

# 民事实质诉讼法论

陈 刚<sup>\*</sup>

---

**内容提要：**民事实质诉讼法是指调整民事争讼法律关系的诉讼规范，也是有关民事法律关系的诉讼形成之诉讼规范。民事诉讼法的独立化过程，既是实质诉讼法与实体私法的离缘过程，也是实质诉讼规范与诉讼程序规范的联姻过程。因此，民事诉讼法应当是集合实质诉讼规范和诉讼程序规范之法律。实质诉讼法在本质上经历了从附随于私法的诉讼规范到隶属于公法性质的民事诉讼法规范之“变性”。因此，对于民事争讼法律关系的调整，应当在立法论和解释论上排除私法原则及法理。目前，实质诉讼规范虽在我国现行民事诉讼法中严重缺位，但却大量散落在各单行民事法律及其司法解释以及处于立法审议阶段的民法典各分编草案之中。从长远计，究竟将实质诉讼规范置于民法还是民事诉讼法中加以规定，应当成为民法典编纂中优先考虑的一个重大理论问题。

**关键词：**民事实质诉讼法 民事争讼法律关系 民事诉讼程序法 民法典

---

## 引 言

民事诉讼制度当以解决民事法益争议以及民事法律关系争讼为己任。通常以为，民法与同义于诉讼程序法的民事诉讼法是支撑民事诉讼制度得以运行的两大法律支柱。但除此之外，是否还存在一根与两者并立的法律支柱呢？对此，笔者持肯定答案，即认为实质诉讼法也是支撑民事诉讼制度得以运行的一大法律支柱。在我们的现实法律世界之中，实质诉讼法是一种有别于民法、诉讼程序法的独立存在，且具有两者不可替代的固有风险。

实质诉讼法由来于罗马诉权法（Actiones），它曾与人法（Personis）、物法（Rebus）比肩合力铸造了罗马私法体系。<sup>〔1〕</sup>在诸法合体时期，实质诉讼法是人法、物法的诉讼保障法，以调整处于争讼状态的民事法律关系为己任，与创设民事法律关系的人法、物法相得益彰。然随着近代法典化运动的发展，实质诉讼法一方面与私法体系离缘，摆脱其桎梏；

---

\* 广州大学法学院教授。

本文系作者主持的国家社科基金项目“民事诉讼实体法理论与实践问题研究”（18BFX066）的阶段性成果。

〔1〕 盖尤斯有曰：“我们所使用的一切法，或者涉及人，或者涉及物，或者涉及诉讼。”〔古罗马〕盖尤斯：《法学阶梯》，黄风译，中国政法大学出版社1996年版，第4页。

一方面又与诉讼程序规则联姻，共同创建了现代意义上的民事诉讼法。脱离私法体系的实质诉讼法不仅在民事诉讼法中找到了安身之处，而且还在公法诉权说的推动下“变性”成了公法。尽管实质诉讼法在其生成与发展过程中经历了出私法而入公法的转化，然其有别于人法、物法以及诉讼程序法的固有功能即调整争讼法律关系，却始终没有丝毫改变。

无须讳言，实质诉讼法的固有功能及其据此在法律体系中获得的独特地位，今天似乎已经完全淡出了我们的视野。虽然其出身于私法，却不被民法学所关心；虽然其寓于民事诉讼法之中，但囿于通说将民事诉讼法同义于诉讼程序法，也不被民事诉讼法学所重视。不过，实质诉讼法的固有功能及特质并未因学界不得其味而在现实法律世界里自行消亡。当下，民法典编纂工作正在紧锣密鼓地展开，民法典各分编草案已于2018年9月5日至11月3日向社会公开征求意见。然在民法典各分编草案中，却写进了不少旨在调整争讼法律关系的实质诉讼规范。例如，草案第1005条规定，在生态环境损害责任民事纠纷（诉讼）中，侵权人应当就法律规定的不承担责任或者减轻责任之情形，以及其行为与损害之间不存在因果关系承担举证责任。此乃一条只适用于诉讼领域而不适用于生活领域的证明责任规范。证明责任规范的适用主体是人民法院而非当事人，因而它不属于调整当事人之间民事法律关系的生活规范，抑或是应当被排除在权利法体系（民法典）之外的法律规范。又因证明责任规范是独立于诉讼程序之外的法律规范，其内容不受法官和当事人的诉讼行为之左右，因而它也不同于调整当事人间提供证据责任的诉讼程序规范。

因此，实质诉讼法仍然具有不同于民法和诉讼程序法的固有功能及特质，我们有必要从立法论和法解释论上对之展开体系化研究，以此促进和完善其立法与实践。本文即一篇以实质诉讼法为研究对象的专论。然囿于篇幅，本文的研究范围只得限于实质诉讼法的基本意义、本质论以及与诉讼程序法的关系等方面。盖因这些内容皆属于认识和建构实质诉讼法基本理论所必需，所以又将它作为一篇研究实质诉讼法的初论。

## 一、实质诉讼法的含义、功能及规范现状

### （一）实质诉讼法的含义

实质诉讼法并非笔者臆造之概念，它是对萨维尼所称“das materielle Prozessrecht”的借用和扬弃。由于萨维尼的实质诉讼法是对罗马诉权法的承继和光大，因之言其由来，于法史上有根，于学理上有据。与当下通说将民事诉讼法同义于诉讼程序法不同，萨维尼将民事诉讼法律现象分为民事诉讼程序（das Verfahren in Civil-Prozessen）和实质诉讼法。他认为，前者在性质上属于公法，是诉讼程序理论以及公法学的研究对象；后者是私法体系的有机组成部分，亦称诉权法（Akitionenrecht），属于私法学的研究对象。

从欧陆国家法律发达史上考察，由于各国在法律传统上共享罗马法恩泽，因而在诸法合体时期，都将实质诉讼法（诉权法）视为私法体系的一个固有组成部分，同时将萨维尼称为“诉讼程序以及为追求权利所定制度”〔2〕的诉讼程序规范排除在私法体系之外。简言

〔2〕 Savigny, System des heutigen römischen Rechts, I, 1840, S. 3. 萨维尼《现代罗马法体系》第一卷的原版影印本和现代德文电子版，见 [http://www.deutschestextarchiv.de/book/show/savigny\\_system01\\_1840](http://www.deutschestextarchiv.de/book/show/savigny_system01_1840)，2018年11月2日最后访问。

之,今日我们所见实质诉讼规范与诉讼程序规范合为一体的民事诉讼法律现象,在历史上却长期处于分立状态:前者寄居于私法体系,与人法和物法比肩共存于一体;后者则以法院组织规范、管辖、审级制度、审判规程等为主要内容而被置于公法领域。

在欧陆法系国家,实质诉讼法脱离私法体系以及与诉讼程序法合并的过程,始于19世纪。这一过程在形式上表现为民法和民事诉讼法的各自法典化。欧陆法系国家一方面以罗马法的人法和物法为基础,以制定民法典的形式构建了符合市民社会发展需要的权利法体系(民法体系);另一方面又以罗马法的诉权法和既有的诉讼程序规则为基础,通过制定民事诉讼法典的形式,构建符合国家垄断司法权需要的民事诉讼法体系。如此而言,欧陆法系国家的民事诉讼法不外是脱离私法体系的诉权法与历来处于公法领域的诉讼程序法联姻之产物,抑或是萨维尼所称的实质诉讼法和诉讼程序规则之集合。欧陆法系国家的民事诉讼法学也自然而然以这两种诉讼规范为研究对象。

