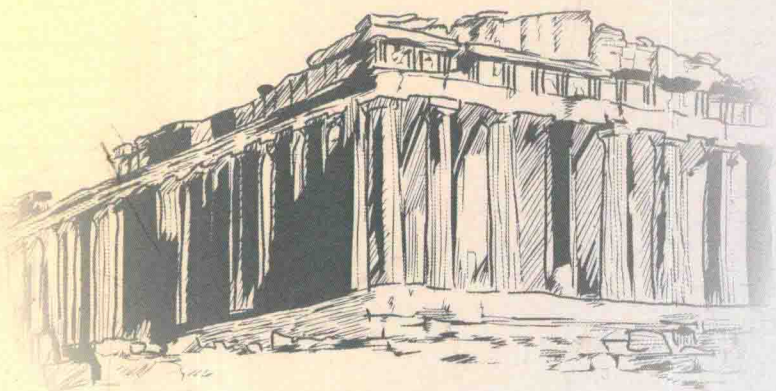


SPIRIT OF
CIVIL PROCEDURE LAW

论民事诉讼法的精神

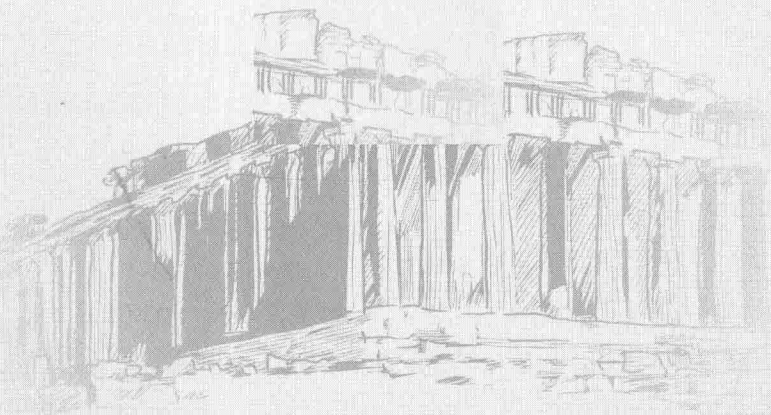
熊云辉 / 著



SPIRIT OF
CIVIL PROCEDURE LAW

论民事诉讼法的精神

熊云辉 / 著



中国政法大学出版社

2017 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

论民事诉讼法的精神/熊云辉著. —北京:中国政法大学出版社, 2017. 11
ISBN 978-7-5620-7856-2

I. ①论… II. ①熊… III. ①民事诉讼法—研究—中国 IV. ①D925. 104

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第282323号

- 出版者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话 010-58908586(编辑部) 58908334(邮购部)
编辑邮箱 zhengfadch@126.com
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 720mm×960mm 1/16
印 张 15
字 数 245 千字
版 次 2017 年 11 月第 1 版
印 次 2017 年 11 月第 1 次印刷
定 价 49.00 元

做学问，有两种路径，一是追求通达，二是追求专精。在中国文化里，通达为常态，专精恐是近代以来的学问。记得梁启超说梁思成的建筑专业过于专精，会少了人生的很多快乐。中国文化由人心推到万物心，这是典型的通达。

对于民事诉讼来说，专精为学术研究的主流，选择一个制度，深入耕耘下去，必有收获。对我而言，由一事之理，推万事之理，似成偏好。当然，绝对的通达或绝对的专精都不存在，二者在研究中互为存在。追求通达，必然溯根追源，才会通向哲学之抽象，所以会有上帝之存在的观念，或者告别上帝之康德的绝对理念，或曰之为“精神”。这就是西方存在的精神科学，东方则谓之“道成肉身”之道也。

追寻制度的精神传统，可谓艰辛也。由精神出发，推演万物，乃西方的学术研究的一路径，吾人谓之“唯心主义”。精神或许不为普罗大众所关注，但一定是知识分子最内在的东西，可谓学术之灵魂。精神决定学术的内容，奠定学术研究的基调。如陈寅恪先生“自由之思想，独立之精神”，则是自由主义知识分子的学术基调。

对我而言，从事民事诉讼法研究，虽为专精之学，但求通达，好问源，使我长期将民事诉讼法研究的具体制度放逐，一路追寻而来，总觉得制度之研究缺乏根脚，犹如浮萍。最终落脚于自由主义，形成笔者所称民事诉讼三个支点，即程序自由、程序民主、程序人性化。

本书以民事诉讼法的精神为主题，从发生学角度分析了民事诉讼制度生成的逻辑基础，全书共分八章。

第一章为程序法导论。历史、政治、文化所表征的真实中国，在不断形塑民事诉讼立法和民事司法实践。解决民事诉讼运作不良的问题，需要从历史、政治、文化上正本清源。神界、人界、自然界的三界关系构成民事司法深层结构。三界框定了民事司法所要实现的全部秩序，也框定了民事诉讼法律人的全部思维逻辑。民事诉讼“得意忘形”境界之提出便是基于此。我国民事诉讼法 30 多年的发展历程表明，我国民事诉讼法是从恣意裁判转进到非人格化裁判，要挽救人免于物化，有必要引入“意”，将民事诉讼从非人格化转进“得意忘形”之境界。“得意忘形”境界之实现依赖于裁判者精神境界的提升。

第二章为民事诉讼法的精神。民事诉讼要转进“得意忘形”的境界，民事诉讼研究必然要求从制度转换到精神。从研究现状看，我国民事诉讼法研究存在去精神化的诸多问题，如民事诉讼研究缺乏精神、信念的追求，导致研究重心游移不定。我国现行民事诉讼法的精神，一是集权主义，二是权宜之计。我国民事诉讼法的精神应转换为程序自由、程序民主、程序人性化，即民事诉讼三个支点。同时，应重建民事诉讼法律人之人文精神。

