

我国民事诉讼法理论的体系建构

张 卫 平*

摘要:我国民事诉讼法理论的形成具有多源性,且因为缺失基础性原理的指引和规整,存在着彼此冲突和矛盾的情形,无法为我国民事诉讼法的发展提供理论支持,反而在较大程度上影响和制约了我国民事诉讼法的发展。要改变这一现状,就需要强化民事诉讼法理论的体系化建构,以提升和完善我国民事诉讼法理论的统一性。在理论体系的建构过程中,我们需要注意正确处理本体结构与外来理论植入的关系,正确对待民事诉讼法理论的本土化或特色化。通过长期的实践活动,科学把握民事诉讼在我国运行规律,逐步形成具有中国特色的民事诉讼法理论体系。

关键词:民事诉讼法治 民事诉讼法理论体系 大陆法系民事诉讼法理论 英美法系民事诉讼法理论

一、问题的提出

所谓民事诉讼法理论,就是人们关于民事诉讼法(广义)的制定、运用的认识和论述。科学的民事诉讼法理论应当是对民事诉讼法制定、运用规律的认识和论述,是人们对长期以来民事诉讼实践活动的经验总结和概括。^①我们在谈论理论的意义时,总是从理论对实践的关系上来把握的,即理论具有指导实践的作用。如果理论能够准确地把握实践的规律性,那么理论就能够正确地指导人们的实践活动,从而成为人们行动的指南,使得人们的实践活动不再是摸着石头过河,做到事半功倍。民事诉讼法作为人们在进行民事诉讼时所必须遵守的规范,其制定和适用都离不开民事诉讼法理论的指导。民事诉讼法的制定需要以特定的理论为根据,没有理论根据,其制度规定就可能只是片面的感性认识。我们在制定每一项特定的民事诉讼制度时,似乎只是根据某种特定的实践或社会需要而制定,如此,我们完全可以根据自己的意志设计制度结构,作出具体的制度安排。但是如果缺乏理论的指引,我们的制度就可能出现矛盾或问题。例如小额诉讼制度的设置,就必须依照小额诉讼的相关理论,而这些理论就是人们小额诉讼实践的认识总结。小额诉讼的基本理论是基于人们对诉讼救济成本与诉讼救济权利大小之间关系的认识即纠纷解决的效率与成本理论建立的,是经济学原理在诉讼领域的具体应用。由于所救济的权利数额较小,因此从成本与效率的角度考虑,应当设置相应简化的程序予以应对,以提高小额纠纷解决效率,降低纠纷解决的成本。民事诉讼法的运用也有自己的规律,同样离不开民事诉讼法理论的指引,背离民事诉讼法理论将导致民事诉讼法的运用偏离轨道,无法实现民事诉讼法规范的目的。

如前所述,民事诉讼法理论是人们对民事诉讼实践的认识和论述。但这些认识和论述如果不是体系化的,那么这些理论认识和论述就只能是一堆散沙,没有体系化的理论相互之间就可能是矛盾或冲突的。体系化的理论通常是由基本原理、基础理论和具体理论构成的,如同树干、树枝与树叶的结构关系一样。树叶直接依赖于树枝,树枝依赖于树干,如此才能生长为参天大树。基本原理相较于基础理论和具体理论具

* 天津大学卓越教授、清华大学法学院教授

^① 参见张卫平:《法学研究与教育方法论》,法律出版社2017年版,第3页。

有更广泛的涵摄性,基础理论又比具体理论更具有涵摄性。具体理论是对具体制度结构和运行的抽象概括,具有相对具体的针对性。基本原理往往与基本原则直接关联。作为理论的原理与作为规范的原则之间,有时区别不是那么清晰。当然,如同客观存在的事物一样,彼此之间在某些特殊情形下也存在模糊地带。理论的体系化是将理论按照特定的框架结构组织起来,形成一个有机的整体,彼此之间依据一定的基本原理予以连接,从而使得人们的实践活动能够在体系化的理论指导下实施,以保证实践活动的协调和统一。体系化的各个局部的理论必定服从于体系化的总体要求,在体系的基本原理下构筑起来,如此也就保证了各种理论在体系中的协调性和统一性。

民事诉讼法的体系与民事诉讼法学的体系是两个既有联系、又有区别的概念。民事诉讼法的体系是指有关民事诉讼的若干规范组成的具有内在联系的统一体。这里的民事诉讼法是指广义上的民事诉讼法,即通过规范特定的程序,以确认和实现权利义务、解决民事纠纷为目的的法律规范的总和。理想的民事诉讼法体系应当是能够满足以下基本要求的体系结构:既能满足民事诉讼法规范门类齐全、有机联系、结构严谨、协调统一等基本要求,同时各程序规范又具有一定的完整性和自洽性。在这两个方面,我国民事诉讼法的缺陷还是比较明显的。对于一些特殊程序规范,往往仅有一条或几条规定,缺乏完整性,如关于公益诉讼程序的规范、关于文书提出义务的程序规范、关于证据调查的程序规范,等等。

在民事诉讼法体系中,各规范之间存在一定的逻辑关系,如一般程序法与特别程序法的区别、权利确认程序规范与权利实现程序规范的差异、审理程序规范与保障程序规范的不同。这些规范都具有各自的鲜明特征和属性。如果某种程序与民事诉讼的基本程序在原则、功能等方面具有根本的差异,它也就具有特殊性,应当制定特别法,如家事诉讼法、民事公益诉讼法、民事保全法、强制执行法,等等。对于某些具有自身特点但又不能制定独立程序的领域,也需要在相应的实体法中确定与之适应的程序规则,如商事关系诉讼规则、知识产权诉讼规则、票据诉讼规则、消费者权益诉讼规则,等等。民事诉讼法的体系化是现代民事诉讼法的内在要求。民事诉讼法的体系化有助于充分地体现民事诉讼法的基本价值、理念、精神,有助于民事诉讼法规范的和谐统一,有助于民事诉讼法规范的实施和遵守。我国现行的民事诉讼法还没有完成其体系化的作业,尚未根据各具体规范的特征和属性形成既相对独立、又彼此具有内在逻辑联系的程序法体系。其原因就在于我们尚未从理论上充分认识民事程序规范各自的特征和属性。例如,正是由于没有意识到家事诉讼与一般民事诉讼的特征差异,也就不可能将其区别规范。

民事诉讼法的体系会在一定程度上反映民事诉讼法理论体系的特点,如主体与客体的理论在民事诉讼法的体系结构上就体现为,在当事人制度中,明确规定诉讼主体与诉讼客体——诉讼标的——之间的关系,如共同诉讼与第三人诉讼制度。共同诉讼与普通共同诉讼的界分在于诉讼标的的共同与诉讼标的的同种类之分,有独立请求权第三人与无独立请求权的第三人之间的界分标准之一在于有无独立请求权。民事诉讼法的立法还必须按照民事诉讼理论对于诉讼性质的认识,安排民事诉讼法的基本结构,如诉讼制度与非讼制度、简易诉讼与普通诉讼、人事诉讼与非人事诉讼、普通诉讼救济程序与特殊救济程序(再审)等。当然,民事诉讼法的体系结构与民事诉讼法的理论体系结构也有所不同。民事诉讼法的理论体系结构讲究的是理论之间内在的关联,民事诉讼法的体系结构还要反映民事诉讼外在的结构关系,如一审程序(小额诉讼程序、简易诉讼程序与普通诉讼程序)、二审程序、再审程序以及涉外程序的安排。

