

中国民事诉讼法学发展评价 (2010—2011)

基于期刊论文的分析

本刊编辑部

学科发展评价的宗旨及其对学术生态的意义,本刊主编已在第1期中阐明。本期将在这一总体目标之下继续对中国民事诉讼法学2010—2011年的发展状况进行实质性学术评价,力求真实完整地反映出这一时期本学科发展的进步和问题。这种尝试所面临的种种困难和风险已在本刊之前发表的学术评价报告中充分陈述,^[1]例如因篇幅不足和涉猎不够而挂一漏万,因学术标准缺乏共识和学术评价的主观性而见仁见智,因评价者自身的学术视野和鉴赏力欠缺而自以为是等。但无论如何,我们还是想通过这种评价过程,努力探索某些可能达成共识的哪怕只是抽象意义的学术评价标准,比如以知识或学术增量来评价学术贡献,或者至少将那些近乎抄袭的简单重复、毫无创新的作品归入学术垃圾——即使发表于CSSCI,即使给中国法学创新网的学术量化统计表增添了可观数字,即使为作者换取了高级职称或其他功利。不言而喻,我们在桥上看风景,看风景的人也在楼上看我们,因此我们也将自己的“评价”置于“被评价”的目标之下。但我们相信,正是这种评价与被评价、批评与被批评,才是学术发展的正常动力。

一、样本库的确定与样本的选择

作为中国民事诉讼法学2010—2011年发展评价报告,首先必须确定“本学科”在此期间生

[1] 本刊编辑部:“中国民法学发展评价(2010—2011)”,《中外法学》2013年第1期。

产了哪些“学术论文”。我们首先按照主题(研究客体)搜索了刊载本学科相关文章的全部学术期刊。根据共知度较高的中国期刊网(CNKI)数据库的统计,“诉讼法与司法制度”被归为一大类,下设民事诉讼法、仲裁法、刑事诉讼法、行政诉讼法、司法制度、制度与方法等6类二级主题,其中“民事诉讼法学”和“仲裁法学”领域的论文共3459篇,被初步纳入本次评价范围;对于与其他学科多有交叉的其他几个主题采取了以作者(研究主体)为依据的搜索,仅搜索了民事诉讼法学者对这些主题的研究成果。限于精力,我们在此基础上再次缩小了样本库,最终选取了161种期刊作为检索对象,包括普遍作为各类学术评价样本的CSSCI来源期刊121种,以及我们(主观)认为在法学界认知度较高的其他12种学术期刊。^{〔2〕}遗憾的是,为了保持本刊各学科评价报告的样本库的大致统一,我们暂时剔除了不具有刊号的以书代刊类连续出版物,其中不乏绝不逊色于核心期刊的出版物(如《北大法律评论》);由民事诉讼法学者主持并一直作为本学科论文发表重镇的《民事程序法研究》、《司法改革论评》等出版物,以及由实务部门主办的《民事审判指导与参考》、《仲裁与法律》等出版物,其中包含着本学科的真问题和一些重要研究,也因不属于正式期刊而被割舍。从下期开始,我们将进一步探讨和完善样本库,使之能够更全面反映本学科研究的真实状况。

以此样本库为基础,我们检索了上述期刊2010年和2011年发表的属于民事诉讼法学研究范围的论文共计733篇。除了传统意义上以民事诉讼法律规范为研究对象的论文外,还选取了以民事司法制度、替代性纠纷解决机制为研究对象的论文,但仅保留了民事诉讼法学者进行的制度分析,未考察纯粹的司法理论或纠纷解决理论方面的文章,以区别于法理学的评价报告。在这733篇论文中,我们又运用CNKI的检索系统,排除了页数在3页以下(含3页)的文献。因为根据一般的学术规律,3页以下的论文不超过5000字,以这样的篇幅一般很难展开论述某一学术问题。尽管其中有一小部分笔谈、书评、随笔类文章可能饱含着思想火花,但限于精力,我们只能带着遗珠之憾最终圈定了612篇文章作为本次的评估对象。当然,即便是对这612篇文章,由于研究方法、研究主题的差别,也难以给予同等程度的关注,例如不少实务部门撰写的调查报告比较准确地阐述了民事诉讼程序运行中的现实问题,但因为缺乏抽象和提炼,仅仅具有描述的意义,学术价值有限,故大多被略过。

检索中发现了一些有趣的现象。不同刊物发表的民事诉讼法学论文数量很不均衡。比如,《中国社会科学》没有刊发一篇民事诉讼法学论文,《法商研究》也只刊发了6篇民事诉讼法学方面的文章,而《当代法学》刊发了不少具有学术价值的民事诉讼法学论文。不过,仅以发表

〔2〕 CSSCI来源期刊121种包括:CSSCI法学类来源期刊(21种),CSSCI综合类社科期刊(50种),CSSCI高校综合类学报(70种),CSSCI法学类扩展板来源期刊(8种);其他12种法律类期刊为《河南财经政法大学学报》、《国家检察官学院学报》、《河南省政法管理干部学院学报》、《中国政法大学学报》、《西部法学评论》、《西南政法大学学报》、《云南大学学报法学版》、《昆明理工大学学报(社会科学版)》、《法治研究》、《中国法律》、《科技与法律》、《中南财经政法大学学报》。

篇数来解释民事诉讼法学研究的羸弱(虽然与刑法、民商法等显学相比的确羸弱),似乎并不恰当,事实上这在很大程度上归结于刊物和编辑的发表偏好。以《中国社会科学》为例,宏大叙事的司法制度研究远比微观技术性的程序制度研究更受青睐,但民事诉讼法学研究的中心和重心恰恰是后者。因此,即使是具备相当发表实力的学者,也可能因关注点由价值理念层面转向制度技术层面而不再问津这类期刊。从学术自治的角度看,期刊和编辑的学术偏好无可厚非甚至值得鼓励;真正值得反思的是,在各刊物之间对作品发表并无统一标准,“三大核心”、“十五种期刊”之类的圈定缺乏基本考量指标的前提下,以最具标准化色彩的数量考核对学科和学者进行评估和排名是否荒诞?

