

广东财大法学学术文库

辩论主义与我国涉外 民事诉讼程序的完善

BIANLUN ZHUYI YU WOGUO SHEWAI MINSHI SUSONG CHENGXU DE WANSHAN

马永梅◎著



中国政法大学出版社

广东财大法学学术文库

辩论主义与我国涉外 民事诉讼程序的完善

BIANLUN ZHUYI YU WOGUO SHEWAI MINSHI SUSONG CHENGXU DE WANSHAN

马永梅◎著



中国政法大学出版社

2015·北京

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

图书在版编目 (C I P) 数据

辩论主义与我国涉外民事诉讼程序的完善/马永梅著. —北京:中国政法大学出版社, 2015. 5

ISBN 978-7-5620-6084-0

I. ①辩… II. ①马… III. ①涉外案件—民事诉讼—诉讼程序—研究—中国
IV. ①D997.3

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第105992号



- 出版者 中国政法大学出版社
- 地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
- 邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
- 网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
- 电 话 010-58908586 (编辑部) 58908334 (邮购部)
- 编辑邮箱 zhengfadch@126.com
- 承 印 固安华明印业有限公司
- 开 本 720mm × 960mm 1/16
- 印 张 15.25
- 字 数 250 千字
- 版 次 2015 年 5 月第 1 版
- 印 次 2015 年 5 月第 1 次印刷
- 定 价 39.00 元

广东财经大学法学院学术文库

编辑委员会

主 编：杜承铭

副主编：邓世豹

编委会成员（按姓氏拼音为序）：

邓世豹	杜承铭	房文翠	孟国碧
袁碧华	钟立国	朱孔武	

TOTAL ORDER 总序

我国的改革开放事业已进入一个全新的发展阶段。面对新形势新任务，全面建成小康社会，进而建成富强、民主、文明、和谐的社会主义现代化国家，实现中华民族伟大复兴的中国梦，必须全面推进依法治国。建设中国特色社会主义法治体系和社会主义法治国家是一项系统工程，它的推进需要全社会的共同努力，也仰赖于法学学术研究的发展和进步，需要优秀的法学理论成果的支持。

广东财经大学法学院从成立至今已经走过了22个春秋。22年来，法学院在师资队伍建设、专业建设、学科建设、人才培养、社会服务等方面都取得了突出的成绩，已经发展成为广东省乃至华南地区重要的法学人才培养基地。为了促使法学院学科建设和科学研究迈上一个新的台阶，培育一批优秀的法学研究人才，产出一批优质的理论研究成果，为国家法治建设尽一点绵薄之力，在中国政法大学出版社的大力支持下，我们组织撰写、出版这套“广东财大法学学术文库”。

“广东财大法学学术文库”以反映广东财经大学法学院教师的最新学术研究成果，促进广财法学学科建设的发展和繁荣，促进广财法学科学研究和人才培养，构建广财法律人对外学术交流的新平台，扩大广财法学的社会影响，提升广财法学的学术地位为基本宗旨。

“广东财大法学学术文库”的学术队伍具有系统而深厚的法学理论基础，宽广而扎实的法学专业知识功底，具有很强的创新意识、较高的理论造诣和较强的科研能力。入选“广东财大法学学术文库”的著作将密切关注法学学术前沿，紧密联系经济、社会发展的实际，牢牢把握时代的脉搏，坚持立足中国实际和拓展国际视野的原则，充分反映最新的法学研究思想成果，为中

国的法学研究事业添砖加瓦。

我们愿意将“广东财大法学学术文库”作为广东财经大学法学院成年的礼物，献给一直以来关心、支持、帮助法学院发展的领导、专家、朋友们，献给我们同舟共济、艰苦奋斗的同事们。

我们希望“广东财大法学学术文库”的学术成果日益丰富，成为广财法律学人茁壮成长的生机勃勃的学术园地，成为广财法学院对外展示高层次理论研究成果的重要窗口，为争奇斗艳的中国法学研究的学术大花园增添一朵亮丽的奇葩，为法学学科建设和科学研究事业的蓬勃发展，为促进中国现代法治建设和社会文明进步奉献我们的一分力量。

