

# 我国民事案件开庭审理程序与方式之检讨与重塑

章武生\*

---

**内容提要** 我国民事案件庭审中存在的突出问题主要是法庭调查和法庭辩论两阶段的不当划分,许多复杂案件的审理没有确定争点且查清案件疑点的手段欠缺,直接导致了法官在争点模糊的情况下审查了大量没有必要审查的证据,法庭辩论的宝贵时间被挤占,造成相当比重的复杂案件审理终结后事实仍然不清等不良后果。此外,上诉审法院纠错功能无法正常发挥也是造成生效裁判错案比重较大的重要原因。改革落后的庭审方式,用现代诉讼理念和先进的庭审方式重塑我国的庭审制度是我国理论与实务界面临的一项重大的课题,改革的成功将会使我国的庭审水平产生质的飞跃。

**关键词** 开庭审理 法庭辩论 争点确定 疑点排除

---

DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2015.02.005

## 引言

上世纪70年代以来,世界范围内开展了轰轰烈烈的以实现公正、迅速、低廉地解决纠纷为目标的民事诉讼程序改革运动。其中对我国学界影响最大、最受推崇的当数德国1976年和日本1996年民事诉讼法全面修改中围绕庭审程序之变革,即将实务上占主导地位的分割审理主义修改为集中审理(辩论)主义的庭审方式,从而强化庭审中的言词辩论<sup>①</sup>。

我国学界从上世纪90年代末至今,围绕庭审程序改革的探索和建言主要集中在借鉴德、日的相关改革经验,完善我国的审前准备程序、确定争点和证据整理程序以及集中审理等方面。法院系统在此期间改革的主要内容是:落实公开审判原则,强化当事人举证责任,健全并落实独任法官、合议庭责任制,审判流程管理模式的革新等等。无论是理论界还是实务界,对诉讼之中心环节庭审程序存在的问题和改革则少有实质触及,

---

\* 复旦大学法学院教授,博士生导师。本文系作者主持的国家社科基金重点项目“建设高素质法律职业共同体的路径研究”(项目批准号:14AZD152)的研究成果。

① 关于分割审理主义和集中审理(辩论)主义的庭审方式,将在本文第二部分专门论述。

偶有论者,也没有引起理论与实务界的太多关注。<sup>②</sup>以至于我国目前还存在着许多落后于德、日等国修法前的庭审制度和方式,并严重影响到了疑难复杂案件审理的质量和效率。<sup>③</sup>此种落后的庭审制度和方式在案件不多且案情不太复杂的年代,问题还不是太大,但随着近年来我国案件数量的大幅上升和案件复杂程度的不断加大,我国现行开庭审理程序和方式暴露出的问题也越来越多,这些问题已到了必须解决的地步。

本文与以往学界研究和实务界改革相比,在起因、角度和切入点等方面均有较大差别。本文的起因是我们在创建“个案全过程教学法”中,作为代理人参与了多个复杂民事案件一审、二审甚至重审、再审的诉讼活动。此外,为了挑选出适合教学的有较多理论价值的诉讼全过程案例,我们也查阅了几十份复杂案件的案卷材料。这些活动特别是代理民商事案件的实践活动使我们能够亲身体验和直观感受到我国疑难复杂民事案件庭审和整个案件的实际运行情况,发现其中存在的诸多影响案件审判质量和效率的问题<sup>④</sup>。

开庭审理是民事诉讼中最重要的阶段,它决定着案件审理的质量、效率和程序正义等一系列重大问题。在近年来法院案件数量激增,尤其是申请再审案件以及涉诉上访案件比重均大幅上升的情况下,设置科学的开庭审理程序,消除开庭审理程序中存在的弊端,提高庭审的质量和效率就显得更为重要,也尤为迫切。

那么,我国开庭审理程序和方式中主要存在哪些问题?我们与现代庭审方式存在哪些差距,又当如何改革呢?笔者拟就此做些探讨,并期望能引起更多人的关注,推动我国庭审程序实质性改革的启动。

## 一、法庭调查和法庭辩论两阶段的不当划分

根据现行法律的规定,学界通常将法庭调查阶段的功能定位为听取当事人陈述和审查证据,查清案件事实,为下一步的法庭辩论奠定基础;法庭辩论阶段的功能定位则在于当事人及其诉讼代理人对有争议的案件事实和适用的法律,进行辩驳和论证,以达到进一步查明案件事实、分清是非责任、奠定裁判基础的目的。现行法律的规定和理论界对两阶段功能的定位,很容易造成对法庭调查和法庭辩论之间关系认识上的误区。不少人认为,既然有专门的法庭辩论阶段,法庭调查就不是辩论,最多存在局部的小范围的辩论。在庭审中,我们经常可以看到法官打断双方当事人和代理人的发言和辩论,

<sup>②</sup> 早在10年前,张卫平教授已经发现了法庭调查和法庭辩论两阶段的不当划分及其产生的弊端,并对其做了较为深入地研讨。令人费解的是,作为我国民事诉讼法学科最具影响力的学者之一,张卫平教授的这一重要发现在我国理论与实务界并未引起太多的关注。参见张卫平《法庭调查与辩论:分与合之探究》载《法学》2001年第4期。

<sup>③</sup> 简单案件的争点通常一目了然,法官比较容易把握。本文论述的开庭审理程序和方式中存在的问题对其影响有限。本文主要是从疑难、复杂案件的审理角度对开庭审理程序和方式中存在的问题进行分析。

<sup>④</sup> 我国复杂案件的生效判决中案件事实不清所占比重之高,远远超出一般人的想象。以我们编著的《模拟法律诊所实验教程》为例,教材选取的4个民事诉讼请求全过程案件,有3个都可以归入事实不清的范畴。造成这3个案件判决后仍然事实不清的原因是多种多样的,从表面上看均与庭审程序和方式有关。深入分析,个别案件事实不清可能还与法官有意利用我们落后的庭审程序有关。

