

民事证据法的目的

李 浩*

内容提要:目的论对于制定和解释民事证据法具有重要的指导意义。民事证据法的目的可以分为根本目的与其他目的两个层次。发现真实是根本目的,其他目的包括诉讼效率、程序公正、解决纠纷、保护其他权益。不同目的之间既有兼容关系,也存在着紧张和冲突。当诸目的出现冲突时,一般应当本着既有利促进实现根本目的又能兼顾其他目的的原则来制定证据规则。在处理当事人收集证据与法院调查取证、举证期限、非法证据排除、释明义务等问题时,应当充分考虑根本目的的要求。

关键词:目的论 发现真实 其他目的 证据规则

民事证据制度究竟为何而存在,这是我们在制定民事证据法时首先要解决的问题。思考和探究这一问题之所以重要,是由于法律是立法者为了实现一定的目的而有意识地制定的,“目的是全部法律的制造者,每条法律规则的产生都源于一种目的,即一种事实上的动机”。^[1]不仅如此,这一问题对法官正确地解释和适用证据规则也至关重要,因为“主要的问题不是法律的起源,而是法律的目标。如果根本不知道道路会导向何方,我们就不可能智慧地选择路径。对于自己的职能,法官在心目中一定要总是保持这种目的论的理解……最后的选择原则对法官与对立法者是一样的,这就是适合目的的原则。‘目的是内在的生活和被掩盖的灵魂,但它却是一切权利的源泉’”。^[2]

目的论因其固有的概括性、抽象性被归入理论法学的范畴,然而目的论本身又与具体制度的设计和建构息息相关,在不同的目的论的指导下,具体制度的建构也会表现出很大的差异性。因此,研究目的论既具有理论意义又富有实践价值。

近年来,我国民诉理论界开始关注民事诉讼目的论问题,对民事诉讼制度究竟为何而设立已展开研究并取得了积极成果。但是,对民事证据制度的目的这一问题却至今无人问津,笔者以为,对该问题进行探讨不仅在理论上是必要的,而且还具有实践上的紧迫性。

我国民事诉讼法对证据的规定相当简单,而过于原则、粗疏的规定显然难以规范和调整民事诉讼中的证明活动。为了弥补这一缺失,我国已开始为制定证据法做准备。尽管正式的立法程序尚未启动,但由一些学者进行的草拟证据法或民事证据法的工作已进行多年。在起草的过程中,学者们遇到了一系列棘手的问题。这些问题包括:怎样处理当事人举证与法院调查取证的关系,如何合理界定法

* 南京师范大学法学院教授。

本文和发表在《法学研究》2001年第5期上的《民事证据立法与民事证据的选择》是笔者承担的国家“十五”社科基金项目“民事证据法原理与社会主义初级阶段的民事证据立法研究”的阶段性成果。

[1] [美]博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来译,华夏出版社1987年版,第104页。

[2] [美]卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆1998年版,第63页。

院依职权调查取证的范围,对审判实务中进一步缩小法院依职权调查取证的范围的做法应作何评价?如何对待举证期限,是继续实行现行民事诉讼法规定的证据随时提出主义,还是转而采用证据适时提出主义,为当事人设定举证期限?如果设定举证期限,对逾期举证是如最高人民法院在《关于民事诉讼证据的若干规定》(以下称《证据规定》)中那样设定证据失权的后果,还是对逾期举证一方实行费用制裁,让其负担由此多支出的费用和赔偿对方的损失?如何处理民事诉讼中的非法证据问题,是由于当事人或其诉讼代理人调查取证时的手段不合法或侵犯了他人的合法权益而否定其证据资格将其排除出诉讼,还是将非法取证行为与证据能力问题分开来处理,让证据进入诉讼而追究非法取证行为的法律责任?如果设定非法证据排除规则,是凡是以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据一律予以排除,还是以重大违法作为实质性的排除标准,让法官在具体案件中采用利益衡量的方法来裁量决定排除与否?如何协调法官的中立性与法官的释明义务之间的冲突,怎样确定法官关于证据的释明义务的范围才妥当,促使当事人提出新的诉讼资料,敦促当事人举证是否也应当作为法官的释明义务?如何对待裁判发生法律效力后当事人依据新证据提出再审,是只要提出了原审中未曾提出的足以推翻原裁判的证据就进行再审呢,还是依据新提出证据的具体情形区别对待?

对上述问题可以从理论上做出种种不同的回答,以不同理论为依据在立法上也可以做出各种不同的选择。然而问题却在于,这些不同的理论和不同的选择之间并不能简单地用对与错来鉴别,所能区分的,充其量也只是哪一种理论更优,哪一种方案更佳。要做出比较,单从问题本身来思考和做出分析也是不够的。这意味着,要做出恰当的判断和选择,就必须回到更高的层次上去寻找答案。具体而言,需要将这些问题同民事证据制度乃至民事诉讼制度的目的这样根本性的问题联系起来思考,从目的论中寻找答案。

一、民事证据法的根本目的——发现真实

证据是确定事实的方法,诉讼中的证据制度主要是用来确定事实真相的制度,^[3]证据法是关于确定有争议的案件事实的方法和程序的法律。由于证据法所调整的社会关系的多样性和证明活动本身具有的复杂性,证据法难免有多种目的,但在多种目的中,应当认为发现真实是其根本目的。

证据制度是服务于诉讼制度,作为诉讼制度的一部分而存在的,因此,考察民事证据法的目的,须将其与民事诉讼制度的目的联系起来分析。关于民事诉讼制度的目的,在德国和日本存在不同的认识,有私法权利保护说、法律秩序维持说、纠纷解决说、程序保障说和多元说。在上述学说中,纠纷解决说经日本著名民法学者兼子一教授提倡后,曾长期成为日本民事诉讼理论的主流学说,尽管这一学说现在已受到质疑。也许是受到这一学说的影响,我国一些学者也主张应当将解决民事权益纠纷,作为我国民事诉讼制度的目的。^[4]也有学者鉴于程序在民事诉讼中的核心地位,主张民事诉讼的目的在于程序保障。^[5]然而,在我看来,保护当事人合法的民事权益,应当成为我国民事诉讼制度的主要目的。

将保护合法的民事权利作为我国民事诉讼制度主要目的的理由首先在于,这样定位与国家设立民事诉讼制度的目的相吻合。国家一方面通过制定实体法来调整民事关系,规定当事人在各种民事

[3] 对于通过证据所要达到的真实究竟是一种什么样的真实,我国理论界有不同的认识,一种观点是客观真实,另外一种观点则认为是法律真实或相对真实,还有观点认为证明的目的是客观真实,证明的标准则是法律真实。在笔者看来,对这一问题应当分理想和现实两个层面来认识,客观真实是理想境界中的真实,而法律真实或相对真实则是现实诉讼中所能达到的真实。就多数情形而言,法律真实与客观真实具有一致性,裁判中认定的事实反映了案件的实际情况。

[4] 参见李祖军:《民事诉讼目的论》,法律出版社2000年版;刘荣军:《论民事诉讼的目的》,《政法论坛》1997年第5期;陈刚、翁晓斌:《论民事诉讼制度的目的》,《南京大学法律评论》1997年春季号。

