



厦门大学法学院诉讼法学系列 >>> 第2辑

Access to Justice

总主编 齐树洁

程序正义与司法改革

Procedural Justice & Judicial Reform

齐树洁 著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

出版说明

厦门大学法律系(现为法学院)创办于1926年,其后几经坎坷,历尽艰辛。自1979年复办以来,法学院在重视提高诉讼法学教学质量的同时,始终密切关注并积极参与我国诉讼法律制度的建设及诉讼法学学科的发展。近十年来,法学院教师出版、发表了许多专著、教材和学术论文,内容涉及民事诉讼、刑事诉讼、行政诉讼、海事诉讼、仲裁制度、破产制度、海峡两岸诉讼制度比较以及司法改革等方面,在法学界产生了较大影响。1999年,经国务院学位办批准,厦门大学开始招收诉讼法专业硕士研究生。2001年5月,为适应诉讼法教学和科研的需要,提升学术研究水准,促进诉讼法学学科的发展,并为我国正在进行的司法改革摇旗呐喊,尽一点绵薄之力,我发起编写“厦门大学法学院诉讼法学系列”。受20世纪90年代英国民事司法改革的启示,我们将本丛书的主题确定为“接近正义”(Access to Justice)。

本系列第一辑以民事诉讼法为主题,包括《民事程序法》、《民事司法改革研究》、《民事证据法专论》、《仲裁法新论》、《英国证据法》、《ADR原理与实务》、《强制执行法》、《破产法研究》共8种,已于2004年6月全部出齐。前5种书已先后重印或再版,后3种书将于2005年初重印或再版。这套书的出版,在法学界引起了较大反响,受到了专家和读者的好评,并被多所法律院校采用作为教材。2002年9月,英国文化委员会和驻华大使馆发来贺信,对《英国证据法》的出版表示祝贺并予以高度评价。2003年,《仲裁法新论》获得厦门市第五次社会科学优秀成果二等奖,《英国证据法》获得福建省第五届社会科学优秀成果三等奖。

第二辑将在继承第一辑写作风格的基础上,有所发展和创新。为适应我国司法改革的新形势,这一辑将以司法制度及其改革为主题,计划出8种,包括:《程序正义与司法改革》、《公证制度新论》、《环境纠纷解决机制研究》、《民事审前程序》、《英国司法制度》、《美国司法制度》、《德国司法制度》、《台港澳民事诉讼制度》,预计在三年内出齐。

《程序正义与司法改革》作为本丛书第二辑的第一册,收入作者在1997—2004年间所撰写的有关程序正义的理念、司法制度的改革与完善的部分论文。本书内容涉及民事诉讼、证据制度、强制执行、仲裁、ADR的理论实务,以及司

法改革的本土实践与域外经验,从中可以看出作者在这一领域所进行的粗浅的探索与思考。

本丛书的出版得到了厦门大学法学院、厦门大学出版社、泉州市公证处、厦门仲裁委员会、厦门市环境保护局领导的鼓励、支持和帮助,在此一并表示衷心的感谢。

尽管作了很大的努力,但由于我们的学识和能力所限,本丛书的不足之处在所难免,恳请专家、读者批评指正。

齐树洁 谨识

2004年10月18日

于厦门大学法学院

目 录 CONTENTS

第一编 民事程序

1. 民事程序法的意义—1
2. 完善我国强制执行法若干问题的探讨—17
3. 完善我国破产程序的若干问题—29
4. 台湾地区人事诉讼程序评析—37
5. 海峡两岸仲裁法律制度比较研究—45
6. 香港 1996 年仲裁条例述评—56
7. 中美民事诉讼当事人制度比较研究—62
8. 台湾地区民事诉讼当事人制度述评—112
9. 台湾地区法院调解制度的最新发展—121
10. 江苏轻纺公司诉香港裕亿公司等侵权纠纷上诉案评析—128
11. 纠纷解决机制的演变与 ADR 的发展—142
12. 台湾地区民事简易程序述评—155
13. 执行拍卖之法理分析—169
14. 中、美、德民事审前程序比较研究—174

第二编 证据制度

15. 民事审判方式改革对我国证据制度的影响—202
16. 完善我国民事证人制度的思考—211
17. 当事人陈述制度若干问题新探—223
18. 证据法中的推定问题研究—233
19. 民事诉讼中的证据调查—255
20. 英国证据法中的特权规则述评—270
21. 英国司法改革与证据制度的发展—296
22. 证据制度的改革任重而道远—314