我们对为“广东财大法学学术文库”的策划、出版付出辛勤劳动的中国政法大学出版社的编辑、各位评审专家和编委表示衷心的感谢！

广东财经大学法学院

2015年4月12日

PREFACE

序

炎夏，绝对是中国的收获季节。一波一波的，各地青年进入城市这架巨大的收割机；一篇一篇的，不重样的感言“像植物一样疯长”于朋友圈。不过，热浪之中亦自有晓风徐来。马永梅博士出版新作《辩论主义与我国涉外民事诉讼程序的完善》，就如同松间明月石上沁泉，予人清凉。

不敢妄赞十年磨一剑，但细细回想，马永梅博士竟也为此面壁八载有余：2007年进入武汉大学国际法研究所攻读国际私法方向博士学位（请注意：中国《民事诉讼法》于同年进行了第二次修改），2009年开题，2012年答辩（请注意：中国《民事诉讼法》于同年进行了第三次修改），2015年付梓（请注意：中国《民事诉讼法》于同年有了史上最长的一個五万余字的司法解释）。此一期间，国内民事司法改革如火如荼，立法与司法解释喻之如白云苍狗并不为过。同时，学界的研究更为务实，视野也更为开阔。以辩论主义为例，上世纪90年代之后渐趋主流。然而，虽然涉外民商事案件稳步增长，中国法律国际化的程度愈发加强，但当事人主义对涉外民事程序的影响，对法律选择过程的影响，直到本世纪初，仍不太明显，学界除了一二后起之秀，似也不大关注。犹记本书作者开题之时，因混淆于辩论主义与辩论原则，几遭否定。是故，该书开篇第一个注释即予以阐明，以免读者误解。这也算是中国国际民事诉讼法研究不够充分的表证之一。

围绕这一主题，马永梅博士在扼要梳理辩论主义基本内容的基础上，分别讨论了辩论主义与涉外民事诉讼事实范围的确定，辩论主义对涉外民事管辖权的影响，辩论主义与涉外民事诉讼的证据制度，辩论主义与域外送达，辩论主义对外国判决承认与执行制度的影响。作为总结，本书回应了开篇提出的中国涉外民事诉讼程序确立辩论主义的必要性与可行性，对所面临的现

实难题逐一分析之后，从诉讼效率、国际民事诉讼一体化趋向的角度，对以辩论主义为指导的涉外民事诉讼程序制度给予重释与重构。当然，从中国国际私法的一般范围看，作者的论述虽然主要是程序法性质的，但也涉及法律选择问题。如2010年《涉外民事关系法律适用法》关于外国法查明制度的一些变化，作者亦有所论。

综观全书，马永梅博士的大作行文流畅，论述规范，主题明确，论证的逻辑性强，资料翔实。全书既注重民事诉讼法学的一般理论，又特别关注涉外民事诉讼的特性，并力图融会二者。可以说，本书在这个方面具有鲜明特色。

在法制转型时代，坚持自己的研究方向，不逐流俗，甚为不易，也需要更多付出。马永梅博士身为高校教师，在应对繁重的例行教学科研考核的同时，完成博士学位论文，又要妥善担当妻子与母亲的家庭角色，若非出自对专业的热爱，对研究的热爱，是难以坚守的。她的研究固然还有不足之处，甚至所在不少，但对一个自律甚严的本份人，再严厉的老师也无法苛责。批评的任务，就留给中立客观的读者吧。

