

科学理念是构建合理程序的前提

——评陈桂明教授著《程序理念与程序规则》

叶自强

(中国社会科学院法学所,北京,100720,男,博士生)

我们已经随着时代的钟声进入了21世纪。在这样一个充满挑战和机遇的时代,摆在国人面前的紧迫任务之一,就是尽快建立社会主义市场经济。“市场经济就是法治经济”已成为许多人的共识。可以预言,在一个法治社会里,程序法则将受到前所未有的重视,因为法治的本质就是程序,没有程序法则,就不可能建成真正的法治社会。但是,并非任何程序都能够导向法治经济,惟有合理的程序规则才能真正为法治经济提供有力的支持。在过去的年代里,程序规则在很大程度上是经验的产物。我国民事诉讼法典主要是在总结建国以来民事诉讼实践经验的基础上制定而成的。然而,经验有其明显的局限性,因为经验往往是历史的积累,并不能及时地反映现实。易言之,经验往往落后于现实。既然如此,我们在寻求合理的程序规则时,就必须在很大程度上摒弃经验(虽然不可能完全摒弃)。人类的法律发展史告诉我们,如果我们不能充分地依靠人类的法律智慧或经验来建立有效的秩序,那么就必须寻求科学的理念的支持。这种认识已经随着哲学和社会科学的繁荣而变得更加稳固了。我们有理由这样说,科学的理念比之经验更为可靠,因为人们在建立科学的理念时,运用了一些新的方法,如比较方法、系统方法、假设加求证的方法,以求获得具有较高可信度的、比较精确的结论。当然,在必要的情况下,经验的价值也会得到应有的考虑。

近十年来,陈桂明教授以一种学者特有的使命感,对民事诉讼的理念进行了艰巨的探索。《程序理念与程序规则》既反映了这种探索的基本轨迹,又是这种探索的宝贵结晶。在这部著作中,作者对程序理念这个在不少人看来令人乏味的领域给予了特别的重视。为什么呢?因为程序理念的丰富与发展关系到程序规则的根本前途。正如作者所说:“在我看来,有形的程序规则是受无形的程序理念制约甚至是由无形的程序理念所决定的。程序理念包含了人们对程序的价值判断以及设计程序的价值取向。……程序理念是不断变化的,甚至可以说是必须更新和改造的。程序规则的研究必须建立在科学的、正确的、先进的程序理念之上,从一定的意义上可以说,程序规则不过是程序理念的物化而已。”

现在已经证明,作者的上述指导思想是正确的。在《程序理念与程序规则》这部著作中,作者深入研究了民事诉讼法的一系列前沿课题,开创了诉讼法学研究的新领域,不仅如此,作者

收稿日期:2000-6-29

论证问题力求详尽而周密,具有很强的逻辑力量。此外,该书的研究方法也颇有特色,除采用通常的比较法之外,它还采用先提出假设,再加上求证的方法,这种方法在诉讼法学的研究中难度较大,非有厚实的学术功力难见成效。在本书中,作者不仅采用了这种方法,而且总的看来是相当成功的。总的说来,这部著作视野开阔、思考深入、见解精辟、富有创见,是近年来民事诉讼法学界所涌现的一部不可多得的力作。

二

长期以来,由于种种原因,民事诉讼法学的研究领域处于相对固滞的状态,缺乏应有的生机与活力。这种状况对民事诉讼法学和民事司法实践的发展造成了消极影响,亟待改变。陈桂明教授是尝试作出这种改变的少数学者之一。在《程序理念与程序规则》一书中,作者从中国民事诉讼立法和司法的实际状况出发,深入研究了民事诉讼法的一系列前沿课题,开创了诉讼法学研究的一些新领域。我们从本书中可以看到,作者在研究过程中,对国外民事诉讼法的制度作了广泛而深入的考察,力图在广阔的视野中比较和发现真实,寻找合乎实际的具有较高可信度的答案。

对“程序安定的价值理念”所作的深入研究,是作者在开拓新研究领域中所做的较成功的一例。在我们这样一个人治传统悠久的社会里,民事诉讼规则长期得不到应有的尊重,民事诉讼程序缺乏安定感。例如,在不少情况下,民事判决没有得到必要的执行;同一当事人就同一诉讼标的反复起诉,破坏了判决的既判力等等。对于产生这些问题的根源,众说纷纭,莫衷一是。陈桂明教授通过审视国外传统的民事诉讼理论和现行民事诉讼程序,得出了重要的结论,即国外民事诉讼法的“一些原则或制度正是以程序安定为价值理想而设计的。”^①(P. 22 - 23) 反窥我国民事诉讼法,在设计时却完全没有考虑到这一价值理想。这正是我们的差距之所在。顺着这条线索,作者详细研究了我国民事诉讼规则,指出我国应在讼争一成不变原则、应诉管辖和管辖恒定原则、限制撤诉原则、禁止任意诉讼原则、放弃责问权等方面给予完善,以实现程序安定的价值目标。此项研究为我国民事诉讼法学开辟了更广阔的空间。

