

民事证据制度的再修订

李 浩*

“对证据进行规定”是任何诉讼规则最重要的任务之一,因为权利的胜利很大程度上依赖于其可证明性。

——尧厄尼希

达马斯卡在一篇文章中指出:“与私法领域相比,程序法的意义和效果更加依赖于外部环境——尤其是直接依赖于所在国家司法制度运行的制度背景。”〔1〕本文拟结合我国民事审判方式改革的宏观背景和民事证据制度运行的社会环境,对本次民事诉讼法修改中证据制度的修订进行探究。

一、民事证据制度的立法沿革

诉讼至法院的民事案件大多源于事实方面的争议,而在案件事实发生争执时,法院需要通过证据来确定案件事实,以此向当事人同时也向社会表明事实认定的正当性和可接受性。〔2〕证据在民事诉讼中的重要性毋庸置疑,可以说,能否建立科学、完善的证据制度,直接关系到《民事诉讼法》的立法宗旨能否实现,关系到当事人的民事实体权利能否通过诉讼获得保护,也关系到诉讼程序是否公正、是否有效率。

1982年3月,我国颁布了新中国第一部民事诉讼法——《中华人民共和国民事诉讼法(试行)》(以下称《试行法》),初步确立了民事诉讼证据制度。1991年4月,我国对民事诉讼法进

* 南京师范大学法学院教授。本文系作者主持的国家社科基金重大招标项目“维护司法公正和社会公平正义研究”(项目批准号:10ZD&043)的阶段性研究成果。本文的写作还得到江苏高校优势学科建设工程资助项目的经费支持。

〔1〕(美)米尔吉安·R. 达马斯卡:《比较法视野中的证据制度》,吴宏耀、魏晓娜等译,中国人民公安大学出版社2006年版,页232。

〔2〕两位法国学者在论述证据制度的功能时,曾提出一个发人深省的问题:诉讼证据在实践上的重要作用,是“追求真理”还是“为证明法院判决合理”之需要?参见(法)让·文森等:《法国民事诉讼法要义》,罗结珍译,中国法制出版社2001年版,页905。

行了全面修订,重新颁布了民事诉讼法。在此次修订中,涉及证据制度的有两处:一处是针对《试行法》第56条有关证据收集的修订。第56条虽然强调了当事人对自己的主张有责任提供证据,但同时也规定人民法院应当全面、客观地调查收集证据;而修订后的条文虽然也保留了人民法院应当调查收集证据的规定,但明确了收集证据主要是当事人的责任,法院的责任主要是审查、核实证据。另一处则是增加了质证的程序环节,明确规定“证据应当在法庭上出示,并由当事人互相质证”。〔3〕应当说,此次修订的内容虽然并不多,但都很重要,可以说是针对关键问题的修订。〔4〕

2007年10月,立法机关曾对《民事诉讼法》进行一次修订,但此次修订是局部修订,涉及的内容仅为审判监督程序和执行程序,证据制度未被纳入修订的范围。

需要注意的是,尽管立法机关自1991年后未对民事证据制度作出修订,但这一实践性极强的制度伴随着司法实践在不断地发展,这主要是通过最高人民法院的司法解释逐步发展的。这方面的司法解释集中地反映在1992年7月发布的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》(以下称《民诉法意见》)、1998年7月发布的《关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》〔5〕以及2001年12月发布的《关于民事诉讼证据的若干规定》(以下称《证据规定》)中。

2010年,我国又开始修订《民事诉讼法》,这次修订被定位为全面修订,所以证据制度也被纳入了修订的范围。2012年8月31日,全国人大常委会通过了《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》(以下称《修改决定》)。从《修改决定》对证据制度的修订来看,其内容涉及证据的种类、证据的适时提出、证据收据、证人证言、鉴定意见以及证据保全等方面。经过此次修订,证据这一章的条文数量也有了明显的增加,从12个条文增加到19个条文。

二、再修订的内容及其评析

(一)关于证据的种类

《试行法》在证据这一章中第1条就是对证据种类的规定,规定的证据共有七种,分别是书证、物证、视听资料、证人证言、当事人陈述、鉴定结论、勘验笔录。从新《民事诉讼法》第63条的规定看,本次修订包括三个方面:一是在类别上增加了“电子数据”,使证据的种类增加到八种;二是把“鉴定结论”改为“鉴定意见”;三是调整了证据的排列顺序,把原来排在第五位的“当事人陈述”提升到首位。在修订后的《民事诉讼法》中,八种证据的排序是:当事人陈述、书证、

〔3〕 参见1991年《民事诉讼法》第64、66条。

〔4〕 新中国成立后,我国法院长期采用的诉讼模式被理论界称为“超职权主义”的诉讼模式,该诉讼模式强调法院在诉讼中为查明案件事实应当主动调查收集证据,强调法院在审查证据上的主导作用。上个世纪80年代中后期,全国法院进行了民事审判方式改革,改革的主要思路是弱化法院的职权因素,强调当事人在诉讼中的作用和责任。1991年修订《民事诉讼法》确认了民事审判方式改革的成果,强调当事人负有收集和提供证据的责任,证据应当由当事人在法庭上质证,这正是为了表明当事人是诉讼程序的主体,当事人对诉讼中的事实负有重要责任。

〔5〕 该司法解释中规定证据的条文几乎占到三分之二,这也佐证了证据制度的改革是民事司法改革的核心内容的观点。

物证、视听资料、电子数据、证人证言、鉴定意见、勘验笔录。

从立法例看,多数国家未在法律中对证据的种类作出规定,德国、法国、日本的民事诉讼法并未规定证据包括哪几种,只有少数国家在法典中规定证据的种类,如原苏联和如今俄罗斯的民事诉讼法。1964年的《苏俄民事诉讼法典》第49条一方面在第1款中规定了证据的定义,另一方面在第2款中对证据的种类作出规定,即“这些材料用以下手段予以认定:当事人和第三人的陈述、证人的证言、书证、物证和鉴定人的意见。”〔6〕可见,在法典中规定证据种类,很可能是1982年制定《试行法》时借鉴了原苏联的做法。规定证据种类的优点是能够使人们对证据的类别有比较清晰和直观的认识,但由于证据的分类标准有些很难精细地确定,所以在划分类别时会引起一些争议,如电子邮件、手机短信究竟是书证还是电子数据,就很难说得清楚。另外,一旦出现新的、原有的类别无法归入的证据,就需要通过修订法律,增设证据的种类,如此次修订新增加的“电子数据”。

在法律中是否有必要规定证据种类,是值得研究的,从多数国家并未作出规定,并且不作规定也并不妨碍当事人和法院在诉讼中运用证据来看,不作规定也是一种合理的选择。尽管作出规定的实际意义也许并不大,但由于我国一开始就选择了作出规定的立法例,三十年来人们也已经习惯了根据法律的规定来对不同证据命名,所以在修订法律时采用“路径依赖”的做法也是可以理解的。

既然仍然在立法中规定证据的种类,就需要根据时代的变化和社会的发展对证据的种类作出调整。科学技术的发展正在迅速地改变我们的生活,计算机和互联网的出现使得我们的生活更为便捷,但也对传统的证据种类产生了重大的影响。书证是民事诉讼中最重要的证据,传统意义上的书证是以纸质作为媒介的,一般是指写在纸上的记载、反映人们思想和行为的与案件事实相关的文字。但今天,这种纸质的书证已明显减少了。过去我们与远方亲人联系主要是通过信件、电报,而现在,已经很少有人使用写信这种费时费力的方式,电子邮件、手机短信逐渐取代了信件,成为人们首选的联络、沟通方式。电子数据已经大范围地进入我们的生活:电子订单、电子发票、电子付款、电子病历、电子会议通知、电子笔录、电子签名、电子邮件、电子文稿等越来越多地被组织和个人采用,一个“无纸化”的时代正在临近。在这一情势下,增设“电子数据”这一新的证据种类是具有合理性和必要性的。

把“鉴定结论”改为“鉴定意见”是对这类证据的准确表述。鉴定人在对所提交的鉴定物进行鉴定后,确实需要出具一份具有结论性质的鉴定报告,即便是由于检材本身的原因无法做出确切的判断,鉴定人也需要在报告中写明无法形成确切判断的结论性意见。就此而言,把这类证据命名为“鉴定结论”似乎也并无问题。然而,如果把它们称为“鉴定结论”,就混淆了鉴定结论在诉讼中的实际效力,模糊了鉴定人与法官在诉讼中的地位和职责。诚然,鉴定人运用其专业性知识通过鉴定形成的意见对法官判断争议事实会有很大的影响,审判实务中法官根据鉴定意见对争议事实作出认定的情况也屡见不鲜,但无论如何,鉴定人的意见不是最终的结论,不能束缚法官。毕竟,鉴定意见只是证据的一种,要作为认定事实的依据,需要经过质证这一

〔6〕 2002年颁布的《俄罗斯民事诉讼法典》第55条第2款同样对证据的种类作出规定,只是在所规定的种类中新增了“录音和录像”证据。

法定程序,需要经过法官的审查判断。

对证据排序的调整,主要的争议是把“当事人陈述”从原先的第五位调到了首位。修订前的法律把“书证”放在首位,由于书证是民事诉讼中最常见也是最重要的证据,将其放在首位是没有任何异议的。相比之下,当事人的陈述在多数甚至大多数情况下只是证明的对象,本身的真实性有待证据证明,只是在少数情况下才能够例外作为证据来使用。^{〔7〕} 所以学界对种排序的合理性提出了异议,有学者认为“当事人陈述”不仅不应当排在首位,而且应当排在最末一位。^{〔8〕}

当然,在做出“书证”应当排在首位而“当事人陈述”应当排在末位这一判断时,判断的标准应当是每一类证据在诉讼中的重要程度。但实际上,我们要根据每一类证据的相对重要性来排序是相当困难的,比如说“证人证言”在修订前排在第四位,修订后排在第六位,都排在“鉴定结论”或“鉴定意见”之前,但很难说“证人证言”比“鉴定结论”更重要,甚至也没有统计资料表明“证人证言”比“鉴定结论”更多地出现在诉讼中。就“物证”和“勘验笔录”而言,也会遇到同样的问题,因为在诉讼中真正用到“物证”的情形并不多,对成为争议对象的物证,往往需要鉴定或者勘验,因此证据会以“鉴定结论”或“勘验笔录”的形式表现出来。但“物证”原先排在第二位,现在排在第三位,而“勘验笔录”无论是修订前还是修订后都是排在最后一位。因此对新法中的排序,只要我们不是从相对重要性的角度看待这一问题,单纯地把它看作是先后顺序的排列,也就能够逐渐接受和认同。

