

#### (四) 关于国有资产管理法

国有资产管理体制始终是我国经济体制改革的难点问题,这一问题解决不好,国有资产闲置、浪费和流失等现象就无法消除。为此,有人提出,当前国有资产管理体制改革的着眼点应放在加强管理部门、明确监督机构、构建运营体系上,处理好政府的社会经济管理职能和国有资产所有者职能的关系,国有资产监督和国有资产运营的关系,国有资产产权流动和国有资产保值增值的关系等。

### 四、简短的评论

经济法的概念、调整对象等经济法最基础性的问题,仍然是我国经济法学界所面临和要解决的问题。近年来,对这些问题的研究,如果尚不能称为有较大的突破的话,那么也可以认为有了较大的发展和进步,这一发展和进步集中表现在以下几个方面:(1)我国经济法学的诸多理论自觉地与基于过去的集中管理模式的产品经济理论告别,探讨建立适合于我国社会主义市场经济体制的经济法理论;(2)对于经济法的一些最基本的理论问题开始形成共识或者接近形成共识,比如对于反垄断法、反不正当竞争法的重要作用的认知,就是一个极好的说明;(3)在研究经济法基本理论的同时,我国有不少学者注意到对经济法的各种具体制度的研究,并取得了较为可观的成果。先从具体的制度入手,在对较多的具体制度进行深入研究的基础上,进行归纳和抽象,也许这样更容易找到问题的关键。我们注意到,在许多学科的发展初期,并没有一套完整的概念体系和逻辑结构,但是这并不影响这一学科的发展和完善。

近年来,我国不少经济法学者集中精力研究竞争法包括狭义反不正当竞争法和反垄断法方面的问题,提出了一些具有重要现实意义和具有良好操作性的建议和设想,同时介绍了国外的一些立法经验,这对于完善我国社会主义市场经济的法律调整,尤其是克服自由竞争所固有的缺陷,建立一个健康的、能够持续稳步发展的和基本公正的市场机制,是具有重要意义的。我们希望在未来的一年里发表更多的这方面的文章。

国家对市场经济的宏观调整是十分必要的。多年来,我国经济法学界比较注意对国民经济宏观调控法律的研究。过去学者们比较强调经济计划的宏观调节作用,随着我国社会主义市场经济体制的基本建立,国家对国民经济的宏观调整从过去的以指令性计划为主的调节方式转化为以计划、价格、税收、利率多种方式对国民经济进行宏观调控,并取得了良好的效果。我国一些经济法学者对这方面的理论和实践问题进行了研究,并取得了一些积极成果。我们认为这方面的研究还有待进一步加强。

## 民事诉讼法学研究述评

张新宝

在本刊1995年第一期刊登的《一九九四年中国法学研究回顾》中,我们没有对我国1994年的民事诉讼法学研究进行评述。在本刊1996年第一期刊登的《一九九五年中国法学研究回

顾》中,我们将我国1995年民事诉讼法学研究的有关情况纳入民事法学的标题之下进行过简短的评述。民事诉讼法学界的一些同仁对此提出了意见和建议,认为这种做法似乎对这一学科重视不够,民事诉讼法学作为法学的一个主要学科,应该有其独立地位,而这一独立地位在《法学研究》编辑部每年所作的研究回顾这一重要的学术总结活动中也应当体现出来。基于对这一意见和建议的回应,更基于对民事诉讼法学科的重视和期望,我们拟对1996年我国民事诉讼法学研究的情况进行单独的评述。

## 一、民事诉讼基本模式与审判方式改革

本刊曾于1995年第四期发表过有关“对抗制”和审判方式改革的文章,<sup>[1]</sup>并在上一年度的评述中对有关观点进行了介绍和评论。<sup>[2]</sup>一年来,我国民事诉讼法学界对我国民事诉讼基本模式和审判方式的改革进行了进一步的研究。

