

# 民事诉讼模式重述

——以公益和私益为论述角度

邵 明 常 洁

**【摘要】** 在民事诉讼中，必须解决当事人民事实体请求、要件事实与证据、诉讼程序事项三类事项。解决此三类事项的基本方式和基本规范称为民事诉讼基本模式，大体上分为当事人主义和法院职权主义。当事人主义中的处分主义和辩论主义适用于民事私益案件。法院职权主义中的职权干预主义和职权探知主义适用于民事公益案件。当事人进行主义和职权进行主义合并适用于民事诉讼程序，不过民事公益诉讼中职权进行主义的内容更多些。

**【关键词】** 当事人主义；法院职权主义；民事私益案件；民事公益案件

**【作者简介】** 邵明：法学博士，中国人民大学法学院教授，中国人民大学民商事法律科学研究中心专职研究员，博士生导师；常洁：中国人民大学法学院博士研究生（北京 100872）

民事诉讼模式大致包括当事人主义和法院职权主义两种类型。直至今日，我国理论界和实务界对当事人主义和法院职权主义的具体内涵及其内在逻辑关系尚存模糊认识，对当事人主义和法院职权主义各自适用范围还有一些误解。鉴此，本文旨在准确阐释当事人主义和法院职权主义的具体内涵及其内在逻辑关系和各自适用范围。

## 一、民事诉讼模式的类型：当事人主义和法院职权主义

民事诉讼案件除了私益案件之外，还包含大量公益案件。民事公益案件大体上包括传统公益案件和现代公益案件，前者主要有包含公益的合同无效案件<sup>①</sup>、人事诉讼案件<sup>②</sup>和民事非讼案件等；后者是因公害纠纷、消费权纠纷、社会福利纠纷、反垄断纠纷等现代型纠纷引起的案件，包含保护基本权利、生态环境或者维护市场秩序等公益内容。与传统民事公益案件不同的是，现代民事公益案件中常常是受害人人数众多并且与对方当事人相比处于弱势，从而在人数方面具有群体性、在利益

---

**【基金项目】** 教育部社科研究基金基地重大项目“我国民事非讼程序法理与立法研究”（15JJD820010）

<sup>①</sup> 根据我国《合同法》第52条、《劳动法》第18条和《劳动合同法》第26条，损害公益为合同无效事由。

工业国家以往的经验告诉我们，过度劳动伤害的是劳动者（特别是女工），也会损害社会乃至人类的整体利益。在德国，对于劳动争议诉讼，由于包含公共利益和第三者利益，所以当事人的处分权受到限制而以法院依职权调查事实证据为原则。参见 W. 杜茨：《劳动法》，371 页，北京，法律出版社，2005。

<sup>②</sup> 依据《最高人民法院关于开展家事审判方式和工作机制改革试点工作的意见》（法〔2016〕128号），“家事案件”是指确定身份关系的案件及基于身份关系而产生的家庭纠纷，主要案件类型有：（1）婚姻案件及其附带案件，包括离婚、婚姻无效、婚姻撤销等，附带案件包括监护权、子女抚养费、离婚后财产分割等；（2）抚养、扶养及赡养纠纷案件；（3）亲子关系案件，包括确认亲子关系、否认亲子关系；（4）收养关系纠纷案件；（5）同居关系纠纷案件，包括同居期间的财产分割、非婚生子女抚养等；（6）继承和分家析产纠纷案件等。据此，在我国，家事（诉讼）案件包括人事诉讼案件。

有关婚姻、收养、亲权等“人事诉讼案件”，或者关涉自然人的基本法律身份、婚姻家庭关系的稳定以及人类健康繁衍，或者涉及未成年人的保护问题，所以在许多国家和地区被作为公益案件。我国《婚姻法》和《收养法》关于婚姻和收养的成立要件、婚姻和收养无效事由的规定，均为强行规范。

方面具有扩散性等特点。<sup>①</sup>同时,我国《民法总则》第185条还将侵害英雄烈士等的姓名、肖像、名誉、荣誉的案件规定为公益案件。<sup>②</sup>

在民事诉讼中,必须解决以下三类事项:(1)当事人民事实体请求或者民事权益主张。比如,诉讼标的和诉讼请求、申请认定财产无主、债权人执行请求等。(2)要件事实或者直接事实和证据。实体要件事实或者直接事实用来直接支持或者直接推翻实体请求或者权益主张。根据证据裁判原则,实体要件事实或者直接事实应当运用证据来证明。就民事争讼程序而言,权益产生的要件事实或者直接事实(诉的原因)是用来直接支持“诉讼标的和诉讼请求”的,而权益妨碍、阻却和消灭的直接事实或者要件事实(属于被告抗辩事实)是用来直接推翻“诉讼标的和诉讼请求”的。<sup>③</sup>(3)诉讼程序事项。前两类事项在诉讼程序中解决。

