

简论马锡五审判方式

——一种民事诉讼模式的形成及其历史命运

范愉

内容提要：本文所述的"马锡五审判方式"是指在中国共产党根据地形成和发展起来的一种民事诉讼模式。其主要特征是：1、非形式主义的常识化运作；2、与其他社会规范相配合的个别主义的解纷方式；3、人格化的家长式的法官。当前，这一模式虽然已成为民事审判方式改革的对象，但仍具有深厚的社会基础与生命力。本文通过对这种处于转轨的交叉点上的民事诉讼模式的历史命运的分析，从一个侧面探讨了中国民事审判方式改革的方向。

对于中国法学界来说，"马锡五审判方式"几乎已经是一个历史的概念，在法学院的知识体系中，它仅在近、现代法制史上保有一席之地；而在作为法解释学的民事诉讼法学中，则似乎早已成为明日黄花。在迄今为止的研究中，关于"马锡五审判方式"在中国司法制度、特别是在民事诉讼中的历史地位和现实意义，大致有这样几种观点。[1]其一，认为马锡五审判方式是根据地在特定的历史条件下曾经采用过的一种战时的、临时性的审判方式或制度，它虽然在当时有其特定的意义、并积累了一定的经验，但并不是建国后中国民事诉讼模式的原型，对现行的民事诉讼模式并无实质性的意义。而现行的民事诉讼模式是在建国后全盘继受前苏联的民事诉讼制度的基础上形成的，其特点是"强职权主义"。[2]另一种观点认为，马锡五审判方式并不具有民事诉讼模式的意义，而主要是共产党用以发动群众、教育群众的一种手段，是共产党的司法政策的产物。[3]与此相反，还有一种观点认为马锡五审判方式实际上在根据地时期确立了一种与国民政府的司法完全对立的新的模式，并且成为新中国民事诉讼模式的原型。[4]然而，很多人相信，从1982年《民事诉讼法（试行）》，特别是1991年《民事诉讼法》实施以后，这种审判方式已为新的、正规的审判方式所取代。并且，随着市场经济发展的需求，中国的民事诉讼模式正在朝着与马锡五审判方式完全相反的方向继续改革，也就是说，马锡五审判方式已完成了它的历史使命。

中国法制的近、现代化已走过了百年的历程，在这一过程中，马锡五审判方式究竟占有什么样的历史地位、具有何种现实意义，它的历史命运又如何呢？本文试通过简短的回顾和概括性的描述说明马锡五审判方式作为一种特殊的民事诉讼模式的意义，并通过分析其历史命运，探讨中国民事诉讼改革的方向。

一、马锡五审判方式的产生

马锡五审判方式是以陕甘宁边区从事司法审判工作的马锡五[5]命名的。1944年1月6日，林伯渠在陕甘宁边区政府委员会第四次会议的《边区政府一年工作总结》中，第一次提出"诉讼手续必须力求简便，提倡马锡五同志的审判方式，以便教育群众"。同年3月13日《解放日报》发表社论《马锡五同志的审判方式》，通过马锡五审判方式的三个典型案例[6]总结了马锡五审判方式的经验。[7]以后，

马锡五审判方式不仅作为民事诉讼，而且作为整个边区司法工作的原则和经验加以推广。[8]由于多方面的阐发，马锡五审判方式更多地被以后的研究者解释为一种意识形态、思想方法或“民主作风”、乃至一种理想主义的法官的工作方法，以致其作为一种民事诉讼模式的意义反而被忽略了。

笔者以为，马锡五审判方式并不是马锡五个人的发明，而是在当时的司法理念、制度和经验的基础上总结、提炼和发展出来的较系统的民事诉讼模式或其雏型。其中许多具体原则和做法以后被直接运用于新中国的民事诉讼制度。[9]根据地的司法制度从构成要素和渊源上看，主要来自以下几个方面：

1、前苏联东欧社会主义国家的法律制度、理论和法律实践经验。从土地革命时期的苏维埃政权时起，解放区、根据地的司法制度就注意以前苏联东欧法制为样板，结合当时具体情况适当采用，例如民事诉讼程序中规定群众团体为了维护其成员的利益可以代其成员提起诉讼，以及法院不得以无实体法根据为由拒绝当事人提起诉讼的原则，等；