二、2010—2011年民事诉讼法学发展的基本状况

本部分将从前述样本库中选取重要论文,简述其理论贡献,并在我们的智识范围内指出某些不足,但无论如何,我们首先要向提到的所有重要文献的作者表达敬意,因为这些成果体现了2010—2011年中国民事诉讼法学研究的最高水平,即便批评,也是因为其重要价值激发了我们的更高期待。相反,那些在本文中未涉及的“留白”或许才是本学科的虚弱环节,因为本文并非成果综述,而是文献评价并以此对学术生态进行描述。此外需要说明的是,一如本系列其他学科的报告,本文提到相关作者时一律只列姓名,不附各类敬称。

(一)基础理论研究

关于基础理论的研究在经历上个世纪90年代中后期短期的繁荣后迅速沉寂,不再属于中国民事诉讼法学研究的主流。加之民事诉讼法面临修改,大多数研究集中于具体诉讼程序和诉讼制度的建构,基础理论的研究成果更显匮乏。这两年在民事诉讼目的理论、既判力理论、民事诉讼法律关系和诉讼法律行为理论等方面,甚至未发现有突出贡献的论文。

相对而言,诉权理论的相关研究成果略为丰富。主要研究方法有三类:第一类是从总体上对诉权理论的内涵、外延、性质、类型进行的概括性阐述。^{〔3〕} 此类研究在一定程度上拓展了诉权理论的范围,但强调整体性或体系性的面面俱到可能落入“教科书范式”,反而导致对话或批评都无从下笔。但值得一提的是严仁群对诉权类型的重构,^{〔4〕}提出了附条件诉权说和无条件诉权说,并以此为支撑,强化抽象诉权说和司法行为请求权说的正当性。这种划分方法打破了依循历史沿革这一线索来理解不同诉权学说理论的习惯,有助于理解抽象诉权说和民事诉讼法学理论的独立价值。第二类是从比较法的角度对诉权理论做出评述,例如任凡对德国

〔3〕 例如田平安、柯阳友:“民事诉权新论”,《甘肃政法学院学报》2011年第5期。

〔4〕 严仁群:“回到抽象的诉权说”,《法学研究》2011年第1期。

法上民事听审请求权的梳理,^[5]直接回避了处于僵死状态的中国诉权理论,着重介绍大陆法系国家诉权的理论渊源和制度保障。第三类是从类型化研究的角度对诉权中某一种权能进行阐释,如韩红俊关于适时审判请求权的论述,^[6]侧重于强调如何在具体的诉讼制度和程序中落实相关权能,较之于前两类研究,其技术性更强而理论性偏弱。

在诉讼标的理论方面,吴英姿以“内卷化”来描述和批评我国诉讼标的理论对司法实践无所助益的现象,揭示了中国法律界心照不宣的一个事实,提出让诉讼标的回归“诉的要素”的定位,只承担确定裁判标的和既判力客观范围的基本功能,而不应用来统摄请求权竞合、部分请求等理论难题。^[7]不过,该文以中国法律移植过程中面临的问题来论证大陆法系理论自身的内卷化现象并没有足够的论据支持。作者对于如何形成中国自身的诉讼标的理论也没有直接贡献,但作者不留情面并切中要害地揭示诉讼标的研究在中国面临的“屠龙术”困境以及在方法论上的反思,对于中国民事诉讼理论的发展很有意义。

(二) 诉讼制度研究

在当事人制度方面,当事人基础理论、共同诉讼、第三人等方面的研究乏善可陈,尚未发现突破性成果,但关于集团诉讼、群体性诉讼的专题研究成就斐然,取得了诸多突破。首先,比较法研究的视野有所拓宽。这两年一些研究者通过第一手资料和亲自考察,对德国、^[8]荷兰、^[9]瑞典、^[10]巴西、^[11]印度、^[12]新西兰^[13]的团体诉讼和群体性纠纷解决机制进行了较为翔实的介绍,大大丰富了我国读者对群体性纠纷解决机制的理解。其次,类型化诉讼的研究方向逐渐明晰。一些作者依据不同的案件类型对群体性纠纷加以分类,分别从环境公益诉讼、证券集团诉讼、^[14]消费者保护诉讼等不同角度,探讨了群体诉讼的主体问题和相应程序。这种类型化诉讼研究不仅有助于根据群体性纠纷的不同特征确定不同的诉讼结构,更有助于针对中国具体的群体性纠纷来探求制度发展的中国路径。最后,多元化诉讼的特点开始显现。

[5] 任凡:“德国民事听审请求权及其借鉴”,《西部法学评论》2011年第4期。

[6] 韩红俊:“论适时审判请求权”,《法律科学》2011年第5期。

[7] 吴英姿:“诉讼标的理论内卷化批判”,《中国法学》2011年第2期。

[8] 吴泽勇:“《投资者示范诉讼法》:一个群体性法律保护的完美方案?”,《中国法学》2010年第1期;“论德国法上的团体不作为之诉——以《不作为之诉法》和《反不正当竞争法》为例”,《清华法学》2010年第4期;“论德国《反不正当竞争法》上的撤去不法收益之诉”,《当代法学》2010年第3期。

[9] 吴泽勇:“论荷兰的群体性纠纷解决机制”,《河南大学学报》2010年第5期。

[10] 吴泽勇:“瑞典的群体性纠纷解决机制分析”,《法学》2010年第7期。

[11] 刘学在、韩晓琪:“巴西集合诉讼制度介评”,《环球法律评论》2010年第4期。

[12] 李傲:“法官引领下的印度公益诉讼制度”,《环球法律评论》2010年第4期;吴卫星:“印度环境公益诉讼制度及其启示”,《华东政法大学学报》2010年第5期。

[13] 沈跃东:“论环境法庭的裁判程序”,《东南学术》2010年第5期。

[14] 例如杨严炎:“群体案件的诉讼形式及其价值取向——以大庆联谊虚假陈述案为例”,《清华法学》2011年第2期;周学峰:“证券集团诉讼的滥用与制约”,《西部法学评论》2011年第2期。

吴泽勇、刘学在、韩晓琪、^[15]章志远和高中红^[16]关于团体诉讼、集合诉讼的研究和比较,进一步拓展了群体性诉讼的研究范围,突破了过去偏重于美国集团诉讼体制的探讨。除上述制度性研究外,吴泽勇关于群体性纠纷解决机制原理的研究中^[17]归纳出了“公共执法还是私人执法”、“赔偿还是威慑”、“律师经营还是第三方资助”、“代表人诉讼还是示范诉讼”、“加入制还是退出制”等多重分析框架,为后续研究提供了清晰的研究路径,奠定了坚实的理论基础。

管辖制度方面的研究主要有两种类型:第一类是立法建议式的研究,新意无多,可能缘于现行管辖规则已基本固定,而理论研究者与司法实务提出的新问题之间又存在着天然隔膜。个别例外是王次宝关于一般管辖规则与特殊管辖规则之间冲突的分析,^[18]运用法解释学的方法以小见大地分析了一般地域管辖既有规则中存在的深层次逻辑冲突,在方法论上很有意义,遗憾的是最后的解决方案依然落入了立法论的窠臼。第二类主要是国际私法学者以国际条约的新发展为参照,对我国民事诉讼法中涉外管辖条款提出有理有据的批评,^[19]这对我国民事诉讼法学界及时跟进国际条约的发展很有关注和借鉴价值。

在诉讼费用、保全制度、强制措施、民事送达等辅助性诉讼制度历来不是理论研究的重点,这两年有分量的论文仍然很少,其中保全制度、诉讼费用等主题难以找到有知识增量的论文。不过谭秋桂^[20]从比较法的角度梳理了德、日、法、美四国送达制度在送达范围、送达主体、送达方式等程序要件上的差异,为司法实务中淤积的问题提供了理论资源和改革路径,不足之处是部分参考文献略显陈旧。廖永安^[21]则从实证的角度,以一个中级人民法院作为考察对象,分析了各种民事送达方式在实践中的运行状况、现实问题提出了改进制度的建构性意见,不仅着眼于送达制度本身的改革,也观照了改革的现实动机和理论支撑,因此很有价值。

