



大学教材

MINSHISUSONGFA

民事诉讼法

张钧艳 编著



云南出版集团公司

 云南人民出版社

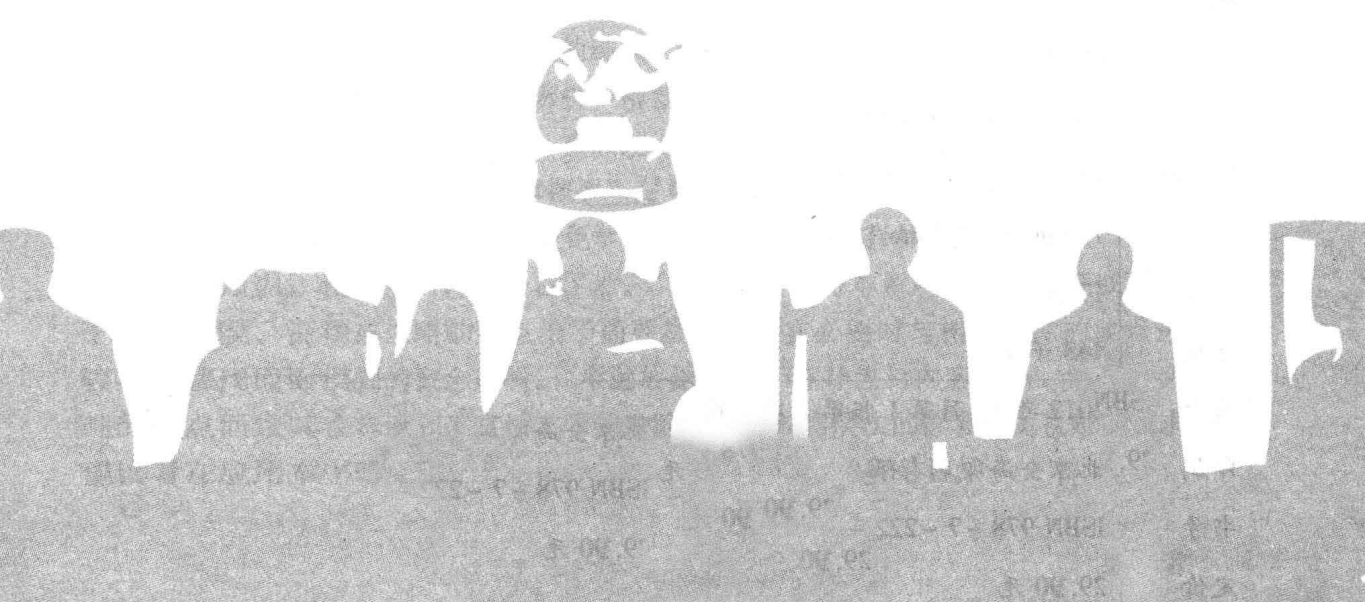


大学教材

MINSHISUSONGFA

民事诉讼法

张钧艳 编著



云南出版集团公司

云南人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼法 / 张钧艳主编. -- 昆明 : 云南人民出版社, 2012. 12

ISBN 978 - 7 - 222 - 10475 - 4

I. ①民… II. ①张… III. ①民事诉讼法 - 中国 - 教材 IV. ①D925.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 301546 号

责任编辑: 赵丁丁

封面设计: 魔弹文化

责任印制: 段金华

书名	民事诉讼法
作者	张钧艳 主编
出版	云南出版集团有限责任公司 云南人民出版社有限责任公司
发行	云南人民出版社有限责任公司
地址	昆明市环城西路 609 号
邮编	650034
网址	www. ynpph. com. cn
E - mail	rmszbs@ public. km. yn. cn
开本	787mm × 1092mm 1/16
印张	17. 5
字数	448 千字
版次	2012 年 12 月第 1 版第 1 次印刷
印刷	北京全海印刷有限公司
书号	ISBN 978 - 7 - 222 - 10475 - 4
定价	29. 90 元

出版者的话

本教材重在阐释中国现行民事诉讼制度的要义和原理，同时观照民事诉讼制度的发展动态和理论评价，包括《中华人民共和国民事诉讼法》修改过程中的重要共识，在体例和风格上力求简洁、清晰、突出重点、尊重通说、文字洗练、逻辑一致。

在同质化目标上，充分重视和尊重通说和主流观点，不主张过多地阐述个人观点。在逻辑层次上，明确区分现行制度、理论阐释和运行状况三大基本内容，将制度内容与理论评析、成型制度（或理论）与发展动态、实然与应然、通说理论与本人观点……清晰地区分开来，从而有助于理解相关内容的的基本知识点、澄清或纠正以讹传讹的通说的个人观点，表达方式明确、清晰，以不会产生对基本知识点理解上的歧义为限；与通说相左的个人观点要求首先阐述通说，并将支持个人观点的代表性成果写入脚注备查。

