

大陆法系处分原则的发展趋势及对我国民事诉讼的借鉴 PDF
转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/481/2021_2022__E5_A4_A7_E9_99_86_E6_B3_95_E7_c122_481297.htm 我国民事诉讼法学界普遍认为民事诉讼处分原则是民事诉讼中的一项基本原则，而且是一项最重要的基本原则。现行的《民事诉讼法》在许多方面贯彻了处分原则，但同时当事人的处分权又受到一定的限制：诸如当事人撤诉许可、移送执行、法院依职权裁定采取财产保全、超上诉请求以外判决、自认的限制、法院通知无独立请求权第三人参加诉讼、法院启动再审程序等。这种限制的合理性受到理想化的学者的质疑，认为是“处分原则并没有充分或真正发挥其作为原则的作用”，并称之为“使处分原则一直处于非原则或半睡眠状态”。进而认为“从民事诉讼的特性和民事纠纷的性质来看，这些限制都是不妥当的”。那么这些限制真的都是不妥当的吗？处分原则作为大陆法系国家民事诉讼中的一项基本原则，在很长时间里并未受到诉讼法理论界的重视。理论界对这一原则几乎没有做任何探讨，或很少研究。由于近10年来民事审判方式改革，涉及到当事人与法院各自的作用问题，处分原则便提到议事日程上来。因此，对此原则无法从“本土资源”上进行深入的理解，而必须到其“老家”法、德法中寻根追源。

一、法国法中处分原则的发展

1806年的法国民事诉讼法典是资产阶级国家第一部民事诉讼成文法典，它开创了适应市场经济要求的现代民事诉讼的先河，其确立的包括处分权主义成为现代民事诉讼的基本原则。由于制定民事诉讼法典时法国正处于自由资本主义时期，私权诉权说理论在欧洲大陆占主导地

位，认为民事诉讼是双方当事人委托法院裁判的一种契约行为，法院应采取不干涉诉讼的被动态度，把诉讼的支配权彻底交给了当事人。因此上说，处分原则最初的意义系指诉讼的进行应由当事人掌握，即诉讼当事人有发动诉讼、推动诉讼、放弃诉讼和同意对方主张的权力。自19世纪后半叶特别是19世纪末20世纪初随着自由资本主义向垄断资本主义的过渡，公权诉权说理论又占了主导地位，奥地利、德国、日本受其影响，克服了法国民事诉讼的彻底当事人主义倾向，认为法官虽应该保持中立，但同时亦应该考虑到法官的职务，强调民事诉讼的公权性质，进而加强了法院在诉讼中指挥运作的职权。因此，现代法国法又反受德国法的影响，倾向于对处分原则的最初意义加上各种限期。尽管法国《新民事诉讼法典》第1条规定，“除法律另有规定之情形外，惟有当事人提起诉讼”。“在诉讼因判决之效力或依据法律终止之前，当事人有停止诉讼的自由”。第2条规定“当事人引导诉讼进行，承担其应负之责任，由其应按照要求的形式与期限，完成各项诉讼行为”。从以上规定看，提起诉讼、把握诉讼的进展、中止诉讼和终结的权力由当事人行使。简言之，由当事人来推进诉讼。但是，在现代法国法上，法官也依职权推进诉讼，因而，处分原则在以下三个方面受到限制：1. 法官在诉讼的审前准备程序中调查证据权限的加强。在法国的历史传统中，人们向来认为法官仅仅是一个普通的仲裁员，而把法官关在当事人划定的诉讼框架内，即不得传唤未经当事人指定的证人，也不得索取当事人隐藏的书面材料。自1935年以来，立法者试图加强法官的权力，加快诉讼进度，但没有取得明显的成果。1972年的诉讼法改革要点为在第

