

【民事诉讼法学】

双向审视:民事诉讼制度建构的 实体与程序之维

张卫平

【摘要】对民事诉讼制度的建构,应当从实体与程序两个维度予以考量。为了更为细致地考察实体与程序因素对民事诉讼制度建构的影响,还必须对实体维度和程序维度的各个具体面相予以分析考察,因为即使在同一维度之中,不同的面相对诉讼制度的建构亦有着不同的影响。在同一维度之中,各种因素之间还存在着紧张关系,例如,在程序维度中,各诉讼价值之间存在着紧张关系。除此之外,基于实体和程序之间的立场差异,实体与程序两者之间也存在着紧张关系。因此,在建构诉讼制度之时,必须注意妥当处置这些紧张关系,以实现程序法的工具价值,并在实现其独立价值的过程中寻求其衡平。尤其是在现阶段,民事诉讼法更不能因为对其独立价值的追求而忽视工具价值的实现。

【关键词】实体法与程序法;工具价值;诉讼价值;意思自治;制度体系化;程序资源;处分原则;辩论原则

【作者简介】张卫平,天津大学法学院,天津大学卓越教授。

【原文出处】《法制与社会发展》(长春),2021.2.131~149

【基金项目】国家社会科学基金重大项目“民事司法智能化设计的理论方案研究”(18ZDA142)的阶段性成果。

一、问题的提出及研究的意义

民事诉讼制度的建构和运行受到多种因素的影响。就这些因素对民事诉讼制度建构和运行的具体影响来看,其程度和方式均有所不同。虽然这些因素的影响因子难以被准确测度,但就影响方式而言,有的影响是外部性的,而有的影响则是内部性的。例如,司法制度对民事诉讼制度的影响可以被归结为外部影响,而民事实体方面与程序方面、诉讼观念、诉讼文化(包括程序及程序正义观)等因素则可以被归结为内部影响因素,是在建构民事诉讼制度之时即会发生影响的因素,因而是一种结构性的影响因素。

毫无疑问,在这些影响因素当中,实体与程序两个方面的影响是最大的和最直接的。实体与程序构

成了人们在研究和考察民事诉讼制度的建构和运行时的两个基本维度或基本面相。这两个维度并非人们的主观臆构,而是由法的实体与程序的关系或称法的二元构造所决定的。所谓“实体之维”,即是从实体的层面或面相观察、分析实体因素对民事诉讼制度建构和运行的影响;相应地,所谓“程序之维”,即是从程序的层面或面相观察、分析程序因素对民事诉讼制度建构和运行的影响。实体维度与程序维度虽然是两个不同的面相,但两者有着内在的联系,不可分离。从矛盾论的角度看,两者具有对立统一的关系——没有实体,程序就没有存在的价值;没有程序,实体亦没有存在的意义。

在过往的研究中,在对待两者的关系上,一直存在以下问题:首先,民事诉讼法学者对具体诉讼制度

的研究,无论是立法论的,还是解释论的,都会将重点局限于程序维度,缺乏对实体的关照,特别是欠缺对实体法及其理论发展的关照。这是学科隔离带来的问题,^①导致学科之间的关系越来越疏远。^②近些年来,这种情形虽然有所改变,比如,民事诉讼法的研究已与实体维度有所连接,在民事诉讼制度建构和研究中会涉及实体维度及具体的实体问题,顾及实体因素对制度构建和运行的影响,但这主要是针对具体的诉讼制度而言的,且呈现出一种碎片化状态,缺乏系统的、宏观的、整体的观察和思考。^③其次,在程序维度方面,虽然注重了程序的面相,但往往只注重其中一个面相。例如,注重程序维度中的价值理想对诉讼制度的影响,尽管该面相也是非常重要的,但因此忽视了程序维度的其他面相,如忽视了制度体系的自治与整合,这导致了具体制度与体系的非兼容性或非整合性。再次,研究中缺失实体与程序两个方面的动态化的相互关照。随着法学研究的深化和扩张,尤其是随着《民法典》的制定和实施,民事诉讼法学者开始在民事诉讼法研究中关照实体问题,民法学者也开始在民法研究中关注民事程序问题,^④并针对同一法律问题,从实体与程序两个方面关注和审视实体与程序的连接和交叉问题,形成了民法学者与程序法学者之间的互动。^⑤对实体与程序的关联审视遂成为一种新的研究方法,为研究打开了一扇新的窗户,由此催生了一批有独到见地的学术论文。^⑥

本文不仅希冀进一步推动对实体与程序双向联动的研究,更试图从宏观上较为系统地阐述存在于实体与程序之不同维度中的考量因素,以便从整体上系统地把握实体与程序双向维度对诉讼制度建构的影响,并在此基础上思考平衡处置两者之间所存在的某些紧张或冲突关系的原则或基本思路,以弥补以往研究中的单向度、碎片化的审视和研究的不足。

二、民事诉讼制度建构的实体维度

实体维度是一个宏观的整体面相,如果进一步深入,还可以将其细化为民事实体权利、民事纠纷的

性质、民事纠纷的形态、民事纠纷的关系和民事纠纷的环境这五个主要面相。诚然,这些面相并不是完全割裂的、孤立的,它们彼此之间存在着交叉和关联。民事纠纷的形态与性质有关。例如,对公益民事纠纷、家事纠纷、公司纠纷等的区分,是以纠纷的法律性质为视角的,就这些纠纷中的主体及其牵涉的社会影响来看,这些纠纷相对于一般的民事纠纷而言,同样具有社会性,尽管社会性的程度有所差异。公益民事纠纷可能会更多地牵涉政治因素,而家事纠纷会更多地涉及伦理因素。

(一)规范与权利之维

民事实体法对实体权利实现方式的规定性对民事诉讼制度的建构应当具有直接作用。这种规定性包括了实体法的原则、精神以及整个请求权体系。

民法作为私法的根本大法,其核心原则是意思自治原则(自愿原则)。^⑦意思自治原则体现了民法的精神,因此被称为“精神性原则”,^⑧其本质在于法律所承认的行为自治。契约的正义性基础是契约当事人的自由意志,若没有自由,就没有契约的合法性基础。正因如此,契约自由才被作为契约法的一项基本原则。其实,契约自由不仅是契约法的基础,实际上也是整个私法体系的基础,是私法不可动摇的基石。商品经济之所以被称为契约经济、自治经济,是由市场本身的自由和自治特性所决定的。^⑨就已然层面而言,民事诉讼制度的建构必须充分体现民事实体法的原则和精神,只有首先在民事诉讼制度中充分体现和反映民事实体法的原则和精神,才能使民事诉讼制度在最基层和宏观层面与民事实体法的原则和精神保持一致,从而使作为程序法的民事诉讼法与民事实体法具备相同的精神,保证民事诉讼法成为民事实体法的生命表现形式。我国《民法典》中的自愿原则(第5条)实质上与传统民法上的意思自治原则的含义基本相同。虽然自愿原则在文字上试图表达出不同于传统民法上的意思自治原则的时代意义,以强调社会化条件对个人自由的限制,但这更多的是一个关乎自由观念的问题,即对意思自治问题的关注点发生转变,而不是意思自治的内涵

发生了本质变化。作为民法灵魂的意思自治原则,在民法的理论条件不变的前提下,不会发生任何价值上的更替。^⑩“当代西方法律学者针对片面强调个人自由权利及执行自由放任主义政策所导致的社会弊端,提倡社会的权利思想或者社会本位的立法思想,固然有其进步意义。但所谓社会本位之法制(法治),亦仅对权利本位法制(法治)稍作调整而已,绝非义务本位法制(法治)之复活。以人权宣言和拿破仑法典所确立的体现权利本位法律精神的三大原则,即契约自由、权利不可侵及过失责任,迄今仍为世界各国法制(法治)之基础。”^⑪只要市场经济制度存在,作为市场经济法律基础的民法就不会改变,民法的精神和原则更是不可能改变。^⑫然而,国内一些人将个别的限制理解作为一种普遍的趋势,并将其误读为基本价值的变更,在民事诉讼理论中,对协同主义模式的倡导,正是这种误读的结果。^⑬

为了使作为民事程序法的民事诉讼法与实体法具有同样的精神,民事诉讼法必须将在民法中作为精神性原则的意思自治原则加以体现和落实。这种体现和落实必须在民事诉讼法的原则和具体制度中被明确。在原则上,最能体现和反映民法之意思自治原则的就是民事诉讼法中的处分原则和辩论原则。所谓处分原则,即民事诉讼中的当事人有权按照自己的意思处分自己的实体权利和诉讼权利。可以说,处分原则实际上直接拷贝了民法之意思自治原则的精神。民事诉讼法之所以必须如此,乃因为在民事诉讼程序中,对实体权利的自由处分必须通过对诉讼权利的处分才能实现。若没有对诉讼权利的自由处分,就无法实现对实体权利的自由处分。^⑭当事人的这种处分自由是与私权处分自由相对应的,如果民事诉讼法在民事诉讼中剥夺了当事人的处分自由,就会与私法上的意思自治原则相背离。^⑮相对而言,在现行的民事诉讼法中,处分原则较之辩论原则^⑯更为明确具体一些,虽然也还存在着一些不足。^⑰体现和反映意思自治原则之精神的辩论原则没有能够在制度上得到充分落实。辩论原则的意义在于,使当事人对自己的实体权利和诉讼权利的处

