

民事司法改革研究

ACCESS TO JUSTICE

主 编 齐树洁

副主编 王建源

撰稿人 (以撰写编章先后为序)

齐树洁 王建源 蔡从燕

朱晓勤 吴旭莉 林 馨

李辉东 张冬梅 丁丽瑛

魏艳茹 王宁宁 卓廷华

杨鹏慧 林炜斌 郑学军

冷根源 肖 伟 何丽新

张 卿 蔡庆辉 杜晓帆

厦门大学出版社

本书作者简介

(以撰写编章先后为序)

齐树洁 北京大学法学学士(1982),厦门大学法学硕士(1990),西南政法大学诉讼法专业博士研究生,曾在西南政法学院、中国人民大学、香港大学、菲律宾 Ateneo 大学、英国伦敦大学、德国 Freiburg 大学研修和访问。现为厦门大学法学院教授、中国法学会诉讼法学研究会理事、民事诉讼法专业委员会委员。本书主编,撰写绪论、第二章。

王建源 法学硕士,1992—1999 年任职于海峡两岸关系协会,现在泉州市中级人民法院工作。本书副主编,撰写绪论、第一章。

蔡从燕 厦门大学法学院硕士研究生。撰写第三、十六章。

朱晓勤 法学硕士,厦门大学法学院讲师,国际法专业博士研究生。撰写第四章。

吴旭莉 法学硕士,厦门市中级人民法院法官。撰写第五、七章。

林馨 厦门大学法学院硕士研究生。撰写第五、十五章。

李辉东 法学硕士,厦门市鼓浪屿区人民法院法官。撰写第六、二十章。

张冬梅 法学硕士,福建师范大学经法学院教师。撰写第八、九章。

丁丽瑛 法学硕士,厦门大学法学院副教授。撰写第十章。

魏艳茹 厦门大学法学院硕士研究生。撰写第十章。

王宁宁 厦门大学法学院硕士研究生。撰写第十一、二十章。

卓廷华 厦门大学法学院硕士研究生。撰写第十二章。

杨鹏慧 厦门大学法学院硕士研究生。撰写第十三章。

林炜斌 厦门大学法学院硕士研究生。撰写第十四章。

郑学军 厦门大学法学院硕士研究生。撰写第十四章。

冷根源 厦门大学法学院硕士研究生。撰写第十七章。

肖伟 法学硕士,厦门国贸集团法律室主任,厦门大学国际法专业博士研究生。撰写第十八章。

何丽新 法学硕士,厦门大学法学院讲师。撰写第十八章。

张卿 法学硕士,厦门市中级人民法院工作人员。撰写第十八章。

蔡庆辉 法学硕士,厦门大学法学院教师。撰写第十九章。

杜晓帆 厦门大学法学院硕士研究生。撰写第十九章。

序

中国当前正在进行的、深受社会各界关注的司法改革，可谓是一项上系国家前途、下关百姓民生的浩大工程，它包含着从观念到制度、从理论到实践的方方面面的变革与创新。这项工程的启动以中国法制现代化建设为背景，是中国社会由人治迈向法治的一个重要标志。与刑事司法改革一样，我国民事司法改革的动因有两个：一是社会、经济、政治发展的现实需求，二是世界司法改革潮流的冲击和国际公约的推动。就前者而言，可以说我们的民事司法改革是由司法实务界拉动起来的。面对社会形势的剧变而产生的内、外压力，司法机构出于其自身的需要，在现有的法律框架之内实施了一些改革措施，比如各地法院相继开展的民事审判方式改革便是其中的一项重要内容。理论界对此也给予了积极的回应，由对具体制度的探讨逐渐过渡到了对民事司法改革的系统研究。就后者而言，当今世界上其他国家纷纷着手进行的司法改革确实给中国法律实务界和理论界带来许多值得思考的课题。纵观各国司法改革动态，尽管其各自采取的方略和具体措施不尽相同，但从总体而言，却都无不是在朝着加强国家司法过程中的人权保障、追求司法公正、讲求司法的效率性、经济性这几个方面进行努力，只不过由于各国民事司法状况和水准的差异使得改革的侧重点有所不同而已。中国的司法改革体现了对国际司法改革潮流的一种顺应以及朝着司法现代化的目标迈进的努力。

中国在借鉴国外司法改革相关经验之时，一直都在强调“本土化”原则，注重找寻外来文化、制度与本土文化资源、制度资源的契合点。这从一定意义上说，是有其合理性的。然而，我个人以为，在

