中国民事诉讼法学发展评价 (2012—2013)

基于期刊论文的分析

本刊编辑部

继本刊 2013 年第 4 期发表 2010—2011 年民事诉讼法学发展评价以来,中国民事诉讼法学的发展进入了一个重要的历史时期——现行《民事诉讼法》自 1991 年正式颁布以来第一次综合性修改并于 2012 年出台了修正案。本期所评论的 2012—2013 年民事诉讼法学研究成果正处在这个历史节点上,因此这一阶段的研究明显打上了这一特殊时期的印记:其一是法律修改激活了法学研究的热情和灵感,出现了令人欣喜的、井喷式的繁荣景象。不仅新秀纷呈、各显优势,而且一些基本处于休耕状态的资深学者也再现风采、群星闪烁,特别令人瞩目的是参加了前两次立法的新中国第一代民事诉讼法学者常怡先生宝刀不老,奉献了两篇兼具历史感和现代理念的力作。^{〔1〕}这一特点令本期评论者喜中有忧,欲将如此丰厚的成果在有限的篇幅内进行取舍已似割肉,若点评再占篇幅就须放弃更多作品推介,权衡再三本期评论选择了蜻蜓点水模式,努力通过评语的分寸和色彩区分轻重。其二,修正案出台前的立法论和出台后的立法评述占据了明显主流地位,虽然一些富有见地的论证已经或可能对立法产生了直接或间接影响因而颇具社会价值,但其中那些就事论事的立法动议已随新法出台而丧失了学术价值,因此我们只提到了那些因有深度理论挖掘而有特别学术贡献的作品,对个别对立法有显著影响的共识或异见也会点到为止。其三,为推进立法或解释新法而系统梳理某一领域研究状况的综述或评述明显增多,其中有些佳品不仅萃取了该主题研究的学术精华,而且融入了评论者自己的学术洞见,如吴泽勇关于群体纠纷解决制度研究的评述、^{〔2〕}肖建国关于民事执行研究的

---

〔1〕 参见常怡:“人民调解协议的效力变迁”,《昆明理工大学学报(社会科学版)》2012 年第 5 期;常怡:“中国调解的理念变迁”,《法治研究》2013 年第 2 期。

〔2〕 参见吴泽勇:“建构中国的群体诉讼程序:评论与展望”,《当代法学》2012 年第 3 期。

评述,^{〔3〕}但本文因自身目的和篇幅所限,不再对评述类作品再加评述。

本期的样本选择和收集方法基本沿袭了2010—2011年评价报告的做法,不过样本库由CSSCI来源期刊149类和上一期所选定的15类学术期刊进一步扩展到CSSCI来源期刊149类、CSSCI来源集刊18类和选定的19类学术期刊,如《北大法律评论》、《诉讼法学研究》、《东方法学》、《国家检察官学院学报》,亦即选取了186种期刊作为检索对象(经实际检索,其中无符合民事诉讼学科评价研究主题检索要求的期刊有57种)。以此样本库为基础检索了2012年和2013年发表的民事诉讼法学研究论文共计1073篇,另外选取了民事诉讼法学者以民事司法制度、诉外解纷机制为研究对象的论文(区别于法理学研究)共计144篇。对这1217篇论文按照前次进行的CNKI检索及排除方法,^{〔4〕}最终圈定了536篇文章作为评估对象。在成果归类方面,从本期评论开始,将不再把民事诉讼基本理论和基本价值单辟一块,而是将基本理论研究按照其问题指向分别归入民事诉讼的主体、客体、程序等相关领域,以期学术研究在价值——理论——制度——实务之间的逻辑关联和自洽性得到应有的关注。这一改变除了结构安排上的均衡性考虑之外,主要是出于一个基本认识或倾向,即民事诉讼法学作为一门实践指向很强的部门法学,一方面理论研究只有用于解释或解决制度问题和实践问题才是有意义的理论成果,另一方面实务研究和制度研究如果缺乏理论支撑或理论提炼则很难说有多大学术价值,还有一些结构调整已在各版块陈明理由。当然这些尝试是否成功,有待于同行的评价。

一、诚实信用基本原则与民事诉讼模式研究

将基本原则作为一个单独的主题,除了立法体例和本文结构安排上的考虑之外,主要因为这一阶段关于诚实信用原则的研究成果不仅相对集中而且很有质量;关于民事诉讼模式的讨论虽聚焦于事实调查,但因涉及法官与当事人之间权利义务配置这一基本关系和基本理念,且真实义务、辩论主义、协同主义的相关讨论基础也与诚信原则同源,因而几经斟酌也置于这一版块。此外,关于虚假诉讼、恶意诉讼、滥用程序等违反诚信行为的规制研究,篇目不少但未见精品,故不必费心作结构安排;关于违反诚信的诉讼行为所致侵害的救济制度研究,则归入生效裁判的救济部分。^{〔5〕}

关于诚实信用原则的几篇重要成果对我国新增的民事诉讼诚信原则的解读没有明显分歧,均对其价值、局限和前景提出了富有前瞻性的分析和警示。对于一项新原则达成的难得的

〔3〕 参见肖建国:“执行程序修订的价值共识与展望——兼评《民事诉讼法修正案》的相关条款”,《法律科学》2012年第6期。

〔4〕 排除方法:首先排除3页以下文章112篇,其次排除不符合学科评价研究主题检索要求的文章124篇,再次在实质阅读阶段排除不具有评价价值的文章145篇。

〔5〕 还应提到徐洁对诚实信用原则在代为执行中的衡平意义的关注,他指出修正案未将对恶意妨害执行的规制纳入其中使之成为一个盲区。参见徐洁:“论诚信原则在民事执行中的衡平意义”,《中国法学》2012年第5期。

共识我们破例进行了综述,但篇幅所限未与原文准确对应,请各位作者谅解并请读者阅对。〔6〕几位作者认为,我国新增民事诉讼诚实信用原则不同于日本诚信原则那样产生于司法判例而有丰富积累,也不是构建于辩论主义基础之上,而是源于遏制恶意诉讼的现实需要和功利目标;其适用范围除了适用于当事人之外,也适用于法院、规制法院的审判行为。它既是一项诉讼基本原则也是一条高度抽象的裁判规范,但因立法很难对其适用要件和法律效果作出明确统一的规定,故未来将面临的挑战是如何通过具体案件去解释适用和发展,而我国缺乏具体规则、判例机制和精细化的司法作业环境,因此这一原则犹如一把“双刃剑”,发挥其积极作用的同时也要防止其被滥用或空置。就侧重点而言,王亚新讨论了诚实信用原则在我国民事诉讼中适用的主体范围及其在民事程序不同领域的具体表现,就“当事人之间”与“当事人和法院之间”两组关系进行了探讨——前者主要在禁反言规则、遏制虚假诉讼、恶意诉讼等领域,后者主要在当事人滥用权利、诉讼突袭等领域。〔7〕王福华强调在适用界限上必须处理好这一原则与具体条款及其他诉讼原则的关系(比如在与辩论原则和处分原则的关系中处于次位),在适用方法上要区分直接适用和间接适用,在认定证明妨碍、非法证据的取舍、判断部分请求、赋予既判力正当性等问题上应直接适用(直接作为诉讼行为的依据),而在对当事人、法官以及其他诉讼主体宣示时应间接适用(以宣示或职业伦理来防范权利滥用)。〔8〕不过我们认为,从我国《民事诉讼法》关于诚实信用原则的文本表述中如何解读出其同时可作为一种行为规范、从而可以直接适用于具体行为,而不是解读为这一原则体现为在具体规范中增加了对违反诚信行为的规制(如增加或变更了在妨碍民事诉讼强制措施和保留对伪证或隐瞒证据获取的仲裁裁决的司法审查)和对受害者的救济(如增加了第三人和检察院的撤销途径)?〔9〕如果不是采取“原本如此”或“理所当然”的态度,则还可展开更充分、更有说服力的论证。

关于真实义务的研究,任重对德国真实义务的学说梳理很有启发。真实义务有限说在与无效说、无限说的博弈中奠定了其通说地位,这一学说承认真实义务的效力及其对辩论原则的修正和限制,但同时强调辩论原则对真实义务的限制。〔10〕周翠认为德国的对话诉讼模式在辩论主义的框架内强调法官承担实质指挥诉讼的义务,彰显了诉讼集中主义,代表了现代民事诉讼的发展潮流,我国法官义务应从释明走向实质指挥诉讼,同时应当赋予当事人协助阐明、

