



西南政法大学多元纠纷解决机制丛书

总主编 唐 力

教育部人文社会科学研究青年基金项目“程序选择契约视角下的民事诉讼和解制度研究——以纠纷解决制度的强化与扩充为中心”（编号：12YJC820002）资助

程序选择契约视角下的 民事诉讼和解制度研究

——以纠纷解决制度的强化与扩充为中心

包冰锋 ● 著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

法学

Law

程序选择契约视角下的 民事诉讼和解制度研究

——以纠纷解决制度的强化与扩充为中心

包冰锋 ● 著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

程序选择契约视角下的民事诉讼和解制度研究/包冰锋著. —厦门:厦门大学出版社,
2016.12
ISBN 978-7-5615-6316-8

I. ①程… II. ①包… III. ①民事诉讼-和解-司法制度-研究-中国
IV. ①D925.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 285761 号

出 版 人 蒋东明
责任编辑 甘世恒 邓 臻
美术编辑 蒋卓群
责任印制 许克华

出版发行 厦门大学出版社
社 址 厦门市软件园二期望海路 39 号
邮政编码 361008
总 编 办 0592-2182177 0592-2181406(传真)
营销中心 0592-2184458 0592-2181365
网 址 <http://www.xmupress.com>
邮 箱 xmupress@126.com
印 刷 厦门市明亮彩印有限公司

开本 720mm×1000mm 1/16
印张 15.5
插页 2
字数 270 千字
版次 2016 年 12 月第 1 版
印次 2016 年 12 月第 1 次印刷
定价 68.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



厦门大学出版社
微信二维码



厦门大学出版社
微博二维码



目 录

第一章 民事诉讼和解的理论维度·····	1
第一节 民事诉讼和解的含义·····	2
一、诉讼和解与私法和解·····	3
二、诉讼和解与和解诉讼·····	4
三、诉讼和解与调解·····	4
第二节 民事诉讼和解的法理基础——程序选择契约·····	6
一、程序选择契约的概念·····	6
二、程序选择契约的依据·····	6
三、程序选择契约在民事诉讼中的新展开·····	9
第三节 民事诉讼和解的性质·····	23
一、诉讼和解性质的各学说概况·····	23
二、诉讼和解性质的各学说评析·····	27
三、诉讼和解性质相关学说与诉讼理论的关系·····	30
四、笔者见解·····	40
第二章 民事诉讼和解程序的域外考察·····	43
第一节 英美法系诉讼和解程序·····	43
一、英国·····	43
二、美国·····	51
三、我国香港地区·····	61
四、小结·····	69
第二节 大陆法系诉讼和解程序·····	69
一、法国·····	70
二、德国·····	77
三、日本·····	104
四、韩国·····	132
五、我国台湾地区·····	149



六、小结	158
第三章 民事诉讼和解之要件	160
第一节 实体法上之要件	160
一、当事人须存在争执并以解决争执为目的	160
二、当事人须对争议的诉讼标的有法律上的处分权	162
三、互相让步要件的讨论	163
第二节 诉讼法上的要件	164
一、关于当事人的要件	165
二、关于法院和诉讼系属的要件	169
三、关于诉讼标的的要件	170
第四章 民事诉讼和解之形式与效力	172
第一节 英美法系诉讼和解的形式与效力	172
一、和解契约	172
二、和解裁判	174
第二节 大陆法系诉讼和解的形式与效力	176
一、诉讼和解的形式	176
二、诉讼和解的效力	180
第五章 民事诉讼和解之瑕疵及救济	188
第一节 诉讼和解的无效与撤销	188
一、实体法上无效的原因	188
二、诉讼法上无效的原因	189
三、实体法上可撤销的原因	194
第二节 诉讼和解的解除	197
一、学说争论	197
二、笔者见解	199
第三节 诉讼和解瑕疵的救济	201
一、学说争论	201
二、笔者见解	204
第六章 我国民事诉讼和解制度的思考	205
第一节 我国诉讼和解制度的历史沿革与现状分析	205
一、历史沿革	205
二、现状分析	207



