

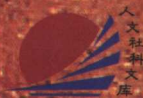
出版社

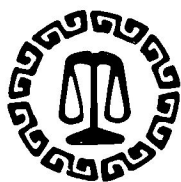


走向司法公正

民事诉讼模式研究

温树斌 魏斌 著





走向司法公正

民事诉讼模式研究

温树斌 魏斌 著

广东人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

走向司法公正：民事诉讼模式研究/温树斌 魏斌
著. - 广州：广东人民出版社，2001. 6

ISBN 7-218-03667-8

I. 走… II. 温… III. 民事诉讼-模式-研究-中国
IV. D925.14

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (1999) 第 56476 号

出版发行	广东人民出版社
经 销	广东新华发行集团股份有限公司
印 刷	肇庆市科建印刷有限公司
开 本	850 毫米 × 1168 毫米 1/32 开本
印 张	10.125
字 数	240,000 字
版 次	2001 年 7 月第 1 版 2001 年 7 月第 1 次印刷
印 数	3000 册
书 号	ISBN 7-218-03667-8/D·389
定 价	23.80 元

如发现印装质量问题，影响阅读，请与承印公司联系调换。

售书热线：(020) 83790667 83791084



目录

第一章 导论

- 一、民事诉讼模式的概念/1
 - (一) 民事诉讼模式的通常定义/1
 - (二) 民事诉讼模式的概念和性质/4
- 二、民事诉讼模式的基本类型/9
 - (一) 神判模式/9
 - (二) 弹劾式诉讼模式/10
 - (三) 纠问式诉讼模式/11
 - (四) 职权主义诉讼模式/12
 - (五) 当事人主义诉讼模式/13
 - (六) 混合民事诉讼模式/14
- 三、民事诉讼模式的研究范围/16
 - (一) 民事诉讼模式的研究目的/16
 - (二) 民事诉讼模式的研究范围/22

第二章 国外民事诉讼模式

- 一、概述/27
 - (一) 国外民事诉讼模式的分类/27
 - (二) 研究国外民事诉讼模式的意义/30
- 二、当事人主义诉讼模式/32
 - (一) 概说/32
 - (二) 当事人主义诉讼模式的内涵/33
 - (三) 当事人主义诉讼模式的评价/35
- 三、法院职权作用的加强/38
 - (一) 加强法院职权作用的动因及进程/38
 - (二) 加强法院职权作用的主要表现/39
- 四、两大法系民事诉讼制度趋同的趋势/42

(一) 两大法系民事诉讼制度趋同的基础/42

(二) 两大法系民事诉讼制度趋同的表现/43

第三章 中国民事诉讼模式现状

一、中国民事诉讼模式的形成/47

(一) 对中国民事诉讼模式的基本认识/47

(二) 中国民事诉讼职权主义模式的形成/58

二、中国民事诉讼模式的基本特征/64

(一) 中国职权主义诉讼模式的法律表现/64

(二) 中国民事诉讼模式的基本特征/75

三、中国民事诉讼模式的发展趋向/80

(一) 外国的司法改革/80

(二) 我国民事诉讼模式的发展趋向/81

第四章 诉权与民事诉讼模式

一、诉权概说/86

(一) 西方的诉权理论/86

(二) 前苏联的诉权理论/88

(三) 法国的现代诉权理论/89

(四) 国内的诉权观点/91

二、诉权辨证/92

(一) 诉权的概念/92

(二) 诉权的价值/103

三、诉权与民事诉讼模式/107

(一) 诉权的平等性/108

(二) 诉权对民事诉讼模式的影响/115

(三) 中国民事诉讼法中的诉权/128

第五章 民事审判权与民事诉讼模式

- 一、民事审判权概说/136
 - (一) 民事审判权的概念和法律特征/136
 - (二) 人民法院在民事诉讼中的地位/137
- 二、人民法院机构设置的改革/139
 - (一) 人民法院的设置/139
 - (二) 人民法院的内部机构设置/145
- 三、独立审判与违法审判责任追究制度/154
 - (一) 独立审判原则的含义/154
 - (二) 法院独立审判与法官独立审判/156
 - (三) 独立审判的制度保障/159
 - (四) 违法审判责任追究制度/161
- 四、人民法院的民事审判方式改革/166
 - (一) 民事审判方式改革的意义/166
 - (二) 公开审判制度的落实/169
 - (三) 庭审功能的强化/173
- 五、审判权与民事诉讼模式的关系/185
 - (一) 淡化审判权的主导地位/186
 - (二) 强化审判权的独立地位/186
 - (三) 保证审判权的中立地位/187
 - (四) 审判权应受诉权制约/188

