

民法典与民事诉讼法的连接与统合

——从民事诉讼法视角看民法典的编纂

张卫平*

内容提要：民法与民事诉讼法有着不可分割的内在联系。民法典的编纂作为一项巨大的系统工程，不仅涉及实体法内容，也将涉及民事诉讼法的内容。民法典的编纂必须注意民事诉讼法的发展、完善过程，不能将陈旧的、即将过时的民事诉讼法规范纳入民法典之中。民法典编纂过程中也需要关注与民事诉讼法的对接、协调与统合，并从民事诉讼法发展、完善的角度思考民法典的相应规制，以便引导和支持民事诉讼法的修改和完善。民法典编纂过程中应当统一全盘考虑民法与民事诉讼法的概念统一问题，避免二者在制定和修改过程中出现彼此不予关照、不予统一的封闭现象。民法典与民事诉讼法在程序规范方面存在分工，原则上相对特殊的、具体的程序性规范应考虑规定在实体法中，而相对一般的、抽象的程序规范则规定在民事诉讼法中。

关键词：民法典 民事诉讼法 请求权 诉权 诉讼时效 强制执行

当下，我国民法典编纂工作已经正式启动。民法典的编纂也再次成为法学界关注的热点和焦点。民法典是调整平等主体之间的人身关系和财产关系的基本法律规范，而平等主体之间的这两种关系是最重要、最基本、最广泛的社会关系。因此，民法典的编纂无疑将极大地推动我国社会的进步和发展；将有助于现代社会价值的建立、维护和保障；有助于我国社会的繁荣、和谐、稳定。我国的市场经济社会也只有在—部科学民法典的基础上才能得以安定。民法典的编纂是我国建设法治国家、依法治国的最重要举措之一。

毫无疑问，民法典的这些重要价值和功能能否实现，首先取决于民法典本身的科学性，取决于其是否是一部好的民法典、一部科学的民法典。^{〔1〕}—方面，—部科学的中国民法典应当适应中国国情，满足中国社会现实和发展的需要，体现和反映现代社会的价值观，能够与其他领域的实体法充分统合与协调。另—方面，—部科学的民法典还必须考虑民法典所规定的价值命题得以充分实现的可行性。不具有可实现性的法典只能是一张画饼。众所

* 清华大学法学院教授。

本文为《法学研究》2015年秋季论坛“民法典编纂的前瞻性、本土性与体系性”约稿。

〔1〕〔德〕马丁内克：《德国民法典与中国对它的继受》，《德国民法典》陈卫佐译本导言，法律出版社2007年版，第12页。

周知，实体法的实现必须依靠相应的程序及程序规范。民法典作为民事实体法的基本法，也必须依赖于民事诉讼程序才能得以实现。这种依赖关系使得民法典的编纂不是孤立的、可以独自前行的立法作业。民法典的编纂必须充分考虑与民事诉讼法的对接、协调和统合。

在过去的民事诉讼法制定和修改中，人们大体上注意到了民事诉讼法对各民事实体法内容的关照与协调，但应当承认，在民事实体法的制定和修改中，人们对民事诉讼程序和民事诉讼法的关照与协调往往不够。这与我国法制和理念上历来“重实体、轻程序”的传统有直接的联系。因为民事实体法与民事程序法彼此之间具有同样的精神，具有不可割裂的内在联系，彼此联动、依赖，所以民事实体法与程序法之间必须彼此关照。一旦缺失彼此之间的相互关照，就可能因为实体法规定的错误、缺失或不合理，导致民事程序法规定的错误与矛盾；或者因为民事程序法规定的错误、缺失或不合理，导致与实体法的冲突和矛盾。因此，在民法典的编纂中必须充分关照民事诉讼法。这种关照，如果仅从实体法的视角进行自我审视，往往对两者关联的观察存在盲区或盲点。因此，也就需要从民事诉讼法的视角反观民法典的编纂。这种多视角的观察与思考，能够使民法典与民事诉讼法充分对接、协调和统合，由此将更有利于民法典规定的价值命题的实现。

一、民法典编纂对民事诉讼法发展的契合与引导

民法典作为一个非常庞大的规范体系，其中有许多部分与民事诉讼程序相关，且有的规范是以民事诉讼法的既有规定为前提的。正是由于民事诉讼法的某些规范对民法所具有的这种先决性或前提性，民法典也就必须将这些具有先决性、前提性的民事诉讼法规范及概念植入自身之中，彼此形成契合。民事诉讼法自身也有一个不断修改、更新的过程，因此，民法典的编纂必须注意民事诉讼法的这一发展、完善过程，不能将陈旧的、即将过时的民事诉讼法规范植入一部崭新的法典之中。另一方面，一旦民法典不慎将过时、陈旧的民事诉讼法规范加以规定，也势必反过来对民事诉讼法的发展和完善形成桎梏，给民事诉讼法的修改设置新的障碍。

下面，我们以民法中的时效制度为例加以说明。时效制度是民法典中必须明确规定的基本制度，我国规定为诉讼时效制度。在诉讼时效制度中，关于诉讼时效中断的规定是其主要内容之一。诉讼时效的中断必然涉及诉讼时效中断的法定事由，各国民法典都对时效中断的事由作了规定。从国内学者的一般认识来看，通常将权利人提起诉讼或起诉作为诉讼时效中断的法定事由。现行民法通则第140条即规定诉讼时效因提起诉讼而中断。根据现行民事诉讼法的规定，对当事人的起诉存在受理、不予受理或驳回起诉三种处理。对于起诉经审查符合起诉条件的，人民法院予以受理；经审查不符合起诉条件的，告知不予受理，坚持起诉的，裁定不予受理；受理以后发现不符合起诉条件的，裁定驳回起诉。对于人民法院受理起诉的，诉讼时效发生中断，问题是，对于人民法院裁定不予受理或者驳回起诉的，诉讼时效应当如何处理？通常认为，法院不予受理或驳回起诉的，诉讼时效不发生中断。^{〔2〕}

〔2〕 参见张卫平、李浩：《新民事诉讼法原理与适用》，人民法院出版社2012年版，第250页。海商法第267条规定：时效因请求人提起诉讼、提交仲裁或者被请求人同意履行义务而中断。但是，请求人撤回起诉、撤回仲裁或者起诉被裁定驳回的，时效不中断。

对此,现行民法通则没有明确规定,不能不说是一个缺陷。本次民法典编纂对此应当明确予以规定,否则可能在诉讼实践中产生混乱。但如果要加以规定,就将涉及民事诉讼法的相关制度。笔者看到的几个民法总则建议稿中,均将权利人提起诉讼作为诉讼时效中断的事由之一。有的建议稿进一步规定,尽管提起了诉讼,但法院对起诉不予受理或驳回起诉的,时效不发生中断。笔者认为,民法典应当将提起诉讼后不发生时效中断的情形明确加以规定。

