论庭审笔录的法定化

张卫平^{*}

摘要 现行民事诉讼因缺失法定化的庭审笔录制度作为监督、制约庭审的有效手段,导致现实中庭审程序空洞化、虚无化现象的发生,也导致诉讼当事人、利害关系人常常为程序合法与否的事实判断争执不休。为了防止这种结果,保障和提升我国民事诉讼的公正性,维护程序的安定性,应建立法定化的庭审笔录制度,使庭审笔录真正成为能够为当事人、诉讼参与人所阅览、使用,并能作为证明庭审程序合法与否的法律文书;笔录制作主体成为相对独立于庭审法官的公证官,实现对司法权的内部制约。法定化的庭审笔录也成为落实法官责任制,判断审判程序是否合法的根据。在建立法定化笔录制度的同时,还应当相应地进行司法人事体制的改革,改革现有的书记员制度,建立书记官制度,通过法律制度保障书记官职能的行使。

关键词 审判公正 庭审程序 庭审笔录 言词辩论 笔录证明效力

一、问题的提出

党的十八届四中全会决定提出,推进以审判为中心的诉讼制度改革。从整个司法的宏观运行视角来看,这一司法政策指示的改革重点不仅仅局限于刑事诉讼领域,强调刑事诉讼中各个诉讼阶段之间的关系,同时也是对民事诉讼制度改革重点的指示。无论是刑事诉讼、行政诉讼,还是民事诉讼,改革的重点都应当置于审判阶段,以审判为中心。因为司法的功能和性质集中体现在审判阶段,只有科学地完善了审判制度,才能充分保障审判的公正性,体现司法的公正性。虽然在整个诉讼过程中,一些案件不会通过判决解决案件争议,而是通过当事人之间达成的诉讼调解解决案件争议。但是,审判过程、审判制度是保障司法机关公正行使司法权的程序机制,在当事人不能通过调解解决纠纷时,就必须要通过审判程序予以裁决。而审判程序

^{*} 清华大学法学院教授。

的公正性是司法裁决的正当根据。

审判程序的核心和中心是庭审程序。因此,民事诉讼制度改革的核心也应当置于庭审程序制度的改革。为了保证庭审程序的公正性,民事诉讼法需要诸多相应的诉讼原则和制度,例如公开原则、直接原则、言词原则、对审原则、不间断审理原则等,使民事诉讼争议的双方当事人能够在公开的审理程序中,直接面对审理者用言词提出自己的主张并进行辩论,审理者在庭审的过程中直接听取、询问双方当事人以及证人的陈述,进行证据调查,进而充分地予以质证和认证。如果所有庭审辩论调查都是在依据上述各原则的前提下进行,相信审判程序的公正性就是无可质疑的,也就能够充分吸收争议当事人对案件解决的不满,实现民事诉讼的功能和任务。

意识到以审判为中心改革民事诉讼诉讼程序的重要意义,就应当着眼于庭审程序的保障,这不仅需要建立和完善诸如辩论原则、处分原则、公开原则、直接原则、言词原则、不间断原则等相关的民事诉讼基本原则以及细化相应的诉讼制度,还需要有保证庭审程序实在化的诉讼制度和司法制度的双重构建。因为上述诉讼原则只是保障庭审公正的一个方面,确切地讲更侧重于外在性、原则性保障。如果只有这些诉讼原则,缺乏具体的制度,依然不能保证庭审程序在内容或内在方面的公正性和正当性。庭审程序的公正性是由具体的各种程序以及法院的审判权以及当事人、诉讼参与人的诉讼权利义务的行使和承担的正当性来体现的。在庭审中,当事人具体提出了何种实体和程序主张;提出事实主张的当事人有无提出证据,对方当事人对对方当事人的主张有无进行抗辩;法院对重要的证据是否进行了质证,是否当庭对重要的或主要的证据进行了认证;对于对方提出的证据方法是否进行调查,对于提出的证据不予采纳的理由是什么;对于实体争议解决相关的前提问题是否作出认定;庭审当中是否围绕庭前会议确定的争议焦点进行辩论;相关的证人是否出庭作证,传唤的证人没有出庭的原因何在;一方当事人对对方当事人主张的事实是否有过承认,承认的事实主张究竟为何种事实。庭审中的各种具体程序的科学设置以及贯彻、实现是庭审公正的保障和体现。

庭审过程中审判行为和诉讼行为在程序上的正当与否,仅仅依赖于法院或法官抽象的权威是不足以说服当事人、社会的,尤其是当下社会在一定程度上缺失司法信赖感的现实场景之下,庭审过程的正当性就需要有更为具体的诉讼制度,甚至相应司法制度加以保障。这样才能保障庭审辩论程序如实地按照民事诉讼法的要求进行,证实法官正当地行使了审判权(包括诉讼指挥权、释明权、裁决权等),当事人和诉讼参与人正当地行使了法律要求的诉讼权利、承担了相应的诉讼义务。然而,从我国民事诉讼法的制度构建来看,在这一方面是存在重大缺失的,可以说是一个空白。这就直接导致庭审程序的空洞化、虚无化,对庭审程序轻视。庭审程序的非实在化直接导致了当事人对审判程序公正化的质疑。当事人双方往往会因为庭审程序中的具体诉讼程序的实施、诉讼权利的行使以及证据的主张与质证、认证而争论不休。最常见的是关于是否存在对对方当事人事实主张的自认;当事人关于事实主张的陈述、主要的证据是否提出、对提出的主张是否提出了证据予以证明、当事人在庭审中是否要求变更诉讼请求、是否提出反驳或抗辩、法院是否驳回当事人要求再次开庭的请求、法院是否允许当事人提出新证

据等。尤其是二审和再审中会对一审或原审中的程序性事项争论不休,不仅影响了一审程序的功能,也严重影响了人们对审判公正性的认同。因此,庭审程序实在化的保障性制度的建构是以审判为中心,也即以庭审为核心的诉讼制度改革和完善必须完成的要务。

本文对于庭审程序实在化保障的制度建构主要在于,在诉讼制度方面,通过建立庭审笔录法定化制度,使得庭审笔录真正成为一种庭审程序的公证证明文书和法律文件,进而对于庭审程序的实施以及辩论内容具有证明效力;在司法制度方面,改革现行的书记员制度,改革法院书记员仅仅是承担文字记录的法官辅助人员的从属地位和角色,建立具有与法官相对独立的书记官制度。一方面通过书记官的记录使得诉讼过程中发生的事实能够很好地予以保存,以便为最终裁判提供事实根据;另一方面,书记官的特点还在于对程序性事项的记载是独立的职权行为,不受法官支配,进而成为关于程序性事项和庭审实质性内容的法定的公证证明机关。^{〔1〕}

