

陈桂明教授主持的国家社会科学基金项目
《民事诉讼法典修改的理论研究与制度设计》(批准号05BFX046)成果

民事诉讼立法 研讨与理论探索

肖建华 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

陈桂明教授主持 05' 国家社会科学基金项目
《民事诉讼法典修改的理论研究与制度设计》
(批准号 05BFX046) 成果

民事诉讼立法研讨与理论探索

主 编：肖建华
副主编：肖建国

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼立法研讨与理论探索 / 肖建华主编. —北京:
法律出版社, 2008. 5

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8039 - 7

I. 民… II. 肖… III. 民事诉讼法—立法—研究—中国
IV. D925. 104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 193287 号

©法律出版社·中国

责任编辑 / 王 扬

装帧设计 / 胡 欣

出版 / 法律出版社

编辑统筹 / 法律应用出版分社

总发行 / 中国法律图书有限公司

经销 / 新华书店

印刷 / 莱芜市圣龙印务有限责任公司

责任印制 / 陶 松

开本 / 787 × 960 毫米 1 / 16

印张 / 31.5 字数 / 491 千

版本 / 2008 年 5 月第 1 版

印次 / 2008 年 5 月第 1 次印刷

法律出版社 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件 / info@lawpress.com.cn

销售热线 / 010 - 63939792 / 9779

网址 / www.lawpress.com.cn

咨询电话 / 010 - 63939796

中国法律图书有限公司 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店 / 010 - 63939781 / 9782 西安分公司 / 029 - 85388843 重庆公司 / 023 - 65382816 / 2908

上海公司 / 021 - 62071010 / 1636

北京分公司 / 010 - 62534456

深圳公司 / 0755 - 83072995

苏州公司 / 0512 - 65193110

书号: ISBN 978 - 7 - 5036 - 8039 - 7

定价: 52.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

序言:构建协同主义的民事诉讼模式

“法律的目的,是也应当是,在最大可能的程度上,实现最可能多的人的幸福。”^{〔1〕}

——边沁

一、中国民事诉讼发展遭遇到的问题

20世纪80年代末到整个90年代,民事诉讼理论猛烈地批判中国超职权主义的诉讼模式,并把西方发达国家的诉讼法律图景作为中国诉讼法律的理想图景,^{〔2〕}为审判方式改革描绘了当事人主义的前景,以寻求在当事人与法院之间关于事实发现、程序促进等方面的权限实行恰当的分配,使程序权利朝着当事人支配的方向发展。^{〔3〕}司法实践认同了这一观点并加以推广;我们进行多年的民事审判改革,就是要确立西方现代化国家的“当事人主义模式”,如倡导了辩论主义的三原则,^{〔4〕}将英美对抗制的某些做法引

〔1〕 Jeremy Bentham: A Treatise on Judicial Evidence[M] (extracted version). Fred B. Rothman & Co(1981), p. 1.

〔2〕 邓正来语。参见邓正来:“中国法学向何处去——构建‘中国法律理想图景’时代的论纲”,载《政法论坛》2005年第1—4期。

〔3〕 当代民事诉讼的研究主要着眼于在对立当事人与审判者之间寻求权限和控制的“最佳化”配置。诉讼模式有两个极端,一是在当事人对事实问题、程序问题及决定模式有绝对的控制权,一是法院则享有这种绝对的控制权,所有的程序制度一般是定位在这二者之间的。See J. Thibaut & Laurens Walker, A Theory of Procedure, 66 Calif. L. Rev. 541(1978).

〔4〕 第一,当事人未提出的主要事实,法院不得作为裁判的基础;第二,当事人之间不争执的事实,不仅负有证明责任的当事人对此无须举证,法院也为相反的认定,不能作为裁判的基础;第三,法院不得依职权调查证据,其可以调查的证据,以当事人申请为限。

入我们的法庭。^{〔5〕}主要表现为:把事实发现的责任交给当事人;法庭中立,只要适用法律并作出判决,民事纠纷即告解决。

不过,我们却很少追问:理论和审判改革朝着当事人的方向前进,但是实践的效果却不如人意,^{〔6〕}是目标设计者错了,还是施工者偷工减料所致?

