



法律硕士（JM）联合教材

民事诉讼法学

Civil Procedure Law

章武生 齐树洁 著
吴英姿 翁晓斌



本系列教材以最新法律硕士（JM）培养方案为指导，全面系统，定位明确，突出前沿性和针对性，兼顾系统性和专题性，协调了理论性与实践性，强调了中国现行的立法规定和法律实务，重视从实践中提炼理论，着重法律原理的思维训练，特别是从“学理—实践”互动的角度对当前司法实践和社会生活中的难点和热点问题进行了重点阐述。



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社

民事诉讼法学

Civil Procedure Law

章武生 齐树洁 著
吴英姿 翁晓斌



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼法学/章武生等著. —杭州:浙江大学出版社,
2010.6

五校联合编写法律硕士教学用书

ISBN 978-7-308-07295-3

I. 民… II. 章… III. 民事诉讼法—法的理论—中
国—研究生—教材 IV. D925.101

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 003307 号

民事诉讼法学

章武生 齐树洁 吴英姿 翁晓斌 著

丛书策划 樊晓燕 曾建林 葛 娟

责任编辑 胡志远

封面设计 俞亚彤

出版发行 浙江大学出版社

(杭州市天目山路 148 号 邮政编码 310007)

(网址: <http://www.zjupress.com>)

排 版 杭州大漠照排印刷有限公司

印 刷 临安市曙光印务有限公司

开 本 710mm×1000mm 1/16

印 张 25.75

字 数 470 千

版 印 次 2010 年 6 月第 1 版 2010 年 6 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-308-07295-3

定 价 49.00 元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江大学出版社发行部邮购电话(0571)88925591

编写说明

“法律硕士(JM)联合教材”是由浙江大学、复旦大学、南京大学、山东大学和厦门大学等五所高校法学院联合发起编写的,以在职攻读法律硕士的学员为主要施教和服务对象,兼顾全日制法律硕士(非法学本科和法学本科)及其他法学研究生的专业教材。本系列教材以最新法律硕士(JM)培养方案为指导,全面系统、定位明确,突出前沿性和针对性,兼顾系统性和专题性,协调了理论性与实践性,强调了中国现行的立法规定和法律实务,重视从实践中提炼理论,着重法律原理的思维训练,特别是从“学理—实践”互动的角度对当前司法实践和社会生活中的难点和热点问题进行了重点阐述。在编写过程中,同时吸收了除五所高校之外的其他院校和研究机构的法学专家参与编写,集中体现了当前法律硕士教材的最高编写水平与思想。

编写者

2010年6月

目 录

第一编 基本理论

第一章 民事程序法的一般原理	3
第一节 民事程序法与实体法的关系	4
第二节 民事程序法的价值	9
第三节 民事诉讼构造的原理	13
第四节 作为纠纷解决方式的诉讼制度	21
第二章 民事诉讼目的	27
第一节 民事诉讼目的论导引	27
第二节 民事诉讼目的的决定因素	32
第三节 我国的民事诉讼目的	37
第三章 诉权理论	45
第一节 诉权的意义	45
第二节 诉权理论的嬗变	46
第三节 诉权理论重构	54
第四节 构建诉权对审判权的制约机制	59
第四章 诉与诉讼标的	72
第一节 诉	72
第二节 诉讼标的	82

