

法学文库 ENKU

MINSHI SUSONGFA

民事诉讼法：理论与制度建构

LILUN YANJIU YU ZHIDU JIANGOU

张嘉军◎著



郑州大学出版社



BOOK REVIEW

民事訴訟法：理論研究と制度建構

LITEN YANJIE TU ZHENG JIANZHOU



法学文库 ENKU

D925.104/28

2007

MINSHI SUSONGFA

民事诉讼法：理论与制度建构

LILUN YANJIU YU ZHIDU JIANGOU

张嘉军◎著



郑州大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼法:理论与制度建构/张嘉军著. —郑州:
郑州大学出版社, 2007. 11

ISBN 978 - 7 - 81106 - 731 - 6

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 151939 号

著者 张嘉军

郑州大学出版社出版发行

郑州市大学路 40 号

出版人: 邓世平

全国新华书店经销

河南龙华印务有限公司印制

开本: 710 mm × 1 010 mm

印张: 15.25

字数: 292 千字

版次: 2007 年 11 月第 1 版

邮政编码: 450052

发行部电话: 0371 - 66966070

1/16

印次: 2007 年 11 月第 1 次印刷

书号: ISBN 978 - 7 - 81106 - 731 - 6 定价: 29.80 元

本书如有印装质量问题, 请向本社调换

法学文库编委会名单

总 主 编 田土城

执行主编 石茂生

编 委 (按姓氏笔画排列)

王长水 石茂生 田土城

刘向文 刘德法 肖国兴

沈开举 宋四辈 张秀全

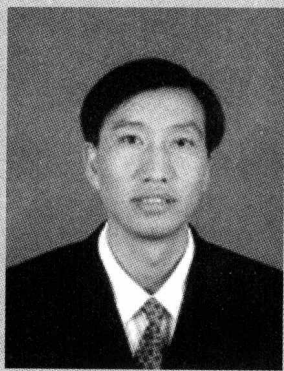
苗连营 赵建文 程宝山

鲁嵩岳

内容摘要

本书是在和谐社会建构与民事诉讼法再次修改的背景下,对民事诉讼一些前沿性理论问题与制度进行了深入研究。本书包括以下几方面内容:民事诉讼法典体例、反诉扩张、和谐社会与民事诉讼制度、示范诉讼与群体性纠纷解决机制、证据种类的反思、民事诉讼契约的法理基础、推定制度等内容。

本书具有如下特点:其一,将中国现行民事诉讼制度放到和谐社会建构与中国民事诉讼法修改这一宏观背景下进行考察,使有关民事诉讼制度的研究得以在更为广阔的理论视野中进行,同时使本书的有关研究更具时代性;其二,从基础研究与具体制度两个方向展开,使本书既保持深厚的理论基础,又同时兼顾了有关改革建言的现实可能性与合理性;其三,深入探讨了我国有关民事诉讼的有关理论与制度的部分前沿问题,其中许多内容都是以往研究尚未涉及的问题,使得本书的研究更具新颖性。



作者简介

张嘉军,1970年生,河南信阳人,副教授,硕士研究生导师。1994年毕业于河南大学历史系,获历史学学士学位;1994年~2000年,在许昌师专(现为许昌学院)任教;2003年毕业于河南大学法学院,获法学硕士学位;2006年毕业于四川大学法学院,获法学博士学位;现在郑州大学法学院工作。主要研究领域为民事诉讼、司法制度。先后在《现代法学》、《人民检察》、《甘肃政法学院学报》、《理论探索》等国内刊物上发表学术论文20余篇;主持过司法部项目、河南省社科基金项目;参与过国家社科重大招标项目、国家社科一般项目、教育部项目等。

