

● 徐继军 著 ●

民事司法衡平制度研究



MINSHI SIFA HENGPING ZHIDU YANJIU

大连海事大学出版社

作者简介 徐继军，1976年10月出生于广东省佛山市，祖籍江苏扬州。毕业于中国人民大学法学院，获法学博士学位，曾于中国社会科学院法学研究所从事博士后研究工作，现为国家法官学院讲师。主要从事民事诉讼法研究工作，曾在《法学研究》、《现代法学》、《政法论坛》等刊物上发表论文二十余篇，出版专著《专家证人研究》，主持司法部中青年科研项目《民事司法衡平制度研究》。

MINSHI SIFA HENGPING ZHIDU YANJIU



ISBN 978-7-5632-2142-4



9 787563 221424 >

定价：30.00元

民事司法衡平制度研究

徐继军 著

大连海事大学出版社

PDG

© 徐继军 2008

内容简介

《民事司法衡平制度研究》是作者所主持的司法部中青年科研项目研究成果。该书的研究内容主要有三个：第一，在现有的国情之下是否应当赋予法官司法衡平的权力；第二，法官应当如何行使司法衡平的权力；第三，应当如何对法官的司法衡平权进行必要的制约。

作者通过对中国传统历史的考察，比较两大法系的司法制度，并结合中国当代的基本国情，认为中国的法官应当具有司法衡平的权力。在此基础上，作者将法官在司法过程中所适用的法律划分为三类，并分析了法官面对不同类型的法律时的应有态度以及具体的司法衡平方法。最后，作者提出了以程序控制法官权力的基本思路。

《民事司法衡平制度研究》的内容在当前的司法体制下虽然有点超前，但其中的许多观点已经在当前的司法实践中得到了运用。书中的观点作为对现有司法体制的归纳与展望，应当会对中国司法制度的完善与发展产生积极的作用。

图书在版编目(CIP)数据

民事司法衡平制度研究 / 徐继军著. — 大连 : 大连海事大学出版社, 2008.3

ISBN 978-7-5632-2142-4

I. 民… II. 徐… III. 民事诉讼—司法制度—研究
IV. D915.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 016660 号

大连海事大学出版社出版

地址:大连市凌海路 1 号 邮编:116026 电话:0411-84728394 传真:0411-84727996

<http://www.dmupress.com>

E-mail: cbs@dmupress.com

大连市东晟印刷有限公司印装

大连海事大学出版社发行

2008 年 3 月第 1 版

2008 年 3 月第 1 次印刷

幅面尺寸:160 mm × 240 mm

印张:15.75 字数:290 千

策划编辑:姚文兵

责任编辑:黎 为

封面设计:王 艳

ISBN 978-7-5632-2142-4

定价:30.00 元

序

20世纪90年代,党中央确立了法治国的基本方略,极大地鼓舞了中国法学界的研究热情,对中国法制事业的发展起到了极大的推动作用。

对于党中央的法治国方略,我们必须有一个清醒的认识:其一,法治国强调的是程序,这个程序从国家的宏观层面上讲是治国的程序,从司法制度这个具体层面上讲就是司法的程序,它要求人们在治理国家、办理具体事务时摆脱人的主观恣意,按照法律的要求,尤其是按照程序的要求开展社会活动,将整个社会的运行纳入有序的轨道当中。其二,我们强调程序,但绝对不能忽略人的作用,因为在法律程序的规划下人的活动决定了事物发展的最终结果。法律程序给人们划定的轨道不应当是狭窄而僵化的,应当具有一定的宽松度,让人在合法程序允许的范围内充分发挥主观能动性,尽最大可能将事情办好。

将法治国方略具体贯彻到司法工作当中,应当把握好上述两点之间的关系。

从上面的第二层面看,中国历代都不乏一些能够充分发挥主观能动性的司法官,例如包公、海瑞、狄仁杰等,他们在当时恶劣的司法环境下凭借人格与智慧,一次次解决社会纠纷,让百姓的冤情得到昭雪。因此,从发挥司法官主观能动性这个层面上看,中国是具有历史传统和社会基础的。在今天,这个传统不能丢掉,我们希望国家的司法系统能够涌现出更多的包公、海瑞、狄仁杰。问题在于,中国古代像包公、海瑞、狄仁杰这样的“青天大老爷”实在太少了,更多的是贪官,当然也包括一些为人正直但过于迂腐的假“青天”。贪官我们就不去说他们了,那些迂腐的假“青天”实际上也是招人记恨的,像清朝康熙年间的于成龙,为人正直,但观点偏激,总认为穷人有理,富人不仁,每每在断案时不分青红皂白偏袒穷人,造成了不少冤案。这些假“青天”和贪官,他们在开展司法活动时并不缺少主观能动性,但是因为缺乏了必要的约束,便将中国古代的司法制度越描越黑,最终老百姓的记忆中只剩下了包、海、狄。

