



中国民事诉讼法研究会
Civil Action Jurisprudence Association of China

【第九辑】

民事程序法研究

中国民事诉讼法研究会会刊

ON CIVIL PROCEDURE

主 编 张卫平

中国民事诉讼法研究会 主办

2013年6月



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

C13067679

D915. 2-53
02
V9

【第九辑】

民事程序法研究

中国民事诉讼法学研究会会刊

ON CIVIL PROCEDURE

中国民事诉讼法学研究会 主办

执行主编 韩 波



D915.2-53
02
V9

20



北航

C1675503



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

图书在版编目(CIP)数据

民事程序法研究. 第9辑/张卫平主编. —厦门:厦门大学出版社, 2013. 6
ISBN 978-7-5615-4642-0

I. ①民… II. ①张… III. ①民事诉讼法-中国-文集 IV. ①D925. 104-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 107467 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@xmupress.com

沙县方圆印刷有限公司印刷

2013 年 6 月第 1 版 2013 年 6 月第 1 次印刷

开本:787×1092 1/16 印张:17 插页:2

字数:323 千字 印数:1~1 200 册

定价:40.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

▣ 《民事程序法研究》编委会

(以姓氏拼音为序)

蔡 虹 蔡彦敏 姜建初 景汉朝 李 浩 李仕春 刘荣军
潘剑锋 齐树洁 宋朝武 谭 兵 汤维建 田平安 姚 红
张晋红 张卫平 章武生 赵 钢

▣ 编委会召集人

张卫平 李 浩

刊首语

司法改革与诉权保障

■ 齐树洁

司法是社会正义的最后一道防线,司法改革是我国政治体制改革的组成部分。1997年9月,党的“十五大”不仅提出了“依法治国”的基本方略,而且明确提出必须“推进司法改革,从制度上保证司法机关依法独立公正地行使审判权和检察权”。这是自我国实行改革开放政策以来,执政党首次在正式工作报告中提出司法改革的口号,其意义极其重大,我国司法改革由此进入了蓬勃发展的新时期。15年来,伴随着改革开放的不断深入、依法治国方略的全面落实和民众司法需求的日益增长,我国司法改革有条不紊地向纵深推进,取得了丰硕的成果。

诉讼程序的民主化、科学化和规范化是司法改革的重要内容,也是司法制度适应社会变迁、与时俱进的具体体现。2012年8月31日,全国人大常委会通过了《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》。新民事诉讼法从完善调解与诉讼相衔接的机制、进一步保障当事人的诉讼权利、完善当事人举证制度、完善简易程序、强化法律监督、完善审判监督程序和完善执行程序等方面对民事诉讼的具体制度加以修订和补充。此次增设的诚实信用、公益诉讼、小额诉讼等新规定受到了社会各界的高度关注。

一个国家的司法制度应当保障在全社会实现公平和正义。就诉讼制度而言,每一个人能否“接近”法院并获得公正的司法救济,是衡量一个国家司法水准高低和法治实现程度的重要标尺。法谚有云:“救济先于权利”,“没有救济的权利不是真正的权利”。如果某一权利在受到侵犯之后,受害者根本无法诉诸司法裁判机构,也无法获得任何有效的司法救济,那么,该权利的存在将毫无意义。为此,国家有义务为国民提供司法保护,即以国家的审判权保护国民的合法权益。换言之,为实现民事诉讼的目的,必须对国民开放诉讼制度,使国民享有向国家请求利用这一制度的权能,即诉权。

