

司法现代化与 民事诉讼制度的 建构

Modernization of
Justice and Perfection of
Civil Litigation System

■ 章武生 等 / 著

『哲学社会科学
九五』规划项目

法律出版社

D925.104
8

哲学社会科学国家
『九五』规划项目

法律出版社

司法现代化与 民事诉讼制度的 建构

C930.01

Modernization of
Justice and Perfection of
Civil Litigation System

章武生 张卫平 汤维建
李浩 肖建国 吴泽勇
/ 刘荣军
著



女子学院 0106907

图书在版编目(CIP)数据

司法现代化与民事诉讼制度的建构/章武生等著. 北京:法律出版社,2000.6

ISBN 7-5036-3098-1

I. 司… I. 章… II. 民事诉讼法-现代化-研究-中国 IV.D925.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 07558 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任印制/张宇东

责任校对/杨昆玲

印刷/北京朝阳北苑印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32

印张/26 字数/611 千

版本/2000 年 6 月第 1 版

2000 年 6 月第 1 次印刷

印数/0,001—4,000

社址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3098-1/D·2819

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

序

五年前,我曾在一篇论文中预测、勾画过中国民事诉讼法学的发展方向,并提出了“法制现代化”的实现必须以“法制程序化”为枢纽的主张,但当时基于种种原因来不及就这个问题作更详细、深入的论证。我的总体看法是:伴随着中国由传统社会向现代社会的转型,法律也同样面临着从传统型向现代型的历史更替,这一过程就是所谓的“现代化”。法制现代化的本质是从人治社会转变为法治社会。人治与法治这一对变项涵盖了传统法律与现代法律分野的一切特性,构成了这两类不同法律价值系统的基本尺度。而司法又是法治的一个关键环节,它连接法律与社会生活中的个案,直接标示法律对社会生活的调整效果以及法律适用的状况,因此,司法现代化可以成为法制现代化的指标。

司法现代化具有鲜明的程序化倾向。司法作为连接法律与社会生活的中介,连接一般与个别的纽带,其正当性只能来源于诉讼程序,这就是所谓的正当程序原理。

HAF6 / 14 09

通过科学、公正的诉讼程序以使司法过程获得正当性,这是各国法制现代化的普遍趋势。民事诉讼程序的现代化自然是司法现代化的题中之义。具体而言,民事司法改革不仅应革新现行司法体制,还要将民事诉讼程序的建设放在适当的位置上;不仅要克服“重实体轻程序”的偏向,而且还应确立程序公正的观念。只有当诉讼法的独立地位和独立价值得到承认和尊重,当诉讼法与实体法拥有同等的法律尊严时,司法现代化才不会沦为空谈。

在中国,司法现代化的实现还面临着传统诉讼文化的挑战。为此,要适应市场经济要求,对传统司法体制进行创造性、根本性的改革或革新。这一任务当然非常艰巨,任重而道远,机遇与挑战并存。我同意本书作者的观点,即:一方面,我们要发展市场经济这一司法现代化的物质基础,另一方面,要从中国实际情况出发,探寻一条具有中国特色的司法现代化模式。中国不可能完全照抄照搬外国的司法制度,将司法现代化等同于“西化”;也不能无视那些反映社会管理及市场经济运行一般规律的外域法律文化的有益因素,闭目塞听,盲目排外。在引进西方诉讼法律制度时,要注意切合中国的土壤,并将其创造性地转化为中国的本土文化。

《司法现代化与民事诉讼制度的建构》一书,是章武生教授主持的国家哲学社会科学“九五”规划项目——《民事审判方式改革与律师制度的完善》的最终研究成果。本书是在改革司法制度、完善民事诉讼制度的大背景下完成的,紧紧抓住了当前中国司法改革的热点、难点问题,阐明了其理论基础,并且与民事诉讼原则、程序和制度的建构结合起来,具有很强的针对性。书中既有理念的导入,又有具体制度的探微。作为国内第一部关于“民事诉讼现代化”课题的著作,本书在许多方面进行了具有填补空白之功效的开拓性研究,是一本很有分量的民诉法专著。它的出版,必将对我国民事诉讼法理论和司法实践产生积极的影响。

