

西南政法大学

诉讼法博士精品文库

孙长永 主编

规范出发型民事判决构造论

段文波 著

博學篤行
厚德重法



法律出版社
LAW PRESS CHINA

规范出发型民事判决构造论

段文波 著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

规范出发型民事判决构造论 / 段文波著. —北京:
法律出版社, 2012. 8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3751 - 6

I. ①规… II. ①段… III. ①民事诉讼—判决—研究—中国 IV. ①D925.118.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 160118 号

西南政法大学诉讼法
博士精品文库

规范出发型民事判决构造论 | 段文波 著

责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2012年8月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 7.75 字数 200千

印次 2012年8月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-3751-6

定价:28.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

诉讼法学研究之路

依稀记得中国古代的大诗人屈原说过：“路漫漫其修远兮，吾将上下而求索。”此句用于探寻中国法学研究之路的运动轨迹似乎是合适的。

中国是一个有五千多年历史的文明古国，她为人类文明做出了伟大的贡献。但由于中国是一个较为封闭的农耕社会，人与人的交往度极其有限，在有限的交往中凭借的是亲情、族情、人情而不是法则；虽然也曾有过如《唐律》之类的法，但它只是封建社会的点缀。源于此，中国几千年几乎没有法学研究。法学研究的起始与高等法学教育的兴起同步。1904年，中国历史上第一所以法律为教学内容的直隶法政学堂开办；1912年，朝阳大学开学；1927年东吴大学挂牌。自此以后，以法为对象的研究方啾呀学步。就是在啾呀学步的同时，耳边还不时响起枪炮的轰隆声。

1949年新中国成立，本应国泰民安、经济蓬勃、文化昌达、法制更新，但由于众所周知的原因，国人所期望的法学研究并未从啾呀学步的状态中迈步向前。称得上“法学之研究”的事当从20世纪90年代始。在改革开放的大背景下，国家逐步制定了一系列立法，法学教育得以恢复发展，法学研究也才出现令人高兴的情状。法学刊物由几种而至几十种，法律院系由十几所变为几百所，民法研究、刑法研究、诉讼法研究、国际法研究、行政法研究、经济法研究方兴未艾，法学文章、教材、读物、专著、译著摆满了书店的书架。以民事诉讼法学研究为例，经过同仁的劳作与宣传，

司法的被动性、公开性、透明性、亲历性、多方参与性及终结性等特点,程序价值与诉讼特殊性相关的直接原则、言辞辩论原则、程序安定原则以及程序自由、诉讼民主、程序保障等时髦而崇高的观念正日益受到社会的认可与接受。一言以蔽之,我们的法学研究正在向前走步。当然,“与其他学科相比,中国当代的法学研究更缺少学术的传统,缺少研究中国实际问题的传统。法学不仅无法与中国传统文史哲学科的深厚相比;而且与社会学相比,也缺少像费孝通先生那一代很有成就的学者,没有《江村经济》、《乡土中国》那样的富有洞察力和有学术支撑的著作;与经济学相比,也缺乏经济学的实证研究传统和较为坚实的学术训练。中国当代的法学研究,尽管在一些法律实践问题上有了不小的进步,但在很大程度上仍然停留在对一些命题,甚至是政治命题本身的分析研究;仍然趋向把法学视为一种普适的知识;仍然对中国当代城市和农村、对中国人因为他们的生产和生活条件而形成的行为方式缺乏关注;仍然更多地试图并习惯于用18、19世纪西方学者的一些因然命题来规定生活。法学研究的方法也相当落后,从因然命题到自然命题,缺少对社会的其他学科的了解,缺乏对支撑法学研究的发展的理论的研究和包容,缺乏对司法问题的综合性研究,而往往从部门法出发把活生生的案件简单归纳为民法案件或刑法案件。甚至连基本的学术纪律和规范都还没有形成”。^①

诉讼法学作为法学的一个部门,同样存在这样的问题。而且,诉讼法学的研究问题可能由于这一学术群体缺乏传统与学术积淀而更加突出:在新中国成立之后是生吞活剥地沿用苏联的学术理论,后来又是对苏联理论的“集体反叛”。^② 学术的研究是非常讲究积淀的,这样剧烈的“取”与“舍”导致诉讼法的发育先天不足,而后来的发展又是后天失调。

^① 朱苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社。参见“什么是你的贡献”(自序)IV—V页。

^② “集体反叛”的提法参照强世功:“迈向立法者的法理学——法律移植背景下对当代法理学的反思”一文,载《中国社会科学》2005年第1期。强氏云:“当代中国法理学中关于‘法律是什么’的追问始于对教条化马克思主义法理学的‘胜利大逃亡’,其结果构成了对马克思主义法理学的集体反叛。”

近些年来,诉讼法学者也开始对自身的研究进行了反思。

那么,什么样的诉讼法学研究才真正是我们需要的呢?

