

徐德臣◎著

民事诉讼

程序性制裁机制研究

MIN SHI SU SONG
CHENG XU XING
ZHI CAI JI ZHI YAN JIU



中国政法大学出版社


非外借

民事诉讼

程序性制裁机制研究

MIN SHI SU SONG
CHENG XU XING
ZHI CAI JI ZHI YAN JIU

徐德臣◎著

 中国政法大学出版社

2018·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

民事诉讼程序性制裁机制研究/徐德臣著. —北京:中国政法大学出版社, 2018. 11

ISBN 978-7-5620-8651-2

I. ①民… II. ①徐… III. ①民事诉讼—法律制裁—研究—中国
IV. ①D925. 104

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第249049号

- 出版者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路25号
邮 箱 fadapress@163.com
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话 010-58908435 (第一编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 880mm × 1230mm 1/32
印 张 9.75
字 数 217千字
版 次 2018年11月第1版
印 次 2018年12月第1次印刷
定 价 43.00元



前言

法理学认为，责任既是制度存在的结论性证据，也是维持制度存在的现实力量。但在权利话语时代，民事诉讼法律责任似乎从来没有在民事诉讼制度的成长中找到与这种地位相称的存在感，并始终徘徊在民事诉讼法学的主流研究视野之外。而程序性制裁作为一种特殊的民事诉讼法律责任，不但未能引起学术界与实务界足够的关注，反而在极为有限的出镜率下不断遭受批评与指责。不过，即使在如此窘困的境况下，它也从未消失在人们的视野之中。相反，二战以后两大法系国家和地区的立法行动、司法实践以及学术研究均表明，人们一直在尝试以不同的进路来证立程序性制裁的正当性，使其在民事诉讼法中获得一席之地。我国2012年颁布的《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）与2015年2月4日开始施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称《民诉法解释》）也印证了这种努力。与已臻成熟的刑事诉讼程序性制裁理论相比，对于

民事诉讼程序性制裁的研究显得比较单薄与分散，甚至迄今为止尚未形成统一的学术话语。因此，对当下散落于民事诉讼法各处的诸多程序性制裁规定进行最大公约数意义上的概括和总结，不但可助于清晰地认知程序性制裁本身，更重要的是，有利于形成一股解说的合力，从根本上证立这种制裁手段的正当性，同时也能够使立法者和司法者从中获得某种启示。

程序性制裁既不同于实体法上的制裁，也与传统的民事诉讼制裁有所区别，它致力于将一些特定的程序性违法行为（经济学上的机会主义行为）与实体法上的诉讼结果相勾连。作为一种惩罚机制，它不但关注已经沉没的成本，而且甚至更加关注如何避免或最大限度地降低未来可能发生的成本。在这个意义上可以说，它为“法律是一种激励机制”这一命题提供了一个极具说服力的证明。然而，对程序利益和公共利益的多重关注使得它天然地具有一种僵化性甚至残酷性。正因如此，程序性制裁一直面临着法理层面甚至道德层面的批评。这样一来，从学术探讨的角度来说，单一的研究方法很难有效地消解这些指责和质疑。因此，本书除了采用法学规范分析方法以外，同时也尝试将经济学、社会学以及伦理学等研究方法运用其中，试图对程序性制裁的优势、弊端以及未来的发展方向作出更为客观的、全面的分析和判断。本书除导言外，共分为五章，内容安排如下：

第一章为程序性制裁的概论部分。首先，笔者从纵向（时间意义上）和横向（空间意义上）两个视角对制裁的语义进行了解读和梳理，并在反思传统民事诉讼法律制裁的不足以及比较刑事诉讼法领域中程序性制裁的基础上，提出了民事诉讼程序性制裁的概

念，为下文研究的展开奠定了坚实的基础；其次，本章从正面解析了程序性制裁对于证立民事诉讼规范的正当性、优化民事诉讼法的实施效果以及整合民事诉讼的多元价值三个方面的功能；最后，本章直面程序性制裁的困境，解读了人们对程序性制裁的批评并尝试对这些批评进行了回应。

