

普通高等学校人文社会科学重点研究基地基金资助

“诉讼原理研究”课题成果之三

项目主持人：樊崇义

民事诉讼原理

THEORY ON CIVIL PROCEDURE

主编·杨荣馨



法律出版社
LAW PRESS

普通高等学校人文社会科学重点研究基地基金资助

“诉讼原理研究”课题成果之三

项目主持人：樊崇义

民事诉讼原理

THEORY ON CIVIL PROCEDURE

主编·杨荣馨



法律出版社
LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼原理/杨荣馨主编. —北京:法律出版社,
2003.4
ISBN 7-5036-4324-2

I. 民… II. 杨… III. 民事诉讼法—法的理论—
研究 IV. D925.101

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 046372 号

法律出版社·中国

责任编辑/王 扬

装帧设计/王际勇

出版/法律出版社

编辑/法律教育出版中心

总发行/中国法律图书公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/24.5 字数/784 千

版本/2003 年 4 月第 1 版

印次/2003 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法律教育出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/jiaoyu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939659

传真/010-63939701

中国法律图书公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

销售热线/010-63939792

网址/www.Chinalaw-book.com

010-63939778

书号:ISBN 7-5036-4324-2/D·4042 定价:42.00 元

主编简介

杨荣馨(又名荣新、蓉馨),1931年生,山西省人。现任中国政法大学教授、博士研究生导师、民事经济司法研究中心主任。兼任武汉大学等多所院校教授;兼任中华全国人民调解员协会副会长、中国行为法学会理事、中国法学会诉讼法学研究会顾问。曾系统参加民事诉讼法、企业破产法、公证法等起草工作;正在主持制定《中华人民共和国民事诉讼法》(专家建议稿);参与制定《中华人民共和国民事诉讼法》(专家建议稿)的工作。曾赴日本、美国讲授中国法律。主要著作有《民事诉讼法学》、《民事诉讼法学新编》、《民事诉讼法教程》、《新民事诉讼法教程》、《律师与公证制度》、《人民调解学概论》、《律师理论与实务》、《仲裁理论与适用》、《依法治国论》、《破产法基本问题》、《论民事程序法》、《论民事诉讼法指导思想》、《论民事诉讼法基本原则》、《论司法公正》、《论民事审判方式改革与证据制度完善》等。不少论著,多次获奖。

撰稿人及其写作分工:

(以撰写章节先后为序)

- 杨荣馨(中国政法大学教授诉讼法研究中心、博士生导师),绪论、第十八、二十章
肖建华(中国政法大学诉讼法研究中心教授、博士),绪论、第二、三、五、二十章
廖永安(湖南湘潭大学法学院副教授、博士),第一、六、十七章
肖建国(北京科技大学法学院副教授、博士),第四、九、十九章
方艳华(中国政法大学硕士生),第七章
毕玉谦(国家法官学院研究员、博士),第八、十一章
乔欣(中国政法大学民商经济法学院副教授、博士),第十章
侍东波(中国政法大学博士生),第十二章
韩象乾(中国政法大学民商经济法学院教授),第十三章
谭秋桂(中国政法大学诉讼法研究中心讲师、博士),第十四、十五、二十一、二十二章
王娣(中国政法大学民商经济法学院副教授、博士生),第十六章
金俊银(国家法官学院研究员),第二十三、二十四、二十五章

说 明

教育部人文社会科学重点研究基地——中国政法大学诉讼法学研究中心第一批重大科研项目——诉讼原理研究,于2000年9月18日立项,历经三载,几易其稿,终于面世。

研究诉讼原理势在必行。根据我国民主与法治建设的进程,按照诉讼法学研究发展的规律,从规范诉讼法学走向理论诉讼法学,这是诉讼法学发展的必然趋势。因为诉讼法学的表现形式既包括对三大诉讼法法条的诠释,又包括对法理的阐释,前者为规范诉讼法学,后者为理论诉讼法学。从规范诉讼法学走向理论诉讼法学,这就是法学工作者经常所论:走出注释法学的樊篱,迈向理论法学的自由王国。任何一个部门法学,从“自在”走向“自由”,必须实现这一转变。这一转变的过程就是本学科发展、深入和走向科学的象征。诉讼原理研究就是出于这一目的而立项并深入展开的。