〔6〕 参见张卫平:“民事诉讼中的诚实信用原则”,《法律科学》2012年第6期;王亚新:“我国新民事诉讼法与诚实信用原则——以日本民事诉讼立法经过及司法实务为参照”,《比较法研究》2012年第5期;陈刚:“日本民事诉讼法上诚实信用原则之解读”,《清华法学》2012年第6期;王福华:“民事诉讼诚信原则的可适用性”,《中国法学》2013年第5期。

〔7〕 参见王亚新,同上注。

〔8〕 参见王福华,见前注〔6〕。

〔9〕 参见王福华:“第三人撤销之诉适用研究”,《清华法学》2013年第4期;许可:“论第三人撤销诉讼制度”,《当代法学》2013年第1期;李浩:“论民事再审程序启动的诉权化改造——兼析《关于修改〈民事诉讼法〉的决定》第49条”,《法律科学》2012年第6期。

〔10〕 参见任重:“民事诉讼真实义务边界问题研究”,《比较法研究》2012年第5期。

真实完整、促进诉讼、诚实信用等义务。该文资料翔实,逻辑清晰,理论有所推进。^[11] 胡亚球关于当事人的具体化义务的研究颇有分量。他指出,当事人的具体化义务是民事诉讼辩论主义、奉行主张责任的必然产物,其性质是诉讼义务而非诉讼负担,其法理基础是辩论主义和程序利益保护。他指出2012年新法中的诚实信用原则和包括证据交换、争点整理等内容在内的审前程序为具体化义务的运行配备了关联制度,应当建立以辩论主义为前提和主张责任为基础的具具体化义务的系统规范体系。^[12] 占善刚介绍了德国以诚实信用原则为根据的附理由之否认,认为应分情况确定我国附条件否认的基本要求和适用范围,以促使当事人争点形成,确保证明责任的当事人申请受诉法院进行证据调查的方向性或目的性。^[13]

主张我国引入协同主义模式似乎正在成为一种不可小视的时尚。熊跃敏、张伟认为协同主义模式是对古典辩论主义的修正,其最本质的要求是在裁判资料的形成层面强调当事人与法院共同发挥作用,通过强化法院的释明义务和当事人的促进义务来实现协同诉讼的理想。^[14] 段厚省认为(商谈主义)在我国的实践背景中能够形成共识性正义,因此可以将其作为引领民事诉讼构造的价值目标。^[15] 吴巧如介绍了台湾的协同主义,即不负有举证责任的当事人基于诚信原则就案件事实的解明负有一定协作义务,但举证人有违诚信原则的摸索证明仍应予以禁止,法院应通过阐明协同双方当事人就应证事实及证据方法加以具体特定,在举证人不能特定应证事实及证据方法时,应促使对方进行必要协作,综合考量双方当事人的实体利益与程序利益,以判断证据声明是否合法。^[16] 段文波在对辩论主义进行了现代反思后提出,我国协同主义存在的理论基础在于,辩论主义在我国不是绝对原则、审理结构上采集中审理、必须重视当事人之间实质的不对等、要充分认识诉讼的社会性。^[17] 张海燕认为协同主义诉讼模式是保障案件事实正确高效认定的最佳诉讼模式。^[18] 然而,阅读这些文章时有几个问题需要思考:其一,德国在事实问题上基于对辩论主义的反思而对法官和当事人之间权利义务的调整究竟“是修正辩论主义还是协同主义”?^[19] 正如台湾学者刘明生所提出的,由于辩论主义的内涵和外延都十分清晰,修正辩论主义不会导致权利义务主体的模糊或错位,而协同主义则模糊了权利义务主体的界线。对此我们深以为然。其二,既然引入协同主义的论者基本都认为中国尚未形成绝对(或典型的)辩论主义,那么我国引入基于对辩论主义反思而产生

[11] 参见周翠:“现代民事诉讼义务体系的构建——以法官与当事人在事实阐明上的责任承担为中心”,《法学家》2012年第3期。

[12] 参见胡亚球:“论民事诉讼当事人具体化义务的中国路径”,《清华法学》2013年第4期。

[13] 参见占善刚:“附理由的否认及其义务化研究”,《中国法学》2013年第1期。

[14] 参见熊跃敏、张伟:“民事诉讼中的协同主义:理念及其制度构建”,《法治研究》2012年第1期。

[15] 参见段厚省:“论诉审商谈主义的民事诉讼构造观——兼及对民事诉讼法修订与完善的建议”,《中国人民大学学报》2012年第4期。

[16] 参见吴巧如:“搜索证明与民事诉讼证据收集开示的协作”,《西南政法大学学报》2013年第6期。

[17] 参见段文波:“协同主义的理论之维”,《中国海洋大学学报》2012年第3期。

[18] 参见张海燕:“民事诉讼案件事实认定的程序保障机制研究”,《东岳论丛》2012年第2期。

[19] 参见刘明生:“民事诉讼事实与证据提出原则——修正辩论主义抑或协同主义?”,2015年6月6日在北京大学的讲座稿,另见其载于《民事程序法研究》2014年第2期的文章。

的协同主义的基础又是什么?会不会是形同瘦子陪胖子减肥?其三,论者认为协同主义对法院职权、诉讼文化和民众诉讼能力等中国现实做出回应,那么我国的“目标”是以辩论主义为基础建立更为清晰的权利义务分配边界,还是要保持或强化事实调查的权利义务你中有我、我中有你的混沌状态?这些疑问似乎在上述著述中都没有找到清晰答案。严以群似乎代表了对辩论主义的坚守。他以界定释明的目的边界和事实边界为逻辑框架,提出释明不得背离保护权利、维护实质正义的释明主旨和其他正当目的,不能超出当事人主张的事实和已呈现的事实,他在释明与法官中立、释明是否作为例外等具体问题上对学界其他主张提出了观点鲜明的异议。^[20]

二、民事审判权、管辖权、裁判权研究

这一部分主要是对作为诉讼主体的法院所行使的审判权限、管辖权限、裁判权限及相应效力,以及相关审判制度和司法行政管理机制的研究。将民事司法权的范围亦即传统理论中法院主管权限问题放在本部分评论,是希望遵循现行教材将“条件”与“程序”加以区分的基本理论框架,将《民事诉讼法》第119条规定的案件受理条件中唯一欠缺的条件,即“人民法院受理范围”相关研究,与其他条件一样具体纳入“条件”研究的版块,而不是像现在这样散见在(起诉与受理)“程序”版块。随着立案登记制的推行,法院对形式审查登记后因诉之不合法而驳回起诉的案件将剧幅增加,对于管辖权、当事人适格、诉讼标的等其他事项的审查标准均可在相关制度和教科书中找到独立的位置和详细的答案,但关于“人民法院受理范围”的可司法性审查却没有类似于管辖权或当事人适格那样的明确标准(条件)和系统研究。为此本评论将始终为这一主题的研究保留一个应有的位置,哪怕只是一个无人问津的空位。

基于上述结构安排,本期将两篇勉强挨得上民事司法权限(民事审判权范围)的研究成果填充在这个位置上。一篇是傅郁林关于多层次司法救济途径的研究。她通过重新解读司法最终救济原则,将司法救济划分为初审救济和事后救济,既解释了司法外解纷机构作出初审裁判权限的正当性,也有助于合理安排以司法外途径分流初审案件却又同时保持司法最终救济的适宜机制。以此划分为理论框架,她提出了纳入民事诉讼初审救济(可诉性)的四个要素,即争议性、民事性、法律性、可救济性;同时提出建立不同诉外解纷途径的事后救济模式的基本准则:诉外途径的自治性越强、当事人自我保留的权限越多,则司法审查应当权限越小、标准越低;诉外途径中的程序保障越充分,则司法审查应当程序越简单、力度越弱。文章的理论框架清晰、很有启发性,但一些具体结论还有待斟酌和深究。^[21]刘敏关于将诉的利益作为诉讼要件的研究也可大致归入可诉性或可司法性研究范畴。他提出表明诉的利益是重要的诉讼要件/判决要件,并分别讨论了给付之诉、确认之诉和形成之诉中的诉的利益。^[22]

[20] 参见严仁群:“释明的理论逻辑”,《法学研究》2012年第4期。

[21] 参见傅郁林:“多层次民事司法救济体系探索”,《当代法学》2013年第2期。

[22] 参见刘敏:“论诉的利益之判断”,《国家检察官学院学报》2012年第4期。

在法院管辖权方面,张晋红对合并管辖的研究具有突破性。她认为合并管辖应作为民事诉讼管辖制度中一个独立种类,故具有独立的立法价值,为诉的合并提供管辖上的程序保障、遮蔽当事人管辖异议权,满足立法意义上应对诉的合并类型之发展的程序需要。合并管辖应该在级别管辖上有所限制与变通。立法应当明确适用合并管辖时合并计算数个诉讼请求的标的额的条件;确定合并管辖时对诉讼标的额分别计算方式的适用范围;以级别管辖的适当变通来保障合并管辖的实现。此外,合并管辖在专属管辖上也要有所变通,即在诉的合并遇有某一诉属于其他法院专属管辖时,可以由具有专属管辖权的法院合并管辖来实现诉的合并,达到既不违反专属管辖,又能够实行合并管辖的效果。〔23〕

