

法国民事诉讼法导论

张卫平 陈刚 编著

中国政法大学出版社



法国民事诉讼法导论

张卫平 陈刚 编著

中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法国民事诉讼法导论/张卫平, 陈刚编著. —北京: 中国政法大学出版社, 1997. 12

ISBN 7-5620-1608-9

I. 法… I. ①张… ②陈… II. 民事诉讼法-概论-法国
IV. D956.551

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (97) 第 23552 号

责任编辑 胡梅娜

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 北京 1201 工厂

850×1168 1/32 11 印张 267 千字

1997 年 10 月第 1 版 1997 年 10 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-1608-9/D·1567

印数: 0,001—2,000 册 定价: 16.00 元

社址: 北京市海淀区西土城路 25 号

邮编: 100088 **电话:** 62229803

声明: 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装, 由本社发行科负责退换。

法律顾问: 北京市地平线律师事务所律师 郑永新

序 言

在去日本之前即对日本人善模仿、好照搬他国之文化及制度等早有所闻。日本人自己也言善模仿已经成为日本人的民族特性，并称由于过于依赖模仿而使日本人缺乏创造性。到了日本以后对日本人的这一特点可以说深有感受。日本人也说日本没有属于自己的东西，都是从别人那里来的。使用的汉字不用说，就是那些象草书一样的假名也是从汉字而来的。我对绘画有些兴趣，到日本以后自然要去看看日本画的画展。据说这种画是利用岩矿的天然色彩绘制而成的。其色彩相当厚重，表现力很强。我问日本朋友这难道不是属于日本的吗？谁知这位日本朋友回答说日本画来源于中国唐代当时盛行的绘画传统，采用的是中国传统的绘画技法，只不过中国现在已不使用而已。相反，中国的这种传统绘画技法却在日本得到很大的发展，从而成了日本画。

艺术是这样，法律制度 and 法学方面更是如此。在二战以前，日本几乎全而移植了德国法，称德国法为母法，对此说法日本人似乎也没有什么觉得不好意思之处。比较日本和我国法学杂志发表的文章可以发现这样一种现象：在日本的一流法学杂志中，每期总有不少关于外国法律制度和法学理论的长篇文章，而且常常占据首篇位置；而在我国的法学杂志中，除了专门的外国法学杂志外，很少有专门介绍、研究外国法律和法学的文章，即使有也被置于其后。东京大学的教授也以其拥有几门外语而得意。学术研究也具有一种“外向性”的特征。我们也注意到日本学者在议论外国法律制度或法律理论时，尽管总是以外国法的优越来对抗日

本既存制度和理论，在他们那里，外国的法律制度和法学理论简直就成了对本国法律制度和理论批判的武器。但这种对抗和批判的实际效果以及学术的外向性的确促使了日本法律制度和法学理论的完善和发展。就许多基本的法律思想和原则的来源而言，日本仍然没有自己的东西，但日本的法律制度和法学理论始终处于世界的前列。

在中国，人们一方面盲目崇拜洋货，另一方面却耻于向别人学习制度文化方面的东西。回国以后听说也有国人用日本画技法绘画，尽管在表现中国人文题材方面很成功，但却给这种技法取了新的名称——炭彩画，可见观念和心理上对这种借鉴的拒斥。中国人最怕制度文化方面的照搬，尽管是从外国移植的，而且也可以移植的，却往往还要人为地赋予中国特色，结果是弄得不伦不类，使该制度变形而失去了基本功能和作用。我们在注意中国特色时常常忽视了制度和理论的国际性和共性。有的人出于潜意识中的优越感或封闭性意识，对国外的法律制度和理论在尚未弄清楚的情况下先按照自己给定的模式批一通，然后再以自己的主观需求目的从中“批判性”的借鉴。其实通过这种主观过滤后的东西未必是我国法治发展所真正需要的。

在民事诉讼制度方面更加广泛地学习和借鉴外国有益的东西，对发展和完善我国的民事诉讼体制无疑是有积极意义的。尤其是在我国深化民事审判方式改革的今天，向国外学习和借鉴更具有现实和直接的意义。目前我国的经济体制正从计划经济转向市场经济，随着这一历史性的变革，社会的其他方面也将发生根本性转变，诸如经济主体关系、利益关系、社会观念等将随之变化，解决民事纠纷的方式和手段也自当发生相应的变化。当前所进行的民事审判方式改革也就是为了适应这种变化和发展。

