

# 论民事诉讼突袭性裁判的防止： 以现代庭审理论的应用为中心

杨严炎\*

---

**内容提要** 德日等大陆法系国家从民事诉讼法诞生之际就对突袭性裁判防止作出了规定,并在近一百多年来不断的强化。即便如此,突袭性裁判在德国仍被认为是司法之癌,可见其防范的难度和危害的严重性。对我国突袭性裁判的分析可以看出,其涉及范围和危害程度远超德日等国家。我国突袭性裁判的产生除与国外有大致相同的原因外,还有许多自己的特点,其中落后的庭审方式与不合理的考评制度是我国产生突袭性裁判的两大主因。争点不明的法庭调查使突袭性裁判大幅上升,不合理的案件评价制度又使许多错案难以得到纠正。突袭性裁判防止的路径,一是引入现代庭审理论,二是强化正当程序,使裁判产生正当化的效果。

**关键词** 突袭性裁判 现代庭审理论 释明权 心证公开

---

## 一、问题的提出

“突袭性裁判”的中文名称在 20 世纪末由我国台湾地区著名诉讼法学者邱联恭教授翻译并引入台湾学界,台湾庭审方式改革的准备也是肇始于“突袭性裁判防止”理论的提出。1980 年邱联恭教授在“台湾民事诉讼法研究会”第一次研讨会上提出“突袭性裁判防止”的理论。<sup>①</sup>1997 年“突袭性裁判防止”的概念已成为台湾地区“民事诉讼法”的重要指标之一,并纳入立法理由之中。以突袭性裁判引领的现代庭审理论与应用也逐渐为台湾理论与实务人员所认知与接受,<sup>②</sup>并进而广泛运用到具体个案的审理裁判

---

\* 复旦大学法学院副教授,法学博士。本文系国家社科基金一般项目“我国环境诉讼的模式选择与制度构建研究”(项目批准号:14BFX113)与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)的阶段性成果。

① 参见“台湾民事诉讼法研究基金会”编《民事诉讼法之研讨(一)》,三民书局 1986 年版,第 27-62 页。

② 2010 年在刘明生教授所做“突袭性裁判防止之研究”为主题的民事诉讼法研究会上,许士宦教授发言时曾指出,在 1980 年之后,与庭审程序有关的讨论,仅邱联恭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。参见“台湾民事诉讼法研究基金会”编《民事诉讼法之研讨(十八)》,元照出版公司 2012 年版,第 229 页。

中取得了显著的效果。我国大陆学界对突袭性裁判及其相关制度的了解也主要是由此而来。

邱联恭教授的观点和改革方案主要来自于德国和日本,就突袭性裁判问题意识与研究而言,德国属于非常早的,日本紧随其后。这两个国家从民事诉讼法诞生之际就开始关注突袭性裁判防止问题,并在近一百多年来不断地强化。德国法官具有很高的法律专业素质,即便如此,突袭性裁判在德国仍被认为是司法之癌,可见突袭性裁判防范的难度和危害的严重性。

上诉、申诉<sup>③</sup>、涉诉上访和申请执行的案件居高不下一直是困扰我国大陆的一大问题,但与境外形成鲜明对比的是,一方面,我国突袭性裁判比境外要严重的多,范围也要广泛得多。从笔者参与调研的情况看,我国多数上诉、申诉和涉诉上访案件都涉及到突袭性裁判问题,甚至可以说相当比重的此类案件是由突袭性裁判引发的。另一方面,我国许多法官和律师对“突袭性裁判”所知甚少,造成上诉、申诉和涉诉上访案件居高不下的的重要原因的突袭性裁判以及突袭性裁判防止引领的庭审方式改革尚未引起我国法学理论与实务界的高度关注,当然也不可能进入我国立法和司法机关高层领导的视野,我们的法院仍习惯于采取判后释疑和信访之类的非程序化方式来化解上诉、申诉和涉诉上访中的问题。<sup>④</sup>

突袭性裁判扭曲了诉权与审判权的关系,造成诉权无法对审判权形成有效制约,程序进程与结果的不可预期性加大,司法裁判的可信赖度和接受度大为降低,上诉、申诉甚至涉诉上访的案件数量大幅攀升,司法公信力受到严重损害。<sup>⑤</sup> 突袭性裁判和落后的庭审方式的结合,<sup>⑥</sup>是造成我国有世界上最多的法官、非常辛苦的法官、数量庞大的错案、高昂的诉讼成本(判决生效后申诉、上访的当事人规模庞大)和维稳经费的主要原因。那么,司法体制、司法环境、法官的素质、司法腐败等因素都是造成上述结果的原因,为什么将突袭性裁判和落后的庭审方式的结合作为主要原因呢?因为从后文分析中可以看出,以突袭性裁判防止引领的庭审方式能够大幅度提升庭审的透明度,降低其他因素对公正裁判的影响,加大作出不公正裁判的风险和成本,提高法官的专业水平。要落实十八届四中全会决定提出的保证公正司法,提高司法公信力,努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义,突袭性裁判的防止引领的庭审方式改革无疑是一个重要的切入点,也是我国法学理论与实务界应当高度关注的问题。

③ 为简略起见,本文所指申诉包括民事诉讼法所规定的申诉和申请再审两种情况。

④ 此次庭审方式改革调研过程中,我们发现突袭性裁判是造成我国上诉、申诉和涉诉上访案件数量庞大的主要原因。这就意味着防止突袭性裁判还有一个非常重要的价值就是解决上诉、申诉和涉诉上访案件居高不下的问题。

⑤ 参见张国香、章武生、盛勇强、张斌《围绕司法公信力的提升开展法院文化建设》,载《人民法院报》2016年1月29日第7版。

⑥ 关于落后的庭审方式对庭审效率和质量的负面影响,笔者在第五部分“争点的确定”中做了较为深入的分析。

## 二、突袭性裁判的概念与分类

关于突袭性裁判,在其发源地德国,法律并未对此概念予以明确界定,学者主要是从心理预期的角度对突袭性裁判进行定义。德国学者Waldner教授认为,“一内容依迄今之诉讼过程衡平以观,非当事人所能预期之终局裁判,且不论法院有否造成突袭之主观意图,均属之”。Kettembeil教授认为,“突袭发生的基础源于根据现行法律规定,以及个案基础事实的状态,通常预测司法机关会给出特定的审判结果,而司法机关却做出不符合期待,甚至相反的审判结果的情况。而通常预测司法机关所要给出的审判结果,是根据通说而产生的审判结果”。<sup>⑦</sup>

我国台湾学者邱联恭教授认为,“隐存于形成心证过程及判决的一定误谬与不完全,原可经由当事人及时提出较充分的攻击防御方法,或陈述必要的意见(包括证据分析),而适时予以治愈或补全,以避免经济上浪费或错误、不完全的发生时,则因未适时赋予当事人(律师)提出攻击防御方法或陈述意见,以促使治愈或补全该误谬或不完全的机会,将终至该误谬或不完全仍然残存。在此情况下,当事人为谋补救该残存误谬或不完全的裁判,不得不支出本可节省的劳力、时间、费用。此种隐含误谬或不完全的裁判,是在未赋予当事人上述机会情况下作成,即为突袭性裁判”。<sup>⑧</sup>

我国台湾学者姜世明教授认为,“突袭性裁判主要是指法官违反事实上的与法律上的释明(指示)义务”,<sup>⑨</sup>而这种裁判以两造未获得适当的程序保障下所发现的事实或法律见解作为其裁判的基础与依据,以致造成法院所为之裁判乃非当事人以通常情状所得预期裁判结果之意外效果”。<sup>⑩</sup>

上述学者主要是从超出当事人合理预期和违反民事诉讼法释明义务的角度对突袭性裁判的概念予以界定。邱联恭教授的概念在包括上述内容的同时,还重点强调了法官形成心证过程及判决的误谬与不完全,是由于法官没有适时赋予当事人(律师)陈述意见,从而丧失了治愈或补全该误谬或不完全的机会。这就进一步明确了突袭性裁判防止的目的和价值,但该概念在简洁性方面略有欠缺。突袭性裁判概念的界定既不能遗漏核心内容,又要尽可能简洁。按此观念,笔者认为,所谓突袭性裁判,是指法官违反事实上和法律上的释明义务,没有公开自己的心证,从而剥夺了受不利裁判之当事人就相关事实与法律适用表明自己意见从而影响法官的机会,并在此基础上做出的超出当事人合理预期的裁判。

