

# 基于实务,超越实务,任重道远

## ——简评《中国民事诉讼法重点讲义》

黄海涛\*

### 目次

- 一、重视实定法与司法实践是该书的灵魂  
二、旁观者清是该书成功指引司法实践的需求  
三、司法实践对民事诉讼法教义学研究的  
四、司法实践视角下的法教义学与社科法学

**摘要** 《中国民事诉讼法重点讲义》是将法教义学引入民事诉讼法学研究的重要成果。该书突出了法教义学的特点,以实定法规范为出发点,以司法实务为基础,高屋建瓴地运用诉讼法学的基础理论,发现其中的问题,并提出解决对策与思路。这一方面的研究还有巨大空间,如请求权基础理论的诉讼法衔接、基于法律规范的法律要件分解与诉讼结构安排等。对于司法者而言,法教义学与社科法学各有不同的作用与功能,但具有同等重要的地位,是实现“两个效果统一”的理论基础。

**关键词** 法教义学 实定法规范 司法实务 社科法学

2017年3月,由王亚新、陈杭平、刘君博三位老师合著的《中国民事诉讼法重点讲义》(以下简称“重点讲义”)正式出版。该书既是我国民事诉讼法学发展的重要里程碑,堪称将法教义学引入部门法学研究的重要标志,也是我国民事诉讼实践发展过程中的重要事件,对于司法实践经验的总结与整理也具有重要指导意义。就该书的出版,我想从四个方面阐述一下个人的观点:一是这本书在研究方法方面的突出之处,二是这本书对于司法实践的特殊作用;三是我对民事诉讼相关法教义学研究在指导司法方面的期待,四是我对成为当前热点的法教义学与社科法学之争的个人看法。学识所限,仅是个人不成熟观点,意在抛砖引玉。

### 一、重视实定法与司法实践是该书的灵魂

王泽鉴先生指出:“法教义学是一门将现行实在法秩序作为坚定信奉而不加怀疑的前提,并以此为出发点开展体系化与解释工作的规范科学。”<sup>〔1〕</sup>该书的主旨正如其书名所示,是一本“讲义”,

\* 北京市第三中级人民法院民二庭副庭长、法学博士。

〔1〕 王泽鉴:《人格权法——法释义学、比较法、案例研究》,北京大学出版社2013年版,第11页。

但这本书却不是一本传统意义上的民事诉讼法教材。三位作者虽然身居象牙塔,但书的内容却非常贴近司法实务,在全书的整体结构安排、著述内容的选择、论证基础与论证思路、研究目的等方面均突出体现了以司法实践为中心,以实务化为基础的特点。从这一点上看,正合法教义学之特征,具体表现在以下四个方面:

一是该书格外注重实定法规范,并将其作为讨论的基础与前提。重点讲义对于具体问题的探讨,始终围绕实定法的具体规定展开,在对各个具体问题的讨论之中,比如民事案件受理范围、管辖、举证责任、共同诉讼、重复起诉等,均根据具体法律条文展开讨论。在我国,法学专业的学生接触具体的法律制度时,通常都是从概念、特征、要件等开始,以制度类比与区分、比较法研究等为进阶路径,相应的实定法规范并未受到足够的重视。但在我国,理论或概念中、比较法上的法律制度与由实定法建立起来的真实制度不一致的情况非常普遍,相应的实例不胜枚举。<sup>〔2〕</sup>因此,注重实定法,注重法律规范的具体规定与表述本身,就显得尤为重要。作为“讲义”,是否注意实定法规范,注意其具体内容与文字表述,并由此注意到条文的拟定与修改过程及背景等方面,是国内学者研究是否贴近司法的一个标志,而该书在这一方面表现突出。

