



扬州法院文化丛书

审判理论与司法前沿

Judicial Theory and Frontiers of Justice

蒋惠琴 主编

汇聚司法智慧

传承审判经验



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

审判理论与司法前沿

Judicial Theory and Frontiers of Justice

蒋惠琴 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

审判理论与司法前沿 / 蒋惠琴主编. —北京: 法律出版社, 2015. 10

ISBN 978 - 7 - 5118 - 8508 - 1

I. ①审… II. ①蒋… III. ①审判—中国—文集
IV. ①D925. 04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 234860 号

审判理论与司法前沿

蒋惠琴 主编

责任编辑 王 扬
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2015 年 11 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 28 字数 431 千

印次 2015 年 11 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张建伟

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 8508 - 1

定价:79.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

法官为什么调研

(代 序)

蒋惠琴*

胡适在谈为什么读书时说,“为读书而读书,能读书才能多读书”,是读书的重要原因之一。^{〔1〕} 让人觉得读书的原因在于读书本身,只管读即可。不过显然,胡适绝非要为读书这件事下一个无须讲求效用的论断来,他本人更不是一位读“死书”的本本主义者,其目的是劝导大家要重视读书的“自然”价值。

所谓“自然”价值,我的理解就是读书本身的、天然的功用,这种价值的发挥是自发的、一脉相承、无须提前预设,其效用就好比是打地基,一时看不出成效,但等高楼万丈时,才知道打地基是顶重要的事。

与读书相似,法官在审判之余,撰写调研文章的目的,除了解决眼前遇到审判难题之外,首要的也是“为调研而调研”。乍一看,这种提法恰是司法调研被诟病的症结所在,常指那种脱离审判实际、搞文字游戏的应景式调研。这个意义上的调研显然不是这里想要表达意思。此处的“调研”是指藉由调研所形成的一种说理能力。培养说理能力的目的当然不是让法官好转身去做研究学问的学者,而是补强法官裁判时的说理能力。梅利曼教授当年针对大陆法系国家法官机械办案的批评——“成文法规是大前提,案件事实是小前提,案件的判决则是推出结论的必然结果”——仍然适用于我们现在的不少法官。当下,裁判文书说理的主要问题表现有:对法律的解释不够;缺少证据特别是间接证据到事实的证成过程,裁判文书里看不出案件事实的格式化轨迹;还有最为重要的是经常遗漏小前提被大前提涵摄的过程,转而由韦伯所称的“自动售货机”来完成。究其原因很多,但法官说理能力

* 扬州市中级人民法院院长,党组书记。

〔1〕 胡适:“为什么读书?”载陈漱渝主编、欧阳哲生编:《再读胡适》,大众文艺出版社2006年版,第190页。

欠缺是重要因素之一,而撰写调研文章的过程可以为法官说理提供一个绝佳训练场所。

当下法官调研的载体大体有三种,分别是应用法学论文、调研报告和案例评析。这三者都离不开论证说理:法学论文的主要任务就是组织材料来论证自己提出的假设;调研报告也得为对策建议的可行性提供必要的证明;评析案例就是通过析法释理,言说裁判结果妥当性的过程。由此看来,说理与调研相伴相生,文章写多了,自然说理的能力就会渐渐提高,调研是法官说理能力养成和提升的重要通道。从这个意义上说,“为调研而调研”更准确的表达应该是:为说理而说理,多说理才能会说理。

法官调研的第二个目的是审判经验的传承。毫无疑问,审判经验来源于审判实践,不仅包括审判过程中积累的知识,也包括相应的技能。这种知识或技能既可以通过亲身参与审判实践获得,也可以从别人已经取得的审判经验中学习继受而来。既然审判经验可以学习继受,就得有传承的媒介。司法实践中最为熟悉的经验传承还是师徒式的“口口相传”。近年来一些法院施行的青年法官导师制即是例证。除此之外,法官们的调研作品也是传递审判经验的一个重要方式。有观点坚持,经验只能意会不能言传,认为只要是经过总结、提炼,就落入理论的范畴。其实,法官调研的过程,就是法官在规则、原理、制度等理论的指导和制约下,对审判经验总结的过程,遵守的仍然是自下而上的运作路径,属于实践理性的范畴。只不过此时的经验披上了理论的外衣,相较于“口口相传”更易于去芜存菁,有助于防范经验走向盲目,甚至误认歧途。^{〔1〕}美国法学家庞德将法律概况为:法律是经验基础上的理性,是理性关照下的经验。^{〔2〕}实施法律的司法审判,也应该是理性与实践相互交合的过程,从这个意义上说,调研作为理论指导下的审判经验总结,相较于师徒式的传授,有着更为重要的价值。

