

本书以社会转型和民事司法改革为背景，以民事诉讼法学的基础理论为依托，以诉权和审判权的关系为核心，着力探讨和研究民事纠纷的诉讼与仲裁解决的基本问题，构建和谐社会与纠纷的合意解决问题，社会转型期农村土地纠纷的解决机制问题，民事纠纷解决的外部监督问题以及与此相关的其他问题。本书的研究始终追踪改革热点，在对民事纠纷解决机制的理念及程序设计的问题深入反思的基础上，立足于树立先进的程序理念，构建科学、公正、合理的程序，规则与具体制度，尤其在程序模式、诉权的保护范围、纠纷的合意解决机制，社会转型期农村土地纠纷的解决，民事纠纷解决的外部监督等问题上，本书提出了具有建设性的观点和设计，并进行了深入细致的分析与论证。本书以社会转型和民事司法改革为背景，以民事诉讼法学的基础理论为依托，以诉权和审判权的关系为核心，着力探讨和研究民事纠纷的诉讼与仲裁解决的基本问题，构建和谐社会与纠纷的合意解决问题，社会转型期农村土地纠纷的解决，民事纠纷解决的外部监督问题以及与此相关的其他问题。本书的研究始终追踪改革热点，在对民事纠纷解决机制的理念及程序设计的问题深入反思的基础上，立足于树立先进的程序理念，构建科学、公正、合理的程序，规则与具体制度，尤其在程序模式、诉权的保护范围、纠纷的合意解决机制，社会转型期农村土地纠纷的解决，民事纠纷解决的外部监督等问题上，本书提出了具有建设性的观点和设计，并进行了深入细致的

Civil Procedure Series



民事程序法论丛

转型期中国民事纠纷解决初论

蔡虹 / 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

Civil Procedure Series

转型期中国民事纠纷 解决初论

蔡 虹 / 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

转型期中国民事纠纷解决初论/蔡虹著. —北京:北京大学出版社,
2008.10

(民事程序法论丛)

ISBN 978 - 7 - 301 - 14314 - 8

I. 转… II. 蔡… III. 民事纠纷 - 调解(诉讼法) - 研究 - 中国
IV. D925.114

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 154010 号

书 名: 转型期中国民事纠纷解决初论

著作责任者: 蔡 虹 著

责任编辑: 李 铎

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 14314 - 8/D · 2151

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 三河市新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米 × 980 毫米 16 开本 11.5 印张 181 千字

2008 年 10 月第 1 版 2008 年 10 月第 1 次印刷

定 价: 21.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

论丛总序

本丛书以“专注制度、推动立法”为主旨,推出一批优秀的民事诉讼制度研究著作,从而推动我国《民事诉讼法》全面修改的进程。丛书以民事诉讼的重要制度为切入点,在现行立法实证研究、域外相关制度比较以及制度背后法理研究的基础上,提出具体而细致的立法完善方案,并详细论证立法建议的理由与可操作性,充分预测可能的不足。

法治乃是良法之治,制定之初就先天不足的劣质法律要么被弃置不用,要么阻碍社会的公平正义。即便是良法也需要与时俱进,不断修改完善以跟上社会发展的步伐。制度不公正、缺乏可操作性、条文过于粗陋、立法滞后等种种立法弊病,将严重阻碍法治进程,引发民众的法律信任危机。而一部优秀法典的诞生与焕发生命力,将有赖于包括立法者、实务工作者、法学研究者在内的所有法律职业人士的共同努力,当然,这其中也有作为法律制度消费者的民众的呼声和意愿。

高质量的立法需要大量学术资源的支持,这也正是学者大有可为之处。立法是多个具体制度的有机组合,研究者针对具体制度的立法建议能为立法者提供直接的参考,研究者的立论越充分、资料越翔实、思虑越周密,也就越能说服立法者接受其建议。

诉讼法学的实用性较之实体法更为明显。司法实践中,任何案件都要不同程度地适用诉讼法,诉讼立法的优劣将对整个法律制度的公正产生直接影响。尽管程序与实体的关系还没有取得共识,但科学理性的程序始终是我们追求的目标。民事诉讼法要实现法律的公平正义,必须具备发现真实和准确适用法律的优秀品质,必须体现效率原则、必须保障人性尊严。民事诉讼多元价值的实现以及各种价值之间的衡平,都要体现



