

# 经济审判方式改革若干问题研究

景汉朝 卢子娟\*

## 导 言

八十年代末,我国法院系统主要是基层人民法院和部分中级人民法院陆续进行了“强调当事人举证责任”的讨论和实践。当初的主要动因,是法院案件多人员少,力量与任务的矛盾日益突出,想借此减轻法官及法院调查取证的负担。这项工作开展一段时间以后就发现,过去是法院调查取证,可信程度较高,质证、认证问题并不突出;现在大部分证据都由当事人双方提供,其与案件的利害关系决定了他们都是提供对自己有利的证据,可信度难免受到怀疑,这就需要由当事人双方进行质证,以确保证据的真实可信,在此基础上由法官对证据进行审查、核实、认定,有的还要当庭判决。显然这不是仅强调当事人举证责任所能解决的,因而就提出了“庭审方式”的改革问题,即强调当庭质证、当庭认证、当庭判决。这项改革的实施,又不可避免地提出了合议庭或独任审判员的权限问题,即要想当庭认证、当庭判决,合议庭或独任审判员必须有认证、判决的权力。而原来这些权力实际上都由庭长、院长、审判委员会掌握,合议庭或独任审判员只“审”不“判”。故而下放权力、强化合议庭和独任审判员的职责,就提到了议事日程上来。而这又明显地超出了庭审改革的范围,发展到了“审判方式”的改革。1996年7月,最高人民法院召开了全国法院审判方式改革会议,肯定了前几年审判方式改革工作的经验,决定在全国各级法院进行推广。实际上审判方式改革工作的进一步发展,已经超出了“审判方式”改革的范畴,进入了“审判制度”改革的领域。审判制度改革的进一步发展,又必然超越其自身的篱笆,而进入“诉讼制度”改革阶段,最终完成“司法制度”的改革。可见,这项改革工作是沿着强调当事人举证责任——庭审方式改革——审判方式改革——审判制度改革——诉讼制度改革——司法制度改革的轨迹发展的。这既符合审判方式改革的发展规律,又符合中共中央提出的改革、完善司法制度,提高司法水平的要求。<sup>〔1〕</sup> 本文所要论述的实际上已超出了“审判方式”改革的范畴。因目前这种叫法已成“定式”,故仍以此为题。

由于工作的关系,加之兴趣所在,这些年来,笔者一直投身和关注于我国审判方式改革的

\* 景汉朝,最高人民法院经济审判庭审判员;卢子娟,河北电视台编辑。

本文所称经济审判,仅指我国法院经济审判庭所进行的审判工作,尽管其在性质上亦属于民事审判活动。

〔1〕 参见《中共中央关于建立社会主义市场经济若干问题的决定》。

实践。1995年以来,笔者之一先后到全国各地高级法院、中级法院、基层法院以及人民法庭对这项工作进行了深入的考察、研究,又始终参与了全国法院审判方式改革会议和全国法院民事经济审判方式改革试点工作座谈会的筹备工作。其中感受最深的有三点:一是这项改革工作虽然在全国大部分地区不同程度地开展起来了,但是对这项工作的认识起点普遍较低,没有将其放在我国政治生活、经济生活的大背景下来考察,而仅仅局限于法院工作改革本身。二是缺乏深入系统的理论研究和指导,只是就事论事,走一步看一步。对于审判方式改革的整体布局和宏观设计以及发展前景等,缺乏充分的理论论证。三是由于对审判方式改革的重要性、必要性认识不足,不能正视改革中遇到的困难,致使改革思想阻力很大,深入下去非常艰难。

笔者撰写本文,意在对照审判方式改革进行一定的理论探讨,并深化对这一问题的认识,增强大家改革的信心,以对该项工作的进一步开展起到一定的推动作用。

### 一、世界诉讼模式和我国传统的审判方式

所谓审判方式,简单地讲,就是指因法官和当事人在诉讼活动中所处的地位和发挥的作用不同而形成的审判案件的方法和形式。概括而言,当今世界各国的审判方式可以分为两类,一类是以英国、美国为代表的普通法系国家实行的当事人主义,一类是以法国、德国为代表的大陆法系国家实行的职权主义。<sup>[2]</sup>当事人主义审判方式强调诉讼各方的权利平等,程序正当。主要特征是,当事人在整个诉讼活动中处于主导地位,他们是诉讼活动的中心,而法官则处于消极、被动的地位,仅仅是以裁判者的身份进行听证,不干预当事人诉讼权利的行使;彻底贯彻“谁主张谁举证”的原则,法官不直接参与案件事实的调查;注重庭审的作用,庭审活动就是由双方当事人通过诉辩方式进行“打仗”,<sup>[3]</sup>并贯彻始终;注重程序公正,重视保护当事人各方的诉讼权利,使其平等地、充分地行使自己的诉讼权利,保护自己的最大利益。职权主义审判方式强调追求事实真实。主要特征是,法官在整个诉讼活动中居于主导地位或者说以法官为中心,当事人的作用相对弱化;庭审不是采用诉讼双方当事人对抗“打仗”的方式进行,而是由法官指挥、“纠问”,当事人被动地回答;不强调当事人举证责任,注重法官的调查;整个诉讼活动注重追求案件事实的真实,相对忽略了对当事人诉讼权利的保障。

上述两种审判方式的形成有其各自的历史背景和所追求的诉讼价值。一般认为,当事人主义审判方式的优点在于,真正将当事人作为诉讼的主体,充分发挥他们参与诉讼的积极性和主动性,最大限度地保障当事人的诉讼权利,体现了诉讼民主的原则。法官居于裁判者的地位,不介入案件本身的争辩之中,始终处于“兼听”的状态,这就避免了法官的先入为主,保证了法官的中立地位,树立了法官公正裁判的权威形象。但是,从另一方面说,由于整个诉讼活动是以当事人为中心,法官的作用较小,案件的最终审理结果与当事人和律师的文化素质、法律知识水平以及在庭审中的辩论技巧等等关系甚大。同样的案件,由于当事人聘请不同的律师,胜败的结果就可能截然相反,这就有可能使形式上的公正掩盖了实质上的不公正。比较而言,职权主义审判方式的优点主要在于,职业法官具有较好的法律素养、丰富的办案经验和公正的执法态度,在诉讼活动中始终处于主导地位,把握诉讼的大方向,不至于过份地受当事人或律师的影

[2] 赵灿:《当今两大诉讼结构的特质及其价值》,《外国法学研究》,1993年复刊第2期。

[3] 苏力:《关于对抗制的几点法理学和法社会学思考》,《法学研究》1995年第4期。

响,而使诉讼活动走入歧途,以使诉讼事实更加接近于客观事实,作出更公正的判决。从这一方面看,虽然在一定程度上牺牲了形式公正,但能够保证实质公正,这无疑是值得肯定的。但由于法官的职权作用过大,而当事人的作用相对弱化,他们不能充分地、全面地行使自己的诉讼权利,不能为了自己的利益而竭尽全力与对方“打仗”,这在相当程度上就使法官失去了“兼听则明”的机会,甚至陷入“先入为主”之中,反而可能导致实体判决的不公正。

随着历史的发展和司法民主化的进程,许多国家开始了对传统审判方式的反思,上述两大诉讼模式出现了相互靠拢、不断融合的发展趋势。如原来实行职权主义的德国,有的学者就认为,不应当默守成规,而应当采取“在提供证据方面当事人起主要作用,在探索应当运用的法律规则方面法官起主要作用”<sup>〔4〕</sup>的做法。而实行当事人主义最典型的英国和美国在这方面则发生了相反的变化,在英国“陪审团的作用已在民事案件的审理中消失了”,“证据法的内容也发生了很大的变化”。<sup>〔5〕</sup>在美国,1938年颁布的联邦民事诉讼法就规定,法官应一方当事人的请求,可以在庭前调查案情,以缩短诉讼周期,促进当事人之间的和解。在两大诉讼模式融合方面,目前最明显和最成功的还是日本和意大利。二次世界大战之前,日本实行职权主义,战后“随着新宪法的实施,日本的司法制度经历了一次重大变化。在民事诉讼制度方面,某些英美法系的观点和原有的大陆法系的观点融合在一起了。这种融合的结果之一,是削弱了法院在指挥诉讼时的专断的职能,而加强了诉讼当事人辩论的原则”;<sup>〔6〕</sup>废除了在开庭之前法官调查取证和对证据进行审查的程序,防止法官的先入为主,庭审中吸收当事人主义审判方式中的合理做法,充分发挥当事人参与诉讼的积极性和主动性,实行辩论式的对抗诉辩制度。但是法官不是完全被动地听证,而是仍然掌握庭审活动的指挥权和证据调查权,以避免当事人主义审判方式中只追求所谓的程序公正,而有可能失去实质公正的情况发生。十分明显,这种混合式的审判方式,意在采当事人主义和职权主义之长,避其之短,以形成比较理想的“杂交优势”。当然,这种做法不一定能达到两全其美的理想境界,但确实为世界许多国家所关注,对于我国目前所进行的审判方式改革,无疑也具有很大的参考价值。

多年以来,我国的民事诉讼制度受两千多年封建专制制度和大陆法系国家法律制度的影响,实际上实行的是超职权主义的诉讼模式。1982年以前没有成文的民事诉讼法典,审判方式基本上是照搬前苏联的诉讼模式。1982年颁布民事诉讼法(试行),其内容从总则到分则,从基本原则到具体程序的运作,无不显示出超强的国家意志、过强的法官意识,职权主义的东西表现得淋漓尽致。而在审判实践中,法官的作用较之法律条文的规定更有过之而无不及。应当说,这种审判方式在当时是比较符合我国实际情况的。但其随着情况的变化在实践中也逐渐暴露出了不少弊端,因而就成了修改民事诉讼法的主要理由之一。1991年颁布的《中华人民共和国民事诉讼法》与原先试行的民事诉讼法相比,弱化了法院的职权,在一定程度上强化了当事人在诉讼中的作用和地位。例如,改变了关于法院要客观、全面地收集、调查和审核证据的规定,确立了当事人的举证责任原则;强化了庭审功能,规定人民法院“应当按照法定程序审查核实证据”,“证据应当在法庭上出示,并由当事人互相质证”;改变人民法院依职权调解的做法,强调当事人自愿调解原则;改变人民法院依职权裁定先予执行的做法,规定先予执行须以当事人的申请为限;进一步明确了当事人的处分原则,规定二审法院只对上诉请求的有关事实和适用

〔4〕〔5〕 沈达明:《比较民事诉讼法初论》,中信出版社1991年版。

〔6〕 王保树译:《日本民事诉讼制度》,《法学译丛》1986年第3期。

法律进行审查。尽管如此,这部法律职权主义的色彩还是十分明显的。例如,法官仍享有庭前调查收集证据的权力,庭审方式依然是“纠问式”,当事人仍处于消极被动地位,其处分权亦受到很大限制。

苛求一部法律的完美无缺是不适当的,要求审判方式的进步一步到位也是不现实的。问题的关键在于,新的民事诉讼法实施已经六年了,而审判实践中正在运行的审判方式与现行法律规定差距较大,即是说,法律规定虽然已经有了很大的变化,但实际的审判方式却没有变,仍然沿用传统的模式。其基本步骤是:第一步,审查诉状。法官接受双方当事人的起诉状、答辩状及有关证据材料之后,先进行审查,以对双方当事人争议的事实及各自的理由有一个大概的认识或基本轮廓。第二步,询问当事人。分别对双方当事人进行“背靠背”地询问,以进一步了解案件事实和各自的主张。第三步,实地调查。根据双方提供的证人、证据线索等情况以及法官自己认为应查证的问题诸如当事人的诉讼主体资格、经营范围等,进行实地调查,直接询问有关证人,走访国家有关部门。第四步,庭前调解。法官根据自己调查的情况形成初步意见,即进行调解。调解的特点一是“背靠背”地进行,即双方当事人不见面,由法官分别在当中穿梭斡旋。这种办法在实践中被认为是最行之有效的办法,既能避免双方当事人面对面地吵架,影响“关系”或“情绪”,提高调解的成功率,又能使双方当事人均摸不清对方的意图,使法官手中留有余地,便于“斡旋”;二是存在违背当事人的意愿,强压硬调的情况;三是经常反复做工作,久调不决。第五步,合议汇报。如果经过反复调解当事人双方达不成一致意见,即进行合议(指普通程序)。合议的方式是先由主办人汇报案件的基本事实、调查的情况、双方当事人的主张以及对本案的处理意见,然后合议庭其他成员根据主办人的汇报发表意见。之后主办人再分别向审判庭副庭长、庭长以及主管副院长汇报,有的还要报审判委员会研究。第六步,开庭审理。领导同意汇报的方案之后,即行开庭。开庭时有的合议庭成员都参加,有的只由主办人和书记员进行。法庭调查最大的特点是,法官已对案件有了自己的认识,按照事先准备的调查提纲,逐一向双方当事人发问,一问一答。当事人之间并不互相质证,合议庭也不当庭认证。调查程序结束之后即进行法庭辩论,由双方当事人分别发表对本案处理的意见及所持的理由。然后宣布休庭。第七步,判决。先由主办人拟定判决书初稿,逐一报经审判庭副庭长、庭长、副院长审批,然后送达当事人。如果庭长、院长对判决有不同意见,则由庭长、院长直接修改变更判决书内容,或者退回合议庭另行合议,或者由院长提交审判委员会研究决定。审判委员会的意见合议庭必须执行。

上述七个步骤,归纳起来主要有如下几个要点:1. 法官直接并且包揽调查,当事人基本上不负举证责任;2. 公开审判和开庭审理多为走过场,基本上是先定后审;3. 庭审采取“纠问式”,当事人基本上只是被动应答,较少有主动行为;4. 合议庭的作用没有真正发挥出来,基本上是“合而不议”、“审而不判”;5. 当事人的处分权受到较大限制。

应当承认,建国近五十年来,我国各级人民法院采取上述审判方式审理了大量各类案件,而且绝大多数都是正确的。这对我国的社会稳定、经济发展等所起的作用不可低估,对这种审判方式也不可全盘否定。但是,这种审判方式在审判实践中暴露出来的弊端也是比较明显的,而且随着我国政治生活、经济生活、文化生活以及法制建设事业的不断发展,这些弊端表现得越来越突出。首先,上述许多做法与法律规定的精神不一致,这在强调严肃执法、依法治国的当今,是不合时宜的。如新的民事诉讼法明确规定“当事人对自己提出的主张,有责任提供证据”,“当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据,或者人民法院审理案件需要的证据,人民法院应当调查收集”,“证据应当在法庭上出示,并由当事人互相质证”等,说明举证不