第二章为程序性制裁的法理基础。尽管程序性制裁有其固有的缺陷，但是从二十世纪下半叶开始，两大法系国家和地区纷纷在其民事诉讼领域内对各种程序性制裁手段作出了规定。总体而言，这些立法行动主要是建立在三个法理基础之上，分别是民事诉讼目的、诉讼促进义务以及诚实信用原则。本章首先考察了当代民事诉讼目的概况，并阐述了程序性制裁对于调和不同民事诉讼目的所发挥的作用；其次，考察了辩论主义的嬗变与协同主义的兴起，在此基础上，对诉讼促进义务的内涵进行了细致的解读。这种解读最终将程序性制裁牢固地树立于诉讼促进义务的根基之上；最后，讨论了民事诉讼诚信原则的含义和功能，以该原则为理论工具进一步论证了程序性制裁的正当性。

第三章为程序性制裁的适用要件。从机制构建的角度讲，程序性制裁的适用要件属于程序性制裁机制的本体论研究。在行文方法上，笔者一方面描绘了程序性制裁适用要件所具有的基本法意，细致阐述了程序性制裁主观方面的适用要件和客观方面的适用要件；另一方面对程序性制裁适用要件理论中存在的主要分歧进行了深入的分析。这种描述和分析为第四章的比较考察和第五章的实证研究提供了必要的限定和引导。就具体内容而言，首先，本章讨论了程序性制裁适用要件的基本法意，并从“规范法官在程序性制裁中的

自由裁量权”和“降低两种错误的发生”两个角度对这种法意进行了解释；其次，阐述了程序性制裁主观方面的适用要件，着重从法理层面分析了故意和过失两种主观状态；最后，在界定和解析特定程序性违法行为的基础上讨论了程序性制裁客观方面的三个适用要件。

第四章为程序性制裁的比较考察。本章对大陆法系具有代表性的国家和地区——德国、日本和我国台湾地区，以及英美法系具有代表性的美国和英国进行了比较考察。二战以后，以上国家和地区为了应对诉讼迟延、诉讼成本高昂等问题，先后开展了司法改革，这种改革态势在二十世纪末达到了一个阶段性的顶峰。从它们司法改革的目标和内容来看，程序性制裁扮演了十分重要的角色。不过，诉讼观念、诉讼法理以及诉讼模式的差别导致两大法系的程序性制裁呈现出不同的发展态势。但考察同时表明，两大法系的程序性制裁也呈现出融合的趋势。本章对两大法系程序性制裁的适用要件、程序性制裁中的法官自由裁量权以及程序性制裁的程序保障及衔接制度进行了全方位的比较。这种比较研究为第五章我国程序性制裁机制的构建提供了必需的素材。

第五章为我国程序性制裁机制的构建。本书从宏观上将程序性制裁的中国图景划分为实然图景和应然图景，前者指的是程序性制裁的自在状态，后者指的是程序性制裁的理想状态。基于这种划分，本章首先采用实证分析方法对我国程序性制裁的法律文本和司法实践进行了总结和反思，并在回视程序性制裁本体论以及两大法系程序性制裁体系的基础上提出了构建我国程序性制裁机制的总体思路。该思路包括内部进路与外部进路，内部进路又包括本体优化

和程序构造；其次，本章基于程序类型化理论的方法论思考论证了为程序性制裁配置专门处理程序的必要性，并尝试着从横向结构与纵向结构两个方面完成了这种程序构造；最后，本章将程序性制裁置于民事诉讼制度的整体框架之下，讨论了与之息息相关的证据收集制度、证据交换制度和法官阐明制度，最终完成了程序性制裁机制的建构。

徐德臣
2018年7月

目 录

导 论	1
第一章 程序性制裁概论	21
第一节 程序性制裁的语源谱系与概念界说	21
第二节 程序性制裁的功能	44
第三节 程序性制裁的局限	62
第二章 程序性制裁的法理依据	77
第一节 民事诉讼目的	77
第二节 诉讼促进义务	92
第三节 诚实信用原则	104
第三章 程序性制裁的适用要件	115
第一节 程序性制裁适用要件的基本法意	115
第二节 程序性制裁主观方面的适用要件	124
第三节 程序性制裁客观方面的适用要件	134

第四章	程序性制裁的比较考察	149
第一节	大陆法系的程序性制裁	149
第二节	英美法系的程序性制裁	167
第三节	两大法系程序性制裁的评述	182
第五章	我国程序性制裁机制的构建	194
第一节	我国程序性制裁机制的现状省察	194
第二节	程序构造：构建程序性制裁机制的内部进路	222
第三节	制度衔接：构建程序性制裁机制的外部进路	256
结 论	275
参考文献	277

