

和谐主义 诉讼模式研究

HeXie ZhuYi
SuSong MoShi YanJiu



□ 张琨 著

ARTIME

时代出版传媒股份有限公司
安徽教育出版社

本书由中共安徽省委党校资助出版

和谐主义 诉讼模式研究

 安徽教育出版社

图书在版编目(CIP)数据

和谐主义诉讼模式研究 / 张珉著. —合肥: 安徽教育出版社, 2009. 1

ISBN 978 - 7 - 5336 - 5219 - 7

I. 和… II. 张… III. 民事诉讼—模式—研究—中国
IV. D925. 104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 213050 号

责任编辑: 张涤非

装帧设计: 许海波

出版发行: 安徽教育出版社

地 址: 合肥市繁华大道西路 398 号

邮 编: 230601

网 址: <http://www.ahep.com.cn>

经 销: 新华书店

排 版: 安徽创艺彩色制版有限责任公司

印 刷: 合肥华星印务有限责任公司

开 本: 880 mm×1230 mm 1/32

印 张: 7.25

字 数: 190 000

版 次: 2009 年 3 月第 1 版 2009 年 3 月第 1 次印刷

定 价: 20.00 元

发现印装质量问题, 影响阅读, 请与我社出版科联系调换

电 话: (0551)3683078

前 言

一、本书的考察对象及研究目的

民事诉讼模式一词在我国民事诉讼法学界已经耳熟能详,它是学者们将模式分析方法引入民事诉讼法学领域而得出的一个概念。应当说,大多数学者对这一概念是持认同态度的,虽然对其含义有不同的看法,但总体来说认为是对当事人与法院在民事诉讼中的诉讼地位及其诉讼权限的配置关系进行的理论抽象与概括。

民事诉讼是在人们之间存在权属纠纷或者不明法律状态而诉诸法院时,在法官及当事人的共同参与下由法院对案件作出具有法律效力的裁决,诉讼的进行离不开当事人与法官的共同作用。在诉讼的实体与程序方面都涉及到当事人与法院之间以及双方当事人相互之间的权力(利)配置问题,而这恰好是民事诉讼模式的研究对象。

最高人民法院肖扬院长在 2007 年召开的第七次全国民事审判工作会议上首次提出“司法和谐”理念及“和谐诉讼模式”。从张卫平教授于 1992 年撰写《论我国民事诉讼基本模式与社会主义经济体制的整合》起,理论界对民事诉讼模式展开了日益广泛深入的研究,但长期以来却大多局限于当事人主义及职权主义两种诉讼模式,对我国民事诉讼模式的走向也大多没有跳出这两种诉讼模式的范围。近几年我国已经有学者对协同主义诉讼模式进行了研究,如田平安、刘春梅:《论协同型民事诉讼模式的建立》,《现代法学》2003 年第 1 期;肖建华:《构建协同主义的民事诉讼模式》,《政法论坛》2006 年第 5 期;王福华:《民事诉讼协同主义:在理想和现

实之间》，《现代法学》2006年第6期；台湾邱联恭等：《处分权主义、辩论主义之新容貌及机能演变——著重评析其如何受最近立法走向所影响及相关理论背景》，《民事诉讼法之研讨》（九），2000年初版等。和谐主义诉讼模式本质上是协同主义诉讼模式，同时又是与我国构建和谐社会的要求相适应的全新概念，当前我国理论界仅有少数学者对和谐主义诉讼模式展开了研究，如黄松有：《和谐主义诉讼模式：理论基础与制度构建——我国民事诉讼模式转型的基本思路》，《法学研究》2007年第4期；黄松有：《建立和谐主义诉讼模式初探》，《人民司法》2007年第5期等。

从国外民事诉讼的发展来看，理论界虽然没有和谐主义诉讼模式这一概念，但德国及日本理论界对协同主义早在20世纪70年代就开展了研究，出现了一些文章及专著。不论是大陆法系国家、英美法系国家还是曾对我国民事诉讼法律制度产生过重要影响的俄罗斯，其民事诉讼都呈现出强调当事人与法院协同促进诉讼的趋势。这种发展趋势下当事人与法院在民事诉讼中的权限配置不同于当事人主义及职权主义诉讼模式而被称为“协同主义诉讼模式”。在当前，协同主义诉讼模式下当事人与法院诉讼权限的配置方式又重新受到越来越多国家的重视并将其作为本国民事诉讼的发展方向。