第二节 诉讼和解的实例分析·····	212
一、一审程序中的和解·····	213
二、二审程序中的和解·····	217
第三节 我国民事诉讼和解制度的完善·····	221
一、改革路径的选择·····	221
二、我国民事诉讼和解制度的具体设计·····	223
参考文献·····	234
后记·····	242



第一章



民事诉讼和解的理论维度

人类的诞生和生命的延续给整个地球带来了无限的希望,但也带来了永无止境的争斗。强烈的生存愿望、有限的物质资源和天生的斗争本性,决定了这个地球并不是和平的。只要有人类存在的地方,就难免会有纠纷。著名学者顾培东先生认为,纠纷的本质是主体的行为与社会既定的秩序和制度以及主流道德的不协调或对之的反驳,与社会既定的秩序和制度以及主流道德意识所不相容,具有反社会性。^①由此可见,纠纷就隐喻着对现存的社会秩序的破坏。因此,国家的统治阶级为了统治的方便和社会的安定,就必须设置有效的程序装置来解决纠纷和消除冲突。以血亲复仇为特征的暴力性私力救济退出历史舞台、以诉讼为主要手段的公力救济以一种和平的姿态出现在世人面前,标志着人类的解纷能力进入了另一个新的时代。

诉讼虽然是公力救济的主要手段,但并不意味着任何社会纠纷都应由诉讼来加以解决。这不仅是不可能的,也是没有必要的。就算一纠纷已经进入诉讼程序的范畴,也不一定要用法院判决的形式来结案,诉讼和解也不失为一个好方法。“在不损害社会利益或者其他社会成员利益的前提下,冲突双方所作出的任何妥协和退让都是有效的。和解的本质是对抗不仅在形式上、行为上,而且在心理上、情感上得到消除。”“和解适用或成功的概率,可以反映出社会的伦理水平以及社会主体的自我整合作用。和解是社会冲突震荡最小的解决方式。在此意义上说,和解应当得到社会的充分肯定和倡导。”^②

“和解是最适当之强制执行”,“瘦的和解胜过胖的诉讼”,这些著名的西方法律谚语,都形象而又深刻地说明了和解这一纠纷解决方式在民事冲突救济机制中的地位和作用。诉讼中和解以当事人处分原则为基础,其在解决民事纠纷的过程中,不仅充分运用当事人的自治权利和理性观念,而且减轻了法院

① 顾培东. 社会冲突与诉讼机制[M]. 修订版. 北京:法律出版社,2004:2-6.

② 顾培东. 社会冲突与诉讼机制[M]. 修订版. 北京:法律出版社,2004:33-34.

的工作负担、降低诉讼成本并提高纠纷解决效率。因此,诉讼和解对于稳定社会、维系人们之间的情感,都具有积极意义。

诉讼和解制度是现代市场经济条件下民事诉讼中一项重要的制度,其最能体现市场经济主体的意思自治,即当事人合意。在程序主体性原则及当事人处分原则日益得到理论界和实务界认同的趋势下,诉讼和解在民事纠纷的解决中也起着越来越重要的作用。所以,大多国家都对诉讼和解制度作了详尽的规定。在诉讼实务上,各个国家或地区法官经常劝谕当事人和解,双方当事人也乐于和解而终结诉讼。

我国《民事诉讼法》虽然亦有诉讼和解的规定,但过于简陋,只有短短1个条文(《民事诉讼法》第50条)11个字,难以涵盖其应有的全部内容。诉讼和解作为自治的解决民事纠纷的方法,应当说与我国向来的传统观念“讼则终凶,和气生财”相符合,但我国《民事诉讼法》却没有将其制度化。目前,国内学界也少有人对诉讼和解制度予以关注,大多是在论述调解的时候提及和解,也没有对诉讼和解制度进行系统的比较研究。因而,诉讼和解问题在理论上认识比较混乱,在司法实践中也难以操作,致使我国的诉讼和解制度“先天贫弱”,其应有的解决纠纷功能难以充分、有效地发挥,不能适应现代市场经济条件下审判制度中纠纷解决方式呈多元化趋势发展的实际需要。因此,为了强化与扩充纠纷解决制度,确有必要以程序选择契约理论为视角,探讨如何完善我国的诉讼和解制度。