我们会感到一丝尴尬和失望。因为理论和实践作出的选择,与我们的理论走向了并不相同的方向。近几年来全国各地各级法院大力推动法院调解甚至追求调解结案率的事实已经给民事诉讼学界一个很好的反思机会。可以说,在理论上,漠视实体公正和程序公正对司法公正的同等意义、以程序正义否定实体正义、以程序公正否定结果公正、以对抗模式产生的裁判正义否定以合作为基础的调解正义、以西方“法律现代化范式”中的绝对当事人主义否定与中国传统文化一脉相承的审判职权主义因素、以模糊的“法律真实”概念否定发现案件真实的必要性等。这些观念虽然对中国司法审判中过多的职权主义有很大的冲击,但是同时也造成更多的问题。如造成审判权“缺位”(表现为在法律条文中隐而不显或禁止、限制法官实施一些必要的职权)和“失范”(法官职权滥用或不作为)。^{〔7〕}由于没有明确而具体地规定审判中的阐明权(义务)、证据调查权(义务),以及规定保障法官心证的自由等,并将上述内容制度化,也没有对当事人的取证手段予以保障,就单纯地要求当事人承担证明责任或败诉后果,在审判实践中常常放弃了对实体正义的追求,结果也损害了司法公正。^{〔8〕}

〔5〕 具体表现为:民事审判改革引进英美法审前准备程序中的证据交换和证据失权制度;把对抗与调解制度放在对立的层面研究,认为调解中的职权主义因素过强,而判决方式解决纠纷时职权主义因素稀少,二者无法统一于一个审判程序中;倡导竞技主义的司法场景,如法槌和法袍被引入法庭,等等。与此同时,我们却没有建立起美国审前准备程序最重要的证据开示制度,没有审前准备程序与审判程序的分离制度。结果是,正式的司法程序(最典型的则是按照正当的法律程序审判的陪审团审判制度)没有建立起来,更没有取得令人信服的效果,我们却丢失了非正式的审判程序(如法院调解或法庭专门走访询问证人并制作笔录等)在当事人之间进行沟通以及有效发现案件事实方面具有的优势。

〔6〕 参见肖建华:“审判权缺位和失范之检讨——中国民事诉讼发展路向的思考”,载《政法论坛》2005年第5期。

〔7〕 参见肖建华:“审判权缺位和失范之检讨——中国民事诉讼发展路向的思考”,载《政法论坛》2005年第5期。

〔8〕 肖建华主编:《民事证据法理念与实践》,法律出版社2005年版,第395页。

最终,司法实践又不得不退回到改革的起点——着重调解的路子,问题是我们并没有多少关于调解方面新的制度建构。如果是这样的话,我们需要弄清:是对当事人主义的概念认知有问题,还是遇到了所谓法律制度移植中的本土化问题而水土不服?

似乎这两者都不是。民事诉讼理论的先行者在倡导当事人主义模式之初期,受着创立中国民事诉讼法秩序的热情的召唤,对当事人主义的渴望与对旧职权主义的批判一样有强烈的责任感(偏颇是批判者的必要品格)。他们强调了中国所稀缺的对抗制因素和辩论主义因素(这些因素抽象后归结到一起就是当事人主义),却忽略了两个事实:第一,古典的当事人对审主义和辩论主义中的自由主义倾向在20世纪已经发生了重大变化,而社会学所支配的法律原则已经悄悄地渗透到民事诉讼中,对抗制和辩论主义都已经发生转型。可以说,在20世纪末,中国民事诉讼所寻找和倡导的当事人主义参照系,是欧美传统自由主义法学的观念,但是中立的、消极的法官和积极的、竞技的当事人,这一当事人主义图像已经在20世纪中后期完全改版。

第二,在以权力为中心的社会价值体系比较发达的中国,与其否定职权的作用不如承认审判权的作用并加以明确规范,促进司法者能动地输出正义。没有健全而有效的程序规范体系,没有与司法权力相统一的法院(法官)责任制度,没有建立严格恪守职业伦理的司法官队伍,就把发现事实的责任交给当事人,其实就是推卸发现案件事实的责任,放弃了对正义最低限度的追求。