“当事人民事实体请求”“要件事实和证据”“诉讼程序事项”构成民事诉讼法律关系的客体,即诉讼权利和诉讼义务所指向的对象,据此界定当事人主义和法院职权主义。解决这三类事项的基本方式和基本规范构成“民事诉讼基本模式”,大体分为两类:(1)当事人主义诉讼模式,即前述三类事项由当事人决定或者处分,相应地包括三方面内容,即(当事人)处分主义、(当事人)辩论主义和当事人进行主义;(2)(法院)职权主义诉讼模式,即前述三类事项由法院依职权主动决定或者裁量,相应地也包括三方面内容,即(法院)职权干预主义、(法院)职权探知主义和(法院)职权进行主义(参见图1)。

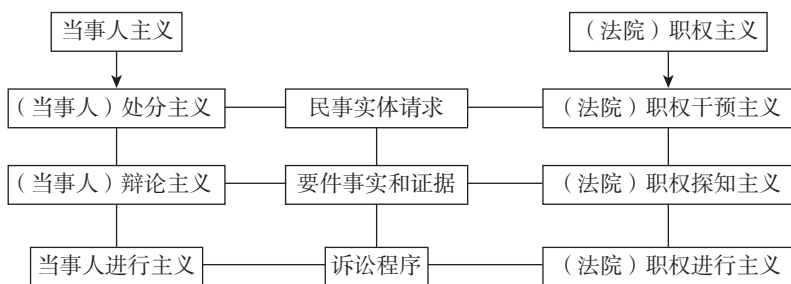


图1 当事人主义和职权主义的主要内容与解决的事项

处分主义和辩论主义适用于民事私益案件及其诉讼程序(包括争讼程序、非讼程序和执行程序)。民事私益案件适用处分主义,即当事人在诉讼中可以处分其民事权益;在当事人处分民事权益的逻辑“延长线”上,辩论主义实际上是当事人有权处分判决资料(要件事实和证据资料),即意味着在程序上尊重当事人间接处分民事权益的自由。<sup>④</sup>

职权干预主义和职权探知主义适用于民事公益案件及其诉讼程序(包括争讼程序、非讼程序和执行程序);不过,传统公益案件和现代公益案件在职权探知主义的适用方面有所不同(详见下文分析)。

当事人进行主义与职权进行主义可以合称为“程序进行主义”。当事人进行主义和职权进行主义合并适用于民事诉讼程序,只是公益诉讼中职权进行主义的内容更多些(比如原告申请撤回公益诉讼受到限制)。

法律仅要求公民个人处理自己私事时不得侵害公共利益和他人合法权益(所谓“利己不损

① 范愉:《集团诉讼问题研究》,载《法制与社会发展》,2006(1)。

② 我国《英雄烈士保护法》第25条也规定,对侵害英雄烈士的姓名、肖像、名誉、荣誉的行为,被侵害英雄烈士的近亲属及检察机关可以依法向法院提起诉讼。

③ 邵明:《正当程序中的实现真实——民事诉讼证明法理之现代阐释》,144-151页,北京,法律出版社,2011。

④ 谷口安平:《程序的正义与诉讼》,141页,北京,中国政法大学出版社,2002。

人”），不应将“维护公益”作为积极的法律义务付诸公民个人。<sup>①</sup>但是，作为国家机关，法院的基本职责是通过诉讼保护合法私益和公共利益，“维护公益”也是其存在的基础。

## 二、关于当事人的民事实体请求：当事人处分主义与法院职权干预主义

### （一）当事人处分主义

民事诉讼当事人处分主义（又称处分权主义、处分原则）的根据是私权自治原则，其主要内涵是在民事私益案件中，当事人有权合法处分其民事权益，法院应当在当事人民事实体请求范围内做出裁判或者采取执行措施。

我国民事诉讼处分原则采用广义，即当事人有权在法律规定的范围内处分自己的民事权益和诉讼权利（《民事诉讼法》第13条第2款）。本文采用狭义处分主义，即当事人依法可以处分民事权益（实体处分原则）。至于当事人依法处分诉讼权利，则属于程序处分权或者程序选择权，本文将其纳入当事人进行主义的范畴。