在马永梅攻读博士学位期间，鄙人有幸担任其指导老师。适其大作出版，不揣简陋，谨寄以上数语为序，一为祝贺，一为希冀，望其百尺竿头更进一步。

宋连斌

2015年5月于昌平

CONTENTS 目 录

总 序 / 1

序 / 3

引 言 / 1

第一章 辩论主义的基本理论问题 / 12

第一节 辩论主义的含义、历史发展及其演变 / 12

第二节 辩论主义与相关民事诉讼制度的关系 / 23

第三节 辩论主义的根据 / 38

第四节 辩论主义在我国涉外民事诉讼程序中的必要性分析 / 45

第二章 辩论主义与我国涉外民事诉讼的事实范围 / 56

第一节 辩论主义与我国涉外民事诉讼标的 / 56

第二节 辩论主义与我国涉外民事诉讼的事实范围 / 68

第三节 辩论主义与我国涉外民事诉讼自认制度 / 73

第三章 辩论主义与我国涉外民事诉讼管辖制度 / 95

第一节 涉外民事纠纷解决 / 95

第二节 涉外民事平行诉讼 / 105

第三节 涉外民事诉讼协议管辖 / 117

第四节 我国涉外民事诉讼协议管辖制度 / 127

第五节 辩论主义理念下我国涉外民事诉讼协议管辖制度的完善 / 132

第四章 辩论主义与我国涉外民事诉讼的证据制度 / 138

第一节 涉外民事诉讼程序中的证据调查与收集 / 138

第二节 辩论主义与涉外民事诉讼的法院阐明 / 148

第三节 辩论主义理论下我国涉外民事诉讼证据收集制度的完善 / 168

第五章 辩论主义与我国涉外民事诉讼的送达制度 / 177

第一节 送达与当事人的程序参与权、合法听审权 / 177

第二节 域外送达的一般理论 / 180

第三节 我国涉外民事诉讼域外送达制度 / 185

第四节 辩论主义理念下我国涉外民事诉讼域外送达制度的完善 / 192

第六章 辩论主义与我国涉外民事诉讼判决承认与执行制度 / 199

第一节 涉外民事诉讼判决承认与执行条件分析 / 199

第二节 辩论主义与涉外民事诉讼程序公正条件 / 203

第三节 辩论主义与涉外民事诉讼判决的既判力条件 / 205

第四节 辩论主义与我国涉外民事诉讼再审制度 / 208

第七章 以辩论主义理念构建我国涉外民事诉讼制度的现有制度难题

分析和展望 / 211

第一节 辩论主义在我国涉外民事诉讼中的制度障碍分析 / 211

第二节 辩论主义理念下我国涉外民事诉讼程序的制度价值预测和展望 / 215

参考文献 / 219

后 记 / 236

引 言

一、论题背景和意义^{〔1〕}

我国始自 20 世纪 80 年代的民事审判方式改革经历 1982 年《中华人民共和国民事诉讼法（试行）》、1991 年《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）的颁行、2007 年和 2012 年两次对《民事诉讼法》的修订，以及最近三十年民事司法改革中最高人民法院有关民事诉讼程序的诸多司法解释文件都使我国民事司法改革呈现出一派颇为繁荣鼎盛的景象。其间，民事司法改革的成果通过立法文件和司法文件得到巩固和认可，或在实践检验中不断修正而逶迤前行，民事诉讼基本制度和原则体系逐渐建立并日益健全，民事司法改革以“强化当事人的举证责任—改革庭审方式—改革审判方式—完善审判制度—改革诉讼制度—改革司法制度”的路径逐次向改革目标推进。这一改革进程中诸多民事诉讼原理、基本概念和术语如司法正义、程序公正、诉讼模式等日益普及甚至成为社会公众的口头禅，学界多以“超职权主义”模式向“当事人主义”模式转变概括这一历程。而为诉讼模式等术

〔1〕 本书所讨论的辩论主义，并非学界一般认为的作为我国民事诉讼法基本原则之一的辩论原则，该辩论原则即《中华人民共和国民事诉讼法》第 12 条规定的“人民法院审理民事案件时，当事人有权进行辩论”。本书的辩论主义是基于“私法自治”之考虑，将作为裁判之基础事实的解明委诸当事人，在纠纷解决中充分尊重当事人的意思。换言之，辩论主义是指作为裁判基础的诉讼资料，应当由当事人予以提出，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。一般认为，这一原则的基本内容包括以下三个方面：第一，只有当事人提出并加以主张的事实，法院才能予以认定，换言之，作为法院判决基础的诉讼资料只能由当事人提供，法院不得随意改变和补充当事人的主张；第二，对双方当事人都没有争议的事实，法院应当予以认定，也即法院应当受当事人自认之事实的约束；第三，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证据。参阅〔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；〔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 107 页。

语遮掩的辩论主义却少有人涉足，与辩论主义密切相关的处分权主义同样为贯穿司法改革始终的法院本位主义所排挤而淡出民事诉讼法学界和司法界的视野。就民事诉讼解决的私权纠纷性质以及民事诉讼程序中当事人的程序主体地位的本质而言，辩论主义和处分权主义契合了民事诉讼的本质特点及基本制度功能。

