

民事诉讼立法预期与运行效果的背离及修正

——以《民事诉讼法》新制度实施状况为范例的分析

安晨曦

(海南大学法学院,海口 570228)

摘要:《民事诉讼法》在地方法院运行中存在着“软执行”现象。辩证地看待法定制度被搁置、规避、改装、误用等千姿百态的操作惯例,反映出立法预期的非实践性弊端。修法后新增制度的尴尬运作,表现为低频适用与运作偏差两种类型。程序非正常运行的外生因素,主要是程序规则建构的粗犷性与架构性、司法自由裁量权与绩效考核制度、基层法官的智识与司法偏好以及建构论唯理主义的立法模式。运行效果不佳局面的修复,虽然最终还需期冀于制度的设计,但当下的修缮作业应当是在民事诉讼法学研究方法论上逐步重视实证研究、秉持民事诉讼的精细化立法理念、尝试民事诉讼的试验主义立法进路。

关键词:程序异化;实证主义方法论;精细化立法;试验主义进路

中图分类号:DF72

文献标志码:A DOI:10.3969/j.issn.1001-2397.2015.06.15

引 言

立法决策者总是期冀以他制定的法律实现对社会的有效治理。然而这种理性的预期与法律实际的运行效果往往存在偏差,若从法社会学的角度看待这一现象,可以说它是法律实施的异化^①。这一问题,按照庞德的“行动中的法理论”偏好于观察“实在规则”,即法官审理案件中适用的“法”——这种“法”很大程度上对制定法进行了经验性或实

用性“修正”,也承载了法官的政治考量,被隐喻为“能用之法”^②。

法条主义或形式主义的司法观一直在培植着法律职业共同体对法治原则的信仰。在这个氛围中,民事审判的司法官往往声称他们在程序上都会以《民事诉讼法》作为最高的行为准则。但隐形的视角却是他们拿着上级法院的指导意见、最高人民

^① 本体论上的法律实施在研究中并未得到很好的区分,它与法律实效、法律实现、法律效果等有实质性区别。(参见:张文显.二十世纪西方法哲学思潮研究[M].北京:法律出版社,2006:92;夏锦文.法律实施及其相关概念辨析[J].法学论坛,2003(6):27-32.)

^② 如《民事诉讼法》虽为国家所立之法,但不完全是法官审理案件时的可用之法。这是有限的一般法规范与无限复杂的社会生活间的矛盾、一般法规范草创的非实践性、非经验性等多因之结果。在刑事诉讼研究中,有学者将此现象称为“地下刑事诉讼法”或“隐形刑事诉讼法”。(参见:万毅.实践中的刑事诉讼法:隐形刑事诉讼法研究[M].北京:中国检察出版社,2010.)

收稿日期:2015-07-01

基金项目:2013年国家社科基金项目“我国转型社会中的法治思维研究”(13BFX010)

作者简介:安晨曦(1982),男,河北张家口人,海南大学法学院助教,海南大学法学院民法专业博士生。

法院的规范性文件、甚至还有最高人民法院的学术文章等在办理案件。既然这些审案工具更好用,为何动议要修法?这仅是一个侧面,吴英姿在《民事诉讼法》首次修正前,就对民事诉讼程序的非正常运作进行了实证研究,她考察了对法定制度的变通做法、法定制度以外经常发挥作用的做法、法律没有规定而法官自创发明的做法等^①。2012年《民事诉讼法》的修正虽不算大修,但也回应性地增设了若干制度,基于当前现实,我们不禁要问这些制度实施的效果如何?由于法律对原生态生活情景的修复场域主要在中小型法院,为此笔者主要以座谈会的形式对H省部分法院实施新制度的情况进行了实地考察。通过对经验片段的分析,笔者尝试揭示民事诉讼制度运行存在的问题及其成因,简短的前瞻性改革观也仅表明笔者对《民事诉讼法》运行前景的态度。

一、民事诉讼知识是怎么形成的:立法模式、背景与内容阐释

若将法律视作一种社会资源,其必定属于公共性物品。因为在依赖规则之治的民主国家,生产它的主体只能是人民。“确切说来,法律只不过是社会结合的条件。服从法律的人民就应当是法律的创造者;规定社会条件的,只能是那些组成社会的人们。”^[1]或者说,人民的集体性决定了它。具体到民事诉讼知识生产领域,亦不例外。那么,作为民事司法初级产品的《民事诉讼法》是如何产出的?这直接关系到“产品质量”的问题,而《民事诉讼法》的质量又是极其重要的,这是因为:“我们都是法律的用户。我们享用的这种产品的质量,在我们生活的每一个环节上,都直接影响着我们。”^[2]所以,笔者借助非社会科学的“生产机制”一词,主要对民事诉讼知识生产的方式、背景与功效以及产品本身进行了考察^②,以期回答《民事诉讼法》新制度的立法预期。

(一) 民事诉讼知识生成的立法推动主义

评价新制度的立法预期,为什么需要考察这些制度的生产方式?二者是何种关系?客观地说,“良法”语境中的立法预期只能是美好的,但预期本身的主观性与前瞻性,或者说法律生产者本身的必然无知与认识偏差,以及法产生后供给其生存的社会环境之复杂性等因素,决定了它只是一种“希望能……”、“但愿能……”的理想化与不确定形态。

“法是如何生成的”这一问题从古希腊的柏拉图、亚里士多德,经古罗马五大法学家,到近代的卢梭、孟德斯鸠,再到奥斯丁、庞德等人都以不同的见解进行了争鸣。结论不外乎伯尔曼所说的:“法律既是从整个社会的结构和习惯自下而上发展而来,又是从社会中的统治者们的政策和价值中自上而下移动。”^[3]自上而下与自下而上的推进模式,也是中国境遇中法律的生成模式。两种不同的进路,影响着法律本身的质量和实施效果,由于我国大多数法律包括《民事诉讼法》的立法进路主要沿袭了“国家垄断”立法权时期的、基于建构理性的整体主义自上而下的模式,也就渐进出现了立法预期偏差、制度运行效果不佳的场景,也注定了新制度可能是一种理想情怀式的、看起来很美的装置。

为什么说《民事诉讼法》的立法进路主要是立法中心主义推动模式呢?在笔者看来,主要是因为新设的制度或者是对旧制度的改良,其方式是直接通过变法修律实现的,是一种立法中心主义进路。一直以来,民事诉讼法学者似乎都在做着立法者当为的事务,要么对比域外民事诉讼法律或针对民事审判实务中的困境移植一项域外制度作为解决中国司法困局的途径,或者在法律大修时研制专家建议稿等,以此来说服立法者采纳其建议;而基层法官对于审判中的疑难问题,也是在绩效考核压力下撰文呼吁立法机构修法以改良制度;我们的立法者也只是习惯“听取”各方的汇报,或以座谈、考察、经验交流等组织形态聆听建议,过多地依赖于各权力组织的信息,而这些组织及其相互间原本存在各自的利益主张,立法者实则缺少独立自主的调查研究,在这种情势下通过立法强力推动了制度的变革。

