

柴发邦 主编

体制改革与 完善诉讼制度

哲学社会科学“七五”规划重点科研项目

中国人民公安大学出版社

哲学社会科学“七五”规划重点科研项目

体制改革与完善诉讼制度

主 编 柴发邦

撰稿人 （以章节先后为序）

顾培东 刘家兴 柴发邦

聂世基 李建明 江必新

中国人民公安大学出版社

一九九一年·北京

体制改革与完善诉讼制度

柴发邦 主编

中国人民公安大学出版社出版发行

新华书店北京发行所经销

安华印刷厂印刷

850×1168毫米 1/23 20.875印张 503千字

1991年5月第1版 1991年5月第1次印刷

ISBN 7-81011-307-O/D·252 定价：平9.25元 精11.75元

印数：0001—3500册

序

人民司法制度是在中华人民共和国成立初期，继承新民主主义时期人民司法的优良传统而建立起来的。当人民司法制度依据自己的程序开始运行的时候，社会主义法制建设也面临着不断发展、不断完善的任务。诉讼制度作为社会主义法律制度的重要组成部分，在实践中更面临着进一步完善的任务。特别是党的十一届三中全会以来，随着经济体制改革的不断深化和政治体制改革的蓬勃发展，社会生活、经济生活发生了深刻的变化，新的权利主体不断涌现，社会矛盾在主体、内容、频度和烈度等方面大异于先前；解决社会矛盾的诉讼制度，已不适应或不完全适应社会矛盾中的新情况、新问题，改革和完善诉讼制度的任务，再一次历史地摆在广大法学理论工作者和司法工作者面前，实践召唤人们去思考、探索、设计完善诉讼制度的理论方案。我们承担的国家“七五”规划重点科研项目——“体制改革与完善诉讼制度”，经过反复调查研究，征求实际部门和有关专家的意见，多次设计论证，终于完成了这个项目，形成了专著，是对这个项目思考、探索的结晶。

在实践层次上，完善诉讼制度的任务产生于现行程序法规范对解决社会矛盾进一步适应的要求。诉讼制度完善的标示，也在于程序法规范具有满足或基本满足有效解决各种社会冲突的适应性。然而在理性认识层次上，完善诉讼制度的任务，则在于特定社会中人们根据自己对解决社会冲突的规律的认识创造某种独特诉讼体系的强烈意识和愿望，这种诉讼体系在文明社会诉讼制度

发展史中，具有无可替代的独立价值。相应地，诉讼制度完善的标志，则在于程序法规范，以及它的实际运作能够成为诉讼制度发展史中承先启后的独特类型。

尽管在人类社会国家政权的更迭中，曾出现过无数种程序法规范，但诉讼制度的历史却主要同几个时期的某些重要法律相联系。正是这些法律，构成了诉讼制度发展史的清晰轨迹。罗马诉讼制度虽不象罗马民事实体法那样昭著于后世，但诉讼制度的溯源研究也不能不“言必称罗马”。这一方面缘于罗马国家的历史地位，罗马毕竟处于西方古代文明的始点，另一方面更在于罗马的立法者、法学家适应罗马社会发展的需要，创造性地形成了基本能够反映商品经济关系的诉讼制度体系，从而为近代法典编纂提供了雏形。较之罗马立法更早的“两河流域”苏美尔的立法，何以不及罗马诉讼制度的影响久远，其原因也在于它并没有形成一个独立的制度体系。罗马帝国灭亡之后，日尔曼人的政治和军事势力也不谓不强大。但是，无论是日尔曼口传的习惯法，还是汇编性的“蛮族法典”，都无法与罗马诉讼制度相比拟。或者是承袭罗马法律制度，或者是以其粗俗的习惯改造先前的罗马法，以至于后世把日尔曼的诉讼规范称为“粗俗的罗马法”。日尔曼人不理解罗马文明，从而也不了解罗马诉讼制度中各种程序的价值。法兰克王国时期的《萨利克法典》中，诉讼制度的内容也占有很大比重，法院组织、审理程序等方面的规定都较为具体，但是，或许是罗马法的光泽过于强烈，人们通常也不认为《萨利克法典》中的诉讼制度有多少值得称道的创见。《萨利克法典》的问世迟于《十二铜表法》约1000年左右，而前者有关诉讼制度的规定对后者的超越却极为有限。《萨利克法典》中所具有的那些发展与约1000年的时间所提供的条件相比，实在是微不足道的。与之不同的是，教会在吸收罗马法的合理因素的基础上，将教会审判规则与罗马法因素相混合，形成了一整套的诉讼制度。

