

民事诉讼模式 改革研究

MINSHI SUSONG MOSHI
GAIGE YANJIU

都本有 著

民事诉讼模式改革研究

都本有 著

 大连出版社

© 都本有 2008

图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼模式改革研究/都本有著. —大连:大连出版社, 2008. 1

ISBN 978-7-80684-590-5

I. 民… II. 都… III. 民事诉讼—模式—改革—研究—中国 IV. D925. 110. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 174758 号

责任编辑:卢 锋

封面设计:曹 艺

责任校对:王恒田

出版发行者:大连出版社

地址:大连市西岗区长白街 10 号

邮编:116011

电话:0411-83620674 0411-83610391

传真:0411-83610391

<http://www.dl-press.com>

E-mail: cbs@dl.gov.cn

印 刷 者:大连天正华延彩色印刷有限公司

经 销 者:各地新华书店

幅 面 尺 寸:157mm×237mm

印 张:15.625

字 数:220 千字

出 版 时 间:2008 年 1 月第 1 版

印 刷 时 间:2008 年 1 月第 1 次印刷

印 数:1—1500 册

书 号:ISBN 978-7-80684-590-5

定 价:30.00 元

序 言

党的十一届三中全会以来,全国各级人民法院不同程度地进行了民事审判方式改革试点工作,由此拉开了法律实务界和理论界关于民事审判方式改革研究和探索的序幕。时至今日,已经二十余年了。综观我国民事审判方式改革,虽然取得了相当可观的效果,并且已经引起了民事审判方式以及民事诉讼法的某些变化,但是,客观地分析目前正在进行的民事审判方式改革,发现也存在着一些缺陷和不足。一是完全从民事审判方式本身探求民事审判方式的改革,忽视了民事审判方式中的人权保护。民事审判方式改革总是让人感到似乎只是一种形式上的改革,民事审判方式参与者的权利总是不时地受到各种各样的侵犯或在有意无意中受到伤害。二是重视了国内民事审判方式改革,忽视了涉外民事审判方式改革。无论是法律实务界还是理论界都对国内民事审判方式改革进行了积极、大胆的探索与研究,但对涉外民事审判方式改革研究却少之又少,更谈不上探索。

在新的形势下,司法为民已经成为司法实践活动的指导思想,也是目前所进行的民事诉讼模式改革的指导思想。研究民事诉讼模式改革,就需要树立以人为本的民事诉讼模式改革新理念。所谓以人为本的改革理念,就是在民事诉讼模式改革过程中,尊重公民和当事人的意思自由,维护其尊严,使其发挥决定、支配和指导作用,避免沦为司法客体的价值观。在这一理念指导下,首先,要求民事诉讼模式改革必须做到以下几个方面:(1)从公民、当事人的诉讼需求出发,设计民事诉讼程序,强调民事诉讼程序对公民、当事人的适应性,而非要求公民、当事人被动接受;(2)民事诉讼模

式改革应当便利公民,不辜负民众的期望;(3)在民事诉讼程序中,强调公民和当事人的主体地位;(4)民事诉讼模式改革应当以“为人民服务”为宗旨。坚持以人为本的理念进行民事诉讼模式改革,体现了民事诉讼的客观规律和自身要求,符合中国共产党全心全意为人民服务的宗旨。马克思在分析人与法律的关系时指出:“在民主制中,不是人为法律而存在,而是法律为人而存在。”^①马克思精辟地论述了人与法律的关系,民事诉讼的客观规律和自身要求都是围绕着“人”这个核心。其次,坚持以人为本的理念进行民事诉讼模式改革,体现了我们党一贯的执政方针。中国共产党始终坚持为人民服务的宗旨,尤其是近年来提出了执政为民的理念。为人民服务的宗旨和执政为民的理念,体现在司法领域内就是司法为民,体现在民事诉讼模式改革中,就是要坚持以人为本的原则。其三,传统的民事诉讼模式中人权保障重视不够等不足必须加以克服。传统民事诉讼模式中无论存在多少弊端,归结为一点就是将“人”作为司法客体的价值观所致。在我国将人权保障写入宪法和世界保护人权呼声日益高涨的今天,研究民事诉讼模式改革,就要适应时代发展的要求,立足于以人为本,从人的角度去进行民事诉讼模式改革,只有这样才能取得成功。其四,以人为本的理念直接指导和影响着当今世界多国的司法改革。如日本在第三次司法制度改革中便鲜明地提出了“使国民从司法的客体地位中摆脱出来成为司法主体”的目标。同样,以保守著称的英国,1996年至1999年在“以人为本”理念指导下,对民事诉讼程序进行了大刀阔斧的改革。这些外国司法改革的经验应当成为我们进行民事诉讼模式改革的借鉴。