本书的作者,是民诉法学界一批极具活力的中青年学者。他

们近几年来在民事诉讼法学研究领域辛勤耕耘,取得了丰硕的成果,促使中国民事诉讼法学实现质的飞跃。他们能够汇聚在“民事诉讼现代化”这一课题下,并肩研究,共同攻关,避免了以往各自为战、零敲碎打式的研究方法,实在是一件幸事,我为他们的做法喝彩!我相信:本书的作者及其研究思路代表了我国民事诉讼法学的希望和未来。

是为序。

江 伟

2000年2月于中国人民大学静园

著者简介

章武生 河南大学法学院教授、副院长,中国法学会诉讼法学研究会理事,中国诉讼法学研究会民事诉讼法专业委员会委员,中国人民大学博士研究生。曾著《中国律师制度研究》,主编《民事诉讼法新论》、《中国司法制度导论》等多部著作,并在《法学研究》、《中国法学》、《中国人民大学学报》等刊物上发表学术论文 40 余篇。

张卫平 清华大学法学院教授,博士生导师,中国诉讼法学研究会民事诉讼法专业委员会副主任。曾著《程序公正实现中的冲突与衡平》、《诉讼正义:程式与构造》,主编《民事诉讼法教程》等多部著作,并在《法学研究》、《中国法学》等刊物上发表学术论文 60 余篇。

李 浩 中共安徽省委党校法律教研部教授,安徽大学客座教授,中国诉讼法学研究会民事诉讼法专业委员会委员。曾著《民事举证责任研究》,合著《中国民事诉讼法学专论》、《中国民事诉讼法的理论与实践》等多部著作,并在《法学研究》、《中国法

学》、《政法论坛》等刊物上发表学术论文 40 余篇。

汤维建 中国人民大学法学院副教授,法学博士后,著有《破产法要义》、《香港民事诉讼法》(合著)等,并在《中国法学》、《法学研究》、《法制日报》等报刊杂志发表学术论文 40 余篇。

刘荣军 日本国立一桥大学博士,中山大学法学院教授,中国诉讼法研究会民事诉讼法专业委员会委员。曾著《程序保障的理论视角》,合著《民事诉讼法学原理》,合译《程序的正义与诉讼》等著作多部,并在《法学研究》、《中国法学》、《民商法论丛》以及日本《国际商事法务》、《一桥论丛》等刊物发表学术论文 50 余篇。

肖建国 法学博士,北京科技大学法律系讲师,《北京科技大学学报》(社会科学版)编辑。曾著《民事诉讼程序价值论》,合著《中国民事诉讼法专论》、《证据法学》、《律师公证与仲裁制度》等著作多部,并在《中国法学》、《法学研究》、《政法论坛》等刊物上发表学术论文 20 余篇。

吴泽勇 中国人民大学博士研究生,曾在《中国法学》、《法学研究》、《法学家》等刊物上发表学术论文 10 余篇。

导 论

一、司法现代化之界说

(一)司法

“司法”一语有广狭两义。广义上的司法包括审判、侦查、检察等国家权力的运作行为以及调解、仲裁等“准司法”活动,而狭义的司法仅指审判。

“司法”是以解决社会冲突为己任的,它与社会冲突相伴相随。近代司法从行政制度中分离出来之前,“司法”远非一种独立的解纷形态和制度,我们能够发现不同形式的“司法”:它可能是民间性的调解、仲裁活动,也可能是以国家暴力强制为后盾的官方行为。只要有社会冲突存在,即便是在古代社会,司法(作为一种制度或习惯)也必然成为社会架构中的一个组件,因为任何社会都需要它。

近代以来的“三权分立”理论将国家职能划分为立法、行政和司法三种。孟德斯鸠对此作了经典性的表述,他认为,“每一个国家有三种权力:(一)立法权力;(二)有关国际法事项的行政权力;(三)有关民政法规事项的行政权力。”他简称第二种为行

