

从法律文化背景看我国民事诉讼模式的选择

赵 钢 刘学在

作 者 赵 钢, 武汉大学法学院副教授; 武汉, 430072

刘学在, 武汉大学法学院硕士研究生; 武汉, 430072

关键词 法律文化 民事诉讼模式 职权主义 当事人主义 选择

提 要 民事诉讼模式是对民事诉讼程序、制度和诉讼运行特征所作的一种宏观上的概括, 法律文化背景对一国的民事诉讼模式的选择和构建有着重要的影响作用。我国民事诉讼模式的选择和定位, 不能漠视我国法律文化背景之客观存在, 因此应立足于我国的实际并以大陆法系的诉讼模式作为基本参照系的思路。

民事诉讼模式是对民事诉讼程序和制度以及诉讼运行特征所作的一种宏观上的概括, 是解决民事争议的总体上的诉讼结构。但由于各国的具体情况和条件不同, 因而形成了不同的诉讼模式, 就世界总体而言, 法学理论界一般认为有两种基本的民事诉讼模式, 即注意法院职权作用的职权主义诉讼模式和注意当事人行为对抗的当事人主义诉讼模式, 前者以大陆法系的德国、日本等为代表, 后者则以普通法系的英国、美国等为代表。在职权主义的诉讼模式下, 法官在诉讼活动中处于主导者和指挥者的地位, 主持诉讼活动的展开以保证诉讼活动在有序和公正的条件下进行。在当事人主义诉讼模式下, 诉讼被看成是当事人之间的私人事务, 当事人在整个诉讼活动中处于主导地位, 法官则相对处于消极、被动的地位, 不介入当事人的辩论, 只在辩论终结阶段作出决定, 并且禁止法官主动调查收集证据和积极地谋求和解。对于我国民事诉讼模式的选择与定位问题, 近年来理论界进行了深入、细致地研究和探讨。笔者认为, 民事诉讼模式的选择与确定, 要受到政治、经济、法律文化背景、历史传统、价值观念、心理定势等诸多方面的影响和制约。其中, 法律文化背景对一国民事诉讼模式的选择有着非常重要的影响, 甚至起着决定性的作用。

一、法律文化背景的影响

对于法律文化的概念和定义, 学者们有着不同的表述。如有的将其表述为: “法律文化是由社会的物质生活条件所决定的法律上层建筑的总称, 即法律文化是法律意识形态以

及与法律意识形态相适应的法律规范、法律制度及法律组织机构和法律设施的总和。”有的学者将其表述为: “法律文化是社会观念形态、群众生活方式、社会规范和制度中有关法律的那一部分以及文化总体功能作用于法制活动而产生的内容——法律观念形态、法制协调水平、法律知识积淀的总和。”虽然学者们对法律文化的表述不同, 但均从不同的角度和侧面揭示了法律文化的含义和功能, 表明法律文化不仅是以往人们从事法律活动和理论研究的智慧结晶和精神财富, 也是现实法律实践的一种状态和完善程度, 一个国家的法制建设的发展和现代化, 不能不考虑本国法律文化背景的影响和制约, 否则就可能走上畸形发展的道路。同理, 一个国家的民事诉讼模式的选择和确立, 总有着一定的法律文化背景和根基, 背离法律文化这个大前提来抽象地、纯理论地谈论诉讼模式的选择, 或者盲目地不加思索地照搬和移植外国的模式都是不可取的, 甚至是有害的。如果硬是要这样, 则往往会造成法律的规定和法律的实践相脱节, 人们对法律的认知、情感、评价和心态同法律的要求相背离, 社会成员现实的行为模式与法律所要求的行为模式相抵牾。

法律文化的民族性特征和排斥功能影响着诉讼模式的价值取向和具体选择。法律文化同其他社会文化, 如语言、文字、饮食、服饰、生活方式等一样, 有着明显的、不容忽视的民族差异性和历史延续性。任何一种法律文化, 都有其产生和发展的社会历史条件和地域的、民族的土壤和背景, 因而形成了法律文化的不同类型和模式, 诉讼模式的差异就是法律文化在诉讼制度上的反映和折射。美国学者 M. A. 格