1. 提起诉讼与时效中断

如果依然将不予受理或驳回起诉作为不发生时效中断的事由,在表述上就存在不妥之处。上述建议稿的规定无疑与我国现行民事诉讼法的起诉、诉以及裁判制度有关。现行民事诉讼法明确规定了不予受理、驳回起诉的制度(第123条、第154条)。但从改革和完善的角度来看,现行起诉立案制度必须改革,而且已经在政策范围内推行。党的十八届四中全会明确指出要改革案件受理制度,变立案审查制为立案登记制。我国现行的民事起诉受理(立案)制度的结构性问题,在于将诉讼要件植入起诉条件之中,在起诉受理阶段中相应地对这些诉讼要件提前进行审查,必然导致起诉的高阶化、起诉难。^[3]改革的正确措施是将诉讼要件(诉讼的合法性要件)例如法院主管、管辖、当事人的存在、当事人能力、诉讼能力、是否重复诉讼、当事人是否适格或是否有诉讼实施权、是否在一定期间内起诉等从起诉条件中移出,将诉讼要件的审理判断放在立案登记之后,进而使得起诉条件大幅度降低,这才有可能实现登记立案制。^[4]诉讼要件的审理置于立案阶段之后,对于欠缺诉讼要件的诉讼,法院不再是驳回起诉,而是以裁定驳回诉的形式进行处理。诉讼要件不是起诉条件,当然不能以原来驳回起诉的方式处理欠缺诉讼要件的情形。一旦起诉受理制度改革之后,由于起诉条件的降低(起诉状只要求有明确的原告、被告及其送达地址、按规定交纳诉讼费用),几乎不存在审查的问题,起诉之后即可登记立案。因此,现行民事诉讼法中的所谓不予受理和驳回起诉的规定都将不复存在。^[5]与此改革发展一致,民法典关于诉讼时效的中断事由也就不能使用“驳回起诉不发生诉讼时效中断”的说法,正确的表述应当是“时效因提出裁判上的请求而中断”,“但裁判上的请求,在诉被驳回或撤回时,不发生诉讼时效中断的效力”。^[6]

有的人可能会提出疑问,日本民法典不也是规定“裁判上请求,在驳回起诉或撤回起诉时,不发生中断时效的效力”,使用的不也是“驳回起诉”、“撤回起诉”的概念?^[7]实际上,这是译者的误译,可能由于译者对日本民事诉讼法和我国民事诉讼法不够了解,将我国现行法中的驳回起诉和撤回起诉的概念和表述套用在了日本民法典的中译本之中,将

[3] 参见张卫平:《起诉难:一个中国问题的思索》,《法学研究》2009年第6期,第65页。

[4] 目前实践中的案件受理制度改革,在没有修改起诉条件的前提下,利用现行法中的驳回起诉制度,根据司法政策在一定程度上放弃了在立案阶段对某些起诉条件的审查,其实是忽视这些起诉条件,从而降低起诉门槛,实现立案登记的政策要求。其他起诉条件仍放置在立案阶段进行审查,例如原告适格、法院主管、管辖、重复诉讼等。经法院审理不符合起诉条件要求的,驳回起诉。这种做法虽然可以达成降低起诉门槛、实现立案登记的目的,但在法律适用上及逻辑上均存在问题。按照现行民事诉讼法,在立案阶段就必须对起诉条件进行审查,放弃审查是违反现行民事诉讼法的。这也是我们在改革中常常存在的问题。要实现立案登记制度,真正的出路就是修改民事诉讼法,改造起诉立案制度。

[5] 详见张卫平:《民事案件受理制度的反思与重构》,《法商研究》2015年第3期,第12页。

[6] 裁判上的请求是一个概括抽象的表达。裁判上的请求还包括提起诉讼、申请支付令、申请诉前保全、禁令、申请可强制执行的诉前调解等。

[7] 见《最新日本民法》,渠涛编译,法律出版社2006年版,第36页。

“訴之”误译为“起诉”，认为撤回诉就是撤回起诉，从而导致了人们的误读。这可能就是翻译中最难的地方。要让中文读者能够理解，最好的方法就是用我们理解的已有概念去对接外文表达，然而这往往会发生无法直接对接的情形。在没有详细了解中外概念内涵时勉强对接，必然导致不准确或错误。当然，这很难避免。虽然日语“当用汉字”中也有“起诉”的说法，但在日本民事诉讼法中“起诉”不是一个法律概念，也没有所谓“起诉条件”，也就没有“驳回起诉”和“撤回起诉”的概念和制度。日本民事诉讼法使用的是“驳回诉”和“撤回诉”的概念。驳回诉是对案件系属之后（相当于受理之后）诉欠缺诉讼要件时的处理。撤回诉相当于撤回诉讼请求。如果简单地将提起诉讼等同于我国的起诉，并对接上起诉条件，就容易发生误识。因为在日本也包括其他大陆法系国家，可以说几乎不存在起诉条件，因此也就不存在驳回起诉的裁决。对于当事人提交的诉状不符合法定要求的，裁判长可要求其更正，不予更正的，以命令驳回诉状（日本民事诉讼法第137条）。诉不具备诉讼要件的，以诉讼判决驳回诉；当事人的实体请求不能成立的，以本案判决驳回诉讼请求。我国台湾地区法律上虽也有起诉和驳回起诉的概念，但其驳回起诉实际上相当于日本的驳回诉状。^{〔8〕}这看似不大的差异，其实在制度目的和制度构成上却大有不同，在更深层次上反映了不同的司法与治理的理念及法治的阶段性。^{〔9〕}

2. 追加无独立请求权第三人与时效中断

现行民事诉讼法规定了无独立请求权第三人制度。按照民事诉讼法第56条第2款的规定，无独立请求权第三人实际上包括两类，一类是申请参加他人之间诉讼的所谓辅助型第三人，另一类是所谓被告型第三人。后者是本诉的被告要求法院追加到诉讼中来的第三人，目的是替代自己成为义务人或责任人。也许是因为该第三人实质上是被请求的人，在《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》（法释〔2008〕11号，以下简称“诉讼时效制度规定”）中，将第三人被通知参加诉讼的情形也作为中断诉讼时效的具体事由。但是法院的这种依职权通知第三人参加诉讼的做法显然不符合民事诉讼的处分原则。既然要求第三人承担民事责任，就必须有权利人的请求，在没有权利人请求的情形下，按照处分原则，法院不能依职权强制第三人参加诉讼。^{〔10〕}虽然现行民事诉讼法从职权主义诉讼理念出发对此作了规定，但这一制度注定是要被淘汰的。因此，民法典的编纂就有责任引导民事诉讼体制的转型，支持体现民法和民事诉讼法同样精神的处分原则，避免现行民事诉讼制度中的不当规定。民法典明确将权利人的“请求”作为诉讼时效的中断事由，才是正确的。

总而言之，我国民事诉讼法还有很大的修改和完善空间，民事诉讼体制也面临转型的问题。如果民法典的编纂能够充分考虑民事诉讼法的发展，超前地在民法典相应部分进行改革预设从而引导民事诉讼法的发展，无疑将为民事诉讼法的修改和完善作出巨大的贡献。

