

【陈桂明=著】

程序理念与程序规则

CHENGXU LINIAN YU

CHENGXU GUIZE

中国法制出版社

程序理念与程序规则

陈桂明 著

中国法制出版社

责任编辑 王淑敏

图书在版编目(CIP)数据

程序理念与程序规则/陈桂明著. - 北京:中国法制出版社,1999.10

ISBN 7-80083-639-8

I. 程… II. 陈… III. 民事诉讼-诉讼程序-研究-中国
IV. D925.14

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (1999) 第 63364 号

程序理念与程序规则

CHENGXU LINIAN YU CHENGXU GUIZE

著者/陈桂明

经销/新华书店

印刷/北京市朝阳区科普印刷厂

开本/850×1168 毫米 32 印张/11 字数/260 千

版次/1999 年 10 月北京第 1 版 2000 年 6 月北京第 2 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80083-639-8/D·615

(北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031) 定价:20.00 元

(如发现印装问题请与本社发行部联系 电话:66062752)

作者鸣谢

国家人文社会科学跨世纪优秀人才基金
资 助 研 究

目 录

1. 程序安定：价值假想及其论证····· (1)
 - 1.1 程序安定的内涵····· (1)
 - 1.2 程序安定的理论基础····· (8)
 - 1.3 程序安定的保障与限制····· (18)
 - 1.4 程序安定与我国民事审判方式改革····· (27)
2. 司法观念改革感悟····· (35)
 - 2.1 公开审判并不是越公开越好····· (35)
 - 2.2 错案追究中之“错案”观····· (36)
 - 2.3 司法腐败中的“四少一多”····· (38)
 - 2.4 市场经济与司法改进····· (41)
3. 市场经济与民事诉讼法····· (44)
 - 3.1 若干基本问题····· (44)
 - 3.2 民事诉讼法对市场经济的保护作用····· (51)
 - 3.3 市场经济与民事诉讼法的实施及其完善····· (54)
4. 民事诉讼法修改及其主要精神····· (63)
 - 4.1 民事诉讼法典内容方面的实质性修改····· (64)
 - 4.2 诉讼制度和程序上的增补····· (69)
 - 4.3 体例结构方面的调整与完善····· (75)
5. 民事诉讼中法院职权的弱化及其效应····· (79)
 - 5.1 法院职权弱化的主要表现····· (80)
 - 5.2 法院职权弱化的正效应····· (86)
 - 5.3 法院职权弱化引发的问题及其解决····· (88)
6. 诉讼契约····· (92)

6.1 存在依据	(92)
6.2 概念与形态	(95)
6.3 性质与效果	(98)
6.4 要件	(104)
6.5 几点启示	(107)
7. 诉讼欺诈	(113)
7.1 问题的提出	(113)
7.2 涵义、构成要件和类型	(114)
7.3 成因分析	(121)
7.4 法律控制	(130)
8. 推定	(136)
8.1 概念	(136)
8.2 分类	(138)
8.3 适用	(143)
8.4 推定的意义	(146)
9. 民事行政检察监督	(149)
9.1 同步进行还是仅限事后	(149)
9.2 抗诉是唯一的监督手段	(151)
9.3 再审以何种方式结案	(152)
9.4 调查取证如何适度进行	(154)
9.5 庭审应有怎样的程序	(155)
10. 新闻与诉讼	(159)
10.1 媒体如何报道诉讼案件	(159)
10.2 新闻侵权案件如何确定诉讼被告人	(160)
11. 缺席审判	(163)
11.1 立法比较与评析	(164)
11.2 我国缺席审判制度的特点和缺陷	(169)

11.3 制度改造	(175)
12. 第二审程序中的司法审查范围	(180)
13. 督促程序	(184)
13.1 制度依据及其法律特征	(184)
13.2 提起之要件	(187)
13.3 程序运行	(190)
14. 公示催告程序	(195)
14.1 概念和特点	(195)
14.2 提起之条件	(197)
14.3 程序规范	(199)
15. 两种不同的纠纷处理机制	(203)
15.1 仲裁与诉讼的区别	(203)
15.2 仲裁与诉讼的联系	(205)
16. 仲裁与其他司法或准司法手段之关系	(207)
16.1 仲裁与诉讼	(207)
16.2 仲裁与调解	(212)
16.3 仲裁与行政裁决	(215)
17. 中外仲裁立法评析	(218)
17.1 西方各国仲裁制度的法律渊源	(218)
17.2 两种立法体例及其得失	(225)
17.3 中国仲裁立法之特色	(226)
18. 仲裁协议	(228)
18.1 外国仲裁协议评介	(228)
18.2 对各国仲裁协议的总结	(248)
18.3 中国仲裁协议的立法与实践	(254)
19. 仲裁程序之运作	(255)
19.1 各国仲裁庭审程序	(255)

