



西南政法大学多元纠纷解决机制丛书

总主编 唐力

教育部人文社会科学研究青年基金项目“程序选择契约视角下的民事诉讼和解制度研究——以纠纷解决制度的强化与扩充为中心”（编号：12YJC820002）资助

程序选择契约视角下的 民事诉讼和解制度研究

——以纠纷解决制度的强化与扩充为中心

包冰锋 ● 著

非外借



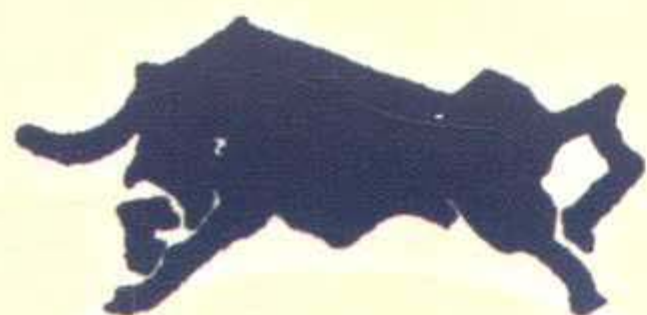
厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

责任编辑 甘世恒 邓 臻

封面设计 祖 洵

美术编辑 蒋卓群



程序选择契约视角下的民事诉讼和解制度研究

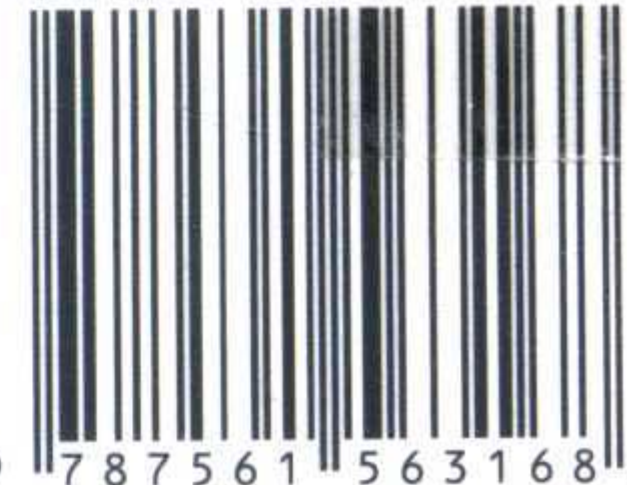
——以纠纷解决制度的强化与扩充为中心



扫码了解更多

D0979-1-1

ISBN 978-7-5615-6316-8



9 787561 563168 >

定价:68.00元

Lam

程序选择契约视角下的 民事诉讼和解制度研究

——以纠纷解决制度的强化与扩充为中心

包冰锋 ● 著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

程序选择契约视角下的民事诉讼和解制度研究/包冰锋著. — 厦门: 厦门大学出版社, 2016. 12

ISBN 978-7-5615-6316-8

I. ①程… II. ①包… III. ①民事诉讼-和解-司法制度-研究-中国
IV. ①D925.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 285761 号

出版人 蒋东明
责任编辑 甘世恒 邓臻
美术编辑 蒋卓群
责任印制 许克华

出版发行 厦门大学出版社
社址 厦门市软件园二期望海路 39 号
邮政编码 361008
总编办 0592-2182177 0592-2181406(传真)
营销中心 0592-2184458 0592-2181365
网址 <http://www.xmupress.com>
邮箱 xmupress@126.com
印刷 厦门市明亮彩印有限公司

开本 720mm×1000mm 1/16
印张 15.5
插页 2
字数 270 千字
版次 2016 年 12 月第 1 版
印次 2016 年 12 月第 1 次印刷
定价 68.00 元

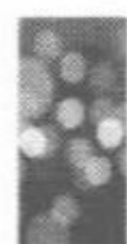
本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



厦门大学出版社
微信二维码



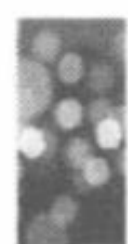
厦门大学出版社
微博二维码



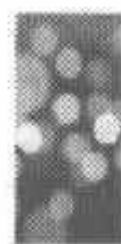
目 录

第一章 民事诉讼和解的理论维度	1
第一节 民事诉讼和解的含义	2
一、诉讼和解与私法和解	3
二、诉讼和解与和解诉讼	4
三、诉讼和解与调解	4
第二节 民事诉讼和解的法理基础——程序选择契约	6
一、程序选择契约的概念	6
二、程序选择契约的依据	6
三、程序选择契约在民事诉讼中的新展开	9
第三节 民事诉讼和解的性质	23
一、诉讼和解性质的各学说概况	23
二、诉讼和解性质的各学说评析	27
三、诉讼和解性质相关学说与诉讼理论的关系	30
四、笔者见解	40
第二章 民事诉讼和解程序的域外考察	43
第一节 英美法系诉讼和解程序	43
一、英国	43
二、美国	51
三、我国香港地区	61
四、小结	69
第二节 大陆法系诉讼和解程序	69
一、法国	70
二、德国	77
三、日本	104
四、韩国	132
五、我国台湾地区	149

六、小结	158
第三章 民事诉讼和解之要件	160
第一节 实体法上之要件	160
一、当事人须存在争执并以解决争执为目的	160
二、当事人须对争议的诉讼标的有法律上的处分权	162
三、互相让步要件的讨论	163
第二节 诉讼法上的要件	164
一、关于当事人的要件	165
二、关于法院和诉讼系属的要件	169
三、关于诉讼标的的要件	170
第四章 民事诉讼和解之形式与效力	172
第一节 英美法系诉讼和解的形式与效力	172
一、和解契约	172
二、和解裁判	174
第二节 大陆法系诉讼和解的形式与效力	176
一、诉讼和解的形式	176
二、诉讼和解的效力	180
第五章 民事诉讼和解之瑕疵及救济	188
第一节 诉讼和解的无效与撤销	188
一、实体法上无效的原因	188
二、诉讼法上无效的原因	189
三、实体法上可撤销的原因	194
第二节 诉讼和解的解除	197
一、学说争论	197
二、笔者见解	199
第三节 诉讼和解瑕疵的救济	201
一、学说争论	201
二、笔者见解	204
第六章 我国民事诉讼和解制度的思考	205
第一节 我国诉讼和解制度的历史沿革与现状分析	205
一、历史沿革	205
二、现状分析	207



第二节 诉讼和解的实例分析·····	212
一、一审程序中的和解·····	213
二、二审程序中的和解·····	217
第三节 我国民事诉讼和解制度的完善·····	221
一、改革路径的选择·····	221
二、我国民事诉讼和解制度的具体设计·····	223
参考文献·····	234
后记·····	242



第一章



民事诉讼和解的理论维度

人类的诞生和生命的延续给整个地球带来了无限的希望,但也带来了永无止境的争斗。强烈的生存愿望、有限的物质资源和天生的斗争本性,决定了这个地球并不是和平的。只要有人类存在的地方,就难免会有纠纷。著名学者顾培东先生认为,纠纷的本质是主体的行为与社会既定的秩序和制度以及主流道德的不协调或对之的反驳,与社会既定的秩序和制度以及主流道德意识所不相容,具有反社会性。^①由此可见,纠纷就隐喻着对现存的社会秩序的破坏。因此,国家的统治阶级为了统治的方便和社会的安定,就必须设置有效的程序装置来解决纠纷和消除冲突。以血亲复仇为特征的暴力性私力救济退出历史舞台、以诉讼为主要手段的公力救济以一种和平的姿态出现在世人面前,标志着人类的解纷能力进入了另一个新的时代。

诉讼虽然是公力救济的主要手段,但并不意味着任何社会纠纷都应由诉讼来加以解决。这不仅是不可能的,也是没有必要的。就算一纠纷已经进入诉讼程序的范畴,也不一定要用法院判决的形式来结案,诉讼和解也不失为一个好方法。“在不损害社会利益或者其他社会成员利益的前提下,冲突双方所作出的任何妥协和退让都是有效的。和解的本质是对抗不仅在形式上、行为上,而且在心理上、情感上得到消除。”“和解适用或成功的概率,可以反映出社会的伦理水平以及社会主体的自我整合作用。和解是社会冲突震荡最小的解决方式。在此意义上说,和解应当得到社会的充分肯定和倡导。”^②

“和解是最适当之强制执行”,“瘦的和解胜过胖的诉讼”,这些著名的西方法律谚语,都形象而又深刻地说明了和解这一纠纷解决方式在民事冲突救济机制中的地位和作用。诉讼中和解以当事人处分原则为基础,其在解决民事纠纷的过程中,不仅充分运用当事人的自治权利和理性观念,而且减轻了法院

① 顾培东. 社会冲突与诉讼机制[M]. 修订版. 北京: 法律出版社, 2004: 2-6.

② 顾培东. 社会冲突与诉讼机制[M]. 修订版. 北京: 法律出版社, 2004: 33-34.

的工作负担、降低诉讼成本并提高纠纷解决效率。因此,诉讼和解对于稳定社会、维系人们之间的情感,都具有积极意义。

诉讼和解制度是现代市场经济条件下民事诉讼中一项重要的制度,其最能体现市场经济主体的意思自治,即当事人合意。在程序主体性原则及当事人处分原则日益得到理论界和实务界认同的趋势下,诉讼和解在民事纠纷的解决中也起着越来越重要的作用。所以,大多国家都对诉讼和解制度作了详尽的规定。在诉讼实务上,各个国家或地区法官经常劝谕当事人和解,双方当事人也乐于和解而终结诉讼。

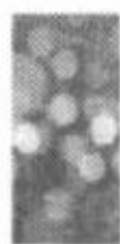
我国《民事诉讼法》虽然亦有诉讼和解的规定,但过于简陋,只有短短1个条文(《民事诉讼法》第50条)11个字,难以涵盖其应有的全部内容。诉讼和解作为自治的解决民事纠纷的方法,应当说与我国向来的传统观念“讼则终凶,和气生财”相符合,但我国《民事诉讼法》却没有将其制度化。目前,国内学界也少有人对诉讼和解制度予以关注,大多是在论述调解的时候提及和解,也没有对诉讼和解制度进行系统的比较研究。因而,诉讼和解问题在理论上认识比较混乱,在司法实践中也难以操作,致使我国的诉讼和解制度“先天贫弱”,其应有的解决纠纷功能难以充分、有效地发挥,不能适应现代市场经济条件下审判制度中纠纷解决方式呈多元化趋势发展的实际需要。因此,为了强化与扩充纠纷解决制度,确有必要以程序选择契约理论为视角,探讨如何完善我国的诉讼和解制度。

第一节 民事诉讼和解的含义

由于我国立法上没有将诉讼和解制度化,学界也少有人对诉讼和解制度予以关注,所以在一般的法学辞典,甚至是诉讼法学辞典^①,都难觅“诉讼和解”的踪影。一般认为,民事诉讼和解是指当事人于诉讼系属^②中在法官面前,以解决已经发生的民事纠纷为目的,就彼此间的争议互相让步或作出妥

^① 宋英辉,陆敏.中华法学大辞典·诉讼法学(增补本)[M].北京:中国检察出版社,2001;刘家兴等.北京大学法学百科全书(诉讼法卷)[M].北京:北京大学出版社,2001.

^② 诉讼一经原告起诉,该诉讼事件即在法院发生受审判的状态,这种状态称为诉讼系属。诉讼系属的状态继续至该诉讼的判决确定为止,或因诉讼和解与撤回诉讼而终结诉讼时为止。参见陈荣宗,林庆苗.民事诉讼法[M].台北:三民书局,1996:373.



协,从而终结全部或部分诉讼的诉讼行为。^①为全面、正确地反映诉讼和解的含义,笔者将诉讼和解与相近的几个概念作一比较。

一、诉讼和解与私法和解

民事诉讼和解是一个具有鲜明诉讼法色彩的独立概念,其作为一项民事诉讼中的制度,与民法上的和解即“私法上的和解”有着明显的区别。私法和解,指的是在诉讼程序外,当事人双方通过相互协商或让步,达成有关民事权利义务变更或消灭的合意,从而使纠纷得以解决的一种民事法律行为。法国《民法典》第2044条规定:“(第1款)和解,系指诸当事人用以终止已经产生的争议或防止发生争议的契约。(第2款)此种契约应以书面形式写成。”^②日本《民法典》第695条规定:“和解,因当事人的约定相互让步,终止其间存在的争执,而发生效力。”第696条规定:“当事人一方依和解被认定有争执标的的权利,或相对人被认定为无此权利,当事人原来无此权利或相对人有此权利的确认被发现时,则该权利即为因和解而转移给此人或消失。”我国台湾地区“民法”第736条规定:“称和解者,谓当事人约定,互相让步,以终止争执或防止争执发生之契约。”因此,民法上的和解是双方当事人对自己实体权利的处分,其本质上属于当事人的契约或契约变更,对当事人产生实体上的约束力,受民事实体法律规范的调整,但不发生诉讼法上的法律效果。

而民事诉讼中的和解则不纯是当事人的私人契约,由于其是在诉讼过程中这一特定的时间和空间范畴内解决私人纠纷,因此被视为同时具有实体法上与诉讼法上的双重意义。而且,诉讼和解所需具备的法律要件亦与私法和解不同,作成诉讼和解的方式自与私法和解有别。因此,虽然就权利义务的互相协商和让步而言,诉讼和解与私法和解两者相同,但因两者在法律制度上的功能目的不同,两者的概念不能不有区别。

^① 本书所讨论的民事诉讼和解只限于诉讼上的和解或诉讼中的和解,不包括诉讼外的和解、破产和解和执行和解。

^② 和解,不言而喻地意味着各方当事人相互作出让步,目的旨在终止当事人之间已经产生的争议,包含有当事人互相作出让步的协议,不论相互让步的相对程度如何,均构成和解。但是,当一方当事人放弃其权利,而与此相对应的条件微不足道,甚至基本上不存在任何对应条件时,则不属于和解。参见罗结珍,译.法国民法典[M].北京:法律出版社,2005:1491.

