

2022年,民诉法学者认真贯彻党的二十大精神,以习近平法治思想为指引,依循实体法与程序法相结合、规范研究与实证分析相契合的研究进路,不断开拓新研究领域——

# 深耕基础理论,积极推进民事诉讼法治建设

潘剑锋 韩静茹

2022年,我国民事诉讼法在理论领域的研究成果较为丰硕。在党的二十大精神指引下,深入贯彻习近平法治思想,民诉法学者继续依循实体法与程序法相结合、规范研究与实证分析相契合的研究进路,在深化既有研究成果的基础上,不断开拓新的研究领域,提出新的论题。

## 继续深化 民事诉讼基础理论研究

民事诉讼基础理论研究仍然是2022年民事诉讼法学研究的重要内容,其中主要包括对诉的合并、既判力、基本原则等问题的进一步探讨。

根据数个请求相互间的关系,诉请求合并包括单纯合并、预备性合并与选择性合并。有学者提出,是否许可诉的客观合并,原则上应限于适用同一诉讼程序,但并不要求各项请求基于同一事实。即便当事人提出合并的申请,是否合并仍然取决于法院的裁量。对于当事人提出的数个诉讼请求,法院可以依职权进行诉的分离,但当各请求之间具有关联性时应限制分离。还有学者提出,随着请求权竞合现象的日益增多,为了充分保障当事人权利,一次性解决纠纷,应当尽快确立完整的诉的客观合并制度。请求权观念竞合时采竞合合并较为适宜;请求权现实竞合时可允许选择合并与客观预备合并。

有关既判力的理论研究也是经典论题之一。既判力的相对性,是指判决结果原则上仅拘束案件中的当事人。有学者认为,制定法的明文规定并非既判力相对性的原始法源。既判力扩张不同于既判力绝对性,前者仍以相对性为基础,既判力仅扩张至特定主体,后者则以判决结果约束所有主体。矛盾判决并不违反民事诉讼的本质属性,不构成对既判力相对性的否定。民事诉讼法存在肯定既判力相对性的规范,不存在否定既判力相对性的规范。既判力相对性作为民事诉讼法的组成部分,是约束审判机关的法源。还有学者对既判力标准时的形成权行使规则进行了研究,认为既判力标准时后的形成权行使是一种诉讼行为,其有可能从实质上推翻前诉的判决,进而危害法的安定性。既判力标准时后行使撤销权或解除权构成不诚信的诉讼行为,属于对诉讼权利的滥用,应当适用诚信原则予以排斥,从而维护法的安定性。但撤销权的行使并未危及法的安定性,不应受到限制。

此外,还有学者对民事诉讼基本原则的内在逻辑进行了体系化研究,提出民事诉讼基本原则的三层关系理论:一是体现多元主体间自由平等沟通的起点原则,包括平等原则、处分原则、辩论原则;二是构成有效沟通先在要求的规范原则,包括以事实为依据原则、以法律为准绳原则、诚实信用原则等;三是超越工具理性体现全面理性沟通的助力原则,包括法院调解原则、支持起诉原则和检察监督原则。我国民事诉讼基本原则体系以多元主体间自由平等沟通为起点,以规范沟通为要求,以全面理性沟通为终极追求,具有内在的逻辑稳定性。

## 持续关注 民事诉讼法修改

2021年民事诉讼法(修正案)以繁简分流作为核心宗旨,主要涉及独任制、司法确认、小额诉讼、在线诉讼以及送达等。有关民事诉讼法修改的相关研究在2022年度仍然如火如荼,主要包括以下方面内容:

关于独任制适用范围的继续讨论。修正后的民事诉讼法扩张了独任制的适用范围,有学者系统分析了独任制扩大化的原因,指出扩张独任制所带来的影响,提出科学配置审判资源时应当考量的若干因素——审判效率与公正的衡平、司法民主的实现、集智与