### (一) 关于民事诉讼基本模式

我国民事诉讼法学界重点讨论了民事诉讼基本模式的概念、对我国民事诉讼基本模式的认识与态度。

关于民事诉讼基本模式的概念,主要有三种观点:(1)认为民事诉讼基本模式是指法官和当事人以及其他诉讼参与人在民事诉讼中的关系;(2)认为民事诉讼基本模式是指法官和当事人在民事诉讼中的地位和作用,由于其地位和作用的不同,民事诉讼模式可以分为四种,即绝对当事人主义、相对当事人主义、绝对职权主义和相对职权主义;(3)不赞成民事诉讼基本模式的提法和表述。

有人认为我国现行民事诉讼的基本模式继承了我国历史上民事诉讼制度的合理成分,继承和发扬了新民主主义革命时期的优良传统,适应当前经济基础和政治制度对民事诉讼的内在要求,吸收了国外民事诉讼制度的优秀成果。因此,我国现行民事诉讼的基本模式是符合我国国情和基本可行的。现在需要做的事情是进一步完善,促进民事诉讼的公正性、效率性和民主性。另一种意见认为,我国现行的民事诉讼模式基本属于相对职权主义,不适合我国迅速发展的经济体制和政策体制改革的需求,应当作较大的变动或者说根本的转变。改革的目标是相对当事人主义,重点和突破口是证据制度,实行完全的当事人举证制度。在民事诉讼的指导思想,建立辩论原则。<sup>[3]</sup>

### (二) 关于审判方式改革

有人著文讨论了辩论式审判方式的概念和法律特征,研讨了辩论式审判方式的具体内容及运作程序,以及正确处理实行辩论式民事审判方式的几种关系的问题。<sup>[4]</sup>有人著文指出,民事审判改革的目标从本质上说就是千方百计地逐渐提高民主水平,减弱人治,增强法治,充

[1] 参见苏力:《关于对抗制的几点法理学和法社会学思考》,《法学研究》1995年第4期;贺卫方:《对抗制与中国法官》,《法学研究》1995年第4期;张志铭:《审判方式改革再思考》,《法学研究》1995年第4期。

[2] 参见张涵:《民事诉讼法研究评述》,《法学研究》1996年第1期。

[3] 参见杨荣新:《当前民事诉讼法理论与实践的几个重要问题——中国法学会诉讼法学研究会1995年年会综述之二》,《政法论坛》1996年第1期。

[4] 宋纯新:《辩论式民事审判方式的实践与探究》,《现代法学》1996年第1期。

分调动和发挥当事人的主动性与积极性, 弱化干预, 强化透明度, 实现彻底的、真正的公平、公正, 让“胜诉者堂堂正正, 败诉者明明白白, 旁听者清清楚楚。”<sup>[5]</sup> 审判方式是一个与诉讼基本模式相互关联的课题。近年来, 民事审判方式改革是我国民事诉讼法学界讨论较多的问题之一。我国司法部门也在进行这方面的改革试点。有人认为, 目前的审判干部对审判方式的改革之意义认识不足, 对审判方式改革的作用认识不足, 对审判方式改革所面临的困难认识不足, 对审判方式改革的方向认识不足。<sup>[6]</sup>

有人认为, 民事审判方式的改革是大势所趋, 是时代的要求, 是必然要进行的。有人主张改革的方向就是当事人主义; 有人主张, 改革的方向不应该拘泥于当事人主义或者职权主义, 而是要从国情出发, 以保障当事人行使诉讼权利, 提高办案质量和效率为目的, 积极探索和完善具有我国特点的适应社会主义市场经济的民事审判方式出处。

有人认为, 民事审判方式改革的内容主要包括五个方面: (1) 由合议中心型向裁判中心型转变, 以提高民事审判的效率; (2) 由职权保障型向权利保障型转变, 以强化诉讼的公正性与民主性; (3) 由自由裁量型向规范裁量型转变, 以防止法官在诉讼中滥用职权; (4) 由先定后审向先审后判型转变, 以真正落实辩论原则, 防止辩论的形式化和空洞化; (5) 由“黑箱操作型”向公开操作型转变, 实现这一转变的具体方式是尽可能地将民事诉讼的程序规则公开, 以保证诉讼的公正与民主。<sup>[7]</sup>

