

再论我国“非约束性”自认的修正

陈杭平*

摘要 我国民事审判实务中的自认具有“非约束性”的鲜明特征,此一状况随着《新证据规定》的实施亟待修正。对于自认的适用对象,应将其限缩为实体法规构成要件对应的事实及其他在诉讼中具有证明必要性的事实;对于自认的成立场域,无需将其限定为言辞辩论,而应允许当事人在起诉状、答辩状等诉讼文书及“非正式开庭”中作出自认;对于自认的法律效力,既应提升自认对法院的拘束力,又应注意自认的审判排除效具有相对性,还应确定自认的限制撤销效及其例外。对非约束性自认的修正并非从域外不同制度范例中择一从之,而是在充分理解自我与他者的基础上,围绕规范展开解释论作业,导向契合中国民事审判实践的约束性自认制度。

关键词 民事自认 非约束性 言辞辩论 审判排除效 限制撤销效

引言

在我国,民事自认制度是经由司法解释逐渐发展而确立的典范。一方面,《民事诉讼法》虽经历多次修改,但始终未将自认制度纳入其中。另一方面,在司法解释层面,自认制度大致经历了三个发展阶段:其一,1992年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》(以下简称《民诉法意见》)、1998年《最高人民法院关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》(以下简称《民事经济审判方式改革规定》)即出现它的模糊身影;^[1]其二,

* 清华大学法学院副教授。感谢金春、冯珂、卢佩等在日文、德文资料的收集与翻译方面提供的帮助。本文系国家社科基金一般项目“民事判决效力体系性研究”(项目编号:19BFX080)的阶段性成果。

[1] 《民诉法意见》第75条第1项规定,“一方当事人对另一方当事人陈述的案件事实和提出的诉讼请求,明确表示承认的”,另一方当事人无需举证;《民事经济审判方式改革规定》第9条第2款规定:“对当事人无争议的事实,无需举证、质证。”

2001年《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》)跨出了自认制度化的一大步,但规定的尚是一种泛化、不完整且模棱两可的“承认”;其三,2015年《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》)首次出现“自认”一词,至2019年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《新证据规定》)可谓聚细流、集大成。自此,我国民事自认制度规范大致成型。

国内民事诉讼法学界围绕自认制度的研究由来已久,最早可追溯至上世纪九十年代中期,其后又有多篇重要文献面世。^{〔2〕}尤其值得注意的是,新近有学者以域外(日本)的制度与理论为参照系,指出我国民事自认具有适用对象泛化、成立场域扩大化、效力拘束单向化等三个方面的非约束性,并提出加以修正的理论主张。^{〔3〕}从裁判文书来看,民事审判实务中的自认的确具有“非约束性”的鲜明特征。仅以最高人民法院近些年的裁判为例:在自认对象上,有的把对证据的认可视为对事实的自认;^{〔4〕}有的将作为证据的“当事人陈述”与自认混为一谈;^{〔5〕}有的将当事人陈述于己不利的程序性事实视为自认^{〔6〕}等。在自认效力上,有的因为与其他证据相互印证,才对自认的事实予以采信;^{〔7〕}有的因为相对方未提供相反证据才采纳自认事实(言下之意是对方有相反证据即可推翻)^{〔8〕}等。在成立场域上,有的甚至将当事人在诉前文书中陈述的事实视为自认。^{〔9〕}这些裁判文书将自认当作一种裁判说辞或标签,反映出法官缺乏自认应受规范性约束的明确意识。最高裁判机关的见解尚且如此宽泛模糊,各

〔2〕 参见叶自强:“论自认法则”,《宁夏社会科学》1996年第2期,第26—31页;宋朝武:“论民事诉讼中的自认”,《中国法学》2003年第2期,第115—125页;刘学在:“论拟制的自认”,《法学评论》2005年第5期,第129—134页;霍海红:“我国自认撤销规则的反思与重构”,《法商研究》2011年第6期,第82—89页等等。

〔3〕 参见段文波:“我国民事自认的非约束性及其修正”,《法学研究》2020年第1期,第100—116页。

〔4〕 参见福建泉州市二建工程有限公司诉泉州市丰泽区清源房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案,最高人民法院民事裁定书,(2019)最高法民申6479号。

〔5〕 参见赵随心诉锦宸集团有限公司建设工程施工合同纠纷案,最高人民法院民事裁定书,(2019)最高法民申1149号。

〔6〕 参见冯英诉新疆恒发纸业有限公司、李功学、段金莲民间借贷纠纷案,最高人民法院民事判决书,(2018)最高法民终571号。

〔7〕 参见董宁诉吴松军、新疆鼎盛鸿业房地产开发有限公司企业借贷纠纷案,最高人民法院民事裁定书,(2018)最高法民申494号。

〔8〕 参见昆明海创经贸有限公司诉江苏润扬建设工程集团有限公司买卖合同纠纷案,最高人民法院民事裁定书,(2018)最高法民申4167号;王洪军诉明水县第一百货商店房屋拆迁安置补偿合同纠纷案,最高人民法院民事判决书,(2018)最高法民再186号;陈焕华诉山东硕洋建设工程有限公司、中国核工业二三建设有限公司山东分公司、山东永昶置业有限公司建设工程合同纠纷案,最高人民法院民事裁定书,(2019)最高法民申4232号;浙江省东阳化工有限公司诉杭州馨华园房地产开发有限公司、周桂荣、樊美英、周珩、杭州三华园房地产开发有限公司民间借贷纠纷案,最高人民法院民事裁定书,(2019)最高法民申3591号。

〔9〕 参见四川龙海汇丰实业有限公司诉吉林省金鹤房地产开发有限责任公司、安图县吉庆农副产品有限责任公司、汝阳县天湛矿业有限公司、张洪钢、张倬铭公司联营合同纠纷案,最高人民法院民事判决书,(2014)民抗字第84号;西藏翔龙建设有限公司诉中铁十二局集团有限公司、中国铁路青藏集团有限公司建设工程施工合同纠纷案,最高人民法院民事判决书,(2019)最高法民终274号。

地方法院的情况可想而知。随着《新证据规定》的实施,这一状况亟待改变。而对非约束性自认加以修正,正是对自认的适用对象、立场域、法律效力等进行限缩与规范。

就此而言,域外有关自认的规定与理论具有范例意义。大致上,通过围绕法条展开的学理解说与判例发展,域外自认制度具有明确的适用对象及构成要件,并逻辑地产生对法院与当事人的双重拘束效力。不过,在这一共通的制度轮廓下,各国的自认规范及学理各具特色,存在着微妙但重大的差别。例如,日本存在主要事实/间接事实的分类框架,但德国未见其踪,美国、英国亦是如此;日本、德国规定自认原则上只能在言辞辩论场景下作出,但美国未予限定,英国更是规定自认只能书面作出。这为我国非约束性自认的修正提供了不尽相同的参考系。

