

董开军
张卫平
俞灵雨

主 编

孙万胜
杨 力

副主编

中国法学会



民事诉讼法修改 重要问题研究

中国法学会民事诉讼法学研究会年会论文集

MINGSHISUSONGFA XIUGAI ZHONGYAO WENTI YANJIU

Zhongguo Faxuehui Minshisusongfaxueyanjiuhui Nianhui Lunwenji

— 2011 年卷 —



厦门大学出版社 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位



民事诉讼法修改 重要问题研究

中国法学会民事诉讼法学研究会年会论文集

2011 年卷

董开军 主 编
张卫平
俞灵雨

孙万胜 副主编
杨 力



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中国法学会民事诉讼法学研究会年会论文集. 2011 年卷/董开军, 张卫平, 俞灵雨主编.
—厦门: 厦门大学出版社, 2011. 6
ISBN 978-7-5615-3973-6

I. ①中… II. ①董…②张…③俞… III. ①民事诉讼法-法的理论-中国-学术会议-文集
IV. ①D925.101-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 119356 号

厦门大学出版社出版发行

(地址: 厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编: 361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup @ public.xm.fj.cn

厦门集大印刷厂印刷

2011 年 6 月第 1 版 2011 年 6 月第 1 次印刷

开本: 787×1092 1/16 印张: 56.5 插页: 2

字数: 1453 千字 印数: 1~1 200 册

定价: 120.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

目 录



第一部分 审判程序

关于民事诉讼诉答程序、诉答文书的探讨	杨荣馨 邱星美(2)
构建与探讨:小额诉讼程序的立法之争	张晋红(13)
论我国民事再审制度的完善	
——以再审之诉为视角的分析	熊跃敏(20)
我国引入小额诉讼程序的背景与出路	傅郁林 曹志勤(29)
论上诉审查制度的构建原理	赵旭东(35)
民事二审案件发回重审制度之检讨	刘学在(42)
我国民事审前程序研究	姜丽萍(49)
论民事诉讼中答辩制度的修正	孟 亮 冀宗儒(56)
构建“诉辩”与“追问”并行的新型庭审方式	李 季(63)
再审审查程序的实证调研与分析	最高人民法院“关于规范与完善 再审审查程序的调研”课题组 (69)
小额诉讼立法的几个问题	柯阳友 严 洁(82)
我国小额诉讼程序之构建	卡先加 胡方斌(90)
构建小额诉讼一审终审制若干思考	张光琼 杨新丽(97)
通往正义的便捷之路:我国小额诉讼程序的实证分析与制度构建	郑英豪(105)
民事简易程序与普通程序的混用现象及其规制	陈小红 肖先华(116)
民事简易程序适用于上诉法院的建言	李喜莲 章千慧(123)
试论民事立案审查制度	李卫国 崔 磊(129)
中英民事审前准备程序改革比较	刘万洪(135)
我国反诉制度若干问题研究	於恒强 王海燕(141)
论发回重审制度的运行困境及其修改完善	徐晓明 祝玉芝 余慧玲(146)
一部终局判决研究	
——兼论我国民诉法第139条之完善	李 磊(153)

我国民事速裁程序研究·····	范卫国(160)
小额诉讼程序的审级制度研究·····	刘二杏(169)
认定公民无行为能力程序的立法缺陷与完善	
——以认定公民无行为能力案件的证据规则为中心·····	余正源(175)

第二部分 法院调解和非讼程序

中国调解的哲学基础·····	常 怡	曾令健(182)
人民调解协议司法确认之定性分析·····	赵 钢	占善刚(189)
调解优先与诉权保障·····	齐树洁	(197)
法院调解前置模式选择:民事审前调解·····	张艳丽	(204)
试论特别程序适用范围之拓展·····	孙邦清	(216)
民事诉讼调解政策的内涵及其形态·····	张嘉军	(221)
人民调解协议之司法确认制度初探		
——以程序的启动为中心·····	胡 辉	(228)
论诉调对接机制的立法完善·····	刘金华	(238)
民事诉调结合新模式的探索		
——以整合现行调解路径为基础·····	郭小冬	蒲一苇(245)
德国非讼事件程序法的新发展·····	郝振江	(253)
论我国民事诉前调解程序之构建·····	谢绍静	(264)
在线非讼机制成功的范例:域名 ODR·····	郑世保	(270)
论我国调解制度中的调解权建构		
——调解权之性质初探·····	杨继文	(279)
论司法确认决定应当纳入审判监督程序·····	张一博	(286)
论法院调解模式的改革		
——以小额诉讼程序为视角·····	李瑞兴	(293)

第三部分 证据制度

民事诉讼法修订如何规定举证责任·····	李 浩	(300)
程序正义视角下举证时限制度之检讨·····	李祖军	孙伟峰(306)
法院职权调查证据的程序意义与立法完善·····	肖建华	(315)
我国证据能力规则的立法及其完善·····	张 榕	(322)
一般合同纠纷证明责任分配		
——兼评《关于民事诉讼证据的若干规定》第5条第1款、第2款·····	王国征	(328)

