



中国法学文库
Chinese Law
Library

对抗与判定

——日本民事诉讼的基本结构

(第二版)

王亚新 著

清华大学出版社



中国法学文库
Chinese Law
Library

对抗与判定

——日本民事诉讼的基本结构

(第二版)

王亚新 著

清华大学出版社
北京

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

对抗与判定:日本民事诉讼的基本结构/王亚新著.--2版.--北京:清华大学出版社,2010.6

(中国法学文库)

ISBN 978-7-302-22732-8

I. ①对… II. ①王… III. ①民事诉讼—研究—日本 IV. ①D931.351

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第088230号

责任编辑:李文彬

封面设计:闻·竞工作室

责任校对:王凤芝

责任印制:孟凡玉

出版发行:清华大学出版社

地 址:北京清华大学学研大厦A座

<http://www.tup.com.cn>

邮 编:100084

社 总 机:010-62770175

邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 装 者:三河市金元印装有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:170×240 印 张:20.5 插 页:2 字 数:388千字

版 次:2010年6月第2版

印 次:2010年6月第1次印刷

印 数:1~4000

定 价:39.50元

产品编号:038130-01

序

本书第二版即将问世之际,作者嘱我写篇序言,说从读者或同行的角度谈一谈书中的内容是否还有重新推出的意义即可。恭敬不如从命。且关于本书,也曾有过多与作者本人或与其他师友的讨论,现在大概就算把这种私人话语转化为公共话语的一个恰当的时机了吧。

自恢复法制建设三十年来,我国民事诉讼法学研究取得了长足的进步。但令人颇为尴尬的是,在对外国相关法制及学说的一般性译介工作基本完成之后,民诉法学的进一步发展似乎主要就只能依靠立法议题来刺激和推动了。新法不出台,立法不修改,研究往往就陷入停滞、乃至沉寂。迄今为止,主流民诉法学就像一只“无脚的鸟”,悬浮在半空中,始终没有落到可以栖息、生长的实地。通常的研究范例是:在“外国如此我国也应当如此”之潜在预设的影响下,将外国法制或学说的介绍梳理作为立论的前提或基础,杂糅进有关我国的某些片断或模棱两可的事实信息,就引出法律修改或制度构建的政策建议;或者通过对所谓“国情论”的刻意强调,达到相反的结论。无论肯定或否定,这种以立法的制定、修订为指向,以比较法知识为主要理论渊源的研究始终难以穿透“话语”(discourse)与“实践”(practices)之间的隔阂,游离于法院日常审判实践之外而难以给我国民事诉讼法学带来深刻的或根本性的变革发展,也不能与司法实务建立真正有建设性意义的联系。近些年来民事司法政策转向及法院调解的“复兴”,或许也可以视为这种局限性的表现之一端。

作为一个欠缺法治传统、市场经济经验也极为有限的国家,在建设现代法制的取向上,过分沉迷“本土资源”并不可取。诚如一位对中外法制均有深刻了解的学者所言,即使在“本土化”的强烈诉求下,基于我国的现有国情,仍需要进行大量有识别力的法律“进口”工作。但是,“希望有识别力地进口外国法律,首先就需要对该进口产品的本质有一个透彻的理解”^①。观察、剖析外国法即是一种理解过程,但未必构成“进口”的前奏。而西方法治国家作为“他者”,能够使我们在与其比较对照之后,发现自身的优劣及改善的方向。在此意义上,认知“他者”,便成了如何辨识“自我”的必要前提。

① 何美欢:《论当代中国的普通法教育》,54页,北京,中国政法大学出版社,2005。

本书是王亚新教授耗时三年的倾心之作,以他在日本长达十七年的留学、研究、执教背景作支撑,可以说全面透彻地为国内读者展示了日本民事诉讼制度作为“他者”的形象。据我所知,目前市面上流传的日本民诉法教科书译作达五六种之多。但是,本书并不属于一般意义上的包括概念理解、条文辨析、判例归纳、学说梳理等内容的教科书范畴。作者不仅对日本民诉制度、学说理论作了准确的概括提炼,而且深入到浸润其中之专业人士“意中皆有、言中皆无”的“被省略的共识”层次,将“话语”置于动态的、活生生的诉讼过程来理解和把握。换言之,他并未满足于有关法条、学说解释的“话语重述”,而且还进一步探求“话语”编织的意义之网所笼罩的司法实践日常运作。