第三章为域外民事诉讼制度生成考。法国民事诉讼法生成史表明法国民事诉讼法在大革命中延续了传统，并未像政治一样出现激进的变革。德国民事诉讼法生成史表明德国民事诉讼法受到德国自由主义精神和现代民族精神的双重塑造，民事诉讼固有传统不因纳粹政权而中断。英国民事诉讼法生成史表明英国民事诉讼法受普通法传统所塑造，令状是民事诉讼法生成机制之

一。统一司法、统一民事诉讼规则是英国民事诉讼法新发展。

第四章为程序自由。遵循自由主义传统，民事诉讼应优先保障程序自由，程序责任以程序自由为前提。以此观察员额制下的司法责任改革，其仍有改进的空间，应优先保障法官事实裁判自由，落实自由心证制度。就举证责任而言，由于缺乏自由主义传统，我国举证责任日益激进化，我国行为的举证责任滑入举证义务的轨道，民事诉讼沦为责任主义民事诉讼。因此有必要重申程序自由的理念，强调举证自由优先，举证责任次之，拒绝举证义务，以维护自由民事诉讼的正统。

第五章为程序民主。民主是最不坏的方式，应从中国古代民本转到现代民主。程序三民主义是指程序民有、程序民治、程序民享。程序民主表现为民主的法官、民主的程序、民主的裁判，程序民主的例外为损害赔偿的酌定、法官独任制、法官不能获得心证依职权调查证据等。

第六章为程序人性化。人性尊严作为现代价值理念，是国际法和各国宪法通行原则，它可以防止形式法治的谬误。因此人性尊严成为现代民事司法的基本要素，建立温暖而人性的司法成为现代民事诉讼追求的目标。人性尊严程序化的路径包括从国家主权转变为国民主权、民事诉讼去政治化等。

第七章为程序正义。程序正义在我国运行经历了启蒙、兴起、转化、式微和衰退五个阶段，制约程序正义实现的因素为权力结构的制约、制定法的因素和法官素质，分别代表宏观、中观、微观三个层面。我国要实现程序正义，应当将其放在现代性下来考量，着力优化程序正义运行的外部结构和内部结构。根据我国国情，其中应优先考虑建立宪政民主制和确立主体间性诉讼真实观。

第八章为司法裁判。案件审判已成为我国司法困境之一，迫切需要行之有效的大案判决模式，我国大案的判决模式应为一体两翼的能动司法模式。从程序保障理念来审视，我国还存在突袭性裁判。不仅要纠正错误的裁判，还应当防止发生突袭性裁判。个案分析表明，我国法院以判决的证成性代替判决的正当性。人类历史经历了神权社会、君权社会和民权社会，与其相适应的事实裁判方法为神判、法判和人判。人判走向了以自由心证为基础的内心确信的事实裁判之路径，借鉴柯林武德历史理论，引入心灵和历史思维，可以将自由心证在事实裁判的落实推进一步。

自序	1
内容摘要	2
第一章 程序法导论	1
第一节 发现真实的中国与诉讼	1
一、何谓中国	2
二、何谓中国民事诉讼法	4
第二节 寻求何种程序法	5
一、民事司法的逻辑起点：三界论	5
二、民事诉讼发展的路径：三阶段论	9
三、几点结论	13
第二章 民事诉讼法的精神	15
第一节 我国去精神化的民事诉讼研究现状	15
一、问题的提出：精神何以重要？	15
二、我国民事诉讼去精神化研究的表征	16
第二节 民事诉讼法的精神之要义	17
一、精神之界定	17
二、从制度到精神	18



三、民事诉讼法的精神	18
四、民事诉讼法律人的精神	20
第三节 民事诉讼法精神研究的意义、思路和目标	22
一、民事诉讼法精神研究的意义	22
二、民事诉讼法精神研究的思路和目标	23
第三章 域外民事诉讼制度生成考	26
第一节 法国民事诉讼制度生成考	26
一、法国简史	26
二、法国民事诉讼法的历史	34
三、法国民事诉讼法的内容	40
四、总结	45
第二节 德国民事诉讼制度生成考	47
一、德国简史	47
二、德国民事诉讼法的发展	52
三、总结	58
第三节 英国民事诉讼制度生成考	61
一、英国简史	61
二、英国民事诉讼法的发展	67
三、总结	78
第四章 程序自由	80
第一节 程序自由之原理	80
一、自由主义传统之论说	80
二、程序自由	85
三、程序责任	91
第二节 法官判断自由与司法责任	94
一、司法责任的一般原理	94

二、《司法责任意见》的内容	94
三、《司法责任意见》的评析	95
四、几点建议	97
第三节 举证自由和举证责任	98
一、德国法上举证责任及在我国的演变	98
二、中国法上举证责任之陷阱与检讨	102
三、举证责任之逆反：举证自由	109
四、几点结论	113
第四节 论责任主义民事诉讼	113
第五章 程序民主	116
第一节 民主要义	116
一、民主的内涵	116
二、从民本到民主	117
三、从民主到宪政民主	117
第二节 程序民主	118
一、程序“三民主义”	118
二、程序民主的表现	118
三、程序民主的例外	121
第六章 程序人性化	130
第一节 人性尊严理论	130
一、人性尊严实定化：从理论概念到法律概念	130
二、人性尊严的内涵	131
三、人性尊严的中国化	132
第二节 人性尊严程序化	136
一、人性尊严程序化的必要性	136
二、人性尊严程序化的路径	138