导 论

一、研究对象

第二次世界大战后，在经济与社会获得迅速发展的同时，人们的诉讼观念发生了巨大的变化，各种纠纷如潮水般涌入法院，这导致了诉讼的严重迟滞和诉讼成本的急剧攀升。在这种情况下，即便一种诉讼制度能够完美地实现正义，人们也可能迫于沉重的代价而放弃通过审判实现正义的希望。^{〔1〕}人们越来越期待“他们的各种要求能够在付出最小代价的前提下得到满足”。^{〔2〕}社会物质条件的丰富与科学技术的发展对于当事人诉讼能力和权利意识也产生了根本性的影响，一则，当事人的诉讼能力得到了显著的提升，二则，当事人由仅仅关注实体利益开始看重程序利益。但另一方面，民事诉讼中的程序性违法行为也日益增多。这种违法行为不但在一定程度上破坏了法官追求真相的努力，同时还不断削弱着人们对于司法

〔1〕【日】棚濑孝雄：《纠纷的解决与审判制度》，王亚新译，中国政法大学出版社1994年版，第74页。

〔2〕【美】E. 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第147页。

制度的信心。然而，民事诉讼法并没有及时作出恰切的回应。控制和制裁程序性违法行为的民事诉讼法律责任体系一直处于立法者、司法者和学术界关注视野的边缘地带。对于程序性违法行为的制裁缺乏一种恒常固定的范式，也就是说，这种制裁是一种“机会型惩罚”而非“规则型惩罚”。这导致了“对民事诉讼法的遵守与违反没有什么两样”，^{〔1〕} 民事诉讼法应有的权威和价值几乎被摧毁。

民事诉讼法律责任是违反民事诉讼法的行为所引起的一种不利法律后果，是一种不以民事实体违法为条件的独立性法律责任。^{〔2〕} 但从目前来看，这种“独立性”还不太明显，主要表现在：其一，具体民事诉讼法律责任规定的缺失。稍加观察便可发现，民事诉讼法中充斥着大量没有具体法律后果予以保障的程序规范，这样的规范既不完整又有悖于法理，在实践中根本起不到规范作用。^{〔3〕} 其二，民事诉讼法律责任体系不具有自觉性，甚至可以说是一种自在的追责机制。这种追责机制的启动、运行是否规范以及最终的处理结果是否合法很少为人们所关注，至于最终的处理结果能否以及如何救济，就更加无人问津了。其三，从制度目标上来看，民事诉讼法律责任制度没有摆脱“审判权本位”的狭隘性，其主要还是为了防止程序性违法行为对审判权的侵犯，“相对方的法律地位”没有

〔1〕 田平安、杜睿哲：“程序正义初论”，载《现代法学》1998年第2期。

〔2〕 廖永安、熊英灼：“论我国民事诉讼法律责任制度之构建”，载《烟台大学学报（哲学社会科学版）》2007年第1期。

〔3〕 谢高仕：“从责任豁免制度中走出的司法行为——简论司法责任”，载《湖北民族学院学报》2000年第1期。

得到应有的重视,^[1] 那些受到程序性违法行为侵害的当事人作为程序性主体的尊严未能得以彰显。其四, 当下的民事诉讼法律责任还是一种以“实体性法律责任”为主的责任体系, 也即, 主要通过剥夺或者限制违法者的某种实体性利益来制裁程序性违法行为。无论是由违法者赔偿因其程序性违法行为而给对方造成的损失, 还是罚款、拘留, 本质上都属于这种制裁。司法实践早就证明, 这种制裁手段经常无力消除或者降低行为人选择程序性违法行为的激励。

以上讨论表明, 我们还需要从许多方面作出努力才能构建一套科学的民事诉讼法律责任体系。而本书所关注的焦点则是民事诉讼法律责任的具体方式, 也就是说, 对于某些特定的程序性违法行为来说, 什么样的制裁手段才是行之有效的。一直以来, 人们对民事诉讼法律责任方式的研究和探讨主要集中于民事诉讼中的强制措施。笔者并不怀疑, 对于很多程序性违法行为来说, 强制措施是能够从容应对的。但必须指出, 强制措施实际上是国家基于“家父主义”的立场, 为维护诉讼秩序而设置的一种具有公益属性的制裁手段。这种立场决定了它的先天性缺陷——一方面, 它没有体现出对受害人(违法者的相对方)程序利益的保护; 另一方面, 它没有充分考虑违法者行为选择的动因问题。因此相应地, 我们应当从以下两个方面作出努力: 一方面, 在必要的情况下(请注意这一限定), 允许受害人参与民事诉讼法律责任的追责程序, 并基于其程序利益

