

程序保障的 理论 视角

民事程序保障论 从一

◎刘荣军／著

fl

法律出版社

程序保障的

理论

视角

民事程序保障论从

刘荣军 著

图书在版编目(CIP)数据

程序保障的理论视角/刘荣军著. - 北京:法律出版社, 1999

(民事程序保障论丛)

ISBN 7-5036-2848-0

I. 程… II. 刘… III. 民事诉讼-诉讼程序-研究-中国

IV. D925.11

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 19414 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/中国科学院印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32

印张/12

字数/292 千

版本/1999 年 6 月第 1 版

1999 年 9 月第 1 次印刷

印数/0,001-4,000

社址/北京市西三环北路 105 号科原大厦 4 层(100037)

电子信箱/pholaw @ public.bta.net.cn

电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-2848-0/D·2559

定价:20.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

序

自 90 年代以来,程序保障理论在我国得到极大的重视,并对民事诉讼及司法制度产生了深远的影响。在一定意义上说,我国是否能够稳步迈向法治社会,关键在于能否通过程序以保障法律的实施、保障公民权利的实现、保障国家通过法律对社会的控制。围绕这些问题,不仅诉讼法学理论和实务界,甚至实体法学研究者都对此形成共识,并进行了许多有益的探讨。总体而言,在抽象的程序保障理论及与具体民事诉讼制度的结合议论上,已经有不少精湛的论述。但是,如何在民事诉讼基础理论中为程序保障理论寻找合理的立脚点,以推动我国民事诉讼理论研究的发展,仍然为大家苦苦探寻。由我主持的国家社会科学基金“八五”重点研究课题《中国诉讼制度研究》,也将此作为项目研究的主要内容。刘荣军博士的《程序保障的理论视角》一书,就是本项目的最终研究成果之一。它与已经出版的江伟教授主编的《中国民事诉讼法专论》(中国政法大学出版社 1998 年版)一样,无疑是为程序保障理论与民事诉讼基础理论的结合所作的一次重要尝试。

本书的特点概括起来有三:第一是资料方面的充实。作者积累其留学日本八年及回国后所收集的英、日文第一手资料,对民事诉讼理论的发展轨迹作了清晰的描绘,大大增强了论证的可信程度。例如,在关于诉讼模式问题上,他根据原始资料否定了模式对诉讼体制的决定性影响,指出我国民事诉讼制度面临的重要问题

是应该充实我们的各项诉讼制度,明确划分法院的职责和当事人权利的范围,更好地发挥各个诉讼主体在诉讼程序中的作用。第二,研究视野的开阔。作者始终把法作为一种独特的社会现象来看待,将民事诉讼制度置于社会总体结构中进行考察,他着力于通过对社会结构的分析,以认识纠纷产生的基础及民事诉讼制度在解决纠纷中的作用,强调了解决纠纷与各种社会关系调和的重要性。为此,他在第一章中专门就纠纷在社会中的形成和终结过程作了分析,并通过比较研究说明民事诉讼制度机能随着社会结构的变迁而势必发生变化的现实趋势。第三,分散与统一的结合。本书由十章组成,各个部分既独立又密切结合。作者以程序保障作为主线将各个独立的部分连串起来,从而使它们之间相互有机地连结,加强了全书的逻辑联系。

刘荣军博士长期留学日本,回国后到中山大学法政学院任教。他处于南国商品经济的海洋中,却能够静于书斋,甘于寂寞,积极为发展中国民事诉讼法学作贡献,这种精神值得称赞,并祝他在科研的攀登上更上一层楼。

陈光中

1999年3月于北京

自序

法律的生命力在于实践,在于法律能否在社会中发挥应有的作用。毫无疑问,司法实践对于法律生命力的维系具有特别的含义。因此,作为司法实践中枢的诉讼程序在法律生命的延续过程中扮演的角色往往成为我们关注的焦点。人们往往由此了解法律这一特殊社会生命体的内部结构,并且可以据此把握法律生命体的“身高、体重、肺活量”等等,进而会通过解剖该生命体的组织以及生命维系系统,判断它是否健康,是否应该接受检查,寻医问药,甚至做必要的手术。可是,我们不得不惊异地发现,当人们发现法律给自己规定的权利其实并没有得到法律上的保障时,他们最初的抱怨对象不是法律生命体自身,而是他们视为能够保证法律正确实施,然而又令他们失望的诉讼程序,尤其是操作程序的人,即法官。

笔者常有机会参与一些全国性的关于民事审判方式改革的会议,接触到许多法院、检察院的官员、律师以及学者。发现众人在强烈抱怨现行程序制度不合理的同时,也对正在进行的审判方式改革抱怀疑的态度。然而,笔者感到吃惊的是,引起人们抱怨的对象仍然是程序以及法官,就连一些法官也在痛恨自己所处的实施法律的机关——法院。是什么样的原因导致无论是熟悉法律,还是对法律陌生的人都会产生这样的感觉,并且在无法压抑时溢忧怨于言表呢?

