

中国法学会



陈桂明 主编

王福华 副主编

民事诉讼法学专论

中国法学会民事诉讼法学年会论文集

MINSHISUSONG FAXUE ZHUANLUN
Zhongguo Faxuehui Minshisusongfaxuenianhui Lunwenji

2007年卷



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS



民事诉讼法学专论

中国法学会民事诉讼法学年会论文集

2007年卷

陈桂明 主 编

王福华 副主编



厦门大学出版社

XIAMEN UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼法学专论. 2007年卷/陈桂明主编. —厦门:厦门大学出版社, 2008. 9
ISBN 978-7-5615-3090-0

I. 民… II. 陈… III. 民事诉讼法-法的理论-中国-学术会议-文集 IV. D925. 101-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 136903 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门大学 邮编:361005)

<http://www.xmupress.com>

xmup@public.xm.fj.cn

厦门昕嘉莹印刷有限公司印刷

2008年9月第1版 2008年9月第1次印刷

开本:787×1092 1/16 印张:36.75 插页:2

字数:940千字 印数:0001~1 000册

定价:60.00元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

目 录



第一部分 民事程序法与实体法关系的宏观关系

试论民事诉讼法与民事实体法的和谐关系·····	谭 兵 何 石(2)
论民事诉讼法与民法之协同·····	田平安 陈慰星(10)
试论民事程序法治与实体法治的规范健全	
——人民法院如何实现程序公正和实体公正·····	况继明(23)
论民事诉讼法与民事实体法的关系	
——以消费者权益保护诉讼为考察对象·····	廖永安 黎 黎(35)
论民事诉讼法与民事实体法的关系·····	黄双全(48)
浅谈民事诉讼法与民法的关系·····	王国征(54)
经济法与公益诉讼的契合性分析·····	颜运秋(62)
从正义公正角度解析民法与实体法的关系·····	姜丽萍(70)
论程序法与实体法在诉讼中的关系样态	
——从一起人身损害赔偿案谈起·····	许少波(78)
诉讼中的实体法与程序法·····	闫 宾 李 龙(87)

第二部分 民事程序法与实体法关系的微观关系

从民事诉讼法学的发展看“程序选择权”的贡献·····	李 浩(114)
民事诉讼受理制度改造的理性视角·····	宋朝武(119)
民事起诉条件论·····	肖建华 黄华珍(127)
论民事诉讼立案审查制度·····	吴少军 耿晓冬 宋旺兴(135)

论上诉合意权·····	易萍	李丽(145)
民事诉讼干预原则之解读·····		陈文曲(152)
民事诉讼中撤诉效果的立法选择及阐释		
——就民事诉讼法的修改建议与江伟教授商榷·····		董少谋(167)
论滥用诉权及其控制·····	汤维建	沈磊(173)
事实认定过程中法官的自由裁量权·····		张榕(184)
判决的对外效力·····		吴英姿(196)
连带债务之诉与类似必要共同诉讼关系研究·····	张晋红	梁智刚(204)
论民事公诉中的辩诉平衡·····	李峰	丁娟(213)
对完善我国先予执行制度启动主体的思考·····		杨春华(221)
试论不动产执行程序中执行力的扩张		
——兼谈执行程序对实体权利的回应与干预·····	陈桂明	范向阳(230)
论我国民事执行体制改革·····	童兆洪	唐学兵(241)
案例指导制度建构中存在的问题及对策·····		丁海湖(254)
对民事诉讼中的行政行为之分析与解决·····	赵晨羽	孟昭阳(261)
对民事执行的检察监督		
——法律监督的应有之义·····	王莉	贝金欣(267)
环境公益诉讼原告资格的扩张·····		齐树洁(273)
论诉讼担当·····		相庆梅(280)
论诉讼信托·····		刘学在(290)
从民事诉讼法与实体法的关系透析当事人概念·····		高芙蓉(298)
药品不良反应与群体诉讼		
——兼论我国代表人诉讼制度的变通与调整·····		刘长秋(306)
论我国知识产权公益诉讼制度之构建·····		刘友华(313)
股东会决议无效诉讼·····		谢文哲(322)
论民事权利能力与当事人能力的分离及其原因·····		杨瑞(332)
我国诉讼代表人诉讼适用现状考察·····	吴俐	吴明童(339)
业主委员会诉讼主体资格探讨·····		张丽霞(346)
试论商事仲裁第三人·····	李汉昌	张晴川(353)
民事诉讼法中“法官诚信”的理想与保证		
——以民事诉讼法与实体法关系为基点的考察·····	何文燕	唐东楚(368)
论我国古代起诉制度对诉权的限制·····	张嘉军	乔莘莘(375)
我国农村律师制度的构建·····		张立平(384)
ODR十年回顾与展望·····		骆东平(391)
我国现行送达制度问题点分析及消解·····		郭小冬(401)