分得到完整和充分的体现。这是因为,在诉讼中,当事人对实体权利和诉讼权利的自由支配必然包含对案件诉讼资料或案件事实主张的处置。现行《民事诉讼法》所规定的当事人有权进行辩论,只不过是一种对辩论权的宣示,是法制民主化的体现,而非民法中意思自治原则之内涵和精神的体现,^⑱如果要称之为原则的话,可谓“辩论权原则”。然而,这一含义上的辩论权原则实际上已不再是具有规范意义的原则,其与约束性的、规范法院和当事人之间关系的辩论原则具有本质上的差异。我国的民事诉讼法若要实现与民法的充分一致性,就必须在原则上更彻底、充分地体现和落实处分原则和辩论原则,在民事诉讼法的基本构架和具体诉讼制度上完成与民法的对接。

应当注意的是,诉讼中的调解虽然在现在可以被解读为当事人对实体权利和诉讼权利的处分,但在观念上,我国的诉讼调解更多地源于传统的民间调解之关系调和与纷争化解的观念,而非基于民法权利意识观念下的处分自由。在实践中,这一差异在强化调解的司法政策及其实施中尤为突出。因此,诉讼调解虽然在理论上可被解读为当事人对实体权利的自由处分,但在现行的诉讼调解中,民法上的意思自治原则依然受到传统的纷争化解观念的抵触,调解中的各种变相强制就是具体体现。这一点是人们在理论研究中容易忽视的。尽管诉讼调解可以软化法律的刚性,且为政策治理留下发挥作用的空间,但这必然会影响《民法典》的落实,尤其是影响民法精神的贯彻,也必然影响私法法治的发展。

民法除了包括民法的基本原则之外,其作为一个权利集合与体系,还具体地规定了各种权利,并对权利的行使作出了相应的规定。每一种民事实体权利(实质权^⑲)都有相应的请求权作为保障性权利。“一个请求权以一个权利为前提。”^⑳请求权是实现实体权利(实质权)的装置(救济方法),是连接司法解决手段的中介和桥梁。毫无疑问,请求权及其行使的方式对民事诉讼制度的建构具有决定性影响。这种影响不仅体现在具体的诉讼制度和程序上,还体

现在民事诉讼基本结构和基础理论的产生上。在两大主要诉讼类型(给付之诉和形成之诉)当中,^①起诉立案、诉讼标的的确定、证据的收集、证据的交换、主要事实或要件事实的证明与反驳、多数人诉讼之间的关系、裁判的种类、判决的效力范围以及诉的合并、分离与变更等,都与实体请求权有直接关系。整个诉讼的主要过程就是确定请求权、探寻请求权基础规范以及证明请求权要件事实的过程。这种围绕请求权展开的过程就是诉讼中的逻辑思维过程,体现了两类诉讼中最有效率的纠纷解决方法和思维方式。^②

由于受我国传统纠纷解决观念和认识的影响,加之实体法规范和权利意识的缺失,我国的民事诉讼法在结构上尚未完全与请求权以及基础规范之上的诉讼观念相契合,这导致民事诉讼法与民事实体法不能完全对接。在这个方面,比较突出的问题是调审合一,即调解与审判在程序上合一的制度模式。调审合一的问题不仅在于调解与审判的目标和目的不同,^③还在于二者的思维逻辑与方法具有根本差异。调解的思维是非规则、非权利、非三段论思维,法律知识甚至会成为某些调解的障碍,^④而审判的思维则与此不同,审判的思维是规则、权利、三段论推理思维。因此,调解与审判是两种不同的思维方式和处理过程,若将两者混合于同一程序中,就必然会导致法官的思维逻辑和方法处于紧张和冲突的状态。调解并不注重事实本身,也不追求案件情节的明晰,不细究权利义务,不倾向于作出法律评价。在许多情形下,正是事实和权利义务关系的模糊状态,使得调解成为可能。《民事诉讼法》规定,应在事实清楚的基础上进行调解,这实际上已经反映出重事实探究的审判理念与调解之间的冲突。审判的基本逻辑过程是“三段论”推理的过程,因此,作为小前提的事实以及权利基础规范必须明确、清晰,否则将无法进行推理。显然,这种逻辑和方法与调解的逻辑和方法完全不同。为了避免不同的思维逻辑和方法在同一程序中造成相互干扰、彼此冲突,探索调解分离,实现“调审分置”,^⑤成为一种可行的改革思

路。一方面,“调审分置”并不会弱化调解的功能和作用,反而能够使其功能得以强化,因为调解不再会受到审判逻辑的干扰;另一方面,“调审分置”能够避免不同方法在思维逻辑上的冲突,消解审理者的纠结和焦虑情绪。当下,“调审分置模式”已是部分大陆法系国家的成熟制度模式。^⑥

另外,请求权的性质之差异也可能对诉讼程序和裁判程序的样式有很大影响。特定的请求权总是与特定的实体权利具有对应关系。维护和实现实体权利的特殊要求会通过相应的请求权得到体现,即关于实体权利的特殊要求会通过相应的请求权被传递给司法,得到相应诉讼程序的处置,满足实体权利的要求,比较典型的例子就是人身安全保护请求权以及人格权侵害禁令请求权的程序法问题。在诉讼法理上,如果在实体法上承认人身安全保护请求权和人格权侵害禁令请求权是一种独立的请求权,^⑦那么,就必然存在着被请求的相对人,存在着实体利益对立的双方当事人,民事程序就应当是诉讼程序,而不是非讼程序。由此看来,最高人民法院在案由归类时,将涉及人身安全保护令和人格权侵害禁令的纠纷归入非诉类案件的做法显然是欠妥当的。^⑧如果一项请求权因不同于其他请求权而具有特殊性,则应当在程序上对其给予特殊安排。在应然层面,民事诉讼制度的建构必须满足实体法关于权利行使的规定性要求,与实体法保持一致,并在动态过程中始终体现实体法的本质与要求。

(二)性质之维:民事纠纷的性质与诉讼制度的建构

之所以强调民事纠纷的性质之维,是为了以民事纠纷的实体法属性为视角或以民事纠纷在实体法上的差异为根据进行考察。民事纠纷的性质是在设计民事诉讼程序和制度时要主要考虑的一大因素。立法者将根据纠纷的特殊性,设置相应的诉讼程序。纠纷的特殊性越突出,相应的程序和制度就越具有特殊性。特殊之处越多,特别诉讼程序就相应更加完整,例如海事诉讼程序。对于其他纠纷,则应在一般民事诉讼程序的基础上,按照不同纠纷各自

的特殊性,设置相应的不同程序和制度,例如公益纠纷与公益诉讼程序、专利纠纷与专利诉讼程序、家事纠纷与家事诉讼程序、商事纠纷与商事诉讼程序、票据纠纷与票据诉讼程序等。

“民事纠纷”这一称谓,本身就是基于基本的法律属性进行分析或认识的结果。从私法与公法(或私权与公权)的界分视角来看,可以将纠纷分为私法纠纷与公法纠纷(或私权纠纷与公权纠纷)。从这一视角观察,民事纠纷在性质上属于私权纠纷或私权争议。解决民事纠纷时适用的实体法律属于私法。就民事纠纷这一纠纷类型而言,如果深入到相应的民事实体法律体系中,则可以看到进一步细化的、庞大的民事实体法律体系。各个不同的民事实体法均有相应的受其调整或规范的社会关系,在其相应的法律领域,又构成一个被进一步细分的规范体系。纠纷产生于不同的实体法所调整的不同社会关系,对于不同的纠纷,司法者需要以相应的实体法作为法律根据进行判断。

基于法律调整对象的不同,解决纠纷的方法会有所不同。在解决纠纷的各种方法和手段中,诉讼程序是最重要的方法和手段。就诉讼原理而言,诉讼程序的设置应当充分体现实体法的规定,满足实体法的内在要求,与实体法具有同样的精神。依据法律纠纷的两大最基本类型(私法纠纷与公法纠纷),诉讼程序的设置有很大的不同,私法纠纷适用民事诉讼程序,公法纠纷适用刑事诉讼程序和行政诉讼程序。具体到私法纠纷或民事纠纷中,又因为特定纠纷的不同,即使使用民事诉讼程序,也会因为特定民事纠纷在实体法上的不同特点,导致所使用的具体程序有所不同。最典型的情况是家事诉讼、公司诉讼和票据诉讼。在家事诉讼中,当事人的处分受到限制,自认制度在家事诉讼中不能适用;在公司诉讼中,判决效力存在对世性的情形;而在票据诉讼中,所适用的是书证唯一原则。

