

民事诉讼模式转换的先声?? PDF转换可能丢失图片或格式，
建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E6_B0_91_E4_BA_8B_E8_AF_89_E8_c122_485428.htm 一、何谓民事诉讼基本

模式转换理论?ア 裕滤咚匣?本模式转换理论是近年来国内民事诉讼法学界提出的一种令人关注的理论。这种理论是建立在对民事诉讼最基本的关系，即诉讼当事人与法院法官的关系的考察基础之上的。考察的结果，按照诉讼当事人与法院在诉讼程序中享有的权利、义务以及所受到的制约，一句话，按照诉讼当事人与法院在诉讼程序中所处的地位的不同，把世界各主要国家的诉讼制度，分成三种模式绝对当事人主义模式，相对当事人主义模式和职权主义模式。与三种模式相对应的典型的诉讼制度，绝对当事人主义以英美法系国家英国、美国诉讼制度为代表。相对当事人主义以大陆法系国家法国、德国为代表。职权主义以前苏联为代表。而我国现在的民事诉讼制度由于受到前苏联和原来的计划经济的影响和制约亦属于职权主义的诉讼模式。绝对当事人主义和相对当事人主义统称当事人主义与职权主义的区别在于：前者按照私权自治和民事主体平等的原则，尊重诉讼当事人在民事诉讼中的处分权和辩论权，换句话说就是从民事诉讼的发动，主张的提出到证据的提供到为证明主张的辩论权的行使，到民事权利的承认处分等等其主动权均在当事人，而法院和法官不过是在当事人讼争范围内针对讼争焦点作出裁决的裁判者。其在诉讼程序中所处的地位是消极的、被动的、超然的，唯其是消极的被动的超然的因而才是中立的公正的。而职权主义则在很多方面正好与当事人主义相反，职权主

义诉讼模式无论是在诉讼的提起、证据的出示、认定、调查、收集、当事人处分权的行使、判决的制作等方面都赋予法院法官有很大的裁量权，当事人虽然亦提出主张、辩论、质证，但法官依据其对事实的绝对探知权，可以不受当事人的主张、辩论、质证的约束，一句话，法官是居于当事人之上的裁判者，而不是与当事人同样处于程序约束的中立裁判者。显而易见，这种诉讼模式与我国目前推行的市场经济是不相容的，具有轻视程序正义的先天缺陷，容易造成司法不公和司法腐败。因此，无论是理论界和实务界，均迫切呼吁我国民事诉讼制度必须实行模式转换，即由现在不适合市场经济的职权主义诉讼模式转换为当事人主义诉讼模式。而《规定》正是推进了这种诉讼模式的转换。

二、《规定》中有哪些条文，其内容和观点体现了民事诉讼模式转换理论，体现了我国民事诉讼制度向当事人主义转换的倾向。

收呷衔，用一句话说，几乎《规定》的绝大部分条文，都程度不同地体现了我国民事诉讼制度由职权主义向当事人主义转换的倾向，为什么这样讲呢？理由有四：（一）从《规定》制定的背景，即立法者制定《规定》的意图，目的来看。《规定》的制定首先是从对职权主义诉讼模式的反思和批判入手的：正如最高人民法院宋春雨发表的署名文章：《规定》的理解与适用(以下称宋文)一文中对《规定》制定的背景所作的解释：拔夜“民事诉讼法对证据的规定只有十二条，基本上是原则性规定，可操作性不强，无法真正解决实践中的证据问题。一方面，当事人对举证责任的内容不明确，缺乏举证积极性和风险意识，败诉后又往往将责任推给法院，造成法院公信度下降，更有一些当事人利用证据突然袭击，拖