HAAE/01

相当长的一个时期以来,政府的、民间的新闻媒介频繁报道司法机关内部的腐败现象,并且对法官的素质等等提出了很高的要求。于是,各级法院相继制定令人目不暇接的防腐倡廉措施及制度。总而言之,法律不公的原因很大程度上被归咎于法官们的素质、司法腐败、制度不完善,等等。

笔者虽然并不否认人们对司法机关及其人员的指责是“事出有因”。然而,在与这种社会上的说法保持距离的前提下思考一下我们的司法制度以及诉讼程序时,也不由得不为被责备、被谩骂的人们辩解。为了这样的辩解不致于毫无结果,笔者选择了纯学术理论研究作为基点,同时对照我们的现行制度,同步展开的做法。

可以率直地说,中国司法制度以及民事诉讼程序的设置缺乏应有的理论基础。所谓理论基础,并非指的是书本上的描述或者学者们的凭空幻想,而是指根植于、源于中国百姓生活土壤之上的细微的分析、思考和概括性的研究。所以,现代司法制度、诉讼制度的设置,名为基于中国的具体实践,实则是外国(如前苏联)制度的简单翻版。可是,在理论的学习和研究上,我们似乎又缺乏应有的耐心和热情。于是许多想当然的设计和设置的程序、制度总是不能够很好地适应我们的社会。所以,我很为我们的法官们感到悲凉。他们必须在一个设置并非合理的机构中工作,他们没有获得为实现法律及社会正义所必须的、应有的权限和地位,却要被天真的人们课以苛刻的要求。我不得不想,当司法没有获得独立的地位时,是否可以说法律追求的公正能够保证?同样,没有一套选拔过滤系统来选择、任命和淘汰法官,也没有法官独有的伦理、职业纪律约束时,真正意义上的法官存在吗?以此推及,没有切合实际、可行的理论作为程序的支持基础,程序保障有可能吗?如果对这些问题的回答有那么一些否定的含义,则人们对法官们发出责难之声时,是否应该同时思考我们的社会究竟给了司法机关什么样的权限,又为他们构筑了什么样的理论基础。

看来,我们的社会在惩治司法腐败的同时,也不得不正视法律生命体的健康问题了。她的生存根基、她的生活环境、她的营养……

为了法律这一特殊生命体的健康,为了她的生命力的长青、活泼、富有魅力,人们可以施之以各种修饰。然而,建构理论之基础,建构源于中国土壤,同时能够普遍接受普天同照的正义阳光之理论,却是我们耕耘法律这片土壤的人们,应该、必须从事的活动。本书是作者参加陈光中教授主持的国家社会科学基金“八五”重点研究课题《中国诉讼制度研究》以及章武生教授主持的国家哲学社会科学“九五”规划项目《民事审判方式的改革与律师制度的完善》部分研究成果的结晶,原来定名为《纠纷解决与程序保障理论研究》的,先是自己去掉了“研究”二字,后又被卫方学兄指出书名占用封面空间过多,且不好记。因此改成现名。去掉“研究”二字时,考虑的是自己与研究者尚有距离,故而不敢动辄使用研究一词。因为,研究者不单是用眼睛去看事物,而且还要用脑子去思维、思想,就事物叙述自己的思想的。而现今的我还没有具备这样的精神条件。然而,对我来说,究竟怎样才能算研究呢?自己委实把握不准。记得学兄江山曾经有言,誓要写出令后人不得不正视的书。若要那样,就是能够为现在的和以后的人们创造某种精神价值,而且这种价值要尽量保持久远一些的了,恐怕这样才能叫做研究了。取现在的书名时,便要刻意从理论的角度审视现行的诉讼程序,而不单纯为读者易记了。

静静地读自己想读的书,观察自己感兴趣的事物。有的时候,做些适可的思想,并形成于文字,以获得与其他读着书、思想着的人交流的机会。本书最初就是基于这样的目的写就的。只愿借助本书的出版获得这样的机会,而且多些。

