

# 诉讼公正 与程序保障

民事诉讼程序之优化

陈桂明 著

SUSONG GONGZHENG YU CHENGXU BAO ZHANG

中国法制出版社

责任编辑 祝立明

封面设计 尹 琰

ISBN 7-80083-347-X



9 787800 833472 >

ISBN 7-80083-347-X/D · 328

定价: 15.00 元

# 诉讼公正与程序保障

## 民事诉讼程序之优化

陈桂明 著

中国法制出版社

责任编辑：祝立明

封面设计：尹 珺

**诉讼公正与程序保障——民事诉讼程序之优化**

**SUSONG GONGZHENG YU CHENGXU BAO ZHANG**

著者/陈桂明

经销/新华书店

印刷/冶金工业出版社印刷厂

开本/850×1168毫米 32 印张/6.8125 字数/166千

版次/1996年6月北京第1版 1996年6月北京第1次印刷

---

中国法制出版社出版

书号 ISBN7-80083-347-X/D·328

(北京市文津街11号 邮政编码：100017)

定价：15.00元

## 作者简介

陈桂明,男,1961年生,江苏人。1984年毕业于西南政法学院,获法学学士学位,同年考入中国政法大学,先后在该校获得法学硕士和博士学位,后留校任教,1992年破格晋升为副教授。著作十多种,主要有:《仲裁法论》、《中国民事诉讼法专论》(副主编)、《公证法学》(副主编)、《民事诉讼原理与实务》(合作)、《公证与律师制度》(合作)、《法学大辞典》(学科主编)、《新民事诉讼法讲话》(副主编)、《证据理论与实务》(合作)、《案例诉讼法教程》(合作)等。在《法学研究》、《政法论坛》等刊发表论文四十余篇。

## 序 言(一)

保障诉讼公正是诉讼法永恒的出发点和归宿。如何科学地设计和运用诉讼程序并以此实现诉讼公正,是诉讼法学界重要的研究课题。正如作者所言:“诉讼作为解决争议的活动,实际上也就是在当事人之间合理地分配程序性和实体性权利和利益的过程,它本质地要求将公正作为其最高价值。”根据这一价值取向去设计和操作诉讼程序是一个复杂的过程,完成这一过程需要法学理论界不懈的努力。作者以《诉讼公正与程序保障——民事诉讼程序之优化》为题撰写自己的博士学位论文即本书,这首先表现了一种敢于探索的勇气。

作者将诉讼公正作为基点构建自己的论文体系,在这个体系中既有对诉讼程序价值、功能、运行规律等基本问题的法哲学思考,也有对审判组织、复审程序、民事检察监督、民事诉讼模式等具体制度的纵横评析;既有如何优化诉讼程序的宏观思路,又有如何改革和完善诉讼程序的微观探讨。本文的不少内容是具有开拓性的,也是言之有物、言而有据的,尽管有的观点不无可商榷之处,有的内容还可进一步深化和拓展(本书的研究体系本身就是开放性的),但瑕不掩瑜,它仍是一篇具有较好学术价值和实践价值的著作。

民事诉讼法学相对于其它一些法学学科如刑法、民法、刑诉法等学科来说,研究水平相对滞后,研究人员和研究成果较少,这是一个应当正视和改变的现实。陈桂明作为我国民诉法研究方向的第一位博士生,是民诉法学界有发展前途的青年学者,近年来一直潜心于自己的教学和研究工作,独著或合著出版《仲裁法论》等著作 10 余部,在《法学研究》、《政法论坛》等刊物发表论文 40 余篇,多次获得教学与科研大奖,如:“北京市高等学校优秀教学成果一等奖”、“北京市哲学社会科学中青年优秀成果奖”、“司法部优秀论文奖”等,还被授予“北京市高等学校青年学科带头人”称号,入选北京市“百人工程”。作为他的博士生导师,我深为他的成绩和进步感到欣慰。在他的博士学位论文出版之际,期望他百尺竿头,更进一步,也希望法学界广大年青的同仁们奋发努力,为繁荣我国的法学事业共尽力量。

中国法学会副会长  
全国诉讼法学研究会总干事  
陈光中  
一九九六年元月



## 序 言(二)

诉讼程序在很大程度上影响甚至决定着司法审判的质量,没有科学合理的诉讼程序,就难以保证诉讼过程的公平性和诉讼结果的正确性,诉讼的公正性和执法的统一性也就无从谈起。这就需要解决几个层次的问题:一是要从理论上研究诉讼程序如何科学化、合理化;二是要在理论的指导下完善诉讼程序方面的立法;三是司法实践中要正确贯彻实施诉讼法,即正确操作诉讼程序。相对地讲,这三个方面的工作分别是理论工作者、立法工作者和司法工作者的任务。诉讼程序的完善以及与此相关的司法水平的提高,要靠法律界同仁的共同努力。

