



Qihe Yu Chaoyue

契合与超越

Minshi Susong Ruogan Lilun yu Shijian

民事诉讼若干理论与实践



李祖军 著

2



厦门大学出版社

XIAMEN UNIVERSITY PRESS

D925.1-53/1

2007

契合与超越

民事诉讼若干理论与实践

李祖军 著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

契合与超越:民事诉讼若干理论与实践/李祖军著. —厦门:厦门大学出版社, 2007. 4

ISBN 978-7-5615-2747-4

I. 契… II. 李… III. 民事诉讼—中国—文集 IV. D925. 1-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 047561 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门大学 邮编:361005)

<http://www.xmupress.com>

[xmup @ public. xm. fj. cn](mailto:xmup@public.xm.fj.cn)

沙县方圆印刷有限公司印刷

2007 年 4 月第 1 版 2007 年 4 月第 1 次印刷

开本:787×960 1/16 印张:32.25 插页:2

字数:568 千字 印数:0001—2 000 册

定价:45.00 元

如有印装质量问题请与承印厂调换



序

也没去考证过,为什么每本书都一定要有个序言,好不容易把书稿弄好,还得坐下来写个序。这辈子看了不少序,作者是前辈挚友,或是自己,内容亦无程式,抒情或论事,洋洋洒洒万言,或言简意赅数句,可谓形式多样,内容丰富。轮到我提笔写序时,却有些不得要领之感。

我出生在四川威远的一个山村,家中四兄弟,我排行老大,在乡下生活的日子,尽管有些受冻和挨饿的记忆,但终究拥有一个农村孩子特有的自由自在、无忧无虑的童年。这也多少造就了自己忍耐、吃苦而豁达的性格。受“文革”影响,刚满15岁我便于1977年高中毕业了。那时候的高中只读了两年,而且不要考试,靠推荐而上。迄今为止我尚未弄明白,家境贫寒,又没有任何社会关系,亦无啥显著优点的我,凭什么被推荐进入了著名的“威远中学校”?作为当时当地唯一的“高级知识分子”,也就是1977年,我便开始在一个叫“龙泉”的小学校里教起书来,而且是语文、算术、唱歌、图画全上。由于年龄太小,以至于在一次教师培训课堂上,主讲人在上课铃响了以后,大叫一声“三排左边那个小孩赶紧出去,我们要上课了”,每当想起那一幕,不免让人生出一番往事如烟的感慨。教了三年小学,误了50多个学生,学会了说普通话,18岁前的成就,大体如此。当然还考上了一个大学。这后一个成绩可就比较大了,身处穷乡僻壤,又无人开导指引,四周黑洞洞的一个人独自奋斗,免不了一而再的考试、落榜,从1977年开始,直到1980年,我才进入西南政法学院,实现了梦寐以求的跳(出)农门的愿望。从此便与一个叫法律的东西结下了不解之缘。

20世纪70年代末、80年代初进入大学的人,多半都有不平凡的经历,且曲折坎坷。这批人一进入大学,基本都有“把失去的青春夺回来”的气概,所以那时的校园真是人人争分夺秒,个个夜以继日,读书几乎成了壮丽青春的全部内容。我也不例外,毕竟刚刚完成从乡村向城市的转移,一切都是新的,一切都得从头来,书之于我,成了大学生活的全部记忆。



研究生考试有点阴差阳错,我本来报的民法专业,考下来不太理想,只能在法理、诉讼法、法制史三个专业中调剂(可见那时的诉讼法还远未成为一门显学)。正当我在为选择学科而烦恼时,恩师常怡博士把我招在了门下,自此,学习、研读和讲授民事诉讼法,转眼已22年矣。

在民事司法领域,我一直比较欣赏有理论水准的实践家和谙熟社会实践的理论家,我一直比较反对远离实际和艰深晦涩的理论空谈,就像我不太赞成,罔顾理论学习而总在摸着石头过河的“实践”一样。民事诉讼理论固然有对民事司法实践的提升和超越,但它更多的、也是更有价值的层面是对实践的契合与关照。理论工作者除了凭借自己渊博的知识和深刻的洞见获得公众的信赖之外,更要学习,向实践学习,以使我们的理论更能反映和助益于司法实践,当年费孝通老先生曾担心单纯送法下乡,法治秩序好处未得,礼治破坏弊端却生。所以法学家,特别是诉讼法学者没有“入世”和“出世”的问题,都应“入世”。诉讼法学理论不该沉迷于淡漠的自我陶醉,更不能成为远离现实社会之外的主观遐想,而应当参与生动的法律生活,反映并解读现实社会的各种关系,力求使自己成为时代精神的体现,成为诉讼法制文明的活的灵魂。法学家,特别是诉讼法学者不可迷失在法律概念或主义的丛林中,应该看到法律与法学背后的世界,力求使自己走出职业的束缚和学术的羁绊,不仅仅以知识,更以行动和实践去坚守自由、正义与公平。

