

民事诉讼社会调查制度研究

Study on Civil Social Investigation System

刘鹏飞

LIU Peng-fei

【摘要】 近年来,社会调查制度在我国民事诉讼司法实践中逐渐得到广泛应用,但是立法却未对这种特殊的诉讼资料加以规定。通过分析其基本属性和证明方式的手段,可以得出社会调查报告具有相关性和证明力的结论,因此主张将社会调查报告作为证据使用;社会调查报告的特性迥异于传统的书证和证人证言,宜将其归入科学证据范畴,作为一类特殊的证据类型与鉴定意见并立。实践中,社会调查多由当事人自主进行,社会调查报告作为一种诉讼资料同样应受辩论主义约束。在制度构建方面,应赋予社会调查员独立的诉讼参与人地位以使其出庭参与诉讼,同时引入多伯特规则作为判断标准以完善社会调查制度,并借助专家辅助人制度对社会调查报告进行质证分析,由法官居中审查社会调查报告的可靠性。

【关键词】 社会调查报告 社会调查员 社会调查制度

【中图分类号】 DF721 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206(2016)01-0090-10

Abstract: In recent years, the social investigation system has been widely used in the judicial practice of civil litigation in China. But this particular action is not required in the legislation. Through the analysis of the social investigation report, the social investigation report has relevance and probative force, so the writer advocates social investigation report as evidence. Because the social survey report is different from traditional documentary evidence and witness testimony, that integrates it with scientific evidence category as expert opinion is appropriate, and that the social investigator should have independent litigation participants position to participate in the proceedings. In practice, the social investigation is carried out by the parties concerned, and the social investigation report as a kind of litigation material also should be subject to Debate Principle of Civil Procedure. Also we could introduce the Daubert rule as the judgment standard and review the social investigation with the help of expert assistant system. Reliability of the social investigation report should be determined by the judge.

Key words: Social investigation report Social investigator Social investigation system

【收稿日期】 2015-10-25

【作者简介】 刘鹏飞,男,1985年7月生,法学博士,南开大学法学院讲师,研究方向为诉讼法学和证据法学。

【基金项目】 国家社会科学基金项目“转型时期民事诉讼架构下的司法公开研究”(项目编号:14BFX060)。

一、我国社会调查制度的立法、实践现状及相关问题

诉讼中的社会调查制度就是由特定的调查主体针对特定的事项,运用社会学、经济学、统计学等相关学科的方法进行调查研究,并制作调查报告的制度。我国将社会调查报告作为诉讼过程中的证据性资料,肇始于未成年刑事案件的审理程序中。《最高人民法院关于审理未成年人刑事案件的若干规定》和《最高人民法院关于审理未成年人刑事案件的若干规定》等规范性文件都对社会调查制度有所规定。^①而新修改的《刑事诉讼法》最终以立法的形式将此项制度确立下来。《刑事诉讼法》第268条规定:“公安机关、人民检察院、人民法院办理未成年人刑事案件,根据情况可以对未成年犯罪嫌疑人、被告人的成长经历、犯罪原因、监护教育等情况进行调查。”此项规定与国际通行做法保持了一致。^②在青少年犯罪案件的量刑中,对青少年的个人基本情况、家庭邻里关系、社会交往、成长经历等状况进行深入调查,是基于恢复性司法的理念进行合理量刑的有效途径,与李斯特的刑罚个别化理念相契合。以上规范性文件将社会调查制度的适用限定在未成年人犯罪案件中。但是如果观察我国的司法实践,会发现在刑事诉讼领域已经突破了成文法的局限,在成年人犯罪案件中,社会调查制度也逐渐得到较为广泛的应用。其调查形成的书面文件在法律文书中往往表现为社会调查报告或者审前调查报告。^③这些调查报告往往作为综合评估被告人量刑情节的参考资料。社会调查制度,

从适用对象上来看,已经从未成年人犯罪案件扩展到成年人犯罪案件,从犯罪类型上看,涵盖了人身伤害、经济犯罪等多种案件。现有判例表明,该制度多适用于社区矫正条件的衡量、非监禁刑和罚金的量刑上。

而在民事诉讼领域,到目前为止还没有规范性文件做出社会调查制度的相关规定。从实践领域看,自律师胡明请求法庭委托青岛市城市调查队进行抽样调查,并以抽样调查结论作为民事诉讼证据开始,迄今这种社会调查制度获得了广泛的运用。除了对当事人基本情况的调查外,还包括其他更广泛的内容。最常见的是应用于商标、域名侵权案件中知名商标知名度、商标认知度等事实的确认上。典型案件如“青岛汉缆股份有限公司诉青岛松山机械有限公司商标侵权纠纷案”^[1],裁判文书中相关内容表述为:“本院认为,目前委托社会调查机构、进行随机抽样调查的方法能够比较客观地反映商标在相关公众中的知晓程度”。“山东沙土食品工业有限公司诉胡光磊商标侵权纠纷案”等案件与此类似。此外,还出现了土地承包经营纠纷中关于土地调换事实的调查报告、服务合同纠纷中关于积极准备履行合同事实的调查报告、名誉侵权中关于被侵权人社会评价降低的事实调查报告等等^[2-3],应用此制度的案件类型多种多样,范围比较广泛。