二、民法典编纂中与民事诉讼制度的对接

毫无疑问，民法与民事诉讼法有着不可分割的内在联系。这种内在联系包括民法规范

〔8〕 参见陈荣宗、林庆苗：《民事诉讼法》，台湾三民书局2005年版，第373页。

〔9〕 参见前引〔5〕，张卫平文，第6页。

〔10〕 关于无独立请求权第三人制度的问题点及其改革，详见张卫平：《民事诉讼：关键词展开》，中国人民大学出版社2005年版，第149页以下。

与民事诉讼规范彼此的相互依赖,彼此不可或缺。这种相互依赖关系又是通过某些具体制度规定体现出来的。虽然民法典与民事诉讼法在形式上是各自分立的,但各自都应有相应的与对方相衔接的“接口”或“端口”。如果没有这些接口,民法典的运行便会因为无法与民事诉讼法连接而发生阻滞。合理地设置接口或端口,对于民法典与民事诉讼法的顺畅连接具有重要意义。而如何设置接口,必须从实体法和程序法两个方面加以考察和分析,没有考虑或仅仅从一个方面考虑,就可能发生因为没有接口或虽有接口却无法连接的情形。

为了说明这一点,我们再以诉讼时效中断为例。民法典关于提起诉讼后不发生诉讼时效中断情形的规定,必须充分考虑与民事诉讼法的对接。正是民事诉讼法的相关制度规定决定了是否发生诉讼时效中断的效果。但是,仅有客观存在的民事诉讼法的相关制度规定,没有民法典的对接性规定即所谓“接口”,必将影响根据民事诉讼法的相关制度规定作出裁判,人们就有可能在某项制度是否发生诉讼时效中断的问题上发生争议。民法典设置相关的“端口”将有助于时效制度适用的确定性。在这一方面具体涉及以下几点:

1. 与督促程序的对接

督促程序又称为支付令程序,是指人民法院根据债权人提出的给付金钱或者有价证券的申请,不经过开庭审理即可直接向债务人发出支付令,如果债务人不在法定期间内提出异议,则该支付令就具有强制执行力的程序。督促程序是督促债务人向债权人偿还债务的一种程序。对于债权债务关系明确、双方均无争议而债务人因为各种原因长期没有还债的案件,适用督促程序进行审理,不仅可以简化诉讼程序,方便当事人诉讼和法院审理案件,还可以加速纠纷的解决。因此,许多国家和地区的民事诉讼法中都有关于督促程序的规定。我国民事诉讼法也设立了督促程序。债权人向法院请求支付令,目的是为了获得强制执行的根据,因此申请支付令的行为作为一种请求,当然是中断时效的事由。这比较容易理解,民法典可以不作规定。但在启动了督促程序的情形下何时不发生时效中断,就应该予以明确规定。日本民法典第150条中规定,支付督促,因债权人没有在日本民事诉讼法第392条规定期间内就假执行的宣告提出申请而丧失其效力的,不发生时效中断的效力。^{〔11〕}之所以不发生时效中断,是因为支付令因没有在一定时间内申请执行而失去效力。根据我国民事诉讼法关于督促程序的规定,债务人在债权人获得支付令后15日内不提出异议又不履行支付令的,债权人可以向人民法院申请执行。但我国民事诉讼法没有规定债权人在多长时间内没有申请执行,将导致支付令失效。我国民事诉讼理论一般将发生效力的支付令作为执行根据,如此,按照民事诉讼法第239条的规定,支付令可申请执行的期间为二年,而且适用诉讼时效中断的规定。这样的规定显然不符合督促程序快捷实现权利的目的。^{〔12〕}支付令因为没有在规定期间申请执行而失效,与支付令因债务人异议而失效,是两个不同的法律效果。后者由于异议而自动转为诉讼程序,时效依然中断,而前者将不发生时效中断的效果。对于在规定期间没有申请执行导致支付令失效的,由于可以再行申请督促程序,也可以提起诉讼,因此不发生时效中断。再行申请督促程序或提起诉讼才会发生时效中断的效果。^{〔13〕}对于此种情形,无论是民法典还是民事诉讼法都应该明确加以规定。

〔11〕 在域外民事诉讼法中,所谓假执行宣告是指,对于未确定的终局判决,赋予可实现其内容之效力的形成性裁判。

〔12〕 日本民事诉讼法第392条规定,债权人于可提出假执行宣告申请之时起30日内未申请时,支付督促失效。

〔13〕 参见〔日〕石川明、高桥宏志主编:《注释民事诉讼法(9)——再审·督促程序·票据诉讼·判决的确定·执行停止》,有斐阁1995年版,第200页。

2. 与诉讼外调解制度的对接

诉讼外调解尤其是人民调解是我国纠纷解决的重要机制和制度。权利人常常通过人民调解实现其权利，向人民调解组织申请调解也是请求的一种方式，也应当发生时效中断的效果。因此，也同样存在于何种情形下，人民调解或者其他非讼调解不发生时效中断的问题。人民调解法第32条规定，经人民调解委员会调解达成调解协议后，当事人之间就调解协议的履行或者调解协议的内容发生争议的，一方当事人可以向人民法院提起诉讼。当事人双方就调解协议的履行或者调解协议的内容发生争议，意味着调解协议没有被遵守，如果要获得强制执行就必须向法院提起诉讼以获得执行根据，或者事先由双方共同向法院申请司法确认，使该调解协议具有可执行性。在没有向法院申请司法确认的情形下，也就存在在多长时间没有向法院提起诉讼是否发生时效中断的问题。因为不可能认为时效于调解协议不被遵守的期间内一直处于中断状态，因此，民法典必须考虑明确规定诉讼外调解不成立或不履行时经过多长时间后不起诉的，时效不发生中断，不能对此留下规制空白。

3. 与诉前措施、强制执行制度的对接

目前，我国已在法律和司法解释中规定了诉前财产保全和诉前临时禁令等诉前措施。民事诉讼法第101条规定，利害关系人因情况紧急，不立即申请保全将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，可以在提起诉讼或者申请仲裁前向被保全财产所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的人民法院申请采取保全措施。诉前保全就包括了诉前财产保全和诉前行为保全。《最高人民法院关于对诉前停止侵犯专利权行为适用法律问题的若干规定》（法释〔2001〕20号）第1条明确规定，根据2000年修订的专利法第61条的规定，专利权人或者利害关系人可以向人民法院提出诉前责令被申请人停止侵犯专利权行为的申请。在民事纠纷发生后，虽然权利人没有提起诉讼，但申请诉前保全或诉前禁令也同样是一种请求，因而具有中断时效的效力。最高人民法院“诉讼时效制度规定”也明确将申请诉前财产保全和诉前临时禁令认定为与提起诉讼相同的中断事由。目前缺失的是关于在启动诉前措施相应程序之后，存在何种情形时不发生时效中断的规定。笔者认为，民法典应当对此作出相对明确的规定。针对诉前措施，包括诉前财产保全和行为保全，民法典可明确规定由于权利人请求撤回或根据其他法律规定撤销的，不发生时效中断的效力，以及诉前措施不是对享有时效利益的人作出且在未通知该人之前，不发生中断时效的效力。