“二战”以后,随着诉权理论研究的逐渐深入,世界各国在诉权保障的问题上

生发共识。许多国家纷纷确认接受司法裁判权是人民享有的一项由宪法保障的基本权利,并在宪法体系中为诉权寻找适当的根据和实现的途径。在诉权的现代化转型过程中,传统的诉权概念逐渐被裁判请求权、诉诸司法权、程序保障请求权、接近正义权、接近司法权等现代话语所取代,与此同时,对于诉权的规定和保障也呈现出显著的国际化趋势。我国改革开放以来,伴随着经济体制的转型和社会的变迁,我国的司法制度进行了多项改革。党的“十七大”明确了司法改革的目标要求,提出了权力的优化配置和司法行为规范化的具体路径,推动了司法体制内部和外部两方面的改革向纵深发展。基于社会、经济、政治发展的现实需求,在世界司法改革潮流和国际人权公约的推动下,我国的司法改革朝着加强公民诉权保障、追求司法公正和效率、讲求司法为民等方面进行不断努力,并取得了一定的成效。在此期间,我国学界对于诉权理论的研究也表现出强烈的价值诉求和浓厚的现实关怀,不少学术论著围绕诉权保障的制度建设从多个方面加以探讨和研究,例如,从诉权宏观完善的角度提出诉权入宪的观点;又如,从扩大可诉范围、完善民事诉讼的主管和管辖制度、起诉受理制度、构建公益诉讼制度,以及对诉权滥用加以规制等方面探讨诉权保障的具体措施。这些研究成果为民事诉讼目标的确立和实现奠定了坚实的理论基础。

2012年6月,国务院新闻办公室发布《国家人权行动计划(2012—2015年)》。新的行动计划将民众获得公正审判的权利作为人权的重要内容纳入宪法保护的范畴,提出以诉讼程序为载体,通过完善民事诉讼中的起诉、受理和开庭前准备程序,建立小额诉讼制度、公益诉讼制度,完善保全制度、证据制度、送达制度、裁判文书公开制度和审判监督程序等,保障当事人的诉讼权利。由此,我国的民事诉权已经超越了单纯的诉讼法意义而实现了向宪法诉权的转型,并力图在宪法和法律构筑的恢恢法网中对诉权予以具体有效的保障。在诉权保障宪法化和国际化的趋势下,我国对民事诉讼制度作出适时、全面的调整,无疑顺应了诉权理念的发展规律。此举不仅有助于进一步提升人权保障的制度和法治化水平,而且对于保障人民的各项基本权利,实现人权事业的全面发展均具有重要而深远的意义。

起诉权是诉权保障的逻辑起点,也是民众接近正义的首要入口。但长期以来,法院基于各种原因,对某些案件既不受理,也不作出不予受理的裁定,导致大量纠纷拥堵于司法大门之外。起诉难的沉痾始终潜伏在司法制度的运行过程之中而难以彻底根治,致使各种批评声此起彼伏,改革呼声日益高涨。为回应诉权保障不力、制度供应不足的现实,新民事诉讼法规定,人民法院应当保障当事人依照法律规定享有的起诉权利,对符合起诉条件的,必须受理。在此基础上,新法为诉权的实现设置了更加灵活多样的救济途径。

需要指出的是,诉权的真正外延并不限于与起诉相关的权利。为此,新民事

诉讼法赋予当事人启动鉴定程序权、增设行为保全制度、强化执行措施、加大对拒不执行的惩处力度等方面采取切实有效措施,保障当事人的诉权得以真正实现。对我国而言,将“诉权保障”确立为民事诉讼的最高目标,不但是完善立法的必要条件,也是公正司法的当务之急。

目 录

- 刊首语
- 001 齐树洁 司法改革与诉权保障
- 学理研析
- 001 王学棉 民事诉讼法基本原则层次论
- 012 刘 澍 司法生态:我国民事诉讼检察监督
制度架构的逻辑取向
——基于法律社会学的深描
- 030 肖 晗 质证权内涵解析
- 037 马爱萍 王玉 民事诉讼中抗辩的识别
- 044 陈慧慧 从证明妨碍行为到主客观证明责任
——在民诉制度框架内发展证明妨碍并回应
2012 民诉法修正案的相关思考
- 070 袁中华 劳动合同争议中的证明责任分配
——以劳动合同履行请求权为核心
- 制度探究
- 087 柯阳友 起诉权保障与起诉和受理制度的完善
- 097 张艳丽 如何落实“调解优先,调判结合”
——对新《民事诉讼法》有关“审前调解”的
理解与适用
- 112 邵 军 新民事诉讼法有关执行检察监督的若干思考
——以与民事执行救济的关系为视角
- 122 周建华 论调解协议的司法确认程序
- 136 胡 辉 确认调解协议案件若干程序规则的司法适用探析
- 145 刘金华 论举证时限制度

