



理 想 与 信 仰

民事诉讼法规范研究论丛

Specification
Civil Procedure Law
Review

| 总主编 张卫平 |



Civil Procedure Law Seminar

张卫平 主编

民事诉讼法研讨【一】

紫荆民事诉讼青年沙龙实录



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



理

想

与

信

仰

民事诉讼法规范研究论丛

**Specification
Civil Procedure Law
Review**

| 总主编 张卫平 |

Civil Procedure Law Seminar

张卫平 主编

民事诉讼法研讨【一】

紫荆民事诉讼青年沙龙实录



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

民事诉讼法研讨一/张卫平主编. —厦门:厦门大学出版社,2016. 12
(民事诉讼法规范研究论丛)

ISBN 978-7-5615-6403-5

I. ①民… II. ①张… III. ①民事诉讼法-研究-中国 IV. ①D925.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 319941 号

出版人 蒋东明
责任编辑 甘世恒 邓 臻
封面设计 李夏凌
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 xmup@xmupress.com
印 刷 厦门集大印刷厂

开本 720mm×1000mm 1/16
印张 44
插页 2
字数 636 千字
版次 2016 年 12 月第 1 版
印次 2016 年 12 月第 1 次印刷
定价 128.00 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

强化基础 提升层次

——“民事诉讼法规范研究论丛”总序

张卫平*

据最高人民法院工作报告提供的数据，2013年，全国地方各级人民法院受理案件1421.7万件；2014年，全国地方各级人民法院受理案件1565.1万件；2015年，全国地方各级人民法院受理案件1951.1万件。由此可以看出案件不仅数量大，而且增幅也大。

毫无疑问，我国已经成为一个诉讼大国。但一个诉讼大国并不意味着我们在诉讼制度建设和理论研究方面就一定是一个大国。只能说，我国作为一个诉讼大国对诉讼制度的建构和完善提出了更多、更高的要求，为诉讼理论的研究提供了更加丰富的实践条件。就民事诉讼制度的建构、完善和民事诉讼理论研究而言，我们还远不能满足一个诉讼大国的需求。与制度建构相比较，也许在民事诉讼理论的研究方面差距还要更大一些。因为民事诉讼理论的研究，其投入的人力、物力、精力更大，研究成果自然竞争淘汰的周期更长。

在现实中，制约我国民事诉讼理论研究层次和规模发展的有多种因素——理论与实践的隔离；研究方法的单一和失范；研究资源投入不够；理论研究人才培养不力，人才资源匮乏；课题导向偏离；科研管理体制紊乱；科研激励机制缺失与背反等等。除此之

* 张卫平，中国民事诉讼法学研究会会长，清华大学法学院教授、博士生导师。

外，还有一个重要的制约原因是民事诉讼基础理论研究不够。

民事诉讼理论研究长期以来存在重制度应用与解释，轻基础理论研究的现象。这也是我国部门法学理论研究普遍存在的问题。民事诉讼的研究一直存在跟风研究的情形。跟政策、跟课题导向、跟制度建构解释，带有很强的实用主义的色彩。我们需要理论与现实保持紧密联系，与实践密切相结合。但不能不顾及基础理论研究，弱化基础理论研究。基础理论之所以为基础理论，就在于与具体的制度和技术应用保持了一定的距离。基础理论研究往往就是“仰望星空”，也只有“仰望星空”，我们的理论研究才能站得更高，看得更远。没有扎实的基础理论研究，我们的制度建构和规范解释就没有正确的基础，没有正当性和说服力，难以避免制度之间的矛盾性和非整合性。我们的民事诉讼法和司法解释中存在的某些问题也说明了这一点。例如在执行制度中，关于执行救济制度的体系设计就因为缺失基础理论的研究，使得制度建构存在不整合的状态。第三人撤销之诉制度也很典型地说明了这一点。

在民事诉讼制度建构的早期，建构简单制度的场合，我们大概还可以凭感觉，摸着石头过河。但一旦面临复杂、现代的诉讼形态，需要建构与此相适应的诉讼制度，制度建构进入“深水区”时，我们就不能再摸着石头过河了。必须以基础理论为指引，如同即使处于夜间或低能见度的状态，我们也可以在盲降系统的指引之下实现盲降。这个“盲降系统”就是我们成熟的基础理论系统。甚至我们可以在没有出现特殊诉讼纠纷形态之前，就可以根据理论假设完成制度预设和建模，而非消极等待实践的来临。随着我国社会的飞速发展，社会治理和管理已经进入“深水区”，我们的理论研究也应当提升到更高的层次。要提高研究的层次就需要加大对基础理论的研究。一个诉讼大国无疑应当是一个诉讼制度大国和诉讼理论的大国。

