

STUDY ON THE THEORY
OF CIVIL PROCEDURAL ACTS

民事诉讼行为理论研究

王德新◇著



中国政法大学出版社

中国政法大学民商经济法学院教授、博士生导师
中国政法大学诉讼法学研究中心主任、中国政法大学
民事诉讼法学研究所所长、中国政法大学诉讼法学
研究中心主任、中国政法大学诉讼法学研究中心
主任、中国政法大学诉讼法学研究中心主任

民事诉讼行为理论研究

王利明著

中国政法大学出版社

STUDY ON THE THEORY
OF CIVIL PROCEDURAL ACTS

民事诉讼行为理论研究

王德新◇著



中国政法大学出版社

2011·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

民事诉讼行为理论研究 / 王德新著 — 北京: 中国政法大学出版社, 2011. 8

ISBN 978-7-5620-4028-6

I 民… II 王… III 民事诉讼法-研究-中国 IV. D925.104

中国版本图书馆CIP数据核字 (2011) 第184052号

- 书 名 民事诉讼行为理论研究 MINSHI SUSONG XINGWEI LILUN YANJIU
出版发行 中国政法大学出版社 (北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088 zf5620@263.net
<http://www.cuplpress.com> (网络实名 中国政法大学出版社)
(010) 58908285 (总编室) 58908325 (发行部) 58908334 (邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 787mm×960mm 16 开本 25 印张 410 千字
- 版 本 2011 年 8 月第 1 版 2011 年 8 月第 1 次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4028-6/D·3988
- 定 价 59.00 元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

前言

目前,我国学者对民事诉讼目的论、诉权论、诉讼标的论和既判力论等基本理论问题都进行了较为充分的研究。但是,以具体的“诉讼行为”为切入点,以具体诉讼行为的成立、生效、法律效果等问题为研究对象的著述,目前还不是很多。

民事诉讼是一个“动态发展的程序”,是一个由法院、当事人和其他诉讼参与人的诉讼行为共同构成的“行为锁链”,“诉讼行为”可谓是民事诉讼的基本元素。但长期以来,我国民事诉讼理论研究与立法、实践存在脱节的现象:在实践中,法院每天都面对着诉讼行为的效力和规制问题,诉讼行为的重要性无与伦比;在立法上,每一项条文都无非是诉讼行为的规则而已,但因忽视对诉讼行为的规范功能而导致的制度疏漏比比皆是;在理论上,人们常以为诉讼行为理论抽象、晦涩,时常敬而远之。经验表明:没有科学的理论就没有科学的制度,没有科学的制度就没有有序的社会。基于这种认识,我们试图勾画一个体系完整的诉讼行为理论框架,以助推我国民事诉讼法制的完善。

本书内容共分为八章,依次探讨民事诉讼行为理论的四个方面的问题:

第一章导论,主要探讨民事诉讼行为理论的国内外研究现状。通过对比两大法系的民事诉讼行为理论,提出了“行为的程序论”和“价值的程序论”两种程序理论研究视角,主张将两者结合起来研究。通过考察国内对民事诉讼行为理论的研究现状,揭示了研究中存在的不足,指出了本书的研究思路。

第二、三章主要探讨民事诉讼行为的概念和类型。民事诉讼行为的概念,须立足于合理的民事诉讼认识观,立足于尽可能广泛地将各种具有诉讼法上意义的行为包含在内的立场来界定。据此,法院、当事人和其他诉讼参与人实施的能够发生诉讼法上效果的各种行为,都属于民事诉讼行为。民事诉讼行为在性质上是一种公法行为,与民事法律行为和其他公法行为相比,它具有显著的特点。在概念确定的基础上,对民事诉讼行为进行类型化分析,有