尽管在今天看来，这种制度由于受教规影响而具有强烈的武断与专制色彩，但在中世纪诉讼制度中却独树一帜。至少罗马——教会式诉讼程序能够成为中世纪民事诉讼制度的代表，其影响一直延续至十六、十七世纪。近代西欧除英国以外的各主要国家相继进入大规模法典编纂时期，但是，各国诉讼法典（包括民事和刑事诉讼法典）所具有的影响地位却是不同的。法国1860年的民事诉讼法典，以路易十四制定的《民事敕令》为基础，较好地反映了封建生产关系逐步消亡后的资本主义社会，成为资本主义国家最早的一部民事诉讼法典，为西欧资产阶级民事诉讼法典提供了雏形和构架。虽然这部法典决不及《拿破仑法典》那样显赫，但它在近代民事诉讼制度发展史中功不可没。但是，晚于该法典71年问世的德国民事诉讼法典，无论就体系的完备，抑或就内容的丰富、合理而言，都非法国民事诉讼法典所能比拟。在萨维尼排斥《拿破仑法典》、从而排斥罗马法影响的同时，德国这部民事诉讼法典却较多地吸收了法国民事诉讼法的合理成份，并以德国社会实践为基础，创造性地设计出适应时代要求的民事程序规则。因此，这部法典对大陆法系许多国家（包括日本和旧中国）的民事诉讼制度都产生了重要影响，成为一些国家民事诉讼立法的蓝本。在近代刑事诉讼制度的发展过程中，同样可以看到某些典型立法规范的重要影响作用。

作这种简要的回溯与分析，是力图说明，诉讼作为一种人类文化或社会现象，或作为人类的一种解决社会矛盾的手段，它的发展需要并依靠某些反映特定时代要求的完善（当然指相对完善）的诉讼制度的出现。同时，这些制度虽然只生效于某一国家的特定时期，但其影响却是世界性的，是溶入整个历史过程之中的。中国诉讼制度的完善问题，正是在这种意义上被提出的；也只有在这种意义上，我们才能充分领略完善当代中国诉讼制度这一使命的真实内涵，才能懂得完成这一使命的难度。

事实上,近十余年来,当代中国社会的深刻变化,一方面对完善中国现实诉讼制度提出了要求,另一方面也为创造一种既具有独特价值、又能够代表现代发展水平的诉讼制度提供了社会条件。这种深刻变化,主要体现于改革以来,中国的社会经济过程和经济关系之中。延续十余年的改革,其基本任务和主要内容,在于改变既往高度集中的产品经济的管理体制,有步骤地引入市场调节机制,把计划经济和市场调节恰当地结合起来,通过这种市场取向的改革,实现有计划商品经济的模式;与此同时,赋予社会经济主体以充分的经济活力,在国家计划和市场调节原则的引导下实施经营活动。十余年来,尽管改革的任务远未完结,但社会经济过程中商品经济的因素已产生了重要影响,市场机制的导向作用也在逐步形成,统一的利益本位已经为多元利益所取代,统得过死的经济体制逐步为生机勃勃的新的经济体制所代替。

中国改革以来的这种变化相应带来的社会现实是:计划经济以及蕴含于这种经济中的社会矛盾或社会冲突依然存在;市场经济所固有的各种社会矛盾或社会冲突也大量出现。更为重要的是,由于计划机制与市场调节机制的协调在短期内还不能达到理想的境地,因此,制约这些矛盾与冲突的发生,并有效解决这些矛盾与冲突的非法律手段也很羸弱。在计划经济中的行政权力约束已经趋于松弛的情况下,市场经济中的商业信用约束又尚未能有效形成。大量别异于先前的社会矛盾与社会冲突充斥于中国社会生活之中,需要有健全的诉讼机制适应这些矛盾与冲突的解决。