二是该书将实定法的具体运用问题作为研究的着眼点,法律解释方法亦偏重实定性。在该书中,三位作者不做一般性的制度与概念分析或比较法研究,也不空谈法律制度的完善,而是具体探讨了实定法规范的理解与掌握的问题,比如对于与公益诉讼相关的民事诉讼法第55条,应如何掌握该诉讼中的原告适格标准及“有关组织”的范围问题,又如民事诉讼法第56条建立了第三人撤销之诉制度,该条中的“第三人”应如何理解等问题。而在探讨此类问题的过程中,文义解释、体系解释、历史解释,成为本书中最常用的法律解释方法。

三是该书对司法实务的现状进行了近距离观察,而凭借作者深厚的诉讼法学功底,其中不少观察显得相当敏锐而深刻。摄影界有句名言:如果你拍得不够好,那是因为你离得不够近。三位作者自述在该书写作过程中,通过各种方式去深入实践,了解实践,从而对于司法诉讼中的若干程序性问题得到了许多第一手的珍贵资料。从书中内容来看,确实如此,如该书对于告状难的分析,就提供了以往不为外人所知或不受研究者关注的两个细节,即“法院规避受理后将来由法院负责处理信访的考虑”和“立案受理阶段的案件分流或诉前调解设置过高考核指标的影响”。

四是作者不是作为高高在上的评判者,而是换位思考,从法院、法官自身工作情况出发,以“为法官解决实际问题”为研究角度,对相关问题的成因与对策展开分析。古语有云:“徒法不足以自行。”法学研究方法中,除了制度分析之外,针对法律人的“所思、所想、所行”的过程分析<sup>〔3〕</sup>也是重要研究方法。该书就司法实务中的一些问题,不以指出现象为满足,而是深入探究了法院、法官的这些行为与做法的深层次原因,并在此基础上提出了解决的方案与思路建议。仍以“告状难”为例,该书将这一问题放在我国改革开放的大环境下进行思考,明确指出法院是在努力回应社会发展进步的需求而不断推动民事案件受理范围的扩展,但法院目前的地位、公信力、权威等,仍处于相对有限的状态,此中矛盾需逐步解决。这种对“老问题”的再分析,很有裨益。

## 二、旁观者清是该书成功指引司法实践的关键

法官看司法,比较难摆脱法官的身份与多年实践形成的惯性,对于现实问题也容易司空见惯而熟

〔2〕 比如诉讼法上,理论界对于诉讼标的的识别与既判力的范围与“一事不再理”的关系的主流认识,与实定法上“民诉法解释”第247条关于重复起诉问题确定的三个判断标准,二者并不一致,该书中也有述及。

〔3〕 [日]棚濑孝雄:《纠纷的解决与审判制度》,王亚新译,中国政法大学出版社1994年版,第6页。

视无睹。相反,学者在观察和发现实践问题方面有其自身的优势。但如果只是对司法实务的细致观察与描述,该书就只是一本合格的纪实报告或访谈材料汇编,写作难度会显著降低,而实践价值与学术意义也将直线下降。该书的难得之处在于,由于作者本身具有精深的法学功底,其以“庖丁解牛”之势,深入浅出地对司法实务进行了透彻的观察与研究,提出一系列富有针对性、科学性、系统性的解决思路或对策,凸显了法学研究的价值与意义,诠释了“理论与实践相结合”的路径。具体表现在:

一是积极运用诉讼法的核心基础理论,对实务进行观察与分析。对于民事诉讼法学中的许多概念与基础理论,初学者或纯经验型的法官或者觉得莫测高深或者不屑一顾、不加理会,认为其太空、太玄,没有实际作用。而该书作者通过对实践问题的理论分析,示范了这些抽象理论的实践价值。如对于实务中关于原告请求法院判定其“不欠被告钱”的诉讼该不该管这一常见问题,该书以诉讼类型中的(消极的)确认之诉与诉的利益这两大诉讼法基础性概念加以分析;对于请求权竞合情况下,同一诉讼请求,不同请求权基础的诉讼安排问题,该书不仅引入诉讼标的理论加以分析,而且根据理论界对“诉”的研究,提出了在实定法中引入诉的选择性合并与诉的预备合并等先进立法经验的建议。