在这些案件中,当事人往往将社会调查得到的报告作为证据提交,而同时,有一些问题因为缺乏立法的明确规定而变得令人困惑。当事人提交的社会调查报告是否具备证据的基本属性,究竟能不能作为合法的证据使用?如果作为证据使

① 《最高人民法院关于审理未成年人刑事案件的若干规定》第21条规定:“开庭审理前,控辩双方可以分别就未成年被告人性格特点、家庭情况、社会交往、成长经历以及实施被指控的犯罪前后的表现等情况进行调查,并制作书面材料提交合议庭。必要时,人民法院也可以委托有关社会团体组织就上述情况进行调查或者自行进行调查。”此规定初步在未成年人犯罪案件的审理中引入社会调查制度。《最高人民法院关于审理未成年人刑事案件的若干规定》第38条规定:“对于判决、裁定已经发生法律效力并应当收监服刑的未成年罪犯,少年法庭应当填写结案登记表并附送有关未成年罪犯的调查材料及其在案件审理中的表现材料,连同起诉书副本、判决书或者裁定书副本、执行通知书,一并送达执行机关。”

② 《联合国少年司法最低限度标准规则(北京规则)》规定:“所有案件除涉及轻微违法行为的案件,在主管当局做出判决的最后处理之前,应对少年生活的背景和环境或犯罪的条件进行适当的调查,以便主管当局对案件做出明智的判决。”

③ 也有人称之为品格调查报告、人格调查报告、量刑调查报告、判决前调查报告等。

用的话,究竟是作为一类新的证据,还是划归到立法已经规定的证据类型中去?要评价通过社会调查得到的调查报告的真实性,自然涉及到社会调查人员出庭的问题,其法律身份如何定位?对社会调查报告应以何种标准和方式审核判断?目前我国理论界和实务界对这些问题的研究还比较少,本文拟围绕民事诉讼中的社会调查制度针对这些问题展开讨论。

二、社会调查报告在民事诉讼中的定位

(一) 是否可以作为证据使用

因为刑事诉讼中的社会调查报告在我国使用的时间较长,所以针对其性质,一直有激烈的争论,主要观点可以概括为证据说和参考说两种。陈瑞华教授持证据说,认为社会调查报告是一种量刑证据,证明了案件的事实情况。最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于规范量刑程序若干问题的意见(试行)》第11条规定:“人民法院、人民检察院、侦查机关或者辩护人委托有关方面制作涉及未成年人的社会调查报告的,调查报告应当在法庭上宣读,并接受质证。”支持证据说的学者从文义分析的角度,认为立法肯定证据说,因为已经规定了质证的要求。反对的观点主要认为刑诉中的社会调查报告属于品格证据,其相关性值得怀疑,“将品格证据视为对犯罪有证明力的问题,将给无辜者带来危险”^[4],原则上不能作为认定案件事实的依据,“只能作为量刑参考”^[5]。在国外的刑事诉讼实践中,社会调查制度已经突破了仅仅用于调查被告人品格的樊篱。例如美国《传播风化法》里面关于淫秽物品的“社区标准”问题^[6],就曾有律师就“社区标准”进行调查,以界定是否属于淫秽范畴。

如前所述,在民事诉讼中社会调查的应用要广泛得多。从目前的判例看,大致可以分为两大类:一类是就法律要件事实所做的调查,如前述被侵权人社会评价降低的事实,即属于对于损害结果要件的调查,又如对商标认知度的调查,涉及对违法行为成立的认定。在国外还有通过调查

患病比例来确定因果关系的调查等等。另一类是属于法院裁量的作为赔偿数额判断依据的调查,这种调查建立在法律效果成立的基础上,包括前述的对当事人生活状况的调查以及国外存在的对共同诉讼中部分当事人应获赔偿情况的抽样调查等等。从这样的应用范围上可以看出几个特点:第一,民事诉讼中社会调查一般针对的是较为客观的事实,如违法行为、损害结果、应赔偿的数额,对主观方面的认知也有所涉及。但是对于过错的认定罕见应用调查的,多依赖于表见证明、推定或司法认知。第二,与刑事诉讼不同,民事诉讼中的品格证据排除更加严格。刑诉中,“该品格证据仅被用以支持有关某人在特定场合下的行为与其品格相一致的推论时,则排除该证据”^[7]。而民诉中,因为不用考虑量刑问题,所以与当事人的人身危险性和矫正可能性密切相关的当事人品格问题,几乎不可能进入民事诉讼的视野,除非原告的品格是案件事实争议的焦点或者有关原告品格的证据影响民事责任的成立或损害赔偿额的计算。基于此两点,将民事诉讼中的社会调查报告轻率的归入品性证据予以排除是不负责任的,而必须具体分析其属性以确定其地位。

相关性是“最基本的证据法原则”^[8]。而相关性体现在“证据与案件中需要证明的事项的关系上”^[9],必须具备逻辑上的相关性和法律上的可采性,才能作为证据使用。准此,提供或者申请法院以委托方式制作社会调查报告的当事人,以调查报告证明的事实一般为案件的重要事实,或者是案件的成立要件,或者是定损并确定赔偿的事实情况。从逻辑上讲,社会调查报告的提供使得逻辑上,“案件事实变得更加可能存在或者更加不可能存在”^[10]。在此意义上,民事诉讼中的社会调查报告是符合逻辑上的相关性的基本规则的,即具备我国证据法上的“关联性”。至于调查报告的证明力,则另当别论,因为“关联性不同于充分性”^[11]。所以将民事诉讼中可以客观反映案件真实情况、通过合法的途径和方式取得的社会调查报告定性为证据,是比较合适的。

