

民事诉讼中的程序异议权研究

占善刚^{*}

内容提要：在民事诉讼中，程序异议权是一方当事人所享有的指责受诉法院及对方当事人所实施的诉讼行为违反诉讼程序进而主张其无效的权利。程序异议权确立的依据在于保障民事诉讼程序合法、妥当地进行，维护诉讼程序的安定。当事人应当及时行使程序异议权，迟延行使将会导致程序异议权的丧失。当事人可以舍弃程序异议权，但仅限于针对主要或专为当事人进行诉讼的便利等程序利益而设的具有私益性质的诉讼程序规范所规制的诉讼行为。当事人舍弃程序异议权与程序异议权的丧失具有同一法律效果，即违反了诉讼程序的诉讼行为由于当事人未及时提出异议或者放弃异议而使得所存在的程序瑕疵予以消除，并成为自始有效的诉讼行为。

关键词：程序异议权 程序利益 瑕疵治愈 程序安定 诉讼经济原则

引言

在民事诉讼中，为保障诉讼程序公正且迅速地进行，无论是作为裁判主体的受诉法院还是享有诉讼实施权的当事人，均被要求严格遵守法定的方式、要件实施诉讼行为，此乃程序正当的内在要求。为保障程序正当能够妥当地实现，各国民事诉讼立法除明确设置了能给予当事人事后救济的上诉、再审制度外，一般还明确承认当事人享有在诉讼程序进行中指责诉讼主体实施的诉讼行为违法进而主张其无效的权利，该项权利即为程序异议权。从域外的立法及司法实践看，程序异议权制度的有序运行不仅能促进当事人受合法裁判权利的实现，提升民众对裁判公正的信赖，而且借助于程序异议权丧失的基本机理，尚能治愈诉讼行为的一般程序瑕疵，使其成为自始有效的诉讼行为，进而实现诉讼程序的安定与诉讼经济原则的贯彻。

就我国民事诉讼而言，虽然一如域外立法通例建立有较为完备的上诉、再审等事后救

^{*} 武汉大学法学院教授。

本文为国家2011计划“司法文明协同创新中心”（教技函〔2013〕26号）的研究成果。

济制度,但程序异议权制度一直付之阙如。^{〔1〕}程序异议权在立法上的缺失最为直接的后果是导致民事诉讼程序不能在当事人的有效、适时监督之下运行。我国民事司法实践中一直以来程序违法尤其是不能经由上诉、再审程序予以纠正的一般性程序违法现象较为突出,^{〔2〕}这固然不能说全因程序异议权的缺失所致,但至少可以说程序异议权的缺失助长了不能经由上诉、再审程序予以纠正的一般性程序违法现象的滋生。近年来,我国加快了推进程序法治、提升司法公信力的建设步伐。具体到民事司法领域,如何更好地保障我国民事诉讼程序合法、妥当地运行已经成为理论界与实务部门共同关注的议题。对此,我们不能仅仅满足于宏大叙事式的理论思考,更应致力于合乎诉讼法理的先进诉讼制度的探究与构建。就保障民事诉讼程序合法、妥当地运行及维护诉讼程序的安定而言,程序异议权可发挥其独有的机能而为大陆法系各国民事诉讼立法所普遍承认。在程序异议权原理的阐释及具体运用上,德国、日本不仅形成了成熟的学说,也累积了丰富的判例。我国民事诉讼在构造上与德国、日本民事诉讼相近,在民事诉讼程序合法、妥当地运行之保障及诉讼程序安定的维护方面也具有相同的诉求。因此,探讨德国、日本民事诉讼的程序异议权理论和制度及其对我国民事诉讼立法的启示,不仅具有理论价值,也颇具实践意义。

一、程序异议权的内涵及确立依据

(一) 程序异议权的内涵

严格意义上讲,程序异议权并不是各国民事诉讼立法上的用语,毋宁认为其乃讲学上的概念。^{〔3〕}德文文献中称之为“verfahrensrügen”或“Rügerecht”,日文文献中称之为“責問権”或“訴訟手続に関する異議権”,分别缘于德国民事诉讼法第295条、日本民事诉讼法第90条的规定。中文可译之为“程序异议权”。通常认为,所谓程序异议权,是指在民事诉讼中,当事人所享有的向受诉法院陈述异议,主张受诉法院或对方当事人所实施的诉讼行为违反诉讼程序因而无效的权利。^{〔4〕}笔者认为,欲准确地理解程序异议权的内涵,需要进一步把握以下几个方面:

第一,程序异议权以一方当事人指责受诉法院或对方当事人实施的诉讼行为违反诉讼程序为内容,以排除诉讼行为的违法状态、保护自己受到合法的裁判这一程序利益为目的,

〔1〕从宽泛的意义上讲,程序异议权制度属于异议制度的一种。现行民事诉讼法规定了四种异议制度,分别是第127条所规定的当事人对管辖权的异议、第216条所规定的债务人对支付令的异议、第225条所规定的当事人、利害关系人对违法执行行为的异议以及第227条所规定的案外人对执行标的的异议。这些异议或为针对诉讼行为的内容而提出,或为针对当事人的主张不当而提出,均非程序异议权层面上的异议。在德国民事诉讼法中,前述四项异议制度采取不同的立法用语,分别为“Unzuständigkeit geltend zu machen”、“Widerspruch gegen den Mahnbescheid”、“Erinnerung gegen Art and Weise der Zwangsvollstreckung”、“Dritt widerspruchsklage”,均未采用程序异议权意义上的“verfahrensrügen”。由此可进一步得出结论,即我国民事诉讼法虽然规定了其他类型的异议权或异议制度,却并没有同时规定程序异议权或程序异议权制度。

〔2〕笔者以“民事案件”、“二审程序”、“程序违法”等为检索条件在中国裁判文书网查询,2015年6月1日至2016年5月31日,全国民事二审案件共有633018件,其中上诉理由涉及程序违法的案件共38304件,占全国民事二审案件总量的6.05%。

〔3〕参见〔日〕山本弘等:《民事诉讼法》,有斐阁2009年版,第220页;〔日〕新堂幸司:《新民事诉讼法》,弘文堂2005年版,第381页。

〔4〕参见〔日〕小室直人等:《新民事诉讼法》(I),日本评论社2003年版,第194页。

因而程序异议权在性质上属于对诉讼程序的监督权。^{〔5〕}毋庸讳言，在民事诉讼中，当事人行使上诉权、申请再审权等救济权从某种意义上讲也具有排除民事诉讼程序的违法状态、保护自己受到合法的裁判这一目的。但与程序异议权乃是在诉讼程序进行中行使，并且以当事人直接向受诉法院陈述异议为权利行使外观不同的是，上诉权、申请再审权只能于诉讼程序结束后行使，并且以当事人向上诉法院、再审法院提起上诉或再审之诉为权利行使外观。因此可以说，在保障民事诉讼程序合法、妥当运行上，程序异议权比上诉权、申请再审权更便宜也更具实效。

第二，程序异议权属于当事人所享有的异议权，但与其他异议权相比存在根本性的差异。从最宽泛的意义上讲，所谓异议权是指当事人认为诉讼主体实施的诉讼行为违法或不当而向受诉法院声明不服的权利。在民事诉讼中，异议权虽然形态繁杂不一，但基本上有两种类型：一种是以诉讼行为的内容不适当为异议对象。典型的如当事人主张受诉法院无管辖权而提出管辖权异议，认为受诉法院行使诉讼指挥权不当而提出异议，认为辅助参加人参加诉讼不当而提出异议，认为对方当事人提出攻击防御方法迟延而提出异议等。^{〔6〕}另一种即程序异议权，其专以诉讼行为违反了诉讼程序特别是违反了法定的方式为异议对象。典型的如认为原告的起诉不符合法定方式而提出异议，认为对方当事人未遵守期间实施相应的诉讼行为而提出异议，认为受诉法院未按法定方式送达诉讼文书、传唤诉讼参与人而提出异议，认为受诉法院未按法定方式调查证据、宣告判决而提出异议等。^{〔7〕}

第三，可为当事人行使程序异议权的既有受诉法院的诉讼行为，也有对方当事人的诉讼行为。在民事诉讼中，只要诉讼主体实施的诉讼行为涉及违反诉讼程序，即可成为当事人行使程序异议权而向受诉法院提出异议的对象，至于诉讼主体对于实施违反诉讼程序的诉讼行为有无过错则在所不问。^{〔8〕}

第四，程序异议权的行使有时间阶段上的限制。程序异议权固为当事人所享有的一项诉讼程序监督权，但基于维护诉讼程序的安定性之考量，当事人必须及时地行使程序异议权。当事人若不及时行使程序异议权，将导致本可被指责的程序瑕疵得以治愈之后果。如果将本可被指责的程序瑕疵得以治愈理解为不及时行使程序异议权的当事人所应受之不利利益，则程序异议权从某种意义上讲实具有对己义务（不真正义务）之特质。

（二）程序异议权的确立依据

大陆法系各国或地区民事诉讼立法之所以普遍在民事诉讼中确立程序异议权制度，主要是基于以下两个方面的考量：

第一，保障民事诉讼程序合法、妥当地进行。在民事诉讼中，依据程序法定原则，^{〔9〕}诉讼程序必须依据诉讼法规合法、妥当地进行。无论是受诉法院还是当事人，如果所实施

〔5〕 参见〔日〕藤田广美：《讲义民事诉讼》，东京大学出版社2011年版，第191页。

〔6〕 Prütting, Münchner Kommentar zur Zivilprozessordnung, 3. Aufl., 2008, § 295, Rn. 1.

