

缺席审判的基本 法理与制度探索

THE FUNDAMENTAL THEORY AND INSTITUTIONAL
EXPLORATION OF DEFAULT JUDGMENTS

■ 杨 剑/著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

鹏城法学前沿系列

缺席审判的基本 法理与制度探索

The fundamental theory and institutional
exploration of default judgments

杨 剑 著

本书是教育部人文社会科学研究青年项目“当代中国人口流动性背景下的缺席审判制度研究”（项目批准号：09YJC820075）的成果。



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

缺席审判的基本法理与制度探索/杨剑著. —厦门:厦门大学出版社, 2016. 3

(鹏城法学前沿系列)

ISBN 978-7-5615-5655-9

I. ①缺… II. ①杨… III. ①民事诉讼-审判-司法制度-研究-中国 IV. ①D925.118.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 202008 号

出 版 人 蒋东明

责任编辑 李 宁

装帧设计 蒋卓群

责任印制 许克华

出版发行 厦门大学出版社

社 址 厦门市软件园二期望海路 39 号

邮政编码 361008

总 编 办 0592-2182177 0592-2181253(传真)

营销中心 0592-2184458 0592-2181365

网 址 <http://www.xmupress.com>

邮 箱 xmupress@126.com

印 刷 三明市华光印务有限公司

开本 720mm×970mm 1/16

印张 13.25

插页 2

字数 226 千字

版次 2016 年 3 月第 1 版

印次 2016 年 3 月第 1 次印刷

定价 56.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



厦门大学出版社
微信二维码



厦门大学出版社
微博二维码

深圳大学“鹏城法学前沿系列”编辑委员会

主 任 黄亚英

委 员 (以姓氏拼音为序)

丁 南 李卫英 李 扬 吴学斌 姚秀兰
应飞虎 曾月英 钟明霞 左德起

作者简介

杨剑, 1974年出生, 湖北恩施人, 法学博士, 深圳大学法学院副教授、硕士研究生导师, 研究方向为诉讼法学、证据法学。兼任深圳市仲裁委员会仲裁员。

1995年本科毕业于中南政法学院经济法系, 2003年硕士毕业于武汉大学法学院诉讼法学专业, 2006年博士毕业于中国人民大学法学院诉讼法学专业, 2006年9月至今在深圳大学法学院任教。

主持教育部人文社科研究一般项目“当代中国人口流动性背景下的缺席审判制度研究”, 参与司法部重点科研项目“民事诉讼法的修改与完善”, 并参与撰写《〈中华人民共和国民事诉讼法〉修改建议稿及立法理由书》。

近年来在《法商研究》《诉讼法论丛》《法律适用》《法学论坛》《人民法院报》《检察日报》等报刊发表专业论文三十余篇, 主编、参与了《民事诉讼法学》《证据法学》《中国法律年鉴》《劳动法学》《最新破产法解读与精析》《〈民事诉讼法学〉教学实施纲要》《以案说法·民事诉讼法篇》等多部著作、教材的编写工作。



目录

导 论	(1)
第一章 对席审理:原则与例外	(4)
第一节 对席审理原则的内涵	(4)
一、对席审理之含义与缘由	(4)
二、对席审理的基本要求	(6)
三、对审原则的适用对象	(7)
第二节 对席审理的历史渊源与现实影响	(9)
一、对审原则的历史渊源	(9)
二、当今世界各国的相关立法现状	(13)
第三节 与对席审理相关的程序原则	(18)
一、双方当事人平等原则	(18)
二、审判公开原则	(19)
三、直接和言词审理原则	(21)
四、约束性辩论原则	(22)
第四节 排除适用对审原则的特别情形	(24)
一、执行行为	(24)
二、非讼程序	(25)
三、依据当事人的单方申请作出裁定的程序	(27)
四、缺席审判	(28)
第二章 缺席审判的正当性基础	(29)
第一节 程序正义与缺席审判的正当性	(29)
一、私法自治与当事人缺席	(29)
二、通过程序正义获得裁判的正当性	(30)
三、对审机会的保障	(32)



