

对抗者的交流--美国民事诉讼开示程序的启示 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/480/2021_2022__E5_AF_B9_E6_8A_97_E8_80_85_E7_c122_480029.htm 民事诉讼改革确立了我国“对抗式”诉讼的基本模式，在公开审判上强调一步到庭，这种模式虽然优于原来的“纠问式”，但实践中的仍然产生了不少问题。目前这一体制度的主要问题在于过度强调原、被告间的相互对抗，缺乏当事人间信息交流的法律机制，以致案件难以调解，当事人难以服判，判决结果难以执行。我国民事诉讼改革大量借鉴英美法，尤其是美国法，本文以美国民诉开示程序的发展为例，结合我国民诉证据规则，讨论对抗诉讼中当事人双方信息交流机制，并对我国完善我国诉讼对抗中当事人信息开示、证据交换提出建议。一、开示与证据交换 开示(discovery)，通常也被译成发现程序，“是当事人间强制性的信息交换。”¹开示程序具体规定在《美国联邦民事诉讼程序规则》²（下称规则）第26条37条，其中第26条规定了开示范围和限制、开示时间与顺序、补充开示、保护令、当事人会议、开示的形式要求。第27条规定了诉前及上诉前的开示。第28、30、31、32条规定了宣誓证言

(deposition)³，其中第28条规定对何人可以采用这一开示方法，第30条和第31条分别规定口头询问和书面方式取得宣誓证言的程序，第32条规定了在法庭庭审过程中取得宣誓证言的程序。第33条规定了质询（Interrogatory）程序，第34条规定了文件和其他物品提供以及为检查或其他目的进入土地

(Production Of Documents And Things And Entry Upon Land For Inspection And Other Purposes) 的程序。第35条规定了身

体与心理检查（Physical And Mental Examinations）程序，第36条规定了自认请求（Requests For Admission）程序，第37条规定了未开示或在开示中不予合作（Failure To Make Discovery Or Cooperate In Discovery）的制裁（Sanction）。第29条规定了与开示有关的约定，规定当事人可以自行对开示中的若干事项达成书面约定。我国民事诉讼法中并没有证据开示的内容，2002年4月1日起实施的《最高人民法院关于民事证据的若干规定》（以下简称规定）中出现有关举证期限和证据交换的规定。显然，这两项规定借借鉴了开示的一些原则，但与开示相比，仍有很大差异。开示经过半个多世纪的演化，已经形成一项有机的系统，它以证据规则为基础，以美国法律文化背景，成为民事诉讼中查明案件的主要途径。但证据交换在我国民事诉讼中却从属于庭审。开示的时间范围从诉前直到判决后、上诉前，有人将其定义为“是指双方当事人 在审理之前向对方当事人提供并获取与案件有关的事实、文件或者其他相关材料的方式和程序。”⁴，这是不对的。而我国的主证据交换只是限于庭前，证据提交仅限于举证期。开示是当事人的义务。“开示，无论如何解释，都是强制性的，当事人可能反对费力或不当的开示请求，但必须提供与他们的起诉和答辩有关的大量信息”⁵。根据规则规定，当事人必须披露与其起诉和答辩有关的任何信息，除特免事项外。而证据交换则不是当事人的必须义务，也不是法院必须进行的庭前程序，据我国证据规则规定，证据交换须经当事人申请，经人民法院同意。开示的范围包括一切与起诉和答辩有关的信息。根据规则规定，当事人首先要自动开示与自己起诉和答辩有关的证人信息、文件及其存放地点性质、专家证

