

张卫平 著

民事诉讼的逻辑

清华大学文丛



清华



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

華法學文叢

張卫平 著

民事訴訟的邏輯


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼的逻辑 / 张卫平著. —北京: 法律出版社, 2015. 2

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7558 - 7

I. ①民… II. ①张… III. ①民事诉讼—研究—中国
IV. ①D925. 104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 036247 号

民事诉讼的逻辑

张卫平 著

责任编辑 高山

装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2015 年 8 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 17.75 字数 275 千

印次 2015 年 8 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 7558 - 7

定价:60.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



清华大学法学院复建二十周年

张卫平

1979年考入西南政法学院法律系，1983年本科毕业、1986年研究生毕业留校执教，1993年作为访问学者赴日本留学，分别在东京大学法学部和一桥大学法学部学习研究，1993年从教师破格晋升为教授，1996年成为博士生导师，1996年获得国家政府津贴，同年获司法部、劳动人事部“英雄模范”、四川省有突出贡献的专家学者荣誉称号。1999年年初调入清华大学法学院任教至今。

现为清华大学法学院教授、博士生导师，中国法学会常务理事、中国法学会学术委员会委员、清华大学学术委员会委员、中国民事诉讼法研究会会长、中国检察学会副会长、中国仲裁法学研究会副会长、最高人民检察院咨询委员。曾任《现代法学》《清华法学》杂志主编。

在《法学研究》《中国法学》等杂志上发表学术论文160余篇。在核心期刊上发表文章90余篇。个人独著有：《民事诉讼的逻辑》（论文集，2015年）、《回归原点的思考》（论文集，2011年）、《转换的逻辑——民事诉讼体制转型分析（修订版）》（2007年）、《民事诉讼法（第三版）》（法律出版社2013年）、《民事诉讼：关键词展开》（2005年）、《诉讼构架与程式》（2000年）、《探究与构想——民事诉讼法改革引论》（2003）、《守望想象的空间》（论文集，2003年）、《破产程序导论》（1993年）、《程序公正实现中的冲突与衡平》（1992年）、《琐话司法》（随笔集，2005年）、《那门是窄的》（讲演录，2005年）、《知向谁边集》（随笔集，2006年）、《推开程序理性之门》（讲演录）、《法学蓝调》（随笔集，2010年）等。

寻找 21 世纪的大学之道和法治精神

——新清华法学 20 周年丛书序

清华大学法学教育最早可以追溯到 20 世纪初庚子赔款的放洋生 (1909—1925), 他们当中有一部分当年远渡重洋学习法律, 是最早一批到美国读法律的中国人, 他们毕业后带着西方法治文明, 回到多灾多难的故土报效祖国。1928 年清华学校改制为大学, 法学院是最早设立的四大学院之一。新中国成立后, 1952 年全国大学院系调整, 清华大学被改造为工科学府, 文科专业并入其他高校。几十年里, 人们对清华工科院校的形象已经固化, 似乎忘记了清华本来就是综合大学, 今天教育部仍然把清华划归“理工”类院校。

1995 年 9 月 8 日, 在那个秋高气爽、天高云淡的早晨, 清华大学校长王大中院士宣布恢复法学教育, 复建法律学系。1999 年 4 月 24 日在法律学系基础上, 清华大学复建法学院。20 年后, 作为亲历这一过程的教师, 我仍然十分佩服清华大学领导当年的远见和果断。

20 年来, 81 位教师前后在这里全职任教, 目前在职 68 位, 还有 20 多位兼职教师曾经传道于此。20 年来, 八千多优秀法治人才从这里毕业, 走向法治建设和各行各业第一线。这是一个高端“移民社会”, 每一位学人的到来都有一个故事, 有一段曲折的道路。有的离开长期执教的学校, 加盟这家新式学堂, 尝试新理念, 探索 21 世纪的大学之道, 希望人生有一个全新的开始; 有的不远万里, 从大洋彼岸来到北京, 耕耘在这片法学新天地; 有的初出茅庐, 踌躇满志, 从世界各地的著名学府直接走入清华园, 开始自己对法学和法治精神的追寻。清华一度成为法学精英心中的“延安”或者说“新大陆”, 带