助于正确把握各类诉讼行为的个性特点，并为诉讼行为的成立、生效、制裁等问题的研究奠定基础。

第四、五章主要探讨民事诉讼行为的法律控制和诉讼秩序的形成。法律不过是人的行为规则而已，其功能就在于对社会进行控制，以维持社会的有序运转。欲维持良好的诉讼秩序，需从三个方面着手：首先，法律规范的制定和分类要合理。通过设置不同类型的法律规范，告诉人们可以做什么、应当做什么、不得做什么以及相应的法律后果，这样才能使诉讼变得有序。其次，诉讼法不能简单地规定权利、义务，而应当通过为诉讼主体设置诉讼权力、诉讼权利、诉讼义务和诉讼负担四种法律地位，来达到规范人们的诉讼行为的目的。最后，民事诉讼奉行法定主义，对各种诉讼行为的方式均有明确要求，诉讼行为的方式是否合法往往影响其实际法律效果。另外，运用社会秩序和诉讼秩序的原理，对当事人诉讼行为的撤回和法院诉讼行为的效力问题进行分析，也是值得关注的理论问题。

第六、七章主要探讨民事诉讼行为的评价。民事诉讼行为的评价，即对民事诉讼行为的法律评价，属于法律评价的一种。按评价对象不同，可分为当事人诉讼行为的评价、法院诉讼行为的评价和其他诉讼参与人诉讼行为的评价。其中，前两种评价相对更为重要：对于当事人诉讼行为的评价，按评价任务不同分为是否成立、是否合法、是否有效和是否有理由四种；法院诉讼行为的评价，可分为是否成立、是否合法和是否有效三种。研究诉讼行为的法律评价问题，尤其应当关注瑕疵诉讼行为和无效诉讼行为的确认及救济机制的完善。

第八章主要探讨民事诉讼违法行为类型及其法律制裁的问题。一个人的行为触犯了法律的强制性规定，就会产生法律责任，这一点在诉讼领域也不例外。当事人、法院和其他诉讼参与人实施的诉讼行为，如果违反了民事诉讼法的强制性规范（或称诉讼义务规范），就会形成诉讼违法行为。对于诉讼违法行为，需要给予程序性制裁；如果同时触犯了实体法的规定，还需给予实体性制裁。打破传统的实体法律制裁观，系统提出以程序性违法、程序性制裁和程序性救济三块内容为核心的程序制裁理论，这也是本书的一个主要观点。

总之，民事诉讼行为理论博大精深，它本身既是民事诉讼法学领域中的一朵“奇葩”，又充当着民事诉讼法学学科的基本研究方法的角色。由于作者才疏学浅，虽已尽最大努力，但本书中某些观点存在偏差或错漏之处，恐在所难免，盼专家学者和读者朋友不吝指教。

Contents

目 录

前 言	I
第一章 导 论	1
第一节 民事诉讼行为论的研究价值	1
一、何谓诉讼行为论?	1
二、诉讼行为理论的研究价值	3
第二节 民事诉讼行为论的研究现状	5
一、大陆法系诉讼行为论的产生和发展	5
二、英美法系对待诉讼行为论的态度	12
三、我国民事诉讼行为理论的研究状况	15
第三节 民事诉讼行为论的研究进路	28
一、研究进路的选择	28
二、研究方法的运用	30
第二章 民事诉讼行为的基本问题	31
第一节 民事诉讼的认识观	31
一、“诉讼关系”之于民事诉讼	31
二、“诉讼行为”之于民事诉讼	35
三、民事诉讼认识观诸观点之评析	37
第二节 民事诉讼行为的概念	39
一、关于诉讼行为概念的学说	40
二、关于诸种学说的简要评析	44
三、民事诉讼行为概念的应然界定	46
第三节 民事诉讼行为的性质	49
一、民事诉讼行为属于公法行为	49