由此,何谓实质诉讼法,其实是一个既简单又复杂的理论问题。说其简单,因为实质诉讼法以诉的制度为基本内容,而诉的制度在当下各国民事诉讼立法中皆有规定,为我们所见所知。说其复杂,因为诉的制度自罗马法发端至今历经千年流变,在内容和形式上都发生了翻天覆地般变化。罗马私法体系属于诉权法体系,在“诉权第一性、权利第二性”的法意识支配下,只有受诉权法(实质诉讼法)保护的“应得之物”才属于私权,亦即实质诉讼法不仅具有私权的诉讼保护功能,还具有私权的创设功能。但事过境迁,在权利既存理论支配的现代权利法体系下,人们的法意识早已转向“权利第一性、诉权第二性”,诉及诉权法所具有的创设私权之功能几乎被彻底否定,在其基础上的实质诉讼法也因此只保有了私权(权利法)的诉讼保护(保障)功能。尽管如此,实质诉讼法时至今日仍没有从我们的法律世界中消亡。虽然我们今天以民法典以及权利法之名义为私权脱下了诉权外衣,但同时又出于权利救济之实际,为私权穿上了固实的诉权及实质诉讼法的铠甲。

### 1. 萨维尼实质诉讼法的含义

萨维尼将调整争讼状态法律关系的私法规范称作实质诉讼法,并将以排除权利侵害为基本内容的私法规范称作诉权法。按照萨维尼的解释,与民事法律关系的发生状态、消灭状态(是时形成权理论尚未确立)并列,法律关系的侵害也是法律关系的一种状态,属于法律关系的特殊状态。法律关系受到侵害即意味着权利受到侵害,例如抵押关系受到侵害即意味着抵押权受到侵害。与权利的发生、消灭之状态并列,权利侵害也是权利的一种状态,亦即权利的特殊状态。法律关系的这种特殊状态是指法律关系因侵害而转入了竞争状态——法的争讼(Rechtsstreit),〔3〕而权利的这种特殊状态就是权利因侵害而转化成了诉权。〔4〕权利受到侵害,往往是一方当事人主张权利存在,另一方当事人对之抱有争议,从而使得法律关系在整体上处于争讼状态。〔5〕争讼法律关系是处于竞争状态的法律关系,最终由判决宣布其调整结果,亦即判决在肯定或否定权利侵害的基础上对争讼法律关系作出

〔3〕 德语“Rechtsstreit”的字面意义是“法律争议”,但由于萨维尼主张“法律关系的侵害”以及“权利侵害”使法律关系及权利直接转入了诉讼状态,本文将“Rechtsstreit”意译为“法的争讼”。

〔4〕 Savigny, System des heutigen römischen Rechts, VI, 1847, S. 2. 萨维尼《现代罗马法体系》第六卷的原版影印本和现代德文电子版,见 [http://www.deutschestextarchiv.de/book/show/savigny\\_system06\\_1847](http://www.deutschestextarchiv.de/book/show/savigny_system06_1847), 2018年11月2日最后访问。

〔5〕 同上引 Savigny 书,第3页。

最终调整,使处于争讼状态的法律关系恢复到实际状态。因此,萨维尼将这种以判决为指向调整争讼法律关系的私法规范称作实质诉讼法。需要指出,以判决将争讼状态的法律关系恢复到实际状态,是指以判决判定当事人间是否实际存在作为争讼法律关系之基础的民事法律关系。按照萨维尼的解释,判决并不创设法律关系,只是对权利或法律关系状态的“真实性拟制(Fiction der Wahrheit)”,所以实质诉讼法以判决对争讼法律关系的最终调整结果,是判定(确认)当事人之间实际存在或不存在作为争讼法律关系之基础的法律关系。〔6〕

萨维尼以旷世之作《现代罗马法体系》第五至七卷论述了其诉讼法体系。〔7〕该体系由两大部分组成。第一部分是从权利侵害出发,阐述诉权与抗辩权的关系,尤其是两者在诉讼过程中对立发展的各种形态(第五卷);第二部分是阐述排除权利侵害的各种措施及实施方法(诉讼行为),其核心内容是争点决定与判决(第六卷、第七卷)。与当下民事诉讼法理论相较,萨维尼实质诉讼法体系的第一部分相当于今天的诉的制度篇,即有关诉的类型、诉的合并、诉的认诺与放弃、诉的变更与消灭、诉的继承(包括诉权的消灭时效)等诉讼制度的规定,同时还将今天作为诉讼防御方法的抗辩也纳入其中,与诉权形成对立状态;其第二部分相当于今天的诉讼标的与判决制度篇,尤其是有关诉讼标的的识别方法与禁止重复起诉,以及诉讼标的与既判力的关系等诉讼制度的规定。

## 2. 实质诉讼法在现代法上的含义

笔者以为,实质诉讼法是调整争讼法律关系的诉讼规范之总称,同时也是有关民事法律关系的诉讼形成之诉讼规范。这个概念虽在表述上有所不畅,甚至缺乏精确,但它基本上表达了笔者对于实质诉讼法的意味及其固有功能的认识。

第一,实质诉讼法是调整争讼法律关系的诉讼规范。

今天,我们以民事法律关系所处状态为标准,可以将之划分为成立、变更、消灭和争讼这四种状态。其中,前三者都是以假设的真实状态为前提接受民法调整。当民事主体之间就民事法律关系展开争讼时,民事法律关系就由真实状态转入待定状态——争讼法律关系。萨维尼以侵害为要件,将争讼法律关系视为民事法律关系的特殊状态,并主张适用实质诉讼法进行调整。然本文鉴于现代法律生活以及诉讼情事日趋复杂化之实际,认为囿于“权利侵害”和“法律关系侵害”作为民事法律关系转化为争讼法律关系的条件,已经难以解释诸如债务不存在确认之诉以及诉讼法上的形成之诉等的法理依据,因此将转化条件由“侵害”改为“争讼”,同时将调整此种意义上的争讼法律关系的诉讼规范称作实质诉讼法。

争讼法律关系的成立要件有二:民事法律关系和民事法律关系的争讼。首先,按照权利既存理论的解释,在实定民法秩序下,没有民事法律关系之既存,则不可能发生民事法律关系之争讼。其次,争讼法律关系是民事法律关系的反面或负面,以当事人对法律关系展开争讼为产生条件。如果当事人间仅对民事法律关系发生争议但未诉诸法院,则法律关系也不能转化成争讼法律关系。

也许有问,我们为何要适用实质诉讼法而不是直接适用民法来调整争讼法律关系?首先,这是因为民法规范是以排除争讼法律关系的调整为前提而制定和认可的生活规范,亦

〔6〕 前引〔4〕, Savigny 书, 第 261 页以下。

〔7〕 有关萨维尼实质诉讼法理论及内容的介绍, 参见陈刚:《萨维尼实质诉讼法理论及其现实意义》,《法律科学》2016 年第 6 期, 第 72 页以下。

即权利法体系具有自我完备及理论自洽的特质，它排斥诉讼制度的要素介入其中。例如，现行侵权责任法没有就如何调整争讼状态的侵权责任法律关系作出规定，所以侵权责任法不能直接适用于侵权责任争讼法律关系的调整。因此，现行法上的损害赔偿债权（权利），必须穿上固实的实质诉讼法的铠甲才能够得到实际保护。

其次，实质诉讼法不是对民法创设的法律关系进行调整，而是对于在民法创设的法律关系基础上产生的争讼法律关系进行调整。实质诉讼法对于争讼法律关系的最终调整结果，是以判决判定作为争讼法律关系基础的民事法律关系之实际状态——存在或不存在。因此，判决的功能不是代替民法创设法律关系，而只是宣布民法创设的法律关系在当事人之间是否实际存在。反之，倘若认为可以直接适用民法来调整争讼法律关系，则等于言说民法规范本身就是判决，亦即民法不仅是创设法律关系的生活规范，同时还是能够自我判断并宣告其创设的法律关系在当事人间是否实际存在的判决。但如此认识实质诉讼法与民法之关系，无疑是对诉讼法体系意识的回归——有诉才有权利，判决存在于权利之前，无判决则不生权利。