有人著文指出, 需要强化庭审功能改革庭审方式, 划清法院与当事人的界限、强调当事人的举证责任的同时辅以当事人申请法院查证的制度, 加强和完善合议庭和独任审判员的职能, 强化职责权的统一, 同时需要澄清认识、理顺关系、为审判方式改革措施的实施铺平道路。<sup>[8]</sup>

无论是从根本上改革还是从局部渐进地完善我国的民事审判方式, 都将是我国民事司法制度乃至整个法治建设进程的重要内容。我国民事诉讼法学界近年来抓住了我国民事司法方面的核心问题进行研究, 无疑是具有重要意义的。需要指出的是, 我们不可能指望设计出一个四平八稳的为人们尤其是决策层一致同意的改革方案。任何一个方案到了立法层面和司法层面, 都会发生重大的变化。作为学者或者说学术研究, 重要的是将一种合理的基于进步的价值观的学说系统地、合乎逻辑地表述出来。

有必要改革或者完善现行民事审判制度, 对此我国民事诉讼法学界基本上已经形成共识。关键问题是如何去改以及由谁去担当此一重任。如果说上述研究成果反映了民事诉讼法学界对“如何去改”的见仁见智的意见的话, 那么人们关于医学与法学的议论则反映了对“由谁去担当此一重任”的担忧。有人认为, 医学与法学有诸多相似之处, 但是在中国的情况却不同: “文革”时大学医学系和法律学系的命运截然不同。时至今日, 许多未学过法律的人到法院充任法官, “可是国家为什么不把他们安置到医院充当医生呢?”<sup>[9]</sup> 对于民事审判方式, 无论是从根本上改革, 还是渐进地完善, 关键是人, 是要依靠适用法律的法官。目前, 我们有更多的理由关注和希望我国法官队伍的政治和专业素质得到极大的提高。这种提高不是靠普法式的教育方

[5] 田平安:《民事审判改革探略》,《现代法学》1996年第4期。

[6] 参见牟春阳:《走出审判方式改革的认识误区》,《行政与法》1996年第1期。

[7] 前引[6], 杨荣新文。

[8] 参见刘兰芳、靳学锡:《关于庭审方式改革的思考与实践》,《中外法学》1996年第4期。

[9] 参见慕槐:《医学和法学》,《法学研究》1996年第4期。

式能够解决的,也不是靠那种得不到国家教育行政主管部门承认的“内部粮票”式的业余教育所能解决的。

## 二、辩论原则与调解

### (一)关于辩论原则

有人著文讨论了民事诉讼法的辩论原则,认为按照目前许多人对辩论原则内涵的阐述和现行民事诉讼法的规定,辩论原则的非原则化就是不可避免的,辩论权的相对义务停留在被虚无化的保障层面,我国民事诉讼法所规定的辩论原则实际上成为一种非约束性或非实质性的原则。因此可将这种形式的辩论原则称之为“非约束性辩论原则”。非约束性辩论原则是以职权主义为特征的民事诉讼体制的产物,它为裁判者的超越职权行为提供了前提条件。

该文作者认为,辩论原则的结构和内容必须符合以下要求:(1)民事诉讼的质的规定性;(2)诉讼的程序公正性。约束性辩论原则是现代各法治国家民事诉讼法所普遍遵循的基本原则。约束性辩论原则的内涵要求真正使辩论原则取得作为民事诉讼基本原则的地位;它为民事诉讼中的举证责任制度提供了原则依据。此外,该作者还探讨了辩论原则与诉讼请求辩论原则与诉讼标的、辩论原则与主张的事实等问题的关系,探讨了贯彻辩论原则可能遇到的消极方面与对策。<sup>[10]</sup>

虽然我国民事诉讼法将辩论原则规定为民事诉讼的基本原则,但是对这一原则的理解和在司法实践中的贯彻执行却存在着一些问题。在理论上长期缺乏对辩论原则的深入研究,在实践中忽视乃至剥夺当事人的辩论权的情况时有发生,而未经庭审辩论就定案的情况更是屡见不鲜。学者正是抓住了辩论原则这一个在我国民事诉讼理论和实践中具有重大意义的课题进行深入研究。在我们看来,民事审判方式的改革,涉及许多方面的问题,但是辩论原则和举证责任是这些问题中的关键。只有真正实现辩论原则的约束性、实现“谁主张谁举证”的证据原则,法官才能真正超然于当事人的利益关系,成为主持诉讼者而不是参加诉讼者。