在这里,法律“话语”成为渗入日常实践的一种因素或变量,与其他社会的、经济的、政治的等结构性因素一起构成特定的情境,制约或型塑了日本民事诉讼制度的样式及其具体展开。正在这里,作者不仅发现了“话语”的力量,也发现了“话语”的苍白无力。例如,作者在分析“口头辩论”原则时,并没有以阐释其内涵、来源、制度表现为已足,而是仔细讨论了受“证据结合主义”及“随时提出主义”、“法曹”^①人数严重不足、法官频繁异地交流、甚至“法文化”对诉讼迟延的容忍等因素的影响,贯彻口头辩论反而产生了“五月雨式审理”的病理性现象(参见本书第五章相关部分)。本书许多不同的章节都展示了同样的分析进路。也正在这样的阐释中,作者似乎已经揭示了一种可以让我国民事诉讼法学研究“落地生根”的路径,即从“法”的视角和逻辑出发,并保持对其他关联因素和分析方法的开放性,研究复杂条件下的民事程序日常运作状况,探求我国程序法治建设的困境、契机及方向。我认为,这种研究进路可以使民事诉讼法学研究直面中国的现实,以对真实世界的确切把握及在此基础上的改善建议作为研究核心,摆脱现有主流研究模式与实际情况脱节、缺乏可持续性等的局限性。同样重要的是,这种分析进路将包括外国学说理论、制度规则在内的司法知识、技术视为在微妙的意义上影响日常实践的“话语”,重视民事诉讼法解释学或规范性分析的主体性,以此远离“建构未成先解构”的“后现代”虚无主义。立足于此,经过艰苦努力的话,相信我国民法学界有可能与司法实务界、立法部门、国外学界展开充分的对话互动,持续参与本国法治“话语”的生产与再生产过程,从而走向真正的成熟。

除了这次重读后形成上述最为强烈的印象之外,还想略微涉及本书的写作特色及若干细节。首先,在某种意义上可以说,本书的内容已经超越了民事诉讼法学的范畴,而进入了法社会学的研究领域。但与一般的法社会学观察有所不同的是,本书又

^① 在日本,法官、检察官和律师总称为“法曹”,被誉为“法制建设上的三根支柱”。这三者的地位很高,但对其资格的要求也很严,他们对日本法学理论的发展和法律实践的完善都有很大贡献。

始终以日本民事诉讼制度为出发点和落脚点,仍与主流的民诉法学保持了应有的亲和性。这种研究的张力使得全书层次丰富而内容丰满,既包括传统诉讼法学的体系性知识,又涵盖与诉讼制度运作相关的“法的空间”的内容,甚至还多处涉及法空间以外的社会事实。这方面最典型的是对“既判力”根据及功能的解说(参见本书第九章相关部分)。作者于西欧法律文化传统的历史形成这样一种广阔背景下,努力内在地理解作为特定制度产物的既判力;进而又在“法的空间”和“生活空间”对照的意义上,说明既判力所蕴含的法逻辑对社会秩序形成及大规模市场连锁交易的作用。无疑,这种令人信服的阐释对澄清我们围绕再审/判决终局性乃至“涉诉信访”现象所产生的困惑颇具启发性。联系到前述的研究进路,这种写作方法值得认真体会。

其次,就我自己从事比较法考察的体会而言,这类研究最容易犯的毛病有两个。一个是材料获取、思路构想和结构安排上被外国学术表达模式所牵制,缺乏对本国读者的应有关照;再一个是在观察到中外差异后“迫不及待”地对中国问题大发感慨,“心急火燎”地提出改革建议。本书则注意到异域读者可能产生的陌生感,从一则真实案件的第一审审理过程切入(本书第一章),紧接着就其中涉及的重要程序问题做出教科书式的简要说明(本书第二章),然后再围绕各个关键性制度环节展开讨论分析,并在确有必要时引用实例为据(如本书第六章、第八章相关部分)。必要的经验资料有助于克服制度隔阂所造成的“云里雾里”之感,而将极克制的经验材料运用纳入论述的整体思路,既不破坏全书写作风格的统一性,又能够使抽象的理论阐述得到具体经验的支持。虽然作者在序章中坦陈,其问题意识或研究的出发点是“我国现行民事诉讼制度上及审判方式改革中面临的种种问题”,全书也多处联系到中国的研究及司法实际情况,但大多只作了冷静的描述和分析,鲜见强烈的价值倾向或矫情的抒发议论。

