

证据保全制度的 功能及其扩大化

许少波^{*}

内容提要：基于诉讼数量不断增长和现代型诉讼要求先收集证据、后提出事实主张的客观需要，为实现预防诉讼、促进诉讼、集中化审理和多元化解纠纷之目标，两大法系各主要国家纷纷对证据保全及类似制度进行了改革，使证据保全制度除保全证据外，又具有了确定事实、开示证据和诉讼外解决纠纷的多种功能。为强化当事人举证责任，保障当事人证据收集权和证明权的实现，我国也必须扩大证据保全制度的机能，一方面增设确定事物状态和经对方当事人同意之证据保全类型，另一方面鼓励当事人在证据保全程序中就与纠纷解决相关的事项达成协议。

关键词：证据保全 确定事实 开示证据 诉讼外解决纠纷

证据保全制度的功能，是指证据保全制度作为民事诉讼制度的一部分，在立法目的之导引下，基于其内在结构和属性，与民事诉讼制度的其他部分有机结合在一起，通过各自独特的活动所产生的有利于实现民事诉讼价值和目的的效用。简言之，即为证据保全活动对整个民事诉讼所作的贡献。证据保全是大陆法系民事诉讼制度的传统内容，它与证据调查收集〔1〕是密切相联的，在一定意义上，证据保全制度是证据调查收集制度的一部分，〔2〕因而证据调查收集制度的变革必然会引起证据保全制度及其功能的改变。

证据调查收集是民事诉讼的重要内容，是保障案件得到公正裁判的基础和中心环节，是民事诉讼权力（权利）在法院和当事人之间配置的最直白表达，是当事人诉权和法院审判权关系的集中反映。值我国民事司法变革之际，以证据调查收集制度的改革为背景研析证据保全制度的功能及其扩大化，将会成为反思和检讨我国现行证据保全制度并提出立法建议的基础和依据。

* 韶关学院法学院教授。

〔1〕在我国，传统观念认为当事人不能成为调查收集证据的主体，只有法院及其他有权机关才能进行证据的调查收集活动。因此，学理上习惯将法院等有权机关为证明案件事实而收集证据的活动称为“证据调查收集”，而将当事人收集证据的活动称为“证据收集”。本文使用的“证据调查收集”一词既意指法院等有权机关收集证据的活动，也包括当事人收集证据的活动，理由在于：第一，在民事诉讼中，学界目前对当事人具有收集证据的主体地位已不存在任何怀疑，并且公认当事人是民事证据的主要收集者；第二，证据保全程序既可以由当事人申请开启，也可以由法院依职权开启，因此，客观地说，证据保全是法院和当事人共同收集证据的程序。即便仅就当事人申请证据保全而言，也应当将证据保全视为当事人和法院“合作”收集证据的活动。

〔2〕我国已有学者在教科书中明确指出，“证据保全是一种特殊的调查取证方法”。参见江伟主编：《证据法学》，法律出版社2004年版，第232页。

一、证据保全制度之传统功能

证据保全最古典、最传统的类型是由当事人申请或法院依职权在证据可能灭失或以后难以取得时采取保全证据的措施。如知悉案情的人因年老、疾病而濒临死亡，作为物证载体的物品即将变质、腐烂或被毁灭、证人即将出国等，如不及时调查取证，证据将不复存在或很难取得。尽管世界各国有关证据保全的立法因具体情况的差别而有所不同，但均规定了这种类型的证据保全，如德国民事诉讼法第485条（1）、日本最新民事诉讼法第234条、我国台湾地区民事诉讼法第368条第1款、我国民事诉讼法第74条等。这就是传统的证据保全。

传统的证据保全之所以必要，主要是基于两方面的考量：一是证据可能由于自身的原因发生自然变化，如不及时采取一定技术手段处理就无法保持其正常状态；二是证据持有人在利益的驱动下有可能故意毁损、转移、藏匿、篡改证据，从而改变证据的常态。无论是自然原因还是人为原因，证据受到的危害都是相同的，它们都改变了证据的原有状态，进而使证据丧失其证明案件事实的价值。设立证据保全制度、实施证据保全的目的就是要固定和保存证据的原有状态，使其发挥证明案件事实、发现真实的作用。因此，证据保全最基本的、最传统的，也是最一般的功能，就是保全证据。

从证据保全的结构来考察，证据保全主要由两部分构成：即证据保全过程和证据保全结果。不管是诉前证据保全还是诉中证据保全，传统证据保全的客观后果都是将处于危险状态的证据预先固定和保存下来，从而为将来进行的本案的诉讼证明作准备。故传统证据保全制度的基本功能也只能是保全证据。

传统证据保全的功能以实体公正为价值标准、以发现真实为目的，正是为了发现事实真相、追求裁判结果的实体公正，保全证据才有了正当性。同时，该制度功能的实现又往往以诉讼关系的存在为前提，如果诉讼关系尚未发生，应无调查证据可言，仅于证据有灭失或碍难使用之虞时，为确保将来诉讼上真实发现之目的，避免影响裁判之正确性，始及时保全证据而先行调查。^{〔3〕}

二、证据保全制度功能之扩大化

（一）证据保全制度功能扩大化的背景

大陆法系和英美法系国家在民事诉讼中均信奉当事人主义，即在诉讼请求的确定上实行处分权主义，在事实主张和证据提出上实行辩论主义。由于英美法系国家采用陪审团制度，事实审与法律审相分离，法官仅适用法律而不认定事实，因此，法官对作为认定事实之基础的证据资料的收集是消极的、超脱的。同时，英美法系国家高度崇信双方当事人的对抗，由当事人提起诉讼请求、主张事实、承担收集和提出证据责任的法理发展到了极致，因而建立了以国家强制力保障一方当事人向对方当事人或第三人直接收集证据的证据开示制度。充分的审前证据开示使连续、不间断的集中化审理目标得以实现。但该制度却极易被滥用，要求开示的文件常常漫无边际、数量惊人、费用高昂，证据开示已偏离发现真实、确定案件事实的方向而成为“捕捞”^{〔4〕}或“摸索

〔3〕 许士宦：《起诉前之证据保全》，《台大法学论丛》2003年第6期。

〔4〕 [美] 史蒂文·苏本、玛格瑞特·伍：《美国民事诉讼的真谛：从历史、文化、实务的视角》，蔡彦敏、徐卉译，法律出版社2002年版，第128页。

式证明”、强迫和解的手段，正义已被瓦解。^{〔5〕}在大陆法系国家，因没有陪审团裁定案件的传统，事实审和法律审合一，职业法官既负责认定事实又必须适用法律，这就为法官积极介入证据收集活动甚至依职权直接收集证据提供了客观、实际的需求。当事人在民事诉讼中虽然也必须提出诉讼请求、主张事实、承担收集和提出证据的责任，但与英美法系国家相比，大陆法系国家并未建立以公权力保障当事人直接从对方当事人或第三人处收集证据的证据开示制度，当事人收集证据的手段是极其有限的。当事人只须将自己掌握的有利证据向法院提出，如果证据为对方当事人或诉讼外第三人持有，当事人可以向法院提出调查证据的申请，剩下的工作由法院完成，即由法院根据个案的实际情况进行自由裁量以决定是否收集证据。因此，大陆法系国家在案件审理方式上是分散的、不集中的、断断续续的、一点一滴的，^{〔6〕}往往是一边收集证据一边开庭审理，收集证据与开庭审理交错地、多次反复地进行。

大陆法系国家的证据收集机制虽然减轻了当事人的负担，使当事人提出的证据限于法院认为解决争议所必要的范围内，能够避免英美法系由当事人控制的证据开示可能导致的诉讼迟延和高昂费用，但其非集中化的审理模式却以另一种方式造成了诉讼拖延、诉讼成本高昂、诉讼效率低下的客观后果。为此，近年来，在英美法系国家对证据开示制度作出进一步调整的同时，大陆法系诸国也在学理和判例上创制出证明妨害、协作查明事实义务以及真实与完全陈述义务等支配证据收集制度的法理，在立法上也对证据调查收集制度进行了改革。改革的一个主要方面就是突破原有的证据基础理论，构建审前或诉前的证据调查收集制度。这就使扩大证据保全的适用范围、放宽申请证据保全的条件、拓展证据保全的功能具有了某种必然性。

