

辩论主义的根据

刘学在*

内容提要：对辩论主义的根据，理论上存在本质说、手段说、防止意外打击说、程序保障说、多元说、法探索主体说、信赖真实协同确定说等观点，它们从不同的角度论证了实行辩论主义的必要性。由于现代民事诉讼法的价值理念包括实体价值和程序价值两个方面，并且民事诉讼在客观上乃民事诉讼法和民事实体法共同作用的“场”，因而辩论主义的确立和贯彻，有其实体根据和程序根据，是以此为基础的多元根据的必然要求。

关键词：辩论主义 根据 实体 程序

一、前言

在大陆法系国家和地区的民事诉讼法及其理论中，辩论主义是一项公认的不言自明的基本原则。其基本含义是指，作为裁判基础的诉讼资料，应当由当事人提出，法院只能以当事人提出的并经过充分辩论的资料为基础进行裁判。这一原则的基本内容包括以下三个方面：（1）直接决定法律效果发生或消灭的主要事实必须在当事人的辩论中出现，法院不能以当事人没有主张过的事实作为判决的事实依据；（2）对双方当事人都没有争议的事实，法院应当作为判决的依据，也即法院应当受当事人自认的约束；（3）法院对证据的调查，原则上仅限于当事人提出的证据，而不允许法院依职权主动调查收集证据。可见，辩论主义从事实的主张和证据的提出等角度划定了当事人与法院的角色分工和权利（权力）义务的范围，体现了权利本位、私权自治和程序公正等基本诉讼理念，从而成为当事人主义的民事诉讼结构的一项基本原则。

我国于清末后，在引进西方民事诉讼制度和理论的过程中，逐步确立了上述辩论主义或曰辩论原则。^{〔1〕}但是新中国成立后，由于受苏联民事诉讼法及其理论的影响，以及出于与旧诉讼制度和原

* 武汉大学法学院副教授。

〔1〕清末制定的《大清民事诉讼律草案》中即基本确立了辩论主义对民事诉讼的指导地位。在该法律草案的有关理由说明中，明确规定了草案原则上采用不干涉审理主义（审判官应以当事人所搜集的资料为审判的基础）、当事人进行主义、处分主义、形式真实主义。参见陈刚主编：《中国民事诉讼法制百年进程》（清末时期第二卷），中国法制出版社2004年版，第100页以下。

则要进行彻底决裂的意识形态上的要求，民事诉讼法中所确立的辩论原则抛弃了辩论主义的实质性内核，而只是保留了仅具形式意义的宣言式的“辩论权”，法院的裁判不再受当事人的辩论内容的拘束，^[2]从而使过去的当事人主义诉讼结构转变为职权主义的诉讼结构。现在，在经过多年的诉讼实践之后，理论上已重新关注辩论主义的合理性，实务中则进行了以强调当事人主义为基本倾向的民事审判方式改革。在此基础上，本文进一步探究，民事诉讼中为什么要实行辩论主义？也即辩论主义的根据问题。认清和理解这一问题，对于确保民事诉讼法之修订沿着合理的方向进行，具有极为重要的意义。

二、辩论主义的根据之主要观点

（一）本质说^[3]

该学说认为，民事诉讼是关于私权的争议，民事诉讼的对象是当事人能够自由处分的私法上的权利或者法律关系。对于这种私法上的权利或法律关系，应当充分尊重当事人的自由处置。即使是当事人要求国家通过诉讼来解决他们之间的这种私权性的纠纷时，国家仍然应当最大限度地尊重当事人自由处分自己权利的自律性。这种私法自治的原则就要求，在民事诉讼过程中，诉讼资料的收集也应该由当事人来进行，不允许法院的积极干涉。因此，把诉讼资料的收集之权限和责任委任给当事人，是民事诉讼的当事人自治之本质所致的结果。日本学者兼子一、小山升等学者主张这一观点。

（二）手段说

该说认为，辩论主义乃系利用当事人利己之心以发现客观真实的有效手段。因为，对于提交审判的民事争议，当事人均具有利害关系，这种利害关系使当事人抱有一种尽可能求胜的心理状态，由其收集诉讼资料必定较为尽力；法院可以利用当事人的这种心理，把提供诉讼资料的责任交给当事人，让当事人去收集诉讼资料，此其一。其二，当事人是最有可能知道案件事实经过的人，把诉讼资料的收集之权责委任给当事人，对于案件事实真相的查明是最合理的。其三，在民事诉讼中，假如法院采取积极行动，全面、自主地收集诉讼资料，由于法院力量的有限性，很难对全部的案件进行彻底的审理，其结果是，或者导致不同的案件在审理上的厚此薄彼，或者导致案件的审理半途而废，不可能形成正确解决当事人之间纠纷的制度。^[4]其四，由当事人收集诉讼资料，在当事人如果因未尽力提出事实、证据而招致败诉时，不至于责怪法院的不公平。总之，辩论主义能够最大限度地利用人们一般都具有的趋利避害心理来促进案件真相的发现，是发现案件真实和推进诉讼程序展开的一种手段。菊井维大、斋藤秀夫等学者支持这一学说。