最后,本书从标题到内容最醒目之处是将日本民事诉讼制度归结为由“对抗”与“判定”两个要素构成的理论模型。通过构筑理论模型的方法,将日本民事诉讼制度的各个重要侧面纳入统一的理论框架之下来描述和说明,避免了常见的堆砌材料、缺乏“命题”(issue)及整体逻辑连贯性的问题。对于这一理论模型是否具有解释力和可信性,作者交由读者通过阅读全书自行判断。我相信大多数读者会与本人一样得出肯定的结论。当然,作者并没有将这种理论模型之理想状态的构筑当成写作的最终目标,也涉及了对其内在矛盾或欠缺之处的深入剖析和批评。在围绕“对抗·判定”的结构特征及具体表现展开详尽说明之外,本书没有回避或忽略难以归入其中的制度构成因素和其中蕴含的重大价值。例如,书中专设有两章讨论“调解制度与诉讼上的和解”及“小额诉讼制度”。不过,除了使全书内容更完整丰满,作者力图以统一的视角阐述这些制度成分,从而让人深切感受到日本民事诉讼制度鲜明的、贯彻始终的

正当化机制与运作原理。而其中论及的“调解优先”原则、“调判分离”的制度设计等内容,对讨论我国当下正在发生的司法政策转向、审判与调解的关系等议题,均无不作为“他者”的比较参照意义。

距离上一次通读全书已过去六七年之久,其间因为写作的需要也反复阅读过其中的好些章节,但此次重温,仍感到获取新知与受到智识挑战的愉悦。好的作品,理应经得起时间的检验。尤其在民事司法政策和民诉法学研究的当前态势之下,不妨说本书第二版的推出适逢其时。这篇文字作为重读之体会,亦可视为再次受教的一点心得。

是为序。

陈杭平

2010年1月30日

于对外经贸大学求索楼

目 录

序章 本书的方法、内容构成及意义	1
第一章 日本民事诉讼案件处理流程的实例	9
一、诉的提起	9
二、被告的答辩	11
三、第一次口头辩论期日	14
四、原告的书面准备与被告的证据提出	15
五、用于准备的口头辩论期日	16
六、文书提出命令的申请	17
七、现场的实地查看与准备程序的继续	19
八、被告的准备书面与裁判所的正式释明	20
九、最后一次用于准备的口头辩论	21
十、鉴定的申请与鉴定结论	23
十一、第二次口头辩论期日	24
十二、和解期日	25
十三、裁判所做出判决之前的内部协议	27
十四、判决书	28
第二章 案件处理流程的程序法背景	31
一、诉状的记载内容	31
二、受理起诉的程序	33
三、案件系属于诉讼后的裁判所活动	34
四、答辩方式与第一次口头辩论的功能	35
五、准备程序的种类	36
六、审理对象的形成	38
七、证据的收集与证据申请	41
八、审查证据的方式	44
九、主要开庭期日与证人证言的听取	45

十、和解与判决	47
第三章 日本民事诉讼的基本结构	50
一、“对抗·判定”的诉讼结构	50
二、“对抗·判定”结构与纠纷的妥善解决	56
三、“对抗·判定”结构下诉讼的纠纷解决机制	60
四、“对抗·判定”结构作用的复杂性	63
第四章 审判对象的形成：程序与实体	67
一、审判对象形成的基本问题及一般原理	67
二、诉讼标的理论	70
三、作为审判对象的多种“案件事实”	82
四、辩论主义原则与案件事实的分类	86
五、案件“实体形成”的整体结构和意义	91
第五章 一审程序的展开过程	95
一、程序进行样式的分类及意义	95
二、口头主义原则与开庭审理的口头辩论期日	98
三、早期终结的案件流程及其程序进行样式	103
四、日本民事诉讼程序进行样式存在的问题与改善的努力	108
五、新民事诉讼法中的程序进行样式	116
六、程序的职权进行主义原则与法官裁量的界限	123
第六章 证据制度与证明	128
一、理论视角与基本概念	128
二、关于收集证据的制度	132
三、证据的提出与审查证据的法定程序	142
四、作为法官心证形成过程的证明	150
五、证明度与举证责任	163
第七章 调解制度与诉讼上的和解	179
一、日本调解制度的一般情况	180
二、民事调解制度的位置及其程序特征	182
三、“调审分离”的制度设计与职权调解	190
四、调解与诉讼上和解的关系	199
五、诉讼与调解及诉讼上和解在规范适用上的差异	204