在民事诉讼中，有关当事人处分民事权益的任意规范，主要有两种类型：（1）当事人单方处分民事权益。比如，原告通过诉讼标的、诉讼请求或者执行请求等来决定请求法院保护其民事权益的范围，如当事人可以提出全部实体请求或者部分实体请求；原告可以放弃或者变更实体请求（《民事诉讼法》第51条）<sup>②</sup>等。（2）当事人双方协商处分民事权益。比如，双方当事人可以达成诉讼和解、执行和解来处分民事权益（《民事诉讼法》第50条和第230条）等。当事人直接处分民事权益的诉讼行为应当遵循意思真实主义而不适用表示主义。<sup>③</sup>

当事人直接处分民事权益的诉讼行为应当采用明示方式，并且应当采用书面形式。对此，我国《民事诉讼法》虽未规定，但实务中要求当事人填写“声明书”<sup>④</sup>，或者记录在审理笔录（包括音像记录）中并由当事人签名。

在民事私益案件中，法院根据事实和法律可以全部或者部分支持或者反对原告的诉讼请求，但是，若法官依职权主动替换或者超越当事人的民事实体请求做出裁判或者采取执行措施，则违反处分原则。对此，当事人可以通过上诉或者再审，请求撤销或者变更法院判决，或者提出执行异议请求撤销或者变更执行措施（《民事诉讼法》第225条）。

### （二）职权干预主义

民事公益案件中，当事人对实体权益的处分权受到限制，采行职权干预主义，即为维护公益，在当事人的实体请求不足以保护公益或者当事人对实体权益的处分有损公益的情形中，法院应当超出当事人的实体请求，不受制于当事人对实体权益的处分，做出裁判或者采取执行措施。

比如，原告提起违约之诉，其诉讼标的是请求权，具体诉讼请求是请求被告承担违约责任，此诉属于给付之诉。被告承担违约责任的前提是合同有效。通过审理，若本案法官发现存在《合同法》第52条规定的有损公益的合同无效事由，应当依职权判决合同无效（即确认合同无效）并驳

<sup>①</sup> 法谚云：“没有义务去做不可能的事”，“即使是善良的事项，但如果不可能，法律也不强求”。笔者认为，若法律积极要求公民个人维护公益，实际上是要求个人去做其没有能力做的事，从而不当增加公民的法律负担（但不妨碍将“维护公益”作为道德层面的要求）。就民事侵权领域来说，私人请求权以损害个体的权利为基础，但是在许多场合，例如空气、水污染，受害的是大众，对此，过分的做法是让人去调查是谁超过了法定的排放标准导致了损害，并且由于私人无法承担大量的成本而不得不放弃其请求权，所以此类损害案件应被纳入公益诉讼的范畴，采行职权探知主义。参见曼弗雷德·沃尔夫：《物权法》，189页，北京，法律出版社，2002。

<sup>②</sup> 应当注意，“被告可以承认或者反驳诉讼请求”（《民事诉讼法》第51条）不属于被告处分权的范畴。

<sup>③</sup> 邵明：《现代民事诉讼安定性原理》，载《中国人民大学学报》，2011（3）。

<sup>④</sup> 参见最高人民法院《民事诉讼文书样式》（法〔2016〕221号）（放弃诉讼请求用）“声明书”。

回原告诉讼请求,同时还应当根据《合同法》第58条和第59条做出具体判决。<sup>①</sup>

至于现代民事公益案件,我国并未明确规定采行职权干预主义,实务中主要是通过法院释明来维护公共利益。<sup>②</sup>问题在于,法院释明后,公益诉讼原告没有变更或者增加诉讼请求,则无法维护公益。最高人民法院2019年颁行了《关于审理生态环境损害赔偿案件的若干规定(试行)》(法释〔2019〕8号),依据其第11条的规定<sup>③</sup>,法院应当根据具体案情合理做出判决,这实际上包含法院职权干预主义的内容而不是法院的“释明”。

在民事公益诉讼中,若允许当事人随意处分实体权益,则可能损害公共利益,故法院依职权干预而不受当事人意志的约束。若原告放弃其诉讼请求或者与被告和解而害及公益的,则法院有权予以否定。换言之,原告不得放弃或者处分含有公益的诉讼请求(比如生态修复费用等),对含有公益的诉讼请求,原告放弃或者处分对法院没有约束力。笔者认为,若原告遗漏含有公益的诉讼请求,则法院应当依职权补充。

