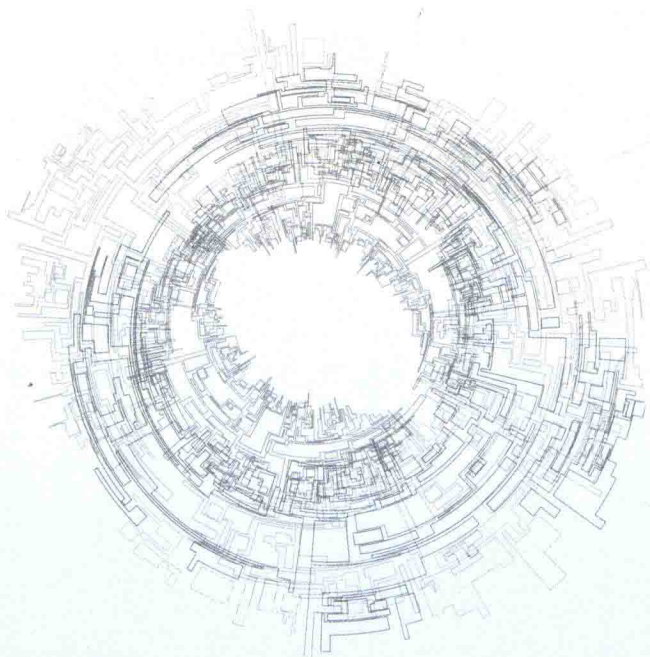


德国民事法定听审 请求权研究

Der Anspruch auf rechtliches Gehör



蓝
冰 / 著

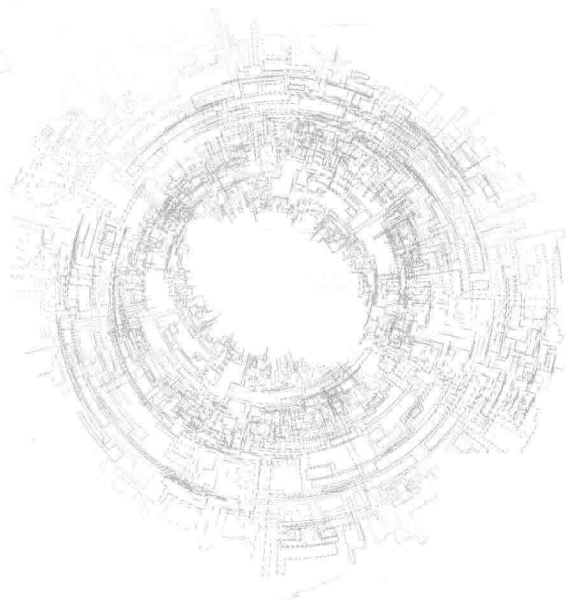


知识产
全国百佳

德国民事法定听审

请求权研究

Der Anspruch auf rechtliches Gehör



蓝冰 / 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

德国民事法定听审请求权研究 / 蓝冰著. —北京: 知识产权出版社, 2019. 4
ISBN 978-7-5130-5956-5

I. ①德… II. ①蓝… III. ①民事诉讼—审判—司法制度—研究—德国 IV. ①D951.651

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 262509 号

责任编辑: 崔开丽

责任校对: 王 岩

封面设计: SUN 工作室 韩建文

责任印制: 刘译文

德国民事法定听审请求权研究

蓝 冰 著

出版发行: **知识产权出版社** 有限责任公司 网 址: <http://www.ipph.cn>

社 址: 北京市海淀区气象路 50 号院 邮 编: 100081

责编电话: 010-82000860 转 8377 责编邮箱: cui_kaili@sina.com

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102 发行传真: 010-82000893/82005070/82000270

印 刷: 三河市国英印务有限公司 经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

开 本: 720mm × 1000mm 1/16 印 张: 14

版 次: 2019 年 4 月第 1 版 印 次: 2019 年 4 月第 1 次印刷

字 数: 225 千字 定 价: 58.00 元

ISBN 978-7-5130-5956-5

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

立足于祖国土地，思想和心灵在世界的天空翱翔！

[西班牙] 胡安·雷蒙·西蒙内斯

内容提要

本书主要是对德国民事诉讼法具体制度展开研究。德国民事法定听审请求权关涉诉讼过程中当事人的人性尊严保障，体现法治国家原则，是民事诉讼法和民事诉讼的核心理念。德国民事法定听审请求权是当事人在民事诉讼中享有的一项程序基本权利，也是宪法上的人权保障观在民事诉讼中的体现，旨在保障当事人的诉讼主体地位。本书对德国民事法定听审请求权展开了全景式、体系化研究，涵盖了德国民事法定听审请求权的意涵、历史、理论基础、主体、内容、限制和救济，探求法定听审请求权作为一项程序基本权利和人权保障理念，对民事诉讼相关制度的指导意义和核心作用。反思我国立法实践与民事诉讼制度设计，基于我国人权保障的宪法基础和程序权保障的诉讼理论，针对我国宪法和民事诉讼法立法缺陷、民事司法实践的需要以及民事诉讼制度亟待完善的现实，本书提出了在宪法和民事诉讼法上确认法定听审请求权保障的理念、在民事诉讼各项具体制度中完善法定听审请求权的构想，以期对我国民事诉讼法改革和民事诉讼法理论的完善有所裨益。本书分为三部分，共九章。

第一部分是德国民事法定听审请求权的历史与理论基础。本部分旨在分析法定听审请求权这一术语在德国法上的含义、一般性质以及与其他国家规定的差异，探求法定听审请求权在德国的生长历程和成长环境及其理论支撑。这是本书研究的起点。

第一章说明，“法定听审请求权”一词译自德文。笔者在译文上忠实于该权利的实质含义，即当事人基于宪法所赋予的程序主体地位，有权请求法院在作出判决时，保障当事人能够参与该审判程序、享有充分的攻击防御、陈述事实和法律上的意见和辩论的机会，从而影响裁判程序的进行和结果。