(二)关于证据的适时提出

此次修订在第64条“提供证据和收集证据”的规定后,增加了第65条:要求当事人“及时”提供证据,未能及时提供证据的,法院应当责令其说明理由,拒不说明理由或者理由不成立的,人民法院根据不同情形可以不予采纳该证据,或者采纳该证据但予以训诫、罚款。^{〔9〕}

相对于我国原有的民事证据制度而言,第65条的规定无疑是极具创新性的,此规定的实施,会造成我国证据资料提交的实质性变化。修订前的法律对证据的提出采用的是“随时提

〔7〕 在诉讼实务中,当事人所作的有利于自己的事实方面的陈述,无论是作为诉讼请求根据提出还是作为反驳对方诉讼请求的根据提出,都是证明的对象;当事人在陈述中承认对方主张的事实,构成了诉讼上的自认,并使对方主张的事实成为免证事实,这样的陈述也不是证据。只有那些前后矛盾的、不符合常理的、对自己有利的陈述,才会被法官作为对作出陈述一方当事人不利的证据。

〔8〕 参见张卫平:“民事诉讼法修改与民事证据制度的完善”,《苏州大学学报(社会科学版)》2012年第3期。

〔9〕 在《民事诉讼法修正案(草案)》第一次、第二次审议稿中,还规定了“赔偿拖延诉讼造成的损失”,《修改决定》中未规定此项后果,但未规定不等于说拖延诉讼的当事人不需要赔偿。一方面,在《诉讼费交纳办法》中明确规定了“当事人因自身原因未能在举证期限内举证,在二审或者再审期间提出新的证据致使诉讼费用增加的,增加的诉讼费用由该当事人负担”(第40条),《证据规定》第46条也作出了相似的规定。另一方面,赔偿才能平衡双方当事人的利益,符合公正的要求。当事人逾期举证会造成对方当事人经济损失,如原告由于过错而未能在第一审提供对证明争议事实至关重要的证据,一审法院判决其败诉;在二审中,原告提交了这一重要证据并被二审法院采信,二审法院据此作出改判。对于被告来说,如果原告在第一审就把这一证据提交,他可能不再对该事实进行争议,被法院判决败诉后也不会再上诉,因此可以省去二审差旅费、住宿费、律师费等费用。在此情形下,被告对原告逾期举证的行为肯定有意见,会要求法院拒绝采信该证据。法院则需要向被告解释,原告虽然未能及时举证,但其行为还不符合证据失权的条件,法院仍然还会允许提交,被告仍然需要对该证据进行质证。但是,被告所受的损失,可依法向原告请求赔偿。

出”，按照原来的规定，当事人不仅可以在第一审程序的法庭辩论终结前提出新的证据，而且可以在第二审程序中，甚至在再审程序中提出新的证据，并且无论当事人未能在合理期间内提交证据的原因何在，只要证据本身对查明争议事实具有重要意义，法院都会接受该证据，允许该证据进入诉讼程序。

这样不设任何时间限制的证据提交制度虽然有利于发现真实，但也留下了迟延举证、拖延诉讼的隐患。在合理的时间内实施诉讼行为，使正义能够及时实现是任何诉讼制度的内在要求。而要想做到这一点，就必须要求当事人和法官这两类最重要的诉讼主体能够及时地实施诉讼行为。换言之，诉讼的及时化有赖于当事人与法院的合作。而要使当事人在合理的时间内完成诉讼行为，在制度安排上必须对当事人进行规制，对他们实施特定诉讼行为的时间作出具体要求，并对逾期实施的法律后果作出明确的规定。大量的诉讼源于事实方面的争议，提供证据是当事人在诉讼中实施的主要行为之一，因而当事人能否及时地提供证据，对诉讼能否及时进行关系重大。

最高人民法院在十多年前对此作出尝试，2001年12月颁布的《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下称《证据规定》）就规定了举证期限制度。按照《证据规定》中的设计，当事人因过错而逾期举证的，法院可以在对方当事人不同意质证，或者在对方既未提出异议又未表示同意的情况下，采取证据失权措施，把当事人逾期提交证据的行为视为当事人主动放弃举证，对当事人逾期提交的证据材料，法院在审理时也不再组织质证。^{〔10〕} 尽管对于逾期提交证据，《证据规定》也规定了承担合理的诉讼费用、赔偿对方当事人损失的制裁措施，但相对于证据失权这一制裁措施，这一手段显然是第二位的，即对当事人逾期提交证据且存在过错的情形，法院首先考虑的仍是证据失权。

证据失权意味着逾期提交的证据虽然具有客观性和关联性，对案件事实具有重要的证明作用，但仍无法进入诉讼程序，无从发挥证明作用。而重要的证据一旦失权，事实认定的结果就会发生逆转，诉讼的胜负也会发生根本性的转变。证据失权对强调发现真实的我国诉讼制度带来的巨大冲击是可想而知的。由于证据失权造成的负面效果，举证期限制度非但未能取得促进诉讼的预期效果，而且许多地方的法院也到了弃之不用的地步。^{〔11〕}

尽管以证据失权为主要制裁措施的举证期限制度在实践中效果不佳，但民诉理论界的主流观点仍然认为设置举证期限制度是具有合理性和必要性的。在此次修订民事诉讼法之时，江伟、杨荣馨、张卫平三位教授领衔起草了三部关于民事诉讼法修改的专家建议稿（以下称《江稿》、《杨稿》和《张稿》）。^{〔12〕} 对于举证期限和证据失权，三部专家建议稿都作出了规定。《江稿》在第203条规定了“提出主张和证据的期限”，在第205条中规定了“逾期提出主张和证据”，该条文的内容是：原、被告应当分别在起诉时和答辩时提出事实主张和证据。当事人逾期

〔10〕 参见《证据规定》第33、34条。

〔11〕 参见安徽省高级人民法院民一庭：“《关于民事诉讼证据的若干规定》实施情况的调研报告”，《人民司法》（应用），2007年第15期；江苏省高级人民法院民一庭：“关于证据规则在传统民事案件中适用情况的调研报告”，《审判研究》2010年第三辑，法律出版社2010年版，页141。

〔12〕 这三位教授均是我国著名的民事诉讼法学者，江伟教授、杨荣馨教授是中国民事诉讼法学研究会名誉会长，张卫平教授是会长。

提出的主张与证据,不得在以后的程序中提出。^[13]《杨稿》在第250、251条中分别规定了举证期限和逾期举证的后果。逾期举证的后果是:当事人在举证期限内不提交的,视为放弃举证的权利。当事人逾期提交证据材料,人民法院审理时不进行质证,但对方当事人同意质证的除外。^[14]《张稿》在第274、275、276条中分别规定了“举证期限的确定”、“诉讼请求变更或反诉的举证期限”、“逾期举证的后果”。所设定的后果是:当事人在举证期限届满后提出证据的,人民法院不再组织质证。^[15]从这三部专家建议稿看,虽然在除外情形的规定上存在差异,但都将证据失权作为应对举证迟延的主要措施。据全国人大法工委民法室的同志提供的信息,民法室在起草《民事诉讼法修正案(草案)》(以下称《草案》)时,逐条查阅和研究了这三部专家建议稿。由此可以推知,学术界主张规定举证期限和证据失权的观点对立法机关产生了影响。

不过,从实务界看,也并非都赞成规定证据失权。律师界是同民事诉讼法密切相关的群体,对规定逾期举证的制裁性措施就持强烈的反对态度。针对《草案》第一次审议稿,中华全国律师协会于2011年11月30日向全国人大常委会法工委提交了《〈民事诉讼法修正案(草案)〉律师修改建议稿》(以下称《律师建议稿》),《律师建议稿》建议删除有关迟延举证不利法律后果的内容,其理由是:民事诉讼实行当事人主义,当事人不举证或不及时举证自然承担败诉后果,无须司法制裁,否则有悖民事诉讼原理和司法公正原则。

客观地说,全国律协的这一反对理由是值得商榷的。第65条解决的是如何应对当事人超过举证期限提交证据的问题。对当事人逾期提交证据,立法机关恰恰不是采取简单化的方法排除该证据并判决其败诉,而是为当事人提供说明情况的机会,再根据情况作出不同的处理,判决逾期举证当事人败诉只是可能的一种制裁措施。律师界不欢迎该规定也在情理之中,因为该规定不仅约束了当事人,也约束了作为诉讼代理人的律师。在这一规定作出后,律师如果迟延举证且存在过错,就会受到法院的制裁,甚至还会面临对方当事人的索赔。如果因证据失权而败诉,律师事务所还可能要赔偿被代理人的损失。^[16]从日本的情况看,律师们也是反对规定失权的。日本1990年修订民事诉讼法时,修改法的原案里规定,在口头辩论开始后不能提出新的攻击、防御方法(失权)。但在法制审议会上,遭到担心失权的律师委员的坚决反对。最后规定在准备程序结束后,如果有人提出新的攻击、防御方法,对方当事人可以要求其说明推迟提出的理由,而仅仅只规定了推迟提出的当事人需要说明就可以进行(《日本民事诉讼法》第167、174、178条)。^[17]有日本学者指出,等到口头辩论开始后再提出新的攻击、防御方法,

[13] 参见江伟主编:《民事诉讼法典专家修改建议稿及立法理由》,法律出版社2008年版,页232—234。

[14] 参见杨荣馨主编:《〈中华人民共和国民事诉讼法〉(专家建议稿)立法理由与立法意义》,清华大学出版社2012年版,页140—142。

[15] 参见张卫平主编:《〈中华人民共和国民事诉讼法〉修改建议稿(修订第四稿)》,《民事程序法研究》(第7辑),厦门大学出版社2011年版,页47—48。

[16] 《律师法》第49条规定:“律师违法执业或者因过错给当事人造成损失的,由其所在的律师事务所承担赔偿责任。律师事务所赔偿后,可以向有故意或者重大过失行为的律师追偿。律师和律师事务所不得免除或限制因违法执业或者因过错给当事人造成损失所应当承担的民事责任。”