在民事公益案件中,如果法院没有依职权进行合理干预,对此应该如何处理呢?笔者认为,一方面按照正常的上诉程序和再审程序予以纠正;另一方面进行检察监督,即检察机关应当提起抗诉,按照再审程序纠正法院没有依职权维护公益的行为。

### 三、关于要件事实和证据:辩论主义与职权探知主义

#### (一) 辩论主义与职权探知主义的适用对象

在大陆法系,作为法院判决基础的资料(即“判决资料”)主要包括“诉讼资料”(从当事人法庭言词辩论中所获得的要件事实或者直接事实)和“证据资料”(经法庭质证程序所获得的证据资料)。<sup>④</sup>法院判决的根据主要包括事实根据和法律根据。事实根据是指本案要件事实或者直接事实。根据证据裁判原则,法院和当事人应当运用法定的证据种类来确认或证明要件事实或者直接事实之真伪。根据正当程序保障原理或者程序参与原则,作为法院判决的根据,“证据”应当适用法庭质证程序来确认其证据能力之有无和证明力大小,“要件事实或者直接事实”应当运用经过质证后具有证据能力的证据来确认其真伪。

判决资料是由法院收集提供还是由当事人主张提供?对此,有两种做法:(当事人)辩论主义和(法院)职权探知主义。至于如何判断证据(证据能力之有无和证明力之大小等)、如何认定直接事实(真实与否及是否符合实体规范构成要件等)、如何适用法律规范等事项属于法院应有职责或者专属权限,不属于辩论主义和职权探知主义所要解决的问题。<sup>⑤</sup>

① 应当注意,《合同法》第52条与第58条、第59条共同构成一个完整的法律规范,第52条规定的是行为模式(合同无效的要件或者原因),第58条和第59条规定的是法律效果(合同无效的效果),所以法官依据第52条认定合同无效之后,还应当根据第58条或第59条做出判决。

② 通常做法是人民法院认为公益诉讼原告提出的诉讼请求不足以保护社会公共利益的,可以向其释明变更或者增加停止侵害、恢复原状等诉讼请求。参见《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2015〕1号)第9条、《最高人民法院关于审理消费民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2016〕10号)第5条、《最高人民法院最高人民检察院关于检察公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》(自2018年3月2日起施行)第18条等。

③ 该条规定:“被告违反法律法规污染环境、破坏生态的,人民法院应当根据原告的诉讼请求以及具体案情,合理判决被告承担修复生态环境、赔偿损失、停止侵害、排除妨碍、消除危险、赔礼道歉等民事责任。”

④ 在辩论主义诉讼中,严格区分诉讼资料与证据资料,不能通过证据资料来补充诉讼资料,如证人无意中提供“债务人已经偿还债务”的证言,只要当事人没有主张已经偿还债务的事实,法院就不能采用。参见新堂幸司:《新民事诉讼法》,308-309页,北京,法律出版社,2008。

⑤ 罗森贝克等:《德国民事诉讼法》,527页,北京,中国法制出版社,2007;新堂幸司:《新民事诉讼法》,307页,北京,法律出版社,2008。



辩论主义与职权探知主义适用于（民事事实）要件事实或者直接事实（又称主要事实）及其证据。法律通常按照要件事实在当事人之间分配主张责任和证明责任，其主要原因有：（1）实体法律规定的是要件事实并非多种多样的间接事实，要件事实或者直接事实的作用或意义是“直接支持”或者“直接推翻”原告的民事权益主张，而间接事实的主要作用是证明直接事实。（2）“依法审判”决定诉讼的基本思维方式是三段论式的，即根据大前提（实体法律规范要件事实）和小前提（符合实体法律规范要件的直接事实）推导出结论（判决主文）。（3）根据“纲举目张”原理，对某项要件事实承担主张责任和证明责任（即“纲举”），则对支持该项要件事实的间接事实及辅助事实负责主张和证明（即“目张”）。

问题是，对当事人没有主张的间接事实，法院可以根据举证过程中呈现出来的情况进行审理和做出判断，这样可能对当事人造成突然袭击从而背离了正当程序保障原理，所以，学术上将间接事实纳入当事人主张责任的适用范围。<sup>①</sup>对此，笔者认为，当事人主张责任和证明责任的适用范围仍然是要件事实或者直接事实；由于间接事实的主要作用是证明直接事实，所以将间接事实作为证据对待，接受当事人质证，如此则遵行了正当程序保障原理，对当事人不会造成突然袭击。