第三编 司法改革

23. 民事司法改革:一个比较法的考察—323
 24. 民事审判方式改革与错案追究制—359
 25. 接近正义:英国民事司法改革述评—374
 26. 英国《1998年民事诉讼规则》述评—399
 27. 德国民事司法改革及其借鉴意义—418
 28. 英、德民事上诉制度改革述评—431
 29. 英、德民事司法改革对我国的启示—453
 30. 我国民事上诉制度若干缺陷之法理分析—461
 31. 民事上诉权的保护与限制—470
 32. 我国民事上诉制度的改革与完善—502
- 附录 未收入本书的文章目录(1997—2004)—524
- 后记—526

第二编

证据制度

15. 民事审判方式改革对我国
证据制度的影响

改革开放以来,我国公民的法律意识不断增强,社会经济持续发展,传统体制的变革导致民事法律关系趋向于复杂化、多样化,促成了民事(经济)案件数量的大幅度增长。统计数字表明,1986年全国法院受理一审民事案件 989000 件,经济纠纷案件 322000 件;^①十年后的 1996 年,全国法院受理一审民事案件 3083388 件,经济纠纷案件 1500647 件。^②由于传统的审理民事案件的方式陈旧,周期过长,效率低下,造成法院承受的案件压力越来越大。与此同时,我国法官队伍的数量增长却极其缓慢;按机构改革的要求,今后增长的可能性更是微乎其微。在这种形势下,如何既提高审判效率又保证办案质量并实现两者的最佳结合,便成为一个具有时代性的紧迫任务。民事审判方式的改革在上述背景下作为一种探索应运而生。

我国民事审判方式改革在实践上始于 20 世纪 80 年代末,当时全国法院陆续开展了“强调当事人举证责任”的讨论并在部分法院进行了试点。1994 年,最高人民法院咨询委员会召开“研讨审判方式改革座谈会”,揭开了从理论上系统探讨民事审判方式改革的序幕。此后,关于庭审方式改革、举证责任分配、民事诉讼辩论原则、民事诉讼程序保障等方面的理论文章频频见诸法学刊物。1996 年 7 月,最高人民法院召开全国法院审判方式改革会议,决定全面推广前几年积累的审改工作经验。审判方式改革的全面铺开,实际上是积累到一定程度的理论探索对司法实践的一种深层次的触动和推动。可以这么说,法官数量与日渐繁重的民事审判任务不相匹配——追求民事审判效率的提高——民事庭审方式及原则的改革——民事审判改革,正是我国民事审判方式改革孕育和深入的过

① 见《最高人民法院公报》1987 年第 2 期,第 7 页。

② 见《最高人民法院公报》1997 年第 2 期,第 56 页。

程。还应当认识到,由于民事审判改革追求的目标从本质上说是逐渐提高民主的水准,充分调动发挥当事人的主动性与积极性,减弱人治、增强法治、强化透明度,实现彻底的、真正的公开、公平、公正,让“胜诉者堂堂正正,败诉者明明白白,旁听者清清楚楚”,^①所以,民事审判方式改革必定不可能拘泥于自身的框框,它将不可避免地推动审判制度改革、诉讼制度改革乃至整个司法制度的改革,同时带来深层次上法官、当事人、诉讼参与人司法意识的变化。而作为诉讼制度的核心,我国证据制度也正受到民事审判方式改革越来越强有力的影响。本文拟从证据合法性、举证责任分担、审查判断证据、认定案件事实等方面作一些分析,并从建设性的角度对如何完善我国证据制度提出若干建议。

一、关于证据“合法性”之探讨

本文所指的“合法性”,主要是指程序上的合法性。证据的收集、调查、提供应符合法律规定,这是毋庸置疑的。英美法系国家证据法中的排除规则(Exclusionary Rule),即“以非法手段取得的证据资料必须排除在法庭审理之外”^②,值得我国借鉴。但何为非法手段?当事人以何种方式获取的证据方为有效?我国法律未对此作出明确、具体的规定。

(一)非法手段的认定

我国《刑事诉讼法》第43条规定:“审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序,收集……各种证据。严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据。”笔者以为,该规定对非法手段的认定同样适用于民事诉讼中当事人及其诉讼代理人自行收集证据和人民法院调查收集证据的行为。但不难看出的是,上述规定更趋向于对“非法手段”内涵的界定。为便于实际操作,对“非法手段”的具体形式或其外延进行规定的任务,应由司法解释来完成。最高人民法院法复(1995)2号批复认定,秘密录音属不合法行为。^③也就是说,即使秘密录音的内容真实、无伪造,若非得到对方承认,该录音资料不得作为认定案件事实的依据。究其主要动因,当是一种“非法推定”,即凡秘密录音资料,皆有

① 田平安:《民事审判改革探略》,载《现代法学》1996年第4期。

② 参见美国《布莱克法律词典》的解释:This rule commands that where evidence has been obtained in violation of the privileges guaranteed by the U. S. Constitution, the evidence must be excluded at the trial. See *Black's Law Dictionary*, West Publishing Co., 1979, p. 506.