可以说,传统的当事人主义已经被西方的理论与司法制度矫正,在引进这个概念之后我们发现的诸多问题,同样也可能是他们在民事诉讼实践中已经遭遇到的问题,这也迫使他们有所调整;同时,由于中国社会环境和关于实质正义文化观念的特殊需求,这些自由主义法学观念与中国现实的冲突比较大,移植中国后产生的问题可能更多。

二、协同主义:中国民事诉讼发展的方向

何谓协同主义?是指民事诉讼中法院(法官)运用职权发挥能动作用,与当事人实现充分地相互沟通与协作,从而使法官和当事人在事实发现、程

序促进等方面共同推进民事诉讼程序的一种模式。^[9] 简单地说,协同主义是针对传统辩论主义的不足,通过确保法官权力运用与责任强化,促进法官与当事人在诉讼中的互动。主要因素包括:(1)法官有阐明权(义务);(2)法官为形成心证、发现真实所必要的一些权力,如德、日民事诉讼法中规定法官可以询问当事人、可以依职权勘验等权力;(3)法官有指出要适用的法律的义务;(4)当事人有真实陈述的义务;(5)当事人有诉讼促进义务等。可见,协同主义内容涉及诉讼的各个方面,最终会影响到民事诉讼模式的再构成。^[10]

无论哪一种诉讼模式,都涉及当事人和法院在事实、证据以及程序控制层面上的作用分担问题。上述对传统当事人主义有重大影响的,并促进法官与当事人之间协同诉讼的因素,主要是强调法官阐明权和当事人的真实义务,大陆法系的辩论主义三原则也被其消解许多。“阐明权是为了避免机械式适用辩论主义所造成的不利而保证当事人的‘大宪章’,随着有关辩论主义评价的变化,阐明权的重要性也被提高,适用范围则逐步扩大,并且被强调为法院所不可欠缺的保证性机能。限于保证性机能而言,法院负有解明案情真相的责任,并不意味着向职权主义的转换。”^[11]可以说,阐明权是在传统辩论主义中当事人对法官的单向作用力上,增加了一个反作用力,即不再强调法官的单纯受制、消极中立,而是让法官合法地积极地介入,通过让当事人修改诉状等,引导当事人关注法官所关注的主要事实,使证据与当事人主张的事实契合,以促使案件真实得到发现。

[9] 据考证,协同主义一词,最早由德国学者贝特曼(Bettermann)1972年采用(参见张珉:“试论辩论主义的新发展——协同主义”,载《新疆社会科学》2004年第6期)。之后,德国学者巴沙曼(Rudolf Wassemann)对协同主义进行了诠释。他认为,协同主义是与辩论主义完全不同的一种崭新的诉讼结构,它强调法院、当事人三方的协同关系。“从自由主义的民事诉讼步入社会的民事诉讼,也就是说,从在诉讼中的力量对比的角度来理解的话,诉讼步入了法官的指挥和援助的所谓作业共同体,其大大动摇了辩论主义的妥当性。的确,在民事诉讼的教科书中辩论主义作为原则的态度,至今没有崩溃;然而,在同样的教科书所详细论述的那样,辩论主义在很多问题上已被突破,或者受到限制,这一点即使在学界也没有任何疑问。实际上,许多辩论主义的拥护者们也认识到了辩论主义在诸多方面的空洞化,无论作为原则或者例外都难以弥补。”([德]鲁道夫·巴沙曼:“社会的民事诉讼:在社会法治国家民事诉讼的理论与实务”,转引自唐力:“辩论主义的嬗变与协同主义的兴起”,载《现代法学》2005年第11期)

[10] 我国有学者已经提出了协同型诉讼模式,认为它不同于职权主义或当事人主义的诉讼模式。参见田平安、刘春梅:“试论协同型民事诉讼模式的建立”,载《现代法学》2003年第2期。

[11] [日]三月章:《日本民事诉讼法》,汪一凡译,五南图书出版公司1997年版,第193页。

所谓的真实义务,是要求当事人在诉讼上,不能主张已知的不真实事实或自己认为不真实的事实,而且不能在明知对方提出的主张与事实相符,或认为与事实相符时,仍进行争执。肯定真实义务就应当否定虚假的自认,应认定其对法院没有拘束力,不能以其作为裁判的基础。真实义务体现了对辩论主义或自认制度的干预,目的也是促进案件真实的发现。