- 155 胡思博 民事裁定适用范围考
- 176 宫 雪 新民事诉讼法鉴定启动权问题刍议
——以当事人权利与法官权力的博弈为视角

■ 实务探微

- 187 黄海涛 试探司法裁量权的价值实践功能
- 199 刘本荣 新民诉法第 209 条对现行民事
抗诉办案模式的影响

■ 研讨实录

- 209 《民事诉讼法》修改系列研讨会(三)会议实录

■ 研究会年鉴

- 253 中国民事诉讼法学研究会 2012 年度学术活动大事记
- 257 中国民事诉讼法学研究会 2012 年年会综述
- 260 民事诉讼法学研究会 2013 年工作计划

学理研析

民事诉讼法基本原则层次论*

■ 王学棉**

摘要 学术界对于我国民事诉讼法的基本原则的定义与外延之所以众说纷纭,没有定论,最根本的难题在于无法确保基本原则能够贯穿于民事诉讼法的始终。原因在于我国的民事诉讼法包含的内容过多,且各家观点都没有明确各基本原则的适用范围。要彻底解决这个问题,唯有将民事诉讼法的内容分为不同的层次,并明确各个基本原则的适用范围。当民事诉讼法所指的内容发生变动时,基本原则的具体外延也将随之发生变化,从而确保基本原则贯穿于民事诉讼法的始终。

关键词 民事诉讼法 基本原则 层次

我国于1982年颁布了《中华人民共和国民事诉讼法(试行)》,该法开宗明义地将第一章的标题定为“任务和基本原则”,并在该部分规定了大量体现基本原则的条文。自此开始,民事诉讼法基本原则就成了民事诉讼法学界的一个重要课题。1991年制定《民事诉讼法》时,对第一章的修改主要表现在以下几个方面:一是将第一章的名称修改为“任务、适用范围和基本原则”。二是对部分体现基本原则的条文作了调整。具体是:(1)对调解原则重新作了定位,由《民事诉讼法(试行)》中的“着重调解”改为“自愿与合法调解”;(2)删除了《民事诉讼法(试

* 本文系教育部人文社会科学研究青年基金项目:当代民事诉讼思潮研究(11YJC820032)课题成果。

** 华北电力大学人文学院教授,法学博士。

行)》所确立的“巡回审理、就地办案原则”;(3)明确提出了平等原则;(4)增设了关于涉外民事诉讼的同等原则和对等原则。2007年修改《民事诉讼法》时则未涉及第一章。2012年再次修改时,对第一章的修改有三处:(1)在第13条新增了第一款:“民事诉讼应当遵循诚实信用原则。”(2)将第十四条修改为:“人民检察院有权对民事诉讼实行法律监督。”(3)删除了第16条。遗憾的是,虽几经修改,直至今日,“关于民事诉讼法基本原则的含义和体系的理解,可以说仍然是我国民事诉讼法上较为混乱的问题之一”。^①

关于民事诉讼法基本原则的争论,主要体现在两个方面:^②一个是民事诉讼法基本原则的定义,另一个是它的外延。就定义而言,主要有两类观点:第一类观点认为,民事诉讼法基本原则是指在民事诉讼的整个过程中或在某些诉讼阶段或重要诉讼阶段起指导作用的准则。这种观点从上个世纪80年代一直延续到今天。如出版于1983年的一本教材认为:“民事诉讼法的基本原则,就是在处理民事争议过程中和在民事诉讼的主要阶段起着指导作用的准则。”^③该观点在20世纪90年代出版的教材中被继续延续:“民事诉讼法的基本原则,是指在民事诉讼的整个过程中,或者在重要的诉讼阶段起指导性作用的准则。”^④“民事诉讼法基本原则,是在民事诉讼整个过程中,或者在重要的诉讼阶段,起指导性作用的准则。”^⑤到2008年出版的教材,采纳的仍是这一概念。“民事诉讼法的基本原则,是指在民事诉讼的整个阶段或重要阶段起指导作用的准则。”^⑥“民事诉讼法基本原则,是指在民事诉讼的全过程或者在民事诉讼的重要阶段,起指导作用的行为准则。”^⑦