诉讼基础理论的研究注重的是规范分析研究。这里的规范分析，并不仅仅是从现有的实证规范出发，需要以实证规范为前提，进行规范的原理性研究。规范研究讲究探求法律规范自身的规律性，坚持民事实体法规范与民事诉讼规范的协调和统一，坚持民事诉讼程序的正当性原理，坚守法律规范的确定性、统一性、自洽性，坚守民事诉讼程序的应有的理念和价值。探究原理就是要探究民事诉讼中具有普世性的东西。虽然，我国的法治还处于初级阶段，在实然层面还无法按照民事诉讼的原理运行，民事诉讼的运作还受到传统纠纷解决理念以及非规范化、非专业化的影响，还受制于法律之外多种因素的干扰。但是，作为民事诉讼现代化的进程是不可阻挡的。因此，就需要我们通过强化规范分析，以获取民事诉讼原理性知识，并以此为基础，建构起一个与现代社会治理相适应的民事诉讼纠纷解决体系。

这套称之为规范研究的丛书，就是鼓励学人们积极投入到规范分析研究之中，探究民事诉讼规范的真谛，以此推动基础理论研究向纵深发展。这套书中有的是对国外民事诉讼理论译介，有的是国内学者关于基础理论的研究。我认为当下，译介国外知名学者、大师的基础理论研究成果是非常必要的。因为，我们必须吸收人类文明的共同智慧，尤其是在法治建设方面，在诉讼制度理论方面。任何拒斥和排斥都是不明智的做法。人为地设置意识的壁垒更是不可取的作为。在当下缺失基础理论研究，尤其是缺乏对国外基础理论译介和研究的激励机制的情形下，我们应当为这些仰望星空的学人们的作为而摇旗呐喊！

为此丛书作序，也是一种发自我内心的喝彩和掌声！

2016年7月18日
于清华倦勤斋书屋

紫荆花开

——《民事诉讼法研讨一》序

张卫平

2014年紫荆花开之时，几位年轻学人提议设立一个主要由青年学者参与的学术沙龙，以推动青年学者之间直接的学术交流。沙龙围绕一个单一的主题，主报告人应当在会前一段时间，将报告预先提交给事先确定的评议人。评议人应当提前写好书面评议并反馈给主报告人。因为当初的想法是在组织上依托清华大学法学院民事程序法研究中心，而清华的校花是美丽的紫荆花，故“紫荆沙龙”的名称也就缘于此。现在沙龙已经有了中国民事诉讼法学研究会的支持，成为了中国民事诉讼法学研究会麾下的一个重要学术品牌。

当初，我即认为这是一个很好的倡议。原本民事诉讼法学界的研讨会就不多，即使有，也因为参会人数的限制，使大多数青年学者难以参与。更主要的原因在于，现在的研讨会多数是“赶场”式的，参会只是图个热闹，是学界朋友之间的一次休闲聚会。会上发言也都是即兴随意的，虽然也是平常思考的东西，但顾及不了严谨，也没有论证，也难以进行细致、深入的交流或交锋。最典型的就是每年的民诉法年会暨学术研讨会。参会人数众多、研讨主题分散、发言时间短暂，俨然就是一个“派对”或“鸡尾酒会”，有明显的“学术娱乐化”印记，成为不少人异地旅游的“契机”，从而难以真正、有效地深化学术理论研究。当然，

每年的年会暨学术研讨会又是必不可少的，人们之间需要进行学术之外的交流。这种年终“派对”形式带来的问题也就难以避免。因此，需要有其他形式的研讨会予以弥补或替代，例如，由各专业委员会主办的小型专题研讨会。紫荆沙龙面向青年学者的小型专题研讨会更是研讨多样化、多元化的一种方式，应当鼓励和支持。

由此，我想起台湾地区著名民事诉讼法学者邱联恭先生20世纪80年代末刚从日本学成归来时，极力推行的在形式与内容上更为严谨的专题学术研讨会——每次会议一般仅为一两个主题，所有的报告人、评议人的发言必须全部实录并予以发表，以促使发言人更注意自己的观点、论证、表述的准确性和严谨性。研讨会提倡批评和交锋。现在翻看由台湾大学法律系结集出版的几十卷研讨会文集，可以发现但凡台湾民事诉讼理论的重大问题，也都在这些研讨会上进行过深入、激烈的讨论。对比之下，我们大陆在学术研讨方面的确还存有不小的差距。每每与邱先生见面谈及此事，先生的脸上总是放着光彩，满满的都是成就感。