上面两个目的最终受益的范围局限于司法领域,法官调研还有一个溢出效应,这就是第三个目的:为法学研究做“铺路石”。当下,法学方法的研究逐渐成为理论界的一门显学,以法律规范为研究对象,被称为“站在法律之内看法律”的“规范法学”日渐式微,代之以关注中国司法实践问题的“社科法学”方法被越来越多的学者所采用,这种法学方法的优点是跳出法律的

〔1〕 范愉:“诉讼调解:审判经验与法学原理”,载《中国法学》2009年第6期。

〔2〕 转引自刘作翔:“经验基础上的理性,理性关照下的经验”,载《中国审判》2010年第6期。

框框,“从问题出发开始自己的研究,将本土的经验上升到一般的理论”。〔1〕但法律的问题大都发生在审判实践的场域中,而法学研究的学者们又偏偏生活在远离审判的象牙塔里,这里就存在学者开展实证调查的“进入”障碍问题。

苏力当年为写《送法下乡》时,为了解基层司法现状,用他的话说,动用了“几乎一切可能、后来看起来过于充分的关系”,才最终获得了具有“局限性的知识”。〔2〕由此看来,学者不是开展司法实证调研的理想主体,而法官则具备了“天时、地利与人和”。法官本人即是司法实践重要的参与者,不仅对司法程序运作的现状、存在的问题和表现出来的特征等显现的材料和数据可以“立等可取”;对于那些隐含于现象背后的原因、乃至法官群体的内心感受等难以言说的隐性知识或信息,稍加努力,也都能较为准确的收集。因此,法官是“天然”的司法调查员,经其调研后形成的成果或者材料,可以作为学者们实证研究的基础,如果不那么周全的话,至少也能留下些发现问题的“线索”。

无意中,法官调研为法学研究起到了“铺路石”的作用。对于一直浸润在教科书和法学专著里成长起来的法官们来说,调研也算是对学者们的一种“回馈”吧。

〔1〕 陈瑞华:《论法学研究方法》,北京大学出版社2009年版,第111页。

〔2〕 苏力:《送法下乡》,北京大学出版社2011年版,第315、319页。

前 言

习近平总书记指出：“调查研究是谋事之基、成事之道。没有调查，就没有发言权，更没有决策权。”随着全面深化改革的深入推进和司法体制机制改革的逐步推开，人民法院服务经济社会发展大局的责任更加重大，狠抓执法办案、稳妥推进司法改革的任務更加繁重，法院工作面临着前所未有的机遇和挑战。无论是在宏观上，还是在微观上，人民法院都有很多问题需要决策。而决策，尤其是重要决策，往往是建立在调查研究的基础之上。“法律的生命不在于逻辑，而在于经验。”对于法官来说，其审判经验的积累与升华，都离不开调查研究。法官在司法实践中遇到的问题，必须通过学习思考、学术研究来解决，而调查研究得出的结论又要通过司法实践来检验。调查研究是一个发现问题、分析问题和解决问题的过程，也是总结经验、消化理论、整合知识的过程，而这一过程对法官思辨能力的提升、专业素质的养成都发挥着决定性和基础性的影响。

一直以来，扬州中院都十分重视司法调研工作，始终把司法调研作为提升法官司法能力和办案水平的重要途径，作为加强法院队伍建设的重要载体，培养了一批理论功底扎实、审判经验丰富、司法调研水平较高的专家型法官，形成了一批理论性较强、与司法实践紧密结合的调研成果。