二、诉讼和解与和解诉讼

在中世纪英格兰法中,和解诉讼[Fine(or finalis Concordia)]是指一项在法院内进行,并由法院给予当事人同意的条件以认可而达成和解的诉讼,用来作为转让土地的一种手段。这种诉讼要宣读通常包括当事人同意条款的开始令,要当事人出庭,经法院认可,以土地被认定属于其中一方所有为基础使诉讼达成和解。这种协议要作为书面形式,并在法院记录中予以记载。和解诉讼是一种土地转让的简捷方式,是有关家庭财产处置的便利方法。1833年和解诉讼被取消。^① 所以,诉讼和解与和解诉讼是两个完全不同的概念。

三、诉讼和解与调解

在不同的国家或地区,对调解的定义是有所区别的。在日本,调解是指经设置于法院里的调解委员会的斡旋调停,使当事人达成解决纠纷合意的程序。调解在广义上属于非讼事件。调解机关对纠纷当事人的居间调停固然具有重要的意义,但只有当事人达成合意,调解才具有效力。日本的调解可以分为《民事调解法》规定的民事调解和由《家事审判法》规定的家事调解。调解程序是与诉讼程序相竞合的,但其具有补充性的性质,是否通过调解来解决纠纷完全听凭当事人的意思。虽说如此,法院认为适当时也可以依职权进行调解,而且对于家事事件采用的是调解前置主义。将调解制度有组织、有系统地纳入司法制度的国家并不多见。可以说,调解制度的完备为日本民事司法制度的一大特征。从统计数据上看,采用民事调解和家事调解的事件数几乎与民事诉讼事件的总数相等。^② 在我国台湾地区,调解是指法院在当事人起诉前依其申请,就双方当事人之间发生的民事争议居中调停排解,劝谕双方当事人息纷止争,使当事人合意达成协议,以避免发生诉讼的程序。因台湾地区的调解是起诉前的程序,其性质应属于非讼事件。在我国大陆,调解是指在人民法院审判人员的主持下,对双方当事人进行教育规劝,促使其互谅互让,就民事争议通过自愿协商,达成协议的活动。所以,在我国大陆法院调解是一种诉讼活动,不像日本和我国台湾地区一样,都属于非讼程序。笔者在这里简要地讨论一下其他国家或地区的诉讼和解和我国法院调解的异同:

^① 牛津法律大辞典[M].北京:光明日报出版社,1988:88.

^② 三月章.日本民事诉讼法[M].汪一凡,译.台北:五南图书出版公司,1997:8.



诉讼和解和法院调解主要有以下几点共同点:首先,两者都是以当事人合意解决纠纷为基础,是当事人在民事诉讼中自愿处分实体权利和诉讼权利的结果,是民事诉讼处分原则的直接体现。其次,两者都可以在诉讼的主要阶段进行,当然调解不能发生在执行阶段。最后,两者都可以通过某种途径获得与判决同一的效力。正因为和解和调解非常相似,所以很多学者都认为和解和调解是一回事。比如,我国台湾地区学者杨建华认为:“不论用‘调解’或‘和解’之名词,实质上意义原应相同。”^①

和解与调解虽然仅有一字之差,但是涵盖的内容却相去甚远。鉴于各个国家或地区的诉讼和解制度都不相同,所以,笔者不对诉讼和解与法院调解作详细的比较。笔者认为,诉讼和解与法院调解最大的差异在于立法理念的不同,立法理念的不同导致在当事人合意解决纠纷的过程中诉权与审判权的主导地位不同。诉讼和解立法的立足点在于当事人方面,从当事人自主、自律、自愿达成合意从而解决纠纷的角度考虑问题,而法官劝谕和解、提出和解意见等职权活动无论多么积极都被视为当事人合意的外因,当事人永远是诉讼和解的重要角色。而法院调解是人民法院代表国家对案件依法行使审判权的一种职权行为。虽然也有学者认为法院调解是建立在当事人行使处分权和法院行使审判权的基础上的一种制度,^②但是在法院调解的过程中,法院始终处于主导地位,当事人似乎只是法院调解工作的对象。正是因为调解过程中法院的“强势”与当事人的“弱势”形成鲜明对比,才导致实践中这么多的强制调解。

在诉讼民主化的今天,我们在制度设计的时候,应当更多地考虑当事人的意思自治在纠纷解决过程中的积极作用。民事诉讼固然具有公法的性质,但因其解决的民事纠纷属于私法性质,所以民事诉讼程序又被深深地打上了私法的烙印。因此,作为私法基石的意思自治原则必然渗透到整个民事诉讼程序中去。因此,民事诉讼程序中当事人意思自治体现得最为彻底和充分的一环——诉讼和解制度的建立和完善,必须从调整诉权与审判权的关系入手,摆正当事人与法院在诉讼和解过程中的位置,当事人始终是合意解决纠纷的主角,而此时法院的职权则应为此创造条件和提供保障,使当事人的合意正当化,而不能成为强制和解的罪魁祸首。

^① 杨建华.大陆民事诉讼法比较与评析[M].台北:三民书局,1991:84.相类似的观点也可参见张广兴.大陆与港台民事诉讼制度[M].北京:法律出版社,1993:100.

^② 常怡.民事诉讼法学[M].北京:中国政法大学出版社,2002:235.

第二节 民事诉讼和解的法理基础 ——程序选择契约

一、程序选择契约的概念

从理论渊源看,我国民事诉讼理论中的许多概念、学说都来源于德国,如诉权、诉讼标的、举证责任、既判力、处分原则、辩论原则等,但程序选择权却是一个源自我国本土的概念,其是由我国台湾地区学者邱联恭教授首先提出的。1992年12月13日,邱联恭教授在台湾民事诉讼法研究会第46次研讨会上作了题为《程序选择权之法理》的主题报告;在该报告中,邱联恭教授提出了程序选择权这一概念。^① 笔者探讨的程序选择契约源自于程序选择权;在程序选择权的基础上,其更强调当事人之间合意的形成,因而采用了“程序选择契约”的表述。

邱联恭教授在提出程序选择权的概念时并未给出一个确切的定义,而是将其放在一个语境里表述:“立法者及法官应对于程序关系人,就关涉该人利益、地位、责任或权利义务之程序利用及程序进行,赋予相当之程序参与权及程序选择权,借以实现、保障程序关系人之实体利益及程序利益。”^②在此语境下,笔者认为,程序选择契约是指,在民事诉讼中,当事人在法律规定的范围内自主就有关程序事项的选择达成合意。

二、程序选择契约的依据

(一)宪法上的依据

世界各国在经济、政治、文化等方面的差异导致了对人权问题的认识上也出现了差异。但毋庸置疑,就性质上看,人权应该是人之所以为人所必须享有的权利,没有了这种权利,人就不能自由、安定、幸福地生存发展。我国在2004年明确将“国家尊重和保障人权”写入宪法,从根本法的高度提供公民最

^① 在2000年9月,邱联恭教授出版了《程序选择权论》一书,书中收录了其与程序选择权相关的7篇文章。

^② 邱联恭等,程序选择权之法理[C]//民事诉讼法研究基金会编,民事诉讼法之研讨(四),台北:三民书局,1996:579.



根本的人权保障依据。

我国宪法所称的人权包括了人身权利、财产权利、政治文化权利等等。人身权利中最根本、最核心的内容当属公民的意志自由和人格尊严。享有意志自由的人是理性的,是自己利益抉择的最佳判断者。现实生活中面临选择时,人基于理性认识,依据对事物的主观认识和丰富的生活经验进行判断,在不危害国家、社会公益或他人权益的情况下,有权利根据自己的意愿去选择有利于自己利益的规则。作为国家制定的具有强制性的行为规范,宪法及法律承认这种选择的正当性并使之合法化,体现了对人自由意志的尊重,保障了最基本的人权内容。人权保障在民事程序法律规范方面的体现,就是要全面、充分地尊重当事人的意志和选择,在诉讼中赋予当事人一定程度的自由,使当事人做自己权益的决策者,判断并选择相应的程序解决纠纷,使利益最大化。^①从国家角度看,法院应当尊重并保障其实现宪法赋予的基本选择权利。

(二)实体法上的依据

程序选择契约在实体法上的依据便是意思自治原则。意思自治也称为私权自治,是指民事主体依法享有在法定范围内广泛的行为自由,并可以根据自己的意志产生、变更和消灭民事法律关系。尽管在民法的各部分(身份法和财产法、物权法和债权法)中的强度不同,但意思自治原则作为民法的一项基本原则,贯彻于整个民法之中,体现了民法最基本的精神。^②意思自治原则奠定了民法作为市民社会基本法的基本地位,因为私法的重要特征表现在规范的

^① 李佳妮.论当事人的民事程序选择权——以新修民事诉讼法为基点[D].上海:华东政法大学硕士论文,2013:5.

^② 王利明.民法总论[M].北京:中国人民大学出版社,2015:51.

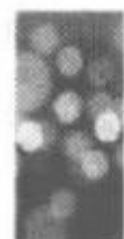
任意性上,而私法的任意性主要体现在意思自治原则上。^①

简而言之,意思自治原则的本质是平等主体之间通过协商确定相互之间的权利义务关系。当且仅当纠纷不能通过协商解决并寻求公力救济时,法院才代表国家以裁决者的身份出面定分止争,即以公权力保护私权利,以司法权力最终解决平等主体之间的民事纠纷。因此,作为私法基石的意思自治原则逐渐向诉讼法领域渗透是无法避免的。

然而,由于国家公权力的介入,当事人必须在国家制定的规则中进行诉讼,其意思自治势必要受到特定规则的制约。而国家在制定程序规则时,需要综合考虑包括国家利益、社会公益、大多数人的一般利益等众多利益关系。首先,国家利益、社会公益要求合理配置有限的司法资源,权衡社会公平正义和效率之间的关系。其次,国家考虑大多数当事人一般的利益需要,无法满足当事人的一些特殊需求。正因为民事诉讼法兼具私法性和公法性^②,当事人在有权达成程序选择契约的同时,该选择契约也要受到一定的程序规制。

① 在历史上,意思自治原则在中世纪的寺院法当中就具备了雏形,因为中世纪的寺院法尤其是基督教认为,一旦人们作出了某种诺言,他们就应当尊重其诺言,不得随意违反其诺言,即便契约当事人之间的契约没有采取某种正式的形式,他们之间的契约也是有效的,只要他们之间的契约是他们自由同意的。到了17世纪,自然法学派的代表人物Grotius和其继任者开始主张自由理论,他们认为,人生来就是自由的,因为他们有意识,他们的意思在他们的自由当中起着非常重要的作用。基于此,他们对自然人的意思瑕疵作出了详细的讨论,尤其是对自然人的意思进行了解释。到了18世纪,Rousseau在公法领域主张人的意思的重要性,他在其社会契约理论当中认为,社会关系是通过人与人之间的意思合意建立的,因为人们在此种意思合意当中均认为,为了能够在社会当中生活,人们相互之间必须接受约束与限制。实际上,法律所表达的内容就是人们之间所具有的此种一般意思。Rousseau的社会契约理论对Kant产生了非常大的影响,Kant首次提出了“意思自治”这一概念,他认为,所谓“意思自治”,是指个人的意思就是个人的法律,它构成债产生的唯一渊源。Kant之所以强调个人的意思就是个人的法律,其目的在于让个人能够通过其自己的行为建立适用于自己的法律,以便反对统治者将其制定的法律强加在个人身上。参见张民安.法国民法[M].北京:清华大学出版社,2015:317.

② 在民事诉讼程序中,实体私法是法官判断权利义务存否的标准,是法官作出判决的依据。就此点而言,民事诉讼法具有私法的性质。但是,民事诉讼法具有公法的性质,因为民事诉讼法规定的是国家(即由法院代表国家)行使公权力,对私权受侵害时如何加以救济的程序,是规范国家或法院如何裁判的法律。就此点而言,民事诉讼法具有公法性。虽然其所处理的纠纷为私权纠纷,但其规范的对象牵涉到国家亦即法院的行为。因此,民事诉讼法实际上仍然属于公法。参见邱联恭.口述民事诉讼法讲义(一)[M].台北:元照出版有限公司,2012:107.



(三)程序法上的依据

程序主体性原则是程序选择契约在程序法上的依据。根据程序主体性原则的原理,诉讼当事人即程序主体,应受适时审判请求权及公正程序请求权的保障,其实体利益及程序利益不致受程序制度的运作、使用或未能予以使用所减损、消耗。诉讼程序的制订者(如立法者)及运作者(如法官),不仅应致力于保障程序主体的实体利益,也应防止、避免对其造成程序上的不利益,借此使其有平衡追求实体利益及程序利益的机会。此项机会的赋予,实为贯彻程序保障的基本要求所必须。

基于上述法理,成为程序主体的当事人,不仅应有实体法上的处分权,并应被肯定享有相当的程序法上的处分权。一方面,基于其实体法上的处分权,当事人决定如何处分各该系争的实体利益;另一方面则基于其程序处分权,当事人在一定范围内决定如何取舍程序利益,以避免因其程序的使用、进行招致减损、消耗、限制系争实体利益或系争标的外财产权、自由权的结果。因此,程序上不利益的发生,实无异于消耗系争的实体利益,并减损系争标的外的财产权,且有害于行使权利的自由,自应设法予以防止、避免。从而,为了保障并强化当事人的程序主体地位,使其有机会避免或减轻因系争事件的审理招致上述不利益,应认为民事诉讼法承认处分权主义的目的,并非仅仅为了贯彻保障当事人对系争实体权即财产权的支配权能,也是为了使当事人有机会借此追求程序利益,以同时维护其受宪法所保障的系争外财产权、自由权等。^①

三、程序选择契约在民事诉讼中的新展开

(一)扩大当事人协议管辖的范围

协议管辖,又称约定管辖、合意管辖,是指当事人在纠纷发生前或发生后,以协议的方式约定案件的管辖法院。协议管辖是程序选择契约的重要体现,反映了对当事人选择案件管辖法院意愿的尊重。不但为当事人进行诉讼提供了方便,而且还有利于抑制和克服地方保护主义,保证案件的公正处理。

1.《民事诉讼法》的修改

2012年《民事诉讼法》中关于协议管辖的规定相较于2007年《民事诉讼法》来说,主要有三个方面的变化。一是条文位置有所调整,从之前的第25条移至第34条。作出此种调整的主要原因在于,2007年的《民事诉讼法》将协

^① 邱联恭.程序选择权论[M].台北:三民书局,2000:33-34.