我国已经成功地加入世界贸易组织,国内民事诉讼独占民事诉讼领域鳌头的时代即将结束,涉外民商事审判在民事诉讼中所

^① 《马克思恩格斯全集》第1卷第178页

占的比重越来越大,涉外民事诉讼模式改革已经势在必行。可以说,借鉴其他国家民事诉讼程序改革中的新观点、新理念、新理论和新经验,从保障人权的角度,探讨我国民事诉讼程序改革的时机已经成熟,使我们研究我国民事诉讼程序改革并取得成功成为可能。

目 录

序 言	1
第一章 民事诉讼模式改革的价值取向	1
一、民事诉讼模式的概念	1
二、民事诉讼目的的认识	4
三、民事诉讼模式改革的理论基础	9
四、民事诉讼模式改革是法制现代化的必然要求	17
第二章 民事诉讼模式的历史演进	19
一、新民主主义革命时期根据地的民事诉讼	19
二、1949 年至 1957 年间的民事诉讼	22
三、1958 年至 1978 年间的民事诉讼	24
四、党的十一届三中全会以来的民事诉讼	24
第三章 民事诉讼模式的现状分析	63
一、职权主义的民事诉讼模式	63
二、行政化色彩浓厚的审判流程管理模式	68
三、民事诉讼现状存在的弊端	71
第四章 国内民事诉讼模式改革	74
一、正确认识程序公正与实体公正的关系	74
二、民事诉讼模式的选择	77
三、民事诉讼模式改革的基本思路	81

第五章 涉外民事诉讼模式改革	115
一、当前我国涉外民事诉讼程序的分析与评价	115
二、涉外民事诉讼模式的选择	118
三、涉外民事诉讼模式改革的基本要求	122
四、涉外民事诉讼模式改革的基本内容	128
第六章 民事诉讼模式改革的保障	155
一、坚持党的领导	155
二、坚持社会主义根本法律制度	157
三、坚持司法独立制度	159
四、坚持国家法制统一	161
五、坚持科学的改革观	163
六、坚持整体改革原则	164
结束语	168
附录	
人民法院五年改革纲要	170
人民法院第二个五年改革纲要	181
最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》 若干问题的意见	189
最高人民法院关于民事经济审判方式改革问题的若干规定	224
最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定	230

第一章 民事诉讼模式改革的价值取向

从20世纪80年代人民法院审判方式改革开始,人们对民事诉讼模式研究、争论颇多,但是,对于民事诉讼模式的确切含义并没有形成一个统一认识。因此,在研究讨论民事诉讼模式改革这个问题之前,首先要对诉讼模式的概念进行研究与分析。

一、民事诉讼模式的概念

《辞海》对“模式”一词做出了这样的解释:“一般指范本、模本、样本。作为术语,在不同学科有不同的涵义。在社会学中,是研究自然现象或社会现象的理论图式和解释方案,同时也是一种思想体系和思维方式。有进化模式、结构模式、功能模式、均衡模式、冲突模式等。”^①民事诉讼模式作为法学上的一个术语,应当采用“模式”在社会学中的含义。民事诉讼模式广义上是指一个国家关于民事诉讼活动的理论图式和解释方案,反映一个国家、民族在一定历史时期所形成的关于诉讼活动的思想体系和思维方式的一种治国方法,它反映了一个国家民事诉讼的宏观样式。狭义上是指人民法院用什么方式来行使国家的审判权问题,即诉讼参与人用什么方式参与诉讼,解决诉争实现诉讼目的的方式、方法。简而言之,就是人民法院的审判活动和诉讼参与人的诉讼活动如何运行的方式,它是关于诉讼的主持者(法官)、参与者(当事人及其代理人、证人、鉴定人以及翻译等诉讼辅助人)在诉讼中的定位模式。