理论体系作为一定的架构并非一成不变,而是有一个不断丰富和更新的过程。从法律体系特色分类来看,原苏联东欧国家的法律体系的某些特征至今还存在于其他一些国家,对我国也有很大的影响。同样的,通过这一法律体系的实践,以这些国家的政治、经济等理论为基础的法律理论,包括民事诉讼理论也随之产生,并逐渐形成具有自己特色的理论体系。这一理论体系既依附于特定的法律体系,也服务于该法律体系,并反过来强化这一法律体系。我国民事诉讼理论曾经受到原苏联民事诉讼理论的影响,形成了与当时政治、经济、社会观念相适应的民事诉讼理论。在承继的意义上,也可以说我国的民事诉讼理论体系就是原苏联民事诉讼理论的体系。这一理论体系的基本特征是强烈的国家干预色彩,广泛的民事检察监督

就是国家对民事诉讼干预的主要体现之一,^①在理论上即为民事检察监督理论,将政治理论转为了法律理论。尽管在我国改革开放之后,民事诉讼体制发生一定程度的偏转,当事人主导的色彩有所加强,但依然保留原苏联职权干预的特征。在我国民事诉讼法中,检察监督(民事审判活动与执行活动的监督)的法律规定也反映了我国特殊的对民事诉讼的国家监督,在理论上全面承继了原苏联的民事检察监督论。

1949 年中华人民共和国成立,全面否定国民党统治时期的“六法”之后,法制处于重建阶段。法学理论方面主要是受原苏联的影响,但由于法制的构建处于较低的阶段,还远未形成法制体系,也没有丰富的法律实践和认识,虽然移植了原苏联的法学理论,但并未形成体系。“文化大革命”期间法制更是完全处于荒芜阶段,原苏联的法学理论也成为批判的对象。随着我国的改革开放,法制开始重建。由于经济体制的转型,与计划经济相适应的原苏联的法学理论已经不再为人们所重视,尽管原苏联的理论对我国还有影响,但远不像 20 世纪 50 年代那样,处于强势和主导地位。在观念开放、经济体制和政治体制改革的大背景之下,大陆法系的理论成为我国法学理论借鉴移植的主要对象,对新时期我国法学理论的发展产生了重大影响。在民事诉讼法理论方面,影响最大的还是以德、日为代表的大陆法系民事诉讼理论。除了大陆法系的法律制度和法学理论对我国产生影响之外,由于美国在经济、政治等方面的影响,英美法系的民事诉讼制度以及民事诉讼法理论也对我国产生了影响,只是在理论方面还不及大陆法系理论那样具有主导性。

目前我国的民事诉讼理论主要以大陆法系民事诉讼理论为参照,但由于我国正处于社会转型的过程中,受传统诉讼理念以及司法制度、政治构架的影响,我国并未体系化地接受大陆法系民事诉讼理论。我国的民事诉讼理论中部分嵌入了我国传统民事诉讼的认识和观念,并遗留下了原苏联理论的部分残余,如职权干预理论(限制性处分原则)、无独立请求权第三人理论、泛检察监督理论,等等。因为民事诉讼法建构还处于初创阶段,民事诉讼法制的体系化尚未完成,也由于缺乏民事诉讼经验的长期积累和提炼,还不能形成与我国时代发展要求相适应的本土化民事诉讼理论体系。

二、从体系及比较的视角看大陆法系与英美法系民事诉讼理论

大陆法系和英美法系是世界上影响最大、适用国家和地区范围最广的两大法系,也是其他法制后发国家借鉴和移植的主要对象。我国在发现法律的方法以及现行民事诉讼程序方面受大陆法系的影响最大。近些年来,英美法系在具体诉讼制度和诉讼理念方面也对我国民事诉讼法及其理论有很大的影响。因此,在此有必要对两大法系的民事诉讼及其体系的差异和特点进行分析阐述,以便在理论体系的建构中妥当对待两大法系的不同影响。

(一)大陆法系民事诉讼理论及其体系化

在大陆法系,民事诉讼法脱胎于私法实体法,民事诉讼法及理论也必然受私法基本法——民法——及理论的影响。民事诉讼法在思维方式和立法方式上也是以民法学为基础或模板。民事诉讼法的规定也尽量提炼出原则、基本制度,并同样以总论分论的形式构建整个规范体系。^②

大陆法系民事诉讼理论原来也一直依附于民法理论,没有自己的体系。即使在民事诉讼法学从民法法学体系独立出来后,民事诉讼法学的诸多概念也是按照民法学的思维方式,模仿民法学的概念设定。例如,民事诉讼法律行为就是套用民事法律行为的表达;民事诉讼权利能力套用民事权利能力;诉讼要件则套用法律要件的表达方式。

大陆法系法律的特征之一是私法发达。私法源于古代罗马法,民法或私法理论和体系的形成和发展与潘德克吞体系有直接的关系,《德国民法典》就是按照这一体系编纂的。日本、韩国等大陆法系国家的民法典也属于此类。“德国在继受罗马法之后,法律具有学院的和理论的特性,控制这种法律是大学教师,而

^① 在原苏联,国家干预体现为双重干预机制——法院职权干预和检察院干预。参见张卫平:《转换的逻辑——民事诉讼体制转型分析》,法律出版社 2007 年修订版,第 136~140 页。

^② 参见张卫平:《民事诉讼法学方法论》,《法商研究》2016 年第 2 期。

不是法庭的法律实务者,法律是在教材中被发现,而不是在判例汇编中发现。”^①德国学者卡尔·拉伦茨指出,法学方法确切地讲就是在私法领域将法律规范适用于需要裁判的“案件”的方法,适用法律过程中对法律进行解释的方法以及法院发展法律的方法。大陆法系民事诉讼理论体系的代表是德国民事诉讼理论。在德国普通法末期,诉权从请求权中衍生,相应的,诉讼法(程序法)从私法分离出来,私法成了单纯的社会规范(实体法)的体系。^② 诉讼法与实体法在法理上的区分也被认为是19世纪法学进步的成果。^③ 德国学者瓦赫在1885年出版的《德国民事诉讼法手册》一书中,率先提出了法律保护请求权这一概念。1889年,瓦赫以祝贺温特沙伊德为契机,在庆祝文集中以确认请求权为例做了进一步论证。从此,诉权概念成为民事诉讼法学研究中的一般用语。在这一时期,诉权概念也得以体系化及正确的阐释和运用。正是诉权概念和理论使得民事诉讼法学有了自己“真正的和直接的对象”。^④ 德国学者赫尔维格全面研究并丰富了人们对请求权和诉权的认识。赫尔维格指出,诉权是指有权以诉的方式要求特定的、能够满足原告法律保护利益的判决。^⑤ 瓦赫和赫尔维格等学者明确将诉权与实体法上的请求权区分开来,认为作为诉权的法律保护请求权是一种公权利,因为它的内容是针对诉讼行为和司法行为,从而使得民事诉讼理论由此从根本上脱离了民法,成为独立于民法学的民事诉讼法学体系。^⑥