“文可载道，以用为贵。”调查研究的目的在于应用，在于指导实践。为了进一步推动调研成果的转化与应用，我们对2011年以来扬州中院法官的研究成果进行选录和汇集，形成了《审判理论与司法前沿》一书。该书作者均是扬州中院的法官，而且以中青年法官为主，他们都是扬州法院事业薪火相传、不断发展的根基和希望。该书所选辑的文章，既有关心人民法院工作的宏观思维和宏大思考，也有关乎具体案件审理裁判的微观探究，还有对人民群众关切问题的思考与回应，集中反映了扬州中院法官的业务素质和专业水平，再现了扬州中院执法办案、队伍建设和文化建设的发展历程与集体记忆。可以说，这些鲜活的文字无不凝结了新时期人民法官对法治精神的尊崇、对人民司法事业的挚爱以及对做好法院工作的思考，是扬州中院法官智慧的结晶。本书的出版得到了法律出版社的大

力支持,王扬同志为本书的编辑出版付出了辛勤的劳动。在此,我们表示诚挚的感谢。由于我们的水平有限,难免有疏漏不当之处,敬请读者批评指正。

编 者

二〇一五年八月

目录

Contents

论协同型审判权与诉权的建构

——以事实关系解明为中心 王继荣 李益松 / 1

论国际货物买卖合同中提单转让方的诉权 戴子平 杨 林 / 12

关于建立“人案分离”信访工作机制的思考 钱永萍 周 冰 / 21

非法经营外汇刑事责任的认定与辨析

——以完善金融监管为视角 周庆琳 汤咏梅 / 26

虚拟财产的法律性质分析

——基于学说的梳理 姜金良 / 36

法官法律见解公开的范围、样态与时段 刘 毅 / 45

三段论还是结果导向:论疑难案件中的法官裁判思维

——以对 Y 市法院 186 名法官的调查问卷为样本 郑 磊 / 58

破产企业职工权益保障机制探析

——兼议破产企业农民工权益保障 姚 江 / 75

空白罪状中前置性规范的适用解释 姜金良 / 83

透视撤诉率:行政诉讼中的法律失效

——以法院/法官的行动选择为视角 江厚良 / 95

整合与规范:论民事诉讼中对具体行政行为的司法审查

朱 明 柏 鸣 / 107

委托调解制度的实践与完善 邓凤英 姜金良 / 119

人民法院推进社会管理创新的理论与路径探析 顾国先 / 126

分割转让近似商标的合同效力探析 戴 涛 杨 林 / 137

非法行医罪主体的实质解释 黄 志 姜金良 / 143

人民法院审判管理机制创新的路径

——线性工作流程与循环管理流程的探索与构建 陆开存 / 153

庭前会议操作的误区及克服

——基于司法实践与学说的梳理与反思 姜金良 / 164

中小民营企业健康发展面临的困境与司法破解

——扬州市维扬区涉中小民营企业案件的调查报告

柏 鸣 方满华 / 174

“归于理性”:论民事诉讼中法官个性因素的融入与消解

郑 磊 / 182

论我国个人破产制度之构建

姚 江 / 195

功利与公正:刑事和解适用的泛化与反思

姜金良 / 204

从“少年法庭”到“少年法院”有多远

——少年法院设立的理念、途径和模式

蒋惠琴 / 217

先行调解面临的司法困境与出路

——以保障当事人程序选择权为中心

任国凡 / 225

走出“形合实独”的困境

——以案件承办人制度改革为原点

姚宏斌 姜金良 / 236

关于诉前调解工作运行现状及其制度化转型的调研

——江苏扬州法院诉前调解工作调查报告

扬州中院课题组 / 247

论行政判决对民法规范的类推适用

单华东 江厚良 / 262

构建调解与执行相衔接的工作机制

——对调解案件进入执行程序的分析解读

朱建朝 姜金良 / 271

绩效考评与刑事程序失灵:从现状到解决

——以审判、检察业务绩效考评为中心的讨论

江厚良 / 281

民事执行检察监督的实践反思与展望

——以江苏法院 104 件民事执行检察监督案件为样本

胡永康 / 294

刑法“但书”的误用与澄清

——以醉驾一律入刑的争论为视角

姜金良 / 306

论罪名适用从新原则

——对流氓罪复活现象的剖析与评判

姜金良 / 317

当前医疗损害赔偿纠纷案件审理中的问题与对策