(二) 现有关于调查报告证据种类观点的批评
如果承认社会调查报告在民事诉讼中可以作

为证据使用,它将属于何种证据?我国《民事诉讼法》对于证据种类的规定相对封闭,用列举式立法明确了具体的证据类型。2012年修改《民事诉讼法》时调整了列举顺序,增加了电子数据,修改了鉴定意见的称谓。在确定社会调查报告的证据种类时,有两种方法可以考虑。一种是将社会调查报告作为一种新证据,与其他八种证据方法并列。为什么对于民事证据的种类要采取较为封闭的立法呢?我想一个很重要的原因就是大陆法系关于证据能力法定、证明力自由裁量的传统。法定证据之外的证据方法在很大程度上是具有内在的不合理性和不周延性的。随意设立新的证据类型的做法会突破现有的立法框架,对司法实践造成冲击。另一种是就将社会调查报告归入现有的证据种类中,通过解释的方法用某种证据方法吸收社会调查报告,这是成本相对较小的一种途径。目前为止,理论和实务界有三种观点:认为社会调查报告属于证人证言的观点^[12]、属于书证的观点^[13]和属于鉴定意见的观点^[14]。

社会调查报告是否属于书证?大陆法系传统上将书证界定为:“以其记录的含义、内容作为证据资料的证据调查”^[15]。虽然我国司法实践中采纳的书证一般是公文书或者双方做成的书证及另一方承认真实性的书证。当事人提交的单方做成的书证一般证明力比较低。但书证的证明力和证据能力是不同的。“所有的文书都具有证据能力”^[16]。所以,调查报告即便是单方做成,如果视为书证的话,也应该具备证据能力。所以从这个意义上讲,如果把社会调查报告归于书证范畴,从证据能力上讲并无太大问题。但是,从其内容看,调查报告具有两个主体:一个是调查主体,即书证的做成主体;另一个是被调查主体,即书证的陈述主体。也正是因为如此,才使得有些观点认为调查报告可以归入书证:如果做成报告的人就是被调查的证人,那么认定为证人证言当无疑虑;可是事实上书证的作成人是调查人,其本身不是证人,所以将其归入书证范畴。事实上,书证的内容表述者和书证做成者绝大多数情况下应是一致的,但是的确并不排除做成者和表述者不同之情况,典型的如代书遗嘱即是此类。但是这个观点有一个严重的问题,就是其与大陆

法系证据分类的传统是相悖的。“证据方法指调查中成为调查对象的有形物。分为人证和物证。证人、鉴定人、当事人本人属于前者,而文书、勘验目的物属于后者”^[17]，“物的证据方法,为证书及勘验标的二者”^[18]，那么社会调查报告作为社会调查员的陈述,是应该归入人的证据方法范畴的,将其作为物证范畴的书证看待悖谬于基本证据法理。且书证一般在案件发生之同时产生,这与社会调查报告也有根本之不同。

如果将其作为证人证言处理的话,也存在着问题。证人作证的基本要求就是在案件发生当时了解案件事实。而社会调查报告的制作主体并非是在案件发生时了解案件情况的,而是在调查过程中逐步了解案件情况的。真正了解案件事实的人应该是被调查的人。对于提供证言的证人,相关制度要求其出庭作证,接受双方当事人和法官的询问,可是社会调查报告调查的对象,一般是不要求其出庭作证的。在这种情况下,如果把社会调查报告作为证人证言的书面总结形式,就使调查报告变成了传闻证据。被调查人不出庭的合理性很难按照《民事诉讼法(2012年修正)》第73条的规定的证人不出庭的事由做解释,其中第四项“其他有正当理由不能出庭的”,似乎也与此有所差别。因为并非被调查人是有正当事由无法出庭的,反而有可能是因为人数众多导致法院无法容纳或者给司法程序造成过重负担而不要求出庭。对此问题,美国早期的做法是将调查报告作为传闻证据予以排除^[19],但是在后期的判例中,实现了个案的突破,典型的如商标纠纷中的消费者调查问卷,因“除了消费者调查,没有更直接的证据”^[20],所以将此调查报告作为一种传闻证据规则的例外赋予其可采性。

还有就是把社会调查报告归入鉴定意见的看法。如果这样看待,则必须把社会调查员归入鉴定人一类。传统上的鉴定人要求是“基于他的特别的专门知识或者专业知识在法官确认事实时提供支持的人”。但是在我国的现有理论中,“证据的科学化是从法医学和审判化学开始的”^[21],这种鉴定人具备的专业知识往往限制在自然科学知识上,主要包括法医学和物证技术领域。而社会调查员在进行调查时,虽然也依赖专业知识或者

专门能力,但是这种知识是社会科学知识,即经济学、社会学、统计学等学科知识,将社会调查报告归入鉴定意见与传统的理论有所龃龉。

(三) 问题的症结与突破途径

笔者认为,要解决此问题,必须从证据的分类标准和社会调查报告的本身结构入手。现行立法将证据“作为法官的主观判断的对象”^[22],采用的分类标准本身就是复合的,《民事诉讼法》第63条^①的规定的八类证据中,五种实物证据中:书证与物证应以证明方式区分,一个以思想内容证明,一个是以外在特征存在方式证明;而视听资料和电子数据则应以其表现形式特征区别于书证,勘验笔录以制作主体和制作方式特征区别于一般物证。三种言词证据:当事人陈述、证人证言、鉴定意见则因陈述主体不同相区分,同时,鉴定意见的做成方法区别于证人证言。那么,概括起来,证据分类的标准有三个:证明的方式、表现形式、制作的主体和方法。