第五章 既判力	91
第一节 既判力的概念	91
第二节 既判力的主观范围	94
第三节 既判力的客观范围	98
第四节 既判力的基准时	103

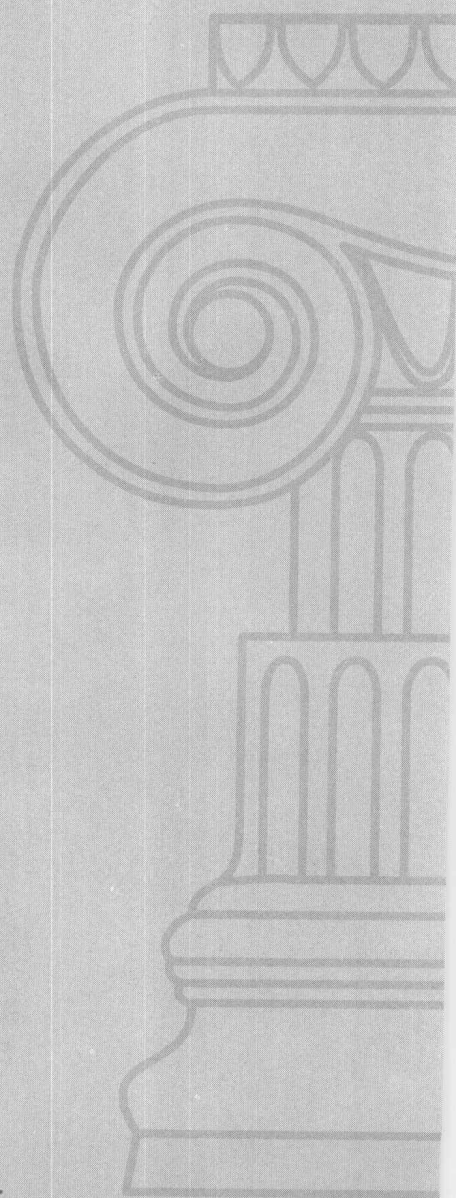
第二编 总 论

第六章 民事诉讼法的基本原则	111
第一节 民事诉讼法基本原则概述	111
第二节 辩论原则	113
第三节 处分原则	123
第四节 直接言词原则	125
第五节 诚实信用原则	130
第七章 主管与管辖	135
第一节 民事诉讼主管概述	135
第二节 民事诉讼管辖概述	139
第三节 国内民事诉讼管辖	142
第四节 涉外民事诉讼管辖	152
第五节 我国民事管辖制度的完善	157
第八章 当事人	163
第一节 当事人概述	163
第二节 必要共同诉讼	171
第三节 群体诉讼	182
第四节 无独立请求权第三人	190
第九章 法院调解	202
第一节 法院调解的发展历程	202
第二节 法院调解“复兴”的原因	204
第三节 法院调解的实证分析	211
第四节 法院调解的未来走向	219

第十章 民事诉讼证据	225
第一节 证据法的理论基础	225
第二节 《证据规定》的正当程序特征	230
第三节 证据能力与证明力	236
第四节 民事诉讼证据分类	239
第五节 证明对象	250
第六节 自认	254
第七节 举证责任分配	256
第八节 证明标准	260
第九节 在理想与现实之间：《证据规定》实践的困惑	262
 第三编 程序论 	
第十一章 普通程序	273
第一节 普通程序概述	273
第二节 起诉与受理	276
第三节 审前准备程序	280
第四节 开庭审理	286
第五节 法院裁判	291
第十二章 简易程序研究	298
第一节 简易程序的概念和分类	298
第二节 我国传统意义上的民事简易程序	303
第三节 简易程序的改革与完善	309
第十三章 上诉审程序	318
第一节 民事上诉制度概述	318
第二节 第二审程序之原理	322
第三节 第三审程序之原理	326
第四节 我国民事上诉制度的改革	330
第十四章 再审程序	341
第一节 再审程序修改的主要内容	341
第二节 我国再审程序存在的问题分析	344

第三节	再审程序发动主体之重构	348
第十五章	非讼程序	358
第一节	非讼程序与特别程序的关系	358
第二节	非讼程序的基本内容及其立法完善	361
第三节	公示催告程序	364
第四节	督促程序	366
第十六章	执行程序	376
第一节	执行权的性质	376
第二节	民事执行程序的价值取向	384
第三节	执行异议	387
第四节	强制查封	392
第五节	执行竞合	395
第六节	参与分配制度	398
后记		404

第一编
基本理论



第一章 民事程序法的一般原理

程序,从法学的角度来看,主要体现为按照一定的顺序、方法和步骤来作出法律决定的过程。其普遍形态是按照某种标准和条件整理争点,公平地听取各方意见,在使当事人可以理解或认可的情况下作出决定。程序通过促进意见疏通、加强理性思考、扩大选择范围、排除外部干扰来保证决定的成立和正确性。^①

法律程序基本上都由程序法明文规定,其中,诉讼程序是最重要、最典型的法律程序。程序法(procedural law)是与实体法(substantive law)相对应的一个概念。传统法学依内容与职能的不同,将法律区分为实体法与程序法两大类,认为实体法是确定权利义务发生、变更、生效、消灭的法;与此相对应,程序法规定的是使有关权利义务的实质性内容,通过审判得以具体实现所需的制度和程序上的程序。^②这种关于程序法价值的理论被称为程序工具主义。