在每一个具体制度之中。与其坐而论道,在价值选择上空谈,不若走进实践,透过具体制度设计的精妙贯彻价值目标。

当今法学日益成为显学,但制度研究和立法建议并未得到充分重视。当前的学术风气研究似乎热衷于理论的深刻和精致,或者埋头于西方制度的梳理评介,或者通过实证调研发掘创造理论,有意无意地轻视制度构建。事实上,理论研究最终要服务于实践,理论创新、论证和争鸣最终要落实到具体的法律条文中去,否则极可能失于空泛,沦为清谈。只有将理论智慧转化成实践效果的法学研究才真正有价值。艰深理论固然重要,但它永远也取代不了制度对于法律实践的指导和塑造作用,无法削弱制度研究的意义。理论研究不与具体制度接轨,不能为制度构建提供养分,而是关起门来自说自话,满足于“新名词、新学说”的制造,必然是法学的悲哀。

2007年我国《民事诉讼法》经历了16年以来的第一次修改,此次修法过程的封闭性显而易见。我们无意指责立法者不开门纳言,而是自省学界是否为立法者提供了充足的养分。目前我国《民事诉讼法》修改的具体方案虽然有了不少优秀成果,但总体上而言,立法建议质量不高,缺乏深入争鸣,这使得立法者缺乏邀请学者深度参与立法的热情。不得不承认,我国《民事诉讼法》修改的进程缓慢,与学术界对于民事诉讼具体制度立法完善的研究水平不高有着直接关联。

制度研究不被重视的一种解释可能是,制度研究太简单,没深度,落入了八股的俗套。在许多人看来,制度研究就是“概念+国外介绍+我国弊端+修改建议”的八股文章,相比之下,纯理论研究更显深度和水平。此说其实大谬,低劣的制度研究不仅没有任何学术价值,反而会误导民众和初学者。真正高质量的制度研究和立法建议,可以说是法学研究者毕生心血的结晶,代表了他的最高学术成就。

回溯历史上那些流传千古的法典的诞生,背后都有当时顶尖法学家艰苦卓绝的努力。一位学者会因主持或参与一部优秀法典的制定而被世人传颂,推动立法可谓法学研究者职业生涯的顶峰,这在大陆法系国家尤为明显。实际上,研究具体的制度设计方案并参与立法是最具挑战性,也是最能考验学者理论积淀和人生智慧的活动。无论是对既有法条的修正,还是对新制度的拟定,如果缺乏对实践的深入了解,对问题症结的敏



锐把握,对国情和实践逻辑的透彻理解,对法条背后理论根基的深入研究,对不同观点的中肯评价,对西方相关制度第一手立法和修法资料的熟悉,对相关配套制度的了解,对制度运行中可能缺陷的清醒认识,就很难保证法条的科学性与可行性。在学术影响立法的过程中,价值多元化、既得利益集团的阻挠和旧体制的束缚,都是人尽皆知的困境所在,激烈争鸣也是情理之中。法律实践中的疑难杂症千头万绪,法律制定和运行中阻力重重,这些困难都迫切需要具有扎实法理功底、高瞻远瞩、坚守学术操守,同时又熟谙国情实务、极富妥协性智慧的学者,与立法和实务部门以及相关利益集团进行不乏策略技巧的博弈与合作,推动优质立法的出台,将理论上的公平正义转化为现实规则,推动实践发展,这才是学术研究本真的贡献。本丛书希望为那些心怀远大梦想和社会责任感的人们搭建一个舞台,通过学术研究展现其激情、严谨、勤勉与智慧。

一部优秀的立法绝非一人之功,立法质量还取决于多元主张的对立、争鸣和妥协。个人无法摆脱理性不及的局限,制度设计的争论越激烈,越能凸显个别主张的缺陷,而在富有智慧的妥协之中,制度才能最大限度地发扬优点,抑制不足。一路喝彩的立法施行起来很可能困难重重,而经过严厉抨击和反复追问的条文由于充分考虑可能的弊病,更容易获得良好效果。本丛书提出的立法建议期望能抛砖引玉,在批评和辩论中不断成熟。丛书希望搭建一个舞台,这个舞台不仅有作者的独舞表演,更有“舞林大会”的激烈对抗与精彩纷呈,最终走向交响乐的雄浑、大气与和谐。