王福华对新法中协议管辖制度的进步与局限进行了全面而精辟的评析。他指出新法将明示协议管辖和默示协议管辖(即应诉管辖)分别规定在管辖制度和第一审程序管辖异议制度中影响了协议管辖制度的体系性;立法将协议管辖的适用范围限定于“合同和其他财产权益纠纷”而未做出详细划分,客观上将具体判断的难题交给了法官。作者提出了若干建议,比如管辖协议中意思表示瑕疵应类推适用民法关于合同解释的规定,规制格式合同中的协议管辖,以及加强应诉管辖中的程序保障,并进行了扎实和有说服力的论证。〔24〕另有两篇关于涉外民事诉讼中协议管辖的研究应予关注。李晶认为新法的协议管辖规定未考虑内国内管辖权与涉外管辖权的实质差异,讨论了涉外管辖权制度的立法价值取向及其对协议管辖等制度的相应影响,并建议增加和强化专属管辖、增加“不方便法院”等解决国际管辖权冲突的规定。〔25〕李旺通过研究我国司法案例,分析了当事人协议选择外国法院为专属法院而排除中国法院管辖的法律制度,其关于实践问题及其制度根源的观察值得民事诉讼法学界思考。〔26〕

把民事判决效力和争点效力研究装入裁判权研究这只筐里有点牵强,但暂时还没有为这个兼容基本理论与具体实践问题的主题找到恰如其分的落点。纪格非关于“争点”法律效力的比较研究突破了简单堆积材料的窠臼,她抽出两大法系分别以“程序公正”和“真实性”为核心的主线,对各自在争点的法律效力问题上的差异进行了理论化提炼和深层次剖析。〔27〕周晓霞通过剖析一起离婚案件讨论了我国民事终局判决效力确定的时间界点,认为判决发生效力应以公开宣示为原则,不经宣示的判决以送达为准,以避免从制度上诱使在诉讼中已经预测到自己将遭受不利判决的一方当事人积极逃避对其不利的判决的送达而规避判决效力。〔28〕胡思博对民事裁定进行了类型化研究,对这个相对冷门却十分重要的领域进行了基础性、系统化

〔23〕 参见张晋红:“民事诉讼合并管辖立法研究”,《中国法学》2012年第2期。

〔24〕 参见王福华:“协议管辖制度的进步与局限”,《法律科学》2012年第6期。

〔25〕 参见李晶:“涉外民事管辖权立法完善研究”,《政治与法律》2013年第8期。

〔26〕 参见李旺:“当事人协议管辖与境外判决的承认与执行法律制度的关系初探”,《清华法学》2013年第3期。

〔27〕 参见纪格非:“‘争点’法律效力的西方样本与中国路径”,《中国法学》2013年第3期。

〔28〕 参见周晓霞:“论民事终局判决效力确定时间”,《西部法学评论》2012年第2期。

的梳理,在评析我国现行立法体例的基础上提出了一些合理的建议。^[29] 丁宝同、孙晶晶提出,请求权制度和理论体系是整个既判力制度和理论体系的基础,后者的一些缺陷也根源于前者,因此既判力研究应当以请求权制度和理论为起点,局限于既判力制度和理论本身则无法有效解决。^[30]

关于陪审制,廖永安通过翔实的数据表明,我国的人民陪审员制度虽然以“大众化”为初衷,却呈现出“职业化”的样态:陪审员结构精英化、陪审员参审两极化、陪审员管理“法官化”。文章对于现象的概念化、抽象化提升了其理论品位,对问题根源的探寻也具有社会结构、司法体制、配套制度等宏观视野,整体来看是一篇佳作。^[31] 张友好分析了我国回避制度出现“空转”现象的原因,建议引进限定性无因回避,限制申请的次数和时间等以防止申请权利的滥用。^[32]

三、诉的主体、客体及其合并研究

诉的主体制度研究以黄忠顺的两篇文章最富学术含量。一篇以死者精神性人格权益保护为中心讨论了死者权益诉讼中的当事人适格问题,对死者权益主体进行了类型化分析,提出死者权益诉讼是为了死者近亲属利益或者社会公共利益。文章对死者近亲属、实际垫付人的诉讼实施权的正当性基础提出了富有实体法基础和理论说服力的论证,同时提出公益代表人属于职务当事人,构成补充性法定诉讼担当。^[33] 另一篇文章详细讨论了法定诉讼担当的本质、特征、界定、正当性基础以及效力扩张,努力形成关于法定诉讼担当的系统性知识体系。^[34]

另外,李喜莲对“利害关系人”在不同程序中的界定标准进行了具体分析,提出在通常诉讼程序中原告、被告仅限于与讼争案件有直接利害关系的人,非讼案件中利害关系人的界定要体现案件的公益性,执行程序中则要兼顾第三人利益。^[35] 单锋就民政机关在流浪汉被撞案件等类似诉讼中不具有诉讼主体资格的尴尬地位,对民事诉讼主体资格相关的民法监护制度、法律解释和类推适用方法、公私法严格划分所导致的法外空间等方面等的重要问题提出了视角独到的思考。^[36]

---

[29] 参见胡思博:“民事裁定的类型对比研究——以种类界定与层次划分为考察基点”,《法学论坛》2013年第2期。

[30] 参见丁宝同、孙晶晶:“论请求权概念是既判力研究的起点”,《西部法学评论》2012年第1期。

[31] 参见廖永安、刘方勇:“社会转型背景下人民陪审员制度改革路径探析”,《中国法学》2012年第3期。

[32] 参见张友好:“论我国申请法官回避的现状与改革”,《清华法学》2012年第4期。

[33] 参见黄忠顺:“死者权益诉讼中的当事人适格研究”,《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2013年第4期。

[34] 参见黄忠顺:“法定诉讼担当的基本范畴研究”,《法治研究》2012年第2期。

[35] 参见李喜莲:“民事诉讼法上的‘利害关系人’之界定”,《法律科学》2012年第1期。

[36] 参见单锋:“论普通民事诉讼案民政机关原告适格性之否定——以无名流浪汉被撞案为考据”,《学术论坛》2012年第9期。

诉的客体研究主要是关于诉的分类。崔玲玲对中国理论界将所谓“诉讼法上的形成之诉”与“实体法上的形成之诉”并列这一似是而非的通说提出了大胆挑战,并根据诉所解决的纠纷的产生根源将诉划分为原生之诉和次生之诉。作者提出,传统理论采“三分法”的诉的分类在大陆法系国家占据通说地位,形成之诉的产生是为了解决因实体法上的形成权而产生的纠纷,与给付之诉、确认之诉共同构成原生之诉,基本上传承了传统诉的类型理论;而所谓“诉讼法上的形成之诉”的诸多诉讼形态,则应归类为次生之诉,与原生之诉相并列,有其自身的一套理论。无论次生概念本身是否准确,但这一新概念的提出为解构和辨识当下中国混乱的“诉”的概念、重构中国诉的理论和制度体系提供了一个新视角,值得引起足够重视。^[37]

张晋红关于诉的合并之程序规则研究很有份量。她提出应从三方面完善诉的合并的形成与审理程序:在形成规则层面,诉的合并应由当事人提出,但诉的合并的最终形成应当由法院决定,应当对反诉、参加之诉等提出条件设置规则,并赋予当事人对法院合并或不予合并的决定以异议权;在审理的特殊规则层面,审前应对当事人提出合并审理的请求限定时间并在此基础上灵活掌握举证时限和证据交换时点,开庭审理时应确定各诉的审理顺序、把握诉的分离的适度性和庭审的连续性;在裁判上的特殊规则层面,应区分合一判决、中间确认判决和部分判决,同时,作者还指出了以上三种判决的适用情形。^[38]李丽峰、浦欣关于预备合并制度的研究主张将预备合并之诉写入《民事诉讼法》并明确其审理制度,根据当事人主张的案件事实来决定审理对象。待主位之诉有理由的判决确定之后,备位之诉解除条件才成就,其诉讼系属也在主位之诉判决确定时才归于消灭,且该消灭溯及起诉时。^[39]