### (二)关于调解

有人著文明确主张“调审分离”。该作者认为,将法院调解制度中长期存在的种种难以解决的问题归咎于部分法官的素质,至少是将复杂的问题简单化了。我们应当将调解过程与审判程序相分离,将法院调解从民事诉讼程序中分离出去,通过两者的分离,纯化民事审判程序和调解程序。

该作者分析了法官的调解偏好与调、审并重的矛盾、在具体的调解操作中强制与自愿的矛盾、严格依法解决纠纷与适用法律的流动性和随意性的矛盾、让步息讼与权利保护的矛盾等。该作者认为:调解在欲达到的目标、正当性原理、受程序法和实体法约束的程度等方面与以审判方式解决纠纷存在着重大差异;将调解与判决作为人民法院行使审判权的不同方式,共同规定在民事诉讼程序中是欠科学的。<sup>[11]</sup>

但是,也有人著文主张,应当在民事诉讼程序中摆正审判与调解的关系,在新的诉讼模式

[10] 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。

[11] 参见李浩:《民事审判中的调审分离》,《法学研究》1996年第4期。

下,调解方式仍然有不可替代的作用,应当实现调解与审判的协调。<sup>[2]</sup>

我国现行民事诉讼法将调解规定为民事诉讼的基本原则。但是民事诉讼法对调解的规定有一个发展变化的过程。1982年制定的民事诉讼法(试行)将“调解为主”的方针修改为“着重调解”的方针。它不再单纯强调调解,而是在规定调解原则的同时也强调了审判的功能。1991年制定的民事诉讼法又将它修正为“自愿、合法”的调解原则。过去我国的一些人曾将调解作为我国民事司法工作的一项经验向国外同行加以介绍,在司法实践中也存在重调解轻判决,乃至违法调解和强迫调解的现象。近年来,有一些学者开始对调解制度的缺陷进行讨论,有人主张在现有立法框架下对调解制度予以完善,有人主张从民事诉讼程序中完全取消调解制度。毫无疑问,在发展社会主义市场经济和走向法治的今天,对于调解在民事审判程序中的作用需要进行重新思考和定位。从目前的实际效果来看,在民事审判中调解与审判并用似乎是弊多利少。

### 三、司法认知与既判力理论

#### (一) 关于司法认知

有人著文讨论司法认知的理论问题。文章讨论了司法认知的概念和特征,认为司法认知即审判上的认知,是指法官在审判过程对于事实和法律的认知。法院对于应当适用的法律或某种待认定的事实,不待当事人主张,即给予考虑,不待当事人举证,即予以认知,认为其真实,并作为判案的依据。司法认知具有客观性、公认性和绝对性的特征。文章讨论了司法认知的理论基础和对象,讨论了必须认知的法律和事实与可以予以认知的法律与事实,讨论了司法人员的个人知识或经验,讨论了司法认知的程序,并对司法认知规则的发展概况进行了回顾与展望。该文的作者进一步指出:最高人民法院《关于贯彻执行中华人民共和国民事诉讼法若干问题的意见》第75条存在瑕疵,可以进行如下修改:(1)对司法认知、推定、预决的事实等,从定义、范围效力等方面给予明确的界定;(2)从举证责任的角度对这些事实作出“无需举证”的规定。<sup>[3]</sup>

在一些国家的民事诉讼法律中,对司法认知论作出了明确的规定。<sup>[4]</sup>我国民事诉讼法没有对此作出明确的规定,最高人民法院的司法解释虽然对此予以弥补,但是从内容到形式都不完备。长期以来,我国民事诉讼法学界对司法认知缺乏研究。该文章的发表,在一定程度上弥补了这一领域的空白。当然,对这一课题的研究,尚有进一步深入之必要。与此相适应,我国民事诉讼法学尚有不少需要进行研究的基本理论问题,有待学者们的探讨。