③ 该批复如下:证据的取得必须合法,只有经过合法途径取得的证据才能作为定案的根据。未经对方当事人同意私自录制其谈话,系不合法行为,以这种手段取得的录音资料,不得作为证据使用。见《最高人民法院公报》1995年第2期,第65页。

以威胁、引诱或欺骗取得之嫌,故依法不予认定。这对于督促当事人及其诉讼代理人以合法手段收集证据、杜绝滥用民事诉讼权利侵犯公民的正当权利(如隐私权)有着重要意义。从宪法的理论来看,民事诉讼法的一个重要功能便是实现和保护宪法明确规定的自由权、财产权、平等权、生存权、隐私权等基本权利。^①鉴于此,笔者以为,在推行以强调当事人举证责任为特征的民事审判方式改革的形势下,最高人民法院应通过司法解释将那些有侵犯公民上述基本权利之嫌的收集证据手段界定为非法手段,以全面保护公民权益。在这方面,美国《联邦民事诉讼规则》第26条规定了秘密特权原则和诉讼资料原则,其对证据开示范围作出的限制可供借鉴。

在美国,秘密特权(privilege)或非开示特权的设置旨在“防止强制开示私人间的秘密通信,促进特定关系之下的个人之间的自由通信,以维护彼此的信任”,其范围大致包括律师与当事人之间的秘密特权;夫妇之间的秘密特权;医生与患者、神职人员与忏悔者之间的秘密特权;会计师与委托人之间的秘密特权;贸易秘密特权;公务情报的秘密特权;自己评价的秘密特权及其他秘密特权等。其中,律师与当事人之间的秘密特权几乎为各州法院认定,其他特权的认定则因州而异。此外,对于当事人及其律师为了诉讼而准备的资料,为促进展开准备充分的诉讼活动,防止一方当事人坐享他人成果,亦可附条件认可其秘密特权,不过应符合一定条件。^②美国民事诉讼规则之所以作上述限制性规定,是因为立法者认为开示秘密及诉讼资料的所得利益不及于所造成的危害。尤其是秘密特权原则对于维护公民隐私权有很大的作用,它折射出“公民隐私至上”的理念,这对我们有不少启示。由此,本着全面保护公民基本权利的原则,建议最高人民法院在司法解释中对非法收集证据的手段作较具体的规定,如擅自开拆他人信件或阅读他人日记获取信息、未经同意复制他人资料获取信息、在他人住宅内安装微型录像机进行秘密录像、窃听他人谈话并作记录、秘密跟踪他人并拍摄照片等等。

(二)当事人的合法取证方式

我国《民事诉讼法》第64条第1款规定:“当事人对自己提出的主张,有责任提供证据。”该条同时还规定了人民法院调查收集证据的制度,但未进一步对当事人及其诉讼代理人收集证据的方法、手段加以明确规定。随着民事审判方式改革的深化和发展,一方面将导致当事人举证责任的加重,另一方面也对明确规定当事人的合法取证方式提出了要求。就取证方式而言,美国证据开示制度规

^① 江伟等:《1995年民事诉讼法学研究的回顾与展望》,载《法学家》1996年第1期。

^② 刘荣军:《美国民事诉讼的证据开示制度及其对中国的影响》,载梁慧星主编:《民商法论丛》第5卷,法律出版社1996年版。

定了以下证据开示方法即当事人获取与案件有关情报的方式,可供参考:(1)录取证言(depositions),即经一方当事人提起,在双方当事人及其律师在场的情况下,由官员让证人宣誓以后从该证人处录取证据的方法;(2)质询书(interrogatories),即由一方当事人以书面形式质询对方当事人,被质询的对方必须以书面作真实回答的方法;(3)要求提出文书及其他证据(request for production of documents and other things),即一方当事人要求对方当事人及诉外第三人提交他们所有或控制下的文书及其他有体物的方法;(4)自白要求(requests for admissions),即一方当事人要求对方当事人就案件事实、文书的成立与否、主张以及适用法律的意见等表明态度的方法;(5)身体及精神检查(physical and mental examinations),即一方当事人要求对对方当事人或由该当事人保护和进行法律控制下的人进行身体或精神检查的方法。上述开示方法是美国民事诉讼实行彻底当事人主义的体现之一,虽然未必对各国都有借鉴意义,但不可否认的是,它有利于沟通双方当事人的联系,使双方在相互理解的基础上心平气和地阐述自己的观点。笔者以为,上述五种方法中除“身体及精神检查”因涉及相关人员的人身权和隐私权,须具备正当理由并且由法院指定检查进行,故实质上为法院依职权取证的范畴外,其余四种因均可不经法院许可在当事人与被开示对象之间以书面形式进行,属于当事人自由行使取证权利的范畴,所以完全可为我国的当事人合法取证制度所借鉴。