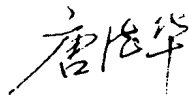
陈桂明博士撰写的《诉讼公正与程序保障——民事诉讼程序之优化》一书,着力研究民事诉讼程序如何优化,其中论述的许多问题都是民事訴訟法学理论上和司法实践中的重大问题,如法官独立、审判独立与社会监督之间的制约与平衡、淡化并逐步取消陪审制、重新评价和设计民事诉讼法基本原则的体系和内容、改革复审制、建立开放性的民事检察监督体系及改进“事后监督”制、改革民事诉讼模式等。对这些问题作者采用了比较的、逻辑的、实证的多种研究方法做了大胆的、深入的探讨,并提出了自己的学术见解,许多见解确有独到之处,对立法和



司法具有较高的参考价值。

作者在攻读硕士和博士学位期间,我担任中国政法大学的兼职教授和研究生院的导师,受杨荣新、陈光中二位教授之邀,参与指导他的论文并担任了他的博士学位论文答辩委员会主席。我高度赞扬他始终关注中国的司法现状,不脱离中国现实的研究态度,并致力于从理论与实践的结合上研究我国的诉讼程序。诚然,坦率地说,本书中有的观点我目前还不敢苟同,但我仍然勉励这种勇于探索、敢于创新和科学论证的精神。因为无庸讳言,我们对民事诉讼程序这一领域的研究还很不够,需要有更多的同仁们树立起这种务实求真、敢于提出自己观点、大量占有材料、借鉴各国有益的经验、全方位进行科学论证的精神和学风,以便进一步完善我国的民事诉讼制度,真正建立起具有中国社会主义特色的司法审判体制。在本书出版之际,我作为一名老法律工作者,愿与新老同仁共勉,为完成这一未尽事业做出艰苦的努力。

最高人民法院副院长



一九九六年元月

# 目 录

序言（一） .....	陈光中
序言（二） .....	唐德华
<b>第一章 总论</b> .....	（1）
<b>第一节 公正——诉讼之最高价值</b> .....	（1）
一、对公正的不同理解 .....	（1）
二、诉讼中之公正价值 .....	（2）
三、诉讼公正之内涵 .....	（4）
<b>第二节 诉讼公正与程序保障</b> .....	（7）
一、诉讼程序及其价值取向 .....	（7）
二、诉讼公正之程序保障机制 .....	（10）
<b>第二章 程序性组织保障论</b> .....	（18）
<b>第一节 程序性组织保障对实现诉讼公正的意义</b> .....	（18）
<b>第二节 审判独立</b> .....	（19）
一、对审判独立的两种理解 .....	（19）
二、审判独立的相对性及其合理处置 .....	（21）
三、审判独立与法院内部组织制度 .....	（25）
<b>第三节 合议与陪审</b> .....	（28）
一、合议制与独任制在适用上的分工 .....	（28）
二、合议庭的外部与内部关系处置 .....	（31）
三、陪审的组织功能 .....	（32）

四、陪审制之存废 .....	(33)
第四节 回避 .....	(36)
一、设立回避制的根据 .....	(36)
二、回避的对象 .....	(37)
三、适用回避的情形 .....	(40)
四、回避的效力 .....	(41)
第五节 审执分立 .....	(43)
<b>第三章 基本原则保障论</b> .....	(47)
第一节 基本原则的功能 .....	(47)
一、民事诉讼法基本原则的界定 .....	(47)
二、民事诉讼法基本原则的功能 .....	(49)
第二节 民事诉讼法“立法主义”之评析 .....	(51)
一、对立范畴的“立法主义” .....	(52)
二、处分权主义 .....	(56)
三、辩论主义 .....	(57)
四、总结性评析 .....	(60)
第三节 我国民事诉讼法基本原则体系与内容之完善 .....	(61)
一、我国民事诉讼法基本原则体系之重整 .....	(61)
二、平等原则辩证 .....	(65)
三、辩论原则之改造 .....	(68)
四、处分原则辩证 .....	(72)
五、调解原则辩证 .....	(78)
<b>第四章 复审保障论</b> .....	(83)
第一节 复审制度的程序功能 .....	(83)
一、给审判者设立审判者 .....	(84)
二、保证审判者认识的往复性 .....	(84)
三、保障当事人的正当权利 .....	(85)
四、减轻法官责任负荷 .....	(85)