⑦ 姜世明《民事程序法之发展与宪法原则》,元照出版公司2009年版,第107页。

⑧ 前引①,“台湾民事诉讼法研究基金会”编书,第35页。

⑨ 关于释明的性质,从我国大陆理论与实务界的用语上来看,通说是释明权。由于权利可以不行使,而“释明义务”的用语,则意味着必须行使。“释明权”这一名称本身就会在一定程度上影响到法官释明义务的行使,因此,本文采释明义务,与德国理论与实务界的用法保持一致。

⑩ 前引⑦,姜世明书,第109页。

从上述学者对突袭性裁判概念的界定来看,主要都是从心理预期的角度对其进行定义。这说明通常情况下,按照现代庭审理论构建的庭审程序,庭审后当事人对判决结果是可以预期的。不仅当事人对判决结果可以预期,而且由于判决具有权威性和既判力,既有判决对今后类似案件的处理也具有示范作用。在判例法国家,这一价值更为明显,由于判例的示范作用,在这些国家,百分之九十以上的案件在审前程序就结案了,进入庭审程序的案件通常仅有百分之几。但在我国大陆,由于审级制度<sup>⑪</sup>和庭审方式的落后,案件结果的可预期性大大降低,不确定性大大增加,同案不同判的问题比较突出,这也是造成我国上诉、申诉和涉诉上访案件数量庞大的原因之一。当然,也是我们以突袭性裁判引领的庭审方式改革所要解决的主要问题之一。

关于突袭性裁判的分类,通常认为,突袭性裁判包括事实认定的突袭与法律适用的突袭。关于事实认定的突袭,是指由于当事人所认识、理解的判决基础事实与法院所认识的不一致而造成的突袭。例如,本文实证分析第3个案例就是事实认定突袭方面的一个典型案例。在该案件中,合同上写明,原告在被告的公司任总经理8年,可以分得公司一半的财产。合作期限自2002年10月7日起至2010年10月6日止。但法官判决时将合同中只字未提到的“帮助被告渡过难关”(具体指2003年被告财产被强制执行期间原告曾参与为被告融资)作为可以分得公司一半财产的重要依据。被告因未预测、认识到法院系以原告曾“帮助被告渡过难关”的事实为判决基础,致未能就对已不利的这一事实与案件的关联为充分的攻击防御,<sup>⑫</sup>从而受到突袭性判决。<sup>⑬</sup>烟台市中级人民法院民四庭分析该院2012年改发案件质量存在的问题时指出“在诉讼程序中,未严格围绕当事人的诉讼请求进行审理,而是审非所请,或出现漏审、多审的现象”<sup>⑭</sup>。这些问题都可以归入事实认定方面的突袭,且属于层次较低违背庭审常识的突袭。按照邱联恭教授的看法,是不是事实认定的突袭,其关键非在于法院是否就当事人已主张的一定事实为如何判断,而在于是否使当事人预测认定某事实的心证,进而使当事人有提出与该事实存否判断相关之攻击防御方法的机会。换言之,其关键不是在当事人依辩论主义所提出的事实是否经法院为如何判断一事,而是在法院所为判决的基础事实,是否已为当事人所预测,并进而就该事实存否的认定过程,使当事人有预测且提出意见之机会。<sup>⑮</sup>

所谓法律适用的突袭,是指法院在诉讼中,有关法律适用方面,没有释明或没有适度释明,没有公开自己的心证,以保障当事人就判决适用的法律陈述意见之机会,以致于该裁判所据为法律基础的法律观点非为当事人所能预期造成的突袭。为防止法律适

⑪ 按照现代审级制度的原理,法院分别由初审法院、上诉法院、最高法院构成,三级法院职权分工和功能各不相同。初审法院的主要功能职责是行使案件的初审审判权,上诉法院负责本辖区内常规型普通案件适用法律的统一。我国至今尚未按此原理建构审级制度,中级法院作为普通案件的初审法院,终审了绝大多数案件,法律适用不统一也就在所难免。也就是说,不论是我国的审级制度还是庭审方式,都对案件裁判的合理预期产生了不利影响。

⑫ 实际上原告在为被告融资的同时,也给被告设下了陷阱,使被告遭受了重大损失。

⑬ 参见章武生主编《模拟法律诊所实验教程》,法律出版社2013年版,第265页。

⑭ 烟台市中级人民法院民四庭《关于2010年以来民事审判状况的调研报告》,载《山东审判》2013年第5期。

⑮ 前引①,“台湾民事诉讼法研究基金会”编书,第40页。

用层面的突袭性裁判,德国、日本、法国等主要大陆法系国家均对释明对象作扩大解释,法院的释明不仅包括事实问题,还包括法律观点。当法院欲适用当事人未注意的法的观点时,法院就负有向当事人开示这种法观点的义务,并让当事人与法院就法的观点或法律构成进行充分的讨论。同时,为与传统的释明义务作适度的区分,将法官的这种释明义务称为“法律观点的指出义务”。<sup>①⑥</sup>这里的法律观点,系指法院以当事人所主张的事实、证据为基础而形成的包括实体法与程序法在内的法律评价。从范围上看,它涵盖法律的解释与适用、判例的适用与变更、作为请求基础的法律构成要件以及证明责任分配与证据评价的运用等。<sup>①⑦</sup>例如,在一起房屋租赁合同纠纷中,原被告各依据合同中的不同条文认为对方违约。根据该合同第9条规定,出租方“应使房屋周围的公共区域处于畅通状态”;但第10条又规定,出租方“改建……造成公共区域不能使用,不承担任何责任”。这两个条款的约定内容存在一定冲突。由于该合同系出租方提供的格式合同,依据《合同法》第41条的规定,对格式条款有两种以上解释的,应当作出不利于提供格式条款一方的解释。但被告代理律师由于法律知识的欠缺,在整个庭审过程中始终未提出对自己有利的上述法律依据。据笔者了解,在我国类似案件中,法官通常不会释明,但判决时没有特殊情况都会依据合同法的规定认定提供格式合同的原告方承担相应违约责任。由于法官没有给原告方就该法律适用提供发表意见的机会,这就构成了突袭性裁判。

我国法官为什么不愿意释明?一个重要的原因就是法官认为被告自己聘请的律师就没有提出,自己释明恐会引发原告方的不满。<sup>①⑧</sup>实际上这是由于我国司法界整体上对突袭性裁判防止意识的缺乏所致。如果律师意识到法官释明义务的行使是对自己代理的一方作出不利判决前给自己发表意见的机会,法官不这样做就是不给自己辩解的机会,同时也违反了释明义务,也就不会对法官产生偏见。以上问题在笔者看来,是属于司法实践中常见的比较轻微的法律适用的突袭。法官对法律关系的性质或者民事行为的效力与当事人理解不一致,根据司法解释应当释明而没有释明,则属于比较严重的法律适用的突袭,在司法实践中这种例子也不在少数,在此从略。

### 三、境外突袭性裁判防止的立法与司法实践

突袭性裁判的防止是许多国家特别是大陆法系国家高度重视的问题。以德国为例,1877年德国民事诉讼法制定之初,就开始有防止突袭性裁判的内容,但当时的释明只针对事实问题,不包括法律问题。依据法院知法的原则,法的适用为法院之权限,法

<sup>①⑥</sup> 参见[日]高桥宏志《民事诉讼法——制度与理论的深层分析》,林剑锋译,法律出版社2003年版,第367页;黄国昌《民事诉讼理论之新展开》,北京大学出版社2008年版,第37页。

<sup>①⑦</sup> 参见姜世明《法律性突袭裁判之研究》,载《万国法律》2000年第6期。

<sup>①⑧</sup> 如上文提到的租赁合同纠纷案中,法官由于担心影响中立性而没有对当事人予以释明,就属于这种情况。

院的法律适用不受当事人法律主张的拘束。但由于法官独享法律适用的权利所导致的突袭性裁判时有发生,德国民事诉讼法实施后不久,就有学者主张通过法官适度地表明法律见解而解决该问题。这一主张得到了理论界与实务界部分人士的支持,1924年修改后的德国民事诉讼法增加了法官在法律层面释明的义务。但是,之后的判例并没有支持新的规定,法律层面的释明在司法界未能得到广泛普及。为改变上述状况,德国于1976年修改民事诉讼法时,在新增第278条第3项增加了关于防止发生法律观点方面突袭性裁判释明义务的具体规定。2001年德国修改后的民事诉讼法,又进一步加强了法院在防止突袭性裁判方面的释明义务。从上述德国法律的修改完善和对法官释明义务的不断强化可以看出德国对突袭性裁判防止的重视程度。

