

取证程序的改革： 离婚法的合理与不合理实践^{*}

黄宗智，巫若枝

摘要：通过对从东南沿海 R 县抽样所得的 45 个案例的分析，可以看出近年取证程序改革对离婚法运作所起的作用。从毛泽东时代的主要由审判员调查取证变为今天主要由当事人举证的制度，导致了一系列的未予后果。其中，有不合理的官僚主义化的只重程序不顾实质的后果，以及不起实际作用的证人制度，也有合理的符合新社会经济现实的书面取证，以及倾向无过错离婚的做法。要改进当前的弊端，需要明确当事人主义取证制度并不完全适用于民事案件与调解制度。旧实质正义的取证和法庭调解制度，仍在起一定的积极作用，应该予以认可，有选择地援用和推进，与当事人举证制度并用，不应盲从于今天主流的“现代化”法律形式主义模式。

关键词：未予后果；历史环境；形式化；证人取证；(新旧制度)连同运作；两不是运作

取证程序的改革是近年司法实践中一个关键性的变化，从毛泽东时代的主要由审判员调查取证一变而为今天主要由当事人提供证据的制度，对司法实践整体影响深远。即便是毛时代遗留下来的法庭调解制度，也因此在实际运作中起了一定的变化。本文根据南方 R 县最近的（1999 年到 2004 年）案件档案抽样得出的 45 起离婚案例，集中探讨取证制度的变化对离婚法运作的影响。^①在这个有限领域中，我们看到的并不简单是改革理论意图上的从法官集权制度到确立当事人权利的“现代化”“转型”，^②也不是原有制度的简单延续，而更多的是一系列出于意料之外的“未予后果”。^③一方面，近年的取证制度改革反映了新的社会经济实际，显示一定的合理性，并且是实践中的合理性。但是另一方面，也有许多不合理的结果，其中最突出的是新程序被纳入官僚体制只顾形式不顾实质的弊端。

新近的问卷调查研究证明，当前法律制度明显缺乏威信。国家虽然大规模宣传法治并全面推广法律教育，但实际上人们普遍对这个制度缺乏信心。从审判员在人民心目中的威信来说，今天其实要逊于

作者简介：黄宗智，史学博士，中国人民大学农业与农村发展学院院长江学者讲座教授，美国加利福尼亚大学洛杉矶校区历史系教授（荣休）；巫若枝，法学博士，清华大学法学院博士后。

^{*} 感谢应星、李放春、彭小龙、余盛锋、范愉诸位同仁、学生在本文修改过程中所提的建议。特别感谢徐安琪教授最后的指正。

^① 案例由巫若枝在东南沿海 R 县人民法院从民事案件档案按照归档编号等距抽样（每隔 20 件离婚案件抽样 1 件）拍摄所得。引用时用的是案件登记号（不是归档号）。此外，另有两个 2006 年的案例。调研经洪范法律与经济研究所“小额调研项目”资助。

^② “转型”一词的使用亟需问题化，因为用者多有意无意地把西方资本主义社会和形式主义法律当作中国当前变化的必定朝向。笔者认为，中国现代化和其未来形态应视作未知之数，并且必定会包含古代传统和现代革命传统。

^③ 从 Robert K. Merton 到 Anthony Giddens “unanticipated consequences”或“unintended consequences”概念使用人颇多，附带的概念与理论问题众多，笔者这里的用意只是其根本的字面意涵。

改革前的毛时代。^① 本文可以看作是对其部分可能原因的一个探索。^②

一、从实地调查到庭审调查

今天的制度不是像毛泽东时代要求的那样由审判员深入实地,通过当地干部和群众调查研究,而主要是依赖庭审调查,由当事人负责提供证据,在庭审过程中对质取证。1982年的《民事诉讼法(试行)》仍然认定调查取证责任主要在于法院,不在当事人:“人民法院应当按照法定程序,全面地、客观地收集和调查证据。”1991年的《民事诉讼法》删把原先的“收集和调查”改为“审查核实”,并说明当事人“有责任提供证据”;至于法院,则惟有在“当事人……因客观原因不能自行收集的证据,或者人民法院认为审理需要的证据,人民法院应当调查收集”(第64条)。2002年最高人民法院的《关于民事诉讼证据的若干规定》则更明确地规定,“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的,由负有举证责任的当事人承担不利后果。”(第2条)^③

从当前现代化模式下的主流法学理论来说,这是一种明显的进步,因为新程序确立了当事人举证的权利和义务,削减了法官的过分集权,符合“法治”的总体设想。毋庸置疑,这样的推论,用于刑事案件,是完全符合逻辑的。在刑事案件中,代表国家的法院、检察院和公安部门实际上是当事人一方,被告人则是另一方。如果举证和审判权完全寓于国家这一方,被告不具有任何举证权利,显然很容易导致专制权力的滥用。涉及政治罪行时尤其如此。因此,从维权以及遏制刑事诉讼中可能存在的国家权力滥用的角度考虑,很有必要确立被告人的兴趣证权利。

但是,民事案件不同。这里,代表国家的法官基本是旁观者,其角色是从旁观视野处理公民(法人)双方之间的纠纷。国家不是当事人的一方,也因此并不处于“利益矛盾”(conflict of interest)的地位。由其调查取证,并不涉嫌偏颇。当前把维权逻辑毫无保留地用于民事案件的取证,意欲以当事人取证取代国家(法院)取证,显然具有一定的局限,并不一定符合立法者的根本动机,在离婚领域尤其如此。

同时,判决与调解对取证的要求也有一定的不同。在理论上,判决的公正必须以客观事实为根据,而调解则完全可能无顾客观真实而仅以当事人双方的主观立场为根据进行。这也是刑事案件(多用判决)与民事案件(调解较多)差异的另一面,也进一步说明刑、民事取证程序不应简单地“一刀切”。^④当然,要真正有效地调解离婚纠纷,法官也必须力求掌握客观真实。同时,基于中国的法庭调解制度,在调解和(如调解不成进而)判决过程中的取证乃是同一程序,在实际运作中,调解结案的案件与判决结案的案件并不允许理论上那样的区分。