(三)形态之维:民事纠纷的形态与诉讼程序和制度的建构

之所以基于民事纠纷的形态进行考察,是因为

民事纠纷的形态对民事诉讼程序和制度的建构具有不可忽视的影响。民事纠纷的形态是指特定纠纷在所涉主体关系、纠纷争议标的物属性以及数额等方面的外在形态,主要是对民事纠纷的主体和客体之数量、规模、结构等外在形式的认识和描述。基于民事纠纷的形态这一视角所进行的考察,不同于从纠纷的实体法性质这一内在面向所进行的考察。在所涉主体方面,民事纠纷包括涉及第三人的纠纷和涉及多数人的纠纷这两种形态。无论是第三人参加的诉讼、一方为二人以上的共同诉讼(必要共同诉讼和普通共同诉讼),还是人数众多的代表人诉讼,都有相应的程序规则和制度。例如,第三人诉讼中关于无独立请求权第三人的无上诉权或有条件上诉的规定、必要共同诉讼中的共同诉讼人全体同意制度、代表人诉讼中的代表制度等,它们不同于一对一诉讼中的程序规则和制度。这些程序或制度都反映或体现出不同诉讼形态所具有的特点。

纠纷涉及的客体方面可分为纠纷争议涉及的标的物 and 争议标的数额这两个方面。从标的物来看,存在着动产纠纷、不动产纠纷等标的物不同的纠纷;从标的数额来看,则存在着数额大小不同的民事纠纷。民事纠纷的形态会影响相应的纠纷解决制度。标的物的属性和数额的大小不仅影响法院的管辖(地域管辖和级别管辖),还可能对诉讼程序的诸多方面(例如起诉方式、审理方式、审限、诉讼救济等)产生影响,最典型的情况就是适用于小额纠纷的小额诉讼程序和适用于小额纠纷之外的纠纷的简易程序和普通诉讼程序。依据救济成本与救济权利大小相适应的原则,对于争议标的数额较小的小额诉讼,应适用一审终审原则。基于案件争议数额以及性质的不同,出于诉讼效率的考虑,可使用简易程序的案件在起诉方式、送达、审判组织形式等方面都不同于适用普通程序的案件。

(四)环境之维:不同时期的民事纠纷与诉讼程序和制度的建构

基于环境之维的考察,是根据不同时期的不同环境对民事诉讼制度建构会产生不同影响这一预设

展开的。从民事诉讼制度的发展变迁来看,这一预设是成立的。特殊时期(如战争时期)、紧急状态期间(如重大疫情防控期间)、纠纷的社会性等是影响民事诉讼程序和制度的重要因素。除此之外,在民事诉讼程序和制度的设计中,从更宏观的意义讲,必须要考虑社会各方面的因素,例如,应考虑法律、经济、文化、观念、政治、伦理、意识形态等方面的因素。如果不能周全地考虑或顾及这些因素,民事诉讼程序和制度就不能很好地与纠纷的合理解决相契合。不过,分析这些宏观因素,会涉及民事诉讼法与相关社会科学之间的关系问题,该问题过于宏大复杂,不便在本文中进行分析。

在特殊时期或特殊社会状态下,民事诉讼程序和制度的建构会不同于正常时期或正常社会状态下的民事诉讼程序和制度的建构。例如,战争时期的民事纠纷解决与和平时期的民事纠纷解决在程序和方法上有很大的不同。战争会影响社会的各个方面,自然就会对民事关系、民事纠纷形态以及民事纠纷解决具有很大影响。例如,马锡五审判方式就比较典型地体现和反映了战争时期的纠纷解决方式的特点,很好地适应了那一时期的民事纠纷状态。^②

在非战争时期的特殊时期(如传染病防控时期),民事纠纷及其解决方式与正常时期的民事纠纷及其解决方式有所不同。例如,防控新冠肺炎疫情对民事纠纷的解决产生了很大影响。最有效的疫情防控措施就是实现健康人与病毒的隔离,但这一措施的最大特点是限制了人、机构和组织的原有正常活动。这对司法和诉讼活动产生了相应的影响。在应对新冠肺炎的战疫过程中,《中华人民共和国传染病防治法》所规定的所有紧急措施均得以实施。如此一来,包括法院在内的纠纷解决机构和组织的正常活动都受到限制,相关机构和组织甚至中止或中断了正常的活动。对于那些没有中止的诉讼,其审限也将无限延长,等待防控措施的解除。当然,如果可以使用某些能够保证不会导致病毒人传人的方式进行诉讼,则诉讼不会中止。例如,通过网上诉讼或在线诉讼的方式,可以做到诉讼不被中止。对于在

疫情防控时期发生的纠纷,法院虽然可以受理,但在疫情期间不宜作出裁判。为了更好地处理疫情防控时期的矛盾和纠纷,应当专门设立临时机构,并对外公布相关信息,以便纠纷当事人能够寻求救济。这类机构应当被设置于疫情防控的权力机构之中。从这次疫情防控时期的情况来看,目前尚未有此类机构。此类机构的缺失导致有些矛盾未能很好地得到解决,这就必然对疫情防控措施的有效实施产生不利影响。疫情作为一种灾难,只是诸多社会突发事件中的一种情形。因此,我们有必要在社会突发事件的宏观视角下,通盘考虑突发事件发生时的司法运作以及解决矛盾纠纷的整体框架。显然,这是一个更为复杂、宏大的系统工程,值得人们在今后进行更为深入的研究。

(五)关系之维:民事纠纷的内外部关系与诉讼制度的建构

1. 民事纠纷的外部关系与民事诉讼制度的建构

民事纠纷的外部关系即民事纠纷的社会性,是影响民事诉讼程序和制度的另一个重要因素,是观察和分析民事诉讼的一个特殊视角。在传统认识上,我们更多地注意到民事纠纷和民事诉讼的私益性,而忽视了民事纠纷的社会性。这是因为,民事纠纷一般只涉及当事人之间的民事法律关系争议,通常不会涉及其他人或者更为广泛的社会关系。民事纠纷的私益性既是一般情形,也是一种常态,自然为人们所注重。

单纯涉及双方当事人之间利益的争议不具有社会性。法律关系的相对性决定了诉讼审理和裁判结果的相对性。这既是民事诉讼纠纷解决之相对性的基本特点,亦是法律思维的基本特点。^③作为私法“宪法”的民法,其调整的社会关系的性质直接决定了民法的核心原则——自愿原则或意思自治原则,而民事实体法律关系的特性又决定了民事诉讼或民事诉讼法律关系的特性。因此,解决特定民事法律关系争议的诉讼程序和制度也是由此被设置和规定的。例如,民事诉讼法中的辩论原则、处分原则、调解与和解制度、自认制度等,都比较典型地体现了民

事诉讼程序和制度与一般民事纠纷之特征的契合。然而,民事纠纷并非局限在发生民事法律关系争议的当事人之间,纠纷往往还涉及其他相关的法律关系或社会关系,有时甚至会超越私人利益,成为涉及社会公共利益的纠纷,导致民事纠纷具有不同程度的社会性。因此,围绕非社会性民事法律关系争议设置的诉讼程序和制度难以解决具有社会性因素的民事纠纷,民事诉讼程序和制度需要根据民事纠纷的社会性得到调整和设置。

民事纠纷的社会性程度如何,以及如何使民事诉讼程序和制度与社会性保持一致,使民事诉讼程序和制度更有利于民事纠纷的合理解决,正是本文研究和论述的重点。笔者之所以将民事纠纷的社会性作为研究的重点,是因为人们对民事纠纷之社会性的认识尚不够深入,关于民事纠纷的社会性与民事诉讼程序和制度之间的关联性问题,在认识上还存在某些误识。因此,需要通过研究和论证,厘清并澄清这些误识,以使我们在建构、完善民事诉讼程序和制度的过程中,正确地对待民事纠纷的社会性。我们既不能夸大民事纠纷的社会性,也不能忽视民事纠纷的社会性,既不能将民事诉讼极端化为具有普适意义的所谓社会性民事诉讼,也不能将民事诉讼建构为单一的纯私益性的民事诉讼。民事诉讼程序和制度应与民事纠纷的社会性充分契合,形成多样化的结构形态,以满足私益性和社会性的不同要求。

2. 民事纠纷的内部关系与民事诉讼制度的建构

民事纠纷当事人之间的关系通常为一对一的关系,是典型的对立关系,民事诉讼以动态的攻击方式和防御方式展开。相应地,民事诉讼制度是以这种基本对立的两面关系为内容、按照诉讼平等原则的要求得以构建的。在民事纠纷当事人一方为二人以上时,一方当事人的内部关系呈现为复杂的多数人之间的关系。例如,在必要共同诉讼中,一方共同诉讼人之间的关系就构成了一方当事人之间的内部关系。内部关系应当如何得到规范和调整,才能保证其与相应的实体关系具有一致性?这是在建构多数

人诉讼制度时面临的主要课题。在必要共同诉讼中,共同诉讼人中的一人的诉讼行为须经所有共同诉讼人的同意,方能产生相应的法律后果,这是一种处置技术。相对照地,在普通共同诉讼中,共同诉讼人一人的行为仅对自己发生后果,不能约束其他共同诉讼人。这种制度安排正是基于普通诉讼中共同诉讼人之间的实体权利义务的非关联性而作出的。