未来的诉讼法学的研究,应该是运用交叉学科的方法进行的研究。社会的发展,使得现代各个学科对各自的研究对象、研究规范、术语形态和学理体系之间严密界定和严格分工,使学术趋于专门化和职业化。这样的分工使得人类的知识在各个领域取得了许多具有突破性,且深刻、透彻、条理整然的成果。韦伯早在 20 世纪初就感叹:“学术已经达到一个空前专门化的阶段,而且这种局面还会一直继续下去。”^①这样的专业化的分工使得“科学家非但不能兼容不同的科学,而且也无法占据某一科学的全部领域。他的研究只限于固定的某一领域,甚至是单独的一个问题”。^②这样的学术分工和壁垒森严的学科界限造就了越来越专业化学术的同时,则有可能对人类知识的完整性进行人为的阉割!因为分工越是专业,从事相应研究的学者就不得不集中更多的精力来训练他从事学术职业直接所需要的能力。这些能力愈是得到强化,其他的能力愈是受到损害,得到强化的这些能力就会愈加局限在一种固定的形式当中,而学者本人,就会逐渐成为这种形式的奴隶。这样,学科之间的人为阉割可能还会因为学科的封闭状态、学术的近亲繁殖、“法律人”这个想象的共同体^③的共同利益而得到强化,结果往往是造成各个学科门户的株守,新的思维方式与学术方法受到压抑。现在的诉讼法学的研究亦是过于流连于内部人自己编织的诉讼法学人工孤岛之上。我们迫切地需要补充新鲜的

① [德] 马克斯·韦伯:《学术与政治》,冯克利译,三联书店 1998 年版,第 23 页。

② [法] 埃米尔·涂尔干:《社会分工论》,渠东译,三联书店 2000 年版,第 3 页。

③ 强世功博士在《中外法学》2001 年第 3 期上面发表的名篇——《法律共同体宣言》,该文如战斗檄文般的行文风格非常类似于耶林的《为权利而斗争》。《法律共同体宣言》中声称:“一个无形的法律共同体。共同的知识、共同的语言、共同的思维、共同的认同、共同的理想、共同的目标、共同的风格、共同的气质,使得我们这些受过法律教育的法律人构成了一个独立的共同体:一个职业共同体、一个知识共同体、一个信念共同体、一个精神共同体、一个相互认同的意义共同体”。另外,“想象的共同体”的提法参见[美]本尼迪克特·安德森:《想象的共同体——民族主义的起源与散布》,吴睿人译,上海世纪出版集团 2005 年版。

血液,不断地从这个孤岛上走出来,以便看到更多的风景。^① 我们需要引入经济学的定量分析、社会学的实证调查、人类学的深度个案诠释,甚至是文献计量学的引证分析等方法,而不满足于现在的规则制定和概念法学。诉讼法学是一个独立的学科,但绝不是一个自给自足的学科,我们的研究就需要运用交叉学科的研究方法去打破现有的学科之间的隔阂,去拓展新的研究领域。布迪厄就说过:“哪里突破了学科的藩篱,哪里就会取得科学的进展。”^② 所以随着以后诉讼法学研究的深入和越来越专门化,我们同时将会看到诉讼法学与其他学科之间的相互融合与借鉴,这将是两条并行不悖的主线。

未来的诉讼法学的研究,是钱穆先生所说的那种“对本国的历史怀有一种温情和敬意”^③的研究。我们现在的学术研究,存在对自己的历史的一种妄自菲薄的倾向,“尊西人若帝天,视西籍如神圣”。^④ 近代以来,中国与西方的两个主体,它们之间的文化比较的问题,往往被转换和扭曲为“传统与现代”的单线进化问题,中国为传统,西方为现代,对现代化的渴求使得中国之历史就当然而然地处于逻辑的劣势,处于被遗忘的角落。在诉讼法学的研究中我们应该关注中国历史,关注我们祖先的生产和生活条件形成的行为方式。只有对历史把握住了,才能具有陈寅恪先生所说的那种对古人的“了解之同情”,而不是一味地咒骂历史;我们才能更