在结构安排上，本教材将总论部分和基本理论压缩在理解现行制度最不可或缺的范围之内，而将这些原则、原理和理论分解在具体的制度和程序之中。在内容安排上，尽可能避免由于章节分工和知识点交叉所致的重叠或遗漏，注意各章之间相互观照和提示。

尊重通说原则的唯一明显例外是，本教材对民事司法权和管辖权的概念进行了重新梳理，废弃了已经成为管辖制度障碍的“主管”概念，并对管辖权概念的外延进行了微调。但对于这样突破传统概念、试图推行新的通说的努力，本教材也是在充分考证现有理论成果的基础上反复、审慎考虑的结果，并在教材中进行了负责任的说明，也将新概念与传统概念之间进行了明确的辨析、衔接和过渡。

本书的基本体例由本章概要、重点速记、正文内容、知识链接、考题放送及随堂练习等六大部分构成。其中，“本章概要”尽可能用逻辑连贯的陈述对本章各要点及其相互之间的逻辑关系进行链接，以避免学生只见树木，不见森林。“重点速记”用于梳理全章重点知识，使学生对内容一目了然。“知识链接”将本章所涉及的制度或理论中易于发生错误、混淆或忽略的要点给予简要提示，并在必要时与相关制度的要点进行比较，以替代面面俱到的概念辨析。“考题放送”用于弥补教材内容简洁、清晰、突出基础的特点而致其在深度和丰富性方面的缺陷，满足较高层次的读者拓宽视野的需求。希望读者在应用本书时能提出宝贵意见，以便我们及时改进和完善。

编 者

目 录

第一章 民事诉讼与民事诉讼法	1
第一节 民事纠纷的解决途径	2
第二节 民事诉讼	5
第三节 民事诉讼法	12
第二章 诉与反诉	18
第一节 诉与诉讼标的理论	19
第二节 反诉	29
第三章 民事诉讼的基本原则与制度	33
第一节 基本原则概述	34
第二节 当事人诉讼权利平等原则	37
第三节 辩论原则	39
第四节 处分原则	41
第五节 诚实信用原则	44
第六节 检察监督原则	46
第七节 直接言词原则	48
第八节 基本制度	49
第四章 当事人与诉讼代理人	54
第一节 当事人概述	56
第二节 当事人适格	59
第三节 诉讼代理人概述	64
第四节 法定诉讼代理人	67
第五节 委托代理人	69
第五章 民事诉讼证据与证明	72
第一节 证据概述	74
第二节 证据的法定种类	80
第三节 证据的收集、交换和保全	87
第四节 证明的对象	93
第五节 举证责任	94
第六节 证明过程	101

第六章 诉讼保障机制	108
第一节 财产保全	109
第二节 先予执行	115
第三节 期间与送达	117
第四节 诉讼费用与司法救助	119
第五节 妨害民事诉讼行为的构成要件和种类	129
第六节 强制措施的种类和适用	130
第七章 普通程序	134
第一节 普通程序概述	135
第二节 起诉与受理	136
第三节 审理前的准备	142
第四节 开庭审理	145
第五节 撤诉与缺席判决	151
第六节 延期审理、诉讼中止与诉讼终结	154
第八章 其他诉讼程序	158
第一节 简易程序	160
第二节 上诉程序	165
第三节 再审程序	180
第九章 非诉程序	204
第一节 特殊程序总论	206
第二节 《民事诉讼法》第十五章规定的特殊程序	210
第三节 督促程序	218
第四节 公示催告程序	223
第十章 涉外民事诉讼程序	234
第一节 涉外民事诉讼程序总论	235
第二节 我国涉外民事诉讼程序基本原则	237
第三节 涉外民事诉讼管辖	240
第四节 涉外民事诉讼中的期间、送达与财产保全	242
第五节 司法协助	243
第十一章 执行程序	253
第一节 民事执行概述	254
第二节 执行程序的开始	260
第三节 执行程序的进行	265
第四节 执行中止与执行终结	272

