

# 改革开放四十年中国民事诉讼法学的发展

## 从研究对象与研究方法相互塑造的角度观察

傅郁林\*

---

**摘要** 法学研究方法是评价中国民事诉讼法学发展状况的主要依据。在改革开放与法律发展相互成就的大背景之下,以法学作品及其研究范式为证据,可以观察中国民事诉讼法学的研究对象与研究方法之间相互塑造的现象。中国民事诉讼法律发展状况限定或拓展了研究方法的选择和走向,而研究方法的运用和发展水平又支持或局限了中国民事诉讼法的发展。民事诉讼法学的研究对象分为法律规范、法律行为和法律现象等不同层次或类型,特别是司法解释和司法指导文件这类难以简单归入司法规范或司法行为的“原材料”的不断延展和复杂化对于规范法学和比较法学等“生产工具”提出了挑战。法学作品中那些集大成者往往是多种方法的巧妙结合。而从法学方法的发展史来看,各种研究方法既非顺序登场或轮流表演,亦非成对出现或此消彼长,而是交错出现、相互纠缠,在竞争共生的状态下相辅相成。

**关键词** 法学方法 民事诉讼法学 改革开放四十年

---

### 引言

“改革开放”不仅是四十年来中国民事诉讼法学发展的前提或背景,而且已构成并仍将成

---

\* 北京大学法学院教授。本文写作中关于司法指导文件的信息收集,得到了最高人民法院何帆处长和田明亮法官的大力帮助,特表谢意。

为中国民事诉讼法学的本体特征和核心价值。正是在改革开放中观察、探究和推动民事诉讼制度的价值目标合乎法理地嵌入具体程序规范、诉讼行为并影响社会行为的过程中,民事诉讼法学实现了自我发展,而随着作为研究对象的民事诉讼法律规范、法律行为和法律现象等“原材料”的不断延展和复杂化,研究方法如注释法学、比较法学、法教义学、社科法学等“生产工具”日益丰富和进化,其本身既是改革开放的产物,也构成中国改革开放的重要部分。在改革开放与法律发展相互塑造、相互成就的大背景之下,本文将进一步观察中国民事诉讼法学的研究对象与研究方法之间是如何相互塑造的。<sup>〔1〕</sup> 本文将法学作品为证据,分析中国民事诉讼法发展状况如何限定或拓展了研究方法的选择与发展方向,而法学方法的运用和发展水平又如何支持、塑造或局限了中国民事诉讼法的现状。<sup>〔2〕</sup>

“社会文明发达的标志,不是生产什么产品,而是用什么工具生产。”<sup>〔3〕</sup> 法学研究方法作为法学产品的生产工具,用作划分法学发展水平的主要依据大致能够成立。尽管关于法学能否作为一门独立学科从而是否有自己区别于其他社会科学的独特方法受到质疑,<sup>〔4〕</sup> 但本文无意卷入这种争论。面对挑战真正有说服力的正面回应,必须充分论证法学在研究对象和研究方法上真正具有独特性,但本文想要强调的是:如果法学真的具有某种不可替代的独门绝技,那么即使这门技术或方法尚未被中国法律界和法学界普遍掌握,那也只表明目前中国法律和中国法学尚处于较低的发展水平,不能据此否认法学是独立学科。本文将表达两个基本立场:一方面,学术自身有其独立价值,因此学术贡献的评价标准并不依赖于与现实制度的互动或成果转化,而且成功转化为制度成果的所谓学术“贡献”未必就是推动、反而可能恰恰阻碍了法治文明的进步;另一方面,学术的独立性并不排斥而恰恰支持这样一个命题或学术追求——中国法学作为一门以中国社会为特定语境、以中国法为研究对象的社会科学,终究要以研究中国问题和中国制度为己任,中国诉讼法学者对于这种历史使命和职业责任的体认也应反映在其学术贡献之中。中国法学在回应和迁就中国法治现状与追求法理自治性和导向价值之间能否及如何保持应有的张力,这种智慧本身也可能成为中国法学发展水平的一种评价标准。

在列举和分析法学研究方法与研究对象的相互关系时,尽管笔者是以致敬的态度,却仍难以超越自身的主观、偏狭与局限,因此也终究会落入“你在桥上看风景,看风景的人在楼上看

〔1〕 通俗的例子不妨想一想器皿与模具之间的关系。原料的材质和设计者对器皿功能和款式的预期决定了模具的选择,而模具的选择和发展水平也可以决定器皿的最终功能或款式——能否实现设计者的预期,甚至歪打正着被赋予了另一功能。

〔2〕 即使是单维度的编年史体例,关于民事诉讼法学发展阶段的划分方法和标准也各不相同。参见赵钢:“改革开放30年的民事诉讼法学”,《法学杂志》2009年第1期,第19页;田平安、肖晖:《民事诉讼法学改革开放三十年》,法律出版社2010年版,第185页。

〔3〕 参见《马克思恩格斯选集》(第2卷),人民出版社1995年版,第179页。

〔4〕 比如参见苏力:“法律人思维?”,《北大法律评论》2013年第2期,第429—469页;孙笑侠:“法律人思维的二元论兼与苏力商榷”,《中外法学》2013年第6期,第1105—1136页。

你”的意境。本文将具体成果归入某种研究方法也带有很大主观性,特别是那些集大成者往往是多种方法的巧妙结合,而有些在特定研究主题上贡献突出的成果通常在研究方法上也有独到之处,但本文对于研究方法的归类更侧重于挖掘每种方法本身的要义及其与研究对象之间可能存在的某种相关性,而那些被列举的相应作品主要被用作相应论据。这些研究方法出现的时间和具体研究成果对于方法的选择和运用,既非顺序登场或轮流表演,亦非成对出现或此消彼长,而是交错出现、相互纠缠,在对立竞争或共生状态中成长,在相辅相成中成就了民事诉讼法学的发展与繁荣。而那些中国特色的研究对象,比如性质和功能难以定位于法律规范抑或法律行为的海量司法指导文件,也会促使法学作品忽略法教义学、社科法学或比较法学之间的江湖恩怨,忘却所谓学派、所谓学科、所谓法域之间的差异分歧,惟恐不能兼收并蓄人类文明成果,惟愿在反思、进取、积淀、提升中凝聚共识,在良性竞争中相辅相成、共同成长。

## 一、以民事诉讼法规范为研究对象的注释法学、规范法学与法教义学

民事诉讼法学的研究对象首先是民事诉讼法规范。在法律层面上,具体包括两部《民事诉讼法》及其修正案,《仲裁法》《劳动争议调解仲裁法》《农村土地承包经营纠纷调解仲裁法》《人民调解法》《公证法》《企业破产法》等经由主管、管辖、证据、保全、执行和司法审查等环节与民事诉讼法相链接的法律规范,以及民事实体法和《宪法》《法院/检察院组织法》《刑事诉讼法》和《行政诉讼法》等公法中涉及民事诉讼的相关规范。除此之外,最高人民法院颁布的各类司法解释和司法指导文件是否构成民事诉讼法规范饱受争议。由于其文本形式的非典型性、发布主体和效力等级的不确定性,在性质和功能上究竟应该归入司法规范(作为诉讼行为和司法行为的准据法)、司法行为(适用规范的抽象行为)抑或司法案例(适用规范的具体行为),并无定论。即使是司法解释,由于其解释对象的不特定、功能上的造法性、内容上与多种法律规范的交叉和不明确,因此在归类标准和解释方法等方面都具有极端的复杂性。民事诉讼法规范的这种复杂和不特定的状况导致了以之为研究对象的民事诉讼法学研究范式的多样性和评价标准的多元性。

### (一) 司法解释和司法指导文件在中国民事诉讼制度中的角色及其对法学研究的挑战

最高人民法院颁布的司法解释和司法指导文件对于民事诉讼法律制度的影响是法学研究中无法回避的一种现实存在,近年来立法的增长和法学的成长也并未减少司法指导文件的发布。司法解释和司法指导文件不仅澄清法律或应对法律短缺,同时也制造法律冲突和法理混乱,在推进和更新司法政策、实施和加强司法行政管理的同时,也强化和扩张自身的权威和权限。<sup>〔5〕</sup> 为此褒贬其价值或讨论其存废都没有多大意义,本文是将其作为一种现实存在,去观

〔5〕 参见侯猛:“最高人民法院的功能定位——以其规制经济的司法过程切入”,《清华法学》2006年第1期,第21—34页。

察这些已成为“法官的宪法”的司法指导文件在民事程序规范体系和法学研究中扮演了怎样的角色。

最高人民法院发布的文件分为“院发文件”和部门文件(又称“庭发文件”)两个层级。院发文件除了以“法释”文号发布的司法解释之外,其他文件如“法发”文件都属于司法指导文件。虽无明文规定,但最高人民法院办公厅发布的“法办发”文件被视为最高级别的部门文件,常常被当作院发文件对待;其他庭室发布的文件通常用“法审”(审监庭)、“法民一”(民一庭)这样的文号。此外,部门文件还有以“他”字(比如“民二他字01号”)发布的个案答复,但严格地说,这种文件并不是规范性文件,而是案号的序列。1997年之前这些文件都可以作为“司法解释”,但最高人民法院于1997年将规范性文件区分为司法解释和司法指导文件,并于2009年对裁判文书中引用规范性法律文件进行了明确规范。<sup>〔6〕</sup> 据此,只有以“法释”文号发布的文件才是“司法解释”,才能在裁判主文部分作为裁判依据引用。其他规范性文件统称为“司法指导文件”,其中院发文件可以作为裁判理由在“本院认为”部分引用,但不能作为裁判依据引用;其他效力不详的司法指导文件在司法实践中往往对裁判结果具有决定性意义,甚至也被当作“司法解释”。本文从规范法学的角度,仅将“法释”文号的“司法解释”列入“规范”研究的对象;而将其其他那些规范性文件,尽管其实际影响力或效力几乎等于法律规范,但也只归入“司法行为”或“司法现象”,侧重于从法社会学或其他社科法学的角度观察这些“起作用的法律”在“文件治国”与“法治国家”之间微妙关系中的运作机理。<sup>〔7〕</sup> 在这个意义上,法学研究对象还应该关注各种形式的审判工作会议报告和最高人民法院领导的讲话,包括分管院长、庭长关于审判工作的专题讲话,甚至上级法院领导的个人意见,因为这些“渊源”都会成为重要的审判指导意见。

首先,司法解释和其他司法指导文件存在形式上的立法性与实质上的本位性冲突。作为规范性文件的司法解释大致有两类:第一类是旨在适用、细化、澄清和补充具体法律所颁布的综合性司法解释,比如针对2012年《民事诉讼法》颁布的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称“《民诉解释》”),这类司法解释虽然针对特定的法律文本,但并不针对特定的法律条款;第二类司法解释是就某类事项所颁布的单行司法解释,比如2001年《最高人民法院关于民事证据的若干规定》(以下简称“《证据规定》”),实际上是全新的造法,只是在前言声称以某部或几部法律为依据,由于在结构、体例和形式上并不直接针对具体的解释对象,仿佛是一部自成一体的全新立法,因此称之为立法性司法解释。这些具有普遍拘束力的司法解释和普遍具有隐性效力的司法指导文件,由于其产生程序和表现形式的缺陷,以及本位主义的必然立场、法出多门所致的凌乱无序,造成司法解释与法律之间、司法解释与司法解释之间的