法定听审请求权既是一项宪法规定的程序基本权利，也是一项复合性诉讼权利，同时是一项民事诉讼基本原则，因此，“法定听审请求权”通常可以与“法定听审”互用。同时，德国法定听审请求权的历史演变也表明，法定听审请求权是自然正义和宪政发展的成果，具有宪法实定法化的历程。本章旨在说明法定听审请求权的来源与其所具有的程序基本权和复合性诉讼权利的性质。

第二章阐述了法定听审请求权所依据的法治国理论和人权保障的理论基础，说明法定听审请求权是宪法发展的产物。宪法是法定听审请求权所具有的保障当事人在诉讼中的主体地位的依据，而法定听审请求权是宪法确认的人权保障观在民事诉讼中的体现。本章旨在阐明法定听审请求权的法治国家原则性和人权保障观。

第二部分是德国法定听审请求权的体系化研究，旨在考察以法定听审请求权保障为理念的民事诉讼制度。

第三章分别在宪法和民事诉讼法层面对德国民事法定听审请求权主体进行了梳理。宪法上的法定听审请求权人的范围大于民事诉讼法。在宪法上，人人都享有法定听审请求权；在民事诉讼法上，法定听审请求权的主体具有特定性，包括当事人或者类似当事人地位而参与法院诉讼程序的人，或者直接与诉讼存在法律上的利害关系的人。本章旨在对法定听审请求权主体在宪法和民事诉讼法层面加以区分，认为前者具有概括性，后者具有特定性。

第四章涉及法定听审请求权的内容，包括知悉权、陈述权、审酌请求权和突袭性裁判禁止请求权。法定听审请求权不仅是当事人享有的复合性诉讼权利，同时也要求法官履行审酌义务和提示义务，禁止突袭性裁判，实现当事人的程序主体地位保障。而这种保障还涉及与民事诉讼相关的制度，例如律师代理制度。法定听审请求权三个方面的内容与民事诉讼具体制度相关，一是得到送达制度保障的知悉权；二是集中体现当事人程序主体地位的陈述权；三是得到法官心证公开制度保障的审酌请求权，其中还包括了得到释明义务和法律讨论义务保障的突袭性裁判禁止请求权。这是本书的重点部分。

第五章论及法定听审请求权在民事诉讼法上受到失权制度的合法限制。由于法定听审请求权具有宪法基本权利的特殊地位，它不应当受到非法限制。只有在法院错误适用失权规定时，才会侵害法定听审请求权。

第六章研究了法定听审请求权的救济程序。法定听审请求权的救济因法定听审请求权的双重属性而具有特殊性，即双轨式救济。作为宪法基本权利，它可以通过宪法诉讼得以救济；作为一项复合性诉讼权利，也可以得到民事法院的救济。其救济方式包括宪法抗告和向普通民事法院提出上诉和听审责问。2001年和2004年的《德国民事诉讼法》新增了听审责问救济程序，强化对法定听审请求权的救济。

第三部分将视角转向反思我国民事法定听审请求权实践。促进我国民事诉讼的人权保障理念，并改进相关诉讼制度，是本书研究的落脚点。

第七章转而分析我国法定听审请求权立法缺失的原因。我国古代儒家传统文化、家族主义的家长制否定了个人，在立法上体现为义务本位主义，在诉讼中个人被义务性法律束缚，没有程序主体地位，对裁判的形成不能发挥积极的影响作用。因此，尽管我国古代实行“两造听讼”的审判制度，但是，它与保障人权和当事人程序主体地位的法定听审请求权制度实质不同。我国现行《宪法》^①和《民事诉讼法》^②没有明确规定法定听审请求权，是囿于权利意识淡薄、传统的国家主义立法观的主导以及对法定听审请求权立法的理论准备不充分。

第八章论证了我国确立法定听审请求权的必要性和可行性。这解决了我国确立法定听审请求权的正当性问题。我国《宪法》和《民事诉讼法》确立法定听审请求权是法定听审请求权得以有效保障的前提。一方面，法定听审请求权的宪法化是宪法完善人权保障、宣誓和保障法定听审请求权和确认民事诉讼法的宪法理念的需要。法定听审请求权只有在宪法上被确认为公民的一项基本权利，才能成为我国民事诉讼制度设计的宪法理念，也才能称之为法定听审请求权的宪法保障；法定听审请求权的民事诉讼法化不仅可以使宪法理念具体化、法定听审请求权作为人权保障理念的原则化，而且还可以使法定听审请求权保障体系化及其民事救济程序法定化。法定听审请求权只有在民事诉讼法规定其基本原则和救济方式后，才能成为贯穿我国民事诉讼法

① 本书中提及的我国《宪法》、现行《宪法》均为1982年《宪法》。

② 本书中提及的我国《民事诉讼法》、修改后的《民事诉讼法》、现行《民事诉讼法》均为2007年修正的《民事诉讼法》。

制度和民事诉讼的主线，才能得到切实的法律保障；另一方面，这也是优化诉讼程序、防止涉诉上访、树立司法权威并且减轻最高人民法院负担的根本之举。目前，人权保障已纳入我国宪法，实务中已经开始践行诸如告知制度之类的保障当事人法定听审请求权的措施，“司法和谐”已成为诉讼追求的目标，法定听审请求权纳入宪法和民事诉讼法体系和理论体系都不存在障碍，这些都表明，确立法定听审请求权已具备初步条件。

第九章从理论上提出了我国法定听审请求权立法宏观构想，并对相关民事诉讼制度进行检讨与改进。这涉及法定听审请求权对我国相关民事诉讼制度的整合，并从当事人的保障、对法官的约束和救济程序三个层次，对我国法定听审请求权相关制度进行检讨并提出改进建议。

一提出了法定听审请求权宪法化的宏观构想。宪法明确规定法定听审请求权，并由最高人民法院设置专门法庭对司法实践中侵害法定听审请求权的行为予以追究。

二提出了法定听审请求权民事诉讼法化的宏观构想。由于法定听审原则是一项以保障法定听审请求权为核心的宪法性原则，其效力高于普通民事诉讼法原则，因此，民事诉讼法理应当明确把它确定为民事诉讼法的一项基本原则。本章说明，法定听审请求权实定法化是法定听审请求权保障作为诉讼中人权保障理念得以正当化的前提，因此，它首先应当得到我国《宪法》确认，然后在我国《民事诉讼法》上确立为基本原则。