民事诉讼模式又称为民事诉讼结构,其基本理论来源于欧洲

^① 《辞海》,上海辞书出版社1989年第3版,第1129页

资产阶级形成以前各个启蒙思想家创制的权利制约理论。在现代,权利制约则是法治国家赋予公民权利和公民行使权利的基本准则。从17世纪英国著名的思想家哈林顿在其《大洋共和国》阐发的共和国权利结构原则“均势”开始,历经洛克、卢梭、孟德斯鸠等人的继承与发展,逐渐形成了“权利分离、互相制约”为核心内容的理性实践主义学说。罗伯斯庇尔进而指出:“诉讼程序,一般说来,不过是法律对于法官弱点和私欲所采取的预防措施而已。”^①因此,民事诉讼模式的基本内容包括法官的权力与当事人的权利两个方面的内容。一定的民事诉讼模式决定于一定的民事诉讼目的。任何一种民事诉讼模式都是实现特定民事诉讼目的的表现方式。民事诉讼模式改革或变迁的背后往往包含着民事诉讼目的的变革。因此,民事诉讼模式与民事诉讼目的之间实质上是手段与目的的关系,民事诉讼模式是手段化了的行为趋向,是规范化了的诉讼活动方式,并在一定程度上反映了特定国家和社会的基本指导思想或某种倾向。

诉讼模式与诉讼制度、审判方式是紧密联系而又有所区别的法学概念。首先,诉讼模式与诉讼制度之间是一种依附与被依附的关系。不同国家的诉讼制度具有不同的阶级性,诉讼制度的阶级性取决于其所存在的国家的阶级性,资本主义国家的诉讼制度为资产阶级服务,社会主义国家的诉讼制度为工人阶级及广大劳动人民服务。诉讼模式是实现诉讼制度的一种方式,其自身不具有阶级性,它依附于诉讼制度,由诉讼制度决定它的阶级性。如职权主义诉讼模式,其本身不具有阶级性,社会主义国家有之,资本主义国家也有之。一个国家的诉讼制度在一定的历史时期基本上是不变的,但是,一个国家的诉讼模式有可能根据国家社会发展的需要而发生一定的变化,这是因为诉讼模式可以借鉴不同国家的

① 转引自汤维建、单国军等:《香港民事诉讼法》,河南人民出版社,第123页

经验、理论使然。其次,诉讼模式与审判方式之间是一种包涵的关系。审判方式存在于诉讼模式之中,是诉讼模式中的一个重要内容。但是,审判方式不等同于诉讼模式,审判方式反映了一个国家的审判机关如何行使国家审判权的方式方法,诉讼模式既反映了一个国家的审判机关如何行使国家的审判权,又反映了除审判机关以外的其他诉讼参与人如何参与诉讼活动、行使诉讼权利的方式方法。可以肯定地说,审判方式是诉讼模式中最为重要的内容,但不是全部内容。

构成民事诉讼模式的基本内容主要包括民事诉讼主体在民事诉讼活动中的地位 and 相互关系的格局、程序制度的设置、审判方式及监督机制等,其中民事诉讼法律关系的性质和特点以及审判方式是民事诉讼模式最基本的组成部分。就民事诉讼法律关系的主体而言,由于民事诉讼的本质是双方当事人利用国家权力保护自己的民事权益的诉讼活动,这种活动直接涉及到原告、被告和法院三方主体,因此,这三方主体的组合方式以及对主体地位和相互关系的处置、职能或权限的划分,便从形式内容上构成了民事诉讼模式的基本格局。在实质内容上,则包括权利与权力的关系。主体地位的不同,其程序权利及其权利确立的基础也不同,因而在民事诉讼中发挥的作用也会有所不同。当事人诉讼权利的基础是诉权,法院诉讼权利的基础是审判权以及由此派生出来的诉讼指挥权。审判权和诉讼指挥权是国家权力的组成部分。这种权力与当事人的诉讼权利是一种互动和制约的关系,形象地说是一种反比例关系。民主的民事诉讼程序不排斥权力,而且要有充分的权力,否则,诉讼无法得到保障并进行下去。不同的国家在指导思想和制度设计上对民事诉讼主体的地位、作用和相互关系的处置方式及权限分配上各有不同,对权力和权利关系上的认识也各有区别,因此形成了不同类型国家的不同的民事诉讼模式。以现代民事诉讼在制度设计上把重心置于何方主体为标准,一般划分为当事人