〔6〕 参见《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定》(法释〔2009〕14号);郭春明:“法院裁判文书中的法条引用问题研究”,《法学杂志》2012年第7期,第136—140页。

〔7〕 参见蔡定剑、刘丹:“从政策社会到法治社会——兼论政策对法制建设的消极影响”,《中外法学》1999年第2期,第7—12页。

多种冲突,不仅在司法实践中与司法解释统一法律适用和发展的目标背道而驰,也给法学教育和法学研究带来了巨大困扰。

由于司法解释完全脱离作为被解释对象的具体法律条款,甚至脱离整部法律,因而当司法解释的某个或某些具体条款与立法条款发生交叉——明显扩张、限缩、变更、违背〔8〕了立法文本时,几乎所有关于法律解释的学说都无能为力,因为此时的解释对象究竟是法律条款本身,还是解释法律条款的司法解释,并未事先界定。至于那些完全是“填补空白”而不与立法条款发生交叉的造法性条款,如果忽略其“立法”主体的相关问题而姑且视其为立法条款直接适用,技术上难度似乎尚小,但在没有具体解释对象的司法解释模式中,特别是那些“根据”多部法律出台的单行本司法解释,这种“填补空白”的造法性条款在具体适用和解释中也会遭遇技术困难。比如溯及力问题,“法不溯及既往”作为一般法理,在程序法和实体法中的适用却迥然不同——实体法规范的溯及力及于民事行为发生的时刻,程序法规范的溯及力及于民事程序行为发生的时刻。因此,针对仍在法院系属中尚未审结的案件,可以适用程序规范而不可以适用实体规范。然而当司法解释并不界定其具体解释的是哪部法律时,具体条款的适用结果就全然不同。更有甚者,由于司法解释在整体上被认为只是“司法行为”而不是法律规范,因而只要仍在法院系属中的未结案件,即使是明确以某部实体法为解释对象的司法解释,也会被普遍适用,作为裁判那些发生于相关实体法规范之前的权利义务关系的法律依据,这实际上赋予了相应实体法条款溯及既往的效力。这种罕受质疑的司法实践的主要根源在于,一方面在形式上将司法解释作为脱离解释对象而自成一体的一般法律规范(而不是受立法制约的司法行为),另一方面又在实质上将司法解释作为法院自己的司法行为(而不是调整权利义务关系的一般法律规范)。

其次,缺乏体系性思维和扎实理论基础,加之司法解释和司法指导文件法出多门、纵横交错,又缺乏及时清理,因而凌乱无序、相互冲突。从产生过程来看,即使是院发文件,也是由具体业务庭室各自起草的,即使草稿最终会在庭室间传阅、会审和讨论修改,并经审判委员会讨论后统一以最高人民法院名义颁布,却缺乏统一的组织和起草,没有充分的沟通和整合,实质上与部门文件没有太大差异,而与立法过程差异甚远。〔9〕特别是当同一部司法解释分别由不同部门负责起草其中一部分时,起草者对于意见分歧的平衡方式往往是简单地将各方意见各取一段,结果造成同一规范中逻辑断裂或(和)规范之间逻辑冲突。比如,《民诉解释》第247条关于重复起诉的规则,填补了中国民事诉讼法律规范中长期以来关于重复起诉审查标准的

〔8〕 直接违背法律条文的司法解释条款,如1991年《民事诉讼法》第151条规定的上诉审查范围被1992年的《民诉意见》第180条推翻,直到1999年才在《最高人民法院关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》(法释〔1998〕14号)第35条中回归法律的原义和司法解释的本份。

〔9〕 参见傅郁林:“司法职能分层目标下的高层法院职能转型——以民事再审理别管辖裁量权的行使为契机”,《清华法学》2009年第5期,第122—137页。

空白,但其核心价值主要是激发了司法实务界对诉讼标的理论和与其相关的诉讼请求等概念内涵的普遍关注。就法律适用和法律解释而言,这一规定解决的问题并不比其制造的问题更多,其原因就是这一规定回避了对诉讼标的的识别标准、诉讼标的与诉讼请求的概念定义与相互关系、诉的强制合并与诉的拆分(部分请求)等一系列基础概念和基础理论问题上存在的意见分歧,试图在不选择任何理论立场的状况下通过重叠囊括相关概念将所有情形一网打尽。作为其结果的这一规定几乎可以通过选择所列概念和相关理论的不同定义进行多种排列组合,制造出从完全规避到苛刻适用的多种司法实践。

司法解释和其他司法指导文件的前述特征,给民事诉讼法学研究提出了严峻挑战,而能否正确应对这种挑战,可能需要进一步塑造法学研究对象的生态。在此以填补法律空白的《证据规定》中的一个制度为例。作为《证据规定》的背景和基础,1991年《民事诉讼法》在很大程度上体现了与市场经济体制下当事人意思自治相契合的处分权主义和辩论主义理念,确立了当事人诉讼主体地位、基本程序保障和公开审判原则,法官与当事人在证据调查和事实形成方面的权限配置和责任承担发生了角色逆转,当事人应当对自己的主张承担举证责任。<sup>[10]</sup>《证据规定》将辩论主义在中国推进了一大步。比如,具体规定了当事人对证据的提供和事实的形成承担责任,而将法官在证据收集和事实调查方面的权限和责任明确规定在例外条件和严格程序之内;具体规定了双方当事人之间在证据提供和事实证明方面的责任和风险承担;<sup>[11]</sup>明确规定了自认的事实免于证明。然而,规定生效裁判认定的事实作为“免证事实”,却没有将主体范围限定于当事人之间,从而使未参与审理程序进行事实陈述和辩论的案外人实际上受到审判结果的拘束。

将生效裁判认定事实的“免证”效力适用于对抗当事人以外的第三人,很显然违背了辩论主义理念、正当程序理念和裁判效力相对性理念,与比较法上普遍坚持的裁判效力相对性和诉讼程序封闭性的原理相悖,也明显违背了1991年《民事诉讼法》确立的辩论主义和基本程序保障原则。但公平地说,司法解释的规范文本“生效裁判认定事实的免证效力”虽然未明确限定其主体范围,却也并未明确规定其可适用于案外人。这正是一个恰如其分的规范法学研究对象。民事诉讼法学理论本可大展身手,以《证据规定》所依据的1991年《民事诉讼法》的立法宗旨和价值取向为依据,运用辩论主义原理、正当程序保障和裁判效力相对性等基本法理,将这一规范文本中“生效裁判认定事实的免证效力”限缩解释为“生效裁判认定的事实对于双方当事人后案诉讼中具有免证效力;在当事人与案外人的诉讼中,案外人可以援引前案裁判认定的事实对抗(前案)当事人,但当事人无权据此对抗案外人”。然而,理论界不仅对此长期选择了

[10] 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,第8—15页。

[11] 虽然民事证据规则采取了“新法定证据主义”,但在后期都有不同程度的更正和改进。相关定位与批判可参见陈瑞华:“以限制证据证明力为核心的新法定证据主义”,《法学研究》2012年第6期,第147—163页。

集体失语,甚至不少教科书将这一规则进行了扩大解释,将生效裁判事实认定的“免证效力”扩大解释为“预决效力”。即使在多位新生代学者对此规则提出公开挑战<sup>[12]</sup>并提出有说服力的理论依据之后,至今仍未得到多少有影响力的学者响应,<sup>[13]</sup>因而也不能促使该规则的限定性解释或修改,甚至无力促使主流教材的普遍修改。

这一规则的扩大解释和普遍适用,为前案当事人利用虚假诉讼获得生效裁判损害案外人权益提供了制度温床,当事人援引前案裁判认定的事实作为损害案外人的利器屡屡得手。2012年《民事诉讼法(修正案)》试图通过设立第三人撤销之诉和强化妨碍民事诉讼制裁措施,为这一免证规则的恶果打上制度补丁。然而,第三人撤销之诉本身就蕴含着破坏裁判效力相对性的制度基因,加之立法结构安排上偷换了“第三人”(案外人)的概念,且在程序安排上居然与原诉合并审理,因此这一制度一方面并未覆盖案外人提起再审的情形,另一方面又为案外人与当事人一方串通频繁启动撤销程序、阻挠裁判执行的另一类虚假诉讼提供了制度温床。然而,司法界和理论界对于虚假诉讼大批涌现的制度原因追究并未追溯到辩论主义遭到破坏,反而试图通过进一步破坏辩论主义堵住虚假诉讼。比如,《民诉解释》不是致力于铲除这种破坏辩论主义和裁判效力相对性的制度根源,而是在自认规则和法官职权调查规则中进一步削弱了辩论主义,<sup>[14]</sup>而且“立法”技术和文字措辞的缺陷足以使作为例外的条文将作为原则的辩论主义进一步破坏——而这些消解自认效力和强化职权调查的规定并不限于适用于涉及案外人的案件,而是普遍适用于所有案件。目前这一趋势仍在继续向仲裁裁决的司法审查制度蔓延,虚假仲裁现象的日益严重并未促使法律界反省生效仲裁裁决认定的事实对抗案外人的荒谬与恶果,从而在根本上使案外人不会受其影响,而是再次将解决思路指向了受其影响的案外人申请撤销仲裁裁决。

可以说,民事诉讼法学研究对于司法解释提出的挑战没有及时作出应有的回应,在“生效裁判认定的事实的免证效力”未加限定其主体范围时,辩论主义、裁判的相对性和正当程序原理只是受到威胁,此时法教义学以现行规范为依据、以体系化理论为基础进行规范解释,即可弥补制度的漏洞。然而,法学理论的无所作为甚至负面贡献,迎来了研究对象提出的更大难题——当立法出现第三人撤销之诉的法律规范时,法解释学对于这种结构性冲突撕裂的法律

[12] 参见段文波:“预决力批判与事实性证明效展开:已决事实效力论”,《法律科学》2015年第5期,第106—114页;曹志勋:“反思事实预决效力”,《现代法学》2015年第1期,第130—138页。

[13] 比如参见傅郁林:“先决问题与中间裁判”,《中国法学》2008年第6期,第162页。相反观点比如,参见吴英姿:“预决事实无需证明的法理基础与适用规则”,《法律科学》2017年第2期,第68—76页;王亚新、陈晓彤:“前诉裁判对后诉的影响——《民诉法解释》第93条和第247条解析”,《华东政法大学学报》2015年第6期,第6—20页。

[14] 《民诉解释》第92条规定,自认的事实与查明的事实不符的,人民法院不予确认。第96条规定,人民法院认为审理案件需要的证据包括:(四)当事人有恶意串通损害他人合法权益可能的。这些看似辩论主义之“例外”的规定,由于权限定义和责任界线模糊,在实务操作中实际上已足以消解当事人主义原则。

