



# 民事程序法研究

法学高等教育研究生教学用书

齐树洁 著



科学出版社  
[www.sciencep.com](http://www.sciencep.com)

法学高等教育研究生教学用书

# 民事程序法研究

齐树洁 著

科学出版社

北京

## 内 容 简 介

司法是社会正义的最后一道防线。社会主义司法制度应当保障在全社会实现公平和正义。为保障民众获得司法救济的权利,一方面,应当改革与完善民事诉讼制度,尊重当事人的程序选择权和程序参与权;另一方面,应当建立和发展多元化纠纷解决机制,并且使各种纠纷解决方式之间彼此协调、相辅相成。本书以民事司法改革、民事诉讼法的修改为背景,对“程序法与实体法的关系”进行法理分析,阐述民事诉讼程序及纠纷解决机制的基本原理,力求体现最新的学术研究动态。在此基础上,论述如何立足我国国情,借鉴外国经验,构建公正、高效的民事司法制度。

本书适合作为法学硕士和法律硕士的研究生教材,也可作为法学教学和研究的参考书。

### 图书在版编目(CIP)数据

---

民事程序法研究/齐树洁著. —北京:科学出版社,2007  
(法学高等教育研究生教学用书)  
ISBN 978-7-03-018901-1

I. 民… II. 齐… III. 民事诉讼法-研究-中国-研究生-教学参考资料  
IV. D925.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 061416 号

---

责任编辑:徐蕊 王京苏 王剑虹 / 责任校对:朱光光  
责任印制:张克忠 / 封面设计:耕者设计工作室

科学出版社出版

北京东黄城根北街 16 号

邮政编码:100717

<http://www.sciencep.com>

双青印刷厂印刷

科学出版社发行 各地新华书店经销

\*

2007年5月第一版 开本:B5(720×1000)

2007年5月第一次印刷 印张:22

印数:1—3 000 字数:419 000

定价:37.00 元

(如有印装质量问题,我社负责调换<路通>)

## 编审委员会名单

主任 廖益新

委员 (以姓氏笔画为序)

卢炯星 朱福惠 齐树洁 李兰英

宋方青 陈晓明 徐国栋 徐崇利

蒋月 曾华群

## 作者简介

齐树洁,男,河北武安人,1954年8月生。1972年12月从福建泉州一中应征入伍,在新疆军区某部服役多年,受嘉奖两次,1978年4月退役。1982年7月毕业于北京大学法律系,获法学学士学位。1990年8月毕业于厦门大学民商法专业,获法学硕士学位。2003年11月毕业于西南政法大学诉讼法专业,获法学博士学位。曾在西南政法学院、中国人民大学、香港大学、澳门大学、台湾中山大学、菲律宾 Ateneo 大学、英国伦敦大学、德国 Freiburg 大学研修和访问。长期从事民事诉讼法、证据法、仲裁法、外国民商法、司法改革的教学和研究。现为中国法学会民事诉讼法学研究会常务理事,厦门大学法学院教授、诉讼法教研室主任、博士生导师,福建省法学会诉讼法学专业委员会主任。

## 总 序

法治建设离不开法学教育和法律人才培养。法学硕士研究生（含法律硕士研究生）的教育是高层次的法律专业人才培养。曾有人将法学院的使命赋予为培养阐释法律的法学家与培养从事法律解释的法律人。简而言之，法学院培养目标为两类人才：一是学者型、研究型的法学家；二是应用型、操作型的法律职业人。由此，联想到法学硕士研究生的培养制度改革，我们更倾向于将法学硕士研究生的培养目标定位，由培养单纯的学者型、理论型法学研究人才转向培养具有更为深厚扎实的知识基础和较强的实践创新工作能力的应用型人才，培养发展的人才类型亦由单一型向复合型方向转换。

基于上述这样的考虑，我们提供给法学研究生用于汲取理论营养、维系知识命脉的教材也应该顺应培养目标的要求，体现出复合型的特色：即不仅告诉读者法律应当是什么，同时，又启发学生在实践中如何去做。与此目标相对应，我们尝试将这套研究生教学用书定位于专著性质的教材，旨在不仅能够反映学科领域理论研究和实践发展动态，使其在具有较为鲜明的学术品位的同时，也能成为法学硕士研究生专业学位课程或选修课程的教材或主要参考用书。

