



厦门大学法学院诉讼法学系列 >>> 第2辑

Access to Justice

总主编 齐树洁

程序正义与司法改革

Procedural Justice & Judicial Reform

齐树洁 著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

出版说明

厦门大学法律系(现为法学院)创办于1926年,其后几经坎坷,历尽艰辛。自1979年复办以来,法学院在重视提高诉讼法学教学质量的同时,始终密切关注并积极参与我国诉讼法律制度的建设及诉讼法学学科的发展。近十年来,法学院教师出版、发表了许多专著、教材和学术论文,内容涉及民事诉讼、刑事诉讼、行政诉讼、海事诉讼、仲裁制度、破产制度、海峡两岸诉讼制度比较以及司法改革等方面,在法学界产生了较大影响。1999年,经国务院学位办批准,厦门大学开始招收诉讼法专业硕士研究生。2001年5月,为适应诉讼法教学和科研的需要,提升学术研究水准,促进诉讼法学学科的发展,并为我国正在进行的司法改革摇旗呐喊,尽一点绵薄之力,我发起编写“厦门大学法学院诉讼法学系列”。受20世纪90年代英国民事司法改革的启示,我们将本丛书的主题确定为“接近正义”(Access to Justice)。

本系列第一辑以民事诉讼法为主题,包括《民事程序法》、《民事司法改革研究》、《民事证据法专论》、《仲裁法新论》、《英国证据法》、《ADR原理与实务》、《强制执行法》、《破产法研究》共8种,已于2004年6月全部出齐。前5种书已先后重印或再版,后3种书将于2005年初重印或再版。这套书的出版,在法学界引起了较大反响,受到了专家和读者的好评,并被多所法律院校采用作为教材。2002年9月,英国文化委员会和驻华大使馆发来贺信,对《英国证据法》的出版表示祝贺并予以高度评价。2003年,《仲裁法新论》获得厦门市第五次社会科学优秀成果二等奖,《英国证据法》获得福建省第五届社会科学优秀成果三等奖。

第二辑将在继承第一辑写作风格的基础上,有所发展和创新。为适应我国司法改革的新形势,这一辑将以司法制度及其改革为主题,计划出8种,包括:《程序正义与司法改革》、《公证制度新论》、《环境纠纷解决机制研究》、《民事审前程序》、《英国司法制度》、《美国司法制度》、《德国司法制度》、《台港澳民事诉讼制度》,预计在三年内出齐。

《程序正义与司法改革》作为本丛书第二辑的第一册,收入作者在1997—2004年间所撰写的有关程序正义的理念、司法制度的改革与完善的部分论文。本书内容涉及民事诉讼、证据制度、强制执行、仲裁、ADR的理论实务,以及司

法改革的本土实践与域外经验,从中可以看出作者在这一领域所进行的粗浅的探索与思考。

本丛书的出版得到了厦门大学法学院、厦门大学出版社、泉州市公证处、厦门仲裁委员会、厦门市环境保护局领导的鼓励、支持和帮助,在此一并表示衷心的感谢。

尽管作了很大的努力,但由于我们的学识和能力所限,本丛书的不足之处在所难免,恳请专家、读者批评指正。

齐树洁 谨识

2004年10月18日

于厦门大学法学院

目 录 CONTENTS

第一编 民事程序

1. 民事程序法的意义—1
2. 完善我国强制执行法若干问题的探讨—17
3. 完善我国破产程序的若干问题—29
4. 台湾地区人事诉讼程序评析—37
5. 海峡两岸仲裁法律制度比较研究—45
6. 香港 1996 年仲裁条例述评—56
7. 中美民事诉讼当事人制度比较研究—62
8. 台湾地区民事诉讼当事人制度述评—112
9. 台湾地区法院调解制度的最新发展—121
10. 江苏轻纺公司诉香港裕亿公司等侵权纠纷上诉案评析—128
11. 纠纷解决机制的演变与 ADR 的发展—142
12. 台湾地区民事简易程序述评—155
13. 执行拍卖之法理分析—169
14. 中、美、德民事审前程序比较研究—174

第二编 证据制度

15. 民事审判方式改革对我国证据制度的影响—202
16. 完善我国民事证人制度的思考—211
17. 当事人陈述制度若干问题新探—223
18. 证据法中的推定问题研究—233
19. 民事诉讼中的证据调查—255
20. 英国证据法中的特权规则述评—270
21. 英国司法改革与证据制度的发展—296
22. 证据制度的改革任重而道远—314

第三编 司法改革

23. 民事司法改革:一个比较法的考察—323
 24. 民事审判方式改革与错案追究制—359
 25. 接近正义:英国民事司法改革述评—374
 26. 英国《1998年民事诉讼规则》述评—399
 27. 德国民事司法改革及其借鉴意义—418
 28. 英、德民事上诉制度改革述评—431
 29. 英、德民事司法改革对我国的启示—453
 30. 我国民事上诉制度若干缺陷之法理分析—461
 31. 民事上诉权的保护与限制—470
 32. 我国民事上诉制度的改革与完善—502
- 附录 未收入本书的文章目录(1997—2004)—524
- 后记—526