民事诉讼证明妨碍制度的构建

——以协同主义理论为视角·····	赵信会	汲长彪(336)
民事诉讼证明标准之范畴归宿及其概念界定·····	张立平	(343)
构建我国民事诉讼意见证据规则的思考·····	高芙蓉	(349)
论民事证据保全的创新与立法修改		
——以重庆邮电大学电子证据保全中心的创新为视角·····	熊志海	(356)
论法律事实构成要件确定之困境与方法·····	程春华	(363)
试论民事诉讼证据规定施行中存在的问题及修改建议·····	段思明	李志尧(372)
民事诉讼认证方式完善问题研究·····	孟昭阳	(380)
举证责任分配的类型化负担·····	孙 山	易利娟(386)
论民事诉讼中的举证时限规则的完善·····	姜 群	张溶开(394)
医疗纠纷中过错的证明责任分配·····	马爱萍	赵 倩(402)
当事人的陈述之概念辨析与制度重构·····	刘艳芳	(413)
民事诉讼举证时限制度之反思与完善·····	陈凤贵	(420)
论我国民事诉讼证明妨碍制度的构建·····	包冰锋	(425)
论数字电子证据的定位·····	石先钰	郭丹丹(432)
经验在事实认定中的正当性及其保障		
——以“彭宇案”为例·····	张友好	(438)
证明责任减轻略论·····	周成泓	(446)
浅议民事诉讼证据交换制度的原则和规则构建·····	张国桥	(452)
《民事诉讼法》应当如何规定证明责任分配·····	胡学军	(459)
论独立的法院诉前证据保全制度的构建·····	沈长月	孔令章(466)
警惕民事判决中的事实“真伪不明”		
——基于中国民事审判方式改革背景的考察·····	季桥龙	(473)
论法院在民事诉讼证据收集中的作用		
——以对某中级法院的实证调研为背景·····	王 闯	(479)
测谎结论在民事诉讼中的运用·····	罗飞云	(486)

第四部分 公益诉讼

检察机关提起公益诉讼初探·····	董少谋	王 蓓(496)
对检察机关是否在公益诉讼中负有职责的审慎思考·····	杨春华	(503)
检察机关开展公益诉讼之制度构建·····	徐 尉	吴瑞霞(510)
关于构建环境民事公益诉讼制度的思考		
——以可持续发展理念为核心的“科学发展观”视野·····	刘 芙	吕中伟 祝 妍(518)
公益诉讼建构探讨		
——从应然和实然出发·····	吴力行	(525)
民事公益诉讼管辖制度与证明责任的分配·····	单 锋	(532)

论我国环境公益诉讼制度的构建	李文曾(537)
----------------	----------

第五部分 检察监督

论民事检察监督制度的完善	汤维建(552)
一般监督制度的历史考察	陈刚(559)
我国民事执行检察监督范围探索	牟道媛(566)
民事诉讼程序的失灵风险与检察监督的法治意义	段厚省(573)
虚假诉讼法律监督的路径选择	
——以民事检察监督为视角	汪莉 梁云 李田红(579)
构建贯穿民事诉讼的检察监督格局	
——以全面修改《民事诉讼法》为契机	李如君 龙伟峰 张蕾蕾(587)
检察机关民事执行抗诉之程序构建	张华(594)
民事执行检察监督制度的构建	宋艳菊(601)
论我国民事检察制度之重构	
——以《民事诉讼法》修改为契机	黄洵(608)
论民事抗诉权的限缩与优化	马永平(615)

第六部分 恶意诉讼

论恶意诉讼的规制	刘敏(626)
恶意诉讼的危害性及其成因与规制对策	况继明(633)
民事恶意诉讼之界定、成因及法律规制	周麒 谢波(641)
民事恶意诉讼及其救济制度构建	易虹(647)
恶意诉讼程序法救济进路之困境与反思	
——以民事诉讼受害人为视角	秦伟 孙永亮(654)
恶意诉讼及其程序规制	张海棠 徐晨平(661)

第七部分 其他

中国家事诉讼程序论	田平安 陈颢(672)
论基层人民法院“区分与多元”民事司法解纷机制的建立	蔡彦敏 罗恬漪(681)
司法确认程序案外人利益保护机制研究	蒋惠玲 向国慧(688)

论庭审笔录的效力	洪 浩 邓晓静(694)
立足于实体法完善必要共同诉讼制度	张永泉(700)
裁判文书买卖合同的法律效力研究	陈界融(707)
看不见的法律条文	
——修改民事诉讼法“务虚”谈	王斐弘(709)
论民事诉讼安定性原理	邵 明(716)
关于陪审制度若干问题的思考	邵俊武(722)
失权制度的机理	
——兼论证据失权的改革走向	王学棉(729)
论票据诉讼特别程序及制度建构	叶永禄(736)
律师费转付制度的现实意义	
——民事诉讼法修改设立此制度之应然	陈贞学 张 璐(743)
以比较法视野探悉诉讼要件调查与裁判原理	
——兼评我国民事立案之职能错位	吴 杰(750)
执行异议之诉的程序优化	胡志超 李晓奋(759)
民事强制措施:立法模式的选择	
——我国民事诉讼法强制措施的修改	胡夏冰 陈春梅(766)
民事诉讼复议制度的反思与校正	易 萍 孙龙君(776)
论非法定诉讼契约	邓建民 吕 行(783)
民事起诉期限制度研究	胡思博(792)
民事司法制度改革的方向和理念	苏东彪(799)
民事诉讼法修改的集约化图景	韩 波(805)
论我国执行财产查明机制的转型	
——以律师的执行财产调查权为核心	百晓锋 张兴茂(812)
涉诉上访终结制度:实然与应然	宋旺兴(819)
民事执行法修改宏观构想	马登科(827)
我国应赋予检察机关民事公诉权	唐茂林(831)
论财产保全担保程序	邹少铜(838)
执行程序中第三人相关问题分析	王 颖(845)
美国“多门法院”研究初步:兼论多元纠纷解决机制下法院的角色	韩 宝(852)
论我国民事诉讼费用制度之理性化修订	曲昇霞(863)
人事诉讼民事特别法律程序的创设	汪振江 申 伟(871)
能动司法与民事执行救助	王杏飞(880)
现状与出路:探析人民陪审员制度的完善	
——以青海省人民陪审员制度情况为视角	余慧玲(887)
编后语	(895)