（三）防止意外打击说

在上述学说的对立中又产生了以新堂幸司教授等为代表的防止意外打击说，并随着程序保障影响的扩大越来越受到重视，目前在学术界已占有了一席之地。

在日本，最初明确提出这一学说的是田边公二法官。他是战后日本派往美国留学的法官之一，受到美国法关于正当程序思想的深刻影响。他认为只有在当事人之间经过了充分的攻击防御的事实和证据才能作为法院判决的基础或根据，而法院依职权来确定审理对象或收集证据往往带来先入为主的问题，结果是剥夺了当事人充分地陈述自己观点或进行反驳防御的机会。辩论主义正是为了防

[2] 参见张卫平：《我国民事诉讼辩论原则重述》，《法学研究》1996年第6期。

[3] 下述各种观点主要参见〔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332页以下；〔日〕吉野正三郎：《集中讲义民事诉讼法》，成文堂1998年版，第51页以下；〔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109页以下；邱联恭：《司法之现代化与程序法》，台湾三民书局1992年版，第221页以下；张卫平：《诉讼架构与程式》，清华大学出版社2000年版，第158页；等等。

[4] 参见〔日〕中村英郎：《民事诉讼理论の诸问题》，成文堂1978年版，第193页。

止这种情况发生而确立的法理。

新堂幸司教授则认为,在以裁判的三段论为前提的场合,裁判的基本构造是法律规定、事实关系和法律结论,如果不承认案件当事人对资料收集的支配权,就会在适用法律的法官和提出资料的当事人之间产生分歧,对当事人产生意外打击的危险性。因此为了防止该意外打击,就应该允许当事人对事实和证据有支配权。

(四) 程序保障说

程序保障说认为,辩论主义是为了保障当事人的攻击防御机会而承认的诉讼原理。这种观点认为,辩论主义包括两种意义上的辩论主义,一种是本来意义上的辩论主义,是指作为判决基础的事实由当事人收集提供。这是从当事人责任和权能的角度来认识的。而当事人没有提出的事实法院就不能加以认定,则应是功能意义上的辩论主义。前者对于阐明权的范围、职权证据调查的禁止方面起着作用,这种意义上的辩论主义是为了给当事人提供程序上的保障,在心理上使当事人得到满足,并进一步实现真实的目的。功能意义上的辩论主义则是为了保障当事人平等地进行攻击或防御。其代表人物有小林秀之教授等。

(五) 多元说

在关于辩论主义的学说对立的胶着状态中,出现了扬弃对立的理论,即多元说。该学说认为,试图用上述某一个方面来说明为什么采用辩论主义是很困难的,辩论主义的根据包含本质说、手段说、防止意外打击说等学说中所强调的根据。也就是说,在民事诉讼中之所以采取辩论主义,是出于尊重私人自治、高效率地发现真实、防止出其不意的攻击、确保对裁判高度公平的信赖等多元根据。它是在漫长的诉讼历史发展过程中逐渐形成的。日本的竹下守夫等学者是“多元说”的倡导者。近年来,“多元说”已经成为一种十分有力的学说。

(六) 法探索主体说

该说的基本观点是,当事人在诉讼上乃法探索的主体,对“法”自有其价值判断权,而民事诉讼制度的目的是依法解决纠纷,因此,必须在制度上确立诉讼当事人的地位以保障其法探索的主体性,而辩论主义则是这种法探索主体性的固有保障。这是因为,诉讼与具体的案件有关,必须通过诉讼实现的法是与具体的生活事实相适应的法,不是抽象的法律命题。所以,假如不承认当事人对事实及证据的支配,就不能保障当事人的法探索主体性。在通常的民事诉讼中,诉讼当事人也就是案件的当事人,所以应承认他们对判断资料的支配权,不存在任何赋予法院在判断资料收集上享有主导权的根据。但在刑事诉讼中,由于应确证的不是规制私人与私人之间关系的法,而是规制社会和个人之间,或者国家和个人之间的法,所以不能只承认诉讼当事人对判断资料的支配。^[5]

(七) 法探索协同说

此说系以协同主义来解说法官与当事人在诉讼上的关系,主张法院应有“法的观点指出义务”及“与当事人讨论的义务”,在程序上系先由当事人依其对实体法的自行判断(法的评价),基于私法自治原则,提出有利于己且符合法律所规定的构成要件之事实,但是,由于事实的最终认定乃属法院的权限,因而为了保障当事人的听审请求权和程序主体地位,在当事人的法律评价与法院的法律评价不同的情况下,法院关于法律之评价的判断必须考虑当事人对法的判断,对于当事人有所忽略但系作为裁判基础的重要法律观点,应给予当事人陈述的机会。因此,所谓辩论主义,就狭义而言,系指资料的收集与提出是当事人的责任,而就广义而言,则包括当事人提出主义与协同主义。^[6] 辩论主义乃是当事人和法院协同发现事实的手段。

(八) 信赖真实协同确定说

[5] [日]伊东乾:《辩论主义》,第63页。转引自汪振林:《辩论主义法理在本案审理中的作用和意义》,载《比较民事诉讼法》2001~2002年卷,中国人民大学出版社2002年版,第115页。

