

2009 年卷

比较民事诉讼论丛

Comparative Civil Procedure Law Review

田平安 主编

美国律师调解人：如何处置利益冲突 田平安 蔡荣荣

论自认（上） 李祖军 宁清平

环境诉讼的利益研究——以比较法为视角 马登科 唐利君

理性的生活方式与西方现代判决理由 肖 晖

比较法视野下的民事诉讼自认 吴 杰

自由心证：概念辨析与司法运用 相庆梅

论小额诉讼程序 张绍忠

2009 年卷

比较民事诉讼论丛

Comparative Civil Procedure Law Review

田平安 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

比较民事诉讼论丛. 2009 年卷 / 田平安主编. —北京:
法律出版社, 2009. 8

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9746 - 3

I. 比… II. 田… III. 民事诉讼法—比较法学—世界
IV. D915. 204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 123893 号

比较民事诉讼论丛(2009 年卷)

田平安 主编

责任编辑 田会文
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 10.125 字数 249 千

版本 2009 年 8 月第 1 版

印次 2009 年 8 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-9746-3

定价:26.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《比较民事诉讼论丛》编委会

主任:田平安

委员:江 伟 常 怡 吴明童 白绿铉
齐树洁 景汉朝 陈 刚 廖中洪
李祖军

本期执行编辑:李 龙 马登科

雄关漫道真如铁,而今迈步从头越

(代序言)

—

西南政法大学比较民事诉讼法研究所创设于1998年12月。

当时,我在当校长。民事诉讼法教研室几个干将来找我,说了他们想成立一个研究机构的初步打算,要我支持。出于事业、出于吸引人才、出于发展学校的需要,当时,我一改表态谨慎的习惯,毫不犹豫地表态:坚决支持。并嘱咐:赶快写个报告交上来上会研究。果然,不出一周,报告交上来了,我立即让校长办公室列进校长办公会议程。会上讨论,一致通过。但按照学校的惯例与既定的政策,该研究所成立之后没有编制、没有财政支持、没有办公地点。尽管我内心还真有点想为所的成立开点绿灯,但作为一校之长的我必须“一碗水端平”。自此,西南政法大学又一个“三无”民间研究机构诞生了!为壮声威扩大影响,干将们一致让我出任研究所所长。权衡再三,我同意了。

有人说,全国第一个从事比较民事诉讼法学的研究机构的诞生,是几个热衷于民事诉讼事业的积极分子的心血来潮。我认为并无不当,但不十分准确。历史上任何新生事物的出现,无不都是几个人、

几十个人或一群人的“心血来潮”。但这个心血来潮却深深根源于一定的时代和一定的背景。没有一定的背景,“热血”终会变凉,“潮涨势必潮退”。但西南政法大学比较民事诉讼法研究所从成立至今,虽然也有坎坷也有曲折,但它毕竟坚持下来了。比较民事诉讼法学研究所是时代的产物:民事诉讼体制以及民事审判方式改革的浪潮洗净了它的摇篮;它也必须承担起历史赋予它的使命:繁荣中国民事诉讼法学,促进中外民事诉讼法学理论和实践经验的交流,引领中国的民事诉讼领域乃至整个诉讼法学领域的司法改革,昌隆中国社会的法治构架。

该所成立后秉承其历史角色,主要开展了三方面的学术活动:一是加强国内外学术机构及研究主体之间的交流与协作,使中外民事诉讼法学界能互通有无、取长补短;二是积极参与和组织国际性学术研讨会,创造、取得集中交流理论成果和实践经验的机会,为中外民事诉讼法学理论和实践经验的相互借鉴提供较为稳定的渠道;三是组织、出版《比较民事诉讼法》年卷,梳理本所的研究成果,为民事诉讼法学界和司法实践部门提供借鉴、吸收本所之最新研究成果的渠道。

《比较民事诉讼法》先后于1999年和2000年发表了两卷:1999年卷在经费条件的限制下,为保证刊行质量,采取了内部刊行的方式,以邮寄的形式赠、售给国内外民事诉讼法学研究机构 and 学者;2000年卷则采取了公开形式,由中国人民大学出版社正式刊行出版。它们获得了国内外民事诉讼法学界的一致认同和好评。