怀着对旧制度的痛恨与对新制度的向往,我国不少法学工作者非常向往大陆法系或者英美法系的制度。向往大陆法系的,希望通过实体法严格约束法官,让法官在实体法的约束下成为贩卖法律的“自动售货机”;向往英美法系的,强调程序的作用,认为法官只是坐堂断案,除了作出判决之外琐事一概不管。实际上,在我国当前的国情之下,这两种拿来主义是行不通的。首先,在社会发展相对成熟,社会相对稳定的大陆法系

国家尚且不能以实体法涵盖社会生活的方方面面,处于社会高速发展、变动阶段的当代中国更加做不到,法官在裁判案件时对实体法进行必要的修正、补充在所难免。其次,除了对实体法进行修正、补充之外,法官要做的事情还有很多,因为我国在社会经济、文化等诸多方面的发展程度无法与美、英等发达的英美法系国家相比,因此,单纯坐堂断案的法官是不能满足我们社会的发展需要的。换言之,在当代社会,我们的法官亦然需要发挥主观能动性。

问题在于,法官的主观能动性稍不留神就会变成主观恣意。这样,问题就回到法治国方略的第一个层面。我们为什么要研究程序法并大力提倡程序观念?就是要给法官司法以限制与制约。这种限制与制约具体表现了权力与权利的关系之上。权力指的是法官的审判权,权利指的是当事人的诉权,以程序控制法官在很大程度上表现为以诉权制约审判权,程序法通过对当事人与法官的角色定位使得诉讼当事人成为法官的监督者,防止法官在发挥主观能动性时出现恣意妄为的情况。

《民事司法衡平制度研究》的作者徐继军是我的博士研究生。他思考这个问题已经有几年的时间了,其中一些想法是成熟的。对于他出版第二部专著,我感到非常高兴。不仅是因为自己的学生在学术上取得了一些成果,更是因为这本专著具有相当的理论价值,对于我们这个学科的发展能够起到一定的推动作用。当然,这本专著中还存在一些不够成熟的地方,希望他在日后的研究中能够不断地予以完善。

江伟

2008.3.7

徐继军

PDG

司法正义观漫谈(代前言)

在人民大学念博士的时候,我的导师是江伟教授,一辈子研究民事诉讼法的著名学者。我们私底下都管他叫“江老爷子”。这个称谓绝对没有不尊重的意思,就是觉得亲切。自然了,我的专业也是民事诉讼法。

刚念博士的时候二十六岁,正是血气方刚,自命不凡的年龄。当时恰逢中国民事诉讼法学兴旺发展的年代,作为一名民事诉讼法专业的博士研究生,自我感觉非常良好,程序至上、程序价值重于实体价值之类的观念充斥胸怀,当时的看法是:程序法是至高无上的,只要诉讼程序走对了,诉讼的结果就必然是正确的,程序法万岁!

凡是搞民事诉讼法的人都知道江老爷子有一个终身性的爱好——看武侠小说。据江老爷子自己说,他之所以喜欢武侠小说,是因为喜欢那种以绝世武功快意恩仇、匡扶正义的感觉。在金庸小说中,他最喜欢的主人公是郭靖,虽然他的武功并不是最高的,但侠之大者,为国为民。此外,我还知道,江老爷子还非常喜欢那些经过演义的古代神探故事,老爷子是包公、海瑞、狄仁杰的忠实“粉丝”,只要有类似题材的电视剧老爷子必定每晚捧场。说实话,当时我对这些武侠人物和所谓的古代神探其实挺不屑的:郭靖也好、乔峰也好,虽然都是挺正派的人,但他们解决纠纷的方式违反了法定程序。就以乔峰为例,他的父母被“带头大哥”误杀了,他的正确做法应当是积极收集证据,然后书写诉状向官府提起诉讼,而不是凭着一身的武功自行复仇。包公就更离谱了,制造三口铡刀执行死刑,典型的私造刑具,经常装扮成算命先生调查取证,造成侦查与取证职能的不当重合,而且在取证过程中经常有诱供的现象。这种严重违反程序的法官应当下岗。

