

比较民事诉讼法

比 较 民 事 诉 讼 法

2000年卷

陈刚 主编

比较民事诉讼法

2000 年卷

陈刚 主编

中国人民大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

比较民事诉讼法 2000 年卷/陈刚主编
北京: 中国人民大学出版社, 2001

ISBN 7-300-03878-6/D·567

I. 比…

II. 陈…

III. 民事诉讼法-比较法学-文集

IV. D915.2-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2001) 第 059950 号

比较民事诉讼法

2000 年卷

陈刚 主编

出版发行: 中国人民大学出版社

(北京中关村大街 31 号 邮编 100080)

邮购部: 62515351 门市部: 62514148

总编室: 62511242 出版部: 62511239

E-mail: rendafx@public3.bta.net.cn

经 销: 新华书店

印 刷: 中国人民大学印刷厂

开本: 890×1240 毫米 1/32 印张: 11.5

2001 年 9 月第 1 版 2001 年 9 月第 1 次印刷

字数: 325 000

定价: 19.00 元

(图书出现印装问题, 本社负责调换)

致读者

《比较民事诉讼法》2000年卷在同行们的企盼下终于问世了。

1998年12月，为了适应民事诉讼体制及民事审判方式改革的需要，西南政法大学成立了中国第一个比较民事诉讼法研究所。其设立宗旨，是以繁荣中国民事诉讼法学为己任，促进中外民事诉讼法学的交流，服务于社会主义法治建设的需要。

比较民事诉讼法研究所成立以后，主要开展了三项学术性活动。一是加强和促进国内外学术机构以及研究者之间的学术交流与协作关系；二是积极组织 and 参与举办国际性学术研讨会；三是组织和出版《民事诉讼法学译丛》和《比较民事诉讼法》年卷。

《比较民事诉讼法》年卷属于系列性出版物。该年卷是对本所当年研究成果的总结，所收内容涉及广泛，出版目的是繁荣我国民事诉讼法学的研究内容，促进中外民事诉讼法学的交流，为理论界、司法界探讨建立与完善社会主义市场经济体制下的民事诉讼体制提供有益的参考文献。

《比较民事诉讼法》首卷发表于1999年，当时出于保证印刷质量的考虑，加之经费有限，只好采取了内刊形式。首卷采取邮寄方式向国内外的民事诉讼法学者和相关研究机构赠阅，获得了中外学者学术上的肯定。

为了不辜负同行们的鼓励和鞭策，在一大批学者的积极参与下，经过多方努力，《比较民事诉讼法》2000年卷在中国人民大学出版社的慷慨支持下终于付梓出版。在此，我代表西南政法大学比较民事诉讼法研究所以及本卷的作者，向中国人民大学出版社及本卷编辑表示衷心的感谢。

参与《比较民事诉讼法》写作的作者（译者）完全凭着一股学术热情支持这项事业的发展，对于他们在无任何经济性报酬前提下所表现出来的学术奉献精神，我们应当给予鼓励和尊重。

《比较民事诉讼法》的主编工作由我指导的第一位博士学位获得者陈刚副教授担任。为了高质量地完成这项异常艰难的工作，陈刚博士付出了大量的心血，我非常理解其工作的学术意义，任重而道远。

祝我国的比较民事诉讼法学事业兴旺发达！

西南政法大学教授、博士生导师 常怡
比较民事诉讼法研究所名誉所长

2001 年 8 月 9 日于重庆

目 录

[专题研究]

诉权理论与民事诉讼法学方法论

..... “新诉权论” 课题研究组 (1)

宪法和民事诉讼程序..... 陈 刚 汪三毛 (48)

传统与规律：法系视角下的民事诉讼制度

发展趋势

——国际诉讼法学会第五届世界大会总结

报告之简述 陈 刚 (106)

诉讼保险制度研究

..... “诉讼费用制度研究” 课题研究组 (141)

[证据专栏]

现代证明责任理论的研究现状 陈 刚 (165)

[司法改革]

美国民事诉讼改革之比较研究 张家慧 编译 (193)

当事人主义修正论与英国民事司法

制度改革的实证 陈 刚 相庆梅 (229)