[1] “相对方的法律地位”是沃尔夫拉姆·亨克尔提出的一个概念。他在一个关于程序法规范正当性问题的研究中指出了这个从来没有被考虑过的视角——对被耽误的期间给予任何的放纵都是对对方当事人依法获得的地位的侵犯。相关阐述请参见【德】沃尔夫拉姆·亨克尔：“程序法规范的正当性”，载【德】米夏埃尔·施蒂尔纳主编：《德国民事诉讼法学文萃》，赵秀举译，中国政法大学出版社2005年版，第13页。

遭到侵害的事实重构违法者的法律责任承担方式；另一方面，对违法者的行为选择动因进行观察，以保证制裁手段能够有效地消除或降低当事人的违法激励。为此，我们需要创建一个关于当事人行为决策的诉讼行为模型。

行为模型是一切与行为有关的可测变量相互依存关系的反映，它为我们提供了一种动态理解和分析违法行为与法律后果之间关系的工具。当然，作为一种理论假设，要使其对个人的行为和司法的决策具有有效性和解释力，必须通过大量的经验观察资料予以支持或证实，这本身是经济分析方法的一部分，也是本书的重要研究目标。在民事诉讼中，当事人的行为模型揭示了预期违法成本、预期制裁和制裁概率之间的相互关系。我们假设： c = 行为人实施程序性违法行为的预期成本； p = 发现概率； f = 预期的制裁； t = 预期的制裁程度（也可以是行为人每单位制裁承受的负效用）。那么，诉讼行为预期成本的函数公式就是： $c = p(f + t)$ 。如果 g = 行为人实施程序性违法行为的预期收益，那么，当 $g > c$ 时，行为人将倾向于实施程序性违法行为；反之，行为人将倾向于放弃该行为。诉讼行为模型表明，作为一个理性人，即使行为人预见到其行为可能会受到法律的否定性评价，也不见得会就此罢手。如果他认为预期收益将大于或者至少不会小于预期成本的话，就依然拥有实施违法行为的激励。在民事诉讼中，这种预期收益与诉讼结果之间具有同一性或者同质性。换句话说，行为人的预期收益往往取决于他所期待的诉讼结果。此时我们会发现，民事诉讼强制措施与诉讼结果之间是毫无关联的，并且，行为人对于强制措施可能给其增加的行为成本是比较容易作出预测的。这样，在诉讼结果难以预测的情况

下（至少理论上如此），经过一番成本收益分析，行为人很有可能基于对诉讼结果的乐观估计而选择继续违法。这也就是说，强制措施此时失灵了。在这种情况下，程序性制裁就作为一种特殊的民事诉讼法律责任进入了人们的视野。

作为一套完备的理论体系，程序性制裁最早出现在刑事诉讼法领域。但事实上，在此之前，民事诉讼法学界早就有学者对其展开了研究。例如，早在2002年，我国的田平安教授就在他的一篇文章中提到了“程序权利减损”这个概念（在笔者所接触到的文献资料中，这是关于民事诉讼程序性制裁最早的一次学术努力）。〔1〕近年来，随着研究的逐步扩展与深入，越来越多的学者开始在民事诉讼中使用“程序性制裁”这一表述。但仔细观察可以发现，以往的研究并不都是在刑事诉讼程序性制裁的意义上使用这一概念的。在刑事诉讼中，程序性制裁主要包括宣告诉讼行为无效、发回重审、非法证据排除等五种。显然，每一种程序性制裁方式都在不同程度上影响着最终的判决结果。但在民事诉讼中，很多人用这一概念来指称包括罚款、拘留、训诫甚至刑事责任在内的一切制裁手段。从最宽泛的意义上来说，这或许并没有错。但在笔者看来，有两个理由使得我们必须放弃在宽泛意义上使用这一概念的做法：其一，在民事诉讼中存在样态各异的程序性违法行为，仅仅从违法性的角度来看，这些违法行为本身并无不同。可是对于这些行为所采取的制裁手段却有着本质上的差别。有的制裁手段貌似严厉，但不会对诉讼结果产生任何影响，例如拘留。相反，有的制裁手段尽管