〔7〕 参见〔日〕松本博之、上野泰男：《民事诉讼法》，弘文堂2012年版，第32页。

〔8〕 参见〔日〕兼子一等：《条解民事诉讼法》，弘文堂1986年版，第310页；〔日〕上田徹一郎：《民事诉讼法》，法学书院2004年版，第196页。

〔9〕 程序法定原则，又称便宜诉讼禁止原则，是指在民事诉讼中，当事人及受诉法院必须依法定的程序、方式实施诉讼行为，禁止当事人及受诉法院在个别的诉讼中基于自己的意思形成诉讼程序。程序法定原则确定的意义在于，保障受诉法院迅速地、经济地处理当事人之间的民事纠纷，避免大量的民事纠纷在处理程序上错杂化，防止当事人遭受不可预测的程序利益损失。前引〔8〕，上田徹一郎书，第580页。

的诉讼行为违背了诉讼程序,即属有瑕疵的诉讼行为,以此为前提的诉讼程序便不能当然地继续进行下去。虽然在采职权进行主义的现代各国民事诉讼中,通常是受诉法院主宰诉讼程序的进行,诉讼指挥权也属于受诉法院,^[10]但当事人作为民事诉讼程序主体,对于民事诉讼程序是否合法、妥当地运行更有着重大的利害关系,故无论是从程序主体性原则的内在要求出发还是从保障当事人受到公正、合法的裁判这一层面考量,均应赋予当事人监督诉讼程序合法、妥当地运行的权利。因之,在民事诉讼程序进行中,当受诉法院或一方当事人实施的诉讼行为违背诉讼程序时,基于该诉讼行为的实施而受到损害的当事人应有权向受诉法院陈述异议,主张该诉讼行为无效。程序异议权制度之所以设立实植根于此。^[11]

第二,维护诉讼程序的安定性,实现诉讼经济原则。在民事诉讼中,民事诉讼程序是由受诉法院及双方当事人实施的诉讼行为环环衔接、渐次展开而生成的。某一诉讼行为不仅须以前一诉讼行为的实施为基础,同时又构成了后一诉讼行为实施的前提。在民事诉讼中,无论是受诉法院还是当事人虽均有责任合法、妥当地实施诉讼行为,但由于疏忽或其他原因使得所实施的诉讼行为违背诉讼程序导致存在程序瑕疵的情形在所难免。这些诉讼行为虽因存在程序瑕疵而无效,但并非像民事法律行为的无效那样当然地、绝对地、确定地无效。在民事诉讼中,基于程序安定的考量,无论是民事诉讼立法还是理论上均承认存在程序瑕疵的诉讼行为可因一定条件的成就而使程序瑕疵消除从而成为自始有效的诉讼行为。例如,无诉讼行为能力的当事人所实施的诉讼行为虽然无效,但如果事后由取得了诉讼行为能力的本人或其法定代理人进行了追认,则可成为自始有效的诉讼行为。又如,诉讼代理人在欠缺诉讼代理权的情形下所实施的诉讼行为虽然无效,但如果事后由取得了诉讼代理权的代理人或当事人本人进行了追认,则可成为自始有效的诉讼行为。再如,第一审法院无管辖权,被告不主张法院管辖权错误而积极地为本案言词辩论,则该法院由此取得管辖权,等等。^[12]在大陆法系各国的民事诉讼立法中,程序异议权的丧失通常被作为治愈诉讼行为程序瑕疵的一般性手段。具体来讲,针对诉讼行为的程序瑕疵,如果当事人不及时地向受诉法院提出异议,将丧失程序异议权,该诉讼行为的程序瑕疵即由此治愈进而使其成为自始有效的诉讼行为。^[13]之所以作如此安排,是因为如果允许当事人在民事诉讼

[10] 在民事诉讼中,为保证诉讼程序合法、通畅地进行,各国民诉立法无不赋予受诉法院在诉讼运行上的指挥权。诉讼指挥权的主要内容包括:(1)安排诉讼程序的进行,如指定期日、变更期日、中止诉讼等。(2)充分准备事实资料,如合并、分离、限制当事人的言词辩论。(3)在言词辩论期日指挥庭审,如禁止当事人、代理人发言等。(4)为明了诉讼关系,行使阐明权以及进行阐明处分,如命令当事人、代理人到场陈述等。参见[日]新堂幸司等:《注解民事诉讼法》(6),有斐阁1995年版,第19页。

[11] 参见[日]圆尾隆司:《注解民事诉讼法》(II),青林书院2000年版,第247页;前引[10],新堂幸司等书,第319页。

[12] 参见[日]川崎四郎:《民事诉讼法》,日本评论社2013年版,第419页;王甲乙、杨建华、郑健才:《民事诉讼法新论》,台湾三民书局2002年版,第113页。

[13] 需要特别指出的是,诉讼行为的程序瑕疵因当事人程序异议权的丧失而治愈与应诉管辖中被告不主张法院管辖错误而使本无管辖权的法院由此取得管辖权,虽然在外观上均表现为违法的诉讼行为因受不利益的当事人不为异议或主张而变为合法,但二者存在本质上的差异。第一,程序异议权的丧失乃治愈诉讼行为程序瑕疵的一般性手段,被告不主张管辖错误乃治愈诉讼行为瑕疵的特定手段。第二,诉讼行为的程序瑕疵因程序异议权的丧失而治愈乃当事人丧失程序异议权的当然结果,无管辖权的法院因当事人不主张管辖错误而取得管辖权乃法律拟制当事人存在管辖合意的结果,并非被告丧失抗辩权的结果。Vgl. Sanger, ZPO, § 295, Rn. 1, 3. Aufl., 2009; 前引[10],新堂幸司等书,第321页;前引[12],王甲乙等书,第34页;陈荣宗、林庆苗:《民事诉讼法》上册,台湾三民书局2006年版,第39页。

程序进行中随时行使程序异议权，向受诉法院主张某一诉讼行为违反诉讼程序而无效，其结果必然导致在其后所实施的诉讼行为全部无效进而导致当事人及受诉法院为推进诉讼程序而付出的努力均归诸徒劳。这不仅有损诉讼程序的安定性，而且有违诉讼经济原则的内在要求。^[14]

二、程序异议权的行使及其规制

（一）程序异议权的行使

作为当事人所享有的诉讼程序监督权，程序异议权以主张受诉法院或对方当事人的诉讼行为违反诉讼程序因而无效为内容。据此可知，当受诉法院实施的诉讼行为违背诉讼程序时，能够行使程序异议权的主体为双方当事人。当一方当事人所实施的诉讼行为违背诉讼程序时，能够行使程序异议权的主体为对方当事人。由于程序异议权的行使本身也属于当事人实施的诉讼行为之一，故当事人行使程序异议权必须遵守诉讼行为的一般合法性要件，如当事人必须具有诉讼行为能力，若无诉讼行为能力则须经法定代理人合法代理等。从诉讼理论上讲，当事人行使程序异议权本质上属于当事人针对受诉法院所作的单方的诉讼法上的意思表示，故只要当事人向受诉法院明确地表示其不能容忍违背诉讼程序的诉讼行为存在，即可认为当事人行使了程序异议权。^[15]

因程序异议权乃当事人所享有的实定法上的权利，故对于当事人所提异议，受诉法院负有及时应答义务。具体来讲，受诉法院经过审查，如果认为当事人所提异议无理由，则应裁定驳回当事人的异议。由于该项裁定为法院在诉讼程序进行中所作的裁定，当事人不得提起抗告对之表示不服。与之相反，受诉法院经过审查，如果认为当事人所提异议有理由，则应认定被责问的诉讼行为因违反诉讼程序而无效。其结果，实施了相关诉讼行为的诉讼主体必须重新实施符合诉讼程序的诉讼行为；如果相关诉讼行为的程序瑕疵能够消除，也可由受诉法院在消除该程序瑕疵的基础上继续进行民事诉讼程序。^[16]

（二）程序异议权行使之规制

在民事诉讼程序进行中，当事人针对违反诉讼程序的诉讼行为固可行使程序异议权，向受诉法院主张其无效，但为了维护诉讼程序的安定性，当事人行使程序异议权通常受到严格的时间阶段上的规制。

1. 德国民事诉讼关于程序异议权行使的规制

根据德国民事诉讼法第295条的规定，当事人只有在与违反诉讼程序的诉讼行为相关的或者基于该诉讼行为所进行的最近的言词辩论中行使程序异议权才被认为合法。例如，如果受诉法院在证据调查的程序或方式上存在错误，则当事人必须在紧接而来的言词辩论程序中向受诉法院提出异议；又如，如果受诉法院乃是基于违法的送达而开始言词辩论，则当事人针对违法送达的异议必须至迟在本次言词辩论程序中提出。^[17] 根据德国的通说，当

[14] 参见〔日〕中野贞一郎等：《新民事诉讼法讲义》，有斐阁2011年版，第220页。

[15] 前引〔10〕，新堂幸司等书，第19页。

[16] 前引〔4〕，小室直人等书，第194页。

[17] Beck'scher Online-Kommentar ZPO, § 295, Rn. 7, 2012.