命运多舛。世纪之交,因人事变动,本所研究活动受累,《比较民事诉讼法》2001年卷和2002年卷流产,其他研究项目也受到不同程度的影响。然而,作为全国首家比较民事訴訟研究机构,它对内立足于西南政法大学的民事诉讼法学研究群体,对外广泛吸纳国内外民诉学界的精英和佳作,有着深厚的社会基础,其发展不应当也不可能受制于个别人事变动的影响。

本卷《比较民事訴訟論叢》就是在中断两年后对《比较民事訴訟

法》的承继和替代。之所以贯以“论丛”二字,在于体现本所学术研究的群体性,它不属于任何个人,它属于整个西南政法大学有志于民事诉讼法学的师生,属于整个中国民事诉讼法学界,属于整个世界民事诉讼法学界。相比于其前身《比较民事诉讼法》已经刊行的两卷,本卷《比较民事诉讼论丛》肩负着更重的任务,它必须承前而启后,“以一当三”,完成对三年来研究成果的梳理、介绍和传播;它必须以更开阔的胸襟吸纳更多的包括国际的同仁;它必须以更为敏锐的视角关注民事诉讼法学理论研究的成果和动向;它必须以更为广阔的视野关注全世界不同法系不同法域包括成文的或不成文的民事诉讼法的变化;它必须尽量走出书斋与司法实践部门的法官、检察官、律师以及公证处、仲裁庭、人民调解委员会的委员们建立更加紧密的联系,吸取更丰富的营养。“他山之石,可以攻玉”,比较借鉴,兼收并蓄,海纳百川,为进一步深化民事诉讼法学的研究而呕心沥血。

二

《比较民事诉讼论丛》以“比较”作为基本的方法,立足于中国民事诉讼法学界理论研究的现实,介绍、分析、引进域外国家和地区的民事诉讼法学研究新成果和司法实践经验,在更新中国民事诉讼法学理论构架的同时,为中国的司法改革和法治国家的建设提供强劲的理论支撑。因此,有必要在开篇之际,对近年来我国民事诉讼法学界的理论研究现状、取得的成就、存在的缺陷加以简略地回顾,同时对其发展趋势作出大胆的预测与寄望。

(一)取得的成就

1. 方法论的扩充与更新

我国传统民事诉讼法学囿于注释法学的樊篱,而拒斥其他形态的研究方法,之所以这样是有着深厚的历史根源的。众所周知,我国的民事诉讼法学是在新中国成立后,彻底批判传统民事诉讼法学(此处“传统”二字是意指旧中国民事诉讼法学)并废除国民党政府

伪法统的基础上建立起来的,之后受制于特定的国际、国内政治环境,不得不照搬前苏联民事诉讼法学,致使这种植根于高度计划经济体制之上的民诉法学研究体系在中国大行其道。而旧中国的民事诉讼法学和法律体系师承德、日等西方法治国家。因此新中国的民事诉讼法学在独尊前苏联民诉法学研究体系的同时就废黜了西方法治发达国家的民诉法学研究体系在中国民诉法学中应有的地位,表现在民诉法学方法论上就是:注释的方法取得了绝对的霸主地位,而西方法治发达国家经过长期的历史积淀所形成的历史的方法、经济分析的方法、社会学的方法、系统分析的方法、比较的方法等,在中国得不到应有的重视。早在 20 世纪 80 年代中前期和 90 年代初期以《民事诉讼法(试行)》和修订后形成的《民事诉讼法》的颁行为契机,我国民诉学界就先后掀起了两次对民事诉讼立法的诠释热潮,进一步巩固了注释法学在我国民诉法学体系中的霸主地位。当然,对立法进行阐释的注释法学是民事诉讼法学研究必不可少的研究方法之一,只有对立法条文的内容与立法背景进行逻辑和技术层面的学理注释,才能使法律职业人员准确把握立法的内涵和条文相互之间的关系,才能正确、及时地适用法律处理具体案件。注释法学作为一种法学研究方法是无厚非的,相反它甚至是民诉法学研究的一种基础性研究方法,是我国民事诉讼法学研究和实践走向繁荣的一个必要条件,问题在于它在我国民诉法学体系中一度曾经占据了接近于绝对排他性的地位。方法的单一导致了民诉学者主体意识的丧失和学术品格的低落,注释作为一种法学研究方法在取得了唯我独尊的地位后也逐渐丧失了自己的品格而演变成为亦步亦趋、虔诚有加的同声传译。这样,注释法学在中国的民诉法学研究体系中不再是作为一种方法而存在,它已经发展成为一种学术领域内的霸权,吞噬了学术研究的个体意识和自由主义精神,阻碍中国民诉法学向理论法学的迈进步伐,并最终升格为学术研究中的一种“专制”,造成了民诉法学方法论与研究体系的与世隔绝。