二是全书高屋建瓴,其对实务问题的分析注重宏观、系统、历史的视角。不就事论事,就法条论法条,意存高远,使该书在诸多实务类书籍中脱颖而出。作者虽专注于实务中的具体问题,但并未沉湎其中,而是从更广阔的视角去看待与分析。比如对于司法实践中就第三人撤销之诉的执法不统一问题,该书明确提出,我们应当着眼于当时的立法背景、立法过程以及立法者着重的遏制虚假诉讼的立法目的,来处理法律适用中的具体问题。在讨论“告状难”的问题时,该书亦认为该问题的产生并非法律制定与解释上的“技术性问题”,而需放在政治、社会的角度,特别是改革开放中的利益格局变化与法院在国家治理体系中的地位和作用的历史与现状中加以考量,才能正确认识,合理解决。

三是该书在实体法与诉讼法之间穿梭,力求二者在实践操作上的协调统一以及理论研究中的互动互联。司法实践中,实体法与诉讼法联系紧密,遗憾的是相关问题的研究很难吸引权威学者的深入研究。许多民事诉讼法学者专注于解决“纯”诉讼法学问题,但该书的作者则格外重视实体法与诉讼法之间的衔接问题,特别是实体法制度在诉讼法中的映射不充分、不清晰的问题。如该书在讨论共同诉讼的过程中,将共同侵权、未成年人侵权、数人侵权的实体责任承担,与诉讼法上共同诉讼的类型化,特别是必要共同诉讼的再分类(即固有的必要共同诉讼、类似的必要共同诉讼)进行对照,这一探索对于司法实践解决此类问题开启了新天地。该书也对请求权竞合中,实体法律关系性质与内容的问题与诉讼法上的诉讼标的、重复起诉等问题进行了关联式的讨论。在二者融合方面,除了张卫平老师的越界大作《民法典与民事诉讼法的连接与统合——从民事诉讼法视角看民法典的编纂》<sup>〔4〕</sup>之外,该书可称得上又一里程碑。

四是求同存异,不执念于特定概念与制度的界定,而是重在以共识解决问题。王亚新老师在介绍该书关于诉讼标的的讨论时指出,该书的目的在于提出一个描述性、指示性的概念,而非规范性、体系化的表达。笔者也发现,该书在讨论中涉及特定概念时,并未将对概念的内涵与外延的准确描述作为首要任务,而是力求找到一个概念表达方面的“最大公约数”,将这一概念的通常含义作为讨论的前提,进而研讨具体的运用,书中对于诉讼标的、请求权等的界定与运用都体现出这一特点。笔者非常赞同这一做法,这使得作者与读者均可以避开概念式的法学专注于“名词解析”的误区,将更多的精力专注于具体问题。

而由于以上特点的存在,该书对于实务工作者,特别是没有诉讼法学背景的法官,会产生极大的震撼,有助于他们去重新审视自己所熟悉的日常工作与常见现象,并拥有解决问题的新工具。

〔4〕 张卫平:《民法典与民事诉讼法的连接与统合——从民事诉讼法视角看民法典的编纂》,载《法学研究》2016年第1期。

### 三、司法实践对民事诉讼法教义学研究的需求

从社会生活中一个具体纠纷的发生,到最终判决的形成,需要一系列的诉讼行为、司法行为,才能将原始事实、利益之争以法律要件、法律关系、法律效果的语言体系梳理清楚,而提高这些行为的合法性、准确性、规范性,将有助于公平、合理、高效地解决纠纷,维护社会秩序。个人认为,在处理案件时,重要的不仅是我们的价值判断与利益衡量是否适当,因为社会公众与法官对公序良俗、公平诚信的理解与判断多数情况下是相同的,更重要的是我们的价值判断在实证法上是否有依据,是否符合立法原意,有无相应的事实与证据基础,有无正确的司法方法予以实现。故个人认为,当前,法教义学之研究的深入与应用的推广,对于我国司法具有极其显著的现实必要性。