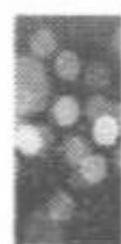
议管辖穿插在特殊地域管辖中间,即关于保险合同纠纷管辖之后。这在逻辑结构上不够严谨;作出此种调整之后,地域管辖按一般地域管辖、特殊地域管辖、专属管辖、协议管辖、选择管辖的顺序排列,逻辑结构更为科学^①。二是扩大了协议管辖适用案件的范围和法院范围。亦即,将适用案件的范围由合同纠纷扩大到“合同或者其他财产权益纠纷”;协议管辖的法院由原来的被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地人民法院扩大到“被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院”。三是将国内协议管辖与涉外协议管辖的规定进行了统一。我国2007年《民事诉讼法》第242条规定:“涉外合同或者涉外财产权益纠纷的当事人,可以用书面协议选择与争议有实际联系的地点的法院管辖。选择中华人民共和国人民法院管辖的,不得违反本法关于级别管辖和专属管辖的规定。”由于这一规定与国内协议管辖的规定不一致,因此,2012年修正《民事诉讼法》时删除了2007年《民事诉讼法》第242条的规定。如此一来,修正后的《民事诉讼法》的涉外部分就没有协议管辖的特别规定。依据2012年《民事诉讼法》第259条的规定^②,协议管辖的规则统一适用于国内民事诉讼和涉外民事诉讼部分。^③

对于上述关于协议管辖的修改内容,尽管在管辖扩大的程度上仍存在一些争议,但从总体上来说,2012年的修改不仅是符合目前我国立法的发展现状,而且也符合国际上关于扩大协议管辖范围的规定。2012年的修改最终采纳了扩大协议管辖的适用范围至合同或者其他财产权益纠纷但应排除人身关系纠纷的意见,在整个立法体系上,也对国内协议管辖以及涉外协议管辖的规定在立法上做了统一的适用规定。关于这些修改,主要是基于三个方面的考虑:一是将协议管辖的范围扩大到整个财产权益纠纷可以减少管辖冲突。因为协议管辖的适用,不管是明示的还是默示的,因其最终选择的实际的起诉法院必须是明确的,使得被选择法院以外的其他法院即使有法定之管辖也失去了管辖权(专属管辖除外),其他法院也就失去了争夺管辖的借口,被选择法院也不易推诿。二是将人身关系纠纷明确排除在协议管辖范围之外。人身关系往往涉及道德、伦理、习俗等法律不能约束但又是社会稳定、维护公序良俗的

① 江必新.新民事诉讼法理解适用与实务指南[M].北京:法律出版社,2012:125.

② 《民事诉讼法》第259条规定:“在中华人民共和国领域内进行涉外民事诉讼,适用本编规定。本编没有规定的,适用本法其他有关规定。”

③ 江必新.新民事诉讼法理解适用与实务指南[M].北京:法律出版社,2012:126.



关键之处,而这些在全国范围内来说有没有统一的适用标准,因地区的不同,其内容和范畴也有所区别。因此,从这一点出发,如果将身份关系纳入协议管辖范畴,而当事人所选择的法院并不是最适合的,那么就极易出现误判或错判现象,甚至会将影响扩大化,从而伤害到一个地区的民族感情和扭曲道德判断标准;同时,对于当事人来说,也会产生抵触情绪,并导致执行判决难度增加。三是旧法中涉外协议管辖与国内协议管辖规定不一致的情况,一方面从根本上违背了民事诉讼法的平等和对等原则,另一方面会因依据不同而产生同一事实、不同判决的现象。

2. 司法解释的规定

(1) 修改了“选择确定且唯一”的规定

2015年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《民诉解释》)第30条规定:“根据协议管辖,起诉时能够确定管辖法院的,从其约定;不能确定的,依照民事诉讼法的相关规定确定管辖。管辖协议约定两个以上与争议有实际联系的地点的人民法院管辖,原告可以向其中一个人民法院起诉。”该条规定推翻了1992年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》(以下简称《民诉意见》,已废止)第24条的规定^①。亦即,《民诉解释》将协议管辖的法院必须唯一的要求修改为当事人协议选择管辖的法院可以为多数。在管辖协议约定了两个以上与争议有实际联系的地点的法院管辖的情况下,由原告选择向其中任何一个法院起诉,这将协议管辖与选择管辖连接起来,也是程序选择契约的重要体现。

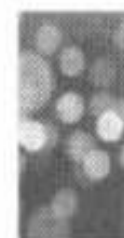
对于此次修改的缘由,笔者看来,这是基于对域外经验结合本土现实状况进行分析后所得出的必然结论。从域外的立法经验来看,德国《民事诉讼法》原则上禁止管辖约定,于某些特殊情况才承认管辖约定的合法性,且其要件为

^① 《民诉意见》第24条规定:“合同的双方当事人选择管辖的协议不明确或者选择民事诉讼法第25条规定的人民法院中的两个以上人民法院管辖的,选择管辖的协议无效,依照民事诉讼法第24条的规定确定管辖。”

“管辖约定必须涉及确定的或可确定的法院”。亦即,并未对确定法院的数量作出限制。^① 同样,此种情况在法国法中也有类似的规定,例如,法国《民事诉讼法》第48条规定:“直接或间接违反地域管辖规则的任何条款,均视为未予订立;但如订立此种条款的人全部都具有商人身份,并且受此条款对抗的当事人的义务承诺中对此作出了极为明确的专门规定时,不在此限。”^②由此可见,在对待协议管辖的态度上,法国基本与德国一致。亦即,在特定情况下允许当事人对其纠纷可以作出将其提交大审法院或初审法院的管辖约定,并且,仅要求合同当事人就“某一法院”作出约定,并无“择一性”要求。最后,再观我国台湾地区的“民事诉讼法”第24条规定:“当事人得以合意定第一审管辖法院。

① 德国《民事诉讼法》第38条(管辖合意的许可)规定:“(第1款)本来没有管辖权的第一审法院,可以因当事人之间明示的或默示的合意而取得管辖权,但以契约双方当事人是商人或者是公法上的法人或公法上的特殊财产时为限。(第2款)如契约当事人至少有一方在国内无普通审判籍时,第一审法院的管辖也可以以合意定之。此种合意应以书面为之,如以口头约定,则应以书面证明之。当事人一方在国内有普通审判籍时,就只能选择该当事人在国内有普通审判籍或有一种特别审判籍的法院。(第3款)此外,对法院管辖的合意,只在合于下列条件之一时,可以用明示的和书面的方式订立:争议发生后订立的;在诉讼中提出请求的一方当事人在订立契约后将其住所或居住地迁出本法施行地区以外,或在起诉时其住所或居住地不明者。”

② 该条所指的“条款”的字面意思是“赋予裁判权条款”或者“赋予管辖权条款”,属于当事人之间订立的条款,据以约定在可能发生争议时将此争议提交他们指定的法院管辖,也译为“协议管辖条款”。协议管辖条款所做的规定是地域管辖规则的例外,主要是对地域管辖规则的变更或补充。但法国法律也准许在特定条件下的职权管辖规则的例外协议,其条件是,只有当此种职权管辖规则不具有公共秩序性质时,赋予管辖权条款(协议职权管辖条款)才能合法。参见罗结珍,译.法国新民事诉讼法典[M].北京:法律出版社,2008:109.



但以关于由一定法律关系而生之诉讼为限。前项合意,应以文书证之。”^①对于这一合意管辖的要件,只要满足“特定一定的法院”。于此观察,所谓“特定一定”,并非是在数量上对管辖法院的限制,而只是在地区上的限制;可以为某高等法院管辖区内的地方法院为其约定范围,而不必明确指出某某法院^②。据此,不难看出,对于当事人的协议管辖,域外立法例并没有要求合同当事人达成管辖的协议必须选择一个确定的法院。

于此,反观我国《民诉意见》的规定,在理论上对于“选择管辖确定且唯一”这一要件本身就是缺乏依据的。而且,《民诉意见》第24条的规定在实践中适用时,也存在困境。例如,现实生活中,许多当事人对于法律条文的想法或认识都缺乏专业性。因此,当事人在协议管辖时,可能会出现诸如“当事人双方均可向各自所在地的法院起诉”这样不确定的约定。此外,管辖法院的确定,首先考虑地域管辖,其次考虑级别管辖,在按照诉讼标的额和案件影响程度确定级别管辖法院时,当事人双方在纠纷发生前无法预见今后争执的标的额是否具有重大影响。^③因此,要求当事人在纠纷发生前约定的管辖法院明确、具体、唯一且不违反级别管辖的规定,在实践中是比较困难的。

(2) 将身份关系解除后的财产争议问题纳入协议管辖范畴

《民诉解释》第34条规定:“当事人因同居或者在解除婚姻、收养关系后发

^① 我国台湾地区“民事诉讼法”第24条的立法理由为:“谓合意管辖,应以行于第一审审判衙门为限,盖未受下级审判衙门之审判,而欲以合意受上级审判衙门之审判,则与设立上下审级之法意不符。故管辖事件之隶于初级审判厅者,当事人约赴甲级地方审判厅(地方审判厅亦属第一审),隶地方审判厅所管辖之事件,约赴乙级审判厅(管辖事件之合意),或隶甲地方审判厅,约赴乙级地方审判厅(管辖区域之合意)固无不可。若未经第一审审判衙门之审判,遽合意愿受高等审判厅之审判,则为法律所不许,此第一项之所以限制第一审也。查各国立法例中,于合意管辖,或有以书状为据者(如日本民事诉讼法、奥国法院编制法是),或有以默示为已足者(如日本民事诉讼法改正案、德意志民事诉讼法是),然为确实起见,固应以书状为据也。又合意管辖,应以自一定诉讼或由一定法律关系所生之诉讼为限,一定诉讼者,例如买卖所生之诉讼,或由赠与所生之诉讼是。由一定法律关系所生之诉讼者,例如因买卖或赠与之法律关系,发生损害赔偿问题而提起诉讼是,设此限制者,不欲使当事人扩充合意之范围也。”参见许士宦,《新学林分科六法——民事诉讼法》[M],台北:新学林出版股份有限公司,2011:18.

^② 沈德咏,《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》[M],北京:人民法院出版社,2015:183.

^③ 沈德咏,《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》[M],北京:人民法院出版社,2015:184.

生财产争议,约定管辖的,可以适用民事诉讼法第34条规定确定管辖。”该条规定是《民诉解释》的新增条文。在司法解释修订起草过程中,各地法院普遍提出,当事人已经解除了婚姻、收养等身份关系,但是,仍然有财产纠纷没有得到解决,由此引发诉讼是否适用协议管辖的规定,需要司法解释予以明确。如“离婚后财产纠纷”,虽然涉及的财产均为婚姻关系存续期间的夫妻财产,但双方对婚姻解除并不存在争议,存在争议的是财产分割问题,有关婚姻关系的事实已成为处理财产纠纷的证据。因此没有必要像对待其他婚姻家庭纠纷一样,必须由被告住所地的法院管辖。只要是单纯的因财产纠纷引发的诉讼,在当事人的身份关系已经解除后,允许当事人选择与争议有实际联系的地点包括原告住所地、财产所在地等法院管辖,符合《民事诉讼法》第34条的立法精神。既然解除婚姻关系后单独就财产分割问题发生的争议适用协议管辖制度,解除收养关系后单独就财产分割问题发生的争议,以及同居财产纠纷与前者具有同质性,将其一并规定。^①

(二)新增当事人合意选择开庭方式

除了在管辖法院上允许当事人意思自治外,《民诉解释》亦首次赋予了当事人在适用简易程序审理案件时,可以通过双方约定来合意选择开庭方式。具体来说,《民诉解释》第259条规定“当事人双方可就开庭方式向人民法院提出申请,由人民法院决定是否准许。经当事人双方同意,可以采用视听传输技术等方式开庭”。对于该条规定,可以作以下理解:

1. 当事人在开庭方式上的选择权

如前所述,当事人可以就具体开庭方式向人民法院提出申请,由人民法院决定是否许可。由此可见,当事人必须就开庭方式达成合意,然后最终的决定权在人民法院。详言之,首先,双方当事人必须就具体开庭方式达成意思一致,否则其不能向人民法院提出相应申请。这是因为,选择哪种开庭方式与双方当事人程序利益有关。例如,在原告方选择周六晚间开庭,而被告方因在国外度假无法赶回的情形下,如果法院按原告要求在周六晚间开庭,被告则可能因无法出庭而被缺席判决。显然,这变相侵害了被告一审期间的辩论权。实务中,如果双方当事人没有就具体开庭的方式达成统一意见,要么是只有一方当事人有具体开庭方式的意见、要么是双方当事人各自持有不同的具体开庭

^① 沈德咏. 最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用[M]. 北京: 人民法院出版社, 2015: 192.

方式的意见。此时,人民法院采纳任何一方的意见都可能给对方当事人造成偏袒的印象,甚至会因此损害其利益,因而是不可取的。所以,涉及双方当事人的共同程序利益的开庭方式选择必须由双方达成共同的意思表示。其次,该条虽然规定了当事人可以提出具体的开庭方式的方案,但是否可行还取决于人民法院决定是否准许。亦即,人民法院如何审理案件,庭审如何展开最终还是由人民法院决定。可见,人民法院享有对庭审的诉讼指挥权。所谓诉讼指挥权是指人民法院为了保证程序的顺利进行而依据法定职权运行诉讼程序的权能,是法官在整个诉讼过程中,为了保证诉讼程序的公正、高效,而对诉讼参与人及其他案外有关人员进行指导、监督、约束的权力。法官的诉讼指挥权主要体现在诉讼进程的控制方面,主要包括程序管理权,如期间控制权、期日指定权、程序中止、合并、分离决定权、系争点管理权、庭审方式选择权、庭审保障权、司法成本控制权等等。之所以要赋予法官诉讼指挥权,是因为在司法实践中,为了在诉讼过程中充分地说服裁判者,获得对自己有利的结果,当事人一般会利用各种手段详细地阐述案件事实,纠缠于诉讼的各种细节,从而将诉讼的过程尽可能地延长。尤其是对于可能败诉的当事人来说,更有一种拖延诉讼的强烈欲望。此时,如果不赋予法官对诉讼活动进行指挥和管理的权力,整个诉讼过程将会无休止地进行下去,造成当事人诉讼成本增加、司法资源浪费。这不仅有损于当事人的诉讼利益,而且还会降低社会对人民法院的信赖和期待。因此,为了保证诉讼活动迅速地进行并充分有效地发挥作用,法院需要有诉讼指挥权。^① 进而,基于诉讼指挥权,双方当事人关于庭审方式的申请需要得到人民法院的许可。此外,也需要人民法院根据案件的具体情况来审查能否通过网络等方式进行开庭。如果有一方当事人不同意或者客观硬件环境不允许等情况出现,那么人民法院就不能同意当事人的申请。

2. 适用简易程序审理案件可以采用视听传输技术等方式开庭

该条后半部分规定:“经当事人双方同意,可以采用视听传输技术等方式开庭审理。”对该语段的理解,应结合当前社会经济生活的实际情况。随着电信、网络技术的迅猛发展和快速普及,视听传输技术诸如语音通信、视频通信已经十分普及,社会经济生活各个领域都开始适应并积极利用这一技术,司法领域包括部分人民法院审理案件时也开始尝试采用视听传输技术并取得了很

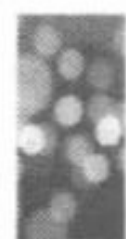
^① 沈德咏. 最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用[M]. 北京:人民法院出版社,2015:669-670.