一审法院内设置准备程序法官，由其决定当事人提出诉讼文件的期限，监督当事人交换书面材料，命令第三人参加诉讼，命令第三人出示与案件有关的书面材料等。1998年底的第1231号法令进一步确认了准备程序法官。由于法官权力的加强，因而对于传统的处分原则应该作新的理解。换言之，应该区别处分原则与指挥调查证据的原则。处分原则系指当事人自己掌握实体法上的权利，即当事人有权决定是否援用司法程序，落实其权利，也就是由当事人自己决定起诉与否、是否在调查证据之后就把诉讼停止下来或一直进行到正常的高潮即判决为止。当事人用原先请求和追加请求即申请法官决定的事项来划定诉讼的框架。从这些意义上来说，法国法的改革没有动摇处分原则。但与处分原则有联系的当事人指挥调查证据这条传统规则有了改变，表现在以下两个方面：

（1）处分原则并非不能和纠问式诉讼和平共处。法国行政诉讼虽采用处分原则，但法官推动调查证据。例如，促使被告提出答辩、出示书面材料。1972年推广使用的准备程序法官制度授予准备程序法官特殊的权力，目的是为方便当事人之间进行对立辩论，交换书面材料，消灭拖延答辩现象。

（2）法国《新民事诉讼法典》允许法官使用持续罚金“对懈怠或怀有恶意的当事人或第三人施加压力”，以迫使其提供书面材料。

2. 法官在诉讼进行过程中的自主决定权。《新民事诉讼法典》第3条规定“法官保障诉讼的正常进展，有规定期限与命令各项必要措施的权力”。从这一规定看，虽然各方当事人可以对其诉讼进行自由处分，可以要求法官撤销案件，但是却不能阻止诉讼进展，不能强制推迟言词辩论。否则，法官为保障诉讼正常进行，有权行使“自主决定权”取

消言词辩论。 3.法官在确定事实和法律因素上的主动权

。1971年至1973年的改革力求明确在案件事实、事实的证据方式以及适用法律方面当事人与法官的作用。《法国新民事诉讼法典》第12条（5）规定，诉讼一旦开始，当事人就其能自由处分的权利得免除法官在法律上做出判决的义务，但除非当事人明示放弃，仍然保留上诉权。这项规定极为重要，直接援用了仲裁制度的原则。换言之，当事人可把法官改变为仲裁员，把他放在双方当事人以合意确定的法律框架内，甚至可以进一步把法官作为仲裁程序中的友好调停人使用。

上述条文甚至允许当事人在诉讼开始后放弃上诉权。《法国新民事诉讼法典》第12条（4）又规定：当事人得就其能自由处分的权利，以明示的合意把辩论的范围限于某些法律定性和法律点，约束法官。法国学理认为，民事诉讼上的诉讼关系不但牵涉到当事人，而且也牵涉到法官，“当事人虽有权控制诉讼，但法官不是完全中立的、被动的”。当事人管事实，法官管法律的提法对于调查证据不完全可靠。因为引证事实总是带上法律色彩的。法定证据制的存在说明事实与法律的分开在很大程度上是虚假的。其实，一切争讼都涉及把法律适用于事实的问题。只能说，在提供证据方面当事人起主要作用，在探索应该适用的法律规则方面法官起主要作用。从法国《新民事诉讼法典》第6条与第8条的规定看，“诉讼事实的领域”主要属于诉讼当事人的权限范围，各方当事人有责任援述足以作为其诉讼请求之依据的恰当的事实，这些事实是足以使法官产生内心确信之依据的事实。“法官不得以法庭辩论中未涉及的事实为裁决依据”。但是，如果拘泥于“非此既彼”的观点，以为既然当事人在援述事实方面

有“排他性权力”，那就要绝对禁止法官插手诉讼“事实”，那样就大错特错了。作为当事人的这种责任的延伸，法官首先应当“考虑当事人可能未特别加以援述、用以支持其诉讼请求的事实”并可以提出异议；其次“得要求诸当事人提供其认为解决争议所必要的事实上的说明”；最后准许法官亲自进行审查，即使当事人对所援述的事实没有明确表示异议，法官也可以在当事人某种默示异议的基础上对所援述的事实表示异议。