从社会调查证据本身看,要保证其较高的证明力,在证据收集过程中至少需要三个最基本要素,即:一是调查样本的可靠性,主要是指被调查主体能够如实陈述。二是调查方法的科学性,主要是指调查的对象的选择方面,抽样选择的样本必须具有代表性和全面性,调查问卷的设计要具有合理性等等。三是调查结论的正确性,主要是指要求主体能够具备相应的学科背景知识,对调查数据进行分析整合,得出正确的调查结论。社会调查报告的特殊性在于我们既关注其样本选择(即调查对象),也关注其调查过程(即调查方法),而调查对象的可靠性和调查方法的有效性都高度依赖于调查主体的特殊性——具有相关的专业知识和技能,并具有相当的总结和陈述能力。综上,社会调查报告是以社会调查员的陈述和言辞表达作为证明方式的证据,将其划入言词证据当无异议。

如果作为证人证言对待,如前所述,处于证人地位的是被调查人。在某些案件中,作为样本的被调查人的陈述对于案件事实的证明在逻辑上

似乎是有缺失的。如在商标认知度的问题上,或者名誉降低的事实上,作为样本的被调查人所作出的证言即便是真实的,有时候也并不足以体现社会的基本认知。所以这样看,样本的证言是否能够反映案件的真实情况,似乎还有待于法官自由心证。但是事实上并非如此,因为社会调查报告是以专业知识调查研究制作而成,抽样调查是可以科学、全面、准确地反映整个群体的客观情况的。所以,如果把社会调查报告作为普通的证人证言看待,就忽略了它特殊的制作主体和特殊的制作方法,仅仅把它看作是被调查主体对客观情况的陈述,将严重降低它本应具备的证明力。尤其是在我国证据规则并不发达的情况下,缺少传闻证据排除规则的例外,如果将社会调查报告作为证人证言对待,同样往往会因为直接言词原则的规制使其证明力降低。

正是存在科学性、专门性和技术性的事实,法官在这些方面才需要专家的支持。“法院通晓法律似乎可信,法院通晓事实却是荒谬可笑。”^[23]大陆法系往往通过由法官选择独立、中立的专家,自己去了解一门知识。德国和法国的做法类似。专家是法官的辅助人,处于中立地位。而当事人私人鉴定结论一般归于当事人陈述范畴。此时,更强调鉴定人的“法庭科学知识”,仅仅包括用于鉴定的自然科学和与鉴定适用有关的制度,排斥一般的社会科学。大陆法系的专门知识主要是指物证技术学、法医学、司法精神病学等专业学科领域的科学技术知识。而在英美法系的对抗制诉讼模式下的专家证人制度中,当事人作为诉讼程序的主导,为法官提供他所需要的信息和相关资料,法官处于消极超然地位居中裁判。所以专家承担了提供鉴定意见、对鉴定意见进行质证、对专门知识发表看法的一系列功能。只要具备非常识性知识的人都可以成为专家就专门问题向法院作证。将“专门知识”的范围做广义理解,“专业知识涉及各个学科、职业及至生活领域中的非常识知识”^[24],在出现了新类型的社会调查报告的时候,美国就倾向于扩张解释鉴

^① 《民事诉讼法》第63条规定:“证据包括:(一)当事人的陈述;(二)书证;(三)物证;(四)视听资料;(五)电子数据;(六)证人证言;(七)鉴定意见;(八)勘验笔录。证据必须查证属实,才能作为认定事实的根据。”

定人的专门知识范围,将科学证据中的“科学”从硬科学——自然科学,扩展到软科学——社会科学^[25],并相应地创造出术语“social science evidence”,进而将社会调查证据纳入科学证据范畴,将“接受委托出庭,根据社会科学的知识、理论、相关文献或自己曾经开展的相关研究进行作证”^[26]的人作为专家证人的一种。这样问题就迎刃而解了。而大陆法系在此问题上因其传统界定就要颇费脑筋。

我国的鉴定体制对两大法系都有所借鉴。2012年修正的《民事诉讼法》将鉴定的启动方式明确规定为法院依职权启动和当事人向法院申请启动两种^①。实践当中,由于由法院依职权启动鉴定程序涉及到鉴定费用的垫付问题,所以其应用并不广泛。最常见的是由当事人申请法院启动鉴定程序。法院依职权启动鉴定程序,借鉴了大陆法系的做法。除此之外,从鉴定的概念到鉴定制度的设置,都有浓厚的大陆法系色彩。这就是在我国把社会调查报告纳入鉴定意见之下存在着天然的壁垒的根本原因。而我国在面对鉴定意见的质证和判断的问题时,相应地构造出专家辅助人制度则是借鉴了英美法系的专家证人构造,具有浓厚的英美法色彩,2012年修正的《民事诉讼法》的第79条规定:“当事人可以申请人民法院通知有专门知识的人出庭,就鉴定人作出的鉴定意见或者专业问题提出意见。”那么能不能将这里的专门知识做广义解释而把社会调查员归入专家辅助人行列呢?我认为也是不行的。从现有立法看,更倾向于由具有专门知识的人提供其“意见”,但是社会调查员陈述的内容却是“事实”。换言之,社会调查员提供的社会调查报告是作为证据使用的,而专家辅助人的意见却不能独立作为证据使用,因为我国没有这种法定的证据形式。