基于此,《契合与超越》就不仅仅是对文章内容的描述,更是作者毕生的追求。

是为序。

李祖军

于山城芳草地

2007年3月



目 录

序

程序公正	(1)
民事诉讼主体尊严的确认与保障	(15)
诉讼效益论	(56)
民事诉讼目的论学说评述	(65)
民事诉讼制度为什么而设立	(82)
利益保障目的论解说	(92)
民事诉讼目的的制约因素	(102)
自由心证与法官依法独立判断	(123)
确信真实,一种新理论的结构优势	(137)
民事诉讼法律关系论	(147)
独立审判论	(171)
公开审判论	(198)
民事诉讼法的解释	(222)
论诉讼时效的效力及其与诉权的关系	(239)
民事诉讼的构造	(269)
诉讼与传统文化的价值取向	(299)
共同诉讼人	(307)
无独立请求权第三人制度分析	(354)
审前程序的独立价值与我国审前程序的重构	(366)
略论争点整理程序	(385)
论民事诉讼非法证据排除规则	(413)
民事诉讼答辩状规则研究	(447)
论民事再审程序	(457)
民事强制执行救济制度论	(475)



程序公正*

有学者指出：“凡是谈到社会管理，就不能撇开价值，价值的相互制约和人的目的性”。^① 民事诉讼，乃是人类社会高度发达后所进行的一种特殊的理性行为，这种行为注定要服从一定的价值目标，即服从于实现民事诉讼目的要求的行为价值取向，这种价值取向是对实现民事诉讼目的的过程、方式提出的较为抽象的要求，即民事诉讼立法和司法能够满足国家、社会及一般成员的特定需要而对其所具有的效用和意义。在理论界，人们对民事诉讼立法和司法的效用和意义有不同提法。^② 我们认为，公正、效益应是确定民事诉讼目的必须予以考虑的诉讼价值。本文拟对公正特别是程序公正予以论述。

一、程序公正的缘起

程序公正根植于古罗马时代的“自然正义”，近代和现代程序公正观念由此产生并完善于英国法，并为美国法所继承，通过“正当程序”思想形成和展开的。其思想体系可追溯到 1216 年制定的《英国大宪章》第 39 条：“除依据国法之外，任何自由民不受监禁人身、侵占财产、剥夺公民权、流放及其他任何形式的惩罚，也不受公众攻击和驱逐。”该条内含的正当程序思想成为程序正义观念的最初来源。正当程序的概念最早出现于 1354 年爱德华三世的时代。这

* 本文发表于《现代法学》，2001 年第 6 期。

① 康·维·内戈伊·察：《控制论的当前问题》，转引自王卫国：《过错责任原则：第三次勃兴》，浙江人民出版社 1987 年版，第 160 页。

② 有提“公正、效率、效益”的（马贵翔：《公正、效率、效益——当代刑事诉讼的三个基本价值目标》，《中外法学》1993 年第 1 期），有提“公正、效益”的（顾培东：《社会冲突与诉讼机制》，第 3、4 章），有提“公正性、经济性”的（王洪俊：《中国审判理论研究》，重庆出版社 1993 年版，第 285～307 页）。



一概念的本意是指刑事诉讼必须采用正式的起诉方式,并保障被告人接受陪审裁判的权利,后来扩大了其适用范围,即凡是剥夺某种个人利益时必须保障他享有被告知权、陈述权和倾听的权利,进而形成英美法中人权保障的根本原则。^①

