

对话与沟通： 民事诉讼构造之法理分析

唐 力*

内容提要:应当以对话、沟通为内容重构我国民事诉讼构造,对主体之间的权限作合理的分配,建立以当事人主导的并形成对法院具有约束力的构造关系。在分权而治的构造原理指导下,注重法官对诉讼引导和促进作用,同时强调当事人的合作,疏通和完善主体间的交叉对话,以建立有节有制、彼此容易沟通 and 理解的案件信息传递机制。

关键词:民事诉讼 对话 合作

民事诉讼构造,是指以一定的诉讼目的为根据,以诉讼权限配置为基本要素,所形成的法院、当事人三方之间的诉讼地位和相互关系。根据对当事人与法院权限配置的重心不同,传统诉讼理论将民事诉讼构造分为当事人主义诉讼构造和职权主义诉讼构造。当事人主义诉讼构造强调当事人在诉讼中的主导权,在审理对象的确定、事实主张、证据的提出等方面概由当事人负责,法院则处于消极地位;职权主义诉讼构造中,法院对诉讼享有主导权力,在程序的进行、审理对象的确定、事实主张及证据收集等方面,不受当事人主张的约束。古典当事人主义诉讼构造以自由主义理念为基础,以辩论原则和处分原则作为诉讼构造的基本原则,并伴随着绝对化的倾向。这种绝对化倾向,与民事诉讼内在价值及司法的社会性发生冲突,产生了负面影响。针对这一问题,有学者认为“把诉讼的主导权交给当事者的话,审判就不能达到合乎正义的结果。这种对当事者自律性的不信任往往归结到必须强化诉讼内法官作用的结论”。^{〔1〕}相反,职权主义诉讼构造以国家本位主义作为立法指导思想,虽然理论上学者认为法官主导诉讼的构造更有利于案件事实的发现以及诉讼的推进,但是,职权主义诉讼构造存在将当事人“客体化”的倾向,当事人难以获得对诉讼的实质性参与(指形成审判资料的作用方面),缺乏对法官判决的认同感。

在对过分强调当事人作用或法院作用的诉讼构造进行反思之后,产生了一种新的诉讼构造理念,这就是通过当事人与法院在诉讼中合理的权限配置,并注重两者的合作来共同促进诉讼的进行,即形成所谓的“协同型”诉讼构造。德国著名法官巴沙曼(Rudolf Wassermann)认为:民事诉讼应当主张当事人主义与职权主义的结合,即诉讼由以当事人双方和法院构成的共同体来协作运作,在法院和双方当事人之间设立对话桥梁,通过对话促进纠纷的早期解决。^{〔2〕}诉讼的过程,就是在一套高度规范化

* 西南政法大学副教授。

〔1〕〔日〕小岛武司:《关于协同主义》,判例时代 533~535号。

〔2〕〔德〕鲁道鲁夫·巴沙曼:《社会的民事訴訟—在社会法治国家民事訴訟の理論と實踐》,森勇译,成文堂 1990年版,第103页。

的程序制度的运作下,主体之间通过合理的权限分配,彼此围绕案件的相关信息进行对话与沟通,并在此基础上作出正确的判断。我国民事诉讼构造体现出审判权优越的权限配置特点,当事人程序主体性受到压制,当事人与法院之间的权限分配不尽合理,主体之间难以形成有效的交流和沟通。基于此,本文将以当事人与法院之间在诉讼中的相互作用关系为基点,探讨诉讼构造的一般法理。

一、分权而治、协同诉讼:促进主体间对话沟通的诉讼构造

(一)构成诉讼过程的对话机制

对话作为信息传递和意思沟通的一种形式,在以纠纷解决为内容的诉讼过程中具有重要的价值。民事诉讼作为处理民事纠纷而存在的制度,是主体之间针对特定的案件、根据一定的规则而进行的高度规范化的对话、讨论以及沟通,并最终对讨论的内容作出决定的主体相互作用的活动。日本学者兼子一指出:“诉讼一经成立,就产生了作为诉讼主体的法院及双方当事人之间进行交涉的领域,在此基础上所为的种种诉讼行为作为诉讼程序向前展开。”〔3〕这一主体之间交互作用的具体表现形态是:以当事人诉权行使为基础,通过双方的主张、辩驳、论证等具有论辩色彩的对话,表达和传递与案件有关的各种信息;而法官居中行使审判权并以妥当的行为对当事人双方的对话实施引导,实现主体之间的沟通,从而达到纠纷解决的目的。

诉讼视野中当事人、法院相互之间以传递案件信息为内容的具有相互作用关系的对话,是以一定的程序机制为保障的。这种程序机制不但保证各主体之间对话、信息交流的自主性与充分性,同时还形成了一种制约关系,特别是将法院审判权的行使限定在以程序机制保障的、并通过对话、交流而形成的裁判信息内,从而确保了对话对于纠纷解决的实效性。我国许多学者也主张诉讼程序是以过程性与对话性为本质特点的动态过程,“程序是与程序主体的自由、自主的选择联系在一起,程序的本质特点就是过程性和交涉性。诉讼程序是交涉过程的制度化。这一交涉过程也是程序主体相互交流、作用的过程,它包括权利主体与权力主体之间的纵向沟通过程和权利主体相互之间的横向沟通过程。”〔4〕日本学者棚濑孝雄运用过程分析的方法来解释诉讼的内在涵义时指出,“用一句话概括,过程分析就是把审判视为过程,即程序参加者的相互作用的过程。具体一些说,具有各自固有利害关系的当事者,围绕一个审判权,怎样去达到自己的目标呢——过程分析就是从这样的角度理解现实的审判方法。”〔5〕棚濑孝雄的过程分析方法,注意到了审判并不纯粹是由法官对纠纷作出强制性的判定,而是体现出了主体之间的相互作用关系,对于解决纠纷和审判的研究尤其要着眼于主体的侧面,特别是程序参加者的相互作用。由此,我们可以看出,当事人、法院等主体间在一定的场合、以一定的方式进行的相互对话及沟通,构成了民事诉讼过程的核心内容。