2、国民政府法律制度中自清末立法开始从大陆法系继受而形成的近现代性质的法律文化和素材。包括基本的法律概念和术语，以及法的分类等。而且，抗日战争期间根据地的司法机关理论上属于国民政府司法机关的一部分，适用国民政府的六法及根据地的地方法规；

3、中国传统司法和解纷方式中的习惯、经验，以及传统法律文化和理念。在马锡五审判方式中，这方面的内容比比皆是，极为生动，例如巡回审判、深入民间调查、听取当地群众的意见和情理方面的评议、调解、以及说服教育等等；

4、基于当时的具体情况（例如审判员素质低、战时等因素）而采取的特殊措施（例如刑事诉讼中的死刑复核制度、审判委员会等），在以后的发展中被进一步制度化。

值得注意的是，根据地乃至建国后的司法制度中很多颇具特色的因素，既可在社会主义法中找到根据，又可在传统司法和解纷方式中得到印证，这两种民事诉讼模式的构成渊源及其结合，在实际的运作中集中体现在法官的职权行使方式和律师在诉讼中的地位上，在理念上则体现为意识形态与情理的交互作用。需要指出的是，在一般法制史研究中，马锡五审判方式主要是指根据地的司法制度和工作原则，由于本文的研究限于民事诉讼领域，在这里主要将其作为一种民事诉讼模式加以探讨。

二、马锡五审判方式的特征与性质

马锡五审判方式在民事诉讼中的运作中具有以下几个特征，这些特征正是区别于西方法律传统中的近现代民事诉讼制度及其原理的本质所在。[10]

1、西方近现代民事诉讼制度的本质特征之一是它的形式主义和理性主义。民事诉讼机制被设计为一种极其缜密的、必须由职业法律家参与运作的程序或过程。

[11]这不仅是指法官（司法机关）的专业化，还意味着由于其全部程序都是以职业法律家为核心设计的，所以无论是否采取律师强制主义，通常律师是必不可少的。除了小额或简易程序外，在普通的民事诉讼程序中；往往必须依靠专职律师才能完成。与此相对，马锡五审判方式并不必然意味着法官和司法机关的非法律职业化，其最重要的特征在于它是以常识运作为出发点的（这经常被法学家所混淆，其实二者是完全不同的问题。尤其是，与刑事诉讼不同，一个职业化的司法机关完全可能以一种常识性的程序解决民事纠纷。例如，许多国家民事诉讼中的简易程序都尽可能向常识化靠近，当代已有不少关于司法大众化审判模式的构想，表现出对法律形式主义的背离[12]）。具体表现为诉讼程序及运作过程的非形式主义（不拘形式）、当事人便利主义、诉讼中可以没有律师参与。[13]法官（院）定期下乡；即时、就地开庭解决纠纷、无需任何费用，当事人可以拦路告状、口头提起诉讼、甚至不必负主张责任和举证责任，不必陈述法律依据。可以说，在诉讼过程中，当事人的直接参与程度（无须律师参与）往往标志着这一运作方式的常识化程度。[14]

2、关于民事诉讼的目的，在西方法律中历来有以实现个人权利为目的和以纠纷解决为目的之争。[15]但无论以什么为目的，法律都以其严格依据实体性的规范界定权利义务和依照严格的程序达到形式正义为特征。这就是西方法律传统的法的自治性，[16]亦即法区别于其他社会调整（或纠纷解决）机制的根本特征。而马锡五审判方式则是另一种民事诉讼模式的体现：民事诉讼的社会功能以纠纷解决为目标，解决方式基本上是基于个案的个别主义方式，与其他社会调整（或纠纷解决）机制（甚至包括政策与道德）相互配合，在运作过程中注重各种“活法”的运用，积极发挥调解的特殊作用、追求结果的合理性（实体正义）、并主动依靠地方化解纷方式及地方权威的作用（依靠群众解决问题）、特别重视纠纷解决的社会效果--社会舆论的评价及对今后的规范效应等。[17]同时，因为这种地方性的运作本身重视和追求“息讼”功能，就不致使便宜的诉讼程序转化为滥讼的诱因，而这恰恰是西方法制在民事诉讼中遇到的最难以解决的问题之一。

