

民事诉讼失权 理论研究

—— 田海鑫◎著 ——



MINSHI SUSONG SHIQUAN
LILUN YANJIU



中国政法大学出版社

民事诉讼失权 理论研究

—— 田海鑫◎著 ——



MINSHI SUSONG SHIQUAN
LILUN YANJIU



中国政法大学出版社

2017 · 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

民事诉讼失权理论研究/田海鑫著. —北京：中国政法大学出版社, 2017. 8
ISBN 978-7-5620-7661-2

I. ①民… II. ①田… III. ①民事诉讼—制度—研究—中国
IV. ①D925. 110. 4

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第198990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 11
字 数 286 千字
版 次 2017 年 8 月第 1 版
印 次 2017 年 8 月第 1 次印刷
定 价 46.00 元

内容提要

民事诉讼失权是对民事诉讼法律关系主体的行为进行规制而导致其诉讼权利（资格）丧失或失效的一种程序性制约机制。民事诉讼失权对程序公正性的保障、诉讼的正常推进和纠纷的迅速解决起着重要的作用。我国现行《民事诉讼法》和相关司法解释没有对民事诉讼失权予以明确界定，但是不可否认，民事诉讼权利的存在与行使都是有条件的、特定的，如果民事诉讼法律关系主体不当地行使诉讼行为，一定情形下失权的后果将会不可避免地发生。本书从民事诉讼失权的基本概念和构成出发，分析与民事诉讼失权有关的基础理论，从而建构民事诉讼失权体系，为我国民事诉讼失权制度的建立和完善提供参考。

除绪论外，本书共分为五章，即概论、正当论、构成论、样态论和完善论，分别从不同角度展开命题。

绪论阐述了本书的研究背景、研究意义、国内外研究现状、研究思路、研究方法等内容。从 20 世纪末到 21 世纪初，世界各国普遍进行了深刻的民事司法改革，强调民事诉讼程序的迅速、经济，反思程序正义的真正

含义,对失权理论和制度的发展起到了推动作用。研究民事诉讼失权理论,有助于更好地理解与之相关的其他民事诉讼理论,确立程序的独立价值理念,规范民事诉讼法律关系主体的诉讼行为。

第一章论述民事诉讼失权的基本概念。民事诉讼失权与民事诉讼权利滥用有着密切的关系。民事诉讼权利滥用表现为裁判权的滥用、诉权的滥用以及诉讼过程中不当地行使权利。规制民事诉讼权利滥用的手段包括要求法院履行更多职责、对滥用民事诉讼权利的当事人进行经济制裁和其他程序性规制。失权即一种使民事诉讼权利丧失或失效的制约机制,是程序性规制手段,与权利主体实体权利的得失没有直接影响。失权是针对民事诉讼法律关系主体所采取的规制措施。此处的“民事诉讼法律关系主体”包括审判人员、检察人员、当事人、诉讼代理人、其他诉讼参与人等,非民事诉讼法律关系的主体不适用失权。失权是滥用民事诉讼权利、不当实施诉讼行为的后果,不同于自动放弃权利。失权的后果是原有的诉讼权利的丧失或失效,是极为严厉的制裁手段。

第二章论述民事诉讼失权的正当性基础。民事诉讼失权制度的确立,符合民事程序效益价值的追求,体现了诚实信用原则对民事诉讼法律关系主体的要求,保护了当事人宪法意义上适时裁判请求权的实现,同时失权为司法资源的合理优化配置提供了一种保护手段。

第三章论述民事诉讼失权的构成体系。民事诉讼失权构成体系可以划分为构成要件和责任要件两个层次。构成要件是失权成立的基本构成,由客观要素决定,其中讨论构成阻却事由;责任要件表明行为具有可归责性,由主观要素决定,其中讨论责任阻却事由。失权的认定要依据构成要件、构成阻却事由、责任要件、责任阻却事由的逻辑顺序进行操作,从而保证失权认定的谨慎与正确。