总 序

两千多年前,法学大师亚里士多德就提出“法治优于一人之治”。亚里士多德的法治理想被一代又一代的法学家们所继承、所呼喊,但法治国家由理想变为现实则是近代以来的事情,前后经历了近两千年的历程。中国古代思想家也曾提出“法治”,但当时的法律不过是帝王手中的工具。历史和现实都证明:法治理想和法治实践是相互制约、相互促进、相辅相成的。没有人类对法治的不断追求和理论探索,就不会有现代文明进步的法治国家;没有人类社会对法治的迫切要求,就不会有现代法学中博大精深的法治思想。在 20 世纪刚刚落幕、21 世纪的黎明已经来临之时,在我国经历了几千年专制统治之后,在风起云涌、波澜壮阔的改革开放给中国带来前所未有的机遇和挑战的时代,法治的号角吹响了,法治国家成为我们的根本目标和必然选择。依法治国,建设社会主义法治国家已载入共和国庄严而神圣的宪法。法治赋予我们每个人以光荣而伟大的历史使命,共和国的每一个公民都应对此作出自己的贡献。

正如亚里士多德所言,“法治应包括两重含义:已成立的法律获得普遍的服从,而大家所服从的法律又应该是良好的法律”。可见,法治国家不是提出一个口号或在一夜之间就能实现,而是一个十分艰巨和复杂的漫长过程。一方面,现实社会关系的发展,国家经济、政治和社会生活的变化,可以为法律的进步、法治的完备提供巨大的动力,提供社会的土壤和基础;另一方面,法学教育、法学研究的发展,则直接推动法治文明的进程;全民法治意识、法律素质的提高,则是实现法治国家这一人类崇高理想的关键性、决定性因素,大学法学院和所有的法律学人理应在这方面扮演十分重要的角色。

中国的法学教育作为法治事业的重要组成部分,同中国社会的曲折发展一样,经历了极不平坦的发展历程。直到 20 世纪 70 年代末期,随着我国社会进入改革开放发展的大好时期,法学教育才获得了前所未有的发展机遇。20 多年来,法学界不断解放思想,冲破禁区,根据中国国情深入研究建设社会主义法治国家的理论和实践,一个初步完善的法学学科体系已经建立起来;法学教育规模

迅速扩大,学科层次日趋齐全,形成了法学本科教育、硕士研究生教育、博士研究生教育为主体的法学教育体系。法学研究和法学教育的完善与发展,对高素质法律人才的培养和法治实践中重大问题的解决具有至关重要的作用。

郑州大学法学院(法律系)建立于1980年,是改革开放以来我国建立最早的法律院系之一。她与我国新时期法制建设几乎同时起步,其成长与发展历程在一定层面上折射出23年来中国法治进程从重新启动到高歌猛进的历史轨迹。23年来,郑州大学法学院全体师生以艰苦创业、团结协作、严谨求实、开拓进取的工作作风,使郑州大学的法学教育从无到有、从小到大、从弱到强,成为河南法学教育和研究的重要基地,在全国法学教育中具有相当重要的影响。据初步统计,郑大法学院已经为国家培养法学专业专科生、本科生、研究生等3万多人,目前在校本科生达1000余人,硕士研究生400多人,各类成人教育学生2100余人。经过多年努力,法学院的学科建设发展较快,已有刑法学、经济法学、民商法学、宪法与行政法学、国际法学、法学理论、诉讼法学、法律史学等8个法学硕士学位授权点,1989年已成为全国法律硕士专业学位教育试点单位。在郑大法学院现职教师中,既有资深望重、享誉全国的法学前辈,更有一批年富力强、生机勃勃的中青年学术骨干。这些学者不仅勤奋研究法学理论,展示学术力量,奉献学术精品,而且积极投身于中国特别是河南的立法、执法和司法实践之中,为法治建设作出了积极且有成效的贡献。

为了法治的早日实现,为了我们法律学人的责任与奉献,郑州大学法学院与郑州大学出版社经过研究,决定结合郑大法学院的学术优势和郑州大学出版社的出版力量,编辑出版一套《法学文库》。《法学文库》选题不限,但必须是法学学者的个人专著;虽然她以郑州大学法学院的学者为主要作者,但我们希望和欢迎一切愿意加入文库建设的专家学者把自己的优秀作品奉献给大家。《法学文库》是开放型的,其唯一入选标准是作品学术水平的独创性和先进性。