总之,协同主义强化了法院发现案件事实的职权作用,“在民事诉讼中关于对案件事实的探知,法官也负有从自己的侧面出发来发现真实的责任。诉讼中既不是绝对由法官一方来发现案件事实,也不是由当事人一方来支配诉讼,协同主义所强调的是两者相互协同的作用关系。”^[12]协同主义从当事人角度强调真实义务、从法院角度强调释明义务,实际上是强调法院与当事人必须协同发现案件事实的思想,以达成实体真实的判决。^[13]因此,有学者认为作为裁判基础的事实,不再纯粹是由当事人决定的,已发生从“单纯依赖当事人的古典辩论主义向事实发现上的法官与当事人协同型辩论主义的转变”。^[14]

学者指出,有关阐明权的规定早在1877年《德国民事诉讼法》第130条就有,只不过近年来才采用“协同主义”的观察视角。^[15]1909年的《修订法》强化了职权进行主义,其第501条更使法院获得了作出一切在其看来有助于案件事实阐明的命令的权限。该修订法还包含了法官的对案件情况和争议情况的讨论义务,这样就使得法官从消极、只关注是否遵守了诉讼规则的“观众”变成了辩论的积极参与者。1933年的《修订法》首次规定了当事人的真实义务,并采用了讯问当事人制度,这样就大大增加了在诉讼中获得与真实的事实经过尽可能一致的案件事实的可能性。^[16]经过不断的完善,终于形成了今天《德国民事诉讼法》中完备的阐明权、真实义务、讨论义务、法官的调查取证等规定。所以,“对于当事人和法院之间的管辖分配可以综合地、简洁地得出下面的结论:‘你给我事实,我给你法律’即根据事实

[12] [日]三月章:《辩论主义的动向》,转引自唐力:“辩论主义的嬗变与协同主义的兴起”,载《现代法学》2005年第11期。

[13] 唐力:“辩论主义的嬗变与协同主义的兴起”,载《现代法学》2005年第11期。

[14] 田平安、刘春梅:“试论协同型民事诉讼模式的建立”,载《现代法学》2003年第2期。

[15] [德]鲁道夫·瓦瑟尔曼:“从辩论主义到合作主义”,载米夏埃尔·施蒂尔纳:《德国民事诉讼法学文萃》,赵秀举译,中国政法大学出版社2005年版,第361—362页。

[16] [德]鲁道夫·瓦瑟尔曼:“从辩论主义到合作主义”,载米夏埃尔·施蒂尔纳:《德国民事诉讼法学文萃》,赵秀举译,中国政法大学出版社2005年版,第361—366页。

问题和法律问题分配,不论是过去还是现在都不是《德国民事诉讼法》的原则。《德国民事诉讼法》从一开始就让法官在很大程度上参与对裁判重要的事实的阐明,参与的程度当然是不断增加”。^[17]

同样,近几十年来,美国法上传统的当事人对抗制也发生重大变化。法官已经被定位为积极的诉讼管理者,双方当事人对抗色彩因当事人被强制开示对自己不利的证据、法官的诉讼管理职能、以 DAR 方式解决纠纷等被大大削弱。

对抗制曾经严格遵守“当事人只负责自己的主张及其证明,没有义务提出有利于对方当事人主张及证据”这样的竞技规则。由于一些重要的证据为当事人一方所知悉,而该证据如果提出给法庭,显然会给该方当事人带来不利甚至败诉的后果,需要该证据的另一方当事人将无从提出该证据甚至不知道该证据的存在。^[18] 美国 1938 年联邦民事诉讼规则创设了现代的证据开示制度(discovery),促进当事人能发现与案件相关的必要证据和资讯,以提出更多的有关事实给法院。一方当事人有义务提出经对方申请而提出的证据。1993 年美国在修改联邦民事诉讼规则中创设了自动强制开示的制度,当事人在诉讼初期,进行正式开示程序前,不需要对方请求必须主动地开示若干主要的关键证据。^[19] 由此,美国民事诉讼开始摆脱“当事人竞赛理论”而朝向“发现真实理论”迈进。^[20] 与此同时,审判者消极性的概念被逐渐抛弃,学者主张法官应当扮演更积极的角色,以发现案件真实和促进诉讼效率。其结果,1983 年美国联邦民事诉讼规则正式确认法官在审前准备程序中“管理诉讼”的角色,要求法官在诉讼早期阶段积极地介入诉讼以掌握对案件的控制。包括于准备程序中对当事人应完成的工作订出期限,促进调解或和解等。1993 年美国联邦民事诉讼规则进一步确立了法官在证据开示和争点整理方面的权力。

