学性。民事诉讼模式理论目前的危机并非因为其不够科学,而是由于过于宏观,无法直接指导具体的制度设计和操作,有必要加大中层概念的研究,根据民事诉讼模式的原理,形成关于诉讼行为、诉讼标的等中层概念的通说;《从权利保障到权力制约:论我国民事诉讼模式转换的趋向》一文的主要观点是,作为构建当事人主义的两大支柱,辩论原则和处分原则奠定了民事诉讼基本结构,其核心精神在于界定当事人和法院在民事诉讼中的任务分配和相互关系,实现当事人权利制约司法权力。从我国民事诉讼改革的进程看,尽管制度层面就当事人诉讼权利完善已取得不少进展,但是在权力制约方面仍有不足。从我国民事诉讼法与司法解释涉及的起诉、撤诉、自认等问题看,只有将重心从权利保障转向以权力制约为中心,才能构建起实质意义当事人主义;《论中国民事诉讼的理论共识》一文的主要观点是,模式论的制度化体现在以三大基本论题和两项核心基本原则为基础构建出的倒金字塔型结构。当事人实体和程序权利保障是当事人主义诉讼目的的应有之义。旧实体法说中的民事权利针对给付之诉。民事法律关系仅可能作为确认之诉和形成之诉的识别标准。既判力相对性的确立有赖于《民诉解释》第247条到第249条的落实以及诉讼标的和诉讼请求的同一化理解。约束性辩论原则虽不存在规范障碍,但严禁以证据资料补充诉讼资料是最大的理念挑战。当事人主导型诉讼模式的制度化是在基本理论最大张力范围内建构有中国特色民事

诉讼法律体系的必由之路。

在民事司法改革专题中,《民事诉讼程序回转现象分析》一文的主要观点是,程序回转具有保障案件公正审理、维护当事人的合法权益、促进法官依法行使审判权、发挥原有诉讼程序功能等积极意义;同时,程序回转也会带来诉讼效率低下、民事纠纷得不到及时解决、诉讼程序恣意性的增加甚至在一定程度上动摇司法公信力等负面效应。因此,应当理性认识和对待诉讼程序回转。完善我国民事诉讼程序回转的基本思路是:完善程序回转的法定事由;赋予当事人程序回转选择权;规范程序回转的法律效力等;《民事公诉制度的诉讼法基础》一文的主要观点是,检察机关在财产关系诉讼中基于诉的间接利益取得派生诉讼的诉讼实施权正当性,在人身关系诉讼中基于诉的直接利益成为具体案件中正当当事人地位,因此,民事公诉来源于统一的国家公诉权,基于特定前提限制下行使,顺应了民事诉权多元化趋势,契合了诉的利益理论对诉讼实施权理论的发展;《论私人执法》一文的主要观点是,随着社会主义市场经济发展,提升私人执法的作用将成为法制变革的一个方向。让私人执法与公共执法并行,相互补充,“将会产生更好的效果,而且,法律本身也是应当有这种期待的”。进而,私人执法作用的大小、负面因素、私人执法与公共执法的配置与互动等问题亦值得认真研究;《民事审判权作用范围制度基本原理初探》一文的主要观点是,民事诉讼是审判权与诉讼权、国家与个人相互作用共同场域,因此对于民事审判权作用范围制度基本理论的探讨与分析,必须坚持审判权与国家、诉讼权与个人的二元进路。分权制衡、权利救济和司法有限性三大理论构成了民事审判权作用范围制度的理论基础。综合考量民事审判权作用范围制度的基本原理、制度功能和目的,本文认为确定民事审判权作用范围的基本原则是:法定原则、保护性原则与有限性原则并重原则、适度司法能动原则和司法最终解决原则;《方式与选择:民事检察监督改革的基本思路》的主要观点是,应增设检察机关提起诉讼监督方式、增设检察机关参加诉讼监督方式并赋予其上诉权、完善抗诉监督方式、检察机关应依法享有调查取证权等权力;《国家治理中的司法策略:以转型乡村为背景》一文的主要观点是,为了适应社会转轨的实际需要,司法机关所采取的司法策略的目标定位是强调和谐社会与法治社会的兼容;落实的标准是实践场域、“操作术”、资本权力、心理状态与多元效果等核心因素的整体平衡与

协调;选择的方法是“大调解”与“能动司法”,而村民应对的策略是司法“体内循环”与“体外循环”并举。这些司法策略整合了纠纷解决的各种智慧,包含了尽可能多的治世方略,形成了“软硬兼施”、“刚柔并济”的处理矛盾的“规制矩阵”,是我国司法机关审视自身条件与能力、适应转型环境、满足政治任务的“条件反射”。它反映出当下司法是一种补充社会资源、承担公共责任、加强联动治理、确保社会稳定的“安抚型司法”;《人性·和谐·调解》一文的主要观点是,要从人性和人类心理的高度重建调解制度。与此同时,不能忽视文化因素、权力技术因素、国家治理因素以及程序理性等诸多因素对调解制度重建的所起到的作用。