在诉讼过程中,以展示案件内容以及为形成纠纷解决结果的对话、沟通,具体从两个方面展开:诉讼首先表现的是当事人之间的相互作用关系,或者说正是通过当事人之间论辩式的对话,揭示了案件真相,并构成了法院审理及判断的基础。从以往对诉讼构造的研究来看,学者们大都将研究的着眼点放在法院与当事人之间的相互作用来考察。若将法院审理案件的权限视为具有有限限制性和相对性的话,民事诉讼则完全可以理解为在法院具有相对限制性的审判权的主持之下,以最大限度地体现当事人程序主体性及其相互作用的过程,那么,当事人之间的对话与沟通就将是我们的研究诉讼构造不可或缺的内容,甚至是作为诉讼构造研究展开的主线。这一点,从反映各国民事诉讼制度普遍规律的辩论原则及处分原则的基本内容,即是一个很好的说明。“仔细观察审判过程,就可以发现法官所作出的

〔3〕 [日]兼子一、竹下守夫:《民事诉讼法》,白绿铨译,法律出版社1995版,第5页。

〔4〕 章武生等:《司法现代化与民事诉讼制度的构建》,法律出版社2000年版,第11页。

〔5〕 [日]棚濑孝雄:《纠纷的解决与审判制度》,王亚新译,中国政法大学出版社1994年版,译序第2页。

判决后面,存在着审理过程本身、尤其当事者活跃的辩论活动所给以的重大影响或制约。如果把着眼点移到这个侧面,则可以得到另一种关于审判的印象,即:围绕对立的主张和论点进行争议的当事者中间存在一个具有权威的第三者,通过这样三方相互作用把当事者争论引导或收敛到一个合理解决上的社会机制,这就是审判。”〔6〕在重视主体间相互作用的构造思想中,当事人之间的相互对话与沟通对于审判具有决定性的意义。对话的第二个构造关系,是法院与当事人之间通过相互阐明的方式来达到沟通的对话关系。除法院依审判权本身所享有的不依他人意志而实施的决定权外(如立案决定权、期日决定权等),对话的基本内容都是围绕案件在事实审理及法律适用方面的理解与沟通而展开。表现为法院公平地听取各方的意见,并根据案件的具体情况对当事人之间围绕案件的解决所进行的对话实施具体的引导,从而使法院对案件的判断是在当事人能够理解的情况下作出的。〔7〕法院与当事人之间的阐明式对话具体表现为:一方面,当事人为获得法院的支持,会通过充分的主张与举证来说明和解释自己的观点所作的阐释;另一方面,则是法院为使其最后作出的决定为当事人所理解而对案件事实的认定及法律问题所作的阐释。

诉讼程序在创造了诉讼主体之间进行对话机制的同时,也可以使各种观点和方案得到充分考虑,为各主体提供了理性选择的可能。也正是由于具有利益冲突和追求胜诉欲望的双方当事人之间的对话,才有可能在最大程度上从正反两个方面揭示法官裁判赖以成立的案件信息,而这些信息又通过法院与当事人之间的对话、沟通而形成对当事人之间再次具有修复性和补充性对话的反作用,以此往复,最后使通过对话而形成的信息达到作出裁判的程度。〔8〕

(二)对话的框架:分权而治、协同诉讼之诉讼构造原理

分权而治、协同诉讼的构造原则,是对话框架的构建基础。分权是当事人与法院(法官)各司其职、各负其责;协同是当事人、法院(法官)相互合作、共同发现案件真实和促进诉讼的展开。以当事人主导诉讼为原则并适度发挥法院职权作用的构造形态,具有畅通主体间对话并合理界限主体间对话范围的内在机能。这一对话过程,由于给予了当事人具有自主决定对话内容的主体性地位,以及法院针对沟通三方对话意图的阐明性矫正行为,保证了对话的理性与可理解性,因而,也“使法官与当事人之间不再是赤裸裸的权力服从关系,而是通过二者之间的主体性互动作用使当事人能够参与法官的判断进程,这样,就使当事人在司法权运行过程中获得了充分的心理满足感,法官的司法判断更易获得当事人的认同”。〔9〕

1. 分权而治:对话的自主性与有序性的基础

对话应当具有自主性和有序性,这就要求在当事人和法院之间有合理的分权基础,包括在对话的内容(案件实体方面)和实施(程序运作方面)的权限分配关系。以辩论原则、处分原则为基础形成的当事人主导诉讼的构造,其基本内容包括:(1)当事人决定权利救济的形式、范围及数量;(2)当事人负责提出事实主张,当事人未主张的事实不得成为法院审理的对象;(3)当事人自认的事实免于证明;(4)法院对证据的调查以当事人提出的证据范围为限;(5)法院职权运作程序、当事人拥有一定程序选择权,决定某些程序的开始与结束。