[6] 参见黄书苑:《民事诉讼审理上法院之权限与责任》,来源于<http://www.ntpu.edu.tw/law/paper/03/2000a/8971003A.PDF>。

我国台湾学者邱联恭等主张这一观点，认为辩论主义之所以被采用，应系为了追求确定值得当事人信赖的真实。在此目标追求之下，辩论主义的运用，应与自由心证主义的运用相衔接配合，而指向追求达成既无发现真实的突袭、又无促进诉讼的突袭之事实认定。在此种程序上，系由法院与当事人协同确定发现真实与促进诉讼这两个基本要求之平衡点上的真实，即法院系在当事人受充分的听审请求权保障之程序上，即在值得当事人信赖的程序上，认定事实，并寻求、发现、适用法律。^{〔7〕}

三、对辩论主义诸根据之评论

上述关于辩论主义之根据的诸种观点，是从不同角度来进行说明和论证的，因而都有其一定的合理性，但同时也存在不周全之处。

关于本质说，有学者认为，其内容很有说服力，“不管学者对辩论主义的根据认识有多大的差异，但有一点是明确的，即辩论主义充分反映了诉讼中的自由主义和个人主义。这种诉讼中自由主义和个人主义的基础是私权自治。基于自由主义和个人主义的思想，法官在诉讼中的作用就只能是被动和消极的。”^{〔8〕}但也有学者认为，本质说过分偏向于强调保障实体上利益，而未充分意识到亦应同时保障当事人程序上之处分权及追求程序上利益的机会。^{〔9〕}而且本质说关于辩论主义妥适范围的划定完全没有产生作用，在诉讼的过程中，关于主要事实和间接事实的区别、证据资料和狭义的诉讼资料的区别，已经超过本质说的说明范围，本质说的说明方法并未将之予以区别。^{〔10〕}还有学者认为，以私权自治为基础，导出对诉讼资料的处分也委任给当事人支配是民事诉讼的本质，这一说法在理论上存在跳跃，中间缺少一个必要的起说明作用的媒介项。^{〔11〕}

手段说也包含着令人首肯的内容。但是，如果目的仅仅在于查明案件真相，许多情况下恰恰需要对当事人没有主张的事实也做出认定。^{〔12〕}而且在行政诉讼和人事诉讼中采取职权探知原则也是为了查明案件事实真相，这样一来，二者不是没有什么区别吗？手段说实际上先设定为什么采用辩论主义的问题，而这如果不与职权探知主义相比较来进行讨论就没有什么意义，因此说辩论主义更符合查明案件事实真相的目的并不能与职权探知主义产生积极的区别。^{〔13〕}

对于防止意外打击说，有学者认为，该说虽然具体地揭示了辩论主义的功能，但却存在不全面的问题。例如，假如原告的请求想得到法院承认还必须再提出一个事实主张的情况，然而无论法院怎样向原告进行释明，原告最终还是没有做出这项事实主张的话，则在辩论主义下，他的请求就得不到承认。可是如果不存在辩论主义的拘束，法院认定了原告并没有主张的事实，做出承认原告请求的判决，一般来说并不构成对原告的“不意打击”。所以，这样的情况下对原告来说，辩论主义并不能发挥防止不意打击的功能。但是，这种功能对于对方当事人来说却是确实实地存在着的。因为只有一方明确地加以主张的事实才可能引起另一方的高度重视并进行充分的反驳和防御，如果是对方没有在不利的不利事实却不知不觉地被法院所认定，当然就构成了对于这一方当事人的不意打击。^{〔14〕}

对于程序保障说，有学者指出，该说所谓对当事人攻击防御机会的保障，系以赋予有关发现真实的程序保障为着力点，而未同时从赋予有关促进诉讼的程序保障之角度予以说明，对于兼顾保护

〔7〕 参见前引〔3〕，邱联恭书，第221页。

〔8〕 前引〔3〕，张卫平书，第161页。

〔9〕 参见前引〔3〕，邱联恭书，第224页。

〔10〕 参见前引〔6〕，黄书苑文。

〔11〕 前引〔3〕，吉野正三郎书，第52页。

〔12〕 参见前引〔3〕，谷口安平书，第111页。

〔13〕 参见前引〔3〕，吉野正三郎书，第52页。

〔14〕 前引〔3〕，谷口安平书，第110页。

程序上利益之平衡追求欠缺考虑,忽略了促进诉讼的突袭及来自法院的突袭。^[15]

对于多元说,乍一看好像是扬弃了学说之间对立的观点,但它把本质说、手段说、防止意外打击说都作为辩论主义的根据,实际上等于放弃了对辩论主义根据的讨论。^[16]

法探索主体说将当事人看作是诉讼上的法探索主体,认为其所主张的事实系经其自行法评价后的事实。但是,该说忽略了在诉讼上,当事人所提出的事实未必均是经过其自为法评价的事实;而且,该说也忽略了在诉讼程序中,当事人系同时一方面衡量程序上利益与实体上利益之大小,而另一方面与法院协同探寻“法”之所在等现实。