事人原则上只能在言词辩论程序进行中才可行使程序异议权。^[18]只有在当事人于言词辩论程序进行中知晓相关诉讼行为违反诉讼程序缺乏可能性时,方可例外地允许其在言词辩论程序结束后以补交书状的形式行使程序异议权。例如,受诉法院针对当事人提出的证据调查申请是否合法没有作出应有的判断,对此,当事人可以在言词辩论程序结束后提出书状对受诉法院违反诉讼程序陈述异议。^[19]又如,受诉法院根据证据调查的结果及言词辩论的全部意旨未能形成心证,本应依职权对当事人进行询问却径行作出判决,对于该违反诉讼程序的行为,当事人可以在言词辩论程序结束后补交书状提出异议。^[20]显而易见的是,在上述的两种场合,当事人在客观上直至言词辩论程序结束也不可能知道受诉法院的诉讼行为违反了诉讼程序,为避免当事人行使程序异议权的机会被不正当地剥夺,理应允许当事人在言词辩论程序结束后采取补交书状的方式提出异议。^[21]

根据德国学者的解释,当事人无论是在言词辩论程序中行使程序异议权还是在言词辩论程序结束后以补交书状的形式行使程序异议权,均以其知道或者应当知道诉讼行为违反了诉讼程序作为计算不迟延地行使程序异议权的时间起点。^[22]当事人如果迟延履行程序异议权,必须首先向受诉法院阐明其先前不知道或不能知道相关诉讼行为违反诉讼程序,并且对此并无过错。对于当事人迟延履行程序异议权是否有过错,受诉法院必须依据德国民法典第276条所确立的标准予以认定。代理人的过错视为当事人有同一过错。^[23]至于当事人是否知道其在民事诉讼中享有程序异议权则在所不问,因为在德国的民事诉讼中,根据联邦法院的判例,受诉法院并不负有一般性地提示当事人享有程序异议权的义务。为保障武器平等原则能够得到实质贯彻,受诉法院充其量仅在当事人未受律师代理的情形下才可能提示当事人享有程序异议权。^[24]与之相反,在有律师代理的民事案件中,受诉法院并不被强制要求根据德国民民事诉讼法第139条的规定提示当事人享有程序异议权。^[25]

2. 日本民事诉讼关于程序异议权行使的规制

与德国民民事诉讼法第295条对当事人行使程序异议权作了明确的时间阶段上的限制(经由学说及联邦法院判例的阐释更为明了)不同的是,日本民事诉讼法第90条虽然也强调当事人必须及时地行使程序异议权,但用的是较为抽象的“不迟滞”(遅滞ない)这一用语。根据日本学者的解释,在民事诉讼中,违反诉讼程序的诉讼行为发生后,如果当事人在能够向受诉法院陈述异议的最近的机会中指责相关诉讼行为违反了诉讼程序,即可认为其“不迟滞”地行使了程序异议权。当事人能够行使程序异议权的“最近的机会”通常为违反诉讼程序的诉讼行为实施后的最近的言词辩论期日或者准备程序期日。例如,如果受诉法院未传唤当事人到庭即在指定的期日进行证据调查,当事人在证据调查后的首次开庭

[18] 在德国,极少数学者主张当事人行使程序异议权不以在言词辩论程序进行中为限,在言词辩论程序之外,当事人也可当然地行使程序异议权。Vgl. Stein/Jonas/Leipold, ZPO, § 295, Rn. 6, 22. Aufl., 2007.

[19] NJW 1968, 1111.

[20] 根据德国民民事诉讼法第448条的规定,受诉法院只有在根据证据调查的结果及言词辩论的全部意旨仍不能形成心证时,才可以依职权对当事人进行询问。

[21] BGH NJW 1999, 363, 364.

[22] Zöller/Greger, ZPO, § 295, Rn. 9, 28. Aufl., 2010.

[23] NJW-RR, 1999, 1251.

[24] BGH NJW 1958, 1042.

[25] BGH NJW 1960, 766, 767.

期日向受诉法院陈述异议,即为“不迟滞”地行使了程序异议权。又如,受诉法院对证人进行证据调查时,如果在询问证人前未要求证人进行宣誓,对此,当事人须当场向受诉法院陈述异议始为“不迟滞”地行使了程序异议权。再如,如果受委托进行证据调查的法院未按法定方式进行证据调查,当事人只要在本案的言词辩论程序中向受诉法院陈述了异议,即为“不迟滞”地行使了程序异议权。^[26]

在日本最高法院及地方法院为数不多的关于程序异议权的判例中,有两则判例对于何谓当事人“不迟滞”地行使程序异议权作了相对明确的阐释。第一则为日本最高法院于昭和28年12月24日所作的判例。日本最高法院认为,在请求宣告婚姻无效的事件中,受诉法院将本应向被告送达的诉状误送给被告的同居人原告。被告的监护人所委托的律师因在第一次言词辩论期日未就此向受诉法院陈述异议,故丧失了程序异议权,受诉法院送达的程序瑕疵即由此治愈。不难看出,根据该判例的见解,如果受诉法院送达诉讼文书违反诉讼程序,当事人只有在首次言词辩论期日向受诉法院陈述了异议,始可认为其“不迟滞”地行使了程序异议权。另一则是日本东京高等法院于昭和38年6月11日所作的判例。日本东京高等法院认为,第一审法院未合法地传唤当事人于判决宣告期日出庭即宣告了判决并且送达了判决正本,因当事人于二审程序的首次言词辩论期日并未就此向第二审法院陈述异议并进行了本案的辩论,故丧失了程序异议权,第一审法院传唤以及送达的程序瑕疵因此而治愈。统合这两则判例所持之见解,基本上可以得出这样的认识,在日本的裁判实务中,判断当事人行使程序异议权是否“不迟滞”,事实上是以当事人在违反诉讼程序的诉讼行为发生后的第一次言词辩论期日是否行使了程序异议权为基准。这样的解释立场显然与日本学者所持的见解一致。当然,与德国一样,在日本的民事诉讼中,计算当事人“不迟滞”地行使程序异议权也是以当事人知道或者应当知道相关诉讼行为违反了诉讼程序为基准时,此乃日本民事诉讼法第90条的明确要求。

3. 小结

综上所述,在德国与日本的民事诉讼中,其民事诉讼立法均是透过严格限定当事人行使程序异议权的时间阶段以规制当事人对程序异议权的行使。虽然德国民事诉讼法第295条与日本民事诉讼法第90条在程序异议权行使时间的设定上采取了不同的立法用语,但两者皆强调当事人应当及时或者不迟延地行使程序异议权,并且经由各自学说及判例的阐释,在当事人应当及时或者不迟延地行使程序异议权的理解上也基本一致。一言以蔽之,在民事诉讼中,从时间阶段层面对当事人行使程序异议权予以规制,不仅是程序异议权的丧失作为治愈诉讼行为程序瑕疵的一般性手段发挥其应有有机能的必要前提,更是维护诉讼程序安定,贯彻诉讼经济原则的内在要求。

三、程序异议权的丧失

在民事诉讼中,为维护诉讼程序的安定,贯彻诉讼经济原则,当事人应当及时或者不

[26] 参见[日]斋藤秀夫:《注解民事诉讼法》(3),第一法規出版株式会社1982年版,第549页;前引[11],園尾隆司书,第249页;前引[8],上田徹一郎书,第313页。

迟延地行使程序异议权, 否则将丧失程序异议权。由此产生两个进一步的问题: 第一, 程序异议权丧失的具体后果是什么? 第二, 哪些诉讼行为属于程序异议权丧失的对象? 由于德国民事诉讼法第 295 条、日本民事诉讼法第 90 条对这两个方面的事项均未作出明确的规范, 因而在德国及日本的民事诉讼中, 对前述两个问题的解答均通过其学说、判例完成。