3、人们通常根据西方两大法系法官在民事诉讼模式中的不同作用，分别将其称之为职权主义和当事人主义，并把中国的民事诉讼模式称之为强职权主义或超职权主义。这样定位确实可以揭示中国民事诉讼模式中法官在诉讼中的主动性以及与当事人的关系，但往往在强调其职权的同时忽略了它的另一面，即法官实际上也承担了极大的责任，包括对当事人的主张、事实、法律依据的释明义务（责任），诉讼要件及证据调查义务，以及调解促成的义务甚至对当事人说服教育的义务。在这里，所谓超强的职权是作为法官的义务要求其完成的。[18]这就是马锡五式的法官所具有的不同于西方法律传统的司法消极主义条件下法官的特征--即与常识性运作相配合的积极的、人格化的法官。法官的使命不仅是开庭审理，其大量、甚至主要的工作是在庭外。实际上，西方民事诉讼运作中律师的一部分功能，在这里是由法官承担的。民事诉讼模式不仅取决于法官职权的大小，还意味着法官是如何行使这一职权的。在西方法律传统中，法官应是远离尘世的孤傲者，以避免受到金钱的诱惑或人情的干扰，而在马锡五审判方式中，法官是以一种人格化的、家长式的方式解决纠纷的，这完全符合当时社会环境中的民众理想的“清官”形象，很容易为民众和当事人接受（马锡五当时被民众称之为“马青天”）。恐怕这也是至今中国大多数民众偏好认同的法官的理想形象。然而，这样就不可避

免地导致法官职权过大的表象以及法官个人素质、特定的道德要求（具体化为“全心全意为人民服务”的口号）和价值观对案件审理、判决的决定性作用。

马锡五审判方式的出现与当时国民政府的司法机关及其审判方式形成了鲜明的对照，亦暴露出国民政府的法制近代化路线存在的几个重要的问题：

首先，当时国民政府的司法腐败、以及由于民事诉讼的高费用和程序的复杂性造成的司法不平等日益严重，已经与民众的司法需求形成尖锐的矛盾，[19]而民间纠纷久拖不决则会加剧社会的不安定，导致国家司法机能的衰退。因此，马锡五审判方式所带来的司法廉洁和司法便利之风一扫旧司法黑暗、陈腐的形象，使人耳目一新，甚至受到国民党统治区法学家的赞扬。[20]

其次，国民政府的司法机关及诉讼程序没有解决近现代法制的本土化、特别是近现代法制与广大农村的社会现实的矛盾，不仅司法机制不能有效地发挥解决纠纷的机能，实体法的许多基本制度和原则（例如所有权制度和婚姻制度）也无法真正实行，以致法律很大程度停留在书面，国家的权力在许多地域为各种宗族、家族和地方势力牵制和抵消，其统治并未真正有效地实现。[21]而马锡五审判方式以其特有的便利低廉和地方化方式，不仅能高效、灵活地解决纠纷、稳定社会秩序，还使国家司法权的行使深入及农村社会底层，并藉此将法制推广至每一个角落。这也正是建国初期婚姻法贯彻时实行法制宣传与司法活动相结合。最终较彻底地动摇了传统的家族制度的原因所在。[22]

正因为如此，马锡五审判方式不仅在当时受到民众的欢迎，而且自然而然地被作为成功的经验带入了新中国。

三、从马锡五审判方式到当代中国民事诉讼模式

实际上，在1982年《民事诉讼法（试行）》制定公布之前，中国并非一直没有民事诉讼制度或诉讼程序，而只是没有形成正式的法律而已。如果认真查阅一下建国以来的有关文献，就可以清晰地看到从马锡五审判方式到当代民事诉讼模式的发展轨迹。从1950年《中华人民共和国诉讼程序试行通则（草案）》，[23]到50至70年代最高人民法院关于审判方式的经验总结，[24]民事诉讼程序和审判方式都是在当时政治背景下，总结社会中民事诉讼的实际情况及审判的经验而逐步发展起来的。如果剔除那些政治性的时代用语，其中的一些基本原则（如两便：便于当事人诉讼、便于法院审理等）是贯彻始终的。[25]