一方面，因为有评议，评议人虽然会顾及报告人的感受，有意在评议中加上一点点“麻醉药”，但评议的基本取向还是批评、揭短。学者往往又最在意这一点。所以谁来当第一个“炮灰”，敢为被攻击的“目标”，的确是需要勇气的。第一届紫荆沙龙的主报告人最终敲定为国际关系学院的副教授许可博士。题目是他擅长的专题——“要件事实论”。虽然许可先生在这一方面写过文章，出过书，但这些观点并没接受过较大范围的直接评议，也就是直接放在“火”上“熏烤”，说得严重一点可能是一番“严刑拷打”。许可先生也的确有气量，接受了这一挑战，成为第一个“吃螃蟹”的人。在报告之后，能大气地对待众人的评议，哪怕众人语气有些重，且能尽量接受他人的批评观点，为沙龙树立了好的报告范式。之后，我也多次提到，经过紫荆沙龙“严刑拷

打”的学者也必将变得更为成熟，其理论将更为扎实和可靠，同时学术影响力也会大增。就此可以说紫荆沙龙是一个很好的学术平台。

紫荆沙龙在选题上有一个明确的取向，就是限于民事诉讼规范分析的命题。这种取向的把握，我认为是正确的、有益的。当然，这里所言的规范研究方法并非完全传统意义上的法律实证规范研究方法，也包括所谓新自然法学的价值关怀和追求。这种广义上的规范研究着重于对民事诉讼法原理的分析和研究，并以这些原理指导和解释民事诉讼制度的建构和适用。学术研究中，除了规范研究之外，现在比较流行的还有法律实证调查研究。但紫荆沙龙这样的研讨会不太适合法律实证调查研究的研讨。实证研究虽然也是一种研究，但因为实证调查数据无法核实、验证，或者说核实、验证的成本太高，所以难以进行评议。如果要研讨，则通常只能限于调查的选题和调查的方法，除了选题之外，实证调查方法涉及的是社会学的问题，对于熟悉规范研究的学者们而言难以施展拳脚。在规范研究中，学者们可以利用实证调查数据说明问题，但不需要亲自进行自己并不擅长的社会调查。如果轻率从事也是对社会调查专业和职业的不尊重。

另外，在民事訴訟法治初建阶段，制度建构和实施的过程中，我们更需要通过规范研究获取对民事诉讼法的原理认知，为我国的民事诉讼制度建构和适用提供解释理论。而法律实证研究的“现实取向”和“解构取向”不利于法治的形式化建构，不利于程序法的遵守和坚持，对于民事诉讼制度建构和实施形成一种紧张关系，有着明显的“民粹性”，而且很容易为规范变形提供正当性。在德国，20世纪30年代，为了突破形式法治的羁绊，粉饰权力者的意志，一些纳粹法学家，例如施密特等人就坚决反对规范研究法学的形式化、去政治化。比照施密特理论语境的“非常状态”，我们往往也非常强调语境的现实性和特殊性，比较

突出的是“中国特色”。这种对特色及现实的过分强调也就阻碍了对民事诉讼原理普适性的认可，也就必然影响对民事诉讼原理的探究。这也就是我所言的“民粹化”。民事诉讼法治的现代化和民事诉讼法治的进步就很难推进。因此，沙龙在研讨命题上对规范研究命题的强调是有现实意义的。

紫荆沙龙的另一个突出特点是研讨命题的基础性。要件事实论、既判力、诉讼标的、证明责任、辩论原则都涉及民事诉讼法的基本理论问题。正是由于探讨命题的基础性，所以其研讨才能非常广泛、活跃和深入。通过深入的研讨，厘清了许多似是而非的问题。只有面对基础性的理论问题，才能通过探明这些基础性的问题，提升我国民事诉讼理论研究的水平，提升民事诉讼理论层次。沙龙在这方面具有更为突出的优势。