(一) 程序异议权丧失的具体后果

无论是在德国还是日本, 学者均认为, 既然民事诉讼立法规定当事人必须及时或者不迟延地行使程序异议权的目的在于促进诉讼程序的推进、维护诉讼程序的安定性, 则基于妥当地实现这一目的之考量, 应可推断出: 在民事诉讼中, 当事人因未及时或者迟延行使程序异议权而丧失程序异议权后, 本可被当事人指责违反诉讼程序的诉讼行为的程序瑕疵因此而治愈, 并追溯至该诉讼行为实施之始而成为有效的诉讼行为。此后, 当事人即不能就同一诉讼行为向受诉法院陈述异议, 认为其违反了诉讼程序而无效, 更不能在继起的上诉程序中主张其违反了诉讼程序而无效。^[27] 需要进一步指出的是, 对于受诉法院实施的违背诉讼程序的诉讼行为, 如果双方当事人均未及时或者迟延行使程序异议权, 则该诉讼行为即因当事人丧失程序异议权而成为一开始即有效的诉讼行为, 受诉法院既无消除该诉讼行为的程序瑕疵之必要, 也毋须重新实施诉讼行为。与之相反, 对于受诉法院实施的违背诉讼程序的诉讼行为, 如果仅一方当事人未及时或者迟延行使程序异议权, 则受诉法院所实施的诉讼行为的程序瑕疵仅能针对该当事人消除, 并未从根本上予以消除。受诉法院必须针对及时或者不迟延地行使了程序异议权的当事人重新实施相关诉讼行为或消除相关的程序瑕疵, 否则, 该诉讼行为对于及时或者不迟延地行使了程序异议权的当事人仍然属于无效的诉讼行为。^[28]

此外, 还应注意的是, 在民事诉讼中, 违反了诉讼程序的诉讼行为虽可因当事人丧失程序异议权而使程序瑕疵治愈, 并成为自始有效的诉讼行为, 但该法律效果仅在诉讼程序内发生。在诉讼程序外, 违反了诉讼程序的诉讼行为仍然属于无效的诉讼行为, 因而也就不能同时产生合法的诉讼行为所衍生的诉讼外的附随效果。例如, 在民事诉讼中, 起诉状或支付命令的合法送达会产生诉讼时效中断的效果。如果受诉法院违反了法定程序或方式向被告送达起诉状或支付命令, 该程序瑕疵固然可因被告未及时行使程序异议权而消除, 但诉讼时效中断这一实体法上的效果并不会因此而同时产生。^[29]

(二) 程序异议权丧失的对象

从德国民事诉讼法第 295 条、日本民事诉讼法第 90 条“但书”部分的规定来看, 在民事诉讼中, 当事人因未及时或者迟延行使程序异议权而导致程序异议权的丧失并不能适用于所有的诉讼行为, 仅“可以放弃遵守”的诉讼程序规范所规制的诉讼行为方属于程序异议权丧失的对象。因此, 厘定程序异议权丧失的对象实际上也就是要考察哪些诉讼程序规范“可以放弃遵守”。

1. 德国学说、判例关于程序异议权丧失对象的见解

在德国, 无论是学说还是判例均是立足于诉讼程序规范的性质、目的着手解答哪些诉

[27] Beck'scher Online-Kommentar ZPO, § 295, Rn. 10, 2012; 前引 [3], 新堂幸司书, 第 821 页。

[28] BGHZ, 1922, 254, 257.

[29] 前引 [26], 斋藤秀夫书, 第 551 页。

讼程序规范属于“可以放弃遵守”的诉讼程序规范。德国学说一般认为，哪些诉讼行为可以成为程序异议权丧失的对象，仅能个别地从相关诉讼程序规范的文义中推导出来。受诉法院在判断某项违反诉讼程序的诉讼行为是否属于程序异议权丧失的对象时，必须首先确定该项诉讼程序规范的意义与目的。具体而言，如果某项诉讼程序规范的设定仅以满足一方当事人的利益为目的，而不是部分甚至专门地以服务于公共利益为目的，当事人即可以放弃遵守。与此相应，该项诉讼程序规范所规制的诉讼行为也就成为程序异议权丧失的对象。^[30]

不难看出，德国学说所提炼出的关于程序异议权丧失对象的上述判断基准非常抽象，在适用上具有很大的不确定性。正因如此，学说上的见解并未被德国实务采纳。德国联邦法院试图以诉讼程序规范在适用上是否具有强制性作为程序异议权丧失的对象之判断基准。在相关的判例中，德国联邦法院认为，在民事诉讼中，如果诉讼主体实施的诉讼行为违反了强制性诉讼程序规范，则纵然当事人没有或者没有及时地行使程序异议权，也不能使该诉讼行为的程序瑕疵消除而成为自始有效的诉讼行为。如果诉讼主体实施的诉讼行为违反了任意性诉讼程序规范，则当事人所享有的针对该诉讼行为程序违法的程序异议权可以因其不及时行使而丧失。其结果，该诉讼行为所存在的程序瑕疵因此而治愈，并成为自始有效的诉讼行为。易言之，根据德国联邦法院的见解，只有违反了任意性诉讼程序规范的诉讼行为才可成为程序异议权丧失的对象。^[31]

针对德国联邦法院所持之见解，有学者提出批评认为，联邦法院所确立的关于程序异议权丧失对象的判断基准固然有其合理性，但仍失之抽象，其不过是用另外的术语表达了德国民事诉讼法第 295 条中的“不能放弃遵守的诉讼程序规范”之内涵。为此，该学者主张，应从当事人的处分权或支配权出发去考虑哪些诉讼程序规范可以放弃遵守。根据该学者的见解，在民事诉讼中，当事人的处分权不仅指当事人有权对诉讼标的以及诉讼程序的开始、结束进行处分，也包含有权对所享有的程序利益进行处分。当事人在对其所享有的程序利益进行处分时应以不损害民事诉讼程序的公正运行为前提。这是因为，维系民事诉讼程序的公正运行不仅关系到包括当事人在内的所有利害关系人的利益而具有公共利益的性质，也是法院履行司法保护职责的必然要求。由此可以得出这样的结论：在民事诉讼中，如果遵守某项诉讼程序规范构成民事诉讼程序公正运行的必要条件或前提，则该项诉讼程序规范即属于德国民事诉讼法第 295 条中的“不能放弃遵守的诉讼程序规范”，受其规制的诉讼行为也就不能成为程序异议权丧失的对象。在德国民事诉讼中，具有宪法意义的基本原则，诸如法官法定原则、法治国原则、平等原则等民事诉讼程序规范，即属于此类诉讼程序规范的典型。^[32]

在德国，尽管学说和判例在程序异议权丧失对象的一般性判断基准的理解上存在方法论上的差异，但具体到哪些诉讼程序规范可以放弃遵守或者说哪些诉讼行为属于程序异议权丧失的对象，在很多方面见解并无不同。以下试对德国学说、判例探讨最为集中的诉讼原则、证据调查、诉讼程序经过三个领域作进一步的探讨。就诉讼原则而言，德国学说及

[30] Musielak/Huber, ZPO, § 295, Rn. 3, 10. Aufl., 2013; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, § 295, Rn. 4, 22. Aufl., 2007.

[31] BGHZ 1986, 43.

[32] 前引〔6〕，Prütting 书，第 295 条，边码 10。

联邦法院均认为, 诉讼原则的严格遵守对于保障诉讼程序的合法实施以及依法治国原则的根本贯彻有着重要的意义, 故诉讼原则通常是不允许放弃遵守的。只有诉讼主体违反诉讼原则实施诉讼行为后仍然能保证诉讼程序的实施符合宪法上的规定时, 才能认为该项诉讼原则是可以放弃遵守的。例如, 当事人可以放弃对言词原则的遵守, 因为德国民事诉讼法第128条第2款本身即规定在双方当事人同意的情况下, 受诉法院可以采取书面程序审理案件。又如, 公开原则旨在通过公众参与司法监督诉讼程序的合法进行, 是依法治国原则的重要体现, 故不允许放弃遵守。不过, 公开原则的遵守往往与言词原则的遵守联系在一起, 故在与言词原则未被遵守的同一范围内公开原则仍然存在放弃遵守的可能性。^[33]与之不同的是, 法官法定原则虽也可视为一项诉讼原则, 但其乃德国基本法所确立的程序保障手段, 不能由当事人处分, 故从该项原则衍生而来的诸如法官的除斥、^[34]回避等民事诉讼程序规范均是不允许放弃遵守的。^[35]存在争议的是直接原则是否允许放弃遵守。德国联邦法院认为, 直接原则可以放弃遵守, 因为不遵守直接原则在某些情形下更有助于法院迅速地确定事实并由此加快诉讼程序进程。^[36]而德国学者一般认为, 直接原则不能放弃遵守, 因为德国民事诉讼法第355条所确立的直接原则事关受诉法院与其成员之间的权力分配, 而权力分配乃专属于法院的事务, 不允许当事人进行处分, 故直接原则不能放弃遵守。^[37]