二、对举证责任分担制度的影响

举证责任在民事证据制度中乃至民事诉讼制度中占据着十分重要的地位。进而言之,举证责任分担又堪称举证责任的核心。在古罗马民事诉讼中,承审员为了对案件进行审理裁决,必须解决的首要问题是:当作为裁判基础的重要案件事实发生争议时,应由哪一方当事人首先提供证明。时至今日,关于举证责任分担的研究依然经久不衰。民事审判方式改革既然追求诉讼效益与司法公正的最佳结合,就必定对举证责任分担提出以下问题:如何强调和保证当事人履行举证责任,如何完善法院调查收集证据制度。

(一)强调和保证当事人履行举证责任

古罗马法学家为举证责任分担确立了两条原则:一是“原告有举证的义务,原告不尽举证责任时,应为被告胜诉的裁判”。二是“主张的人有证明的义务,否定的人没有证明的义务”。^①按罗马法的规定,谁要获得审判保护,谁就要加以

^① 王锡三:《资产阶级国家民事诉讼法要论》,西南政法学院 1986 年印行,第 254~255 页。

证明。我国民事诉讼法亦承认“谁主张谁举证”的原则,但在司法实践中,这一原则却未得到很好的贯彻,如法院包揽调查、当事人怠于举证或举证不及时等等,这种状况既造成诉讼拖延、案件积压,从而影响诉讼效率,又不利于促使当事人积极、充分地提交证据供法官全面审核、衡量并据此作出判决,从而影响诉讼公正。我们认为,要革除这种弊端,应从以下几方面着手:

第一,强化当事人的举证意识,调动当事人的举证积极性。诉讼的中心环节是充分调动当事人的积极性,促成诉讼法律关系主体及时正确地为诉讼行为。为此,在实践中可在立案时向当事人发出举证通知书,督促其举证;可依照最高人民法院《关于适用民事诉讼法若干问题的意见》(下称《意见》)第71条的规定完善证据登记制度,对当事人提交的证据出具收据,注明证据名称、收到时间,以此提高当事人对证据材料重要性的认识,可参照某些法院(如北京市海淀区人民法院)的做法建立完善证据交换制度,通过交换证据提高当事人举证的积极性和针对性,增强案件审理的透明度。

第二,为当事人取证、举证提供切实保障。首先,法律除赋予当事人及其诉讼代理人收集证据的权利外,还应具体地规定其合法取证手段,这在前面已作过阐述。其次,积极为当事人举证提供指导。我国有不少公民文化素质低,法律素质也低,故为保证他们充分行使诉讼权利,实现对案件的公正审理,有必要对他们进行指导。具体做法是,立案后向双方当事人发送举证指导书如《当事人举证须知》、《当事人举证索引》。实践中,一些法院将民事案件具体分为婚姻家庭案件、房屋案件、继承案件、债务案件、民事赔偿案件、土地案件等,并根据不同案件的特点分别列出诉讼证据要点以引导当事人正确举证,这种做法很值得推广。

第三,完善举证时效制度,明确规定不及时举证的法律后果。“在设计诉讼程序和确定诉讼程序的具体内容时,公平正义虽然是需要优先考虑的价值目标,但过分强调这一目标而完全忽略诉讼节约的要求,则是违背诉讼自身规律的。诉讼制度的历史发展表明,自从理性的阳光驱散了笼罩着诉讼领域愚昧与专制的黑雾,诉讼程序的公平正义与简便迅速就始终成为各国法律工作者追求的目标。”^①可以说,诉讼效益与诉讼公正是辩证统一的,没有公正的效益不是真正的诉讼效益,同样,没有效益的公正也不是真正的诉讼公正。因此,完善举证时效制度、促使当事人及时提供证据就显得尤为必要。《意见》第76条规定:“人民法院对当事人一时不能提交证据的,应根据具体情况,指定其在合理期限内提交。当事人在指定期限内提交确有困难的,应在指定期限届满之前向人民法院申请延期,延长的期限由人民法院决定。”这可以说是举证时效制度的雏形。实践中,由于“指定期限”不明确,各地法院操作起来较为混乱,故建议最高人民法院结合