可见,两大法系不约而同地走向了协同主义,加强当事人和法院之间的协作,促进法官在事实发现方面的能动性。而协同主义主要是从当事人、法官相互之间的作用而言的,并不是要完全抛弃传统辩论主义,它主要是改

[17] [德]卡尔·奥古斯特·贝特曼:“民事诉讼法百年”,载米夏埃尔·施蒂尔纳:《德国民事诉讼法学文萃》,赵秀举译,中国政法大学出版社 2005 年版,第 70 页。

[18] 黄国昌:《民事诉讼理论之新开展》,元照出版社 2005 年版,第 13 页。

[19] 参见美国联邦民事诉讼规则 26(a)(1)。

[20] 参见 Jerome Frank, Courts on Trial 80(1950)。

变传统辩论主义之下法官的消极地位、克服其弊端而出现的,是在法官和当事人之间产生的一种崭新的诉讼结构。

三、协同主义可以成为中国民事诉讼的理想图景

协同主义是中国民事诉讼发展的方向,切合中国传统文化的法治理想。“天地公理”是中国自然法理念的浓缩,^[21]是中国法治理想最简洁的表述;在法治的背景下,与中立的角色相比,人民法院能动地运用司法权力能更好地实现这一自然法观念。近日读梁漱溟先生80年前完成的《中国文化要义》,令人更坚信了这一点。他认为,在中国的社会本位与个人本位之间,确定何者为先,皆有所失。最理想的状态,当是“一、平常时候,维持均衡,不落一偏;二、于必要时,随有轩轻,伸缩自如”。^[22]协同主义本身就有达致当事人之间对抗的实质均衡、并通过法院必要时行使阐明权而实现自然正义的意思所在,它由法官根据案件的具体情况在社会与个人之间实现利益平衡,对于实现实体公正、避免实质正义与程序正义的对立有重要作用。

不言而喻,切合民族文化要义的法律理想图景,才是可行的、有实效的;尽管我国民事诉讼理论乃至整个法学理论对西方有着很强的路径依赖,但是协同主义模式却可以成为建构中国化的民事诉讼秩序的标尺。协同主义的模式为民事诉讼法立法提出了新的课题。它为民事诉讼法的修改注入了新的程序原则和程序要素,它通过加强当事人和法官的权责互动机制,提高了当事人对裁判的可接受度,从而为实现社会和谐发挥积极作用。

四、通过确立或完善具体的诉讼制度构建协同主义模式,认同法官的积极角色

(一)法官应当能动发现案件事实

首先,不能否定发现案件事实是民事司法的目标之一。诉讼程序设计也应该尽可能在发现真实的基础上,兼顾其他法律价值。具体制度构建最重要的内容是要对证据规则的适用效果,认真分析检讨。特别是如何保障法官自由心证及其客观化方面进行规范,保障法官根据其一般化了的生活经验认识案件事实,审查判断证据的真伪和证明力,从而对案件事实形成确信。证据规则应当保障而不能限制法官根据生活经验和良知对案件事实加以确认。

[21] 梁漱溟:《中国文化要义》,里仁书局1982年版,第119—120页。

[22] 梁漱溟:《中国文化要义》,里仁书局1982年版,第94页。

其次,要确立证据调查(程序)、阐明权(义务)是法官的固有权责,法官有权行使且不能放弃,否则承担责任。还应当确立证明妨碍制度,缓和证据失权制度等,以促进案件的实体解决,保障心证的客观性。

其三,根据三段论规则,法官根据证明责任规则下裁判只是待证事实可以发现或不能发现时的例外情形,证明责任在这个意义上是所有的法律规范的补充。承认法官在证明过程中的主动性,同时就淡化根据证明责任下裁判的概念,改变理论和实践无限强化这一概念的做法。