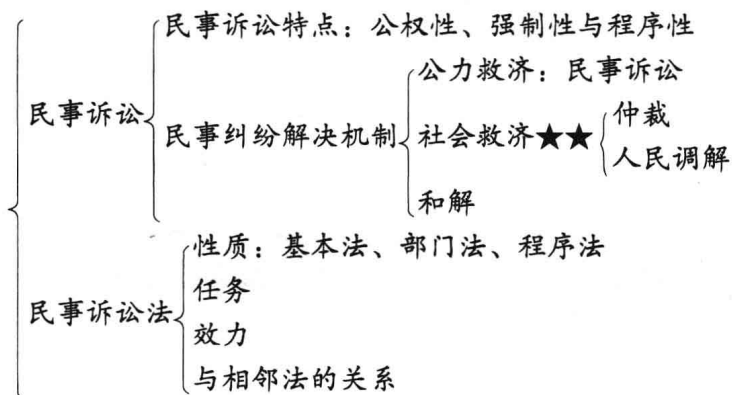
第一章 民事诉讼与民事诉讼法



本章概要

本章主要理解民事诉讼与民事诉讼法。注意以下问题：

1. 民事诉讼法对人的效力，即适用于中国领域内的所有人。
2. 民事诉讼法与民事实体法以及仲裁法在涉外案件处理中的适用区别。



第一节 民事纠纷的解决途径

一、民事纠纷

平等主体之间因财产关系、人身关系而产生的权利义务争议被称为民事纠纷，又称民事争议。一般认为，民事纠纷具有三大特点，一是纠纷主体之间法律地位平等，没有隶属关系；二是纠纷内容仅限于民事权利义务；三是纠纷主体享有自治（或可处分）的权利。

人类的生存和交往是按照一定规范或习惯进行的，正是借助于这些由社会自然形成或由国家法律强制推行的规则，社会生活才井然有序。在这些规范或习惯中，民事实体法规范在划定私人（公民、法人或其他组织）之间的权利义务关系方面发挥着主要作用。当那些规范私人之间行为的规则尚未或正在形成，或者遭到破坏时，特别是当民事实体法所确定的权利义务关系发生歧义或遭到破坏时，就会产生民事纠纷。

二、民事纠纷的多元救济途径

按照是否有中立的第三方介入纠纷解决以及该第三方的角色，民事纠纷的解决机制可分为自力救济、社会救济和公力救济，这些解纷机制各有其自身的优势和相应的劣势。

（一）自力救济

自力救济又称私力救济，是指纠纷主体在没有中立的第三方介入的情况下，依靠自己的力量或其他私人资源解决纠纷。合法的途径，除了传统上常用的自决之外，在当代



仍有生命力并且仍为重要救济途径的，就是和解。此外还有私人收债、人身或商业报复等方式，这些方式和自决一样，虽不能直接定性为非法，但容易导致纠纷升级，甚至利用或引发暴力、敲诈、黑社会等非法力量。

（二）社会救济

社会救济主要包括调解和仲裁，指纠纷主体借助于社会力量作为中立的第三方介入纠纷解决的一种途径。调解通常是指诉讼外调解，是介入纠纷的第三者运用一定的社会规范、习惯、风俗、伦理、法律等渊源，通过对纠纷双方晓以道理和利害，促成谅解或妥协。调解的正当性基础是当事人自愿，其基本特征是非正式性和非专业性。按照调解者的身份，可分为民间调解、行政调解、律师调解、法院附设的审前调解，等等。我国制度化的群众性调解组织是人民调解委员会，其他的民间调解主体达成的协议目前尚未进入民事诉讼法的调整范围。法院附设的调解机构所主持的调解，在一些国家（如美国）是重要的社会救济途径，其调解过程完全不受司法权影响，一般由调解员（由律师等志愿者担任）主持，达成协议可请求法院制作合意判决，我国法院也进行了经济调解中心、法院附设调解等尝试，但如何将调解作为社会救济途径的功能与司法权剥离开来，保障其不妨碍诉权的行使，还需进一步探讨。

仲裁分为商事仲裁和劳动仲裁，不过通常在没有特别定义时是指商事仲裁。商事仲裁又称公断，是指民间性质的仲裁机构根据当事人之间的书面协议（合意），取得对约定事项的管辖权，据此对提交其解决的争议作出具有强制拘束力的裁决，并且商事仲裁实行一裁终局制。劳动仲裁是由劳动行政部门、同级工会代表、用人单位方面的代表组成的仲裁机构，根据法律规定对劳动关系纠纷进行调解或裁决的途径。我国劳动仲裁具有浓厚的行政色彩，并且实行强制仲裁，即劳动仲裁作为诉讼前的必经程序，亦即诉讼的前置程序。

（三）公力救济

公力救济是指以国家公权力介入纠纷，依据法律规范和法定程序解决纠纷，并以国家强制力保障执行的救济途径。民事纠纷的公力救济主要是民事诉讼和行政裁决。

民事诉讼是一方当事人针对另一方当事人向人民法院提起诉讼，请求法院解决其所主张的纠纷和保护其主张的权利的公力救济途径。其基本特征是当事人的平等性，纠纷解决机制的对抗性，诉讼主体行为的法定性、程序性、规范性和专业性，以及纠纷解决结果的强制性。相对于与其并存的刑事诉讼、行政诉讼而言，民事诉讼具有更多的自治性，当事人享有更多处分权；相对于自力救济和社会救济而言，自治性和处分权要受到更多限制。

行政裁决是行政机关作为中立的第三者对民事纠纷进行的裁判，故又被称为准司法权。比如我国专利委员会对专利纠纷、工商管理局对商标纠纷的裁决。行政裁决与行政决定的差异在于，在行政裁决中行政机关是民事法律关系之外的中立的第三者，行使的是准司法权；而在行政决定中行政机关是作为行政法律关系的一方当事人，行使的是行政权。