——以扬州两级法院审判实践为样本

扬州市中级人民法院课题组 / 327

论调解程序前置的价值及其实现路径

——一种渐进式制度安排

王继荣 李益松 / 340

合同解除异议权性质的厘清与定位

——兼论《合同法》司法解释(二)第24条的理解与完善

沈 红 李益松 / 352

关于新《民事诉讼法》“先行调解”制度适用的调查与思考

顾国先 / 363

民事裁判遗漏救济程序的重整与优化

郑 磊 / 376

司法如何保护婚姻

——基于离婚案件二次起诉现象的分析

姜金良 / 392

在行政诉讼调解中引入“冷静期”制度辨析

——以《行政诉讼法》修改为背景

徐沐阳 / 407

非诉行政执行案件的法律策略选择

——基于博弈论视角对环境资源保护类非诉行政执行案件的实证分析

张成刚 / 418

垃圾邮件的刑法治理

——基于类型化的分析

姜金良 / 427

后记

/ 435

论协同型审判权与诉权的建构*

——以事实关系解明为中心

王继荣 李益松

20世纪80年代末,民事诉讼案件大幅增加,司法实践中案多人少矛盾日益突出,为了加快结案进程,减少法院因过多介入事实查证而耗费的司法资源,一场以“强调当事人举证责任”为指导思想的民事审判方式改革拉开了序幕。总的改革方向是沿着“去职权化”的道路向当事人主义模式一路挺进,^[1]反映在事实主张和证据提供阶段即为辩论主义或称当事人提出主义。^[2]在辩论主义模式下,当事人有责任 and 权能主张事实、提供证据,而法官在事实、证据这一领域表现得非常消极,但是不容忽视的是我国现阶段当事人举证能力参差不齐,占相当比例的案件当事人仍然是证据收集的实际操作者,加之我国有关当事人证据收集的保障程序还未能紧随审判方式改革同步确立,法官在事实领域的超然状态,导致了民事诉讼公正、效率等价值目标的失落,引起了法学理论界与实务界的关注。^[3]本文拟以事实关系解明中审判权与诉权的运行模式为切入点,分析当下审判权与诉权运行模式的现状及其弊端,查找原因,并尝试构建协同型的审判权与诉权关系,借以克服审判权在事实解明中的缺位、平衡当事人诉讼能力,最大限度地发现实体真实,重拾民事诉讼公正与效率的价值目标。

* 本文发表于《审判研究》2011年第3辑。

- [1] 向当事人主义靠拢的一个重要标志就是2002年出台的《关于民事诉讼证据的若干规定》,对法官依职权调查给予了严格限定,参见该司法解释的第15、16条。
- [2] 当事人主义和职权主义在诉讼进程的不同阶段有不同的表现,也有不同的称谓。在诉讼程序的启动、终结以及审理对象的确定方面,当事人主义被称为处分权主义,职权主义被称为职权调查主义;在起诉后的程序进行方面,当事人主义被称为当事人进行主义,职权主义被称为职权进行主义。参见奚玮:“协同主义民事诉讼模式的建立与和谐司法的实现——以证据收集为中心”,载《河北法学》2008年第3期。
- [3] 肖建华:“审判权缺位和失范之检讨——中国民事诉讼发展路向的思考”,载《政法论坛》2005年第6期;徐子良:“法院查证权的重新审视和定位”,载《法学》2008年第3期。

一、审判改革下的审判权与诉权关系

(一) 审判权的缺位

随着审判方式的改革,辩论主义逐渐成为我国民事诉讼事实关系解明阶段的选择模式,具体表现为:(1)直接决定法律效果发生或消灭的案件的主要事实须由当事人主张并出现在辩论中法院才能将其作为裁判的依据;(2)当事人诉讼上所作的自认一般具有拘束法院的效力,法院应当将当事人无争议的事实作为裁判的基础;(3)法院能够事实调查的证据只限于当事人提出申请的证据。^[1]法官近乎放弃了发现案件事实的目标。在立法中集中表现为最高法院出台的《关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《若干规定》),该司法解释大大限缩了法官依职权调查权限、实行严格的证据失权制度以及法定证据制度,突出了当事人责任,其结果是司法审判中作为裁判的事实基础不合理地处于事实真伪不明状态,结果意义上的证明责任被不当地频繁适用,偏离了民事诉讼发现真实的诉讼目的。