作为对当事人和法院在民事诉讼中的诉讼地位和诉讼权限配置关系的一种描述，辩论主义界定了民事诉讼程序中当事人和法院在事实主张、举证和法律适用等不同方面的权利义务，是任何民事司法体制中都不能回避的话题。涉外民事诉讼程序同样是当事人诉讼权利义务和法院审判权能的共同作用过程，各种不同程序、各个不同的审判和执行阶段都交织着诉讼权限的配置运用。可以说，当事人与法院的权限分配直接影响乃至形成着每一种具体的诉讼制度，贯穿整个民事诉讼程序始终并最终影响当事人实体权利义务的实现程度。诉讼程序如同动物的骨骼，而具体的诉讼制度则是骨骼之外的肌肉，缺失了骨骼的支撑，肌肉便无以为靠。职是之故，涉外民事诉讼的辩论主义可谓涉外民事诉讼制度的纲，有纲方能提纲挈领地使我国涉外民事诉讼具体制度体系化、制度化^{〔1〕}。

近二十多年来，我国涉外民事审判理论研究成果丰硕，涉外民事审判实践不断创新、突破理论研究和法律规范的局限，尽管已经基本形成了对具体制度的理论建构和实践阐释，但是有关涉外民事诉讼理论的基本命题——涉外民事诉讼如何具体贯彻辩论主义、如何实践处分权主义在我国却少有问题。诚然，涉外民事诉讼程序与国内民事诉讼程序并无二致，然而，涉外民事诉讼程序毕竟有其特殊之处，同一诉讼原则指引下的具体诉讼制度构成必然存在细微差别，在涉外民事诉讼程序的各个不同阶段，诉讼原则对于具体制度的设计构成也自然有所不同。从涉外民事诉讼程序的启动（甚至包括学界建议我国应该借鉴并予完善的英美国家的审前程序）、案件受理、审理、裁判过程所涉及的涉外送达制度、涉外取证制度、涉外民商事判决的承认和执行制度来看，法院职权与当事人基本诉讼权利的配置状况均具有不同于纯粹国内

〔1〕 学界公认，诸如涉外民事诉讼法律关系和国际民事诉讼法律关系、涉外民事诉讼程序和国际民事诉讼程序的含义的不同，根本而言，在于言说者是否以国家之间平等的国际法原则为本，或处理不同于纯粹国内因素的民事纷争的问题视角，以“涉外”表述重在表明言说者的本国立场，而以“国际”表述则重在国际社会成员平等的基础。本书旨在通过制度比较分析，对辩论主义在我国涉外民事诉讼程序的开展运行予以系统考察，因此，本书论述中涉外民事诉讼和国际民事诉讼并非二意，实属同指。

民事诉讼的特点。在民事争议的诉讼解决方式中，辩论主义和处分权主义分别在实体事实的主张举证和程序行进这两个相互交错的层面彰显着当事人的主体地位，并为当事人诉讼权利的维护和实现而贯穿整个程序进程。在践行辩论主义和处分权主义的民事诉讼程序中：当事人的主张约束法院的裁判范围，原则上，当事人负责证据收集，法院不得自行收集证据；当事人的自认事实约束法院，当事人可以自行选择法院程序、对诉讼进程享有知晓并积极参与的权利；当事人相互之间负有诉讼促进义务以及主张的真实义务，法院应就事实主张和法律适用向当事人充分阐明，依法送达诉讼文书，适当行使诉讼指挥权以引导诉讼，协助当事人实现基于当事人程序主体性地位而衍生的各种基本诉讼权利；判决生效后，法院应妥为尊重确定判决的既判力，不得通过再审程序随意变更生效判决的约束力；在司法协助方面，法院应尽可能节制管辖，并对外国法院的判决依法予以承认及（必要时且予以）执行。就上述方面的要求而言，我国涉外民事诉讼程序仅在个别制度上体现出向辩论主义靠拢的趋势，如证据制度中当事人收集证据的规定，在程序运行的很多环节也表现出当事人对程序的参与和处分权利，如协议管辖规定。然而姑且不论这些体现辩论主义和处分权主义的有限内容其实际实施效果如何，单就法律规定而言，多表现出粗糙甚至相互矛盾的特点。在涉外民商事审判实践中，不尊重当事人程序主体性原则的情形多有发生。当事人为了自身权利的维护不得不通过各种事实上障碍重重的关卡和行政威权的许可而收集证据，因证据收集的困难（更多表现为制度障碍和非当事人原因的人为困难）导致举证不能，进而承担主张责任的否定性法律后果实在难令诉讼当事人心悦诚服地接受。此外，法官无视当事人的主观意愿而超越诉讼请求权进行裁判也已获得了当事人的事实认可，当事人在诉讼进程中消极被动、无法自主选择并处分其诉讼权利，法官和当事人之间、当事人相互之间信息交流不畅，法院阐明不充分、当事人无法积极地实质性地参与程序审理而导致必然的突袭裁判。这些问题无疑使得当事人攻击防御的能力及功能相对下降，无形之中造成法院职权和当事人权利的天平失衡，既不可避免地产生了裁判认同度的降低，也实质性地侵害了我国民事诉讼法律制度中本就缺失的当事人主体地位和当事人基本权利的制度基础。在外国判决的承认与执行领域，我国法院判决数次因程序公正和确定力缺乏而遭受外国法院的拒绝承认与执行。上述诸多问题都要求我国涉外民事诉讼程序中以辩论主义和处分权主义为立法理