按照“诉讼时效制度规定”第13条的规定，申请强制执行也是中断诉讼时效的事由，因此，在诉讼时效制度的规定方面，民法典同样应当考虑明确规定不发生中断的情形。从原理上，对执行申请不予受理、驳回执行申请、撤回执行申请的，不发生中断时效的效力。在此，民法典还应考虑到整个强制执行法的调整和完善。现行民事诉讼法根据目的的不同，区分保全措施与强制执行措施并分别加以规制。但实际上，两者在形式上是完全一样的，不同的仅仅是阶段而已。保全措施包括冻结、扣押、查封等，这些具体的措施也同样是执行阶段中的执行措施，并没有区别，都是限制处分的措施。原本在执行制度的改革中应当将这些措施统一起来，不再区分诉讼阶段的保全性措施还是执行阶段的保全性措施。但由于民法典（部分）的编纂有可能在单行的执行法制定（目前尚未进入立法程序）之前完成，因此在民法典编纂中可考虑对保全性强制措施作出统一规定，提前介入民事诉讼和执行制度的相关改革。虽然这会加重民法典编纂的负担，但基于民法与民事诉讼法的“血肉联系”，对涉及民事诉讼法的相关问题作出原则性的规定在短期内也并非不可能，毕竟我国在立法方面有着后发优势。

以上,笔者仅以时效中断为例,略有展开地论及了民法典与民事诉讼法的对接问题。实际上,民法典与民事诉讼法的对接需要考虑的绝不仅仅是时效制度。如果对此加以展开的话,可以说几乎涉及民事诉讼的所有领域,如民事审判权行使的范围、诉权、管辖、诉讼参加人、诉讼标的、诉的种类、证据与证明、裁判方式与效力、执行等,都将涉及民法典与其合理对接的问题。这也再次说明民法典的编纂绝非仅仅是独善其身的过程。

三、民法与民事诉讼法相关概念、制度的统合

民法典的编纂作为一项巨大的系统工程,不仅仅涉及实体法内容,也将涉及民事诉讼法的内容。民法典的编纂实际上也是对民事实体法规范的一次大清理甚至“整肃”。由于民法与民事诉讼法的内在联系,这次民法典编纂过程中对实体法的大清理也必将涉及到民事诉讼法,应当统一全盘考虑民法与民事诉讼法概念的统一问题。由于实体法与程序法的分离,在两种规范的制定或修改中往往存在自说自话、自我定义、自我表述以及彼此不予关照、不予统一的封闭现象。这次民法典的编纂应当尽量避免这种现象的发生。

特定的概念表达了特定的理论认识,是其理论的高度抽象,因此概念的统合实际上意味着理论认识的统一。在概念上需要统一的事例很多,这里仅就民法与民事诉讼法均会涉及的证明责任为例。司法裁判一般是按照三段论的方式进行。法律规范为大前提,案件事实为小前提,通过推论作出裁判结论。在实体权利义务争议的审理裁判方面,当事人必须对适用或不适用相应的特定实体法规范的要件事实加以主张和证明。在法院实体裁判时,不能对要件事实加以证明的一方当事人就要承担相应的不利后果。这种后果在民事诉讼证明理论上被称为“证明责任”。过去,受我国台湾地区民事证明理论的影响,内地也使用“举证责任”的概念。^[14]但举证责任实际上存在两种不同的责任:行为意义上的(亦称主观的)举证责任与结果意义上的(亦称客观的)举证责任。我国民事诉讼法第64条规定的“当事人对自己提出的主张,有责任提供证据”,是指行为意义上的举证责任,目的是促使当事人提出证据以便法院查清案件事实,理清裁判的小前提。与此不同,结果意义上的举证责任,其功能是确定在某要件事实处于真伪不明、法官难以判断其是否存在时,哪一方应当承担相应的不利后果。因为是依据事先确定的规范,从结果来判断谁应当承担不利后果,因此称为结果意义上的举证责任。为了不至于混淆两种不同的责任(实务中存在着严重混淆的情形),民事诉讼法学界通常将结果意义上的举证责任称为“证明责任”,因为强调的是不能证明的后果;相应地,行为意义上的举证责任称为“举证责任”,因为强调的是提出证据,即所谓“举”。《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,以下简称“民诉法司法解释”)使用“举证证明责任”一词表示证明责任的含义。侵权责任法中多处涉及证明责任的分配,^[15]但在概念上使用的依然是“举证责任”。建议民法典明确使用“证明责任”这一概念,厘清两种责任的区別。

[14] 我国台湾地区法律界早期从日本引入举证责任概念时,日本学界尚未使用证明责任概念替代客观举证责任。上世纪70年代之后,日本学界逐渐以证明责任替代客观举证责任。因为习惯,我国台湾地区沿用至今。

[15] 例如,侵权责任法第66条规定,因污染环境发生纠纷,污染者应当就法律规定的不承担责任或者减轻责任的情形及其行为与损害之间不存在因果关系承担举证责任。

如前所言，民法典的编纂是对我国实体法规范的一次清理和“整肃”，从而保证其自身的统一性、确定性、科学性、自洽性。民法典的编纂对制度和概念的清理也必然使民事诉讼法获益匪浅。我们不得不说，民事诉讼法的有些问题甚至误识应当归因于实体法的规定，可以说是实体法上的某些误识感染或传染了民事诉讼法及其理论。当然这种传染也正说明了民法与民事诉讼法之间的内在联系。我们依然以诉讼时效制度为例。

我国民法中诉讼时效的概念、理论和制度来源于苏联。^[16] 1923年苏俄民法典第44条规定：“起诉权，逾法律规定的期间（诉讼时效）而消灭。”按照苏联民法学家C. H. 布拉都西教授的说法，苏俄民法典第44条的诉讼时效是指届时消灭诉权的期限。^[17] 对诉讼时效颇有研究的苏联学者诺维茨基指出，“民法典第44条所指的因诉讼时效而消灭的诉权，是实体意义上的诉权，也就是满足诉讼的权利。”^[18] 按照现在的说法，即诉讼时效的标的是诉权（胜诉权、实体意义上的诉权）。这显然与大陆法系国家法国、德国、日本等民法中时效的标的为请求权有很大的区别。^[19] 这里的问题是，如果依照民法通则的规定，使用诉讼时效的概念并将其标的解释或理解为诉权（胜诉权），则必然存在胜诉判决生效（确定）后，请求权是否还存在时效的问题。按照诉讼时效理论，胜诉判决作出之后，诉权已经实现，就不存在诉讼时效问题了。从请求权的角度看，虽然胜诉判决认可了请求权，但请求权本身并没有得到实现。那么，在判决作出之后，是否也存在消灭时效或时效的问题呢？按照现行民事诉讼法的规定，如果权利人在判决生效后的两年期间内不申请执行，便不能启动强制执行程序，实现其实体权利。民事诉讼法第239条后段又规定，申请执行时效的中止、中断，适用法律有关诉讼时效中止、中断的规定。显然，这里的问题是，申请执行时效的中止、中断为什么要适用诉讼时效中止、中断的规定？所谓申请执行时效的标的是什么？诉讼时效如果是届时消灭诉权的含义，那么执行阶段的执行时效适用诉讼时效的规定就是很奇怪的事情，在逻辑上难以站住脚。或许我们可以提出一个新的不同于诉讼时效的概念——执行时效，以督促人们申请执行，不让申请人在申请执行权上睡大觉。但是如果认真分析所谓执行时效的标的，就很容易发现其标的实质上依然是请求权。既然如此，我们就应该使用时效或消灭时效的概念，而不应当使用诉讼时效的概念。在当事人获得执行根据之后，包括作出确定判决或生效判决之后，时效将重新计算，只有申请执行才会中断时效。