① 当然,从诉讼法学的人工孤岛上走出来的目的最终还是为了更好地走回去。王铭铭教授在评价著名人类学家马林诺夫斯基的学术时,用了“在这里”(being here)、“到那里”(being there)、“回到这里”(returning home)三个阶段来形容人类学者的典型人生经历。即是“西方人类学者大多首先在西方的学院式家园中习得一种人文价值观念,接着到了‘那里’(别的地方或非西方世界)的‘异文化’中去体验不同的人文价值可能性,最后回到‘这里’(西方)的学院式家园中对既有的人文价值提出反思性的见解”。参见[美]马歇尔·萨林斯:《甜蜜的悲哀》,王铭铭译,三联书店2000年版,参见王铭铭题为《萨林斯及其西方认识论反思》的序言部分,第5~6页。按照笔者的理解,其实这样的论述对于任何一个真正的学者的成长都是成立的。学者的成长先是“在这里”(being here):接受该学科最为基本的学术的规训;然后是“到那里”(being there):跳出这个这个学科的局限,用在接受这个学科的规训时所获得的“获得知识的能力”去获取更为广阔和深邃的知识;最后是“回到这里”(returning home),对自己的所属学科进行反思,对该学科的进行深化研究或是开拓该学科新的领域。所以笔者才一再地说“走出来的目的是为了能够更好地走回去”。

② [法]皮埃尔·布迪厄、[美]华康德:《实践与反思——反思社会学引论》,李猛、李康译,中央编译出版社2004年版,第197页。

③ 杨义:“现代中国学术方法总综论”,载《中国社会科学》2005年第3期。

④ 余英时:《现代危机与思想人物》,三联书店2005年版,第39页。

好地理解现在,也才能够如徐朝阳先生一样,写出《中国诉讼法溯源》这种原创性的经典作品来。

未来的诉讼法学研究,应该是关注中国的国情和实践的研究。吉尔兹说:“法律……乃是一种地方性知识。”^①我们诉讼法学的研究,面对的是中国的国情,是中国的现实,所以在某种程度上说也是“地方性”的,不是普遍性的。英美怎么样、法德又如何的西方经验只是针对解决它们的问题的知识,同样是“地方性的知识”,并不是普适的知识,并不能想当然地适用于中国。现在言必称西方的研究,过分地倚重于域外经验,自觉不自觉地吧西学要解决的西方的问题当成了我们当下要解决的问题,这其中就缺乏对我们的现实和国情的把握和了解。我们的研究应该更多地关注中国的司法实践和中国问题。^②不能让诉讼法学的研究因为缺乏实证成为抽象的,是大词似的、空洞的,成为知识精英在书斋里的专有物品,使其堕落到脱离大众的、贵族式的、奢侈的、干瘪无味、概念游戏般的研究。

西南政法大学诉讼法学博士点正是基于对未来法学研究的企盼,对自己的博士生提出了严格的要求。要求博士生从入学之日起,“老老实实做人,踏踏实实为学”,以严格标准精心管理。学生在校三年期间,有繁重的读书任务、充实的课堂教学、健康多样的师生沟通渠道,还有走出学门的调查要求、培养方案中有导师组的集体训话、严格的开题环节、预答辩程序、淘汰筛选机制,最后还有非常正规的答辩程序。从90年代以来,诉讼法博士生的质量名列全国前茅。

为总结交流计,也为宣传传播计,更为争鸣批判计,经与同仁徐静村教授商议决定一起主持出版“西南政法大学诉讼法学博士论文文库”,甄选学术质量较高的诉讼法学博士论文结集出版。在文库付梓之际,有两点声明:一是博士论文文责自负;二是刊印之论文是著者在答辩之后根据答辩委员会老师的意见又进行了深度加工和文字扩充的结果。

