

对于民事诉讼法学研究方法的反思

——答吴泽勇教授《民事诉讼法教义学的登场》一文

王亚新*

目次

- 一、关于整合全书的概念框架
二、关于对我国司法实务的了解把握
三、关于重点讲义的方法论尝试及其局限

摘要 中国语境内的民事诉讼基本理论建构和法教义学方法展开,需要根据程序法学不同领域的具体条件来加以推进。可将这些领域大致区分为三种类型,即通过立法建立的制度与对应的司法实践已相对成熟的领域、粗具规模但体系性不足的领域和立法上的制度设计尚未获得司法实务充分回应的领域。《中国民事诉讼法重点讲义》采取了立足于司法实务的基本立场,提供贯穿教材整体的概念框架,并依程序的不同领域分别运用叙事方式的方法论尝试。

关键词 民事诉讼研究方法 中国语境 专业知识体系的重构 创新叙事方式

我们撰写的教材《中国民事诉讼法重点讲义》(以下简称“重点讲义”)问世大半年以来,得到了一些学界同仁和实务界人士的关注和厚爱。^{〔1〕} 吴泽勇教授的《民事诉讼法教义学的登场》一文(以下简称“吴文”),从点评重点讲义的方法论尝试入手,探讨了民事诉讼法学领域如何开展法教义学研究的问题。鉴于由吴文提起并做了多角度探讨的这个问题意义十分重大,促使笔者对重点讲义中的一些尝试及内容进行反思。希望本文表达的这些反思及回应能够成为引起或刺激进一步讨论的“引玉之砖”。

一、关于整合全书的概念框架

吴文指出,我们在重点讲义第2章中提出通用全书的概念体系和理论框架,即搭建了一个从“生

* 清华大学法学院教授、法学博士。

〔1〕 在重点讲义问世不久,最高人民法院司法改革办公室刘树德处长就主动率先为我们这本教材写了一篇书评。参见刘树德:《“各行其是”还是“双向互动”?——读〈中国民事诉讼法重点讲义〉有感》,载《人民法治》2017年第7期(该书评的两种简化版还分别刊登于《人民法院报》2017年6月9日第5版和《人民司法》2017年第19期)。

活事实”到“法律关系”“诉讼类型”,再到“请求权、法定事由”的多元化诉讼对象识别体系,但“这个框架与民事诉讼法学界熟悉的框架明显不同”。确实,我们还使用了“诉讼标的”的概念来统称上列框架中的内容。而使用大陆法系理论的概念却构成了有别于大陆法系关于诉讼标的的主流学说的体系框架这种显得有点“离经叛道”的尝试,或许正是重点讲义极易惹起争议的地方之一。事实上,随着海量的裁判文书上网,学界逐渐能够了解相关信息,我国司法实务和大陆法系主流理论之间存在的种种不相对接甚或断裂也开始“浮出水面”。例如,2015年出台的民诉法司法解释第247条把“诉讼标的”与“诉讼请求”并列作为识别是否重复诉讼的条件,就使得实务程序中形成的习惯做法与我国学界所接受的大陆法系理论框架不易相容甚至相互间有所矛盾抵触等情形暴露出来。^{〔2〕}在学界内部已有共识的理论和司法实践的此类反差或者紧张关系,恐怕也是让不少学者感觉难以选择的原因之一。重点讲义第2章写成于上列司法解释出台之前,^{〔3〕}而我们对“诉讼标的”或者诉讼对象的概念构成显然与第247条的内容是相容的。但也正是因为如此,吴文谈到我们教材使用的方法可能招致的一个尖锐的质疑就在于,“从实务出发的视角会不会演变为对实务的迎合,长远看来反而会阻碍实务界的观念变革”。这种担忧也许已成为学界一些朋友目前对于重点讲义采用的“诉讼标的”概念构成所持的心态,或者至少是影响了对这样的研究方法难以决定采取什么态度。

关于上述与诉讼标的相关的概念构成及框架体系,首先需要说明的是,笔者意图在“指示性”而非“体系性”、“描述性”而非“规范性”的含义上使用“诉讼标的”概念。“这个概念一般情况下多指法律关系,但鉴于多种多样的案件情形,也可能涵盖从生活事实到包括请求权或法定事由在内、所有能够识别特定请求的要素。”^{〔4〕}从上述定义方式可看出,这种概念构成就其内涵而言大致对应于“诉讼案件的实体内容”或者“审理对象”等指称,在其外延上则包括了多样的要素,只是对这些要素的关系做了一定程度的结构化处理。由此还可看出,所谓概念的“指示性”或者“描述性”,就是只用于标识或说明其所指称的事物,而非建立某种“体系性”“规范性”的基准。就笔者使用“诉讼标的”来标识或指示一系列或一整套的实体要素而言,这个概念起到的只是某种类类似于“中药铺”“在库目录”(Catalogue)或者“菜单”(Menu)的作用。与此相对,“体系性”或者“规范性”的诉讼标的概念则意味着以此作为标准或带有“应然”性质的根据,其能够发挥衡量或检测某种程序操作“当与不当”的规范作用。^{〔5〕}后一种有关诉讼标的或者案件实体的规范性学说或识别标准的建立,能够以前一种“目录”或“菜单”为素材,或者说可以是对前者罗列的种种要素加以选择组合的结果。换言之,前者基本上是价值中立的,旨在尽可能客观描述乃至罗列现象的“实然”性概念,后者则明确地建立在一定的价值判断之上,以形成或获得带有妥当性的指针为目标。