要求当事人和代理人到专门的辩论阶段再行辩论的情形。从笔者对本科生、研究生、法官和律师四类“法律人”通过举手回答的方式了解法庭调查与辩论关系的结果来看,若举手回答只有法庭调查“是”或“不是”辩论两个选项,多数人会选择法庭调查不是辩论的选择。若在上述基础上再增加一个法庭调查存在局部的小范围的辩论这一选项,即将选项由两项增加到三项,增加的这一选项举手的人最多,超过1/3,选择其他两项的人则分别不足1/3。上述调查的结果,基本上反映了现阶段我国“法律人”对法庭调查与法庭辩论关系的认识。此外,从随机抽查某直辖市基层法院30个商事案件的庭审笔录和同步录像的统计结果看,法庭辩论阶段在整个复杂案件的庭审中所占的时间比重较小,通常不到整个庭审时间的1/10。笔者甚至还遇到过法庭辩论不足整个庭审时间1/20的案件。<sup>⑤</sup>由于相当比重的法官和律师在观念上认为法庭调查不是辩论,这种观念也必然会在一定程度上体现在法庭调查中,并严重影响到我国法庭审理中辩论原则的贯彻和案件审理的质量<sup>⑥</sup>。

在大陆法系国家,开庭审理程序通常称为言词辩论程序,此种言词辩论方式的特色,是法官以言词辩论为方法展开法律纠纷的审理。英美法系国家由于实行对抗制审理方式,争点在审前程序已经确定,言词辩论更为充分,可以说整个庭审基本上都处于一种激烈的辩论氛围中。而我国民事诉讼法却将言词辩论程序划分为法庭调查和法庭辩论两个各自运行、互不重合的独立阶段,再加上许多案件的争点不明,庭审中大量时间被消耗在审查一些不需要审查的证据上,从而导致庭审中的言词辩论被大大弱化。

对此,台湾地区著名学者杨建华先生早在我国1991年《民事诉讼法》刚刚颁布时就提出过这一问题,只是没有引起关注。杨先生在《大陆民事诉讼法比较与评析》一书中指出:大陆民事诉讼法之审理程序,将调查与辩论分别规定,与台湾民事诉讼法将全部审理程序,均作为言词辩论程序并不相同。<sup>⑦</sup>实际上,从笔者初步考证的情况看,这种两阶段的划分方式在两大法系国家都没有先例,而是来自前苏联。<sup>⑧</sup>但我们并没有全面借鉴前苏联的相关制度和做法,我们目前的法庭调查甚至落后于前苏联的规定。<sup>⑨</sup>此外,前苏联与国际上接轨的直接言词原则、不间断审理原则等有助于查明案件事实真相的原则在我国也没有同步确立。更令人不解的是,笔者从未搜索到我们与前苏联该制度联系方面的研究资料,更没有看到对前苏联两阶段划分分析和评价的研究成果。这么

⑤ 例如,笔者2011年参与的一个案件的庭审,一审法院先后开庭5次,开庭时间达13个小时,法庭辩论还不足半个小时。

⑥ 在现代诉讼中,辩论原则在保证案件审理质量中的价值是不言而喻的,辩论原则的异化和法庭辩论的弱化对案件审理质量的负面影响也是不可低估。

⑦ 杨建华《大陆民事诉讼法比较与评析》,台湾三民书局1991年版,第119页。

⑧ 参见《苏俄民事诉讼法典》184条,法律出版社1982年版。《俄罗斯联邦民事诉讼法》延续了这一规定。

⑨ 因为前苏联民事案件审理前准备程序比较充分,实体审理由法官报告案件开始,当事人的陈述主要是为了补充法官对案件的报告,确定有争论的事实和无争论的事实以及相应确定法院调查证据的范围。参见克列曼《苏维埃民事诉讼》,法律出版社1957年版,西南政法学院诉讼法教研室1985年翻印,第311-312页。所以,前苏联法庭调查和法庭辩论的弊端明显要少于我们。

重要的一项制度来自何方都不清楚,被我们糊里糊涂运用了几十年。这种两阶段划分的弊端在于:

第一,引发了法庭调查与法庭辩论认知上的混乱,弱化了庭审程序中的言词辩论。本来开庭审理就是言词辩论,而我国由于法律对法庭调查和法庭辩论的两阶段划分,导致理论与实务界对二者功能不同程度地误解。许多法官认为法庭调查主要是审查证据,法庭调查不是辩论,或者仅仅允许有小范围的辩论。在多数案件的法庭调查中,当事人通常仅能够简单发表一下对证据材料是否具备证据资格的看法,而很少有机会能对证据的证明力等展开辩论,这一权利往往被推迟到法庭辩论阶段再行使。而实际上由于种种原因,在专门的法庭辩论阶段当事人的辩论权也往往难以充分行使。由于法庭辩论位于法庭审理的最后阶段,无论是当事人、诉讼代理人还是法官的精力都受到很大限制,再加上其与法庭调查在诸多内容上存在重复等问题,法官往往不太重视这个阶段。这也是法庭辩论通常时间很短的原因所在。

第二,割裂了事实与法律问题的关系,导致了許多案件在争点模糊的情况下审查了许多没有必要审查的证据。在法庭调查中,法官主要是按照民事诉讼法规定的法庭调查顺序,逐项审查各种证据,某个证据的地位以及与一方当事人重要观点的关系法官并不完全清楚,因为这个阶段法官通常不允许当事人及代理人谈法律问题和对案件的观点,这些问题法官通常让当事人及代理人放在法庭辩论阶段再讲。这种不合理的分割必然会造成法官在法庭调查时对争点不能完全把握,在一些关联性不大的证据审查上浪费过多时间,而一些重要的事实和证据却可能没有得到充分辩论甚至没有被举证证明,从而影响到对案件事实的全面查清。例如,在笔者旁听的一个商事案件审理中,上诉人的代理人在法庭调查中提出,被上诉人作为一审原告,应当就合同履行负举证责任。法官马上打断代理人的发言,指出现在是事实调查阶段,代理观点到法庭辩论时再讲。而该案中一、二审法院法庭调查中审查的证据大部分对查清案件事实并不重要,原告对履行的证据才是查清案件事实的关键。但由于法庭调查和法庭辩论两阶段的分割,影响了上诉人正当权利的行使和法官对上诉人观点的深入了解,导致被上诉人在一审、二审均未对自己应负的合同履行承担举证责任。<sup>⑩</sup>在案件疑点很多,事实没有查清的情况下被上诉人却赢得了诉讼。类似情况,在司法实践中并不少见。既然如此,两阶段的划分价值何在?即使按照我国现行法律对简易程序庭审的规定,法庭调查和法庭辩论可以结合进行,也远胜于两阶段的划分<sup>⑪</sup>。