任何一个新领域的开拓都有一定的背景或基础。立足于中国民事司法实践,从中发现问题并给予恰当的解释,提出合理的解决方案,这是本书的一个鲜明特点。与法学理论不同,程序规则的使命在于它的实用性。任何一项程序规则,只有当它在司法实践中发挥了良好的效用时,才真正实现了其价值。从本书可以看到,许多新论题都来源于我国的现实的司法实际。不仅如此,陈桂明教授的特别之处在于,他不仅仅是指出了这些问题,而且以其独特的视角和一个学者严谨的理论思维,清晰地阐明这些问题的成因,提出合理的解决方案。

以“诉讼欺诈”问题为例。一般来说,民事诉讼的目的在于解决当事人之间的纠纷,包括形形色色的欺诈而引起的民事纠纷。而现在,随着市场经济的深化,民事诉讼这种法定的解决纷争的手段却成了欺诈的一种工具,从而完全扭曲了民事诉讼制度的本质。

然而,在陈桂明教授看来,这恰好说明了民事诉讼制度的基本缺陷。他说,民事诉讼的性质和目的“使当事人有可能利用民事诉讼这种合法的形式进行诉讼欺诈”。他对此作了令人信服的分析:在民事诉讼中,“民事案件当事人对民事纠纷本身有自主解决的权利,并对诉讼有自由处分权。民事诉讼的目的不是为了发现真实,而是为了解决纠纷。”民事诉讼的性质和目的使当事人主义辩论主义成为许多国家的诉讼模式选择。要求法院充分尊重当事人对诉讼标的的处分权,只对当事人请求的事项和在请求的范围内进行审判;法院作出判决,只根据当事人提出的事实和证据,不得依职权调查证据。这样,当事人主义或辩论主义“就为旨在谋害他方

利益的人进行诉讼欺诈留下了缺口。”

作者在说明采用当事人主义或辩论主义的民事诉讼制度所存在的缺陷之后,通过对诉讼欺诈的类型和具体情形的概括列举,以及对诉讼欺诈的成因分析,在吸收国外立法经验的基础上,提出防范诉讼欺诈的对策。首先是在一定范围内,对当事人的处分权进行限制。尤其是对涉及公益性很强的诉讼案件,法院应该依职权收集证据,彻底查清诉讼案件的要件是否具备。辩论主义的适当前提在于诉讼当事人双方在利益上完全对立。诉讼欺诈发生的场合,通常缺乏这一前提,因此,法院一旦怀疑诉讼当事人之间有串通欺诈的可能时,应该加强职权调查,在三面诉讼、群体诉讼和非具法人资格的其他组织参加诉讼等案件中,对是否存在诉讼欺诈要予以一定的注意,对利害关系人可进行适当的通报。其次是建立惩治诉讼欺诈者的完整体系。再次是设立诉讼通报制度,以及赋予受被害人一定的救济权等。

在开拓研究领域过程中,作者广泛地借鉴了国外的先进理论。不仅如此,作者在介绍国外理论的同时,亦给予深入的分析,并结合中国实际进行探讨,对中国现行的诉讼制度加以合理的改造。在“诉讼契约”一章中,作者通过考察指出,世界各国立法和司法实践表明,诉讼契约基本上有五种类型:管辖合意,诉讼上的和解,证据契约,放弃型的诉讼契约,执行程序中的诉讼契约等。作者在这里还总结了我国民事诉讼法关于诉讼契约的条文,即管辖协议、调解协议、执行和解、破产和解等,指出“调解协议”的契约性较弱,远远低于诉讼上的和解。虽然作者的这种观点不无商榷的余地,但是仅就作者提出这一观点而言,就具有很高的学术价值,因为运用民事实体法上的理念、制度和方法来解决民事诉讼法的问题,在过去的理论上缺乏研究,在实践中殊少经验。我们或许不赞同他的观点,但可以循着作者所提出的问题,进行深入的研究,从而推动学术的进步与繁荣。

三

一部好的学术著作通常是与作者勇于探索的学术精神紧密相连的。《程序理念与程序规则》一书也是如此。在本书中,作者针对中国民事审判实践的实际状况,敢于大胆地设想问题,并通过周详的论证,使读者深感其逻辑的力量,信服其结论。这正是我推荐本书的主要原因。