延诉讼，严重干扰诉讼活动正常进行，损害对方当事人的合法权益：另一方面，由于没有可供遵循的具体的证据规则，审判人员往往依靠经验和直觉分配证据和判断证据，影响司法的稳定性和严肃性，同时对证据裁量权过大，也容易滋生腐败，证据问题已成为制约民事审判公正与效率的重要因素，证据问题不解决，民事审判公正与效率的目标就难以真正实现”。?ア 捎谳中忻裕滤咚戏 ?无论是从当事人诉讼权利行使角度来看，还是从法院审判权行使的角度来看，都存在与职权主义诉讼模式相关联的弊端。从当事人诉讼权利行使的角度来看：“当事人对举证责任内容不明确，缺乏举证积极性和风险意识，败诉后又往往将责任推给法院，造成法院公信度下降，更有一些当事人利用证据搞突然袭击，拖延诉讼，严重干扰诉讼活动正常进行，损害对方当事人合法权益”。从法院审判权行使的角度来看：“由于缺乏可供遵循的具体的证据规定，审判人员往往依靠经验和直觉分配举证责任和判断证据，影响司法的稳定性和严肃性，同时对证据的裁量权过大，亦容易滋生腐败”。为什么说宋文所指出的现行民事诉讼制度存在的弊端，其实质就是职权主义诉讼模式的弊端呢?因为职权主义的最基本的特征，正好是当事人诉讼权利行使的不明确、不充分、不透明、不彻底和法官裁量权的含混和不受限制，由于当事人依法能行使的权利不明确、不充分、不彻底，必然导致诉讼程序的不透明，而诉讼程序的不透明必然导致法院公信度的下降，而法院裁量权的含混和不受制约则不但助长、鼓励当事人放弃当庭的努力而加强庭外的攻势。导致司法腐败和司法不公。因此，为求民事审判的公正与效率的实现，唯一的改革出路就是变现在的职

权主义为当事人主义。(二)明确当事人的举证责任，使诉讼的利或不利的结果为当事人所明了，从而改变原先由于举证责任不明将不利结果的出现归责于法官的现象。明确当事人的举证责任，《规定》在原民事诉讼法“谁主张，谁举证”的原则规定的基础上，朝前迈进了三大步，第一步，界定举证责任的含义。这一点体现在《规定》第2条。根据第2条的规定，举证责任包括行为意义的举证责任和结果意义的举证责任。行为意义的举证责任是指当事人对其主张的事实所负担的提供证据加以证明的责任(第2条第1款)，结果意义的举证责任是指待证事实处于真伪不明状态时，主张该事实的当事人应承担不利的后果(第2条第2款)。第二步，明确举证责任的分配规则。包括：第一，举证责任分配的一般规则，即主张权利存在的当事人对权利发生的法律事实负举证责任、主张权利不存在的当事人对权利消灭或者妨碍或限制权利的法律事实负举证责任。第二，举证责任分配的倒置规则(例如医疗行为、环境污染、共同危险致人损害侵权诉讼)。第三，特殊情况下举证责任的分配原则。第三步，进一步明确当事人自认所产生的法律后果，当事人自认的事实不仅对当事人具有法律约束力，而且对法院的裁判行为亦产生拘束力。《规定》第8条、第9条、第10条作的上述三个方面的规定，在笔者看来，确实在促进我国民事诉讼模式转换方面迈出了很大的步伐。既然诉讼当事人在每一宗具体案件中的举证责任在事先就是法律明确规定的，既然法律规定的举证责任的完成与否将直接导致案件处理的或胜或败，那么，当事人在起诉或应诉的时候自己即可通过自己或委托的律师的分析，把握案件或胜或败的理由，而这些理由不但约

束自己，同时亦约束作为案件的裁判者的法官，那么，当事人对讼争案件的或胜或败的信心，就基本上可以建立在案件的事实基础上，而不必像过去那样，由于举证责任不明和法官裁量权的不受限制而寄希望法官，担心法官的偏帮，从而不得不除了庭内工作之外千方百计作败坏社会风气的争取和防止法官偏帮的庭外工作。