<sup>⑩</sup> 最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第5条规定“对合同是否履行发生争议的,由负有履行义务的当事人承担举证责任。”

<sup>⑪</sup> 2014年12月18日由最高人民法院审判委员会第1636次会议通过的《中华人民共和国民事诉讼法》司法解释第230条规定“人民法院根据案件具体情况并征得当事人同意,可以将法庭调查和法庭辩论合并进行。”第228条规定“法庭审理应当围绕当事人争议的事实、证据和法律适用等焦点问题进行。”这两条规定为法院打破长期以来形成的僵化的法庭调查和法庭辩论两阶段划分进行庭审方式改革提供了司法解释上的依据,应当说是我国开庭审理上一个很大的进步。但现行法律两阶段划分的规定和传统审判方式的影响仍然会在相当长的一段时间内影响到我们的庭审。

鉴于此,笔者认为,应当通过立法取消这种僵化的两阶段划分,按照德、日等大陆法系国家的做法,将开庭审理程序改为言词辩论程序(包括言词辩论准备期日和言词辩论期日),从而强化庭审中的言词辩论。

## 二、许多复杂案件的审理没有确定争点

民事争点整理程序,是指为实现民事案件集中审理的目标,在审前程序或开庭审理程序中法院和当事人一起按照一定的顺序和方式所进行的明确和固定诉讼标的、案件事实、证据上和法律上争点的一系列诉讼行为。

英美法系国家的争点整理程序和集中审理是与陪审制度密切相关的。一方面,由于陪审团成员从被召集到做出评决的这一过程在时间、成本等方面的特点,开庭必须采取集中审理或连续审理的方式,即一旦开庭就必须在短时间内将案件审理完毕并得到最终的结论。这就使一审的流程明显地呈现为前后两个阶段。另一方面,由于非法律专家的陪审必须在较短时间内集中地听取证据和辩论并做出判断,开庭前所作准备活动的主要内容就是必须使案情能够在开庭时以某种适合于集中审理和陪审判断的样式被呈示出来。这意味着无论多么复杂的案件,都必须被整理还原到若干相对单纯的争执焦点上,且对这些争点有可能只需做出“是”或“否”的简单判断。<sup>⑫</sup>在此背景下,诉讼程序被严格区分为审前程序和庭审程序,对进入庭审程序的案件,审前程序必须将争点固定下来。

德、日等大陆法系国家在上世纪下半叶民事诉讼法修改前,诉讼实务中一直采取分割(并行)审理主义。所谓分割审理主义,系指就同一事件之言词辩论予以期间上间隔,而于其间分别多次期日为审理。分割审理主义与当事人于言词辩论终结前都可以提出攻击防御方法的随时提出主义密切相关。如果当事人没有准备证据,法官只有不断更改言词辩论期日,让当事人补充提出攻击防御方法。分割审理的缺陷在于浪费时间和费用,且因同一事件审理期间间隔拉长,法官无法获得完整之心证,以至于过于依赖笔录记载的内容而为裁判,导致直接审理主义及言词审理主义空洞化,<sup>⑬</sup>进而影响裁判质量。为了弥补分割审理主义的上述缺失,历史上曾采分割审理主义的大陆法系国家,纷纷改采集中审理(辩论)主义的庭审方式,并将旧法的随时提出主义改为适时提出主义。所谓适时提出主义,是指当事人应根据诉讼进程适时提出攻击和防御方法。

所谓集中审理主义,是指为达成短期内审结某一案件的目标,就该事件之辩论,或集中于一次言词辩论,或继续开数次言词辩论期日而不予时间上间隔的审理方式。为实现上述目标,法院应先行整理争点(事实上、证据上或法律上的争点),然后集中于争点(应证事实),调查证据,并使双方当事人辩论。集中审理有助于法官搜集新鲜之心证

<sup>⑫</sup> 参见王亚新《民事诉讼准备程序研究(之一)》载《中外法学》2002年第2期。

<sup>⑬</sup> 参见许士宦《新〈民事诉讼法〉》,北京大学出版社2013年版,第199-200页。

形成资料,避免法官同时审理多个案件对案情记忆较易模糊之弊端,提升事实认定之正确性,从而发现真实<sup>⑭</sup>。

贯彻落实集中审理主义就需要有一个专门的确定争点和证据整理程序,对此,大陆法系国家的规定不尽相同。有些国家在审前准备程序中确定争点,如法国是在口头辩论之前专门设置审前准备阶段。有些则在开庭审理阶段,对我国大陆影响较大的德国、日本等大陆法系国家和地区(包括我国台湾地区)把言词辩论即法庭审判阶段分为争点和证据整理的准备阶段和对争点集中审判两个阶段。这些国家与地区的民事诉讼法之所以把口头辩论分为两个阶段,在于当事人之间、当事人与法院之间真正明确了争点以后,就可以进入法庭实质性审判,以提高庭审功能和效率。这与以往以法律事实或待证事实为中心的开庭审判有很大不同。为了说明一般的法律事实或待证事实与争点的区别,举例如下:原告提起请求被告支付买卖货款的诉讼,而被告则提出买卖合同无效的积极抗辩,由此该案的法律事实或待证事实就是买卖合同是否成立。如果法院对当事人之间的争执只明确到这一程度就开庭审理,那么可以设想,在庭审中原告要提出证据证明合同已经成立,被告要提出证据证明合同无效。但是,如果法院进一步调查后发现,当事人之间之所以对买卖合同有争执,是由于双方当事人对代表当事人签订合同的代理人有无代理权产生异议。在此种情况下,假如说代理人根本就没有代理权,那是很简单的事情。但是,假如代理人原来是有代理权限的人,而被告主张在该代理人签订合同之前已经解除代理权的委托。这样一来,这一买卖合同是否有效的真正争点,就是替被告签订合同的代理人的表见代理能否成立的问题。显然,如果对此案的这一争点即当事人之间真正争执的事实,也就是法庭上当事人应证明的事实,用口头辩论程序或其他准备程序,在正式进行实质性口头辩论之前,双方当事人先在法院参与下先得以固定,然后进入正式开庭审理,那肯定会有助于查清案件事实,加快庭审的进程<sup>⑮</sup>。