例如在程序法的价值问题上,作者提出,“程序公正观和诉讼效益观的确立,对构筑民事诉讼法学的基本理论体系意义深远。但是,设计民事诉讼制度是一项精细复杂的工程,对民事诉讼价值体系的认识仅仅局限于公正和效益还是不够的。我们能不能跳出现有的框架,去寻找公正和效益两大基本价值之外的其他价值,甚至是基本价值?”^{〔1〕}(P.1)在这种疑问的驱使下,作者大胆地假设“程序安定也是民事诉讼制度的价值取向”。他指出,程序安定是指民事诉讼应依法定时间先后和空间结构开展并作出终局决定,从而使诉讼保持有条不紊的稳定状态。程序的安定性包含两个不同层面的安定,即程序规范的安定和程序运作的安定。其基本要素包括:(1)程序的有序性;(2)程序的不可逆性;(3)程序的时限性;(4)程序的终结性;(5)程序的法定性^{〔1〕}(P.2-3)。对这些要素作了较为周密的论述之后,作者合理地区分了正义、安定与效益的关系,认为法律的基本价值序列中,安全或秩序总要优先于正义和自由一样,法律自身的安定或秩序要优先于法律的正义和效益。“一部完整的程序法在构思、设计具体程序时,至少应当考虑公正、安定和效益的价值要求”。

在一般人看来,程序安定意味着程序的固定和僵化。为了澄清这种误解,作者阐明了程序安定与程序弹性之间的关系,即“程序的安定并不是程序的固定。程序的安定恰恰总是通过程序的固定和弹性之间的协调得以维持和实现。”在现实的司法实践中,公正、安定和效益这三种

价值取向之间的配合并不总是默契的,在一定情况下,它们之间可能会发生冲突。当它们无法进行调和时,“对安定的适当牺牲有时也成为一种必要。……比如说,既判力软弱势必造成程序的不安定,但我们不能因为程序的安定,而使一方当事人在任何有正当理由的情况下都失去重新获取公正审判的可能。因此程序安定的适度限制或者弹性是必要的。如果仅仅出于安定的理想,而抛却公正和效益,只能使程序变得固定僵化,最终走向了‘恶法亦法’的极端”。这些见解十分新颖,富有创见性,对于正确认识当前民事司法中的一些现象,修改民事诉讼法的有关条款都具有一定的启发意义。

四

学术创新往往是与学术批判相联系的,没有批判就没有创新。但是,对传统理论的批判必须有根有据,令人心悦诚服,这既是批判的目的,也是正确的批判方法。在本书中,作者运用新的视角来审视传统的理论,在充分论理的基础上,提出了自己的独特见解。即便是对一些传统的已成共识的观点,作者也提出了一些新的看法。这是本书的又一特点。

在现代社会,公开审判已成为一项许多国家公认的审判原则,我国亦如此。根据我国民事诉讼法的规定,除法律明文规定的少数几种案件外,其他大多数案件都应该公开进行。然而,即使是公开审理的案件,也存在一个公开的“度”的问题。“不应当因为提倡诉讼的透明度而认为越公开越好,……公开应该有度,同时……应当注意方式方法,这两方面是联系在一起的。”^{①1(P.35)}针对近年来新闻媒体不断涉足法庭、公开报道庭审实况的现象,作者没有被“大众化”,而是表示了理性的怀疑和明确的反对,表现了富于独立思考的可贵精神。作者正确地写道:“审判公开采取常规的方式进行,才能通过心理机制有效地制约审判者的行为,电视手段的高成本和技术上的要求决定了它永远不可能也不应当成为对诉讼案件进行报道的常规手段,因此对法院来说就会出现有人拍电视一个样、无人拍电视又是一个样的情况,失去审判公开的应有效果。此外,面对电视镜头,法官的行为很可能包含较多的表演成份,反而影响对案件的事实判断和法律判断。如果为了这种表演,法官在庭前过多地熟悉案情,更可能造成先入为主,使庭审成为走过场,这正是我们所反对的。”

民事诉讼法律关系学说是民事诉讼理论的重要构成部分。学术界对于民事诉讼法律关系存在不同看法,大致有一面说、两面说、三面说、法律状态说、多面说等。多年来,“两面说”是我国民事诉讼法学界占支配地位的通说。这种学说认为,民事诉讼法律关系为公法关系,表现为法院与原告之间的关系、法院与被告之间的关系。通说否认原告与被告之间的直接诉讼关系的存在。然而这并不符合民事司法实际。“在一个完整的民事诉讼过程中,所有的诉讼主体的诉讼行为都要围绕查明案件事实、实行当事人利益这一目的来实施。法院与当事人,各个当事人及其他诉讼参与人直接必然发生民事诉讼法律关系;同时现行法对举证责任分配和举证方式规则的设置,当事人之间在事实证明上的权利义务关系也是十分明显的。”因此,作者指出,随着民事审判方式改革的逐步深化,“随着当事人对民事诉讼程序的支配权的扩大”,通说已无法自圆其说,只有采纳“三面说”,才能合理地解释现有的民事诉讼法律关系。

