

果如何,在该国社会(包括理论界)受到如何的批评,等等,而后才说得上是否适合我国实际的问题。在这个问题上,谨慎一些没有坏处。

第三,对我国民法制度的批评稍嫌轻率。

近年来,我国的民事立法有了很大发展。随之而来的是对于我国民事法律的批评也逐渐增多。本来,对于立法的研究和批评是法学研究的主要途径,但不少的批评文章缺乏必要的慎重。例如,在没有了解立法原义的情况下就进行批评;在对法律规定缺乏正确理解的基础上进行批评;以外国的相关制度为理想范本来批评我国的民法制度等等,这就使其批评缺乏说服力。当然,我国的法律不附立法理由书,是造成这种现象的一个重要的客观原因,但是作为理应是规范、严谨的法学研究而言,上述现象是无论如何不该存在的。

另外,看一个法律制度是否合理,有的时候并不在于纯粹的逻辑判断和价值判断,而在于它能否很好地适应社会生活的需要。因此,它只有经过一段时间的适用才能显示出其合理性或者不合理性。在一项法律制度刚刚设立的时候就加以批评,多少有些“想当然耳”,除非该制度有着十分明显的瑕疵。

第四,对于民法理论缺少体系化的研究。

经历了几千年的发展,特别是经过长于哲学思辩的德国民法学者的贡献,大陆法系的民法理论已经形成了一个完整的、自足的体系。这个理论体系具有相当的逻辑性,就象一架机器,虽然有的时候运转得不那么自如,不是那么有效率。因此,我们在对某一个民法问题进行研究时就应当考虑到可能受其影响的其它方面和别的制度设计。有的作者在进行民法某项理论或者制度的研究时,过多地注意了该问题在理论上的合理性,而没有顾及对其它方面的影响。特别是在提倡英美法的理论和制度时没有考虑和我国大陆法的法律和理论体系如何协调。一个国家的法律是一个系统,一种法学理论是一个体系,它追求的是相对的效率 and 相对的合理性。在某种意义上,这种追求是以牺牲某个方面的效率和合理性为代价的。如果我们追求一个一个局部构造的合理性,整个系统的效率就可能下降,整个体系的相对合理性就可能会被打破。

以上这些现象表明,我们有些作者在进行民法学研究时的心态还是有些急躁,急于发表成果,缺乏长期坐冷板凳的精神。阶段性、应用性的研究是必要的,但如果有一批对于民法理论进行深入的体系化研究的学者,我国的民法理论研究就可能早日走在世界的前列。

民事诉讼法学研究述评

潘剑锋 徐继军 庞飞 闫春德 张广兴*

一、基础理论研究

1. 关于民事诉讼程序的价值

2000年学者们继续强调诉讼法相对于实体法的独立性,但在观点和方法上有所创新。有人从诉权理论历史发展的角度论证诉讼法的独立地位,主张从诉讼法与实体法二元论的立场

* 潘剑锋,北京大学法学院副教授;徐继军、庞飞、严春德,中山大学法律学系硕士研究生。

来确定二者的关系,认为诉讼法和实体法是共同服务于诉讼制度的两个车轮,无主从先后之分。^[1]有人从法院裁判的生成角度分析,认为民事诉讼程序直接决定着裁判基础的法律事实的提出、认定与范围,因此诉讼法相对于实体法,对于法院裁判更具决定意义。^[2]有人认为民事程序法与实体法是相互独立又相辅相成的,程序法不是实体法的“助法”,也非其“母法”,程序法既要具有对实现实体结果的有用性和有效性,也须具备必要的正当性和合理性,符合程序正义的价值标准,因此应当反对过分强调程序法本位。^[3]