我作为沙龙特邀嘉宾，有幸参加了迄今为止的每一届沙龙。尽管“倚老卖老”地“超然”于激烈的学术交锋之外，乃“坐山观虎斗”，偶尔也添上几把火，但每一次参会都很有体会和感触，能够感受到青年学者的学术激情、活跃的思维。虽然沙龙研讨的命题涉及的大都是基础性理论，自己也有过学习和研究，但通过沙龙，依然能够学习到不少新的观点和方法，对自己已有的认识和理论有所启发。同时，年轻人的研究激情也深深地感染了我，为自己的学术注入了热情和活力，推动自己在学术的道路上继续前行。因此，看到紫荆沙龙的研讨实录能够结集出版自然十分欣喜。文集出版不仅能够使更多的民诉学人了解紫荆沙龙，从紫荆沙龙的研讨活动中有所收获，也能够进一步推动沙龙的发展。相信紫荆沙龙这朵学术紫荆花将开放得愈加灿烂！

2016年7月17日

于清华倦勤斋书屋

目 录

第一届紫荆民事诉讼青年沙龙（国际关系学院）

- 001 报告人介绍：许可
- 002 许可 从诉讼法视角论共同危险行为之构成要件与免责事由
- 015 曹云吉 第一届紫荆民事诉讼青年沙龙实录

第二届紫荆民事诉讼青年沙龙（天津师范大学）

- 053 报告人介绍：吴泽勇、蒲一苇
- 054 蒲一苇 第三人撤销之诉适用范围的实体法分析
- 072 曹云吉 第二届紫荆民事诉讼青年沙龙实录
- 122 附：书面评议

第三届紫荆民事诉讼青年沙龙（北京师范大学）

- 145 报告人介绍：郭翔、林剑锋
- 146 郭翔 美国判决效力理论及其制度化借鉴
——基于争点效力理论的分析
- 194 林剑锋 既判力作用范围相对性：法理依据与制度现状
- 218 曹云吉 第三届紫荆民事诉讼青年沙龙实录
- 254 附：书面评议

第四届紫荆民事诉讼青年沙龙（厦门大学、厦门大学出版社）

- 288 报告人介绍：胡学军、霍海红
- 289 胡学军 证明责任分配理论重述
- 303 霍海红 提高民事诉讼证明标准的理论反思
——以《民诉解释》第109条为中心