这些研究都对本书具有很大的启发意义，也为本书提供了可借鉴之处。但总体来说这些研究还处于较为薄弱的阶段：表现为研究很少且较零散；现有的研究观点不一，对和谐主义诉讼模式没有一个较为统一且清晰的认识；没有系统的阐述及深入的研究。当前对和谐社会的构建如何在民事诉讼法制领域实现的研究在我国理论界尚不多，也鲜有学者从诉讼模式的转换这一我国民事诉讼体制改革的基本点和核心出发来探讨。因而加强对和谐主义诉讼模式的相关问题进行深入研究应当成为一个重要课题与当务之急。

为此，本书对和谐主义诉讼模式进行法理分析，以此为基础，

在我国构建和谐社会的话语中,进一步论证这种新的诉讼模式是否有在我国民事诉讼中确立的必要性、重要性及可行性,并对我国是否具备该诉讼模式生成的环境进行了分析。

通过本书的写作,笔者希望一是能够将我国对民事诉讼模式的研究现状加以理顺,并明确其对我国正在进行的审判方式改革及对在民事诉讼领域实现构建和谐社会的要求的意义;二是不揣浅陋将和谐主义诉讼模式这一我国民事诉讼理论界的重要课题加以粗浅研究,以期抛砖引玉;三是将和谐主义诉讼模式与审前准备程序结合起来加以研究,以期能够对我国民事司法改革实践有些许理论上的参考意义。

二、本书的研究方法

(一)历史研究方法

从其产生时间来说,协同主义诉讼模式并不是新的而可以说有些“古老”的诉讼模式,大陆法系国家早在一个多世纪以前其民事诉讼中当事人与法院的权限配置就已经呈现出这一趋势。本书运用历史研究方法从经济、国家观、法律思想、法学理论等方面的变化考察引起从自由主义的民事诉讼到社会主义的民事诉讼的转变这一协同主义诉讼模式产生的历史背景,这一研究方法同样也被运用于各国民事诉讼模式的发展变化中。

(二)“理想类型”研究方法

本书运用了马克斯·韦伯的“理想类型”研究方法:仿效自然科学研究中普遍采用的“理想模式”方法,先进行超经验的、纯观念的研究,然后再以这种研究假设的“理想类型”作为参照系来解释经验的、现实的对象和关系。^{〔1〕}书中对当事人主义、职权主义及协同主义三种诉讼模式就是先进行超经验的、纯观念的研究,再运用于我国的民事诉讼。“理想类型”尽管是观念构造物,但并不是

〔1〕〔美〕马克斯·韦伯.新教伦理与资本主义精神.于晓,陈维刚,等,译.上海:三联书店出版社,1987:51.

研究者随心所欲地构造的,是由处于特定阶段的“历史文化现象的逻辑和规则构成的”。^{〔1〕}和谐主义诉讼模式这一并非笔者随心所欲地构造出的诉讼模式是民事诉讼模式的一种“理想类型”,应当成为我国民事诉讼模式的新选择。

(三)系统研究方法

民事诉讼法现象是一个大的系统,双方当事人与法院作为民事诉讼这一系统的组成部分,其关系应遵循系统论的竞争协同律。

(四)价值分析方法

民事诉讼程序价值决定了民事诉讼目的,并以民事诉讼目的为中介,选择实现目的的手段和方式——民事诉讼模式。^{〔2〕}因而价值分析方法是诉讼模式研究及应用的主要方法之一。理想的诉讼模式追求诉讼公正与诉讼效率的实现,和谐主义诉讼模式也不例外。

(五)比较分析方法

虽然“民事诉讼模式”一词是我国民事诉讼法学界的“独创”,国外的民事诉讼法学界并无该说,但这并不失为一个非常好的进行比较研究的对象。“比较法作为一所‘真理的学校’扩充了并充实了‘解决办法的仓库’,并且向那些有批判能力的观察家提供机会,使他们能够认识在其时其地‘更好的解决办法’。”^{〔3〕}本书运用该方法对不同民事诉讼模式进行比较分析,并探寻各国民事诉讼模式共同的发展趋势。通过比较,可以使我们依托中国国情,吸收与借鉴别国有优势之制度与理论,并考虑各国共同发展趋势来完善我国的民事诉讼法律制度。

〔1〕Oakes, Guy: Introduction Essays in Mark. Webber, New York: Poscher and Knies, 1975: 34.