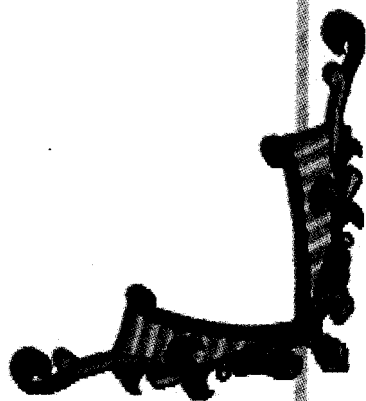
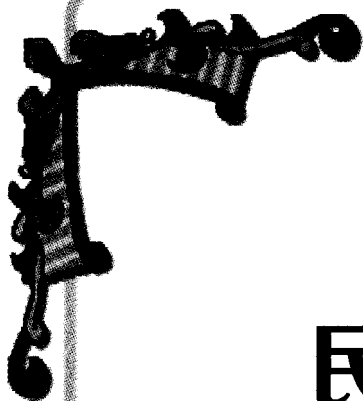
第三部分 民事诉讼法的修改与实体法 的关系(调解、再审与证据)

民事实体判决要件的法理与实践

- 兼论我国民事起诉制度之改造····· 尹鲁先(412)
- 请求权竞合下的既判力探析····· 茆荣华 黄晓陶(422)
- 既判力视角下民事再审程序的重构····· 李祖军 彭 晶(431)
- #### 论裁判诚信
- 民事实体法与诉讼法关系的另类解读····· 曲升霞(445)
- 论民事诉讼中之自由证明····· 占善刚(452)
- 证人证言的诉讼形成····· 王 伟(459)
- 证明责任分配的特殊规则····· 张义华 宋艳菊(466)
- 论婚内秘密交流特免权的构成····· 邵 劭 章青山(474)
- 论民事诉讼中的案件事实····· 邓晓静(479)
- #### 证明责任分配与要件事实理论
- 兼议我国传统民法规范的转换····· 罗筱琦(486)
- 试论再审之诉中诉之利益····· 赵 钢 朱建敏(494)
- 海运索赔中承运人过失举证责任分配的启示····· 王国征(501)
- 诉讼调解中的不和谐因素值得关注····· 蔡 虹(516)
- 当事人申请重审与依审判监督程序再审····· 张光琼 张家慧(519)
- #### 从再审制度的价值取向再谈再审制度改革
- 以我国缺少三审制度的实际为视角····· 李 季(531)
- 诉讼外纠纷解决对司法公信力的影响····· 胡建萍 湛 辉(539)
- 诉讼调解协议的性质浅析····· 陈娴灵(559)
- 诉讼“调解协议”能否作为执行依据····· 朱建敏(564)
- 论人民调解与法院民事审判的有机链接····· 刘艳芳 於恒强(569)
- 从比较法视角考察我国法院调解制度····· 姜 霞 曾 琮(576)

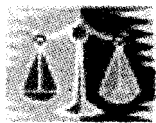


民事程序法与
实体法关系的宏观关系



试论民事诉讼法与民事实体法的和谐关系

谭兵* 何石**



引言

中国的和谐概念可以追溯到《广雅·释诂三》^①：“和，谐也。”《新华字典》对“和”的解释是“相安；谐调”^②；对“谐”的解释是“和，配合得适当”^③。《现代汉语词典》对“和”的解释是“平和；和缓”、“和谐”^④；对“谐”的解释是“和谐”、“谐和”^⑤。《辞海》对“和”的解释是“温和；和缓；谦和”、“和谐；协调”^⑥，对“谐”的解释是“调和”、“合”^⑦。可见，“和”与“谐”的意思相同，不好严格区分，“和”即“谐”，“谐”即“和”，故一般将二者连用，称为“和谐”。其基本意思是：不同主体或事物相互配合，彼此适应，求同存异。在中国，和谐思想有着深厚的文化传统，儒家宗师孔子认为：“君子和而不同，小人同而不和。”^⑧这说明“和谐”的精髓是“求同存异”、“和而不同”，即在“相同”的大前提下保留“不同”。“相同”是主流，即矛盾的主要方面；“不同”是支流，即矛盾的次要方面。如果相反，则不是真正的和谐，而是假和谐。品德高尚的人都能做到求同存异，“和而不同”；品德不好的人往往是表面和谐，实际上不和谐，即所谓“小人同而不和”。有学者把和谐分为两种，一种是机械和谐，一种是有机和谐。前者是被动的和谐，是外在力量强制下的和谐；后者是自觉自为的和谐，没有权力或其他外在因素的影响。显然，后者是真正的，最高层次

