

LAWYER

DIGEST

律师文摘

总第七辑

要目：

梁治平/从讼师到律师

黄松有/证据开示制度比较研究

师 琰/中国律师业过度开放隐患：监管缺位之祸？

詹姆斯·米尔斯/“我与正义无关”

徐月芬/大牌律师事务所的人力资源管理

谷口安平/诉讼法乃实体法发展之母体

茅于軾/人权必须平等地赋予每个人

梭 罗/论公民的不服从

拉德布鲁赫/法律职业人与法律学术

3



法律出版社  
LAW PRESS

D916.5-55  
S910/2

# 律师文摘

编辑委员会 / 江平 / 梁定邦  
张思之 / 邓正来  
贺卫方

执行编委 / 刘桂明 / 谭 瑾  
刘海蛟 / 李海周  
孙国栋 / 董志军

主编 / 孙国栋  
编辑 / 王景智  
梁小玲

第7辑



法律出版社

# LAWYER / DIGEST

## 图书在版编目(CIP)数据

律师文摘. 总第7辑/孙国栋主编. - 北京:法律出版社, 2003. 11  
ISBN 7-5036-4657-8

I. 律… II. 孙… III. 律师业务-基本知识 IV. D916.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 107286 号

法律出版社·中国

责任编辑/孙东育

装帧设计/海意工作室

出版/法律出版社

编辑/法学学术与综合出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/陶松

开本/787×1092 毫米 1/16

印张/17 字数/280 千

版本/2003 年 11 月第 1 版

印次/2004 年 3 月第 2 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术与综合出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939690

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.Chinalaw-book.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65193110

中法图深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 7-5036-4657-8/D·4375 定价:25.00 元

# 从讼师到律师

上半年的一天，就在“非典”在北京爆发之后不久，我忽然接到一个朋友的电话。他的故事让我大吃一惊。原来他与人发生经济纠纷，对方不请律师，不诉诸法律，却找了一批社会人士上门讨债。这些人胆大妄为，不仅强行扣押了他的身份文件和个人财产，而且把他软禁在家中达十天之久，逼他偿还一笔有争议的债务。在此期间，他和对方谈判，并且不止一次报警，但都无济于事。后来他找机会溜出来见了一位律师。律师说可以把这件事“摆平”，开价人民币10万元，必须先付钱。这件事没有成，不是因为钱，而是因为他信不过那个律师。

找到我之前，他已经四处求告，但是处处碰壁。最后他很真诚地问我：在中国有没有一种公民在遭受不法侵害时可以求诸的公开、合法和有效的制度？这个问题让我感到有点尴尬。我可以告诉他的那些“公开、合法”的办法他全都试过，但这些办法在现实世界里无一不是“有效”的。尽管如此，我还是建议他通过法律解决问题，我甚至试着通过熟人帮助他另找律师。这一次几乎谈成。失败的原因仍然不是钱（碰巧的是又开价10万元，但不要求事先一次付清），而是律师的工作方式，这种方式让人感到，这些律师感兴趣的首先是钱，而不是如何保护当事人的利益。

多年前写过两篇讨论讼师的文字，认为古人对讼师多负面评价，不尽是文人的偏见，而与讼师这一特定社会群体的性质有关，与讼师生长和活动于其中的社会的构造有关。就此一点而言，律师与讼师，虽然只有一字之差，却包含了重大的社会变迁在其中。不过在另一方面，我也发现，在微观的和技术的层面，讼师与律师未尝没有共同之处，二者之间的界线也并非泾渭分明。由此引申出来的问题是，从讼师到律师的转变在中国究竟如何发生？这一转变对律师的成长和性格有无影响？有何影响？