近年来,随着民诉法学研究群体的构成演变,其研究主体意识得

以逐步重塑,学术品格有所提升,并日益摆脱传统意识形态的束缚,出现了民事诉讼法学研究方法的多元化趋势。首先表现在法哲学与作为部门法学的民事诉讼法学之间的裂痕逐渐得到了初步的弥补,法哲学研究的最新成果为民事诉讼法学的进一步发展提供了有力的深层支撑。就方法论来讲,法哲学对部门法学应发挥统率的作用,为各部门法学的发展提供方法论上的支撑。注释是民事诉讼法学研究的金科玉律,法哲学则是与注释无关的高谈阔论。随着这一“专制体系”的破灭,法哲学的方法论体系开始进驻民事诉讼法学;历史的方法、比较的方法重新得到强化;经济分析的方法、社会学的方法开始成为学界的新贵。其次表现在不同部门法学间在方法论上的补充与借鉴。民事实体法与民事程序法之间的分歧已经开始缩小,尽管在各自的地位及相互之间的主从关系上争论不休,但这毕竟已经远远好于实体法对程序法视而不见的状态;无论其相互、主从关系如何,任何一方都不会再弃对方而去。这样就会逐步形成一种系统均衡的状态,实现程序法与实体法在法学研究和实践中的对照和呼应,并启迪系统论的方法在民事诉讼法学研究中的运用。

2. 研究领域的拓展

研究方法的更新和扩充为研究领域的扩展创造了必备的条件。现在中国民事诉讼法学研究的目光已经不再局限于现存的成文法条和概念体系,其触角已经伸向更为广阔的领域。传统民事诉讼法受到发端于20世纪80年代末的司法改革的冲击,而难以满足实践对理论的需求,有关诉讼模式选择的辩论进一步引发了对我国现有的诉讼理念、诉讼文化、诉讼程式从宏观体系到具体规范的全面反思,建立完整系统的民事诉讼法学理论体系的法哲学基础正在奠定。整个民事诉讼法学界已经就一些基本的民法法理问题展开了认真的讨论,并在一定程度上达成了共识:市场经济已经取代计划经济成为民事诉讼法学研究的外在环境,以苏联司法模式为代表的超职权主义司法理念已经丧失存在的价值,市场经济体制中所内涵的意思自治、自我处分、自我责任等社会理念正在召唤着民事诉讼法学研究价值理念的一种根本性的转