19.2 比较与分析	(265)
19.3 中国仲裁程序之特色	(272)
20. 仲裁裁决	(276)
20.1 他山之石	(276)
20.2 比较研究	(298)
20.3 中国仲裁裁决制度述评	(302)
21. 公证活动基本原则之功能与内容设定	(305)
21.1 概念和功能	(305)
21.2 真实	(308)
21.3 合法	(310)
21.4 法定公证与自愿申请相结合	(312)
21.5 保密原则	(313)
21.6 回避	(316)
21.7 直接	(318)
21.8 本人申办证与代理人申办证相结合的 原则	(319)
21.9 使用本国和本民族语言文字	(321)
22. 公证效力：证明活动的出发点及其归属	(324)
22.1 公证效力概述	(324)
22.2 公证作为一般证据和诉讼证据的效力	(326)
22.3 公证作为法律行为成立要件的效力	(330)
22.4 公证作为强制执行根据的效力	(332)
23. 外国保障公证人正确履职的制度	(336)
23.1 公证人回避制度	(336)
23.2 禁止公证人兼职的制度	(339)
23.3 对公证人员的监督与惩戒制度	(340)
后记	(343)

1. 程序安定：价值假想及其论证

1.1 程序安定的内涵

对于民事诉讼制度的价值取向，近年来有不少学者从程序公正和诉讼效益的角度进行了有益的探讨并已达成了共识。应该说，程序公正观和诉讼效益观的确立，对构筑民事诉讼法学的基本理论体系意义深远。但是，设计民事诉讼制度是一项精细复杂的工程，对民事诉讼价值体系的认识仅仅局限于公正和效益还是不够的。我们能不能跳出现有的框架，去寻找公正和效益两大基本价值之外的其他价值，甚至是基本价值？对民事诉讼价值取向的研究，着眼于但不局限于公正和效益，这不仅仅是方法论的问题。

“人民的安全是最高的法律”。^① 在法的价值序列中，法的安定性（*Rechtssicherheit*, *security of law*）优先于正义和其他价值。在鉴于此，我们可否大胆地假设：程序安定也是民事诉讼制度的价值取向？我们的思考正是从这个命题的假设开始并展开的。

从境外学者的论述中，我们可以找到“程序安定”或者与程

^① 托马斯·霍布斯：《论公民》，纽约，1949年，第二编，第13章，第2页，转引自埃德加·博登海默：《法理学——法律哲学和方法》，张智仁译，上海人民出版社1992年版，第274页。

序安定相关的表述。日本三月章教授认为：“正义的要求和法的安定性的要求，往往反映出法律对立的一面。”“程序法则毫无疑问将维护和贯彻判决的结果，顺应法的安定性要求作为一大特点”。^①台湾学者邱联恭博士指出：“今后，为追求具体的妥当性，重要的是，在兼顾对裁判的预测可能性及程序安定性等要求下，尽可能因事件类型之个性、特征，就个别的场合选择适合而有助于满足其特性、需求之程序保障方式。”^②日本神户大学法学院季卫东教授在《程序比较论》一文中认为，“当事人可以任意申告翻案，上级机关可以随时越俎代庖。这样就使决定状况变得极不安定，法律关系也难以确定”。^③可见，“程序安定”在大陆法系的诉讼法学者那里，并不是一个很新鲜的概念。^④

但是，我们到目前为止尚未从国内外的论著中发现对程序安定作出详细的阐述。“程序”一词在汉语中是指按时间先后或依次安排的工作步骤。^⑤从法律学的角度来看，程序主要体现为按照一定的顺序、方式和手续来作出决定的相互关系。^⑥所谓“安定”是指生活或形势平静正常、稳定。我们认为，程序安定是指民事诉讼应依法定的时间先后和空间结构展开并作出终局决定从而使诉讼保持有条不紊的稳定状态。程序的安定性包含两个不同层面的安定，即程序规范的安定和程序运作的安定。其基本要素