在《民事诉讼法》的这场修法运动中,学者进行的是文本型理论论证,实践者是凭借部门经验的修法建言,而立法者只进行多元利益的协调。这种制度生产思路,由于缺乏必要的制度变革试验或对策方案的实证研究,因而使得立法预期的可行性充满了变数。从修法运动的参与主体看,学者和司法官虽长期致力于这场修法运动,而全国人大法工委是

^① 参见:吴英姿,《民事诉讼程序的非正常运作——兼论民事诉讼法修改的实践理性》[J],《中国法学》,2007(4):144-159。

^② 当然,民事诉讼知识生产机制并不限于此,还包括知识生产主体、原材料、生产过程等以及各要素间的关系。

从2010年才正式启动了修法程序,但在“谁掌握着话语权,谁的话语方能有力”的中国社会中,法律的修改依旧被少数人所掌控,他们发出的声音也正如庞德曾指出的:“组成一个法律体系的那部分法令,包含两种成分,一种是命令性成分,一种是传统性成分。前者是立法者的创作……传统性成分是经验的产物。”^[4]立法主导型的民事程序制度设计,未免有过多渗透立法者意图的倾向。

(二) 诉讼实践主体的修法需求和预期收益

2012年《民事诉讼法》的修正,属于民事诉讼实践主体需求驱动下的修法。诉讼当事人和司法官作为最重要的诉讼实践主体,一方面,《民事诉讼法》的规定在某些方面已经不能完全适应人民群众的司法需求^①。另一方面,某些制度本身的问题或制度短缺,制约了司法官的审判活动。具体来讲,在笔者调研的五项制度中,诚实信用原则(以下简称“诚信原则”)是部分法官针对近年来在民事审判中频发的^{[5]86}当事人恶意或虚假诉讼等滥用诉讼权利的行为而提议采取的规制措施。增设民事裁判文书公开制度,主要是部分民营企业、律师界的建言^{[5]82,122},目的在于通过推进司法公开,提高审判质量、释法服判、满足公众在司法领域的知情权。而法官的态度似乎也是可想而知,如有法官认为:实践中,大量案件虽不涉及国家秘密、商业秘密以及个人隐私,但内容敏感,目前可能还不宜公开这些判决^{[5]97}。小额诉讼程序是为了解决诉讼程序复杂、诉讼迟延等阻碍公众寻求司法救济的障碍、缓解法院案多人少的局面,通过简化诉讼程序、实行繁简分流以提高诉讼效率而建构的制度。这一制度的关注度很高,从国有企业、民营企业到法官、专家等都寄予了很大的期望^{[5]67-69}。对于调解协议的司法确认程序,全国人大法工委民法室主任姚红曾指出:“司法确认面临最大的问题是,哪些主体作出的调解协议可以得到确认,仲裁机构、企业、协会等作出的调解协议能否得到司法确认。一般认为,原则上司法确认以《人民调解法》规定的为准。”^[6]另外,《民事诉讼法修正案草案(说明)》解释曰:“《人民调解法》规定了对调解协议的司法确认程序……为做好法律的衔接,建议在特别程序中专节规定确认调解协议案件。”可见,增设该制度的直接目的是为了完善《民事诉讼法》与《人民调解法》的衔接。简易送达或称电子送达制度,是在送达贵与送达难的困境中,借助电子技术而生成的,目的在于对司

法资源、司法效率、司法成本进行适度的整合。

这些旧制度的缺陷或制度的真空状态是催生新制度生成的客观背景,而新制度则是对民事诉讼实践主体需求的供给,这也说明了民事诉讼知识生产的背景与目的是一个问题的不同侧面。二者虽都期冀于立法承诺的兑现,但目的本身需要实践的检验。

(三) 新制度的理性预设与成文表达

1. 诚信原则虽有适用主体上的争议^②,但内容极其简单。《民事诉讼法》第13条第1款规定:“民事诉讼应当遵循诚实信用原则。”若当事人实施了恶意或虚假的诉讼行为,法院应驳回其请求,并可根据情节轻重,以罚款、拘留、追究刑责的方式对其进行惩罚^③。轻重不同的法律责任是一个利器,理论上而言能够遏制这些滥用诉讼权利等违背诚信的行为。

2. 民事裁判文书公开是以赋予公众查阅权为直接表征。《民事诉讼法》第156条规定,除涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的内容外,生效的判决书、裁定书公众均可查阅。该条的理解有三个关键点:一是何为“公众”?仅从文意解释看,一般理性人都是公众,包括当事人与当事人以外的社会人,但当事人是否属于此处的“公众”?二是何为“查阅”?文意解释说“查阅”就是把书刊、文件等找出来阅读有关部分^④。但在互联网上查阅是否属于本条的“查阅”?三是裁判文书的内容并非全部涉密或涉隐私,怎么办?这三个问题,从立法预期回答,应当是当事人之外的社会人向法院申请纸质本文的查阅,部分内容不可查阅的可经技术处理后对其他内容予以公开。

3. 本土化后的小额诉讼程序大致注解为简易程序的再简化,与十几年前学理研究的定位一致^⑤。该程序由基层法院及其派出法庭,在审理事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的简单民事案件

① 参见:《关于〈中华人民共和国民事诉讼法修正案(草案)〉的说明》。

② 该原则适用于当事人无可争议,但法官是否受此原则规制则有不同见解。(参见:王琦. 民事诉讼诚实信用原则的司法适用[J]. 中国法学, 2014(4): 250-266.)

③ 参见:《中华人民共和国民事诉讼法》第112-113条。

④ 参见:中国社会科学院语言研究所词典编辑室. 现代汉语词典[K]. 北京:商务印书馆, 2005: 143.

⑤ 参见:范愉. 小额诉讼程序研究[J]. 中国社会科学, 2001(3): 141-153.

时适用;且标的额为各省、自治区、直辖市上年度就业人员年平均工资百分之三十以下。最高人民法院官员曾预计,小额诉讼程序建立后将有30%左右的民事案件通过该程序解决^[7]。

4. 确认调解协议的程序,根据《民事诉讼法》第194条规定,双方当事人只能对人民调解委员会作出的调解协议申请法院确认。虽然这个适用范围较先前司法解释^①确认的,但也可谓是“真正”体现了法律草创中决策者的意志。

5. 目前的简易送达主要是借助新媒体技术的电子送达,除判决书、裁定书、调解书外,法院经受送达人同意,可以采用传真、电子邮件等能够确认其收悉的方式送达诉讼文书。这个制度是最高人民法院引领改革时期的创举,虽未规模化运用,也未形成共识性细则,但在媒体格局变迁带来福利的时代,民事司法与科技互惠的成效应当是一个可预期的趋势。