当事人主导形成裁判所需要的诉讼资料,能够促进案件信息积累的最大化。在法院与双方当事

〔6〕前引〔5〕,棚濑孝雄书,译序,第2页。

〔7〕季卫东:《法治秩序的构建》,中国政法大学出版社1999年版,第18页。

〔8〕修复性是指经过法院与当事人之间的对话交流而达到的对案件事实主张及法律观点方面的沟通,以使当事人彼此之间不明确的主张加以明确、不妥当的主张变为妥当而具有修整前述对话内容的意义;补充性是指对前述对话内容残缺内容的补充,特别经法官基于对当事人对话信息所作出反应而进行的释明,比如当事人未主张的事实予以主张、未提出的证据予以提出等。提出这一观点,主要是考虑到当事人之间以及当事人与法院之间围绕纠纷解决而展开的对话是一个过程,作为裁判信息不可能寄希望于一次对话即能形成,裁判信息的积累,有一个主体间对话的作用与反作用的过程。

〔9〕孙万胜:《司法权的法理之维》,法律出版社2002年版,第28页。

人组成的三方对话的诉讼空间里,由于强调诉讼公正而要求法官居中判断的中立性地位,势必将法院通过对话来形成裁判资料的权力限定在有限的范围内。这样就必然将当事人双方的对话、交涉作为形成法院裁判信息来源的主渠道,使得当事人之间对案件的交流具有了实质意义。当事人对诉讼程序的进行及结果的形成具有实质性的参与,会大大激发当事人参与对话、交流案件信息的热情。同时,由当事人主导对话的主要范围,而法院则受此制约,实际上形成了一种当事人负担责任的对话机制,这符合诉讼程序分权而治下的自我负责之归责机制的逻辑要求。“作为制度化的程序安排,放弃诉讼权利往往意味着败诉或其他不利的后果,这促使当事者积极参与诉讼,成为程序展开的主导力量。双方当事人积极主动的攻击防御又使诉讼的过程和结果更容易被视为他们自己行动的产物。”^[10]

2. 协同诉讼:促进对话易于理解和畅通的保障

对话应当是易于理解的,旨在强调主体之间相互沟通、协同诉讼的一面。对话、交涉等行为,是主体之间的一种相互作用关系,通常由提示主题、进行论证、进行评价、作出回应等过程组成。对话只有在彼此能够相互理解其主题意思的情况下,才能作出适当的回应。在诉讼领域内以揭示案件信息为内容的法律意义上的对话,相互间能够理解彼此法律语义的重要性更是如此。由于现代诉讼制度的专业化程度相当高,不懂法律的当事人可能很难把握,由此,法官在沟通当事人之间的对话意思以及法院与当事人之间可以理解地进行对话形成了辅助作用。“‘当事者主导原则’只是在当事者双方和法院之间能够充分地疏通意思并进行合作的情况下才是有效的。这常常被表达为当事者展示案件事实而法官适用法律。但是,当事者如果完全不懂法律,他们也就不知道哪些事实重要、哪些不重要或者甚至没有关系。至关紧要的是法官和当事者必须对什么样的法律适用于本案的理解。一般很难指望不懂法律的当事者自己进行诉讼时能够恰当和及时地提出形成判决所必要的事实……因此,法官常常需要采取主动,通过行使‘释明权’来使三方主体获得共通的认识。”^[11]这种由法院通过行使释明权^[12]来进行沟通各方认识以达到各方理解的对话,表达了主体间相互协同、相互合作的构造关系,其具体表现形态是:当事人之间以说服法院为目的所进行的对话展示的案件信息,经法官以专业性的思维转化为法律意义上的含义,并运用释明权及时地反馈给当事人双方;而当事人则根据与法院具有法律意义上的对话、沟通,再次调整对话的内容,以此往复,从而形成了对法院最终作出判断具有意义的裁判资料。可以说,没有法官参与当事人之间围绕解决纠纷而展开的揭示案件信息的对话与沟通,当事人之间的对话则无法有效地进行,当事人之间也无法就案件的事实及法律问题在其理解的情况下展开有效的攻击与防御,甚至会出现偏离辩论主旨的问题。法官介入当事人之间的讨论,一方面为当事人双方的对话指明了方向,同时,法官通过与当事人双方的交流,也是将其基于当事人的对话所形成的信息进而形成的对案件事实和法律上的认识向当事人传达的一种方式,这样就使得诉讼在当事人更容易理解的情况下进行。这种诉讼的场面,也正是各国司法制度改革所努力追求的目标。正如日本学者谷口安平在论及民事诉讼制度的理想时所指出的:“实际为当事人本人所明白易懂、且具有说服力的程序被作为当今司法追求的目标,其原因就在这里。”^[13]

(三)对话的效用:法院评判案件的基础

诉讼中主体间所实施对话的基本功能,在于全面展开案件的信息,并以此作为法院判决的基础。一般来讲,案件信息的积累或裁判资料的形成有两条路径:一是通过当事人提示形成,二是法院依职权探知。从纯形态角度看,绝对的法院探知来获取案件信息,可以完全避开当事人而由法院独立完成,缺少对话的基本条件;而绝对的当事人通过主张、证明、反驳等具有对抗性的诉讼行为来揭示案件

[10][11] [日]谷口安平:《程序的正义与诉讼》,王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社1996年版,第13页,第32页。

[12] 释明权是指法官针对当事人陈述不清或不充分的内容,通过发问、解释等职权行为,促使不明确的事项变得明确,不充分的内容变得充分。参见[日]伊藤真:《民事诉讼法》,有斐阁2004年版269页。

[13] 前引[10],谷口安平书,第53页。

信息,虽具备了对话的基础,但又可能产生由于针对性不强而导致诉讼不充实的问题。由本文上述构想建立的分权而治、协同诉讼之诉讼构造,以当事人平等的论辩式对话为基础,辅以法官以释明权实施旨在沟通对话意思为目的引导,体现了在形成审理资料问题上既有分权、又有合作的构造关系,能够营造促进案件信息形成的全面性和针对性的诉讼氛围,为法院对案件的判断建立了基础。我国民事诉讼构造的重构,应当以上述原理为基础,构建具有合理分权和合作的主体相互作用关系。透过当事人之间主张、证明、反驳等方式所进行的对话,是案件信息形成的基础,而法院与当事人之间的对话则显示了沟通主体对话意思的作用,并达到促进案件补充和优化信息,从而为法院的判断提供可靠保障。