① [美]克利福德·吉尔兹:《地方性知识》,王海龙、张家瑄译,中央编译出版社2004年第2版,第273页。

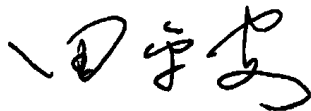
② 缺乏对实践问题的研究并不完全是学者的责任,还与中国现在的制度有关:法院的案例不公开,案例卷宗分为外卷和内卷,学者的研究无法获得足够的司法信息。

末了,我还想衷心感谢为丛书的出版付出了辛劳的茅院生分社长和王旭坤编辑。

《西南政法大学诉讼法博士精品文库》不求立言以存于后世,只愿能为我西政大之学术振兴尽一己绵薄之力。诉讼法学研究之路漫漫其修远兮,吾将上下而求索。愿我诉讼法学科层楼更上,愿西政大生生不息!

寥寥数语,权以为序。

西南政法大学教授、博士生导师

Handwritten signature in black ink, reading '田永安' (Tian Yong'an).

二〇〇六年七月十一日

于重庆歌乐山下安怡斋

目 录

绪 论	1
第一章 规范出发型民事诉讼的研究方法	4
第一节 民事诉讼法学方法论的谱系	5
第二节 现代民事诉讼法学方法论的反省	11
第三节 中村法学派的方法论	14
第二章 规范出发型民事裁判构造论	17
第一节 罗马法之 ACTIO 体系与现代请求权体系	17
第二节 以请求权为基础的裁判方式	22
第三章 要件事实理论之基础	35
第一节 要件事实理论基础之一:诉权	35
第二节 要件事实理论基础之二:诉讼标的	40
第三节 要件事实理论基础之三:民事诉讼制度目的	55
结语	64
第四章 要件事实的意义与识别	66
第一节 要件事实概述	66

第二节	评价性要件的要件事实之识别	84
	结语	91
第五章	要件事实与主张责任	92
第一节	主张责任概述	92
第二节	要件事实理论下的攻击防御体系	100
第三节	权利抗辩	110
	结语	121
第六章	要件事实与事实认定	123
第一节	要件事实与自认	123
第二节	要件事实与证明标准	137
第三节	事实认定标准的减轻	153
第七章	要件事实与证明责任	159
第一节	证明责任的概念与源起	159
第二节	客观证明责任的周边概念	165
第三节	证明责任的性质与机能	168
第四节	证明责任之分配	173
第八章	要件事实论视角下的民法	185
第一节	证明责任与主张责任的关系	185
第二节	以证明责任与主张责任分配为圭臬的民法	192
第九章	要件事实论与判决书改革	208
第十章	要件事实教育	219
第一节	要件事实教育的意义	219

第二节 要件事实教育的内容·····	224
结语·····	230
后 记·····	231

绪 论

屈指算来,我国开招诉讼法学博士已逾十载,培养诉讼法学博士逾百。丝毫不夸张地讲,博士论文企图选择一个前人未曾涉猎的领域甚或一隅已经毫无可能。即便国内没人写过,放眼他国,亦必有之。所以,如何选择一恰切的论文题目,着实令人伤神。回溯博士论文的选题、资料收集及杀青,前后颇有一段渊源。笔者在大学二年级起已经决定报考民事诉讼法的硕士研究生。因此,平日里除了将时间大面积放在英语学习方面,就是对民事诉讼法的关注最多,时常旁听其他老师的民诉课。也正因此,有缘识得家师。大学四年级,在时任系副主任的家师的努力下,我获得推免攻读民事诉讼法硕士的机会,并因此获得了长达一年的闲暇。家师便鼓励我去隔壁的四川外语学院进修日语。本应享受毕业生活的我,却也因此奔波忙碌于西政与川外之间。盖有两年,日语初成。本着学以致用,我到西政图书馆外文阅览室复印了一批日文的民事诉讼法论文,其中就有日本伊藤滋夫先生所著《事实认定序说》的连载。由于将法律和日语结合的功力尚浅,只得边查字典边看原文,进展速度缓慢。然而,令我欣慰的是,每每坚持读下一篇论文,总觉日语和法律的知识都有所长进。待将整个序说读罢,顿生打通“任督二脉”之感。先生的序说从一个概念出发,别其类属,定其体系,统领所有篇章。虽涉猎问题及理论广泛,然条理清晰、纲举目张。这一序说基本奠定了此后我学习和研究的基础,并得以向其他相关知识扩张。上面所言先生所著书类的关键概念便是要件事实。围绕此概念,我完成了硕士论文,亦即要件事实与证明标准(事实认定标准)。硕士毕业,因家师辗转重庆大学,故得机会旋即