第四章论述民事诉讼失权的具体形态。根据民事诉讼法律关系主体的不同,民事诉讼失权表现为:审判人员对本案的审判资格的

丧失；当事人诉讼权利的失权，主要包括答辩权失权，申请回避权失权，管辖异议权失权，反诉权失权，撤诉权失权，变更、追加诉讼请求权失权，提出证据权失权，上诉权失权，申请再审权失权等；诉讼代理权的失权；其他诉讼参与人诉讼权利的失权。

第五章论述我国民事诉讼失权制度的完善。我国民事诉讼失权的立法没有形成体系，有关失权的规定呈现出分散化、碎片化的特征。在民事司法实践中，对于失权的认定认识不统一，没有相应的标准。通过与域外国家和地区失权制度的比较和借鉴，我国民事诉讼失权的完善应当从三个层次入手：①从宏观上确立失权正当性的思想理念，主要是民事诉讼伦理理念和程序安定理念，从而确立失权的总体原则；②从微观上对现有民事诉讼失权制度予以补充改进，细化制度规定；③从配套制度上逐步跟进完善，主要是要求法官正确行使自由裁量权，要求法官细化阐明，以及多元化进行民事检察监督，以保障民事诉讼失权的实施能够正确适用并产生实际的效果。



目 录

绪 论	1
第一章 民事诉讼失权概论	14
第一节 民事诉讼失权的引出——民事诉讼权利	14
一、民事诉讼权利的概念——资格论的视角	14
二、民事诉讼权利的类型	19
三、民事诉讼权利的滥用及规制	23
第二节 民事诉讼失权的涵义	27
一、民事诉讼失权的概念	27
二、民事诉讼失权与相关概念辨析	30
第二章 民事诉讼失权正当性理论	40
第一节 民事诉讼失权正当性的争论	40
一、肯定说	40
二、否定说	43
三、笔者的观点	44
第二节 民事诉讼失权正当性的理论基础	45
一、民事诉讼失权与民事诉讼价值	45
二、民事诉讼失权与诚实信用原则	58
三、民事诉讼失权与宪法权利	69

四、民事诉讼失权与时间	77
第三章 民事诉讼失权构成理论	88
第一节 民事诉讼失权的构成体系	88
第二节 民事诉讼失权构成要件	91
一、主体	91
二、行为	111
三、客体	125
四、结果	131
五、因果关系	137
第三节 民事诉讼失权构成阻却事由	142
一、失权构成阻却事由的含义	142
二、职务行为	144
三、不可替代行为	147
四、对立关系人同意	151
第四节 民事诉讼失权责任要件	153
一、失权责任与责任要件	153
二、失权责任要件要素	156
三、故意	157
四、过失	159
五、目的和动机	162
第五节 民事诉讼失权责任阻却事由	163
一、失权责任阻却事由的概念和根据	163
二、责任能力	164
三、违法认识可能性	166
四、期待可能性	166
第四章 民事诉讼失权样态理论	169
第一节 民事诉讼失权的理论分类	169

一、以失权主体为划分标准	170
二、以诉讼利益为划分标准	171
三、以诉讼行为为划分标准	172
第二节 民事诉讼失权的具体表现	173
一、审判人员本案审判资格的丧失	173
二、当事人诉讼权利的失权	178
三、诉讼代理权的失权	198
四、其他诉讼参与人诉讼权利的失权	203
第五章 我国民事诉讼失权完善理论	207
第一节 我国民事诉讼失权的现状与问题	207
一、我国审判人员本案审判资格的丧失	207
二、我国当事人诉讼权利的失权	211
三、我国诉讼代理权的失权	236
四、我国其他诉讼参与人诉讼权利的失权	239
第二节 域外国家和地区民事诉讼失权制度的借鉴	240
一、域外国家和地区当事人失权产生的背景	241
二、域外国家和地区当事人失权的主要表现	254
三、域外国家和地区当事人失权与程序基本权的保障	272
第三节 我国民事诉讼失权的完善	279
一、宏观理念的确立	279
二、微观制度的改进	289
三、配套制度的完善	305
参考文献	321
后 记	336