关注中国现实国情的同时,真正意义上的“本土观”还应是将中国的发展纳入到世界共同发展这一战略图景中来,真正找准自己目前所处的“位置”,认识到中国目前的司法水平和状况距离先进国家到底还有多远,中国司法制度目前存在的关键性问题到底是什么。只有这样,才能时刻保持清醒的头脑,以免迷失我们改革的大方向而“直把杭州作汴州”。尽管他国的经验教训可以警示我们少走一些弯路,但是我们要知道,在“鱼”和“熊掌”不可兼得的情况下,有些代价是我们必须付出的。

《民事司法改革研究》是我国诉讼法学界卓有成就的中青年学者之一、厦门大学法学院教授齐树洁率一批青年学者和研究生共同完成的一项最新研究成果。齐教授曾先后赴菲律宾、英国、德国、香港等国家和地区的法学院研修和访问,积累了大量的最新的研究素材,为本书的完成奠定了丰实的资料基础。本书立足于中国民事司法改革的实践,从理念的变革入手,对民事司法改革这一课题作了比较系统全面的研究,并以比较法的视野对国外一些发达国家的司法改革动向及相关制度作了详细介绍,不失为一部既有理论水准,又有实践意义的学术作品。本书的编写及出版对于推动中国民事司法改革这一系统工程的良好运转、加速中国民事司法现代化进程有着积极的意义。是为序。

常 怡

2000年9月27日于歌乐山下西南政法大学

序

当今中国,无论是司法界或是法学界,谈论的一个热门话题便是审判方式的改革。君不见,学者在写文章,法官在出书。文章一篇一篇地见诸报刊,书一本一本本地陈列于书摊。上面在报告指示,中间在制定解释,有人呼吁立法,地方正在立规,到处都在开研讨会,一片繁忙景象。应当说这是一件好事,因为毕竟是在向法制的方向前进,因为毕竟是程序法的一次改革。对于长期重实体而轻程序的国度来说,这无疑是一件大好事。为了将此次改革进行得比较好或比较顺利,我们又必须冷静考虑深入研讨。比如名称,是叫审判方式改革?还是审判制度改革?还是诉讼制度改革?又如,改革的背景,包括国际背景和国内背景;它是我国的特产抑或是一种国际现象或趋势?它是个别人的一时冲动还是客观形势的发展带动?中国民事诉讼改革的内容、方向和条件是什么?民事诉讼改革与司法改革的关系又当如何?改革的目标和计划是什么?改革需不需要一个专门的机构来组织规划?民事诉讼改革是不是要单枪匹马孤军深入?凡此等等,亟需理论的探讨和科学的争鸣,更需要借鉴古今学习中外。

齐树洁教授主持编写的《民事司法改革研究》一书,顺应了这一需要。作者一方面深入实践作了大量的调查,另一方面又埋头于书案进行理论的思索和研究,几易其稿后终于成书。书中详细地论述了司法改革的理念,阐释了中国民事司法改革的理论和实践,尤为可贵的是还谈到了外国民事司法改革的经验。这种虚心学习和借鉴国外民事司法改革的经验正是诉讼法理论界所需的。

讲到学习外国一事,我还想多说两句。近几年,在我们的队伍

中似乎存在一种看法：即当前进行的民事审判方式改革好象只是我们的特产，我们的专利。其实，这是一种误区。大量的事实说明，改革不但正在中国进行，在国外也正在进行，而且可以说进行得比我们好比我们快。

早在资本主义文艺复兴时代，随着“人权”、“平等”、“自由”、“民主”等基本观念深入人心，当事人不再是中世纪时代被追诉的客体而是主体——有权利义务的主体。这些不但写在法律文件里而且落实在审判实践上。到了近代，各国纷纷建立法治国家，并为此采取了大量的措施。作为公民权利实现的最终和最重要手段的诉讼和审判，在制度和理念上始终受到人们的高度重视。20世纪后半叶以来，西方社会中司法的社会功能不断扩大，司法机关在社会中的地位进一步提高。与此同时，审判机制面对日益增多的诉讼案件开始显得力不从心，诉讼的高成本和迟延成为世界性的问题。于是，各国都在酝酿并进行着改革。德国1877年制定第一部民事诉讼法后，战后多次修改民事诉讼法。法国也于1976年开始实施全面修改后的民事诉讼法。日本在明治维新以后，在司法制度方面先是学法国后是学德国。二次大战后，又学美国。每学一次可以说就是一次改革。在诉讼爆炸的大背景下，美国也开始了民事诉讼制度的改革，诸如证据开示制度、加强法官的诉讼指挥权等等。这些国家的法律每修改一次，就表明改革又取得了新的成果。法律就是对改革成果的固定化。