当前，尽管民事诉讼程序和审判方式改革已持续了一个时期，但在今天中国的民事诉讼实践中仍然可以看到马锡五审判方式所确立的民事诉讼模式的实际存在。一方面，在大都市的经济案件、特别是涉外案件中，马锡五审判方式的特色已经或正在被正规的庭审和举证、质证的程序所取代；另一方面，在真正意义上的民事诉讼中（婚姻、继承、抚养、债务纠纷等），特别是在农村的人民法庭和简易程序中，马锡五审判方式所确立的民事诉讼模式仍然是最常用、也是最理想的民事诉讼程序和纠纷解决方式。这一点可以在《人民法院报》大量有关基层人民法院和人民法庭的报道中得到证实。前一个时期在全国各电视台普遍播放的电视剧

《四人办案组》，[26]可以说是马锡五审判方式在新时期的再版，所不同只是其运作的时代背景。其特征具体表现为：

1、无论这些民事诉讼案件发生在农村或当代的大都市，几乎所有当事人都在没有律师帮助、也并未借助法律援助的情况下进行并完成了诉讼。显然，这并不完全是因为当事人法律意识低、律师供不应求或费用过高使然，而是在于如棚濑孝雄所言：“律师所拥有的这些知识、技术对于实现权利这一目标来说越是重要，或者说越是具有不可代替的性质，人们就越会设法超越高额律师费用及其他抑制利用这种服务的因素等障碍，表现出对律师的较高需要。相反，如果存在减少上述特殊知识、技术作用的社会机制，没有律师服务同样可能达到权利实现的话，则对律师的需要将很难维持较高水平”。[27]在这里，审判的专门化和程序的正规化并未改变诉讼模式的常识运作的基本特征，借助法官的说明和指示，没有律师参与并未对案件的审理、判决和当事人权利的实现构成障碍。

2、法官在办案过程中仍然是以纠纷解决为目标，并重视纠纷解决的实体正义和社会效果[28]。虽然与马锡五的时代比较，法官在办案中已经基本有法可依，但法官仍然注重借助各种“活法”（如道德、社会舆论、情理等）判断事实、说服当事人，并主动依靠居委会及行政部门的协助。甚至把法庭开到街道办事处，以教育群众（兼具“息讼”功能）。

3、法官在办案过程中仍然是开庭与庭外工作并举，不仅把调查证据和对当事人的说明、解释作为办案的需要，而且将其视为自己的道德义务。法官在依法办事的前提下，并不掩饰对当事人的理解、同情、或道德的谴责和批判，总是设身处地为当事人着想，并极富人情味，与当事人保持着一种人与人之间的对话和交流关系。因此，随着法官工作的进展，当事实与当事人的权利义务都逐步理清时，纠纷实际上已经解决，当事人或撤诉、或接受调解，对判决也容易接受和执行。这实际上是一些西方国家改革民事诉讼程序中所追求的目标之一。[29]

总之，从民事诉讼的现状看，虽然改革已推进了一个时期，但民事诉讼模式实际上尚未完全发生本质的转变，或者说在一定范围内仍然保持着其生命力。

四、马锡五审判方式及其模式的历史命运

那么，这样一个富有中国特色的民事诉讼模式为什么却受到法学界和司法界自身的批判，似乎已走到了尽头呢？问题主要在于，这一模式与建立在西方法律传统之上的现代民事诉讼模式在逻辑上是根本对立的，二者很难相互兼容；而在走向法治的进程中，选择世界通用的现代民事诉讼模式是合乎逻辑的。本来，在一个国家的法制中，民事诉讼机制是最具地方性和文化性的，它可能在借鉴某一民事诉讼模式的基本要素的同时，溶入本土的和传统的素材，发展为一种多元化的机制，并适应社会的需要不断调整。然而，这需要有一个相当长的过程，而在我们今天的时代，面对以下现行民事诉讼模式的内在弊端或危机，急切的改革愿望总是倾向于尽快与国际接轨，试图以引进多数或某些现代国家的现成制度或模式来改造现行体制和模式。

首先，当前国家公职人员的腐败已经成为最严重的社会问题，而司法腐败则因其特殊的地位和意义成为社会关注的焦点，因此，对司法权以及法官权力的限制或制约就成为重要的课题。不少意见认为，现行民事诉讼模式中法官权力过大是造成司法腐败的原因之一。不能否认，这种积极的、工具主义的职权行使方式一旦被滥用，确实会导致严重的后果、直至司法权威的丧失。因此，以现代西方的当事人主义模式（或职权主义+当事人主义模式）重塑中国民事诉讼模式或审判方式的改革构想，就率先以司法民主化的口号推出。