绪 论

一、研究背景与意义

(一) 研究背景

民事诉讼法学理论的发展与民事司法实践的运行有着不可分割的互动关系,民事诉讼理论为民事司法提供思想指导,民事司法在某种意义上是对民事诉讼理论从“抽象思维”到“具体行动”的延伸;同时,民事司法也能够检验、修缮民事诉讼理论,为民事诉讼理论的研究提供客观依据。从20世纪末到21世纪初,世界上很多国家都经历了民事司法运作方面的种种困难和危机,正如意大利著名民事诉讼法学家卡佩莱蒂(M. Cappelletti)教授形容的那样,在欧洲,部分国家民事诉讼的进行如同“努力启动一台残破老钟的机械装置一样,得要敲一敲,摇一摇,才能让这台钟走动,哪怕是走动一会儿”^{〔1〕}。1995年,沃尔夫勋爵(Lord Woolf)也在英国司法改革的中期报告中指出,普通法世界的民事法院在解决纠纷中面临的类似的弊端在于法院司法的过程过于昂贵(cost)、迟延(delay)和复杂(complexity)^{〔2〕}在这样的背景之下,各国都采取了改进民事司法的措施,重新思考司法正义的真谛。民事司法活动固然必须要符合正当程序的要求,为充分保障当事人双方的攻防机会

〔1〕〔意〕莫诺·卡佩莱蒂等:《当事人基本程序保障权与未来的民事诉讼》,徐昕译,法律出版社2000年版,第120页。

〔2〕Access to Justice: Interim Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales (1995).

而設立嚴密程序，但是，司法制度也必須具備與尊重人格和民主主義理念相符的程序制度。因為伴隨著對程序的徹底保障，訴訟程序使進行訴訟活動的當事人深感壓力重重。日本民事訴訟法學家小島武司教授強調，審判必須貫徹正當和公平的原則，同時也應具有迅速、經濟的特點，由此，制定接近市民的程序具有迫切性。^{〔1〕}

民事訴訟失權理論正是上述反思的產物。一般認為，訴訟權利保障是程序正義的內在品質，保障訴訟權利的實現是訴訟主體充分參與訴訟過程、實現訴訟目的基礎。然而，權利保障一旦走向極端，則會脫離現實，與訴訟資源、成本、時間發生衝突，成為“遲到的正義”，違背了制度設計的美好初衷。訴訟失權的出現，盡管在某些情況下可能是“忍痛割愛”，但我們必須承認沒有任何程序是完美的，訴訟結果也不可能百分之百地完全正確，民事訴訟失權存在的合理性就在於它可以作出這種平衡與選擇。

我國自1978年改革開放以來，經濟、社會等各方面急速發展與轉型，在此過程中新問題、新矛盾不斷湧現，糾紛也大量產生，其中相當一部分進入法院形成訴訟案件。根據《中國法律年鑑》的數據，1986年全國各級人民法院受理訴訟案件221.5萬件；到2000年，受理案件數量增長到591.8萬件；2016年《最高人民法院工作報告》顯示，全國各級人民法院受理案件數量為1951.2萬件。這表明30年來，我國訴訟案件呈現井噴的勢頭，稱之為“訴訟爆炸”並不為過。張文顯教授認為每年全中國大約有10%的人口直接或間接涉訴，可以認定中國已經進入“訴訟社會”。^{〔2〕}在現實壓力之下，我國從20世紀80年代末到90年代初，以審判方式改革為切入點的民事司法改革逐步開展起來，至今方興未艾。1991