(三) 诉讼程序研究

一审普通程序方面的研究热点呈现出不断前移的趋势,近来最引人关注的是立案机制。傅郁林的论文^[22]沿袭其“功能与结构”分析方法,通过重新界定三大诉讼模式及其运行逻辑,指出当下中国立案程序的功能和结构紊乱根源于诉讼模式转型和司法改革的未竟过程,厘清了立案庭和审判庭各自应有的功能,“就料裁衣”地提出了在我国转型时期具有可行性的起诉审查标准。不过该文明显存在思索消不成熟的粗糙痕迹。郭翔对立案阶段管辖要件审查的研

[15] 刘学在:“团体诉讼制度概念辨析”,《北方法学》2010年第1期;刘学在等,见前注[11]。

[16] 章志远、高中红:“团体诉讼:群体性事件有效化解的一种路径”,《法治研究》2010年第10期。

[17] 吴泽勇:“群体性纠纷解决机制的建构原理”,《法学家》2010年第5期。

[18] 王次宝:“民事一般管辖与特殊管辖的冲突及其消解”,《当代法学》2011年第6期。

[19] 焦燕:“涉外民事诉讼的被告财产管辖权:比较法之考察”,《环球法律评论》2011年第2期。

[20] 谭秋桂:“德、日、法、美四国民事诉讼送达制度的比较分析”,《比较法研究》2011年第4期。

[21] 廖永安:“在理想与现实之间:对我国民事送达制度改革的再思考”,《中国法学》2010年第4期。

[22] 傅郁林:“中国民事诉讼立案程序的功能与结构”,《法学家》2011年第1期。

究,^[23]主张通过降低管辖权成立的证明标准来完善现行实质审体制中的混沌之处,以避免立案庭与审判庭功能的混同。刘敏的论文^[24]则通过对一种具体诉讼要件(前置程序)的考察,提出了设置诉讼前置程序应当遵循的基本原理,颇有价值,不过在分析如何运用这些原理改革我国民事诉讼前置程序方面还有些脱节。

小额速裁试点及小额诉讼立法动议^[25]将简易程序和小额程序研究推向了一个新阶段。一方面,小额诉讼比较研究有了更细致化的成果。比如马强对美国小额法庭的观察传递了很多新信息。^[26]另一方面,关于诉讼程序的多层次设计也出现了更具理论建设性的论文,比如范愉^[27]从ADR支持者的角度出发,认为小额诉讼程序并不是减轻法院压力的一剂良方;傅郁林^[28]指出我国不具备西方国家小额诉讼程序的制度背景和特别需求,单设小额诉讼程序既不必要也不可行,应该建立针对不同特质纠纷的多元程序体系;王亚新^[29]将民事案件划分为一般简单案件、复杂案件、难办案件和法律上有特殊意义的案件,认为针对不同类型的案件应当配备不同的审理程序,以实现司法的不同功能。不过与三位学者多年前的研究相比,这些文章的价值与其说有什么理论创新,不如说是对这一热点问题的集体表态和观点重申——理论界已就诉讼程序的分类或分化达成共识。另外还存在一个危险现象,一些研究者在使用“速裁”概念时并没有作出特别的解释和限定,因而可能得出了一些想当然的结论。

二审程序方面的研究了无新意。虽然有不少论文就二审的审理方式、审理对象、发回重审制度展开了讨论,但无论观点或方法都无所突破。张维迎和艾佳慧用信息经济学和博弈论来分析上诉程序功能的实现与有效传递信息的上诉程序的建构,^[30]虽然加入了一些程序法和民事司法制度的论证,但显然没有反映西方上诉制度的真实功能及其与一审程序功能的分野,而恰恰是这种功能的根本分野,决定了上诉程序存在逆向选择这一命题在本质上或许就是一个伪问题。

这两年关于再审程序的宏观研究渐趋沉寂,但仍然涌现出不少深入剖析微观问题的精致文章。潘庆林对于再审中撤回起诉的分析^[31]运用解释学方法对《最高人民法院关于适用〈中

[23] 郭翔:“民事地域管辖与立案审查制度的冲突与协调”,《清华法学》2010年第2期。

[24] 刘敏:“论民事诉讼前置程序”,《中国法学》2011年第6期。

[25] 《最高人民法院关于部分基层人民法院开展小额速裁试点工作的指导意见》(2011年3月17日法[2011]129号)

[26] 马强:“美国小额法庭制度与借鉴”,《比较法研究》2011年第5期。

[27] 范愉:“司法资源供求失衡的悖论与对策——以小额诉讼为切入点”,《法律适用》2011年第3期。

[28] 傅郁林:“小额诉讼与程序分类”,《清华法学》2011年第3期。

[29] 王亚新:“民事诉讼法修改中的程序分化”,《中国法学》2011年第4期。

[30] 张维迎、艾佳慧:“上诉程序的信息机制”,《中国法学》2011年第3期。

[31] 潘庆林:“关于再审程序中原告撤回起诉的若干问题——最高法院相关司法解释的再解释”,《法律适用》2010年第21期。

华人民共和国民事诉讼法》审判监督程序若干问题的解释》第35条加以仔细梳理,提出了该条在适用中可能面临的不同情形以及相应后果。罗飞云对民事再审新证据的考察^[32]尽管得出的结论并不新颖,但运用实证方法对再审程序中新证据的运行特点和基本样态的归纳却有助于研究者了解该领域的全貌。宋小海关于民事抗诉的论文^[33]另辟蹊径地构建了民事抗诉的正当性基础,提出从程序法上将抗诉定位于“再审司法分权制约”,将抗诉权司法化、抗诉申请诉讼化的主张,颇有新颖性和启发性。

(四) 非讼程序研究

非讼程序一直不是民事诉讼法学研究的重点,但部门法分支“诉讼法”更替为“诉讼与非讼程序法”,^[34]提升了非讼程序的地位,使得相关研究开始升温。这两年的非讼程序研究主要有两类。一类是总体性研究,这类论文虽然不少,但多无新意。例外的是郝振江关于非讼程序功能的研究,^[35]作者将非讼程序的功能界定为基本功能和扩展功能,重点论述了运用职权主义和非对抗方式解决纠纷这一扩展功能的由来和成因,并强调扩展功能只是对近代以来的诉讼中心主义的一种修正,不宜过分拓展。无论从理论推进的深度还是所涉资料的广度看,该文都超越了既有研究,是非讼程序研究中的标杆性作品。另一类是针对现行法规定的特别程序、督促程序和公示催告程序进行个体性研究,不过大都视野狭窄,陷入了教科书体例。幸有两篇文章借助外部资源推进了这一领域的发展。周翠关于德国和欧盟电子督促程序的介绍^[36]利用了比较法的资源,既有制度借鉴的价值,又凸显了督促程序的功能和目的,尤其是关于电子现代化程序的分析,对于激活我国僵死的督促程序、以非讼方式解决小额金钱纠纷具有直接意义。李建伟运用实体法的资源,从公司法的立场出发论证了建构公司非讼程序以解决公司纠纷的路径,^[37]尤其是针对哪些公司纠纷可归入非讼事件所进行的法理甄别和可行性分析,对民事诉讼法学研究者颇有启发,有助于促进诉讼法研究打破学科建制的藩篱,从民商事实体法中探索非讼程序的用武之地。