更进一步看,中国社会这种深刻变化,实质上也为中国诉讼制度提供了一种特定的社会背景。这种变化所要产生的,是既不同于计划经济、更有别于市场经济的社会经济模式,这无疑是人类历史上的一种创造。虽然没有理由认为一种经济条件下必然需要有一种完全独特的诉讼制度与之对应,但不同经济模式下的社

会冲突的相异性决定了不同模式中的诉讼制度必定应有其个性特征。如果把社会主义有计划的商品经济看作人类社会的发展过程中一种独特的、并有旺盛生命力的经济类型，那么，与此相适应的诉讼制度也将在诉讼制度发展史中居有独特地位。

中国现行的诉讼制度是在改革过程中问世的。应该说，这些立法在一定程度上反映了改革过程中经济关系以及社会矛盾、社会冲突的变化。同时，在近几年的实践中，也发挥了较好的作用。但是，从司法审判实践的要求以及诉讼制度发展与进化的高度来看，现行诉讼制度依然不够完善，集中体现在以下三方面：

第一，现行诉讼制度受苏联模式的影响较大，而苏联模式的社会基础是高度集中的计划经济，这就决定了我国现行诉讼制度对商品经济的适应性不够，尤其是缺少解决某些特殊社会冲突的诉讼手段。如对破产纠纷、专利纠纷、票据纠纷、股东纠纷以及集团纠纷等，都缺少相应完备的解决程序。不仅如此，诉讼程序在适应冲突的复杂性方面，也显有欠缺，解决某些冲突的速率和效果不够理想。

第二，我国现行政程序立法是在改革以来大规模的法制化建设中产生的，应该说立法的经验还不很丰富，同时对改革中刚刚露头的某些矛盾认识还不充分，因而在立法的某些方面还比较粗糙，有些规定过于原则。这种状况固然可以提高立法规范的容量，但另一方面又为适用带来了一定的困难。在实践中，只能依靠司法部门作进一步解释，而这些解释难免会存在不够恰当的地方。

第三，现行诉讼立法所包含的某些传统原则，正受到现代发展趋势的冲击，传统诉讼制度本身也面临着变革的趋势。这种趋势体现于两方面：一是在更加完备地保护主体的权益和提高诉讼民主化程度的同时，愈益重视司法机构在诉讼中的主导地位，传统制度中的处分原则等受到了更多的制约；二是诉讼效益已成

为诉讼的基本价值之一，诉讼的“过程价值”相应降低，越来越受重视的问题是：诉讼带给当事人和社会的是什么，而社会或当事人在诉讼中又需要付出什么样的代价？所有这些，都在一定程度上动摇着传统诉讼制度中的某些原则和规定。尽管我国诉讼立法比西方国家较早地考虑了国家干预等问题，但仍然有根据我国国情进一步顺应制度发展趋势的必要。

从总体上说，我国诉讼制度实际面临着如何根据社会主义有计划商品经济发展的要求，吸收现代诉讼制度中的积极因素而创造性地加以完善的问题。

完善中国诉讼制度的任务，相应地为诉讼法学研究提出了新的要求。

我国诉讼法学的发展与诉讼制度的建设基本上是同步的。近十余年来，诉讼法学在创建或恢复我国社会主义诉讼制度过程中作出了积极贡献，诉讼法学也由此而形成了具有一定特色的体系。但是，繁重的普及诉讼法知识的任务以及司法实践与法律教育的急迫需要，使我国诉讼法学工作者不能不主要集中于对法律规定作一般原理的阐释。尽管完善我国诉讼制度已成为法学理论工作者的共识，但如何改进现行诉讼制度，尚未成为诉讼法学的研究主题。同时在研究方法上，除了受传统因素的局限外，再就是经验直感性判断较多，制度研究中理性认识的根据不够充分。如果说，在创立和恢复诉讼制度阶段，诉讼法学理论的主要任务是阐释法律规定和普及法律知识的话，那么，在完善诉讼制度的过程中，诉讼法学的重要使命则是系统地研究我国社会主义诉讼制度的基本价值、基本观念，并依此对现行诉讼制度进行评价。与此同时，认真总结近十余年来司法审判的经验，提出系统地改进我国诉讼制度的具体构想与建议。不仅如此，在对完善中国诉讼制度研究的过程中，也使诉讼法学得以深化，提高诉讼法学的理论素养与层次。