知识

链接

和解与调解的差异,不在于是否有纠纷主体以外的人(如律师)介入,而在于介入的外力立场是否中立。参与和解的案外人依附于一方当事人的立场,因此与一方当事人构成同一阵营;作为调解人的案外人则是中立的,至少在理论上和伦理上是如此。调解与裁判的差异,不在于第三方在纠纷解决过程中是否积极、介入的深度如何,以及介入的方式是面对面或背靠背,而在于当事人与该第三方谁享有最终决定权。调解者可以提出自己的解决方案,但当事人保留了接受与否的最终决定权;裁判者则可以不管当事人是否接受,有权按照自己的判断作出最终决定。

三、民事诉讼法的对事效力范围

我国《民事诉讼法》第3条规定:“人民法院受理公民之间、法人之间、其他组织之间以及他们相互之间因财产关系和人身关系提起的民事诉讼,适用本法的规定。”这是关于民事诉讼法调整的客观范围,也就是对事效力范围的规定,也是关于民事司法管辖的民事纠纷范围的规定。但是,民事纠纷与民事司法之间只有部分交叉。一方面,并非所有的民事纠纷都进人民事司法,实际上提交民事诉讼而由司法处理的民事纠纷在范围和数量上都只涵盖了民事纠纷的很小部分;另一方面,民事司法所管辖的并不都是民事纠纷,同时还有非争议性事件,此外还有强制执行。具体而言,民事诉讼法适用于以下几类案件:

(1) 平等主体之间基于财产关系和人身关系提起的诉讼。包括民法调整的物权、债权、知识产权、人身权关系所产生的民商事诉讼;婚姻法调整的婚姻、亲子、收养关系等产生的家事诉讼;经济法调整的民事关系所产生的商事诉讼。

(2) 基于特殊的民事法律关系提起的民事非讼案件。一是公证性质或宣告性的非讼事件,包括认定公民无民事行为能力 and 限制民事行为能力案件、宣告公民失踪和宣告公民死亡案件、认定财产无主案件。这些案件虽有民事性质,但并不存在争议或纠纷,而是对利害关系人民事法律关系影响较大的某种法律事实或状态的认定和宣告。二是确定和实现相关权利为目的的非讼案件,包括申请支付令案件、公示催告案件、企业法人破产还债案件等。

(3) 基于劳动法提起的并非严格意义的平等主体之间部分劳动关系提起的诉讼。包括:劳动者与用人单位在履行劳动合同过程中发生的纠纷;劳动者与用人单位之间没有订立书面劳动合同,但已形成劳动关系后发生的纠纷;劳动者退休后,与尚未参加社会保险统筹的原用人单位因追索养老金、医疗费、工伤保险待遇和其他社会保险费而发生的纠纷。

(4) 基于个别宪法权利提起的诉讼,即选民资格案件。究其性质,实际上是在我国尚未建立宪法诉讼程序的背景下,由民事诉讼法暂时“代管”。这一情形类似于在我国《行政诉讼法》颁布以前,并非平等主体之间发生的行政诉讼案件却适用民事诉讼法调整。实践中这类案件也十分罕见。

可见,我国《民事诉讼法》第3条所称的“诉讼”是广义上的,与“案件”意义相同。而狭义的民事诉讼案件只包括上述第(1)类和第(2)类。此外,我国现行《民事诉讼法》的调整对象还包括执行案件。但在此未列举执行案件,是考虑到将“诉讼”解释为包含“执行”案件很难为当下的理论共识所接受。在现行《民事诉讼法》第3条制定时,执行曾经被认为是诉讼的附带部分,执行权与审判权并无区分;而当执行区别于诉讼的特质和相对独立性广为认知之后,执行程序正被起草中的《民事诉讼法》分离出去,执行案件将不再属于新民事诉讼法典的调整范围,而由独立制定的《强制执行法》来调整。不过值得一提的是,执行程序从民事诉讼“法典”中分离出去,并不意味着执行从整个民事诉讼“制度”中分离。

第二节 民事诉讼

一、民事诉讼的概念和特点

(一) 民事诉讼的概念

民事诉讼是指人民法院、当事人和其他诉讼参与人,在审理民事案件的过程中,所进行的各种诉讼活动,以及由这些活动所产生的各种诉讼关系的总和。

诉讼关系,是指人民法院和一切诉讼参与人之间,在诉讼过程中所形成的诉讼权利义务关系。人民法院始终是诉讼关系中的一方,其与作为诉讼关系中的另一方诉讼参与人之间发生关系。如原告起诉后,法院予以受理,并在法定期限内将原告起诉状副本送达被告,这样法院同原告和被告分别发生了诉讼关系。