正当程序作为一项基本原则为美国联邦宪法所确立。18 世纪末北美 13 个殖民地的人民举行了反对英国殖民统治的独立战争,于 1776 年 7 月 4 日通过了宪法性文件《独立宣言》,提出了平等、自由和天赋人权等资产阶级民主政治原则,并宣告独立,成为自由独立的合众国。随后又于 1787 年制定了联邦宪法,并于 1789 年 3 月 4 日宣布生效,作为世界上第一部独立、统一国家的成文宪法,它完整地规定了资产阶级三权分立和制衡的原则。^② 该法的第五条修正案规定:“非经正当的法律程序,不得剥夺任何人的生命、自由或财产。”第十四条修正案对各州也提出了相同要求。根据美国《布莱克法律辞典》的解释,正当程序的中心含义是指:“任何权益受判决结果影响的当事人都有权获得法庭审判的机会,并且应被告知控诉的性质和理由……合理的告知、获得庭审的机会以及提出主张和辩护等都体现在‘程序性正当程序’之中。”^③ 据美国学者和联邦最高法院的解释,正当法律程序可分为“实体性正当程序和程序性正当程序”两种。前者是对联邦和各州立法的一种宪法限制,据此,任何一项涉及剥夺公民生命、自由或者财产的法律都应符合公平、正义等基本价值的要求。后者则是对法律实施的方法和过程的规制,它要求用来解决利益争端的法律程序必须是公正、合理的。正当法律程序从实体与程序两方面充分体现了公正、正义、合理等基本理念。联邦最高法院大法官杰克逊认为:“程序的公正和合理是自由的内在本质,如果可能的话,人们宁愿选择通过公正的程序实施一项暴戾的实体法,也不愿意选择通过不公正的程序实施一项较为宽容的实体法。”^④ 因此,正当程序的实质就是公正价值取向。

产生和发展于英美法中以审判程序公正为主要内容的正当程序原则,到了 20 世纪逐步扩展为世界多数国家所公认的基本人权保障标准,并且为联合国的法律文件所确立。从 1948 年 12 月对日联合国大会通过并宣布的《世界

① 松井茂记:《非刑事程序领域的正当程序理论(一)》,《法学说丛》第 160 卷第 4 号,1980 年版,第 2 页。

② 《世界宪法大全》,中国广播电视出版社 1989 年版,第 2 页。

③ 《布莱克法律辞典》第五版,“正当法律程序条”。

④ 陈瑞华著:《刑事审判原理》,北京大学出版社 1997 年版,第 57 页。



人权宣言》，到1964年12月16日联合国大会颁布的《公民权利和政治权利国际公约》等一系列法律文件，基本上已经形成了一整套公正审判的国际性准则。这些准则反映了审判程序改革的大趋势，也是司法现代化的必由之路，更是人类文明的共同财富。

对程序正义的理论研究大约开始于20世纪60年代。一些学者从关注人类自身的前途和命运出发，开始研究程序或过程本身的正当性问题。程序正义理论研究的集大成者是美国学者约翰·罗尔斯。1971年，他出版了著名的《正义论》一书。该书提出并分析了程序正义的三种形态：纯粹的程序正义、完善的程序正义和不完善的程序正义，并着重对纯粹的程序正义进行了论述。纯粹的程序正义是指，不存在关于正义的独立衡量标准，只存在一种正确或公平的程序，只要这种正当的程序得到实际的执行，那么由该程序得出的结果就应被视为正当和正确的，无论这是一种什么样的结果。如赌博，只要参与者严格遵循了游戏的规则，那么最后一次赌博后的现金分配就是合乎正义的。纯粹的程序正义有个最大的优点就是，在满足正义的要求时，它不再需要追溯无数的特殊环境和个人不断变化着的相对地位，从而避免了由这类细节引起的复杂原则问题。

就在罗尔斯发表其《正义论》的同时，一些英美学者从揭示传统上的“自然正义”和“正当法律程序”理念的思想基础出发，对法律程序本身的公正性和正当性进行了充分的讨论。提出了诸多程序正义理论。这些理论的共同之处在于：它们都认为法律程序是为保障一些独立于判决结果的程序价值而设计的，这些价值有参与、公正及保障个人的人格尊严等；一项符合这些价值的法律程序或者法律实施过程固然会形成正确的结果，但是这种程序和过程的正当性并不因此得到证明，而是取决于程序或过程本身是否符合特定的程序正义标准，换言之，一项法律程序或者法律实施过程是否具有正当性和合理性，不是看它能否有助于产生正确的结果，而是看它能否保护一些独立的内在价值。至于这些内在价值究竟是什么，学者们则各抒己见。有的主张法律程序自身所保护的是建立在社会契约理论基础上的正义价值；有的认为是人的自然权利、基本的自由价值和人的尊严，还有的则认为是所谓将人视为目的而非仅仅手段的道德原则。显然，学者们认为，法律程序具有与程序结果毫无关联的独立价值，这些价值至少应包含公平、公正、合理等。只有这些价值得到保障，那些其利益会受到程序结果直接影响的人才能受到基本的公正对待，即享有作为一个人而非动物或物品所必需的尊严和人格自治。在许多学者看来，法律程序在作为实现公正结果的手段方面的价值，尽管也十分重要，但与程序正义