政权,第三种为司法权。他主张三权应当分立,并使其互相牵制,从而保障公民的生命和自由。如果由同一机关行使这三种权力,即制定法律之权、执行公共决策之权和裁判私人犯罪或争讼权,则一切便都完了。^①孟德斯鸠强调司法独立,主张以权制权,指出任何政权都有腐化的趋势,使分权学说成为西方国家的一项普遍性的宪法原则。因此,近代所谓的“司法”,专指审判,近代的“司法权”则专指审判权。

近代的司法最初是一个政治学或法学概念,当1787年它被载入美国宪法后,分权学说即由学术层面进入现实实践,司法的概念逐步呈现技术性、程序性特征。从形式上看,司法与行政都是执行法律的个别化的或具体化的行为,统一于广义的执法活动。但是,行政是实现国家目的的直接活动,而司法是实现国家目的的间接活动。司法的下述特点使之区别于行政:

(1)司法的独立性。司法的任务主要是解决公民之间以及公民与国家之间的法律争执,消除社会冲突和社会紧张关系,而公民权利的保障,也有赖于法院的维护。因此在组织技术上,司法机关只服从法律,不受上级机关、行政机关的干涉。在历史上,司法和司法权曾是反对专制、对抗王权的一道屏障,它负责监督政府、保护人民,同时也有效地保护法官。龚祥瑞教授认为,“司法独立至少有两层意思:司法机关在审判活动中独立于行政机关(即政府),在美国并且独立于立法机关(即国会);司法机关在审判活动中所发表的言论、所作的一切行为不被追究法律责任,以便于有效地独立审判,即‘司法人员不受民事起诉的豁免权’(Judicial Immunity from Civil Actions)。”^②司法的独立性是法治的真谛。

司法的独立性有别于行政的从属性。在行政系列中,上级对

① 孟德斯鸠:《论法的精神》,上册,商务印书馆1961年版,第155—156页。

② 龚祥瑞:《西方国家司法制度》,北京大学出版社1993年版,第95页。

下级有发布指令、决定之权,下级对上级则有服从的义务,其权限受上级机关的制约。

(2)司法的被动性。司法活动的惯常机制是“不告不理”,司法程序的启动离不开权利人或特定机构的提请或诉求,但司法者从来都不能主动发动一个诉讼,因为这与司法权的性质相悖。这样做,只能使司法机关混同于主动实施管理、调查或处罚等职务行为的行政机关。

司法者所应作的事情是:站在中立者立场,受理公诉人、自诉人或原告就争议所提出的控告、请求,并根据相对方的申辩,依照法律或判例,对案件作出终局判断。司法权在某种意义上就是判断权,是对有关一方提交事项作出的回应,法官就是决断人。没有公诉人、自诉人或原告的起诉,法院就不能主动地发动诉讼或主动审理案件。否则,司法者离开中立立场,僭越司法权限,就会背离司法所固有的要求。正如托克维尔所言:“从性质上来说,司法权自身不是主动的。要使它行动,就得推动它。向它告发一个犯罪案件,它就惩罚犯罪的人;请它纠正一个非法行为,它就加以纠正;让它审查一项法案,它就予以解释。但是,它不能自己去追捕罪犯、调查非法行为和纠察事实。”^①

(3)司法的普遍性。司法是法律与社会生活的纽带和中介环节,它连接着法律与社会生活中的个别性事件。司法的过程是运用法律解决个案纠纷,将法律适用于个案的过程。案件的司法解决意味着个别性事件获得普遍性,普遍性在个别性事件中得以实现。因此,“司法本质上要求对同样的个案同样对待,排除案件当事人在宗教、种族、肤色、社会地位和财富等方面的一切外在差别的影响。即便是公共权力机关乃至国家本身涉讼,在诉讼中也要