[17] (日)中村英郎:《新民事诉讼法讲义》,陈刚等译,法律出版社2001年版,页193。

有时是一种诉讼战术,但多数是由于律师的怠慢。〔18〕

举证期限制度一旦被完全废弃,我国的民事证据制度就会回到证据随时提出的原有状态。而如果没有举证期限制度的指引和约束,当事人就可能一点一滴地提供证据,建立公正、高效的民事诉讼制度的目标就会成为幻影。规定举证期限制度是必要的,为了敦促当事人遵守举证期限而规定制裁性措施也是不可或缺的,问题在于我们应当规定什么样的制裁措施。如果规定多样化的制裁措施,在实际适用时应当如何排序,如何设置不同的适用条件。

根据第 65 条的规定,对于逾期提交证据,法律首先给当事人一个说明理由的机会,这是法院处置此种情形的一个必经程序,也是一个符合正当程序要求的必经步骤。当事人可以利用这个机会为自己辩解,向法院说明未能及时提交的原因,如对证据的重要性存在误解、对已经提交证据的充分性存在误解等,法院也可以借此程序了解逾期提交的原因,判断当事人有无过错;如果存在过错,究竟是一般过失还是重大过失甚至是故意不及时提交。

当事人逾期提交,从主观方面无非是有过错和无过错两种情形,如果不存在过错,就应当允许提交,无需对逾期举证承担任何不利后果。如果存在过错,就需要进一步分析过错的不同形态(如果细分,当事人的过错可以分为轻微过错、一般过错、重大过错和故意四种形态),然后根据过错的不同情形采取相应的制裁措施。第 65 条规定的制裁措施共有三种:训诫、罚款、不予采纳证据。在这三种制裁措施中,对于轻微过错,法院可以采取训诫这一措施。对于一般过错和重大过错,可采取罚款这一措施,区别在于罚款的数额,一般过错的,罚款的数额可以少一些;而对于重大过错的,罚款的数额可以多一些。不采纳该证据,是最严厉的制裁措施,应当慎用,建议仅适用于故意不提交证据这一行为。〔19〕

这一方案与最高人民法院关于证据失权的现行司法解释不同。按照《举证期限通知》,预期举证的当事人如存在故意和重大过失,法院就应当判决其失权。考虑到对当事人实体权利的保护和诉讼中发现真实的要求,即使当事人存在重大过失,也不宜一概采用失权的应对措施。在审判实务中,虽然不能绝对排除明明掌握着对自己有利的证据,却故意不提交或者故意不在第一审提交,等到一审败诉后,上诉到第二审再提出关键性的证据,以此来逆转一审判决的情形,但这种以诉讼方式故意折磨对方的情形,毕竟是非常之少的。拖延举证的当事人自己也要为诉讼付出时间、精力和金钱,一审败诉后还要承担诉讼费用,这些都会打消当事人用拖延举证折磨对方的念头。存在有利于自己的证据却故意不提交的情形实属罕见,法官们举这方面的例子时一般会以有关时效抗辩的案件为例。如原告要求被告支付剩余的货款,被告则提出原告主张权利已经超过了法律规定的诉讼时效,否认曾在时效期内支付过部分货款。等到原告用收到货款时出具的收条的复印件和证人证言证明部分付款的事实,一审法院也认定原告主张的付款事实,判决被告支付剩余货款之时,被告在上诉时才提出曾经支付的款项多于

〔18〕 同上注,页 193。

〔19〕 张卫平教授也主张对证据失权持宽松态度,只要当事人在主观上不属于故意延迟提出的情形,当事人都可以在指定或者约定的期限内提出证据。参见张卫平:“民事诉讼法修改与民事证据制度的完善”,《苏州大学学报》2012 年第 3 期。

原告主张的数额并提交相应的证据。^{〔20〕}在上述案例中,被告在一审中不提交部分付款的证据是否为故意不提交对自己有利的证据,是存在疑问的。相对于时效抗辩,支付部分货款的事实是对被告不利的事实,因此还不能说是被告持有对自己有利的证据却故意不提交给法院。^{〔21〕}

对于当事人存在过错的迟延举证,采用训诫、罚款的制裁方法,相较于证据失权,应当是更为妥帖的应对措施。证明权是当事人在诉讼中极为重要的权利,在基本事实存在争议的案件中,当事人需要通过举证来证明其主张的事实是真实的,法官也需要依赖当事人提供的证据来查明事实。因此,一旦采用证据失权,阻止重要证据的提出,既会对当事人的诉讼权利造成实质性损害,也会妨害民事诉讼制度基本目的的实现。大多数民事案件的争议发生在事实上,案件的公正处理,依赖于法院运用当事人提供的证据去查明案件事实,所以就法院而言,对排除有证明价值,证据也应当持极为慎重的态度。

法院不宜轻易采用证据失权的应对措施,还可以从我国司法实务对待诉讼时效制度的态度得到启示。当事人因迟延举证而承担证据失权的不利后果,与民事实体法规定的诉讼时效制度有一定的相似之处,诉讼时效制度也是由于权利人未能在规定的期限内行使权利而导致诉诸法院后胜诉权的丧失。不过,在进行比较时,尤其是在用诉讼时效的存在来类比说明证据失权的合理性时,一定要注意这样一个事实——虽然我国民事实体法确立了诉讼时效制度,明确了对超过诉讼时效的民事权利不再给予司法保护,但考虑到超过诉讼时效会造成权利人胜诉权的丧失,法院在适用诉讼时效制度时,应尽量对时效制度作限缩性解释,以尽可能减少诉讼时效的杀伤力。例如,规定法院不应对诉讼时效问题进行释明,不应主动适用诉讼时效的规定进行裁判;当事人在一审期间未提出诉讼时效抗辩,在二审期间提出的,法院不予支持;当事人在原审中未及时提出时效抗辩的,以诉讼时效期间届满为由申请再审或者提出再审抗辩的,法院不予支持;诉讼时效期间届满,当事人一方向对方作出同意履行义务的意思表示或者自愿履行义务后,又以诉讼时效期间届满为由进行抗辩的,法院不予支持;诉讼时效届满后,当事人就还款问题达成协议的,诉讼时效重新开始计算。^{〔22〕}

(三)关于证据收据

与规定新的基本原则、设置新的程序这类事关重大问题的修订形成鲜明对照的是,此次修订也有针对诉讼中具体、细小问题的修订,新增证据收据的规定便属于此种情形。新增第66条规定:“人民法院收到当事人提交的证据材料,应当出具收据,写明证据名称、页数、份数、原件或者复印件以及收到时间等,并由经办人员签名或者盖章。”证据收据问题在司法解释中早

〔20〕 参见最高人民法院审判监督庭编著:《最高人民法院关于适用民事诉讼法审判监督程序司法解释的理解与适用》,人民法院出版社2008年版,页84。

〔21〕 当然,被告的这一行为是违反诚实信用原则的,我国修订后的《民事诉讼法》已经规定了诚实信用原则,法院可以援引诚实信用原则,不采纳被告时效抗辩失败后提交的证据。

〔22〕 参见《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》(法释2008年11号),第3、第4、第22条和最高人民法院关于诉讼时效问题的批复。

有规定。早在1992年7月,最高人民法院就在《民诉法意见》第71条中对此问题作出过规定,^[23]这次在《民事诉讼法》中规定证据收据,实际上是把司法解释上升为法律。此条规定看似琐碎,但其实对保障当事人的合法权益、保障司法公正、提升司法的公信力具有重要的现实意义。最高人民法院针对民事证据制度作出过许多司法解释,立法机关把这一司法解释上升为法律,也说明了对此问题的重视。

证据对于当事人的重要性自不待言,从常理说,当事人为了举证而把重要的证据提交给法院,法院就有谨慎地、妥善地保管证据的责任,断无由于法院把证据丢失而致使当事人败诉之理。但在审判实务中,却出现了有的法官或者法官助理、书记员由于粗心大意而把当事人提交的证据弄丢,甚至为了帮助一方当事人打赢官司而故意将对方提交的证据隐匿起来的情形。丢失、隐匿证据的事件虽然只是个别现象,但其破坏性却不容小觑,它不仅引起败诉当事人的强烈不满,而且会使社会公众对司法的公正性产生严重的怀疑。另一方面,出具收条也可以防止当事人与法院在此问题上产生争议。当事人有时会坚持说已经把证据提交给法院了,而法院则说根本就没有收到过这一证据。如果没有记载提交和接受情况的收据,这样的争议就难免会发生。在收据中写明证据的种类、数量、原件还是复印件后,基本上可以杜绝此类争议。证据收据也有利于提高法官的责任心。有了这一收据,一旦由于自己的疏忽造成证据丢失,就无法再以未收到证据为自己推脱,法院也会根据收据来追究责任。因此,收据可以说是一种倒逼机制,它迫使收到证据者必须精心保管证据。

(四)关于证人证言

1. 证人出庭率低的严峻现实

证人证言是一种最让法官放心不下的证据,^[24]但在一些案件中,证人证言又不可或缺,离开了证人作证,争议事实就难以查清,如人身损害赔偿案件中被告人实施加害行为的事实。修订前的法律虽然把证人证言规定为证据的一种,但这类证据在诉讼实务中并未能够发挥立法者所期待的作用,反而成为一种问题多多的证据。证人证言几乎成了“鸡肋”,法官们既不能放弃它,也不敢轻易使用它。

证人证言陷入窘境有多方面的原因,法律对证人证言规定的过于简单、原则是主要原因之一。证人出庭作证涉及一系列复杂的问题,包括证人出庭义务的性质、作证义务豁免的例外情形、不出庭的法律后果、允许不出庭的例外情形、替代出庭的作证方法、对证人的经济补偿、作伪证的法律责任等。然而,旧法对证人证言只规定了1个条文,而对于同样的问题,《德国民事诉讼法》规定了28个条文,《日本民事诉讼法》规定了17个条文。

[23] 在《民诉法意见》和《草案》的第一次审议稿中,均未涉及原件还是复印件的问题,《律师建议稿》提出了这一问题,主张在收据中应当写明收到的证据是否为原件。鉴于原件与复印件在证据效力上的重大差异,写清楚这一问题是十分必要的。立法机关吸收了律师界的意见。