仅是当事人的权利,也是其义务。人民法院调查取证的范围是有限制的,其主要任务是审查核实证据。所有证据必须经过当事人当庭质证,否则不能作为定案的依据。实践中的法官包揽调查,当事人对证据不当庭质证等做法,显然与上述规定不尽符合。又如,民事诉讼法规定的公开审判、开庭审理、合议制等,其立法本意显然是真实的,不是形式的。但实际工作中的开庭走过场、先定后审、合议庭合而不议、逐级汇报、法律文书层层审批等,也是与立法本意不相符合的。其次,有些规定和做法不利于充分保障当事人的诉讼权利。当事人的诉讼权利是多方面的,如举证权、质证权、陈述权、辩论权、处分权等,这些都是民主原则在诉讼活动中的具体体现。而现行审判方式中的一些具体做法,有些没有充分地保障当事人的诉讼权利,或者有意无意地给予了不适当的限制。再次,影响了人民法院和人民法官的形象。人民法院和人民法官是代表国家行使审判权的,应当是非常公正的、非常神圣的。但庭审中的“纠问式”往往使当事人甚至公众认为,不是当事人之间在打官司,倒象是当事人双方分别在与法官诉争,法官的公正形象因此而大打折扣。更有甚者,象“先定后审”、庭审走过场之类的做法,有些老百姓说是“演戏”。这自然使人民法院和人民法官的形象受到影响。这对一个国家尤其是欲真正追求法治的国家是危险的。第四,有些做法不合理、不经济、投入多产出少。如法官包揽调查、先定后审、层层汇报和审批等,许多是重复劳动,浪费资源,增加诉讼成本,不符合诉讼经济原则和效率、效益的诉讼价值取向。第五,不利于保证办案质量。法官包揽调查、先定后审、合而不议、层层汇报和审批等,容易使法官陷入“先入为主”之中,导致法官懒惰、责任心不强,不利于充分发挥合议庭整体智慧的作用,从而影响办案质量的提高。第六,不利于廉政建设。司法腐败已成为人们经常议论也确实不能再忽视的一个重要问题。传统的审判方式透明度比较差,法官与当事人庭外接触尤其是与单方当事人接触的机会很多,无疑这是导致有些法官不廉洁的重要条件。第七,不利于提高法官的业务素质。应当说,法律和司法工作本身对法官的政治业务素质提出了较之一般国家公务员更高的要求,真正的开庭审理,恰恰是锻炼、提高、检验法官能力和素质的极好机会。庭审走过场的做法则会适得其反。

我国的这种审判方式的形成不是偶然的,其原因也是多方面的。首先,中国两千多年封建专制制度的影响不可低估。封建社会是最典型的皇权社会、职权社会,国家与个人的关系是统治与被统治的关系,国家权力是神圣不可侵犯的,它在社会关系中的一切方面包括诉讼活动永远处于支配地位。而且两千多年基本上是诸法合一、重刑轻民、诉讼法尤其是民事诉讼法毫无地位。这种影响不可能在短期内彻底消除。其次,革命战争年代的影响。一方面,战争年代由于其特定的环境,各方面均实行高度的集中统一领导,可谓“职权主义”至上。这在当时是非常必要的,但对其后的各种体制的影响也难以即刻消除。另一方面,适应当时的特定环境,共产党所领导的解放区实行并推广著名的“马锡五审判方式”,强调“深入农村、调查研究、群众参加、解决问题、就地审判、不拘形式”。〔7〕这种做法在建国之后亦被继承和推广,并制定了“依靠群众、调查研究、调解为主,就地解决”的16字方针。这在1982年颁布的民事诉讼法(试行)中得到了充分的体现。1991年颁布的民事诉讼法其痕迹仍然存在。可以说建国之后所形成的审判方式,尤其是民事经济案件的审判方式,是这种审判方式的直接继承和发展。“马锡五审判方式”是解放区司法工作经验的高度概括和总结,是我们的宝贵财产,其合理性、优越性以及历史上发挥的重要作用不可低估,更不能否定。但是也应当看到,建国几十年来,各方面的条件发

〔7〕 参见1945年陕甘宁边区高等法院代理院长王子宜《边区二届司法会议工作报告》。

生了很大变化,有的甚至发生了根本性的变化。我们所要继承的应当是其“调查研究”、“群众路线”、“为人民服务”的合理内核,至于一些具体做法,则不一定一成不变。应当承认,在继承和发扬合理“内核”的基础上,我们是能够找到更为合理、更为优越、更符合当前实际情况的审判方式的。再次,前苏联法学理论和诉讼模式的影响。前苏联的法学观念认为社会主义国家只有公权,没有私权,即使公民个人的民事权利,也不再带有私权色彩。社会所有法律关系都是公法关系,没有私法关系。<sup>[8]</sup> 1922年,在制定《俄罗斯苏维埃埃联邦社会主义共和国民法典》的过程中,列宁明确指出:“我们不承认任何‘私人的’东西,在我们看来,经济领域中的一切都属于公法范围,而不是什么私人的东西……由此必须扩大国家对‘私法’关系的干预;扩大国家废除‘私人’契约的权力;不是把罗马法典,而是把我们的革命的法律意识运用到‘民事法律关系’上去。”<sup>[9]</sup> 另外,前苏联的诉讼模式基本上沿袭了欧洲大陆法系国家职权主义的诉讼模式,尤其是斯大林时代,更加强了职权主义。建国后,我国不仅从政治制度、经济制度方面学习前苏联的,而且在法学理论、诉讼模式上基本上也是照搬前苏联的“成品”。第四,计划经济体制的影响。建国以后我国长期实行计划经济体制,过份强调集中统一,强调国家利益,忽视个人利益,强调“有形的手”的作用,忽视“无形的手”的作用。反映到诉讼活动中,也就形成了国家职权过强,当事人的作用相对弱化的诉讼模式。

## 二、经济审判方式改革的必要性

我国的审判方式改革无疑已经提到了重要的议事日程上来。但是这种改革的必要性究竟有多大,是非改不可,还是可改可不改?改革的动因究竟是什么?它与国家的政治、经济、文化生活有没有联系?在多大程度上有联系?等等。这些问题实际上并没有令人满意的答案。不少人认为,改革审判方式主要是为了减轻法院的案件压力,提高办案质量和效率。也有的认为改革是大潮流,各行各业都在改革,法院不改革不符合这个大气候。而笔者则认为,考虑这个问题不应当只局限于法院工作本身,而应当放开眼界,把审判方式改革放在国家的政治生活、经济生活、文化生活这个大背景下来考察,才能得出正确的结论。

第一,经过几十年的风雨历程,依法治国已经成为领导者和民众的共识,并且已正式写入党和国家的文件中。考察各个法治国家所走过的历程和现状,可以得出这样的结论:要想建立法治国家或走上依法治国的道路,必须提高司法机关在国家政治生活中的地位,树立司法机关的绝对权威。世界上的法治国家的司法机关一般都有较高的社会地位和崇高的权威。在这方面,我国自建国以来,人民法院的法律地位一直是不低的。从建国以后第一部宪法一直到现行宪法,都规定“一府两院”即政府、法院和检察院的国家机构设置。也就是说“一府两院”在法律地位上是平等的。然而,人民法院的实际地位却远远没有达到法律规定的地位,这是尽人皆知的。如果不改变这种状况,建设法治国家是不可能的。人民法院的实际地位与法定地位相去甚远的原因当然是多方面的,如政治的、经济的、文化的以及传统因素的影响等等,笔者认为,人民法院自身落后的审判方式也是其重要原因之一。本来,人民法院的工作方式是非常特殊的,它是通过严肃的、公开的审判活动来审理案件的。这种特殊的工作方式,要求特殊的人才、特殊

[8] 参见沈宗灵:《比较法总论》,北京大学出版社1987年版,第212页。

[9] 《列宁文稿》第4卷,第222页以下。

的场所、特殊的程序、特殊的语言,自然也会产生特殊的社会影响力,再加上严肃、公正的判决结果,人民法院的神圣地位是不言而喻的。令人遗憾的是,法律虽然给人民法院规定了这些特殊之处,但由于种种原因多年来并没有真正落实,以至于使整个社会觉得人民法院类同于甚至还不如一个一般机关。以组织人事部门给法院配备干部为例就能说明问题。建国以来,法院的干部来源一直是“五湖四海”,组织部门没有将法院作为一个特殊部门来对待,什么样的人都可以往法院调,以致干部队伍的业务素质一直上不去。法院的工作方式被认为并没有什么特殊之处,无需专门人才就可以胜任。可见改革审判方式是提高法院地位、树立法院权威的重要措施。而提高法院地位,树立法院权威,又是建立法治国家所必须的。由此可以说:建立法治国家必须改革审判方式。从另一方面讲,任何一个法治国家,司法机关的审判程序都是由法律专门规定的,司法机关必须是守法的模范。如果司法机关的审判活动可以不依法行事,那其他任何一个社会主体都可以不依法行事,法治也就无从谈起。如前所述,我们目前的审判方式最大的弊端之一就是许多地方不符合法律规定的精神。故此,同样可以得出结论,建设法治国家必须改革司法机关不严格依法行事的那种审判方式。

第二,党的十四大明确提出了我国经济体制改革的目标,是建立社会主义市场经济体制。这一目标后来又写进了党章和宪法。当前我国正处于由计划经济向社会主义市场经济转变的重要时期。这一转变不仅在社会主义发展史上具有划时代的意义,而且对我国的整个上层建筑包括司法制度乃至审判方式都具有重大影响。过去实行计划经济,搞“一大二公”,“吃大锅饭”,没有或者不强调个体利益。某些当事人在经济活动中发生纠纷进行诉讼,从根本上来说也是为了国家或集体利益而非个体利益,所以因诉讼所支付的社会成本由社会或国家承担也在情理之中。在那种体制下,当事人不负举证的责任,而完全由国家供养的法官并由国家支付费用包揽调查,自然也就正常了。在市场经济体制下,各法人或非法人组织以及公民个人等等,都是独立的社会主体、市场主体,都有各自独立的利益,他们的一切经济活动都是围绕着利益而进行的,都与每个主体的“私利”有关。那么,某些当事人在经济活动中发生纠纷进行诉讼,为了自己的利益而使用他人的财产就显得非常不公平。因为法官为解决该当事人之间的纠纷而包揽调查(当然也包括其他工作)所支付的费用乃国库之财,亦即社会各成员的税赋,这就与“办自己的事花自己的钱”的市场经济观念格格不入了。市场经济体制下,法院或法官的其他费用尽管也是由国家或社会承担,多收当事人一些诉讼费似乎也能解决这个问题。但是首先,国家为维护整个社会的正常运转,必须支付必要的费用,但此费用应以“必要”为限。其次,从市场经济的效益原则出发,用多收诉讼费的办法解决法官包揽调查所付的费用决非上策。且不说形形色色的案件调查取证的收费标准无法合理确定,“少花钱多办事”这一最朴素的道理,恐怕只有自己花自己的钱的时候,这个“少”和“多”才易达到最佳值。况且审判方式改革是一个系统工程,需从多方面考虑。

第三,市场经济的基本价值观念是追求效率和效益,最讲合理的资源配置。过去在计划经济体制下,人们的诉讼观念主要是追求公正,而那时的公正仅仅是一般意义上的公正,即“你欠我1万元,法院判决你还我1万元”,符合法律规定。而为此1万元的诉讼支付多少费用或者此1万元在多长时间“到位”,似乎不影响司法活动本身的公正。而市场经济体制下追求效率、效益,就特别强调投入与产出的关系。为了1万元的利益又支付了几万元,或者此1万元本应在1个月内实现投入“运营”,却耽搁了几个月才投入“运营”,虽说1万元的债权也实现了,也符合法律规定,但这不能称其为“公正”。再者,为个案花费的时间过长,造成大量积案,从而影

响了整体效益。没有必要的效率就谈不上公正。目前的审判方式最大的弊端之一,就是个案耗时过多,案件积压数量过大,积压时间过长,大大地影响了整体效率。不改变审判方式,要提高效率和效益是困难的。

第四,民主政治是当代社会的主要特点之一,是一个国家进步和文明程度的体现。具体到诉讼活动中,就是要扩大当事人的诉讼权利。而要扩大当事人的权利,就必然要削弱国家干预的权力。此消彼长,此长彼消,一般来说二者不可也不必兼得。如撤诉的权利如果赋予了当事人,法院就丧失了对这一问题的决定权。如果将这一权利赋予了法院,则当事人的这一权利就不存在了。经济诉讼从本质上来说属于私法的范畴,就宏观上来说,应当尽量减少国家干预,使其降到最低限度,能赋予当事人的权利应尽量赋予当事人。目前我们实行的审判方式,法官的职权作用无疑太重了。如前所述,传统的审判方式最大的弊端之一就是庭审走过场或叫“开庭演戏”,这在公众中已经产生了负面效应,影响了法院和法官的形象。如果不改变这种“演戏”的状况,整个社会对人民法院的信任感会大大降低,当事人发生纠纷之后,就会尽量寻求其他方式去解决,而使法院的作用下降。果真如此,后果是严重的。

第五,世界舆论认为,我国将成为一个经济大国,但他们忽视了另外一个问题,即我国已经成为一个诉讼大国。积案过多,压力过大已成为全国经济审判工作的一大难题。<sup>[10]</sup>但是,在这种情况下仅靠增加人员数量是不现实的。最有效的办法就是提高人员素质和办案效率,而这都离不开审判方式的改革。

审判方式改革固然是必要的,但是我们应当充分估计到其不利因素。不看到这一点是不客观的,也是有害的。首先,由于这项改革的宣传力度不够,加之多年来传统观念的影响,许多人对这项改革不甚理解,认为改革会回到“坐堂问案”,这与为人民服务、群众路线、调查研究等党的司法工作优良传统相悖。其次,人民法院内部领导、干部的认识不一致,还有不少同志持不同意见。归纳起来主要有几种观点:1. 悲观论。认为法官、律师、当事人的文化素质、法律知识水平和在庭上的应变能力等均很低,各方面的条件不具备,改革只是一种理论构思,无法实现。2. 担心论。觉得近些年司法工作的几次改革诸如设立“经济纠纷调解中心”、建立“部门专业法庭”等都不成功,审判方式改革也没有把握,怕担政治责任。3. 恋旧论。认为建国几十年来,经过广大法院干警的艰苦努力,形成了一套比较完备且行之有效的审判方式,这是来之不易的,不能轻易抛弃。4. 麻烦论。认为目前合议庭一人主办,他人“附和”的做法比较好,强调发挥合议庭的整体优势,操作起来很麻烦,会影响办案效率。5. 等待论。认为目前没有成功的经验和现成的模式可参考,等待他人摸索成功后再搬过来亦不迟。再次就整体来讲,法官队伍的素质和律师、当事人的素质还没有达到理想的程度,改革起来会有许多不适应。这些在目前开始的改革试点中已经反映了出来。

笔者认为,我国是一个幅员辽阔的国家,各地情况千差万别,难以一概而论。但就全国总的情况看,条件已经具备。首先,建国几十年来,随着我国政治、经济、文化以及整个社会的进步,人治思想逐步在淡化,法治思想越来越成为人们的共识,社会主义法制建设事业也取得了相当的成就。人们越来越重视用法律手段来维护自己的切身利益,对现行审判方式的弊端也越来越感到不满,改革的呼声日渐高涨,可以说,改革的大环境基本形成。其次,建国几十年来,各级人民法院审理了大量的各类案件,从中积累了许多办案经验。审判方式本身的改革和发展实际上