① [法]托克维尔:《论美国的民主》,上卷,商务印书馆1991年版,第110页。

降低为个别性。”^①

司法不仅具有形式上的普遍性,在实质意义上,司法可以解决其他机关所不能解决的一切纠纷,并且司法解决具有终局性特点,这就赋予司法超越于其他解纷方式的普遍性效果。

(4)司法的多方参与性。司法尽管是国家权力的运作行为,但司法权毕竟是一种消极的、被动的权力,司法过程离不开多方当事人的诉讼参与:在刑事诉讼中需要控辩双方的辩驳、质证、对抗,在民事诉讼中需要原被告双方的协商、交涉、辩论。司法者所作的裁判,必须是在受判决直接影响的有关各方参与下,通过提出证据并进行理性说服和辩论,以此为基础促进裁判的制作;而不象行政管理者那样,通过单方面调查取证就可形成决定。

(二)司法现代化

“现代化”是一个关于发展、变革的概念,它用来概括人类近期发展进程中社会急剧转变的总动态,涉及经济、政治、法律、社会、文化、历史等多个层面,很难一言以蔽之。政治家们多从着眼于增强国力,在现代世界中求得生存与发展来考虑现代化;经济学家则从工业发展与经济增长的观点来看现代化;社会学家偏爱从社会机体的分化与功能方面来谈现代化;而历史学家则把现代化视为一个统一的世界发展过程。作为一个历史过程,现代化包容宏富,具有多阶段、多层次性。现代社会的特征,即现代性(modernity),是传统社会,亦称前现代社会(pre-modern)在工业化推动下发生全面变革而形成的一种属性,这种属性是各发达国家在政治、经济、社会发展方面所共有的。可以大致概括为:(1)民主化;(2)法制化;(3)工业化;(4)都市化;(5)均富化;(6)福利化;(7)社会阶层流动化;(8)宗教世俗化;(9)教育普及化;(10)知识科学化;(11)信

^① 宋振武:《论普遍的司法概念》,全国诉讼法学会1999年会论文,第5页。

息传播化,等等。^① 区分现代性与现代化的意义在于:前者是社会发展诸领域发生迅速变革所显示出来的共同特性,后者则被用于描述获得这些特性的过程。

法制现代化属于法社会学发展论的范畴,被用来揭示社会发展与法律进步之间的互动关系。伴随着社会由传统向现代的转型,法律也同样面临着从传统型向现代型的历史更替。传统法制与现代法制存在着巨大差异:传统法律的价值取向是确立自上而下的高度隶属性的集权化状态,而现代法律强调应当给予社会主体以充分的自由和独立地位;传统法律倡导义务本位,现代法律则注重张扬主体权利;传统法律反映自然经济下的特权、人身依附关系,而现代法律以“法律面前人人平等”作为商品经济下的法权诉求;传统法律仅仅是皇权的工具,追求“君王口出法随”的人治,而现代法律追求规范化的法治秩序,使社会生活摆脱单纯偶然性和任意性的羁绊;传统法律强调利益的一元性,现代法律则承认利益多元化。^② 由传统法制向现代法制的历史性跃进,就是法制现代化的过程。“这个过程或是因内部条件的成熟而从传统走向现代,亦称‘内发型’法制现代化;或是因一个较先进的法律系统对较落后的法律系统的冲击而导致的进步转型,亦称‘外发型’法制现代化。但是,不管是哪一种变革形态,法制现代化无疑是一个创新的过程,其实质乃是从人治型的价值—规范体系向法治型的价值—规范体系的转变。”^③

法制现代化的本质是从人治社会转变为法治社会。人治与法治这一对变项涵概了传统法律与现代法律分野的一切特性,构成了这两类不同法律价值系统的基本尺度。换言之,法制现代化与

① 杨国枢:《现代化的心理适应》,台北远流图书公司1978年版,第24页。

② 参见于谦、文娟:《论现代法的精神》,载《法学家》1996年第6期。

③ 公丕祥:《法制现代化的理论逻辑》,中国政法大学出版社1999年版,第2页。

法治是内在地结合在一起的,应当把人治的衰微、法治的兴起作为法制现代化过程的基本评估标准。^①法治反映了人类社会法律制度成长与变迁的基本目标,体现了社会主体从事法律变革的价值理想,是法制现代化的基本参照系及评价尺度。