诉讼活动,既包括人民法院的审判活动,如案件受理、调查取证、适用强制措施、作出裁判等;又包括诉讼参与人的诉讼活动,如原告起诉、被告提出答辩或反诉、证人出庭作证等。但是人民法院的活动不都是诉讼活动,如法院合议庭评议案件的活动、审判委员会讨论案件的活动就不是诉讼活动,而是法院内部的一种活动,这种活动是由法院组织法所调整的。诉讼活动必须是法院和诉讼参与人在诉讼过程中所进行的能够发生诉讼关系的活动。如法院受理了原告的起诉后,将起诉状副本于法定期限内送达被告,这就是一种在诉讼过程中进行的诉讼活动。诉讼活动与诉讼关系密切相关。

可见,诉讼是由诉讼活动和诉讼关系两方面的内容构成的。诉讼活动能够产生、变更或消灭诉讼关系,而诉讼关系又通过诉讼活动表现出来。同时,这些诉讼活动和诉讼关系,都是民事诉讼法所规定的,换言之,是依法进行的诉讼活动和依法产生的诉讼关系。

（二）民事诉讼的特点

1. 民事诉讼过程的阶段性和连续性

民事诉讼由若干诉讼程序与诉讼阶段相互衔接、相互联系，构成了一个统一的民事诉讼程序体系。我国现行的民事诉讼程序可以分为审判程序和执行程序两大诉讼程序。审判程序又分为第一审程序和第二审程序。第一审程序还包括普通程序和简易程序。每个程序内部、程序与程序之间又由若干诉讼阶段构成。每个诉讼阶段前后连接，各有自己的中心任务，只有在完成前一阶段任务的基础上，才能将诉讼推移到下一个阶段。

2. 民事诉讼必须严格依照法律规定进行

为了诉讼的公正性，民事诉讼法规定了一整套系统完备的程序和方法，法院和诉讼参与人都必须依照法定程序进行活动，同时，也必须依法行使诉讼权利和履行诉讼义务，如果违反了法律规定，将会导致诉讼无效。

3. 法院的审判活动在诉讼过程中起重要作用

在审判法律关系中，当事人的诉讼活动对诉讼的发生、变更和消灭有很大的影响，是民事诉讼发生的基础；其他诉讼参与人的活动，对诉讼的顺利进行也有促进作用；但法院的审判活动，在诉讼中始终起着重要作用，对诉讼的发生、变更和消灭具有决定性意义。

二、民事诉讼的目的

（一）民事诉讼目的的概念和意义

民事诉讼目的，是指民事诉讼制度是为了什么而设立的。更为准确的表述应当是，民事诉讼目的指国家设立民事诉讼制度所期望达到的目标或结果。

民事诉讼目的论，与诉权论、诉讼标的论、诉讼法律关系论、既判力论，共同构成民事诉讼法的基本理论。目的论是全部理论的出发点，在民事诉讼的全部基本理论中，它又具有前提性的地位，因为其他基本理论都是建立在一定目的论的基础之上的。

研究民事诉讼目的，具有重要的理论意义和实际意义：一是可以为民事诉讼法学的其他基本理论提供一个更高层次的理念，从而在对其他基本理论的研究中，在民事诉讼的出发点上获得共识，推动其他基本理论向纵深发展。二是可以为我国民事诉讼立法的完善提供一个基本指导方向。尽管目的论的研究所具有的抽象性和普遍性使我们在一定程度上可以进行超越历史、地域的研究，但每个国家的法律文化传统、法制化进程对法律理论的要求毕竟有所不同，因此，旨在对我国民事诉讼制度的完善提供基本指导方向的目的论研究必须针对我国国情。三是可以为法官进行法律解释提供方向性的指导。在成文法不甚完善的国家（我国亦是），这种指导尤为重要。目的论的这一功能和它为设计民事诉讼制度提供基本指导方向的功能是紧密结合、相辅相成的。

（二）国外学者关于民事诉讼目的论的学说

在国外，把民事诉讼目的作为一个课题来研究，并形成了完整学说体系的是德国和



日本。现将各国学者关于民事诉讼目的论的学说简介如下：

1. 私权保护说

这一学说最早出现于 19 世纪初期，是由德国历史法学派代表萨维尼提出的。该说认为，由于国家禁止自力救济，因而设立民事诉讼制度，并由法院依照客观实体法对当事人实体权利予以保护。这种学说以实体法规范的实现为其着眼点，强调国家实行民事诉讼的目的就在于保护实体权利。

2. 维护私法秩序说

这一学说是由 20 世纪初期德国学者标罗提出的。该说认为，保护私权只是民事诉讼在客观上所起的作用，所以仅从保护私权的意义上难以界定民事诉讼的目的。民事诉讼是作为国家制度的组成部分出现的，国家是为了满足社会整体的需要才设立民事诉讼制度，因此，从整体上维护国家私法秩序是民事诉讼的目的。