(五) 执行程序研究

相比持续成为理论热点的诉讼程序,有关执行程序的理论研究冷清了许多。一类是实务部门为了解决执行难、执行乱问题形成的各种调研报告,大多缺乏理论性;另一类是对实践领域的相关问题或政策进行证成或证伪的理论论证,但往往是实务部门已经形成某项操作流程

[32] 罗飞云:“民事再审新证据的认定和运用”,《法律科学》2011年第5期。

[33] 宋小海:“论民事抗诉制度的程序法定位——基于修改后民事诉讼法的分析”,《中外法学》2010年第4期。

[34] 中华人民共和国国务院办公厅:《中国特色社会主义法律体系》,人民出版社2011年版,页16。

[35] 郝振江:“论非讼程序的功能”,《中外法学》2011年第4期。

[36] 周翠:“电子督促程序:价值取向与制度设计”,《华东政法大学学报》2011年第2期。

[37] 李建伟:“公司非讼程序之适用研究——公司纠纷解决的民事行政路径分析”,《中国法学》2010年第5期。

数年之后论证成果才发表出来,从而形成实践拖着理论跑的状态,即使是这里列举的执行研究成果中的佼佼者也存在这种现象。例如,童心的论文^[38]富有说服力地论证了在中国由法院作为执行机构、执行局分设执行实施机构和执行裁决机构的正当性,但其发表时间是在实务部门基本形成相关决策之后。肖建国的论文^[39]剖析了我国民事执行立法应当选择单行法模式的理论基础和现实需求,观点鲜明、论证有力,但文章的发表时间却是在执行程序单独立法的方案公开之后,虽然少数知情者了解正是部分归功于作者本人的参与和推动,这一政策才得以形成,但单纯从普通读者和学术评价的角度看,文章的滞后发表显然影响了学术成果的前瞻性和时效价值。

相比对策性研究,执行问题的基础理论研究在很大程度上可以摆脱对实务部门政策的依赖和时效性要求。赵秀举的论文对此做出了艰苦而成功的尝试。^[40]作者运用比较研究的方法提出了一系列新观点,比如民事执行危机并不是中国独有的问题,而是各国在20世纪末期普遍面临的法律困境,并因此产生了形态迥异的执行程序改革;他提出的私人化、特殊调解等应对路径打破了既有执行措施的常规思路,特别强调指出完善民事交易的法律保障体系才是解决执行危机的长远之计。

其他有关执行问题的研究较为分散,以下这些成果基本代表了这两年执行程序研究的最高水平:肖建国对执行当事人变更和追加的程序思考,^[41]郭晓冬对保全裁定执行的梳理,^[42]叶蓁对执行程序中财产调查权的探讨,^[43]兰世民对执行送达方式的建构,^[44]这些文章大多是从执行实务中的现实困难出发,描述问题现状,并借助比较法或解释学的方法提出了相应的制度建构方案。

执行救济方面的研究成果卓著。这两年该主题项下的大部分论文是对2007年民事诉讼法修正案和2009年最高人民法院司法解释之后集中研究执行救济制度的系统论述成果^[45]的低层次复制。但也有两类较具开创性的论文:一类在前述系统性研究的基础上,对执行救济制度中的理论问题进行更为深入的挖掘。例如百晓峰^[46]将案外人异议之诉界定为形成之

[38] 童心:“我国执行机构权力配置的理性考量”,《当代法学》2011年第3期。

[39] 肖建国:“中国民事执行立法的模式选择”,《当代法学》2011年第1期。

[40] 赵秀举:“论现代社会的民事执行危机”,《中外法学》2010年第4期。

[41] 肖建国:“执行当事人变更与追加的程序研究——基于德、日、韩执行文制度的比较研究”,《法律适用》2011年第9期。

[42] 郭小冬:“论保全裁定的执行”,《当代法学》2010年第4期。

[43] 叶蓁:“论民事强制执行中的财产调查权”,《环球法律评论》2011年第1期。

[44] 参见兰世民:“对物送达:执行送达方式新视野”,《法律适用》2011年第1期。

[45] 例如张卫平:“案外人异议之诉”,《法学研究》2009年第1期;唐力:“论民事执行的正当性与程序保障”,《法学评论》2009年第5期。

[46] 百晓峰:“论案外人异议之诉的程序构造”,《清华法学》2010年第3期。

诉,并以此为逻辑起点,分析了这一特殊的诉讼形态在诉讼要件、审理范围、起诉主体等方面的问题,推进了理论研究的深度;另一类是选取执行程序中某一微观制度,将其与执行救济挂钩,考察其中的程序问题。梁帅^[47]讨论了执行救助基金制度,与大多数实务界作者的论文普遍侧重于具体问题、缺乏理论分析的特点相比,该文对执行救助基金制度的理论基础和现实基础都有较为深入的分析,还独到地论证了执行救助不等于“法院买单”,值得研究者给予关注。

(六)证据制度研究

证据制度方面的成果可以分为两大部分:证据论和证明论。相对来说,民事证据法学的研究重心集中在证明论部分(刑事证据法学的研究则侧重点证据论)。民事证据论的研究主要涉及证据法的基础理论、证据的种类、证据保全和固定等问题。证据法基础理论方面的研究鲜有突破,但栗峥和吴洪淇对英美证据法的认识论和价值论基础的介绍,^[48]却为重视证据规则建构的中国法学界提供了别样的理论资源。在证据种类的研究上,颇具新意的是张卫平对讯问、询问笔录^[49]和公证书^[50]的定位,无论是将讯问询问笔录确定为当事人陈述或证人证言的载体,还是将公证书明确界定为书证,都构成了对传统学说的挑战,而蕴藏在挑战背后的则是作者一以贯之的强化司法权和控制公权力的理念。张卫平还另文讨论了公证证据保全制度,^[51]尝试区分“公证证据保全”与“证据保全公证”,并对公证证据保全的法律效力、合法性等问题进行了概要考察,不过诚如作者所述,由于欠缺实践经验的积累,文章对很多具体的制度设计都没有展开,令人对后续研究向纵深推进产生期待。戴锐对民事证据排除程序的研究^[52]填补了这一领域的学术空白,作者没有简单地模仿照搬刑事诉讼中的排除规则,而是借助于非讼程序、中间裁判等民事诉讼法学的分析工具,尝试构建民事证据的排除程序,可惜篇幅限制致使两篇论文的论证都较为单薄,尚未达到建构一种新制度的层次。

