

# 职权探知主义转向 辩论主义的思考

翁晓斌<sup>\*</sup>

---

**内容提要：**我国民事诉讼法长期奉行职权探知主义。随着审判方式改革的推进，通过司法解释初步确立了辩论主义。但是我国当前民事诉讼中的辩论主义存在诸多缺陷。克服这些缺陷并完善我国民事诉讼中的辩论主义，必须建立起辩论主义的理论体系，改变法官职业群体的传统思维，并对现有的有关辩论主义的制度进行修改、补充和重构。

**关键词：**职权探知主义 辩论主义 民事诉讼

---

## 一、辩论主义的内容、依据及其修正

民事诉讼构造包括实体形成面和程序推进面两个层面，大陆法系国家针对这两个层面普遍采取不同的运行机制。正如黄松有指出的：“民事审理程序在构造上存在着两个方面，按照普适性理论解释和各国民事诉讼的共同规律，在诉讼实体面上，即在实体形成的活动过程方面，支配权或主导权由当事人占有或享有；也就是说，对于诉讼实体的形成活动，原则上遵循和贯彻当事人主义，而在诉讼程序面上，即在审理程序的运行活动方面，则由法院指挥或推进诉讼程序的进行；亦即对于程序进行活动，实行职权主义。当事人主义在实体形成面上的主要表现为两个方面：一是在权利请求或权利主张方面，贯彻当事人主义处分原则，二是在当事人为维护自己的权利而进行的诉讼攻击和防御行为而实行辩论主义。”<sup>〔1〕</sup>所谓辩论主义，乃是对于民事诉讼的实体形成面中有关当事人之间攻击防御机制的理论概括。辩论主义和处分权主义（处分原则）一起，构成了当事人主义的两大支柱。

关于辩论主义的内容，德国学者奥特马·尧厄尼希将其归纳为两个方面：其一，法院只允许将其裁判建立在当事人提供的事实基础之上。其二，对那些事先已提出的事实是否应由法院收集证据，取决于当事人的行为。只有对方当事人对作出主张的当事人进行争辩的事实才有证明要求。无争辩的事实或者自认的事实不需要任何证据，即只允许法院在当事人双方确定的界限内审查事实的

---

<sup>\*</sup> 翁晓斌，浙江大学法学院副教授。

〔1〕 黄松有：《中国现代民事审判权论》，法律出版社2003年版，第218页。

真实性。<sup>[2]</sup>日本学者兼子一将辩论主义概括为三项内容:第一,判断权利发生或消灭的法律效果所必要的要件事实(或叫主要事实),只要在当事人的辩论中没有出现,法院不得以它作为基础作出判决。第二,法院在判决理由中所需要认定的事实只限于当事人之间争执的事实。至于没有争执的事实(自认及拟制自认),不仅没有必要以证据加以确认,而且也不允许法院作出与此相反的认定。第三,认定所争执的事实所需要的证据资料必须是从当事人提出的证据方法中获得,不允许法院依职权调查证据。<sup>[3]</sup>韩国学者宋相现认为:“辩论主义的内容分三个部分,第一是法院不得以当事人在辩论当中没有主张的事实作为判决的依据。第二,应当将当事人之间没有争议的事实作为判决的依据(自白的拘束力)。第三,若要认定有争议的事实,必须依靠当事人提出的证据。”<sup>[4]</sup>尽管上述学者的表述略有不同,但是所归纳的辩论主义的核心内容基本一致。不过,辩论主义的内容十分丰富,上文所引的纲领式表述尚不能充分揭示。下面就将辩论主义的内容分三个方面作进一步的阐述。

### 1. 作为判决基础的事实必须是经当事人主张的事实

这是辩论主义的首要内容。<sup>[5]</sup>并非所有未经当事人主张的案件事实都不得作为判决的基础,如何确定辩论主义适用的事实范围乃是一个重要的理论和实践难题。日本通说认为,诉讼中的案件事实分为主要事实、间接事实和辅助事实三种类型,辩论主义只适用于主要事实,不适用于间接事实和辅助事实。高桥宏志对三种事实的不同含义的解释是:“所谓的主要事实又被称为直接事实,是指在判断出现权利发生、变更或消灭之法律效果中直接且必要的事实,换言之,是与作为法条构成要件被列举的事实(要件事实)相对应的事实……所谓的间接事实,也被称为凭证(证据),是指在借助于经验法则及逻辑法则的作用推定主要事实过程中发挥作用的事实……而所谓的辅助事实是指,用于明确证据能力或证据力(证明能力)的事实。”<sup>[6]</sup>日本理论界原来有不少人认为主要事实就是要件事实,于是有人对辩论主义仅适用于主要事实的合理性提出质疑,进而认为辩论主义应当同时适用于部分重要的间接事实。<sup>[7]</sup>不过现在普遍的观点认为主要事实和要件事实存在区别。对此高桥宏志是这样解释的:“在法律条文中构成要件所记述的事实为要件事实(其中也有可能不是真正意义上的事实,正确地说,应当被称为构成要件要素或者构成要件标识),而使要件事实得以充实的具体事实则是主要事实。”<sup>[8]</sup>也就是说,要件事实是规定在实体法中作为特定的实体法律效果成立所应当具备的事实要件,是一种高度抽象的事实。而主要事实是案件当中的具体事实,该事实与要件事实相对应,是要件事实在案件中的具体化。虽然关于辩论主义只适用于主要事实的学说近年来受到不少质疑和挑战,但其通说地位并未动摇,且至今依然在日本实务界得到广泛的支持。<sup>[9]</sup>

间接事实和辅助事实可以不经当事人主张而直接作为判决的基础,其理论依据是这两类事实相当于证据资料,而对证据资料的审理和认定属于法官自由心证的范围。日本学者三月章指出:“辩论主义只适用于主要事实,是因为其与辩论主义纯粹不同领域的自由心证主义相关。法院必须在这一自由心证主义的作用下发现事实的真相,而间接事实等则具备充分的自由心证形成素材的意义。因此,从自由心证主义角度说,则应尽可能排除来自于辩论主义的拘束和限制。”<sup>[10]</sup>