第七章 程序正义在中国的运行分析	142
第一节 程序正义运行的考察	142
一、程序正义在美国的运行	142
二、程序正义在我国运行的运行	147
第二节 程序正义运行的制约因素	151
一、宏观方面：权力结构的制约	151
二、中观层面：制定法的因素	152
三、微观层面：法官	154
第三节 程序正义运行结构的优化	155
一、逻辑起点：现代性	155
二、优化程序正义运行的外部结构，确立宪政民主制	156
三、优化程序正义运行的内部结构，确立主体间性的真实观	157
第四节 通过证据实现正义	162
一、一元论	163
二、二元论	163
三、相对论	163
第八章 司法裁判	167
第一节 大案的判决模式	167
一、大案的界定	168
二、大案的意义	172
三、寻求大案的判决模式	174
第二节 突袭性裁判	187
一、裁判的过程	187
二、突袭性裁判	190
三、突袭性裁判的防止	192
第三节 判决的正当性与证成性	
——以《最高人民法院公报》选编的个案为对象	196

一、基本案情·····	197
二、判决的逻辑与评析·····	198
三、判决的背后·····	203
第四节 历史、心灵与事实裁判	
——以柯林伍德的历史理论为根据·····	207
一、事实裁判的历史类型·····	207
二、自由心证在事实裁判的落实·····	210
三、历史思维下的真实·····	214
参考文献·····	218
后 记·····	227

第一节 发现真实的中国与诉讼

民事诉讼法犹如中国大地上的一条河流，要了解这条河流的沧桑巨变，就必须了解大地的地质、土壤、气候等环境因素，这就是真实的中国。不迷信教材，不迷信出版物，不崇拜权威，用自己的眼睛，去发现真实的中国，包括政治上的、历史上的、经济上的甚至是文化上的中国。这个真实的中国在不断形塑民事诉讼法，影响着民事诉讼的知识生产，直到形成我国民事诉讼法今天的面貌。同时这部民事诉讼法还在不断调整调适中。



图 1-1 真实的中国与诉讼

我们研究民事诉讼法，不能仅仅满足知识上的推陈出新，必须分析实践运行的结果。如程序正义理论，在 20 世纪 90 年代，被提高到非常重要的地位。理论界也有对程序正义有美好的言说，如程序就是作茧自缚，程序确保结果的正当性，等等。然而基层法院的审判实践却和理论言说相去甚远，基层法院以纠纷解决为目的，程序并没有理论界说的那么重要。法官根据程序正义严守司法中立，坚持证据裁判主义，却出现了令人意外的结果，如莫兆军案。莫兆军法官审理借款纠纷案，根据有双方真实签名的借条，判决被告还钱。被告抗辩借条是被逼写的，法官要求提出证据，并问报案了没有。被



告的陈述缺乏其他证据，未得到法官认可。被告提出上诉，被二审驳回，维持原判。后来，被告在法院门口服农药自杀。该案被重查，才发现原告提供的借条为原告强迫被告写的，借款关系为虚构。此案导致莫兆军法官遭到刑事追究，虽后被法院宣告无罪，但莫兆军因此而离开法院，丢了工作。

而在彭宇案中，就彭宇是否与徐老太相撞，法官没有依据举证责任判决，而是能动司法，对事实进行认定，即依据常理（如好人做好事会立即离开，做好事不会垫付医药费，等等）判定二人相撞，根据公平原则，判决彭宇承担部分责任。这个判决后来引起社会舆论强烈反响，以至于到了二审法院，法官积极做工作让原被告双方和解，并以保密为由不对社会公开和解结果。二审法官都不敢直接裁判。而彭宇案的一审法官后来也丢了工作，被调离法院。

在莫兆军案件中，法官严守程序正义，造成错案，丢了工作。在彭宇案中，法官司法能动，同样丢了工作。问题到底出在哪？这两个案件单纯从民事诉讼自身逻辑是无法得出答案的。必须了解真实中国，才能理解，如程序正义的落实深受政治环境的影响。那真实的中国是什么样的呢？这里涉及两个层次的问题：

一、何谓中国

“中国”指什么？有二说，一谓中华人民共和国，一谓中华民国。言中华人民共和国者，认为中华民国只存在于历史上，即1911年到1949年，1949年后，中华民国便不复存在，由新中国即中华人民共和国所取代。言中华民国者，认为中华民国自1911年成立，至今一直存在，今天则存在于台湾地区。第一说为中国大陆官方学说，也是主流观点。第二说为中国台湾地区官方学说，曾经是主流观点，现在则日薄西山，沦为少数说。中国内涵不统一，需要从历史、政治、文化等方面才能看到真实的中国。

历史的中国。三代以来至清，天下人的天下变为“家天下”，“公天下”变为“私天下”。清末，西方来敲门，中国的回应，几乎难有成效。从此，中国属于西方阴影下的中国，学习西方为不得已之举。在学习西方过程中产生的中西之争，从此成为中国人绕不开的宿命。民事诉讼法为学习西方的结果，民事诉讼法发展受中西之争的影响。

政治的中国。中国当前的政治，以坚持党的领导为核心。司法和诉讼受政治决策影响较大。当政治缺乏稳定的权力结构时，政治的投机性就会加强。政治影响所致，司法政策有时难免左右摇摆不定，结果导致司法运行不确定性增强，增加法官判案的风险。