[24] 德国学者一方面认为证人证言是民事诉讼中经常使用的证据手段,另一方面又认为它是最不可靠的证据手段。在已经翻译过来的三部民事诉讼法学教材中,学者们对此问题的认识完全一致。参见(德)罗森贝格等:《德国民事诉讼法》,李大雪译,中国法制出版社2007年版,页980;(德)奥特马·尧厄尼希:《民事诉讼法》(第27版),周翠译,法律出版社2003年版,页287;(德)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,页256。

证人证言,是一种通过证人在法庭上陈述其所经历、感知的案件事实的方式发挥证明作用的证据类别。为了审查核实证人证言,法官、当事人均需要对证人进行询问,法官还需要通过观察证人作证时的神态、表情来判断证言的可靠性。上述缘由决定了证人出庭作证的必要性,要想使证人证言发挥作用,首要的、也是最基础性的问题是要能够使证人出庭,这也是一些国家的法律把出庭义务规定为证人的首要义务的原因。^[25]然而,从我国民事诉讼的实际情况看,正是在证人出庭问题上存在着巨大的困难,证人出庭率低已成为民事诉讼的普遍现象。证人不出庭有着复杂的原因,“在审判实践中,证人作证有时是个难以解决的问题。既有主观原因,也有客观原因。主观上的原因是怕得罪人,怕报复,以致不愿作证,不愿出庭。客观上除了确有人对证人进行报复外,经济上的补偿有时也有一定的困难。”^[26]

证人不愿意出庭是一个长久以来存在的问题。不过,在1991年的《民事诉讼法》实施前,证人不出庭并未给当时的民事诉讼带来多大的困惑。新中国成立后,我国长期采用超职权主义的民事审判方式。这一审判方式的一个重要特点,是法官积极主动地参与证据的调查收集。^[27]在这一审判方式下,证人不出庭并不会妨碍法庭获得证言,因为法官可以带着书记员登门拜访证人,把证人对案件事实的陈述记录下来,形成书面的证言笔录,然后在庭审时由法官出示和宣读。代理诉讼的律师也会走访证人,就需要证明的案件事实向证人发问,把证人的回答记载下来,形成律师的调查笔录,在开庭前把调查笔录作为证据提交给法院。当时,对证人提供的证言也进行质证,只不过所谓的质证是当事人针对法庭宣读的证言笔录发表意见。^[28]后来,随着以强化当事人的举证责任为切入点和突破口的民事审判方式改革的不断深入,收集和提供证据主要是当事人责任的理念逐步得到确立,法院过于积极主动地介入证据的调查与收集受到越来越多的质疑。与弱化法院职权相伴而生的是程序公正日渐受到重视,按照程序公正的标准,仅仅根据法院调查获得的证言笔录或者律师调查取得的证言笔录来认定案件事实,是严重违反程序公正标准的,因为受到不利认定的一方当事人在证人不出庭的情况下实际上被剥夺了进行质证的权利。

1991年4月,我国颁布了经过全面修订的《民事诉讼法》。那次修法确认了弱化法院职权这一民事审判方式改革的成果,这一成果也体现在对证据制度的修订上。^[29]正是在那次修订中,一方面强调主要由当事人收集证据而不是法院收集,另一方面增加了质证的程序环节,明确规定“证据应当在法庭上出示,并由当事人互相质证”。^[30]在不强调质证或者可以对质

[25] 证人的义务一般认为有三项:出庭义务、宣誓(具结)义务和陈述义务。

[26] 刘家兴:《民事诉讼法教程》,北京大学出版社1982年版,页134。

[27] 超职权主义是理论界对我国民事审判方式的概括。一般认为,英美法系的诉讼模式是当事人主义,大陆法系的则是职权主义。我国的诉讼模式比大陆法系、比侧重法院职权的原苏联更强调法院职权,所以称为超职权主义。

[28] 程序公正在当时并未引起各方的重视,加之法院的威信也足以保证证言笔录的可信性,所以这种广泛采用笔录证言的做法并未受到质疑。

[29] 参见陈桂明:“民事诉讼中法院职权的弱化及其效应——兼对新旧民事诉讼法中几项制度的比较研究”,《法学研究》1992年第6期。

[30] 参见1991年《民事诉讼法》第64、66条。

证作变通处理的过去,证人不出庭可以用律师、法官向证人调查时形成的笔录来替代证人出庭作证,而一旦真正把质证作为证据材料转化为证据的必经程序,把质证作为当事人的一项重要诉讼权利,把是否质证作为检验程序公正与否的重要指标,就再也不容回避证人出庭这一制度性要求了。在上述背景下,法院到证人所在地以笔录证言的方式收集证据逐渐减少,律师通过调查获取证言笔录的做法也不再被认可,证人应当出庭作证的问题开始凸显出来。然而,当证人出庭真正成为一项制度性要求时,我们却不得不面对证人普遍不愿意出庭的严峻社会现实。^[31]

证人不出庭给当事人举证造成了明显的困难,由于当事人对自己主张的事实负有举证责任,举证不能就意味着承担败诉的后果。在一些案件中,证人证言往往是关键性的证据甚至是唯一的证据,如果无法使证人出庭,就势必导致权利受到侵害的人无法获得司法救济。

所以在此次修法中,如何促使证人出庭作证便成为一个亟需解决的问题。理论和实务界普遍认为,从立法本身来说,证人不出庭主要有两方面的原因:一是法律并未设定拒不出庭的法律后果,对不履行义务的证人没有任何制裁措施;二是法律对证人的经济补偿问题缺乏明确的规定。

2.《修改决定》未规定制裁性措施

在证人制度中缺乏对证人拒不出庭的制裁始于《试行法》。《试行法》虽然也规定了“凡是知道案件情况的人,都有义务出庭作证”,但对无正当理由拒不出庭作证的证人却并未规定任何制裁性措施,这意味着证人拒不出庭无需承担任何不利的法律后果,法院也无任何强制手段来保证证人出庭。《试行法》之所以未对法律后果作出规定,是由于立法过程中很多人对设置法律后果的可行性存有疑问。“关于如何解决证人不出庭的问题,立法时曾有人提出对证人进行拘传,很多人认为行不通,最后改为‘有关部门的负责人应当支持证人出庭作证’。这一规定不够有力,也缺乏规范性。但是,考虑到我国的现实情况,只好暂作这样的规定。”^[32]

证人作证是法律设定的义务,证人虽然通常是根据一方当事人的申请而由法院传唤作证的,但证人是为法庭作证而不是为一方当事人作证,证人出庭是公法上的义务。既然是法院的证人、需要承担公法上的义务,那就应当由法院而不是当事人来保证证人出庭。为了保证证人出庭,对无正当理由拒不出庭的证人规定某些制裁性措施是完全必要的,各国在规定证人制度时几乎毫无例外地规定制裁性措施,如负担不到庭产生的程序费用、罚款、拘留、拘传,^[33]这也说明了制裁性措施不可缺少。

针对现行法律中制裁性规定的缺失,最高人民法院在其起草的《关于中华人民共和国民事诉讼法

[31] 根据有关方面的统计,各地法院的证人出庭率从1%到8%不等。参见蒋惠岭:“重锤夯实事实审之迫切期待”,载《人民法院报》2010年3月5日。有学者曾对河南某县法院1992年—1996年民事、刑事案件证人到庭情况进行过统计,结果显示民事案件无一人到庭作证,刑事案件仅有2件3人到庭。参见胡夏冰:“为什么强制证人到庭作证——兼论完善我国证人作证制度的基本思路”,《法学评论》2002年第3期。不过,据一份调研称,根据对四个基层法院的调查,在2002年4月《民事证据规则》实施后,证人出庭作证的比例已有了明显的增长。参见王亚新:“证人出庭作证的实证研究”,载王亚新等:《法律程序运作的实证分析》,法律出版社2005年版,页263。

[32] 江伟:《民事诉讼法学》,文化艺术出版社1986年版,页159。

[33] 参见《德国民事诉讼法》第380条、《日本新民事诉讼法》第192—194条。

诉讼法修改立法建议稿》中建议增加“证人不到庭的制裁”的规定,具体内容是:证人经传票传唤,无正当理由不到庭的,人民法院可裁定对其处以一万元以下的罚款(第1款);证人在受到前罚款处罚后,经再次合法传唤仍然拒不到庭的,人民法院可以对其处以五万元以下罚款,并可以处以三十日以下拘留(第2款);证人经前述处罚后,经再次合法传唤仍然拒不到庭的,人民法院可以拘传其到庭(第3款)。证人对处罚决定不服的,可以在三日内申请复议一次,复议期间停止决定的执行(第4款)。尽管最高人民法院主张增设制裁性规定,但人们还是担心即使法律作出了规定,也无助于改变证人普遍不愿出庭的社会现实。如果证人不愿意作证,即便是用拘传的方式强制其到庭也无济于事,证人对法庭说,虽然我当时在场,但并没有看清或听清需要证明的事实,或者告诉法庭已经记不清楚了。而且,当证人们都不出庭时,法院是否会对不出庭的证人真正适用制裁性措施也存在疑问,而假如法院不严格适用制裁性规定,增设制裁性规定的结果只能是损害法律自身的权威。

理论界对规定制裁性措施的可行性也未形成共识。虽然学界不乏主张规定制裁性措施的观点,但也有学者认为,“我们相信在目前条件下,规定对不出庭的证人采取强制或处罚措施,不仅因实施成本等方面的原因不能真正达到促进证人出庭作证的目的,反而有诱发藐视甚至蔑视法律规范的心理这种危险”。〔34〕在三部专家建议稿中,唯有《张稿》规定了“对证人不到庭的制裁”,《江稿》和《杨稿》虽然对证人制度的其他问题作了相当缜密的设计,但均未规定证人无正当理由拒不出庭的法律后果。这也从一个侧面说明了学术界对是否应当规定制裁措施并未取得共识。《修改决定》亦未规定证人拒不出庭的制裁措施。值得注意的是,今年3月份通过的《刑事诉讼法修正案》在此问题上有了突破,修订后的《刑事诉讼法》明确规定了证人没有正当理由拒不到庭的,人民法院可以强制其到庭。对拒绝出庭或出庭后拒绝作证的证人,可予以训诫;情节严重的,经院长批准,处以10日以下拘留(第188条)。这一规定对促使证人出庭作证将起到积极作用。