第一编

民事程序

1. 民事程序法的意义

程序,从法律学的角度来看,主要体现为按照一定的顺序、方法和步骤作出法律决定的过程。其普遍形态是:按照某种标准和条件整理争论点,公平地听取各方意见,在使当事人可以理解或认可的情况下作出决定。程序通过促进意见疏通、加强理性思考、扩大选择范围、排除外部干扰以保证决定的成立和正确性。^①法律程序基本上都由程序法明文规定,其中,诉讼程序是最重要、最典型的法律程序。

民事程序法是与民事实体法相对应的一个概念。传统法学依内容与职能的不同,将法律区分为实体法与程序法两大类,认为实体法是确定权利义务发生、变更、生效、消灭的法;与此相对应,程序法规定的是使有关权利义务的实质性内容,通过审判使之具体实现所需的制度和技术上的程序。^②这种关于程序法价值的理论被称为程序工具主义。长期以来,在我国法学界,受经济、法制发展程度的制约以及程序工具主义的影响,程序法的地位和作用一直未能得到充分的认识,程序法的独立价值完全被忽视。“重实体、轻程序”成为一种主流观念并影响着立法进程、司法实践和人们的法律意识,^③其结果不仅压抑了程序法学的繁荣,阻碍了程序立法,而且最终妨害了诉讼的公正,动摇了法律的权威。近年来,社会经济的发展对法律制度不断提出新的要求,审判方式改革的深入引发了对许多传统观念的质疑,程序公正的问题开始受到一定程度的重视,但是“重实体、轻程序”的状况在总体上并未得到根本的转变。为此,有必要认真反思程序法与实体法的关系,对程序法在法律体系中的独特地位、价值和功能进行研究,论证程序正义对保障司法公正、建设现代法治国家的意义。

① 季卫东:《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社1999年版,第12页。

② 潘念之主编:《法学总论》,知识出版社1981年版,第26页。

③ 例如,权威的《法学辞典》解释说:实体法亦称“主法”,程序法亦称“助法”。见《法学辞典》(增订本),上海辞书出版社1984年版,第58、914页。

一、民事程序法与实体法的关系

从诉讼法学的角度研究民事程序法与实体法的关系问题,主要是要解决如何从功能上划清程序法与实体法的界限,以及程序法与实体法在运作中的互动和协力问题。大陆法系国家传统的法学理论认为,民事诉讼的目的就是对当事人之间存在的私法上的权利义务关系通过具有既判力的决定进行确认和宣示。^①因此,诉讼和审判程序不过是用以确保实体法实施的工具,只有在具备了产生符合正义、秩序和安全等标准的实体结果的能力时才富有意义。与此相适应,在程序法与实体法的关系上,人们往往认为只有实体法才是真正目的,程序法仅仅作作为实体法的“助法”而存在,它的唯一正当目的在于最大限度地实现实体法,其最终效用取决于实体法。根据这种程序工具主义的理论,法官的作用就像一台“自动售货机”;国家只是为了保证实体法的实现而建立司法审判制度,法官必须从实现实体法的角度来处理纠纷,严格依据实体法的规定进行审判。

与上述提法相反,英美法系在理论和实践中盛行的是程序本位主义。受普通法“无令状则无权利”的法律传统以及现行的陪审制度、遵循先例等法律制度的影响,英美法学者大多特别重视诉讼程序,相信“正义先于事实”(Justice before truth)、“程序先于权利”(Process before rights)。^②因此,无论是否有助于实体法目标的实现,法律程序都应当确保诉讼各方在诉讼审判中的公平地位和公正对待;同时,只要审判按照公正的程序进行,就能够作出公正合理的判决,产生“好的”(the good)实体结果。更有甚者,有的学者分析法律发展的早期史和当代法律实践后,认为程序法具有优先于实体法的地位、司法程序具有创制和发展实体法的功能,并在此基础上进一步提出“诉讼法是实体法发展之母体”的论断,认为“实体法是面向法官的规范,即审判规范。因此,它们必须为法官所进行的审判提供服务,而它们本身并不创设权利,无论任何时候,都只是作为判断基准,在根据审判产生的权利创造过程中起不可欠缺的辅助作用”。^③

不可否认,以上两种截然不同的观点都有一定的道理,它们分别从不同的角度反映了民事程序法与实体法的关系,但同时也存在着绝对化和片面化的缺陷。程序工具主义揭示了法律程序在确保实体法目标实现方面的工具性价值,充分