今天当事人主义理论之所以广泛使用于民事法律制度,部分原因可能是出于法律形式主义思维方

^① 根据新近(对6个县30个村庄,2970人)的问卷调查,在乡村普遍依赖的三种不同纠纷解决模式——社区调解、上访和法院诉讼——中,人们普遍认为社区调解成效最高(73%认为“满意”解决),上访第二(63%),法院最低(37%)。(郭星华 王平《中国农村的纠纷与解决途径》,载《江苏社会科学》2004年第2期, www.usc.cuhk.edu.hk)。另见对北京市的类似调查,同样显示法院制度在人们心目中缺乏实效(Ethan Michelson“ How much does law matter in Beijing?”, www.usc.cuhk.edu.hk 中文见[美]袁宜生《纠纷与法律需求——以北京的调查为例》,《江苏社会科学》2003年第1期。对于毛时代,我们没有同样的问卷调查,但是根据各种各样的质性证据,法庭审判员在当时确实具有一定的威信,不少在工作上真真正正试图遵循“为人民服务”的毛主义价值观。见黄宗智《离婚法实践:中国法庭调解的起源、虚构与现实》,载《中国乡村研究》第4辑,北京:社会科学文献出版社2006年版,1—36页。亦见巫若枝对老审判员的访谈的报告,《当代中国家事法制实践研究——以华南R县为例》,中国人民大学博士论文,2007:186—189页。

^② 因为使用的经验证据限于离婚案件,本文不可能对民事法律制度整体作出分析,也不能系统探讨人们关心的法庭可能腐败问题。

^③ 《民事诉讼法》(1991年4月9日通过),见 www.cnflj.com;《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(2002年4月1日起正式施行),见 www.chinacourt.org 亦见汪军《论民事诉讼当事人的调查取证权》,安徽大学硕士论文,2005(www.wanfangdata.com),5—10页;金晔《论民事诉讼当事人取证权利之程序保障》,复旦大学硕士论文,2005(www.wanfangdata.com)。

^④ 感谢范愉教授关于这一点的提示。

式的影响。按照其从(天赋、自然)权利前提出发的思路,法律是为维护权利而设,而维权思维则很容易导致法律必分对错(要么维护、要么侵犯权利)的结果,演绎为“对抗性制度”。黄宗智在另文已经指出,这样的制度优点在于明确权利,弱点则在于把许多其实不涉及对错的案件推向必分对错的制度性框架。同时,这样的思维也可以演绎成为由对抗双方负责举证的原则,^①并据此形成“法庭真实”(courtroom truth)的想法,即把法庭程序下所能证明的事实与实质性的真实(即包含不能在法庭程序允许下证明的事实)区别开来,认为法庭审理只能根据前者来运作,不可能苛求掌握实质真实或(惟有上帝才能知道的)绝对真实。由此,更导向了对程序的特别强调。^②

这和旧毛泽东时代的取证制度显然不同。后者的取证理念是以实质真实为主的,未将其区分于法庭程序下所能证明的真实。它要求的是审判员深入实地调查,了解案件真实情况,而后据此处理纠纷,或调解妥协,或判决对错。它的出发点不是维护当事人权利,而是处理纠纷。它不一定区分对错,而是根据纠纷实际情况解决问题。它不附带对抗性的框架、建构。它的优点在于没有泾渭分明对错的情况下的调解,通过妥协,息事宁人;它的弱点则在于对维护权利的含糊。当然,在政治运动时期,尤其是土地改革和文化大革命期间,它在规范化的司法之外附带有更多的政治、政策成分,并由此构成了今天确立当事人主义的导因之一。

新制度在民事案件运作中有两个关键部分:(1)要求当事人在庭审之前提供、交换证据(类似美国法庭之所谓“证据开示”“discovery”程序),以便在庭审中适当询问质疑取证。(2)在庭审过程中(经过宣读法庭规则、核对当事人身份、宣布或由当事人陈述案由及诉求、询问双方是否申请回避等,而后进入法庭调查阶段),由原告和被告分别陈述、提供证据并互相对质(然后进入调解或审判程序)。(例见2002-36号)在上述程序中,法庭追求真实主要采用两个方法:一是书面证据,二是当事人的“对质”。后者在帝国时期的法制中早已广泛使用,其基本原则——当事人双方都承认的事实,可以成为法庭的依据,反之便不能认定,除非另外求证,辨别真伪——今天仍起一定作用。此外,按照法律的规定还可通过证人制度等获得案件真实,但是在当前的实际运作中,证人基本不起作用,这一点下面还要讨论。

二、历史环境的变迁

这样的制度变迁有它一定的历史环境和理由。当然,其中一个主要原因是案件数量的增加,法院人员不能再像过去那样处理少量案件,由审判员亲自调查。正如黄宗智1990年代初期访问的松江县两位审判员所说:旧制度耗费大量时间,不符新现实的需要^{[1] [P:22]}。另一个因素是上述对西方形式主义法律的大规模引进,把过去的制度视为法官过分集权的制度,把当事人举证制度视作确立当事人举证权利的制度。但实际上,在案件数量增加和法律理论改变之外,还有社会、经济变化的原因,促使上述的制度性变化。

一是人口流动。1980年代以来,全国共有2亿农民进入非农就业,其中约半数在乡镇企业,半数在城市。伴之而来的是城镇人口比例大幅度上升,从1980年的19.4%上升到2004年的42.8%^[2]。如此规模的人口流动,完全改变了毛时代严格户口制度下对人民控制的程度。举一个案例来说明(2001, 270号):原告起诉与其妻子离婚,但法庭无法将起诉状副本直接送达被告,其原因如诉讼档案中被告原所