当下,法院系统正在按照十八届四中全会决定的要求在推行以审判为中心的一系列的诉讼制度改革。在这些若干改革举措中“主审法官负责制”无疑是一项主要的改革措施。主审法官负责制的目的在于通过权责统一具体落实法官审判责任,提高审判水平和效率。在主审法官负责制的具体机制建构方面,一些试行法官负责制的法院又推出了以主审法官为办案核心的审判团队运行机制。所谓审判团队运行机制,就是由主审法官和审判辅助人员组成审判团队,在主审法官领导下实施审判行为的制度。审判辅助人员包括法官助理和书记员。例如,有的法院的审判团队为1名主审法官+1名法官助理+1名书记员或1名主审法官+1名书记员的审判团队模式。^{〔2〕}按照这种审判团队运行机制,所有的团队成员都应当受制于主审法官,包括书记员在内。虽然这种审判团队有利于提高审判效率,成为有效率的“生产单位”。但在强化内部聚合力时,但却导致内部制约的缺失,形成利益共同体,产生单位利益及共同诉求,甚至衍化为“家长化”现象。对诉讼正当性的价值要求,不仅仅是效率,更为强调的是程序的公正价值。因此,如果不能正确认识审判组织内部的制约性,未构建以笔录法定化以及与其相应的书记官制度,我们现行的主审法官负责制的改革有可能走入误区。

在庭审笔录法定化的研究中,本文将集中探讨以下问题:庭审笔录的法定证明效力;庭审笔录的性质;庭审笔录与案件庭审的实录资料载体是一种什么关系;法定化庭审笔录的制作、订正与更正;我国的书记员制度与书记官制度有何不同;书记官在哪些方面具有相对独立性;庭审笔录与传统意义上的法庭笔录有何不同等。笔者相信对上述问题的探讨正是本文的理论和实践价值之所在。

〔1〕 在公证法理上,只要是法定事项或事实提供具有法定证明效力文书的主体即称为公证机关。在国外,除了对特定事实提供一般公证证明文书的公证人之外,诉讼中的书记官也是具有这种公证职能的主体。

〔2〕 参见胡月:“清浦区人民法院推行主审法官负责制”,载《淮安日报》2014年11月3日,第A4版。云南省高级人民法院召开全省人民法庭审判权运行机制改革试点工作推进会,在全省22个试点法庭建立以主审法官为核心的“1+1+1”审判团队模式,对审判权运行机制改革进行先行先试,探索推进主审法官办案责任制。详见茶莹、姜光鑫:“‘1+1+1’团队模式推进主审法官办案责任制”,载《人民法院报》2015年3月17日,第1版。

二、现行庭审程序空洞化的原因——法定化庭审笔录制度的缺失

如上所述,庭审程序在民事诉讼程序中处于中心地位。这是因为:①作为法院实体判决基础的主张、证据和事实源于庭审程序。没有经过庭审程序的主张、证据事实不能作为判决的基础;②之所以只有在庭审中提出的主张、证据和事实能够作为判决的基础和依据,是因为只有经过庭审,才能使当事人双方能够更充分地行使主张、陈述和辩论等最重要的诉讼权利;也只有庭审中,法官才能同时直面双方当事人,更充分地听取当事人双方的主张、陈述和辩论。只有在双方当事人在场的情况下,才可以更充分地进行证据调查。经过质证,正确认定证据,确认案件事实,并在此基础作出判决。尤其是在重视以一审程序为基础或中心的所谓一审程序中心主义的情形下,一审重在解决事实认定和法律适用,二审旨在解决对一审裁决不服的事实法律争议,因此,一审庭审程序的重要性就愈加突出。一般而言,大多数民事案件都会通过庭审程序。考虑到在上诉程序中,诉讼效率与诉讼救济衡平关系的特殊性,上诉审程序没有必须一律经过庭审程序的制度规定。

在论及庭审的重要性时,有一个问题需要阐明,即对于英美法系国家,尤其是美国的民事诉讼而言,庭审并不是大多数案件所必须经历的程序,按照通常的说法,仅有3%左右的案件进入庭审程序,绝大多数案件都在审前程序予以解决。一般情形下是证据开示程序(Discovery)之后通过当事人之间的和解、自愿撤诉或者其他处置性动议(dispositive motion)加以解决。^[3]与此不同,大陆法系国家均十分重视庭审程序即所谓言词辩论程序或口头辩论程序。这里需要注意的是,美国民事诉讼中,之所以经过庭审(trial)的案件很少,其原因在于美国民事诉讼在庭审(trial)之前还设置有诉答程序(pleading)以及复杂的审前程序(pretrial)。在审前程序中还要进行相当复杂细致的证据开示(discovery)和审前会议(conference)。尤其是证据开示程序(discovery)利用各种制度、方法能够充分地披露大量证据信息,^[4]实际完成了大陆法系言词辩论程序的证据发现职能。通过这些程序之后,当事人则可以选择是否将双方之间的争议付诸于庭审(trial)程序,进而由法官予以裁决。庭审前这些程序能够发挥如此大的作用与美国发达和成熟的律师制度有密切的关系。在这些审前的诉讼程序中,律师发挥非常重要的作用,没有律师参与将无法实施这些程序,完成当事人双方的主张与抗辩,以及事实与证据的提出。大陆法系国家将主张、陈述和辩论统统置于言词(口头)辩论程序之中,实际上将美国审前程序需要解决的事项置于了言词辩论程序之中。这种差异反映了不同的审判文化和观念。大陆法系国家更强调审理中的公开原

[3] 参见(美)史蒂文·苏木、玛格瑞特·伍:《美国民事诉讼的真谛——从历史、文化、实务的视角》,蔡彦敏、徐亦译,法律出版社2002年版,页123。本书提供的比例数字为1997年3%,1999年2.3%。

[4] 关于证据开示程序的制度与功能,详见同上注,页295-311;(美)杰克·H·弗兰德泰尔、玛丽·凯·凯恩、阿瑟·R·米勒:《民事诉讼法》,夏登俊等译,中国政法大学出版社2003年版,页367、368。

则、对审原则、言词辩论原则、直接原则。^{〔5〕}美国的审判文化和观念与美国社会对法官和律师有着充分的认同度有密切的关系。离开这种特殊的审判文化和观念,离开对法官和律师的充分认同,美国民事诉讼的制度效果是无法实现的。

正是基于大陆法系国家对法院和法官地位的特殊认知,才对言词辩论程序(庭审程序)如此重视,也才如此强调公开原则、直接原则、言词原则,进而保证言词辩论程序(庭审程序)的公正性。按照言词原则的要求,双方当事人通过自己的言词申明自己的权利主张和事实主张。法官通过言词进行询问和了解案件的事实;根据直接原则,审理法官必须亲历案件审理的过程,直接面对当事人、证人以及其他诉讼参与人的陈述和辩论;不间断审理原则保证法官对案件审理的连续性。这些诉讼原则是保障言词辩论程序实在化的机制和措施。除此之外,还特别强调裁判机关的内部制约,而进而形成从司法制度和诉讼制度两个方面充分地保障和支持了庭审程序的公正性的有效机制。客观地讲,我国现在法院和法官的社会处境与法国大革命时期有某些类似之处,因为社会环境及司法体制的原因,法院和法官的社会认同度都受到相当程度的质疑。所以,在程序上强化对法官的制约是必然的。