对于法探索协同说,有学者指出,该说系以贯彻实体法规及片面遵循私法自治为首要理念,未完全摆脱实体真实说的阴影,没有充分意识到在诉讼过程中,不仅应防止发现真实的突袭,而且须同时防止促进诉讼的突袭,以保障当事人有平衡追求程序上利益之机会。^[17]

上述争论使辩论主义的根据问题变得更加突出。笔者认为,这一探讨须理清如下问题:

第一,按照传统民事诉讼理论,辩论主义乃是确定法官和当事人在诉讼过程中任务分担的基本原理,即作为裁判基础的事实、证据之收集任务由当事人承担,以此为基础,适用法律的任务则由法官承担。这样,事实、证据的收集与法律的适用相区别,当事人与法院各自承担自己的任务。基于此,这整个过程可以从理论上区分为两个阶段,即事实和证据的收集的诉讼基本阶段,这是诉讼的出发点,然后以法律的适用为诉讼的后半阶段。

将这两个阶段分开考虑,就可以看出,把诉讼资料带入到裁判中是基于当事人的自我决定权,即应禁止法院自行收集必要的事实(或称为要件事实、主要事实)和证据,而只能以当事人在诉讼中提出的资料为基础进行裁判,换个角度说,法官判断资料的范围是通过当事人的自我决定权来决定的。这就需要运用私权自治原则来加以说明,即在关于应由谁向法院提出诉讼资料这一事关辩论主义根本内容的问题上,应尊重以私权自治为基础的当事人的自我决定权。从这个角度讲,本质说对辩论主义之根据的说明具有相当程度的妥当性。

但是,如果将辩论主义的根据完全归结为以私法自治为特征的本质说,则与诉讼法之公法性质并不完全吻合。而且,在有些时候,当事人之所以没有提出某种事实,特别是没有提出有利于自己的某些事实,并非是其“自由处置”权利的结果,而是由于欠缺法律知识或缺乏必要的调查收集证据的手段等原因所导致的违背真实意志的非自由处置,在此情况下,将辩论主义的根据完全归结为本质说显然与现实情况并不相符。所以,辩论主义的根据除了本质说之外,还必定存在着其他方面的原因。

第二,传统辩论主义理论认为,适用法律属于法官的权限,当事人不能染指。但是,现代社会的裁判论则认为,讨论辩论主义的价值就意味着尽量承认当事人的主体性,即便在法律适用的阶段,当事人仍然应该是程序的主体,应该具有对法律展开讨论的权限。也就是说,在具体的裁判过程中,应当允许原告和被告就对自己有利的法律之适用、或者法律上的问题展开讨论。例如,日本民事审判中对环境权、日照权的认可,即在很大程度上源于原告和被告就环境权、日照权主张对各自有利的法律充分展开讨论的结果。^[18]

这样一来,古典的三段论式裁判论就应当有所修正。古典的三段论认为,由于法律适用是法官的任务,当事人只要简单地提出事实和证据就可以了,然后默默地等待法官的裁判,就像孟德斯鸠在《论法的精神》中所论述的“法官是宣告法律的自动机器”一样。但是,现代的裁判论则认为,

[15] 参见前引 [3], 邱联恭书, 第 225 页。

[16] 参见前引 [3], 吉野正三郎书, 第 53 页。

[17] 参见前引 [3], 邱联恭书, 第 225 页。

[18] 参见前引 [3], 吉野正三郎书, 第 54 页。

法律适用过程不再是法官的绝对权限，而是为了发现正确的法律而由法官和当事人进行的协同作业。因此，它不应再受古典辩论主义的支配，而是受现代辩论主义（有人将其称为协同主义）的支配，其中特别应当考虑到当事人的程序主体地位和程序主体权。法官在适用法律的过程中，应当保障当事人的参与权，允许当事人对法官的看不见的内心作业展开法律讨论，或者允许当事人与法官讨论以便使法官的自由心证公开化，从而使当事人对法律适用过程产生影响。

第三，在考察辩论主义的根据时，学者们往往站在了不同的角度，可以说，以往关于辩论主义根据的争论都是由于没有认识到各自不同的舞台而导致了对立。例如，防止意外打击说就总体而言是把重点放在了法律适用阶段，本质说则把重点放在诉讼资料之提出阶段，手段说则把在整个裁判过程中，谁有查明案件事实的任务、赋予谁有提出裁判基础事实的权限更符合目的作为重点。从这个意义上而言，多元说在主张辩论主义的根据是多元的这一点上，切中了要领。

第四，现代民事诉讼的价值理念不仅要追求诉讼的实体公正，而且要追求诉讼的程序公正，特别是强调应当通过公正的程序机制及其运作来达到实体的公正。这就要求，无论是界定辩论主义的内容，还是探寻其根据或原因，都应当从实体公正和程序公正相结合、当事人的实体利益和程序利益相兼顾的角度来进行。从这个意义上来说，我国台湾学者邱联恭等所主张的“信赖真实协同确定说”具有相当的合理性。