有人通过对我国程序独立价值理论的回顾,认为程序价值理论植根于对人的尊严的尊重,强调程序本身的合理性与正当性,追求纯粹的程序价值,进而实现实体正义。公正的程序具有促进实体正义、吸收不满、限制法官恣意、树立司法权威、弥补实体法缺陷等独立价值功能。因此应当处理好程序正义与实体正义、诉讼效率、中国国情的关系,避免片面化和绝对化。^[4]至于什么是民事诉讼程序的价值,在传统的公正性与经济性价值观的基础上,有人针对我国的现实情况,从法哲学的高度透视民事诉讼程序现象,进而将民事诉讼程序的价值区分为内在价值与外在价值,前者包括程序公正、程序效益与程序自由,后者包括实体公正与秩序的维持,并就二者之间的冲突与协调进行了分析论证。^[5]还有人跳出了公正性与经济性的传统价值模式,提出了“程序安定论”。认为,程序安定应成为民事诉讼制度的基本价值取向,程序安定包括程序规范的安定和程序运作的安定,其基本要素包括程序的有序性、程序的不可逆性、程序的时限性、程序的终结性和程序的法定性。^[6]

2. 关于民事诉讼的基本原则

民事诉讼的基本原则作为民事诉讼价值的下位概念,在理论研究中得到了学界的关注。有人对民事诉讼基本价值的体系进行研究,分析了我国现行民事诉讼法的原则体系,提出应当重建统一和谐的基本原则体系,将一般原则、共有原则分化出来,排除在基本原则体系之外;将民事诉讼法的具体原则剔除在基本原则体系之外并明确地区分基本原则与基本制度;充实和完善已有的基本原则,包括平等原则、处分原则、辩论原则和调解原则;补充适应社会主义市场经济的新的基本原则,包括诉讼经济原则和法官中立原则。^[7]还有人以公平、正义为指导理念,提出应当在民事诉讼中引入诚实信用原则。诚实信用原则对法官、当事人以及其他诉讼参加人具有制约作用。诚实信用原则的程序功能是,将道德准则法律化、赋予法官自由裁量权、防止法官滥用自由裁量权等。^[8]民事诉讼原则体系与诚实信用原则的研究,充实了我国民事诉讼的理论体系,对于协调和规制对抗制诉讼在中国的发展可能会起到积极的作用。

二、审判方式改革研究

1. 关于审前准备程序

[1] 张家慧:《诉权意义的回复——诉讼法与实体法关系的理论基点》,《法学评论》2000年第2期。

[2] 占善刚:《民事诉讼法与民事实体法之关系探析》,《法制与社会发展》2000年第5期。

[3] 齐树洁、张冬梅:《试论民事程序法的意义》,《法学评论》2000年第1期。

[4] 黄松有:《程序独立价值理论与中国民事审判实践》,《法学评论》2000年第5期。

[5] 肖建国:《民事诉讼程序的价值》,载《司法现代化与民事诉讼制度的建构》,法律出版社1999年版。

[6] 陈桂明、李仕春:《程序安定论——以民事诉讼为对象的分析》,《政法论坛》1999年第5期。

[7] 姜群:《论我国民事诉讼法基本原则体系》,载陈光中主编:《依法治国·司法公正》,上海社会科学院出版社1999年版。

[8] 聂明根:《民事诉讼法上的诚实信用原则研究》,《诉讼法论丛》第4卷。

针对过去审判实践中法官十分注重在开庭前对案件的接触,尚未开庭已经对案件的处理形成难以动摇的观点,导致庭审形式化的问题,在审判方式改革的初期,有学者提出“一步到庭”的主张,并为部分法院所接受。

随着民事诉讼中当事人主导的观念树立,法庭的对抗日趋激烈,“一步到庭”模式也日渐显现出弊端,集中体现在两个方面:一是难以实现审判公正和司法公正。由于“一步到庭”或“直接到庭”,未经充分准备,一方面不利于证据的收集,在另一方面也容易出现“证据突袭”。二是难以保障审判效率。由于诉讼中的争点不能集中,极易产生诉讼拖延,使审判缺乏效率。^[9]

为此,不少学者对审前准备程序进行了研究,对两大法系有代表性的民事诉讼审前准备程序的概念、含义以及具体制度的设置进行整理和比较,提出了审前准备中当事人与法院作用分担的问题,认为充分调动产当事人的积极性,审前准备应实行当事人意思自治,以当事人的活动为主。在肯定当事人主导的基础上,强调保持和发挥法官的程序控制功能。^[10]有人对此提出具体设想,例如规定被告不按期提交答辩状将承担由法院按照原告诉讼请求直接判决的不利后果,建立审前证据交换制度,建构约束性辩论原则,建立完整的举证责任制度等。^[11]