日本民事司法制度改革要因的全景式

分析 张晓薇 曹海科 (255)

德国民事诉讼改革 吴 杰 编译 (278)

韩国司法独立与司法改革..... [韩] 郑二根 (293)

[法典精选]

跨国民事诉讼规则(初步草案第二稿) 徐 昕 译 (306)

诉权理论与民事诉讼法学方法论*

“新诉权论”课题研究组

一、概 述

我国法学界普遍认为，民事诉讼法学是以民事诉讼法或民事诉讼法律制度及其产生、变化、发展的规律为主要研究对象的部门法学。^①实际上，民事诉讼法学是从法的角度，以民事诉讼这一人类社会特有的社会现象为基本研究对象的社会科学，它既有不同于相邻部门法学的特质，又具有综合法学的特色。在这个意义上，民事诉讼法学的研究对象，不应局限于民事诉讼法尤其是现行的民事诉讼法，而应是我们社会生活中显现的民事诉讼现象。民事诉讼法学

* 本文是中国人民大学江伟教授负责的“新诉权论”课题研究组的阶段性研究成果，属课题组成员共同研究成果。“新诉权论”课题组成员有：江伟，法学教授，博士生导师；邵明，法学博士；陈刚，法学博士。

① 我国愈来愈多的人士已经认识到，法学，包括民事诉讼法学，绝不仅仅是一种纯粹理性的、思辨的学科，绝不是只要从理论上讲通了，实际上就可以做，并可以做好好的学科。法学是一门高度实践性的学科，并不只是由一些普遍正确的命题所构成，而是需要大量的“实践理性”，需要许多难以言说、交流的知识。如果将法学的发展仅仅寄托于那种可以言说、表述的法律理论或原则的发展，那么，法治必定难以形成，同时，法学的发展也必定是畸形的。一方面，大量的法律颁布，法学著作大量出版，而另一方面，社会的秩序没有太多的改观，在没有国家强制的条件下，人们以实际行动体现出来的法治“观念”没有什么变化。参见苏力：《制度是如何形成的》，168～169页，广州，中山大学出版社，1999。

作为一门社会科学，可以让我们从社会控制论角度来研究民事诉讼解决和预防社会生活纠纷的功能和作用；也可以让我们从经济学角度研究民事诉讼解决社会纠纷的投入（成本）与产出；甚至可以从人类学角度研究生活纠纷的解决方式、规律及其与民事诉讼的关系；等等。民事诉讼法学作为一门综合法学，可以使我们从宪法学角度研究民事诉讼制度存在的法的依据；从刑事法学角度研究民事诉讼的保障机制；从民法学角度研究民事诉讼的保护对象；等等。不仅如此，民事诉讼法学研究的每一具体对象都具有社会性、综合法学的特点。例如关于诉的利益制度的研究，既要考虑社会发展与新型纠纷解决之间的关系，又要从司法的社会成本（经济学）、当今社会的伦理标准（例如关于人工生殖问题的对策）、民事司法权的管辖范围（宪法、法院组织法、民事实体法）等多个角度进行全面考量。总而言之，民事诉讼法学是一门具有综合法学意义的社会科学。

民事诉讼法学是理论法学发展到一定历史阶段的产物，尤其是实定法日益分化、不断具体制度化的产物。法的发达史和法学沿革史告诉我们，在诸法合体阶段，尚不存在今天意义上的实体法和诉讼法之观念，也不存在刑事法和民事法之区别，更没有民事实体法和民事诉讼法之界定。随着人类社会对法的现象的深入理解、认识和把握，刑事法和民事法开始分化，实体法和诉讼法走向独立，在此基础上，民事实体法和民事诉讼法相互分离。当民事实体法和民事诉讼法发展到一定程度之后，民法学和民事诉讼法学应运而生。需要指出，尽管我们今天习惯于运用自我学科的标准研究古代的民事实体法和民事诉讼法的问题，但是这个标准是后天性的人为产物，它只是我们研究古代民事实体法现象和民事诉讼法现象的“道具”，因而不能以此作为民事实体法学和民事诉讼法学古而有之的相互独立的证据。