重点讲义对于案件实体或者诉讼标的采取上列指示性的概念构成,目的是更贴近地解释我国程序规范中使用了“诉讼标的”概念的条文,并就相关的司法实务做出方便学生及一般读者理解把握的说明或解说。我国民事诉讼法在条文顺序上最先出现的“诉讼标的”概念,就是第52条有关共同诉讼的规定;而在第56条有关第三人的规定中,“诉讼标的”概念也具有举足轻重的位置和作用。重点讲义在第9章的两个延伸讨论部分比较深入地分析解释了这个条文中“诉讼标的”之具体所

〔2〕 明确指出这一点的当属下列文献,夏璇:《论民事重复起诉的识别与规制——对〈关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释〉第247条的解析》,载《法律科学》2016年第2期,第167、171~172页。

〔3〕 本章最早以《诉讼程序中的实体形成》这一标题,发表于《当代法学》2014年第6期。

〔4〕 参见王亚新、陈杭平、刘君博:《中国民事诉讼法重点讲义》,高等教育出版社2017年版,第11页。

〔5〕 关于“指示性”与“体系性”的诉讼标的概念以及区分二者之必要的观点由日本学者所提出,参见三木浩一「诉讼标的的概念的意义和功能」『民事訴訟法の争点』东京:有斐閣,1998年(收入同作者的『民事訴訟手続の法理論』有斐閣,2013年)。

指和可能用法;第11章开始就通过具体的设例阐释了“诉讼标的”以及“独立请求权”的含义。而这些分析和阐释都是以第2章提供的相关概念构成作为基础或者“分析工具”,才有展开的余地。正如吴文所指出的那样,法教义学(或者法解释论)必须“把现行法规范的体系化解释作为其基本操作手段”。但是,直接援用大陆法系有关“新说”“旧说”等诉讼标的理论或者采用任何一种规范性的识别标准,都很难对我国民事诉讼法第52条到56条中规定的“诉讼标的”概念以及司法实务的运用做出周延的解说。在这种情况下,指示性的概念构成就提供了一个可“按图索骥”地对具体程序场景下何谓“诉讼标的”及“请求权”等进行描述和介绍说明的有用框架。同时,使用这种描述性的说明框架完全可能与研究者选择大陆法系某种体系性或规范性的诉讼标的理论或者建立特定的识别标准等努力并行不悖。从重点讲义就案件实体或者诉讼标的概念所构成的框架体系主要是用于尽可能全面客观地说明或描述我国程序规范内容以及相关实务操作的一种工具这个意义来讲,使用大陆法系的术语却赋予区别于主流理论的含义这种方法论的尝试,其实不一定就如看上去那样“离经叛道”。

采取这种方法论尝试,其根本的目标仍是利用主要来自大陆法系民事诉讼的基本概念和理论学说等素材,同时又按照我国民事诉讼程序运作的现实需求,“以我为主”且在中国当下语境内真正能够为司法实务所用地重构整个知识体系。虽然重点讲义在这方面的努力刚刚起步,还是能够看到第2章搭建的框架中就“主要事实/间接事实/辅助事实”以及“自认、否认、抗辩”等概念所做的定义直接与第7章有关证明责任以及证明必要分配的部分相对接,第15章第2节对于判决效力的讨论也有意识地回应了第2章的相关内容。不妨说,“第2章→第7章→第15章”构成我们这本教材的一条主线,且该主线有可能把从第一审到再审程序的整个诉讼过程各个阶段或几乎所有的程序环节都贯穿起来,而第2章有关案件实体内容或诉讼对象的概念框架就是其体系化的出发点。正如吴文所指出的那样,“法教义学是一种体系化的学问”,其特征之一在于“对体系化的强调”。在笔者表述为“建构中国语境内自有的法解释学”的早期构想中,上列的概念框架已经承载着使拟议中的教材得以体系化的基本功能。^{〔6〕}无论如何,大量使用来自大陆法系诉讼法理论的概念却又有选择地重新定义或重构其相互关系的做法,毕竟是一种尚无先例或者是否成功缺乏保证的尝试,我们已经做好了接受尖锐批评的心理准备。在重点讲义已经全部完成的今天,这个概念框架究竟是大体上还立得起来抑或是错漏百出;是能够初步地发挥整合全书使其“自成一家”的体系化功能还是反而妨碍了对于诉讼实务现象的整理或不利于更合理的程序规范形成,等等问题,都期待着学界和实务界朋友的反馈及指点。