给人们无限的想象空间。英雄不问出处,无论何种原因“移民”到这里,大家都看上了清华园这块学术沃土和教育重镇,毅然决然迈出人生这关键的一步。一个学生在这里学习几年,称其为校友。这些老师大部分不在清华本校毕业,也许称不上严格意义的“校友”,但他们在清华的时间远远超出任何一个学生,那是十多年、几十年乃至一辈子的承诺、坚守、守望!正是这些老师的到来,才有新清华法学的故事和奇迹。

清华再次与法学相结合,不仅仅是物理上的叠加和积累,更是奇特的化学反应,形成了独特的气派、精神和品格,产生了“新清华法学”这一法学新流派。每一个人都是一个例外。每一个大学、每一个学院也都有自己与众不同的精神特质。大学的精神特质或者说品质特征是由老师、学生、校友在特定的地方、历史和文化背景下创造出来的共同的价值追求。那么,清华大学法学院,或者说清华法律学人具有什么样独特的精神特质呢?

最突出的一点,清华法律学人无论研究理论实务,公法私法,实体程序,国内国际,无不秉承清华大学“自强不息,厚德载物”的校训,具有强烈的家国情怀,承载崇高的责任使命,饱含对人民、对国家深厚的感情。清华大学诞生于多灾多难的旧中国,起源于血雨腥风的战火,可谓民族耻辱的产物。从诞生那天起,清华大学就注定对这个国家、这个世界承担着特殊责任。也许正是戴着“赔款大学”这顶屈辱的帽子,使得一代又一代清华人特别爱国,历代清华师生先天下之忧而忧,以天下为己任,为民族复兴和国家崛起而发奋努力。从1910年第一位赴美国攻读法律的张福运,到1946年参加远东国际军事法庭审判日本战犯的中国法官梅汝璈和检察官向哲浚,以及钱端升、王铁崖、端木正、陈体强、龚祥瑞等等,一直到2010年把生命奉献给清华和国家法治事业、“一切学术为了中国”的何美欢,我们都能感受到一脉相承的清华特质和清华品格:他们精通国际,洞悉世情,又非常爱国,广阔的国际视野和发自内心对国家的热爱、对事业的执着完美结合在一起。一切学术为了中国,为了人类和平进步事业,为了那比阳光都珍贵的公平正义!这就是清华法律学人一贯的价值追求,也是永恒的大学之道。

清华法学的另一个特质就是对“道”、对真理的不懈追求。法学不仅仅是古代的“律学”或者近现代的法律学,也不仅仅是一套知识体系和技能技巧,而是关于公平正义、治国理政的大学问,终极追求是建构公正和谐的社会

秩序,保障基本人权,实现国家治理体系和治理能力的现代化。法治不仅是按照法律条款治理,更重要、更根本的是追寻法治的真谛,按照理性和法治精神治理。但法律的职业属性很容易走向只重视“术”、而忽视“道”的追求和传承。丧失理想和价值追求的职业是纯粹的技术技巧,是迷失方向的知识传授,是可怕的“术”。因此,法学研究绝非简单的职业技能研究,必须同时也是关于“大道”和真理的研究。只有建立在道德理性和人文关怀基础上的法治,才具有可持续性,因为不道德比非法更可怕。法律人永远不能让知识技巧超越人类美德的底线,不能忘记天上的星空和心中的道德律。古人讲“天理、国法、人情”表达了同样的期望和诉求。大学是文明的灯塔,是讲大道、讲真理、讲理想的地方,要引导社会,而非完全被社会所引导。大学之道,在明明德。1932 年清华法学院增设法律学系就提出“本学系宗旨,系对于应用及学理两方面,务求均衡发展,力避偏重之积习,以期造就社会上应变人才,而挽救历来机械训练之流弊”。今日清华法律学人继承了清华法学这一光荣传统,追求法治的大道大德和独立精神,带着崇高的理想和对真理的热切追求开展理论和实务研究。我们为此把“独立之精神,自由之思想”十个大字印在《清华法学》封面上,作为清华法律学人共同的学术座右铭,互勉互励。法学院大楼取名“明理”也有这方面的用意。