本书是民事诉讼法的法教义学研究的一个里程碑,也是一个开端,相关研究仍然有许多亟待发力之处,正如本书中存在的多处的“开放式结尾”。民事诉讼中,仍然存在大量的实务问题需要从理论层面展开进一步的分析研究,除了“传统”民事诉讼法学研究所重视的具体的诉讼程序的设计问题之外,以下几个方面更需要我们后程发力,深入研究:

一是请求权基础理论的诉讼法衔接。在民事领域,请求权分析方法是当前最为主流的案件分析方法,其指以请求权基础为出发点,分析支持原告诉讼请求的法律规范做出裁判的方法,其中的请求权基础是指据以支持一方当事人的主张的法律规范。<sup>〔5〕</sup>这一方法也被已故的邹碧华同志吸收在其著名作品《要件审判九步法》中,广为流传。这种要件审判方法将诉讼请求、请求权、请求权基础规范及其要件、案件中的要件事实等依序梳理,最后得出判决结果,具有较强的科学性、合理性。而当前,我们需要进一步研究该方法在诉讼法上的衔接与对应关系,如请求权竞合情形下,原告的请求如何确定,选择性的诉讼请求、预备性的请求是否允许,复数的攻击防御方法是否可行等。

二是法律要件的分解与诉讼结构。对法律规范本身的重视是法教义学的特点,对实体法与诉讼法规范分类、分解是确定诉、辩、审三方分工合作的前提。在民事诉讼法学研究中,这应包括以下内容:其一,法律规范性质的识别与当事人对抗模式安排。从作用上看,法律条文可以分为权利发生规范、权利妨碍规范、权利消灭规范,当前的法律规范中,各个条文各自的性质与作用的界定,直接影响原告与被告在诉讼中的请求与主张、反驳、抗辩、反诉的识别及相应的程序问题;其二,法律要件审查、法律关系判断、释明。法律规范作为三段论中的“大前提”,实际根据其性质不同,规范中包含了产生、阻碍、消灭法律关系的特定事由,这些事由即法律要件。法律要件是否齐备是双方争议法律关系性质的基础,如果原告主张的法律关系要件不具备而应形成其他法律关系,如主张为劳动关系而实为劳务关系时,法官应如何行使释明权,我们应当如何确定释明的法定事由与释明方式;其三,法律要件与举证责任分配。举证责任的分配、免除、倒置,实际均由实体法决定,且主要取决于前述研究中对法律要件的分解。故对司法审判而言,特定案由、特定法律制度、特定纠纷事项、特定法律条文应当如何定性、分解,需要进一步加强法教义学方面的研究。

三是审判思路的具体化、规范化。对法官来说,思维方式甚至比他们的专业知识更重要,因为专业知识是有据可查的,而思维方式是靠长期专门训练而成的。<sup>〔6〕</sup>我们目前对于审判的推理过程的认识还基本停留在“司法三段论”这样的宏观层面,未能将其细化为具体的审判思路。个人认为,我们应当运用法教义学方法,将思维推演层面上的“三段论”的逻辑过程,具体化为法官行使指

〔5〕 王泽鉴:《法律思维与民法实例》,中国政法大学出版社2001年版,第56页。

〔6〕 [美]鲁格罗·亚狄瑟:《法律的逻辑——法官写给法律人的逻辑指引》,唐欣伟译,法律出版社2007年版,第5页。

挥权,指引当事人结合案件性质与请求权基础、法律要件等就案件发表各自观点并举证、质证,法官对此进行审理、审查、判断的审判过程,在规范化、定型化的基础上予以推广,对特殊案件,如劳动争议、家事案件、破产案件,更需加强针对性的研究。这些方面的努力不仅会提升当下司法审判的科学化、规范化水平,也是将来设计特别程序法,如家事特别程序法的基础。