（二）证据保全制度功能扩大化的现实基础

证据保全制度功能扩大化的最重要的物质基础是现代型诉讼的出现。传统民事诉讼解决纠纷的逻辑是：当事人起诉并提出诉讼请求后，由当事人围绕诉讼请求并根据所承担的证明责任提出某一具体要件事实的主张，接着由法院确定双方当事人争议的待证事实，然后对该事实进行证据调查并依据证据认定案件事实，最后，法院根据已认定的事实适用法律并作出裁判。与纠纷解决的思维逻辑相一致，传统意义上的证据保全是在当事人已经提出诉讼请求和事实主张并确定待证事实之后、进行正式的证据调查之前，因某种证据处于危险状态而对该证据预先采取的证据调查措施。

其基本流程是：当事人已提出诉讼请求→当事人围绕诉讼请求已提出事实主张→确定待证事实→证据可能灭失或以后难以取得→实施证据保全

现代型诉讼的主要特点是：^{〔7〕}（1）原告大多是因被告的活动而受到侵害的普通公民，且人数众多，具有集团性和扩散性，而被告多是具有雄厚经济实力和拥有先进技术的国家、公共团体或大的企业集团等，原告与被告不具有可置换性。（2）原告对被告的实质性请求内容往往既包括损害赔偿又包括预防性停止，并且预防性停止诉讼有不断上升的趋势，旨在预防侵害的诉讼动机日渐明朗化。（3）由于证据的偏在和案件科技含量的浓缩，原告在事实主张和立证方面遇到了巨

〔5〕 Rosenberg, *Federal Rules of Civil Procedure in Action: Assessing Their Impact*, 137 U. Pa. L. Rev. 2197, 2203 (1989); Wendel, *Rediscovering Discovery Ethics*, 79 Marquette L. Rev. 895 (1996).

〔6〕 李浩：《民事审前准备程序：目标、功能与模式》，《政法论坛》2004年第4期。

〔7〕 “现代型诉讼”一词产生于日本，主要指环境权诉讼、公害诉讼、消费者诉讼、公民权诉讼、社会福利关系诉讼等诉讼类型。关于现代型诉讼的性质、特点等具体问题，可参见〔日〕小島武司：《诉讼制度改革法理与实证》，陈刚、郭美松等译，法律出版社2001年版，第168页以下；陈刚主编：《自律型社会与正义的综合体系——小島武司先生七十华诞纪念文集》，陈刚、林剑锋、段文波等译，中国法制出版社2006年版，139页以下。我国学界对现代型诉讼有一种误认，谈起这个话题时往往与西方社会联系在一起，好像现代型诉讼是专属于西方的，与我国无缘。事实上，现代型诉讼不仅存在于西方，而且也存在于中国社会，因为在源头上现代型诉讼是工业文明的副产品。

大的困难。在现代型诉讼中,司法运作所遭遇的实际问题是,当事人在实际社会生活中地位悬殊,与纷争事实相关的信息偏在、不对称,证据完全由被告掌控,案件事实科技含量高,争点事实判断多需仰赖专门知识,请求预防侵害的诉讼不断增多,等等。在此情形下,如果法院仍无所作为,不协同原告收集证据,双方当事人和社会实际生活中的地位悬殊就会转化为诉讼上地位的实质不平等。原告如果不能接近和占有有一定数量的证据就无法知道损害原因是什么,也无法知道损害原因与受害后果之间的因果关系如何,进而也无法依据一定的诉讼资料提出诉讼请求和事实主张。有学者指出:“在医疗过误纠纷、产品责任纠纷及其他类似纷争事件,与一般买卖、租赁、借贷等契约纷争类型不同,证据经常偏在于他造,受害人如未能于诉讼前接近证据,既难以凭有关资料判断应否提起诉讼,即使提起诉讼,亦可能无法或难予特定其声明或主张。”〔8〕因此,为了应对案件事实科技含量高、证据偏在、信息不对称、当事人地位悬殊等问题,并达到有效预防侵害发生、保护普通当事人利益的目标,就必须突破传统诉讼理论,改变原有的起诉在先或主张事实在先而证据调查在后的理路,先进行证据调查或先实施证据保全,在收集到一定证据资料、确定案件事实并洞悉案件全貌后促成和解、调解,或者在此基础上提出诉讼请求,实现案件审理的集中化。

现代型诉讼所要求的流程是:纠纷发生→当事人对确定事物状态有法律上利益或证据可能灭失或以后难以取得→实施证据保全(证据调查)→当事人确定案件事实→当事人提出诉讼请求和事实主张

(三) 证据保全制度功能扩大化的立法实践

自1973年法国民事诉讼法改革以来,大陆法系国家已开始了“独立证据保全制度”或“审前证据调查制度”的立法与实践,推行证据调查收集和确定事实在先的纠纷解决思想。法国民事诉讼法典颁行于1806年,人们对该法典的制定者和法院判例的主要批评意见之一是,它们将证据程序仅仅作为“已经产生的诉讼的附带事件”来加以考虑,再加上将利益作为享有诉权之条件的原则,这就导致各法院禁止“预备性”的“调查”与“鉴定”,也就不可能“提前”保留某种证人证言,如同提前保留某种书面证据一样。1973年,法国通过法令的形式对过于陈旧的证据提出规则进行了整体修改。该法令最引人注目的修改和创新是:它规定在任何诉讼之前,如果有合法理由必须保全或确立可以解决争议的事实证据,则允许任何利害关系人通过申请或紧急申请并获得批准之后采取任何申请准备措施。〔9〕法国学者将该规定解读为“预防性审前准备措施”或“面向将来的审前准备措施”。〔10〕该紧急措施可以发生在任何诉讼之外,只要将来有可能进行诉讼,此时仅仅是满足于“预先建立某种证据”,以便在随后可能进行的诉讼中使用之。必须指出的是,法国新民事诉讼法典第145条要求应当有正当理由才能向法官请求采取这样的紧急审前措施。虽然通常意义的正当理由是情况的紧急性,但理论和实务已经突破了这一点,即情况是否真正紧急并不是采取审前紧急措施的必要条件,法国最高司法院也通过判例的形式肯认了这种理解。〔11〕由此可以清楚看出法国证据保全制度随着民事诉讼法典的改革所发生的演变:“传统的为诉讼收集证据的思想已让位给更加现代的思想:追求提起诉讼的适当性”。〔12〕自此,诉前进行证据调查、实施证据保全以确定案件事实的做法已成为证据保全的类型和功能之一。

德国在1977年也颁行了简化和促进诉讼程序的法律,对1877年德国民事诉讼法所规定的证

〔8〕 参见前引〔3〕,许士宦文。

〔9〕 [法]让·文森、塞尔日·金沙尔:《法国民事诉讼法要义》,罗结珍译,中国法制出版社2001年版,第907页以下。

〔10〕 同上书,第944页。

〔11〕 同上书,第316页。

〔12〕 同上书,第945页。

据调查制度和证据保全制度进行了功能转型性地修改。该法除保留证据方法有灭失或难于使用之虞时可实施证据保全的传统类型外，还规定在诉讼尚未系属于法院时，一方当事人对于确定“物之状态”有法律上利益的，也可申请法院进行证据保全。但该法并未具体规定当事人可以就“物之何种状态”申请证据保全，而理论和实务因理解和解释方法的差异形成了不同的见解。这一立法缺陷在1990年德国再次大规模修改民事诉讼法时得到了完善。1990年民事诉讼法将原来的证据保全程序更名为“独立证据调查程序”。该独立证据调查程序区别于原证据保全程序之保全证据的目的，导入不以保全证据为目的的书面鉴定，通过诉讼前和诉讼外预先确定事实关系，预防诉讼发生。^[13]德国现行民事诉讼法第485条第2款不仅规定诉讼尚未系属于法院时，一方当事人如果有法律上利害关系可以申请由鉴定人进行书面鉴定以确定某种事实，而且还规定了当事人申请鉴定以确定某种事实或法律关系的具体范围：确定人身状态或物的价值状况；确定人身伤害、物的损害或物的缺失是否发生；确定为排除人身伤害、物的损害或物的缺失所支出的费用。这就为通过证据保全事先进行证据调查，确定案件事实，进而提出诉讼请求和解决纠纷提供了法律依据。