所以我很奇怪,很多人也有同感,作为中国当代最著名的民事诉讼法学家,江老爷子为什么如此钟情于郭靖、包公、海瑞。如果说这是一个研究课题,那么这个课题我整整做了三年,博士研究生的三年。在三年中,我经常旁敲侧击地询问这个问题。江老爷子经常变换他的答案,有一次他甚至痛骂李亚鹏:“什么玩意儿嘛!他以为郭靖是个傻小子,他自己才是傻小子!”我趁机问:“您心目中的郭靖最关键的特征是什么?”“正义,郭靖是一个最正义的人!”江老爷子毫不犹豫地回答。“正义”毫无疑问是答案中的关键词。江老爷子之所以喜欢他们,是因为他们是正义的人,做了正义的事。

那么,什么是正义?美国著名法学家博登海默有一句名言:正义就像

普洛透斯的脸。说的是作为法学最高价值的正义,它的本来面目是变换不定的,每一个人心目中的正义都有一个不同的脸谱。在司法领域,我当时的正义观是实体正义与程序正义并重。简单地说,我认为在司法过程中实体法与程序法的地位是完全相同的,程序法为法官裁判案件提供一个环境,实体法为法官裁判案件提供依据,法官要做的事情就是在程序法提供的环境下严格适用实体法,如此形成的裁判不管结果如何都是正义的,如果当事人觉得结果不正义是因为他受到了自身的利益驱动,如果社会觉得结果不正义是因为社会的观念落后了,毕竟作为法律具体表现形式的法院裁判本身就具有改造社会观念,推动社会发展的功能。当时学界非常流行一个比喻:实体法与程序法就像正义的一双翅膀。我觉得其中内涵就是这样的。那么,按照我的正义观,郭靖、乔峰、包公、海瑞、狄仁杰都是不正义的,因为他们违反了社会的基本程序。

时间过得很快,从2002年来北京读博士到现在已经过去五年多了。在这五年多的时间里,经历了许多事情,人生阅历也增加了许多。我的正义观也逐渐地发生了变化。首先是所谓“普洛透斯的脸”,正义观的变幻莫测并不应当体现在个人的身上,而是应当体现在一个社会之上,植根于一定国情之上的社会应当有一个大致相仿的正义观,否则,金庸的小说就不会在华人社会赢得如此广泛的读者群。换言之,在一个国家的一定时期,必然拥有占主流的正义观,而在不同的国家,在同一个国家的不同时期,正义观又是不同的。要把握正义,必须以一个国家在一定时期的国情作为基础。江老爷子认为郭靖是正义的,是因为在宋朝那个兵荒马乱的年代,公力救济的范围与力度非常有限,郭靖的私力救济在很大程度上是无奈的选择,也在很大程度上弥补了公力救济的不足。江老爷子之所以认为包公、海瑞、狄仁杰是正义的,是因为唐、宋、明几个朝代都没有形成完备的司法环境,几位青天大老爷之所以成为“青天”,是因为他们用自己高尚的人格和杰出的能力在恶劣的司法环境下为民情愿,解决了大量的疑案。可以说,江老爷子在品评这些人物时将自己带入了时代,他不是旁观者,而是一个乘坐时光穿梭机的参与者,所以融入了自己的感情。这样,我们把握当代的正义观,更具体地说把握当代的司法正义观就必须立足于当代中国的国情,不能盲目崇拜大陆法系的实体法至上,也不能盲目崇拜英美法系的程序法至上。

当代中国应有的司法正义观是什么,我们先来看一下当代中国的基本国情。我要说的这个国情当然不可能是全方位的国情,一是没有这个能力,二是这里所写的也不是国情咨文。我要说的这个国情是与司法制度相关的国情。我想,国情可以大致划分为社会的客观状况和民情两个基本层面。从社会的客观状况这个层面看,自20世纪80年代以来,中国

进入了经济高速发展的时代,经过二十多年的发展,我们的国家已经从一穷二白变成了发展中国家的领头羊。有了经济基础这个保障,国家在公力救济方面所能发挥的作用显著增强。民法、民事诉讼法、刑法、刑事诉讼法无论是实体法还是程序法的立法越来越完善,我们的百姓在面对问题时已经不用像郭靖那样需要修炼九阴真经,我们的法官在司法时也不需要像包公、海瑞、狄仁杰那样别出心裁,一套相对完善的实体法和审判程序已经基本上可以保障社会纠纷的公正解决。与此同时,我们还必须看到,在这二十多年中,中国社会发生了重大的变革,变革速度之快在外国人眼中甚至是不可思议的,人们常常感叹社会事物的变化之快,稍不留意自己就落伍了,法学家们更是每每感叹,立法工作变得如此之难,往往一部新法刚刚诞生就因为社会的发展而需要将法律的修订提上议事日程。可以说,尽管我们的立法与过去相比已经相对完善,但是立法的脚步永远也无法追赶上社会变革的速度。从民情这个角度看,司法的正义性折射在主观层面表现为司法的公信力。数千年以来,中国就没有重视程序法的历史,中国百姓不可能有英美法系国家百姓的那种程序观念。中国百姓评判司法是否正义的标准主要看结果。例如,张三向李四借了五百元,李四起诉张三,法院严格遵守法定程序,通过证据裁判驳回了原告的诉讼请求,老百姓不会因为法院的严格遵守程序而认为裁判是公正的;相反,只要法院支持了原告的诉讼请求,即使法院存在严重违反程序的问题,老百姓也会将“青天”的称号毫不吝啬的授予承办法官。故此,我可以大胆的说,严格遵守程序的裁判并不一定就是具有司法公信力的裁判,反之亦然。