第二类观点认为,“民事诉讼法基本原则,是指贯穿整个民事诉讼法和民事诉讼过程的根本性和指导性规则”。^⑧“只有贯穿于民事诉讼活动的全过程,起指导性作用的准则,才是民事诉讼法的基本原则。只在某个诉讼阶段起作用

① 江伟主编:《中国民事诉讼法专论》,中国人民大学出版社2005年版,第85页。

② 实际上还有一个争议是关于要不要在民事诉讼法典中设立基本原则的问题,只是这个问题没有成为焦点问题。本文暂不讨论该问题。参见陈桂明、李仕春:《诉讼法典要不要规定基本原则——以现行〈民事诉讼法〉为分析对象》,载《现代法学》2005年第6期。

③ 柴发邦主编:《民事诉讼法教程》,法律出版社1983年版,第65页。

④ 柴发邦主编:《中国民事诉讼法学》,中国人民公安大学出版社1992年版,第7页。

⑤ 刘家兴主编:《民事诉讼原理与实务》,北京人学出版社1996年版,第62页。

⑥ 常怡主编:《民事诉讼法学》,中国政法大学出版社2008年版,第53页。

⑦ 宋朝武主编:《民事诉讼法法学》,中国政法大学出版社2008年版,第72页。

⑧ 张卫平著:《民事诉讼法》,法律出版社2009年第2版,第19页。

的准则,不应当作为民事诉讼法的基本原则”。^①

对于第一类观点,有学者认为其存在下列缺陷:第一,含义过于宽泛,从而使一些不具有“基本准则”性质的规则也被认为是民事诉讼法的基本原则,没有区分基本原则与具体原则。在“重要(或主要)的诉讼阶段起指导作用”或“某个诉讼阶段起指导作用”的准则,充其量只能是这一阶段的一个具体原则。而且,“在重要(或主要)的诉讼阶段起指导作用”其本身就是一个难以准确界定的极为模糊的概念。持这一观点的学者并未对此作出清晰解释。第二,不符合基本原则的效力贯穿始终的要求。反对者最终支持了第二类定义。^②

实际上,第一类观点除了上述不足外,还有一个重要的缺陷就是内涵不清晰,进而导致无法清晰界定民事诉讼法基本原则的外延。根据逻辑学上内涵决定外延的原理,如果概念内涵清晰,完全可以确定其外延。遗憾的是,持第一类观点的学者们不但没有在民事诉讼法基本原则的外延上达成共识,反而相距甚远。持第一类观点的早期学者认为《民事诉讼法(试行)》第一章中除任务、适用范围外,都是基本原则。因此,罗列出多达十几项的基本原则,如民事审判权由人民法院行使的原则、独立审判的原则、民事检察监督原则、两审终审原则、公开原则、使用民族语言文字原则、支持起诉原则等。^③ 在1991年《民事诉讼法》颁布后,学者们倾向于将民事诉讼法的基本原则分成两大类:各诉讼法共有的原则和民事诉讼法特有的原则。但对于两者分别包括哪些具体原则,仍没有达成一致。对于共同原则,有的认为包括四个:审判独立原则;以事实为根据,以法律为准绳原则;民事检察监督原则;民族语言文字原则。^④ 有的认为包括六个:民事审判权由人民法院行使原则;人民法院依法对民事案件独立进行审判原则;以事实为根据,以法律为准绳原则;适用本民族语言文字原则;人民检察院对民事审判活动进行法律监督原则;民族自治地方可以制定变通或补充规定原则。^⑤ 有的认为包括七个:除了前述六个原则外,还包括对诉讼当事人在适用法律上一律平等原则。^⑥