我国虽然在诉讼程序结构上大体按照大陆法系的框架搭建了民事诉讼程序,并且在法律层面也强调开庭审理的作用,尤其是在第一审程序中。按照民事诉讼法的规定,所有民事案件(除了庭审前达成调解的之外)都需要开庭审理。《民事诉讼法》和民诉法司法解释也规定了开庭审理的相应程序。但是由于这些程序缺乏制度化的落实措施,因此难免使得庭审程序空洞化和虚无化,进而使得庭审程序成为一种程式化的过程。程序空洞化的表征主要有两个方面:①虽有庭审程序,但庭审不能成为主张、陈述、辩论的唯一空间,大量庭审外的主张、陈述和辩论可以不通过庭审程序就成为判决的基础;②证据调查有时不在庭审程序中进行,法官可以将庭外收集的证据直接作为判决的依据。

庭审程序的空洞化和虚无化成为当事人大量通过庭外活动干预和影响裁判者的判断的原因之一。这当中主要的表现便是借助外部和内部权力关系对裁判者施加压力,直接或间接地干预审判活动;由于庭审的空洞化,证人庭前作证义务也同样被弱化,作证的内容常常被转化

〔5〕 日本学者就普遍认为,从美国民事诉讼的程序构成和实践来看,美国并不重视公开审判原则、言词原则。参见(日)新堂幸司、福永有利编集:《诉·辩论的准备》(注释民事诉讼法5),有斐阁1998年版,页429。相对而言,大陆法系国家的诉讼程序更加重视诸多旨在制约法官的原则,典型的就公开原则、言词原则和合议制原则。两大法系诉讼制度的差异与两大法系的历史、法官制度、对法官的社会认同有关。两大法系的差异又与英美两国与欧洲大陆不同的政治史、社会史和智识史的巨大差异有关。参见(德)K·茨威格特、H·克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,法律出版社2003年版,页375—377。具体而言,大陆法系司法制度和诉讼原则的形成与法国大革命的影响有极大的关系。在法国大革命中,法国的司法贵族制度成了大革命的目标,这种司法制度不仅倒向了土地贵族统治者,也在于混淆了司法和立法的界限。法院成了拒绝适用新法,阻止社会改革的障碍,导致了社会对法院和法官的不满和不信任。与此不同,英美国家的司法传统使得法院常常站在社会改革的一边,成为反对统治者滥用权力的进步力量,从而获得了民众和社会的认同,英美司法没有成为当时西方革命的对象,反而因为革命树立了司法不可动摇的权威。参见(美)约翰·亨利·梅利曼:《大陆法系》(第2版),顾培东、禄正平译,法律出版社2004年版,页15、16。

为书面证词。虽然其中也存在证人出庭难的原因,但也不乏庭审空洞化的影响。〔6〕

导致庭审程序虚无化或空洞化的原因主要有两个方面:

其一,在民事诉讼基本原则方面缺失约束性辩论原则的约束。我国民事诉讼法原则体系中把当事人双方享有的辩论权利仅仅作为一项具有政治含义的民主性权利加以规定,对于法院裁判并没有约束性。约束性辩论原则〔7〕要求包含以下三层含义:①直接决定法律效果发生或消灭的必要事实或主要事实只有在当事人的辩论中出现的,才能作为裁判的基础。法院不能将当事人没有在辩论中主张的事实作为裁判的依据。②法院应当将双方当事人之间没有争议的主要事实作为判决的基础。③法院进行调查的证据仅限于当事人提出申请的证据,职权证据调查原则上被禁止。〔8〕正是由于约束性辩论原则强调直接决定法律效果发生的必要事实或主要事实必须是辩论中出现的,因此庭审程序或言词辩论程序才会成为最重要的诉讼阶段和程序。反过来,如果在民事诉讼法中缺失有约束性辩论原则这一基本原则,也就必然产生轻视和忽视庭审程序的严重后果。关于这一点笔者在研究辩论原则问题时有专门的论述,故不在此详述。

其二,在具体诉讼制度和司法人事制度方面缺失制度约束。

在诉讼制度方面,缺乏证明诉讼程序或诉讼行为是否实施的、具有法定证明性质的方法和手段。

庭审程序中,通常会涉及以下事项:当事人、代理人是否到庭;当事人是否提出过权利主张、事实主张,提出过何种权利主张与事实主张;被告当事人是否对原告当事人主张的权利予以认诺;当事人是否提出过攻击或防御方法,提出过何种攻击或防御方法,包括各种证明自己主张的证据方法;法院是否对双方当事人提出的主要证据进行过质证,尤其作为最终裁判依据的证据;对当事人提出的事实主张和证据是否采纳,如果不予采纳该证据,是否有理由,其驳回的理由是什么;有鉴定意见的,当事人是否就鉴定意见提出异议,鉴定人是否出庭就鉴定意见出庭说明;是否应当追加当事人的有关事项;当事人、诉讼参与人是否出席庭审的情形;第三人在庭审中是否主张、陈述以及是否提出过证据,该证据是否被质证、认证;法官是否进行释明的情形等事项。

我国民事诉讼法虽然规定书记员应当将法庭审理全部活动记录记入笔录(《民事诉讼法》第147第1款),但是这种庭审笔录并没有被赋予法定的证明效力。这表现在:

①在庭审笔录中没有记录的程序性事项,并不能被认定为没有发生;②已经记载于笔录的事项在法院裁判时也可以置之不理。因此,在第二审中当事人以笔录记载为依据主张推翻原审裁判的,第二审法院并不当然以一审庭审笔录作为一审违法审判的依据。最常见的是在二

〔6〕 关于庭审空洞化现象,正如现任最高人民法院副院长李少平所指出的,在庭审实践中往往出现在庭外进行调查、调解、形成裁判意见的现象。参见李少平:“看得见的正义——论司法公信力建设”,《求是》2007年第8期。

〔7〕 笔者之所以将我国民事诉讼法中当事人可以行使辩论权利的规定称之为非约束性辩论原则,是因为这一规定在形式上是作为民事诉讼原则加以规定的。详见张卫平:“我国民事诉讼辩论原则重述”,《法学研究》1996年第6期。

〔8〕 参见〔日〕高桥宏志:《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,页331、332。

审或再审中,当事人就作为一审或原审判决主要依据的证据是否经过质证提出异议。按照《民事诉讼法》第68条的规定,证据应当在法庭上出示,并由当事人互相质证。鉴定意见作为一种证据是否应当作为判决的根据也涉及庭审中的程序性问题。依照《民事诉讼法》第77条的规定,当事人对鉴定意见有异议或者人民法院认为有必要出庭的,鉴定人应当出庭作证。经人民法院通知,鉴定人拒不出庭的,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。无论是《民事诉讼法》关于证据应当予以质证,还是关于鉴定人出庭作证都属于庭审中的程序性事项,一旦没有履行这些程序事项,没有质证的证据或鉴定意见就不能作为判决的根据。但是,在二审或再审中,二审法院或再审法院很少以庭审笔录作为是否实施该程序性事项的法定证明文书。这是因为记载庭审中关于程序性事项的庭审笔录本身并没有被认为是一种具有法定证明效力的法律文书。因此,庭审笔录既不向当事人公开,当事人也不能在二审或再审中利用庭审笔录。实践中,当事人为了能够在二审或再审寻求救济改变原判,通常是通过关系获得笔录,将其作为具有事实证明效力的资料,但该笔录在上诉或再审中也不具有法定证明效力,仅仅在事实上对上诉法官或再审法官的心证判断产生影响。

