

民法典的实施与民事诉讼法的 协调和对接

张卫平*

摘要 《民法典》的实施需要民事诉讼法予以再次协调和对接。一方面《民法典》在整合以往实体法规范的基础上,又有了许多新的制度规定。新制度的实施需要民事诉讼法规范在程序制度上予以协调和对接;另一方面,民事诉讼法需要以《民法典》实施为契机,再一次系统地完善与民事实体法的协调和对接。其协调和对接在基本思路上主要考虑三个方面:其一,民事诉讼法如何更好地贯彻和落实《民法典》的原则、精神,保证与《民法典》具有同样的精神;其二,在具体制度上,与《民法典》保持一致,及时调整不一致的程序制度;其三,通过民事诉讼法对《民法典》予以“后期”处理,消除遗漏缺失之处。在具体的制度协调和对接方面,以诉的制度(主体与客体)、禁令制度、证据制度、执行制度为例,阐述协调和对接的处置方法或思路。

关键词 民法典 民事诉讼法 实体法与程序法的关系 禁令与行为保全

引言

2020年5月28日,第十三届全国人民代表大会第三次会议通过了《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)。《民法典》的颁布无疑是我国改革开放以来法治进步最大的立法事件。对于我国民事法治乃至整个法治建设具有里程碑意义,是推进全面依法治国、推进国家治理体系和治理能力现代化的重大举措。

作为一项系统的、重大的立法工程,《民法典》的编纂已经完成,终于实现了新中国几代人的夙愿。但作为一部重要的法典更重要的还在于实施和落实。法律只有在人们的社会生活中

* 天津大学卓越教授。本文是2018年国家社会科学基金重大项目“民事司法智能化设计的理论方案研究”(项目编号:18ZDA142)的阶段性研究成果。

得以实施和落实才能真正具有活力和生命力。法律的实施和落实之中一条最重要的方法和路径,就是在具体的争议事件的诉讼中得以适用。一部法律只有在司法中适用,才能将抽象的法律规定与具体的生活事件和行为结合起来,实现法律对人们社会关系和行为的规范作用。《民法典》亦是如此。所谓徒法不能自行,《民法典》只有被具体适用,才能真正发挥基础性、综合性法典规范我国民事领域各类民事主体的各种人身关系和财产关系的重要作用。

《民法典》要想在具体争讼事件中得以适用,就必须通过一定的法律程序——民事程序(诉讼程序和民事非讼程序),通过司法裁判的“三段论”模式,使得《民法典》的具体规定成为其具体案件的裁判根据。作为应然的要求,民事诉讼法应当与民事实体法具有同样的精神,与民事实体法保持内在的一致性,并成为实现民事实体法律规范的桥梁。只有在具体的民事事件中加以适用,才能使《民法典》的具体规定、概念与具体案件情形连接,使得抽象的法律规定得以阐释和展开。一部法律除了数字之外,绝大多数规范都是抽象的规定,只有诉讼中得以适用,才能使这些抽象规范具象化,成为丰满而生动的法律。

诚然,在现实中,实体法与程序法之间依然会存在不一致或脱节的情形。这是因为:其一,民事程序法能否与民事实体法保持一致,与人们的认识有关,认识出现偏差时必然会影响民事程序法与实体法的协调与对接。学科发展的隔离和思维差异,又是导致认识差异的主要原因;其二,民事程序法与民事实体法的发展变化并非完全同步和关联。人们在制定和完善实体法时,基于立法的条件(时间、成本与知识积累)往往难以同时考虑与民事程序法的协调对接。由此,民事程序法与民事实体法之间总是存在一定的滞后,存在着不能完全协调和对接的情形。而民事诉讼法与《民法典》如果不能适时协调与对接,必将直接影响《民法典》实施和落实的效果。民事诉讼法的一个最基本的工具性价值就在于实现民事实体法对权利义务的规定。因此,一部民事领域的基础性、综合性大法的实施也必然要求民事诉讼法尽快实现与《民法典》的协调与对接,推动《民法典》的有效实施和落实。可以说,民事诉讼法学当下最重要的任务之一就是研究民事诉讼法与《民法典》的协调与对接。

一直以来,民事诉讼法通过自身的不断修订,以及通过最高人民法院的司法解释规范,总体上保持了与民事实体法发展变化的协调和对接,尽管在某些方面或细节上还存在不能协调对接之处,在时间维度上存在滞后的情形。这次《民法典》并不仅仅是过去若干民事法律规范的整合和司法解释规范的提升,亦有新的规范的补充和完善,使我国的实体规范更加统一、细化和体系化。基于《民法典》的颁布于我国法治建设的重大政治与社会意义,民法典的颁布和实施成为了推动民事诉讼法与民事实体法协调对接的历史最佳契机。一方面,这些新的补充和完善规定的实现,需要民事诉讼法与之相应协调对接;另一方面,民事诉讼法尚未与民事实体法充分协调和对接之处亦可以借助《民法典》的颁布实施,进行一次大的“清算”,展开一次全面系统的协调和对接作业,尽可能实现民事诉讼法与民事实体法变化发展的同步性。

虽然在民法典制定之前,学界有过对民事诉讼法与民法典的对接这一议题的探讨,但人们更多地是从民事诉讼法的角度,讨论《民法典》与民事诉讼法的单向对接,即《民法典》的制定如

何考量民事诉讼程序的维度。^{〔1〕} 因为此时《民法典》的制定还处于酝酿之中,除了民事诉讼法外,学者们还希望《民法典》在制定的过程中关注与宪法以及其他相关部门法——商法、刑法、行政法、环境法、国际私法等关联,而非独自前行。^{〔2〕} 由此,在民诉法学界,当时的讨论重点在于《民法典》的制定如何能够与应然形态或发展形态中的民事诉讼法对接与统合,不仅要顾及民事诉讼法,也要以此为契机推动民事诉讼法的进一步发展。与彼时不同,当下的情形是,通过几年的酝酿,《民法典》已经颁布,无论是民事实体规范,还是实体法中的程序规范都处于既定状态。因此,民事诉讼法与民法典的协调与对接的主题就自然转换为,在《民法典》的既定状态下,单向地考虑民事诉讼法与《民法典》的协调与对接问题。

一、民事诉讼法与《民法典》协调和对接的基本思路

民事诉讼法应当如何与《民法典》进行协调和对接? 在宏观层面,其基本思路是什么? 这些问题的认识是《民法典》与民事诉讼法协调对接作业具体实施的前提。

(一) 民事诉讼法与《民法典》的协调

在与《民法典》的协调方面,原则上民事诉讼法与《民法典》保持一致。其协调的基本思路就呈现为,现行的民事诉讼法应当如何保持与《民法典》规定的一致性。从相反的角度,就是研究和考察现行的民事诉讼法在哪些方面与《民法典》存在着不一致的情形,需要加以调整。虽然从动态的角度看,实体法与程序法总是存在相互协调的问题,民事实体法的规定有时也需要与民事程序法保持一致。但正如本文前述所言,在《民法典》已经颁布的既定情形之下,需要解决的是民事诉讼法如何通过协调与《民法典》保持一致的问题。在民事诉讼法与《民法典》的一致性方面,又主要涉及到以下三个大的方面:

其一,尽快修订《民事诉讼法》,使得民事诉讼法,包括各种民诉法司法解释在规范的表述上与民法典保持一致。《民法典》生效的同时,《中华人民共和国婚姻法》(以下简称《婚姻法》)《中华人民共和国继承法》《中华人民共和国民事诉讼法通则》《中华人民共和国收养法》《中华人民共和国担保法》(以下简称《担保法》)《中华人民共和国合同法》《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)《中华人民共和国侵权责任法》《中华人民共和国民法总则》同时废止。因此,民事诉讼法以及民诉法司法解释中的表述也就要相应进行调整。