一般谈论法治或者法治发达的程度，都会引用一些数量化的标准，比如立法的规模，司法的职业化程度，律师的数量等等。这些标准之所以流行，又是因为它们被假定与所谓法治社会之间存在着密切的联系。不过，从社会的和现实的方面去考察，这类假定进而这些标准的有效性可能是有问题的。我们须要牢记的一点是，一个群体或者一种制度，都是在特定社会条件下生成和发展起来的，因此不可避免地具有这些社会条件的印记。我们要了解这个群体或者这个制度，最好直接去观察它，看它实际上具有什么样的功能，如何获致这种功能，和怎样发挥这种功能，而不是只看其名称，对名称和概念的含义津津乐道。只有这样，我们才可能对现实保有一种清醒的意识，了解我们社会的实际状况，知道这个社会真正需要的是什么，以及如何令这些需要得到满足。那时，我们便可能不再面对上面提到的那种令所有法律人尴尬的问题了。

梁治平

二〇〇三年九月 于万寿寺寓所

# 目 录

## 业务进阶

- 办案规程 001 律师从事政府采购招投标的法律服务内容  
姚惠娟 苏长素
- 证据适用 007 证据开示制度比较研究 / 黄松有  
017 社会调查报告能不能当证据使 / 刘爱君 采编
- 判例研究 023 从香港“五尸命案”看区际刑事司法协助 / 周伟 陈瑞林

## 业界瞭望

- 执业前沿 031 中国律师业过度开放隐患:监管缺位之祸? / 师琰  
035 松散性伙伴:土洋律师行的非常时期 / 马斌
- 维权之声 039 石家庄,十一位律师集体退庭 / 卡夫  
043 法官,你不能为所欲为 / 王忠夫 盛光云 毛江凡
- 法学教育 046 统一司法考试后的法学教育 / 何勤华 陈灵海

## 管理之窗

- 职业素养 060 辩护的伦理道德 / [美]查尔斯·柯蒂斯 著 邓子滨 译  
068 “我与正义无关” / [美]詹姆斯·米尔斯 著 邓子滨 译
- 企业文化 087 大牌律师事务所的人力资源管理 / 徐月芬

## 法学论坛

- 法理沉思 128 诉讼法乃实体法发展之母体  
〔日〕谷口安平 著 刘荣军 译  
136 自由的限制:对劳动教养制度的分析 / 王人博
- 事件剖析 157 劳教制度缺乏法律依据 / 郭国松  
162 人权必须平等地赋予每个人 / 茅于軾  
166 为何还要追究孙志刚之死 / 何怀宏
- 律师说法 168 《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律  
若干问题的解释》的再解释 / 秦兵  
182 关于《律师法》总则及律师权利和义务部分的起草设想  
段耀洲 徐岩

- 热点话题 189 如何结束超期羁押噩梦(外一篇) / 李堕  
195 杨志杰为什么被关了 12 年? / 庄山
- 经典回放 200 论公民的不服从 / [美]亨利·大卫·梭罗 著 张礼龙 译

## 史海钩沉

- 历史名案 209 我和救国会七人之狱 / 沙千里

## 法苑撷英

- 随 笔 223 法律职业人与法律学术  
[德]古斯塔夫·拉德布鲁赫 著 舒国滢 译  
229 “仁政” / 林语堂 著 郝志东 沈益洪 译  
234 司法认识活动之独特性 / 樊崇义 刘涛  
238 论律师的哲人气质 / 刘彤海
- 书 评 248 德沃金:《自由的法:对美国宪法的道德解读》/ 徐品飞  
256 分明非梦亦非烟  
——序刘桂明《法治天下》/ 张思之

## 编读往来

- 258 对于高尚精神的追求  
——我眼中的《律师文摘》/ 王锋
- 261 关于《律师文摘》选文的一点浅见 / 邓周和军

# Contents

---

## Business Step

### Regulation of Handling Case

Lawyer's Legal Service Content in Inviting Bids and Offering a Bid for Governmental Purchase / by Yao Huijuan, Su Changsu(001)

### Application of Evidence

Comparative Research on Evidence Discovery System / by Huang Songyou(007)

Whether Social Findings Report Used as Evidence or not / Edited by Liu Aijun(017)

### Case Study

Approaching Inter—Regional Criminal Judicial Assistance from Five—Corpse Case in Hong Kong / by Zhou Wei, Chen Ruilin(023)