肖建国、黄忠顺对数人侵权责任诉讼模式的研究涉及但不限于诉的合并,无论其理论深度或系统性都属上乘之作。作者提出,数人侵权责任形态的现行规定与既有研究均仅注重责任的静态配置而忽视责任的动态实现,程序法滞后的现状妨碍了精致的数人侵权责任制度功能的实现,因此目前迫切需要在对我国数人侵权责任诉讼形态的现状和问题进行分析的基础上,重新建构和配置数人侵权诉讼模式。作者在评析了三种数人侵权责任诉讼模式即个别型、整体型和选择型之后,论证了选择型模式的多方面优势,同时并不排斥受害人选择行使整体性诉讼实施权,而只是禁止违背受害人意志强制性推行整体型诉讼模式,整体型诉讼模式的相对优势同样能够在选择型诉讼模式中得以实现。我国可以整体型诉讼模式作为选择型诉讼模式的有效补充,选择型诉讼模式着眼于保护受害人,而整体型诉讼模式侧重于保护间接责任人。作者从程序法层面对我国数人侵权责任制度进行了六种诉讼模式配置。^[40]文章功力深厚,阅读起来并不轻松。

[37] 参见崔玲玲:“诉的类型新论——对诉的类型传统理论的扬弃”,《河北法学》2013年第1期。

[38] 参见张晋红:“诉的合并之程序规则研究”,《暨南学报》2012年第8期。

[39] 参见李丽峰、浦欣:“预备合并之诉若干问题研究”,《环球法律评论》2012年第3期。

[40] 参见肖建国、黄忠顺:“数人侵权责任诉讼模式研究”,《国家检察官学院学报》2012年第4期。

四、民事诉讼程序研究

关于民事诉讼程序的体系化研究是潘剑锋近两年学术的着力点。他对我国民事程序之间的相互关系从三个层次进行了反思:在宏观层面,对诉讼程序与非讼程序、一审程序与二审程序、通常程序与非通常程序、普通程序与简易程序之间的关系进行深入剖析和反思;在微观层面,选取非讼程序类型多样化、审级制度、级别管辖制度、发回重审制度、审判组织形式、再审启动频繁化、简易程序多样化等问题为切入点,解析相关联问题的深层成因;在理念层面,以程序基本原理、功能定位和角色界分为依据,为修法提供理论支持。文章内容充实,是解释论与立法论的结合。^[41]周翠也提出应以实体请求权的维护和实现为目标,建立以实体请求权体系为基础的、系统坚实的民事诉讼理论,并通过全面梳理、整合现有规范而制定一部精细翔实的民事诉讼法典。^[42]

立案程序和审前程序研究方面出产了几篇颇有价值的文章。纪格非认为我国起诉状的功能转型和内容再造应与审前程序设置的整体目标相一致,应弱化起诉状对于法院司法管理的辅助功能,减轻原告的法律论证负担,强化起诉状特定案件事实、促进争点整理方面的程序性作用,应当增强起诉状在内容方面的弹性,完善起诉状修改的程序。^[43]段文波通过分析现行法关于实质性受案条件的各款规定,认为我国的案件受理条件并不存在虚高或畸高的问题,并流畅地援引相关日本民诉法理进行了比较分析。^[44]胡亚球将争点整理程序的关注点投向了当事人的“争点整理权”,主张在遵循效益原则和法院适度控制原则下,从权利主体、时间要素、程序步骤、程序保障、法律后果等五方面进行争点整理的制度构建。文章将争点整理这一技术问题纳入了法官与当事人之间权限配置的理论框架,使这个老生常谈的话题有了全新视角和学术意义。^[45]王亚新对新法有关庭前准备活动的条文在司法实务中应当如何解释适用展开了较详细的解释论分析,涉及程序之间的转化、先行调解的实施、应诉管辖与法院移送的关系、庭前指定举证时限的期间和效果、以及诉的主客观合并等程序操作问题,对司法实践有指引作用。^[46]

庭审程序研究以段文波的思考和挑战最有突破性。他考察了我国口头审理方式的形成与

---

[41] 参见潘剑锋:“中国民事审判程序体系之科学化革新——对我国民事程序及其相互关系的反思”,《政法论坛》2012年第5期。

[42] 参见周翠:“全球化背景中现代民事诉讼法改革的方向与路径”,《华东政法大学学报》2012年第4期。

[43] 参见纪格非:“论我国民事起诉状的功能转型与内容再造”,《现代法学》2013年第6期。

[44] 参见段文波:“论民事一审之立案程序”,《法学评论》2012年第5期。

[45] 参见胡亚球:“民事诉讼制度进化中的争点整理程序”,《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2012年第3期。

[46] 参见王亚新:“新民事诉讼法关于庭前准备之若干程序规定的解释适用”,《当代法学》2013年第6期。

存在的问题及原因,以“一体化”和“集中化”为理论标签,辨析了四种集中审理模式,即美式集中审理主义、苏式不间断审理、德式口头辩论的集中化、日式口头辩论的集中化,然后以大陆德日式集中审理为参照,提出我国集中化审理的框架设计及配套改革,对口头审理方式提出了非常细致、完整、脉络清晰的对策。^{〔47〕}他在另一篇文章中专门讨论了攻击防御构造及其对法学教育的影响,尽管论证上存在不少漏洞甚至经不起推敲的谬误,但提出的问题很值得严重关注和更多研究。^{〔48〕}

对撤诉规则的研究,霍海红提出我国应当建立撤诉规则的私人自治模式,让合法性审查移出撤诉规则,以诚实信用等一般原则进行审查,将同意的权利交给被告,法官无需裁量,只有在特例的情况下才以诚实信用等一般条款予以审查和否定。^{〔49〕}

关于程序类型化和特别诉讼程序研究,以小额诉讼程序和公益诉讼程序最为热闹,而家事诉讼、劳动诉讼、医疗诉讼却门前冷落;海事诉讼程序因已成为独立和专门的研究领域,因此我们在收集和阅读大量成果之后最终还是放弃了在评论中给予一席之地的初衷。

小额诉讼制度研究数量可观,主题集中在立法的必要性与否、立法的具体方案、各种比较法资讯等多个方面,但总体上几乎没有学术增量。可以一读的有王亚新关于筛选小额案件的三个层次标准的论证,文章还讨论了以各地法院内部业务部门的分工为基础筛选案件、分担适用和程序转换的操作模式。^{〔50〕}

“现代型诉讼”的研究甚为热闹。肖建华将“现代型诉讼”界定为缺乏传统民事诉讼中当事人平等对抗、体现司法竞技主义精神的显著特征。^{〔51〕}张卫平对公益诉讼的客观范围、主观范围、诉讼请求类型以及程序问题等具体制度和实施进行了深入探讨,提出将公益诉讼客观范围限制在对不特定主体的公共利益侵害所提起的诉讼,公益诉讼判决的既判力不应扩张,这些深入、具体的研究对于司法解释和法律适用无疑具有很大的影响力。^{〔52〕}李响对公益诉讼中的反诉、撤诉、和解、时效、费用等具体制度进行了详细探讨,^{〔53〕}冯汝对确立村民委员会环境公益诉讼原告资格进行了有理有据的论证。^{〔54〕}但总体而言,公益诉讼相关研究目前仍普遍处于立法论和对策研究的阶段,许多关于必要性和制度建构方案的论证由于缺乏对理论的深度挖掘,因而在立法和司法解释出台后基本丧失了学术价值。但作为一项在理论和制度上全新

〔47〕 参见段文波:“一体化与集中化:口头审理方式的现状与未来”,《中国法学》2012年第6期。

〔48〕 参见段文波:“要件事实理论下的攻击防御体系——兼论民事诉讼法教育”,《河南财经政法大学学报》2012年第4期。

〔49〕 参见霍海红:“论我国撤诉规则的私人自治重构”,《华东政法大学学报》2012年第4期。

〔50〕 参见王亚新:“民事司法实务中适用小额程序的若干问题”,《法律适用》2013年第5期。

〔51〕 参见肖建华:“现代型诉讼之程序保障——以2012年《民事诉讼法》修改为背景”,《比较法研究》2012年第5期。

〔52〕 参见张卫平:“民事公益诉讼原则的制度化及实施研究”,《清华法学》2013年第4期。

〔53〕 参见李响:“食品安全问题的诉讼求解与模式创新——以公益诉讼的视角展开”,《南京大学学报》2013年第6期。

〔54〕 参见冯汝:“确立村民委员会环境公益诉讼原告资格的社会与法律基础”,《中南大学学报(社会科学版)》2013年第3期。

的尝试,有些经验研究也值得关注,比如刘超对环保法庭受理的环境侵权诉讼状况的量化研究,傅贤国对贵阳市“环保两庭”2007年以来的司法实践考察。^[55]