^① [日]谷口安平著,王亚新、刘荣军译:《程序的正义与诉讼》,中国政法大学出版社1996年版,第43页。

^② 转引自[法]勒内·达维尔著,漆竹生译:《当代主要法律体系》,上海译文出版社1984年版,第337页。

^③ [日]谷口安平著,王亚新、刘荣军译:《程序的正义与诉讼》,中国政法大学出版社1996年版,第67页。

认识到程序法对保障实体法实施的作用,但它致命地忽视或者否定了程序自身独立存在的价值,单纯强调程序法对实体法的有用性;而程序本位主义则肯定和阐释了法律程序独立的内在价值,为评价和衡量程序法提供了新标准,但它混淆了程序与程序适用结果这两个不同的概念,否认了完整的私法实体法的存在及其价值,未免有失偏颇。综合考察程序法与实体法这两种法律在历史上的发展以及在现代法治国家中的动态运作,我们认为,无论是将程序法看作是实体法的“助法”抑或“母法”,都存在着理论上的不完善之处。正确认识程序法与实体法的关系,应当考虑以下几点:

(一) 程序法不是实体法的“助法”

首先,从两大法系的法律史上看,程序法并非从属于实体法,相反具有优先于实体法的地位。这是由法律自身的发展规律以及当时的社会经济生活水平所决定的。以罗马法而言,一方面,依当时的社会生活习惯,通常是解决纠纷的实践程序在前,而总结法官的判例和逐渐形成的实体法在后;另一方面,罗马法的私法高度发达,个人的私法权利受到充分尊重,公民可以任意处分实体的私法权利,对私权的保护只是在争议出现时才与国家的公权力相联系,因而比较而言,程序法居于优先的地位。至于在普通法国家,程序问题之所以至关重要另有其特殊的制度背景,例如陪审制度。在英国的陪审制度中,陪审团的评议具有绝对的权威,并且这种评议只有结论而不提供理由。这就使得检验评议结果的妥当与否只能通过程序的正确来间接地得到支持,因而必须强调程序的重要性。

具体来看,早期法中程序法的优越地位主要体现为较为发达的诉讼和审判制度。在英国,以令状制为基础的“诉讼形式”(forms of action)规定了与不同的令状相对应的程序框架和诉讼技巧。如果当事人申请不到令状,就无法确定诉讼的方式和程序,其权利也就无法得到保护。^①而在古罗马,则以“诉权”(actio)的形式受理诉讼,因案件性质的不同采取不同的诉权形式。它们作为类型化的诉讼程序以其强烈的形式性受到了比实体规则更多的重视。在这样的制度下,当某一纠纷事态不符合现存的某种诉讼形式或诉权所要求的形式要件,或者没有现成的诉讼形式或诉权与其对应时,就得不到受理和救济。普通法中所谓的“无令状即无权利”(Where there is no writ there is no right)的说法就是由此而来的。

其次,从民事诉讼的目的来看,程序的运用是否只是为了确认和实现实体法规定的权利义务内容呢?很显然,如果承认这一点,那么在社会关系日趋复杂、价值观念不断变化、新事物层出不穷的现实生活中,许多已经或正在得到承认的新的利益就会因法的规范和法的专门技术不能适应社会的发展变化而无法在审

^① 何勤华主编:《英国法律发达史》,法律出版社1999年版,第27页。

判中得到反映和实现。事实上,英美法系国家从“司法优越”的理念出发,一直将解决纠纷作为民事诉讼的目的,认为“法院是国家设置用来解决争端的机构”^①。因此只要能够妥善地解决纠纷,当事人在实体法上享有的权利是否能够实现或者完全实现,已经不再是诉讼程序所应考虑的重点;这种认识也完全符合当事人基于对法官公正性、权威性的信任将纠纷交由法院审理的初衷。“二战”后,“解决纠纷”的民事诉讼目的论逐渐为大陆法系国家(特别是日本)所认识和重视,在学者中引起了广泛讨论。当然,不论是实现法的内容还是解决纠纷,都不过是从不同角度来看待民事诉讼的作用。但是这些不同的民事诉讼目的论的存在至少表明了,将程序法视为实现实体法手段的观念已经受到触动,实现实体结果已不再是程序法所唯一追求并仅能达到的目标。

第三,从程序过程上看,实体法受到程序法的制约和选择,并且通过程序的进行不断被发现和发展。司法程序过程必须受到程序法的制约,这一点为程序法在一定程度上选择所适用的实体法提供了前提和可能。司法实践中,法官适用法律的过程被称为涵摄。它是指将待决案件事实置于法律规范构成要件之下,以获得特定结论的一种逻辑思维过程。^②在涵摄过程中,只有经由作为程序法的证据规则过滤和认定的法律事实才有资格进入实体法的适用阶段,而证据规则对法律事实的认定又是通过举证责任分配、证据方式等诉讼制度的实施来实现的。只有在经过上述程序后,法官才能据以选择所适用的实体法,产生实体结果。