1999年暮于广州



· 作者简介

刘荣军，1962年10月生于江苏南京，籍贯广西武鸣，壮族。1983年自西南政法大学毕业后任教于广西公安管理干部学院，1986年考回西南政法大学攻读民事诉讼法硕士，次年由国家教委公派至日本留学，就读于国立一桥大学。1993年博士课程修了后留校任法学部特别研究员，1995年获一桥大学法学博士学位，同年回国任教于中山大学至今。在《法学研究》、《中国法学》、《民商法论丛》以及日本的《国际商事法务》、《一桥研究》等杂志上发表过论文40余篇，出版过译著(合译)、合著各三部。

目 录

□第一章 纠纷与民事诉讼	1
第一节 社会与纠纷	1
一、秩序与纠纷	1
二、纠纷的基本结构	7
第二节 纠纷解决与法	17
一、纠纷观与纠纷解决	17
二、社会结构与纠纷处理	22
三、法律解决纠纷的机能	27
第三节 纠纷解决制度设计的程序法考虑	33
一、民事纠纷解决制度设计的理论	33
二、民事纠纷解决制度结构的程序法考虑	38
第四节 纠纷解决与民事诉讼制度的机能	39
一、纠纷解决与诉讼制度	39
二、近代裁判理念与民事诉讼制度的机能	42
三、现代裁判理念与民事诉讼制度的机能	44
四、法的类型与民事诉讼制度的机能	52
五、结语	56
□第二章 宪法与民事诉讼	58
第一节 宪法与司法组织	58

一、宪法与司法独立·····	58
二、民事司法的使命与宪法·····	65
三、司法使命实现的宪法保障·····	68
第二节 法治国家的理想与民事诉讼·····	74
一、审判的法律控制·····	74
二、法官中立的宪法保障·····	80
三、诉讼程序可预测性的宪法要求·····	81
第三节 程序权利的宪法保障·····	83
一、接受裁判权利规定的国际化·····	83
二、接受裁判权利的障碍及其排除·····	88
第四节 程序基本权的宪法保障·····	97
一、程序上的主张权(Rechtliches Gehor)·····	97
二、程序平等权·····	99
三、获得及时裁判权·····	99
四、公正程序请求权·····	101
五、结语·····	101
 □第三章 民事诉讼的目的与司法的作用·····	103
第一节 民事诉讼目的论学说概括·····	103
一、各国关于民事诉讼目的论的学说·····	104
二、各国关于民事诉讼目的论学说的现状·····	106
三、我国关于民事诉讼目的论的学说·····	110
第二节 司法制度的作用与民事诉讼的目的·····	114
一、司法制度与人民法院的审判权·····	114
二、人民法院审判权的作用·····	115
三、人民法院审判权与民事诉讼的关系·····	117
第三节 民事诉讼的目的与民事纠纷·····	120
一、民事纠纷的解决与民事诉讼的机能·····	120

二、民事诉讼构造与纠纷的解决	123
三、民事诉讼法的解释与民事诉讼目的论	126
四、民事诉讼目的论的意义	128
□第四章 民事诉讼程序的价值	130
第一节 程序论与价值论	130
一、程序的含义	130
二、程序论和价值论	133
第二节 程序正义的理论模式	138
一、法的正义与程序的正义	138
二、程序正义理念的理論模式	139
三、从法理学到诉讼法的议论	143
第三节 民事诉讼程序的价值	145
一、公正性	145
二、正当性	147
三、对话性	149
四、迅速性	155
第四节 民事诉讼程序价值的评价	156
一、法律价值评价的一般原理	156
二、民事诉讼程序价值的评价	160
三、本章小结	164
□第五章 民事诉讼中当事人与法院的作用分担	
——兼论民事诉讼模式	166
第一节 诉讼模式概述	166
一、诉讼模式的含义	166
二、民事诉讼模式的含义	170
第二节 当事人主义与职权主义的含义及成因	173