我们期望并相信,经过作者、编辑和组织者的共同努力,这套文库将成为奉献给广大读者的学术精品,成为我们对建设法治国家的一点贡献。

郑州大学法学院院长

田土城 教授

2003年8月22日

自序

长期以来,在我国“重刑轻民”、“重实体轻程序”思维的惯性驱使下,作为民事法与程序法的民事诉讼而言,一向并不为我国所重视,导致我国民事诉讼法学研究的长期滞后。一方面,建国后的新中国思考更多的是如何更为有效地维护国家与社会的稳定、如何更为有效地打击阶级敌人。而刑事法学正契合了这样的现实,使得刑事法学获得长足发展,远远走在了其他法学的前面,这客观上导致民事诉讼法学的研究的相对滞后。另一方面,在计划经济时代,我国经济发展水平相当落后,商品流通较少、经济交往并不频繁,经济纠纷、民事纠纷也相对较少,这样作为调控民事纠纷的民事法律在我国中的地位并不那么凸显,也并不为人们所重视,这客观上导致了我国民事诉讼发展的相对滞后。此外,多年来,无论是在普通民众抑或是司法人员心目中,只要实体结果正确,至于程序上是否错误、是否存在瑕疵,则无关紧要。在如此思想影响下,我国就形成了“重实体轻程序”的观念,这也客观上导致了我国民事诉讼法学研究相对滞后。

在市场经济大潮的推动下,人们的经济交往更为频繁,民事纠纷也随之不断发生;再加之,西方的法治理念大量传入我国,人们的法律意识不断增强,人们越来越倚重于法律的力量化解纠纷,使民事法学的地位日益凸显,并进而直接推动了我国民事诉讼法学研究的发展与繁荣。近年来,我国民事诉讼法学界对于民事诉讼法学的一些基础理论问题诸如诉权、诉讼标的、既判力、诉讼目的等都进行了较为全面深入的研究,并取得了可喜的成绩。不过,在笔者看来,对逐步步入现代法治国家并逐步与世界接轨的我国而言,在继续深化对上述理论的研究之外,还应当:一方面,对于民事诉讼的一些其他理论诸如诉讼契约理论等也给予足够的关注与重视;另一方面,法学是对社会现实的反映,社会的发展对法学的发展有着深刻的影响。民事诉讼法学也同样如此。为此,民事诉讼法学也应当密切关注当今中国社会发展的时代主题,尤其是“建构和谐社会”这一时代主题。民事诉讼法学应当深入思考“和谐社会与民事诉讼”二者间的辩证关系以及这一主题对民事诉讼提出的时代要求。为此,对民事诉讼有关前沿理论的研究顺理

成章地成为本书研究的一条主线。

推翻了“三座大山”之后建立起来的新中国,彻底抛弃了国民党的“六法全书”,在借鉴苏联经验的基础上建构了我国的法学体系,包括民事诉讼法学体系。众所周知,基于打击“阶级敌人”和“无产阶级专政”的需要,在苏联法学中融入了过多“强权”色彩,这些在我国法学中也同样有着显在的体现。这在我国民事诉讼中的体现则是过强的法院职权干预。不仅在我国1982年颁行的《民事诉讼法(试行)》中存在,而且在我国1991年颁布的《民事诉讼法》中也同样存在。诸如审判中法院具有较强的主动性和能动性,法院可依职权调查取证、对一些具体的诉讼程序以及子程序的启动、推进等具有很大的主动性等。在如此思维下建构的民事诉讼制度,显然与市场经济的要求相悖,为此,应当对现有民事诉讼制度进行改造,在其中融入更多的意思自治与当事人主体理念。不仅如此,我国现行民事诉讼法在出台之际,还多少有些匆忙,致使整个民事诉讼制度的设计缺乏一个整体思路与规划。一方面,现有的一些制度设计在一定程度上脱离司法实践之现实,致使当初设计的一些制度要么在实践中形同虚设,要么是无法有效运行;另一方面,现有的一些民事诉讼制度设计缺乏应有的前瞻性与超前性,结果导致司法实践中出现的诸多问题存在无法可依局面。鉴于我国民事诉讼制度的现状,笔者认为,应立足于我国司法实践之现状,在合理借鉴两大法系先进民事诉讼制度基础上,科学合理建构我国的民事诉讼制度。为此,民事诉讼制度的改革与建构也同样成为本书研究的另一主线。