制约功能的作用、对裁判结果不满的吸收功能、上诉的功能、程序的形式化与仪式化的意义等。

关于诉讼费用激励。有学者提出,繁简分流的修法目标最终能否有效实现,取决于对诉讼资源的二次调节,应当借助诉讼成本与费用机制,激励当事人作出正确的程序选择。在诉讼费用方面,要最大限度降低利用简易程序、小额程序和在线审理案件的诉讼成本,实行优惠的收费标准;对于普通程序审理的案件,当事人应承担诉讼费用,以反映实际诉讼成本。同时,还要发挥诉讼费用的激励功能和惩罚功能,确立“以败诉者负担为原则,以制滥诉为辅助”的诉讼费用负担标准,进而保持司法供给与司法需求之间的均衡。

关于在线诉讼的继续探讨。2021年修法时将在线诉讼原则增设为民法法的基本原则之一,有学者提出,在线诉讼制度的合法性主要源于当事人的同意,其本质属于一种授权,而非当事人与法院之间的诉讼契约。为了规范在线诉讼程序和诉讼行为,有必要制定《在线民事诉讼特别程序法》,为在线诉讼实践活动提供合法性根据以及更大的解释空间。在线诉讼应遵循其特有的“方便原则”与“安全原则”,并完善线上与线下的科学转换机制。在线庭审的制度建构应当有利于揭示案件事实,确保庭审辩论、质证的流畅性和严肃性。

关于修法后的体系化协调问题。有学者指出,2021年修法对作为基本制度和基本程序的合议制、简易程序、传统线下诉讼、送达等都造成了冲击。因此,需要明确民事诉讼法以公正为基本价值,以司法审判为基本功能,以合议制为基本制度,以简易程序为基本程序,其他制度和程序都应当服务于民事诉讼法的基本价值和基本功能。应当以“基本”与“其他”之间的关系衡平为核心线索,实现民事诉讼法规范化的体系化、科学化建构。

## 民事诉讼 证据与证明制度研究

民事诉讼证据与证明是民法学理论研究的重点领域,2022年的相关研究既包括对证明责任等基本理论问题的探索,也包括对微观制度和规则的讨论。

对民事鉴定制度的研究。诉讼外鉴定是我国民事司法实践中的常见情形,有学者对诉讼外鉴定的证据性质及相应的司法审查规则进行了系统研究,认为只有指向事实发现功能的才是证据法意义上的诉讼外鉴定,诉讼外鉴定原则上不宜被视为法定鉴定意见。诉讼外鉴定可以构成事实主张层面的具体案情陈述,而不能构成证据层面的当事人陈述,但应保障当事人通过案情陈述来发表意见的机会。基于民事诉讼契约化的原理,诉讼外鉴定可以例外地根据当事人的合意转换为法定鉴定意见,当事人也有权将其共同委托的诉讼外鉴定意见作为认定事实的依据。

对证明责任之基本原理的不断探索。证明责任是典型的实体法与程序法相结合的论题,有学者对主观证明责任进行了专门研究,认为当事人的举证行为受辩论主义支配,同一证

## 法学理论 2022 理论研究 民事民事诉讼法学篇

2022年,我国民事诉讼法在理论领域的研究成果较为丰硕。在党的二十大精神指引下,深入贯彻习近平法治思想,民诉法学者继续依循实体法与程序法相结合、规范研究与实证分析相契合的研究进路,在深化既有研究成果的基础上,不断开拓新的研究领域,提出新的论题。民诉法理论研究呈现出深耕基础理论、横跨程序全域、密切融合实体、积极策应立法等趋势。