[10] 最高人民法院研究室统计资料。



也是在悄悄地进行着,将现行的审判方式与建国初期的审判方式相比较就可以明显看出这一点。尤其是近十年来各地逐步开展了改革的试点工作,也从中总结了不少经验。再次,建国以来尤其是改革开放以来,人民法院的人员结构、文化素质、知识水平等发生了很大变化。许多大学生、研究生等陆续进入法官行列,并开始成为审判工作的骨干。另外,各级人民法院近年来通过全国法院业余法律大学、法官培训中心的培养,使许多原来文化水平较低的法官提高了业务素质。据统计,截止到1995年底,全国各级法院共有法官165085人,其中50岁以下的124815人,占75.6%,大专文化水平以上的138988人,占84.1%,法律专业毕业的97872人,占59.3%。<sup>〔11〕</sup>第四,近些年来,我国的律师队伍得到了相当的发展,无论是数量还是质量与过去相比已不可同日而语。据统计,截止到1996年底,全国律师行业从业人数已达10.02万人,比上年增长12.6%,律师事务所已达8265家,比上年增长14.8%。律师队伍在整个诉讼活动中是一支非常重要的力量,他们在审判方式改革中的作用不可低估。第五,整个国民素质尽管还比较低,但确在不断提高,尤其是城市的当事人、法人或非法人经济组织的法定代表人或委托代理人等,其文化水平一般比较高。当然,经济非常落后的偏远地区,那里人们的文化素质还相当低。但也正因如此,那些地区的诉讼案件尤其是经济纠纷案件较少,案情复杂、标的额较大、举证、质证很困难的案件更少,甚至根本没有。一般来说,案件的多少与复杂程度是与当地的经济文化发展水平、人们的交往方式相联系的。经济发达地区案件多、案情比较复杂,但那里的法官、律师、当事人的素质相对也较高;经济不发达地区人们的素质相对较低,但那里的案件较少、案情也相对简单,举证、质证、认证等工作难度自然也较小。这是在经济较落后的地区进行审判方式改革所应当看到的一点。

在审判方式改革的可行性问题上,经济审判方式改革有其得天独厚的有利条件。首先,经济纠纷案件的诉讼参与者一般都是厂长、经理,其文化素质相对较高,适应改革的能力较强,能够在诉讼中发挥较大的作用。而且,他们一般都有改革的要求,希望“明火执仗”地对阵,反对“暗度陈仓”地争斗。现在有些经济纠纷案件不开庭或者不真正开庭,已成为当事人对法院工作不满的主要焦点之一。另外,由于经济纠纷案件的当事人大多是法人或非法人经济组织,经济能力较强,一般都聘请律师代理诉讼。其次,由于经济纠纷案件增长较快,经济审判庭力量与任务不相适应的矛盾更为突出,所以近些年分配到法院系统的大学以上毕业生进入经济审判庭的较多。因此,经济审判庭人员结构的特点是,大学毕业生多、学法律专业的多、年轻人多。这样,相对来讲,经济审判人员的文化水平和业务素质比较高,加之年纪较轻,他们视野开阔、思想活跃、勇于创新,容易接受新生事物,参与改革的热情较高,在审判方式改革中,能够发挥生力军的作用。再次,经济审判工作的历史很短。自1982年开始建立经济审判庭至今才十几年的时间,相对于刑事审判和民事审判来讲,经济审判人员受传统审判方式的影响较小,易于摆脱旧的观念的束缚。同时对多年来形成的习惯做法也没有或者较少有“敝帚自珍”的感情。第四,经济审判方式改革的试点工作已经进行了几年,点多面广,积累了一定的经验,较之刑事、行政审判方式改革更易于总结、提高、推广。第五,经济审判方式改革,只需人民法院一家决定实行即可,无需公安、检察机关的认同和配合,其“磨合期”较之刑事审判方式改革要短得多。

〔11〕 最高人民法院研究室统计资料。

### 三、经济审判方式改革的原则

审判方式改革要有一套系统的、完备的改革思路。这其中最重要的就是改革的原则和改革的框架。笔者认为,经济审判方式改革应当坚持和体现如下原则:

#### (一)吸收借鉴和适合国情原则

无可怀疑,无论是英美法系的当事人主义还是大陆法系的职权主义,皆为现代民主政治和法治社会中的诉讼构造,它是人类的共同财产。而我国的法律“并不是也不可能是在与法律文化遗产和现存的外国文化完全绝缘的条件下产生和发展的”。<sup>[12]</sup>不同国家或民族之间的文化的相互影响和渗透是必然的。我们搞审判方式改革,一个重要任务就是要对国外的各种诉讼制度、审判方式进行认真的、系统的、深入的研究比较,对其中科学的、进步的、合理的,要大胆地吸收借鉴,为我所用。但是,任何一种审判方式都有其产生的历史根源和存在的现实基础,它总是和这个国家的政治、经济、文化、传统等相联系的,即所谓“没有无源之水,无本之木”。另一方面,一国和他国的国情又是不完全一样的,尤其是我国与西方国家在政治、经济、文化、民族传统习惯等各方面均存在较大的差异。所以,在学习借鉴西方的审判方式过程中,必须注意适合我国国情,离开或忽略了这一点,就会出现“南桔北枳”的后果。目前我国正在进行政治、经济体制改革,政治上倡导依法治国,完善社会主义民主,经济上正在从计划经济体制向社会主义市场经济体制过渡。在此过程中,与审判方式改革密切相关的律师制度也正在发展之中。这是积极的方面。另一方面,如前所述,我国经济文化不发达,公民的文化素质普遍较低,整个社会的法律意识可以说还十分淡薄,当事人的诉讼意识、权利意识也较差。再有法院和法官的地位不高,权威不够,法官和律师的素质以及司法的外部环境也没有达到法治国家的理想程度。这些都是不可忽视的。如果完全照搬西方国家的做法,“邯郸学步”那样的历史笑话就有可能重现。

#### (二)公正原则

公正历来是人类社会所追求的美德和所崇尚的价值目标,也是法律制度所应当具备的优良品格。自从诉讼制度产生以来,人们就为追求诉讼公正而努力。从一定意义上说,失去诉讼公正诉讼制度就会灭亡,因为“诉讼制度或程序真正永恒的生命基础则在于它的公正性”。<sup>[13]</sup>所以,审判方式改革必须体现公正原则,这是改革的生命。公正一般分为实体公正和程序公正。从价值论角度看,实体公正主要是指立法在确定人们实体权利和义务时所要遵循的标准和判决适用实体法的结果。程序公正则主要指在司法程序运作过程中所要遵循的价值标准。当然,一般来说,人们诉讼的初衷可能把着眼点主要放在了实体公正上。但是为了保证实体公正,不得不把程序公正放在同样重要的位置。从一定意义上说,没有程序公正很难实现实体公正,最起码不能体现实体公正。审判方式改革中所追求的公正属于程序公正,它主要体现在三个方面:1. 公开性。黑暗与隐秘最容易产生怀疑和邪恶,甚至滋生腐败,而公开性则使这些失去存在的条件。如果诉讼活动是在秘密状态下进行的,无论判决结果多么公正合法,人们总是对它持怀疑态度。相反,越是公开,它的程序公正和给人们带来的公正感就越强。笔者认为,这时的公开起码要包括两个方面:一是审判案件的成员要公开,即让当事人双方以及公众知道谁在审

[12] 参见陈光中主编:《中国法律教程》,法律出版社1992年版,第31页。

[13] 参见柴发邦:《体制改革与完善诉讼制度》,中国人民公安大学出版社1991年版,第39页。

理这个案件,或说谁是案件的“主宰”,这正是民事诉讼法规定合议庭组成人员确定后,应当在3日内告知当事人的道理所在。当事人如果有法定理由,还可以对审理该案的法官申请回避;二是审判活动公开,即当事人双方的举证、质证、辩论以及法官的认证、宣判等要公开进行,不仅对当事人公开,也要对社会公开,这是诉讼民主精神的重要体现,也是体现诉讼公正的最佳方式。传统审判方式中的“先定后审”、不当庭质证和认证、层层汇报、领导审批、内部请示等做法,都是与公开原则不相符合的。2. 中立性。审理某一具体案件的法官对诉讼双方当事人必须保持“等距离”,处于一种超然的、不偏不倚的、纯粹裁判者的地位,否则难以保证裁判的公正。它不仅要求审理该案的法官与该案的诉讼当事人或代理人没有任何牵连或特殊关系,与案件的处理结果没有任何利害关系,而且要求法官不得单独接触一方当事人或其代理人。传统审判方式中,法官与当事人一方共同调查取证或由一方当事人支付差旅费、单方询问当事人、“背靠背”地调解等做法均不符合中立原则。3. 平等性。诉讼当事人各方的诉讼地位、权利、义务都是平等的,即“同一范畴的所有成员应受到同样的待遇”。<sup>[14]</sup>这是公正原则的基本要求,失去这一点,所谓公正将难以成为现实。

### (三)效率和效益原则

效率和效益原本是经济学的概念。效率即单位时间内完成的工作量,主要指行为的速度。效益,顾名思义即“效果和利益”,一般指成本投入与产出之间的比例关系。成本越小,收益越大,效益也就越高,反之亦然。效率和效益既有区别又有联系,“效率侧重于强调人类社会活动的过程价值,而效益则侧重于强调人类社会活动的结果价值”。<sup>[15]</sup>过程和结果是不能绝然分开的,没有必要的效率也就没有一定的效益。传统的法律学一直将公正视为法律的唯一价值目标。随着法律对社会经济生活影响的日益增加,法律、诉讼的效率和效益问题逐步受到人们的广泛关注,尤其是经济诉讼,这一问题显得更为突出和重要。经济审判的目的,是为了排解经济交往中产生的各种冲突或纷争,疏通市场交易的渠道,矫正混乱的权利义务关系,以使社会的经济生活能够正常运行。由于市场经济对效率和效益的特殊追求,只有及时解决当事人之间的纠纷,才能使社会主体间的权利义务关系快速明朗化,使讼争的标的物及时回到流通领域,实现更大的价值。也只有尽量减少各种费用支出,投入尽可能小的社会成本,实现尽可能大的社会效益,才能真正实现公正的诉讼价值,达到诉讼目的。

在经济审判方式中,影响效率和效益的因素很多,其中诉讼成本问题就是一个非常重要的因素。这里需要注意两点:一是此处讲的诉讼成本是广义的成本,即整个社会为诉讼所耗费资源,不只是某一或某些主体(如当事人、法院)支出的诉讼成本。它既应当包括诉讼所耗费的一切人力、物力、财力、时间、空间等资源,如当事人付出的代理费、诉讼费、差旅费、为诉讼耗费的时间、法院支付的调查费、诉讼设备费以及为诉讼所支付的一切其他费用,也应当包括因为诉讼所造成的损失,如诉讼保全造成的损失、诉讼期间使诉讼标的物阻滞,不能及时返回流通领域“运营”而失去的收益,甚至还应包括当事人、代理人乘车参加诉讼对公路的磨损。二是此处讲的诉讼成本不是个案的诉讼成本,而是指全社会为整个国家的诉讼活动所付出的总的成本。任何社会活动都需要付出一定的社会成本,诉讼活动也不例外。所以有些诉讼成本是必要的付出,而有些诉讼成本则是由于制度设计不合理造成的浪费。不同的制度设计,成本和收益

[14] 参见沈宗灵:《现代西方法理学》,北京大学出版社1992年版,第443页。

[15] 参见李文健:《刑事诉讼效率论》(博士论文),中国政法大学图书馆藏,第31页。

的总量是不同的。变更制度设计,促使成本和收益的比例向着效益最佳值转化,这就是我们研究诉讼成本问题的目的所在。以调查取证的费用为例来分析,传统的审判方式由法院包揽调查,法院全部负担这部分费用,造成了法院经费的紧张状况,因而有的学者据此提出应当变法官包揽调查为当事人举证。其实这不是问题的关键,因为法官调查取证需要支付一定费用,当事人调查取证也需要支付一定的费用。当然从理论上讲,当事人自己花自己的钱去调查取证可能会“精打细算”,尽量节省一些费用,从而降低诉讼的成本。但是另一方面,改由当事人举证也可能会增加诉讼成本。因为“为了承担起说服法官证实自己主张的责任,诉讼各方都必须尽可能收集证据;尽管主要是收集有利于自己而不利于对方的证据,但为了保证诉讼对抗中的反诘和质证,任何一方其实还不得不注意收集对己方不利而于对方更有利的证据并准备反击这类证据……因此,如果仅就纠纷处理来看,这当然是社会成本更高的纠纷解决办法”。<sup>[16]</sup>因此,这个问题的关键在于,由于法官包揽调查,法官的时间和精力负担过重,使其无法及时顾及其他案件的处理,大大降低了法官的办案效率,致使案件审理周期过长,积案居高不下,以至全国许多法院都将清理积案列入重要的工作日程。这种状况,会使多少诉讼标的被不合理地阻滞在诉讼过程中,而不能及时投入正常“运营”,取得更大的收益。这项损失是不可估量的,致使我国的诉讼成本大大增加。而推行当事人举证责任,将诉讼的任务合理分流,减轻法官负重,提高办案效率,缩短办案周期,将会大大降低诉讼成本。这将使效率和效益原则大放异彩。

#### (四)充分保障当事人诉讼权利原则

充分保障当事人诉讼权利是现代民主政治的基本要求。在现代民事诉讼中,当事人享有广泛的诉讼权利,如起诉权、应诉权、反诉权、答辩权、申请回避权、平等权、处分权、变更诉讼请求权、请求调解权、上诉权、申请再审权、申请执行权等等。法官应当尊重、便利和保障当事人充分和有效地行使诉讼权利。可以预想,如果当事人的诉讼权利得不到保障,就必然产生法官的专断,公正原则就难以实现;不能调动当事人参与诉讼的积极性,诉讼效率和诉讼效益就会大打折扣;公众就会丧失对法院、法官的信任感,审判的权威性就树立不起来。而司法机关和司法工作人员的权威受到损害,必将影响整个国家在公众中的形象。所以,审判方式改革必须体现充分保障当事人诉讼权利原则。传统的审判方式,在一定程度上对当事人许多诉讼权利尊重不够,保障不力,限制过多。如对国家、集体、个人等不同身份的当事人给予不平等待遇,强调优先保护国家利益、集体利益,这就影响了当事人诉讼地位的平等;案件“先定后审”、逐级汇报、领导审批、直至庭务会和审判委员会研究案件,使当事人申请回避的权利在一定情况下难以实现;“纠问式”的庭审方式限制了当事人的质证权和辩论权;法官包揽调查、限制当事人撤诉、强迫调解、超出当事人诉讼请求的范围进行审理和判决等,在一定意义上否定了当事人的处分权;案件审理过程中向上级法院请示,实际上在一定程度上剥夺了当事人的上诉权、申诉权。诸如此类,不一而足,均与充分保障当事人诉讼权利原则相悖,皆应在改革之列。

#### (五)依据法律改革原则

关于何为“改革”,审判方式能否进行“改革”的问题,在理论界和司法界是有不同看法的。一种意见认为,所谓审判方式改革,就是要改掉法律规定的或者审判实践中形成的不科学、不合理、不符合现实要求的一切做法,亦即它不受法律规定的限制,要全面改革。另一种意见认为,审判方式改革不是改宪法、诉讼法、法院组织法,不是突破法律,而是改某些不利于法律贯