科学研究始于方法，终于方法。方法不是学术的外在形式，而是学术内容的灵魂。学术观点无非是对某一现象学术研究的结论，但是任何一个结论总免不了时代的局限性，可能随时间推移而落后于时代的发展，或由正确变成错误，或由通说变成少数说，然而正

确的方法却能为我们留下继续进行独立探索的合理途径,并且能够反过来检验结论本身,因此就学术的发展而言,学术方法高于学术结论。民事诉讼法学方法论是研究民事诉讼理论和制度的出发点。同样以民事诉讼现象为研究对象的民事诉讼法理论,因方法论的不同,也有可能构造出完全不同的民事诉讼法学体系。现代民事诉讼法学是以诉权理论为基础发展而来的法律科学,但诉权理论诞生至今已历经了若干个历史发展阶段。在不同的诉权理论基础上,存在着不同的观察和分析民事诉讼法学的态度。在这个意义上,由于诉权理论是民事诉讼法学的理论基础,因而它成为了民事诉讼法学的最基本研究对象。诉权理论经历了私法诉权说到公法诉权说的发展过程,本文中,笔者将提出以宪法为基础的“新诉权说”,以求诉权理论的时代性发展,并在此基础上实现民事诉讼法学的革新。

诉权学说是以人们“因何可以提起诉讼”这一命题,引导学者对民事实体法和民事诉讼法的关系展开研究,换言之,诉权理论所要解决的一个主题,就是如何理解民事实体法和民事诉讼法的关系。依据不同的诉权理论,对民事实体法和民事诉讼法的关系有着不同的理解,而不同的理解,又决定着对民事诉讼法学的本质的不同的认识态度。从诉权学说发展史上看,在私法诉权说指导下,民事诉讼法被视为民事实体法的延长或从属物,民事诉讼法学也被当作不具有独立性的、私法学理论笼罩下的从属物;公法诉权说的诞生使民事诉讼法学从理论体系上获得了独立,并在此基础上从民事诉讼制度目的论角度,以诉讼和法的关系问题为切入点,对民事实体法和民事诉讼法的关系展开了更深层次的讨论;诉权理论发展到权利保护请求说阶段,一方面通过诉讼构造论的提出(依据判决请求权和强制执行请求权概念),使民事诉讼法学达到了自我完备状态(判决程序和执行程序整合的诉讼程序),另一方面以诉讼要件理论吸纳了诉权成立或不成立这一命题,使诉权理论的原有命题“因何可以提起诉讼”失去了意义。但是,诉权理论所涉及的民事实体法和民事诉讼法的关系问题,却没有因此而消失,反而以诉的利益(诉讼要件之一或诉权要件之一)为“道具”展开了前所未有的

的大讨论。

社会在发展,随社会背景变化而变化的学说也在发展。但是,学说的发展并不意味着学说的原本命题就发生了质变。在这个意义上,传统诉权理论的对象问题——“因何可以提起诉讼”以及其中的民事实体法与民事诉讼法的关系问题,仍不失为笔者今天倡导的“新诉权理论”的研究范畴。

诉权理论在今天仍有着极其重要、不可替代的理论上的研究价值。我国现阶段的法学教科书都将诉权理论纳入其中,尽管在内容上和观点上或多或少存有差异。20 世纪 80 年代中期至 90 年代中期,我国诉讼法学界曾掀起一场诉权理论的“研究热”。近年来,“诉权”一词更是经常出现在论文、新闻和报刊之中。诉权理论还具有极高的实践价值,涉及“诉权”一词的判例、司法解释和相关文件也相当丰富。例如,法院以当事人不享有诉权为理由,裁定驳回当事人的起诉;或对滥用诉权的当事人进行诉讼制裁。《中国人权事业的进展》指出:“中国建立了社会团体支持公民起诉和诉权保障的制度。社会团体可受委托成为诉讼代理人,公民可以借助社会团体的力量行使诉权。”据报道,修订《中华人民共和国婚姻法》时将考虑离婚诉权的限制规定,即“对于怀孕期间或分娩的妇女,其丈夫或同居的男友的离婚诉权受到限制,在一年内不能提出离婚”。