① 当然,根据司法独立的思路,也可以演绎成大陆法系中的法官职权主义取证制度。

② 这是滋贺秀三比较清代法律与西方大陆形式法律而指出的重要区别。见 Shi Qing Shi 3: 1974-1975 “Criminal Procedure in the Ching Dynasty with Emphasis on Its Adversative Character and Some Allusion to Its Historical Antecedents” Memoirs of the Research Department of the Toyo Bunko (2 Parts), 32: 1-45, 33: 115-138 特别是 33: 121-123 亦见 Max Weber Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology 3 vols. New York: Bedminster Press, 1968 尤见 2: 809-815。另见黄宗智《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,13-14页,上海书店,2007(2001);亦见黄宗智《中国法庭调解的过去和现在》载《清华法学》第10辑,北京:清华大学出版社,2007

在地街道办事处出具的证明所示：“×××原系本居委会居民，婚后户口已迁出，现不知其下落。”因此，法庭只能以“公告”形式要求被告前来应诉，逾期将进入缺席审理和判决。这样，反映了新现实：国家对人民的控制已经远远不如过去那么全面渗透。在另一个例子中（2003 168号）被告男方与一个已婚女子一起离家到外地做生意并同居，但原告女方开始不知实情，直到两年以后（1993年），第三者的丈夫家人找上原告家门，向原告要人，原告方才知丈夫已有外遇。（当时被告签了一份悔改书，答应不再犯，但事后再次外出工作，2001年后夫妻分居已经3年。）男方答辩说，自己因单位倒闭下岗，因此与×××一起经商，长期在外。这样的实际反映了近十几年的社会经济变迁。

在新的社会经济实际中，常见的是人们经济交易的多样性和复杂性，常常超出国家所能控制的范围。在一个案例中，（2003 270号）夫妻俩都要离婚，但双方的经济关系非常复杂，并各执一词。两人都经商，有共同的、也有分别的财产、债权和债务。在丈夫的名下有一辆机动车，买价10500元，妻子名下则有一艘与人花24000元合买的经营海鲜船。两人所列债务、债权多项，有个人名下的，也有双方名下的。债务共三项，价值145989元，银行存折两份，共5831元，债权三项，共95358元。双方与其律师都坚持同样的主张：对方名下的车辆和船应为夫妻共同财产，自己名下的债务为共同债务，债权属自己个人所有。结果，法庭判决双方1998年购买的房子（虽在丈夫名下并已由他转到一个亲戚名下，但明显是夫妻共同财产）折价12.8万元，双方各一半，由丈夫补偿妻子其半。至于债务、债权则只认定有明确书面证据的，其他基本不管，由双方各自分别处理。此案所涉及的经济关系多是市场经济时代的产物，在毛泽东时代是不可想像的。

这样的变化说明，在市场化了的新现实大环境下，已经不大可能像过去那样由法庭深入村庄或街道或单位，与当地干部和亲邻交谈，了解实质真相。在新社会经济的环境下，从毛时代的强调法官实地调查改用主要由当事人法庭举证制度是可以理解的，可以说是符合实际制度和实践变迁的。

此外，伴随政党国家对人民控制制度的下降以及私人领域的扩大，婚姻关系在相当程度上已经成为一种隐私。在新环境下，涉及夫妻隐私关系是特别棘手的问题。案例中有众多妻子起诉丈夫虐待自己的事例。在毛泽东时代，在高度控制和社区紧密网络的环境中，审判员可以通过现场调查明确这样的起诉事由是否属实，因为亲邻多会有所知闻。但是，在新制度下，如果双方各执一词，又无从凭书面证据证明，则只好将之排除在法庭所能掌握的真实之外（下面还要讨论）。

我们知道，人民共和国立法过程一贯比较倾向实用考虑，在正式采纳新条文之前，一般都会先通过最高法院指示或解释等形式，先试用一段时间，通过广泛实践试验而后确定新法律条文，亦即黄宗智之所谓从实际出发、通过试用规则的实践、再到确立法律条文的立法步骤，可以说是反映了某种实践理性。^①但是，实践并不一定是合理的。黄宗智自己过去的论文多强调其合理的方面，是为了说明“实践”比一般理论更接近历史真实，且其具有实用的逻辑，不会像形式主义理论那样脱离实际，走向极端^[3]。但是实践历史显然也同时包含许多不合理的成分——最明显的是一个新制度常会陷入现存“体制”，出于最良好动机的设计在实际运作之中常常会变得或是虎头蛇尾，或是前后不对应，甚或引起完全与原意相反的后果。我们这里用“未予后果”来概括如此现象。历史上充满了这样的例子，这里也不例外。我们因此要在这里同时考虑合理后果与不合理后果。上述的制度变迁在理论上和形式上看显然是合理的，但这里要问的是：其实际运作到底如何？

三、取证制度在离婚法中的实际运作

伴随取证制度的变化是法庭程序的高度形式化。毛泽东时代的法庭档案中主要是实质性的材

^① 见黄宗智《离婚法实践：中国法庭调解的起源、虚构与现实》载《中国乡村研究》第4辑，北京：社会科学文献出版社2006年版；亦见黄宗智《中国民事判决的过去和现在》载《清华法学》第10辑，北京：清华大学出版社2007年。

料——审判员的访谈,这是“马锡五审判方式”理念的必然结果:它依赖的是紧密的组织和社会网络,通过党组织的渗透和社区“群众”(的“雪亮眼睛”)而明确事实真相。但是,今天的社会,尤其是流动极其频繁和交易关系极其繁杂的城镇中,已经不具备这样的条件,即便是农村社区,也已在大量的人口流动下,趋向散漫,从熟人社会变为半熟人社会甚或陌生人社会。^①一方面是政党国家机器已经不具备过去的渗透力和覆盖面;另一方面,市场交易的繁杂性已经使得实质真实更难掌握、确定。在庭审调查和“当事人主义”的法庭新原则下,只可能在对抗性的框架下,更加依赖当事人在法庭上的举证,强调法庭程序下的真实,借此明确判定是非。伴之而来的是形式化的法庭程序。