纵观各国的民事诉讼改革，还有一点是值得注意的，即改革不能孤军作战。法律是国家的上层建筑，它受制于经济水平的发展程度；民事诉讼法只是国家法律部门中的一员，其制定与修改必须纳入整体的考虑之中。因此，照我看来，民事诉讼改革是司法制度改革的一部分，而司法制度的改革又有待于国家政治体制的改革，政治体制改革又和经济改革的进程密切相关。所以，民事司法改革将是一场持久的改革，其间还要经历漫长的艰苦的道路。希望一蹴而

就的想法是不现实的,也是不科学的。愿《民事司法改革研究》一书成为改革成功的铺路石。

寥寥数语,纯属个人一孔之见,借《民事司法改革研究》一书付梓之际,提出来就教于同仁。是为序。

田平安

西南政法大学校长、博士生导师

2000年10月1日

于歌乐山下书斋

目 录

绪论

- 一、民事司法改革的内发性动力 (2)
- 二、民事司法的现实与改革的动向 (11)
- 三、结语 (37)

第一编 民事司法改革的理念

- 第一章 民事司法理念的变化 (46)
 - 一、从实质正义到分配正义 (46)
 - 二、从当事人控制诉讼到法官控制诉讼 (48)
 - 三、从解决争议方式的单一化到多元化 (51)
 - 四、从法院工具论到法院独立论 (55)
- 第二章 民事司法改革的观念基础 (59)
 - 一、民事程序法与实体法关系的重新厘定 (60)
 - 二、民事程序法的价值 (68)
 - 三、民事司法改革的观念基础：程序正义 (73)
 - 四、结语 (78)
- 第三章 诉讼公正与程序保障 (79)
 - 一、实体正义与程序正义 (80)
 - 二、客观真实与法律真实 (83)
 - 三、法院职权的弱化与强化 (87)
 - 四、诉讼公正与程序效益 (91)

第四章 司法公正与国际人权公约	(95)
一、主要国际人权公约概况	(96)
二、国际人权公约对诉诸司法权利的保护	(100)
三、国际人权公约对法律上的平等权的保护	(106)
四、国际人权公约对公正审判权的保护	(108)
五、我国保护相关人权的实践	(113)

第二编 中国民事司法改革的实践

第五章 审前准备程序	(120)
一、构建审前准备程序的必要性——程序正义 的考察	(121)
二、对西方国家审前准备程序的简要评述	(125)
三、我国构建审前准备程序的制约条件	(128)
四、我国审前准备程序改革的新动向	(130)
五、审前准备程序的核心——证据交换	(133)
第六章 法院调解制度	(142)
一、作为纠纷解决方式的调解	(142)
二、各国调解制度立法例	(147)
三、我国法院调解制度概述	(151)
四、关于我国现行法院调解制度存废问题的论争	(155)
五、我国法院调解制度之重构	(161)
第七章 民事证据制度	(174)
一、举证责任	(175)
二、证据的审查与判断原则	(179)
三、审查判断证据的方法	(184)
四、无须证明的事实	(187)

五、非法证据的排除	(190)
六、公开心证——传统自由心证与法定证据制度 的融合	(193)
第八章 民事证人制度	(204)
一、外国民事诉讼证人制度的比较	(205)
二、对现行民事诉讼证人制度的反思	(208)
三、我国民事诉讼证人制度的完善	(212)
第九章 民事证明标准	(221)
一、证明标准与证据制度	(221)
二、对一元制诉讼证明标准的反思	(223)
三、民事诉讼中的高度盖然性证明标准	(231)
四、适用高度盖然性证明标准的若干问题	(238)
五、结语	(242)
第十章 强制执行制度	(244)
一、我国民事强制执行制度的立法与司法现状	(244)
二、民事执行中存在问题的原因分析	(249)
三、民事执行制度改革的原则	(260)
四、完善我国强制执行制度的具体措施	(270)
第十一章 法律援助制度	(287)
一、我国法律援助制度概述	(288)
二、我国法律援助的对象	(295)
三、我国法律援助的范围	(299)
四、我国法律援助机构建设	(301)
五、我国法律援助的程序	(304)
六、法律援助的资金	(306)
七、结语	(308)
第十二章 人民调解制度	(310)
一、人民调解的制度分析	(311)