在司法制度方面,制作庭审笔录的书记员仅仅被认为是单纯记载庭审活动的记录人员,且笔录的制作行为完全受制于独任法官和合议庭或主审法官,书记员仅是审判团队中的司法辅助人员。庭审笔录的记录、补充、更正均听命于法官,也没有法律上的要求,即使在事后补充、更改、删减也都没有相应的约束。因此,这样的庭审笔录自然也就难以作为一种对庭审程序事项予以证明的法律文书。由于单纯将书记员对笔录的制作视为一种对庭审活动的记录,被视为法院作出裁判的依据,笔录也就成为单纯弥补法官记忆的工具。在庭审实践中,一些法院干脆使用庭审全程录音、录像以替代书记员庭审笔录。当然也不需要当事人签字确认。当下,以庭审全程录音、录像取代庭审笔录的做法,在有的地方法院甚至成了审判方式改革的一项主要措施。如此一来,书记员即原来的记录员更多的是从事其他非司法辅助性工作。问题在于,现行的司法人事制度安排无疑忽视了在庭审过程中,形成一种相对独立的内部制约力量以实现对法官庭审活动的制约,从而进一步弱化了庭审程序的重要性。

庭审活动内部制约机制的空位,对庭审程序性事项记载予以证明的法律文本的缺失,辩论原则的非约束化,以及缺乏庭审诸原则对庭审的基本规范,最终导致庭审程序空洞化和虚无化。这些制度上的缺失不仅与我们传统审判理念上忽视程序价值,轻视程序正义有密切关系,而且也与我们轻视诉讼制度的设置和运作的细致化、精细化的理念有关。^{〔9〕}没有意识到现代民事诉讼必须告别粗放式的传统运作方式,需要有更精致、更专业、更充分地实现程序正义的程序和制度,

〔9〕 应当注意的是,诉讼制度的精致化或精细化与民事诉讼程序的多元化是两个层面的概念。对于相对更追求效率的民事诉讼程序而言,过于精致化或精细化是没有必要的。诉讼制度的精致化或精细化针对一种相对更讲究公正性而非效率性的诉讼程序而言是必要的,也是必须的。民事诉讼的现代化追求的是纠纷解决程序的多样化,根据纠纷解决的需求来设置不同的诉讼程序。既要简单或简约化的纠纷解决程序,也要有能够满足更高程序正义要求,涉及更为细致、精致的诉讼程序。这样的多元化程序体系是一种纠纷解决程序进化的表现。关于多元化的程序构建,参见傅郁林:“分界、分层、分流、分类——我国民事诉讼制度转型的基本思路”,《江苏行政学院学报》2007年第1期。

以满足人们对程序正义的普遍要求。庭审笔录的法定化、庭审笔录制度的完善以及相应司法制度的改革是我们完善《民事诉讼法》，推进我国民事诉讼现代化的一个重要步骤。

三、庭审笔录的法定化

(一)非法定化庭审笔录——对我国现行庭审笔录制度的考察

如上所述,要想发挥庭审的功能,强化庭审的程序性和公正性,提高法官庭审水平和能力,防止庭审程序空洞化,就必须建构法定化的庭审笔录制度。在构建法定化的庭审笔录制度前,我们应对我国民事诉讼中的笔录制度有所了解。在现行制度中,诉讼中的笔录是一种记录诉讼事项或诉讼行为的文本载体。从《民事诉讼法》和民诉法司法解释的规定来看,我国民事诉讼中的笔录可以分为两大类:一类为非特定化的笔录;一类为特定化的笔录。

非特定化的笔录主要根据诉讼的需要将要记载事项予以记录而形成的文本,没有特定的名称。例如关于口头起诉、口头申请、异议不成立的内容的笔录、口头裁定的笔录、法庭外法院进行调查时所制作的询问笔录等。

特定化的笔录是指《民事诉讼法》和民诉法司法解释中专门规定的笔录,例如合议庭笔录(《民事诉讼法》第42条)、勘验笔录(民诉法63条、79条)、调解笔录(《民事诉讼法》第98条)、调查笔录(《民事诉讼法》第130条)、法庭审理笔录或法庭笔录(《民事诉讼法》第147条)、口头起诉笔录、口头答辩笔录、委托他人代理诉讼的口头委托笔录、询问当事人笔录、审理笔录、送达笔录、宣判笔录(以上为《民诉法司法解释》第263条的规定)。有的笔录,例如勘验笔录已经作为一种特定的法定证据类型。

在我国民事诉讼中,无论特定化还是非特定化的笔录,其功能都在于单纯地记录法院和当事人的诉讼行为,而且法庭审理笔录或法庭笔录与其他笔录并没有任何区别。然而,作为具有证明文书意义的笔录中最有价值的应该是庭审笔录。勘验笔录作为一种证据形式已经被法定化,调解中的调解笔录以及宣判笔录都因为有调解书、^[10]判决书等法律文书的存在而意义不大。其他如口头委托笔录、口头起诉笔录等不过是委托、起诉文书化的方式。由于庭审笔录记录的是整个庭审过程中多面诉讼主体的诉讼行为,不仅包括当事人行使诉讼权利的行为,也包括法院的审判行为以及其他诉讼参与人尤其是证人的诉讼行为。具有证明意义文书的庭审笔录不仅应当作为法院在辩论终结之时合议或独任裁判的资料,而且是对庭审的程序性事项实施的证明文书,在庭审程序性事项的证明方面具有唯一性。也就是说在上诉审和再审程序中,关于一审或原审程序的程序性事项发生争议时,法院判断的唯一依据就是庭审笔录。一旦发

[10] 在大陆法系国家(例如德国、日本)或地区(例如我国台湾地区),当事人达成和解的,因为可将和解协议的内容记入笔录,和解笔录就成为执行根据。在我国,当事人之间达成调解协议,需要由法院制作调解书,以便将其作为执行根据。如果我们将笔录作为一种证明调解协议内容的法律文书,也就当然可以将之作为执行根据,而无需由法院制作调解书,也因此避免了因为调解书包含法院的司法行为而发生的尴尬。如果没有调解书,则完全可以通过设置专门撤销程序直接撤销当事人的调解协议,而无需通过诉的方式撤销调解书。

