

■ 民事程序法论丛 ■

司法改革与制度完善

——民事诉讼专题研究

杨成良 主 编
李 俊 副 主 编



西南交通大学出版社
[Http://press.swjtu.edu.cn](http://press.swjtu.edu.cn)

014043772

■ 民事程序法论丛 ■

D925.104

117

司法改革与制度完善

——民事诉讼专题研究

杨成良 主 编
李 俊 副主编



北航

C1731394

西南交通大学出版社
· 成 都 ·

D925.104
117

377840410

丛刊法学研究

图书在版编目 (C I P) 数据

司法改革与制度完善: 民事诉讼专题研究 / 杨成良
主编. —成都: 西南交通大学出版社, 2014.1

ISBN 978-7-5643-1715-7

I. ①司… II. ①杨… III. ①民事诉讼—司法制度—
研究—中国 IV. ①D925.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 053701 号

Sifa Gaige yu Zhidu Wanshan

Minshi Susong Zhuanti Yanjiu

司法改革与制度完善

——民事诉讼专题研究

杨成良 主编

责任编辑	吴明建
封面设计	原谋书装
出版发行	西南交通大学出版社 (四川省成都市金牛区交大路 146 号)
发行部电话	028-87600564 028-87600533
邮政编码	610031
网 址	http://press.swjtu.edu.cn
印 刷	成都勤德印务有限公司
成品尺寸	170 mm × 230 mm
印 张	19
字 数	338 千字
版 次	2014 年 1 月第 1 版
印 次	2014 年 1 月第 1 次
书 号	ISBN 978-7-5643-1715-7
定 价	34.00 元

图书如有印装质量问题 本社负责退换
版权所有 盗版必究 举报电话: 028-87600562

西南交通大学出版社

· 经 销 ·

序 言

(一)

当程序法律没有规定或规定不完善,或程序立法由于其稳定性和滞后性,一时不能跟上社会需要,而不断涌现的大量纠纷又现实地要求法院在各种软硬件条件有限的情况下予以有效率、公正的解决,而法院不得拒绝裁判,此时司法改革便成为必要。^①但司法改革不是目的,司法改革的使命是为立法完善作出贡献,司法改革的成果需要通过制度完善、制度建设予以固化、定型化、法律化,使得日后的个案解决均能规范化地通过完善的程序立法,流水线似地“批量”输出和实现正义;完善的程序立法,又会成为司法改革新的起点,如此交替往复,彼此推动向前发展。因此,“司法改革—制度完善”结构成为研究司法改革或者程序立法的一般方法。

本论文集《司法改革与制度完善》缘此而定名。本书编排体例以及各研究专题的展开也大致遵循此逻辑关系。

(二)

根据“司法改革—制度完善”结构模式,即以司法改革的实践探索为起点和过程,以司法改革成果的法律化、规范化(包括最高法院出台司法解释)为节点,我国的司法改革可以分为三个阶段。与此相对应,根据各阶段的中心任务,笔者将此三阶段分别称为程序效率阶段、程序正义阶段、程序民主阶段。

第一个阶段:程序效率阶段。时间从20世纪80年代中期开始,特别是1988年全国第十四次审判工作会议正式启动民事审判方式改革,至1991年新《民事诉讼法》颁行。此阶段的民事司法改革以缓解法院受案压力、提高诉讼效率为基本特征。

以十一届三中全会为起点,改革开放政策给我国社会各个领域带来了巨大变化。在民事审判领域,这种变化主要表现在两个方面:一是民事案件总数的逐年增加;二是具有财产关系性质的经济纠纷比重逐渐增大,而且表现

^① 这里所说的系就我国的司法改革背景而言。从某种角度看,西方国家从20世纪70年代陆续开始(特别是90年代)进行的司法改革,是由于其程序立法“过于完备”导致的。因为其民事程序立法过于严密、繁琐,诉讼过于昂贵,诉讼进程过于缓慢,于是提高诉讼效率、降低诉讼成本便成为其司法改革的直接动因和现实目标。