如上所述,时至今日,理论界和实务界都没有放弃诉权理论或诉权一词的使用,然而这并不意味着我们已经具备或掌握了一个较为发达的诉权理论体系,甚至可以说,我们对诉权理论的基本方面——诉权理论为什么在民事诉讼法学领域占有核心地位,民事诉讼法学为什么要研究诉权理论,诉权理论的实践意义等等,都缺乏一定的了解。对此,尽管有不少学者曾努力从不同角度作过尝试性解说,其中流露出的一些观点已接近对诉权理论的本质性揭晓,然而在今天看来,这些研究与诉权理论的研究本旨还存在一定的距离。正因为我们没有认真、系统、追本溯源地研究过诉权理论,不明确诉权理论所要解决的对象问题,所以在今天的民事诉讼法学领域出现了诉权理论的二极状态,即一方面尽管“诉权”一词频频出现在教学、新闻报刊、判例及法律文件之中,“诉权”成了一个使

用频率相当高的法律用语；但另一方面，诉权概念却尚处于连专业学者都难以阐明或说清的状态。

在今天，想必学术界没有哪位学者会对民事诉讼法以及民事诉讼法学属于一门独立的法律部门和部门法学提出质疑。但是，如果将时光倒退一个世纪，这种看法可能是“和者为寡”。民事诉讼法学是民事诉讼法在形式上独立（民事诉讼法的法典化）以后的产物，而民事诉讼法的法典化距今尚不足 250 年历史。如前所述，在人类社会进入 18 世纪以后，西欧各国不断地加强了中央集权，与此同时司法权也由国王法院、宗教法院和领主法院等逐渐向国家集中。随着国家对司法权的垄断和强化，一方面，国家通过制定大量的民事实体法将国家权力渗透于市民生活之中；另一方面，国家通过诉讼方式扩大调整市民生活的范围。民法典的日趋发达和完善，为民法和民法学的独立创造了契机；司法权的不断扩大和强化，为民事诉讼法和民事诉讼法学的诞生奠定了基础。自此，诸法合体的法的体系开始走向崩溃，实体法和诉讼法在体系上开始分离。

在上述内容中，我们已经阐释了民事实体法和民事诉讼法的分化始于诉的分解。诉的制度是人类社会发展到国家社会阶段的产物，是人们以可以在法律上被认作主体的当事人请求国家提供司法救济的法律依据。可以认为，人类社会的法律发达史也是一部诉的制度的发展历史，民事实体法和民事诉讼法都是诉的制度的派生物和分解物。有趣的是，时下在西方较为流行的司法救济法尤其是其中的民事救济法的研究，在内容上则是将一定程度上已被分解的民事实体法和民事诉讼法合为一体进行的。^①换言之，司法救济法学是以诉的制度为主要研究对象。

从法律发达史以及诉的制度发达史上看，实体法和诉讼法本是同根兄弟，两者在共同服务于解决社会纠纷这一点上，是推动诉讼制度向前发展的“两个车轮”。但是，随着实体法的日趋完善和壮

^① 参见肖建国：《民事诉讼程序价值论》，434 页以下，北京，中国人民大学出版社，2000。

大, 诉讼法发展具有相对静止性, 尤其是在倡导私权保护和反对司法专断的特有历史背景下, 德国学者开始以其最擅长的哲学思维在民事法领域掀起了一场“民事实体法与民事诉讼法关系”的大讨论, 其目的是想通过作为诉讼法基石的诉权在“本质上附属于实体法”这一命题, 以强调民事诉讼制度的目的在于保护私权, 在一定程度上遏制国家司法权对市民生活的干涉, 并据此思想当然地得出了诉讼法是实现实体法之目的的助法或工具的结论。

为便于理解和阐论诉、诉权理论以及它们与诉讼观或诉讼法学方法论之间的关系, 在此有必要概要介绍日本学者中村英郎先生有关大陆法系的“规范出发型”民事诉讼和英美法系的“事实出发型”民事诉讼理论。