* 谭兵：海南大学法学院名誉院长、教授。

** 何石：海南大学法学院诉讼法专业硕士研究生。

① 《广雅》是我国最早的一部词典，成书于后魏。该书是仿照《尔雅》体裁编撰的一部训诂汇编，作者为三国时魏人张揖。“释诂”为书的第一篇。“释诂”多数条目是把许多同义词放在一起，编为一组，然后用一个常用的、词义宽泛的词来解释。

② 见《新华字典》，商务印书馆 1979 年第 5 版，第 168、494 页。

③ 见《新华字典》，商务印书馆 1979 年第 5 版，第 168、494 页。

④ 见《现代汉语词典》，商务印书馆 1983 年第 2 版，第 453、1274 页。

⑤ 见《现代汉语词典》，商务印书馆 1983 年第 2 版，第 453、1274 页。

⑥ 见《辞海》（缩印本·1989 年版），上海辞书出版社 1990 年版，第 1959、455 页。

⑦ 见《辞海》（缩印本·1989 年版），上海辞书出版社 1990 年版，第 1959、455 页。

⑧ 《论语·子路》。

的,值得提倡的和谐。

当前,党中央提出了建设社会主义和谐社会的重大历史任务,而“和谐司法”是建设社会主义和谐社会的一个重要方面。笔者认为,在民事司法活动中,民事诉讼法与民事实体法的和谐关系也值得研究。因为,它可以加深人们对民事司法特点和规律的认识,充分发挥民事诉讼法和民事实体法的功能,有助于建设公正、高效、权威的民事审判制度,为构建和谐社会提供有力的司法保障。

具体说来,民事诉讼法与民事实体法的和谐关系,应当包含两者价值独立、目标统一、相互制约、相互促进四层含义。本文拟对此作些初步探讨,以期抛砖引玉,引起人们对这一问题的重视。

一、价值独立

民事诉讼法与民事实体法作为调整不同领域社会关系中权利与义务的法律,发挥着各自不同的功能,体现着不同的价值。因而,在和谐的民事诉讼法与民事实体法的关系中,民事诉讼法与民事实体法各自独立的价值得到充分体现是其应有之义。笔者认为,要探讨两者的独立价值,就应该从法的价值谈起。

价值,按照马克思主义哲学的观点,是指客体对主体需要的满足程度,即客体对主体的积极作用。在法学领域,法的价值是以法与人的关系作为基础的,是指法对于人所具有的意义或积极作用,也即所谓“法对人的需要的满足和人关于法的绝对超越指向”^①。可见,法的价值是指法对满足个人、集团、阶级、社会、国家的需要所产生的积极作用。法的价值,是通过以下两种方式实现的:首先,法对人的需要予以制度化,使之具有合法性,即法对人的需要在制度层面上的确认。例如,刑事立法体现了秩序、正义等,并将其落实在具体的规范之中;民事立法体现了权利、义务、公平等,并将其贯穿于整个法律制度之中;诉讼立法则追求公正与效率等,并在具体的制度和程序设计中将其体现出来。其次,法将已经制度化了的人的需要变为现实,即法对人的需要在社会生活意义层面上的实现。而法对人的需要在社会生活意义层面上的实现,必须以法律实施作为中介,并在法律实施过程中得以完成。上述两种方式从不同的角度体现了法的价值。

(一)民事实体法的价值

民事实体法作为法律体系中的一个法律部门,除具有法律的秩序、安全、平等、公正、效率等一般价值外,还具有其自身的特殊价值,即民事实体法通过规定社会成员之间关于人身与财产的权利义务关系以及实施相关行为的规范要求,将社会成员的人身权利和财产权利在制度层面予以确认,纳入法律所保护的范畴;同时它还通过影响人们的法律观念,使其自觉地调整自己的行为,从而形成稳定的社会秩序。具体说来,民事实体法的价值可以从以下三个方面加以理解:

1. 民事实体法确认了公民的民事权利,使公民在其民事权利受到侵害时,能够通过民事

^① 卓泽渊:《法的价值断想》,载《检察日报》2000年1月6日第3版。

诉讼途径得到司法救济。我国的民事实体法通过对当事人财产权利的保护,维护社会经济秩序,促进社会经济发展;通过对当事人身份权利的保护,维护公民的人格尊严,保证社会稳定。