三检讨送达制度。我国现有送达方式存在诸多缺陷，推定送达制度不够完善，对此，应当通过保障有效送达、完善推定送达制度和构建层级送达体制予以改进，从而确保当事人的知悉权，为行使法定听审请求权所涵盖的其他权利提供基础。

四是从法定听审请求权防止突袭性裁判的角度，检讨释明义务。释明范围缺乏层次和对法律观点提示义务认识不清的问题，应当以法定听审请求权保障为目标，完善法律观点提示义务，例如，法官应当在特定情形下履行法律观点提示义务并记入笔录，以备审查；法官不当履行或者不履行释明提示义务而作出的裁判，可以因法官侵害法定听审请求权被提起上诉、责问或宪法抗告而获得救济。

五是证据失权制度存在正当性理论基础单一、证据失权规则缺陷和相关配套制度不健全的问题，应当把诉讼负担论和法定听审请求权保障及其合宪性限制作为证据失权制度的正当性基础的补充，改进其具体制度，健全答辩失权和证据交换配套制度。细言之，我国在设计该制度时，应当以法定听审请求权的最低限制为根据，严格限制证据失权制度的适用。为此，证据制度应当进行如下改革：首先，应当有条件地放宽举证期限，以当事人在举证期限届满之前提供证据为一般原则，同时，在一审言词辩论终结前，根据查明案件真实的需要，当事人有权及时提供证据。其次，规定严格的证据失权要件，即法官实施了审前准备，为当事人提交证据提供了足够的机会和时间；允许当事人逾期举证将导致诉讼延迟；当事人逾期举证有重大过失或者恶意；当事人逾期举证时，法院应当赋予该当事人就无过失逾期进行释明的机会；只有在法官认为当事人逾期举证存在重大过失，而且逾期举证会导致延迟诉讼时，才能适用证据失权。再次，应当重新界定新证据的范围。一审中的新证据应当包括：一审最后言词辩论终结时未提出、被放弃、被法院正确地排除的证据；在一审言词辩论终结后才发生的事实；一审中当事人的主张无实质性争议，而在二审时，对补正该争议的实质性时所提供的证据。二审允许提供的新证据包括：一审法院明显忽略或者认为不重要的观点；因一审程序缺陷而没有主张的证据；非因当事人的过失而没有在一审中提出的证据。最后，确立答辩失权制度和完善庭前证据交换制度相关配套制度。

六是心证公开是对法官履行审酌义务的要求。尤其是裁判理由是否公开，其是法定听审请求权是否得到保障的重要标志。心证公开制度立法粗疏，在实践中有较大的随意性，其理论视角偏狭，应当转换研究视角，以保障法定听审请求权的理念并完善其具体制度。

七是对我国2007年修订后的《民事诉讼法》关于当事人申请再审所涉及的法定听审请求权保护进行检视。该项规定仍然具有程序工具论之嫌，应当以保障当事人法定听审请求权为再审制度设计理念，把“法官违背释明义务”和“不当限制当事人提出新的攻击防御方法”添加到当事人申请再审的事由中，缩短再审申请期限，要求案件只有在经过上诉审后才能提出再审申请，并且只允许申请一次再审。综上所述，本书有以下几个方面的创新内容：

（一）视角新

本书研究法定听审请求权及其保障，目的在于为我国民事诉讼相关制度的整合寻求一个基本立足点。法定听审请求权不仅是一项复合性诉讼权利，而且由于它具有宪法上的最高地位，实际上起到了贯穿于民事诉讼各项制度的基本原则的作用。因此，本书对法定听审请求权的系统化研究对我国民事诉讼法相关制度的改革和完善有所裨益。法定听审请求权所包含的诉讼告知权、意见陈述权、法官的审酌请求权等内容，在我国分别得到了较为细致的研究。但是，这些研究缺乏整体性、体系化，且未从程序理念以及宪法高度入手，加之缺乏对法定听审请求权所具有的基本原则性的认识，在具体的权利设置和制度安排上顾此失彼，不能相互呼应，甚至脱节。典型的例子就是我国关于证据失权制度如何宽严相济的争议。

（二）观点新

第一，法定听审请求权仅仅指诉讼系属到裁判作出这一阶段所实施的请求权，不包含司法裁判请求权，即开启诉讼的权利，进而可以把判决程序一分为二。本书明确法定听审请求权和司法裁判请求权的界限和研究范围，前者研究程序权的保障，而后者研究受案范围。

第二，法定听审请求权的研究体系化。这包括法定听审请求权的历史发展、理论基础、功能结构和救济方式。我国学界虽然对法定听审请求权涉及的内容分别进行了或多或少的研究，例如提供证据权等，但并未认识到这些权利所具有的整体性特征，因而其体系化研究阙如。

第三，法定听审请求权体现了人权保障观，是一种程序理念，具有贯穿整个民事诉讼法和民事诉讼的原则性功能。我国学界通常从程序保障的角度研究当事人的诉讼权利，也从宪法与民事诉讼法的关系角度讨论程序保障，但是并没有从二者相结合的角度出发，对法定听审请求权进行系统而具体化考察。换言之，我国学界没有将法定听审请求权贯穿整个民事诉讼程序和所有民事诉讼制度，且没有将其落实到具体权利保护的角度开展研究。

第四，法定听审请求权作为一项具有宪法地位的程序基本权利，应当在我国实定法化，纳入宪法和民事诉讼法规范：宪法宣示法定听审请求权保障，民事诉讼法明确规定以法定听审请求权保障为核心的法定听审原则。

（三）资料新

第一，本书能采用大量的德文原文资料，得益于本人在多年前获得德语语言文学学士学位后，长期参与中德文化交流事务，并有幸在 2004 年赴德学习。其时虽短，但为本论题收集了大量的一手资料。

第二，与德国法学专家直接对话。德国法定听审请求权涉及诉讼中的法治国家原则和当事人的人权保障。如何防止该权利在民事诉讼中遭到侵害，成为德国法上一个极其重要的问题，理论界和实务界都非常关注。由于两国交流不畅，德国法学教授们对中国类似法律制度研究颇感兴趣，对本论题的选择也十分兴奋和期待，并提供了有益见解和资料支持。