其次，由于现行民事诉讼模式产生、发展于特殊的历史、社会背景，长期以来被意识形态化并在特定的政治体制条件下运作，因此难免被视为与市场经济不相适应的、计划经济和人治的产物，加之这一模式自身的某些制度在运作中经常被极端化和滥用，例如，过分强调调解结案造成的延迟和强制调解导致的当事人的不满；过于便宜的程序而导致的当事人随心所欲滥诉或缠讼；法官与当事人过于密切的交流、对话形成的诉讼过程人情关系化；与法官和法院的地方化共生的地方保护主义；当事人不负举证责任和法官在诉讼中的主导地位所产生的诉讼角色和责任的倒置，[30]等等，从而造成民事诉讼机能上的障碍和效益的相对低下，并随市场经济的发展和诉讼案件数量的增长而不断加剧。这一切在当前以功利主义和实用主义为主流的时代思潮看来，决非可以通过改良和完善所能修补的，唯有彻底改造民事诉讼模式本身，才能从根本上解决问题。从法院的角度而言，长此以往承担这样沉重的社会责任和负担也确实难以为继，因此法院对将诉讼成本及负担转移到当事人身上、减少法院的负担和压力的改革表现出极大的热情和积极性。[31]

第三，这一模式建立在对法官个人素质条件的高度依赖之上，而在今天的市场经济条件下，当初的革命理想主义--为人民服务的精神和廉洁奉公的职业道德已显得非常脆弱，法官的个人素质及类型已发生了时代的变化。虽然，全国的法官英模与马锡五的形象依然相似，但就全体而言，他们与马锡五时代的法官已不可同日而语。[32]今天，法官的法律职业化和学历不断提高，一批学院派法官已经成为法院的中坚力量，但法官的职业道德水准以及社会和当事人对他们的信任却在下降，以致对法官的怀疑和对其所掌握的职权的运作的警惕竟成为一种普遍的社会心理。缺少了法官个人的权威，任何司法模式都无法正常运作，更何况马锡五审判方式这种以人格化法官为核心的类型。[33]同时，较多地受到西方法律传统的影响成长起来的一代新型法官自身的知识体系和价值观必然成为否定原有民事诉讼模式的重要内因。

最后，法制现代化进程中其他相关因素的发展，如法治观念的普及、律师和法律援助制度的发展，以及市场效应等因素都促成和推动着向西方模式全面转换的要求和认识。人们普遍认为，现行民事诉讼模式像其他法律制度一样，仍未完成现代化的历史进程（或者说正处在一个向市场经济转型的历史过程中），很多原有的、与现代西方法制不同的具体制度和原则都属于非现代化或非市场经济因素，需要适应市场经济的要求进行重构。尽管法院内部、司法界和法学界在关于改革的具体目标和方案上存在相当大的异议，但总的趋势似乎已是毋庸置疑。

综上所述，在当前的司法改革中，渊源于马锡五审判方式的民事诉讼模式正受到

怀疑和否定。那么，这一模式是否已经开始走向消亡，很快即将被某种现代西方的民事诉讼模式所取代呢？笔者以为，目前结果尚难以预料。

一方面，当前，民事诉讼模式全面转换的时机和条件尚未成熟。即使导入某些现代西方的民事诉讼模式的制度、原则和方法，可能也难以在现行的政治体制和司法系统中发挥其原有的功能，甚至会导致双重的成本或风险[34]。因此，当前的司法改革和审判方式的改革都处在一种两难的境地：引进一种新的模式的同时也必然引进其弊病；抛弃一种形成于本土的制度时往往也意味着背弃传统。而且，一旦作出决策就可能覆水难收。这种处境从当前的审判实务、法学研究和媒体的报道中都可以清楚地体味到。[35]