如果说衡量研究生是否得到社会的肯定取决于能否顺应社会经济和法治建设发展的需要，那么，这套硕士研究生教学用书是否成功，则主要取决于撰写人员对于专著性质教学用书如何适应研究生教学培养需要的规划设计。有鉴于此，我们对于这套教学用书的设计努力突出以下几点特色：

▶具有相当的知识含量。本套硕士研究生教学用书撰写的内容有别于以基本知识、基本概念的介绍为主要内容的本科教材，而是以专题的方式较为深入地探讨所涉学科领域近年来若干主要、重要或前沿性的理论或实务问题。虽然其中不乏对基本概念的阐述，但力求简练、准确，并对有分歧的概念和观点进行了梳理和甄别，使读者对所探讨的专题有比较系统、深刻的理解和把握。

▶具有相当的应用价值。无论法学院培养的是学者型的人才还是实务界的精英，都需要明确实践理性的价值目标。因此，本套教材在取材和内容安排上突出实用性和应用性，尽可能避免“纯学术”的艰涩探讨，而是注重理论在实践中的运用。在展示“应然”的知识与“实然”的状态之间的摩擦与契合，权衡与取舍的同时，更偏重于对“实然”知识的阐释、分析和实际运用的把握上，力求以案例和实际问题的分析引领和贯穿全书。

▶具有相当的学术品格。无论是法学硕士研究生还是法律硕士研究生，都应

该具备相当的法学理论基础和一定的学术鉴别能力。因此，本套教学用书的内容力求具有较高的学术水准，所选择论述的各个专题应该是作者基于对某一学科的深刻领悟，具有独到见解，反映学科领域理论研究和实践发展最新动态的重要问题。争取为读者提供的不仅是解决温饱的快餐，而是值得回味的盛宴，使读者从中能够考量作者的学术路径，在阅读中产生耳目一新的学术感应与共鸣。

总之，本套硕士研究生教学用书兼具学术性、知识性和应用性的特点，以培养具有法律基础知识和综合素质的高层次人才为指导思想，力求让不同层面的读者都能够从中受益，成为开启法学理论研究兴趣和指导法律实务操作大门的一把钥匙。

非常巧合的是，厦门大学法学院与科学出版社签订出版这套研究生教学用书的协议的那一天，正值厦门大学 85 周年隆重的校庆；而第一批出版的教学用书又刚好迎来了法学院 80 周年的华诞。在这热烈吉祥的氛围中，我们更增加了信心和动力，期待着厦门大学法学院以深厚的学术资源和文化底蕴为后盾，经过不断探索与改进，竭尽全力使这套丛书成为法学硕士研究生教学用书中的精品，为推进我院法学硕士研究生的教学水平和课程建设，促进法学教育的改革作出应有的贡献。

当然，不容回避的是，由于我们是第一次尝试组织撰写硕士研究生教学用书，参与撰写的作者研究水平各有高低，学术风格迥异，书中的疏漏和不足恐在所难免。欢迎各位读者能够批评指正，以使我们这套丛书再版时能更臻于完善。