日本虽然到目前为止尚未确立先确定案件事实再解决纠纷的证据保全制度，但其于1996年修改新民事诉讼法时，曾对此问题作过专门研讨。但是有人认为，起诉前实施证据保全，对方当事人可能会蒙受过分不利益，且欠缺于起诉前应当协助当事人收集证据的理论基础，^[14]所以未将此种情形的证据保全植入法典。1999年至2004年日本最近一次修订民事诉讼法时，证据收集和证据保全问题再次引起修法人员的重视。2001年日本司法制度改革审议会在提交给内阁的一份意见书中写道：应扩充包括起诉前在内的为当事人早日收集证据的手段，要研究、引进德国法中的独立证据调查制度。^[15]但从日本改革后最新颁布的民事诉讼法来看，^[16]改造证据保全制度的理想并未实现，而是另起炉灶创设了诉前当事人照会、诉讼预告通知和诉前证据收集处分制度。^[17]诉前证据收集处分的实质是由法院在诉前协助当事人收集证据，应当说，这一制度与改造证据保全制度（使其具有开示证据的功能）有异曲同工之妙。

我国台湾地区效仿法、德，根据实际需要在1999年至2003年对其民事诉讼法作了大幅度修改，扩充了证据保全的适用范围。其现行民事诉讼法第368条除保留传统的证据保全类型外，还规定，当事人“就确定事、物之现状有法律上利益并有必要时，亦得声请为鉴定、勘验或保全书证”。这一修改使其证据保全制度在保留“保全证据”之功能的基础上，也具有于诉前及审前收

[13] 刘玉中：《民事诉讼上证据收集之研究》，台大2005年博士论文，第229页。

[14] 参见前引[3]，许士宦文。

[15] 最高人民法院法律政策研究室组织编译：《支撑21世纪日本的司法制度——日本司法制度改革审议会意见书》，中国检察出版社2004年版，第14页。

[16] 参见《日本民事诉讼法》、《日本民事诉讼规则》，段文波译，载陈刚主编：《比较民事诉讼法》（2006年卷·总第六卷），中国法制出版社2007年版，第338页。

[17] 诉前证据收集处分程序，是指在起诉前收集起诉后明显必要的证据，以充实当事人起诉前的准备，进而实现将来审理的充实和迅速化。其具体流程是：由预告通知人或被告通知人在诉前就诉讼主张或证明之准备所明显必要的事项向法院提出收集证据的申请，若法院认为他们（它们）确实不能自行收集该类证据，在听取双方的意见后可要求文书持有人交付文书，或委托行政机关或其他团体调查某特定事项，或委托某技术专家就特定事项陈述意见，或命令执行官就物之形状、占有关系进行调查。参见前引[13]，刘玉中博士论文，第238页以下。

集证据、开示证据和确定事实关系的功能。^[18]

英美法系国家因对当事人相互对抗中发现真实的信赖和对包括法院在内的公权力的怀疑而不可能产生类如大陆法系国家完整意义上的证据保全制度。国内外学理一般认为,英美法系国家的笔录证言制度乃至整个证据开示制度也具有保全证据的意义和功能。^[19]为因应案件数量不断增长和现代型诉讼的出现,实现预防诉讼和于诉讼外解决纠纷的目标,以英、美为代表的英美法系国家对其证据开示制度也作了相应的调整。

由于实行判例法的缘故,英国在20世纪80年代以前并未形成系统的、固定化的证据开示规则,直到1981年最高法院规则和1984年郡法院规则的颁行,证据开示制度才被书面化、相对系统化。其后,英国1995年民事证据法对证据开示作了较为详细的规定,1999年民事诉讼规则又取代了1981年最高法院规则和1984年郡法院规则。英国1999年民事诉讼规则要求当事人将其控制下的一切书证或鉴定结论通过证据开示预先告知对方当事人,而不管对自己有利还是对他方有利。开示可以指向对方当事人,也可以指向诉讼外第三人。当事人如果不主动开示或应对方要求开示,要求开示证据者即可申请法院命令或指定开示。该规则还规定了诉前证据开示。诉前开示必须通过法院在将来可能的当事人之间展开,其目的是合理处理即将提起的诉讼,协助通过非讼方式解决纠纷,或降低诉讼成本。其最高目标是建立与案件所涉金额、案件复杂性和当事人经济地位相适应的诉讼程序,加强法院对案件的管理,简化诉讼进行,以达公正、迅速、高效解决纠纷和诉讼外解决纠纷的理想,从而使所有人能够接近司法、接近正义。

美国法虽直接继受于英国法,但其证据开示制度却后来居上,青出于蓝。1938年美国制定的联邦民事诉讼规则吸收各州证据开示的具体经验和实际做法,创立了独立、系统、自成体系的证据开示制度。为了保障证据开示程序的良性运作,防止滥用,1993年美国对该规则进行了修改,在证据开示程序中增加了当事人自动披露证据的制度。2000年的修正案则在1993年修正案的基础上进一步加强了法院对证据开示程序的管理。与英国不同,美国证据开示的范围非常广泛。除保密特权外,当事人可以开示与当事人诉讼请求或抗辩相关的任何事项,法院也可命令开示与诉讼标的相关的任何事项,只要所开示的信息能够理性地、有目的地引导进行可采信证据的发现,而不论这些信息在审理案件时是否真的被采信。^[20]并且除身体和精神检查外,当事人可通过笔录证言、质询书、请求自认、要求提供文书和物证方法向其他任何人要求开示证据,而无需得到法院许可。同时,依该规则第27条的规定,期望就有关可能在联邦法院予以审判的事项进行证据保全的人,可以请求法院签发命令,授权申请人对被询问人于诉前录取笔录证言,以保全证据。

综上,两大法系各主要国家的立法实践表明,为了实现预防诉讼、促进诉讼和早期解决纠纷

[18] 我国台湾地区司法院对修正其民事诉讼法第368条、增设新的证据保全类型所阐明的提案理由是:证据保全制度,依现行法之规定,固有事先防止证据灭失或碍难使用,而避免于将来诉讼中举证困难之功能。惟如能使欲主张权利之人,以了解事实或物体之现状,将有助于当事人研判纷争之实际状况,进而成立调解或和解,以消弭诉讼,达到预防诉讼之目的。此外,亦得藉此赋予当事人于起诉前充分搜集及整理事证资料之机会,而有助于法院于审理本案诉讼时发现真实及妥当进行诉讼,以达到审理集中化之目标。故为发挥证据保全制度之功能,应扩大容许声请保全证据之范围,爰于原条文后段增订,就确定事、物之现状,亦得声请保全证据。然为防止滥用此一制度,而损害他造之利益,乃明定此种保全证据之声请,限于有法律上利益并有必要时,始得为之,且其证据方法以鉴定、勘验及保全书证为限。参见《民事诉讼法修订资料汇编》,台湾五南图书出版公司2000年版,第146页。

[19] 周叔厚:《证据法论》,台湾三民书局1995年版,第1114页;陈石狮等:《事证开示制度(Discovery)与发现真实》,载《民事诉讼法之研讨》(五),台湾民事诉讼法研究基金会1996年版;汤维建:《论美国民事诉讼中的证据调查与证据交换——兼与我国作简单比较》,载王利明主编:《中国民事证据的立法研究与应用》,人民法院出版社2000年版;黄松有:《证据开示制度比较研究——兼评我国民事审判实践中的证据开示》,《政法论坛》2000年第5期。

[20] Fed. Civ. Proc. Rule 26 (b) (1).