当然,我国非约束性自认的修正并非简单地从不同制度范例中择一从之。相反,既应透析域外自认制度的内在机理,又应从我国历史与现实中提取制约因素,进而向以规范(目前为司法解释)为中心、以实务为导向的解释论收敛。解释的趣旨,不在于提出更“标准”或者更“中国”的制度方案,而在于弥合规范、理论与实务之间的缝隙,促进契合中国民事审判实践的约束性自认的确立及诉讼模式的继续转型。^{〔10〕}放宽视界,受我国法制近/现代化路径的影响,在“他者”与“自我”、域外与本土之间取舍抉择,可谓法治建设、法学研究面临的普遍难题。对于如何超越非此即彼的二元对立窠臼,如何拒绝庸俗的调和论或折中论,又如何塑造中国民事诉讼法的主体性,本文在最后亦作必要的反思。

一、对自认对象的限缩

如上文所述,我国民事审判实务上经常将作为诉讼资料的自认与作为证据资料的当事人陈述、对程序性事实的承认等混为一谈,对自认的对象不加限制。究其原因,与其归结于司法解释本身,毋宁说是由学说、指导性案例等所构成的解释论的贫乏所致。一方面,《民事诉讼法解释》第92条第1款及《新证据规定》第3条第1款规定自认对象为“于己不利的事实”,对照大陆法系其他国家的立法例,除效力等级不足外,并无多少可指摘之处。例如,德国《民事诉讼法》第288条第1款规定,当事人一方所主张的事实,在诉讼过程中经对方当事人于言辞辩论中自认,或者在受命法官或受托法官前自认并作出书面记录的,无需举证证明;日本《民事诉讼法》第179条规定,在裁判所中,当事人对于自认的事实以及显著的事实无需证明。另一方面,相关司法解释的释义书表明,起草者缺乏限缩自认对象的明确意识;^{〔11〕}理论上也未以相关条文为中心,展开充分的解释论作业。在过去,这种“对象泛化”与“要件不明”“效力虚弱”相呼

〔10〕 有学者将自认称作检验民事诉讼体制(模式)转型的一块重要的“试金石”。参见张卫平:“民事诉讼体制转型中的《民事证据规定》”,《中国司法》2005年第4期,第16页。

〔11〕 参见最高人民法院修改后民事诉讼法贯彻实施工作领导小组:《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第318—319页;最高人民法院民事审判第一庭:《最高人民法院新民事诉讼证据规定理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第94—99页。

应,共同构成一种缺乏制度内涵的、“标签式”自认的大致均衡。随着《新证据规定》对自认成立要件、形式要件(须作出书面或口头裁定)、法律效力的规范化,原有的均衡显然难以为继。对自认的对象加以限缩,导向“对象受限—要件规范—效力确定”的新制度均衡已势在必行。

在比较法的视野下,对自认对象加以限缩,是超越不同法系的共识。当然,域外对自认对象的限缩存在不同的进路。在大陆法系国家,除日本依托“主要事实/间接事实”分类框架外,德国主要从事事的证明必要性出发加以限定。而在英美法系国家,除了从证明责任负担的角度进行区分,还重视事实在动态诉讼过程中的重要性。

在日本,主要事实/间接事实的分类萌生于上世纪五十年代初。当时的学者与法官发现,如果所有事实都适用辩论主义,恐有违法官自由心证原则,即法院在证据调查中发现某一事实存在,却因辩论主义而无法采用该事实。经由判例的肯定与兼子一教授的倡导,主要事实/间接事实的分类框架迅速成为界定辩论主义适用范围的通说,其后又延伸至自认、证明责任等适用场合。^{〔12〕}其中,“主要事实”是指法规构成要件对应的具体事实,其存在与否决定相应法律效果(权利发生、变更或消灭)是否发生;“间接事实”是用以推认主要事实存在与否的具体事实,其作用相当于证据。^{〔13〕}在这一分类框架下,日本通说主张自认以主要事实为对象,理由在于间接事实属于自由心证原则作用的领域,当事人对间接事实的“自认”不能直接拘束法院。新近学说则认为,不将间接事实纳入自认的范围可能造成对当事人的诉讼突袭;主要事实与间接事实的区分并非易事;有的间接事实具有与主要事实同等的重要性;对间接事实自认不违背自由心证原则,相反可以敦促当事人实施自主性、负责任的诉讼活动,进而有助于实现事实认定的简明化、迅速化。基于这些理由,越来越多的学者主张自认的对象应当向间接事实扩张,或者干脆放弃主要事实与间接事实的分类框架,仅从事实本身之于裁判的重要性来圈定自认的对象范围。^{〔14〕}

与之相对,德国理论及实务上从未出现主要事实/间接事实的分类框架,因而也不存在“自认应局限于主要事实抑或向间接事实扩张”的议题。德国大致是从事实证明必要性的角度来界定自认的对象范围。一方面,由于自认旨在免除相对方的证明负担,只有作为证明对象的事实才成为自认对象;另一方面,由于证明是一种耗费诉讼成本与司法资源的诉讼活动,只有对法院裁判具有重要意义的事实才需要证明。在德国,一般用“裁判重要关联性”或“裁判上的显著性”(Entscheidungserheblichkeit)来判断事实有无证明的必要性。这一概念与诉之正当性

〔12〕 参见(日)松本博之、上野泰男:《民事訴訟法(第8版)》,弘文堂2015年版,第49、333页以下;(日)高橋宏志:《重点講義民事訴訟法(第2版補訂版)》,有斐閣2013年版,第423页以下。感谢立命馆大学金春教授向笔者提供这一重要讯息。

〔13〕 除二者外,辅助事实与背景事实都可视为间接事实的一种。参见王亚新:《对抗与判定——日本民事诉讼的基本结构》(第二版),清华大学出版社2010年版,第82—83页。

〔14〕 参见(日)高橋宏志:《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395—400页;段文波,见前注〔3〕,第111—112页。

(Schlüssigkeit der Klage)相关。^[15]如原告陈述的事实影响到诉之正当性,也即影响到其所依据的法规的构成要件是否满足,就具有裁判上的显著性;如被告陈述的事实足以排除原告主张的请求权基础,也具有裁判上的显著性。不难看出,德国虽然不采用主要事实/间接事实的分类框架,但同样主要从法规的构成要件出发,来甄别事实的重要性或其证明的必要性。若事实的真伪对判决结果不产生实质影响,该事实不需要被证明,自然也不构成自认的对象。

美国、英国等国家区分裁判上自认(judicial admissions)与证据性承认(evidentiary admissions),或者正式的自认与非正式的自认。前者是当事人及其诉讼代理人对当事人感知之具体事实的有意识、清楚且明确的陈述,具有排除争点的效力;后者仅具有对陈述人不利的证据效力,陈述人可以否认、反证及撤销,也不影响法院(陪审团)基于证据调查作出相反的事实认定。^[16]前者以相对方负责主张及举证、法院能据以作出对其有利之判决的基本事实为对象,也即诉讼请求或抗辩之构件(elements)事实。^[17]尽管美国、英国主要以判例法“诉因”而非成文法作为请求权基础,无从围绕法规发展出一套相对确定的构成要件或要件事实理论,但实务界与理论界通过长期的积累总结,同样形成了一套共识性的“诉因”构件框架,作为判断事实重要性及举证责任分配的操作工具。^[18]除此之外,对于一些虽与“诉因”构件不直接对应,但影响判决结果的辅助性事实(如合同上的签字真伪或签字人身份),一方当事人可以要求相对方作出裁判上自认。^[19]