我国《民事诉讼法》法虽然直到2012年修改时才对争点确定作出原则规定,<sup>⑯</sup>但司法解释对争点的确定则早已有之。例如,1998年《最高人民法院关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》将了解当事人的争议焦点列为开庭前应做好的准备工作之一(第5条),规定审判长或独任审判员在法庭调查阶段当事人陈述之后,应当归纳案件争议焦点或法庭调查重点,并征求当事人意见(第8条),规定审判人员应当引导当事人围绕争议焦点进行辩论(第17条)。

2002年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》对此规定得更为系统。该司法解释第39条规定“证据交换应当在审判人员的主持下进行。在证据交换的过程中,审判人员对当事人无异议的事实、证据应当记录在卷;对有异议的证据,按照需要证明的事实分类记录在卷,并记载异议的理由。通过证据交换,确定双方当事人争议的主

<sup>⑭</sup> 参见前引<sup>⑬</sup>,许士宦书,第199-201页。

<sup>⑮</sup> 参见白绿铨编译《日本新民事诉讼法》,中国法制出版社2000年版,第11-12页。

<sup>⑯</sup> 《民事诉讼法》第133条第4项规定“需要开庭审理的,通过要求当事人交换证据等方式,明确争议焦点。”

要问题。”但上述司法解释本身在司法实践中并未得到有效的贯彻执行,在此之后民事诉讼法修改也未将相关内容纳入其中。只是在最近即2014年12月18日刚刚通过的司法解释中才对交换证据和争点确定作出了专门规定。<sup>⑰</sup>在此之前,证据交换在复杂案件的审理中虽然得到了较为普遍的贯彻执行,但该司法解释39条中最重要的分类记载确定争点的规定在一审庭审中却较少运用。<sup>⑱</sup>从笔者通过问卷调查等方式了解到的情况看,不少律师和法官对争点确定的司法解释印象不深甚至不知道有这样的规定。即使确定争点的法官,由于庭审两阶段划分的限制,很少有像大陆法系国家和地区的法官具体到事实争点、证据争点和法律争点,并根据庭审发展不断修正争点的细致程度。实际上,在我国,绝大多数专任教师和法律实务人员,对什么是争点、如何确定争点等技术并不熟悉。

此外,我国民事诉讼法对法庭调查的规定不仅简单和粗糙,而且容易产生误导。关于法庭调查,我国《民事诉讼法》仅有3个条文,其中最重要的条文第138条规定“法庭调查按照下列顺序进行:(一)当事人陈述;(二)告知证人的权利义务,证人作证,宣读未到庭的证人证言;(三)出示书证、物证、视听资料和电子数据;(四)宣读鉴定意见;(五)宣读勘验笔录。”从司法实践看,法官在此阶段调查的重点是按照排序审查证据的三性,许多法官甚至还在花费大量时间审查当事人自认的事实,而许多律师也早已适应这种不必要审查的法庭调查方式。

那么,既然我们的法官审判工作如此之繁重,许多法官为什么还要花大量时间去做这些不必要的事情呢?据笔者的了解,不少法官这样做的原因主要是根据法律规定的“未经质证的证据不得作为判决的依据”;同时主观地认为对案件的证据审查一遍对案件事实的了解更全面,更有助于形成接近客观事实原貌的心证。实际上这是对质证要求的一种误解,当事人自认的没有争议的证据,完全没有质证的必要<sup>⑲</sup>。

此外,由于许多案件的争点不明确,只要是法庭粗略审查过的证据都被视为经过“质证”,导致经过“质证”的证据种类和数量繁多。争点不明,当事人和诉讼代理人难以对法官的判决做出有效预测,突袭性裁判时有发生。在此情况下,多年来我国要求上诉和再审的案件始终保持较大比重也就不难理解。

<sup>⑰</sup> 该司法解释第225条规定:根据案件具体情况,庭前会议可以包括下列内容:(一)明确原告的诉讼请求和被告的答辩意见;(四)组织交换证据;(五)归纳争议焦点;第226条规定:人民法院应当根据当事人的诉讼请求、答辩意见以及证据交换的情况,归纳争议焦点,并就归纳的争议焦点征求当事人的意见。

<sup>⑱</sup> 从调研的法院看,在最需要确定争点的一审法院确定争点的案件比重不大,即使确定争点,多数法官是在法庭辩论前进行,此时,不需要审查的证据在法庭调查中已经被审查,庭审的时间已经被浪费。对确定争点需求低于一审法院的二审法院,确定争点的法官比重反而较高。这可能与二审法官确定争点比较容易有关。

<sup>⑲</sup> 在笔者调研的一起案件审理中,法官首先审查原告提供的其前后10余次借款给被告和原告帮助被告取得的成就的证据。然后审查被告方提供的证据,被告承认原告方提出的曾为自己借款的事实,但提供了大量的证据证明上述借款已经归还,原告帮助被告的真实目的和用心及其给被告造成的重大损失。被告方提供的证据审查结束后,原告承认在被告处领取了钱,但认为这些钱是自己的分红款,不是被告归还的欠款。法官花了3个半天的时间审查原被告双方提供的证据后,才开始触及到争议的焦点:原告在被告处领取资金的性质,双方主要应围绕此争点提供证据和辩论。法官对之前双方提供证据的审查大部分都属于无效劳动。类似案件处理方式在我国司法实践中大量存在。

要消除上述弊端,笔者认为,立法上应明确废除法庭调查和法庭辩论两阶段划分的规定。在此基础上,借鉴国外的先进经验,结合我国的国情,对我国复杂案件的审理从要求被告提交答辩状到法官主持原被告双方证据交换和争点确定,以及言词辩论时对争点的修正做出系统的规定,并在庭审中予以贯彻执行,从而改变庭审的盲目性。

### 三、排除和查清案件疑点的手段欠缺

排除和查清案件疑点的手段欠缺是我国相当比重的复杂案件审理终结后事实仍然不清的重要原因。庭审的核心和主要任务在于查明案件事实,在庭审的各个环节中,庭审询问对于排除疑点、查明案件事实具有重要意义。庭审中的交叉询问是英美法系国家查明案件事实的重要手段,也是对抗制诉讼的精华所在。对抗制植根于美国人的一个理念:只有经过双方唇枪舌剑地较量,案情真相才可水落石出。<sup>①</sup>大陆法系国家同样重视庭审中的询问,并被视为发现事实真相的关键环节之一。两者的区别主要在于法官是否参与询问。英美法系国家的交叉询问主要由双方当事人的律师负责;而大陆法系国家的庭审询问,双方当事人和代理律师及法官均参与其中。

