

张卫平:我对现行庭审构造有意见 PDF转换可能丢失图片或格式, 建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/485/2021\\_2022\\_\\_E5\\_BC\\_A0\\_E5\\_8D\\_AB\\_E5\\_B9\\_B3\\_\\_c122\\_485384.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E5_BC_A0_E5_8D_AB_E5_B9_B3__c122_485384.htm) 每一个律师或曾经做过律师的人在出庭进行诉讼时, 都知道当审判长宣布开庭后, 将按照民事诉讼法第120条的规定, 例行以下公事: 核对当事人、宣布案由、宣布审判人员、书记员名单、当事人诉讼权利与义务、询问当事人是否申请回避等。然后, 审判长会大声宣布: “现在进行法庭调查”。此时, 庭审便进入了实质阶段。而每一个律师和法官也当然知道, 庭审分为“法庭调查”和“法庭辩论”两个阶段。在逻辑顺序上, 法庭调查在先, 法庭辩论在后。当法庭调查结束之后, 庭审将自然进入法庭辩论阶段。从83年民事诉讼法(试行)开始施行起至今, 近二十年来, 适用普通程序的民事案件都是通过这种庭审方式审理并做出判决的(除了在庭审前终结的外)。然而, 将庭审分为法庭调查和法庭辩论两个阶段, 并分别进行是合理的吗? 对此, 笔者在长期的教学与诉讼实务过程中一直存有疑问。该疑问存于心中, 如梗在喉, 现借此一吐为快, 并作引玉之砖。

一、庭审的现行构造 在法庭审理结构上, 民事诉讼法虽然没有直接规定, 首先是法庭调查, 然后是法庭辩论, 但由于民事诉讼法关于开庭审理这一节的条款顺序是按照审理的时间和人们所理解的内在逻辑顺序安排的, 即关于法庭调查的条文规定在前(第124条), 关于法庭辩论的条文在后(第127条)。因此, 法庭调查就当然前置于法庭辩论阶段。实践中的做法也是首先进行法庭调查, 认为法庭调查结束之后, 才进入法庭辩论。按照民事诉讼法第124条的规定, 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，宣读未到庭证人证言。(三)出示书证、物证和视听资料；(四)宣读鉴定结论；(五)宣读勘验笔录：

第125条规定，当事人在法庭上可以提出新的证据。当事人经法庭许可，可以向证人、鉴定人、勘验人发问。从民事诉讼法的规定和民事诉讼的实务来看，法庭调查的主要事项包括以下内容：1、当事人陈述案情。首先由原告陈述自己的诉讼请求、事实主张、适用法律的观点以及证据。然后由被告陈述自己的抗辩事实、抗辩的法律理由以及相应的证据。有第三人参加诉讼的，如果是有独立请求权的第三人时，由该第三人陈述提起第三人独立之诉的请求、请求事实、法律依据以及相应的证据。系无独立请求权的第三人时，由该第三人陈述参加诉讼的理由以及证据。被法院通知参加诉讼的，也可以陈述不应参加的理由。2、法官询问。法官询问是法官向当事人和证人进行调查的一种方式。法庭调查的一个重要内容就是法官直接向当事人、证人询问有关案件的情况。3、质证和认证。按照审判方式改革以前的庭审方式，法官在庭审的调查阶段一般会要求当事人集中提出证据、安排证人作证、宣读鉴定结论和勘验笔录。合议庭可以直接认定证据，并且不需要当庭对证据的效力加以认定。因此，也就没有必要对证据进行质证。审判方式改革以后，审判规范要求对证据进行质证和认证，这样，当事人提出证据的行为就与质证、认证的行为联系起来。当事人提出证据时将有可能同时予以质证和认证。法律对法庭调查的规定来设定法庭调查的任务和目的在于，通过当事人双方的陈述、法官对当事人、证人的询问、当事人出示证据、质证、认证，从而全面揭示

案件事实，为法庭辩论奠定基础。从庭审的现行构造来看，法庭辩论应当是法庭调查的逻辑发展程序。依照一般教科书的观点，法庭辩论的主要任务是，通过当事人双方及其诉讼代理人的口头辩论和质证，进一步查明案件事实，分清是非责任，对双方有争议的事实问题和法律问题各自陈述自己的主张，并反驳对方的主张，使法院通过双方对立观点的辩论，发现案件真实和实体正义的所在，以便做出公正的裁判。

按照民事诉讼法第127条的规定，法庭辩论应按以下顺序进行：  
：1、原告及其代理人发言。2、被告及其代理人答辩。3、有第三人的，由第三人及其诉讼代理人发言或答辩。4、互相辩论。辩论中的发言顺序仍然按照以上顺序进行。按照要求，法庭辩论应当紧紧围绕案件的争议事实和法律问题进行。法院应当保障当事人各方充分地行使辩论权，调动当事人各方的积极性，并引导当事人正确行使辩论权，保证辩论能够围绕案件争议，对于不正当的发言予以制止。