二、规范出发型民事诉讼和事实出发型民事诉讼^①

当今世界的民事诉讼法制, 大致可分为欧洲大陆法系民事诉讼法制和英美法系民事诉讼法制。两种民事诉讼法制虽然在法的形式、内容以及思维方式上迥然不同, 但是究其本源, 则可以分别溯及罗马诉讼法制和日耳曼诉讼法制。关于这种差异的形成原因, 可谓众说纷纭。中村英郎先生将这种差异的形成原因归结为法的渊源是否属于成文法, 或与此相关联, 归结为对于诉讼的认识是以法规为出发点还是以事实为出发点。

(一) 罗马民事诉讼和日尔曼民事诉讼

罗马很早就有了成文法, 故而可以将其视为以法为出发点的诉讼。进而言之, 是以法所认可的诉 (actio) 为出发点的诉讼。在罗马法时代, 实体法和诉讼法不分, 因而请求权和诉权也尚未分化, 诉包含着现代法上的请求权和诉权的双重性质。并且, 这种意义上的诉是相应于具体的事实, 按照法的规定成立 (事实和规范尚未分

^① 详见 [日] 中村英郎:《民事诉讼理论法系的考察》, 日本, 成文堂, 1986。

离)。因此,已发案件若符合法所规定的诉就可以接受救济(有诉才有救济),没有诉就不能够接受救济。

罗马法的诉制度随着时代变化而发展,初期和后来就变化了若干种形式。但是,以诉为基准来考虑诉讼的态度却是贯彻始终的,即开始的法律诉讼时代以十二铜表法及其后制定的市民法规定的诉为基准而起诉,并进行裁判;后来的程式书程序中,为了满足社会的需要对从前的法律进行类推、扩张解释,以比以前更广的范围内认可的诉(程式书)为基准;再后来就是非常诉讼程序主要是以具有制定法性质的永久告示录所认可的诉为裁判的基准。诉是由法律所规定的,故可以说罗马的民事诉讼法是从诉的规范出发而构成的。

日耳曼法和罗马法一样也存在着事实和规范结合的情况,但是日耳曼社会中不存在像罗马法那样的成文法。^①虽说如此,在日耳曼社会中依然存在着作为社会关系的法。不过,这种法作为一种习惯法是从祖先开始代代相传的正义与和平的秩序,并在民族的法律信念中逐渐确立的东西。由于是祖先传下来的,故对人们来说这是神圣不可侵犯的“法”,这也不是人们意识性制定的东西,而是一种被人们发现的东西。

在日耳曼法下,当社会和平遭到破坏时,人们为此悲叹,这就是诉(Klage)。人们为了恢复秩序而提起诉讼,这和罗马法行使法律认可的权利具有完全不同的意义。诉或诉讼具有防止共同体的法的和平遭到侵害,并在其遭侵害时要求恢复的意义。^②因此,这里

① 当时日耳曼人的公共(国家)生活大概是以Civitas为单位营建起来的,Civitas是由Gull(部落)组成的,而Gull又是由Sippe(血亲团体,即氏族)组成的。Civitas和其成员是一种同等资格的关系,并不是凌驾于成员之上的一种机构,但在古罗马两者则是一种凌驾于全体国民之上的国家和全体国民的关系。因此日耳曼就不存在像古罗马那样的国家针对国民的制定法制度。

② 日耳曼人在欧洲的边境,在与严酷的自然环境和外敌的斗争中过着以Sippe、Gull、Civitas为单位的集体生活。所以,人们最渴望的事莫过于集体成员互相信任,并能过上和平的生活。如果发生了侵害Sippe、Gull、Civitas和平的事件,人们为了要求恢复和平而向法院起诉。

的裁判是从案件中去发现应有的法,裁判具有了维持社会法律秩序的意义。^①在日耳曼诉讼以前客观上不存在明确的法,法是从案件中被发现的东西,而裁判正是从案件中发现法的程序,因此,日耳曼诉讼首先是从事实出发来考虑的。