二、民事诉讼行为与民事法律行为	54
三、民事诉讼行为与其他公法行为	62
第三章 民事诉讼行为的类型化分析	67
第一节 民事诉讼行为的分类概述	67
一、开始、发展和终结诉讼的行为	67
二、意思表示行为和事实行为	76
三、合法的行为和不合法的行为	77
第二节 民事诉讼行为的主要类型	79
一、法院的诉讼行为	79
二、当事人的诉讼行为	88
三、其他诉讼参与人的诉讼行为	96
第三节 民事诉讼契约	97
一、诉讼契约的概念	97
二、诉讼契约的合法性问题	100
三、诉讼契约的法律性质	115
四、诉讼契约的成立、生效要件	118
五、违反诉讼契约的法律后果	121
第四章 民事诉讼行为的法律控制	125
第一节 诉讼行为的法律控制	125
一、人的行为与法律控制	125
二、诉讼行为与诉讼法律控制	127
第二节 诉讼行为的控制依据：民事诉讼法律规范	129
一、民事诉讼法的要素和渊源	129
二、民事诉讼法法律规范的结构	132
三、民事诉讼法法律规范的分类	139
第三节 诉讼行为的控制方法：权利（权力）、义务（负担）的设置	144
一、诉讼行为与诉讼权力、权利、义务和负担的关系	144
二、程序的启动：处分原则下权利义务的配置	153
三、资料的提供：辩论主义下的权利义务配置	155
四、程序的推进：职权进行主义下的权利义务配置	165

第四节 诉讼行为的控制程度：行为方式、时间和场所	170
一、民事诉讼行为方式的法定化	170
二、民事诉讼行为的具体实施方式	173
三、民事诉讼行为的实施时间和场所	182
第五章 民事诉讼行为的秩序	188
第一节 诉讼行为与诉讼秩序	188
一、从秩序视角研究诉讼行为的意义	188
二、民事诉讼秩序的概念	191
三、民事诉讼秩序的理想范式	194
第二节 当事人诉讼行为的撤回	206
一、当事人诉讼行为撤回概述	206
二、撤诉（诉的撤回）	208
三、其他诉讼行为的撤回	220
第三节 法院诉讼行为效力的稳定性	224
一、法院诉讼行为的稳定性与灵活性	224
二、法院民事判决行为的效力体系	225
三、法院判决既判力的保障与冲破	232
第六章 民事诉讼行为的评价 I ——以当事人行为为中心	239
第一节 诉讼行为评价的基本问题	239
一、民事诉讼行为评价的概念	239
二、民事诉讼行为评价的体系	242
三、民事诉讼行为评价的功能	247
第二节 当事人诉讼行为的评价体系	248
一、当事人诉讼行为的成立与不成立	248
二、当事人诉讼行为的有效与无效	251
三、当事人诉讼行为的合法与不合法	256
四、当事人诉讼行为的有理由与无理由	258
第三节 当事人诉讼行为的瑕疵及其补救	259
一、当事人诉讼行为的瑕疵	259
二、当事人诉讼行为瑕疵的补正	261

三、当事人诉讼行为的意思表示瑕疵及其补救	268
第七章 民事诉讼行为的评价Ⅱ——以法院行为为中心	281
第一节 法院诉讼行为的评价体系	281
一、法院诉讼行为的成立与不成立	281
二、法院诉讼行为的合法与不合法	284
三、法院诉讼行为的有效与无效	285
第二节 法院诉讼行为的瑕疵及补正	291
一、法院诉讼行为瑕疵的类型	291
二、法院判决的形式瑕疵及其更正	293
三、法院判决中的事项脱漏及其补充	297
四、诉讼行为瑕疵的治愈——责问权规则	300
五、诉讼行为瑕疵的治愈——无害错误规则	306
第三节 法院诉讼行为的无效理论	307
一、法定无效与实质无效	308
二、私益性无效与公益性无效	311
三、全部无效与部分无效	312
四、绝对无效与相对无效	313
五、依职权确定无效与依申请确定无效	315
第八章 诉讼违法行为的制裁	318
第一节 程序性制裁的基本问题	318
一、从实体性制裁到程序性制裁	318
二、民事诉讼法律制裁理论的基本框架	323
三、民事诉讼法律制裁理论的研究价值	328
第二节 当事人的诉讼违法行为及其制裁	329
一、对当事人诉讼违法行为制裁的理论分析	329
二、对当事人诉讼违法行为制裁的实证考察	335
三、我国当事人诉讼违法行为制裁制度的完善	343
第三节 法院的诉讼违法行为及其制裁	352
一、法院的诉讼违法行为的形态	352
二、对法院诉讼违法行为的程序性制裁	355