2. 民事实体法通过对社会成员法律观念的影响,使社会成员自觉调整其行为,从而实现对整个社会秩序的调整作用。民事实体法对社会成员法律观念的影响,主要是通过对权利予以法律上的确认实现的,因为它在社会成员心目中树立了行为合法的标准,社会成员可以了解自己即将实施的行为的法律后果,从而决定是否调整自己的行为。

3. 民事实体法为法院的民事审判提供了确认当事人之间权利义务关系的依据,是民事诉讼法存在的依托,从而保证民事诉讼活动的正常运行。如果没有民事实体法的依托,民事诉讼活动必将因缺乏指向和根基而流于形式。

(二) 民事诉讼法的价值

民事诉讼法规定了民事诉讼主体在诉讼过程中的诉讼权利和义务,以及相应的诉讼制度和程序。对于民事诉讼法的价值,目前学界形成的共识是,它具有两个方面的价值,即外在价值和内在价值。

民事诉讼法的外在价值(也称工具价值),在于其保障民事实体法的正确实施,它体现了民事诉讼法作为一种工具或手段的作用,是民事诉讼法的首要价值。

民事诉讼法除了对民事实体法的保障作用之外,还具有其自身的独立价值,即这种价值不依赖于民事实体法而独立存在,它是民事诉讼法内在价值的体现。正是这种价值才使民事诉讼法的存在具有独立意义。对于民事诉讼法的独立价值,可以从以下两个方面理解:

1. 民事诉讼法保障了程序正义的实现。民事诉讼法所规定的一系列程序制度,使当事人的人格尊严受到尊重,意志和行为自由得到保障。在诉讼过程中,当事人通过自主参与、自主选择、自主负责,可以成为真正自由、理性的诉讼主体。从这个意义上讲,民事诉讼法使民事诉讼具有理性活动的形象,保障了程序正义的实现。

2. 民事诉讼法在某种程度上弥补了民事实体法的不足,并创制着民事实体法。比如,它赋予法官的自由裁量权,使法官在民事实体法规定过于原则或者模糊的情况下,可以凭借理性和良知对案件作出恰当处理。法官的这一做法,在某种程度上弥补了民事实体法的不足,实际上是对民事实体法的创制活动。

二、目标统一

民事诉讼法与民事实体法的和谐关系,还体现在两者的目标统一上。这种目标的统一性,是民事诉讼法与民事实体法“和而不同”的和谐关系的另一种表现形式。正是由于两者目标的统一,才使民事诉讼法与民事实体法充满活力,确保民事纠纷及时妥善地得到处理,并最终实现对民事关系的调整。民事诉讼法与民事实体法目标的统一性,表现在以下两个方面:

（一）民事诉讼法与民事实体法在哲学意义上的目标统一

“社会不是以法律为基础的。那是法学家们的幻想。相反的，法律应该以社会为基础”。^①根据马克思主义哲学的观点，法律不过是统治阶级为实现其利益，对社会关系进行调整的工具，“法律就是获得胜利、掌握国家政权的阶级意志的表现”^②。因此，“实体法本质上不过是依据统治阶级的意志，对某一社会领域的实践活动进行规范，或对人们在这一领域中的权利与义务进行配置的法律。而程序法本质上则是根据统治阶级的意志，对法律运作活动进行规范，或对人们在法律运作活动中的权利义务进行配置的法律”^③。

从这个意义上说，民事实体法是对民事实践活动进行规范，或对平等主体之间在民事交往中的权利义务进行配置的法律（如婚姻法是对婚姻家庭活动进行规范，或对婚姻家庭成员之间在婚姻家庭中的权利义务进行配置的法律；合同法则是对债权债务关系进行规范或对债权人和债务人之间在合同中的权利义务进行配置的法律等等）。而民事诉讼法则是对民事诉讼法关系主体的民事诉讼活动进行规范，或对民事诉讼法律关系主体的诉讼权利义务进行配置的法律。

任何统治阶级总是希望社会秩序维持一种稳定的状态，以利于自己长久的统治，而法作为阶级统治的工具，其根本目的就是实现统治阶级所追求的社会秩序的稳定。因此，无论是民事诉讼法或民事实体法的目的，都是通过正确解决纠纷，维护当事人的合法权益来实现统治阶级所追求的社会稳定。在我国，统治阶级是广大人民群众，民事诉讼法与民事实体法尽管各自的功能不同，但目标都是为保障广大人民群众的民事权益，推动社会主义现代化事业的发展而服务的。从这个意义上讲，民事诉讼法与民事实体法有着哲学上的目标统一性。