第六章 民事检察监督权与民事诉讼模式

- 一、民事检察监督制度的历史沿革/192
 - (一) 世界主要国家检察机关提起民事诉讼的历史发展/193
 - (二) 中国检察机关民事检察监督制度的历史发展/194

- 二、检察机关的民事检察监督权/197
 - (一) 概说/197
 - (二) 民事检察监督权的法律依据/198
 - (三) 民事检察监督权的范围/201
- 三、现行民事检察监督体制的不足与完善/203
 - (一) 现行民事检察监督体制的缺陷/203
 - (二) 完善现行民事检察监督体制的建议/207
- 四、检察机关提起民事诉讼与民事诉讼模式/218
 - (一) 人民检察院的起诉权、参诉权/218
 - (二) 起诉权、参诉权对民事诉讼模式的影响/221

第七章 建立民事诉讼的平衡模式

- 一、平衡模式概说/232
 - (一) 平衡模式的理论基础/232
 - (二) 平衡模式的现实根据/238
- 二、平衡模式的基本构架/246
 - (一) 诉权平衡/249
 - (二) 诉权与审判权平衡/257
 - (三) 监督权与审判权平衡/271
 - (四) 诉权、审判权、监督权的相互制约/277
 - (五) 平衡模式的价值取向/279

第八章 平衡模式下的民事诉讼法

- 一、平衡模式对民事诉讼法的要求/286
 - (一) 民事诉讼法结构的调整/287
 - (二) 民事诉讼法内容的变革/291
- 二、平衡模式下的证据规则/300

(一) 我国民事诉讼证据制度的不足/300

(二) 平衡模式下的证据规则/301

三、民事诉讼的规律/307

(一) 民主规律/308

(二) 平等规律/309

(三) “无知之幕”规律/310

(四) 审判统一规律/311

(五) 程序够用规律/312

(六) 平衡规律/312

参考书目/313

后 记/315



第一章

导论

一、民事诉讼模式的概念

(一) 民事诉讼模式的通常定义

中国传统的诉讼法学和诉讼实践中，并无诉讼模式这一术语，当然更无所谓民事诉讼模式这一概念。这种情形一直延续到20世纪的80年代。随着社会经济的不断发展和诉讼实践的日益迫切的要求，中国于20世纪90年代相继修改民事诉讼法和刑事诉讼法，进行审判制度和司法制度的改革。在这一过程中，专家学者对外国的诉讼制度和诉讼理

论进行搜集、整理和研究，发现了诉讼模式及民事诉讼模式、刑事诉讼模式的概念，也发现别人对这一问题的研究比较深入，于是就引而进之。这样，在中国现代诉讼法学领域，就出现了新的概念和词语。

虽然我们接受了民事诉讼模式这一术语，但对于民事诉讼模式的定义还没有形成比较权威和流行的看法，见仁见智，说法不一，主要有以下观点：

1. 民事诉讼模式是指法院审判行为（职权行为）与当事人诉讼行为（诉权行为）之间的关系模式，亦即法院与当事人之间诉讼权限的配置模式。^[1]

2. 民事诉讼基本模式是对特定或某一类民事诉讼体制基本特征的揭示。^[2]

3. 民事诉讼模式是指人民法院为了审理民事案件，公正、快捷地解决民事纠纷，实现人民法院对社会的司法管理职能，依照《宪法》和《民事诉讼法》的有关规定确定的审理民事案件的基本形式。民事诉讼模式的确立实质上也就是人民法院审理民事案件审判方式的确立，其外在表现形式为：人民法院、当事人、其他诉讼参与人在民事诉讼中的法律地位及其相互之间的权利义务关系等。^[3]并认为，民事诉讼模式应具备以下几方面的特征，一是确定参加诉讼活动的主体地位，二是确定作为定案依据的证据的来源，三是确定庭审活动的推动方式，四是确定案件的裁判权归属。