漏洞已束手无策。关于第三人撤销之诉的研究文献可能是具体规范研究中云集了最多专家会诊却得到了最少共识结论的唯一主题；德国法教义学的年轻践行者吴泽勇<sup>〔15〕</sup>最大程度地使用法解释学方法，但因研究对象选择了这一严重残疾的规范，文章除了对现行相关制度的边界进行了廓清之外，针对这一制度自身的解释仍须借助比较法资源进行整形手术。如果制度不能回到问题的源头解决问题，那么规范法学或许可以从这一问题的研究方法中逊位了。而假如用于解决虚假诉讼问题的比如自认规则、职权调查规则和仲裁裁决审查规则以全面瓦解辩论主义为趋势，恐怕在现代民事诉讼法规范框架内能够找到全面覆盖（颠覆）其漏洞的大补丁更没有可能了，或许那时经济学、政治学、心理学在这一问题研究中会有更大的发挥余地。

## （二）注释法学、规范法学/法教义学的贡献、不足与缺陷

### 1. 注释法学的贡献与缺陷

注释法学是一个历史性概念，其主要贡献在于推动中国民事诉讼法规范的普及和贯彻；在学术本体意义上，逐步将民事诉讼法学科从笼统、混合的法学门类中层层剥离出来，创立了独立的民事诉讼法二级学科，从而形成了特定研究群体、特定研究对象，并逐步开拓出特定研究范式的民事诉讼法学领域。学科建设在法学研究依托于法学教育（甚至浑然一体）并以学科为支撑的学术体制下具有特别深远的意义，即使在强调与实体法结合、跨越学科视野局限的今天，这一贡献的奠基意义仍不容质疑。民事诉讼研究与立法、教学三位一体的特定背景，为注释法学的权威性和社会影响力提供了得天独厚的条件。法学教育和法律培训促进了司法实践对于民事程序规范的认知和适用，从而纠正了审判实践在长期无法可依状态下形成的任意性。这种研究方法的贡献是历史性的，在整体法律界对于民事诉讼法法律知识普遍欠缺和渴求的特定历史背景下显示了知识的力量，即使这种知识供给本身并非充分且充满缺憾。

注释法学的主要成果表现形式是普法读物和教材（包括教材式专著）。代表性教材有柴发邦等编写的《民事诉讼法通论》和《民事诉讼法学》、<sup>〔16〕</sup>刘家兴独著的《民事诉讼教程》、<sup>〔17〕</sup>常怡主编的《民事诉讼法学新论》<sup>〔18〕</sup>等。西南政法学院编印的《民事诉讼法讲座》集结了全国法律专业民事诉讼法师资进修班上的讲稿，<sup>〔19〕</sup>对当时和后来民事诉讼法教学和研究产生了极大影响。柴发邦先生仙逝之后，刘家兴、江伟、常怡、杨荣馨作为“四大天王”，在他们组建的民事诉讼法学科中组织硕士生、博士生，对前述教材进行多次修订，但总体上并未明显突破注释

〔15〕 吴泽勇：“第三人撤销之诉的原告适格”，《法学研究》2014年第3期，第148—167页。

〔16〕 柴发邦、江伟、刘家兴、范明辛：《民事诉讼法通论》，法律出版社1982年版；柴发邦主编，常怡、曾昭度、江伟副主编：《民事诉讼法学》，法律出版社1987年版。

〔17〕 刘家兴：《民事诉讼教程》，北京大学出版社1982年版。

〔18〕 常怡主编：《民事诉讼法学新论》，中国政法大学出版社1989年版。

〔19〕 西南政法学院主编：《民事诉讼法讲座》，由柴发邦、江伟、王锡三、常怡、唐德华、刘家兴、杨荣馨、谢邦宇等主讲。目前中国民事诉讼法学界的中坚力量大都是该师资进修班的学员，笔者为本文向民事诉讼法学同行征集资料时，他们都特别提示我一定不要忘记这部未公开发行但影响深远的《讲座》。

法学的范式。<sup>[20]</sup>

如果不明确区分法学教育和法学研究,而将法学教材也作为法学研究成果的话,可以说注释法学至今仍是法学教材的主要范式。比如,其结构体例几乎完全与立法一致,而不是按照民事诉讼法学自身的体系;其主要内容是概念、定义和依据定义列举几个特征,法条和司法解释的内容通常作为概念特征的相应支持。即使“洋气”的法教义学概念引入后,即使一些教材加入了民事诉讼法学几大基本理论(如诉讼标的和既判力理论)和学术概念(如诉的概念),但基本上只是单独加在教材主体结构之前(或者说之外)用于装潢其“理论性”的独立章节,并不用于解释具体规范从而使那些凌乱的规范皈依法理逻辑体系(比如将诉讼标的理论具体用于解释何谓共同诉讼规范中“诉讼标的同一”、何谓有独立请求权第三人规范中“对(本诉)诉讼标的有独立的请求权”),甚至在同一教材中按照基本理论部分阐释的“诉讼标的”识别标准与诉的分类中所称的诉讼标的的内涵和外延都不能保持一致;而那些大都用来介绍别国理论的教材内容,即使加入了中国学者争论作为佐料,删除后也无损主体内容及其对现行规范的诠释。<sup>[21]</sup>

## 2. 规范法学/法教义学的成就、不足与局限

规范法学或法教义学作为注释法学的升级版,目前已成为中国部门法学研究的主要方法和“支柱产业”,特别是在受德国法学影响较深的刑法学和民法学领域已成为绝对的主流和时尚。<sup>[22]</sup>在民事诉讼法学领域似乎也正在成为一种普遍奉行或追捧的主要方法。<sup>[23]</sup>不过,如果严格以主张者普遍认同的德国式“法教义学”标准来评价,那么目前民事诉讼法学领域的法教义学研究水平仍处于初级阶段,此谓本文所称的“不足”;如果以法学研究对象的发展状况对

[20] 笔者个人认为注释法学最杰出的教材是刘家兴主编、潘剑锋为副主编的《民事诉讼法学教程》,北京大学出版社1994年版。

[21] 如江伟主编:《民事诉讼法》(第3版),高等教育出版社2007年版;江伟主编、傅郁林副主编:《民事诉讼法》,北京大学出版社2012版;江伟主编、肖建国副主编:《民事诉讼法》(第7版),中国人民大学出版社2015年版。

[22] 法教义学研究在刑法学和民商法学领域的代表成果,如陈兴良:“刑法教义学的发展脉络——纪念1997年刑法颁布二十周年”,《政治与法律》2017年第3期,第2—16页;张明楷:“也论刑法教义学的立场——与冯军教授商榷”,《中外法学》2014年第2期,第357—375页;车浩:“理解当代中国刑法教义学”,《中外法学》2017年第6期,第1405—1429页;许德风:“法教义学的应用”,《中外法学》2013年第5期,第937—973页;谢鸿飞:“论民法典法人性质的定位——法律历史社会学与法教义学分析”,《中外法学》2015年第6期,第1508—1528页。葛云松更是在法学教育中践行了民法教义学的研究成果,参见葛云松:“法学教育的理想”,《中外法学》2014年第2期,第285—318页。此外,由梁根林任主编期间的《中外法学》持续刊登了10多篇标明“法教义学”研究的学术论文,反而表明这一方法仍在一种力量的主导下推动,而尚未成为一种普遍掌握和自觉运用的研究方法,正如普遍熟知的食品不必写食用说明。

[23] 参见《民事诉讼法学2009—2016年CLSCI论文数据分析》,中国法学创新网,http://www.fxcxw.org/index.php/Home/Faxue/index/tid/5.html,最后访问日期:2018年10月2日;张卫平、李文革:“民诉法学研究:从立法论到解释论”,载《检察日报》2012年12月26日,第3版;肖建国:“从立法论走向解释论:《民事诉讼法》修改的实务应对”,《法律适用》2012年第11期,第40—47页;傅郁林:“法学研究方法由立法论向解释论的转型”,《中外法学》2013年第1期,第169页。

于法学方法的需求作为评价标准,那么以规范法学或法教义学作为中国民事诉讼法学研究的单一或主要方法,则既不能满足需求,也不具备其生长的充分条件,从而凸显了这一方法固有的缺陷,此谓本文所称的“局限”——因为法教义学是“假定现行法秩序大体看来是合理的”,<sup>[24]</sup>以尊重现行法秩序并受其约束为前提,围绕概念、法条及概念与法条的关系展开体系化的研究,而这一前提即使在那些以现行民事诉讼法规范作为研究对象和研究基础的中国研究者眼里也尚未被承认(随后作为规范法学成果呈现的重要作品都证明了这一事实判断)。

就规范法学在民事诉讼法学研究中的成就而言,大致具有规范法学研究特征的成果出现在九十年代——尽管作者或作品并未贴上“规范法学”或“法教义学”的标签。率先出现的是研究具体法律规范的学术论文,随后出现了规范法学特征越来越明显的专题性论文集和学术专著,而这些研究成果在九十年代中后期被大量吸收到教材中而使之超越了法条注释,有意识地追求体系性和理论性。特别是本世纪以来,日益增多的撰写教材普遍比早期主编教材更具有规范法学特征,比如张卫平、李浩、蔡虹、王福华的独著教材和王亚新等合著教材<sup>[25]</sup>日益清晰地体现出规范法学的特征,比如在结构体例采用法学体系而不是法律体系,在内容上注重以法学概念和系统理论对现行规范进行学理解释和分析。此外,由江伟主编的教材类作品也有部分是按照规范法学的结构体例和理论体系编写;<sup>[26]</sup>而前文归入注释法学但加入了基础理论章节的几部教材,也在逐次修订中不断增加法学理论与具体规范学理解释之间的针对性和粘合力,从而逐步向规范法学方向靠拢。

若以学术作品的风格论,民事诉讼法学领域的规范法学典型代表当推李浩,他在关于举证责任(始于1983年)、<sup>[27]</sup>管辖制度<sup>[28]</sup>等多个主题的大量研究成果中,都针对明确具体的法律规范进行了法理分析。他的研究成果在结构上大都从规范适用的情况和社会效果入手,从法理上探讨规范本身的得失和改进空间,但其学术立场主要是对这些规范进行批评,并从立法论上展开讨论和论证。李浩近期研究中以解释论为主要特征的论文,<sup>[29]</sup>也依然保持了立法论

[24] (德)卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第77页。

[25] 张卫平:《民事诉讼法》(第4版),法律出版社2016年版;李浩:《民事诉讼法学》(第3版),法律出版社2016年版;蔡虹:《民事诉讼法学》(第4版),北京大学出版社2016年版;王福华:《民事诉讼法学》(第2版),清华大学出版社2015年版;王亚新、陈杭平、刘君博:《中国民事诉讼法重点讲义》,高等教育出版社2017年版。