好的成效。特别是在适用简易程序审理的案件中,采用视听传输技术极具价值。适用小额诉讼程序审理的案件,具有事实清楚、权利义务明确、争议不大的特点。大多数情形下,当事人不到庭也能查清案件事实、分清对错。司法实践中,经常出现的一种情形是,一方当事人不在受理法院所在地,如其到受理法院参加开庭,其为开庭要支出的交通、食宿费用、误工费用总和甚至都可能超过争议标的金额。此时,当事人将作出理性选择:要么不起诉,要么不应诉。显然,两者都不是应有的选择。有鉴于此,该条司法解释开创性地承认了视听传输技术开庭方式。但考虑到运用视听传输技术等方式开庭,不完全符合直接审理原则^①,既可能造成当事人程序利益的减损;也可能会因一方或双方无法亲自到庭而无法核实当事人身份;还可能会因视听传输技术故障原因,当事人无法完整表达其意见,从而变相贬损其辩论权。故本条明确规定人民法院采用视听传输技术进行开庭,要遵从当事人的程序选择权,即必须经过双方当事人的同意。^②此外,该解释还用“等”字作了兜底规定,这也是为了适应司法实践中日新月异的开庭方式的革新。

在《民诉解释》出台之前,已经有法院开始探索采用远程视听传输技术进行开庭。比如,2013年12月,四川省成都市锦江区人民法院在民事审判中,通过远程视听传输技术,成功审理一起劳动争议纠纷案件。该劳动争议纠纷

^① 直接审理原则,是指法院审判民事案件时,必须由受诉法院审判人员亲自主持审理,听取当事人陈述及辩论,亲自审查证据及其他有关的诉讼资料,并亲自依法作出判决的原则。直接审理原则强调的是法官对案件处理的“亲历性”,必须亲自参与案件的审理,直接听取当事人的陈述及辩论,以便通过亲身的体验,形成正确的判决。在以促进当事人、法院通过对话沟通来展示和把握案情的庭审构造中,直接审理原则具有不可替代的作用。直接审理原则是民事诉讼法的一项重要原则,在一些国家和地区的民事诉讼法中都作出了相应的规定。例如,法国《民事诉讼法》第179条规定:“为亲自查证有争议的事实,法官得在各方当事人到场或者传唤当事人到场的情况下,对案件的任何方面的事实亲自进行审查。如有必要,法官得亲临现场,进行其认为必要的验证、评定、判断或行为复演。”日本《民事诉讼法》第249条规定:“判决应当由参与过该案基本的口头辩论的法官作出。在更换法官的情况下,当事人应当陈述以前口头辩论的结果。在更换独任法官或更换半数以上合议庭的法官的情况下,对以前已询问的证人,如果当事人提出再询问的申请时,法院应当进行该询问。”而我国《民事诉讼法》目前并未明确规定直接审理原则。参见田平安. 民事诉讼法学[M]. 北京:法律出版社,2015:63.

^② 沈德咏. 最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用[M]. 北京:人民法院出版社,2015:669-670.



案件中,一方当事人为劳动者,身在外地、工作繁忙,无法亲自到法院参加诉讼。为了方便群众,减轻讼累,节约诉讼成本和审判资源,及时维护劳动者的合法权益,锦江法院依托远程视听传输技术,组装双面显示屏,同步显示庭审现场与异地当事人的画面,在确定画面、音量清晰后,通过法官和当事人视频问答顺利完成庭审过程,旁听人员现场观看庭审,数据中心同步记录和存储了全部庭审过程。推动远程视频庭审工作的顺利开展是锦江法院 2013 年重点工作之一。为此,锦江法院前期进行了大量的实践调研,制定了《民事案件远程视听传输技术开庭工作办法》,为远程视听传输技术开庭制度提供了标准操作规程,并规定了庭审中突发状况的处理应对方式。在技术支持保障方面,借助了广泛应用的 QQ 即时通信平台,在确保信息传输安全的前提下,用最低的成本实现了最大化效益。^①

在《民诉解释》出台之后,也有法院采用视听传输技术开庭。比如,2015 年 8 月,黑龙江省九三农垦法院首次采用视听传输技术审理一起民事案件。在该案中,被告现居住在秦皇岛市,因身患疾病行动不便,无法到庭参加诉讼。为查清案件事实、减轻当事人讼累,经被告方申请和原告方同意,该院决定采用视听传输技术方式开庭审理本案。为保障庭审规范、高效进行,该院采取了一系列措施:一是装备技术保障到位,使用高清摄像头、音频传输和网络连接设备,确保审判人员、到庭参加诉讼人员和异地参加诉讼当事人能进行双向视音频互联互通和诉讼文书的双向传输,并进行庭审全程录音录像。二是庭审环节设置到位。为解决异地参加诉讼当事人的身份确认及庭审笔录核对确认等疑难问题,该院要求无法到庭参加诉讼的当事人提交书面答辩意见,并建议当事人在核对庭审笔录后授权诉讼代理人代为进行庭审笔录签字确认工作,获得当事人认可,进而提高了庭审效率。三是庭审规范到位。制定了《当事人利用远程视听传输技术方式参加庭审申请表》《九三农垦法院远程视听传输技术开庭审批表》和《当事人利用远程视听传输技术方式参加庭审权利义务告知书》等规范文书,保障庭审规范、有序进行。^②

但是,从目前来看,司法实践中采用视听传输技术方式开庭的法院少之甚少。主要缘由为绝大部分法院对于这一新兴的开庭方式持谨慎态度。有学者

^① 参见 <http://fz.newssc.org/system/20131209/001301542.html>, 最后访问日期: 2016 年 8 月 10 日。

^② 参见 <http://jsnk.hljcourt.gov.cn/public/detail.php?id=658>, 最后访问日期: 2016 年 8 月 10 日。

专门论述了其局限性,其认为,视听传输方式开庭的局限性主要表现为以下两个方面:第一,技术门槛和视听传输本身的局限性。从法院的角度出发,视听传输技术在审理中的运用,首先要求法院在视听传输设备的软件、硬件方面满足视听传输开庭的要求,而且法院要有相关专业技术人员,技术人员的培训以及数量也要达到一定的程度和数量;从诉讼当事人及代理人的角度而言,不同的人群对于视听传输技术的掌握理解能力不尽相同,因此,视听传输的开庭方式并不适用于没有掌握该项技术的人群。另外,由于视听传输需要网络覆盖,所以,对于没有网络覆盖或者网络信号不稳定的地区也不适用这种开庭方式。第二,法院庭审控制力的削弱。由于视听传输开庭时,当事人与法官并不同处一地,对于庭审过程中出现的突发状况,法院失去了部分的控制力以及指挥权,特别是对于出现当事人不控制情绪、情绪对立、矛盾激化、互相谩骂等不遵守法庭纪律的情形时,法官无法及时采取强制措施,将会导致损害法庭严肃性和权威性的后果。如果当事人或者诉讼参与人切断视听传输,将使得庭审无法继续进行。^①

一方面,我们应当看到视听传输技术等高科技方式开庭所带来的便利和高效。也正是为了顺应信息时代的发展趋势,已经有法院开始试行微信庭

^① 沈周凤. 浅析视听传输方式开庭的局限性[N]. 江苏经济报, 2015-6-17(B03).

审^①或者使用手机微信开庭调解案件^②。另一方面,我们也必须承认,采用视听传输技术开展庭审在司法实践中的效果还有待检验。因此,在具体的适用中,至少有以下几点需要注意:第一,作为新型开庭审理方式的视听传输技术,不宜由审判人员依职权直接决定,而应当由当事人选择。为了防止审判人员强迫当事人采用视听传输技术进行庭审,应严格限定在当事人主动提出适用这种庭审方式的情况下,人民法院才考虑是否适用。即使人民法院主动建议使用这种庭审方式,也应该向双方当事人释明采取这种庭审方式的优劣所在,

^① 2015年12月17日,河南省郑州市中级人民法院在全国首次试行“微信庭审”,利用微信办案群进行庭审询问。据了解,主审法官在征求各方当事人同意后,建立微信群,并将各诉讼参与人邀请进来。随后各诉讼参与人要表明身份并由法官确认,之后就按照正常的开庭程序进行。由于此次是二审程序,在一审时对原被告双方的基本情况以及相关证据都有记载,所以证据交换和询问都进行得很顺利。同时,微信群里的秩序也很好,该谁发言主审法官会@谁,整个庭审过程用时不到一个小时。主审法官魏丽平认为:“利用微信庭审是诉讼活动现代化的一种直接表现形式,它可以大大缩短办案时间,灵活办案空间,对减轻法官办案压力、解决目前法院系统普遍存在的‘案多人少’状况,有着重要意义。微信庭审主要针对没有事实争议的程序性案件,初步估算,二审案件中可能有一半以上都可以利用微信审理,而一审案件则相对少些,因为一审大部分要对实体进行审理。相信随着经验的积累和模式的成熟,对可以公开开庭的案件,微信庭审完全可以做到像微博直播、视频直播一样,邀请相关人士进入微信办案群进行旁听。”参见 http://www.china.com.cn/legal/2015-12/22/content_37373822.htm,最后访问日期:2016年8月10日。

^② 2015年12月24日,河南省襄城县人民法院的法官首次使用手机微信开庭调解一起离婚案件。据了解,由于该案的原告卓某家住青海省某市,被告人余某在相距千里的河南省襄城县,且原告住处电脑上网极度不方便,无法使用网上法庭开庭审理。为了避免双方来回千里奔波,法官在征求双方同意后,建立原、被告微信聊天群,利用手机微信可多方视频聊天的功能,对双方进行“微信”调解。经过“微信”开庭调解,双方自愿达成离婚协议,离婚协议由原告委托代理人及被告签字后,寄给原告签字确认,法院再制作调解书。整个过程不到半小时,原、被告和诉讼代理人对“手机微信”开庭效果表示满意。现如今,手机微信作为一种可随身携带的即时通信手段,具有电脑上网无法比拟的便捷性,只要有WIFI或者手机网络信号覆盖地区就可以随时随地自由沟通。特别是手机微信视频聊天功能,能够实现多方同屏、同时视频聊天,原、被告和法官通过手机屏幕可以即时看见彼此,并同步自由沟通,跟平时开庭并无异样。目前,在襄城县人民法院,“手机微信”开庭只适用于调解结案。该院正在总结经验、升级设备和建章立制,拟将一些案情简单、事实清楚、争议不大、标的额较小且当事人电脑上网不便又相离较远的案件,纳入“手机微信”开庭范围,并进行推广。参见 http://www.xuchangbbs.com/article/article_60068.html,最后访问日期:2016年8月10日。

方便当事人在充分了解这种庭审方式的情况下自行选择。第二,如果双方当事人同意适用视听传输技术进行庭审,人民法院应在相关笔录中对该同意的意思表示作出记录或由当事人及其诉讼代理人出具相关同意函后人卷备查。另外,考虑到不是所有当事人对视听传输技术都熟悉,故在利用视听传输技术开庭前,应对当事人做好庭审注意事项辅导工作。亦即,对使用这种方式进行庭审中应当注意的问题,诸如无正当理由不得随意切断通信信号等进行告知。第三,如果利用视听传输技术开庭会涉及严重违反诉讼程序的情形则不宜适用该技术开展庭审,比如说质证环节需要对一系列关键证据进行原件审查的情况;又如由于通信信号不佳容易造成审理中断或者视听效果过差的情形等等。第四,人民法院对当事人提出的关于利用视听传输技术进行开庭的申请,不予准许的,应用决定形式,而非裁定形式。这是因为是否用视听传输技术方式开庭只是开庭方式的选择,不属于重大程序性事项,故不需用裁定形式。第五,妥善处理庭审突发情况。当庭审中出现视听传输技术障碍导致庭审不能进行时,法官应休庭并请技术人员重新调试设备,待障碍消除后继续开庭;若障碍无法排除或审理中发现本案不适宜利用视听传输技术方式开庭的,应立即终止视听传输技术开庭,将庭审转换为传统审理模式,并另行通知当事人开庭时间、开庭地点。有必要强调的是,终止视听传输技术开庭前,双方当事人已确认的事实及已承认的对方诉讼请求,在后续庭审中无须再进行举证、质证。^①

(三)明确当事人合意适用简易程序

1.《民事诉讼法》的修改

2012年修正后的《民事诉讼法》第157条规定了双方当事人可以通过合意选择的方式,对简易的民事案件以外的其他民事案件,约定适用简易程序进行审理,即“(第1款)基层人民法院和它派出的法庭审理事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的简单的民事案件,适用本章规定。(第2款)基层人民法院和它派出的法庭审理前款规定以外的民事案件,当事人双方也可以约定适用简易程序”。对于当事人可以合意适用简易程序的这一权利,1991年《民事诉讼法》并未规定,《民诉意见》也未涉及。2003年9月10日,最高人民法院发布《关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》(以下简称《简易程序规

^① 沈德咏. 最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用[M]. 北京:人民法院出版社,2015:671-672.