德国学者以诉权为基础构建了一个完整的、自洽的民事诉讼理论体系。因为民事诉讼理论体系脱胎于私法(实体法)体系,民事诉讼理论体系也自然受到实体法体系的影响。而实体法体系又是按照理性哲学的主客观结构搭建的,语言表达方式也受其影响。因此,民事诉讼理论体系也具有这种体系构建的基本特征,语言表达方式也具有其特征。例如,按照哲学的主体与客体、主观与客观的二元对立结构,由此推演出诉讼主体、诉讼客体,并衍生出诉讼目的、诉的种类、诉的合并与分离、诉讼要件、诉讼主体、主观合并、客观合并以及既判力、执行力、形成力的主观范围、客观范围等,再将其结合民事诉讼所特有的程序时序关系也就构成了独特的三维关系。最典型的反映是在判决效力中既判力、执行力、形成力的主观范围和客观范围之外,还有一个维度——时间范围。

(二)英美法系民事诉讼理论及其体系

英美法系是一个完全不同于大陆法系的法律体系,^⑦英美法系民事诉讼理论与大陆法系民事诉讼理论似乎是完全不同的样态。习惯于大陆法系理论表现形态的人们视英美法系民事诉讼理论只是一堆散乱的零部件而已,是没有体系、逻辑和内在联系的认识和论述。英美法学者关于民事诉讼的论述都是关于具体制度实际操作的认识,很少有理论或概念层面的讨论或争论。人们之所以有这样的认识,主要还是因为大陆法系与英美法系完全不同的法律体系。大陆法系的一个主要特点是以成文法为主要法律渊源。大陆法系成文法的一个基本特点是高度抽象和概括。大陆法系的理论几乎可以完全脱离开实际判例讨论理论问题,而英美法系绝不能离开具体的判例抽象地讨论理论。英美法呈现的一个基本特点是以判例法为主要法律渊源。^⑧ 判例法可以看作一个规范的网络体系,通过具体的判例解释实体规则和程序规则。如果

① [德]K. 茨威格特、H. 克茨:《比较法总论》,高鸿均、贺卫方、潘汉典译,贵州人民出版社1992年版,第457页。

② 参见[日]中村英朗:《法学和自然科学在方法论上的关联——以自然科学启迪法学体系创新的构想》,载中村宗雄、中村英朗:《诉讼法学方法论——中村民事诉讼法理论精要》,陈刚、段文波译,中国法制出版社2009年版,第9页。

③ 参见[德]彼得·阿伦斯:《民事诉讼法的基本法理》,[日]石川明译,《民事诉讼法杂志》第27辑,日本法律文化社1981年版,第1页。

④ Vgl. Wach, Der Rechtsschutzanspruch, ZZZ 32 (1904).

⑤ 参见[德]赫尔维格:《诉权与诉的可能性——当代德国民事诉讼基本问题研究》,任重译,法律出版社2018年版,第27页。

⑥ 对诉权以及民事诉讼理论体系化做出贡献的德国诉讼法学者还包括理查德·施密特、斯盖德尔和波拉克等人。Vgl. Wach, Der Rechtsschutzanspruch, ZZZ 32 (1904).

⑦ 洞悉英美两国法律体系和思维方式的学者认为,英美两国的法律体系和思维方式其实也有很大的不同。甚至两者具有某些根本性的不同。美国学者P. S. 阿蒂亚、P. S. 萨摩斯就认为,如果借助于“形式与实质”的界分方法去观察两者的总体特征,便可以发现英国法在总体上取向于形式法律推理,而美国法取向于实质法律推理。关于形式法律推理与实质法律推理的内涵和差异,参见[英]P. S. 阿蒂亚、P. S. 萨摩斯:《英美法中的形式与实质——法律推理、法律理论和法律制度的比较研究》,金敏、陈林林、王笑红译,中国政法大学出版社2005年版,第5~10页。从该书作者对英国法的总体特征的概括和论述来看,仅就法律推理这一点而言,似乎英国法与大陆法系的法律具有相当程度的相似性。

⑧ 实际上,英国法和美国法之间也有相当大的差异。

没有阅读一定判例是无法真正理解和掌握英美法制度和理论的。判例法的一个基本特点是法官造法。与此不同的是,大陆法系在法律生成的基本取向上是否定法官造法的。^① 尽管也有学者认为即使大陆法系国家也实际存在法官造法的情形。^② 英美法系国家的成文法加判例法才真正构成了一个完整的法律规范体系。因此,它们不需要高度抽象和提炼,未决的具体案件的处理对应的是已决的具体判例。法官在具体审理案件中的职责和智慧就是考虑是否应当遵循先例——确定本案的裁决应受先例约束,还是区别于先例,不受先例约束。^③ 在没有先例时,可采用最低限度技术或者结果中心技术确立先例。^④ 与此不同,作为成文法,则需要将各种规范进行高度抽象概括,依赖的是各式各样被高度提炼的概念。法学理论的主要任务就是通过解释明确这些概念的内涵和相互之间的关系,为正确适用法律提供依据。这就形成了以概念分析为基本特点的规范分析方法。大陆法系法学理论也就呈现出一种特殊的规范出发型特征。按照日本学者中村英朗的观点,判例法或非成文法国家的民事诉讼特别是美国的民事诉讼就必然表现为一种与大陆法系的规范出发型不同的类型——“事实出发型”。^⑤

中村英朗认为,英美法系源于日耳曼法。日耳曼人相信存在着永恒的、不受时空限制的绝对正义。这种正义需要借助于裁判在具体案件的审判中予以发现。因此,诉讼制度的目的就是具体案件事实出发发现其应有的正义和法律。这一思想为英美法所继承。^⑥ 不过,中村英朗关于规范出发型和事实出发型的划分前提似乎存在较大的问题。因为英美法系也存在法的规范,而并非没有法,大量存在的判例也就是法,只是法或规范的表现形式有所不同而已。英美法学者的观察表明,法院经常是从已宣告的规则本身出发进行推理。^⑦ 在这一点上,英美法系与大陆法系在法律推理方面具有共性。加之,英美法也同样存在大量成文法,只是这种成文法的结构和表达方式与大陆法系的成文法有所不同而已。因此,不能简单地讲英美民事诉讼就是发现法的程序和过程,它与大陆法系一样也是将法的规范(无论是判例法还是成文法)与具体案件的小前提予以结合,形式逻辑地推出结论。这一过程是司法裁判的基本特征。英美法尤其是美国法,其判例法强调从具体案件抽象出法的规范,并成为拘束后诉法院的规范,因此,判例法会更精确地考虑具体案件的具体情形。英美法中大量存在的各种判例形成了一个复杂的规范网络。由于这些判例规范不是基于所谓“六大基本法”及其原则确立,更不是由存在于“六大基本法”的若干基础法律概念,而往往是基于更为抽象的正义、公平、基本权利保障这样的宪法观念和原则构建的,因此,英美法系的理论也就不像大陆法系那样严整。这与英美法国家的实用主义和怀疑主义传统直接关联。与大陆法系的法律具有“学院的和理论的特性”不同,英美法系的法律具有“法庭的和经验主义的特性”。^⑧ 大陆法系国家的理性主义观念使得人们对于发现真理具有强烈的责任感和自信。成文法的制定就是对这种自信的肯定。法学研究的使命就是发现法律的规律,法学理论就是关于法律运行规律的认知结果。因为强调案件审理的具体情形,因此,在英美法中,法官能够发现可具体适用的法律,或者更准确地解释什么是可适用于本案的法律,因此法官是法律解释的代言人。法官尤其是最高法院的法官具有比学者更大的影响,因为他们有时就是立法者。相较而言,大陆法系的法官基本上是“隐身”的,法官只是运用法律,法律的内容以及如何理解的知识由学者提供。法官可能会因为某一案件出名,但绝不是因为他的裁判理由出名,而是由于案件的特殊

