

教育部
人文社会科学重点研究基地基金资助

诉讼法学文库 XXVIII

总主编 樊崇义

PROCEDURE LAW TREATIES SERIES

THE EXPLORATION OF THE
MODERNIZATION OF CIVIL
JUSTICE

民事司法现代化的探索

◎ 章武生 著

中国人民公安大学出版社

● 诉讼法学文库 (XXVIII)

民事司法现代化的探索

章武生 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

民事司法现代化的探索/章武生著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2005.3

(诉讼法学文库; 28/樊崇义总主编)

ISBN 7-81109-043-0

I. 民… II. 章… III. 民事诉讼法—司法制度—体制改革—研究—中国 IV. D925.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 018580 号

民事司法现代化的探索

THE EXPLORATION OF THE MODERNIZATION OF CIVIL JUSTICE

章武生 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京市泰锐印刷厂

版 次: 2005 年 3 月第 1 版

印 次: 2005 年 3 月第 1 次

印 张: 18.125

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 450 千字

印 数: 0001 ~ 3000 册

ISBN 7-81109-043-0/D·038

定 价: 35.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

www.jgclub.com.cn

《诉讼法学文库》编辑委员会

主 任：陈光中

副主任：樊崇义 杨荣新 应松年

编辑委员会委员：(按姓氏笔画排列)

马怀德 卞建林 江必新 李 浩 宋英辉

汪建成 陈光中 陈桂明 陈卫东 应松年

杨荣新 张树义 张卫平 樊崇义

主 编：樊崇义

副主编：宋英辉 马怀德

学术秘书：吴宏耀

电子邮箱：ssfxyj@sina.com.cn

《诉讼法学文库》总序

诉讼法制是现代法治的重要内容和标志之一，也是依法治国的重要保障。我国法制建设的历程已经证明，诉讼制度是否健全与完善，直接决定着实体法律的实际效力：没有相应的诉讼制度作为依托，实体权利只能是“镜中花、水中月”；没有完善的诉讼制度予以保障，实体法律将无法如其所愿地实现其追求的立法目的。更为重要的是，诉讼法制的完善程度如何，还直接反映和体现着一个国家、一个民族进步、文明、民主和法治的程度，是区分进步与落后、民主与专制、法治与人治的标志。在现代法治国家，诉讼制度作为法治的一个重要环节，受到了前所未有的重视。美国联邦最高法院法官威廉·道格拉斯曾谈到，“权利法案的大多数规定都是程序性条款，这一事实绝不是无意义的。正是程序决定了法治与恣意的人治之间的基本区别。”^①

我国1999年宪法修正案正式确立了“依法治国，建设社会主义法治国家”的治国方略，为推进我国社会主义民主、法制建设，完善我国司法体制，提出了新的纲领和目标。而社会主义市场经济的初步发展则培育了公众的权利观念，并由此对司法公正提出了更高的要求。在此大背景下，通过增设新的诉讼制度以充实公民实体权利的实现途径，通过完善现行诉讼制度以保障实体法律的公正实施，从而推进依法治国，加快社会主义民主与法制建设的步伐，已经成为我国法治建设的关键所在。

诉讼制度的构建，与人们对诉讼原理的认识和把握有着密切

^① 转引自季卫东：《法律程序的意义》，载《比较法研究》总第25期。

的关系。诉讼原理是人类在长期的诉讼实践中，在大量经验教训的基础上总结出来的、对有关诉讼活动的规律性认识。诉讼原理在诉讼制度的构建及运作中发挥着高屋建瓴的作用。只有正确认识和准确把握诉讼原理，才能构建较为完善的诉讼制度，才能推动诉讼活动向良性运作的状态发展。我国在改革与完善诉讼法律制度时，对于人类经过长期理论与实践探索获得的原理性认识，不能不予以重视，也不能不认真加以借鉴、吸收。