二、当事人之间平等对话:形成裁判资料基础的对话机制

诉讼的竞争性以及追求胜诉的激励机制,决定了双方必定会采取一种攻击与防御的态势,作为展开案件信息以及推进诉讼进行的普遍形态。诉讼制度所设立的庭审辩论,便是当事人之间对抗构造关系的一个具体表现形式。“与自主交涉本质上一致的诉讼程序也可能发挥同样的功能。诉讼中使这种功能的发挥成为可能的契机就是对席辩论。当然,根据交换的原理而进行的讨价还价或消除对立的和解等在促进连带性上也能起一定的作用,但诉讼中更普遍并与判决的形成直接关联的促进因素,却只能是与对方通过规范的对话或讨论而达到理性的结论这一辩论过程。”^[14]这一辩论过程,实质上是一种以主张、说明、反驳为主要内容的过程,当事人双方各自将其所拥有的能够证明自己主张成立或驳倒对方主张的信息,透过具有竞争性的过程予以披露。就案件信息的“积聚”原理来讲,当事人之间以对抗的方式交换信息,其所具有的竞争性能够激励当事人积极地进行对话,形成案件信息积累的最大化趋势。“程序参加者如果完全缺乏立场上的对立性和竞争性,就会使讨论变得钝滞,问题的不同方面无法充分反映,从而影响决定的全面性、正确性。而且对立面竞争的活动意味着不同目标的追求,这种竞争机制也会强化程序参加者的动机,促进程序的改善。”^[15]以当事人为主导所体现出的当事人对抗性辩论作为基础的当事人、法官三方对话机制,正是满足当事人程序保障以及法官理性判断的理念,具有构造的合理性与正当性的效果。

一方主体能否与另一方主体形成对峙,特别是当事人以具有对抗性的方式来展开诉讼,保证双方对话的平等性是前提条件。对话主体之间的地位不平等,就可能产生交流的障碍,甚至一方对另一方意志的强迫。棚濑孝雄指出:“审判的本质要素在于,一方面当事者必须有公平的机会来举出根据和说明为什么认为自己的主张才是应该得到承认的,另一方面,法官作出的判断必须建立在合理和客观的事实和规范基础上,而这两个方面结合在一起,就意味着当事者从事的辩论活动对于法官判断的形成具有决定意义。”^[16]强调对审主义原则、当事人对诉讼的促进义务以及法官释明义务等,都在着力平衡当事人之间的地位平等关系。当事人对抗式的对话机制,突出了当事人的程序主体性地位。然而,如前文所述,在当事人之间就纠纷的解决展开辩论式对话以前,存在着诉讼能力及拥有信息量的“差势状态”。依靠当事人双方积极的攻击与防御活动来推动程序展开的制度构想是建立在当事者实力对等的假定条件之上,但现实中却由于当事人之间力量对比的不平衡而常常造成实际上的不平等。所以,当事人之间以平等辩论的方式进行对话,不能仅仅停留在双方当事人进行诉讼之机会平等以及法院中立性的保障上,而是应当实现双方当事人进行诉讼的条件的平等或实质的平等。“应该承认,在双向性的纠纷过程中,当事者双方的力量对比关系能够在相当大的程度上左右争议及交涉的趋归

[14] 前引[5],棚濑孝雄书,第124页。

[15] 前引[7],季卫东书,第26页。

[16] 前引[5],棚濑孝雄书,第256页。

和结果是一个被普遍观察到的事实。”^{〔17〕}如何能够使当事人之间的对话具有更符合实质上的平等性要求,这是在确立以当事人主导的诉讼构造下所面临的一个课题。这一问题的表现形态是:一方面因当事人诉讼能力的差异,可能会给在特定的法律专业性场境下所进行的对话中,一方当事人处于劣势,形成实质的不平等;另一方面,因当事人对案件信息掌握的多寡而形成的博弈原理,影响当事人采取攻击与防御方面武器的平等性。这两方面的因素会影响以当事人辩论式对话来形成裁判资料的实效性。针对这一问题,可以强调当事人强制性地提出一定案件信息的规则,来加以平衡。除此之外,还可以向当事人提供法律援助等方式来均衡双方当事人的诉讼能力。另外,在充实当事人对话内容的方面,法官也可以发挥一定的作用。“在诉讼的运作和案件解明等方面,法院的职权介入、当事人义务和责任的导入,无疑都是朝着实现当事人实质的平等所作的努力。”^{〔18〕}

1. 强化当事人之间相关义务以实现当事人对论实质的平等

在程序进行方面课以当事人促进诉讼的义务,要求当事人应当依法实施诉讼权利,及时、妥当地进行主张与举证,对当事人故意迟延实施的诉讼行为给予否定的评价;在裁判资料的形成方面,强化当事人的真实义务、均衡当事人的诉讼进行能力,促进当事人实质平等的实现。

(1) 当事人真实义务与当事人实质平等的实现。在以辩论原则、处分原则为依据的分权构造下,由于当事人未主张的事实法院不能认定,当事人未提供的证据法院不能调查,特别是当事人在诉讼中自认的事实,法院必须照此认定,因而极可能存在因当事人虚假陈述而违反实质正义的情况。为了促使诉讼能够按照立法的本旨进行,也为了避免造成诉讼违反实体正义,就有必要规定当事人诉讼的真实义务,即当事人作虚假的陈述不产生对法官约束的效力。当事人真实义务,不但是对辩论原则的修正,也是为当事人实质平等所必须。所以,当事人的虚假陈述、不完全陈述将被禁止。