(二) 当事人证据收集能力的弱化

随着法官职权探知角色的退出,诉讼当事人成为案件事实解明中的唯一主体,当事人个人证据收集能力的高低、具体个案证据收集的难易程度以及当事人证据收集的程序保障是否完善成为案件事实能否得以解明的关键。回顾二十多年的审判方式改革,当事人本身收集证据能力并未得到实质性的改善,许多收集证据工作当事人难以自行完成,再加上受传统的民族文化心理的影响,当事人对法院依职权收集证据以查明案件事实真相有很强的依赖,一味强调全部证据由当事人提供,无疑会给这些当事人实现自己权益造成障碍,并进而影响社会整体正义的实现;^[2]与之相对的是,案件事实查证难度早已今非昔比,特别是现代型诉讼中的证据偏在问题,使得举证难度大大增加;^[3]另外,当事人证据收集保障程序还未能紧随审判方式改革同步确立,无论是德国民事诉讼法中规定的证据交换制度、申请文书提出命令,还是法国民事诉讼法中规定的互换陈述准备书、书证传达、强制提出书

[1] [日]高桥宏志:“民事诉讼——制度与理论的深层次分析”,林剑锋译,法律出版社2003年版,第329、330页。

[2] 奚玮:“协同主义民事诉讼模式的建立与和谐司法的实现——以证据收集为中心”,载《河北法学》2008年第3期。

[3] 所谓证据的偏在性是指大量能够证明法律要件事实的证据被集中控制于另一方当事人手中。参见[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127页。

证等独立的证据调查程序都未能在我国民事立法中得以相应的体现,^[1]相反,我国司法解释中规定的证据交换制度证据交换范围不明确,证人、鉴定人权利保障的缺失和义务的空洞化,都使得当事人证据收集权利遭到严重破坏,大大削弱了证据收集能力。

(三) 审判权与诉权的相对隔离

在事实、证据领域,审判权与诉权的界限泾渭分明,当事人在诉讼中以哪些事实作为裁判的基础,是否真实陈述以及对于对方当事人的事实主张是否予以认可,都取决于当事人本人,而法官在这一领域表现得相当消极。有学者认为《若干规定》第35条关于法院告知内容的规定是法院行使阐明权的法律依据,法官有充分的依据介入事实发现领域,然而纵观该条规定,仅限于法律关系性质与民事行为效力的阐明,其在内容和结构上,都不能发挥完整意义上的阐明权应有的功效。与之相对,法官被要求在民事诉讼事实探知领域不加干预,只有当事人主张了的事实才能作为裁判的基础,法官不能依职权认知;只有当事人申请的证据方法才能进行调查,法院和法官被禁止对案件事实进行探知和解明,从而使得审判权与诉权在事实发现阶段呈现出相对隔离的状态。^[2]

二、当下审判权与诉权运行模式的反思

(一) 基于实践的反思

笔者所在的市中级人民法院对2009年二审民事案件改判、发回情况有个比较分析,在有实体瑕疵的120件案件总数中,因为事实不清被改判或发回的有78件,比例高达65%,而因法律适用被改判或发回的只占18.5%。可见,当事人对事实认定不服已经成为不服裁判的主要原因,相应的案件事实解明问题,也逐渐成为困扰司法实践的主要难题。我国审判改革过程中,一味强调去职权化,法官在事实发现领域的逐步退出,削弱法官职权使其完全中立的同时,没有考虑具体个案中当事人的取证能力,加之当事人证据收集保障程序未能同时跟进,使得案件事实解明难度越来越大,正如有的学者指出的那样,“轻视实质真实发现与长期存在的轻视程序的习惯一联姻,实质正义和程序正义就可能双双成为殉葬品。”^[3]法官调查取证权的限缩,也使得