〔1〕〔日〕小島武司：《訴訟制度改革之法理與實證》，陳剛等譯，法律出版社2001年版，第3頁。

〔2〕張文顯：“現代性與後現代性之間的中国司法——訴訟社会的中国法院”，載《現代法學》2014年第1期。

年生效实施的《民事诉讼法》对1982年的《民事诉讼法（试行）》进行了较大幅度的修订，开始由职权主义逐步向当事人主义转向。1996年7月，最高人民法院召开第一次全国法院审判方式改革工作会议，总结试点工作的经验，将改革经验向全国推广普及。1998年7月，最高人民法院以司法解释的形式颁布了《关于民事、经济审判方式改革问题的若干规定》，在一定程度上固定了改革的成果，使之规范化、效力化。紧接着，1999年，最高人民法院制定了《人民法院改革五年纲要》，为民事司法改革的深入开展指引了方向，进行了具体规划。2001年12月，最高人民法院发布《关于民事诉讼证据的若干规定》，从民事诉讼证据的层面对司法改革进行巩固与推进，进一步保障当事人的处分权，强化当事人的证明责任。在这部司法解释中，确立了以“举证失权”为代表的民事诉讼失权制度，这一制度从诞生起就处在争议的漩涡之中，理论界与实务界的人士都有各自的观点，这也导致了“举证失权”在诉讼实践中适用困难。王亚新教授认为，有关“举证时限”的规则及作为其基础的“失权”效果等学理上的概念，因为与社会上很多人目前秉持的“实体真实”等正义感觉相冲突，在司法实践中的运用就呈现出一波三折跌宕起伏的态势。^{〔1〕}

在民事诉讼研究领域，美国、德国、日本等国家的民事程序法学者对于本国以及他国的民事诉讼实务普遍有着精深的研究与理解，学界与实务界交流频繁，互相之间产生了较为实际的影响，民事司法实务运行会受到理论学说的影响，体现出较强的理论性；同时，在民事程序法律规范的制定过程中，学界也能够起到重要甚至主导的作用。与此相对应，民事司法实务产生的判例是民事程序法学者研析的重要对象，其中的新问题、新动向往往成为学术研究的增长点。这种良性的互动关系使得上述各国在进行民事司法改革

〔1〕 王亚新：“民事诉讼法二十年”，载《当代法学》2011年第1期。

时,民事程序法学者成为一支不可忽视的重要力量。相比较而言,虽然经过30年的发展,我国民事诉讼法学研究成果逐渐丰富与繁荣,但是可以说我国民事诉讼法学的根基仍然不够牢固,这体现为学术研究重复、学术心态浮躁,学术研究依附于立法和司法政策,缺乏独立性,与司法实务严重脱节,学界与实务界的交流停留在表面,不能形成内在的相互理解和信任。这也导致了很法律规范和司法解释中规定的制度,只是单纯地借鉴国外经验就仓促出台,缺乏学术意义上的本土化研究,也就产生了诸如“举证失权”自产生以来,适用标准不能统一的问题。

本书关于民事诉讼失权理论的研究正是基于上述国内外的民事诉讼实务和研究的背景而展开的。笔者认为,在对失权制度进行实践探索的同时,也应当建立并推进失权理论的研究。失权制度在司法实践中出现并适用了相当一段时间,回过头看,其实我们甚至对其概念都没有进行理论界定,究竟什么是民事诉讼失权?失权的主体都有哪些?失权的内容是“权利”还是“权力”?失权的构成要件包括哪些?失权包括哪些种类?失权会发生怎样的后果?以上疑问都成为本书首要解决的问题,笔者不揣浅陋,尝试对民事诉讼失权理论进行系统而具体的研究,以期对我国民事诉讼理论和实践的完善贡献自己的微薄之力。

(二) 研究意义

我国现行《民事诉讼法》和相关司法解释没有对民事诉讼失权予以明确界定,但是不可否认,民事诉讼权利的存在与行使都是有条件的、特定的。当适用条件和环境存在时,民事诉讼失权的后果会不可避免地发生。同时,民事诉讼失权在当代主要法治国家已经存续多年,德国、日本、美国等国家的理论和实践探索为我国提供了宝贵的经验,对这些国家民事诉讼失权相关的立法表现、逻辑、学理进行深入研究,对民事诉讼失权的司法实践加深了解,能够对我国民事诉讼失权的建立与完善提供有益的借鉴。因此,笔者认为

现阶段十分有必要对民事诉讼失权问题进行系统、全面而深入的研究,这对于促进民事诉讼理论发展、完善民事诉讼相关法律和民事实务具有积极意义。具体而言,包括以下三个方面:

第一,针对民事诉讼失权理论的研究可以推动民事诉讼相关基本理论的发展。研究民事诉讼失权理论,涉及民事诉讼基本理论的诸多方面。首先,关于民事诉讼失权的主体,有学者认为对审判主体的限制主要是采取禁止性规范,并且审判主体成为诉讼时间的限制者和控制者,因此,没有必要通过取消法院权力的做法来限制审判主体实施权力。但也有学者认为,基于诉权与审判权具有相互依存并且相互制衡的平等关系,法院也应当成为民事诉讼失权的主体。不同的诉讼主体对失权产生的影响不同,相反,失权问题的研究,也能够加深对民事诉讼主体这一问题的理解。其次,民事诉讼失权的正当性基础,与诉讼价值、诚实信用原则、诉讼促进义务、程序责任和程序安定等民事诉讼理论紧密相关。再次,民事诉讼失权的直接原因是逾越诉讼期限和民事诉讼行为有瑕疵,民事诉讼主体因故意或重大过失不按照规定的诉讼期限的作为或不作为都可能导致失权的后果。最后,就民事诉讼失权的具体类型而言,答辩权失权、提出证据权失权、反诉权失权、上诉权失权和申请再审权失权等,又同民事诉讼的审前准备程序、审判程序、上诉程序、再审程序以及证据制度密不可分。由此可以看出,民事诉讼失权制度充分体现了民事诉讼的独特程序价值,是民事诉讼运行过程中不可或缺的一环,在某种程度上,民事诉讼失权制度的研究与完善,对整体的民事诉讼理论都将产生积极的推动作用。

第二,引入民事诉讼失权的研究可以促进我国《民事诉讼法》及有关司法解释的完善。随着程序理念和其独立价值的确立,在民事实体法律确立失权制度之后,应当逐步在民事程序法领域确立诉讼失权制度。过往的民事诉讼法律的变迁历程,也能够体现出民事失权理论所产生的影响。以证据失权为例,我国1991年《民事诉

讼法》采证据随时提出主义,但实践中会造成诉讼迟延,影响法院审判效率。2001年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《证据规定》)中明确了举证时限制度,证据逾期提交就导致失权的后果,但事实证明这一时限过于严苛,以至于2007年《民事诉讼法》修改以及2008年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉审判监督程序若干问题的解释》中对“新证据”重新进行界定,2008年《最高人民法院关于适用〈关于民事证据的若干规定〉中有关举证时限规定的通知》又对举证时限进行了调整,从严格适用走向了缓和。2012年《民事诉讼法》修改中,立法者采证据适时提出主义,只有在符合法定要件的情况下,才导致失权的后果。在以上关于证据失权制度的历史发展过程中,民事诉讼失权理论的不断深入研究是立法者和司法解释制定者进行法律修改和解释的重要参考和依据。

第三,确立民事诉讼失权体系,有助于消除司法实践中的混乱状况,规范民事诉讼行为。在司法实践当中,由于多种原因,当事人不能理解诉讼失权制度的设置原因和后果,漠视诉讼权利的行使,任意地进行诉讼行为,甚至恶意拖延诉讼,扰乱程序进程;就法院而言,在诉讼失权认定上未能采取统一标准,宽严不一,缺乏对当事人的阐明,造成了当事人对法院的不满,从而导致纠纷不能真正化解,也损害了司法公信力。总之,科学设置并实施诉讼失权制度,有利于提高诉讼程序的流畅性、规范性和稳定性。

二、国内外研究现状

(一) 国内研究情况

整体而言,民事诉讼失权理论并不是国内学者研究的热点内容,很少有学者对其抱有学术兴趣,甚至不认为这是一个值得研究的内容。因此,其相关研究成果较少,主要集中于民事诉讼失权理论整体研究、答辩失权研究和证据失权研究三个方面。