[2] [德] 奥特马·尧厄尼希:《民事诉讼法》,周翠译,法律出版社2003年版,第125页。

[3] [日] 兼子一、竹下守夫:《民事诉讼法》,白绿铉译,法律出版社1995年版,第71页。

[4] [韩] 宋相现:《民事诉讼法》,博英社2002年版,第440页。

[5] 这里的案件事实仅指实体性事实亦即与实体争议有关的事实,不包括程序性事实亦即涉及程序事项的事实。大陆法系国家民事诉讼中的辩论主义仅适用于诉讼的实体形成面,在程序推进面上实行职权主义,因此辩论主义适用范围与程序性事实无关。

[6] [日] 高桥宏志:《民事诉讼法——制度与理论的深层分析》,林剑锋译,法律出版社2003年版,第340页。

[7] 参见王亚新:《对抗与判定——日本民事诉讼的基本结构》,清华大学出版社2002年版,第109页。

[8] 前引[6],高桥宏志书,第342页。

[9] 参见前引[7],王亚新书,第111页。

[10] [日] 三月章:《日本民事诉讼法》,汪一凡译,台湾五南图书出版公司1997年版,第187页。

上述的辩论主义只适用于主要事实的观点为韩国和我国台湾地区的学术界所吸收，并同样获得了通说的地位。

## 2. 法院受自认的拘束

自认即当事人在诉讼过程中向法院承认对方主张的不利于己的事实的真实性。自认包括明示的自认和默示的自认。明示的自认就是通常所说的自认，是指当事人以明确的意思表示作出的自认。默示的自认又称拟制的自认，指的是当事人对于对方主张的于己不利的事实不予争执，由此而被法院依法推定的自认。默示的自认和明示的自认具有相同的效力。我国台湾学者李学灯将自认的效力归纳为：“自认发生无庸举证之效力，亦即对于他造主张不利于己之事实而为自认或不争者，他造因而就该项之主张，得免除举证之责任。由于此种舍弃证明之效果，过去判例上遂认为于辩论主义所行之范围内有拘束法院之效力，法院自应认当事人自认之事实为真实，即应以两造一致之主张，为裁判之基础。”<sup>〔11〕</sup>可见，自认发生两种效力，一种是对当事人的效力，即免除主张事实的当事人的举证责任，另一种是针对法院的效力，即法院受自认的拘束，法院必须对于自认的事实直接予以认定，不得对自认的事实进行审理，也不得作出相反的认定。两种效力中只有对于法院的拘束效力构成辩论主义的内容。不过，在辩论主义下自认的这两种效力是相辅相成的，即免除主张事实的当事人的举证责任即意味着自认拘束法院。

## 3. 禁止法院依职权调查证据

辩论主义并不反对法院调查证据，在必要的情形下法院基于当事人的申请而调查证据并不违反辩论主义。辩论主义反对的是法院根据自己的判断依职权调查证据并以该证据作为认定事实的基础。辩论主义的三项内容中，这一项内容并未达到前两项内容那样绝对化。<sup>〔12〕</sup>大陆法系的许多国家民事诉讼法为发现真实的需要，仍然允许法院在一定条件下依职权调查证据。如韩国民事诉讼法第292条规定：“法院认为不能根据当事人申请的证据得到心证或另有必要时，可以依职权进行调查。”不过这一权力的实际运用受到严格限制。宋相现指出：“但是过度的职权发动可能减少当事人的诉讼履行意欲，所以不得从一开始就积极探知证据。还有，即使心证不形成，也不一定有依职权证据调查的义务。所以在负有立证责任的当事人不具备立证能力的情况下，使其不成为辩论主义弊端的牺牲品，以这种程度为限度进行职权调查。”<sup>〔13〕</sup>鉴于辩论主义的第三方面内容具有一定的弹性，三月章将其表述为“职权调查证据的原则性禁止”。<sup>〔14〕</sup>

辩论主义的主要依据亦即思想基础是私法自治的理念。私法自治在尊重人的主体性的同时，也包含了主体的自我归责原则。辩论主义是私法自治理念在民事诉讼中的具体展开，蕴含了当事人通过自己的攻击防御行为形成法官心证基础的内容。在日本，以私法自治作为辩论主义的根据，被称为辩论主义的本质说。他如手段说、防止突然袭击说、多元说等或者是私权自治说的应有之意，或者是私权自治说的延伸，或者是对私权自治说的补充，正如高桥宏志指出的：“在辩论主义根据的说明上，私权自治说的优势地位可以说是无可非议的。”<sup>〔15〕</sup>

在私权自治说之下，防止突然袭击说可以视为地位仅次于前者的辩论主义的依据。高桥宏志虽然认为防止突然袭击只是辩论主义的机能，但他经过考察后发现：“辩论主义在现实的诉讼中发挥的作用与其说是尊重当事人的意思，毋宁说在于防止突然袭击。也就是说，由于辩论主义的存在，当事人未主张的事实就不能作为判决的基础，因此，对于当事人来说，只要将自己的精神集中于对

〔11〕 李学灯：《证据法比较研究》，台湾五南图书出版公司1997年版，第112页。

〔12〕 参见前引〔6〕，高桥宏志书，第330页。

〔13〕 前引〔4〕，宋相现书，第644页。

〔14〕 参见前引〔10〕，三月章书，第190页。

〔15〕 前引〔6〕，高桥宏志书，第335页。

方当事人主张的事实（以及自己主张的事实）即可。”<sup>〔16〕</sup>将防止突然袭击视为辩论主义的机能固无可，但是将辩论主义所能发挥的最为重要的机能视为辩论主义的一个重要依据亦无可。尤其对于没有辩论主义传统而正在向辩论主义转化的国家来说，辩论主义的机能对于辩论主义的确立具有更加重要的意义——制度的选择往往出于对于制度功能的期待，因此将防止突然袭击视为辩论主义的一个重要依据也就具有更加充分的理由。换一个角度来看，防止突然袭击是现代民事诉讼所追求的程序公正的重要内容。日本学者谷口安平将程序公正的核心内容总结为“参加命题”，即：“与程序的结果有利害关系或者可能因该结果而蒙受不利影响的人，都有权参加该程序并得到提出有利于自己的主张和证据以及反驳对方之主张和证据的机会。这就是‘正当程序’原则的基本的内容或要求，也是满足程序正义的最重要条件。”<sup>〔17〕</sup>显然，防止突然袭击是“参加命题”的题中应有之义，因为突袭性裁判剥夺了一方当事人参加程序的机会。而按照张卫平的介绍，构成程序公正的一个重要内容就是“当事人不致受到突袭裁判”。<sup>〔18〕</sup>从这个角度来看，程序公正理念也可以视为辩论主义的一个依据。