历史上的清华法学常常中断,命运多舛,这本身就是中国百年历史的真实写照,反映了法律、法学在中国命运的变迁。这 20 年来我也常常担心法学院会不会再次关门,这种忧虑曾经长期挥之不去。一直到 2014 年中共十八届四中全会,在中华民族历史上开启波澜壮阔的法治建设工程,我才坚信清华法学院今后再也不会关门!一个国家坚持开办自己的法学院,一百年、二百年乃至永远不动摇,不信法治建不成!只要有法学院在,法治就有希望。有位清华老领导当年参观百年哈佛法学院,看到十多栋雄伟的大楼屹立在法学院校园中,说了一句意味深长的话:光看哈佛法学院这么多大楼,就知道这个国家建设法治的决心有多大,就知道这是世界一流法学院。

20 年来,清华法律学人在学校大力支持下,一方面广筹资源,兴建大楼,让法学院永远扎根清华园沃土和中华大地上,表达对法治建设的坚定承诺;另一方面,在继承清华法学优良传统基础上,锐意改革,推陈出新,极大扩展了法学的内涵和外延,为法治中国建设贡献才智,为中国法学增添新的光彩

和荣誉。这20年既是历史的延续,也是伟大的开端。清华法学的故事时隔多年,不仅延续下来,而且扎根、升华,不断发扬光大,深入人心。在全面推进依法治国新的历史起点上,在决定中华民族前途命运的这场“广泛而深刻的革命”中,清华法律学人没有缺位,也不能缺位,必将发挥更大的作用,扮演更重要的角色。清华法学必将不负众望,不辱使命,焕发出新的生机与活力,再造新的辉煌,“历千万祀,与天壤而同久,共三光而永光”。

在这个特殊的历史时间节点上,在全面推进依法治国元年,为庆祝清华大学恢复法学教育20年,清华法律学人把自己多年的学术成果汇编成册,分批出版,意义非凡。尽管大家研究的具体领域不同,学术理想和观点也有差异,语言风格自然也各不相同,但是透过每篇文章的字里行间,人们仍然能够看到其中的共性,看到新清华法学鲜明的精神特质和价值追求。每一篇文章,每一行文字,都是呕心沥血之作,都是用真心、带着理想和深厚的情感写出来的学术精品。我不善于写序,也无法完全概括同事们取得的学术成就,只是把我所理解的清华法律学人对21世纪大学之道和法治精神的探寻加以初步总结归纳,与诸君切磋共勉,并聊以为序。

王振民

2015年5月5日

于清华园明理楼

目 录

民事诉讼法学的贫困化	001
民事诉讼体制与诉讼正义	045
民事公益诉讼原则的制度化及实施研究	088
民事诉讼中的诚实信用原则	114
第三人撤销之诉研究	127
民事诉讼中举证迟延的对策分析	170
再审事由规范的再调整	188
公证证明效力研究	204
公证证据保全的法理	229
讯问、询问笔录证据效力探究	246
小额争议诉讼程序与审级问题	261

民事诉讼法学的贫困化*

目 次

导言:贫困化问题的提出

一、民事诉讼法学理论与实践的脱离

二、研究方法的缺失与失范

三、研究主体自主性失位

四、程序与实体的分离

结语

导言:贫困化问题的提出

从20世纪80年代我国内地恢复法学研究开始至今,毋庸置疑我国的法学研究取得令人瞩目的成就,虽然法学各学科之间在其发展程度上有所差异。相较程序法学领域,实体法学领域发展更快;相较民事诉讼法学,刑事诉论法学发展更快。^①这种发展进程与我国长期重刑轻民、重实体轻程序密切相关,也是中国法治从初级向中高级阶段发展的必然,与中国的法制历史和法治的发展阶段吻合。就民事诉讼法学研究而言,^②与改革开放之初相比,毫