4. 民事诉讼模式可定义为：支持民事诉讼制度和程序运作所形成的结构中各种基本要素及其关系的抽象形式。对这一概念的含义，可以分解如下：首先，民事诉讼模式是对民事诉讼程序及制度结构的抽象和概括，这是民事诉讼模式涉及范围的限定。

其次，民事诉讼模式是对民事诉讼结构的构成要素及其各要素之间的基本关系的抽象和概括，制度框架需要内容作为血肉，结构本身从形式上提供了可视制窗口，而作为内容的要素及关系则是驱动程序的原动力。第三，民事诉讼模式依然表现为一种形式，实际上是为了与我们所述的作为一种理论构架来理解的观点相互照应，作为一种理论构架，它应该最大限度地集中反映民事诉讼制度及程序的主要特征。^[4]

上述第一种定义认为民事诉讼模式是法院与当事人之间诉讼权限的配置模式，有一定价值和积极意义，但把诉讼的主体仅限于法院和当事人是不完全的。因为在民事诉讼中，作为法律监督者的人民检察院也参加诉讼，并扮演重要角色，在某些时候决定民事诉讼的启动。因而，我们没有理由将检察机关排除在民事诉讼模式之外。其他几种观点过于狭窄或空泛。

在当今有关民事诉讼制度改革的论述中，与民事诉讼模式有关的另一个词“民事审判方式”使用的频率越来越高。有人认为所谓审判方式，简单地说，就是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法和形式。^[5]从这一表述看，民事审判方式与民事诉讼模式的上述表达是一致的，民事诉讼模式也就是民事审判方式。然而，我们认为，虽然这两个词语所指的方向是一致的，但是它们之间有着比较显著的区别：第一，民事审判方式这一词语的重心是作为审判机关的人民法院，是从法院的角度、以法院为中心来看待问题，其用语本身反映了民事诉讼模式的职权主义色彩。第二，民事审判方式这一词语仅包括民事诉讼主体中的法院和当事人，对另一重要的主体——人民检察院没有涉及，因而不能与民事诉讼模式通用、置换。第三，民事诉讼模式是用全方位的、立体的眼光分析、研

究民事诉讼的核心问题，它不但涉及到法院、当事人，还涉及到检察机关，进而涉及到民事诉讼理论和实践的方方面面，而民事审判方式仅涉及到法院系统，对其他方面涉及不大。第四，民事审判方式的实践意味较强，主要解决民事诉讼中如何具体审理民事案件，理论价值并不是其重心。而民事诉讼模式首先应是有着一套严密逻辑的关于民事诉讼的理论体系，使之对民事诉讼活动进行指导，然后使之外化为审判实践。因而民事诉讼模式是包含浓厚理论内容，又有广泛实践操作的科学体系。

在民事诉讼理论界，还有“庭审方式”这一词语，它仅仅是指人民法院的开庭审理问题，是审判方式的一个组成部分，更不能够代替民事诉讼模式。

必须指出的是，虽然庭审方式、民事审判方式、民事诉讼模式之间有区别，但是它们之间也有密切的联系，民事审判方式中的主要问题之一是庭审方式，而民事诉讼模式的主体当是民事审判方式，在不同的情境之下，这三个词语都有其特定的内涵，都是可用之词，应当说只有范围的大小，而没有优劣之区别。

与此同时，有人还使用了“民事诉讼结构”一词，认为“民事诉讼结构，是指法院与当事人在诉讼中的地位及相互关系。”^[6]由此可以看出，民事诉讼结构与前述的民事诉讼模式并无实质区别。实际上，这两个词是可以相互转换使用的，本书所以称民事诉讼模式系习惯使然。

（二）民事诉讼模式的概念和性质

笔者认为，民事诉讼模式，是指在民事诉讼中，人民法院、

民事诉讼当事人以及人民检察院三者之间，诉讼权力资源配置关系表现出的基本诉讼形式。

1. 民事诉讼模式的主体有人民法院、双方当事人和人民检察院，即裁判者、被裁判者和裁判的监督者三个方面。

裁判者在任何情况下都是民事诉讼的主角，是民事诉讼模式的必备主体。在我国，裁判者是作为国家审判机关的人民法院。而以人民法院的名义对民事案件行使具体裁判权的是审判组织——独任制中的独任法官和合议制中的合议庭。被裁判者即民事诉讼中的双方当事人，即原告或共同原告、被告或共同被告以及诉讼中的第三人。被裁判者也是民事诉讼的必备主体，对民事诉讼产生重大影响，反过来也一样：民事诉讼模式决定双方当事人的诉讼地位，影响双方当事人诉讼权利及诉讼权利的实现。除人民法院和诉讼当事人外，人民检察院作为民事审判活动的监督者也是民事诉讼的必备主体，是民事诉讼模式的必需要素。