2. 关于再审程序

我国民事再审制度构建在“实事求是,有错必纠”的立法指导思想之上。很多学者对我国现行再审制度中存在的问题,如再审条件和范围过宽、再法定事由不明、无审次限制,不利于程序的安全和程序利益的实现等进行批判。在此基础上,学者们提出了各种重构再审程序的设想,认为构建再审程序的立法指导思想应从“实事求是,有错必纠”转换为兼顾纠正错误裁判与保持生效裁判的稳定。有人主张民事再事理由应当法定化,再审的法定事由包括:裁判主体不合格、裁判依据不合法、违反法定程序,但违反程序的裁判作为再事理由应慎重考虑。^[12]有人认为再审程序只应纠正生效裁判中的重大错误而非一般错误;再审原则上只能由当事人提起;发动再审应受期限限制。^[13]但是,学者在改造再审程序的具体路径上,却存在着分歧:有主张建立三审终审制;有主张取消法院依职权发动再审,完善检察机关的抗诉监督;^[14]更有学者基于对程序安定以及司法权威的追求,主张取消再审制。^[15]

三、证据制度研究

1. 关于证据的客观性

长期以来,学界认为对案件事实的认定必须达到客观真实的程度。随着要求事实的再现由当事人通过举证完成,有人认为,对证据、事实强调客观真实,是对辩证唯物主义认识论的机械适用。过分强调客观真实会导致诉讼的拖延,不但不利于诉讼经济的实现,而且会因此损害诉讼的公正性。^[16]有人提出应当将“客观真实”改为“法律上的案件事实”或“外表真实”。只要当事人提交的证据符合证据规则,审核证据和认定事实经过并符合法定程序,认定事实的思

[9] 谭秋桂、林瑞成:《法、美、德、日四国民事诉讼准备程序比较》,《求索》2000年第2期。

[10] 王亚新:《民事诉讼准备程序研究》,《中外法学》2000年第2期。

[11] 占善刚:《完善民事诉讼审前准备程序之构想》,《现代法学》2000年第1期。

[12] 张卫平:《民事再事理由研究》,《法学研究》2000年第5期。

[13][14] 李浩:《民事再审程序改造论》,《法学研究》2000年第5期。

[15] 季卫东:《程序比较法》,《比较法研究》1993年第1期。

[16] 蔡彦敏:《对“以事实为根据、以法律为准绳”原则的重新释读》,2000年武汉民事诉讼法研究会年会论文。

维过程符合人类思维理性,就可以认为证据和事实是真实的。^[17]有人认为所谓“事实”应当是法院和当事人在充分行使诉讼权利的基础上予以确认并信赖的事实,即“确信真实”。^[18]

2. 关于证据的判断

人类历史上出现过四种关于证据判断的原则规定:第一种是神誓、神判;第二种是法定证据制度;第三种是自由心证;第四种是我国曾经提倡的实事求是的证据判断原则。有人认为,无论是自由心证主义还是法定证据主义,都有自身的优点与缺点,不能片面地强调采用自由心证主义或者是法定证据主义。在我国,由于法官素质不高,将一些经实践证明是合理的有关证据采集、使用和证明力判断的审判经验上升为证据规则,对于法官依法裁判具有积极意义。但是,在自由心证主义与法定证据主义之间,还是应当以自由心证主义为主。^[19]有人通过介绍国外的有关证据规则(尤其是证据排除规则,包括传闻证据排除规则、意见证据规则、关于事实的排除规则等),提出按照证据的客观性、关联性、合法性标准建立我国的证据规则,以加强对法官心证的约束。^[20]但也有人认为,对法官心证的约束并非单单靠证据规则来实现,自由心证的证明原则是对法官判断证据的解放,要有效地进行约束,更重要的是通过完善当事人有关证据的权利,建立完善的庭审制度(具体包括贯彻口头辩论原则、公开原则、直接原则),建立法官内心确信形成的担保制度(如心证公开-说理)来使法官作出正确的判断。^[21]