定》),其第2条规定:“(第1款)基层人民法院适用第一审普通程序审理的民事案件,当事人各方自愿选择适用简易程序,经人民法院审查同意的,可以适用简易程序进行审理。(第2款)人民法院不得违反当事人自愿原则,将普通程序转为简易程序。”《简易程序规定》通过司法解释的形式规定了当事人可以合意选择适用简易程序,2012年《民事诉讼法》将其上升为立法层面。

对于该条中当事人所享有的程序选择权的理解,可以从以下几个方面来进行把握:首先,在选择的范围上,明确规定了约定适用简易程序的案件范围应当是仅在适用简易程序审理的民事案件以外而其他适用普通程序的案件。其次,对于选择适用简易程序的前提基础,明确规定了应当是基于双方当事人的合意选择。未经当事人一致同意,法院不得依职权将普通程序转为简易程序^①。再次,在审级方面,双方当事人可选择的范围也仅限于一审民事案件。亦即,其案件范围必须是基层人民法院及其派出法庭管辖的案件。最后,选择方向上应当具有单一性。亦即,当事人可以合意选择将原本应该适用普通程序审理的案件转为适用简易程序进行审理,但不得以合意选择的方式将依法适用简易程序的案件转为适用普通程序审理。

2.《民诉解释》的规定

为了更好地保障当事人的程序选择权,增强《民事诉讼法》第157条的适用性,《民诉解释》就当事人合意选择适用简易程序的规定做了进一步的补充。亦即,《民诉解释》第264条规定:“当事人双方根据民事诉讼法第157条第2款规定约定适用简易程序的,应当在开庭前提出。口头提出的,记入笔录,由双方当事人签名或者捺印确认。本解释第257条规定的案件,当事人约定适用简易程序的,人民法院不予准许。”

虽然《民事诉讼法》及《简易程序规定》均规定了当事人可以约定适用简易程序,但是《民事诉讼法》及《简易程序规定》均未对当事人行使适用简易程序的程序选择权的形式及其期限等作出规定。为此,该条司法解释专门对此作了规定,具体内容如下:

第一,当事人向人民法院提出选择适用简易程序的最晚期限为开庭审理前。司法实践中,当事人双方达成选择适用简易程序的合意并向人民法院提出案件适用简易程序审理的时间表现不一:有的当事人在起诉和受理阶段就向人民法院提出案件适用简易程序审理;有的当事人在审理前的准备阶段向

^① 江必新.新民事诉讼法理解适用与实务指南[M].北京:法律出版社,2012:598.

提出案件适用简易程序审理;甚至个案中还有在庭审结束后才向人民法院提出案件适用简易程序审理的。实践中,对上述不同时间节点究竟应以哪个为准,争议较大。最高人民法院认为,从保障当事人程序选择权出发,应准许当事人在起诉和受理阶段以及审理前的准备阶段提出选择适用简易程序,但在案件已经开庭审理后,则不应允许当事人再选择适用简易程序。其理由在于,允许当事人对适用普通程序审理的案件在起诉和受理阶段、审理前的准备阶段选择适用简易程序审理可以降低当事人诉讼成本,节约司法资源。与普通程序相比较,民事简易程序在起诉、答辩、送达、举证期限、审判组织、庭审形式等方面均有所简化:这一方面可以直接减少当事人参加诉讼的时间、金钱成本支出,符合当事人对诉讼效率的要求;另一方面,诉讼周期的降低、审判组织、庭审方式的简化可以使有限的司法资源发挥出最大潜能,最大程度节省人力、物力、财力,有效缓解“案多人少”的矛盾。但如果适用普通程序审理的案件在开庭后,当事人才提出选择适用简易程序,则无法达到上述效果。^① 开庭审理,是指法院在当事人和其他诉讼参与人的参加下,依照法定程序和方式,全面审查证据和认定案件事实,并依法作出裁判的诉讼活动。案件中所涉及的一切证据、事实,都要在开庭审理阶段审查、认定;开庭审理,对正确认定事实、分清责任是非、正确适用法律,作出公正裁判具有重要意义。如果一个案件已经适用普通程序开庭审理完毕,那么该案件已经达到作出相应裁判的条件。如果此时再将普通程序转为简易程序,非但没有实现降低诉讼成本、节约司法资源的目的,反而可能会造成程序反复或者诉讼迟延。

第二,当事人可以口头形式向受理法院提出选择适用简易程序。选择适用简易程序审理案件,关系到当事人的程序利益和人民法院对案件的程序处理,是一种程序性较强的活动,一般应以书面形式提出。但是,我国东西部之间、沿海与内陆之间以及城乡之间在经济、文化方面发展并不均衡,在欠发达地区仍有不少文化程度不高、法律知识欠缺的群体。他们因纠纷诉至法院时,往往不会书写申请书等书面材料,只能以口头形式提出。此外,一些因身体残疾不能书写的当事人,也需要以口头形式提出。基于上述现实国情,该条解释规定允许当事人口头向受理法院提出选择简易程序,但必须记入笔录,由双方当事人签名或者捺印确认。

^① 沈德咏. 最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用[M]. 北京:人民法院出版社,2015:682-683.



第三,当事人选择适用简易程序的案件不包括属于法律和司法解释规定的不得适用简易程序的案件。虽然《民事诉讼法》第157条第2款对简易程序选择适用的案件类型并未作出任何限制,但这并不意味着任何民事案件都可以适用民事简易程序进行审理。事实上,部分案件由于自身特殊性,如果一味适用简易程序追求司法的效率将可能适得其反,不仅不利于保护当事人的正当权益,而且可能会造成诉讼的不当拖延。^①根据《民诉解释》第257条的规定,下列案件,不适用简易程序:起诉时被告下落不明的,发回重审的,当事人一方人数众多的,适用审判监督程序的,涉及国家利益、社会公共利益的,第三人起诉请求改变或者撤销生效判决、裁定、调解书的,其他不宜适用简易程序的案件。因而,当事人不能就上述案件选择适用简易程序。

第三节 民事诉讼和解的性质

一、诉讼和解性质的各学说概况

“诉讼上的和解尽管是在诉讼程序中进行的,但同时也会产生实体法上的效果,这就给诉讼上的和解的性质蒙上了一层朦胧的面纱。”^②关于民事诉讼中和解法律性质的问题,世界各个国家和地区的民事诉讼法学界历来是众说纷纭,颇有争论。概括起来,关于诉讼和解性质的学说主要有以下四种观点:

(一)纯私法行为说(或称“私法行为说”“纯法律行为说”)

纯私法行为说认为,诉讼中和解与诉讼外和解一样,本质上都是私法上的和解契约,是一种纯私法上的法律行为,是披着诉讼外衣和具有诉讼法上效力的私法和解。诉讼中和解与诉讼外和解的不同之处,仅在于诉讼中和解是在法院的诉讼程序中进行的。这种时空上的不同,不是两者之间的本质差别。除了诉讼上的和解是在法院进行以外,诉讼上和解与私法上之和解并无不同。诉讼中和解之所以产生诉讼法上终结程序的效果,是因为诉讼标的争执已消灭,案件审理若继续进行则已经缺乏诉讼对象,所以,法律便赋予诉讼和解与

^① 沈德咏. 最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用[M]. 北京:人民法院出版社,2015:684.

^② 张卫平. 程序公正实现中的冲突与衡平——外国民事诉讼研究引论[M]. 成都:成都出版社,1993:295.

确定判决同样的法律效果,以终结诉讼。而各国法律规定将和解协议记载于法庭笔录,仅是对诉讼和解进行公证,相当于通过法院这一公共机关对当事人私法上的和解协议给予强有力的证明。该学说进一步认为,诉讼和解无效或撤销的问题,均依照私法上的规定来解释,私法行为的瑕疵,当然对终结诉讼的效果有影响。

英美法系各国的民事诉讼理论大多持这种观点。在大陆法系,早期有学者持这种观点。但是,之后随着诉讼理论的演进,学界基本转向其他学说。

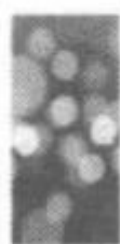
(二)诉讼行为说(或称“纯诉讼行为说”)

诉讼行为说认为,诉讼和解是完全不同于私法上和解的一种诉讼行为。依该说,诉讼和解是按照诉讼法规范来评价诉讼行为,而不是按照私法规范来评价私法行为的。诉讼行为说又分为两派:一派认为,诉讼和解是双方当事人之间的互相让步,是以终结诉讼为目的的一种意思表示一致的行为,因此该派的观点又被称为“合意说”;另一派则认为,诉讼中的和解,实质上是双方当事人将它们就诉讼标的相互让步的结果,一致向法院陈述的一种合同意义上的诉讼行为,故该派的观点又被称为“合同诉讼行为说”。

主张诉讼行为说的学者,主要有德国的保罗(Paul)^①、比洛(Bülow)^②,日

^① Paul, Der Vergleich im Zivilprozess(1898), S. 43f.

^② Bülow, Das Gestandnisrecht(1899). S. 75. anm 2.



本的兼子一^①和我国的章武生、吴泽勇^②等。

(三)两行为并存说(或称“两行为合并说”)

两行为并存说认为,诉讼中和解既是民法上的和解契约,又是终结诉讼之合意的诉讼行为,两种意义的行为同时并存。此学说的理论根据是,在实体法与诉讼法体系分离的法律制度下,以实体法为根据的私法行为不会发生诉讼中的效果,而依诉讼法所为的诉讼行为,也不发生实体法上的效果,这是法律体系上的要求。比如,民法上的和解,不产生诉讼法上的效力;当事人上诉,也不产生实体法上的效力。

诉讼行为适用诉讼法原则,私法行为适用实体法规定,各行为的法律效果分别独立判断。除非在法律有特别规定时,才可以在另一法律体系产生法律效果。例如抵销,是实体法上的行为,在法律有规定时,可以发生诉讼法上“不得更行主张”的效果;起诉,是诉讼法上的行为,在法律有规定时,可以发生实体法上中断时效的效果。所以为了正确理解诉讼中和解一方面有终结诉讼的

① 兼子一认为,从日本《民事诉讼法》把诉讼和解同放弃和承诺请求并列规定的解释来看,诉讼行为说是正确的。但从前的诉讼行为说认为和解是当事人的协议,与其这样认为倒不如把诉讼上和解也同放弃和承诺请求一样视为向法院报告权利关系的具有法律上陈述性质的诉讼行为,只不过放弃和承诺请求是当事人单方的独立行为,而和解则是双方相一致陈述才能成立,所以把和解应当视为向法院的联合行为。通说(两行为竞合说)拘泥于诉讼和解与民法上的和解名称同一上面,并且受追随德国法把和解与放弃和承诺请求完全不同处理的解释的影响。其实,诉讼法从民法借用一些名词,但其词义已经转化的情况是很多的(例如,“请求”的“放弃”),而且从逻辑上来说,私法上的行为直接产生诉讼上的效力,或者形式是诉讼行为而内容则是私法行为这种莫名其妙的概念是不恰当的。和解的诉讼法上的效力是与放弃和承诺请求一样,既然根据双方当事人诉讼上明确陈述解决当事人之间请求的对立,就省去法院的法律判断,以记载和解的笔录取代判决。在当事人之间互让过程中即使有民法上和解情况,但作为诉讼上和解是双方当事人把互让的结果向法院报告的陈述,并非是在诉讼上缔结和解契约。和解契约只不过是决定诉讼上和解的陈述内容的动机。至于和解笔录之所以同确定判决具有一样的效力,是因为以和解契约决定的权利关系等于有了确认判决一样。从此之后当然不允许再主张和解契约的无效或撤销,因为与笔录的既判力相抵触。既判力的意义在于不能议论其内容,如果内容有效并且只有在没有错误的时候才有既判力,那么既判力就没有任何意义了。诉讼是终局性的解决纠纷,既然当事人之间已经找到替代判决解决纠纷的方法,却还在那里根据私法上的理由承认无效或撤销,实际上也是不必要的。参见兼子一,竹下守夫. 民事诉讼法[M]. 白绿铉,译. 北京:法律出版社,1995:142.

② 章武生,吴泽勇. 论诉讼和解[J]. 法学研究,1998(3):70-71.

诉讼法上的效果,另一方面又发生实体法上的效果,就必须承认诉讼和解是诉讼行为与民事法律行为两者并存。

持两行为并存说的学者,主要有德国的著名诉讼法学家赫尔维希(Hellwig)^①和我国台湾地区的杨建华^②、姚瑞光^③和曹伟修^④等。日本广岛高等裁判所昭和40年1月20日判决也支持该学说。该案件具体情况如下:在最初的诉讼中,并不具有代理权的A公司常务董事Y代表本公司与对方当事人达成诉讼上的和解,A以Y没有公司授权为由提出确认和解协议无效之诉,并获得了胜诉。对于此判决,X以A公司为对方当事人提起了本诉讼。X主张,在最初诉讼中达成的和解,对于诉讼行为而言,由于存在无权代理事由因而是无效的。但作为私法行为而言,由于这一和解行为符合日本《商法》第262条规定中关于表见董事的情形,因此作为私法上的和解来看,这种和解又是有效的。日本广岛高等裁判所的判决认可X的这一主张,即认为,诉讼上和解是一种包含私法上和解在内的诉讼行为。亦即,诉讼上和解是以“承载着私法上和解内容”这种形式而存在的,因此,如果私法上和解无效,那么诉讼上和解也无效。但是,诉讼上和解的无效通常并不意味着,作为其基础的私法上和解也是无效的。^⑤

(四)一行为两性质说(或称“两行为竞合说”“两性说”)

一行为两性质说为日本、德国和我国台湾地区的通说。该学说认为,诉讼中的和解是同时具有私法上行为与诉讼法上行为两面性质的一个行为,而不是诉讼行为和私法行为的并存。一方面,当事人在法官面前依法律规定的诉讼行为的形式进行诉讼和解,从而产生诉讼法上的效果,所以具有诉讼行为的

① Hellwig. System des deutschen Zivilprozessrechts. Bd. I. (1912). S. 626f.

② 杨建华. 民事诉讼法要论[M]. 台北:三民书局,1999:288.

③ 姚瑞光. 民事诉讼法论[M]. 北京:中国政法大学出版社,2011:343.

④ 曹伟修. 最新民事诉讼法释论(中册)[M]. 台北:金山图书公司,1978:1142.

⑤ 对此,高桥宏志教授认为,其中“尽管作为诉讼上的和解是无效的,但是作为私法上的和解是有效的”的观点正是这一判决的特色之所在。但是,这一论述好比“用右手给予的东西又通过左手夺回来”。既然如此,毋宁一般性地表述为“在诉讼上的和解之诉讼行为中可以适用表见法理”,可能会显得更加清晰明确。对于诉讼上的和解,尽管可以采用“分为实体法上的与诉讼法上的两个层面来分别予以考虑”的方法,但是,由于通过分成两种层面的方法会导致结果的分割,因此,在分析过程中,如果能避免采用这种方法,还是应当尽量地予以避免。参见高桥宏志. 民事诉讼法制度与理论的深层分析[M]. 林剑锋,译. 北京:法律出版社,2003:623-633.