念,以及审判方式改革的指导原则。辩论主义关涉民事诉讼程序的各项具体制度,自然影响司法审判实践,对涉外民事诉讼程序中辩论主义的研究对国际民事诉讼程序的协调以及我国区际民事司法协助皆有裨益。

一直以来,国际社会对于国际民事诉讼制度的协调工作不遗余力,尽管协调始终是在现实与理想之间的小心探索,现行有效的多个民事诉讼程序的国际公约都是规范某一领域的专门问题,尚未出现(事实上也很难出现)针对国际民事诉讼程序各不同阶段所有问题的国际公约,但是两大法系之间民事诉讼程序的逐渐相互靠拢确是不争事实,尤其是国际民事诉讼的各项具体制度皆最终影响着诉讼当事人期待利益的真正实现。我国涉外民事诉讼也处在这一吸收与借鉴的进程之中,但是诉讼制度的引进与我国民事诉讼制度的完善之间的磨合与紧张冲突关系始终存在,在这一紧张冲突的背后必然存在着制度整合或结构调整的影响,对民事诉讼辩论原则的宏观分析和微观阐释可以使我们更好地把握涉外民事诉讼各种制度之间的内在关系,考量制度与制度之间的整合与协调。

尽管辩论主义并没有贯穿体现于我国国内民事诉讼程序和涉外民事诉讼程序的各个环节,但是,强调当事人积极能动作用的辩论主义在规制国家权力与当事人权利之关系中始终将当事人作为诉讼活动启动和展开的主体,法院的职权行为受当事人意思的约束。我国自20世纪末以来的司法改革进程也正体现了日益强化当事人色彩而相对弱化法院职权、构筑法院与当事人之间分权与制约的诉讼机制和程序结构,这一进程表明了辩论主义在民事诉讼中逐渐凸显的趋势。1998年7月11日施行的《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》中指出:“案情比较复杂、证据材料较多的案件,可以组织当事人交换证据。”1999年10月最高人民法院颁布的《人民法院五年改革纲要》指出:“建立重大、复杂、疑难案件证据交换制度。”最高人民法院于2001年12月21日印发了《最高人民法院关于民事诉讼证据若干规定》(以下简称《民事证据规定》),其中规定了“举证时限和证据交换”,《证据规定》以司法解释的形式为庭前准备程序改革奠定了一定基础。2005年10月27日,《人民法院第二个五年改革纲要2004~2008》提出了改革和完善诉讼程序制度,实现司法公正,提高司法效率,维护司法权威的目标。2009年《人民法院第三个五年改革纲要2009~2013》提出了进一步完善民事诉讼证据规则,建立健全司法为民的长效机制。2014年《人民法院第四个五年改

革纲要 2014 ~ 2018》更加全面地对审判权力运行机制和审判公开制度予以改革。此后,司法改革中对裁判文书说理性要求加强,要求建立完善裁判文书说理的刚性约束机制和激励机制,建立裁判文书说理的评价体系。尽管有学者从我国二十余年的司法改革中民众参与度不高,社会反响也不强烈的现象推论认为我国司法改革基本上沿着法院本位主义的改革路径前行,即使是把“司法为民”提升到相当的高度,也不过是延续了“给当事人公正裁判”的传统思路。^[1]但是,毋庸置疑的是当事人对诉讼进程的主导作用被四个纲要反复提及,加之学界对诉讼契约理论和当事人程序处分权的深入研究使我们有必要重新认识当事人和法院在民事诉讼程序中的作用。在涉外民事诉讼程序中,贯彻辩论主义是国际社会对民商事实体法私法性质的理解达成共识的程序表现,是国际民事诉讼程序公正价值实现的必然要求,是我国涉外民事诉讼程序遵循国际民事诉讼程序法价值准则的理念渗透。因此,研究辩论主义与我国涉外民事诉讼程序的完善极具实践意义,该研究有助于我国诉讼体制的提升和法院裁决权威性的认可程度,我国内地法院提出的各种司法协助请求行为都可能获得最大程度的承认和执行,有助于国际私法一直以来所追求的价值目标——判决的一致性和可执行性——的最终实现。