在民事诉讼基础原理和基本制度专题中,《诉讼请求“具体化”之研究》一文的主要观点是,判断诉讼请求是否“具体”的标准则需要根据确认之诉、形成之诉和给付之诉分别进行确定。确认之诉、形成之诉的判断标准相对容易。给付之诉的判断标准比较复杂。由于有些案件原告获取信息比较困难或者原告能力有限,应当对“具体”化的要求予以缓和,允许原告在审理中再具体化其诉讼请求,或者在审理中与法官协同对诉讼请求予以探索式特定。对于有些案件的诉讼请求则应当排除“具体化”之适用;《既判力时间范围制度适用的类型化分析》一文的主要观点是,依既判力理论的基本法理,前诉既判力影响后诉的形态不仅限于前后诉相同的情形,也同样存在于前后诉不同的情形,因此,《民诉解释》第248条存在脱离第247条独立适用的情形。而且,通过对既判力客观范围与既判力时间范围关系的分析,可以发现,既判力时间范围在制度适用形态方面并不具有一般化适用的意义,而应当限定在特定的情形中;《无独立请求权第三人参加诉讼与判决效力范围——以既判力主观范围的扩张为中心》一文的主要观点是,关于第三人参加诉讼时的判决效力范围问题,大陆法系传统理论采参加效力说,认为本诉确定判决对诉讼参加人发生参加效力而非既判力。在纠纷一次解决的绝对化追求下,责任追究功能成为我国无独立请求权第三人制度设计和适用的核心,导致这一制度与大陆法系的诉讼参加制度发生了偏离,使得判决效力问题变得十分复杂而难以沿用辅助参加效力。有必要回归到既判力原理的立场,结合无独立请求权第三人参加诉讼的不同形态,对判决效力范围予以具体分析和检视,以求既有制度与理论的尽量自洽;《诚信原则的具象化与禁反言规则的中国式建

构》一文的主要观点是,通过分析英美法上各类禁反言规则的构成要素,可以明确建构中国民事禁反言规则的基本路径,即根据诚信原则形成我国的禁反言观念,然后结合具体的民事诉讼制度,在禁反言观念下形成能满足司法实践需要的禁反言规则;《论保全诉讼中被申请人利益的保障》一文的主要观点是,保全程序是一种单方审理程序,但是在暂时停止侵害行为的保全中,由于存在“本案化”的可能,就不能一味地追求对申请人利益的保护,还需要适当地考虑被申请人的利益。一方面,最低程序保障要求从形式上保障被申请人在参与程序的机会,另一方面,在作出实质裁决的时候,应当考虑裁决的执行将会给被申请人带来的影响;《法官分配证明责任:一个法学迷思概念的分析》一文的主要观点是,法官裁量分配证明责任在大陆法系证明责任一般分配理论中是没有存在地位的,我国民事证明责任分配应采取并实际上是采取了规范说,因此不宜赋予法官实质上分配证明责任的权力。实践中所谓法官分配证明责任的做法实际上都是对这一概念的误用并可造成滥用自由裁量权的后果。应继续明确证明责任分配的法定规则,并通过强化当事人的证明权及在司法实践中逐渐形成与积累诉讼证明与事实认定的具体规则来解决事实疑难案件的证明难题;《虚假诉讼的裁判方式:新〈民事诉讼法〉第112条评析》一文的主要观点是,在大陆法系语境下,当事人为骗取法院裁判的诉讼会因诉不合法(无诉的利益)而作出驳回诉的诉讼判决。新《民事诉讼法》第112条规定的“驳回请求”的裁判方式,强调对虚假诉讼的规制,其价值选择在于对法秩序的维护,但与第119条规定的协调一致会存在问题。比较理想的做法是引进大陆法系的诉讼判决制度,区分起诉要件和诉讼要件,对于法院已经受理的虚假诉讼根据我国民事诉讼法应当裁定驳回起诉;《论我国证据认证模式的完善》一文的主要观点是,通过借鉴德国、美国在证据认证上的规范和程序设计上的经验,我国应当明确规定二步认证的证据认证模式。具体而言,一方面在程序设计上要强化庭前准备的功能,另一方面还需要提升当事人在准备程序中的地位以完善我国的证据认证模式;《执行力的正当性基础及其制度展开》指出,执行力的正当性基础呈现出多元化的发展趋势,从原来附属于既判力正当性基础的一元论,向正当程序保障下自我归责原则与不存在实质性争议权益及时实现的必要性并存的两元论转化,再向程序保障、自我决定、效率优先等构成的多元论发展。文章不仅从理论上反思和重塑执