[26] 例如江伟主编,李浩、刘荣军副主编:《民事诉讼法学原理》,中国人民大学出版社1999年版。

[27] 如李浩:《民事证明责任研究》,法律出版社2003年版。

[28] 李浩:“管辖权下放性转移若干问题研究——兼论我国民法第39条之修改”,《法学评论》1998年第1期,第69—74页。

[29] 李浩:“民事行为能力的证明责任——对一个法律漏洞的分析”,《中外法学》2008年第4期,第552—565页。

和比较法的许多惯性。<sup>〔30〕</sup> 张卫平的作品风格通常是规范研究与比较研究的“夹叙夹议”，以特定中国法律规范和法律制度为研究对象，采用规范评论+逻辑分析+比较法分析，有时还在法理分析中综合了比较法和法制史、法哲学、法社会学及法经济学的多种理论资源，<sup>〔31〕</sup>因此本文将张卫平的更多贡献放在下文比较法学部分展开。不过张卫平近年也有“当事人文书提出义务的制度建构”等较为典型的规范法学代表作，<sup>〔32〕</sup>但标题本身已经露出了立法论的底色。傅郁林在两个主题研究中刻意尝试法解释学研究，但常常一不小心就露出了比较研究的尾巴。<sup>〔33〕</sup>

王亚新在本世纪以来开始由法社会学向法教义学转型，其代表作是《中国民事诉讼法重点讲义》和相关论文。尽管这是王亚新对法教义学方法的自觉追求，并且论文和教材都使用了大量设例（无论假定案例是否源于实践）来解读具体规范，但对比中国刑法和民法教义学的现有成果，在结构上作为解释对象的规范界定、相应概念与规范之间、概念的渊源和作为其支撑的相应理论之间的关联是模糊或混沌的。这或许是因为无论在方法上是采用社会学研究，<sup>〔34〕</sup>还是案例分析研究，<sup>〔35〕</sup>抑或是法教义学研究，王亚新始终保持不变的是在学术态度和学术立场上密切关注中国司法实践，<sup>〔36〕</sup>并对中国现实给予了更多同情和认可。

观察发现规范研究常常面临两个问题：当一条中国法律规范产生于另一个或几个国家的法律规范并进行了中国式剪辑和重构时，应当如何选择解释中国法规范的理论资源？当学者对于具体法律规范的解释已经达到结构性整形手术的程度时，是否依然是规范解释抑或已为规范再造？其实，这两个问题以及前述规范法学作品中的“不足”，也正是当下民事诉讼法学进行规范法学或法教义学研究普遍面临和必须回答的问题。笔者甚至认为，面对中国当下的民事诉讼法秩序现实，部门法学研究普遍追求或标榜的规范法学或法教义学，与其说是一种法学方法，勿宁说是法学界对尊重中国现行法秩序并与其他法律人一样自愿受其约束的学术立场

〔30〕 可以对比同一时期民法学者关于同一题材的“规范法学”研究风格，如胡东海：“论合同生效要件之证明责任分配”，《法律科学》2011年第4期，第121—127页。

〔31〕 如张卫平：《诉讼构架与程式——民事诉讼的法理分析》，清华大学出版社2000年版；《转换的逻辑——民事诉讼体制转型分析》，法律出版社2004年版；《民事诉讼：回归原点的思考》，北京大学出版社2011年版等。论文类有张卫平：“重复诉讼规制研究：兼论‘一事不再理’”，《中国法学》2015年第2期，第43—65页；“起诉难：一个中国问题的思索”，《法学研究》2009年第6期，第65—76页。

〔32〕 张卫平：“当事人文书提出义务的制度建构”，《法学家》2017年第3期，第31—44+176页。

〔33〕 傅郁林：“再论民事诉讼立案程序的功能与结构”，《上海大学学报（社会科学版）》2014年第1期，第39—53页；“中国判例制度的预设功能解析”，《复旦大学法律评论》2014年第1辑，第138—167页。

〔34〕 如王亚新：“实践中的民事审判（二）——5个中级法院民事一审程序的运作”，《北大法律评论》2004年第00期，第3—37页。

〔35〕 王亚新：“一审判决效力与二审中的诉讼外和解协议——最高人民法院公布的2号指导案例评析”，《法学研究》2012年第4期，第74—83页。

〔36〕 如王亚新：“民事诉讼法学研究：与实务结合之路”，《法学研究》2012年第5期，第26—28页。

和学术态度的集体表态。但作为一种法学方法“转型”，无论是从研究方法本身的掌握与成熟，抑或是研究对象的确定性与其特定化，都还有漫长的路要走。这个过程既是自我成长的过程，也是相互塑造的过程。而由于程序法受本土政治体制和社会结构性因素的影响更为直接又更为深刻，因此这个过程比实体法学转型更长并更不确定，同时这也意味着法教义学在程序法学研究中的固有局限性更为突出。<sup>〔37〕</sup>

具体而言，目前中国民事程序规范法学的发育明显不足，原有的概念和理论尚未完成体系化，更不能跟进中国法律规范的动态发展。究其原因，主要体现在几个方面：其一，中国民事程序法律规范是外国法律规范与中国司法实践（并非有机）合成的产物，随后在四十年来的规范变迁过程中，这两方面的渊源又分别或同时与其他国家的法律规范和中国司法实践出现的新问题发生杂交、拼接、合成后的非有机融合；中国民事诉讼法学理论和概念也是以外国法学理论和概念为源头，而且并不一定与其定义或分析的具体法律规范出于同源国家，而是来自于学者基于自身的学术背景或资源优势的无序选择；但中国学者所持的各外国理论和概念本身是基于其对自己本国相应法律规范的提炼和分析而形成的，并且在其本身也可能存在不同观点或流派，因此，中国民事诉讼法学理论从源头上就没有完成法律概念与法律规范之间的匹配与整合，而是在上述各种理论渊源、规范渊源、中国实践渊源之间进行（无意识）选择和多种排列组合的结果。一个极端的例子是，中国教材关于诉讼标的的主流定义是“争议的法律关系”，但这个“法律关系”在德国法中是作为一个最小单元的请求权之基础的那个“法律关系”，而不是像一些中国学者理解的、以整个合同法律关系或侵权法律关系为单元——这种实际上是以“一次交易”或“一次事件”作为划定一次诉讼单元的“诉讼标的”定义标准，恰恰是并不使用“诉讼标的”概念的美国法基于强制合并理论形成的制度。我国理论以此作为“诉讼标的”，与德国旧实体法说或任何诉讼标的理论都是风马牛不相及的。

其二，法学概念和理论的原始定义——无论源自本土抑或抄袭外国——是以原有的中国法律规范为对象形成的，因此其内涵外延与法律规范的匹配度较高并已形成理论“通说”。但在四十年来的法律制度和实践变迁中，法律规范已发生了巨大变化，法学概念和理论本应根据新规范进行重新提炼和定义、提出新的理论，却因囿于权威的“通说”而维持现状，或因同一概念在新的法律规范中内涵和外延已然不同但法学理论却浑然不知。

前一种情况如主管与管辖的概念。理论界关于“管辖”的定义至今仍停留于“一审法院受理第一审法院的分工”。但这一定义只能用于界定1982年《民事诉讼法（试行）》中原始而简单的管辖制度——在立审执合一模式下没有执行管辖争议，在启动主体只有法院自家的审判监督制度下没有再审管辖争议，在以行政区划与司法管辖权合一的司法结构下没有上诉管辖争

〔37〕 关于研究方法和研究资源的反思与探索可参见张卫平：“对民事诉讼法学贫困化的思索”，《清华法学》2014年第2期，第5—34页。另可参见陈瑞华：“法学研究方法的若干反思”，《中外法学》2015年第1期，第22—28页。

议。而今这些制度都已发生了剧烈变化,需要以管辖权划分法院之间的复杂分工的,不仅限于一审管辖,而且包括再审管辖、执行管辖,甚至上诉管辖(实行跨区法院、知识产权案件集中司法后上诉管辖也不再简单)。同样,理论界自创了“主管”概念并定义为“法院与其他国家机关和社会组织受理民事案件的分工”,是在排斥司法主管的商事仲裁尚未在中国成为普遍适用的解纷途径,即使在1991年《民事诉讼法》确定管辖异议制度时《仲裁法》也尚未颁布,但随着仲裁这一舶来制度带着终局裁判权和对“管辖”的原生定义常态化地与中国司法并行时,当事人基于仲裁协议频繁提起的“管辖权异议”实质上将主管权问题也拉入了中国管辖权制度之中。至此,中国特色的“主管”与“管辖”概念,不只是出现了“与国际接轨”的障碍,而且在本国法律概念上也明显不能自洽,此时便有了更新传统“通说”的需求。

后一种情况如诉的概念。民事诉讼法的每一次修订都增加了“诉”的类型,并且赋予“诉”不同的内涵和层次,从而产生了此诉并非彼诉的尴尬状况。传统中国民事诉讼法中的“诉”只有一个层次,那就是作为司法裁判对象的实体请求;以此为前提,诉进而被分为三类——确认之诉、给付之诉、形成之诉。然而,随着再审之诉、执行异议之诉、第三人撤销之诉等制度的逐步引入,诉的内涵和层次明显增加了——“诉”同时具有实体性请求和程序性请求两种涵义。当作为程序性请求的撤销之诉与作为实体请求的初审参加之诉合并为同一程序、进而再就裁判提起上诉或再审时,“诉”的内涵和相应的“诉讼标的”更加复杂和模糊了。本来,即使在德国法上,诉和诉权从实体法概念中剥离出来成为独立的程序法概念时,也有过这种模糊阶段和理论争论,但中国目前面临的问题是不同的——由于前述各种“诉”的制度的比较法渊源具有差异性或多元性甚至无根性,都会影响对于中文概念“诉”的定义和解释,但包括学术界在内的整个法律界对于此诉并非彼诉的问题却似乎处于集体无意识状态,这就导致每个人在使用“诉”的概念并对相应制度进行解释时并不对特定语境下的“诉”进行区分和定义。比如,立法在第三人撤销之诉中将程序性形成之诉与实体性原诉及参加之诉合并审理,就是混淆不同“诉”制造的一种法理混乱功能紊乱的程序。随着程序类型的进一步丰富、当事人程序主体性的增强和比较法渊源的多元化,未来还可能增加执行许可之诉、仲裁裁决撤销之诉、管辖异议之诉……将进一步导致实体裁判请求、程序启动请求、程序事项动议等各种不同层次的“诉”混为一谈,如果再以这种内涵混乱的概念去解释现行规范,又如何可能形成令人信服的“教义”?