三、对法院诉讼违法行为的实体性制裁	357
第四节 其他人员的诉讼违法行为及其制裁	361
一、其他人员的诉讼违法行为的形态	361
二、对其他人员诉讼违法行为的程序性制裁	366
三、对其他人员诉讼违法行为的实体性制裁	368
结 论	378
参考文献	381
后 记	388

第一章

导 论

第一节 民事诉讼行为论的研究价值

一、何谓诉讼行为论？

“诉讼行为论”是源自大陆法系诉讼法上的一项基础性理论，于19世纪末20世纪初由德国学者创立。1910年，德国诉讼法学界的泰斗赫尔维希教授（Konrad Hellwig，1856～1913）发表了题为《诉讼行为与法律行为》的著名论文，首次对“诉讼行为”的概念、种类、条件、意思瑕疵等问题进行了系统的理论分析。^{〔1〕}该文的发表，标志着大陆法系诉讼行为理论的正式诞生。继赫尔维希之后，德国诉讼法学者哥尔德斯密特（GoldSchmidt，1874～1940）、尼谢（Werner Niese，1905～？）、鲍姆杰尔铁尔（Gottfried Baumgärtel，1920～1997）、阿连斯（Peter Arens，1933～）、穆泽拉克（Hans - Joachim Musielak，1933～）等，进行了长期的、持续不断的跟踪研究，最终形成了一个体系完整、内容庞大的诉讼行为理论体系。后来，法国、奥地利、葡萄牙、日本等大陆法系国家以及我国台湾、澳门地区，相继继受了这项理论。

究竟什么是诉讼行为论呢？大陆法系学者一般认为，诉讼行为论是基于将诉讼看成是一个动态发展的过程的观点，从与民事法律行为相比较的视角，围绕诉讼行为的成立、生效、制裁等法律问题而形成的理论体系。日本学者谷口安平就曾指出：“诉讼过程、或者通过诉讼解决纠纷的过程本身表现为双方当事人和法院所从事的一系列行为的累积。将构成诉讼的这些行为作为一个整体，并在与实体法学中关于法律行为的一般理论相对比的前提下对其一

〔1〕 Konrad Hellwig, Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft, in: Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Otto Gierke zum Doktor - Jubiläum 21, August 1910, Zweiter Band, Privatrecht, Zivilprozeßrecht, Breslau, 1910, S. 41 ff.

般性质进行的讨论,就是诉讼行为论。”^{〔1〕}在大陆法系民事诉讼法学上,传统的诉讼行为论的研究内容主要包括以下几个方面:什么是民事诉讼行为、其特征有哪些;哪些行为属于诉讼行为、哪些行为不属于诉讼行为;民事诉讼行为主要包括哪些类型,这些分类有何意义;民事诉讼行为是否也有成立、生效问题,其成立、生效要件与民事法律行为的成立、生效要件有何不同等。二战以后,德、日等大陆法系国家的学者开始重点关注以下问题:如意思表示有瑕疵的诉讼行为的救济机制,民事诉讼契约的类型和效力问题,滥用诉权行为之规制等。

从历史上看,我国对民事诉讼行为理论的研究起步并不算晚。早在清末民初时期,我国就已经出现了相关的研究论文和著作。民国时期,仍能与日本诉讼法理论的发展动态保持大体上的同步(详见本章第二节)。但1949年新中国成立后,由于众所周知的原因,我国中断了同欧洲、日本等资本主义国家的法律理论交流活动,也中断了对民事诉讼行为理论的专门研究。而且,受前苏联理论的影响,我国诉讼法学界长期以来一直否定诉讼行为论的独立存在意义,将诉讼行为仅仅视为民事诉讼法律关系发生、变更和消灭的原因之一,将诉讼行为论“矮化”为民事诉讼法律关系理论的附庸。直到20世纪90年代中期,才有学者重新关注诉讼行为理论问题。其中,既有专门介绍抽象诉讼行为理论学说的,也有专注于研究某一领域的诉讼行为问题的。^{〔2〕}这些研究成果产生了较大的影响,引起了不少学者的跟踪研究。