其实，苏联回避使用时效或消灭时效的概念而使用诉讼时效这一概念，与其意识形态的认识有关。从特定的意识形态出发，苏联坚决否定取得时效的概念和制度。立法者和理论家们认为，这种将实际占有转变为所有权的取得时效制度是“剥削阶级国家的立法”。^[20] 一旦取得时效的概念被否定，作为孪生概念（均以一定期间经过为前提）的消灭时效也自

[16] 参见马骏驹、余延满：《民法原论》，法律出版社2005年版，第244页。

[17] [苏联] C. H. 布拉都西主编：《苏维埃民法》，中国人民大学民法教研室译，中国人民大学出版社1954年版，第175页。

[18] [苏联] 诺维茨基：《法律行为·诉讼时效》，康宝田译，人民出版社1956年版，第248页。

[19] 日本民法受法国民法的影响，基于取得时效和消灭时效两种制度的共同性，将两者作为时效的下位制度统一规定在民法典总则之中，而没有像德国那样，认为两者适用条件、法律效果方面存有差异，因而在总则中规定消灭时效，在分则中规定取得时效。参见[日]川岛武宜编：《注释民法（5）总则（5）期间·时效》，有斐阁1967年版，第12页；另见王利明、杨立新、王轶、程啸：《民法学》，法律出版社2015年版，第134页。

[20] 前引[18]，诺维茨基书，第154页。

然会被否定。于是在将时效的标的从请求权置换为诉权之后，自然也就成了诉讼时效。这种置换的依据是回归罗马法，在罗马法中时效的标的就是诉权，^[21]但问题在于，当时罗马法中的诉权在其含义上也包含现代意义上的私法请求权，且主要是私法上的请求权。^[22]在罗马法中，程序法尚未与实体法分离。^[23]即使在法国民法和德国普通法时期，时效也包含着诉权时效。^[24]但是现在的诉权概念已经发生了很大的变化，苏联的二元诉权论已经过时。可以说，当时诉讼时效的概念“创新”在很大程度上是为了隔离苏联与西方资产阶级民法法统的联系。因此，与其我们为了法理逻辑将诉讼时效解释为消灭时效，^[25]将诉讼时效的标的还原为请求权，^[26]还不如直接还原使用时效或者消灭时效的概念为好。

最高人民法院“诉讼时效制度规定”也同样将诉讼时效制度理解为消灭时效，不再仅仅将诉权作为诉讼时效的标的。正因如此，其在规定中明确，申请强制执行“与提起诉讼具有同等的中断诉讼时效的效力”。这与大陆法系国家和地区将申请强制执行作为时效中断事由的做法是一致的。在大陆法系，判决确定之后，时效将重新开始计算。^[27]但如果使用诉讼时效的原本含义（诉权消灭），这样的规定就很难理解了——判决既然已经作出并生效，实体意义上的诉权（胜诉权）已经得以实现，为何还存在因申请强制执行发生诉讼时效中断的问题？为此，我们只好用“执行时效”这一概念加以弥补，成为一种制度上的“补丁”。这种打补丁或简单地以旧瓶装新酒的做法也没有必要。一旦回归了消灭时效的概念，所谓“执行时效”的概念也就丧失了实际意义，这一错误概念的存在所引发的混乱也就能够避免。实际上，申请执行的有效期间与时效根本没有任何关系，因为完全不涉及私权（实体权利），而是仅涉及单纯程序上的权利。申请执行与任何诉讼上的权利行使一样，都有可能存在行使期间的问题，例如起诉的期间、举证的期间、上诉的期间等。绝不能认为这些期间都是实体法上的时效期间。超过法定期间，因不行使而导致诉讼权利的失权，这并非时效的私法问题，而是公法问题。^[28]由此可见，在编纂民法典的过程中对原有概念和规范予以清理，对于民事诉讼法及相关概念的纯化也极为重要。

再比如，关于实体权利义务争议与民事诉讼的关系，在民事诉讼法中一直存在不清晰甚至混乱的现象。这种现象的产生与实体法未作原则性规定有直接关系。在纠纷解决的原理上，原则上涉及民事实体权利义务的争议，当事人都有权要求通过民事诉讼程序，通过诉讼的方式加以解决。非民事实体权利义务的争议则通过非讼程序加以解决。^[29]但

[21] 参见 [意] 彼得罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社1992年版，第107页。

[22] 参见 [日] 中村宗雄：《民事诉讼理论的再构成》，洋洋社刊1955年版，第175页。

[23] 同上书，第174页。

[24] 参见前引 [19]，川岛武宜编书，第13页。

[25] 参见前引 [16]，马骏驹等书，第245页以下。

[26] 参见魏振瀛主编：《民法》，北京大学出版社2000年版，第195页；前引 [19]，王利明等书，第134页以下。

[27] 参见前引 [19]，川岛武宜编书，第154页。

[28] 在此需要说明的是，由于存在并完善了消灭时效制度，因此在一般情形下，规定起诉的期间（特殊情形除外）、申请执行的期间都是没有必要的。因为只要请求权没有过时效，权利人就可以提起诉讼获得胜诉或申请强制执行。如果请求权罹于时效，则无法获得强制执行，因此再规定所谓申请执行期间就是多余的。再发散开来，一旦回归到正确的时效概念，则必然涉及民事执行制度的诸多修改，如执行异议制度的改革。

[29] 诉讼程序和非讼程序在程序的设置、方法和要求上均有所不同。诉讼程序原则上要求实行公开辩论原则、直接原则、言辞辩论、对审原则，实体争议须以判决方式裁决。关于诉讼程序与非讼程序以及诉讼案件与非讼案件的差异和区别，可参见 [日] 新堂幸司：《民事诉讼法》，林剑锋译，法律出版社2008年版，第16页；[日] 三月章：《民事诉讼法》，汪一凡译，台湾五南图书出版公司1997年版，第18页以下。

是在实践中，我们往往为了追求效率价值而故意避开这一原理和原则，涉及实体权利义务的争议却要通过非讼的方式加以裁判，而我国的民事诉讼程序本来就已经呈现出一种非讼化状态。^[30]