① 三月章：《日本民事诉讼法》，汪一凡译，台湾省五南图书出版有限公司1997年版，第29页。

② 邱联恭：《程序制度机能论》，台湾省三民书局1996年版，第96页。

③ 季卫东：《程序比较论》，《比较法研究》1993年第1期，第38页。

④ 笔者在近期发表的文章中也常以程序安定评估某一诉讼制度或原则的优劣，见《诉讼欺诈及其法律控制》，《法学研究》1998年第6期；《诉讼契约论》，《清华法律评论》第2卷。

⑤ 《辞海》，上海辞书出版社1979年版，第4014页。

⑥ 季卫东：《程序比较论》，《比较法研究》1993年第1期，第6页。

包括：(1) 程序的有序性；(2) 程序的不可逆性；(3) 程序的时限性；(4) 程序的终结性；(5) 程序的法定性。

1.1.1 程序的有序性

程序的有序性是指民事诉讼程序应保持一定的次序和连续性。这是程序的核心要求，也是程序安定的基础性要素。程序最明显的表征就是以一定的时间或空间顺序排列的组合。程序一旦失去有序性，即变成无序混乱状态，程序就不再是程序，当然更谈不上程序的安定。

程序的有序性首先要求程序保持一定的次序。程序是由时间要素和空间要素构成的，换言之，程序是以法定时间和法定空间为基本要素的。^① 因此，程序的有序性要求程序的每个环节有时间上的先后次序和空间上排列组合的秩序。民事诉讼程序一旦启动，就要一个阶段接一个阶段，一环扣一环，层层推进，依法定的次序进行下去。同时，诉讼中的每一个步骤都应当保持法定的空间关系。无论是英美法系的“三阶段构成”，即诉答程序、发现程序和审判程序，还是联邦德国“像火车那样从一个站徐徐地开向另一个站，直到抵达终点为止”，^② 都保持时间上的次序关系和法定的空间关系。

程序的有序性还包括程序的连续性。这种连续性不仅要求程序中每个环节要相互衔接，不能任意停止，或者越过某个环节，还要求适用程序的同一性，即在诉讼中，尽量不混合或交叉使用不同性质的程序，以免引起程序上的混乱。我国民事诉讼法规定

^① 孙笑侠：《法律程序剖析》，《法律科学》1993年第6期。

^② 沈达明编著：《比较民事诉讼法初论》（上册），中信出版社1991年版，第170页。

简易程序可以自动转入普通程序。如果失去有效的控制，这种规定易导致程序的不确定性或者说不可预测性，从而损害了程序的安定。“从诉的提起开始（具体权利要求的设立），经过争点在法律意义上的形成（要件事实的确定），证明和辩论以及上诉阶段到判决的确定，具体案件的处理可以视之为一个‘法的空间’的形成过程”。^① 在民事诉讼中，只有保证程序的有序性，才能使“法的空间”具有正统性。

1.1.2 程序的不可逆性

程序的不可逆性也可称谓自缚性，是指程序中某一环节一旦过去，或者整个程序一旦结束，就不能再回复或者重新启动，这是程序的有序性的必然延伸和逻辑归结。

程序具有强烈的不可逆性。这种不可逆性表现在程序的展开对当事人和法官的拘束性上。程序开始于诉讼结果高度不确定的状态，随着诉讼的进行，起初的预期不确定性逐步被吸收消化。其结果形成高度确定化的效应。法官与当事人都要受过去言行的约束。也就是说，随着程序的展开，当事人与法官的操作越来越受限制。具体的言行一旦成为程序上的过去，就不能推翻。这是不让程序成为“走过场”的规则基础。“经过程序认定的事实关系和法律关系，都被一一贴上封条，成为无可动摇的真正的过去”。^② 即到一定阶段后，当事人提出新的事实或证据可以被禁止，法官也不能随意地宣称已经过的程序不算数而要从头再来。一组程序活动只能做一次性的决定。尤其是有明显区分的阶段，如一审与二审、二审与再审，其不可逆转性就更加强烈。无论是