的目标,扩充和调整证据收集手段、强化审前和诉前证据收集程序、扩大证据保全机能已成为现代世界各国改革民事司法制度的最强音。

(四) 证据保全制度新扩充的功能

证据调查收集制度及证据保全制度变革的立法与实践,扩充和拓展了证据保全制度的功能,这已成为不争的事实。但对于证据保全制度究竟扩充了哪些具体的功能,学界存在着不同的认识,归纳起来主要有三种观点。第一,认为新扩充的功能是预防诉讼和促进诉讼并实现集中化审理之目标。^[21]第二,认为新扩充的功能为事证开示和促成裁判外纷争解决。^[22]第三,认为新扩充的功能有确定事实关系,促成诉讼外纷争解决,以预防诉讼;收集事证资料,整理争点,以达成集中审理等诸多机能。^[23]根据以上学者的认识及大陆法系各国的立法例,笔者认为,证据保全新扩充的功能主要有确定事实、开示证据和促进纠纷于裁判外解决三项,其他功能如准备诉讼、促进诉讼、加强集中化审理和预防诉讼等,要么是这三者的前提,要么是其逻辑结果。

1. 确定事实

多数学者认为,确定事实是证据保全制度新扩充的功能。但也有学者认为,起诉前之证据保全制度向来具有两种功能,即保全证据和确定事实,后者是指于对方当事人同意的情形。^[24]这种说法有一定道理,但笔者认为确定事实主要属于证据保全制度新扩充的功能,理由有以下三点。第一,证据保全制度具有确定事实功能,是纠纷解决和证据调查基本理念发生根本转变的里程碑。证据保全制度一旦具有确定事实的功能,就意味着当事人对确定某一事实有法律上利益并有必要时,有权申请法院满足此种要求,而不是必须征得对方当事人的同意。第二,传统证据保全制度可能在一定意义上也具有确定事实的功能,但与证据保全新扩充的确定事实功能根本不同。传统证据保全的目的是认定案件事实,为了认定案件事实才保全证据,保全证据的后果是使事实得以确定;而证据保全制度新扩充的确定事实功能之目的在于保障当事人能够提出诉讼请求和事实主张,确定事实是为了提出具体而妥适的诉讼请求,为了确定事实和提出诉讼请求才决定是否保全证据、保全何种证据以及采取何种方法保全证据。第三,从立法例看,法律明文规定当事人为确定事、物之状况可以申请采取保全措施者始于1973年法国民事诉讼法之修订,而此次法国修法和1977年德国民事诉讼的修订是大陆法系国家证据调查收集制度创新和证据保全制度机能扩大化的标志。

2. 开示证据

对于各国改革后的证据保全制度是否具有开示证据的功能,即是否能够要求开示(包括查阅)对方当事人持有的证据,学理上存在不同看法。持否定态度者认为,“证据保全之制度目的,本为解决不得已之情况必要而存在。惟若声请人将证据保全程序加以利用,目的在迫使相对人或第三人提出证据,作为其收集有利证据之手段,对此种情形,法院可否准许即成为问题”。^[25]利益平衡论者认为,为了迎合扩充当事人收集证据手段改革的趋势,证据保全程序已开始注意发挥证据开示这方面的机能,但这又可能导致对证据保全程序的滥用,损害对方当事人的利益,因此,必须找到一个平衡点,“同时立于诉讼之原告被告立场为考虑,不得仅凭声请人一方主观抽象之猜测事实,即裁定准许为证据保全”。^[26]持赞同观点者认为,“从理论上来看,证据保全的

[21] 姜世明:《新民事证据法论》,台湾学林文化出版事业有限公司2004年版,第47页。

[22] 沈冠伶:《证据保全制度——从扩大制度机能之观点谈起》,《月旦法学杂志》2001年第9期。

[23] 参见前引[3],许士宦文。

[24] 许士宦:《证据开示制度与秘密保护程序——以证据保全与文书提出命令为中心》,台大1999年博士论文,第216页。

[25] 陈荣宗、林庆苗:《民事诉讼法》(中),台湾三民书局2005年版,第526页。

[26] 同上书,第526页。

功能严格地说应当包含两个方面,即证据保全机能与证据开示机能,对于前者的认识自不待言,后者的机能往往是为我们所忽视的,即通过证据保全程序可以使申请人获得更多对方所持有的证据,尤其是对于诉前申请证据保全的当事人而言,这种证据开示的机能表现得尤为明显”。〔27〕还有学者认为,美国法上的证据开示制度系从证据保全制度演变而成,具有争点开示及证据开示的双重机能,可以发挥发现真实、减缩争点、防止突袭、适切判断主张之正当性及促进和解等多项效用。德国法虽不采美国法的开示制度,但亦新创独立证据程序。该程序系修改证据保全制度而成,已具有英美法上事证开示之机能,而超越证据保全之目标,比开示更强调起诉前之证据开示,以期待当事人利用其所得资料,进行自主交涉、商谈,早日合意解决纷争,而避免提起诉讼。〔28〕我国台湾地区修改后的证据保全制度也已具有英美法事证开示的机能。〔29〕

事实上,任何时期的证据保全制度都具有保全证据、开示证据、确定事实、促进和解等多重功能,只是保全证据功能在传统证据保全制度中处于首要和显现的位置,掩盖了其他功能,使其其他功能长期处于蛰居状态;〔30〕而现代证据保全制度则在保留保全证据之功能的同时,又开发出了以开示证据为核心的其他功能,并且开示证据功能居于更重要的位置。这是因为,大陆法系国家在保障当事人享有充分的证据收集权和证明权、要求诉讼的实质平等和武器对等、发现真实和作出公正判决方面与英美法国家是相同的。正如德国学者赫尔维希、巴姆巴哈所言,民事诉讼是保护权利的制度,而不是当事人依靠偶然性、使用违反良心的技巧投机取胜的制度,扶助正义和打击非法,是日尔曼民族固有的传统;如果允许不真实的主张出现,该主张就有可能成为法院裁判的基础,这样势必损害对方当事人的利益,因此,不应允许当事人在诉讼中进行欺诈,制造谎言。〔31〕国家设立的民事诉讼程序不应当沦为当事人射幸投机的赌场,而应当是实现司法正义的殿堂。这一点是大陆法系国家借鉴证据开示制度从对方当事人处调查收集证据的法理基础。法国民法典第10条规定:“任何人均有义务为司法提供协助,以查明事实真相。任何人,在受到合法请求时,无正当理由逃避履行此种义务的,得受强制履行之;必要时,得处以逾期罚款或民事罚款,且不影响负损害赔偿之责任。”因此,即便是在诉前证据保全程序中,当事人之间虽然尚不存在争讼的权利义务关系,但只要有发生纠纷的可能性并被申请,彼此间就负有一定的程序义务,就应当开示证据。

从逻辑和经验法则来看,证据保全制度的确定事实功能与开示证据功能是紧密联系的,后者是前者的前提和基础,前者则是后者的自然延伸和结果。如环境污染案件中受害人申请对受损害的事实进行勘验和鉴定,如果证据保全只是将勘验和鉴定结果固定和保存下来而不允许当事人阅览,即不对当事人开示,那么案件事实就不可能得以确定,也不可能促成当事人自动达成和解协议或以其他方式于裁判外解决纠纷。值得注意的是,由于两大法系的文化背景、制度传统和具体

〔27〕 张卫平主编:《外国民事证据制度研究》,清华大学出版社2003年版,第387页。

〔28〕 前引〔24〕,许士宦博士论文,“摘要”部分。

〔29〕 同上文,第248页。

〔30〕 高桥宏志先生认为,由于证据保全在性质上属于一种证据调查的前置程序,当事人当然享有在场的权利。如果保全对象是文书的话,则申请人可以阅读该文书,这样一来证据保全制度实际上就具有了查看对方当事人手中证据的功能。如果在保全过程中对证人进行询问,按照现行法的证据调查方法来说,也不可能只是准许法官进行询问而不许当事人进行询问。参见〔日〕高桥宏志:《重点讲义民事诉讼法》,张卫平、许可译,法律出版社2007年版,第175页以下。高见进先生也认为,现行的证据保全制度,即使就像制度原本的目的那样进行运用,在针对对方当事人或第三者手中拥有的证据进行证据保全的时候,根据证据调查的方法和程序,申请人可以阅览笔录,这样证据保全能够营造证据开示的机能是不能否定的。参见〔日〕高见进:《证据保全的机能》,载新堂幸司主编:《讲座民事诉讼⑤证据》,弘文堂1983年版,第331页。