执行力的正当性基础,还从制度建构层面对执行力的赋予、消减及其与禁诉效力之间的关系展开了详尽分析,兼具理论与实践价值。

在民事诉讼研究与教学方法专题中,《也谈民事诉讼法的教学研究方法——以一体化为视角》一文的主要观点是,民事诉讼法学的研究侧重于具体制度的建构与完善,呈现出“碎片化”现象,忽视了制度赖以存在的基础,这种基础主要表现为民事诉讼的具体理念、民事诉讼的改革目标、民事诉讼的当下我国具体情况以及实现改革目标的具体路径选择,这四种逻辑定位的结合统称为民事诉讼一体化。我国应建立民事诉讼一体化系统,在制度的建构方面应该“左顾右盼”,而不是盲目引进最先进制度即可大功告成。并且结合我国民事诉讼法相关内容,借用民事诉讼一体化理论,予以介评,以期探讨修改的具体得失。

上述论文的研究进路主要是民事诉讼法规范解释学进路,有的论文采法社会学或社科法学研究进路,有的论文尝试能结合法解释学进路与法社会学进路。无论采取哪种学术研究进路,上述论文的完成都与张老师在学术方法方面的指导与对我们的学术能力训练是分不开的。每当我们对自己的学术表达能力的提高略感快慰之时,就不由得想起老师对我们各自的教导。在张老师圆满执教三十年之际,我们以下列小诗表达对老师的感谢与祝贺:

这世间有一种桥

我们走过
婉约流水旁的小桥
浩荡江河上的大桥
有一种桥
联通此岸与彼岸的智识

我们经过
穿云破雾的高山峡谷桥
笑傲海天的链岛跨海桥
有一种桥
牵引人与人之间的境界

我们见过

空山新雨后的彩虹桥

繁星闪烁中的月亮桥

有一种桥

传递的总是达观的态度

我们景仰过

担日月负名山的赵州石桥

飞古藤链荷舟的广济浮桥

有一种桥

斗转星移间默化了灵魂

这种桥

无论丽日下

无论风雨中

谁又能忘却

这种桥

无论天之涯

无论海之角

都不能忘却

本书作者

目 录

民事诉讼模式转型

民事诉讼模式论:争鸣与选择	韩 波	003
论当事人主义诉讼模式在我国法上的新进展		
——以法典与相关司法解释文本为核心	许 可	031
反思“协调主义”	王次宝	052
论民事诉讼模式理论的方法论意义及其运用	刘哲玮	071
从权利保障到权力制约:论我国民事诉讼模式转换的趋向	冯 珂	089
论中国民事诉讼的理论共识	任 重	109

民事司法改革

民事公诉制度的诉讼法基础	冯仁强	139
民事诉讼程序回转现象分析	胡夏冰	145
论私人执法	徐 昕	175
民事审判权作用范围制度基本原理初探	朱春涛	196
方式与选择:民事检察监督改革的基本思路	董红卫	213
国家治理中的司法策略:以转型乡村为背景	栗 峥	228
人性·和谐·调解	董 疆	249

民事诉讼基础原理和基本制度

诉讼请求“具体化”之研究	王学棉	265
既判力时间范围制度适用的类型化分析	林剑锋	288

无独立请求权第三人参加诉讼与判决效力范围

——以既判力主观范围的扩张为中心 蒲一苇 302

诚信原则的具象化与禁反言规则的中国式建构 郭翔 323

论保全诉讼中被申请人利益的保障 郭小冬 341

法官分配证明责任：一个法学迷思概念的分析 胡学军 357

虚假诉讼的裁判方式：新《民事诉讼法》第 112 条评析 李文革 392

论我国证据认证模式的完善 范智欣 405

执行力的正当性基础及其制度展开 黄忠顺 417

民事诉讼研究与教学方法

也谈民事诉讼法的教学研究方法

——以一体化为视角 周洪江 441

民事诉讼模式转型

民事诉讼模式论：争鸣与选择

韩 波^{*}

摘要：本文以民事诉讼模式论演变史及主要争鸣点为线索，对民事诉讼模式的界定、类型划分及根据、我国民事诉讼模式的定位及改革走向进行了分析。本文试图历览并辨明学界关于当事人主义与职权主义诉讼模式、马锡五审判方式、“协同主义”与“和谐主义”诉讼模式的主张与争鸣，力图正本清源并为正在进行的民事司法改革选择方向提供有价值的资鉴。

关键词：当事人主义诉讼模式 职权主义诉讼模式 协同主义诉讼模式

时至今日，民事诉讼模式已成为我国民事诉讼法学理论范畴中不可或缺的有机组成部分。它不但是改革开放以来民事诉讼法学界争鸣最盛的领域，而且为我国民事诉讼法学研究持续注入不竭动力。我国民事诉讼法学界对民事诉讼模式的研究与争鸣兴起于20世纪90年代初。在学术争鸣中，学者们对作为理论范畴的民事诉讼模式从不同角度进行了界定。从最直观的层面看，民事诉讼模式可以理解为民事诉讼的标准样式，民事诉讼模式研究是在省察他国民事诉讼标准样式并探寻我国民事诉讼的标准样式。如此思之，有关民事诉讼模式的争鸣可追溯至新民主主义革命时期已经形成、新中国成立后广为推行的马锡五审判方式。

^{*} 韩波，内蒙古临河人，法学博士，中国政法大学民商经济法学院副教授。原文载《当代法学》2009年第5期。