二、德国法中处分原则的发展

1877年公布的德国《民事诉讼法》是继法国民事诉讼法之后的一部重要法典。受法国法的影响，在最初制定的民事诉讼法，基本上是以个人主义自由主义为立法的指导思想，当时的立法者认为民事诉讼是具有平等地位、平等能力、完全对等的双方当事人各自保护自己利益而进行的一系列攻击防御行为，国家只是站在中间人的地位上做出裁判而已。在这种思想指导下实行绝对的当事人进行主义，整个诉讼过程的主动权操在当事人手中，法院只能考虑当事人向他提出的事实。自19世纪初随着自由资本主义向垄断资本主义的过渡，公权诉权说理论又占了主导地位，在诉讼中个人的任意处分受到限制，国家干预逐步加强，法院的诉讼指挥权日益扩大。民事诉讼随之发生重大演变，由绝对的当事人进行主义到加强国家干预。譬如在1950年修改时，传唤上完全取消了当事人的主动权而改为由法院依职权为之等。现在，主要由于以下两个条文的实施，作为民事诉讼法基石的辩论主义已丧失大部分意义，而已缩小成处分原则，即法院只能在当事人有申请时才给与救济，而且也只能在申请的限度内给与救济：其一是《联邦德国民事诉讼法典》第139条规定，“审判长应该使当事人就一

切重要的事实作充分的说明，并且提出有利的申请，特别在对所提事实说明不够时要加以补充，还要表明证据方法。为达此目的，在必要时，审判长应与当事人共同从事实上和法律上两方面对于事实关系和法律关系进行阐明”。这条规则一般称为“法官的阐明义务”。法院违背这项义务构成将上诉理由。其二是《联邦德国民事诉讼法典》第138条关于事实说明义务的规定，“当事人应就事实状况为完全和真实的陈述”。按照138条第（3）项的规定，“没有明显争执的事实，如果从当事人的其他陈述中不能看出有争执时，即视为已经自认的事实”。但是当事人是否真正打算承认或否认，应由法院确定，所以本规则并没有起很大的作用。联邦德国的法官在民事诉讼中所起的作用超过英美法国家的法官，当事人及其律师的作用则相应减小。联邦德国法的传统观点认为法官的主要任务为找到真情，不是决定哪一方当事人提出最佳的证据。法官为讯问证人，必须在言词辩论之前能知道当事人之间事实争执点究竟是什么。因此，诉讼文件不但应该详细说明应证明的事项，而且应该指出当事人打算用来证明他所主张的事实的方式。证人与鉴定人既由法院讯问，法院能做到所讯问的事项限于法院认为与争执点有关的事实。因此，在讯问证人之前，法院须用裁定说明它认为哪些是争执点以及它将调查哪些证据。为落实上述原则，必须把民事诉讼分成3个阶段进行。第一个阶段为当事人提出诉讼文件；第二个阶段为法院做出证据裁定；第三个阶段为双方当事人议论证据，法院评估证据的价值。在这一阶段中，有时发现必须扩大第一个证据裁定确定的证据范围，原因有以下几种：从调查中得到的证据不能做出结论，或者能取得更好的证据