文化的中国。中国文化的核心是什么？中国文化强调“仁”，“内圣外王”，清季以前存在规范国家和社会秩序的礼法文化。近代以来，历经辛亥革命、五四运动，造成的后果就是作为制度性的礼法文化已不复存在，如维系君臣父子关系的伦理纲常已被摧毁了。就中国文化研究而言，大陆甚至无法与海外媲美。真正有深度的中国文化研究，不在大陆，而在海外。海外汉学研究如新儒家已经经过几代学者的努力，到达了很高的层次。这些学者包括钱穆、牟宗三、唐君毅、余英时、杜维明、成中英等。余英时先生说，中国文化灵魂出窍，成了“游魂”。要使中国文化有所附着，灵魂附体，国家社会的依托已无可能，只能依托于个人修身。中国文化在个人修身上仍能功能显著，也正是在个人修身中，中国文化能重新焕发出光芒。“修身齐家治国平天下”，修身为第一位的。在西方，中国文化中“天人合一”的观念成为西方克服现代文明困境的重要资源。中国当下同样面临着现代文明的困境，如过度开发破坏环境、人的过度物化带来了精神陨落，心灵空虚，同样需要发挥“天人合一”观念的作用。文化的中国打破了地域限制，不管谁，不管在哪里，只要有中国文化，都是中国。如果能喊出“我就是中国”，那才是中国文化的真正复兴。文化阻断使得心灵缺乏滋养，纠纷如野草在荒芜中丛生，纠纷解决者如果仅凭恃强权解决纠纷，意图以国家机器收割野草，获得秩序。其结果就是人在其中毫无尊严。

历史、政治和文化界定了中国社会的性质。中国社会是前现代社会、现代社会、后现代社会的混合体。在前现代社会，存在两种社会形态，一是法人类学视野下的无需法律的秩序，如宗族社会和被习惯、宗教支配的少数民族聚集的社会；二是霍布斯所言之接近自然状态的野蛮社会，人与人的关系犹如狼与狼的关系，弱肉强食，丛林法则盛行。在现代社会，也存在两种社会形态，一是自由民主社会，人民崇尚法治，国家按照宪政秩序运作；二是带有极权因素的威权社会，权力渗透到社会的每一个毛细血孔，支配人的身体和大脑，人成为权力的客体。在后现代社会，存在两种观念，一是本能主义，视现代文明为枷锁，诉诸人的本能和解构主义，走向文明虚无主义；二



是生态主义，由于理解了环境污染的严重危害，人们不再视环境为人可以自由支配的客体，强调尊重自然，保护生态，以实现人的永续发展。不同性质社会影响所致，民事诉讼法变形走样。如威权社会下，个人不受信任，延伸至民事诉讼中，法官不信任证人。

在当下中国社会，国家和个人之间存在某种不信任性。前段时间，出现公安机关要求证明“我妈是我妈”的荒谬现象，被李克强总理严厉批评。例如，在大学里，很多事情，都是个人申请，领导批准，单位盖章。这样的流程，体现了对个人和领导某种程度的双重不信任。如果国家足够信任个人，是不需要领导批准的；如果国家足够信任领导，是不需要单位盖章的。不管是个人还是领导，不管是权威学者，还是信用人士，都是不可信的，唯一可信的是单位公章。这种对个人的不信任，表现在诉讼领域，就是对当事人陈述、证人不信任。学界很多人抱怨证人不出庭作证，分析人士认为是怕打击报复，国家保护不力。其实，这里还有一个重要原因，就是法院根本上是不信任证人的。证人上法庭，并不能从信任感获得满足，自然也就无作证的动力。由于法院对证人不信任的，自然也无动力寻求证人证言。相反，法院对于单位出具的各种书面记录，更多是深信无疑。比如，个人的身份证明，自己证明无效，倒是派出所的证明最有效。

二、何谓中国民事诉讼法

在“一国两制”的时代背景下，中国由两岸四地构成，即大陆地区、香港特别行政区、澳门特别行政区和台湾地区。每个地区都有自己的民事诉讼法。因此中国民事诉讼法的特点是多元分治。

就中国大陆而言，中国大陆民事诉讼法受国家体制影响，民事诉讼法发展充满随机性，民事诉讼法具有强权性，当事人地位呈弱势化，例如恶意诉讼、虚假诉讼被立法所规制。法院对这种行为会产生本能的反扑，甚至会夸大其影响，从而推动立法予以惩处。法院在民事诉讼立法和运作的强权性，使恶意诉讼、虚假诉讼以及与其有关的第三人撤销之诉会比较容易写进立法。对于减轻法院负担甚至卸责的立法，则容易写入修法中，如举证时限、举证责任、小额诉讼等。对于增加法院负担、增强法院责任的立法，则可能会不写或少写。如立案登记制，尽管被中央作为改革亮点力推，但是却被某些法

院轻易地放回到原点。

第二节 寻求何种程序法

一、民事司法的逻辑起点：三界论

笔者一直不满意民事司法制度现行的讲解逻辑，现行的教材没有讲清楚民事司法制度开展的逻辑起点。因此，需要重新诠释民事司法制度的逻辑起点。笔者于是提出了“三界论”，即神界、人界、自然界。

1. 神界

神界乃先验的世界，宗教之所在，包括精神和信仰。

神界，处于上层。神界，是先验的世界，属于宗教领域，无法证明。对人而言，神界为人的精神世界，即信仰。人必须为信仰留下空间。在人界和神界之间，现代社会走向了世俗化的潮流，即韦伯意义上的从价值理性走向工具理性。神界衰弱，精神遭放逐，只留下世俗化的人界和受自然规律支配的自然界。

神界，则是从个人信仰开始。大家多多少少都有点鬼神的观念。欧洲，经历过中世纪，即神权社会。由于教会垄断了与上帝对话的权力，造成了教主的腐败，如赎罪券引发了马丁·路德宗教改革，产生了新教。天主教和新教因而引发长达三十年的宗教战争，最终结果确立信仰自由。新教主张人直接与上帝对话。不管怎样，西方存在此岸和彼岸的划分，人要不断超越现实，到达彼岸。这样的外在超越，最终促使了科学的产生，宗教观念也导致资本主义的兴起。韦伯的分析是，人们经商和勤劳，是因为上帝的感召，禁欲主义和生活的节俭带来了资本积累。勤劳和资本积累带来了资本主义的兴起，随着资本主义的进一步发展，与上帝的观念就渐行渐远，但工具理性却越来越强。信仰、精神遭到放逐，人活在牢笼中。韦伯强调引入价值理性的必要。这种观念决定生产的理论，完全打破了通说所持经济基础决定上层建筑的教条。正是如此，美国社会转而重新强调精神、思想境界的提升，以求得幸福。中国古代早期，与天对话的权力，掌握在君王手里，所以皇帝称为天子。春秋战国时期，个人与天的重重阻隔被打掉，“道为天下裂”，人可以直接和天对话，天人合一的条件有了。不过天人合一的路径，却和西方不同，而是内