第五，即使认为辩论主义的根据是多元的，这些根据对辩论主义的说明作用，在不同国家、不同法律环境下也是存在差异的。例如，以手段说来论证辩论主义的根据时，其说明作用和论证的充分性在有律师代理诉讼时要强于无律师代理诉讼时；在当事人及其律师的调查收集证据的权利得到充分保障的情形下要强于其调查收集证据的权利得不到充分保障的情形。因此，在律师代理制度比较发达，且当事人及其代理律师调查收集证据的权利能够得到充分保障的诉讼制度之下，手段说对于辩论主义的根据就具有较强的论证作用。又例如，就程序保障说而言，在注重程序价值和程序公正的诉讼制度中，其对辩论主义的论证力度明显要强于那些对程序价值和程序公正不够强调和不够重视的诉讼制度。这就要求，在考察辩论主义的根据时，应当注意不同国家的法律环境的差异。

四、本文对辩论主义之根据的理解

基于上述分析，本文认为，讨论辩论主义的根据，既不能忽视案件的实体问题，也不能忽视案件的程序问题，而应当将实体问题和程序问题结合起来，从保障和平衡当事人的实体利益和程序利益的角度来考察辩论主义的根据。以此为基点，辩论主义的根据应当包括实体因素和程序因素两个大的方面，是以实体和程序为基础的多元化因素的统一。

这是因为民事诉讼活动并不仅仅是依据民事诉讼法的纯粹的“程序性活动”，而是民事诉讼法和民事实体法共同作用的“场”，“在诉讼制度发展的早期，对诉讼问题的研究从来都是将实体性问题和程序性问题结合起来予以考察的，只是到了近代，随着社会生活关系的日趋复杂化以及法学研究的不断深化和分化，立法体例上出现了民事诉讼法与民事实体法的分离，学科研究上发生了民事诉讼法学与民事实体法学的分野。但是，这种立法体例和学科分类上的变化，并不意味着民事诉讼理论研究可以完全脱离实体性问题而孤立地发展为一个完全“自给自足”的封闭体系。”^[19]从静态上说，民事诉讼是诉讼当事人和法院遵从法定的诉讼程序和依据实体法解决民事纠纷的国家制度；从动态上讲，民事诉讼则是当事人和法院依照诉讼法和实体法进行诉讼和做出裁判的活动。所以，无论学科怎样分类，在实际的民事诉讼领域，所适用的法律规范必定包括两个方面，一是规范民事

[19] 江伟、刘学在：《中国民事诉讼基本理论体系的阐释与重塑》，载《诉讼法学研究》第5卷，中国检察出版社2003年版，第78页。

诉讼过程尤其是审理过程的程序法，二是作为裁判规范的实体法。没有程序法，作为诉讼主体的当事人和法院的诉讼活动就无法进行或无章可循；没有实体法，判决则无根据，就不能解决民事纠纷。所以在民事诉讼领域诉讼法和实体法必定是相互交错、相互协调的，因此对诉讼问题的研究也就不能仅仅局限于民事诉讼法本身，而应当将其与民事实体法结合起来。探讨和研究辩论主义的根据，同样也应当以此为原则，抛开传统的诉讼法一元论，将实体问题纳入自己的研究领域，即采用“诉讼+实体”的二元论来重新构造民事诉讼法学理论体系。^[20]

基于上述道理，笔者认为，民事诉讼中实行辩论主义，有其实体方面的根据和程序方面的根据，包括私法自治、发现案件的客观真实、程序公正、提升裁判的既判力等多个因素。

（一）辩论主义的实体根据

辩论主义的实体根据主要包括私法自治原则和发现案件的客观真实两个方面。

1. 私法自治原则

从实体法的角度来说，在民事诉讼中强调作为裁判基础的诉讼资料应当由当事人主张和提出，这一点与民事纠纷的性质不无关系。即民事关系采取的是私法自治的原则，只要不违背法律的强制性规定，民事主体可以自由地处分其民事权利。将其延长，当民事主体发生了纠纷时，是否将该纠纷诉诸法院、在什么范围内诉诸法院以及主张什么样的事实和提出什么样的证据，原则上都应当遵循当事人的自愿，法院应当尊重当事人的意志而在当事人所主张的范围之内进行裁判。这一点也就是前述辩论主义之根据论中的本质说。在诉讼中，尽管法院可通过行使阐明权敦促当事人对某事实进行主张，但如果当事人拒绝主张该事实，那么法院就不能以该事实作为判决的基础，对于这一点，几乎是不存在异议的。^[21]即使是在《社会性的民事诉讼法》一书中极力主张协同主义（即主张法官与当事人应当协同致力于收集事实）的巴萨曼教授，也仍然承认，对事实的最终性判断还是应当委诸于当事人，对于法官的阐明是否遵循之决定权也在于当事人。^[22]显然，从实体法的角度而言，辩论主义把作为裁判对象和基础的请求、事实和证据之提供、收集的权限和责任委任给当事人，在根据上将其理解为是由以私法自治为基础的当事人自己决定权而推导出来的原理，是很有道理的。

2. 发现案件的客观真实

如前所述，手段说认为，民事诉讼之所以采辩论主义，是因为辩论主义乃查明案件真实情况的最佳手段。这一点在律师代理制度较为发达以及当事人及其代理律师的调查取证权利得到充分保障的诉讼制度之下具有很强的说服力。也就是说，在程序保障充分的条件下，利用当事人的趋利避害和追求胜诉的心理，可以促使当事人竭尽全力地主张、收集和提出诉讼资料，并可有力地反对对方提出的诉讼资料，从而能够最大限度地促进案件真相的发现。