一、民事诉讼中两大模式的含义	173
二、当事人主义和职权主义的成因	175
第三节 民事诉讼中法院与当事人的作用分担	
——当事人主义与职权主义的交错	179
一、案件审理中法院和当事人的作用分担	179
二、辩论原则与当事人的作用	180
三、诉讼指挥权与法院的作用	183
四、本章结语——民事诉讼新模式的抬头	185
□第六章 民事诉讼法律关系的再构筑	188
第一节 民事诉讼法律关系概述	188
一、有关民事诉讼法律关系学说的发展	188
二、对传统民事诉讼法律关系理论的疑问和分析	192
三、民事诉讼法律关系的概念及特征	198
第二节 民事诉讼法律关系的构成要素	200
一、民事诉讼法律关系的主体	200
二、民事诉讼法律关系的内容	204
三、民事诉讼法律关系的客体	206
第三节 诚实信用原则与民事诉讼法律关系	207
一、诚实信用原则概述	207
二、民事诉讼中适用诚实信用原则的根据	209
三、诚实信用原则的适用的主体对象及形态	211
四、诚实信用原则与真实义务	216
□第七章 程序运动的动力——诉讼行为	221
第一节 诉讼行为论的历史发展	221
一、诉讼行为的概念及效果	221
二、法律行为与诉讼行为	223

三、动态诉讼背景下的诉讼行为	225
四、二战后的学说概况	226
第二节 诉讼行为的种类	229
一、概述	229
二、诉讼行为的种类	230
三、诉讼行为的撤回、取消	231
第三节 人民法院和当事人的诉讼行为	231
一、人民检察院和其他诉讼参与人的诉讼行为	231
二、人民法院的诉讼行为	232
三、当事人的诉讼行为	234
四、当事人的诉讼行为与诉讼契约	235
第四节 诉讼行为瑕疵及其处理	238
一、诉讼行为瑕疵概述	238
二、诉讼行为瑕疵理论的发展	241
三、当事人诉讼行为的瑕疵	245
四、法院诉讼行为的瑕疵	246
 □第八章 当事人程序权利的据点——诉权	248
第一节 诉权及其历史发展	248
一、诉权概念	248
二、诉权论的历史发展	250
第二节 诉权与相关制度的关系	256
一、诉权的基本含义	256
二、诉权论与相关制度的关系	258
第三节 诉权保护及问题	261
一、加强对诉权的观念认识	261
二、改善立法方面的缺陷	262
三、充实司法对诉权的保护	263

四、结语	264
□第九章 诉讼上的请求及其审理——诉讼标的论	265
第一节 诉讼标的概述	265
一、诉的概念及意义	265
二、诉讼标的及功能	267
第二节 诉讼标的理论的确立及展开	269
一、诉讼标的理论的确立	269
二、学说的发展	270
第三节 诉讼标的的识别	273
一、给付之诉讼标的的识别	273
二、确认之诉讼标的的识别	275
三、变更之诉讼标的的确认	276
四、对诉讼标的论的评价	276
□第十章 判决及权利安定性的程序保障——既判力	278
第一节 既判力概述	278
一、判决的效力与既判力	278
二、既判力的根据	280
三、既判力的本质	281
四、既判力的作用	284
第二节 既判力的客观范围	285
一、既判力的范围	285
二、既判力与诉讼标的	286
三、抵销抗辩的既判力	288
四、判决理由中判断的拘束力	290
第三节 既判力的主观范围	292
一、判决效力的扩张	292

二、既判力适用的主观范围	293
三、对既判力理论的评价	298
☐ 附:	300
美国民事诉讼的证据开示制度及其对中国的影响.....	300
民事诉讼程序保障的制度基础.....	341
英国民事诉讼制度改革的新动向.....	355
☐ 后记.....	368

第一章 纠纷与民事诉讼

第一节 社会与纠纷

一、秩序与纠纷

(一) 纠纷概念构成及内涵

1. 对立与纠纷

纠纷的含义究竟是什么？是冲突还是争议？在我们的法学著作中始终没有统一的认识和概念。在我们能够接触到的法学著述中，冲突、争议、争执、纠纷等词语得到使用的频率很高，甚至经常被交互替代使用。而且，在与其他学科交错的地带，竞争、论争等与纠纷具有近似含义的词汇也频繁露脸。可以看出，在上述的词语中，都包含着这样一个内容，即纠纷、冲突、争议、争执，甚至竞争、论争等都是在对立的当事人之间发生的，正所谓“一个巴掌拍不响”。日本学者千叶正士认为，纠纷(conflict)可以涵盖冲突、争议、争执、竞争、混争等方面(下文将作简单概述)。

从法社会学的角度，还必须注意的是与上述词语关联使用的还有秩序。因为，一般认为，不管在关于纠纷的用语上有多么的不同，然而，只要谈到纠纷的害处时，人们会十分在意纠纷对社会秩序、对人与人之间生活秩序的影响。例如，有学者从法学的角度，将冲突的法学本质概括为主体的行为与社会既定秩序和制度以及