3. 纠纷解决说

这是第二次世界大战后，日本学者兼子一提出的目的论学说。该说认为，即使在私法尚不发达的时代，以裁判解决纠纷的诉讼和审判制度即已存在，所以私法实际上是以通过裁判解决纠纷的诉讼和审判制度的存在为基础，裁判方式是在合理解决纠纷的过程中逐渐发展形成的，将民事诉讼目的视为维护私权或私法秩序实在是本末倒置。民事诉讼也如仲裁、调解一样是解决民事纠纷的一种方式，而不是从既存的实体权利出发来确认原有的权利义务关系。因此民事诉讼的目的应为纠纷的强制解决。

4. 程序保障说

这种学说在英美学者的著述中十分流行，在日本得到了以井上治典教授为代表的一部分学者的支持。该说认为，国家设立民事诉讼制度，是为了确保当事人双方在程序过程中法律地位平等，并在诉讼构造中平等使用攻防武器，各拥有主张、举证的机会。该说以程序保障为起点，进一步认为，法院不应该把诉讼的审理过程作为只是为了达到判决或和解而必需的准备阶段，而应把这一过程本身作为诉讼应有的目的来把握，只有正当的程序才是使判决或和解获得正当性的源泉。因此，法院应从“以判决为中心”转向“以诉讼的过程本身为中心”。

5. 权利保障说

这是日本学者竹下守夫新近提出的目的论学说。该说从宪法上权利保障的角度阐述民事诉讼的目的，认为民事诉讼制度基于宪法所保障的权利实为实体法的实质权，私权保护说的最大缺陷就在于无视实质权与请求权在机能上的根本区别，以致将两者合成为实体上的权利，并列为民事诉讼制度应予保护的主体；事实上，其中请求权属实现实质权的救济手段，只有对实质权的保障才是民事诉讼的目的。

6. 多元说

该说认为，对于诉讼目的的认识，应站在作为制度设置、运作者的国家和作为制度利用者的国民的双重立场上进行。按此，纠纷的解决、法律秩序的维护及权利的保障都应当视为民事诉讼制度的目的。上述几种相互对立、相互排斥的价值，可依照实体情况

的不同,而随时在立法、解释及司法运作上进行衡平并有所侧重。

从上述诸学说中,我们可以得到如下启示:

(1) 民事诉讼目的论的研究由一般社会理念转向对宪法理念的探求,“权利保障说”的提出就是标志。

(2) 每一种目的论都是特定历史时代的产物。“私权保护说”是自由资本主义时代的产物,与当时所奉行的“个人本位主义”理念相一致;“维护私法秩序说”是垄断资本主义时代的产物,与当时奉行的“社会本位主义”理念相适应;“纠纷解决说”则反映了现代资本主义社会扩大民事诉讼解决纠纷功能的需要。

(3) 民事诉讼目的论由侧重于诉讼结果逐渐转向对诉讼本身的关注,诉讼程序自身的独立价值日益加强,这从“程序保障说”可以得到充分说明。

(三) 我国学者关于民事诉讼目的论的学说

我国民事诉讼法学界对于民事诉讼目的论的研究起步较晚,到20世纪90年代才开始。近几年来学者对民事诉讼目的的探讨集中在如何确定我国民事诉讼的目的问题上。现将有代表性的观点介绍如下:

1. 多元说或多层次说

该说认为,民事诉讼目的具有多重性和层次性。多重性是由民事诉讼程序的主体多元性的特征决定的;层次性是社会价值取向的多元化决定的。该说把我国现阶段民事诉讼的目的分为以下几个层次:一是实现权利保障;二是解决民事纠纷;三是维护社会秩序。

2. 纠纷解决说

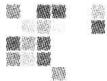
该说认为解决纠纷是民事诉讼的目的。从民事纠纷的解决与民事诉讼机能来看,民事诉讼制度与其他制度的纠纷解决机能和目的是相同的,不同的是在机能的运用方式和目的的实现上,民事诉讼具有国家强制力,并因此成为各种纠纷解决方式中具有终局性的一种。

3. 程序保障说

该说是在对“私权保护说”、“维护私法秩序说”、“纠纷解决说”的批评的基础上进行论证的,鉴于诉讼程序本身在民事诉讼中的核心地位,及其在经验和理念层次都表现出来的重要性,民事诉讼目的应该是程序保障。该说还提出,应将民事诉讼目的与功能区分开来,这是因为现代民事诉讼制度的一切功能都只有在程序的运作中才能得以发挥,其一切价值追求也只有在程序的不断完善中才能得以实现,所以,只有“程序保障”才能作为指导民事诉讼制度设计的核心理念。

4. 利益保障说

该说认为,民事诉讼制度的目的应是利益的提出、寻求、确认和实现,即利益保障。该说所谓利益,内含实体利益和程序利益。按该说的观点,民事诉讼制度的目的,不仅应依照实体法的规定,廓清民事法律关系,确定民事权利状态,从而贯彻宪法关于保障实体权利的规定,还应依程序法的规定,以追求程序利益为己任,以与宪法平行保