^① 李浩:《民事举证责任研究》,前言,中国政法大学出版社1993年版。

案件类型、证据种类、收集证据的难度等因素对举证期限和延长期限作出明确规定,以构筑起我国较为完善的举证时效制度。为保证举证时效制度的有效实行,实现诉讼效益,维护审判权威,法律应对当事人不及时履行义务的行为设定明确的法律后果。在我国,越来越多的学者赞同举证责任的性质是“败诉的危险负担”的观点。^①为了使当事人充分认识不及时举证的“危险”,加强当事人的举证时效意识,我们认为可视实际情况规定:一是审理中发现证据不足,则可立即休庭并向该方当事人发出限期补充举证通知书,告知补充举证的内容、期限及逾期不能补充证据的法律后果(一般为败诉);二是判决生效后当事人又向法院举出新证据。对此应规定若时间超过两年,则依照民事诉讼法第182条规定驳回申诉,同时告知其亦不得另行起诉,以保障通过正当程序形成并生效的判决的实质性效力,维护国家审判之尊严;若时间未超过两年,则因再审不能改变已生效的正确判决,故可在驳回申诉的同时告知该当事人可持新的证据另行起诉。

(二)完善人民法院调查收集证据制度,正确处理法院取证与当事人举证的关系

我国民事诉讼法第64条第2款规定:“当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据,或者人民法院认为审理案件需要的证据,人民法院应当调查收集。”《意见》第73条详细地规定了法院负责调查收集的四种证据:当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的;法院认为需要鉴定、勘验的;当事人提供的证据互相矛盾、无法认定的;法院认为应由自己收集的其他证据。这些规定构成了颇具中国特色的法院调查收集证据制度,它对于援助因客观条件限制无法行使取证权的“弱者”,充实民事诉讼对公民权利的救济,进而实现诉讼结果的公正无疑具有重要的意义。不过,为在实践中更方便地操作这一制度,充分发挥其作用,我们认为应对法院调查收集证据的范围、实施人员、程序作明确具体的规定:(1)调查收集证据的范围。对此,可根据民事诉讼法第64条第2款及《意见》第73条规定的精神作如下界定:涉及国家秘密、商业秘密、有关人员隐私的证据;当事人所提供的证据相互矛盾而又是认定案件事实所必须的证据;需由法院鉴定、勘验的实物、现场等等。需要指出的是,上述证据亦须在法庭上出示并由当事人互相质证后,方能作为认定案件事实的证据。(2)调查收集证据的实施人员。鉴于“自己不能充当自己的法官”,考虑到此后认证环节的畅通,案件承办人员不应被赋予这一权利。可以考虑在法院内设立专门的调查取证机构,承担调查收集证据的任务。(3)调查收集证据的程序。就依当事人申请法院取证而言,当事人应提交关于请求法院查证的申请书,向法院阐明申请查证事项,不能自行取证的原因、查证线索等。

^① 章武生主编:《民事诉讼法新论》,法律出版社1993年版,第198页。

三、对审查判断证据、认定案件事实原则的影响

“以事实为根据,以法律为准绳”一直是我国司法机关办理刑事、民事、行政案件时遵循的基本原则。长期以来,由于我国证据制度赖以建立的理论基础是辩证唯物主义认识论,所以证据学界的一种普遍观点是:在诉讼中必须查明案件的客观事实,司法人员对案件事实的认定,主观认识必须符合客观实际。^①然而,在审判方式改革中,这种传统的观点、原则已受到挑战。笔者以为,为推进民事审判方式改革,下列新的思路应受到重视。

(一)追求法律事实与客观事实的基本吻合,但当两者不相吻合时,视实际情况灵活处理

客观事实指事物的实际情况;而法律事实是指审判人员根据掌握的证据,依照法律规定确定的事实,亦称“证据所证明的事实”。追求两者的基本吻合,依照证据准确地查明案件的客观情况,应当是我国证据制度努力的目标,也是维护法律尊严、保障当事人合法权益的需要。然而,由于人们对客观事物的认识能力不可避免地受到客观条件的制约,而且案件事实具有不可重现性,所以正如有些学者指出的,两者的辩证关系是:并非所有客观真实都能成为定案的案件事实,并非所有定案的案件事实都为客观真实。这些学者还列举了三条理由:当事人承认的案件事实不一定是客观真实,运用推定认定的案件事实并不等同于客观真实,审判结果不能避讳事实真伪不明的状态。^②那么,当两者不相吻合时,法院应作何处理?我们以为应具体分析。一种情况是当事人提出新的确实充分的证据支持客观事实,则原先在无该证据的情况下认定的“法律事实”可被推翻。如假定乙曾向甲借款1万元并出具了借条,后甲向法院起诉乙,请求判令乙偿还欠款1万元,但未能提交有关证据(借条),乙亦不承认借款事实,一、二审法院据此均判决甲败诉;但二审判决生效一年后,甲在搬家时发现了该借条,遂向二审法院申请再审,则此时应让甲持借条另行起诉,由法院另行判决甲胜诉。另一种情况是当事人未能提供确实充分的证据支持客观事实,则客观事实不能推翻“法律事实”。如假定甲曾向乙借款1万元,偿还时未收回借条,后乙持该借条向法院起诉,请求法院判令甲偿还借款,甲辩称已偿还,但举不出证据,显然,甲主张的还款“客观事实”不能推翻乙凭所持借条主张的借款未还之“法律事实”。