本书的内容是笔者多年来研习、探索民事诉讼法学的一次总结,是笔者思考民事诉讼法学心路历程的一次全面展示。笔者于2000年有幸成为章武生教授的硕士研究生,跟随章教授研习民事诉讼,在章教授的细心传授与精心点拨下,三年来,对民事诉讼的一些基本理论进行了系统梳理,对民事诉讼的本质与功能有了初步的认识,并初步尝试运用这些理论去分析实践中出现的问题与现象。2003年硕士毕业,我有幸进入四川大学追随左卫民教授攻读博士学位。川大笃厚、深邃的学术传统,使我获益颇多。尤其是左卫民教授倡导的多学科交叉研究、实证研究的治学方法,更使我在研究方法和学术方向上有了新的感悟。

本书的出版得到了众多人士的支持与帮助,在此对他们致以深深的谢意。我的同学汤昌来、吴泽勇、张红战、程盛、刘学平、康伟、王刚、李莉、王治江、万毅、马静华、谢进杰、辛国清、何永军等诸君,书中的诸多观点得益于与他(她)们的交流与探讨,在此对于他们给予我的无私帮助致以深深的谢意!而对郑州大学出版社总编王锋教授,更是由衷的感谢,正是他的热情与卓有成效的工作,促成

了本书的早日面世。

最后,笔者还要感谢郑州大学法学院对本书出版给予的资助,尤其要特别感谢田土城院长、安立明书记、石茂生副院长、沈开举副院长给予我的支持与帮助。

张嘉军

2007年8月于郑州大学

目录

Contents

第一章	民事诉讼法典体例的反思与重构	1
	一、引言	1
	二、我国民事诉讼法典体例之现状	2
	三、我国民法典体例存在缺陷的原因以及 未来改革的原则	5
	四、对现有主要观点的评述	6
	五、我国未来民事诉讼法典体例之前瞻	9
第二章	反诉之扩张	13
	一、扩张与限制:两种不同反诉观	14
	二、两种不同反诉观生成原因探析	16
	三、两种反诉观之利弊分析	18
	四、我国反诉观之检讨	20
	五、我国反诉制度的未来走势	22
第三章	和谐社会与民事诉讼制度之重构	24
	一、引言:民事诉讼与意识形态	24
	二、现代和谐社会之基本特征	27
	三、民事诉讼制度有助于现代和谐社会 基本诉求实现的机能	30
	四、我国民事诉讼之于和谐社会建构的内在不足	35
	五、建构和谐社会背景下的我国民事诉讼的 未来走向	43

第四章	示范诉讼与我国群体性纠纷解决机制的重构	55
	一、示范诉讼的内涵界定	55
	二、示范诉讼的功能分析	59
	三、示范诉讼与其他群体性纠纷解决制度的辩证关系	62
	四、我国群体性纠纷解决机制的现状透视	67
	五、我国多元化群体性纠纷解决机制的建构	71
第五章	协议管辖制度的改革与完善	78
	一、引言	78
	二、两大法系之比较	80
	三、我国协议管辖之现状	89
	四、我国协议管辖制度之改革	94
第六章	证据种类的反思	96
	一、引言	96
	二、历史语境下的证据种类	97
	三、现行证据种类科学合理性的反思	106
	四、现行证据种类不具科学合理性的原因探析	109
	五、在重塑证据种类划分标准基础上合理建构我国证据种类	111
第七章	证人作证制度的改革与完善	118
	一、民事证人拒证的成因	119
	二、两大法系国家或地区有关证人出庭作证之立法例	121
	三、完善我国证人出庭作证制度的构想	125
第八章	推定制度的理论与适用规则	129
	一、引言	129
	二、推定之内涵界定	131
	三、推定与相关概念辩证关系	135
	四、推定制度的功能与价值分析	151
	五、推定制度的类型化分析	155
	六、推定制度的构造及其适用规则	161