辩论主义并非完美，如果将辩论主义推向极端而加以机械适用，辩论主义就会带来一系列弊端。其一，当事人可能因为误解或疏忽而未能合理主张事实和充分立证，以至于本来可以胜诉的当事人却蒙受败诉的结果，亦即造成判决在实质上的不公正。其二，当事人可能滥用辩论主义所赋予的权能而拖延诉讼，并导致诉讼过程的烦琐，造成诉讼成本高居不下、案件久拖不决。其三，辩论主义条件下的诉讼主要根据当事人的对话和对抗形成判决，判决的正当性是建立在当事人的参加诉讼能力旗鼓相当的前提下的。但是在现实的诉讼中，可能存在当事人之间参加诉讼能力明显失衡的情况，如此就会造成实质上的不平等对话和对抗，由此形成的判决也就缺乏充分的正当性。针对辩论主义的上述弊端，有必要在制度上加以弥补，而这种用来弥补辩论主义的缺陷的制度，就是释明权制度。凡是奉行辩论主义的大陆法系国家的民事诉讼法，都有关于释明权的规定。

释明权又称阐明权，包括针对处分权主义的释明权和针对辩论主义的释明权两种类型，本文所称的释明权指的是后者。关于释明权的含义和适用的情形，我国台湾学者骆永家的解释颇为全面和详尽，他说：“法官的释明权，又称阐明权，是指当事人在诉讼过程中的声明和陈述的意思不清楚、不充分时，或者提出了不当的声明或陈述时，或者所举的证据不够而认为已足够时，法官以发问或晓谕的方式提醒和启发当事人把不明确的予以澄清，把不充分的予以补充，或把不当的予以排除，或者让其提出新的诉讼资料，以查明事实的权能。”<sup>〔19〕</sup>由此可见，释明权的行使主要包括对于主张的释明和对于立证的释明两个方面。对于主张的释明是指，通过询问和提示指出当事人主张中的矛盾的、不明确的、不充分的或者不当的部分，并给于其补正相应内容的机会。对于立证的释明则是通过询问和提示敦促当事人就系争事实提出或补充证据，使其提供的证据尽可能充分。释明权具有权利和义务的双重属性，因此有时候释明权又被表述为释明义务。

通过释明权的行使，可以有效地避免当事人因为主张的不当或者举证的不足而蒙受不利判决的结果，使审判更加公正和妥当。此外，释明权的行使对于维护当事人之间的实质平等、提高诉讼效率以及降低诉讼成本也有积极的作用。总之，释明权的行使有效地避免“机械地、形式地”适用辩论主义而带来的弊端。也正因为此，释明权被视为辩论主义的修正或补充，而不是辩论主义的例外。

## 二、我国民事诉讼由职权探知主义向辩论主义的转化

与辩论主义相对立的是职权探知主义。“所谓的职权探知主义，系指对于诉讼资料的收集，法

〔16〕前引〔6〕，高桥宏志书，第338页。

〔17〕参见〔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2002年版，第11页。

〔18〕参见张卫平：《诉讼构架与程式》，清华大学出版社2000年版，第106页。

〔19〕骆永家：《阐明权》，载杨建华主编：《民事诉讼法之研讨》第4册，台湾三民书局1984年版，第171页。

院拥有主导权，即权能和责任的一种观念。职权探知主义与辩论主义相比，具有以下不同之处：第一，法院在观念上必须明确当事人未经提出的事实同样可以作为裁判的基础；第二，必须承认可以透过职权进行证据调查；第三，是否需要根据事实的证据进行确定不受当事人态度的左右。因此，当事人的自认对于法院并无拘束力。”<sup>〔20〕</sup>通过解读我国现行民事诉讼法可以发现，在大陆法系国家普遍实行辩论主义的领域，我国在立法上实行的却是职权探知主义。

### 1. 作为判决基础的事实不受当事人主张范围的限制

这一结论基于两点理由。首先，法院负有依职权查明客观事实的职责。我国民事诉讼法第2条规定，该法的任务之一就是“保证人民法院查明事实”。根据立法本意和通说的理解，这里所指的事实是“客观事实”，因此法院负有依职权查明客观事实的职责。在此前提下，作为判决基础的事实理所当然不受当事人主张范围的限制。当事人总是从有利于自己的角度去主张事实的，如此就难免存在任何一方当事人主张的事实都与客观事实不符的情况。如果要求作为判决基础的事实受制于当事人主张的范围，势必妨碍客观事实的查明；允许作为判决基础的事实突破当事人主张的范围，乃是查明客观事实的需要。其次，当事人的主张只是一种证明的手段，而不是证明的对象。要求作为判决基础的事实必须限于当事人主张的范围，一个重要的前提必须是当事人主张的事实是证明对象。这是因为，将当事人的主张确定为证明对象，不仅意味着证明活动（包括法院查明事实的活动）指向的只能是当事人主张的事实，同时意味着判决认定的事实也只能是一方当事人主张的事实。然而这一前提在民事诉讼法中并不存在。一则，如上所述，民事诉讼法要求法院查明客观事实，而客观事实不限于当事人主张的事实。这一点就足以说明当事人主张的事实不是证明的对象。二则，民事诉讼法第63条将当事人陈述规定为七种证据种类中的一种。当事人的陈述的主要内容就是事实主张，将当事人的陈述作为证据对待，即等于将当事人的主张视为证据。既然当事人的主张被视为证据，就不可能同时又是证明对象。