[5] 参见章武生:《司法现代化与民事诉讼制度的建构》,法律出版社2000年版,第164页以下。

关系中的权利、义务和责任,另一方面通过制定民事诉讼法来保护合法的民事权益,在当事人因民事权利受到侵犯或发生争议而提起诉讼之时,由法院在审判中通过适用实体法来确认和保护民事权利。其次,这样定位可以使程序法与实体法的目标相一致。过去曾长期认为实体法是实质和内容,程序法仅为形式和手段,因此把实体法称为主法,程序法称为助法,强调程序法应当以实体法为目的,应当为实体法服务。随着时间的流逝,程序法的作用和独立价值已被充分认识,程序法早已摆脱了从属的地位,可以和实体法平起平坐了。但这不等于说程序法可以脱离实体法而适用,可以完全不关心实体法的要求而以自身为目的,只要法官在诉讼中是依据实体法对案件做出裁判,程序法的价值取向就应当与实体法保持一致,“实体法既对社会有效益,那么执行实体法就是诉讼的第一位目标”,^[6]程序制度的设计就应当有利于实体法目标的实现而不是与它背道而驰。关于民事实体法的目标,民法通则做了清楚的表述,把保护当事人的合法民事权益作为整个民事立法的出发点和归宿,不但在基本原则中规定了“公民、法人的合法民事权益受法律保护,任何组织和个人不得侵犯”,而且设专章具体规定了物权、债权、知识产权、人身权等民事权利。再次,这样定位也与当事人利用民事诉讼制度的目的相一致。民事诉讼程序因原告提起诉讼而启动,被告只是被动地被带入诉讼,因而当事人利用民事诉讼制度的目的,主要应从原告方说明,而原告起诉,通常是在认为其合法的民事权益受到他人侵害的情况下进行的,原告在起诉状中,会明确提出保护自己合法权益的请求,如要求对方履行合同、承担违约责任、停止侵害、赔偿损失等。虽然原告起诉意味着他与被告之间存在着民事纠纷,但就原告起诉的目的而言,是为了通过法院裁判保护自身的合法权益而不仅仅是解决与被告的纠纷,也是相当明显的。

在当事人的程序利益和程序公正受到高度重视的今天,将程序保障作为我国民事诉讼制度的目的并非毫无道理,但离开了对民事实体权益的保护,民事诉讼制度就如同一艘在河上漂流的没有目的地的航船。^[7]如果说当事人进行民事诉讼主要是为了追求程序上的利益,感受程序公正带来的快乐,他们一定会感到一头雾水。

总之,保护当事人的合法民事权益应当是民事诉讼制度的根本目的,如果把解决纠纷、维护民事法律秩序、程序保障也作为民事诉讼制度的目的的话,那只能是第二层次的目的。

对民事诉讼制度目的的界定显然会对证据制度目的的定位产生重大影响。如果我们把诉讼制度的目的定位于解决纠纷,那么只要诉讼的结果是法院通过裁判强制性地解决了当事人之间民事权利义务的争执,诉讼的目的也就实现了,至于裁判的内容是否正确,裁判是否能在发现真实后做出,反倒并不重要,因为“在这一情况下,争议中的事实真相并不被认为是诉讼的目的,因此程序制度不应该被定位于调查事实真相,寻求真相可能是一个非常复杂而又繁重的事情,它并不是解决争议所需要的。它还甚至可能有损于对私人争议的迅速有效的处理”。^[8]而如果把民事诉讼制度的目的确定为以实现私权为宗旨的保护当事人的合法民事权益,发现真实便立刻获得了极为重要的意义,因为按照这一目的论,法院的任务在于使真正享有权利的人通过诉讼获得确认和保护,为此就需要将相关的实体法正确地适用于个案中的具体事实,而发现真实对于正确适用法律来说是基础性和前提性的工作。

在民事诉讼中,解决争议的方案可区分为“好的”和“不好的”两种。好的方案是尽量查明争议事实,要求法官在努力查明事实真相的基础上做出裁判的方案,不好的方案则是允许法官基于对事实不完整或不可靠的认定做出不正确裁判的方案。^[9]在保护合法权益诉讼目的论看来,并不是任何解决纠纷的方案都可以被认同和接受,而应当选择好的方案,只有好的方案才能够保证法院做出公正的判断。

[6] 沈达明:《英美证据法》,中信出版社1996年版,第6页。

[7] 我国原来长期存在重实体、轻程序的观念,审判实务中违反程序的现象也相当普遍。但这种状况自上个世纪90年代以来已迅速得到改变,随着程序公正观念的凸现和审判实务中程序公正日复一日地被强调,甚至出现了对程序公正的关注基于实体公正的倾向,然而如果过分向程序公正倾斜,也可能陷入为了形式而抛弃内容的泥潭,这是需要我们警惕的。

[8][9] [意]米科里·塔鲁夫:《司法调查和当事人出示证据》,2001年11月最高人民法院和联合国开发计划署“中外民事诉讼比较研究国际研讨会”大会论文。

与此相同的是,如果我们把民事诉讼制度的目的设定为程序公正,那么在诉讼中是否努力查明案件事实即使不会变得无足轻重,也会沦为第二位的目标。因为裁判结果是否公正,其检验标准乃在于程序本身是否公正,至于案件事实真相究竟如何,真正的权利人是否得到了保护,反倒成了无关宏旨的问题。甚至可以进一步认为,只要案件的程序是公正的,就应当由此推定裁判的结果也是公正的。而如果把民事诉讼的目的设定为保护合法权益,通过发现真实而获得公正的裁判结果便成为头等重要的。程序公正虽然也具有重要意义,但毕竟不是最重要的。从遵守程序规则中也不能自动推导出裁判结果的正当性,诉讼不是纯粹的程序公正,判断诉讼是否公正不能仅仅以程序的标准来检验。^[10]“因为在诉讼中不允许——并且永远不应该忘记——那些更灵活、更聪明的当事人获胜,而应当是有理的一方获胜。诉讼不是足球比赛,法院也不是只重视游戏规则的遵守并在赛后给胜者颁奖——判决——的裁判”。^[11]

保护合法民事权益既然是民事诉讼的根本目的,那么,与之相对应,发现真实便理所当然地成为证据制度的根本目的。因为,欲达成民事诉讼制度的根本目的,就必须使法院的裁判建立在发现真实的基础之上。如果未能查明有争议的案件事实,就无法期待法院适用实体法正确地解决纠纷。如果法官错误地认定了案件事实,则更加无法实现实体法的根本目的。

发现真实之所以应当成为证据法的根本目的,还有一个重要的原因,就是建立在查明事实基础上的司法制度才是真正有效率的。波斯纳在对证据制度做经济分析时发现:“威慑力与准确性密切相关,而准确性又在证明过程中占据了核心地位,加上在经济学家眼里,法律的概念就是为了追求富有效率的行为而设计的配置激励因素的制度,因此,在对证据法进行经济分析之时,威慑力所起的作用乃是举足轻重的。既然在审判中准确认定事实对于法律在效率传递中的激励因素方面至关重要,那么,裁判的准确性就不仅具有道德价值和政治价值,而且也有了经济价值”。^[12]“准确性更高的事实探知,增加了对不法行为的威慑力,进而相应减少了诉讼案件的数量,并且因此导致了法律程序总成本的降低”。^[13]