关于突袭性裁判的防止,需要辩论主义、法官的释明义务、法官的心证公开等多个原则和制度的配合。比如说辩论主义的首要功能主要在于防止诉讼中来自法院的突袭性裁判,法院不能为超出辩论以外范围的裁判。根据辩论主义,构成裁判的基础资料事实和证据的提出由当事人负责。但当事人并非都有这一能力,如果本应胜诉的当事人,由于缺乏能力而败诉,也不符合公正裁判的要求。因此,应透过法院释明义务的履行以补充当事人能力的不足。如何把握这种释明的程度,是难度比较大的问题。正是这类难题一个又一个的解决,使德国控制突袭性裁判最主要的方式——释明制度非常发达。可以说,从德国民事诉讼法制定之日起,就一直没有停止过对释明问题的讨论,立法对释明的修改也是最频繁的。德国民事诉讼法最近一次修改是在2001年,这次修法中,德国立法者进一步充实了第139条的内容,修改后的第139条内容如下:(1)法官应当使当事人就一切重要的事实作出及时、完整的说明,特别在对所提事实说明不够时要加以补充,表明证据方法,提出有关申请。为达此目的,在必要时,法院应与当事人共同从事实上和法律上两方面对于事实关系和法律关系进行释明并且提问。(2)如果当事人一方对某一法律观点明知而忽略,或认为是无关紧要的,在该观点不是关系到从债权时,法院应就该事实进行提示,并提供机会对该事实发表意见,否则不得以该法律观点为基础作出裁判。法院与双方当事人对观点有不同认识的,适用上述裁定。(3)法院应提示当事人注意法院依职权调查的事项中的疑点。(4)本条规定的法院释明应尽早作出,并书面记录。法院是否已作出释明,只能由记录的内容证明。能够证明记录是伪造时,方可否定记录中关于法院释明的内容。(5)如果当事人不能立即就法院的释明作出说明,法院应依当事人申请设定期间,当事人在期间内于书状中补充说明。<sup>①9</sup>该条对法官释明义务的行使可以说做了全面、系统的规定,为突袭性裁判的防止提供了制度保障。

除释明义务的规定外,德国宪法第103条的第1项,亦为防止突袭性裁判的重要法律依据。根据该规定,任何人于法院前,有合法听审的权利。在2001年《民事诉讼法改革法》颁布之前,被侵犯法定听审请求权的当事人只能向联邦宪法法院提起宪法抗告。

<sup>①9</sup> 《德国民事诉讼法》,丁启明译,厦门大学出版社2015年版,第42-43页。

2001年新修改民事诉讼法为此特设新制,立法者认为应使当事人提出异议时可以将侵犯法定听审权的行为在同一审级内部进行纠正。据此,2001年民事诉讼法改革新增的第321条之一规定,判决侵犯法定听审权时,当事人可以提出异议要求一审程序继续进行。一审法院可通过自我纠正的方式来主动改变一审裁判。2003年4月30日联邦宪法法院在一个全席裁定中,根据法治国家原则和法定听审原则要求法院在侵犯当事人法定听审权的情形下在审级内启动法律救济程序。据此,立法机关于2004年12月制定了《关于侵犯法定听审请求权之法律救济的法律》,进一步修改了第321条之一的规定。修改后的条文将“判决”改为“裁判”,并取消了一审的限制,只要当事人认为法院的裁判侵犯了法定听审权,则在任何审级都可提出异议,并要求在本审级继续诉讼。<sup>②①</sup>

关于心证公开,系指法官将其在诉讼审理中,就系争纠纷所形成的事实上和法律上的认识、判断和评价,向当事人开示,使其有所了解和知悉,以便于当事人开展有效的攻击和防御。与释明权发展路径不同,心证公开是由秘密心证发展而来。尽管心证公开在法律上大多没有明确的规定,但由于其与释明义务有一定的重合,特别是与有关法律适用释明的规定重合度更高。所以,心证公开在理论上研究的同时,司法实践中(包括判例)也得到了广泛的运用。关于二者的关系,笔者在本文第五部分还会继续进行分析。

日本突袭性裁判防止和有关释明的立法和司法紧随德国之后,整体上也非常积极。仅在二战后一段时间内,由于受美国法的影响,理论与实务界对释明持消极态度,与德国情况有较大差异。

我国台湾地区在突袭性裁判防止方面尽管起步较晚,但在邱联恭教授的大力推动下,理论与实务界均比较重视,大有后来者居上的势头。台湾地区在立法理由中明白表示以突袭性裁判防止为依据的“民事诉讼法”第199条<sup>②②</sup>、第288条第2项<sup>②③</sup>、第296条之一第1项<sup>②④</sup>、第572条之1第2项等。<sup>②⑤</sup>台湾地区“智慧财产案件审理法”第8条第2项规定,法官应向当事人晓谕争点,并得适时表明其法律上见解及适度开示心证。德国在立法上没有明文要求法官公开心证,因此,台湾地区有学者认为,就突袭性裁判防止的成熟度而言,台湾地区是否有优于德国的地方?<sup>②⑥</sup>

从立法上看,笔者认为,台湾地区在突袭性裁判防止方面确有优于德国和日本之处。特别是将心证公开规定在法律中,是台湾立法的一大亮点。但从司法实践来看,德

<sup>②①</sup> 前引<sup>①⑨</sup>,丁启明译书,第91页。

<sup>②②</sup> 参见“台湾民事诉讼法”第199条:审判长应注意令当事人就诉讼关系之事实及法律为适当完全之辩论。审判长应向当事人发问或晓谕,令其为事实上及法律上陈述、声明证据或为其它必要之声明及陈述;其所声明或陈述有不明或不完足者,应令其叙明或补充之。陪席法官告明审判长后,得向当事人发问或晓谕。

<sup>②③</sup> 参见“台湾民事诉讼法”第288条第2项:法院不能依当事人声明之证据而得心证,为发现真实认为必要时,得依职权调查证据。依前项规定为调查时,应令当事人有陈述意见之机会。

<sup>②④</sup> 参见“台湾民事诉讼法”第296条之一:法院于调查证据前,应将诉讼有关之争点晓谕当事人。

<sup>②⑤</sup> “台湾民事诉讼法研究基金会”编《民事诉讼法之研讨(十八)》,元照出版公司2012年版,第229页。

<sup>②⑥</sup> 前引<sup>②④</sup>,”台湾民事诉讼法研究基金会”编书,第232页。

国、日本在突袭性裁判防止方面的司法水平明显高于台湾。这其中的原因,除了与德国、日本司法中对突袭性裁判的防止有多年的经验积累和传统有关外,与德国、日本有一个高素质的法官群体有很大关系,因为突袭性裁判的防止对法官的素质有比较高的要求。

#### 四、我国突袭性裁判的实证分析

为进一步了解我国生效法律文书突袭裁判方面的情况,笔者在参与庭审方式改革的调研活动中通过多种方式收集到了10份一审判决后没有提起上诉的案件的的全过程案卷和10份申请再审案件的全过程案卷(抽样调查目前还没有办法做到)。通过分析这些案卷,笔者发现,严重突袭性裁判在申请再审案件中所占比重超过50%,没有提起上诉的案件中突袭性裁判严重程度和比重明显低于上诉案件,上诉案件的突袭性裁判又明显低于申请再审案件。没有上诉的一审判决中有4件也在不同程度上存在着突袭性裁判的问题,但由于突袭性裁判对实体问题的影响不大,当事人也就没有上诉。上述调研方式虽然规范性还不够,但在一定程度上也能反映出我国现阶段突袭性裁判的严重性。下面分析的案例就是从上述10个申请再审案件中选出的。

##### (一) 有关突袭性裁判的三个典型案例

在德国、日本和我国台湾等国家和地区的判决书中均可直接检索到因突袭性裁判被改判或发回重审的案例。由于目前突袭性裁判在我国大陆尚未作为案件改判或发回重审的一项指标,所以,仅从公布的判决书中很难检索到这种案例。只有通过对整个案卷起码是庭审笔录结合判决书的研究才能发现突袭性裁判,而我国目前只有裁判文书上网,通过公开渠道检索不到庭审笔录,这就给案例的检索和抽样调查带来了较大的困难。而在不公开的案卷中查找突袭性裁判的案例,引用既有一定困难,读者也无法查到个案的全部案卷材料。《模拟法律诊所实验教程》一书中的四个民商事个案全过程案例则能够较好地兼顾这些要求。<sup>②⑥</sup> 这些案例包括了起诉状、答辩状、上诉状和再审申请书以及庭审笔录等整个案卷的主要材料,除当事人基本情况、法院名称、案号等做了技术处理外,其他都是真实的。该教程案例的选择标准是每个案例都应当包含较多有价值的问题点,如请求权基础的确定、诉讼标的的识别、当事人是否适格、推定的运用等。由于撰写本书时突袭性裁判尚未受到作者的重点关注,所以其并未成为案例选择的标准。但从突袭性裁判的角度对这四个案例研究后,发现前三个案例均存在严重的突袭性裁判问题,且能够反映我国突袭性裁判案件的特点,具有较大的代表性,可以作为突袭性裁判的样本。最后一个案例也在一定程度上存在突袭性裁判的问题,只是程度上与前三个案例有明显差异。