其三,制度和概念虽然源于外国法律规范和法学理论,但在长期研究和教学中已基本形成了中国的理论通说,而由于理论界对立法和司法解释的影响力非常有限,特别是在司法解释替代立法而成为唯一“法律规范”的那些重要制度中,这些由法院某(些)个人或某(些)部门分别起草、学术界仅有个别专家就局部问题非常有限地参与论证,由于智识供给和法理资源的严重不足,一些规范在嵌入法院甚或法院起草部门的本位利益或进行意见分歧平衡时,往往无视法理、断章取义,有时甚至因为个别主笔人或领导的一知半

解和自以为是,生造出违反常识的概念。典型的例子是“举证证明责任”。学术界经过四十年来的深入研究,已经就“证明责任”的概念、性质、功能、证明标准、证明责任分配规则、客观证明责任倒置、主观证明责任转移、本证与反证等等,形成了一系列内容完整、内涵清晰的概念体系和主流理论,并且已为法律科班出身的新生代法官广泛接受。然而,由于民事程序立法几乎将证据法规范预留给了司法解释,而司法解释却制造出非驴非马的“举证证明责任”概念,<sup>[38]</sup>反而对上述理论共识形成明显冲击。

以此为例检讨中国民事诉讼法学领域的规范法学发展严重不足的状况,旨在表明,即使面对千疮百孔权限不清重叠繁复的规范文本,法教义学仍可大有作为。换言之,目前法律适用中的许多问题借由规范解释本身即可解决。在中国法律体系基本建立之后,法学家的主要使命已不再是建筑师(直接参与立法或以自己的研究成果为立法做准备),而是作为装裱师、美容师或整形师;对待有缺陷的现行法律的主流态度,也不再是期待打包更换另一部同样会有缺陷的立法或以改革的名义自行其事,而是以独立、深刻、系统的学术研究为基础,在中国现行法律框架内通过对规范进行合乎逻辑和法理的体系化解释,从而使漏洞得以“修补”、缺陷得以补救。在这个意义上,目前中国民事诉讼法学理论界由于自身智识不足以完成法教义学本应该且本可以承担的任务,并不代表法教义学作为一种研究方法固有的缺陷。

然而,除了发展水平的不足之外,规范法学作为一种民事诉讼法学研究方法,其本身的确存在固有的缺陷或局限。首先,规范法学的作用场域主要是在法学教育领域,即通过对现行规范进行体系性和理论自洽的解释,并通过思维训练和研习督促学生熟悉和掌握这种方法,因此与其说规范法学是一种法学研究方法,毋宁说是一种法学教育方法了。其次,在中国,作为研究对象的规范本身就是对国外法规范移植或嫁接的产物,因此与其说规范法学是一种独立的方法,毋宁说是一种必须借助于比较法学(以寻根溯源)和其他社会科学(水土考察)的共生方法。最后,作为规范法学充分发育的条件或基本前提是,法律体系的完整性、规范文本的特定性和相对稳定性、立法与司法权限职能分明,这在法出多门、改革频繁、权限职能交错的中国当下恐尚不具备,因此与其说规范法学是一种被普遍奉行和努力尝试的方法,毋宁说是一种普遍崇尚有效法律和倡导法治主义的态度。

若以此法治主义为共识,即使是法教义学的铁杆捍卫者也不会否认或拒绝价值的介入、动态的考量、文化的影响,乃至政治的入侵,并且与真正以中国问题为导向的社科法学的精诚合作。<sup>[39]</sup>特别是对于民事诉讼法学这样一门具有明显应用性和本土语境依附

[38] 参见杜万华(主持该司法解释起草的最高院审判委员会专委):“《民事诉讼法》司法解释重点问题解析”,《法律适用》2015年第4期,第5页。

[39] 从未看到任何主张法教义学的学者认为不需要社会科学视野下的事实判断和价值发现,毋宁说这种极端认识是个别自许为社科法学的、实际上只是停留在18世纪欧陆刻板印象的法理学者自己树立的假靶子。

性的学科来说,单纯地依赖规范文本分析和逻辑演绎,而不借助于政治学、经济学、社会学、伦理学和心理学等社会科学方法和视角来分析和解决问题,这种研究成果是不可能具有说服力、影响力和生命力的。<sup>[40]</sup>而这也正是中国民事诉讼法学界正在遭受的境遇——相比其他部门法,民事诉讼法学界受到司法实务界的冷淡和隔离更为明显,虽然可以提出诸多解释,比如法院作为民事诉讼法律关系主体而天然具有摆脱控制的内驱动力,而在律师总是缺位的情况下学者总是代表制约司法权的声音,而法院享有的司法解释权和司法改革权既可以快速应对实务问题又可以绕开法律的羁绊,因而不必借助于学者参与或学理解释……但这些理由的成立仍不能掩盖民事诉讼法学的发展速度远远没有跟上司法实践对理论供给的需求,知识结构的老化和研究方法的单一(且落后)使理论界在普遍意义上无法准确和有针对性地观察和认识问题,提出和解答问题,解释或解决问题,并提供令人信服的理论依据。

## 二、研究对象多元交叉的比较法学<sup>[41]</sup>

如果以中国民事诉讼法学在研究对象和研究资源对于外国法和外国法学的依赖性而论,比较民事诉讼法学在四十年来的学术史上不仅早于其他任何一种研究方法,而且自觉或不自觉地穿插于其他研究方法,包括绝大部分规范法学研究之中。本文列入比较法学方法范围的民事诉讼法学研究成果,仅包括那些针对特定问题、以外国法作为核心资源和主要论据、运用合乎比较法逻辑的方法提出解释问题或解决问题的制度思路和相关理论的研究成果,<sup>[42]</sup>同时也关注那些具有奠基意义的外国法研究成果。本文剔除了那些以外国法(概念、制度或理论)作为文章的装饰的大量作品,无论是锦上添花还是画蛇添足,那些虽然大篇幅叙述外国法内容但即使删除该内容也并不影响文章核心内容或主要观点的“两张皮”式的所谓比较研究,论观点的原创性和说服力不算学术“研究”,论知识的准确性和体系性不及学术翻译。

比较民事诉讼法学起步于外国民事诉讼法翻译。虽然翻译作品本身当然不能算是“比较研究”作品,但一些奠基性的或具有深远影响力的翻译作品却不能不提,谨以此向这些为比较民事诉讼法学提供宝贵资源的译者和编者致敬。王锡三牵头西南政法学院法律系诉讼法教研室编写的“西方民事诉讼法学丛书”,其中包括日本德国和美国的《民事诉讼法》、日本《民事举

[40] 参见张卫平:“对民事诉讼法学贫困化的思索”,《清华法学》2014年第2期,第5—34页。

[41] 这一部分的详细讨论参见傅郁林:“追求价值、功能与技术逻辑自洽的比较民事诉讼法学”,《法学研究》2012年第5期,第37—40页。

[42] 关于比较法方法,参见(德)茨威格特、克茨:《比较法总论》(上),潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译,中国法制出版社2017年版,第58页。关于比较民事诉讼法的功能,参见:Oscar G. Chase, Helen Hershkoff, Linda J. Silberman, John Sorabji, Rolf Stürner, Yasuhei Taniguchi and Vincenzo Varano, *Civil Litigation in Comparative Context*, West Academic Publishing, 2017, pp. 1—2.

证责任著作选译》及东欧国家民事诉讼法的极简本。沈达明编著的《比较民事诉讼法初论》〔43〕和《英美证据法》〔44〕虽然都只是外国法介绍,但在八十一九十年代都是国内进行外国法研究和比较法研究可以援引的至宝。九十年代以后,比较诉讼法学著作的翻译从数量到范围都大幅扩展了,〔45〕同时原著阅读也成为比较研究的普遍途径。

### (一)比较民事诉讼法学的贡献

中国最早且至今仍是最重要的比较民事诉讼法研究作品,当是张卫平关于辩论主义和诉讼模式研究的代表作《程序公正实现中的冲突与衡平》。〔46〕这部九十年代初出版的专著已具备了“比较研究”方法和元素,不仅“比较”研究的对象是多个国家的民事诉讼法律制度,更重要的是作者明显超越了对不同国家制度的简单罗列,而是针对问题进行的比较“研究”——通过对作为比较法样本的多国民事诉讼制度在价值理念、诉讼构造、具体制度上的异同的描述、分析和归纳、提炼,特别是对那些结构相似但诉讼价值理念存在根本差异的诉讼制度进行比较,发现计划体制与市场体制的差异导致了同属于大陆法系的国家诉讼模式的差异,明显隐含着以中国问题为比较研究出发点的清晰意识。尽管后期研究者(包括笔者本人)挑战这种以价值理念界定“辩论主义”或“当事人主义”的方法,主张应进一步区分权利层面的自治性(处分权主义)与事实层面的自我责任(辩论主义),从而在诉讼结构和技术层面上为当事人权利与法官职权配置提供进一步理论依据。但张卫平不仅维护了其自身理论逻辑的完整性和自治性,况且“诉讼模式”本身并非一种国际通用的概念或法律术语,因此在探索本国诉讼机制中权限配置模式时进行比较研究,特别是在中国体制改革背景下推动中国民事诉讼制度转型,这种划分方法更强调体制和价值理念对于司法权限配置模式的决定性意义,因此也更能戳中问题的要害。

在诉讼模式的后续研究中,民事诉讼法学界许多学者都做出了重要贡献。汤维建将辩论主义作为英美对抗制的对应概念而强调其在程序结构和技术层面的内涵(庭审中事实调查模式),而将张氏“辩论主义”定义中权利层面的内涵归入处分权主义;〔47〕白绿铉从程序结构层面对庭审与审前两阶段进一步区分,将庭审程序更像德国模式而审前程序更接近于英美模式

〔43〕 沈达明:《比较民事诉讼法初论》,中国法制出版社2002年版。

〔44〕 沈达明:《英美证据法》,中信出版社1996年版。

〔45〕 重要译著例如:王亚新翻译的日本学者棚濑孝雄著作《纠纷的解决与审判制度》,中国政法大学出版社1994年版;白绿铉翻译的日本学者兼子一和竹下守夫所著《民事诉讼法》(新版),法律出版社1995年版;王亚新和刘荣军合译的日本学者谷口安平著作《程序的正义与诉讼》,中国政法大学出版社1996年版,等等。

〔46〕 张卫平:《程序公正实现中的冲突与衡平——外国民事诉讼研究引论》,成都出版社1993年版。

〔47〕 参见汤维建:“两大法系民事诉讼制度比较研究——以美、德为中心”,《诉讼法论丛》1998年第1期,第394—448页。更后期的研究者傅郁林补充了英美日学者关于司法权限配置的比较研究成果,支持了“三大诉讼模式”的划分,这与其本人早期关于世界三大上诉模式(英美、德日、法意)的划分保持了逻辑一致。

的法国民事诉讼制度归入独立的第三模式。<sup>〔48〕</sup>王亚新以比较法资源分析本土问题,从程序原理上将诉讼模式的学术讨论拉回到中国土壤。<sup>〔49〕</sup>此外,法理学、刑事訴訟法学、宪法学界有关诉讼模式的研究成果也极大地启发和促进了民事诉讼法学领域的相关研究。