第二节 获得诉讼通知的权利	(34)
一、诉讼通知的必要性	(34)
二、诉讼通知的宪法意义	(34)
三、诉讼通知的要素	(37)
第三节 民事诉讼送达的基本问题	(38)
一、送达的性质	(39)
二、送达的主体	(40)
三、实际送达与拟制送达	(43)
四、送达的证明	(44)
第四节 邮寄送达的采纳与适用	(46)
一、当面送达的传统	(46)
二、邮寄送达的经济性考虑	(47)
三、邮寄送达的类型及其通知效果	(49)
四、对我国采用邮寄送达方式之实施评价	(51)
第五节 公告送达制度完善	(56)
一、公告送达的概念与性质	(56)
二、我国司法实践中公告送达适用分析	(57)
三、公告送达的完善建议	(60)
第三章 缺席时间范围的界定	(65)
第一节 诉讼结构对缺席时间界定的影响	(65)
一、英美法系对缺席时间范围的界定	(65)
二、大陆法系对缺席时间范围的界定	(66)
第二节 英美法系民事诉讼中的不应诉判决	(67)
一、有关的基本概念	(67)
二、诉辩规则与不应诉判决	(69)
三、惩罚性的不应诉判决	(70)
第三节 不应诉判决的理论基础	(72)
一、以司法竞技观为基础的对抗制	(72)
二、陪审团审判	(75)
三、法律变革中的历史因素	(76)
第四节 大陆法系庭审中心主义思想对缺席时间范围的限定	(78)
一、传统大陆法系国家庭审中心主义思想的形成	(78)

二、当代大陆法系国家的庭前诉答程序	(85)
三、协作型诉讼观对缺席时间界定的影响	(90)
第四章 “答辩失权”形成的开庭前缺席	(93)
第一节 问题的提出	(93)
一、答辩权利观向答辩义务观的转变	(93)
二、“答辩失权”的提出	(95)
三、答辩失权的本质	(96)
第二节 从法律传统的角度看待答辩失权	(97)
一、中国传统的民事审判方式与诉讼观念	(98)
二、近代中国民事诉讼向大陆法系的转型	(99)
三、马锡五审判方式及其对新中国民事诉讼的影响	(102)
第三节 现实条件对答辩失权制度的制约	(104)
一、当事人诉讼能力的差别与专业法律帮助制度的不足	(104)
二、当事人需要在庭审之前得到法官释明	(107)
三、社会公众对实体正义的追求	(108)
第四节 答辩失权制度的效果考量	(109)
一、答辩失权难以完全解决的问题	(109)
二、答辩失权的实际效能	(112)
第五节 答辩失权的修正:以庭审为基础的攻击防御方法失权	(115)
一、迈向集中审理的诉讼变革	(115)
二、我国立法对审前程序的充实	(119)
三、由证据失权到攻击防御方法失权	(120)
四、总结	(122)
第五章 庭审中的缺席审判模式	(123)
第一节 庭审缺席的表现形式及性质	(123)
一、庭审缺席的类型	(123)
二、庭审缺席的属性	(125)
第二节 大陆法系国家的缺席审判制度	(127)
一、德国民事诉讼中的缺席审判制度	(128)
二、法国民事诉讼中的缺席审判制度	(131)
三、日本民事诉讼中的缺席审判制度	(134)
第三节 英美法系国家对待庭审缺席的态度	(136)