立法机关在《刑事诉讼法》中作出强制证人出庭的规定,而未在《民事诉讼法》中作出相同的规定,可能是考虑到以下因素:①刑事诉讼事关社会的公共利益和被告的人身自由甚至生命,民事诉讼通常只关乎当事人自身的私权,因而就查明事实而言,刑事诉讼比民事诉讼更具有紧迫性;与民事诉讼相比,刑事诉讼会更多地运用证人证言,证人出庭对于刑事诉讼的必要性超过了民事诉讼;②在刑事诉讼中出庭作证的,有一部分是公职人员(如侦查人员),要求他们出庭,比要求一般的公民出庭要容易得多。对于公职人员,虽然规定了制裁性措施,但往往不需要实际运用就可以起到促使他们出庭的效果;③强制证人出庭是一件新事物,需要先在刑事诉讼中规定和适用,取得经验后再在民事诉讼法中规定。

3. 替代出庭的作证方式

《修改决定》还对哪些情形下证人可以不出庭作出了规定,即有下列情形之一的,经人民法院许可,可以通过书面证言、视听传输技术或者视听资料等方式作证:①因健康原因不能出庭的;②因路途遥远,交通不便不能出庭的;③因自然灾害等不可抗力不能出庭的;④其他有正当理由不能出庭的(第13条)。证人出庭作证虽然是一项原则,但有原则必有例外,在例外情形

〔34〕 王亚新,见前注〔31〕,页307。

下,证人可以不采用出庭方式作证,而对于法院来说,就可以采用书面证言等证人在不出庭的情况下提供的信息。

在适用①、③两种例外情形时,要注意与第 145 条延期审理的关系,该条规定了四种可以延期开庭审理的情形,第一种就是“必须到庭的当事人和其他诉讼参与人有正当理由没有到庭的”。证人无疑属于其他诉讼参与人的范围,对证人在开庭前患病或开庭前发生了自然灾害,法院应当在替代出庭的作证方式和延期审理之间选择适当的应对方式。证人因健康原因不能出庭,应解释为存在较长时间的影响证人出庭的健康方面的因素,如证人患病后长期卧床或需要在较长的时间住院治疗,而不是短期患病;如果只是短期生病,可考虑推迟开庭的期日,等到证人病好后再开庭。对于自然灾害,也要看持续时间的长短,持续时间长的才有必要采用替代出庭的作证方式;如时间很短,则应选择延期审理,如证人因洪水阻隔不能到庭作证,可等洪水退去后再开庭。

对因法定情形不能出庭的证人,法律规定了提供书面证言、视听传输技术或者视听资料等作证方式。以视听传输技术的方式作证,是当事人、诉讼代理人、法官前往装有视听传输设备的法庭开庭,证人则坐在异地的有视频设备的房间里,通过技术设备,当事人、诉讼代理人可以远程质证,法官可以远程询问,法官也可以通过视频观察证人作证时的表情。只要传输声像设备的质量没有问题,这一作证方式与证人到庭作证差别不大,因此只要有条件,应当成为替代出庭的首选方式。用录音、录像方式作证是指把证人证言用录音、录像方式固定下来,然后在法庭上播放。^{〔35〕}这种作证方式与用书面证言作证虽然在具体形式上存在区别,甚至在一定程度上还优于书面证言,但当事人、诉讼代理人无法通过提问对证人进行质证,法官无从向证人提问,却是相同的。在实务中,证人不出庭时运用得最多的替代方式是书面证言。^{〔36〕}书面证言在诉讼实务中至少存在三种类型:一种是证人把证词的内容用书面方式写下或打印出来签名后寄给法院;第二种是由法官到证人的住所或工作单位向证人了解案情,把证人叙述的案件事实记载下来;第三种是由律师向证人调查,并把证人的陈述作成笔录。后两种虽然是由法官、律师作成的调查笔录,但由于所记载的内容仍然是证人对案件事实的陈述,所以在性质上仍属于证人的书面证言。就法官能够直接接触证人、观察证人作证时的神态而言,法官就地询问证人显然是更优的获取证言的方法。^{〔37〕}

德国、日本和我国台湾地区的民事诉讼法,规定了在一定情形下,尽管证人不出庭,但法院

〔35〕 这种作证方式在我国刑事诉讼中已经采用。参见王志平:“证人视听资料证据在庭审中的运用”,《中国刑事法杂志》1998 年第 5 期。

〔36〕 由于大多数证人不出庭,书面证言的运用范围远远超出了证人因法定情形不出庭的范围。不过法院这样做也确实有不得已的苦衷。相较于因为证人不出庭就适用举证责任规则判决依赖该证言的一方当事人败诉,这是一种更有利于达至实体公正、也更能够民众所接受的做法。

〔37〕 法官到证人所在地询问证人而获取证言,证人在外地时法院还可以委托当地的法院进行询问,这在我国《民事诉讼法》中都有依据。调查收集必要证据是“审理前的准备”的重要内容,第 129、130、131 条对此有明确规定。

可以采用由审理本案的法官或者委托证人所在地法院的法官到证人住所就地询问的做法。^{〔38〕}我国《民事诉讼法》对此虽未作规定,但法律规定了法院可以根据当事人的申请或者依职权调查收集证据,所以如果法院认为证言的内容很重要,对于法院查明案件事实不可或缺,在证人不愿意出庭或者由于法定情形不能出庭的情况下,可以考虑由法院上门询问证人。^{〔39〕}法官在采用此种方式时,应事先告知当事人及其诉讼代理人,让他们共同前往,使他们有机会听取证人的陈述,有机会对证言的内容提出质询。当然,把调查证据的地点从法庭转移至证人的住所或单位,会增加诉讼的成本,所以如果采用此种方式,需要权衡成本与收益,需要听取当事人的意见。

4. 增设对证人的经济补偿

《修改决定》对证人出庭的经济补偿作出了规定:“证人因履行出庭作证义务而支出的交通、住宿、就餐等必要费用以及误工损失,由败诉一方当事人负担。当事人申请证人作证的,由该当事人先行垫付;当事人没有申请,人民法院依法通知证人作证的,由人民法院先行垫付。”(第15条)对于证人出庭的经济补偿问题,《证据规定》中曾经作出过规定,即“证人因出庭作证而支出的合理费用,由提供证人的一方当事人先行支付,由败诉一方当事人承担”(第54条第3款)。

与《证据规定》相比,《修改决定》一方面通过明确经济补偿的具体内容,把合理补偿具体化,另一方面对法院依职权传唤证人出庭作证时的费用补偿问题作出了规定。经济补偿问题虽然并不是影响证人出庭的主要原因,但缺乏经济补偿的明确规定,毕竟对证人出庭造成了消极影响,所以这一规定还是具有针对性和必要性的。

就新规定而言,有一点还不够明确,即当事人应当如何向证人垫付?是当事人先把补偿费用交给法院,再由证人向法院申请作证的经济补偿,还是当事人直接把垫付的费用交给证人。由申请证人出庭的一方当事人直接垫付,虽然操作起来简单便捷,但却是一种不可取的方法。一方面,直接垫付有违法理。证人虽然在一般情况下都是根据一方当事人的申请出庭作证,但证人与当事人之间并无诉讼法律关系,诉讼法律关系存在于证人与法院之间,是法院传唤证人出庭而不是当事人传唤其出庭,证人是法院的证人而不是当事人的证人,因而证人是无权直接要求当事人垫付的。另一方面,如果允许当事人直接垫付,由于对究竟付多少没有法院的审核,合理的费用就往往无从确定。更成问题的是,证人可能要求高额的出庭补偿费,当事人为了能让证人出庭也可能会满足超过正常标准的补偿费,有的当事人还可能主动用高额的补偿费来激励证人出庭,这样补偿费就会异化为赏金。如果当事人用赏金来刺激证人出庭,证人出庭后提供证言的真实性就可能受到影响。

因此,在制度设计上,当事人垫付的钱应当交给法院,证人出庭后再向法院请求经济补偿。在德国,证人虽然有权要求经济补偿,但证人的一切费用,需要证人向国库请求给付。当然,国库付给证人的费用是要由当事人承担的,所以法律规定申请传唤证人的举证人需先向国库垫

〔38〕 参见《德国民事诉讼法》第375条、《日本民事诉讼法》第195条、《我国台湾地区“民事诉讼法”》第305条关于“法院外询问证人”的规定。

〔39〕 我国法院采用巡回审判方式时,由于证人和当事人通常在同一地点,所以也常常采用就地询问证人的方法调查收集证据。

付证人费用,否则不予传唤。^[40]我国台湾地区“民事诉讼法”第323条也对证人的费用请求权作出了明确规定,按照该条的规定,证人出庭的费用由法定日费和旅费两部分构成,证人可在询问完后的10日内向法院请求给付,但旅费可以请求预先给付。证人被拘提或者无正当理由拒绝具结或提供证言的,则丧失费用的请求权。

我国《民事诉讼法》和最高人民法院的司法解释虽然未对证人向谁请求经济补偿作出规定,但《诉讼费用交纳办法》对此作出了规定,即证人、鉴定人、翻译人员、理算人员在人民法院指定日期出庭发生的交通费、住宿费、生活费和误工补贴是诉讼费用的组成部分,这些费用由人民法院代为收取(第6、11条)。虽然有上述规定,但在诉讼实务中,这一规定在不少法院并没有得到真正地执行,采用的仍然是由申请出庭的当事人直接向证人支付费用的做法。由当事人直接支付之所以大行其道,一方面是由于如果证人同意出庭,经济补偿问题就已经不再是问题;要么当事人已经支付或者承诺支付令证人满意的费用,要么由于证人同当事人之间存在着无需考虑费用的特殊关系。^[41]另一方面,就法院来说,让当事人预交会增加法院的负担,它不仅需要把费用先收过来,而且要对费用进行审查,审查后再向证人支付。这还意味着经济补偿的请求权要等到出庭作证后才能向法院提出,然而对于差旅费的数额比较大而经济条件不宽裕的证人来说,差旅费又需要在出庭前就提前支付。虽然可以针对此种情形作出提前支付的特殊规定,但让证人出庭前到法院来申请和领取这笔费用,显然增加了证人的麻烦,也会降低他们出庭的意愿。按照《修改决定》的规定,申请作证的一方当事人给付的费用的性质为“垫付”,垫付的费用最终由谁承担,还要看诉讼的结果:如果申请证人的一方当事人胜诉,垫付的费用就要由对方当事人负担,但对方当事人仅负担合理的经济补偿费用,而费用是否合理,需要按照一定的标准来确定。目前实务中采用的当事人直接支付的做法,既没有明确的标准,支付前又未经法院审核,如果要求败诉方负担这笔费用,极易产生争议。^[42]