三、诉讼制度建构的程序维度

程序维度是相对于实体维度而言的,意即实体之外的程序面相。这是最广义的程序之维,包括诉讼价值、诉讼制度体系、诉讼资源(程序资源)、诉讼理论、司法制度、诉讼观念和诉讼文化。其中,有些因素彼此之间存在着一定的交叉地带。比如,诉讼价值与诉讼观念之间存在着一定的交叉地带,因为诉讼价值在一定程度上反映和体现了人们在特定社会中的诉讼观念和诉讼文化。由于司法制度、诉讼观念和诉讼文化等所涉及的内容非常广泛,且与诉讼制度建构问题的联系相对间接,所以,本文仅讨论诉讼价值、诉讼制度体系、程序资源等具体程序面相与诉讼制度建构之间的关系。至于司法制度、诉讼观念和诉讼文化对诉讼制度建构的影响,或将以后单独论述。

(一) 诉讼价值之维

诉讼价值系民事诉讼所能实现和呈现的一种理想状态,是人们对理想的民事诉讼的希冀与追求。关于什么才是理想的民事诉讼,人们的认识存在着差异。同时,基于人们对概念语义理解的差异,理想的民事诉讼在表达上有所不同。^⑧从共识度来看,妥当(适正)、公正、效率这三大价值追求或理想为多数人所认同,其中,公正与效率是共识度最高的概念。首先,所谓“妥当”(适正),强调的是民事裁判中的事实认定和法律适用是正确和妥当的。基于这样的价值理想,民事诉讼应当相应设置能够发现真实的诉讼程序和方法。上诉、再审、合议制、直接原则等都被视为服务于该价值追求的诉讼制度。其次,所谓“公正”,强调的是在民事诉讼中司法裁判的公正,是对裁判者的理想要求。回避制度、公开审判、言词原

则、合议制等制度都是基于此价值追求而进行的制度设计。再次,所谓“效率”,包括了两方面含义:其一,应尽可能迅速地推进诉讼,了结纠纷,缩短诉讼周期;其二,应降低诉讼成本,尽可能减少诉讼投入。简易程序、小额诉讼、两审终审等均直接反映了这种价值理想。此外,如果将诉讼的便捷性也作为价值理想,则民事诉讼应该在当事人以及诉讼参与人参与诉讼的方式之便捷性方面予以更多考量,提供以便捷为价值的诉讼方式,尤其是应该利用数字化、信息化、智能化的手段实现这一价值追求,使诉讼制度和方式能够实现数字化、信息化、智能化,使民众能够更接近司法,亲近司法,实现司法正义。

上述价值虽然是诉讼制度建构和运行的理想,但若实际实现这些理想,则涉及各基本价值理想之间的衡平问题。这是因为,上述诸价值理想存在相互掣肘的情况,进而会在彼此间形成紧张与博弈关系。诉讼的效率、便捷与诉讼的适正、公正之间的紧张和冲突最为常见和明显。用于保障诉讼适正、公正的各种程序都会与诉讼的效率和便捷发生抵触。因此,在建构诉讼制度时,必须更精确地测度和计算各价值理想的消长关系,尽可能使各价值理想处于相对衡平的状态。诉讼程序中的言词辩论、庭审方式、送达方式、举证时限、证据质证认证等制度,以及小额诉讼、简易程序、再审程序、抗诉、执行救济等程序设置,都是人们衡平处理各价值理想的结果。司法实践中的“繁简分流”改革也涉及各基本价值理想在实现过程中的衡平问题。虽然各价值理想具有独立存在的意义,但在不同领域,针对不同情形,各价值理想对诉讼制度建构的影响程度应该有所差异。在审判阶段,诉讼的适正与公正处于更为重要或优越的位置,占有更大的权重,而在执行阶段,效率相对处于更为优先的位置。

(二)制度体系之维

制度体系是指由若干具体制度组成的、具有内在联系的、自洽且整合的制度构成。在民事诉讼法领域,制度体系的面相是过去人们在诉讼制度建构中有所忽视的一个方面。强调制度体系之维,就是

要求人们必须考量,在具体的民事诉讼制度建构中,如何才能满足制度体系完善性的要求,以及需要怎样的设计,才能实现制度体系的自洽和整合。若要实现制度体系的自洽与整合,就必须要注意、照顾和协调各具体诉讼制度之间的关系,形成一个有机的、有效运作的整体,避免单纯地从解决民事诉讼实践中的个别问题出发,忽视制度体系的自洽与整合。否则,就容易导致各诉讼制度之间的冲突,其结果是影响各诉讼制度的实际运行效果。过去,由于民事诉讼制度的体系相对比较简单,所以,制度体系的自洽与整合要求并不突出;然而,随着民事纠纷形态的复杂化、多样化,民事诉讼制度不断增加,民事诉讼体系的自洽与整合问题便凸显出来。

在民事诉讼制度的建构中,比较典型的事例是第三人撤销之诉的设置问题。设置该制度的目的在于应对虚假诉讼对案外第三人权利的侵害,也就是说,在他人的生效裁判损害第三人权利时,第三人可以提起撤销之诉,撤销在他人之间已经生效的裁判或具有效力的调解书。然而,如果从制度体系的角度考量,那么,设置该制度的必要性就值得商榷了。设置这一制度的问题之一在于,没有考虑到在制度体系中,该制度与判决效力制度的关系问题。在判决效力相对性原则之下,^②其实没有必要通过撤销他人的已生效判决来阻止生效判决对第三人权利的损害。这是因为,判决效力的相对性本身就已提供了对第三人权利的最佳保护措施。如果说判决效力的相对性尚未被人们认识,而且法律也尚未对其加以明确,那么,这是法律知识的普及以及法律制度的完善问题。第三人撤销之诉制度一旦被设置并实施,必然会引起诸多问题。第三人能否通过另诉来维护自己的权利?第三人能否提起再审以寻求救济?案外人异议之诉^③与第三人撤销之诉的关系如何得到协调?这些问题所带来的困扰,即是因忽视制度体系的自洽与整合要求而必然要吞食的苦果。

当下,正值我国《仲裁法》修改之际,那么,应否设置第三人撤销生效仲裁裁决这一制度?如果设置这样一项制度,则没有考虑到制度的体系化要求,没

有考虑到制度体系的自治与整合问题。这不仅涉及仲裁制度的体系化问题,也涉及整个纠纷解决体制的体系化以及自治与整合问题。仲裁制度的体系既包括争议纠纷的仲裁审理裁决程序,也包括对仲裁进行司法监督与权利救济的程序。司法监督和权利救济都需要与仲裁制度的功能和特点相契合,同时,仲裁的司法监督和权利救济又与整个民事纠纷解决体系接轨和契合。主张案外人可以向法院诉请撤销已在他人之间生效的仲裁裁决的观点,与主张设置第三人撤销之诉的观点存在同样的问题:没有认识到仲裁裁决效力的相对性,主观地认为仲裁裁决会对案外第三人具有约束力。在现实中,司法机关对仲裁裁决之效力的误读确实会导致第三人的权利或权益受损,但这是由裁判者的认识错误所导致的,仲裁裁决的相对性原则本身并没有什么问题。依据仲裁裁决的相对性原则,第三人的权利或权益是不会受到损害的。因此,设置第三人撤销生效仲裁裁决这一制度是没有必要的,一旦设置这样的制度,便会间接否定仲裁裁决的相对性原则。

关于民事诉讼中的第三人撤销之诉,要考虑判决效力扩张的问题。如果一个判决的效力已经扩张到当事人之外的第三人,那么,在判决效力扩张的特殊情形下,有条件地允许第三人提起撤销生效裁判的诉讼,既是可行的,也是符合逻辑的。这是因为,判决效力的扩张不受判决相对性原则的束缚。相对而言,仲裁裁决却几乎不存在判决效力扩张的情形,民事诉讼中的判决或裁决的效力扩张通常发生在身份关系诉讼和团体关系诉讼之中。由于仲裁排斥对身份关系进行裁决,并且以当事人的仲裁协议为前提,因此,裁决效力扩张的情形不会在仲裁程序中出现。与民事诉讼相比,仲裁程序更加具有相对性,且仲裁裁决的居间性更强。另外,为了发挥仲裁在民事纠纷司法解决方式中的替代性,国家应尽可能地减少对仲裁审理和裁决(包括事实认定和法律适用)在实体上的干预。基于事前维护第三人权利考虑,设置第三人参与仲裁的制度是一个可以考虑的思路。事后的权利维护可以通过仲裁裁决效力的相

对性得到实现。

实现民事诉讼制度体系化的前提在于实现民事诉讼理论的体系化。这是因为,制度体系化的实现必须以成体系的、具有自治性和整合性的理论作为指导,只有在一定的理论框架之下,在一定的理论基础之上,才能建构体系化的民事诉讼制度。