#### (二) 关于既判力理论

本刊在1995年曾发表文章讨论既判力的理论。<sup>[5]</sup>在1996年,我国的一些民事诉讼法学者对这一问题有了进一步的研究,并发表文章专门讨论既判力的客观范围问题。<sup>[6]</sup>该文作者讨论了新旧两种关于诉讼标的与既判力范围的理论,认为欲明确诉讼标的与既判力之间的关系,必须与一定时期的诉讼政策联系起来进行考察。一定时期的诉讼政策往往受如下因素的制

[2] 流乃忠、向俊:《试论民事诉讼中调解与审判的协调》,《现代法学》1996年第6期。

[3] 参见叶自强:《司法认知论》,《法学研究》1996年第4期。

[4] 如德国民事诉讼法第291条、美国联邦民事诉讼规则第201条(b)等。

[5] 参见叶自强:《论既判力的本质》,《法学研究》1995年第5期。

[6] 参见江伟、肖建国:《论既判力的客观范围》,《法学研究》1996年第4期。

约:(1)司法者对民事诉讼目的的认识和理解;(2)对当事人程序保障的程度。基于这样的认识,该文作者认为,在目前如果追求一个民事纠纷一次解决,同时兼顾原告的权利不致受到不当的否定,则一方面当事人应基于周全的准备,致力于所有法律观点的主张及举证,另一方面法院必须积极地行使阐明权及义务,致力于从各种法律观点上作出裁判。因此,将来的趋势是在实体法上采取请求权竞合论,在诉讼标的上采取新诉讼标的理论,但是近期内在诉讼政策上似乎宜侧重于对当事人权利的保护。

该文作者讨论了诉讼的抵销与既判力客观范围的关系,认为原则上应当赋予抵销抗辩以既判力,抵销抗辩的既判力范围应当依法院对抵销抗辩的不同判断分别决定。此外,该文作者还讨论了既判力与判决理由的效力、调解书及仲裁裁决书的既判力客观范围问题等问题。

既判力的理论,在我国大陆民事诉讼法学界的研究从1995年起步,在1996年有了新的发展。这表明,我国民事诉讼法学界在注重民事审判方式改革等重大实践问题的同时,也注意到了一些既具有重要理论意义又具有重要实践意义的课题。这无疑是一个可喜的现象。它也向我们昭示,民事诉讼法学是一个具有许多深刻理论问题的学科,而不仅仅是一种关于具体操作程序和方式的实用性知识。

## 四、对民事诉讼法若干具体制度的研究

### (一)关于上诉审

有人著文研究了我国民事诉讼上诉审制度中的一些主要问题,首先对上诉审的功能进行了检讨,认为上诉审的功能有五项:(1)给审判者设立审判者;(2)保证审判者认识的往复性;(3)保障当事人的正当权利;(4)减轻法官责任负荷;(5)统一法律适用。该文分析了二审终审的利弊,认为从历史的形成原因和幅员辽阔等国情的角度考虑,我国采用二审终审是有其合理性的。但是二审终审也有其弊端:(1)终审法院的审判水平相对较低,致使一审不公正的裁判难以通过上诉审得以矫正;(2)一审法院与二审法院之间业务联系较多,不可避免地导致两级法院之间感情上亲近,这种感情可能影响到二审判决的公正;(3)终审法院靠近案件发生地,各种人事关系可能影响到终审判决的公正性;(4)终审法院级别较低是地方保护主义形成和难以克服的重要原因。基于上述认识,该文作者主张在我国建立有限的三审终审制度。这种有限性表现为:(1)限制三审上诉的案件范围;(2)第三审原则上实行法律审;(3)向最高法院提出三审上诉应当受到更为严格的限制;(4)受理第三审上诉的决定权归第三审法院;(5)可采取越级上诉制;(6)允许当事人之间达成自愿不提起三审上诉的协议;(7)第三审程序原则上采取事后审;(8)在建立三审终审的基础上严格控制再审程序的发动。<sup>[7]</sup>

