

诉讼带来的问题。

另一位德国民法学者亨克尔 (Henckel) 则试图通过对请求权作用的分类来解决“旧实体法说”引发的问题。根据请求权作用的不同,亨克尔将其区分为分类作用的请求权、法律适用作用的请求权、经济作用的请求权,并指出用来识别诉讼标的的只能是经济作用的请求权。德国民事诉讼法教科书常常用乘客乘坐有轨电车遇交通事故受伤的例子分析诉讼标的。在该案例中,经济作用的请求权表现为乘客有权要求电车公司赔偿自己的损失,这一请求权如果通过处分行为转让的话,仅能转让一次,因而尽管从法律适用看原告存在合同与侵权两个请求权,但经济作用的请求权只有一个,所以也只有一个诉讼标的。

上个世纪70年代,日本民法学者石田穰投入举证责任问题的论战,与民事诉讼法学者共同推动了日本民事举证责任理论的发展。我国民法学者王利明、杨立新参与举证责任分配、推定等问题的研究,对民事证据理论做出了积极的贡献。这些都是民法学者参与民事诉讼程序问题研究的成功例证。我国民事诉讼法学研究的繁荣,需要实体法学者的加入,期待今后能有更多民法学者参与民事诉讼程序研究。

## 民事诉讼法学的知识转型

徐 卉(中国社科院法学所研究员)

自1978年始,中国的民事诉讼法学者们在短短三十多年间,取得了丰硕的研究成果。学者们不仅初步建立起了现代意义上的民事诉讼法学的基本理论体系,而且在推动立法和民事司法改革方面发挥了重要作用。但是,回顾中国民事诉讼法学研究走过的历程并展望未来,我们看到,除了深化以前研究所取得的成果外,民事诉讼法学研究也已经到了需要通过知识转型来寻求发展的阶段了。为此,有许多重要问题需要思考。

由于特定的历史和时代背景,中国民事诉讼法学界所取得的研究成果,在相当大程度上都是围绕着民事诉讼法的制定、贯彻实施和修改所做的学术研究与探讨,并且在三十多年间的不同历史时期,中国民事诉讼法学界在总体上是以党的政策为导向而开展研究工作的。如党的十四大提出了建立社会主义市场经济的目标;十五大为了与市场经济发展的内在要求相适应,进一步提出了依法治国的要求;十六大明确提出了推进司法体制改革的目标和任务;十七大提出构建和谐社会的目标。这四个时期的政策目标,也是中国民事诉讼法学界在不同研究阶段的主导方向,并由此形成了以立法、政策为导向的特定思维模式和知识生产方式。

对此,已有学者提出了尖锐的批评,指出在这种研究范式中,“学者往往将自己定位为‘立法专家’,以发现立法问题、提出改进对策、推动司法改革作为研究的归宿,而很少有人去反思法学家们究竟做出了怎样的理论贡献”(陈瑞华:《刑事诉讼法学研究范式的反思》,《政法论坛》2005年第5期)。这种批评有其道理,然也失之偏颇。事实上,学者能够在立法和政策的制定过程中发挥作用,这本身不仅无可厚非,而且从学术理论与实践之间的有效互动来看,实则颇有好处。在这方面,我们并不必一味地以西方学者的超然状态为参照,而责难中国学者对于政策、立法活动的过度参与。事实上在西方国家,除有大量超然的、持批判立场的学者外,也存在着多种服务于政府的政策制定的学者和智库机构。如在美国肯尼迪政府时代,就职于诸多学术中心、从事各种学科研究的一大批学者们都开始将他们的思想转化为政策建议,他们提出的现代化理论在相当长时间主宰了关于国际社会变迁的各种问题的学术研究。所以,如若仅就中国的诉讼法学者对于立法和政策制定的过度投入而未能作出更大理论贡献这一表象提出质疑和批评,其实并不特