证明论方面最为繁荣的依然是证明责任研究。目前的研究开始以中国法律文本为对象,在业已介绍完毕的大陆法系证明责任概念和原理基础上展开更深层次的推进。一方面,以民事实体法为依托,梳理具体案件中民法条文中的证明责任分配和相关问题。胡晓霞和段文波从不当得利切入,重点关注了主张责任与证明责任之间的冲突。^[53]最集中的研究是医疗损

[47] 梁帅:“我国执行救助基金制度的困境与出路”,《法律适用》2011年第9期。

[48] 栗峥:“‘理性’抑或‘怀疑’:英美证据思想的‘世纪之争’”,《证据科学》2011年第1期;吴洪淇:“阐释与理论:英美证据法研究传统的二元格局”,《华东政法大学学报》2011年第1期。

[49] 张卫平:“论讯问、询问笔录在民事诉讼中的证据效力”,《清华法学》2011年第1期。

[50] 张卫平:“公证证明效力研究”,《法学研究》2011年第1期。

[51] 张卫平:“论公证证据保全”,《中外法学》2011年第4期。

[52] 戴锐:“论民事证据排除程序的结构”,《证据科学》2010年第6期;参见戴锐:“民事证据排除裁判及其效力”,《证据科学》2011年第4期。

[53] 胡晓霞、段文波:“主张证明责任视角下的民法”,《暨南学报》2011年第3期。

害赔偿中的证明责任分配,其中杨鑫鑫的解读^[54]和胡学军关于2009年《侵权责任法》对医疗损害赔偿案件证明责任分配的批评,^[55]在众多批评文章中为佼佼之作。另一方面,一些文章针对最高人民法院《证据规定》中某些不合理的规则进行了批判。霍海红^[56]与胡学军^[57]从不同维度批判了《证据规定》第7条中法官分配证明责任的裁量权,而两位年轻学者不约而同地强调并论证,应通过强化当事人的证明权以及包括表见代理、证明妨害在内的其他事实认定规则,来完善实体法规在分配证明责任时的粗糙之处,对于民事证据法学乃至整个民事诉讼法学都具有重要的理论意义。

在证明程序、证明方法等领域也有不少论文。李浩^[58]主要运用历史考察的方法,检讨了过分限缩法官依职权调查证据导致的负面效应;翁晓斌和周翠^[59]则主要借助德国法资料,同样论证了只有强化法官调查证据的义务,方能克服辩论主义可能产生的影响事实发现、损害实体公正等弊端。曹志勋^[60]在比较大陆法系国家和美国在书证搜集裁判方面的经验之后,提出以《证据规定》第75条为基础改造我国的书证搜集裁判体系。李训虎^[61]呼吁建构证明力规则,挑战自由心证这一证据法学的基石,很大程度上反映了中国司法实务界对证据法学的诉求。然而,即使作者在界定证明力规则时使用了最宽泛的定义,也无法从理论上解释证明力规则与自由心证之间的冲突关系。占善刚^[62]和毕玉谦^[63]的论文均对证明妨害(碍)制度展开总体性讨论,都是从法理基础、构成要件、法律效果等角度去论证我国应增设该制度并加以建构,但遗憾的是,论题和论点如此相关的两篇论文之间竟然完全没有交流和对话,各有四十个左右的脚注旁征博引美、德、日、我国台湾地区等学者的文献,却完全忽视本土学者的已有成果。此外,《证据科学》在2011年第2期以“经验法则”为主题组织了专题讨论,至少在整理有关经验法则的资料和案例方面颇有意义,但因文章之间没有交锋而使主题研讨陷入自说自话的尴尬。

(七)司法制度研究

将司法制度作为一个独立的研究单元,实际上是把无法简单归入传统民事诉讼法理论分

[54] 杨鑫鑫:“我国医疗损害诉讼举证责任分配”,《证据科学》2011年第3期。

[55] 胡学军:“解读无人领会的语言——医疗侵权诉讼举证责任分配规则评析”,《法律科学》2011年第3期。

[56] 霍海红:“证明责任配置裁量权之反思”,《法学研究》2010年第1期。

[57] 胡学军:“法官分配证明责任:一个法学迷思概念的分析”,《清华法学》2010年第4期。

[58] 李浩:“回归民事诉讼法——法院依职权调查取证的再改革”,《法学家》2011年第3期。

[59] 翁晓斌、周翠:“辩论原则下的法官实质指挥诉讼与收集证据的义务”,《现代法学》2011年第4期。

[60] 曹志勋:“书证搜集裁判:模式比较与本土改造”,《现代法学》2011年第5期。

[61] 李训虎:“证明力规则检讨”,《法学研究》2010年第2期。

[62] 占善刚:“证明妨害论——以德国法为中心的考察”,《中国法学》2010年第3期。

[63] 毕玉谦:“关于创设民事诉讼证明妨碍制度的基本视野”,《证据科学》2010年第5期。

类的、重要却零散的主题暂时牵强地汇入一个大筐,包括无法归入诉讼模式论的审判权、释明权、司法裁量权、规则创制权研究,无法形成系统的裁判理论的裁判文书和裁判技术、判例制度和案例研究,无法归入具体诉讼制度的司法改革价值、目标、方法、趋势等宏观研究。

关于民事司法的价值和目标,李浩在“宁可慢些,但要好些”的醒目标题下,^[64]通过对世界主要国家民事案件审理速度的比较,得出与当下司法改革主流目标相反的结论:中国民事司法的关键问题不在于速度,相反,程序高速运转带来了程序保障严重欠缺、更多案件涌入法院、审判质量低下、当事人满意度低、司法公信力受损等多方面严重后果。傅郁林则将中国民事诉讼三十年来的发展史和未来趋势归于“走向现代化”的明确标题之下,以西方国家司法改革作为隐性参照,回答了自己预设的三个问题——中国民事司法“源于何处”、“位于何处”、“去往何处”,并明确指出,基于中国司法在制度起点、现状方面与西方制度的差异性,中国民事司法改革目标应与西方司法改革逆向而行,继续推进司法专业化即“现代化”,并通过多元化并举的改革,实现中国民事司法制度的“权限分界、案件分流、程序分类、职能分层”总体目标。^[65]两篇文章都体现了“中国问题、比较视野、动态观察”的明确意识和方法。杨荣馨和邱星美的论文^[66]针对司法能动主义的原始含义及其在中国的异化进行了理论回应,强调司法审判务必恪守法律、受规范制约,特别是在法官职业化尚未完成的中国这一成文法国家,严格执法比创新更为重要。在较为技术的层面上,潘剑锋的论文^[67]娴熟地列举了若干事例来论证民事诉讼法和数额繁多的司法解释中存在很多制度与程序之间不协调不配套之处,指出我国诉讼制度和诉讼程序之所以不成体系、支离破碎,源于大多数具体制度过于关注某一项程序或制度的具体功能,忽略了其在民事诉讼法整个体系中的结构性地位,强调修法时应注重制度和程序之间的整合、衔接与协调。