另外,近年来,德国、日本、英国等国的司法改革进程实际上也是不断尊重当事人程序处分权和诉讼主体地位的过程^[2]。尽管如学者所指出的实行辩论主义的国家近年来却在加大法官的权力,因此主张应当在我国建立协同主义的诉讼体制^[3],但是,某种程度上,德国、日本等国的司法改革实际也是对辩论主义中所强调的当事人程序处分权和诉讼主体地位尊重的不同表现,法官权力的加大并未否认当事人的程序主导地位。

[1] 参阅汤维建、陈巍:“司法改革应当以人为本——以民事诉讼为中心而展开的论述”,载《中国司法》2007年第2期。

[2] 参阅徐昕:“英国民事司法改革之借鉴——以英国民事诉讼基本目标及其贯彻作为考察主线”,载《法学》2001年第5期;季卫东:“世纪之交日本司法改革的述评”,载《环球法律评论》2002年第1期;刘薇:“日本第三次司法改革研究”,吉林大学2006年博士学位论文。

[3] 参阅田平安:“试论协同型民事诉讼模式的建立”,载《现代法学》2003年第1期;肖建华:“构建协同主义的民事诉讼模式”,载《政法论坛》2006年第5期;王福华:“民事诉讼协同主义:在理想和现实之间”,载《现代法学》2006年第6期;肖建华:“从辩论主义到协同主义”,载《北京科技大学学报(社会科学版)》2006年第3期;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11期;张珉:“协同主义诉讼模式的法理分析”,南京师范大学2005年博士学位论文。

二、文献综述

诉讼程序中的辩论主义研究在德国、日本等大陆法系国家有着很深厚的理论背景和立法变迁。大陆法系国家对于辩论主义的采纳是在与职权主义转化的变化过程中体现的。^{〔1〕}我国民事诉讼法领域长期以来奉行职权主义的诉讼模式,尽管民事诉讼法规定辩论原则是其基本原则,但是我国民事诉讼法中辩论原则与辩论主义大相径庭,更何况民事诉讼法的这一辩论权利更多只是一种权利宣言式的规定,并没有实际化为当事人现实的辩论权利。因此,近年来学界一直主张应在民事诉讼程序中强化处分权利的行使和辩论权利的实际享有,主张民事诉讼领域从职权主义向辩论主义转化,民事诉讼辩论主义受到了学界的高度关注,很多学者围绕辩论主义的内容与根据等问题加以评析,对作为我国民事诉讼法基本原则之一的辩论原则与辩论主义予以区分,^{〔2〕}并就我国民事诉讼辩论主义的确立提出了许多设想。国内对于辩论主义的研讨首先出现在对民事诉讼模式转换的讨论中,这一研究始于1992年^{〔3〕},尽管当时似乎并没有引起民事诉讼法学界的广泛关注,民事诉讼基本模式的讨论也没有成为热点问题,但是却表明了国内学者已经开始关注辩论主义。之后,从诉讼模式转换角度谈及辩论主义的文章很多^{〔4〕}。学界针对辩论主义的讨

〔1〕 大陆法系的辩论原则,或称之为辩论主义,依附于当事人主义的诉讼模式,是当事人的主导作用在审理对象问题上的反映。不同于我国诉讼法规定和体现的辩论原则。

〔2〕 参阅祝庭显:“论辩论原则的理论改造”,载《广西政法管理干部学院学报》2001年第4期;毛玲:“我国民事诉讼辩论原则与处分原则之辨析”,载《河南政法管理干部学院学报》2003年第2期。

〔3〕 参阅张卫平:“民事诉讼基本模式:转换与选择之根据”,载《现代法学》1996年第1期。1992年张卫平撰写了题为“论我国民事诉讼基本模式与社会主义经济体制的整合”的文章,并提交当年在昆明召开的全国诉讼法理论研讨会暨诉讼法研究会年会。