336 曹云吉 第四届紫荆民事诉讼青年沙龙实录

411 附：书面评议

第五届紫荆民事诉讼青年沙龙（西南政法大学）

472 报告人介绍：段文波、韩波

474 段文波 当事人主义：对象、方法与程序

499 韩 波 民事诉讼中的辩论主义与合作原则

516 曹建军 第五届紫荆民事诉讼青年沙龙实录

574 附：争点整理

577 附：书面评议

民事诉讼法与民法的对话（烟台大学）

643 报告人介绍：房绍坤、任重

644 任重 民事诉讼视角下的我国物权法第 28 条

652 曹云吉 专题研讨会纪要

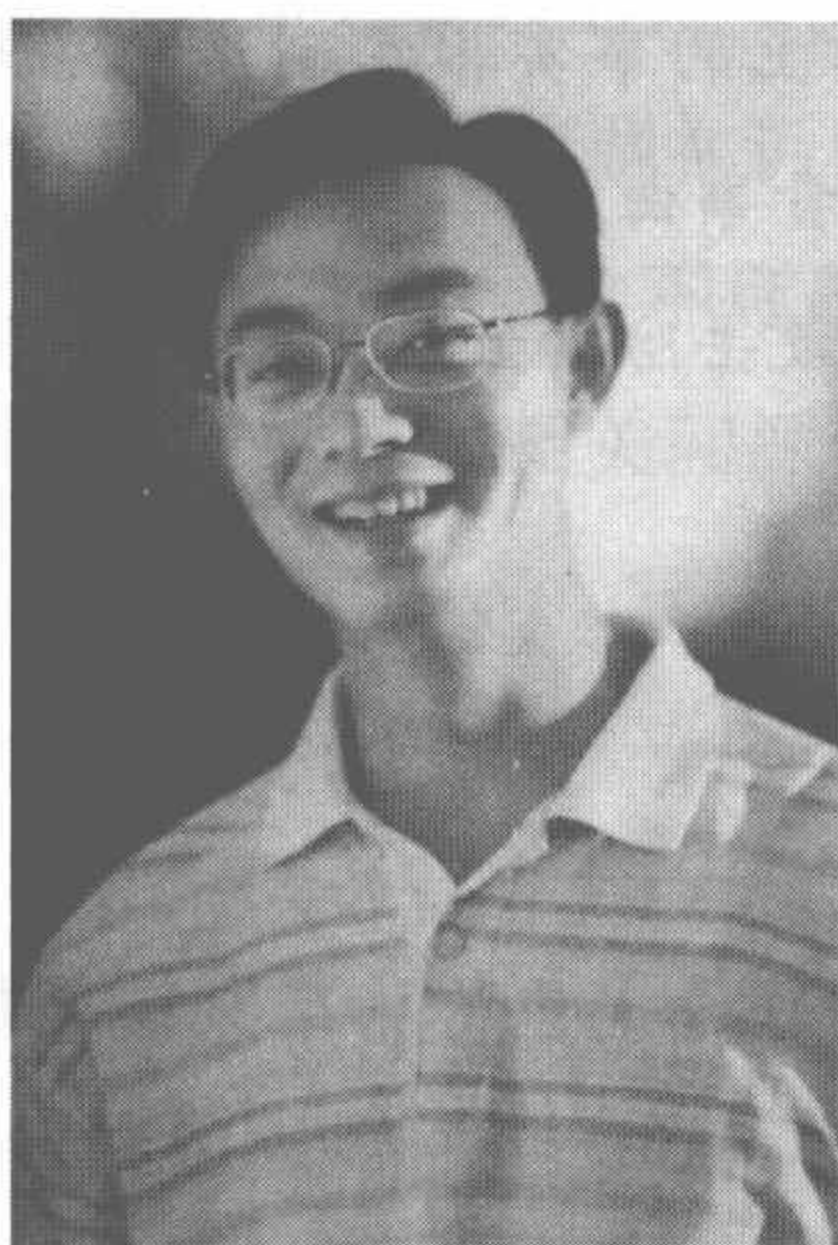
674 附：书面评议

691 附：紫荆民事诉讼青年沙龙筹办办法（试行）

第一届紫荆民事诉讼青年沙龙

(国际关系学院)

报告人：许可



许可，国际关系学院副教授，硕士研究生导师，中国民事诉讼法学研究会理事，常务副秘书长。2007年毕业于清华大学法学院，获法学博士学位，研究方向为民事诉讼法学、民事审判方法（要件事实理论）。在《清华法学》《当代法学》等期刊上发表学术论文近20篇，学术专著《民事审判方法——要件事实引论》获得北京市第十一届哲学社会科学优秀成果二等奖，学术译著《重点讲义民事诉讼法》（合著）在学界有广泛的影响力。参与《民事诉讼法新制度讲义》《新民事诉讼法条文精释》《最高人民法院民事诉讼法司法解释要点解读》等著作的编写工作。

从诉讼法视角论共同危险行为之 构成要件与免责事由

许 可*

内容摘要：本文以《侵权责任法》第十条条文为中心，从民事诉讼法学原理出发，结合民法解释学相关方法，就诉讼实践所要解决之共同危险行为之构成要件与免责事由进行了梳理。笔者认为，应根据共同危险行为所涉不同归责原则识别共同危险行为的主观构成要件，加害人不明不应作为客观构成要件，从法律上的事实推定制度的原理出发，应当采用因果关系排除说作为行为人的免责事由。

关键词：立法目的；攻击防御方法；归责原则；法律上的事实推定

一、问题的提出

共同危险行为在民法理论上也称为准共同侵权行为，属于一种广义的共同侵权行为。从我国的立法实践来看，《民法通则》和《民法通则意见》均未对共同危险行为作出规定，《民事诉讼证据规则》则从证明责任负担的角度首次对共同危险行为作出了规定。最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第四条则首度从实体法的角度对共同危险行为的构成要件和免责事由进行了初步总结。在比较法的视角上，大陆法系各国多将共同危险行为视为狭义的共同侵权行为的特殊形态，并采用同一条文予以处理。比如德国民法典第八百三十条第一款规定，数人因共同实施侵权行为构成损害的，各人对损害均负责任。不能查明数关系人

* 国际关系学院副教授。本文系教育部人文社科规划项目“要件事实理论在侵权案件中的适用研究”（项目号 11YJC820146）与北京市社科规划项目“侵权责任法实施研究——以要件审判为视角”（项目号 11FXC025）的中期研究成果。

中谁的行为造成损害的，亦同。我国的《侵权责任法》则创造性地采用了逐条立法的模式，采用五个独立的条文（第八条至第十二条）分别对四种形态的共同侵权行为进行了明确规定，其中的第十条规定，二人以上实施危及他人人身、财产安全的行为，其中一人或者数人的行为造成他人损害，能够确定具体侵权人的，由侵权人承担责任；不能确定具体侵权人的，行为人承担连带责任。本条确立了我国法上的共同危险行为制度。