过去，在执行中，涉及案外人财产所有权争议的，就是直接通过执行异议程序作出裁决。直到2007年修改民事诉讼法时，才规定在执行过程中，执行根据没有错误而执行标的错误的，案外人可以提起异议之诉，通过诉讼方式确认执行标的物的财产所有权。但即便关于财产所有权的问题得到了解决，在执行中依然还存在诸多涉及实体权利义务的争议没有规定以诉讼方式加以解决。最典型的是关于执行中分配争议的解决。依据上述原理，执行中的分配争议因为涉及实体权利义务，应当通过诉讼方式加以解决，即所谓执行分配异议之诉。但在我国法律上的执行关系诉讼^[31]尚未包括分配异议之诉，^[32]使得涉及实体权利义务的争议仍然采取非讼化的方式解决，因此未能保障其争议解决的程序正当性。^[33]另外，我国的执行回转制度作为一项具有“特色”的制度，也典型地说明我们对实体权利争议解决方式非讼化问题的忽视。^[34]

关于实体争议非讼化的问题，我们从担保物权实现程序的现行制度也可以清楚地看出。物权法第195条第2款规定，“抵押权人与抵押人未就抵押权实现方式达成协议的，抵押权人可以请求人民法院拍卖、变卖抵押财产。”2012年民事诉讼法最终回应了物权法的该项规定，明确将担保物权实现案件归入非讼程序，以非讼程序弥补拍卖、变卖程序的缺失。物权法和民事诉讼法均以追求效率为由，没有采纳通过诉讼程序获得执行根据的做法。问题在于，“担保物权的实现”本身就已经蕴含了民事权益的争议。虽然可将没有争议作为非讼化的正当理由，但没有争议不过是一种主观假设而已。

为了避免诉讼权益被非讼化所消解，就应当坚持民事实体权利义务的争议在司法范围内通过诉讼方式加以解决的原则。对此，作为私法基本法的民法典应该有一个明确的态度。

[30] 所谓诉讼程序非讼化状态，是指诉讼程序所要求原则不能得到遵循，其中诉讼案件的泛调解化就是非讼化的一种表现。

[31] 所谓执行关系诉讼，在大陆法系国家是指因执行所引起相关诉讼，如债务人异议之诉、案外人（第三人）异议之诉、分配异议之诉、执行文异议之诉等。这些诉讼涉及的是私法上的实体权利，争议的对方也不是执行机关，因而属于私法关系的诉讼。详见〔日〕吉野卫、三宅弘人等：《注释民事执行法（2）强制执行总则》，文唱堂1985年版，第498页以下。

[32] 关于分配异议之诉，民事诉讼法没有规定。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉执行程序若干问题的解释》（法释〔2008〕13号）第25条、第26条虽然明确了分配方案异议之诉制度，对当事人、管辖法院、起诉期限等问题进行了规定，形成了分配方案异议之诉的基本轮廓，但该条规定仅是概念意义上的界定，对具体程序的规定则付之阙如，导致实务中应如何运作该诉讼制度存在很多盲点。

[33] 〔日〕竹下守夫：《日本民事执行法理论与实务研究》，刘荣军、张卫平译，重庆大学出版社1994年版，第54页。

[34] 现行民事诉讼法第233条规定，执行完毕后，据以执行的判决、裁定和其他法律文书确有错误，被人民法院撤销的，对已被执行的财产，人民法院应当作出裁定，责令取得财产的人返还；拒不返还的，强制执行。该条规定即为所谓执行回转的法律依据。执行回转制度的特殊性在于，执行回转无需通过获得新的执行根据便能够简便高效率地实现救济。应当注意，法院撤销原判决、裁定或其他法律文书的裁判文书并不是执行根据。这里涉及的问题是，执行程序已经终结之后，再开执行，是否还需要执行根据。从理论上讲，执行程序已经结束，如果要实施该执行——财产回转的执行——也应当具有执行根据。在大陆法系国家和地区，例如德国、法国、日本、韩国以及我国台湾、香港、澳门地区的民事执行制度，即使原执行根据被撤销，如果没有新的执行根据，执行机构也不能通过强制执行恢复执行前的状态。要想通过执行恢复原来的状态，就需要原被执行人提起要求原申请执行人或债权人返还被执行财产的诉讼，在获得该胜诉判决后，以该判决为执行根据要求予以执行。

四、民法典编纂中程序规范的分工与布局

民法典和民事诉讼法在程序规范方面的分工、布局这一问题的提出,一方面是源自实体法与程序法在法律性质和规范形式上是分离的(对于不那么强调分离的最高人民法院关于民诉法的司法解释而言,因为实体规范和程序规范是混成的,这一问题的提出就没有那么重要);另一方面又源自两者的密切联系。民法典虽然其法律属性总体是实体法,但在规范的内容上却不仅仅是实体的,也包涵相当数量的民事程序性规范。“作为一项规范,在性质上是实体法规范还是程序法规范,并不是由这一规范是规定在实体法中还是规定在程序法来决定的。”^[35]就笔者所知而言,几乎不存在单纯实体法内容的民法典。最为突出的是法国民法典,相当多的程序规范(诉讼程序和非讼程序)甚至包括对特殊证据形式的规范被规定在民法典中,尤其是在家事法领域。法国民法典明确规定了婚姻无效之诉(第一卷第五编第四章)、离婚的程序(第一卷第六编第二章)(相关的程序包括司法诉讼前或司法诉讼中的和解)、有关亲子关系的诉讼(第一卷第七编第一章)以及遗产分割之诉(第三卷第一编第六章)、债的证明与清偿证据(第三卷第三编第六章)等。即使试图尽量纯化实体法规定内容的德国民法典也不可避免地或不得不规定程序性规范和内容。例如,德国民法典在关于多数债务人和债权人这一章中,就涉及相关判决和给付之诉的规定。德国民法典也多条涉及管辖(如第132条)、书证(如第126条、第128条)、诉讼上的和解(如第127a条)、送达(如第132条)、强制执行(如第1124条、第1147条)、假扣押(如第135条)等程序性的规定。民法典之所以必须包含程序规范,是因为实体法规范在有的情形下离开程序规范就无法独立表达和完成,原理上自然是基于实体与程序内容的密切联系。

反之,民事诉讼法虽然其法律属性总体上是程序法,但在规范的内容上也并非仅仅是程序性规范,也包括少量实体法规范的内容(相对数量少的原因在于程序规范相对容易独立加以规定)。例如,我国民事诉讼法第220条第2款关于公示催告期间转让票据权利的行为无效的规定。有的规范内容既可以说是实体的,也可以说是程序性的。最为典型的是有关证明责任的分配规范。正是由于这种实体法与程序法的联系,使得程序规范的分工问题成为一个真问题,是民法典编纂中必须正视的问题。

基于实体法与程序法的分离,原则上当然是“上帝的归上帝,凯撒的归凯撒”。但也必须考虑哪些程序性内容基于不可分割的要求应当规定在民法典之中。尤其是那些具有双重属性的规范,既可以规定在实体法中,又可以规定在程序法中,那么就有一个置于何者更为合理的问题。

笔者认为,对于上述问题的处理,原则上相对特殊的、具体的程序性规范应考虑规定在实体法中;相对一般的、抽象的程序规范规定在民事诉讼法中。这样的原则可以称为“特殊与一般分配法”。“特殊与一般分配法”的分配根据是,民事诉讼法虽然也要对一些特殊的诉讼类型的程序作出规定,但相对而言,民事诉讼法的程序规范总是倾向于一般性的、抽象的程序规定。民事诉讼法即使对于那些特殊类型的诉讼程序加以规定,也是从大类上