四、民事检察制度研究

在民事诉讼中,法院与检察院的关系主要集中体现在民事抗诉程序中。但是,检察院在提起抗诉,对法院实行监督过程中,面临诸多困境,时常导致检察院与法院之间的权力冲突。它包括现有民诉法对抗诉制度的立法缺陷以及由于法律不明确而引起的争论,特别是检察机关与法院在某些具体问题上产生的意见分歧及司法实践中检察监督权与审判权的磨擦与冲突。上述困境与争论的存在,使民事抗诉制度成为我国学界及实务界的一个重要课题。

1. 关于民事抗诉案件的范围

持有限检察监督论的学者认为根据现有法律的规定,民事诉讼检察监督是事后监督,因此,民事抗诉案件应仅限于诉讼结束后发生法律效力法院裁判;^[22]而持全面检察监督论的学者坚持认为检察机关应对审判过程、裁判结果同时进行监督,甚至认为应对法院的审判活动、当事人及所有诉讼参与人的诉讼活动、对于诉讼案件的审判程序、对于非诉讼案件的审判程序乃至执行程序等进行全面监督。^[23]

2. 关于民事抗诉级别问题

大部分学者认为检察机关提出抗诉后,应由同级人民法院对案件进行再审,而不应交由其下级法院再审,以利于发挥上级法院的审判监督职能。^[24]另有学者主张可由同级检察机关直

[17] 张晋红:《证据客观性特征质疑》,2000年民事诉讼法研究会年会论文。

[18] 李祖军:《确信真实,一种新理论的结构优势》,《法学评论》2000年第3期。

[19] 李浩:《民事证据制度若干问题的法律分析》,中国诉讼法2000年年会。

[20] 杨荣新、乔欣:《论民事诉讼证据的排除规则》,第三届全国民事诉讼法学研讨会论文。

[21] 刘荣军:《自由心证主义的现代意义》,第三届全国民事诉讼法学研讨会论文。

[22] 李浩:《民事诉讼检察监督若干问题研究》,《中国法学》1999年第3期。

[23] 胡亚球:《论民事诉讼中检察监督权的完善》,1999年5月(重庆)第二届全国民事诉讼法学年会论文。

[24] 廖永安、何文燕:《民事抗诉程序若干问题研究》,《法学评论》2000年第2期。

对接对同级人民法院的生效裁判提起抗诉,以增强检察监督职能,把“矛盾消灭在基层”。^[25]

3. 关于检察机关在抗诉再审中的权利与义务

学者们均认为我国现行民事诉讼法对检察机关在检察监督再审中的地位、义务与权限均无明确规定,不利于民事诉讼检察监督的进行,并容易引起检察机关与人民法院之间的矛盾,因此,均主张对其加以明确规定。一些学者已明确提出应赋予检察机关在检察监督再审中有调查取证权、阅卷权、参与法庭调查权等。^[26]

4. 关于可否再次抗诉

我国民事诉讼法对此没有明确规定,法院与检察机关的观点截然相反,法院认为凡是原抗诉机关再次抗诉的,法院不予受理。检察机关认为这是对其权利的不当限制。学者们在这个问题上似乎并没有达成一致意见。

然而,在这些具体问题的背后实际上隐藏的是检察监督权与司法审判权存有矛盾这一根本性的现实问题。法院系统的学者认为法院审判独立具有重要的内在价值与外在价值,为了保障法院独立审判,必须排斥外在监督和干预,而现行民事诉讼检察监督制度已经在一定程度上损害了法院对审判权的独立行使,不利于司法公正与社会正义。因为根据现行民事诉讼法的规定,人民检察院对任何一级法院的生效裁判都可以提出抗诉,而人民法院对人民检察院提出抗诉的案件,都应当再审,再审案件均应中止原判决的执行,这实际上已使得我国的两审终审制和最高人民法院的终审裁判权形同虚设,因而极力主张对检察监督进行限制与改造,强调检察监督的对象应当限于法官个人的违法行为、违纪行为以及道德品行等情况,而不能涉及法官对案件所作出的裁判,以确保审判的独立性。^[27]与此相反,检察机关的同志认为目前民事诉讼检察监督制度不但无害于审判独立,而且对于保障司法公正、树立司法权威、维护国家法律的统一正确实施,具有重要作用。我国现行的民事诉讼检察监督制度范围过窄,监督力度尚不够,应进一步坚持和完善这一制度。认为审判独立并不排斥对审判活动的监督,对审判权的监督,与权力机关、法律监督机关对审判权的干预完全是两回事。进而提出应当采取各种方式完善具体的民事诉讼检察监督,充实检察机关在民事诉讼中的职权:第一,继续坚持并完善抗诉制度,增加上诉程序的抗诉权;第二,规定检察机关在一定条件下有权参与民事诉讼,作为特殊诉讼主体;第三,有权向人民法院提出检察意见与检察建议,人民法院应当考虑;第四,有权就人民法院在审判中的程序错误发出纠正违法通知,等等。^[28]针对法检两家在民事诉讼检察监督问题上的意见存在重大冲突,一些学者主张法检两家的最后冲突应由最高立法机关裁决,而不应由最高人民法院单独作出司法解释对检察机关的权限进行不当限制,以示公允。^[29]