这场关于诉讼模式的大讨论引发了对中国现有诉讼理念、诉讼文化和诉讼程序从宏观制度到具体规范的全面反思,奠定了建构完整系统的民诉法理论的法哲学基础。诉讼法学界在一系列价值理念上达成了基本共识,比如主流价值已经实现了从审判权本位到诉权本位的转变,形成了当事人主义(或当事人主导原则)的现代诉讼理念,计划经济体制和苏联诉讼模式影响下形成的超职权主义的司法理念已成为众矢之的;以市场经济下的意思自治、自我责任等原则为基础的当事人程序自主权、参与权和选择权受到广泛认同;以“谁主张谁举证”这样的通俗表达建构起来的证明责任规则体系开始运行。可以说,真正意义上的比较民事诉讼法研究与我国司法改革几乎是同时起步的,而司法改革大大推动了引进现代西方民事程序制度的进程。同期和随后还有一些关于司法改革和程序正义的研究成果,比如柴发邦关于体制改革与诉讼制度、<sup>〔50〕</sup>季卫东关于法律程序、<sup>〔51〕</sup>陈桂明关于诉讼公正与程序保障、<sup>〔52〕</sup>刘荣军的程序保障论、<sup>〔53〕</sup>肖建国的程序价值论、<sup>〔54〕</sup>唐力的诉讼构造<sup>〔55〕</sup>等研究,都为这场影响深远的大讨论作出了重要贡献。

九十年代后期和本世纪以来,伴随着外国法律制度和法学作品的大批推介,伴随着留学日本德国的学者陆续回国、中国学者出国访学及国际学术交流活动的日益频繁,特别是伴随着原属于法理学范畴的比较法方法逐步受到民事诉讼法学领域的关注,比较民事诉讼法学研究开始普遍化并进入繁荣期。除了一批外国民事诉讼法论著翻译或编译作品之外,很多专题论文引证外国民事诉讼法和证据法相关制度和理论作为中国民事诉讼法问题对策的参照或借鉴,而这种“言必称西方”的通用范式形成了比较法学与对策法学并踵而至的景观;另一方面,法学院的逐步恢复和急剧扩招在教学科研一体化和职称杠杆的指挥下,形成了泥沙俱下的法学作品高产期,而其中主要作品是以比较研究为基础的规范研究和对策研究,不过真正具有比较研究特征的成果也同步增长了。王亚新的

〔48〕 白绿铨:《美国民事诉讼法》,经济日报出版社1998年版,第1—17页(序言部分);“论现代民事诉讼的基本法理——对我国诉讼制度改革浅见”,《中外法学》1999年第1期,第40—52页。

〔49〕 王亚新:“论民事、经济审判方式的改革”,《中国社会科学》1994年第1期,第3—22页。

〔50〕 柴发邦主编:《体制改革与完善诉讼制度》,中国人民公安大学出版社1991年版。

〔51〕 季卫东:“法律程序的意义——对中国法制建设的另一种思考”,《中国社会科学》1993年第1期,第83—103页。

〔52〕 陈桂明:《诉讼公正与程序保障:民事诉讼程序之优化》,中国法制出版社1996年版。

〔53〕 刘荣军:《程序保障的理论视角》,法律出版社1999年版。

〔54〕 肖建国:《民事诉讼程序价值论》,中国人民大学出版社2000年版。

〔55〕 唐力:《民事诉讼构造研究:以当事人与法院作用分担为中心》,法律出版社2006年版。

《对抗与判定——日本民事诉讼的基本结构》是名为外国法实为比较法的研究作品，〔56〕系统地介绍和评论了日本法学界关于其本国法的学术观点、争议和动态，对于现代民事诉讼的核心理念和基本架构研究提供了翔实、具体的知识和多维、动态的视角。近年来关于修正的辩论主义或协同主义的研究在这一主题上又掀起了一次小高潮。〔57〕

几乎同时，与诉讼模式改革、辩论主义理念、正当程序保障最密切相关的证据规范与证明责任研究，也迅速进入快车道。先有李浩的《民事证明责任研究》和陈刚的《证明责任法研究》，后有许可的《要件事实引论》、〔58〕胡学军的《具体举证责任论》〔59〕和霍海红的《证明责任的法理与技术》，〔60〕以及几代人众多学者的富有贡献的学术论文，经过四十年来三代学人的持续努力，民事诉讼法学理论界就证明责任体系中的一些基本概念、基本规范和基本理论达成了一定共识。紧随其后，法院调解制度作为公开、对抗、辩论主义的相对物，也展开了日益深入和理论化的研究，其中李浩的调审分离理论受到了广泛关注。〔61〕作为现代诉讼主体，当事人制度研究也有了一些理论突破，肖建华、〔62〕张晋红、〔63〕蔡彦敏〔64〕的当事人研究学术专著问世，随后学者及时跟进实体法的发展，在共同诉讼、〔65〕群体诉讼〔66〕等方面也出现多项成果。另一方面，作为诉讼主体的法院，其审判权的权限配置通过审级制度、上诉制度和再审制度至审

〔56〕 王亚新：《对抗与判定——日本民事诉讼的基本结构》（第2版），清华大学出版社2010年版。

〔57〕 王福华：“民事诉讼协同主义：在理想和现实之间”，《现代法学》2006年第6期，第137—145页；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，第11—17页；任重：“民事诉讼协同主义的风险及批判——兼论当代德国民事诉讼基本走向”，《当代法学》2014年第4期，第111—119页。

〔58〕 参见许可：《民事审判方法——要件事实引论》，法律出版社2009年版。

〔59〕 参见胡学军：《具体举证责任论》，法律出版社2015年版。

〔60〕 参见霍海红：《证明责任的法理与技术》，北京大学出版社2018年版。

〔61〕 参见李浩：“民事审判中的调审分离”，《法学研究》1996年第4期，第57—68页。截至2018年11月1日，该文被引次数共计589次。

〔62〕 参见肖建华：《民事诉讼当事人研究》，中国政法大学出版社2002年版。

〔63〕 参见张晋红：《民事诉讼当事人研究》，陕西人民出版社1998年版。

〔64〕 参见蔡彦敏：《民事诉讼主体论》，广东人民出版社2001年版。

〔65〕 参见段文波：“德日必要共同诉讼‘合一确定’概念的嬗变与启示”，《现代法学》2016年第2期，第149—165页；段厚省：“共同诉讼形态研究——以诉讼标的理论为方法”，《诉讼法论丛》（第11卷）2006年第00期，第246—270页；卢佩：“多数人侵权纠纷之共同诉讼类型研究——兼论诉讼标的之‘案件事实’范围的确定”，《中外法学》2017年第5期，第1233—1251页。

〔66〕 参见吴泽勇：《欧洲群体诉讼研究：以德国法为中心》，北京大学出版社2016年版；吴泽勇：“群体性纠纷的构成与法院司法政策的选择”，《法律科学》2008年第5期，第143—151页；刘学在：《民事公益诉讼制度研究——以团体诉讼制度的构建为中心》，中国政法大学出版社2015年版；王福华：“集团诉讼存在的理由——关于普通法集团诉讼目的论的研究”，《当代法学》2008年第6期，第130—137页。

判人员与监督者和协助者的权限配置研究,已经有了多维度、多视角、多层次的探索。<sup>〔67〕</sup>除此之外,案件分流和程序分类研究也日益细化。<sup>〔68〕</sup>司法成本研究已进入民事诉讼法研究的学术视野。<sup>〔69〕</sup>此外还有乔欣、谭兵的商事仲裁研究和范愉的多元纠纷解决研究。

目前,以外国法和比较法研究为明显标识的主要力量来自70后和80后的年轻学者,以留学背景、语言优势和常用的理论资源为标准可区分为德国派、日本派和英美派。德国派代表主要是吴泽勇、赵秀举(如强制执行)、<sup>〔70〕</sup>周翠(如诉讼保全和电子诉讼)、<sup>〔71〕</sup>卢佩(如诉讼标的)、<sup>〔72〕</sup>曹志勋(如裁判技术)、<sup>〔73〕</sup>任重(如证明责任)、<sup>〔74〕</sup>马丁(如诉讼标的),<sup>〔75〕</sup>不过他们的一部分作品是借助德国法和理论资源进行的规范法学研究;日本派如林剑锋(既判力)、<sup>〔76〕</sup>段文波(裁判规范和庭审模式)、<sup>〔77〕</sup>郝振江(非讼程序)、<sup>〔78〕</sup>占善刚(基本原则);英美派代表有纪格非(证据法)、<sup>〔79〕</sup>陈杭平(上诉制度)、<sup>〔80〕</sup>徐卉(公益诉讼)。<sup>〔81〕</sup>此外,还有一些看不清血统或门派但同样强悍的“游兵散将”,其比较研究归类主要依具体专题对于法系资源的依赖而

〔67〕 参见刘桂明:“我国民事诉讼上诉审制度之检讨与重构”,《法学研究》1996年版第4期,第49—56页;傅郁林:“审级制度的建构原理——从民事程序视角的比较分析”,《中国社会科学》2002年第4期,第84—99+205页;傅郁林:“繁简分流与程序保障”,《法学研究》2003年第1期,第50—63页;齐树洁:“论我国民事上诉制度的改革与完善——兼论民事再审制度之重构”,《法学评论》2004年第4期,第43—52页;廖永安:《民事审判权作用范围研究》,中国人民大学出版社2007年版。

〔68〕 例如关于家事程序研究,陈爱武:《人事诉讼程序研究》,法律出版社2008年版;《家事法院制度研究》,北京大学出版社2010年版。

〔69〕 参见王福华:“论民事司法成本的分担”,《中国社会科学》2016年第2期,第93—113+206页。王亚新:“诉讼费用与司法改革——《诉讼费用交纳办法》施行后的一个‘中期’考察”,《法律适用》2008年第6期,第2—7页;廖永安:“《诉讼费用交纳办法》之检讨”,《法商研究》2008年第2期,第148—155页。

〔70〕 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,第835—853页。

〔71〕 参见周翠:“行为保全问题研究——对《民事诉讼法》第100—105条的解释”,《法律科学》2015年第4期,第92—106页;“再论督促程序电子化改革的重点”,《当代法学》2016年第6期,第100—115页。

〔72〕 参见卢佩:“困境与突破:德国诉讼标的理论重述”,《法学论坛》2017年第6期,第73—81页。

〔73〕 参见曹志勋:“对民事判决书结构与说理的重塑”,《中国法学》2015年第4期,第226—246页。

〔74〕 参见任重:“论中国‘现代’证明责任问题——兼评德国理论新进展”,《当代法学》2017年第5期,第19—32页。

〔75〕 参见马丁:“论诉状内容变更申请之合理司法应对”,《中外法学》2017年第5期,第1267—1294页。

〔76〕 参见林剑锋:《民事判决既判力客观范围研究》,厦门大学出版社2006年版。

〔77〕 参见段文波:《规范出发型民事判决构造论》,法律出版社2012年版。

〔78〕 参见郝振江:《非讼程序研究》,法律出版社2017年版。

〔79〕 参见纪格非:《证据能力论——以民事诉讼为视角的研究》,中国人民公安大学出版社2005年版。

〔80〕 陈杭平:《统一的正义——美国联邦上诉审及其启示》,中国法制出版社2015年版。

〔81〕 参见徐卉:《通向社会正义之路:公益诉讼理论研究》,法律出版社2009年版。

定,比如段厚省关于诉讼标的、〔82〕严仁群关于既判力〔83〕等基本理论的研究资源主要是大陆法系理论,但也援用了英美法理论,刘哲玮研究纠纷解决主要用英美理论,但研究诉的类型则偏重大陆法系理论。〔84〕

