

## 书 评

## 建构走向新世纪的中国民事诉讼制度

## ——《司法现代化与民事诉讼制度的建构》读后

齐树洁\* 李辉东\*\*

始于80年代末的我国民事审判方式改革,现今正如火如荼,方兴未艾。在此期间,改革的进程与理论的探索密切相关。改革之初,柴发邦教授主编的《体制改革与完善诉讼制度》(中国人民公安大学出版社1991年版),从法哲学的高度提出了改革与完善的思路。随着改革的不断深入,民诉法学界亦有一批针对某一方面改革问题的研究和相对全面研究的专著相继问世,从而为我国民事司法改革进行总体性、全局性的方案设计奠定了坚实的基础。《司法现代化与民事诉讼制度的建构》(哲学社会科学国家“九五”规划项目研究成果,法律出版社2000年版,以下称《建构》)正是在这种背景下,由我国民诉法学界一批极具活力的中青年学者对民事司法现代化问题进行研讨的结晶,是学界新近推出的一部全方位研究民事诉讼制度的扛鼎之作。七位作者即章武生、张卫平、李浩、汤维建、刘荣军、肖建国和吴泽勇组成了民诉法学界的一支“梦之队”。

《建构》一书分导论和十七章:民事实体法与民事诉讼法的关系;民事诉讼程序的价值;程序正义的内涵结构与判断标准;论民事诉讼的目的;民事诉讼法基本原则体系重建;民事证据制度的改革与完善;民事诉讼的机能转变与判例;法院调解制度之重塑;民事诉讼费用的法理分析;两大法系民事诉讼程序的比较研究;民事简易、小额诉讼程序与替代性纠纷解决程序之重塑;民事再审程序的改革与完善;民事执行制度的现状及改革方向;司法独立与法院组织机构的调整;对抗制诉讼与法官制度改革;民事诉讼的发展与律师制度的完善。虽然各部分系由不同的作者进行专题性研究,但该书体例显然是经过精心而严谨的设计,涉及了民事诉讼制度的主要内容,包括诉讼理念、诉讼原则、主体制度、诉讼程序以及具体程序制度。《建构》一书从基础理论、具体制度和司法主体三个方面展开论述,既保持了全书深厚的理论根基,又兼顾了有关改革建议的现实可能性和前后连贯性。

在中国这样一个“依法治国”刚刚被宪法确立为基本治国方略的国度,推行民事司法改革所面临的问题,可以将它简化为如何处理司法理念、本土实践与域外资源这三者的关系问题。事实上,无论是设计和推行司法改革的法院,还是对司法改革始终抱持巨大的热情、实践着“文以载道”理想的法学界,也都是以对这三者间关系的考察为基点,进行着殊途同归的探索。《建构》一书亦依循这样的研究路径,从现代司法理念出发,立足于中国本土改革实践,广泛借鉴外国民事司法改革经验,从中归纳出对当今中国民事司法改革的启示和思路。

\* 厦门大学法律系教授。

\*\* 厦门大学法律系硕士研究生。

20世纪末,在民事司法领域,世界上许多国家——如英国、美国、澳大利亚、法国、意大利、西班牙、葡萄牙、巴西、希腊、日本、德国、芬兰、荷兰、瑞士以及我国的台湾地区等——近乎同步地在进行着声势浩大的改革。这一切均源于所谓的“司法危机”。英国著名学者朱克曼(Adrian A. S. Zuckerman)教授主编的一部研究西方各国民事司法改革的专著,就以《民事司法的危机》(Civil Justice in Crisis)为书名。西方国家司法危机大致可分为两大类,即机能性的危机和结构性的危机。前者是目前多数国家推行司法改革的原因,这类司法危机的产生与诉讼程序制度的设计及其运作有关,如美国因证据开示制度被滥用导致的诉讼迟延和资源浪费即属此种情形。后者则与一个国家内部立法、行政、司法三种权力的分工是否合理、政治是否稳定有关。无论是何种类别的司法危机,其外部表现不外为诉讼迟延、诉讼成本过高、裁判不公等一系列妨碍当事人行使诉诸司法的权利(access to justice)的诉讼症候群。

access to justice 具有极丰富的意蕴,在不同的文本中有不同的具体含义。在西方语境里,司法与正义共享一个指称的符号——justice,所有诉讼程序的目的都在于寻求正义的实现。因而,access to justice 可译为走向正义、接近正义、接近司法、诉诸司法的权利等。意大利著名学者卡佩莱蒂教授将贯穿于现代民事诉讼的最基本性理念概括为程序保障和接近正义,英国著名的“沃尔夫报告”(Lord Woolf's Report)即以《走向正义》(Access to Justice)为题。可以说,走向正义是各国民事司法改革指向的目标。