〔4〕 参阅蔡虹:“民事诉讼结构的调整及其基本模式的选择”,载《法商研究》1998年第5期;华小鹏:“走出民事诉讼模式的误区——民事诉讼模式划分问题研究”,载《华东政法学院学报》2002年第6期;田平安:“试论协同型民事诉讼模式的建立”,载《现代法学》2003年第1期;翁晓斌:“职权探知主义转向辩论主义的思考”,载《法学研究》2005年第4期;肖建华:“构件协同主义的民事诉讼模式”,载《政法论坛》2006年第5期;王福华:“民事诉讼协同主义:在理想和现实之间”,载《现代法学》2006年第6期;肖建华:“从辩论主义到协同主义”,载《北京科技大学学报(社会科学版)》2006年第3期。此外,研究辩论主义的博士学位论文有:张珉:“协同主义诉讼模式的法理分析”,南京师范大学2005年博士学位论文;韩红俊:“释明义务研究”,西南政法大学2006年博士学位论文;赵泽君:“论民事争点整理程序”,西南政法大学2007年博士学位论文。

论始于1996年,有学者提出我国民事诉讼法应确立辩论主义,尽管文章对于辩论主义和辩论原则作了区分,但是从文章使用的标题“辩论主义原则”可见,在相当程度上,人们似乎无法区分辩论主义与辩论原则^{〔1〕}。其后学界对辩论主义的研究或从当事人与法院作用分担的角度^{〔2〕};或从辩论主义的历史以及适用根据的角度^{〔3〕};或从辩论主义与协同主义比较的角度^{〔4〕};或从辩论主义适用范围的角度^{〔5〕};或从我国辩论原则的缺陷与完善角度出发。对辩论主义的专题讨论日渐增多^{〔6〕}。但是这些研究都是从辩论主义作为一种理念在国内民事诉讼程序中予以确立的角度而言,至于在具体制度构成上如何体现辩论原则,学者更多在证据制度方面进行探讨^{〔7〕}。刘学在教授的《民事诉讼辩论原则研究》一书对辩论主义作了专题研究^{〔8〕},此外,一些著作也从诉讼模式角度涉及辩论主义的讨论^{〔9〕}。至于涉外民事诉讼程序中辩论主义的应用以及制度改革则尚无人论及。

比较而言,国外学者和台湾学者对辩论主义的研究较多,尤其是德国和日本学者。德国学者以更容易理解的当事人提出主义取代辩论主义,在日本,

〔1〕 参阅徐继强:“我国民事诉讼法应确立辩论主义原则”,载《法学》1997年第4期。参阅邓辉辉:“论我国民事诉讼辩论主义原则的确立”,载《长沙铁道学院学报(社会科学版)》2004年第4期。

〔2〕 参阅熊跃敏:“辩论主义:溯源与变迁——民事诉讼中当事人与法院作用分担的再思考”,载《现代法学》2007年第2期。

〔3〕 参阅刘学在:“辩论主义的根据”,载《法学研究》2005年第4期;吴杰:“辩论主义之历史、论争与制度”,载《厦门大学法律评论》2008年第1期。

〔4〕 参阅唐力:“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;王福华:“民事诉讼协同主义:在理想和现实之间”,载《现代法学》2006年第6期;吴杰:“辩论主义与协同主义的思辨——以德、日民事诉讼为中心”,载《法律科学》2008年第1期。

〔5〕 参阅刘学在:“论辩论原则适用的事实范围”,载《法学家》2005年第5期。

〔6〕 参阅任凡:“我国民事诉讼法辩论原则的缺陷及其完善”,载《南京航空航天大学学报》2003年第4期。

〔7〕 参阅王福华:“我国民事证据的认定规则及其模式选择”,载《法学评论》2000年第4期;张红侠:“民事诉讼模式与法官的释明权”,载《法学评论》2000年第4期;江伟:“论民事诉讼模式的转换与法官的释明权”,载陈光中、江伟主编:《诉讼法论丛》(第6卷),法律出版社2001年版;孙永军:“民事诉讼模式与法官的释明权”,载《南京农业大学学报(社会科学版)》2003年第4期;罗毅:“民事诉讼中的证据共通原则——辩论主义与自由心证之协同”,载《特区经济》2008年第2期。

〔8〕 参阅刘学在:《民事诉讼辩论原则研究》,武汉大学出版社2007年版。

〔9〕 参阅张卫平:《诉讼构架与程式》,清华大学出版社2000年版,第152页。