第八章 判定的形式:判决书与判例制度	210
一、作为“判定”的判决	210
二、判决书内容的分析	218
三、日本民事判决书的新动向	227
四、判决书与上诉制度	230
五、上告审判决书与判例制度	235
六、附:判决书样本(长期以来通用的传统样式)	245
第九章 判定的终局性:既判力与再审	250
一、有关判定终局性的概念	250
二、既判力	254
三、判决终局性的程序基础与既判力根据论	264
四、判决的终局性与再审制度	267
五、既判力的客观范围	275
六、结语	283
第十章 小额诉讼制度	284
一、小额、简易程序的概念与功能	284
二、两种思路与不同小额、简易程序的比较	289
三、日本的新小额诉讼程序	301
四、结语	305
参考文献	307
第二版后记	318

序章 本书的方法、内容构成及意义

本书的意图是构成一个关于民事诉讼基本结构的理论模型,在此基础上将日本的民事诉讼作为一个能够例示该模型的制度样本,通过对其各个主要领域的介绍分析而描绘出诉讼程序的整体轮廓。

不用说,这项研究的目的仍在于为我国民事诉讼法学提供某种参照或比较的框架。在笔者看来,我国目前的比较法研究大致采取的是两种各有短长的方法或途径。一种是直接把外国与我国同样的法领域、法现象作为比较的对象,在叙述介绍国外的制度或做法之后,对我国类似的现象或制度进行分析并提出改善的建议。这种研究方法的好处是针对性强,能够直接引出对于了解我国自身问题所在和探索改善的方向有帮助、且时时颇具新鲜感和冲击力的观点意见;缺点则是国外信息的介绍可能仅停留在表层片段的水平,而立足于外国的情况对我国所存在问题提出的改进意见,又往往未能顾及各自的特殊条件而有不得要领之嫌。另一种方法或途径只是间接地或潜在地把我国法律制度或有关的法现象作为比较对象,研究的重点或全部内容都是对国外有关领域法律制度或理论的介绍分析。就可能具有的长处而言,使用这后一种方法的比较法研究似乎更易于达到对外国法知识做完整把握和内在理解的要求;但另一方面,关于国外法的制度和理论巨细不分、面面俱到的介绍却经常带来难以给我国自身的法制建设提供切实而真正有意义的参考这一问题。看来,无论采取哪一种方法途径,如何既能够完整而深入地把握理解作为参照的国外资料,同时又提供真正可能切合我国现实情况的成果,对于比较法研究来说始终是一个难以做到两全的课题。

在以上所述的两种方法之中,本书采取的是后一研究途径,即基本上不涉及我国民事诉讼的现状及问题,而把描述考察的重心放在日本民事诉讼有关领域的制度及

理论上,只是在认为有必要和可能时才与我国历史上(有时还旁及美国、德国及其他国家)类似的领域或问题适当加以比较而已。但是,笔者的问题意识或研究的出发点当然仍是我国现行民事诉讼制度上及审判方式改革中面临的种种问题,而且如何处理对付上述对于比较法研究来说的难题也始终被作为尽力反映到本书的构成及内容中去的一个重要视角。本书为了克服这一难题而在方法论上做出的努力,或者说也可以说本书最大的特色,恐怕就在于构筑一个理论模型并试图利用此模型来对日本民事诉讼制度做出某种整体上的统一说明。关于这样的努力是否成功,或这种方法论途径究竟在多大程度上有效,读者可以通过阅读全书自己去判断。但是在这里,也许还是有必要先对本书所提示的理论模型稍作些解释及讨论。