### 2. 法院认定事实可以不受当事人自认的拘束

民事诉讼法没有就当事人的自认作出专门规定，当事人的自认被归入当事人陈述中，只具有证据的意义。当事人的自认作为一种证据，不能拘束法院对事实的认定。对此民事诉讼法第71条规定得十分明确：“人民法院对于当事人的陈述，应当结合本案的其他证据，审查确定能否作为认定事实的根据。”根据这一规定，法院对于为当事人自认的事实不仅不能直接予以认定，而且可以在结合其他证据审查之后作出相反的认定。

### 3. 法院可以不受限制地依职权调查收集证据

法院依职权调查收集证据包括两种职权行为，一是依职权启动证据的调查和收集，即主动调查收集证据，二是依职权决定调查收集的证据范围。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。”就证据调查收集的启动而言，法院认为审理案件需要的证据依职权启动调查收集是不言而喻的。至于当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，由于法律没有规定须经当事人申请法院才能调查收集，法院对于此类证据的调查收集亦可依职权启动。调查收集的证据范围，法院同样可以依职权确定。表面上看来，法院似乎不能调查收集当事人及其诉讼代理人非因客观原因不能自行提供的证据。但是，法院认为审理案件需要的证据完全可以涵盖当事人及其诉讼代理人非因客观原因不能自行提供的证据，因此法院仍然可以以审理案件需要为由而依职权调查收集此类证据。总之，民事诉讼法对于法院依职权调查收集证据的权力可以说没有任何限制。

尽管我国民事诉讼法奉行的是职权探知主义，但是随着审判方式改革的深入，我国民事诉讼实践的发展呈现出转向辩论主义的趋势，尤其是最高人民法院于2001年12月颁布施行的《关于民事

〔20〕前引〔10〕，三月章书，第196页。

诉讼证据的若干规定》(以下简称《证据规定》)的出台,在民事诉讼的实际运行体制中已经基本确立了辩论主义。《证据规定》很大程度上受到了当事人主义诉讼观的影响,参与起草《证据规定》的最高人民法院宋春雨法官就说过:“当事人主义的诉讼模式是市场经济条件下民事主体地位平等、意思自治等基本原则在民事诉讼中的反映”。<sup>[21]</sup>而当事人主义诉讼观对于《证据规定》的影响主要就表现在通过该司法解释确立了辩论主义。体现在如下三个方面:

### 1. 《证据规定》已经隐含着法院应当在当事人主张范围内认定作为判决基础的事实的要求

首先,就作为判决基础的事实而言,《证据规定》确立了当事人的证明主体地位,法院不再是依职权查明事实的主体。其第 2 条规定:“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足的,由负有举证责任的当事人承担不利后果”。这一规定改变了民事诉讼法以及最高人民法院关于适用民事诉讼法若干问题的意见所指的举证责任的内涵。民事诉讼法及其适用意见所指的举证责任指的是单纯的提供证据责任,而《证据规定》第 2 条要求当事人承担的举证责任乃是“提供证据加以证明”的责任,责任的重心在于“证明事实”而不是“提供证据”,而且这种举证责任是与事实最终呈现为真伪不明时的不利后果联系在一起的。举证责任内涵的变化是与当事人诉讼地位的变化同时发生的。既然当事人应当证明其诉讼请求所依据的事实或者反驳对方的诉讼请求所依据的事实并承担因该事实得不到证明而带来的不利后果,那么当事人就是该事实的证明主体。在确立了当事人的证明主体地位之后,法院也就不再是依职权查明事实的主体。这一点从《证据规定》的其他条文的文字表述的变化中同样可以体察得到。《证据规定》针对法院形成事实结论的行为不再沿用“查明”的表述方式,而一律使用“认定”,如第 68 条、第 69 条、第 73 条等概是如此。表述方式的改变背后意味着对法院角色和职能的重新定位,即法院的职责是在当事人证明的基础上作出判断。由于当事人只会去证明其主张过的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实,法院在判决中基于当事人的证明而认定的事实也就只能是当事人主张过的前述事实。

其次,《证据规定》放弃了对客观真实的片面追求,降低了证明标准。《证据规定》第 63 条规定:“人民法院应当以证据能够证明的案件事实为依据依法作出判决。”证据能够证明的事实和客观事实的真实程度是有所不同的。证据能够证明的事实真实程度受制于证据的数量和质量,同时也受到法官的判断事实的能力的影响,并非所有案件的证据都可以具有足以完全再现客观事实的数量和质量,因此就不能要求证据能够证明的事实都必须达到客观真实的程度。《证据规定》要求法院以证据能够证明的事实作为判决的依据,已经暗示着证明标准调整为低于客观真实的法律真实。“诉讼证明活动的终极目标是追求客观真实,但诉讼证明活动应当达到的最低要求是法律真实。”<sup>[22]</sup>证明标准的降低在《证据规定》第 73 条的规定中得到了更加明确的体现。该条规定:“双方当事人对同一事实分别举出相反的证据,但都没有足够的依据否定对方证据的,人民法院应当结合案件的情况,判断一方提供的证据的证明力是否明显大于另一方提供证据的证明力,并对证明力较大的证据予以确认。”这一判断证据的标准显然低于客观真实标准,属于法律真实的标准。《证据规定》中证明标准的降低,使得法院出于查明客观事实的需要而认定未经当事人主张的事实作为判决基础的必要性不复存在。这尽管不是法院应当在当事人主张的范围内认定作为判决基础的事实的充分理由,但可以作为前一个理由的重要补充。

### 2. 《证据规定》赋予了自认以拘束法院的效力

[21] 宋春雨:《解读〈证据规定〉》,载李国光主编:《解读最高人民法院司法解释》(民事卷,1997-2002年),人民法院出版社 2003 年版,第 589 页。