对于民事诉讼法特有原则也是如此。有的认为包括三个:诉讼当事人平等原则;辩论原则;处分原则。^⑦ 有的认为包括六个:诉讼权利义务同等原则;诉讼

① 王琦:《民事诉讼法基本原则若干问题的思考》,载《海南大学学报》(人文社会科学版)2003年第2期。

② 参见江伟主编:《中国民事诉讼法专论》,中国人民大学出版社2005年版,第86页。

③ 参见柴发邦主编:《民事诉讼法学》,法律出版社,1987年版,第65~100页。

④ 宋朝武主编:《民事诉讼法法学》,中国政法大学出版社2008年版,第75页。

⑤ 常怡主编:《民事诉讼法学》,中国政法大学出版社2008年版,第54页。

⑥ 江伟主编:《民事诉讼法》,中国人民大学出版社2004年第2版,第57页。

⑦ 张卫平著:《民事诉讼法》,法律出版社2009年第2版,第20~28页。

权利义务对等原则；民事诉讼当事人有平等的诉讼权利原则；自愿和合法调解原则；辩论原则；处分原则。^①有的认为包括七个：同等原则；对等原则；当事人诉讼权利平等原则；法院调解原则；辩论原则；处分原则；人民法院指导、监督人民调解原则。^②内涵一样，外延却不能统一，这就充分说明了第一类定义存在严重问题。

第二类观点在坚持基本原则的本质特征——效力须贯穿于民事诉讼法的始终，较第一类观点坚定。这是不是意味着第二类观点就不存在任何缺陷呢？也不是。第二类观点在基本原则外延上的差异虽没有第一类观点那么大，但也存在一些小分歧，如有的认为包括三个：当事人平等原则、处分原则、辩论原则。^③有的认为包括四个：当事人平等原则、处分原则、辩论原则和诚实信用。^④抛开这些小分歧不说，持第二类观点的学者们至少都认为平等原则、处分原则、辩论原则是民事诉讼法的基本原则。若考察一下这三个原则的效力能否贯穿于民事诉讼法的始终，可以发现，平等原则与处分原则虽不存在什么问题，但辩论原则的效力却不能贯穿于民事诉讼法的始终。辩论原则具体包括三方面内容：（1）裁判必要之主要事实如果未在当事人辩论中出现，法院不能将其作为判决的基础。换言之，法院不能将当事人未主张的主要事实作为其判决的基础。（2）法院应将双方当事人均无争议的主要事实作为其判决的基础，即法院受当事人自认之约束。（3）法院进行证据调查，应以当事人提出的证据为限。与辩论原则相对的是职权探知主义。其表现为：第一，法院裁判之基础不以当事人主张的主要事实为限；第二，法院对于当事人之间无争执的事实必须在进行证据调查且确信其为真实后才能作为裁判之基础；第三，法院能依职权调取证据。^⑤辩论原则仅适用于当事人间的系争利益具有私益性、能任意处分的纠纷，如财产纠纷。当事人之间争执的如果是与公益有关的、私人不能自由处分的纠纷，如人身纠纷，就不能适用辩论原则，而只能适用职权探知主义。我国最高人民法院2001年颁布的《关于民事诉讼证据的若干规定》第8条规定：“诉讼过程中，一方当事人对另一方当事人陈述的案件事实明确表示承认的，另一方当事人无需举证。但涉及身份关系的案件除外。”该条的后半句清晰表明我国人身关系诉讼采纳的就是职权探知主义，而非辩论原则。除此之外，“在非讼程序中，辩论主义受到排斥，法院采取