从证明方式来看,鉴定意见与社会调查报告最为相似。同为言词证据,对鉴定材料和鉴定程序都有严格要求,同时强调鉴定人的资质。我国台湾地区将鉴定人界定为“向法院陈述关于特别

规律或经验法则之意见或就特定事项提出意见之第三人”^[27],其做成的鉴定意见是科学证据的下位概念,即属于一种科学证据,强调鉴定意见是科学性与法律性的统一。但是我国《民事诉讼法》中并没有准确界定科学、特别经验及规律或者专门知识的内涵和外延。既然不能将社会调查报告纳入到我国立法规定的鉴定意见概念之下,那么最好的办法就是修改证据种类规定中的鉴定意见,将其更换为更上位的概念:科学证据。同时认可社会调查报告同鉴定意见一样具有科学性。这样就可以将社会调查报告和鉴定意见作为科学证据的子概念,使两者同样具有证据效力。在此基础上,就可以借鉴英美法系的做法,扩充科学的基本内涵,将自然科学与社会科学都纳入其中。将社会调查报告纳入证据序列而同时保持专家辅助人制度的稳定,对立法造成的冲击最小。当然,现在我国应用社会科学方法得到的证据种类并不多见,其基本类型、研究方法的规范性和相关问题都有待对实践的进一步观察和研究。

三、社会调查制度的主体与调查报告的审查判断

(一) 调查主体的诉讼地位与实证分析

从司法实践看,在刑事诉讼中社会调查员一般会出庭,但是其诉讼地位模糊不清。北京最初在社会调查员出庭的时候是将其安排在公诉人席位上,其后北京密云县则为其单独设立了社会调查员席位。其他地方的做法也很不统一。有安排在证人席位上的,如上海长宁;也有安排在书记员席位上的,如河南兰考。这突出体现了法院对社会调查员身份界定的迷茫。而在民事诉讼中,社会调查员一般不出庭,只向法庭提交书面的社会调查报告,所以社会调查员是否应该出庭,其出庭的法律身份如何界定呈现混沌状态。笔者认为,可以从调查报告的内容作为观察的切入点。

^① 《民事诉讼法》第76条规定:“当事人可以就查明事实的专门性问题向人民法院申请鉴定。当事人申请鉴定的,由双方当事人协商确定具备资格的鉴定人;协商不成的,由人民法院指定。当事人未申请鉴定,人民法院对专门性问题认为需要鉴定的,应当委托具备资格的鉴定人进行鉴定。”

从社会调查报告的内容看,在刑事诉讼中,一般由调查情况的客观陈述和量刑建议组成。刑事诉讼中担任社会调查员的主体类型繁多,其中很多调查员是不具备法律专业知识的,其在刑事诉讼调查报告中提出的量刑建议,就可能不够专业,其个人感情色彩可能导致偏离量刑依据的事实要素,这点与美国担任社会调查员的深谙律法的缓刑监督官有所不同。作为社会调查工作专家的社会调查员对于事实调查可以趋向客观,可是其发表法律意见是具有风险的。“鉴定人自己应用其专门知识向法官提供借助专门知识从确定的事实资料中得到的结论。”^[28]这种结论一般而言应该是在事实的基础上应用经验和知识分析得到的抽象认识,不包括法律适用意见。

在民事诉讼中,调查报告一般由对数据、情况的描述和调查结论组成。以“山东省鲁宝厨业有限公司诉淄博市临淄信福诚工贸有限公司商标侵权纠纷案”^[29]中的调查报告为例,既包括“鲁宝产品市场占有率高,所占比例为83.5%”这样的客观陈述,也包括“消费者认定鲁宝厨具产品在厨具产品市场中属于中高档产品,对其品牌的认知广泛,认为其品牌的知名度较高”这样的结论性意见。即在实践中,早已经由社会调查员充当了分析、评论、建议的提供意见的专家角色。社会调查报告同鉴定意见一样,同样是具有生成性的。这种生成性就体现在将调查获得的证人证言通过社会科学的工作方法转换生成了新的证据——社会调查报告。但在社会调查制度中,调查对象与调查方法是不可分离的。其结论的来源——调查数据,要靠调查对象提供,而调查对象信息的获得,往往也由调查员自己实现。当然不排除有当事人提供调查对象信息的情况,如在产品质量调查中,销售方往往可能提供一些关于买方的基本信息。但是其基本原理与鉴定结论并

无不同。

在鉴定制度中,鉴材往往由当事人或者法官提供。但是有些国外立法也会规定鉴定人的调查权,同时规定“鉴定人可以出席审理,并对证人及当事人本人进行发问。”^[30]我国修正后的《民事诉讼法》第78条规定:“当事人对鉴定意见有异议或者人民法院认为鉴定人有必要出庭的,鉴定人应当出庭作证。经人民法院通知,鉴定人拒不出庭作证的,鉴定意见不得作为认定事实的根据;支付鉴定费用的当事人可以要求返还鉴定费用。”这就明确规定了鉴定人要出庭接受法官和当事人的询问,其出庭的诉讼地位就是鉴定人。与此类似的社会调查员在出具社会调查报告形式的专家意见之后也应该出庭,接受法官和双方当事人询问。这既是开展质证程序、查明案件事实的需要,也是贯彻直接言词原则的应有之义。在诉讼中应赋予出庭人员独立的诉讼地位,即社会调查员,成为一类新的诉讼参与人。