涵摄的过程不仅仅是适用实体法的过程,同时也是创制和发展实体法的过程,它将程序与实体法的发展问题联系起来。实体法规范作为抽象的、一般的法律规则,往往因人们认识的原因以及立法技术的局限,其内容无法涵盖社会生活的全部。这一问题实际上在罗马法时期就得到重视。当时,大法官常常通过他在诉讼中的主导地位,创造新的诉讼方式或诉权,确立与其相适应的实体权利,改变已经不适应社会生活条件的旧实体规范,从而促进罗马法的不断发展。在现代司法实践中,法官行使自由裁量权,灵活运用实体法或创制法律规则的行为更是得到普遍认可。法官不再是“法律操作机器”,而是能够在程序过程中通过具体案件的处理来确定、诠释实体法的一般规范命题,甚至能够根据社会现实的发展变化,先于实体法承认人们既有的正当的利益,即所谓的“创设权利”(典型的例子是日本判例法上的“日照权”)。法官的创造性司法活动使得民事诉讼能

^① [美]米尔顿·德·格林著,上海大学文学院法律系译:《美国民事诉讼法概论》,法律出版社1988年版,第1页。

^② 关于涵摄问题,参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社1999年版,第498~499页。

够超越既有的法律框架而发挥作用,而程序过程对实体法规范的选择和发展也说明了程序法并非总是居于被动或辅助的地位,更不是仅仅作为实现实体法的工具或手段而存在。

(二) 程序法不是实体法的“母法”

首先,民事程序法总体上是与实体法同步产生的,而非先于实体法存在。虽然从罗马法和英国法的早期历史看,诉权和诉讼方式等程序性的规范具有优先于实体法规范的地位,甚至在一定程度上使实体法成为程序法的附属,但这只能被视为是一种特殊时期的“重程序轻实体”的现象,程序法的优先地位决不等于程序法具有产生、决定实体法的效力,这是因为:(1)从法律产生发展的实际状况看,原始社会调整氏族成员行为的规范是风俗习惯,它的内容涉及氏族生活的各个方面,既有程序性的,也有实体性的。随着生产方式的进步和生产关系的变化,一方面,人们将普遍遵守的生产、分配和交换行为的共同习惯以规则的方式固定化,成为法律;另一方面,在解决争端和纠纷的诉讼实践中,新的权利义务关系和新的诉讼方式也不断地产生,并且在类似的诉讼中得到完善和确认,这就是从诉讼中产生的法律。依这两种方式产生的法律都包括实体法和程序法的内容,它们从总体上是同步产生的,不能截然区分先后。^①(2)古代法对程序规范的严格形式要件的要求仅是纠纷解决的一种特殊方式和保证而已,还不足以构成诉讼结果的实质性依据。就是在纠纷性质和法律规范都极其简单的古代社会,仅仅依靠一套机械性的程序操作方式来解决当事人之间的争端也是难以想象的,没有判断基准的审判并不可能存在。即使在没有法律明文规定的情况下,那些没有被明确地规定为实体法规则的风俗、习惯、当事人的约定或者权威性的裁判者的良心等非程序性的东西,也能够发挥着审判的基准的作用,它们即便是在现代社会也被人们从理论上认为是广义的法律规则的渊源。从这个意义上说,那种认为诉讼程序或程序法先于实体法出现和存在,实体法从程序法中孕生的说法就显得有点牵强附会了。

其次,虽然程序法规定的是诉讼的过程及规则,但是程序过程的结果不能逻辑地归结为程序法的结果。程序过程中法官依自由裁量权创制和发展实体法,是实体法本身存在欠缺,即实体法规范与现实生活变化发展不平衡的结果,而不是因为程序过程具有创制或发展实体法的机制,或者说程序法具有创制或发展实体法的功能。在现代法治国家,决定法官在司法过程中是否有造法(包括法律漏洞的填补、制定法之外法的续造、习惯法的确认等)的权力,取决于该国宪政架构下立法权和司法权的分配以及现有实体法的具体规定。例如,《瑞士民法典》

^① 陈光中、王万华:《论诉讼法与实体法的关系》,载陈光中、江伟主编:《诉讼法论丛》(第1卷),法律出版社1998年版,第14~15页。

第1条第2款就明确规定：“如本法无相应规定时，法官应依据惯例；如无惯例时，依据自己作为立法者所提出的规则裁判。”但是，在程序法中，至少在实行成文法的大陆法系的程序法中，目前尚难找出类似的规定。这是因为程序法本身并不可能就这些涉及宪政的基本问题予以规范，它只能在法官的创造性司法活动中起着保证其过程正当性的作用，保证在更广泛的意义上遵循“依法审判”这一现代司法审判制度的基本原则。另外，法官在行使自由裁量权时，对新的实体权利的确认“必须在现行法规整体所允许的正当化的范围内进行，而且这种利益、价值并不是由法院创造的，而是既存的”。^①按照这种观点，当事人所享有的民事请求权中就包含有法院进行创造性司法活动和自由裁量的要素。因此，对新的实体权利的创设不过是现有的实体法规范的衍生和发展，它决不是程序法的产物。