---

## Lawyer's Outlook

### Practice Front

Latent Trouble of Lawyering's Opening Overmuch in China: Misfortune of Absence of Supervision / by Shi Yan(031)

Loose Partners: Special Period of Native and Foreign Law Office / by Ma Bin(035)

### Voice of Protecting Rights

In Shijiazhuang, Eleven Lawyers Withdrawing Collectively from the Court / by Ka Fu(039)

Judge, You Cannot Do Whatever You Like

by Wang Zhongfu, Sheng Guangyun, Mao Jiangfan(043)

### Education of Law

Education of Law after United Judicial Examination / by He Qinhua, Chen Linghai(046)

---

## Window of Management

### Professional Attainment

Ethics of Defense / by Charles Kordis[U. S. A. ], Translated by Deng Zibin(060)

"I Have Nothing to Do with Justice"

by James Mills[U. S. A. ], Translated by Deng Zibin(068)

### Culture of Enterprise

Management of Human Resources in Well - known Law Offices / by Xu Yuefen(087)

---

## Forum of Law

### Ponderation of Legal Principle

Procedural Law is the Mother's Body of Substantive Law's Development

by Kuko Amping[Japan], Translated by Liu Rongjun(128)

Restriction on Freedom: An Analysis about Reeducation – through – Labor System

by Wang Renbo(136)

### Event Analysis

Reeducation – through – Labor System Lacking Legal Basis / by Guo Guosong(157)

Human Rights Must be Endowed Equally with Everyone / by Mao Yushi(162)

Why Sun Zhigang's Death still Investigated / by He Huaihong(166)

### Lawyer's Comment on Law

Reinterpretation of Interpretation on Several Issues in Trying Cases Concerning Dispute over

Contract for the Sales of Commercial Housing and Applying Law / by Qin Bing(168)

Tentative Plan Drafting General Provisions and Lawyer's Rights and Obligations in Law of  
Lawyer / by Duan Yaozhou, Xu Yan(182)

### Hot Topic

How to End the Nightmare of Extended Custody / by Li Duo(189)

Why Yang Zhijie Imprisoned for 12 Years / by Zhuang Shan(195)

### Retrospect of Classics

On Citizen's Disobedience

by Henry David Suolo[U. S. A. ], Translated by Zhang Lilong(200)

---

### Uncovering Historical Anecdote

#### Historic Case

the Case Concerning Seven of Nation – Saved Association and I / by Sha Qianli(209)

---

### Cream in Law Garden

#### Essay

Legal Professionals and Legal Academy

by Gustav Radbruch[Deutschland], Translated by Shu Guoying(223)

“Benevolent Government” / by Lin Yutang, Translated by Hao Zhidong, Shen Yihong(229)

Uniqueness of Judicial Cognizance Activity / by Fan Chongyi, Liu Tao(234)

On Sagacious Disposition of Lawyer / by Liu Tonghai(238)

### Book Review

Dworkin: Free Law: the Moral Reading of American Constitution

by Xu Pinfei(248)

Clearly Neither Dream nor Smoke / by Zhang Sizhi(256)

---

### Communication

Pursuing Noble Spirit / by Wang Feng(258)

An Humble Opinion about Selecting Works for Lawyer's Digest / by Deng Zhouhejun(261)

目录翻译 赵雪纲

|                            |                            |                            |             |
|----------------------------|----------------------------|----------------------------|-------------|
| 律<br>师<br>从<br>事<br>政<br>府 | 采<br>购<br>招<br>投<br>标<br>的 | 法<br>律<br>服<br>务<br>内<br>容 | 姚惠娟<br>苏长素* |
|----------------------------|----------------------------|----------------------------|-------------|

根据2002年6月29日全国人大常委会第二十八次会议通过的《政府采购法》,各级国家机关、事业单位和团体组织,使用财政预算内资金和预算外资金采购依法制定的集中采购目录以内的或者采购限额标准以上的货物、工程和服务的行为,均属于政府采购行为。关于律师在政府采购与招标投标中提供法律服务的范围,现行法律、法规未有明确规定。在司法部与国家计委共同颁布的《关于律师从事基本建设大中型项目招标投标法律业务的通知》中,就律师从事基本建设大中型项目招标投标法律业务,具体规定为