价值相比,仍居次要位置。有的学者甚至得出了近似于罗尔斯所谓的纯粹的程序正义的结论,即确保法律程序自身价值的实现是法律实施过程的关键所在,只要遵循了公正、合理的程序,结果就被视为是正当的。至此,程序正义的研究终于超越了伦理学和政治学的界域,而与法律哲学结下了不解之缘。在当代,几乎对所有法律问题的研究,无不提及程序正义。程序正义问题已然成为诉讼法学中的基本理论问题之一。

二、程序公正的内容

程序公正的内容即构成公正程序的必备要素,学者们从不同的角度进行了概括,提出了许多不同的观点。通过对程序公正内容的研究,人们试图从程序公正的抽象理念中提炼出具体标准,并将程序公正的内在价值外化为执行指令。

程序公正的确切内涵在中外学者间是见仁见智的。

在我国,有学者认为,程序公正的要素包括五个方面的内容:程序规则的科学性、法官的中立性、当事人双方的平等性、诉讼程序的透明性、制约与监督性。^①还有的学者认为,程序正义的具体内容大体应该包括以下方面的内容:(1)裁判者应当是中立的。(2)程序能确保利害关系人参加。(3)当事人平等地对话。(4)保障当事人充分地陈述主张。(5)平等地对待当事人。(6)程序能为当事人所理解。(7)充分尊重当事人的处分权。(8)维护当事人的人格尊严。(9)当事人不致受到突袭裁判。^②我国学者中对于程序公正的内容有不少其他看法。这些关于程序公正内容的解答都从不同的侧面反映了作者对程序公正的理解,如果将这些认识加在一起未尝不能捉住程序公正的真正内涵。笔者认为,程序公正内涵的研究不应停留其外在指标上,总执著于程序正义是怎么样的是不够的,而应更进一步将研究深入到具备某些标准的程序为什么是正义的层面上去。这就要求我们必须从理论的高度肯定并树立程序公正的独立的内在价值,即那些不依赖于判决结果而存在的,即使并未增进判决

① 陈桂明:《诉讼公正与程序保障》,中国法制出版社1996年,第15页。

② 张卫平:《民事诉讼基本模式:转换与选择之根据》,载《现代法学》,1996年第6期。



准确性,法律程序也要加以维护的价值。^① 据此,笔者认为,在程序公正的诸项内容中,以(1)程序主体地位的确立与强化;(2)以诉讼主体确信的事实为定案依据;(3)审判者中立的立场三者尤为重要。其中诉讼主体确信的事实为定案依据已另文论述,^②本文只就(1)(3)两项进行探讨。

(一)程序主体地位的确立与强化

程序主体地位的确立与强化要求,立法者在设计民事诉讼目的时应将真正赋予并保障当事人享有程序主体权放在首要的位置。这不仅意味着当事人能够有机会通过自己的努力形成令自己满意的诉讼结果,也意味着诉讼程序对作为自主、理性主体的当事人尊严和价值的充分肯定。“尊重个人的原则意味着个人应对自己行为所造成的后果负责”。^③ 当事人程序主体地位的强化基于下述理念:民事诉讼程序的设置及运行,必须以保障受裁判者在诉讼法上的基本人权为其最低要求,无论是立法机关还是法院都应尽可能完善、充实各项诉讼制度,认知当事人及利害关系人的程序主体地位,尽一切可能避免当事人诉讼主体的客体化。因此,在各项诉讼程序中,应充分保障程序主体参与程序、平等对话、为攻击防御、陈述意见或辩论提供机会,以防止和避免突袭性判决。^④ 程序主体权的法理基础来自于对宪法和诉讼法关系的重新认识。现代宪法明确规定人的尊严不受侵犯,一切权力属于人民,并宣示公民享有自由权、诉讼权、财产权等。据此,程序主体地位的确立强化与尊重程序主体之尊严原则具有同质性:人的尊严是只有人才具有的一种特殊价值,这种价值对于任何人都平等拥有,且无质量等差之别。康德认为,唯有人有其尊严,且人的尊严无以替代亦不可剥夺,也无法估量其价值。据此,人具有自律性及自我目的,任何制度,包括民事诉讼制度的确立和运作,都不应以人为单纯的手段或可随意支配之客体。上述思想已被世界人权宣言及联合国宪章所采用并获得世界各国的广泛认同,从而使人的尊严应予尊重的原则,成为各国法律公认的,应予严格遵循的重要原则。