第一
部
分

审
判
程
序

关于民事诉讼诉答程序、诉答文书的探讨

杨荣馨* 邱星美**



诉答程序(pleadings),是指民事诉讼双方当事人以交换起诉状和答辩状的方法为诉讼开始以及确定诉讼争点的程序,是民事诉讼的起始程序。^①民事诉讼进程通常依下列顺序展开:原告起诉,法院受理,被告答辩,当事人再收集证据^②及当事人之间交换证据,法院主持下当事人确定争点,法院开庭审理,法院作出裁判。原告的起诉与被告的答辩是一系列诉讼进程中之首要阶段,有的国家对这个程序制定了详细的规范,例如美国。相对严格的诉答程序是英美国家民事诉讼程序的特别之处。由于审理方式不同,大陆法系国家民事诉讼法传统上对诉答程序规范要求不太严格。但是,尽管如此,大陆法系国家民事诉讼法规范中对起诉与答辩的要求也比我国民事诉讼法规定得详细。我国民事诉讼法虽然也有对起诉与答辩的要求,但因缺乏实质上有约束性的规定,没有作为专门程序的诉答阶段,诉答与诉答文书状的有些作用尚未发挥。特别在2002年最高人民法院作出《关于民事诉讼证据的若干规定》之前,尤为如此。此证据规定实施之前,原告起诉,原则上提交诉状即可,而且民法对诉状仅有基本内容的规定,没有进一步的规范。被告答辩仅有原则上应当答辩的规定,没有不答辩将引起何种实质性的法律后果的规定。诉答程序的缺失,导致案件开庭审理前准备程序的不充分,影响诉讼效率提高。笔者认为,在我国民事诉讼程序中,应当考虑构建一个有利于提高审判效率的诉答程序或者改革现行诉答文书。

* 杨荣馨:中国政法大学教授、博士生导师。

** 邱星美:中国政法大学副教授、博士生。

① 白绿铨著:《美国民事诉讼法》,经济日报出版社1998年版,第198~302页。

② 原告在提起诉讼前已经进行了所能够进行的证据收集工作,诉讼系属法院之后,即原告的起诉被法院受理之后,法院开庭审理之前,根据多数国家的民事诉讼程序规范,还有一个当事人限期提交证据、当事人交换证据的程序。通过证据交换,当事人有可能从对方当事人处获得新的证据,另外原告在被告答辩后,许多情况下会根据被告的答辩理由再次收集证据,所以说这里成为再收集证据。特别是对于美国民事诉讼中的发现程序来说,一方当事人有权要求对方当事人提出证据,可以向对方当事人录取证言,这些过程可以称为再收集证据过程。但是,当事人再收集证据这一阶段在许多人看来不是一个独立的阶段。

一、我国民事诉讼的诉答现状及其问题

我国民事诉讼,不论是在法学理论界还是在实务界,一直没有对诉答程序给予充分的重视,这表现在:有关当事人起诉与答辩的法律规定较少。我国《民事诉讼法》关于诉答程序规定的条文过于简单,主要体现在第108条、第109条、第110条和第113条。前三条是关于起诉状的规定,最后一条仅仅提及答辩状,但是并非对答辩状应当具备哪些内容以及如何制作作出规范。而有的国家的民事诉讼法典中有关诉答程序的条文规定要丰富、全面得多。如《美国联邦地区法院民事诉讼规则》中有专章关于诉答文书和申请书的规定,从第7条到第16条,总计10个条文。

法律赋予起诉与答辩的职能不足。我国《民事诉讼法》长期有诉无答,《民事诉讼法》第113条和第150条规定了15天的答辩期限,但同时规定:对方当事人不提出答辩状的,不影响人民法院审理,该当事人也不承担任何诉讼后果。最高人民法院很久以来也没有对此作出过带有强制性规定的司法解释。结果是被诉方在答辩期间不作任何答辩,庭审时才答辩,浪费了法律给予的15天答辩期,频频造成对原告突然袭击,这种状况直至2002年最高人民法院实施《关于民事诉讼证据的若干规定》,实行限期举证和证据交换制度后才有所改变。被告人因限期举证制度的实施而不得不答辩,但是仍然没有形成真正严格的诉答程序规范。当事人之间的争点与证据固定不完全靠起诉与答辩完成,还需要法庭审理时再固定。