人的情况等，而这些内容并不是一定要提交法庭的。凡是与查明案件有关的所有信息，均应向对方当事人开示。当事人对于自己没有而对方掌握的信息，可以要求对方提供，对方当事人如不提供，可向法院申请，要求强制开示。如当事人拒不开示，则应承担相应的法律后果。而我国民事诉讼中的证据交换程序，则是当事人将自己掌握的证据提交法院，在法院的组织下相互交换，证据是否提交，由当事人自定，显然，当事人只会提交有利于自己的证据。这样的交换，与庭审中的质证相比，可能是多余的机制。开示的目的是要求当事人通过庭前信息交换，避免证据突袭，但最根本的目的还是为了方便诉讼，查明事实真相，促进公正审判。当事人不仅有提供支持自己主张的证据的义务，还应向对方提供支持对方主张的证据的义务，这实际上是为争议双方强制性地搭建一个信息交流平台，经过这样的信息沟通，让当事人对于审判结果有一明确而清晰的预见，为通过谈判达成和解奠定坚实的基础。美国有90%多的争议在庭前达成和解，与开示中各方被动或主动地开诚布公有直接的关系。这是我国证据交换机制所不具备的，在我国的诉讼体制中，举证期限和交换证据的目的都是为了固定证据，简化诉讼，提高诉讼效率。这样，当事人的对抗性为法律所鼓励，人为制造了当事人间的敌对性，任何一方都害怕过早提供证据，为对方寻找抗辩提供了机会，当事人甚至害怕法院会把自己的证据交给对方。这各诉讼各角色间的对抗和不信任，既不利于案件的调解，也不利于审判和执行。

二、方便诉讼原则与开示的沿革

方便诉讼原则是美国自1938年《联邦民事诉讼程序规则》颁布时确立的一项基本规则。规则第1条明文规定，规则中所有

条文均应“被解释为且有助于保证每一诉讼公平、快速和经济（just, speedy and inexpensive）的裁判。”因这一规定是以美国宪法中有关司法独立及正当程序的规定为基础的，因此方便诉讼原则可以解释为诉讼各方当事人在法院的主官的主导下，“保证民事诉讼的解决既要公平，更不能有不正当的成本和拖延。”⁶方便诉讼原则实际上修正了传统的“对抗式”诉讼的当事人自利原则以及律师业务中“当事人利益第一”的原则。根据这一原则，“律师作为法庭中的重要角色（officers of court）^{7 8}，理应与法官在指定案件中分担责任。”这是什么责任？那就是保证民事诉讼公正、快速、经济裁判的责任，这是每一个法律职业者的社会责任。这个原则，建立了民事诉讼新模式，民事诉讼中原、被告间的对抗不能仅依靠律师的技巧和证据突袭来实现，这种完全没有信息交流、只追求单边利益的博弈，最终并不能使各方达到真正所需要的目的，更不能保证司法公正。强调律师和法官作为法律职业者的共性，强调他们共同的社会责任，在1938年美国民诉规则制定时已经被意识到了，而在规则中最能可体现方便诉讼原则的制度就是开示。这一原则不仅体现在开示制度的形成中，还体现在开示原则的修改中。自制定后至今，开示规则共经历了12次修改，1970年修改了9个条文，修改幅度最大的是1987年，共有10个条文有不同程度的改动，1993年又对9个条文进行了修改和完善，最近的一次修改是在2000年，对第26条了补充。杰姆斯·克拉里克等人在《波士顿大学法律评论》中的一篇文章中对于开示制度的修改做了简要的归纳，这一报告是受顾问委员会委托所作的调查报告，对于2000年规则的修订有重要作用。现代开示业务的历史开始于1938

年《联邦民事诉讼程序规则》的采用。这些规则背后的理念是“通知”，是恳请通过开示获取案件事实的“通知”。这项新规则将扩展了开示的范围并放松了原来对于开示的数量与时间的限制。虽然规则经常被称作为现代诉讼程序的司法控制奠定了基础，实际中他们表现为将发现过程的控制权主要放置于律师手中。确定，1946年和1970年的修订放松了对律师开示行为的限制。然而，到了20世纪70年代中期，对于律师有效地掌控开示程序的能力的信心逐渐消失。许多州法院开始尝试对开示程序进行限制，据兰德公司在1981年的调查，29个州法院以及23个主要城市的地方法院均采取一项或多项措施加快开示速度，包括采用邮件和电话加快庭前动议程序，要求律师在请求司法干预前自行解决纠纷，指定专门的法院人员处理开示动议，限制质询次数，限制允许开示的时间，召开会议安排开示日程，处罚恶意的开示动议。