在民事诉讼程序中,充分尊重程序主体的尊严具体表现在下述诸方面:

1. 平等地位的赋予与保障

^① 迈克尔·D·贝勒斯:《法律的原则——一个规范的分析》,中国大百科全书出版社1996年版,第37页。

^② 李祖军:《确信真实,一种新理论的结构优势》,《法学评论》2000年第3期。

^③ 彼得·斯坦·约翰·香德,王献平译:《西方社会的法律价值》,中国人民公安大学出版社1990年,第149页。



民事诉讼当事人具有平等的诉讼地位,法院在民事诉讼中应平等保障当事人行使诉讼权利。一般说来,要求受到平等的对待,源于“人类希望受到尊重的愿望,”“当那些认为自己同他人平等的人在法律上得到了不平等的待遇时,他们就会产生一种卑微感,亦即一种他们人格与共同的人性受到侵权的感觉。”而“促使法律制度朝平等方向发展的力量乃是人类不愿受他人统治的愿望。”^①民事诉讼中的平等原则内含了下述要求:第一,在立法上对当事人权利、义务平等分配的要求。诉讼程序的重要功能之一即是能够有效排除各种偏见、不必要的社会影响和不着边际的连环关系的重荷,使本来复杂的社会关系简单化。^②在程序面前,无论身份、地位和财富状况如何,都抽象化为完全平等的个体。因为诉讼程序所负之任务十分单纯而确定:事实之真实发现、法律之正确适用。做到这两点,与当事人的富贵贫贱等外在因素毫无关联。第二,对当事人行使诉讼权利平等保障的要求。该项要求强调的是在民事诉讼中双方当事人的平等对抗,均等地获得攻防武器。这是平等原则作为制度形态的程序公正理念最为实质的要求。否则形式上的平等永远无法掩盖实质上的不平等,因为社会成员间社会地位、财富状况、文化素质、诉讼技巧等方面的优劣差异是客观存在的,对抗手段及攻防武器不能平等地施行于当事人,则劣势方当事人必将处于实质上被变相剥夺司法救济权利的不利地位。

2. 当事人主导权的充分尊重

当事人主导权包括了当事人对程序开始、进行、终了及诉讼对象的决定权,也包括了当事人对诉讼资料的处置权:当事人未在辩论过程中主张的案件事实,法院不能作为裁判的依据;法院原则上应以当事人双方没有争议的事实作为判决的事实依据;法院对证据事实的调查原则上应限于当事人双方在辩论程序中所提出的事实。当事人主导权的尊重是当事人程序主体地位集中的体现,这不仅有助于保护系争之实体利益,也有助于避免因程序上不利益之发生而减损系争标的外之财产权、自由权。据此法理,民事诉讼应当兼顾当事人的实体利益和程序利益,并赋予当事人平衡追求两种利益的机会,而不应仅以能使当事人有机会追求实体上利益为满足,尤其不应一味强调优先追求实体利益,以至于造成难以与之取得均衡的程序上不利益。

3. 对裁决形成的充分参与

① E·博登海默,邓正来译:《法理学——法哲学及其方法》,华夏出版社1987年,第199页。

② 季卫东:《程序比较论》,载《比较法研究》1993年第1期。



有资料表明一个人在可能对自己的利益产生不利影响的裁判或者决定形成过程中,如果不能向裁决者提出自己的意见和主张,不能与其他各方及裁决者展开充分而有意义的论证、说服和交涉,就会产生强烈的不公正感。这种感觉源于其权益受到裁判者的忽视、其道德主体地位遭到裁判者的否定这样一种现实。^① 美国学者萨默斯也曾指出,参与意味着公民能够自主地主宰自己的命运,能够确保公民不同程度地进行自主性自决。“在现代民主社会中,大部分公民宁愿自行管理自己的事务,也不愿意别人主宰自己的命运,哪怕别人做的要比自己更好。”^② 民事诉讼主体在判决作出的过程中,通过参与,不仅可以获得表达自己观点的机会,而且可以自行决定涉及自己利益、责任、地位的措施。