二、新设制度是如何运行的:实践面相的考察

(一)形同虚设的诚实信用原则

作为一项新设的且未经过实质性试验的审判原则,司法实践中对该原则如何正确适用还未触及本质性问题。从H省部分法院的适用情况看,尚无引用该原则裁判的案件。多数法院对这一现象的解释同学界主流看法一致,即由于法律原则的抽象与概括性特点,一般不能直接作为裁判的依据^②,而且在裁判文书说理部分也不易说得清。对于直接体现该原则精神的恶意、虚假诉讼规定的适用情况又怎样呢?与诚信原则的立法相比,恶意、虚假诉讼的规定可谓是具体法律规则,但法院也几乎没有适用这两条规定惩处当事人滥用诉讼权利的行为。这也证明了一个观点:“不执行在法律中是普通事,可能和执行一样普通。确实,某项规则得到完全执行几乎闻所未闻。”^[8]对这一现象法院的解释是,虽然很多情况下主观上认为或明显察觉到当事人存在恶意或虚假诉讼的行为,但并没有充分足够的证据来印证这种判断;相应地,究竟什么样的情形才可以认定为恶意或虚假诉讼,认定标准或适用条件不明确,仅凭这三条规定不易对违背诚信原则、恶意或虚假诉讼等滥用诉讼权利的行为进行惩罚,而且有些制裁措施也与实体法不对接,如追究刑责的规定。总之,对该原则的司法适用,法院还是期冀

于最高人民法院话语权的指导,因为立法者只在法律草创中说话,立法后在民事审判规则解释方面一直沉默,这个话语权却一直由最高人民法院掌握。试问立法机关,立法事务最高人民法院实已代行,而且比亲自为之所立规范的效果更佳,那么立法解释、修改的必要性何在呢?

诚信原则立法是否达到了立法预期呢?客观地讲,在社会诚信体系、公众诚信意识等尚未有大改观的背景下,诚信原则立法预期的实现也只能是一个渐进的过程。当前的司法实践表明,有法可依总比无法可依好,而无论它只是个带有威慑力的象征或粗浅的制度装置,或许受立法理念与技术所限,诚信原则入法本身就带有不可预期性。立法者用一个原则、两条规则等三个条文,在配套制度、司法习惯、司法环境、社会诚信体系等不健全的背景下,想要在短期内实现立法预期,也只能是一种前瞻性的立法理想。当然,从另一个层面而言,恶意或虚假诉讼等滥用诉讼权利的行为还没有达到一个泛滥的程度,设想如若出现这个状况,法院还会考虑原则的抽象性吗?

(二)运动式的裁判文书公开

针对《民事诉讼法》第156条,笔者对七个法院调研后发现一个共同现象:没有人向法院申请查阅裁判文书;而且七个法院一致认为,除当事人之外的社会公众一般不能查阅文书,例外是特定人员可以查阅,如法院、检察院、律师等办案人员可依照各院“卷宗查阅”的规定,在履行层级制的审批手续后方能查阅。比照前文立法者对这个制度的预期,结论是完全背道而驰。

再看互联网的公开情况。党的十八届三中全会作出的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》(以下简称《决定》)指出,要推动法院生效裁判文书的公开。为落实《决定》精神,最高人民法院于2013年11月28日发布了《关于人民法院在互联网公布裁判文书的规定》(以下简称《规定》)。《规定》与先前发布的关于司法公开的规范性文件相比无任何神奇之处,只是借助规范创作工具对旧

① 参见:《最高人民法院关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》第20条。

② 如北京高院《关于在民事审判工作中贯彻执行的参考意见》第4条规定:“诚实信用原则一般应借助具体规定来落实,依照相关规定确定违反诚实信用原则的法律后果,不宜直接依据诚实信用原则处理相关诉讼行为。”

制度进行了技术修缮；同时，最高人民法院建立了中国裁判文书网，统一公布各级法院的生效文书。仅仅是引领者的变化，却使得一个旧制度复现出“繁荣”的景象，瞬间成风起云涌之势^①。但运动式的改革难免会追求“数字化”的成效，量的壮观有时也会影响到质的效果，笔者依托中国裁判文书网，选取了民事案件文书为考察对象，随机审查发布的文书后发现：1. 公开行为人为文书制作的“标题”，行文表述五花八门。有的包括当事人、案由、文书类型，有的还添加了审级、程序类型，如“李某与杨某某租赁合同纠纷二审国内普通程序商事案件二审民事判决书”；有的标题存在文字错误，如“上诉人赵某某与被上诉人琼海某房地产开发有限公司衫批发预售合同纠纷一案你们是判决书”，笔者理解后认为“衫批发”或许是“商品房”，“你们是”或许为“民事”；还有的直接将 WORD 文本的格式名“.doc”复制于标题中，如“张某某与潘某某离婚纠纷案一审民事判决书.doc”；另有标题中的文书类型与实际公布的文书类型不符，如标题为“北京某品牌设计有限公司承揽合同纠纷申诉、申请民事判决书”，而实际文本是“民事裁定书”。2. 根据《规定》第8条之规定，裁判文书生效后七日内完成技术处理后，应及时在裁判文书网公布。但多数法院并未按照该期限发布文书，一般均为批量发布，即某一天统一上传一批文书。3. 某些法院发布的文书，点击标题后只有显示标题和提交时间，并无裁判文书的文本内容，而且点击“文书下载”后，PDF格式文本是空白，无任何内容^②。如陕西省眉县法院于2014年6月16日发布的14份民事裁判文书即属于此情形^③。

笔者为研究需要，获取了几个法院的纸质文书，但在裁判文书网检索时，很多并没有在网上公开。这些数以万计的文书公开景象或许是我们期待的，但并非我们要关注的，我们要质问的应当是尚处于选择性公开状态文书之成因。

（三）被规避的小额诉讼程序

从六个法院的适用率看，小额诉讼程序并非如立法者期盼的那样在适用量上会有一个可观的数目。虽然各个法院适用量或多或少，但与简易程序的适用量相比总体上是偏低的^④。另获悉，2013年1-4月，重庆第四中院所辖法院适用该程序的比例为6.01%；江苏省宜兴市法院的适用比例为7.6%。2013年，广州、深圳和东莞的适用比例分别为1.

69%、8.39%和6.73%^⑤。

笔者还对八个省高院制定的关于适用小额诉讼程序的指导意见进行了考察，发现运行中的几个问题：一是这些法院的指导意见“重新”确定了小额诉讼案件的受案标的额。如浙江高院《关于适用小额诉讼程序审理民事案件相关问题的意见》第5条规定，对符合适用小额诉讼程序其他条件，但案件标的额在规定标准以上、10万元以下的案件，开庭审理前经双方当事人同意，可以适用小额诉讼程序审理。上海高院《开展小额诉讼审判工作实施细则（试行）》第5条规定，对于符合本细则其他条件，仅是诉讼标的额超过当年度小额诉讼金额标准的案件，当事人双方协商一致适用小额诉讼的，如诉讼标的额低于当年小额诉讼金额标准两倍的（含两倍），法院可予准许。河南高院《关于适用小额诉讼程序审理民事案件若干问题的指导意见》第5条规定，对符合小额诉讼其他条件，仅是案件标的额超过当年小额诉讼金额标准但不高于两倍的案件，双方当事人协商一致适用小额诉讼程序的，法院可予准许。二是适用小额诉讼程序审理的案件，对于《民事诉讼法》第154条规定的不予受理、驳回起诉和管辖权异议三种裁定，是否允许当事人上诉规定不一。其中，浙江、上海、天津高院的指导意见允许当事人对管辖权异议的裁定上诉；河南、北京高院的指导意见则规定这三种裁定都允许当事人上诉。三是诉讼费用的交纳不统一^⑥。上海高院规定适用小额诉讼程序的案件，诉讼费按件收取，每件10

① 截至2014年11月22日，中国裁判文书网公布各类文书共360251份。

② 中国裁判文书网发布文书存在的其他问题，参见：周蔚. 大数据解读中国裁判文书网[EB/OL]. (2014-12-6)[2015-3-13]. <http://www.witoutiao.com/baijia/603532.html>.