（二）民事诉讼法与民事实体法在实践意义上的目标统一

从民事诉讼活动的实践看，适用民事诉讼法与民事实体法，都是依据既定规则和法定程序化解民事纠纷，使当事人之间失衡的权利义务关系恢复到原来的状态。这说明实现民事案件的公正处理，是民事诉讼法与民事实体法共同追求的目标。在民事审判过程中，法官对案件的正确处理，既要面临对案件的实体内容如何裁判的问题，又要面临以何种形式和方法对案件的实体内容进行裁判的问题，这就需要其分别以民事诉讼法和民事实体法为依据。可见，民事诉讼法与民事实体法作用的充分发挥，最终都要以妥善地解决民事纠纷为目标。民事实体法使公民的原始权利上升为法定权利，具有稳定性，禁止他人的不法侵害；民事诉讼法使公民已经上升为法定权利的原始权利得到司法保护，具有可靠性，当事人可以通过提起民事诉讼使被侵害的权利得到回归。因此可以说，民事审判的过程，就是民事诉讼法与民事实体法各自充分发挥作用，为正确解决民事纠纷的共同目标服务的过程。

需要指出的是，在民事诉讼过程中，尽管民事诉讼法与民事实体法两者在追求案件的公正处理上侧重点有所不同，即民事实体法所追求的是实体公正，而民事诉讼法所追求的是程序公正，但归根结底，实体公正与程序公正都是诉讼公正这一总体目标的有机组成部分。从这个意

① 马克思：《〈政治经济学〉序言》（1985年1月），载《马克思恩格斯选集》第2卷，第82页。

② 列宁：《社会主义民主党在1925—1907年我国第一次革命中的土地纲领》（1907年11—12月），载《列宁全集》第13卷，第304页。

③ 王利明：《民法学》，复旦大学出版社2004年版，第9页。

义上说,民事诉讼法与民事实体法在实现公正的价值目标上存在着一致性,二者的最终目标都是通过国家公权对私权的调整,使当事人被损害的民事权利得到保护。

三、相互制约

民事诉讼法与民事实体法之和谐关系的第三层含义,是民事诉讼法与民事实体法之间存在着相互制约的关系。如前所述,民事诉讼活动是法院行使审判权,解决民事纠纷的活动,而解决民事纠纷,不仅涉及通过什么样的程序来解决的问题,还涉及解决纠纷的依据和标准的问题,这分别是民事诉讼法与民事实体法所规定的内容。因此,仅就解决民事纠纷而言,如果没有民事实体法,民事诉讼法就没有存在的根据和意义;如果没有民事诉讼法,民事实体法就会因缺乏司法保障手段如同一纸空文毫无价值。可见,二者相辅相成,彼此制约,缺一不可。

(一) 民事诉讼法需要民事实体法的依托

本文前面曾在有关“民事实体法的价值”的阐述中,谈到民事实体法是民事诉讼法的依托,这里则从两者相互制约的角度,再来探讨民事实体法对民事诉讼法的依托问题。客观地讲,民事诉讼法的存在,最终还是需要以民事实体法为依托。这种依托是以民事实体法对权利义务的确认为基础的,否则,法院对民事案件的处理便会因缺乏目标和依据而无结果,变成无效的活动。

在历史上,无论民法是以义务为本位还是以权利为本位,或以社会为本位,都强调对私权的充分保护。无论古罗马法、19世纪的法国民法如何主张个人本位,而现代民法又如何倡导团体本位;也无论在不同的历史时期、不同社会制度下的民法所保障的权利在性质上存在着何种区别,“各个社会的民法都坚持了一个最基本的共性,就是坚持以权利为核心”。因此,从某种意义上说,民法就是权利法。

民事实体法最基本的属性在于对民事权利的确认。正是由于民事实体法这种与生俱来的属性,才使公民的自然权利上升为法律权利,为公民权利的司法保护提供了法律依据。当公民的权利受到侵害提起诉讼时,法官就可以依据民事实体法的规定,使公民被侵害的权利得到救济。

从法的功能的角度看民事实体法,我们可以发现民事实体法具有行为规范和裁判规范的双重功能;作为行为规范,民事实体法具有确立交易规则和确立生活规则两方面的具体功能;而作为裁判规范,民事实体法则为法官制裁民事违法行为,保护当事人的民事权益提供了法律依据。当事人的民事权益受到侵害或发生争议时,法官必须根据当事人提供的证据所能证明的案件事实和依照民事实体法的规定作出裁判,制裁违反民事实体法的行为,使当事人之间的权利义务关系回复到原有状态,从而使受到损害的民事权益得以救济。

可见,民事实体法对民事诉讼法的制约作用,主要是通过民事实体法的裁判规范功能来实现的。如果没有民事实体法对民事权利的确认,受损害的民事权利就无法通过司法手段得以救济,进而民事诉讼法的功能也就无从发挥。从这个意义上说,民事诉讼法的存在必须以一定的民事实体法为依托。