^① 梁治平编：《法律解释问题》，法律出版社1998年版，第155页。

^② 季卫东：《程序比较论》，《比较法研究》1993年第1期，第9页。

英美法系，还是大陆法系的国家，大多都对举证的时间作了限制，目的在于尽量减少或杜绝程序的回复和重新启动。我国在证据制度上的随时提出主义的直接后果是破坏了程序的不可逆性。我们认为，所谓“法的空间”并不只是在判决作出后才能形成，而是在程序逐步展开的同时就已逐步形成并具有“不能直接根据现实生活中的根据随便推倒重来”的属性。^①

1.1.3 程序的时限性

程序的时限性不仅指诉讼中每一个环节都有时间上的要求，还指诉讼进程的及时性。民事诉讼法对诉讼中的许多阶段和环节都有一定的时间规定，对法院或当事人具体诉讼行为的时间作了设置，即期间和期日。程序意味着对恣意的限制和对权利的制约。程序的时限性克服和防止法官和当事人行为的随意性和随机性，为这些行为提供了外在标准，使之不能任意进行。同时，程序的时限性为程序参与者提供了统一化、标准化的时间标准，克服了行为的个别化和非规范化，从而使诉讼行为在时间上连贯和衔接，避免行为各环节的中断。^② 诉讼中止只有在法定事由出现的情况下才能发生。

程序的时限性还要求审判活动不能急速地进行或过于缓慢地进行，即审判的及时性。如果审判活动过于快速，程序参与者就无法充分地进行攻击和防御，法官也不能进行充分的庭审准备、听审和评议，这种突袭性裁判使当事人对程序丧失了可预测性。如果审判活动推进过于缓慢，也同样使程序的安定性受到了破

^① 谷口安平：《程序的正义与诉讼》，王亚新、刘荣军译，法律出版社1996年版，第14页。

^② 孙笑侠：《法律程序剖析》，《法律科学》1993年第6期。

坏。因此，民事诉讼程序的进行只有保持在适当及时的限度内，法官的裁判结论才能获得合理的证明，程序参与者才能放心地信赖审判机关。^①

我国民事诉讼法关于诉讼中止的弹性条款，容易被法官滥用。法院院长拥有过大的延长审限的自由裁量权，一个案件往往被拖延审理甚至达几年之久，而简易程序转变为普通程序大多是出于对法定期限的规避。^②如果长期使程序停滞在某个阶段，悬而未决，程序的安定就无法得到保证。

1.1.4 程序的终结性

程序的终结性是指民事诉讼程序通过产生一项最终的裁判而告终结。程序的终结性总与程序的时限性联系在一起，因为程序的时限性往往表现了程序的终结性。但两者侧重点不同。程序的时限性侧重于对时间的要求，而程序的终结性则侧重于结果的终局性。违反程序的终结性通常表现为两种情形：一是决定迟迟没有作出而造成程序无法终结，二是判决虽已作出，但由于既判力弱而使程序在真正意义上无法终结。第一种情形同时也破坏了程序的时限性，而第二种情形则可视作对程序的不可逆性的损害。因此，程序的终结性是程序安定的核心要素。国外学者在论及程序安定时，也往往多是从程序的终结性加以考虑的。

^① 参见陈瑞华：《刑事审判原理论》，北京大学出版社1997年版，第72页。

^② 我国《民事诉讼法》第136条第6项规定了“其他应当中止诉讼的情形。”此弹性条款为诉讼拖延大开方便之门；同法第135条对一审的审理期限规定，“有特殊情况需要延长的，由本院院长批准，可以延长6个月；还需要延长的，报请上级人民法院批准”，显属弹性过大；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》第170条规定适用简易程序审理的案件可以转为普通程序审理，也为审判人员任意地拖延审理期限提供了法律上的方便。

程序的终结性要求法院作出终审判决后，不能任意地重新启动程序，对该案件重新审理或撤销该判决。这体现了国家裁判的公权性、强制性和权威性。程序的终结可以确保有关各方及时地摆脱讼累。“判决一旦作出，法官就不再是法官”，即“使法官从他处理的争议中摆脱（dessaisissement）出来”。^①当事人也从侵扰中恢复安宁和自由。“如果一种争端解决程序总是因同一事项而被反复启动，它是不能成为程序的”。^②如果一项民事诉讼程序永远没有终结之时，或者它随时可以被法官重新启动，那么民事法律关系就无法得到最终的确定。程序的终结性旨在克服和防止审判程序的任意启动，特别是防止出现反复启动再审程序，而使当事人的生活及其利益一直处于不安定的状态之中。