在刑事诉讼中,公安机关、人民检察院、人民法院都有委托权。其他规范性文件中还规定辩护人也可以委托调查。^①其委托担任调查员的对象,或为合议庭之外的法官,如河南兰考法院;或由审判法官自行调查,如泸州江阳法院;或委托第三方作为调查主体,这种占大多数。从域外看,英美法系国家一般是有固定、独立、隶属于司法机关的人员实施。如美国的量刑前调查报告较为统一,“由缓刑监督官负责进行。”^[31]

与刑事诉讼不同的是,我国的民事诉讼实践中,社会调查多由当事人自主进行、由当事人自主委托第三方主体或者由当事人申请法院委托第三方主体进行。这些第三方主体多为营利性的咨询、调查公司,也有少数社会组织等非营利性机构^②。实践中也有由公证机构担任社会调查任

① 根据《最高人民法院关于审理未成年人刑事案件的若干规定》规定,法院可以委托调查。《关于进一步建立和完善办理未成年人刑事案件配套工作体系的若干意见》规定,由公安机关委托进行未成年人的审前社会调查。《关于规范量刑程序若干问题的意见(试行)》规定,未成年人的审前社会调查由人民法院、人民检察院、侦查机关、辩护人委托。

② 营利性机构如青岛灯塔酿造有限公司诉莱芜智圣工贸有限公司侵犯商标专用权纠纷案中的北京东方枫叶咨询有限公司,参见山东省莱芜市中级人民法院(2006)莱中知初字第18号判决书;非营利性机构如上海市阳光社会青少年事务中心长宁工作站,参见上海市长宁区人民法院(2012)长少民初字第75号判决书。

务,做出社会调查报告的先例^①。可谓是调查主体五花八门,不一而足。如果将社会调查报告和鉴定结论同样归入科学证据范畴,就可以将两种制度中的鉴定人和调查员类比研究。从外国的立法情况看,鉴定机构虽然一般都与司法机关分离,但是一般具有“政府服务性、公益性和知识密集性的特征,享有独立的法人资格。”^[32]例如美国的鉴定机构多为政府部门,德国将鉴定机构设置高等院校和科研机构中,英国的鉴定机构性质一般为国有公司。私人民间性鉴定机构的数量很少,仅作为补充。同样比较2005年之后我国的鉴定体制,就会发现现行的鉴定体制是将鉴定机构从法院内部独立出来,高等院校中的鉴定机构和社会性鉴定机构星罗棋布。这样鉴定人的中立性保障程度极低,多头鉴定、重复鉴定的问题使当事人不堪其扰,也给法院审查判断鉴定意见、认定案件事实造成了巨大的困难。我国现在社会调查制度在民事诉讼中发展运行的时间并不长,社会调查体制尚处于混乱之中。但社会调查机构之盈利化与公益化、社会化与国家化趋向的不同直接影响着调查报告的中立性和证明力。

(二) 对社会调查报告的审查判断

除了对主体专业知识水平和中立性的高度要求之外,社会调查制度的工作方法高度依赖社会科学知识。在进行社会调查的时候,工作形式是以问卷调查为主,而使用的方式则主要是抽样调查。事实证明,抽样调查,只要样本选取合理,在节约司法资源的同时,对样本的调查结果和对全部的调查结果的差异完全可以接受^[33]。而且随着科学技术的进步,调查的具体手段在日益先进化、多样化。网络的使用就为这一证据方法注入了新的活力^[34]。但在其生成过程中,也很可能出现不客观的结论,出现误差的原因有以下几种:一是调查方法不科学,包括调研样本选择不够全面和不具代表性;二是获得结论的归纳分析方法不科学;三是可能在调查和分析过程中引入个人色彩。以上几种原因都可能使调

查报告丧失中立性和客观性。这点与鉴定意见具有高度的相似性。2012年修正的《民事诉讼法》将第63条中的“鉴定结论”改变为“鉴定意见”就体现了强调法官不受鉴定意见约束的基本理念,避免不科学、不客观的科学证据对裁判者的误导。

当大陆法系的法官对社会调查报告的内容产生疑问或者两份社会调查报告内容出现龃龉的时候,完全可以依自由心证选择认可或者不认可。至于对社会调查报告的审查标准,笔者认为完全可以借鉴现有的关于科学证据的评价标准。科学证据的评价标准经历了由弗赖伊规则中确立的普遍承认标准,到联邦证据规则确立的“相关性、可靠性”标准,最后发展为多伯特规则确立起可靠性综合判断标准。此标准已经比较清晰明确:“要求证言基于充足之事实或资料;其证言乃推论自可靠之原则及方法;该专家证人乃可靠的将前述原则及方法适用于案件事实上。”^{[11](P334)}而在美国,多伯特规则适用的范围得到了扩展。“Kumbo Tire”案之后,“‘多伯特规则’不应仅仅适用于自然科学”^[35]的观点逐渐流行,大量法院开始认为,“多伯特规则既适用于自然科学,也适用于社会科学。”^[36]更有学者指出:“多伯特案的一般处理方法适用于各种专门性的证据。”^[37]