出标的数额增大、涉及面越来越广的趋向。造成这种变化的原因多种多样，但其根本原因当然是改革开放的推进和工作重点向经济建设的转移。20世纪80年代之后，经济规模不断扩大，新的经济关系不断涌现，经济活动的范围不断得以拓展。与此相伴随，人、财、物在前所未有的规模上流动及频繁交换所必然导致的，便是经济纠纷的大量产生。这些大量产生的经济纠纷，由于失去了其原来的解决途径和消化渠道^①，于是便现实地涌向法院。同时，1982年的《民事诉讼法》（试行）、1986年《民法通则》先后颁布施行，随着法制的健全和法律知识的宣传普及，人们的权利意识得以提高，加之价值观的流动化和多元化，人们往往更多地坚持自以为是的权利主张，而这种认识并不总是正确或彼此一致，纠纷便由此产生，当双方和解的努力归于失败，人们便不再犹豫地叩响法院的门环。

这种社会整体层次上纠纷规模的增大与法院拥有的处理能力不成比例的直接表现，便是审判的效率性问题变得日益尖锐，而这与传统民事审判方式的低效和对新形势的不适应性直接相关。因为改革开放的推进，法院民事审判工作之重点和审判功能，已由重在协同刑事审判维持社会治安转向为经济服务。过去那种着眼于防止纠纷激化、维持社会治安的对民事案件“拖一拖”“放一放”的，被认为必要和正当的策略和技巧，现在不总是能够奏效，相反常常作为“积案现象”的成因而被认识。因此，改革传统的审判方式，节约个案的人力物力和时间投入，使有限的司法资源处理更多的纠纷成为一种必要。这是20世纪80年代中后期开始强调当事人举证责任、繁简分流、强化庭审功能（甚至“一步到庭”，即法院不再在庭前进行大量的调查取证）、当庭质证认证等审判改革措施的直接动机。

第二个阶段：程序正义阶段。时间从1991年《民事诉讼法》颁行开始^②，到1998年《最高人民法院关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》的中期改革成果总结，再到2002年4月1日施行的《最高人民法院关于民事诉讼

① 改革前国营企业之间发生的经济纠纷，大多由其行政主管部门协调解决；改革之后，主管部门解决纠纷的功能逐渐衰退。又比如1949—1966年，经济合同纠纷处理采取“只裁不审”及“两裁终局”制（个别重大或特殊的经济合同案件还实行三裁终局制），一律由各级经济委员会仲裁和处理；1967—1978年，仲裁工作实际上处于停顿状态，经济组织间实行主管机关调拨制，发生纠纷全部采用行政手段解决；1979—1982年7月《经济合同法》施行，经济纠纷实行“又裁又审、先裁后审、两裁两审”制，经济纠纷开始诉诸法院，但因有两级诉前仲裁，法院审理的案件数量不大；1982—1991年民事诉讼法颁行，实行“又裁又审、一裁两审制”，当事人对仲裁不服，不能申请再次仲裁，但可在规定期限内向法院起诉，于是经济纠纷开始大量涌向法院。1995年9月1日起施行的《仲裁法》采取“或裁或审，一裁终局”制，表明了为法院疏减讼源的立法努力。

② 1991年《民事诉讼法》与1982年《民事诉讼法》（试行）相比虽有很大进步，也吸收了之前诸多改革成果，如证据制度、法院调解的完善等，但由于程序理论准备不充分，立法规定仍不成熟，很多问题依然存在，这使得司法改革有必要继续推进。