[16] 同前引[3]。

彻的习惯做法和陈旧观念,把我国法律的优越性真正发挥出来。这种做法可以称之为“改革”。还有一种意见认为,改革是依法进行,改实际审判工作中存在的不符合民事诉讼法规定的习惯做法,说穿了就是依法办事,所以不能称之为“改革”,而应称为“改进审判方式”。有的取其折衷称之为“改革和完善审判方式”。笔者认为,用什么概念只是问题的一个方面,更重要的是要明确其含义。“改革”一词在现代汉语中即“把事物中旧的不合理部分改成新的能适应客观情况的”。所谓改进为“改变旧有情况,使有所进步”。可见,改革与改进本身并没有实质上的区别,就其字面而言,二者均不能说明究竟是“依法而改”还是“破法而改”。“改革和完善”的提法意在更为准确,似也有值得商榷之处,何为“改革”?何为“完善”?二者的关系如何?想恐难界定。既然“改革”二字已深入人心,还是“从习惯”为好。

至于改革的具体含义,就目前来说,“是要全面贯彻执行诉讼法,改变不符合诉讼法规定的一些习惯做法,使审判运作更加科学、合法、有效”。<sup>[17]</sup>“决不是突破法律规定另搞一套。在审判方式上的一切探索和试验,都必须在法律的范围内进行。在不违背法律规定的前提下,在具体工作方式、方法上,允许并提倡大胆改进和创新”。<sup>[18]</sup>笔者认为,这不仅是正确的,而且是有充分理由的。首先,自八十年代后期审判方式改革试点工作以来,全国各级法院正陆续开展这项工作。尤其是1996年7月全国法院审判方式改革会议以来,这项工作已在全国铺开。如果改革不限定在法律规定的范围内,大规模地突破法律规定,既不符合法治原则,也会造成司法工作中的混乱。其次,我国1991年颁布的《中华人民共和国民事诉讼法》是在总结原民事诉讼法(试行)实施近十年经验的基础上,借鉴吸收了外国一些合理的、符合我国国情的做法而制定的。在今天看来,其内容尽管尚有一些不足之处,但总体上是比较完善的,基本上是符合我国国情的,不可借“改革”而随意破之。当然,对其中确实不合理的规定或明显的漏洞,我们也不是无能为力的,应通过修改立法或制定司法解释来解决。再次,现阶段经济诉讼急待解决的突出问题,不是立法落后,而是如何严肃执法的问题。如前所述,现行的审判方式不仅枝节问题上甚至许多基本的方面亦不符合法律规定的精神,这是与依法治国的国策相背离的,也是改革审判方式的根本理由。

#### 四、经济审判方式改革的重点

经济审判方式改革是一项庞大的系统工程,所涉及的方面是十分广泛的,理论上要构筑这项工程的基本框架,实践中要注意抓住要害,突破重点。笔者认为,目前经济审判方式改革的重点应当是:

##### (一)强调当事人举证责任,建立和完善举证制度

举证责任制度最早见于罗马法。罗马法规定,谁要获得审判保护,谁就要加以证明,亦即谁主张谁举证。<sup>[19]</sup>现代世界各国大多继承和发展了这一古老的法律制度。我国民事诉讼法第64条第1款规定:“当事人对自己提出的主张,有责任提供证据。”可见,我国民事诉讼法也是奉行的谁主张谁举证的原则。但是,由于国家干预原则的影响和职权主义思想的根深蒂固,在审判

[17][18] 参见1996年7月祝铭山在全国法院审判方式改革工作会议上的报告《认真学习贯彻修改后的刑事诉讼法,全面改革和完善审判方式》。

[19] 参见王锡三:《资产阶级国家民事诉讼法要论》,西南政法学院1986年印行,第25页。

实践中,这一原则实际上没有得到真正的贯彻执行。多少年来实行的是法官包揽调查,而当事人或其代理人则通过阅卷从法院卷宗中寻找对自己有利的证据,并以此作为自己的主张的理由。这种做法不仅不符合法律规定的精神,而且不利于保障当事人的诉讼权利的行使,不利于调动当事人参与诉讼的积极性,不利于法官客观地审核证据和公正判决。这是目前我国举证责任制度中存在的最大的问题,也是审判方式改革所要解决的主要问题之一。另外,从民事诉讼法的具体规定和实际运作程序看,我国的举证责任制度还存在着许多不足之处。第一,只规定了当事人承担举证责任,而没有规定当事人未履行举证义务所应承担的具体法律后果,导致当事人举证责任的弱化。实践中许多法院在当事人不举证的情况下,承担了全部调查取证的责任。个别案件法院无法查证,即按现有证据判决不举证方当事人承担败诉责任,而该当事人却在二审中举出新的证据,有的证据足以推翻一审认定的事实。对这种情况二审法院一般都根据新的证据对原判予以改判。这样做的弊端是十分明显的,一是违背了二审终审制的原则。二审终审制原则的真正含义应当是,任何一个案件和案件中的主要事实、证据都应当经过两级法院审理方为终审。上述做法使该案的一部分事实,甚至是主要事实,只经过了二审这一级法院的审理,实际上使该部分事实的审理成为一审终审,妨害了对方当事人诉讼权利的行使,未能实现真正的诉讼平等。二是浪费了对对方当事人和人民法院大量人力、物力、财力,增加了诉讼成本,违背了诉讼经济原则。第二,未规定举证时效,使诉讼周期延长,影响了诉讼效率和效益。举证责任本身的含义应当理解为当事人应在一定的有效期限内举证,而不应当是毫无限制的“马拉松”。实际上,由于民事诉讼法没有明确规定,加之法官和当事人审限观念不强,当事人举证具有很大的随意性,许多案件由于当事人举证不及时,不得不无期限地延期开庭或多次开庭,大大提高了诉讼成本,降低了诉讼效率。这是目前许多案件久拖不决的重要原因之一。第三,未规定对证人作证的经济补偿和对证人拒绝作证的制裁措施。民事诉讼法只规定证人有作证的义务,但是没有规定对证人作证的经济补偿,也没有对证人拒绝作证规定任何制裁措施。加之中国老百姓传统的“不得罪人”、“多一事不如少一事”观念的影响,证人作证尤其是证人出庭作证实际上被虚化。针对现行举证制度之不足,笔者认为,我国应当完善以下举证制度:

1. 真正实行“谁主张谁举证”的举证制度。谁主张谁举证的原则,历经沧桑而不废,自然有其不容置疑的科学性。首先,诉讼当事人和人民法院在诉讼中所处的法律地位不同,各自行使的权利不同。当事人行使的是诉讼权,人民法院行使的是审判权。诉讼权决定了当事人应当承担举证责任。当事人通过举证来证明自己的主张成立,从而达到胜诉的目的。人民法院则站在双方当事人之间,不偏不倚,依照法定程序,通过对证据进行审核判断,依据查明的事实,对当事人之间的权利关系进行实体上的裁判。其次,当事人是民事法律关系发生、变更或消灭的直接参与者,他们最了解双方权利义务关系的形成及其纠纷的发生、发展过程,大多数证据都是由他们的行为直接产生的,有的是他们亲身经历的或自己知道的,许多证据就在自己手中,他们有条件承担举证责任。再次,当事人诉讼的目的,就是依靠人民法院来维护自己的合法权益或者减轻自己的民事责任,各方当事人都不希望自己不举证或者因举证不足而败诉,所以他们都会有举证的积极性。

这里需要注意两个问题,第一,强调当事人举证,并不是在任何情况下对任何事实都必须由当事人举证证明。有些事实由于其存在众所周知性或者法律的特别规定,当事人虽主张了该事实,但无需举证,人民法院即可予以认定。如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,也即指当事人双方无争议的事实;众所周知的事实或自然

规律及定理；根据法律规定或已知事实，能推导出的另一事实；已为人民法院生效的判决或裁定确认的事实；已为有效公证文件所证明的事实等等。第二，强调当事人举证责任，也并不是指无论在何种情况下，都必须由提出主张的一方当事人举证。有些情况，主张的一方当事人处于“劣势”，无法履行举证义务，而对方当事人则处于“优势”，可以举证证明该事实的存在与否。这时，举证责任则要倒置，即一方提出主张，对方否认的由否认方负举证责任。这类情况一般发生在侵权损害赔偿诉讼中。如因产品制造方法发明专利引起的专利侵权诉讼；高度危险作业致人损害的侵权诉讼；因环境污染引起的损害赔偿诉讼；建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物倒塌、脱落致人损害的侵权诉讼；饲养动物致人损害的侵权诉讼以及有关法律规定由被告承担举证责任的诉讼。

2. 建立和完善举证时效制度。所谓举证时效，是指当事人必须在一定期限内举证方为有效，超过一定期限举证，人民法院可不予采纳。这主要是为了保证案件的审限，提高办案效率，实现经济诉讼效率效益的价值取向以及保证当事人诉讼地位平等。我国民事诉讼法对举证时效未作规定，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》第76条规定“人民法院对当事人一时不能提交证据的，应根据具体情况，指定其在合理期限内提交。当事人在指定期限内提交确有困难的，应在指定期限届满之前，向人民法院申请延期，延长的期限由人民法院决定”。这条规定实际上包含有举证时效的含义。但是，由于此规定尚不十分明确，法官及当事人的举证时效意识不强，实践中这一规定并未真正落实。完善举证时效制度，就要求认真落实这一规定，给当事人指定明确的举证期限和延长期限。期限届满不举证的，视为放弃举证，由其承担不举证的法律后果。

针对审判实践中有些当事人由于种种原因在一审中不举证，而在二审中举证的情况，应当规定，当事人在一审中已有的证据必须在一审中提供，故意不在一审中提供而在二审提供的，二审可不予采信。当事人在二审提供了新的证据致使案件被发回重审的，对方当事人有权要求其补偿因此而增加的误工费、差旅费等费用。这既能保证举证责任制度的落实，又有利于保护无过错当事人的合法利益。

3. 建立对证人的经济补偿制度。民事诉讼法虽然规定证人有作证的义务，但是众所周知，作证尤其是出庭作证，需要花费一定的时间、精力和费用，还会影响证人的工作或生产经营活动。尤其是经济纠纷案件，异地诉讼、异地作证的情况非常普遍，所需费用不可忽略。如果没有必要的经济补偿，不仅有失公平，而且客观上会大大影响证人作证的自觉性，从而影响案件裁决的质量，所以有必要建立证人作证的经济补偿制度。笔者认为，除了证人的差旅费之外，还应以证人出庭作证所需要时间的长短，按日定额给付一定的金钱补偿，其所需费用在诉讼费中列支。当然，这种制度也有其明显的弊端。因为作证是公民的法律义务，给予其经济补偿，一则对培养公民的法制观念不利，二则有当事人花钱买证据之嫌。但是，当前的主要矛盾是由于传统观念的影响以及最现实的经济问题，证人出庭作证率很低，这项制度几乎成为虚设。笔者认为，在这种情况下，两害相权取其轻，还是建立对证人的经济补偿制度为好。

4. 建立对当事人举证指导和引导制度。举证是诉讼活动的重要环节之一，是当事人依法保护自己合法权益的必要手段，是查清事实，分清是非，公正裁判的前提。但是，由于我国国民的文化素质较低，法律意识较差，举证方面的知识更为缺乏。实践中许多当事人不懂得举证的要求和步骤，不知道怎样围绕自己的诉讼请求或反驳理由进行举证。对此法官应该加强对他们的指导和引导。举证指导和引导的方式是多种多样的，如庭审前可以利用接受起诉、送达起诉

书等机会,采取当面或发举证通知等形式,对当事人进行指导,使他们明确如何围绕案件事实和双方争议的焦点举证以及举不出证据或举证不足应当承担的法律后果,还可以告知哪些证据可申请人民法院调查收集。实践中有些法院根据案件的不同情况,分别列出各类案件的举证范围送达给当事人,使当事人一目了然,心中有数。这种做法效果很好,可以推广。庭审过程中,也可以有针对性地引导当事人围绕双方争议的焦点,按照庭审的步骤,分阶段、分层次地进行举证。建立举证指导和引导制度是我国国情的需要,是保证当事人举证责任制度贯彻落实的必要手段。但需要指出的是,这种指导和引导,应当是“宏观”的、“抽象”的,不应当是“微观”的、“具体”的,以免使法官陷入当事人一方或有帮助当事人举证之嫌,影响其公正裁决。

5. 完善法院调查收集证据制度。强调当事人举证责任,即应当由当事人提供的证据,不要由法官包揽调查,法官应把主要精力放在审查核实证据上。但这并不是说法官一律不负责调查取证。相反,我国民事诉讼法第64条第2款规定:“当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据,或者人民法院认为审理案件需要的证据,人民法院应当调查收集。”笔者认为,这正是我国举证制度与完全当事人主义和完全职权主义举证制度的重要区别,也是我国审判方式的特色之一。从审判实践来看,民事诉讼法虽然规定当事人及其诉讼代理人有调查取证的权利,但实际上不仅法律本身未对这种权利的行使给予充分的保障,实践中这种权利也确实无法不折不扣地得到落实。在这种情况下,如果一味地强调“谁主张谁举证”,应当收集的证据收集不上来,从而导致实体判决的错误,这不能不说是所谓程序公正的“罪过”。在一定情况下,法院依职权调查取证显示出特有的便利,是当事人举证所无法比拟的。

人民法院调查收集证据要解决三个问题:

第一,调查收集证据的范围,即哪些证据应由人民法院调查收集。按照民事诉讼法的规定,这种证据有两类,一是当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据;二是人民法院认为审理案件需要的证据。具体说主要指:涉及国家秘密和商业秘密的证据;按照规定有关国家机关或其工作人员才能查阅的材料,如当事人在银行开户情况、帐号、存款额等;当事人一方或有关案外人持有相关证据而拒不提供,需法院直接取证的;各当事人所提供的证据相互矛盾,而又是认定案件事实所必须的证据;当事人及其诉讼代理人提供了证据线索,其确实由于客观原因无法收集,而对案件公正处理关系重大的材料;需要检验实物或勘验现场等等。

第二,调查收集证据的依据,即人民法院调查收集证据的程序是依据什么而提起的。有两种情况:一是依当事人申请被动为之,二是依职权主动为之。按照当事人举证责任原则,能够由当事人提供的证据,应尽量由当事人提供,即便是属于人民法院调查收集范围内的证据,绝大多数也应由当事人向人民法院提出申请,并提供证据线索,人民法院方调查收集。只有下列情况人民法院才依职权主动调查收集:(1)双方当事人提供的证据材料互相矛盾,经过庭审质证无法认定其是否可以采信而影响查明案件主要事实的;(2)需要勘验现场的;(3)双方当事人均不提出调查收集证据的申请,人民法院认为确有必要调查收集的。

第三,调查收集证据的人员,即人民法院调查收集证据的任务由谁来完成?是由合议庭成员或独任审判员还是由合议庭成员或独任审判员之外的其他人员调查取证?审判实践中,大都是由合议庭成员或独任审判员调查取证。笔者认为,这种做法存在着一个难以解决的矛盾,即如果当事人对调查收集证据的手段的合法性提出质疑时,由谁来认定取证手段是否合法?自然应由合议庭或独任审判员来认定,那就是名副其实的“自己审自己”了,当事人的质疑也就只能是“质疑”了。有鉴于此,有必要规定只能由审理该案件的合议庭或独任审判员之外的人员(如