性质;另一方面,诉讼和解亦直接发生实体法上的效果,所以也具有实体法上的法律行为的性质。

一行为两性质说的代表学者,在德国有罗森贝克(Rosenberg)^①、瓦哈(Wach)^②、莱特(Lent)^③等,在日本有菊井维大^④、中村英郎^⑤等,在我国台湾地区有陈计男^⑥、骆永家^⑦等。

二、诉讼和解性质的各学说评析

对诉讼和解性质的认识不同,会导致对诉讼和解的要件、效力等问题产生很大的分歧。因此,笔者欲对这一基础问题进行较为全面的评析。

1. 私法行为说。从私法行为说出发,诉讼和解的无效或撤销的问题,均依照私法上的规定来解释。从而认为私法行为的瑕疵,当然对终结诉讼的效果有影响。因此,这一学说虽然看到了诉讼和解的契约性,但是对于和私法和解没有什么区别的诉讼和解为什么能够终结诉讼以及产生与终局判决同一的效力,不能作理论上的说明。这一学说的理论根源就在于没有真正领悟到诉讼

① 罗森贝克认为,“在诉讼和解中同时独立地并存着私法上的和解与抽象的终结诉讼的契约”的观点不符合当事人的意思。当事人希望以特定的私法内容结束诉讼。终结意图和私法内容彼此相连、不可分离。因此,使私法和解与抽象的诉讼终结契约孤立地相互并存是站不住脚的。诉讼和解应当具有双重性质,既是私法契约,又是诉讼契约。由于当事人希望以一定的实体法内容结束诉讼,所以和解既有实体法上的主效力,又有诉讼法上的主效力。罗森贝克,等. 德国民事诉讼法[M]. 李大雪,译,北京:中国法制出版社,2007:976-977.

② Wach. Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts. Bd I. (1885)S. 577.

③ Lent. Zivilprozessrechts (1949). 3. Aufl. S. 115.

④ 菊井维大,村松俊夫. 全订民事诉讼法 I [M]. 东京:日本评论社,1989:454.

⑤ 中村英郎. 民事诉讼论集(第四卷)[M]. 东京:成文堂,1975:182. 后中村英郎又转为“阶层构造论”,他认为“裁判上的和解,从以往的操作来看,它应属于是一种行为,可以从实体法和诉讼法两个侧面去加以法的评价,据此认定它存在私法行为和诉讼行为。这种行为分别属于两个不同的阶层,私法行为为下层构造,诉讼行为为上层构造,从这个角度去理解较为恰当”。参见中村英郎. 新民事诉讼法讲义[M]. 陈刚,林剑锋,郭美松,译. 北京:法律出版社,2001:247-248.

⑥ 陈计男. 民事诉讼法论(下)[M]. 台北:三民书局,2005:107-108.

⑦ 骆永家. 既判力之研究[M]. 台北:三民书局,1997:160-165.

法与实体法的“分野”^①,认为诉讼法隶属于实体法,所以仅仅从实体法的角度考虑诉讼和解。

2. 诉讼行为说。按照诉讼行为说的观点,私法上的和解不过是诉讼上的和解的缘由,从而否定私法上的瑕疵将导致诉讼上和解的当然无效,亦即私法上和解的无效或撤销原因的存在,对诉讼上和解的效果不产生影响。固然在诉讼行为说中,亦有肯定诉讼和解有既判力者和否定其有既判力者,前者认为限于有对确定判决的再审理由存在时,才可以对诉讼和解的效力加以争执,后者认为可以以私法上的瑕疵对诉讼和解的实体上的效力加以争执,但不承认诉讼和解因私法上的瑕疵而当然无效,亦即不承认终结诉讼的效果的消灭。^②众所周知,诉讼和解毕竟是双方当事人为结束实体争议、就诉讼标的互相让步而达成的合意,必然会产生实体上的效果,所以,在诉讼行为的和解以外,应当认识到诉讼和解的私法行为的性质。

诉讼是实体法和诉讼法共同作用的“场”,所以前两种学说从实体法或诉讼法各自的立场一元性地看待诉讼和解的性质都是不正确的。这既不符合诉讼的实际情形,也无法从理论上自圆其说。

3. 两行为并存说。两行为并存说基于实体法与诉讼法体系分离,认为诉讼和解是诉讼法上行为与实体法上行为两者并存,但相互独立。批评此说者认为此说将经验上一个事实,解释为有私法行为与诉讼行为两者并存,未免太过技巧化,违反我们的经验事实,不符合当事人双方的意思。此说对于随着诉

^① 现代法律系统的思维认为实体法和诉讼法是相互分离的,它们在法律性质、调整对象和目标上都存在着根本性的区别。当然,这种首先由奥斯卡·比洛在20世纪后半叶从学术上追求的分离思想并没有消除下面这样的意识:实体法和程序法彼此相互涉及,两个法律领域意义相关,法律概念相似。但是也牢固地树立起下面这一基本观念:实体法律状况应当被看作是与其诉讼上的实现相分离的存在物。这一分离显然不是通过突变而产生的,而是长期发展的结果。温特沙伊特在19世纪中期有关请求权和诉的分离的论述得到了学术界的认可,在他看来实体权利在先或者说是创造者,而诉讼在后或者说是被创造者。这对德国民法典的制订过程产生了深远的影响。实体法上的权利被认为当然地获得法院的权利保护,只有在例外情况下才可以违反常规地拒绝给予这样的权利保护,即当为了保障重要的程序法上的关系而要求拒绝这样的权利保护的时候。后来也有学者试图扭转这一局面,希望赋予诉讼优先地位,但毫无成效。正是这种分离的观念为诉讼法的独立发展创造了基本条件,但是也带来了一些问题。参见沃尔夫冈·策尔纳,蒂宾根,实体法与程序法[C]//米夏埃尔·施蒂尔纳,德国民事诉讼法学文萃,赵秀举译,北京:中国政法大学出版社,2005:100-103.

^② 骆永家,既判力之研究[M].台北:三民书局,1997:157-158.



讼和解的成立而发生的实体法上的效果和诉讼法上的效果的关系应如何解释并未特别提及。有人认为此说应解释为系以私法行为的和解的有效为诉讼行为的和解的前提,和解的私法上的效力与诉讼法上的效力之间有依存关系,私法上的和解如无效或被撤销时,诉讼上的和解也应当失去效力,也就是私法上的瑕疵直接影响到诉讼法上的效力;反之,也有人认为两行为并存说应解释为包含于诉讼和解的私法行为与诉讼行为应各自受实体法与诉讼法的规范,两行为的效力各自独立,私法行为的瑕疵并不对诉讼行为发生影响。^①

4. 一行为两性质说。此学说认为诉讼和解虽然是一个行为,但同时具有私法行为与诉讼行为两面的性质。并且认为诉讼和解的要件或效果应受实体法、诉讼法双方面的适用。因为此学说是以诉讼和解为单一行为为基点,所以不承认诉讼行为与私法行为的分离,认为在行为有瑕疵时,应互相发生影响。

一行为两性质说现在已经是德国、日本和我国台湾地区的通说,也被德国、日本和我国台湾地区的判例所采用。比如我国台湾地区“最高法院”2003年度台上字第934号判决记载:“按诉讼上之和解,为私法上之法律行为,同时亦为公法上之诉讼行为,即一面以就私法上之法律关系止息争执为目的,而生私法上效果之法律行为,一面又以终结诉讼或诉讼之某争点为目的,而生诉讼法上效果之诉讼行为,两者之间,实有合一不可分离之关系。其在诉讼上,当事人固可以无效或得撤销之原因请求继续审判;在实体上,于有给付不能或给付迟延等私法上解除之原因发生而合于解除契约要件时,亦得行使其解除权。惟诉讼上之和解,既同时为公法上之诉讼行为,和解本身不得附条件或作为私权之标的,该和解之当事人自不能任以契约另行推翻之。”相类似的判决还有台湾“最高法院”1954年台上字第1075号判例和“最高法院”1973年台上字第3105号判例。

5. 消极说。有学者持消极见解,认为诉讼和解性质论的争议对于后续具体问题并无决定性的影响,理由是欲通过性质论的探讨演绎性地解明如“诉讼和解有无既判力”及“和解的意思表示有瑕疵时应如何救济”等问题,本身即有疑问。新堂幸司教授认为,“从性质论自身出发来推论既判力的有无以及对意思表示瑕疵的处理,这是一种错误的逻辑。因为作为先决问题而言,应当论及的是,赋予诉讼上和解什么样的效果才是妥当的。然后在认为必要的情况下,才应当从其被赋予的效果出发归纳出诉讼上和解的性质。如果赋予诉讼上和

^① 骆永家. 既判力之研究[M]. 台北:三民书局,1997:159-160.

解本文所主张的效果,并从这种立场出发来对诉讼上和解作出定性,那么诉讼上和解应当被视为当事人在法院面前实施了与私法上和解一样的行为,其和解内容及效力由法院予以确认,并记载于笔录中,基于此成为一种被赋予诉讼上效果的行为,因此似乎可以说笔者采用的是私法行为说。总而言之,诉讼上和解性质论并不是一个具有实际意义的议论”^①。高桥宏志教授也认为,“无论从上述的何种学说出发,经过适当的修正都能推导出相同的结论。例如,对于如上所述的诉讼上和解行为存在着民法上的无效原因之时的处理问题,如果严格遵循并存说的观点,那么无效的部分就仅仅限定于和解行为中的私法上和解方面,而并不导致其中的诉讼上合意方面的无效。但是,在民法上行为之有效性成为诉讼终结合意条件的情形下,那么前者的无效也将导致后者的无效。从这层意义上来看,关于诉讼上和解性质的种种学说可以说是一种无谓的论争,即仅仅是一种旨在进行理论上说明的技巧性论争”^②。

三、诉讼和解性质相关学说与诉讼理论的关系

上述就诉讼和解性质相关学说演变的阐述,反映了不同时代背景下的诉讼理论,特别是诉权学说的变迁。亦即,有关诉讼和解性质的相关争论,也是随着诉讼理论的发展而发展的。

(一)诉权理论的嬗变

在大陆法系民事诉讼理论中,诉权理论已成为必须研究的基本问题。诉权理论的发达,对于现代民事诉讼法学在理论体系的形成贡献颇大。早期自民法学分离之时,民事诉讼法学尚无独立完整的理论体系,但是在学者对诉权理论的研究讨论过程中,开创若干民事诉讼法独立具有的诉讼理论。在大陆法系发展一百余年的诉权理论与诉讼目的论、诉讼标的论等都具有十分密切的关系。

1. 诉权观念的发端

罗马法查士丁尼(Justinianus)大帝时代所完成的查士丁尼法典中虽然有“债权为诉权之母”的说法,但是,这毕竟不是统一的新思想,罗马法一直维持着先有诉权,而后有实体权利的观念。在罗马法体系的思维方式中,诉权

^① 新堂幸司.新民事诉讼法[M].林剑锋,译,北京:法律出版社,2008:262.

^② 高桥宏志.民事诉讼法制度与理论的深层分析[M].林剑锋,译.北京:法律出版社,2003:631-632.



(actio)是指在审判程序的形式中实现实体权利的手段。因此,为了表示各种诉权,创设了各式各样的诉权名称。例如:所有物返还请求诉权、确定贷款金额请求诉权等等,以便与审理程序相对应。从动态的考察来看,实体上的权利是以“诉权”来表现的,并且只是“诉的投影”。按照兼子一的说法,实体法上权利关系的实在性,是以纷争为契机,通过诉讼才形成的。实体权利是人思考作用的产物,常因人的判断,使之实在化,是诉讼和民事审判经验的总结。^① 谷口安平则认为,诉讼法乃实体法之母。^②

跳过其后的变迁,直看德国对于诉权的概念。德语诉权(Klagrecht)意为“可以为诉的权利”。这个概念,不像罗马法上将“诉”和“诉权”合为一体(诉和诉权是同一个词,只是赋予名称时,为诉权),而是表现出实体法上的权利与诉讼法上的诉权,有着一定程度上的分离,因此朝向民事实体法与民事诉讼法分化的发展。由于两者分化,形式上各有法典,于是,在民事訴訟法学的领域中,产生了“为什么可以提起诉讼”的诉权理论。学习民事诉讼法之初,面对诉权理论,或许可以把诉权当作民事实体法与民事诉讼法之间的桥梁。这个桥梁的内涵,涵盖了诉讼目的论、诉讼标的理论、当事人适格判断、证明责任对象、既判力等民事訴訟法学的基础问题,不可轻视不理。比如说,最初的诉权理论即1856年温特沙伊特在其《从现代法之立场看罗马法中私法之诉权(Die Actio des römischen Civilrechts' vom Standpunkt des heutigen Rechts)》中提出的私法诉权说,在民事法律体系上,具有连接民事实体法与民事诉讼法的桥梁作用。

2. 诉权学说的发展与评析

(1) 私法诉权说

私法诉权说是以私权来解释诉权的。举个例子,先有民法还是先有民事诉讼法? 实际上的演变很可能是先有诉讼法才有民法。为什么呢? 自罗马法观之,包括英美法都受罗马法的影响,当事人有纷争,国家先给予诉权,譬如撤销诉权,然后再讨论如何解决,就有些许先有民事诉讼法的意味在其中。

此说以萨维尼为主,其认为“诉权是一种私法的权利”,“所谓诉权是权利受到侵害,由该权利所产生的新权利”,此新权利即为诉权。19世纪后半叶,

^① 兼子一,竹下守夫. 民事诉讼法[M]. 白绿铉,译. 北京:法律出版社,1995:2.

^② 谷口安平. 程序的正义与诉讼[M]. 王亚新,刘荣军,译. 北京:中国政法大学出版社,2002:59.