长期以来,在我国法学界,受经济、法制发展的制约以及程序工具主义的影响,程序法的地位和作用一直未能得到充分的认识,程序法的独立价值完全被忽视。“重实体、轻程序”成为一种主流观念并影响着立法进程、司法实践和人们的法律意识。^③其结果不仅抑制了程序法学的繁荣,阻碍了程序立法,而且最终妨害了诉讼的公正,动摇了法律的权威。近年来,社会经济的发展对法律制度不断提出新的要求,司法改革的深入引发了对许多传统观念的质疑,程序公正的问题开始得到一定程度的重视,但是“重实体、轻程序”的状况在总体上并未出现根本性的转变。为此,有必要认真反思程序法与实体法的关系,对程序法在法律体系中的独特地位和价值功能进行研究,论证民事程序法对保障司法公正、建设现代法治国家的意义。

① 季卫东:《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社1999年版,第12页。

② 参见潘念之主编:《法学总论》,知识出版社1981年版,第26页。

③ 例如,权威的《法学辞典》解释说:实体法亦称“主法”,程序法亦称“助法”,参见《法学辞典》(增订本),上海辞书出版社1984年版,第58、914页。

第一节 民事程序法与实体法的关系

从诉讼法学的角度研究民事程序法与实体法的关系,主要是为了探讨如何从功能上划清程序法与实体法的界限,以及程序法与实体法在运作中的互动和协力问题。大陆法系国家的传统法学理论认为,民事诉讼的目的就是对当事人之间私法上的权利义务关系进行确认和宣示。因此,诉讼和审判程序不过是用以确保实体法实施的工具,只有在具备了产生符合正义、秩序和安全等标准的实体结果的能力时才富有意义。与此相适应,在程序法与实体法的关系上,人们往往认为只有实体法才是真正的目的,程序法仅作为实体法的“助法”而存在,它的唯一正当目的就是最大限度地实现实体法,其最终效用取决于实体法。根据这种程序工具主义的理论,法官的作用就像一台“自动售货机”,国家只是为了保证实体法内容的实现而建立司法审判制度,法官必须从实现实体法的角度来处理纠纷,严格依据实体法的规定进行审判。

与上述提法相反,英美法系在理论和实践中盛行的是程序本位主义。受普通法“无令状则无权利”的法律传统以及遵循先例等法律制度的影响,英美法学者大多认为“正义先于事实”(justice before truth)、“程序先于权利”(process before rights),特别看重诉讼程序的独立价值。因此,无论是否有助于实体法目标的实现,法律程序都应当确保诉讼各方在诉讼审判中的公平地位和受到公正对待;同时,只要审判按照公正的程序进行,就能够作出公正合理的判决,产生“好的”(the good)实体结果。更有甚者,有的学者分析法律发展的早期史和当代法律实践后,认为程序法具有优先于实体法的地位,司法程序具有创制和发展实体法的功能,并在此基础上进一步提出“诉讼法是实体法发展之母体”的论断。

不可否认,以上两种截然不同的观点都有一定的道理,它们分别从不同的角度反映了民事程序法与实体法的关系,但同时也存在着绝对化和片面化的缺陷。程序工具主义揭示了法律程序在确保实体法目标实现方面的工具性价值,充分认识到程序法对保障实体法实施的作用,但它忽视或者否定了程序自身独立存在的价值,单纯强调程序法对实体法的有用性;程序本位主义则肯定和阐释了法律程序独立的内在价值,为评价和衡量程序法提供了新标准,但它混淆了程序与程序适用结果这两个不同的概念,否认了完整的私法实体法的存在及其价值,未免有失偏颇。综合考察程序法与实体法这两种法律在历史上的发展以及在现代法治国家中的动态运作,我们认为,无论将程序法看作实体法的“助

法”还是“母法”，都存在着理论上的不完善之处。

一、程序法不是实体法的“助法”

首先,从两大法系的法律史上看,程序法并非从属于实体法,相反具有优先于实体法的地位。这是由法律自身的发展规律以及当时的社会经济生活水平所决定的。就罗马法而言,一方面,依当时的社会生活习惯,通常是解决纠纷的实践程序在前,而总结法官的判例和逐渐形成的实体法在后;另一方面,罗马法的私法高度发达,个人的私法权利受到充分尊重,公民可以任意处分实体的私法权利,国家对私权的保护只是在争议出现时才与国家的公权力相联系,因而比较而言,程序法居于优先的地位。至于在普通法国家,程序问题之所以至关重要另有其特殊的制度背景,例如陪审制度。在英国的陪审制度中,陪审团的评议具有绝对的权威,并且这种评议只有结论而不提供理由。这就使得检验评议结果的妥当与否只能通过程序的正确来间接地得到支持,因而必须强调程序的重要性。^①