司法警察)调查取证,该合议庭成员或独任审判员不得参与取证。这样一则可以避免合议庭成员或独任审判员先入为主,二则当事人对取证手段的合法性提出异议时,可以由调查收集证据者出庭质证,避免出现合议庭成员或独任审判员“自己审自己”的尴尬局面。

## (二)强化当庭质证、认证,充分发挥庭审功能

在传统的审判方式中,法官习惯于在庭前做大量的调查工作,待案情基本查清,研究出处理方案后才开庭。实际上是“先查先审”,“先定后审”,使庭审流于形式。这样容易使法官形成先入为主,影响人民法院和法官的形象,限制了当事人参与诉讼的积极性和对诉讼权利的充分行使,违背了立法本意。改革审判方式,就是要使审判工作的重心从庭外移到庭上来,发挥庭审功能,使之成为审理案件的真实活动。这其中的关键就是要做好当庭质证和当庭认证两项工作。

1. 关于当庭质证问题。所谓当庭质证,是指在法官的主持下,由当事人双方对在法庭上出示的各种证据材料及证人证言等进行对质核实的活动。这是认定或采信证据的前提,是保证证据真实合法可信的关键一环。所有证据材料都必须经当事人当庭质证,凡是未经当庭质证的证据材料均不能作为定案的依据。我国民事诉讼法第66条规定:“证据应当在法庭上出示,并由当事人互相质证。”这一规定也清楚地表明,质证是人民法院认定案件证据事实的必经程序。那么,质证究竟由哪些要素构成?司法界和理论界对此均有不同看法。笔者认为,质证应当由主体、对象和内容三要素构成。

质证的主体。所谓质证的主体,简单地就是指质证行为的实施者,或者说是指质证权利与责任的承受者。在谁是质证主体的问题上,有两种分歧意见。一种意见认为,当事人和人民法院都是质证主体。其理由是:首先,人民法院是证据和事实的认定者,它有责任保证质证的正确性和有效性,否则作为认证基础的质证就没有保障。无论是从理论上还是从法律规定看,人民法院对因质证偏差所造成的错案,均应承担相应的法律责任,因而人民法院应当成为质证主体。其次,人民法院虽然不是案件实体权利义务的直接承受者,与案件的处理结果没有直接的利害关系,但法律所赋予人民法院的审判职责,足以成为其质证的动因。再次,实践中人民法院在庭审时对证人有权利进行质询,对案件证据材料有权进行审核,这实际上就是在行使质证权。另一种意见认为,只有当事人即原告、被告和诉讼第三人能够成为质证主体,人民法院不能成为质证主体。笔者认为,探讨这个问题应当进行更深层次的分析,不能简单地讲人民法院是否是质证主体,而应当具体地说审理某一案件的合议庭或独任审判员是否是质证主体。因为,虽然合议庭和独任审判员都是代表人民法院行使审判的,但质证毕竟是一个很具体的诉讼活动,具体问题还要具体分析。笔者认为,合议庭和独任审判员在法庭上基本上就是一个仲裁者的身份,他不能也不应当成为质证主体。

其主要理由是:第一,我国民事诉讼法第66条明确规定“证据应当在法庭上出示,并由当事人互相质证”,并未规定合议庭或独任审判员也要对证据进行质证。所以,认为合议庭或独任审判员也是质证主体没有法律依据。第二,合议庭或独任审判员认定证据和事实是在当事人对证据进行质证的基础上进行的,而不是在自己直接质证的基础上进行的。他们在庭审中认为必要时可以对证人或举证者进行质询,但这是基于审判权而实施的一种职权行为,而不是在行使质证权。第三,质证主体与举证责任主体应当是一致的,举证责任人自然有权利和义务论证其所举证据的可采信性,也有权反驳对方所举证据的不可采信性或抑制对方的举证。合议庭或独任审判员不是举证责任主体,它无需证明某些证据是可采信的或不可采信的,只需对当事人双

方的证明和反证明进行分析判断,从中得出结论,因此没有必要赋予其质证权,它也就不会成为质证主体。第四,法庭之所以具有公正形象,重要原因就在于它的中立性(当然不是绝对的)。如果确认合议庭或独任审判员为质证主体,就破坏了这种中立地位和公正形象,并为“纠问”式的庭审方式提供了理论根据,而与“诉辩”式庭审方式相矛盾。过去庭审中主要不是双方当事人相互质证,而是由法官按事先准备好的计划,分别对当事人进行质问,客观上形成了法官与当事人质证的现象。审判方式改革要求推行“诉辩”式的庭审方式,即由双方当事人进行质证,法官不再一一发问,而是从宏观上驾驭庭审活动,始终处于一种超然的裁判者的地位,不是处于质证者的地位。这有利于树立法官和法庭的公正形象。

这里要注意一个问题,如前所述,人民法院调查收集证据应当是审理该案的合议庭或独任审判员之外的人(如司法警察),如果当事人对其调查收集证据的手段的合法性提出质疑,该证据调查收集者应当庭与当事人质证,此时,他就成为质证主体。

质证对象。所谓质证对象,简单地说就是质证行为所指向的目标,具体讲是指当事人在法庭上质证时,所具体针对的书证、物证、证人证言、视听资料、当事人陈述、鉴定结论和勘验笔录等证据材料。这里要注意质证对象和证据载体的区别,如证人证言属质证对象,而证人本身不是质证对象,当事人虽然可以向证人发问,但这种发问是要核实其证言的真伪而不是将证人作为质证对象。又如书证是质证对象,但书证材料本身不是质证对象,而这份材料所载的内容才是质证对象。

质证内容。所谓质证内容,是指质证主体在对证据进行质证时所涉及的范围。质证不能是任意的,而应根据诉讼请求的范围,紧紧围绕证据所固有的三个属性进行:第一,对证据的客观性进行质证。所谓证据的客观性,是指凡是作为定案的证据都必须是客观的、真实的。离开了客观与真实,证据也就不成其为证据了。所以质证时首先应查明证据的客观性。第二,对证据的合法性进行质证。所谓证据的合法性,是指证据必须符合法定形式和依合法方式取得。不符合法定形式或非法取得的证据,尽管其能够说明案件的某些事实,也不能成为定案依据。第三,对证据的关联性进行质证。所谓证据的关联性,主要包括两个方面的内容,一是指该证据必须与其所证明的案件事实有内在的必然联系;二是指证据与证据之间应当相互联系。质证应紧紧把握证据的这一特性,排除与案件事实无关的证据材料,将各个孤立的证据联系起来,以说明单个证据所不能说明的问题。

证据的三个属性共同构成了质证的完整内容,对任何证据都应当围绕这三个方面逐一进行质证,以使庭审质证有条不紊,层次分明,提高庭审质证的水平 and 效果。质证问题是审判方式的重要内容,是庭审活动的关键环节。司法实践中,除了掌握好上述质证的三个属性外,还应当注意以下问题:

首先,要做好质证的准备工作。开庭审理案件的重点,在于全面查清事实,只有这样才能正确适用法律,故庭审前的准备工作要注意有利于查清事实。在质证方面,主要是要求法官在开庭之前通过审阅当事人的诉状,了解案件概况、争辩焦点等,以便在庭审中引导当事人围绕争议的问题举证、质证,使当事人质证更具针对性。

其次,要把握好质证的范围。一般来讲,所有与案件事实有关的证据材料均要当庭质证。这是质证的基本要求。但审判实践中也不是事事都要质证,如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表示承认的,有关事实当事人虽有争议,但根据法律规定、生效的裁判确定、有效公正文书证明的事实、自然规律及定理和已知事实能推定出的另一事实,均无

需质证。

这里需要探讨一个问题,即人民法院依职权调查收集的证据是否也需要在庭上质证?这在理论界和司法界都是争议比较大的问题。一种意见认为,人民法院依职权调查收集的证据材料具有公正性,可采信程度大,因此对这类证据无需质证即可作为定案的依据。笔者认为,这种观点理论上值得商榷,法律上也没有依据。首先,所谓人民法院调查收集证据,主要是指某些证据由于种种原因当事人不能直接收集提供,而由人民法院依靠其特殊身份和地位将该证据收集调查而来,至于说该证据的内容是否是客观的、真实的、合法的,是否与案件有关联,则须通过法庭质证才能确认。如人民法院调取的某一档案材料,其可靠程度并不因取证者是人民法院而有所提高。法院只是一个取证者,该档案材料的内容是否真实,应由双方当事人庭审中进行质证。其次,我国民事诉讼法第66条明确规定“证据应当在法庭上出示,并由当事人相互质证”。第一,这里的“证据”并未规定只是当事人提供的证据,当然应当包括所有证据;第二,这些证据应当在法庭上“出示”并“质证”。显然,人民法院调查收集的证据不可能不在法庭上出示,按照此条的行文,“出示”就得“质证”。所以,人民法院调查收集的证据也在法庭上进行质证是有法律依据的。

再次,突出质证的重点。我们说所有与案件事实有关的证据材料都要当庭质证,但这并不是说在质证过程中不分主次轻重,平均用力。相反,在实践中必须注意抓住主要事实、矛盾证据和争议焦点这三个重点问题进行质证。主要事实是查清案件正确裁判的基础,它决定了案件的基本性质和双方当事人责任的大小,抓住了主要事实就是抓住了案件的“龙头”。矛盾证据是诉讼过程中最为突出的问题之一,由于双方当事人的利益相反,各自都想维护自己的利益,一般来说只有提供与对方相矛盾的证据才能达到此目的。但是按照逻辑规律,在证明同一事实中出现矛盾证据,其中必有一假。要通过充分的质证识别和排除假证,正确认证。争议焦点是解决纠纷的症结所在,要认真听取双方当事人及诉讼代理人的陈述与反驳,归纳焦点,抓住关键,重点质证。

最后,要把握好质证的方式。实践中,由于经济纠纷案件形形色色,千差万别,所以必须从实际出发,有针对性地对不同的具体案件采取不同的质证方式。一是逐次推移,一证一质。即按照当事人之间权利义务关系发生、发展、终止以及双方纠纷的起因、经过、结果等的先后顺序,一个证据一个证据地“举”和“质”,使案件的事实逐步展开。二是分类归纳,“按图索骥”。即将当事人举证、质证的问题按性质分别归类,一类问题一类问题地去质证。这样质证脉络清楚,层次分明。如购销合同纠纷中可能有质量、交货期限、货款数额、付款时间等争议,应当根据问题的不同性质确定几条线索,逐一质证。三是由表及里,“层层剥皮”。即将案件事实分为几个层次,先抓住表层问题举证、质证,然后层层剥皮,逐步深入,最后再抓住核心问题举证、质证。审判实践中的情况是纷繁复杂的,究竟应采取何种方式进行质证,要根据案件的具体情况来决定,既可以采取单一的方式,也可以几种方式并用。总之要有利于认定证据、查清事实。

2. 关于当庭认证问题。当庭认证是指法官在开庭审理中,基于对当事人及其诉讼代理人提供的和人民法院自行调查收集的经过当庭质证的所有证据,按照一定的原则、标准、方法进行分析、研究、审查、核实,判断、鉴别其真伪,在法庭上确定其证明力有无或大小,进而认定案件事实的审理活动。经济审判方式改革工作开展以来,许多同志认为,认证可以、但不一定“当庭”,在庭下认证把握性大,可避免法庭与当事人的冲突,当庭认证并不是法律的要求。其实这是一种误解。民事诉讼法规定“证据应当在法庭上出示”,“证据必须查证属实,才能作为认定事

实的根据”。“人民法院应当按照法定程序,全面地、客观地审查核实证据”。“人民法院对有关单位和个人提出的证明文书应当辨别真伪,审查确定其效力”。“人民法院对视听资料,应当辨别真伪,并结合本案的其他证据,审查确定能否作为认定事实的根据”。“人民法院对当事人的陈述,应当结合本案的其他证据,审查确定能否作为认定事实的根据”。上述法律规定中所谓“按照法定程序”确定证据的效力,其实质就是当庭认证,它是改革经济审判方式的重要环节。

由于传统审判方式对这一问题的忽略和改革之初对这一问题没有进行认真深入的研究,使当庭认证目前尚没有统一的概念,其在整个庭审过程中,也未能确立一个明确、独立的地位。改革实践中主要有以下几种倾向:一是有的把法庭调查的重点仅仅放在如何指导当事人举证、质证上,仍沿袭过去庭上质证、庭下认定的习惯做法;二是有的将当庭认证机械地理解为就是一律当即认证,过分强调法官对每一证据的证明力当即“表态”,强调庭审“一堂清”;三是认证过程中法官只笼统地表态,对某一证据“采信”或“不予采信”、“认定”或“不予认定”,而没有说明采信不采信、认定不认定的理由;四是有的将法官的听证、核证和认证笼统地归结为庭审质证的范围,混淆了质证与认证环节的不同或者忽视了质证与认证之间内在的必然联系,将二者机械地割裂开来,不能把它们融汇贯通。

笔者认为,要想把握当庭认证这一重要环节,提高当庭认证水平,必须加深对当庭认证本身的含义和认证要求的理解。(1)所谓当庭认证,主要是强调要在法庭上认证,不能在庭外认证。“当庭”和“当即”不是同一概念,实践中根据具体案件和庭审的具体情况,当事人双方对某一证据质证之后,能够当即认定的,法官即应当当即认定。不能当即认定的,可以在一组证据质证之后再予认定。如果一组证据质证之后,仍然不能认定,则在法庭调查结束之后,经过合议庭合议庭后再到法庭上予以认定。这都属于当庭认证。但实践中通常有两种做法,一是当事人双方质证完毕之后,法官在法庭上对哪些证据能够采信,哪些证据不能采信以及采信与否的理由等不作任何表态,休庭之后经过研究即作出判决,使当事人不知其然,也不知其所以然。二是当事人双方质证之后,法官对已质证过的证据当庭予以认定,另外需要当事人补证的,补证之后,不再开庭质证、认证,而是直接作出判决。这些都不符合当庭认证的要求。当庭认证归纳为一句话,就是所有证据材料和证人证言都必须拿到法庭上来认定。(2)认证的实质内容是法官通过庭审活动,对当事人所举证据进行审查、核实、分析、判断,从中筛选出对证明案件事实确有作用的证据,并对其证明效力加以确认。其中认证的主体是法官;认证的客体是经过庭审质证的证据材料和证人证言等;认证的内容是法官对案件争议内容确有证明作用的证据材料和证人证言等进行核实、筛选和判断;认证的结果是对证据效力的有无及其大小的确认。(3)当庭认证和当庭质证一样,必须围绕着证据的“三性”即客观性、合法性、关联性进行。“三性”互相联系,缺一不可。符合“三性”要求的就应认定其效力,并予采信,不符合“三性”要求的,就应否定其效力,不予采信。这是认证的基本要求。改革实践中一个悬而未决的问题是,当庭质证之后法官当即认证认什么?是“三性”同时认定还是只认其中的“一性”、“二性”?不少同志认为,认证应当是“三性”同时认定,否则认证是不完整的。笔者认为,当即认证一般只应认定证据的真实性和合法性,其关联性则应在一组证据或全案证据的真实性、合法性认定完毕之后再行认定。因为关联性是指该证据与该案之间、此证据与彼证据之间的“联系”,“联系”一般只在数个证据当中或将某一证据放在全案当中才能找到,每一个孤立的证据质证之后,只能搞清其是否真实,是否合法,关联性还是“联系”之后再予认定为宜。(4)当庭认证必须遵守形式逻辑的基本规律,即同一律、矛盾律、排中律,善于发现证据中逻辑上的矛盾,以排除矛盾,消除疑点。(5)当庭认证不