但是,由于诉讼行为论完全是一个“舶来品”,以至于我们研究诉讼行为的相关法律问题时总有一种“雾里看花”的感觉:大陆法系的诉讼行为理论到底是什么面目?我国引入诉讼行为理论有没有必要?英美法系没有体系化的诉讼行为理论,不也运转得很好吗?如果将诉讼行为理论引入国内,应该重点研究什么?只研究当事人的诉讼行为,还是将法院、其他诉讼参与人的诉讼行为一并纳入研究的范围?诉讼行为是否与民事法律行为一样,也存在

〔1〕〔日〕谷口安平《程序的正义与诉讼》,王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社1996年版,第134页。

〔2〕参见谢家友、邓云·“刑事诉讼行为引论”(1996年全国诉讼法学会论文);刘荣军:“德国民事诉讼行为论学说之展开”,载陈光中主编:《诉讼法论丛》(第1卷),法律出版社1998年版,陈桂明、李仕春:“诉讼欺诈及其法律控制”,载《法学研究》1998年第6期,陈桂明、李仕春:“诉讼契约论”,载马俊驹主编《清华法律评论》(第2辑),清华大学出版社1999年版等。

成立、生效的问题？如果存在，那它与民事法律行为之间有何不同？如果民事诉讼行为违法，会产生什么样的后果？这些困惑的产生，一方面表明我国学者对诉讼行为理论充满着浓厚的兴趣，另一方面也表明我们对诉讼行为理论的研究价值认识并不十分清楚。

二、诉讼行为理论的研究价值

一般认为，民事诉讼是法院、当事人和其他诉讼参与人实施的各种诉讼活动（行为）的总和。由此观之，民事诉讼行为论的确是一个包罗诉讼万象的理论体系。亦即：可以从抽象的意义上，认为它是民事诉讼的一项基础性理论，是用来阐释民事诉讼认识观、分析民事诉讼制度、完善诉讼行为规范的理论工具；也可以从具体的问题出发，认为它是一个实证性较强的理论，是用来分析具体诉讼行为的成立问题、生效问题、制裁问题的工具。

总之，无论是民事诉讼的宏观理论还是具体制度，都离不开诉讼行为论这个基础性的理论支撑。研究民事诉讼行为理论，至少具有如下几个方面的意义：

（一）“诉讼行为”是诉讼法理论研究的基本对象，不关注诉讼行为的理论很难说是科学的理论

在法律领域，行为之于法律的重要意义是不言自明的：任何法律都不过是一定的行为规则而已，而行为是法律规则的调整对象。对于这一点，马克思曾明确指出：“对于法律来说，除了我的行为以外，我是根本不存在的，我根本不是法律的对象。我的行为就是我同法律打交道的唯一领域。”^{〔1〕} 因此，如果不重视对作为法律的调整对象（即行为）的研究，立法者制定的法律规则就无从实现其社会调控功能，法学理论研究者很难使自己的研究成果具有应用价值。因为，当国家制定的法律规则与生活中的人们行为相脱节时，法律规则就会变得毫无意义。为此，美国学者弗里德曼（L. M. Friedman）曾大声疾呼：“我们一直花费大量的时间研究法律规则及其结构以制定和执行规则。但必须强调的是，法律制度并非仅指规则及其结构。毕竟规则是假定被遵守的，至少在很多时候是这样。在任何法律制度中，关键的因素是行为，即人们实际上在做什么。否则，规则仅仅是词句而已，结构也不过是一座被遗弃的空城——没有生命存在的城堡。除非我们的注意力放在我们称之为

