

Susong Zhidu Gaige Yanjiu

诉讼制度 改革研究

Susong Zhidu Gaige Yanjiu

沙国文 房保国 著



学林出版社

04

0

图书在版编目(CIP)数据

诉讼制度改革研究/沙国华,房保国著. —上海:学林出版社,
2003. 12

ISBN 7-80668-647-9

I. 诉... II. ①沙...②房... III. 诉讼-制度-体制改
革-研究-中国 IV. D925.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 100316 号



诉讼制度改革研究

作 者——沙国华 房保国

特约编辑——任余白

责任编辑——钱丽明

封面设计——鲁继德

出 版——上海世纪出版集团
学林出版社(上海钦州南路 81 号 3 楼)

电话:64515005 传真:64515005

发 行——新华书店上海发行所
学林图书发行部(钦州南路 81 号 1 楼)

电话:64515012 传真:64844088

印 刷——常熟市东张印刷有限公司

开 本——850×1168 1/32

印 张——8.375

字 数——17.8 万

版 次——2003 年 12 月第 1 版
2003 年 12 月第 1 次印刷

印 数——3000 册

书 号——ISBN 7-80668-647-9/D·28

定 价——16.00 元

目 录

第一章 程序基本理论研究	1
第一节 程序法哲学——一个全新的课题	1
第二节 程序法与实体法关系的一般考察	8
第三节 程序的人文基础考察	11
第四节 程序正义的实证考察	30
第五节 贝卡里亚的程序法思想	37
第二章 陪审制度改革研究	72
第一节 陪审制度的一般考察	72
第二节 美国陪审制度的运作	74
第三节 我国陪审制改革若干问题述评	82
第三章 沉默权制度研究	94
第一节 沉默权的历史考察	94
第二节 沉默权在我国的试点	115
第三节 沉默权实证调查报告	134

第四章 刑事诉讼中的若干问题研究	158
第一节 关于刑事诉讼模式	158
第二节 应当重视审查起诉阶段的律师辩护	170
第三节 刑事赔偿归责制度的反思和重构	176
第四节 狱内侦查问题研究	188
 第五章 民事、行政诉讼中的若干问题	 208
第一节 证人作证豁免问题	208
第二节 民事审判方式改革若干问题综述	228
第三节 我国行政诉讼面临的问题与重构	232
 第六章 司法制度中的若干问题	 243
第一节 律师名片与律师执业不正当竞争	243
第二节 司法鉴定结论研究	249

第一章 程序基本理论研究

第一节 程序法哲学——一个全新的课题

长期以来,由于受“重实体、轻程序”观念的影响,我国的程序法(这里的程序法既包括诉讼法,也包括非讼法——如仲裁、公证、调解等法律制度,它们都属于程序法的范畴)一直附庸于实体法,程序法学未能得到人们足够的重视,更未有过充足的发展。即使在强调“依法治国”的今天,程序法学的勃兴仍是遥远的事情;尽管“程序正义”已为部分学者所认识,但对程序法的基础理论研究匮乏。程序法的出路何在?这是我们不得不思考的问题。振兴与重估我国的程序法学,应是当代学人责无旁贷的重任。

笔者认为,我国程序法学的振兴与重估,既是一项系统建设的工程,又是一项宏伟的事业。而“程序法哲学”的提出与构建,则是这场伟大的“程序法学革命”的基点与突破口。因为“我们的时代是一个反思的时代,崇尚思辨应该成为这个时代的特征。”程序法学如欲无愧于这个时代的重托与厚望,必须提高自身的理论层次,引入哲学思维,使程序法的理论思辨成为时代本质的思维,与时代变革的