本课题分五个部分去研究，其中“社会冲突与诉讼机制”，主要从法哲学角度来研究诉讼制度的基本问题，或者说研究诉讼程序的法哲学问题，透过各种诉讼制度的表象，研究其深层的哲学基础，并以此判断现实诉讼制度的基本问题和基本价值。这种研究的视野要广阔，不能局限于一国诉讼制度的范围。因此，我们在这一部分尽可能把各国的诉讼制度作为一种综合整体，并把它作为一种社会现象去考察，而不是把中国现实的诉讼制度作为唯一的、孤立的研究对象，企求从维护社会秩序、保障公民合法权益、促进物质文明和精神文明建设这一诉讼制度的共同目标中寻求诉讼制度的一般价值，进而探索改革与完善诉讼制度的一般途径。至于其余四个部分，则以马克思主义经典作家关于法哲学的思想为指导，评价我国现行的民事诉讼制度、行政诉讼制度和刑事诉讼制度以及行政司法制度，从法哲学的高度研究现实这些制度的改革与完善问题。

“体制改革与完善诉讼制度”，是一个重大而复杂的课题，限于我们的能力和条件，本书只是在某些方面提出我们肤浅的一些认识和见解，失当之处难免，尚乞广大读者和专家不吝指教。

作 者

1990年10月

目 录

序.....	(1)
--------	-------

第一编 诉讼制度的哲学思考

第一章 社会冲突的诉讼机制.....	(3)
--------------------	-------

一、自然状态的社会冲突与作为法律事实的

社会冲突.....	(3)
-----------	-------

(一) 社会冲突成为法律事实的根据和条件	(3)
----------------------------	-------

(二) 作为法律事实的社会冲突	(8)
-----------------------	-------

二、解决社会冲突的诸手段.....

(一) 何谓社会冲突的“解决”	(11)
-----------------------	--------

(二) 社会冲突的自决与和解	(15)
----------------------	--------

(三) 仲裁与调解	(20)
-----------------	--------

(四) 诉讼	(24)
--------------	--------

三、诉讼机制.....

(一) 诉讼类型与社会冲突	(28)
---------------------	--------

(二) 诉讼程序与社会冲突	(32)
---------------------	--------

(三) 诉讼的适用与社会冲突	(35)
----------------------	--------

第二章 程序公正：价值、模式及实现.....	(39)
------------------------	--------

一、程序公正的价值.....

(一) 程序公正与法律的正义	(41)
----------------------	--------

(二) 程序公正的社会导向意义	(44)
-----------------------	--------

(三) 程序公正与冲突的解决	(48)
----------------------	--------

二、程序公正的模式.....

(一) 理性化的公正	(50)
------------------	--------

(二)形式的公正	(54)
(三)主观的公正	(57)
(四)过程的公正	(60)
三、程序公正的实现	(63)
(一)冲突事实的真实再现	(64)
(二)司法者的中立	(67)
(三)冲突主体合法意志的尊重	(69)
第三章 诉讼成本与诉讼效益	(71)
一、投入产出:诉讼所无法回避的机制	(72)
(一)冲突主体的诉讼成本与效益	(73)
(二)国家(社会)的诉讼成本与效益	(76)
(三)成本与效益关系对主体行为的影响	(78)
二、影响诉讼成本与效益的诸因素	(81)
(一)诉讼周期	(81)
(二)诉讼费用水平	(83)
(三)诉讼程序的繁简	(86)
(四)裁判结果的公正率	(89)
三、主体间诉讼成本与效益的边际影响及综合 优化	(91)
(一)主体间诉讼成本与效益的边际影响	(91)
(二)边际影响中的取向	(94)
(三)诉讼成本与效益的综合优化	(96)
第四章 法官职业行为分析	(100)
一、走下圣坛的法官	(100)
(一)古典主义的偶像	(101)
(二)行为主义的尖刻	(104)
(三)实在主义的信心	(105)
(四)法官:双重人格的载体	(107)
二、法官行为的功能分析	(111)