在这种国情之下,我们必须重新审视我们的司法正义观,更确切地说,我们应当重新审视程序正义与实体正义的关系。在我们通常的理解当中,实体正义就是严格适用实体法,按照实体法的规范裁判案件,而不会理会实体法本身是否合理;程序正义就是严格按程序裁判案件,只要严格按照程序走下来,无论裁判的结果是怎么样的,都必须无条件接受。将程序正义与实体正义相结合,所谓的司法正义就是严格遵守程序、严格适用法律,法官在裁判的过程中不需要掺杂个人的感情和价值判断,一手捧着《民事诉讼法》,另一手捧着《民法通则》、《合同法》、《物权法》等就行了。这种理解显然是有失偏颇的,显然是违背中国国情的。

首先,我们必须区分两个很容易混淆的概念:一个是实体正义,另外一个实体法的正义。实体法的正义应当指对实体法的严格适用,但严格适用实体法并不一定导致实体正义。所谓的实体正义按照我的理解应当是裁判的结果符合当代社会的发展方向,代表了人民群众的基本利益。这样说可能有点大,但我想说的是任何正义的裁判都应当是对社会的发

展起积极作用而不是消极作用的。但是,由于实体法本身存在的缺陷,严格适用实体法并不一定能够实现实体公正。从实体法的正义到实体正义,必须依赖法官的作用发挥,这种作用就是法官对法律的衡平作用,就是法官通过运用合理的方法对存在缺陷的实体法进行纠正、填补,从而实现实体公正。在这个层面上看,包公、海瑞、狄仁杰他们一直都在做这样的事情。中国古代的许许多多法官都在做这样的事情。但是,真正做的好的只要寥寥几人,更多的是做的不好的,他们有的是利欲熏心,以公正裁判之名行中饱私囊之实,有的人格是高尚的,但是智商却影响了裁判的实际效果。中国古代的司法官手中不缺权力,他们缺少的是制约,程序法的制约。

我认为,在当代中国,应当调整程序正义与实体正义的关系。虽然我研究的是民事诉讼法,但我不认为程序正义与实体正义是并重的,实体正义永远应当是最高价值追求,程序正义本身就是为实体正义服务的。为了实现实体正义这个目标,法官在必要的时候应当有权力对实体法进行衡平。作为对法官衡平权力的限制,程序法应当成为限制法官的最好枷锁。

这些想法是我在几年中逐渐形成的,并一直想系统地研究法官衡平与法官控权的问题。2005年是我参加工作的第一年,那一年我怀着试一试的心态以《民事司法衡平制度研究》为题申请了司法部中青年项目研究课题,没想到获得顺利立项。立项两年以来,进行了一系列的研究,形成了本书。

感谢江伟教授、刘荣军教授两位导师给予我的指导,感谢陈恩泽、范跃如两位合作者给予我的帮助,感谢我的家人给予我的关怀,感谢我的工作单位——“国家法官学院”为我提供了良好的科研环境。这是我的第二本专著。在第二本专著出版时,我在绪言中曾经对我的老师、亲人、朋友说,第一本专著不会是我的最后一本专著。现在,我还是要说:有你们的支持与鼓励,我会一直努力!