诉讼实务中的这些实际操作方法,虽然简便易行,但显然是有悖诉讼原理和法律规定的,也会给证言的真实性、可靠性蒙上阴影,所以要使修订后的经济补偿的规定真正发挥作用,还需要严格执行当事人向法院预交和法院向证人支付的规则,同时也需要为经济补偿请求权的实现规定简便易行的程序。这些虽然是细节问题,但往往正是细节决定了成败。

(五)关于鉴定意见

1. 修订的总体情况

鉴定意见是民事诉讼中常用的一种证据,只要涉及专门性问题,法官往往就需要在鉴定人的帮助下对事实作出判断。当代科学技术的发展日新月异,社会分工越来越细密,新知识、新技术层出不穷,这就决定了法官在诉讼中时常会遇到一些需要借助专业技术、专业知识、专门经验才能做出判断的问题。由于鉴定人是帮助法官对诉讼中的专门性问题作出评价和确认

[40] 参见《德国民事诉讼法》第379条“费用预付”。

[41] 在证人普遍不愿意出庭的情况下,证人同意出庭当事人就会感到极大的满足,即使是多给证人一些经济补偿,当事人也是愿意的。一些当事人往往通过向证人许诺明显高于经济补偿的费用来促使证人出庭。

[42] 目前在诉讼实务中并无争议发生,是由于申请证人出庭的当事人获得胜诉后,不再要求对方当事人承担这笔费用,这实际上已经改变了垫付的性质。

的,所以在大陆法系国家,鉴定人被定性为法官的帮手,鉴定人的作用在于用其专业知识来弥补法官判断能力的不足,帮助法官对证据调查中的专门性问题作出正确判断。^[43]

此次《修改决定》对鉴定意见进行了比较多的修订。首先,对启动鉴定程序的方式作出了调整,规定了当事人可以向法院申请鉴定,法院也可以依职权委托鉴定;其次,规定了鉴定人产生的方式为首先由当事人协商确定,协商不成时再由法院指定,法院依职权启动鉴定时应当委托具备鉴定资格的人进行鉴定;再次,规定了在必要时鉴定人应当出庭作证,鉴定人经法院通知后拒不出庭的,鉴定意见不得作为认定事实的依据,支付鉴定费用的当事人可以要求返还鉴定费用;最后,增设了专家辅助人,规定当事人可以申请人民法院通知有专门知识的人出庭,就鉴定人作出的鉴定意见或者专业问题提出意见。

2. 鉴定程序的启动方式

关于鉴定程序的启动,修订前的法律规定“人民法院对专门性问题认为需要鉴定的,应当交由法定鉴定部门鉴定;没有法定鉴定部门的,由人民法院指定的鉴定部门鉴定”。这一规定始于《试行法》,此后的两次修订均未涉及。从鉴定人是法官的帮手看,规定由法院决定启动鉴定程序并指定鉴定人并无不妥,德、法、日等国的民事诉讼法也都规定由法院来确定鉴定人。^[44]然而在我国,由法院决定提交鉴定的做法被视为职权主义诉讼模式下鉴定程序启动的特点。民事审判方式改革后,诉讼模式中当事人主义的因素逐渐占主导地位,这一变化也影响到鉴定的启动方式。2001年11月,最高人民法院发布了《人民法院司法鉴定工作暂行规定》,该《规定》把司法鉴定定义为“在诉讼过程中,为查明案件事实,人民法院依据职权,或者应当事人及其他诉讼参与人的申请,指派或委托具有专门知识人,对专门性问题进行检验、鉴别和评定的活动”(第2条)。在同年12月发布的《证据规定》中,虽然把鉴定问题放在“人民法院调查收集证据”部分规定,但就规定的内容而言,可以明显看出强调由当事人向法院申请鉴定而不是法院依职权决定鉴定。它把申请鉴定规定为负担举证责任的当事人向法院提供证据的一种方式,要求当事人在举证期限内提出鉴定申请,并规定当事人在法院指定的期限内无正当理由不提出鉴定申请或者不预交鉴定费用、不提供相关材料致使事实无法通过鉴定结论予以认定的,应当对事实承担举证不能的法律后果(第25条)。

鉴定启动当事人化除了受到诉讼模式转型的影响之外,还有一个更为实际的考虑是鉴定费用的负担问题。如果由法院依职权决定鉴定,法院就要向鉴定机构预交鉴定费,而除非法院在收取诉讼费用之时就让当事人预交这笔费用,否则就要由法院来垫付,且不说垫付会造成法院财政经费的紧张,即便法院有资金垫付,垫付后能否收回也是一个需要认真考虑的问题。^[45]这意味着法院垫付会面临很大风险。改为当事人申请鉴定后,鉴定费的问题就可以迎刃而解。

《修改决定》首先规定了当事人申请鉴定,然后再规定法院依职权决定启动鉴定,表明了

[43] 参见(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,页466。

[44] 参见《德国民事诉讼法》第404条,《法国新民事诉讼法》第263条,《日本新民事诉讼法》第213条“鉴定人的指定”。

[45] 鉴定费虽然最终可以判决败诉一方负担,但在执行难还严重存在的情况下,法院事实上难以通过强制执行来迫使当事人交付这笔费用。

鉴定启动程序上,实行以当事人申请启动为主,法院依职权决定为辅的方法。需要注意的是,在有些情况下,当事人可能并不知道需要鉴定,可能出现法官认为需要鉴定而当事人却浑然不知的情形。此时,法官应当行使阐明权,提醒当事人某个问题需要鉴定,哪一方当事人需要提出鉴定申请。^[46]一般而言,对需要鉴定的事项都可以由当事人申请而启动鉴定程序,即便当事人开始时未申请鉴定,也可以通过法院行使阐明权的方式解决。《修改决定》规定的当事人未申请鉴定而由法院决定委托鉴定应当是一种例外情形。这种例外情形似应解释为需要通过鉴定证明的事项关涉公益,如果是仅仅关涉当事人的私人利益,在法官已经对当事人进行阐明的情况下,当事人坚持不提出鉴定申请,法院是否有必要依职权启动鉴定程序,这是值得研究的。当鉴定所需支付的费用超过系争利益时,在法院告知当事人若不申请鉴定,将会承担败诉的法律后果后,当事人仍然不提出鉴定申请的,法院就不宜为了查明事实而启动鉴定程序。^[47]

3. 确定鉴定人的方式

关于鉴定人的选择,《修改决定》明确了采用当事人协商确定为主的方式。采用协商方式至少有四个方面的优点:首先是有利于当事人接受鉴定结果。既然鉴定机构是自己选定的,即使是鉴定结果对自己不利,也比较容易接受,除非鉴定本身存在问题;其次是增强裁判的可接受性。法官一般会采信鉴定意见对事实作出认定,鉴定人由当事人协商确定,不仅有利于败诉方当事人接受裁判结果,而且也有利于社会公众认同法院裁判的公正性;再次是体现了当事人程序主体的地位。现代诉讼理论把当事人看作程序的主人,因而在一系列重要问题上具有选择权和决定权,由当事人选择鉴定人,在鉴定这一环节上增强了当事人程序主体的地位;最后是有利于防范司法腐败。采用法官指定鉴定人的办法,如果法官出于某种原因要帮助一方当事人,他就有机会利用指定鉴定人的权力来操控鉴定结果。在这个环节上,防范司法腐败的最好办法就是把选择权交给当事人。

协商固然好,但由于利害关系的对立和不信任感,当事人未必都能协商成功,原告要求选择甲鉴定机构而被告则坚持由乙鉴定机构,这是协商过程中常见的现象。此时虽然可能采用技术性的办法选出鉴定机构,^[48]但协商不成总是难以避免的。按照《修改决定》的规定,协商不成的,由法院指定鉴定机构,以此打破选择鉴定人的僵局。协商失败时由法院指定是法定的产生方式,问题在于法院采用何种方法来指定?此时如果采取简单化的做法,由合议庭或者独任法官来指定鉴定机构,虽然在字面上也符合法律的规定,但却未必是好的办法,也不符合法

[46] 对于应当由哪一方当事人申请鉴定,当事人之间会存在认识上的分歧,如对于一方当事人提交的文书,对方当事人否认文书上签名是自己所签时,究竟应当由提交方申请鉴定还是应当由否认方申请鉴定,就常常会有不同认识。

[47] 如在一条牛的所有权发生争执的案件中,鉴定费在4000元至6000元之间,而一条牛的价值在当地才1200元左右,鉴定费远远超出争议标的物的价值。

[48] 北京市高级人民法院于2005年2月颁布了《关于委托司法鉴定工作的若干规定(试行)》,其中第10条规定:“对涉及司法鉴定机构名册内的专业,在当事人选择不一致时,相关法院可向当事人提供司法鉴定机构名册,由当事人在名册内各选择三至五家机构,选择中如有一家机构重合,委托该机构进行司法鉴定。如有多家机构重合,可在重合的机构中再次选择。”

院在这一问题上改革的实践。从法院在此问题上的改革实践看,协商不成时法院并不直接指定,而是采取随机选择的办法产生鉴定机构。2007年8月,最高人民法院发布了《最高人民法院关于对外委托鉴定、评估、拍卖等工作管理规定》(以下称《委托鉴定规定》)。《委托鉴定规定》相当重视随机产生这一方法,按照这一规定,当事人协商虽然是产生鉴定、评估、拍卖机构的首先方式,但以下三种情形采用随机产生的方法:①当事人都要求随机选择的;②双方当事人协商不一致的;③一方当事人表示放弃协商选择权利,或一方当事人无故缺席的。该《规定》还对计算机随机法和抽签法作了具体规定。《委托鉴定规定》还规定:“采用指定方法选择的,司法辅助部门负责人到场监督,专门人员应向当事人出示《名册》中所有相关专业机构或专家的名单,由专门人员采用计算机随机法、抽签法中的一种方法选择专业机构或专家。”^[49]在协商不成的情况下,法院采取随机的方法来产生鉴定人是一种有助于体现程序公正的方法,法院指定可以解释为通过随机抽取的方法来指定。选择鉴定机构是各级法院在诉讼实务中遇到的共同问题,协商确定和法院指定的具体程序和方法,由最高人民法院通过司法解释作出统一规定为宜。