〔1〕 相关阐述请参见田平安、罗健豪：“民事诉讼法律责任论”，载《现代法学》2002年第2期。

看起来不是那么激烈，却可能影响诉讼结果，例如证据失权。后者的特点在于，它是一种通过限制或者剥夺违法者的程序权利以增加其诉讼风险直至使其败诉的手段。鉴于这两类制裁之间的巨大差异，有必要从名称上加以区分。其二，早在 2005 年，刑事诉讼法中就已经形成了一套完整的程序性制裁理论体系，正如上文所言，在刑事诉讼领域，经过无数学者的考察和论证，“程序性制裁”已经拥有了特定的内涵和独有的品格，也即它是一种“可能会影响案件审理结果的制裁手段”。笔者认为，为了保持学术话语的一致性，应当坚持在这种意义上使用程序性制裁的概念。这既有利于不同法律部门之间的学术沟通，也有利于进一步提升程序性制裁的理论品质。在这种意义上，本书还有一个更大的企图，就是将程序性制裁描述成诉讼法中的一种“现象”、一个“范式”。

二、研究意义

（一）选题的现实意义

为了更好地揭示“程序性制裁机制”这一课题所具有的现实意义，笔者在此引入一个案例。2013 年，Z 市 X 区吴某向刘某所经营的饭店分数批提供了大量食品和饮料，累计价款为 18 万元。刘某在收到这些货物后向吴某支付了 5 万元货款，尚欠 13 万元。后来吴某多次催要，刘某均置之不理。吴某无奈之下将刘某告上法庭。一个非常重要的情节是，被告的律师在开庭结束之后向法院提交了一份原告吴某签字认可的收据，证明被告除了 5 万元之外还另行支付了 3 万元货款，亦即被告仅欠原告 10 万元货款。但法院并未采纳该证据，理由是举证时限已过。最终，法院根据原告提供的货物清单等证据判决被告败诉，应继续履行交付剩余 13 万元货款的义

务。被告不服提起上诉，二审法院认为被告刘某提供的收据不属于新证据，于是驳回上诉，维持原判。

我们看到，在本案中，由于被告未在举证时限内提供证据，法官认为这种情形符合了证据失权的条件，最终作出了对被告适用失权制裁的判决。我们假设，如果被告所提供的收据不被失权的话，其抗辩将会得到支持（也即仅需还款 10 万元）。我们进一步假设，被告的确在 5 万元之外又偿还给原告 3 万元。基于以上两个假设，我们需要对以下问题作出回答：其一，原告为什么能够从被告逾期举证的行为中获得了超额利益即 3 万元？其二，如何解释这种超额利益的正当性（想象一下刑事诉讼法中的非法证据排除规则，为什么被告人仅仅由于警方违法取证导致证据被排除就可以逍遥法外）？难道仅仅因为被告在这一事件中存在过错吗？^{〔1〕}其三，被告由于违反了举证时限的规定承担了如此严重的后果，但法官在追究被告的责任之前却没有为其提供一个陈述意见的机会，这种做法妥当吗？这种严厉的责任是否值得我们为违法者提供某种程序保障？

上述案例以及笔者基于两个假设提出的三个问题已经大体涵盖了程序性制裁机制的主要内容，亦即程序性制裁的正当性问题、程序性制裁的适用要件问题以及程序性制裁的程序保障问题。在诉讼爆炸时代，这些问题对于缓解诉讼迟滞、维护诉讼秩序以及确保司法的有效运行有着不可忽视的作用。而最现实的意义则在于为法官

〔1〕 对此，沃尔夫拉姆·亨克尔早就指出，仅仅基于惩罚或者秩序的概念并不能解释这种现象的正当性：即有过错的当事人所遭受的不利益给对方当事人带来了利益。详尽阐述请参见【德】沃尔夫拉姆·亨克尔：“程序法规范的正当性”，载【德】米夏埃尔·施蒂尔纳主编：《德国民事诉讼法学文萃》，赵秀举译，中国政法大学出版社 2005 年版，第 9 页。