[22] 最高人民法院民事审判庭第一庭:《民事诉讼证据司法解释的理解和适用》,中国法制出版社 2002 年版,第 313 页。

《证据规定》第74条规定：“诉讼过程中，当事人在起诉状、答辩状、陈述及其委托代理人的代理词中承认对方不利的事实和认可的证据，人民法院应当予以确认，但当事人反悔并有相反证据足以推翻的除外。”这一规定要求法院对于当事人自认的事实应当加以确认，赋予了自认以拘束法院的效力。当然，自认的当事人反悔并提供了足以推翻自认的证据的，自认不能拘束法院，这一例外规定是对于自认效力的必要限制。另外，《证据规定》第8条第2款首次规定了默示的自认，即：“对于一方当事人陈述的事实，另一方当事人既未表示承认也未否认，经审判人员充分说明并询问后，其仍不明确表示肯定或者否定的，视为对该项事实的承认。”由此，可以推断《证据规定》第74条所称的自认包括拟制的自认，即默示的自认同样具有拘束法院的效力。

### 3. 《证据规定》严格限制法院依职权调查收集证据

首先，《证据规定》对于法院依职权调查收集证据的范围进行了严格限制，这种限制是通过对民事诉讼法规定的法院应当依职权调查收集的“认为审理案件需要的证据”进行限缩性解释来实现的。《证据规定》第15条规定：“民事诉讼法第64条规定的‘人民法院认为审理案件需要的证据’是指以下情形：（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、回避等与实体争议无关的程序事项。”这一规定基本上取消了法院自由决定依职权调查收集证据的范围的权力，同时也最大限度缩小了法院应依职权调查收集的证据范围。大陆法系国家的民事诉讼的程序面上，本来就不实行当事人主义而采取职权主义，法院就程序事项依职权调查收集证据，不属于辩论主义的例外，构成例外的仅仅是法院就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依职权调查收集证据。由于民事纠纷属于私权纠纷，涉及可能有损国家利益、社会公共利益和他人合法权益的事实并不多见，与此有关的证据范围自然也十分有限。

其次，《证据规定》对法院调查收集证据的启动方式作了限制。《证据规定》第16条的规定：“除本规定第十五条规定的情形外，人民法院调查收集证据，应当依当事人申请进行。”据此，法院不得未经当事人申请而主动调查收集当事人及其诉讼代理认因客观原因不能自行提供的证据。

综上，构成辩论主义的三项内容在《证据规定》中均得到了体现，从而标志着我国民事诉讼在实践层面上已经转向了辩论主义。

## 三、当前我国民事诉讼辩论主义的缺陷

我国民事诉讼在实体形成面上由职权探知主义向辩论主义的转变，迎合了我国社会转型对于新型纠纷解决机制的现实需要，也符合我国民事诉讼制度现代化和国际化的发展方向，同时也是对我国多年的积薪式的审判方式改革成果的全面总结。但是，我国是在现行民事诉讼法没有修改的前提下通过司法解释导入辩论主义的，而且在此之前缺乏充分的理论准备，由此决定了我国当前民事诉讼中的辩论主义存在诸多缺陷，主要的缺陷可以归纳为下面三点：

### 1. 合法性不足

在民事诉讼法实行职权探知主义的前提下，通过《证据规定》导入的辩论主义和民事诉讼法就必然存在冲突。由于这种冲突蕴含着两种诉讼理念和诉讼运行机制之间的结构性矛盾和本质性对立，注定不可能通过司法解释的技术性处理而避免。不过，我国当前民事诉讼中的辩论主义的合法性不足问题的存在有其现实的合理性。法律的稳定性要求决定了不可能轻易地修改民事诉讼法以满足现实的迫切需要，而现实的迫切需要又使得司法实践的运行机制不得不作出与时俱进的调整，于是局部先行的制度改革就成为了一种暂时缓解制度和现实之间的紧张关系的唯一可行的对策，并可以为以后的全局性制度改革提供经验。

### 2. 缺乏理论的指导和思维的配套

辩论主义既是一种诉讼制度,又是一套诉讼理论体系和一种思维方法。作为制度的辩论主义必须借助理论和思维方法才能得到有效实施和合理适用。在日本,法律并未明确规定辩论主义适用的事实范围,答案是由理论提供的。日本学术界从要件事实理论出发,再将案件事实区分为主要事实、间接事实和辅助事实,在此分类的基础上界定辩论主义的适用范围,由此形成了逻辑严整、内容精细、既具有理论深度又具有可操作性的理论体系。这种理论又通过法学教学、法律职业培训以及理论和实务界的对话交流内化为法律职业人的思维方法。正是有了这种从要件事实出发的理论和思维方法,日本的法院才能够在诉讼实践中妥当地解决辩论主义适用的事实范围问题。

迄今为止,我国的民事诉讼理论对于辩论主义的理论依据、制度构造、适用范围、操作技术等问题并没有全面、系统和深入的研究和阐述;已有的研究成果也没有实现与实务操作的充分对接,对于实务操作所起到的指导作用并不明显。与此相应,法律职业群体尤其是法官职业群体也都没有接受过系统的有关辩论主义的理论学习和职业培训,辩论主义的思维方法尚未形成和普及。由于缺乏理论的指导和思维的配套,我国当前的辩论主义在实施过程中必然遭遇难题。其中最为突出的问题就是如何界定辩论主义的适用的事实范围。在立法中区分事实种类并以此确定辩论主义的适用范围并无可行性,国外亦无此先例,这一问题只能通过法学理论和法官思维加以解决。从日本的情况来看,从要件事实出发将案件事实区分为主要事实、间接事实和辅助事实并将辩论主义适用于主要事实,具有充分的合理性和较强的可操作性,并且已在其长期的司法实践中经受了检验。总体上看,根据《证据规定》,辩论主义适用的事实乃是当事人的诉讼请求所依据的事实和反驳对方的诉讼请求所依据的事实,这一事实的范围存在模糊性和不确定性。由于缺乏理论指导和思维配套,法院在审判实务中确定辩论主义适用的事实范围时,必然面临无所适从的困惑并极有可能产生处理不当的后果。