汤维建

2008年8月

内容简介

在转型期中国,一方面,民事纠纷数量大幅增加,纠纷主体寻求诉讼解决日益频繁;另一方面,民事诉讼及相关制度处理纠纷的理念和程序设计上存在诸多问题。笔者认为,民事诉讼程序不仅是现代法治的重要标志,而且关系到实体法的实施、合法权益的保护、司法权威的建立乃至社会正义的实现,意义十分重大。但我国现行民事诉讼制度的状况已落后于社会的发展,需要加大力度进行改革和完善。在1991年现行《民事诉讼法》颁布实施之后,我国确立了市场经济,加入了世贸组织和一些重要的人权保障方面的国际公约,并经历了两次修宪,也有了一些民事司法改革的成果和经验积累。因此,我国《民事诉讼法》应立足于转型期社会民事纠纷解决的需要,转变基于计划经济的国家本位主义的立法政策,弱化法院的职权对民事冲突主体意思自治的干预,尊重并保障当事人的权利;在民事诉讼程序的建设上,应以程序公正和诉讼效益为基本价值目标,以我国参加的国际条约和世贸组织有关协定的具体要求为标准,革除传统落后的、违背现代民事诉讼活动基本规律的做法,全面优化我国的民事诉讼程序,并在民事诉讼程序上全面贯彻宪法修正案关于保障人权、保护合法私有财产的原则。

本书在社会转型和司法改革背景下探讨民事诉讼和仲裁制度的完善问题,内容主要涉及民事纠纷诉讼解决的基本问题、构建和谐社会与纠纷的合意解决问题、社会转型期农村土地纠纷的解决机制问题、民事纠纷解决的外部监督问题以及与此相关的其他问题。

关于民事纠纷诉讼解决的基本问题,首先应从宏观上对民事诉讼结构进行调整、对诉讼模式进行选择和优化。因为我国民事诉讼制度的基



本特征说到底是由诉讼模式的特征决定的,诉讼模式的问题几乎制约了民事审判方式的整个制度化系统,包括起诉制度、庭审制度、证据制度、上诉制度、再审制度、执行制度以及调解制度等。在诉讼模式由国家本位向当事人本位转型中,应当确立辩论主义原则,辩论主义意味着只有当事人在诉讼中所提出的事实,并经过辩论才能成为法院判决的基础。故而,如果当事人的声明、陈述和证据方法不明了、不完善,法院就会以此为依据作出不利于该当事人的判决。因此,本书研究了如何通过法官行使释明权来弥补辩论主义的不足。在民事案件的主管方面,应扩大对民事权利的保护范围,贯彻法治原则、私权保障原则和司法最终解决原则,除几类特殊民事案件由法律明确规定排除在主管之外,其他民事案件均应由法院主管,并应健全对法院主管的制约机制和对当事人权利的救济机制。民事审判方式的改革促进了庭审功能的增强,突出了当事人的对抗作用,但如何通过诉讼程序整理焦点、获取庭审所需要的证据,如何通过审前准备程序交换证据、沟通信息、促成合意的达成,《民事诉讼法》均未作规定,笔者提出并论证了构建审前准备程序的具体构想,以及法院管理模式的更新与配合。在证据制度方面,应以诉讼证明的基本规律和程序公正的要求重构举证、质证、认证制度,本书重点研究了证据制度中的程序保障问题。在诉讼程序的建设上,应加强对审前准备程序的构建。在我国民事诉讼立法中,无独立请求权的第三人制度无疑是个值得反思和重构的制度。社会经济交往中纠纷的频繁和复杂,可能会导致几个相关联的民事法律关系不能正常运转从而涉诉,而无独立请求权的第三人制度提供了通过一个程序彻底解决纠纷、避免矛盾判决、节约司法资源的配置,这一配置的原理在我国民事诉讼法及相关司法解释中却没有得到很好的体现,本书着重对“法律上的利害关系”以及“直接判决无独立请求权第三人承担民事责任”问题进行了探讨。

民事纠纷的合意解决,既具有与审判同样的纠纷解决功能,又具有充分的意思自治、效率与和谐功能。法院调解和仲裁调解作为民事纠纷合意解决的程序制度,在和谐社会构建方面大有可为。它以当事人之间的私权冲突为基础,以当事人一方的诉讼请求为依据,以司法审判权的介入和审查为特征,以当事人之间处分自己的权益为内容,具有平等对话、互谅互让、纠纷解决彻底、自动履行率高等好处。因此,民事纠纷的合意解