## 二、法庭调查和法庭辩论分立的问题点

将法院开庭审理的程序分为调查和辩论两个彼此不能重合的阶段，其基本认识是基于案件事实本身与人们对案件事实的认识问题和法律认识问题的分离及其可能性。这种分离的哲学基础是，案件事实是客观的，关于案件事实的认识以及与该事实相关法律问题的认识是主观的。客观和主观是彼此不同的两个世界。既然两者是可以分开的，且人们对案件事实的认识和法律适用的认识都是在案件事实被揭示之后。因此，只有首先将案件事实开示出来，理清事实关系，才能进一步理清人们对案件实际情况的事实的认识和法律上认识。诉讼纠纷的发生和存在，一个主要原因是当事人之间对案件认识的上不一致。当事人利益的对立，

认识角度、知识体系、认识环境的差异，也就导致了当事人对案件事实和法律上的不同认识。从探明事实真相和厘清法律问题的机理来讲，也就需要通过双方之间的相互辩论才能使裁判者充分获得关于案件的信息，并实现公正的裁判。(当然，辩论程序的设置还不仅仅是为了使裁判者获得裁判的信息，还在于体现给予当事人充分陈述，对等陈辩，公开质辩的程序正义方面。)问题在于在开庭审理中能够将事实的开示、探明与理清事实和法律上的认识的所谓辩论区分开来吗？事实上，有的案件在庭审中是很难将事实的开示、探明与理清事实和法律上的认识简单地加以区分开来的。首先，让我们来分析下法庭上当事人之间辩论的内容。当事人的辩论内容应当是案件中所涉及的争议问题，这一点没有疑问。案件争议的问题包括了两个大的方面：事实上的争议和法律上的争议。事实上的争议，又主要包括了双方对某事实存在与否、此事实还是彼事实以及事实的范围、大小等问题。例如，损害赔偿诉讼中，双方当事人关于损害事实是否存在、损害事实与加害行为的因果关系、损害事实程度等事实问题的争议。而法律上的争议，则主要指法律适用的问题。实质上，法律上的适用问题是当事人关于与案件事实对应的法律认识问题。例如，如何理解特定案件的诉讼失效，法律关系的性质，法律构成的要件等等。在法庭调查阶段，人们期望能够将案件的事实揭示出来，而不涉及事实问题和法律问题的争议。但实际上在许多情况下，人们很难摆脱事实与关于事实，以及事实与法律问题的纠缠。在损害赔偿的诉讼中，被请求人的行为是否是加害行为、为何种侵权行为，不仅只关涉行为的时间、地点、行为方式和过程，同时也涉及当事人各

方对该行为性质的评价问题。就行为的事实要素与对行为的评价而言，两者可以分开，关于该行为性质的评价的法律争议可以放在法庭辩论中来辩驳，但在揭示有关行为的时间、实施的地点、行为方式和过程等等这些事实时，就往往不能排除双方当事人在这类问题上的争议。对于有的事实，该事实的本身就表现为法律认识，例如关于过失问题。“过失”即可以看作为对事实的表述，也可以视为是关于事实的法律表述。在损害赔偿案件中，“过失”是损害赔偿的法律构成要件事实，尽管可以把它看作抽象的要件事实。但同时，“过失”又是关于某种事实状况的法律评价。“过失”，作为一种事实状态虽然是指行为人的过于自信或疏忽大意的心理状态。但何谓“过于自信”，何谓“疏忽大意”仍然是一种人们的评价，这种评价涉及相关的法律理论问题。一般认为，法庭调查的目的是为了揭开案件的事实，即掀开罩在案件事实之上的面纱。这里所谓的“事实”，准确地讲应当是指“案件的实际情况”。一般理解为不依赖于人们意识而独立存在的“外在”或“自在”事实。然而，从认识论的意义上讲，“事实”是人们对事物实际情况的一种陈述。事实作为对事物感性呈现的一种断定和陈述，必须是为人们所能直接或间接观察到的，然后，由主体的概念所接受，由主体判断而被陈述出来的。事实作为对事物事实即情况的一种陈述或判断，按其内容而言是事物的实际情况，即是客观的；按其形式而言是一种陈述或判断，即是一种知识形式，因而，一切事实都必然是主观与客观、感性与(经验的)与理性的统一与结合。(1)因此，人们的认识(知识或理论)对事实具有渗透性，事实不可能将人们的认识(知识和理论)完全