论及此处,就不可避免地涉及错案标准的重新界定问题。鉴于上述情况,我

^① 陈一云主编:《证据学》,中国人民大学出版社1991年版,第114页。

^② 陈响荣等:《诉讼效益与证明要求——论在民事诉讼中应确立高度盖然性原则》,载《法学研究》1995年第1期。

们认为,“忠于事实真相”固然是审判人员的神圣职责,但并非凡判决不符客观事实者皆为错案。法官在双方举证、辩论的基础上充分考虑举证、辩论的结果而作出的判决,即使与客观事实不相符合,不得认为是错案。因为如以错案追究之,则将使法官为一味地探求客观真实,不敢及时判决,从而造成讼累,最终亦不利于当事人权利的保护。该标准的认定,可以从“既判力的程序保障”说中找到理论基础,该学说认为,“既判力的根据的另一个侧面应该是在得到公正保障的程序中,让双方当事人基于程序提供的对等的各种权利和手段进行实质和有效的主张和辩论。如果当事人怠慢利用赋予的权利和手段,没有进行充分的主张和辩论而败诉,应该对此负起责任”。^① 判决生效后,如果出现了新情况足以推翻原来认定的“法律事实”,如当事人提交了新发现的证据、公证书被撤销等,则可另行处理,原案亦不得认为是错案,以维护审判权威。

(二)确立“高度盖然性”的证明原则

“在民事诉讼中,经济主体将纠纷的解决视为交易关系的延续,其目的是通过法院使自己的合法正当利益尽快地最大限度地回归,使之更好地投入于市场领域,获取效益……因此,民事诉讼法的任务将保护当事人的合法权益作为首要目标。”^②在市场经济条件下,由于消除了法院对案件客观真实的盲目追求,高度盖然性原则便被提出来并运用于民事诉讼实践中。关于这一原则的内容、适用情况及适用方法、作用,许多学者已作过较为充分的论证,在此不再赘述。我们认为有必要指出的是,高度盖然性原则在某种意义上实现了诉讼效益与诉讼公正的有机结合,因为诉讼公正包括实体上的公正和程序上的公正,如果一味地追求实体公正即客观真实,则导致诉讼时间拖延,对双方当事人尤其是不想为诉讼消耗过多的财力、物力、人力者而言,必将造成程序上的不公正。正是从这个意义上说,高度盖然性原则起到了连接两者的“桥梁”作用,故理应受到更多的重视。

(三)合理运用自由心证原则

自由心证制度是指对于证据的取舍和证明力的大小,以及案件事实的认定,均由法官根据自己的良心、理性自由判断、形成确信的一种证据制度,其支柱是抽象的理性和抽象的良心,中心是“自由”,即法官根据理性和良心自由判断,在内心达到真诚确信的程。长期以来,我国学者普遍对其采取批判态度,认为其以主观唯心主义为思想基础,以“内心确信”的理性状态为判断证据的依据,因而

^① 江伟、刘荣军:《民事诉讼程序保障的制度基础》,载《中国法学》1997年第3期。

^② 陈响荣等:《诉讼效益与证明要求——论在民事诉讼中应确立高度盖然性原则》,载《法学研究》1995年第1期。

违背了客观规律,不能提供发现案件客观真实的保证。^① 我们认为,在大力推进民事审判方式改革的今天,传统的观念应予扭转,自由心证不应再被认为是“实事求是”原则的对立体,其合理之处应为我国的证据制度所借鉴。首先,庭审制度改革带来“对抗制”(或称“辩论制”)庭审模式的推广。对抗制所描绘的一幅画面是,诉讼双方积极提出证据支持自己的主张,同时反驳对方的证据,而法官(及陪审团)虽主持庭审,但只扮演消极听证的角色。当言词辩论终结时,在诉讼上就表现为一切证据的证据力的总结算,这就要求法官“其心如秤,以双方当事人之证据分置于左右之秤盘并从而权衡何者具有较大之重量”。^② 这实际上对合理运用自由心证提出了要求。在我国,《民事诉讼法》第71条第1款规定:“人民法院对当事人的陈述,应当结合本案的其他证据,审查确定能否作为认定事实的根据。”台湾学者杨建华认为此规定实质上蕴含着自由心证的原则。^③ 由此可见,自由心证在我国的民事诉讼制度中完全可找到生存的土壤,并将体现出其特有的价值。其次,我国司法实践已运用自由心证主义成功地审结了一些典型民事案件,并在社会上和法学理论界取得良好的反响。例如,四川省新津县人民法院审结的(1995)新民初字第294号舒易平诉蓝剑集团公司产品责任损害赔偿案,法庭对该案事实的认定被认为是“闪耀着自由心证主义的光芒”。这就从实践的角度论证了自由心证的可行性。但是,何为合理运用?它要求法官“一要公平,即对无论哪一方提交的、对哪一方有利的证据,都应给予相同的注意而不能有任何偏私和陈见;二要理智,即应具有一定的判断能力与经验,其认定应符合逻辑与常识……其判断应符合通常的事理、情理和法理,使一般具有正常智力的人都能认可其认定”。^④ 从这个意义上说,丰富专业理论知识及社会常识,提高审判业务素质,加强职业道德修养便成为对法官的一种更深层次的要求了。