## (二)比较法学的明显不足

尽管比较研究已成为中国民事诉讼法的最重要研究工具(没有之一),但比较法方法并未被普遍掌握和运用,而这在很大程度上限定了民事诉讼法学研究的水平和发展,也往往直接影响到研究结论。一个突出的问题是“比较研究”中程序技术与制度的价值、功能脱节的状况,并未将作者关于民事诉讼制度的价值目标和功能预设,以目标、功能与技术之间逻辑自洽的方式,铸入缜密、精巧的程序技术之中,要么停留于宏观的、抽象的、空洞的价值层面,要么脱离制度语境、不明价值目标、背离功能和原理,只是在技术层面上断章取义。一种泛滥到令人无法容忍的所谓“比较研究”常常是三段论式的比较法八股,笔者称之为“A+B=C论证模式”——A.中国实践或制度的某些弊端(病兆);B.几条国外的立法例(药品);C.移植外国立法例的建议(疗方)。上述论证如欲成立,中间还缺少太多信息和逻辑链条。A.“中国问题”的准确定义(病情诊断+病理诊断);B.外国法的功能解析和价值追问(药物性能+药理分析);C.外国法经验与中国问题的契合性(对症下药)。这种简单的法条罗列式的“伪比较研究”早已被以问题为出发点、以法律功能为对象的功能主义比较法方法论批得体无完肤。〔85〕探究法律规范背后的价值目标、功能预设及其运行效果,并据此分析其规范设计和运行的技术原理,才是法律比较研究乃至整个法学研究的真正意义所在。

比较研究必须确定“本国”民事程序的价值目标和制度功能,因为不同的侧重直接决定或影响着其民事诉讼程序的价值取向和技术设计。这一价值目标可能是由政治家选择和决定的,但理论界至少必须在事实层面上(实然性)知悉其价值选择和功能侧重,也只有在相同的事实认知基础上才能谈得上就肯定、否定或改革(应然性)达成理论共识、通说或主流意见,才能在诉讼制度解释或建构中提出有说服力和符合中国法治逻辑的理论。换言之,必须关注“司法的普适价值 $\leftrightarrow$ 中国特定价值偏向及其底线或基准 $\leftrightarrow$ 特定价值目标的制度载体及其功能预设 $\leftrightarrow$ 运行中的制度及其预期价值功能验证”的逻辑关系。如果我国民事司法有明确的功能定位或价值目标,而理论上能够以之作为检验程序立法和司法实践的标准,那么上述这些看似

〔82〕 参见段厚省:《民事诉讼标的论》,中国人民公安大学出版社2004年版;“民事诉讼标的与民法请求权之关系研究”,《上海交通大学学报(哲学社会科学版)》2006年第4期,第25—31页。

〔83〕 参见严仁群:“既判力客观范围之新进展”,《中外法学》2017年第2期,第536—559页。

〔84〕 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,第4—30页;“确认之诉的限缩及其路径”,《法学研究》2018年第1期,第126—145页。

〔85〕 茨威格特指出,“比较法的问题不是关于不同国家的法律制度的概念结构,而是其法律制度的功能……比较法的方法是对不同社会秩序解决问题的办法重新从它们各自的现实,从它们所实现的各自社会目的进行相互比较”。(德)K·茨威格特,H·克茨:《比较法总论》,潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译,贵州人民出版社1992年版,第80页。

“中国特色”的程序技术问题就会明显经不起检验和考问,至少理论界不会成为那些打着外国制度经验的旗号、却违反正义的普适价值和程序的基本原理的改革的吹鼓手。

就比较法的资源来看,目前中国民事诉讼法学对英美法系相关制度的普遍忽略,也导致了学术视野的过分狭窄和对中国现实的严重脱离。当中国学者自我认宗普遍将中国民事诉讼法归入大陆法系传统、恪守“法系意识”不敢越雷池一步时,我们不妨自问:中国何曾形成过法系“传统”?比如,学术界与司法界一致高歌“一次性解决纠纷”的价值,为了“避免矛盾裁判”而不惜把一次交易甚至相关交易(比如一房二卖)产生的所有纠纷熔入一炉时,这种主张显然更像是美国法的代言人,而不能从大陆法系的诉讼标的理论中找到同根;而当生效裁判认定的事实居然可以在后案中对抗案外人时,则无论从大陆法系的“辩论主义”或“裁判效力的相对性”原理中,抑或从英美法系的“正当程序”或“禁反言”原理中,都不可能找到近亲。但如果比较法视野超越大陆法系诉讼标的和既判力理论,而延伸到英美法系或更多的法律族群,便可能一眼识别出中国这种异常于任何正常规范的变态规则不可能用“法系”理由或中国特色搪塞过去,正如了解多元文明便很容易识别邪教不同于“文明差异”一样的道理。

### 三、以司法行为和法律现象为主要研究对象的“社科学法”

#### (一)生长于中国政治逻辑与法律逻辑夹缝中的司法实践

作为民事诉讼法学研究对象的司法实践,剔除了具有普遍拘束力的抽象司法指导文件,主要是具体的程序法律行为(当事人的诉讼行为和法院的司法行为)、作为民事程序运行结果的司法案例(包括那些被赋予普遍“参照效力”的指导性案例),以及与程序法律规范和法律行为并无直接关联却(可能)受其影响并影响其未来走向的那些法律现象。具体规范在司法行为中的适用状况和影响这种状况的原因,都应当进入诉讼法学的研究视野。比如,法律规范中体现诉讼经济和效率促进目标的共同诉讼和合并审理制度在司法实践中是如何被同一目标下的司法管理考核制度肢解的?用于保障司法公正的合议制为何在司法实践中被架空——甚至合议制与司法公正之间是否具有因果关系?“彭宇案”一审裁判对经验法则的错误运用与做好人反受讹诈的社会现象之间是否真有因果关系或至少有相关性,以及为何一个基层法院针对普通案件的民事裁判竟会产生这种社会效应?滥讼、厌讼现象与某些程序性制度和配置制度(如诉讼费用)之间是否及如何具有相关性?……对于这些法律问题的事实性考察,除了熟悉相关法律规范本身之外,更依赖于社会学等社会科学研究方法;而法律现象与特定法律制度之间的相关性分析,则既有事实层面的考察,也有法理性质的归因分析,因此单一的规范法学或社科学法方法可能都无法奏效。<sup>[86]</sup>

“社科学法”是与规范法学或法教义学相对应的一种概念或方法——前者致力于解构,而

[86] 相关论述可参见苏力:“中国法学研究格局的流变”,《法商研究》2014年第5期,第58—66页。

后者致力于建构。在民事诉讼法研究中自觉运用社会学、经济学、政治学、社会心理学等社科方法的研究成果,即使将法理学者〔87〕和其他部门法学者〔88〕的成果计入在内,也是屈指可数。但近几年来诉讼理论的研究中除传统性地运用历史的方法和比较的方法外,经济分析的方法和社会学实证调查的方法也受到了一定程度的重视,至少,关注现实、关注中国问题已成为法学研究的普遍共识和奉行原则。指导性案例制度的推行、裁判文书公开和大数据发展,以及2012年《民事诉讼法(修正案)》明确规定裁判都应当说明理由,各种变化都为民事诉讼法学研究进行案例检索和问题考察带来了空前便利,法社会学方法——至少比较初步的统计学方法——已成为一种更加普遍和频繁的研究工具。

但不可忽略的是,司法改革对于民事司法实践和民事程序法学的研究对象在任何一个层面上都产生了重大影响。司法改革包括体制改革、机制改革和程序改革——程序改革主要依托于程序法规范体系,机制改革主要依托于组织法规范体系和司法行政管理制度,体制改革主要依托于宪法规范体系,并且这些规范之间应当相互观照,相互协调。但实际上,中国司法改革并未遵从这一规律,而是在缺乏充分的实证调查和理论论证的状况下运动式地快速推进,而每一次改革的推进都伴随着大批量的司法实践对现行法律规范的公然挑战。于是司法进入了改革—违法—改革—部分合法化—再改革—再违法的循环怪圈,而这些问题都必须进入民事诉讼法学的研究视野,因为无论秉承怎样的(主观)学术立场,都不能在事实上无视这些每天都在发生的(客观)司法行为。比如,法官员额制改革对于那些相对拥有更多员额法官和法官助理的审判庭在案件管理、审前程序和合议制权限等程序运行产生的直接影响,远远小于被大幅减少乃至取消员额法官的立案庭和执行庭(局)。那么,这些变化和影响具体发生在哪些环节?以怎样的方式表现出来?影响程度如何?这些变化和影响又呈现出怎样的趋势?……所有这些问题的答案都依赖于事实调查,而这些事实则决定了现行民事程序规范能否通过法律解释作出回应(如解释论所坚持的),抑或必须通过程序规范修改(如立法论所主张的),甚至已超越了程序制度本身甚至超越了法律手段可调整的范围?同样,通过政治文件和作为政治表态推行的立案登记制(“有案必立”),与通过法律规范和作为权利调整规范建立的立案登记制(形式审查制与实质审查制二阶化),其程序运行过程和效果究竟有什么不同?网络立案与传统立案方式相比又有怎样的差异?这些问题如果没有事实层面的考察做支持,仅通过规范研究和逻辑推导,对于问题的解释和解决无法提供准确和正确的答案,对于学术讨论也不可能提供有说服力的依据并据此达成共识。

作为民事诉讼法学研究对象的法律现象更是繁杂无序。我国社会正处于剧烈转型时期,整个社会从生产方式到社会结构、从经济基础到政治体制、从法律制度到社会文化、从思想观念到技术细节,无不面对着多元价值和多种需求的繁杂交织和剧烈冲突。传统的力量均势已

〔87〕 如参见刘思达:《割据的逻辑:中国法律服务市场的生态分析》,上海三联书店2011年版。

〔88〕 如参见吴洪淇:《法律职业的危机与改革》,中国政法大学出版社2017年版;唐应茂:《法院执行为什么难》,北京大学出版社2009年版。

经打破,社会各阶层、公权与私权、国家权力结构中各部门之间……都在通过显在或潜在的博弈重新调整自己的角色和地位,也对当事人的权利、法院的职能、乃至整个宪政中权力结构的调整,产生了深远影响。最突出地体现在:其一,日益苏醒的多元需求对传统单一结构模式的挑战。中国发达地区与落后地区之间经济、文化和法治发展极不平衡,对于解纷机制、司法层次、法律服务的多样性要求更为迫切;而我国从意识形态到控制机制、从政府组织形式到司法审级制度、从宏观立法到微观改革,都采取了单一化模式。这种一元化的供给与多元化的需求之间形成的剧烈冲突,民事纠纷依赖于单一的解决机制、单一的诉讼模式、单一的价值取向,都会顾此失彼。其二,社会自治和地方分权与中央集权的传统和现实预期之间的剧烈冲突。中央与地方的关系由过分集中进入到一个时期的权力分化现在又进入博弈、磨擦或合作模式;而长期的政府控制导致的社会自治能力萎缩,导致社会冲突对于代表公权力的司法过分依赖,但另一方面,日益苏醒的自治意识和日益成熟的市场机制又促成对公权机构的主观或客观上的排斥。其三,法律向熟人社会的或速或缓的渗透与权威资源的衰落和分化,一方面在转向陌生人社会的司法中,由于信任资源的缺乏而需要更多程序保障,从而也增加了纠纷解决的成本;另一方面,社会对法律的需求和法律职业发展的层次很大程度上依赖于由传统的熟人社会向流动的现代社会转型的程度,在尚未完成转型之前,现代司法所需要的相对隔离和超脱很难实现。