① 英美两国与法国的司法传统有所不同,英美两国不存在对法官造法和司法干预心证的恐惧,因为在资产阶级革命时期,法官常常与人民站在一起反对统治者滥用权力,是一种进步力量。相反,法国的司法制度使得其不能明确司法和立法的界限,法官成为社会进步的反动力量。因此法国司法制度成了革命的对象。革命的后果之一就是确立三权分立,并明确若干审判原则和制度,为大陆法系司法制度的现代化奠定基调。参见[美]约翰·梅利曼:《大陆法系》,顾培东、禄正平译,法律出版社2004年第2版,第15~16页。

② 关于大陆法系国家法官造法的介绍,参见何家弘:《论法官造法》,《法学家》2003年第5期。

③ 参见[美]迈克尔文·埃森伯格:《普通法的本质》,张曙光、张小平、张含光译,法律出版社2004年版,第85页。

④ 参见[美]迈克尔文·埃森伯格:《普通法的本质》,张曙光、张小平、张含光译,法律出版社2004年版,第87页。

⑤ 参见[日]中村英朗:《民事訴訟論集第六卷——民事訴訟における二つの型》,(成文堂,2009)41、42頁參照。

⑥ 参见[日]中村宗雄、中村英朗:《诉讼法学方法论——中村民事诉讼理论精要》,陈刚、段文波译,中国法制出版社2009年版,第299~300页。

⑦ 参见[美]迈克尔文·埃森伯格:《普通法的本质》,张曙光、张小平、张含光译,法律出版社2004年版,第77页。

⑧ 参见[德]K.茨威格特、H.克茨:《比较法总论》,高鸿均、贺卫方、潘汉典译,贵州人民出版社1992年版,第457页。

社会影响出名。在大陆法系,律师们在案件代理中只是思考法律是如何规定的,而不是思考法官会如何裁判。在英美法系,律师必须思考具体审理案件的法官将如何裁判。因此,我们可以看到这样的现象,在大陆法系,法学家是法律的诠释者;在英美法系,法官是法律的诠释者,学者只是判例解读和注释者。可以认为,英美法系的理论不像大陆法系那样的结构清晰,并且展现为高度抽象的概念群及组合。英美法系以庞大而复杂的判例解释构成了一个庞大而复杂的知识体系,或者更准确地讲是经验认知体系。因此,如果不深入地阅读、研判英美法判例,也就不可能真正进入英美法的认知世界。这也是大陆法系国家的学者在学习和了解英美民事诉讼法制度和理论时所面临的巨大困难。英美法系与大陆法系展现的是完全不同的两种思维方式。如果没有大陆法系法律思维的约束,对英美法系的理解就会容易得多。由于两大法系的法律思维方式和法律语言表现方式的差异,使得彼此要理解对方都存在一定的困难。人们可以发现,大陆法系一些国家如日本对美国民事诉讼法的移植主要是具体的制度和价值层面理念(如正当程序、程序保障等),而非诉讼理论。^① 日本对德国法的移植则主要是诉讼制度和作为制度基础和解释的理论。

三、我国民事诉讼理论及其体系构成分析

我国民事诉讼理论构成比较复杂。这与我国政治以及法制的发展有直接的关系。1949年中华人民共和国成立之际,作为政权革命的一个重要组成部分,我们全面否定了国民党统治时期的“六法”。在社会格局的大变动之中,我国法制处于重建初期阶段。由于政治意识形态与政权结构的关系,我国法制形态也与其他社会形态一样是按照原苏联的模式建构。相应的,法学理论方面主要是受原苏联的影响。原苏联的法制受其意识形态和革命性政权更替的影响,其法制的认识和重构实践活动也都具有尖锐的对立性和颠覆性。其法学理论也呈现出一种对过去的批判,甚至可以说这种理论的特色就是一种批判理论。因为意识形态的控制和影响,这种理论批判主要是一种阶级批判分析,具有强烈的政治分析色彩。民事诉讼理论也是如此,其民事诉讼理论的一项任务就是无情揭示西方民事诉讼理论的虚伪性。^② 在我国,社会变动也具有与原苏联相似之处。这种相似性使得我国对原苏联民事诉讼理论更具有亲和感,移植和理解也更为容易。

虽然原苏联的民事诉讼理论在实质和内容上对原来沙俄时期的民事诉讼理论进行了否定,但在形式和理论的基本架构上还是承继了原沙俄的民事诉讼理论。沙俄民事诉讼无论是制度还是理论在一定程度上都受到德国法的影响。而东欧国家如波兰、匈牙利、捷克斯洛伐克等国则受到德国法的影响更大。^③ 原苏联民事诉讼法在制度上也同样受到德国法结构和概念的影响,因此,原苏联民事诉讼在理论上还是保留德国民事诉讼的特点——部分概念和体系的基本框架,只是将其内容进行了改造,尤其是基本原则方面,最典型的就是辩论原则。改造后的辩论原则不再具有德国民事诉讼中辩论原则的基本含义,而成为一种辩论权利的表达。^④ 因此,我国民事诉讼理论在20世纪40—50年代引入原苏联民事诉讼理论之后,实际上也同样保留了大陆法系民事诉讼理论的某些结构和形式特征,没有因为废除国民党统治时期的“六法”而完全与大陆法系民事诉讼理论绝缘。

在改革开放的大背景之下,大陆法系的理论重新成为我国法学理论借鉴移植的对象,对新时期我国法学理论的发展产生了重大的影响。在民事诉讼法理论方面,影响最大的还是以德、日为代表的大陆法系民事诉讼理论。一方面国民党统治时期的法律体系是完全的大陆法系体系,虽然被废除,理论也遭到遗弃,但毕竟在历史上存在过,恢复对大陆法系理论的重新认知就有了很好的基础。另一方面,我国台湾地区与

① 参见[日]谷口安平:《程序的正义与诉讼》,王亚新、刘荣军译,法律出版社2002年增补版,第18~21页。

② 参见[苏]阿·克列曼:《苏维埃民事诉讼》,王之相、王增润译,法律出版社1957年版,第88~89页。

③ 参见[波]沙弗丘克、文格列克:《波兰人民共和国民事诉讼》,徐冀鲁译,西南政法学院法律系诉讼法教研室1982年编,第7页;[匈]L.涅瓦伊、T.雷瓦伊:《匈牙利人民共和国民事诉讼法》,刘家辉译,法律出版社1983年版,第1页;[捷]施太格舍:《捷克斯洛伐克社会主义民事诉讼》,李衍译,西南政法学院法律系诉讼法教研室1982年编,第1~2页。