在传统的诉讼观念中,诉讼乃是“你死我活”的敌对双方之间的斗争。随着社会政治、经济、文化的巨大变革,人们的思想观念已经发生了深刻的转变。在诉讼领域,“尊重合意”,创造“合意”的气氛,化解“敌对”的冲突,已经成为当代解决诉讼的一种趋势。美国、日本、新加坡,以及如世界贸易组织之类的国际性组织,都倾向于采用和解或“私了”之类的诉讼外解决方法,来解决当事人之间的纷争。按照时下的理念,解决纠纷可以通过多种方式,诉讼仅仅是其中的

一种方式。而“选择何种方式解决纠纷,实质上是当事人之间的一种合意。合意本位是权利本位或人权保障的必然的逻辑归结”。作者写道:“由于审判制度具有局限性,因而需要通过合意来弥补法律程序的正当化机制。只要加强民事诉讼制度的可交涉性,合意是可以达到的。当代法治社会中的调解和判决往往通过当事人之间的横向沟通使法院内的审理和法院外的交涉在自主合意的基础上获得妥协点,使司法程序与私法秩序统一起来。”这样,传统的对立的诉讼冲突就变成成为一种“合意”的过程,即当事人之间“共同合作的交涉过程”。

缺席审判是任何一种审判组织都可能遇到的问题,为此,人们曾经探讨了许多方法。在我国民事审判实践中,由于现行制度的理念陈旧和落后的立法技术的消极影响,缺席审判问题一直没有得到有效的解决。作者详细考察了目前世界上存在的两种缺席审判模式——缺席审判主义和一方辩论判决主义,进行了深入的比较研究,认为“我国缺席审判制度在理论上存在误区、法律规范上不够周全、可操作性弱,难以圆满实现其应有的价值,在实务中容易被法官或当事人误用或滥用。”作者指出,一项完备的缺席审判制度应当实现三种功能,一是鼓励当事人积极参与诉讼,并完成包括出庭辩论等各种诉讼行为,有效地控制缺席情形的发生;二是在相对意义上尽可能地实现客观真实;三是最大限度地保护当事人的诉讼权利,充分赋予当事人攻击防御的手段和机会。作者通过我国国情的分析,认为我国应以一方辩论判决主义为基本原则,只有在特殊情形下方采用缺席判决主义和限制异议制度。

在传统的民事诉讼学说中,调解是民事审判的基本原则之一,然而,在本书中,作者通过对诉讼契约的考察,认为我国法院调解制度在某些方面远离诉讼契约的性质。作者指出,我国现行的法院调解制度虽然是“自愿调解”原则,但是,在实务中,法官往往强迫或劝诱当事人调解,这就否定了“调解的合意性”。严格地说,“诉讼契约一旦成立,应产生一定的法律效果。调解协议既然出于当事人自愿,应当没有任何反悔的理由,只有在法律上规定其无效或撤销的原因时,才可以依法定程序继续审判宣告无效与撤销调解。否则,调解协议就不是真正的契约”。因为作为契约却不产生法律效果,即使违约也不承担任何不利后果,这是违反契约的本质的。又如,关于和解,民事诉讼法规定:“一方当事人不履行和解协议的,人民法院可以根据当事人的申请,恢复对原生效法律文书的执行。”执行和解没有执行力,应该没什么疑问,但“执行和解应产生民法上和解的效力,即司法契约的效力,债权人可以提出异议之诉。”这些见解都是颇有见地的。

陈桂明教授是我国民事诉讼法学界颇有成就的青年学者,《程序理念与程序规则》反映了他近年来的重要研究成果。我深信,这些成果对于方兴未艾的民事审判方式改革,对于我国民事诉讼法的修改和完善,对于民事诉讼法学的研究与发展,都具有重要的借鉴价值。这部著作涵盖了民事诉讼法学、仲裁法学和公证制度等,内容十分丰富,绝非笔者的一篇短文所能阐述。这里仅以自己的一得之见谈些体会,不当处,期请作者和读者批评指正。

参考文献:

[1] 陈桂明. 程序理念与程序规则[M]. 北京:中国法制出版社,1999.

(责任编辑 胡梅娜)