首先,“模型”(model)这一概念指的是为了把握理解复杂的事物而把单纯化的要素组合起来构成的一种假说性的认识工具。社会科学中理论模型的系谱往往溯及到马克斯·韦伯提出的“理念型”概念,而且与他关于“理解的社会学”这一学说紧密相关^①。简单说来,以这个学术系谱为背景的模型概念并不具有本质论或本体论的性质,换言之,模型不是事物的本质,也不等于现实的事物本身或事物的“本来面目”。模型只是在便于接近并了解极度复杂的事物这个目的之下造出来的一种人工的建构,因此可以依具体目标及接近角度的不同而呈现出多种的样式。本书提示的理论模型作为认识把握某一类民事诉讼基本结构的工具,其特点之一在于把这类民事诉讼结构还原到最单纯的“对抗”和“判定”两个要素。反过来看,这种还原论的性质又意味着有可能利用这样的要素及其相互联系,从更基本的层次上对民事诉讼各个不同的领域或种种具体的制度设计做出相对统一的说明。本书的理论模型另一个更为重要的特点则在于,模型实质上始终是通过比较而构成的,在设想构思这个关于国外民事诉讼结构的模型时,虽然未必一一言明,一直被作为参照系的就是我国民事诉讼的传统及现状。这一点不仅由构成的模型本身体现出来,而且也反映在本书对日本民事诉讼各个领域进行介绍分析所强调的重点之中。笔者希望通过这种虽然间接却可能发掘至深层的比较方法,来解决外国有关信息与我国现实状况之间联系的针对性问题。

其次,本书提示的理论模型与我国民事诉讼法学界曾较热烈地讨论过的所谓“诉讼模式”有什么关系?这是需要加以适当解释的第二个问题。应该说,就“诉讼模式”往往被用来指称诉讼的基本结构这一点而言,这个概念与本书所说的模型大体上是

^① 关于韦伯的“理念型”概念及“理解的社会学”,参见[德]马克斯·韦伯:《社会科学方法论》,富永佑治、立野保男译,72~98页,东京,岩波书店,1938;[日]下田直春:《社会学思考的基础》,250~284页,新泉社,1987;[英]弗兰克·帕金:《马克斯·韦伯》,刘东、谢维和译,3~41页,成都,四川人民出版社,1987。

一致的。但是,当具体指明诉讼模式的内容时,学者们提出来的则不外是“当事人主义”与“职权主义”,或者“对抗制”与“纠问制”这几个模式。在笔者看来,这些模式本来都是在渊源于西欧法律传统的诉讼审判内部进行比较时使用的概念,如在大陆法系与英美法系之间,或在大陆法系历史上的诉讼与现行诉讼制度之间,以及在支配诉讼特定领域的不同法理之间比较其差异时,都可能利用这些模式概念。正因为如此,读到使用这些概念来将我国与欧美各国的民事诉讼加以对照比较的文献时,常常有还欠缺了什么重要部分的感觉。更具体地说,无论“当事人主义”还是“职权主义”、“对抗制”还是“纠问制”,主要涉及的都是“对抗”还是“非对抗”这一部分的要素,而“判定”还是“非判定”这一对于我国传统和现实的民事诉讼来讲是非常关键的要素却没有得到正面涉及。说来也很简单,因为在西欧型诉讼审判的内部,无论“当事人主义”还是“职权主义”、“对抗制”还是“纠问制”,在最终结果都与“判定”同型这一点上其实并无根本区别,所以主要是用于比较差异的模型构成不涉及这个部分的要素自然很容易理解了。这样的见解甚至也可以适用于苏联的民事诉讼。但是,如果以我国民事诉讼作为进行比较的参照系,停留于上述这些概念的模型构成就显得很不够了。在这样的意义上,本书提示的理论模型可以说又与我国民事诉讼学界一般所理解的“诉讼模式”有明显区别。

此外,在笔者以前的研究中,曾为了比较我国与西欧型的诉讼审判而提出过一些理论模型,如在笔者的日文专著中把西欧型的诉讼模式定义为“判决中心的诉讼”,我国民事诉讼的模式则表达为“同意中心型”^①,这个模式上的区别后来在以中文发表的论文中重新定义为“判决型审判”与“调解型审判”^②。关于本书中的理论模型究竟与笔者以前提出的这些模型有何联系,则是想在这里解释的最后一个问题。与上文所述一般理解的“诉讼模式”定义主要涉及程序过程及结构上的对抗与非对抗这部分要素相反,笔者以前提出的模型强调的是集中反映在西欧型及我国诉讼审判结果中的“判定”与“非判定”这一不同特征。与此相对,本书所提示的模型给予了“对抗”和“判定”两个要素同等的重视,并试图更加系统地揭示两者的内在联系。从这个角度来看,本书的理论模型是以前所提出模型的一种延伸及补充,也可以说反映了笔者理论思索的进一步发展。