## （二）辩论主义

在大陆法系、英美法系国家和地区民事诉讼中，辩论主义（又称当事人提出主义）不同于我国《民事诉讼法》第12条规定的辩论原则或者辩论权主义（属于程序参与原则或者对审原则的内容）<sup>②</sup>，是指当事人对判决资料的处分，即主张事实和提供证据是当事人的权能或者责任，当事人无争议的实体要件事实应为判决的根据。<sup>③</sup>对此，具体阐释如下（辩论主义的具体内涵参见图2）。

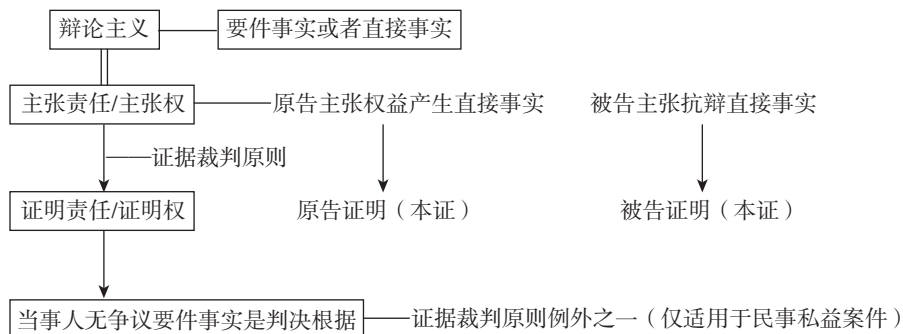


图2 辩论主义的基本内涵

（1）辩论主义的基本内涵之一是当事人对利己要件事实或者直接事实享有“主张权”或者承担“主张责任”<sup>④</sup>，法院只能对当事人主张的没有撤回的要件事实或者直接事实决定是否采信，不得调查和采用其他要件事实或者直接事实。

（2）辩论主义的基本内涵之二是根据证据裁判原则，当事人对利己的有争议的要件事实或者直

<sup>①</sup> 张卫平：《诉讼构架与程式》，181页，北京，清华大学出版社，2000；王亚新：《对抗与判定》，109-111页，北京，清华大学出版社，2010；高桥宏志：《民事诉讼法》，340-357页，北京，法律出版社，2003。

<sup>②</sup> 邵明：《论民事诉讼程序参与原则》，载《法学家》，2009（3）。

<sup>③</sup> 从权利或者权能的角度来说，辩论主义体现了当事人对作为判决基础的诉讼资料和证据资料的处分权；根据权责一致性原理，法律又将主张事实和提供证据作为责任赋予当事人。因此，与当事人“主张权”和“证明权”相一致，当事人分别负担“主张责任”和“证明责任”，从而构成辩论主义的基本内涵。

<sup>④</sup> 主张责任（又称陈述责任）是指当事人负责主张利己要件事实或者直接事实，否则承担实体不利后果（比如败诉）。主张责任（和证明责任）虽然由因某项法律事实的法律效果发生而受益的当事人承担，但是，不论是负主张责任的当事人主张利己事实，还是对方当事人提出该事实，都符合主张责任的要求，法院可以将该事实作为判决的根据，此为主张的共通性（属于事实共通性的范畴）。参见邵明、欧元捷：《论现代民事诉讼当事人的主张责任》，载《武汉大学学报》（社会科学版），2015（2）。

接事实(证明对象)享有证明权或者负担证明责任;当事人没有提供或者自愿撤回的证据,法院不得将其作为认定事实的根据,即法院只能对当事人提供的证据决定是否采用。

前述辩论主义的两项基本内涵(主张责任与证明责任)之间的法律逻辑关系是:(1)根据“证据裁判原则”,从责任的角度来说,当事人对其主张的利己的有争议的要件事实或者直接事实,应当负担证明责任(提供本证做出证明)。(2)主张责任与证明责任的分配规范通常是一致的,两者间的通常关系是“谁主张谁证明”(Who asserts must prove)。根据民事实体法律规范构成要件原理,原告首先应当主张权益产生的要件事实或者直接事实(用来直接支持其民事实体请求)并承担证明责任,然后,被告主张权益妨碍、阻却或消灭的要件事实或者直接事实(用来直接推翻原告民事实体请求)并承担证明责任。<sup>①</sup>

(3)辩论主义的基本内涵之三是作为证据裁判原则的例外(即免证事实),当事人没有争议的要件事实或者直接事实(包括诉讼上自认的事实,下文同)应被作为判决资料,并且法院和当事人不得做出与该事实不一致的判断和陈述。

辩论主义的基本内涵之二实际上体现的是遵行证据裁判原则的内容,辩论主义的基本内涵之三则属证据裁判原则的例外情形。问题是,从证据裁判原则例外的角度来说,为什么仅当事人没有争议的直接事实构成辩论主义的基本内涵呢?