发现真实应当成为民事诉讼证据制度主要目的的最后—个理由是,只有发现真实,民事诉讼制度的其他目的才能够实现,也就是说,发现真实常常是实现其他目的的前提。因为“审判官应当适用规则和原则,对争执做出判决。即使假设规则和原则适用正确,但若未获知(真相)或客观真实,争执也不能依据规则和原则得到妥当解决。查明真相,并不是自身有任何目的,而是为了将规则和原则正确地适用于争执。规则和原则的特定目的——正义、经济效率、公共政策——在此无关紧要。如果案情未被准确地了解和描述,则作为解决特定案件之方案或作为解决其他案件之指针的判决不可能合理地实现这一目的”。^[14]

二、民事证据法的其他目的

(一) 程序公正

在现代各国的民事诉讼中,程序公正受到高度的关注和重视。这不仅是由于程序公正从总体上

[10] 罗尔斯把刑事审判程序视为不完善的程序正义的典型例证,“不完善的程序正义的基本标志是:当有一种判断正确结果的独立标准时,却没有可以保证达到它的程序”。见[美]罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社1988年版,第82页。值得注意的是,罗尔斯这里强调的诉讼是不完善的程序正义而不是纯粹的程序正义,在纯粹的程序正义中,才不存在判断结果是否正当的独立标准。

[11] [德]尧厄尼希:《民事诉讼法》,周翠译,法律出版社2003年版,第129页。

[12] [美]波斯纳:《证据法的经济分析》,徐昕译,中国法制出版社2001年版,第43页。

[13] 同上书,第41页。

[14] [美]贝勒斯:《法律的原则》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第22页。

具有促进和保障实体公正的外在价值,而且因为程序公正具有一系列独立于实体公正的反映自身有用性的内在价值。使诉讼当事人的主体地位受到尊重,使当事人能够实质性地参与到影响其利益的判决形成的过程之中,从而理解法院对事实做出的认定,使当事人受到公正的对待,吸纳败诉一方的不满等,都属于程序公正的内在价值。

如果说发现真实代表了民事证据制度欲达到的实体公正的目标,那么,在双方当事人之间分配举证责任、交换证据、质证,反对来自对方当事人甚至来自法院的证据方面的突袭,则反映了证据制度程序公正方面的目标。

发现真实这一目的所蕴含的价值是实体公正,而实体公正与程序公正的关系,是一切诉讼制度均会涉及并且需要正确处理的重要理论与实践问题。民事证据制度的构建自然也与这一问题有极大关系。在民事诉讼中,实体公正与程序公正虽然存在着较为紧密的联系,但又都具有各自独立的评价标准。判决认定的事实与发生在诉讼前的案件真实情况是否一致,权益受到侵害一方当事人是否受到了保护,违约或侵权一方是否被判决承担民事责任,如果双方当事人对造成损失均有过错,裁判结果是否让双方合理分担责任,是评价实体公正与否的主要标准,因此,实体公正须通过裁判结果而验证,是一种结果公正。当事人是否获得了参与证明的机会,证明过程中主张事实、提供证据、进行质证和辩论的权利是否获得了切实的保障,法官是否始终处于中立地位,对双方当事人一视同仁无任何偏颇,法官的心证是否形成于庭审之后,是否认真考虑和评价了双方当事人的主张和证据,法官在证明过程中是否适时地公开了心证,有无为促进诉讼或发现真实而对当事人实施突袭,是判断程序公正与否的主要指标。与注重结果的实体公正不同,程序公正注重于证明过程、方式和手段的公正。由于实体公正的实现是以查明案件事实的真实情况为其前提条件的,所以在很大程度上,实体公正可以与发现真实划等号,诉讼证明中实体公正与程序公正的关系可以转化为发现真实与程序公正的关系。

既然发现真实与程序公正都是民事证据制度的目的,对于民事证据制度都不可或缺,那么人们也许会说,民事证据制度应当力求做到两者的高度和谐与统一。在民事证据制度中,两者相统一的情形确实是存在的,例如,设置证据交换制度既可以使双方当事人事先了解对方的证据材料,并使进入庭审后的质证活动具有实质意义和富有成效,又可以防止一方对另一方实施“证据突袭”。这一制度既有利于发现真实,又有助于保持程序公正。质证制度也是如此,它一方面有助于发现案件事实的真实情况,另一方面又充分体现了程序的参与性,使双方当事人都有机会对进入诉讼的各种证据材料进行充分的讨论。两者相一致的例证还可以举出许多,这正是它们能够共同成为民事证据法目的的缘由。

然而,如果认为发现真实与程序公正总能保持一致也是不现实的,它们之间有时也会出现难以调和的冲突。此时一般应当把有利于实现实体公正作为首选的目标。当然,在处理具体问题时,一味追求实体公正而不惜牺牲程序公正的做法是不可取的,而只注重维护程序公正不惜牺牲实体公正同样不是正确的态度。面对困难的选择,立法者与司法者只能比较轻重,权衡利弊,决定取舍。

(二) 诉讼效率

现代诉讼制度不仅讲究公正,而且也讲究效率。民事司法活动效率上的要求必然会反映到证据制度上。由于大多数案件当事人争执的是事实问题,法院审理的也是事实和证据问题,证据制度的建构是否符合效率的要求,对诉讼制度影响极大,可以说,如果证据制度效率低下,诉讼制度的效率肯定也不会高。

衡量证据制度是否富有效率,主要看两个方面:一是用于证明活动的各种人力、物力、财力。诉讼中证据的收集、提出、质询,裁判者对证据的认定、采信、证明力的权衡以及心证的形成,并非是无成本的。在这一过程中需要耗费各种资源,如果通过证明活动发现了真实而消耗的资源较少,这一证据制度就是效率高的,反之,则是效率低的证据制度。二是用于证明活动的时间。在保证证明结果正确的前提下,用于证明活动的时间愈少,效率就愈高。当然,时间与证明活动中耗费的资源是紧密关联的,一般而言,用于证明活动的时间愈长,耗费的资源就愈多。

对证据制度效率的分析实际上是离不开发现真实这一证据制度的根本目的,因而,尽管我们可以相对独立地从资源耗费和时间的维度来研究效率问题,但仍然需要将它们与发现真实联系起来分析。当我们说某种证据制度富有效率时,绝不仅仅是指证明的时间快、开支少,而是指能够在保证发现真实的前提下节约时间和费用。

用于证明的时间和各种费用是直接成本,但衡量证据制度是否有效率除了看直接成本之外,还要看错误成本。当法院对事实做出错误认定时,即产生了法律上的错误成本。“倘若实体法的目的之一是经济效率,那么每一个错误的判决都将导致资源的无效利用,因而是一种不适当的费用。例如,假如某公司因过失而造成一起事故,却被错判为无责任,则经济预防的作用无法实现,该公司将不会在安全方面投入足够的资源,事故将增多。再者,因为法院有可能做出这类错误的判决,所以某些潜在的被告将不再在安全设施上投资,而某些潜在的原告即使有理也不愿打官司”。^[15]因此,一个富有效率的证据制度应当努力“使两类成本之和最小化”。^[16]

证明活动总是有成本的,无论是通过争点整理确定证明对象,收集必要的证据,还是交换证据,对证据进行质问和辩论,都需要花费时间和金钱。如果我们把发现真实视为证明过程中的产出,则缺少必要的投入就不会有产出。一般而言,投入与产出是成正比的,即用于证明活动的时间愈长,花费的人力和物力愈多,收集到的证据就愈多,对证据的审查判断就愈充分,发现真实的可能性就愈大。如果过分强调和追求证明的速度,不适当地要求诉讼节约,则发现真实的可能性就会降低,造成错判的可能性就会增大。从对法律程序进行经济分析的角度看,这实际上是诉讼制度的运作成本和错误的司法判决成本之间的转换,应当在这两类成本之间寻找恰当的平衡点。