徐继军

2008年2月15日

目 录

绪论 民事司法衡平论在新中国法治国进程中的地位	(1)
一、从法律虚无主义到法律工具主义	(1)
二、从程序工具论到程序自治论	(4)
三、从程序自治论到司法衡平论	(8)
第一章 衡平的概念	(13)
第一节 对衡平概念的推断	(13)
第二节 从衡平法看衡平的概念	(14)
第三节 从中国古代及大陆法系的诉讼文化看衡平的概念	(22)
【本章小结】	(31)
第二章 衡平的对象	(33)
第一节 司法的概念及司法活动中的相关规则	(33)
第二节 应当衡平的规则之一:民事实体规则	(41)
第三节 应当衡平的规则之二:实体证据规则	(47)
第四节 不宜衡平的规则:程序规则	(56)
【本章小结】	(64)
第三章 对实体证据规则的衡平	(67)
第一节 对证明责任分配规则的衡平	(67)
第二节 对证据能力和证明力规则的衡平	(92)
【本章小结】	(112)
第四章 对民事实体规则的衡平	(114)
第一节 法律推理	(114)
第二节 判例法制度	(134)
【本章小结】	(155)
第五章 程序对衡平的制约	(160)
第一节 程序控权的基本理论	(160)
第二节 民事诉讼程序中的角色定位	(176)
第三节 对当事人若干重要诉讼权利的保障	(184)
第四节 关于再审程序的改革	(208)
第五节 民事诉讼程序外的监督	(222)
【本章小结】	(235)
余论 中国民事诉讼法学的前路	(239)
一、重提程序法与实体法的关系	(239)
二、民事诉讼法学的前路	(240)

绪论 民事司法衡平论在新中国 法治国进程中的地位

一、从法律虚无主义到法律工具主义

1949年10月1日,中华人民共和国中央人民政府宣告成立。刚刚成立的新中国实行的只能是过渡性政体。1954年,第一届全国人民代表大会召开并通过了中华人民共和国第一部宪法,并根据宪法通过了《全国人民代表大会组织法》、《国务院组织法》、《人民法院组织法》、《人民检察院组织法》等一批基本的法律,结束了自1949年以来的“过渡”型法制,新法制的正式格局初步奠定。据统计,1954~1957年,这三年间,全国人大常委会、国务院制定的法规和国务院各部委制定的较重要的法规性文件共731件,^①确立了社会主义中国的基本政治制度、立法体制、司法制度以及社会主义法制原则。然而,建立在《共同纲领》基础上的新宪法没有从制度上很好地解决下列问题:

(1)未确立民主政治的基本框架,即在实质民主的基础上实现结构性民主,使民主进一步程序化、规范化和制度化;

(2)未在国家权力的行使方面建立权力的分工和制约机制;

(3)未建立足以保障法律的自治性和普遍性的司法制度;

(4)未建立民主化、程序化和法律化的权力竞争模式;

(5)也是最根本的问题,即未解决中国革命特定历史环境形成的党政关系。^②因此,政府并没有能受到有效的制度化、法律化的制约,党政关系也没有得到合理的解决。

1956年,社会主义基本经济制度建立后,阶级斗争已基本结束,安定和秩序已不再居于首要地位。正如中国共产党第八次全国代表大会所指出的:“革命的暴风雨时期已经过去了,新的生产关系已经建立起来,斗争的任务已经变成保护社会生产力的顺利发展”,“我们目前在国家工作中的迫切任务之一,是着手系统地制定比较完备的法制,健全我们国家的法律。”然而,国家和政府的工作重心并未能实现有效的向以生产力发展为中心的转移,作为曾经为国家经济的恢复、发展做出积极作用的高度集权的计划经济模式没有因生产力发展到一定水平而转换,反而逐渐固定并强化。这样,“政府一旦负起筹划整个经济生活的任务,不同的个人和

① 参见蓝全普:《三十年来我国的法规沿革概况》,群众出版社,1980:4.

② 参见谢鹏程:《论当代中国的法律权威》,载于《中国法学》,1995(6).

集团都要得到应有地位这一问题,事实上就不可避免地成为政治的中心问题……一切的经济或社会问题将要变成政治问题,因为这些问题的解决,只取决于谁行使强制之权,谁的意见在一切场合里都占优势。”^①计划经济从更深层次上制约着中国法制的进一步发展。计划经济模式本质上要求用行政计划的方式管理经济,也就必然使行政权集中。20世纪50年代后期,与经济集中相伴随,各种权力也开始逐步集中于党的各级机关。“权力过分集中的现象,就是在加强党的一元化领导的口号下,不适当地、不加分析地把一切权力集中于党委,党委的权力又往往集中于几个书记,特别是集中于第一书记,什么事都要第一书记挂帅、拍板。”^②1957年的反右扩大化,打断了政府对社会主义现代化建设的正常进程,法制建设也开始遭到严重破坏。毛泽东在1957年10月召开的党的八届中央委员会扩大的第三次全体会议上就认为,“八大”决议上关于现阶段社会主要矛盾的提法是错误的,“当前我国的主要矛盾是无产阶级和资产阶级的矛盾,社会主义道路和资本主义道路的矛盾。”^③1958年,中央政治小组在一份报告中认为:“我们商定的原则是,凡是不适用的,一律不要用,可以冲破旧的,创造一些因地制宜,简便易行的新制度,凡是还适用的,就应继续适用。刑法、民法、诉讼法根据我国实际情况来看,已经没有必要制定了。”^④法律仅仅服务于阶级斗争的便宜性政策的需要,法律虚无主义开始蔓延和盛行。1960年11月开始,最高人民法院、最高人民检察院和国务院、公安部合署办公,宪法确认的司法独立原则遭到否定。“司法工作中,审判机关必须切实遵守党委关于审批案件的规定,向党委请示。”^⑤司法机关从属于政府,行政与司法合而为一,而权力又进一步集中到党委手中。1966年开始的“文化大革命”使社会主义法制建设遭到了全面的破坏和摧残,不要说普通的法律,就连宪法都被抛弃,给社会主义法制现代化带来了空前的灾难。