变。在长期失衡的诉讼天平上,诉权(相对于审判权)正在重新找回应有的地位:当事人的程序自主权、处分权、参与权、选择权等分别以处分权原则、辩论原则、证明责任规则等为基础开始在民事诉讼法学研究中占有举足轻重的地位。基本价值理念的转变可以使民事诉讼法学研究突破那些传统意义上的“禁区”,造成研究领域不断扩张的一种趋势:从民事诉讼基本理论的层面看,程序价值理论、民事诉讼目的理论、民事诉讼法律关系理论、诉权理论、诉讼标的理论、既判力理论已经成为专门研究的核心。学者们也越来越看重各基本理论相互之间在逻辑体系上的一致性,试图建立一种整合、统一的民事诉讼法学基本理论框架;从具体制度的理论设计层面来看,构思日趋精密,且具体制度的理论设计日益与处于形成阶段之中的基本理论框架相结合,在获取其基本性理论支撑的同时也为基本理论框架的构建提供着实证性的分析语境。有关程序价值理论的研究已经在逐步打破“程序法是实体法的助法”的传统观念,程序的正义、效率等独立价值已经开始作为相对独立的研究客体进入民事诉讼法学的研究领域。社会发展造就了民事案件在类型上的多样化和案情上的复杂化,而我国的传统民事诉讼法学强调一种案件事实的客观再现,对案件裁判的评价采取单一的实体性标准,这就必然导致一种内在的紧张状态,影响作为一种相对独立价值客体的程序自身价值的实现。民诉法学为这一紧张状态找到了缓解的途径,那就是对民事法律体系(主要由民事实体法和程序法两部分构成)的价值结构进行彻底的重组,提升程序法本身的价值含量,弱化其对实体法律的依赖:案件事实的客观再现让位于审理程序实质性参与下的法律真实,裁判结果的衡量标准也由单一的实体法依据转向对程序本身所蕴涵的正义价值的强调,程序本身的积极、正规运转正在取得与裁决的实体性正义同等重要的地位。程序价值理论已经不再满足于仅仅强调程序价值相对于实体价值的相对独立性,对程序价值的系统性分析已经展开。有学者将程序的价值解构为内在价值与外在价值,认为内在价值包含程序公正和程序效率两个方面,而程序的外在价值则由实

体公正、社会功能的实现,与实体法的协调运作三个方面构成,并在民事诉讼的具体制度(举证责任的分配、民事执行程序等)设计中展开对程序价值的实证性分析。^①姑且不论其理论主张正确与否,这种研究方式本身就是在研究领域和方法论上的一种重大突破:程序取得了与实体相提并论的独立地位,并力图通过对程序价值的系统分析使这种独立地位理性化,通过实证性分析使这种独立地位现实化。

民事诉讼目的理论的研究也得到了深化。有学者提出,“民事诉讼目的论的意义,在于它对民事司法制度、审判机能、诉讼机能、诉讼体制构造,以及民事诉讼法的解释以致民事诉讼法学研究都会产生重大影响”。因此,有必要将诉讼目的理论与诉权理论及司法制度的作用结合起来,追求民事诉讼法学理论体系的整合性。据此,在民事审判权与民事诉讼的关系上,国家设立民事诉讼的目的应当体现人民法院的民事审判权和当事人的民事请求权所追求之诉讼目的的结合:旨在解决民事纠纷。^②另有学者认为,我国现阶段民事诉讼的目的分为三个层次:实现权利保障是民事诉讼的基本目的,解决民事纠纷是其直接目的,维护和实现社会秩序、经济秩序的稳定是其最终目的(或间接目的)。“三者内容交叉,是相互依存、相互作用的统一体。”^③另有人提出利益保障说,即认为民事诉讼制度的目的应是实体利益和程序利益的提出、寻求和实现。^④所有这些研究都体现了这样一种趋势:民事诉讼目的理论不再囿于“目的”一词本身的语词含义,它必须与民事诉讼程序价值理论相沟通,逐步发展成为一种将程序价值理论的研究成果导入具体的立法、司法实践的过渡性理论设施,在程序价值理论的支撑下为立法和司法实践提供“目的”层

① 肖建国:《民事诉讼程序价值论》,中国人民大学出版社2000年版。

② 刘荣军:“论民事诉讼的目的”,载《政法论坛》1997年第5期。

③ 何文燕、廖永安:“民事诉讼目的之界定”,载《法学评论》1998年第5期。

④ 李祖军:《民事诉讼目的论》,法律出版社2000年版。

面的理论支撑。在这里,民事诉讼目的理论不再是孤军奋战,它与程序价值理论、诉权理论、既判力理论等之间开始形成一种密切的结合关系,相互发挥着理论层面的支持作用;它也不再是一种曲高和寡的理论呻吟,而逐步回归于其原创性含义:来源于立法、司法实践,并最终回归立法、司法实践。