效率问题虽然较为抽象,但对于证据制度却是一种有用的价值,对证据立法也有指导意义。例如,规定原告应当提出证据证明其诉讼请求所依据的事实,被告应当提供证据证明其抗辩所依据的事实,并设定举证责任促使当事人提供证据是一种符合效率的做法,因为通常当事人都拥有证据或知道从哪里收集证据,由当事人负责收集和提供证据要比法院依职权收集证据更富有效率;另一方面,这样规定也可以促使当事人提出有根据的事实主张,使法院免受无事实根据的请求或抗辩的干扰。再如,在环境污染致人损害的诉讼、产品缺陷致人损害的诉讼中存在着证据分布不均衡的问题,在过失、因果关系这些问题上被告往往掌握着证据,原告却难以获取这些证据,对这类案件实行因果关系的举证责任倒置是符合效率的要求的,因为这类案件的被告能够以较低的成本收集证据,对法院来说则是能够通过举证责任倒置以较低的成本发现真实。

在不少情况下,效率的目的与发现真实的目的具有一致性,两者可共存于某项证据制度或证据规则中,并且互相促进。但是,这两种目的也并非总是能够和平共处,它们之间也时常会出现紧张和冲突。当两者不能同时实现时,根据具体情况进行权衡和选择对妥善处理案件至关重要。虽然发现真实一般应当成为第一位的目标,但有时候选择效率反倒是值得称道的。当发现真实的成本太高、代价太大,调查取证的费用相对于当事人争议的诉讼标的金额完全不成比例,发现真实对当事人来说反而是得不偿失时,出于维护当事人的利益和诉讼效率的考虑,法官劝导当事人不再花费高昂代价去收集证据,通过调解解决纠纷,无疑是一种合理的选择。福建省漳州市云霄县的两位农民因三头牛的权属争议发生纠纷,为取得证据,原告向法庭提出申请,要求对这三头牛作亲子鉴定。做亲子鉴定,至少需要花费 8000 元鉴定费,而这三头牛的价格不过 2000 多元。对当事人来说,为查明事实所花费的成本实在是太高,考虑到这一点,法庭对双方当事人进行调解,最终双方达成调解协议,卖牛所得的 2200 元归长期饲养这三头牛的被告所有,被告则一次性补偿给原告 580 元。^[17]这可以说是一个双赢的结

[15] 前引[14],贝勒斯书,第 24 页。

[16] [美]波斯纳:《法律的经济分析》,蒋兆康等译,中国大百科全书出版社 1997 年版,第 549 页。

[17] 参见梅贤明:《“私生牛犊”究竟属谁》,《人民法院报》2004 年 2 月 11 日。

局。

(三) 解决纠纷

虽然在多数情况下,通过对证据制度的合理建构以及各诉讼主体合理运用证据的活动,最终能够达到发现真实的满意结果,但在一些情况下,也会发生当事人难以用证据证明所主张的案件事实,法官也无法查明双方争议的案件事实的困难情形。在此情形下,法官并不能以事实无法查清为理由拒绝对案件做出裁判。由于事实无法查清的现象可能存在于诉讼之中,并且在诉讼开始之时事实能否查清常常处于不确定状态,为了使法官在事实无法查清时仍然能够做出判决,并且是依照一定的规则而不是根据个人的偏好做出判决,实体法和证据法事先必须设置一定的规则处理事实真伪不明的情形。这就是普遍存在于各国民事诉讼中的举证责任的规则,即事先确定某类诉讼的举证责任由互相对立的双方当事人中的某一方承担,负有举证责任的一方当事人若最终不能以充分的证据说服法官,不能使法官相信其主张的事实为真实,就必须承担败诉的后果。举证责任规则的存在使法官遇到事实真伪不明时有规律地做出判决成为可能。

在上述情形下,设置举证责任规则以使法官处于事实真伪不明状态下仍能够做出判决,体现了证据法解决纠纷的目的。诉讼是国家司法机关依据当事人的请求通过裁判强制性地解决纠纷。即使争讼中的事实无法查清,法院也必须做出对双方当事人有约束力的裁判,以实现解决纠纷的目的。

法院通过裁判解决纠纷有两种情形:一是在发现真实的情况下解决纠纷,另一种则是在无法发现真实的情况下借助举证责任的规则解决纠纷。虽然与发现真实的目的相比,通过举证责任解决纠纷是第二位的目的,是不得已而为之,但由于没有任何一个国家的民事司法制度能够保证法院做到百分之百地发现真实,研究民事证据制度的这一目的还是必要的。

运用举证责任规则解决纠纷也并非与发现真实的目的全然无关。事实上,各国法院在依据举证责任解决纠纷时也尽可能使裁判中确定的事实与实际发生的案件事实相一致。依据盖然性确定举证责任的归属就是这一努力的反映。按照盖然性学说,某一待证事实存在的盖然性高,主张该事实的当事人不必负举证责任,而要由否认该事实的对方当事人就事实的不存在负举证责任。若证明的结果是该事实真伪不明,法院就判决否认事实存在的一方败诉。这样的判决虽然是依据举证责任做出的,但在概率上,符合真实的可能性大于不符合真实的可能性。

(四) 保护其他权益

为了发现真实,当事人和法院常常需要案外人协助,由案外人作为证人向法庭陈述所耳闻目睹的案件事实,或者让案外人把自己保存的与案件事实有关的文书提交给法庭。在一般情况下,案外人有责任协助法院发现真实,各国民事诉讼法均把出庭作证规定为证人的义务,规定案外人应当按照法庭的要求将文书交给当事人或法庭。证人出庭作证可获得差旅费、住宿费、误工损失的补偿,因而作证一般不会给证人造成损失。但在特殊情况下,作证或提供文书会使案外人处于十分尴尬的境地,会使自己受到严重损害,或者会违反自己所从事特定职业所要求的保密义务。当发现真实的要求与案外人的利益发生冲突时,立法者不得不进行权衡并做出选择。

从各国选择的结果看,大体上有两种情形:一种是把保护案外人利益或保护案外人所从事的特定职业置于优先考虑的位置。为了避免案外人及案外人所从事的特定职业受到损害,不得不放宽提供证据的义务,舍弃一些证据。英美法系国家、大陆法系国家及原东欧社会主义国家中的匈牙利、罗马尼亚等国均做出了这样的选择。上述国家的具体做法是在法律中设置拒证特权,规定具有特定情形的证人在民事诉讼中有拒绝作证的权利,法院不得强制他们提供证言。另一种是把查明案件事实放在首位,未规定证人有拒证特权。做出这种选择的主要是苏联。苏俄民事诉讼法典第62条规定:“作