另一方面，即使决策层和法院本身全面转换民事诉讼模式的决心已定，真正实现这种形式上、制度上的转换也需要时间。特别是在广大农村，在一般民事纠纷发生时，不仅无法、也无须借助律师，而且也难以让高度职业化的法官通过严格、复杂的民事诉讼程序来解决这些纠纷。无论计划发展多大规模的律师队伍和法律援助机制，社会所能投入的资源总是有限的。需要指出的是，向西方现代当事人主义的审判方式转变固然会带来一定社会效益，但也必然以牺牲一部分人的诉讼权益为代价，如果这种平衡点掌握不好或操之过急，就可能引起民众对司法机制的信任危机（例如近来社会各界对诉讼费的收取颇有微词）或法律规避。因此，为了兼顾不同的法律需求和利益，或许两种相互对立的民事诉讼模式可能在相当长的一个时期内并行；或许，通过二者相互作用可以形成一种兼收并蓄的新模式--未必都是优势、但亦无法保证不会是一部难以运行的官僚机器。

结语

无论以马锡五审判方式开始的中国民事诉讼模式的最终命运如何，通过审视其产生和存在的社会环境，我们都应该承认它的历史和现实的合理性。即使总体的民事诉讼模式变革在制度上已成为必然趋势，通过简易程序和人民法庭的实际运作，这种传统的模式仍可能保持其特定的位置和意义--在中国走向现代化和城市化的过程中，在农村和民间应留下它的一席之地；在法治的前提下，可以通过它以及同其他代替性纠纷解决方式的相互配合，满足多元化社会的特定法律需求；既可以用它来控制诉讼的泛滥和诉讼成本的无限攀升；亦可以用它来维系地方社会秩序的安定和法律文化的特有样式；甚至可以设想，随着当事人自身素质和能力的提高，法官的作用逐步为当事人的自主性所取代，最终直接向某种新型的模式过渡的可能性。[36]

本文发表于《清华法律评论》第二辑，北京：清华大学出版社，1999年。

[1] 有关马锡五审判方式的文献资料及研究详见：张希坡著，马锡五审判方式，法律出版社1983年；民事诉讼法参考资料（第一辑），北京：法律出版社，1981年；杨永华、方克勤著，陕甘宁边区法制史稿（诉讼狱政篇），北京：法律出版社，1987年；张希坡主编，革命根据地法制史，北京：法律出版社，1994年；（日）福岛正夫著：中国的裁判，东京：东洋经济新报，1957年；（日）宫坂宏：抗日根据地的司法原则和人权保障，载《专修法学论集》第55、56号（1992年）；

以及拙著，中国审判制度及其理念的研究（第二部），载《名古屋大学法政论集》第 167、168 号（1997 年）等。

[2] 例如、陈旭：谈有中国特色的审判模式，载《人民司法》1996 年第 3 期："我国自清末从欧陆引入讯问制审判模式，解放后又在总结解放区和根据地审判工作经验的基础上主要引进了前苏联的法学理论和审判模式。前苏联的审判模式基本上是从欧陆引进的。但在进行社会主义改造时，继续强化了职权主义作用，形成了强职权主义审判模式。我国全盘接受了这种模式，尽管在 1991 年民事诉讼法修改时，加重了当事人举证的责任，但包括刑事诉讼法在内的整个审判模式仍然是强职权主义的"。

[3] 例如小口彦太："这种审判程序上的民主形式，归根到底是建立在司法政策之上的，即，不是单纯以审判解决纠纷，而是在试图在审判的同时对大众进行革命思想、政策的宣传教育而使用的。因此，必须指出，在鼓励大众积极参加审判过程的反面，是实行极其严厉的共产党的控制"。小口彦太等著：《中国法入门》，东京：三省堂，1991 年，第 101—102 页。

[4] 如前注所引张希坡、福岛正夫的著述。此外。一些 50-60 年代研究中国法的外国学者和比较法学家都认为中国的民事诉讼制度与前苏联东欧的体制有许多重要的区别。王亚新博士则通过与西方民事审判模式的比较，对中国民事审判模式提出了非常有见地的意见。参见王亚新：论民事经济审判方式的改革，载《中国社会科学》1994 年 1 期。

[5] 马锡五（1898—1962 年）陕西省保安（今志丹）县人。1930 年参加革命，1935 年加入中国共产党。抗日战争时期任陕甘宁边区庆环专区陇东专区副专员、专员。1943 年兼任陕甘宁边区高等法院陇东分庭庭长。1946 年任陕甘宁边区高等法院院长。建国后任最高人民法院西北分院院长。1954 年任最高人民法院副院长。1962 年病逝。