综上所述,各国限缩自认对象的路径虽不相同,范围也不尽一致,但都仅限于对判决结果有实质影响、具有证明必要性的事实。其中,最核心的部分是法规构成要件或诉因构件对应的具体事实。在此之外的案件事实如对判决结果产生实质影响,同样纳入其中。这在日本表现为主要事实与重要的间接事实,在德国表现为具有“裁判上的显著性”的事实,而在美国、英国则表现为构件事实与重要的辅助性事实。

对我国而言,在自认制度规范化或达成新制度均衡的内在驱动下,将自认对象限缩为对判

[15] Vgl. Pohlmann, Zivilprozessrecht, 4. Aufl., C. H. Beck Verlag, 2018, Rn. 332–335. 感谢北京化工大学文法学院冯珂博士、对外经贸大学法学院卢佩副教授慷慨分享其译稿。另可参见(德)汉斯—约阿希姆·穆泽拉克:《德国民事诉讼法基础教程》,周翠译,中国政法大学出版社2005年版,第238–239、245–246页。

[16] Paul Rice, *Evidence: Common Law and Federal Rules of Evidence*, 4th ed., New York: Lexis Publishing, 2000, p. 486; Colin Tapper, *Cross & Tapper on Evidence*, 12th Edition, New York: Oxford University Press, 2010, pp. 84–85.

[17] Note, “Judicial Admissions”, *Columbia Law Review*, Vol. 64, 1964, p. 1121; 29A American Jurisprudence 2d Evidence § 767 (2020).

[18] Stephen N. Subrin, et al., *Civil Procedure: Doctrine, Practice, and Context*, Third Edition, New York: Wolter Kluwer Law & Business, 2008, pp. 184–185, 193–195.

[19] Roger S. Haydock and David F. Herr, *Discovery Practice*, Fifth Edition, New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2012, § 30.03; 杨良宜、杨大明、杨大志:《证据法:国际规管与诉讼中的证据攻防》,法律出版社2020年版,第565–566页。

决结果有实质影响、具有证明必要性的事实,亦属当然。原则上,凡属于实体权利构成要件对应的具体事实(司法解释称之为“基本事实”〔20〕)以及虽与实体权利构成要件不直接对应但影响判决结果的重要事实,均可作为自认对象。前者可以从对实体法规的解析中得出相对“客观”的结论;后者则需从当事人与法官的“主观”视角来确定,考虑的因素包括对诉讼结果影响的显著性、当事人将其作为攻击防御方法的明确性、防止诉讼突袭的必要性等。后者虽然具有一定的流动性和主观性,却是判断事实重要性的必然。如日本新近理论所主张的向“重要的间接事实”扩张,一则间接事实本身即具有弹性,范围并不确定,二则“重要”与否也只能在具体诉讼场景下由当事人与法官通过互动作出判断,难以诉诸外在的、先验的标准。德国除法规构成要件对应的事实外,所谓具有“裁判上的显著性”同样如此。

当然,我国司法解释将自认对象进一步限定为“于己不利的事实”,相当于放弃了“不利益要件不要说”,规定当事人只能针对不利益的重要事实作出自认。关于“于己不利”的含义,域外存在“败诉可能性说”与“证明责任说”的对立。前者认为当事人所作陈述可能导致其败诉即可,后者主张仅针对相对方负证明责任的事实作出不利于己的陈述。〔21〕二者的区别主要有两点:其一,是否将本方负证明责任的事实纳入自认对象范围;其二,是否将自认的对象等同于证明责任的分配对象,也即要件事实、主要事实或基本事实。

就第一点而言,“证明责任说”更为可取。这是因为,当事人对本方负有证明责任的事实作出于己不利的陈述,法院仍有义务进行释明而非直接受该陈述的拘束,当事人也可自由撤销相关陈述。〔22〕纵使经法院释明陈述人仍坚持己见,效果上相当于未主张该事实,通过主张责任即可解决,无需诉诸逻辑位次列后的自认制度。而从《新证据规定》第3条第1款的文义来看,自认使“另一方当事人无需举证证明”,核心在于免除相对方的证明责任,但当事人对本方负证明责任之事实的不利陈述,显然无此效力。就第二点而言,“证明责任说”恪守自认对象等同于证明责任分配对象的立场,难以涵盖与权利构成要件不直接对应、但影响判决结果的重要事实。〔23〕这无疑有失狭窄。不过,诚如高桥宏志教授所言,原则上采用证明责任说,但例外地考虑在其他重要事实中也适用证明责任的相关规则,这一见解并无不可。在间接事实或其他重要事实自认成立的问题上,“证明责任说还不至于存在决定性的缺陷”。〔24〕具体说,对于非要件事实或非基本事实,可以参照适用证明责任规则。例如,借条签名之真伪属于辅助事实,

〔20〕 例如,《民事诉讼法解释》第91条以“基本事实”作为证明责任分配的对象。另可参见《民事诉讼法解释》第102条、《新证据规定》第10条第1款第6项等。

〔21〕 参见高桥宏志,见前注〔14〕,第387—388页。

〔22〕 参见(日)三月章:《日本民事诉讼法》,汪一凡译,五南图书出版社1997年版,第425页。

〔23〕 持“证明责任说”的日本学者似乎都赞成自认对象仅限主要事实,而不扩张至间接事实。参见三月章,同前注,第425—427页;(日)伊藤真:《民事诉讼法》,曹云吉译,北京大学出版社2019年版,第240—241页。

〔24〕 高桥宏志,见前注〔14〕,第392页。

并非证明责任的适用对象。如果诉讼中借贷合意(基本事实)的存否取决于借条签名之真伪,或者说围绕借贷合意展开的争议聚焦于该辅助事实,那么它就成了决定判决结果的主要争点。在此情况下,被告承认签名为真,即构成裁判上的自认。

除上述纳入自认对象的“于己不利的事实”之外,当事人对于其他事实同样可以作出“承认”,其中尤为重要是上文论及的当事人本方负证明责任的事实。对于此类事实的承认不具有拘束法院及当事人的效力。根据《新证据规定》第63条第2款,当事人可以撤回这类于己不利的陈述或作出前后不一致的陈述,法院可以责令其说明理由,并结合当事人的诉讼能力、证据和案件具体情况进行审查认定,也即作为辩论的整体意旨予以斟酌。与此相似,当事人在庭前认可证据(主要是对证据相关之辅助事实的认可),庭审中反悔的,根据《新证据规定》第89条第2款及《民诉法解释》第229条的规定,法院可以责令其说明理由甚至提出证据,同样结合当事人的诉讼能力、证据和案件的具体情况进行审查。参考英美法系,对这类事实的承认及对证据的认可,具有证据性效力。为贯彻诉讼诚信原则,减少当事人在诉讼中的出尔反尔,针对自认对象以外的案件事实规定这种“次级”的效力规则,确有必要。