## (二)“社科法学”在民事诉讼(法)研究中的贡献与不足

最早的“社科法学”意义上的民事诉讼法学成果,应当是顾培东的《社会冲突与诉讼机制》和《法学与经济学的探索》。<sup>[89]</sup>而长期在这个领域中耕耘并富有成效的法社会学代表是王亚新,他关于5个中级法院的考察、司法成本与司法资源的获取、司法改革研究……无论是否标注了“法社会学”标签或直接使用数字、引证故事或访谈,都体现出他对于中国实践始终保持了密切关注——甚至有时会在这种关注变成同情乃至迁就。受其指导和影响,徐昕关于私力救济的力作,<sup>[90]</sup>傅郁林关于审判监督运作情况及农村基层法律服务的研究,<sup>[91]</sup>吴英姿关于基层司法的研讨,<sup>[92]</sup>都尝试用法社会学的方法对中国相关制度运行的真实状况进行考察,并以此为基础进行分析,甚至规范法学派李浩也将用数字说话作为重要的研究依据。<sup>[93]</sup>不过总体而言,社科法学在民事诉讼法学研究中始终并未形成气候,甚至王亚新也旗帜鲜明地杀入了规范法学研究的行列。

尽管在社科法学方法上技术不精而成果也少,但民事诉讼法学领域真正优秀的研究成果

---

[89] 顾培东:《社会冲突与诉讼机制》,法律出版社2004年版;《法学与经济学的探索》,中国人民公安大学出版社1994年版。

[90] 徐昕:《论私力救济》,中国政法大学出版社2005年版。

[91] 傅郁林:《民事司法制度的功能与结构》,北京大学出版社2006年版;《农村基层法律服务研究》,中国政法大学出版社2006年版。

[92] 吴英姿:《法官角色与司法行为》,中国大百科全书出版社2008年版。

[93] 李浩:“中国民事诉讼法学研究四十年——以‘三大刊’论文为对象的分析”,《法学》2018年第9期,第20—33页。

从未脱离过中国问题和中国实践,而且在一些问题上具有很大的社会影响力。除了那些已写入立法和司法解释的规范之外,还有大量的研究成果对于程序理念和运行中的诉讼制度和司法实践产生了不可磨灭的影响。比如李浩关于调审分离的研究,<sup>[94]</sup>虽然在对策意义上没有促成调解主体与审判主体的制度性分离,却形成了关于调解原理的妥协性、私密性、模糊性与审判原理的对抗性、公开性、明断性的普遍认知,由此对司法实践产生的多重影响不容忽视。比如在规则层面上,(即使是)同一法官在调解过程中获得的信息不得用作裁判认定事实的依据,当事人在上诉程序中增加的诉讼请求可以调解但不能成为裁判对象;在实践层面上,法院通过增加由非裁判法官主持的庭前调解和由附设调解员主持的诉前调解等机制,大大减少了进入对抗性审判程序后由裁判法官调解的情形。再比如张卫平、贺卫方等在第一轮司法改革时推动的跨行政区法院体制,<sup>[95]</sup>在第四轮改革中终于松动;傅郁林关于审级制度的研究,<sup>[96]</sup>虽然在对策意义上并未形成有限三审制,但成功地普及了上下级法院之间通过职能分层形成审级独立和金字塔式的司法统一机制的理念;更不必说法律界合力推进的司法公开和司法专业化如今已成为当年不可想象的现实。

大量学术成果的制度影响力表明,无论在普遍意义上还是就针对中国现实的适当性而言,法学方法本身并没有优劣或高下之分。相反,民事诉讼法学界在研究方法上的局限性极大地成就了其研究对象的狭隘性,社会学方法和经济学方法的短缺明显限制了程序法学者对于司法行为和司法现象的关注。比如,为什么虚假诉讼与虚假仲裁泛滥?除了前述事实认定规范提供的制度温床之外,其配套制度有何漏洞,其生长环境有何特殊?又如,为什么督促程序在中国形同虚设?并且在之前被批评的规范因素修改之后(提出异议即转入诉讼),除了还可以进一步改进规范,还有什么真正原因?再如,为什么用于解决群体纠纷的代表人诉讼制度运行不良,增加公益诉讼制度之后效果又如何?以及“彭宇案”为什么会发酵?除了那个臭名昭著的经验法则适用错误且上诉功能未能发挥,还有什么背后原因?……如果这些问题的事实状况不研究清楚,那么虚假诉讼或虚假仲裁的根就去不掉,督促程序的生成机制就不具备,解决群体纠纷的制度即使叠床加屋也仍然不得要领,而“彭宇案”即使不那样画蛇添足法院也未必能逃掉为这个社会背黑锅的命运……此时规范法学或比较法学可能都无法单独起作用,无论怎样解释规范或修改规范,可能都无济于事,要么毫无意义,要么顾此失彼,因为此时“问题似在制度(规范)之中,答案实在制度(规范)之外”。

[94] 参见李浩,见前注[61],第57—68页;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,第5—18页。

[95] 受最高人民法院委托,贺卫方和张志铭等组成课题组于2004年起草了《人民法院组织法》(学者建议修改稿)。张卫平:《论我国法院体制的非行政化——法院体制改革的一种基本思路》,《法商研究》2000年第3期,第3—11页;贺卫方:“司法区划的构思”,《中国法律评论》2014年第1期,第53—57页。

[96] 傅郁林:“审级制度的建构原理——从民事程序视角的比较分析”,《中国社会科学》2002年第4期,第84—99页。

与规范法学虽然发育不良但学术态度积极不同,民事诉讼法学中的社科法学不仅方法自身远未成熟和贡献甚微,而且少数社会学背景的民事诉讼法学者在研究态度上也颇有剑走偏锋的迹象。比如,对于规范法学等任何单一研究方法的局限性认识,本应催生的是多元方法之间的良性竞争与有效合作,但常见的社会学研究成果却是借以否定规范法学乃至解构法律规范本身为唯一“贡献”。比如,反思法学基本概念和基础理论并在程序法基本原理与中国现实之间谋求立场调和,本应在坚持民事诉讼法学本体研究和尊重程序基本原理前提下对中国现实深切关注,但常常见到的陈述却是借以否定法学基本概念和基本理论的价值并进行自我解构。不客气地说,这种解构在学术态度上只是偷懒,而学术品质上可能是偷巧,因为炸掉一座军舰从来都比建造一座军舰来容易,而以此方式与其他法学方法彼此竞争或许比谋求合作更容易以低成本的投入而在“核心期刊”上获取高额的数字成果。

其实,无论选择哪一种研究方法,以中国问题为指向、关注中国制度的实际运行状况,作为一种学术态度都是法学研究中不可或缺的。法社会学作为获取真相的手段,进行田野调查或实证数据分析固然是关注中国问题,比较研究中同样需要对比中国所面临的具体问题与意欲援引的外国法所针对的该国问题,关注问题与制度之间的逻辑关系,追问具体技术规范与制度目标和预期功能的自洽性。法教义学在解读具体规范时,在文义之外,也需要关注法律的价值、宗旨和背景,比如2012年《民事诉讼法(修正案)》的出台背景——在外是和谐社会和公权强化的总体目标,在内是清理积案的强大压力,可能为其纠结状态何以在整体上符合其自身逻辑提供解释,并通过体系解释谋求相应程序的机理及其与案件特点的适应性,<sup>[97]</sup>为体系化的制度修补提供理论补给。<sup>[98]</sup>

#### 四、结 语

改革开放四十年来,中国民事诉讼法学的发展不仅仅体现在具体的知识增量上,也反映在研究方法的革新进步上。但是,无论选择哪一种研究方法,以中国问题为指向、关注中国制度的实际运行状况,作为一种学术态度都是法学研究中不可或缺的:社科法学为了获取真相,进行田野调查或实证数据分析固然是关注中国问题;比较研究中同样需要对比中国所面临的具体问题与意欲援引的外国法所针对的该国问题,关注问题与制度之间的逻辑关系,追问具体技术规范与制度目标和预期功能的自洽性;法教义学更是直接以中国自己的实在法的文本规则 and 实际运行作为基础的研究对象。

从这一意义上看,研究方法之间或许并没有先后优劣的顺位或竞争,真正值得关注的是如何用研究方法去解决研究对象的具体问题,避免由于研究对象的先天不足导致研究方法上的

[97] 参见潘剑锋:“论建构民事程序权利救济机制的基本原则”,《中国法学》2015年第2期,第29—42页;“中国民事审判程序体系之科学化革新”,《政法论坛》2012年5期,第99—113页。

[98] 参见张卫平:“我国民事诉讼法理论的体系建构”,《法商研究》2018年第5期,第105—116页。

裹足不前。无论使用哪一种方法,在直面现实困难,解读具体规范时,或许都需要关注法律的价值、宗旨和背景,方才可能真正认识中国民事诉讼法纷繁复杂的规则体系和不断变迁的实践操作,并通过各种解释方法谋求相应程序的机理及其与案件特点的适应性,<sup>〔99〕</sup>为体系化的制度修补提供理论补给。<sup>〔100〕</sup>

---

**Abstract:** The methodology of legal study is the main basis for evaluating the development of the study on civil procedure law in China. With the mutual reinforcement between Reform and Opening—up and the legal development, using legal works and research paradigm as evidence, the mutual influence between research themes and research methods in China's civil procedure law can be observed. The current development of China's civil procedure law limits and expands at the same time the selection and direction of research methods in this field. At the same time, the application and development of research methods both support and restrict the development of China's civil procedure law. Research themes in civil procedure law can be divided into legal norms, legal conducts and legal phenomena as well as other different levels or types. Particularly worth noting are the "raw materials" in our judicial practice, such as judicial interpretations and judicial guidance of the Supreme People's Court, which are hard to be simply classified as judicial norms or judicial conducts. The extension and complication of these "raw materials" have posed challenges to normative legal research, comparative legal research and research of other kinds. Representative legal works usually combine multiple research methods innovatively. From the perspective of the history of the development of legal methodology, various research methods neither appear orderly or by turns, nor perform in a wax and wane fashion. Rather, they overlap, compete and complement each other all the time.

**Key Words:** Legal Methodology; Study on Civil Procedure Law; 40 Years of Reform and Opening—up in China

---

(学术编辑:刘哲玮)

(技术编辑:范华瑶)

---

〔99〕 参见潘剑锋,见前注〔97〕。

〔100〕 参见张卫平:“我国民事诉讼法理论的体系建构”,《法商研究》2018年第5期,第105—116页。