生争议,双方当事人就可以利用庭审笔录作为平息争议的法定根据,这对于维系程序的安定性具有重要意义。

需要特别注意的是,我国现行的庭审笔录还仅仅是一种记录性文本,并没有将其作为一种具有法定证明效力的文书。正是由于现行的笔录只是一种单纯的事实记载载体,因而就非常容易在电子化数字化的时代被全程录音、录像所替代(其弊端已经在实践中显现)。〔11〕但实际上法庭中录音录像或速记本身只是庭审事实的原始记录,不能作为法定证明文书的笔录。如同公证机关对当事人提交的有法律意义的法律事实或法律文书的证明文书一样,公证机关的公证书证明的对象是法律事实或法律文书,被证明的法律事实或法律文书不过是客体而已。没有专门的公证人员公证活动,公证书不具有证明效力。作为法定化的庭审笔录应当由具有专门资质的专业人员按照法定要求制作。因此,具有法定证明意义的笔录是具有公证证明性质的主体(在国外就是书记官,也称为“公证官”〔12〕)对庭审事实或庭审程序的过程记录的法律文本,这是庭审录音录像、速记所不能替代的。在国外,例如日本、德国作为言词辩论期日的笔录都有专门的法定格式和制作要求。作为一种法定证明文书,言词辩论笔录必须可以为当事人所阅览和使用,而不仅仅是一种法院为制作裁判文书所准备的内部资料。这一点非常重要。在我国,由于庭审笔录不是一种公开的法律证明文书。因此,在涉及庭审程序事项和庭审证据调查和认定中发生争议时,庭审笔录就不能作为判断的标准。在上诉或再审诉讼中,当事人不能直接引用,进而无法定纷止争。

需要说明的是,由于我国民事诉讼法上没有言词辩论原则的要求,因此,诉讼中庭审所有事项和内容的笔录也就称为“庭审笔录”,而非大陆法系国家或地区所谓的言词辩论笔录或口头辩论笔录。“庭审笔录”在语义上强调的是特定空间——法庭中的审理活动,是以法院的活动为中心,而“言词辩论”强调的是一种对抗式的诉讼方式。正是由于我国传统诉讼没有强调言词辩论,而是一种具有职权色彩的审判方式,进而忽视了当事人言词辩论的重要性,法官的“审”也就成为诉讼活动的主要方面,因此也就自然而然地使用“庭审”这样的概念。另外,言词辩论强调的是法官与双方当事人之间的直接对话,并不强调对话的空间位置。因此,只要在言词辩论期日,即使是庭外进行证据调查活动,只要有法官和当事人参与,也属于言词辩论阶段的诉讼活动。当然,在法律上未明确言词辩论原则的情形下,也可以基于习惯不妨继续使用庭审笔录的表达,但我们应当在言词辩论的理念之下对庭审概念有新的认识,在民事诉讼法最终确定言词辩论原则之时回归于言词辩论笔录的表达。

从我国现行的庭审笔录在程序证明效力、公开阅览使用、制作要求、制作主体的非独立性等方面来看,我们可以将其大致概括为“非法定化庭审笔录”。

(二)法定化庭审笔录的含义及主要内容

相对于我国现行的非法定化庭审笔录制度而言,法定化的庭审笔录制度要求庭审笔录是

〔11〕 实践中反映出来的问题是,未经书记员笔录整理的电子实录不仅没有因此减轻法官的审理负担,反而加重了法官的负担。书记员也从记录人员转为其他事务性辅助人员,看似对书记员工作负担解脱,实际上使得书记员原本尚存的一点旁证作用也被彻底消解。

〔12〕 (日)石井浩:《新民事诉讼法中的裁判所书记官》,竹下守夫、今井功编:《讲座民事诉讼法(1)》,有斐阁1998年版,页69。

一种由于相对独立庭审法官的公证官员制作,能够为当事人阅览或使用的,具有法定证明效力的文书。

法定化庭审笔录,就其内容的不同性质可分为庭审程序性或形式内容的笔录和实质性内容的笔录。^[13] 由于笔录的内容不同,其笔录作为文书的证明效力也就有所不同。关于笔录的证明效力将在本节(五)中专门阐述。

1. 庭审程序性事项的笔录

程序性事项的笔录主要记载与庭审有关的程序事项和内容。包括庭审案件、庭审地点、时间、庭审法官或合议庭法官、书记官、庭审翻译、是否申请相关人员的回避以及相应的处理、出庭当事人及相关信息、法定代理人、诉讼代理人、出庭的其他诉讼参与人(诉讼辅助人、证人、鉴定人)及相关信息、庭审公开与否,如不公开,^[14]其理由为何、辩论的重要过程。^[15] 我们决不可以轻视这些程序性事项,无论是外国,还是中国,这些事项上的违法都可能构成严重的程序违法,是上诉或再审的事由。

2. 庭审实质性内容的笔录

所谓实质性内容是指涉及具体辩论事项的内容,包括:①诉讼请求或诉讼标的方面:当事人关于诉讼标的变更、诉讼请求的放弃、权利认诺。②证据方面:事实主张的自认、证据主张的提出(由于在大陆法系国家或地区,没有向法院申请提出的证据是不会进行庭审证据调查的、^[16]放弃、证人和鉴定人的陈述、作为裁判依据的证据的质证和认证(《民事诉讼法》和民法诉讼法司法解释明确将证据的质证与否作为证据采信的程序规定,因此关于质证的笔录就显得十分重要)。③当事人主张、陈述方面:关于当事人主张的笔录是对当事人在庭审中的所有事实主张的证明文书、当事人事实主张的笔录也是最重要的笔录之一。按照辩论原则的要求,没有主张的主要事实不能作为裁判的依据。关于事实主张笔录的法律意义在于,如果在笔录中没有记载的事实主张常常被视为当事人没有在辩论阶段提出,也就有可能不会作为裁判的依据。在一审中心主义的审判模式下,没有在一审中主张的事实在二审中不得再行主张,除非存在特殊情形。④当事人对审判违反诉讼程序行为的异议。⑤关于诉讼的其他重要事项的主张和陈述、法官释明、裁判的宣判及主要内容等。

为了防止人们庭审之后对庭审辩论问题的争执,影响已实施程序的安定性,有必要对庭审辩论中的重要事项或内容分别单独制作笔录,以便对具体的辩论内容和事项提供证明。例如,当事人陈述笔录、证据主张笔录、证据申请笔录、证据调查或质证、认证笔录、程序异议笔录、认

[13] 在日本民事诉讼法理上通常认为,日本《民事诉讼法》第143条所规定的笔录记载的内容即为形式上的记载事项,该法144条规定笔录内容为实质上的内容。参见(日)岩松三郎、兼子一主编:《法律实务讲座民事诉讼编(3)》,有斐阁1958年版,页374。

[14] 在我国民事诉讼理论中有一个误识,即审判存在公开与否的问题,但庭审不存在是否公开的问题,所有案件均一律公开。其实庭审也有是否应当公开的问题,因为审判公开应当与庭审公开保持一致,庭审公开是审判公开的内容之一。

[15] 关于程序性内容,参见《日本民事诉讼法》第143条,《德国民事诉讼法》第160条。

[16] 正是由于我国没有证据申请的限制,因此也就大大影响庭审证据调查的效率,也就影响了审判效率。

诺笔录、证人笔录、鉴定人陈述笔录。我国现行笔录操作就存在着记载内容过于笼统、含混的情形,这种笔录方式不利于当事人将其作为法定的证明手段。因此,细化笔录的做法也是程序细化的具体要求。