第一节 民事诉讼和解的含义

由于我国立法上没有将诉讼和解制度化,学界也少有人对诉讼和解制度予以关注,所以在一般的法学辞典,甚至是诉讼法学辞典^①,都难觅“诉讼和解”的踪影。一般认为,民事诉讼和解是指当事人于诉讼系属^②中在法官面前,以解决已经发生的民事纠纷为目的,就彼此间的争议互相让步或作出妥

① 宋英辉,陆敏.中华法学大辞典·诉讼法学(增补本)[M].北京:中国检察出版社,2001;刘家兴等.北京大学法学百科全书(诉讼法卷)[M].北京:北京大学出版社,2001.

② 诉讼一经原告起诉,该诉讼事件即在法院发生受审判的状态,这种状态称为诉讼系属。诉讼系属的状态继续至该诉讼的判决确定为止,或因诉讼和解与撤回诉讼而终结诉讼时为止。参见陈荣宗,林庆苗.民事诉讼法[M].台北:三民书局,1996:373.



协,从而终结全部或一部分诉讼的诉讼行为。^① 为全面、正确地反映诉讼和解的含义,笔者将诉讼和解与相近的几个概念作一比较。

一、诉讼和解与私法和解

民事诉讼和解是一个具有鲜明诉讼法色彩的独立概念,其作为一项民事诉讼中的制度,与民法上的和解即“私法上的和解”有着明显的区别。私法和解,指的是在诉讼程序外,当事人双方通过相互协商或让步,达成有关民事权利义务变更或消灭的合意,从而使纠纷得以解决的一种民事法律行为。法国《民法典》第2044条规定:“(第1款)和解,系指诸当事人用以终止已经产生的争议或防止发生争议的契约。(第2款)此种契约应以书面形式写成。”^② 日本《民法典》第695条规定:“和解,因当事人的约定相互让步,终止其间存在的争执,而发生效力。”第696条规定:“当事人一方依和解被认定有争执标的的权利,或相对人被认定为无此权利,当事人原来无此权利或相对人有此权利的确认被发现时,则该权利即为因和解而转移给此人或消失。”我国台湾地区“民法”第736条规定:“称和解者,谓当事人约定,互相让步,以终止争执或防止争执发生之契约。”因此,民法上的和解是双方当事人对自己实体权利的处分,其本质上属于当事人的契约或契约变更,对当事人产生实体上的约束力,受民事实体法律规范的调整,但不发生诉讼法上的法律效果。

而民事诉讼中的和解则不纯是当事人的私人契约,由于其是在诉讼过程中这一特定的时间和空间范畴内解决私人纠纷,因此被视为同时具有实体法上与诉讼法上的双重意义。而且,诉讼和解所需具备的法律要件亦与私法和解不同,作成诉讼和解的方式自与私法和解有别。因此,虽然就权利义务的互相协商和让步而言,诉讼和解与私法和解两者相同,但因两者在法律制度上的功能目的不同,两者的概念不能不有区别。

① 本书所讨论的民事诉讼和解只限于诉讼上的和解或诉讼中的和解,不包括诉讼外的和解、破产和解和执行和解。

② 和解,不言而喻地意味着各方当事人相互作出让步,目的旨在终止当事人之间已经产生的争议,包含有当事人互相作出让步的协议,不论相互让步的相对程度如何,均构成和解。但是,当一方当事人放弃其权利,而与此相对应的条件微不足道,甚至基本上不存在任何对应条件时,则不属于和解。参见罗结珍,译. 法国民法典[M]. 北京:法律出版社,2005:1491.