剥离出去。孤立于人的认识、经验之外的，亦即没有进入人的认识领域的客观事物，只是一种纯粹的“自在之物”，不可能成为认识主体所把握的事实。（2）人们对案件实际情况的揭示总是在某种特定的认识环境和认识理念指导下进行的。于是，在哲学的深层认识中，我们也无法找到在揭示案件事实时，将人们的认识从中加以排除的认识论依据。法庭辩论中一个很重要的事项就是双方当事人提出证据，对证据进行质证和认证。质证双方当事人对证据的真实性、证据的效力、证据事实与案件的关联性方面进行质辩的过程。然而，关于证据的质辩，实质上就是关于案件事实，甚至法律问题的辩论。对于原告而言，提出的证据都是围绕原告的诉讼请求和阐明法律理由的事实。对于被告而言，提出的证据则是关于反驳原告诉讼请求和法律理由的事实。庭审中的案件事实几乎就是由这些证据事实组成的，因此，关于证据的质辩也就是关于案件事实问题的辩论，不可能将关于证据问题的辩论与案件事实问题的辩论区分开来。而且，也同样不能将证据辩论中的事实问题与关于证据的法律问题加以区分。在庭审的事件中，我们所见到的情形往往是在法庭调查阶段，双方当事人就开始对事实问题以及相关的法律问题进行辩论。这时，审判长会提醒双方当事人：现在是法庭调查阶段，不是辩论阶段，不要现在进行辩论，到了法庭辩论阶段，自然会让双方充分辩论。此时，当事人往往会指出，如果这一问题不能进行辩论，便不能进行证据调查。即使进行调查也会偏离方向。例如，在一宗涉及股权争议的行政案件中，原告以经济案件向某高级法院起诉，法院也已受理。在法庭调查中，原告首先陈述自己的主张，要求确认股权，赔偿损失

，并提出了证明自己主张的事实及理由。对此，被告的代理人抗辩指出，本案系行政诉讼案件，不是经济案件，并提出相关的事实和法律依据。当审判长宣布进行法庭调查，原告陈述后，被告便与对方就案件的性质问题展开了激烈的辩论。由于法院是按照经济案件来受理的，案件的法庭调查便受到法院这一法律认识的左右，调查也就要围绕股权的存在与否和损害赔偿法律关系是否成立进行。被告一方则不会同意就这些事实问题进行调查，必然要求首先对案件性质问题进行辩论。此种情况下，如果将法庭调查与法庭辩论分立，就不能使案件性质尽早得以解明。当然，该法院也可以围绕案件的争点进行调查和辩论。将案件的性质也作为其中一个争点。但按照现行的庭审结构，会将案件中所有争点的调查集中起来进行，然后对所有争点的事实问题和法律问题进行辩论。但这样一来，必然打破案件的内在逻辑。因为在这一案件中，案件的性质问题是属于前提性争点问题，如果不解决这一问题，其他争点的调查和辩论都可能是徒劳的。从逻辑上，应当是首先围绕案件的事实进行调查和辩论，然后对股权存在与否、损害的有无或大小的问题进行调查和辩论。因此。对有的案件，从逻辑和方便审理的角度，就应当是调查辩论调查辩论，也可能的辩论调查调查辩论这样的过程。不仅法庭调查中会涉及事实问题和法律问题的争议，而且在法庭辩论中也同样会涉及事实未明，而又需要对事实进行调查的情形。按照法庭调查与法庭辩论构架的设想，辩论是在法庭调查中对案件事实充分揭示的基础上进行的，因此，法庭辩论只是围绕已经揭示的事实基础上的辩论。但事实上，由于法庭辩论中所关于法律问题的辩论与事实的内在联系，因

此，在法庭辩论中当事人双方在辩论中就可能因为提出新的观点，而又将涉及新的事实。当事人一旦提出新的法律主张，就自然会提出的事实或证据。由于提出新的事实或证据，就需要对这些事实进行调查，对新提出的证据进行质证活动。在这种情况下，法庭就只能终结已经开始的法庭辩论程序，而重开已经结束的法庭辩论。笔者经历过四、五次审判长已宣布终结法庭辩论后，不久又重开法庭调查的事情。这种情形使法庭常常处十分尴尬的境地。

### 三、消解庭审调查与辩论的分立

以上笔者指出目前民事诉讼法以及民事诉讼实务中将法庭调查与法庭辩论分立的作法不仅在理论上难以自圆，在诉讼实务中也难以操作。而反观大陆法系和英美法系国家的民事诉讼，也没有在庭审中将案件的调查与辩论分立的作法。在大陆法系国家，例如、德国、法国、日本等，都实行的是言词辩论原则。所谓言词辩论，是指在公开的法庭上，采用言词的方式在受诉法院面前实施诉讼行为的程序。“基于言词原则的基本要求，大陆法系国家都将重要诉讼行为的实施放置于能够面对法院和当事人的空间。因此，法国、德国、日本等都建立了所谓“言词辩论期日”制度。所谓“言词辩论期日”，是指法院指定的进行言词辩论的期日。言词辩论期日相当于我国民事诉讼中庭审期间。根据辩论原则和言词辩论原则的要求，所有作为裁判依据的主要事实必须从当事人的言词辩论过程中产生，因此，言词辩论期日也就成为诉讼的核心阶段和过程。言词辩论原则适用于当事人的辩论和证据调查。应当注意的是，尽管在大陆法系国家的民事诉讼中也有所谓的证据调查程序，并与当事人辩论加以区分。但大陆法系民事诉讼的证据调查概念与我国民事诉讼法和