什么叫原理?什么叫诉讼原理?诉讼原理的内涵外延是什么?诉讼原理的阐释与诉讼法条是什么关系……对这一系列问题的思考贯穿于我们研究的全过程。课题组成员关起门来查阅国内外资料,走出门去调查研究,还组织专家学者和实务部门工作者进行专题研讨。当然,人们看法种种,见解不一。我们总结了来自各方面的意见,吸收了国内外最新的成果,梳理编织成书。为了学习和使用上的方便,在成果体例上分列为四个部分:把三大诉讼的共性原理单列一卷,称《诉讼原理》;刑事诉讼的特有原理单列一卷,称《刑事诉讼原理》;民事诉讼的特有原理单列一卷,称《民事诉讼原理》;行政诉讼的特有原理单列一卷,称《行政诉讼原理》。诚然,有关诉讼原理的研究才刚刚起步,而且,由于立项题目内容工程巨大,我们对共同原理和特有原理的概括、抽象是否符合法学理论之规格和要求,是否挂一漏万,作者实有风险之感。说句心里话,我

们的研究只是为了抛砖引玉,求教同仁。

“诉讼原理研究”从立项到结项,得到了各位同行专家、学者及实务工作者的支持和帮助,得到了普通高等学校人文社会科学重点研究基地的资助,得到了法律出版社的支持,在此一并表示真诚的谢意。

项目主持人:樊崇义

2003年1月

序 言

人类社会庞大而复杂,充满着矛盾,矛盾是社会存在的基本形式。在社会矛盾中,人民内部的非对抗性的矛盾又占主导地位,数量巨大,其重要部分又表现为形形色色的民事纠纷。有矛盾就要平衡,有纠纷就要解决,这是社会存在人类发展的必要条件。失去平衡的社会,矛盾纠纷长期得不到解决,将会影响社会的发展,甚至危及社会的存在。因此,解决民事纠纷,化解社会矛盾,是每个社会都面临的必须妥善解决的重大课题。

我国正处在社会转轨时期,各类矛盾复杂而又突出,各种民事纠纷包括涉外民事纠纷,种类繁多而又数量巨大。民事纠纷的增长是随着生产的发展、交往的增加和人们财富增多而成正比例的,这从另一个侧面说明了我国社会的进步和社会主义市场经济的发展。但是,民事纠纷的存在必然会影响社会的平衡,影响社会的安定团结,因此,解决民事纠纷,化解社会矛盾,就成为我们重大而又突出的任务。

我国解决民事纠纷的方式虽然很多,但采用民事诉讼形式,通过国家司法机关的审理,作出生效法律文书,却是最具权威的最后的解决方式,为民事纠纷当事人广泛采用,据最高人民法院统计,最近5年来,全国人民法院审结第一审民事案件共计2362万件。^{〔1〕}由于公民、法人和准法人组织对民事诉讼的重视和喜爱,由于依法治国建设社会主义法治国家基本方略的推行,诉讼法学界和法律实务界对民事诉讼的研究有了重大发展,初步扭转了“重刑(事法律)轻民(事法律)、重实体(法律)轻程序(法律)”的传统,作为“轻中之轻”的民事诉讼法律和民事审判实务开始被重视,研究的成果日益增多,这是可喜的社会进步和法治完善的表现。

但是,在法学研究中,偏重于注释法条和解释实际问题,对理论研究还未受到应有的重视,这又是美中不足的憾事。须知理论研究具有重大意义,

〔1〕《法制日报》2003年3月12日第1版。

理论源于实际,服务实际;但又高于实际,指导实际。没有实际的理论,是空洞的没有价值的理论;而没有理论指导的实际,又是盲目的混乱的实际。重视紧密结合实际的理论研究工作,已成为法学研究的当务之急。有鉴于此,我们进行了“民事诉讼原理”课题的研究。

