

本书坚持以和合共生的文明观审视我国民事诉讼法学内在的发展规律和未来走势。只有站在和合共生的制高点,才能充分体悟中国民事诉讼法学精美殿堂的宏大与精深。

和合共生:中国民事诉讼法学的本土化与体系化

品鉴

□李浩 林清

由中国检察出版社出版发行的全国人大代表、中国人民大学法学院教授汤维建的独著《民事诉讼法学精论》,分上下卷,共264.7万字,由六编(诉讼原理论、诉讼制度论、诉讼程序论、非讼程序论、执行程序论、涉外民事诉讼程序论)计三十三章构成,系统地阐述了我国民事诉讼理论与制度的内容及其变迁历程。本书通过灵动而隽永的文字勾勒出了我国民事诉讼法学的精美殿堂,展现了中国民事诉讼法学和合共生的发展进程。

理念论:和合共生

民事诉讼法学是研究民事诉讼制度的学问体系,不仅要求对民事诉讼制度进行基于国内法规范的整体性观察,还要求放眼世界进行比较法的考察。即,在和合共生的理念下,揭示民事诉讼法学的价值理念与民事诉讼制度运行的客观规律。博观而约取,本书的主轴固然是中国民事诉讼法学,但汤维建教授也重视民事诉讼法学独立性与共生性的和合,广泛地从包括两大法系在内的域外民事诉讼法学理论中吸取有益的经验。例如,本书对民事诉讼法程序正义论的阐释充分借鉴了英美法系的学术成果,旁征博引地论述了程序正义论的历史演变与价值内涵,并对正当法律程序的意义、判断模式等进行思辨性的学术思考。本书可谓是,既辨章学术、考镜源流,又对民事诉讼法学重要的理论问题贡献了汤维建教授的理论见解与学术智慧,从理论与实践的发展中解答了中国民事诉讼法学本土化与体系化的时代之问。这些都彰显了和合共生的价值取向,这种价值取向也具有内在的历史必然性与合理性,体现了我国民事诉讼法学发展的理性选择。本书坚持以和合共生的文明观审视我国民事诉讼法学内在的发展规律和未来走势,中国民事诉讼法学的演进乃是不断丰富、创新、完善的发展过程。只有站在和合共生的制高点,才能充分体悟中国民事诉讼法学精美殿堂的宏大与精深。

特点论:中国特色法学教科书的精气神

纵观我国民事诉讼法学的发展历程,并无范例或定式,而是随着社会现实的变迁而不断演变,在探索中实现创造性与创新发展。本书延续着探索的精神,在新时代通过探索中国特色的内容与内涵,展现了我国民事诉讼法学新的生命力。一是内容体系的科学性。本书是一部经典的民事诉讼法学教科书,包含民事诉讼的法律概念、法律条文解析、经典案例评析、学说见解梳理等教科书范畴的所有内容。尤其在“民事诉讼法的基础理论”一章中,除了传统的民事诉讼法的总论、民事诉讼法关系论和诉权论之外,还创造性地将价值论、程序正义论、程序模式论与权力配置等内容纳入其中,勾勒我国民事诉讼法学基础理论的独特面貌。这些超脱于法律条文注解的学术理论,充分揭示了各种诉讼制度背后的制约因素与理论根据,体现了汤维建教授在撰写本书时的理论自觉。贯穿于全书的理论思维则有助于读者领略民事程序法与程



李浩

本书既向读者展现了中国民事诉讼法学本土化与体系化发展的进程与样貌,又带来了关于中国民事诉讼法学发展的独特思考与智慧贡献。在文明观互鉴的视角下,我国民事诉讼法学秉承了和合共生的理念,在本土元素与域外理论的和合中,共生出中国特色的理论体系。本书的理念论、特点论、本体论与方法论,都具有鲜明的本土特色,凸显了时代性、科学性与创新性。这不仅是一部具有开拓性的法学教科书,也是一部具有自主性知识体系的法学论著。

序价值理念的魅力,兼顾了教科书的工具性与理论性,使本书在未来频繁的修法中仍能保持生命力与科学性。可以说,本书是汤维建教授经过精细理论知识处理后的民事诉讼法学之体系化建构,是我国民事诉讼法学理论的集大成者。