需要强调的一点是，现代辩论主义改变了古典辩论主义要求彻底由当事人提供诉讼资料、法官不作任何形式的介入的做法，而是规定，由当事人提供诉讼资料，并且法官在必要时应当（或可以）对当事人进行阐明，以协助和促使当事人提出诉讼资料。这一转变是为了更好地发现案件的客观真实，保护当事人的合法权益。因为当事人在能力、知识（特别是法律知识）、财力等方面存在着差别，在某些情况下也欠缺必要的调查收集证据的手段，因而在实际的诉讼中，当事人对于应当主张和提出的请求、事实和证据却没有主张和提出，或者其提出的请求、事实和证据有所不当或不充分时，他们的这种“处分行为”可能并非是其真实意愿的外在表示。因此，在尊重私法自治原则

[20] 参见江伟、邵明、陈刚：《民事诉权研究》，法律出版社2002年版，第86页。

[21] 参见前引[3]，高桥宏志书，第335页。

[22] 转引自同上书，第336页。

之同时，还必须注意当事人的真实意图问题，在兼顾程序公正的前提下，应尽量探寻当事人的真实意图，按照案件的本来面目进行裁判，避免诉讼的结果不当地偏离实体法所追求的目标。

（二）辩论主义的程序根据

现代辩论主义之所以要求应当由当事人主张和提出诉讼资料，并且要求法官在必要时行使阐明权，甚至于要求当事人应负真实陈述义务，除了实体法的考虑外，还同时考虑到了程序法上的一系列基本要求。

1. 法官中立性与消极性

从本质上来说，法院之审判权（司法权）是一种裁判权，是一种以权威的方式解决争议各方的权益争执的国家权力。这种性质必然要求法院与双方当事人保持相等的距离，也即要求司法权应当是一种中立性的权力、法官应当保持其中立性和公正性。因此，关于法院的设立、司法权的赋予、司法活动和法官行为的进行等方面，应当尽量体现出对争议双方的中立性和公正性。这就要求，在民事诉讼中，法官不应当偏向任何一方，不仅不应当发生有偏向性的行为，而且不应当有使一方当事人足以怀疑其有偏向另一方的可能性。

另一方面，法官的中立性是与其消极性紧密相关的，法官在裁判对象的确定、案件事实的主张、证据的调查收集等方面的消极性是维持其中立性的重要保障。如果法官在这些方面采取积极的态度，则很可能在有意或无意之中偏离其中立性，或者即使没有偏离中立性，但却难以消除当事人对其中立性产生的怀疑。

为了保持法官的中立性、消极性，在民事诉讼制度的架构上，就应当合理地界定当事人和法官各自的地位和权责。在诉讼资料的提出和收集问题上，实行由当事人负责的辩论主义，正是使法官保持中立和超然地位的一种技术性措施。不仅如此，法官为了尽量实现实体公正而于必要时对当事人行使的阐明权，也应以不违背其中立性和公正性为界限。

2. 当事人的程序主体权与程序选择权

我国台湾学者邱联恭等指出，基于国民主权的原理、法治国家原理及尊重人的尊严的原则，并依宪法上保障诉讼权、平等权、生存权、财产权、自由权等基本权的旨趣，应肯定国民的法主体性。在关涉其权益、地位的审判中，均应尊重其程序主体地位（程序主体权），使其有机会参与该审判程序，充分地进行攻击防御并陈述事实上、法律上的意见，藉以影响裁判内容的形成，而不应使其沦为法院审理活动的客体。此即所谓的当事人之程序主体权或程序主体性原则，它是立法者从事立法活动、法官运用现行法及当事人等程序关系人为程序上行为时，均应遵循的指导原理。

基于程序主体性原理，作为程序主体的诉讼当事人，既可以请求法院实现其实体利益，也可以请求法院维护其程序利益（因程序利用得当而节省的劳力、时间和费用等）。为此，立法者在设立程序制度、受诉法院在运作诉讼程序时，必须兼顾当事人的实体利益和程序利益，一方面应赋予其发现实体真实（追求实体利益）的机会，另一方面则应同时赋予其追求程序利益的机会，使其享有平衡追求此二种利益的选择权。这就要求，作为程序主体的当事人，不仅应具有实体法上处分权，而且应被肯定享有相当的程序法上处分权，藉以一方面基于实体处分权，决定如何处分各系争的实体利益（实体权利），另一方面则本于程序处分权，在一定范围内决定如何取舍程序利益，以避免因程序的使用、进行而减损、消耗、限制系争实体利益或系争标的外财产权、自由权。^[23]

上述程序主体权和程序选择权理论表明，在诉讼资料之提供和收集问题上采取由当事人负责的辩论主义，不仅是基于私法自治原则的贯彻，而且系基于程序主体权和程序选择权的要求。换句话