诉权理论也有所发展。传统民诉法学对二元诉权说情有独钟,为这一学说的合理性进行论证而不遗余力,认为:“二元诉权说从实际上反映了‘公力救济’的要求,从法理上同权利的强制性相协调,在内在构成上与诉权成立要件的划分也有着一致性,因而是关于诉权的正确模式。二元诉权模式表明,诉权实际上是民事实体法和民事诉讼法对受到侵犯或发生争议的民事权益共同及分别给予保护的问题。在概念上,诉权是关于诉的权利,亦即当事人在民事权益受到侵犯或与他人发生争议时请求法院进行审判以强制实现其民事权益的权利,诉权与审判权相对应。在内涵上,诉权二分为程序意义上的诉权和实体意义的诉权。前者是当事人请求法院开始诉讼程序的权利,后者是当事人请求法院通过审判强制实现其民事权益的权利。”同时特别指出:“传统诉的二分中有的说法有不当之处,主要表现在把实体意义上的诉视做原告通过法院向被告提出的实体权利的请求,实际上把诉的对象理解为被告……而实体意义上的诉指向法院。”比较民事诉讼法学的发展使得引进大陆法系的一元诉权理论(包括私法诉权说和公法诉权说)和二元诉权理论,并在更新、更深的层面上探讨我国传统二元诉权理论的源与流成为可能。而且这种引进已经不再局限于表层理论,而是将这些诉权学说放在大陆法系所代表的规范出发型民事诉讼和英美法系所代表的事实出发型民事诉讼的诉讼整体语境中展开分析,对比评价一元诉权学说与二元诉权学说的优劣得失。并进一步在对民事实体法(学)与民事诉讼法(学)的关系进行定位分析的基础上,从宪法及由其所统率的整个法律体系中探求诉权理论的制度根源,将诉权理论的探讨与民事诉讼法学方法论的再构造结合起来,力图提出一种兼容并蓄的“新诉权

理论”。^① 在这里诉权理论的探讨日趋多元化,而且与民事诉讼的方法论体系相融合,立足于整个法律体系和民事诉讼法学理论体系,追求多元互动下的一种升华。

在诉讼标的理论上,已经有学者开始着手构建我国的民事诉讼标的基本理论,力图改变我国民事诉讼法学在这一领域长期以来无所建树的状况。有学者指出,我国民法学界对诉讼标的的确定标准及诉讼标的理论意义的认识是有缺陷的,不应将诉讼标的的仅仅作为诉的要素之一进行理解,诉讼标的理论的浅薄是实践中存在的许多问题(特别是案由确定混乱)的根源。运用比较的方法分析了大陆法系国家各种诉讼标的理论的利弊得失,确立了构建中国民法学诉讼标的理论的立论前提,进而认为在中国建立民事诉讼标的理论应主要借鉴大陆法系新理论中的“二分肢说”,结合我国的理论基础和实践环境加以修正,最终形成自己的“新二分肢说”。^②

也有的学者不是从理论体系的整合、统一,而是从理论构架的实践价值出发,认为应根据诉的不同类型认识诉讼标的,采用不同的区分标准。其中,给付之诉的诉讼标的应当是当事人关于对方应履行之给付义务的诉讼请求,它以产生具体给付请求的特定行为或事件为识别标准,进而可以避免传统理论在请求权竞合上的难题。确认之诉和变更之诉因为不存在请求权竞合的悖论,就可以将诉讼标的等同于当事人向法院提出的要求确认和变更实体法律关系的诉讼请求,而将处于争议中的实体法律关系作为其识别标准。^③

既判力理论是民事诉讼基本理论体系中最靠近审判程序本身的一部分,它向前决定着—项诉讼在程序上的完结,向后预瞻着—种诉讼请求在实体意义上的满足。我国民事诉讼中存在的一系列问题,