二是结构体系的创新性。本书是一部结构精致的体系性法学教科书。不同于传统的民事诉讼法学教科书,本书在体系结构上进行了一种新的探索。整体上,本书所划分的六编,对应着我国现行民事诉讼法的总则、审判程序、执行程序、涉外民事诉讼程序的特别规定四编。不仅涵盖了现行法的全部内容,还对其进行学理性的体系化重构,将总则部分细分为诉讼原理论与诉讼制度论,将审判程序部分细分为诉讼程序论与非讼程序论。由此彰显了汤维建教授对民事诉讼法学体系结构把握的精准度,具有兼顾系统与突出重点两相结合的特色。本书“原理→制度→程序”的渐进式体例安排展现了理论研究对具体诉讼制度与诉讼程序研究的引领作用,提升了本书知识体系的理论性。可见,本书既是一部具有开创性的体系书,又是一部专著型教科书。

三是对中国特色学术风尚的倡导力。本书作为体系性的教科书在行文风格与内容上也具有鲜明的特色。立足于体系性的视角审视全书,无论是行文风格、学术立场选择与重点问题把握,都具有典范意义。本书体现了一种新的学术规范性风格,在保障学术规范性的同时,还努力使民事诉讼法学“接地气”。本书摒弃晦涩难懂的表达方式,推动学术理论的实践化转向,引领学界形成新的学术风尚:

第一,本书由汤维建教授一人完成,使得全书文风保持高度的协调性与一致性。本书的文风也彰显了汤维建教授的行文特色,准确、自然、干净、流畅,段落之间层次清晰,凸显了本书的理论性与逻辑性。行文也能举重若轻,将深奥的理论问题与复杂的学术探讨用深入浅出的语言进行精准阐释。不同于主编制的法学教科书,本书采取独著的方式,确保了本书在形式体系上的一致性,相关的理论表达与学术主张也都能保持前后的协调一致。本书的文风也反映出汤维建教授在民事诉讼法学领域深厚的学识修养以及对学术研究的敏锐悟性。

第二,本书将立法论与解释论相结合,既开展了解释与适用法律条文的研究,又指明现行法的不足并开展了探索新的立法建议的研究。两相结合使本书涵括对法律条文在过去、现状与未来的洞察。本书也将理论与实践相结合:在理论方面,实现了经验到理论的升华;在实践方面,达到了理论到制度改革的的目的。本书不仅对各种诉讼制度的运作进行论述,并进行法理层面的评析,还对我国民事诉讼法的转型进行展望。本书提出制定独立的“多元化纠纷解决机制促进法”“民事证据法”“小额诉讼程序法”“检

察监督法”等立法倡议或构想,体现了由经验提炼而成的民事诉讼理论对立法反哺,促使理论能够真正地回归制度、指导实践。

第三,本书始终往返于规范与案例之间,展现了“书本上的法律”与“实践中的法律”的互动状况。民事诉讼法学是一门实践性极强的学科,民事诉讼法本身也是应用法学的一种,仅对法律条文进行注释与对法律制度进行介绍并不足以了解法律的实际运作情况。本书选取了“两高”的部分指导性案例,并对这些经典案例进行深入的评析,借以提升读者对民事诉讼法规则适用的理解。例如,本书在当事人适格、检察公益诉讼、调解书的免证力限度、表见代理的证明标准、超标的额查封及其监督、对虚假诉讼的法律监督、检察和解、审执分离体制、执行担保的司法判断、失信联合惩戒制度等方面都进行了案例评析。

第四,本书具有与时俱进的特点,不仅将过往的法律实践与理论进行面面俱到的叙述,还将最新的立法、司法与学术动态进行充分呈现。我国正处于司法体制改革的大浪潮之中,我国民事诉讼法的法制与司法实践也随着时代发展而动态演进。本书将我国民事诉讼法的最新发展都予以呈现。例如,在立法方面,本书将在线诉讼的入法予以特别说明,并将其上升为我国民事诉讼法的基本原则;在司法实践方面,本书将诸多具有中国特色的民事检察监督案件进行案例评述,其中不乏新时代以来我国检察改革的经典案件。整体上,本书呈现了中国民事诉讼法的最新发展样态,书写了我国民事诉讼法学理论体系的新篇章。