进行民事诉讼体制和民事审判方式的改革，不仅要借鉴和引进外国民事诉讼中具体的诉讼制度和方式，更重要的是深藏在该

诉讼制度和方式背后所依存的理论。只有对外国民事诉讼的理论有比较深刻的了解,才能更好地理解其具体制度。因为民事诉讼的理论是关于具体制度的设计、该制度的基本原理、该制度与相关制度的相互关系、该制度与整个法律制度的整合等等方面的综合性阐释。在我国的民事审判方式改革中虽然推行了一些外国民事诉讼制度中早已实行的制度,但人们对这些制度实际上缺乏全面的了解,对该诉讼制度的理论欠缺深层的理解。最典型的是民事审判方式改革中推行的证明责任制度。证明责任制度虽然在全国各地法院实施,但对证明制度的基本涵意、证明制度与整个民事诉讼体制的相互关系、证明责任制度的内部构成等等,尚缺少深入的研究。因此,证明责任制度非科学性运行的问题是非常明显的。这就要求我们在引进和借鉴外国民事诉讼制度时,一方面要真正弄清该制度的内部构成和外部关系,另一方面要弄清该制度的理论问题,这样才能使其科学运行并真正实现其所谓“本土化”。我们往往习惯于将社会的各种秩序归结为人类的有意识创造。我们也同样习惯于将制度文化的规律与自然规律区别开来,对自然规律,人们很清楚地知道应该服从,对于社会制度和文化的规律则敢于违抗。违反自然规律的惩罚机制远比违反社会规律来得明确和直接,因此人们对制度和文化的安排和构造就随意得多。在诉讼制度方面,就存在不注重纠纷解决的规律和逻辑,例如,忽视裁判者的中立性等等。尽管违反社会规律所受到的惩罚不是那么直接和明显,但其后果往往比违反自然规律更加深重,更加难以弥补。对程序正义的轻视,不仅导致个案的错判,也将影响人们对司法权威的信赖。

我始终以为,由于我国法律的体系和形式框架系属于大陆法系,在法律制度和法律理论方面对其具有更多的继承性。因此,学习、借鉴和引进外国的法律制度时应更多地关注大陆法系国家。以民事诉讼体制为例,我国民事诉讼体制从形式结构上与大陆法系

民事诉讼体制有源缘关系。我国民事诉讼体制是对原苏联民事诉讼体制的承继。原苏联民事诉讼体制又是对原俄国民事诉讼体制的继承，尽管是“批判性”的继承，但其基本形式结构仍然是得以保留的，并且这种体制是大陆法系民事诉讼体制的典型。从宏观的角度看，大陆法系的法律制度基本上是一种限制司法人员主观能动性的法律体系。立法越精细，对法官的限制就越严，在司法运作中表现为精密司法，以我国的本土语言来说即为“严格执法”。相对而言，英美法则是在形式上比较粗疏，给法官以更大的发挥余地，其司法的精细和严密是由异常复杂的判例和法官的个体经验来实现的。从西方司法制度运行的具体化和针对性而言，英美法更有合理性，因为法律规定不管怎么样具体和精细总是相对抽象的，难以与个案情况完全对应。英美司法运作方式的特殊性与英美社会的特性及其法文化有密切的关系，它要求法官具有相当高的素质。我以为形式上的非严格司法其实是一种比较高级的司法运作方式，但在我国法治的初期阶段，不能适用这种高级的司法方式，而只能是精密司法，限制法官的创造性。大陆法系法律制度的特性正好适合我国的具体情况，我国刑法的修改似乎可以说明这一点。

英美诉讼体制是经验性诉讼体制，与大陆法系的理性体制差异很大，在法律的表现形式、法的适用、司法制度等方面自然也与我国不同。大陆法系的体制结构是一种理性结构，法律体制是按照一定的理论体系构造的。民事诉讼也是如此，以某一基本权利为基础，形式逻辑地构造起一个系统、严密、精致的诉讼体制。我国的民事诉讼体制虽然并未完全按照这种结构搭建，但基本形式架构是一致的。在大陆法系法学家的眼里，英美诉讼是没有什么章法和逻辑的，如果有章法和逻辑的话，那也是英美法自己的章法和逻辑。英美法系和大陆法系完全是两个不同的世界，各自有不同的法律语言、观念和行为方式。英美法的灵性在司法，而