二、诉讼和解与和解诉讼

在中世纪英格兰法中,和解诉讼[Fine(or finalis Concordia)]是指一项在法院内进行,并由法院给予当事人同意的条件以认可而达成和解的诉讼,用来作为转让土地的一种手段。这种诉讼要宣读通常包括当事人同意条款的开始令,要当事人出庭,经法院认可,以土地被认定属于其中一方所有为基础使诉讼达成和解。这种协议要作为书面形式,并在法院记录中予以记载。和解诉讼是一种土地转让的简捷方式,是有关家庭财产处置的便利方法。1833 年和解诉讼被取消。^① 所以,诉讼和解与和解诉讼是两个完全不同的概念。

三、诉讼和解与调解

在不同的国家或地区,对调解的定义是有所区别的。在日本,调解是指经设置于法院里的调解委员会的斡旋调停,使当事人达成解决纠纷合意的程序。调解在广义上属于非讼事件。调解机关对纠纷当事人的居间调停固然具有重要的意义,但只有当事人达成合意,调解才具有效力。日本的调解可以分为《民事调解法》规定的民事调解和由《家事审判法》规定的家事调解。调解程序是与诉讼程序相竞合的,但其具有补充性的性质,是否通过调解来解决纠纷完全听凭当事人的意思。虽说如此,法院认为适当时也可以依职权进行调解,而且对于家事事件采用的是调解前置主义。将调解制度有组织、有系统地纳入司法制度的国家并不多见。可以说,调解制度的完备为日本民事司法制度的一大特征。从统计数据上看,采用民事调解和家事调解的事件数几乎与民事诉讼事件的总数相等。^② 在我国台湾地区,调解是指法院在当事人起诉前依其申请,就双方当事人之间发生的民事争议居中调停排解,劝谕双方当事人息讼止争,使当事人合意达成协议,以避免发生诉讼的程序。因台湾地区的调解是起诉前的程序,其性质应属于非讼事件。在我国大陆,调解是指在人民法院审判人员的主持下,对双方当事人进行教育规劝,促使其互谅互让,就民事争议通过自愿协商,达成协议的活动。所以,在我国大陆法院调解是一种诉讼活动,不像日本和我国台湾地区一样,都属于非讼程序。笔者在这里简要地讨论一下其他国家或地区的诉讼和解和我国法院调解的异同:

^① 牛津法律大辞典[M]. 北京:光明日报出版社,1988:88.

^② 三月章. 日本民事诉讼法[M]. 汪一凡,译. 台北:五南图书出版公司,1997:8.



诉讼和解和法院调解主要有以下几点共同点:首先,两者都是以当事人合意解决纠纷为基础,是当事人在民事诉讼中自愿处分实体权利和诉讼权利的结果,是民事诉讼处分原则的直接体现。其次,两者都可以在诉讼的主要阶段进行,当然调解不能发生在执行阶段。最后,两者都可以通过某种途径获得与判决同一的效力。正因为和解和调解非常相似,所以很多学者都认为和解和调解是一回事。比如,我国台湾地区学者杨建华认为:“不论用‘调解’或‘和解’之名词,实质上意义原应相同。”^①

和解与调解虽然仅有一字之差,但是涵盖的内容却相去甚远。鉴于各个国家或地区的诉讼和解制度都不相同,所以,笔者不对诉讼和解与法院调解作详细的比较。笔者认为,诉讼和解与法院调解最大的差异在于立法理念的不同,立法理念的不同导致在当事人合意解决纠纷的过程中诉权与审判权的主导地位不同。诉讼和解立法的立足点在于当事人方面,从当事人自主、自律、自愿达成合意从而解决纠纷的角度考虑问题,而法官劝谕和解、提出和解意见等职权活动无论多么积极都被视为当事人合意的外因,当事人永远是诉讼和解的重要角色。而法院调解是人民法院代表国家对案件依法行使审判权的一种职权行为。虽然也有学者认为法院调解是建立在当事人行使处分权和法院行使审判权的基础上的一种制度,^②但是在法院调解的过程中,法院始终处于主导地位,当事人似乎只是法院调解工作的对象。正是因为调解过程中法院的“强势”与当事人的“弱势”形成鲜明对比,才导致实践中这么多的强制调解。