一、英国的庭审缺席判决	(136)
二、美国的判例规则	(137)
三、英美法系不应诉判决与庭审缺席判决的区别	(141)
第四节 庭审缺席的立法比较与评析	(142)
一、庭审缺席之立法主义	(142)
二、庭审缺席立法模式之利弊分析	(144)
三、立法政策的调整	(147)
第六章 我国缺席审判的制度反思	(150)
第一节 当事人缺席原因分析	(150)
一、当事人缺席的表现形式	(150)
二、当事人缺席的责任辨析	(156)
第二节 庭审缺席与默示自认	(158)
一、自认的含义与理论基础	(158)
二、默示自认的特别规定	(161)
三、庭审缺席是否视同默示自认	(162)
第三节 我国缺席审判制度的特点与不足	(167)
一、我国缺席审判的立法与实务状况	(167)
二、我国缺席审判制度的特点	(169)
三、我国缺席审判制度存在的缺陷	(170)
第四节 完善我国缺席审判制度的构想	(174)
一、缺席审判制度的功能目标	(174)
二、我国缺席审判制度的模式选择	(176)
第七章 缺席审判的实际运作	(182)
第一节 一方辩论的基本内容	(182)
第二节 一方辩论之事实认定	(183)
一、有诉讼资料之一方辩论	(183)
二、无诉讼资料之一方辩论	(184)
第三节 一方辩论之法律适用	(188)
一、依职权判断的诉讼要件	(188)
二、特定实体法规范的适用	(190)
第四节 结语	(195)
参考文献	(196)

导 论

直至计划经济时代终结时,中国社会一直是个缺乏流动性的社会。每个公民从出生直至死亡,通常都被各式各样的单位、组织所包容和束缚,绝大多数人从来都没有过离开户籍所在地的体验。另外由于中国社会传统的厌讼、耻讼心理,信奉“屈死不告状”,社会纠纷的诉讼率极低。由此造成的结果是缺席审判的重要性一直没有显现;诉讼率低导致了法院受案总数较低,其中缺席审判案件由于绝对数量太少而被人们忽视;人口流动性差使法院的传票一般都能直接地送达到当事人手中,不到庭的行为通常都被认为带有一定的主观因素因而具有可非难性。无论立法上对于缺席审判制度的规定如何简单、粗疏,这个问题总是难以浮现于立法者与学者的视野。

但是,在市场经济的年代,诉讼传统的解体正是从以上两个方面沿着相反方向展开的。

一方面,随着经济利益的分化、个人自由的伸张、权利意识的觉醒,社会中的诉讼率急剧升高。自 20 世纪 80 年代起直至如今,全国法院系统受理民事案件的数量以及诉讼标的总额都呈直线上升趋势;1987 年全国法院审结的一审民事、经济纠纷案件为 119.6 万件,到 2014 年全国法院审结的一审民事案件则上升到 522.8 万件。

另一方面,中国正在经历史上最大规模的人口流动。根据国家卫生和计划生育委员会发布的《中国流动人口发展报告 2014》,截至 2013 年年末全国流动人口的总量为 2.45 亿,超过总人口的六分之一。值得重视是,其中 80% 的人口是从农村流入城市,但他们未能完全融入城市社会,一些城市甚至出现新的二元结构。也就是说,这种人口的流动不是单向性、定居式的,绝大多数人的户籍、住所仍保留在原地,本人在新的地方或长或短地居留。与两地联系的存在使任何一地都有发生纠纷从而涉讼的可能,而与两地联系的淡薄使其



出庭应诉甚或知悉诉讼的机会都大为减少。

在诉讼率的攀升和人口流动性增强两个因素的共同作用下,另外加上在民事审判方式的转型中法官角色日趋消极、中立,以往认为缺席判决仅为特例、并且对当事人权利的实现不致有太大影响的观念已不合时宜。多年以来,司法实务中就已出现了缺席判决率高的问题,例如:(1)据山东省东营市河口区人民法院的统计,从2002年到2006年该院缺席判决的案件数占了判决结案案件总数的1/3以上,由2002年的30.5%上升到2006年的39.4%。^①(2)在北京市法院系统,自2002年到2012年,缺席审判率基本呈现逐年上升的情况;以财产类纠纷为主的合同纠纷的缺席审判率明显高于与人身关系有关的纠纷的缺席审判率。^②这两个地方分别代表了我国普通地区与发达地区的典型情况,与人口的流动性规律较为符合,因而具有标本性意义。立法必须严肃、认真地对待缺席审判。