〔31〕 蔡章麟:《民事诉讼法上诚实信用原则》,载杨建华主编:《民事诉讼法论文选辑》下册,台湾五南图书出版公司1984年版,第16页。

国情不同,大陆法系国家只能功能性地借鉴英美法国家的证据开示制度,而不可能进行规范性移植。也就是说,大陆法系只能在其文化和现有制度框架所能容忍的范围内借鉴证据开示制度的功能,而不可能原封不动地照搬英美法国家的法律条文。进一步讲,大陆法系国家可以通过规定双方当事人负有一般的促进诉讼的义务、事实陈述的真实义务、完整性义务等为借鉴证据开示制度奠定理论基础,并通过新增或扩充当事人申请提出文书命令制度、当事人照会制度、证据保全制度等不同方式将借鉴证据开示制度功能的意图变为现实。证据开示程序包括多种证据收集手段,如口头笔录取证、书面笔录取证、询问书、身体和精神上的检查、自认等,仅通过证据保全制度的扩充根本不可能将证据开示的功能全部吸纳过来,改革证据保全制度只是借鉴证据开示制度功能的方法之一。大陆法系之所以将扩充证据保全制度作为借鉴证据开示制度功能的方法之一,主要是因为证据保全本来就是当事人调查收集证据的一种特殊方法。

3. 促进纠纷裁判外解决

解决纠纷的方式有很多种,如和解、调解、仲裁和诉讼等。其中,诉讼是纠纷解决的最后一道防线,也是法治社会和法治国家长期作为目标和理想“经营”的一种解纷机制。它要求在法定的中立的法官的支持下,并在平等赋予双方当事人程序保障的前提下,在法定的时间和地点,按照法定的诉讼程序,并通过适用事先存在的作为纠纷解决基准的实体法,对案件作出是非黑白的判断。正因如此,其裁判者的中立性、解纷标准的正当性和对当事人的程序保障是其他任何解纷方式所不可比拟的。但诉讼也存在很大的局限性:正规审判程序不能区别对待社会中发生的不同纠纷案件,法律判断标准与社会判断相背离;对大量具有高度专业能力人员的需求与国家司法资源的短缺相矛盾;过多过密的程序保障经常造成诉讼迟延、诉讼成本增加等。所以,自20世纪60年代以来,国内外学者已达成一种共识,即解决纠纷应当是多元的,是多元的解纷机制的统一。^[32]“法体系不仅需要整合严格的正规审判程序,而且还需要整合其他多种非正式的、简便的纠纷处理程序。”^[33]应当说,证据保全制度促进纠纷裁判外解决的功能也是在这种背景下开始被理论、立法和司法所重视的。

证据保全制度改革后,当事人可以通过证据保全申请法院要求对方当事人开示证据及与案件相关的各种事实和信 息,使诸多涉及人和物的现状、人身受伤害的情况、物的损害、物的价值等案件事实在诉前或审前得以确定下来,这就为当事人双方明晰法律上的权利和义务关系、比较准确地估算各自的利害得失奠定了基础,也为其放弃诉讼,选择和解、调解及其他裁判外纠纷解决方式创造了条件。正是基于这种裁判外解决纠纷的可能性,德国民事诉讼法第492条之(3)规定:在预期可以达成一致时,法院可传唤双方当事人进行口头讨论;和解应记入法庭笔录。这一规定表明德国已创立了在独立证据程序中于裁判外解决纠纷的新机制,它要求法院和当事人在可能的限度内通过诉讼和解^[34]的方式解决纠纷,以预防诉讼、缩减讼源。因而德国的独立证据程序除具有确定事实、开示证据的功能外,还具有促进纠纷于裁判外解决的功能。

需要强调的是,虽然确定事实、开示证据和促成纷争于诉讼外解决这些证据保全制度的功能是以现代型纠纷的出现为其现实基础的,但为确定事实、开示证据和避免诉讼而采取证据保全措施,并不局限于现代型诉讼,而是可以适用于所有类型的诉讼。

[32] 纠纷解决文化在历经和解和调解并达致法治的鼎盛之后,又开始了解构法治、重兴和解与调解的旅程。

[33] [日]六本佳平:《日本法与日本社会》,刘银良译,中国政法大学出版社2006年版,第87页。

[34] 德国、日本和我国台湾地区的“诉讼和解”不同于我国民事诉讼中的“当事人自行和解”,应大致相当于我国的法院调解。

三、我国证据保全制度功能之扩充

(一) 我国现行证据保全制度的考察及问题

目前,我国规定民事证据保全的法律主要有四个方面:一是民事诉讼法,其第74条规定,在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下,诉讼参加人可以申请证据保全,人民法院也可以主动采取保全措施。二是相关特别法,海事诉讼特别程序法用专章(第5章)共11个条款专门规定了海事诉讼中的证据保全。2001年修订的我国商标法第58条、著作权法第50条都对证据保全作了专门规定。三是公证法,其第11条规定了公证机构根据自然人、法人或者其他组织的申请办理公证事项的范围,其中第9项就是“保全证据”。四是《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》,其第23条规定,当事人依据民事诉讼法第74条的规定向人民法院申请保全证据,不得迟于举证期限届满前7日;当事人申请保全证据的,人民法院可以要求其提供相应的担保;法律、司法解释规定诉前保全证据的,依照其规定办理。第24条并规定了证据保全的方法。

从以上法律规定及学理和实务运作的情况来看,我国证据保全制度存在的问题主要有:

第一,类型传统、单一。从现代世界各国证据保全的类型来看,根据证据保全的条件,证据保全可划分为三种,即证据可能灭失或以后难以取得之证据保全、经对方当事人同意之证据保全和确定事物状态之证据保全。而我国只有最古老的一种,即证据可能灭失或以后难以取得之证据保全。没有后两种证据保全,尤其是没有确定事物状态之证据保全,将直接导致证据保全制度的功能缺失,使当事人不可能在事前开示证据和预先确定事实并进而解决纠纷。

第二,条件苛刻。与证据保全的类型相对应,证据保全的条件也有所不同。前述第一类证据保全必须以证据可能灭失或以后难以取得为条件,即以证据处于危险或紧急状态为条件,而后两种证据保全则不以紧急性为条件。从我国的立法现状来看,法院实施的证据保全都必须以紧急性为条件。这样,我国法院实施的证据保全就只能被动地发挥保全证据或保护证据的作用,而不能成为当事人积极、主动收集证据或开示证据的手段。

第三,对诉前证据保全不重视。以当事人起诉为准,证据保全可分为诉前证据保全和诉后证据保全(诉中证据保全)。我国明确规定诉前证据保全的是海事诉讼特别程序法和知识产权法等特别法,而作为一般法的现行民事诉讼法仅规定了诉后证据保全,未规定诉前证据保全。这就意味着只有在少数特别类型的案件,当事人才能申请法院实施诉前证据保全,而大量一般民事案件的当事人无权申请法院实施诉前证据保全。按照学理,一般民事案件的诉前证据保全由公证机关实施。^[35]然而,公证证据保全不具有强制性,且证据保全一般只对一方当事人有利,因此不能指望所有纷争的利害关系人都会积极配合。这样,公证证据保全就有可能在关键案件或关键证据上功能失灵,也就不可能成为诉前解决纠纷、预防诉讼和促进诉讼的程序性装置。

第四,未将诉讼外纠纷解决的理念贯彻到证据保全程序之中。与证据保全类型的传统性、条件的紧急性和不重视诉前证据保全相对应,我国法律也未规定证据保全程序中当事人和解、调解和仲裁等内容,这也窒息了证据保全制度于诉讼外解决纠纷功能的释放。