在家事诉讼领域,陈爱武依然在孤军奋战,继续论证我国建立专门的家事审判制度和家事法院(庭);^[56]她的新作对成功的家事调解在互让、实情、说服三个部分各自构建了不同模型,体现了以小见大的特点。^[57]刘敏也为这一领域增添了一篇实证研究,揭示了法院普遍奉行第二次起诉离婚才判离的审判潜规则。^[58]周成泓关于拒绝亲子鉴定的证明妨碍责任的研究,将《婚姻法》及其司法解释所规定的亲子鉴定协力义务及法律效果与程序法上的法官释明和职权调查义务及证明妨碍法理依据进行衔接,提出以行为人被科令负担鉴定协力义务为前提,其法律后果因行为人为当事人或第三人而有所不同,仅在当事人拒绝亲子鉴定时法官始可进行事实推定。^[59]

在劳动诉讼制度这个重要领域,只见到一两篇论证其特殊性和程序独立性的文章,但几乎没有学术价值。我们特别在此留白,等待填补。

专门研究医疗纠纷诉讼的成果也付诸阙如。但为强调其作为一种特殊诉讼类别的重要地位,我们将病患纠纷案件证据的保全和医疗鉴定制度研究放在了这一版块。张海燕分析了《侵权责任法》第58条关于医疗责任为过错推定责任的不同解读及其对举证责任分配和事实认定结果的重要影响。法律规定原告只须证明存在三种法定情形即可推定被告有过错,但并未规定医疗过错行为与患者损害之间的因果关系举证责任如何分配,她认为作为医疗损害责任的构成要件仍应由原告承担举证责任,但应实行有条件的因果关系推定。文章对医疗鉴定问题也进行了研讨。^[60]另有两篇文章指出现行医疗纠纷鉴定“二元化”造成受害患者主张权利选择的困境和司法机关采信鉴定结论的混乱。^[61]周成泓关于病历诉前证据保全程序的研究是这一主题的力作。他提出,为了避免证据保全的滥用或被用以刺探私密资讯,法院在作出保全裁定之前应当给予医方陈述意见的机会;调查方法上除了传统的文字记载以外,可以使用现代科技设备;为方便调查笔录的制作,法院认为必要时可以将医疗机构提出或寄送的病历留存,保全方式要根据病历的独特属性在控制诉讼成本的前提下优先采用摄影方式,对于不遵从保全命令的制裁,只有患方无法就待证事实为具体记载的情形才能拟制依该病历拟证明的事实为真实。文章对保全制度有独到见解,保全制度具体化分析也值得一读。^[62]肖柳珍建议在

[55] 参见傅贤国:“在实践与制度之间:环境公益民事诉讼的中国面向——以贵州省贵阳市‘环保两庭’司法实践为例的考察”,《内蒙古社会科学(汉文版)》2013年第2期。

[56] 参见陈爱武:“论家事审判机构之专门化——以家事法院(庭)为中心的比较分析”,《法律科学》2012年第1期。

[57] 参见陈爱武:“情理与互让:家事调解的技术构造解读”,《社会科学辑刊》2013年第2期。

[58] 参见刘敏:“二次离婚诉讼审判规则的实证研究”,《法商研究》2012年第6期。

[59] 参见周成泓:“亲子关系诉讼中拒绝亲子鉴定的证明妨碍论”,《河南财经大学学报》2012年第3期。

[60] 参见张海燕:“程序法视野下医疗损害责任立法之适用困境及应对”,《甘肃社会科学》2012年第6期。

[61] 参见周宝金:“论医疗纠纷鉴定‘二元化’的统一”,《中国政法大学学报》2013年第5期。

[62] 参见周成泓:“医疗诉讼中病历的诉前保全”,《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》2013年第2期。

医疗纠纷诉讼中引入特定场所视听资料以佐证病历的真实性,加强电子病历真实性的管理与监控,以及完善鉴定人出庭制度,推行专家辅助人和专家陪审员制度。〔63〕

五、民事诉讼证据与证明规则研究

这一部分的评论区分为证据规则和证明规则,以及属于诉前程序板块的证据收集与交换的程序规则三部分的研究成果。

关于证据规则的研究,首先特别推出何文燕、张庆霖关于电子数据的真实性判断标准的类型化研究。她对电子证据的技术层面剖析突破了传统分类方法,而是以司法应用为目的,根据不同的提供主体将电子数据分为孤立数据和系统数据,前者包括可编辑数据、只读数据与不可读数据,后者包括二维数据和多维数据。不同类型的电子数据存在不同的真实性判断标准和方法,在一般判断标准中多维数据的真实性一般可直接采纳。〔64〕韩静茹将我国专家参与民事诉讼的制度划分为鉴定人制度、专家辅助人制度、专家陪审制度、专家咨询制度以及法律意见书五种类型,认为应进行系统化的整合,注意制度的功能定位与各类型专家参与诉讼目的一致。〔65〕李浩经对民事诉讼中非法证据排除规则的反思和对公报案例中排除和不排除的情形归类,发现审判实务普遍做法是,根据规则所确立的“侵害他人合法权益”和“违反法律禁止性规定”这两条非法证据认定标准,采用利益衡量的方法,结合案件中收集证据的具体情形来作出排除与否的决定。〔66〕

在证明研究方面,纪格非连续撰文对我国通说关于间接证据与直接证据的划分标准和概念表述提出质疑。她认为直接证据与间接证据划分的理论难题在于,法律事实构成要件中的某些要件具有明显的法律评价性,无法直接成为直接证据的证明对象,案件事实的法律性以及证据与案件事实之间联系的复杂性决定了证据无法单独完成对案件事实的证明,应当摒弃间接证据与直接证据的分类而另辟蹊径。她提出应通过对“主要事实”、“法律事实”加以区分的方法,剥离法律事实中的评价性要件,为直接证据与间接证据的区分提供一种新的思路。〔67〕这种对“通说”的严肃反思和挑战无论得出的结论是否成立都有其学术价值,不过有些结论很值得探究或反问:如果通说并未将“案件事实”限定为主要事实或要件事实,如果证明对象本身即已区分为主要事实、次要事实、辅助事实等不同层次,那么就一个特定的、具体的证明对象而

〔63〕 参见肖柳珍:“医疗纠纷诉讼证据问题与对策——对病历—鉴定—审判模式的反思”,《证据科学》2012年第3期。

〔64〕 参见何文燕、张庆霖:“电子数据类型化及其真实性判断”,《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》2013年第2期。

〔65〕 参见韩静茹:“专家参与民事诉讼的类型化分析——以我国民事证据立法的最新动向为背景”,《西部法学评论》2013年第2期。

〔66〕 参见李浩:“民事判决中的非法证据排除规则”,《现代法学》2012年第2期。

〔67〕 参见纪格非:“‘直接证据’真的存在吗?对直接证据与间接证据分类标准的再思考”,《中外法学》2012年第3期;“直接证据与间接证据划分标准的反思与重构”,《法学论坛》2013年第1期。

言,直接证据与间接证据的划分及定义是否真的存在作者所提出的理论困境?

胡学军认为民事证据法的研究重心应当由抽象举证责任研究转移到以表见证明、摸索证明、事实推定、阐明义务、证明妨碍等制度为主要论题的具体举证责任领域,强化当事人的实质性参与,以指导司法实践实现案件事实认定过程中的信息最大化与诉讼公正。他在其关于环境侵权中的因果关系证明责任分配研究中践行上述努力方向,通过引述“因果关系”理论分类,主张减轻受害人因果关系证明负担的路径并非直接实行证明责任倒置,而是在由原告承担主张构成要件事实的责任的前提下进行简化证明。^[68]此外,还有两篇关于损害发生已证明、但损害额难以证明或不能证明时法院裁量权的赋予与行使问题的研究值得关注。毋爱斌认为应通过降低法官心证标准和赋予法官裁量评价权,以相应减轻权利主张者的举证负担来实现对主张者的权利救济。^[69]黄毅也认为应降低标准减轻和司法自由裁量,但在理论上应厘清概念为损害赔偿额“酌定”而非“认定”——酌定制度是避免证明责任法则适用的裁判方法。^[70]还有研究关注民事诉讼案件出现证明困难时社会舆论等程序外因素对于法官心证的形成过程及论证方式的影响。^[71]