---

第二节 比较与借鉴 .....	(86)
一、大陆法系德国模式 .....	(86)
二、大陆法系法国模式 .....	(93)
三、英美法系英国模式 .....	(98)
四、英美法系美国模式 .....	(100)
五、对各国复审制的理论检讨 .....	(102)
第三节 我国复审制度之运作与完善 .....	(112)
一、我国民事诉讼中的复审体系及其特点 .....	(112)
二、新旧民诉法典关于复审规定的比较与评析 .....	(116)
三、设置第三审程序的理论构想 .....	(122)
<b>第五章 民事检察监督保障论</b> .....	(128)
第一节 制约监督系统与民事检察监督之理念 .....	(128)
一、民事诉讼中之制约监督系统 .....	(128)
二、民事检察监督之理念 .....	(131)
三、保障司法公正——我国民事检察监督之目标 .....	(136)
第二节 民事检察监督立法比较研究 .....	(141)
一、检察机关参与民事诉讼的范围 .....	(141)
二、检察机关参与民事诉讼的方式 .....	(143)
三、检察机关的民事诉讼地位 .....	(143)
第三节 我国现行民事检察监督制度之改革与完善 .....	(147)
一、“事后监督”之不足 .....	(147)
二、民事检察监督范围的调整 .....	(147)
三、民事检察监督方式的改进 .....	(149)
四、检察机关在民事诉讼中的地位 .....	(152)
<b>第六章 诉讼模式保障论</b> .....	(158)
第一节 两种诉讼模式之分野 .....	(158)
一、当事人主义与职权主义的特征 .....	(158)
二、各国诉讼模式的类型 .....	(160)

三、两种诉讼模式的成因·····	(161)
第二节 两种诉讼模式之评价与发展趋势·····	(163)
一、两种诉讼模式之价值评判·····	(163)
二、两种诉讼模式之发展趋势·····	(164)
第三节 我国民事诉讼模式的形成与发展·····	(168)
一、民事诉讼法（试行）所确定的超职权主义诉讼 模式·····	(168)
二、新民事诉讼法中法院职权的弱化·····	(173)
第四节 重构我国民事诉讼模式之思考·····	(180)
一、现行民事诉讼模式之反思·····	(180)
二、现行民事诉讼模式之改革·····	(183)
<b>第七章 总结与余论·····</b>	<b>(191)</b>
一、民事诉讼程序优化的总结性考察·····	(191)
二、程序合成与程序保障机制·····	(195)
<b>主要参考资料目录·····</b>	<b>(197)</b>
<b>后记·····</b>	<b>(204)</b>

# 第一章 总 论

## 第一节 公正——诉讼之最高价值

### 一、对公正的不同理解

何为公正？justice 一词具有公正、正义、正当、公平等意思，这些词含义大体相同，但意义的强弱、范围、侧重点却有差别，中文在不同的场合选择了不同的词语加以解释，而在法律方面多数场合被翻译成公正或正义。公正或正义是人类普遍公认的崇高价值，但其确切的内涵到底是什么，却没有完全统一的理解，因而呈现出见仁见智的情形。

庞德说：“在伦理上，我们可以把它看成是一种个人美德或是对人类的需要——或者要求的一种合理、公平的满足。在经济和政治上，我们可以把社会正义说成是一种与社会理想相符合，足以保证人们的利益与愿望的制度。在法学上，我们所讲的执行正义（执行法律）是指在政治上有组织的社会中，通过这一社会的法律来调整人与人之间关系及安排人们的行为；现代法哲学的著作家们也一直将它解释为人与人之间的理想关系。”<sup>①</sup>

美国当代哲学家罗尔斯（J·Rawls）认为，“正义的主要问题是社会的基本结构，或者准确地说，是社会主要制度分配基本权

<sup>①</sup> 庞德：《通过法律的社会控制——法律的任务》第55页，商务印书馆1984年中译本。

利和义务，决定由社会合作产生的利益之划分的方式。”<sup>①</sup>

博登海默认为，“如果用最为广泛和最为一般的术语来谈论正义，人们就可能会说，正义所关注的是如何使一个群体的秩序或社会的制度适合于实现其基本目的的任务……满足个人的合理需要和要求，并与此同时促进生产进步和社会内聚性的程度——这是维持文明社会生活方式所必需的——就是正义的目标。”<sup>②</sup>

关于正义或公正的解释还可以列举很多，可以说，不同时代，不同社会制度、意识形态、历史文化传统，不同国家，不同阶级或群体，不同学派，甚至可以说不同的人，对正义或公正的内涵都有不同的理解。这种众说纷纭的情形，并没有影响人们对正义或公正的价值追求，因为人们可以在相对的意义找出公正或正义的构成要素，找到识别公正及正义与否的标准，特别是对具体的事物可以从公认的意识出发，做出公正或正义与否的判断和选择，追求并努力实现公正的价值。