现行《民事诉讼法》对缺席审判制度仍然缺乏足够的重视,寥寥的数句法律条文根本未能构建出从缺席审理到作出判决的完整法律框架,尤其是立法对缺席审判过程中如何兼顾保护缺席当事人以及到庭当事人的利益没有给出清晰的回答,导致实践中法院对缺席判决的运用存在着两种相反的倾向:一种是审判人员基于对客观真实的追求,对许多当事人无正当理由缺席的案件不敢适用缺席判决,通常是改期开庭或再次传票传唤,一方面不能及时地保护到庭当事人的合法权益,另一方面也造成法院办案效率的降低;另一种倾向是在适用缺席判决的案件中,存在着对缺席一方当事人的合法权利保护不力的情况,尤其是在被告没有接到适当送达与传唤的基础上便轻率作出缺席判决,由此造成上诉、再审改判率的提升,甚至出现缺席一方当事人的合法权益无法回复的状况。简言之,社会纠纷的解决需要缺席审判,但缺席审判制度却未发挥应有的效用。

本书试图对缺席审判进行法理分析与制度建构,其核心思想也许可以归结为三个方面:正当性、传统性、实效性。

法院在一方当事人缺席的情况下作出的裁判如何才能获得社会的承认和接受,这是一个正当性的命题。

^① 王丽:《民事缺席判决案件分析》,载东营市河口区人民法院网站:<http://hkfy.chinacourt.org/public/detail.php?id=3465>,下载日期:2015年5月30日。

^② 孙铭溪:《缺席审判的现实困境与出路》,载《法律适用》2013年第10期。

萨维尼认为,法律深深地植根于一个民族的历史之中,其真正的源泉是普遍的信念、习惯和“民族的共同意识”。^①事实上,世界各国对待缺席的态度都与其本国的诉讼历史、民族精神密切相关,这要求我们不能在理念各异的种种缺席判决模式之间迷失自我。

实效性并不是以通常所强调的诉讼效率来进行理解,因为根据罗尔斯的观点,正义是社会制度的首要价值,某些法律和制度,不管它们如何有效率和有条理,只要它们不正义,就必须加以改造或废除。^②实效性的考虑试图脱离纯理论层次的架构和比较,而关注制度在具体运作中可能产生的结果和出现的变异。

① [德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社2001年版,第7~9页。

② [美]约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社1988年版,第3页。

第一章 对席审理:原则与例外

第一节 对席审理原则的内涵

一、对席审理之含义与缘由

在任何一个理性的司法过程中,除了裁判者之外,双方当事人都是必不可少的。从审判的基本构造来看,诉讼必然要求当事人两造到庭,法官作为第三者居于其中,居于其上,公平听取双方意见后作出裁决。因此,两造具备、对席辩论从一开始就是司法的内在属性和必要过程。司法过程的根本规则、它的推动力量以及效力保障,都是基于“对席审理原则”,简称为“对审原则”。

对审原则亦称为两造审理原则、对席辩论原则,是司法诉讼的基本形式,也被认为是“最基本正义的必要保障”,英美的诉讼制度被直接称为“对抗制”(adversary system),在德国、日本等大陆法系国家的法学界,也把“两当事人对立”理解为诉讼本身的“构造”或“原理”。该原则的含义包括两个方面:从形式上来说,对审原则要求双方当事人应当共同出庭参加诉讼,接受法庭裁判;从实质上来说,对审原则保障当事人在法庭作出有关严重影响他们权益的裁判前,应当充分地表达自己的意见、观点和主张,并对他方当事人的证据和主张进行质证、反驳和抗辩,以便将裁判建立在这些主张、证据、辩论等所进行的理性推论的基础上。