〔1〕《马克思恩格斯全集》（第1卷），人民出版社1965年版，第168页。

‘法律行为’的问题上，否则就无法理解任何法律制度，包括我们自己的法律制度。”^{〔1〕}从这个意义上说，重视对行为的研究，不仅仅是法理学的任务，作为部门法的诉讼法学更应当重视对诉讼行为的研究。

（二）“诉讼行为”是诉讼程序论的理论基石，不重视诉讼行为的诉讼程序论难免有脱离实际之嫌

民事诉讼的全部理论问题归根结底是关于程序的理论。在一个崇尚法治的社会里，“法律程序”的重要性毋庸置疑。正如美国联邦最高法院大法官道格拉斯（William O. Douglas）的名言，“正是程序决定了法治与恣意的人治之间的基本区别。”^{〔2〕}不过，一个时常被忽视的事实是，世界上存在着两种截然不同的“程序论”：一种是英美法系的“价值程序论”。一句“正当法律程序”（due process of law），几乎涵摄了英美法上程序论的全部精华，它以程序公正、效益等抽象价值目标为指引来研究诉讼程序的合理设置问题。另一种是大陆法系的“行为程序论”。在大陆法系学者看来，诉讼“是程序，即相继完成的法院行为和当事人行为的总和，每一个行为都以前一行为为前提，以后一行为为结果，但所有的行为都是为了引起法院的法律保护行为，它们被这一共同的目的连接在一起”；^{〔3〕}日本学者甚至把诉讼程序视为一个环环相扣的“行为锁链”。^{〔4〕}从各种诉讼主体实施的诉讼行为环环相扣的角度来理解诉讼程序，并对每一项诉讼行为的成立、生效和违法制裁等问题进行细致研究，这是一种微观程序论。20世纪90年代以来，“程序论”在我国法学界蔚然勃兴。^{〔5〕}但是，这些多属受英美法理论影响的“价值程序论”，长期以来，我国学者对“行为程序论”重视不够。笔者认为，“价值程序论”固然重要，但不关注具体行为的成立、效力和规制等问题的“价值程序论”，难免

〔1〕 Laurence M. Friedman, *A History of American Law*, New York: W. W. Norton & Company Inc., 1984, p. 199.

〔2〕 United States Supreme Court Report, (95 Law. Ed. Oct. 1950 Term), 转引自季卫东：“程序比较论”，载《比较法研究》1993年第1期。

〔3〕 [德] 罗森贝克等：《德国民事诉讼法》，李大雪译，中国法制出版社2007年版，第10页。

〔4〕 [日] 三月章：《日本民事诉讼法》，汪一凡译，五南图书出版股份有限公司1997年版，第309页。

〔5〕 参见季卫东：“程序比较论”，载《比较法研究》1993年第1期；张卫平：《程序公正实现中的冲突与平衡》，成都出版社1993年版；陈桂明：《诉讼公正与程序保障》，中国法制出版社1996年版；肖建国：《民事诉讼程序价值论》，中国人民大学出版社2000年版；等等。

流于华丽而空洞的口号，缺乏可操作性。因此，两种“程序论”必须相辅相成，不可偏废。

（三）不当诉讼行为是司法实践中各种问题的病根，通过研究诉讼行为论才能找到合理规制诉讼行为的药方

在司法实践中，诉讼程序表现为各诉讼主体实施的行为的累加，所以，诉讼程序出了问题，从直观上看就是诉讼行为出了问题。比如，为什么近年来当事人虚构事实、伪造证据，恶意诉讼的现象层出不穷？为什么法律规定证人有出庭作证的义务，但仍然有90%以上的证人敢于拒绝出庭？为什么在实践中，当事人总感觉自己不受重视，法院似乎拥有为所欲为的权力？……这一系列问题的根源在于：法律本来是人的行为规则，但我国法律作为行为规则时总是残缺不全，要么规定了行为主体的“权利”，但没有规定配套的保障性制度，使得“权利”不成其为权利；要么规定了行为主体的“义务”，但没有规定后续的强制和制裁措施，使得“义务”不成其为义务。也许，我国诉讼法学者和诉讼法学理论研究都需要转型：我们迫切需要从批判“重实体、轻程序”和呼吁重视程序价值的“呐喊者”的角色，向重视每一项诉讼行为和重新审视每一个行为规则的“工程师”的角色转变。我们相信，只有当学者、立法者和司法者都充分重视诉讼行为理论，自觉地从行为规则和法律后果的角度思考问题时，司法实践中存在的各种问题才能妥善地找到解决方案。