我国诉讼的立法和实践曾十分严重地受到“左”倾思潮和法律虚无主义的影响，诉讼规律和诉讼原理长期被忽视、被冷落。由此造成的后果之一是：司法机关和诉讼制度的功能被狭隘化。例如，刑事司法机关和刑事诉讼法律仅仅被视为镇压敌人、惩罚犯罪并通过镇压敌人、惩罚犯罪来维护社会秩序的功能单一的工具，忽视了司法机关和诉讼法制所具有的制约国家权力使之不被滥用和保护包括犯罪嫌疑人、被告人在内的公民基本人权的作用。对诉讼原理、诉讼规律认识的片面和浅陋，已经严重地制约了我国诉讼法制发展的步伐，而且直接对公正、文明地进行诉讼活动产生了非常消极的影响。要扭转这一局面，必须在宏观法律观念上作一个大的转变，同时大力借鉴、吸收法治发达国家丰富的研究成果和宝贵的实践经验，加强对诉讼原理、诉讼规律的研究。

对诉讼原理的正确认识是诉讼立法科学化的前提条件。正确把握了诉讼原理，可以帮助我们全面地认识司法机关的功能，并对各种不同的诉讼模式、规则进行正确的取舍，从而在一定的诉讼原理的指导下构建更为科学和更适合“本土资源”的诉讼模式、规则。由此制定的法律，将具有更强的民主性、文明性和科学性。反之，如果不能正确把握诉讼原理，对于存在着内在价值冲突的各种可供选择的立法方案就可能难以作出正确的选择，立法活动就可能要多走许多弯路，甚至要付出沉重的代价。

对诉讼原理的正确认识对于司法活动同样具有重要的积极价值。对诉讼原理的正确把握可以在一定程度上弥补立法的不足。

法律永远是抽象的。要将抽象的法律适用于具体的案件，就必须有科学的观念作为指导。对基本诉讼原理的正确认识，将有利于指导人们对司法活动中必然存在的种种法律适用问题作出科学的解释，从而使法律文本本身存在的不足得到补救。在现代社会，由于法律的稳定性与现实生活千变万化之间的落差只能通过赋予司法人员自由裁量权的途径予以调和，因此对基本诉讼原理的认识，还直接决定着司法人员在行使法律赋予的自由裁量权时，能否作出符合公正标准的决定或者裁判。

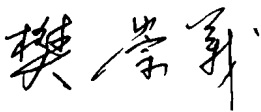
要贯彻“依法治国，建设社会主义法治国家”的治国方略，保障诉讼活动公正进行，也必须认真研究诉讼原理，把握诉讼规律。当前，我国已有不少学者开始探索一些诉讼原理性的问题，如诉讼法律观、诉讼法哲学、诉讼目的、诉讼职能、诉讼价值、诉讼法律关系等，并已取得了一定的研究成果，这有力地推动了人们法律观念的变化，并对立法和司法活动发挥着积极的影响作用。但总的看来，我国诉讼法学界对诉讼原理问题的研究距离立法、司法实践的需求还有很大差距，还需要继续深入。尤其是现有的研究成果一般只是就诉讼的某一方面进行探讨，缺乏对一般性诉讼原理的全面、系统的探讨。因此，随着我国法制进程的推进，探讨一般性诉讼原理已经成为我国诉讼法学界必须研究的课题。

中国政法大学诉讼法学研究中心是以诉讼法学为研究领域的国家重点学术研究机构，系2000年10月经教育部专家评审并批准的法学类六个普通高等学校人文社会科学重点研究基地之一。该中心以中国政法大学诉讼法学部分专家、学者为专职研究人员，同时聘请国内外一些知名诉讼法学专家、学者作为兼职研究人员。中心主任由樊崇义教授（博士研究生导师）担任，著名法学家陈光中教授（博士研究生导师）为名誉主任，著名民事诉讼法学专家杨荣新教授（博士研究生导师）担任中心顾问，知名中青年学者宋英辉教授（博士研究生导师）任中心常务副主任，知名中青年学者卞建林教授（博士研究生导师）、陈桂明教授（博士研究生导师）、马