证据的若干规定》的改革成果的规范化。此阶段的民事司法改革在强调诉讼效率的同时,已经开始注重对程序正义的关注和追求。

经济的发展,案件数量的剧增,不仅使传统审判方式的效率问题显得突出,而且人们更多的还是对其公正性表现出关注和忧虑。法制的不断强化,使得法院的社会地位上升,并且在社会纠纷的处理序列中(人民调解、行政调处、法院审判)获得了更多的权威。人们将大量的纠纷提交法院,暗示着对法院的公正审判寄托着极高的期待。但是,法院所拥有的保证审判公正的司法正当性资源——在社会及政治权力结构中的地位(审判独立问题),包括整体素质和威信在内的一般社会形象,以及保证审判中立和公正的有透明度的程序——却与其拥有的地位和应起的作用不相协调,与人们的期望相去甚远(至少当事人有可能放大来看),从而引起人们的失望和普遍不满。^①“执行难”现象某种程度上表现了审判的公正性未被当事人和社会所接受的问题;而地方保护主义则更集中地表现了社会对审判公正的怀疑和不信任。出于对效率的考虑和过于注重,简易程序便被泛化使用,案件处理的公正性成为了突出问题。在新的形势下,怎样在追求效率时保证公正,怎样在审判公正中追求效率,即怎样协调审判公正与审判效率,便构成了司法改革的新课题。

在此阶段,庭审方式更加形式化、公开化和程式化,各地法院推出并实施庭前证据交换制度、举证时限制度(证据失权制度),进一步强化当事人举证并使之规范化(如制定举证须知、告知举证不能的法律后果),规范和限定法院调查取证的范围(如限定在程序性事项或可能有损案外第三人利益的事项,以及当事人举证客观不能提出取证申请等情形)。所有这些司法改革成果,最终通过最高人民法院的司法解释予以了确认。由于打官司就是打证据,所以2002年的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》更可以称之为“小民事诉讼法”,是法官办案、律师代理民事案件、当事人进行诉讼的必备规范。^②

① 王亚新:《论民事、经济审判方式的改革》,《中国社会科学》1994年第1期,第7页。

② 当然,《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》存在不少问题。比如举证时限问题。由于其与《民事诉讼法》的规定相比更为严苛,缩短了当事人的举证期限,客观上限制了当事人的诉权和实体权利的实现,若当事人仅因迟几天提交证据就被禁止,当事人就会自认为倒在正义的门口,当事人岂能服气、服判?因此司法实践中该规定已经形同虚设,对于当事人逾期提交的证据,法院一般都准许提交,至多在其后是否采信环节进行心证平衡。对此,2013年起施行的新修订的《民事诉讼法》第六十五条规定:“当事人对自己提出的主张应当及时提供证据。”“人民法院根据当事人的主张和案件审理情况,确定当事人应当提供的证据及其期限。当事人在该期限内提供证据确有困难的,可以向人民法院申请延长期限,人民法院根据当事人的申请适当延长。当事人逾期提供证据的,人民法院应当责令其说明理由;拒不说明理由或者理由不成立的,人民法院根据不同情形可以不予采纳该证据,或者采纳该证据但予以训诫、罚款。”显然,新修订的《民事诉讼法》对举证期限的规定更为科学合理。逾期提交证据,甚至逾期提交还拒不说明理由或者理由不成立的,也不是必然导致“不予采纳”,因为毕竟证据是查明案件事实、法院公正裁判的前提和基础,效率与公正相比,终究是居于第二位阶的。

第三个阶段：程序民主阶段。时间从2002年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》颁行后至今。此阶段以突出当事人的诉讼主体地位、重视审判公开和审判监督、扩大司法审判的透明度和公众参与、增强司法裁判的可接受性、和谐司法以及建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制等为主要特征；强调司法审判的公信力和审判权威塑造、审判独立与审判权的运行、国家权力（司法权）配置与司法体制改革等，即司法改革的内容已经扩张，已触及政治体制改革。

程序法规定粗疏缺漏与程序法规定过于细密、过于繁琐，都可能导致审判无效率，西方国家的司法改革属于后者，我国第一阶段的司法改革属于前者。我国第二阶段对于程序正义的形式化、程式化追求，由于一定程度受制于司法体制的影响，与大众理解和可接受的司法正义存在差距，司法公开与公众参与度有限，司法权运行缺乏有效监督和制衡，司法裁判解决纠纷、吸收不满的功能未能得到有效发挥，因此，司法改革继续朝前走实属必要。