另外,无论对“于己不利的事实”作出自认,还是对其他案件事实作出承认或对证据作出认可,都以当事人及其诉讼代理人言辞或书面的“陈述”为载体,因此自认容易与作为证据的当事人陈述混为一谈。当事人陈述不利于己的重要事实,究竟什么情形下成立自认,什么情形下仅构成证据,有待甄别。从效力来看,作为证据的当事人陈述用以证明案件事实,是法官自由心证作用的对象,并不直接具有法律上的效力;而作为自认的陈述免除相对方的举证证明义务,也排除法院续行证据调查(包括要求当事人作证)。当事人陈述是证明事实的方法或手段之一,而自认等于事实被证明。^[25]因此,二者之间存在阶差。区分当事人作为诉讼资料的陈述(自认)与作为证据资料的陈述(作证),恐怕需要采用实用主义的进路,综合衡量当事人陈述的是否为于己不利的重要事实,当事人是否对陈述内容具有不予争议的明确意识,是否在陈述前后提出相反的其他证据或作出相矛盾的陈述等因素。^[26]

二、对自认场域的规范

自认旨在为判决提供基础,属于诉讼行为之一种。^[27]《新证据规定》第3条规定,自认必

[25] Otis H. Fisk, “Judicial Admissions”, *University of Cincinnati Law Review*, Vol. 1, Issue 1, 1927, pp. 59—61.

[26] Robert J David, “Evidence - Factual Testimony v. Judicial Confession”, *Loyola Law Review*, Vol. 14, Issue 2, 1968, pp. 413—416.

[27] 关于自认的法律性质存在不同观点。既有认为是取效行为的,即须经法院的审理判断才能产生预期的法律效力。参见三月章,见前注[22],第426页。也有认为是与效行为(直效行为)的,即无需以法院审判活动为中介就能产生预期的法律效力。参见(德)奥特马·尧厄尼希:《民事诉讼法》,周翠译,法律出版社2003年版,第164页。

须在诉讼过程中作出。故当事人在诉讼前或诉讼外向相对方陈述或承认于己不利的事实,不构成裁判上的自认。当然,该条规定的“诉讼过程”是一个宽泛的概念,并不限于庭审过程,还包括证据交换、询问、调查过程,以及诉讼中呈现的起诉状、答辩状、代理词等诉讼材料。这一规定与大陆法系其他国家形成鲜明对比,但与英美法系的制度颇为接近。

在日本,自认只能在口头辩论或辩论准备程序中作出;^[28]在德国,自认原则上也只能在言辞辩论中作出。^[29]在书状中作出的事实陈述,以及在不具有“口头·对席·公开·直接”这种程序场景下所作的事实陈述,除非在言辞辩论中通过口头加以表述,否则仅被视为自由心证原则作用对象的证据资料,相当于间接证据。作此限定的原因在于,自认的事实属于诉讼资料,构成判决基础,而判决只考虑言辞辩论中的陈述。换言之,在这几个国家,只有经过言辞辩论的“过滤”或“书面→口头”的转化才能成为判决基础,而起诉状、答辩状等均被视为言辞辩论的准备性书状。^[30]这种“口头辩论中心主义”是宪法性听审权或口头审判原则的要求,而透过制度的表象,则可以看到历史的塑造力量。欧陆国家在法制近代化过程中,新兴的资产阶级把诉讼审判的公开、口头方式作为一项政治性要求,赋予其反对封建王权的意识形态意义,且市场经济发展和市民社会发达对纠纷解决的效率性提出更高要求。^[31]例如,日本的口头辩论期日一度沦为形骸化、空洞化的“三分钟辩论”,诉讼实际上向书面和间接原则大幅度倾斜,但口头主义的原则地位依然屹立不倒。^[32]

与之相对,英美法系虽也有言辞辩论的悠久传统,但在自认的成立上从不恪守口头主义。在美国,裁判上的自认除了在庭审中由当事人或其诉讼代理人口头作出,还可以通过诉答阶段提交的起诉状或答辩状、针对“要求自认书”(request for admission)的书面答复等方式作出。^[33]首先,针对原告在起诉状中主张的事实,被告须在答辩状中作出一一回应(承认、否认或缺乏足够信息的“不知”),如承认则将相关事实从争点中排除,不再构成争议与审理的对象。其次,作为事证开示方法之一,一方当事人可以向相对方发出“要求自认书”,要求后者就特定事实、法律适用、证据资料等作出承认或否认。一旦对重要事实作出承认,即发生决定性拘束效力;除非有正当理由予以撤销,否则自认人在庭审时不得作相反陈述,相对方免于举证证明。在英国,自认的成立场域就更加特别。一方面,自认只能书面作出,口头作出的话仅具有证据效力,当事人可自由撤回;另一方面,自认可以在诉讼开始后作出,也可以在一些特定类型

[28] 参见高桥宏志,见前注[14],第385页。

[29] 例外有两种:一种是在受命法官或受托法官面前陈述且作成笔录,另一种是书面程序中可以通过书面形式自认。参见尧厄尼希,见前注[27],第237页。

[30] 参见尧厄尼希,见前注[27],第143页。

[31] 参见王亚新,见前注[13],第99页。

[32] 参见王亚新,见前注[13],第109—113页。

[33] Note, supra note 17, pp. 1126—1133. Paul Rice, supra note 16, p. 487.

的“诉前和解”(pre-action protocols)过程中作出。^[34]当然,英国的“诉前和解”在当事人和解谈判之前具有类似诉讼的请求与答辩阶段,可以视作是诉讼程序的一种前伸。请求方应在起诉前向被请求方发出告知函,详述请求的事实理由,被请求方须在限定期间内作出全面回应,包括全部或部分自认。其中,与人身损害、医疗过失、病症与疾病(disease and illness)有关的诉前和解中,非经相对方同意或法院许可,诉前作出的书面自认不得在诉讼中撤回,产生拘束力。^[35]英美法系国家并未将自认的场域限缩于言辞辩论,似乎与其将自认当作“传闻”之例外的制度逻辑有关。^[36]至少从这几个国家来看,当事人的陈述是否构成自认不取决于作出的程序场景或载体,而是与陈述的对象、陈述的意思等因素有关。

因此,是否将自认限定于言辞辩论场合或一概向其收拢,从比较法上难以得到唯一答案。基于以下理由,笔者认为我国无须作此限定:其一,在我国独特的法律传统及法制近代化过程中,口头主义从未被提升至宪法原则的地位。十八届四中全会提出“推进以审判为中心的诉讼制度改革”,也主要适用于刑事诉讼领域,并非民事诉讼领域的命题;^[37]其二,可能受官僚制下的文牍主义、汉字难以书写(因此读写能力素来受到尊崇)等因素的影响,我国《民事诉讼法》显露的反而是一种“书面至上主义”。允许以口头方式作出诉讼行为通常被当作简化程序或便民措施,在当事人书写起诉状确有困难(第120条)、简单民事案件(第158条)以及申请审判人员回避(第44条)等场合下使用;其三,诉讼行为的两种方式各有优劣,即便贯彻口头主义的德国、日本也例外地允许范围不等的书面诉讼行为。^[38]作为朝向书面主义延长线上的一点,不妨将起诉状、答辩状、代理词等视作书面作出的辩论,当事人可在其中对影响判决结果的重要事实作出自认;其四,从现实出发,我国庭审辩论的品质普遍不高,而书面陈述具有相对确定、容易核查等优点,更便利法院在庭审前整理及缩减争点。

因此,我国并无必要强求自认只能在庭审或言辞性准备程序中作出,《新证据规定》第3条有其合理性。当然,起诉状、答辩状、代理词等诉讼文书并不完全一致,其中仍涉及有待解释的理论及实务问题。

[34] John O'Hare and Kevin Browne, *Civil Litigation*, 16th Edition, London: Sweet & Maxwell, 2013, p. 289.