别具有说服力。

实际上, 对此问题真正需要引起重视和反思的是, 一方面, 由于长期以来固化的对策研究范式, 使学者们在从事学术研究时形成了对其头脑中深植的这种立法—政策导向立场的集体无意识, 无视在制度的建构中, 还存在着立法者和政策制定者以外的众多行动者和参与者, 他们各自都有其不同的、特定的立场, 而法律制度作为一种经验性行动系统, 其所具有的社会有效性, 取决于规则的“主体间的有效性”(哈贝马斯语)。另一方面, 在这种研究范式下, 学者们倾向于直接将自己的立场等同于立法者或政策制定者的立场, 不对自己与立法者、政策制定者之间所存在的信息不对称前提作出界分和变量设定, 甚至完全无视这种信息不对称的存在, 那么由此带来的后果就只能是: 所谓的学术研究, 其有效价值极低。所以, 尽管从事的是立法和对策研究, 但民事诉讼法学者的研究成果却越来越被实务界认为是“一纸空言”, 这种知识生产方式所带来的知识归属和知识含量都极其可疑。

中国民事诉讼法学界的主流是规范法学研究, 研究焦点集中在对法律规范的设计、解释和分析上, 而过于忽略对当下司法实践和中国问题本身的深度研究和理论关注。学者们长期局限于规则制定、概念法学、宏大叙事和西方经验, 这使得从事民事诉讼法学研究的人自身存在一种紧张关系, 其研究往往陷入“空洞的说教”、纯粹的理论抽象和演绎, 缺少对于现实的关怀, 并导致民事诉讼法学日益贫困化(参见张卫平:《无源之水——对中国民事诉讼法学贫困化的思考之一》, 载徐昕主编:《司法》第3辑, 厦门大学出版社2008年版)。

这一问题, 在有关借鉴外国民事程序制度、经验以完善我国现行法律、制度的研究方面体现得尤为突出。长期以来, 中国学者们基于各自不同的外语所长而产生的知识偏好, 习惯性地用日本、德国或者美国化的思维来对中国的民事诉讼问题进行比较研究, 最后往往得出只要在中国建构了类似于西方的法律制度体系就可以解决目前种种乱象症结的观点(而这样的观点在中国的法学理论以及许多公共法律话语中已经近乎成为一种潜意识)。但是, 人们有理由质疑, 为什么要以美国民事诉讼制度中的发现程序或者德国、法国作为参照来构造我国的民事审前程序? 学者又是从何归纳出三审终审是民事审级制度建构的所谓“国际通例”, 并以此作为论证改革我国两审终审制的理论依据? 这种比较和借鉴研究实际上并非真正的研究, 而只是用西方的理论来评判中国的现实, 把西方国家的制度潜在地当作校正中国民事司法制度的标准。特别是, 由于关于社会的个人主义观是西方知识体系的方法论基石, 西方国家诸多民事程序理论和制度的前设都是将个人自治置于正义理论的中心, 把这些制度及其理论预设视作当然, 并用以佐证和说明中国民事司法制度的应有状态, 进而对中国的种种问题做出非此即彼的判断, 致使中国的民事诉讼法学研究无力认识和解释中国的现实问题。

事实上, 忽视正在发生的司法实践, 缺乏对于相关社会事实的呈现与研究, 是造成中国民事诉讼法学者在知识体系上存在诸多缺陷的重要原因之一。它使得中国学者无从判别自己所面临的问题, 更遑论其所作选择的科学性和有效性了。在社会科学领域, 研究作为一种认识的进步意味着对认识条件、认识对象的认知所取得的进步。法律和法律体系的基础都在于社会实践, 在面临民事诉讼法学研究转型的今天, 我们有必要回过头来重建研究的起点, 即确立面向民事诉讼社会事实的研究方向, 构建关于中国民事司法实践和中国问题的知识体系。

这种社会事实, 不是法条主义所研究的次级事实(second-order facts), 而是次级事实背后的初级事实, 即由各种地方性情势以及司法人员和其他与这些复杂的法律规则相关的人士(包括一般老百姓)的实际行为所构成的那些事实(参见Dennis Lloyd:《法律的理念》, 张茂柏译, 台湾联经出版事业公司1984年版, 第99页)。其中的主体不能被化约为抽象的“当事人”, 而应是中国社会转型过程中形成的不同利益分层和具体的社会群体; 其中的问题, 也不应被简单地概括