其二,实现专有概念上的一致性。在应然层面,许多专有概念的使用上实体法和程序法应当是统一的。但实际上,两者的封闭发展,就可能导致两者在本应统一的概念上形成差异。在

〔1〕 参见张卫平:“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撰”,《法学研究》2016年第1期,第22—36页。

〔2〕 参见林来梵、龙卫球、王涌、张翔:“对话一:民法典编纂的宪法问题”,《交大法学》2016年第4期,第5—32页;刘凯湘:“剪不断,理还乱:民法典制定中民法与商法关系的再思考”,《环球法律评论》2016年第6期,第107—125页;许中缘、颜克云:“商法的独特性与民法典总则编纂”,《中国社会科学》2016年第12期,第127—145页;陈天昊:“行政协议中的平等原则——比较法视角下民法、行政法交叉透视研究”,《中外法学》2019年第1期,第248—279页;刘长兴:“环境权保护的人格权法进路——兼论绿色原则在民法典人格权编的体现”,《法学评论》2019年第3期,第162—173页。

《民法典》制定之际,《民法典》需要顾及民事诉讼法,并保持一致;反过来也是如此。在《民法典》颁布之后,民事诉讼法就处于被动协调的地位,需要考虑的是现行的民事诉讼法在概念上如何与《民法典》规定协调一致。法典中的概念均有特定的含义,只要是在同一含义上适用,则在概念表述上就应当与其保持一致,避免出现歧义,产生法律适用上的混乱。例如,《民法典》将过去的“企业法人”“社会团体”,改为“营利法人”“社团法人”,“单位”改成“组织”。《民法典》颁布之前,非法人组织不是一个法律上的概念,是民事诉讼法理上使用的学理概念。现在《民法典》中正式使用了“非法人组织”的概念,并且明确了这一概念的含义,则在民事诉讼法中也应该有对应的调整,并且在民事诉讼的实践过程中使用这一概念。

其三,实现和保持与《民法典》原则、制度规定上的一致性。除了概念的使用之外,制度也是如此,制度是由若干概念有机构成的。不仅是具体的制度,也包括民法典确立的基本原则和精神。

1. 在原则和精神层面与《民法典》保持一致性

实际上,首要的和最重要的是民事诉讼法应当在基本原则和精神上与民法典保持一致。其中最为重要的、对民事诉讼法有着决定意义的原则和精神是当事人自愿处分。民法典中的自愿处分成为民事诉讼法基本原则——处分原则的实体法根据。正是因为民事主体享有自愿处分其实体权利的自由,其在民事诉讼程序也同样应该具有自愿处分其诉讼权利的自由。只有如此,才能达到伟人马克思所说的,程序法与实体法具有同样的精神。^{〔3〕}然而民事诉讼法与实体法在原则和精神上还有相当的差距。在民事诉讼中违反自愿处分原则的情形实际存在,并且为民事诉讼规范所实际认可。例如再审程序取消职权启动、诉讼契约的制度化等方面都未在民事诉讼法中得以实现。

2. 在具体制度层面与《民法典》保持一致性

例如,连带责任与必要共同诉讼、普通共同诉讼的制度安排。在我国的诉讼实务中,债权人对连带债务人的请求通常被认为具有共同提出的义务。因此,涉及债权人对连带债务人的请求所发生的诉讼时,就构成必要共同诉讼(固有的必要共同诉讼)。但问题在于,按照民法的原理,债权人对连带债务人就连带债务行使请求权时,既可以向其中一人行使请求权,也可以向所有债务人行使请求权。那么与此对接的诉讼处置,就应该是既可以向其中一人或部分人提起诉讼,也可以向所有人提起诉讼,而非必须向所有人提起必要共同诉讼或要求所有连带债务人参加诉讼。但由于在认识上将连带关系作为必要共同诉讼的实体要求,导致连带关系的诉讼必须为必要共同诉讼。如此,也就导致在诉讼法上没有与实体法保持一致。其实,在实体法上债权人既可以向其中一个债务人行使请求权,也可以向债务人的部分或全体行使请求权,因此作为诉讼法上的诉讼请求当然可以向其中一个债务人行使,也可以向部分债务人或全体债务人行使,并不要求所有债务人必须一同应诉。如果必须一同应诉,那么有一个债务人没有参加诉讼,诉讼就是不合法的,必须要追加被告。从这一观点来看,因连带关系所发生的诉讼就不一定是固有的必要共同诉讼,而应当将其作为类似必要共同诉讼更为妥当。又如,关于诉讼时效与申请执行期限的协调对接问题(详见本文第三节执行方面的协调对接)。

〔3〕 (德)马克思、恩格斯:《马克思恩格斯全集》第1卷,人民出版社1958年版,第178页。

还应当注意的是,《民法典》中的一些原则和制度往往还需要民事诉讼法再加以明确,以便在程序中予以适用;相反,实体法也可以直接对民事诉讼的某些具体程序和制度作出规定。例如,《民法典》就对非讼事件处理程序作出了某些规定(即所谓实体法中的程序法)。尽管如此,民事诉讼法还需要按照《民法典》的这些程序性规定,进一步细化程序规则。

(二) 民事诉讼法与《民法典》实施的对接

与民事诉讼法与《民法典》的协调不同的是,民事诉讼法与《民法典》的对接是在承认民事诉讼法的独立存在之前提下,从《民法典》规范实现的程序路径和方法角度予以的考量。

民法与《民法典》的对接,还包括在程序上需要设定或建构一些新的程序以实现《民法典》关于权利义务的规定。作为民事司法程序,根据权利义务争议的裁判、非讼事项的确认以及权利义务的强制实现三大类情形分为民事诉讼程序、非讼程序和民事执行程序。无论哪一种程序,其程序的具体设置都与民法典的实体规定有直接的关系。不同的民事权利义务纠纷、不同的非讼事项、不同的权利义务的强制实现,其程序在具体设置上都应有所不同。

就民事诉讼程序的设置而言,其程序差异主要考虑的是民事纠纷的性质、争议标的数额和民事主体的关系等差异性因素。民事诉讼的价值追求——公正、效率都离不开民事实体法的规定,尤其是公正。法律的公正是实体公正和程序公正结合。不能充分反映实体法的规定,也就无法实现纠纷解决的实体公正。也正因如此,不同性质的民事纠纷其诉讼程序在具体环节和细节设置上就可能有所不同。民事主体之间的不同关系也对民事诉讼程序的设置有不同的要求。民事实体法通过对权利义务的特定化,决定了民事纠纷的性质和民事主体之间的关系(包括双方或一方为多数人之间的内部关系)。

《民法典》作为私法的基本大法,不仅设定民事主体的权利义务,同时在民事权利义务发生争议时也会对民事权利义务争议的解决路径作出规定。在许多情形下会明确告知是否可以向人民法院提起诉讼,通过司法途径予以解决。例如《民法典》第280条第2款规定,业主大会或者业主委员会作出的决定侵害业主合法权益的,受侵害的业主可以请求人民法院予以撤销。无论是给付之诉,还是形成之诉,其诉讼标的以及裁判效力都与民事实体法有直接关系。对于有的纠纷类型,诉权的行使必须要有法律的明确规定,如形成诉讼。如果没有实体法的明确规定,便不能通过形成诉讼作出形成判决实现其法律上规定的形成效果。即形成诉权需要法律上的明确规定,形成诉权的性质是私法上的公权力,而非狭义形成权一样针对相对人的私权利。^{〔4〕}例如,合同的变更与解除,共有财产的分割等。虽然《民法典》为民事纠纷的解决规定或指示了司法解决路径,但如何设置具体解决程序,通常须由民事诉讼法加以规定。民事诉讼法在设定具体规则时就必须考虑这一类民事权利义务纠纷的特点,根据其特点做出程序制度的适当安排。民事程序——无论是诉讼程序还是非讼程序都有两个基本的维度需要考虑,一个是实体法维度,一个是程序法维度。所谓根据民事纠纷的特点就是基于实体法维度的考量。程序法维度则是考量如何有利于案件事实的揭示、程序公正的实现、程序效率的提升、纠纷解