关于证明妨碍的制裁与救济的研究在连接实体法与程序法规范方面进行了精致化的学术努力。包冰峰认为,构成证明妨碍的客观要件相对较为复杂,而且在实体法和程序法中均有规定。证明妨碍应以违反协力义务作为行为要件,待证事实与妨碍行为之间应有联系,妨碍行为的结果应达到当事人证明不能或证明困难而使案件事实无法查明的状态,且证明妨碍行为与待证事实证明不能或证明困难的状态之间应当有因果联系。应区分诉前与诉中证明妨碍,前者对行为人的过失程度要求较高,而公法领域的结果要件要求高于私法领域。^[72]胡学军将举证妨碍的法律效果从其所针对的对象或功能上区分为制裁和救济,后者的补救性质意图以其他替代方式证明案件事实或由法官通过其他方式间接认定案件事实的效果。举证妨碍的界定及其效果应从具体举证责任角度加以把握并在举证妨碍救济制度建构中加入时间性因素,亦即将举证妨碍救济置入双方当事人与法院之间互动的程序流程中来加以考虑,举证妨碍效果的选择是情境依赖的,应构建以举证责任的转换为中心的举证妨碍救济,考虑诉讼证明程序中证明期待、证明态度、替代证据等因素,而不是证明责任倒置因素。^[73]

在诉讼证据相关的程序制度方面,唐力分析了质疑证据失权制度缘于其实践后果的严重性和对实体权利的损害,然后论证了这项在理论上具有正当性的制度不应全面否定而应立法

[68] 参见胡学军:“从‘抽象证明责任’到‘具体举证责任’”,《法学家》2012年第2期;“环境侵权中的因果关系及其证明问题评析”,《中国法学》2013年第5期。

[69] 参见毋爱斌:“损害额认定制度研究”,《清华法学》2012年第2期。

[70] 参见黄毅:“损害赔偿额之酌定:基于诉讼公平的考量”,《法学论坛》2012年第4期。

[71] 参见傅郁林:“当信任危机遭遇和谐司法——彭宇案”,《法律适用》2012年第12期;陈巍:“‘韩寒代笔门’事件的证据法分析”,《证据科学》2012年第2期。

[72] 参见包冰峰:“实体与程序之调和:证明妨碍的客观要件探究”,《证据科学》2013年第6期。

[73] 参见胡学军:“举证妨碍救济制度的重构”,《甘肃政法学院学报》2012年第3期。

完善、使之在效率与公正之间寻找平衡的路径。^[74] 许少波经分析证据交换的制度价值和法律规范后认为,完整的具有实效性和可操作性的证据交换规则由包含实体性因素和包含程序性因素的两类证据交换规则构成,并对我国证据交换制度为何失效进行了较为完整的分析。^[75]

六、法院调解、非讼程序和诉外解纷的司法救济机制研究

将法院调解与非讼程序及诉外解纷救济放在一起,是一种十分犹豫的尝试。不只是因为相关研究单列一块份量不够、放在诉讼程序研究版块又过于庞大,更因为强调调解的非争议性和非对抗性使之与诉讼程序研究的其他作品放在一起很不协调,特别是当人民调解的司法确认被置于非讼程序之后,进一步模糊了诉讼调解与诉外调解在研究内容和研究视角上的差异性。因此,我们尝试将法院调解作为对抗性的诉讼程序与非对抗性的非讼程序之间、但在结构上归入非讼程序版块,可能代表着我们对法院调解本质特征的理解和未来走向的预期。当然,我们的这一尝试并非孤独的任性,而可能构成“形成中的共识”的一部分。

李浩在“审判的归审判,调解的归调解”这一鲜明的标题之下,通过观察近年来经法院改革的努力而为调审分离奠定的实践基础,颇见功力地概括了“形成中的共识”,不仅重申并进一步论证了他自己二十年前提出的“调审分离”的著名理论,而且进一步提出中国可通过人员分离、角色分离、程序分离和地点分离,在现有民事诉讼制度框架内完成调审分离的改革。^[76] 唐力不约而同地提出了相同观点并进行了深入论证,指出我国现行民诉法调审合一的立法模式会不可避免地产生法律适用上的冲突,应适当进行调审分离,他区分了“合意”与“强制”的纠纷解决模式,并探讨审判模式中合意生成的激励机制问题。^[77] 潘剑锋的角度相反但共识趋近。他基于对大量实证数据的分析指出近年来诉外调解司法化和公权化、司法替代调解、大量调解案件进入强制执行程序等有违制度基本原理的异化现象,深刻剖析了出现制度目标与实践效果之间“事与愿违”的原因,主张明晰司法与调解各自本质属性和功能定位,遵循解纷方式与纠纷类型相适应的原则,实现司法与调解关系的科学化。作者在另一文章中对新旧规范的系统梳理和司法实证数据的收集分析,揭示了“诉调对接”的三大机制在理论、制度和实践中所存在的问题与困惑,提出厘清调解协议与原纠纷之间的关系,矫正对司法确认制度的过分期望,合理配置各类司法调解与诉讼裁判制度之间的分工模式,颇具学术含量。^[78] 吴英姿通过对国内调解政策和某地诉讼服务中心的实证研究,观察到在调解优先政策指导下的司法结构呈现

[74] 参见唐力:“论民事诉讼失权制度的正当性——兼评《民事诉讼法》修正案第10条”,《中国海洋大学学报(社会科学版)》2012年第4期。

[75] 参见许少波:“民事诉讼证据交换制度的立法探讨”,《法律科学》2012年第3期。

[76] 参见李浩:“调解归调解,审判归审判:民事审判中的调审分离”,《中国法学》2013年第3期。

[77] 参见唐力:“在强制与合意之间:我国诉讼调解制度的困境与出路”,《现代法学》2012年第3期。

[78] 参见潘剑锋:“论民事司法与调解关系的定位”,《中外法学》2013年第1期;“民诉法修订背景下对诉调对接机制的思考”,《当代法学》2013年第3期。

“调解判决”二元化特征及其内在紧张与流动性导致的寻租空间。^{〔79〕} 还有两篇实证研究和历史研究的文章以不同立场对法院调解发展的政治社会背景进行了解读和评价。^{〔80〕}

非讼程序研究领域仍是行者寥落。关于人民调解协议的司法确认研究富有学术含量的主要是郝振江关于人民调解协议的司法确认的裁决效力研究,由于是建立在非讼裁判基础研究上而具有明显的理论优势。他从裁决效力的根据(即当事人合意)出发,对不予确认的司法裁决与作出确认的司法裁决的形式确定力进行了分别讨论,认为确认裁决在案外人异议期之后具有形式确定力并产生禁诉效力,其中具有给付内容的确认裁决还应具有执行力,而某些确认形成性法律关系的裁决应具有形成力;还提出非讼审判裁决的形式应为“决定”并适用与之相应的救济途径。^{〔81〕} 胡晓霞对人民调解协议的变更、撤销确认的类型、案外人的救济以及检察监督等实践问题也作出了理论回应。^{〔82〕} 特别程序研究仍只有郝振江的两篇新作。一篇提出我国特别程序“一般规定”应转化为非讼事件通则,确立非讼程序的基本审理原则与制度:确立职权主义、明确不公开审理原则、规定书面审理为原则、设立裁判变更制度,确立关系人的程序保障,保持非讼程序审理对象的开放性,理顺非讼程序向诉讼程序转换的方式;在比较体现这些理念和特质的德、日、法立法例之后,他认为法国立法例能够与我国民事诉讼法制度兼容。^{〔83〕} 对于实现担保物权这个非讼程序新成员的研究,只有赵蕾的文章值得一提,她指出民事程序法对担保物权实现的原则性规定与实体法中丰富的担保物权体系不相称,因而无法为其实现提供规范而快捷的实现方式,未来应当由实体法和程序法分别对该程序的适用范围和程序规范作出进一步细化。^{〔84〕}

除此之外,尽管本评论不准备关注单纯研究诉外调解或其他与司法制度无关的多元解纷机制研究成果,但有几篇有理论贡献的重要文章却不能不提。^{〔85〕} 一是刘哲玮对于中国纠纷解决模式的解释方法提出了新的理论框架。他从三鹿奶粉事件入手,分析了纠纷解决传统模型中私力救济、社会救济以及公力救济的差别,并与国外主流的纠纷解决模式进行对比,认为传统纠纷解决模式面临失灵局面,平等主体之间的博弈已经逐渐变质。他指出这一西化色彩的理论模型在解释我国民事纠纷解决机制的同质化现象时的无力。他分析认为,“国家与社会”范式与中国国情不符,忽略了纠纷解决中的重点即经济因素;同时无论是国家权力对社会