在总结实践经验的基础上，最高人民法院于2004年11月颁行《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》，明确规定和扩大了司法调解的社会参与。^①2008年4月1日施行的《民事诉讼法》（2007年修订），试图对“再审难”“执行难”进行规范，塑造审判权威，然而效果并不明显和理想。这表明“再审难”“执行难”不只是（甚至主要不是）一个法律问题，不进行司法体制改革，单纯依靠程序司法改革和程序立法完善并不能解决司法的结构性、功能性问题。^②2009年7月，最高人民法院司法改革领导小组制定、中央批准的《最高人民法院关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》，明确了完善诉讼与仲裁、行政调处、人民调解、商事调解、行业调解以及其他非诉讼纠纷解决方式之间的衔接机制，充分发挥人民法院、行政机关、社会组织、企事业单位以及其他各方面的力量，促进各种纠纷解决方式相互配合、相互协调，为人民群众提供更多可供选择的纠纷解决方式，维护社会和谐稳定的任务和目标。2013年1月1日施行的《民事诉讼法》（2012年修订），对之前的司法改革成果予以了完善和确认，强调了当事人推进诉讼的权利和义务，突出了当事人在民事诉讼中的主体地位，完善了调解与诉讼

①《最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》第二条规定：“人民法院可以邀请与当事人有特定关系或者与案件有一定联系的企业事业单位、社会团体或者其他组织，和具有专门知识、特定社会经验、与当事人有特定关系并有利于促成调解的个人协助调解工作。”“经各方当事人同意，人民法院可以委托前款规定的单位或者个人对案件进行调解，达成调解协议后，人民法院应当依法予以确认。”

②实际上，早在2004年12月，中共中央就着手启动司法体制与司法机制改革。2008年，中央再次提出4个方面、60项改革任务，将司法体制和司法机制改革推向新阶段。现在看来，司法体制和司法机制改革任重道远。

相衔接的机制、当事人举证制度以及简易程序（增设小额诉讼制度）；强化了法律监督（将民事执行纳入监督范围）；规定了诉讼诚信原则（增加对恶意诉讼惩罚措施），扩大了司法公开的范围（公众可查阅生效裁判文书）。

司法程序民主的基础是司法参与，司法参与的前提是审判公开。因此，与第一、第二阶段相比，第三阶段的改革要求更高，已经触及司法权在国家权力体系中的定位以及司法权的效率运行、有效监督和社会分享。在第三阶段司法改革中，为保障司法民主的实现，司法调解的民间参与以及人民调解协议的司法确认^①，人民法院裁判文书制度性上网，法院官方微博开通，网络直播庭审，微博直播审判等司法举措，呈现出了鲜明的时代亮色。

（三）

依循司法改革与制度完善的以上逻辑关系，本论文集包括三篇，即司法改革篇、诉讼原理篇和诉讼程序篇；每篇包括大致相同或相近内容的三到四个专题；全书共十一个专题。

司法改革篇包含四个专题。《民事审判方式改革初探》一文完成于1996年4月，距今已过17个年头。现在阅读此文，重温当时全国上下司法改革那如火如荼、热火朝天的社会画卷，回顾司法改革的发展历程，意在厘清和思考司法改革的进路。该文对民事审判方式进行了界定，论证了审判方式在民事审判目的和任务实现过程中的功能定位，就传统审判方式的“重调解轻判决”“重实体轻程序”“重庭前活动轻开庭审理”等“三重三轻”特征进行了理性总结和成因分析；在审判方式改革的运作理论中，主张诉讼民主与诉讼经济、诉讼公正一样是独立的价值目标，并对其在民事诉讼法中的陪审制、合议制、公开审判制度及辩论原则等立法表达进行了论证；最后对改革的基本原则和总方略谈了自己的看法。《审判管理标准化改革述评》着重论证了法院引入IMS（ISO9001国际质量管理体系标准、ISO14001国际环境管理体系标准、OHSAS18001职业健康安全管理体系标准三大标准的融合体）标准化管理体系首先面临的其与司法制度的法理兼容问题，以及IMS标准化管理体系与权力的博弈问题。作者认为，IMS标准化管理体系在法院管理中引入是一种实践创新，赞同在标准化管理中建立外在的程序控制性质的标准，并审慎构建对于内在实体性的制度控制标准。《司法改革中彝族民事习惯法的吸收与改造》一文以凉山彝族聚居区为视角，着重阐述了“家支”制度和以“德