决机制一直备受世界各国的广泛推崇。调解制度在民事诉讼及仲裁中的确立,源于私权自治原则和处分原则,调解必须建立在双方自愿的基础上。在调解的整个过程中,作为调解主持者的法官或仲裁员,应根据需要和可能,尽量为当事人协商解决纠纷创造条件,营造和谐的气氛,但能否调解以及调解最终能否达成协议,应取决于当事人的自愿。本书对调解的应然机制和正当性基础作了深入探析,通过与香港诉讼和解制度的比较研究,寻求我国法院调解存在的正当性危机,反思我国法院调解制度设计上的缺陷及其深层原因,提出从理念到程序的完善措施。针对这几年实践中为追逐调解率而再度抬头的强制调解现象,本书论述了民事纠纷合意解决与构建和谐社会的关系,批判了片面理解和谐而盲目追求调解结案、以和谐的外衣掩盖急于使用判决、回避矛盾等错误的做法,强调了贯彻自愿原则和提高调解的质量,以促进调解制度的健康发展。

“社会转型期农村土地纠纷的解决”是笔者承担的教育部重大攻关项目子课题的研究成果。本书第三章以田野调查的第一手资料为基础,探讨了转型期我国农村土地纠纷的严峻形势、纠纷类型与特点、纠纷解决机制的设置与功能完善,着重论述了诉讼解决对于保障国家土地立法的贯彻、农民土地权利的保障以及解决“三农”问题的重要意义、面临的主要问题以及解决的办法。

关于民事纠纷解决的外部监督,本书论述了检察机关对民事诉讼的法律监督和仲裁裁决的司法监督。民事检察监督有其独到的功能,是我国唯一由宪法和法律授权的专门性法律监督,是超然于审判机关之外的外部监督,是具有经常性、法定性与强制性的监督。从保障司法公正、维护法制统一的高度认识,同时也是从其独到的功能出发,在目前情况下尚无任何一种力量能够替代它,因此,民事检察监督应当加强和完善。本书探讨了检察监督与审判独立、处分权原则、既判力理论以及诉讼效率的关系,探讨了检察监督在民事诉讼法修改中和修改后仍需研究的若干重大理论和实践问题。法院对仲裁的司法监督,是实现仲裁公正与效益的双重价值目标的需要。仲裁具有自主性、民间性、经济性、保密性、专业性和国际性等特点,这是仲裁制度赖以存在的基础。法院对仲裁的监督应当适度,否则仲裁的优势要么不复存在,要么大受减损,仲裁将演变成另外一套司法程序,成为诉讼程序的翻版。因此,司法监督的适度性问题应当



很好地研究。

关于民事纠纷解决的相关问题,本书主要论述了民事纠纷解决中广为适用的司法解释的性质、作用,针对审判实践中存在的认识误区和错误做法,从理论上对司法解释作了界定与规范,对其造法性功能作了限制。对于作为民事审判程序重要组成部分的非讼程序的研究,是基于非讼程序的理论和立法长期以来落后于诉讼程序,未能很好地发挥处理非讼案件的作用,影响了司法解决民事案件功能的整体发挥的现实。为此,本书研究了非讼程序的适用范围、特殊规则和特别法理。

上述研究成果具有三个特征:第一,以社会转型中民事司法改革为背景,着力思考与研究现实问题;第二,以基础理论为依托,重点研究与解决民事诉讼及仲裁中的具体制度问题;第三,以诉权与审判权为核心,重点研究与解决矛盾的主要方面——审判权的良性运作。上述研究成果始终追踪改革热点,与民事诉讼基础理论和司法实践保持密切联系,故而成果处于前沿,其中关于法院调解、证据调查、释明权、民事纠纷解决的外部监督等内容已为最高人民法院的相关司法解释所采纳,同时,也受到来自实务界的好评,对于民事司法改革有着积极的影响与促进作用。