攻读博士。在读博士学位期间,我所有的研究兴趣和资料收集几乎全部围绕要件事实理论这一议题展开。因此,至博士论文开题之际,要件事实理论顺理成章成为首选。

博士论文讲求创新,然何谓“创新”,界线稍显暧昧。依中国社会科学院梁慧星先生之见,填补国内学术研究的空白当属创新之列。如我前面所言,试图寻求一个前人未曾涉猎的题目若非缺乏研究价值,就是难度太大,无从着手。民事诉讼法学中的要件事实理论本源自德国法,德国刑法中构成要件事实为其滥觞,而日本的司法研修所却是近年来该理论教育的本部。最近几年,要件事实理论突破其在实务界的影响,风靡整个日本民事诉讼法学界,为学者所普遍关注。正因要件事实理论为理论与实务之桥,时下,日本正掀起一股“要件事实热”。随着法科大学院教育制度改革的推进,要件事实理论也从法曹教育的第二个阶段走入第一个阶段,成为日本法学教育中实务理论的重头戏。反观当下中国,法学本科教育改革及民事司法改革如火如荼,然何去何从,莫衷一是。德国及日本的发展方向,或许可为我们提供有益的启示。要件事实理论足资借鉴。

国外研究要件事实理论的学者和著作颇丰,尤以日本为盛。代表人物有伊藤滋夫、大江忠、并木茂、加藤新太郎等诸君。代表作有《要件事实、事实认定入门:法官的裁判方法》、《要件事实商法》、《要件事实的现在》、《民事要件事实讲座》、《要件事实民法》、《要件事实论与民法的对话》、《税务诉讼与要件事实论》、《要件事实租税法》、《研讨会要件事实》、《要件事实劳动法》、《要件事实原论》、《要件事实的理论与实务》、《民事诉讼中的要件事实》,等等。^①然国内涉猎该问题者寡。家师曾于《证明责任法》一书中首度详细引入要件事实概念以说明证明责任的涵摄对象。随后,除笔者曾发表相关论文之外,尚有清华大学许可先生之博士论文、四川大学章筑恒先生之博士论文、浙江王重阳先生之文章及人民大学丁相顺先生发表的译文等著作。除明确以要件事实为题撰写要件事

^① http://www.7andy.jp/books/search_result/-/keyword_in/%cd%d7%b7%ef%bb%f6%be%c2/sort/0/disp/0/extract/0/submit22.x/51/submit22.y/9/.

实理论的著述之外,还有一些以要件事实为基础概念的相关研究,譬如证明责任理论、法学教育、事实认定,等等。依笔者浅见,若自己不能径直通晓德文抑或日语,试图把握要件事实理论的精髓及全貌可能稍显力有不逮,极有可能浅尝辄止而导致得其形而丧其实。笔者粗通日语,关注这个问题已有些时日,且每多收集一份新的资料,对该理论的认识便会增进一分。如此往复,总有些许收获。一切都似曾相识,而一切又都在理解当中,遂将自己几年来对于要件事实理论的认识和理解汇成一册。虽显青涩,至少刻鹄不成尚类鹜。

从体系上讲,要件事实理论包括四个部分。第一部分是要件事实理论的前提,亦即要件事实理论在民事诉讼法相关重要理论、原则问题上所采取的立场。譬如要件事实论与诉权、诉讼标的、辩论主义、诉讼目的等问题的相互关联。第二个部分乃是要件事实论的核心部分。这一部分是要件事实最为重要的组成部分亦即证明责任与主张责任。第三部分乃是要件事实的实践意义和价值。要件事实理论乃理论与实务之桥,实体法与程序法之桥。但是要件事实作为以实践为基点的理论,毋宁说更贴近实践而非理论。就要件事实在日本实践中的运用而言,不仅“争点求心型”审判方式完全依赖要件事实论,而且日本新审判方式仍然以要件事实论作为理论基础。对当下中国而言,为什么证明责任论尚未充分体现其功用,为什么当事人主义诉讼模式流于形式,其原因全在于缺乏核心理论的支持。要件事实论足资我国司法审判改革借鉴。第四部分乃是要件事实理论与法曹教育。在日本,司法研修所则是日本要件事实教育的大本营。近年来,日本仿效美国的法学院(Law School)筹设了法科大学院,将要件事实教育从司法研究所搬至其中,并将其作为整个日本法曹教育改革的重心。当下我国法学界正在悄然兴起的法学教育改革,似乎也能够从中有所启迪。