(二)法官可通过自由裁量权对程序事项作出决定

在法官是否作出禁令、裁定或决定的程序裁决中,就直接体现了司法裁量的运用。同时,立法应当注意到法官在调解、审前准备程序(证据交换程序)、证据调查程序、群体诉讼及其他公益诉讼中应当有更充分的职权运用,如规范调解方法、确立阐明权(义务)等,对绝对的辩论主义或当事人主义进行修正,发挥和规制司法者积极作用的范围,防止回复到过去的职权主义模式,是民事诉讼立法面临的紧迫课题。

(三)法官能动地解释和适用实体法律,掌握利益衡平原则

这属于实体法和程序法交叉的法学方法论范畴。成文法律规范不可能包罗万象,对丰富的社会生活一览无余,所以,不能把法官理解为适用三段论的自动售货机。法官在个案中理解、解释和适用法律时,在现有法律有漏洞时,应当根据社会生活的发展状况,通过利益平衡方法发现正义;^[23]不可机械地固守某个成文法条的字面含义进行裁判,以防止产生不合理的社会后果;同时也应当防止法官解释法律或进行法的续造的随意性。

(四)建立公正的程序制度保障当事人诉权和法院职权之间的结构平衡

实现二者的结构平衡,要求权责(或权利义务)对等,这需要细致、具体并顾及宏观问题的技术设计,不能顾此失彼。

1. 证据法领域中的权责平衡

司法解释《关于民事诉讼证据若干问题的规定》有两个主要的变化:一是法官应当根据这些规定“裁减事实”,对案件中有关证据的相互矛盾或一

[23] 所谓利益衡量,系在多个权利或利益冲突、法律出现漏洞的场合,或当法官遇到疑难案件时,法学理论所提供的解决途径是:通过衡量各种利益的位阶或重要程度,并通过选择取舍后作出决定。简单地说,就是“在具体个案中权衡各方利益并作出裁决”。参见梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版,第219页;徐钢:“利益衡量的辩说”,载陈金钊、谢晖主编:《法律方法》(第5卷),山东大学出版社2006年版,第451页。

方提交的证据本身内在的矛盾并不究问,不顾经验和常理认识案件事实,而是简单根据证明力大小规则来比较双方提交的证据的证明力大小,结果案件事实被裁判歪曲,甚至出现当事人死在法院门口以示冤的现象。另一方面,规定了法官有分配证明责任,甚至证明责任倒置之权,却没有赋予当事人任何程序救济手段;两相比较,法官的自由裁量权实际上大大增加,责任大减。当事人提出证据的义务被加强,但是,诉讼权利并没有增加。这是应当反思的。证据规则中的其他内容需要反思之处也有很多。

2. 司法者的中立角色和积极角色之间的平衡

司法被动往往与司法中立相提并论,但是,司法积极的角色同样在西方国家受到重视,并不是与司法中立相冲突的概念。司法被动性主要体现在不告不理以及当事人辩论原则约束裁判的范围等。但是,这不是绝对的。阐明权(义务)、新诉讼标的理论就对早期确立的辩论主义进行了矫正。阐明主要是法官主动要求当事人把事实等问题补充明了,并可以就相关事项进行说明,很有可能超出当事人起诉的事实与理由的范围。但是,这是司法公正所必须的。司法的积极角色可以体现在诉讼程序的任何阶段,诉讼证明过程更是可以充分体现法官的积极作用。

协同主义的司法模式还可以容纳调解这一职权解决纠纷的手段,由此调解与判决并不构成对立。如何协调二者在同一程序的运用,值得我们进一步深入研究。

(五) 完善上诉和审级制度保障诉权

讨论如何加强一审作为事实审的功能,完善当事人对裁定和司法决定的上诉救济范围、增加附带上诉等程序手段。对需要根据证明责任下裁判的案件、需要创造性解释法律或进行法的续造的案件,应当考虑将案件提交最高人民法院审理。如立法上采三审终审制度,也应当考虑对这一情形,当事人应有权上诉到最高人民法院。对于法官滥用自由裁量权或不作为的行为,当事人有权上诉;如已经发生既判力,当事人应当可以提起再审之诉。