四是程序多元化趋势下的程序协调。程序多元化是现代民事诉讼的典型特征之一,这在赋予当事人更多选择的同时,也对立法设计与司法运用提出了更高的要求。当前,党的十八届四中全会已将多元化纠纷解决机制改革确定为一项重要改革任务,程序多元化正是此项工作的重要指导原则。对法官与律师而言,程序间的问题更加显著,如人民调解、先行调解、诉讼调解的分工与配合,案外人申请再审、执行异议之诉、第三人撤销之诉各自的范围与衔接等。如何处理此类问题,成为当前需要研究的新类型问题之一。

五是证明问题的实证性研究。当前,证据法学研究虽然成果颇丰,但对于指导实践而言,力度仍显不足。除了举证责任分配问题之外,法院与当事人在调查收集证据上的分工、举证的具体方法、证据合法性的判断、证明标准、提出证据责任的转移、证据评价方法与经验法则在证据真实性审查中的运用等均为证据法学上的重要问题,也是研究的热点。对这些问题,实务中法官经常发生争议,也有认识错误的情况发生,但寻求理论支撑时却常遇到求助无门或“不实用”的问题,比如应如何具体把握“高度盖然性”的证明标准,如何认识反证的前提与证明标准等。故相应研究在满足逻辑自洽,符合科学规律,吸收借鉴比较法经验的同时,更需要在我国的现行法律规范之下,结合审判中证明的具体过程,进一步深入研究其中的实际操作性问题。

#### 四、司法实践视角下的法教义学与社科法学

法教义学在当代中国有何特殊价值或贡献?其与社科法学的关系是对立的吗?对这一问题的研究经过近几年的积淀,已经有了一批见解卓越的论著。笔者对此研究不深,也不具备精准界定的能力,只想像该书作者一样,以描述性的方式,在相对确定的范畴内就此问题谈一些简单看法。

有学者指出,法教义学与其他法律解释方法的主要差别,体现在对实定法秩序体系化解释的司法中心主义。<sup>〔7〕</sup>而社科法学,其“大致轮廓”为一门强调法律与司法的社会属性的法学门派,认为法律的制定与实施是社会生活的一部分,立法与司法均应当反映社会的情况,满足社会的需求,司法裁判活动并非僵化适用规则文义的过程,更应是一个发掘和实现目的和价值的过程。

就二者的关系而言,有学者用“你死我活”来形容,<sup>〔8〕</sup>也有学者指出,法教义学与社科法学的分歧,如果存在的话,只是个“名分之争”。<sup>〔9〕</sup>也有学者指出,二者之间存在四个方面的对立:规范思维 VS 价值思维、司法参与者姿态 VS 政治—立法者姿态、科学使命 VS 政治使命、自主的法律 VS 工具的法律。<sup>〔10〕</sup>而《重点讲义》一书中,作者在分析具体问题时也经常是从这些对立面加以考察,如对告状难问题,作者即提出就此问题有“在政治、社会的角度加以考量”与“在具体法律规范运用的层面上思考”这两个角度。

作为一名实务工作者,个人认为二者虽然有不同的侧重、不同的研究方式、方法、思路,但二者

〔7〕 凌斌:《什么是法教义学:一个法哲学追问》,载《中外法学》2015年第1期。

〔8〕 陈景辉:《法律与社会科学研究的方法论批判》,载《政法论坛》2013年第1期。

〔9〕 雷磊:《什么是我们所认同的法教义学》,载《光明日报》2014年8月13日,第16版。

〔10〕 王旭:《中国行政法学研究立场分析——兼论法教义学立场之确立》,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》,北京大学出版社2007年版。