目 录

第一章 民事纠纷诉讼解决的基本问题	(1)
一、民事诉讼结构的调整及其基本模式的选择	(1)
二、释明权:制度基础透视与制度构建	(11)
三、法院主管若干问题研究	(25)
四、审前准备程序的功能、目标及其实现 ——兼论法院审判管理模式的更新	(37)
五、证据制度中的程序保障问题	(48)
六、关于无独立请求权的第三人制度的若干思考	(51)
第二章 民事纠纷的合意解决	(60)
一、祖国大陆法院调解制度与香港诉讼和解制度 之比较研究	(60)
二、和谐社会视野中的诉讼调解	(71)
三、和谐社会视野中的仲裁调解	(74)
第三章 农村土地纠纷解决的中国语境	(85)
一、农村土地纠纷及其解决机制	(85)
二、农村土地纠纷的诉讼解决	(105)



第四章 民事纠纷解决的外部监督	(117)
一、民事检察监督的功能定位与制度完善	(117)
二、民事检察监督与民事诉讼法的新近修改	(126)
三、优化我国仲裁监督模式的初步思考	(135)
第五章 民事纠纷解决的相关问题	(143)
一、非讼程序的理论思考与立法完善	(143)
二、关于审判委员会制度改革路径的思考	(152)
本书作者的代表性论文(1998—2008)	(171)
后 记	(173)

第一章

民事纠纷诉讼解决的基本问题

一、民事诉讼结构的调整及其基本模式的选择

令人瞩目的民事审判方式的改革在我国已进行了近二十年。改革的动因,最初是缘于解决社会经济结构的变化所带来的民事、经济案件激增与法院的审判力量相对不足的矛盾,因而改革的措施多半是具体的、技术性的和非结构性的。这些改革措施的推出虽然具有重要的历史意义和现实意义,但就整体而言,这场来自法院系统的改革是在特定的历史条件下,基于特定的动因而进行的,对于原有的民事审判方式存在的诸多问题以及改革的基本方向尚缺乏清晰和深刻的认识,改革缺乏理论上的指导和支持。因而经过多年的改革实践,显示出某些改革措施难以收效,甚至改革的某些措施难以与整体诉讼结构相协调的状况,这种状况不能不引起人们的深思。例如,庭审方式的改革,强调当事人举证、质证和当事人之间的辩论,其本意是想弱化法院职权,让当事人真正成为诉讼的主角,使裁判的基础建立在双方当事人举证、质证及辩论的基础上。但由于整个诉讼结构的调整没有协调进行,若想在原有的诉讼结构内进行庭审方式的改革是难以收到预期效果的。如有些法院在推行辩论式诉讼过程中,一方当事人突然提出新的证据,使对方当事人缺乏必要的准备而无法与之对抗;有的证人不出庭作证,仅提供书面证言,使诉讼当事人没有机会质证;还有许多当事人本不具备诉讼常识却又亲自参与诉讼,造成法庭辩论难以围绕诉讼的焦点进行。在这种情况下,法官由于退之于消极裁判的地位,因而常常使辩论式诉讼有名无实,合议庭难以当庭裁判。由此



可见,改革应从调整整个民事诉讼结构入手,改革的各项措施应当协调进行。不调整整个诉讼结构,而是只在现有的诉讼结构框架内进行局部的、某些具体措施的改革,不仅改革难以凑效,而且往往会诱发新的矛盾。

民事诉讼结构,是指法院与当事人在诉讼中的地位及其相互关系。从民事诉讼法律关系的理论看,法院和当事人的法律关系构成了整个民事诉讼的基本主线,对特定的民事诉讼体制基本特征的揭示不能离开对法院和当事人这一基本法律关系的剖析。诉讼结构的问题几乎制约了民事审判方式的整个制度化系统,包括起诉制度、保全制度、庭审制度、证据制度、上诉制度、再审制度、执行制度以及调解制度等。民事审判方式改革诸多问题的最终解决,无不涉及到诉讼结构的问题。我国民事审判方式的基本特征说到底是由诉讼结构的特征决定的。因此,对民事诉讼结构问题的研究无疑有助于为民事审判方式改革的深化作理论上的准备,有助于实现我国民事审判方式改革的价值目标。

我国现行的民事诉讼结构基本上是以法院为主导,表现为强职权主义或超职权主义的特点。^①在民事诉讼机制运行的过程中,法院的主动性和能动作用得以充分发挥,整个民事诉讼运行机制,是以审判人员对案件事实、证据的调查为主线而展开的,当事人虽然是平等的诉讼主体,但实际上他们在诉讼中的能动作用及彼此间的对抗作用受到很大的遏制。这一特点在我国1982年颁布的《民事诉讼法(试行)》以及有关的规范性文件得到了充分的体现。