民事诉讼的立法和实际极为广泛复杂,民事诉讼原理极为博大精深。现在研究已告终结,但仍有言犹未尽之感。例如,检察机关与民事诉讼关系问题。民事诉讼法只规定了事后监督的抗诉,如果发现一审判决错误,正在造成重大损失,也只能眼睁睁地等着判决生效,然后才能提起抗诉。检察机关监督民事诉讼,维护法律的统一实施,保护国家、集体和人民的重大利益,本来有许多方面,诸如提起民事诉讼、参与正在进行的民事诉讼和对民事诉讼活动(包括对法院审理、当事人诉讼)进行监督;但本书现在只提出人民检察院提起民事诉讼的问题,先作重点突破,其他问题留待以后研究。

例二,程序制度方面。小额诉讼制度十分需要,可以简化诉讼程序,降低诉讼成本,减轻法院压力,有效地保护当事人的合法权益,在民事审判实务中十分需要,而且不少国家已实行了这一诉讼制度,国内个别法院也在试验,但我们尚未作为一个专题,只是在简易程序中附带作了阐述。

例三,关于普通程序的适用问题。普通程序是本书研究的重点之一,它的适用范围本应涉及,但考虑当前几乎流行的观点和极为普遍的司法实际,都极力缩小普通程序而扩大简易程序,我们又不便苟同,只好暂付阙如。我认为民事诉讼立法的本意是重视普通程序的,适用范围大体在 $2/3$ 左右。案件有简单容易、一般和重大复杂之分,简单容易案件适用简易程序,其余两类案件则适用普通程序。审判程序是为保证审判质量服务的,普通程序规定完整,能有效地保证办案质量,当然应广为适用。至于目前某些法院大量适用简易程序,可能是人少案多的权宜之计,如今后形势变化,审判力量增强,我相信普通程序的适用范围必将扩大,必将恢复它的本来面目。

例四,执行与审判关系方面。我们现行立法是将二者都规定于民事诉讼法中,但二者的性质、职能、程序、制度等都是不同的。由于各方面原因,包括理论研究的不够,致使执行难和执行乱成为困扰广大当事人和整个社会的重大问题,也成为全社会、高层领导和最近召开的第十届全国人民代表大会第一次会议、全国政治协商会议十届一次会议所关注的热门话题。我们只研究了其中一些普遍性的问题,对某些重大问题,如执行理念、执行的机构设置等,尚未涉及。关于执行理念,我认为执行的理念是独立、高效、公

正、透明(当事人有知情权)、穷尽(用完执行措施)。关于执行机构的设置,我认为从法学理论和互相制约的原则考虑,应将执行机构设置于司法行政部门;但考虑到目前仍在盛行的“地方保护主义”,惟恐执行工作划归司法行政部门之后,更为某些地方政府干涉执行工作大开方便之门。这都是有待进一步研究的问题。

例五,关于刑事附带民事诉讼问题。本书仍是依照目前的一般观点写的,阐述了民事诉讼和刑事诉讼的关系。刑事附带民事,这是长期以来的传统观点,认为是天经地义的,因为过去民事诉讼和刑事诉讼的证明标准一样,都是绝对的客观真实。这实际上是可望而不可及的,几乎是做不到的。现在民事诉讼和刑事诉讼的证明标准迥然不同,在一个刑事附带民事诉讼中,刑事证明不了,罪名不能成立;而民事责任却能证明,应当赔偿,这已是屡见不鲜的客观存在。如果让受害人另行起诉,则违反“一事不再理”的原则;如让刑庭判决民事部分,则会形成“皮之不存毛仍能附”的尴尬局面;如让刑庭转民庭,则会违反当事人的处分原则。整体来说,还有一个刑庭审判人员是否熟悉民事审判业务问题。是否需要取消刑事附带民事诉讼这一制度,是值得进一步研究的。