[6] 均为民事案件，其中之一即为以后改编为评剧《刘巧儿》的封捧（棒）婚姻纠纷案，另两件为土地纠纷案。

[7] 见前引民事诉讼法参考资料（第一辑），第 55 页。

[8] 有关资料参阅前引张希坡著：《马锡五审判方式》。其中包括刑事行政案例各一件，以及当时关于马锡五审判方式的报道、经验总结等。

[9] 如调解的依法、自愿、非前置三原则，在当时各边区的调解条例中既已确立，并一直延用至今。

[10] 根据伯尔曼的观点，严格地说，前苏联东欧国家的社会主义法也属于西方法律传统。

[11] 伯尔曼："在西方法律传统中，法律的施行被委托给一群特别的人，他们或

多或少在专职的职业基础上从事法律活动”。(美)哈罗德·J·伯尔曼著,贺卫方等译:《法律与革命》,北京:中国大百科全书出版社,1993年,第9页。

[12] 其原理可参阅棚濑孝雄著,王亚新译,《纠纷的解决与审判制度》,北京:《中国政法大学出版社》,1994年,第245页以下,对“审判的模式和司法的正当性”的分析。棚濑指出:“只要能够以符合实际并让当事者满意的结果来解决纠纷,不必过于拘泥于法律的严格适用,这样一种态度开始影响到审判的制度理念”(第250页)。必须说明的是,西方的这种纠纷解决的新理念强调的是当事人的高度自治(审判的大众化、常识化)和程序的重要性,与这里探讨的马锡五审判方式在理念上有某些相似(二者都与近代司法理念相悖),但更多的则是形式上的不同。

[13] 根据地司法程序(诉讼法)根据近现代法基本原则,也曾规定了律师及其他人可为当事人辩护或代理。但实际上当时的民事诉讼不可能、也没有必要求助于律师。

[14] 以往,法学家通常认为由于近代市场经济的发展和社会关系的日益复杂化,导致传统的解纷方式和社会调整机制无法满足社会的需要。法律的专门化和职业化成为历史的必然。然而,中国在明清时期,打官司尚需要借助“讼师”的帮助,到了近现代反而失去了这种需要。除了条件的限制外,恐怕主要还是程序设计的效果。美国学者李浩也曾把没有律师作为中国法的特征。参阅 Li, Vicror H., "Law Without Lawyers: A Comparative View of Law in China and the United States", Westview Press, 1978.美国在建国初期曾把“人人都是法律家”作为口号,虽然这种理想因未找到现实的模式而失落,但至今一些州的下级法院仍在试图通过法官选举制和形式多样的简易程序减少职业法律家的垄断。当前,很多国家在民事诉讼中都设计两套程序:在普通民事诉讼程序中以律师代理为原则;简易或小额程序则以当事人本人诉讼为原则。

[15] 参阅谷口安平著,王亚新、刘荣军译:《程序的正义与诉讼》,北京:中国政法大学出版社、1996年,42—50页:民事诉讼的目的。

[16] 参阅前引伯尔曼著:《法律与革命》,导论。

[17] 这与当时缺少系统的实体法律规范有直接关系。但由于这种审判方式不以必须有法律依据为诉讼的出发点和条件,所以本身在一定程度上具有“不成文法”的特征。许多外国法学家曾提出,这正是70年代以前中国法的基本特征之一。参见幼方直吉编:《现代中国法的基本构造》,东京:亚细亚经济研究所,1973年,8页以下,浅井敦著:《不成文主义与现代中国法》,25页以下,幼方直言著:《中国法的存在形式--其成文主义与不成文主义的关系》。

[18] 实际上,大众化审判总是与法官的积极的调解和高度的职权行使分不开的。例如各国的简易诉讼小额法院和代替性纠纷解决方式(ADR)等都有这种特征。参阅前引棚濑孝雄著:《纠纷的解决与审判制度》,245页以下。