* 本文刊载于《清华法学》2014年第1期,文章原标题为《对民事诉讼法学贫困化的思索》。

① 就两大诉讼法学的比较而言,这种判断的一个依据是研究成果的产出数量(论文、著作)。提取21种法学类核心期刊刊登的刑事诉讼法和民事诉讼法的文章数量来看,刑事诉讼法方面的论文总量都高于民事诉讼法。资料显示,1983~1993年,刑事诉讼法学类论文618篇,民事诉讼法类454篇;1994~2004年刑事诉讼法学类894篇,民事诉讼法类711篇;2005~2014年刑事诉讼法学类758篇,民事诉讼法类520篇。(上述数据由清华大学法学院博士研究生周洪江提供)

② 本文中的民事诉讼法学是指广义上的民事诉讼法学,即包含关于民事诉讼程序、执行、仲裁、诉讼外纠纷解决与民事诉讼关联、民事诉讼法中非讼程序的相关研究。

无疑问,我国民事诉讼法学已经有了相当大的发展。

对民事诉讼法学发展状态的上述认识主要是基于三个维度的考察和判断。其一是研究成果产出的规模化;其二是研究范围的广度;其三是研究的深度。研究产出的规模化程度主要考察论文发表和著作、译著、教材的产出量。论文发表方面,据不完全统计,近十年来每年大约有几百篇有关民事诉讼(含执行、仲裁、诉讼外调解)的论文公开发表,仅2007年在正式刊行的杂志上公开发表的关于民事诉讼的论文就有近八百篇,从2007年到2010年每年论文发表的数量也还在持续增长,虽然增长率不高。^③数量上是惊人的,2012年民事诉讼法学方面的论文多达一千五百余篇。^④著作、译著、教材方面,从20世纪80年代至今,关于民事诉讼法方面的专著、译著约有几百种以上,民事诉讼法的教材约有近百种。独著的著作比例越来越高。在研究的广度方面,我国民事诉讼法学者的研究也已经基本涵盖了民事诉讼法的各个方面——主管与管辖、民事诉讼与审判程序、特别诉讼程序(如海事诉讼特别程序)、保全、当事人、纠纷解决方式的多元化、执行、证据、裁判效力、检察监督、仲裁等。过去研究薄弱的非讼程序、家事诉讼程序,近几年有了比较细致和深入的研究。研究的深度是一个比较难以精确度量的维度。通常而言一个度量的标准是研究是否涉及了该问题的主要方面,问题的原因揭示和解释以及解决方案的设计上是否到达了很高境地。考察的依据资料是主要是核心期刊论文与研究专门问题的著作。从这两个方面来看可以肯定有所深化。

研究方法的创新和运用是一个学科发展的标志。民事诉讼法学在研究方法方面也有所更新,并呈现多样化的发展态势,学者的研究视野也更加开阔,人们试图突破过去简单解读、阐释民事诉讼法和司法解释文本的语义学和概念法学的束缚,试图更多地挖掘民事诉讼法的应有机理、结构和运行方式。

民事诉讼法学研究的发展与研究人才、研究实践的积累,与社会开放、制度借鉴、移植有直接的关系。经过几十年,已经培养了一大批民事诉讼法专业的硕士研究生和博士研究生,其中有相当数量的博士研究生毕业后成为讲

^③ 此数据根据论文检索系统获得。

^④ 参见《2013年法律年鉴》,法律出版社2013年版,第951页。

授民事诉讼法的教师,继续从事着民事诉讼法的研究,不断推动着我国民事诉讼法学的发展。还有一批数量虽然不大,但影响很大的留学生们归来,也影响着我国民事诉讼法学的发展。二十世纪八九十年代毕业的硕士研究生和博士研究生已经成为民事诉讼法学方面的副教授、教授和博士生导师,这些人无疑是推进我国民事诉讼法学发展的主力军。除了高等院校的民事诉讼法学研究者之外,在各级司法实务部门从事研究的不少专家,尽管并非单一研究民事诉讼法,但也对民事诉讼法学的发展起到了重要的作用。无论是学者还是专家,通过几十年的研究,积淀了比较厚重的学术成果,为民事诉讼法学的进一步发展打下了基础。