综上,我国证据保全相当传统,仍以保全证据为着眼点,还根本不具有确定事实、开示证据和促成诉讼外解决纠纷的功能。

[35] 我国传统学理认为,证据保全分为诉讼前和诉讼中两种形式。如果诉讼尚未开始,当事人就不能申请人民法院进行证据保全,而只能向公证机关申请,以公证形式采取保全措施,这属于诉讼前的证据保全。诉讼开始后,诉讼参与人可以向人民法院申请采取措施对证据进行保全,且只有人民法院才有权对证据进行保全。参见陈一云主编:《证据学》,中国人民大学出版社1991年版,第85页。

（二）扩充我国证据保全制度功能的构想

我国证据保全制度功能的传统和保守，不仅不合于预防诉讼、减免纠纷和促成纷争于诉讼外解决的理念，与世界范围内民事诉讼重心前移、重视诉前证据收集和促进诉讼的发展趋势不符，而且也与我国近年来改革证据制度和强化当事人举证责任的现实不一致，因此，改造我国证据保全制度，实现其功能性转型已势在必行。为了实现我国证据保全制度的功能性转型，对传统证据保全制度的改造应当是多方面的、多向度的，但最主要的应是增设为确定事物状态之证据保全、经对方当事人同意之证据保全等类型，并增加证据保全程序中的当事人协议。

1. 增设确定事物状态之证据保全

确定事物状态之证据保全的含义是：当事人就确定事、物的状态有法律上利益时，即使没有紧急情况发生，也可向法院申请证据保全。它是法院协助当事人在诉前收集证据、确定事实的一种程序装置。确定事物状态之证据保全是对传统以紧急性为条件的证据保全的突破，是证据保全的最新类型，是现代新型证据保全制度的象征，是以开示为目的的证据保全的主要载体，也是证据保全实现预防诉讼和促进诉讼目标的主要手段。我国应增设该种类型之证据保全。设立该类证据保全必须关注以下问题和要点。

第一，如何限定该类证据保全的时间？关于确定事物状态之证据保全的时间，德国法将其限定在诉前，我国台湾地区法对此没有明文。我国应借鉴德国的做法，理由在于，增设该类型证据保全的目的主要在于因应现代型诉讼信息偏在的特点，实现诉讼的实质平等，使欲主张权利之人能够在诉前尽早知道纷争事实及状况，以达到避免诉讼、预防诉讼及促进诉讼和集中化审理的目标。而诉讼一旦被提起，就意味着当事人的权利请求和事实主张已经基本确定，此时对事、物状态实施证据保全，意义不大。诉讼提起后，除非存在证据可能灭失或以后难以取得之紧急情况，对事、物状态的确定完全可以通过通常的证据调查程序进行，也没有必要再适用证据保全程序。从我国现有法律框架看，诉讼提起后，当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，可申请法院收集，而无申请证据保全的必要。我国台湾地区法虽无明文，但从立法者的意旨和学者的理解看，也都不约而同地指向诉前。^{〔36〕}

第二，怎样限定该类证据保全所适用的证据方法？对于确定事物状态之证据保全所适用的证据方法（证据种类），世界各国做法不一。英国诉前证据开示主要限于书证，^{〔37〕}仅在极为特殊的情况下才允许诉前勘验财产；美国诉前证据开示采笔录证言方式，即通过询问证人制作庭外笔录证言；德国独立证据调查程序将其限定为书面鉴定；而日本的诉前证据收集处分主要限于文书；我国台湾地区立法虽较德国法宽松，但仍将人证及当事人讯问排除在外。学者的解读是，当事人在起诉前对自己有无权利不尽明了，也不确知是否有可主张权利的事实存在，若于此时即允许其利用证据保全制度搜集证据，难免会因为证据保全制度范围过大而致生弊端。如果将当事人本人及人证也列入规范范围之内，可能会导致当事人或证人不胜其扰的问题发生。^{〔38〕}笔者认为，应

〔36〕 我国台湾学者在论及确定事物状态之证据保全类型时指出，“事、物之现状虽未必灭失，但就其现状之确定，既有助于欲主张权利者，于其诉讼前搜集相关资讯、事证，据以准备诉讼，而能明确事实，具体其主张，特定其请求，且便利当事人商谈、和解、仲裁所需要之事证搜集，准以扩大诉讼外纷争解决制度之功能”。参见前引〔3〕，许士宦文。因此，既然该类证据保全的功能在于使欲主张权利者在诉讼前搜集相关资讯、事证，那么这种证据保全也只能发生在诉前。

〔37〕 英美法上的书证要比大陆法上书证的含义广泛得多。在英美法系，书证又称文书证据，是指当事人收集提供的法官或陪审团据以了解和认定案情的文书材料。如手写、打字、印刷、雕刻、复制、照相、影片、磁化、机械或电子录音及其他数据处理方法记录下来的字母、词汇、数据或其他同类物均为书证（美国联邦证据法第1001条）。而大陆法之书证仅指以其记载内容或思想来证明案件事实的文书或物件。

〔38〕 参见前引〔3〕，许士宦文。

借鉴我国台湾地区的做法,将此类证据保全的证据方法限定为书证、物证、视听资料、鉴定结论和勘验笔录,而将当事人陈述和证人排除在外。这主要是为了避免滥用诉前证据保全,保护对方当事人和第三人的合法权益。但这种排除只能是相对的,因为各种证据方法之间是相通的,它们原本就没有绝对的界限,不管某一证据是否直接源自人,最终都会关涉到人。如一方当事人申请对某一事项进行鉴定或申请对某一物件、文书进行证据保全,若需鉴定的对象或需保全的物件、文书由对方当事人或第三人拥有,就必然会涉及他人的正常生活。将当事人陈述和证人这两种直接涉及他人生活秩序的证据方法排除在外,也只是在一定程度上避免滥用诉前证据保全,保护他人的合法权益,而不可能从根本上杜绝。

第三,怎样把握通过该制度可以确定的事、物状态的范围?就“事、物”的范围而言,德国法明定包括:人身状态或物的价值状况;人身伤害或物的损害或物的缺失是否发生,即人身伤害或物的损害或物之瑕疵发生的原因;为排除人身伤害或物的损害或物的缺失所需支出的费用。日本诉前证据收集处分制度的确定对象是物之形状、占有关系及其他现况。我国台湾地区则仅作了极具弹性的规定,即“事、物之现状”。学者对此的诠释是:“确定事、物之现状”之“事”,是指“事实”,“物”,是指“物体”,两者的范围并未限定,包括一般的事实及物体现状的确定,故其范围比德国法所列情形更为广泛。^[39] 本文认为,我国设立该类证据保全时,应将确定对象的范围指向所有重要的事、物状态,不仅应包括事、物发生变化的重要事实和价值状态,还应包括事、物发生变化的原因以及由此引起的费用。^[40] 理由主要在于:预防诉讼、减免诉讼历来是我国民事诉讼和传统法律文化所追求的目标,加强集中化审理已成为我国民事审判制度改革的方向。只要符合该目标和方向的,就应当允许。在立法技术上,将确定事物之证据保全的具体对象全部列出是不可能的。并且,从某种意义上说,原因属于事实的一部分,排除瑕疵和避免损害所引起的费用也属于事、物的范围,因此确定对象不应仅包括狭义上的事实和物体,事、物发生的原因及由此而支出的费用也应当包括在内。

第四,怎样设定该类证据保全的必备条件?由于确定事物状态之证据保全比紧急型证据保全更有可能、也更容易侵害相对人的权益,因此两大法系各主要国家除在时间、证据方法和确定对象上对该类证据保全进行局部限制外,还就当事人与确定事物状态的关系作了综合性的限制。英国民事诉讼规则第31.16条第3款规定,诉前开示书证必须能够合理地处理即将提起的诉讼,降低诉讼成本,并有利于以非讼方式解决纠纷。英国法院将此解释为:有关书证表明申请人具有正当诉因,可能或者完全可能提起诉讼。^[41] 美国法仅将诉前笔录证言的条件规定为“避免诉讼迟延”。相对于英、美两国,大陆法系国家则以其专擅的理论思维作了抽象规定。德国法要求必须有“法律上的利害关系”,法国法要求须有“正当理由”,日本的诉前证据收集处分程序被限定于“诉讼明显有必要”和“当事人自行收集证据有困难”,我国台湾地区则要求应有“法律上利益并有必要”。以上各国和地区对确定事物状态综合限制的实质是,在确定事物状态所获得的纠纷解