在超越。钱穆对此有很好的分析，中国人最后是万事万物收于心，正心诚意，修身，达至善。余英时的解释是，轴心突破前，即春秋战国前，礼制为天子祭天的仪式，巫士掌握通天的本领；周之后，是轴心突破时期，礼乐崩坏，士游离体制，降为平民，发生了精神的觉醒，那就是每个人可以直接和天对话，每个人都有通天的本领。不再拘泥形式的礼制，而是注入新的内容，那就是“仁”，即对心的要求。这表明天人合一的路径，为内在超越。所以中国人的人生哲学发达，西方科学发达。美国经历科学文明后，转而学习中国的文化，包括天人合一的观念。中国因为近代以来回应西方乏力，而走向西化之路，对自己儒家文化进行革命。今天环境恶化，资本和权力绑架人生，精神都快遗忘了。这说明，中西方都需要精神的重塑。这大概就是神界对当下的意义。那么对于司法而言，意味着什么呢？法律人不仅仅是机械的司法，而是应有温情有人性的，应该营造温暖而人性的司法。当前法官法庭上的“霸气”和“理直气壮”，显然是缺乏温情的。另一方面，法官要有决断的勇气。即阿伦特所谓的为避免平庸之恶，要有道德勇气，追求至善，从而挽救形式理性不致坠落于专制恐怖中。纳粹政权所进行的种族大屠杀，都是“合法”屠杀，是依法判决的。怎么避免人之恶，除了立法追求合目的性外（拉德布鲁赫），司法便要强调法官决断的勇气（阿伦特）。王国维在《人间词话》所探讨的境界说，可以作为中国法官完善司法人生的精神资源。

在人的生命历程中，人就是爬梯子的过程，即从最底层自然界爬向世俗化的人界，少数能到达彼岸，即神界。有的人在自然界这层次就停止不前了，如暴力杀戮，循着弱肉强食规则。有的人进入世俗的人界，以权力驱使他人作为奴隶，有的成为金钱的奴隶。在人界中，权力受制约，人权受保障，人的尊严受尊重，则是文明的世俗社会了。人如能进入神界，作为精神的存在，那是幸运的少数。

2. 人界

人界乃世俗的世界，法治之所在，由权力与权利所构成。

人界，处于中层。人的世界的秩序是如何组成的？有人认为是利益，这种直观感受大概是当前社会现实的真实反映。也有人认为，由强者来统治。当然人界秩序不是如此简单。要有更深刻的认识，必须将历史上社会的复杂性呈现出来。现代国家前后存在以下三种组织人界秩序的方式。一是哲学王的统治，柏拉图在《理想国》提出最好的统治是哲学王。在中国，则是明君

圣主。现代国家出现以前，是“以人治人”。在启蒙运动中，启蒙家开始思考从封建专制解放出来，人的世界的秩序如何构建。卢梭提出社会契约论思想，人与人通过结成契约，组成政府，形成国家。霍布斯则提出必须依靠强大的国家，即“利维坦”。现代国家出现后，如何构建人间秩序，形成两种失败经验，即乌托邦和极权社会。二是乌托邦，带着理想构建人间秩序。法国大革命，国王被推上断头台，雅各宾派专政，阻碍理想实现的人，都统统杀掉。杀人如麻，流血成河，理性走向了非理性。三是极权主义，表现为德国纳粹政权法西斯统治等。

以上人类历史经验表明，人界是世俗的社会，人一旦残暴起来，比动物还恐怖。这也是人的自然属性的一面，或者说魔鬼的一面。人此时与动物一样，受着本能的支配，即他律。霍布斯、卢梭都论述了人的这一面，并以此作为需要国家或公意的前提。康德则强调人的道德自律，服从良知。其实，根本原因是，权力不受制约，消灭了自由。世俗的社会，只能用世俗的方法治理，方能有秩序。最核心的就是制约权力和保障人权。经验表明，人界是世俗社会，必须受法治支配。其他手段基本难以长效，如军人武力统治、金钱收买人心、圣人之治等，历史证明，几乎都是失败的。唯有法治能保社会长治久安。其精髓有二：第一，针对权力，确立权力分立和制衡原则。其根源在于“权力导致腐败，绝对的权力导致绝对腐败”。抑制权力腐败，经验证明有效的方法，就是以权力制约权力。第二，权利，确立人权和人的尊严原则。在政府与人、人与人的关系中，亘古不变的真理，就是尊重人权，尊重人的尊严。人维护自己人权、尊严时，也应尊重他人的人权和尊严。在自然界和人界比较中，人之所以为人，乃在于自由和自律。如果人受自然规律支配，则是他律，而非自律，人与动物无别。自由是人权和尊严的基础。人权和尊严是克服法治形式化谬误的转换器，是防范阿伦特的“平庸的恶”的方法。

就司法制度而言，必须确立权力分立与相互制衡。必须独立行使司法权，独立于任何组织和政党。法官之上，除了法律，没有别的主司。

3. 自然界

自然界乃客观的世界，自然规律之所在。自然界遵循因果律。

自然界，处于最下层，受自然法则或自然规律支配。有人认为所谓自然法则就是“弱肉强食，适者生存”，这显然是受到达尔文进化论影响。这当然



是片面的，万有引力、相对论，量子力学都是自然规律。康德说，自然之物受本能支配，即欲望的支配，都有七情六欲。对人而言，这是一种他律，更本质上是因果律的支配。爱因斯坦说宇宙是有秩序的，那美妙的秩序背后一定有上帝的存在，即上帝不会乱扔骰子。爱因斯坦比康德前进了一步，他体悟到自然与神的合一。