在证据调查领域, 一般认为, 证据调查程序所涉及的事项基本上属于当事人可以处分的对象, 故应允许当事人放弃对证据调查规范的遵守。如德国联邦法院在其所作的相关判例中认为, 受诉法院对于已明确提出证言拒绝抗辩^[38]的证人进行询问,^[39]受诉法院未告知证人享有证言拒绝权即对证人进行询问,^[40]受诉法院违背德国民事诉讼法第448条的规定依职权对当事人进行询问,^[41]受诉法院不考虑当事人的证据调查申请, 未作出证据裁定即进行证据调查,^[42]受诉法院使用不合法的证据方法等,^[43]虽然均不符合法定的证据调查程序, 但应允许当事人放弃责任, 因为这些证据调查规范全部属于可以放弃遵守的诉讼程序规范。^[44]

关于诉讼程序经过(从诉讼开始系属直至判决的作出), 德国学说及联邦法院的判例均认为, 德国民事诉讼法在关于送达、传唤、期日、期间等涉及诉讼程序经过的规范的设定上预留了较大的可以放弃遵守的空间, 借助这些诉讼程序规范, 不仅能保障民事诉讼程序

[33] 前引[6], Prütting书, 第295条, 边码16。

[34] 在德国的民事诉讼中, 法官在法定的情形下无需当事人的申请主动退出参与案件的审理称之为“除斥”, 以区别于当事人申请法官退出案件审理的回避制度。

[35] BGH NJW 1993, 600, 601; BGH NJW-RR 1992, 1152; BGH NJW-RR 2000, 1664, 1665; Zöller/Greger, ZPO, § 295, Rn. 4, 28. Aufl., 2010.

[36] NJW 1964, 108; NJW 1983, 1793; BGH NJW-RR, 1997, 506.

[37] 前引[6], Prütting书, 第295条, 边码19。

[38] 所谓证言拒绝抗辩, 是指在民事诉讼中, 被传唤出庭作证的证人向受诉法院陈述其享有证言拒绝权, 有权不陈述证言。

[39] NJW 1985, 1158.

[40] BGH NJW-RR 1987, 445.

[41] BGH NJW 1999, 363, 364.

[42] Zöller/Greger, ZPO, § 295, Rn. 3, 28. Aufl., 2010.

[43] BGH NJW-RR 2007, 1624, 1627.

[44] Zöller/Greger, ZPO, § 295, Rn. 4, 28. Aufl., 2010.

的顺畅进行,也能使参与诉讼的人知悉相关的诉讼资料,故而允许放弃遵守。^[45]不过,德国联邦法院认为,关于不变期间的规范不允许放弃遵守,因为不变期间的开始乃当事人行使上诉权等重要诉讼权利的起点,对不变期间规范的遵守直接关系到判决的确定与法的安定而具有公益因素,不允许当事人进行处分。^[46]

2. 日本学说、判例关于程序异议权丧失对象的见解

在日本,学者基本上是从诉讼行为所涉及的诉讼程序规范的种类这一层面去阐释其民事诉讼法第90条所规定的“可以放弃遵守”的诉讼程序规范的范围。根据日本学者的解释,民事诉讼中的规范基本上可以分为效力规范与训示规范。所谓效力规范是指诉讼主体实施诉讼行为时必须严格遵守,如果违反将使所实施的诉讼行为的效力受到影响的规范。而训示规范则是指诉讼主体实施诉讼行为时虽也必须严格遵守,但如果违反并不产生任何诉讼法上的效力的规范。根据诉讼主体应遵守的强度之不同,效力规范又可进一步分为强行规范与任意规范。强行规范是指对于维持诉讼制度公正运行不可欠缺的具有高度公益性的规范,而任意规范则是指主要或者专为当事人进行诉讼便利等程序利益而设定的规范。^[47]

日本学者一般认为,在民事诉讼中,强行规范构成诉讼制度公正运行的基础,诉讼主体必须严格遵守,无论是受诉法院还是当事人均不能基于单方的意思或者基于双方的合意排除其拘束力。诉讼主体所实施的诉讼行为如果违反了强行规范,通常是无效的。受诉法院不待当事人的异议可以并且必须依职权审查诉讼行为是否违反强行规范。如果受诉法院由于疏忽未审查,则当事人可经由上诉、再审等寻求进一步的救济以消除相关的程序瑕疵。一言以蔽之,违反强行规范的诉讼行为所存在的程序瑕疵并不能因当事人不及时地行使程序异议权而治愈,因而也就不能成为程序异议权丧失的对象。在民事诉讼中,诸如法院合议庭的构成、法官的除斥、回避、专属管辖、当事人能力、诉讼能力、不变期间、审判的公开、辩论的更新等规范,由于直接关系到裁判结果的公正与诉讼制度公信力的维持,属于典型的不能放弃遵守的强行规范。与之相反,任意规范主要是或者专为一方或双方当事人进行诉讼便利等程序利益而设,对于这些程序利益,当事人可以处分或支配。违反任意规范的诉讼行为实施后,如果遭受不利益的当事人甘愿忍受此种不利益,不向受诉法院提出异议指责其违法,则该诉讼行为所存在的程序瑕疵可因此而治愈。易言之,任意规范乃“可以放弃遵守”的诉讼程序规范,为任意规范所规制的诉讼行为相应地也就属于程序异议权丧失的对象。民事诉讼立法针对当事人诉讼行为的方式、法院的传唤、送达、证据调查的程序等所作的规范属于典型的任意规范。^[48]事实上,日本最高法院及地方法院于不同时期所作的关于程序异议权丧失对象的判例也基本上集中在这些领域。主要有:

(1) 关于当事人违反法定方式、要件实施诉讼行为的事例:①原告未依法以书面的形式进行诉的变更,被告对此未提出异议,诉的变更有效。^[49]②原告进行诉的变更不符合律所规定的请求基础同一性要求,被告对此未提出异议,诉的变更有效。^[50]③反诉的请求

[45] NJW 1976, 108; NJW 1978, 1325; NJW 1987, 771.

[46] BGH NJW1952, 1934.

[47] 前引〔3〕,新堂幸司书,第40页;前引〔10〕,新堂幸司等书,第321页。

[48] 前引〔3〕,山本弘等书,第221页;前引〔4〕,小室直人等书,第8页;前引〔8〕,上田徽一郎书,第312页。

[49] 日本最高法院昭和31年6月19日之判例。

[50] 日本大审院(战前日本最高法院)昭和11年3月13日判例。

须与本诉的请求或防御方法有牵连乃反诉的合法要件之一，被告所提反诉虽欠缺这一牵连性，对方当事人对此无异议并应诉时，应可作为合法的反诉。^[51]

(2) 关于受诉法院违法指定期日、传唤当事人的事例：①受诉法院未依法指定言词辩论期日或传唤当事人，当事人出庭时对此未提出异议并进行了本案辩论，该违法行为之程序瑕疵由此治愈，所进行的诉讼程序有效。^[52] ②民事诉讼法关于期日、传唤的规范乃任意规范，受诉法院虽有违背，但遭受不利益的当事人如果未及时提出异议则丧失程序异议权，相关诉讼行为的程序瑕疵由此治愈。^[53] ③受诉法院实施证据调查时，事先未告知一方当事人实施证据调查的时、日、场所，该当事人的代理人于证据调查时在场且未陈述任何异议，程序瑕疵由此治愈。^[54]

(3) 关于受诉法院违反法定程序送达的事例：①在民事诉讼中，送达程序实施的主要目的在于确实地将诉讼文书交付给当事人，送达程序虽有瑕疵，当事人如果宽恕之，不妨认为有效。受诉法院将诉状送达给被告以外的人，被告对此未及时提出异议即丧失程序异议权，送达的程序瑕疵由此治愈。^[55] ②送达给当事人的第一审判决书中未记载受诉法院的名称，受送达人无异议受领之并提起控诉，程序异议权丧失。^[56]

(4) 关于受诉法院违反证据调查程序的事例：①在受诉法院指定的询问甲证人的期日，本应在另一证据调查期日接受受诉法院询问的乙证人同时在场。受诉法院在询问甲证人后，继续对乙证人进行询问，当事人对此未提出异议，受诉法院对乙证人的询问有效。^[57] ②民事诉讼法关于证人宣誓的规范乃以保护当事人利益为目的之规范，在同审级的诉讼程序中，同一证人再次被受诉法院询问时，如果受询问的事项不同，证人应再次宣誓。证人在再次受法院询问之前未进行宣誓，当事人没有不迟延地陈述异议，程序异议权丧失，关于证人宣誓的程序瑕疵由此治愈。^[58] ③受诉法院本应依询问当事人的程序询问法定代理人，却依询问证人的程序询问了法定代理人，当事人对此未陈述异议，该程序瑕疵由此治愈。^[59] ④受诉法院依职权适用询问当事人的程序对证人进行了询问，虽然违法，被询问的证人没有拒绝接受询问，当事人也未对此陈述异议，当事人的程序异议权丧失，程序瑕疵由此治愈。^[60] ⑤受诉法院在庭外对证人以及当事人进行了询问，虽然不符合民事诉讼法所规定的庭外进行证据调查的条件，但当事人因未及时陈述异议而丧失程序异议权，程序瑕疵由此而治愈。^[61]