当事人对裁决形成的参与具体包括:

第一,当事人有权选择诉讼程序。为保护当事人的实体利益(实体法上的权利义务关系得以实现而获得的利益),人民法院应赋予当事人参与诉讼程序并为攻击防御的机会,从而正确认定事实和适用法律,作出公正的裁决;同时,为保护当事人的程序利益(因诉讼程序的运行导致人力、财力、物力及时间的额外耗费所引起的当事人可得利益和可避免的不利益),人民法院则应使当事人有参与程序的可能,使当事人有机会选择诉讼程序,并提出有利于节省人、财、物力的攻防方法或陈述意见,从而促进“迅速而经济的裁判”的作出。

第二,当事人享有适时审判请求权。当事人基于程序主体地位,应有权要求人民法院在适当的时间、以适当的方式进行审判,以防止人民法院因诉讼迟延或不当程序的使用而使当事人造成争议标的外程序利益的损害,这便是为各国公认的“适时审判请求权”。在当事人被赋予了受法院适时审判的机会,并对诉讼中实体权益及程序利益进行了充分认识、评价和选择的情况下,法院所作的判决才真正称得上公正。也许有人会问此说是否会与审判独立原则相悖,我们的回答是否定的。依审判独立原则:“人民法院作为一个整体,在行使审判权的时候完全是独立的,不受行政机关、团体或个人的干涉。在人民法院内部贯彻民主集中制。”^③ 但“实行审判独立原则的基本目的在于它从技术上创造了法律适用和实施的必要条件,特别是借助于这种独立性保证司法裁判

① 陈瑞华:《程序正义论》,载《中外法学》1997年第2期。

② 陈瑞华:《程序正义论》,载《中外法学》1997年第2期。

③ 柴发邦主编:《民事诉讼法学》,法律出版社1987年版,第74页。



行为的公正性。”^①所以“审判独立本身不是目的,而是实现诉讼公正的手段,公正性比审判独立性处于更高层次的价值。”^②据此可以认为,审判独立原则的基本宗旨在于保障公民基本权利的实现并贯彻人民主权原则以实现诉讼公正,而不是赋予法院以某种特权,甚至以审判独立为由排斥和否定当事人对审判程序的参与权。

第三,参与事实认定及法律适用的对话。当事人及利益关系人既然在法院认定事实和适用法律的过程中有权参与程序并陈述意见、提出诉讼资料,那么,我们即有理由认为法院在法庭辩论终结以前有义务就直接影响诉讼胜败的事实认定及法律适用的认识、判断在法庭上向当事人宣示并作出说明,以使双方当事人有机会对此进行相互辩论并与合议庭或独任审判员进行充分的对话,从而防止突袭裁判的发生。

第四,裁决结果的展示。当事人对诉讼过程的参与如果不能在判决中有所反映,其参与的实质意义也就不复存在。因此,在裁决的书面形式中,法院应对当事人的主张和意见作出必要的回答和说明,并对判决的依据和理由作出充分的展示和论证。惟其如此,当事人的程序主体地位才能真正得以确立和体现,才能实实在在地参与程序并直接影响程序的结果,从而使当事人不致沦为受审判权支配的客体。

(二) 审判者中立的立场

如果把民事诉讼比做挑战与卫冕的拳击比赛,那么,审判者即是评断胜败强弱的裁判员;如果说站在超然立场,不参与任何一方的搏斗,是拳击裁判绝对至上的清规,那么,保持完全中立,不偏袒任何一方当事人则是诉讼裁判者永恒不变的戒律。美国法学家萨默斯认为,裁判者必须保持中立,不能偏袒一方当事人,“无论受偏袒的一方获得胜诉还是败诉,法律程序本身都是不公平的,因为裁判者并没有对那些处于相似情况下的当事人赋予平等的程序性权利。”^③即是说,裁判者保持中立,无论其是否会改进程序结果的质量,它本身即因为对平等价值的保障而成为程序拥有的一项独立价值。