（三）限制法院调查收集证据的范围，同时对当事人申请法院调查收集证据的条件作出明确规定。《规定》对原民事诉讼法把法院调查收集证据的范围界定在“人民法院认为审理案件需要的证据”这一范围之内。这一范围相对于诉讼当事人来说可以是有界限的，但对法院来说，可以是没有界限的。因为某一证据是否是审理案件需要的证据，解释权在法院。现《规定》对原民事诉讼法的这种过于宽泛的调查权作了具体的限制，即法院认为审理案件需要的证据限于以下两种情形：“（一）涉及可能有损国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的事实；（二）涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等与事实争议无关的程序事项”。这里规定的两种情形，第一种是为了防止双方或一方当事人借民事诉讼损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的事情的发生。第二种是为了保障诉讼程序的合法有效。总之两种情形均与诉讼当事人的实体争议无关。这就在一定程度上限制了法院利用职权偏帮一方当事人，违背公平、公正原则的现象的发生。另外，对当事人及其诉讼代理人申请人民法院调查收集的证据范围亦作出限制。同时，为了防止一方当事人串通法院滥用这种调查权，《规

定》对法院实施调查的程序以及收集证据的规范亦作了规定。所有这些都体现了《规定》以时俱进的精神以及促使职权主义诉讼模式向当事人主义诉讼模式转换的努力。?ア?(四)通过规定举证的时限、证据交换、质证、证据审核认定等程序规则，一方面突出诉讼当事人在民事诉讼中的主体地位；另一方面，亦尽可能把法院法官限制、定格在中立裁判者的地位上。?ア 捎说?民事诉讼法没有举证期限的规定，当事人随时提出证据的情形，不仅给一些当事人拖延诉讼搞突然袭击留下法律漏洞，亦给一些法官对，案件久拖不判找到借口，造成诉讼效率和审判效率低下。无期限的举证权利和久拖不判已成为严重的司法不公。《规定》第32条至第36条对举证时限作了一般规定。当事人在举证期限内不提供证据材料的将导致证据失权的法律后果。另外《规定》第37至第40条还对证据交换的范围、时间、具体操作和再次交换等问题作了详尽的规定。第41条至第45条对新证据及其提出时限作了详尽的规定。上述明确而详尽的规定，其立意都在增加程序的透明度，防止诉讼当事人利用含糊的规定恶意滥用程序权利，防止法官与当事人串通和暗箱操作。这种增加程序透明度的规定同样体现了从职权主义向当事人主义转换的意向。?ア 谥手ず橢ぞ蕤纳蟻巳隙勿希?由于《规定》明确规定：“未经质证的证据，不能作为认定案件事实的依据”。并规定“人民法院应当以能够证明的案件事实为依据依法作出判决”，而且判决书还要“对证据有无证明力和证明力大小独立进行判断，并公开判断的理由和结果”。上述规定确立的三个判决原则，即证据质证原则，能够证明原则和公开判断理由和结果原则，对于改变原民事诉讼制度存在辩论原则

非原则化，即辩论原则的虚化和忽视程序正义这两大职权主义诉讼模式的弊端，促成辩论原则的实实在在的贯彻，促成程序正义的实现应该能起到很好的作用。为什么这样讲呢，因为整个民事诉讼程序的重心和落脚点都是对证据的认定和判断，把握住对证据的判断这一关，使之增加透明性、可预知性和可解释性，这实际上就是把握住民事诉讼的终局目的，而要做到上述三性，正是职权主义诉讼模式所不可能而为当事人主义诉讼模式所独具的。由于法官只能依据经过质证的证据进行判决，这就理所当然增加了程序的“透明度”；由于法官应当以能够证明的案件事实为依据依法作出判决，这就使判决结果对当事人和律师来讲具有可预知性，这就从制度上避免突袭判决的发生；由于法官必须公开其判断的理由和结果，并且这些理由和结果必须符合法律的规定，显示出法官是遵守职业道德运用逻辑推理和日常生活经验作出判决，这样的判决将更能使当事人感觉到公正。

三、《规定》在模式转换方面的不彻底或不足之处。

豆娑 吩谄渥芴逢 瞎岢鼓 J 阶?换的理论，开模式转换的先声这一点是不言而喻的。但正如任何新生事物在其形成阶段总有其不足和不完善之处一样，《规定》在模式转换方面亦存在许多不彻底或不足之处。例如：