4. 鉴定人出庭作证

鉴定意见制度的完善还表现在《修改决定》关于鉴定人出庭的规定上。虽然《民事诉讼法》规定了在法院宣读鉴定结论后,当事人经法庭许可后可以向鉴定人发问,但在以往的诉讼实务中,鉴定机构把鉴定意见交给法院后,鉴定人一般不再出庭,由法官在法庭上宣读鉴定意见,对鉴定意见的质证,也是双方当事人及其诉讼代理人围绕鉴定意见发表自己的看法。但鉴定人不出庭,对鉴定意见的质询有时就无法真正有效地进行,所以《证据规定》试图改变鉴定人不出庭的陋习,明确要求“鉴定人应当出庭接受当事人质询。鉴定人因特殊原因无法出庭的,经人民法院批准,可以书面答复当事人的质询”(第59条)。全国人大常委会颁布的《关于司法鉴定管理问题的决定》(以下称《司法鉴定决定》)从立法层面对鉴定人出庭作了明确的要求:“在诉讼中,当事人对鉴定意见有异议的,经人民法院依法通知,鉴定人应当出庭作证”(第11条)。尽管司法解释和法律都对鉴定人出庭作出了规定,但在诉讼实务中,鉴定人出庭的比例并不高。山东高院对此曾作过专题调研。

针对鉴定人出庭的情况,我们专门组织一次调研,在三个基层法院随机抽取了2007年度审结的1000件案件。其中,法医鉴定580件案件,鉴定人出庭的21件;文检鉴定192件,鉴定人出庭的2件;声像资料鉴定13件,无鉴定人出庭;审计、评估类鉴定123件,鉴定人出庭的8件;工程造价类鉴定92件,鉴定人出庭的4件。由此可知,其中涉及经济纠纷的审计、评估、工程造价类纠纷鉴定人出庭率为5.53%,而法医、文检、声像资料三类鉴定人出庭率仅为2.92%。^[50]

鉴定人出庭率低,具有多方面的原因,^[51]法律规定的处罚措施未能得到严格实施是原因之一。《司法鉴定决定》对鉴定人拒不出庭设置的制裁措施是由省级人民政府司法行政部门给

[49] 参见该司法解释的第三章“专业机构的选择与委托”。

[50] 魏绍义:“制约鉴定人出庭的因素与对策”,《山东审判》2009年第4期。

[51] 法官不通知鉴定人出庭、鉴定人出庭质证的意识不强、对鉴定意见质证流于形式、缺乏保护出庭鉴定人的配套措施都是导致鉴定人出庭率低的因素。参见杜志淳、廖根为:“论我国司法鉴定人出庭质证制度的完善”,《法学》2011年第7期。

予停止从事司法鉴定业务三个月以上一年以下的处罚;情节严重的,撤销登记(第13条)。虽然有上述处罚规定,但从鉴定人出庭率普遍相当低的现实可以推知,处罚规定肯定未得到严格实施。

由司法行政部门给予处罚需要启动另外一个程序,这也是处罚规定几乎处于废弃状态的原因。立法机关针对存在的问题,在《修改决定》中设计了一种更为直接、也更便于适用的制裁性措施——经人民法院通知,鉴定人拒不出庭作证的,鉴定意见不得作为认定事实的根据;支付鉴定费用的当事人可以要求返还鉴定费用。法院不采信鉴定意见,在诉讼中就可以适用,这对鉴定人可以说有很大的威慑作用,能够有效促使鉴定人出庭作证。由于不出庭导致鉴定意见不被采信,鉴定人也没有收取鉴定费的理由,所以返还鉴定费也是在情理之中。有了不采信鉴定意见和返还鉴定费用的双重制约,相信理性的鉴定人会选择出庭。

鉴定人不出庭还面临着被索赔的风险。不出庭导致鉴定意见不被采信,真正受到损害的是需要把鉴定意见作为证据的当事人,因此当事人在此情形下应当有权申请重新鉴定。但问题在于,受检材、时间等因素的限制,有时重新鉴定未必能再次进行,依赖鉴定意见的一方当事人会由于无法再获得新的鉴定意见而败诉。此种情形下,需要由法官向鉴定人说明不出庭的严重后果,敦促鉴定人出庭。如果鉴定人仍然不出庭,因败诉而蒙受损失的当事人有权向鉴定人索赔。

当然,鉴定人出庭也不是每个有鉴定意见的案件都是必需的。如果双方当事人对鉴定意见并无异议,法院也认为鉴定意见足够清晰无需再向鉴定人询问,出庭就不再必要,所以《修改决定》第16条把“当事人对鉴定意见有异议或者人民法院认为鉴定人有必要出庭的”作为要求鉴定人出庭的前提条件。^[52]

当事人对鉴定意见有异议,不宜理解为当事人不赞成鉴定意见,否则只要鉴定意见对其不利,当事人都会提出异议,鉴定人都要出庭接受询问。为了使鉴定人在确有必要的时候再出庭以及出庭时能够提出有意义的询问,最好能够要求对鉴定意见提出异议的当事人说明异议的原因和理由,需要向鉴定人询问的问题,由法院审查后再决定是否通知鉴定人出庭。

5. 新增专家辅助人

《修改决定》还增加了专家辅助人的规定,赋予当事人申请人民法院通知有专门知识的人出庭,就鉴定人作出的鉴定意见或者专业问题提出意见的权利(第16条)。专家辅助人,是指由当事人聘请,帮助当事人向审判人员说明案件事实中的专门性问题,协助当事人对案件中的专门性问题进行质证的人。^[53]早在《证据规定》中就设置了专家辅助人制度,规定当事人可以向法院申请由一至二名具有专门知识的人员出庭就案件的专门性问题进行说明,审判人员和当事人可以对专家辅助人发问,专家辅助人可以对鉴定人询问,专家辅助人还可以进行对质(第61条)。专家辅助人制度在实务中取得了积极的效果。在一些涉及复杂的专门性问题的案件中,专家辅助人的出庭既使得对鉴定意见的质证具有了实质性内容,又帮助法官更为深入

[52] 2008年苏州市两级法院审理的案件中,委托鉴定的6009件,其中因案件需要通知鉴定人出庭的仅为86件。参见施晓玲:“鉴定人出庭质证的相关法律问题”,《中国司法鉴定》2010年第3期。

[53] 这类具有专业知识、帮助一方当事人进行诉讼的人又被称为专家证人。

和准确地理解那些专门性问题。不过,仅仅采用鉴定、专家辅助人显然是不够的,他们只是向裁判者说明、解释诉讼中的专门性问题,如果裁判者对所涉及的专门性问题完全是门外汉,裁判者依然不能正确地判断这些专门性问题,尤其是在专家辅助人的意见产生尖锐对立的时候。这一问题一方面可以通过提高法官的专业化水平,另一方面可以通过人民陪审员制度来解决,引入专家型的陪审员可以有效地增强裁判者判断专门性问题的能力。^[54]

增加专家辅助人的规定有利也有弊,是一项利弊共存的制度。其优点在于可以帮助当事人对鉴定结论进行质证;其弊端在于:①专家辅助人是由双方当事人聘用的,辅助人实际上是帮助聘请他的一方当事人进行诉讼,这一地位决定了他们在法庭上的陈述难免具有党派性,可能选择性地运用专业知识和专业经验,尽量向法庭陈述有利于该方当事人的意见;②由于原、被告聘请的专家均从各自当事人的角度提出专家意见,结果是凸显了专家之间的不同意见,反而使裁判者难以对专门性问题作出判断;^[55]③增加了诉讼的成本。一方当事人聘请辅助人后,另一方当事人一般也需要聘请自己的辅助人,即使开始时未聘请,法庭也会建议其聘请,否则在诉讼中可能处于不利地位,也无法做到双方当事人的平等对抗。即使是双方当事人都聘请了辅助人,法院往往还担心两位为了维护各自当事人利益的专家不能客观地、全面地提供专业方面的知识,所以法庭还会再聘请一位专家,作为独立于双方当事人的专家。^[56]在知识产权诉讼中,我国一些法院已采用了这样的做法。^[57]而这样一来,诉讼的费用就会大幅度上升。专家辅助人还会带来新的问题。当事人与专家辅助人实际上形成了服务合同关系,如果辅助人在履行合同的过程中存在过错,未能尽到辅助人的职责,给当事人造成了损失,当事人就会要求他们承担违约责任。这样的纠纷在美国已经发生,^[58]我国实行辅助人制度后,将来也可能出现这样的纠纷。

为了解决诉讼中的专门性问题,我国民事诉讼中存在三种机制——专家陪审员、鉴定人、专家辅助人,如果再加上由法院聘请的非鉴定人专家,则存在四种机制。如何在诉讼程序中合理地运用这些机制,不至于造成专业人员的过度使用,是今后的诉讼实务需要妥善应对的问题。

(六)关于证据保全

证据保全是起诉前或诉讼中事先固定和保存证据的制度。对于证据保全,修改前的民诉法只规定了诉讼中的证据保全,但是,从某种意义上说,诉前的证据保全更为重要。提起诉讼

[54] 北京、上海、广东、江苏、浙江等地的法院均聘请了专家型的陪审员,专家陪审员在知识产权纠纷、环境侵权纠纷等新类型诉讼中发挥了积极的作用。

[55] 参见(美)斯特龙主编:《麦考密克论证据》,汤维建等译,中国政法大学出版社2004年版,页41。

[56] 日本2003年在修订民事诉讼法时规定了专业委员会制度,专业委员会是为法院提供专门知识的说明机构,这与我国法院聘请的专家有相似之处。专业委员会制度被认为是“为了充实和加速那些需要专业知识的案件审理进程而创设的一种‘王牌’制度”。(日)高桥宏志:“日本民事诉讼法2003年之修改”,许可译,《司法改革评论》2007年第1期。