〔4〕 参见任重:“形成判决的效力——兼论我国物权法第28条”,《政法论坛》2014年第1期,第55页。

决的便捷以及程序资源〔5〕的有效利用等问题。

为了维系社会稳定,助力民事争议的解决,《民法典》特别明确规定某些争议的双方当事人可以就该争议向司法裁判机关提起诉讼,通过司法途径予以解决。对于《民法典》已经明确的具体诉权,民事诉讼法规范就应相应地将其纳入可诉的范围之中,并且在程序上作出相应的处理,其首要的程序操作就是将该法律争议纳入法院的案由之中,以便于归类登记立案,并按照诉讼类型使其进入相应的程序安排进行审理。例如本文注释13中提到的各种新类型纠纷诉讼。另外,《民法典》还在实体上规定了一些权利保障措施,这些措施也需要相应的程序安排予以对接。这些措施应当通过什么样的程序来实现,是设置独立的程序,还是适用已有的一般程序,应当根据实体权利保护的特殊要求来确定。

(三)通过民事诉讼法对实体法规定的不足进行“后期”处理

任何一部法典都不可能做到规范上的完美无缺,这么一部如此庞大复杂的《民法典》也同样如此。在《民法典》实施过程中,通过民事诉讼法对其规定进行“后期”处理以弥补规定中存在的不足,也是民事诉讼法与《民法典》有效协调和对接的作业内容。在这个意义上协调与对接都不是消极和被动的。民事诉讼法并非仅仅只规定程序法的内容,也可以根据情况就少量的实体法内容作出规定,尤其是在性质归属模糊的领域。〔6〕如同实体法不仅仅是只规定实体内容,也可以根据需要规定程序法的内容。同样,程序法也可以包含实体法规范,只不过实体法规范不是其主要内容而已。实体法规定哪些程序内容,程序法中又应该规定哪些实体内容,有一个大体的分工和原则。就实体法而言,特殊的程序内容应当在实体法中附带地加以规定;程序的原则和抽象内容应当在程序法中加以规定。就程序法而言,实体法实施所必要的补充规定是一个很重要的方面。当然这种补充必须以保持与实体法原则、精神一致为前提。

在实体法规定不明确或有缺失时,可以通过民事诉讼法或司法解释规范予以明确,消除歧义(尤其是司法解释作为完全不区分程序和实体的规范,更能发挥其便利)。例如,《民法典》第229条(原《物权法》第28条)规定,因人民法院、仲裁机构的法律文书或者人民政府的征收决定等,导致物权设立、变更、转让或者消灭的,自法律文书或者征收决定等生效时发生效力。本条中的“法律文书”就是一个模糊的概念,法律文书至少包括判决书、裁定书、调解书、仲裁裁决书、仲裁调解书等。那么可以导致物权设立、变更、转让或者消灭的法律文书是否就是指这些法律文书?这一点是需要确定的。学者们的研究论证对此已早有一致的看法。其“法律文书”至少可以排除法院的调解书和仲裁机构的仲裁调解书。〔7〕这一点没有在《民法典》中明确规定实属遗憾。因此,这就需要在《民法典》颁布之后,通过调整民事诉讼法尽快加以明确规定,以弥补实体法规定的不足。

〔5〕 所谓程序资源的有效利用,是指尽可能利用现有程序解决纠纷,避免程序设置的重复、交叉和堆砌,导致当事人程序选择困惑。

〔6〕 关于证明责任(举证责任)的分配规范,其法律属性就是一个有争议的问题。原则上,应当是证明责任的原则可由民事诉讼法规定,针对具体情形的细则或特殊规则应由实体法规定。因为实体法可以在具体规定实体规范时一并就证明责任的具体分配作出相应的规定(虽然在实际立法上还没有充分关注这一点)。

〔7〕 王明华:“论《物权法》第28条中‘法律文书’的涵义与类型”,《法学论坛》2012年第5期,第86—93页;房绍坤:“导致物权变动之法院判决类型”,《法学研究》2015年第1期,第87—100页。

再如,《民法典》生效后,《婚姻法》即失效,关于《婚姻法》的司法解释也将随之失效,自然也包括司法解释中的相关程序规定。因此,也需要在程序规定上予以调整和对接。例如,原《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(三)》就亲子确认之诉的事实认定设定了推定规则,即“夫妻一方向人民法院起诉请求确认亲子关系不存在,并已提供必要证据予以证明,另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的,人民法院可以推定请求确认亲子关系不存在一方的主张成立”。但这一规则并没有在《民法典》体现。该推定规则尽管并没有直接明确当事人亲子鉴定的协力义务,但是事实上产生了在一方提供必要证据时,另一方不协力则应承担不利后果。虽然该推定规则也存在诸多争议,但如果没有类似规定,必然又回到没有亲子鉴定协力义务的状态,给亲子关系确认之诉的事实认定带来困难,因此这一程序问题依然有待通过立法或司法解释予以“后期”处理。

二、民事诉讼法与《民法典》协调和对接的主要方面

民事诉讼法与《民法典》实施的协调和对接是全面和系统的作业,限于篇幅和精力,笔者在本文中仅就其主要或突出的几个方面予以阐述。

(一)《民法典》实施与诉的制度的协调和对接

诉包括两个维度:诉的主体和诉的客体。无论是诉的主体维度,还是诉的客体维度都与《民法典》的规定有直接关系。《民法典》中所规定的具体的实体权利义务决定了诉的主体,也决定了诉的客体。因此,很有必要就《民法典》的实施对诉的主体和诉的客体两个维度的影响进行研究,以便民事诉讼法在诉的制度上进行调整和对接。

1. 诉的主体

因为特定的权利义务总是由一定的主体来享有和承担,其在实体法上的地位也就决定了其在诉讼法上的地位。《民法典》中规定的每一类权利义务,也就相应地构成一类民事诉讼的当事人,成为该纠纷诉讼的原告或被告。本文前述曾提及,此次颁布的《民法典》不仅仅是过去民事法律的简单集合,而是有所发展和丰富。这种发展和丰富就体现在许多新的权利义务的增设。这些新增规定使得民事权利义务的内容和体系更加完善、精确和细化。民事权利义务的增设也意味着诉的主体也更加丰富多样。由此,诉的主体制度也应当与此形成呼应关系,承认和接纳实体法在这方面的变化和发展。例如,在诉讼中明确非法人组织、个体工商户、农村承包经营户的当事人地位。

另外,除了当事人之外,新的权利义务还可能涉及到诉讼第三人。例如,《民法典》还对土地承包经营权有了明确的规定,回应了落实农村承包土地“三权分置”的改革要求,明确土地承包经营权可以流转,且采取了合同生效时设立、登记可对抗的效力模式。这一规定从与诉的主体的联系来看,将影响民事诉讼中的第三人的范围,即因土地承包经营权发生纠纷时,土地承包经营权人可能作为无独立请求权的第三人参加该诉讼,以辅助一方进行诉讼。

2. 诉的客体

在诉的客体方面,《民法典》的颁布实施对民事诉讼法的影响就更为广泛,也更需要民事诉讼法在这方面与《民法典》进行有效的协调和对接。其影响主要有以下几个方面:

第一,对可诉范围的影响及协调、对接。

可以说某种意义上,《民法典》就是可诉性的系统规定(实体法上的请求权构成)。^{〔8〕}从理论上讲,只要是法律所规定的民事权利义务关系,就这些权利义务关系发生的争议都可以通过民事诉讼程序得以解决。^{〔9〕}(有的情形下,法律会直接或间接规定某类纠纷的可诉性,例如,《民法典》1073条后段规定,成年子女可以向人民法院提起诉讼,请求确认亲子关系。相反,该规定可以解读为,成年子女不得提起亲子关系否认之诉。)但实践中只有法律明确规定的民事权利义务所发生的争议才能实际纳入民事诉讼程序。^{〔10〕}从逻辑和法理上推导出的权利义务争议往往不能纳入可诉范围,也不能通过民事诉讼程序得以解决。其原因在于,如果法律没有明确规定,法院适用相应的实体法依据也需要通过逻辑和法理推导,而现行的法官制度限制了这种法理推导的应用。^{〔11〕}遵从逻辑推论和法理适用法律,将面临较大的责任风险。因此,对于是否具有可诉性,法院通常会通过案由予以把关、限制,将不具有可诉性的争议阻挡在立案阶段。这种看似仅对法院案件内部管理发挥作用的案由制度,实际上还具有判断可诉范围的功能。^{〔12〕}因此,在这样一种机制之下,作为程序上的协调与对接,但凡涉及《民法典》新设权利义务纠纷,法院应当将其纳入法院的案由目录之中,否则必将影响当事人实体权利的实现和保障。^{〔13〕}

第二,对诉讼标的、诉的客观合并、诉的变更、诉的选择、禁止重复诉讼等制度运作的影响及协调、对接。

民事诉讼法与《民法典》的实施最具关联性的,无疑是《民法典》中规定的实体请求权

〔8〕 参见(德)策纳:“实体法与程序法”,载(德)施蒂尔纳编:《德国民事诉讼法文萃》,赵秀举译,中国政法大学出版社2005年版,第102页。

〔9〕 实体法中单纯涉及权利义务的事实本身不能成为诉的对象。例如,《民法典》虽然对情势变更对合同的影响作出规定,但当事人不能就情势变更成立与否的争议提起确认之诉。因为情势变更只是事实,而非权利义务本身。作为例外,在国外,关于确认文书真伪,如遗嘱真伪的确认可以成为确认之诉的对象,允许单独提起书证真伪确认之诉。日本民事诉讼法第134条规定了书证真伪确认之诉。该条规定:“为确定证明法律关系的书证真实与否,可提起确认之诉。”证明法律关系的书证是指该书证记载的内容能够直接证明一定法律关系的成立、存否的书面。参见(日)兼子一等:《条解民事诉讼法》(第2版),东京弘文堂2011年版,第782页。

〔10〕 在法治初级阶段,司法制度还不能够充分支持较为宽泛的可诉范围。可诉范围越大,司法所要承担的风险也越大。

〔11〕 欲使法律发挥更大的作用,继续推进和深化司法改革非常必要。只有通过司法改革,将法官从机械适用法律中解放出来,案由制度才能真正回归于案件管理的定位。

〔12〕 张卫平:“诉讼请求变更的规制及法理”,《政法论坛》2019年第6期,第64页;关于案由规范的功能调整,详见曹建军:“民事案由的功能:演变、划分与定位”,《法律科学》2018年第5期,第127—128页。

〔13〕 在《民法典》中,至少下列诉讼系涉及新的权利义务纠纷。①物权类:居住权纠纷诉讼、农村土地经营权诉讼;②合同类:合同报批义务之诉、预约违反的责任以及担责之诉(第495条)。③人格权类:个人信息纠纷之诉;④婚姻家庭类:婚姻无效之诉、婚姻撤销之诉、离婚赔偿之诉(1090条、1091条)、遗产管理人的权利纠纷之诉(1149条)、监护人资格纠纷之诉、亲子关系异议之诉(亲子关系确认之诉、亲子关系否认之诉)、探望权纠纷之诉(1086条第2款、1086条第3款)、夫妻间损害赔偿诉讼(2092条)、离婚赔偿诉讼(第1091条第1款);⑤侵权类:生态环境损害赔偿诉讼、委托监护的侵权责任诉讼。

与诉讼标的的关系。就传统诉讼标的理论(旧实体法说)^[14]而言,实体权利(给付之诉、形成之诉)或法律关系(确认之诉)决定了诉讼标的。而诉讼标的又决定了诉的合并、诉的变更、诉的选择、是否重复诉讼的判断以及判决效力的客观范围。按照传统诉讼标的理论,在给付之诉中,一个实体请求权构成一个诉讼标的。每一个实体权利对应相应的实体请求权,即基于特定的实体权利要求他人作为或不作为的权利;不同的实体请求权构成不同的诉讼标的。例如,借贷关系中的本金请求权与利息请求权就是不同的诉讼标的。再如,《民法典》第996条规定:“因当事人一方的违约行为,损害对方人格权并造成严重精神损害,受损害方选择请求其承担违约责任的,不影响受损害方请求精神损害赔偿。”该条规定中的所谓“不影响”,就是因为违约责任承担请求权与精神损害赔偿请求权是两个不同的请求权。在同一个诉讼中主张这两个请求,或者分别起诉主张不同的请求权都是成立的。

诉讼请求是以实体请求权为基础和核心的,民事诉讼审理要查明的实体内容正是实体请求权是否成立的要件事实;作为形成之诉需要查明的是形成权是否成立的要件事实;确认之诉则是请求确认的法律关系是否存在。诉讼标的只有与实体规定联系起来,才具有诉讼上的意义。一旦确认了在诉讼标的上的这种程序与实体的内在联系,那么,民事诉讼法就应当依照这种联系,在《民法典》实施之际实现有效的对接。在具体的程序处理上,无论是诉的客观合并、诉的变更、诉的选择、重复诉讼的判断都应当以具有这种联系的诉讼标的为标准,才不会出现冲突和不整合的情形。以重复诉讼的判断为例,民诉法司法解释关于重复诉讼设置了多个判断标准——当事人、诉讼标的、诉讼请求、后诉实际上否定前诉,其实判断标准就是当事人、诉讼标的和争点。诉讼请求的内容就是特定的诉讼标的,实质依然是前后诉在诉讼标的上是否相同。前后诉的诉讼标的虽然不同,但后诉实际上会否定前诉,可能发生作为判决前提的事实相同,但如果审理后诉的法官对该事实的认定不同,就可能发生实际上后诉否定前诉判决的情形。前诉认定的事实对后诉具有的约束力也就是所谓的争点效。但是否应当以及在何种条件下将事实的认定作为一种约束力是比较复杂的问题,这也是诉讼标的争论的基本问题之一。

(二) 审理程序的对接——以与《民法典》禁令制度对接为中心

在《民法典》的实施与民事诉讼法的协调对接上,最具有讨论空间的可能就是《民法典》中规定的禁令制度与民事诉讼法相关制度的关系问题。这一问题也对民诉法的调整 and 对接提出了新的要求和挑战。《民法典》第997条规定:“民事主体有证据证明行为人正在实施或者即将实施侵害其人格权的违法行为,不及时制止将使其合法权益受到难以弥补的损害的,有权依法