〔2〕章武生:《司法现代化与民事诉讼制度的建构》,北京:法律出版社,2000: 38.

〔3〕〔德〕K·茨威格特 H·克茨:《比较法总论》,潘汉典,米健,高鸿钧,贺卫方,译,北京:法律出版社,2003: 22.

（六）实证分析方法

作为一种理论上的“理想类型”，和谐主义诉讼模式的确立可否作为和谐社会的构建在民事诉讼领域实现的一种可供选择的途径，本文将之运用于对审前准备程序的重构，通过这一实证分析得出肯定的结论；该诉讼模式在我国的实现状况如何也需要对我国民事诉讼立法及司法实践状况进行实证分析，从而进一步考察我国是否具备该诉讼模式生长的制度及观念等环境。

三、本书的结构

本书总体上分两大部分。第一部分包括导论、第一章和第二章，主要对和谐主义诉讼模式进行法理分析。导论对和谐主义诉讼模式的提出背景进行解读。第一章旨在梳理我国民事诉讼模式研究的现状，追溯协同主义诉讼模式发展的历史背景，并对和谐主义诉讼模式进行界定。认为和谐主义诉讼模式是在民事诉讼中，充分发挥法官与当事人的积极作用，使法官与当事人之间以及当事人相互之间协作推进诉讼的一种诉讼模式。第二章重点分析了构筑和谐主义诉讼模式的理论基础、法理内容及该诉讼模式下当事人与法官的作用机理。从宪法的理念来看，当事人的裁判请求权在民事诉讼法上的实现需要对当事人的诉权和民事诉讼权利加以平等保护。权利本位范式中权力与权利的关系决定了审判权与诉权之间的冲突与协调。这些应是和谐主义诉讼模式赖以建立的理论基础。对该诉讼模式的法理内容，分析了辩论主义、阐明权与诚实信用原则。和谐主义是在对辩论主义进行批判与否定的基础上构建的，是对辩论主义的修正，修正手段有阐明权与诚实信用原则。和谐主义诉讼模式下在当事人之间对抗的同时强调他们之间的合作与协同，在法官与当事人之间相互制约的同时强调他们各自发挥积极作用协同促进诉讼。

第二部分包括第三章、第四章、第五章。第三章主要论证和谐主义诉讼模式是和谐社会的构建在民事诉讼领域实现的路径选择。本书从克服职权主义诉讼模式的弊端、为我国民事司法改革

提供理论指导等方面对重构我国民事诉讼模式的必要性进行分析,对当前理论界认为我国民事诉讼应选择当事人主义诉讼模式的观点进行了批驳,认为和谐主义诉讼模式与和谐社会的要求相适应,该诉讼模式下当事人与法官的相互关系及其作用分担能够在很大程度上弥补当事人主义和职权主义诉讼模式的弊端,又因该诉讼模式已经成为各国民事诉讼的共同发展趋势等原因,和谐主义诉讼模式应当成为我国民事诉讼模式的新选择。为论证这种理论设想的可行性,第四章将之运用于在和谐主义诉讼模式统领之下我国民事审前准备程序的重构。本章阐述了我国民事审前准备程序选择和谐主义诉讼模式的原因、该模式下民事审前准备程序中法官与当事人的作用分担。并从明确争点、固定证据及法院调解三方面对如何重构我国民事审前准备程序加以探讨。经过论证,得出结论:按照该诉讼模式对当事人与法院的权限重新配置有利于解决我国目前民事诉讼中该程序存在的问题,从而构筑一个独立的能够有效发挥其功能的审前准备程序。第五章分析和和谐主义诉讼模式在我国民事诉讼的存在状况,并探讨了如何调整阻碍该诉讼模式在我国生长的环境。