我国现行《民事诉讼法》是在由计划的商品经济向市场经济转轨的过程中修改后颁布实施的。经济发展和改革的因素无疑直接影响着法的修订。与《民事诉讼法(试行)》相比,现行《民事诉讼法》在诉讼结构方面更加充分地体现了诉讼民主。但是,这部法并未带来诉讼结构的根本改变。首先,现行《民事诉讼法》本身并未彻底改变原有的诉讼结构,尽管它有了相当大的改进;其次,现有的民事诉讼结构与现行的《民事诉讼法》立法宗旨之间还有相当一段距离,远未达到立法的要求。由此就决定了现有的民事诉讼结构仍属于职权主义诉讼结构,具体表现在:

^① 参见左为民、刘全胜:《中国民事诉讼制度:透视、评析和改革》,载《法学》1994年第1期。



第一,各种具体的诉讼程序的开始、进行和终结,法院具有主动性和决定性。尽管作为诉讼主体的当事人对多种诉讼程序享有启动权,但很多重要的程序如保全程序、执行程序的启动与否仍可由法院决定。法院可以在当事人没有申请的情况下,依职权开始这些程序。另外在诉讼中,民事诉讼也不能完全按当事人的意志进行或终结。例如,原告提出撤诉,不论该申请是否对原告有利,诉讼得依法官的意志来决定是否继续。

第二,法院可以在当事人负举证责任的同时,依职权积极主动地收集证据,并将此作为认定案件事实的根据。虽然《民事诉讼法》规定当事人应承担举证责任,并限制了法院收集、取证的范围,但事实上,法院仍然可以依职权收集调查证据。因而法院在作裁判时,常对当事人依举证责任提供的证据不予考虑,而是完全将自己独立收集来的证据作为裁判的根据,并由此使民事举证责任制度和法庭调查、法庭辩论制度失去意义。

第三,法官主宰整个庭审进程,当事人处在消极、被动的地位。在法庭审判中,法官控制、指挥诉讼,虽然自现行《民事诉讼法》颁布以来,法庭比较注意发挥当事人在法庭审理中的对抗、辩论作用,但这多半停留在形式上,或顶多将双方当事人的意见作为参考,法院在裁判时可不必将当事人的陈述和提出的证据作为裁判的根据。因此实际上,法院仍然是指挥和控制诉讼的主角,而当事人则处于消极、被动的地位,成为被询问和调查的对象。

我国民事诉讼的这种结构性特点由来已久,决非偶然。

首先,我国封建社会历史悠久,几千年来形成并保持了“中央集权、高度统一”的历史状况以及根深蒂固的“以官为贵”的传统意识。这种历史背景必然导致在司法审判中,司法者主宰诉讼,而当事人处于被调查、被审问的对象的地位这种诉讼结构。20世纪初,清政府在制定成文法时,很自然地接受了大陆法系的德、日、奥等国的职权主义诉讼模式。但是,应当指出的是,大陆法系的职权主义在形式上是法官主宰诉讼,而实质上仍是以辩论主义为核心的。表现在:第一,凡是未在当事人辩论中出现的事实不能作为判决的基础和依据。第二,法院应将双方当事人间无争议的事实作为判决的依据。从这个意义上讲,可以说法院直接受到了当事人诉讼行为的约束,如一方对另一方主张的某事实自认时,法院不得提出质疑。第三,法院虽可依职权主动调查,但调查的范围仅限于双方当事人