实务中的证据调查概念有很大的不同。大陆法系的证据调查主要是根据当事人的申请，由法院委托鉴定人对案件所涉及的事实问题进行鉴定、查对文书的真伪、进行勘验。证据调查实际作用是对当事人声明的证据进行核实，认定当事人主张的证据的真实性。在德国，对案件的实质审理在“主要期日”里进行。一旦进入“主要期日”也就进入了言词辩论阶段。在“主要期日”里，当事人的诉讼行为都是属于广义上的辩论行为，包括陈述、提出证据、对争点的辩论。并不将对案件事实的法庭询问和对证据的质证、认证与当事人关于事实问题和法律问题的辩论加以区分。在法国，民事诉讼程序分为事前程序、辩论程序、合议程序和判决程序。事前程序中，主要是对争点和证据进行整理。为辩论程序作准备。辩论程序是民事诉讼的核心程序，原告关于诉讼请求的陈述、有关的证据评价，被告的抗辩以及双方之间关于各焦点的辩论都将在该程序中进行。在日本，也同样没有将法庭审理分为法庭调查和辩论两个阶段。日本所谓的证据调查和法庭的辩论程序都是在专门的期日和场所中进行。在证据调查的期日里，当事人双方也可以对证据问题进行辩论。而在言词辩论期日里，当事人双方将对案件的事实问题和法律问题进行辩论，也包括对证据的评价问题。我国之所以将法庭审理分为法庭调查和法庭辩论，也许与误解了大陆法系国家的证据调查与事实审中言词辩论有关。英美法系的民事诉讼的庭审一般是指在法庭的事实审程序。庭审的过程，就是证据调查和辩论的混合的过程。以美国联邦民事诉讼为例。在庭审之前，美国民事诉讼有一系列的庭审前的准备性程序，最主要的是证据开示(discover)。证据开示只是当事人双方提出证

据，并不涉及证据效力的认定。关于证据是否会被采用，当事人的主张是否会被认可对将在庭审中解决。在庭审程序中，事实提出和关于事实问题和法律问题的辩论是交叉或穿插进行的。针对我国现行的调查与辩论分立的庭审构造，笔者认为，这种构造过于僵化，硬性地割裂了事实的调查与事实问题、法律问题辩论的关联性。因此，将法庭对案件的调查与当事人之间的辩论分立是不妥当的。有必要在今后修改民事诉讼法中加以调整。改变现行法中法庭调查与法庭辩论分立的作法。不再将庭审分为法庭调查和法庭辩论两个阶段。庭审的主要功能应当是在法官的主持下，围绕诉讼标的和争点，当事人双方充分陈述主张和理由(有第三人的，也包括第三人对自己主张的陈述)。对提出的证据进行质证，以查明案件事实和法理。在庭审的程序方面，仍然按照民事诉讼法第123条的规定，进行有关的准备事项。然后进入庭审的实质阶段。关于庭审中的具体方式可有几种：其一，首先，是原告陈述，并提出证据。其次，是被告的陈述，并提出证据。然后双方当事人对提出的证据进行质证。其二，在当事人双方陈述完以后，当事人双方各自提出证据并予以质证。在提出证据和质证的过程中，当事人之间或当事人与第三人之间就可以围绕诉讼标的和争点，实施相关事实问题和法律问题的辩论。在一个案件中可能有若干争点，当事人的陈述、提出证据、质证以及辩论将围绕各个争点，并按照各个争点的逻辑联系进行，分别对各争点进行调查和辩论。总之，庭审不应当拘泥于某种固定的格式。在设有预备庭或准备庭制度的，在庭审准备阶段就已经将诉讼争点加以整理。因此，无需在庭审中对争点问题进行整理，当事人可以直接围绕争点

进行辩论和质证。在我国的诉讼体制下，还难以推行交叉询问制度，询问只能是法官职权询问的方式，辅以当事人询问。法官在审理中，可随时向当事人、第三人、证人等进行询问，经法官同意时，当事人可以询问证人和对方当事人。法官在庭审中的基本作用主要控制庭审的顺利进行，引导当事人正确地进行辩论。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)