（二）民事实体法需要民事诉讼法的保障

有人说“没有程序切实保障的权利，犹如明亮的水中之月，不过是个诱人的幻影而已”^①。这说明，没有程序保障的权利不是真正的权利。法律规定的权利要真正落到实处，必须有相应的程序保障。应当看到，法律对社会关系的调整，对人类行为的规范，仅仅依靠实体法是不够的。因为实体法所确立的社会规则和行为规则一旦遭到破坏而失衡，如果没有解决争议的专门机关和解决争议的程序机制特别是诉讼机制，是不可能回复原状的。民事实体法的存在只为社会成员提供了民事活动的行为模式和损害民事权益的法律后果，它没有解决纠纷、平息争端的功能，这一功能需要法院在民事诉讼活动中，通过对民事权益的保护和对民事违法行为的制裁来实现，而这恰恰是民事诉讼法的任务。从这个意义上讲，民事诉讼法对民事实体法具有保障作用。具体说来，民事诉讼法对民事实体法的保障作用主要体现在以下几个方面^②：

1. 民事诉讼法规定了实施民事实体法的专门机关及其职权，即人民法院是代表国家行使民事审判权、裁决民事纠纷的专门机关。

2. 民事诉讼法规定了一系列基本原则和基本制度，保证专门机关正确行使民事案件的审判权，实现司法公正。例如，我国《民事诉讼法》规定了：法院依法独立审判，不受干涉的原则；以事实为依据，以法律为准绳的原则；当事人诉讼权利平等的原则；辩论原则；检察监督原则等等。另外，我国《民事诉讼法》还规定了两审终审、公开审判、合议、回避等制度。

3. 民事诉讼法规定了一套完整、严密的程序，保证诉讼活动高效、有序的进行。这些程序有利于当事人充分行使诉讼权利，法院迅速查明案件事实，正确适用法律，从而保障着诉讼公正目标的实现。例如设有第一审程序、第二审程序、再审程序，而第一审程序又有普通程序和简易程序之分，等等。

4. 民事诉讼法规定了运用证据的一系列科学规则，使证据的收集客观、全面、及时，证据的审查、判断和运用符合认识的客观规律，从而为办案人员正确认定案件事实和正确适用民事实体法提供了重要条件。

四、相互促进

民事诉讼法与民事实体法之和谐关系的第四层含义，是民事诉讼法与民事实体法在发展完善上的相互促进。民事诉讼法与民事实体法的这种互动关系主要体现在：一方面，民事实体法的发展完善对民事诉讼程序制度的设计提出了更高的要求，从而有利于促进民事诉讼法的发展完善。另一方面，民事诉讼法的发展完善，则有利于发现和弥补民事实体法在实施中的不足，促使其不断发展完善，充分发挥民事实体法的功能。

^① 杨联华：《简述英国注重程序法的缘由》，载归溟、极远编：《程序法论——民事诉讼法论文精选》，中国政法大学1993年版。

^② 参见陈光中、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》第一卷，法律出版社1999年版。

（一）民事實體法促進民事訴訟法的發展和完備

法律總是與一定的人類活動相關聯的，民事實體法與民事訴訟法也是如此。民事實體法與人類社會的生產和交換活動相聯系的需要，而民事訴訟法則與法院和訴訟參與人的訴訟活動相聯系。隨著人類社會活動的發展，原有的法律制度不能滿足調整日益複雜的社會關係的需要，人們又會創制出新的法律制度。民事實體法就是基於人類調整在生產和交換活動中日益複雜的財產和人身關係的需要，而產生並不斷地發展和完備的，而它的發展和完備，又促進了民事訴訟法的發展和完備。

我們在探討民事實體法對民事訴訟法發展的推動作用時，不妨先從兩者的產生發展歷程上來考察。一般認為，民事訴訟法先於民事實體法而產生，它對民事實體法的產生起到了催化作用。人類社會之初，為了解決各種民事糾紛和矛盾，逐漸形成了一些解決民事糾紛和矛盾的方式和方法，這就是民事訴訟法的雛形。而隨著這些解決民事糾紛和矛盾的方式和方法的反复運用和逐漸成熟，便被統治者確認和固定下來，成為人們共同遵守的具有普遍約束力的程序規範，這就是我們現在所說的民事訴訟法。當時，由於受各種因素特別是人的認識能力的制約，人們在糾紛的解決中，更注重的是過程和結果，而不是所依據的標準。這就是程序法先於實體法產生的原因，也是所謂“程序先於權利”的道理。後來，人們在解決民事糾紛的過程中，逐漸發現解決糾紛的標準比解決糾紛的程序更重要，於是人們對某些類似問題的處理，逐步達成共識，形成了一些固定做法和習慣，成為大家共同遵守的標準，這便是民事實體法的早期雛形。但我們只看到民事訴訟法對民事實體法的產生所起的這種催化作用是不夠的，還必須看到，民事實體法對民事訴訟法的發展和完備，也起到了十分重要的促進作用。隨著社會的發展和人類認識的深化，民事實體法不斷得到發展和完備，而原來簡單、粗陋的民事訴訟程序顯然不能適應這一變化的需要，於是，民事實體法又反過來推動了民事訴訟程序制度的改革和完備，促進了民事訴訟法的發展。