主义诉讼模式、职权主义诉讼模式或混合式诉讼模式。概括地说,这种模式分类,就是以民事诉讼法律关系主体的基本格局为依据。

民事审判方式是民事诉讼模式的另一基本内容,与民事诉讼法律关系的性质特点密切联系。民事诉讼法律关系主体地位、作用及权限划分是审判机制的构成基础,也是具体审判方式的依据之一。民事审判方式从广义上说是法院在民事诉讼中的活动方式,包括起诉和受理机制、庭前准备方式、开庭审理的方式和原则、证据的提供和审核、辩论与裁判的关系等等,反映了民事诉讼机制运行的基本方面。从狭义上说,民事审判方式是法院的庭审方式,主要包括出示证据的方式、辩论与裁判的关系等。正是以这些特征为依据,人们把审判方式划分为对抗制和讯问制。对抗制基本上属于当事人主义民事诉讼模式的基本内容,讯问制则是职权主义民事诉讼模式的基本组成部分。

二、民事诉讼目的的认识

民事诉讼目的是民事诉讼法学最基本的重要理论问题之一,民事诉讼作为特殊主体在特殊领域所实施的活动,与一般社会活动相比较具有特殊性。其目的的确定应当立足于民事诉讼的内在规律,反映主体的特定需要和对象本身属性的关系。因此,民事诉讼目的是指国家基于统治阶级的需要及其对民事纠纷本质属性和规律的认识,而预先设定的期望通过民事诉讼所能达到的理想目标或结果。

这一概念表明民事诉讼目的至少包括以下特征:其一,民事诉讼目的是主观和客观的辩证统一。就民事诉讼目的存在的方式而言,具有主观性,它是通过意识、观念形态存在于参与民事诉讼的人们的头脑里。但就其内容而言,则是客观的,因为国家的需要以及民事纠纷的属性都是客观的。因而说,民事诉讼目的是主客观的辩证统一。其二,民事诉讼目的是国家意志的体现。民事诉讼

是一种多方主体参与的特殊社会活动,在这种活动中,各种诉讼参与者都各有目的,这些目的既是他们参与民事诉讼活动的根本动因,也是他们通过民事诉讼活动所追求的理想结果。但因民事诉讼的本质特征在于运用国家公权力介入民事纠纷的解决,因此,从严格意义上说,民事诉讼目的是国家设置民事诉讼制度的目的。其三,民事诉讼目的是基于国家的特定需要和对民事诉讼本质属性及其规律的认识而预先设定的民事诉讼结果的理想模式,没有国家和社会的需要,民事诉讼就没有产生和存在的必要,当然也无民事诉讼目的可言,在对民事诉讼本质属性及规律缺乏认识的基础上设定的目的,也会因为不切实际而无法实现。因此科学的民事诉讼目的必定是主客观辩证统一的结果。其四,民事诉讼目的是一个动态范畴。从整体上说,维护统治阶级所确立的社会秩序是任何历史阶段、任何国家民事诉讼的根本目的。但民事诉讼的具体目的却因时而异,即使是同一时期的相同性质的国家之间,由于其任务、价值观念、文化传统等因素之不同,民事诉讼目的也各不相同。因此,民事诉讼目的不是静态的、抽象的。

民事诉讼目的是构建民事诉讼模式的基点和归宿,是民事诉讼模式的内在要素和终极目标,是研究民事诉讼模式改革的理论基石。从历史上看,大陆法系国家民事诉讼目的的理论大体经历了“保护私权”、“维护私法秩序”和“纠纷解决”三个阶段。“私权保护说”源于19世纪初期,植根于自由资本主义时期。这一时期近代资本主义开始发展,个人主义处于支配地位,出于反对封建专制主义和发展资本主义经济的需要,登上历史舞台的资产阶级极力反对国家干预经济生活,认为国家的主要职能在于保障公民的权利,民事争议原本可以通过当事人自力救济方式解决,但国家为了维护自身统治的需要,禁止自力救济。既然如此,那么当民事权利受到侵害或发生争议时,国家就有义务通过诉讼手段保护当事人的权利。而民事权利是私人的权利,诉讼不过是手段。这种理