对证人和当事人的询问权(我们习惯上称为发问权)是查清案件事实的重要手段。为了保证当事人此项权利的行使,两大法系国家的法律对此多有明确规定,司法实践也给当事人发问留有充分的空间和时间。英美法系国家庭审中的交叉询问的场景国人并不陌生,在电影、电视中经常可以看到,其庭审的全过程基本上都处于这样的氛围中。如果说电影、电视有夸张的一面,从《交叉询问的艺术》等著作中和英美法系国家真实案件的审理中我们也能看到其交叉询问的充分性。大陆法系国家的询问在充分性方面尽管与英美法系国家还有较大差距,但是,通过开庭也基本上能达到查明案件事实和排除案件疑点的目的。如果通过当事人的辩论和询问,法官仍不能形成心证,法官也可以通过行使阐明权、发问权来消除疑点查清案情。通过上述方式,两大法系国家在查清案件事实方面大都能取得比较好的效果。

在这方面,我国存在的问题更为突出。在“百度”上用“案件疑点”四个字作为关键词去搜索,可以查到许多刑事错案的形成都与案件中许多疑点没有被排除有关的报道。媒体评“河北保定糊涂案”就是其中的一个典型案例。2010年河北省高院对该案再审后以本案存有14个疑点为由,撤销原判,发回重审。<sup>②</sup>但同样的关键词搜索到民事案件这方面的报道却比较少,是民事案件这方面问题不严重吗?回答是否定的,只是其社会危害性和影响力不及刑事案件,没有引起人们的广泛关注。实际上,判决生效后,事实

<sup>①</sup> 参见威尔曼《交叉询问的艺术》,周华、陈意文译,红旗出版社1999年版,前言第1页。

<sup>②</sup> 该案终审后王朝在服刑期间连续三次提起申诉,河北省高院再审时发现了14个疑点,包括具体案发时间不确定,酒瓶和指纹的证据提取不符合法律程序也不符合常理,王朝没有作案时间,警方认定王朝使用过被抢手机,但话单显示的串码与被抢手机不同等。参见《新京报》2011年3月29日第A02版。



疑点很多,甚至自相矛盾、明显违背人们日常生活经验的案例不在少数。造成这种情况的原因是多方面的:

首先是我国司法实务人员对民事案件中人证在查明案情方面的重要作用认识不足。如果将证据分为人证和物证两大类的话,司法实务人员普遍认为物证具有天然的客观性,而人证的主观性强,因此,物证的可采性和证明力明显大于人证。尤其是在我国整个社会诚信度不高的背景下,人证更易受到怀疑。司法实践中我国证人证言的可信度普遍较差进一步为上述观念提供了支持。从整体上看,尽管物证的可采性和证明力大于人证。但是,并不能由此得出物证是可靠的,人证不可靠的结论。在具体案件中,伪造的物证并不鲜见。例如,模仿当事人笔迹伪造的遗嘱、借据、签名等。有些书证的形成确实是当事人所为,但当事人是在被欺骗或重大误解等情况下形成的。特别是在近年来我国虚假诉讼案件大幅上升的情况下,由此产生的争议更多。如果对此类案件,法官简单地认为当事人既然承认书证的形成是当事人自己所为,书证可靠性比较大而据此认定案情,不去做其他查证工作,不给当事人发问机会,<sup>②</sup>就很容易造成认定事实的错误<sup>③</sup>。

从司法实践来看,物证和人证在查清案件事实方面具有各自不同的功能和作用,二者相辅相成,忽视其中任何一个方面都可能造成错案。当然,具体到个案,不同的案件有不同的特点。有些案件可能主要依靠物证就可定案,不需要对人证进行过多审查。但有些疑点较多的案件,可能就需要加大对人证的审查力度。在环境、医疗事故、航运等专业性较强的案件审理中,专家证言通常会具有更重要的作用。

其次是现行法律对发挥人证在查清案情方面的作用规定的欠缺和实务部门对人证作用的重视度不够。发问是审查人证的主要方法。关于当事人和代理人的发问权,我国民事诉讼法仅对当事人经法庭许可向证人、鉴定人、勘验人的发问做了规定。但由于我国证人出庭率很低,当事人向证人的发问权实际上在许多案件的审理中是无法行使的。

当事人之间的发问权是查清案件疑点的重要手段,在目前情况下,对当事人发问的作用明显超过对证人的发问,落实对当事人的发问权比解决当事人及其代理人对证人的发问权要容易很多。我国民事诉讼法对当事人之间的发问权虽未作规定,但是司法解释早已肯定了这一做法。例如1998年颁布的《最高人民法院关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》中关于改进庭审方式问题第8项规定“经审判长许可,当事人可

<sup>②</sup> 这里读者容易产生的疑问是,刑事案件中许多错案的形成都与司法人员过分重视人证特别是犯罪嫌疑人口供有关,民事案件中错案的形成怎么又与司法人员轻视人证有关呢?这里除了案件性质所导致的人证和物证在刑事和民事案件中地位和数量的差异外,即在客观上民事案件书证数量远多于刑事案件,主要原因还在于两种截然相反的观念都可以减少司法人员的工作量和艰苦细致的工作。

<sup>③</sup> 近年来由于法官在单位时间内需要处理的案件过多,这样轻率判决的案件不在少数。笔者就曾遇到过此种情况。法官对原告提交的证据审查后,然后仅重点审查合同上签的字、盖的章是否被告所为,就自认为已经形成了心证。对被告提的疑点和理由均不再关注,也不给被告发问的机会。