法治不仅要求依规则治理,要求制定良好的法律,而且要求正确、确实地执行法律。正如博登海默所言,建立法律体系的全部意义并不仅在于颁布法律规则或其他规范,法律体系就其整体而言“乃是普遍化的规范和个别化的适用和实施行为的混合”。^②司法是法治的一个关键环节,它连接法律与社会生活中的个案,直接标示着法律对于社会生活的调整的效果以及法律适用的状况,因此,司法现代化可以成为法制现代化的指标。

司法现代化是法治化进程的一个表征。同法治化一样,司法现代化也是一个三头六面的系统工程,它既有现代化的制度安排的一面,又有现代化的司法行为方式、司法推理方式、司法价值理念的一面。它是主观与客观、思想观念与行为实践相统一的过程。

市场经济为司法现代化提供了物质基础和动力支持。事实上,现代化的原初含义就是“经济现代化”,即人类社会从传统的农业社会向现代工业社会转变的历史过程。^③市场经济就是法制经济,市场经济体制的确立大大刺激了社会对现代法制的需求,使立法活动更符合市场经济的要求,使司法行为和司法程序更符合自由、平等、公正等价值目标。

二、司法现代化的要素

有学者从内容上将司法现代化的要义概括为:司法权的独立

① 公丕祥:《法制现代化的理论逻辑》,中国政法大学出版社1999年版,第66页。

② [美]E·博登海默:《法理学——法哲学和方法》,上海人民出版社1992年版,第220页。

③ 罗荣渠:《现代化新论》,北京大学出版社,1993年版第12页。

性、司法主体的中立和公正性、程序规则的平等性。^① 这种看法无可非议,但总难免有挂一漏万之嫌。笔者认为,司法现代化的内涵特征可以分解为两方面的要素,即主观要素和客观要素,主观要素是司法过程主体或人的现代化,客观要素主要是指司法程序或诉讼程序的现代化。

(一)司法现代化的客观要素:司法程序的现代化

司法程序是对司法过程的程序规制。司法权的行使受诉讼程序的制约,此即司法程序。司法程序是防止司法权滥用,维护司法公正的保障。司法程序着眼于规范法官的审判行为,调整法官与当事人在诉讼中的关系,因而也间接地调整了当事人的诉讼行为。故英美学者在使用“司法程序”这一概念时,实质上指的是大陆法学者所谓的诉讼程序。

诉讼程序属于程序性法律程序中的公力救济型程序。一般而言,诉讼程序可以解释为司法机关和案件当事人在其他诉讼参与人的配合下为解决案件而分阶段又相连贯地顺次进行的全部活动以及由此产生的诉讼关系的总和。^② 它包含两方面的规定性:一方面是程序活动的阶段和过程,一方面是一种关系安排,体现了程序主体之间的关系结构。诉讼程序有广义和狭义之分。在广义上,由于诉讼活动既包括审判行为、侦查行为、执行行为,又包括当事人的诉讼行为,因而诉讼程序也相应地有审判程序、侦查程序、执行程序以及当事人诉讼行为的程序之分。在狭义上,诉讼程序仅指审判权和诉讼权行使的程序。大凡诉讼,必然涉及国家司法权力,尤其是审判权力,故有不少学者习惯上将诉讼程序简称为审判程序。应当说,“审判程序”这一用语揭示了诉讼程序的实质,把

^① 蒋集耀:《司法现代化:法治化的必然要求》,载《法学》1995年第5期。

^② 参见《法学词典》(增订版)，“诉讼程序”、“诉讼”词条，上海辞书出版社1984年版，第459页、464页。

居中裁判的法官摆在了主导地位。但由此造成的后果恰恰否认或抹煞了权利主体的诉讼地位,以审判权力为本位考察诉讼过程,从而造成诉讼程序结构的失衡。可见,不能用审判程序代替诉讼程序这一概念。