大陆法系的智慧在立法。一个有趣的现象是，在这些年大批留学英美学习英美法的学人中，不少回国从事部门法学研究的人就难以将其所学的东西与我国的法学研究和实践结合起来。英美法的经验性和动态性使他们更愿意在诉讼和非讼领域的运动状态中去表现自己的才华，而远离静态的理论研究。这也许就是因为两大法系的差异和隔膜所至。所以我主张更多地向大陆法系国家学习和借鉴其具体的法律制度，对于英美法则更多地介绍和引进一些法学理念的东西。近年来美国法学的理论著作，例如，法理学、法哲学、法社会学、比较法学、法经济学等涉及基本法理和法律研究方法的著作，在国内学界引起了很大的反响，对于我国传统的法观念和法意识是一个冲击。例如，英美法重程序的观念和有关程序正义的理论对大陆法系国家中，尤其是对我国重实体轻程序的传统观念和司法运作都具有一种矫正的作用。

从广义文化传递的角度观，英语主要是英美文化的载体，主要传递的是英美文化和制度的信息。而从法文化和法律制度的视角看，则主要是英美法文化和法律制度。国内绝大多数学者所掌握的外语工具是英语，因此对大陆法系国家的法文化和法律制度了解甚少。同样还是因为语言的原因，使国内对同属大陆法系国家的日本的法律制度和理论了解比较多。由于日本的法律制度和理论多取之于德国，使我们对德国的法律制度和理论间接地一知半解。但对同样作为大陆法系中颇具有代表性的法国法却知之甚少，在民事诉讼领域几乎是空白。在法学界这个圈子里，人们对法国法的了解似乎全都集中在法国民法典上。法国民法典眩目的光环使在拿破仑主持下编纂的其它法典（1806年的法国民事诉讼法典、1807年的法国商法典、1808年的法国刑事诉讼法典、1810法国年刑法典）显得多少有些暗淡。虽然法国民事诉讼法不象法国民法典那样影响重，但法国民事诉讼法典在大陆法系的民事诉讼发展历史上亦具有相当重要的地位，即使在今天，从现代民事

诉讼法的角度看，修改后的法国民事诉讼法典同样具有相当先进性。1808年的法国民事诉讼法典可以说是第一部近代民事诉讼法，虽然理论界对德国民事诉讼法典的评价高于法国民事诉讼法，但如果没有法国民事诉讼法典的制定，也就没有以后更精细严密的德国民事诉讼法典。在东京大学作访问学者的时候，我的指导教师高桥宏志教授就指出，要了解当代民事诉讼体制就不可能撇开法国民事诉讼法。他建议我以德国、美国和法国的民事诉讼体制为主要研究对象。也许出自于自谦，他没有谈到日本民事诉讼体制，但潜意识中可能还在于日本民事诉讼体制主要是从这三个国家民事诉讼体制中加减而来的缘故（在学术上，日本就象一个“自由港”，主要国家的法律制度和理论都被介绍进来，使我有条件去关注这些国家的法律制度和理论）。从那以后我一直对法国民事诉讼法比较关注。

尽管国内在80年代初就翻译了法国民事诉讼法典（中国政法大学外国民事诉讼法资料集），但由于没有相应的阐释，加之翻译者对民事诉讼这一学科缺乏一定程度的了解，使国内从事民事诉讼法学教育和研究的人实际上并未有真正的知晓。例如，对于法国民事诉讼体制的基本模式特性这样的基本问题，国内学者尚有误识，以为法国民事诉讼的基本模式与其刑事诉讼模式一样当属职权主义。其实只要对法国民事诉讼理论稍有接触，就知道法国民事诉讼基本模式当属于当事人主义。

法国民事诉讼制度在发达国家是颇具特色的，例如，民事裁判机构的多元化和程序多元化、诉权的制度化和具体化、事前程序与审理程序的分离、书证优先原则、审级的多元化、紧急审理程序的设置等等。我们认识外国的某一法律制度并非一定要以“洋为中用”的实用主义态度，了解他国法律制度的形成、运行实态和该制度的文化、社会背景，对我们也是十分有益的。一国的诉讼制度在该国也许是合理的，但移植到他国就可能因为移植环

境的差异而产生排斥性，或者消极作用。以法国的书证优先原则为例（所谓书证优先原则，简言之，是指在一般情况下，书证的效力优于其他证据）。法国民事诉讼之所以采书证优先原则既关系法国民事纷争解决的传统，也与法国实体法重证书行为有密切的关联。如果离开法国法观念、法文化和实体法的背景，法国的书证优先原则是很难理解的。德国民事诉讼法虽然以法国民事诉讼法为蓝本，但却没有照搬法国的书证优先原则，这说明德国在制定民事诉讼法时充分考虑了两国文化制度环境的差异。