① 常怡主编：《民事诉讼法学》，中国政法大学出版社2008年版，第54页。

② 宋朝武主编：《民事诉讼法学》，中国政法大学出版社2008年版，第75页。

③ 张卫平著：《民事诉讼法》，法律出版社2009年第2版，第20～26页。

④ 江伟主编：《中国民事诉讼法专论》，中国人民大学出版社2005年版，第89页。

⑤ [日]中村英郎：《新民事诉讼法讲义》，陈刚、林剑锋、郭美松译，法律出版社2001年版，第174～180页。

權探知主義，法院有職權探知的義務”。^① 鑒於我國的身份關係訴訟和非訟程序都包含在民事訴訟法中，既然辯論原則不能適用於身份關係訴訟和非訟程序，那它怎能貫穿於民事訴訟法的始終呢？

一方面認為辯論原則是民事訴訟法基本原則，可以貫穿於民事訴訟法的始終；但另一方面它又不適用於身份關係訴訟和非訟程序，不能貫穿於我國民事訴訟法的始終，這無疑是一個悖論。為什麼會出現這種悖論呢？是民事訴訟法基本原則的效力根本不應該貫穿於民事訴訟法的始終，還是辯論原則根本就不是民事訴訟法的基本原則？這個問題能否解決呢？如果能解決，該如何解決呢？

鑒於“原則一詞的核心意項皆為根本原則”，^②效力要貫穿始終乃自然之理。任何法律的基本原則都是如此，概莫能外。比如民法，“民法基本原則的效力須完全貫徹於民法規範始終，才能完成民法基本原則對全部民法規範的價值導向作用，效力貫穿民法始終遂成為民法基本原則的特徵。”^③顯然，問題並不出在民事訴訟法基本原則的效力要貫穿於民事訴訟法的始終上。那問題是不是就出在辯論原則上呢？

實際上，辯論原則是不是民事訴訟法的基本原則，取決於如何理解民事訴訟和民事訴訟法。我國學術界對於何謂民事訴訟、何謂民事訴訟法，或者說對於民事訴訟、民事訴訟法的外延有著不同的理解。概括起來，大致有以下各種觀點：

第一種觀點認為：“民事訴訟是指民事審判活動和民事審判程序、民事強制執行活動和民事強制執行程序。”^④“民事訴訟法是国家制定的，規範法院、當事人和證人等訴訟參加人進行民事訴訟程序規範之總和。民事訴訟法既是法院審判和執行的程序規範，又是當事人及證人等訴訟參與人進行訴訟活動的程序規範。”^⑤按照該觀點，民事訴訟就包括爭訟程序、非訟程序和執行程序，民事訴訟法就是規範爭訟程序、非訟程序和執行程序的法律，辯論原則自然就無法貫穿於民事訴訟法的始終。

第二種觀點認為：“民事訴訟，就是人民法院在雙方當事人和其他訴訟參與人的參加下，依法審理和解決民事糾紛案件和其他案件的各种訴訟活動，以及由此產生的各种訴訟法律關係的總和。”^⑥“民事訴訟法，就是國家制定或認可的，

① 江偉主編：《中國民事訴訟法專論》，中國人民大學出版社 2005 年版，第 438 頁。

② 徐國棟：《民法基本原理解釋——成文法局限性之克服》，中國政法大學出版社 1992 年版，第 8 頁。

③ 徐國棟：《民法基本原理解釋——成文法局限性之克服》，中國政法大學出版社 1992 年版，第 45 頁。

④ 邵明：《民事訴訟法學》，中國人民大學出版社 2007 年版，第 23 頁。

⑤ 邵明：《民事訴訟法學》，中國人民大學出版社 2007 年版，第 69 頁。

⑥ 常怡主編：《民事訴訟法學》，中國政法大學出版社 2008 年版，第 9 頁。

调整民事诉讼法律关系主体的行为和相互关系的法律规范的总和。”^①按照该观点,民事诉讼就只包括争讼程序和非讼程序,民事诉讼法就是规范争讼程序和非讼程序的法律,辩论原则也无法贯穿于民事诉讼法的始终。