诉答书状具体规范不足。关于当事人向法院提交民事诉讼起诉状,《民事诉讼法》中仅有非常原则的要求,《民事诉讼法》第110条规定:“起诉状应当记明下列事项:(一)当事人的姓名、性别、年龄、民族、职业、工作单位和住所,法人或者其他组织的名称、住所和法定代表人或者主要负责人的姓名、职务;(二)诉讼请求和所根据的事实与理由;(三)证据和证据来源,证人姓名和住所。”至于答辩状书写规范则无规定。司法实务中,仅有答辩状书写的最基本要素格式,无具体要求。诉答文书的制作缺乏具体规范,当事人或者其代理人可以自成体系地各自书写诉答文书,原告起诉什么?证据如何?被告承认哪项主张?否认哪项主张?无法在诉答文书中一一对应,需要法官逐项梳理或者通过法庭审理理解确定,因此增加了法官的工作量。

当事人之间的诉答与后续诉讼程序衔接不畅。审前程序^①是我国民事诉讼的第二个阶段,在起诉与受理阶段之后。审前程序在外国的民事诉讼中也是第二个程序,但是位于诉答程序之后。“受理”是具有中国特色的一个环节,“起诉与受理”具有中国特色。通常审前程序的宗旨有二:一是通过当事人提出证据、交换证据,在我国还有申请法院调取证据;二是确定当事人之间的争点。有条理、有规范的诉答文书可以使当事人之间的争点明确,原告起诉什么,被告一一对应答辩或者承认,这样的诉答文书非常有利于法官了解确定当事人之间的争点。而

^① 按照我国《民事诉讼法》的规定,这个阶段或者程序被命名为“审理前的准备”,规定的内容以法院职权为中心的开庭审理前应当或者可能做的工作,非以当事人为中心的“审前程序”。但是,我国法院进行的司法改革,以2001年最高人民法院发布、2002年开始实施的《关于民事诉讼证据的若干规定》为标志,使《民事诉讼法》规定的以法院为中心的“审理前的准备”向着“审前程序”转型,使我国《民事诉讼法》规定的“审理前的准备”在司法实务中已经逐步向主要以当事人为中心的“审前程序”转化。

原被告各自自成体系的诉答文书无法给法官提供这种便利,不利于提高诉讼效率。我国《民事诉讼法》中原本没有现代意义上的,以当事人为主导,像美国民事诉讼审前程序那样的审前程序。我国民事诉讼法规定的“审理前的准备”程序,宗旨在于要求法院案件庭审之前应当完成的准备工作,是立足于法院职权理念设置的程序,而非立足于当事人理念设置的程序,非要求当事人在案件庭审前应当完成的准备事项。在我国民事司法改革过程中,学界大力赞扬美国民事诉讼审前程序,借鉴其审前程序中的证据开示、发现程序,开始了建立我国民事诉讼审前程序的工程,以2002年实施的最高人民法院规定的《关于民事诉讼证据的若干规定》为标志,法院要求当事人应当在庭审之间限期举证、交换证据。但是诉答文书的随意性,难以协助审前程序的顺利完成,为了理出诉答文书的头绪(简单案件除外),法官在实践中创造了类似庭审的证据交换程序,在法庭审理中法官又需要专门整理当事人之间的争点,并要求当事人当即确认,当事人准备不足,难以充分行使诉讼权利,令庭审程序基础有瑕疵。庭审程序基础功能的不足成为案件裁判质量不高,导致更多的当事人上诉和申请再审的因素之一。

对诉讼理由的变更和补充无限制。现行《民事诉讼法》第108条和第110条对诉讼理由作了原则性的规定,要求起诉必须“有具体的诉讼请求和事实、理由”,起诉状应当记明“所根据的事实和理由”。那么当事人在诉讼过程中,是否可以对诉讼理由进行修改,是否可以增加新的诉讼理由,法律均没有作相应的规定,也没有相应的司法解释。当事人随时任意否认和增加诉讼理由,致使争论焦点和证明对象往往难以确定。另外,我国民事诉讼法没有关于修改起诉状和答辩状的规定。实践中,当事人修改起诉状或者答辩状的情况十分随意,修改无程序规范,只要随时向法院提交修改文本或者补充文本即可。由于法律没有硬性规定,法院有时也不会将修改文本送达对方当事人。因此,对方当事人开庭前并不知道起诉状或者答辩状已经修改,也就不可能在开庭前做好充分的准备。

我国民事诉讼起诉与答辩的现状根源于我国民事审判方式的传统习惯,我国人民法院审理案件的习惯为重口头审理,不重视当事人诉讼文书的诉答;法官重视庭审中当事人的主张,不重视当事人诉状中的主张;法官习惯依赖开庭审理,以正式庭审的方式及非正式庭审的方式由当事人口头陈述各自的主张、理由,不习惯以书面方式固定当事人的主张和争点等等。但是,近20多年西化的司法改革与传统的诉答方式有所错位,近些年来通过最高人民法院发布的大量的司法解释及其司法解释性质的文件实施的司法改革,去职权主义,树当事人主义的结果,使当事人依照民事诉讼确定的起诉与答辩规范行使诉讼权利,进行庭审准备显得匆忙,甚至有些草率,后果波及法庭审理的效果与人民法院的裁判结果,进而又导致上诉、申请再审数量增加。改革是个渐进的过程,我国的民事诉讼规范体系逐步纳入当事人主义下的理念、制度、规制等等,在传统习惯体系中纳入外来之物必然会有所不适,故需要针对所发现问题进一步改革。我国民事诉讼中的诉答就是这种情形,需要改革,以适应民事司法改革需求。