但我们也应当清醒地认识到,我国民事诉讼法学还远远不能适应我国民事诉讼发展的需要。向外看,与其他法治发达的国家和地区相比,我国民事诉讼法学的发展还有很大的差距;向内看,与民事实体法学、刑法学、刑事民事诉讼法学等相比,民事诉讼法学也有很大的差距。这种差距还并非研究成果产出规模化的差距。还在于研究的实效性、研究的深度、研究的独创性、研究的针对性和研究的厚重性等方面。虽然论文、著作、教材,尤其是论文的产出虽有相当的规模,但是观点重复者多,且低层次者多,高水平论文少。如果更细致、深入地考察可以清晰地发现民事诉讼法学实际上处于一种贫困化的状态,并非像外在表现得那样光鲜和丰满。并且这种贫困化状态还在延续,在有的方面,甚至还在进一步扩大。

民事诉讼法学贫困化的表征是多方面的,笔者大体上将其归纳为四个方面:(1)民事诉讼法学理论与实践的脱离;(2)程序与实体的背离;(3)研究自主性失位;(4)研究方法的缺失与失范。这四个方面也就构成了我国民事诉讼法学贫困化的成因及相互影响的症候群(Syndrome)。这些表征同时也是民事诉讼法学贫困化的直接原因。间接但更为宏观、深层的原因是民事诉讼法治和学术研究生态环境。在诸多直接原因中,最主要、最关键的原因是理论与实践的脱离。深入分析这些原因,便可以发现更深层的原因,有些是制度性的、结构性的,与中国法治的进程和社会发展有直接关联。没有法治推进,就不可能有丰富的法治实践,也就不可能有法学的发展,也就不可能有民事诉讼法学的发展。限于专业研究领域,本文主要考察和分析民事诉讼法学贫困化的直接原因,法治发展的问题过于宏大,远超笔者研究认知能力。

对民事诉讼法学贫困化的这种认识无疑是对我国民事诉讼法学的自省。笔者认为这种自省是非常必要的。没有这种自省,便不能倒逼人们着力于改变制约的环境、制度和机制,自然也就不可能有民事诉讼法学今后的发展。这种自省不是自卑,而是积极的姿态。笔者试图在本文中更深入地揭示民事诉讼法学贫困化的原因,并尽可能地提出能够消解这种贫困化的方法。

一、民事诉讼法学理论与实践的脱离

在意识形态的认识上,我们最痛恨的无疑是理论与实践的脱离。对于从事任何理论研究的学者而言,研究的规范性要求就是理论联系实践。脱离实践的理论无疑是无源之水,无本之木。然而我们所面临的现实状况恰恰是如此。这无疑是导致民事诉讼法学贫困化的主要原因。

我国民事诉讼法学与民事诉讼实践的隔离主要表现在以下几个方面:

其一,民事诉讼法学理论脱离民事诉讼实践,大多数理论阐述来源于民事诉讼法典文本和司法解释文本的直接解释,是一种规范的语义展开。作为理论解释也基本是以国外的理论为解释工具。究其原因,就在于从事民事诉讼法学研究的理论工作者基本上不了解民事诉讼的实际运作。笔者所说的民事诉讼的实际运作是一种具有普遍性的,而不是作为学者个案实践的偶然感受和体会。众所周知,法律的规范与规范的实现具有相当大的距离,民事诉讼法的规范也是如此,甚至更加突出。一方面,我国民事诉讼的规范,尤其是作为法律文本本身是比较粗疏的,即使有进一步细化的司法解释也依然不可能完全做到程序操作层面的技术规范化程度。另一方面,各地诉讼或审判存在着自己的习惯,即使有规范要求,也未必能够按照规范运作,具体的司法人员对规范还有着自己的理解和解读。加之,我国民事诉讼规范的制定本身就在某种程度上具有一定的超前性,也与实际运行具有相当的疏远性,我们并非指责这种法律规范上的超前性,因为一定的法律本身总是对现存关系、行为的调整,法律不可能,也不应该迎合不符合社会发展要求的行为规范。但法律规范对社会关系的调整与现实运作之间究竟存在何种差异?这种差异的原因究竟是什么?学者们并不充分了解。仅仅简单地用人治的传统和司法的传统性来解释是完全不够的。