（二）民事訴訟法彌補民事實體法的不足

法律對社會生活的調整，需要以法律的準確適用為前提。由於立法者不可能對社會生活的方方面面均作出周密的規定，更不可能預見每一案件處理中的具體情況，尤其是在社會生活日新月異、社會關係日益複雜的今天，準確適用法律的難度就更大。因此，法律往往只能作一般的、原則性的規定，條文的具體含義和適用中的細節問題則需要法官在每一具體案件的處理中作出解釋。因此，這就為民事訴訟法彌補民事實體法的不足提供了空間。民事訴訟法的這種彌補作用主要通過法官的判案活動來實現。根據“遵循先例”的法律適用原則，法官對某一案件作出的判決，往往是今後處理類似案件的重要依據。這就形成了具有法律效力的判例，成為民事實體法的淵源之一。民事訴訟法就是在這一過程中，完成了對民事實體法不足的彌補。

民事訴訟法對民事實體法之不足的彌補作用，在以判例法為主要法律淵源的英美法系國家體現得尤為明顯。而在大陸法系國家，雖然成文法是其主要法律淵源，但也同樣重視習慣法和判例在司法實踐中的重要作用。在這些國家，民事訴訟法對民事實體法的彌補作用，同樣得到了體現。因此，我們除了要看到民事訴訟法對民事實體法的產生所起到的催化作用外，更應看到民事訴訟法在彌補民事實體法的不足，促進民事實體法的發展和完備方面所起到的重要作用。

應當注意的是，我們在談論民事訴訟法對民事實體法的彌補和促進作用時，一定要明確，

这种弥补和促进作用是间接的和有限的,民事实体法功能和作用的充分发挥,从根本上讲,还是要靠民事实体法自身的不断发展和完善。而民事实体法自身的不断发展和完善,最终还是要取决于它所依托的那个时代的社会经济发展程度和人民的法律意识水平。

结 语

通过以上分析我们可以看到,民事诉讼法与民事实体法的和谐关系具有丰富的内涵,它不仅包含两者的价值独立和目标统一,还包含两者的相互制约和相互促进。其中,价值独立和目标统一是两者和谐的前提条件,因为舍此便不存在独立的事物,没有共同的基础,和谐根本无从谈起;相互制约和相互促进则是两者和谐的核心内容,因为和谐的真谛是“和而不同”,“求大同,存小异”,而不同事物之间相互促进与相互制约的关系,正好体现了这一要求。我们还应当看到,民事诉讼法与民事实体法的这种和谐关系,只是民事诉讼法与民事实体法关系的一种理想状态,即两者的应然关系,而两者的实然关系与此尚有较大的差距。也就是说,目前在我国民事诉讼法与民事实体法的关系中,还存在着许多不和谐之处,而要实现两者真正的和谐,尚有很长的路要走。但是,这并不妨碍我们在此探讨民事诉讼法与民事实体法和谐关系的丰富内涵。

论民事诉讼法与民法之协同

田平安* 陈慰星**



引言：协同的内涵和价值意蕴

作为法律概念的“协同”，最早源自民事诉讼社会性观念，发轫于奥地利学者弗兰茨·克莱恩(Franz Klein)所主张的民事诉讼具有一种社会性。基于这种社会性，就不能放纵当事人对权利的自由处分。借由“社会福利诉讼观点”这个思想起点，诉讼被视为“一个不可缺少的国家福利机构”和“社会救助的一个环节”，使得权利保护从程序开始起就应当获得国家的帮助。^①在此基础上，贝特曼(Bettermann)于1972年最早使用协同原则(Kooperationsmaxime)这一概念。德国一些学者进一步对该项原则予以系统化。为了达到“诉讼是并且必须是确认实体权利的一个手段”^②，协同原则纠正了辩论主义的绝对当事人化趋势，要求民事诉讼中应充分发挥法官与当事人的主观能动性及其作用，以促使法官与当事人协同推进民事诉讼程序。^③因此，在本质上，协同强调的是在行为模式中不同主体之间角色扮演的互动性，以形成彼此充分发挥作用的合力。^④