二、人民调解的运行分析	(315)
三、人民调解制度的完善	(322)
四、人民调解制度的展望	(326)

第三编 外国民事司法改革的经验

第十三章 英国民事司法改革.....	(328)
一、英国民事司法制度简介	(331)
二、英国民事司法制度存在的问题	(335)
三、英国民事司法改革的主要内容	(341)
四、英国民事司法改革成果的初步检验	(349)
五、评价与启示	(355)
第十四章 德国民事司法改革.....	(358)
一、德国的法院系统简介	(358)
二、德国民事司法中现存的问题	(361)
三、德国民事司法运作中审理机制的变革	(365)
四、德国民事司法运作中审理机制外的变革	(369)
五、结语	(374)
第十五章 法国民事司法改革.....	(375)
一、法国民事司法制度概述	(375)
二、法国民事司法制度的困境	(383)
三、改革之路	(388)
四、结语	(394)
第十六章 ADR 制度述评	(397)
一、ADR 的观念基础与实践基础:法社会学考察	(397)
二、ADR 的涵义及基本特征	(401)
三、ADR 的形态	(403)

四、英美两国的 ADR 实践	(410)
五、ADR 的法律效力	(413)
六、结语	(416)
第十七章 英国《民事诉讼规则(1998)》述评	(418)
一、《新规则》的体系和适用范围	(420)
二、《新规则》确立的首要目标	(421)
三、案件管理和分配	(422)
四、小额请求程序	(425)
五、快速程序	(426)
六、多极程序	(427)
七、文书送达	(427)
八、开始诉讼	(429)
九、案情陈述书及其修正和补充	(430)
十、简易判决	(433)
十一、中间救济	(434)
十二、书证材料的开示和查阅	(435)
十三、证据制度	(437)
十四、诉讼费用	(440)
十五、结语	(441)
第十八章 英国民事证据法述评	(444)
一、英国证据规则的历史演变	(444)
二、英国民事证据法的基本概念	(445)
三、举证责任与证明标准	(450)
四、特权	(453)
五、意见证据	(456)
六、先前判决和禁反言	(465)
七、物证	(470)
八、英国证据法对我国证据制度的借鉴意义	(473)

第十九章 英国《仲裁法(1996)》述评.....	(478)
一、立法背景	(478)
二、1996年《仲裁法》的主要特点	(482)
三、关于仲裁管辖权问题	(483)
四、仲裁程序的法律适用	(489)
五、关于仲裁的司法监督问题	(497)
六、仲裁裁决的撤销	(502)
第二十章 英国法律援助制度述评.....	(509)
一、英国法律援助制度产生的背景	(510)
二、英国法律援助制度概述	(512)
三、英国法律援助的管理机构	(515)
四、英国法律援助的对象	(519)
五、英国法律援助的范围	(521)
六、英国法律援助的模式	(523)
七、英国法律援助的程序	(529)
八、英国法律援助的资金	(533)
九、英国法律援助的域外效力	(535)
十、英国法律援助制度对我国的借鉴意义	(535)
后记.....	(539)

绪论

在迈向法治社会的进程中,当下的中国为适应发展市场经济的需要和治国方略的调整,正在进行着一场前所未有的涉及法院内部和外部的司法改革。如果放眼全球的话,在司法领域,至少是民事司法领域,世界上许多国家和地区——如英国、美国、澳大利亚、法国、意大利、西班牙、葡萄牙、巴西、希腊、日本、德国、芬兰、荷兰、瑞士以及我国的台湾地区等——也近乎同步地在进行着声势浩大的改革。从阐释人类学的角度看,法律及司法都是一种与地方性知识相关联的制度存在。^①因此,引起这场世界范围内的民事司法改革浪潮的内发性动力是不一样的,各国由此而采取的改革方略也不尽一致。我们所处的时代是全球化的时代,按照一般的理解,全球化指的是经济的全球化。但是,全球化的“内容无论如何也不仅仅是、甚至不主要是关于经济上的相互依赖,而是我们生活中时—空的巨变。发生在遥远地区的种种事件,无论其是否是经济方面的,都比过去任何时候更为直接、更为迅速地对我们发生着影响”。^②全球化的时代决定了中国正在进行的司法改革不能置身于世界其他国家司法改革的浪潮之外。因而,我们不仅要以“文化持有者的内部眼界”(the native's point of view)来看待目下中国的司法改革,更要以他者的(the other's)眼光