第三，及时关注资料更新。各国宪法虽然都关涉法定听审请求权的内容，但唯有《德国民事诉讼法》明确规定了对法定听审请求权全面的民事救济程序，并不断完善对法定听审请求权的保护，因此，德国法定听审请求权的这一独特性具有重要研究价值。为了尽可能准确地把握法定听审请求权的立法动态，本书特别关注 2001 年德国民事诉讼法改革的相关内容，以及规定在本审级内部对法定听审请求权侵害实施救济的新方式的《德国听审责问法》（2005 年生效），以期掌握德国法定听审请求权的整体运作，从而对我国法定听审请求权保障的理论研究与立法有所助益。

本书的内容是作者 2008 年通过答辩的博士学位论文。书稿中提及的法律法规均是当时的规范文件，例如书稿中列明的我国《民事诉讼法》、修改后的《民事诉讼法》、现行《民事诉讼法》等均指 2007 年修正的《民事诉讼法》。随着时间的流逝，我国社会生活发生了极大的变化，法律制度日趋完善。但是，本书研究的民事法定听审请求权及其保障所涉及的民事诉讼法与宪法的关系，以及民事法定听审请求权如何在我国民事诉讼中具体实践的问题，仅仅是研究的起点。党的十九大报告指出，要树立宪法法律

至上的法治理念，坚持中国特色社会主义法治道路，推进宪法实施。鉴于此，当前我国依然有必要进一步加强对民事诉讼法与宪法的关系研究。作者也将继续深入研究德国民事诉讼不同阶段、不同类型案件中的法定听审请求权保障的具体问题及其对我国宪法和民事诉讼法制度完善的经验启示，并另行著书阐释。

目 录 Contents

引 言 1

第一部分 德国民事法定听审请求权之历史与理论基础

第一章 法定听审请求权之意涵与历史 11

 一、德国民事法定听审请求权之意涵 11

 二、法定听审请求权之历史 27

第二章 法定听审请求权之理论基础 37

 一、法治国理论 37

 二、尊重人性尊严 42

第二部分 德国民事法定听审请求权之构成

第三章 法定听审请求权主体 55

 一、《德国基本法》上的法定听审请求权人 55

 二、诉讼中的法定听审请求权人 56

第四章 法定听审请求权之基本内容 64

 一、知悉权 64

 二、陈述权 72

 三、审酌请求权 83

 四、突袭性裁判禁止请求权 88

第五章 法定听审请求权之限制——失权 97

 一、失权规定对法定听审请求权之合宪性限制 98

二、误用失权规定对法定听审请求权之侵害	99
第六章 法定听审请求权之民事救济程序	103
一、侵害法定听审请求权裁判之可治愈性	104
二、法定听审请求权侵害之救济	105

第三部分 我国民事法定听审请求权实践之反思

第七章 我国法定听审请求权立法缺失及成因	121
一、我国古代法定听审请求权缺失及成因	121
二、我国法定听审请求权立法缺失之现状与成因	132
第八章 我国确立法定听审请求权之必要性与可行性	139
一、我国确立法定听审请求权之必要性	141
二、我国确立法定听审请求权之可行性	150
第九章 我国法定听审请求权实定法化之宏观构想与制度完善	155
一、《宪法》上法定听审请求权之立法构想	155
二、民事诉讼法上的法定听审请求权立法设计	156
三、我国现行送达制度之检讨与改进	158
四、释明义务之检讨与改进	165
五、证据失权制度之检讨与改进	172
六、心证公开制度之检讨与改进	181
七、当事人申请再审制度之检讨与改进	185
结 语	190
参考文献	192
致 谢	205

引 言

一、选题背景

(一) 我国民事诉讼法改革的需要

法定听审请求权是当事人在诉讼过程中所享有的一项程序基本权利，又是一项复合性诉讼权利，其目的在于保障当事人诉讼主体地位，体现民事诉讼中的法治国家与人权保障的宪法理念，并以法定听审请求权的保障贯穿于整个民事诉讼法和民事诉讼过程。简言之，法定听审请求权一是指权利本身，二是指其在民事诉讼法和民事诉讼过程中的保障。我国虽然在立法上没有明确规定法定听审请求权的概念，但是，法定听审请求权保障的相关理论已有一定程度的研究，从抽象地强调程序保障，走到了稍微具象化的当事人主体论。然而，这类研究都没有从根本上突破法定听审请求权空洞化的弊病。这主要体现为法定听审请求权的体系化研究缺乏、立法上法定听审请求权原则性的缺位。这些缺陷导致了我国民事诉讼法在保障当事人程序主体地位方面的制度改革缺乏宪法理念的具体化和实践性。换言之，法定听审请求权保障并没有成为贯穿和指引相关民事诉讼制度改革的原则，导致我国各项民事诉讼制度缺乏自治性。法定听审请求权作为宪法在民事诉讼中的体现，是民事诉讼现代化的标志。它贯穿于整个民事诉讼法和整个民事诉讼过程，应当成为构建民事诉讼体系的依据。

我国古代实行司法行政合一的司法体制和家长制审理方式，当事人成为被审问的对象，没有机会充分行使辩论权，沦为诉讼的客体。我国现行《宪法》在制定之时，由于受经济不发达、公民的权利意识淡薄、传统的家族主义主导立法观以及理论准备欠缺的影响，仍然没有规定法定听审请求权。我

国现行《民事诉讼法》也没有明确规定法定听审请求权的概念及其救济。法定听审请求权的非实定法化弱化了法定听审请求权的宪法保障和民事诉讼法的保障。对此,法定听审请求权应当纳入宪法和民事诉讼法,成为一种宪法上的程序基本权,成为一项民事诉讼法基本原则,进而成为构建我国民事诉讼法制度体系的依据,并以法定听审请求权保障为完善我国民事诉讼制度的理念并对其进行检讨和改进。