③ 参见：(2013)眉民一初字第00803、547、522、818、822、767、610、253、316、691、266、755、839、208号。

④ 截至2014年12月底H省六区法院小额案件多的有82件，少的只有3件。

⑤ 参见：袁定波. 小额诉讼实施半年遭遇“冷落”[N]. 法制日报, 2013-07-12(05); 廖万春, 等. 广东高院关于小额诉讼制度实施情况的调研报告[N]. 人民法院报, 2014-05-08(08).

⑥ 根据《诉讼费用交纳办法》的相关规定，适用小额诉讼程序审理的案件应当参照简易程序及财产案件的诉讼费交纳标准交纳诉讼费。即适用简易程序审理的案件减半交纳案件受理费。财产案件根据诉讼请求的金额或者价额，按照一定的比例分段累计交纳。若不超过1万元的，每件交纳50元；超过1万元至10万元的部分，按照2.5%交纳。

元。以调解方式结案或当事人申请撤诉的,予以免交。河南、江苏、广东高院规定,这类案件应减半收取受理费。H省高院规定,标的额不超过1万元的,每件收取50元;超过1万元的部分,依据《诉讼费用交纳办法》的规定另行计算交纳。

(四)改装的调解协议确认程序

调解协议司法确认程序其实并不算一个新制度,因为在其纳入《民事诉讼法》之前,基层法院已经依据最高人民法院的相关司法解释在办理此类案件。但该程序入法后,适用范围被限制在人民调解委员会作出的调解协议,实则对诸如行政调解、行业调解等达成协议的确认予以排除。从五个基层法院的受案情况看,虽然案件量的多少并不均衡^①,但多数法院对调解协议的司法确认并不限于人民调解协议,受案的直接依据是H省高院《关于贯彻落实2012年〈民事诉讼法〉的座谈会纪要(试行)》第15条。此外,还有一些省份与H省的情况是一样,都对其他组织作出的调解协议进行了确认,依据的都是省高院的规范性文件^②。这些文件都表达了对于其他调解组织调解达成的协议,“参照”本意见(指省高院的文件)办理。

(五)失衡的电子送达制度

从全国范围看,各地法院对电子送达制度的青睐度高低不一,呈现出制度运行的失衡现象。如北京市、重庆市、山东省、江西省、广东省等法院已基本采用电子送达并给予积极的评价^③。但N省目前尚处于技术建设期,对于传真、电子邮件等不需更多技术投入的方式,也不乐于适用,目前只有H省K市L区法院在尝试性适用。这也反映了全国性规则的地方适应性和选择适用性以及缺乏高层统筹引领而呈现的各自为政局面。

三、异样与尴尬的实践:低频适用与运作偏差之成因

回顾《民事诉讼法》的修法运动,实践者为确保法律有效实施投入的各种精力和成本,可谓是立法决策者、司法实务者、知识精英以及民间力量等集体智慧的结晶。与此形成巨大反差的民事司法实践,也可谓带有强烈的讥讽意味。新制度运行的多样化面相表征着全国性民事司法程序规则被规避、虚置、误解误用等失灵景象或“软执行”现象^④。若从夏锦文对法律效果的分类来评价^⑤,新制度运行效果与法律预期目的相吻合的程度当属不理想的

法律效果。要改观这种尴尬的局面,仅仅从实践者行为的正当性或合乎法律性来评价,或者从伯尔曼倡导的“法律必须被信仰,否则它将形同虚设”^[9],来在中国境遇中首先培植对法的信仰,或许并不能彻底解决问题。司法实践与立法预期背离之修正,不能停留在反思制度本身的内生因素层面,而必须借助与其直接相关的外生变量进行深层分析,如司法环境、体制、政策、司法者等都可能影响着法的实施。笔者大致将五个制度的失灵问题类型化为低适用率与运作偏差,这种现象却是多因之结果。

(一)规则建构的粗犷性与架构性

法官尤其是基层法官,总习惯于从规范出发,也导致我们对规范愈加依赖,并总是期望法律规范越细越好,越明确越好^[10]。这种法条主义的司法虽类似于韦伯所假设的那样:法官只能像受单纯解释法律条文和契约约束的法律自动机器,人们从上面放进事实和费用,以便使它从下面吐出判决和说明理由^[11]。这种做法有可能造成司法的机械化,抑制法官的创造力和能动性,但这样的司法依据却可以直接裁判案件,使说理更容易更透彻而且还可以保护法官自身的利益。但当下中国立法包括《民事诉讼法》的一个现实是沿寻了建国初期“宜粗不宜细”的立法理念。《民事诉讼法》的粗犷性与架构性首

① 从《H省高级人民法院工作报告(2014)》看,2013年共审结司法确认调解协议案件972件,依法确认821件,占84.47%。但从2014年7月底N省六区法院的数据看,多的有500件,少的不足10件。

② 如北京高院《关于审理人民调解协议司法确认案件若干问题的意见》第14条、安徽高院《关于调解协议司法确认的实施意见》第19条、江苏高院《关于人民法院审理确认调解协议案件若干问题的讨论》第1条、浙江高院《贯彻修改后民事诉讼法有关立案审判工作的意见》第13条、黑龙江高院《关于调解协议司法确认程序若干问题解答》第3项等。

③ 参见:袁定波.多地法院电邮送达诉讼文书[N].人民法院报,2013-03-26(05);钱锋.电子送达让法院和当事人双赢[N].人民法院报,2014-01-14(04);邹征优.江西高院电子邮件送达获双赢[N].人民法院报,2013-03-21(01);王洪坚.电子邮件送达高效严谨节约——山东青岛中院司法便民出实招[N].人民法院报,2013-09-05(01);范贞.广州天河法院诉讼文书电邮送达[N].人民法院报,2013-07-08(01)。

④ 关于“法律软执行”的研究,参见:吴英姿.法官角色与司法行为[M].北京:中国大百科全书出版社,2008:223。

⑤ 根据法律实施活动产生的结果与法律预期目的相吻合的程度,法律效果可分为最佳法律效果、良好法律效果和不理想法律效果。(参见:夏锦文.法律实施及其相关概念辨析[J].法学论坛,2003(6):27-32.)