具体来看,早期法制中程序法的优越地位主要体现为较为发达的诉讼和审判制度。英国曾以令状制为基础的“诉讼形式”(forms of action)规定了与不同的令状对应的程序框架和诉讼技巧。如果当事人申请不到令状,就无法确定诉讼的方式和程序,其权利也就无法得到保护。^②而古罗马则以“诉权”(actio)的形式受理诉讼,因案件性质的不同采取不同的诉权形式。它们作为类型化的诉讼程序以其强烈的形式性受到了比实体规则更多的重视。在这样的制度下,当某一纠纷事态不符合现存的某种诉讼形式或诉权所要求的形式要件,或者没有现成的诉讼形式或诉权与其对应时,就得不到受理和救济。普通法中所谓的“无令状即无权利”(Where there is no writ there is no right)的说法就是由此而来的。

其次,从民事诉讼的目的来看,程序的运用是否只是为了确认和实现实体法规定的权利义务内容呢?很显然,如果承认这一点,那么在社会关系日趋复杂、价值观念不断变化、新事物层出不穷的现实生活中,许多已经或正在得到承认的新的利益就会因法的规范和法的专门技术不能适应社会的发展变化而无法在诉讼审判中得到反映和实现。事实上,英美法系国家从“司法优越”的理念出发,一直将解决纠纷作为民事诉讼的目的,认为法院是国家设置用以解决争端的机构,因此,只要能够妥善地解决纠纷,当事人在实体法上享有的权利是否能够实现或者完全实现,已经不再是诉讼程序过程应考虑的重点,这种认识也

① 齐树洁主编:《英国司法制度》(第二版),厦门大学出版社2007年版,第171—182页。

② 何勤华主编:《英国法律发达史》,法律出版社1999年版,第27页。

完全符合当事人基于对法官公正性、权威性的信任将纠纷交由法院审理的初衷。第二次世界大战后,“解决纠纷”的民事诉讼目的论逐渐为大陆法系国家(例如日本)所认识和重视,在学者中引起了广泛讨论。当然,不论是实现法的内容还是解决纠纷,都不过是从不同角度来看待民事诉讼的作用,但是这些不同的民事诉讼目的论的存在至少表明了,将程序法视为实体法实现手段的观念已经受到触动,实现实体结果已不再是程序法所唯一追求并仅能达到的目标。

最后,从程序过程上看,实体法受到程序法的制约和选择,并且通过程序的进行不断地被发现和发展。司法的过程必须受到程序法的制约,这一点为程序法在一定程度上选择所适用的实体法提供了前提和可能。司法实践中,法官将待决案件事实置于法律规范构成要件之下,以获得特定结论的逻辑思维过程,称之为涵摄。^①在涵摄过程中,只有那些经由程序法规定的证据规则过滤和认定的特定法律事实才有资格进入实体法的适用阶段,而证据规则对法律事实的认定又是通过举证责任分配、证据方式等诉讼制度的实施来实现的。只有在经过上述程序后,法官才能据以选择所适用的实体法,产生实体结果。

涵摄的过程不仅仅是适用实体法的过程,也是创制和发展实体法的过程,它将程序法与实体法的发展问题联系起来。实体法规范作为抽象的、一般的法律规则,往往因人们认识的原因以及立法技术的局限,其内容无法涵盖社会生活的全部。这一问题实际上在罗马法时期就得到重视。当时,大法官常常通过他在诉讼中的主导地位,创造新的诉讼方式或诉权,确立与其相适应的实体权利,改变已经不适应社会生活条件的旧实体规范,从而促进罗马法的不断发展。在现代司法实践中,法官行使自由裁量权,灵活运用实体法或创制法律规则的行为更是得到普遍认可。^②法官不再是“法律操作机器”,而是能够在程序过程中通过具体案件的处理来确定、诠释实体法的一般规范命题,甚至能够根据社会现实的发展变化,先于实体法承认人们既有的正当的利益,即所谓的“创设权利”(典型的例子是日本判例法上的“日照权”)。法官的创造性司法活动使得民事诉讼能够超越既有的法律框架而发挥作用,而程序过程对实体法规范的选择和发展也说明了程序法并不总是居于被动或辅助的地位,更不是仅仅作为实现实体法的工具或手段而存在。

^① 关于涵摄问题,参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第499页。

^② 参见《牛津法律词典》关于judicial discretion(司法自由裁量权)的解释: The power of the court to take some steps, grant a remedy, or admit evidence or not as it thinks fit. Many rules of procedure and evidence are in discretionary form or provide for some elements of discretion. See Elizabeth A. Martin & Jonathan Law, *Oxford Dictionary of Law*, Oxford University Press, 2006. p. 297.