脉搏跳动合拍。^①

一、“程序法哲学”的界定

应当说,在民法学中有“民法哲学”,在刑法学中有“刑法哲学”,那么在程序法学中有无独立的哲学呢?笔者认为,答案应当是肯定的。也就是说,程序法学应该有它独立的哲学基础;程序法学应该成为一门超越简单法条注释之上的理论法学。然而,对于“程序法哲学”这一论域,以往学者们关注甚少或者无人问津,以致这一论题至今仍成为程序法学界研究中的空白与盲区。

笔者认为,对“程序法哲学”的界定,不能简单的套用哲学上的概念,它应具有独立的内涵。简单地说,“程序法哲学”,又可称为“程序法法理学”,是对程序法所蕴涵的法理提升到哲学高度进行研究的一门学科;具体说来,它是对程序正义、程序目的、程序价值、程序异化等一系列程序法基础理论性问题进行研究的总称。它不仅对一些实然的具体制度进行解说,回答现实中的问题,而且也对应然的程序与程序理念进行阐述,析明“现代程序法的精神”。因此,从总体看来,“程序法哲学”应是一门纯粹的理论法学,它是程序法学的哲学性思维与最高抽象,是哲学、法哲学、法理学等方法在程序法学领域中的具体运用。

二、“程序法哲学”的性质

关于“程序法哲学”的性质,笔者认为,可以概括为以下几

^① 陈兴良著《刑法哲学》“题记”语,中国政法大学出版社1997年8月第1次修订版。

个方面：

第一，“程序法哲学”不是哲学，它是程序法学的一门分支学科，它既不属于哲学的研究范畴，也不属于程序法学与哲学的边缘学科；

第二，“程序法哲学”的研究范围包括程序法学的全部领域和全部内容，研究对象是程序法学的一般基本理论；

第三，“程序法哲学”着眼于对程序法学的宏观研究，整体探讨与哲学性概括，而不留恋于具体制度的分析（尽管具体制度的分析为“程序法哲学”提供了材料来源与研究基础，但“程序法哲学”无论如何都不能是一项各种零星研究的大杂烩）；

第四，“程序法哲学”着眼于整个程序制度的研究，而无刑事程序、民事程序和行政程序的差别，它拒绝过于细致的分科；

第五，“程序法哲学”作为一种整体观与方法论，对程序法学的全部研究工作，具有比法哲学而言更为具体的指导作用，这是“程序法哲学”的存在根据，也是研究“程序法哲学”的价值所在；

最后，“程序法哲学”与法哲学之间存在密切的联系，因此，“程序法哲学”的发展应当关注法哲学的研究动向。

三、我国“程序法哲学”的基本范畴

在哲学中，范畴是主体的思维掌握客观世界普遍的或本质的联系的关节点或支撑点。如果“没有范畴，人们就不可能掌握客观世界的普遍或本质联系，也就不可能建立起任何科学理论体系”；范畴具有“奠基的功能”和“凝聚的

功能”。^①相应地，“程序法哲学”的范畴，则是构建整个“程序法哲学”大厦的基石与起点，对此要进行“遴选”，即按照一定的标准将某些程序法概念选拔，并列入程序法哲学的范畴体系。