可以说,从1950年后期到1970年后期这二十年间,是法律虚无主义横行的时期。在这个时期里,甚至连代表社会正义,行使审判权力的人民法院都被“砸烂”,司法制度的完善、程序法理论的发展更是无从谈起。法律虚无主义的起点预示着新中国通向法治国的道路注定是一个漫长的征程。

十一届三中全会的召开是中国历史发展的一个巨大转折,国家和政府的工作重心重新转移到发展社会主义生产力上来。然而,中国法制建

① 参加哈耶克. 通向奴役之路. 中国社会科学出版社,第105页。

② 参见《邓小平文选》第2卷,第328-329页。

③ 参见王人博,程燎原. 法治论. 山东人民出版社,1989:336.

④ 参见王人博,程燎原. 法治论. 山东人民出版社,1989:337.

⑤ 参见王人博,程燎原. 法治论. 山东人民出版社,1989:340.

设在改革初期很大部分是基于对新中国成立以来,特别是“十年文化大革命”的法律虚无主义,对人民基本权利和自由的践踏的反思提出来的。《关于建国以来党的若干历史问题的决议》指出:“种种历史原因又使我们没能把党内民主和国家政治社会生活的民主加以制度化、法律化,或者虽然制定了法律,却没有应有的权威。这就提供了一个条件,使党的权力过分集中于个人,党内个人专断和个人崇拜现象滋长起来,也就使党和国家难于防止和制止“文化大革命”的发动和发展。因而在改革之初,我国开始建立一系列基本的法律。1982年,我国第四部宪法通过,宪法规定:“一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为,必须予以追究,任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权。”“人民法院和人民检察院依照法律规定独立行使审判权和检察权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”重新确立了法律权威和司法独立的原则。政府工作重心转移到发展社会生产力上来,决定了法律的发展主要是围绕经济发展的需要展开的。从整个20世纪80年代来看,政府对于如何进行经济建设并没有一个明确的方向,是“摸着石头过河”,而作为整个经济体制改革的配套角色的法制建设,也必然是一个渐进的过程,法制现代化因社会主义建设目标的模糊而没有明确的目标。法律事实上成为政府管理社会的一种手段,呈现出工具主义的色彩。1993年11月,中共十四届三中全会通过了《关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决议》,开始对财税、金融改革,着手建立与现代市场经济相适应的现代企业制度,进行政府职能转变。从此,法律的作用在中国被进一步认识,成为政府管理社会的主要手段,而不是“一种手段”。《关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决议》指出:“社会主义市场经济的建立与完善,必须有完善的法制来规范和保障……法制建设的目标是:遵循宪法规定的原则,加快经济立法,进一步完善民事法律、刑事法律,有关国家机构和行政管理方面的法律,本世纪末初步建立适应社会主义市场经济的法律体系。”尽管如此,我国对法律作用的认识仍然停留在法律工具主义的阶段。这就意味着,尽管法律的作用在中国得到了前所未有的重视,法律的作用在中国得到了前所未有的发挥,但法律的作用仍然只是政府管理社会的一种手段,是政府为社会主体制定的一种行为规范,而无法统治包括政府和政党在内的国家社会生活的一切内容。

因此,在这个阶段,作为社会成员行为规范的实体法(主要是刑法、民法)必然得到高度的重视和极大的发展。安排社会主体行为过程而不是决定行为结果的程序法在法律工具主义之下注定无法得到与实体法相同的待遇。与之相适应,在这一时期的法学研究和法制工作中,“程序工