科学证据最终是否符合多伯特规则必须由法官自由判断。正因为如此,非常强调在程序上让事实的裁判者可以理解科学证据。“审判法庭现在必须得到专家的充分解释,并且非常了解相关的事实,并且在决定采纳专家证言前可以判断专家是以可靠的知识为基础作证的。”^[37]同时,德国要求法官“对鉴定结论的审查应当着重其逻辑性和科学性,不同鉴定结论的差异或者矛盾之处。对鉴定结论的审查应当在裁判中说明。不采纳鉴定结论的,必须说明理由并且说明法官本人的专业知识是足够的。”^[38]这就成了一个悖论:如果法官本身就具有完善的专业知识,又何必需要鉴定人的辅助呢?“专家的意见可采来向法院

^① 万科企业股份有限公司诉浙江绿都房地产开发有限公司商标侵权纠纷案中即是由公证机构担任社会调查任务,参见浙江省杭州市中级人民法院(2004)杭民三初字第267号判决书。

提供可能在法官或者陪审团的经验和知识之外的科学信息,如果法官或者陪审团能够未经帮助就形成其自己的结论,则专家意见是不必要的。”^[39]如果其专业知识不充分,让其具体地陈述理由必然困难重重,所以,要借助法庭质证制度。在刑事诉讼中,会将调查报告向相关当事人开示,以期其“补充量刑信息、提出评论意见以及提交书面反驳意见”^[40]。在民事诉讼中,各国都有类似的制度提高当事人对科学证据的质证能力。如德国的鉴定证人制度、法国的技术顾问制度、英国的技术陪审员制度等。我国在借鉴各国规定的基础上,在民事诉讼中初步构建了专家辅助人制度。2012年修正的《民事诉讼法》第79条正式以立法的形式在我国民事诉讼中确立起专家辅助人制度。在司法实践中,一般将专家辅助人作证作为证人证言对待。如“北京东方博特科技发展有限公司与淮北嘉鑫投资管理有限责任公司技术服务合同纠纷上诉案”中,“博特公司专家辅助人对该《热工标定分析报告》提出质疑,并指出了其中存在的诸多问题。”^[41]专家辅助人针对鉴定意见发表意见或就专业问题发表看法,“其主要功能是为了满足法官对特定待证事实形成内心确信”^[42]。

另外,在英国,“高等法院和上诉法院有权召集一名或者多名技术顾问与法官一同听审,并就诉讼过程中出现的问题给出建议”^[43],法官也可以任命一名中立的专家进行调查、研究和提出报告。我国在对科学证据可靠性的把握方面,借

鉴英国相关制度,探索了技术审核、技术顾问和专家陪审员制度。这些有益的探索为合议庭判断科学证据提供了参考意见,在判断社会调查报告可靠性和证明力的方面,都可资借鉴。

四、结论与反思

综上所述,将社会调查报告纳入科学证据范畴,是司法实践的客观需要。在明确了其证据属性和类别后,才能有效地借鉴现有的对于鉴定意见的主体性规定和评判制度。我国的民事诉讼模式改革使得当事人的处分权和辩论权逐渐得到肯定和尊重。在辩论主义语境下,诉讼资料应当由当事人提出。从社会调查报告的证明对象看,与鉴定意见有所不同。鉴定意见证明的事实对象,既包括对主要事实的证明,也包括对间接事实的证明。而对间接事实的证明,尤其是对证据真实性、证明力的调查判断,是审判权应有之义,可以依职权启动鉴定程序;而从目前的司法实践看,社会调查报告主要用于主要事实(损害结果、违法行为、因果关系)的证明上,罕有用于判断证据资格及证明力。所以,从这个意义讲,此种证据方法的调查应受辩论主义的严格规制,就当事人而言,需对主要事实承担证明责任和主张责任,无论是主观意义上还是客观意义上。所以由法院依职权启动调查程序并不合理,应由当事人申请启动。这是在调查报告制度中对于武器平等原则的贯彻。

参考文献

- [1] 山东省青岛市中级人民法院(2009)青民三初字第137号判决书。
- [2] 河南省濮阳市中级人民法院(2010)濮中法民三终字第142号判决书。
- [3] 北京市高级人民法院(2007)高民终级字第309号判决书。
- [4] *People v. Zachowitz*, 254 N.Y. 192, 172 N.E. 466 (1930).
- [5] 于浩龙. 社会调查员制度在未成年人犯罪案件诉讼中的应用 [EB/OL]. http://article.chinalawinfo.com/article_print.asp?articleid=24362, 2012-12-22.
- [6] *Reno v. American Civil Liberties Union*, 117 S.Ct. 2329, 138 L.Ed.2d 874 (1997).
- [7] [美] 约翰·W·斯特龙. 麦考密克论证据 [M]. 汤维建等译. 北京: 中国政法大学出版社, 2004: 368.
- [8] See Christopher B. Mueller & Laird C. Kirkpatrick, *Evidence*, § 1.14 (3rd ed. 2003).
- [9] 王进喜. 美国《联邦证据规则》条解 [M]. 北京: 中国法制出版社, 2012: 56.
- [10] [美] 罗纳德·J·艾伦, 理查德·B·库恩斯, 埃莉诺·斯威夫特. 证据法: 文本问题和案例 [M]. 张保生, 王进喜, 赵滢译, 北京: 高等教育出版社, 2006: 151.