(二) 大陆法系和英美法系民事诉讼法制的系谱

罗马法中的诉讼是以诉讼以前存在的法为出发点来考虑的。现在虽然诉是解体了,但从诉讼以前存在的法出发来考虑诉讼的这一诉讼基本构造原封不动地流传了下来。规范出发型的罗马民事诉讼及作为其背景的全体罗马法被德意志所继受,并与此地的日耳曼法在对立中融合,发展成德意志民事诉讼法的主流。另一方面,在民族大迁移之际进入英国的事实出发型日耳曼法独自发展,以至形成了与大陆法相对的英美法。如果对这种状况进行宏观性的考察,德意志民事诉讼法(以及日本民事诉讼法)属于罗马法系,故其主流是从规范出发的诉讼观,而英美民事诉讼法属于日耳曼法系,其居支配性地位的是从事实出发的诉讼观。当然,罗马法系的诉讼法在其后的发展中受了日耳曼法的影响,而日耳曼法系的诉讼法也受了罗马法的影响,且有互相接近融合的倾向。但是,其本质性差别的鸿沟很难在一朝一夕逾越,迄今为止,在各自的底流中,罗马法和日耳曼法的制度和思维方式仍在奔腾不息。

为了适应不断发展的社会,经过了程式书诉讼程序、非常诉讼程序时代,罗马法中诉的数量得到了增加,并变得复杂化了。后期注释法学派用当时盛行的经院哲学对罗马法进行了解释,并把罗马法导入了一个体系。通过这一体系化规范使得诉向实体法化方向发展,从而开始主张诉讼法分离出来独立存在。这样,诉也才逐渐开始分解。这个分解即事实和规范的分离(法规范的抽象化)、实体

^① 认为民事诉讼制度的目的是维持国家法律秩序的观点,已经在日耳曼法中找出了其原型。兼子一教授在反省第二次世界大战前所支持的法律秩序维持说过程中,回到民事诉讼制度的出发点对其进行考察,其实,应该说这是回到古代日耳曼对其进行考察。当然,诉讼在解决了纠纷的同时也使国家的法律秩序得到维持。

法和诉讼法（请求权和诉权）的分离，经其后时代大陆法系学者们的手更加向前发展。1781年，普鲁士的弗里德里希法典以及奥地利一般法院法作为最初的近代诉讼法典诞生了，接着1793年的普鲁士普通法院法出台了。进入19世纪后，普鲁士多数州都制定州诉讼法典。作为抽象性规范的体系化了的诉，专门作为实体法规范而被认识，并且随着其后社会的发展，内容不断得到增加，最终发展成了堪称理论性的精致体系的1896年德意志民法典。另外，1877年德意志制定了民事诉讼法。这两部法典奠定了德意志民法体系的基础。之后，其他大陆法系国家和地区先后制定了民法典和民事诉讼法典。在上述的民法体系下，诉讼从实体法出发，并以争议法定权利存在与否的形式得以成立。现在虽然诉是解体了，但是从诉讼之前存在的法出发来考虑诉讼的这一诉讼基本构造却原封不动地流传下来。

日耳曼社会不存在成文法，但是自古而来的正义和和平秩序作为最高的规范仍支配着社会，所谓的裁判也就是去发现案件中应有的法。关于日耳曼法及裁判的这种思考方法也随着民族大迁移中的盎格鲁·撒克逊族的侵入而进入英国。通过各地的裁判，使各地、各部族法（习惯法）逐渐明朗化了。之后，威廉一世及其后继者们通过国王法院的裁判逐渐统一了习惯法。这种统一后的习惯法是王国的一般习惯法，也就是所谓的普通法。这一普通法就成了英国社会的最高规范。普通法是在积累法院判例的基础上而形成的。判例是显示一个案件中的法为何物的这么一个东西，法存在于判决中。但是关于何为法这一问题与成文法不同，非成文法必须从判决文中去阅读，而且存在着阅读人的不同导致对法主观评价差异的问题。因此，在判例法主义下的裁判，和德意志法下的不一样，不是一个首先从规范出发并对案件进行法的适用的思考过程，而是首先在以往的判例中寻找出与争议案件的事实关系相同或相类似的案例，其次再在先例中找出存在的法律。总之，这是一种以事实为思考出发点的模式。

三、传统诉权理论与诉讼方法论

本文使用的诉权概念,是指 18 世纪末期民事实体法和民事诉讼法在形式上独立以后提出的概念。当时,德国学者通过“因何可以提起诉讼”这一命题(这个命题首先意味着当事人因享有“诉权”所以可以提出诉讼)的提出,旨在以诉权理论为出发点(基础)说明民事实体法和民事诉讼法的关系。