##### 案例1:李明诉南海市道路公司人身损害赔偿纠纷案

<sup>②⑥</sup> 实证分析中的三个典型案例来自章武生主编《模拟法律诊所实验教程》,法律出版社2013年版,第10-92页。

原告李明于2006年1月15日上午在本市××路附近人行道上被架设电线的电线杆的斜拉钢丝绳(板线)绊倒致伤,X线片显示左腓骨下段骨折并左踝关节脱位。2008年1月11日原告向被告市道路公司反映此事,经多次交涉,被告要求原告在其打印好的收条上签字后将补偿款付给原告。收条内容是“今收到道路公司一次性补偿款人民币贰万元整。当事人摔倒致伤事宜处理终结。”由于伤情一直没有明显好转,到诉讼结束,原告腿上的钢板尚未取出。2009年12月原告至南海市人民医院复诊,医生建议做伤残鉴定。经鉴定,原告外伤致左下肢功能障碍已构成十级伤残。由于后续治疗发生费用超过20万,原告向法院提起诉讼,要求被告赔偿其余的各种费用。

一审法院审理后认定了原告提供的事实,但判决驳回了原告的诉讼请求。主要理由是2006年1月原告受伤。2008年1月原告向被告投诉,经协商双方达成了协议,虽然协议的内容未采用协议书的形式,但是被告的答复意见记载了双方协议的内容,原告也签字确认,双方的协议合法、有效。

原告不服一审判决上诉,其上诉理由主要是:首先,一审判决认定了被上诉人的电线杆钢丝绳导致上诉人左腿摔断并构成十级伤残的侵害事实,但被上诉人的“答复意见”补偿上诉人的2万元的原因却是出于人道主义考虑,而非民事赔偿责任,与法院认定的案件事实发生冲突;其次,目前上诉人所主张的费用,主要是后续发生的取内固定的费用、十级伤残的赔偿金和鉴定费用等,这些费用明显超出了“答复意见”中的赔偿范围,属于基于新情况所产生的费用,最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第168条规定,人身损害赔偿的诉讼时效期间,伤害明显的,从受伤害之日起算;伤害当时未曾发现,后经检查确诊并能证明是由侵害引起的,从伤势确诊之日起算。从本案情况看,上诉人在2008年1月与被上诉人进行交涉时伤势还在继续发展、治疗中,直到上诉人2009年12月到南海人民医院复检,伤势才基本稳定。医院建议可做伤残鉴定,估计取内固定的后续治疗费用约50,000元。

二审法官在作出判决时没有回应原告针对一审判决理由提出的上诉意见,仅在原告一千多字篇幅的上诉意见中归纳一句与一审判决理由没有太大关系的话作为当事人的上诉意见,在判决书中予以分析后驳回了原告的上诉。

#### 案例2:王飞、王小莉诉张文彬不当得利纠纷案

2001年,原告王飞获得新西兰留学签证。2003年1月23日,王飞的父母在新西兰看望儿子期间遭遇车祸死亡。2006年6月1日,原告在对其父母生前居住的房屋进行装修时,从连体的梳妆台与大衣柜中的暗格中发现了50万元的招商银行电汇凭证,该凭证记载的日期为2001年8月15日,汇款人为王飞,收款人为张文斌,汇款用途为“往来款”。王飞遂向招商银行查询,经查询获知,该账户系1999年12月1日,由王飞之父为王飞申请开立,开户全部手续由王飞之父办理;上述汇款亦系王飞之父办理。为此,王飞遂向张文斌询问汇款事由等,未得到满意回答,王飞随向法院起诉。

本案基本案情非常简单,仅涉及一笔银行转账的事实,但原告主张权利却先后提出了不同的请求权基础。其中王飞先后以自己的名义提起了民间借贷之诉和不当得利之

诉,均未获法院支持。在此情况下,王飞又以转出的钱款系其父母所有为由,和其妹妹以其父母继承人的名义提起诉讼。此次诉讼的请求权基础,两原告在诉状中陈述为不当得利,在一审庭审中又明确为侵权损害赔偿。一审法院判决驳回了原告的诉讼请求。

两原告败诉后提起上诉,二审法院审理后在判决中指出,就本案案由问题。根据王飞、王小莉诉请的理由,其系基于继承人身份要求张文斌归还其父母生前汇给其的款项,故本案的案由应定为返还原物纠纷而非财产损害赔偿纠纷。并根据被告前后陈述不一等其他相关证据支持了上诉人的主张。

被上诉人张文斌以二审擅自变更案由为返还原物,将侵权请求权变更为物权请求权为主要理由向高院提起再审之诉并最终胜诉。

### 案例 3: 李龙诉赵峰合伙协议纠纷案

该案中,原被告双方依据的主要证据是合作协议书,其主要内容如下:(1)甲方将其公司中所有的经营权、管理权全部交由乙方负责,乙方同时担任甲方公司的总经理;(2)合作期间,上述企业所产生的收益,在所有债务了结后,甲方享有 50%,乙方享有 50%;(3)合作期限 8 年。合作期限内,任何一方没有对方书面同意终止本协议的,应当支付违约金 300 万元整。

原告起诉状诉称,根据双方的合作协议书,原告要做的工作主要是帮被告控制的公司渡过难关,期限是 8 年。原告在期限届满后要求被告结算,但是被告未予结算,所以起诉。被告认为:(1)原告主张的帮助被告公司渡过难关和合作协议中的 50% 没有对价关系,合同中没有渡过难关这一前提;(2)原告仅做了 3 个月总经理就不辞而别,作为法定代表人又开了一家公司,没有履行 8 年经营管理义务。

被告在代理词中认为,原告诉讼请求及理由变化不定,说明原告主张缺乏证据支持。原告在起诉和第一次庭审陈述事实与理由时以“帮助被告渡过难关”为由主张分得被告公司一半财产。在第二次庭审中原告主张的理由变更为“帮助被告渡过难关”和“履行八年经营管理义务”。在第三次庭审中原告变更诉讼请求要求被告支付违约金,理由是被告违反《合作协议书》。原告在前后 3 次庭审中都未能提供“渡过难关”与本案存在关联关系的任何证据,亦没有提供其“履行 8 年经营管理义务”方面的有力证据。原告向法庭提供的主要是没有其他证据支持的本人陈述和其代理人的推理,而被告提供的大量证据足以证明原告违约。

第三次庭审后,一审法院支持了原告要求被告支付违约金的诉讼请求,推定原告作为总经理在被告公司工作 8 年,并判决原告支付违约金。

由于突袭性裁判和庭审方式落后等原因,这三个本来一审就可能化解的案件,全部经历了一审、二审和再审所有的诉讼程序。其中第四个案件还经历了发回重审,第二次上诉、申请再审等程序,案件审理时间长达四年之久。

### (二) 对上述案例的分析

#### 案例 1: 李明诉南海市道路公司人身损害赔偿纠纷案

法官在案例 1 的判决书中断章取义地归纳上诉人的上诉观点在我国大陆司法实践

中是常见的一种现象,只是该案二审法官在判决书中对原告上诉理由基本上没有回应显得更为极端。这种情况之所以常见,责任还不能完全归于法官个人。其与不合理的考评制度和二审法官维持容易改判难以及传统习惯有直接关系。

在上诉程序中,案件审理范围缩小,败诉当事人针对的问题比较明确,应当说二审法官发现和纠正判决中的问题也相对容易。但是,法院内部的“二审改发率”等绩效考评方式对二审法官纠错产生了极大的障碍。一方面,二审改判和发回重审会对一审承办法官的评价和其所在法院的“争先创优”等活动有所影响。另一方面,二审法院维持容易改判难的内部司法运作机制增加了二审法官依法纠错的难度。<sup>②7</sup>二审法官在没有较大风险的情况下,自然会倾向于维持一审判决。既然绝大多数案件要维持,在法官工作负担比较重的情况下,规避不容易判决的内容自然成为一种选择。对该案当事人来说,1000多字的上诉状,法官在判决书“上诉人诉称”中仅归纳一句容易回应的话作为上诉意见分析并据此驳回上诉人的申请,这种明显断章取义、不讲道理的判决书无疑是超出当事人合理预期的突袭性裁判。面对此种判决,大量不服生效判决的当事人涌向再审这一狭窄的特殊通道就成了一种必然。我国大陆法院上诉审改发率本来就很低,再审改判率更低,仅有百分之一点多,这就决定了再审案件改判更难。绝大多数申请再审的案件根本无法进入再审案件的正常审判程序,申请人与再审案件的主审法官谈话后就被裁定驳回,突袭性裁判更为明显。当然,为了缓解矛盾,主审法官对明显错误的判决也会尽量给双方当事人做调解工作来化解矛盾。案例1中当事人申请再审即属这种情况。<sup>②8</sup>