最后，虽然实质诉讼法是以民法为基础产生，但由于它调整的争讼法律关系是处于竞争而非真实状态的民事法律关系，因而在法律构造、适用原则以及解释方法等方面都有别于民法。具体言之，民法是按照民事主体非对抗性的平等原则构造民事法律关系，而实质诉讼法是按照当事人对抗原则（两造原则）构造争讼法律关系。就在侵权责任法律关系基础上产生的争讼法律关系而言，实质诉讼法以诉讼主体之当事人（原告和被告）重现侵权责任法律关系主体之侵权人和被侵权人，以诉讼标的重现民事权利义务的内容及范围，按照对抗原则形塑争讼法律关系的构造，亦即按照萨维尼所述的诉权、抗辩权以及两者在诉讼过程中对立发展的各种形态构造争讼法律关系。

第二，实质诉讼法是有关民事法律关系的诉讼形成之诉讼规范。

民事法律关系的创设依赖民法，但民事法律关系的形成却并非如此。需要指出，这里的“形成”不是指民法中的形成法律关系以及形成权意义上的“形成”，而是指当事人间通过一定途径及方法引起现实的、具体的民事法律关系之产生。在生活领域中，民事法律关系的形成因贯彻意思自治原则，除法律有特别规定外，在其形成过程中排除国家权力的介入，这里将之称作合意形成或自主形成。与之相对，在诉讼领域中，民事法律关系的形成贯彻两造原则（当事人对抗原则），它以国家审判权介入为形成条件，因而这里将之称作诉讼形成。民法立足于生活规范，并以排除诉讼制度要素的民事权利法名义设置法域疆界，在原则上不考虑民事法律关系的合意形成和诉讼形成之区别，抑或它以关注合意形成为己任。因此，民法也是民事法律关系的合意形成之规范（私权自治规范）。不过，民法有时也会针对一些特殊情形，就民事法律关系的诉讼形成规定专条专款，合同法第74条规定的债权人撤销权之诉即是如此。如后所述，民法中这些有关民事法律关系的诉讼形成之规定，虽然在形式上是“附属于民法的诉讼规范”，但实质上却是民法的跨法域规定，亦即将本应属于实质诉讼法的内容放在了民法中加以规定。在现实法律生活中，由于民事法律关系的形成有合意形成和诉讼形成之区别，因此在形成规范上也就有了合意形成规范和诉讼形成规范之分立，而实质诉讼法就是有关民事法律关系的诉讼形成之诉讼规范，更确切地说，它是指以判决确定当事人间民事法律关系之实际状态的诉讼规范。

将实质诉讼法定义为有关民事法律关系的诉讼形成之诉讼规范，并非是笔者的突发奇

想，而是深受温特沙伊德有关“诉讼对实体法律关系形成之影响”论述的启发。与萨维尼及其同时代的德国普通法学者直接以“诉权法”或“诉权篇”名义将实质诉讼法纳入私法体系不同，温特沙伊德是采用“诉讼对实体法律关系形成之影响”的表述，将实质诉讼法的内容写入其传世经典《潘德克顿法教程》这一私法体系书之中。<sup>〔8〕</sup>这种将实质诉讼规范描述成对于民事实体法律关系的诉讼形成具有影响意义的法律规范之观点，无疑有助于我们深入认识实质诉讼法的固有功能，以及从法理和制度设计上对民事法律关系的两种形成及其规制加以明确区别。

## （二）实质诉讼法的固有功能

实体诉讼法的固有功能是调整争讼法律关系，同时它还对于民事法律关系的诉讼形成进行规制。由于民事法律关系的形成有适用合意形成规范和诉讼形成规范之不同，所以基于同一民法规范创设的民事法律关系之形成，就有可能因适用的形成规范不同，而在权利义务的内容、范围等的具体形成方面甚至在构成要件方面产生差别。对于实质诉讼法在民事法律关系的诉讼形成中所具有的这种特质，萨维尼称之为判决对于权利本身的内容和范围的“变更性作用”（*verändernd einwirken*），<sup>〔9〕</sup>温特沙伊德称之为“诉讼对实体法律关系形成之影响”，都旨在说明实质诉讼法具有其他法律规范所不可替代的固有功能。为了便于我们认识实质诉讼法的固有功能及其在法律体系中的惟一性特质，以下试举两例加以解释。

其一，实质诉讼法对于民事法律关系的权利义务内容及范围等的诉讼形成之影响（作用）。假使经人民调解委员会调解，双方当事人共同认可侵权责任法律关系成立（民事法律关系的合意形成），并就财产性人身损害赔偿的具体数额达成调解协议。该协议经司法确认程序确认后得到全部履行。于此情形，被侵权人可否另就该协议未尽的、侵权责任法第16条规定的财产性损害赔偿以及该法第22条规定的精神损害赔偿的请求项目及内容，向侵权人继续提出人身损害赔偿请求（第一问）？倘若这些请求遭到拒绝，被侵权人转而向人民法院提起人身损害赔偿责任诉讼，对此，人民法院又是否应当予以受理并支持其请求（第二问）？就第一问而言，在民事法律关系的合意形成下，被侵权人在法定损害赔偿责任的请求项目及范围内，继续要求侵权人给付调解协议未尽之损害赔偿利益，现行法并没有作出明确限制，如果按照司法解释将调解协议定性为普通民事合同，我们还应当承认其正当性（合法性）。<sup>〔10〕</sup>就第二问而言，在上述给付请求遭到侵权人拒绝后，人民法院对之应否予以受理并给予诉讼保护的问题，由于目前立法和司法实践都尚未对诉讼标的识别规范尤其是与之对应的既判力范围确定规范作出明确规定和解释，因而关于后诉在裁判内容上是否应

〔8〕 关于温特沙伊德实质诉讼法理论之详细，参见其《潘德克顿法教程》（*Windscheid, Bernhard Lehrbuch des Pandektenrechts, 5. Aufl. Stuttgart, 1879*）第一卷第二编第四章第四节（*IV. Einfluß des Processes auf die Gestaltung des materiellen Rechtsverhältnisses*，诉讼对实体法律关系形成的影响）。该著作的德文影印本及电子版，见 <http://dlib-pr.mpiet.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/books/%22243107%22>，2018年11月2日最后访问。

〔9〕 前引〔4〕，Savigny书，第3页。

〔10〕 虽然《最高人民法院关于审理涉及人民调解协议的民事案件的若干规定》（法释〔2002〕29号）第1条规定，“经人民调解委员会调解达成的、有民事权利义务内容，并由双方当事人签字或者盖章的调解协议，具有民事合同性质”，但2010年人民调解法第31条却规定，“经人民调解委员会调解达成的调解协议，具有法律约束力，当事人应当按照约定履行”。因此，在当事人就调解协议的法律效力之成立、变更、障碍以及消灭发生争议时，究竟是按照普通民事合同的规定解释，还是将之视为诉讼契约适用诉讼法规定予以解释，尚待研究。

当受前诉裁判（司法确认程序之裁定）的法律效力之约束，以及在受此约束之前提下，人民法院可否以后诉不具诉之利益为理由作出驳回起诉或不予受理之裁定，本文尚不能提供有明确法律依据的答案。不过，按照《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》（法释〔2001〕7号）第6条规定的精神加以解释，<sup>〔11〕</sup>当事人提起侵权损害赔偿诉讼时，应当以一诉合并提出财产性损害赔偿和精神损害赔偿的请求，否则，人民法院对于剩余请求不予司法保护。据此似乎也可以认为，人民法院对于当事人在调解协议经司法确认程序确认并履行完毕后，另就该协议未尽的财产性以及精神性损害赔偿请求提起诉讼的，应当裁定不予受理或驳回起诉。另外，从比较法上观之，日本法院对于基于同一法律关系为基础产生的损害赔偿请求权，除法律另有规定外，原则上禁止当事人按照法定损害赔偿项目分别提起诉讼。<sup>〔12〕</sup>至于在贯彻“纠纷一次性解决”的英美法系国家的诉讼中，因其适用“诉因不可分割原则”，法院更不可能接受被侵权人提起的类似诉讼。