(二) 德国民事法定听审请求权立法和研究的新经验

本书选择了德国民事法定听审请求权作为研究和借鉴的对象,这主要是因为德国关于法定听审请求权的保障和研究具有三个特点:重要性、体系性和代表性。

一是重要性。本书所界定的法定听审请求权是当事人在诉讼过程中所享有的一项程序基本权利。它是由《德国基本法》第103条第1项所规定的一项基本权利,不仅贯穿于各大程序法,而且是民事诉讼法的基本原则。民事诉讼法的重要制度,例如当事人制度、证据制度等,都与法定听审请求权保障密不可分。因此,法定听审请求权的宪法地位决定了法定听审请求权保障的必要性和重要性,而这种必要性和重要性反过来不仅体现在民事诉讼法对之保障的体系化,而且也决定了它成为民事诉讼法学研究的重要课题,有利于推动法定听审请求权研究的体系化。

二是体系性。德国关于法定听审请求权的研究著述丰富而具有体系性,涵盖了从法定听审请求权的理论基础到主体、内容和救济的整套制度设置,并且给德国民事诉讼理论和实践带来了深刻影响。法定听审请求权理论甚至在学理上已经引领着德国民事诉讼法理论的发展。在实务中,宪法法院受理的诉愿案件^①也以侵害当事人法定听审请求权的数量居多,这些不断出现的实践问题也反过来推动了法定听审请求权保障的理论研究和立法完善。尤其是2001年《德国民事诉讼法改革法》最终确立的听审责问程序,为法定听审请求权在本审级中受到的侵害提供了即时救济。这种新的救济方式与原来

^① 诉愿案件,即宪法诉讼案件。

通过上诉和宪法诉愿的方式相结合，使法定听审请求权的保护更加严密。法定听审请求权在民事诉讼法上具有不可忽视的重要地位。

三是代表性。德国民事法定听审请求权的保障和研究全面而细腻，是大陆法系国家对该问题研究的典范，已成为我国台湾地区和日本借鉴的对象。但是，我国台湾地区民事诉讼法学历来致力于对法条规定的解释演绎，文献上较少涉及民事诉讼法和宪法原则之间的关系。只是从20世纪70年代末期以来，才广泛展开诉讼法上关于程序保障法律的研究^①。这类研究在学界、实务界和立法层面都产生了深刻的影响。尽管如此，我国台湾地区就法定听审请求权的实际内容的研究依然不足，并且由于我国台湾地区在法系上归于以德国为代表的大陆法系，我国台湾学者为了民事诉讼法学研究更加具体化，仍然以德国法的发展为借鉴，讨论并还原法定听审请求权在台湾民事诉讼法上应有的定位^②。

日本民事诉讼法也是对《德国民事诉讼法》的移植和改造，但是，它并未赋予法定听审请求权以民事诉讼基本原则的重要地位，也没有为之设置专门的救济方式。其中最主要的原因在于，日本与德国在宪法和民事诉讼法关系上的理解差异，以及两国对法官和当事人关系上的认识差异。日本没有在其宪法上规定法定听审请求权，进而在民事诉讼中保障当事人陈述意见的权利。而《德国基本法》明确规定了保障法定听审请求权，法院也把侵害当事人的法定听审请求权视为损害程序正义；德国通过法定听审请求权保障当事人的程序主体地位，即“法定听审请求权使当事人摆脱诉讼的客体地位，确保其在接受判决的程序中的主体性，它被定位于个人（包括法人）对国家的权利。”^③民事裁判程序被理解为法官对诉讼当事人的公权利。而日本则强调法官的消极性，“在解决纠纷中，法官的作用甚至极端消极，他只关心当事人之间充分进行诉讼活动的程序规范，目的在于赋予裁判程序中诉讼当事人之间交涉过程的连续性。”^④尽管如此，日本学界对引

① 一般认为我国台湾地区学者邱联恭在20世纪70年代末期留学返台后，致力于这类研究，成为我国台湾地区学者在程序保障论研究方面的领军人物。

② 姜世明：《民事程序法之发展与宪法原则》，台北：元照出版社，2003年版，第54页。

③ [日]本间靖规：《手续保障侵害救济》，载上田他著，《效果的权利保护宪法秩序》，法律文化社，1990年，246页。

④ 同上注。

入法定听审请求权展开了积极探讨并予以肯定，但立法和日本最高法院的判例还未作出相应的规定。

综上，德国民事法定听审请求权立法和研究所具有的经验，成为我国借鉴的参照。

二、论题意义

（一）理论意义

第一，本书把法定听审请求权界定为当事人在诉讼系属后至裁判作出之间所享有的一项程序基本权，明确了法定听审请求权与司法裁判请求权的区别，有益于为我国学界提供以裁判请求权、法定听审请求权来界分判决程序的思考，并为法定听审请求权获得民事诉讼法上的保障提供理论依据。

第二，通过对法定听审请求权的主体、内容、限制和救济所进行的体系化研究，为我国民事法定听审请求权体系化研究和它所涉及的相关制度完善提供了参照系。

第三，法定听审请求权的含义分析表明，法定听审请求权既是一项程序基本权，又是一项复合性诉讼权利。法定听审请求权的这种双重属性提供了宪法和民事诉讼法的紧密联系。

第四，法定听审请求权集程序基本权利和程序保障理念为一体的特点，提供了全面保障当事人程序权利的新路径。法定听审请求权作为程序保障理念，可以成为提起宪法抗告的依据；作为程序基本权，也可以获得民事救济程序的保护。传统的民事救济方式是开启民事上诉程序，而新的救济方式是在本审级内部展开听审责问程序，对法定听审请求权侵害及时提供救济。

第五，鉴于我国存在法定听审请求权保障非实定法化、法定听审请求权保障不充分以及关于法定听审请求权的程序保障论和当事人主体论的空洞化的弊端，并基于我国人权入宪对人权保障的要求，我国法定听审请求权应当实定法化，纳入宪法和民事诉讼法。法定听审请求权的宪法化是宪

法完善、强化人权保障、宣示和保障法定听审请求权和确认民事诉讼法的宪法理念的需要；法定听审请求权纳入民事诉讼法是民事诉讼法的宪法理念的具体化、法定听审请求权作为人权保障理念的原则化以及法定听审请求权保障的体系化和法定听审请求权民事救济程序的法定化的要求。因此，法定听审请求权无疑应当成为我国相关诉讼立法和制度改革的核心理念。