在人与自然的关系上，通常认为，人是万物的主宰，人可以征服和利用自然。将人置于自然之上的观念，也是来自西方的观念，该观念又是因教育强化所致。征服利用自然的观念，导致了当今空气污染、水资源污染、土壤污染。频发的水灾、地震等自然灾害，已经在警示世人。自然界先于人存在，人是后来的，居上则无定论。西方由于产生了科学，征服改造自然为当然。然而，经过了征服自然旅途后，现代西方已经强调永续发展的观念，控制碳的排放，进行大气治理。美国甚至学习中国的天人合一的观念，善待自然。

在人与自然的关系上，中国文化自古就强调天人合一的观念，强调人与自然的和谐，如道家的道法自然的思想。近代以来，由于无法回应西方的挑战，中国逐渐激进化，初期还是“中学为体，西学为用”，到了五四运动，则朝着全盘西化路径走去，新中国成立后全面倒向苏联，为另一种西化，文革则是对传统中国文化的革命，彻底告别过去。征服自然改造自然的观念，本是达尔文进化论的利用。改革开放后，则作为一种观念教给年轻一代。文革彻底摧毁了中国文化，年轻人只能学习西方的观念，征服改造自然的想法也就不足为奇了。

在人与自然的关系上，还有一种观念，就是求真。自然科学求真，就是探求自然规律，一种客观的真实，采用的方法为科学实证主义。那作为社会科学的法学，具体说司法求真，是什么呢？是客观的真实吗？受自然科学思维的影响，我国长期以来坚持司法追求客观真实，所采用的方法也是实证主义的方法，排除了法官的自由心证。后来出现挑战客观真实的法律真实观，方法依然是实证主义的，不过接受了自由心证。但是实证主义形式化却越来越厉害，自由心证则是考虑如何限制心证，导致司法裁判谬误不断。莫兆军案是一例。

以上“三界论”构成了理解民事司法制度的逻辑起点。民事司法制度适用人界，是世俗社会的规则，必须建立在权力受制约和尊重人权、人性尊严的基础上，民事司法制度才算是文明的司法，否则民事司法制度不过是工具

而已。

二、民事诉讼发展的路径：三阶段论



图 1-2 民事诉讼三阶段论

在中世纪，人们面对的是教会的恣意和专横，通过启蒙运动、文艺复兴，发展出自由和理性，国家构建、社会的重组是通过个人的自由结合和理性重建而完成的。就后者而言，就是延续康德传统，逐渐发展到韦伯的形式理性。通过科层制实现非人格化运作，从而限制恣意。形式理性进一步发展，却出现了令人意想不到的后果，那就是纳粹“依法”屠杀，这就是韦伯难题。怎么去化解这个问题，西方出现了自然法学的复兴，强调道德上的善。阿伦特则是强调非人格化运作中，个人要有自己的判断力，不能丧失判断力，要有道德的约束。在这问题上，西方后现代主张诉诸人的本能，如福柯、尼采等。但是余英时等则主张回到中国文化，中国文化是一剂良药，那就是“得意忘形”，发扬人文精神，即古人所言的天人合一和中国文化中的“修身”。转身向后，诉诸内心。中国民事诉讼法大致也经历了从恣意到非人格化、从非人格化到得意忘形的发展路径。

1. 从恣意到非人格化

证据裁判原则为证据法的基本原则。今天之所以强调证据裁判，乃是因为我们以往的裁判不依靠证据，那过去依靠什么呢？这恐怕要从改革开放前说起。新中国成立后至改革开放，这期间发生大量的运动。最先被判刑的一批人，是“战犯”，此后是“地富坏右分子”，再后来是“当权派”“文革反对者”。对这些人的判决，越往后越不依靠证据，而是按照阶级成分，告密、捏造作案事实大量有之，甚至还有政治阴谋。他们被戴的“帽子”，大多是莫须有罪名。下至乡间凡人，上至国家领导人，难免在政治斗争、政治运动中被主观定罪。如邓小平、刘少奇、习仲勋等一大批党和国家领导人被治罪打倒。大量的裁判实际上是诬陷、诬告。文革后，拨乱反正，那些被打倒的人重新回到工作岗位，他们因为有切身之苦，所以强调“重证据，重调查研

究”，实际上是反诬告、反陷害。

改革开放后，随着法制建设开展，证据裁判原则作为限制法官恣意方法被强调。在法制社会下，法官获得司法裁判垄断权力，有些法官办“人情案”“关系案”“金钱案”“美色案”，有时候人情、关系、金钱、美色等成为法官办案的关键依据，证据徒有其表。这种裁判实际上仍是法官的恣意为，强调证据裁判原则，不过是为了限制法官的恣意，拒绝人情案、关系案等。还有一种情形，有的办案人员为了快办案、立功，而被各种“激励”诱导，而加大办案的主观随意性。

随着错案责任和司法责任的追究，证据裁判原则越来越受重视，法官被要求严守中立作出裁判，这就是民事诉讼的非人格化运作。民事诉讼非人格化运作下，法官对证据的依赖程度越来越深，法官也希望最高人民法院制定越来越细密的证据规则，从而频繁地用上了举证责任判决，法官希望把审判变成加减法那么简单。证据为本的裁判原则，变为证据形式主义裁判，此种裁判之下，法官不过是证据的附属物，而不是有智慧的自由意志人。如“莫兆军案”中，法官以一张被胁迫写下的借条作为定案根据，这就是典型的证据形式主义裁判。