论反映在民事诉讼模式上就是彻底的当事人主义,由当事人主导并控制民事诉讼进程。因当事人自由放任倾向严重而使民事诉讼模式产生了许多弊端,最为突出的就是诉讼迟缓。

19世纪末期,随着自由资本主义向垄断资本主义过渡,在自由资本主义经济受到限制的同时,民事诉讼目的的理论也发生了变化。在“私权保护说”受到抨击的基础上,产生了“维护私法秩序说”,该理论认为民事诉讼目的不只是保护私权,因为从某种意义上说,保护私权只是民事诉讼在客观上起的作用,所以仅仅从保护私权的角度难以界定民事诉讼目的。民事诉讼是以国家制度的组成部分出现的,国家是为了社会整体需要才设立民事诉讼制度,因此,从整体上维护国家私法秩序是民事诉讼的目的。这种理论反映在民事诉讼模式上,就是职权主义,即在民事诉讼中国家干预有所加强,当事人主义受到某些限制。

第二次世界大战以后,在战后民主思潮的影响下,日本学者兼子一第一次提出了“解决纠纷说”。认为民事诉讼和民事审判的目的在于以国家权力解决和调整私人之间纠纷和利害冲突,民事诉讼的出发点和目的并非从先有的实体权利出发确认当事人之间原有的权利义务关系,而是要解决当事人之间活生生的纠纷。私法与其说是私人生活规范,倒不如说是为了解决纠纷而制定的规范,是为裁判而制定的规范。

当然,除了上述学说之外,还有诸如“程序保障说”、“权利保障说”等等观点。通过对各种学说的历史考察,对于我们研究民事诉讼模式改革具有以下启示:

其一,任何一种民事诉讼目的理论都是特定历史时代下的产物。自由资本主义时代的“保护私权说”与当时所奉行的“个人本位主义”理论以及当事人个人主义极度膨胀的现实相一致。当事人在民事诉讼中的地位十分突出。“维护私法秩序说”则典型地反映了垄断资本主义时期资产阶级的愿望和社会需要,并与这一时

期的“社会本位主义”相适应。“纠纷解决说”则反映了现代资本主义社会加快处理纠纷的客观需要。随着社会的不断发展,民事经济交往日益频繁复杂,冲突与纠纷日益增多,社会现实迫切需要扩大民事诉讼解决纠纷的功能。民事诉讼目的理论侧重于诉讼结果逐渐转向对诉讼程序本身的关注,诉讼程序自身的独立价值逐步提高,“程序保障论”应运而生。

其二,民事诉讼目的理论研究由一般社会理念转向对宪政理念的探求,以寻求合法性及正统性资源。“权利保障说”就是这方面的一个标志。认为法院作为国家机关,行使宪法所赋予的司法权,目的在于保障当事人的民事权利。

其三,民事诉讼目的与民事诉讼模式设计密切相关。任何一种单一的目的论都不能准确地表明民事诉讼模式设计的基本理念,其结果不是否定民事诉讼模式本身的独立价值,便是过分夸大民事诉讼模式的独立价值,且这种单一的目的论往往因为无法统摄民事诉讼活动以及人们对民事诉讼的理性期望而显其片面性。

只有把民事诉讼目的与国家性质、国情等联系起来,并对民事诉讼与相关的民事诉讼模式进行关联考察,才能理解民事诉讼目的,并在此基础上构建科学合理的民事诉讼模式。

我国民事诉讼目的的变迁,引起了现行民事诉讼模式的某些变化。归纳我国民事诉讼目的的变迁,大致有以下几种观点:1. 解决纠纷目的说。认为“以解决纠纷为依归的诉讼目的观,恐怕更适合发展市场经济的内在要求”。^①2. 多元目的说。认为现代民事诉讼价值的多元化和相对性,决定了民事诉讼目的的多重性。追求真实应当作为民事诉讼目的的一个方面,但不能无条件地列为民事诉讼运作的惟一、首要目的。同时民事诉讼目的应当“合当事人