最后，衷心感谢各位作者为本套丛书的问世奋笔疾书，献计献策，也衷心感谢科学出版社对厦门大学法学院法学教育事业的热诚支持和鼎力相助！

厦门大学法学院编委会

2006年8月28日

# 目 录

## 总序

绪论	1
第一节 民事程序法与实体法的关系	1
第二节 民事程序法的价值	7
第三节 民事诉讼构造的原理	11
第四节 结语	20
第一章 纠纷解决机制的原理	22
第一节 引言	22
第二节 “纠纷”概念的阐释	24
第三节 “纠纷解决机制”的界定	28
第四节 纠纷解决机制的评价标准	32
第五节 各种纠纷解决方式之评价	37
第六节 和谐社会与法治的可持续发展	51
第二章 当事人适格之扩张	55
第一节 当事人概述	55
第二节 当事人适格之法理	57
第三节 诉权保障与当事人适格之扩张	60
第四节 当事人适格判断标准的发展	63
第五节 私益诉讼与当事人适格之扩张	65
第六节 公益诉讼与当事人适格之扩张	66
第七节 当事人适格扩张的界限	75
第三章 专家证人与司法鉴定	77
第一节 英国专家证人制度概述	77
第二节 英国专家证人制度的新发展	83
第三节 英国专家证人制度改革的启示	86
第四节 我国司法鉴定制度的改革	92
第四章 调解制度	97
第一节 调解制度概述	97



第二节	调解与法治的现代化	106
第三节	调解与诉讼程序的衔接与融合	110
第四节	法院调解制度改革的论争与探索	121
第五节	我国法院调解制度的完善	125
<b>第五章</b>	<b>审前程序</b>	<b>138</b>
第一节	审前程序的制度功能	139
第二节	美国民事审前程序	146
第三节	德国民事审前程序	151
第四节	我国民事审前阶段	156
第五节	三国审前程序(阶段)之比较	156
第六节	我国民事审前程序之建构	162
<b>第六章</b>	<b>小额诉讼程序</b>	<b>174</b>
第一节	小额程序的概念和特征	175
第二节	小额程序之法理	177
第三节	小额程序的比较法考察	182
第四节	我国增设小额程序的构想	190
<b>第七章</b>	<b>第二审程序</b>	<b>202</b>
第一节	第二审程序与第一审程序的关系	202
第二节	现行民事上诉制度若干缺陷之分析	207
第三节	接近正义与上诉权之保障	216
第四节	分配正义与上诉权之限制	224
第五节	完善第二审程序的思考	234
<b>第八章</b>	<b>第三审程序</b>	<b>240</b>
第一节	审级制度的意义	240
第二节	上诉制度的目的	242
第三节	第三审功能的定位	245
第四节	第三审审理范围的限制	248
第五节	事实问题与法律问题的区分	249
第六节	第三审提起条件的限制	252
第七节	第三审程序规则的限制	253
第八节	实行飞跃上诉制度	254
<b>第九章</b>	<b>公益诉讼</b>	<b>258</b>
第一节	诉权的现代转型及其保障	258

---

第二节 我国公益诉讼的困境·····	262
第三节 《乌苏里船歌》案引发的讨论·····	266
第四节 当事人适格理论的发展·····	269
第五节 当事人适格要件的衡量标准·····	271
第六节 当事人适格扩张的意义·····	273
第七节 构建诉讼信托制度的必要性·····	276
<b>第十章 重整制度</b> ·····	<b>283</b>
第一节 重整制度的意义·····	283
第二节 重整制度与和解制度的比较·····	284
第三节 重整程序的启动·····	287
第四节 重整申请的受理·····	289
第五节 重整人·····	292
第六节 重整计划·····	293
<b>第十一章 环境纠纷解决机制</b> ·····	<b>299</b>
第一节 概述·····	299
第二节 外国环境纠纷解决机制之借鉴·····	304
第三节 我国环境纠纷解决机制之分析·····	313
第四节 我国环境纠纷解决机制的完善·····	318
第五节 环境纠纷解决机制的发展趋势·····	322
<b>第十二章 民事司法改革</b> ·····	<b>327</b>
第一节 引言·····	327
第二节 司法改革的合宪性·····	329
第三节 司法改革的整体性·····	332
第四节 司法公正与司法效率的平衡·····	335
第五节 纠纷解决机制之重构·····	338

## 绪 论

程序,从法律学的角度来看,主要体现为按照一定的顺序、方法和步骤来做出法律决定的过程。其普遍形态是:按照某种标准和条件整理争论点,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做出决定。程序通过发挥促进意见疏通、加强理性思考、扩大选择范围、排除外部干扰等功能来保证决定的成立和正确性。<sup>①</sup>

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、生效和消灭的法;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来具体实现所需的制度和技術上的程序。<sup>②</sup>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。<sup>③</sup>其结果不仅压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,审判方式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得到根本的改变。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。