这一切都显著地反映于档案材料:今天的案卷内容,更多的是书面证据,以及伴之而来高度形式化的证据交换程序材料。首先,法庭要求当事人提供身份证、结婚证、代理人及委托授权书、债契、证人供词等等书面证据材料。其次是表明程序的材料。在2002年最高法院《关于民事诉讼证据的若干规定》出台之后,地方法院经常组织当事人在庭前交换证据。这样,法庭必须在事先通知双方,约定双方到庭交换证据。表明这样程序的材料要占离婚案件每卷档案的相当部分。而后是庭审中的身份核对,以及申诉、答辩和关于证据的辩论程序,也要占去庭审笔录的相当部分。(无庸说,也占用相当人员和时间,在合议庭的场合下尤其如此)。其后果之一是法庭将精力主要用于形式化的取证,哪怕只是没有实质含义的证据。

至于证人举证制度,在今天的实际运作中,所起作用十分有限,与立法者的设计相去甚远。在形式上,中国采用的乃是大陆和英美模式的混合体:证人主要由法官主持询问(虽然并不排除当事人在法官允许下的询问),作为法庭调查程序的一部分(这方面更像大陆法体系),同时,证人几乎全是由当事人申请的(这方面则更像美国制度)。一个结果是,审判员们对于“证人”的态度更像美国普通法制度下的“证人”,认为主要偏向一方,是为邀请他们的一方说话的人。同时,因为法庭没有美国开示制度附带的那种由对方律师主导的详细“交叉询问”(cross examination)(即由对方盘问证人)的制度,^②更削弱了证人的可信度。另外,因为当前的制度缺乏法律上的强制性约束,证人可以不理睬出庭作证的要求。最后,缺乏美国制度那种对证人的合理出庭花费补偿,运作起来不太实际。因此,一方面是法庭对证人信赖度低,另一方面是证人多不愿出庭,结果是法庭越来越倾向于只相信书面证据,整个证人举证制度在实际运作中基本不起真正作用^[4]。我们可以说它既非欧洲大陆法中的证人取证(主要由法官召唤和询问)制度,也非美国普通法下的证人制度,基本只是一个两不是的空架子。

但是,离婚法庭所需要考虑的许多事实情况,都不是简单地可以依赖书面证据而判断的:譬如,夫妻间的感情基础和近年的关系,是好、是坏、还是一般?丈夫是否真的虐待妻子?是否真的与第三者有长期稳定的同居关系?丈夫是否真的像妻子所说的那样经常赌博?那样的问题一般很不容易通过书面证据来证实。过去是通过与当地组织和亲邻而确定的,现在需要通过证人取证。

举个简单的例子(2002 245号):原告说她丈夫经常打她、虐待她,因此要求离婚。但被告答辩说原告所陈不符事实,其实只有一次,因她打了自己的年老父亲,自己才打了她手臂两下。(另外,原被告双方对所负债务35000元各执一词,坚持与自己无关。这样的事情当然没有书面证据,但双方都没有能够提供证人或其书面证词。结果法庭对原告所称受被告虐待的陈述基本不予考虑,只认定双方“感情一

^① 2003年的统计数字说明,农村从业人员中约有31%从事非农业。(“当代中国社会阶层结构研究”课题组抽样调查得出的是58%只从事农业,16%非农业,15%两者兼之,10%没有从业——见陆学艺《当代中国社会流动》,北京:社会科学文献出版社,2004 308—309页)。2005年的一个对1773个村庄的问卷调查(每村一、二人)则显示有83%的农户家中起码有一个人从事非农业(叶剑平、蒋妍/罗伊·普罗斯特曼(Roy Prostein)朱可亮/丰雷/李平《2005年中国农村土地使用权调查研究——17省调查结果及政策建议》载《管理世界》2006年第7期)(www.usc.edu/hk)。虽然,正如该文作者们自己指出,这个估计可能偏高,因它局限于离城镇10公里以内的村庄。

^② 部分原因是当前律师人数不够的实际困难。

般,因性格不和,引起夫妻矛盾”,“发生争吵”。^①在另一个同样的案例中(2002 339号)原告起诉被告经常打骂、虐待她。被告则完全否认。双方同样都没有能够提供书面证据或人证。结果法庭同样没有对谁是谁非采取明确态度,在审结报告中,只写道两人“婚后感情一般,由于家庭经济困难,原被告经常吵骂及打架”。^②(另见 2002 309号; 2000 37号; 1999 2号)

在上述两个案例中,我们可以看到,今天的离婚法在实际运作之中,因为举证的局限,已经越来越倾向一种无过错做法。这也是个未予的结果:法律条文虽然认可过错(虐待、与他人同居、赌博),在司法实践中其实已经相当程度不考虑过错。既然不能明确丈夫是否虐待妻子,法庭也就只好基本置这样的事情于不理。正如巫若枝访谈的法官们指出,家庭暴力(以及与第三者同居等)事项不容易取得书面证据。^③当然,具有医院证明的严重伤害除外(见 2000 25号)。^④

这个趋势在一定程度上削弱了对弱者的保护。正如巫若枝指出,2001年的《婚姻法》虽然在纸面上确立离婚“损害赔偿”制度(第46条),但在当前形式化的当事人主义取证制度下,实际上并没能付诸实施。立法者的意图虽然是西欧民法的性别平等,并希冀以此制度赋予弱者一方法律武器对抗出轨或施暴一方,但在当前取证制度下的运作中,由于当事人难以举证而把家庭暴力或包二奶等基本排除在法庭考虑之外,实际上是削弱了国家对弱者的保护^⑤(无过错原则的倾向本身虽然无可厚非——西方在1960和1970年代已经基本全面转向无过错离婚原则——但需要辅之以照顾弱者的原则以及公安系统配合医院系统对受害方的保护和违法方的劝告、惩罚。当前的制度还缺乏对弱者充分的保障)。