本体论:五大关系模式的时代课题

汤维建教授是较早对中国民事诉讼法学理论体系的本土化进行学术探讨的学者。早在1997年,汤维建教授就深刻认识到市场经济是“权利经济”的本质,并对中国民事诉讼法学的未来发展进行了系统而全面的论述,涉及民事诉讼目的论、价值论以及民事诉讼的基本模式等诸多方面,由此形成了具有鲜明的理论色彩且与中国司法实际紧密联系的真知灼见。在2007年民事诉讼法修改时,汤维建教授提出,中国民事诉讼法的修法应当坚持四大理念,即程序本位主义理念、程序主体自治理念、程序契约化理念、程序协同化理念,四个理念之间是相互依赖又相互独立的辩证关系。在2012年民事诉讼法修改前夕,汤维建教授对我国民事诉讼法的修改路径与民事诉讼法本土化发展提出体系性的基本框架,指明我国民事诉讼法的发展应处理好五大关系,即诉权与审判权的关系、检察监督权与审判权的关系、社会参与权与审判权的关系、调解权与审判权的关系、执行权与审判权的关系。这五大关系都围绕着共同的议题——对审判权的制约与监督,是对我国民事诉讼权力配置进行再平衡的一种中国方案。至此,汤维建教授对中国民事

诉讼法学理论体系的本土化认知逐渐稳定,此后丰硕的学术成果也多以此为基础框架进行论述。本书作为汤维建教授集智而成的用心之作,也是以审判权为中心,并围绕着诉权、检察监督权、社会参与权、调解权、执行权与审判权的平衡与制约模式展开。五大关系模式的理论也是贯穿于本书的主要线索之一。这不仅提高了本书的理论深度,还与作为主线的民事诉讼法规范与制度巧妙交织,或显或隐,回味无穷。

方法论:七大对接研究的探索视角

在我国民事诉讼法学的现代化转型中,研究方法论的多元递进已是大势所趋。过往经验表明,正是注释法学、实践法学、理论法学等的多元并进推动了我国民事诉讼法学理论的自主性、理论性与现代性的发展。基于此,汤维建教授在本书中提出对接研究的新研究视野,并进行多层次的划分。本书指出,注释法学和理论法学、实体法和程序法、传统法学和现代法学、中国法和域外法、程序工具主义和程序本位主义、诉讼法理和非讼法理、证据法和程序法等七大对接研究,将作为组合型研究方式成为中国民事诉讼法学的现代化转向所必须倚重的方法论论路。本书更是指明了我国从注释法学走向理论法学的转向,规划出理论民事诉讼法学的生成路径。这种路径具有尊重学术传统、敏锐的问题意识以及交叉学科的理论涵养等意涵。某种意义上,多元化的民事诉讼法学对接研究,也是我国民事诉讼法学方法论体系的本土特色,凸显了中国民事诉讼法学方法论方面的和合共生特点。

本书作为一部不可多得的法学教科书,既向读者展现了中国民事诉讼法学本土化与体系化发展的进程与样貌,又带来了关于中国民事诉讼法学发展的独特思考与智慧贡献。掩卷沉思,随处可见汤维建教授为构建具有鲜明的中国特色的民事诉讼法学知识体系所做的努力。他向读者阐释,在文明观互鉴的视角下,我国民事诉讼法学秉承了和合共生的理念,在本土元素与域外理论的和合中,共生出中国特色的理论体系。无论是本书的理念论、特点论、本体论与方法论,都具有鲜明的本土特色,这些都凸显了本书的时代性、科学性与创新性。就此而言,本书不仅是一部具有开拓性的法学教科书,也是一部具有自主性知识体系的法学论著。借此,我们也能清晰地体会到独树一帜的民事诉讼法中国学派正在形成,感受到一种以独立自主精神为理论的中国民事诉讼法学之理论自觉与理论自信!

(作者分别为南京师范大学法学院教授、南京师范大学中国法治现代化研究院研究员,中国人民大学法学院博士研究生)



集萃

清华大学法学院教授申卫星:通过新模式确保数据资源高效利用



在个人数据权属分配问题上,多数观点认为赋权对于作为数据来源者的个人既无必要亦无可能,主张将个人数据所有权配置给处理数据的企业,以此激励和保障数据利用效益最大化。然此种观点既不符合逻辑也不符合事实,作为来源者的个人和作为处理者的企业对数据的形成都有贡献,应当根据各自贡献程度的不同分别赋予所有权和用益物权。赋予个人数据所有权并非为企业增加负担,相反,企业在尊重个人数据所有权的前提下,通过“获取授权+支付对价”模式取得的数据用益物权具有更强的独立权利机能,不但可以对抗个人信息权的部分机能,而且可以通过对许可方式作特别约定取得排他使用权。一旦企业形成了稳定的权利预期,才会增加对个人数据的开发投入、谋求长期收益,放弃短期机会主义行为,最终实现数据尽其用。个人数据所有权的实现可以通过“个人数据资产账户+集体管理组织”这一模式落地,在制度构建时需要对个人数据所有权施加必要限制,以确保数据资源得以高效利用。