为证人被传唤的人必须出庭并提出正确的证言”。^[18]我国民事诉讼法也未规定拒证特权。

如果说,在计划经济体制下,在把民法视为公法、将解决民事纠纷看作事关国家利益的法理念下,把查明案件事实真相在任何情况下均放在首位仍具有合理性的话,那么,在市场经济条件下,在民事纠纷主要为私权纠纷的观念已经得到确立的今天,为查明案件事实而不惜给案外人的利益,给其他社会关系造成严重损害的做法就不再具有正当性了。毕竟民事诉讼所要解决的主要是私法上的争议,所要保护的也是私法上的权益,无条件地将查明事实的真相置于案外人利益和其他社会关系之上是不可取的,当对某些社会关系的保护比发现真实更为重要时,设置拒证特权便成为合理的选择。因此,在将来修订民事诉讼法时,有必要借鉴其他国家拒证特权制度中的合理规定,平衡各方的利益冲突,对拒证特权制度做出规定。

在民事诉讼中设置非法证据排除规则,目的也在于保护其他权益,在获取他人私人信息的技术手段越来越先进的今天,尤其是需要保护公民的隐私权。^[19]

三、发现真实与证据规则的制定

诺内特和塞尔兹尼克说得好:“目的的基本贡献是提高了法律推理的合理性”;“如果法律强调原则和目的,那么就有了一种丰富的资源可用于批判具体规则的权威”。^[20]以下,我们便以目的论作为批判的武器,以发现真实这一民事证据法的根本目的作为主要的评价标尺,对我国现行民事证据制度中的一些规则进行分析、评说,以为改进这些规则提出立法上的建言,也以此来回答本文引言中提出的种种问题。

(一)发现真实与证据的收集

发现真实是重要的,但对于民事证据制度来说一个更为实际的问题似乎是如何发现真实,也就是由谁负担起发现真实的责任。究竟是由当事人还是由法院来负责收集发现真实所需要的证据,在很大程度上是一个立法政策问题,可以将这种责任置于当事人,也可以将它置于法院,还可以实行当事人为主法院为辅,或者相反以法院为主当事人为辅。基于不同的价值判断可以做出不同的选择。

然而,尽管历史上曾长期存在过由法院对案件事实负责并由法院调查收集证据的诉讼制度,尽管原苏联和东欧社会主义国家出于意识形态方面的原因而强调法院的调查取证,^[21]尽管我国法律也曾经把法院调查收集证据放在十分突出的位置,^[22]但就当今多数国家的民事诉讼制度而言,收集提供证据的责任基本上是由当事人负担的。当事人也可以通过代理人的协助来完成这一职责。

既然发现真实所需要的证据要由当事人来收集,那么,证据法就应当为当事人提供能够发现和获得证据的手段,就要为当事人证明权的实现提供程序上的保障。在每一方当事人都掌握着对自己有利的证据的情况下,通过双方当事人的举证,即可把案件的真实情况呈现于法庭。但是,能够证明案件事实的证据由对方当事人占有或控制,或者在案外人处的情形也是常有的,因此证据法需要规定从对方当事人、从案外人处获取证据的方法。为了尽可能发现真实,为了使双方当事人在进入法庭审理

[18] 1923 年的苏俄民事诉讼法典曾规定,如果当事人提出的证人对案件结局有利害关系,或者证人同当事人之间有特殊关系,法院可以不询问这样的证人。1964 年的法律取消了上述规定,理由是限制证人范围会妨碍发现客观真实。

[19] 各国在这一问题上的立场差异较大,美国尽管是率先在刑事诉讼中排除非法证据的国家,但在民事诉讼中却并不排除私人的非法手段收集的证据。日本仅在收集证据手段严重违法时才予以排除,俄罗斯民事诉讼法典、我国澳门地区的民法典中则明文禁止法院使用非法证据。

[20] [美]诺内特、塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会》,张志铭译,中国政法大学出版社 1994 年版,第 9 页以下。

[21] 苏联学者认为苏维埃民事诉讼制度追求客观真实,赋予法院依职权调查取证的权力,因而优于仅仅满足于形式真实,完全依赖当事人收集证据的资本主义国家的民事诉讼制度。

[22] 我国民事诉讼法(试行)第 56 条一方面规定“当事人对自己的主张有责任提供证据”,另一方面规定“人民法院应当按照法定程序全面、客观地调查收集证据。”

前尽可能多地获得有关争议事实的证据,1938年颁布的美国联邦民事诉讼规则规定了“发现程序”(discovery),当事人可以利用这一程序,录取包括对方当事人证言在内的笔录证言,检验对方当事人或案外人持有的文件或其他物证,在身心损害状况有争议时还可以要求对对方当事人进行身体或心理检查,以及要求对方当事人做出自认。为了有助于发现真实,美国联邦民事诉讼规则允许当事人的律师对任何不属于保密特权范围而与诉讼标的有关的事项进行证据开示,即便这些事项仅与争议事实有偶然联系。日本旧民事诉讼法就规定了文书提出命令,当可以证明案件事实的文书由对方当事人或案外人占有时,当事人可以向法院申请文书提出的命令,借助法院的命令来取得书证。但旧民事诉讼法规定的文书提出义务的范围较窄,^[23]为了更加有利于发现真实,日本新民事诉讼法采用了文书提出义务一般化的方法,在第220条第4项中规定,除该项所列的三种适用于证人拒绝作证的情形外,文书持有人不得拒绝提出所持有的文书。

为了使当事人有可能从对方当事人或案外人处获得证据,我国民事诉讼法64条一方面规定当事人及其诉讼代理人有权调查收集证据,另一方面规定对当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据,人民法院应当调查收集。《证据规定》则进一步规定,符合下列条件之一的,当事人及其诉讼代理人可以申请人民法院调查收集证据:(1)申请调查收集的证据属于国家有关部门保存并须人民法院依职权调取的档案材料;(2)涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的材料;(3)当事人及其他诉讼代理人确因客观原因不能自行收集的其他材料。这些规定对于保障当事人的证明权很有必要。

将收集和提供证据的责任置于当事人,并不意味着法院在任何情况下对证据的收集均应采取消极无为的态度。大陆法系国家民事诉讼实行辩论主义。一般认为,辩论主义有三项基本内容:其一是直接决定法律效果发生或消灭的案件的主要事实须由当事人主张并出现在辩论中法院才能将其作为裁判的依据;其二是当事人诉讼上所作的自认一般具有拘束法院的效力,法院应当将当事人无争议的事实作为裁判的基础;其三为法院调查的证据只限于当事人提出申请的证据。但是,对辩论主义中的第三项内容并不那么绝对,^[24]日本现行民事诉讼法就允许法院在一定情形下依职权调查证据,这些情形包括:法院为了弄清诉讼关系,可以命令进行勘验或鉴定,法院在进行证据调查时,必要时可以委托鉴定,法院可以委托官厅、公署、学校等进行调查,法院可以依职权对当事人本人进行询问。^[25]在德国,则认为辩论主义主要包括前两项内容,因此,除证人这类证据外,法院也可以不经当事人申请依职权收集证据。^[26]法国新民事诉讼法不仅规定法官在其认为必要时可以亲自到现场进行勘验,有权命令鉴定,还赋予法官为查明事实真相依职权传唤证人的权力。^[27]

我国台湾地区的民事诉讼法也以辩论主义作为指导原则,但其不仅允许法院在必要时可委托机关、学校、商会等调查证据,还授权法院在“不能依当事人声明之证据而获得心证,为发现真实认为有必要时,得依职权调查取证”。^[28]

在我国,法官依职权调查取证的范围已进一步缩小。民事诉讼法第64条规定的人民法院应当调查收集证据的情形有两种: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。第二种情形是颇具灵活性的规定。为了明确法院调查取证的范围,最