以诉讼程序形式调整社会关系,是统治者维护其政治稳定和经济秩序,解决社会矛盾和冲突的需要。诉讼程序适用的范围,在很大程度上取决于社会矛盾和冲突对统治秩序的危害性,危害越大,就越有必要采用诉讼程序来调整。诉讼程序以国家的司法权为依托,是解决社会矛盾和冲突最有力和最终的救济方式。按解决冲突的内容可以把诉讼程序细分为刑事诉讼程序、行政诉讼程序、民事诉讼程序三类。刑事诉讼程序是指国家司法机关在当事人和其他诉讼参与人的参加下,解决犯罪嫌疑人或被告人是否犯罪和应否受刑事处罚的活动以及由此发生的关系。由于刑事诉讼以实行国家刑罚权为目的,虽刑事诉讼在实行国家刑罚权之中,也寓有保障人权之意,但此非刑事诉讼之主要目的,因此刑事诉讼程序多表现为权力行使的程序,一项完整的刑事诉讼程序通常包括立案、侦查、公诉、审判、执行等程序阶段。行政诉讼程序系行政相对人对于行政机构的违法行政行为,侵害其权利时,请求国家司法机构予以撤销(救济)的法律程序。行政诉讼有双重目的:一是保护行政相对人的权利,一是判断行政行为的合法性,其中,前一目的与民事诉讼相同。民事诉讼程序是指为解决自然人、法人、其他组织之间及其相互之间因私法关系所生纷争,由国家司法机构予以裁判的法定程序。民事诉讼的目的具有多重性:保护私权、解决纠纷、维护私法秩序等,这一点决定了民事诉讼程序的原理、规则具有最广泛的适用性。换言之,在三大诉讼程序中,民事诉讼程序居于更为基本的地位。以行政诉讼程序为例,行政诉讼与民事诉讼存在很大的相通性,民事诉讼程序中关于回避、证据、期间、送达、第一审程序、第二审程序、审判监督程序以及执行程序的某些

规定,行政诉讼程序可以参照适用。

司法现代化是以程序现代化为其倾向的。在许多西方学者看来,法律本身就是活生生的程序,法制现代化的一个特色是“法制程序化”。司法作为连接法律与社会生活的中介,连接一般与个别的纽带,其正当性只能来源于诉讼程序,这就是所谓的正当程序原理。通过科学、公正的诉讼程序来使司法过程获得正当性,这是各国司法现代化的普遍趋势。

对于程序在司法现代化中的枢纽地位,美国学者 M·格兰特指出,现代司法程序应当严格地适用于每个案件,这些程序制度必须是合理的,并且必须表现为成文规则。掌握它尽管无需不合理的特殊能力,如巫术、宗教仪式等,但必须由掌握法律技术、从事法律职业的专业人员操作。^① M·格兰特从现代法律的特征这一角度说明了上个世纪工业社会司法程序某些方面的规定性,其基本精神在 20 世纪的司法发展进程中仍然延续下来,从而构成了现代司法程序特性的一部分。

程序是“按照公正而有效地对具体纠纷进行事后的和个别的处理这一轴心而布置的”。^② 作为程序主体相互行为的法律形式,现代司法程序一般具有以下特点:

(1)功能自治性。程序规范一旦产生于程序主体有目的活动中,程序便不是目的选择的对象,而是目的受选择的标准。不是程序主体的目的决定程序的命运,而是程序决定目的的命运。^③ 因此,为了达成一定目的所进行的活动,经过不断反复而自我目的化,这种现象就是功能自治(functional autonomy)。程序的功能自

① 参见 Marc Galanter, "The Modernization of Law", in M·Weiner, ed., "Modernization", New York, Basic Books Press, 1966, pp. 153—156.

② 季卫东:《程序比较论》,载《比较法研究》,1993 年第 1 期,第 16 页。

③ 李德顺、戚渊:《关于法的价值的思考》,载《中国法学》,1996 年第 5 期。