基于实体和程序并举的二元性特点，民事法律规范存在着生动而且复杂的二元交错局面，在彼此扮演各自规范设计角色的同时，也存在着实体法的实质正义取向、普适性和效率性的基本定位，同程序法的程序正义要求、正当性和规范性的具体属性有显著不同乃至冲突。而法制历史的进程体现出的无论是实体本位实质利益优先的考量，还是程序本位机会均等的重视，均只是在一个坐标的两极有所用力。如何在一个调和多元化造成的利益差异，弥合实体与程序定位可能的价值偏差的宏大的现代司法制度目标中，找到“第三条路径”，可以借鉴前述的

* 田平安：重庆云阳人，西南政法大学教授、博士生导师，主要研究方向为诉讼法学。

** 陈慰星：福建泉州人，华侨大学法学院讲师，西南政法大学2006级诉讼法博士研究生，主要研究方向为民事诉讼法学。

① 张卫平著：《诉讼架构与程式》，清华大学出版社2000年版，第71页。

② 参见[德]奥特马·尧厄尼希著，周翠译：《民事诉讼法》，法律出版社2003年版，第5页。

③ 参见田平安、刘春梅：《论协同型民事诉讼模式的建立》，载《现代法学》2003年第1期。

④ 关于协同的本质界定，参见田平安、刘春梅：《论协同型民事诉讼模式的建立》，载《现代法学》2003年第1期。

“协同”化的模式构造,利用协同中的角色互动特点和作用合理机制,使得实体和程序规范的配置得以优化,并最终实现民事法律秩序的和谐发展。

一、民事诉讼法与民法关系溯源

(一)两大法系关于诉讼法与实体法关系的概述

恩格斯指出:“思想进程……的每一个要素可以在完全成熟而具有典范形式的发展点上加以考察。”^①法律间的关系作为充盈于法制思想进程的重要内容,为厘清民事诉讼法与民法的关系,应当首先回到两大法系在其法系历史中的轨迹来考察。

大陆法系的传统法学理论认为:民事诉讼的目的就是对当事人之间存在的私法上的权利义务关系通过具有既判力的决定进行确认和宣示。^②因此,诉讼法作为保障实体法权利义务关系得以实现的工具,是实体法的“助法”,是一种工具。因此,在学说意义上形成了在价值论上以实体法为内容和目的,以程序法为形式和手段的“程序工具主义理论”。^③因为实体法在其中扮演的主要角色,此种实体法与诉讼法的关系,也被界定为“主从说”。^④

与之相反的是英美法系在诉讼法与实体法的定位,却走向了截然相反的“程序本位主义”,即程序独特的法律价值并不依赖于实体法,而是有其自身的独立价值,程序仅凭自身也能满足人们的正义需求。发轫于纠纷解决中而确定实体权利的纠纷解决元初雏形,产生了程序先于权利(process before right)的著名论断。哈耶克和诺齐克作为程序正义的坚决捍卫者,认为只要规定了基本的运行程序,并认真遵行,结果就无所谓应该不应该的问题。^⑤罗尔斯由此将其界定为纯粹的程序正义(pure justice),使得程序本位主义具有了独立的正义价值内涵。而关于法律渊源形成的考察结果,更加验证了普通法只是一定数量的程序的累积,其实体权利完全依赖于实施过的诉讼程序。^⑥

(二)两大法系不同关系定位的成因

上述两大法系不同的程序法与实体法的关系定位,存在着对应的历史成因,考察其具体内容,对于豁清民事诉讼法与民法的历史进化脉络,定位二者在现今民事法律一体化体系中的角色,具有较大的价值:

1. 成文法规规范抑或判例法经验形成的法文化影响,造就了两大法系在对于程序法与实体法发挥作用的方式的不同。就大陆法而言,其追求文本规范意义上的成文法体系,使得在具体

① 《马克思恩格斯选集》第2卷,人民出版社1972年版,第122页。

② [日]谷口安平著,王亚新、刘荣军译:《程序的正义与诉讼》,中国政法大学出版社1996年版,第43页。

③ 江伟主编:《民事诉讼法》,高等教育出版社2004年版,第32页。

④ 李佑标:《试论实体法与程序法的关系》,载陈光中、江伟主编:《诉讼法论丛》第2卷,法律出版社1998年版,第87页。

⑤ 参见顾肃:《罗尔斯——正义与自由的求索》,辽海出版社1999年版,第39页。

⑥ 卢云豹:《从“程序先于权利”看英国法》,载《现代法学》,1992年第5期。