明对象的主观证明责任不但可以与客观证明责任分离,还可以在当事人之间进行动态配置。主观证明责任是纯粹的程序规则,当事人距离证据的远近、举证能力以及诉讼程序的实际运行都是决定其具体负担情况的重要依据。当事人承担对其有利的法律规范要求的要件事实的客观证明责任,并首先承担举证证明任务。立证证明达到证明标准要求时,对方当事人才负担反驳证明的任务。法官临时心证是决定主观证明责任转移的关键,心证的动态变化也决定了主观证明责任动态配置的特点。有学者对程序法上的证明责任进行了思辨研究,提出程序法上的要件包括程序要件和实体要件,作为程序启动条件的实体要件,存在“二阶审查”结构。程序法上的评价要件要求法官必须进行一定的判断,而程序事实性要件的证明与对实体事实性要件的证明存在诸多不同,导致所谓的“真伪不明”空间被极大压缩。程序法与实体法规范构造存在根本不同,如适用条件不明,程序上可直接不适用法律。程序法适用只关乎程序步骤如何进行,而不存在如何分配不利风险的问题。此外,还有学者提出,证明责任作为法律适用活动本身所必然附带的风险,具有客观性、不确定性、不可归责性及可预测性。证明责任风险说启示人们应在诉讼中增强风险意识、调整风险决策方案、选择风险管理策略及强化风险归属规则。

关于书证收集程序的最新研究。有学者提出,实务中账簿凭证、鉴定材料、公文书证、核实材料等四类书证的职权命令模式更适宜替代为举证释明,法院依申请取证仍有独特的范围与优势,证据保全应限缩要件和效力以避免排斥温和的书证提出命令。依据程序与利益的差异性标准,程序竞争的纾解方案除“优先型”“吸收型”外,还应完善“界定型”,以明确书证提出命令的非职权性、非一般性、非直接强制性的制度边界。

## 继续深耕 民事公益诉讼

民事公益诉讼是近年来民法学理论研究的热点。2022年,是公益诉讼检察全面开展五周年。党的二十大报告明确提出,“完善公益诉讼制度”。有关公益诉讼的研究,既包括宏观理论层面的分析,也包括微观制度和规则层面的探讨。

有学者对民事公益诉讼的法理基础进行了研究,认为公益诉讼既是纠纷解决活动,也是公众参与公共事务的政治活动,要反映特定政治道德和伦理,获得法理支持。以人民为中心的发展思想和人类命运共同体思想,是新时代我国公益诉讼制度的价值根据和政治伦理。在此基础上,合理吸收政治哲学思想,可促进公益诉讼制度实现诉讼民主、正当程序、诉讼效率等价值。有学者认为,检察公益诉讼之所以能发挥独特的制度效能,主要归功于三种力量的共同作用:最直接的原因就是法治的力量;内在的原因就是制度的力量;更深层次的原因就是文化的力量。

一些学者对环境公益诉讼进行了专门研究,认为应当健全生态系统整体保护的检察监督机制,强化环境

风险预防功能,构建法律监督与环境公益维护相统一的衔接机制。有学者认为,对环境民事公益诉讼的界定应采取功能主义的路径。由于代表人诉讼制度遇冷,因此除普遍性利益之外,我国环境民事公益诉讼还应为集合性利益提供保护。与此同时,环境民事公益诉讼还承担着一定的政策形成、补充执法与监督行政的功能。有学者提出,预防性环境民事公益诉讼属于停止侵害诉讼,有必要体系化地扩大停止侵害判决辐射范围,以实现预防性环境民事公益诉讼的永久禁止功能。还有学者提出,目前社会组织提起的预防性环境民事公益诉讼具有侵权诉讼的性质,在预防环境损害上面临难以克服的局限性。预防性检察环境公益诉讼应具有行政执法的性质。为强化预防功能且坚守监督定位,检察环境公益诉讼制度应当适当扩展受案范围、多方拓宽案件来源、发挥诉前程序的独立价值、重视起诉条件的约束功能,并通过在短期内修改司法解释、长期内制定专门立法来加以实现。

## 关注民事 纠纷解决机制

纠纷解决是民法学研究领域的经典论题,2022年该领域的相关研究主要涉及在线纠纷解决、虚假诉讼识别以及人民调解等。

对于民事纠纷解决机制之基本原理的纵深拓展。有学者提出了“民事纠纷相对性解决原则”,认为民事纠纷一旦纳入民事诉讼程序,其争议之解决通常就是法院在特定的当事人之间,就当事人主张的权利和相应事实,对其事实的确认和对权利义务作出裁判,其裁判的效力是相对的,事实认定也是相对的。充分认识这一原则有助于人们理解和把握民事诉讼中纠纷解决的规律,认真对待民事纠纷解决中的特殊情形,为其设置相应的条件,构建契合民事纠纷特点的诉讼制度。