① [美]克利福德·吉尔兹,王海龙等译:《地方性知识——阐释人类学论文集》,中央编译出版社2000年版,第222页以下。

② [英]安东尼·吉登斯,郑戈译:《第三条道路——社会民主主义的复兴》,北京大学出版社·三联书店2000年版,第33页。

来观照其他国家和地区正在进行或业已完成的司法改革。

一、民事司法改革的内发性动力

在西方学者看来,20世纪末多数西方国家进行的民事司法改革源起于所谓的“司法危机”。这种“司法危机”表现为许多国家经历了其民事司法制度在运作上的困难。^①在西方语境里,司法与正义本来就共享一个指称的符号——justice,所有诉讼程序制度的目的都在于寻求正义的实现。因此,司法的危机也可以说是正义的危机。司法只有当其从根本上偏离了正义为它的运行设定的要求时,才会真正出现所谓的危机问题。

(一) 正义的维度及其对司法的内在要求

美国法学家博登海默认为,“正义具有着一张普洛透斯似的脸,变幻无常、随时可呈不同形状,并具有极不相同的面貌。”但是,不管这张普洛透斯似的脸如何变幻无常,“给予每个人以其应得的东西的意愿乃是正义概念的一个重要的和普遍有的组成部分”。^②正如查士丁尼所指出的,“正义是给予每个人他应得的部分的这种坚定而恒久的愿望”。^③关于正义,可作多种不同类别的划分,如实体正义与程序正义、平均正义与分配正义、校正正义与报应正义,等等;关于程序正义又有纯粹的程序正义、完善的程序正义以及不完善的程序正义之分。一个完整的纠纷解决过程,都可能在不同的层面涉及上述的各种正义,但就纠纷解决的过程和目的而言,实体正义与程序正义的分类

^① *Civil Justice in Crisis*, edited by Adrian A. S. Zuckerman, Oxford University Press, 1999, p. 12.

^② [美]E·博登海默,邓正来、姬敬武译:《法理学——法哲学及其方法》,华夏出版社1987年版,第238、253页。

^③ [罗马]查士丁尼,张企泰译:《法学总论》,商务印书馆1989年版,第1页。

是最根本的。正义是一种抽象的理念符号,只有将它与具体的事物联系起来考察时,正义的观念才会具体化,才会被感知。正义又是可以理解的,人们可以从经验出发,对正义作多维度的分析。本文认为,公正与效率是正义的两个重要维度,也是正义对司法的内在要求。

1. 公正

在所有的程序制度中,实现正义意味着在法庭上作出给予当事人在法律上应得的东西的判决。为了实现正义,也即判决公正,法院必须决定事实的真相,然后正确地将法律适用到这些事实上。程序并不总是完善的,“虽然对于正确的结果有着一种独立的标准,但却没有肯定会产生正确结果的切实可行的程序”^①。正如罗尔斯指出的,当正义的准则是外在于程序时,程序本身并不可能保证总是在个别的判决与这个准则之间取得一种完善的对应。这就是法律程序的特征。我们不可能期待完善的正义,但是能够而且应当期待一种公正的程序。由于裁判公正是最起码的要求,因而一种程序制度必须采取充分的步骤来达到在事实和法律上都是正确的判决。这就是诉讼公正的程序保障问题。

尽管一个法律程序应当在最大程度上产生正确的结果是正义的简单要求,但是在任何既定的诉讼程序制度中要满足这一要求通常是很困难的。一个法律程序产生的结果表现为事实和法律两个方面。确定事实的真相是正确适用法律的前提。但是,要判断某一判决确定的事实问题正确与否实际上是非常困难的,因为法条要适用在事实上发生的案件事实上,而这只有在已发生的案件事实被陈述了以后,才有可能。^②作为事件的案件事实与作为陈述的案件事实可能一致,也可能不一致,而我们又不拥有超级的测试手段来验证个别判决中

^① [美]罗尔斯,谢延光译:《正义论》,上海译文出版社 1991 年版,第 95 页。

^② [德]拉伦兹,陈爱娥译:《法学方法论》,五南图书出版公司 1996 年版,第 181 页。