[14] 在国外,实体法说与诉讼法说在理论上一直长期争论。在德国,诉讼法说已为通说。在日本,诉讼法说有逐渐成为通说的趋势,但在实践中实体法说依然占有主流地位。(德国和日本的情形参见(日)三木浩一等:《民事诉讼法》,有斐阁2018年第3版,第49页。)实体法说更容易理解也容易操作,也容易维系和协调与其他问题处置的关系,例如关于攻击和防御(事实主张和提出证据)的范围、法官释明权行使的范围、既判力的客观范围等,如果在请求权竞合的特殊情形下将案件事实作为考量的因素,虽然理论上没有达到高度统一,但实际操作比较简单。因此,笔者主张在我国实践中适用实体法说可能更好。尤其是在我国法官自由裁量余地不大,释明度不高的语境之下,运用实体法说相对而言更具有可操作性。

向人民法院申请采取责令行为人停止有关行为的措施。”民法学者有将该条规定的制度概括为“人格权行为禁令”。之所以说这一问题最具有讨论空间,是因为民法典并未规定其相关的程序,如果要建构相应的程序,则必然无法回避以下问题:人格权行为禁令的获得,在程序上是否为独立的程序?人格权行为禁令与民事诉讼法上的行为保全是什么关系?如果两者有所不同,则民事诉讼法应该如何进行调整或对接?如果需要设置独立的程序,在程序设置上,禁令程序性质和定位是诉讼程序,还是非讼程序?在程序上,行为禁令的公正性如何得以保障?

以民法学者的认识,人格权行为禁令不同于民事诉讼法上规定的行为保全,因此,在程序上也不应适用获得行为保全裁定的程序,^[15]且认为此种行为禁令不以是否存在或可能存在相关本案诉讼为前提。行为保全与人格权行为禁令最大的区别在于,行为保全的前提是以争议案件的诉讼和裁判为前提,行为保全中的诉前保全只是为了阻止损害的继续和扩大,最终实体权利或加害行为是否成立须等待最终的实体判决。如果诉前行为保全申请人在一定的时间内没有提起诉讼,则保全裁定失效。即使提起诉讼,如果裁决实体请求不成立,行为保全也将失效。而行为禁令不同,其目的就在于对人格权侵害的阻止,获得禁令阻止侵害就是行为禁令的目的,与后续的诉讼没有关系。(在《民法典》颁布之前,学者们对此认识也还不是那么清晰,依然将行为禁令称为“诉前禁令”,由此可看出学者们当时还没有将其与诉讼保全完全切割开来。)在这个意义上,行为禁令就不是行为保全。

在民事诉讼法学界,一直有一种认识,认为行为禁令实际上就是民事诉讼法上规定的行为保全,^[16]行为禁令的作用就是阻却侵害行为的发生,而诉前行为保全也同样是为了阻却侵害(从扩展的行为意义上,将要发生侵害也包含在阻却对象之中),因此,行为禁令没有独立存在的意义。在学界也有不少人认为行为禁令等同于行为保全,与大陆法系国家或地区的“假处分”同义。^[17]所谓“知识产权行为保全”也是这种认识的产物。^[18]

与此观点不同,笔者认为,从《民法典》的有关规定来看,不能否认人格权行为禁令是一种独立的、实体上的措施,没有保全的意向。(人格权行为禁令作为一种民事措施是否有其必要性和可行性是另一个问题——实体法上应然与实然的问题。)如果作为保全的措施,则直接适用行为保全的程序。按照民法学者的认识,行为禁令是一项基于人格权效力的实体法上的措施。^[19]与之不同,行为保全(无论是诉前保全还是诉中保全)制度的初衷以及行为保全概念

[15] 参见王利明:“论侵害人格权的诉前禁令制度”,《财经法学》2019年第4期,第5-6页。

[16] 《中华人民共和国民事诉讼法》第100条规定,人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因,使判决难以执行或者造成当事人其他损害的案件,根据对方当事人的申请,可以裁定对其财产进行保全、责令其作出一定行为或者禁止其作出一定行为;当事人没有提出申请的,人民法院在必要时也可以裁定采取保全措施。

[17] 参见李杨:“中国需要什么样的知识产权行为保全规则”,《知识产权》2019年第5期,第3页。

[18] 知识产权行为保全最初也称之为“诉前临时禁令”,之后为了与民事诉讼法对接,方改为知识产权行为保全,排除了独立行为禁令的存在。参见宋晓明、王闯、夏君丽、郎贵梅:“《关于审查知识产权纠纷行为保全案件适用法律若干问题的规定》的理解与适用”,《人民司法》2019年第7期,第19页。

[19] 参见王利明,见前注[15],第6页。

本身都是以保全裁判结果的实现为目的,是一项程序上或程序性措施。^[20]除了人格权行为禁令之外,已颁布实施的《中华人民共和国反家庭暴力法》中的人身安全保护令^[21]也是如此。相信在今后这类行为禁令还会在具体的侵权法领域中出现。例如在知识产权领域中,这类行为禁令依然有其必要,仅仅有程序上的行为保全是不足的。与之不同,民事诉讼上的财产保全和行为保全,民事诉讼法都明确将其限定在“保全”的意义上。所有以保全为目的的措施都是程序性的。实体上的行为禁令(可以称之为“实体禁令”)与程序上的诉前行为保全有所不同是显而易见的。因此,民事诉讼法所要进行的调整不是将行为禁令纳入作为程序范畴的行为保全之中(且实体法上一旦确定了其独立性即非保全性,按照本文前述的协调和对接的“一致性原则”,程序法也就不能一厢情愿地将其强行并入自己的既有概念之中),而是如何对接的问题,即对于行为禁令的获得应当设置怎样的程序。实际上就如同作出判决需要怎样的程序一样,只不过现在的答案是诉讼程序。

无论是民法学者还是民事诉讼法学者对行为禁令的认识都受到美国禁令概念的影响。如果不跳出美国法上禁令概念的思维框架,就容易陷入误读。美国法中共有三种形式的禁令救济:临时限制令(Temporary Restraining Order)、初步禁令(Preliminary Injunction)以及永久禁令(Permanent/Perpetual Injunction)。^[22]需要注意的是,美国法的禁令制度既包括实体性的,也包括程序性的规定,既有独立的非保全意义上的,也有保全意义上的。而人们在理解禁令时通常容易将所有禁令都理解为保全的,认为禁令就是我国的行为保全,大陆法系国家中的假处分。^[23]由于民法上存在行为保全,所以一旦将行为保全等同于禁令,则无法理解行为禁令的非保全性。

人格权行为禁令是否应当设置一个独立程序?应当如何设置?这是必须认真思考的问题。作为实体上的行为禁令不与后续诉讼审理联系,不像行为保全那样,其公正性有后续的诉讼审理和裁判作最终的保障,因此,在程序把控上应当比保全禁令的程序更加严格。但无需单独为人格权行为禁令设定程序,而应建立一个适用于所有独立行为禁令(包括人身安全保护令)的一般司法程序,或可称为“禁令裁判程序”(实质上是一种速裁程序)。这一程序既不同于

^[20]除了是否与后续诉讼程序的联系之外,人格权行为禁令与诉讼保全裁定的另一区别是:诉讼保全完全由法院负责执行,人格权行为禁令与人身安全保护令都有法律明确规定的协助执行机关。例如公安机关是人身保护令的法定协助机关,当事人可以直接请求公安机关保护,而不用绕道法院向公安机关发布协助执行通知书。

^[21]《中华人民共和国反家庭暴力法》中的人身安全保护令也是一种民事裁定,当受害人遭受来自其家庭成员的暴力侵害时,可以要求法院发出该裁定,裁定的内容包括禁止被申请人殴打、威胁申请人或申请人的亲友,要求被申请人暂时搬出双方共同的住所等。对于人身安全保护令,人们往往认为是一种诉讼保全措施,实际上,人身安全保护令与相关争议的诉讼没有关系,也是一种独立的法律保护手段。