[1] 王春:“论当事人收集证据权利的程序保障——以大陆法系当事人收集证据权利的程序保障为视角”,载《政法学刊》2008年第4期。

[2] 唐力:“辩论主义的嬗变与协同主义的兴起”,载《现代法学》2005年第6期。

[3] 张建伟:“认识相对主义与诉讼的竞技化”,载《法学研究》2004年第4期。

当事人虚假陈述甚嚣尘上,几无成本,最终导致法官消极裁判,片面追求所谓的法律真实而放弃客观真实,引起当事人不满和上访,给社会稳定带来负面影响。

(二) 基于比较法的观察

反观我们借以学习引进的大陆法系和英美法系,近年来,在立法与司法中不约而同地加强了法官的职权因素而不是削弱。

1. 大陆法系强化法官查证权的现状

德国民诉法学界的高特沃德学者指出:“我们不应该忘记我们所有证据制度的一个最起点的问题,就是所有的法律体系,无论是大陆法系、英美法系、社会主义法系,都是在于发现真实,针对真相来判决案件,去解决争端,这在各个法律体系中都是一样的。”〔1〕法国新《民事诉讼法》规定了法官对证据的亲自审查权,依职权调查证人证言的权利,依职权验证、鉴定的权利等。〔2〕法官依职权调查证据制度在德国《民事诉讼法》中广泛存在,除法官不能依职权主动询问当事人未提出的证人外,其他证据方法均可以由法官主动调查收集。〔3〕主要包括命令当事人提供书证、命令进行勘验、鉴定、依职权询问当事人等。

2. 英美法系司法改革中法官职权强化的趋势

英美法系没有法官依职权调查证据的规定,那是因为一旦这样,就势必卷入解决事实的问题之中,进而对陪审团的职能构成侵害。〔4〕即使这样,美国法上传统的当事人对抗制也发生了重大变化,法官已被定位为积极的诉讼管理者,美国民事诉讼中的审理前会议原来是在法庭审理之前,法官传唤和召集双方当事人整理争点和证据会议,1983年美国全面修改联邦民事诉讼规则第16条,第16条新规扩大了审理前会议的职能,加强了法院对审前准备阶段的管理,并规定了具体措施。〔5〕

两大法系几乎同时加强了法官对案件事实查明的职权干预,特别是大陆法系从案件事实发现主要依赖当事人的责任原则向法官与当事人协同发现案件事实条件下的自己责任原则的演变,从僵化的辩论主义模式下诉讼

〔1〕 江伟:《比较民事诉讼法国际研讨会论文集》,中国政法大学出版社2004年版,第124页。

〔2〕 熊跃敏:“法官职权调查证据的比较研究”,载《比较法研究》2006年第6期。

〔3〕 [德]埃伯哈德·席尔肯(Eberhard Schilken):《德国民事诉讼中法官的作用》,转引自熊跃敏:“法官职权调查证据的比较研究”,载《比较法研究》2006年第6期。

〔4〕 [日]小島武司等:《司法制度的历史与未来》,汪祖兴译,法律出版社2000年版,第62页。

〔5〕 田平安、刘春梅:“试论协同型民事诉讼模式的建立”,载《现代法学》2003年第1期。

与审判权相互隔离的状态发展到高效、实用的协同型审判权与诉权模式,为实质性维护当事人合法权益起到了积极的促进作用,可见,协同型的审判权与诉权模式对于处于改革进程中的我国民事审判方式改革具有重要的借鉴意义。

三、协同型审判权与诉权模式的构思

(一)协同性审判权与诉权关系的定位

协同型审判权与诉权关系是相对于辩论主义下的审判权与诉权关系而言的,就事实关系解明而言它是指依靠法院和当事人三方,以当事人为主导,强调真实义务,法院为辅助,依靠职权——以阐明权和查证权为中心,三方在案件事实解明上相互协同,以达到实现实体真实的判决。协同型的审判权与诉权关系使得双方当事人不但在形式上处于平等的诉讼地位,而且在其因知识、能力等方面的差异而实际不平等时法官会在适当的时候行使阐明权,通过向当事人发问来提醒、启发当事人将诉讼主张、诉讼资料予以澄清、补充或修正,来保护具体诉讼中的弱者,使双方享有同等的辩论机会,实现当事人之间的实质平等。另一方面,当事人所负真实义务减少了案件的扑朔迷离,通过对抗双方当事人充分辩论发现和确认证据,同时法官又不消极地听取证据而在一定程度上起着积极作用,法官与当事人之间的互动使得他们之间信息的传递易于理解与沟通。^{〔1〕}