先可以从其规则数目考究,1982年《民事诉讼法(试行)》205个条文,1991年正式颁布的《民事诉讼法》270个条文,2007年首次修正后变为268个条文,2012年修正后达284个条文,始终没有突破300个;再来看大陆法系主要国家和地区的民事诉讼法典,如《法国民事诉讼法典》1507条、《德国民事诉讼法典》1066条、我国台湾地区“民事诉讼法”640条。条文的差距并不表明我们的制度少,因为民事司法制度的国际化与移植借鉴已是不争之事实,原因只在于我们立法对制度的设计只是在勾勒它的粗略框架,回应社会乃至国际社会,表明我们有法可依了,至于制度的细枝末叶或类似于操作规程、技术手册、产品说明书式的可操作性细节,中国的惯例是留给最高人民法院去发挥设计。而最高人民法院话语的表达窗口——司法解释,在细化制度的同时往往也把法律改得面目全非,现在的司法解释不是偶尔在立法,事实上也是同步在立法。1992年最高人民法院制定的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》(以下简称《意见》)有320条,法官审案先找它,为什么?因为它比《民事诉讼法》细,比如管辖制度《民事诉讼法》只有22个条文,而《意见》却达37条;最高人民法院还对证据规则专门用83个条文修缮了《民事诉讼法》中证据规定的12个条文,地方高院又对最高人民法院的证据规定再细化,如山东省高院《民事诉讼证据规则(试行)》达100条。如果不是因为立法机关为《民事诉讼法》贴上“法律”的标签,它被架空或搁置的可能性更大,或者说在这个立法理念下《民事诉讼法》被架空也有着先天的必然性。

从笔者调研的情况看,基层法官适用新制度时对正在起草的民事诉讼司法解释有着过高的依赖和期待。比如如何判定当事人实施了虚假诉讼行为、公益诉讼中的“公共利益”怎么认定等,都期待司法解释予以明确。这种制度化偏好使得法官在没有详细的决策指南时,会避开《民事诉讼法》的规定,只要程序不违法,最终使纠纷得到化解,至于引用法律还是司法解释,那只是寻求判决的正当性而已;至于引不引用程序法条文,只是一个说理的详略问题。这也就不难看出我们的《民事诉讼法》究竟处于一个什么位置,为什么很少适用它。诚如范愉教授所言:“制度、程序的设计越精致、操作性越强,制度之间的关系越周密,其实效越易显现。相比之下,粗放的制度、缺少操作性和过大的裁量空

间必然影响效果的确定性。”^[12]

(二)自由裁量权与绩效考核制度

假设没有司法解释,只有框架性的《民事诉讼法》,法官如何司法?因为他不能拒绝裁判,所以只能寻求仅有的《民事诉讼法》作为依据。但民事诉讼制度有些只是一个宣示性的结构框架,这就需要法官发挥其主观能动性,行使司法自由裁量权。我们在批判粗犷的法律时,也应当看到纵然精细化的立法对法官而言有其客观的偏好,但即使再精细的法律也不可能满足法官使用规则的全部需求。因为立法的刚性与柔性,或者说立法权与司法权本身就存在着紧张关系。辩证地看,“在每个法律制度中,都有宽泛的和重要的领域留待法院或其他官员行使自由裁量权,以使最初含糊的标准变得明确,解决法律的不确定性。”^[13]那我们就要质问在面对新制度不具有可直接司法性的情况下,法官是否发挥了其司法能动性呢?回答是否定的,因为对于自由裁量权,不论是行政领域抑或司法领域都在控权,现在的情况是法官不行使裁量权去适用裁判规则,那究竟还有什么因素在困扰着法官呢?

近十几年来,在政府机关运行的绩效管理制度被依葫芦画瓢地移植到了法院系统^①。各地法院都建立了量化指标考评体系,主要对法官的结案数、平均审限、调解率、上诉率、申诉率、发改率、当庭裁判率、裁判文书合格率、涉案信访率、服判息诉率、调研文章量等进行考评^[14]。在此基础上还有奖励和扣罚制度等,而这些都会以量化的分值体现出来,以此来确定法官的评奖、人事升迁、经济待遇等,甚至会影响到法官的职业声誉和形象。在此背景下,法官作出决策时要根据组织的预定目标——维稳息诉,对不同决策方案的可能后果进行评估,然后选择一种从实现某一给定的组织目标的角度

① 2005年最高人民法院在《人民法院第二个五年改革纲要(2004-2008)》中首次提出:“建立科学、统一的审判质量与效率评估体系,在确定法官依法独立办案的情况下,确保科学的评估标准,完善评估体系……改革法官考评制度……根据法官职业特点和不同审判业务岗位的具体要求,科学设计考评项目,完善考评方法,统一法官绩效考评的标准和程序,并对法官考评结果进行合理利用。”2008年最高人民法院发布了《最高人民法院关于开展案件质量评估工作的指导意见(试行)》。该意见将案件质量分为审判公正、审判效率和审判效果三个方面,提出33项指标并赋予其不同的权重。该意见的发布为各地法院试行法官绩效考核提供了范本。根据试行经验,2011年最高人民法院正式发布《关于开展案件质量评估工作的指导意见》,对原指标体系进行了完善。

来看似乎最有吸引力的方案,这种决策的技术性标准被达玛什卡称为“技术官僚式的取向”^[15]。也就是说法官“必须以规则治理的方式承担起无法推卸的政治责任……他必须考虑‘治国’和‘办事’”^[16]。试问如果法官对框架性的制度进行自主解释或补充时,万一错了,引起了上诉或发生了错案、上访怎么办?如小额诉讼程序,据某法院调查显示,“有73.9%的法官会因为小额诉讼程序实行一审终审而感到有再审或信访的压力。而在信访维稳的工作要求以及法官绩效考核的影响下,即使承办法官认为能够保证案件质量,还是会对小额诉讼程序持谨慎适用的态度。”^[17]而且法律限制了当事人的程序选择权,强制启动易引起当事人不满等考虑,宁可不用这个程序而沿用简易程序,也就是为了避免不必要的风险或司法的政治化。因此,法官为了考评指标和预定的组织目标会尽量设法推卸责任以及可能的职业风险来保护自己。长此以往,基层司法官也许会是“一个缺乏自主精神、缺乏道德力量、依赖感强、遇事互相推诿、不愿意承担责任、工作质量低下的司法群体”^[18]。

(三) 基层司法官的智识与司法偏好

法律能够在多大程度上获得所欲求的效果,也取决于运用它的人本身的道德素养和学识积淀。我国大量民事案件由基层法官来解决,久而久之,在同一个职位面对众多格式化的案件,法官会逐渐且不自觉地养成一些办案习惯或技术偏好,当然也会积累一定的司法知识,这些知识除了普识性的社会科学知识外,还有“不可言传的知识,是非正规、琐碎的,往往高度复杂并在特定地点、环境和时间,属于具体技能”^[19]。而这些习惯、技术也好,知识、经验也罢,多数都是在特定的司法和社会环境中逐渐积累起来的、对他自己有用的、以他自己为中心的司法工具。也就是说,“在什么样的社会环境制约中法官会养成什么样的习性、积累什么样的知识,会形成什么样的司法传统和风格。”^[20]而一旦形成这些习惯和知识,法官就会自觉或不自觉地将它带入其他案件的审理过程。如电子送达效率的确很高,但在技术烦琐及受限的条件下,有的法官不乐于接受它;当然,不乐于接受的原因除了已习惯传统送达方式外,还有司法成本的考量、送达不当导致诉讼行为无效、因无效而引起上诉或发回重审等考评制约。又如裁判文书公开,因为他在以往判决时习惯了文书的不公开,对于可能或多或少遇到