[35] *Ibid.*, pp. 96-100, 289.

[36] 例如,美国《联邦证据规则》第801(c)规定,所谓“传闻”是指陈述人非在本案庭审或听证中作出的陈述,或者当事人显然为了证明事实主张的真实而作出的陈述。作为传闻的例外,自认也不必在庭审中作出。William J. Giacomo, "Admissions: What They Are and How They Can Impact Litigation", *Pace Law Review*, Vol. 32, Issue 2, 2012, p. 439.

[37] 参见张建伟:“审判中心主义的实质内涵及实现途径”,《中外法学》2015年第4期,第862页;《关于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的意见》(法发[2016]18号);《关于深化人民法院司法体制综合配套改革的意见—人民法院第五个五年改革纲要(2019—2023)》(法发[2019]8号)。

[38] 参见尧厄尼希,见前注[27],第143页;穆泽拉克,见前注[15],第66—67页;(日)新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第340—343页。

首先,原告在起诉状中陈述于己不利的重要事实(如被告已部分偿还借款或支付货款),并不当然成立自认。当事人先行陈述于己不利的事实被称作“先行自认”或“自发性自认”。日本的通说认为,“先行自认”在相对方援用之前并未成立,陈述人可自由撤回,但一旦相对方援用就产生自认的效力。也有学说担心当事人在陈述当时并无对事实作出自认或不予争议的意思,却因相对方的援用而受拘束,有遭受诉讼突袭之风险。该种学说主张,即使相对方提出援用,也允许陈述人对是否具有不予争议的意思进行再确认,即先行自认否定论。^[39]《新证据规定》第3条第1款在原《证据规定》第8条第1款“对另一方当事人陈述的案件事实明确表示承认”的基础上,新增“一方当事人陈述的于己不利的事实”的规定,似乎有肯定先行自认之意。但是,从自认的拘束力来看,如当事人确无不予争议的意思而仅因不慎在起诉状中提及于己不利的事实,当相对方主张援用时,应允许陈述人就其真实意思再予确认。如相关陈述被撤回或更正,自认无从成立,但先行陈述可作为对陈述人不利的间接证据使用。陈述人需就其前后不一致的陈述作出合理解释。^[40]如此理解可能更加妥当。

其次,诉讼代理人的代理词中的陈述能否成立自认,涉及代理权限的问题。《新证据规定》第5条将代理人自认权限的除外规定由原“未经特别授权的代理人对事实的承认直接导致承认对方诉讼请求”改为“授权委托书明确排除的事项”。从学理上看,自认原则上并不直接影响诉讼请求、程序开启或终结,不属于《民事诉讼法》第59条规定的须经过特别授权的诉讼行为,作此修改并无不可。代理人在庭审、庭前会议等场合中口头陈述于其委托人不利的重要事实,成立自认自不待言。但在民事审判实践中,代理人经常在庭审之初或庭审结束之后提交书面代理词,其中往往包含对案件事实的陈述。除非作出自认的权限被委托书明确排除,否则代理词中对委托人不利之重要事实的陈述同样成立自认。有疑问的是庭审结束后提交的代理词。一方面,受法院人少案多、大多数民事案件比较简单、缺乏崇尚口头辩论的社会文化及法庭氛围等现实因素的影响,我国民事开庭审理通常比较简短,当事人及其代理人常常难以尽其言、达其意。作为法庭辩论的一种扩展或延伸,代理人在庭后通过提交代理词补充、澄清事实及法律意见,有其实际意义;另一方面,自认是单方诉讼行为,不以相对方承诺为必要,故代理词在庭后单方提交不影响自认的成立。

除了起诉状、答辩状、代理词等诉讼文书,我国在开庭审理(典型的言辞辩论场景)之外还存在证据交换、询问、调查等场合。根据《新证据规定》第57条第2款,证据交换中,审判人员应当对当事人无异议的事实记录在卷,并整理争点。实践中还常见法官或审判辅助人员在当事人双方甚至仅一方在场的情况下,进行当事人询问、事实调查。对于这类样式各异、名目繁多的“非正式开庭”,一方面应当适度提高对当事人的程序保障程度,比如不得在仅一方在场时

[39] 参见高桥宏志,见前注[14],第386—387页。

[40] Paul Rice, *supra* note 16, pp. 482—485; Roger S. Haydock and David F. Herr, *supra* note 19, § 30. 10.

进行询问或调查；〔41〕另一方面须注意，在证据交换、询问或调查等场合，当事人严格来说并未作出作为辩论资料的陈述，而是作出作为证据资料的陈述或对证据发表质证性意见。因此，有必要将当事人对不利于己之重要事实的陈述或承认作成笔录，予以固定，并在开庭审理时宣读，从而将“作为证据资料的陈述”转化为“作为辩论资料的陈述”。尽管这种转化的实践意义很微弱，但在理论上仍有必要予以强调。美国判例法认为，当事人在事证开示中作出的事实陈述，只要足够有意识、清楚、明确且属于其感知的范围，仍然可以成立裁判上的自认。〔42〕这不无启发意义。

当事人非在本案“诉讼过程”中陈述或承认于己不利的事实，构成裁判外的自认，仅为法官自由心证作用的对象，只具有证据效力。这类裁判外的自认包括诉讼前或诉讼中向对方当事人、第三人而非向法院作出，在其他诉讼中向法院作出，在诉的选择性合并或预备性合并的另一个诉中作出〔43〕等。如当事人在诉讼调解、和解中陈述或承认于己不利的事实，《民事诉讼法解释》第107条规定“不得在后续的诉讼中作为对其不利的根据”。相关释义书认为，此即不发生自认的效力，〔44〕理由在于此类陈述并非“作为辩论的陈述”，且往往为达成和解协议而作出妥协，未必真实或完整，不可直接作为判决基础。这一见解值得肯定。当然，如果当事人均同意的，等于合意赋予调解或和解内容以“作为辩论的陈述”的蕴意，也不妨碍产生自认效力。另外在调解、和解中作出的承认仍可作为间接证据使用。

三、对自认效力的确定

不言而喻，自认具有对法院及对当事人的双重拘束力。一方面，法院毋庸也不得对已自认的事实进行审理，而应当将其作为判决基础，并从审理对象中予以剔除；另一方面，自认人原则上不得就已自认的事实再行争议及撤销自认，相对方也无需就被自认的事实收集、保全、提出证据及加以证明。在学理上，前者被称为“审判排除效”，后者被称为对自认人的“限制撤销效”及对相对方的“免证效(利益)”。前者为核心，后者是附随性、反射性的。〔45〕在双重拘束力的保障下，自认成为缩小争议范围、减轻举证负担、提高诉讼效率的诉讼机制。然而，由于长期以来我国自认对象不清、要件不明，相应地，自认效力在实务中也处于模糊状态。法院往往将自认当作事实判断的依据之一，斟酌全部证据调查情况才作出与自认相一致或不一致的判断，并

〔41〕 参见王亚新：“实践中的民事审判(续)——四个中级法院民事一审程序的运作”，《现代法学》2003年第6期，第59—61页；徐昕、徐响：“非正式开庭研究”，《比较法研究》2005年第1期，第71—86页。

〔42〕 *Caponi v. Larry's 66*, 236 Ill. App. 3d 660, 176 Ill. Dec. 649, 601 N.E.2d 1347 (2d Dist. 1992).