许多人在论及民事诉讼模式时，总是把人民检察院排除在外，许多人在论及民事诉讼法律关系主体时，也把人民检察院排除在外，这是不对的。笔者认为，我们必须把人民检察院作为民事诉讼法律关系的主体，也必须将其作为民事诉讼模式的必备要素。理由是：第一，《中华人民共和国宪法》第129条规定：“中华人民共和国人民检察院是国家的法律监督机关。”据此，检察院负有监督国家宪法和法律正确贯彻实施，维护社会主义法制，保护国家、集体和个人合法权益之责，负有对人民法院的审判活动进行法律监督之责。第二，《中华人民共和国人民检察院组织法》第17条规定：“地方各级人民检察院对于本级人民法院第一审案件的判决和裁定，认为有错误时，应当按照上诉程序提出抗诉。”据此，人民检察院对人民法院第一审刑事、民事、行政判

决裁定，有权提出抗诉。第三，《中华人民共和国民事诉讼法》第14条规定：“人民检察院有权对民事审判活动实行法律监督。”民事诉讼法第185条至第188条规定了人民检察院对民事审判活动进行监督的方式、条件及法律后果。第四，按照民事诉讼法的如上规定，人民检察院已经对人民法院的民事审判活动实行法律监督，监督的案件越来越多，监督的效果也越来越好。

2. 民事诉讼模式是裁判者、被裁判者和监督者三方之间的相互关系。

从中外诉讼法理论和诉讼实践来看，作为裁判者的法院和作为被裁判者的当事人是民事诉讼模式的主要方面，他们的不同地位和相互关系决定了民事诉讼模式的不同类型。比如，民事诉讼主要由诉讼当事人发动、推动，当事人处于主导地位，法院处于消极地位的是当事人主义诉讼模式；而法院处于主导地位、当事人处于次要的地位是职权主义的诉讼模式。

与此同时，监督者、裁判者和被裁判者之间的关系也应当是民事诉讼模式中的重要关系。如前所述，由于人民检察院以审判监督者的身份参加诉讼，在法定情况下，检察机关对民事诉讼的启动和进程具有决定性意义，因而，就不能不将检察机关纳入民事诉讼模式之中。民事诉讼模式实际上就是审判机关、诉讼当事人、监督机关三方的权利义务关系和相互地位，即审、诉、监三方的权利义务关系和相互地位。

3. 民事诉讼模式的核心问题是民事诉讼主体诉讼权力资源配置关系。

民事诉讼本身是一种人类的社会性活动，是处理人类特定状态下相互关系的一种方式，这一方式不可能是自发的、无序的，而是有严格规则的活动。所以，国家即以法律加以规范，这就出

现了民事诉讼法。在民事诉讼法中，国家以法律的方式对各诉讼主体的权力进行了配置，对有限的诉讼权力资源进行了划分：哪些权力是双方当事人的，双方当事人具体享有哪些诉讼权利；哪些权力是法院的，法院在民事诉讼中享有哪些具体权利；哪些权力是检察院的，人民检察院享有哪些具体权利。在不同的民事诉讼模式下，诉讼权力的配置不同；在不同的社会形态下，诉讼权力的配置不同；在不同的社会发展阶段，诉讼权力的配置也不相同。可以这样讲，人类社会不同的经济文化发展水平，决定人类社会的基本形态，不同的社会基本形态决定不同的民事诉讼基本模式，在不同的社会发展阶段，诉讼权力的配置也在进行必要的调整，以达到诉讼权力的制约和平衡。对于我国目前正在进行司法体制改革，包括民事审判方式的改革，有人认为，当初的主要动因，是法院案件多人员少，力量与任务的矛盾日益突出，想借此减轻法官及法院调查取证的负担。^[7]更多的人认为是由于司法腐败到了触目惊心的地步，为了实现司法公正，必须进行审判方式的改革。而笔者认为，我国审判方式改革的动因在于，由于中国的社会主义初级阶段经济建设和社会发展取得了巨大成功和进步，初步建立了社会主义市场经济体制，民事诉讼中原有的诉讼权力资源配置的平衡状态被击破，因而有必要对诉讼权力资源配置进行调整，使之在新的环境内达到新的平衡。