二、关于对我国司法实务的了解把握

当然,作为与任何民诉教材并无二致的共同目标,重点讲义努力要做到的,首先是比较全面地叙述、介绍我国民事诉讼的基本制度构成以及主要的程序规范。不过我们始终认为,“法律条文与体现于相关司法解释的具体规则以及诉讼实务中相沿成习的操作方式一起才共同构成制度的整体”^{〔7〕}。或者说,“法条+司法解释+诉讼实务中相对稳定的程序运作方式=完整意义上的程序规

〔6〕 在2011年本书仅写出第2章时,笔者曾应中山大学法学院当时的院长徐忠明教授邀请,前往广州做过一场讲座,内容就是介绍有关案件实体内容的上列概念框架,而题目则为《建构中国“自有”的程序法解释学》。

〔7〕 参见王亚新:《民事审判监督制度整体的程序设计——以“民事诉讼法修正案”为出发点》,载《中国法学》2007年第5期,第85页。

范”被理解为这本教材叙述、介绍的主要对象。吴文指出重点讲义具有高度重视讲述讨论司法实务的现状、沿革和相关问题这一特点,也植根于我们的这种认识。在开始教材写作之前和之后的相当长一段时期内,我们一直在努力通过种种渠道获取有关诉讼实务的各种素材,努力了解知悉民事案件的程序实际上究竟如何运作,并且试图从“抱有同情心的理解”、同时又总是抱持批判性的角度去解读种种程序操作方式背后隐含的内在逻辑。在这个过程中我们逐渐明白,对于丰富而又复杂的司法实务,保持虚心学习的态度和坚持研究者的主体性意识,两者同等重要。但是,正如吴文所指出的那样,由于接近和研究的手段有限,有关司法实务现状及问题的认识把握很容易陷入“盲人摸象”“见仁见智”的误区。作为我们认识了解司法实务的渠道或方法,除了人人在用的所谓一般观察方法,就只有少数的实证调查、针对有限样本的定量分析或者运用公开统计的现象描述。依托这些渠道或方法获得的信息及印象很难摆脱片面性或片面性等局限。重点讲义有关司法实务一个个具体领域中现状和问题的叙述既然建立在有限信息的基础之上,当然必须直面“现实真是这样的吗”等质疑。希望今后有可能逐步做到吴文所说的“以更大规模的实证研究为基础、在更加科学的层面上”去把握实务中各种程序操作的实际状况及问题点。目前正处于方兴未艾之发展过程的司法大数据方法,或许能够成为一个不错的选项。

当然,了解把握实务情况只是程序法学或者法教义学研究的起点之一,规范的分析以及作为分析基础或依据的理论学说和原理同样重要。在写作教材的过程中我们已经充分地意识到,应当高度重视本学科既有的概念及理论等,用以整理、把握、理解和批评司法实务中种种程序操作方式或实际做法,而及时跟进比较法理论的最近发展,则经常能够提供新的概念范畴。对于既有的概念结构或理论框架,可根据我国司法实务的需要先予以“拆解”,再进行新的“拼接组装”。在这样的基础上构成的程序法理论,能够为诉讼程序运作的实践中产生的“真问题”提供有说服力的解决方案或回答,从而最终实现“理论来源于实务又引领实务发展”的良性循环。这些微观的或“中间层次”的观点学说将成为我国民事诉讼法学理论体系或者说法教义学建构的重要素材,其积累将经历的长期过程也是在中国语境内形成我们自身的程序法专业知识体系不可缺少的环节之一。^{〔8〕}

三、关于重点讲义的方法论尝试及其局限

不过,以上的理论建构和法教义学方法的普遍采用只是理想中通过努力逐步去实现的长远目标。现实中我国民事司法实务由于在不同领域面临着立法供给、执法环境、理论研究积累等方面千差万别的制约条件而有着各各相异的表现,重点讲义中的叙述讨论也相应地采取了多种方式。可以大致把这本教材对司法实务不同状况的认识和对应的叙述方式区分为以下的三种类型。

第一种是相对成熟的领域,作为其典型或代表例如管辖等制度因本身的技术性较强、法律和司法解释的相关规定比较完备且体系性达到了相当程度,其实务操作的情况已大致成型并基本稳定。重点讲义对于这种领域或程序制度的叙述,就是在强调不同概念之间体系性关联的基础上,更加深入细致地探讨诸如合同或侵权纠纷等特殊地域管辖的“履行地”及“行为地”问题,或者介绍与协议管辖、应诉管辖等相关的立法发展和实务动向,并就特定规范及相应的程序操作提出“应然”性质的解释方案。在一审、二审和非讼程序中,也有一些具体问题的程序规定和实务操作都显得比较稳定成熟,可以归入这个类型。不过,在构成我国民事诉讼制度主要或基本部分的许多领域,制度及实务恐怕还谈不上已经达到这一类型所要求的定型的程度。