（二）论题的实践意义

法定听审请求权蕴含了人权保障理念。我国当前的民事诉讼领域过于强调职权主义诉讼模式，不仅使法官不堪重负，而且影响审判机关的中立形象，而过于强调当事人主义诉讼模式，也容易出现诉讼迟延和诉讼成本增加以至实体不公等缺陷。尤其是在传统的职权主义诉讼模式转变为当事人主义的过程中，在强化当事人的程序保障的同时，当事人权利的保护也遭到了忽视。例如，当事人的举证责任得到强化，原来属于法院承担的收集和调查证据的责任转移给了当事人，由于缺乏相关的制度保障，这实际上在一定程度上弱化了当事人的权利；又如，过度强调法院查明案件的客观真实情况的职责往往容易侵害当事人在诉讼中的处分权，使当事人处于被法院审查的地位；再如，由于法官的素质参差不齐，其释明义务的不当履行有回归职权主义窠臼之虞。总之，如果当事人在案件审理的程序中无法获得充分的机会来提出自己的主张和证据，知悉案件信息和对方当事人的陈述，对案件事实和法律问题表明自己的见解，他就难以切实感受到程序保障和程序的公正，也难以做到“辨法析理，胜败皆服”，案件的处理结果也难以得到社会公众的接受和信任，涉法上访屡见不鲜，司法权威遭到威胁，最高人民法院也因此而深受负累。

因此，有必要在宪法和民事诉讼法上明确规定当事人享有法定听审请求权，改革和设置相关的诉讼制度，例如，实行有效的送达制度、改革和完善法官释明义务、建立并完善证据失权制度、心证公开制度以及当事人申请再审制度。

三、研究视角和方法

(一) 研究视角

法定听审请求权具有双重属性，它既是一项程序基本权，属于宪法学研究的范围；又是一项复合性诉讼权利，属于民事诉讼法学研究的内容。仅从宪法学角度研究，难免失之空泛，因为法定听审请求权最终必须由诉讼程序来实现；反之，仅从民事诉讼法的角度来研究，其所具有的宪法性权利属性则被漠视，其终极的、最高的法源则缺失。因此，本书将对法定听审请求权进行民事诉讼法学和宪法学交叉研究，突出其在宪法性保障下的基本权性质和复合性诉讼权利性质。

(二) 研究方法

1. 宏观与微观的研究方法

本书运用宏观与微观的研究方法，从微观着手，从宏观着眼；前者体现为规范的研究方法，后者体现为规范的研究被置于历史的、比较的、整体的研究方法之下。德国法和中国大陆的法均属大陆法系，而规范的研究方法为大陆法系研究的重要方法，因为大陆法不仅逻辑严谨，而且体系完整。同时，宏观研究的框架又能避免微观的研究所造成的狭隘性和局部性。在此研究方法下，本书从主体、内容、限制和救济诸方面的探讨，对法定听审请求权进行了体系化研究。

2. 历史分析方法

本书运用历史分析方法研究法定听审请求权。通过回溯式的历史叙述，说明法定听审请求权此一问题在诉讼法史上具有不同的意涵，这些不同的意涵受制于历史上不同的人类物质生活，正是如此，从罗马法中的法定听审到《德国基本法》中的法定听审原则，表面上看起来似乎是一个自然的历史演进，实际上却并不是“跬步”累积而成的自然结果。在历史分析方法下，借鉴该制度所需要的前提和条件才得以凸显和清晰。

3. 比较分析方法

缺失来源于比较，优劣是比较的结果，改革是比较的动力。蕴含着人权保障理念的法定听审请求权已属国际法义务，为法治国家宪法所确认和保障；在民事诉讼中属于具有宪法地位的最高程序性权利。这无疑为我国民事诉讼法立法和改革提供了人权保障理念参照模式。

4. 整体分析方法

诉讼制度并非是一个可任意拆卸并加以组装的聚合物，它是一个复杂的体系，从诉讼理念到诉讼基本原则、到法律规范以及司法制度，无疑是具有整体性的，因此，在借鉴法定听审请求权的语境下，须全面地、多维度地考察其与受体的兼容性。本书是在此基础上探讨借鉴法定听审请求权的必然性、可行性以及具体制度设想。

四、本书结构

第一部分德国民事法定听审请求权之历史与理论基础。这是本书研究的起点。

第一章法定听审请求权之意涵与历史。分析了法定听审请求权的性质、在宪法和民事诉讼法上与其他权利或原则的界分及其在其他国家的流变，然后对其历史演变进行考察，旨在说明法定听审请求权的来源及其所具有的程序基本权和复合性诉讼权利的性质。

第二章法定听审请求权之理论基础。指出法治国理论和人性尊严尊重是法定听审请求权所产生的理论依据，旨在阐明法定听审请求权的法治国家原则性和人权保障观。

第二部分德国民事法定听审请求权之构成。这是对法定听审请求权进行的体系化研究，旨在考察以法定听审请求权保障为理念的民事诉讼制度。

第三章法定听审请求权主体。法定听审请求权主体在宪法和民事诉讼法层面加以区分，认为前者具有概括性，后者具有特定性。

第四章法定听审请求权之基本内容。这是本书的重点部分。法定听审请求权包括三个方面的内容，一是受到送达制度保障的知悉权；二是集中体现

当事人程序主体地位的陈述权；三是受法官心证公开制度保障的审酌请求权，其中还包括了受到释明义务和法律讨论义务保障的突袭性裁判禁止请求权。

第五章法定听审请求权之限制——失权。失权制度对法定听审请求权的限制具有合宪性。只有在法官误用失权规则时，法定听审请求权才受到侵害。

第六章法定听审请求权之民事救济程序。法定听审请求权虽然是一项宪法基本权，但是侵害法定听审请求权的裁判可以通过民事法院的上诉和听审责问程序得到治愈。

第三部分我国民事法定听审请求权实践之反思。如何以体现人权保障观的法定听审请求权保障为我国民事诉讼和民事诉讼法的理念，并改进我国民事诉讼相关制度，是本书研究的落脚点。