二、程序法不是实体法的“母法”

首先,民事程序法总体上是与实体法同步产生的,而非先于实体法存在。虽然从罗马法和英国法的早期历史看,诉权和诉讼方式等程序性的规范具有优先于实体法规范的地位,甚至在一定程度上使实体法成为程序法的附属,但这只能被视为是一种特殊时期的“重程序轻实体”的现象,程序法的优先地位决不等于程序法具有产生、决定实体法的效力。这是因为:(1)从法律产生发展的实际状况看,原始社会调整氏族成员行为的规范是风俗习惯,它的内容涉及氏族生活的各个方面,既有程序性的,也有实体性的。随着生产方式的进步和生产关系的变化,一方面,人们将普遍遵守的生产、分配和交换行为的共同习惯以规则的方式固定化,成为法律;另一方面,在解决争端和纠纷的诉讼实践中,新的权利义务关系和新的诉讼方式也不断地产生,并且在类似的诉讼中得到完善和确认,这就是从诉讼中产生的法律。依这两种方式产生的法律都包括实体法和程序法的内容,它们从总体上是同步产生的,不能截然区分先后。^①(2)古代法对程序规范的严格形式要件的要求仅是纠纷解决的一种特殊方式和保证而已,还不足以构成诉讼结果的实质性依据。就是在纠纷性质和法律规范都极其简单的古代社会,仅仅依靠一套机械性的程序操作方式来解决当事人之间的争端也是难以想象的,没有判断基准的审判并不可能存在。即使在没有法律明文规定的情况下,那些没有被明确地规定为实体法规则的风俗、习惯、当事人的约定或者是权威性的裁判者的良心等非程序性的东西,也能够发挥审判的基准的作用,它们即便是在现代社会也被人们从理论上认为是广义的法律规则的渊源。从这个意义上说,那种认为诉讼程序或程序法先于实体法出现和存在,实体法从程序法中孕生的说法就显得有些牵强附会了。

其次,虽然程序法规定的是诉讼审判的过程及规则,但是程序过程的结果不能逻辑地归结为程序法的结果。程序过程中法官依自由裁量权创制和发展实体法,是实体法本身存在欠缺,即实体法规范与现实生活变化发展不平衡的结果,而不是因为程序过程具有创制或发展实体法的机制,或者说程序法具有创制或发展实体法的功能。在现代法治国家,法官在司法过程中是否有造法(包括法律漏洞的填补、制定法之外法的续造、习惯法的确认等)的权力,取决于该国宪政架构下立法权和司法权的分配以及现有实体法的具体规定。例如《瑞士民法典》第1条第2款就明确规定:“如本法无相应规定时,法官应依据惯例;如无惯例时,依据自己作为立法者所提出的规则裁判。”但是,在程序法中,至少

^① 陈光中、王万华:《论诉讼法与实体法的关系》,载陈光中、江伟主编:《诉讼法论丛》(第1卷),法律出版社1998年版,第14—15页。

在实行成文法的大陆法系的程序法中,目前尚难找出类似的规定。这是因为程序法本身并不可能就这些涉及宪政的基本问题作出规范,它只能在法官的创造性司法活动中起着保证其过程正当性的作用,保证在更广泛意义上遵循“依法审判”这一现代司法审判制度的基本原则。此外,法官在行使自由裁量权时,其对新的实体权利的确认也不能够随意超越现行法框架所能允许的正当化范围。如是,对新的实体权利的创设不过是现有实体法规范的衍生和发展,它绝不是程序法的产物。