在诉讼中提出的事实。可见,我国在引进职权主义诉讼模式的时候并未吸取其辩论主义的内核。我国特有的封建主义性质的职权主义色彩依然存在,诉讼结构并未发生质的变化。

其次,新中国成立以后,我国的各项立法受前苏联的影响很大,前苏联民事诉讼中的国家干预原则为我国所接受,而国家干预与职权主义有必然联系。深层次的原因是,经济制度从根本上规定了国家与经济主体的相互关系,从而也决定了民事诉讼中法院与当事人各自的地位。新中国成立后在经济制度上我们效仿前苏联,根据马克思主义经典作家的某些设想,实行生产资料公有化,这就必然要求并且需要建立高度统一的计划经济体制,以便使国家按照总的计划统一管理国民经济。国家在经济生活中的这种地位必然反映到经济纠纷解决领域——民事诉讼中来。在民事诉讼中,法院代表国家干预纠纷的解决过程,要将国家对经济的控制作用延伸到民事诉讼中,法院始终站在国家利益的角度来看待和处理当事人的处分行为,并进行干预。这就决定了在民事诉讼中法院必然居于主导地位,而当事人则处于被动和消极的地位,这种诉讼结构是一种以国家干预为核心的职权主义模式。

正因为经济制度是民事诉讼结构模式的根本形成原因,因而经济制度的改革和市场经济的建立也必然要求民事诉讼结构与之相适应。市场经济是高度社会化和市场化的商品经济,其特点包括经济主体具有多元性和平等性、经济行为具有自由性和竞争性、经济形式具有契约性和公开性等。在市场经济条件下,社会的经济权力不再垄断在国家手中,而是被分解为各经济主体的权利,每个商品生产者都是独立的经济主体,都享有充分的自由权利,他们通过自由协商来共同决定他们之间的互利有偿。市场经济的本质特征是民主、自由、平等和独立,它强调分权、自治和权利的保障,要求国家尽可能少地干预经济关系,充分地尊重私人间的合意和选择的自由,仅从宏观上调控经济的发展。^①

市场经济的这一本质要求体现在民事诉讼结构中,就表现为法院应充分尊重当事人的意思,使当事人能够按照自己的利益要求决定自己的诉讼行为,而法院对当事人自由行使诉讼权利不予干预,更不能代替当事

^① 参见陈泉生:《论市场经济与民事诉讼模式的改变》,载《社会科学家》1994年第5期。



人去处分由当事人享有的自由权利。裁判案件的事实根据只能来自于当事人,同时要求当事人对自己的主张充分举证,并对自己的诉讼行为负责。

由此看来,我国民事审判方式的改革实际上已涉及到诉讼结构这一更深层次的问题了。

无论是从民事审判方式的改革、建立适应市场经济发展需要的民事诉讼机制方面看,还是从立法上、理论上完善我国的民事诉讼制度方面看,民事诉讼结构的调整都势在必行。但民事诉讼结构的调整应当选择一种什么样的目标模式,对此却存在着不同的看法。由于民事诉讼结构的问题关系着民事审判方式改革等若干重大理论问题,因此很有必要从理论上对民事诉讼结构的模式进行深入的研究,并从中作出正确的选择。

关于民事诉讼结构的基本模式,理论界比较认同的有两种类型,即当事人主义诉讼结构和职权主义诉讼结构。当事人主义诉讼结构为英美法系国家的民事诉讼法所采用。其特征包括:第一,诉讼的双方当事人在启动、推进、终结诉讼程序方面,以及在法庭辩论和提供证据方面具有决定性作用。法院据以作出裁判的案件事实,也是在双方当事人平等而激烈的对抗中展示出来。在这种诉讼结构中,当事人的举证责任具有举足轻重的意义。第二,作为裁判者的法官在诉讼中居于中立和超然地位,一般不介入双方当事人的辩论,法律通常禁止法官主动收集证据或积极地谋求当事者和解,法官只能在当事人请求的范围内,在法庭辩论终结以后作出裁判,并且裁判所依据的证据只能来源于当事人。第三,整个民事诉讼程序,尤其是法庭辩论呈现出激烈的对抗色彩。有人形象地称进行诉讼的双方当事人为“竞技”或“决斗”,而法官恰似一个裁判。^① 由于当事人与法官在诉讼中的地位以及相互关系,决定了当事人要想在竞技中获胜,必须最大限度地法庭调查或辩论中发挥自己及律师的智慧、能力、辩才。为了使双方当事人能够有效地在诉讼中展开攻击和防御,同时也使陪审团和法官在双方当事人激烈的对抗中正确地采纳和运用证据,这些国家的法律通常设置了精细、严格、完整的程序制度(如交叉询问制)和证据法规则,激烈的对抗性带来了诉讼程序的高度制度化和复杂化。

^① 参见宗智:《改造刑事訴訟結構應當慎行》,載《法學研究》1994年第6期。