笔者认为，“程序法哲学”是一个大的“系统”，或是一个大的体系，它是由一系列的“子系统”或“基本范畴”所构成。这些“基本范畴”包括(但不完全限于)：

a) “程序法的人性基础”。也就是以“人”为基点看程序。由于一切程序的设置归根结底皆为人，所以从“人”的角度看程序，探讨程序法的人性基础，具有重大意义。

b) “程序法的人文关怀”。正当程序、实体真实的矛盾与冲突，是程序法的难解之题。在强化程序法治的今天，研究程序法的人权保障功能，是一个有益的探索。

c) “程序正义论”。程序与实体的关系，是一个值得探讨的话题。程序除具有服务于实体的“工具性”价值外，还具有独立的“内在价值”——程序正义。

d) “程序价值论”。公平与效率是现代程序法的两大价值目标，在确保程序公正的前提下，应当注重程序的经济分析，提高程序设置与运行的效率，实现程序价值的多元化。

e) “程序目的论”。惩罚犯罪，保障人权，成为刑事程序的双重目的；解决纠纷，保障私权，乃是民事程序的归宿。程序目的的合理构建是整个程序制度赖以建立的基础。

^① 陈兴良著《刑法哲学》，中国政法大学出版社1997年8月第1次修订版，第11、13页。

f) “程序异化论”。“程序异化”是对程序本质与程序价值的背离,它包括程序的内在异化和外在异化两种情况,表现为程序非正义、非效率、非自治、非安定、非理性、非参与、非人道、非中立等诸种情形。在高扬程序正义的今天,不应忽视“程序异化”问题,对此尤应重视。

g) “程序主体论”。提高原告、被告、被害人的程序处境,确保其平等的程序主体地位,克服程序地位客体化的倾向,对于保障人权和保障当事人程序权利的实现,具有重大意义。

h) “程序行为论”。程序行为是指程序程序中主体动态的、能够引起程序法律效果的行为;在程序程序中,各种主体的程序行为交错,结成相互关联的行为锁链,使程序程序本身具有张力、收缩力以及永恒不变的生命力。^①而在我国,这一理论研究匮乏。