[19] 当时关于打官司的民谚很多，如衙门口向南开，有理无钱莫进来等，就反映了这种情况。

[20] 参阅前引张希坡著：《马锡五审判方式》，第 59 页。

[21] 在这方面，日本的中国法制史学家仁井田升曾作过大量社会调查和研究。参阅仁井田升著：《中国的法与社会和历史》，东京：岩波书店，1964 年。

[22] 以后的集体化进程加速了这一解体过程。虽然在农村实行联产承包责任制后，某些地方的家族和宗族势力有复活之迹象，但毕竟难以完全恢复到原有状态了。

[23] 其中第二条规定：根除反动司法机关压迫人民的、繁琐迟缓的、形式主义的诉讼程序；实行便利人民的、简易迅速的实事求是的诉讼程序。

[24] 以上文献见《民事诉讼法参考资料》(第二辑第一分册)，北京：法律出版社，1981 年。

[25] 伯尔曼指出，苏联在 30 年代初期曾出现过法律虚无主义，但在 30 年代后期已得到纠正。这说明马锡五审判方式形成时未必受到这种影响。伯尔曼还指出，中国在 60 年代到 70 年代初期法律虚无主义达到极端。笔者以为这个时期应属于中国现代法制发展中的一个异常时期，而并非这一诉讼模式本身发展的逻辑上的必然。

[26] 由最高人民法院院长任建新题写剧名，围绕一个城市中级法院民事审判庭的四人办案组所办的若干案件展开，较详细地描写了诉讼程序和法官的办案过程及思想方法。虽然难免艺术加工。但正因为如此，此剧才更具有典型的意义。

[27] 前引棚濑孝雄：《纠纷的解决与审判制度》，第 312 页。

[28] 例如在判决一当事人迁出某住所之前，先为其解决好住处问题；在处理一起离婚案时，为当事人找到工作而使婚姻关系得以继续。其重要的作用之一还在于有助于判决的顺利执行。

[29] 如日本 1996 年民事诉讼法的修改，以方便当事人诉讼为目标，并将司法实践中广为实行的和解兼辩论程序制度化。即在辩论准备程序中，把试行和解作为民事诉讼的重要先行阶段，法官首先不着制服充当调解人，不成再转入法庭审理。美国的证据开示制度也在其运作中发展了这种功能。

[30] 苏力，论法律活动的专门化，（收入苏力著：《法治及其本土资源》，北京：中国政法大学出版社，1996 年）对这方面的问题有很好的分析。但极端化和滥用的结果能否作为模式本身的弊端加以否定，恐怕还需要实证性的证成和分析。

[31] 有关法官制度和审判方式的改革大都是首先从法院内部的试点开始，继而

加以论证，推向立法的。

[32] 今天马锡五式的法官似乎更象是一种乌托邦。甚至对法官们的这类褒扬，在法学家看来已不啻于讽刺。参阅贺卫方：《通过司法实现社会正义--对中国法官现状的一个透视》，收入夏勇主编：《走向权利的时代--中国公民权利发展研究》，北京：中国政法大学出版社，1995年，209页以下。

[33] 因此，有人提出减少法官人数、并使他们隔离于社会的意见。其中一些不失为真知灼见，然而，这种构想一方面有难以付诸实现之虞，另一方面则难免不惜以司法机能的降低为代价保证法官素质之忧。

[34] 近期有关论述很多，因篇幅所限不能一一列举。参阅苏力，关于抗辩制改革，收入前引苏力著：《法治及其本土资源》；王亚新：《民事诉讼的程序、实体和程序保障》，收入前引谷口安平著：《程序的正义与诉讼》，代译序。

[35] 例如，《人民法院报》在宣传新审判方式的同时也在继续倡导深入实际、送法上门的精神。以1998年1月27日第一版为例，与“审判方式改革是司法公正的有力保障”的报道同时，刊登了一篇短评“赞院长在送法到农家”，并说：“这种脚踏实地为人民服务的的工作作风，使人不由得想起抗日战争时期的马锡五”。

[36] 例如，伯克利学派所说的“回应型法”（参阅诺内特、塞尔兹尼克著，张志铭译：《转变中的法律与社会》，北京：中国政法大学出版社，1994年）；或棚濑孝雄设计的“参加模式”（见前引棚濑孝雄著：《纠纷的解决与审判制度》，第245页以下，“审判的模式和司法的正当性”）。