笔者的理解是:作为证据裁判原则的法定例外,法院司法认知的事实、推定的事实和已决的事实在公益案件和私益案件中均可适用并有着相同的免证效力,但是,当事人没有争议的直接事实作为免证事实仅适用于私益案件,而在公益案件中不具有免证的效力(详见下文),从而形成辩论主义与职权探知主义第三项内涵的区别。

应当注意,采行辩论主义并非放弃对真实的追求,事实上,辩论主义也是发现真实的手段之一。在民事争讼程序中,存在着相互对立的双方当事人,最能体会利害关系者莫如当事人本人,为维护自己的民事权益,通常会积极主张利己事实和提供利己证据并进行相互对抗,从而在法官面前能够比较全面地展示案情,使法官兼听则明。<sup>②</sup>

现代辩论主义在保留传统辩论主义基本内涵的基础上,为弥补当事人能力不足和实现诉讼公正,对传统辩论主义做出如下补充规定:

(1)规定法官释明制度,旨在弥补当事人在主张事实和提供证据方面的不足,以实现真实和诉讼公正。法官释明是法官的职权行为,所以既是权力(释明权)又是职责(释明义务)。法官释明应当基于公正或者中立的立场并遵行对审原则,在辩论主义程序中,应由当事人决定是否补正不完善的诉讼行为,法官不得通过释明为当事人导入新事实和新证据,否则将构成上诉理由。

(2)当事人基于客观原因或者正当事由可以申请法院收集证据。根据我国《民事诉讼法》第64条第2款和第200条第5项、《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,下文简称《解释》)第94条和第95条等规定,在民事私益案件中,对本案主要证据,当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的,有权书面申请法院收集;法院未依法收集的,作为法定的再审理由。

(3)法官询问当事人。在大陆法系的一些国家和地区,法官通过询问当事人,使当事人对案件

<sup>①</sup> 少数情形中,主张责任和证明责任的分配是不一致的。比如,在证明责任倒置的情形中,虽然原告主张权益产生的要件事实,但是法律将部分要件事实倒置给被告来证伪;虽然众所周知的事实、公证的事实、预决的事实、推定的事实和诉讼上自认的事实等相对免证事实不作证明责任的适用对象,但是当事人应当负担主张此类事实的责任。

<sup>②</sup> 就诉讼上自认来说,也未放弃真实。比如,已被证明为真实或者虚假的事实不能自认为虚假或者真实;根据相关经验法则,精神智力正常的自认人对不利己事实的自愿承认,往往是真实的;自认人证明自己因受欺诈、受胁迫或者意思表示错误所做出的自认,可以向法院请求撤销该自认。参见邵明:《我国民事诉讼当事人陈述制度之“治”》,载《中外法学》,2009(2)。

事实做出的陈述被当作证据，不过在辩论主义诉讼中具有补充性。<sup>①</sup> 依据《解释》第 110 条和第 397 条的规定，法院认为有必要的，可以要求当事人在法庭上就案件事实接受询问。笔者认为，我国现行法应当对法官询问当事人的作用（即是否作为证据而纳入当事人陈述中）和是否具有补充性做出明确规定。

（4）当事人承担真实义务和禁反言义务。真实义务要求当事人及其法定代理人不得故意或者重大过失地虚假陈述事实。<sup>②</sup> 禁反言主要是指同一当事人对同一案件事实的陈述应当前后一致（除非前面的陈述是虚假的而被撤销）。<sup>③</sup> 当事人承担真实义务和禁反言义务均为诚实信用原则的内容，旨在防止当事人操纵事实真相，实现事实真实。<sup>④</sup>

### （三）职权探知主义

职权探知主义（又称职权调查主义）的基本内涵有三：（1）法院依职权主动调查当事人没有主张的要件事实或者直接事实并作为判决资料；（2）法院依职权主动收集或者采用当事人没有提供的证据；（3）当事人没有争议的事实没有免证的效力，法院应当调查其真伪以决定是否采用。根据我国《民事诉讼法》第 64 条第 2 款，《解释》第 92 条和第 96 条，《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2015〕1 号）第 14 条和第 16 条，《最高人民法院关于审理消费民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2016〕10 号）第 12 条等相关规定，我国法院职权探知的内容仅包括上述第（2）（3）项基本内涵。笔者认为，由于要件事实或者直接事实直接决定民事权益的产生、妨碍、阻却或者消灭，即能够直接支持或者直接推翻原告“民事实体请求”，所以，若当事人没有主张完整的要件事实或者直接事实，法院为维护公益应当依职权主动补充，应当将职权探知主义第（1）项基本内涵纳入相关制度中。