我国司法改革的原因与西方国家有所差异,在内发性动力方面,不仅源于影响当事人诉诸司法权利行使的,与公正和效率要求相左的诉讼迟延、诉讼成本过高、执行难等问题,而且更主要的是源于旧有司法体制及其运行过程中显露出来的种种弊端。而导致司法改革势在必行的外部因素,则主要是宪法确定了发展社会主义市场经济以及实行依法治国的基本治国方略。对此,《建构》一书指出:“我国民事司法改革的原始的、直接的动因可能在于解决案多人少、社会需求与司法供给不足之间的矛盾,这是司法改革的直接功利目的”,“中国司法传统创造性转换的根本动力,来源于市场经济的发展和民主政治建设,特别是市场经济的推动作用”。(见“导论”P24、26)

民事司法理念的调整决定了民事司法改革的目标及其取向。这几年来,民事司法领域程序正义观念的引进,法学学科内部“重实体、轻程序”向“实体与程序并重”转变所引起的司法实务部门对司法程序的重视,“法院工具论”逐渐被“法院独立论”取代,等等,都昭示着民事司法乃至整体的司法领域无可避免地要进行一场深刻的变革。正是在这些经过调整的新的民事司法理念的指引下,中国本土的司法改革渐次展开。从单纯的强调当事人举证责任,发展到庭审方式改革,以及最后引发诉讼制度和司法制度的改革。这样一种不断深化的改革进程,实际上是司法制度各构成部分的局部改革所引起的耦合效应。因为整个司法制度犹如一部构造精密的机器,局部的改革必然会提出相关领域配套改革的要求,可谓牵一发而动全身。这也是我们强调应当在“……—民事审判方式改革—整体司法改革—民事审判方式改革—……”这种诠释学循环的语境中考察民事司法改革的原因所在。《建构》一书将中国现行民事诉讼制度放到中国司法现代化的历史背景中加以考察,使有关民事诉讼制度的研究得以在更为广阔的理论视野中进行,同时也使其具备了向其他法学分支学科渗透的可能性。

“司法现代化”这一命题无疑是《建构》全书的灵魂。“司法是法治的一个关键环节,它连结法律与社会生活的个案,直接标示着法律对于社会生活的调整的效果以及法律适用的状况,因

此,司法现代化可以成为法制现代化的指标。(见“导论”,P7)而司法现代化的内涵特征可分解为两方面的要素:客观要素是司法程序或诉讼程序的现代化,主观要素是司法过程主体或人的现代化。各部分的论述或以司法程序现代化或以主体现代化为依归。

程序法与实体法的关系,一向是民事诉讼法学的热点课题。汤维建认为,“法律的本质和生命在于程序。实体法就其本质而言乃是程序化了的实体法,是程序法这个大体系中的一个特殊和有机的组成部分。应用性的法律就是程序性的法律”。(P120)刘荣军关于习惯和判例的论述,则敏锐地以民法的这两个适用渊源作为实体法与程序法关系的衔接点:“……民事习惯的法律化过程就是程序化的过程。”(P11)“法律的不完整性,在于立法仅仅完成了逻辑论理上的法律制作,这一制作是初步的和粗线条的,而法律真正的生命恰恰需要司法来完成,司法,尤其是由司法形成的判例,是法律制作的终级阶段,是精雕细凿的。”(P281)新的诉讼机能“就是促进程序中对话机能和政策形成机能”。(P284)作者们对程序的多方面论述,昭示着这样一个共识:程序公正是程序保障的价值核心。