的外力干扰因素,只要他在策划判决书时权衡好了就会案结事了,但现在要搞运动式的公开,当然他会极力反对。《民事诉讼法》第156条的“依申请公开”制度之所以运行偏差,也是和法官的司法知识、理念与习惯密切相关。这也诚如布莱克所言:“法律不仅仅是规则和逻辑,它也有人性。离开了社会环境,法律将是不可理解的。”^[21]比说法官无动力关注新法、不能准确释法。五个法院的法官几乎无人知晓这个条文的存在,即便知道的也不能准确把握该条的立法背景与目的。

法官的司法公开理念的缺失也是重要成因。国家机关包括法院从建立时起就天然有着拒绝公众知悉、获取信息的“神圣”特权。这种“保密文化”一直盛行于司法机关。加之在“权力本位”、“民可使由之,不可使知之”等观念影响下,认为审判信息的公开是赏赐于民,是对公众的一种“施舍”。把裁判文书甚至司法资源看作是一种垄断、独享的事物。他们很难真正领悟“如果一个人的司法知情权被剥夺了,就相当于剥夺他对于司法活动的参与权、表达权、监督权”^[22]。这些观念和意识的根深蒂固不仅是传统司法文化的产物,也是特定司法环境的客观现实所致。可想而知,新制度在旧观念的支配下,只能被漠视与虚置,而不大可能迅速的共融。运动式的互联网“主动”公布裁判文书漠视了文书的“依申请公开”。由于《民事诉讼法》确立的查阅制度本身没有使用显性术语表明这项制度属于“依申请公开制度”,再加之运动式的网络公开、依申请公开建设的司法成本问题,使得依申请公开制度本身及其配套保障制度未能得到重视。同时,互联网不可能公开所有的文书,尤其是当文书涉密可作区分处理的情况。还有一个因素,即裁判文书公开与卷宗查阅的混同。裁判文书属于法院案卷的一个部分,笔者并无异议。但裁判文书也属于法院的审判信息,信息本身就有公共性与流通性的属性,因而不能因为裁判文书入卷而否定其公开的属性。卷宗有其对外查阅的规定,但不能完全适用于裁判文书的查阅,因为卷宗与裁判文书分属两个不同的理念在支配,是两个不同的领域而不能混同。所以说,在这些社会条件不充分的环境下,让法官去理解并大胆实施公开制度是难以想象的事情。

再看调解协议司法确认程序。立法者和部分学者会说这些法院的受案行为不合法。的确,严格按照规则,此类司法行为是属于错立案。但问题远

不止于此,基层法官在《民事诉讼法》修改前,已经习惯于按照司法文件处理了大量确认案件,包括人民调解协议以外的案件,现在法律修改了适用范围,法官或许也知道,但他的习惯、办案经验、司法知识会告诉他,他只要妥当地解决了纠纷,化解了社会矛盾,一般是不会去考虑他依据的是司法文件还是《民事诉讼法》。虽然法律限制了受案范围,但超范围的受理案件并有效地化解了纠纷,并没有使他觉得是不合法的,反而在量化的受案数字面前他会受到嘉奖,在当事人面前他是人民的好法官,是办案能手,院领导、上级法院乃至最高人民法院都默许了他的行为,问题出在哪里呢?那只能是立法者的问题,因为他在决策时,只是考虑了《民事诉讼法》与《人民调解法》的衔接,或是对最高人民法院前期试行改革的非理性否定,与当前大力推进社会管理创新、构建诉讼与非诉讼相互衔接的‘大调解’机制要求相悖^[23],同时也忽略了基层法官完全可能在特定的司法环境中积淀出对自己有用的经验,逐渐形成法律制度的规则生成模式。运作的偏差不完全是坏事,由此也说明了立法存在的问题,说明了有效可行的经验性解纷程序不应被非实践性的立法所排斥。

(四)建构论唯理主义的立法模式

从《民事诉讼法》修法运动中各实践主体的行为可以看出,专家学者是在象牙塔、科研院所做修法研究,立法者是在法律修订场所审议草案。在他们看来,法律规则的生产或制度的设计是依靠人的理性对永恒真理的无限探知,这也是哈耶克反对笛卡尔主张的建构论唯理主义。笛卡尔主张人生而具有智识的和道德的禀赋,而这种禀赋能够使人根据审慎思考而型构文明,并宣称所有的社会制度都是,而且应当是,审慎思考之设计的产物^[24]。秉持这种假设的立法模式,有其固有的缺陷。“而正式规则制定受‘有限理性’的制约,必然会产生非正式规则。”^[25]

首先,无论是学者抑或其他主体引入的域外制度,都只是作了元理论层面如概念、价值、功能等方面的研究。某个制度在域外运行得好,引入我国后只停留在书面的从文字到文字的可行性论证,而没有实地去试验它在我国运行究竟需要什么条件,这就像有的学生写论文,非要用大量篇幅介绍外国制度,但他根本不知道也很少有条件试验制度的可行性,反而在文中用华丽的语言大肆空谈它是可行

的。如小额诉讼程序的一审终审现在受到法官和当事人的排斥,虽然这个程序做了试点,但试点期间并非以一审终审做的试验,这就等于直接引入了没有经过任何试验的制度。

其次,有些制度的设计完全是少数人的决策,非但没有前期的实证研究,更非民意的产物。如小额诉讼程序受案标的额是在《〈民事诉讼法(修正案)〉第三次审议稿》中确定的,因为这种组织形态的审议不会吸纳基层司法界的建议,也难怪基层法官不会接受它,这一规定不能说不妥当,但却缺乏实证研究的依据^①。新法实施后在部分省份出现标的额太小而案件量少,或者省高院指导文件直接改变立法规定标的额的现象就是最好的解释^②。再如草案征求意见期间,民间呼吁将其他调解组织促成的协议也纳入司法确认程序范围,取消“依照《人民调解法》等法律”之规定,但建议均未被吸纳^③。

最后,基于建构主义立法进路的先导,实务部门的制度设计未免有部门利益最大化的倾向,往往只关注本部门的制度,忽视不同部门间制度可能的冲突。民事诉讼法学者对诉讼制度做实证研究的也不多见,而立法机构在民事司法改革领域尚未授权任何的制度试验。

四、修正观:方法论、立法理念、立法模式的转向

《民事诉讼法》运行效果不佳的局面如何修复?若从目前运动式的修法模式看,无非是再修改《民事诉讼法》时增、删、改某些制度。的确,虽然问题的最终解决还需要落在制度设计层面,但这并非背离局面修复的根本。我们当下所做的应当是实现民事诉讼法学研究方法论、民事诉讼立法理念与模式的转向。这并不是说制度的再完善不重要,因为这个背离局面产生的根源是方法论、立法理念与模式的问题,这些问题不突破,制度的完善是没

① 这一论点及其论证的展开,请参见:张卫平.对民事诉讼法学贫困化的思索[J].清华法学,2014(2):5-34.该文还指出,个别调查显示最高人民法院当初的预测过于乐观,许多法院适用该程序还不到1%。

② 参见:浙江高院《关于适用小额诉讼程序审理民事案件相关问题的意见》第5条;河南高院《关于适用小额诉讼程序审理民事案件若干问题的指导意见》第5条等。

③ 参见:全国人大常委会法制工作委员会民法室.民事诉讼法立法背景与观点全集[M].北京:法律出版社,2012:39,49.