(三)程序资源之维

程序资源是我们在过去很少注意到的问题。基于程序资源之维的考察,要回答以下问题:如何更有效地利用现有程序,而非盲目地增加程序?如何避免叠床架屋,造成程序资源的浪费以及当事人程序选择的困难?程序资源问题同样是在诉讼制度体系不断扩大,诉讼类型更加多样化、复杂化、精细化这一发展背景之下被提出来的。尽可能地利用现有的程序(包括诉讼程序和附带程序),是程序资源经济原则的基本要求。依据这一要求,只有在必要的情形下,才能设置新的程序,尤其是设置新的诉讼程序。所谓“必要”,即新的程序应当具有真正化解实践问题且化解真问题的能力,其应具有现有程序无法替代的作用。这就对诉讼制度的设置提出了更高的要求,即将“抽象程序设置的合理化”问题具体化为“程序资源的有效利用”问题。无论是过去的小额诉讼程序,还是现在人们所热议的行为禁令诉讼程序,都涉及程序资源的有效利用问题。

以行为侵害禁令为例,《民法典》第997条规定:“民事主体有证据证明行为人正在实施或者即将实施侵害其人格权的违法行为,不及时制止将使其合法权益受到难以弥补的损害的,有权依法向人民法院申请采取责令行为人停止有关行为的措施。”民法学界将该条文所规定的实体制度概括为人格权行为侵害禁令,实务部门则称之为“人格权侵害禁令”。由于《民法典》并未规定相关的具体程序,因此,人格权行为侵害禁令应当适用何种民事程序,是一个需要回答的问题。如果按照程序资源有效利用的原则,则应当首先考虑适用现有的民事程序。如果将人格权行为侵害禁令定性为阻却人格权侵害行为的实体请求权,则适用的程序应当是民事诉讼程序,而

不是非讼程序。在民事诉讼程序中,只有两种一审程序有被适用的可能,即简易程序和普通程序。两种程序都与上诉程序接轨,若当事人不服一审实体判决,则可以向上一级法院提起上诉,启动二审程序。然而,从制度的目的和特点来看,人格权行为侵害禁令是为了及时阻止侵害行为的发生或继续,应具有及时性。无论是简易程序,还是普通程序,都有可能无法满足这一制度的目的要求。那么,简易程序或普通程序中的行为保全措施能否满足这一要求呢?仅从行为保全的阻却性上看,应该没有问题,可以通过非讼的审查方式,在48小时之内作出行为保全裁定,并立即执行。问题在于,行为保全只是一种附随或附带的程序,而非独立的诉讼程序,是服务于本诉程序的。与此不同,人格权行为侵害禁令请求权本身是一种独立请求权,尽管其有时会与损害赔偿请求权被同时提起。如此,原有的诉讼程序便不能被适用,在这种情形下,设置独立的人格权行为侵害禁令诉讼程序就显得很有必要了。不过,基于程序资源有效利用原则,还要考虑是否还有其他行为禁令可以共用这一程序,如果可以共用,则体现出了这一程序的经济性。这就提出了一个问题:行为禁令是否仅仅适用于人格权保护领域?家事纠纷领域的人身保护自不用说,但是,在知识产权保护、生态环境保护、消费者权益保护等领域,是否都存在着行为禁令及其程序的适用问题?如果在实体上存在这类行为禁令请求权,则建构一个能够满足实体要求的、更好更快捷的行为禁令诉讼程序,就更是有可能的。

四、实体维度与程序维度的双向关照及实体与程序的冲突与衡平

实体法与程序法的学科隔离导致了认识的单向度。民事诉讼法学者更多地关注民事诉讼制度的程序维度,其倾向于优先解决实践问题和程序问题,关注重点主要在于诉讼价值的实现。因此,民事诉讼制度的建构缺失对实体法的关照,不能适应与对接实体法的发展,无法与“实”俱进,甚至出现了与实体法相抵触的个别情形。同样,现实中也存在着实体

法对民事诉讼法的关照缺失问题。尽管实体法的实现无法离开民事诉讼法,但在实体法的完善和发展过程中,实体法与程序法的内在关联并没有得到足够的重视。实际上,实体法不能只是简单地对民事诉讼要审理的实体关系作出规范,其还应当就民事诉讼程序的相关问题作出关照性规定,以便实现实体规范与程序规范的对接。例如,在法院的主管与管辖、不得拒绝裁判原则、当事人适格、当事人变更与承继、请求权竞合、^⑧诉的类型、事实推定、既判力的主观与客观范围等问题上,实体法都应有相应的作为。正是由于实体法与程序法的隔离,以及二者在价值、观念、认识和立场上的差异,才导致二者在诸多问题上的紧张和冲突。基于程序法的独立价值,司法应当考虑这些价值的实现问题,但是,基于程序法的工具价值,程序法必须顾及实体法的要求。因此,对于实体法与程序法之间的冲突,需要通过调整来实现衡平。在这个意义上,民事诉讼法学就是一门关乎价值衡平的艺术。然而,基于民事诉讼法的工具价值,在衡平的问题上,如何体现并实现实体权利,依然是应被优先考虑的因素。因此,衡平的艺术是有原则和前提的艺术。前文关于人格权行为侵害禁令的探讨,就比较充分地注意到了实体与程序两个维度,程序的建构不仅顾及了实体的要求,也顾及了自身的价值及制度间的协调与整合。当然,对冲突进行衡平处置,首先需要厘清产生紧张和冲突的原因。对于那些因误识而导致的紧张和冲突,不需考虑衡平与协调的问题。因此,对实体与程序的双向关照和交叉审视,显得非常重要。下文将通过一些事例作出具体阐释。

(一)诉讼效率追求中的实体与程序的冲突与衡平

追求诉讼效率,是人们在程序维度中十分看重的基本价值理想。这一价值理想对当事人和法院均具有重要意义,尤其是在法院“案多人少”的情形下,对诉讼效率的追求更具有现实性。甚至可以说,在法院看来,只有那些能够提高审判效率的改革举措,才是最有实际意义的举措。因此,纠纷的一次性解

决、实体争议审理的非讼化、^⑤程序的简易化、“繁简分流”^⑥成为改革探索中的具体举措。这些探索并非对诉讼效率的提高没有意义,但它们与诉讼的妥当(适正)、公正的价值理想形成了更为紧张的关系,直接对实体要求形成了抑制。从实体权利的处分角度来看,权利人会从权利实现的妥当(适正)、公正、便捷、经济等角度作出综合考量。然而,纠纷的一次性解决、实体争议审理的非讼化、程序的简易化、“繁简分流”等都是对审理效率的单一追求。其中,纠纷的一次性解决以及实体争议审理的非讼化对实体权利的实现有着直接的影响。在诉讼实践中,追加被告型无独立请求权第三人、^⑦扩大必要共同诉讼的适用范围、强化共同诉讼等措施都具有强化纠纷的一次性解决的功能,尤其是通过扩大对“利害关系”之含义的解释,可使更多的关联纠纷被纳入一次诉讼当中,一并得到解决。然而,问题在于,这会使诉讼更加复杂,且会在无形中加重权利人实现权利的成本和负担,使当事人的处分权受到很大的限制,争议的解决会超出当事人的预期和可控范围。在“案多人少”的现实条件之下,法院对诉讼效率的追求是可以得到充分理解的,但不能因此就忽视实体规范对权利自由处分这一原则的要求。追求诉讼效率,并非一定要压缩当事人的权利自由处分空间,完全可以通过其他诉讼制度,在尊重当事人权利自由处分的前提下,提高诉讼效率,实现公正与适正等其他价值理想。扩大普通共同诉讼的适用范围,引入同时履行判决、诉讼抵销、选择性诉的合并与预备性诉的合并等制度,都是提高诉讼效率的有效方法。^⑧同时,对于“案多”这个环境因素,需要通过强化法律调整的刚性和安定性、加强判例的指引功能、提升法律适用的可预见性、拓展诉讼解决的多元替代方式等手段和方法,从源头上消解争议或分解案源。至于“人少”这个环境因素,它是司法运作的条件问题,需要通过司法人力资源的配置和调整对其加以解决。