(原载《法学评论》1998年第4期)

① 参见高等学校法学试用教材:《证据学》,群众出版社1983年版,第24~27页。

② [美]摩根著,李学灯译:《证据法之基本问题》,台湾世界书局1982年版,第48页。

③ 杨建华:《大陆民事诉讼法比较与评析》,台湾三民书局1991年版,第64页。

④ 喻敏:《自由心证与自由裁量——对舒易平诉蓝剑集团公司产品责任损害赔偿案一审判决的评析》,载《民商法论丛》第5卷,法律出版社1996年版,第599页。

16. 完善我国民事证人制度的思考

证人证言是民事诉讼中普遍使用的一种证据,具有描述性和确定性的特征。它与书证、物证、视听资料、当事人陈述、鉴定结论、勘验笔录等证据相互印证,使民事诉讼证据链条的各个环节成为有机的整体,共同证明案件的事实。但长期以来,在我国的民事诉讼立法和司法活动中,对证人制度一直未有足够的重视,程序规范疏漏,法律约束不力,致使证人拒不作证或拒不出庭、证人作伪证以及证人证言反复(假证)等现象普遍存在。对当事人而言,这种状况使得本来就十分有限的证据资源显得更加匮乏,影响了正当诉讼请求的实现;而对司法机关而言,则是增加了法官查证的负担,影响案件事实的认定,不利于提高诉讼效率和办案质量。随着我国民事审判方式改革的全面展开和深入发展,证人出庭作证已成为坚持审判公开、强化庭审功能的关键环节^①,证人证言在诉讼中的地位和作用进一步突出。有鉴于此,我们认为,有必要全面反思我国民事诉讼中的证人制度,借鉴外国的立法和司法经验,对其加以改进和完善,并以此推进民事审判方式改革,实现司法公正。

一、外国民事诉讼证人制度的比较

“他山之石,可以攻玉。”完善我国的民事诉讼证人制度,首先必须了解外国相关的立法内容和司法经验,分析在不同的法律传统和审判方式下,证人证言作为证据方式所存在的差异,为我们的研究提供参考和借鉴。

(一)英美法系

英美法系国家对证人作广义的理解,民事诉讼中的证人是指在庭审或其他诉讼过程中所有提供口头证言的人,既包括当事人也包括鉴定人。^②作为一种证据方式,证人证言在英美证据法中占有十分重要的地位,甚至于可以说“民事

^① 《人民法院五年改革纲要》第15条指出:“审判长要努力提高驾驭、指挥庭审能力,注重发挥控辩双方在法庭上的诉辩作用,通过证人出庭作证、出示证据、质证、指控和辩护等活动,查清案件事实。”详见《法制日报》1999年10月23日第2版。

^② 本文所指证人仅作狭义理解,即当事人及鉴定人之外的知情的第三人。

诉讼是以证人证言为中心的审判程序,证据几乎都是证人出庭的口头证言”^①。之所以如此,首先是与英美法系国家的陪审制度密切相关。由于采取集中庭审的一次审理主义,双方当事人及各自的证人在法庭上的表现就显得至关重要,其中对证人证言的交叉询问往往成为庭审中最精彩的一幕,并且构成陪审团认定事实的主要依据。除此之外,更主要的原因是英美法所实行的当事人主义的诉讼模式。在这种诉讼模式下,当事人掌握着推动诉讼进程的主动权,对证据的调查和收集全部由当事人负责,证人也是由当事人指定和质询,法官一般对此不加干涉。英国法甚至规定民事诉讼中法院既不能强迫当事人传唤证人,也不能主动依职权传唤证人。由此可见,证人是当事人的证人,而不是法院的证人。由于当事人主要是通过法庭的辩论、对证人的质询等言词方式来使法官及陪审团了解案件事实的,因此对证人的选定和询问便成为双方当事人及律师关注的重心,同时也是举证的重点所在。因此,英美法国家在诉讼法中设置了证人交叉询问机制以及诸多的证据规则(例如传闻证据规则),以排除证人证言中的不实或矛盾之处,从而在制度上保证了证人证言的可信性(credibility)。证人证言由此成为认定事实的最可靠的证据,在证据种类中几乎占了核心地位。