① 江伟、邵明、陈刚:《民事诉权研究》,法律出版社2002年版,第10页。

② 江伟主编:《中国民事诉讼法专论》,中国政法大学出版社1998年版,第61~115页。

③ 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,第233~242页。

如终审不终局、再审无节制、终局判决难以得到有效执行等都与既判力理论的孱弱有莫大的关系。而且,既判力理论作为民事诉讼法学的基本理论之一,是在理性上区分大陆法系规范出发型民事诉讼和英美法系事实出发型民事诉讼的关键所在,英美法系国家没有形成既判力这一理论概念,但这一概念的内涵却隐藏于其博大精深的判例法传统之中,构成这一传统的核心基础。我国民事诉讼法学界有关既判力理论的研究已经有所发展,既判力概念的表层含义正在厘清,它与“一事不再理”的司法原则的相互关系得到了重新审视。有学者指出:既不能把既判力理论作为完全游离于“一事不再理”原则之外的一种制度,也不能用“一事不再理”原则消弭既判力理论存在的必要性。^①二者各有存在的必要、探讨的价值和应用的领域。

随着方法论的多元化发展,研究领域的不断开拓,中国民事诉讼法学正由传统的注释法学向理论法学进化。各基本理论在运用比较的方法、历史的方法、系统的方法、经济分析的方法以及社会学方法构建自身理论体系的同时,渐趋于追求各自作为民事诉讼法学基本理论体系的不同组成部分时相互之间的一种整合与协调。而这种由注释法学向理论法学的转变也将改变民事诉讼法学理论与立法、司法实践的相互关系。发端于 20 世纪 80 年代末的审判方式改革一直受到来自民事诉讼法学界的理论支撑,但这种支撑充分体现了注释法学的滞后性特征,在实践与理论的对话中,理论始终处于随从地位而落后于实践的脚步,这不仅导致了整个司法改革的令出多源,最终也必然使相当一部分的改革措施归于流产,白白浪费司法资源。整合、统一的民事诉讼法学体系的建立和完善,将改善民事诉讼法理论相对民事诉讼立法与司法实践相对落后的地位,使理论能够真正地站在实践的前面,对整个立法与司法实践起到应有的统率、引领作用。于 2002 年 4 月 1 日施行的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干

^① 叶自强:“论判决的既判力”,载《法学研究》1997 年第 2 期。

规定》就充分体现了这一趋势:它对当事人举证范围的界定及对举证责任的分配充分吸收了近年来学界有关证明责任理论的最新研究成果;^①对举证时限和证据交换程序的规定得益于民事诉讼法学理论界有关证据失权制度和审前证据开示程序的前沿性研究;^②在证据的审核认定这一部分中,它在民诉法学界有关自由心证原则的研究基础上力图建立“中国版”的自由心证原则,并史无前例地将以前只存在于理论概念领域的法律真实(第63条)、非法证据排除规则(第68条)、补强证据规则(第69条)、高度概然性的证明标准(第73条)、事实自认(第74条)、妨碍举证的推定(第75条)等上升为制定法形态的制度设计。这就表明理论研究已经不再是只为立法与司法提供事后性的解释性支撑,它开始通过多种研究方法的综合运用站到了立法与司法实践的前面,理论研究的成果成为司法改革的指导性诱因,研究成果的不断积累和系统化,必然导致整个民事诉讼法法律体系走向系统化,制定一部完备、可行的民事诉讼法典的时机将会到来,而且这部法典的成功制定必须借助于民诉法学以多元化的方法论构建起来的逐步完善的民诉法学理论体系的指导和规划。

程序的设计是民事诉讼法学界近几年探索的又一领域。总体来看,根据域外的民事诉讼立法,单一的程序设计是难以应对复杂的民事案件的多重性的。实践中,民事案件有简有繁,有财产之争也有人身关系之纠纷;有传统的案由也有新颖的案情。多样性与多样化,客观要求程序的多样化,于是,有学者在介绍域外的简易程序、家事程序、人事诉讼程序等,对普通程序的安排也正采取逐步过渡的办法,主张引进准备程序的有之,主张引进对抗制的也有之。在审级制度的设计上,不少人提出废除二审终审制,建立三审制度,还有人主张取消审判监督程序,等等。