伦顿指出:“法律是民族的历史、文化、社会价值观念和一般意识与认识的集中表现。没有两个国家的法律体系是确切地相同的。”法律文化的民族差异性,决定了法律文化中所蕴涵的价值观念存在着很大的差异,这种价值观念必将不同程度地反映在各种不同的制度体系中。就民事诉讼模式而言,法律文化所蕴涵的价值观念不仅影响着民事诉讼程序、制度和规范的制定,而且影响着诉讼机制的具体运行,对人们的诉讼观念、意识和行为模式有着潜移默化的作用。

法律文化的互融性和整合功能促进了诉讼模式的相互吸收和借鉴。法律文化除具有民族性和排斥的功能外,还具有互融性和整合的功能,因为现代社会已不再是一个封闭的社会,各国间进行广泛的政治、经济、文化、科技等方面的交流与合作,必将促使法律文化的互相碰撞、交流和影响。在其过程中,一国传统的法律文化就会发生一系列的嬗变,逐渐吸收和融合了外域法律文化中的某些积极因素,进而开始新的法律文化的整合或重建过程。法律文化的这种融合和整合功能,也必将影响诉讼模式的选择和构建。在诉讼频繁的现代社会,不同诉讼模式的国家,一方面为了促进案件公正、合理的解决,另一方面为了提高诉讼的效率和效益,总会相互吸收和借鉴彼此的优点。诉讼模式的发展就是在这种相互吸收和借鉴的过程中实现的。

所以一个国家的包括诉讼模式之选择在内的法制建设和现代化过程,必须从本国的具体国情出发,立足于本国的法律文化背景,批判地继承前辈积累的法律文化成果,吸收和借鉴外国的法律文化,将其融于本民族的法律文化之中,在此基础上,形成本民族的新的法律文化,而不能沿着相反的方向运行,即对本民族的法律文化采取历史虚无主义的态度,全盘移植外域法律文化。按照后一种思路,是根本不能形成本国的法律文化现代化的,或者虽然在制度上、规范上作硬性的强行性规定,但在实践中,在人们的心理、思想和价值观念上则行不通。所以,一个国家的立法必须和该国的具体国情相一致,与该国的法律文化背景相吻合,民事诉讼模式的选择也不例外。

二、我国民事诉讼模式的选择

对于我国民事诉讼模式的选择问题,学者们争论甚烈。一种主张认为“传统民事诉讼体制的结构性变革在于建立以当事人主义为特征的民事诉讼基本模式。另一种主张是建立以“当事人主义为主、职权主义为辅”的诉讼模式。还有的学者认为:“我国民事诉讼模式既不是极端的职权主义,也不是极端的当事人主义。它溶当事人主义与职权主义于一体,既体现和反映了审判者——法院的组织、指挥的职能,又体现了当事人诉讼主体的地位。可以称为是混合主义”的民事诉讼模式。但是这种混合主义模式还没有构筑就绪。”

笔者认为,我国民事诉讼模式的选择时,不能只停留在抽象的概念上。我国民事诉讼模式的选择和确立,应当以我国的法律文化背景为基础,以大陆法系的职权主义诉讼模式为基本的参照系,适当借鉴、吸收英美当事人主义模式中的

合理因素,将其融于自己的法律文化机体之中,建立符合我国国情的职权主义诉讼模式。在一些人看来,赞成职权主义诉讼模式似乎具有更多的“保守”色彩,而赞成当事人主义似乎具有更多的“革命”色彩,其实并不是这样。为了说明问题,笔者认为,应当澄清一些对职权主义诉讼模式的模糊认识。

首先,职权主义诉讼模式和当事人主义诉讼模式并不是孰优孰劣的问题。诉讼模式之差异的形成,有着复杂的原因,特别是因为有着不同的法律文化渊源和背景,所以不能脱离具体的适用环境而简单地认为或断定哪一种模式更好。将德国的职权主义模式搬到美国未必行得通,而将英美国家的当事人主义模式移到德国也未必适和;同理,将德国的模式或英美的模式照抄照搬到我国,也未必适合于我国的具体国情。所以,我们不能笼统地认为职权主义诉讼模式比当事人主义诉讼模式更好,或者认为当事人主义模式较职权主义模式更优。但是,就特定的国家或民族而言,却存在着采取哪一种诉讼模式更合适、更好的问题。在德国,由于受罗马法之法律文化的长期的、深刻的影响和滋润,职权主义诉讼模式得到了充分的发展和完善,形成了一套科学的、严谨的、反映诉讼运行规律的诉讼程序和制度。因此,就德国而言,职权主义模式更合适、更好。基于同样的道理,英美国采取当事人主义之模式则更符合其国情。所以,对诉讼模式的价值判断不应笼统地进行,而应当做具体的分析。