具论”一直是占主导地位的程序观念。^① 作为程序法最主要代表的诉讼法被视为实体法的“助法”；诉讼程序只不过是国家司法机关用以贯彻实体法规则的工具而已；在诉讼过程中，人们对判决公正性的理解只停留在实体法是否得到正确适用的层次，而程序是否得到严格遵循则不会得到太多的关注。在这一时期的司法活动中，法官的主要工作是“严格执法”，即严格适用实体法。他们对作为“工具”的程序并没有太多的兴趣，而将民法、刑法等实体法奉若神明。不管法官们自己是否意识到，他们在司法活动中自觉或者自发地采用了机械逻辑的推理方式和文义解释的法律解释方式。张志铭先生从司法解释的角度论证了作者的上述结论：“在中国，法律解释与具体案件的裁判者普遍脱离，它被单列为一种权力，在审判领域，只有最高法院拥有法律解释权。同时，从总体上讲，法律解释权的主体也远不只是甚至主要不是最高法院。”^②“由少数高层立法机关和法律实施机关垄断法律解释权，最大限度地使法律实施成为机械地适用法律的过程……在实践中起主导作用的还是严格区分立法职能和法律实施职能的观念，也就是要求绝对严格地贯彻‘依法裁判’或‘依法办事’的观念”。^③

二、从程序工具论到程序自治论

1996年全国人大八届四次会议通过的《国民经济和社会发展“九五”计划和2010年远景目标纲要》明确提出：“依法治国，建设社会主义法制国家”。1997年中共十五大提出了“依法治国，建设社会主义法治国家”。“法制”与“法治”，一字之差，却表明了中国治国方略的巨大变化，宣示着从人治到法治飞跃的决心。所谓“法治”，它“所意味着的不仅是单纯的法的存在。它指的是一种法律和政治的愿望。即创造一种法律的统治而非人的统治。”^④法治方略的提出，意味着中国的执政者决心将包括自己在内的国家社会生活的一切内容纳入法律帝国的版图，法律不再仅仅是国家和政府进行社会管理的工具。

法治的最一般理解就是“规则之治”，它的基本要求是所有公民都遵循一套公开颁行、普遍适用的行为准则行事，即便国家政府及其职员也不能越雷池半步。通过这种规则的治理，政府及其职员的个人恣意受到了严格的限制，整个社会才得以在法律而不是在某个个人或阶层的治理下运转。^⑤ 要达到限制恣意的目的，依靠简单的令行禁止的行为规范肯定是不够的——因为这些行为规范最后还要通过某些人的作为才能变成

① 参见江伟、吴泽勇：论现代民事诉讼立法的基本理念，载于《中国法学》，2003（3）。

② 张志铭：中国的法律解释体制，收录于梁治平编：《法律解释问题》，法律出版社，1999：178。

③ 张志铭：中国的法律解释体制，收录于梁治平编：《法律解释问题》，法律出版社，1999：178。

④ 参见诺内特、塞尔尼兹克：《转变中的法律与社会》，中国政法大学出版社，第59页。

⑤ 参见江伟、吴泽勇：论现代民事诉讼立法的基本理念，载于《中国法学》，2003（3）。

现实。设计精确、考虑周全的程序则具有限制恣意的功能。通过“分化”与“独立”的过程,程序能够达致一种功能自治的状态,也就是说,“为了达到一定目的而进行的活动,经过不断反复而自我目的化”,而这种功能自治,正是程序限制恣意的基本制度原理。^①正因为如此,有学者做出了“程序乃法治之枢纽”的判断。^②此外,早在20世纪90年代初期,孙笑侠教授在其所撰写的几篇文章中就程序与人权的关系、程序法的相对独立性、法律程序的功能等重要议题进行了卓有成效的研究。^③可以认为,从20世纪90年代初开始,我国法学界就开始从法治的高度对程序法的地位进行重新审视。而法治国方略的提出和中国对法治以及法治与程序法关系的认识深化,为程序法以及作为程序法最主要代表的诉讼法的发展提供了一个关键的契机。

在诉讼法学界内,深受法治国方略鼓舞的学者们首先要做的是为诉讼法正名,摆脱诉讼法的“助法”地位。我们或许可以将这项工作称为“诉讼法独立运动”。“诉讼法独立运动”从研究诉讼法的独立价值入手,因为只有具备了独立的部门法价值,诉讼法才能获得平等于实体法的理论依据。在这场运动中,有两部著作是必须被提及的。一部是陈瑞华博士的《刑事审判原理》,该书第一次系统介绍了英美学者的程序价值理论,并在协调程序内在价值与外在价值的基础上提出了“刑事审判程序价值多元论”。^④另外一部是肖建国博士的《民事诉讼程序价值论》,该书不仅是我国第一部以程序价值为主题的学术专著,而且也是唯一一部全面提出并且系统论证了程序独立价值的著作。^⑤通过诉讼法学者的不懈研究,诉讼法的独立价值逐渐浮出水面。在民事诉讼法学领域,公正性、安定性、对话性、正当性、效率性^⑥等诉讼法价值逐渐为学界所接受,并成为诉讼法学理论当中的通说。同时,民事诉讼法学界在摆脱绝对工具论^⑦的桎梏的同时,也没有像英美法系学者那样主张以程序内在价值吞