上例的司法解释第6条是一条只适用于诉讼领域、调整争讼法律关系的实质诉讼规范，由于它不适用于生活领域并与合意形成规范（民法规范）无涉，因而同时也是民事法律关系的诉讼形成之诉讼规范，对于民事法律关系的权利义务内容及范围的诉讼形成施加了不同于合意形成的影响。如是，民事法律关系的权利义务内容及范围在形成上就有了合意形成和诉讼形成之区别，而这种区别无疑是实质诉讼法的固有功能所致。

其二，实质诉讼法对于民事法律关系的诉讼形成在构成要件方面的影响（作用）。按照民法理论的解释，撤销权、解除权、抵销权之类的法定形成权，是根据权利人的单方意思表示即可产生一定法律效果的权利。例如，合同法第99条规定的抵销权就属于一种法定形成权。按照该条规定，在生活领域中，抵销法律关系的合意形成以当事人向相对方行使抵销权为成立要件，抵销法律关系自通知到达相对方时成立并生效。抵销法律关系的形成在诉讼领域却有别于生活领域。这是因为，在诉讼领域中，当事人可以将抵销权作为诉讼攻击防御方法中的抗辩，因此在原告撤诉或当事人迟于时机提出抗辩时，尽管其行使抵销权的意思表示已经通知到了相对方，但在人民法院以裁定准予撤诉或者以迟于时机提出为由不予采纳时，当事人间的抵销法律关系仍不得成立。这种情形说明，实质诉讼法对于民事法律关系的诉讼形成在构成要件方面施加了不同于民法的影响（作用），即抵销法律关系的诉讼形成受到了实质诉讼法的规制，其构成要件不仅要以民法规范为基础，同时还要符合诉讼规范。

通过以上两例之介绍，我们可以认识到实质诉讼法对于民事法律关系的形成有着不同于合意规范（民法规范）的影响及作用，这佐证了实质诉讼法因其固有功能而在现实法律世界中具有其他法律不可替代的特质（惟一性）及独立地位。

### （三）实质诉讼法的规范现状

#### 1. 欧陆法系国家实质诉讼法的规范现状

实质诉讼法曾以诉权法之名义寓于私法体系之中，在形式上脱私法化之后才被并入民事诉讼法之中。虽然当下欧陆法系国家的民法典在整体上不再将来自于罗马法传统的诉权

〔11〕 该第6条规定：“当事人在侵权诉讼中没有提出赔偿精神损害的诉讼请求，诉讼终结后又基于同一侵权事实另行起诉请求赔偿精神损害的，人民法院不予受理。”

〔12〕 参见陈刚：《日本不法行为损害赔偿请求诉讼的诉讼标的之识别标准》，载陈刚编：《比较民事诉讼法》第9卷，中国法制出版社2014年版，第281页以下。

法独立成篇，但各国因具体国情、法文化传统、立法政策及技术等不同，在实质诉讼法脱私法化的方式、路径以及程度上也有所差异。在公认为近代欧洲法典编纂运动的集大成者、第一部具有资本主义民法典特质的法国民法典中，至今仍明确规定有禁止法官拒绝裁判（第4条）、推定（第1349条、第1350条）、既判力（第1352条）以及证据（第三编第六章“债务清偿证明”第1315-1369条）等大量的实质诉讼规范。与之相应，法国权威的民法教科书也将实质诉讼法的全般内容纳入其中。<sup>〔13〕</sup>在实质诉讼法脱私法化最为彻底的德国民法典中，至今也保有不少实质诉讼规范。该法第1004条第2款规定：“所有权可能继续受到侵害的，所有权人可以提起不作为之诉。”此项规定可以被认为是诉权法体系的残留，因为它既与请求权无关，也不适用于生活领域。此外，德国民法典第315条、第319条有关依判决指定给付的规定，第343条有关依判决减少违约金的规定，第917条有关依判决确定通道方向和使用权范围的规定，也都是仅适用于诉讼领域而非生活领域的实质诉讼规范。在理论上，德国通说主张证明责任分配规范的法域属性是实体法性质的裁判规范（司法法）。<sup>〔14〕</sup>但本文认为，证明责任规范应当是从属于民事诉讼法的实质诉讼规范。证明责任法律制度的设置目的，是为了预防法官以要件事实真伪不明为藉口拒绝对本案作出裁判，其适用主体是法院而不是当事人，因而不应该被划入以权利法名义设界的民法体系。

综上，各国民法典中都不同程度地规定了一定数量的实质诉讼规范，其中法国民法典规定的数量要远远多于德国民法典。但就德国民法典及德国的民事法而言，其实质诉讼规范的脱私法化仍在路上。需要指出，实质诉讼法在形式上的脱私法化程度，因各国的实际情况而定，所以差异较大，但不能就此断定实质诉讼规范脱私法化程度越高，法律的实际适用效果就越好。另外，我们也不能以实质诉讼法的存在形式为标准判断其独立性，既不当将保留在民法典中的实质诉讼规范混同于私法规范（民法规范），也不应当将存在于民事诉讼法中的实质诉讼规范等同于诉讼程序规范。

## 2. 我国实质诉讼法的规范现状

从法系意识上考察，清末民国时期的民事诉讼法是对日本法化的德国法之移植，因此，这一时期的民事诉讼法也如同德日法那般，是实质诉讼规范和诉讼程序规范之集合。1949年以后的相当长一段历史时期里，民法的立法工作落后于民事诉讼程序法。民事审判程序尚有法院组织法等为其基本法律依据，而民事实体法除一部婚姻法外，只能依靠广义上的法政策代之。于此般法制生态环境下，实质诉讼法的立法也因缺乏民法基础而几乎处于“真空”状态。这般法制生态同时又为民事诉讼法等同于诉讼程序法观念的定着提供了现实基础。不难想象，在权利既存的现代法观念下，实质诉讼法是以民法为前提产生，若没有民事立法以及民事法律关系之日趋繁荣和发达，又何来从属于实质诉讼法的当事人适格、诉讼标的、证明责任、判决的实质法律效力（既判力）等各项诉讼制度的建立、完善与发展。随着民法通则以及大量单行民事法律法规的相继颁行，实质诉讼法的民法基础逐渐得

〔13〕 参见〔法〕雅克·盖斯旦、吉勒·古博：《法国民法总论》，陈鹏等译，法律出版社2004年版。该民法教科书第三部分“权利的实施”即是关于民事实质诉讼法理体系的阐述。无独有偶，我国上世纪80年代初出版的权威民法教科书，也将实质诉讼法的部分内容纳入其中。参见佟柔主编：《民法原理》第三章第六节“民事权利的保护”，法律出版社1983年版，第40页以下。

〔14〕 参见〔德〕汉斯·普维庭：《现代证明责任问题》第十四章“题外话：证明责任规范的法本质”，吴越译，法律出版社2000年版，第253页以下。

到充实,其相关理论和制度设计也随之进入民事诉讼法学的研究视野。

然现阶段,我国实质诉讼法的立法及理论研究都还处于“初级阶段”。就规范设置现状而言,一方面,现行民事诉讼法中的实质诉讼规范严重缺位,甚至作为其核心制度的证明责任分配规范之确立,距今也才有几年。另一方面,因司法实践所需,大量实质诉讼规范被置于各种单行民事法律及其司法解释之中,以致理论界和实务界极易将之视为“附随于民法的诉讼规范”,甚至混同于民法规范本身。就理论研究现状而言,虽然近年来学界在实质诉讼法的具体制度研究方面硕果累累,但因长期受民事诉讼法同义于诉讼程序法观念的支配,学界至今没有普遍认识到实质诉讼规范与诉讼程序规范之区别,进而不能促成实质诉讼法理论的体系化研究。而以实体法研究为己任的民商法学界,在民法典编纂之际,也将民法与民事诉讼法的关系作为一项讨论专题,并提出了如何在民法典编纂中反映民事权利保护方法等课题。<sup>[15]</sup>然问题是,在禁止自力救济的现代法观念下,在民法典中规定具有实质诉讼规范意义的民事权利司法救济方法,将面临一个理论上的重大问题:在公法和私法分工明确的现代法观念下,以民法典规定实质诉讼规范,不仅使权利法体系因渗入公法要素(诉讼制度要素)而有失私法的“纯洁”性,同时还将伴发究竟运用诉讼法理还是民法法理来解释和适用这些“附随于民法的诉讼规范”之问题。