第三，实体法所规定的权利义务并不都是诉讼过程的结果和积累。在大陆法系国家，实体法是以制定法为其主要表现形式的，立法者在确定实体法的权利义务内容时，将某一种利益或价值写入法律，由国家强制力加以保护，却舍弃另一种利益或价值，其标准或依据又是什么呢？其中当然包含着司法审判实践的作用因素，但这并不是全部。一方面，那些作为法律主体所必须享有的权利和必须履行的义务，那些产生于人们社会实践的利益或价值以及那些已经成为自然法则的行为规则等都是实体法规范的最初来源。例如“欠债还钱”作为一种天经地义的自然法则，规定了债权人享有的要求债务人偿还债务的权利。这种权利之所以能在每个国家的债法中都得到确立，其原因显然不在于它是某几个案件的诉讼审判结果，而是立法者出于体现公平正义维护公序良俗的考虑来规定的。另一方面，实体法所规定的权利义务内容也并不一定必须通过诉讼程序来实现。在当事人合法地享有权利，履行义务，避免产生争端，或者将争端在审判程序外通过协商、交涉的方式解决时，诉讼程序就无法启动和进行，因此也无从发挥作用。由此看来，如果坚持由程序法来产生实体法的观点的话，那么它所产生的法律对社会生活的调整范围也将是微乎其微的。

（三）程序法和实体法的一体化

尽管在不同的时代、不同的国家被赋予不同的内涵，秩序、安全、平等、公平、效率等还是被确认为是具有普遍性的法律价值。无论是民事实体法抑或程序法，其运用均应以实现这些法律价值为最终归依。但是由于实体法和程序法功能上的差异，往往会出现这两种法律在实现特定法律价值时的冲突。例如，过分强调程序的正当性，可能影响实体法的效率价值的实现，也可能延缓争议的解

^① [日]竹下守夫著，牟易等译：《民事诉讼法的目的与司法的作用》，载《现代法学》1997年第3期。

决,从而影响程序法效率价值的实现。以动产抵押为例,法律规定以履行登记程序为对抗第三人的要件,这从一方面强调了实体上的安全效果,但另一方面也因程序的介入而降低了这种担保方式的效率。

程序法与实体法在实现法律价值时所表现出的紧张关系,使得协调两者的关系成为必要。在某些特定的法律领域,实体法与程序法的一体化现象,为解决这种冲突指引了一个方向。例如在公司法中,除有许多实体性规定外,有关公司设立、解散等程序方面的规定也占有相当的比例。又如在我国制定的一些保护境外投资的法律中,也有不少有关征收程序及争议解决方式的规定。在不移转占有的动产担保制度中,以登记作为公示方法,即体现了“以行政机关介入登记制度取代私人自治之占有”。^① 由于程序法系以公权力的行使为其运作的背景,因此在私法领域中实体法与程序法的一体化或实体法的程序法化,也就被称为所谓的“私法公法化”。立法上协调两者关系的努力从侧面说明,一方面,程序法与实体法在法律价值的实现上是平等的,没有孰优孰劣之分,另一方面,程序法与实体法在实际运作中是互相影响而又互相制约的。

综上所述,民事程序法与实体法既不紧密相连亦非截然分立,两者的关系可以概括为两个方面:其一,民事程序法与实体法作为统一的法律体系的重要组成部分,两者相互独立,互不从属。程序法在保证实体法目标实现之外,还有着独立的价值和功能,例如保障法官造法活动的正当性等。民事程序法和实体法在各自保持其功能独立性的同时,在形式上又有一体化的倾向,这有助于协调两者在实现特定法律价值时出现的冲突和紧张关系。其二,民事程序法与实体法相互依存,相辅相成。一方面,实体法作为抽象的、一般的法律规则,其生命力必须通过程序法的保障作用来体现;而程序法因其浓厚的技术性色彩和强制性效力,必须以代表广泛民意的立法机关制定的实体法律为基准,以实现判决结论的正当化。另一方面,程序法通过对实体规范的选择适用、填补漏洞和矫正不足来推动实体法的发展;而实体法则通过更加精微、技巧的利益衡量对程序提出更高的要求来推动程序法的进步。民事程序法与实体法之间相互独立而又相辅相成的关系,决定了两者之间不应有主次、轻重之分,而应通过建立一种协调互动机制,使当事人依实体法的规定(对实体权利的请求权)进入诉讼程序,法院依程序法的规定(正当程序)保障实体权利,两者配套实施,共同促进和实现对社会民事关系的规范和维护。