在我国的历史上和现代的司法实践中，“法的空间”一直难以形成，判决总是缺乏既判力和确定性。由于“翻异”和改判的时间、审级以及要件等都没有制度化而毫无限制，实际上案件的处理只是在当事人不再“翻异”上告的情形下才得以真正终结。^③

1.1.5 程序的法定性

狭义上的程序的法定性，是指民事诉讼程序的审理方法及其顺序、期限等，均由法律加以规定。因此，法院或法官都必须遵循程序法的规定。这也是“依法审判”的内涵，是法治的基本要求。程序的法定性也要求当事人遵照法律的规定实施诉讼行为，

① 沈达明编著：《比较民事诉讼法初论》（上册），中信出版社1991年版，第136页。

② 陈瑞华：《通过法律实现正义》，《北大法律评论》第1卷第1期，第191页。

③ 滋贺秀三等著：《明清时期的民事审判与民间契约》，王亚新等编译，法律出版社1998年版，第103页。

否则该行为就不会产生法律上的效果。不仅如此，当事人故意拖延诉讼或者滥用诉权，应受到法院的适当处理，以保证诉讼程序正常顺利地进行。

广义上的程序的法定性还包括程序的稳定性和程序规范的确定性。程序的稳定性从立法政策的角度来看，是指程序规范在一定期限内应保持固定，而不能朝令夕改。这就要求民事法律修订和民事审判方式改革不宜幅度过大、频率过快。从实际操作看，程序的稳定性还要求诉的要素一旦确定，就不能再随意地让当事人在诉讼过程中随意地增加诉讼请求或变更诉讼请求，法官随意地依职权更换或追加当事人包括第三人的作法也值得检讨。程序规范应当尽量确定、具体和清晰，而不宜过多地存在不确定、抽象和模糊的规定，包括弹性条款。其目的在于限制法官在适用程序上的自由裁量权，诉讼按照规定的程序路线进行运作。程序的确定性即可预见性使当事人不必担心突如其来的不利的程序后果的打击而获得安定。

综上所述，程序的安定与否，以上述五项基本要素是否受到损害为标准。此五项要素相互联系，相互影响，紧密不可分。只要其中某一项要素处于危险之中，那么程序的安定就必须予以格外的关注和保护。

1.2 程序安定的理论基础

1.2.1 程序安定的法理学基础

秩序、公平、自由，这是西方社会法律制度的三个基本价

值。“秩序是与法律永相伴随的基本价值”。^① 实证主义更是强调秩序的重要性。所谓秩序，指的是自然和社会过程中存在的某种程度的一致性、持续性和连贯性，是法律的一种倾向，即使用一般的规则、标准和原则以履行其调整人类事务的任务。英国社会学家科恩认为，秩序的主要意义和规定性是：（1）秩序与社会生活中存在一定的限制、禁止、控制有关；（2）它表明在社会生活中存在一种相互性；（3）它在社会生活中是预言的因素和重要的因素；（4）它能够表示社会生活中各组成部分的某种一致性和不矛盾性；（5）在表示社会生活的某种稳定性，即在某种程度上长期保持它的形式。^② 关系的稳定性、结构的一致性、行为的规则性、进程的连续性、事件的可预测性和人身财产的安全性必然要求法律本身和适用法律的过程具有稳定性、确定性和连续性等特征，即法律自身的秩序性。法律秩序（legal order），从动态上观察，是合规律或合规则的运动状态。这种运动状态就是法律程序。因此，法律的基本价值——秩序的实现合乎逻辑地要求法律秩序保持安定的状态，这样也就必然要求法律秩序的运动状态——法律程序的安定，自然包括民事程序的安定。

从民事诉讼的目的来看，无论是权利保护、维护法律秩序，还是解决纠纷，都与法律的基本价值——秩序或安全相一致，因为法律的基本价值当然包括程序法律的基本价值。民事诉讼程序对秩序的追求，必然要求程序自身的有序性、不可逆性、时限性、终结性、稳定性和确定性。我们无法设想，如果因为个案的

① 彼德·斯坦、约翰·香德：《西方社会的法律价值》，王献平译，中国人民公安大学出版社1990年版，第38页。

② P.S. 科恩：《现代社会理论》，伦敦，1968年，第18~19页，转引自张文显：《法学基本范畴》，中国政法大学出版社1993年版，第258页。