(三)法定化庭审笔录的制作、成立、订正、更正

法定化的庭审笔录不同于现行庭审笔录,是一种具有法律证明性质的文书,就必须有相应的要求,否则不能成为一种具有法定证明效力的法律文书。法定化的庭审笔录的制作主体应当是与庭审法官保持相对独立性的司法人员。在大陆法系国家和地区,例如,德国、日本和我国台湾地区称为书记官。其相对独立性表现在,在程序性事项的记载方面不受庭审法官的支配,法官不能干预书记官笔录制作行为。对非程序性事项,例如庭审中的证据调查内容,法官有支配权。因为对证据的调查或质证以及认定具有一定的心证性,调查中法官需要根据具体情形和经验予以判断。因此,当记载的内容与法官的认识不同时,书记官应当按照法官的要求予以订正、补充,虽然书记官也可以对法官的订正补充要求提出异议。^[17]

由于庭审笔录不是庭审诉讼行为的单纯记录,而是证明特定诉讼行为发生与否的法律文书,记录素材如庭审速记、录音、录像等只是庭审笔录的根据。按照《德国民事诉讼法》第160条之一的规定,这些记录资料在闭庭后应立即作成笔录。在日本,庭审笔录的原则是所谓“一期日一笔录”,^[18]即在每个辩论期日都必须制作独立的言词辩论笔录。在一个辩论期日中,都将根据言词辩论的内容制作不同的言词笔录,例如当事人陈述笔录、自认笔录、权利主张认诺笔录、法庭调查笔录、法庭外调查笔录等。按照日本最高裁判所关于《民事案件口头辩论笔录的样式及记载方法的通知》的规定,根据笔录的内容不同,笔录有相应的格式要求。作为法律文书,法官、书记官必须在言词辩论笔录上署名签字。制作笔录书记官的签名以及言词辩论法官的签署是笔录的法定有效要件。没有法官、书记官的签署,判决如果是依据该笔录作出的,将构成一审程序违法的理由,导致撤销原判发回重审。^[19]庭审(言词辩论)笔录的制作权限归于书记官,法官则对笔录有认证的义务。与此不同的是,我国的现行庭审笔录似乎只是对当事人陈述和证人陈述的记录,因此只要双方当事人和证人对速记记录结果签字认可即可。

笔录作为一种证明文书必须清晰地表述或表达相应的审理行为和诉讼行为,尤其是庭审中程序性事项。所以,庭审笔录总是在庭审程序完成之后经过一段时间才制作完成。从国外的制度规定来看,虽然没有具体的时间要求,但由于言词辩论笔录是当事人可以利用的法律文书,当事人有可能根据本次辩论的情形决定下次言词辩论或以后诉讼行为的实施,因此这就要求笔录应当在该辩论期日终结之前完成。^[20]我国民事诉讼法尚无辩论期日制度的规定,实

[17] 按照日本最高裁判所“关于民事案件口头辩论笔录的样式及记载方法的通知”,这种异议将在笔录中予以说明。新堂幸司等,见前注[17],页342页。

[18] 同上注,页337。

[19] 参见陈荣宗、林庆苗:《民事诉讼法》,台湾三民书局股份有限公司2005年版,页547。

[20] 但在国外,如日本,笔录制作的实践中往往是在本次辩论期日终了之后一周左右完成笔录的制作。因为笔录必须根据速记进行整理,因此往往需要花费比庭审陈述更多的时间。学者也指出要求在本次辩论期间终了之时即完成庭审笔录是不现实的,正是由于笔录的制作需要一定的时间,因此下次辩论期日通常要在一个月以后。参见新堂幸司等,见前注[17],页343。

践中庭审笔录作为一种对当事人在庭审中陈述的内容的记录,通常都是在庭审结束后对原始记录认可签字即告完成,然后放入诉讼卷宗。

庭审笔录在法官签署并被编入案件记录卷宗之后,庭审笔录即为成立,称之为“外部性成立”,可意译为“形式上成立”。〔21〕从此刻开始,当事人即可申请阅览这些笔录,并使用这些笔录作为证明文书。按照日本笔录规范,笔录不得随意更改,尤其是更正的情形。学理上将笔录的更改分为订正与更正两类。订正是指笔录在形式上成立之前书记官对笔录的更改;更正是指笔录在形式上成立之后,书记官对笔录的更改。无论是订正还是更正都要求不能涉及笔录记载的实质内容,仅对错漏之处以及显而易见的错误予以更改。订正或更正之后需要法官再次进行确认。更正最迟应当在诉讼记录卷宗移送上诉法院之前进行。

(四)庭审笔录的阅览和使用

庭审笔录不仅作为裁判资料为法官裁判所使用,其作为诉讼资料也应当为当事人和诉讼利害关系人所使用。当事人和诉讼利害关系人有请求阅览的权利。庭审笔录不仅由书记官制作,同时也由书记官保管。制作和保管庭审笔录都是书记官特有的权限。庭审笔录阅览请求也是直接向书记官行使。为了防止庭审笔录的丢失和损坏,阅览只能在法院特定的场所进行。原则上,书记官不得拒绝当事人和诉讼利害关系人阅览庭审笔录,除非该阅览妨碍庭审笔录的保管以及法官制作裁判文书或其他事务的情形。如果按照审判公开原则的要求,庭审笔录也应当向社会公开,因此法定化的庭审笔录也成为社会监督审判的一种方法,也是具体落实法官负责制,监督法官公正司法的有效方法。在实行法官弹劾制的国度,理论上,包括庭审笔录的所有诉讼记录也都可以成为弹劾法官的事实根据。〔22〕

(五)庭审笔录的证明效力

庭审笔录是关于法院、当事人、诉讼参与人在庭审中实施诉讼活动的法定证明文书。其中包括法院、当事人、诉讼参与者诉讼行为和程序性事项的记载,也有关于庭审辩论的实质性内容,如当事人、诉讼参与者尤其是证人关于案件事实的陈述内容。庭审笔录中关于庭审程序性事项的笔录具有绝对证明效力,其他证据无效。当人们对这些事项是否发生产生争议时,笔录是唯一的证明,不允许提出反证。〔23〕这也是理论上所谓的法定证据。庭审笔录没有记载的程序性事项,即视为没有发生或实施。

庭审笔录中关于辩论实质性内容事实的证明虽然也具有重要的证明作用,但不具有唯一的证明性。〔24〕也就是说,即使该笔录中没有反映的内容或事实,也不能认为绝对不存在,不能作为裁判的事实依据。有相应的证据证明时,依然可以为法官作采纳。这是因为庭审笔录

〔21〕 新堂幸司等,见前注〔17〕,页346。

〔22〕 (日)宫泽俊义:《全订日本国宪法》,有斐阁1988年版,页698;(日)斋藤秀夫、小室直人、西村宏编:《注释民事诉讼法(第二版)(4)》,第一法规出版社1991年版,页63。