^① 杨盘江、吕荣海:《契约类型·信托行为》,台湾蔚理法律出版社1987年版,第27页。

二、民事程序法的价值

民事程序法的价值功能与对程序法和实体法关系的认识密切相关。如前所述,程序法与实体法之间是一种相互独立而又相辅相成的关系。与此相对应,民事程序法在价值功能上既需要体现其对实体法实现的有用性和有效性,也必须有其存在的独立价值。两者之间有着十分复杂的对立统一关系。民事程序立法应追求两种价值最大限度的统一,使两者在同时得到兼顾的前提下,获得合理和适当的权衡。下面我们分两个方面论述:

(一)工具价值:程序法对实现实体结果的有用性和有效性

民事程序法的工具价值是指程序法在实现实体法所承载的价值目标方面的有用性和有效性。简言之,即程序法对实现实体结果的作用。民事程序法是作为实现实体性权利的方法以及在这种权利受到侵犯时进行补救的手段而出现的。与私力救济不同,由公权力或特定的民间团体力量介入的民事争议的解决一般要在一定的规则下进行,这种规则通常就是民事程序法。而民事程序法所规范的民事诉讼也是保证实体法正确实施的最重要的和最终的手段。程序法保证实体法实施的工具作用主要体现为:程序法规定了程序启动和进行的条件,为实体法的实在化和具体化提供了前提基础;程序法规定了实体法实施的专门机关及其分工,保证各执法机关的权力行使和权力制约的统一,这是实体法得以公正施行的保证;程序法规定了诉讼程序进行的一系列具体规则和详细步骤,为认定案件事实创造了科学的条件,并且为纠正和弥补案件认识的错误提供制度上的可能性;程序法不仅通过审判过程确认实体法规定的权利义务内容,并且规定了强制执行程序,以保证当事人实体权利得到真正、具体的实现等。由此可见,程序法是“使法律权利得以强制执行的程序形式,而不同于授予和规定权利的实体法律,它是法院通过程序进行诉讼活动的法律,它是机器而不是产品”。^①正因为如此,边沁将程序法称为“附属法”(subsidiary law, or adjective law)。在他看来,实体法是各种法律中最为重要的,因为它直接体现了主权者的意志,并通过对社会成员行为的明确禁止、要求和惩罚来调整社会关系。但是,由于立法者不能亲自去实施实体法,因此必须在实体法之外另行颁布一种次级或附属前者的法律。这种法律的唯一目的在于提供一种达到真实的手段,并且为执法官员实施实体法创造条件。^②在这里,边沁将程序法的工具价值诠释到了极致。

^① 转引自陈瑞华:《程序正义论纲》,载陈光中、江伟主编:《诉讼法论丛》第1卷,法律出版社1998年版,第20页。

^② 转引自陈瑞华:《程序价值理论的四个模式》,载《中外法学》1996年第2期。

民事程序法的工具价值和保障实体法实现的功能使民事程序的构成多元化。除了与民事争议解决有关的审判程序、仲裁程序外,与实现特定领域的实体法有关的程序也构成民事程序法的重要内容,如法人设立的程序、不动产物权移转的程序、担保物权设定的程序等等。这些与实体法内容具体对应的程序性规定使实体法效力的产生受到了制约。此外,程序法的上述价值功能也对实体法立法提出了相应的要求,即应充分考虑实体法的权利义务内容在程序法上的可实现性,尤其是在争讼过程中的可执行性,否则就无法通过程序法保证其真正实现。

(二)独立价值:程序法是实现程序正义的重要保障

单纯强调程序法的工具价值,将无法解释法院为什么要在对一个人的利益作出权威判定时举行繁琐、正规而且对于发现真实未必永远有益的法庭审判,也不能解释法院为什么要保证被告人获得公正的审判以及与之相关的程序保障。相反地,并非所有能够产生良好实体法结果的法律程序都可以为人们所接受。这说明程序法还有其独立的价值评判标准,即内在品质要求:程序正义。程序正义是指法律程序自身的正当性和合理性,它是法律程序的内在价值追求。一种法律程序,只有在其内在的道德标准符合正义的要求时,才具有完全的正当性,由此产生的实体结果才能为人们所接受。这种内在的道德标准构成了程序正义的核心内容:利害关系者的参加和程序保障,也就是要使那些利益可能受裁判结果直接影响的人受到公正的对待,使其作为人的人格尊严得到尊重,同时保障裁判结果具备正当性。除此之外,程序正义还是独立于实体正义而存在的,实现程序正义的目的绝不仅仅是增强程序形成正确结果的能力。这是因为,法律结果的正确性是由一系列复杂的因素所决定的,法律程序的设计不过是其中的一个要素而已,并不具有绝对充分的决定性;裁判者在个别案件中作出符合实体正义标准的正确判决,并不一定是严格遵循公正的法律过程或者任何特定的法律程序的结果,他完全可以根据案件的特殊情况随机地采取调查和裁判手段;程序正义强调对受裁判直接影响者权利的保护,在某些情况下往往造成对裁判者活动的限制,从而使客观情况难以得到揭示,无法形成正确的裁判结果。正是由于程序正义价值的独立性,决定了裁判者绝对不能为了达到正确的裁判而不择手段,而必须通过公正的法律程序实施实体法或者实现实体正义。