，或者法院对于在法律上什么与案件有关，改变了看法。在这种情况下，法院再次做出证据裁定，再一次对证据进行议论和评价，直至法院认为已取得法院所要求的全部材料为止。德国法从理论上区分诉讼的程序问题和诉讼的实体问题。在诉讼程序运作上采取了职权进行主义：凡是与当事人对诉讼实体内容的处分权没有直接关系的如起诉状是否合法、当事人有无资格、有无管辖权、诉讼是否成立、指挥和引导当事人举证及决定期日等，都视为诉讼程序问题，从诉讼一开始到终了法院不用等当事人申请或抗辩就依职权审查或决定，并且取消了双方当事人运作的审前准备程序。这就防止了诉讼的拖延，有利于加快诉讼进程。在诉讼的实体（即当事人主张的事实和对所主张的事实证明）的证据方面，仍然坚持法国法所开创的在当事人与法院之间，当事人决定诉讼的实体内容的权利和法院对当事人所决定并证明的结果做出实体裁判的权力相分离的当事人主义基本原则。正因为德国法既充分注意到当事人在诉讼实体内容上的处分权，又考虑到民事诉讼的公法性质，因而注意了加强法院的职权作用，防止了诉讼的拖延，以加快诉讼。德国法与法国法的区别，主要表现在诉讼中程序的运作上，是采取职权进行主义而不是采取当事人进行主义。德国法在诉讼程序设计上，把当事人对诉讼实体内容有权处分的当事人主义与法院对诉讼程序有权指挥的职权进行主义融合在一起，形成德国等大陆法系国家特有的诉讼模式。如以当事人收集证据和进行举证的诉讼行为来说，法国法虽然具体作法有很大差异，但都程度不同地允许当事人之间在法院不介入的情况下，收集证据或交换证据。而在德国法中，当事人收集证据或进行证明则必须经

过法院。当事人收集证据或进行证明，是当事人的权限和责任，当事人主动向法院提出申请，由当事人启动程序；德国法所采取的职权进行主义既不否认当事人在诉讼中起决定作用的当事人主义诉讼原则，相反法院支持和帮助当事人进行诉讼，有利于加快诉讼进程。德国法这种改革终于把大陆法系国家民事诉讼及其法律体系从民法体系中分离出来，使之提高到科学的理论高度。所以被我国著名比较民事诉讼法学教授白绿铉先生认为德国不仅是对法国法的继承和发展，而且代表了当事人主义与职权进行主义相结合的民事诉讼发展的总趋势。

三、我国法中对处分权限制的妥当性法理分析

我国民事诉讼法学界普遍认为，处分原则是受法律限制的。这种限制表现为：其一，即我国的处分原则，是依法处分，当事人处分自己的实体权利和诉讼权利，应当在“法律规定的范围内”进行；其二，不得损害国家、社会、集体的利益；其三，不得损害其他公民的民事利益。并认为我国处分原则与一些资产阶级国家民事诉讼处分原则最大的区别是在确立处分原则的同时，还赋予了处分原则新的内容，即扩大了国家干预制度，法院有权依法对当事人的诉讼行为进行监督，不受当事人处分行为的影响。这种监督是符合社会主义民主和法制要求的，也是符合国家利益和公民合法权益的需要的。对于这种认识，有的学者提出质疑，并列举出处分原则不当限制的二个典型予以批驳：（一）对原告撤诉权自由支配的限制 《民事诉讼法》第131条第1款规定：“宣判前，原告申请撤诉的，是否准许，由人民法院裁定”。最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的意见第161条规定：“当事人申请撤诉或者依法可以按撤诉处理的案件，

如果当事人有违反法律的行为需要依法处理的，人民法院可以不准许或者不按撤诉处理”。从《民事诉讼法》和最高人民法院的司法解释看，没有明确规定在何种情况下，人民法院应当予以准许，哪些情形下又应当驳回当事人的撤诉申请。但是，没有明确规定并不意味着没有规定，违反法律且需要处理即为撤诉的消极条件。有学者认为“原告撤诉不仅意味着原告对自己诉讼权利的处分，也意味着对自己实体权利的处分”。并“很难理解这种对自己权利的处分会损害他人利益的情形”。其实从我国民事诉讼法第111条第（五）项的规定看，由于撤诉后可以再行起诉，因而撤诉仅仅是原告人对自己诉讼中程序性权利的暂时处分，对自己的实体权利并没有处分。相反，由于原告的撤诉，被告因原告起诉而进入“应诉状态后”也取得了要求法院判决的权利。如果原告人可以自由撤诉，则被告人因应诉而取得的权利将受到原告任意行为的侵害。而且同一诉讼标的，有再行起诉的烦恼，致使权利关系陷于不确定状态。从国外情况看，法国法的放弃诉讼包括三种情形，即放弃诉权、放弃程序和放弃一项或几项诉讼行为。从具体内容看，放弃程序与我国的撤诉相同，其主要有效条件为被告的接受。在我国民事诉讼法未设立“被告同意”的制度下，建立国家许可制度并无不妥。从完善撤诉条件的角度讲，如能借鉴国外的立法先例，建立被告人同意的许可制度，既尊重了原告人的处分权，又保护了被告人的利益。