当然,本书在内容的构成上是对日本民事诉讼程序的一个较完整的介绍,所依据的理论模型也是通过诉讼制度各个主要部分的描述分析才得以具体和形象地展现出

① 参见王亚新:《中国民事裁判研究》,26~29页,东京,日本评论社,1995(这部分内容最初发表于1991年)。

② 参见王亚新:《论民事、经济审判方式的改革》,载《中国社会科学》,1994(1)(后收进拙著,《社会变革中的民事诉讼》,10~18页,北京,中国法制出版社,2001)。

来的。在保持与基础法理的内在联系和理论上一致性的前提下,尤其是关系到我国审判方式改革中成为热点的某些领域时,本书有不少内容花费在叙述并力图较深入地分析讨论制度设计及程序运作中一些技术性的问题以及笔者认为是比较关键的细节。如证据制度和判决书等部分,就属于写得相当细的例子。另一方面,尽管追求从整体上展示日本民事诉讼制度的面貌,本书的内容也不可能巨细不捐、面面俱到,有所选择取舍是不可避免的。服从于展现或例示内在的诉讼结构并尽可能提供切合我国现实问题的参考资料等考虑,作为本书描述对象的民事诉讼程序是一个在较大幅度上作了简化省略的框架。稍稍具体地讲,本书想定的诉讼主要以一审程序为中心,就其原型而言只是由两个当事人围绕一项单纯的纠纷而展开的从起诉到获得判决为止的过程。多数当事人的共同诉讼及集团诉讼、多方当事人的诉讼参加、包括反诉或诉的追加变更合并在内的多重诉讼标的等诉讼的复杂形态,都不在本书的内容范围之内。同时,在普通判决程序之外又与这种程序紧密相关的其他程序,则依上述呈示结构模型的需要与结合我国情况的考虑而进行了取舍选择。例如保全处分程序及其他特别程序尽管十分重要也只有割爱;另一方面,调解程序和小额诉讼程序却分别构成了本书内容的重点之一。

本书的内容构成大体如下:

首先,为了给读者一个关于日本新民事诉讼法成立之后在标准的诉讼实务中案件或纠纷是如何得到处理的具体形象,第一章自始至终地介绍了一个诉讼案件在一审程序内展开的大致流程。在第二章,则通过有关程序的法律规定和实务中一些常见运作方式的进一步介绍,为理解第一章所述实例提供法律上制度上的一般知识背景。在此基础上,第三章的主要内容就是把“对抗”和“判定”作为两个根本的要素,构成关于西欧型民事诉讼基本结构的理论模型,日本的民事诉讼则被视为在自身特有的历史和社会条件下体现了这个模型的制度样本之一。接下来的各章则试图分别在诉讼制度的各个主要领域例示已提出的理论模型。第四章主要通过对诉讼标的的概念以及作为审理对象的种种“案件事实”的讨论,着重从诉讼中所谓“实体形成”的侧面来考察程序与实体的关系问题。与此相对,第五章的重点则放在程序进行方式这一形式的方面,其考察的范围内既有对不同诉讼进程的描述,如必要的准备程序及对开庭时当事人缺席等情况的处理,也包括关于庭审样式的讨论。第六章的对象是证据制度和证明过程,意在通过这个对于诉讼来说极为关键的领域,具体地呈示日本的民事诉讼法给当事人双方展开攻击防御的对抗活动提供了什么样的制度框架。第七章打算从判决程序以外的角度来对照这种程序特有的“对抗·判定”结构,因此对调解制度和诉讼上的和解等由当事人达成合意来解决纠纷的过程作了较详细的介绍分析,并指出了可以把日本的民事调解及其与判决程序的关系作为实现“调审分离”制

度设计的一个例子。第八章与第九章都与“判定”这一结构性要素直接相关。第八章把判决书作为判定的重要形式,在具体介绍日本民事判决书样式内容的同时,就其必要性、与程序展开过程的内在联系以及在发展法的概念体系这一功能方面对于构成判例制度的重大意义等进行了分析。第九章则着重论述了判定终局性的概念,指出具有终局性的判定与对抗互为前提或条件的内在联系,并在此基础上把判决的既判力和再审制度作为集中体现终局性的程序装置,考察了有关的学说和诉讼实务。最后的第十章从具有“对抗·判定”典型结构的诉讼程序难以回应大量处理解决小额、简单的日常性纠纷这一社会需要的观点出发,把小额、简易的诉讼程序作为补充、支撑或辅助普通程序的一种重要制度加以考察讨论。在这一章中除了介绍日本最近随新民事诉讼法的成立而刚刚引进的小额诉讼程序之外,还涉及了美国等英美法系国家和德国等大陆法系国家的有关制度。