(2) 证明责任分配与当事人实质平等的实现。立法中关于证明责任的分配,应当考虑诸如证据距离、立证的难易程度、经验法则的适用等,来保证当事人诉讼的平等性。在法律没有规定时,法官除考虑以上因素外,还应本着公平、正义的理念分配证明责任。

(3) 证明妨害与当事人实质平等的实现。证明妨害,是指在诉讼中一方当事人对他方的立证活动故意实施妨害行为,比如故意毁损证据等行为,从而导致他方当事人立证困难。在发生证明妨害的情况下,可以对所需证明的事实作出不利于妨害行为实施一方当事人的认定,这也是实现当事人实质平等的一项措施。“从制裁妨害者的证明妨害法理看,可以理解为主要是基于实现、调整两当事人在裁判资料的收集方面实质平等地位的法理,从追求两当事人诉讼地位平等关系调整的灵活性、具体的妥当性的角度讲,可以认为是法官自由裁量权的体现。”^{〔19〕}

(4) 推定或经验法则的适用与当事人实质的平等。推定或经验法则的适用,是法官自由心证范围内的事务。在适用推定的场合,通常是存在承担证明责任的一方当事人发生立证困难,比如关于主观过错、因果关系的证明方面的困难,根据均衡实体利益考虑而转由对方当事人承担提出反证的责任,这是对承担证明责任一方当事人证明负担的减轻,也是从实现当事人之间实质平等的地位来考虑的。

(5) 证据的提出命令与当事人实质平等的实现。证据实际分布不均的情况,本来就造成双方在证据提出方面诉讼地位的实质不平等。从实现当事人收集裁判资料之诉讼地位实质平等考虑,以及追求发现案件真实的目的,可以课以持有证据的一方当事人提出证据的义务。

(6) 案件解明义务与当事人实质的平等。按照诉讼的一般法理,案件解明义务(或案件真实的证明义务)通常由承担证明责任的一方当事人负责。在诸如医疗、环境污染等案件中,由于承担证明责任一方当事人的案件解明义务过重,可能会对当事人之诉讼地位平等造成损害,从实现双方当事人裁

〔17〕 王亚新:《社会变革中的民事诉讼》,中国法制出版社2001年版,第217页。

〔18〕 [日]上田徽一郎:《当事者平等原则の展开》,有斐阁1997年版,第9页。

〔19〕 上引上田徽一郎书,第15页。

判资料收集上法律地位平等的目的考虑,在一定的条件下,可以要求不承担证明责任的一方当事人负担案件某一方面事实的解明义务,从而使当事人实质平等动态实现。从这一角度认识,对不承担证明责任的一方当事人课以案件解明义务,是基于诉讼的公共使命和发现案件真实的关系考虑,当事人所应承担的协作诉讼的义务。^[20]

2. 法院职权介入实现当事人对话实质的平等

法院消极、中立不介入当事人作用的领域,是古典自由主义辩论原则下的分权构造。这种诉讼构造仅仅表现为当事人形式上的机会平等,但实际运作上恰恰又会损害当事人平等诉讼的构造关系。所以,法院职权介入当事人之间的对话是创造和实现当事人实质平等地位,已成为完善分权而治之诉讼构造的必然选择。具体表现为以下两个方面:

第一,在程序运作方面,法院职权进行原则与实现当事人实质平等。以法院职权运作诉讼程序为原则,有利于诉讼程序的顺利进行和便于当事人利用,而能够适时调整当事人实施诉讼行为的不均衡后果。比如,一方当事人迟延提出诉讼资料,可能给相对方造成不利的诉讼状况,在这种情况下,法官有权裁定驳回迟延提出的裁判资料。

第二,在实体内容形成方面,法官释明权与实现当事人实质平等。法官释明权的确立,从一定意义上说是法官职权介入了裁判资料的形成即当事人作用的领域,也是法院协调当事人之间平等对话的有效方式。通过法官的释明,当事人完善主张、提出证据,弥补了当事人因自行诉讼能力弱而形成的与对方当事人不平等的诉讼地位。在遵守辩论原则的诉讼领域导入法院的释明权,是对裁判资料采当事人主导的诉讼构造的补充和修正。这样的结果是,在裁判资料的收集方面实现了当事人诉讼地位的实质平等。

三、当事人与法院之间互动式的对话: 彼此尊重、协同发现案件真实的对话机制

法官与当事人之间通过对话来沟通案件信息,首先表现为相互制约的构造关系。这种制约关系,就是受制于当事人主导原则所营造的对话框架,在这一框架下,当事人决定诉讼的审理对象、范围等,而法官则通过与当事人进行交流、沟通,辅助当事人进行有效的对话。以当事人主导为原则所建立的对话机制,确定了法院对裁判资料的形成起到的仅仅是一种辅助作用,法官只能就当事人对话的内容作出反应,通过释明权的行使传达给当事人,并由当事人对此作出进一步的行为选择。美国学者富勒在谈到审判的本质时指出:“使审判区别于其他秩序形成原理的内在特征在于承认审判所作出决定将对之产生直接影响的人能够通过一种特殊的形式参加审判,即承认他们为了得到对自己的有利的决定而提出证据并进行理性的说服和辩论。”^[21]