[39] 邱联恭在司法院民事诉讼法研究修正委员会第649次会议之发言,载《司法院民事诉讼法研究修正资料汇编》,第635页,转引自前引[3],许士宦文。也有学者认为,我国台湾地区立法的确定对象比德国法较为狭隘,但同时又认为,若考虑到司法院提案理由所举之例,以及此一规定所欲达成之目的,应认为我国台湾地区法理应包括德国法证据保全的客体。参见前引[21],姜世明书,第57页。可见,我国台湾地区立法确定对象的范围至少包括德国法所规定的情形。

[40] 如在产品质量纠纷中,产品的现状、产品的价值、产品发生质量问题的原因以及为避免产品质量问题所引起的费用等;在交通事故案件中,事故的现场、人受伤害的程度、物损毁的程度、事故发生的原因、事故发生后受害人的诊疗费用等。

[41] 这一解释出自 *Dunning v. Board of Governors of United Liverpool Hospitals* ([1973] 2 All E. R. 454) 一案。参见徐昕:《英国民事诉讼与民事司法改革》,中国政法大学出版社2002年版,第304页。

决利益与导致的不利益之间寻求平衡,进而在此平衡点上保障当事人在诉前收集证据的权利。因此,我国设置该类证据保全,也应运用这一“宏观调控”手段,通过规定“当事人对确定事物状态必须有法律上利益”,平衡当事人收集证据可能获取的收益与它可能造成的不利益。

当然,“法律上利益”或“法律上利害关系”是很模糊的概念,存有很大的解释空间。如果严格限缩“法律上利益”的范围,将其解释为所确认的事实足以使权利成立或消灭,则此类证据保全的范围就与证据可能灭失之证据保全的范围完全重合,它作为一个证据保全类型独立存在的正当性也即消失;反之,如果过度扩大其范围,又起不到合理使用该类证据保全的目的。在立法例上,德国法将其明文规定为“有助于避免诉讼的进行”,但德国学理并不认为法律上利益仅限于立法明示之范围,而是应作较宽广的理解。^[42]我国台湾学者认为,该类证据保全制度的目的并非完全在于避免诉讼,只要当事人保全证据所要调查的事实将来有可能构成实体法上权利的基础,即可认为有法律上利益并有必要,以兼顾保护当事人的程序利益及实体利益。^[43]本文认为,确定事物状态具有“法律上利益”的考量因素首先是能否预防诉讼和避免诉讼,即只要能促成纷争于诉讼外解决就可实施该类证据保全。其次,具有“法律上利益”也不限于预防诉讼和避免诉讼,若能保障案件集中化审理和促进诉讼也同样可实施该类证据保全。

2. 增设经对方当事人同意之证据保全

经对方当事人同意之证据保全的含义是:一方当事人只要得到对方当事人的同意,则无需具备其他条件即可申请法院进行证据保全。该类证据保全既传统又时新。在国外立法例上,德国1877年制定的第一部民事诉讼法即规定了该类证据保全并保留至今。日本于1890年制定民事诉讼法时仿德国法,于第371条对此作了规定,但在1926年修法时取消了这一规定。^[44]我国台湾地区民事诉讼法第368条对此也有明文。增设该类证据保全也是我国扩充证据保全机能的重要方面。该类证据保全是当事人程序主体性原理和辩论主义原理在证据保全制度中的集中体现,是否同意一方当事人申请证据保全应被视为对方当事人在实体法和程序法上所享有的权利及对权利的处分行为。该类型之证据保全无需以证据可能灭失或以后难以取得为条件,其主要目的是在诉前确定案件事实关系,其主要功能则是开示证据和确定事实,并有利于当事人自愿达成纠纷解决的协议。并且,规定该类型之证据保全可以在一定程度上满足当事人对证据保全的程序选择权,从而最终有利于当事人证据收集权的实现。

应注意的是,相对人的同意是一种诉讼行为,原则上不得撤回或者撤销。对于这种同意,相对人既可以书面或言词形式向法院作出,也可向申请人作出。申请人如果以对方当事人同意为条

[42] 德国学理还认为,若物或价值状态能构成申请人对他人或他人对申请人请求权的基础,则也属于具有法律上利益。参见 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, a. a. O., § 485 Rdnr. 13m. w. N, 转引自前引 [21], 姜世明书, 第 60 页。当然,如果根本无法查明法律关系或可能的诉讼相对人或请求权,就不能认为具有法律上利益,即仅以此类证据保全摸索权利构成事实的,或仅对法律问题有争议的,均不存在法律上利益。参见 OLG Bamberg, NJW-RR 1995, 893; OLG Koeln, NJW-RR 1996, 573. Vgl. Bernuth, *Schiedsgutachterreden und die Durchführung selbständiger Beweisverfahren*, ZIP 1998, 2083, 转引自前引 [21], 姜世明书, 第 60 页。

[43] 该学者还强调,要判定有无法律上利益并有必要,应考虑以下因素:第一,当事人事证搜集权保障的必要性;第二,他方当事人参与程序的负担、麻烦;第三,司法资源的合理分配。参见前引 [3], 许士宦文。对有无确定事物状态的必要,还有学者认为,法院解释必要性时,应注意为达到防免诉讼及发现真实与促进诉讼的目的,申请人所为证据保全的申请是否已不存在其他相同有效而对相关当事人损害较少的手段。若申请人对诉讼的防免与诉讼的促进在个案中仍有可期待的方法,则似无须承认其有利用此一原本应带有暂时性、过渡性、例外性之保全制度的合理性。参见前引 [21], 姜世明书, 第 61 页。

[44] 取消的理由有两种说法:一是担心一方当事人可能会滥用对方当事人的承诺。参见前引 [30], 高见进文。二是该类型之证据保全在实务中利用率甚低、不具有实效性。参见前引 [3], 许士宦文。笔者认为,应以第一种说法为准,该说法可以日本《民事诉讼法修改调查委员会速记录》的记载为证。

件申请法院实施证据保全，应就对方当事人的同意承担释明责任。

3. 增设证据保全程序中之当事人协议

证据保全程序中的协议，是指双方当事人或申请人与利害关系人在证据保全程序中就有事实、证据或其他事项所达成的协议。证据保全程序中的协议是民事诉讼最新理念在证据保全制度中的投影。在证据保全程序中增加当事人协议，既是民事诉讼法因应现代型诉讼和案件数量迅速飙升的需要，也是证据保全程序作为民事诉讼程序的独立子程序解决纠纷的天性所在。因此，我国应对证据保全程序中的当事人协议加以规定，并注意以下问题和要点。

第一，如何划定协议的范围？协议的范围应包括两个层面的内容：一是协议可以在证据保全程序的哪个时段达成；二是协议的对象包括哪些。由于协议的目的是尽可能预防诉讼、减免纠纷，故当事人可以在证据保全程序的任何时段进行协议，尽管实务中的协议多在实施保全裁定后达成。协议的对象较为复杂，从立法例看，德国民事诉讼法对当事人协议的事项未作明文，而我国台湾地区民事诉讼法第376条之1规定，当事人可以就诉讼标的、案件事实、证据及其他事项达成协议。^{〔45〕} 本文认为，为实现预防诉讼和促成纷争于诉讼外解决的目标，当事人在证据保全程序中的协议对象应包括与本案纷争相关的一切事项、案件事实和证据。