笔者认为，综合关于公正的各种理解，可以看出其基本价值内涵：公正是指人们之间权利或利益的合理分配关系，如果人们之间的权利或利益分配——分配过程、分配方式和分配结果——是合理的，则被称之为公正；反之，则被称之为不公正。也就是说，公正是指人们之间分配关系上的合理状态。

## 二、诉讼中之公正价值

诉讼作为解决争议的活动，实际上也就是在当事人之间合理地分配程序性和实体性权利和利益的过程，它本质地要求将公正作为其最高价值。诉讼的采用是以权利义务争议为基础的，这种争议的存在意味着权利、义务关系的扭曲和混乱，诉讼旨在对其加以矫正，为了实现这一目的，这种矫正手段必然要具备公正性。

<sup>①</sup> 罗尔斯：《正义论》第5页，中国社会科学出版社1988年版。

<sup>②</sup> 博登海默：《法理学、法哲学及其方法》第238页，华夏出版社1987年版。



“法哲学家通常认为公正为解决冲突这一特殊过程中具有更高的价值。”<sup>①</sup>

首先，诉讼需要给争议各方提供一个有序的环境去保证争议主体之间权利义务关系回复有序状态，在这里只有诉讼环境具有公正的氛围，诉讼的保障功能才能得以发挥。实体法的适用以及实体法所体现的法律正义的实现，不仅需要诉讼程序的适用，还需要这种程序是公正的，只有这样才能排除法官在适用法律过程中的不当偏向，从而使法院最终的裁判结果符合社会公众的普遍正义感（这种正义感在一般意义上说是与法律关于权利义务的规定是一致的），这样不仅使当事人自身服判并自愿履行自己的义务，而且使社会公众对判决做出积极的评价，反过来给当事人履行判决规定的义务提供舆论环境。无疑，这就顺利地实现了法律关系的有序状态。相反，如果判决是不公正的，那么判决的履行将因当事人以及社会公众的抵制而出现阻碍，即使靠强制措施得以执行，法律所体现的正义也无从实现。

其次，诉讼除了直接具有解决个案争议的功能外，还间接地具有积极暗示、感召和倡导的作用，这一作用的发挥是以诉讼公正为基础的。争议的发生既是不可避免的，又是可以预防和减少的，司法者在通过诉讼手段使既往的发生扭曲的法律关系回复正常的同时，对将来的争议也发生影响。公正的裁判有助于社会成员对自己的行为后果作出预测，消除实施违法行为可逃脱法律责任的侥幸心理，从而选择合法的行为，以避免不利于自己的后果。因此，诉讼公正对社会能产生积极的暗示和导向效果。如果诉讼失之公正，这一效果也就无从发挥，甚至会给社会造成消极的暗示和导向效果，弱化社会公众的守法意识。此其一。其二，争议主体在选择诉讼方式解决争议的时候，总会考虑既往的诉讼的公

<sup>①</sup> 马丁·P. 戈尔丁：《法律哲学》第232页，三联书店1987年中译本。

正性，如果他们对诉讼的公正性有所怀疑，就会降低诉诸法院的积极性，甚至寻求法外途径，铤而走险；如果既往的诉讼是公正的，“有理”的一方（裁判结果产生之前只能说是自以为有理的一方）才会愿意向法院提起诉讼，而被诉的一方也会减少应诉的心理障碍，积极地运用法定的程序维护自己的合法权益。因此，对既往案件的公正裁判，会对将来的争议主体选择诉讼、参与诉讼，矫正被扭曲的法律关系产生感召力。

第三，“司法最终解决”原则决定了诉讼是公正和正义的最终保障手段，这一保障手段自身的公正性对于社会管理的诸多领域具有示范作用，因而具有广泛的社会价值。社会可以从公正的诉讼中吸取公正的意识，获得公正的力量，进而对社会管理的大系统发生广泛的影响。一种事实可以证明这一点：特定的时期，特定的区域，法院的不正之风可以在一定程序上反映这一时期、这一区域的社会风气不正和管理混乱。其内在的逻辑在于，没有诉讼公正就没有法律的力量，社会公正或正气也就失去了根基和保障。

综上所述，公正价值对于诉讼尤为重要，不公正的诉讼无法保障实体法的实施以及实体法所体现的法律正义的实现，会弱化公众的守法意识，会使公众藐视诉讼，最终也为社会做出不公正的示范。这些无不表明公正是诉讼的灵魂和生命。

### 三、诉讼公正之内涵

民事诉讼作为人民法院在当事人和其它诉讼参与人的参加下解决民事权利义务争议的活动，其构成可以图示如下：