需要研究的是,赋予法官更多的自由裁量权,就意味着应当给予当事人更多的上诉救济,需要在制度设计上给予恰当的考虑。

(六) 完善证据调查制度

1. 建立证据调查期日制度

大陆法系一般确立了当事人申请法院调查证据的权利。我国司法解释也不例外。但是,除勘验外,司法解释或民事诉讼法都没有对实施收集调查

工作的程序进行规定。德国民事诉讼法的做法值得借鉴。德国在一审民事诉讼程序中设专节《调查证据的一般规定》对证据调查的原则、程序进行了详细规定。第355条规定:“调查证据,由受诉法院为之。”即一般不得委托其他法院进行调查。第357条规定了“当事人公开、法定期日的通知”,即证据调查应当作为法院和当事人会合进行诉讼的期日,应当通知当事人到场。第367条规定,当事人一方或双方在证据调查期日不到场的,依照案件情况能够进行证据调查,仍应当进行。

为保障对证据调查程序的救济,德国民事诉讼法第358条规定,调查证据,如果必须进行特殊的程序,应当作出证据裁定。所谓特殊的程序,一般调查都会用到,如收集官方的报告、收集证人的书面报告、命令进行鉴定或勘验等,并规定当事人和法院不能随意变更证据裁定,除非要更正或补充证据裁定中记载的事实。这样,证据裁定不仅约束了当事人,也约束了法官。第366条规定了中间争点问题,即证据调查时在受诉法院或受托法官前发生争议,不解决此种争议就不能继续调查证据,而受命法官又无权调查时,受诉法院应当解决此项争议。

我国民事诉讼法和司法解释缺失类似的规范。法官过分地运用职权调查证据是不妥当的,但是,禁止或过分限制法官调查也是不适当的;如果不对调查证据所需要的程序进行规范更是容易出现程序的漏洞和当事人的不信任。毫无疑问,借鉴德国的做法,建立调查期日制度,并采用裁定方法处理证据问题,很大程度上可以解决证据调查对一方有利而对另一方不利时,如何以公正的程序来保障法官的行为是可信赖的这一问题。

2. 重视和鼓励使用勘验手段帮助法官获得确切的心证

在我国民事诉讼法和司法解释中,勘验是一种证据形式,不过,对勘验的程序往往作出了规定。但勘验在民事诉讼中使用得很不够。勘验应当在民事诉讼中起着重要的作用,承担着多重职能:(1)固定或者提起物证;(2)勘验制作的笔录,可以成为一种独立的诉讼证据;(3)更为重要的是,勘验还可以核实证据,澄清有关证据中的矛盾,使法官获得比较正确的心证。所以绝不能将证据勘验等同于调查证据。司法实践中,审理不动产纠纷、相邻权纠纷等案件,有经验的审判人员常常要去现场实地勘验,以形成对案件事实的正确认识。法官为了获得确切的心证去勘验证据,应当鼓励。

3. 建立当事人获取证据的保障机制

在强调当事人举证责任的同时,应当增强当事人收集证据的能力;在弱

化和规范法院查证的同时,还要建立起当事人获取证据的保障机制。包括收集证据的有效途径和手段,这就要在制度和程序上提供相应的保证。借鉴各国立法规定,必须建立包括文书提出义务在内的强制提供证据制度,完善证人出庭作证制度等。

(七)完善民事诉讼法,形成体系化的民事诉讼制度

各种制度设想必须落实在立法上,才有实效。体系化的民事诉讼制度对于建构协同主义的司法模式意义不言而喻。协同主义的司法模式并不忽视当事人的诉权,相反为更深入、实质地保障当事人诉权提供了制度框架;也不否定程序公正,相反,它更依赖程序公正来保障实体公正。可以说,完善的民事诉讼法对促进司法公正和社会和谐,有着重大的意义。