④ 关于原苏联民事诉讼中的辩论原则,参见[苏]C. H. 阿布拉莫夫:《苏维埃民事诉讼》(上),中国人民大学审判法教研室译,法律出版社1956年版,第55页;张卫平:《我国民事诉讼辩论原则重述》,《法学研究》1996年第6期。

祖国大陆的现行法律体系同属大陆法系,台湾地区成为祖国大陆学习、借鉴的对象和模板,是发展了的现代大陆法系民事诉讼法理论的样板。语言文化方面的同质性也为这种借鉴提供了方便。事实上,我国改革开放之后的法制重建,尤其是在法律制度的构建方面,大陆法系的影响依然是最主要的。这是因为在思维方式和法律结构上,我国与大陆法系存在共性。在民事诉讼理论方面,大陆法系的影响是主导性的。基于改革开放政策,我国推行了经济体制改革和政治体制改革,依附于原苏联经济体制和政治体制的法律以及法律理论也变得不合时宜,原苏联的理论逐步退出了我国的法学舞台,民事诉讼理论也是如此。当然,有的理念也还残存于我国民事诉讼理论中,某些制度也经过一定的改造保留于我国的民事诉讼制度之中。

除了大陆法系的法律制度和法学理论对我国产生影响之外,因为美国在经济、政治、文化、法律、技术等方面对全球的影响,英美法系的民事诉讼制度以及民事诉讼法理论也对我国产生了较大的影响,虽然其理论影响不像在刑事诉讼法、商法、环境法、知识产权法领域那样有重要的影响。在民事诉讼领域,美国对我国的影响主要在具体的制度和理念方面。制度方面比较突出的有审前程序、证据开示程序、禁令制度、证据制度;理念方面主要体现为正当程序的理念。在理论体系上还不能形成结构上的冲击。这与本文前述关于英美法的判例法和英美法的法律思维特征有密切的关联。判例法使得人们对抽象的理论和概念没有兴趣。霍姆斯大法官的名言——法律的生命不在于逻辑,而在于经验——很好地诠释了英美法系法官在裁判中的能动性和实用主义。

在“文化大革命”期间,我们曾试图将传统文化彻底埋入历史的坟墓之中,但“文化大革命”结束之后,传统文化又得以复生。随之,纠纷解决的传统方式和理念也被植入了现在的民事诉讼制度之中,并进而得以强化。在政治意识作用之下,诉讼再次呈现出“调解化”的趋势。^①因此,在我国民事诉讼理论之中,部分嵌入了我国传统民事诉讼的认识和观念,对传统纠纷解决的认识也是其十分重要的组成部分。

由于我国法制的构建在较长时期还处于较低水平阶段,还远未形成法制体系,也没有丰富的法律实践和认识,也就无法形成自己的理论体系。虽然吸收了而且还在不断吸收大陆法系的民事诉讼理论,但因为只是批判性地吸收,因此还谈不上体系化。关于这一点,只要与日本、韩国、我国台湾地区等受大陆法系影响的国家和地区的民事诉讼法理论予以比较,就可以看得很清楚。

如上文所述,受原苏联理论以及社会转型滞后的影响,我国的诉讼体制还处于转型过程之中,还保留了较强色彩的职权干预的体制特征。一方面由于改革开放,社会转型——从计划经济转向市场经济,私法的基本原则逐渐为人们所承认。与其相适应的大陆法系民事诉讼的原则和理念也逐渐为人们所认可,民事诉讼体制在一定程度上也开始转型。在转型过程中,两种不同取向和思维方式的理论在民事诉讼理论中形成紧张和冲突关系。另一方面,由于对大陆法系、英美法系民事诉讼理论体系缺少系统的了解,在制度借鉴上仅仅注意了制度的实用功能,而没有注意或忽视制度的理论基础和适用基础。再一方面,在建构诉讼制度时虽然注意了针对性,但却没有注意制度、理论的整体性,因而在诸多制度与理论之间,制度与制度、理论之间往往存在突出的非整合状况。比较典型的有:无独立请求权第三人制度与被告型第三人之诉的关系,^②审判监督与再审之诉的关系,^③起诉与裁判的关系,第三人撤销诉讼制度与既判力之间的冲突^④等。总体而言,我国民事诉讼理论呈现出比较凌乱、彼此缺乏整合、非体系化的状态。这种状态与我国民事诉讼理论的多源性、理念冲突和民事诉讼体制转型过程有直接关系。原苏联的民事诉讼理论本身就是对大陆法系基本理念的批判和否定,可以说就是一种阶级分析或政治分析的理论体系。这一特点在原苏

① 参见张卫平:《诉讼调解:时下势态的分析与思考》,《法学》2007年第5期。

② 在我国无独立请求权第三人制度中实际存在一种被告型第三人,但制度设置上可以在没有诉讼请求的情形下,由法院直接将可能承担实体责任的人追加进诉讼,这显然不符合诉与当事人原理的基本要求。参见张卫平:《“第三人”:类型划分及展开》,载张卫平主编:《民事诉讼法研究》(第一辑),厦门大学出版社2004年版,第58~97页。

③ 关于再审救济,我国现行法采用的是审判监督模式。这种模式明显与民事诉讼处分原则存在着冲突。作为诉讼程序本应由当事人启动,但却采用职权干预启动的做法。参见张卫平:《民事再审:基础置换与制度重建》,《中国法学》2003年第1期。

④ 第三人撤销之诉制度最突出的问题是没有顾及既判力相对性原则,并简单地将撤销之诉与现有的第三人规范挂钩,导致制度适用的混乱。参见张卫平:《既判力相对性——原则、根据、作用与例外》,《法学研究》2015年第1期。

联的民事诉讼法权威教科书中明显的呈现。^①因此,在同一理论架构中也必然存在着紧张关系。大陆法系民事诉讼与英美法系民事诉讼在制度、理念上均存在一定的差异,实践环境的不同又形成了不同的理论。因此,我国在吸纳、包容两大法系理论的同时,两种理论内在的紧张也必然存在。我国民事诉讼体制正在经历从过去或传统的职权干预转向当事人主导的诉讼体制,在这一过程中,社会转型中的矛盾和冲突也必然反映在诉讼体制转型过程中。社会转型的各种“矢量”作用也必然投射在民事诉讼体制转型过程之中。

理论间的冲突和张力,有些可以通过人们的实践活动寻找到修补、弥合的方法,逐渐予以消解。在这些长期的实践活动中,人们能够提炼或抽象出符合诉讼规律的理论。但这一实践活动需要较长的时间和积累。我国民事诉讼法的建构还处于初创阶段,民事诉讼法制的体系化尚未完成,^②因此,不可能有更充分的实践积累。也由于缺乏理论的指引(理论指引与实践反馈之间存在着相互作用的关系)以及民事诉讼经验的长期积累和提炼,因此,还不能形成与我国时代发展要求相适应的本土化民事诉讼理论,更遑论我国民事诉讼体系的形成。