^① 汤维建:《市场经济与民事诉讼法的展望》,《中国政法大学学报》1997年第1期

目的”。^① 3. 程序保障说。认为民事诉讼的正当性来自程序的正当,而不是结果的正当;民事诉讼程序并非是为了达到正确判断的手段,其过程本身就是民事诉讼的目的。所以,民事诉讼目的在于为当事人自律性的纠纷解决提供程序保障,即保障当事人在诉讼中平等地进行攻击和防御才是目的,判决不过是程序保障的结果,法院应当从重实体审判结果的理念转向为程序本身。^② 4. 利益保障说。认为民事诉讼制度的目的就是利益的提出、寻求、确认和实现。民事诉讼制度的设立、运作和适用,均应当强调维护当事人争议之实体利益和程序利益。^③

如果从民事诉讼的产生及其运作结果本身考察,可以认为解决民事纠纷是民事诉讼的基本目的之一,但该目的的真正实现却依赖于其他目的的实现。在不同的历史时期,人们对纠纷解决所需要的正统性资源要求各异,这就决定了国家必须在这一基本目标之外设置一系列具体目的,从而使民事诉讼目的的体系特定化,并以此指导民事诉讼立法与实践。同时,民事诉讼还具有主体多元化和诉讼行为程序化的特征。就民事诉讼主体而言,民事诉讼既包括各方当事人的活动,也包括人民法院的活动,不同的主体有不同的诉讼目的,同一主体在不同的诉讼阶段也有不同的诉讼目的。就民事诉讼程序而言,尽管多元主体具有不同的诉讼目的,但其不同的目的必然存在共性,这就是实现程序保障,解决民事纠纷,保护合法权益。因此,民事诉讼目的具有多重性和层次性。多重性是由民事诉讼程序主体的多元性决定的,层次性是社会价值取向的多元化决定的。

综上所述,对民事诉讼目的的界定,不能局限于单一的目的理

① 李祖军:《民事诉讼目的论》,法律出版社2000年版,第156页

② 参见谭兵:《民事诉讼法学教学参考书》,法律出版社2000年版,第40页

③ 参见江伟:《市场经济与民事诉讼法学的使命》,《现代法学》1996年第3期

论,而应当依据国情,科学合理地构建一个层次分明且有内在逻辑联系的目的体系。这主要包括:实现权利保障、解决民事纠纷、维护社会秩序。这三个方面相互交叉、相互依存、相互作用。我国作为人民民主专政的国家,首先要保护人民的基本权利,只有通过正当的程序才能实现权利的保障;只有消除民事法律关系的非正常状态才能达到维持社会秩序稳定的目的;而有了正常的诉讼秩序,当事人的秩序权利才能充分实现;社会秩序正常,则更有利于保护当事人依法从事民事、商事活动,以实现自己的合法利益。

三、民事诉讼模式改革的理论基础

在国内民事诉讼模式改革过程中,关于诉讼模式的选择曾有过很大争论,这种争论表明,解决实体正义与程序正义关系的问题,无论对于国内民事诉讼模式改革还是涉外民事诉讼模式改革,都是一个首先需要解决的课题。因为,职权主义的诉讼模式与实体正义有着息息相关的关系,当事人主义的诉讼模式与程序正义有着密不可分的关系。所以,研究程序正义的理论基础就成为民事诉讼模式改革的一个十分必要的论题了。

(一)程序正义的法学理论基础

从法律角度分析,程序一般体现为按照一定的顺序、方式和步骤来做出法律决定的过程。无论大陆法系国家还是英美法系国家,法律程序基本上都是由程序法加以明文规定。我国的民事诉讼程序即是由《中华人民共和国民事诉讼法》等程序法来规定的。传统的法律解释学一般把程序法的规定看作是为了实现权利、义务或法律关系实质内容的方法和手段,只承认程序具有工具或手段的辅助价值,其优劣只能通过运作结果的价值来评定。1971年美国学者罗尔斯发表《正义论》一书,从政治学的角度阐述了其以程序倾向为特色的正义理论。他认为,社会正义离不开公正的法治程序,而法治取决于一定形式的正当程序。罗尔斯的理论开启