不过,鉴于实质诉讼规范在我国现行民事诉讼法中严重缺位之现状,从立法和法律适用的便宜上考虑,笔者仍然建议借民法典编纂之机,在民法典中吸收一些散落在各个民事单行立法及其司法解释中的行之有效的实质诉讼规范,而不是将其一律留于民事诉讼法再次修改时加以补充。这或许是当下加快推进我国实质诉讼法建设的一个最可行的方案。

笔者以为,随着民法典编纂工作的不断推进,建立在民法基础之上的实质诉讼法将会凸显其在法律体系中的独特功能及地位,至少会迎来一个脱民法化的契机。而一旦实质诉讼法摆脱了民法的桎梏,那么民事诉讼法等同于诉讼程序法的支配性观念就终将被打破。如是,在民法和诉讼程序法夹缝中尘封已久的实质诉讼法,也将在理论上迎来一个前所未有的体系化建设过程。

## 二、实质诉讼法的本质

实质诉讼法的本质论,是指围绕着脱私法体系而入民事诉讼法的实质诉讼规范,在法域属性上究竟是“公法”还是“私法”而展开的学术讨论。虽然学界今天已就民事诉讼法在本质上属于公法达成共识,但我们不能据此以为,实质诉讼法自入民事诉讼法那一刻起就理所当然地属于公法。因此,这种以私法或公法为标准确定实质诉讼法本质的讨论,就是通过对实质诉讼法在本质上的定性,阐明其在立法、解释以及适用上究竟是应当遵循私法还是作为公法的诉讼法之原则及原理。

### (一) 两种一元论的实质诉讼法说

综合而言,有关实质诉讼法本质论的学说主要有二:私法一元论的实质诉讼法说和公

[15] 在民法总则草案的审议过程中,全国人大代表孙宪忠建议,应当在我国民法典中增加权利保护条款,以修正总则草案只有民事权利的表述而无保护方法规定之欠缺。参见荆龙:《民法典编纂的奠基引路之举:总则草案首审》,《人民法院报》2016年7月3日第5版。

法一元论的实质诉讼法说。前者是将实质诉讼法当作私法体系的有机组成部分，并按照私法理论解释和适用实质诉讼法的理论。与之相对，后者是将实质诉讼法当作具有公法性质的民事诉讼法的有机组成部分，旨在从诉讼法学的单一立场解释和适用实质诉讼法的理论。除此之外，苏联法在理论上否认公法与私法的划分，基于顾尔维奇的实体诉权（право на иск в материальном смысле）说，<sup>[16]</sup>将实体诉权作为民事权利的诉讼保护权能，<sup>[17]</sup>据此将包括实质诉讼规范在内的民事诉讼法视为民事权利的诉讼保护方法。从比较法上考察，倘若基于公法与私法的二分法，我们不妨将苏联法理上的这种“民事权利的诉讼保护方法”也视作私法一元论的实质诉讼法说。

最早的私法一元论的实质诉讼法说源于对罗马私法体系的认识，因而它也是受诉权法体系意识（诉权第一性、权利第二性）支配的实质诉讼法的本质论。与之相对，近代的私法一元论的实质诉讼法说，则以权利既存理论为基础认识权利与权利的诉讼保护之关系。在这种一元论下，民法被定位为创设民事法律关系的权利规范及生活规范，实质诉讼法被定位为调整争讼法律关系以及民事法律关系的诉讼形成之诉讼规范。两者都属于私法体系的组成部分，本质上都属于私法规范。按照私法一元论的实质诉讼法说的解释，由于实质诉讼法在本质上属于私法，因而其在立法、解释以及适用上都应当遵循私法原则及法理。在私法一元论的实质诉讼法说视野下，不会发生今天基于现代法观念提出的如下问题：为何作为公法的实质诉讼法对于民事法律关系的诉讼形成具有“影响”或“变更性作用”。在私法一元论的实质诉讼法说看来，这种“影响”或“变更性作用”只是适用不同的私法规范所产生的结果。

公法一元论的实质诉讼法说是基于德国学者提出的公法诉权说而产生的学说。公法诉权说促成实质诉讼法在本质上完成了由私法到公法的“变性”，也就此结束了民事诉讼法中实质诉讼规范和诉讼程序规范在法域属性上不统一的状况，使民事诉讼法在整体上以公法之名立于私法（民法）另端，进而促成民事诉讼法及其法学走向了独立发展的道路。按照公法一元论的实质诉讼法说的解释，实质诉讼法因在本质上属于公法，所以其立法、解释和适用都应当采用诉讼法原则及法理。

目前，我国学界尚没有就实质诉讼法的本质展开讨论。虽然在民事立法及其司法解释甚至民法典各分编草案中存在大量的实质诉讼规范，但学界和实务界鲜有观点指出这些规范在本质上究竟属于私法规范还是公法规范。例如，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（法释〔2000〕44号）第七部分“关于其他问题的解释”中，相当一部分内容都是关于当事人适格的规定，即为典型的实质诉讼规范。如果认为这些实质诉讼规范为民法规范，则应当适用私法及其原理加以解释和适用；反之，若认为其

[16] 顾尔维奇就实体诉权与民事权利的关系论述如下：虽然我们可以将权利的诉讼保护权能抑或强制权能从民事权利中单列出去，但它在本质上仍属于民事权利的一个组成部分，因为民事权利的强制权能是以权利本身为自己的内容，如果脱离民事权利言说强制权能，那么它就将因没有自身内容而丧失了作为一项独立权能的实际意义。参见〔苏联〕M. A. 顾尔维奇：《诉权》，中国人民大学出版社1958年版，第172页以下。

[17] 关于苏联以及当今俄罗斯民法学者有关民事权利的诉讼保护权能之阐述，参见〔苏联〕B. П. 格里巴诺夫、C. M. 科尔涅耶夫主编：《苏联民法》上册，中国社会科学院法学研究所民法经济法研究室译，法律出版社1984年版，第89页；〔俄〕E. A. 苏哈诺夫主编：《俄罗斯民法》第1册，黄道秀译，中国政法大学出版社2011年版，第85页。

为民事诉讼法上的诉讼规范,则应当按照民事诉讼法乃公法之通说,采用排除私法及其原理之原则加以解释和适用。

笔者也持民事诉讼法属于公法之立场,自当认作为其组成部分之一的实质诉讼规范在本质上为公法。但与此同时也应当看到,公法一元论的实质诉讼法说在理论上留有这样一个难题:按照权利既存理论的解释,只有民法才是调整民事法律关系的法律规范,公法不具有调整民事法律关系的功能,倘若承认实质诉讼法在民事法律关系的诉讼形成中对其权利内容、范围甚至构成要件有不同于民法(合意形成规范)之影响,则无疑等于承认作为公法的民事诉讼法在一定程度上也具有调整民事法律关系的功能;反之,倘若不承认实质诉讼法在本质上属于公法,则无疑将其排除在了公法性质的民事诉讼法之外,进而在使其重返私法体系的同时,又使民事诉讼法减缩为单纯的诉讼程序法。因此,在坚持公法一元论的实质诉讼法说前提下,如何从理论上彻底解明同一民事法律关系因形成规范不同而在构成要件、权利义务的内容及范围上出现的差异问题,对于进一步认识实质诉讼法的固有能力及特质,尤其是深入探讨民事诉讼法与民法的关系,将意义非凡。