在诉讼模式和审判权配置方面,王次宝从概念(原称协同主义)、内涵、国内外理论动态等方面对“协动主义”进行了澄清和反思,指出协动主义在西方国家仅为古典辩论主义的修正和补充,而非主流诉讼模式,中国尚未真正建立起以辩论主义为核心的当事人主义模式,与西方司法改革的背景和语境不同,因此中国民事诉讼不应以协动主义为改革目标。^[68]李浩通过阐释当事人自我责任的法理基础、前提条件和程序保障等涉及辩论主义的若干核心问题,^[69]实际上从另一方诉讼主体即当事人的角度回应了对诉讼模式的思考。熊跃敏关于释明权(义

[64] 李浩:“宁可慢些,但要好些:中国民事司法改革的宏观思考”,《中外法学》2010年第6期。

[65] 傅郁林:“迈向现代化的中国民事诉讼法”,《当代法学》2011年第1期。

[66] 杨荣馨、邱星美:“司法能动主义与我国民事司法审判的规范与创新”,《政法论坛》2010年第12期。

[67] 潘剑锋:“衔接与协调:民事诉讼法中相关制度的整合”,《河南社会科学》2011年第5期。

[68] 王次宝:“反思‘协动主义’”,《清华法学》2010年第1期。

[69] 李浩:“民事诉讼当事人的自我责任”,《法学研究》2010年第3期。

务)的实证分析,^[70]对法院在五种不同情形下行使释明权的实证状况进行了评析,无论在释明权理论解析方面,还是在案例研究的方法探索方面,都堪称力作。不过也有明显缺陷:所举的五类案例及其用于说明的事项、分析结论之间互不关联,未能从案例中抽出关于释明权的某些共同原理,比如行使中存在的问题或行使的原理或原则、考量因素、权限幅度、救济途径等;实然的描述和分析与应然的结论和论证之间没有明确区分,有时甚至在解释论与建构论之间跳跃。蔡彦敏的案例研究^[71]指出了同一案件中存在的多方面错误和缺陷,但因分析对象多元、分析工具不明确统一,影响了案例评析的理论价值。比如要么是依据现行法的明确规定指出裁判的公然违法之处,要么是依据一定的解释方法对有歧义的法律规范进行解释或选择,如果以外国法作为中国案件的分析根据,至少要陈述该外国法规范与我国相关规范之间的比较法渊源关系。

在判例制度研究方面,宋晓关于判例生成途径的研究和论证^[72]是该领域研究成果中的杰作。特别是对判例权威和拘束力依赖于法院体系和审级制度的多维立论和驳论都非常到位,对中国的相关实践和外国的相关领域都比较熟悉,加之作者对于研究方法的关注(通过脚注获悉),因此信手拈来、驾轻就熟,不过缺点是对国内已有研究的关注明显不够。冯文生集中讨论了指导案例的“参照”问题,作者援引了大量国外经验和国内研究成果、从中寻找技术性原理来支持其关于“参照”的效力、技术、程序等方面的“解读”结论。不过,尽管作为最高人民法院指导案例制度直接参与者的身份优势也许有助于增加其对“参照”效力解读的权威性,但这篇文章仍不能算是“解释学”意义上的规范解读,^[73]因为其解读结论与规范的文本(文义解释)、背景(历史解释)、宗旨(目的解释)等都没有直接关联,因而只能算是“定义”而非解释。此外,赵钢和王杏飞的论文^[74]对于民事法官的规则创制权及其正当性基础和运行的基本原则、主体、范围、程序和效力等问题的讨论,也进行了制度建构。

(八)替代司法的解纷机制研究

随着民事纠纷的解决方式超越民事诉讼、大幅度地拓展到调解、仲裁等非诉讼纠纷解决机制,民事诉讼法学研究的疆土也相应扩展到相关领域,因此围绕替代性解纷机制发表的大量论文也就顺理成章地进入了本次的搜索视野和评价范围。本报告之所以将司法调解归入替代司法的解纷机制,一是因为在当代中国的调解实践乃至调解制度中,诉外调解与诉讼调解、司法调解与非司法调解之间的界限已十分模糊;二是因为按照本报告作者的司法理念,调解与司法

[70] 熊跃敏:“民事诉讼中法院释明的实证分析——以释明范围为中心的考察”,《中国法学》2010年第5期。

[71] 蔡彦敏:“齐二药‘假药’案民事审判之反思”,《载于法学评论》2010年第4期。

[72] 宋晓:“判例生成与中国案例指导制度”,《法学研究》2011年第4期。

[73] 最高人民法院《关于案例指导工作的规定》第7条。

[74] 赵钢、王杏飞:“论民事司法权中的司法规则创制权”,《中国法学》2011年第3期。

在性质、原理、规范上都存在或应当存在明显差异。总体而言,关于调解的论文虽然数量不少,但无论是在纠纷解决理论层面,还是在纠纷解决机制层面,均无真正的突破性成果,与十年前季卫东、范愉等人的研究相比并未产生实质的学术增量。普遍的缺陷是,在研究方法上习惯于对现行规范的注释和分析,缺乏理论层面的提炼;在学术视野上囿于狭窄、陈旧的知识 and 信息,诉外调解方面的研究更是如此。

针对司法调解的研究主要集中于对2009年最高人民法院提出的“调解优先,调判结合”的司法政策的反思。潘剑锋和刘哲玮的论文〔75〕利用实证数据论证了法院调解的成功并不等同于纠纷的彻底解决,进而探究了法院调解话语与纠纷解决实践之间的分离,提出应从调解优先转变为纠纷解决优先的革新思路。陈杭平的论文〔76〕从社会转型的角度切入,描述了司法政策与程序制度之间的断裂现象,认为法院强调调解存在自我消解的危险趋势,提出只有继续加强审判制度建设,理清审判与调解的相互关系,确定二者各自应有的相位,方能满足转型社会的纠纷解决要求。范愉的论文〔77〕重点分析了“调解优先”的司法政策,提出调解的目的是尽可能替代诉讼,但不能全面取代司法和判决。上述论文尽管切入角度和论证方法不尽一致,但最终的结论却具有高度的共性,亦即对特定时期的司法政策提出了学术界的集体否定。〔78〕这种关于现行调解政策的集体意识,在苏力和龙宗智这两位特立独行的学者那里也有某种和声。〔79〕他们从不同角度对“大调解”与能动司法之间关系的反思和论证,大抵能够体现中国法学界对这一问题的底线。即使这类文献未必有多少理论贡献,却具有正本清源的时代意义和立此存照的考据价值。此外,王禄生的论文〔80〕运用法律社会学的方法,也论证了法院在现有制度环境下很难扮演起“大调解”的主导角色,最后从资源依赖理论和本土正当性两个维度,揭示了“大调解”格局中法院从属地位的固化,突破了“大调解”消解司法正式性的一般论证,既有理论价值,也为司法深刻理解“大调解”格局中自身的地位提供了一个新颖的视角。

在司法调解的具体制度方面,刘加良关于法院委托调解的研究论文〔81〕是这两年间关于委托调解的诸多研究中质量最高的一篇。该文突破了一般层面的描述、解释和划分等传统模式,利用功能分析的研究方法对形式多样、参差不齐的委托调解进行了更新式的研究。作者分