以互相发问,审判人员可以询问当事人。”但由于该司法解释做出的时间比《证据规则》更早,在理论与实务界的影响力也更小,法学理论与实务人员中知道有该规定的人并不多。而且即使知道有该规定,其是否有效还很难说,因为在此期间民事诉讼法两次修改,并未将此内容充实进去。此外,我国也缺乏国外通行的要求当事人本人出庭,不出庭要承担不利后果方面的规定。<sup>24</sup>我国《民事诉讼法》第109条虽然规定,人民法院对必须到庭的被告,经两次传票传唤,无正当理由拒不到庭的,可以拘传。但因拘传属于强制措施,手续繁琐,易引发当事人的对立情绪,故司法实践中几乎不被采用。于是,除非离婚诉讼等无特殊情况当事人本人必须出庭的案件外,绝大部分案件当事人委托代理人后,本人便不再出庭。询问当事人的权利因而受到限制。

事实上,委托代理人是无法真正替代当事人的位置的。委托代理人虽然可以在当事人本人不到庭的情况下,代理当事人参与诉讼。但是,在许多情况下,当事人本人不出庭,有些事实很难查清。当事人不愿出庭的原因很多,其中最重要的原因是当事人往往缺乏律师的庭审经验和技巧,容易说出不利于自己的事情。同时,当事人出庭在回答问题缺乏律师单独出庭对不易回答的那种“回旋余地”。此外,在诉讼活动中,委托代理人与当事人本人就案件事实向法庭所作陈述不一致的,只能以当事人本人的陈述为准。

在司法实践中如果忽视当事人本人出庭,仅凭委托代理人的陈述做出判决,就会存在案件错判的隐患。这一点,许多法官是能够清楚地意识到的。为了查清案情,有些法官是会给当事人和其代理人这一权利,但由于当事人本人不出庭,实际上多数情况下是委托代理人之间相互发问。即使如此,通过发问,使对方自相矛盾之处凸显出来,对揭示案件真相还是有明显的效果。

但是,我国法官这方面的能力普遍不足,对发问、促使回应以及禁止发问等方面的尺度把握不好,影响到了发问权的行使。在司法实践中,当事人不正面回答甚至拒绝回答发问的情况大量发生。一方代理人本来能够通过发问来证明对方说谎或自相矛盾,但由于对方拒绝回答而法官又不促使其做出回应,甚至转移话题,致使庭审调查无法深入,真相无法查明。

在大陆法系国家和地区,法官的发问权是其阐明权或阐明义务的一个重要组成部分。<sup>25</sup>法官的阐明权的内容主要包括三个方面:一是令当事人陈述事实、提出证据,目的是确知当事人应受判决事项的具体内容;二是当事人的声明或陈述有不明者,令其叙明;三是当事

<sup>24</sup> 例如,法国《民事诉讼法》在第七编用15个条文专章规定了当事人亲自出庭,如一方当事人不能亲自出庭,命令其出庭的法官得在相应情况下传唤对方当事人后,前往该当事人处办案(196条)。为了有助于发现真实,法国民事诉讼法还规定:当事人应亲自回答向其提出的问题,不得宣读事先准备好的任何稿子(191条)。日本《民事诉讼法》在证据一章中专节(即第三节)规定了询问当事人,其中第208条规定“在询问当事人本人的情况下,该当事人无正当理由不出庭,或者拒绝宣誓或陈述时,法院可以认定另一方当事人所主张的有关询问事项为真实。”

<sup>25</sup> 关于阐明权,德国学者大都称为阐明义务;日本学者有称为释明权,亦有称为释明义务。我国台湾地区学者大都称为阐明权。

人的声明或陈述不完全者,应令其补充完整。阐明权是法院行使诉讼指挥权的重要方法,法院为阐明之方法,大都系利用对当事人发问的方法进行,故法院的阐明权,德国学者又称为质问权或质问义务。法官行使阐明权的目的是为了发现真实,形成心证和确信,正确处理案件。同时,这也是查清案件疑点的重要方法和手段。如果法官应当行使阐明权而未行使,其诉讼程序即有重大瑕疵,其判决就可能被上级法院撤销。

我国法官在庭审中尽管自觉不自觉地不同程度地行使着阐明权,但多数法官对阐明权了解的深度不够。即使有些阐明权的方法是清楚的,也很少有法官去做。对此,上海第一中级人民法院知识产权庭的副庭长胡震远法官曾有专门论述。他指出,在辩论中,当事人有时难免忽视重要的法律观点。此时,双方当事人辩论不及要点,如果法官不为提示,则会形成“你说你的,我判我的”的奇怪现象,言词辩论沦为摆设。于此情形,法官表明法律见解常常是取得信赖并化解纠纷的重要一步。然而,以笔者的观察,在司法实务中,很少有法官愿意在法庭审理中及时表明法律见解。<sup>26</sup>这一现状的形成原因是多方面的。既有法官由于工作负担过重导致审前准备不足,对案件的熟悉程度不够,也有法官群体的职业素养不够。此外,在相关的法律规定对阐明权规定不明,法官的职业保障不够充分的情况下,大多法官不愿意面对由此产生的冲突与对抗<sup>27</sup>。

即使司法解释明确要求法官行使的阐明义务,<sup>28</sup>实践中法官也往往不予阐明。例如,司法实践中最常见的合同效力问题,一些法官即使胸有成竹准备按无效合同判决,但也不予以阐明。这样的判决,不仅是突袭裁判,而且无效合同的处理方面往往没有辩论或辩论不足。类似情况,大陆法系国家的法官通常会与双方当事人直接讨论本案的诉讼法律关系,主要是公开其法律观点,促使双方当事人提出主张和证据,影响法官的观点。

排除和查清案件疑点手段的欠缺是目前造成我国复杂案件事实不清的主要原因,也是我国与发达国家庭审差距较大的一个方面。该问题的解决除了立法对当事人出庭和向当事人发问以及法官对阐明权的行使和心证的公开做出规定外,难度主要在于我国法官对阐明权的行使和心证的公开等方面能力的欠缺。这种能力的提升需要一个长期的过程,只能逐步推进。

#### 四、上诉审法院功能无法正常发挥

国家设立上诉制度的目的主要有两个方面:一方面是纠正错误的裁判,保护当事人的合法权益;另一方面是保证国家法律的统一适用,使司法系统在所有的审级都尽量以

<sup>26</sup> 《证据司法解释》第64条明确规定:审判人员应当依照法定程序,全面、客观地审核证据,依据法律的规定,遵循法官职业道德,运用逻辑推理和日常生活经验,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。