四、我国民事诉讼理论的体系化建构

我国民事诉讼理论的非体系化现实必然对从事我国民事诉讼理论的研究者们提出民事诉讼理论体系化建构的使命。面对越来越复杂的纠纷形态以及诉讼关系,人们对纠纷的解决正当性要求越来越高。在这样的现实情形下,民事诉讼理论体系化建构也显得越来越迫切。任何理论体系都需要建构主体的主动意识,因此不能被动消极地等待民事诉讼理论体系的自然成形。理论体系的建构包括原有理论的整合、调整以及理论的丰富和扩展两个方面。无论是理论的整合与调整,还是内容的丰富与扩展,都首先涉及理论的基本框架和基础的问题。理论的整合与调整、内容的丰富与扩展都应在特定的框架和基础之上,否则难以达成理论体系化建构的目的,导致理论相互之间的冲突与紧张。

构建完全具有我国“知识产权”的、全新的民事诉讼理论体系是一种非常美好的理想和愿景。但是,我国的民事诉讼理论并非是在真空中培育出来的,民事诉讼制度也不是凭空生成的,而是在借鉴他国的制度基础之上建构的。这些制度本身总是以特定的理论作为支撑。在制度建构的同时,我们也已经接受或部分接受这些理论。例如,关于审判基本制度、共同诉讼及种类、诉的种类、诉的合并与分离、上诉制度及原理、再审程序的性质,等等。也就是说,在民事诉讼制度建构的初期,我们就已经将我们的认识自觉不自觉地纳入到了一定的理论框架之中,虽然未必是完整的、体系化的。因此,我国民事诉讼理论的体系化建构也必须考虑我们已有的基础,能够借用已有的框架和基础。如此,理论体系化的建构就相对容易得多。也只有借鉴国外的民事诉讼制度和理论,才能使我国的纠纷解决制度和理论能够与国外接轨,并融入国际纠纷解决的通用规则和认识之中,不至于成为一个完全封闭的、自说自话的游戏规则体系。封闭的纠纷解决规则体系和理论也必将阻隔国家之间、地区之间的经济或民事交往。

如上文所述,我国民事诉讼理论是由若干外来理论构成,可以说是一个“大拼盘”。但如果认真分析和清理,可以发现其主要成分还是大陆法系的理论,尤其是在概念方面,基本框架是大陆法系的,如诉权、诉、当事人权利能力、当事人诉讼行为能力、正当当事人、共同诉讼人、第三人、诉讼代理人、证据种类、鉴定人、上诉的处理、再审两阶段、诉讼与非讼的区分、诉讼与执行的关联,等等。其他外来理论如原苏联理论的影响是比较次要的,保留成分主要体现在职权干预及理念、理论方面。源于本土的诉讼文化、观念对我国民事诉讼制度也有很大的影响,但在理论层面并没有成为主导,甚至可以说并未生成成为一种抽象的理论,更多是一种诉讼文化和观念。

^① 参见[苏]阿·克列曼:《苏维埃民事诉讼》,王之相、王增润译,法律出版社1957年版,第69页。

^② 民事诉讼法制的体系化与民事诉讼理论的体系化存在一定的相关性,但也有所不同。民事诉讼法制体系的建构与一定的理论指导有关,也与纠纷解决的实际需要有关。家事诉讼从一般民事诉讼程序中分离,与理论上对两种诉讼性质的认识有关。也有如小额诉讼程序与提高效率、节约诉讼成本的实际需要有关。票据诉讼的特别程序既涉及对票据纠纷性质的理论认识,也涉及实际需要。

从发展的角度看,民事诉讼理论体系的建构可以是开放性的,可以借鉴对我们有益的理论。但从理论体系的建构来看,我们必须确定体系的基本架构。这在一点上有些与智能手机操作系统的选择相似。手机用户只能在苹果与安卓之间选择,尽管还有其他系统——windows phone、“大佬塞班”“黑莓”,但就使用的广泛度和评价而言,还是只有这两个系统处于霸主地位,其他只是“活着”而已。在民事诉讼体制方面,大陆法系和英美法系是当今世界上最主要的两种诉讼体制。在诉讼制度方面也是相对而言最复杂和最完整的。在民事诉讼理论体系方面,大陆法系和英美法系都提供了完整的样本,尽管两者体系化的表现形态和作用机制有所不同。原苏联的理论体系由于并非基于现代市场经济以及现代法治需要,而是基于特定的意识形态建构的一种批判性理论体系,因此对我国民事诉讼理论体系没有借鉴意义。两大法系的民事诉讼无论从制度还是理论上都为我国提供了丰富的资源。但是从我国民事诉讼制度和理论的现实来看,实际上我们没有其他选择,在理论体系的基本框架和基础方面,只能在已有的大陆法系民事诉讼理论的体系框架和基础上完善和发展。这是由我国民事诉讼制度和理论“前世今生”所决定的。

除此之外,这种选择的必然还是由于程序法与实体法的内在联系所决定的。我国民法的制度体系和理论体系都已经完全大陆法系化了,这是毫无争议的事实。在大陆法系化这一点上,因为没有司法制度的影响(由于司法制度的政治性,司法制度相较于实体法和程序法更具有“本土性”。基于司法制度与程序法的另一个维度的内在联系,更容易对程序法的形塑产生影响),实体法比程序法走得更远。由于程序法与实体法的内在联系,程序法必须与实体法保持一致,程序法的理论以及体系自然必须与实体法的理论以及体系保持一致。虽然程序法理论有其自身的特点,但毕竟程序法具有实现实体法的功用,程序法理论也必须为此服务,程序法必须包容实体法价值在自己领域的衍生。应当承认,在大陆法系的结构关系中,相对于英美法尤其是美国法,程序法对实体法的依赖性、被动性更强;相反,英美法尤其是美国法程序对实体的积极影响或能动性更强。因此,在大陆法系的法律结构关系中,实体法的走向和变异对程序法的发展或变化将具有重要的影响。这一点从商法、知识产权法和环境法的发展变化对程序法的影响中很容易观察到。

从法律文化的角度看,我们不能否认法律以及理论是文化的组成部分,而法律文化不可能脱离本土,离开了本土的外来文化难以存活和发展。如果将大陆法系的法律制度和法律理论思维作为外来文化的话,有可能直接推导出我国民事诉讼理论体系大陆法系化的不可能性。可能的路径只能是本土自生的理论,并逐渐体系化。这种认识的一个误区在于,仅仅将大陆法系制度和理论看做一种外来文化,而没有将大陆法系的民事诉讼制度和理论看做人们对民事纠纷司法解决规律的探索和总结,对于程序正义的科学认识和制度架构是人类纠纷解决实践智慧的结晶,是一种有效解决纠纷的技术文明。符合客观规律的认识就是具有普遍意义的。大陆法系理论是对纠纷解决规律的普遍认识,也是纠纷解决制度和认识的历史和现实相互作用的结果,是人们长期实践的成果。不可否认,大陆法系民事诉讼制度和理论的表现形式的确具有其文化的成分,但这些文化成分也是可以通过改造加以吸收的,甚至可以直接加以吸收。因为文化也同样具有个性和共性的特点,共性就是吸收的基本条件。只看到文化的个性,而否定文化的共性,不是一种科学的态度。另外,文化与法律表现形式和体系也呈现着一定的背离关系。相同的文化可以是不同的法律体系,如大陆法系和英美法系,虽然具有同样的文化背景,但却是不同的法律体系。^①