从上述的内容构成可以看出,本书的大部分章节都可能相对地独立。读者既可以通读全书,也可以根据自己的兴趣选读有关章节;阅读可以按本书的章节顺序,也不妨碍从后面的章节读起。笔者所想定的读者既是同行的专家学者,也包括学习法律学的一般学生,因此本书除了作为专业书籍之外,还能够作为比较民事诉讼法学的教材或参考读物。此外还需要声明的是,由于本书完全是在国外讲学期间完成的,尽管这在资料和实地感觉的获得等方面极大地方便了做本书这样的比较法研究,笔者却几乎没有机会利用,甚至也难得接触到国内同行的学者们对同一领域或类似问题的研究成果。所以,本书引用的文献除了手边仅有的少数几本中文专业书籍外,基本上未能包括国内的期刊论文及其他出版物。希望在今后的研究中逐渐弥补这个缺憾。

如前所述,以下各章的内容都没有涉及我国现行的民事诉讼制度,本书的意义也不在于直接引出“我国的民事审判应当怎样”这一类的建议或意见,但确实期望能够通过国外程序基本法理的阐释分析和对一些重要的制度设计及技术性问题的介绍讨论,为进一步深入把握理解我国民事诉讼的现状及审判方式改革中面临的问题提供某种思考的材料或切入的视角。不过,在写作本书近三年的过程中,笔者也得到了宝贵的机会对自己过去关于我国民事诉讼制度的发展以及审判方式改革的走向提出过的看法做反复的思考。在本书接近完成之时,几个对于笔者来说一直是悬而未决的重要问题的有关观点,似乎也开始成熟或逐渐清晰起来。关于我国民事诉讼应当把建立什么样的程序结构作为发展的方向或目标、又怎样通过审判方式等各方面的改革去达到这种目标等重大问题,尽管还有待于大量阅读同行的研究成果并从事相当的实证调查之后才能系统地提示自身的观点,但笔者觉得在这里仍有责任对自己过去提出的看法做一点适当的整理或澄清。

在1994年初发表的一篇论文中,笔者曾明确主张我国民事及经济审判方式应当实现从“调解型审判”到“判决型审判”的程序模式转换,不过也应考虑尽可能保持前者优点和避免后者缺陷的问题,同时还需照顾到我国社会变革在时间和空间上高度不平衡的现实^①。但是,在1996年发表的另一篇文章中,笔者却对原来的观点有所保留并转而采取较为慎重的立场,指出了程序结构或模式的转换如果不能在超越诉讼制度本身的层次上带来更大利益的话,必须承受种种成本或代价的改革方向也许是不可取的^②。从那时到目前为止,尽管笔者也通过一些文章及发言局部地陈述过对诉讼审判制度改革看法,但对于我国诉讼结构或模式转换的必要性及可能性,却一直没有态度鲜明地表达出自己的观点。通过在本书写作过程中进行的研究与思考,笔者现在终于得到了一个明确的认识,就是我国民事诉讼的普通程序确实应该把建立起“对抗·判定”的结构并真正将其内在化于制度和司法实践之中作为改革的方向。

理由很简单,而且笔者已经在相当程度上反复做过阐述:具有“对抗·判定”结构的诉讼审判作为法治的微观基础,能够为我国社会引入一种新的秩序形成机制,并可能带来权力行使及制衡方式的多元化。当事人在一定程序框架内以获得原则上不可变的判定为目标而展开对抗,对于他们来说就意味着置身于一个必须在自我决定、自行负责的基础上并于严格限定了的时间与空间之内按照一系列程序性预设逐渐解决彼此之间问题的过程,就其结果而言又是为彼此的相互关系设定某种秩序。另一方面,建立在对抗的基础之上并作为其归结的判定,在主要依靠当事人自我责任的原则获得正当性的同时,又因不可逆的终局性质而能够使无处不在且往往具有无穷尽倾向的交涉谈判终止或暂停,从而可以为人们新一轮围绕秩序形成的相互作用提供相对稳定确实的起点。在这个过程中,法院及法官所发挥的“居中裁判”作用才有可能超脱于任何行使权力来处理解决问题的场合都极易发生的权力行使者“当事人化”的倾向,在相当程度上纯化为凭借法的专门技术及知识为当事人的对抗以及作为其结果的判定提供程序上制度上的保障。换言之,通过具有“对抗·判定”结构的诉讼审判,法院及法官才有可能从政治的社会的权力分布关系中相对地“剥离”出来,构成针对几乎任何纠纷仍能够保持中立性的所谓“绝对的第三者”^③。当然,法院及法官在社会中的位置及其通过诉讼审判发挥的动能要达到这样的程度或层次,需要多方面的配套改革,也有赖于制度的长期变迁和社会意识的变化,而决不是仅仅依靠程序结构的转换就能够实现的。但是,笔者现在的认识与上述1996年论文中所持慎重意见