虽然2007年10月全国人大常委会通过关于修改民事诉讼法的决定,针对民众反映强烈的“申诉难”和“执行难”问题作出了新的规定,但是这一修改是局部的,没有涉及民事诉讼结构和许多相关的制度问题,在不久的将来,对民事诉讼法的全面修改仍然可期,^[24]民事诉讼立法探索和理论研讨也不能止步。本书试图通过对多个专题展开论述并提出立法建议,以期对建构我国协同主义的民事诉讼模式有所裨益。在内容上,探讨的主要是现有理论研究所欠缺、司法实践面有所困惑而民事诉讼立法所必须予以考虑的问题。从内容看,本书主要关注民事诉讼立法的方向性问题,但是往往从制度建设上寻找实现目标的方案。协同主义的程序如何建构,法院和当事人在诉讼中的程序权和程序义务如何配置,如何促进以发现案件事实为最低限度的正义目标的实现等,依赖于具体的程序制度设计。希望能对民事诉讼的深入研究有所裨益,不当之处,祈请读者指正。

本书是陈桂明教授主持的2005国家社会科学基金项目《民事诉讼法典修改的理论研究与制度设计》的部分成果,作者主要是我本人,此外,中国政法大学一些博士和硕士研究生参与了该项目,北京师范大学熊跃敏教授、中国人民大学肖建国教授、河北大学柯阳友教授也参与撰写了部分章节。本书成稿后,由我负责修改。

写作分工如下:

[24] 修正案通过后,全国人大常委会办公厅举行新闻发布会回答记者提问时表示,此次民事诉讼法的修改是局部的,未来民事诉讼法仍然要进行全面修改。参见王丽丽:“追踪民诉法修正案三审细节”,载《检察日报》2007年10月29日版。

序言、第一、第四、第五、第六、第七、第十二、第十三、第十四、第十五、第十八、第十九章,肖建华;其中,第五、十二、十五、十八、十九章,系合作完成。

第二章 陈琳

第三章 柯阳友

第五、第二十三章 唐玉富

第八、第九章 梁笑准

第十章 邓莉

第十一章 任玲

第十二章 王德新

第十五、第二十章 杨兵

第十六章 崔玲玲

第十七章 熊跃敏

第十八章 朱煜平

第十九章 赵言荣

第二十一章 肖建国

第二十二章 袁圆

肖建华谨识

2007年10月

目 录

序言:构建协同主义的民事诉讼模式	(1)
------------------------	-------

第一编 法院与当事人

第一章 审判权缺位和失范之检讨	(3)
一、审判改革与审判权缺位和失范	(3)
二、民事诉讼理念之反省	(9)
三、审判权之规制	(15)
第二章 法官阐明权	(23)
一、阐明权的含义、性质及功能	(23)
二、阐明权规范的比较	(30)
三、完善我国法官阐明权规范思考	(34)
第三章 当事人的真实义务	(44)
一、当事人真实义务的基本要求	(44)
二、当事人真实义务的产生与发展	(46)
三、确立当事人真实义务的必要性	(49)
四、立法建议	(53)
第四章 诉讼担当与诉讼信托	(55)
一、当事人适格及其扩张	(55)
二、诉讼担当	(61)
三、诉讼信托	(71)
四、诉讼信托与诉讼担当的区别	(77)
第五章 公益诉讼	(80)
一、公益诉讼的含义	(80)

二、公益诉讼的范围	(81)
三、公益诉讼原告主体资格	(83)
四、公益诉讼程序的特殊性	(85)
五、公益诉讼的立法体例	(87)
六、对几点质疑的回应	(87)

第二编 证 据

第六章 证据的属性	(91)
一、对证据属性中有关客观性的质疑	(91)
二、对证据属性有关合法性的质疑	(93)
三、证据的根本属性:关联性	(100)
四、结语	(105)
第七章 非法证据排除规则及其适用	(106)
一、民事诉讼非法证据的范围	(106)
二、我国司法实践的问题:非法证据排除模糊界限与滥用	(108)
三、利益衡量:民事诉讼非法证据排除的标准	(111)
四、立法应当确立的证据排除规则	(114)
第八章 法定证据的分类方法	(116)
一、法定证据的不同分类方法	(116)
二、我国法定证据分类方法的反省	(120)
三、立法建议	(123)
第九章 证人作证	(125)
一、证人资格	(125)
二、证人的义务	(128)
三、证人作证的保障之一——强化违反义务之后果	(135)
四、证人作证的保障之二——保障证人权利	(138)
五、证人作证义务的免除	(142)
第十章 证明妨害	(149)
一、证明妨害规范的性质	(149)
二、证明妨害的证明	(153)
三、实施证明妨害行为的法律效果	(159)