德国民法界承认有请求权存在,那么民事诉讼法的请求权由何而来?学者们开始思考此问题。历史法学派法学家萨维尼认为,诉权是民法上请求权的延长,或称民法上请求权的变形物或衍生物。譬如,Y(贷款人)向X(借款人)请求返还借款未果,Y为实现借款返还请求权,通过诉权启动民事诉讼程序来请求债务人履行债务。

为何可以提起诉讼,是因为有诉权。此诉权是私法上请求权的变形,有私法的请求权才会有诉权,其是隶属于实体法的地位。就诉讼法而言,无法承认诉权有独立的地位。必然是有实体法上的私权受侵害,此私权才会衍生出新的权利,即为诉权。这便是私法请求权说的基本观点。^①私法请求权说,又称诉权私权说,实体诉权说或私权解释说,即以私权来解释诉权。诉权是基于私权而产生的权利。是当事人所享有的实体权利的直接内容;虽为其变形,但是仍然是其直接内容。萨维尼比喻为,诉权具有与债相似的实体法的本性,诉讼提起之前,是债的法律关系的胚胎;提起诉讼之后,便成为真正的债。

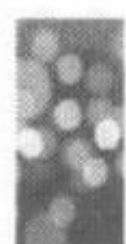
(2)公法诉权说

从理论的演变来看,对私法诉权说提出质疑的学者就发现,私法诉权说所举的例子都是给付不给付的问题,在逻辑上理解起来很顺畅;而且当时对于诉的种类的认识也仅仅局限于给付之诉。随着对于诉的种类的认识进一步发展,学者们意识到,向对方主张请求权,不单单是给付的问题,还有对物的支配权、确认权利。^②例如,甲否认欠乙的钱,并表示如果有欠钱,愿意向乙清偿。现在甲就所争执的债权存在与否提起诉讼,甲若提起消极的确认之诉,甲的权利有没有被乙所主张的权利侵害?显然没有。甲主张债权不存在,甲在实体法上并没有权利。但是甲又有权向法院起诉请求确认债权债务关系不存在,有确认利益。如此看来,先前私法诉权说所认为的诉权是实体权利的衍生的说法,在逻辑推论上,似乎存在无法自圆其说的地方。

从而,就开始有学者提出,诉权是公法上权利的观点。从19世纪后半叶开始,随着经济的发展,文化的进步,法治国家的思想深入人心,人们对国家享有公权的观念兴起以后,诉权的观念也就逐渐演变为对于国家的公法上权利,公法诉权说就应运而生。该学说认为,诉权不是对纠纷当事人的实体法上的权利,恰恰相反,而是对国家的公法上的请求权。

^① 田平安. 民事诉讼法学[M]. 北京:法律出版社,2015:254.

^② 江伟,邵明,陈刚. 民事诉权研究[M]. 北京:法律出版社,2002:10.



第一,抽象的诉权说

抽象诉权说又称为形式的诉权说,该学说认为诉权是指当事人能够向法院提起诉讼,请求合法的审理,并承受法院裁判的权利。诉权是当事人根据法律的规定,要求法院作出正当判决的权利。该学说界定的诉权并不要求法院作出具体的判决,而只是要求得到诉讼判决本身就能够得到满足。^①换言之,当事人获得与诉相对应的某种判决即构成诉权的内容。即便当事人承受了“闭门羹式”的驳回诉之诉讼判决,也视其行使了诉权。因而,该诉权并无实质内容,才称之为抽象诉权学说。

由此可见,抽象诉权学说是站在国家本位的立场审视诉权,认为审判权的启动并不是基于个人诉权,而是基于国家及社会利益的考量对个人私权加以干预。此外,该学说的弊端也是显而易见的,该学说将诉权与实体法完全割裂开来,走到了私法诉权说的另一个极端。而且,将抽象的诉权等同于民事诉讼权利能力,也不是诉权的应有之义。

第二,具体诉权说

具体诉权说是主张将诉权作为请求胜诉判决权利予以构成的学说,也称之为权利保护请求权说。其基本观点认为,诉权是公法性质的权利,但是欲以实体权利为基础,私人请求国家给予利己判决的权利,强调国家对诉权存否的决定作用,以及国家在民事纷争解决体系中的主导地位。该学说将诉权视为要求通过判决保护实体权利的权利。该学说可以说是与私法诉权说一脉相承的学说,并使私法诉权说在具备确认诉讼类型的现代诉讼法体系中获得再生,并作出应对。该学说对胜诉判决的要件做出了详细的分析,在这种要件中,除了存在原告所主张的私法权利关系外,作为诉讼权利保护要件,还包括当事人具有诉讼实施权(当事人适格)、诉讼标的适合于通过判决来予以确定(权利保护之资格)、原告就该诉讼标的享有要求判决的具体法律利益(权利保护之必要或利益)。而该学说遭受的批判是,在针对对方当事人方面,连让对方当事人接受自己主张的权利都不具备的个人,在其针对法院方面,却被赋予可以要求法院按照自己主张作出胜诉判决的权利,这不免过于偏颇。兼子一教授分析道:“这好比考生以自己有实力为理由有权要求考官录取他一样是荒唐可笑的。所以,具体的诉权说把诉权界定到当事人有权要求得到胜诉判决的说法

^① 李龙. 民事诉讼标的理论研究[M]. 北京:法律出版社,2003:130.



是过头的。”^①

第三,本案判决请求权说

本案判决请求权说将诉讼目的,由原告请求有利自己判决的保护个人私权目的,转换为当事人请求法院就私权纠纷为法律解决以定分止争的公益目的。从而该学说认为,诉权是当事人请求法院以本案判决为判决时所必须具备的权利,诉权的要件除一般的诉讼要件外,仅包含“诉讼的权利保护要件”,不包括“实体的权利保护要件”。所以,法院对于原告诉无理由作出败诉判决,在学理上较能获得合理的解释。而且,如果原告之诉缺乏当事人及诉讼标的的权利保护利益,即不备“诉讼的权利保护要件”时,法院必须依据诉不合法驳回起诉,作出诉讼判决,此种处理方式出于本案判决请求权说的理论。此说最初起于德国学者 Bley,当时在德国为少数说,但在日本经兼子一的提倡,却在日本后来取代权利保护请求权说而成为通说地位。^②

兼子一认为,抽象的诉权既无要求也无内容,说不上是什么权利,而具体的诉权则过于贪婪。居于这两种诉权之间肯定有一种真正的诉权,这就是本案判决请求权的诉权说。在驳回起诉的诉讼判决和承认请求的判决之中,把承认请求和驳回请求的两种判决汇总起来就叫作本案判决。本案判决请求权的诉权是取得对请求是否正当做出决定的判决的权利,实质上是指在弄清当事人的主张是非曲直的基础上,要求法院解决纠纷的权利。这种解决纠纷的请求权是与利用诉讼制度的目的相吻合的,因此用诉讼上的术语将其表述为本案判决请求权。这种诉权不拘泥于原告权利主张是否正当,即使原告所主张的权利是正当的,但如果没有正当的利益或必要,也照样不被承认。因此,这种诉权的要件是相当于从具体诉权说的保护权利要件中除掉实体要件之外的诉讼要件。如果缺乏这些要件的诉,就不能请求本案判决,因此这些要件就成为在诉讼上作出本案判决的前提条件。^③

但是本案判决请求权说一直无法说明,为何诉权仅能在本案判决的特殊情形下才有,在其他一般判决的情形下即无诉权。此学说对于诉权与本案判决之间为何有其必然存在的关系,无从作出合理的交代。这是 Bley 的学说之所以无法在德国成为通说的主要缺点及原因,日本兼子一教授有鉴于此,不得不将本案判决请求权说进行调整,另外改称“纷争解决请求说”,认为纷争解决

① 兼子一,竹下守夫. 民事诉讼法[M]. 白绿铨,译. 北京:法律出版社,1995:4.

② 陈荣宗,林庆苗. 民事诉讼法[M]. 台北:三民书局,1996:80.

③ 兼子一,竹下守夫. 民事诉讼法[M]. 白绿铨,译. 北京:法律出版社,1995:4.

请求权才是诉权。此外,诉权本是以个人主观上的利益为出发点,所以有浓厚的个人权利性质,此学说将客观上的制度目的融入主观上的个人权利之中,形成客观价值与主观价值相背的现象。

第四,司法行为请求说

司法行为请求权说,是目前德国唯一能够对抗权利保护请求权说的学说。该学说认为,所谓诉权,是拥有诉权者,可以向法院要求对应于具体的状况及具体的阶段,作出法律上必要的行为的权利。如果从诉讼目的论观之,司法行为请求权说与私法秩序维持说较能切合。此说认为,诉权不仅仅是判决行为,诉权是包含请求依法指定期日以及送达书状等权利在内的所有权利。作为判决而言,诉权表现为要求作出判决的权利,即便是驳回诉之判决,也是维持、保障诉讼法秩序的判决。就这个意义而言,司法行为请求权说具有复活抽象诉权说的性质,因而也遭到了与抽象诉权说一样的批判。在日本,该种学说由斋藤秀夫教授所采用,斋藤教授为了使诉权发挥理论性及实际性的效用,将诉权构建为一个连接宪法与诉讼法的概念,认为日本宪法第32条是一个保障诉权的规定,进而主张应当将宪法所保障的积极受益权的性质纳入诉权的内容之中,而只有采用司法行为请求权说,才能达到这一目的。^①

第五,宪法诉权说

宪法诉权说是由德国学者 Karwachki 于其博士论文中大力倡导,后又受到重视。该学说认为:诉权,与在宪法上的所谓依法接受裁判的权利是相同的。从德国的宪法、日本的宪法或者其他国家的宪法来看,大部分的宪法里面都有规定人民有接受法定法官审判的权利。法律所规定的审判权,不能随便指定谁来行使。过去的诸侯国王都可以作出判决,但是,现今社会法律规定人民有接受法定法官审判的权利。这个权利,当然包括民事诉讼法上的诉权。因此,民事诉讼法上的诉权即是要求公正审判程序的权利,与宪法上赋予人民的权利——要求公平、公正的审判程序的权利相同。而且宪法上的权利与民事诉讼法上的诉权相连接,人民的诉权才能得到保障。晚近日本学者,也渐渐接受此种看法。^② 此说有一缺点,即究竟是先有民事诉讼法,还是先有宪法。以形式上来看,应当是先有民事诉讼法。那么,依此说的解释,诉权为宪法的权利,是天赋的权利,即使无宪法的成文法,也是属于宪法权利。这显然是不

^① 新堂幸司.新民事诉讼法[M].林剑锋,译,北京:法律出版社,2008:177.

^② 江伟,邵明,陈刚.民事诉权研究[M].北京:法律出版社,2002:29-30.

恰当的。

(3) 诉权否定说

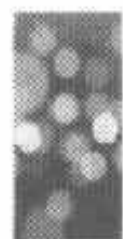
诉权否定说因日本三月章教授力倡而被注目。三月章认为诉权的观念是19世纪过剩权利意识的产物,是出于被夸张的权利意识所产生出来的幻想。从诉权否定说的观点来看,国民与诉讼之间的关系,并不是严密意义上的权利义务关系。换言之,一般看法认为人民有起诉的权利,国家就有审判的义务。但此说以为,诉权没有严密的权利义务关系,国民和诉讼制度之间的关系,并不是严密意义上的权利义务关系,也不是施恩关系。国家是从关心的角度创立民事诉讼制度。国民服从国家审判权的事实,只是民事诉讼制度的反映。诉权所反映出来的,只是国民有服从国家审判权的事实的认知而已。所以,所谓诉权,仅仅是民事诉讼制度目的的主观的投影而已,不是诉讼理论的中心。国民主观上有一个诉权,实际上不是服从关系,更非严格的权利义务关系。当事人对于国家司法机关并无诉权存在,所以可以请求司法机关就其发生的私权争执进行裁判,仅仅属于“法律上的地位”而已。换言之,国家创设民事诉讼制度,以公权力解决私权纠纷,任何人可以随时利用此制度解决私权纠纷。三月章强调:我们应该自觉地去否定诉讼理论当中重要的中心部分——诉权论。换言之,所谓诉权及其衍生的概念,即使不建立,诉讼程序仍然可以持续。铃木正裕教授曾检讨此说的发展,是因为纳粹时代对于诉权论有着极度的神经质,而使此说抬头。^①笔者认为,此学说殊难充分说明当事人在诉讼上的地位。而且,现代国家的民事诉讼制度,对于起诉的一切民事案件,法院都应予审理并应裁判,实有不当。

3. 诉权与民事诉讼相关理论的关系

(1) 诉权论与诉讼目的论的关系

所谓诉讼目的论,即是指研究诉讼制度是为什么而设立的理论学说。在目的论各学说中,主要以五种学说为主。权利保护说认为,作为禁止私力救济的代价,国家应当负有保护私人权利的责任,于是就产生民事诉讼。维护私法秩序说认为,国家维持基于自身制定的民法、商法等私法而产生的私法秩序,并确立该秩序的时效性而设置民事诉讼。纠纷解决说,是认为民事诉讼的出发点和目的并不是从先有的实体权利出发只确认当事人之间原有权利体系,而是要解决当事人之间活生生的纠纷。而多元说则主张,无须将目的论单一

^① 三月章.日本民事诉讼法[M].汪一凡,译.台北:五南图书出版公司,1997:14-16.