当事人与法院之构造关系的内容,不仅仅限于形成裁判资料等实体内容方面,在程序的运作方面也同样存在分权关系。诉讼由于存在追求发现案件事实和促进诉讼的要求,并且两种要求往往处于二律背反或紧张关系,程序运作也同样会影响案件事实的发现及当事人实体利益的保护。假若立法及审判未赋予当事人在程序运作方面的权能,可能会阻碍当事人适时、有效地提出相关的资料,对当事人造成促进诉讼的突袭。所以,为避免当事人主体性诉讼地位受到损害,当事人获得程序运作方面一定的支配权是必然的选择。传统上,大陆法系与英美法系对诉讼程序运作方面存在不同的分权形态:大陆法系国家采职权进行原则,而英美法系国家采当事人进行原则。但是,两大法系诉讼制度的发展呈现出趋同的态势,既重视法院对诉讼进行的积极作用,同时,也兼顾当事人的程序利益,表现出

[20] 前引[18],上田徽一郎书,第19页。

[21] Lon Fuller, "The Forms and Limits of Adjudication", Harvard Law Review 92 (1978) 353409, p. 364.

了一种协同推进诉讼的运作模式。

诉讼过程以审前准备程序和开庭审理程序两大阶段为基本组成,诉讼构造的基本内容集中表现于这两个阶段,其典型形态是:当事人必须决定什么是需要得到判断的案件事实,并通过与对方的相互作用形成对法官有拘束力的争点,还必须收集和提出证据以便为法官的判断提供基础。另一方面,法官的主要任务则是在公开的法庭上按一定的正式程序听取当事人围绕争点和所提示的证据而展开的辩论来形成判断。于是,当事人及其诉讼代理律师应在开庭前做好充分的准备,一旦开庭就在有充实材料的基础上展开积极的攻击与防御活动,以便将案情尽可能完整地呈现出来;法官则通过集中的、连续的审理了解和把握案情,并一次性地形成最终的判断——这样的审理结构就成为加快诉讼进程、充实开庭审理的一种理想方案。^[22]基于以上对法院与当事人之间构造关系的理论分析,笔者认为,在民事诉讼程序的设计中具体应当按照以下内容展开:

(一)在审前准备程序中,当事人主导确定诉讼之实体内容,法院职权运作审前准备程序并协助当事人有效准备之构造

1. 证据的收集与提出:当事人支配的领域与法官的辅助

(1)自我负责:当事人主导证据的收集与提供

诉讼是围绕当事人争议的事实主张展开证明的过程,当事人双方各负其责收集、提供证据,进行攻击与防御的证明活动,而法官则居中对双方的证据及证明效果依法作出评价。收集、提供证据的责任由当事人承担,一方面可以减轻法院的负担与责任,使其集中精力审查、判断证据,也有利于法院在当事人心目中树立中立、公正的裁判者形象,更重要的是维持了当事人平等对抗、法官居中裁判的均衡构造;另一方面,证明活动的主动权交给了当事人,是在当事人的主导、推动下形成了诉讼结果,由于极大地尊重了当事人的意愿,诉讼结果在很大程度上符合当事人自我解决的效果,使得诉讼结论有正当化的程序保障,即使败诉,当事人对诉讼的不利后果的接受程度要远远强于完全依赖法院形成的诉讼结果的情形。

(2)平衡当事人诉讼能力:证据领域法院的辅助作用

在强调当事人承担提供证据责任的基础上,也应当注意法院适当的职权辅助作用,它是实现当事人实质性平等的有效措施。法院应当在以下三个方面对平衡当事人证据收集能力发挥辅助作用:

第一,在诉讼过程中,法官应当根据实际情况向双方当事人释明证明责任的分配及实施举证指导。为避免诉讼中法院判决的“不意打击”,法官对证明责任的分配进行释明,其程序功能是能够使当事人明确自己的证明负担以及诉讼风险、平衡当事人的诉讼进行能力,并促进当事人妥当地履行提供证据的责任。

第二,“补强”当事人收集证据的能力。即法院以提出证据之命令形式来辅助当事人收集和提出证据。为使诉讼双方当事人处于平等的诉讼地位,法官有责任保障当事人能够获得收集和拥有获取证据的对等性。在这方面,日本等国家民事诉讼中的书证强制提出制度、证明妨害制度等都表现了这种要求。

第三,法院自行决定收集、调查证据的权限方面。按照辩论原则塑造的当事人主导之证明构造的内在要求,排斥法院自我决定收集证据的行为。但在诉讼中有些事项并不等当事人主张法院便依职权展开调查。“这是因为法院必须依职权进行调查的事实主要关系到诉讼在形式上是否能够成立的所谓‘诉讼要件’,如当事者能力、代理人的代理权、审判权或管辖权、诉的利益等等。法院必须通过调查来审查案件是否具备这些诉讼要件,如果判断缺少某一项诉讼要件,则应该驳回起诉,从而使诉讼本身不能成立。法院就这些要件进行调查和作出判断在于提起诉讼的阶段,但与此阶段由当事者提

[22] 前引[17],王亚新书,第98页。

起的诉讼标的或诉讼请求不同的是,当事者对于这些要件并不享有处分权。”^[23]除此之外,公益性很强的案件,法院也享有依职权进行调查的权力。

2. 争点整理:当事人对实体的控制与法官的职权运作

(1) 当事人自主决定争点的范围

从广义上理解,争点的范围包括诉讼标的、案件事实以及证据上的争点。以当事人主导的诉讼构造之下,在确定争点方面当事人发挥主导作用。按处分原则的要求,诉讼标的由当事人提示并确定;按照辩论原则的要求,案件事实由当事人主张、证据由当事人提供。所以,在形成法院审理对象包括诉讼标的、案件事实以及证据等争点方面,以处分原则、辩论原则为基础构造了当事人与法院的作用分担,即当事人的主张限定了法院关于争点审理的范围。