简 评

2000年民事诉讼法学的研究反映出如下几个特点:第一,问题的讨论相对而言比较集中。这在一定意义上说明,我国民事诉讼法学的研究已经逐渐向纵深的方向发展。第二,集中讨论的理论问题许多都与民事诉讼实践有关。例如,审前准备程序问题、二审程序问题、再审程序

[25] 杨立新:《民事行政诉讼检察监督与司法公正》,《法学研究》2000年第4期。

[26] 蔡彦敏:《从规范到运作——论民事诉讼中的检察监督》,《法学评论》2000年第3期。

[27] 黄松有:《检察监督与审判独立》,《法学研究》2000年第4期。

[28] 杨立新:《民事行政诉讼检察监督与司法公正》,《法学研究》2000年第4期。

[29] 前引[26]。

问题、证据制度问题、检察机关参与民事诉讼问题等热点问题。这一特点的形成,与中国的社会实践有着密切的联系——近两年开展得如火如荼的司法改革活动,对中国法学界的研究活动产生了巨大的影响。而以民事诉讼司法实践为自己研究对象之一的民事诉讼法学所受到的影响更为直接。第三,在研究方法上,运用比较的方法和理论联系实际的方法来论证问题的比较多。前者在讨论如何健全我国的有关民事诉讼制度(如关于审前准备程序的问题)时表现得尤其突出,而后者则在讨论如何完善我国的有关民事诉讼制度(比如,关于二审问题、再审问题、证据制度问题等)时表现得相当明显。

应该认识到,学科研究的热点问题,不仅仅反映该学科的理论发展的水平,而且往往还代表着该学科在相当长一段时间的研究方向。我们认为,集中讨论与社会生活实践密切相关的有关问题,需要继续坚持,但是,不能因此削弱对民事诉讼法学基础理论问题的研究。之所以要强调这一点,是因为我们注意到,从近几年的研究成果来看,对民事诉讼法学基础理论的研究虽然还有一些,但较前几年要少,对此应当引起注意。

民事诉讼法学的研究对象与研究方法之间是有紧密联系的,具体研究的问题与具体的研究方法之间也有有机的关联。运用什么样的研究方法来研究有关问题似无定论,或许也不应该有定论,但有一点可以肯定,对新材料的阐释、新问题的解决,往往需要运用新的方法。由于受传统的法学思维、概念体系的影响,民事诉讼法学的研究在方法上仍然没有取得突破性的进展。另一个问题是,在具体方法的使用上,应当遵循一定的规律,而不可机械地运用,比如,理论联系实际,应当是运用学科的基本原理对实践中的问题进行说明,而不应该是对实践中存在的问题作自我的说明然后声称是理论说明;比较方法的运用,应当是建立在对需要进行比较的两者都有正确认识的基础上,否则比较的结果只能得到错误的结论。

应当承认,民事诉讼理论研究中还存在若干不足之处。例如,研究往往停留在介绍外国相关诉讼制度的层面上,对于国外相关制度的基础理论研究相对欠缺,影响了对外国先进制度的借鉴与移植;还有,在国外先进制度的介绍、引进过程中,不注意对我国实际情况的考察研究,忽略了法律制度赖以生存的制度基础与社会基础。例如,一些学者主张借鉴英美民事诉讼中的证据规则,但却没有考究该证据规则存在的背景——陪审团裁判制的存在,没有具体研究该规则在不存在陪审团的我国是否能够适用。再有,对于诉讼制度的研究仍显散乱,各制度的改革没有做到相互协调统一,割裂了本应完整的民事诉讼制度体系,影响了制度改革的效果。