### 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问题,主要是解决如何从

---

① 季卫东:《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社,1999年,第12页。

② 潘念之主编:《法学总论》,知识出版社,1981年,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”。见尹平等:《法学辞典》(增订本),上海辞书出版社,1984年,第58、914页。

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。大陆法系国家传统的法学理论认为,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。<sup>①</sup>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”(where there is no writ there is no right)的法律传统以及现行的陪审制度、遵循先例等法律制度的影响,英美法学者大多特别重视诉讼程序,相信“正义先于事实”(justice before truth)、“程序先于权利”(process before rights)。<sup>②</sup>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公正对待;同时,只要审判按照公正的程序进行,就能够做出公正合理的判决,产生“好的”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,认为“实体法是面向法官的规范,即审判规范。因此,它们必须为法官所进行的审判提供服务,而它们本身并不创设权利,无论任何时候,都只是作为判断基准,在根据审判产生的权利创造过程中起不可欠缺的辅助作用”<sup>③</sup>。

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,但它致命地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;而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

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,第43页。

② 转引自[法]勒内·达维尔:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社,1984年,第337页。

③ [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,第67页。

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，无论是将程序法看作是实体法的“助法”抑或“母法”，都存在着理论上的不完善之处。正确认识程序法与实体法的关系，应当从以下几方面综合考虑。

### 一、程序法不是实体法的“助法”

首先，从两大法系的法律史来看，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。以罗马法为例，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，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正确的程序来间接地得到支持，因而必须强调程序的重要性。<sup>①</sup>

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。在英国，以令状制为基础的“诉讼形式”（forms of action）规定了与不同的令状相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。<sup>②</sup>而在古罗马，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”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

<sup>①</sup> 齐树洁主编：《英国司法制度》，厦门大学出版社，2005年，第五章“陪审团”。

<sup>②</sup> 何勤华主编：《英国法律发达史》，法律出版社，1999年，第27页。

直将解决纠纷作为民事诉讼的目的,认为“法院是国家设置用来以解决争端的机构”<sup>①</sup>。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所应考虑的重点,这种认识也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(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,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仅能达到的目标及唯一追求。

最后,从程序的整个过程来看,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。在司法实践中,法官适用法律的过程就是将待决案件事实置于法律规范构成要件之下,以获得特定结论的一种逻辑思维过程,称之为涵摄。<sup>②</sup>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,同时也是创制和发展实体法的过程,它将程序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。<sup>③</sup>法官不再是“法律操作机器”,而是能够在程序的进行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

<sup>①</sup> [美] 米尔顿·德·格林:《美国民事诉讼法概论》,上海大学文学院法律系译,法律出版社,1988年,第1页。

<sup>②</sup> 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,第499页。

<sup>③</sup> 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 step, 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 element of discretion. See Elizabeth A. Martin & Jonathan Law, *Oxford Dictionary of Law*, Oxford University Press, 2006, 297.

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。

## 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,而非先于实体法而存在。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。<sup>①</sup>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像的,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,也能够发挥着审判的基准的作用,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,但是程序的结果不能逻辑地归结为程序法的结果。程序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

<sup>①</sup> 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,第14、15页。

能。在现代法治国家,决定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。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做出规范,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。另外,法官在行使自由裁量权时,对新的实体权利的确认“必须在现行法规整体所允许的正当化的范围内进行,而且这种利益、价值并不是由法院创造的,而是既存的”<sup>①</sup>。按照这种观点,当事人所享有的民事请求权中就包含有法院进行创造性司法活动和自由裁量的要素。因此,对新的实体权利的创设不过是现有的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以及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,或者将争端在审判程序外通过协商、交涉的方式解决时,诉讼程序就无法启动和进行,因此也无从发挥作用。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

<sup>①</sup> [日] 竹下守夫:《民事诉讼法的目的与司法的作用》,牟易、诚译,载《现代法学》,1997年第3期。



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皈依。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，反过来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，这从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这种担保方式的效率。

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，因此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互相影响而又互相制约。

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，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微、技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，