(2) 争点整理中法官的职权作用

第一,法官协助当事人整理争点。法院协助当事人整理争点,主要表现在当事人主张不明或者不完全之时,法官通过发问、解释等来完善争点的整理。争点范围的整理及确定,应当是当事人、法院三方通过对话、沟通等相互作用的结果。在形成审理对象的领域,在维持当事人主导的诉讼构造的基础上,法官职权的适当介入可以整合这种构造所固有的缺陷,畅通法院与当事人就案件事实及法律问题进行沟通的渠道,从而使审前准备在当事人易于理解、充分参与的环境下展开。

第二,法官职权运作争点整理程序。在审前准备程序中,各国的司法改革关于当事人与法院在审前程序运作方面的权限配置出现了相同的发展趋势,法官作为一个积极的角色管理和运作审前准备程序。具体而言,法官的程序运作权应当包括:(1)审前准备日程安排决定权;(2)审前准备期日决定权;(3)审前准备方式决定权;(4)主持、控制审前准备程序运作权;(5)针对当事人申请、异议的裁定权等。

3. 法律观点的整理:法官作用的领域与当事人参与法适用的合理性

一般认为,适用法律作出判决是法官审判权控制的领域,“法为法官所知”或“当事者表述事实,法官表述法律”等法谚即表达了这样一种精神。然而,当事人在提示诉讼标的、主张事实以及提供证据等方面,都是在一定法律观点的支配之下展开的,倘若将法的适用仅作为法官的问题,那么当事人控制的上述内容尚不能认为得到了落实,当事人在不知法或在与法官的法律观点不一致时,将难以展开有效的攻击与防御活动。“法官依据什么样的法律框架来审理本案也应该为当事者所充分理解。如果法官头脑中的法律框架与当事者并不一致,就可能带来所谓‘判决时不意打击’的危险……所以,法官持有与当事者不同的法律观点时,不应以‘法律问题是法官的专属权限’为由而保持沉默,而应当向当事者进行开示并尽量求得共同的理解。这样的开示近来被法学界提到法官的义务的高度,称为‘法律观点开示义务’,并被作为程序保障的重要内容之一。”^[24]在以当事人主导为原则构建的诉讼构造中,由当事人明确争点并提出证据阐释案情而法官适用法律的审判形态,只有在当事人能够懂得、理解法律并与法官就本案法律之适用达成共识的情况下才具有意义。

(二) 在庭审程序中,以当事人辩论权为基础辅以法院职权进行的庭审构造

尽管两大法系的诉讼构造的本质是相同的,都采取当事人为主导的诉讼构造法理,然而,在庭审运作上却采取了不同的方式。理论上,两种庭审运作方式以证人证言的调查为基本区别:以德国、法国等为代表的大陆法系国家以法官主导询问为原则,以当事人补充询问为辅的职权询问庭审运作方式;以美国、英国为代表的英美法系国家以当事人委托的律师主导询问为原则,以法官补充询问为例外的交叉询问制。从立法及实务运作来看,我国庭审构造应当属于职权询问的庭审运作方式。基于前文的讨论,笔者认为我国庭审可以采取当事人为主导辩论、法院询问为补充的庭审构造模式。这种庭审运作方式不但能与以当事人主导为基本原则的诉讼构造相一致,特别是在庭审中可以实现以当

[23] 前引[10],谷口安平书,112页。

[24] 前引[10],谷口安平书,第114页。

事人之间的平等对话、交涉来形成法官判断基础的庭审机制。同时,适当地发挥法官在庭审控制方面的作用,以促进诉讼进行,以及实现法官与当事人之间对案件意见的交流与沟通。

1. 当事人对审辅以法官的职权协助:当事人与法院协同发现案件真实的庭审构造

从理论上讲,诉讼过程是以对话方式交流信息、相互沟通、进行判断并作出结论性决定的过程,法官及双方当事人在这过程中应当是既有制约又有协同的互动关系,而庭审正是实现这一过程的载体,并以主体间的互动关系作为其构造的基础。以当事人平等对抗的方式展开庭审程序,有助于发挥庭审的程序功能。由于诉讼是不同利益要求产生分歧并进行交涉的场所,受利己的思想诱使,双方当事人向法院出示的证据不可避免地存在缺陷或瑕疵,而这种缺陷或瑕疵可能会模糊审理者的视线造成对对方当事人的不利判断。给予对方充分而有效的质疑、询问的程序保障,可以起到对这些缺陷或瑕疵进行过滤的效果,这也是庭审的基本程序价值所在。

基于以上分析,满足两造对审的庭审构造,是将我国现行庭审由法官运作转向以实现当事人辩论权为中心、当事人与法院协同运作的构造。具体操作是:(1)庭审运作以原告、被告的陈述与答辩为起点逐步展开。这一阶段主要涉及原告的诉讼要求及双方对事实争议焦点的披露;(2)原告、被告双方分别、依次出示证据、作出说明,并交对方质询;(3)证人证言的调查,应当首先交由当事人双方询问;(4)赋予法官发问权,以便在庭审中能及时了解各方意思,并对证人及当事人进行补充询问。

2. 法院的诉讼指挥与当事人的异议权:庭审有序展开及当事人的程序保障

庭审构造时不能过分强调法官消极的地位,而是应当在保障当事人对审构造的基础上,更大地发挥法院在指挥庭审运作以及在协助当事人解明案件事实方面的积极作用。法官具体应在以下几个方面获得权力:

(1)有关期间的决定权。法院应当根据案件审理的具体情况,适当地安排庭审的进程。包括庭审期日的指定、变更、延长,庭审中止、终结等事项应由法院控制。

(2)庭审引导权。法官应当适时、妥当引导当事人的举证、质证和辩论行为,以求全面查清争议事实。对双方当事人偏离庭审调查主旨的行为,应当及时予以制止。

(3)审理的决定权。实际案件的审理是相当复杂的,法官可以根据实际情况决定审理的合并、分开的事项,以使庭审调查事项简洁、明快。

(4)决定当事人询问证人的内容。

(5)制止当事人在庭审中的不当行为。比如重复陈述与发问;争论与本案无关的内容;对他人实施不当攻击等行为。

(6)对庭审调查行为的裁决权。庭审是由许多规则加以调整的活动,由于当事人双方在庭审中处在一种对立的状态中,可能存在违反规则的行为,这就需要法官主动或根据一方当事人的申请、异议作出裁定,制止这些违规行为。

上述内容反映了庭审构造中法院对庭审运作方面的权限,具有诉讼指挥的意义。在法院运用这些权力控制庭审进程的同时,可能会存在对当事人造成程序推进的“不意打击”。因此,在重构我国民事诉讼构造时,有必要针对法院的诉讼指挥权赋予当事人能与法官在庭审程序运作方面展开对话的权利。与法官旨在推进庭审进行的诉讼指挥权相对应,当事人所获得的权利支配通常是以申请权和异议权的形式表现出来。

申请权是指要求法院为一定诉讼行为,如申请延长期间、进行证据交换、申请法院搜集证据等。当事人的申请权表达了当事人对庭审运作的权限分配内容,是当事人程序主体性原则的必然要求,同时也是与法院协同促进诉讼所必须的。它包括:申请法院询问证人;申请法院询问对方当事人;申请法院委托鉴定等。

当事人异议权是针对庭审调查中,就法院的职权调查行为和对方当事人的调查行为提出质疑,并要求法官对此项声明作出回应的一项权利。在庭审调查运作的过程中,一方当事人可能受到来自法

院和对方不当行为的损害,因此,异议权可以保障庭审调查是在均衡的情况下进行的。异议权具体涉及两个方面的内容:针对对方当事人庭审调查中的不当行为或违法行为提出声明并要求法官对此作出回应,以制止对方当事人的这些行为;针对法院诉讼指挥、证据调查包括询问证人和当事人的行为提出异议。

四、结 语

综上所述,以对话、沟通为内容重构我国民事诉讼构造时,应当对主体之间的权限作合理的分配,既不过分夸大当事人对诉讼的主导权,也不为促进诉讼而过分渲染法官的职权作用,而是应当综合各方因素和协调价值关系,建立权责分明、互相制约、协同促进诉讼进行的构造关系。具体来讲,在诉讼请求、事实主张以及证据的收集与提出方面应当给予当事人充分的程序保障;而在沟通当事人之间、当事人与法院之间的意思以及在促进诉讼程序进行方面,法院则应当发挥更大的作用。在注重法官对诉讼引导和促进作用的同时,还应当强调当事人的合作,即与法院协同促进诉讼的进行。因为,“辩论是由当事人来进行的,不管法院怎样整理辩论和促进诉讼,如果当事人漫不经心,就无法顺利进行。假如法院被当事人松散的或故意拖长的辩论牵着走,这不仅对要求迅速解决纠纷的对方当事人不利,而且增加法院负担,影响提高办案效率。”^[25] 基于这些考虑,诉讼构造的重构,实际上是要疏通和完善主体间的交叉对话,建立有节有制、彼此容易沟通和理解的案件信息传递机制。从我国民事诉讼构造的具体形态分析,尚没有建立一个既有制约、又有协同的当事人之间、当事人与法院之间的对话机制,也无法真正建立起当事人易于理解的诉讼环境。所以,主张建立诉讼应当为当事人所容易理解和接近的理念,符合我国司法改革和发展的目标。最高人民法院的相关司法解释,在弱化过于积极的法官职权和强化体现当事人自我负责的程序主体地位(这在一定程度上扩张了当事人在诉讼中的对抗性质)的同时,却没有注意建立畅通的对话机制,特别是当事人与当事人、法院与当事人之间以相互沟通为内容的合作性的对话构造方面更是如此。所以,当事人对诉讼参加缺乏实效性,难以对法院判决充分理解和信任。

当事人与法院之间构造关系的改革思路,应当坚持上述观点,即:第一,建立以当事人主导的并形成对法院具有约束力的构造关系,在分权而治的构造原理指导下,使当事人与法院之间的对话形成合理的相互作用关系。由当事人自主决定审理对象的原则,是民事诉讼的本质所决定的,无论世界各国的民事司法制度如何改革,至今这一原则仍然是有效的。第二,为体现法院对当事人的一种关心或者能够创造当事人容易理解的诉讼环境,适度的法院职权行为即释明权的承认是必不可少的。这不但可以建立起法官与当事人之间的一种协同关系,增强当事人参加诉讼的有效性和对法院所作判决的认同感,同时,也可以满足诉讼效率性价值的要求。第三,在诉讼程序的运作方面,以法院职权进行为原则并适当辅以当事人的选择权为补充的机制,使诉讼更具有效率性。第四,在分权而治的构造框架下,注重法院与当事人协同发现案件真实、协同促进诉讼进行之关系的构建。

Abstract: The structure of Chinese civil procedure should be reconstructed and should reasonably distribute the rights among subjects of civil proceedings. The parties dominate the proceedings and bound the court. Following the principle of the separation of power, the structure pays attention to the judges' role of piloting the proceedings and the cooperation of the parties. The communication among the subjects of the proceedings is emphasized to build a temperate and comprehensible information transmission system.

Key words: civil procedure, communication, cooperation

[25] 前引[3],兼子一、竹下守夫书,第94页。