1. 虽然如上所述，《规定》第15条对原民事诉讼法规定的人民法院调查收集证据的范围作出具体的限制，其改革的步伐和力度是不可谓不大的，但这种限制在笔者看来，仍然没有限制到位。例如该条中规定人民法院认为审理案件需要的证据包括“涉及可能有损国家利益和社会公共利益……的事实”，而“国家利益”和“社会公共利益”这两个概念本身就很抽象、含混，不易界定，可见留下了

这一块，职权主义的色彩就还很浓，就不能说职权主义已经转换为当事人主义。当然，笔者这么说并不是指不应该赋予法院调查权，而是说法律在赋予法官调查权的同时要防止法官滥用调查权。因此笔者主张，在这一点上，我们不妨借鉴法国民事诉讼法的规定，即与其限制法官行使调查权的范围，不如限制法官不透明调查权的行使，即禁止法官在没有通知双方当事人和双方当事人不在场的情况下进行调查。?ア?2

·《规定》第48条仅规定对“涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私或者法律规定的其它应当保密的证据，不得在开庭时公开质证”，既是规定“不得在开庭时公开质证”，是否意味着可以在庭后不公开质证呢?既然民诉法已有不公开审理的制度，上述案件即在不公开审理的范围，又何来不得在开庭时公开质证之说。如果说本条规定的旨意是指的无论是开庭之时还是开庭之后，经不质证或在哪些场合根本就不能质证，则《规定》对此应作出进一步的规定。另外，对不能质证的证据的效力，应如何确定，规定亦未作规定。像这些该作规定而未规定的地方，都是给法院自由裁量权留下空间，给职权主义诉讼模式保留色彩的地方。?ア?3

·《规定》第一条关于“原告向人民法院起诉或者被告提出反诉，应当附有符合起诉条件的相应的证据材料”的规定是不妥当的，因为此条规定的起诉条件超过民诉法第108条第三项规定的起诉条件，有具体的诉讼请求和事实理由。如果按此条要求，当事人在起诉时就必须准备用以证明相关事实和理由的证据，这种要求过于严格，这势必导致没有这些证据就将被驳回并将实体审理提前到审查起诉阶段。这一条规定不客气说是模式转换的倒退，一方面是不适当地限制了当事人的诉讼权利的行使

使，另一方面是不适当地加大了法院对当事人行使诉讼权利的干预。四、造成《规定》在模式转换方面的不彻底或不足之处的原因。《规定》解释的范畴，不像立法机关制定和修改法律，可以不受原有法律的限制，因此，无论《规定》的制定者如何确立与时俱进和深化改革的精神和宗旨，终究要受到现行法律的制约。因此，要求《规定》在民事诉讼证据的范围内，一步到位实现民事诉讼的模式转换不但是不可能的，而且亦是不现实的。另外，从《规定》的制定程序来看，既然《规定》归根到底是由最高审判机关制订的法条，它或多或少总要打上审判机关立法的烙印。而学界主张的模式转换理论，首先就是以限制或淡化法院职权，而让诉讼当事人充分行使辩论权和处分权为其基本特征的。而一般来讲，代表这两种权利的彼此消长，正是职业法官与职业律师的分野。前者倾向于维护职权主义，后者倾向于倡导当事人主义。因此，民事诉讼全面彻底的模式转换的完成，在立法程序上必须有倾向代表诉讼当事人权益的律师团体的参与。而且这个参与不是一般的仅仅充当配角和陪衬的参与，而是作为一个重要的方面军，其地位和作用不亚于法院法官的方面军的参与。五、《规定》的理论和实践价值《规定》是民事诉讼模式转换的先声，其理论价值和实践价值毫无疑问是很巨大的。就理论价值来讲，它不仅将推动民事诉讼全面彻底朝着当事人主义的方面转换，使我国民事诉讼制度真正与社会主义市场经济发展要求相吻合。而且，作为观念转换的先声，其对整个司法队伍的观念转变的结果最终还将导致行政诉讼、刑事诉讼模式的转换。而在实践方面，不仅进一步促进民事审判公正与效率，而且对推动

法院和法官队伍的建设，促进律师业的发展，提高司法公信力，改变诉讼风气和社会风气，必将起到十分积极的作用。

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问
www.100test.com