〔75〕 参见潘剑锋、刘哲玮:“论法院调解与纠纷解决之关系——从构建和谐社会的角度展开”,《比较法研究》2010年第4期。

〔76〕 参见陈杭平:“社会转型、法制化与法院调解”,《法制与社会发展》2010年第2期。

〔77〕 参见范愉:“‘当判则判’与‘调判结合’”,《法制与社会发展》2011年第6期。

〔78〕 2012年《民事诉讼法修正案》并未将“调解优先”作为调解的基本原则写入法典,而最高人民法院副院长江必新在2012年底明确提出要认识到调解的局限和不足。

〔79〕 参见龙宗智:“关于‘大调解’和‘能动司法’的思考”,《政法论坛》2010年第4期;苏力:“关于能动司法与大调解”,《中国法学》2010年第1期。

〔80〕 王禄生:“地位与策略:‘大调解’中的人民法院”,《法制与社会发展》2011年第6期。

〔81〕 刘加良:“论委托调解的功能”,《中外法学》2011年第5期。

析了法院委托调解的制度现状,描述了委托调解在全国范围存在的发展水平不均衡、盲目性等问题,将其原因归结为委托调解功能定位的模糊与混乱,进而对委托调解的功能进行了系统性的梳理。李浩的论文^{〔82〕}对民事诉讼法规定的法院调解“查明事实、分清是非”原则进行了重新分析,与大多数诟病这一原则的研究不同,该文从法院调解的本质属性(行使审判权的一种方式)和我国法院调解的自身特点出发,重新论证了这一原则的正当性,进而揭示出我国民事调解体系内部各种不同类型调解机制相互之间的关系,为各类调解之间的界限划分和制度定位指明了方向。

人民调解制度的研究十分薄弱,很多论文将研究对象集中在《人民调解法》和最高人民法院司法解释建立的司法确认制度。^{〔83〕} 这些研究大多涉及司法确认程序的法律性质、司法确认程序的具体建构方式、人民调解协议的法律效力等问题,但由于这些对象集中的同类研究并未形成对话和交锋,因而同质性和重复度偏高,理论深度也有待挖掘。

在仲裁方面,由于仲裁的保密性和技术性,仲裁研究的热土一直是实务部门而非理论界。从期刊论文看,仲裁研究的主题主要有三:其一为厘清仲裁与诉讼的区别,其二为探讨仲裁机构的民事责任及其豁免,其三为分析仲裁程序中的具体制度,例如首席仲裁员的产生方式、^{〔84〕}仲裁程序中当事人的异议权等。^{〔85〕} 上述研究不无现实意义,但研究方法和论证过程都比较粗糙,高薇的成果要算其中的精品了。不过必须说明,学术期刊上仲裁研究的匮乏并不能完整反映中国仲裁法研究的全貌,真正关注这一领域的研究者应当将目光转向《仲裁与法律》、《仲裁研究》、《北京仲裁》等由各仲裁机构主办的以书代刊的出版物。

三、2010—2011年民事诉讼法学发展的起点与困境

本报告的研究范围只是2010—2011两年间发表在样本库期刊上的民事诉讼法学论文。但作为连续评价报告的开端,或许应将镜头拉长一点,延伸学术观察的时间维度,找到2010—2011年中国民事诉讼法学发展的起点,才能获得学术发展评价的参照和依据。同样,2010—2011年学术作品中所存在的问题除了少量是这一期间学术研究的特别问题之外,更多的则是中国民事诉讼法学中普遍问题的例证或缩影,因而这些问题构成了本学科发展的整体困境。

〔82〕 李浩:“查明事实、分清是非原则重述”,《法学研究》2011年第4期。

〔83〕 廖中洪:“民事司法确认程序若干问题研究”,《西南政法大学学报》2011年第1期;潘剑锋:“论司法确认”,《中国法学》2011年第3期;王亚新:“〈民事诉讼法〉修改与调解协议的司法审查”,《清华法学》2011年第3期;赵钢:“人民调解协议的效力辨析及其程序保障”,《法学》2011年第12期。

〔84〕 马占军:“首席(独任)仲裁员产生规则”,《河北法学》2010年第5期。

〔85〕 高薇:“论仲裁异议权的放弃——德国法视角下的分析及相关司法实践”,《甘肃政法学院学报》2010年第5期。

然而,以区区千字梳理三十年来的民事诉讼法学发展史,我们显然力所不逮,故只能在这个历史截面上采几个点,将学术研究的主体、客体、价值、方法、风格、趋势等若干因素揉在一起,夹叙夹议地做些浮光掠影的抓拍,权作当下民事诉讼法学研究图景的一种基色。

总体而言,我国民事诉讼法学的发展阶段与立法发展阶段是大致同步的。1982年《民事诉讼法(试行)》颁布后的中国民事诉讼法学研究主要是法条注释。1991年《民事诉讼法》及之后持续进行的民事司法改革,催生了民事诉讼法学的真正兴起。2012年《民事诉讼法》修改日程的启动带来的民事诉讼法学增长在本次评价对象中初露端倪,但相关成果的井喷式增长只能在下一期2012—2013年单元报告中展示和评价。因此,寻找当下民事诉讼法学发展的起点,实际上就是对现行《民事诉讼法》在1991年颁布之后、2012年修订之前这20年期间学术发展状况的小结。昨日的学术成就,成为今日学术发展的肩膀;低于这个学术肩膀的作品,就是学术矮人,就没有产生学术增量,甚至是消耗今日的资源去重复昨日的故事——无论是抄袭别人还是重复自己,也无论在各种统计表上增添了多少数字,没有学术增量的所谓学术成果都无异于学术垃圾。

首先,中国民事诉讼法学的研究客体和格式已经形成。研究对象、范围和目标的相对确定性,能够使研究者在基本概念、基础理论、基本理念、基本功能的认知和运用上基本一致和协调统一,这是一个学科独立和成熟的重要标志,也是进行学术交流、对话、评论和发展的基本前提。民事诉讼法学经过两代学者的不懈努力,目前已就民事诉讼法基本概念的内涵、基础理论的外延、基本理念的类别、基本功能的界定等基本问题达成了基本共识。尽管就一些基本问题的具体内容和具体观点尚未形成通说,尽管还存在一些学科交叉现象和疆域拓展空间,但诉讼论、诉讼标的理论、诉讼目的理论、既判力理论、诉讼模式论、诉讼价值论、证明责任理论等民事诉讼法学基本理论已成体系,依据现行法(含司法解释)形成的民事诉讼法学研究对象、范围、框架、格局已大致成型。正是在这一前提下,本报告才得以将相关作品归入“民事诉讼法学”框架进行检索、归类和评价;而被列入评价范畴的2010—2011年期刊论文也大都自觉不自觉地共享这个框架、运用这些通识,才得以要么据此对具体制度展开进一步研究,要么对这些基础理论本身进行修正、调整、革新或推进。