(二)连带债务诉讼中实体与程序的冲突与平衡

2015年起施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》在1992年《最高人

民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》的基础上,对某些应当被纳入必要共同诉讼的具体情形作出了规定。虽然司法解释没有使用“必要共同诉讼”这一说法,但是,由于这些具体情形中的共同诉讼人就是必须一同参与诉讼(起诉或应诉)的人,因此,司法解释所指出的情形就是必要共同诉讼的情形。在判断必要共同诉讼的标准上,最高人民法院的司法解释和民事诉讼理论都将共同共有和连带关系(包括连带债权和连带债务)作为必要共同诉讼的根据。依据必要共同诉讼的规则,关于连带债务,若债权人欲通过诉讼实现其请求权,则必须将所有连带债务人拉进诉讼,成为共同被告,一旦有连带债务人未能参加诉讼,则诉讼程序不合法。然而,从实体法的规定来看,债权人可以向连带债务人之一行使请求权,而无须向所有连带债务人同时行使请求权。也就是说,从请求权的行使方式来看,债权人只需向其中一个连带债务人提起诉讼即可,没有必要将所有债务人都拉入诉讼,使诉讼变成共同诉讼。日本的民事诉讼理论和司法实践就是如此处理的。^⑨相反,有两个理由似乎可以支持“将其他连带债务人作为必要共同诉讼人”这一观点。其一,将其他连带债务人作为必要共同诉讼人,将有助于法院查清案件事实。其二,将其他连带债务人作为必要共同诉讼人,将有助于纠纷的一次性解决,因为在债权人对诸债务人其中的一个债务人行使债权之后,该债务人有可能提起诉讼,要求其他债务人履行相应债务,但在必要共同诉讼中,可以一并解决他们之间的纠纷。第一个理由的问题在于,它实际上混淆了案件事实的查明问题与当事人的诉讼地位问题。案件事实的查明问题是证据制度的问题,可以通过各种证据方法查明案件事实,比如,将其他债务人作为证人,通过其证言来证明案件的事实。在实践中,尽管存在着证人出庭作证难的问题,但这是证人制度及观念的问题,这一问题无法通过将债务人作为共同诉讼人这种方法得到解决。也就是说,即使将债务人作为共同诉讼人,也不能解决案件事实的查明问题。第二个理由的问题在于,必要共同

诉讼会导致债权人实现债权的成本大大提高,不利于债权的实现。这里明显存在债权实现的经济性与纠纷的一次性解决之间的冲突问题。如果从实体维度进行权衡,从维护民事权利的角度来看,应当选择由当事人自由行使诉权,而非选择必要共同诉讼。民事诉讼的制度和理论应当照应民事实体法的要求,按照实体法的要求设置制度,并形成相应的理论解释,而不是仅从程序维度的价值追求出发,直接拒绝实体法的要求。

(三)执行和解中实体与程序的冲突与衡平

关于执行和解,尤其是关于执行和解的性质,实体法学者与民事诉讼法学者之间的争议很大。这种争议比较典型地反映出实体与程序的不同思考角度和思维方式。

按照通常的理解,所谓“执行和解”,是指在执行过程中,权利人与义务人通过协议变更在执行根据中确定的履行义务、履行期限以及履行方式。关于执行和解协议的分歧,主要体现在执行和解不履行时的处置问题上。按照《最高人民法院关于执行和解若干问题的规定》,被执行人一方不履行执行和解协议的,申请执行人既可以申请恢复执行原生效法律文书,也可以就履行执行和解协议向执行法院提起诉讼。依照这一规定,执行和解协议具有可诉性,这显然是对程序法思维与实体法思维的折中处理。按照程序法的思维逻辑,一旦执行和解协议的一方当事人不履行执行和解协议,就应当维护原执行根据,因为当事人之间的执行和解协议不能改变执行根据。因此,一旦执行和解协议不能履行,就应当恢复依据原执行根据的执行。^⑩大部分民法学者认为,从性质上看,执行和解协议就是新的协议,是实体上的协议,因此,当一方当事人不履行执行和解协议时,就应当像对待合同不履行一样,允许另一方当事人向法院提起诉讼,通过国家强制力实现权利,而没有必要恢复依据原执行根据的执行。显然,这种观点将执行和解协议视为一种实体上的协议,视执行和解协议为一般民事合同。然而,这一点恰恰是在民法学者与民事诉讼法学者之间很有争议的焦点问

题。从程序法的角度看,执行和解协议本质上应当属于执行程序协议,其目的是实现权利。对于实现权利的方法的争议,通过诉讼来予以解决,是不适宜的。虽然《民事诉讼法》并没有明确规定当事人不可以就执行和解协议再诉,给司法机关的解释留下了余地,但民事诉讼法学者一般认为,必须考虑执行和解协议的性质与实际作用。对执行和解协议再行诉讼,无疑会提高纠纷解决的成本,严重影响执行的效率,并有可能掉入无限循环争讼的陷阱,即诉讼—执行—和解—诉讼—执行—和解—诉讼。而且,执行和解实际上存在着“权利打折”的消极效果,与强制执行的精神具有内在的冲突,因此,支持执行和解具有可诉性的观点和做法有可能成为鼓励执行和解的动力,并间接鼓励“权利打折”。因此,如何认识执行和解协议的性质,涉及对程序价值权重的考量。对执行和解采实体法上的理解,只是基于单纯的理论逻辑,却忽视了实体法上的真正权利要求。相反,若将执行和解协议理解为程序法上的协议,则不仅具有诉讼法上的逻辑,同时也会有实际效益。因此,在权衡之下,笔者认为,对这一问题采取程序法上的认识更具有意义。^⑪

在应然层面,对实体法的完善应当尽可能与对程序法的完善同步进行,但由于这种牵连关系会增大立法的工作量以及难度,所以,在实然层面,通常还是实体法在独自前行,这必然导致程序法的滞后。

结语:追赶民法发展的步伐

在本文中,可以清晰地看到,在实体和程序两个维度中,笔者突出强调了实体维度。笔者认为,在协调和衡平实体与程序的价值追求时,应更强调程序法的工具价值,而在考量实体与程序两个维度时,应更多地顾及实体之维。这不仅是因为程序法学者过去对实体之维的忽视,还因为我们应该强调,人们不应因程序法的独立价值追求而忽视和轻视程序的工具价值。这种态度似乎显示了一种学科立场上的“叛逆”。在20世纪六七十年代,程序正义和程序的独立价值在大陆法系国家得到了一定程度的倡导,并形成了所谓的程序保障“第三次浪潮”(程序保障

第三波)。不过,应当看到,在我国,由于法治尤其是私法法治的发展尚处于初期阶段,所以,在没有基本形成私法法治理念和观念的情形下,尚难以形成与私法观念相适应的程序正义浪潮。因此,在这一阶段,民事诉讼法更重要的是应跟上民法的发展节奏,实现其服务实体的工具价值。

若要真正贯彻“依法治国”的基本国策,就必须实现公法建设与私法建设的并进和齐飞,需要打通法治建设的“任督二脉”——公法与私法。私法(广义)法治的发展和完善也需要打通私法法治建设的“任督二脉”——民事实体法与民事程序法。相较于公法的发展而言,由于私法与国民生活的纵向(时间)和横向(空间)联系,所以,凭借民法的价值理想和理性力量,^⑧私法之脉更易修成。同理,在私法法治中,相较于程序法,实体法之脉更易练就。从民法发展的现实情况来看,这一点的确已得到了证明,实体法的发展在我国一直处于先进的态势。实体法与实践的紧密联系,以及实体法与政策的双轨并行,使得民法可以在“悬浮状态”下行进,减少了理想化行进所带来的与骨感现实之间的强烈摩擦。这就为形塑具有理想性和前瞻性的民法提供了外部条件。尤其是在《民法典》的强有力推动之下,作为民事实体法“宪法”的民法,其发展进入了“高铁”时代。相较于实体法的发展,民事诉讼法的发展尚处于“绿皮火车”时代,明显处于滞后状态。民法的引领性及时代先进性是与民法所内含的精神和原则内在相关的,民法几乎对社会的所有方面均具有全面的引领和提升作用,其与社会主义市场经济体制建构、^⑨社会转型及法治社会建设具有高度一致性。^⑩民法与市场经济具有直接联系,民法中的契约自由原则是民法在法律上保障市场经济顺畅运行的基本原则。^⑪民法对社会关系的规范具有平等性、自愿性、合法性,这使民法一旦得以落实,便必然成为引领、推动、促进社会发展和转型的力量。人们常说,市场经济就是法治经济,而法治经济主要就体现在民法的规范和调整作用上。

基于大陆法系国家的司法特性和司法观念,^⑫我

国司法的发展相较于民事实体法的发展,更具守陈性。而且,我国的民事诉讼制度及理论深受苏联制度和理论的影响,导致这种守陈性被强化和保持。苏联的法律理论一直否定公法和私法的并存,强调公法的唯一性。因此,在苏联,不可能有调整商品经济关系的民法,在计划经济体制之下,更没有这种法律调整的必要。苏联通过对民事诉讼理论的改造,果断地切割了民事诉讼理论与私法之间的联系,导致民法的原则和精神无法在社会中存活,其民事诉讼制度和理论的血管里不再流淌民法的精神血液。对于这一点,即使到现在,我们恐怕依然没有充分的认识。