[23] 根据该法第312条的规定,文书持有人只有在以下三种情形下才负有文书提出的义务:(1)当事人在诉讼中援引过自己持有的文书;(2)举证人有权向文书持有人请求交付或阅览的文书;(3)文书为举证人的利益或者是为举证人与文书持有人之间的法律关系而制作的。

[24] 参见[日]谷口安平:《程序的正义与诉讼》,王亚新等译,中国政法大学出版社2002年版,第139页。

[25] 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,第330页。

[26] 前引[11],尧厄尼希书,第125页。

[27] 参见法国新民事诉讼法典第179条、第218条、263条。达维在比较英国法与法国法时,也特别提到法国新民事诉讼法加强了法官的职权,规定法官为查明案件事实,可以依职权传唤证人。见[法]达维:《英国法与法国法:一种实质性比较》,潘华仿等译,清华大学出版社2002年版,第78页。

[28] 参见我国台湾地区民事诉讼法第288条、289条。

高法院于1992年7月颁布的《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《适用意见》)中规定了3种情形:(1)人民法院需要鉴定、勘验的;(2)当事人提供的证据互相有矛盾、无法认定的;(3)人民法院认为应当由自己收集的其他证据。《证据规定》重新界定了“人民法院认为审理案件需要的证据的范围”,其一是“涉及可能有损国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的事实”,其二是“涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等与实体争议无关的程序事项”。不难看出,与原有的司法解释相比,法院针对实体争议事项依职权调查取证的范围大为缩减。按照原来的解释,法官可以主动决定进行鉴定、勘验,而依据新的解释,则必需等待当事人提出申请;在当事人提出的证据材料互相矛盾,法院难以对事实做出认定时,按照原来的解释,法官可依职权调查收集证据,收集不到证据再按照举证责任的归属做出裁判,而按照新的司法解释,难以认定即是案件事实真伪不明,法官应直接依据举证责任的规则,判决对该事实负担举证责任的一方当事人承担不利诉讼后果。与德国、日本、法国及我国台湾地区相比,我国大陆法院依职权调查取证的范围明显要小。

《证据规定》缩小法官依职权调查取证范围主要出于程序公正的考虑,但这也确实带来了不利于发现真实的后果。从有利于实现民事证据法的根本目的考虑,似有必要重新检讨法院依职权调查取证的范围。例如,对于鉴定和勘验,就应当赋予法官依职权决定的权力,因为鉴定和勘验一般是针对当事人申请调查的物证、书证、视听资料进行的,对是否需要进行鉴定和勘验,法官通常比当事人更清楚、更有发言权,尤其是在当事人本人进行诉讼的场合。

此外,在依据当事人举证事实仍处于真伪不明状态时,让法官进行释明,促使负证明责任的一方补充证据或提供证据线索并申请法官调查,比直接依据证明责任下裁判更体现了程序公正,也更有利于发现真实。

为了尽可能发现真实,还可以借鉴德国和日本民事诉讼制度中询问当事人的做法。在德国和日本的民事诉讼中,询问当事人是一种避免依举证责任下判决的方法,当待证事实毫无证据或者经过证据调查法官仍然无法形成心证时,可以采取询问当事人的方法来进一步获得证据。^[29]在日本,法院可依申请或依职权询问当事人,若被询问的当事人无正当理由不出庭或拒绝陈述、宣誓,法院可以认定对方当事人所主张的有关询问事项为真实。在德国,如当事人拒绝法院的询问,或者对法院的要求不作表示,法院将考虑全部案情,特别是考虑拒绝的理由,依自由心证,判断对方当事人所主张的事实可否视为已得到证明。询问当事人增加了查明事实的可能性,减少了依证明责任下裁判,有利于实现民事证据法的根本目的。

(二)发现真实与举证期限

举证期限,是指由法律规定或法院指定的当事人向法院提供证据的时间期限。举证期限设定后,当事人必须在规定的期间向法院提供证据,逾期举证将产生证据失权的后果,一般不再为法院接受。

我国民事诉讼法未规定举证期限,最高人民法院在《证据规定》中设置了举证期限并对逾期举证规定了证据失权。规定举证期限的理由一方面在于保障当事人平等行使诉讼权利,防止来自对方当事人的证据突袭,另一方面在于提高诉讼效率,节约诉讼成本。^[30]

规定举证期限和证据失权虽然是为了促使当事人在指定的期限内完成举证行为,并以失权作为制裁防止当事人对规定的期限漫不经心,但证据失权与证明权之间存在着内在紧张关系。以逾期为理由排除证据,会给当事人的证明权造成实质性的损害。

举证期限制度的设立虽然有助于提高诉讼的效率,但有时却阻碍了真实的发现,使证据法的发现

[29] [日]中村英郎:《新民事诉讼法讲义》,法律出版社2001年版,第209页。

[30] 参见黄松有主编:《民事诉讼证据司法解释的理解与适用》,中国法制出版社2002年版,第177页。在笔者看来,防止证据突袭未必能够成为设定举证期限的真正理由,因为即使不设举证期限,允许当事人在开庭审理中提出新证据,对方当事人也可以要求休庭以取得准备时间,法庭如同意这一要求照样可以避免突然袭击。但下次再开庭的话会延长审理的期限,增加当事人和法院的诉讼成本。因此,设置举证期限的真正理由是提高诉讼效率。

真实的目标与效率目标发生直接的冲突。在当事人逾期提出的证据是对案件具有重要意义甚至关键意义的证据而又不属于新证据时,^[31]法官便陷于两难的境地,如果严格执行举证期限,排除逾期提出的证据,法官就要在明知事实真相的情况下强迫自己对事实做出截然相反的认定,并进而判决本来应当胜诉的当事人败诉。而如果把逾期的证据进入诉讼,法官便是明显地违反了最高法院的证据规则,会由于程序不公正而招致对方当事人的强烈不满。仅仅因为程序方面或者形式方面的原因使裁判结果逆转,不仅不符合普通人的正义感,难以为他们所理解和认同,即便是作为法律专业人士的法官也会因此而感到良心上的不安。

在笔者看来,为在发现真实的同时兼顾效率目标的要求,设定举证期限是必要的,但对逾期举证,一般不宜规定证据失权,采取让逾期举证的一方承担由此多发生的负担,赔偿对方当事人由此所蒙受的损失,应该是一种更具有衡平感的选择,因为后一种选择既符合发现真实的民事证据法的根本目的,又能够收到促使当事人在规定期限内举证的效果。

(三)发现真实与非法证据的排除

非法证据是指当事人及其诉讼代理人以侵犯他人合法权益或者法律禁止的方法、手段收集的证据。在非法取证问题上,突出地反映了发现真实与保护其他权益、程序公正之间的冲突。调查取证手段不合法不等于证据本身不具有真实性和关联性,在一些案件中,违法收集的证据恰恰是证明案件事实的主要证据或关键证据,舍弃了这一证据,案件的真实就无从发现。但另一方面,违法收集证据是与程序公正的要求相抵触的,允许使用非法证据难免会损害司法程序的公正性。非法取证还会侵害他人的合法权益,如在他人家中安装窃听器或摄像探头会严重侵害他人隐私权。权衡和选择是处理两者冲突的正确方法,尽管有时权衡和选择的过程是艰难的,甚至是痛苦的。