^① 2013年1月1日起施行的《民事诉讼法》（2012年修订），其中对司法确认调解协议的立法规定，实际上是对2011年3月最高人民法院《关于人民调解协议司法确认程序的若干规定》司法解释的民事程序基本法的立法确认。

古”调解为主线的纠纷解决等特色方式，分析了彝族民事习惯法在司法实践中与现行法律的冲突，并提出导入现代司法文明理念，融入现代法律元素的解决对策。《民事纠纷的非诉讼解决机制研究》一文分析了非诉讼纠纷解决机制运行机理，强调制定和完善用以规范非诉讼纠纷解决机制的法律法规，培育新型民间自治组织和非诉讼解决纠纷的社会力量，搭建起有效连接非诉讼与诉讼的纠纷解决桥梁。

诉讼原理篇包括四个专题。《司法独立与新闻自由》一文从司法独立与新闻自由在我国未形成良性、有序的互动实际出发，建议各自完善、依法界定新闻监督司法的边界，规范诉讼公开，完善司法对传媒不当影响的防御机制，健全新闻自律机制及构建司法与媒体冲突的多元化纠纷解决机制。我国是成文法国家，判例（案例）是司法的结果，怎样对判例（案例）进行筛选，判例（案例）能否、在多大程度上以及通过何种方式对其后相同情形下的案件审理产生影响力？《案例指导制度研究》一文对此进行了初步探讨。《辩论原则研究》分析了辩论原则与辩论主义的区别与联系，着重针对当事人辩论与法官的裁判成为“两张皮”现象，即“你（当事人）辩你的，我（法官）判我的”，从而导致当事人参与辩论失去意义，使辩论成为走过场，提出了确保裁判为当事人自己参与和努力的结果，从而使其心服口服的相关程序制度的完善建议。《缺席审判证明标准研究》一文认为单纯的依靠非法证据排除规则或者证据标准理论很难适应当前案件审理的实际需求，我国的缺席审判证明标准应当在确定兼采缺席判决主义与一方辩论主义模式的程序选择的基础上，以盖然性占优作为立法立场，并以非法证据排除规则作为司法保障。

诉讼程序篇包括三个专题。《民事审前程序研究》认为审前程序作为整个诉讼程序的起点，具有明确争点、固定证据和促进和解等重要功能，民事诉讼法应当体现出审前程序与庭审程序相互联系又相互制约的具有独立价值的辩证关系。《民事二审诉讼构造研究》以诉讼构造一般原理为基础，探讨了民事二审诉讼构造以纠错目的为主，以二审法院、原审法院、原被告等三足鼎立的三角关系为基本构造的问题，提出了逐步建立协同主义样态的民事二审诉讼构造，增强当事人的程序主体地位以及贯彻公正优先兼顾效率原则的制度完善设想。《民事再审事由立法研究》通过对国内外民事再审事由立法沿革的考察，从立法精神、制度设计等方面对我国民事再审事由立法现状进行分析，提出了确立“法律真实、有限纠错”的民事再审事由立法理念，并通过限制“新的证据”的内涵、限缩民事再审提起的主体和事由范围以及取消兜底条款等具体制度的设置，对“法律真实、有限纠错”的民事再审理念予以保障的主张。

(四)

本书每个专题相对自成体系，每个专题均力求遵循学术规范进行深入研究。

需要说明的是，每个专题的完成时间各不相同，出于尊重和保持学术原貌考虑，入选本书时主要学术观点和论证均未作实质性调整。以现在为时间节点观之，论文中有的学术观点可能显得稚嫩或值得探讨；同时，由于时间的推移，论文中的制度完善建议也得以与现行法律规定直观地进行对照检验。所有这些，都有助于我们在日后学术研究中更加严谨、理性，走向成熟。