① 参见王亚新:《社会变革中的民事诉讼》,28~29页,北京,中国法制出版社,2001。

② 参见王亚新:《社会变革中的民事诉讼》,48~49页。

③ 作为对所谓“绝对的第三者”的一个简单的说明,参见王亚新:《社会变革中的民事诉讼》,225~226页,北京,中国法制出版社,2001。

的不同之处在于,程序结构或诉讼模式的转换对于我国法治秩序的形成既具有不可回避的必要性,相对许多其他方面或层次上的改革或制度变迁来说又较容易先行或易于付诸实现,因此完全可以也应该作为当前审判方式改革的方向和重点。

同时,关于向“对抗·判定”结构的转换可能带来的成本或需要承受的代价以及我国原有诉讼审判模式的优点等问题,笔者的认识也有新的发展。仅仅就处理纠纷的效率和所能达到的纠纷解决内容而言,以“对抗·判定”为基本结构的诉讼审判并不比其他纠纷处理方式具有更多的优越性^①。而且,这种样式的诉讼审判难以回应大量吸收处理案情相对简单、争议金额较低却与一般人日常生活紧密相关的纠纷这一社会需求也是明显的事实。如本书第十章所介绍的那样,在具有“对抗·判定”结构的各国诉讼审判制度中,为了尽量方便一般民众接近并利用诉讼制度,都通过简易程序或小额诉讼制度等程序分化的种种办法来试图弥补普通程序的缺陷和尽可能吸收处理大量的日常性纠纷。就我国诉讼审判制度改革的方向来说,在引入并确立“对抗·判定”结构的同时,也有必要以基层法院处理的民事案件为中心,通过简易程序等现有制度手段的充分运用和引进小额程序等新的制度装置来大量地实现简易、迅速、成本低廉,且因专业化或技术性的程度低而易于为一般人所理解并利用的纠纷处理。从我国种种特殊情况来考虑的话,在第十章分析的是与普通程序保持一致性还是从性质上区别于普通程序这两种程序分化的思路中,也许我国审判方式改革需要采取的是后一种思路,即普通程序的主体部分实现向“对抗·判定”结构转换的同时,在基层法院大量的日常性纠纷处理过程中仍尽可能地保持我国原有诉讼审判方式的特点或优点。如“便民”原则或“方便当事人诉讼、方便法院审理”的“两便”原则等价值取向、“现场办案”或“巡回审判”等诉讼实务中的习惯做法,都可以坚持并发扬光大。另外,以国外诉讼制度中不少从性质上与普通程序区别开来的小额或简易程序更接近或类似于仲裁等情况作为参考的话,也可以考虑在我国基层法院习惯了的案件处理方式基础上发展出某种类似于“调解型”的审理程序并予以完善。还有婚姻家庭等特定领域的纠纷也不一定适合用具有“对抗·判定”结构的诉讼程序来处理,在这些方面都存在着进一步分化程序的余地。就推进诉讼制度及审判方式改革的路径而言,诉讼结构或模型的转换与程序的分化及原有审判模式的完善应该是同期进行的。不过应当强调的是,由于“对抗·判定”结构对于我国法律传统来说是一种外来的、异质的因素,要使其在我国现行的诉讼制度和实务运作中真正地“落地生根”或得到内在化,也许还需要一个不短的、甚至是伴随着痛苦的过程。因此至少在当前,

^① 关于这一点,笔者在自己早期的研究中就已经做过论证。参见王亚新:《中国民事审判研究》,174页,东京,日本评论社,1995。