在1976年全国关于对司法管理普遍问题的原因大会以及美国律师协会（ABA）关于开示滥用的报告发布后，对于加强对于开示的司法控制的呼声日强。从而导致1980年和1983年对于规则的修改，新修订禁止过度开示，要求开示与案件大小相适应⁹，还规定法院对于违反规则的行为进行处罚，规则还明确规定在庭前应在法官主导下如开庭前会议，进行开示计划的讨论，由法官发布开示日程安排命令及其他庭前事项。对于开示滥用的担心在八十年代持续存在，导致1990《民事属法改革法案》（CJRA）的通过。这法官要求地方法院强化对于民事程序的管理，鼓励法院改革开示程序，包括限制开示的数量和时间，采取其他措施帮助律师更好的计划开示。在1993年12月，规则做了部分修改，这些修改包括要求当事

人在日程会议召开前或日程命令发布前会面并准备开示计划建议，要求不必等待开示请求即自行开示基本相关信息，以及对宣誓证言和质询采取的一些限制。地区法院还被允许选择适用这些规则，以使其原来的强制性成本及迟延减少计划保持不变。在2000年对修改中，增加了自动开示，限制开示范围为“与起诉和答辩有关”的信息，删除了法院对于规则的选择适用权，加强了民事诉讼程序的统一性。从报告中不难看出，规则中有关开示程序的规定对于律师而言，经历了先放后收的过程，现行的开示制度是以律师为主体，以法院为主导的模式，法院的主导并未取代律师的主体作用，对于开示的一系列限制完全是为了案件公平、快速、经济审理的需要，是针对某些律师在开示中的所谓技巧性操作而采取的。在杰姆斯·克拉里克等的报告还披露了他们调查的统计结果，在审期超过9个月以上的案件中，有一半没有开示记录，10%的案件平均每个案件有1.7开示请求，30%的案件平均每案有5项请求；10%的案件平均每案达到17项请求。这项统计说明，有关开示程序延长审理期限，增加诉讼成本的说法具有片面性，因为案件的审理成本和期限往往有许多因素共同作用的结果。目前，有关开示的主要问题集中在电子开示方面。由于信息技术的发展，许多证据被存储在计算机的存储设备中，互联网让诉讼角色间的远程交流成为现实，远程质询、远程宣誓证言以及其他以现代信息技术手段为基础的开示方式的使用成为当今美国司法界研究的热点。在一些法院中已经接受电子开示。

三、构建我国民诉程序中当事人的信息交流机制

的确，每一个国家的民事诉讼制度都有自己的特点，不能盲目地照搬照抄别国的模式，这种说法对于开示制

度引进同样适用。本文所要讨论的是，在我们搬进了对抗诉讼体制后，如何进一步完善这种制度呢？开示制度的沿革及其对美国原有对抗诉讼体制的修正作用，让我们在思考我国民事诉讼改革时能得到哪些启发呢？美国民事诉讼“公平、快速和经济”的方便诉讼原则，其立足点是方便当事人诉讼，受益主体是当事人，而不是法院，这一点和我们原来引入对抗制度时是不一样的。我们引入对抗制度是为了提高办案效率，这个效率当然是法院的效率，其受益主体是法院。十几年民事诉讼改革所产生的问题，主要是因为这个立足点。立足法院设计的诉讼制度，其实仍然是法官职权主义，诉讼过程中最主要角色仍是法官。而作为当事人，除了手里的证据外，只能要求法院调查取证，这显然增加了法院的压力。从制度设计后，诉讼中法官、律师间的力量完全不均，根本不可能实现法官居中裁判、当事人对抗的真正局面，律师作为法律职业者无法与没有机会与法官共同承担解决纠纷的社会责任。方便诉讼原则的本质是为当事人服务，其首要原则是公正，然后才是快速和经济。美国法院不收诉讼费，一些当事人起诉时诉讼起求过宽，这都会降低司法审判的效率。但规则在处理这些问题时不是仅靠强制手段，而是通过提供充分的、强制性信息交流平台，让当事人的律师在规则的框架中自主查明案件，让律师充分发挥其法律执业者的作用，为纠纷的庭前解决创造条件。当一小部分律师试图通过开示滥用拖延诉讼时，规则对开示做了细化和修改，并形成当今一套较为完善的开示制度。这一制度，不仅是美国民事诉讼的基础，更为其他非诉讼纠纷解决方式（ADR）提供了坚实基础。“我们需要特别注意的是我国的现实司法环境和我国