以上只是一些突出的例子,需要研究的问题还很多,留待我们大家共同努力吧。

本书作者是由各方人员组成的,既有教学研究部门的,又有司法实际部门的;既有中国政法大学的,又有其他学校的;既有老师,又有学生;既有从事民事诉讼研究多年的学者,又有崭露头角的中青年学者。这样的组合,具有很大的互补性,有利于问题的研究和撰写。经过大家的共同努力,通力协作(肖建华同志还做了不少技术性事务性工作),现在终告一段落。但要解决民事诉讼原理这样的重大问题,由于时间紧迫,我们深感力不从心,定会会有所疏漏和不当。切望广大读者不吝赐教,则幸莫大焉,不胜感谢。

杨荣馨(荣新)谨识

葵未早春于小月河畔

目 录

绪论·····	(1)
---------	-------

基本理论篇

第一章 民事诉讼目的·····	(11)
一、民事诉讼目的的哲学思考 ·····	(11)
二、研究民事诉讼目的的意义 ·····	(13)
三、民事诉讼目的与相关范畴的关系 ·····	(15)
四、民事诉讼目的的理论发展与评析 ·····	(17)
五、我国民事诉讼目的之界定 ·····	(31)
六、我国民事诉讼目的的确立依据 ·····	(33)
第二章 诉权·····	(38)
一、从我国诉权保护存在的问题看诉权研究的意义 ·····	(38)
二、诉权学说的演变路径 ·····	(40)
三、确定时代所需要的诉权观 ·····	(47)
四、诉权要件:当事人适格和诉的利益·····	(52)
五、诉权与审判权的关系 ·····	(75)
第三章 诉讼标的·····	(78)
一、诉讼标的的理论研究的意义 ·····	(78)
二、各种诉讼标的的学说与评介 ·····	(79)
三、诉讼的标的属于各国民事诉讼中的共性问题 ·····	(85)
四、我国诉讼标的的理论与实践 ·····	(89)
第四章 民事诉讼基本原则·····	(96)
一、诉讼原则的层次结构:核心原则、基本原则与具体原则 ·····	(96)
二、民事诉讼基本原则的性质 ·····	(100)

三、民事诉讼基本原则的功能	(103)
四、民事诉讼基本原则的体系	(108)
五、辩论原则和处分原则	(112)
六、直接言词原则	(116)
七、诚实信用原则	(124)
第五章 当事人及其诉讼主体地位的实现	(129)
一、确立当事人诉讼主体地位的意义	(129)
二、实现当事人诉讼主体地位的制度构建	(133)
三、改造多数人诉讼制度,扩大司法解决纠纷的功能	(153)
第六章 民事诉讼行为	(167)
一、民事诉讼行为理论的历史发展	(167)
二、民事诉讼行为理论研究的价值	(172)
三、民事诉讼行为的概念及其分类	(175)
四、当事人的诉讼行为	(179)
五、法院的诉讼行为	(199)
第七章 检察机关提起民事诉讼	(213)
一、检察机关提起诉讼的历史考察	(214)
二、检察机关提起民事诉讼之必要性与可行性	(222)
三、检察机关提起民事诉讼的范围	(233)
四、改革建议	(240)
第八章 民事诉讼证明	(244)
一、诉讼证明的基本问题	(244)
二、证明对象	(263)
三、证明责任及分配问题	(268)
四、证明标准与实证研究	(276)
第九章 既判力	(287)
一、既判力的概念和本质	(287)
二、既判力的功能	(298)
三、既判力的客观范围	(305)
四、既判力与民事再审制度	(317)