事实是,在人口流动性相当高的客观现实下,家庭生活中许多过去为亲邻和社区干部所知的事实都已逐渐演变为夫妻间的一种隐私,这是一方面。同时,在新法庭取证制度运作不佳的现实下,也无从对双方当事人各执一词的事实作出可靠的判断。因此,这种在过去的离婚案例中相当关键的事实,已经逐渐被排除在法庭考虑之外。

此外,法庭面对的另一个难题是夫妻债务的认定。就已有案例反映的情况看,这些债务多出于私人关系从亲戚、朋友处非正式借贷,常常缺乏正规书面合同,仅凭人际关系维护,一旦夫妻闹纠纷上法庭离婚并主张分割夫妻共同财产,便很难通过现有证据制度证明这些债务的存在。比如,在一个涉及房屋纠纷的案例中(2001 46号)女方说她曾亲手交给婆婆62800元购买双方居住的房子,但没有书面证据。男方则说房子是由他妹妹出钱买的;其妹电汇了5万元进入男方母亲账户(也没有书面证据),后来再亲手交给男方4万元。双方各执一词。男方所能举证的是房子原业主所提供的书面证词,说他是把房子卖给了男方的妹夫,仅此而已。法庭结果没有对有关房子的可能债务作出判断。^⑥在这种情况下,法庭一般采取的态度是:除了有确凿书面证据的或当事夫妻双方都确认的债务或债权,其他的都不予以细究、考虑。这也是当前实际运作与毛时代不同的另一方面。早期债务极少,今日众多、繁杂,并且,如果双方各执一词,基本无法确定真实,只可置于调解或判决的考虑之外(还有众多其他的案例。例见1999 7 9 109 209号; 2000 19 37号。下面还要讨论)。

① 法庭最后的判决主要集中于双方的债务问题,同样认为双方理由、证据不足,因此“认定”是“夫妻共同债务”,“原、被告应共同负担”。

② 结果,主要因为被告表示“既然原告坚持离婚,被告也同意”,法庭协助双方达成财产处理的协议。

③ 见巫若枝博士论文,193页。

④ 在这个案例中,丈夫因怀疑妻子与第三者有不正当关系,用剪刀剪伤她的阴唇,造成严重伤害,有公安局和医院等的证明。

⑤ 巫若枝引用了这样一个2006年的案例,被告曾经当众打骂妻子,又长期“包二奶”,并且经常赌博,本社区许多人都知道,但原告除了提供医院的经被告殴打后的轻伤证明外,在诉状中并未提到丈夫的其他事情,其原因可能是出于不能提供物证或人证,也可能是认为无补于事。巫是在庭审后与原告访谈方得知实情的。至于原告关于殴打的指控,被告辩称医院证明只能说明原告受伤,不能证明是经被告殴打的后果。因为没有其他证据,法庭结果并未认定被告确实殴打了原告。见巫若枝博士论文,182-184页,及277-287页“2006年典型案例现场观察记录”;另见案例2002 309号; 2000 37号; 1999 2号。此外,正如巫若枝所指出,此案到庭的众多听众几乎全是被告的亲属,原告则只有自己和姐姐在场,双方势力明显悬殊。在那样的环境下,原告不太可能得到公道。(她要求5000元的补偿和大孩子的抚养费,但结果只得到600元)。

⑥ 而是判决了双方感情尚未破裂,不离离婚。

在上述多种因素之下, 形成了一个相当普遍的现象: 在取证程序化的大趋势下, 法院的实际运作越来越脱离实质取证而倾向形式化, 强调文件取证及其程序, 但往往可能脱离实际, 无顾事实真相。下面我们先以一个比较极端的现象来突出这个问题。

四、纯形式化的取证运作

在我们得自 R 县的案例之中, 尤其是最近几年的, 有相当比例是纯形式性的不合理行为。当事人双方已经在案前同意离婚, 并已在子女和财产等问题处理上达成完全一致的协议。他们来到法院的目的主要不过是要办正式离婚手续(因为该县的民政局属下的某些镇民政人员拒绝办理)。但他们面对的是一个高度形式化、官僚化的法院制度, 常常会被要求遵循毫无意义的法庭程序办理手续, 有时候更要支付高额费用。

在 45 起案例中共有 9 件涉及协议离婚(2001: 7 175 374 号; 2002: 36 号; 2002: 274 号; 2003: 199 号; 2004: 292 349 355 号)。举一个 2003 年比较极端的例子(2003 199 号): 原被告决定离婚并已经达成书面协议, 他们来到法庭的目的只不过是要办正式离婚手续。但是, 法庭按照固定程序, 首先要他们支付 50 元的“案件受理费”, 另加常规的 400 元(因涉及财产纠纷)的“其他费用”。然后, 法庭按照固定程序“询问”被告(询问笔录)。被告表示完全同意原告“起诉”中所提的条件(即: 双方自愿同意离婚; 两个孩子由母亲抚养, 被告每月支付 500 元抚养费, 直到“孩子长大成人”。两人的老房子——是被告父亲的房子——由原告居住, 到她再婚为止。两人的债务 1.5 万元——是从被告父亲借得的——由被告负责。)原告在双方的书面协议之外, 还提交了所在镇社区委员会出具的证明, 说双方感情已经破裂, 同意离婚, 要求法院适当配合。双方虽然已经没有争议, 但当地法院居然召集了由三位审判员组成的“合议庭”, 另加书记员, 进行正式“庭审”。其笔录证明, 法庭仍然按照正式程序, 宣读法庭规则、核对当事人身份、询问双方是否申请回避, 然后取证, 然后要求双方重述其申诉和要求, 而后答辩, 最后方才进入调解程序, 一项、一项地重复双方已经达成的协议, 以笔录形式草拟调解协议, 最后打印出法庭的正式“民事调解书”。这样的庭审, 等于是一种高收费的演戏, 为办理离婚手续的老百姓带来许多完全没有必要的麻烦和花费。^①