〔79〕 参见吴英姿:“调解优先:改革范式与法律解读——以O市法院改革为样本”,《中外法学》2013年第3期。

〔80〕 参见邵六益:“悖论与必然:法院调解的回归(2003—2012)”,《华东政法大学学报》2013年第5期;郑智航:“调解兴衰与当代中国法院政治功能的变迁——以《最高人民法院工作报告》(1981年—2010年)为对象”,《法学论坛》2012年第4期。

〔81〕 参见郝振江:“论人民调解协议司法确认裁判的效力”,《法律科学》2013年第2期。

〔82〕 参见胡晓霞:“人民调解协议司法确认程序疑难问题研究——以人民调解协议变更、撤销及无效认定为视角”,《政治与法律》2013年第3期。

〔83〕 参见郝振江:“论我国非讼程序的完善——聚焦于民诉法特别程序的‘一般规定’”,《华东政法大学学报》2012年第4期;“法国法中的非讼程序及对我国的启示”,《河南财经政法大学学报》2012年第2期。

〔84〕 参见赵蕾:“对新民诉法实现担保物权案的解读与预测”,《东方法学》2013年第4期。

〔85〕 参见王福华:“大调解视野中的审判”,《华东政法大学学报》2012年第4期。

的介入度还是社会民众对国家的依赖性,都表明传统模型中的社会救济和私力救济与中国现实状况的不相容性,从而注定了传统理论模型解释的苍白无力,他认为重构我国民事纠纷解决理论模型所选取的区分标准应当是“程序”,不仅因为这一参数更符合ADR运动兴起的本原,也因为“程序”是与国家权力无关的一项指标,而程序根据不同的排列组合可形成三种类型的解纷机制,即正式性机制、自治性机制和任意性机制。^{〔86〕}无论这一结论是否经得起进一步挑战,作者对于以西方理论解释中国问题的传统模式提出的挑战本身是非常富有撼动力的。

另外三篇是对中国基层社会多元解纷机制发展状况的实证研究。胡兴东基于对西南少数民族地区进行的第一手实证调查,观察政治推动下的基层社会解纷机制运行状况,借助扎实的经验基础,对我国多元纠纷解决机制的整体建设也提出了富有理论价值的独到见解。^{〔87〕}曾令健通过对西南某市的社区调解进行实证分析,提出我国社区调解合作主义的发展向度应当是强调政府力量与社区调解力量的合作,实现一种强制性平衡与整合性均衡,从而实现基层社会的有序与协调,故须严格限制政府力量介入的选择性和适当性,以确保社区纠纷解决的自主性。^{〔88〕}此外,栗峥也对底层社会纠纷的特征、成因及解决现状进行了梳理并提出对策,比如建立统一的底层纠纷的信息收集与分析机制,在各部门与机构之间建立信息协调平台,加强司法与传媒的良性互动,强化纠纷解决的合力。^{〔89〕}

仲裁裁决的司法审查作为一种诉外解纷的司法救济,相关研究主要围绕民事诉讼法关于不予执行仲裁裁决的条件修改,并因此将民事诉讼法学界与国际私法学界的视界连接在了一起。这一版块有两篇实证研究非常值得关注。宋连斌通过对北京市二中院在1996年至2010年间审理申请撤销北京仲裁委员会仲裁裁决案件所作的563份裁定中的66份撤销裁决裁定进行实证研究,描述和论证了撤销程序存在的问题并非源于我国仲裁法相关规定过于简约,而是更多源于法律的实施,包括法官缺乏仲裁法知识和法律训练不足等因素的影响。^{〔90〕}王亚新、陈福勇则通过对1995年至2010年仲裁裁决被不予执行的裁定进行实证分析,分析了影响不予执行的多元因素,并对事实认定的司法审查标准提出了修法建议。^{〔91〕}另有文章对三个虚假仲裁案例进行了实证分析,讨论了虚假仲裁产生的原因和建立案外人取消仲裁裁决异议之诉制度等救济途径。^{〔92〕}此外,曹志勋介绍了美国反垄断案件的可仲裁性司法审查标准,主要是纠纷

〔86〕 参见刘哲玮:“我国民事纠纷解决模型的反思与重构——从三鹿毒奶粉事件切入”,《北大法律评论》2012年第1期。

〔87〕 参见胡兴东:“西南民族地区多元纠纷解决机制研究”,《中国法学》2012年第1期。

〔88〕 参见曾令健:“社区调解中的合作主义——基于西南某市调研的分析”,《法制与社会发展》2012年第2期。

〔89〕 参见栗峥:“底层社会的纠纷及其解决”,《青海社会科学》2013年第4期。

〔90〕 参见宋连斌、颜杰雄:“申请撤销仲裁裁决:现状·问题·建言”,《法学评论》2013年第6期。

〔91〕 参见王亚新、陈福勇:“《民事诉讼法修改》与不予执行仲裁裁决——以北京仲裁委员会为对象的实证分析”,《法学杂志》2012年第5期。

〔92〕 参见汪勇钢、陈伟君:“在幻象中寻求突破:虚假仲裁现象研究兼议案外人取消仲裁裁决异议之诉制度的构建”,《法律适用》2012年第1期。

解决、公益保护、实质正义和事后补救。^[93]

七、民事裁判的救济与监督程序制度研究

这一版块涵盖针对生效司法判决的上诉、再审、第三人撤销之诉以及审判监督权限配置研究。

上诉制度研究主要集中在发回重审,但总体而言没有多少可圈可点的作品。陈杭平试图寻求一种新的制度解释方法和研究路径,提出我国目前那种“程序”与“组织”的交织状况不能真正抑制裁量权滥用,反而因剥夺当事人的程序参与权而损害审判的公信力,因此提出应在审判管理的组织背景下保障审判程序的自主性,恢复当事人在程序运作中的结构性位置。^[94]这种理论创新值得鼓励,但似乎感觉其新概念并非从问题中进行的理论抽象或提炼,而是将现实问题装入某个既有概念或理论框架因而显得有点生硬。庞小菊在进行比较研究后提出,发回重审与上诉审的功能及上诉模式有紧密联系,然后讨论了我国作为续审制上诉模式将事实认定瑕疵作为发回重审事由欠缺正当性。^[95]从上诉模式研究发回重审事由的思路值得进一步探索,但是将功能差异的三审上诉与二审上诉放在同一框架内讨论却减损了其结论的说服力。毛兴勤对发回重审采取“推倒重来”、审理范围不受原一审裁判以及上诉的影响的普遍实践提出批评,提出设置发回重审案件审理范围应受三重制约,即原一审争议焦点、原一审裁判和上诉请求范围,虽为对策研究,但问题和建议都很有针对性。^[96]李杰通过观察审判实践中上下级法院之间围绕“发改率”等重要考核指标展开的博弈,描述和分析了影响发回重审和改判的制度因素与非制度因素。^[97]文章如果研究方法上再进一步,比如通过内部观察获得的大量事实信息如果不仅是对现象的归纳总结而且是有相应数据支撑,则可能明显提升其可信性和学术品质。此外刘加良认为应取消裁量型发回重审、同时调适法定型发回重审,因为对因事实性瑕疵而导致的裁量型发回重审会面临差别较大的外在评价,而程序性瑕疵的标准又很难把握,同时要尽量尊重一审法院的自由裁量权。^[98]

在再审程序研究方面,李浩认为应保留管辖错误作为再审事由,因为就取消这一再审事由(而归入程序错误)远未达成共识因而导致不公正判决难以获得救济,而保留这一事由则可使

[93] 参见曹志勋:“论可仲裁性的司法审查标准——基于美国反垄断仲裁经验的考察”,《华东政法大学学报》2012年第4期。

[94] 参见陈杭平:“组织视角下的民事诉讼发回重审制度”,《法学研究》2012年第1期。

[95] 参见庞小菊:“论上诉模式与发回重审的关系——兼论我国民事上诉模式的定位及其对发回重审事由的影响”,《西部法学评论》2013年第5期。

[96] 参见毛兴勤:“论发回重审案件(民事)审理范围的重重制约”,《甘肃社会科学》2013年第2期。

[97] 参见李杰:“博弈下的合作——民事二审发回重审与改判的实证研究”,《法律适用》2013年第11期。

[98] 参见刘加良:“民事案件同案同判的审级控制”,《当代法学》2012年第5期。

案件“上诉”到高级别法院,且不会对既判力造成冲击。^[99] 审判监督程序研究大都集中在检察监督而且有大量成果。其中最高人民检察院课题组在《中国法学》、廖中洪、韩静茹等在《西南政法大学学报》、《河南社会科学》、汤维建、熊跃敏等在《国家检察官学院学报》均在2013年专栏发表或系列刊载了主题文章。