如何使法官走出形式主义的证据裁判，我想就是释放法官的心灵，让法官获得充分的自由，以心灵和经验去裁判，获得内心确信。这就是柯林武德的历史方法，即法官用心灵和经验去体验过去，去重新思考当事人所思所想。法官必须穿过证据，去考察当事人的思想，用心灵和经验去体验案情。在方法上采用问答法，不停留在证据真假上，而是提出问题，带着问题去批判，不断质疑、反思，从而在材料中找到答案形成确信。这恐怕就是我们所说的自由心证之本意。

另一方面，责任伦理和意图伦理的区分也是非人格化运作的必然要求。责任伦理强调的是决定者必须对决定后果负责，不管出于何种意图。不能因为主观意图是善的，就可以免责。以此来分析司法责任，司法决断者必须对裁判所产生的后果负责，一份调解书，一份判决书，一个裁定，不论其主观意图如何，都须负责，承担责任。同时，当事人提起诉讼、撤诉、提交证据，也应对其行为的后果负责。责任是自由的例外，责任首先表现为自律，自律不足，才有他律，即外在施加的负担。从责任伦理看，责任可以分为主观的责任和客观的责任。主观的责任，是行为者内心主动以责任的心态从事，主

动对行为后果负责。客观的责任，是国家或法律外在施以行为者的责任。司法责任也应从主观的责任和客观的责任两方面来理解。责任依然是以保障自由为前提的，主观的责任内含于自由之中。客观的责任只有在主观责任没担起时，才有必要强制施与。

2. 从非人格化到得意忘形

与非人格化有关的就是韦伯的工具理性。工具理性在英文中就是去精神的理性，即去魅。工具理性是加尔文教派发展起来的。在加尔文那里，人是作为上帝的工具，为荣耀上帝而存在的。产生了努力工作、努力赚钱的精神力量，资本主义组织从中产生，而且越来越细密，发展下去，最后荣耀上帝的精神无人管了。人人都为资本主义组织而存在，为资本主义而资本主义，开公司、设企业、建银行等，人成为其工具。工具理性消除了精神，产生了效用最大化。不过，人的心灵愉悦感没有了，幸福也没有了。心灵的愉悦，在于有精神，重新植入精神就是必要的，价值理性提出就合乎其时。就民事诉讼运作而言，就是从非人格化运作向“得意忘形”高境界的迈进。非人格化运作体现了工具理性的要求，“得意忘形”则对工具理性的纠偏，植入了价值理性，即法的精神。

恣意和“得意忘形”都与“意”有关。在西方，“意”在历史变迁中出现了消失与被拉进来两种现象。神权社会，“意”表现为上帝，支配人间，不管是路德听从上帝安排还是加尔文荣耀上帝，前者产生职业精神，后者产生资本主义组织，都是精神的力量对人的作用。资本主义组织的进一步发展，产生工具理性，精神消失。这里提出的“得意忘形”，其中“意”是指法的精神，就是重新把精神引入。程序为限制恣意而非人格化运作，所以“意”有恣意和善意之分。善意可以是上帝，也可以是精神，还可以是价值。恣意则可以是巫术、不受限制欲望、神秘主义等。不管怎样，恣意是善意的对立面。到了法律当中，“意”就表现为法意，包含了法的精神、法的价值、法的目的性等等。不管如何，恣意是表现为人的恶，限制恣意，就是限制人作恶；善意则表现为人的善，是对人的关怀。

在强调“意”的重要性方面，韦伯和科拉科夫斯基可谓殊途同归。韦伯的工具理性，就是神圣性没有了，一切都是世俗性，人活在工具理性构成的牢笼中。科拉科夫斯基则指出科学研究去灵魂化、世俗化的问题。17世纪前半叶，科学突破靠演绎法而不是归纳法，很多科学创见是没有经验基础的。



上帝存在是事实问题，而不是假定。17世纪后，“世界变成了没有灵魂的世界，而且只有在这个假设的基础上现代科学才能展开”，^{〔1〕}科学研究中没有精灵，自然界没有灵魂，宇宙没有灵魂是一个假定问题，而不是事实问题。后来少数科学家（如爱因斯坦）认为有灵魂，主流的科学家都不承认科学研究中有灵魂的事实。宇宙没有灵魂，没有鬼神，这是俗世化的宇宙。大众俗世化是科学俗世化后期发生的，经过了二百多年的发展。现在许多受过良好教育的人仍然相信命运，但是与研究区分开来。有科学家信教，但与科学研究分开，造成了两个世界分离，科学发展越来越厉害。在尖端研究有两种人，^{〔2〕}一是软心肠的人，如爱因斯坦、博兰尼，他们假定宇宙秩序存在。爱因斯坦“信仰客观存在的世界中的完备定律和秩序”，是“不扔骰子的上帝”所设计的。^{〔3〕}上帝不会乱扔骰子，即假定上帝存在，这与传统的上帝存在不一样，传统认为上帝存在是事实而不是假定。“我信仰斯宾若莎的那个在存在事物的有秩序的和谐中显示出来的上帝，而不信仰那个同人类的命运和行为有牵累的上帝。”^{〔4〕}二是硬心肠的人，就是主流科学家，他们认为宇宙界不存在上帝。对于世界世俗化的后果，尼采反应最为激烈。尼采认为世界俗世化，上帝死了，世界没有真理，没有好和坏，人唯一就是发疯。^{〔5〕}假如认为宇宙没有秩序，没有更高层次的东西，科学走向俗世化，没有了上帝存在，会出现人类精神的错乱。