显然, 这种主要是形式性的操作情况源于不合理的“体制”经过“市场化”而形成的官僚部门牟利作风。上述当事人所面对的是双重的现实: 一是原来办理登记的民政局, 出于收费和付出(人员时间等)的考虑, 拒绝处理这样的离婚“纠纷”。根据巫若枝的实地访问调查, 一个关键考虑是登记离婚的收费一向很低(只是 9 元), 但是当事人双方如果在登记过程中闹矛盾, 很可能就会把民政局的登记处卷入进去。在过去毛时代的以服务为主的治理意识形态下, 民政单位对这样的可能麻烦意见不大, 因此一直处理相当数量的离婚登记和调解。即使进入改革年代之后, 截至 1987 年, R 县民政局仍然惯常地处理、登记双方自愿并已达成明确协议的离婚。但其后则采取了极端的立场, 基本拒绝, 把责任推向法院。

因此, 在调查的当地, 这种“案件”现在竟然基本全都由法院来处理。而当地的审判员对此都表示十分不满; 这也是未予的不合理后果的一个表现——在法院程序形式化大趋势下, 造成了这种不具实质性意义的形式化的“(非)纠纷”“审理”现象。法官们抱怨县、镇民政办事处推卸责任, 把担子加在法院

^① 在另一个案例中, 原被告同样已经达成了协议, 来到法庭的目的也只不过是要正式登记, 而且法庭结果也作了些许工作, 在原被告已经达成由被告抚养孩子, 原告负责每月支付 150 元抚养费的协议上, 经过讨论, 另加了原告每年应在学期开始前两次性支付抚养费, 以及诉讼费用应由两人分担的条款。但因为这个纠纷并不涉及财产, 法庭只收了 50 元的立案费。(2004 349 号)另一个案例同样(2004 292 号)并合理地采用了简易程序, 由单一审判员主持庭审。此外, 有一个案例显示比较少见的情况, 即在形式化的过程中, 突现了实质性的问题。原被告在表面上达成协议, 被告且提交了由两人共同签名的正式“协议书”为证, 但现在原告说该“协议”是在被告高压之下签订的, 她并不同意其中条件, 要求被告负责两个孩子的部分学费。(2002, 339 号)

头上,导致不合理的诉讼资源的浪费。据该县民政局婚姻登记股负责人员介绍,有的当事人为此还上访至省民政厅,但仍然得不到解决。在该县官僚体制当前所包含的形式化和牟利化两大趋势下,这是个一时似乎无法解决的不合理未予后果。^①

五、实质性调解的延续

应该强调,在市场经济的大规模推广和社会经济的大变迁之下,以及法律制度的改革变化之中,毛时代遗留下来的法庭调解仍旧占有一定的地位,并发挥一定的作用、功效。这也是今天法律制度不容忽视的一面。法庭制度虽然趋向高度形式化,倾向西方的形式主义对抗性制度,但出于实质性正义理念的调解制度仍然占有一定的比例。虚构、纯形式化的调解虽然越来越多,但实质性的调解仍然不少^{[1][5]}。

成效最高的纠纷调解仍然和毛时代一样,是法庭不必判断孰是孰非,而只需协助当事人达成协议的那种调解。最普遍的是当事双方原则上同意离婚,但自己不能达成离婚条件的协议,在细节上仍有纠纷。在这样的情况下,今天的法庭仍然常常起关键的作用,协助双方在法律的大原则下,达到妥协,和平解决^[1]。在一个案例中(2002, 339号),原告说被告打她、虐待她,要求离婚,抚养5岁女儿,3岁男儿归被告抚养。被告答辩说其实他待他妻子很好,反对离婚。法庭通过庭审,确定夫妻双方婚后感情一般,其后“由于家庭经济困难,经常吵骂及打架”,原告1998年已经离家出走一年,后来被劝回家,但几个月后再次出外打工。经过庭审,被告看到原告离婚意志坚定,说“既然原告坚持离婚,被告也同意”。这样,法庭协助原告双方达成离婚条件的协议,由被告补偿原告2000元,洗衣机等陪嫁大件归原告,女儿归原告抚养,男孩儿归被告,诉讼费用450元由原告负担。双方由此达成协议。

在另一个案例中(2000, 10号;另见1999, 2, 10, 22号),原告要求和她入赘的丈夫离婚,其中关键问题是“被告有生理缺陷”,不能养育,而其父母亲之所以让她与被告结婚,主要是为了要个孩子。被告开始不认,但法庭在庭审过程中确定了原告所提供医院检查单属实。此外,双方对一些其他问题各执一词,但无关紧要,法院基本认可原告离婚要求。剩下来的只是离婚协议的具体细节,被告要求补偿8000元,而原告只愿出3000元。结果法庭“做了工作”,双方妥协,以5000元的赔偿达成协议。

显然,在上述的案例中,法庭,作为权威的旁观者,起了关键的作用。黄宗智已在《离婚法实践:中国法庭调解的起源、虚构与现实》以及《中国法庭调解的过去和现在》等文中,论证法庭调解一般是在不牵涉对错的情况下,比较最能起到积极的协调作用。(牵涉到[法律眼下的]对错情况下,则常常会引发法庭的强制性介入,最显著的例子是强迫当事人“调解和好”。)在中国的法庭调解制度下,当事人如果拒绝法庭的意见,下一步便很可能要面对法庭判决,因此会感到一定的压力,认真对待法庭的协调,不能意气用事,随便脱离调解程序。正因为如此,这种调解成效较高,远超越欧美的完全脱离法庭的调解制度,而更像新近在欧美推动的调解—仲裁(mediation—arbitration,简称 med—arb)合一制度。这个传统是中国现代革命遗留下来的传统,也是值得明确认可和推进的^{[1][5]}。其实,最高法院本身,鉴于当事人主义取证制度运作不佳的现实,已经提出要重新重视调解制度以缓解新制度的弊端^②的意见。