#### 案例2:王飞、王小莉诉张文彬不当得利纠纷案

该案的审理涉及到大量的诉讼法理论问题。如同一银行转账事实涉及的真正权利人是谁,原告提起诉讼是否主体适格?当事人先后提起的诉讼,是否存在请求权的竞合,是否违背民事诉讼“一事不再理原则”?不同请求权基础涉及的不同权利构成要件,当事人举证责任如何进行分配等等。由于本案涉及较多的比较复杂的诉讼法理论问题,我国大陆不少法官对这些诉讼法理论把握不好,对此类案件审理经验不足。所以,在前两次诉讼中,法官在争点的确定、释明义务的行使、举证责任的分配等防止突袭性裁判的方式方面存有不少问题是正常的,如果用德、日等国的标准来衡量,在前两次审判中也是存在突袭性裁判问题的,只是不太明显。例如,在第一次以借贷为请求权基础提起的诉讼中,法官就应当通过释明的方式解决当事人适格的问题。在第二次以不当得利为请求权基础提起的诉讼中,法官应当对举证责任进行分配,如果诉讼结束时案件仍处于真伪不明状态,原告负结果意义上的举证责任是没有问题的。但是,原告已经证明钱汇给了被告,被告对钱的来源说法前后不一,被告是唯一了解这笔汇款真实用途的

<sup>②7</sup> 二审合议庭维持一审判决可以自行决定,而改变则需要通过审判长联席会议等程序才能确定。

<sup>②8</sup> 再审法官由于回应不了当事人提出的问题,又通过与对方当事人沟通,让对方当事人再拿出一些钱结束了这场纷争。

人,从当事人的真实义务和诚实信用原则等角度,被告都应当负行为意义上的举证责任。如果被告不能自圆其说,在案件事实比较清楚的情况下,法官也是可以判其败诉的。结果意义上举证责任是在诉讼结束时,案件事实仍处于真伪不明的状态,法官在不得已的情况下才可以采取的处理方式。在能够查清事实的情况下,法官是不能简单地根据举证责任来作出裁判的。

在第三次诉讼中,原告并未提出返还原物之诉,被告也不可能就此问题答辩,二审法官在判决时却将侵权请求权变更为返还原物请求权,改判被上诉人败诉,这等于完全剥夺了被上诉人的辩论权,属于非常明显的突袭性裁判。该案审理中,还暴露出了我国法官诉讼法知识的欠缺和我国法学教育上理论与实践脱节的诸多问题。诉讼标的是我国多年来诉讼法教学中比较受到重视的理论问题,也是每个案件中都会涉及到的问题。但是,我们诉讼标的的教学与司法实践基本上是脱节的。例如,在本案教学中,有些法官就发现了其中的问题。按传统诉讼标的理论(旧实体法说),本案没有违反一事不再理,按新诉讼标的理论(诉讼法学说)和新实体法说是违反了一事不再理,究竟应当按照哪一理论来判断?实际上,在境外,司法实践中按照哪种诉讼标的理论,主要是通过最高法院的判例来确定,并随着最高法院判例的变化而变化。即使按照传统诉讼标的理论(旧实体法说),也可以通过预备之诉的合并来解决。至于当事人适格的问题,在原告第一次起诉时法官就应当通过释明等方式来确定适格的原告,通过上述方式,也就不会发生一笔汇款由如此多法院审理的情况。

### 案例3:李龙诉赵峰合伙协议纠纷案

如果说上述第2个案例主要反映出法官传统诉讼法知识的欠缺的话,本案例在反映出上述问题的同时,还暴露出法官更为欠缺的现代诉讼法知识或者说近年来逐步形成的现代庭审理论。

本案从传统诉讼法理论来看,涉及到对多个诉讼标的的识别、固定诉讼请求和推定等问题。从现代庭审理论来看,涉及到争点的确定、法官释明义务的行使、心证的公开、疑点的排除,法官内心确信的形成等等。具体结合本案的庭审笔录来说,原告在第一次庭审陈述事实与理由时以“帮助被告渡过难关”为由主张分得被告公司一半财产。被告要求原告拿出主张的依据,并明确指出合同中只字未提渡过难关(实际上此时法官就应行使释明义务)。原告在不得已的情况下将原来主张的理由“帮助被告渡过难关”变更为“帮助被告渡过难关”和“履行八年经营管理义务”。被告提出原告不能两个理由都主张,应该选择其中一个。此时,法官应当向双方当事人发问(发问是释明义务行使的主要方式),被告为什么提出原告两个理由只能主张一个?原告为什么要将两个理由捆绑在一起,依据是什么?通过释明使这些不清楚的问题变得清楚。遗憾的是,法官不仅没有释明,反而采取了转换话题,要求双方当事人进一步提供证据。实际上,原告提不出“帮助被告渡过难关”即可分得被告公司一半财产的依据,被告是不需要提供证据的。

在本案审理中,争点含混不清,同时,法官也没有让当事人围绕争点提供证据。原

告的诉讼请求及理由变化不定,在存有众多疑点的情况下,一审法官通过推论作出了判决。

被告方在申请再审和上诉中明确提出一审法院存在突袭性裁判,理由是:一审法官对原被告双方通过三次庭审提供的大量证据不做评判,对已经法庭调查证明的事实不予考虑;而是直推定原告行使了8年的经营管理权。该推定不仅与公认的推定条件相悖(推定的前两个条件是:(1)推定的前提事实高度可靠;(2)不得二次推定),原告领取资金的单据上写的是借款,法官将“借款”推定为含糊不清的“领取资金”,并进一步将“借款”推定为“总经理8年工作的报酬”。而且推定与原告自己的起诉状“帮助被告渡过难关即可分得一半财产”的陈述发生了直接、明显的冲突。

该推定被上级法院生效裁定所否定。被否定的原因,与其明显与推定的条件相悖,以及案件中存在明显的疑点有关。按理说,这个案件基本上可以划上句号了。但在后续的审理中,随意推定和突袭性裁判仍时有发生。一个并不复杂的问题,由于法官不予释明甚至在当事人要求下仍拒绝释明和突袭性裁判,使纠纷长期得不到解决。

从上述三个案例的分析可以看出,我国大陆民商事案件突袭性裁判不仅所占比重很高,程度比较严重,而且突袭性裁判形成的原因和涉及的范围比境外要广泛得多。比如说,案例1涉及的突袭性裁判在境外就比较少,不是受关注的问题,但在我国大陆可能就是出现频率最高的突袭性裁判。其形成与我们现行的法院体制、考评标准密切相关,并直接导致了承担纠正一审错误裁判和纠正生效裁判功能的二审法院、再审法院成了为突袭性裁判“埋单”的法院和突袭性裁判最严重的法院。

上述实证分析对我们有针对性的防止突袭性裁判具有重要价值。长期以来,由于我国大陆立法、司法和学术研究对该问题关注不够,导致司法实践中突袭性裁判的泛滥,严重影响了司法的公信力。尽管目前调研的范围还有限,但从已经掌握的情况看,故意和非故意的突袭性裁判在我国大陆司法实践中已经到了非常严重的程度,其对国家司法资源的浪费和司法公信力的损害超出一般人的预期,防范突袭性裁判需要尽快提上我国立法和司法机关的议事日程。

## 五、改变落后的庭审方式,引入和应用现代庭审理论

现代庭审理论与应用是近几十年来在法治发达国家特别是以德国为首的大陆法系国家逐步形成并通过实践检验有助于法院正确、适时地审理案件,体现诉讼民主、诉讼规律和程序保障的理论。这些理论主要包括:争点的确定、集中审理、突袭性裁判的防止、释明义务的行使、心证的公开、疑点的排除、法官内心确信的形成等等。<sup>②</sup>这些体现庭审民主和程序保障的庭审理论与应用,不仅我们的法官知之不多,而且在我们的法学教育中整体上也是缺位的。尽管近年来民事诉讼法的理论研究有了很大的进步,取得