〔43〕 29A American Jurisprudence 2d Evidence § 775 (2020). 诉的普通合并与此不同，参见新堂幸司，见前注〔38〕，第379页。

〔44〕 参见最高人民法院修改后民事诉讼法贯彻实施工作领导小组，见前注〔11〕，第356页。

〔45〕 参见段文波，见前注〔3〕，第104页。

无应受自认拘束的自觉意识。这相当于将自认的核心拘束力降格为证据的证明力,混淆了诉讼资料与证据资料,造成非约束性自认现象的泛滥。下文分别围绕自认的审判排除效与限制撤销效探讨自认效力的确定。

(一) 审判排除效

审判排除效是自认对法院的纵向拘束力。在比较法的视野下,其并非源自法规范的规定,而是特定诉讼模式的逻辑产物。一方面,无论德国、日本还是美国、英国,均未明确规定自认具有审判排除效。事实上,该种效力主要依赖学理的阐释及实务(判例)的发展。例如,日本《民事诉讼法》第179条、德国《民事诉讼法》第288条第1款均只规定了自认的效力在于相对方无需证明;美国《联邦民事程序规则》第36(b)规定被自认的事项除非经法院许可可撤回,否则“决定性地成立”,即对当事人具有决定性拘束力,自认人不得进行反证且相对方免于证明;英国《民事程序规则》未对自认的效力作出直接规定,而在第14.1及14.1A间接规定了相对方可申请法院基于自认作出判决(即自认构成判决基础),自认的更正、撤回须经相对方同意或法院许可。另一方面,在德国、美国等国家中,尽管在确立原旨意义的辩论主义或对抗制后,逐渐向加强职权探知或职权干预的方向发展,^[46]但判决的事实基础形成仍主要交由当事人而非法院负责。^[47]换言之,在以辩论主义为原则、职权探知主义为补充的诉讼模式下,自认对法院的事实判断产生拘束力,自认的事实被当作判决基础而从审理争议对象中剥离。

反观我国,漫长历史中产生的诉讼正当性在于裁判官在彻底查明案件真相的基础上,形成正确妥当的解决方案,进而说服教育当事人接受。^[48]但自改革开放以来,随着经济体制及社

[46] 德国在19世纪末确立绝对自由主义的诉讼模式,其后逐渐向加强法官诉讼指挥义务(包括对事实发现的积极干预)的方向转型。Nigel G. Foster and Satish Sule, *German legal system and laws*, New York: Oxford University Press, 2010, pp. 137-138. 参见赵秀举:“德国民事审判程序的改革及借鉴”,载《人民法院报》2015年6月19日,第8版。美国联邦法院在20世纪初确立源自普通法的对抗制,但从20世纪下半页开始也经历了与德国类似的转向,强调法院对诉讼程序及实体内容的介入及干预。这在复杂诉讼、无律师代理的民事诉讼等领域中体现的尤为明显。Robert W. Emerson, “Judges as Guardian Angels: The German Practice of Hints and Feedback”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 48, Issue 3, 2015, pp. 715-716, 731-732; Steven Baicker-McKee, “Reconceptualizing Managerial Judges”, *American University Law Review*, Vol. 65, Issue 2, 2015, pp. 360-384; Amanda Frost, “The Limits of Advocacy”, *Duke Law Journal*, Vol. 59, Issue 3, 2009, pp. 470-516; Jessica K. Steinberg, “Adversary Breakdown and Judicial Role Confusion in ‘Small Case’ Civil Justice”, *Brigham Young University Law Review*, Vol. 2016, Issue 3, 2016, pp. 902-907.

[47] 在原旨意义上,辩论主义即把判决的事实基础完全交由当事人自主形塑;与之相对,职权探知主义则把判决的事实基础完全交由法院负责形成,法院有义务彻底查清案件事实。参见尧厄尼希,见前注[27],第124页。

[48] 前近代的诉讼模式及其正当性原理,参见(日)寺田浩明:《中国法制史》,东京大学出版会2018年版,第193-206页;改革开放之前的诉讼模式及正当性原理,参见王亚新:《社会变革中的民事诉讼》,中国法制出版社2001年版,第63-66页。对于事实查明“绝对化”现象的否定性观点,参见张卫平:“事实探知:绝对化倾向及其消解——对一种民事审判理念的自省”,《法学研究》2001年第4期,第70-79页。

会结构的急剧转型,法院(及背后的国家)受资源的硬约束,难以维系过去包揽从真相查明到说服教育权责的纠纷解决模式,开始向当事人自主决定、自负其责且以法院判决结案为归宿的模式转变。在判决事实基础的形成上,就表现为从职权探知主义一端向辩论主义的另一端演进,从而与德国、美国等形成相向而行的宏观趋势。经过近四十年的变迁,我国民事诉讼已逐步走出职权探知主义,具有了更浓厚的当事人自决色彩。在从请求、事实到证据的诉讼实体内容的形成上,当事人而非法院已成为最重要的程序制度主体。当事人自我责任、保护相对方的信赖利益等观念也逐渐深入人心。尽管受“基础设施”(如律师与法官的比例、养成)、社会观念(重视实体正义、客观真实)、司法政策(强调司法为民)等因素的影响,我国相比域外仍更加强调法院对真相发现、纠纷解决的责任(相应地也保留了更大的探知权能)。但原则上当事人自认的事实应被法院采纳作为判决基础,或者说自认应对法院产生某种拘束力,并非一种与当下诉讼模式不可兼容的主张。就此而言,在《新证据规定》实施的基础上,通过学理和指导性案例确定自认对法院的效力,恢复自认事实作为诉讼资料的本来面目,可谓大势所趋。

当然,自认对法院的拘束力不是绝对的,或多或少总存在着例外。例如,在德国,自认如违反普遍承认的经验法则或众所周知的事实,或者通谋诈害第三人,对法院不具有拘束力;^[49]在美国,如自认的是非法或不道德的、通谋的、不可能发生的事实,法院可依职权审查并否定其拘束力。^[50]自认的审判排除效之所以具有相对性,主要是两个方面的原因。一方面,如果明显不合法或虚伪的自认仍对法院产生拘束力,则法院将沦为当事人虚假、诈害诉讼的工具,破坏国民对司法的信任;另一方面,当事人违背主观性真实而作出虚伪“自认”,在某种意义上违反了真实义务,法院也应当作出否定性评价,免受其拘束。^[51]2005年“孙英杰案”中,一审法院可能受法外因素的影响,将被告明显违背生活常识及经验法则的自认作为判决事实基础,变成一场闹剧中不光彩的“帮凶”,教训不可谓不沉重。^[52]以此为鉴,我国在确立自认的审判排除效的前提下,也应当注意这种效力的相对性。作为例外,如自认明显违背普遍承认的经验法则、众所周知的事实,有证据表明当事人合谋诈害案外人或为了达到非法、有违公序良俗的目的,法院不受拘束。

在审判排除效相对性的视角下,我国司法解释还规定了一种重要的例外。《民诉法解释》第92条第3款规定,自认的事实“与查明的事实不符”的,法院不予确认。尽管相关释义书强

[49] 参见尧厄尼希,见前注[27],第237页;(德)罗森贝格、施瓦布、戈特瓦尔德:《德国民事诉讼法》,李大雪译,中国法制出版社2007年版,第828页。

[50] Otis H. Fisk, *supra* note 25, pp. 66-67.