对于司法主体的研究则是这本民事诉讼法学著作的一大特点。在审判方式改革前,各种法学论著给人的一个印象是“司法者缺席”,理论研究与司法实务是“两张皮”。随着法学研究由幼稚走向成熟,学者们日益意识到,要将“纸上的”法律,真正变成社会中“活生生的”法律,有赖于包括法官、律师和法学者的“法律人”职业团体。于是乎,就有了梁慧星的民法解释学、张志铭的法律推理等以“实践社会正义”为目标、探索法官“审判的艺术”的研究。而在诉讼法领域,现代程序理念能否实现于具体诉讼运作中,程序法的独立价值能否得到彰显,诉讼当事人的权利能否得到保障,民事司法改革最终能否成功,无不与审判权主体(法官)的素质和观念密切相关。如在英国,诉讼文化转变是沃尔夫勋爵改革成功与否的重要标志之一。如果诉讼文化不能转变,改革将全盘失败。而诉讼文化转变的核心是法官。英国上诉法院法官倡导的“现代诉讼文化”对保证司法改革的成功具有重要的意义。我国则较为特殊,基于历史原因,多数法官是在没有受过正规法律本科教育的情况下进入法院的,“在整体上不能适应新型司法程序的要求”(P678),这一状况不仅制约了实体法也制约了程序法的发展。《建构》一书的作者之一季浩就曾以《法官素质与民事诉讼模式的选择》一文探讨过该问题。在《建构》这本书中,章武生和吴泽勇以对抗制诉讼对法官的要求作为切入点进一步深入论述。作者指出,在对抗制诉讼程序中,法官应满足以下要求:对待争议的消极态度;熟练的诉讼驾驭能力;高超的法律推理技巧等。而目前我国相当数量的法官在诉讼活动中超职权主义色彩仍较浓重,且不习惯于法律逻辑思维。作者认为,“现在法官群体的整体状况,无疑在很大程度上与现行法律教育体制、法官选任、晋升、任职保障以及监督制度之间有着密切关联。”(P679)作者亦沿着这一思路探讨了法官制度改革。将法律教育与职业法官培养联系起来,在我们看来,这是切中要害的。在大多数国家,“法官”当然须是经过法学院学习的。法学院教育应是培养法官的常规起点。作者赞成贺卫方先生的观点,主张把大学法律教育定位于培养通才的素质教育(或学识教育),而把职业教育的任务放在司法研修期进行。我们亦赞同这一观点。特别是法科出身的本文第二作者(基层法院法官),至今犹悔大学时期未能尽可能多地阅读文学、哲学、社会学、历史等人文科学名著。

## 二

《建构》一书的各位作者对具体制度的研究,均已突破以《民事诉讼法》为基干的传统学科体系,而以全新的视角,沉潜于司法理念、本土实践和域外资源之间,以司法现代化为基轴,对

民事诉讼制度进行全面的梳理、重构。例如,李浩关于证据制度的研究,张卫平关于审理结构的研究,肖建国关于诉讼费用的研究,刘荣军关于民事执行制度的研究,章武生和吴泽勇关于法院调解制度、再审程序制度的研究,等等。作者们都有着深厚的学养,能够超脱于“就事论事”的层面,一针见血地道出问题的实质所在。如刘荣军在剖析民事执行制度的病理时指出:“偏偏是这么一个没有地位的制度,也就是由于它的无地位,反而使它成为制约司法公正实现的重要障碍。”(P596)

在具体改革设计上,章武生关于民事简易、小额诉讼程序与替代性纠纷解决程序的研究,引起了我们的关注。这方面的课题,是我国民法学界最新研究动向。案多人少一直是不少法院——特别是基层法院——头痛的问题,虽然法院工作亦多以结案率为导向,但种种旨在提高办案效率的措施却难以奏效。原因何在?在于简易程序不简化,小额诉讼程序未独立,审判资源配置不合理,替代性解决纠纷方式(ADR)种类单一,等等。作者从国情出发,参考我国法院改革实践(如北京市海淀区法院),并比较其他国家和地区的法院制度,提出了颇具洞察力和可行性的方案。其中之一是将基层法院改造成以简易庭为主、普通庭为辅的混合法院,同时还应设立专门适用ADR的机构。这一思路看似简单,实际上是对案件分流和法官资源配置方式的重大结构性变革。传统的同一法官兼办普通程序和简易程序案件的体制,既无助于诉讼效率的提高,也不利于案件质量的提高,还阻碍了法官特长的发挥。效率高手不一定擅长办理疑难案件,专家型法官办案则不一定“神速”,这是众所周知的道理。分设简易庭和普通庭,无论对效率型法官还是专家型法官,都是一个解脱。更为重要的是,“这种方案在人员分流方面阻力不大,较易推行”。(P559)同时,该方案还可从当前的法院改革实践得到支持。一方面,最高人民法院一再要求基层法院尽量多适用简易程序审理案件,提高办案效率。另一方面,最高人民法院已完成了“大民事审判格局”的改革。在不要求基层法院审判庭设置完全与上级法院对应的情况下,有条件的基层法院可以打破以传统案件类型为设置标准的思维定势,重新调配原民庭、经济庭、房地产庭等审判庭法官,优化人力资源配置,以案件难易程度为标准设置民事简易庭和民事普通庭,在人数上可前者“多”而后者“精”。