[23] 参见邱联恭：《程序制度机能论》，台湾三民书局1996年版，第207页以下；《程序选择权论》，台湾三民书局2000年版，第5页及第33页以下。

说, 由于当事人享有程序主体权和程序选择权, 因而在提出什么样的诉之声明和诉讼标的、主张什么样的要件事实、提出什么样的证据等问题上, 就应当确认当事人有最终的决定权, 承认其可基于程序利益的考虑而主张和提出什么样的诉讼资料。从此角度而言, 辩论主义也可以认为是当事人之程序主体权的一种保障手段。

3. 突袭性裁判之防止

现代民事诉讼制度和民事诉讼理论特别强调应当为当事人提供充分的程序保障, 并在此基础上进行裁判。对于事关当事人切身利益的事实和证据, 在未为当事人提供充分的程序保障以便其进行有效的攻击防御时, 法院不得将其作为裁判的基础。否则, 即可能对当事人造成突袭性裁判而有违程序保障之基本要求。而现代辩论主义之所以要求应当由当事人提出请求、事实和证据, 并且要求法院于必要时进行阐明, 甚至于要求法院应公开其心证并和当事人进行讨论, 其重要原因之一就在于更好地为当事人提供程序上的保障, 防止对当事人造成突袭性裁判。^[24]

关于程序保障的内容, 有学者指出, 应当兼具以下两个方面:

一是“发现真实的程序保障”, 即有关发现案件的客观真实、追求达成慎重而正确的裁判, 以追求实体上利益的程序保障。此种意义上的程序保障要求, 立法者和法院应当为当事人提供完备的程序, 使其有机会受较严密而慎重的审理, 防止发生发现真实的突袭, 以做成更正确的实体裁判。

二是“促进诉讼的程序保障”, 即有关追求达成迅速而经济的裁判, 以促进诉讼程序, 追求程序上利益的程序保障。这里所谓“促进诉讼”, 是指当事人或法官致力于促使程序的利用、进行或运作更为有效、更加迅速, 以减少在程序上付出劳力、时间或费用而言。此种意义上的程序保障要求, 应当为当事人提供可节省劳力、时间、费用的程序和机会, 使案件得到迅速而有效率的审理, 避免当事人付出不必要或不合算的劳力、时间和费用而遭受程序上的不利益。^[25]

与上述两个方面相对应, 在当事人未得到充分的程序保障时, 则可能在以下两个方面对当事人造成突袭性裁判。

(1) 发现真实的突袭。发现真实的突袭是指, 在言词辩论终结前, 未能使当事人充分认识、预测法院有关发现真实之心证形成过程, 致使当事人在就确定某事实存否方面未能进行充分的攻击防御活动。此种突袭性裁判又可细分为以下两种形态: 第一, 认定事实的突袭。即未使当事人在言词辩论终结前, 充分认识、预测法院所要认定的事实或该事实的具体内容, 致使当事人在未能就不利于己的事实进行充分攻击防御的情况下, 受法院的裁判。第二, 推理过程的突袭。即未使当事人在言词辩论终结前, 充分预测法院就某事实存在与否的判断过程, 致使当事人在未能适时提出充分的资料或陈述必要的意见等情况下, 而受法院的裁判。

(2) 促进诉讼的突袭。此种突袭性裁判是指, 法院未适时使当事人预测裁判内容或判断过程, 致使在程序上支出不必要的劳力、时间和费用或者不当地节省那些本不应当节省的劳力、时间和费用等情况下, 而对本案做出裁判。申言之, 在审判过程中, 如果不必额外地支出劳力、时间、费用即可发现真实和达到正确裁判时, 应尽可能节省此等不必要的支出; 反之, 如再支出一定劳力、时间、费用将更能接近、发现真实和达成正确裁判时, 则不应无故节省这些必要的支出。据此, 如果没有使当事人适时预测法院的裁判内容或判断过程, 造成不必要的程序支出或者不应有的节省, 从而使当事人遭受程序上不利益或实体上不利益, 则对当事人构成促进诉讼的突袭。^[26]

辩论主义在民事诉讼中的贯彻, 重要的理论根据就在于上述防止突袭性裁判之程序法上要求,

[24] 前文所述“防止意外打击说”或“防止不意打击说”, 从法院做出裁判的角度来看, 实际上也就是要防止突袭性裁判。

[25] 参见前引 [3], 邱联恭书, 第126页。

[26] 参见邱联恭等:《突袭性裁判》, 载我国台湾民事诉讼法研究会:《民事诉讼法之研讨(一)》, 三民书局1986年版, 第39页以下; 另参见前引 [23], 邱联恭书, 第5页以下。

以便为当事人提供充分的程序保障。特别是古典辩论主义向现代辩论主义的转变，更是基于这种为当事人提供充分程序保障的要求。例如，辩论主义之所以将案件审理对象的形成、事实的主张、证据的提出等方面的权责赋予当事人，并要求法院应当在当事人提出的诉讼资料的范围内裁判，就是为了尽量避免法院依职权提出诉讼资料对当事人（特别是对其中的一方）造成认定事实的突袭。又例如，阐明权制度的确立，重要原因之一也是为了防止法院在事实认定、法律推理及促进诉讼等方面对当事人造成突袭性裁判。