关于虚假诉讼的识别标准。有学者通过对1570件涉及虚假诉讼的案件进行实证分析,厘清了虚假诉讼的本质和边界。认为虚假诉讼应定位于从根本上消解民事诉讼“两造对抗”基本结构的“恶意串通”行为。“单方行为”应被排除在虚假诉讼之外,因为目前对妨害民事诉讼行为的强制措施完全可以应对“单方行为”,而且“单方行为”的纳入会导致虚假诉讼边界不清、损害当事人诉讼权利、违反比例原则、有损司法形象。恶意诉讼、滥用诉权、冒充诉讼等异化的诉讼形态,与虚假诉讼存在根本差异,也应当予以明确界分。

关于人民调解的进一步研究。人民调解制度是极具中国特色的“东方经验”,有学者提出,调解技艺实践是决定人民调解能否顺利实现预期治理目标和价值追求的实践理性之维。调解技艺实践依附于年龄、阅历等特定要素构筑相应的社会信任机制,进而借助法律能动性、修辞策略等解纷技艺的展开,有机整合情理法,充分落实实质性正义,有效实现“案结事了人和”。在新时代,人民调解制度的技艺实践出现了法治化、专业化、品牌化的变迁与创新。

关于在线纠纷解决机制的最新研

究。在互联网时代,在线纠纷解决早已不再陌生。有学者提出,通过嵌入系统声誉、全景透明程序、灵活性、公平性、实现数据和信息保密等方式培育在线纠纷解决信任关系,是各类在线纠纷解决系统或平台未来生存和发展的必经道路,是构建具有中国特色的在线纠纷解决体系的核心任务。有学者对律师在线诉讼规则进行了专门研究,认为律师的特定职业定位与诉讼地位,决定了对其不应完全适用“当事人及其他诉讼参与人”的在线诉讼规则。构建律师在线诉讼规则应当遵循合法性原则、信息技术标准原则和符合律师职业定位原则。在内容上,应当包括律师对在线诉讼的接受规则、诚信规则和技术规则等主要制度,并与《人民法院在线诉讼规则》等形成综合配套的在线诉讼制度体系。

## 聚焦民事 执行立法

2022年7月,《中华人民共和国民事诉讼法强制执行法(草案)》向社会公开征求意见。因此,关于民事执行单独立法中的若干问题,自然成了2022年民法学界的研究热点,其中既包括对民事执行程序基本理论的研究,也包括对执行程序具体制度和规则的讨论。学界热议的问题主要涉及以下几个方面:

关于执行回转。执行回转是执行救济制度中的一种,相较于其他被执行财产事后救济制度,民事执行回转制度对于实现诉讼经济和诉讼迅速的理念,促进纠纷一次性或最大化解决,有着明显的制度优势。有学者主张,将民事执行回转制度由职权进行主义运行模式改造成贯彻处分权主义的运行模式。在具体制度构建层面,将不当得利之债规定为民事执行回转制度的实体法基础,并将其定性为实质诉讼规范;坚持审执分立的程序构造和排除再诉的处理方案;将回转制度规定在民事诉讼法“审判程序”编中,并设立裁判解释程序。

关于民事执行中案外担保权人的救济机制。担保物权的核心功能在于必要时就担保财产的变价所得优先受偿。有学者指出,在典型担保的情形下,法院查封担保财产不会影响案外人享有的抵押权、质权和留置权,其可以通过参与分配和执行行为进行救济。在非典型担保的情形下,所有权保留买卖中的出卖人、融资租赁中的出租人享有的是功能化的所有权,应当将其作为担保权人处理;而保证金账户质权人则应参照典型担保中的质权人处理。因此,对于这些案外人也不应适用执行标的异议进行救济,其可以通过参与分配和执行行为异议寻求救济。