<sup>27</sup> 参见《开庭审理程序和方式改革研讨述要》,载《人民法院报》2013年10月11号第05版。

<sup>28</sup> 《证据司法解释》第35条明确规定: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做出的认定不一致的,人民法院应当告知当事人可以变更诉讼请求。

统一的声音说话。上诉审的这一功能不仅体现在纠正个案错误的裁判,而且也给下级法院查明事实和适用法律作了示范,这就在较大范围内起到了统一法律适用的作用。

在我国现行庭审方式下,一审庭审中存在的上述种种影响案件审理质量和效率的问题,使得复杂案件的一审判决出现错案,特别是事实认定方面的错误几率大大增加。但是,在上诉审程序中,由于败诉当事人上诉后,其针对的是一审判决书,上诉审程序的争点相对集中,应当说此时一审判决所依据的事实是否清楚、证据是否充分、适用法律是否正确等问题二审法官看得比较清楚,错误裁判也容易被发现并得以纠正。

但是,一个众所周知的问题是,我国并未完全实现上下级法院审级的独立性,审判机关内部运行的行政化仍是一个长期存在的问题。在此情况下,上诉审纠错功能发挥的非常有限。影响上诉审功能发挥的原因主要是:

第一,法院内部的“二审改发率”等绩效考核数据对上级法院发挥二审纠错功能产生的负面影响。实践证明,人民法院的案件质量评估体系对全国法院审判工作产生了明显的激励、引导、规范和监督管理效应。<sup>②</sup>但同时,实践中许多绩效评估数据制度在贯彻执行时往往被“异化”。以二审改发率为例,该指标的设置本意在于考察一审案件的审判质量,如果二审改发率越高,表明一审审判质量越差。虽然案件上诉后被上级法院改判的情形是多种多样的,有的是因为对法律理解的不同,有的是因为当事人提供了新证据,案件被改发并不表示案件一定是错案。但二审改发率高客观上还是会对一审承办法官的评价产生一定的影响,对其所在部门甚至所在法院的“争先创优”等活动也会有所影响。在相关因素的驱动下,下级法院的法官包括院、庭长不仅会事先通过案件请示汇报的形式,征求上级法院对疑难复杂案件的裁判思路,同时一旦案件被上诉后也会与上级法院保持沟通,减少案件被改发的可能性,这势必会影响上级法院纠错功能的实现。

第二,目前法院系统内部实行的“错案追究制”增加了上级法院依法纠错的难度。因为所谓的“错案追究制”,一定程度上使得一审法官与案件的最终裁判结果之间产生了直接的利益关系。一旦案件上诉后,被上级法院改判或发回重审,该案件就会陷入“错案”的风险与可能。虽然最终是否是错案,还要得到相关审判监督部门的确定,但下级法院的院、庭领导以及法官为了规避这种风险的发生,往往会积极与上级法院进行沟通与协调,最大限度地减少案件被改发从而被认定为“错案”的可能性。

第三,二审法院对一审法院裁判“维持易而改发难”,也对依法纠错产生了较大的影响。在对上诉案件的调研中我们发现,目前法院内部的司法运作机制增加了法院依法纠错的难度。首先,二审合议庭维持一审的判决,合议庭可以自行决定,而改变一审判决则需要通过审判长联席会议,甚至庭长、审判委员会等才能确定。这样一来,二审法官从节约时间成本、精力等角度考虑,在没有较大风险的情况下,自然会倾向于维持一审判决;其次,法院内部实行的二审改判、发回重审前上下沟通、交换意见等机制也对上

<sup>②</sup> 参见张军主编《人民法院案件质量评估体系理解与适用》,人民法院出版社2011年版,第2页。

级法院依法纠错产生了一定的影响。<sup>③④</sup>当前,许多地方法院为了规范二审改判、发回重审工作,都要求二审法院的合议庭在形成二审改判、发回重审意见后,报送庭长审核前,必须与一审法院交换意见;并且在交换意见时,原则上要求与一审承办法官以及庭长进行面对面的交流,二审法院的承办法官与审判长必须共同参加听取意见。这些工作机制的确立和推行,一方面大大增强了二审法院承办法官的工作责任感,提高了二审改判和发回重审案件的质量;另一方面,这些程序的设置客观上也增加了二审法院纠错的难度。

上诉审法院功能的正常发挥,除了去除考评等行政化管理模式外,重塑我国的审级制度,可以说是发挥上诉审功能的必由之路。<sup>③⑤</sup>

当然,庭审理论上的观点、法律上的规定要得到实务界的响应还有许多工作要做,要循序渐进。有些相对容易做到同时也是必须尽快做到的,在法律公布后就要坚决执行,违者就要通过发回重审或改判等方式予以“制裁”。如争点的确定,复杂案件若不确定争点,事实很难查清,突袭性裁判很容易发生。又如,法律明确要求法官行使阐明权的内容,法官没有行使,也应当予以“制裁”。有些难度较大的问题,如心证的公开等内容,则要通过示范庭、试点法院等方式逐步在全国推广。

## 五、余论

以上我们从四个方面分析了我国民事案件开庭审理的程序和方式中存在的问题及其改革的方向。分析表明,当下我国民事诉讼中的庭审尚处于非常落后的阶段,庭审的效果不佳,不仅严重影响了司法的权威和社会和谐,而且引发了大量的申诉和上访案件,浪费了国家和当事人大量的人力、物力和财力。对我国开庭审理程序和方式进行改革势在必行,而且应当是力度较大的改革。改革的路径,除立法上作出调整外,笔者以为,还需从以下两个方面着手:

首先,理论与实践密切结合,探索适合中国国情的开庭审理程序和方式。在法学诸学科中,诉讼法学科是与审判实务联系最为密切的,脱离审判实务的诉讼法研究其价值也会大打折扣。特别是开庭审理程序和方式的改革,需要法学理论界与司法实务部门的共同努力、长期努力才能完成。在这个过程中,需要解放思想,更新观念,坚决消除一些落后的观念和习惯,引进先进的理念和做法。在这方面,我国台湾地区的庭审方式改革给我们提供了很好的范例。

台湾地区庭审方式改革的准备肇始于“突袭性裁判防止”的理论提出。1980年,台湾大学邱联恭教授在台湾民事诉讼法研究会第3次研讨会上提出“突袭性裁判防止”的

<sup>③④</sup> 笔者在百度搜索中输入“二审改判发回重审前交换意见”,就会搜到浙江高院、陕西汉中中院、江苏常州中院、湖南邵阳中院、河南三门峡中院等法院都有类似的规定。