第二节 民事诉讼行为论的研究现状

一、大陆法系诉讼行为论的产生和发展

通常所说的民事诉讼行为论，是指发端于德国、流行于大陆法系国家和地区的一种诉讼法理论知识体系。诉讼行为论产生的标志，是1910年德国诉讼法学家赫尔维希发表的《诉讼行为与法律行为》一文。民事诉讼行为论从产生至今已有一百余年的发展历史，其间对德国、日本、法国和我国台湾等大陆法系国家和地区产生了深远的影响。对于大陆法系的诉讼行为理论的产生和发展，可以从以下几个方面来认识：

（一）从产生的时代背景看，诉讼行为论是诉讼法与实体法分离运动的产物，是作为诉讼法区别于实体法的一个理论象征提出来的

欧洲大陆法系各国的法律渊源都可以追溯到古代罗马法，古罗马法从内

容上看仍然处于实体与程序不分、程序依附于实体的状态。例如，制定于公元前450年的《十二铜表法》的内容为：传唤、审判、求偿、家父权、继承及监护、所有权及占有、房屋及土地、私犯、公法、宗教法、前五表之补充、后五表之补充等12篇。到了古罗马后期（公元530~534年），罗马皇帝还先后命令编撰了《学说汇纂》和《法学阶梯》；其中，《法学阶梯》按照“人法”、“物法”和“诉讼法”的顺序编排。这种实体与程序不分的立法体例，是法律尚不成熟、立法还不够细密的表现。在资产阶级大革命胜利之后，欧洲各国在复兴罗马法、制定现代法典的过程中，同时也开始思考诉讼法和诉讼法理论的独立性问题了，其表现就是始于19世纪初的诉讼法与实体法的分离运动。

在19世纪的欧洲大陆，诉讼法与实体法分离运动有两个方面的表现：一方面表现为，各国相继制定了独立的民事诉讼法典。其中，以1806年《法国民事诉讼法典》为开端，随后的1877年《德国民事诉讼法典》、1895年《奥地利民事诉讼法典》已趋于成熟和完善。另一方面表现为，学者们提出了一系列的诉讼法理论，从多角度论证诉讼法的独立性。这些诉讼法理论，主要是由德国学者于19世纪中期以后提出来的，包括：①诉权理论。传统理论认为，诉权是一种私权，是私权被侵害转换而生的权利，这是当时诉讼法依附于实体法的一个生动写照。1856年，德国学者温德雪德（Windscheid）在其《从现代法的立场看罗马法的诉权》一书中从诉讼法与实体法相分离的立场提出，诉权不同于私法概念上的请求权，而是诉讼系属时发生的从属于请求权的权利；亦即，诉权不是“受侵害权利的保护手段”，而是一种独立的权利。后来，1970年德国学者德根科宝（Degenkolb）提出的“抽象诉权说”和1888年瓦希（Wach）倡导的“具体诉权说”，更进一步论证了诉权与实体权利相区别而独立存在的价值，论证了诉讼法不依赖于实体法而独立存在的意义。^{〔1〕}②诉讼目的理论。19世纪中期，德国学者把诉讼日的理解为“保护实体权利”。如当时的温德雪德就认为，实体权利是“本原”，民事诉讼的目的是对这种实体权利加以保护。这种观点长期占统治地位，直到20世纪中期才出现“程序与实体分离”的诉讼目的理论。这一任务主要是由日本学者完成的，如1947年兼子一在《回归民事诉讼的出发点》一文中提出的“纠纷解决

〔1〕 江伟、邵明、陈刚：《民事诉权研究》，法律出版社2002年版，第8页以下。