其次,研究方法渐趋多元和相对规范,但总体上处于较低层次。^[86] 一个社会进化的标志,不是生产什么产品,而是用什么工具(方法)生产。这一衡量标准同样适用于对学术发展水平的评价。就研究方法而言,民事诉讼法学研究水平整体上处于蒸气机时代,但石器时代、铁器时代与电气时代、信息时代也同时并存。

就使用频度最高的比较研究方法而言,随着外语的普及、文献翻译的增多、互联网的发展、

[86] 关于研究方法及其转型的讨论,参见《法学研究》2012年第5期刊载的一组文章,以及《中外法学》2013年第1期“编者按”。

留学人员的增加,我国目前已摆脱了依赖于我国台湾地区文献和进行简单复制的阶段,考察范围超越了日本、美国等少数国家而扩展到各主要法域和诸多国家,参考文献由零碎陈旧、道听途说,转向追求准确、系统和动态跟进;外国法研究越来越多地开始挖掘域外经验的法理及其特定语境,比较法研究也不乏超越简单的规范罗列而从多国制度的异同中提炼基本原理的成功尝试。但仍然大量存在“中国问题+域外经验=中国改革方案”的八股式论证模式。大多数论文依然是用比较法资料作为主要论据,而欠缺对中国现实问题的关心和了解。在中国法律体系已经基本健全和日益规范的今天,域外经验为中国本土司法实务提供解释的功能正在逐渐削弱,立足并依赖于这种资源的立法论研究的生命力也就难以为继。特别是很多论文以法律文本为直接比较对象,缺乏对国外制度运行机制、特定语境、历史动态的关注和考察,因而无法全面描述外国制度的全貌,解释其现行制度形成的深层次背景以及制度的体系性。更致命的是,这种照猫画虎的对策论或立法论模式几乎已成为“学术”研究的思维习惯和最终归宿,因而侵蚀了法解释学这种基本研究方法的生存空间和学术自身的独立性。比如,2010—2011年的民事诉讼法论文中不仅有超过80%的是立法论或对策论研究,而且在偶尔一见的解释论成果中,作者也几乎不是按照规范的解释方法(如文义解释、逻辑解释、目的解释、历史解释等)对现行立法进行解读,或者在案件中按照一定法律要件对特定规范进行选择(适用)的说服,而总是不经意地跳转到了外国法借鉴频道,提出解决中国问题的对策性建议——重新立法或改革制度。

就实证研究而言,随着理论界的问题意识觉醒和实务界的资讯公开,实证研究正在成为一种时尚。然而,由于缺乏对社会科学研究方法论本身的关注和了解,明显影响了研究方法的科学性和研究结论的可信性,甚至使研究结论更具有误导性和欺骗性。在我们收集的实证研究文章中,不乏一些通过实地考察、问卷调查、案例分析等方式获得的第一手数据和材料,但缺乏社会学、统计学的基本常识,影响了经验研究的规范性、系统性和研究结论的可信性。一些经验研究并没有理论认识,论文虽然充满了图表数字,但欠缺抽样方法、测量技术、回归分析等重要信息,实质上依然是观点先行的定性研究。尽管目前实证研究作为一种方法还只是极少数人的偶尔兴趣,但至少关注真实问题、了解真实状况应当成为一种学术态度和自觉。王亚新在总结民事诉讼法实施二十年的文章^[87]中提出了中国民事诉讼法学高速发展下的深刻隐忧,指出法学研究者应当从司法政策、程序改革动向和诉讼的日常运作三个层面去观察民事诉讼实务,尤其强调中国民事诉讼法学研究应当加强对日常相对稳定的程序运行方式的总结,促使理论与司法实践互动,避免民事诉讼法学研究中自娱自乐、自说自话的现象。这一批评对整个中国法学界都具有深刻的意义。

这种单兵作战、自得其乐的生产方式也妨碍了民事诉讼法学学术共同体的形成。尤其是

[87] 王亚新:“民事诉讼法二十年”,《当代法学》2011年第1期。

在学者之间缺乏交流、对话、批评和对既有研究的观照,导致大量重复性和低层次的研究成果。一些论文将本应该作为文献综述或研究现状描述的内容作为作者沾沾自得的研究结论,既浪费了学术资源,也降低了研究质量。缺乏高质量的学术讨论和争鸣也意味着学术热点的生成机制丧失,很多研究在论文发表之时即是这项研究的终结之日,除了个别非常有名望的学者外,大量国内研究熬更守夜倾尽心力产出的文章却乏人问津,学术的产出或繁荣只能依靠实务部门的政策性推动(例如2012年《民事诉讼法》的修订)或某些影响性案例(例如“彭宇案”)来促进,学术因此丧失了自己相对独立的发展动力。研究者对真正学术问题的孤独守望在学界内部都未能形成影响、甚至尚未形成通说,更遑论对司法实务和立法工作产生真正有益的贡献。

就研究风格而言,虽然学术个性尚未成为独特风景,但与二十多年前法治恢复重建时面临的一片蛮荒相比,中国民事诉讼法学研究也正在从拓荒之旅逐步向精细化深耕型的风格转变。大拆大建式的跑马圈地已经成为历史,研究必须形成自身专门化的品格和特色。研究者在敏锐把握选题、熟悉研究方法、利用语言优势、擅长民事实体法或其他交叉研究等方面各有优势,如果中国民事诉讼法学研究能够转变全才式、封闭式的单干模式,加强交流和对话增进成果共享,甚至在合作、竞争、互补中形成风格各异的研究团队,将大大激发我国民事诉讼法学发展的动力。

最后需要特别提到的是宏观体制对学术资源分配模式与学术评价体制的制约。一方面,那些视野开阔、精力充沛却名不见经传的年轻学者难以获取学术资源,在一次次石沉大海的投稿中消磨了勃勃雄心和兴致;另一方面,大部分有影响力却已功成名就的大腕学者明显学术动力不足,即使尚未放马归山、挂笔歇业,也经常忙于应付各种社会事务,甚至是为了应付那些年轻学者望尘莫及的期刊的约稿,不得不消费自己的声望或过去的作品。在2010—2011年成果中,有几位具有广泛学术影响力的实力派学者都不同程度出现了自我重复的现象——自己的同主题论文与之前发表的杰作重合度较高甚至整体质量退步。约稿栏目的这种状况尤其突出,预计在约稿扎堆的2012—2013年成果中会更加突出。有鉴于此,我们将从下一期报告开始,把民事诉讼法学专业内认可度较高的以书代刊类出版物列入评价范围,以提高学术载体对于优秀长篇文章的容纳力;同时对那些扶持民事诉讼法学发展特别是在栽培年轻学者方面作出突出贡献的CSSCI期刊给予特别关注。在无法改变大的学术体制的状况下,我们希望通过这些努力,帮助年轻学者在学术资源激烈的竞争中突出重围、脱颖而出,使民事诉讼法学发展后继有人;同时也希望实力派学者宝刀不老,在解脱了职称等外在压力后真正释放学术活力,焕发学术青春,以高质量的学术精品载入民事诉讼法学发展史册。

(责任编辑:傅郁林)