有穷尽的。因为当前或预期完美的制度,会随着未来社会外生因素的变迁而即刻变得不适应司法需求,也就是说,“在一个进步的社会中,社会需要和社会意见常常是或多或少地走在法律的前面。我们可能非常接近地达到它们之间缺口的接合处,但永远存在的趋向是要把这缺口重新打开来。”^[26]同时,任何制度的完善只是一种相对理想,是制度发展过程中的一个阶段性目标,因为“完善性只是永久不断地对完整性的接近而已”^[27]。因而,笔者所谓的修正观只是表明当前民事诉讼立法应秉持的理念和立法进路的选择,主要不是针对某个具体制度的优化问题。

(一) 民事诉讼法学研究的方法论:重视实证研究

“法学理论与法律实践两张皮的现象越来越明显,法学研究越来越脱离中国的法律现实。”^[28]从民事诉讼法学研究的繁华景象看,虽不乏实证性的研究,但更多的依旧是规范法学方法论的产物。从凯尔森关于规范法学和社会学法学的论证看,当前民事诉讼法学界对民事诉讼知识的生产尚处于“应当是什么”或者“应当的陈述”^[29]^[246],因为不关注行动中的法,所以研究成果多数是民事诉讼元理论、元价值等的反复论证。这一点也是造成《民事诉讼法》与法官所司之法脱节的原因。而社会学法学,它描述体现法律现象的人的实际行为^[29]^[244],是一种“实际是什么”或“是的陈述”^[29]^[246]。这就要求专家学者在对域外制度、旧制度甚至改革方案提出修改建议时,要深入民事审判实践做调查研究,以介入式、参与式或访谈、座谈等形式了解制度的运行环境、状况、存在什么问题、问题的成因等。也就是说,研究的结论要建立在实证考察的基础上或者要进行“法学实验”^①,注重《民事诉讼法》实施中的制度状态和实际效果,实现从规则转向行为,转向民事审判等具体的实际法律活动中。

(二) 民事诉讼的立法理念:精细化立法

从立法权与司法权的紧张关系看,立法者固然希望能预见可能发生的一切具体情况。从法官的审判心理看,首先他可能是但不应该是自动化产品制造机,他在审判活动中不可能消极地适用法律,虽然他为了恪守严格依规则办案的形象,声称只忠于既定的法律。但经验事实却表明,“不管规则体系是多么详细和具体,没有任何一个法律制度中的司法活动可以完全由规则来支配,而不受到法官的

意志和他对于眼前的案件应采取何种行为才能获得正义的结果的个人情感的影响。”^[30]也就要是说他需要一种权力,以便在成文法之外通过这种权力去分配社会正义。

那么,中国境遇的精细立法与柔性司法之关系又该如何协调呢?从理论上讲精细化立法其实并非绝对是一种立法进步的象征,因为社会生活事实的复杂多样性、单一制大国差序格局的背景,不仅使我们无法在规则创制中完全预测到详尽的未知事实,而且社会关系的非稳定性也要求制度的柔性运作空间;细则性立法还可能会造成机械化司法、使制度越来越僵化,不利于培养法官的推理和判断能力。但当下《民事诉讼法》的框架性或过多的宣誓性、授权性、兜底性等柔性规则,却遭到了被虚置的困境。笔者权衡精细立法与柔性司法的利弊,并考量这种困境的成因后,仍建议对《民事诉讼法》进行精细化修缮^②。否则,各种版本的细化文件将更加名正言顺地分化法律,加剧立法与司法的紧张关系。当然,全国人大法工委可委托最高人民法院立法,以最高人民法院关于民事诉讼的司法解释为素材支持。这种方式限缩了最高人民法院的公共政策创制权,可能会引起司法权格局的重组或整合,甚至需要对有关国家机关间的利益进行协调和权衡。但它可以避免对司法解释之过的指责,虽然民事程序规则由最高人民法院设定更为可行,但在接近法治中国目标的过程中,还应当为这个精细化工作贴上“立法程序确认规则”的标签。

(三) 民事诉讼的立法模式:试验主义进路

立法者主导的法律制度变革进路存在很大弊端,相反,还有一些改革不是由立法者以修法方式直接推动,而是先由地方探索性地进行改革尝试,逐步积累可行的经验,当成熟的经验被立法决策者认可时,便上升为普适性的法律规范在全国实施。我国土地制度改革即是这种模式的典型^③。改革意

① 该法学实验的论证及展开,参见:朱全景.法学实验论纲[J].比较法研究,2013(4):24-34.

② 关于精细化立法,有学者指出经过20多年的辛勤劳动,法学理论比较成熟,立法经验日趋丰富,我们有条件和能力对法进行精雕细刻。法律的精确性和细腻性,必然为它的实施打下好基础。(参见:刘松山.保障法律实施的若干条件[J].华东政法大学学报,2008(1):121-125.)

③ 参见:张玉洁.论我国土地制度改革的实验主义进路——以1978—2013年土地立法为样本的分析[J].时代法学,2014(2):58-66.

味着对未知事实的探知,但“未来总是不可知的,在社会实践领域,要扩大对它的认识不是通过猜想——猜想意味着太大的风险——而是通过从现实中找出可能与未来有关联的细节,再认真考证它们与未来的关联度:将它们作为前提条件,通过改变这些前提条件,比较不同的结果输出,并反复进行这个过程,直到找出的这些细节和未来的关联度让研究者满意为止。”^[31]这种渐进地尝试试错方式,是卡尔·波普尔所主张的“试错法”^①。该模式是对建构论唯理主义立法进路的修正,它以进化论理性主义的哲学立场和无知论的知识假设为理论支撑,采取反复试错、吸纳建议、对话商谈等自发性工具,将实践证明可行的司法经验提炼与抽象,进而升华为普遍的性规则,笔者称其为试验主义立法进路^②。从域外经验看,美国维拉司法研究所半个世纪从事司法改革项目都以“试点”为核心的“实证研究方法”为指导,且开展了多项试点型实证研究项目^③。这种方式也有望在我国民事司法改革领域借鉴。