笔者认为，传统民事公益案件与现代民事公益案件在职权探知方面应当有所不同。在传统民事公益案件中，通常是由自然人个人作为原告，故应适用职权探知（但是鼓励原告积极提供证据）。在现代民事公益案件中，从专业性等角度来看，作为原告的消费者保护组织、环境保护组织、检察机关等，其主张事实和收集证据的能力不弱于甚或强于法院，故应由其承担主张责任和证明责任，法院职权探知主要起补充作用，即原告提供的证据不足以证明事实真相的，则法院依职权探知。

有种观点认为适用职权探知主义违背正当程序保障原理，理由是法院依职权调查收集的事实和证据无须经过当事人质证和辩论而直接作为判决的根据。笔者认为，前述观点不成立，理由不合理。根据正当程序保障原理或者程序参与原则，凡是作为判决根据的事实和证据，不管是当事人还是法院等收集或者提供的，都应当经过当事人的质证和辩论（即经过法庭调查和法庭辩论）后，才能作为裁判的根据。当然，为避免先入为主所产生的偏见，收集事实证据的人员不应是本案的审判法官，而应是法院的其他公务人员。

为有效维护公共利益，在民事公益诉讼中有关职权探知主义的诉讼规范应为强行规范，所以，我国立法上应当将“法院因没有依职权探知而做出错误判决的”，明确规定为上诉和再审的法定理由。<sup>⑤</sup>

① 其含义是法庭言词辩论终结时，若现有证据不足以使法官心证形成确信，由于法官不得依职权收集证据，只得通过询问当事人的方式了解事实真相。但是，在职权探知主义诉讼程序中，为查明涉及公益的案件事实，询问当事人不具有补充性且被作为第一层次的证据，法院可以随时询问当事人。参见邵明：《我国民事诉讼当事人陈述制度之“治”》，载《中外法学》2009（2）。

② 依据《解释》第 110 条的规定，法院在询问当事人之前，可以要求其签署保证书；保证书应当载明据实陈述、如有虚假陈述愿意接受处罚等内容。

③ Longman. *Dictionary of Law*. eighth edition, London: Pearson Education Limited, 2017, p. 178.

④ 有关我国如何构建当事人真实义务制度，可以参见纪格非：《我国民事诉讼中当事人真实陈述义务之重构》，载《法律科学》，2016（1）。

⑤ 邵明：《析法院职权探知主义》，载《政法论坛》，2009（5）。

#### 四、关于诉讼程序事项：当事人进行主义与职权进行主义

##### （一）当事人进行主义与职权进行主义的内涵和表现

程序进行主义包括当事人进行主义和职权进行主义。对于民事诉讼程序事项，由当事人来决定或者完成的则属当事人进行主义，由法院来决定或者完成的则为职权进行主义，有些民事诉讼程序事项（比如《民事诉讼法》第52条规定的适用普通共同诉讼等）应由法院与当事人共同决定或者共同完成。

当事人进行主义主要表现为当事人行使程序权利的诉讼行为（比如起诉）和履行程序义务的诉讼行为（比如债务人申报财产），既有单方行为（比如撤诉）又有双方行为（比如合意适用简易程序）。职权进行主义主要表现为法院对程序事项的裁定和执行等，比如法院裁定驳回起诉、法院决定回避、主持审理程序和执行程序合法有序及时进行（相关权力被称为诉讼指挥权）、裁定采取执行措施等。

由于法院和当事人是民事诉讼的基本主体，无法院和无当事人则构不成诉讼；同时，根据司法消极原则和程序参与原则等司法或诉讼的基本原理或者基本原则，各国民事诉讼法对于诉讼程序事项均采用折中主义，即法院和当事人对相应的程序事项拥有决定权。比如，就初审程序而言，其开始阶段通常包括原告起诉、法院受理、被告答辩等内容；其续行阶段通常包括当事人交换证据、质证辩论和法院主持诉讼程序等内容；其终结情形包括法院裁判终结和当事人撤诉等。

职权进行主义的因素在民事公益案件中比民事私益案件更多些。比如，在民事公益案件中，法院为维护公益不同意撤诉<sup>①</sup>；人事诉讼案件因涉及公益而不适用协议管辖等。<sup>②</sup>