对审原则所表达的基本思想是体现当事人对诉讼程序的参与权。^①之所以必须保障双方当事人以对席审理的方式参与诉讼,可以从两个层面来加以

^① 邵明:《论民事诉讼程序参与原则》,载《法学家》2009年第3期。



解释：

一方面，法官发现事实真相的最有效且最容易的方式是从各个方面考察案件，这必须借助于当事人的对立主张并存的局面。通常来说，由那些与案件有着直接利害关系的主体充分而富有意义地参与裁判制作过程之中，对于确保裁判结果的客观性和公正性是有利的，因为在一般情况下，保证当事人有效参与的程序有助于裁判者对各方的不同证据、意见和观点同时予以关注，并在制作裁判时将这些充分全面地考虑在内，这显然要比裁判者偏听偏信更有助于事实真相的发现，从而作出公正的判决。^①

另一方面，当事人是拥有权利和义务的主体，具有自治的人格。他们在法官面前并非无能为力，并非只需消极服从；相反，当事人有权自由表达他的观点，也有权要求法官认真聆听。法官的意志从来就不是绝对至高无上的，他总是受到当事人意志和行为的制约（即使在刑事诉讼程序中也是如此），受到他们的启动、劝导、抵抗和认可等行为的制约。^② 因此，确保当事人参与裁判过程是一项重要的程序价值——确保公民不同程度地进行自主性的自决（autonomous self-determination）。在民主社会里，大多数公民宁愿自行管理自己的事务，哪怕做得不好，也不愿让别人管理自己的事务，即使后者做得更好。“参与性统治的反面是奴隶制、政治征服和军事管制法。”有关公民在一项决定作出的过程中通过参与，可以有机会表达自己的观点，这意味着他们不仅需要自由，而且需要一种自行决定个人命运的措施。一项保证各方有效参与的审判过程一般更容易使受到裁判结果直接影响的当事人对裁判结果感到满意和信服，使社会公众对法庭审判过程、审判结果以及法律制度等产生信任和尊重。^③

基于这样的理由，审判的基本特征就在于当事人以对席审理的方式参与诉讼程序，诉辩双方必须有机会提出主张和证据，并就本方主张的成立进行论证、抗辩，法官所作的裁决必须建立在通过审判所认定的事实以及有关法律规范基础上。美国学者富勒曾对审判的这一特征作出深刻的论述：“使审判区别

① 陈瑞华：《通过法律实现程序正义——萨默斯“程序价值”理论评析》，载《北大法律评论》第1卷第1辑。

② [意]皮罗·克拉玛德雷：《程序与民主》，翟小波、刘刚译，高等教育出版社2005年版，第55～56页。

③ 陈瑞华：《通过法律实现程序正义——萨默斯“程序价值”理论评析》，载《北大法律评论》第1卷第1辑。



于其他秩序形成原理的内在特征在于,承认那些将要受到审判所作决定直接影响的人能够通过一种特殊的形式参加审判,即承认他们为了得到有利于自己的决定而提出证据并进行理性的说服和辩论。”因此,“审判的本质就在于——受判决直接影响的人能够参加判决的制作过程”,“一种法律制度如果不能保证当事人参加到审判活动中来,就会使审判的内在品质受到破坏。”^①另一位美国学者戈尔丁也认为,纠纷解决者应在双方当事人到场的情况下听取双方的辩论和证据,对各方当事人的意见均给予公平的关注,各方当事人应得到公平机会来对另一方提出的辩论和证据作出反应,同时分析推理应建立于当事人作出的辩论和提出的证据之上,这些都是程序公正必须包含的基本内容。^②

二、对席审理的基本要求

“如果没有对席辩论的方式就没有公正的审判,这已经成为司法在今天所必须达到的一般准则。”而且这样的准则不仅仅停留在当事者在场并有反驳机会这种程序的形式上,更进一步要求双方的辩论能够相互吻合并具有实质性的内容。^③ 为了保障当事人充分并且具有实质意义地参与诉讼程序,使裁判结果的产生建立于对席审理的基础之上,对审原则有下面几项具体的要求:^④