^[22]其中临时限制令和初步禁令都属于临时性措施,“临时限制令”由法院在听证前作出,需要写明一般不超过10日的期限,该期限届满后临时限制令自动失效;“初步禁令”由法院在听证后作出,其效力延续到最终判决之前。详见毕潇潇、房绍坤:“美国法上临时禁令的适用及借鉴”,《苏州大学学报(哲学社科版)》2017年第2期,第86、90页;杨涛:“我国知识产权临时禁令制度的现实困境与立法完善”,《知识产权》2012年第1期,第64页;和育东:《美国专利侵权救济》,法律出版社2009年版,第69页。

^[23]有学者就认为三者是同义。例如,李杨,见前注^[17],第3页。

非讼程序,也不同于诉讼程序。完全采取非讼方式审理裁决(如行为保全裁决程序)是否应采取行为禁令显然过于轻率,因为毕竟是一种独立禁令。既然是一种实体措施,涉及的权利义务,原则上就应当采诉讼解决原则。问题在于,采取典型的诉讼程序又将影响禁令裁决的效率性,因此,比较妥当的思路是设置为准诉讼程序——审理中是否采取公开原则、直接原则、言词原则、庭审原则等诉讼审理原则,由审理法官根据具体情形而定。不能否认关于行为禁令的案件依然带有争讼性,案件的争讼性与对审性有着一定的对应关系。^[24]如此,便可以兼顾程序效率与程序公正。轻言对行为禁令仅以形式审查作出裁决恐怕是不妥当的。其具体的程序设置还需要进一步探讨和研究。应当承认的是,现行民事诉讼法在这方面是缺失的,因此,必须及时进行调整,以实现与《民法典》相关制度的对接。

(三)证据制度方面的协调与对接

《民法典》的实施必然涉及到适用过程中具体案件的事实认定。事实认定也就必将涉及到民事诉讼中证据运用问题。一方面,为了有利于民法典中权利义务的的实现,维护民事主体的合法权益,《民法典》将根据需要,确定事实认定的方法和手段;另一方面,民事诉讼证据规范需要与《民法典》的保护利益诉求一致,更有效地实现《民法典》相关规定的目的。在证据制度方面主要涉及以下两个方面的问题。

其一,证据方法上的协调与对接。

在这方面,下文主要从《民法典》中新的规定与证据方法的关联角度进行分析:

1. 抚养权争议中子女的诉讼地位

《民法典》规定了抚养权纠纷案件中已满8周岁子女的话语权。所谓话语权就是关于谁应当拥有对该子女的抚养权,即该子女的意见将作为裁判的根据。这里需要解决的问题,该子女的陈述意见属于什么性质?是否为证人或其他证据?因为证人是就案件事实的陈述,但该子女只是对哪一方拥有抚养权表达意见,其诉讼地位既不是证人,也非当事人。属于一种新类型的诉讼参与人,与证据方法无关,可以称之为“意见陈述人”,大类上可以归入“其他诉讼参与人”。在当事人双方就子女的意见是否为真实发生争议时,当事人双方应对自己的主张提出证据予以证明。此种情形下,子女的意见属于案件事实的范畴。

2. 关于高空抛物行为人的事实认定中公安机关的诉讼地位

《民法典》第1254条规定,禁止从建筑物中抛掷物品。从建筑物中抛掷物品或者从建筑物上坠落的物品造成他人损害的,由侵权人依法承担侵权责任;经调查难以确定具体侵权人的,除能够证明自己不是侵权人的外,由可能加害的建筑物使用人给予补偿。可能加害的建筑物使用人补偿后,有权向侵权人追偿。在发生此类侵权事件的,公安等机关应当依法及时调查,查清责任人。按照《民法典》的这一规定,公安机关有介入调查的义务。此时,公安机关在案件里应处于何种诉讼地位?公安机关的调查结论属于何种证据方法?由于我国证据法存在法定证据种类的规定,因此也就存在某一具体的证据在法定证据的归类问题。此次颁布的《民法典》中,关于公安机关对抛物事实的认定结论就

[24] 关于准诉讼程序性质与原理,详见张卫平:“仲裁裁决撤销程序的法理分析”,《比较法研究》2018年第6期,第10—25页。

涉及到这一问题。公安机关的结论是在案件发生之后对案件事实的认定,而非在案件发生过程中形成的证据,公安机关的结论与鉴定意见最为接近。但鉴定意见的基本特征在于鉴定人利用专门知识对涉及专业知识的事实问题的判断,公安机关的结论显然不符合这一基本特征。从公安机关的结论是国家专门机关对案件事实的判断结论而言,更接近于书证。其基本特征类似于另一种特殊书证——公证文书,^[25]属于公文书中的报道性公文书(公文制作机构就待证事实是否真实的判断)。^[26]基于公安机关这种结论的法律性质,在程序法上的处置原则即是,在诉讼中一方对公安机关的认定文书真实性提出质疑(无论是文书本身的真假,还是认定内容是否成立)时应当对其加以证明,按照《民事诉讼法司法解释》第114条的规定,没有证据证明或不能证明时,推定公安机关的结论为真实。^[27]

3. 电子证据应用的协调与对接

为适应社会生活日益数字化、电子化的现实,《民法典》加强了民事活动数字化、电子化的规范。最明显的就是将数据电文作为民事活动的有效形式,并专门对电子合同作了相关的规定(第512条)。数字化、电子化必将影响到民事活动的方方面面,如合同的成立、变更、解除等,从而使得电子证据成为更为广泛、有效应用的一种证据方法,对民事关系的发生和变化发挥重要的证明作用。这就需要民事证据制度在这方面予以相应的协调与对接,仅仅在民事诉讼法中将电子证据规定为一种新种类的证据显然是不够的。其协调与对接体现在如何进一步充实和完善相应的规则和程序,主要在以下几个方面:①电子证据取证合法性的判断标准;②电子证据关联性的判断及标准;③电子证据采信的客观化;④确立和完善电子证据的质证方式等。

其二,证明制度的协调和对接

证明制度是民事诉讼程序中最核心的制度,是法院对争议事实作出认定的基础和前提。证明制度与实体法的联系在于,最有效的证明总是针对或围绕请求权的要件事实,而要件事实正是由实体法的规定所指示的。《民法典》的制定使得请求权规范得以体系化和进一步完善,为证明制度提供了实体法基础。就民事诉讼法而言,需要完善证明制度规范和程序。其中最重要的就是证明责任制度的完善。2001年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称2001年《民事证据规定》)首先承认了具有结果意义

[25] 关于公证文书的举证性质,详见张卫平:“公证证明效力研究”,《法学研究》2011年第1期,第98—110页。

[26] 日本《民事诉讼法》第228条第4款。详见(日)福田刚久等编:《书证》(《民事证据法大系第4卷各论2》),青林书院2003年版,第42页。

[27] 张卫平:《民事证据法》,法律出版社2017年版,第28页。《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》第114条以及2019年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第92条分别对公文书和私文书真实性的争议的证明规则作出了规定。(如果后者能够将前者第114条纳入其中形成明确的对应规定就更完善了。)在实践中,需要注意的是,这类文书与公安、检察机关询问、讯问笔录的区别,公安机关的询问笔录虽然也是公文书,但只是关于被询问人陈述的记载,不是关于事实的判断结论。关于公安机关笔录的证据性质,详见张卫平:“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,第16—25页。