设置简易庭和普通庭,或者说明确区分简易案件和普通案件的审理程序,其诉讼法上的意义在于针对不同案件依不同程序之法理进行审理。正如台湾学者邱联恭教授在《程序保障论之新开展》一文中所指出的:“民事事件类型之个性,特征不一,应依事件类型需求之不同,分别采择其所适宜之程序保障内容,循此承认多样化之程序保障方式。例如,对于简速裁判强烈追求型的事件,应偏重赋予有助于达成迅速而经济的裁判之程序保障(如:适用以简易主义为内容之非讼法理),……”《建构》一书的作者认为,“如果没有大量简易、小额民事案件的快速审理和司法资源的节约,要实现对比较复杂的民事案件慎重裁判的程序保障,也是不可能的。”(P540)基于对非讼法理的运用,作者还提出将ADR设计为简易程序的一个重要环节,并结合中国国情,建议采取“调解——仲裁”模式。同时,亦基于民事纷争的程序设置应与案件类型相适应的法理,作者在简易程序与小额诉讼程序的关系上,主张建立二者各自独立的审判程序,符合改革的彻底性和世界司法潮流发展趋势的要求。

### 三

《建构》一书的作者们在“后记”中写道:“我们愿意与每一位关心中国司法改革和民事诉讼制度完善的人沟通、交流,我们欢迎听到不同的声音,愿意接受读者对本书的任何批评和商榷。”由此可见作者的自信和谦逊,以及开放、民主的治学风格。我们就此谈些感想,并提些求

疵之见,其中亦不乏求全责任之意。

在当下中国民事诉讼以至司法制度改革的研究中,存在多头并进的研究热潮。在法学界,有《建构》一书对民事诉讼理论和制度的整体性研究,苏力教授主持的“中国农村基层司法制度的运作”研究,田平安教授主编的“民事诉讼法学译丛”,各种相关研讨会亦层出不穷。在司法界,有最高法院咨询委员会名誉主任王怀安先生卓有成效的民事审判方式调查研究,各级法院亦积极探索实践。遗憾的是,中国尚未产生一个“沃尔夫报告”,这是目前各种民事司法改革论著的共同不足之处。英国沃尔夫勋爵的改革之所以会获得成功,主要有三个因素:首先,考虑了多方面的利益与实践。在论证阶段,大约有900位法官、律师、法学教授等法律界人士阐述自己的观点,召开了7次全国会议,有12个研究机构参与调研,接待了不计其数的来访者。其次,考察了德国、法国、美国、加拿大等国家的相关制度,取得了若仅仅着眼于国内则不能取得的成果。最后,沃尔夫勋爵以自己的权威、学术地位和努力,取得了两任大法官(Lord Chancellor)的支持与合作,学者们亦认真考虑他的提案。最重要的是,他取得了法官阶层的支持。这一点尤为重要,否则,他的提案就有可能重蹈以往的改革者提案的命运,被置之不理。而我国民事诉讼制度的改革实践与理论研究均缺乏组织性,没有一个权威的机构(如田平安教授建议的“司法改革委员会”)进行统筹规划、领导、监督,对民事诉讼领域存在的问题尚缺乏实证性研究,法学界和司法界在改革问题上的沟通还不够充分……。法律界若没有达成共识、形成合力,改革方案自然往往只能停留在“纸面上”。在丰富的研究和实践成果基础上,如何推出具有权威性的中国“沃尔夫报告”,无疑是“每一位关心中国司法改革和民事诉讼制度完善的人”下一步考虑的课题之一。

《建构》一书堪称鸿篇巨制,故细节上难免照顾不周全。例如,“法院调解制度之重塑”和“民事简易、小额诉讼程序与替代性纠纷解决程序之重塑”两章均涉及法院调解,而法院调解和ADR中调解的关系问题,却没有交代,对此实有进一步探讨和明确之必要。至于后者请读者参阅的《论我国调解制度的改革》一文,实际上该文的两作者(章武生和吴泽勇)已在《建构》一书中发表了“法院调解制度之重塑”,故应参阅本书中的相关论述较妥,此为统稿疏忽。

此外,作者对于我国法院制度的一些细节亦有疏忽。如作者指出各级法院被冠以“……省高级人民法院”、“……区中级人民法院”、“……县基层人民法院”(P642),而实际上,没有一个基层法院的院名中有“基层”二字。又如,作者在谈到我国法官选任制度时指出:“除中院以外,各级法院院长由同级人大选举产生。中院院长和其他法官由相应的人大常委会任命”。(P712)事实上,地级市中院院长是由同级人大选举产生的。而地区中院和直辖市中院院长才采取任命制,原因之一在于这两类中院没有同级人大,甚至没有同级党委和政府(如京、津、沪、渝四市)。本书的读者群中有相当一部分是法官,作者在涉及实务的表述时更应力求精确,以便更好地获得他们的认同。

本文第一作者主编的《民事司法改革研究》(中欧高等教育合作项目研究成果,厦门大学出版社2000年版)已经出版,谨以此文作为同一课题的两本论著间的对话。

(责任编辑:许康定)