<sup>②</sup> 张国香、王潇《聚焦庭审方式改革 探寻公正效率之策》,载《人民法院报》2015年5月29日第5版。

了一些高水平的研究成果,现代庭审理论的有关问题大多数也都涉及到了,<sup>⑩</sup>但主流的研究仍然是民事诉讼法的基本理论或与现代庭审关系不大的具体诉讼法问题。即使是现代庭审理论方面的研究成果,理论与实践联系不够密切的居多,对法学教育和司法实践中的庭审有重大影响的成果较少,法律适用的具体方法研究的更少,而这一切又与研究者自身实务经验不足密切相关。正如张卫平教授所说“在法学界由于我们要强调基础性问题的研究,因此法技术的问题历来被轻视……从事理论的学者不可能将主要精力放在实用法技术的层面,学者也缺乏回答和解决法应用技术层面的问题条件。”<sup>⑪</sup>

那么我们的庭审目前处于何种阶段呢?从考证的情况看,我国的庭审与我们自认为比较接近的德日等国差别巨大,在我国庭审中被奉为经典的法庭调查和法庭辩论这种两阶段的划分方式在两大法系国家根本没有先例,而是断章取义抄自前苏联。<sup>⑫</sup>但我们并没有全面借鉴前苏联的相关制度和做法,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。笔者甚至没有检索出一篇关于我国与前苏联庭审比较研究方面的文章。要改变目前庭审的这种落后状况,借鉴以突袭性裁判防止为核心的现代庭审方式是非常必要的。

突袭性裁判的防止,需要释明权的行使、心证的公开、争点的确定等制度的配合,才能取得好的效果。这些理论和制度都是非常复杂的,掌握这些理论并能熟练运用,对法官的素质有比较高的要求。同时,从其他国家和地区的经验来看,也要有一个长期的过程,不能操之过急,要从比较成熟的方式做起,循序渐进。突袭性裁判的防止需要一个长期的过程,但并非说在法官素质大幅度提高之前我们在这方面就没有大的作为,实际上,在目前情况下,只要我们对突袭性裁判防止采取积极的措施,改变落后的庭审方式和不合理的评价制度,就能够大幅度降低突袭性裁判,提高裁判的接受度。具体路径是:

#### (一) 加强现代庭审课程的教学,提高法科学生和法律实务人员的庭审能力

突袭性裁判的防止是现代庭审理念的核心内容,与整个现代庭审理论与应用密切相连。我国庭审方式落后的责任主要在高校和研究机构,专业教师和研究人员的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。要改变这一状况,教学内容必须有一个大的变革。其中,专业教师需要更新这方面的知识,需要司法实践方面的经验,需要与实务部门交流。值得关注的是,国家已经开始了这方面的布局。2012年以来作为国家战略实施的、以提高中国司法人才培养质量为目的的“卓越法律人才培养计划”,2013年开始实施的、作为“卓越人才教育培养计划”重要内容的高等学校与法律实务部门人员互聘制度的“双千计划”,使法律人才、特别是司法人才的培养上了一个新的

<sup>⑩</sup> 例如,张卫平《民事诉讼“释明”概念的展开》,载《中外法学》2006年第2期;王亚新《对抗与判定——日本民事诉讼的基本结构》(第2版),清华大学出版社2010年版;李浩《民事诉讼程序权利的保障:问题与对策》,载《法商研究》2007年第3期;熊跃敏《民事诉讼中法院释明的实证分析》,载《中国法学》2010年第5期。

<sup>⑪</sup> 张卫平《知向谁迈》,法律出版社2006年版,第21-22页。

<sup>⑫</sup> 参见章武生《我国民事案件开庭审理程序与方式之检讨与重塑》,载《中国法学》2015年第2期。

台阶。例如,实行“双千计划”、优化法学教师队伍结构,将有利于提升法学教师队伍实务能力和实务性教学水平。从法科学子的培养来看,在民事诉讼法和法律实务课程教学中应加大现代庭审理论与应用的教学内容,在条件成熟时,可以专门开设现代庭审理论与应用方面的课程。从法官、检察官和律师来看,现代庭审理论与应用应作为其在职学习和研讨的重点课程。

(二) 重点提升法官确定争点、行使释明权、心证公开的能力和水平,减少突袭性裁判的发生

突袭性裁判的防止,需要许多制度的配合,但争点的确定、释明权的行使、心证的公开居于重要地位。首先是争点的确定,争点的确定对于突袭性裁判的防止和提高庭审的效率和质量均具有重要意义。台湾著名学者邱联恭教授认为,一国司法裁判的水平取决于法官、律师如何提炼争点,取决于法律人的水准。<sup>③</sup>这就将争点的确定提高到很高的地位。争点不明,诉讼就会有很大的盲目性,造成诉讼过程中的事倍功半。明确了争点,当事人才会有针对性地举证和质证,法官也更容易查清案情,才能达到事半功倍和防止突袭性裁判的效果。这一点在我国大陆与德国、日本和我国台湾的庭审比较中得到了充分地体现。

以德国为代表的大陆法系国家或地区,开庭审理称为言词辩论程序,通常包括言词辩论准备庭和言词辩论庭两个阶段。在言词辩论准备阶段,法律明确规定,争点确定前法官不得调查证据。争点确定后,在言词辩论开庭审理中主要是围绕争点举证和辩论。由于争点确定适当,每次开庭时间大多在半个小时以内,超过1个小时的庭审数量较少。<sup>④</sup>争点明确且围绕争点举证、辩论,大大提升了庭审的针对性和透明度,当然也就必然会减少案外因素对案件裁判的影响和突袭性裁判的发生。

我国与美国、法国一样专门设有审前程序,证据交换和固定证据主要是在这个阶段完成,但争点在该阶段通常没有确定,即使确定,争点通常也比较宽泛,针对性不强。在开庭阶段,尽管去年刚刚颁布的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《民诉法解释》)第230条规定了“人民法院根据案件具体情况并经当事人同意,可以将法庭调查和法庭辩论合并进行”。但是,从我们调研的情况看,多数法官仍习惯于法庭调查和法庭辩论两阶段的划分,法庭调查阶段主要是在审查证据的三性。由于许多案件的争点不明,相当比重的案件是法庭调查后法庭辩论前确定争点,庭审中大量时间被消耗在审查一些不需要审查的证据上。从而导致庭审时间大大延长,言词辩论被大大弱化,法院判决的不确定性加大。根据调研的情况看,相当比重的复杂案件法官在庭审结束时对如何判决尚未考虑成熟,要等代理人提交的书面代理词,有些法官还要看双方当事人关系的分量。如果一方关系达到了需要考虑的程度,那

<sup>③</sup> 张国香、王潇《“庭审理论的比较研究与实际应用”理论研讨会纪要》,载《人民法院报》2015年5月29日第7版。

<sup>④</sup> 不论是言词辩论准备庭还是言词辩论庭,庭审排序都是事先在法庭门口公布出来,半个工作日开4—8个庭是常见的。

么就有可能在法庭调查的大量证据中选择几个对需要关照的一方有利的证据作为判决的基础。当然,在司法实践中枉法裁判的关系案还是少数,我们这里说的突袭裁判主要是超出当事人合理预期的裁判。<sup>⑤</sup>在上述情况下,法官本身对如何判决在庭审结束时尚未确定,还有一些不确定因素,当事人和代理人又怎么可能预测到庭审的结果?超出当事人合理预期的判决大量出现也就不难理解。这种落后的庭审方式不仅直接扩大了突袭性裁判案件的数量,而且使突袭性裁判变得更加隐蔽,为关系案提供了便利。如果争点确定适当,当事人围绕争点举证和辩论后,哪一方当事人的证据和辩论处于优势往往会比较明显。庭审通常有录音和记录,如果法官要坚持做出与事实相悖的判决,让明显处于劣势的一方当事人胜诉,其自身风险必然加大,通常情况下法官是不会冒此风险的。争点确定在大陆法系国家防止突袭性裁判方面的地位明显低于释明义务的行使和心证公开,但在我国现阶段,其在防止突袭性裁判方面的地位是不可低估的。

其次是释明义务的行使、心证的公开。这是两个联系非常密切并有一定重合的防止突袭性裁判具有重要价值的制度。例如,法官的法律适用释明义务与法官对法律适用的心证公开两者就很难区分。为节约篇幅,笔者将其放在一起分析。释明义务是法院行使诉讼指挥权的重要方法,传统的释明,大都系利用对当事人发问的方法进行,法官行使释明义务的目的,是为了发现真实,形成心证和确信,正确处理案件。法官对形成的心证要适时的向当事人公开,心证公开的目的是保障当事人的辩论权,是暂时的心证公开,是为了听取当事人意见后再做终极性的判决。如果法官应当行使释明义务而未行使,应当公开心证而没有公开,其诉讼程序即有重大瑕疵,其判决就可能被上级法院撤销。<sup>⑥</sup>