## (二) 公法一元论的实质诉讼法说的实益

公法一元论的实质诉讼法说,有助于我们认识民法体系与民事诉讼法体系在本质上的区别,进而按照诉讼法原则及法理对实质诉讼规范进行立法、解释和适用。概括而言,其实益主要体现在如下几个方面。

第一,对于民法中的实体诉权规定,我们应当认其为实质诉讼规范,并按照诉讼法的法理及原则加以解释和适用。以民法典各分编草案为例,其中第323条及第380条有关当事人对人民法院提出的变更和解除合同之请求,以及第328条及第331条有关债权人对人民法院提出的撤销债务人行为之请求,皆非民法的固有请求权(Anspruch)之规定,而是为民事权利保护罩上实质诉讼法外衣的实体诉权之规定。由于这些条款中的“请求”实际上是指“诉”,在权利化的意义上是指“诉权”而非“请求权”,因此建议立法者将这些条款以及民法典各分编草案中所涉“请求人民法院”一语全部修正为“向人民法院提起某某之诉”。这种修正性表述也符合我国民事诉讼法学对于“请求”和“诉”这两个概念的习惯性表达和使用。民法上的请求权的行使相对方是作为被请求人的民事主体,而原告作为诉讼当事人不能向人民法院行使作为民事权利的请求权,他只能要求人民法院对其向被告提出的实体请求权主张予以司法保护,换言之,原告只能向人民法院行使民事权利的诉讼保护权即诉权。当然,如果有学者将民法典各分编草案上述条款中的“请求”理解成是公法诉权说中“权利保护请求权”或者“本案判决请求权”等意义上的“请求”,那么我们也仍有必要在这些条文的法律解释中明确说明,它实际上是指诉权而非民法上的固有请求权。如是,对于上述实体诉权意义上的“请求”,我们在其行使要件及其法律效果的解释和适用上,应当采用实质诉讼法原则及法理为之。

第二,对于民事诉讼法上的诉讼行为和诉讼契约之类对民法概念的借用,应当根据实质诉讼法原则及法理进行解释和适用。例如,诉讼行为是对民法上的法律行为概念之借用,但两者分属于不同法域。诉讼行为分为处分性行为 and 程序性行为。其中处分性行为关涉当事人对争讼法律关系内容和客体的处分,与民事权利义务关系的诉讼形成具有因果关系,因此,处分性行为属于实质诉讼法的调整范围。通常以为,民事法律行为以意思表示为成

立要件，而诉讼行为的成立在原则上采用表示主义。就诉讼请求的承诺、放弃而言，虽然其法律效果关涉实体权利义务的诉讼形成，但因通说认为诉讼请求的承诺和放弃为处分性诉讼行为而非民事法律行为，所以其成立要件应当按照外观表示行为本身加以确定，原则上排除民法规定的意思表示真实要件之适用。

诉讼契约是对民法上的合同概念之借用，且两者都是平等的当事人之间达成的合意。但是，民事合同的法律效果原则上仅及于当事人之间（合同相对效原则），而诉讼契约及于的主体还包括人民法院。因此，诉讼契约既不属于民法典各分编草案第254条的调整范围，也不属于其第255条所指的“合同”，更不属于第258条的适用对象。此处之所以强调诉讼契约应当被排除在第258条的适用对象之外，盖因该条规定“本编（指合同编——笔者注）或者其他法律没有明文规定的合同，适用本编第一章至第八章的规定，并可以参照适用本编或者其他法律最相类似合同的规定”。倘若按照字面意思解释该条，似乎可以得出这样一个结论：由于民事诉讼法没有就诉讼契约作出明文规定，因而它属于“其他法律没有明文规定的合同”，所以就其成立要件和法律效果的解释和适用，可以“适用合同编第一章至第八章的规定”，或“可以参照适用合同编或者其他法律最相类似合同的规定”。但这种解释显然混淆了诉讼契约与民事合同在本质上的区别，并可能造成剥夺当事人诉权的后果。民事主体依约定放弃民事权利具有民法上的正当性和合法性，然而诉权属于公法权利，除法律有特别规定外，国家禁止当事人通过合意形式放弃或约束诉权的行使。需要指出，虽然诉权不能够按照当事人间的约定（合同）被剥夺，但当事人可以按照处分原则依法不行使或不完全行使诉权。例如，当事人可以采用不起诉或撤诉方式放弃行使诉权。但此种情形并不意味着当事人不享有甚至被剥夺了诉权。

第三，按照国际民事诉讼的惯例以及民事诉讼法第259条的规定，涉外民事诉讼中贯彻诉讼法适用法院地法原则，但准据法的适用则可以采用多种选择方法。因此，将实质诉讼规范作为私法规范还是诉讼法规范，对于贯彻法院地法原则以及维护司法主权将产生直接影响。于此方面，欧盟在民事诉讼立法中将如何协调各国间因诉讼标的的制度不统一所产生的诸多问题当作“核心理论”（Kernpunkttheorie），即是显例。<sup>[18]</sup>“核心理论”旨在协调欧盟各国法院对同一诉讼标的案件的管辖，以此解决重复起诉问题。因此，是按照实体法说还是诉讼法说来识别诉讼标的，将直接关系到某国法院能否对某一民事诉讼案件行使管辖权以及审判权的问题。

第四，在解决时际法冲突的问题上，按照诉讼法从新法和实体法从旧法原则，将实质诉讼规范作为私法规范还是诉讼法规范，对于解决新旧法律之间的冲突以及新法是否具有溯及力等问题，也有着直接影响。

### 三、实质诉讼法与诉讼程序法的关系

民法、实质诉讼法、诉讼程序法是支撑民事诉讼制度得以运行的三大法律支柱，三者

[18] 目前，我国学界尚无一篇研究欧盟民事诉讼立法中的“核心理论”的专论，仅在个别有关诉讼标的的理论研究成果中有些许提及。例如，陈杭平：《诉讼标的理论的新范式——“相对化”与我国民事审判实务》，《法学研究》2016年第4期；陈刚：《诉与诉讼对象》，载前引[12]，陈刚编书，第268页。

之间存在着密切联系。鉴于实质诉讼法与民法的关系已在前述中有大幅阐述,本部分专就实质诉讼法与诉讼程序法的关系作一简单分析。

在我国现行民事诉讼法体系中,实质诉讼法和诉讼程序法共存其中,两者虽功能有异,但相辅相成,皆服务于民事诉讼制度之运行。由于实质诉讼法对于民事法律关系的诉讼形成有着自己的独特内容和构造,因此,必须有一种与之相应的程式及规程,而这种规定民事法律关系的诉讼形成之程式的诉讼规范,就是通常所谓的诉讼程序法。尽管民事诉讼法是诉讼程序规范和实质诉讼规范之集合,但是从法律发达史上考察,二者长期处于分离状态。而在两种诉讼规范统合的现代民事诉讼法中,由于实质诉讼规范和诉讼程序规范属于目的与手段的关系,因而在立法上又往往将它们规定在同一法条之中,这也是造成我们经常将两种规范混同的重要原因。以诉和诉的行使方式为例,虽然诉的构成属于实质诉讼法的规定,诉的行使方式属于诉讼程序法的规定,但现行民事诉讼法第121条将两者规定在同一款中。其中,诉讼程序规范规定诉的行使方式应当采用诉状(书面形式),同时要求记载“诉讼请求和所根据的事实与理由”。但何谓“诉讼请求和所根据的事实与理由”,则是诉的构成(诉讼请求的构成)问题,必须依赖于实质诉讼法的解释。不仅如此,实质诉讼法与诉讼程序法在适用上也有区别。前者因建立在民法基础之上,属于处分性诉讼规范,为此在适用上贯彻处分原则;后者因属于强制性诉讼规范,所以在适用上贯彻禁止任意诉讼原则。以下从实质诉讼法的基本内容及构造上,就其与诉讼程序法的关系作一阐述。