在诉讼民主化的今天,我们在制度设计的时候,应当更多地考虑当事人的意思自治在纠纷解决过程中的积极作用。民事诉讼固然具有公法的性质,但因其解决的民事纠纷属于私法性质,所以民事诉讼程序又被深深地打上了私法的烙印。因此,作为私法基石的意思自治原则必然渗透到整个民事诉讼程序中去。因此,民事诉讼程序中当事人意思自治体现得最为彻底和充分的一环——诉讼和解制度的建立和完善,必须从调整诉权与审判权的关系入手,摆正当事人与法院在诉讼和解过程中的位置,当事人始终是合意解决纠纷的主角,而此时法院的职权则应为此创造条件和提供保障,使当事人的合意正当化,而不能成为强制和解的罪魁祸首。

^① 杨建华,大陆民事诉讼法比较与评析[M].台北:三民书局,1991:84.相类似的观点也可参见张广兴,大陆与港台民事诉讼制度[M].北京:法律出版社,1993:100.

^② 常怡,民事诉讼法学[M].北京:中国政法大学出版社,2002:235.

第二节 民事诉讼和解的法理基础 ——程序选择契约

一、程序选择契约的概念

从理论渊源看,我国民事诉讼理论中的许多概念、学说都来源于德国,如诉权、诉讼标的、举证责任、既判力、处分原则、辩论原则等,但程序选择权却是一个源自我国本土的概念,其是由我国台湾地区学者邱联恭教授首先提出的。1992年12月13日,邱联恭教授在台湾民事诉讼法研究会第46次研讨会上作了题为《程序选择权之法理》的主题报告;在该报告中,邱联恭教授提出了程序选择权这一概念。^① 笔者探讨的程序选择契约源自于程序选择权;在程序选择权的基础上,其更强调当事人之间合意的形成,因而采用了“程序选择契约”的表述。

邱联恭教授在提出程序选择权的概念时并未给出一个确切的定义,而是将其放在一个语境里表述:“立法者及法官应对于程序关系人,就关涉该人利益、地位、责任或权利义务之程序利用及程序进行,赋予相当之程序参与权及程序选择权,借以实现、保障程序关系人之实体利益及程序利益。”^② 在此语境下,笔者认为,程序选择契约是指,在民事诉讼中,当事人在法律规定的范围内自主就有关程序事项的选择达成合意。

二、程序选择契约的依据

(一)宪法上的依据

世界各国在经济、政治、文化等方面的差异导致了对人权问题的认识上也出现了差异。但毋庸置疑,就性质上看,人权应该是人之所以为人所必须享有的权利,没有了这种权利,人就不能自由、安定、幸福地生存发展。我国在2004年明确将“国家尊重和保障人权”写入宪法,从根本法的高度提供公民最

^① 在2000年9月,邱联恭教授出版了《程序选择权论》一书,书中收录了其于程序选择权相关的7篇文章。

^② 邱联恭等,《程序选择权之法理》[C]//民事诉讼法研究基金会编,《民事诉讼法之研讨(四)》,台北:三民书局,1996:579。



根本的人权保障依据。

我国宪法所称的人权包括了人身权利、财产权利、政治文化权利等等。人身权利中最根本、最核心的内容当属公民的意志自由和人格尊严。享有意志自由的人是理性的,是自己利益抉择的最佳判断者。现实生活中面临选择时,人基于理性认识,依据对事物的主观认识和丰富的生活经验进行判断,在不危害国家、社会公益或他人权益的情况下,有权利根据自己的意愿去选择有利于自己利益的规则。作为国家制定的具有强制性的行为规范,宪法及法律承认这种选择的正当性并使之合法化,体现了对人自由意志的尊重,保障了最基本的人权内容。人权保障在民事程序法律规范方面的体现,就是要全面、充分地尊重当事人的意志和选择,在诉讼中赋予当事人一定程度的自由,使当事人做自己权益的决策者,判断并选择相应的程序解决纠纷,使利益最大化。^①从国家角度看,法院应当尊重并保障其实现宪法赋予的基本选择权利。