四、本书的立论意义

开展对民事诉讼模式的研究是很有意义的^{〔1〕}，“民事诉讼的构造是民事诉讼的纲，纲举目张。把民事诉讼的构造搞清楚了，其他问题就迎刃而解了。”^{〔2〕}

〔1〕也有个别相反观点，如“各国在发展之初，并没有事先塑造一个模式，再按照这个基本模式来创建制度。诉讼模式仅仅是对各国民事诉讼发展到一个阶段的静态的状况的高度概括，各国的民事诉讼仍然在不断地变化，所以完全没有必要用所谓的诉讼模式来塑造中国未来的司法制度。”江伟，徐继军，民事诉讼法典修订的若干基本问题，中国司法，2004（2）：23。

〔2〕王锡三，民事诉讼法研究，重庆：重庆大学出版社，1996：1。

（一）本书立论的理论意义

首先,本书对该诉讼模式的产生背景、定义、内容、理论基础等加以尝试性探讨,以使其呈现出一个较为清晰的面貌;对其功能与优势加以分析,考察并归纳总结各国民事诉讼模式的发展趋势;论证能否选择该诉讼模式作为和谐社会的构建在民事诉讼领域的实现路径,从理论到实践对该诉讼模式进行了较为深入系统的研究。相信具有一定的理论上的积极意义,也是本书的创新之处。其次,对民事诉讼模式的研究能够对各具体民事诉讼制度、理论的研究具有指导意义,也能够促进与深化对这些制度与理论的研究,并进而对我国《民事诉讼法》的完善具有一定的理论参考价值。

（二）本书立论对民事司法实践的指导意义

我国现行《民事诉讼法》虽对解决民事纠纷起到了重要的作用,但已不能完全适应发展变化了的社会现实。在这种背景下,民事审判方式的改革开展起来,但因没有正确、完整的理论指导,改革往往避免不了走弯路,且各地做法不统一,缺乏协调性。这就迫切要求我们对民事诉讼理论进行研究,进而对民事诉讼法加以修订。2002年11月中共十六大第一次全面提出并阐述了推进司法体制改革的历史性任务,民事审判方式改革也相应深入涉及到体制层面的问题。对民事诉讼模式的深入研究有助于为民事司法实践提供理论指导并为其发展确立方向,从而可以使民事审判方式改革不再“摸着石头过河”。当然,民事诉讼模式仅仅只是为民事司法实践确立一个总体的发展方向,而并非事无巨细地事先对民事诉讼制度作出安排,不会阻碍民事诉讼的发展变化。所以,用诉讼模式来塑造中国未来的民事司法制度无论如何都比让其自发地发展,遇到问题再行改革要合理。本书将和谐主义这一理想诉讼模式作为我国民事司法实践的指导。

（三）本书立论对构建社会主义和谐社会的意义

对和谐主义民事诉讼模式的深入研究有助于确立这一与我国国情相适应的并符合市场经济发展需要和民事诉讼内在规律的民

事诉讼模式,从而协调好当事人与法院在民事诉讼中的相互关系,确定当事人与法院各自作用的领域,处理好审判权与诉权的关系。

如前所述,恰当的民事诉讼模式确立之后,还有助于在新的诉讼模式统领下进一步构筑其他的民事诉讼制度,有助于指导我国的民事司法改革,有助于促进我国民事诉讼理论的繁荣,这些都最终有助于完善我国的民事诉讼法制建设,加强社会和谐的民事司法保障。据此,本书提出和谐社会的构建要在民事诉讼领域实现,确立恰当的民事诉讼模式是一种可供选择的路径,这是本书的又一创新之处。

目 录

导论:和谐主义诉讼模式的提出背景解读	1
第一节 民事诉讼法制建设与和谐社会之关系	1
一、民事诉讼法制建设是和谐社会的要求、基础及保障 ..	1
二、和谐是民事诉讼法制建设的内在要求、属性及价值追 求	2
第二节 诉讼模式的转换与和谐社会的构建	4
第一章 和谐主义诉讼模式概述	7
第一节 民事诉讼模式的含义及类型	7
一、模式	7
二、民事诉讼模式	8
三、民事诉讼模式的类型	11
第二节 协同主义诉讼模式产生的历史背景	14
第三节 和谐主义诉讼模式的界定	22
第二章 和谐主义诉讼模式的具体分析	27
第一节 和谐主义诉讼模式的理论基础	27
一、当事人之裁判请求权在民事诉讼法上的实现	27
二、审判权与诉权之冲突与协调	37
第二节 和谐主义诉讼模式的法理内容	45
一、辩论主义	45
二、阐明权	56
三、诚实信用原则	65
第三节 和谐主义诉讼模式下法官与当事人之作用机理 ..	70
一、双方当事人之间的对抗与协同	70
二、当事人与法官之间的制约与协同	75