广东外语外贸大学法学院教授杨治坤:依据行政处罚原理优化按日连续处罚制度



按日连续处罚是环境保护法(2014年修订)创立的一项特色制度,有助于迅速阻断持续性环境违法行为。运用法教义学方法,以行政处罚规范体系化思维考察按日连续处罚的制度初衷、义务基础、实施程序与立法技术等,将按日连续处罚定位为行政处罚更为妥当。依循行政处罚“过罚相当”原则和“一事不再罚”适用规则,澄清按日连续处罚制度存在的一些理论争点,在制度功能和实践实效层面,按日连续处罚功能逐步从惩罚转向惩罚与威慑并重,实践中存在式微趋势。基于行政处罚规范一体化要求,有必要依据行政处罚原理优化按日连续处罚制度,完善其适用的裁量基准,解决好与其他行政处罚措施之间的衔接,以回应按日连续处罚制度的功能变迁,提升其实施效能。

上海社会科学院法学研究所助理研究员邓文:以独创性和实质性判断人工智能生成内容的权属



以ChatGPT为代表的生成式人工智能内容具有可版权性,就激励创作而言,被激励的对象并非生成式人工智能本身,而是使用生成式人工智能创作的人,生成式人工智能起到的依然是创作工具的作用,依据可版权性将生成式人工智能内容置于版权法体系框架下进行保护符合最便宜保护形式的需要,同时能够为确定生成式人工智能内容版权侵权的责任主体提供依据。在生成式人工智能内容版权认定上,区别于传统作品的认定,应以独创性和实质性贡献来综合判断生成式人工智能内容是否为著作权法调整的作品。在生成式人工智能作品版权归属规则上,确定生成式人工智能作品的版权归属于真正创作该作品的人,即生成式人工智能的使用者,但允许通过约定的形式,借鉴合作作品权益分享规则,形成生成式人工智能开发者和使用者共有作品版权的权益归属规则。

上海交通大学凯原法学院副教授沈健州:构建数据财产的排他性规范消除数据确权障碍



确立数据财产权的一大理论障碍在于数据自由流通的现实需求,其症结在于数据财产的排他性。事实上,认为排他性数据财产权会阻碍数据流通、有悖于数字经济发展规律的立场,不过是基于三种误解:一是过分着眼于数据利用过程的“非排他性”,忽略了数据利用的营利效果是稀缺和排他的。而数字经济对数据财产权抱有制度期待的根源恰在于后者。二是未重视公开数据与非公开数据的流通背景差异,也未区分数据的意定流通与非意定流通,因此误以“排他性财产权有碍公开数据的非意定流通”之一隅为全局。其实,排他性财产权对数据的意定流通有益无害,而权利限制规则足可兼容不同数据的非意定流通。三是误认为排他性财产权会排斥数据平行开发并助长数据垄断。但财产权本无排斥平行开发的规范效力,其对数据企业市场地位的间接强化也完全可在事后有效规制。澄清误解并妥善构建数据财产的排他性规范,可以消除数据确权的后顾之忧,充分发挥财产权在数字经济领域应有的制度功能。

(以上依据《法学评论》《行政法学研究》《政治与法律》《中外法学》,陈章选辑)

立足国情实际借鉴有益经验促进法治建设

□刘苑梓

以民主和道德为基础的法治是人类历史发展的潮流,近代以来,各国均在大力推动法治化进程。按照党的十八届三中全会、四中全会分别审议通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》要求,近十年来我国全力推进司法体制改革,中国特色社会主义法治体系建设也取得诸多阶段性成果。伴随着我国法治体系建设的逐渐深入,“法治”一词早已深入人心。

在世界法治化的浪潮中如何推动我国的法治化进程,卓泽渊教授所著《我们与法治》一书,详细介绍了世界法治的基本格局和发展走向,并对我国法治面临的国际挑战进行分析,以世界视野对中华法治文化进行考察,在此基础上,对我国司法体制改革的宏观构想、重要举措进行了分析和总结。

人类发展的历史证明,内蕴民主与道德的现代法治是制约公权力的最佳治理模式。资本主义社会制度建立之后,法治成为资本主义国家的社会建设目标。无产阶级革命后,社会主义法治也应应运而生,成为与资本主义法治并存,并将最终超越资本主义法治的新型法治。二战之后,人们深刻意识到,无论是资本主义国家还是社会主义国家,都应努力推进世界法治化进程,从而保障人类永久的和平与安宁。为此,该书对世界法治的图景以及我国法治的现状进行了阐明,有助于读者认识两者之间的关系。