〔8〕 参见王亚新:《民事诉讼法学研究:与实务结合之路》,载《法学研究》2012年第5期。

第二种类型则是包括立法和司法解释在内的程序规范虽然粗具规模但仍然不够完备或者缺乏体系性,有时甚至还存在较明显的缺陷,司法实务中各地法院对相关程序操作的做法也十分多样且显得不甚稳定,如证明、共同诉讼、第三人等就属于这样的领域。对于这些领域或制度的解说介绍更加需要理论学说的支撑,但相应的现有理论往往不是研究积累薄弱、就是观点多歧对立莫衷一是。因而在这些领域内大胆构成并使用了若干自认为可成“一家之言”的概念框架或整理工具,例如提示有关“证明的必要或负担”概念以及在当事人之间分配这种“必要”或负担的原则、把共同诉讼区分为“绝对不可分”与“可分”的两极再以重新定义的“类似必要共同诉讼”概念将其加以连接、按照“程序保障、诉讼经济、查明案情”的价值及其不同顺序的组合来整理无独立请求权第三人参加诉讼的依据,等等。吴文所说的重点讲义能够“提出、发展”一些概念,“并且尝试运用这些概念来分析、解决实务中出现的问题”,指的主要应该就是我们针对此类领域在理论上所做的努力。当然,这种努力的结果本来就只能是一家之言,再加上由于基础的薄弱,建立于其上的理论或者概念框架能够达到的精确、精致、精炼或精细等方面程度肯定有限,理所当然地也很容易招致各种争议和批评。

第三种类型是制度设立之后由于种种原因得到的实务响应比较消极,或者说在实务中运用这种制度或程序的事例并不多见,或司法实务的反响远远达不到立法上的期待等领域,如人数不确定的代表人诉讼、小额程序以及督促程序等,都可大致地归入这一类型。对于这种制度或程序,除了就其基本的设计或构成做一般的介绍之外,讨论说明的重点与其说是司法实务现状的描述,还不如放到对为什么相关规定会很少得到运用这个问题的回答上。于是,有关制度在社会条件或者比较法上的背景、立法当时的争论、学界围绕实务中很少运用的原因而提出的种种见解等,就成为重点讲义介绍这些领域的主要内容。

根据吴文对法教义学所做的定义,上述三种讲述方式中,或许只有第一种最为接近程序法教义学方法,或者说运用这种研究方法更易取得相应的成效;第二种确实有采取法教义学方法之必要,但其运用的基础还比较薄弱,相关的条件受限,因此往往需要特别的努力和相当的时间来积累沉淀才能真正有所成就;第三种则可能暂时很难真正运用法教义学的方法展开研究,或者至多能够做一些“注释法条”式的工作。或者不妨进一步说,第一种类型所对应的领域才是采取法教义学研究方法的合适“土壤”,遗憾的是在我国民事诉讼法的许多程序制度中这种“土壤”的分布尚不十分普遍深厚。对于第二种类型的领域亟待开展法教义学的研究,但目前条件下这种研究大多还停留在比较初级的阶段,其长足的发展只能期待于今后,我们在重点讲义中的尝试不过是一种“抛砖引玉”之举。第三种类型的领域在现阶段也许更适合于采取通过实证研究把握并描述现象以及揭示现象背后的深层逻辑等社科法学的方法,要全面开展法教义学的研究可能只有等待相关条件的成熟或者合适“土壤”的形成。由于这些复杂情况或初始条件差异的存在,重点讲义对民事诉讼不同领域的叙述讨论不得不呈现出讲述的“方法不一”或者讲述的分量“厚薄不均”等状态。除了吴文所指出的有些地方不少篇幅花在对“法外因素”的讨论之上,一些章节对于相关的实务状况只是单纯的描述而不能提供规范的指引,因而连起码的“法条注释”都未能充分展开等问题,也是其表现之一端。当然,在更为关键的层次上,制度和实务存在的上述状况使得有关我国民事诉讼“自有理论”的建构或者通过法教义学研究形成完整知识体系的任何努力在其体系化程度上都会十分受限。在此意义上,必须承认这本教材的完成度或者成熟度还不够高,整体上仍处于一种比较有限或者低端的“档次”。我们期待着来自学界和实务界的批评指点,并有信心今后通过修订继续逐步地完善各个章节的内容,以期从整体上循序渐进地提高全书的质量。

(责任编辑:赵秀举)