（二）执行程序的职权启动 民事诉讼法第216条规定：“发生法律效力的民事判决、裁定，当事人必须履行。一方拒绝履行的，对方当事人可以向人民法院申请执行，也可以由审判员移送执行员执行”。申请执行作为权利，当事

人既可以申请，也可以放弃。这是处分原则在民事诉讼中的体现。同时，由于有些涉及到公民生活急需的“三费”案件，民事诉讼法赋予人民法院依职权主动提出执行程序的权利，以确保当事人权益的实现。因此上说，我国民事诉讼法确立的当事人申请与法院依职权移送相结合的原则没有错。问题是要把法院依职权移送执行案件的范围予以明确，以尊重当事人的处分权。当然对于权利人忘记了申请执行、基于某种原因不愿申请执行和自愿放弃执行的法院没有必要代替权利人行使权利；对于基于客观原因阻碍申请执行的，法律也设定了期间除斥制度，权利人在障碍消除后的十日内，可以申请顺延期限。对于超过申请期限，权利人申请执行时，法院当然不能依职权移送执行。目前，我国民事诉讼法学界受实务界民事审判方式改革的影响，有一种倾向企图以当事人主义与职权主义这种简单的理论划分将各国民事诉讼体制套入其设定的诉讼模式之中，并进而得出当事人主义是符合民事诉讼内在特征的诉讼模式。其实，从法、德民事诉讼处分权的发展趋势看，各国为了解决民事诉讼中日益突出的拖延诉讼问题，限制程序中的任意处分以换取效益，已经由最初绝对的放任当事人主义逐步转向相对的限制当事人主义，特别是在诉讼中的程序问题上早已加大了法院的干预，限制了当事人对程序问题的处分。这一趋势特别值得我国搞民事诉讼法的同仁注意。

- 1.张卫平著：《民事诉讼处分原则重述》，中国民商法网。
- 2.兼子一、竹下守夫著《民事诉讼法》，白绿铉译，1995年3月法律出版社出版，第68页注。
- 3.法让文森等著《法国民事诉讼法讲义》上册，罗结珍译 中国法制出版社2002年出版，第579页。
- 4.法让文森等著《法国民事诉讼

法讲义》上册，罗结珍译 中国法制出版社2002年出版，第580页。 5.沈达明著：《比较民事诉讼法初论》中国法制出版社2002年出版，第138页。 6.谢怀译《德意志联邦共和国民事诉讼法》，中国法制出版社，第5页。 7.白绿铉著《美国民事诉讼法》，经济日报出版社，第6页 8.柴发邦主编：《民事诉讼法学新编》，1992年法律出版社，第96页。 9.刘家兴主编：《民事诉讼法学教程》，1994年北京大学出版社，第67-68页。 10.张卫平著：《民事诉讼处分原则重述》，中国民商法网。 11.法国《新民事诉讼法》第395条。 12.在日本《新民事诉讼法》中，被告一旦进入“应诉状态后”，原告撤诉需经被告同意；在台湾地区的《民事诉讼法》中，被告人已为言词辩论后，原告撤诉则应征求被告同意。 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com