招标数额较大或采取国际招标的建设项目的招标文件、合同文本提供法律咨询审查、修改、制作相关法律文件,以及就招标文件最终文本出具法律意见书等活动。

笔者认为,律师在政府采购招投标业务中能够为当事人提供的法律服务内容很广泛,上述《通知》所规定的内容应当是最基本的。为能使政府采购行为进一步规范化,使整个过程在遵循公开、公平、公正原则的指导下进行,结合招投标法律服务实践,律师提供的法律服务将贯穿于招投标活动的全过程,其主要内容如下:

## 一、律师作为招标人的法律顾问

### (一)协助进行招标人的主体资格及项目合法性的审查

进行合法性审查是招投标活动的首要环节。在此环节律师需要对招标人的主体资格,货物、工程或项目的合法性,包括相关政府部门的政府采购预算、政府采购计划、立项批准文件等进行调查及审查,以确保招标项目在合法有效的前提下顺利进行。

### (二)协助采购人与采购代理机构签订委托代理协议

根据《政府采购法》的规定,纳入集中采购目录的政府采购项目,必须委托集中采购机构代理采购。此阶段律师将协助采购人与代理采购机构签

\* 姚惠娟、苏长素:北京东元律师事务所律师。

订委托代理协议,依法确定委托代理的事项,约定双方的权利义务。

### (三)协助编制招标文件

招标文件是项目采购的依据,具有法律性,且是采购合同的基础和有效组成部分。

此阶段律师将:

1. 协助招标人编制招标文件,包括:起草投标人须知,列明招标项目的性质、数量、质量、技术规格,投标价格的要求及其计算方式,投标人应提供的有关资格和资信证明文件,投标保证金及其他形式的担保,投标文件的编制要求,提交投标文件的方式、地点和截止时间,开标、评标、定标的日程,评标标准及方法等各项内容;
2. 协助招标人编制合同文本等;
3. 就招标文件中表述不准确的内容,协助审查和修改;
4. 在编制招标文件过程中,律师还将协助招标人编制标底,并密封保存。

### (四)就招标文件和合同文本出具法律咨询意见书

司法部与国家计委共同颁布的《关于律师从事基本建设大中型项目招标投标法律业务的通知》中明确规定了基本建设大中型项目法人或其招标代理机构,应当聘请有资格从事招投标业务的律师就招标文件和有关合同文本出具法律咨询意见书。

依据该《通知》,律师将在其出具的法律咨询意见书中做到:

1. 对招标投标项目的有关内容发表结论性意见,并且表明其所依据的事实和法律;
2. 对于招标文件所述的有关内容,律师将依据有关法律、法规的规定对其进行审查,对于某些不够准确或不完整或暂时不能做到准确或完整的内容,律师将要求项目法人或招标代理机构对此作出解释说明或相应的保证,并在法律咨询意见书中作出相应的说明;
3. 律师法律咨询意见书将在所有招标文件定稿后出具,在意见书出具后,有关招标文件的任何修改,如涉及新法律问题或应主管部门要求,律师将提出补充意见;
4. 项目法人委托的律师将着重审查项目法人主体、项目及招标文件内容的合法性。

### (五)协助发布招标通告或招标邀请函

协助或代理招标人在国内或国际上有重大影响的报刊或其他媒体上发布招标通告,载明招标人名称及联系方式,招标项目的名称、用途、数量、交

货时间、地点,对投标人的资格要求和评标办法,获取招标文件的办法、地点、时间、费用,投标地点和截止时间等。

如采用邀请招标的,律师还将协助招标人于规定日期前向特定的被邀请人发出投标邀请函。

#### (六)协助开展投标人资格预审

投标人资格审查可分为资格预审与资格后审两种。公开招标采用资格预审的,可以达到筛选潜在的投标人,缩小投标人范围,减轻招标活动中无谓的人力物力损耗,提高效率,加快招标进度。在该环节,律师提供的法律服务包括:

1. 协助或代理招标人在有关媒体上发布资格预审通告(一般与招标公告同时发布),着重载明获取资格预审文件的办法、地点和时间,资格预审的日程安排等各项内容;

2. 对拟投标的法人或其他组织进行资格预审,审查投标人经营业绩,近年来财务状况,是否具备提供同类货物、工程或服务的丰富经验等,着重审查投标人提交的具有圆满履行合同能力的证明文件或资料。

#### (七)协助出售招标文件

协助招标人按照招标公告或投标邀请书规定的时间、地点、价格出售招标文件。

#### (八)协助进行招标文件的澄清及修改

在必要时协助招标人于提交投标文件截止日期15天前书面通知所有招标文件购买者,对招标文件进行澄清或非实质性修改,完善招标文件,防范可能发生的争议,确保招投标活动的顺利进行。

#### (九)协助组织开标

开标是招标投标工作的重要环节之一。其中招标人应注重和体现的及投标人更关注的是开标的公开、公平、公正。为此,律师将协助组织开标,并注重在开标每一细节上体现上述三原则。将做到:

1. 审查评标委员会成员组成的合法性;
2. 协助邀请投标人代表和有关单位代表参加开标;
3. 开标前,验明投标书是否密封完好,并将验证程序公示;
4. 启封后验证投标书是否符合招标文件的要求,剔除无效标书。

实践中,存在投标人为抢标而临场变更标书内容,以及投标书中有关技术条款不符合招标文件规定的技术要求;不具有法人资格的实体以法人名义参与投标等情况。对此,律师将与评标小组对每份投标书进行严格审查,剔除无效标书,确立有效标书,为下一步评标明确范围。

### (十)协助招标人进行评标、决标

律师在评标、决标阶段提供的法律服务主要有:

1. 确保评议按事先确定的评标办法进行。实践中,存在招标人无意中变更评标办法,直接影响投标活动的公正性和严肃性的情况,对此,律师将提醒招标人严格遵循事先已公布给各投标人的评标办法,以避免因变更评标办法而引起的招标纠纷。

2. 协助依评标办法择优选定中标人。

3. 协助正式发出《中标通知书》。

### (十一)协助签订采购合同

采购人和中标人应当在《中标通知书》指定的时间、地点,按照招标文件确定的事项签订政府采购合同。此阶段,作为招标人的律师将:

1. 起草拟签订的合同文本,落实招投标之后所确定的各条款内容,尤其把握合同标的验收标准、结算办法、违约责任等条款,并确保合同在实践中的可操作性,以做到对招标人利益的切实维护;

2. 审核合同,确保合同符合政府采购的有关法律、政策及政府采购预算的要求,并审查合同的主要条款是否符合招标文件的要求,是否包括了政府采购管理机关对合同的履行验收所提出的特殊要求等;

3. 合同内容经确定,报政府采购管理机关备案后,7日内无异议,律师将协助签订合同。

### (十二)协助退还投标保证金

对落标的投标人,律师将协助招标人退回落标的投标人提交的投标保证金。

## 二、律师作为投标人的法律顾问

### (一)协助审核招标人主体资格及其招标文件

审核招标人主体资格及招标文件是投标人律师的首要工作。审查重点主要包括以下三项内容:

1. 招标人之资格证明,如是项目法人,审验其企业法人营业执照、年检情况等;

2. 货物、工程或服务项目的政府批准文件及其有效期限。通过上述审验,审查招标活动的真实有效性,以便投标人在招标人及项目合法有效的基础上就商业决策作出正确判断;

3. 审查招标文件的内容是否公平、合理,尤其是其提出的特殊要求;文字上审查其是否清楚达意,有无歧义之处;形式上是否符合法定要件。最终协助己方作出是否投标的决定。

## (二)协助编制投标文件

投标文件的编制质量,直接关系到投标人中标的几率。因此,投标文件既要严格依招标文件要求的格式、体例等编写,又要注意有所偏重,以将本方优势区别于其他投标人。律师在此阶段可提供的法律服务包括:

依据招标文件之规定,编制规范和完整的投标文件,具体包括投标函,载明投标人名称、联系方式、投标人资格、资信证明等证明投标人具有完满履行合同义务能力的文件,投标项目方案及说明、投标价格、投标保证金或其他形式的担保等各项内容。

## (三)协助提交投标文件

在招标文件规定的截止时间前将投标文件密封送达投标地点,要求招标人签收备案。

## (四)开标过程中的法律服务

监督开标过程的合法有效性,验明各标函是否密封完好,协助投标人唱标并在不超过投标文件记载的范围或改变文件实质性内容的前提下,对唱标进行必要的解释。

## (五)评标及定标过程中的法律服务

协助投标人对评标委员会组成人员的合法有效性进行审查,对评标委员会成员与其他投标人有利害关系的提出异议。

## (六)就投标活动及合同文本出具法律咨询意见书

着重阐述投标人主体资格、资质等级,投标人以往及现阶段生产经营状况,确认投标保函的内容及出具程序的合法性和规范性,就投标活动出具全面性和结论性的法律咨询意见。

投标人委托的律师出具法律意见书主要说明如下要点:

1. 投标人主体资格及资质等级是否符合招标要求;
2. 投标人在以往经营活动中是否有重大违约;
3. 投标人目前是否有重大诉讼事项;
4. 投标人在过去3年内是否有工程质量事故或其他重大事故;
5. 投标文件如附有投标保函、成本超支保函等有关项目的担保,律师将审查担保书的内容及出具的条件,在律师法律咨询意见书中将就这些担保发表意见,确认担保的内容和出具程序的合法性和规范性。

## (七)监督招标方的招标、开标、评标、决标是否按法定程序在法定期间

展开

若否,可代理己方向招标方提出意见或向上级主管部门投诉。对处理决定不服,还要代理提起行政复议或行政诉讼。

(八)中标后律师提供的法律服务

1. 为招投标双方签订的采购合同把关,并在以后可能发生的争议中代理己方解决问题;

2. 协助进行验收、结算。

摘自《律师与法制》2003年第4期

---

·规定·

司法部通知:律师年过 70 岁可继续执业

司法部最近发出《关于进一步加强律师执业管理若干问题的通知》。通知特别强调,律师年满 70 周岁,身体健康,符合执业条件的,可允许继续执业。以往的有关规定与此不符的,按本通知规定办理。

《法律援助条例》正式施行

国务院公布的《法律援助条例》于 2003 年 9 月 1 日起施行。其中特别规定:律师事务所拒绝法律援助机构的指派,不安排本所律师办理法律援助案件的,司法部将给予警告,责令改正,情节严重的,给予 1 个月以上 3 个月以下停业整顿的处罚。

·数字·

80 余万 97 万 从 1996 年我国正式确立法律援助制度至今,全国已建立政府法律援助机构 2642 个,法律援助专职人员近 9000 人。全国各地共办理各类法律援助案件 80 余万件,有 97 万人次获得法律援助。

# 证据开示制度比较研究

黄松有\*

## 一、外国证据开示制度的历史发展和改革动向

### (一) 证据开示制度的历史发展

证据开示(discovery)源于16世纪下半期<sup>①</sup>英国衡平法司法实践,至19世纪英国司法改革合并普通法和衡平法诉讼时,证据开示程序才开始形成,1938年美国《联邦民事诉讼规则》(FRCP)将证据开示制度“法典化”,正式确立为一项法定程序制度。美国在1938年前也一直运用着衡平法中的证据开示。1938年以后,证据开示制度被纳入许多国家的民事诉讼法或证据法之中,从发展趋势来看,证据开示制度日益受到世界各国的重视,而美国的证据开示制度也经历了数次修改得以发展和完善。