i) “程序客体论”。同“程序行为论”一样,“程序客体论”也是德国、日本、中国台湾地区程序法学理论的一个基本范畴,而在中国大陆,这些概念都尚未得到足够的重视。

j) “程序模式论”。研究弹劾式、纠问式、混合式程序模式,糅合当事人主义与职权主义,借鉴不同模式的优点,有助于完善我国审判方式,确保程序的公正。

k) “程序结构论”。如何选择适当的“线型结构”、“三角结构”、“混合结构”等程序构造,合理构筑我国的程序结构,是一个饶有兴趣的问题。

l) “程序职能论”。在刑事程序中,应当正确协调控诉、辩

^① 刘荣军著《程序保障的理论视角》,法律出版社1999年6月第1版,第222页。

护、审判三大程序职能。

m) “诉、诉权论”。这是民事程序理论的核心问题。应当正确认识诉、程序标的、诉的理由,切实保障当事人的诉权。

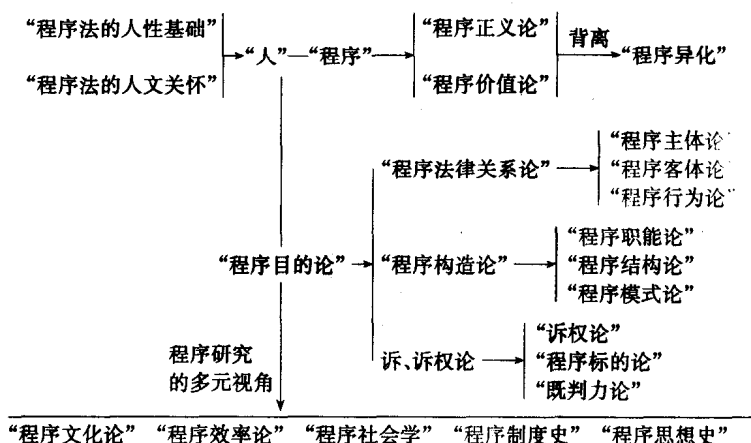
n) “程序标的论”。基于程序标的的特殊性,宜单列予以研究。

o) “既判力理论”。无论是刑事、民事还是行政裁判,都应具有相对的稳定性和既判力,未经法定程序,不得随意推翻。

p) 另外还有“程序文化论”、“程序效率论”、“程序社会学”、“程序制度史”和“程序思想史”等。

上文列举的有关我国“程序法哲学”的十六项“基本范畴”,并不是杂乱无章的堆砌,而是有着内在的逻辑联系,组成了一个完整的“程序法哲学”体系。其中:(1)“程序法的人性基础”和“程序法的人文关怀”,是从“人”的角度看程序,这二者构成了程序法的人文基础。(2)“程序正义论”、“程序价值论”则是对应然程序法的追求;而“程序异化论”却是对程序内在价值与外在价值的背离。(3)“程序目的论”是整个程序法学的核心与归宿,是程序法学大厦建立的基石,一切程序制度皆由程序目的而引发。(4)“程序主体论”、“程序行为论”与“程序客体论”,三者构成了“程序法律关系论”。(5)“程序模式论”、“程序结构论”和“程序职能论”,是从程序构造角度对程序的考察。(6)“诉、诉权论”、“程序标的论”、“既判力论”,乃是从诉、诉权视角的分析。(7)最后,至于“程序文化论”、“程序效率论”、“程序社会学”、“程序制度史”等,则是从文化学、经济学、社会学、历史学等角度的研究,体现了程序程序研究视角的多元化。

这些“基本范畴”的相互关系,可以列表显示如下:



四、研究“程序法哲学”的意义

“程序法哲学”作为程序法学的基础理论学科,这一学说的提出,对于促进程序法学的深入发展,具有重大意义。

首先,“程序法哲学”的提出与成功构建,有助于程序法学形成自己的“专业槽”,拥有自己的理论话语;

其次,这一观点有助于程序法学理论的更新,摆脱传统的“注释法学”的藩篱,形成自己的独立理论体系,构建真正的程序理论法学;

再次,这一观点还有助于促进程序对人的关怀、对人权的保障,无论是“程序的人性基础”、“程序的人文关怀”,还是“程序主体理论”,无不体现了这点;

最后,“程序法哲学”的提出与完善,同时意味着一种方法

论上的更新,它是对传统的程序法学研究方法的突破,标志着我国的程序法学正在走向理性与成熟。

以上权作对我国“程序法哲学”的初步探索。

第二节 程序法与实体法关系的一般考察

对于程序法与实体法之间的关系,马克思在莱茵省关于林木盗窃法的辩论中指出:“如果审判程序只归结为一种毫无内容的形式,那么这样空洞的形式就没有任何独立的价值了……实体法却具有本身特有的必要的诉讼形式……审判程序和法二者之间的联系如此密切,就像植物的外形和植物的联系、动物的外形和血肉的联系一样。审判程序和法律应该具有同样的精神,因为审判程序只是法律的生命形式,因而也是法律的内部生命的表现。”^①马克思的这段话,将“审判程序和法”之间的联系,界定为“植物的外形和植物的联系、动物的外形和血肉的联系”,这实际上道出了程序法和实体法之间的关系,这也是许多学者在论述二者之间关系时所津津乐于引用的。

实际上,在关于实体法与程序法之间关系的问题上,主要存在以下三种观点:

一、实体法决定程序法

也就是说,实体法第一,程序法第二,程序法服务于实体法,程序法是实现实体法的工具与手段。这是一种非常正统的观点,实际上也是马克思作出的论断。在该种观点主导下,实

^① 《马克思恩格斯全集》,人民出版社1956年版,第178页。

体法是内容和目的,程序法是形式和手段,用沈家本的话说,就是“以刑法为体,以刑诉法为用”,实体法决定程序法,程序法依附于实体法而存在。这是一种典型的程序工具主义的反映。

二、程序法与实体法犹如一辆车的两个“轮子”

对此的经典表述是日本学者兼子一的论述。他说:“实体法和形式法犹如一辆车的两个轮子,对诉讼都起作用,在它们之间不可能存在主从关系。”^①也就是说“程序不是实体的影子,而是可以使刑事实体美化或丑化的独立力量”,“在认识观念上,人们已由程序依附于实体的附庸论转向程序与实体并重”,二者互不依附,共同发展。