二、美国民事诉讼诉答程序及其职能考察

独立、细致、讲究的诉答程序是英美法系国家民事诉讼富有特色之处,为其审前程序之前的一个重要程序。美国民事诉讼程序中的一些制度与其传统司法观念、司法习惯、司法制度有关,一些制度又与其陪审制密切关联。在陪审制背景下的民事诉讼要求庭审一次终结,而庭审

一次终结又要求庭审前准备程序非常发达。其庭前准备程序为诉答程序与审前程序。保障当事人充分行使诉权,保障程序公正,实现正当程序的要求又令其审前准备程序必然严谨完备。这些与大陆法系国家的民事诉讼不同,自然也与我国的民事诉讼不同。

英美国国家民事诉讼诉答程序的特征与其历史上普通法时期令状制度的影响有关。根据普通法,诉讼当事人提起诉讼首先要选择向法院申请某种具体的令状,法院签发令状后,诉讼程序开始。令状分为不同种类的救济形式,令状选择准确则诉讼往下进行,令状选择不正确,则诉讼会被驳回。“在普通法中,整个程序体系与所谓令状制度紧密结合。一个诉讼在法院签发令状命令被告出庭时开始。就普通法院案件而言,并不存在一套条理分明的诉辩规则体系。每个类型案件都具有各自的令状、诉辩以及其他程序规则”。^①以我们如今的观点来看待普通法上的令状制度,其机械性、刻板性、僵化性不言而喻。在令状制度下,诉讼是否能够进行,原告的权利要求是否应当得到救济,不是以案件是否具有“诉的利益”为标准,而是以诉讼是否契合所选令状所能提供的保护为标准。令状制度使司法救济受到限制。

伴随着令状制度的一种“单一争议诉答程序”,通过诉答文书将案件问题简化为单个争议,以便在法官面前口头陈述。后来发展到当事人之间书面材料的交换程序,原告起诉,被告答辩,原告就被告的答辩再答辩,双方当事人来回轮流诉答,直至“一方当事人要么提出异议从而引致一个法律争议,要么提出否认从而要求对事实争议作出解决”。^②但是,这样的诉答程序烦琐、耗时。

令状制度的机械、烦琐,不符合法院行使司法权保障法律秩序的宗旨,诉讼的技术性扭曲了其司法公平性,因此,在英美诉讼法历史上必然地出现了对诉讼程序的改革,以纽约州诉讼法典(菲尔德法典)为代表形成了法典式诉答。法典式诉答将以往繁多的诉答文书简化为起诉状(complaint)、答辩状(answer)、应答书(reply)和异议书(又译为妨诉抗辩)(demurer)。菲尔德法典还放宽了当事人补正诉告文状和增补与诉答状不一致的证据的条件,允许诉讼合并、诉因合并、防御合并,^③向后来的美国联邦民事诉讼程序靠拢。从19世纪中叶开始,持续近一个世纪,美国联邦法院和各州法院,基本完成了诉答制度的改革,令状制度被废除。“19世纪下半叶美国和英国的诉讼程序改革使诉辩得以从其他程序和实体事项的纠缠中解放出来,并且赋予了诉辩一个明确的功能。现代诉辩将成为实现公正判决的手段。通过简化诉辩,希望案件依其实质的是非曲直而定,而非如同过去普通法体系下一样取决于律师的专业技能和策略。”^④1938年《联邦民事诉讼规则》实施,所有的联邦法院适用统一的诉答制度,这种新的诉答方法仅要求当事人对其主张的权利或答辩向对方进行合理的告知,不必像法典式诉答那样要求具体、详细、逐条详述事情经过和其所掌握的证据。联邦法院的诉答制度改革虽然较晚,

① [美]杰克·H. 佛兰德泰尔、玛丽·凯·凯恩、阿瑟·R. 米勒著:《民事诉讼法》,夏登峻、黄娟、王衡译,中国政法大学出版社2003年版,第221页。

② [美]斯蒂文·N. 苏本、马莎·L. 米卢、马克·N. 布诺丁、托马斯·O. 梅茵著:《民事诉讼法——原理、实务与运作环境》,傅郁林等译,中国政法大学出版社2004年版,第244页。

③ [美]斯蒂文·N. 苏本、马莎·L. 米卢、马克·N. 布诺丁、托马斯·O. 梅茵著:《民事诉讼法——原理、实务与运作环境》,傅郁林等译,中国政法大学出版社2004年版,第248页。

④ [美]杰克·H. 佛兰德泰尔、玛丽·凯·凯恩、阿瑟·R. 米勒著:《民事诉讼法》,夏登峻、黄娟、王衡译,中国政法大学出版社2003年版,第221页。

但是比较州法院的改革更加注重答辩程序的简洁。^① 1848年通过的纽约州诉讼法典形成了“事实诉答”，即“法典式诉答程序”，1938年的《联邦民事诉讼规则》形成了“告知诉答”，形成“告知式诉答程序”。