戈尔丁为裁判者中立设定了三项规则:其一,任何人不能作为有关自己案件的法官;第二,冲突的结果中不含有解决者个人的利益;第三,冲突的解决者

① 陈桂明:《诉讼公正与程序保障》,中国法制出版社1996年版,第21页。

② 陈桂明:《诉讼公正与程序保障》,中国法制出版社1996年版,第21页。

③ [美]罗伯特·萨默斯(Robert S. Summers):《对法律程序的评价与改进——关于“程序价值”的陈辩》,60 Cornell L. Rev., November, 1978, No. 1, pp. 1~52.



不应有对当事人一方的好恶偏见。^①可见,在戈尔丁看来,裁判者与冲突的真实过程及冲突解决的后果没有任何利害关系是中立的首要标准、而裁判者在审判过程中不受自己情绪误导,平等处置各方当事人则是裁判者中立不可缺少的内容。

诉讼从本质上讲,就是冲突双方当事人将争议事项提交给冲突之外的第三方进行评断的过程,第三者的中立应当内含于冲突各方为诉讼行为的内心期待之中。从某种意义上讲,当事人在解决冲突的诸多手段中选择了诉讼,即意味着当事人对中立的裁判者的信赖和对程序公正乃至诉讼公正的最大期盼。所以有学者指出,“法官中立常常与程序公正乃至诉讼公正划上等号,其原因在于法官是诉讼主宰者,法官中立是程序公正乃至诉讼公正实现过程中最基本的也是最重要的因素。”^②

在民事个案中,判断审判者是否保持中立的最重要标志就是看其是否给予一方当事人特殊的诉讼权利和行使诉讼权利的机会或是给予一方当事人额外的诉讼义务和限制其行使诉讼权利。裁判者应当与双方当事人保持一定的且是同等的距离。这要求,一方面,审判者不得在庭外以任何方式与当事人双方有所“亲密接触”,以避免受一些心怀叵测的当事人及代理人晓理动情的影响而丧失中立立场;另一方面,裁判者应当平等地对待控辩双方当事人,不偏不倚地听取双方意见,尤其对于各方当事人的诸种请求或主张应予同等的重视。此外,是否将裁判者个人情绪带入裁判过程也是衡量法官中立的具体标志。现代行为科学的研究结果表明,人尽管是目的性强且富有理性的主体,但在某一特定行为的实施过程中仍不免会受到许多不确定因素的影响,从而偏离某一特定行为的初始目的。这些因素包括行为人的价值取向、生活态度、个人秉性及情绪爱好等。作为人的裁判者在民事诉讼过程中不能不带有人的弱点,尤其在如中国这种市场经济并不发达,多元价值共存的历史时期,强调裁判者尽可能在裁判过程中少受或不受个人情感的影响,以保持高度中立显得十分重要。当然,判断裁判者中立与否的标志还包括裁判者对冲突事实、裁判结果是否形成先入之见,裁判者与民事个案是否有直接利害关系等。

但是,对裁判者中立的理解不应堕入狭隘和偏执,乃至于排斥和否定裁判者在诉讼中依法行使职权的积极、主动行为。中立不等于被动和消极。面对

① 马丁·P·戈尔丁:《法律哲学》,三联书店1987年版,第240页。

② 陈桂明:《诉讼公正与程序保障——民事诉讼之优化》,中国法制出版社1996年版,第13页。



诉讼过程中出现的各种情形,裁判者必然依法施加各种影响,包括对不明确的事项行使释明权及对妨害诉讼行为人采取强制措施。这种影响施加的对象或者是原告方,或者是被告方且程度不同,这丝毫不影响法官中立的立场。裁判者中立也应当允许裁判者给予某些当事人以特别救助,如给予情况紧急的原告人以先予执行的裁定,对不通晓当地民族通用语言、文字的诉讼参与人提供翻译等。还应当允许裁判者为某些当事人行使诉讼权利提供帮助,如提示或告知某些当事人行使某项诉讼权利,在法定代理人互相推诿代理责任时为无民事行为能力人指定诉讼代理人等。最后裁判者基于事实认定和法律适用而以判决的方式肯定或否定一方当事人的诉讼请求不应认为违反中立原则。事实上,司法者的中立只是表明司法者不能毫无根据地或者基于某种不正当、不恰当的原因和理由偏向或歧视冲突主体一方。司法者的中立与法律的立场必须保持一致,而依照法律给予冲突主体一方的否定或肯定评价,丝毫不影响司法者的中立立场。^①