的证明责任,并明确了证明责任分配的原则,但也留下了诸多不足之处,例如关于侵权案件,仅仅规定了几种特殊侵权案件的证明责任分配,且大多是实体法相关规定的集合。2015年《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》(以下简称《民诉法司法解释》)明确了证明责任的分配一般原则。2019年最高法院又出台了取代2001年《民事证据规定》,该规定在许多方面完善了2001年《民事证据规定》,实际上成为民事证据规范的升级版。但很遗憾的是该规定不仅没有进一步就证明责任规范予以补充、完善,反而开了“天窗”,留下来一片空白。虽然这并不意味着2015年《民诉法司法解释》的相关规定被废除,但至少让人们犹存狐疑,不知所措。作为司法解释的证据规定,应当按照《民法典》的相关规定,就证明责任以及分配原则作出明确规定,并使得证明责任的分配更有可操作性。否则新证据规定中的诸多规范无法落实(例如,法院对当事人的举证及后果予以说明;〔28〕书证提出命令的适用、鉴定费用的预交、文书真实性的证明等。)在证明责任制度与《民法典》的对接方面,需要通过司法实践尤其是典型案例说明证明责任分配与实体规定的内在联系,使得证明责任的具体分配更加清晰和具有可操作性。

(四)执行制度的协调与对接

民事执行规范虽然广义上也属于民事诉讼法,但与审判规范有很大的不同,是实现包括审判、调解、仲裁、公证债权文书等执行根据的规范,具有相对的独立性。与诉讼制度一样,其同样与实体法具有密切的联系,甚至更加紧密。民事执行规范的一些制度的具体实施就需要依赖于实体法。例如,民事执行中的执行担保制度与实体法上的担保有所不同,但在担保的方法上也需要依照实体法中关于担保的规范予以实施。〔29〕民事执行的顺畅实现也有赖于实体法以及规则的不断完善。例如不动产登记规则的完善。〔30〕因此,《民法典》的实施更需要在民事执行规范领域予以协调和对接。其中也包括民事执行规范以及理论的自省和反思。长期以来民事程序与实体研究的分离,民事执行存在脱离民事实体法的问题——无论是在概念还是制度方面,在某种程度上形成了自说自话的现象。

民事执行规范与《民法典》实施的协调或对接主要体现在以下几个大的方面:

其一,审视《民法典》对实体权利义务规范的变化,以便对民事执行规范进行调整。因为执行措施的实施(例如拍卖或变卖、查封、扣押、冻结等)以及执行财产的范围都直接与实体法的规定有关。所以,《民法典》在实体权利义务规范的变化必然要求民事执行规范进行相应的协调。

1. 民事执行规范的调整

在这个方面影响较大和最为直接的是担保制度的变化。担保中的抵押和质押的财产范围直接决定了民事执行的实施。《民法典》对担保制度的规定,有的虽然在《担保法》或其他

〔28〕 2019年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第2条规定,人民法院应当向当事人说明举证的要求及法律后果,促使当事人在合理期限内积极、全面、正确、诚实地完成举证。

〔29〕 关于执行担保与实体法上担保的差异,详见程雪松、杨军:“执行担保的适用与完善”,《人民司法(应用)》2014年第13期,第104页。

〔30〕 杨晋山、王赫:“不动产样态对强制执行的影响与塑造”,《法律适用》2018年第15期,第7、9页。

法律、法规中有所规定(例如关于海域权可以抵押登记的规定^[31])并且在民事执行的司法解释中有相应的体现,但随着这些单行法律的失效,与这些单行法相配套的司法解释也就相应失效(例如,关于担保法的司法解释、婚姻法的司法解释等)也要求民事执行规范予以调整,否则导致规范缺失。《民法典》还对担保财产的范围作出新的规定,这些新的规定也应当在民事执行规范中得到相应的体现。例如,关于承包土地的土地经营权有条件抵押的规定。^[32]在这方面,还要考虑在有担保的情形下,如何防止超标的查封以及对债务人信用惩戒的妥当性问题。^[33]这些问题过去一直没有得到很好的解决。《民法典》的实施和落实应当是一次相应的调整的机会。

2. 民事执行规范的对接

《民法典》中新规定的实体权利义务也要求民事执行予以有效的对接。例如,关于居住权制度与不动产执行的对接。

居住权的设定被认为是《民法典》中最具亮点的制度创新之一。该制度对于丰富不动产的权能实践,促进物尽其用,解决我国目前的社会住房问题具有现实积极意义。但居住权的设定也会对房屋所有权的流转产生较大的影响。所谓居住权,是指居住权人对他人所有房屋的全部或者部分及其附属设施,所享有的占有、使用之权利。^[34]居住权制度对执行的影响在于,执行为金钱债权的执行时,执行机关可以在存在居住权的前提下,对该房屋进行拍卖或变卖,这对房屋变价的金额有很大影响。但它却不能阻止执行;当执行为房屋交付时,如果居住权的设立是合法有效的,居住权的存在能否成为案外人执行异议或执行异议之诉的根据对抗执行,是今后执行实践中会遇到的问题。这涉及到对居住权与所有权关系如何协调的问题。从理论上讲,居住权是一项用益物权,具有很强的独立性,并不依赖于特定的房屋所有权人。因此,如果房屋所有权在居住权设立期间发生变动,将不会影响居住权的效力。^[35]根据这种认识,居住权将不能对抗关于被执行房屋的执行,但会对执行后所有权人对该房屋的使用产生影响。

其二,执行制度规范与《民法典》诉讼时效制度的协调一致。

《民事诉讼法》第239条规定:“申请执行的期间为二年。申请执行时效的中止、中断,适用

[31] 各省直辖市都有关于海域权的地方法规,例如2013年出台,2016修订的《福建省海域使用权抵押登记办法》。江苏和天津早在2009年就规定,海域权可以抵押登记(见2009年《江苏省海域使用权抵押登记办法》、2009年《天津市海域使用权抵押登记办法》)。

[32] 《民法典》第342条:通过招标、拍卖、公开协商等方式承包农村土地,经依法登记取得权属证书的,可以依法采取出租、入股、抵押或者其他方式流转土地经营权。

[33] 参见黄忠顺:“论有财产担保的债权之强制执行——以有抵押物担保的债权之强制执行为中心”,《法律适用》2018年第15期,第34、35、40—42页。

[34] 申卫星:“从‘居住有其屋’到‘住有所居’——我国民法典分则创设居住权制度的立法构想”,《现代法学》2018年第2期,第105—118页;陈华彬:“人役权制度的构建——兼议我国《民法典物权编(草案)》的居住权规定”,《比较法研究》2019年第2期,第48—59页。

[35] 同上注。

法律有关诉讼时效中止、中断的规定。”这里需要注意的问题是,为什么要规定申请执行的期间?如果当事人拥有实体上的请求权,为什么还要在程序法中限制其请求权的实现期间?《民事诉讼法》第239条的规定将申请执行期间看作申请执行时效的期间,执行时效适用法律有关诉讼时效中止、中断的规定,实际上也带有诉讼时效的意思。虽然最初原苏联民事立法规定诉讼时效为诉权的消灭,仅涉及诉讼法上的效力。但实际上将诉权作为诉讼时效的对象是不妥当的。现在,我国民法学者大多数已经将诉讼时效的实质含义限定于消灭时效,而消灭时效的对象是请求权,而非诉权。因此也就存在当请求权人获得胜诉判决之后,依然存在请求权时效的问题。请求权应当重新开始继续计算时效。如果超过时效,请求权便无法通过强制执行予以实现。因此,只要请求权没有过时效,请求权人就有权请求申请强制执行。在有执行根据的情形下,实体上的请求权就转化为执行请求权。现行民事诉讼法中的所谓申请执行时效这一概念,以及关于申请执行期间的规定就是没有必要的。问题还在于,申请执行时效显然是公法问题,而请求权的消灭时效问题是一个私法问题。由此,民诉法的规定就有将私法问题公法化的嫌疑。基于此,有必要予以调整,废除执行时效的概念,取消关于申请执行期间的规定,保持与实体法的一致性。