科拉科夫斯基的论述与韦伯的论述具有一致性，科氏从科学研究的角度，指出宇宙、世界的俗世化，所带来的世界精神的丧失（其最大特征就是禁忌的消失），以至于出现尼采那种唯有发疯的后果。韦伯从资本主义的工具理性揭示人处在工具理性的铁笼中，可以说两人殊途同归。这些都要放在西方的语境中去理解，即上帝所代表的精神丧失。当然随着科学主义和资本主义的全球入侵，非西方如中国同样面临这样的问题。在司法实践中，有的人宁愿

〔1〕〔波兰〕莱泽克·科拉科夫斯基：《经受无穷拷问的现代性》，李志江译，黑龙江大学出版社2013年版，第8页。

〔2〕美国哲学家威廉·詹姆斯将哲学家分为硬心肠和软心肠两种人。参见〔美〕威廉·詹姆斯：《实用主义》，陈羽纶、孙瑞和译，商务印书馆1979年版，第9页。

〔3〕〔美〕爱因斯坦：《爱因斯坦文集》，许良英等编译，商务印书馆1977年版，第599页。

〔4〕〔美〕爱因斯坦：《爱因斯坦文集》，许良英等编译，商务印书馆1977年版，第243页。

〔5〕〔波兰〕莱泽克·科拉科夫斯基：《经受无穷拷问的现代性》，李志江译，黑龙江大学出版社2013年版，第9页。

接受处罚，也要违法，如违章停车。一条法律，通过惩罚，其效力如何实现？我们以前认为，为什么违法，因为违法成本太低，所以根据粗俗的经济学分析方法，提高违法成本。但这对于土豪来说，于事无补，他们罚得起。或者只要有人把金钱不当回事，经济罚并不能提升法律的尊严。民事诉讼中的罚款也遭遇同样的问题。这几年民事诉讼法修改，连续两次修法都提高了对不遵守法庭秩序人的罚款。从 500 元提高到了 3 万元。修法者认为，随着经济发展，人民收入提高了，区区几百元的违法成本不足以让违反法庭秩序者感到压力，违法成本太低，所以扰乱法庭秩序现象屡禁不止。事实上，最近几年冲击法庭秩序现象时有发生。因此修法就大幅度提高罚款力度。表面上，按照经济学分析，好像有道理。但是仔细思考下来，发现其中的问题太多了。首先，经济罚款无论多少，总是相对的，总有人罚得起。罚得起的人，罚款则形同虚设。而且，让金钱凌驾于法律之上，法律毫无尊严。其次，真正是痞子的人，罚则又奈他如何。最后，如果司法不能确实维护公平正义，人民“死都不怕，何以死惧之”，更别说罚款了。因此要让法庭不被侵扰，关键恐怕不是罚款多少。法院应该做的：首先让法庭是正义的守护神，取信于民；其次，国民教养的养成也至关重要。当然国民教养的养成有赖于权力受到制约。如果权力任性，国民又岂能从善？执法者和守法者不仅仅遵守法律规定，更要遵守法律精神，即“得意忘形”。

三、几点结论

从上面的讨论中，我们至少可以明确以下问题：

第一，我国民事诉讼所处的外部环境并不理想。历史、政治、文化所表征的真实中国，在不断形塑民事诉讼立法和民事司法实践。我国民事诉讼所存在的种种问题和弊端还得从历史、政治、文化等方面寻求原因，民事诉讼有问题，根子在民事诉讼之外。从外部视觉看，解决民事诉讼运作不良的问题，需要从历史、政治、文化上正本清源。

第二，神界、人界、自然界的三界关系构成民事司法深层结构。三界框定了民事司法所要实现的全部秩序，也框定了民事诉讼法律人的全部思维逻辑。三界秩序混乱都会导致民事司法结构失衡。三界和谐共处构成人类全部秩序，民事司法主要维护人界的世俗秩序，依赖于权力和权利的关系建构。



权力和权利关系建构的最终目的，就是如何安放人的位置，即为人而存在。人的存在乃至心灵安顿，不仅仅在于世俗社会的安排，也依赖于神界和自然界的支援。神界的信仰、精神和自然界的因果律让人获得了更有意义的存在。民事诉讼“得意忘形”境界之提出便是基于此。

第三，正如韦伯、科拉科夫斯基所揭示一样，人类社会迈向现代化过程，就是走向工具理性和世俗化过程。人要从自己的牢笼中走出来，找到存在的意义，精神、信念就是打开牢笼的钥匙。对照来看，我国民事诉讼法三十多年的发展历程表明，我国民事诉讼法是从恣意裁判转进到非人格化裁判，民事诉讼是在对恣意乱为反思的基础上，走向了严守中立非人格化运作。民事诉讼非人格化运作出现了普遍化的机械司法和证据形式主义裁判，其中原因在于法官心灵封闭。心灵封闭导致人的物化，要挽救人免于物化，有必要引入“意”，将民事诉讼从非人格化转进“得意忘形”之境界。“得意忘形”之境界并不是理想，它与中国人文化心灵高度契合。

第四，“得意忘形”境界之实现依赖于裁判者精神境界的提升。依法裁判和依证据裁判是裁判的基本路径，机械司法和纳粹司法是此条裁判路径的产物，要避免之，就得通向“得意忘形”之境界。“得意忘形”是民事诉讼运作的高级阶段，要达此目标，应在依法裁判和依证据裁判基础上，提升裁判者的精神境界。具体而言，一是裁判者心中应有自己坚守的信念，有自己的精神追求和信仰，信仰必须真诚，方法就是正心诚意；二是裁判者不应拘泥于形式法律，注意把握法的精神和目的，能够以法的目的性矫正因法的安定性带来的不足；三是开放裁判者心灵，发挥心灵在事实认定的作用，不仅仅要依法、依证据裁判，还要依良知裁判；四是裁判不仅仅是裁判者的职业，也是裁判者安顿灵魂的生活方式，成为裁判者追求圆满人生的志业，要追问自己作出的每一个裁判是否会让灵魂不安。总之，得其意，忘其形。