地限于“权利保护”“私法秩序维持”或“纠纷解决”中的一者,所有这些都应当被视为民事诉讼的目的。最后,程序保障说则主张,民事诉讼的目的在于程序保障之本身,换言之,“一方面确保当事人之间的实质性平等,另一方面让当事人穷尽其论争”是民事诉讼的目的。^①

其实,单纯从诉讼目的论的不同学说名称中,我们也可明显感觉到其与诉权论之间的关系。表现在学术研究中,学者们关于诉权和诉讼目的的讨论也多有重合之处。正如有学者所指出的那样,“诉权论的研究发展掩盖了民事诉讼制度的目的的研究分析和发展。权利保护请求权的观点与私权保护中存在民事诉讼制度的目的这一诉讼目的观相对应,而抽象诉权说则与维护包括诉讼法秩序在内的国家法律秩序中存在着民事诉讼制度的目的之观点相对应。本案判决请求权的观点之中,实质上隐藏着一种诉讼目的观,它将有关原告的权利主张是否正当这一纠纷的实质性解决本身即视为诉讼制度的本来使命。在这层意义上说,对民事诉讼制度的目的究竟为何这一基本问题进行不可回避的回答时,诉权论的历史作用就毋庸置疑了”^②。

诉讼目的论与诉权论的关系究竟如何呢?首先,诉权论尽管和民事诉讼目的论关系密切,但诉权不能理解为是诉讼目的论的投影,而是诉讼目的的价值依归。将诉权理解为诉讼目的的投影,必然会导致将诉权这一国民对司法的请求权沦落为完全受国家民事诉讼制度目的决定的附庸。诉权不应是国家赋予的产物,其是在国家产生后,其国民所享有的人权的一部分,是国民应然权利的组成部分。该权利不受国家是否设立诉讼制度的影响,正如我们享有名誉权而不受国家是否设立保护名誉权法律制度的影响一样。

其次,尽管民事诉讼以保护当事人的诉权为出发点,并以解决纠纷为目的,但并不意味着诉权的研究可以代替诉讼目的论的研究。对于诉权来说,尽管其是国家设立民事诉讼制度的原因和基础,但诉权作为启动民事诉讼程序的权利,其研究的重点为诉权的概念、诉权的要件、诉权的实现和保护,却无法观照整个诉讼过程;而对于诉讼目的论来说,尽管其本质是为了保障诉权目的的实现,但诉讼目的却是能够对整个诉讼过程起指导作用的学说。在诉讼目的的指引下,我们方能够系统分析什么样的诉讼方式和制度有利于实现诉讼

^① 高桥宏志. 民事诉讼法制度与理论的深层分析[M]. 林剑锋,译. 北京:法律出版社,2003:2.

^② 三月章. 日本民事诉讼法[M]. 汪一凡,译. 台北:五南图书出版公司,1997:16-17.

目的,以及应该在何种证据制度之间作出选择,以使诉讼目的得到实现等等。例如,不以解决争端,而以应对犯罪、保护公共秩序为诉讼目的的刑事诉讼与以解决争端为诉讼目的的民事诉讼相比,就更注重证据信息的完整性,从而也会确立更高的证据事实调查目标。因此,尽管两者之间存在上述关系,但诉权论和诉讼目的论的研究是不能相互替代的。

再次,诉讼目的论是从国家设立诉讼制度的角度方面来考察民事诉讼制度,而诉权则是从国民自身的解纷要求出发来考量,因此,两者在整体目标的一致之外,尚存细微区别。具体说,即使国家为了满足国民的诉权而设立民事诉讼制度,但并不等于国家在设立民事诉讼制度后,就会将满足国民诉权作为唯一目标。这是因为,国家作为民事诉讼制度的设立者,在满足国民诉权、解决纠纷的同时,尚要注意维护国家法律秩序,保障国家法律的实施。例如,尽管某种方式或当事人的某种请求有利于解决纠纷,但国家在解决纠纷的过程中,却可能不会去适用或采纳。

总之,尽管国家为了保护公民的诉权,而设立民事诉讼制度,但作为整个国家来说,诉讼制度的运转承载着诉权所无法涵盖的内容,将诉权论淹没在诉讼目的论的阴影之下是不恰当的;同样,将诉讼目的论完全与诉权论研究混为一谈,则不利于形成保障诉权的精致而严密的理论体系。

(2) 诉权论与诉讼标的论的关系

诉权既然是国民向法院的纠纷解决请求权,意味着国民在起诉时必须把希望获得法院解决的纠纷向法院提示出来,并将之作为需要法院解决的对象,否则法院无从满足该请求。而当事人所提示的纠纷主题以及作为法院解决对象的内容,正构成了另一个民事诉讼法学基本概念——诉讼标的的基本内涵。

目前,学术界关于诉讼标的的观点主要有两种。其一是旧实体法学说。该说认为,诉讼标的是诉讼上具体表明其所主张的实体法上的权利或法律关系。基于此,原告在起诉时必须在诉状上具体表明其所主张的实体法上的权利或法律关系;而区别诉讼标的之多少与异同,也以原告在诉状上提出的实体法上的权利主张为标准。与此相对的新诉讼标的理论则认为,诉讼标的之概念,不应当受到实体法请求权概念的限制,而应当从实体法律关系中分离出来。基于此,形成了以诉之声明和事实关系作为诉讼标的的新学说。新旧学说的争论在二次大战后一直未停止过。争论的实质其实就在于究竟是把纠纷划分为较细较多的单位来分别处理,还是尽量把纠纷纳入一个较大的框架内予



以一次性解决。^①

无论从诉讼标的概念还是从新旧理论的争论中,我们都可以清晰地领略到诉讼标的论与诉权理论的密切联系。首先,诉讼标的概念的形成就是起源于处理解决纠纷的现实需要,从而也对诉权的实现具有不可忽视的意义。当事人行使诉权,实质上是向法院提出一个请求。但是,对于生活中发生的各种纠纷来说,常常并不容易与其他事物区别开来,其性质也并不总是那样毫无疑问的得到确定。那么,对作为对象的纠纷本身进行一定的区别界定,或者必要时采取分解加工、重新定义等方法,往往是不可避免的。这种对象的重新加工,实际上也构成了纠纷解决过程中不可缺少的一个环节。正如有学者所指出的那样,“诉讼标的概念实际上是一种被用来区别界定纠纷,并对纠纷加以分解加工,或重新定义,重新结构的工具”^②。因此说,对于当事人而言,要想实现诉权,就必须借助于诉讼标的这一工具或媒介。申言之,当事人向法院起诉必须向法院提出诉讼标的,没有诉讼标的的起诉等于没有起诉。

其次,各种不同的诉讼标的理论,由于其识别标准不同,也对诉权的实现有着不同的意义。对于旧诉讼标的理论来说,由于其是把实体法上规定的请求权作为诉讼标的的识别依据,因此能够充分保护原告的实体权利保护要求。但是,旧诉讼标的理论的缺陷是未能满足国民纷争一次解决的要求。但是,笔者认为,法官恰当地行使阐明权,向当事人说明案件中涉及的法律关系,也可以使纠纷在一次程序中予以解决。至于新诉讼标的理论,其强调纷争一次解决,能够减少法院及当事人多次诉讼的负担,维护诉讼经济原则,但是新诉讼标的理论随之会产生既判力客观范围过于宽泛的问题,这对于实现当事人诉权显然具有相对消极的意义。

最后,诉权构成了诉讼标的理论研究的中心。在新近进行的关于诉讼标的理论的探索中,如何实现纷争的一次性解决,以更好地保护当事人诉权的实现,始终是一条非常重要的主线。而这都充分说明诉权理论和诉讼标的理论之间极其密切的关系。

(二) 诉讼和解性质相关学说与诉权理论的关系

从对诉权、诉讼目的和诉讼标的等理论进行梳理来看,如何看待实体法与

^① 王亚新. 对抗与判定——日本民事诉讼的基本结构[M]. 北京:清华大学出版社, 2002:90.

^② 王亚新. 对抗与判定——日本民事诉讼的基本结构[M]. 北京:清华大学出版社, 2002:85.

诉讼法的关系直接影响着采纳何种学说。诉讼和解性质相关学说的发展轨迹也大致如此。亦即,在实体法学的理论中,抑或在其延长线上构筑诉讼理论的私法诉权学说的支配下,诉讼和解只可能是实体法上的和解本身。之后,取代私法诉权说的公法诉权说是将诉讼法体系从私法体系中解放出来的诉讼理论。而以诉讼法为中心的诉讼理论正是构建在该理论的基础上。但是,在抽象诉权学说时代,尚未建立其与实体法理之间的学术纽带。在该诉讼理论之下,考察诉讼和解的视角也为单一的诉讼法之维。其结果是完全舍弃了对于和解的实体关怀,发展为将诉讼和解等同于判决的所谓判决代用说。^①

其后,具体诉权说虽然不尽充分,但却是采纳实体法理的诉讼理论。亦即在权利保护请求权说之下,诉讼行为产生私法上效果的逻辑前提必为诉讼行为和私法行为同时存在。而为了满足这一前提要求,势必需要重新创设诉讼法律行为这一新型诉讼行为。其必定表现为作为诉讼行为的同时又是私法行为(两性说)抑或诉讼行为与私法行为并存(并存说)等诸相。关于诉讼和解的两行为并存说、竞合说也仅仅是上述思维方式的表现而已。后来,为了回避司法行为请求权说出现权利保护请求权说内在的体系上的矛盾,建构了仅从程序法角度考察诉讼法的一元论。该诉讼理论摒弃了诉讼中所有的实体面相。因此,诉讼上的和解也仅仅表现为当事人对法院提出的法律上的主张,并被视为纯粹的诉讼行为。但是,该学说仅从诉讼法角度理解诉讼中层出不穷的兼具实体和程序的现象,有失偏颇。因此,如果将该理论的立场贯彻到底,则必将诉讼和解的效力从实体法上的无效及撤销原因中全面解放出来并不受其所左右。该说与现代诉讼在实践上的要求大异其趣。如上所观,围绕诉讼和解性质的学说皆在以各时代诉权学说为背景的诉讼理论体系中占有一席之地,并随之发展、推移。^②

四、笔者见解

笔者认为,对于诉讼和解的性质应当采用一行为两性质说。在民事诉讼理论研究的早期,诉讼法与实体法并没有分野,所以对于诉讼行为的研究也没有办法脱离私法行为的阴影。依据当时的观念,诉讼法从属于实体法,诉讼行

^① 中村宗雄,中村英郎.诉讼法学方法论——中村民事诉讼理论精要[M].陈刚,段文波,译.北京:中国法制出版社,2010:106.

^② 中村宗雄,中村英郎.诉讼法学方法论——中村民事诉讼理论精要[M].陈刚,段文波,译.北京:中国法制出版社,2010:106-107.

为是私法行为在诉讼领域的自然延伸,诉讼行为和私法行为在性质上没有区别。产生于19世纪前半叶德国普通法末期的诉权学说的出现,是诉讼法体系与实体法体系分离的标志,同时也动摇了诉讼法从属于实体法的理论基础。实体法和诉讼法在体系上的分离,使得实体法上的私法行为具有了独自意义;与此同时,依诉讼法规制的诉讼行为的概念^①也才得以生成。既然出现了私法行为与诉讼行为两个概念,那么某一法律行为究竟属于私法行为抑或诉讼行为便值得探讨。

如果当事人行为的要件及效果均由诉讼法加以规定,那么该当事人行为即属诉讼行为,该诉讼行为与私法行为的区分泾渭分明。例如,当事人申请执行。但是,有些当事人行为的法律要件或法律效果,不仅规定于诉讼法,而且也规定于实体法。例如起诉行为,是诉讼行为,发生诉讼法上诉讼系属的法律效果,但民法也规定起诉有中断诉讼时效的效力。于此情形,应当依照何种标准认定其行为属诉讼行为抑或私法行为?依照德国学者所倡导的主要效果说,法律行为所产生的法律效果,其主要效果如果发生实体法上的法律效果,那么,此项法律行为应归类为民法上的私法行为;若主要效果是发生诉讼法上的法律效果,那么,此项法律行为应归类为诉讼法上的诉讼行为。所以,有些当事人的法律行为即使是在诉讼开始以前或于诉讼外进行的,也可以因为该行为的主要目的是发生诉讼法上的效果,从而认定为诉讼行为。例如,当事人在起诉以前,以书面授权他人诉讼代理权的行为,或就第一审法院协议管辖的行为均为诉讼行为。

我们再将视野投至诉讼和解。诉讼和解的主要法律效果是同时兼有实体法及诉讼法的法律效果,属于一个法律行为兼有两种法律性质的情形,具有实

^① 对诉讼行为概念的研究,主要是在19世纪末得到了学者们的重视。德国民事诉讼法学界的泰斗赫尔维希在1910年发表了题为《诉讼行为和法律行为》的论文,对诉讼行为的概念、种类、条件、意思瑕疵等问题进行了考察。尽管赫尔维希的考察对象主要是民法的有关法律行为的规定适用于民事诉讼法的可能性。但是通过考察,他证实了这种适用存在的局限性,并指出了诉讼行为有别于民法上的法律行为的特征。所以,他将诉讼行为定义为能够产生诉讼法规定的效果的所有行为。属于私法以及其他公法上规定的行为,应该被排除在该概念的范围之外。诉讼行为的概念,经由赫尔维希的阐述和发展,被作为区别实体法与程序法特征的概念来运用,开始作为一种理论的起点发挥了其效用。毫无疑问,这是赫尔维希对民事诉讼法学研究和理论作出的重要贡献。参见刘荣军,《程序保障的理论视角》[M],北京:法律出版社,1999:224-225。

体上和程序上的双重性格。从终止实体法上的权利争执的角度看,诉讼和解有私法行为的性质;从终结已系属的诉讼关系的角度看,诉讼和解又有诉讼行为的性质。因此,在适用法律时,必须实体法与诉讼法两者同时兼用。若有诉讼法上的无效原因存在,诉讼和解固然无效,有实体法上的无效原因时,诉讼和解亦为无效。所以,不论是学理、实践还是判例,一行为两性质说均比其他学说可取。



第二章



民事诉讼和解程序的域外考察

第一节 英美法系诉讼和解程序

一、英国

(一)英国民事诉讼概况

1. 英国法的传统

作为普通法系源头的英国,在 20 世纪以前从来就没有将普通法体系化的观念,而是一直固守着普通法与衡平法发展的传统路线,因此也一直排斥法典化运动。英国的普通法是在 13 世纪英国实现政治统一、在强有力的王权和王室法院之下形成的。在此背景下,一方面,王室法院由于其卓有成效的活动,压倒了最初建立的地方法院,从而为普通法的形成奠定了基础;另一方面,自始至终依靠师徒传承的方式培养出来的英国法官,习惯于在令状制度或先例法理下寻找类似案例,以从个别到个别的类推方式解决案件。这种独特的法学教育方式也阻止了英国法典编纂的尝试。此外,英国人对法官给予很高的信赖,受到充分信赖的法官一直视普通法为最完美的法律,并总是力图赋予法以一种神秘感。^① 因此,基于种种原因,英国在 20 世纪以前一直在阻止法典编纂的改革。

2. 英国面临的司法危机

自 11 世纪中期以来,英国民事诉讼制度历经数世纪的发展演变,已形成了一套较完善的机制。然而,在完善的背后,却隐藏着严重的司法危机,这主要体现在以下三方面:第一,诉讼程序过于复杂。在英国,高等法院和郡法院

^① 毛玲. 英国民事诉讼的演进与发展[M]. 北京:中国政法大学出版社,2005:346.