告知式诉答比法典式诉答更简洁，《联邦民事诉讼规则》规定的诉答程序由一系列的令状——起诉状、答辩状、动议书以及修正和补充答辩状构成。原告向法院提交起诉状标志着诉讼的开始，口头起诉不被法院认可。律师不能提交草率而无意义的诉状，代理律师必须在诉状上签名以示对诉状内容负责。对违背这一要求的律师或当事人，该规则有相应的制裁，但总的来看，制裁“以阻止违反该规则的某种行为或类似的情形的再度发生为限”^②。

被告不仅有权以答辩状的形式对原告的诉讼请求作出书面抗辩，而且其答辩状必须遵守法律的义务性规定。根据《联邦民事诉讼规则》第8条第(d)款之规定，答辩状应当“简短明确地对对方当事人提出的每一个请求进行抗辩，并承认或否认对方当事人的事实主张”。抗辩主要包括否认、积极抗辩和反诉三种。被告可以对原告的诉讼请求中每一个诉讼主张均表示否认，或者对起诉状中提出的某一种主张或某一具体段落予以否认，否认的要求并不严格。根据第8条第(d)款之规定，被告在答辩状中若不否认原告起诉状中的主张，除有关原告提出的具体赔偿数额之外，均意味着对原告主张的承认。对原告在起诉状中没有涉及的新事项或争点，被告应当明确地在答辩状中提出积极抗辩。积极抗辩必须向原告通知，使其有所准备并进行防御。这是诉答状本身所具有的给予诉讼通知的功能。被告还可以对原告提出反诉，而且原告可以对反诉再反诉。

由此可见，答辩权是被告享有的重要的诉讼权利，同时又是具有法律后果的义务。答辩状的提交与否不可由被告任意选择，不提交或不恰当提交答辩状将承担诉讼上的不利后果。

被告的某些抗辩也可以动议书的方式提出，动议书就是当事人就诉讼过程中发生的特定事项向法院提出的作出决定或命令的书面请求。

对于原告、被告双方的诉答状的修正和补救，《联邦民事诉讼规则》作出了比较宽松的规定，包括两种情形：无须法院许可的修正和须经法院许可的修正。法院基于公平正义的要求，一般不拒绝当事人提出的修正请求，只有在修正诉答状会给对方当事人造成实际损害的情况下，才会拒绝当事人的修正请求。

现代诉答使诉答程序简洁，当事人之间不必反复诉答，诉辩文书交替的次数被限缩，法院不再拘泥于诉答文书的形式要求，而是注重使当事人有合法权利的诉求和答辩不会因诉讼程序技术问题被驳回后败诉。1962年纽约州废除了传统的法典式诉答规则，实施新的、接近联邦法院的告知诉答规则。

与我国民事诉讼当事人的诉答文书相比，美国的诉答程序不仅细致、复杂，并且还承载了以下功能：

通过诉答程序确定争点。从《美国联邦民事诉讼规则》来看，原告起诉后，当事人之间需要反复诉答，被告要针对起诉状提出答辩状，答辩状要根据起诉状的逐项诉求予以答辩，答辩包括承认或否认。其规则第8条第(d)款规定：答辩状应当“简短明确地对对方当事人提出的每

① [美]杰克·H. 佛兰德泰尔、玛丽·凯·凯恩、阿瑟·R. 米勒著：《民事诉讼法》，夏登峻、黄娟、王衡译，中国政法大学出版社2003年版，第230页。

② 参见蔡彦敏、洪浩著：《正当程序法律分析——当代美国民事诉讼制度研究》，中国政法大学出版社2000年版，第126页。

一个请求进行抗辩,并承认或否认对方当事人的事实主张”。对被告既不承认又不否认的请求,视为对原告主张的承认。其规则第8条第(d)款规定,如果被告在答辩状中不对起诉状中的主张作出否认,除有关原告提出的具体赔偿数额之外,均意味着对原告主张的承认。为了便于逐项答辩,其起诉状的制作条条框框清楚了,答辩状的制作也是条条框框清楚了,阅读者容易一一对照了解。

确定反诉、交叉诉讼、引入第三人诉讼。被告可以针对原告的起诉提起反诉,即反请求,可以对共同被告提出交叉诉讼,可以向原告提出积极抗辩。对被告提出的积极抗辩,原告应当提供答辩状或者称为“答复书”^①的诉答文书。通过各种诉答文状,将我们称作诉讼请求的增加、变更、提出反诉等确定下来,作为法庭审理裁判的范围和依据。

确定自认。诉答状具有确定自认的功能,对原告提出的主张,被告在其答辩状中或者否认、或者承认,既不否认又不承认的则视为自认,与承认有同样效果。更为严格的是,如果被告的否认不适当,则也视为对原告主张的承认。对被告承认的主张,庭审时当事人不必提供证据证明,发生自认的效力。然而,现代诉答规则并不像普通法时期诉答规则或法典式诉答规则那么严厉,如果被告答辩状中的承认有错误,作出了不应当的承认,并非不可救药,而是可以通过修改答辩状来弥补这种过失。^②