第三种观点认为:“民事诉讼,是指民事争议的当事人向人民法院提出诉讼请求,人民法院在双方当事人和其他诉讼参与人的参加下,依法审理和裁判民事争议的程序和制度。”^②“民事诉讼法,是指国家制定或认可的,规范民事诉讼程序和民事诉讼法律关系主体权利义务的法律规范的总和。”^③按照该观点,民事诉讼就仅指民事争讼程序,不包括非讼程序,民事诉讼法也仅指规范民事争讼程序的法律规范。如果此种观点中的民事争讼程序仅指处理财产纠纷的争讼程序,辩论原则无疑是民事诉讼法的基本原则,能贯穿于民事诉讼法的始终。如果此种观点中的民事争讼程序既包括处理财产纠纷的争讼程序,又包括处理人身纠纷的争讼程序,那辩论原则同样不能贯穿于民事诉讼法的始终,也就不是民事诉讼法的基本原则。

既然对民事诉讼、民事诉讼法有不同的理解,学者们所划定的民事诉讼法基本原则的外延会存在差异也就不难理解了。无疑,只有解决了如何理解民事诉讼、民事诉讼法这个前提问题,民事诉讼法基本原则外延问题才能得到彻底解决。对民事诉讼、民事诉讼法有无唯一正确的理解呢?如果有,对民事诉讼、民事诉讼法的哪种理解才是正确的呢?

笔者认为,上述各种对民事诉讼、民事诉讼法的理解不存在谁对谁错的问题,而是一个如何根据本国的历史、文化进行选择的问题。从世界各国、各地区来看,民事诉讼法所包含的内容各不相同。如我国的《民事诉讼法》看似包括三部分——争讼程序、非讼程序和执行程序,但由于争讼程序既可以解决财产纠纷,又可以解决人身纠纷,实际上就相当于包括四部分:解决财产纠纷的争讼程序、解决人身纠纷的争讼程序、非讼程序和执行程序。德国的《民事诉讼法》包括的内容比我国还多,除了与我国相同的四大部分外,还包括仲裁程序。日本的《民事诉讼法》则不一样,仅包括处理财产纠纷的争讼程序;处理人身纠纷的争讼程序单独制定有《人事诉讼程序法》和《家事审判法》;非讼程序单独制定有《非讼案件程序法》;执行程序单独制定有《民事执行法》。我国台湾地区的“民事诉讼法”包括处理财产纠纷的争讼程序和处理人身纠纷的争讼程序;执行程序单独制定有“强制执行法”;针对非讼事件单独制定有“非讼事件法”。^④由此可见,如果

① 常怡主编:《民事诉讼法学》,中国政法大学出版社2008年版,第13页。

② 张卫平:《民事诉讼法》,法律出版社2009年第2版,第5页。

③ 张卫平:《民事诉讼法》,法律出版社2009年第2版,第14页。

④ 督促程序和公示催告程序仍在台湾地区的“民事诉讼法”里。

是在日本,辩论原则效力就能贯穿于民事诉讼法的始终,但在德国、我国和我国台湾地区则不行。

这是不是意味着辩论原则在我国不再是基本原则呢?这个问题不能一概而论。是不是基本原则要看相对于谁而言,或者说要看基本原则的论域是什么。因此,要解决民事诉讼法基本原则问题,必须采取分层理论。之所以要分层,首先是要解决不同法律基本原则之间的关系。从法律的效力等级看,各个法律之间呈现出一种层级结构,即金字塔结构。宪法是国家的根本大法,效力等级最高;刑法、民法、民事诉讼法是基本法律,效力等级次之;而合同法、物权法又是民法的子法,其效力等级最低。处于塔尖的基本原则无疑是最高的基本原则,如依法治国原则、社会国原则、尊重人性尊严的原则及自主决定与个人负责的原则。^①这些基本原则通常体现在宪法中。如我国宪法就规定了人民主权原则、基本人权原则、法治原则等基本原则;^②这些原则进一步具体化,就形成了部门法的基本原则。例如,在刑法的领域,进一步发展出罪刑法定原则、刑法适用面前人人平等原则、罪刑均衡原则等。在民法领域,发展出了平等自愿原则、公平和等价有偿原则、诚实信用原则和权利不得滥用等基本原则。^③部门法的基本原则进一步具体化,还会形成该部门法之子法的基本原则,如物权法定原则、一物一权原则和公示公信原则就是民法子法中的物权法的基本原则。^④一个法律的基本原则还可以被不断具体化,直至形成一些适用范围更小、支配领域也更为狭窄的“具体原则”。因此,是基本原则还是具体原则,要看是相对于谁、在什么范围内而言。例如,物权法定相对于物权法而言是基本原则,但相对于民法而言则是具体原则。上一层次法律的基本原则虽然对下一层次的法律具有约束力,但由于上一层次法律的基本原则并不是下一层次法律的组成部分,因而并不是下一层次法律的基本原则。下一层次法律的基本原则,就更不是上一层次法律的基本原则。基本原则的效力范围与其直接生存空间是两个完全不同的问题。鉴于处于不同层次效力上的法律相互独立,不同层次的法律都有自己的基本原则。如物权法定原则仅是物权法的基本原则,契约自由仅是合同法的基本原则,它们都不是民法的基本原则,原因即在此。同理,民事诉讼法作为宪法的下位法,无疑必须遵守宪法的基本原则。尽管宪法基本原则的效力可以贯穿于民事诉讼法的