[35] [日]兼子一:《实体法与诉讼法——民事诉讼的基础理论》,有斐阁1975年版,第6页。

予以考虑。如果将各种具体的诉讼案件的特殊性都一一加以规定，必然会使民事诉讼法变得非常庞杂，也使得具体的程序性规范与实体规范相互分离而不易把握。将这些特殊的、具体的程序性规范分配给实体法，在实体法规范中作出相应的规定，更为贴切和有针对性。从原理上讲，程序性内容规定得越具体越能契合实际，也就越能实现实质正义。

按照这种“特殊与一般分配法”，从民事诉讼程序的角度考虑，以下几个方面的程序性内容应当规定在民法典之中。因为这些方面往往容易涉及到程序性事项的特殊情形。

其一，家事法中的某些特殊、具体程序性规范应当规定在民法典之中。家事法中法律关系多样而复杂，其相应的程序也具有某些差异性。程序法原则上应尽可能对类型化的事件作出抽象和概括的程序规定。尽管为了照顾家事程序的特殊性，有可能将家事程序规范独立于民事诉讼法成立单行的家事程序法（非讼程序法）和人事诉讼法（关于身份关系案件的诉讼法），但家事程序法与人事诉讼法也只能就一般性程序作出规定。因此，与各类家事实体关系差异相伴的程序差异宜在实体法中附带地作出规定。当然，为了对接或链接的需要，有的程序规范在民法和民事诉讼法中都需要作出规定，典型者如家事非讼事件的程序规范。

其二，关于各类民事法律关系形成或存在过程的特殊证据，应当明确规定在民法典之中。案件的裁判依赖于对争议案件的事实认定，正确的事实认定是公正裁判的前提。而事实认定正当性保障的前提是证据运用的正当性。虽然民事诉讼法对证据的认定和运用都有一般性规定，但民事诉讼法无法对每一类案件具体情形下如何确定证据和使用证据加以规定，尤其是特殊情形下的证据资格和证明力问题。这些对特殊情形下证据资格和证明力的规定，可以说就是人们所谓的法定证据。例如，法国民法典第1322条规定，“私文书针对某人提出时，经该人承认或者依法认定属于此种文书者，在此种文书签名的人之间以及在他们的继承人与权利继受人之间，具有与公文书相同的效力。”^[36]虽然在民事诉讼中，对证据的判断原则上是自由心证，法官只受经验法则和职业道德的约束，但于特殊情形下，证据资格和证明力的法定化也是有必要的。例如，票据诉讼中采取的就是书证主义，唯有书证是有效证据。^[37]按照“特殊与一般分配法”，对于特殊具体情形下的证据规范就宜尽可能地规定在民法典的相应实体条款之中，以便确定实体法律关系发生或存在的事实。如果在实体法中缺失这些具体规定，而民事诉讼法又无法加以规定，就必然影响有关实体争议事实认定的正当性，导致证据的运用与事实认定的混乱。虽然对特殊具体的证据作出规定需要大量的实践积累和对外国法的研究借鉴，但这一作业是必要的。

其三，关于各类民事法律关系主要事实或要件事实的证明及证明标准。在民事纠纷解决的实践中，法律关系的主要事实或要件事实的判断至关重要。基于民事诉讼的对抗式结构，法院判断所依据的事实主要来源于当事人双方的主张和举证。因此，民事诉讼法要求

[36] 《法国民法典》，罗结珍译，中国法制出版社1999年版，第318页。该条译文中的“私证人”、“公证书”相应地应译为“私文书”、“公文书”。私文书与公文书是对应的文书，在证据法上有不同的证明效力和证明规则，译为“公证书”则容易与公证机关所制作的公证书相混淆。

[37] 从票据法原理而言，票据是一种“文义证券”，票据上的权利关系只有证券上的文字才能加以证明。因此，不允许通过其他证明方法变更或补充证券上的文字含义。另外，票据是无因证券，票据关系与票据原因关系相脱离，以实现流通和信用功能。正是因为票据是无因证券、文义证券，因此，在票据诉讼中奉行书证原则。参见前引[13]，石川明等主编书，第231页。

当事人对自己提出的事实主张提出证据加以证明。当法院依据当事人提出的证据依然难以判断案件主要事实或要件事实时,就涉及哪一方应当承担相应不利后果的问题,即承担所谓证明责任的问题。在过去的立法中,人们还没有意识到这种客观证明责任的重要意义,民事诉讼法没有对此作出规定。为了弥补这一缺失,最高人民法院在“民诉法司法解释”中就证明责任的基本含义以及证明责任分配的一般原则作出了规定。该司法解释第91条规定,人民法院应当依照下列原则确定举证证明责任的承担,但法律另有规定的除外:1.主张法律关系存在的当事人,应当对产生该法律关系的基本事实承担举证证明责任;2.主张法律关系变更、消灭或者权利受到妨害的当事人,应当对该法律关系变更、消灭或者权利受到妨害的基本事实承担举证证明责任。但因实际生活中法律关系的复杂性,一概依照这些原则确定证明责任的承担,就可能影响纠纷解决的实质正义。证明责任分配的原则只是对一般情形的概括和抽象,无法适用于特殊情形。这就要求民法典针对各种特殊的法律关系就证明责任的分配作出明确规定。最典型的就是特殊侵权案件的证明责任分配问题。在民法典的编纂过程中,立法者需要有意识地注意案件的特殊性,尽量对证明责任的特殊分配作出规定,而不是将这些特殊证明责任分配的作业转移给具体案件的裁判者或司法解释、民事诉讼法来完成。

证明标准决定了负有证明责任的人是否已经证明了相应的案件事实。如果达到了证明标准,就应该裁判该当事人主张的事实成立,该当事人也就不应承担法律所规定的相应不利后果。按照“民诉法司法解释”,对于案件主要或要件事实的一般证明标准为“高度盖然性”(第108条);^[38]对欺诈、胁迫、恶意串通事实的证明,以及对口头遗嘱或者赠与事实的证明,需要满足更高的证明标准——“排除合理怀疑”(第109条)。“排除合理怀疑”的证明标准与刑事诉讼有罪裁决的证明标准等高。^[39]虽然“民诉法司法解释”对欺诈等主观恶意以及口头遗嘱、赠与等特定事实规定了特殊的证明标准,但也依然不能就许多特殊情形加以明确规定,且司法解释的规范效力有限。按照“特殊与一般分配法”,关于特殊情形的证明标准——比一般证明更高或更低的证明标准,^[40]也都需要在民法典编纂时加以注意,充分考虑针对特殊情形规定相应的证明标准,使得证明标准更为符合民事法律关系变化的具体情形。