怀德教授(博士研究生导师)、张树义教授为兼职副主任。中心的学术研究的范围和布局涵盖整个诉讼法学,下设四个研究机构和研究方向:刑事诉讼法学研究室、民事诉讼法法学研究室、行政诉讼法学研究室和证据法学研究室。中心研究内容、结构和研究人员的合理组合,乃是中心优势互补之特色的鲜明体现。该中心在整体科研水平和参与重大决策的能力,以及科研成果、人才培养、国内外学术交流、资料信息和参与国家立法等方面,均居全国同行的领先地位。按照教育部的要求,该中心正以学术研究为核心,深化科研体制改革,实行全面开放,注重高层次人才培养,加强学术交流,引导和推动诉讼法学的发展,为建设全国一流,乃至世界一流的重点研究基地而努力拼搏!

为吸引更多的诉讼法学者致力于诉讼原理的研究,同时也为了能够促使诉讼原理研究及时对立法、司法、学理研究等多个领域产生积极的影响,并对司法实际工作有所帮助,中心特意组织力量进行此项题为“诉讼法学文库”的大型丛书的编辑出版工作。“诉讼法学文库”是中心的一项长期出版项目,面向国内外专家、学者开放,凡以诉讼原理、诉讼规律为内容且有新意、有深度、有分量的专著、译著,以及对公安、司法工作有指导意义,对立法工作有参考价值的其他诉讼法学著作均可入选。

中国政法大学诉讼法学研究中心主任

A handwritten signature in black ink, consisting of three characters: '樊', '崇', and '新' (Fan Chengxi).

2003年8月于北京

序

在世界各国相继掀起民事诉讼制度改革之际，我国 1991 年《民事诉讼法》的修改也在 2003 年 12 月被列入了第十届全国人大常委会的立法规划。虽然这部法律颁行至今仅仅经过了 13 个春秋，但这 13 年确是我国社会经济、政治乃至观念发生巨大变化的时期。伴随着中国由传统社会向现代社会的转型，作为解决民事纠纷的基本法——《民事诉讼法》也面临着由传统型向现代型的历史递进。我国民事诉讼理论与实务界对新世纪初《民事诉讼法》的修改关注的焦点是如何遵循现代司法理念来制定一部适应市场经济要求，具有国际先进水平，从而使民事司法制度更加贴近当事人，更好地体现民事诉讼公正与效率的两大价值目标的民事诉讼法典。应当说围绕此问题迄今已有许多有价值的成果问世。尽管在我国实现上述目标还有许多理论上的难点和体制上的障碍，我们研究的领域还需要进一步拓宽，探索尚需要深入，但总体上看，这次围绕《民事诉讼法》的修改所进行的讨论，其参与人员的广泛性、问题设置的多角度性、理论分析的多层次性以及研究成果的水平，都已达到了令人瞩目的程度，超出了以往任何一个时期。作为民事诉讼法学研究队伍中的一员，笔者一直参与这场讨论，并愿将自己近年来有关这方面的研究成果集中整理后呈现给各位关心我国民事司法制度改革的同行，以期抛砖引玉。

本书主要是笔者近几年来有关民事司法制度改革方面的研究成果,同时,为全面地反映对这一问题的探索,亦收录了笔者20世纪90年代中后期发表的一些与此相关的论文,对其中的部分论文进行了局部的改写和润饰,并通过增订注释等方式,对有关发展变化作了说明,但对文中的观点则尽量保持原貌,以反映当时对所研讨问题的认识程度。

本书由上、中、下三篇组成。在这三部分中,上篇“民事诉讼制度的透视与变革”是民事司法现代化的重心。我国1991年颁行的《民事诉讼法》虽然比《民事诉讼法(试行)》有了很大的进步,但由于其修改在理论上准备不够充分,对理论和实践中的问题也未进行更深入的探讨,加上当时国家尚处于计划经济时期,使得其在颁布实施不久便暴露出许多问题,不能适应市场经济对诉讼制度的要求。正是由于上述原因,才使我国民事诉讼制度改革(主要通过司法解释的形式)的热潮出现于《民事诉讼法》刚刚修订后的20世纪90年代中期,迄今方兴未艾。民事诉讼制度的改革为民事诉讼法学的发展提供了大好时机,使得民事诉讼法学领域出现了空前的繁荣景象。特别是程序正义的理念日益深入人心。上述研究成果就是在这种背景下完成的。在该部分,笔者的研究主要集中在民事诉讼的基本理论、简易程序、复审程序、管辖、调解和司法ADR几个部分,对其他内容则较少涉及。