[51] 例外是,如果虚伪自认不涉及他人利益或公知性事实,出于对“自认”人违反真实义务的惩罚,可以不准许其撤销“自认”。参见穆泽拉克,见前注[15],第247页。这并非意味着法院被动接受虚伪自认的拘束,而是对虚伪自认人施加不利益。

[52] 关于该案的基本案情,参见王亦君:“权威证据法专家:孙英杰名誉侵权案存在诸多疑点”,载《中国青年报》2005年12月20日, http://zqb.cyol.com/content/2005-12/20/content_1220913.htm,最后访问日期:2021年6月12日。

调,该款规定指的是当事人的自认与法官已经形成内心确信的事实不符,且自认不能动摇法官心证的情形,^[53]但实践中经常发生法院基于自认之后的证据调查结果来否定自认的效力。^[54]如此一来,自认的审判排除效便无从产生。《新证据规定》第8条第2款则颇具深意地修改为“与已经查明的事实不符”,明确将审判排除效的例外限定在自认与法院已查明的事实相抵触、相违背的情形。换言之,法院不得以自认之后的证据调查来否定它的审判排除效,但自认与法院基于证据调查已经形成的事实判断不符的,不发生审判排除效。对于后者,法院仍应基于已经查明的事实作出判决。此处的事实无需达到众所周知的程度,主要是指法官查明的个案事实。这等于对自认的时间范围作了限制,只有在法官围绕特定事实形成内心确信之前,当事人才能对其作出自认。另外,“与已经查明的事实不符”应当仅限本诉而非前诉或其他案中查明的事实。如为前诉或其他案中查明的事实,则应适用《新证据规定》第10条第1款第6项,产生预决效或证明效,即一方当事人无须举证证明,但当事人有相反证据足以推翻的除外。与德国、美国等国家相比,这种审判排除效的例外似乎为我国所特有。不过,由于我国法院对于事实查明保留了更大的权能与责任,或者说职权探知在判决事实基础形成中所占比重更大,这一例外并非不能理解。当然,为了避免给当事人造成诉讼突袭,法官有必要在诉讼过程中开示其心证,明确告知当事人自认有违其内心确信而不产生审判排除效。

(二)限制撤销效

限制撤销效是自认的横向拘束力,旨在保护相对方的信赖利益,免除其因(基于信赖)不及时收集、保全证据而陷入举证不能的风险。故自认一旦成立,就对自认人形成拘束,不允许其自由撤销。由于自认免除的是相对方的举证证明负担,如相对方自愿放弃该利益状态,同意自认人撤销自认,则没有限制撤销自认的理由。此即《新证据规定》第9条第1款第1项的规定。该种同意作为诉讼行为,既可以明示作出,也可以默示作出。后者表现为相对方对于撤销自认未提出异议并对自认人的新事实主张进行应答。

如果当事人基于意思错误作出于己不利的事实陈述或承认,不具有自认的效力。自认不要求当事人对所认事实的真实性有确信,故明知事实不真实也可成立自认。但自认后才对事实的认识存在错误,并因为错误而作出自认,可以申请撤销。^[55]有疑问的是,《新证据规定》第9条第1款第2项删除了原《证据规定》第8条第4款的“有充分的证据证明”“与事实不符”,而仅保留了意思错误的中国式表达“重大误解”。相关释义书认为这是向撤销自认的基础

[53] 参见最高人民法院修改后民事诉讼法贯彻实施工作领导小组,见前注[11],第319—320页。

[54] 参见黄明远诉自贡市金钟实业开发有限公司建设工程施工合同纠纷案,四川省自贡市中级人民法院民事判决书,(2016)川03民终416号;姜德民诉王收、姜岩返还原物纠纷案,吉林省长春市中级人民法院民事判决书,(2017)吉01民终996号;南京市建邺区晔旺建材销售中心诉南京建工集团有限公司买卖合同纠纷案,江苏省南京市中级人民法院民事判决书,(2019)苏01民终8547号等。

[55] 以意思错误为由“撤销”自认与自认“不成立”之间的区别很不明确,但对自认成立的事前确认与对自认撤销的事后确认“二阶段化”在理论上仍有必要。参见高桥宏志,见前注[14],第401—402页。

(违背当事人真实意思)回归,并降低撤销自认的难度。^[56]一方面,应当肯定这一修改具有积极意义。由于我国自认的成立场域等要件相对宽松,相应的在撤销自认上有必要放宽要求,从而避免“成立—撤销”首尾两端的制度失衡;但另一方面,删去“与事实不符”后,与司法解释起草者的初衷相悖,反倒可能增加自认撤销的难度。

在域外,德国《民事诉讼法》第290条将意思错误与“违反真实”并列为撤销自认的事由;日本《民事诉讼法》虽未作规定,但判例及学理上一般也将违反真实与意思错误相提并论;^[57]美国判例法同样从“对事实之真实状况的误解”来定义意思错误,也即误以为不存在的事实存在或者存在的事实不存在。^[58]其合理之处在于,意思错误作为主观要件在实践中极难证明,且若以自认人的意思为中心的话,能否对因重大过失引起的意思错误加以限制(不准撤销)易生争议。相反,侧重违反真实的客观要件,既适当降低了自认人撤销自认的举证难度,又因其需要举证证明自认违反真实或与事实不符,相当于对“真实”为何负担证明责任,从而可以避免因撤销自认而使相对方陷入证据欠缺、难以举证的不利境地,妥当保护相对方的信赖利益。这样也有助于法院基于真实作出裁判。

《新证据规定》的起草者无疑用机械、平面的眼光看待撤销自认的要件,想当然地以为删去“与事实不符”就是减轻撤销自认的证明负担。殊不知“重大误解”的证明绝非易事,而即使同时保留两个要件,也可通过解释论对它们的相互关系及权重进行立体化的塑造。但基于《新证据规定》只规定“重大误解”的现实,不妨采用与我国台湾地区只规定“与事实不符”相向的解释进路,对“单要件”注入双重要件的内涵。具体来说,以“重大误解”作为撤销自认的唯一要件,但将与事实不符作为认定重大误解的主要依据。在实务上,自认人须先对“重大误解”提出主张并举证达到疏明的程度(对“为何作出自认”的事实进行具体化陈述并为必要的举证),再对“与事实不符”加以证明。^[59]两个阶段缺一不可。自认人既不能绕开第一阶段直接进入对“与事实不符”的证明,也不能在未完成第二阶段证明的情况下主张撤销自认。就后者而言,当事人基于重大误解而作出与事实相符的自认,因法官依据自由心证会得出相同的事实认定,自认人并无撤销自认的利益。^[60]