[57] 如厦门市中级人民法院在《关于知识产权审判专家辅助人制度若干规定(试行)》中规定:法院认为有必要聘请专家辅助人出庭解释涉及案件的专门性问题时,可以依职权聘请专家辅助人,并告知双方当事人。法院请的专家,其地位、作用与鉴定人相似,是运用专业知识、专业经验帮助法庭认识和理解专门性问题。对法庭聘请的专家,当事人应当有权申请回避。

[58] 参见徐继军:“国外专家证人制度改革动态及其对我国的启示”,《诉讼法论丛》第10卷,页443—446。

后再申请保全,对方当事人已有所察觉可能会为保全证据制造障碍,可能使保全活动无功而返;另一方面,诉前保全往往还能收到避免诉讼的效果,欲提起诉讼的一方可能由于没有保全到证据而放弃诉讼,潜在的被告也可能因为对方保全到证据而不得不寻求和解。

修订前的法律只规定了诉讼中的证据保全。由于没有规定诉前的证据保全,当事人需要诉前保全证据只能申请公证机关进行,但公证机关不是司法机关,无权采取强制性的保全措施,所以法院的缺位在制度设计上是有缺陷的。后来,我国的《海事诉讼特别程序法》规定了海事证据保全,其内容为起诉前或仲裁前的证据保全。^[59]自2000年起,为适应加入世界贸易组织的需要,我国相继对专利法、商标法、专利法进行修订,在修订上述知识产权方面的法律时,增设了诉前证据保全的规定。^[60]最高人民法院在相关的司法解释中,也对诉前证据保全作出了规定。^[61]不过,这类由法院实施的诉前证据保全仅限于海事诉讼案件和知识产权案件,还未形成普遍适用于各类案件的诉前证据保全制度。此次修订民事诉讼法,设立了统一适用于各类民事纠纷的诉前证据保全制度。《修改决定》第17条把证据保全分为诉讼过程中的证据保全和诉前证据保全,分别在第1款和第2款作出规定。诉讼过程中的证据保全原则上根据当事人的申请而采取,但法院在必要时也可以主动采用证据保全措施;诉前证据保全则只能根据利害关系人的申请而采取,申请诉前证据保全的实质性要件是情况紧急,存在着在起诉前采取证据保全措施的必要性,如果不立即采取保全措施,证据就可能灭失或者以后就难以取得;程序性要件则是当事人要向有管辖权的法院提出申请。

当事人收集证据能力弱,是长期困扰我国民事诉讼的问题。增设由法院实施的诉前证据保全,增强了当事人收集证据的能力,同时也增加了当事人选择的空间,当事人可以根据纠纷的具体情况,申请法院或者公证机构实施证据保全。^[62]

三、再修订留下的问题

通过此次《民事诉讼法》的修订,证据制度在一定程度上得到了完善。不过从学术界对此次修订的期待看,仍然有相当的差距。在笔者看来,遗留的问题主要有:

(一)关于适时提出

新法虽然规定了当事人应当及时提供证据,并对无正当理由未及时提供规定了制裁性措施,但并未明确何为及时,也未明确何为正当理由,而在适用新法的这一规定时,这些标准极为重要,如果不具体化上述标准,新法的规定就难以实施。从德国和日本的做法看,它们都规定了为进行口头辩论进行准备的程序,在准备程序中对争点和证据进行整理,根据案件的具体情

[59] 参见《海事诉讼特别程序法》第62—72条。

[60] 参见《商标法》第58条、《著作权法》第50条。

[61] 参见《关于对诉前停止侵犯专利权行为适用法律问题的若干规定》第16条;《关于诉前停止侵犯注册商标专用权行为和证据保全适用法律问题的解释》第1、2、12条;《关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第1条。

[62] 有些证据保全措施,只有法院才有权采取,如扣押储存证据信息的被申请人的电脑硬盘、笔记本电脑等物品。

况,确定提出攻击与防御的方法。准备程序终了,便意味着期限的届满,在准备程序届满后再提出攻击与防御方法,会被认定为逾期提出。德国和日本民事诉讼法的上述做法,有一定的参考价值。因此,为了适用及时提出的规定,需要最高人民法院尽快制定司法解释。好在《证据规定》中曾经设立过举证期限,法院也有过适用举证期限的经验和教训,相信法院能够通过司法解释处理好这一问题。

更成问题的是,新法仅对及时提供证据作出规定,而未涉及诉讼请求的增加或变更的及时提出、反诉的及时提出、抗辩事由的及时提出。就适时提出而言,它是一个整体,涉及当事人多方面的诉讼行为,仅对证据作出规定是远远不够的。正因为如此,《德国民事诉讼法》规定的适时提出的内容不仅包括各种攻击和防御方法,特别是各种主张、否认、异议、抗辩、证据方法和证据抗辩,而且也包括对于对方当事人的主张所作的陈述。^[63]新法规定了证据的适时提出,势必也会影响到当事人其他相关的诉讼行为,这也需要通过司法解释来解决。

(二)证人证言

证人证言经过此次修订,虽然解决了证人出庭作证的补偿问题和明确了可以不出庭的例外情形,但对于完整的证人证言制度而言,如何从法律上保证证人履行出庭义务仍然是无法回避的问题。虽然当下强制证人出庭的条件和时机还不成熟,但今后在法律中总是要对此作出规定。而一旦对无正当理由不出庭的证人规定制裁性的法律后果,拒证特权的问题就必须加以规定。

证人作伪证是长期困扰我国民事诉讼的老大难问题,它严重地妨害了司法公正。^[64]如何保证证人出庭作证时说真话,是需要解决的一个根本性的问题。这一问题不解决,即使证人出庭了,法官还是不敢相信证人。证人说真话虽然也离不开整个社会道德水准的改善和提升,但诉讼制度本身建设更为重要。^[65]为了防止证人提供虚假证言,规定证人在作证前应当宣誓具结、增强诉讼代理人质询证人的能力、将作伪证记载在其信用记录上、追究作伪证证人的刑事责任,这些都能够营造证人不敢作伪证的制度环境。

(三)书证

书证是民事诉讼中最常见也是最重要的一种证据。书证关涉的问题相当多,也相当复杂,包括公文书与私文书的证明力、有缺陷文书的证明力、文书的提出义务、私文书真实性的证明等,绝不仅仅是原件与复印件、外文书证的中文译本问题。然而,我国《民事诉讼法》仅用一个条文对书证的原件与复印件、外文书证的中文译本作出规定。与之形成鲜明对比的是,为了规制书证所涉及的问题,《德国民事诉讼法》用了29个条文、《日本新民事诉讼法》用了13个条文,《法国新民事诉讼法典》就“向法院提出书证”规定了11个条文,对“有关书证的异议”规定了32个条文。此外,在有关书证的问题中,最重要的有两个:一个是当书证为对方当事人或案

[63] 参见《德国民事诉讼法》第282、283条。

[64] 参见丁红斌:“完善民事、行政诉讼参加人伪证罪立法的思考”,《福建法学》2000年第2期。

[65] 笔者于2012年9月7日参加了“中日民事诉讼法修改”国际学术研讨会,在讨论证人作伪证这一问题时,日本应庆义塾大学的三木浩一教授认为,美国在这一问题上解决得最好的,这倒不是美国人天生诚实,而是美国建立了一套证人不敢作伪证的机制,包括证据开示中的证言笔录、庭审中的交叉询问、对伪证者的严厉制裁等。

外第三人占有时,要求占有人提出的条件和程序;另一个则是文书真伪判断的方法和规则。^{〔66〕}遗憾的是,此次修订并未涉及书证,处理这两个重要问题的规则在我国《民事诉讼法》中依然是空缺。

(四)当事人的陈述

当事人的陈述在此次修订中虽然被排为各类证据之首,但对于当事人陈述的规则却未作任何修改,依然是规定法院应当结合本案的其他证据,来确定当事人的陈述能否作为认定事实的根据。

当事人对于案件事实的陈述,至少可以分为三种类型:一是有利于自己的陈述,即关于作为诉讼请求所依据的事实或者反驳诉讼请求所依据的事实的陈述;二是对于对方当事人所主张的事实表示认可或者否认的陈述;第三种是关于案件事实前后不一致的陈述。第一种类型的陈述应当属于证明对象,显然不宜作为证据;第二种类型的陈述如果属于承认对方主张的对自己不利的事实,则构成诉讼上的自认,诉讼上的自认会使对方当事人主张的事实成为免证事实,但它本身并非证据;第三种类型的陈述会对法官心证的形成产生影响,但这种影响却是不利于作出陈述的当事人的影响。^{〔67〕}

由于“双方当事人对诉讼结果有最大程度的利益,因此他们是最差的‘证人’”,^{〔68〕}因而德、法等国的民事诉讼法仅把询问当事人作为一种辅助性的证据方法,规定法院在一定条件下可以依申请甚至依职权询问当事人。为了保证当事人能够对案件事实作出真实的陈述,法院可以要求当事人宣誓,还针对拒绝宣誓、拒绝陈述、虚假陈述规定了制裁措施。这些规定都是针对当事人陈述的特点设置的,具有合理性和可借鉴性。

就当事人陈述这类证据而言,核心问题在于在何种情况下能够把当事人作出的对自己有利的陈述作为证据。对于这一关键问题,我国《民事诉讼法》并未提供明确的规则,这也是今后修法需要研究和解决的问题。

(责任编辑:傅郁林)

〔66〕 由于法律中缺乏明确的规定,在审判实务中,法官之间对此问题存在着截然不同的认识:一种意见认为一方主张文书上的字为对方当事人所写或者签名为对方所签,而对方当事人又予以否认时,应当由主张的一方负担证明责任;另一种意见则认为,应当由否认一方当事人负担证明责任。认识上的分歧不仅造成了应当由哪一方当事人申请鉴定的不同判断,而且也造成了书写或签名的真伪无法查清时判决中不利后果的归属。

〔67〕 参见李浩:“回归民事诉讼法——法院依职权调查取证的再改革”,《法学家》2011年第3期。

〔68〕 尧厄尼希,见前注〔24〕,页295。