① 参见《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第1~14条。

② 参见《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第32~46条。

(二)存在的缺陷

1. 对民法(学)的宪法基础缺乏足够的重视与探究

民事诉讼法是国家法律体系的一个组成部分,民事审判制度则是作为国家司法制度的一部分而存在,宪法作为一国的根本大法,它决定着国家权力的组成、结构状态,统率着整个法律体系和整套司法制度。民事审判权乃至整个司法的独立问题,取决于对司法权和司法部门在整个国家权力体系和国家机构体系中的宪法性定位;民事诉讼的目的以及当事人与法官在诉讼中的职能分配要取决于宪法对审判权的功能性定位;而宪法对作为人权的一个基本组成内容的诉权确认则是民事诉讼程序正当化的一个原创性基础要件;宪法制度所确定的司法理念渗透于民事诉讼法学理论和具体制度的每一个细胞,司法体制制约着整个民事诉讼法的制度框架和制度运作环境。因此,民事诉讼法学和民事审判制度的研究应对其宪法基础给予足够的关注,《比较民事诉讼法》2000 年卷中的“宪法与民事诉讼程序”一文(陈刚、汪三毛)就是在这一角度上的一种很好的尝试。但从总体上看,我国的民事诉讼法学研究没有一种从宪法出发看待问题的自觉性,宪法理念难以渗人民事诉讼法学研究的各个领域,这一问题尚未得到应有的重视。

2. 缺乏与民事实体法学研究的必要沟通

强调程序的独立价值并不意味着要割裂程序法与实体法之间存在的内在的密切联系,我国民事诉讼法学理论界已经就此达成共识:民事诉讼是实体法与诉讼法共同作用的“场”,民事诉讼法学不可能是与民事实体法学没有任何关联的自我封闭体系,将民事实体法学研究与民事诉讼法学研究相结合对于后者的进一步发展是至关重要的。尽管如此,由于缺乏来自民事实体法学界的默契,而总体上讲两个领域的研究主体在知识范围上又难以同时涵盖两个领域,作为两个学科,它们的研究仍然处于相互独立、各自为政的一种状态,沟通显得举步维艰。例如,在证明责任这一两大学科共同面临的重大课题上,它们似乎根本没有任何共同话语,民事实体法学对民事诉讼法

学所致力这一领域的研究关注甚少,在观察视角或是相关学术活动的交流上仍没有建立起经常性的沟通渠道。

3. 诉讼基本理论研究缺乏一种具有逻辑内在一致性的法哲学理念的统率

有时,过于侧重纯粹性理论的探讨,而缺少对具体诉讼制度理论设计的整合性深层支撑。有时,又难免重复注释性的老路。诉讼标的理论和既判力理论对确定诉的开始、合并与分离、终结,以及再审程序的发动条件等方面都具有决定性的意义,而目前的理论研究却没能自觉地将这两种理论加以整合。诉权理论与审判权理论的研究的结合有时又往往各执一词。

4. 比较民事诉讼法的研究有待进一步加强

近年来民事诉讼法学界对美、英、德、日、法等法治发达国家的现代诉讼制度的传译大为增多,一方面是留学人员的回归,另一方面是理论文章的介绍。《法学译丛》、《中外法学》、《比较民事诉讼法》等为此作了较大的贡献。但主要是针对民事审判方式改革和司法改革的需要进行的字面评介,缺乏在系统理论统率下对外国民事诉讼法律体系的系统性介绍。对外国民事诉讼立法的翻译是必要的,但理论性著作的翻译同样不可或缺(本人主持翻译的五本外国民事诉讼理论专著起到了很好的作用,但还不够。今后将继续这一工作),二者均有待进一步加强。比较民事诉讼法学研究需要从注释法学的基点作起,但必须要避免再次陷入注释法学一元化的泥潭,民事诉讼法学的比较研究应与其他综合性的研究方法(如社会学的方法、制度分析的方法、经济分析的方法)相结合,造就比较民事诉讼法学研究的一种升华,加强其在制度的功能比较和法律移植领域作用的发挥。我们应投入足够的力量关注域外法律文化与民事诉讼理论的关系。

5. 实证性分析不足

在主观上,我国民法学学者普遍存在一种抽象化的日耳曼情结,而客观条件又为实证性研究的展开设置了重重障碍:由于社会信息传播渠道的相对匮乏,相关统计性数据的封闭性使学者们难以取