在计划经济时代,我国的民事诉讼法及民事诉讼理论承继苏联的制度和理论,这使我国过去的民事诉讼制度和理论先天缺失民法的精神。伴随着民法的发展进程,民事诉讼法在制度和理论方面已开始逐渐接受民法的精神和原则,但依然受制于传统观念。部分制度和理论依然坚守着原有的理念,坚持着对民法精神和民法原则的抗拒和抵制,对诉讼契约的排斥和职权干预,即是典型例证。我们可以对婚姻关系赋予契约自由,可以对数额巨大的经济利益赋予契约自由,却不愿承认在证据能力、证据效力方面的契约自由。^⑬因此,为实现民事诉讼法的发展以及民事诉讼理论的进步,需要通过民事诉讼法与民法的实质对接,使民法的精神真正注入民事诉讼法及其理论的血液中。只有如此,才能从内部生成改革或改进民事诉讼制度的动力,并保证民事诉讼制度不至成为民事权利实现的制度羁绊。只要民事诉讼法与民法在精神实质上还没有保持一致,民法的实施效果就必然会打折。与民法持有二“心”的民事诉讼法必然难以载动《民法典》的运行。应当承认,现行的民事诉讼制度依然没有完全接纳民法的精神和理念。“行动上的诉讼制度”相比于“纸面上的诉讼制度”,^⑭问题就更为突出。而且,对民事诉讼的价值追求有可能成为消解民法精神和民法理念的理由。民事诉讼法中的一些理论和认识也会因为没有充分吸收民法的精神实质而不能与“实”(实体法)俱

进地促进自身更新,不但不能引领民事诉讼制度的变革和发展,推动诉讼体制的转型,反而成为制度更新和体制转型的障碍。因此,逐渐移除民事诉讼法学中那些与民法精神理念不一致的理论和认识,^⑨是民事诉讼法学在今后一段时期内的重要任务。

注释:

①参见王利明、常鹏翱:《从学科分立到知识融合——我国法学学科30年之回顾与展望》,《法学》2008年第12期,第58页。

②参见张卫平:《民事诉讼法学:滞后与进步》,《法学研究》2011年第6期,第40-43页。

③参见李浩:《走向与实体法紧密联系的民事诉讼法学研究》,《法学研究》2012年第5期,第28-32页。

④早在若干年前,民法学者崔建远教授、房绍坤教授等就提出,应当关注民事诉讼法,研究民事诉讼法及其理论对实体权利实现的影响。参见崔建远:《编纂民法典必须摆正几对关系》,《清华法学》2014年第6期,第43-53页;房绍坤:《导致物权变动之法院判决类型》,《法学研究》2015年第1期,第87-100页。

⑤2017年,吉林大学与西南政法大学共同发起“民诉法学研究的实体之维”论坛,开启了实体法学者与程序法学者之间的直接学术互动。2020年由宁波大学承办的“民法与民事诉讼法的对话”东海卓越论坛进一步将这种互动推向高潮。中国法学会民法学研究会会长王利明教授在该论坛的主旨发言中提出了实体与程序密切相关的五个问题,即人格权、保证中的先诉抗辩权、违约金调整的释明、债权人的代位权、公益诉讼的证明责任的程序实现和落实问题。中国法学会民事诉讼法学研究会会长张卫平教授则从民事诉讼法与民法典的对接方面阐述了实体与程序的联动关系。参见“民法与民事诉讼法之高峰对话”对话环节,载微信公众号“民事程序法研究”,2020年10月26日。

⑥参见郭小东:《人格权禁令的基本原理及程序法落实》,第四届“民诉法学研究的实体之维”学术研讨会论文,2020年11月28日于重庆,第100-119页;毕潇潇:《人格权行为禁令研究——实体与程序的双重视角》,第四届“民诉法学研究的实体之维”学术研讨会论文,2020年11月28日于重庆,

第141-162页。

⑦参见王利明:《民法的精神构造:民法哲学的思考》,法律出版社2010年版,第368页。

⑧参见王利明:《民法的精神构造:民法哲学的思考》,法律出版社2010年版,第365页。

⑨参见张卫平:《转换的逻辑——民事诉讼体制转型分析》,法律出版社2004年版,第90-92页。

⑩参见王利明:《民法的精神构造:民法哲学的思考》,法律出版社2010年版,第365页。

⑪梁慧星:《原始回归,真的可能吗?》,载梁慧星主编:《从近代民法到现代民法》,中国法制出版社2000年版,第25、26页。

⑫参见[日]星野英一:《民法劝学》,张立艳译,北京大学出版社2006年版,第147页。

⑬关于国内学者对“协同主义”的认识,参见唐力:《辩论主义的嬗变与协同主义的兴起》,《现代法学》2005年第6期,第78-83页;肖建华:《构建协同主义的民事诉讼模式》,《政法论坛》2006年第5期,第29-32页。关于国内学者对“协同主义”作为诉讼模式的批评与商榷,参见王次宝:《反思“协同主义”》,《清华法学》2010年第1期,第116-127页。

⑭参见张卫平:《民事诉讼法》(第5版),法律出版社2018年版,第47页。

⑮参见[德]罗森贝克、施瓦布、戈尔瓦尔德:《德国民事诉讼法》,李大雪译,中国法制出版社2007年版,第522页。

⑯辩论原则的主要内容:第一,直接决定法律效果发生或消灭的必要事实必须在当事人的辩论中出现,没有在当事人的辩论中出现的事实不能被作为法院裁判的依据;第二,对于当事人一方提出的事实,对方当事人无争议的,法院应将其作为裁判的依据,基于这一要点,自然产生了自认制度;第三,法院对案件证据的调查只限于当事人双方在辩论中所提出的证据。这三点被称为辩论原则的三要旨。参见张卫平:《我国民事诉讼辩论原则重述》,《法学研究》1996年第6期,第50页。

⑰现行民事诉讼制度对当事人的自由处分给予了一些不应有的限制,例如再审程序的职权启动、自认制度中的法院干预等。更详细的内容,参见王次宝:《民事诉讼处分原则研究》,上海人民出版社2020年版,第146-164页。王次宝指出,我国的处分原则存在着五个方面的问题,最主要的问题是非原则化和限制范围扩大化的问题。

⑮参见张卫平:《我国民事诉讼辩论原则重述》,《法学研究》1996年第6期,第46-47页。

⑯为了更好地区别实体权利与请求权,国外学者将民事实体权利称为实质权,而实现实质权的救济方法的请求权即是一种形式权。参见[日]新堂幸司:《民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第3页。

⑰李中华:《请求权基础的本质研究——一种基于德国学说史的考察》,《研究生法学》2011年第1期,第36页。

⑱以当事人提起诉讼的不同目的为根据,诉讼可以被分为三种基本类型——给付之诉、形成之诉和确认之诉。确认之诉是一种预防性诉讼,目的在于确认有争议的权利义务关系是否存在,因此,不存在原告向法院提起以请求权为内容的确认诉讼请求。

⑲参见王泽鉴:《民法思维——请求权基础理论体系》,北京大学出版社2009年版,第41页。

⑳参见李浩:《调解归调解,审判归审判:民事审判中的调审分离》,《中国法学》2013年第3期,第5-18页。在该文中,李浩教授指出了调解与审判的十二个差异面相。这些差异面相最终可以被概括为目标或目的的差异,也可以说,正是目标或目的的差异,决定了各面相的差异。

㉑在日本,是否应要求家事调解委员会的委员具备法律知识,成为一项争议。一些法官认为,家事调解委员会的委员根本不需要法律知识,其只要具有完美的人格和健全的常识即可。只有在必要时,家事调解委员会的委员才向法官询问相应的法律知识。这正是法官成为家事调解委员会之委员的原因之一。参见[日]川岛武宜:《现代化与法》,王志安等译,中国政法大学出版社1994年版,第206页。

㉒“调审分置”在认识的出发点上不同于“调审分离”,“调审分离”是针对“调审合一”的状态或我国的制度语境而被提出的一项改革主张,但“调审分置”在表达上不存在这种针对性。

㉓一个典型的例证是日本现行的调审分置制度。

㉔参见程啸:《我国民法典中的人格权请求权》,《人民法院报》2020年10月22日,第5版。有学者认为,人格权请求权不同于侵权请求权,虽然两者都属于救济权,但人格权请求权仅指停止侵害、排除妨害和消除危险请求权,而以赔礼道歉以及消除影响、恢复名誉为目的的请求权在性质上属于侵权赔偿请求权。

㉕参见《最高人民法院关于修改〈民事案件案由规定〉的决定》(法[2020]346号)。

㉖关于马锡五审判方式的特点与时代背景,参见张卫平:《回归“马锡五”的思考》,《现代法学》2009年第5期,第139-156页。

㉗参见张卫平:《法治思维与政治思维》,《浙江社会科学》2013年第12期,第144-148页。

㉘国外学者(例如日本民事诉讼法学者)通常例举的民事诉讼价值理想为:妥当(适正)、公正、迅速、经济。另外,一些学者将迅速和经济两者合并为效率。日本学者小岛武司认为,在这四种价值理想之外,还应当加上人性化或人情味(人性的温情),裁判应当是心灵互通的裁判。不得不说,这一价值理想具有伦理化的特色。参见李木贵:《民事诉讼法》(上),元照出版有限公司2010年版,第1-39页。我国台湾地区学者姜世明在上述四种价值理想之外,又加上了一条——扩大诉讼制度解决纷争、避免裁判矛盾。参见姜世明:《民事诉讼法》(上册),新学林出版股份有限公司2016年版,第15、16页。我认为,理想的民事诉讼还应考虑将“诉讼便捷”作为基本价值理想。这一基本价值理想旨在使当事人和其他诉讼人更方便地参与诉讼,接近司法。“诉讼便捷”这一民事诉讼价值理想不同于其他价值理想,是一种独立的价值理想,对于人民利用司法是有意义的。