(二)大陆法系

在大陆法系国家,证人专指向司法机关陈述所知案件情况的第三人,不包括当事人、鉴定人等。诉讼中的证人证言只是作为辅助性和例外的证据方式,只有在其他所有的证据都起不到应有的作用时才被采用。^②这主要是出于以下的原因:其一,大陆法系国家在诉讼中偏重职权主义的诉讼模式,强调发挥法官的主动性和职能作用。在证据活动中,法官的主要任务是寻找案件事实的真相,而不是决定哪一方当事人能够提供最佳证据。因此当事人在举证方面的要求被忽视,在诉讼中的对抗作用远未得到发挥,对证人的传唤和询问成为法官专有的权力,即询问证人的主体是法官,而不是当事人。即使当事人想要对证人发问,也必须将所提的问题交给法官,然后由法官询问。^③从这个意义上说,证人是法院的证人,而不是当事人的证人。表现在立法上,大陆法系国家一般都规定证人作证是对国家应尽的法律义务(如法国《民事诉讼法典》第205条、日本《民事诉讼法》第190条)。因此,民事诉讼中的证人证言仅是证据种类中的一种普通证据,并不具备英美法中的证人证言在证据法中所具有的那种特殊的法律地位。例如在法国,关于证人证言,法官有绝对的自由裁量权,当事人的请求即使有证言作

① 白绿铤:《美国民事诉讼法》,经济日报出版社1996年版,第143页。

② 毕玉谦:《民事证据法及其程序功能》,法律出版社1997年版,第365页。

③ 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96页。

支持,法官仍可予以驳回。^①其二,大陆法系国家实行的是自由心证的证据制度,对各种证据的真伪、证明力的强弱以及认定案件事实的方式,全凭法官依据良心和理性的谕示自由判断并形成内心确信。在这种情况下,一方面,不论是法官还是当事人,在传统观念上都对证人证言的可靠性缺乏信心,法官倾向于依直觉或心证来判断证人证言,从而认定案件事实;另一方面,由于法律对证据的取舍、证据的证明力以及认证规则等没有详尽的规定,证人证言的真实可靠性缺乏制度上的保证。由此可见,证人证言在大陆法系国家的民事诉讼中并不可能发挥特别的作用。

尽管两大法系在民事诉讼证人制度方面存在着如此巨大的差异,我们仍然可以看到它们实际上都与自己固有的司法传统和审判方式息息相关,与其他民事诉讼制度和证据制度的特征相适应,并且各具特色。因此孰优孰劣,不能一概而论。大陆法系国家的证人制度强调对证人的强制性义务设定,使证人的作证行为具有了国家强制力保证,因此有助于强化证人的作证意识,维护法律的权威;同时也有利于法官利用其法庭审理技巧和经验,将查证范围和证人的作证活动集中在当事人争执的法律关系上,以提高诉讼效率。但由于民事诉讼活动在性质上更多地涉及当事人间的私人事务,当事人不举证或举证不足就必须承担败诉的结果。因此和当事人举证相比,法官的查证行为则缺乏明显的利益驱动,而且面对诉讼冲突,法官也不可能像当事人一样了解案件发展的始末,以致对证人的传唤及询问可能偏离主题或遗漏重点,从而影响对案件事实的认定。而英美法的证人制度则较好地克服了这一缺陷,但将证人看作是当事人的证人,其法律效果也未必尽如人意。英美法的证人制度过分强调法官在传唤和询问证人上的“自我克制”,认为法官提问证人如同“下竞技场,其视线容易被冲突的烟尘所遮蔽”,并且容易影响当事人提出证据的方式。因此在诉讼过程中,证人的作证活动完全交由当事人及律师来掌握和控制,法官通过他们对证人的交叉询问来了解及认定案件事实。在这种制度下,律师可能通过十分严密地“准备”自己一方的证人以对付询问和反询问,“把他们明知是一堆谎言的东西乔装打扮成纯洁无瑕的真理”。^②这不但可能导致当事人在庭审中纠缠于证据问题而拖延诉讼,而且也不利于查明案情并可能最终影响司法公正。

如何扬长避短地借鉴两大法系在证人制度上的经验为我国所用,在这一方面,日本民事诉讼法的做法值得考虑。深具大陆法传统的日本在二战后受到英美法系的法律制度及司法体制的影响,形成了颇具特色的“结合式”的诉讼程序

① 沈达明:《比较民事诉讼法初论》(上),中信出版社1991年版,第312页。

② [德]K·茨威格特、H·克茨著,潘汉典等译:《比较法总论》,贵州人民出版社1992年版,第481~484页。