(二)实体法上的依据

程序选择契约在实体法上的依据便是意思自治原则。意思自治也称为私权自治,是指民事主体依法享有在法定范围内广泛的行为自由,并可以根据自己的意志产生、变更和消灭民事法律关系。尽管在民法的各部分(身份法和财产法、物权法和债权法)中的强度不同,但意思自治原则作为民法的一项基本原则,贯彻于整个民法之中,体现了民法最基本的精神。^②意思自治原则奠定了民法作为市民社会基本法的基本地位,因为私法的重要特征表现在规范的

^① 李佳妮.论当事人的民事程序选择权——以新修民事诉讼法为基点[D].上海:华东政法大学硕士论文,2013:5.

^② 王利明.民法总论[M].北京:中国人民大学出版社,2015:51.

任意性上,而私法的任意性主要体现在意思自治原则上。^①

简而言之,意思自治原则的本质是平等主体之间通过协商确定相互之间的权利义务关系。当且仅当纠纷不能通过协商解决并寻求公力救济时,法院才代表国家以裁决者的身份出面定分止争,即以公权力保护私权利,以司法权力最终解决平等主体之间的民事纠纷。因此,作为私法基石的意思自治原则逐渐向诉讼法领域渗透是无法避免的。

然而,由于国家公权力的介入,当事人必须在国家制定的规则中进行诉讼,其意思自治势必要受到特定规则的制约。而国家在制定程序规则时,需要综合考虑包括国家利益、社会公益、大多数人的一般利益等众多利益关系。首先,国家利益、社会公益要求合理配置有限的司法资源,权衡社会公平正义和效率之间的关系。其次,国家考虑大多数当事人一般的利益需要,无法满足当事人的一些特殊需求。正因为民事诉讼法兼具私法性和公法性^②,当事人在有权达成程序选择契约的同时,该选择契约也要受到一定的程序规制。

① 在历史上,意思自治原则在中世纪的寺院法当中就具备了雏形,因为中世纪的寺院法尤其是基督教认为,一旦人们作出了某种诺言,他们就应当尊重其诺言,不得随意违反其诺言,即便契约当事人之间的契约没有采取某种正式的形式,他们之间的契约也是有效的,只要他们之间的契约是他们自由同意的。到了17世纪,自然法学派的代表人物Grotius和其继任者开始主张自由理论,他们认为,人生来就是自由的,因为他们有意识,他们的意思在他们的自由当中起着非常重要的作用。基于此,他们对自然人的意思瑕疵作出了详细的讨论,尤其是对自然人的意思进行了解释。到了18世纪,Rousseau在公法领域主张人的意思的重要性,他在其社会契约理论当中认为,社会关系是通过人与人之间的意思合意建立的,因为人们在此种意思合意当中均认为,为了能够在社会当中生活,人们相互之间必须接受约束与限制。实际上,法律所表达的内容就是人们之间所具有的此种一般意思。Rousseau的社会契约理论对Kant产生了非常大的影响,Kant首次提出了“意思自治”这一概念,他认为,所谓“意思自治”,是指个人的意思就是个人的法律,它构成债产生的唯一渊源。Kant之所以强调个人的意思就是个人的法律,其目的在于让个人能够通过其自己的行为建立适用于自己的法律,以便反对统治者将其制定的法律强加在个人身上。参见张民安,《法国民法》[M],北京:清华大学出版社,2015:317。