从我国民事司法制度改革来看,其实最高人民法院在民事司法改革领域进行的很多先行先试的制度改革创新,也类似于这个方式。但它往往只是从部门本位的层面,为解决某方面的审判困境而就事论事,没有去创建一个普适性规则或说服立法者支持他的动议。因此,很多的所谓民事审判经验,仍停留在司法解释、规范性文件的层面。笔者提倡的民事诉讼试验主义立法进路,是一个由立法者、民事诉讼研究者、司法实践者以及民间力量等单一主体或共同进行的、旨在完善民事司法制度的实证研究范式。该模式改变了既往的民事诉讼知识生产模式,对于事实上的决策人士——立法者来说,他们的任务是去“阅读秩序”,“阅读”社会生活中实际存在的秩序和规则,概括、提炼并转化为法律的规定^[32]。这意味着我国民事诉讼立法活动都应建立在实证研究的基础上,这也印证了苏力先生的看法:“在中国的法治追求中,也许最重要的并不是复制西方法律制度,而是中国社会中的那些起作用的,也许不起眼的习惯、惯例,注重经过人们反复博弈而证明有效有用的法律制度。否则的话,正式的法律就会被规避……”^[33]这也是笔者在文中反复提倡的经由司法经验先行而升华为法律的立法进路。ML

参考文献:

- [1]卢梭.社会契约论[M].何兆武,译.北京:商务印书馆,1980:52.
- [2]伯纳德·施瓦茨.美国法律史[M].王军,译.北京:法律出版社,2007:3.
- [3]伯尔曼.法律与革命——西方法律传统的形成[M].贺卫方,等,译.北京:中国大百科全书出版社1993:665.
- [4]罗斯科·庞德.通过法律的社会控制[M].沈宗灵,译.北京:商务印书馆,2010:2.
- [5]全国人大常委会法制工作委员会民法室.民事诉讼法立法背景与观点全集[M].北京:法律出版社,2012.
- [6]姚红,等.《民事诉讼法》修改大家谈[J].国家检察官学院学报,2011(5):63-71.
- [7]张卫平.对民事诉讼法学贫困化的思索[J].清华法学,2014(2):5-34.
- [8]弗里德曼.法律制度——从社会科学角度观察[M].李琼英,林欣,译.北京:中国政法大学出版社,2004:109.
- [9]哈罗德·伯尔曼.法律与宗教[M].梁治平,译.北京:中国政法大学出版社,2003:3.
- [10]张卫平.制度的柔性与刚性[G]//徐昕.司法:纠纷解决与社会和谐.北京:法律出版社,2006:49.
- [11]马克斯·韦伯.经济与社会(下卷)[M].林荣远,译.北京:商务印书馆,1997:26.
- [12]范愉.多元化的法律实施与定量化研究方法[J].江苏大学学报,2013(2):68-80.
- [13]哈特.法律的概念[M].张文显,等,译.北京:中国大百科全书出版社,1996:128.
- [14]艾佳慧.中国法院绩效考评制度研究——同构性和双轨制的逻辑及其问题[J].法制与社会发展,2008(5):70-84.
- [15]达玛什卡.司法和国家权力的多种面孔——比较视野中的法律程序[M].郑戈,译.北京:中国政法大学出版社,2004:31-32.

① 波普尔指出,科学最根本的方法就是“试错法”,即尝试与清除错误的方法。科学的试错法要取得应有的成果就必须做到既要大胆地尝试,又要足够严格地检验。人类只有经“试验—错误—认识错误—改正”才能前进。(参见:卡尔·波普尔.通过知识获得解放[M].范景中,等,译.杭州:中国美术学院出版社,1996:98.)

② 关于试验立法的分析,参见:安晨曦.在经验与规范之间:试验立法及其类型化——一种立法进路的提倡[J].北方法学,2015(3):112-123.

③ 参见:吉姆·帕森斯.试点与改革:完善司法制度的实证研究方法[M].郭志媛,译.北京:北京大学出版社,2006.

[16]理查德·波斯纳. 法官如何思考[M]. 苏力, 译. 北京: 北京大学出版社, 2009: 前言 XI.

[17]白昌前. 小额诉讼程序适用的现实困境及应对——以重庆法院为例[J]. 西南政法大学学报, 2015(1): 120-127.

[18]张建伟. 等级制与法官[G]//李克. 法官职业化建设指导与研究. 北京: 人民法院出版社, 2004: 56.

[19]侯猛. 中国最高人民法院研究——以司法的影响力切入[M]. 北京: 法律出版社, 2007: 96.

[20]苏力. 送法下乡——中国基层司法制度研究[M]. 北京: 北京大学出版社, 2011: 140.

[21]唐·布莱克. 社会学视野中的司法[M]. 郭星华, 等, 译. 北京: 法律出版社, 2002: 序言.

[22]陶婷. 民事裁判文书上网公开的边界问题探究——基于司法知情权与个人隐私权的冲突与平衡的考量[J]. 西南政法大学学报, 2014(6): 75-85.

[23]谭筱清, 等. 调解协议司法确认程序若干问题的理解与适用——兼评现行《民事诉讼法》第194、195条及相关条文[J]. 法律适用, 2013(5): 88-92.

[24]邓正来. 自由主义社会理论: 解读哈耶克《自由

秩序原理》[M]. 济南: 山东人民出版社, 2003: 90-91.

[25]赵阳. 法治国家治理现代化提升的若干命题研究[J]. 西南政法大学学报, 2015(1): 21-28.

[26]梅因. 古代法[M]. 沈景一, 译. 北京: 商务印书馆, 1959: 15.

[27]黑格尔. 法哲学原理[M]. 范扬, 张企泰, 译. 北京: 商务印书馆, 1979: 225.

[28]陈瑞华. 从经验到理论的法学方法[J]. 法学研究, 2011(6): 36-40.

[29]凯尔森. 法与国家的一般理论[M]. 沈宗灵, 译. 北京: 商务印书馆, 2013.

[30]罗斯科·庞德. 法理学[M]. 封丽霞, 译. 北京: 法律出版社, 2007: 282.

[31]刘明亮. 立法中的纠偏机制——一种提高立法质量的制度尝试[G]//周旺生. 立法研究: 第6卷. 北京: 北京大学出版社, 2007: 138.

[32]马新福. 立法论: 一种法社会学视角[M]. 长春: 吉林人民出版社, 2005: 74-75.

[33]苏力. 法治及其本土资源[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1996: 36.

Analysis of the Deviation and Revision on Legislative Expectation and Operating Results about the Civil Procedure Law: Taking the Judicial Practice about the New Provisions in the Civil Procedure Law as an Example

AN Chen-xi

(School of Law, Hainan University, Haikou 570228, China)

Abstract: There is a “soft-execution” phenomenon in the judicial practice of local court about the Civil Procedure Law. The legislative expectation with non-practical drawbacks has been reflected from the fact that dialectically viewing of the provisions have been set aside, avoided, altered, misapplied and other operating practices. After the embarrassed operating of new provisions in the Civil Procedure Law after modification, it has shown two types of traits: the low application rate and the deviation of operation. The mainly exogenous factors of abnormal operation of the procedure are approximate and simple structure of procedural rules of construction, judicial discretion and performance appraisal system, the local level judicial officer’s intellectual and judicial preferences and the constructive mode of legislation with rationalism. If we want to change the poor operating situation, even though the final hope is the design from the tip, the current renovation work should be a gradual emphasis on empirical research on the methodology of civil procedure law, holding the concept of fine legislation and experimenting on the way of civil procedure legislation.

Key Words: procedural alienation; methodology in the positivism; fine legislation; the way of experiment

本文责任编辑: 李晓锋