第七章我国法定听审请求权立法缺失及成因。我国古代传统儒家文化中的家长制抹杀了个人，并导致了当事人不具有程序主体地位，这种状况在我国长期存在。加之国家本位主义和理论研究不足，造成法定听审请求权在立法上缺位。

第八章我国确立法定听审请求权之必要性与可行性。这是解决我国确立法定听审请求权的正当性问题。人权入宪的宪法基础和司法实践的迫切要求等使确立法定听审请求权必要而且可能。

第九章我国法定听审请求权实定法化之宏观构想和诉讼制度完善。法定听审请求权实定法化是法定听审请求权保障作为诉讼中人权保障理念得以正当化的前提，因此，它首先应当得到我国《宪法》确认，然后在我国《民事诉讼法》上确立为基本原则。法定听审请求权对我国相关民事诉讼制度进行整合，涉及送达制度、释明义务、证据失权制度、心证公开制度和民事救济制度。

第一部分

德国民事法定听审请求权之 历史与理论基础

◆ 第一章 法定听审请求权之内涵与历史

◆ 第二章 法定听审请求权之理论基础

第一章

法定听审请求权之意涵与历史

一、德国民事法定听审请求权之意涵

(一) 德国法定听审请求权一般性质

法定听审请求权是德国法上的一个重要而独特的概念。它既是德国宪法上的一项程序基本权，又是德国诉讼法上的一项复合性诉讼权利，同时也是一项诉讼基本原则。《德国基本法》^①第103条第1项明确规定：“任何人在法院面前享有法定听审请求权”（Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör）。按照这一宪法规定，法定听审请求权适用于民事诉讼、刑事诉讼和行政诉讼，并且三大诉讼法都必须遵循法定听审请求权保障原则。本书仅就民事法定听审请求权进行研究。

法定听审请求权是指按照宪法和法律的规定，当事人在民事诉讼过程中，就法院裁判所依据的事实、证据和法律问题，享有请求法院提供充分的陈述意见和主张的机会的权利。它包含了三个方面的内容：一是知悉权（Recht auf Orientierung）。当事人享有请求法院提供充分的诉讼信息的权利。法院应当把一方当事人在诉讼中已经做出的重要陈述和行为通知他方当事人，并赋予当事人阅览卷宗的权利。二是陈述权（Recht auf Äußerung vor Gericht）。

^① 德国现行宪法就是《波恩基本法》（简称《德国基本法》）（Grundgesetz），它是德意志联邦共和国成立时制定的，于1949年5月23日公布，同月25日生效，也称为《德国宪法》（Verfassung）。“基本法”是在当时德意志联邦共和国与德意志民主共和国的分裂状态下无法产生统一的宪法而采用的临时称谓。1990年德国统一后，联邦德意志共和国统一适用该《德国基本法》。

在广泛获得诉讼信息的基础上，当事人有权要求在法院面前进行陈述，尤其是针对事实和法律上所有可能的重要事项进行陈述。陈述权是法定听审请求权的核心内容。三是要求法院履行知悉和审酌义务的请求权。法院应当知悉当事人提出的诉讼材料，并在判决中予以考虑和履行说理的义务（Zur Kenntnisnehmen und in Erwägung ziehen）。法院的知悉和审酌义务被德国联邦宪法法院的判决视为法定听审请求权的“固有核心”。由此可知，德国民事法定听审请求权是宪法所确认的，当事人在诉讼中享有的，以知悉权、陈述权和法院审酌义务履行请求权为内容的一项复合性诉讼权利。现行《德国民事诉讼法》第136条第3款、第139条、第283条、第285条、第335条第1款第3项、第4项以及第1042条第1款第2项都是法定听审请求权的相关规定。

法定听审请求权是《德国基本法》赋予公民的一项基本权，在基本权的发展历史中，它还获得了《欧洲人权公约》第6条基本保障的地位。法定听审请求权既是一项基本权利，又是一种基本权利保障的手段或者价值秩序、原则，具有权利和权利保障的双重特点。这是由德国宪法基本权利规范的特点所决定的。在德国的宪法理论中，基本权利具有“主观权利”与“客观法”的双重性质。在“个人得向国家主张”的意义上，基本权利是一种“主观权利”。主观权利的核心内容是排除国家权力侵害的防御权，又称为主观防御权。同时，基本权利又是德国基本法所确立的“客观价值秩序”，是国家机关在行使公权力时必须遵守和贯彻的原则，即国家机关具有保障基本权利的义务。因而基本权利又是直接约束公权力的“客观规范”或者“客观法”，或者原则。^①基本权利的核心是人格尊严，依据基本权利规范双重性质理论，德国的基本权利保障体系调整着国家权力乃至整个社会生活。

法定听审请求权是一项程序基本权。程序基本权是德国法上的概念，它是指宪法所确认的当事人诉讼权利的总和。程序基本权与实体基本权是一对相对应的概念。前者旨在保障当事人在诉讼中的地位，后者旨在保障个人在

^① [德] Robert Alexy: “作为主观权利与客观规范之基本权”，程明修译，《宪政时代》，1999年第24卷第4期。

人格上无限发展的可能性。程序基本权只存在于诉讼之中，对于当事人的诉讼地位十分重要。如果各项程序权利得不到法律保障，则遑论所有实体权利的实现。^① 因此，程序基本权是保障给当事人提供没有程序瑕疵的裁判的权利。按照德国联邦宪法法院的解释，《德国基本法》规定的程序基本权大致分为诉讼告知请求权、法定听审请求权、有效的权利保护请求权和公正程序请求权，而德国法定听审请求权包含了诉讼告知请求权。按照德国联邦宪法法院对《德国基本法》第103条第1项规定的法定听审请求权的解释，法院在知悉涉诉人员和需要告知的人员时，有义务让诉讼所直接涉及的人员知悉诉讼已经系属。^② 因此，法定听审请求权与有效的权利保护请求权和公正程序请求权构成了《德国基本法》上最主要的程序基本权。