最后,实体法所规定的权利义务并不都是诉讼过程的结果和积累。在大陆法系国家,实体法是以制定法为其主要表现形式的,立法者在确定实体法的权利义务内容时,将某一种利益或价值写入法律,由国家强制力加以保护,却舍弃另一种利益或价值,其标准或依据又是什么呢?其中当然包含着司法审判实践的作用因素,但这并不是全部。一方面,那些作为法律主体所必须享有的权利和必须履行的义务,那些产生于人们社会实践的利益或价值,那些已经成为自然法则的行为规则等都是实体法规范的最初来源。例如“欠债还钱”作为一种天经地义的自然法则,规定了债权人享有的要求债务人偿还债务的权利。这种权利之所以能在每个国家的债法中都得到确立,其原因显然不在于它是某几个案件的诉讼审判结果,而是立法者出于体现公平正义、维护公序良俗的考虑来规定的。另一方面,实体法所规定的权利义务内容也并不一定必须通过诉讼程序来实现。在当事人合法地享有权利、履行义务、避免产生争端,或者在审判程序外通过协商、交涉的方式解决争端时,诉讼程序就无法启动和进行,也无从发挥作用。由此看来,如果坚持由程序法来产生实体法的观点的话,那么它所产生的法律对社会生活的调整范围也将是微乎其微的。

三、程序法和实体法的一体化

尽管在不同的时代、不同的国家被赋予不同的内涵,秩序、安全、平等、公平、效率等都被认为是具有普遍性的法律价值。无论是民事实体法还是程序法,其运用均应以实现这些法律价值为最终归依。但是由于实体法和程序法功能上的差异,往往会出现这两种法律在实现特定法律价值时的冲突。例如,过分强调程序的正当性,可能影响实体法的效率价值的实现,也可能延缓争议的解决,从而影响程序法效率价值的实现。以动产抵押为例,法律规定以履行登记程序为对抗第三人的要件,这一方面强调了实体上的安全效果,但另一方面也因程序的介入而降低了担保方式的效率。

程序法与实体法在实现法律价值时所表现出的紧张关系,使得协调二者的关系成为必要。在某些特定的法律领域,实体法与程序法的一体化现象为解决这种

冲突指引了一个方向。例如在公司法中,除了有许多实体性规定外,有关公司设立、解散等程序方面的规定也占有相当的比例。又如在我国制定的一些有关保护境外投资的法律中,也有不少有关征收程序及争议解决方式的规定。由于程序法系以公权力的行使为其运作的背景,在私法领域中,实体法与程序法的一体化或实体法的程序法化,也就被称为所谓的“私法公法化”。立法上协调二者关系的努力从侧面说明:一方面,程序法与实体法在法律价值实现上是平等的,没有孰优孰劣之分;另一方面,程序法与实体法在实际运作中既互相影响又互相制约。

综上所述,民事程序法与实体法既不紧密相连也不截然分立,二者的关系可以概括为两个方面:其一,民事程序法与实体法作为统一的法律体系的共同组成部分,二者相互独立,互不从属。程序法在保证实体法目标实现之外,还有着独立的价值和功能,例如保障法官造法活动的正当性等。民事程序法和实体法在各保其功能独立性的同时,在形式上又有一体化的倾向,这有助于协调二者在实现特定法律价值时出现的冲突和紧张关系。其二,民事程序法与实体法相互依存,相辅相成。一方面,实体法作为抽象的、一般的法律规则,其生命力必须通过程序法的保障作用来体现;而程序法因其浓厚的技术性色彩和强制性效力,必须以代表广泛民意的立法机关制定的实体法律为基准,以实现判决结论的正当化。另一方面,程序法通过对实体规范的选择适用、填补漏洞和矫正不足来推动实体法的发展;而实体法则通过更加精巧的利益衡量对程序提出更高要求而推动程序法的进步。民事程序法与实体法之间相互独立而又相辅相成的关系,决定了二者之间不应有主次、轻重之分,而应通过建立一种协调互动机制,使当事人依实体法的规定(对实体权利的请求权)进入诉讼程序,法院依程序法的规定(正当程序)保障实体权利,二者配套实施,共同促进和实现对社会民事关系的规范和维护。

第二节 民事程序法的价值

民事程序法的价值功能与对程序法和实体法关系的认识密切相关。如前所述,程序法与实体法之间是一种既相互独立又相辅相成的关系。与此相对应,民事程序法在价值功能上既需要体现其对实体法实现的有用性和有效性,也必须有其存在的独立价值。二者之间有着十分复杂的对立统一关系。民事程序立法应追求两种价值最大限度的统一,做到二者兼顾,使二者获得合理和适当的权衡。

一、工具价值:程序法对实现实体结果的有用性和有效性

民事程序法的工具价值是指程序法在实现实体法所承载的价值目标方面