从《侵权责任法》的制定过程以及颁布实施以来的情况来看，学界关于共同危险行为制度的争论对象主要集中在共同危险行为是否需要主观构成要件以及行为人免责制度的设计上，上述研究对于诉讼实践的重要意义不言而喻，但从更有效地服务于审判实践的角度，笔者认为当前的研究尚存在如下不足：既有的研究忽视了相关问题在诉讼法层面所具有的含义，也鲜有立足于诉讼法学原理展开的论述。这不可避免地削弱了各自的结论对于诉讼实践的指导价值，同时也导致相关问题依然如同雾里看花一般，难以得到切实的解决办法。

二、共同危险行为的构成要件

本文所采共同危险行为的构成要件这一习惯性称谓，从诉讼法学的角度来看，实质上是指受害人作为原告在诉讼中提出的诉讼请求——行为人承担连带损害赔偿责任的要件，也即原告请求权的发生要件，并非受诉人民法院在案件审理终结时判断是否做出原告胜诉判决的全部要件。后者还包括原告请求权的妨碍要件，即被告的免责事由。原告对于发生要件所对应的案件事实负担主张证明责任，被告对于妨碍要件所对应的案件事实负担主张证明责任。这一分类的意义在于指导受诉人民法院正确划分当事人的主张证明责任以及科学合理地行使诉讼指挥权。比如，如果我们将“数人实施了危及他人人身、财产安全的行为”作为责任的成立要件，那么原告就应当对该要件存在所对应的案件事实负担主张证明责任，而不是由被告对该要件不存在的案件事实负担主张证明责任。而且，对于一个具体

的诉讼而言，原告欲获得胜诉判决，应当在诉讼中首先对那些与责任成立要件一一对应的案件事实加以主张和证明。在原告的证明获得法官确信的心证后，被告欲获得胜诉判决，则应当对那些与妨碍要件一一对应的案件事实加以主张和证明。如果被告证明成功，则应获得胜诉判决。^①

（一）共同危险行为的主观构成要件

关于共同危险行为之成立是否需要主观构成要件这一问题，在法典的制定过程中一直存在着肯定说和否定说的对立。肯定说阵营中的主流意见是共同过失说，该说认为行为人之间主观上具有共同过失，具体体现为对于危险的形成（而非损害结果的形成）具有共同的疏于注意义务的过失，该过失一般为推定过失，即只要行为人实施的危险行为造成了损害后果，即可推定行为人在主观上存在共同过失。^②否定说认为，共同危险行为制度的初衷是防止因无法指认具体侵权人而使受害人的请求权落空，重要的是每个行为人都实施了危及他人人身、财产安全的行为。而且，共同危险行为不仅在一般过错责任中适用，在过错推定责任、无过错责任中也有适用的余地。^③笔者认为共同危险行为之成立不应以行为人之共同过失为要件，基本理由如下：

① 按照法律要件分类说的观点，针对实体法中不同性质的权利，该说将所有的构成要件区分为请求权的发生要件、妨碍要件、消灭要件和阻止要件。除发生要件外，均应由被告负担主张证明责任。关于法律要件分类说以及证明责任的相关学说，主要可参见李浩：《证明责任与不适用规范说——罗森贝克的学说及其意义》，载《现代法学》2003年第4期；陈刚：《证明责任法与实定法秩序的维护》，载《现代法学》2001年第4期。另可参见拙著《民事审判方法》，法律出版社2009年版，第66~67页。

② 持共同过失说立场的学者主要有杨立新教授和张新宝教授。参见杨立新著：《侵权责任法》，法律出版社2010年版，第104~105页；张新宝著：《侵权责任法立法研究》，中国人民大学出版社2009年版，第247页。

③ 持否定说立场的主要是立法机关和司法机关，王利明教授曾经持肯定说，但后来转为否定说。参见王胜明、全国人大法工委民法室：《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文解释与立法背景》，人民法院出版社2010年版，第54页；奚晓明、最高人民法院侵权责任法研究小组编著：《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文理解与适用》，人民法院出版社2010年版，第84~85页；王利明著：《侵权行为法研究》（上卷），中国人民大学出版社2004年版，第745页；王利明著：《侵权责任法研究（上）》，中国人民大学出版社2011年版，第521~523页。