能简单地表态“采信”、“不采信”或“认定”、“不认定”，而应当具体说明采信或不采信的理由，亦即平常讲的说理。只有说明理由讲清道理，才能使当事人不仅知其然，而且知其所以然，使当事人心悦诚服。但说理必须客观、公正、言简意赅，不能带有任何偏好或倾向性，不能与当事人争辩，以免使法官成为矛盾焦点，影响其公正形象。(6)庭审过程中当事人的举证、质证和法官认证，既有区别，又有联系。当庭举证和质证是当庭认证的基础和前提条件，当庭认证则是当庭举证和质证的结果及直接目的。

认证的方式是一个有待探索的问题，理论界认识不一，实践中做法各异。归纳起来，有一证一认、一组证据一认定和综合认证等几种方式。一证一认，顾名思义，即每一个证据经当事人双方质证以后，就由法官对该证据作出认定，说明采信与否及其具体理由。一组证据一认定，则是指将说明某一事实的有一定关联的几个证据归纳为一组，每一组证据质证完毕之后，法官对该组中的各个证据进行认定，说明理由。综合认证是指待全案所有的证据全部质证完毕以后，法官再回过头来根据证据之间的相互关系作出综合分析判断，决定哪些证据应予采信，哪些证据不予采信，并分别说明采信与否的理由。

认证的几种方式各有特点。一证一认，简捷、明晰，脉络清楚，让人一目了然。但由于是每一个证据为一个单元，割断了证据之间的互相联系，难以纵揽全局，融汇贯通，如果匆忙作出认证，有可能导致认证错误。另外，这种认证方式对法官的应变能力要求较高，一般较难掌握。分组认证因为是一组证据质证完毕后再认定，法官对一组中各个证据及其相互之间的关系有一个比较全面的了解，不易出现证据之间相互矛盾的认定。综合认证，因是在全部证据质证完毕之后进行的，法官已对全部证据及其相互之间的关系有了一个全面、系统的认识，在此基础上可以综合整个案件证据的关联性，容易发现单个证据之间、某一组证据和整个案件事实的矛盾，能够避免零碎的、局部的认定可能出现的片面性。列宁曾经指出：“如果从事实的全部总和，从事实的联系中去掌握事实，那么，事实不仅是胜于雄辩的东西，而且是证据确凿的东西。如果不是从全部总和、不是从联系中去掌握事实，而是片断的和随便挑出来的，那么事实就只能是一种儿戏，或者甚至连儿戏都不如”。<sup>〔20〕</sup>总之，证据在哪个环节认定不是一成不变的，要因案而异。笔者主张，一般来说，案情比较简单、法律关系比较明确，单个证据之间或几组证据之间独立性较强的案件，适宜一证一认或一组一认；案情比较复杂、证据比较多、证据之间相互联系较密切的案件，适宜综合认证。

### (三) 强化合议庭和独任审判员的职责，实现“审”与“判”的统一

民事诉讼法第40条规定：“人民法院审理第一审民事案件，由审判员、陪审员共同组成合议庭或者由审判员组成合议庭。”“适用简易程序审理的民事案件，由审判员一人独任审理。”第41条规定：“人民法院审理第二审民事案件，由审判员组成合议庭。”这说明我国在民事诉讼中实行合议制和独任制。合议制的主要特征是：1. 合议庭是审理和判决案件的法定组织，对其审理的案件享有决定权（少数须由审判委员会讨论决定的除外）。合议庭评议案件由审判长主持，各成员权利平等，一人一票，意见不一致时，按少数服从多数的原则作出决定。2. 合议庭是一个整体，其成员要共同参与案件的审判活动，审判长负责统一组织和指挥。3. 合议庭的组成人员必须是单数，一般由三人组成，重大、疑难、复杂的案件，也可由三人以上的单数组成。

独任制的特征：1. 它只适用于基层人民法院适用简易程序审理的一审案件。2. 独任审判

〔20〕 参见《列宁全集》第23卷，第279页。

员对其审理的案件享有决定权。

合议制和独任制是法律规定的人民法院审判案件的特定方式。但是,在司法实践中,合议庭和独任审判员的作用没有得到应有的发挥。主要表现一是合议庭“合而不议”,二是合议庭和独任审判员只审不判。一般情况下,名义上是合议庭审理案件,实际上是由“主办人”或“承办人”一人审理,其他合议庭成员不直接参与,评议案件时也是主审法官的意见起主要作用,其他成员多数情况不进行实质性的合议,只表个态。个别的甚至先裁判然后再分别通气,既“不合”也“不议”。所谓合议庭和独任审判员只审不判,是指在许多情况下合议庭和独任审判员形式上是审判组织,但案件判决之前,要经庭长、院长“把关”审批,合议庭和独任审判员实际上对案件的处理并没有完全的决定权。有些地方还明确提出,合议庭和独任审判员负责查明案件事实,不负责适用法律。

上述做法的弊端是十分明显的。首先,影响了合议制科学性的发挥。合议制的科学性在于,它强调合议庭各成员发挥自己的聪明才智,互相补充制约,形成合议庭的整体智慧和优势,防止法官个人认识上的失误、审判工作中的专断和司法腐败的产生。实践中,无论是“合而不议”还是领导层层审批,都严重限制了合议庭整体智慧的发挥,又回到了合议制本来欲避免的个人意志起决定作用的状态。其次,不利于提高办案质量和效率。“合而不议”否定了合议庭整体智慧,影响办案质量自不待言,庭长、院长层层审批案件的做法导致审者不判,判者不审,审与判脱节。领导仅仅根据听合议庭或独任审判员的汇报、看材料,甚至仅仅根据法官拟制的法律文书稿来决定案件的处理,案件失真和认识失误的可能性会大大增加。另外,这种做法大大加重了庭长、院长的工作负担,影响其监督管理作用的发挥,同时,助长了各环节的依赖思想。说是“层层把关”,实际上每一道关都没有尽百分之百的责任去把。况且,每年几百件、上千件的案子都要求由庭长、院长一人把好关,也是不现实的。从科学的角度分析问题,提高办案质量的根本办法不是靠别人“把关”,而是想办法提高法官的政治业务素质,增强其责任心。再次,审批制度违反审判权平等原则。毋庸置疑,法官的资历有深有浅,素质有好有差,职务有高有低,但同一级人民法院的法官对案件的审判权是平等的,审判案件时,他们在合议庭中的地位平等,权利一样,评议案件一人一票,少数服从多数,不存在高人一等的特殊法官,即使院长或庭长参加合议庭也是如此。

审判方式改革的重要内容之一,就是要强化合议庭和独任审判员的作用,真正贯彻执行合议制和独任制。为此,应当采取如下对策:第一,明确地位,提高认识,增强贯彻执行合议制和独任制的自觉性。人民法院组织法和民事诉讼法明确规定,人民法院审判案件实行合议制和独任制,可见,合议庭和独任审判员在人民法院中的地位十分明确,它是法定的审判组织,代表人民法院独立行使审判权,其他任何组织和个人包括人民法院内部的组织和个人(审判委员会除外)代替或否定其行使审判权,都是没有法律依据的。第二,明确职责,下放权力,真正发挥合议庭和独任审判员在审判案件过程中的作用。领导审批制度严重地削弱了合议庭和独任审判员的作用,否定了合议制和独任制的原则,这种做法应当改革。目前,除少数重大疑难案件由审判委员会讨论决定以外,其他案件应逐步取消领导审批制度,由合议庭或独任审判员直接判决,法律文书由审判长或独任审判员审核签发。让代表法院的审判组织独立进行审判活动,这是符合法律规定的。第三,严格合议庭评议制度。合议庭是法定的审判组织,必须认真履行自己的职责,对评议案件中所涉及的所有问题,尤其是认定事实、法律适用、裁判结果等必须全面、充分地予以评议,每位成员要对评议内容充分发表自己的意见,不能简单附和。合议庭内要真正

实行少数服从多数的原则,必须以多数人的意见作为合议庭的判决意见。比较特殊的重大复杂案件,可以相应增加合议庭成员的人数,以充分发挥大家的智慧,保证办案质量。第四,改进庭长、院长的领导方式。要强化合议庭和独任审判员的职责,就必须改进庭长、院长的领导方式,主要是从对具体案件的审批转移到对审判工作的宏观指挥指导上:一是要了解和掌握其所主管部门或区域审判工作的开展状况和发展趋势,把握其大方向;二是要组织、指挥、协调全体员工的日常工作,尤其要注意发挥合议庭和独任审判员的特长,组织大家学习业务知识,提高办案能力和水平,积累各类案件的审判经验;三是对重大、疑难案件直接参加合议庭并担任审判长;四是积极参加旁听各办案人员的开庭审理活动,从中掌握审判人员的办案情况并对其进行监督指导。这样就能理顺庭长、院长与合议庭的关系,既促进了合议庭职能的发挥,又较好地发挥了庭长、院长的领导作用,无疑会对保证办案质量起到积极的作用。第五,建立健全监督制约机制。为保障合议庭依法行使审判权,防止其滥用职权,必须加强对合议庭的监督制约。具体措施主要是两方面,一是接受人民群众、人大、上级法院的普遍监督,加强信访申诉工作,发现问题及时纠正和查处。二是真正实行错案责任追究制。发现案件认定事实或适用法律有重大错误并造成严重后果的,要根据情况追究有关人员行政责任或经济责任。对办“人情案”、“关系案”,枉法裁判或吃请受贿的,要从严处理,构成犯罪的,依法追究刑事责任。

## 五、经济审判方式改革几个前瞻性问题探讨

经济审判方式改革是一项宏大的系统工程,它涉及到方方面面,牵一发而动全身。随着改革的不断深化,更深层次的问题会逐渐暴露出来,改革发展到一定阶段,甚至会对许多传统的诉讼原则和诉讼制度发出诘难,进而提出修改立法的要求。这是一个非常重要的问题,必须有所预见,并先行研究。如前所述,审判方式改革必须坚持依法改革的原则,不能抛开法律另搞一套。我们研究这些问题的目的,决不是要在目前付诸实施,而是要在对审判方式改革的现状进行审视的基础上,去研究和探讨将要提出的一系列带前瞻性的问题,以使人们在这些问题不可避免地提出来的时候不至于感到束手无策。

### (一)关于以事实为根据原则

以事实为根据,以法律为准绳一直是我国司法工作的一项基本原则。建国几十年来,它对于追求实体公正,提高办案质量,树立人民法院的形象等,都起到了非常重要的作用。所谓以事实为根据,其立法本意是指“司法机关审理一切案件,都只能以客观事实作为唯一依据”或者说“只能以客观事实作基础……尊重客观事实,按照客观世界的本来面目来认识世界”。<sup>[21]</sup> 这种观点的来源有二:第一,唯物主义认识论,即世界是可知的,任何事物都是可以认识的。任何案件只要经过认真调查,都会真相大白。第二,公众朴素的思想感情,即人们一般都会自觉或不自觉地希望司法机关以案件的客观事实为依据处理案件,并认为只有这样才是公正的、合理的。在传统的审判方式下,案件事实都是人民法院亲自调查,为了追求实质真实,法官一般都会不遗余力地全面地收集有关案件的一切证据,甚至有查不清事实不罢休的精神。因此,人们一般都认为,法院调查认定的事实就是客观事实。审判方式改革强调当事人举证责任,双方打官司实际上主要就是打证据,哪方的证据多、质量高,法院所认定的事实就会对哪方有利。那么根据

[21] 参见吴磊主编:《中国司法制度》,中国人民大学出版社1988年版,第99页。

这些证据所认定的事实与客观事实是什么关系呢?应当说,在一般情况下,证据所证明的事实与案件的客观事实基本上是吻合的,或者说,证据真实地反映了客观事实。这也正是证据制度的价值所在,否则证据制度本身就是不可取的。但是客观世界是繁纷复杂的,情况千差万别,人们对世界的认识又受到客观条件的限制,况且,我们所要探求的案件的客观事实又都是已经过去的而非正在发生着的现象,因此,从另一方面说,证据所证明的事实与客观事实又不是完全吻合的,因为人们无法将过去的现象完全复原,即使是当时的录像也不是百分之百地、绝对地反映当时的真实情况,即所谓证据永远是事实的影子,而非事实本身。法官的任务就是根据事后收集的证据,分析、推断过去发生的情况,并使之尽可能与客观事实相吻合。但是,如果出现了相反的情况,人民法院也只能是根据证据来认定“事实”,而不能抛开证据,去无根据地认定“客观事实”。例如,甲曾向乙借了5000元,还款时未收回借条。后来乙又以此借条为据向法院起诉,请求甲偿还此款。甲答辩称此款已经偿还,但无证据。显然在此案中证据所证明的事实不是“客观事实”。在此种情况下,人民法院应如何认定并判决呢?毫无疑问,只能认定甲欠乙的钱,判决乙胜诉。还有一种情况,证据本身是真实的,其内容能够反映案件的客观事实,但因其来源或者当事人的取证手段不合法,按照证据规则,它不能作为认定事实的依据。如在某一经济合同纠纷案件中,当事人双方曾口头协商并达成协议,将供货期限由1月改为4月份。当时供方进行了秘密录音,诉讼中需方予以否认。在强调以事实为根据的审判方式下,一般着眼于录音的内容是否真实,有无伪造。内容是真实的即可作为认定案件事实的依据,故该案应认定供货期限为4月份。但审判方式改革强调证据规则,不仅看录音的内容是否真实,还要看录音的手段是否合法。按照最高人民法院法复[1995]2号批复,秘密录音属不合法行为,故该录音不能作为定案依据,其供货期限仍应认定为1月份。如此简单的两个例子可以得出非常重要的结论,即严格地讲不应当是“以事实为根据”,而应当是“以证据为根据”。当然,如果考虑到公众对改变这一传统提法的承受能力不足,可以采取变通办法,即仍称以事实为根据,但这里的事实不是指客观事实,而是指证据所证明的事实,亦即法律事实。