[51] 日本东京地方法院昭和36年4月26日判例。

[52] 日本大审院昭和7年6月29日判例。

[53] 日本大审院昭和4年5月23日判例。

[54] 日本大审院昭和17年11月5日判例。

[55] 日本最高法院昭和28年12月24日判例。

[56] 日本大审院昭和8年7月4日判例；日本最高法院昭和37年10月14日判例。

[57] 日本最高法院昭和26年3月29日判例。

[58] 日本大审院昭和15年2月27日判例。关于证人宣誓程序能否被放弃遵守，日本学说上有肯定说与否定说两种不同的见解。参见前引〔4〕，小室直人等书，第330页；前引〔8〕，兼子一等书，第1004页。

[59] 日本大审院昭和11年10月6日判例。

[60] 日本最高法院昭和30年6月24日判例。

[61] 日本最高法院昭和50年1月17日判例。

3. 小结

通过上文的分析可知,无论是德国民事诉讼法第 295 条还是日本民事诉讼法第 90 条,均将程序异议权丧失的对象限定为“可以放弃遵守”的诉讼程序规范所规制的诉讼行为,并且经由各自学说、判例的阐释对于“可以放弃遵守”的诉讼程序规范的类别及范围作了相对明晰的解答与界定。在德国,其学说及判例乃是立足于当事人对诉讼程序规范所保障的程序利益有无处分权来判断相关的诉讼程序规范是否“可以放弃遵守”,而日本的学说及判例则是以诉讼程序规范的性质也即以某项诉讼程序规范是属于任意规范还是强制规范为切入点判断其是否“可以放弃遵守”,但得出的结论似并无不同。两者均认为,在民事诉讼中,如果某一诉讼程序规范乃维系民事诉讼程序公正运行的基础或者说乃维系民众对诉讼制度的信赖所必需,则不允许放弃遵守,该诉讼程序规范所规制的诉讼行为也因之不能成为程序异议权丧失的对象;与此相反,如果某一诉讼程序规范仅仅或者主要是为当事人进行诉讼上的便利等程序利益而设,以便宜当事人进行诉讼为目的,则允许放弃遵守,该诉讼程序规范所规制的诉讼行为也因之可以成为程序异议权丧失的对象。从德国联邦法院及日本最高法院不同时期所作的判例来看,“可以放弃遵守”的诉讼程序规范或者说能够作为程序异议权丧失对象的诉讼行为均基本上限定在当事人诉讼行为的要件、方式、受诉法院的传唤、送达、证据调查程序等领域。

四、程序异议权的舍弃

与程序异议权的丧失不同的是,程序异议权的舍弃并未见诸德国民事诉讼法第 295 条及日本民事诉讼法第 90 条,不过学者普遍认为,程序异议权的丧失既然为民事诉讼立法所明确肯认,则根据合目的性解释,当事人在程序异议权丧失的同一范围内如果主动地放弃程序异议权的行使,也即舍弃程序异议权,自然也应被允许。通常认为,所谓程序异议权的舍弃,是指在民事诉讼中,当事人于言词辩论期日或准备程序期日明示地或者默示地向受诉法院表示其对某一诉讼行为违背诉讼程序无异议。^[62]

1. 程序异议权舍弃的主体。当事人行使程序异议权的目的在于保障其能够得到合法的裁判,故舍弃程序异议权的主体显然应为甘愿忍受诉讼行为因违背诉讼程序而给其带来程序上的不利益的当事人。具体来讲,在一方当事人实施的诉讼行为违背诉讼程序的场合,能够放弃程序异议权行使的主体为对方当事人;在受诉法院实施的诉讼行为违背诉讼程序的场合,能够放弃程序异议权行使的主体则为双方当事人。实施了违背诉讼程序的诉讼行为的当事人本人并不能成为程序异议权舍弃的主体,此乃程序异议权具有诉讼程序监督权的性质使然。对于实施了违背诉讼程序的诉讼行为的当事人而言,如果该诉讼行为的程序瑕疵是允许事后治愈的,则其只能通过补正(如诉状欠缺法定形式,补交合乎法定形式的诉状)、追认(如对无代理权的诉讼代理人所实施的诉讼行为的效果予以承认)等手段治愈相关程序瑕疵,从而使得所实施的诉讼行为成为自始有效的诉讼行为。^[63]

[62] 参见前引〔6〕,Prütting 书,第 295 条,边码 32;前引〔4〕,小室直人等书,第 195 页。

[63] 前引〔10〕,新堂幸司等书,第 323 页。

2. 程序异议权舍弃的相对人。程序异议权的舍弃乃当事人对受诉法院所作的单方的意思表示,故程序异议权舍弃的相对人应为受诉法院而不是对方当事人。一方当事人如果对对方当事人作出舍弃程序异议权的意思表示,并不能产生任何诉讼法上的效果。另外,由于当事人舍弃程序异议权并不会给对方当事人带来任何不利益,故当事人作出舍弃程序异议权的意思表示并不以对方当事人接受为必要,更无须征得对方当事人的同意。纵然对方当事人缺席,其也能够向受诉法院作出舍弃程序异议权的意思表示。〔64〕

3. 程序异议权舍弃的对象。从诉讼理论上讲,程序异议权的丧失与程序异议权的舍弃具有同一性质,在程序异议权丧失的同一范围内,当事人也可以主动舍弃程序异议权。因此,允许当事人舍弃程序异议权的应仅限于违反了“可以放弃遵守”或者说专为当事人进行诉讼上的便利等程序利益而设的具有私益性质的诉讼程序规范所规制的诉讼行为。与之相反,对于“不能放弃遵守”的诉讼行为,则不允许当事人舍弃程序异议权。因而,无论是受诉法院还是当事人,如果其实施的诉讼行为违反了此类诉讼程序规范,则所实施的诉讼行为无效。纵使当事人向受诉法院作出了舍弃程序异议权的意思表示,也不能使之成为有效的诉讼行为。〔65〕

4. 程序异议权舍弃的方式。一般认为,当事人舍弃程序异议权通常采取口头方式,但以书面的方式为之也有效,即便采取默示的方式亦无不可。譬如,当事人尽管知晓某诉讼行为违反了诉讼程序,却未在最近的言词辩论程序中向受诉法院陈述异议,即可认为其已作出了舍弃程序异议权的意思表示。〔66〕德国联邦法院也认为,当事人舍弃程序异议权不以有明示的意思表示存在为必要。譬如,受诉法院未依法传唤当事人在指定的言词辩论期日出庭,如果当事人已在该期日出庭并进行了本案辩论,即可认为当事人已作出了舍弃程序异议权的意思表示。〔67〕不过显而易见的是,在很多情形下,当事人默示地舍弃程序异议权与程序异议权的丧失很难作出精确的区分,并且二者所引起的诉讼法上的效果也相同。因此有学者认为,承认默示地舍弃程序异议权并无必要。在日本的司法实务中,默示地舍弃程序异议权多作为程序异议权的丧失处理。〔68〕

5. 程序异议权舍弃的限制。第一,当事人只能在诉讼行为违背诉讼程序之后通过向受诉法院作出不指责该诉讼行为违法之意思表示这一方式舍弃程序异议权,而不能预先放弃程序异议权的行使。这是因为,程序异议权属于对诉讼程序的监督权,从性质上讲,其只能在违背诉讼程序的诉讼行为实施后行使。〔69〕如果允许当事人预先放弃程序异议权,无异于承认当事人享有能够基于自己的意思处分诉讼行为进而形成诉讼程序的权利,这显然有违便宜诉讼禁止原则。〔70〕第二,为了维护民事诉讼程序的安定性,当事人舍弃程序异议权

〔64〕 Stein/Jonas/Leipold, ZPO, § 295, Rn. 21, 22. Aufl., 2007; 前引〔26〕, 斋藤秀夫书, 第539页。

〔65〕 前引〔4〕, 小室直人等书, 第195页。

〔66〕 前引〔11〕, 圆尾隆司书, 第248页。

〔67〕 Stein/Jonas/Leipold, ZPO, § 295, Rn. 21, 22. Aufl., 2007; 前引〔6〕, Prütting书, 第295条, 边码33; Thomas/Putzo, ZPO, § 295, Rn. 4, 3. Aufl., 2010.