(二)协同型审判权与诉权间的互动

协同主义在强调法院与当事人协同解明案件事实的同时,当事人仍然被视为事实解明的主要责任承担者,当事人应是事实解明的第一责任者,同样要求当事人首先将案件事实在诉讼中加以主张,对于有争议的事实要求其承担提出证据责任,而只是在当事人的事实主张不完全或者不真实的场合下,还有当事人的证据申请不完全的场合下,或者当事人申请的证据方法与案件事实关系的解明没有任何意义的场合下,法官不能听任不管。^{〔2〕}此时法官对案件事实的解明所负的责任是第二责任。

(三)协同型模式与其他两种模式的关系

与协同主义相对的是辩论主义和职权主义,协同主义是在批判辩论主

〔1〕 张珉:“协同主义诉讼模式:我国民事诉讼模式的新选择”,载《国家检察官学院学报》2005年第6期。

〔2〕 唐力:“辩论主义的嬗变与协同主义的兴起”,载《现代法学》2005年第6期。

义的基础上,为克服辩论主义下法官过分消极,全部事实解明归依当事人的弊端应运而生的,相对于辩论主义而言,协同主义更加强调法官的积极主动作用,似乎是偏向或是对职权主义的一种回归。然而事实绝非如此,辩论主义的产生主要原因在于其是作为私法自治在诉讼中的投影,表现为当事人在诉讼中将提出怎样的事实主张、对方当事人对此主张是否予以争议、在争议的场合下当事人将提出怎样的证据方法展开立证活动等,这些都属于当事人控制的领域。^{〔1〕}因此,由作为利益关系方的当事人提出事实主张并加以证明的事实解明手段仍然是可行的,特别是与完全的事实探知相比辩论主义仍然是发现案件真实最为妥当的手段。^{〔2〕}协同主义强调在案件事实资料的收集与事实关系的确定方面,采取法院与当事人的协同,绝不意味着向职权主义的回归,相反,它是以辩论主义为基础——而不是完全的抛弃辩论主义——适度强化法院在案件事实解明中的作用,以发现案件实体真实为必要的前提下,强调法院与当事人协同解明案件的思想,是法官和当事人之间产生的一种崭新的诉讼结构。

四、协同型审判权与诉权模式的设计

民事诉讼的真谛在于发现真实,达至实质正义和程序正义,欧美国家特别是大陆法系国家将发现真实作为民事诉讼的首要目标,因此,我国民事诉讼立法与司法中必须充分调动法官在事实发现上的积极能动性,注重与当事人协同起来发现案件事实。构建我国民事诉讼上协同型审判权与诉权模式,应当确立当事人真实义务、完善法官阐明权制度以及适度扩大法官查证权范围。其中,当事人真实义务是诚实信用原则在民事诉讼法上的具体体现,立足于当事人方促进案件真实的发现;法官的阐明权与查证权范围的扩大系立足于审判权,强调审判权对事实解明的主动介入。

(一)当事人真实义务的确立

1. 真实义务的界定

所谓真实义务,是指当事人在诉讼上不能为加重对方负担而主张已知的不真实事实或自己认为不真实的事实,并且不能在明知相对方提出的主张与事实相符或认为与事实相符的,仍然进行争执。^{〔3〕}由此可见,当事人陈

〔1〕 [德]贝塔戈来斯:《西德诉讼制度》,小岛武司译,中央大学出版社1988年版,第395页,转引自唐力:“辩论主义的嬗变与协同主义的兴起”,载《现代法学》2005年第6期。

〔2〕 唐力:“辩论主义的嬗变与协同主义的兴起”,载《现代法学》2005年第6期。

〔3〕 [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253页。