〔23〕 《德国民事诉讼法》第165条对庭审笔录就程序性事项证明唯一性有明确的规定。该条规定:“关于是否遵守为言词辩论所规定的方式,只能用笔录证明。只有在证明笔录是伪造时,才能否定笔录中关于辩论方式的内容。”

〔24〕 参见岩松三郎、兼子一主编,见前注〔13〕,页374。

毕竟不可能完全记载和反映整个庭审中的所有事实以及证明过程,所以,如果在裁判中完全以庭审笔录的记载事实作为唯一的依据显然是不妥当的。

庭审笔录作为一种法律文书在性质上相当于书证法理上的公文书。^[25] 在诉讼中,一方当事人对庭审笔录的真实性提出质疑,质疑的一方当事人应提出反证加以证明。如此,在性质上,作为法定证明文书的笔录与我国现有的单纯作为记录文本的笔录就有了本质上的差异。

四、庭审笔录法定化与司法制度改革

在国外,言词辩论笔录法定化的正当依据是笔录制作权限和程序的法定化,不仅是笔录制作需要满足法定要求,更重要的是制作主体对笔录制作的法定权限以及特殊的法律地位。这种特殊的法律地位集中体现在只有法律所规定的书记官才能制作笔录,而且书记官在笔录制作过程中与审理法官保持相应的独立性。根据国外的制度和法理,书记官在诉讼中具有辅助性和独立性的双重属性。一方面,从笔录记载辩论和证据调查的内容有助于法官作出公正裁判的角度而言,书记官制作笔录的行为对法官的裁判具有辅助性;另一方面,就笔录对辩论程序性事项的记载内容而言,书记官独立于审理法官,不受审理法官的干预。庭审程序性事项的有无,以书记官笔录为依据,作为对该程序事项的证明文书具有唯一性。同时书记官对笔录具有保管责任。^[26] 正是这种书记官的相对独立性,从一个方面保障了庭审程序或言词辩论程序的实在化,保证了审理法官对庭审程序的尊重,有利于程序的安定性,平息当事人之间就庭审程序性事项的实施所发生的各种争议,有利于吸收当事人对审判程序的不满。因此,毫无疑问,具有法定独立地位的书记官制度是庭审笔录法定化、庭审程序实在化的前提和保障机制。

如前所述,我国庭审程序空洞化的原因就在于没有使庭审笔录法定化。无法获得法定化的一个重要的体制性原因,就在于没有建立为此提供保障的书记官制度。我国现行的书记员制度仅仅是将书记员作为庭审的事务性辅助人员,并且完全依附于审理法官。这种没有独立地位和权限的主体所制作的实录文本自然也就难以法定化。因此,必须对我国的书记员制度进行改革,使之成为具有相对独立性的,更具有专业特征的书记官制度。应当将书记官制度的建立作为我国司法人事体制改革的一个重要内容。遗憾的是,我们现在似乎还没有明确地意识到这一点。

作为这一轮司法改革的核心内容之一的是法官负责制,而作为法官负责制的一个重要举措就是打造有助于高效审理的审判团队。审判团队的内部结构是以主审法官为核心,以法官助理和书记员为辅助。这种新型的审判团队虽然具有提高审判效率的功效,但却进一步强化了集中,弱化了司法权行使的内部制约。作为传统笔录制作主体的书记员作为审判团队的一员与团队形成更为紧密的利益团体,完全丧失其独立地位,也就难以使其笔录成为具有法定证明效力的法律文书,即使法律上予以规定,其正当性也会受到质疑。如果从笔录制作主体的相对独立地位角度

[25] 关于公文书在诉讼法上的特性和意义,详见(日)门口正人主编:《民事证据法大全第4卷(书证)》,吉林书院2003年版,页11、12;张卫平:《民事诉讼法》,法律出版社2012年版,页192、193。

[26] 有关内容参见新堂幸司等,见前注[17],页336—338。

考虑,这种打造审判团队,强化司法权绝对集中化的改革路径就需要慎重考虑了。

在当前全面推进司法体制改革的过程中,作为司法体制改革重要环节的司法人事体制改革也应当充分考虑与诉讼制度改革的契合,通盘考虑,整体布局,在有利于提高诉讼或审判效率的同时,更要顾及充分实现诉讼公正的问题。从目前的改革来看,我们还尚未注意或考虑到将书记员制度改造、提升为更符合诉讼运行规律,更有利于实现诉讼公正的书记官制度。如果能够从细化司法权运行内部制约规制,提升司法公信力的角度充分认识书记员制度的改革,引进书记官制度,使其成为相对独立的内部制约的主体,将有助于兼顾审判效率和审判公正的提升。

在司法协助方面^[27],书记官作为司法协助人员,将协助法官实施审判管理、指挥诉讼的活动。法官在诉讼中也需要与书记官磋商如何更好地推进或处理诉讼程序和诉讼事项。在立案阶段,可以协助法官从事立案登记工作;在整个诉讼过程中成为法官与当事人、诉讼参与人、证人等其他协助司法人员、单位、团体的沟通和联系人,传达法官的指示以及当事人的反馈意见;^[28]在调解活动中协助法官进行调解;在具体的各个诉讼环节中从事推动诉讼进行的辅助工作,如督促当事人举证、进行证据交换、证据整理、帮助法官进行案件争点整理、送达各种法律文书、协调庭内诉讼活动、协助法官开展庭外证据调查以及其他相关事项调查活动。

在日本,书记官也可以直接从事某些司法辅助工作,部分分享司法权,从事部分相对次要的司法活动。例如,独立进行调解;决定诉讼保全;发出支付令;决定是否公示送达;决定诉讼费用负担;受法官委托进行证据调查等。在日本,这些原本属于法官的职权也已經转移给了书记官。书记官也就不再是单纯的公证官。^[29]这些权限也已经通过《日本民事诉讼法》的修订予以确认。^[30]与此不同,在德国,日本书记官所从事的司法辅助工作专由司法辅助官担当,

[27] 为了明确区分书记官在具体诉讼活动中与法官的不同关系,笔者使用了“司法协助”的概念,以便与“司法辅助”的概念加以区别。书记官对法官的司法协助,是指按照法官的指示,从事协助性的事务,例如收集资料,与当事人、诉讼参与人等进行沟通和联系,帮助整理证据资料和案件争点等;书记官的司法辅助是指,书记官独立地从事次要的,不属于审判程序裁判事项的其他司法事务。其主要目的是为了减轻法官的司法负担。德国司法制度中的司法辅助官就是这种含义上的官员。虽然是称之为司法辅助,但其司法辅助活动的实施是独立于法官的,并非受法官的指示下实施。但在德国,司法辅助官依然不是德国基本法和法院组织法意义上的法官。司法辅助官不能作为审判程序的裁判者。正是在这个意义上,与日本从事司法辅助的书记官有相同之处。日本书记官制度变化当中的所谓书记官负担司法辅助职能,也是指德国法中司法辅助的含义。也就说日本的书记官也具有一定的司法权,或者书记官在次要程度上分享了传统法官非裁判权中的司法权部分。关于德国司法辅助官制度,详见 *Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., Verlag C. H. Beck Muenchen 2010, § 25 Rn. 1*。中文资料可参见李大雪所译该书第16版,中国法制出版社2007年版,第156—159页;日文资料见,“德国司法辅助官法”中村英郎教授日文译本及报告:“德国司法辅助官制度”,《全国书记官协会会报》1971年第34期)两者均收录于中村英郎:“诉讼及司法制度研究”(《民事诉讼论集》第二卷),成文堂1979年版,页175—239。