### 3. 制度设计不完善

与德、日等大陆法系国家的立法相比,《证据规定》中体现辩论主义要求的制度规范本身存在以下三点不足之处:

(1) 未从整体上充分和明确排除辩论主义在身份关系诉讼中的适用。身份关系诉讼涉及社会公共利益以及他人权益,需要通过法院的职权介入以保护这些利益,为此大陆法系国家在坚持辩论主义的同时,明确排除辩论主义对于身份关系诉讼的适用。如日本就婚姻、收养、亲子关系案件专门制定了民事诉讼法,明文规定排除民事诉讼法中属于辩论主义的条文的适用,同时规定法院对于当事人未提出的事实可进行调查证据,并对当事人所未提出的事实加以考虑。<sup>[23]</sup>《证据规定》注意到了身份关系诉讼的特殊性。其第8条规定,如果一方当事人承认的事实是涉及身份关系的事实,不能免除对方当事人的举证责任。据此,在自认问题上《证据规定》排除了辩论主义在身份关系诉讼中的适用。但是,《证据规定》并没有规定法院审理身份关系诉讼时可以考虑未经当事人主张的涉及身份关系的事实,亦未明确规定法院就涉及身份关系的事实可以依职权调查收集证据。可见,《证据规定》只是限制了辩论主义在身份关系诉讼中的适用,没有在整体上充分和明确地排除辩论主义在此类诉讼中的适用。这就可能导致法院对身份关系诉讼的审理不能满足此类纠纷处理的特殊要求,导致处理结果的不妥当或不合理。

(2) 未明确宣示辩论主义的首要内容。在辩论主义的三项内容中,未经当事人主张的事实不得作为判决的基础无疑是最为重要的一项内容。然而,《证据规定》对于这一内容并无明文宣示,而是隐含在有关举证责任、证明标准等规范当中。这不仅容易造成对这一内容是否成立的争议和分

[23] 日本民事诉讼法第10条针对婚姻及收养案件规定:“民事诉讼法第157条、第159条第1款、第224条及第240条等条款规定,不适用于婚姻案件。关于审判上自认的法则,不适用于婚姻案件。”这里被排除适用的条款,都是体现辩论主义的条款。第14条规定:“为了维持婚姻,可以依职权进行调查证据,并对当事人所未提出的事实加以考虑,但对于调查的事实及证据的结果,应询问当事人。”第31条第2款针对亲子关系案件规定“法院依职权进行证据调查,并对当事人未提出的事实加以考虑。但对调查事实及证据的结果,应询问当事人。”



歧,而且还会导致该内容的权威性得不到充分尊重,两种情况都有碍辩论主义的贯彻。

(3) 未为贯彻辩论主义提供制度保障。《证据规定》没有也不可能规定违反辩论主义审理的后果。目前,一审未生效判决被二审法院发回重审,或者生效判决启动再审,都只能适用民事诉讼法规定的条件。而民事诉讼法规定的“违反法定程序,可能影响案件公正审理的”这一条件中显然不包括违反辩论主义审理的情形。因此,《证据规定》所导入的辩论主义的贯彻缺乏来自二审制度以及再审制度的保障。

缺乏系统和完备的释明权规范则是我国当前民事诉讼辩论主义在制度设计上的另一个方面的重要不足。《证据规定》初步构建了释明权制度,关于释明的规定有第3条第1款和第33条第1款(对当事人立证的释明)、第8条第2款(对当事人自认的释明)、第35条(对当事人变更诉讼请求的释明)。<sup>[24]</sup>但是现有的释明权制度有明显缺憾。首先,《证据规定》未要求法院就当事人的事实主张行使释明权,对于事实主张的释明成为制度上的盲区。其次,《证据规定》有关立证释明的规定不能使当事人得到充分的释明。受举证时限的限制,法院一般是通过格式统一的举证通知书就立证进行释明的。这种释明方式有三点弊端。第一,未考虑案件的具体情况,释明缺乏针对性。第二,忽略了当事人参加诉讼的实际能力差别,不能使在诉讼中处于弱势的当事人得到更加充分的释明。第三,不能满足诉讼的不同阶段对于释明的要求。当事人提供某些证据的必要性往往要在诉讼推进到一定程度才能显现出来,比如当事人在证据交换后才发现需要补充证据,因此对立证的释明应当贯彻于诉讼的各个阶段。通过举证通知书的释明仅限于诉讼的起始阶段,如此必然使得当事人在以后的诉讼阶段中无法得到释明。最后,《证据规定》未赋予当事人有关释明的救济手段。仅仅在法律上要求法院在必要的情况下行使释明权,并不能保证释明权作用的充分发挥和释明权的妥当运用。因此,大陆法系各国除了以法律明确规定释明权的范围和严格选拔法官确保素质以达到事前控制之外,同时也赋予当事人异议权这一事后救济措施。<sup>[25]</sup>然而,《证据规定》中并没有关于这种事后救济措施的规定,难以有效控制法官怠于行使释明权或者过度行使释明权的情形。

## 四、我国民事诉讼辩论主义的完善

要使我国民事诉讼的辩论主义得到完善,首先要解决其合法性不足的问题。显然,通过司法解导入辩论主义这种“旧瓶装新酒”的方式是无法解决这一问题的。辩论主义与现行民事诉讼法之间的结构性矛盾,决定了必须通过修改现行民事诉讼法才能为辩论主义的完善提供足够的制度空间,一劳永逸地消除现行辩论主义的合法性不足的先天性缺陷。

通过理论借鉴和改造,构建我国的辩论主义理论体系并以此改变法官职业思维,是完善我国辩论主义的另一个必备前提。构建我国辩论主义理论体系首先应当移植大陆法系民事诉讼的普适性原理,如实体形成面和程序推进面上采取不同的运行机制的原理、私权自治理念和自我归责原则、防止突袭性裁判原则等。同时,还应当借鉴大陆法系国家关于辩论主义适用的理论方法,其中最重要的就是解决辩论主义适用事实范围的理论方法。上文已经指出,从要件事实出发将事实区分为主要事实、间接事实和辅助事实,并将辩论主义适用于主要事实的理论方法,具有充分的合理性和较