中篇“法院制度的现代化转型”是民事司法现代化的前提条件。因为,即使我们有了现代化的民事诉讼程序,如果法院仍然是一种行政化管理模式,司法不独立,法官素质不高,缺乏现代司法理念,那么,这种程序再好也难以有效地运作。所以,法院制度的现代化转型在民事司法现代化中同样居于重要位置。我们在改革诉讼制度的同时,必须改革法院制度,将法院制度的改革和民事诉讼制度的改革结合起来进行。法院制度的改革

涉及国家的政治体制，其艰巨性可想而知。但是，我国《民事诉讼法》的修改决不能绕开这一问题，否则，我们修改后的《民事诉讼法》就不可能成为一部具有国际先进水平的民事诉讼法典，我国《民事诉讼法》的实施也不可能有非常好的效果。笔者在研究诉讼程序的同时，亦非常关注法院制度的变革，其中，《司法独立与法院组织机构的调整》和《对抗制诉讼与法官制度改革》两篇文章，比较系统地论证了法院组织机构和法官制度的改革。《基层法院改革若干问题研究》则从另外的角度论证了法院和法官制度的改革。此外，审级制度本身就是法院制度和诉讼程序制度的结合部。在审级制度改革的文章中，笔者对各级法院的性质、功能、组织机构的调整、法官员额的确定等法院制度改革内容和适用普通程序、简易程序案件的上诉、再审等程序性问题，均进行了研讨。考虑到上篇和中篇内容的适当平衡，将审级制度方面的内容编入了“法院制度的现代化转型”一篇中。

下篇“走向自治的中国律师制度”也是民事司法现代化不可或缺的组成部分。我国要实现民事司法的现代化，必须建立一支适应现代司法要求的律师队伍。因此，建构适应司法现代化要求的律师制度同样是必要的。近年来，我国的律师队伍得到了长足的发展，但律师制度距司法现代化的要求仍有相当距离。在律师制度的建构和完善中，实现自治即根据市场规则，建立自律性运行机制是其中的一项重要和艰巨的任务，也是律师制度适应司法现代化要求的必备条件。本篇的许多内容是围绕着律师自治展开的，这也是将本篇篇名确定为“走向自治的中国律师制度”的主要原因。之所以要求实现律师高度自治，这是由律师的职业属性决定的。律师职业的宗旨要求它必须是独立的。“独立性”是律师履行职责的一个基本前提，对此，日本学者有精辟的论述，他们认为：“律师的使命是保护人权和实现社会正义。当律

师履行这一使命而从事职业活动时，要站在与检察厅或国家行政部门相对立的当事人的立场上，并且还常常处于对法院行为必须进行批评的地位上。为了让律师很好地履行使命，就不应该接受监督或惩戒的压力，同时，为了防止只有遵循官僚意志的人才能具有律师资格的弊端，就必须承认律师的自治。因此，律师自治不是律师的特权，而是为了履行保护人权和实现社会正义的使命，律师负有规范自己行动的社会责任。”^① 因此，走向高度自治，根据市场规则，建立适应市场经济要求的自律性运行机制是我国律师制度建设的一项重要任务。笔者曾在一段时间内对律师制度作过一些研讨，并有十余篇论文发表。由于该内容亦属民事司法现代化的组成部分，所以，笔者挑选其中几篇作为本书的下篇，呈现给读者。

本书是笔者近年来研究工作的一次总结，同时亦体现出笔者在学术取向和研究道路上的探索。书中肯定有不少偏颇之见，期待读者对本书的批评和指正。这些年来，笔者在学术上探寻摸索的过程中，得到了许多师长、朋友的指导、鼓励 and 不同方面的具体帮助，恕我未能一一致意，在此特向他们一并表示衷心的感谢并致以崇高的敬意。需要说明的是，我曾指导过的吴泽勇博士、杨严炎博士参与了本书部分文章的讨论和写作，在本书付梓之时，谨致谢意！