程序制度篇

第十章 审级制度	(325)
一、审级制度的含义及构成	(325)
二、审级制度与民事诉讼理念	(334)
三、我国现行审级制度的基础及问题分析	(337)
四、审级制度的完善与民事诉讼程序的合理建构	(344)
第十一章 审前程序的基本架构	(353)
一、审前程序的价值和结构	(353)
二、各国审前程序比较	(356)
三、审前程序与普通程序之关系架构	(364)
第十二章 普通程序	(375)
一、普通程序的法理基础	(375)
二、普通程序的基本架构	(378)
三、普通程序的现状和反思	(392)
四、普通程序的完善	(402)
第十三章 简易程序	(408)
一、简易程序之定位与价值功能	(408)
二、简易程序之法理	(417)
三、简易程序的反思与重构	(422)
四、简易程序与小额诉讼	(438)
第十四章 上诉审程序	(443)
一、上诉程序的法理基础	(443)
二、上诉审程序的功能	(446)
三、上诉审程序的构造	(448)
四、完善我国上诉审程序的若干问题	(459)
第十五章 再审程序	(471)
一、再审程序的性质和功能	(471)
二、再审程序的基础	(475)
三、再审程序与既判力理论的冲突与协调	(477)
四、我国再审制度的现状及其改造	(479)

第十六章 法院调解	(496)
一、我国法院调解制度的历史沿革	(497)
二、我国法院调解制度的现状和问题	(503)
三、我国法院调解制度的改革	(507)
第十七章 民事诉讼费用制度	(522)
一、民事诉讼费用制度的历史发展	(522)
二、诉讼费用制度在民事诉讼中的地位和作用	(525)
三、诉讼费用的含义及构成	(527)
四、影响诉讼费用界定及构成的诸因素分析	(533)
五、民事诉讼费用的性质	(542)
六、诉讼费用的征收依据	(545)
七、诉讼费用的负担	(554)
八、民事诉讼费用制度与司法公正	(562)

程序关系篇

第十八章 民事程序法的体系化	(571)
一、民事诉讼法:民事程序法的核心	(571)
二、民事程序法的多样性	(574)
三、民事程序法的系统性	(577)
四、民事程序法组成的科学性	(580)
五、必须树立重视民事程序法的理念	(590)
第十九章 民事诉讼与实体法的关系	(594)
一、民事诉讼与实体法的一致性	(594)
二、民事诉讼与实体法的分离	(603)
三、民事诉讼与实体法的交错	(608)
第二十章 WTO与我国民事诉讼改革	(624)
一、入世后我国民事诉讼改革的必要性	(624)
二、WTO规则在我国法院的适用	(626)
三、民事审判的独立和公正	(628)
四、提高诉讼程序运作的透明度,实现司法公正	(629)
五、TRIPs关于禁令和临时措施在民事诉讼中的适用	(633)

六、提高裁判质量,强化判决的终局性	(636)
第二十一章 非讼程序	(639)
一、非讼程序的界定	(639)
二、非讼程序的存在基础	(650)
三、非讼程序的基本法理	(654)
四、非讼程序与诉讼法理的交错适用	(656)
第二十二章 执行程序	(663)
一、民事执行的权力基础	(664)
二、民事执行制度的目的、价值与功能	(672)
三、民事执行程序的若干法理问题	(676)
四、执行救济	(689)
第二十三章 刑事附带民事诉讼	(694)
一、刑事附带民事诉讼的概念和特点	(694)
二、附带民事诉讼的范围	(700)
三、刑事附带民事诉讼的当事人	(705)
四、附带民事诉讼审理中的几个问题	(719)
五、附带民事诉讼的法律适用	(725)
第二十四章 民事和行政交叉案件的冲突及其解决	(729)
一、民事争议与行政争议交叉的成因及表现形式	(729)
二、民事、行政争议交叉案件的处理原则	(733)
三、民事诉讼中的行政附属问题	(737)
四、行政诉讼附带民事诉讼	(741)
五、附带民事诉讼与行政诉讼的冲突与协调	(747)
六、行政附带民事诉讼的意义	(748)
第二十五章 民事司法赔偿	(749)
一、民事司法赔偿的概念和特点	(749)
二、民事司法赔偿的归责原则	(751)
三、民事司法赔偿的构成要件和履行义务主体	(752)
四、民事司法赔偿的范围	(754)
五、民事司法赔偿中的当事人	(759)
六、民事司法赔偿程序	(761)
七、民事司法赔偿的方式及标准	(763)