《新证据规定》除“重大误解”外还规定了“受胁迫”作出的自认可以申请撤销。如当事人受相对方胁迫陷入意思不自由,并被迫作出自认,相对方并无值得保护的信赖利益,相反其行为具有可责性;如当事人受第三人胁迫而作出自认,不准许其撤销自认,就会出现“相对方不当得利,自认人无辜受损”的不公平格局,而且容易引发相对方与第三人合谋对自认人实施胁迫的道德风险。就此而言,《新证据规定》第9条第1款第2项删除“与事实不符”,符合受胁迫撤销

[56] 参见最高人民法院民事审判第一庭,见前注[11],第141—142页。

[57] 参见新堂幸司,见前注[18],第380页;高桥宏志,见前注[14],第402页。

[58] Robert J David, *supra* note 26, p. 415.

[59] 参见高桥宏志,见前注[14],第406页。

[60] 参见新堂幸司,见前注[38],第380页。

自认的原理。^{〔61〕} 不过,与民事主体之间的私法行为(如出具借条、欠条,作出承诺,表示赠与)易受欺诈、胁迫不同,自认是向法院作出的单方诉讼行为。一方面,当事人因受相对方或第三人胁迫而向法院作出书面或口头自认,比较间接迂回,在审判实务中鲜见;^{〔62〕}另一方面,即使当事人被迫违背意愿作出自认,多少都会显出不够正常或自然,法院也比较容易发现。因此,将“受胁迫”(以及未被明确规定的“受欺诈”)纳入自认撤销的事由,并没必要。事实上,德国、日本等大陆法系国家均未规定受民事胁迫可以撤销自认。这些国家的判例及理论仅主张,如果自认是基于相对方、第三人应受刑事处罚的行为作出的(构成再审事由),自认无效;如自认的形式还存在,当事人有权撤销。^{〔63〕} 换言之,将再审事由有关条款(德国《民事诉讼法》第 580 条第 4 项、日本《民事诉讼法》第 338 条第 1 款第 5 项)类推适用于自认撤销。这大概也是考虑到自认作为诉讼行为的特殊性。

还值得一提的是,《新证据规定》第 9 条第 2 款新增规定,法院准许当事人撤销自认的,应当作出口头或者书面裁定。虽然裁定的形式比较灵活而不限于书面,但强制的裁定要求可以将自认与对非重要事实的承认及对证据的认可区隔开来,从而强化自认的制度意蕴。相较而言,《新证据规定》第 63 条、第 89 条并无类似要求。在适用上,对于庭审中口头作出的自认并口头申请撤销的,法院一般可以作出口头裁定,并将相关情况记录在卷;反之,对于书面辩论材料中作出的自认且书面申请撤销的,一般也应作出书面裁定。另外,如果相对方口头或书面同意撤销自认的,一般也可以作出口头裁定。

四、结 语

我国民事自认存在突出的非约束性现象,随着《新证据规定》的实施,这一现象大概到了非修正不可的阶段。如何修正是一个微观方案的确定问题,但其中涉及自我与他者、本土与域外之间的取舍抉择,则凸显作为法治后发国家的普遍性困境。长期以来,从域外法治理念到法规规范的单向输入,一方面为我国法学的复兴提供了源源不断的理论资源,其中相当一部分已“为我所用”、难分彼此;但另一方面中国法学始终处于继受者的位置,难以对自我产生理论自觉,更无法与他者展开基于主体性的平等对话。与之相反,过分看重本土与域外在传统及现实上的差异,又容易陷入各行其是或存在即合理的迷思。在过去,将“他山之玉”奉为金科玉律或以本土资源的名义拒斥之都曾风靡一时。遗憾的是,这两种立场似乎都不足以支撑起中国法治实践及法学理论的持续发展。因此,有必要超越二元对立、非此即彼的窠臼。当然,也不能将问题简单化,变成对二元的庸俗折中论或调和论。否则,既不能产生新知,也阻碍了中外法

〔61〕 参见霍海红,见前注〔2〕,第 86—87 页。

〔62〕 笔者通过中国裁判文书网及若干主流案例检索系统进行不完全检索,未发现一起法院准许当事人以受胁迫为由撤销自认的案例。

〔63〕 参见新堂幸司,见前注〔38〕,第 380 页;罗森贝克等,见前注〔49〕,第 828 页。

治、法学的有效沟通交流。

本文围绕非约束性自认之修正所展开的分析,正是一个在自我与他者之间寻找沟通可能性的尝试。一方面,域外存在着具体的、多样的制度形态,不宜以偏概全或一言以蔽之,而应在逐一考察的基础上归纳其共性、揭示其个性;另一方面,以域外多样制度作为参考系,不断丰富对自我的认知,并对本土规范、理论、实务之间的张力保持必要的敏感。在充分理解自我与他者的基础上,围绕现行法规范展开以实务为导向的解释论作业,才能逐渐形成中国民事诉讼法学的主体性。就非约束性自认的三个表征而言,对于自认对象充分借鉴两大法系主要国家的共识,以法规范构成要件对应的事实为主,辅之以诉讼中具有证明必要性的其他重要事实;对于成立场域参考英美而非德日的制度,不以言辞辩论为限,同样注重书面辩论的重要性;对于自认效力则主要立足我国民事诉讼模式变迁的趋势,从中发现加强审判排除效及明确限制撤销效的根据。对这三个方面的修正各有侧重,恰展示了沟通自我与他者的多种可能面向。这种具体而微的分析略显细碎,但越具体的也许才越深刻。

Abstract: The system of judicial admission in China's civil trial practice has the distinct characteristic of "non-binding", which means that the judge has full discretion on whether the party's statement against interest constitutes a judicial admission. With the implementation of Evidence in Civil Procedures (revised in 2019), the "non-binding" judicial admission system is in an urgent need to be reconstructed. As for the scope of judicial admission, it is limited to the material facts which correspond to the constituent elements of the substantive law and to other facts which are necessary to prove in litigation. Besides, the procedural context of judicial admission does not need to be limited to oral hearings. In such legal documents as the statement of claim and the defence, and in "informal court sessions" can parties make judicial admissions as well. With regard to the legal effect of judicial admission, its binding force to the judge shall be enhanced, the relativity of preclusion effect of judicial admission shall also be paid attention to, and the revocation effect of judicial admission and the exception thereof shall be determined. The fine-tuning of non-binding judicial admission does not mean to simply choose any one of the extraterritorial patterns of judicial admission and apply it, but to construct and interpret our legal norms on the basis of fully understanding China and foreign countries, and ultimately to build a "binding" judicial admission system in line with China's civil trial practice.

Key Words: Civil Judicial Admission; Characteristic of Non-binding; Oral Hearing; Effect of Trial Preclusion; Effect of Revocation Restriction

(责任编辑:刘哲玮)