#### (一) 当事人

争讼法律关系属于竞争关系,因此,民事诉讼采用当事人对立构造,将争讼法律关系的主体(当事人)分为原告和被告。民事诉讼法对于当事人的确立在诉讼程序上采用表示主义,在实质诉讼上则采用适格主义。

当事人表示(当事人确定)属于诉讼程序法上的概念及制度,是诉状应当记明的事项。按照民事诉讼法第121条第1、2项的规定,此项表示在内容上只须达到明确本案诉讼“谁是原告,谁是被告”即可,亦即能够达到特定本案诉讼当事人而不与案外其他人相混同的程度。否则,按照最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(法释〔2015〕5号,下称“民诉法解释”)第209条的规定,对于原告起诉时不能明确被告的,即起诉状上列写的被告信息不足以使被告与他人相区别的,人民法院可以告知原告予以补正,但原告补正后仍不能明确被告的,人民法院将以程序性事由作出不予受理之裁定。因此,当事人表示是否明确,属于本案的程序审理事项,是诉讼程序法的适用对象。

当事人适格是实质诉讼法上的概念及制度。它是指当事人在民事法律关系的诉讼形成过程中享有诉讼实施权以及接受本案判决结果的资格,也称正当当事人。由于当事人适格的确定标准与争讼法律关系尤其是作为其基础的民事法律关系有着不可分割的关系,所以对于当事人是否适格的认定属于本案实体审理的范围。在理论上,如果法院在本案审理过程中发现起诉状上表示的当事人不具有诉讼实施权,即不属于本案的适格当事人,则应当以此为理由作出驳回诉讼请求的判决。民事诉讼法第119条第1项规定,原告适格的标准是“与本案有直接利害关系”。但作为例外,法律规定在民事公益诉讼之类的客观诉讼中,不要求原告与本案有主观上的利害关系。除第119条外,民事诉讼法中关涉当事人适格的实质诉讼规范还有许多,如有独立请求权第三人适格、必要的共同诉讼当事人适格、第三人撤

销之诉的原告适格、当事人变更等。与之相应，民事诉讼法也就这些当事人如何行使诉讼实施权、参加诉讼的方式、时间等程式以诉讼程序规范加以规制。

## （二）诉讼标的

诉讼标的是人民法院的审判对象，决定着本案争讼法律关系的内容和客体。诉讼标的在本质上是争讼法律关系的内容，即当事人之间争讼的权利义务，例如侵权责任争讼法律关系中的给付债权和给付义务。诉讼标的在具象上是争讼法律关系的客体，即争讼权利义务指向的具体对象，例如侵权损害赔偿诉讼中要求人民法院判决的具体对象，又称诉的标的或请求趣旨、请求内容等。诉讼标的是实质诉讼法上的制度和概念。由于争讼法律关系是以民事法律关系的存在为前提，所以诉讼标的又是民事权利义务关系在民事诉讼中的重现。

实质诉讼法就诉讼标的的确定、合并、变更、增减以及其与当事人适格、诉讼攻击防御方法及实体既判力等的关系作了规定。与此相应，诉讼程序法就诉讼标的的表示方法及其合并、变更、增减的申请方式、时机等程式要件作了规定。例如，当事人在诉讼进行过程中增加诉讼标的的，本案法院应当对该增加的诉讼标的具有管辖权。否则，应当以程序裁判作出不予受理的裁定，但不得以实体裁判作出驳回此项诉讼请求的判决。

## （三）诉讼攻击防御方法

诉讼攻击防御方法是指当事人为支撑民事法律关系的诉讼形成而提出的一系列主张（诉的理由、要件事实）。攻击防御方法可能会引发诉讼责任。诉讼责任又称当事人在诉讼上的不利益负担，是指当事人因作为或不作为一定诉讼行为而承担的不利益诉讼后果。与诉讼攻击防御方法相关的诉讼责任主要有主张责任和证明责任。实质诉讼法规定上述两种责任的理由，是因为其调整的争讼法律关系属于竞争性的、尚待形成的民事法律关系。

### 1. 主张责任

主张责任是指当事人因没有主张支撑民事法律关系的诉讼形成之事实，致使人民法院不能对该事实进行认定而承担的诉讼上不利益。例如，在普通侵权责任诉讼中，原告须向人民法院主张侵权行为、损害结果、两者之间的因果关系以及过错这四项法律构成要件得以成立的事实。倘若在诉讼中原告只主张了其中三项要件事实，且都被人民法院认定为存在，但由于仅凭这三项要件事实尚不能满足侵权损害赔偿责任的法定成立要件之需要，所以，人民法院也只得依据主张责任规范，判决原告因没有主张满足民事法律关系成立所要求的全部要件事实，而让其承担诉讼上的不利益后果（败诉）。主张责任具有客观性和法定性，其具体内容直接受民法规定的法律关系之构成要件支配，其存在不受当事人的诉讼行为和人民法院的审判行为左右，因而其内容也不会随着具体案件而发生变化。主张责任规范作为实质诉讼规范，其内容就是主张责任的分配。一般认为，主张责任分配的一般原则（原则性规范）与证明责任分配的一般原则相统一。因此，“民诉法解释”第90条、第91条之规定，既是证明责任分配的原则性规范，也是主张责任分配的原则性规范。即，提出诉讼请求和抗辩的当事人，应当分别就诉讼请求和抗辩所依据的事实承担主张责任；主张法律关系的成立、变更、消灭或权利受到妨碍的当事人，应当分别就上述法律关系状态所依据的事实承担主张责任。

提出主张责任是与主张责任相对应的诉讼程序法上的概念和制度，也称行为意义上的

主张责任。民事诉讼法就提出主张责任的行使方式、程式、时机等作出规定。为了尽量避免法院依主张责任规范作出判决，促成实体正义的实现，许多国家的民事诉讼法都规定了法官的释明制度，以减轻当事人的提出主张责任。德国民事诉讼法第139条规定，为了帮助当事人整理和形成审理对象，就涉及民事法律关系的诉讼形成之事项，法官有对当事人进行适当的释明、提醒、修正或催促等权能。<sup>〔19〕</sup>需要指出，对于提出主张责任的减轻并非是对主张责任的直接免除。在减轻提出主张责任的情形下，主张责任作为客观的诉讼责任仍然原封不动地存在着，它并没有随着提出主张责任的减轻而在内容上发生变化。例如，对于法定离婚成立要件之“夫妻感情确已破裂”相关事实的主张责任，并没有因为原告在诉讼中提出“对方有某种生理缺陷”的间接事实而被减轻或免除。于此情形，只是法律允许原告以主张间接事实的方法缓解其对“夫妻感情确已破裂”之主观要件事实的提出困难，而非将“夫妻感情确已破裂”之事实排除在了主张责任的对象之外。

## 2. 证明责任

证明责任是当事人因法律事实（要件事实）真伪不明而依法承担的诉讼上不利益。证明责任属于实质诉讼法规定的诉讼责任，证明责任规范属于实质诉讼规范。证明责任规范的内容是证明责任分配，“民诉法解释”第90条、第91条就是有关证明责任分配一般性原则的实质诉讼规范。

提供证据责任是与证明责任相对应的诉讼程序法上的概念和制度。证明责任规范以法律事实真伪不明为构成要件，其实质是调整争讼法律关系，为法院依判决判定民事法律关系的实际存在状态提供裁判规范。例如，依据侵权责任法第16条行使人身损害赔偿请求权的原告，应当对该权利主张（诉讼标的）得以成立的法律事实承担证明责任，在该项权利成立的法律事实真伪不明时，将被判决承担败诉结果。提供证据责任规范是规制和调整当事人举证行为的诉讼程序规范，并不直接决定当事人实体权利义务的归属。提供证据责任虽有本证责任（主观证明责任）和反证责任之分，但两者同作为提供证据责任，其实际承担依据法官的心证程度加以决定，即提供证据责任可以随着法官心证程度在当事人间进行转换。不仅如此，诉讼程序法还规定了许多与提供证据责任相关的程序规则，诸如举证时限、质证、职权探知、证据的收集和提出规则等。