三、程序法是实体法之母

“尝考各国法律发达之迹,程序法常先实体法而发生”,“原始社会没有实体法的观念,共同体的代表诉诸于某种超自然的力量来解决纠纷的所谓审判就是依靠程序”。程序法创制实体法,实体法从程序法中产生,“无论是从现实中的意义来看,还是作为纯粹的理论问题或者依据历史的事实,我们都可以说诉讼法具有先于实体法,或者说诉讼具有作为实体法形成母体的重要意义”。^②因此,程序具有独立的内在优秀品

① [日]兼子一、竹下守夫著《民事诉讼法》,法律出版社1995年版,第8页。实际上,在此之前,我国刑法学者夏勤,早在20世纪20年代就提出了类似观点,他指出:“法有实体程序之分,实体法犹车也,程序法犹轮也,轮无车则无依,车无轮则不行。故国家贵有实体法,尤贵有程序法。”

② [日]谷口安平著,王亚新、刘荣军译《程序的正义与诉讼》,中国政法大学出版社1996年版,第6、70页。

质,程序的价值与其所形成的结果无关。

在上述三种观点中,笔者赞同第三种观点,因为第一种观点强调实体法的决定作用,忽视了程序法的内在价值,进入“重实体、轻程序”的误区;第二种观点虽然看到了程序法的重要性,但对程序法与实体法的关系没有作出正确的分析;第三种观点恢复了程序法与实体法关系的原貌,这对于确立程序法的独立地位,发挥程序法的真正作用,具有重大意义。

在原始社会,调整氏族成员行为的规范是风俗习惯,有了纠纷,由当事人自己或氏族解决,当时更“没有实体法的观念,共同体的代表诉诸于某种超自然的力量来解决纠纷的所谓审判就是依靠程序”,因此,“从历史上看,程序法是早于实体法而产生的,实体法反而是程序法不断被运用的结果之累加”。^①在制定法国家,法官享有自由裁量权,在诉讼运作过程中,通过法官判决填补实体法空白,解释实体法模糊或不具体之处,它能弥补实体法的不足;而在判例法国家,实体法由法官在诉讼规范的诉讼程序中创制出来,因此可以说,在此意义上,诉讼法创制实体法。

同时,在程序法与实体法的关系上,我们坚持程序法本位主义(Process-oriented),也就是说,程序法的正当性或程序正义的合理性,不能从程序法所具有的实现“正确”实体法结果的能力得到证明,而应从程序法对人的尊严和自主性等价值的保障及其保障程度首先得到证明。因为“程序正义是一种独立的法律价值,是一种标志法律程序具有其内在优秀品质

^① 汤维建《市场经济与民事诉讼法学的展望》,载《政法论坛》1997年第1期。

的法律价值,从普遍意义上讲,它的存在与其所要达到的法律结果的正确性没有必然的关系。”^①所以,程序法与实体法绝不是一种简单的内容与形式的关系,马克思的话有特殊的时代背景,对此不宜作教条的理解。

通过上述的论述,我们可以发现:程序法具有其内在的独立性,它不仅具有服务实体法的工具价值,而且存在独立的内在优秀品质;法治的发展对程序提出了更高的要求,因此,当前的时代应当是程序法得到极大重视和极大弘扬的时代。

第三节 程序的人文基础考察

人乃万物之灵,人是世界的主体,“天地之性,人为贵”,管子曰:“夫霸王之所始也,以人为本,本理则国固”^②。然而,在科技昌明的当代,实行“依法治国”的今天,尽管有程序正义“光辉”的照耀,自由的精神反而面临着威胁和危险,人文的淡漠没有引起法学界足够的重视,“‘算计利害’而非‘不计利害’成了压倒性的时代精神,令自由的心灵感到窒息”^③。

在这窒息的氛围中,不得不促使笔者对程序的人文基础进行反思。由于人是万物的中心,“人是物的尺度,是存在者存在的尺度,也是不存在者不存在的尺度”,人应当成为全部理论的出发点,也应成为程序理论研究的中心和目的。所以,