〔68〕 前引〔26〕, 斋藤秀夫书, 第538页。

〔69〕 Zöller/Greger, ZPO, § 295, Rn. 6, 28. Aufl., 2010; 前引〔10〕, 新堂幸司等书, 第323页。

〔70〕 Sänger, ZPO, § 295, Rn. 6, 3. Aufl., 2009.

既不能附有条件，也不允许事后撤回。〔71〕

6. 程序异议权舍弃的后果。当事人一旦合法地向受诉法院作出舍弃程序异议权的意思表示，即产生相应的诉讼法上的效果，表现为本可被当事人指责的诉讼行为所存在的程序瑕疵由于当事人舍弃程序异议权而治愈，该诉讼行为也因此成为自始有效的诉讼行为。受诉法院可直接以该诉讼行为为基础，继续进行诉讼程序。在此后进行的诉讼程序中，当事人针对该诉讼行为也无权再提出异议。〔72〕

五、程序异议权理论对我国民事诉讼立法的启示

我国1991年民事诉讼法虽历经2007年、2012年两次修改，但程序异议权制度在立法上一一直付之阙如。笔者认为，在我国现行民事诉讼制度构架下，程序异议权的缺失最为直接的后果是，在民事诉讼程序进行中，当事人对于违反诉讼程序的诉讼行为不能适法地向受诉法院提出异议，不能使其在该审级的诉讼程序中就得到及时的纠正，最终影响民事诉讼程序合法、妥当的运行。在我国的民事诉讼中，由于当事人不享有程序异议权，故针对违反诉讼程序的诉讼行为，其仅能在诉讼系属后经由上诉程序或再审程序进行指责并谋求相应的救济。然而，在有效地保障民事诉讼程序合法、妥当的运行方面，我们显然不能对上诉程序或再审程序所能发挥的作用抱有过高的期待。这不仅是因为上诉程序或再审程序所固有的救济程序之特质决定了其只能对民事诉讼程序予以事后的监督，而不能适时地保障民事诉讼程序合法、妥当的运行。更为重要的是，考察我国现行民事诉讼法第170条、第200条的规定可以发现，在我国的民事诉讼中，允许当事人经由上诉或申请再审指责诉讼行为违反了诉讼程序，并以此为由请求撤销原判决的，仅限于受诉法院“严重违反法定程序”的情形。对于受诉法院“严重违反法定程序”以外的违反诉讼程序的诉讼行为以及当事人所实施的违反诉讼程序的诉讼行为，无论是上诉程序还是再审程序均不能给予相应的救济。为廓清受诉法院“严重违反法定程序”以外的违反诉讼程序的诉讼行为之范围，有必要结合现行民事诉讼法第170条、第200条的规定对受诉法院“严重违反法定程序”的内涵作进一步的探讨。

从我国现行民事诉讼法第170条第1款第4项“原判决遗漏当事人或者违法缺席判决等严重违反法定程序的，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审”的规定可以看出，其采取了例示规定之立法技术，将“原判决遗漏当事人”及“违法缺席判决”作为一审判决“严重违反法定程序”的例示情形予以规定。2015年1月最高人民法院公布的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称“民诉法解释”）第325条明确将现行民事诉讼法第170条第1款第4项中的“严重违反法定程序”界定为审判组织的组成不合法、应当回避的审判人员未回避、无诉讼行为能力人未经法定代理人代为诉讼和违法剥夺当事人辩论权利等四种情形。根据民事诉讼法第200条第1项的规定可知，在我国的民事诉讼中，允许当事人申请再审的程序违法的事由具体包括：（1）审判组织的组成不合法或者

〔71〕 前引〔10〕，新堂幸司等书，第322页。

〔72〕 Sanger, ZPO, § 295, Rn. 17, 3. Aufl., 2009; 前引〔8〕，上田徹一郎书，第312页。

依法应当回避的审判人员没有回避；(2) 无诉讼行为能力人未经法定代理人代为诉讼或者应当参加诉讼的当事人，因不能归责于本人或者其诉讼代理人的事由，未参加诉讼；(3) 违反法律规定，剥夺当事人辩论权利；(4) 未经传票传唤，缺席判决。不难看出，“民法解释”第325条就一审判决“严重违反法定程序”所作的解释与民事诉讼法第200条所规定的可引起再审的程序违法事由完全相同。笔者认为，最高人民法院就“严重违反法定程序”所作的解释显然失之过严，至少未能区分二审程序与再审程序的不同性质以作出符合民事诉讼法理的解释。从立法技术上讲，现行民事诉讼法第170条既然将“原判决遗漏当事人”及“违法缺席判决”作为一审判决“严重违反法定程序”的例示情形予以规定，则举凡与“原判决遗漏当事人”或“违法缺席判决”具有同一性质或者说处于同一层面的违反诉讼程序的诉讼行为均理应被解释为能由第二审法院撤销的“严重违反法定程序”的诉讼行为。此外，相比于作为通常救济程序的二审程序而言，再审程序乃以牺牲判决的既判力以及法的安定性为代价的特别救济程序，举重以明轻，诸如违法缺席判决等可引起再审的程序违法事由固然应可同时作为第二审法院撤销一审判决的程序违法事由，但第二审法院撤销一审判决的程序违法事由绝不应仅限于可引起再审的程序违法事由。笔者认为，与“原判决遗漏当事人”或“违法缺席判决”处于同一层面的程序违法事由，诸如“应公开审判而未公开审判”、“应开庭审理而未开庭审理”等，显然也应被解释为现行民事诉讼法第170条所规定的“严重违反法定程序”之范畴。

无论对“严重违反法定程序”的内涵持怎样的解释立场，有一点可以肯定，那就是可以经由上诉程序、再审程序予以救济的程序违法情形仅属于程序违法的一部分甚至可以说是极小的部分。他如受诉法院未依据法定方式送达诉讼文书、传唤当事人，受诉法院未遵守法定程序调查证据，当事人未按法定方式实施诉讼行为等不属于“严重违反法定程序”的情形，仅可称为“一般性的程序违法”，不仅不能经由上诉、再审程序予以纠正，而且由于程序异议权的缺失，也很难在民事诉讼程序进行中得到及时的改正。这就意味着，在我国的民事诉讼中，无论是受诉法院还是当事人，虽然所实施的诉讼行为违反了诉讼程序，但只要尚未达到“严重违反法定程序”的程度，更准确地讲，只要不属于现行民事诉讼法第170条、第200条或“民法解释”第325条所明确规定的“严重违反法定程序”的情形之一，便不会在继起的诉讼程序中被确认违法，从而使得该诉讼行为处于尽管不合法却事实上有效的不正当状态。由于程序异议权的缺失，“严重违反法定程序”以外的诉讼程序违法状态也不能当然地消除。

从实践层面考察，我国民事司法实践中的程序违法现象也主要或突出体现为诉讼主体尤其是受诉法院所实施的诉讼行为“一般性程序违法”方面，如受诉法院未按法定方式送达诉讼文书、传唤当事人，受诉法院未遵守法定程序调查证据等。受诉法院所实施的诉讼行为“严重违反法定程序”反而相对较少。以北京市为例，笔者以“民事案件”、“二审程序”、“程序违法”、“北京市法院”等为检索条件在中国裁判文书网上查询得知，2015年6月1日至2016年5月31日，北京市民事二审案件共30529件，其中上诉理由涉及程序违法的案件1228件，占北京市民事二审案件总量的4.02%。笔者随机抽取60份二审裁判文书予以分析发现，当事人以送达不合法为由上诉的案件15件，以违法缺席判决为由上诉的案件2件，以一审超审限为由上诉的案件35件，以一审中诉讼代理人无代理权为由上诉的案

件1件,以一审法院未给被告法定答辩期限为由上诉的案件2件,以判决书署名的陪审员未参加庭审为由上诉的案件5件。在上述60件涉及一审程序违法的上诉案件中,只有人民陪审员未参加庭审、违法缺席判决等7件案件中的程序违法属于民事诉讼法第170条及“民诉法解释”第325条所规定的可以发回重审的“严重违反法定程序”的情形,其余的53件案件均属于一般的程序违法。再以武汉市为例,笔者以“民事案件”、“二审程序”、“程序违法”、“武汉市法院”等为检索条件在中国裁判文书网上查询得知,2015年6月1日至2016年5月31日,武汉市民事二审案件共5158件,其中上诉理由涉及程序违法的案件279件,占武汉市民事二审案件总量的5.41%。笔者随机抽取其中40份二审裁判文书予以分析发现,当事人以送达不合法为由上诉的案件12件,以一审遗漏当事人为由上诉的案件1件,以一审法院未给被告法定答辩期限为由上诉的案件1件,以适用简易程序错误为由上诉的案件2件,以一审超审限为由上诉的案件22件,以判决书署名的审判员未参加庭审为由上诉的案件1件,以法庭调查中举证、质证违反法定程序为由上诉的案件1件。在上述40份涉及一审程序违法的上诉案件中,只有遗漏当事人、错误适用简易程序及审判员判而未审等4件案件涉及“严重违反法定程序”,其余的36件案件均属于一般的程序违法。