廖永安在两个新领域的探索值得一提。一是另辟溪径探索了当事人异议制度,尤其是其性质和制度疏失以及重塑的法理和制度完善。文章的理论创新点在于,不仅突破了上诉、再审等既有裁判救济研究框架,而且从民事诉讼权利救济体系的整体视角梳理与异议相关的理论和制度,努力超越具体救济制度以挖掘异议救济的特殊性质和功能等一般原理,提出异议是对当事人程序性权利的救济因而适用于程序性裁决,故应将效率作为首要价值目标。不过作者将针对程序性裁判的异议救济与针对实体性裁判的上诉、再审等救济进行横向对比时,却往往忽略了建立在此基础性分野之上的制度原理之差异。^[100] 二是他和熊英灼应景地讨论了我国建立申诉终结机制的意义和诉讼化改造的具体构想。^[101]

八、临时救济程序与其他诉讼保障制度研究

临时救济程序研究无论从数量上还是分量上都与其应有的重要地位不相称,照理说难以单独成为一个版块,但并入任何其他版块都像一块不相干的补丁。因此我们在结构上反复调整之后,最终决定按照其本身的重要地位和逻辑合理性单辟一块。

这一版块最值得一读的是冀宗儒、徐辉的文章,他们提出诉讼请求与保全措施之间存在着内在制约关系,应明确财产纠纷案件和非财产纠纷案件的划分与金钱请求和非金钱请求的对应关系,分别设置不同的保全措施,严格区分不同保全措施适用的条件和程序。文章值得一读。^[102] 黄文艺对我国保全制度提出了面面俱到的建议,比如赋予当事人任意选择向审判法院或者有执行管辖权的法院申请保全的权利,程序启动条件应依据胜诉可能性进行考量,保全范围应列出禁止保全物的种类即消极范围。^[103] 张平华评析了我国人身保护令的实践和理论,对未来防止保护令功能异化提出了一些思考。^[104] 彭奕讨论了禁诉令的功能和相关争议以及中国引入禁诉令的可能性。^[105] 徐建新、李德通从法院内部视角对民事保全中担保实践

[99] 参见李浩:“管辖错误:取消还是保留——兼析《民事诉讼法修正案(草案)》第41条”,《政治与法律》2012年第4期。

[100] 参见廖永安、何四海:“民事诉讼当事人异议的法理分析”,《法学杂志》2012年第12期。

[101] 参见廖永安、熊英灼:“关于我国建立申诉终结机制的几点思考”,《烟台大学学报》2012年第2期。

[102] 参见冀宗儒、徐辉:“论民事诉讼保全制度功能的最大化”,《当代法学》2013年第1期。

[103] 参见黄文艺:“比较法视域下我国民事保全制度的修改与完善”,《比较法研究》2012年第5期。

[104] 参见张平华:“认真对待民事保护令——基本原理及其本土化问题探析”,《现代法学》2012年第03期。

[105] 参见彭奕:“我国内地适用禁诉令制度探析”,《武汉大学学报》2012年第05期。

的观察和剖析也值得充分关注。^[106]

送达对于诉讼程序运行的构成和保障意义相对于其他程序而言更为突出,但这一研究的成果更为小众。值得提到的是张艳的两篇文章,对各类不同的送达方式适用的要件、程序、主体、范围、效力等提出了详细而具有合理性的制度建议和理论论证。^[107]

九、民事执行程序制度研究

执行程序研究的主题比较分散,有理论含量的研究主要集中在执行权限、执行原则、执行监督等总论部分的问题。

赵秀举认为应当从程序法的基本原则和精神来认识和界定执行救济。通过对德国和英国的执行救济制度的比较分析,作者对执行程序性救济、实体性救济、前置异议程序与异议之诉及执行异议之诉与审判监督程序的关系进行了全新方位的解读和定位。作者主张执行救济是一种独立的救济制度,它不仅充分展现了民事程序主体之间关系的复杂性,也体现了民事执行程序与民事审判程序的相互分离性,任何希望直接借助于民事审判程序来解决执行纠纷的努力,最后都可能要付出破坏民事审判程序原有框架与原理的代价,任何试图将执行救济制度当作拯救审判程序中有欠完善的第三人制度的努力,亦同样会产生制度困境。^[108]肖建国分析了审执关系的基本原理,在承认二者的共通性的前提下强调了审执分离的依据,认为民事强制执行法是建立在一个三面法律关系制度之上的法院根据法律文书来实现债权人私权利的行为,包括执行法院和被执行人强制执行法律关系、申请执行人和执行法院的法律关系及申请执行人和被执行人的法律关系。在执行检察监督关系上,主张奉行程序自足性解决优先原则、根据轻重缓急适度采取监督措施、遵循检察建议优先于抗诉而适用的原则,以及遵循有限监督、适度监督原则。^[109]傅郁林主张在民事执行检察监督中须区分两种检察权的不同性质,针对外部干扰执行导致的执行难问题所进行的检察监督是守法监督,在性质上是检察执行协助权或检察支持执行权范畴;针对法院滥用执行权导致的执行乱问题所进行的检察监督才是真正意义上的执行监督。这两种性质的检察权介入从制度功能目标,到应当遵循的原则,以及权力行使的主体、客体、条件、程序和救济途径等均不相同。作者对民事检察权的二元结构在另文中进行了更为系统的理论阐述。^[110]

在执行分论部分,值得一提的成果是卢正敏关于执行程序中的虚假租赁及其法律应对方

[106] 参见徐建新、李德通:“关于民事保全担保的实践与思考”,《法律适用》2013年第10期。

[107] 参见张艳:“民事诉讼送达制度适用问题之探讨与完善”,《法律适用》2013年第08期;“民事送达制度若干问题探讨”,《河南财经政法大学学报》2013年第2期。

[108] 参见赵秀举:“论民事执行救济兼论第三人执行异议之诉的悖论与困境”,《中外法学》2012年第4期。

[109] 参见肖建国:“民事强制执行与检察监督”,《国家检察官学院学报》2013年第1期。

[110] 参见傅郁林:“民事执行权制约体系中的检察权”,《国家检察官学院学报》2012年第3期;“民事检察权的权能与程序”,《法律科学》2012年第6期。

法的探讨。文章提出虚假租赁的成因在实体法上源于租赁权的绝对对抗效力,在程序法上源于证明责任分配规则与惩罚机制的不足,通过实务案件评析和多元比较法考察,主张在实体法上设立不动产租赁登记对抗制度,在程序法上强化财产调查制度、合理分配涉及假性租赁案件的证明责任(由主张租赁权的所谓承租人就租赁权合法存在的事实负证明责任)并强化处罚力度。^[111]此外,马登科介绍了民事间接强制执行的概念、种类和构成,通过比较研究归纳了我国现行间接强制执行的种类、性质和适用范围及应当遵循的基本理念。^[112]

十、本期小结

结束本期评论时,我们已经意识到一百多个脚注对于学术“评论”而非成果“综述”的目标而言已过于庞大,这也意味着上期宣称的深度评论已经让位于蜻蜓点水。但鉴于本文开头所述的特殊时期学术成果的自身特点,同时基于本刊坚持以发现和栽培学术新人为己任的一贯宗旨,在这样一个十年、二十年不遇的民事诉讼法学成果的繁盛时期,面对这样一个激励同道、凝聚共识、推陈出新、形成合力的历史契机,我们不忍心遗落视野中任何一棵真诚参与并有点滴贡献的学术新芽,而在给定篇幅内适当扩大点评范围或许是他们崭露头角的机会。总体上,本期评论的风格——涉猎宽泛而深度打折——或许也正是这一阶段学术发展总体状况的真实反映。随着民事诉讼程序立法和相应的综合性司法解释出台,“制度”的体系化框架已基本形成,学术研究的方向应当是向“理论”的体系化方向纵深发展,即使是对制度的学术解释也应当超越就事论事的对策建言,而应上升为有理论视角、理论观察、理论挖掘、理论支撑、理论提炼的学术成果,因为这正是学者区别于其他法律人的独特贡献。最后,细心的读者或许也可以从评论文章所载期刊在脚注中出现的频度,发现那些给予民事诉讼法学研究特别关注和持续支持的学术期刊,尤其是那些敢于和善于发现学术新秀的编辑,让我们以同行、同道的名义向他们表示诚挚的感谢和由衷的敬意!

(责任编辑:傅郁林)

[111] 参见卢正敏:“执行程序中的虚假租赁及其法律应对”,《中国法学》2013年第4期。

[112] 参见马登科:“民事间接强制执行比较研究”,《法律科学》2012年第4期。