① 参见季卫东,《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社,1999:16、17。

② 参见季卫东,《法律程序的意义》,载于《中国社会科学》,1993(1);季卫东,《程序比较论》,载于《比较法研究》,1993(1)。

③ 参见孙笑侠,《论法律承重中的人权》,载于《中国法学》,1992(3);孙笑侠,《两种程序法类型的纵向比较》,载于《法学》,1992(8);孙笑侠,《法律程序剖析》,载于《法律科学》,1993(6)。

④ 参见陈瑞华,《刑事审判原理》,北京大学出版社,1997。

⑤ 参见肖建国,《民事诉讼程序价值论》,中国人民大学出版社,2000。

⑥ 参见江伟主编,《民事诉讼法学原理》,中国人民大学出版社,2000:318-319。

⑦ 绝对工具论的始作俑者是英国19世纪功利主义哲学的典型代表边沁。他认为:“实体法的唯一正当目的,是最大限度地增加最大多数社会成员的幸福”,“程序法的唯一正当目的,则为最大限度地实现实体法”参见 Gerald J. Postema, The principle of Utility and law of Procedure: Bentham's Theory of Adjudication, P. 1393, in Georgia law Review 11 (1977)。转引自陈瑞华,《程序价值理论的四个模式》,中外法学,1996(2):1。

并外在价值,奉行所谓的“程序至上论”。^① 他们所追求的是在坚持程序独立价值基础上的程序内在价值与工具价值的平衡。这样的研究成果表明,诉讼法学界对程序独立价值的研究已臻成熟,作为程序法最主要代表的诉讼法已经获得了独立于实体法的足够的理论依据。由于研究程序独立价值的目的在于为程序法正名,揭开制约程序法及程序法学发展的封印,故此诉讼法学界一般将有关程序独立价值的理论称为“程序本位论”。基于程序与法治的关系,我们完全有理由认为,程序本位论的形成与成熟,标志着新中国在通向法治国的道路上迈出了一大步。

程序本位论的理论贡献在于为程序法正名,使诉讼法摆脱了“助法”的地位,打破了诉讼法及诉讼法学理论发展的瓶颈。但是,诉讼法及诉讼法学独立的意义何在? 问题又回到了程序与法治的关系之上。“法制”与“法治”只是一字之差,但内涵相差甚远。在“法制”的语境下,法律只是国家和政府管理社会的工具,政府本身往往游离于法律的权威之外;在“法治”的语境下,法律则是统治一切的国王,包括政府在内的国家社会生活的一切内容均为法律帝国的臣民。在法制的语境下,法律是被使用的工具,政府人员往往就是法律工具的使用者,他们在使用法律工具时可以随心所欲,因此“法制”与“人治”之间并不存在本质上的矛盾,“法制”可以是人治下的法律运用;在“法治”的语境下,法律不再是工具,而是国家与社会的统治者,包括政府人员在内的一切社会主体必须在法律的框架内活动,一切不利于社会秩序的恣意均是“法治”所排斥的对象,因此“法治”与“人治”之间必然存在不可调和的矛盾。在“法制”的语境下,国家与社会之间的连接点是政府,连接的方式是政府对法律工具的运用;在“法治”的语境下,国家与社会之间的连接点是法律,连接的方式是作为司法制度核心的诉讼制度。美国圣地亚哥大学法学院教授罗伦斯认为,在各个不同的历史时期,司法制度总体上具有以下功能:第一,通过裁判平复当事人之间的纠纷。第二,通过解决纠纷向社会宣示规则。第三,通过纠纷解决的过程以了解社会的现状,为规则制定机关的决策提供相对准确的情报。^② 通过上述三项功能的综合作用,司法制度成为一个社会秩序的维持器与连通器,它的一头是国家的意志,另一头是社会,通过无数的个案解决在国家与社会之间上传下达,维系着社会的正常运转。在各个历史时期,无论人们是否从理性上意识到这一点,诉讼的功能始终发挥着,及至现代,诉讼的功能已为人们所普遍承认并重视。在当代美

^① 在当代英美学者的论著中,主张程序至上论者为多数,他们的观点在内容上各有侧重,但他们都坚持一个共同的基本立场,这就是:法院的审判只要按照公正的程序进行,就能够保证审判结果的公正性。参见肖建国:《民事诉讼程序价值论》,中国人民大学出版社,第471页。

^② See, Lawrence B. Solum, Agreeing to Fair Process: The Problem with Contractarian Theories of Procedural Fairness, 83 B. U. Rev. 485, 488-89(2003).