美国《联邦民事诉讼规则》规定的证据开示制度作为当事人有权向对方当事人收集证据的专门诉讼阶段,是美国民事诉讼区别于传统的英美法系民事诉讼的重要标志,也可谓既不同于英国民事诉讼,又区别于大陆法系各国民事诉讼的重要特点。<sup>②</sup>1938年前的数个世纪,普通法系国家民事诉讼属于典型的传统当事人主义诉讼模式,主要包括诉答和开庭审理两大阶段,诉答阶段主要目的是整理争点(issues),开庭审理阶段则是由陪审团和法官审理争点并作出裁决。当事人在法庭上提出什么证据完全取决于律师的诉讼策略和程序技巧,在开庭审理之前当事人互不了解他方为有关争点所准备的证据。虽然当事人交换诉答文书并整理争点,但由于诉答形式严格,且只包含一般性问题,而不涉及证据,诉答从来就不是告知法院和律师关于案件为何而争的有效方法……因此,诉讼的任何一方都很容易受到对方所提证据的突然袭击。一位勤奋的律师进入法庭时可能对自己的案件已做充分准备,但对于对方案件的确切性质却常常一无所知,因而关于如何应对也就毫无准备,突然袭击乃是审判中的合法策略。诉讼被视为一种比赛或比武,每一方的律师都竭力为其当事人而奋战。比赛的原理是:当司法战场上尘埃落定时,正义自然会以胜利者的姿态显现。这种诉讼的缺陷在于,最终的裁决常常是对律师的

\* 黄松有:最高人民法院副院长,兼任清华大学法学院硕士研究生导师,中国政法大学教授。

杰出技巧的奖赏,而不是对案件的实质所作的宣判。蓄谋已久、攻其不备的证据突袭(surprise)是律师水平的标志、胜诉的杀手锏和重要的诉讼武器,这种证据突袭在诉讼法理论、诉讼实践及人们的诉讼观念、思想文化中具备完全的合法性、正当性。在此理论支配下,法院无权要求双方当事人在审判前开示证据。19世纪初的美国,除极个别州授权法院可作出开示证据命令外,当事人可利用的证据开示渠道仅限于非正式的信息互换,或利用审前会议等程序附带地开示证据。后来几十年中,越来越多的州对证据开示程序及法官地位重新进行审视,确认证据开示对当事人的必要性、重要性以及法官就证据开示申请应拥有自由裁量权,部分州制定了成文法,规定某些特殊的证据必须在审判前向对方当事人开示,如刑事诉讼中“不在犯罪现场的证据”(alibi evidence)。然而,证据开示并未成为一项广泛的诉讼制度和法定程序,在1938年证据开示制度完全确立前,英美法系国家还没有防止当事人在法庭上进行证据突袭的有效手段,法院依据自由裁量权责令开示证据只能算是司法实践中为接近正义而对权利的非普遍性衡平。

在美国民事诉讼中,证据开示程序的最初目的只是为开庭审理进行审前准备,不料后来其在诉讼实践中产生了令人惊异的效果。由于诉讼案件在审查前已经事实清楚、证据明了,对于普通的法律工作者甚至对于具备健全理性思维的自然人而言,诉讼结果的确定性和可预测性已显而易见,因而,美国绝大多数民事案件能够在审前证据开示阶段通过和解结案,只有极少数案件才进入开庭审理阶段,故有学者主张,现在美国民事诉讼的核心实际上已经转移到审前准备阶段。

## (二)美国证据开示制度的改革动向

美国《联邦民事诉讼规则》设定证据开示程序后,虽有较大效果,但在司法实践中也出现了不少问题,主要是证据开示程序被滥用,诉讼拖延现象突出,诉讼成本持续攀升,严重影响了诉讼机制的运行。因此,美国不断地改革证据开示制度,特别是自20世纪80年代以来,于1980年、1983年、1993年对证据开示程序进行了三次大规模的改革。

1. 1946年改革。修正第34条关于提出文书之请求不须法院许可的规定。

2. 1970年改革。废除第34条关于提出文书之请求须“相当理由”之限制,修正第26条c,适当限制证据开示,修正第26条b、c,调整费用负担。

3. 1980年改革。修改了第26条第6款,设立了证据开示会议制度,并强制当事人出席,规定在法院参与下双方当事人要怀着极大的诚意制定证据开示的计划和日程。对违反开示命令和不出席开示会议的,将给予制裁。其立法目的是,通过加强法院对证据开示程序的监管,防止当事人滥用证据开示