4. 既判力效果之提升（提升裁判的可接受度）

民事诉讼中之所以实行辩论主义，与维护 and 提升判决的既判力效果也有很大的关系。

所谓既判力，又称为判决的实质上的确定力，是指确定判决在实体上对于当事人和法院所具有的强制性通用力，表现为判决确定后，当事人不得就判决确定的法律关系另行起诉，也不得在其他诉讼中就同一法律关系提出与该判决相矛盾的主张，同时，法院亦不得做出与该判决所确定的内容相矛盾的判断。承认和强调判决的这种既判力效果之原因在于：^[27]第一，既判力是维护司法权威的必然要求，承认判决的既判力效果可以有效地维护司法裁判的权威性。第二，既判力是实现国家一次性的彻底解决纠纷和维护“法安定性”即法律状态的稳定性的必然要求。已经发生法律效力判决不能随意被推翻，已经有了结论的纷争事实不应随意再行审查，否则，法律关系就会长期处于不稳定的状态。既判力制度即扮演了这种维护“法安定性”的角色。^[28]正因为如此，有学者指出，“既判力最重要的功能作用就在于通过判决终局性的达成，来帮助人们在观念上确立一种规范的秩序并使其相对地固定下来，进而诱导社会生活空间内的秩序形成。”^[29]

那么，采取什么样的程序原则和程序结构才能更有利于维护和提升判决的既判力效果呢？笔者认为，辩论主义以及体现这一原则的“对抗 判定”式的程序结构，是既判力获得正当化的重要保障，对于维护判决的既判力效果、提高当事人和社会公众对判决的接受度具有不容忽视的重要作用。

按照辩论主义的要求，诉讼资料的主张和提出，应当由当事人予以负责，并且应当经过双方当事人的充分辩论，而法官则以中立的第三者身份对当事人的争议事项做出具有约束力的终局性裁判。在具体的诉讼结构和诉讼程序上，辩论主义必然表现为一种“对抗 判定”式的诉讼结构和程序特征。其中“对抗”是指诉讼当事人的双方被置于相互对立、相互抗争的地位上，在他们之间展开的攻击防御活动构成了诉讼程序的主体部分；而“判定”则意味着由法官作为严守中立的第三者，对通过当事人双方的攻击防御而呈现出来的案件争议事实做出最终裁断，且这个裁断具有一经确定即不许再轻易更动的强烈的终局性。这两个要素相互结合相互制约，就构成了诉讼程序的基本结构。一方面，当事人之间在诉讼内的对立抗争被纳入一整套以达到或获得终局性判断为目标的制度性程序框架之中；另一方面，法官的终局性判断受到直接来自于当事人活动本身的种种约束和限制，且在原理上作为当事人双方攻击防御的结果而由当事人自身对此承担责任。^[30]

在这种程序结构之下，能够最大限度地促进、刺激双方当事人尽量提示并努力证明有利于自己的论点及事实，从而使纠纷解决的正确性、妥当性在实体上获得尽可能有力的支撑。而且，更为重要的是，这种结构具有保障程序公正的内涵和外观，发挥了尊重当事人的程序主体性的独特功能，能够通过当事人自行负责的机制成功地终局性地解决纠纷。在此条件下，判决被视为当事人自身努力的结果，不仅判决内容直接由双方提出的主张及证据所形成，而且胜负也被理解为对抗的必然归结。在双方当事人对等地提出主张和证据的机会得到最大限度尊重和保障的同时，他们也必须为没有充分地利用这种机会或未能有效地实施攻击和防御的后果自行负责。当事人在判决确定之后，除非有真正合理的理由要求改变或废弃该判决，否则必须接受判决既判力的束缚。^[31]

[27] 参见拙文：《既判力论在中国的困境探析》，《北京科技大学学报》（社会科学版）2003年第3期。

[28] 参见刘荣军：《程序保障的理论视角》，法律出版社1999年版，第280页。

[29] 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348页。

[30] 同上书，第57页。

[31] 同上书，第70、351页。

由此可见, 诉讼制度使用者, 即诉讼当事人, 对于诉讼程序及其运行结果的信服度、接纳度是确立民事诉讼法的基本原则以及设计和运作程序制度所必须考虑的因素之一。而由当事人主张和提出诉讼资料、法官尽量保持其中立性的辩论主义之构造, 可以使程序公正的要素得到更大程度的凸显, 在此条件下所获得的裁判结果, 较之程序公正的要素不充分的诉讼机制下所获得的裁判结果, 就会更容易得到当事人的认同, 从而提升诉讼制度使用者对裁判过程及其结果的信服度、接纳度, 强化判决的既判力效果。

Abstract : With regard to the bases of the principle of adversary hearing , there are various viewpoints such as essence theory , means theory , theory of the prevention of unexpected surprise , procedural safeguard theory , pluralism theory , theory of the subject of finding law , theory of finding truth cooperatively , and so on. These theories demonstrate the necessity of carrying out principle of adversary hearing from different points of view. The article sets forth that there are substantive bases and procedural bases for the principle of adversary hearing because contemporary civil procedures have substantive values and procedural values , and civil litigation is actually the field where civil procedure law and civil law perform functions together.

Key words : principle of adversary hearing , basis , substantive law , procedural law