程序的正义价值大体包括两方面的标准:其一是形式标准,即程序必须体现形式公正。根据英国法传统的“自然正义”(natural justice)理念,法官在解决纠纷时所要遵循的最低限度的程序公正标准要求:(1)任何人均不得担任自己的诉讼案件的法官(No man may be a judge in his own cause);(2)法官在制作判决

时,应听取双方当事人的陈述(Hear the other side)。^① 其中第一项要求又称“中立原则”,包括司法机关和裁判者的中立,即法院和法官在审判过程中不能有任何偏私,而且须在外观上使任何正直的人不对其中立性有任何合理的怀疑。为此,民事诉讼法将司法独立以及回避制度作为诉讼的基本原则,规定法院不受干涉、依法独立行使审判权;法官不能与案件或案件双方当事人有利益上的牵连,不能对案件事实事先形成预决性的认识或判断,否则裁判将失去法律效力。第二项要求又称“两造听证原则”,或称为“相对人的防卫权”,即法官必须给予所有与案件结局有直接利害关系的人充分陈述的机会,并且对双方的意见和证据平等对待。除了自然正义所包含的基本内容外,在现代法治国家,公正程序还应具备合理性、合法性,以及高度透明性等形式要件。^② 审判结果必须符合形式上的公正要求才能得到广泛的接受,这就是英国法谚所谓的“正义不仅要得到实现,而且必须以人们看得见的方式得到实现”(Justice must not only be done, but must be seen to be done)。

其二是实质标准,即程序必须维护人的道德主体地位。自启蒙思想家提出“天赋人权”的思想观念以来,人作为道德主体,其自主意志和人格尊严越来越受到统治者的重视。而在诉讼审判活动中,将程序的内在价值与人的道德主体地位联系在一起就意味着,法律程序的设计必须尊重人的人格尊严和内在价值并保证其获得公正的审判。因此,程序除了应最大限度地实现形式公正外,还应具备平等、自愿参与、人道等内在的品质,它们为程序自身所具有并且在程序过程中实现,与程序适用结果没有必然的联系。在程序的所有内在品质中,能够满足程序正义的最重要的条件是确保利害关系者的参加,即所有与程序的结果有利害关系或者可能因该结果而蒙受不利影响的人,都有权参加该程序并得到提出有利于自己的主张和证据以及反驳对方的主张和证据的机会。美国学者富勒说过:“使审判区别于其他秩序形成原理的内在特征在于,承认那些将要受到审判所作决定直接影响的人能够通过一种特殊的形式参加审判,即承认他们为了得到有利于自己的决定而提出证据并进行理性的说服和辩论。”因此,“审判的实质在于受判决直接影响的人能够参加判决的制作过程”,“一种法律制度如果不能

^① 参见[英]Elizabeth A. Martin 主编:《牛津法律大辞典》(*Oxford Dictionary of Law*),牛津大学出版社1997年版,第303~304页。据该辞典对“natural justice”的解释,关于第一项要求:This means that any decision, however fair it may seem, is invalid if made by a person with any financial or other interest in the outcome or any known bias that might have affected his impartiality. 关于第二项要求:It states that a decision cannot stand unless the person directly affected by it was given a fair opportunity both to state his case and to know and answer the other side's case.

^② 陈瑞洪:《法律程序价值观》,载《中外法学》1997年第6期。

保证当事人参加到审判中来,就会使审判的内在品质受到破坏”。^①

对程序正义的价值内容实现的保障,称为程序保障。^②传统上的程序保障在于以实体法作为前提的当事者主张和举证的机会,当事者按照证明责任的规则提出主张和证据并反驳对方就是程序保障的内容。^③但是由于现代社会发展不断产生许多新型的纠纷,法院在解决这些纠纷时,通常没有事先存在的或者明确的实体规范作为审判的基准,甚至于当事人以什么为依据进行主张及举证也成为问题。在这种情况下,程序法对程序保障的作用就显得越来越重要。事实上,程序正义作为程序本身所具有的内在的优秀品质,其保障和实现也应在程序过程中进行。这一点在英法国家关于“正当程序”的法律实践中就可得到证明。英美法系国家实行的是遵循先例的判例制度,法官在审理案件时往往没有现成的相同的判决结果可以遵循。在这种实体法基准相对模糊的情况下,法官仍然可以通过一套具备可操作性并且符合正义标准的司法程序来实现实体结果的正当性和可接受性。这种司法程序的正义就是罗尔斯所谓的“纯粹的程序正义”。^④