第九章	民事诉讼契约的法理基础	168
	一、诉讼契约:司法民主化之必然	168
	二、诉讼契约:程序自由主义的直观体现	178
	三、诉讼契约:公法契约化(私法化)之必然	185
	四、诉讼契约:私法自治在民事诉讼中的延伸 与体现	190
	五、诉讼契约:程序主体性原则的内在要求	198
	六、诉讼契约:弥缝审判固有局限性之需要	203
第十章	执行和解制度	209
	一、执行和解制度的两大法系比较	209
	二、执行和解的性质	216
	三、我国执行和解制度的现状及其完善	220
	参考文献	224

第一章 民事诉讼法典体例的反思 与重构

一、引言

在多年的呐喊与呼唤声中,2007年10月28日全国十届人大常委会第30次会议终于对1991年制定的《民事诉讼法》进行了修改。然而,令学者们大失所望的是,本次修改仅是一局部的、零打碎敲式的修改,是一基于功利性考虑的修改。

本次修改的重心在于破解“申诉难”与“执行难”问题,为此,对再审程序以及执行程序进行了重点修改,同时为与已经制定并公布的《破产法》相协调,将民事诉讼中的“破产程序”一章删除。除此之外,本次修改的内容甚少。与学者们的期盼^①不同,本次修改并未动摇现有

^① 学者们普遍认为,本次修改应当是全面、彻底的修改,即“大改”。

民事诉讼法立法体例的框架。

众所周知,现行民事诉讼法是计划经济体制下的产物,这样的立法与当前的市场经济体制的要求是有巨大差距的。为与当下经济体制相契合,未来对现行民事诉讼法进行“大改”则是一种历史的必然。而未来之“大改”则必然涉及民事诉讼法的立法体例问题。即民事诉讼法的法典体例应如何安排如何架构?申言之,即哪些内容应规定在民诉法中哪些不应规定其中,并进而对这些应规定其中的内容在体系上如何安排如何架构。一部法律的体例如何设计在一定程度上就决定了该部法律修订的未来基调,同时从宏观角度来看,一部法律修订成功与否在一定程度上也就取决于该部法律体例的设计是否具有科学合理性。为此,在我国民事诉讼法再次修改之前,如果没有设计出具有相当科学合理性的民诉法法典体例的话,那么民事诉讼法修订将不可能达到预期目的,同时在一定程度上也可以断言,这次修改是不成功的。至于未来我国民事诉讼法法典体例如何设计,理论界也有所探讨并提出了具体方案,然而在笔者看来,这些设计都有其不尽合理之处,尤其是这些设计未能很好地反映在全球化背景下一部民事诉讼法应当具有的时代性与前瞻性以及立法法与民事诉讼自身特质对民事诉讼法的科学要求。为此,本章拟对我国现行民事诉讼法法典体例是否具有科学合理性进行反思,并在此基础上提出重构我国未来民事诉讼法法典体例的基本思路。

二、我国民事诉讼法法典体例之现状

就民事诉讼法的法典体例而论,其具体包括两个层面:其一,民事诉讼法总体上由哪几大板块构成,此即民事诉讼法的外部体例;其二,民事诉讼法各大板块中的各组成部分又应遵循怎样的体例进行排序,此即民诉法的内部体例。一部法律的体例安排是否具有合理性的评判标准主要在于:首先,这一体例安排是否科学地反映了立法法的内在要求;其次,这一体例安排是否具有时代性与适度的前瞻性;最后,这一安排是否切实反映了本部门法的内在特质。以此衡量,我国现行民诉法的立法体例存在如下不尽合理之处:

第一,总体而言,我国现行民诉法外部体例的架构并不具有完全的科学性,该体例缺乏一个清晰的布局思路。按照立法尤其是基本法立法的一般规律,一部法律的架构总体上由总则、分则和附则三大部分组成。而作为基本法的我国现行民事诉讼法的外部立法体例并未科学反映这一基本规律。我国现行民诉法分为四编,即总则编、审判程序编、执行程序编和涉外程序编。由此布局,我们