法定听审请求权称为“诉讼基本权或者程序基本权”，其目的在于强调诉讼保障的特点。这种保障不仅仅限于公民对国家权力享有防卫权，而且也含有当事人参与程序并发挥有效作用的意义。据此，那种认为法定听审请求权是一项相当于基本权的权利（ein grundrechtsgleiches Recht）的观点，即认为法定听审请求权是一项具有类似于基本权性质的程序性宪法请求权或者基于人性尊严的基本权，^③ 或者认为法定听审请求权是一种确保实体基本权的程序性辅助基本权的观点，^④ 都忽略了法定听审请求权所具有的人性尊严的尊重和法治国家原则的理论基础。不仅如此，把法定听审请求权仅仅视为一种“辅助的基本权”的观点，还忽视了法定听审请求权作为人权而受到保障的宪法地位，误解了诉讼权利的自身价值。

法定听审请求权也是一项复合性诉讼权利。“复合”是指“结合在一起”，而法定听审请求权作为诉讼权利的结合体，并非各项诉讼权利简单的

① [德] 卡尔海因茨施瓦布，埃郎根/彼得·戈特瓦尔特，雷根斯堡，“宪法与民事诉讼”，载 [德] 米夏埃尔·施蒂尔纳主编：《德国民事诉讼法学文萃》，赵秀举译，北京：中国政法大学出版社，2005年版，第170页。

② BVerfGE 60. 7.

③ Kurth, Das rechtliche Gehör im Verfahren nach der Zivilprozeßordnung, 1964, S. 47ff. m. w. N.

④ Mauder, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, seine Stellung im System der Grundrechte und seine Auswirkung auf die Abgrenzungsproblematik zwischen Verfassung- und Fachgerichtsbarkeit, München 1986, S10.

“跬步”累积，而是种依次递进的有序结合，包括知悉权、陈述权、审酌请求权和突袭性裁判禁止请求权，并且基于其程序基本权的性质，法定听审请求权可以通过提起宪法抗告而获得保护，因此，它是诉讼中的一项真正的程序基本权。

法定听审请求权既是一项宪法上的程序基本权利，也是一种法律原则。这对程序法解释论影响甚巨，尤其对于程序法规定的合宪性解释原则具有重要的指导功能。^①在程序法规定有漏洞时，德国法院可以直接适用《德国基本法》第103条第1项关于法定听审请求权的规定。例如，德国法院根据该项规定，应当保障诉讼中的无诉讼行为能力人的法定听审请求权；如果程序法规范无漏洞时，该条款则只对程序法解释发生作用与影响，而不直接适用。宪法规定的法定听审请求权固然是确保裁判公正与正确的客观程序原则，但与此同时，在法院违反该原则时，亦赋予权利受侵害者以救济权利，其中有程序法层次上的救济程序，亦有属于宪法层次的救济。^②

法定听审请求权是宪法所确认的程序法基本原则。^③法定听审请求权是一个基于维护人性尊严的法治国要求，它同时具有主观权利与程序法客观原则的性质，是一种程序性基本权，是《德国基本法》法秩序的基础，并且应被视为人权。^④法定听审请求权作为一项程序原则，体现在它贯穿于法院程序始终，不存在适用的例外情形。尤其在德国，法定听审请求权理论不仅已经成为诉讼法理论的主导，而且在实务中也得到适用和保障，在民事诉讼法学上占据了极其重要的地位。

目前，德国法上的“法定听审请求权”具有名称的多样性和含义的一致性的特点。现行《德国基本法》第103条虽然明确规定：“任何人在法院面前享有法定听审请求权”，但在理论和实务上，并不排斥使用“法定听审原

^① Wassermann, Zur Bedeutung, zum Inhalt und zum Umfang des Rechts auf Gehör, DRiZ 1984, 426.

^② Keidel, Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs im Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1964, S. 35ff.

^③ Musielak, Grundkurs ZPO, 4. Aufl. 1998. Rdn 93.

^④ Wassermann, Zur Bedeutung, zum Inhalt und zum Umfang des Rechts auf Gehör, DRiZ 1984, 425.

则”一词。^①“法定听审请求权”“法定听审原则”和“法定听审”通常混用，虽然在文字上表述不同，三者的含义则是一致的。这与《德国基本法》第103条第1项规定的法定听审请求权的历史发展有关。“法定听审”作为一项古老的司法原则，是诉讼本身所具有的内在性，并且深深植根于德国人民的法律意识，在资产阶级的宪法运动中最终被纳入了宪法，受到宪法保障。“法定听审请求权”是宪法所确定的一项程序基本权，同时，它在诉讼法上被确立为法定听审原则，对法定听审请求权予以保障，法定听审原则的核心无疑就是法定听审请求权。现代意义上的“法定听审原则”一词出现在帝国法院时期。帝国法院把法定听审称为“原则”的原因在于，法定听审不仅被认为具有一般性，而且显示其具有法律评价的含义，特别显示出帝国法院对法定听审于法院程序的重要性的认识。^②尤其在1949年《德国基本法》施行后，“法定听审原则”一词得以推广，不仅在宪法层面上，而且在程序法层面上也被广泛使用，并且其重要性亦得到极大地强调。“法定听审原则”被称为“民事诉讼法的通用原则”^③“整个民事诉讼法的支柱”^④或者“诉讼法的基本思想”^⑤。可见，法定听审被视为一般的程序法原则，同时也是最高原则之一，并构成法治国程序法的重要组成部分。在德国实务界，“法定听审请求权”这一称谓的使用则立足于权利人的权利保障。一方面，它强调法定听审对当事人的保护功能；另一方面，它明确了法院应当受当事人的法定听审请求权的拘束，承担保障当事人的法定听审的义务。

（二）德国民事法定听审请求权与其他权利或原则之关系

1. 与宪法上的司法裁判请求权与公正程序请求权之关系

法定听审请求权的目的在于保障诉讼中个人自由权，这决定了其作为宪

^① Schumann, Die Wahrung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs-Dauerauftrag für das BVerfGE, NJW 1985, 1134.

^② Kenneweg, Darstellung und kritische Würdigung der Rechtsprechung zum Grundsatz des rechtlichen Gehörs unter besonderer Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Gesichtspunkte, 1967, S14.

^③ BayObLG 1951, 16, 18.

^④ OLG Nürnberg MDR 57, 45, 46.

^⑤ OLG Köln NJW 52, 1191.