三、程序公正的机能

程序公正的机能所研究的问题是,公正的程序本身所具有的能力以及在诉讼过程中所能产生的效果。

程序公正机能之一,确保实体正义的实现。柏拉图、斯宾塞、霍布斯等学者对正义的理解“包含着一个极其乖谬的命题:立法中的正义等于实现了的法律正义。”^②但是,法哲学的研究成果表明,法律价值的最高标志,乃是法律效力和法律功效的统一。法律效力(立法中的正义)是一种静态的、潜在的社会有序化的总体设计,它规定了法律的潜在价值,即具有满足社会主体需要和利益的可能性。这种可能性能够在社会实现,不仅取决于特定法律是否反映它们调整领域内的客观规律,是否反映所调整对象的客观状况等因素,更取决于法律的具体运行过程。法律功效是法律的潜在价值走向实在价值的标志,是实现了的法律正义。它的基本要求包括:确定一条法律规范是否可以遵守

① 柴发邦主编:《体制改革和完善诉讼制度》,中国人民公安大学出版社1991年版,第69页。

② 柴发邦主编:《体制改革和完善诉讼制度》,中国人民公安大学出版社1991年版,第41页。



或实施运用的人是否真正遵守规范;法律规范的运用,是否遵循了特定程序。法律价值的全然实现,即立法中的正义与实现了法律正义的统一,若干年来一直存在于思想家们构建的理论设计之中。

事实上,立法正义之舟唯有划过程序公正的河才能渡上实在正义的彼岸。程序公正是发现案件真实和正确适用法律,从而确保实体正义实现的根本保证。从发现案件真实方面看,大部分涉及案件事实的证据资料都在当事人手上,作为民事纠纷的亲历者,当事人对案件事实最了解,公正程序通过保障当事人双方富有影响地参加到诉讼程序中去以及对突袭裁判的禁止,使当事人充分陈述了自己的主张及理由,积极进行防御,开展有实质内容的对话,从而在辩论过程中使纠纷事实得以充分展现;又通过举证责任的公平分配使归责机制的运行具备了相当的正当性,在行为与责任紧密相连时,冲突主体必然受利益驱动而积极地举证、反驳,使大量证据资料现于诉讼之中,进而使裁判者有可能逮住案件真实。从正确适用法律方面看,程序公正不仅要求裁判者选择适用的法律要理性化,尽可能选择与个案事实最贴近的法律条文加以适用或援引最为接近个案情形的判例,而且还要求适用法律的选择要接受当事人的监督与制约,当事人有权了解法院事实判断的推理过程,有权就法律的适用发表意见,如果没有被给予这种机会,即构成突袭性裁判。正由于程序公正正在事实真相的发现和正确适用法律两方面发挥着重要作用,从而有效地保证了实体正义的实现。

程序公正机能之二,程序主体的尊严得到承认与尊重。程序公正最显著的独立价值就在于使受裁判结局直接影响的人与行使国家权力的裁判者成为平等的诉讼主体,能够平等地,富有理性地进行辩论、说服和商讨并影响和制约裁判结果及其所确认的权利义务关系,而不是消极地等待和听从裁判者对自己权益的处置,由此使其作为人的尊严得到承认和尊重。具体地说,程序公正从下述几方面确保了程序主体的人格尊严:(1)程序公正通过确保诉讼当事人对裁判制作过程的参与以及对裁判结果的积极影响,保障了程序主体的人格尊严和自主意志。在民事诉讼中,诉讼主体对裁判结果的积极影响,保障了程序主体的人格尊严和自主意志。在民事诉讼中,诉讼主体对裁判过程参与得越充分,其对裁判结果的影响就越大。尤其对于那些利益、地位、责任或权利义务处于不定状态的当事人而言,通过与对方当事人及裁判者间的理性对话与辩论,使之成为裁判制作协商者、对话者和被说服者,使之在一定程度上决定自己权益的命运,使之真正摆脱客体地位成为程序主体。(2)程序公正通过赋予和保障当事人各方的平等地位,确保了程序主体的人格尊严。民事诉