其四,关于特殊的诉讼请求及行使条件的规定。在通常情形,民法只要规定了权利义务,相应的权利就有相应的请求权。依据该请求权,权利人也就可以向法院提起诉讼寻求司法救济,该实体权利义务的争议便被纳入民事诉讼程序予以解决。因此,实体法不需要对请求权行使的程序性事项作出规定。不过,民事诉讼法不大可能细致地照顾到每一种特殊请求权与诉讼程序的对接,因此在编纂民法典中也需要注意对于某些特殊请求权的诉讼行使作出明确的安排,以便照顾这些实体权利的实现。例如,在家事法领域,其实体法就需要根据自身的特点,对相应纠纷的程序作出特有的安排,如强制调解。

除家事法之外,在物权法领域,对于占有之诉,应考虑其特殊之处。法国民事诉讼法

[38] 关于民事诉讼的一般证明标准,见前引[10],张卫平书,第281页。

[39] 参见最高人民法院修改后民事诉讼法贯彻实施工作领导小组编著:《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第361页。

[40] 对于一些程序性事项的证明往往仅要求达到较高盖然性程度即可。

就对占有之诉的特殊程序性事项作了明确规定（法国民事诉讼法第24—27条）。与此不同，虽然日本民事诉讼法的制定参照了法国民事诉讼法，但却没有在其民事诉讼法中对占有之诉的类型、各种占有之诉的机能、占有之诉的主体、占有之诉提起的期间等作出规定，而是将这些内容规定在民法典之中（日本民法典第197—202条）。德国民法典虽然没有像日本民法典那样如此详细地规定占有之诉，但也明确规定，为了排除占有妨害，占有人可以提起不作为之诉（德国民法典第862条第2项）。日本民法典明确规定了占有之诉的三种类型——占有保持之诉、占有保全之诉和占有回复之诉。对于占有回复之诉的被告适格，日本民法典也有明确的规定，该诉不能对占有侵夺人的特定承继人提起，但其承继人知其侵夺事实的除外（第200条第2项）。针对人们可能存在占有之诉与本权之诉关系的误识，日本民法典还明确规定了两种诉讼互不妨碍，尤其是明确规定，不能依据与本权有关的理由就占有之诉作出裁判。^[41]虽然日本民法典中占有之诉的预防性机能可以为一般诉讼中的假处分^[42]所替代，^[43]似乎没有必要专门加以规定，但关于占有之诉的主体、提起诉讼的有效期间、占有之诉与本权诉讼的相互关系等，似有在民法典中规定之必要。

应当说明的是，限于笔者对民法了解的欠缺，因此无法全面、准确地指出在民法的哪些领域中存在需要加以特别规定的程序性事项，所以，其复杂艰辛的工作只能藉由民法专家们来完成。

结 语

民法与民事诉讼法的联系是如此的紧密和广泛，本文的以上阐述不过是从民事诉讼法的视角、观念、思维去反观民法典的编纂，提醒人们需要注意从民法典与民事诉讼法的联系、对接，从民法典规范的程序实现来思考民法典的编纂。除了从静态和动态的层面考虑民法典与民事诉讼法的规范对接、分工布局之外，民法典和民事诉讼法自身也要考虑各自体系、概念、制度的自洽，不至于对法律适用造成不利。例如，作为诉讼请求、诉讼标的、诉的类型基础的请求权规范，对于民事诉讼法的运作具有非常重要的影响，关联到裁判的中心、攻击防御的范围、诉的合并与分离、重复诉讼的判断、既判力的主观范围与客观范围的确定等重大诉讼问题。因此，明确请求权的要件以及何谓真正的请求权竞合，对于民事诉讼法的适用尤为重要。

除此之外，以下方面也是编纂民法典时需要从民事诉讼法视角加以特别关注的：1. 民

[41] 在占有之诉的裁判中，法院不能以与本权相关的理由为依据对占有之诉作出裁判。占有人既无需对占有的根据予以证明，对方也不能以自己拥有所有权进行抗辩。因为如果以与本权相关的理由作为裁判依据，占有之诉将没有意义。详见[日]广中俊雄、中村哲也：《占有的效力》，载[日]川岛武宜编：《注释民法（7）物权2》，有斐阁1967年版，第273页以下。

[42] 对系争标的物的假处分，指的是为了保全金钱债权以外的权利的实现而实施的保全处分。另外还有假扣押，假扣押是为了保全金钱债权的强制执行而实施的保全处分。两者保全的权利不同，但目的均是为了将来顺利实现强制执行。确定临时法律地位的假处分是临时预先实现本案的权利关系。参见[日]山崎潮监修、濑木比吕志等编著：《注释民事保全法（上）》，社团法人民事诉讼法信息中心1999年版，第54页。

[43] 日本民法典关于占有保全之诉的规定，原本是想通过保全的特别规定，实现比本权诉讼更快排除占有妨害的目的，但从日本民事诉讼法规定的假处分措施来看，这些特别的规定其实是没有必要的。详细论述见前引[41]，广中俊雄等文，第245页。

法典是否应对民事主管的积极范围作出原则性规定。2. 作为民事实体法或私法基本法的民法典似应明确规定, 法院不得拒绝处理民事纠纷, 人民法院不得以法律以及法律解释、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、司法解释没有规定为由拒绝民事纠纷的受理或者裁判, 以便与民事诉讼当事人的诉权相配合。3. 在管辖方面, 管辖法院的确定依赖于实体法对当事人所在地、行为地的确定, 因此明确、合理地规定人与行为的所在十分重要。4. 在当事人方面, 适格当事人的确定、当事人的变更、承继都需要以实体法为根据。5. 在诉讼标的的确定方面, 需依赖实体法对实体请求权和利益的规定加以确定。6. 在诉的类型方面, 需要依实体法的相关规定加以分类和界定。7. 在证据方面, 实体法的规定是证据合法性即证据采信与否的重要根据。8. 在证明方面, 相关的法律推定需要实体法的具体明确规定, 以减少事实认定的困难。9. 裁判方面, 既判力的主观范围、客观范围的界定都与实体法的规定相关。

因为民事诉讼法中的诸多问题源于实体法, 所以有些诉讼法上的问题需要从本源上加以彻底解决。当然有些实体法技术和理论上争议的解决也可以将民事诉讼程序的要求作为取舍、裁断的重要参数和标准。总之, 一部好的民法典和民事诉讼法都需要民法学者和民事诉讼法学者的共同努力才能成就。

Abstract: There is an intrinsic link between the civil code and the civil procedure law. The codification of the civil law is a huge systematic project that involves the content of not only substantive law, but also procedure law. In this process, attention should be paid to the improvement and development of the civil procedure law and prevention of the obsolescent clauses of the civil procedure law from being included in the civil code. Attention should also be paid to the linkage, coordination and integration between the civil law and civil procedure law. It is necessary to reflect on the relevant regulations in the civil code from the perspective of the development and improvement of the civil procedure law, so as to guide and support the revision of the civil procedure law. Moreover, the issue of the unity of concepts ought to be considered on the whole in a comprehensive way, so as to avoid such phenomena as self-talking, self-definition, self-expression, lack of coordination and unity in the formulation and modification of the two laws. As for the division of labor with respect to procedural norms between these two laws, the concrete and specific procedural norms should be stipulated in the substantive law while the general and abstract norms should be provided for in the procedure law.

Key Words: civil code, civil procedure law, right of claim, right of action, limitation of action, enforcement