其次,职权主义诉讼模式并非只注重法院的职权作用,而忽视当事人的主动作用和漠视其诉讼权利。实际上,无论是大陆法系的职权主义还是普通法系的当事人主义,都注意发挥当事人的主动性和积极性,赋予双方当事人诉讼中相均衡的攻击和防御的手段和机会。双方当事人的诉讼地位是平等的,他们平等地享有诉讼权利和履行诉讼义务,并且由当事人自己确定审理的对象和提出证据,法院一般只根据当事人提出的事实和证据作出裁判。而法官对证据的调查收集只限于某些特殊的案件或特定的证据。例如在日本,对于有关身份关系的案件以及公害、环境污染等涉及公共利益案件,法院可以不受当事人主张的事实和证据的限制而主动依职权调查证据并作出判决。在民事诉讼中,虽然大陆法系国家和英美法系国家都注意发挥当事人的主动性和积极性,但由于法律文化背景的差异,二者之间仍然存在许多不同之处。例如在证据制度、送达、期日指定、审前准备、特别是庭审的方式和制度等诸多方面,都有着显而易见的差别,而正是从这个意义上讲,我们将它们分别称之为职权主义诉讼模式和当事人主义诉讼模式。

最后,将大陆法系的职权主义诉讼模式与我国过去沿袭的超职权主义诉讼模式区别开来。1982年我国颁布了新中国第一部《民事诉讼法(试行)》,对该法典作一总体的考察,可以发现,在诉讼过程中法院及其法官的干预过于频繁,职权作用过于强化,而当事人的诉讼主体地位和诉讼权利没有得到充分的重视。这种诉讼模式与大陆法系国家和地区的民事诉讼模式相比,实际上已经发生了变异,因此,可称之为超职权主义或强职权主义的诉讼模式。1991年新《民事诉讼

法》颁布后，法院职权已在相当程度上得到弱化，当事人行为的作用和诉讼主体地位得到了更多的重视，体现在证据制度、调解制度、财产保全和先予执行制度、协议管辖制度、二审法院的审理范围等许多方面，可以说，基本上结束了超职权主义的诉讼模式，确立了职权主义的诉讼模式。但是，与大陆法系的职权主义模式相比，在某些方面还存在着缺陷，需要进一步在立法上加以完善。而且，在实践中，一些法院或法官在审理案件时仍奉行过去那种超职权主义的作法，这与现行民事诉讼法的规定是相悖的。

三、完善我国民事诉讼模式的几点建议

我国 1991 年的《民事诉讼法》基本上实现了由超职权主义向职权主义的转换，但在某些方面的规定，以及在司法实践中仍存在着超职权主义的倾向，笔者浅见认为，有以下几个方面有必要加以完善。

1. 关于人民法院调查征集证据的范围。新民事诉讼法第 64 条第 2 款规定：“当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。”笔者认为，这一款规定为法院任意扩大职权调查收集证据提供了依据。这一款的前半部分，即“当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据”，由人民法院来调查收集，这是非常必要的，因为对于这些证据，如果人民法院不依职权调查收集，就难以查明案件事实和作出正确的判决。而对于这一款的后半部分，即“人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查、收集”，则值得商榷。人民法院认为审理案件需要的证据，并非必须由其来调查收集。事实上，人民法院认为审理案件需要的证据，很多只是当事人没有提供，没有尽举证责任，但并不是当事人不能提供，既然当事人能够提供，为什么还要由人民法院包办代替去依职权调查收集呢？这种规定，既不适当地强化了法院的职权作用，又扩大了诉讼成本，妨碍了诉讼效益和效率的提高，而且也不利于案件的公正审理，难以避免法官有偏向于当事人一方的嫌疑。所以，笔者认为这一款的后半部分应当加以删除。对于人民法院认为审理案件需要的证据而当事人没有提供的，人民法院应当行使阐明权，责令和指导当事人及其诉讼代理人举证，而不应该是由人民法院越俎代庖去为当事人调查收集证据。