在我国,程序法对程序正义的保障主要体现为:一方面,程序法设定了程序进行的一般规则,为维持程序的正当性和合理性提供必要的保障。程序法通过规定诉讼当事人地位平等、充分辩论、与争议事件有利害关系的法官回避、程序公开、合议原则、审判独立、审判期限以及审判监督等内容来体现对程序正义的

^① 转引自陈瑞华:《程序正义论纲》,载陈光中、江伟主编:《诉讼法论丛》第1卷,法律出版社1998年版,第22页。

^② 据学者的研究,程序保障的概念主要在三种情形下被使用。第一是保障公民有接受审判和获得正义的权利,其重心在于保障社会上的经济贫困者获得国家和社会的援助,能够进入审判程序,以保护自己的权利。第二是保障既判力的正当化,也就是为了防止无休无止的诉讼,必须使判决的既判力得以正当化。而要使之正当化,又必须保障当事人在程序中进行主张和举证的机会,以强调其自我责任。第三是应在程序中平等地分配当事人的行为规范,对当事人在诉讼中的行为平等地加以分配和保护。参见刘荣军:《程序保障的理论视角》,法律出版社1999年版,第350页。

^③ [日]谷口安平著,王亚新、刘荣军译:《程序的正义与诉讼》,中国政法大学出版社1996年版,第21页。

^④ 罗尔斯将程序正义区分为三种形态:纯粹的程序正义(pure procedural justice)、完善的程序正义(perfect procedural justice)、不完善的程序正义(imperfect procedural justice)。其中纯粹的程序正义的特征在于:不存在任何有关结果正当的独立标准,但是存在着有关形成结果的过程或者程序正义性和合理性的独立标准,因此只要这种正当的程序得到人们恰当的遵守和实际执行,由它所产生的结果就应被视为是正确和正当的,无论它们可能会是什么样的结果。参见[美]约翰·罗尔斯著,何怀宏等译:《正义论》,中国社会科学出版社1988年版,第80~83页。

制度保障。程序法规定的这些制度往往被抽象为一般原则,用以指导程序的进行,而其对程序正义的实质保障则以国家公权力的行使为前提。另一方面,程序法通过各诉讼参与人之间的权利——权力制约机制来保障程序的正义。因为当事人在诉讼程序上享有的权利实际上是对法官权力的直接限制,对当事人行使诉讼权利的程序保障也就意味着审判过程中法官的创造性作用在程序方面受到严格的制约。因此,从整体上看,程序法是围绕程序正义展开的,保障程序正义的精神内含于构成程序法的各项具体制度之中,对程序正义的追求和保障成为程序法最重要的价值功能。

三、程序正义与民事审判方式改革

所谓审判方式,是指因法官和当事人在诉讼活动中所处的地位和发挥的作用不同而形成的审判案件的方式和形式。^①我国长期以来受封建专制制度的影响,实行职权主义的诉讼模式,法院职权过重,当事人作用相对弱化。近年来,随着社会的发展和民事领域社会关系的深刻变化,法院在审判工作中的功能发生转移、在社会体系内的地位发生变化,在此背景下进行了改革审判方式的尝试。这场改革本质上是一种以法院为本位、以权力行使方便性为目标的修正活动,因为减轻法院工作负担、提高司法效率是其最初的出发点和最为重要的内容。^②

随着民事审判方式改革的全面铺开和逐步深入,实际上已经涉及民事审判制度、民事诉讼制度的改革。由此,越来越多的学者对改革的目标进行了反思和检讨,提出改革和完善我国的民事审判制度,首先要解决的是司法公正的问题。“诉讼制度真正永恒的生命基础在于它的公正性”^③,审判方式的改革和诉讼制度的完善必须符合司法公正的要求。司法公正包括实体公正和程序公正,是指司法审判的过程和结果在整体上符合一定的正义标准并且能为当事人以及社会上一般人所接受、认同和信任,即审判所实现的纠纷解决在实体内容上的正确性以及程序运作过程中对当事人主体地位及合法权益的保障机制的正当性和合理性。《公民权利和政治权利国际公约》将“公正审判权”(the right to a fair trial)作为民主法治社会中公民所享有的一项基本人权。从我国目前审判方式改革的现实和发展来看,程序正义应当比实体正义受到更多的关注。这是因为:

(1)对程序正义的强调和保障,有利于矫正“重实体、轻程序”的观念和做法。

① 景汉朝、卢子娟:《经济审判方式改革若干问题研究》,载《法学研究》1997年第5期。

② 参见《民事审判制度改革研讨会纪要》,载《法学研究》1998年第5期。

③ 柴发邦主编:《体制改革与完善诉讼制度》,中国人民公安大学出版社1991年版,第39页。