[24] 《证据规定》第3条第1款规定:“人民法院应当向当事人说明举证的要求及法律后果,促使当事人在合理期限内积极、全面、正确、诚实地完成举证。”第33条第1款规定:“人民法院应当在送达案件受理通知书和应诉通知书的同时向当事人送达举证通知书。举证通知书应当载明举证责任分配原则与要求、可以向人民法院申请调查取证的情形、人民法院根据案件情况指定的举证期限以及逾期举证的法律后果。”第35条第1款规定“在诉讼过程中,当事人主张的法律关系的性质或者民事行为的效力与人民法院根据案件事实作出的认定不一致的,不受本规定第34条规定的限制,人民法院应当告知当事人可以变更诉讼请求。”第34条的内容是有关逾期举证的失权后果的规定。

[25] 参见周利民:《试论阐明权》,《政法论坛》2001年第3期。

强的可操作性,可以引进这一理论方法以解决我国辩论主义适用的事实范围问题。不过,要件事实以及主要事实是介于实体法和程序法之间的概念,对要件事实的提炼和对主要事实的界定,都离不开本国的实体法背景。结合我国的实体法规范,对不同类型案件的要件事实和主要事实进行分析和探讨,应当成为我国民事诉讼法学理论研究的一个重要课题。在进行理论构建的同时,通过法学教育和职业培训向法律职业群体尤其是法官职业群体灌输辩论主义的基本理论和适用方法,改变他们传统的诉讼思维模式,可以有效实现理论和实务的对接,为辩论主义的实施提供思维上的配套。

制度层面的完善包括两条途径。一条途径是,对现行辩论主义本身进行修改和补充,具体来说:

(一)明确而充分地排除辩论主义在涉及身份关系的诉讼中的适用。一种方案是参照日本、韩国等国的做法,就离婚、收养、赡养、扶养等身份关系诉讼的审理制定单独的人事诉讼程序法或者在民事诉讼法中将人事诉讼程序单列,实行职权探知主义。另一种方案是参照德国的体例,在民事诉讼法中有关辩论主义的条文之后附上例外规定,逐一排除辩论主义对于身份关系诉讼的适用。除保留《证据规定》关于当事人对涉及身份关系的事实不能拘束法院的规定外,还应当规定法院可以考虑未经当事人主张的事实以及依职权调查收集涉及身份关系的事实的证据。

(二)明确辩论主义的首要内容。即在民事诉讼法中确立“作为判决基础的主要事实必须是经当事人主张的事实”这一辩论主义的内容。不过由于“主要事实”是一个法学术语而不是法律术语,民事诉讼法直接用这一术语表述辩论主义的内容并不合适。即使是日本的民事诉讼法也不使用“主要事实”这一术语,其民事诉讼法第246条将辩论主义的首要内容表述为:“法院不可以就当事人没有申请的事项进行判决。”鉴于此,今后的民事诉讼法宜采取比较笼统的表述方式确立辩论主义的首要内容,比如规定为:“人民法院不得将未经当事人主张的事实作为判决的依据。”然后通过司法解释和学理解释,将条文所指的事实定义为主要事实。

(三)为辩论主义的实施提供制度保障。不宜将所有违反辩论主义审理的情形都视为能够导致审判行为无效的法定事由,否则将带来诉讼成本高昂和判决缺乏稳定性的问题,并可能导致牺牲实体公正的后果。比如,法院根据当事人的申请而调查收集了依法不属于法院调查收集的证据,且该证据能够证明当事人的事实主张,从严格意义上讲法院的行为违反了辩论主义。如果二审法院根据这一情形将案件发回重审或者有权决定再审的法院启动再审,不仅无助于审判的实体公正,而且造成诉讼资源过度消耗和判决稳定性受损,衡量之下,弊大于利。但是严重违反辩论主义审理的情形必须有法定的纠正途径,否则辩论主义将难以维系。比如,在作出自认的当事人没有反悔的情况下,法院仍然以能够证明相反事实的证据的证明力较高为由对事实作出了与自认相反的认定,这种做法动摇了辩论主义的基础,应当成为二审法院发挥重审或者启动再审的理由。因此,修改后的民事诉讼法,应当使二审法院发回重审和启动再审的理由能够涵盖严重违反辩论主义审理的情形。不过,如何界定严重违反辩论主义审理的情形,是一个颇为棘手的问题。问题本身的不确定性和民事诉讼法容量的有限性决定了不可能在民事诉讼法中就此问题给出明确的判断标准,只能结合辩论主义的原理并通过判例的积累妥当解决这一问题。

我国辩论主义在制度层面上的完善的另一条途径是充实和改进释明权制度。与德、日等大陆法系国家相比,我国民事诉讼有着长期实行职权探知主义的历史传统,当事人适应辩论主义的能力普遍较弱,实行没有释明权修正或补充的辩论主义,辩论主义的弊端只会更加突出。因此,我国只有强化法院释明权的必要而断无弱化释明权的理由。我国的释明权制度的充实和改进的具体思路是:

(一)增加对主张的释明。通过询问或提示指出当事人主张中矛盾的、不明确的、不充分的或者不当的部分,并给于其补正相应内容的机会,都应当是我国法院的释明权的内容。还应当在此基础上适当扩充释明权范围,即有条件地允许法院为积极的释明,即在当事人主张已经明确的情况下,法院仍然提醒当事人提出对其有利的主要事实。对于积极的释明,多数大陆法系国家以其违反