发现真实是民事证据制度的根本目的,在权衡和选择中充分注意到这一点是必要的。在我国审判实务中,最高人民法院原先将一方当事人未经对方同意录制的对方谈话作为非法证据予以排除,^[32]其结果导致了一些案件中无法实现发现真实的目的。后来,最高人民法院在《证据规定》中做出了新的解释,不再不加区分地将偷录或偷拍的视听资料作为非法证据排除。这可以认为是置重于民事证据制度根本目的所做出的选择。《证据规定》仍坚持排除非法证据,第68条规定:“以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据,不能作为认定案件事实的依据”。

新规定仍然是一个原则性规定,只提供了确定非法证据的相对明晰的标准,具体的细节有待审判实务去填补。为了促进民事证据法根本目的的实现,并恰当地平衡非法证据排除问题上发现真实与其他目标的冲突,笔者主张将收集证据的方式重大违法作为排除的实质性标准,并且由法官在个案中引入利益衡量的方法来决定是否排除。^[33]

新排除规则在审判实务中遇到的具体问题是:(1)如何对待私人侦探收集的证据;(2)如何对待“陷阱取证”;(3)如何对待悬赏取证和职业的目击证人。

在我看来,私人侦探并非西方资本主义社会的专利,它实际上是市场经济的产物。民事纠纷的数量多、关系复杂,单靠国家的公权力是无法胜任民事事务调查的海量般工作的,国家既没有能力,也没有必要垄断这一市场。另一方面,民事诉讼制度的目的毕竟在于通过发现真实来保护当事人的合法

[31] 应当说,最高法院在证据失权时也是考虑到证据失权与发现真实的冲突,并试图缓解这一冲突的。《证据规定》第43条第2款规定,“当事人经人民法院准许延期举证,但因客观原因未能在准许的期限内提供,且不审理该证据可能导致裁判明显不公的,其提供的证据可视为新的证据”,这在一定程度上减少了证据失权对发现真实的损害,但它适用的条件十分严格,以当事人已申请延期举证为前提,对未申请延期举证的当事人而言,仍然不能使逾期的证据进入诉讼,而在审判实务中,这种未申请延期的当事人无疑是存在的。

[32] 最高人民法院1995年2月6日针对河北省高级人民法院请示,指明“未经对方当事人同意私自录制其谈话取得的资料不能作为证据使用”。

[33] 参见李浩:《民事诉讼非法证据排除规则探析》,《法学评论》2002年第6期。

权益,而不仅仅是做到对当事人程序上的公正。在许多情形下,审判中拒绝当事人通过私人侦探收集的证据,就等于是拒绝给当事人实体公正,这是我们在制定规则时不能不考虑的。对私人侦探搜集的证据,只要未采用法律禁止的方法、未对他人合法权益造成严重损害,就应当作为合法证据采信。当然,私人侦探调查收集证据时采取违法的手段、侵害他人的隐私权的问题也是需要认真对待的,但这并不足以成为将它们全盘否定的理由。一方面将私人侦探调查取的行为合法化,另一方面加强对这一行业的管理,规范私人侦探的行为,也许是一种更为明智的选择。

所谓“陷阱取证”,是指民事权利人或受权利人委托的人,为获取侵权方面的证据,对被认为或被怀疑侵害其权利的人,采取故意与对方交易等方法,诱使对方实施侵权行为而从中获得有关侵权的证据。“陷阱取证”常常被软件权利人用来收集侵权的证据。

对这种取证方法是否合法,能否成为民事诉讼中的证据,司法实务部门存在着截然不同的两种观点。一种认为这种取证方式违背诚实信用原则和违反社会公德,一旦被广泛使用,将破坏正常的市场秩序,因而把它归入非法证据。另一种则认为虽然是通过设陷阱的方式来收集证据,但法律并无明文规定禁止使用这种取证方式,因而只要证据内容本身具有真实性和关联性,就可以作为证据采信。

笔者认为,对“陷阱取证”应当区别对待,如果是“机会提供型”的,应当承认合法性,如果是“犯意诱发型”的,则应当作为非法证据排除。^[34]

悬赏取证是指当事人以张贴、发布悬赏广告的方式来收集证据,在广告中允诺对提供证据的人支付一笔酬金。对一些证据难以获得的突发性的侵权事件,如交通事故后司机逃逸,受害人或其家属往往采用此种方法收集证据。^[35]对悬赏取证,有人持否定态度,认为不应作为合法证据。理由是这种做法有收买证人之嫌,并且证人可能为了获得酬金而故意提供对悬赏取证者有利的虚假证据。^[36]从我国的审判实务看,法院目前对当事人以悬赏方式获取的证据倾向于将它们作为非法证据排除。^[37]

笔者认为,允许悬赏获得的证据进入诉讼或许是一种更为可取的选择。在对这类证言做出取舍时,不仅要考虑发现真实这一证据法的根本目的,而且还要考虑到证人普遍不愿作证并且也缺乏必要的措施来强制证人出庭这一现实国情。至于证人因领取赏金而与当事人有了利害关系,这不足以成为否定其证人资格的理由。为取得赏金而作证在道德上固然可以非难,但与作伪证并无必然联系,况且作伪证还会受到民事强制措施制裁。当然,对这样的证人所提供的证言,法官在采信时应特别谨慎。我们应当相信法官辨别证言真伪的能力。

近来,江苏省南京市街头还出现了“职业的目击证人”,一些人专门在街头溜达,遇到车祸后便上前记录,为受害者提供目击证言,并向受害人收取“好处费”。^[38]重庆则成立了首家“真相搜录中心”,该中心的调查人员配有专门设备每天在交通事故多发地段活动,遇到事故记录下来后为受害人提供有偿的证言和其他证据。这种“目击证人”与为赏金而去作证的证人并无实质区别,他们都是提供有偿的证言,不同之处仅在于前者是有意使自己成为证人并且在与受害人的关系中是要约的一方,后者

[34] “陷阱取证”最初运用于刑事诉讼,被称为“警察圈套”,常用于毒品犯罪、假币犯罪的侦查。刑事诉讼中的陷阱取证分为两种基本类型:一种为“机会提供型”,一种为“犯意诱发型”。在“机会提供型”中犯罪嫌疑人本来就有犯罪的故意,侦查人员的诱惑行为只是为犯罪的实施创造了条件;而“犯意诱发型”则不同,嫌疑人原本并无犯罪的意念,是在侦查人员的引诱下才产生犯罪念头和实施犯罪行为的。故对“机会提供型”的陷阱取证各国是认可的,而对“犯意诱发型”则严格禁止。

[35] 据2003年12月30日的《辽沈晚报》报道,一对年轻的夫妻结婚不到2个月,一天晚上丈夫骑摩托车去上夜班,被一卡车撞死,事故发生后,肇事司机逃逸,妻子为获取证据,在出事地点竖起一块牌子,寻找目击证人,许诺付给提供证据者1万元。《北京晚报》也刊登过类似的消息。

[36] 李沛熙等:《悬赏取证是否受法律保护》,《法制日报》2001年8月22日。

[37] 据新华网重庆频道2004年3月24日报道,在一起原告以名誉权受到侵犯为由提起的诉讼中,重庆市开县法院否定了原告以悬赏方式取得的证据,驳回了原告的诉讼请求,据《法制日报》报道,北京市宣武区法院在审理一名誉侵权案时,也以同样的理由驳回了原告的请求。