绪 论

—

进入 21 世纪的现代中国,理论上对既有的民事诉讼理论进行梳理和检讨,实践上改革民事诉讼相关制度并使之在实务中健全地运作,以适应社会生活多样、快捷以及价值多元化的需求,是一个艰巨的课题。拉德布鲁赫精辟地指出,“如果将法律理解为社会生活的形式,那么作为‘形式的法律’的程序法,则是这种形式的形式,它如同桅杆顶尖,对船身最轻微的运动也会作出强烈的摆动。在程序法的发展过程中,以极其清晰的对比反衬出社会生活的逐渐变化,其次序令人联想到黑格尔精神发展过程的正反合三段式”。〔1〕中国当今社会生活的变化对民事诉讼程序制度的影响,正好诠释了这位德国法学家的论断。

民事诉讼的立法和司法实践作出的反映是迅速的。早在《民法通则》制订之前的 1982 年,民事诉讼法就以试行的方式通过施行。1991 年修改之后,《中华人民共和国民事诉讼法》正式颁行,最高人民法院以十分庞大的篇幅对民事诉讼法的适用作出了多个司法解释;即便如此,也仍然满足不了司法审判的需求。与此同时,司法实践以司法改革形式,不断“突破”现有民事诉讼法的规定,进行“创新”。〔2〕这些做法反映出中国社会从无序到有序

〔1〕〔德〕拉德布鲁赫:《法学导论》,米健、朱林译,中国大百科全书出版社 1997 年版,第 120 页。

〔2〕学者认为,中国民事诉讼程序改革的直接动因与各国司法改革的出发点一致,即解决案多人少、社会需求与社会供给不足之间的矛盾。但是,中国民事诉讼程序改革还有自身的原因,即回应社会各方面的不满情绪、推动我国司法体制改革。参见景汉朝、卢子娟:“经济审判方式改革若干问题研究”,载《法学研究》1997 年第 5 期;顾培东、张建魁:“我国民事经济审判制度的价值取向”,载《中国社会科学》1998 年第 6 期,第 114 页;章武生等著:《导论·司法现代化与民事诉讼制度的建构》,法律出版社 2000 年版,第 24 页。

过程中的司法自觉——尽管从整体上看不免杂乱和盲目,但在具体的程序适用中,人民法院和法官把现时中国某些还不成熟、不稳定的法律规则“化为神奇”,把枯燥的法律程序演绎为令人感叹不已的化解纠纷的方式,为理论探索提供了灵感和源泉。

学者理论上大胆探索也同样值得钦佩。学者不仅推动了民事诉讼法的起草和修改,而且引起了许多司法观念的变化。从百废待兴的诉讼荒漠到诉讼法学的一片繁荣;从职权的随意运用到当事人主义和职权主义诉讼模式的分野与启蒙;从实体法的权利满足到诉讼的程序保障;从事实分析到寻求公正和高效的价值评判标准;从崇尚和谐出发的法院调解与从鼓励对抗出发的司法判定;从国内研究到转向国际民事诉讼比较的视野,中国民事诉讼法学者孜孜以求地寻找民事诉讼法律的完美与自足,在通往司法正义的道路上都留下了蹒跚的步履。但是,如司法改革或审判方式改革一样,这都仅仅是一个开始,大量的工作还有待来者。例如,中国民事诉讼理论体系化仍然是一块尚未开垦的“处女地”。

二

以体系的方式将法律规范之间、法律规范与主导原则之间的脉络关联表现出来,“是法学最重要的任务之一”。〔3〕可以说,在法律规定很不健全的条件下,在司法行为亟待规范的环境中,将民事诉讼原理进行体系化,是现时民事诉讼理论研究最重要的任务之一。我们以“民事诉讼原理”这样一部专著来进行中国民事诉讼理论体系化的研究,就是一个尝试。解释什么是“原理”,什么是“民事诉讼原理”,已经不是这里的主旨,我们只关心民事诉讼法学为什么这样注释而不是那样注释背后的原因;或者说,关注比注释民事诉讼法学更加具有普遍性和历时性的东西,以建立民事诉讼理论法学体系。