直接将外国学者的著作通过翻译介绍给我国读者，让中国读者尝到“原汁原味”，当然不错。但这种“原汁原味”有时却难以让国人直接喝下。其一，有的法律术语很难完全直接、简单地“兑换”为中文的法律术语；其二，如果没有相应的知识结构，难以理解外国法学著作中关于法律制度、法律术语的表述；其三，外国的法学著作总是以特定的读者为对象，在特定的背景和要求下所著，有时与国内读者的取向相差较大。因此，在有“原汁原味”的翻译著作的同时，还应有一些在理解和认识基础之上所写的外国法律制度和法学理论的著作。例如，尹田教授关于法国合同法和法国物权法的两本专著就是这方而很成功的范例。我毕业留校以后一直从事比较民事诉讼的教学和研究，对西方国家的民事诉讼多少有些自己的感想和体会，总想利用一个什么机会谈谈自己的感想和体会。基于上述原因，我和我校的博士研究生陈刚合写了这部关于法国民事诉讼制度的著作。由于此书是在我们所掌握的有限资料和理解的基础上，利用自己的知识结构写成的，其中也许难免出现与“原汁”不同的异味，还望学术界同仁指正。

张卫平

1997年10月于重庆

作者小传

张卫平,男,1954年10月生,山东省莱芜人,1983年毕业于西南政法学院法学系,1986年毕业于该校研究生部,同年留校执教,1993年至1995年作为访问学者曾在日本东京大学和一桥大学学习研究,现任西南政法大学教授、博士生导师,《现代法学》主编。主要著述有:《程序公正实现中的冲突与衡平》;《破产程序导论》;《中国审判理论研究》(合著);《中国民事诉讼法学》(合著);《民事诉讼基本模式:转换与选择之根据》;《我国民事诉讼辩论原则重述》;《论诉讼标的及识别标准》。

陈刚,男,1965年3月生,安徽省合肥市人,1993年毕业于西南政法大学研究生部,获法学硕士学位。1993年至1995年在安徽省高级人民法院从事审判工作。1995年春返西南政法大学攻读博士学位。公开出版译作三本,发表论文三十余篇。民事诉讼法学方面的主要论文有:《证明责任概念辨析》、《论民事诉讼制度的目的》、《直接开庭:民事诉讼体制改革的一大误区》等。

目 录

序言	(1)
第一章 法国民事诉讼法的历史发展	(1)
一、法国民事诉讼法的形成	(1)
二、从 1667 年法国民事诉讼王令至法国新民事诉讼 法典	(7)
三、法国新民事诉讼法典的制定及法典的基本结构	(10)
第二章 法国的法院制度	(12)
一、法国法院制度概述	(12)
二、初审法院	(14)
(一) 大审法院	(14)
(二) 小审法院	(16)
(三) 商事法院	(17)
(四) 劳动法院	(19)
(五) 社会保障法院	(21)
(六) 农事租赁法院	(22)
三、上诉法院和最高法院	(23)
(一) 上诉法院	(23)
(二) 最高法院	(25)

第三章 法国民事诉讼的基本模式	(27)
一、民事诉讼基本模式的含义	(27)
二、法国民事诉讼基本模式的特性	(29)
三、法国民事诉讼模式的变化	(32)
第四章 管辖	(39)
一、各初审法院的管辖范围	(39)
(一) 大审法院的管辖范围	(39)
(二) 小审法院的管辖范围	(40)
(三) 商事法院的管辖范围	(41)
(四) 劳动法院的管辖范围	(42)
二、地域管辖	(42)
三、特别管辖	(44)
四、诉讼请求、防御方法与法院管辖	(46)
五、管辖的扩张	(50)
(一) 法定的管辖扩张	(50)
(二) 根据当事人合意的管辖扩张	(52)
六、管辖争议的解决	(54)
第五章 诉权制度	(56)
一、诉权的概念	(57)
(一) 诉权与实体权利的相互关系	(57)
(二) 诉权与请求的相互关系	(58)
二、诉权的性质	(59)
三、诉权的分类	(61)
(一) 诉权的划分及其意义	(61)
(二) 诉权的分类	(62)
(三) 动产诉权和不动产诉权	(64)