我国民事诉讼理论体系化建构的作业之一就是対现有民事诉讼理论体系化规整或整合。这种规整的目的就是要按照大陆法系民事诉讼理论体系的内在构成予以调整和补充。大陆法系民事诉讼理论是以诉权、诉、诉讼主体与诉讼客体、程序问题与实体问题、事实认定与法律适用问题构成不同层次的空间关系——维度,以诉讼程序发展为时间维度构建的三维体系。诉讼主体与诉讼客体在诉讼程序中始终保持一致,诉讼主体的诉讼行为作用于特定的诉讼客体。共同诉讼、独立参加、从参加、诉讼代理人、选定当事人等以及客体方面诉的合并与分离都是诉讼主体与诉讼客体的派生形态。诉讼主体与诉讼客体又与民法

^① 关于文化与法律体系的关系,参见[美]艾伦·沃森:《民法法系的演变及形成》,李静冰、姚新华译,中国法制出版社2005年版,第1~2页。

中的民事主体和民事客体保持了一致。民法通常不考虑时间维度,处于静止的二维空间状态。经过多年的实践和理论抽象,大陆法系民事诉讼理论形成了相对一致、自洽的体系,如同一架精密的机械装置。也正因为类似于机械装置,所以讲究其精确性,使得事实认定和法律适用的规范性和统一性得到最大保障,也由此衍生了事实认定和法律适用上的副作用——教条主义、机械主义,法官的主观随意性和能动性被抑制。比较而言,我国的民事诉讼理论由于借鉴的多元化和自身实践积累不够(也由于公开化不够,审判信息无法共享,也就难以提高实践经验的积累提炼、抽象的效率),使得民事诉讼制度、理论相互之间存在矛盾和冲突。如果有充分的实践积累并加以提炼抽象,就可能在一定程度上弥补这种矛盾和冲突。例如,在诉讼主体与诉讼客体的关系上,对于当事人之间的诉讼标的作出的裁决其既判力范围就只能及于当事人之间,对当事人之外的案外人不具有拘束力。这就是所谓大陆法系判决效力理论中的既判力相对性原则。这一原则也是为了维护案外人的合法权益。一旦他案当事人之间的裁决损害案外人的合法权益,该原则提供了保护屏障,阻却了对案外人合法权益的侵害。如果认识到这一点而理论上却没有承认,就可能基于保护案外人的合法权益而主张撤销他人之间的判决,导致诉讼保障资源的浪费、程序机制的紊乱。我国民事诉讼法第三人撤销之诉的非限制性^①就是基于理论上的认识偏差,即与大陆法系既判力理论不匹配所致。大陆法系民事诉讼理论体系中普通的民事诉讼(关于私法上的权利或法律关系的诉讼,即财产权上的诉讼^②)与涉及身份关系的诉讼、^③诉讼与非讼、实体权利争议的解决与非实体权利争议的解决、辩论事项与职权事项都有着明确的区分,适用不同的原则或程序。^④ 如果我们在理论上没有区别对待,必然在制度构建上出现混乱。比较典型的例子就是在执行中涉及实体权利义务的争议依然采用非讼的方式,这就违背了民事实体权利义务的解决需要通过诉讼程序、执行程序只是实现已经确定的权利这一原理。试想,如果有争议的实体权利义务可以不通过诉讼程序而直接进入执行将会导致何种后果。一个完整的理论体系是由若干理论、基本原理组成的,因此,理论体系的规整也就需要按照理论的基本原理,从基本原理出发。例如,涉及人身关系的争议在性质上有别于涉及一般民事权利义务的争议,在实体规范上不能像一般民事争议那样享有处分权,因此,在其诉讼中就不能适用一般民事诉讼辩论原则和处分原则,由此也就具有独立规制的根据和要求,单独制定家事诉讼或人事诉讼法或诉讼规则就是其自然结果。如果没有一般民事诉讼与人事(家事)诉讼原则的界分认识和理论支持,就只能不加区分对待。这正是现行民事诉讼法所存在的问题。

民事诉讼法学体系建构的困难在于一定的理论体系必须以一定的指导理念、思想、原则和基本理论为基础。这些作为基础的理念、思想、原则和基本理论又往往与既有的某些传统的理念、观念、既存制度和理论相冲突,因此体系的建构过程就是一个整合过程,在这个过程中必须不断清除、替代、更新这些传统的理念、观念,修正、重组既存制度和理论。在这一过程中,转变原有的观念是体系建构的“换挡”行为。因为人们容易接受的东西是自己赞成的东西,人们最容易赞成自己最理解的东西。只要观念、理念转变了,一切也自然都“提速”了。当然,这也是最具难度的作为。我们民族中具有一些彼此矛盾的气质,一方面特别愿意坚持传统,另一方面又敢于抛弃传统,坚持抑或抛弃都往往受一定意识形态和权力的影响。

任何理论体系都并非绝对真理的体系,大陆法系民事诉讼理论也是如此。大陆法系民事诉讼理论体系不是故步自封、铁板一块、始终处于停止的状态。无论是在德国还是在日本、韩国等大陆法系国家,有关

^① 如果在实体法中(如公司法、涉及身份关系的实体法),而非在民事诉讼法中,针对既判力的扩张情形设置可撤销他人之间的判决是可以的。主要理由就是既判力已经发生了扩张。参见张卫平:《第三人撤销判决制度的分析与评估》,《比较法研究》2012年第5期。

^② 这类诉讼所涉及的权利以及法律关系大多都是当事人可以自由处分的对象。当事人意思自治原则不仅适用于诉讼外的情形,在诉讼中当事人意思自治的原则也延伸成为处分原则(处分权原则),法院只能在当事人请求的范围内进行裁判。作为判决基础的事实和证据(诉讼资料)的提出都属于当事人的权利和职责(辩论原则),只有当辩论原则的适用出现障碍时,法院才能适用释明权予以补充。参见[日]松本博之:《日本人事诉讼法》,郭美松译,厦门大学出版社2012年版,第3页。

^③ 基于当事人不能自由处分身份关系的法理,且由于判决效力及于案外人的原因,身份关系诉讼更加重视对实质真实的发现。由此,大陆法系明确此类诉讼采取职权探知主义。参见[日]松本博之:《日本人事诉讼法》,郭美松译,厦门大学出版社2012年版,第4页。

^④ 参见张卫平:《转换的逻辑——民事诉讼体制转型分析》,法律出版社2007年修订版,第33页。

民事诉讼理论也都充斥着争议,各种理论之间也并非完全整合,其理论也在随着时代的变化而变化。例如,关于诉权、民事诉讼的目的、新旧诉讼标的理论、证明责任分配的理论、判决效力与争点效的理论,等等。在任何一个国家,这种理论上的争论都是不可能消失的。因此,从方法论上讲,当然不能将大陆法系所有理论都视为真理而不加以分析就顶礼膜拜。这也是我们在借鉴国外理论时需要慎重和注意之处。正因如此,我国民事诉讼理论的研究也就应当包含对国外或域外民事诉讼理论的研究,探寻其合理性根据,尤其是理论产生的背景和条件。从借鉴的角度加强可适用性研究,识别哪些属于特殊情形,需要加以限制适用,适用的具体条件是什么?一方面需要关注跟踪大陆法系国家理论的发展动态,另一方面,观察理论发展的社会背景。社会发展阶段不同,社会背景和条件不同,理论的适用性也会有所不同。以文书提出义务制度为例,美国、日本等近些年来均主张文书提出义务的一般化。我国在建立文书提出义务制度时是否也应当一般化?考察美国、日本的情形可以发现,文书提出义务一般化有其特定的背景,根据我国的现实条件不应照搬,应当将文书提出义务限定在特殊规定的情形。^①