其三,在《民法典》实施之际,按照实体争议诉讼解决的原则对民事执行救济程序进行调整。

民事实体法规定的实体权利都有相应的实现机制——实体请求权,并且均可以通过诉讼途径加以救济。因此,无论是在执行前还是执行过程,凡是涉及实体权利义务的争议都应通过对审的诉讼方式解决,即实体争议诉讼解决的原则(法律有特殊规定的除外)。^[36]但现在,在民事执行中依然存在着虽涉及实体权利义务的争议,但却采取非讼方式解决的方式。^[37]最

[36] 关于担保物权的实现程序,按照现行法律的规定,采用的是非讼程序。但实际上适用非讼程序是值得探讨的。如果认为应当突出其效率性,并非一定要走非讼路径,完全可以通过简易化的诉讼程序予以实现,例如,德国在这方面就采取的证书程序来解决这一问题。(在德国证书诉讼适用于一定金额或一定数量种类物的请求。包括基于一般抵押、土地债务或船舶抵押权产生的请求权。证书诉讼的特点是对于请求权的要件事实的证明只适用于证书证据。在伪造证书构成犯罪以及有效制裁的制度环境之下,诉讼的实质公正亦能得到保障,因此,使得诉讼十分快捷,因为法院可以当场立即作出判断。关于德国证书诉讼,详见(德)罗森贝克、施瓦布、戈特瓦尔德:《德国民事诉讼法》,李大雪译,中国法制出版社2007版,第1233—1236页。)如此就可以维持实体争议诉讼解决的原则,维系债权实现方式的平等性。在日本担保权的实现虽然无需经过诉讼程序获得执行根据,也无需向审判机构申请执行文,而是可以直接以持担保权的有关书证(判决书、登记证明、抵押证券、证明担保权的公证文书)向执行机构申请执行。其担保权执行的实体要件和程序要件的审查由执行机构根据相应的书证——法定证据——进行形式审查。这种情形在日本被认为是审执分离原则的例外,也是对原来移植德国证书诉讼制度的调整。(关于日本担保权实现的程序制度,详见(日)中野贞一郎、下村正明:《民事执行法》,青林书院2016年版,第337—339页。)这种例外一方面是基于担保权实现的成本与效率,更重要的是在日本,有对伪造变造书证的有效制裁。在这样的制度保障之下,作为特例,放弃以诉讼方式进行实质审查,采取事后救济的方式——执行异议之诉予以救济是可以理解的。但在缺失这样制度环境的我国,采取非讼程序的形式审查以及事后救济将是不妥当的。

[37] 应当注意的是,要求实体争议诉讼解决,而非非讼方式解决,不全因为非讼方式难以查明事实真相,而是因为没有了审,剥夺了当事人的正当程序权利。

突出的就是夫妻债务争议的确认问题。依照实体争议诉讼解决的原则,执行中涉及夫妻债务争议的应当通过夫妻债务确认之诉予以解决。只有通过诉讼才能完成当事人对自己主张的证明、当事人之间的质证以及法院对证据的认证。^{〔38〕}至于在执行中的相关诉讼程序与结构则是另一个问题。如此,才能实现审执分离的基本要求。

三、结 语

民事诉讼法与《民法典》的协调和对接是一项宏大复杂的工程。这一问题几乎涉及到《民法典》和民事诉讼法的所有方面。本文的观点和阐释更多的是提出问题,以引发学界同仁(不仅是民诉法学家)更充分、更广泛的关注和讨论,提出更多、更具有建设性的意见和观点。

在协调对接的处理方式上应该如何操作,也需要针对不同情形而有所不同。通过修改民事诉讼法,针对需要协调和对接之处进行修改无疑是最好的,也是必须的,哪怕只是一些局部的修改。如果短期内启动民事诉讼法修改有困难,应通过司法解释实现民事诉讼规范的协调和对接,同时也可以通过指导性案例实施调整 and 对接。不能采用调整既定规范的途径予以协调时,通过学理进行微调也是一种可行的方法。这就要求学界要加强有关如何协调和对接的研究,形成较为统一的认识,以指导民事诉讼法与《民法典》的协调和对接的实践活动。因此,《民法典》的实施无疑也是推动民事诉讼法学界深化其研究的契机。

如何更好地实现民事诉讼法与《民法典》的协调和对接,与理论研究的深度和广度有直接关联。这一研究又必须是程序法与实体法理论研究双向共同发力的结果,仅限于程序法的理论或实体法的单向研究将永远无法达至其目的。没有实体法理论研究的深化和细化,民事诉讼法无法正确找到适当的接口,并对自身的结构进行调整,从而实现完美的对接。例如,《民法典》关于亲子关系确认之诉就涉及到在实体法上如何理解亲子关系的问题——是两面关系,还是三面关系。这一认识不统一,则必然导致亲子关系原告适格的确认问题。

本文主要从民事诉讼法与既定的《民法典》的协调对接这样的单向视角展开,但程序法与实体法的关系从来都应该是互动的,彼此都存在如何协调对接的问题。由于程序法自身有其独立的价值存在,实体法同样也应当予以尊重。再以亲子关系诉讼为例,如何理解亲子关系还需要从诉讼法的角度——公正且有效率地解决争议——加以考虑。所以,这种对接就不仅仅是民事诉讼法与实体法的单向对接。作为发展中的《民法典》也应考虑如何与民事诉讼法协调对接的问题,以便使实体法与程序法实现最佳结合,以实现各自价值的最大化。在顾及和照应实体法的同时,也要注意民事诉讼自身的特点,注意程序法与实体法的界分,勿用实体法的认识遮蔽程序法的规律。例如,将执行和解协议定义为实体法上的协议,并赋予其可诉性就可能

〔38〕 《民法典》第1064条第2款规定:夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务,不属于夫妻共同债务;但是,债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。

存在这样的问题。^{〔39〕}就执行和解协议的目的来看,执行和解协议在性质上不应等同于实体法上的协议,作为诉讼法上协议更妥。总之,无论是实体法还是程序法都是在不断发展之中,两者的协调和对接也应处于动态发展之中。

Abstract: The implementation of the Civil Code requires coordination and connection with the Civil Procedure Law of China. On the one hand, the Civil Code integrates previous substantive legal norms and adds many new institutional regulations, so the implementation of these new systems requires the coordination and connection from the Civil Procedure Law's norms in terms of procedural system. On the other hand, the Civil Procedure Law needs to systematically improve the coordination and connection with the civil substantive law again by taking the opportunity of the implementation of the Civil Code. The coordination and connection mainly consider three aspects. First, the Civil Procedure Law should better implement the principles and spirit of the Civil Code so as to ensure the same spirit as the Civil Code. Second, the Civil Procedure Law shall conform to the Civil Code in terms of specific systems and adjust those inconsistent procedural systems. Third, the Civil Procedure Law shall make adjustment upon the enactment of the Civil Code to eliminate omissions. In terms of coordination of specific systems, the methods and ideas of coordination include the action including its subject and object, injunction, evidence, execution.

Key Words: Civil Code; Civil Procedure Law; Relationship between Substantive Law and Procedural Law; Injunction and Behavior Preservation

(责任编辑:刘哲玮)

〔39〕 依据《最高人民法院关于执行和解若干问题的规定》第9条,被执行人一方不履行执行和解协议的,申请执行人可以申请恢复执行原生效法律文书,也可以就履行执行和解协议向执行法院提起诉讼。人们的误读在于,执行和解协议本身是实现实体权利的方法,而非形成实体权利的方法。前者是程序法上的,后者是实体法上的。对于实现实体权利的方法再行通过诉讼来解决就是不适当的。