的具体国情。从现实来看，相当多的当事人缺乏基本的法律意识和知识，当事人的“清官拯救”心理十分强烈，他们可能更赞成“马锡五式的审判方式”；在模范法官先进事迹的介绍中，我们所看到的更多的是这些法官如何深入基层、深入当事人，如何反复调解，耐心做当事人的思想工作，而且往往取得很好的社会效果。”¹⁰ 这些优秀法官的做法值得称道，却从另一方面揭示了我国现行诉讼制度根本问题，法官应承担的是裁判职能，这些优秀法官的越位显示了目前我国纠纷解决机制里中间性角色的缺失。这个职位在美国是由律师承担的，在中国也理应由律师承担。开示制度的存在是美国律师有力地承担了纠纷解决机制里中间性角色的保障。调解是以理服人，判决是以力服人。调解要做到以理服务，必须以当事人间充分的信息沟通为前提，在纠纷产生后，当事人自然不愿意进行这种沟通，开示制度建立了强制机制，这种强制在半个世纪后形成了主动开示的要求，在律师业务中也成为了规范性做法，之所以能达到这种地步，司法系统的主导和强制性支撑不容忽视。反观我国现行的证据规则，除了举证义务外，所有的权利归于法官，法官是信息交流通道的阀门。优秀的法官，不仅打开了这个阀门，而且主动的推动当事人间的信息沟通，所以才能促成案件的调解，但显然增加了法官的工作量，提高了法院运行的成本。所以，“马锡五式的审判”只能是个例，是榜样，不能成为制度。要想提高整个诉讼体制的运行效率，只有分权，当事人有权查明案件真相，作为对方有义务配合对方查明案件真相，调查权和取证权是当事人的权利，在当事人将案件委托律师后，律师自然有权查明案件，所以，无论律师法还是诉讼法，应当

确认律师调查取证的权利，律师调查案件时，有关当事人应当配合，而不是可以配合，更不是要征得有关当事人的同意。这种新的诉讼模式，不仅“要求加强法院、当事人和律师三方面在共同解决社会矛盾上的社会责任感，从而形成一种国家和当事人、律师三方“三赢”的协同主义的诉讼观，”¹¹更要形成权利公平分配、规则细致可行的具体制度。注释：1 PP 212, Joseph W Glannon：The Glannon Guide to Civil Procedure, US Aspen Publishers 2003 2 虽然此规则名为联邦规则，实际为联邦法院和州法院所共用。3 有人译为笔录证言，此译极不准确，因宣誓证言有一关键的程序是宣誓。4 乔欣郭纪元著，《外国民事诉讼法》，人民法院出版社，2002年06月第1版，第91页 5 同上引。6 顾问委员会关于《美国民事诉讼程序规则》第一条1993年修正案所作的说明 7 同上引。8 Officer意为官员，高级职员，军官，但律师显然不能是法庭官员，但officer原意为“在一组织中有权威、职责或信用的人”，故暂译为此。9 即诉讼请求成的价值与开示成本相适应，而诉讼请求的价值并不等于赔偿金额，通常对于公民宪法权利的保护具有最高的价值。10 黄松有：《完善诉讼体制，推进司法改革》 11 同上引。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com