以下是对几个具体问题的看法。

民事诉讼法与民事实体法两者的关系是民事诉讼法学研究的老问题。否定民事诉讼法是民事实体法的助法和从法的观点,并不是最近两年才提出的新观点,可以说这一观点现在在民事诉讼法学界已经基本达成了共识。这两年对这一问题的讨论,主要是从什么样的角度来说明民事诉讼法的独立性问题,说明民事诉讼程序的独立价值在什么地方。这些讨论应该说对传统的视角是有所突破的。但是,我们应该注意到:第一,讨论民事诉讼法与民事实体法之间的关系,主要目的是说明他们在法律体系中的地位以及两者之间的相互关系,即说明两者对社会生活发挥共同作用或者单独的作用,而不应该是两者之间比“高低”;第二,在讨论民事诉讼法与民事实体法的关系时,强调民事诉讼法的独立性和民事诉讼程序的独立价值,目的不仅仅在于说明民事诉讼在社会生活中的独立作用,更重要的是在于通过这样的一种说明,来阐释民事诉讼法对民事实体法的影响,从而说明两者之间的关联性。

主张在民事诉讼法中应当确定诚信原则的观点,切中了民事诉讼实践中的一些时弊,有一

定的现实意义。不过,我们应当注意到,这项原则的贯彻对法院和法官素质的要求是相当高的,对当事人法治观念的要求也是相当高的。因此,要设立这项原则,就需要对其确立的现实性作进一步的论证。

对民事诉讼证据制度的讨论,可以说是近几年民事诉讼法学研究的一个热点。通过对民事诉讼证据有关问题(如举证时效问题、证据规则问题、证明标准问题)的讨论,许多学者对下列问题基本上达成了共识:第一,应当在民事诉讼证据制度中设立举证时效制度、确定有关证据规则;第二,法院通过证据的运用所查明的案件事实的真实性应该是“法律真实”而非“客观真实”;第三,“实事求是”的原则在立法上作为一个总的指导原则是合理的,但在证据制度立法上则应当规定更为具体的证明标准。这些认识的形成,无疑是对传统观点的冲击。上述观点虽然在若干年以前已经提出过,但过去的提法不象最近两年这样系统。但是,我们注意到,上述观点也有值得进一步研讨之处,主要问题在于:第一,由于这些论点与传统的观点反差过大,如果仅就某一制度来谈其必要性和可行性,单独看是有相当说服力的,但联系到其他民事诉讼制度就可能发生问题,因为其他的制度是在传统观念的指导下确立的。因此,在对某一制度进行讨论时,有必要进一步探讨这一制度的建立对相关制度的影响;第二,这些观点的形成受国外的有关理论和立法及司法的影响比较大,而对国内的现实情况考虑得比较少,由此,其可行性自然很容易受到怀疑。因此,对这些问题的研讨还应该更多地研究中国的现实情况,以便使其在制度和观念的更新中起到预期的作用。

学者们对审前准备程序、二审程序和再审程序的讨论,其成果所产生的意义与学者们对民事诉讼证据制度讨论所产生的意义是十分相似的,所存在的问题也是类似的。值得特别强调的一点是,这些程序的设立,与证据制度的运用都有一定的关联。在对这些问题进行讨论时,结合有关证据制度(比如举证时效制度)来考虑,应当是十分必要的。

我们认为,民事诉讼法学研究应当注意以下几点:首先,继续加强对民事诉讼基础理论的研究。在研究过程中,应当注意实现从价值理念到制度建构的转移,建立具有内在逻辑统一性的、完整的民事诉讼基础理论体系;注重民事诉讼法与相关学科的融合,注意研究方法的多元化。其次,注意比较民事诉讼法的研究,加强对国内外民事诉讼制度的对比,在介绍、引进国外先进诉讼理念、诉讼制度的同时注意与中国社会之间的衡平。为了实现此目标,应当重视调查研究,并使更多的具有诉讼经验的法律实务工作者参加到制度改革的研究与建设当中。