## (二)关于审判监督程序

所谓审判监督程序,简单地讲,是指为了保证法院裁决的公正,使已经发生了法律效力但确有错误的判决、裁定得以纠正而特设的一种再审提起和审理程序。民事诉讼法规定了三种监督程序:一是法院自己提起的再审程序,即各级人民法院院长对本院已经发生法律效力并已发生法律效力的判决、裁定,发现确有错误,认为需要再审的,应当提交审判委员会讨论决定;最高人民法院对地方各级人民法院已经发生法律效力并已发生法律效力的判决、裁定,上级人民法院对下级人民法院已经发生法律效力并已发生法律效力的判决、裁定,发现确有错误的,有权提审或者指令下级法院再审。二是由当事人申请提起的再审程序,即当事人对已经发生法律效力并已发生法律效力的判决、裁定认为有错误的,可以向原审人民法院或者上一级人民法院申请再审。申请符合法定条件的,人民法院应当再审。三是人民检察院提出抗诉引起的再审程序,即最高人民检察院对各级人民法院发生法律效力并已发生法律效力的判决、裁定,上级人民检察院对下级人民法院发生法律效力并已发生法律效力的判决、裁定,发现有下列情形之一的,应当按照审判监督程序提出抗诉;原判决、裁定认定事实的主要证据不足,适用法律不当的;人民法院违反法定程序,可能影响案件正确判决、裁定的;法官在审理该案件时有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为的。地方各级人民检察院对同级人民法院已经发生法律效力并已发生法律效力的判决、裁定,发现有上述情形之一的,提请上级人民检察院提出抗诉。民事诉讼法还规定,只要人民检察院提出抗诉的案件,人民法院均应再审。就法律规定本身来说,我国的监督机制还是相当完备的。但是经



济审判方式改革向审判监督机制提出了这样的问题:法院自身的监督和人民检察院的监督是否有必要?在多大程度上有必要?它的监督应限定在什么范围内?首先,根据法的分类理论,民事诉讼属于私法的范畴。所谓私法,根据罗马法学家乌尔比安的学说,它“是关于个人利益的法律”。<sup>[22]</sup>私法与公法不同,它所调整的对象是平等主体的个人之间的权利义务关系。对这一领域国家一般不干预或尽可能地少干预。其次,在民事诉讼中应当充分尊重当事人的意思自治,充分保障当事人的处分权。处分权中最重要的内容之一就是请求权。其实,人民法院自身监督提起再审程序和人民检察院抗诉提起再审程序,实质上均涉及当事人的请求权。如果发生法律效力的判决、裁定确有错误,侵害了当事人一方或双方的民事权利,受害的当事人申请再审自不待言,但如果受侵害的当事人出于种种考虑(如诉讼成本问题)放弃再审请求权,那么人民法院或人民检察院依据自己的职权,强行提起再审,岂不是对当事人处分权的侵犯。因为提起再审而给当事人增加的诉讼成本支出可能大于因再审而获得的利益,这种损失由谁来负担?在追求效率和效益的市场经济体制下必须考虑这一问题。再次,从理论上讲,由于法律设置了当事人申请再审这一重要途径,本级人民法院院长和上级人民法院尤其是人民检察院提起再审程序,则应当是通过当事人之外的其他途径“发现”发生法律效力错误的判决、裁定有错误。但实际上这种途径是没有的或者很少有。从审判实践来看,凡是由人民法院自身或人民检察院抗诉提起再审程序的,几乎百分之百地是因当事人向其申请或反映而引起的。反过来说,如果没有当事人向其反映,人民法院和人民检察院就失去了提起再审程序的前提条件。既然法律已经规定了当事人直接申请再审的途径,那么法院自身监督和人民检察院抗诉监督的必要性就值得怀疑了。有的同志可能会讲,实际情况是当事人正常的申请再审权得不到充分的保护,所以设置这两条监督途径是必要的。但笔者认为,这一问题应当通过进一步完善二审制度和当事人申请再审制度来解决(人民法院设立告诉申诉庭专门处理再审案件就是措施之一),而不应再设置两条并不科学、不合理的途径,这无论从理论上还是实践上都弊大于利。当然,也应当指出,人民检察院的监督并不是完全无必要的,但这种监督必须限制在发生法律效力错误的判决、裁定危害了社会公共利益或国家利益的范围内。这种范围的监督是必要的,也是可行的,既符合人民检察院代表国家维护社会公共利益和国家利益的身份,也解决了“发现”发生法律效力错误的判决、裁定有错误的途径问题。因为既然是判决、裁定危害了社会公共利益或国家利益,从理论上讲,即使当事人自己不申请再审,也自会有人向检察机关提出,甚至检察机关自己就可以直接发现。

### (三)关于有错必纠原则

有错必纠是我国多年来奉为社会主义法律优越性重要体现的一项重要司法原则。其原意是指凡是因认定事实、适用法律或其他原因判决错误的案件,都要予以纠正。这无疑是一种非常理想的司法原则,符合我国追求实质正义的司法传统,在以往的审判方式下,确实也起了非常重要的作用。但是,审判方式改革对此却提出了一个人们不愿意接受的问题,即“有错是否一定要纠”。首先,需要确定何为“错案”?按照传统的司法观念,凡是裁判所认定的事实与客观事实不符的(此处不讨论适用法律错误问题)都是错案。但是,如前所述,审判方式改革的结果是“以证据为根据”而不是“以事实为根据”。那么符合证据所证明的事实而不符合客观事实的裁判是否属于错案呢?答案应当是否定的。可见错案的标准发生了变化。其次,有错必纠原本是

[22] 参见沈宗灵主编:《法理学》,高等教育出版社1994年版,第321页。

刑事审判的原则,将其照搬到经济、民事审判工作中是不适当的。刑事案件是由国家公安机关、检察机关调查取证,不是被告举证,错案的责任一般在公安、检察或审判机关,不在被告。而经济纠纷案件是由双方当事人举证,许多错案责任在当事人一方或双方。这是经济纠纷错案与刑事错案的重大区别。另外,刑事错案所侵害的客体及危害程度也与经济纠纷错案有很大不同。再次,为了保证诉讼效率和效益原则的实现,建立举证时效制度越来越显得重要了。而举证时效制度的涵义显然是指当事人必须在一定期限内举证方为有效,期限届满人民法院将依现有证据裁判,逾期举证将不被采纳。判决、裁定发生法律效力后,当事人又发现新证据而申请再审的,也必须在法定期限内申请方为有效。可以预见这种制度实行之后,由于不按期举证而形成的“错案”将大大增加,而且它们不一定都在被纠正之列。最后,如前所述,若提起再审程序以当事人申请为限,假如出现了错案而当事人又不申请再审,这类错案当然也不在被纠正之列。那么,有错必纠原则在经济审判工作中的命运就可想而知了。

#### (四)关于处分原则

处分原则是民事诉讼中的一项基本原则,是指当事人在诉讼过程中,对自己所享有的民事权利和诉讼权利在法定范围内有权自由处理安排,或说可以行使也可以放弃。如当事人的诉讼请求权,他可以主张、变更、放弃;当事人的起诉权、上诉权、申请再审权可以行使也可以放弃。当然,这种处分权的行使不是毫无限制的,应当以不损害国家、社会 and 他人利益为前提条件。但现行的民事诉讼法在许多方面规定得不尽科学、合理。主要表现在对当事人的处分权限制约过死,干预过多,妨害了当事人对这一权利的正常行使。下面分别予以叙述。

1. 关于追加当事人问题。民事诉讼法第119条规定:“必须共同进行诉讼的当事人没有参加诉讼的,人民法院应当通知其参加诉讼。”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》第58条规定:“……应当追加的原告,已明确表示放弃实体权利的,可不予追加;既不愿参加诉讼,又不放弃实体权利的,仍追加为共同原告,其不参加诉讼,不影响人民法院对案件的审理和依法作出判决。”第53条规定:“因保证合同纠纷提起的诉讼……债权人仅起诉保证人的,除保证合同明确约定保证人承担连带责任的外,人民法院应当通知被保证人作为共同被告参加诉讼……”第65条又规定:“……无独立请求权的第三人,可以申请或者由人民法院通知参加诉讼。”由此可见,无论是原告、被告,还是第三人,在当事人不起诉、不主张的情况下,人民法院均可以依职权通知其参加诉讼并判决其享有权利或履行义务。这是与处分原则相矛盾的。按照处分原则,当事人是否起诉、向谁请求、请求什么等,均由当事人自行决定。当事人可以处分实体权利,也可以处分诉讼权利。债权人不放弃实体权利,又不愿参加诉讼的,说明其处分了要求法院通过审判程序保护其权利的权利,法院通知其参加诉讼显属不当。如果其他共同权利人实现债权后,该债权人又起诉的,应另案处理。债权人不向债务人或不向全部债务人或其他利害关系人请求的,法院也无必要主动通知被告或第三人参加诉讼,强令债权人向其请求。

2. 关于撤诉问题。所谓撤诉,即原告或上诉人在起诉或上诉之后,由于种种原因决定撤回起诉或上诉。民事诉讼法第13条规定:“宣判前,原告申请撤诉的,是否准许,由人民法院裁定。人民法院裁定不准撤诉的,原告经传票传唤,无正当理由拒不到庭的,可以缺席判决。”第156条也规定:“第二审人民法院判决宣告前,上诉人申请撤回上诉的,是否准许,由第二审人民法院裁定。”理论界有人进一步阐释,有下列情况之一的,即不准上诉人撤回上诉:(1)第一审法院判决确有错误,应当予以纠正的;(2)第二审法院认为原审违反诉讼程序,可能影响案件正确判

决,应当发回重审的;(3)同意上诉人撤回上诉,势必侵犯被上诉人合法权益的;(4)双方当事人提起上诉,不能因一方当事人申请撤诉而影响另一方当事人上诉权利。<sup>[23]</sup>其实不论哪种情况,涉及的都是双方当事人的利益,一方当事人不上诉或上诉人上诉后又撤回上诉等,实际上都是当事人放弃或部分放弃自己的请求权的行为。原告在一审中起诉后又撤诉的,说明其放弃了通过诉讼保护自己实体权利的权利。这些完全都是当事人自己“份内”之事,应当有充分的、完全的处分权(当然要以不损害国家、社会 and 他人利益为前提),法院没有理由和必要对其予以限制。但审判实践中,许多根本不损害国家、社会 and 他人利益的撤诉,都被裁定不准撤诉,实质上侵犯了当事人的处分权。

3. 关于财产保全问题。民事诉讼法规定:“人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因,使判决不能执行或者难以执行的案件,可以根据对方当事人的申请,作出财产保全的裁定;当事人没有提出申请的,人民法院在必要时也可以裁定采取财产保全措施。”由此规定可以看出,财产保全的目的是为了使将来的判决得以执行,这完全与当事人自身的利益相关,既然当事人没有提出保全的申请,说明当事人对此行使了处分权,人民法院主动依职权再予保全则没有必要。况且根据《中华人民共和国国家赔偿法》的规定,人民法院如因违法采取保全措施,给当事人造成损害的,要依法予以赔偿。所以,财产保全应以当事人申请为限。

4. 关于审理和判决的范围问题。“不告不理”是民事诉讼的重要原则,其基本含义是,未经当事人起诉和提出请求,法院不得受理和审判。换句话说,法院的审理和判决不得超出当事人请求的范围。关于这一点,我国民事诉讼法第二审程序中有明确规定,第151条规定:“第二审人民法院应当对上诉请求的有关事实和适用法律进行审查。”但是,最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第180条又规定:“第二审人民法院……对上诉人上诉请求的有关事实和适用法律进行审查时,如果发现在上诉请求以外原判决确有错误的,也应予以纠正。”这一规定不仅与法律规定不尽一致,理论界也有不同认识。有的学者认为,如果法院根据案件的具体情况,认为确有主动保护当事人合法权益的必要,可以依职权将当事人在诉讼中没有主张的实体权利纳入审判范围。因此,法院有权超出当事人请求的数额进行审理和判决。在审判实践中,超出当事人的请求范围审理和判决的情况比较普遍,有的甚至可以称作习以为常。如在经济合同纠纷案件中,原告请求被告继续履行合同,一审法院经审理认为合同无效,责任在被告,遂判决被告赔偿原告10万元。原告不服,仍以合同有效,被告应继续履行为由提起上诉,并明确表示拒绝被告赔偿的10万元。二审法院经审理认为,一审法院对合同效力及赔偿数额的认定均是正确的,遂判决驳回上诉,维持原判。原告仍不服,以同样理由继续申诉。关于上述问题,笔者认为,第一,民事诉讼中,法院的审理和判决应当受当事人请求范围的限制,这是由民事诉讼的特点所决定的。如果超出当事人请求的范围任意审理和判决,不仅有违处分原则,实际上也侵害了当事人(有时是被告有时也可能是原告)的利益。第二,民事诉讼法已规定二审就上诉范围进行审查,但最高法院的司法解释又规定,如果发现上诉请求之外原判决确有错误的,也应予以纠正。这当中有二个问题:其一,如果二审法院不对上诉请求之外的事实进行审查,何以“发现”其错误?其二,这里所谓“错误”的标准是什么?如一审应判决违约金或利息而没有判决,当事人上诉又未提出请求,这是否属于原判有“错误”?若这种情况均认定为“错误”而予以纠正,显然与民事诉讼法的立法原意相悖。第三,上述案例,一、二审法

[23] 参见周道鸾主编:《民事诉讼法教程》,法律出版社1988年版,第318页。

院均应认定合同无效,驳回原告诉讼请求,而不应抛开当事人的诉讼请求依职权强令赔偿。尤其是二审法院不能仅审查原判认定的事实和适用法律是否正确,还应当审查原判是否与当事人诉讼请求的范围相符。该案中,原告并未请求被告赔偿损失,法院的判决超出其请求范围,从理论上讲,该判决生效后是不会得到执行的,因为原告拒绝赔偿,其不会申请执行。那么,从一定意义上讲,这样的判决就失去了存在的价值。

5. 关于移送执行问题。民事诉讼法第216条规定:“发生法律效力民事判决、裁定,当事人必须履行。一方拒绝履行的,对方当事人可以向人民法院申请执行,也可以由审判员移送执行员执行。”据此规定,判决、裁定发生法律效力后,即使当事人不申请执行,法院也可以主动执行。其实,这里的判决、裁定所确定的都是当事人的权利义务关系,这种权利义务关系被判决、裁定确定之后是否需要实现,应当完全取决于当事人的意志。当事人不申请执行,说明其行使了处分权,人民法院没有理由和必要否定这种处分权而主动执行。更进一步讲,在申请执行的期间内权利人不申请执行即其不再主张请求权,该判决、裁定所确定的利益自然应当属于义务人,其他任何人(包括人民法院)强迫其继续履行是对其合法利益的侵犯和剥夺。所以,对判决和裁定的执行,也应当以当事人申请为前提。

#### (五)关于调解原则

调解原则是我国民事诉讼法中最具特色的原则之一,被誉为“东方经验”。而在查清事实、分清责任的基础上进行调解,又是我们历来强调和大加宣传的。民事诉讼法第85条明确规定:“人民法院审理民事案件,根据当事人自愿的原则,在事实清楚的基础上,分清是非,进行调解。”那么调解究竟是否应当以查清事实、分清是非为前提呢?笔者不以为然。第一,“调解和解”纠纷是调解的应有之意,也就是说,调解的含义本身就包括对某些界限不清的事实、责任含糊不究,互谅互让,以达到既解决纠纷又不伤和气的目的。查清事实、分清责任是判决的前提条件。调解和判决二者手段不同、程序不同、当事人行使处分权的范围不同,其前提条件也应有所区别。如果所有案件都强调必须查清事实、分清责任,干脆判决结案更为快捷、经济,这显然限制了调解作用的发挥。第二,在没有查清事实、分清是非责任的情况下,当事人双方即达成调解协议,说明当事人行使了自己的处分权,既处分了自己的实体权利,又处分了自己在这个问题的诉讼权利。法院或法官依职权强令当事人不得放弃这一诉讼权利没有必要。第三,按照民事诉讼法规定的精神,调解贯穿整个诉讼活动的始终,各个诉讼阶段均可以进行调解。但是,查清事实、分清是非必须经过法庭调查和法庭辩论才能完成,未经法庭调查程序,难以下“查清事实”的结论。据此推论,法庭调查结束之前所进行的一切调解,是不可能以查清事实、分清是非为前提条件的。当然,这种调解要特别强调当事人完全自愿的原则,不得以任何形式直接或变相地向当事人一方或双方施加压力。失去自愿就失去了调解的本来意义。在这个问题上,《中华人民共和国仲裁法》的规定值得借鉴,即调解只强调自愿,不要求查清事实、分清是非。