㉙对于一般民事法律关系纠纷,法院对争议所作出的判决只能在纠纷当事人之间产生约束力,对其他人没有约束力,这就是所谓的判决效力的相对性原则。该原则的正当性根据在于,法院对一般民事纠纷的裁决是在特定的纠纷当事人之间就其特定的法律关系争议作出的,依据的是当事人提出的事实主张和证据,即所谓的当事人主张原则,也被称为当事人主义或当事人主导原则。一般情况下,法院不对案件事实进行职权调查,仅对当事人所主张的事实及证据的真实性、关联性、合法性进行判断。因此,法院的判决是在特定的诉讼空间和诉讼条件下作出的,与双方当事人主张事实的方式、提出证据和运用证据的方法以及辩论的方法和技巧等有直接关系,并非对案件事实的绝对客观揭示。参见张卫平:《既判力相对性原则:根据、例外与制度化》,《法学研究》2015年第1期,第68-86页;张卫平:《另案处理结果对本案民事执行的效力及处置原则研究》,《河北法学》2020年第3期,第36-47页。

㉚案外人异议之诉同样必须被置于判决效力体系之中,

唯有如此,才能更好地得到理解和适用。案外人异议之诉所阻却的是执行根据的执行力,而非推翻执行根据本身。如果不能理解这一点,就必然无法理解案外人异议之诉与再审之诉的关系。参见张卫平:《另案处理结果对本案民事执行的效力及处置原则研究》,《河北法学》2020年第3期,第36-47页。

③④《民法典》第995条规定,人格权受到侵害的,受害人有权依照本法(人格权编)和其他法律的规定(侵权责任编)请求行为人承担民事责任。对于请求权竞合的处置问题,《民法典》没有给出一般原则,但对合同请求权与侵权请求权的竞合问题有所规定。《民法典》第186条规定:“因当事人一方的违约行为,损害对方人身权益、财产权益的,受损害方有权选择请求其承担违约责任或者侵权责任。”这样的规定并没有解决请求权竞合所带来的诉讼法上的问题。这是因为,按照一个请求权构成一个诉讼标的的旧诉讼标的理论,请求权的不同将导致诉讼标的的有所不同。这可能导致在诉的合并、诉的追加、诉的变更、判决既判力的客观范围等方面发生问题。实体法上的选择无法解决诉讼法上的问题。如果将这种实体法上的选择视为恒定的,那么对当事人而言无疑过于苛刻。在诉讼法理论上,解决这一问题的应对方案有新诉讼标的理论和新实体法理论。按照新实体法理论,当基于同一事实关系发生的、以同一给付为目的的数个请求权同时存在时,实际上只存在着一个请求权,因为发生请求权的事实关系是单一的。参见[德]罗森贝克、施瓦布、戈尔瓦尔德:《德国民事诉讼法》,李大雪译,中国法制出版社2007年版,第673页。

⑤关于实体争议解决的非讼化,参见张卫平:《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》,《法学研究》2016年第1期,第31页。

⑥为应对“案多人少”“诉讼爆炸”的社会现实,实现司法资源的合理配置,最高人民法院于2020年初发布《民事诉讼程序繁简分流改革试点方案及实施办法》,并在各地法院开展了为期两年的试点工作。作为民事诉讼体制改革的一项举措,“繁简分流”改革试图按照案件的类型与难易程度,通过简案快审、繁案精办,实现民事案件的“轻重分离”和“快慢分道”。司法确认程序、小额诉讼、简易程序、法官独任制、电子诉讼等都是“繁简分流”改革的重点。在“繁简分流”改革的过程中,把握提高效率、缓解法院工作压力与充分保障程序正义之间的关系,是一个巨大的挑战。而且,“繁简分流”改革目前

面临着标准不明、标准非法定化、诉内程序运作失范等问题。然而,这些问题实际上应是在立法过程中被讨论的问题。在已有法律规范的现实情形下,“繁简分流”只能被作为技术层面的问题。实践中的改革措施是否已超出了技术层面,是我们应当认真思考的问题。“繁简分流”的深层问题涉及司法资源配置的问题,这似乎早已超出了法理探究的范畴。

⑦参见张卫平:《“第三人”:类型划分及展开》,载张卫平主编:《民事程序法研究》(第一辑),中国法制出版社2004年版,第71页。

⑧参见任重:《民事纠纷一次性解决的限度》,第四届“民法学研究的实体之维”学术研讨会论文,2020年11月28日于重庆,第17-43页。

⑨参见[日]高桥宏志:《重点讲义民事诉讼法》,张卫平、许可译,法律出版社2007年版,第223-224页。

⑩参见王利明:《关于和解协议的效力》,载中国人民大学民商事法律科学研究中心、最高人民法院《人民司法》编辑部主办:《判解研究》(总第4辑),人民法院出版社2001年版,第47、49页;关于执行和解性质的论争,参见鄢炎:《再论执行和解——以执行和解协议的性质论争为中心展开》,《河北法学》2016年第4期,第183-186页。

⑪参见张卫平:《执行和解制度的再认识》,《法学论坛》2016年第4期,第11-15页。

⑫民法学坚实的理论体系为其理性提供了强有力的支持。这一点归功于欧洲大陆学者对罗马法的改造以及欧洲大陆国家对罗马法的继承和发展。民法或私法的理论和体系的形成和发展与潘德克吞学说汇纂体系有直接的关系。大陆法系国家民法中最具有代表性的德国民法正是承继和发展了潘德克吞体系,并使得民法具有了学院和理论的特性。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。

⑬关于民法对市场经济发展的作用,参见王利明:《时代呼唤一部具有中国特色的民法典》,《法律科学》1998年第3期,第7页。

⑭参见崔建远、戴孟勇:《合同自由与法治》,载高鸿钧主编:《法治:理念与制度》,中国政法大学出版社2003年版,第273页。

⑮参见[日]星野英一:《民法劝学》,张立艳译,北京大学出版社2006年版,第33页。

④大陆法系国家的司法与英美法系国家的司法具有不同的特性。英美两国的司法传统与法国的司法传统有所不同,在英美两国,不存在对法官造法和司法干预心证的恐惧。这是因为,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,法官代表着进步的力量。相反,法国的司法制度导致司法和立法的界限不明,法官成为阻碍社会进步的反动力量。因此,法国的司法制度成为资产阶级革命的对象。革命的后果之一是,不仅确立了三权分立制度,还明确了若干以限制法官为目的的审判原则和制度,例如合议制、回避制、言词原则、直接原则等,这为大陆法系国家的司法制度现代化奠定了基调。参见[美]约翰·亨利·梅利曼:《大陆法系》(第二版),顾培东、禄正平译,法律出版社2004年版,第15、16页。我国的司法体制虽然在诸多方面与大陆法系国家的司法体制有所不同,但在约束法官方面深受大陆法系国家司法体

制的影响,而且,由于法律治理尚处初期阶段,法院体制尚处转型之中,所以,法院和法官更易受到各种环境因素的影响。

④参见张卫平:《论民事诉讼的契约化——完善我国民事诉讼法的基本作业》,《中国法学》2004年第3期,第75页。

④日本法社会学学者川岛武宜先生将法分为“纸面上的法”与“行动上的法”。参见[日]川岛武宜:《现代化与法》,王志安等译,中国政法大学出版社1994年版,第208页。“纸面上的法”即为作为法律文本的法,“行动中的法”则为实践中的法。两者的差异是由司法的观念、传统、理论教化滞后以及规范的现实性所致。在国内,这种差异更为明显,其原因与司法政策对法律实施的指引作用有关。

④职权干预的普遍化、处分限制的扩大化、事实探究的绝对化、判决效力对世性的一般化,是理论与认识不一致的集中体现。

Two-way Review on the Dimensions of Entity and Procedure in the Construction of Civil Litigation System

Zhang Weiping

Abstract: The construction of the civil litigation system should be considered from two dimensions of entity and procedure. In order to examine the impacts of substantial and procedural factors on the construction of the civil litigation system in detail, it is necessary to analyze and investigate the specific aspects of the substantial and procedural dimensions, because even in the same dimension, their different aspects can make different effects on the construction of the litigation system. In the same dimension, there are still tensions between various factors, such as the values of litigation in the procedural dimension. In addition, due to the difference in position between entity and procedure, there are also tensions between entity and procedure. Therefore, the construction of litigation system must also pay attention to the proper handling of this tension in order to realize the instrumental value of procedural law and find its balance in the process of realizing its independent value. Especially at this stage the pursuit of instrumental value cannot be ignored because of the pursuit of independent value.

Key words: Substantial Law and Procedural Law; Instrumental Value; Value of Litigation; Autonomy of Will; Institutional Systematization; Procedural Resources; Principle of Disposition; Adversary Doctrine