<sup>③⑤</sup> 参见章武生《我国民事诉讼审级制度之重塑》,载《中国法学》2002年第6期。

理论时,遭到与会理论与实务界专家的一片反对声,<sup>⑩</sup>特别是与会人员中的多数人对法官公开心证提出了许多异议,认为法官在庭审中公开心证会产生诸多问题(现在看来当年与会人员提出的许多异议与对心证公开了解不够有关)<sup>⑪</sup>。而30年后的2010年,刘明生教授在台湾民事诉讼法研究会第108次研讨会上主报告的题目是“突袭性裁判防止之研究”与邱联恭教授当年主报告的题目是相同的。不同的是,在研讨会上对邱联恭教授由当年的批评声变成了一片赞扬声,突袭性裁判的防止属于民事诉讼法上一个基本的要求在此次研讨会上与会代表已经基本上形成共识。更为重要的是,1997年,突袭性裁判防止概念已成为台湾地区民事诉讼法之重要指标之一,并纳入立法理由之中。<sup>⑫</sup>该概念已经逐渐为实务人员所认知与接受,并进而广泛运用到具体个案的审理裁判中。

在2010年的民事诉讼法研究会上,邱联恭教授回忆起当初倡言时说曾有过相当孤单的感觉。许士宦教授发言时说,在1980年之后,与庭审程序有关的讨论,仅邱教授一人所做主题报告就有:第39次的阐明权、第46次的程序选择权之法理、第61次的心证公开论、第72次的处分权主义、辩论主义之新容貌与机能演变、第78次的集中审理与阐明权之行使。<sup>⑬</sup>这同时也说明,庭审程序改革涉及问题的广泛性和复杂性。

研讨会主持人范光群教授在报告时指出:关于突袭性裁判的概念在台湾地区是首先由邱教授在30年前,即1980年民事诉讼法学研究会第3次研讨会为论文报告时第一篇提到,当时对大家来讲都是很新的,所以很多学者都是抱着观察和保留的态度,三十年一晃而过,事实上突袭性裁判配合着后来的心证公开和法官的阐明权等,30年前的播种现在在实务界已经萌芽,在法治上可以说是开花结果了<sup>⑭</sup>。

台湾地区1980年成立的民事诉讼法研究会,法官和有法官背景的人占了一半以上,研究的问题理论与实践密切结合,对台湾地区的民事诉讼立法与司法产生了重大影响,对提升台湾地区民事程序法之理论及实务水准发挥了重要作用。我国亦需要这样的研究组织来推动司法的发展,特别是庭审方式改革。

其次,加强庭审方式方面的理论教学和实践性教学。开庭审理程序和方式改革之所以是一项艰巨的任务,是因为我国在该领域的研究和实践均非常薄弱。即使从事该课程教学和研究的专业教师和实务界的资深法官、资深律师,对上述理论和实践了解的深度也远远不够。我国大多数法官和律师根本就没有听说过突袭性裁判一词,更不要说防止突袭裁判。

<sup>⑩</sup> 需要说明的是,台湾民事诉讼法研讨会一直秉持对主题报告批评的风格,只是此次研讨会批判的声音表现的更为突出。

<sup>⑪</sup> 参见台湾财团法人民事诉讼法研究基金会编《民事诉讼法之研讨(十八)》,民事诉讼法研究会108次研讨记录,第173-279页,元照出版有限公司2012年出版。

<sup>⑫</sup> 在立法理由中明白表示以突袭性裁判防止为依据的有第199条、第288条第2项、第296条之一第1项、第572条之一第2项等。

<sup>⑬</sup> 参见前引<sup>⑪</sup>,台湾财团法人民事诉讼法研究基金会编书,第229页。

<sup>⑭</sup> 参见前引<sup>⑪</sup>,台湾财团法人民事诉讼法研究基金会编书,第266-267页。

应当说我国庭审方式的落后责任主要在学校,专业教师庭审理论和实践经验的缺乏必然会影响到我国的立法和司法。据笔者了解,我们大多数专业教师讲授开庭审理程序就是1节课左右,对上述理论和实践涉及甚少甚至根本就不会涉及。要改变这一状况,必须有一个大的改革,其中,专业教师这方面知识的更新和能力的提升是一个前提条件。从法科学学生的培养来看,在民事诉讼法和法律实务课程教学中应加大庭审理论和实践的教学内容。从法官、律师在职学习来看,将庭审的理论和实践作为一个重点内容来学习和研讨也是非常必要的。只有从基础做起,循序渐进,经过若干年的努力,才能使我们的庭审方式改革真正取得实效。

从国外和我国台湾地区的经验来看,开庭审理程序和方式改革是一项系统工程,有大量工作要做,需要理论与实务部门的共同努力、长期努力才能完成。笔者在此仅仅是抛砖引玉,期望更多的人意识到该项“工程”的价值,并关注、支持和参与到该项“工程”建设中。笔者相信,该项改革将是我国迄今为止司法实务界已经进行的改革中最有价值的一项改革。改革的成功将会使我国的庭审水平和案件处理的质量和效果产生质的飞跃,并能够大幅度减少法官的工作量和国家申诉和涉诉上访方面的压力,减少国家维稳方面的费用。当然,我国司法改革中更重要的改革应当是中共十八届三中、四中全会提出的司法体制改革,司法体制和开庭审理方式改革的成功,才能真正使我国的司法走向现代化。

---

**Abstract:** The court investigation and the court debate has been improperly divided is the major problems in the court session of civil cases in China, so that the many complicated cases cannot be ascertained, all of which directly lead to the adverse consequences that the judges spend so much time reviewing a lot of evidences which are unnecessary to be reviewed when the issues are ambiguous, the time for the court debate is greatly squeezed, the facts are still unclear after the end of court trial and so on. Furthermore, the appellate court could not function properly to correct wrong judgments. It is an important reason to cause many misjudged cases. Reforming the laggard mode of court session and rebuilding the trial system with modern litigious idea and advanced mode of court session is a significant subject for scholars and practitioners in China, the success of which will cause the standard of court session to be greatly improved.

---

(责任编辑:陈贻健)