调解原则中还有一个很重要的问题,即调解书送达之前当事人的反悔问题。民事诉讼法第91条规定:“调解未达成协议或者调解书送达前一方反悔的,人民法院应当及时判决。”据此规定,当事人在诉讼中达成调解协议,该协议对当事人双方并无约束力,调解书送达时,当事人任何一方无论以任何理由均可以反悔。表面上看来,似乎赋予当事人更多的诉讼权利,而实际上这是对当事人处分权的一种“放纵”。任何市场主体之间在任何情况下达成的有关权利义务关系的协议,只要不违反法律,均具有法律约束力。这是合同理论的常识,也是市场经济的基本要求。诉讼过程中,在人民法院主持下,当事人之间就双方的实体权利义务关系达成调解协议,说

明当事人行使了自己的处分权。因此,协议一经达成,就应对双方具有法律约束力,调解书送达时任何一方不得反悔。否则,不仅对当事人调解过程中的草率行为起到鼓励作用,有悖于诉讼效率和效益原则,而且使双方的权利义务关系长期处于一种不确定状态,客观上损害了对方当事人或双方当事人的利益。因此,这种规定是不可取的。

#### (六)关于案件请示制度

所谓案件请示制度,是指下级法院在案件审理过程中,就案件的实体处理或程序问题以口头或书面形式向上级法院请示,上级法院研究后予以答复的制度。这种制度法律上并没有明文规定,但在审判实践中却非常普遍,并得到司法解释的认可。最高人民法院于1986年3月24日和1990年8月16日分别下发了《关于报送请示案件应注意的问题的通知》和《补充通知》,对此加以规范,使之制度化。对于下级法院的请示,上级法院的答复方式一般有三种:一是口头答复,即当面以口头方式或通过电话告知下级法院该案应如何处理;二是一般的书面答复,即以书面形式告知下级法院对该案的处理意见。这种答复一般比较全面,除了有对案件的具体处理意见外,有的还有事实认定和适用法律问题。从理论上讲,这种答复没有法律效力,仅供下级法院定案时参考,但实际上下级法院一般都会将此作为定案依据。如广东省韶关市中级人民法院1995年曾向广东省高级人民法院请示一担保人应否承担连带责任的案件,广东省高级人民法院即以(1995)粤高法经一复字第19号文书面答复:“……根据最高人民法院下发的《关于审理经济合同纠纷案件有关保证若干问题的规定》第二十九条的规定……在债权人乐昌市铅锌矿起诉主债务人乐昌市食品厂请求偿还欠款未超过诉讼时效时,对担保人乐昌市工商支行的请求亦未超过诉讼时效。因此,我院同意你院审委会对本案处理的第一种意见,即乐昌市工商支行应按合同约定承担连带责任。以上意见供你院参考。”<sup>[24]</sup>三是最高人民法院以司法解释的方式答复。这种答复不仅有明确的处理意见,而且具有法律效力,请示该案的法院必须照办,全国各级法院遇有类似的案件也均须照此执行。如湖北省高级人民法院1988年曾向最高人民法院请示因信用社不当退汇而引起的经济纠纷案件,最高人民法院即以《关于信用社违反规定手续退汇给他人造成损失应承担民事责任问题的批复》答复:“……花园乡信用社违反……规定,不仅没有将货款及时汇给收款人,反而在未收回自己出具的汇款证明、申请人手续不全的情况下办理了退汇手续,从而给收款人联合公司造成了经济损失。根据《中华人民共和国民事诉讼法通则》第一百零六条第一款和第二款的规定,可以将信用社作为诉讼当事人,依法承担民事责任。”<sup>[25]</sup>

客观地说,这种请示制度在案件比较复杂、法官业务素质较低的情况下,对于保证案件质量确实起到了一定的积极作用。但是,随着审判方式改革的不断深化,其弊端会越来越明显地表现出来。首先,它与独立审判原则相悖。独立审判的含义也应当包括上下级法院之间的相互独立,亦即上级法院不得干预下级法院对具体案件的审判,上级法院对下级法院具体案件的监督必须通过法定程序如二审、再审程序进行,而不应在案件的审理过程中越俎代庖,直接拿出处理意见。其次,这种做法实质上将二审终审制变成了一审终审(指一审中的请示),变相剥夺了当事人的上诉权、申请再审权。如上例所示,案件在下级法院审理过程中,上级法院就拿出了明确、具体的处理意见,尤其是最高法院以司法解释方式给予的答复具有法律效力,下级法院必须照办。那么,下级法院判决之后,当事人若不服该判决,上诉、申请再审还有多大意义?再

[24] 广东省高级人民法院经济审判第一庭、第二庭编《经济审判常用法律批复和文件汇编》,第353页。

[25] 《中华人民共和国最高人民法院公报》1988年第4期。

次,一般来说,请示的目的是为了保证办案质量,但从另一个方面讲,这种做法反倒不利于提高办案质量。一则因为上级法院并不直接审理此案,主要通过下级法院的报告了解案情,因而往往对案情把握不全面、不深入,甚至不客观,“失真”的可能性增大。二则同一案件由两级法院定夺,上下级法院的办案人员均有可能产生依赖思想,责任心减弱。第四,这种做法无谓地增加了上级法院的工作负担,影响了上级法院二审、再审功能的发挥,同时也增大了诉讼的社会成本。

#### (七)关于独立审判原则

我国宪法和民事诉讼法均规定,人民法院独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。无疑,独立审判原则包括法院独立于行政机关、社会团体和个人之外而单独行使审判权,不受任何外来的非法干涉。但它是否应当包括审判组织(合议庭)、法官(独任审判员)独立审判,即合议庭或独任审判员不受庭长、院长以及法院内部其他任何组织或个人的干涉而独立行使审判权呢?不少学者认为,我国实行的是法院独立审判,不是法官独立审判。这种观点在传统的审判方式之下是成立的,也是有事实和法律根据的。因为我们不仅有事实上的领导把关、层层报批,还有法律上明文规定的审判委员会。但是,改革审判方式强化合议庭的职责,使合议庭真正成为法律上和事实上的审判组织,取消没有法律依据的庭长、院长把关的做法(审判委员会问题暂时不论),那么谁还有权利或有必要“干涉”合议庭的审判活动呢?到那时,合议庭或独任审判员独立行使审判权可能也就成了自然而然的了,这就要对独立审判原则进行重新界定。事实上,合议庭(或独任审判员)独立审判或叫法官独立审判,理论上是成立的,实践中是可行的。从保证办案质量方面考虑,立法将简单案件确定由独任审判员审判、一般案件由合议庭审判、合议庭实行少数服从多数原则等等,这本身就是从保证案件质量,保证公正裁判考虑的。况且法律还设置了二审程序和再审程序。从理论上讲,担心法官独立审判不能保证办案质量是不成立的。实际上,层层把关,否定法官独立审判,在一定意义上讲更不利于保证案件质量、保证公正裁判。再从提高办案效率考虑,从社会学的观点看,社会分工和职业的专门化及由此产生的权力分配,是社会发展的必然要求。只有明晰的社会分工和职业专门化及权力的相对独立,才能产生社会运行的高效。从独立审判制度的实质看,所谓独立审判,就法院内部而言,审判组织制度要求合议庭(或独任审判员)在其职权范围内对案件作出判决,无需经其他法官审查批准,一部分法官对另一部分法官在案件审判上不应当行使支配权,即不存在“法官之上的法官”。民事诉讼法规定,庭长或院长参加合议庭的,与合议庭其他成员具有同等的权利,同样实行少数服从多数,就说明了这一点。因此,独立审判原则,既包括人民法院的“独立”,也应当包括审判组织和法官的“独立”。

#### (八)关于审判委员会制度

审判委员会制度是我国诉讼法的基本制度之一。《中华人民共和国民事诉讼法组织法》第11条规定:“各级人民法院设立审判委员会,实行民主集中制。审判委员会的任务是总结审判经验,讨论重大的或者疑难的案件和其他有关审判工作的问题。”在传统的审判方式下,审判委员会的地位非常重要,作用非常突出,实际上不仅法律规定的重大疑难案件由审判委员会研究决定,许多普通案件也由审判委员会研究决定。这对于保证公正裁判,维护人民法院的权威,确实起到了重要作用。但是,审判方式改革向这一制度提出了诘难:首先,它与公开审判原则相矛盾。公开审判是当今民主政治的重要内容,是一个国家民主化程度的重要标志,是我国的宪法原则,是审判方式改革的重要内容。公开审判的真正含义,应当包括两个方面,一是审理案件的活动公开;二是审理案件的人员公开——这就是审理案件时为什么要宣布合议庭组成人员的

原因所在。审判委员会是人民法院的最高审判组织,它对案件有最终决定权,审判委员会的决定合议庭必须服从。那么,审判委员会是如何决定案件的呢?一般是由“主办人”汇报案情,如当事人争议的事实、双方各自的证据和理由、合议庭对证据和事实的认定、适用法律以及最后的处理意见。审判委员会委员根据汇报的情况各自发表意见,最后少数服从多数形成决议。这实际上是在审判委员会委员未直接听证的情况下,对案件又进行了一次审理。而这是不公开进行的,不符合公开原则。再者审判委员会的成员也不是公开的,它具体由哪些人组成,研究某一具体案件时哪些审判委员会成员参加等,都没有公开的程序,实际上该具体案件的当事人也确实不知道。其次,它和直接审理原则相悖。所谓直接审理原则,是指凡是参与案件裁决的法官,必须亲自投身于该案庭审之中,直接听取当事人之间的言词辩论,耳闻目睹当事人双方的举证、质证活动,掌握第一手材料。没有直接参与庭审的法官,不得对案件的判决发表意见。直接审理原则,保证了法官的亲身体验,便于形成正确的内心确信,使“审”与“判”统一于一个主体,防止了中间环节传导过程造成的“失真”。审判委员会成员不直接参加案件的庭审,仅凭办案人员的汇报决定判决意见,很难完全避免“失真”现象的发生。再次,它和回避制度相矛盾。设置回避制度的本意,是为了防止与案件当事人有牵连或与案件有利害关系或其他关系,可能影响案件公正审理的法官参与该案的审判,以保证公正原则的实现。这是当今世界各国诉讼制度中的一大重要原则,也是当事人最重要的诉讼权利之一,人民法院只有真正保障当事人的这一诉讼权利,才能实现审判公正。不言而喻,要想使当事人行使这一诉讼权利,基本前提之一就是审判该案的法官必须公开,或者说案件的当事人必须知道由谁来审判这一案件。如前所述,审判委员会的成员是不公开的,而公开的合议庭成员却又没有判决权。那么,当事人如何对审判委员会成员行使申请回避的权利呢?对合议庭成员申请回避的意义又有多大?最后,按照人民法院组织法的规定,审判委员会的任务主要有两项,研究重大疑难案件和总结审判经验。改革审判方式后,合议庭成为真正的审判组织,有实实在在的判决的权力。某一案件是否疑难与合议庭成员的业务水平直接相关,随着法官业务素质的不断提高,绝大多数案件无需经过审判委员会。况且何为重大疑难案件又没有明确的规定,实际上也难以规定。按照案件从起诉——开庭——判决的逻辑来讲,某一案件是否属于重大疑难案件要由合议庭来定,它认为是则报院长提交审判委员会;它认为不是,则无需上报。新颁布的刑事诉讼法明文规定:“合议庭开庭审理并且评议后,应当作出判决。对于疑难、复杂、重大的案件,合议庭认为难以作出决定的,由合议庭提请院长决定提交审判委员会讨论决定。”从理论上讲,在合议庭不予上报的情况下,院长或审判委员会没有可能主动研究某一具体案件。这样,审判委员会的这一任务基本上就“自消自灭”了。至于说总结审判经验,一则最高法院这方面的任务还比较多,而地方各级法院尤其是基层法院这方面的任务则很小;二则如果仅仅是总结审判经验,它就不是一个审判组织了。

## 余 论

经济审判方式改革是一项庞大的系统工程,它与国家的政治生活、经济生活、文化生活息息相关,更与审判工作的各个方面密不可分,我们既要对其进行系统、深入的理论研究,也要在改革实践中不断总结经验,提高运作水平,还要对这项工作的发展前景有一个尽可能科学的、符合客观实际的展望与预测,以使这项改革工作能够逐步地、健康地、有条不紊地开展下去。

笔者认为,展望经济审判方式改革的未来,可以看出如下特点:首先是全国各地发展很不

平衡。这主要因为各地的政治、经济、文化水平发展不平衡,如城市和农村、经济发达地区和不发达地区这方面的差距较大,城市、经济发达地区人口素质较高,观念开放,各方面条件均较好,这项工作开展起来相对容易。不发达地区尤其是落后的农村,人们的文化素质普遍较低,观念落后,信息不畅等,这项工作开展起来要困难得多。这种不平衡是不可避免的。对此必须有一个客观的认识。

其次,审判方式改革是一个发展过程,需要逐步完善。这是因为,第一,思想观念的更新不是朝夕之事,它有一个转变的过程,如前面所讲的法院内部的悲观论、担心论、恋旧论、麻烦论、等待论等思想观念以至社会公众的观念变化等均需时日。第二,改革审判方式要取得重大突破,有赖于法官、律师、当事人文化素质、法律知识水平的提高,这也是一个渐进的过程。第三,审判方式改革是一项系统工程,牵一发而动全身,它与国家政治、经济体制改革、法制建设的发展水平等,有着密不可分的联系,这个大环境的变化也是渐进的。第四,经济审判方式作为经济审判制度的重要内容,本身也是一个比较复杂的构造。这种构造的形成自身就需要一个积累、磨合、协调的过程,违背其发展规律“拔苗助长”是不行的。在这个问题上,有两种倾向:一是盲目乐观论或称“速胜论”,看不到或不重视改革的不利因素,认为审判方式改革不是什么太复杂的事情,可以在短期内取得成功。二是悲观论,即只着眼于改革的不利因素,看不到有利因素,认为改革审判方式只是一个理论设计,没有实现的可能性。笔者认为,悲观论和盲目乐观论都是不可取的。改革的前景是光明的,但必须看到改革的艰巨性和曲折性,看到它是一个发展过程。

再次,基于本文第二部分关于经济审判方式改革可行性问题的探讨,与民事审判方式改革、行政审判方式改革、刑事审判方式改革相比,经济审判方式改革发展会相对较快,它将成为法院整个审判方式改革的“龙头”。