首先,法院应当确保所有的当事人自始至终地出庭审判,这一要求又可称为“到庭原则”。据此,当事人不仅应参与法庭审判的全部过程,而且在法庭举行的庭外调查或准备活动中也应直接参加和到场;法官一般不得在某一方程序参与者缺席的情况下进行审判活动,也不得在一方参与者不在场的情况下听取其他各方的意见和证据。

其次,程序参与者应“富有意义”地参与。所谓“富有意义”地参与,是指程序参与者应有机会发表本方的意见、观点和主张,提出据以支持其主张的证据和论据,并拥有为进行这些活动所必需的便利和保障措施,从而对裁判结果的形成发挥有效的作用。程序参与者如果只是在庭审中始终保持沉默,或者被

① 陈瑞华:《刑事审判原理论》,北京大学出版社1997年版,第11~12页。

② [美]马丁·P.戈尔丁:《法律哲学》,三联书店1987年版,第240~241页。

③ [日]棚濑孝雄:《纠纷的解决与审判制度》,王亚新译,中国政法大学出版社2004年版,第122页。

④ 陈瑞华:《刑事审判原理论》,北京大学出版社1997年版,第63~65页。



动地听任法官单方面地进行调查,而不向裁判者陈述观点和论据,那么这种参与是没有任何意义的,因为他们无法通过积极的行为对法官的裁判发挥任何影响,参与不会产生任何效果。

再次,程序参与者应“充分”地参加到法庭审判过程之中,并在缺席的情况下有权要求法院赋予各方获得重新参与审判活动的机会。

最后,法院还应在审判过程中对各方参与者给予人道的对待。这项要求可以说是“自主、自治地参与”所固有的。程序参与者要想自主地对裁判结果产生影响,就必须自愿地进行诉讼行为,不受人身、精神上的强制或胁迫,否则就违背了参与者应为具有主体资格的人而非被动的客体这一基本参与原则。

三、对审原则的适用对象

对审原则的目的是为了保障可能受判决影响的人参与诉讼、有充分的机会表达自己的观点、意见和主张。由于判决的形成是基于当事人自诉讼开始阶段直至言词辩论终结之前所提出的全部诉讼资料,因此对审原则应当体现和贯彻在整个诉讼过程当中。从适用的主体对象来看,主要包括的是法官和双方当事人:

(一)对审原则适用于所有的诉讼当事人之间

民事诉讼是在利害关系相互对立的两方当事人之间进行,几乎在所有的程序中,双方当事人都要参与,因此对审原则首先应适用于所有的诉讼当事人之间。虽然由于审级和诉讼程序的不同,当事人在诉讼中的名称不完全相同,但都以两造对立作为基础。例如在一审普通程序和简易程序,称原告和被告,在二审程序称为上诉人和被上诉人,其中既包括一审的原告和被告,也包括有独立请求的第三人以及被人民法院判决承担民事责任的无独立请求权第三人。

作为这方面的一个典范,《法国新民事诉讼法典》在序则中明文宣示了当事人对席审理的权利。其中第14条首先庄严宣告,“任何当事人,未经听取陈述,或者未经传唤,不得受判决”。为了保障当事人平等而有针对性地进行对席辩论,各当事人应当在规定的正常期间内相互告知各自的诉讼请求所依据的事实上的理由、各自提出的证据材料以及援用的法律上的理由,以便各当事