虽然尽了很大努力，但由于能力和学识所限，本书疏漏、不足之处难免，恳请专家、读者批评指正。



2013年10月

目 录

22	自由裁量权与立宪主义	22
38	自由裁量权与自由裁量	38
50	自由裁量权与自由裁量	50
52	自由裁量权与自由裁量	52
201	自由裁量权与自由裁量	201
201	自由裁量权与自由裁量	201
211	自由裁量权与自由裁量	211
	司法改革篇	
211	民事审判方式改革初探	2
92	一、民事审判方式的一般界定	2
57	二、传统民事审判方式之理性分析	6
17	三、民事审判方式改革的运作理论	17
24	四、民事审判方式改革的总方略——一个关键、一个重心、一个杠杆	29
	审判管理标准化改革述评	40
51	一、IMS 标准化管理体系的引入与践行	41
62	二、IMS 标准化管理体系与法理的兼容性	42
63	三、IMS 标准化管理体系与权力的博弈	45
64	四、关于 IMS 标准化管理体系的几点思考	46
	司法改革中彝族民事习惯法的吸收与改造	50
47	一、凉山彝族民事习惯法的“前世今生”	50
62	二、凉山彝族民事习惯法与现行法的冲突透视	54
68	三、司法改革中彝族民事习惯法的吸收与改造	55
101	四、结束语	58
	民事纠纷的非诉讼解决机制研究	60
	一、民事纠纷非诉讼解决机制概述	60
	二、国外非诉讼纠纷解决机制 (ADR) 考察	68
40	三、我国民事纠纷非诉讼解决机制的渊源与现状	71
40	四、我国非诉讼纠纷解决机制的完善	79



诉讼原理篇

司法独立与新闻自由	88
一、新闻自由与司法独立概述	88
二、新闻自由与司法独立的冲突	92
三、西方国家衡平新闻自由与司法独立冲突的立法与实践	97
四、我国衡平新闻自由与司法独立冲突规范现状及主要问题	105
五、衡平我国新闻自由与司法独立冲突的建议	109
案例指导制度研究	117
一、案例指导制度概述	117
二、我国建立案例指导制度的可行性分析：横向视角	124
三、我国建立案例指导制度的可行性分析：纵向视角	129
四、我国案例指导运行现状分析	132
五、我国案例指导制度的具体构建	137
辩论原则研究	145
一、辩论原则概述	145
二、辩论原则国外立法考察	152
三、我国民事诉讼辩论原则的立法现状	156
四、我国民事诉讼辩论原则司法现状分析	159
五、我国民事诉讼辩论原则的实现	165
缺席审判证明标准研究	174
一、概 述	174
二、证明标准一般理论述评	180
三、各国缺席审判证明标准立法考察	186
四、我国缺席审判证明标准的立法与司法现状	191
五、我国缺席审判证明标准的立法思考	197

诉讼程序篇

民事审前程序研究	204
一、民事审前程序概述	204

二、两大法系审前程序立法比较	208
三、我国审前程序立法现状与成因分析	214
四、我国审前程序缺陷分析	219
五、我国民事诉讼审前程序立法完善	223
民事二审诉讼构造研究	233
一、民事二审诉讼构造概述	233
二、民事二审诉讼构造的样态	239
三、现行民事二审诉讼构造的优点与缺点分析	244
四、完善我国民事二审诉讼构造的依据	247
五、我国现行民事二审诉讼构造的制度完善	253
民事再审事由立法研究	258
一、民事再审事由概述	258
二、域外民事再审事由立法考察	261
三、我国再审事由立法沿革	267
四、我国民事再审事由立法现状及缺陷分析	271
五、我国民事再审事由的立法完善	282
后 记	288