第二，如何设计协议的启动机制？关于协议的启动机制，在立法例上有两种模式：一是德国的法院启动模式，即“在预期可以达成一致时，法院可传唤双方当事人进行口头辩论”（德国民事诉讼法第492条第3款）；二是我国台湾地区的当事人自由启动模式。有学者对这两种模式加以比较后认为，德国独立证据程序中之和解，采取职权主义，在有期望达成和解协议时，法官即可依职权通知当事人到法院讨论案情，其目的在于促进和解、疏减讼源和减轻法院负担。^{〔46〕} 而我国台湾地区证据保全程序中之协议则注重于当事人自主解决纠纷，法院一般不主动开启协议程序，其主要目的是要求法院协助当事人追求程序利益，而非减轻法院负担。^{〔47〕} 本文并不完全赞同上述解读。事实上，德国此处的和解不是一般意义上的和解，而是独立证据程序中的和解，由于该程序的独立地位，和解已被设置为该程序不可或缺的构造部件，以求达到类同本案诉讼的效果。而我国台湾地区此处的协议仍为证据保全程序中的协议，证据保全程序尚未完全摆脱本案诉讼程序之附随性（附属性）的程序地位，其独立性不及德国之独立证据程序，协议未被设置为程序构造必不可少的组成部分，法律也就容忍当事人自由选择是否协议。尽管二者的启动机制不同，但在是否达成和解协议上当事人都享有决定权，法院均无强制当事人和解或达成协议权力，而这恰好是协议的正当性所在。并且，从客观效果上看，两种模式都有保障当事人程序利益、防免诉讼、促进诉讼的功能。所以，我国在设置证据保全程序中协议时，完全可以考虑原则上由当事人自主决定是否开启协议程序，但在当事人未进行协议而纠纷本身又明显有协议之可能的情况下，法院也可主动导入协议程序。

第三，如何规定协议的效力？关于协议的效力，德国法没有明文，我国台湾地区民事诉讼法也仅规定，当事人就诉讼标的达成协议且按该协议内容当事人应当为一定给付的，该协议具有执行力，而对其他协议的效力未作规定。学理上对协议效力的理解主要有两种观点：第一，认为此种协议并非起诉前在法院面前成立之调解，纵令就诉讼标的成立协议，也不如调解般具有既判

〔45〕 这里的“诉讼标的”是模糊概念，学理上主要有三种认识。第一，认为在诉前证据保全程序，因尚未提起诉讼，原无诉讼标的可言，故此处之诉讼标的系指将来拟提起诉讼时之诉讼标的。参见我国台湾司法院编：《司法院民事诉讼法研究修正资料汇编》（五），第712页以下。第二，认为此处诉讼标的的意义与范围未必等同于诉讼上之诉讼标的。参见前引〔22〕，沈冠伶文。第三，认为此处的诉讼标的非仅指特定之实体法律关系，当事人可能想要成立比特定实体法律关系更大、以整个纷争为对象的协议。参见邱联恭：《程序利益保护论》，台湾三民书局2005年版，第19页以下。基于防免诉讼的理想和诉前法律关系不确定的实际，相较之下，第三种认识应属周全。

〔46〕 参见前引〔3〕，许士宦文。

〔47〕 前引〔45〕，邱联恭书，第17页。

力。而且在保全证据程序中要调查或确定之事实有限，当事人常不易为周全之考虑，此际所成立之和解，至多只宜定性为相当于在公证人面前所表明愿意受强制执行之承诺，使其具有比民法上和解稍强之效力而已。^{〔48〕}第二，主张扩大此协议之效力，认为若将起诉后于保全程序所成立之协议，解释为有类似于诉讼上和解之效力，而在起诉前者，具有如起诉前之法院调解的效力，似更符合扩大证据保全之预防与解决纷争之机能需求，并能减少因扩大推翻仅具执行力的协议的可能性而造成之法不安定性。^{〔49〕}

笔者倾向于后一种观点。前一种观点着眼于程序保障和诉前证据保全程序中调查和确定事实有限来阐明协议效力，虽不为错，但它单纯从保护当事人私益出发而不顾及国家设立该制度的目的，有失偏颇。虽然法官作为纠纷的局外人在事实和证据调查初期即作出判断可能是盲目和不周全的，但作为纠纷亲历者的最清楚纠纷事实的当事人通过自愿协商达成协议却未必是考虑不周全的结果。并且该观点认为保全程序中协议的效力应稍强于民法上之和解，其理想色彩过浓，实践中不易操作，易使问题复杂化。而后一者观点基本符合双方当事人自愿协商、法院从中斡旋并达成协议之法院调解的一般特征，既与扩大证据保全机能、防止诉讼的立法目的相一致，在实务中也具有可操作性。因此，立法、司法和学理不宜将证据保全程序中协议的效力与一般诉讼中法院调解的效力再作区分。

四、结 语

基于诉讼数量剧增和现代型诉讼要求先收集证据后提出事实主张的实际，两大法系各主要国家在预防诉讼、避免诉讼、促进诉讼、简化诉讼、集中化审理和多元化解决纠纷之目的与理念的引导下，都不约而同地强化了民事审前和诉前解纷程序，改造和调整了证据保全制度及类似制度的功能范围，使向来仅以保全证据为主要目的的传统证据保全制度质变为具有确定事实、开示证据和促成纷争于诉讼外解决之多重功能的新制度，证据保全也由过去当事人被动收集证据的特殊方法（为保全证据而收集证据）转换为当事人主动收集证据的有效手段（为收集证据而收集证据），并最终实现了民事诉讼程序由庭审到审前和诉前、由庭审之诉讼证明到审前和诉前之证据收集的程序重心前移。

相较于已实现证据保全制度功能性转型的国家，我国证据保全类型之单一、条件之苛刻、功能之传统既不合世界发展之潮流，也远远不能满足我国改革民事司法制度、强化当事人举证责任之需要。为迎合前移民事诉讼重心、注重审前和诉前程序、关注当事人证据收集权和证明权保障之改革理念和趋势，我国也必须变革民事诉讼立法，扩大证据保全制度之机能，一方面增设证据保全类型，容许当事人就确定事物状态有法律上利益时，或经对方当事人同意时申请证据保全，使其于诉前能充分收集证据；另一方面承认当事人能根据证据保全程序中所收集之资料，就与纷争相关之事实、争点、证据及整个纠纷达成协议，从而最终实现预防诉讼、减免诉讼和公正、快速、高效、多元化解决纠纷之目的。

Abstract: In order to respond to the judicial resource shortage educed by more and more litigations, and to meet the requirement of modern litigations, under the prevailing idea of preventing,

〔48〕 参见前引〔3〕，许士宦文。

〔49〕 参见前引〔21〕，姜世明书，第79页。

avoiding, simplifying and facilitating litigations, and centralizing trial and diversifying mechanisms of settling disputes, most countries in the two legal systems have simultaneously and successively made substantial revisions of their civil procedural laws. Consequently, all these endeavors have strengthened the pre-trial and pre-action procedure of civil proceedings, and the function of proof preserving system and similar ones has been transmuted from purely preserving proof into multifunction, including determination of facts, proof discovery and facilitating settlement of disputes outside the court.

Meanwhile, in litigations, preservation of proof has also transformed from a special way by which the litigants passively collect evidences into an effective measure by which the litigants positively collect evidences. Ultimately, the center of civil proceedings has transferred from trial procedures to pre-trial and pre-action ones, from the certification procedures in trial to the pre-trial and pre-action proof collection ones.

Compared with other countries, Chinese proof preserving system is single-typed, rigidly-termed and conservatively-functioned, which does not accord with the world current tide, and cannot satisfy the requirement of reforming civil proceedings and intensifying litigants' burden of proof. Therefore, we should also revise our civil procedural law and extend the function of proof preserving system. On the one hand, we should introduce new types of proof preservation, when litigants have legal interests on determination of state of things, or the opposite litigant assent to, the application for proof preserving by litigants should be allowed, so that they can collect evidences sufficiently before trial. On the other hand, we should recognize the agreement concluded by litigants concerning facts, issues, proof and the whole dispute on the ground of proof preserving, and hence ultimately accomplish the goal of preventing or reducing litigations and settling disputes impartially, quickly and efficiently.

Key words: proof preserving, determination of facts, discovery of proof, settle disputes other than litigation