当事人可以提出选择性主张。美国联邦民事诉讼允许当事人提出选择性主张,即允许提出预备的诉的合并。不论是原告的起诉状还是被告的答辩状都允许当事人提出选择性诉辩。也就是说,当事人可以在同一个诉讼理由或抗辩中,或在数个诉讼理由或抗辩中提出两个或多个选择性的或假设性的诉讼请求或抗辩的陈述,而不用考虑其相互之间是否一致,以及其是基于普通法还是衡平法抑或是海商法。这种选择性诉状赋予了当事人更多的自由度和灵活性。这种方式相当于大陆法系诉讼法上的预备的诉。

预防恶意诉讼,保证诉答状的真实性规则。起诉必须提交起诉状,法院不接受口头起诉,而且起诉状应有律师签名。1983年以前就有要求律师在诉答状上签名的规定,以保障诉答状的真实性,但因难以认定律师的主观恶意,故对律师的约束不大。1983年《美国联邦民事诉讼规则》修订,加强了律师的这种义务。该规则第11条规定:原的律师必须在起诉状后签署其名字,律师不能提交草率而无意义的诉状,签名的目的是要求当事人的代理律师对所提起的诉状内容负责。签署者负责诉状是在合理调查之后所形成,律师和当事人最大程度上了解事实,确认该诉状有事实根据,诉讼有正当理由,诉状的提出不是基于不正当目的。签名的律师或当事人如若违背这一要求,将会受到规定制裁,法院将裁定其支付对方当事人为此提交诉答状、动议或者其他法律文书而发生的合理费用及其合理的律师费。^③ 1993年再修改的《联邦民事诉讼规则》扩大了该规则的使用范围,律师、当事人负有真实义务的范围扩大至所有提交法院的

① [美]杰克·H. 佛兰德泰尔、玛丽·凯·凯恩、阿瑟·R. 米勒著:《民事诉讼法》,夏登峻、黄娟、王衡译,中国政法大学出版社2003年版,第225页。

② [美]杰克·H. 佛兰德泰尔、玛丽·凯·凯恩、阿瑟·R. 米勒著:《民事诉讼法》,夏登峻、黄娟、王衡译,中国政法大学出版社2003年版,第270页。

③ [美]斯蒂文·N. 苏本、马莎·L. 米尔、马克·N. 布诺丁、托马斯·O. 梅茵著:《民事诉讼法——原理、实务与运作环境》,傅郁林等译,中国政法大学出版社2004年版,第260页。参见[美]杰克·H. 佛兰德泰尔、玛丽·凯·凯恩、阿瑟·R. 米勒著:《民事诉讼法》,夏登峻、黄娟、王衡译,中国政法大学出版社2003年版,第243~251页。

书面文件。但是,这种约束并没有进一步严格。^①

作为简易判决、不应诉判决的基础。被告对原告的起诉状可以答辩,提出驳回起诉的动议,提出简易判决的动议。为了避免进行无意义的法庭审理,对当事人之间事实方面无争议的案件,一方当事人可以向法院提出申请,请求法院就案件实质问题作出终局判决,这种不经过法庭审理就作出的判决称为简易判决,这种制度为美国多数司法管辖区所采纳。简易判决分为全案简易判决和部分简易判决两种,“简易判决的申请与准许既可针对整个权利请求和答辩作出,也可针对其任何部分作出”。^②当事人之间的诉答文书是当事人申请简易判决的基础,如果当事人提出的诉答文书没有事实争议,或者他们提出的争点实质上不存在,案件就不需要经过开庭审理,当事人可以向法院申请简易判决。另外,通常情况下,申请简易判决应当经过正式的调查取证程序后,经一方当事人提出申请后由法院决定。原告起诉并通知被告后,被告如果未正式答辩,或者被告从未出庭,或者被告虽然出现了,但是未正式答辩等法定情况下,法院可以针对被告这些不应诉行为作出不应诉判决。^③被告不答辩的,法院书记员可以做不应诉登记,不应诉登记的作用在于“可以阻止不应诉的当事人作出任何有关责任问题的新的答辩。不应诉标记记载了答辩当事人未能进行答辩或者以其他方式就权利主张提出作出抗辩的事实”。^④“如果已进行不应诉登记,同时起诉书清楚表明特定金额并且只有该金额应付给原告,那么大多数规则规定书记员可以就该笔金额作出不应诉判决”。^⑤

美国民事诉讼诉答程序的形成、演变与其陪审制密切相关,与其诉讼理念、集中审理方式相关,诉答程序的作用与大陆法系国家民事诉讼诉答文书的作用不大相同。这种诉答程序我国民事诉讼不宜全盘拿来移植,但是其诉答文书的撰写方式和内容却值得借鉴。

三、德、日诉答文书的实务及职能考察

大陆法系国家民事诉讼与英美国家不同,没有严格的诉答程序,案件可以多次开庭审理,庭审不以诉答之后形成的争议状态为前提基础。“大陆法系民事诉讼的开庭审理(可称为‘口头辩论期日’)则有其自身独特的制度内涵。一方面,可以多次进行的开庭审理并不以当事人双方自行形成攻击防御态势的‘诉答’(英美法上称 pleading)作为程序前提。另一方面,包含