[28] 在日本,除了庭审之外,法官几乎不与当事人、诉讼参与人直接接触和联系,所有联系沟通都由书记官来完成。关于日本民事诉讼中书记官对法官事务的协助(非司法辅助)情形,详见王亚新:《对抗与判定——日本民事诉讼的基本结构》,清华大学出版社2002年版,页3—29。

[29] 详见(日)西野喜一:“书记官权限的扩大”,日本《法学家》1996年第10期。

[30] 详见(日)上北武男:“新民事诉讼中裁判所书记官的作用”,《同志社法学》第49卷第4号。

书记官具有司法辅助的职能。

另一方面,也是最重要的一面,是书记官的笔录工作尤其是庭审笔录工作。在理论和制度上,书记官都是独立的公证机关(公证官),笔录行为是一种证明庭审诉讼行为和过程的公证行为。^{〔31〕}在日本的书记官制度的发展历史上,人们最初并没有在意书记官司法的辅助性即司法辅助权限,主要职能是通过制作笔录为司法活动提供公证证明。随着司法运作的复杂化和审判负担加重,书记官的司法辅助职能才得到认可。^{〔32〕}当然,这一变化有日本的特殊语境,在德国,书记官就不具有司法辅助权限。我国今后的书记官是否也应当赋予部分辅助性司法权,还需要认真研判后作出决策。有一点应当强调,书记官的第一要务依然是笔录活动,司法协助或司法辅助应当是次要职能。

在法院司法人事构成方面,笔者倾向于由法官、司法辅助官、书记官和执行官四大系列构成。法官负担的减轻以及审判效率的提高可以通过设置司法辅助官和法官助理来加以解决。司法辅助官专门从事司法辅助工作,书记官不从事司法辅助工作,以免混淆书记官与法官、司法辅助官的职能界限,但书记官可以从事司法协助工作。如果像日本那样,书记官也从事司法辅助工作分享司法权,有可能将权限问题复杂化,不易处理法官与书记官两个系列的关系。司法辅助官、书记官、执行官均为单独系列,与法官系列没有对接关系。因为司法人事体制改革的问题不是本文的主题,故不在此展开。

针对我国的现实情形,笔者认为,我国一旦建立了书记官制度,书记官也不应该是审判团队的成员。实际上,也不需要通过打造所谓审判团队来提高审判效率。只要主审法官依法承担相应的审判责任,书记官依法承担书记官相应的笔录责任和协助责任,注意两者工作的协调,审判就是有效率的。未来主审法官、司法辅助官、法官助理与书记官的协调属于审判管理中的事项,需要法院从审判工作的效率性和公正性角度整体予以考量。

书记官是专门从事诉讼和执行活动笔录以及从事司法协助的司法人员,虽不同于法官系列,但其任职资格、薪酬、升迁、惩戒、罢免、监督等身份保障措施和程序都应有相应的制度要求。^{〔33〕}有了这些制度才能够保障和保证书记官履行独立的笔录职责以及其他司法协助职责。这些制度建构也应当是司法制度改革的重点之一。

五、结 语

要做到以审判为中心,强化庭审辩论功能,实现和充分反映诉讼的程序正义,除了完善和落实关于庭审的各项诉讼原则外,庭审笔录的法定化,使庭审笔录成为对庭审活动的法定证明文书,具有法定证明效力,是一项十分重要的制度建构。这项诉讼制度的建构也是对我国原有笔录制度的彻底改革。这一改革不仅涉及庭审笔录的制作方法、制作要求、法律效力等规范,还涉及笔录制作主体的司法人事体制的改革问题。只有建立现代书记官制度以取代现行的书

〔31〕 同上注。

〔32〕 参见石井浩:见前注〔12〕,页69。

〔33〕 参见(日)兼子一、竹下守夫:《裁判法》,有斐阁2003年版,页276。

记员制度,设置拥有相应科学合理的任职资格、薪酬、惩戒、罢免、监督的制度保障,才能真正发挥书记官在诉讼中庭审笔录的独立制约作用以及司法协助作用,实现诉讼效率和诉讼正义的提升。庭审笔录法定化和书记官制度的建构应当作为完善诉讼制度、推进司法体制改革的重要举措引起人们的高度重视。应当充分考虑庭审笔录的法律功能和地位,真正认识书记官制作庭审笔录行为对法官司法的制约作用,尽快在再次修改《民事诉讼法》和《法院组织法》的过程中完成庭审笔录法定化和书记官的制度化。在再次修订《民事诉讼法》时,应当明确书记官的公证地位和相应的法律地位,明确庭审笔录的法定证明效力。在《法院组织法》修订时建立书记官制度,将书记官的任职资格、惩戒、职能权限、监督、免职等事项与书记官与法官、助理法官、执行官的关系等作出原则性的规定。这些都是两部法律修订的当务之急,应当尽快推进。

由于通过修改法律确立书记官制度和法定化笔录制度还有相当长的过程,因此,解决当下制度的缺失,作为向书记官制度和法定笔录制度改革的过渡,可以考虑通过司法解释的规范功能,在民法法解释或其他司法解释(例如关于加强诉讼笔录的专门司法解释)中就书记官制作笔录的具体权限、笔录的制作程序以及笔录的证明效力、书记官在笔录制作方面的独立地位等作出明确规定。这种过渡或临时性制度的实施也可以为今后法定制度的形成积累经验。

Abstract: The current Civil Procedure Law lacks the statutory system of the trial transcript, which can be used as an effective means to supervise and restrict the trial. This results in the court trial procedure becoming hollow and vain in reality, and causes the parties and interested parties to argue about fact judgment of procedure's legality. In order to prevent this outcome, guarantee the impartiality of the civil procedure and maintain the procedure's stability, the thesis advocates that, the statutory system of the trial transcript should be established, the trial transcript as a kind of legal instrument can be read and utilized to prove the court trial procedure's legality by the parties and litigant participants, and the subject making the transcript should become the notary relatively independent of the judge to realize the internal control of judicial power. The statutory trial transcript will be the grounds of implementing the judges' accountability system and deciding whether the judicial procedure is legal or not. The author also proposes the reform of the judicial personnel system and the existing court clerk system, calls for the establishment of the record officer system to safeguard the function of the record officer through the legal institutions.

Key Words: Trial Impartiality; the Court Trial Procedure; the Trial Transcript; Verbal Debate; the Transcript's Proving Validity.

(责任编辑:傅郁林)