##### （二）程序进行主义与民事诉讼安定性

根据民事诉讼安定性，法官和当事人应当按照法定的程序序位和行为要件实施诉讼行为，旨在避免程序混乱、保障程序有序顺畅进行。

民事诉讼安定性决定了民事诉讼法律规范主要是强行规范，旨在严格约束法院和当事人遵行法定的程序序位和行为要件，不得随意变更适用和排除适用，否则属重大程序违法。法院违反司法中立性、公开性、参与性、平等性等强行规范，属于重大程序违法的情形，构成上诉或者再审的理由。当事人违背强行规范的，其行为通常无效或者不产生行为人预期的法律效果，比如对于不符合起诉条件的起诉，法院应当裁定驳回起诉。

根据民事诉讼安定性，对民事诉讼法明文允许选择的程序事项，法院和当事人才可做出选择（有关规范属任意规范），否则其选择行为通常无效。其情形主要有：（1）允许法院自由裁量的程序事项，比如上诉法院可以决定在本院、案件发生地或者原审法院所在地审理上诉案件等；（2）允许当事人选择的程序事项，例如当事人可以选择是否上诉、是否签订管辖协议等；（3）允许法院与当事人共同选择的程序事项，比如《民事诉讼法》第52条规定的程序事项等。

根据民事诉讼安定性，当事人诉讼行为以“取效性”为常态。当事人取效性诉讼行为，比如当事人申请回避等，必须经法院同意才能产生当事人预期的法律效果。管辖协议签订等与效性诉讼行为，只要符合法定要件或者法律规定，无须法院同意就可产生行为人预期的法律效果，法院相关裁判只是对其法律效果的确认。

<sup>①</sup> 参见《解释》第290条、第337条、第338条、第410条和《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第27条等。

<sup>②</sup> 姜世明：《民事程序法之发展与宪法原则》，392页，台北，元照出版有限公司，2009。



根据民事诉讼安定性，有关民事诉讼程序的单方诉讼行为采取表示主义，比如只要存在法官应当回避的法定情形，当事人就可申请回避，不以申请人的意思真实为申请回避的合法要件。至于有关民事诉讼程序的合意诉讼行为，比如双方当事人诉前达成管辖协议，《民事诉讼法》并未采用意思真实主义，即未以当事人的意思真实为合法要件。笔者认为，此类行为虽是诉讼行为，但因其是合意行为，宜适用意思真实主义。<sup>①</sup>

在自由资本主义或者私法至上的历史阶段，由于民事案件基本上是民事私益案件，以至于当时普遍的看法和做法是当事人主义是原则而法院职权主义是例外。<sup>②</sup> 19 世纪中叶以后，由于民事行为越来越多地包含公益内容，国家有必要适度适时地干预此类民事行为，在民事诉讼中则体现为适度适时地适用法院职权主义。从保护私益和维护公益的角度来说，当事人主义与职权主义各有其存在的根据和适用的范围，不应有原则与例外之别。为有效维护公益，我国应当完善法院职权主义的相关制度，比如明确规定职权干预主义适用于民事公益案件、职权探知主义在现代民事公益诉讼中的补充作用、法院违反职权主义为上诉和再审的理由等。

## Restatement of Civil Litigation Model: From the Perspective of Public Interest and Private Interest

SHAO Ming, CHANG Jie

(School of Law, Renmin University of China, Beijing 100872)

**Abstract:** Civil litigation Model includes two types: the adversarial system and the inquisitorial system. Directly according to the three matters to be resolved (including civil claim of the parties, elementary facts and evidence, procedural matters), the adversarial system covers the (adversarial) disposition doctrine, the (adversarial) debate doctrine and the adversarial procedure guiding doctrine; the inquisitorial system covers the inquisitorial intervention doctrine, the inquisitorial investigation doctrine and the inquisitorial procedure guiding doctrine. The disposition doctrine and the debate doctrine are applicable to civil private interest cases and their proceedings. The inquisitorial intervention doctrine and the inquisitorial investigation doctrine are applicable to civil public interest cases and their proceedings. Both the adversarial procedure guiding doctrine and the inquisitorial procedure guiding doctrine are applicable to civil procedure, but the inquisitorial procedure guiding doctrine plays more important role in civil public interest cases.

**Key words:** Adversarial system; Inquisitorial system; Civil private interest cases; Civil public interest cases

(责任编辑 李 理)

<sup>①</sup> 邵明：《论民事诉讼安定性原理》，载《中国人民大学学报》，2011（2）。

<sup>②</sup> 石志泉：《石志泉法学文集》，315-316 页，北京，法律出版社，2014。