人能够组织其防御。^① 诉讼程序的进行应当事先告知双方当事人。在诉讼开始前,必须实际传唤当事人,在诉讼中也要保证双方当事人的参与。一方当事人的主张和陈述必须使另一方当事人知情;所有需要质证和辩论的事项,法院都应当告知对方当事人。只有在特殊情况下才会出现一方当事人不在场的情形,但即便如此,一方当事人也有权在事后了解证据调查的情况。^② 按照《法国新民事诉讼法典》第17条的规定,在法律允许或者因情形紧迫,一方当事人未得到告知即已命令采取某项措施时,该当事人对损害其权益的决定,得提起适当的上诉请求。因此,对于各方当事人来说,是否享有进行攻击与防御的自由,是否了解并辩论所提出的文件、所提供的证言,是否有可能参与特定的证据程序,例如调查程序或鉴定程序等等,对审原则都具有根本性质。^③

(二)法官应保障对审原则在当事人之间的适用

当事人享有对审的基本权利固然重要,但该权利还只是一种明文宣示或不言而喻的基本原理,仍有赖于法院在诉讼中切实地予以保障。因此,对审原则也是对法官的强制性要求,在任何案件中法官都应当注意维护对审原则在当事人之间的适用。

向当事人进行诉讼的通知和传唤,一般都属于法院的责任,法院必须向当事人实际送达传票,以保障当事人对席审理的机会。另外,法官应保障当事人相互告知各自的诉讼请求以及证据材料,以便在庭审中进行充分的攻击和防御;通常情况下,原告的起诉状和被告的答辩状需要通过法院进行相互传递;证据材料需要由审前准备程序法官主持进行交换;如果一方当事人进行诉讼所需要的证据材料处于对方当事人的掌握之中而无法获取时,可以申请由法院命令对方当事人提交,从而保证对席审理在“武器平等”的原则下进行。两造在庭审中的辩论受法官的控制、指挥,提交的诉讼资料需经法院调查,在当事人的陈述不明时,法官还应当积极发问、说明,通过行使释明权进行澄清,等等。

① 参见《法国新民事诉讼法典》第15条。

② 张卫平、陈刚:《法国民事诉讼法导论》,中国政法大学出版社1997年版,第101页。

③ [法]让·文森、塞尔日·金沙尔:《法国民事诉讼法要义》(上),罗结珍译,中国法制出版社2001年版,第611~613页。

（三）法官应当自行遵守对审原则

法官行为的一条重要准则是“禁止单方接触”，意即为了保证司法公正、禁止法官在审判活动中单独与一方当事人或其诉讼代理人进行接触，或者单独阅览一方当事人的诉讼材料。法官对案件的认识，应当是通过当事人双方的举证、质证、辩论等对抗行为的分析、比较、判断来形成，这样才能保证兼听则明。而通过单方接触当事人或其诉讼代理人对案件形成的印象，容易导致先入为主，影响认识的客观、公正性。

从另一方面来理解，法院对争议裁决的事实依据应当是在双方当事人参加和辩论的情况下得到的。只有双方当事人参与诉讼程序，并对案件事实加以充分陈述的情况下作出的判决才符合对审原则。这实质上是与辩论原则相通，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。因此《法国新民事诉讼法典》在“两造审理”一节的规定中指出：对于诸当事人所援用或提出的理由、说明与文件，只有如诸当事人能够进行对席辩论者，法官始得在其裁判决定中采用之。^①

第二节 对席审理的历史渊源与现实影响

一、对审原则的历史渊源

众所周知，在人类社会的历史上曾经先后诞生过一系列保障基本权利的理性原则，这些理性原则属人类自然禀赋的组成部分，这种情形也体现在民事诉讼中。数千年来，民事诉讼已演化出许多根本性规则，可以概括为诉讼当事人面对法官、对方当事人和第三人时的“基本”权利。例如“无原告则无法官”，即不告不理原则；“任何人不得作自己案件的法官”，即司法中立原则；以及“听取双方当事人的陈述”，即对审原则。之所以将这些原则视为“基本的”原则，其实质在于这样一种信念，即坚信它们不仅代表基本的、最低限度的权利，而且也是文明的司法裁判制度永恒不变的有机组成部分。英国人将这些原则标

^① 参见《法国新民事诉讼法典》第16条第2款。