2. 关于撤诉问题。民事诉讼法第 131 条规定：“宣判前，原告申请撤诉的，是否准许，由人民法院裁定。人民法院裁定不准许撤诉的，原告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的，可以缺席判决。”第 156 条规定：“第二审人民法院判决宣告前，上诉人申请撤回上诉的，是否准许，由第二审人民法院裁定。”笔者认为，对于当事人的撤诉，人民法院应当允许，这是由民事诉讼的性质所决定的。民事诉讼涉及的主要是私人利益问题，对于这种私人利益，采取的是“不告不理”的原则，当事人不主动向人民法院提起诉讼，人民法院也就不会主动地依职权启动诉讼程序，人民法院为什么要对撤诉横

加干预呢？有人担心，如果对原告的撤诉行为不加干预，则可能发生原告规避法律或损害他人权益的行为。其实，这种担心大可不必。其原因在于：（1）撤诉的效果如不起诉，其本身根本不存在不合法的可能性。如果说撤诉是不合法的，则可以合乎逻辑地推论出，这一案件的原告方如果不起诉则是违法的，这岂不荒唐。（2）当事人的撤诉往往是在同对方当事人和解的基础上提出的，是当事人双方自己协商解决他们之间的民事权益纠纷的结果，而对于这种结果，人民法院还要依职权加以干预，则显得有点多此一举。（3）如果撤诉有可能造成对方当事人的民事权益的潜在损害，这也不是撤诉行为本身所造成的，因为撤诉行为本身纯粹只是一个程序性行为，不可能造成对方当事人的实体损害。倘若在客观上对方当事人的民事权益受到了损害，则他同样可依法提起诉讼以寻求保护，而是否寻求诉讼保护，应当由其自己决定，人民法院不应主动干预。同理，如果撤诉人在客观上侵害了第三人的民事权益，对于这种权益纠纷，人民法院同样不应该主动予以追究，而应等待该第三人表明态度。（4）如果申请撤诉人在客观上违反了行政法上的义务或刑事法律所规定的义务，这同样不能成为人民法院不准撤诉的理由。因为这种情况已经不是首先由人民法院予以解决的问题，根据法治原则的要求，对当事人的这种行为应当由相应的行政机关予以处理或者由公安机关、检察机关立案侦查和提起公诉。人民法院应当向上述有关机关提出司法建议，而不是依职权不允许撤诉和包办代替其他国家机关的职权。

3. 关于弱化院长和审判委员会的职权。人民法院对民事案件的审判有合议庭和独任制两种基本形式，绝大部分案件理应由合议庭或独任审判员审理后依法作出裁判，但是在司法实践中，这种作用并没有得到应有的发挥，“审者不判、判者不审”和“先定后审”的怪异现象普遍存在。很多案件在作出判决前要经过庭长、院长或审判委员会的层层“把关”审批或讨论决定，还有很多案件则在审理前由领导或审判委员会向审判人员发出明示或暗示的“指令”，从而使合议庭或独任审判员对案件的处理完全没有决定权，成为没有独立意志的受人摆布的“木偶”。这些做法的弊端和危害是显而易见的。首先，不利于案件质量的提高；其次，加大了诉讼成本，降低了诉讼效率；第三，造成庭审活动的空洞化，使开庭审理成为一场由当事人、其他诉讼参与人和审判人员组成的“话剧表演”；第四，不利于提高审判人员的业务素质，也不利于增强其责任感；最后，领导审批和审判委员会讨论决定案件，造成与公开审判原则相矛盾，与直接审理原则相悖逆，与回避制度相冲突。所以，完善我国的民事诉讼模式，必须弱化领导和审判委员会的职权。首先，由副庭长、庭长、院长等“把关”审批是根本没有法律依据的，应当坚决予以取缔。其次，审判委员会讨论决定案件应严格限制在法律规定的范围之内，待条件成熟时，可考虑取消由审判委员会讨论决定案件的制度。

（责任编辑 车 英）