陈珠个一 王希个一 黎关个一——初衣点的草书为云侯雷等月 四

司法改革篇



民事审判方式改革初探

目 录

- 一、民事审判方式的一般界定
- 二、传统民事审判方式之理性分析
- 三、民事审判方式改革的运作理论
- 四、民事审判方式改革的总方略——一个关键、一个重心、一个杠杆

一、民事审判方式的一般界定

(一) 民事审判方式的含义和特征

1. 民事审判方式的含义

“方式”，即说话做事所采取的方法和形式^①。任何行为都会以一定的方式表现出来，而任何一种方式无疑都是对某一特定行为、状态或结构的描述。民事审判权作为国家权力有序分工的伴生体，它首先通过法律形式而成为一种抽象的、静态的定在，然后，以法官对民事个案的审判行为为中介，最终完成其调整社会关系的动态具体化作用过程。民事审判权的行使是由法官的审判行为来实现的，法官的审判行为必然会以某种方式表现出来。对这种方式的研究，对于考察民事审判功能的实现，其实现的程度、实现的效率，无疑具有显在的价值。

民事审判方式，即民事审判权的行使方式。它是指人民法院在民事审判工作中采取的方法和形式，也就是人民法院为了实现审判的目的和任务，依法审理和裁判民事案件的职权行为和表现形式。这里的“依法”，既包括民事实体法，也包括民事程序法，民事审判是有机联系着民事实体法和民事程序法，以民事程序法贯彻和实现实体法内容的国家司法活动。“审理”和“裁判”，规定着民事审判的两个阶段。审理，即审判机关对民事案件进行事实调查、案件性质认定、诉讼证据评价的司法活动；裁判，是指审判机关对特定民事案件在审理基础上做出实体性或程序性处理的判定，即在国家“政治权力行使其物理力量强制于人”的前提下，“在弄清一定事实的有无（事实认定）基础上，按照预先制定的基准（法）对这一事实作出评价（价值判断或法的价值判断）”^②。

^① 《现代汉语词典》，商务印书馆1982年1月重庆版，第302页。

^② [日]川岛武宜：《现代化与法》，申政武等译，中国政法大学出版社1994年10月版，第159页。

审理和裁判两个阶段具有不能超越的时序性和不能颠倒的前后继起性特点,审理是裁判的前提和基础,裁判是审理的目的和归宿,环环相扣的审判程序总是按照审判这一层层相因的内在逻辑来设计和展开的。民事审判方式是民事审理和民事裁判行为特征的总和,所以它必然会受到审判这一内在规定性的制约,司法实践中任何形式“判而不审”、“先判后审”(比如常说的“先定后审”现象),都是对审判这一内在规定性的违反和背叛,因而是应当摒弃的。

2. 民事审判方式的特征

(1) 规范性和约束性。任何理性行为在其运行的坐标体系中总会有其预设的刻度。在文明社会里,任何权力的行使都会受到相应的制约,以防止专断和恣意。民事审判方式,作为民事审判权的行使方式,其选择显然不是法官随心所欲的结果,它必然会受到民事程序法的刚性约束。在我国主要是通过民事诉讼法来实现控制的,民事诉讼法又是通过规定一系列的程序来达到对法官审判行为方式的制约的。“程序”乃“按照一定的顺序、方式和步骤作出法律决定的过程”^①,它是制度的落实,是“设定理性或合理规则、引导正义由理想形态到现实形态的转化的过程”^②,而且,“正是程序决定了法治与恣意的人治之间的基本区别”^③。在严格的法制原则下,任何背离和超越程序法律规定的审判方式无疑都会受到否定的评价,无论其动机多么纯正,愿望多么善良,“正当的目的不能使不正当的手段合法化”^④。对程序的违反,是导致特权和司法不公正的根源。