第一章 规范出发型民事诉讼的研究方法

学问始于方法,终于方法。然而何谓“学问”(Wissenschaft)?简言之,学问并非单纯之“知”(Wissen, knowledge),而是反省之知。学问必为知识之反省(Reflexion, reflection)。所谓反省意味省察,内涵颇丰。要言之,乃思考或为思维(Denken, thinking)之谓,而所谓思考乃是将零碎之知加以整理、组合,亦即知识的体系化。此即为学问。单纯之知欲为学问则须假以思索并予以体系化。此体系化即为学问方法。学问之发达与方法之先进息息相关。抑或,方法发达即为学问之发展。由是观之,学问即为反省之知,即通过思索将知识按照一定的目的加以整理并予以体系化。随着文化发展,诸学问皆有独自的领域(学问的权利范围)并在各自领域内建构独立的理论体系。当今学问尤为复杂,不得像古代自然科学,将万物纳入囊中。此乃学问的方法,实谓“学问始于方法,终于方法。”^①所有的学问中必定内含将其理论体系化并厘定其理论范围的“学术方法”。在此意义上,学问乃方法之体系。方法之分歧必致学问体系之对立。若就法学而言,法解释学与法史学抑或法哲学即为学问方法的不同。即便在法解释学的内部,尚有过去之概念法学与自由法学之别。此外,民法学与商法学之间亦有若干差异。提及法律解释的方法,言下即指民法的指导理念。同理,法学、民法学中的学问方法从各自的视角也仅在此限度内方有所指称。与方法背道而驰的学问无以营生。研习法学者,必亲身用心体察法学所内涵的方法。批判也必须在此基础之上为之。非若此,重

① [日]中村宗雄:《学问的方法与诉讼理论》,成文堂1976年版,第1、2页。

整法学知识、弘扬批判精神,皆不可得。

学问大致可以分为哲学(Philosophie, philosophy)与科学(Wissenschaft, science)。法学当属科学之列。申言之,法学(Rechtswissenschaft)隶属与自然科学(Naturwissenschaft)相对立的精神科学(Geistwissenschaft)或人文科学(Kulturwissenschaft)。不同的学术方法因理解不同而分类各异。换个视角,学问又可分为本质学(Wesenswissenschaft)与事实学(Tatsachenwissenschaft)。本质学乃是探讨事物本质的学问。存在论、现象学(Phänomenologie)等哲学、形而上学即如是;与之相反的是以时间的、空间的事实为对象的诸学问,即事实学。自然科学、各种社会科学即如是。法学属于事实学中与自然科学并立的科学,在学问方法上,自当不同。所谓方法就是构筑理论的骨骼。因此,学问的方法又可以说是建构各自学问体系骨骼的手段。广义上,其意指建构基本学问体系的原理抑或构筑个别学问体系的方法。此外,其还可以指称为了实现一定的目的,运用各种方法表明学问态度的立场和视角。考察方法不同,同一对象事实也会万象纷呈。不同的学问方法也对应着不同的概念体系。只有运用正确的方法,体系的完整有序始有可能。

第一节 民事诉讼法学方法论的谱系

民事诉讼乃法律制度。此故,考察法律规范构筑理论体系乃民事诉讼法学的首要任务。毋庸赘言,诉讼乃具体存在的制度。诉讼理论自当不能无视现实的诉讼状况。这个道理对于制度法学的研究不言而喻。诉讼制度因国而异,因时不同。诉讼理论自当斟酌上述情事。质言之,诉讼法学必须以该国当下的“诉讼”作为构筑诉讼理论的对象。此即为学术方法的问题。学问的方法厘定了研究对象的范围,方法不同,同一对象也会百态纷呈。倘若适用方法错误抑或多种方法之间矛盾冲突则会导致理论失序。

现代大陆法可以溯及罗马法。罗马法中 ACTIO(诉权)制度居于实