(四) 本权诉权和占有诉权.....	(66)
四、诉权的行使：原告的请求	(68)
(一) 诉权存在的要件.....	(68)
(二) 诉权的资格.....	(73)
(三) 诉权行使的要件.....	(74)
五、被告的防御和反诉请求	(75)
(一) 被告的防御.....	(75)
(二) 被告的反诉请求.....	(78)
 第六章 证据制度	(81)
一、证据制度概述	(81)
二、书证	(83)
(一) 书证优先原则.....	(83)
(二) 书证的传达和提出.....	(89)
(三) 关于文书真实性的争议与解决程序.....	(90)
三、证据调查	(92)
(一) 法官查证.....	(93)
(二) 询问当事人.....	(93)
(三) 第三人的陈述.....	(94)
(四) 专家实施的证据调查.....	(96)
 第七章 诉讼程序总则.....	(100)
一、对审原则.....	(100)
二、诉讼的开始.....	(102)
(一) 传唤状	(103)
(二) 共同申请	(104)
(三) 诉讼请求提起的效果	(105)
三、口头辩论程序.....	(106)

四、诉讼参加	(107)
(一) 任意参加	(108)
(二) 强制参加	(113)
五、诉讼程序中几种特殊情形的处理	(114)
(一) 诉讼的合并与分离	(115)
(二) 诉讼的停止	(115)
(三) 诉讼中断	(117)
六、撤诉	(120)
七、请求的承认	(121)
八、诉讼的过期失效	(122)
 第八章 判决	 (124)
一、判决的分类和种类	(125)
(一) 终局判决和临时判决	(125)
(二) 宣告判决与形成判决	(126)
(三) 诉讼系属中所作出的判决	(127)
二、判决的形成等	(129)
三、判决的既判力	(132)
(一) 既判力理论	(132)
(二) 既判力的范围	(137)
 第九章 大审法院诉讼程序	 (141)
一、大审法院诉讼程序的特色	(141)
(一) 事前程序和辩论程序相分离	(141)
(二) 法官消极参与整理争点活动	(145)
(三) 法官按诉讼阶段把握案情	(150)
二、大审法院诉讼程序的相关制度	(152)
(一) 调查证据	(152)

(二) 和解	(153)
(三) 合议制和独任制	(153)
(四) 强制律师代理制	(154)
(五) 诉讼费用	(156)
(六) 诉讼记录和当事人记录	(160)
三、大审法院诉讼程序的类型	(162)
(一) 一次辩论型程序	(162)
(二) 两次辩论中间判决型程序	(166)
(三) 紧急鉴定命令先行型程序	(172)
四、诉讼系属程序	(176)
(一) 传唤程序	(176)
(二) 登记程序	(181)
(三) 指定期日程序	(182)
五、事前程序	(186)
(一) 事前程序的意义	(186)
(二) 当事人的事前程序活动	(187)
(三) 法官在事前程序中的作用	(190)
(四) 事前程序的运作方式	(191)
(五) 事前程序终结命令	(210)
六、审判程序	(213)
(一) 辩论程序	(213)
(二) 合议程序	(224)
(三) 判决程序	(230)
第十章 小审法院诉讼程序	(242)
一、小审法院诉讼程序的种类	(242)
(一) 普通程序	(242)
(二) 支付命令程序	(243)

(三) 消费者破产程序	(244)
二、小审法院诉讼程序的运作过程	(245)
(一) 小审法院诉讼系属程序	(245)
(二) 小审法院的审理程序	(248)
(三) 小审法院的和解程序	(248)
(四) 诉前和解程序	(250)
 第十一章 商事法院诉讼程序	(252)
一、商事法院诉讼程序概述	(252)
二、商事法院诉讼程序的类型及运作	(255)
 第十二章 紧急审理程序	(260)
一、紧急审理程序的含义	(260)
二、紧急裁决令的成立要件	(262)
三、紧急裁决令的内容	(263)
(一) 紧急裁决令的内容及要件	(263)
(二) 紧急审理程序的实证分析	(265)
四、紧急审理程序中的法官	(271)
五、审理程序	(273)
六、紧急裁决令的效力	(274)
七、紧急审理的本案化和强化解决纠纷的功能	(275)
 第十三章 上诉审程序	(277)
一、上诉的基本含义	(277)
二、上诉制度的相关问题	(279)
(一) 上诉法院院长的权限	(279)
(二) 提出主张的方法	(280)
(三) 证据提出方法	(282)