护诉讼标的外各项基本权利的宗旨相一致。

我国民事诉讼目的论的研究还处于起步阶段,上述各种学说,尚需进一步论证,目前均未取得通说地位。我国民事诉讼制度面临着机制变革与立法完善,进一步开展民事诉讼目的论的研究,必将有利于当前正在进行的民事审判方式改革,促进民事诉讼制度内容的发展,改善民事诉讼的实践。

三、民事诉讼模式

(一) 民事诉讼模式的含义

模式是指某一系统结构状态或过程状态经过简化、抽象所形成的样式。民事诉讼模式是指民事诉讼制度和程序运作所形成的结构中各种基本要素及其关系的抽象形式。这一概念的含义可分解如下:

(1) 民事诉讼模式还对民事诉讼结构的构成要素及各要素之间的基本关系进行抽象和概括。制度框架需要制度的内容作为血肉,结构本身从形式上提供了可视窗口,而作为内容的要素及关系则是驱动程序的原动力。在这里,模式并没有远离它应该反映的民事诉讼现实,而是通过对各种要素及关系特征的信息反馈,拉近了彼此之间的距离。

(2) 民事诉讼模式是对民事诉讼程序及制度结构的抽象和概括。这是对民事诉讼模式涉及范围的限定。模式首先要解决的问题是民事诉讼的结构成因、结构样式以及结构功能等问题。

(3) 民事诉讼模式作为一种理论构架,它应该最大限度地集中反映民事诉讼制度及程序的主要特征,但它依然表现为一种形式,这是因为模式是载体,围绕模式的民事诉讼制度的要素及关系才是其内容。

(二) 当事人主义与职权主义

在民事诉讼法学领域,存在着一种关于模式的说法,这就是民事诉讼的当事人主义与职权主义,其被称为当今世界上主要的民事诉讼模式。

1. 当事人主义的含义和成因

当事人主义是英美法系国家赖以解决民事纠纷的民事诉讼原则,是指在民事纠纷解决中,诉讼请求的确定,诉讼资料、证据的收集和证明主要由当事人负责。在当事人主义支配下,当事人甚至对法律的适用都有选择的权利。由于证据及诉讼资料的收集及提出由当事人负责,发现真实的主要责任也是由当事人承担,法官则处于顺应性的地位。这种顺应性,其实指的就是法官对当事人之间的争执和主张,不作干预,而是尊重当事人的意志。

1806年的法国民事诉讼法典中首先确定当事人主义。1877年制定的德国民事诉讼法典和1891年制定的日本民事诉讼法典也相继确定了当事人主义。作为当事人主义开山鼻祖的法国民事诉讼法典在制定时,受到当时诉讼法理念,即自由主义诉讼观的影响,该观点认为,民事诉讼涉及私人利益的纠纷,运作诉讼和诉讼程序进行的主导权应由当事人持有,法院及法官在诉讼中的角色,是扮演严格中立者,只就事实作出法律上

的判断,而不是越过当事人意思自治的界限,无端进行干预。

当事人主义的形成还有更深层次的原因,这就是私法自治原则和市场经济的影响。从私法自治原则的角度说,私法自治与法国民事诉讼法典中表现的自由主义诉讼观是相互关联的。由于民事纠纷起因于民事上权利义务的争执,原来调整民事权利义务关系的私法及其原则便应得到贯彻和实施。而国家的干预,必然会破坏当事人之间原来建立在私法关系之上的平等关系,这也不符合民事诉讼的运行规律。再从与市场经济的关系来说,由于国家在市场经济中的地位只是为经济实施调控,并不直接干预社会经济生活,所以反映在民事诉讼中,代表国家的法院只能是居中裁判。

2. 职权主义的含义和成因

职权主义是指法院在诉讼程序中拥有主导权。该主义可分为职权进行主义和职权探知主义两个方面的内容。职权主义和当事人主义相对立,具体是指在民事诉讼中,程序的进行以及诉讼资料、证据的收集等权能由法院担当。我国学者一般认为,苏联和东欧国家的民事诉讼模式属于职权主义。在19世纪产业革命浪潮中,以至整个20世纪,各国在修改民事诉讼法时,又强调了职权主义的色彩。

职权主义的典型代表是1895年制定的奥地利民事诉讼法。作为当事人主义鼻祖的法国从1935年开始,在遭受人民抵触的情况下,也逐渐导入职权主义的一些规定。德国1976年民事诉讼简易化法也有此倾向。更令人深思的是,1991年美国司法制度改革法和1995年至1996年英国沃尔夫勋爵组成的司法改革小组拟订的方案,也对英美法官在民事诉讼程序中的超然地位作出变更,强调了法官对程序的干预。对此,日本学者江藤价泰曾形象地说,19世纪的民事诉讼法为当事人主义型,而20世纪则为职权主义型。