为“立法问题”、“体制问题”，而是以最繁复、最细微的形式呈现出的各种权力关系和结构，以及人们对这些民事诉讼社会事实的认识和解释，由此才使得那些旨在适用于它们的程序规范和诉讼架构具有意义和目的。或许这样的研究在最初可能会显得琐碎或微不足道，但中国正处于转型时期，社会制度与结构的变迁犹如世界上最大的一个人类实践活动的试验场，并且已经对于一些规范性理论形成挑战。为此，我们必须以探寻具体社会事实的方式去建构有关中国民事司法的知识结构和知识体系，否则无法使宏大的历史、制度变迁本身得到明晰的理解。

中国民事诉讼法学界经过三十多年的研究和积累，成果已经覆盖了很多问题领域，但其间也充斥着大量简单重复性的知识转述。要改变这一状况，除了反思目前的研究范式和思维定势，明确民事诉讼法学研究知识转型的方向以外，还必须要确立那些能够使学术研究得以自我批评和重建的基准，否则，我们不可能建立起科学的、体系化的民事诉讼法学研究。

在当今大量的民事诉讼法学研究成果中，我们可以发现一个普遍存在的问题，那就是学术传统的缺席。在研究中，学者们往往满足于把各种观念随意嫁接起来，或者对各种术语作简单的比较，而不是在特定的理论、学说传统的语境下展开分析、论证。如很多中国学者在讨论程序法治问题时，往往不加分辨地将各种不同的理论学说引用到自己的文章中，包括美国宪政的建国之父们的观点、法国法学家的观点以及德国法学家的观点，等等。这种做法是把各种前人提出的学术理论肢解为单个的成分，然后根据研究者自己的特定目的将其拼装成著作、论文等研究成果。这种肢解，除了只能破坏所援用理论本身的完整性外，不能获得任何有价值的研究成果，因为人们不能指望从成分本身获得问题的答案。只有在学术传统或理论脉络中开展研究，理论的组成成分才能在特定的研究中获致思考的意义和价值。然而当下中国民事诉讼法学研究领域所呈现出的状况是，我们不仅不关注学术研究传统或理论脉络预设，甚至还没有学术研究必须在学术传统或理论脉络中展开的意识。

为此，作为一个基础性的前提条件，我们必须在研究中明确学术传统的在场，并由此展开严肃的学术批评。在确立学术研究自我批评和重建的手段上，毫无疑问，通过实践对理论予以检验和批判当然是题中应有之义。但是，目前中国民事诉讼法学界在理论和实践的研究互动中，仍存在着颇为明显的机会主义倾向。即，从表面上看，理论观点似乎与改革实践浑然一体，二者互相印证，但实际上，理论是贫乏的缺乏体系化的理论，而实践则是削足适履、只见树木不见森林的实践。这种理论与实践表面上的相互印证掩盖了深层次上二者的内在脱节，而在其背后的代价则是当事人基本权利保障的深度缺位与社会正义成本的不断上涨。在这方面，如何既贴近现实，使我们的学术具有鲜活的生命力，亦出离现实，让我们的学术保持持久的批评力，应是今后中国民事诉讼法学者必须认真对待的问题。为此，必须加强理论的系统性，注重研究方法的完整性，惟有如此，学者才能真正成为独立的和准超然的社会观察者与知识生产者，为我们的制度发展与社会进步做出贡献。

## 民事诉讼法学研究方法的多元递进

汤维建(中国人民大学法学院教授)

理论法学作为民事诉讼法学的一种研究范式或学说类型是在超越注释法学的背景和语境下产生的，其基本特征在于为探寻根本的诉讼规律而从事价值分析，有时也落脚为对策法学。需要指出的是，“专注于民事诉讼法学基本理论的探讨，包括民事诉讼目的、价值、模式、既判力、诉权等，并使民事诉讼法学理论体系化”，并非就可以构成理论法学。理论法学的基本功能在于它