当代世界法治国家的法律体系,以“两大主义”与“五大法系”为基本格局。从社会制度层面出发,可以将当代世界的法律体系划分为社会主义法与非社会主义法。此外,“五大法系”是大多数学者所认同的法系划分,分别为中华法系、印度法系、伊斯兰法系、大陆法系、英美法系。本书对世界法治中不同法律体系的渊源和特点分别进行阐述,并强调社会主义法治的优越性。社会主义法治是对资本主义法治的扬弃与超越,是人类历史上迄今为止最伟大的法治。

对于当代世界法治发展的历史走向,本书第二篇将其概括为:法律形式趋同化、国内法律国际化、国际法律国内化以及国际社会法治化。法律形式趋同化是指世界各国对法典以及判例的作用均加以重视,因此出现了法律形式上的趋同走向;国内法律国际化是指原本只是一国国内的立法活动、法律制度走向了国际;国际法律国内化是指国际法律的规则被有关各国转化为其国内的法律规则;国际社会的法治化是指由于国际经贸的要求、国际组织的促进、国际司法协助的推动,整个世界都在走向法治的潮流。通过对世界法治的展望,法律的全球化已经成为当代法治发展的趋势,我国也应当找准自身的定位,在推动世界法治化的潮流中作出更大贡献。国际社会的法治化必将使各国的法律产生互动,我国近年来许多法治建设中的改革举措,也不同程度的受到了他国法治化进程以及国际社会法治化的影响。例如,随着自西方兴起的“恢复性司法”理念逐渐被我国

法学界与法律实务界所接受,各地的司法机关对刑事和解制度进行了探索,最终在2011年刑事诉讼法修改时,刑事和解作为特别程序被写入其中。

以世界法治的基本格局以及发展走向为视角,可以观察到我国法治所面临的国际挑战。本书第三篇聚焦国际关税制裁、国际人权争端以及国际司法协助等方面内容,并对我国的法治建设所面临的挑战进行了详细阐述,并提出了应对的建议。在经济全球化的大背景下,随着改革开放的深入推进,我国经济与世界经济的联系愈发紧密,越来越多的国内企业到外国进行经营、投资或上市。如何规避所在地国家的法律风险以及切实遵守国际准则、规则,成为我国企业海外经营面临的重要挑战。20世纪80年代以来,西方现代公司治理观念发生变革,合规治理成为公司治理的重要组成部分。之后,企业合规机制进入刑事司法领域,美国确立起暂缓起诉协议制度及不起诉协议制度,世界各国开始纷纷效仿。我国政府相关部门也开始引导国内企业开展企业合规建设。要解决我国法治如今面临的诸多挑战,最有效的方式就是在立足国内实际情况的基础上,适度借鉴域外的先进经验和有益做法,并进行本土化的改造与创新。

从世界视野角度和历史维度考察中华法治文化,其对世界各国已产生极为显著的影响。现阶段,如何巩固和创造未显着的中华法治文化,本书认为,应当汲取过去中华法治的精华,例如,人本主义与民本主义、法律

的教化功能、慎刑的法律原则、传统的人伦精神等。除此以外,也要借鉴西方法文化中的宝贵财富。也就是说,立足中国、放眼世界,创造具有中国特色的社会主义法治文化,让其成为中国法治建设的养分,这才是中华法治文化发展的方向。

在现今世界法治化进程中,司法体制改革是一个没有完成时的重要领域,我国的司法体制均处在动态化的改革之中。我国在世界法治化浪潮中顺势而为,法治化建设也取得了重大成就。经过多年的司法体制改革,我国在实现司法公正、改革管理体制以及确保依法独立等方面已取得长足的进步。2008年2月28日,我国向全世界发布了《中国的法治建设》白皮书,总结了新中国成立以来中国法治建设取得的成就。卓泽渊教授将我国正在进行的法治建设重要改革举措概括为:落实司法责任、推进司法公开、加强人权保障以及强化司法监督,并对这四大重要举措的具体要求进行了阐明。只有不断发现问题,并通过深化司法体制改革解决问题,才能实现司法公正这一法治的基本要求。

“法治兴则国兴,法治强则国强。”法治是我们必须而且必然追寻的目标。我国法治化进程的推动,应从国情与实际出发,传承自身的优良法律传统,借鉴世界法治的有益经验,协调好国内法治、涉外法治以及世界法治之间的关系,不断深化司法体制改革,从而走出一条中国特色社会主义法治道路。

(作者为西南政法大学刑事检察研究中心助理研究员)