① 陈瑞华《程序正义论纲》,载陈光中、江伟主编《诉讼法论丛》第1卷,法律出版社1998年4月第1版,第57页。

② 《管子·霸言》。

③ 吴国盛《科学与人文》,载《中国社会科学》2001年第4期。

我们应以“人”为中心考察一切程序的合理性,程序的设置和运行应当贯彻“人”的标准,而不是某些抽象的“概念”或者西方的“学说”;同时,程序理论研究者也应具有“为了人的发现”和“一切为了人”的“现世”精神和最起码的人文关怀,关注程序对人的保护,研究程序对人性的体现,发掘程序中的人文精髓。简言之,程序以人为本,重估一切价值。

一、人文主义的一般考察

今天,我们提程序以人为本,实际上最早源于人文主义思潮,其他领域虽对此问题探讨得如火如荼,而程序法中至今尚无人响亮地提出这个口号。

在中国古代,历来就有“人本”和“人贵”的思想,主张珍视人的存在,所谓“水火有气而无生,草木有生而无知,禽兽有知而无义,人有气有生有知亦有义,故为天下贵也”。^① 由于人作为万物之灵,具有其他物种所不可能具备的内在德性和人格魅力,所以天人并重,“人与天地参”,“天有四时,地有其材,人有其智”,“二气交感,化生万物,万物生生,而变化无穷焉,惟人也得其灵秀而最灵”^②等等,足见对人的重视。传统儒家也一直主张“仁者爱人”、“仁”而“亲亲”,“老吾老,以及人之老;幼吾幼,以及人之幼”,推己及人,则“天下可运于掌”。^③ 因此,从文化类型上看,中国传统文化是人文型的,它主张一切事情只有通过人才能实现,人们一切生活言行和思想文化创造,只有在为了人

① 《荀子·王制》。

② 《周子全书·太极图说》。

③ 《孟子·梁惠王上》。

的时候才有意义,所以中国文化中蕴涵着丰富的人文精神。^①

而从西方来看,历来也有重视“人本主义”的传统(the Tradition of Humanism),而人本主义(Humanism)本意就是教育,即通过教育使人的身心得到全面发展与训练,可以说,人本主义和科学主义构成了现代西方的两种重要社会思潮。在古希腊,“全部希腊文明的出发点和对象是人,它从人的需要出发,它注意的是人的利益和进步”^②;对于苏格拉底的努力,也常常被后人看成是“将哲学从天上带到人间”,从“自然哲学”转向“人生哲学”,从而真正成就了“哲学”;后来西方流传甚广的箴言——“认识你自己”,实际上也反映了对人文关怀的深切呼唤。莎士比亚在《哈姆雷特》中,也表达了对人的歌颂,他写道——“人是一件多么了不起的杰作!多么高贵的理性!多么伟大的力量!多么优美的仪表!多么文雅的举动!在行为上多么像一个天使!在智慧上多么像一个天神!宇宙的精华!万物的灵长!”^③所以,14世纪以意大利为中心的文艺复兴运动,本身也是对古希腊人文传统的复兴,这一复兴坚定地反抗以神为中心的基督神学,高扬人文和科学的精神,主张以人为中心,歌颂人的伟大、人的创造和人的价值,并力图实现“上帝”的世俗化与人本化。

同时,在西方现代哲学领域中,也体现了浓厚的对人予以关注的倾向^④;卢梭以及法国唯物主义者就曾经明确提出要

① 尽管这并未必然导致中国现代法治的产生。具体原因参见:汪太贤《论中国法治的人文基础重构》,载《中国法学》2001年第4期。

② 格里戈里扬著《关于人的本质的哲学》,三联书店1984年版,第28页。

③ 《莎士比亚全集》第5卷,朱生豪译,人民文学出版社1994年版,第327页。

④ 邹诗鹏《马克思主义与人学的内在关联》,载《社会科学辑刊》2001年第2期。