第三章 和谐主义诉讼模式——和谐社会的构建在民事诉讼领域实现的路径选择	80
第一节 重构我国民事诉讼模式的必要性分析	80
一、实现民事诉讼法制现代化的要求	80
二、克服现行民诉法所构建职权主义诉讼模式弊端的要求	87
三、我国民事司法改革的要求	92
四、法律全球化下各国民事诉讼法趋同的要求	94
五、市场经济体制及民事诉讼内在规律的要求	97
六、民事诉讼理论发展的要求	100
第二节 和谐主义诉讼模式是我国民事诉讼模式的新选择	109
一、我国民事诉讼不应选择当事人主义诉讼模式	109
二、和谐主义诉讼模式应是我国民事诉讼模式的新选择	116
第四章 和谐主义诉讼模式统领之下我国民事审前准备程序的重构	141
第一节 重构我国民事审前准备程序之背景解读	141
一、审前准备程序之功能	141
二、我国审前准备程序之现状	144
三、从诉讼模式角度探寻审前准备程序弊端及对其加以重构	148
第二节 我国民事审前准备程序选择和谐主义诉讼模式之原因分析	149
一、是各国民事诉讼审前准备程序的发展趋势	149
二、有利于实现公正与效率的价值追求	152
第三节 和谐主义诉讼模式下民事审前准备程序中当事人与法官之作用分担	153

一、当事人主要进行实体性准备,也包括程序性准备	153
二、法官主要进行程序性准备,也包括实体性准备	154
第四节 和谐主义诉讼模式下我国民事审前准备程序之内容	
重构	156
一、明确争点	156
二、固定证据	161
三、法院调解	177
第五章 和谐主义诉讼模式在我国之理想与现实	184
第一节 和谐主义诉讼模式在我国民事诉讼中有所体现	184
一、民事司法解释在一定程度上体现了和谐主义诉讼模式的要求	184
二、民事司法改革一定程度上在向和谐主义诉讼模式发展	185
第二节 和谐主义诉讼模式在我国的生长环境分析	189
一、受移植环境的不完善	189
二、法官职业化程度不高	191
三、与和谐主义诉讼模式相适应的诉讼观念环境的缺乏	194
第三节 和谐主义诉讼模式在我国的确立需要一些配套措施	196
一、完善和谐主义诉讼模式生长的制度环境	197
二、推进法官职业化建设	198
三、培养人们的现代诉讼法律观念与法律意识	199
结 语	201
参考文献	203

导论：和谐主义诉讼模式 的提出背景解读

第一节 民事诉讼法制建设与和谐社会之关系

一、民事诉讼法制建设是和谐社会的要求、基础及保障

党的十六届四中全会提出构建社会主义和谐社会这一社会发展目标,适应了我国改革发展进入关键时期的客观要求,体现了广大人民群众的根本利益和共同愿望。2005年初,胡锦涛在省部级主要领导干部提高构建社会主义和谐社会能力专题研讨班上的讲话中全面地阐述了和谐社会的科学内涵及其基本特征,这就是“民主法治、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处”。可见民主法治是和谐社会的首要要求。2006年10月,中共十六届六中全会表决通过的《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》明确提出了到2020年构建社会主义和谐社会的九大目标和任务,其中第一项目标和任务就是:社会主义民主法制更加完善,依法治国基本方略得到全面落实,人民的权益得到切实尊重和保障。作为社会主义法律体系的一个重要组成部分,民事诉讼法制建设的更加完善必然是构建和谐社会的要求之一。党的十七大报告是全面落实依法治国基本方略、加快建设社会主义法治国家进程的行动纲领。2007年10月15日胡锦涛在