关于心证公开的方法,法官在公开心证时应持接受讨论的态度,而不宜先入为主,避免采取断言的方式。同时,应说明形成心证的理由,以便当事人有针对性的回应。法院所开示者,应是各该审理阶段所形成之暂时的心证而已。因为本来心证度之高低系受审理过程所呈心证形成资料之质量等因素所左右,具相当之变动可能性。法院如事后形成与其已经开示的心证不同之心证时,宜就此以适当方法(暗示、婉转、间接等类方法)赋予两造当事人再为讨论之机会。<sup>⑦</sup>

尽管我国大陆多数法官对释明义务的行使了解的深度不够,但法官在庭审中自觉不自觉地都在不同程度上行使着释明义务,完全不行使释明义务基本上是不可能的。只是法官在释明义务行使方面的规范程度和释明的范围与广度距实际的需要还有很大

<sup>⑤</sup> 有些法官认为经过质证的证据作为判决依据,不应属于突袭性裁判,完全是一种误解,我国大量的突袭裁判就来自于此。

<sup>⑥</sup> 作为“判断法院是否产生释明义务”一个大致的标准是,在因法院未进行释明而使裁判结果发生逆转之盖然性较高的情形下,上级审法院应当在斟酌双方当事人公平的基础上(而且,附加以上告申请受理的一般性要件),来撤销违反释明义务的原审法院判决。[日]中野贞一郎《过失的推认》,弘文堂,昭和53年,第223页以下。前引④,[日]高桥宏志书,第360页。

<sup>⑦</sup> 前引⑦,姜世明书,第129页。

差距。此外,即使有些释明义务的行使方法是清楚的,甚至司法解释明确要求法官行使的释明义务,也很少有法官去做。例如根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《证据规定》)第35条,“诉讼过程中,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根据案件事实作出的认定不一致的,不受本规定第34条规定的限制,人民法院应当告知当事人可以变更诉讼请求。”常见的情形是合同的效力问题。原告依据与被告之间的合同关系,要求被告履行合同义务。在诉讼中,被告并没有就合同的有效性提出异议,但法院在审理中发现合同是无效的,这样一来,法院对原告与被告法律关系的认定就与当事人对法律关系性质的认定不一致。根据司法解释的要求,此时法官应行使释明义务,告知原告变更诉讼请求。但一些法官即使胸有成竹准备按无效合同判决,也不予以释明。<sup>③⑧</sup> 这样的判决,不仅是违反法律规定的突袭性裁判,而且无效合同的处理方面往往没有辩论或辩论不足,<sup>③⑨</sup>这种判决非常容易损害一方当事人的合法权益。

以上分析说明,我们在释明义务行使上还有很长的路要走。至于心证公开,这方面的欠缺就更大。由于释明义务和心证公开这两种在大陆法系国家防止突袭性裁判重要方式的欠缺和不足,再加上我国大陆在争点确定技术方面的落后,导致在相当比重的复杂案件的庭审中,当事人不清楚法官对案件事实和证据是怎样判断的,自己应当提出哪些主张和举证证明哪些事实,证明到什么程度。只能猜测法官的想法,这也是当事人提供证据多多益善的原因之一。

这种落后庭审方式导致的后果是整个诉讼程序的基础——第一审程序的审判质量没有保证。第一审案件审判质量不高,突袭性裁判大量发生,当事人通过上诉、申诉能够纠正的又很少,这就意味着大量存有严重瑕疵的裁判得不到纠正,又反过来影响到法官对提高案件审判质量的重视,进而形成恶性循环。要解决上述问题,必须充实第一审程序,打好整个民事审判程序的基础,尽量使纠纷在第一审程序得到彻底解决。

实现这一目标的关键是争点确定后围绕争点举证,强化法官的释明义务和心证公开。尽管很好地把握这三种突袭性裁判防止的方法需要一个长期的过程,但是,通过短期学习能够做到同时能明显减少突袭性裁判的,就是凡判决涉及的主要内容都应该给予当事人发表意见的机会,辩论的机会。一审法院没有做到的,二审法院应坚决予以纠正。如果我国法院能够跨越这一步,就能够大幅度减少突袭性裁判的发生。那么,法官公开心证是否会产生和当事人的严重对立呢?应当说只要注意技巧是可以平稳实现的,进行庭审方式改革的试点法院中有个别法官已经进行了尝试,并未出现明显的问题。此时公开心证,法官仅仅是提出一些问题,就这些问题听取当事人意见,以纠正自己可能存在的偏见,并非已经确定的判决内容。这比最高法院近年来推行的判后释疑

<sup>③⑧</sup> 参见前引<sup>③②</sup>章武生文。

<sup>③⑨</sup> 关于合同无效后的处理多部法律中都有规定,仅《合同法》第58就涉及到:合同无效后,因该合同取得的财产返还或折价补偿问题。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失问题等等,需要审理或认定。

肯定会容易很多,回旋余地也要大得多。判后释疑针对的是确定判决,而且大量的还是突袭性裁判,法官怎么可能释疑并说服当事人呢?

## 六、强化庭审中的程序保障,使裁判产生正当化的效果

在诉讼程序中,使败诉当事人心理上接受判决的因素是什么呢?这个因素就是通常所谓程序本身的“正当性”。因为败诉当事人“已经被给予充分的机会表达自己的观点和提出证据,并且由相信是公正无私的法官进行了慎重地审理,所以对结果的不满也就失去了客观的依据而只得接受。”<sup>④①</sup>由此看来,程序不仅对判决的形成具有至关重要的影响,而且其本身也有独立的价值内涵,即诉讼法规定的民主、公正程序使判决得到社会的尊重和当事人的认可。我国许多案件判决生效后当事人仍不能服判息诉,申诉和涉诉上访案件数量众多,执行难的问题特别突出,与程序本身的“正当性”不足有很大关系。要解决这些问题,必须强化程序保障,将程序正当化落到实处。笔者认为,这方面的主要任务是:

### (一) 保障当事人的听审请求权,防止突袭性裁判的发生

听审请求权是当事人的一项基本程序权利,听审请求权由陈述权、证明权、到场权、辩论权、意见受尊重权等内容组成。在民事诉讼中,保障当事人的听审请求权体现了对人的主体性和人格尊严的尊重;有助于实现程序公正和实体公正;使判决产生正当化的效果,提高司法的公信力。<sup>④②</sup>听审请求权涉及多方面内容,从程序公正和判决产生正当化的角度来看,诉讼的结果如果是双方当事人在法官的指挥和引导下通过正当程序而产生,当事人能充分参与到程序中,发表意见,提供证据,陈述法律观点,并与对方当事人、裁判者展开理性对话,使其有机会在一定程度上决定裁判的内容和结果,并在裁判中获得合理的说明,那么当事人往往会信服据此而形成的裁判结果。因为在程序中,双方的平等对抗辩论和法官释明与心证公开后,当事人在程序中形成了对裁判结果的期待,减少了因不透明和不公开所产生的质疑。从辩论原则的要求来看,审判机关应在实质上保障当事人辩论权利的实现,当事人辩论的有效性在于法官在最终裁判时会采纳其合理观点。如果法院在诉讼中仅仅只是让当事人能够对事实、证据和法律适用进行辩论,而没有将当事人辩论中的合理观点吸纳到最终的裁判中去,那么辩论就只是走过场,当事人辩论权利的保障是无效的,是辩论原则的虚化。<sup>④③</sup>要真正实现对当事人听审请求权的保障,就要指导法官掌握庭审中遵循正当程序的方法和技术,对法官在庭审中遵循正当程序提出具体要求,对违反正当程序的法官予以负面评价。

### (二) 将防范突袭性裁判作为法院文化的重要组成部分

<sup>④①</sup> [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11页。

<sup>④②</sup> 参见刘敏《论民事诉讼当事人听审请求权》,载《法律科学》2008年第6期。

<sup>④③</sup> 张卫平《民事诉讼法》,中国人民大学出版社2011年版,第26页。

我国许多法官虽然不了解“突袭性裁判”<sup>⑬</sup>,但是,对自己作出的超出当事人预期的裁判当事人看到后的感受和反应是有一定认识的。这种认识主要来自受到突袭性裁判当事人的上诉、申诉和上访法律文书和观点中,绝大多数法官也会尽量避免此类问题的发生,以减少当事人对自己的攻击。之所以还不能仅仅依靠这种自发的纠正来改变,是因为突袭性裁判的做法在我国目前并不是一种明显的错误和受到谴责的行为,对其危害性普遍认识不足,这也助长了部分法官在自觉不自觉地继续这种做法;许多突袭性裁判导致的错误在上诉审和再审中并未得到纠正,也在一定程度上助长了此种错误做法的延续。如果我们加强这方面的宣传工作,舆论导向、法院文化和氛围以及评价标准的改变,制裁力度的加大,法官防止突袭性裁判的意识也就会有较大的提升,突袭性裁判案件的数量就会有明显地减少。