20世纪末的中国,职权主义在民事诉讼中得以盛行,究其根源有二:一是当事人主义支配下的诉讼程序造成了审判迟延、程序复杂以及费用增加等后果,因此,增强法院的职权,是为了防止不利于纠纷解决的情形出现;二是作为当事人主义基础的自由主义思想,随着19世纪末产业革命的兴起,城市化和大规模化的纠纷产生,已经不能再主宰民事诉讼程序,为了迅速且经济地解决纠纷,各国开始强化了民事诉讼中的法院职权。

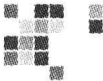
至于20世纪90年代英美法系主要国家英国和美国表现出的对职权主义的羡慕,自然与当事人主义泛滥有着十分密切的关系。在纯当事人主义支配下的诉讼程序,诉讼迟延与诉讼费用高昂的弊端日显突出,成为司法制度改革的重要原因之一。

(三) 案件审理中法院与当事人的作用分担

为了说明当事人主义与职权主义在当代民事诉讼中的表现,应借鉴外国民事诉讼法学理论的研究方法,将视角指向民事诉讼的审理程序,以说明二者在民事诉讼中的交错。

在民事诉讼审理程序中,大体上有三种情况:诉讼程序的启动、终结及审理对象的确定;有关审理对象基础的诉讼资料及证据收集;程序的进行。在这三种情况中,因各国的法律规定不同,当事人主义和职权主义都有可能在其中予以适用。

以我国为例,一般诉讼程序的启动,基本上由当事人进行。而再审程序,不仅当事



人有权启动，而且法院可以依据职权发动，检察院也可以提起再审程序，这里的职权主义倾向是极端浓厚的，也可以说是我国特有的职权主义与当事人主义结合的方式。

在法院正式受理案件，进入审理阶段之后，法院和当事人的作用分担主要出现在两种情况中，即审理内容确定的情形和审理运作的情形。就审理内容确定的情形而言，作为法院判决基础的诉讼资料及证据资料的收集，以当事人为主导，其重要的体现在于辩论主义；如果法院在收集诉讼资料和证据资料方面拥有主导权，则表现为职权探知主义。就程序运作的情形而言，如果当事人对程序的运作拥有主导权，则称为当事人进行主义；如果认可法院对程序运作拥有主导权，则称为职权进行主义。

为了说明职权进行主义中法院的作用，不能不论及法院的诉讼指挥权。诉讼指挥权是法院为了保证程序的进行，而依据职权运行诉讼程序的权能。它是职权主义的具体体现和核心。诉讼指挥权的主要内容包括：指挥程序进行的权能，含指定或变更期日、期间及中止诉讼程序等；在庭审中指挥当事人进行合理、有效的辩论；根据辩论的实际情况，调整辩论顺序，对辩论进行限制、分离或者合并；对当事人之间不明确、不清楚的陈述及主张行使释明权，促使当事人补充或完善自己的主张。诉讼指挥权的行使，使法院在民事诉讼中的权能与当事人明确区分，有助于及时、有效地解决民事纠纷。

（四）诉讼模式与能动司法

1. 能动司法的提出

司法能动与司法克制是司法权的一体两面，二者共同构成了司法权的属性，对不同侧面的强调也形成了不同诉讼模式的界分。坚持能动司法、积极司法还是谨守司法克制、消极司法，多年来争议不断。比较鲜明的几种倾向是：有的认为司法过程要恪守被动性、消极性、中立性这些基本特征，不宜过分强调能动司法；有的认为法院既然依法裁判，能动性的空间客观上就非常小，主要体现为消极性、被动性；有的则主张要大力弘扬能动司法。

20世纪80年代以来，中国的民事诉讼遵循的是一条能动主义的发展主线，即在司法能动与司法克制的关系中，认为司法能动是矛盾的主要方面，司法克制是次要方面。2009年8月，最高人民法院明确提出了能动司法的主张，并且通过司法理念、司法政策、司法解释乃至司法判例等，向社会明确地昭示其追求能动主义的愿望，以使我国的民事诉讼能够适应中国国情、因应时代变化、回应社会需求。与西方司法能动主义相比，我国能动司法既有一定的创新性（如强调调解的常规化运用以及便民、利民），也有较大的保留（如不承认法官造法，也不倡导超越法律规定）。这不仅是考虑了不同法系及司法制度之间的差异，更是对中国具体国情的尊重。

2. 能动司法的主要内容

中国的能动司法主要体现为以下四个方面的内容：

（1）把调解作为处理社会纠纷的常规性司法方式。司法能动主义在中国的实践形态最富有特色之处就是调解手段的广泛运用。

（2）把追求社会目标的实现作为司法的基本导向。法院及司法人员超越单一的法律思维以及对案件简单化认知的视野局限，关注社会总体目标的要求，关注社会发展与变