党的十七大报告中指出要“深化司法体制改革,优化司法职权配置,规范司法行为,建设公正高效权威的社会主义司法制度”,从而提出了全面实施依法治国基本方略、加快建设社会主义法治国家的司法改革新任务,也对民事诉讼法制建设提出了更高要求。

和谐社会必然是民主社会、法治社会,只有在一个崇信民主,奉行法治的社会,构建和谐社会的其他要素才能够得到真正的实现。和谐社会的所有问题都必然归结于法治问题,或者与法治密不可分,法律在构建和谐社会中具有至关重要的作用,因而必须依靠法律来推动和谐社会的构建,依靠法律来引导社会和谐的发展,依靠法律来保障和谐社会的实现。^{〔1〕}在和谐社会的六要素中,民主法治被排在第一位,其作为和谐社会的基础地位毋庸置疑。

民事诉讼法制建设在构建和谐社会中同样发挥着重要的作用,成为完善社会主义民主政治、发展社会主义市场经济及先进的社会主义文化等构建和谐社会的前提条件的不可或缺的基础。以宪法为根据,结合我国民事审判工作的经验和实际情况制定的符合和谐社会要求的民事诉讼立法通过规定人民法院和一切诉讼参与人在审理民事案件中所进行的各项诉讼活动以及调整由此而产生的各种诉讼关系来引导社会和谐的发展;因为司法的本质和功能决定了司法是和谐社会多元化的纠纷解决方式和途径中最为公正、最有权威的纠纷解决机制。作为司法的重要组成部分,民事诉讼通过合理配置当事人与法院的诉讼权限,平衡与协调好审判权与诉权的关系,妥善地解决纠纷和化解各种矛盾以利于实现公平正义与安定有序而成为构建和谐社会的重要保障。

二、和谐是民事诉讼法制建设的内在要求、属性及价值追求

和谐是民事诉讼立法和司法的内在要求与属性。恩格斯曾经指出:“法不仅必须适应于总的经济状况,不仅必须是它的表现,而

〔1〕张文显. 构建社会主义和谐社会的法律机制. 中国法学, 2006(1): 7.

且还必须是不因内在矛盾而自己推翻自己的内部和谐一致的表现。”〔1〕和谐也是民事诉讼法制建设的内在价值追求。民事诉讼通过当事人诉讼权利与人民法院审判权力的共同行使及相互作用来实现定分止争,解决民事纠纷,以促进社会和谐。

和谐社会的要求在民事诉讼法制建设中也有所体现:

1. 民事诉讼法系统内各要素应相互协调。按照马克思的看法,法的现象不是几个方面或局部的简单相加,而是一个完整的有机系统;法的现象系统的运动发展不是它的组成要素各自独立的运动发展,而是系统整体本身的运动发展。在马克思看来,同世界上万事万物存在有普遍相互联系和相互作用一样,法的现象系统不仅同社会生活中的其他联系处于直接的或间接的相互联系之中,而且该系统内部的各种系统的现象之间也存在着这样或那样的必然的或偶然的联系。要力戒只把法的现象系统及其范畴之间的一种关系(哪怕是最基本的关系)抽象出来作孤立的研究,而应当研究法的现象系统及其范畴的复杂的相互联系、相互作用的具体机制及中介。〔2〕按照系统研究方法,民事诉讼法是一个大的系统,双方当事人与法院则是这一系统的组成部分。其相互之间的作用具体包括两个方面:其一是双方当事人之间的作用,其二是当事人与法官之间的作用。在这两个方面,主体之间都应相互协调。

2. 当事人在民事诉讼中应处于程序主体地位。民事诉讼是人民法院依照法定程序解决平等主体之间有关财产关系或人身关系争议的活动。在民事诉讼中当事人的意思自由应得到尊重与保障,当事人应当能够通过其诉讼行为自由处分其实体权利和诉讼权利。法院应当尊重当事人的诉讼意愿并为当事人处分权的实现

〔1〕〔德〕马克思,恩格斯. 马克思恩格斯选集:第4卷. 北京:人民出版社,1972:483.

〔2〕公丕祥. 法哲学与法制现代化. 南京:南京师范大学出版社,1998:192-194.