4. 民事诉讼模式是对民事诉讼程序制度的抽象和概括。

按照现代汉语的解释，模式是指某种事物的标准形式或使人可以照作的标准样式。在诉讼领域，其基本含义是某一系统状态或过程状态经过简化、抽象所形成的样式，模式是对某类事物或行为特征的概括或抽象。国外对诉讼模式的研究起步较早，在20世纪60年代，美国学者帕卡在宾夕法尼亚法学杂志上发表

《刑事程序的两个模式》一文，首次提出了犯罪控制模式（Crime Control Model）与程序正当模式（Due Process Model）。^{〔8〕}犯罪控制模式主张刑事诉讼程序的最重要的机能就是抑制犯罪，即为了维护公共秩序，犯罪行为必须被置于严格的统制之下。因而这一模式最关心的就是程序的效率，认为在惩罚上不具有高效率的刑事诉讼，无论是对社会还是对个人的自由，都是有害无益的。程序正当模式则是以个人优先的观念以及为了保障个人权利不受侵犯而对国家权力进行制约的观念为基础的。这一模式认为，不受制约的权力必然被享有者滥用，在刑事诉讼中限制国家的权力，就是对被告人权力的保护。帕卡指出，这两个对立模式并不能以“本然”与“应然”视之，也不能在这种意义上展开论述，同时，并非实务上采取其中某一模式，即代表正确的选择，抑或其中一种模式在排除了另一模式之后，即符合实际或代表理想。事实上，两种模式并不能简单地以好坏视之。此后在 20 世纪 70 年代，美国耶鲁大学的格里费斯（J.Griffith），提出了争斗模式与家庭模式。戈德斯坦（A·S·Goldstein）提出了传统的纠问模式与弹劾模式，达马斯卡（M·Damaska）提出了职权查明模式与当事人抗争模式等。这些学者关于模式的研究对诉讼理论产生了重要影响。在民事诉讼领域，学者也概括出了民事诉讼的职权主义模式和当事人主义模式。在我国步入市场经济后，刑事诉讼法方面的学者引进了国外刑事诉讼模式的研究方法和研究成果，开始以诉讼模式、诉讼结构、诉讼构造的概念及理论来分析我国的刑事诉讼制度，企图通过刑事诉讼程序内部的结构，抽象出程序的基本特征，从而认识刑事诉讼的基本原理和程序结构。几乎与此同时，民事诉讼法方面的学者也开始了对民事诉讼模式的初步探索。

二、民事诉讼模式的基本类型

(一) 神判模式

神判模式是指当事人按照习惯在进行诉讼或解决纠纷时，以“神”的意志作为判断是非的惟一标准的模式。它是在原始社会末期，“大同”社会逐渐解体、私有财产和私有制逐渐产生的社会历史条件下，为了适应以个体家庭为基础的私有经济的新情况而产生的。它的首要功能就是维护财产私有和财产私有制。神判模式的主要特征是：

1. 神判既用来解决一般纠纷、偷盗纠纷等，也用来解决斗伤、杀人等刑事纠纷，但主要用来解决当事人之间的财产纠纷。

2. 神判中的双方当事人是平等的，都以同样的方式来接受神的裁判，包括神的残酷的考验。我国西南少数民族地区在解放前仍有神判的遗迹。比如，在贵州镇宁县扁担山龙头寨曾发生一起抢劫案，被劫家的主人在这伙强盗走出大门的一刹那，认出其中一个劫贼是本寨人，于是便到寨老处告发。而被告则断然否认自己行劫，并反控被劫者诬告好人。经寨老多次调解，双方仍各持己见，纠纷不能解决。于是便请来巫师主持捞油锅。巫师在寨神庙前架大锅一口，锅内注入清油，点火加热。巫师一手执“魔剑”，另一手执神水葫芦，端立锅前，念动咒语，请神降临。当油烧至滚开，巫师即将一枚铜钱投入锅中，并声称神灵已至，正义者之手伸入锅中捞取钱币会安然无恙，作恶者之手伸入锅中会把手烫伤。接着，巫师以魔剑指向原告，令其首先捞油，原告立