① 当然,毛时代的法庭制度也有它形式化的一面。例如,对调解制度的夸大。在当时的意识形态下,调解被视作司法的主要正当途径,普遍要求把调解结案的比例尽可能提高,因而促使官方数据十分无稽的表达,坚持所有诉讼案件中高达80%到90%是调解结案的。一个结果是法院普遍把本来就是双方自愿的离婚虚构为调解离婚。见上引黄宗智《离婚法实践》。改革近三十年之后的今天与过去的不同在于形式化的程度,其所占比例以及制度要求的繁琐性和收费。

② 法院系统的反思参见黄松有《渐进与过渡:民事审判方式改革的冷思考》载《现代法学》2000年第4期。法院系统重新重视法院调解,可见2006年9月30日《人民法院报》刊载最高法院院长肖扬的讲话“充分发挥司法调解在构建社会主义和谐社会的积极作用”。

六、新形式正义以及形式、实质正义的合并

以上的案例可以看作是原来(毛时代)实质正义制度(主要体现于其调解制度)的延续。但这不是说新制度完全不行,只有旧制度才具有合理性。在新社会经济现实下,以程序为主的制度,也起了一定的作用,并具有无可否认的合理性。

在 2000 年的一个案例中,原告要求离婚,主要因其丈夫经常赌博。被告不同意离婚。双方因共同经营一个店铺,经济关系比较复杂。原告举证其父亲为购买 32 万元的店铺,垫付了 20 万,要求作为夫妻共同债务处理。被告则举证自己为购买该铺屋交了 12 万元。另外有三笔债务,是以其父名义借的,分别是 2.9 万元, 7.9 万元和 1.5 万元,要求作为夫妻共同债务处理。双方各执一词,法庭调解无效。另外,夫妻双方确认有一笔 12 万元的债务,是以店铺为抵押而借的。法庭经过检阅证据与庭审调查和辩论,确定以店铺抵押的那笔债务属于双方共同债务,由双方共同负担。但被告名下的三笔债务,是他自己用父亲名义所借,与原告无关。判决根据最高法院 1989 年的“14 条”指示,因“一方好逸恶劳,有赌博等恶习”^①准予离婚,同时,根据法律断定“原告无固定职业和收入,且无过错,可适当给予照顾”。结果判定店铺剩余的 20 万元价值,一半应归原告,另加 5 000 元补偿,总额 10 5 万元。两个孩子(长子 5 岁,次女 3 岁)则根据法院惯常做法,由夫妻俩分领一个。法庭审理费 3 250 元,由原告负担 1 250 元,被告 2 000 元。显然,起码在这个案例中,法院不大可能按照毛时代的要求,深入实地调查,确定双方债务的真相,只能依赖当事人在庭前提供的书面证据作出判断。(2000 170 号)

另一案例同样。原告要求离婚,主要因为被告经常深夜不归,曾经有一位亲戚调解未果,夫妻早已不再同床,现原告已经迁出分居。但被告不同意离婚,法庭调解未果。双方经济关系比较新型、复杂:被告办了一个旅游公司,两人分别投资,并持有自己名下的公司股份。此外,原告举证被告向她借了 4.9 万元。另外,公司具有债权两笔,分别是 16.7 万元和 13 万元。这些都是有书面证据的债权债务,法庭予以认定。因此案不涉及过错,法庭基本给双方各分一半财产,个人名下的公司股份就此分别;此外,被告应归还原告 4.9 万元;公司债权两笔则 13 万元归原告,16.7 万元归被告。我们可以说,在新经济环境下,新的取证程序起了其应有的作用。(2001: 316 号)

此外,也有新旧制度连同合理运作的例子。我们在上面引述的一个案例中已经看到,法庭根据原告所提供的医院检查单(在旧制度下则会由审判员直接到医院调查)确定被告确实没有生育能力,被告虽然争辩,但提不出确凿证据,认为原告要求离婚在理。这个判决性的立场是根据新取证程序而定的。同时,法庭通过与原、被告分别谈话,“做了思想工作”,促使双方达成协议,同意妥协。像这样的案例,应该可以视作新程序制度和旧调解制度连通的合理运作。(2000 10 号)

七、形式化取证的局限与两不是的司法权力滥用

但是,我们也同时可以看到形式化取证的局限以及两种模式之间的张力。上面已经看到来自形式主义与牟利型官僚体制结合的极端表现。在一个案例中(2006 302 号),原告和其丈夫闹矛盾而大打出手后,原告来到法院起诉被告与第三者(一位 30 多岁的离婚妇女)同居,但没有能够提供书面证据。被告答辩说“原告所诉不属实”,不同意离婚。法庭没有经过仔细调查而简单地得出这样的结论:原告

^① 最高人民法院《关于人民法院审理离婚案件如何认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见》第 10 条。见最高人民法院《司法解释全集》北京:人民法院出版社 1994 1086—1087 页。2001 年婚姻法修正后“好逸恶劳”条款已不再适用。见《中华人民共和国婚姻法》(2001 年修正), www.Law-lib.com

因怀疑被告有不正当关系而要求离婚,两人因此分居,但法庭认为原告的怀疑是没有根据的。法庭只凭庭审而得出其判断,并没有做毛时代那种深入调查,更没有说服原告其起诉事由不实。法庭简单地判决“原告的请求理由不足”,双方“是能够和好的”,不准离婚。

这个案例首先体现了新的形式化程序。档案记录带有双方的常住人口登记卡,财产清单,等等,组成一个相当复杂的“诉讼当事人提交证据清单”。然后是庭审中的证据审核程序。但是,显然,并没有关于被告到底是否与第三者有同居关系的证据,也没有任何证人的书面或口头供词。同时,案例也体现了旧毛时代遗留下来的政府—法院极力限制离婚的精神,只不过是并没有伴之而来的调查和对原、被告做的(思想和其他)工作。法庭只简单地根据新婚姻法条文以及新取证程序判决原告所控不实,不准离婚。后果是判决三天之后,原被告双方再次闹上法庭,这次是因为原告到家里去拿东西,被告不让她拿走,两人再次大打出手,再次来到法庭。