德国学者最初提出的诉权学说是私法诉权说,按照该说的解释,诉权是实体请求权在诉讼领域的延伸或变形,并据此得出结论,民事诉讼法是私法的助法,在本质上不具有独立性。依据私法诉权说分析民事实体法和民事诉讼法关系的方法论称做私法一元论的诉讼观,按照这种诉讼观建立起来的民事诉讼理论,被称做私法一元论的民事诉讼法学。需要指出,尽管按照私法一元论建立起来的民事诉讼法学体系在本质上不具科学性,在逻辑上缺乏合理性,但这种体系在形式上仍可以为现代民事诉讼法学所继承。^①

随着公法诉权说的诞生和发展,德国学者以及受德国法影响的学者在批判私法诉权说及私法一元论的基础上,主张诉权是当事人与国家之间存在的公法性权利,因此,具有公法性质的民事诉讼法和具有私法性质的民事实体法是两个相互独立的法律部门。此后,公法诉权论者运用诉讼法一元论分析民事诉讼法和民事实体法的关系,并主张应彻底抛开实体法的桎梏,仅从诉讼法的立场把握民事诉讼的各项制度和具体概念。公法诉权说经历了抽象的公法诉权说、具体的公法诉权说、本案判决请求说和司法行为请求说等主要发展阶段,其中,在抽象的公法诉权说、本案判决请求说和司法行

^① 笔者在此强调的是,尽管我们应当抛弃私法一元论的诉讼观,但对于按照私法一元论构造的民事诉讼法学体系尤其是其使用的基本概念,可以批判地继承。例如,我们应当抛弃私法一元论关于当事人、诉讼标的、既判力等概念的实质性解释,但不应当抛弃对这些概念的继续使用。

为请求说影响下形成的诉讼观，主要是从诉讼法一元论立场来理解和把握民事诉讼法与民事实体法的关系。权利保护请求权说时期，学者们主张运用实体法和诉讼法并行的平行二元论作为民事诉讼法学的方法论。但是，这种平行二元论的诉讼观，因无法从逻辑上说明独立的民事诉讼法为何在理论上需要引入民事实体法的观念而难以周全。

（一）私法诉权说与私法一元论的民事诉讼法学

1. 私法诉权说与私法一元论的诉讼观

如前所述，罗马法意义上的诉的制度在德国普通法时期的后半叶开始逐渐分化，与此相应，民事诉讼法也开始了与民事实体法相分离的独立体系化过程。随着学术上对诉的分解的理解不断加深，到19世纪后半叶德国普通法末期，与民事实体法学相分化的民事诉讼法学开始抬头，并且，民事诉讼法学首先是以整理民事诉权学说并使之体系化作为开端的。

最早提出的民事诉权学说是视诉权为私法权利的延长或变形的私法诉权说。在私法诉权说下，民事诉讼理论的根本方面以私法权利为基础，私法学的权利概念和诉权概念是具体和抽象的关系，即诉权具有主体抽象性。可以说这一阶段的诉讼法学尚全面处于私法学的笼罩下。诉权学说产生于诉的分解即诉讼法与实体法相分离的基础之上。然而，为何在近代国家，随着罗马法的诉的制度的分解，实体法和诉讼法开始处于对立状态呢？这其中实际上包含着各种错综复杂的原因，但归根到底，可以说是由于近代市民社会的自律性日益低下、丧失，而近代国家的司法权不断扩大、强化导致的结果。近代国家逐渐地强固了其统治基础，提高了国家权力对国内社会生活的干预和渗透程度，诉讼制度具有的弥补近代市民社会自律性低下的功能越来越显得重要。其结果，诉讼法在形式上与实体法相分离，以程序法的形式具有了自己独立的规范体系。但另一方面，作为裁判规范的实体法开始与诉讼制度相脱离，在调整市民生活关系方面发挥着越来越显在的社会规范抑或生活规范的功能。人们一方面希望自己的私权能够得到自治，实定法上的私权能够真正