此外，本书出版得到了复旦大学文科科研推进计划“金穗”项目的基金资助，在此亦致谢忱。

章武生

2004年9月26日于复旦园

① 龚刃韧著：《现代日本司法透视》，世界出版社1993年版，第226～227页。

目 录

上篇 民事诉讼制度的透视与变革

第一部分	民事诉讼目的论	(3)
第二部分	民事案件管辖权异议研究	(26)
第三部分	我国民事案件的协议管辖	(34)
第四部分	我国法院调解制度的改革	(39)
第五部分	司法 ADR 之研究	(94)
第六部分	简易、小额诉讼程序与替代性程序之重塑 ...	(118)
第七部分	民事简易程序中的公正与效益	(144)
第八部分	简易程序与民事纠纷的类型化解决	(156)
第九部分	民事简易程序比较研究	(167)
第十部分	我国缺席判决制度的改革	(189)
第十一部分	我国即决判决制度的确立	(207)
第十二部分	督促程序的改革与完善	(225)
第十三部分	民事再审程序的改革	(246)
第十四部分	德国民事诉讼制度比较与评析	(269)

中篇 法院制度的现代化转型

第一部分	司法独立与法院组织机构的调整	(297)
第二部分	基层法院改革若干问题研究	(344)
第三部分	对抗制诉讼与法官制度改革	(361)
第四部分	我国法官的重组与分流研究	(428)
第五部分	民事诉讼审级制度改革研究	(446)
第六部分	我国民事审级制度之重塑	(453)

下篇 走向自治的中国律师制度

第一部分	我国律师工作机构的组织形式 及其发展方向	(483)
第二部分	法律援助若干问题研究	(494)
第三部分	我国律师管理体制改革的方向及其措施	(514)
第四部分	律师职业道德之比较	(522)
第五部分	中西律师惩戒制度比较研究	(535)
第六部分	律师赔偿责任若干问题研究	(548)

Contents

Chapter One: Perspective and Reform of the System of Civil Action

A Study on Objectives of Civil Litigations	(3)
A study on Civil Jurisdictional Dispute	(26)
Civil Agreement Jurisdiction in China	(34)
On the Reform of Mediation in Court	(39)
A Study on Judicial ADR	(94)
On the Reconstruction of Summary Procedure, Small Claims and Alternative Procedure	(118)
Fairness and Efficiency in Summary Procedure	(144)
Summary Procedure and the Categorized Settlement of Civil Disputes	(156)
A Comparative Study of the Civil Summary Procedure	(167)
On the Reform of Trial by Default System in Our Country ...	(189)
On the Establishment of the System of Summary Judgment in China	(207)
Reform and Perfection of the Procedure for Supervising and Urging the Clearance of Debt	(225)
On the Reform of Civil Adjudicatory Supervision Procedure	(246)
An Analysis and Evaluation of Civil Procedure Reform in Germany	(269)

II

Chapter Two: A Modernistic Transformation of the Court System

Judicial Independence and the Restructuring of Organizations of Court	(297)
A Study on Issues of Basic People's Court Reform	(344)
Adversary Procedure and Reform of the Judge System	(361)
Research on the Re – organization and Re – division of Judges	(428)
A Study on the Reform of Civil Adjudication Level	(446)
On the Reconstruction of Chinese Civil Adjudication Level	(453)

Chapter Three: Move Towards the Autonomy of Chinese Lawyers' System

The Organizational Form and Developing Direction of Lawyers' Job Organization of Our Country	(483)
On Issues of the Legal Assistance	(494)
Direction and Measures of Lawyers' Management System Reform of Our Country	(514)
A Comparative Study on the Lawyers' Professional Code of Conduct	(522)
A Comparative Study on the Lawyers' Professional Discipline and Punishment	(535)
A Study on Lawyers' Compensation Responsibility	(548)

上 篇

民事诉讼制度的透视与变革