- [11] [美] Arthur Best. 证据法入门: 美国证据法评释及实例解说 [M]. 蔡秋明, 蔡兆诚, 郭乃嘉译, 台北: 元照出版社, 2002: 5.
- [12] 王蔚. 未成年人刑事案件中社会调查报告的证据属性 [J]. 青少年犯罪问题, 2010 (1): 49.
- [13] 陈国兵. 量刑规范化进程中未成年人社会调查报告亟待规范的几个问题 [EB/OL]. <http://www.scpf.org.cn/Article/ShowInfo.asp?ID=6916>, 2012-12-22.
- [14] 陈立毅. 我国未成年人刑事案件社会调查制度研究 [J]. 中国刑事法杂志, 2012 (6): 74.
- [15] [日] 三月章. 日本民事诉讼法 [M]. 汪一凡译. 台北: 五南图书出版公司, 1997: 468.
- [16] [韩] 孙汉琦. 韩国民事诉讼法导论 [M]. 陈刚译. 北京: 中国法制出版社, 2010: 250.
- [17] [日] 中村英郎. 新民事诉讼法讲义 [M]. 陈刚, 林剑锋, 郭美松译. 北京: 法律出版社, 2001: 197.
- [18] 邵勋, 邵峰. 中国民事诉讼论 [M]. 北京: 中国方正出版社, 2005: 534.
- [19] *Elgin National Watch Co. v. Elgin Clock Co.*, 26 F. 2d 376 (D. Del. 1928).
- [20] *Aloe Creme Laboratories, Inc. v. Milsan, Inc.*, 423 F. 2d 845 (C. A. Fla. 1970), 849.
- [21] [日] 松尾浩也. 日本刑事诉讼法 (下) [M]. 张凌译. 北京: 中国人民大学出版社, 2005: 108.
- [22] 毕玉谦. 民事证据法及其程序功能 [M]. 北京: 法律出版社, 1997: 49.
- [23] [英] J. A. 乔罗威茨. 民事诉讼程序研究 [M]. 吴泽勇译. 北京: 中国政法大学出版社, 2008: 177.
- [24] 郭金霞. 鉴定结论使用中的问题与对策研究 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2009: 41-42.
- [25] Federal Judicial Center. *Manual for Complex Litigation* [M]. Fourth, 2004, p. 469.
- [26] [美] 史蒂文·瓦戈. 法律与社会 [M]. 梁坤, 邢朝国译. 北京: 中国人民大学出版社, 2011: 134.
- [27] 陈荣宗, 林庆苗. 民事诉讼法 [M]. 台北: 三民书局, 2005: 509.
- [28] [德] 罗森贝格, 施瓦布. 德国民事诉讼法 [M]. 李大雪译. 北京: 中国法制出版社, 2007: 909.
- [29] 山东省滨州地区 (市) 中级人民法院 (2005) 滨中民三知初字第 15 号判决书.
- [30] [日] 新堂幸司. 新民事诉讼法 [M]. 林剑锋译. 北京: 法律出版社, 2008: 445.
- [31] Nicholas N. Kittrie, Elyce H. Zenoff, Vincent A. Eng. *Sentencing, Sactiion, And Corrections* [C]. Foundation Press, 2002.
- [32] 常林. 司法鉴定专家辅助人制度研究 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2012: 93.
- [33] R. Clay Sprowls. *The Admissibility of Sample Data Into a Court of Laws: A Case History*. 4 UCLA L. Rev. 222 (1957).
- [34] *Smith v. Wal-Mart*, 37 F. Supp. 2d 1302 (2008).
- [35] *Tyus v. Urban Search Mgt.*, 102 F. 3d 256, 263 (7th Cir. 1996).
- [36] Erica Beecher-Monas. *Blanded By Science: How Judges Avoid the Science in Science Evidence* [J]. 60 Temp. L. Rev. 55, 88 (1988).
- [37] *The Conceptual Challenge of Expert Evidence: Scientific, Technical, and Specialized Knowledge*, Ronald J. Allen. John Henry Wigmore Professor of Law, Northwestern University. Procedural Law Research Center, CUPL, Beijing, China.
- [38] 何家弘. 外国证据法 [M]. 北京: 法律出版社, 2003: 421.
- [39] [英] Christopher Allen. 英国证据法实务指南 [M]. 王进喜译. 北京: 中国法制出版社, 2012: 320.
- [40] Inga L. Parsons. *Rule 32. Sentencing and Judgment, Federal Rules of Criminal Procedure: Title VII. Post-Conviction Procedure* [A]. 2008 National Institute for Trial Advocacy [C].
- [41] 陕西省高级人民法院 (2009) 陕民三终字第 18 号判决书.
- [42] 毕玉谦. 关于民事诉讼中鉴定人制度若干问题的探讨 [J]. 山东警察学院学报, 2006 (3): 27.
- [43] *Supereme Court Act 1981, ss. 70 and 54 (9). Owners of S. S. USTRALIA V. Owners of Cargo fo S. S. Nautilus* (1927) S. C. 145.

(责任编辑: 刘君博 赵建蕊)