其二,从民事诉讼实务界的视角来看,民事诉讼实务与民事诉讼理论是分离的,实务基本上甚至完全游离于理论的影响之外。导致这种情形的原因主要在于,首先,理论的非现实性,使其缺乏应有的指导力。而这又是由于理论与实践的隔离所致,这样一来,民事诉讼理论的隔靴搔痒使得民事诉讼实务人员不再愿意求助于理论界所提供的解释和指导。另外,司法实务人员更注重或关注的是具有理论支持的操作技术,然而,脱离了实践的民事诉讼理论根本无法细化到对技术操作层面的指导。其次,民事诉讼实务操作的随意性和非规范性,使得民事诉讼实务对于理论解释也没有急迫的需求。例如,在诉讼中法官对程序问题的过程以及处理结果的非公开性,也就使得审判实务人员对过程和结果的正当性的解释并不是十分在意。这也是传统司法的一个特点。于是理论对于司法行为正当性与否的解释作用便没有用武之地。

显然,民事诉讼理论与实践隔离的后果是相当严重的。由于脱离民事诉讼实践,使得理论界在普遍意义上,无法认识问题和提出问题,也就无法在回答问题或解释问题的过程中提出相应的答案和作为答案的理论解释。作为极具实践性特点的民事诉讼法学,所研究的问题只能由实践提出,从实践中产生,没有接触实践,也就无从认识问题、发现问题。尽管学术界可能了解国外的理论,但却无法用理论有针对性地回答我国实践中的问题。比如,近年来,在民事执行实务中,经常遇到因判决书中确认的实体权利的转让,而发生受让人是否可以申请强制执行以及在执行中是否可以变更执行权利人的问题。对此,实务界有两种截然不同的观点。^⑤但这一在实践中存在的问题却没有传递给理论界,因此理论界也无法给予理论上的相应关照和回应。在理论上这一问题的实质是判决执行力主体的扩张问题,在理论上完全可以给予充分解释。尽管在个别十分突出的实践问题上,通过长期的、分散的个体实践折射到了理论界,从而使理论界给予了具有现实性的关照,例如在第三人诉讼制度这一问题上,指出了诉讼实践与法律规范、诉讼理论的差异,并在此基础上提出了各种协调方案,但这毕竟是少数情形,而且也未必充分全面地反映了第三人诉讼的全体和实践类型,更多的情形是雾中看花、瞎子摸象。

^⑤ 参见张卫平:“判决执行力主体范围的扩张”,载《现代法学》2007年第4期。

对实践问题认识的片面性在所难免。

众所周知,知识来源于经验,按照培根的观点:“人作为自然界的臣相和解释者,他所能做、所懂的只能如他在实事中或思想中对自然所已观察到的那样多,也仅仅那样多;在此之外,他是既无所知,亦不能有所作为。”我们的理论知识获得当然可以是直接的,也可以是间接的,我们可以从国外的理论中获取知识,以指导我国的诉讼实践,但诉讼实践和语境的差异将导致理论的差异。在具有共同实践属性和发展趋势上,民事诉讼的基本原则和理论框架国外的理论毫无疑问是应当借鉴的,但在实践存在差异的情形下,依然援用不同语境下依据不同的经验所形成的理论有可能导致无的放矢。只有在特定的经验环境或过程中才能形成相应的知识,而这样的知识也才能对特定的诉讼实践给予足够的阐释力。通过对特定的实践问题的分析和解读,从而形成具有自己特色的理论解释。