1. 关于民事诉讼失权理论整体性研究

在对民事诉讼失权理论的宏观研究中,张卫平教授1999年在《法学研究》上发表的《论民事诉讼中失权的正义性》可谓开山之作,文章提出了民事诉讼失权的概念、失权的原因、失权的具体类型以及失权的正当性基础,认为民事诉讼中失权的正义性原理源于人们对诉讼效率性和时间经济性的认同。余正琨先生和熊云辉先生近年来对民事诉讼失权问题进行了有针对性的研究,自2005年起陆续在核心期刊上发表《论民事诉讼失权制度》《论民事诉讼失权的法理基础和价值基础》和《论民事诉讼失权制度的立法完善》等文章,论述了民事诉讼失权制度的构成要件、功能作用、法理基础和立法完善等问题,初步形成了民事诉讼失权理论的体系雏形。时间较近的论文有唐力教授于2012年发表的《论民事诉讼失权制度的正当性——兼评〈民事诉讼法〉修正案第10条》,文章认为诉讼中的失权制度,能够实现当事人适时裁判请求权,保障当事人诉讼平等,维护诉讼的顺畅与程序的安定,其设立具有正当性依据。刘显鹏博士的博士论文《民事诉讼当事人失权制度研究》(已由武汉大学出版社于2013年出版),对当事人失权制度的内涵、类型、理论基础进行了解读,并对两大法系国家与地区的民事诉讼当事人失权制度进行了比较,最后对我国民事诉讼当事人失权的现状进行了剖析,并提出了完善的建议。

2. 关于答辩失权研究

王亚新教授在《我国民事诉讼不宜引进“答辩失权”》和《再谈“答辩失权”与“不应诉判决”》中,大力鼓励提倡被告及时进行答辩,但认为答辩失权的引进,不仅原理上有相当的困难,现实中又非确实必要,而且在现阶段的社会条件下还可能造成某些混乱或其他弊端。傅郁林教授的《诉答程序·程序时效·诚信机制——“答辩失权”的基础性问题》一文,认为答辩失权制度以当事人主义理念为基础,以律师强制代理制度为前提,它依赖于并回馈于司

法专业化和法律共同体的诚信机制，在有律师代理的案件中实行答辩失权制度既有必要性也有可行性。汤维建教授的《答辩失权是大势所趋》一文，认为答辩任意主义受到了对抗制条件下所未曾预料到的挑战，因此答辩失权制度脱颖而出。程春华法官在《试论建立我国民事诉讼答辩失权制度》一文中，认为在我国应当建立民事诉讼答辩失权制度，确定提交答辩状的限期、提交答辩状的方式和答辩状应当具备的内容，并应当对答辩失权的例外情况进行规定。王琦教授在《答辩失权制度在我国的构建》一文中，认为应当在答辩环节中确立不应诉判决制度，对符合法定条件的，法院可作出支持原告诉讼请求的判决。

3. 关于证据失权研究

蔡虹教授于2000年发表在《法商研究》上的《民事诉讼证据失权制度初探》一文，开启了国内学者研究证据失权的先河。文章认为解决证据随时提出问题的关键是建立证据失权制度，明确规定当事人举证时间的临界点，同时分析了证据失权制度的价值，初步提出了在我国建立证据失权制度的立法构想。李浩教授的《举证时限制度的困境与出路——追问证据失权的正义性》一文，对证据失权的正义性提出了质疑，认为证据失权与实体公正存在不可调和的矛盾，失权会造成实体公正失落。改造目前的举证时限制度，用费用制裁替代证据失权，是走出困境的方法。朱福勇副教授的《民事诉讼证据失权在法律适用中的困惑及改造》一文，认为举证时限制度的法律后果过于严格，无法兼顾诉讼效率与公平及案件实质真实的发现，且未对与之相适应的审前准备程序中的配套制度进行有效整合。因此，反思我国有限度的证据失权制度，对其加以改进与完善尤为必要。肖建华教授的《论证据失权的救济》一文，提出证据失权制度是一把双刃剑，必须给证据失权以适当的救济，并设置相应的制度保障，即在区分严格证明、疏明和加强法官对当事人举证指导的前提下，通过法官行使自由裁量权等方式，以期证据失权制