① 汤维建主编:《美国民事诉讼规则》,中国检察出版社2003年版,第169~170页。

② [美]斯蒂文·N.苏本、马莎·L.米卢、马克·N.布诺丁、托马斯·O.梅茵著:《民事诉讼法——原理、实务与运作环境》,傅郁林等译,中国政法大学出版社2004年版,第260页。参见[美]杰克·H.佛兰德泰尔、玛丽·凯·凯恩、阿瑟·R.米勒著:《民事诉讼法》,夏登峻、黄娟、王衡译,中国政法大学出版社2003年版,第430页。

③ [美]杰克·H.佛兰德泰尔、玛丽·凯·凯恩、阿瑟·R.米勒著:《民事诉讼法》,夏登峻、黄娟、王衡译,中国政法大学出版社2003年版,第444页。

④ [美]杰克·H.佛兰德泰尔、玛丽·凯·凯恩、阿瑟·R.米勒著:《民事诉讼法》,夏登峻、黄娟、王衡译,中国政法大学出版社2003年版,第443~444页。

⑤ [美]杰克·H.佛兰德泰尔、玛丽·凯·凯恩、阿瑟·R.米勒著:《民事诉讼法》,夏登峻、黄娟、王衡译,中国政法大学出版社2003年版,第443~444页。

有败诉等实质内容的判决原理上都必须经过开庭审理才能够做出”。^①然而,据笔者观察,其诉答文书的内容与构成方式也比我国民事诉讼诉答文书的内容与构成方式“讲究”,通过诉答文书,当事人之间的争点、证据一目了然,方便法官审理、询问,方便双方当事人进行诉讼准备。^②

德国虽然没有美国那种意义上的诉答程序,但是其起诉状与答辩状的要求却与我国民事诉讼中的要求有不相同之处。德国民事诉讼法关于起诉状与答辩状的规定虽然简单,仅规定起诉状应当记明当事人、受诉法院、当事人提出的请求的标的与原因,当事人的申请。但是,其起诉状与答辩状的撰写惯例却与我国的要求不同。在《德国民事诉讼法基础教程》^③中提供给我们一个实例,这份起诉状很简洁,基本撰写方式和内容与我国民事诉讼起诉状大体相同,但不同之处在于其“理由”部分,相当于我国民事起诉状的“事实与理由”部分,事实陈述时一个事实主张为一个段落,例如:双方当事人于某年某月某日书面缔结了一份什么样的合同,原告因此获得多少马克。每一个事实主张之下另起一段附有证据,例如:“附上2000年6月5日合同的复印件”,每个不同的证据各自成一个独立的段落,此乃其一。其二,起诉状结尾由律师签名,而非当事人签名。我国民事诉讼无论是否有律师代理,诉状都由当事人签名或盖章。根据其民事诉讼法的规定,若无当事人或者其律师的签名,则产生未依照法律规定起诉的法律后果。

德国民事诉讼审前程序中有一种书面准备加期日的程序,在必须由律师代理的案件中,准备言辞辩论必须以准备书状的形式进行。不必由律师代理进行的诉讼,法官可以命令当事人,或者以书状准备言辞辩论,或者向书记官陈述后由书记官记录,以准备言辞辩论。据其民事诉讼法的规定,准备书状应当具备以下内容:(1)当事人的姓名、职业、身份、住所地等。(2)当事人将在庭审时提出的请求。(3)请求所根据的事实关系。(4)对对方当事人所主张的事实陈述。(5)当事人证明或反驳事实主张的证据,以及对对方当事人提出证据的陈述。(6)在必须由律师代理的案件中律师的署名。不必由律师代理的案件中的当事人的署名或其诉讼代理人署名。

另外,德国不经言辞辩论即可作出实体判决的规定,这种判决仅适用于书面准备程序这种方式的审前程序,一般情况下应当经过言辞辩论才可作出实体判决。而且,这种判决不属于美国式的不应诉判决,虽然名为“缺席判决”,但在我国有的学者的分析来看,其性质属于支付令,或者可以理解为一种拟制的缺席判决。因为,对这种未经言辞辩论即作出的实体裁判,被告可以提出书面异议,经法官指定一个言辞辩论期日来审查是否存在被告异议所主张的阻却事由,若经言辞辩论如判断异议有理,则已作出的实体裁判失效,诉讼程序恢复。^④德国诉答文书的这种功能虽然与美国的不应诉判决不同,但是,其诉答文书的这种功能却很有价值,值得我国借鉴。这种根据诉答阶段被告未答辩的情况作出的缺席判决制度,既快捷经济,同时又因为有被告可以事后提出异议的规定,而使答辩缺席的被告的诉讼权利得以充分的保障。

① 王亚新:《我国不宜引进答辩失权》,载《人民法院报》2005年4月6日。

② 在王亚新著作《对抗与判定——日本民事诉讼的基本结构》中,在德国汉斯-约阿希姆·穆泽拉克著作《德国民事诉讼法基础教程》中有起诉状、答辩状的例子,以及起诉状、答辩状撰写要求的陈述。

③ [德]汉斯-约阿希姆·穆泽拉克著:《德国民事诉讼法基础教程》,周翠译,中国政法大学出版社2005年版,第42~44页。

④ 王亚新:《再谈“答辩失权”与“不应诉判决”》,载《人民法院报》2005年4月6日。