[38] 参见刘立霞:《如何看待“职业目击证人”证言》,《人民法院报》2003年4月19日。

成为证人纯属偶然,并且是作为承诺方为受害人提供证言。

这样的“职业目击证人”有助于发现诉讼中的真实,且不为法律所禁止,因而也不宜列入非法证据。

(四)发现真实与法官对举证的释明

释明,又称阐明,是指法官在民事诉讼中为了明了诉讼关系,通过就案件的事实问题和法律问题向当事人发问的方式,促使当事人做出进一步陈述或者补充诉讼资料和证据资料。德国、日本及我国台湾地区的民事诉讼法,均对法官的释明做出了规定。

德国和日本之所以在法律中设定法官的释明义务,是由于这两个国家的主流诉讼理论认为,诉讼绝不是竞技场上的比赛,法官也不应当扮演体育裁判的角色,只是在那里监督当事人是否违反比赛规则。“法官的角色应该是,认定事实的真相,并且对于应得权利之当事人即判其胜诉,而对于不应得权利之当事人就应判其败诉。故在此就有一指导原则:法官应求客观的真实,而非形式的真实。倘若只求形式的真实,法官很容易就变成了球赛的裁判”。^[39]

释明义务的范围究竟有多大,这是释明制度中具有实质意义的重要问题。在日本,根据权威理论的解释,释明义务的范围包括五个方面:(1)澄清不明确的释明;(2)消除不妥当的释明;(3)补充诉讼材料的释明;(4)新提出诉讼材料的释明;(5)举证方面的释明。^[40]

我国最高法院在《证据规定》中要求法官对举证责任及其分配做出释明、对法律关系的性质和民事法律行为的效力的认识与当事人不一致时应做出释明,但未规定应当对促使当事人追加、补充证据进行释明。其实,从发现真实的目的论看,进行这样的释明是很有必要的。关于这样的释明也应当成为释明义务的一项重要内容。之所以有必要作这方面的释明,是由于在诉讼中可能出现这种情况:当事人提出一些证据后,自以为举证已经很充分了,但实际上法官并不这么看,认为证明力还不够,不足以使他形成确信,此际法官就应当通过释明让当事人了解其心证的状态,以促使当事人进一步举证,否则,本来有机会追加、补充证据的当事人会仅仅因为误解了法官的心证状态而败诉。

(五)发现真实与依据新证据再审

再审是裁判发生法律效力后,因存在法定事由,法院重开诉讼程序,对案件再次进行审理。再审打破了生效裁判的既判力,使已经审结的案件再次进入程序。

在是否允许依据新提出的证据申请再审的问题上,体现了发现真实目的与效率目的的冲突。在此情形下,拒绝重新审判是符合效率的要求的,因为重新审判必然要为同一案件耗费时间、精力和金钱,在司法资源有限的情况下还会因此而影响对其他案件的审理。然而,如果不允许因发现新证据而重开审判程序又必然会使发现真实的目标受挫。

我国民事诉讼法将“有新证据,足以推翻原判决、裁定”作为当事人申请再审和法院应当再审的事由,最高人民法院在《证据规定》中将再审中的新证据解释为“原审庭审结束后新发现的证据”。依据起草者的解释,“所谓新发现,应当是指在此之前客观上没有出现、不存在;或者虽然出现、存在,但从当时的具体情况出发,根据当时的条件等诸多因素当事人无法知晓该证据已经出现。因当事人在原审程序中没有发现该证据,受客观条件所限无法提供该证据,不是当事人知道该证据的出现和存在,因自己的能力、手段等条件所限没有提供,也不是当事人当时手中掌握了该证据,但因某种原因如认为证据不重要或者有损特定的利益等而没有向法庭提交”。^[41]这一解释严格限定了再审中新证据的范围,按此解释,即便是当事人因一般过失而未能在原审中发现证据或提出证据,判决生效后也不能

[39] 引自我国台湾学者陈荣宗在骆永家作关于阐明权的主题报告后的发言,载台湾民事诉讼法研究基金会编《民事诉讼法之研讨》(四),1993年版,第189页。

[40] 前引[25],高桥宏志书,第358页。

[41] 前引[30],黄松有主编书,第233页。

再依据这些证据申请再审。这样的解释固然有助于维护生效裁判的稳定性,解决终审不终的问题,但与民事证据法的根本目的是相冲突的。

笔者认为,对新证据做出限制性的解释是必要的,但界定不宜过严,应限于当事人因故意或重大过失在原审中不提供的情形。如有的当事人在原审中就有了足以使自己胜诉的证据,但为了拖延诉讼,折磨对方当事人,故意不提供,等到判决生效后再以这样的证据申请再审。^[42]

四、结 语

民事证据法的目的可以划分为两个层次,第一层次为根本目的和主要目的,发现真实便是第一层次的目的。第二层次的目的为非根本目的或次要目的,程序公正、诉讼效率、解决纠纷、保护其他权益均属于第二层次的目的。

强调发现真实是证据法的根本目的,并不是说立法时每一项制度、每一条规则都必须依照根本目的来设计,只是意味着民事证据法在总体上应当体现这一目的。将程序公正、诉讼效率等作为第二位的目的,并非是要贬低它们的重要性,事实上,在某些场合,这些目的的重要性可能胜过发现真实,具体规则也需要按这些目的的要求来制定。此外,当两种或两种以上目的发生冲突之际,妥协也并非完全不可能,通过互相做出让步,求得诸目的的“最佳实现”,也是一种合理的选择。

由于多元目的的存在,在建构具体的证据制度时,不同目的之间发生冲突是不可避免的,问题在于出现冲突时如何协调和如何选择。笔者主张,鉴于发现真实是民事证据制度的根本目的,在出现冲突时,一般应当把有利于发现真实作为首选的价值来考虑,依照有助于促进根本目的的实现来设计具体制度和规则,除非有重大理由,不应当背离这一根本目的。另一方面,制度的安排和规则的设计对目的所具有的反作用是显而易见的,它们可以促进某个目的实现,也可以阻碍某个目的实现,可以使多元目的和平共处,也可以使各目的水火不两立。通过恰如其分的制度安排和规则设计才能够实现民事证据法的诸目的。

Abstract : The purpose theory plays a guiding role in the legislation and interpretation of the Civil Evidence Law. The purpose of Civil Evidence Law can be divided into two levels, among which the fundamental purpose is to find the truth and the other purposes include the efficiency of litigation, justice of procedure, settling the disputes, as well as protecting other interests. There exist both compatibility and contradictions among all these purposes. When they conflict, we should generally stick to the principle of emphasizing on the realization of fundamental purpose and simultaneously giving attention to other purposes. We should also fully consider the demand of the fundamental purpose when dealing with the problems of the collection of evidences by the clients and the judge, the time limit of adducing evidence, the exclusion of illegal evidences, as well as the judges' obligation of illustration.

Key words : the purpose theory, finding the truth, other purposes, the evidence rule

[42] 上述情形曾是设定举证期限和证据失权的理由之一,认为不规定证据失权,不足以惩戒恶意的当事人。但笔者认为,鉴于启动再审程序难度极大,当事人一般是不愿意冒这样的风险的,这样的当事人虽然不能说绝对没有,但肯定是不具有典型性的。