② 在民事诉讼程序中,实体私法是法官判断权利义务存否的标准,是法官作出判决的依据。就此点而言,民事诉讼法具有私法的性质。但是,民事诉讼法具有公法的性质,因为民事诉讼法规定的是国家(即由法院代表国家)行使公权力,对私权受侵害时如何加以救济的程序,是规范国家或法院如何裁判的法律。就此点而言,民事诉讼法具有公法性。虽然其所处理的纠纷为私权纠纷,但其规范的对象牵涉到国家亦即法院的行为。因此,民事诉讼法实际上仍然属于公法。参见邱联恭,《口述民事诉讼法讲义(一)》[M],台北:元照出版有限公司,2012:107。



(三)程序法上的依据

程序主体性原则是程序选择契约在程序法上的依据。根据程序主体性原则的原理,诉讼当事人即程序主体,应受适时审判请求权及公正程序请求权的保障,其实体利益及程序利益不致受程序制度的运作、使用或未能予以使用所减损、消耗。诉讼程序的制订者(如立法者)及运作者(如法官),不仅应致力于保障程序主体的实体利益,也应防止、避免对其造成程序上的不利益,借此使其有平衡追求实体利益及程序利益的机会。此项机会的赋予,实为贯彻程序保障的基本要求所必须。

基于上述法理,成为程序主体的当事人,不仅应有实体法上的处分权,并应被肯定享有相当的程序法上的处分权。一方面,基于其实体法上的处分权,当事人决定如何处分各该系争的实体利益;另一方面则基于其程序处分权,当事人在一定范围内决定如何取舍程序利益,以避免因其程序的使用、进行招致减损、消耗、限制系争实体利益或系争标的外财产权、自由权的结果。因此,程序上不利益的发生,实无异于消耗系争的实体利益,并减损系争标的外的财产权,且有害于行使权利的自由,自应设法予以防止、避免。从而,为了保障并强化当事人的程序主体地位,使其有机会避免或减轻因系争事件的审理招致上述不利益,应认为民事诉讼法承认处分权主义的目的,并非仅仅为了贯彻保障当事人对系争实体权即财产权的支配权能,也是为了使当事人有机会借此追求程序利益,以同时维护其受宪法所保障的系争外财产权、自由权等。^①

三、程序选择契约在民事诉讼中的新展开

(一)扩大当事人协议管辖的范围

协议管辖,又称约定管辖、合意管辖,是指当事人在纠纷发生前或发生后,以协议的方式约定案件的管辖法院。协议管辖是程序选择契约的重要体现,反映了对当事人选择案件管辖法院意愿的尊重。不但为当事人进行诉讼提供了方便,而且还有利于抑制和克服地方保护主义,保证案件的公正处理。

1.《民事诉讼法》的修改

2012年《民事诉讼法》中关于协议管辖的规定相较于2007年《民事诉讼法》来说,主要有三个方面的变化。一是条文位置有所调整,从之前的第25条移至第34条。作出此种调整的主要原因在于,2007年的《民事诉讼法》将协

^① 邱联恭,程序选择权论[M].台北:三民书局,2000:33-34.

议管辖穿插在特殊地域管辖中间,即关于保险合同纠纷管辖之后。这在逻辑结构上不够严谨;作出此种调整之后,地域管辖按一般地域管辖、特殊地域管辖、专属管辖、协议管辖、选择管辖的顺序排列,逻辑结构更为科学^①。二是扩大了协议管辖适用案件的范围和法院范围。亦即,将适用案件的范围由合同纠纷扩大到“合同或者其他财产权益纠纷”;协议管辖的法院由原来的被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地人民法院扩大到“被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院”。三是将国内协议管辖与涉外协议管辖的规定进行了统一。我国2007年《民事诉讼法》第242条规定:“涉外合同或者涉外财产权益纠纷的当事人,可以用书面协议选择与争议有实际联系的地点的法院管辖。选择中华人民共和国人民法院管辖的,不得违反本法关于级别管辖和专属管辖的规定。”由于这一规定与国内协议管辖的规定不一致,因此,2012年修正《民事诉讼法》时删除了2007年《民事诉讼法》第242条的规定。如此一来,修正后的《民事诉讼法》的涉外部分就没有协议管辖的特别规定。依据2012年《民事诉讼法》第259条的规定^②,协议管辖的规则统一适用于国内民事诉讼和涉外民事诉讼部分。^③