关于执行力的主观范围。执行力的主观范围包括“为谁、对谁”进行强制执行,原则上以执行根据中的记载为准,但在例外情况下可扩张至第三人。有学者提出,执行主观范围的消极扩张,表现为经申请执行人的申请,执行法院裁定变更、追加第三人为被执行人。此类第三人划分为“承继型”和“责任型”两种。执行力主观范围的消极扩张须满足必要性、正当性和妥当

性三个要件。“承继型”第三人兼具必要性和正当性。对“责任型”第三人而言,必要性即被执行人的财产不足以清偿债务,正当性依赖于实体法的规定或第三人的意定。妥当性是指变更、追加的争议适合通过内嵌于强制执行的略式程序进行审查判断。

关于执行依据。有学者对执行依据给付内容不明确进行了类型化分析,提出原生性给付内容不明确介于形式瑕疵和实质错误之间,次生性给付内容不明确应定位于既判力确定后的新事实,二者统一于法院对实体事项的判断权。应促成从非正式解释向正式判决的制度过渡,迁移补充判决制度功能以克服原生性给付内容不明确;综合运用债权人确认之诉和债务人异议之诉来应对次生性给付内容不明确,以实现法安定性追求和程序保障目标的价值平衡。

## 对民事诉讼 辅助和保障机制的研究

有学者对民事禁令程序的构建原理进行了系统研究,认为民事诉讼行为保全制度不能满足民事禁令制度的程序规范需要。临时禁令程序是一种独立的程序,具有实体法与程序法的双重属性,其目的不在于解纷,而在于维系权利现状。申请人启动禁令程序应当提供表面证据确凿的事实,无须进行完整、实质审理即可作出裁定,但不能突破程序保障的最低限度。临时禁令具有形式确定力和执行力,无既判力,适用“异议一撤销”简式救济途径。

有学者对我国民事送达制度的基本理论进行了研究,认为送达制度应依托我国相对成熟的民事诉讼法律体系理论、民事诉讼行为理论和民事裁判效力理论。各诉讼主体在不同程序环节就送达这一诉讼行为所承担的角色义务与相应权利,所遵循的行为规范和有效要件,都是在我国的职权主义与辩论主义妥协模式的逻辑框架内展开的。应以相应事实的证明与推定规范,结合送达与受送达的行为代理与民事裁判,确定通知与送达的法律效果和瑕疵救济,从而在送达规范的实效性功能之不可欲与仪式性功能之不可靠的两难困境之间寻求合理平衡。

## 对民事仲裁 的继续关注

在我国目前的司法实践中,对重复仲裁是否进行司法审查、采取何种方式进行审查以及适用何种事由否定裁决效力等,均缺乏基本共识。有学者提出,对重复仲裁进行司法审查存在法本质、法价值、法监督、法救济层面的必要性。若排除对重复仲裁的司法审查,势必会导致我国重复仲裁乱象丛生,难以遏制。为此,应当结合事项、主体、例外三大标准对重复仲裁进行实质性司法审查。为避免审查事由的适用产生歧义,可以在“违反程序”法定事由中明确纳入重复仲裁,或单独规定重复仲裁的司法审查事由,由此否定重复仲裁裁决的效力。

有学者对撤回仲裁请求的相关问题进行了研究,认为撤回仲裁请求是申请人处分积极仲裁实施权的自由,但申请人处分其积极仲裁实施权涉嫌损害被申请人合法权益的,被申请人可以无缝衔接地行使相应的积极仲裁实施权,以捍卫其通过本次仲裁程序彻底解决纠纷的利益。被申请人不同意申请人撤回仲裁请求的,仲裁庭应当允许或将其视为被申请人提出了相应的反请求,并由被申请人负责垫付案件处理费。

综上,2022年度民法学理论研究呈现深耕基础理论、横跨程序全域、密切融合实体、积极策应立法等趋势。在此,对过去一年一些值得关注的理论研究热点进行简单盘点和综述,希望能够为新一年的研究提供些许助益。

(作者分别为中国法学会民事诉讼法研究会副会长、北京大学法学院教授,首都师范大学政法学院副教授)