依笔者悬揣,造成此种现象的主要原因在于:第一,受诉法院所实施的诉讼行为如果“严重违反法定程序”,当事人可据之提起上诉或申请再审请求撤销,基于这样的规制,可以说受诉法院并无充足的理由故意实施“严重违反法定程序”的诉讼行为。第二,在民事诉讼中,当事人实施的诉讼行为是否合乎法定的要件、方式,需要经过受诉法院的审查判断,当事人实施的诉讼行为如果不符合法定的要件、方式,将会被法院裁定驳回。在民事司法实践中,由于受诉法院疏于审查,误认当事人所实施的不合法的诉讼行为合法,从而在客观上导致当事人所实施的诉讼行为“一般性程序违法”的情形,较为少见。第三,在民事司法实践中,当事人对于受诉法院实施的违反诉讼程序的诉讼行为即便及时提出了异议,指责其违法并要求纠正,事实上也由于程序异议权的缺失而不能产生令人满意的效果。根本的原因在于,当事人所提异议对受诉法院不能产生制度上的拘束力,受诉法院对于当事人所提异议并无应答义务。违反诉讼程序的诉讼行为实施后,无论是受诉法院重新为之还是对其进行纠正,不仅需要投入一定的成本支出,更会在一定程度上影响案件的审结。显而易见的是,在欠缺制度性约束的司法运行环境下,期待受诉法院的每一个法官或大多数法官能够依道德上的自律主动或应当事人的请求纠正自己所实施的违反诉讼程序的诉讼行为,似为侈谈。^[73]我国民事司法实践中一直以来程序违法尤其是不能经由上诉、再审程序予以纠正的“一般性程序违法”现象较为突出,这固然不能说全因程序异议权的缺失所致,但至少可以说程序异议权的缺失助长了一般性程序违法现象的滋生。

根据笔者对所涉100份二审裁判文书进一步的分析得知,无论是北京市的二审法院还是武汉市的二审法院,对于上诉人所提上诉请求之处理,均因一审程序违法是否属于民事诉讼法第170条及“民诉法解释”第325条所规定的“严重违反法定程序”的情形而异。如果一审程序违法属于“严重违反法定程序”的情形,则一般裁定撤销原判、发回重审。如

[73] 根据现行民事诉讼法第208条第3款的规定,针对审判人员的违法行为,人民检察院有权提出检察建议进行检察监督。但人民检察院提出的检察建议对于人民法院只有“建议的”效力并无拘束力,是否采纳检察建议乃由人民法院自己决定。

果一审程序不属于“严重违法法定程序”的情形，则二审法院虽承认一审程序违法，但并不发回重审或改判。如在以一审超审限为由的上诉案件中，二审法院均认为一审超审限不影响裁判实体结果，并不构成发回重审或改判的理由。在（2016）京01民终1051号民事案件中，二审法院认为一审法院没有将起诉状送至全部当事人虽然程序违法，但并不能当然地导致二审改判或发回重审。在（2015）鄂武汉中民商终字第01301号民事案件中，二审法院认为一审法庭调查中举证、质证虽不合法，但并不影响案件判决。在（2015）鄂武汉中民商终字第01465号民事案件中，二审法院认为一审法院虽未给予上诉人足够的答辩期限，但上诉人的权利并未受到影响。值得一提的是，在（2015）京一中民（商）终字第9235号民事案件中，二审法院似无意识地运用了程序异议权丧失的原理作出了裁判。在该案中，二审法院认为，一审法院虽然在原告变更诉讼请求后没有给予被告法定期限进行答辩，但由于被告在一审中对此并未提出异议并且已对变更后的诉讼请求进行答辩，故其已行使了答辩的权利。

笔者认为，无论是为了填补我国民事诉讼立法的漏洞，丰富我国民事诉讼理论，还是为了保障民事诉讼程序合法、妥当的运行，提升民众对司法公正的信赖，我们均亟待建立程序异议权制度。一方面，借助于程序异议权所固有的诉讼程序监督机能，将使得民事诉讼程序的运行处于当事人的监督之下，进而能督促诉讼主体依法定程序实施诉讼行为。另一方面，借助于程序异议权所衍生的治愈诉讼行为一般程序瑕疵之机能，不仅为现行制度框架下“严重违法法定程序”以外的一般程序违法行为的有效性提供正当的解释依据而使得民事诉讼自始处在合法的运行状态，也必能促使诉讼程序顺畅进行，维护程序的安定性。^[74]笔者认为，在我国程序异议权制度的具体布设与适用上，不妨借鉴前述德国、日本的相关立法、学说及判例，重点把握以下几个方面：

第一，为凸显程序异议权的诉讼程序监督权之性质，保障程序异议权的行使能对受诉法院产生制度上的拘束力，民事诉讼立法除应明确宣示当事人享有程序异议权外，还应同时规定受诉法院对于当事人所提异议应当作出及时的判断。具体的路径是，受诉法院经过审查，如果认为当事人所提异议无理由，则应裁定驳回当事人的异议。鉴于该项裁定为诉讼程序进行中所作的裁定，当事人不得提起上诉表示不服。受诉法院经过审查，如果认为当事人所提异议有理由，则应认定被异议的诉讼行为因违反诉讼程序而无效。

第二，民事诉讼立法应规制当事人对程序异议权的行使。具体而言，民事诉讼立法须明确强调当事人应当及时或不迟延地行使程序异议权，否则将丧失程序异议权。判断当事人是否及时或不迟延地行使了程序异议权，应以其知道或者应当知道诉讼行为违反了诉讼程序为基准时。在民事诉讼中，违反诉讼程序的诉讼行为发生后，如果当事人在能够向受诉法院陈述异议的最近的机会中指责相关诉讼行为违反了诉讼程序，即可认为其及时或不迟延地行使了程序异议权。

[74] 从大陆法系各国或地区的民事诉讼来看，程序异议权制度的建立与其是否采取律师强制代理并无关系。如在采取本人诉讼主义的日本及我国台湾地区，其民诉立法均明确承认当事人享有程序异议权。因而，笔者认为，虽然我国民事诉讼不采律师强制代理主义，但这并不会成为我们构建程序异议权制度的障碍。此外，我国现行民事诉讼法第126条、第137条明确规定受诉法院及审判长在开庭前以及庭审中须书面或口头告知当事人所应享有的诉讼权利，这无疑为当事人知晓并行使程序异议权提供了坚实的制度保障。

第三，为谋求民事诉讼程序合法运行与诉讼程序安定之间的内在平衡，确保程序异议权制度能够妥当地适用，应正确地界定可成为程序异议权丧失的对象的诉讼行为之范围。对此，可以参照德国、日本的判例、学说关于“可以放弃遵守”的诉讼程序规范的理解，将程序异议权的丧失对象限定为主要或专为当事人进行诉讼的便利而设的具有私益性质的诉讼程序规范所规制的诉讼行为。具体来讲，我国现行民事诉讼法第 170 条、第 200 条及“民诉法解释”第 325 条所规定的“严重违反法定程序”以外的诉讼行为以及与其在性质上处于同一层面的违反诉讼程序的诉讼行为，均可界定为程序异议权丧失的对象。

第四，为昭示程序异议权是当事人所享有的一项权利，体现对当事人处分权的尊重，应允许当事人在程序异议权丧失的同一范围内，主动舍弃程序异议权。当事人舍弃程序异议权应向受诉法院作出意思表示，表示的方式不限，即便采取默示的方式亦无不可。当事人舍弃程序异议权与丧失程序异议权具有同一法律效果。

Abstract: In civil procedure, the right of procedural objection refers to the right of one party to claim that the litigation activity of the other party or the court violates litigation procedure and therefore is invalid. The purpose of establishing the right of procedural objection is to ensure that the civil litigation is carried out legally and smoothly and to guarantee the stability of civil procedure. It should be noted that the parties must exercise the right of procedural objection in a timely manner, or they would not be entitled to exercise it in the following proceedings. Another thing to which great attention has to be paid is that a party can abandon the right of procedural objection only if the illegal action conducted by the other party or the court is mainly or especially designed to offer litigation convenience to the parties, which means that these actions are of private nature according to procedure rules. As for the legal effect of not exercising the right of procedural objection, there is no difference in the two cases mentioned above. That is to say, the procedural defects caused by the illegal action of the court or one of the parties will be cured if the right of procedural objection is either not exercised in time or abandoned voluntarily. As a result, the action that violates the procedure will no longer be regarded as illegal and will be valid from the beginning to the end of the litigation.

Key Words: right of procedural objection, procedural interests, defect healing, procedural stability, economic principle in litigation