(一) 宣告、解释还是创造法律·····	(111)
(二) 认可与发现事实·····	(118)
(三) 法律职业的“巴尔干化”与法官的功能·····	(122)
三、法官行为的社会分析·····	(124)
(一) 职业阶层与法官行为·····	(124)
(二) 社会赞同与法官行为·····	(126)
(三) 宗教和政治信仰与法官行为·····	(128)
(四) 物质待遇与法官行为·····	(130)
四、法官行为的心理分析·····	(131)
(一) 法官心理特征的影响因素·····	(132)
(二) 情感冲动型·····	(133)
(三) 经验偏见型·····	(133)
(四) 利他求偿型·····	(134)
(五) 温和精细型·····	(134)
(六) 桀傲自尊型·····	(134)
第五章 诉讼机制中的冲突主体 ·····	(136)
一、冲突主体诉讼行为的法哲学根据 ·····	(136)
(一) 实体权益根据说·····	(137)
(二) 公法行为根据说·····	(142)
(三) 诉讼行为的综合根据·····	(145)
二、冲突主体诉讼行为的实践制约与障碍·····	(148)
(一) 主体的行为意志·····	(148)
(二) 主体的行为能力·····	(151)
(三) 诉讼行为的社会条件·····	(155)
三、冲突主体诉讼行为模式的理性趋势 ·····	(158)
(一) 诉讼发动机制的变化·····	(159)
(二) 主体诉讼境遇的改善·····	(161)
(三) 诉讼行为效益的提高·····	(162)
第六章 诉讼强制及其效用 ·····	(163)
一、从法律强制到诉讼强制 ·····	(163)

(一) 抽象的强制: 作为法律属性的强制	(164)
(二) 诉讼强制: 抽象强制的现实化	(166)
(三) “无强制性”法律规范与诉讼强制	(169)
二、冲突的解决与诉讼强制	(171)
(一) 裁决与冲突解决	(171)
(二) “二次冲突”与诉讼强制	(174)
三、诉讼强制适用及其效用的影响和制约因素	(177)
(一) 裁判的公正性与诉讼强制	(177)
(二) 裁判的法律基础与诉讼强制	(178)
(三) 裁判义务或责任的内容与诉讼强制	(180)
(四) 冲突主体的责任能力与诉讼强制	(182)
(五) 社会协助与诉讼强制	(184)
(六) 强制中的制裁与诉讼强制	(186)
第七章 诉讼机制中的社会监督	(189)
一、审判独立的相对性	(190)
(一) 从政治原则到技术原则: 审判独立的现代根据	(190)
(二) 审判权力的社会分享	(192)
(三) 诉讼的封闭与开放	(194)
二、社会监督的社会和个性原因	(196)
(一) 法律系统自我监督功能的局限性	(196)
(二) 政治责任和政治参与	(199)
(三) 利益的实际关连	(201)
(四) 伦理取向和情趣偏好	(202)
三、社会监督的类型	(204)
(一) 政府监督	(204)
(二) 政党监督	(206)
(三) 法学家监督	(208)
(四) 新闻舆论监督	(210)
(五) 公众监督	(212)
结 语: 社会监督的价值及其实践难题	(213)

第二编 民事程序制度

第八章 民事诉讼理论的发展趋势，从单一的诉讼

程序走向保护民事合法权益的综合程序 (217)

一、问题的提出 (217)

二、当前的任务：综合研究保护民事权益的 各种程序制度 (218)

三、研究方法 (220)