我们应当尊重民事诉讼的普遍规律和民事诉讼正义程序的基本要求,但这些普遍规律和程序正义的基本要求需要具体化为一种技术规范 and 操作程序,而这一套技术规范和操作程序还需要有一整套源于基本原理和基本要求的中间层次的转接理论作为支持。如果没有对多样化和复杂化的实践样态的了解,我们不可能凭空臆想出来一套理论。我国现在的法治建构在技术层面基本上是大陆法系的逻辑方式,尤其是在民事诉讼法方面实际上继受的是大陆法系民事诉讼的框架体系,尽管其原则和模式内容上与大陆法系有所不同,但法的框架结构上是基本相同的,主要特点是以民事诉讼法法典或规范性文本作为基本规范,将法典和规范性文本作为裁判的大前提,强调三段论的审判推理过程。因此,关于民事诉讼的理论也基本上以大陆法的理论为基础,在法律术语和概念方面有相当的承继性,也不可能离开这些理论的基础和主体,尤其是不断剔除原有意识形态和传统之后,大陆法的理论越加深入地渗入于我国民事诉讼理论之中,尽管美国民事诉讼制度和理论近些年来不断影响我国民事诉讼,但依然没有形成对大陆法理论框架的替换,尤其是法理思维的替代。

虽然我们现在还不能超越大陆法理论,也不可能摆脱大陆法的民事诉讼理论,但基于不同环境下的诉讼实践,必然要求具有相应语境的理论解释。如果能够深入实践,与实践互动也的确有可能生成具有我国自己特点的诉讼

理论,尽管未必是整体性的,基础性的。让我们看看日本民事诉讼理论的情形。日本法的母体是德国法和法国法,其理论也源于德国和法国,但随着日本民事诉讼实践的不断发展,日本的民事诉讼理论也逐步摆脱言必称德国、法国的境地,对日本民事诉讼实践问题,逐渐形成了日本自己的理论解释。也因为一贯的学习、开放的民族惯习,使其在某些方面已经超越德国。反观我们自己的情形,当下我国民事诉讼理论与实践的严重隔离导致我们无法从实践中提出问题,并在解决问题中形成理论。不论诉权(特别是诉权的滥用)、诉讼标的(核心是诉讼标的同一性的识别问题)、当事人适格(重点是当事人适格的判断根据)、判决的既判力(既判力的效力范围问题)等几乎所有的民事诉讼中的理论问题都必须以诉讼实践活动为其认识和研究的前提。以共同诉讼理论为例,当我们不了解共同诉讼的实际情形和问题时,我们无法提出关于共同诉讼类型的划分以及划分根据这样一些理论。只能按照传统的理论和国外的理论去套用,也必然导致牛头不对马嘴的情形。因此,客观地,理论与实践的隔离这是我国民事诉讼法学贫困的主要原因,现有的民事诉讼理论成了无源之水。^⑥

我国民事诉讼理论与民事诉讼实践的严重隔离,导致理论界与实务界的隔离,彼此形成各自不同的,难以沟通和交流的话语体系,对于理论界而言,实务界俨然成了“他在”的另一个世界。理论界和实务界彼此轻视对方,理论界认为实务界没有按照法律和法理给定的规则“出牌”,经常是按照习惯的非规范操作,缺乏合法性;实务界自然指责理论界提供的理论是想当然,是闭门造车的结果,过于天真和理想化,实务界的实践具有自然法意义上的正当性。由于“两界”的这种彼此隔离也就无法形成良性互动、沟通,相互促进和发展。

中国对于西方社会而言,在相当大的程度上也是一种“他在”,因此在民事诉讼领域中存在着大量的“中国问题”。所谓“中国问题”,就是在中国特殊环境中所发生的问题。在中国成为问题者,或许在国外根本不成为问题。例如起诉难、再审难或申诉难以及执行难的问题。由于不成为问题,因此国

^⑥ 参见张卫平:“无源之水——对民事诉讼法学现状的思考”,载《司法》2008年第3辑,第174~181页。