辩论主义为由予以禁止。因为一概允许法院为积极的释明，将动摇辩论主义的基础。但是，如果将法院的积极释明一律视为程序违法并赋予其导致审判行为无效的后果，在实践中会产生矛盾。假定一审法院进行了积极的释明并得到当事人响应，且该释明符合案件真相，而二审法院以判决违反程序撤销原判发回重审，那么当事人完全可能在案件发回重审后再次主动提出原来一审中经法院释明而提出的事实主张。在此情况下，如果一审法院对该事实不予认定，固然维护了辩论主义，但一方当事人将得不到由于该事实被认定而带来的实体上有利的判决结果，从而导致判决在实体上的不公正；反之，如果一审法院对该事实维持原有的认定，则虽然保证了判决的实体公正，但辩论主义并没有因为重审而得到维护。换言之，此时法院将面临辩论主义的维护和实体公正的追求之间的矛盾和抉择。因此笔者认为允许法院为符合真相的积极释明是更为合理的选择。理由如下：

第一，释明权制度存在的根本目的是为了修正辩论主义被过分强调而可能导致的判决在实体上的不公正。如果积极的释明能够避免因固守辩论主义而导致判决在实体上的不公正，那么这种释明至少符合释明权制度成立的宗旨。三月章指出：“在民事诉讼中采用辩论主义，除与私人纠纷的本质有关之外，尚有各种综合性、合目的性的考虑以及诉讼政策的考虑因素。因此，法院并不能满足于被动或消极的态度，还需根据需要采取适当的方法进行保护性介入，但不应违背事实的本质。”<sup>[26]</sup> 法院为符合真相的积极释明，可以看成是一种不违背事实本质的“保护性介入”。

第二，在程序公正和实体公正发生冲突的场合，选择实体公正优先，符合我国民众的普遍的公正观念。虽然程序公正的观念在近年来逐渐为我国民众所接受和重视，但是以“实事求是”为基石的实体公正观念在民众的心目依然根深蒂固，主导着他们对于审判的正当性评价。辩论主义所直接体现的乃是程序公正的要求，而释明权制度所体现的乃是实体公正的要求。在积极的释明有利于实现实体公正却偏离了程序公正的情况下，允许积极的释明可以使得审判更加符合民众的公正观念，从而也使得审判更容易获得公众的认可和接受。

第三，符合真相的积极释明并不会导致程序公正和实体公正之间的严重失衡。合理的诉讼制度应当保持程序公正和实体公正的大致平衡。如果释明权的行使打破这种平衡，则有禁止和纠正的必要。法院就事实为积极的释明后的事实要在得到当事人的回应后才成为审理的对象，并且允许当事人双方针对该事实进行举证和辩论。可见，积极的释明仅仅在事实提出的环节上有违背程序公正之嫌，并不影响之后的各个审理环节的程序公正。因此，法院就事实为符合真相的积极释明并不会构成对整体的程序公正的动摇，从而不至于造成实体公正和程序公正之间整体的严重失衡。

不过，允许法院就事实作出符合真相的释明并不意味着要求法院必须为这样的释明。如果要求法院必须为这样的释明，就会加剧辩论主义和释明权制度的冲突，而且导致释明负担过重——法官并没有总是能够发现当事人未主张的符合真相的事实的能力和条件。对于法院就事实为符合真相的释明的问题，合理的处理方式应当是：如果法院的释明最后被证明是符合真相的，不视为释明越权；如果法院没有为这样的释明，不视为未尽释明义务。

（二）加强对立证的释明。除了通过举证通知书给予当事人以一般性的释明外，还应当要求法院针对案件的具体情况、当事人的参加诉讼的实际能力进行更加充分地释明。与此相应，在诉讼的各个阶段，法院都应可以根据需要随机地进行释明。原则上，只要当事人因为缺乏诉讼知识或经验，或者因为疏忽或者误解而未向法院提供必要的证据的，法院都应当通过询问或者告知的方式让当事人补充证据。对立证的释明的具体内容包括：当事人遗漏支持其主张所必备的证据的，督促其提供；当事人提供的证据明显不充分的，建议其补充；当事人所提供的证据明显不符合法律要求的形式的，提醒其补正；当事人提供的证据之间互相矛盾的，要求其予以澄清；等等。就立证的释明还应当处理好和举证时限制度的关系。法院通常都是在当事人收到举证通知书并在举证期限内提供

[26] 前引 [10]，三月章书，第 186 页。

了证据以后,才能够根据当事人提供证据的情况进行更加具体和有针对性的释明。如果当事人回应法院的释明而准备补充证据的,那么对证据的补充必然超过举证时限。而按照《证据规定》,这些证据中除了属于“新证据”或者“可以视为新证据”的证据外,其他证据将因为超过举证时限而面临失权的后果,不能为法院所采纳。可见,加强对立证的释明,与现行的举证时限制度存在冲突。解决冲突的方案不外乎两种:一是修改举证时限制度,允许当事人回应法院的释明而提供的证据作为例外,不产生失权的后果。二是缩小释明的证据范围,即当事人回应法院的释明而提供的证据只能是依照现行举证时限制度不产生失权的那部分证据。相比之下,第一种方案更为合理。举证时限制度的目的在于促使当事人及时提供证据以提高审判效率,其合理性应当以不损害审判的实体公正为前提,而释明权行使的目的正是在于确保审判的实体公正,因而举证时限制度不应当限制释明权的行使。

(三) 赋予当事人以事后的救济手段。为了避免法院怠于行使释明权或者过度行使释明权的情况,可以赋予当事人两方面的救济手段:一是赋予当事人以书面异议权。当事人认为法院滥用释明权对其合法权益造成损害的,可以书面形式提出异议,法院对此应当以裁定方式予以答复。二是赋予当事人以上诉权。如果法院怠于行使释明权或者过度行使释明权并可能影响公正判决的,构成法定的上诉理由。当事人因此上诉的,二审法院应当裁定发回重审。

---

**Abstract :** The doctrine of ex officio has been the ruling principle of our country ' s civil procedure for a long time . With the reform of the way of trial , the doctrine of adversary hearing was established primarily through the judicial interpretation of the Supreme Court . However , current doctrine of adversary hearing in civil procedure is far away from perfection . In order to overcome existing limitations and to improve the doctrine , it is very necessary to construct its theoretic system , to change the out - of - date thinking way of the judges , to amend , supplement , and perfect its institutions .

**Key words :** doctrine of ex officio , doctrine of adversary hearing , civil procedure

---