对于上述关于协议管辖的修改内容,尽管在管辖扩大的程度上仍存在一些争议,但从总体上来说,2012年的修改不仅是符合目前我国立法的发展现状,而且也符合国际上关于扩大协议管辖范围的规定。2012年的修改最终采纳了扩大协议管辖的适用范围至合同或者其他财产权益纠纷但应排除人身关系纠纷的意见,在整个立法体系上,也对国内协议管辖以及涉外协议管辖的规定在立法上做了统一的适用规定。关于这些修改,主要是基于三个方面的考虑:一是将协议管辖的范围扩大到整个财产权益纠纷可以减少管辖冲突。因为协议管辖的适用,不管是明示的还是默示的,因其最终选择的实际的起诉法院必须是明确的,使得被选择法院以外的其他法院即使有法定之管辖也失去了管辖权(专属管辖除外),其他法院也就失去了争夺管辖的借口,被选择法院也不易推诿。二是将人身关系纠纷明确排除在协议管辖范围之外。人身关系往往涉及道德、伦理、习俗等法律不能约束但又是社会稳定、维护公序良俗的

① 江必新,新民事诉讼法理解适用与实务指南[M].北京:法律出版社,2012:125.

② 《民事诉讼法》第259条规定:“在中华人民共和国领域内进行涉外民事诉讼,适用本编规定。本编没有规定的,适用本法其他有关规定。”

③ 江必新,新民事诉讼法理解适用与实务指南[M].北京:法律出版社,2012:126.



关键之处,而这些在全国范围内来说有没有统一的适用标准,因地区的不同,其内容和范畴也有所区别。因此,从这一点出发,如果将身份关系纳入协议管辖范畴,而当事人所选择的法院并不是最适合的,那么就极易出现误判或错判现象,甚至会将影响扩大化,从而伤害到一个地区的民族感情和扭曲道德判断标准;同时,对于当事人来说,也会产生抵触情绪,并导致执行判决难度增加。三是旧法中涉外协议管辖与国内协议管辖规定不一致的情况,一方面从根本上违背了民事诉讼法的平等和对等原则,另一方面会因依据不同而产生同一事实、不同判决的现象。

2. 司法解释的规定

(1)修改了“选择确定且唯一”的规定

2015年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《民诉解释》)第30条规定:“根据协议管辖,起诉时能够确定管辖法院的,从其约定;不能确定的,依照民事诉讼法的相关规定确定管辖。管辖协议约定两个以上与争议有实际联系的地点的人民法院管辖,原告可以向其中一个人民法院起诉。”该条规定推翻了1992年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》(以下简称《民诉意见》,已废止)第24条的规定^①。亦即,《民诉解释》将协议管辖的法院必须唯一的要求修改为当事人协议选择管辖的法院可以为多数。在管辖协议约定了两个以上与争议有实际联系的地点的法院管辖的情况下,由原告选择向其中任何一个法院起诉,这将协议管辖与选择管辖连接起来,也是程序选择契约的重要体现。

对于此次修改的缘由,笔者看来,这是基于对域外经验结合本土现实状况进行分析后所得出的必然结论。从域外的立法经验来看,德国《民事诉讼法》原则上禁止管辖约定,于某些特殊情况才承认管辖约定的合法性,且其要件为

^① 《民诉意见》第24条规定:“合同的双方当事人选择管辖的协议不明确或者选择民事诉讼法第25条规定的人民法院中的两个以上人民法院管辖的,选择管辖的协议无效,依照民事诉讼法第24条的规定确定管辖。”