① [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第348~349页。

② 许崇德主编:《中国宪法》,中国人民大学出版社1996年版,第41页以下。

③ 徐国栋:《民法基本原则解释——成文法局限性之克服》,中国政法大学出版社1997年版,第55页以下。

④ 杨立新:《物权法》,中国人民大学出版社2009年第3版,第10页。

始终,但也不是民事诉讼法的基本原则。否则的话,依次统计下来,民事诉讼法的基本原则必将数量庞大、蔚为壮观。由此可见,民事诉讼法的基本原则实际上指的就是民事诉讼法特有的基本原则。

其次是要解决民事诉讼法内部各个基本原则之间的关系。在探究民事诉讼法基本原则时,还需依据我国民事诉讼法所包含的内容不同,将民事诉讼法进一步分为不同的层次。我国民事诉讼法可以分为四个层次:第一层次的民事诉讼法是指实然的,由我国立法机关通过的包括解决财产纠纷和人身纠纷的争讼程序、非讼程序和执行程序在内的民事诉讼法。第二层次的民事诉讼法是指学理上的,仅包括争讼程序和非讼程序的民事诉讼法。第三层次的民事诉讼法也是指学理上的,包括解决财产纠纷和人身纠纷争讼程序的民事诉讼法。第四层次的民事诉讼法同样是指学理上的,仅包括解决财产纠纷争讼程序的民事诉讼法。各层之间的关系可以图示如下:

第一层次	解决财产纠纷的争讼程序	解决人身纠纷的争讼程序	非讼程序	执行程序
第二层次	解决财产纠纷的争讼程序	解决人身纠纷的争讼程序	非讼程序	
第三层次	解决财产纠纷的争讼程序	解决人身纠纷的争讼程序		
第四层次	解决财产纠纷的争讼程序			

对民事诉讼法进行分层的目的在于确定基本原则的论域,然后针对不同层次的民事诉讼法,分别确定基本原则。需要特别指出的是,民事诉讼法内容的分层有别于前述法律之间的分层。法律之间因为是相互独立的,上一层次法律并不包括下一层次法律,因而各层次法律的基本原则也相互独立。我国民事诉讼法各层次的内容之间却是一种包含关系,第四层次的内容为第三层次包含,第三层次为第二层次包含,依次类推。在形式上,这些内容共处于同一法典之中。当以上一层次内容为论域时,下一层次的基本原则就不是上一层次的基本原则;当下一层次的内容为论域时,上一层次的基本原则却是下一层次的基本原则。倘若下一层次的民事诉讼法内容在形式上从第一层次中独立出去了,则上一层次的基本原则就不是该层次的基本原则了。

通过论域来讨论民事诉讼法的基本原则,学界已经有人尝试,只是细化不够,最终未能达到目的。如有学者认为,“审判程序和执行程序共同的基本原则