(2) 灵活性、可选择性和可创造性。法律不等于现实,制度设计再完美,在其通过程序具体运作过程中总会要打折扣。首先,没有一部程序法律能精确到规范法官的一举一动,一言一行,这既无必要,也不可能。民事权利本身的模糊性和延展性,民事纠纷千差万别的个案特征以及适应形势变化的需要,客观上也要求民事审判方式具有灵活性、可选择性和富有弹性,故在民事审判程序设计上本身就为法官审判方式之自由选择 and 斟酌留有余地。其次,民事审判权是由人民法院统一行使的,而人民法院又是通过具体的审判组织——独任制或合议制——得以落实的,并且最终总是通过法官的审判行为来实现的。法官的审判行为作为具体的行为,不仅与法律制度、社会文化、政治制度等社会因素有关,而且受到法官个人利益、生活环境、业务素质甚至心理情绪等诸多因素的影响,因而其行为带有一定程度的摇摆性和随意性。我们也注意到,在法律没有规定,或规定不详,或规定互有抵触的时候和领域,法官

① 季卫东:《比较程序论》,《比较法学研究》1993年第1期,第3页。

② 龚祥瑞:《西方国家司法制度》,北京大学出版社1993年11月版,第154页。

③ 季卫东:《比较程序论》,《比较法学研究》1993年第1期,第13页。

④ [英]丹宁:《法律的正当程序》,群众出版社1984年版(中文版),第85页。



的自由斟酌（当然是一种理性的而非随意的）显得尤为积极和重要，“这是一种危险的必要”^①。这不仅仅是对法律“漏洞”的弥补，更具有价值的是，法官审判方式能动的选择过程为新的程序制度之建立提供了经验和契机。从这一意义上讲，民事审判方式又具有一定程度的可创造性。

（3）继承性和稳定性。民事审判方式并不等同于具体的审判行为，而是审判行为的特征描述和概括，具有一定程度的稳定性和继承性。民事审判方式作为在长期反复的民事审判实践中逐渐形成、具有普遍意义的经验规则，在一定程度上反映了民事审判活动的规律，掌握它，有利于增强民事审判工作的科学性和严格依法办事的意识，有利于提高审判人员的实务工作能力，保证办案质量，提高办案效率，故而，它具有传承和沿袭的顽强生命力。从这—个意义上讲，它成为程序立法的经验源泉。但是，民事审判方式的这一特性并不总是令人鼓舞。换一个角度看，在客观情况已经发生变化，新的制度已经建立——一旦该制度建立在对审判规律和客观情况科学认识基础之上——的情况之下，传统的审判方式便不再受到普遍的恭维，批评和指责将会接踵而至，因为这时它便呈现出一种明显的滞后性，并往往潜化为一种观念、一种意识，顽固地支配着法官的办案程式，从而造成民事审判的不公正和效率的低下。这个时候，再墨守传统的审判方式便不合时宜，对之进行改革也就成为不可避免。

总之，民事审判方式既具有规范性和约束性，又具有灵活性和可选择性；既具有可创造性，又具有稳定性和滞后性：这就注定了民事审判是法律园地里一个多彩多姿的领域。

我国是一个缺少法制传统的国家，审判方式的灵活性和可创造性塑造了传统审判方式的形象。比如著名的马锡五审判方式，它集中体现了从实际出发，实事求是，走群众路线，深入调查，审判与调解相结合且以调为主，流动办案，方便群众，不拘形式等特点。由于它在相当程度上反映了民事审判的规律，因应了特定历史条件下民事审判的特点，适应了我国的国情，所以从革命战争年代一直到新中国成立之后，马锡五审判方式被视为人民民主政权下审判方式的一种创举而备受推崇。1982年《民事诉讼法（试行）》和1991年颁行的《民事诉讼法》都对法院调解、巡回审判等作了规定，从而在立法层面上对马锡五审判方式的精髓予以了认可，并使之成为原则和制度，指导我国民事审判实践。

但是，马锡五审判方式毕竟是特定历史条件下的产物，其某些提法和表现形式带有鲜明的时代特征，随着法制的日益健全，社会法律意识水平的逐

① 周小明：《法官文化与司法公正》，《浙江大学学报：社科版》1992年第1期，第64页。