最大的危机可能是法庭的实际操作变成一种两不是的权力滥用。在另一个案例中(2003 168号):原告丈夫十年前因为下岗,外出与一位女士共同经商,结果与她同居,后来悔过(原告提交了当时的悔过书),但其后又再外出经商,诉讼前已与原告分居3年。因长期外出,与两个孩子关系疏远。在庭审过程中,两个孩子,长女17岁,次子15岁,非常明确地说要跟妈妈在一起过,因为父亲“不关心我们、不尽父爱”,两个孩子对法官说“再艰苦也要跟妈妈一起”。但审判员基本无视丈夫曾与第三者同居的过错,也没有考虑两个孩子的意愿,斩钉截铁地对原告表示,法庭认为两个孩子应由双亲分别抚养,一人一个。为了迫使原告就范,法官在庭审过程中非常尖锐地审讯原告将近20年前(1985年)的结婚经历:首先,他问原告结婚时候是否已经怀孕了,原告说是,将近两个月。法官然后施展突袭指出:原被告婚姻证上登记的结婚日期是1985年12月5日,而原被告长女的出生日期则是1986年9月25日。很明显,原告结婚的时候不可能已经怀孕(因此,显然在某种程度上欺骗了被告)。原告对法庭的审讯路径感到惊讶,事先毫无准备,只好手足无措地含糊辩解可能是记错了。在这样高压地证明原告曾经欺骗她的丈夫之后,审判员迫使原告同意两个孩子归夫妻分别抚养,一人一个,完全无视女儿先前在访谈时对父亲“不尽父爱”的意见,和“再艰苦也要跟妈妈一起”的心愿。我们只能想像这个女孩儿在听到法庭主张后的心情。然后,法官迫使原告接受她要求的1万元补偿的一半:5000元。通过这样的高压手段,审判员得到的是原告的屈服,并因此做到了“调解结案”,据此上报。

这里我们看到的是法院在追求毛时代似的调解结案指标的同时废弃了原来的调查和劝解工作,所做的是形式上的、没有实质性内容的“调解”。如此完全脱离实质性正义的法庭行为,既未体现实质正义也未体现程序正义,只能看作是两不是的官僚形式化作风,甚至是司法权力的滥用(或腐败?)。它显示了当前司法制度缺乏威信的部分原因。

当前的取证制度的运作显然问题众多。一方面是新制度尚未确立健全,一定部分只是个空架子,最显著的是证人制度,实际上不起作用,也因此大大限制了庭审所可能证实的事实范围。当然,新制度还处于试验阶段,是个摸索、演变过程。当前还有其他类型的试验和试行,包括新的“调查令”制度,可能会起正面作用。^①

另一方面,偏向一面的制度性抉择本身可能也是运作不良的部分原因。当前的法律思想明显偏向法律形式主义,并把其“当事人主义”的取证逻辑不完全恰当地用于(民事)离婚领域。在R县,过分依赖程序使实际运作更容易陷于部门牟利化的官僚“体制”的一些恶习之中,无顾诉讼当事人的实质性要

^① 上海市长宁区人民法院从1998年开始使用“调查令”制度,由当事人提出申请,然后由法院批准(带有强制权力的)调查,弥补现今当事人调查、举证难的弱点。据报道,已经在一些地区推广试用,可能是一个改进当前取证制度的不足的一个有效办法。(见上引金晔《论民事诉讼当事人取证权利之程序保障》,第4章)

求, 无顾对他们的合理服务, 只强调程序形式, 并借此谋求部门利益。同时, 因缺乏新旧制度的合理协调, 在两个制度间的张力下, 已经显示了一些两不是的司法权力滥用的未予后果。

虽然如此, 新取证程序显然有其合理的一面。同时, 毛时代遗留下来的调解制度显然也还在起一定的积极作用, 并可能与形式取证程序连同运作, 适应新社会经济实际的需要。在今天全面引进外国法律的大潮流下, 在确立新制度之上, 应该同时确定旧制度的优点, 有意识地予以认可、进一步完善。我们已经看到, 新取证程序背后的逻辑其实只适合刑事和行政案件, 并不完全符合民事案件的实际需要, 尤其是离婚案件。正如巫若枝对 R 县 11 位法官的访谈显示, 基层法官明显相当一致地认为今天的纯形式化取证制度亟需改革, 应该同时采用新当事人主义和旧法官职权主义的取证方法, 适当协调。^① 最高法院院长肖扬最近也已提出对职权主义诉讼模式与当事人主义诉讼模式加以中和的设想。^②

这里的关键也许在于要更多地从实际问题出发的法律思维。舶来的形式主义权利思想和新取证制度有它符合中国实际的一面, 也有脱离实际的一面。我们需要的是通过实践, 寻求适用于中国实际的法律规则, 适当融合旧调解制度和新的维权制度, 以及旧职权主义与新当事人主义的取证制度, 不可完全盲从西方法律形式主义的理论模式。这也是本文之所以同时指出当前制度在实际运作中的合理与不合理的两方面的理由。

参考文献:

- [1] 黄宗智:《离婚法实践: 中国法庭调解的起源、虚构与现实》, 载《中国乡村研究》(第 4 辑), 社会科学文献出版社 2006 年版。
- [2] 黄宗智、彭玉生:《三大历史性变迁的交汇与中国小规模农业的前景》, 载《中国社会科学》2007 年第 4 期。
- [3] 黄宗智:《连接经验与理论》, 载《开放时代》2007 年第 4 期。
- [4] 徐昕:《法官为什么不相信证人? ——证人在转型中国司法过程中的作用》, 载《中外法学》2006 年第 3 期。
- [5] 黄宗智:《中国法庭调解的过去和现在》, 载《清华法学》(第 10 辑), 清华大学出版社 2007 年版。

(责任编辑 孙国栋)

① 见巫若枝博士论文, 192—194 页。

② 见杨中旭《最高法院首倡和谐诉讼》, 载 www.chinanewsweek.com/cn/2007-01-18/1/7983_s.html