目前，我国立法和司法实践极为强调当事人的证明责任，但对于当事人的主张责任却缺乏重视。这种现状是不符合民事诉讼规律及其发展要求的。从主张责任与证明责任的相互关系上分析，当事人不承担主张责任，则无须承担证明责任；反之，当事人承担证明责任，又必须以承担主张责任为前提。这其中的理由不言自明，证明责任和主张责任的对象（法律事实）是统一的，既然当事人无须对证明责任的对象承担主张责任，那么证明责任也就因此陷入“无用武之地”，更遑论其实际承担。

### （四）判决的法律效力（既判力）

因法律移植的路径不同，现行民事诉讼法使用的“判决的法律效力”概念，是对苏联法上“законная сила”的借用和汉译，但学理上我们习惯采用清末民国时期移植的德国法上“Rechtskraft”的日译概念“既判力”来表述之。质言之，现行民事诉讼法使用的“判决

〔19〕 参见蓝冰：《论民事诉讼中法官的促进诉讼行为》，西南政法大学2004年硕士论文，第12页。

的法律效力”跟学理上使用的“既判力”概念在本旨上毫无差别，只是称谓不同。<sup>[20]</sup>

判决是法院依据国家审判权对当事人间作为争讼法律关系基础的民事法律关系之实际存在与否状态的确认，从而使当事人间民事法律关系的争讼状态得到解除。简言之，民事法律关系的诉讼形成最终是通过判决实现的，判决是对民事法律关系的诉讼形成之表达。判决的上述意义在民事诉讼法的制度设计上就是判决的法律效力制度，亦即确定判决具有的诉讼法上的效果。由于民事诉讼法由实质诉讼规范和诉讼程序规范组成，因此，判决在诉讼法上的效果也分为两种：一是与实质诉讼法上的效果相对应的“判决的实质法律效力”（实质既判力）；二是与诉讼程序法上的效果相对应的“判决的形式法律效力”（形式确定力、形式既判力）。判决的实质法律效力是指根据判决形成的民事法律关系对于本案争讼法律关系的主体、内容以及时空范围的确定力。例如，根据侵权责任诉讼判决所形成的法律关系，仅对本案侵权责任争讼法律关系的适格原告和被告之间在特定时空下发生的具体权利义务产生确定力。判决的形式法律效力是指裁判于形式上确定，非经法定程序不得予以“打破”的诉讼程序法效果。这种法律效力以普通审级程序用尽（申请不服法定程序用尽）为发生效力的时点，其制度设计的目的在于终结本案诉讼程序。据此而言，有关判决的实质法律效力的法律规定，是实质诉讼法规范；而有关判决的形式法律效力的法律规定，属于诉讼程序规范。

目前，我国民事诉讼法仅规定了诉讼程序法意义上的判决的法律效力制度，但没有明确规定实质诉讼法意义上的判决的法律效力制度。这也正是我国学者普遍使用“既判力”概念研究判决的实质法律效力的一个重要原因。值得肯定的是，我国学者对于判决的实质法律效力制度的研究成果已较为丰富，<sup>[21]</sup> 这些成果将为今后建设和完善中国式的判决的实质法律效力制度以及夯实我国实质诉讼法的理论基础提供助益。

## 结 语

实质诉讼法从遥远的罗马法走来，存在于现实法律世界之中，具有宏大的构造和丰富的内容，它应当成为我国民事诉讼法学不可或缺的研究对象。复兴实质诉讼法及其理论研究，有着十分紧迫和重大的现实意义。

首先，复兴实质诉讼法及其理论研究，是打破当下通说所定“民事诉讼法观”的不二选择。通说囿于实体立法落后于程序立法等历史原因，将民事诉讼法及其法学同义于诉讼程序法及其法学。但此乃一种徒有民事诉讼法学之名，“重诉讼程序而轻实质诉讼”的诉讼程序法学。倘若固守这种学术疆界，民事诉讼法学将因为不能满足民事诉讼立法和实践之需而在法学体系中丧失其应有地位。从比较法上考察，大陆法系国家民事诉讼法学都将实质诉讼规范作为民事诉讼法学的一个组成部分。笔者以为，民事诉讼法是诉讼程序规范和

[20] 有关我国民事判决的法律效力制度的法系意识考察，参见陈刚、程丽庄：《我国民事判决的法律效力制度再认识》，《法律科学》2010年第6期。

[21] 例如，邓辉辉：《民事诉讼既判力理论研究》，中国政法大学出版社2014年版；林剑锋：《民事判决既判力客观范围研究》，厦门大学出版社2006年版；胡军辉：《民事既判力扩张问题研究》，中国人民公安大学出版社2011年版；胡军辉：《民事裁判既判力问题新探索》，法律出版社2018年版；丁宝同：《民事判决既判力研究》，法律出版社2012年版；段文波：《规范出发型民事判决构造论》，法律出版社2012年版，等等。

实质诉讼规范之集合，随之相伴而生的民事诉讼法学，也应当以集合这两种诉讼规范的民事诉讼法学为研究对象。

其次，复兴实质诉讼法及其理论研究，能够构筑促使民事诉讼法学与民法学相互联系、相得益彰的桥梁。从权利既存理论出发，民法是实质诉讼法的存在前提，民事法律关系是争讼法律关系的产生基础。没有民法之基础，何来民事诉讼法制之保护对象？就当下法学研究之实情而言，虽然民法学者或许可以固守生活规范之学术疆界，但民事诉讼法学者却不能埋头于诉讼程序规范研究之中，不闻实质诉讼法的调整对象之争讼法律关系乃以民事法律关系为产生基础，以及如何通过诉讼来形成民事法律关系之实际。

最后，复兴实质诉讼法及其理论研究，是提升民法和民事诉讼法的立法品质，正确处理两者在司法实践中的适用关系之根本。实质诉讼法诞生于私法体系，其固有功能是私权以及权利法的诉讼保护法、保障法，它以调整争讼法律关系为己任，同时又对民事法律关系的诉讼形成产生有别于民法的影响。但在实质诉讼法（诉权法）脱私法化以及公法诉权说的影响下，实质诉讼法与诉讼程序法合为一体成为了公法性质的民事诉讼法的组成部分。如此就在民法立法中产生了可否在形式上将公法性质的实质诉讼规范规定在民法典之中的问题，以及相应地在司法实践中产生了该当运用私法还是诉讼法原则及法理来解释和适用实质诉讼法的问题。正确认识和处理公法性质的实质诉讼法和私法性质的民法在立法与司法实践中的关系，对于建设统一、完整、和谐、科学的民事诉讼法体系和民法体系，有着不言自明的现实指导意义。

---

**Abstract:** The process of independence of civil procedure law is not only a process of separation between substantive procedural law and substantive private law, but also an amalgamation of substantive procedural norms and procedural rules. Therefore, the Civil Procedure Law is a law that combines substantive litigation norms and procedures. In the future, China's civil procedure law should also be an intrinsic research object that combines these two kinds of litigation norms. Civil substantive procedural law is a general term referring to litigation norms that regulate the legal relations of civil disputes as well as the formation of litigation in civil legal relations. In essence, it has undergone a transformation from the litigation norms attached to private law to civil procedure norms of public law nature. Therefore, in adjusting procedural law that regulates legal relationships of civil disputes, China should consciously exclude private law principles and jurisprudence in legislation and interpretation. At present, substantive litigation norms are seriously absent in China's civil procedure law, but can be found in large number scattered in civil laws and their judicial interpretations. In the long-run, the question of whether substantive litigation norms should be provided for in civil law or in civil procedure law is a major theoretical issue that should be prioritized in the compilation of the civil code.

**Key Words:** civil substantive procedural law, legal relationships of civil dispute, civil procedure law, civil code

---