相对而言,我国民事诉讼法学界对一审程序研究较多而对上诉和审判监督程序的研究较少一些。虽然过去也有人以不同的方式主张过三审终审,但是对此问题的系统研究不多。上述论文比较系统全面地提出了建立我国民事诉讼有限的三审终审制度的构想,对改革与完善我国的民事诉讼制度具有立法建议方面的作用。

### (二)关于执行

有人著文讨论了我国民事执行的新问题和对策。该文作者首先分析了当前我国民事执行中的新情况新问题,指出目前除了人们经常讨论的“执行难”以外,还存在“违法性民事强制执行”和“法院内部出现的违法性民事强制执行”这两种“执行乱”的现象。出现“执行难”和“执行

[7] 参见陈桂明:《我国民事诉讼上诉审制度之检讨与重构》,《法学研究》1996年第4期。

乱'的现象主要有以下根源:(1)社会原因即外因,社会上执法环境差,对法院的民事执行工作干扰大;(2)法院内部的原因即内因,有的法院不严肃执法,有的执法人员自身素质差又缺乏抵御社会上不良因素的诱惑,成为知法犯法,执行人员不执法。该文作者最后提出了一些对策性建议,包括:(1)执法必严肃,关键在法院;(2)执行规范化,奖惩要分明;(3)机构应健全,人员素质好;(4)全国一盘棋,地方无主义;(5)社会总治理,腐败反到底。<sup>[8]</sup>

民事裁判的执行问题,一直是困扰我国民事审判工作的难题。近年来有一些民事诉讼法学界的人和司法实务界的人著文讨论这一问题。在笔者看来,这一问题,不仅是一个理论课题,更是一个重要的实践问题,而解决这一长期困扰我国民事司法的顽症,必须从根本上即法律制度方面做文章,从机构设置和权力调配上入手。

## 五、若干评价与说明

近年来,本刊努力支持民事诉讼法学的研究,不惜挤占作为我们传统的优势项目(如民商法、经济法等)的版面,发表一些重要的民事诉讼法理论文章。这样做的目的,一方面表明我们充分认识到民事诉讼法和以民事诉讼法为主要研究对象的民事诉讼法学的重要性,另一方面也表明了本刊力图促进我国民事诉讼法学研究的繁荣,以服务于迅速发展的民事经济审判工作的需要。我们得到了我国民事诉讼法学界的不少学者的热情支持,收到了不少优秀作品,集中发表了一系列重点文章。我们希望在未来的一年里继续得到民事诉讼法学界的大力支持,收到和发表更多的好文章。

笔者在撰写本文时,对一年来我国主要法学刊物发表的民事诉讼法论文进行了统计和综合分析,其结果是不太理想的。与民商法、经济法及刑事法律等学科相比较,民事诉讼法学科在1996年发表的文章数量显然少得多。除了数量方面的问题外,质量方面的问题也值得担忧。一般性就事论事的短文比较多,而进行深入系统研究的有分量的作品比较少。还有一个值得注意的问题,这就是1996年发表的为数不算多的民事诉讼法学文章所讨论的问题相对集中(如民事审判方式的改革等),一种全方位的研究民事诉讼的重大理论和实践问题的局面尚未出现。这种状况与我国市场经济法治建设尤其是民事经济审判实践的要求存在较大的距离。也许,1996年正逢我国刑事诉讼法的修改,不少诉讼法学者将主要精力用于刑事诉讼法的研究和宣传方面,这在一定程度上影响了民事诉讼法学的繁荣。我们希望有更多的学者用更多的精力研究民事诉讼法,为我国的法治建设作出贡献,尤其是为我国的民事经济审判工作之改进和民事诉讼理论之发展作出贡献。

## 刑法学研究述评

王敏远

1996年刑法学研究呈现出了热闹非常的景象,热点的中心就是我国刑法的修改。面对如

[8] 参见黄双全:《论我国民事执行的新问题及对策》,《政法论坛》1996年第3期。黄先生关于对策的标题,读起来朗朗上口,还真有点诗句的味道,要是这一问题的解决也如此顺利就好了。