可以断定,完成这一任务面临着很大的挑战。一百年前中文尚不存在“民事诉讼法”这样的语词,要在诉讼文化贫瘠的沙漠里借鉴和创建诉讼法律制度,本身就是一个曲折而艰难的过程。19世纪60和70年代的法律虚

〔3〕 陈爱娥:“法学方法论导读——代译序”,载〔德〕劳伦兹:《法学方法论》,陈爱娥译,五南图书出版公司1996年印行,第17页。

无观,更是把本来稀薄的程序观念扫荡一空。虽然改革开放 20 年来民事诉讼本土化工作进行得十分顺利,但是“民事诉讼法”最基本的观念还没有完全被中国本土司法制度所关照。最明显的证据就是,民事诉讼技术化在实践上才刚刚被重视,在理论和教学中重视得也不够。司法实践上提出的“繁简分离”、“流程管理”、“大立案”、“审前准备”、“执行实施权和裁决权的分离”等做法就是诉讼走向技术化的表现,但是,这些仅仅是诉讼技术化的一部分,仅仅是从对法官的管理方面来设计诉讼的技术化问题,诉讼技术化方面更多的欠缺是因为传统诉讼理论(如当事人理论、诉讼标的理论、既判力理论)的缺失带来的,而这些理论约束了司法者自由裁量权,防止了司法擅断,体现以当事人为本的诉讼观。西方学者称,“实际上,从传统而言,民事诉讼已经被视为技术性相当强的法律部门——与技术部门是相并进行的;并且,人们通常从纯粹技术性的角度对民事诉讼进行研究和教学”,〔4〕可见民事诉讼技术化之重要。〔5〕忽视制度建设空谈“司法公正”,难免迷失了民事诉讼的主题。〔6〕

传统诉讼理论在现代中国语境中的解读,就是民事诉讼原理首先必须面对的问题。“民事诉讼理论是关于具体制度的设计、该制度的基本原理、该制度与相关制度的相互关系、该制度与整个法律制度的整合等方面的综

〔4〕〔意〕莫诺·卡佩莱蒂等著:《当事人基本程序保障权与未来的民事诉讼》,徐昕译,法律出版社 2000 版,第 138 页。缺乏技术供给的民事诉讼失去了“本体”,民事诉讼被赋予的功能也只限于政治之需要和司法权宜之方便。

〔5〕我们承认,“任何法律技术本身都不是目的,没有任何法律技术在意识形态上是中立的,那么对民事诉讼的意识形态、哲学背景以及社会政治影响进行研讨就是必不可少的”。〔〔意〕莫诺·卡佩莱蒂等著:《当事人基本程序保障权与未来的民事诉讼》,徐昕译,法律出版社 2000 版,第 140 页〕。民事诉讼的研究不可能只把诉讼技术作为自己的研究对象,而应当关注民事诉讼法学所处的整个社会背景和社会科学研究背景,局部和整体、内在的思考和外在的环境应当结合起来,这也是辩证唯物主义研究方法的要求。所以,民事诉讼目的论纳入了我们研究的视野,而价值论、文化论、认识论等属于“诉讼原理”第 1 卷研究的内容。

〔6〕《法国民事诉讼法要义》(让·文森、塞尔日·金沙尔著,罗结珍译,中国法制出版社 2001 年版),尽管历经百年但经过多次修订而一版再版。其主要内容仍然是诉讼技术的命题。该书称民事诉讼程序,是“自由、平等、博爱地诉诸司法的手段”、“诉讼程序为诉讼的组织技术,是保障基本权利的技术”。这本教科书有着最政治化的标榜(自由、平等、博爱),但是其论据无一不是诉讼技术的演绎。