四、民事诉讼立法展望 (226)

(一) 强化诉讼制度的民主性和规范性是

诉讼立法的基本点 (227)

(二) 增设必要的程序制度是完善民事诉讼法的重点 (232)

五、民事诉讼立法应协调诉讼程序制度与其他 民事程序制度的关系 (235)

六、民事程序制度的监督机制 (237)

(一) 司法监督是对民事程序制度监督的主要形式 (237)

(二) 检察监督是对民事程序制度的法律监督 (239)

(三) 群众监督是对民事程序制度的根本监督 (241)

(四) 行政监督不是对民事程序制度独立 的监督形式 (243)

第九章 集团诉讼制度：理论与立法研究 (246)

一、集团诉讼的历史演变 (246)

二、集团诉讼的特征 (250)

三、在我国建立集团诉讼的必要性 (255)

四、创设集团诉讼的设想和建议 (260)

五、建立集团诉讼应注意的几个问题 (262)

(一) 集团诉讼的适用范围 (263)

(二) 集团成员的确定 (263)

(三) 当事人举证、处分行为及其效力·····	(264)
(四) 权利保护的具体形式·····	(265)
(五) 诉讼费用的分担·····	(266)
(六) 判决的执行·····	(266)
第十章 纠正生效失误裁判程序: 监督与再审 ·····	(268)
一、失误裁判的救济与健全诉讼制度 ·····	(268)
二、民事诉讼法规定的审判监督程序的显著 不足 ·····	(270)
三、完善监督与再审程序的基本原则 ·····	(273)
(一) 实事求是, 有错必纠·····	(273)
(二) 对事实负责、对法律负责和对人民负责·····	(274)
(三) 检察监督与群众监督相结合·····	(275)
四、监督与再审程序的理论方案 ·····	(275)
(一) 当事人、法定代理人对错误裁判的申诉·····	(275)
(二) 对错案的复查程序·····	(277)
(三) 再审案件的审理程序·····	(278)
五、再审制度的性质与完善再审制度的必要性 ·····	(280)
第十一章 破产制度: 破产程序与民事诉讼程序 ·····	(284)
一、对破产制度的法律程序 ·····	(285)
二、适用民事诉讼法中的法律程序问题 ·····	(291)
三、对破产事件的监督机制 ·····	(295)
第十二章 完善公证制度的理论构想 ·····	(299)
一、对公证制度性质和功能的理性认识 ·····	(299)
二、公证是重大民事行为的法定形式 ·····	(301)
三、公证是保护民事权益的重要程序制度 ·····	(304)
(一) 公证制度的基本原则·····	(304)
(二) 公证的效力·····	(305)
(三) 对妨害证明行为的强制措施·····	(305)
(四) 公证制度与审判制度、检察制度的衔接与联系·····	(306)

四、健全与完备公证程序	(308)
(一) 拓宽公证业务范围	(309)
(二) 公证机构的改革	(310)
(三) 办理公证的具体程序	(311)
第十三章 仲裁制度：管理体制与程序制度	(314)
一、我国仲裁制度的历史发展	(315)
二、改革国家仲裁制度的理论构想	(320)
三、改革国际商事仲裁的理想模式	(326)
第十四章 人民调解制度：发展与完善	(328)
一、关于人民调解工作程序制度的建设	(330)
二、政府对调解组织管理的程序制度建设	(332)
三、法院对调解组织指导和监督的程序制度建设	(337)

第三编 行政诉讼制度

第十五章 行政诉讼机制的合理构成与运行	(343)
一、行政诉讼法的基本特征	(343)
二、诉讼机制的合理构成和运行	(348)
三、行政诉讼的功能	(349)
第十六章 行政诉讼法的几个基本原则	(352)
一、当事人在诉讼中的法律地位平等	(352)
二、辩论原则	(355)
三、司法审查原则	(356)
四、检察监督原则	(359)
第十七章 行政诉讼的一般地域管辖	(362)
一、具体行政行为争议的实质与行为地的地域管辖	(362)
二、人民法院受案范围与行政诉讼的一般地域	