是对立统一,有分有合的关系,正如文义解释与目的解释共同构成法律解释的重要方法,正如各种文件中经常提到的“社会效果与法律效果相统一”的要求。法教义学与社科法学只是我们深化对法律及司法活动本身的认识的不同角度与进路,这些不同正是二者的各自特色与独特价值所在,也是二者互相影响,相互协作,共同服务于司法实务的基础,笼统地概括,法教义学与社科法学可以归纳为“方法论”与“目的论”的关系,形式与内容的关系。具体而言:

一方面,法律条文本身是有价值追求与社会政策考量,司法中的法律适用同样如此。在我国现代法治建设过程中,立法过程中的价值与理念冲突在各个具体法律的制定过程中均有体现,比如物权法、侵权法等,其中诸多争议过程至今历历在目。我们应当认识到,立法者是通过对社会考察,形成了对价值衡量的统一认识,从而明确立法宗旨与目标,进而递进地形成法律原则、法律制度与具体的法律条文。法教义学所尊崇的对法律规范的忠实,首先是对立法者的立法目的与价值选择的忠实。而同时,法律的概括性、抽象性、普适性必然需要法官在个案中予以解释后方能适用,法官依据法教义学的规范方法去分析案件、判断是非,也是实现自身价值判断的过程,这在诸如非法证据排除规则、知假买假规则等法定规则的适用过程中表现尤为突出。而法官如何形成正确而适当的价值判断,如何设定利益衡量的最佳落点,法律共同体、社会公众如何适当评价法官的价值选择,均需要运用社科法学的方法;

另一方面,社科法学也是法律之学,并不能天马行空,而是需要尊重立法,在司法过程中尤其需要尊重司法本身的逻辑过程与自身规律,遵循司法三段论的司法方法,正如我们运用目的解释时也需要以法律条文表述本身及制定背景为依托,而即使有了目的解释,也要有事实查明、法律关系判断、法律要件分析与案件事实归入的司法推理过程一样。现代法治社会已经不允许法官超越法律与司法基本方法,以个人“对目的与价值的发掘与主张”决定判决结果,否则就是法官的人治,而不是法治。当下,社科法学所言的目的司法,必须有司法方法的辅助,这就有法教义学适用的过程。换言之,法官不是“法律的自动售货机”,但法官对民事审判的价值追求与利益衡量,必须以规范性的司法方法实现,必须隐身于司法三段论之中,其中具体内容笔者另有小文论及,不再赘述。<sup>〔11〕</sup>

所以,笔者认为,我们需要解决的,不是法教义学与社科法学,到底哪个更重要,哪个更科学的争议,而是如何兼收并蓄,各取所长,共同服务于提高司法水平的问题。但是,需要指出的是,法教义学,特别是部门法的法教义学,在我国当前的法律教育与法治实践中具有重要的现实意义,更需要被强调、被突出,原因在于:首先,法教义学强调对实定法的重视与坚持,这是法治的基础,对于中国这样一个具有深远人治传统影响的国家意义深远;其次,法教义学坚持法律本身,是一种典型的“法学内的法学”,其强调司法推理的纯粹性,排斥司法过程中的非法律因素的干扰,这对于当前我国法院、法官抵御外来不当干预,具有重要的正当化作用;再次,法教义学重视对法律的选择、解释与适用过程的研究与解读,作为司法过程的“方法论研究”,有助于形成司法审判活动的标准化模式,对于增强司法活动与裁判结果的规范性、科学性、可预测性,具有重要意义,有助于当前我国司法水平的整体提升与法官个人能力的增长;最后,法教义学有助于法科学生与法律从业人员形成标准化的法律思维过程,是法律教育,特别是法律实践教育的重要手段,既有助于从家门到校门再到院门的“三门”法官迅速融入司法工作,也有利于理论界与实务界展开有效的交流。

(责任编辑:赵秀举)

〔11〕 可参见黄海涛:《隐身三段论之中——民事审判的价值追求与实现路径》,载黄海涛:《民事诉讼法学实践问题研究》,中国政法大学出版社2015年版。