### (三) 改变落后的绩效考评办法,从制度上为突袭性裁判的防止提供程序保障

据笔者所知,我们的法院甚至整个司法机关都制定了不少对单位和个人的考评指标,但实践中许多绩效评估数据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,但由于二审改发率高客观上还是会对一审承办法官的评价,对其所在部门甚至所在法院的考评等活动有负面影响。一审法官和法院就有可能采取一定的方式影响二审法官。其结果造成了许多应当改判的案件得不到改判,突袭性裁判案件的数量大幅上升。为了减少上诉、申诉和涉诉上访,近年来我们不是从程序正当化不足方面查找原因,而是采取非程序的方式大力推进“案结事了”,使守法的当事人向违法的当事人让步,国家甚至不得不向无理纠缠的当事人“埋单”,我们距离法治的目标反而越来越远。

要使程序正当化落在实处,必须彻底改变落后的庭审方式,为法官提供能够正确行使释明权和自愿公开心证的制度环境,使其有充分内在动力抑制突袭性裁判的发生。各级法院应当将上诉、申诉和涉诉上访率下降作为评价和考核法院和承办法官审判质量的重要指标,而不是将改发率作为重要考核指标。使法官和法院由千方百计影响上级法院改判转变为法院和法官在程序的正当化方面下功夫,减少突袭性裁判,从源头上减少上诉、申诉和涉诉信访案件,真正提升案件的审判质量和审判效果。

### (四) 通过修法以及上诉审和再审程序对突袭性裁判予以制约

近年来,我们尽管没有明确提出突袭性裁判的防止,但受境外庭审方式改革的影响,我们的法律和司法解释中防止突袭性裁判的规定在逐步增加。例如,民事诉讼法除了辩论原则和诚实信用原则的规定外,再审程序部分还明确规定“违反法律规定,剥夺当事人辩论权利的,人民法院应当再审”(《民事诉讼法》第200条);争点整理和法庭审理的焦点方面,2015年《民诉法解释》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>⑬</sup> 从对多个法院上千名法官调研的情况看,知道“突袭性裁判”这一用语的法官不到10%。调研的方式,主要是课堂询问和与法官座谈。

(《民诉法解释》第226条;“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”(《民诉法解释》第228条;“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”(《民诉法解释》第230条)。释明和心证公开方面,除前述对法律关系的性质与当事人认识不一致的释明外(《证据规定》第35条),对拟制自认问题的释明,“……经审判人员充分说明并询问后,其仍不明确表示肯定或者否定的,视为对该项事实的承认”(《证据规定》第8条;“人民法院应当按照法定程序,全面、客观地审核证据,依照法律规定,运用逻辑推理和日常生活经验法则,对证据有无证明力和证明力大小进行判断,并公开判断的理由和结果”(《民诉法解释》第105条)。

上述规定说明突袭性裁判的防止和现代庭审制度在我们的法律和司法解释中已经有了一定的体现,这为我们的庭审改革提供了一定的法律依据。只是这些观点比较零散,还不够全面系统,特别是上述规定在司法实践中并未受到重视,适用的效果不佳。比如说违反法律规定,剥夺当事人辩论权利的,人民法院应当再审。这可以看作是防止突袭性裁判的最直接、最有力的法律依据。但实际上,由于再审改判率过低,符合这一条件被再审的案件可以说少之又少,换句话说这一规定的价值很大程度上还停留在纸面上。从上文实证分析来看,进入再审阶段的案件,突袭性裁判的比重很高,当事人以突袭性裁判剥夺辩论权要求再审基本上是不可能的。看来仅仅有法律规定是不够的,我们在立法上除了借鉴境外成熟经验对防止突袭性裁判作出系统全面的规定外,更重要的是需要在如何能够有效实施方面做文章。

邹碧华院长曾说过“要是真的抽取十份裁判文书,我想我们总能在其中发现那么几份写得不怎么清楚的裁判文书”<sup>④</sup>,这说明我们一审案件审判质量方面的问题非常严重,审判质量不高又与法官工作负担重有很大关系。我们有世界上最多的法官,但我们经常听到的话是案多人少,法官负担过重。这就形成了一个怪圈,由于突袭性裁判导致了本来一审法院花几个小时就可能解决好的案件,我们可能需要几级法院十几个法官用几年的时间还解决不好。由于案件解决投入的人力和时间过多,导致法官负担重,案件整体审理质量不高。案件审理质量不高,又会引发更多的上诉、申诉和涉诉上访案件。一审案件中突袭性裁判比重过大,上级法院不仅无法有效制约,反而自己也陷入了更为严重的突袭性裁判。打破该怪圈,必须通过以突袭性裁判防止引领的庭审方式改革和正当程序的强化,立法与司法并举,评价标准的改变等多途径来解决和推进。其中,借鉴德国的经验,将我们的判后答疑改造后纳入到审判程序的轨道是一个比较好的选择。

2005年11月,最高人民法院在全国立案审判工作座谈会上正式提出要在全国法院

<sup>④</sup> 邹碧华《要件审判九步法》,法律出版社2012年版,第14页。

系统大力推行判后答疑制度。自此,判后答疑制度在全国推开。<sup>⑮</sup>应当说对确有误解和当事人法律知识欠缺的案件,判后答疑是有一定价值的。然而,对大多数有严重瑕疵的案件来说,由于判决已经作出,即使法官发现其中的问题,也无法在同一审级中通过再次开庭以弥补有关事实与证据的不足。而且,相当比重的案件如上述实证分析的三个案例,法官也难以回答当事人提出的异议,判后释疑甚至会进一步加剧法官与当事人之间的对立情绪,影响司法公信力。从发展趋势看,这种非程序化的做法应当逐步取消。

2001年和2004年新修改的德国民事诉讼法增加了当事人的异议权,只要当事人认为法院的裁判侵犯了其法定听审权,则在任何审级都可提出异议,若异议成立,法院应继续原来的程序。该规定为第一审和第二审法院提供了自我纠正侵犯当事人法定听审权错误裁判的机会。笔者认为,该做法对我国防止突袭性裁判具有重要的借鉴意义。其有助于将纠纷解决在基层,减轻上诉审法官和再审法官改判的压力,为他们依法纠错创造条件。而突袭性裁判案件的改判和发回重审,对有效防止突袭性裁判无疑会有重要促进作用。当然,该项制度的确立应当试点并先从比较明显的几类突袭性裁判案件做起。例如,类似《证据规定》第35条的情况。

改变落后的庭审方式必然会大幅提升庭审的质量和效率,法官不必要的工作量减少后,会有更多的精力提升自身业务素质,从而形成良性循环。而突袭性裁判防止引领的现代庭审方式改革,会使我国的庭审实现质的飞跃,从而真正实现十八届四中全会提出的实现司法公正和提高司法公信力的战略构想。

---

**Abstract:** Germany, Japan and other civil law countries made regulations on surprise judgments when Civil Procedure Law was enacted, and has been intensifying them in the past nearly 100 years. Even so, the surprise judgment is still considered as the cancer of judiciary in Germany, which is the evidence of its serious harm and the difficulty to prevent it. From the analysis of China's surprise judgments, it can be seen that its severity and extent far more exceed the counterparts in other countries like Germany and Japan. Apart from the reasons roughly similar with other countries, the emergence of surprise judgments in China has lots of its own features, among which backward trail mode and unjustified assessment system are two major causes. Ambiguous court investigations sharply raise the rate of surprise judgments. In addition, unreasonable case evaluation system makes it difficult for rectification of many misjudged case. To prevent surprise judgments, the first approach is to introduce modern trial theory; while the second is to strengthen due process to legitimate the judgment.

---

(责任编辑:陈贻健)

---

<sup>⑮</sup> 所谓判后答疑,是指判决生效后,如果当事人对裁判存有异议和疑问,一般由原承办案件的法官采用口头的方式就裁判的程序适用、证据认定、裁判理由等问题向来访的当事人进行解释和说明,以使当事人服判息诉。