我国虽然以大陆法系理论体系为基本框架,但也并不排斥吸收和借鉴英美法系国家和其他国家的民事诉讼理论,这些国家的先进民事诉讼制度和理论也是人类智慧发展的结晶和源泉。一些国家如日本,其民事诉讼法以及理论的发展为我们提供了成功的例证,但对英美法的借鉴主要还是体现在具体制度和技术层面。例如,日本在文书提出义务的制度中就吸收了英美法中的“非公开确认程序”,^②这一程序的目的是为了有效维护商业秘密和个人隐私。当然,日本在移植国外诉讼制度方面同样也有不成功的事例,这就是对美国法中交叉询问制度的移植。由于交叉询问制度集中体现了美国程序法的基本特点,以美国律师制度和程序观念为背景,因此该制度很难与大陆法系的职权询问结合,导致了移植的失败,实际运用中实质上还是原有的职权询问。^③

五、结语

民事诉讼理论体系的中国化是必须的,不过中国化是一个自然发生的过程,没有必要担心理论及体系的非中国化的问题,因为国人的实践和中国的现实必然促使中国化的发生。大陆法系理论与我国实践结合的过程本身也是我国民事诉讼理论体系化的建构过程,但这一过程需要经过相当漫长的时期。即使是全盘接受某一特定的外来理论,只要该理论运用于我国的实践中,也就必然会产生理论本土化的变化,理论也就自然具有本土特色。只不过在中国化的过程中,如何识别这种本土因素的积极方面(调整适应)与消极方面(阻碍、抵制)是一个复杂的问题。我国依然处于法治的初级阶段,并正处于向更高阶段的过渡转型过程中,滞后与发展的因素并存。作为维护社会稳定和发展的法律制度和理论不能迁就消极的现实因素,更不能将现实错误或不当司法惯习当做应当遵循的规范并纳入理论认知之中。法律必须顺应社会的发展,以规范引导人们的行为,推动社会的发展,满足人们日益增长的法治需求,包括对程序正义和实体正义的更高、更充分的要求。在这一点上,法律制度以及理论具有改造世界的意义和作用。法律科学毕竟是一门规范科学,不同于社会学、心理学等事实科学。^④ 这门科学的意义就在于提供应然的正当性解释。

在民事程序方面,我们不能将有违程序正义基本要求的司法习惯正当化为中国特色,并将其上升为指导理论纳入体系之中。这是法律现实主义最容易出现的问题。现代法治的基本价值与法治原理以及内含的程序法治的价值和原理(如裁判者中立、程序保障、当事人权利、当事人的主体性、审判程序公开、裁判结果和根据公开、当事人充分参与诉讼、当事人平等对话、不得突袭裁判、程序救济等)是民事诉讼理论体系建构的基本理念和要求。虽然程序正义的追求会受到诉讼效率、诉讼成本的制约,需要不断探求、把握彼此的平衡点,但程序正义的基本要求依然是必须坚守的。一个好的民事诉讼理论体系也正是坚守程序正

① 参见张卫平:《当事人文书提出义务的制度建构》,《法学家》2017年第3期。

② 参见张卫平:《当事人文书提出义务的制度建构》,《法学家》2017年第3期。

③ 参见张卫平:《交叉询问制:魅力与异境的尴尬》,《中外法学》2001年第2期。

④ 参见[奥]凯尔森:《纯粹法理论》,张书军译,中国法制出版社2008年版,第31页。

义与衡平制约因素的均衡结构。

除此之外,民事诉讼的基本原理应当是识别现实积极因素与消极因素的基本标准。符合基本原理的是积极因素,反之,则是消极的。一旦违背基本原理,其中国化的形态必然是一种扭曲的形态。坚守民事诉讼的基本原理,并通过人们的长期实践进行探索和积累,最终具有中国特色的民事诉讼理论体系才能逐渐形成。国外的移植与借鉴的实践也充分证明了这一点。日本将德国法称之为母法,几乎是全盘接受了德国的私法和民事诉讼法,但在日本的实践过程中,日本法以及理论也逐渐呈现出与德国法的差异,这种差异性就是日本特色(如日本就没有按照德国模式,而制定了独立的非讼程序法——《非讼事件程序法》)。^① 韩国也是如此。可以说,实践活动天然具有对移植理论的形塑作用,而非简单地被理论所规制。

民事诉讼理论体系化建构的本土化是一种积极的建构态度,我们应当予以认真对待。相反,还有一种消极解构的态度,也是民事诉讼理论体系的建构过程中应特别注意的。这种解构主义的出发点是,对法学理论中法律概念的确定性和清晰性的追求持怀疑态度,认为抽象的法律概念和理论对于法律的具体适用是一种消极制约。这些理论认为对多样和复杂实践的简单抽象是脱离实际的,否定法律概念之间界分和定性的可能性和现实性,主张从司法实际出发,而非从法律概念出发,灵活、自由地处理各种具体案件。这种主张源于国外一些学者法律模糊论的观点,主张模糊性和不确定性是法律的本质特征。^② 如果坚持这种解构主义和相对主义的认识和态度,那么,所有的理论体系化的建构都将是毫无意义的。解构主义要解构的就是理论对实践的指引,解构理论体系的整合作用,最终必将导致对司法者主观裁量的放任,放弃司法的统一性。这在我国法官制度现代化转型期间是一种很具危险性的认识。我们尽可以像美国的批判法学、后现代法学那样去批判指责法律形式主义,认为严格、确定、统一的法律推理和法律适用是一种脱离现实的乌托邦,掩盖了法律与政治、伦理、经济和现实的具体联系;^③ 但没有这些追求,我们永远无法接近法律所要实现的价值目标。任何一个理论体系的建构都是一个艰辛和漫长的过程。需要我们以更加开放的姿态对待国外的理论和体系,研究如何将这些理论与我国的实践和国情有机结合,最终创建具有中国特色的民事诉讼理论体系。开放而不失自信,自信而不自闭,借鉴而不盲从是我们在理论体系建构中所应当持有的态度。

责任编辑 温世扬

① [日]高田裕成:《訴訟と非訟》,《民事訴訟法の争点》(編集長伊藤真、山本和彦,有斐閣,2009)12、13頁参照。

② 参见[英]莫迪西·恩迪科特:《法律中的模糊性》,北京大学出版社2010年版,第1页、第74~75页。

③ 关于批判法学,参见徐爱国等:《肯尼迪:批判法学的教皇》,黑龙江大学出版社2009年版,第8~12页。应当注意的是,批判法学、后现代法学是在美国主流的守法主义、法律形式主义的背景下生成的,在这样的背景之下,其作用在某种程度上是一种矫正性、补充性的,但在尚未发育法律意识或者处于法治初级阶段的社会而言,这种认识只能是落井下石。