

德国司法的电子应用方式改革

周 翠

内容提要:司法电子化代表着未来的改革潮流。德国经过多年的探索,于2013年正式颁行了《电子司法法》和《加强法院程序和检察署程序中使用视频技术的法律》。此外《改革强制执行中的财产查明法》也于2013年初生效。这三部法律分别就法院与当事人之间的法律交往的电子化、庭审方式的电子化以及民事执行程序中债务人信息的电子化进行了全面、系统的改革,从而构建了德国电子司法的整体框架。其中《电子司法法》对安全的电子法律交往路径、电子案卷、电子文档的证明力进行了规范,新内容大多将于2018年1月1日生效。同时,德国还拓展了电子视频传输技术在民事诉讼领域的适用,但出于保护人格权的考量禁止法院对电子庭审进行录制。此外,在债务人财产查明和债务人名册方面,德国亦初步实现了电子化。未来,学者还建议引入电子准备程序,以进一步促进诉讼经济与诉讼效率以及减轻法官的负担。

关键词:电子司法 电子法院 电子庭审 电子数据 电子证据 电子案卷

周翠,浙江大学光华法学院教授。

引 言

为了经济与效率之目的运用现代信息技术建构电子司法(E-Justice)体系,属于现代自由民事诉讼法典的发展方向之一。^[1]所谓电子司法,是指在整个司法管理系统中应用信息与通讯技术,包括互联网联络(例如信息安全、电子签名)、程序电子化(例如视频庭审)以及司法内部管理的电子化(例如电子案卷、电子档案)等内容。^[2]电子司法在实现

[1] Vgl. Prütting, Der Zivilprozess im Jahre 2030: Ein Prozess ohne Zukunft? AnwBl 2013, 401, 404; Gaier, Der moderne liberale Zivilprozess, NJW 2013, 2871, 2873.

[2] Hoeren, Vision der E-Justiz, in: Technologies de l'information et de la communication (tic) au service de la justice au XXIe siècle, 2013, 123, 124.

司法亲民、诉讼效率与诉讼经济等方面具有积极意义:一方面,通过采用电子信息与存储技术以及借助软件与数据库的辅助支持,可减少管理错误、加强法院间的沟通、便利当事人进行诉讼和加快诉讼进程;另一方面,无纸化办公亦可节省司法开支和减轻法官的工作负担。

经过多年的探索,德国于2013年正式颁行了《电子司法法(E-Justice-Gesetz)》^[3]《加强法院程序和检察署程序中使用视频技术的法律》^[4]而《改革强制执行中的财产查明法(ZwVollStrÄndG)》^[5]也于2013年1月1日开始生效。这三部法律分别就法院与当事人之间的法律交往的电子化、庭审方式的电子化以及民事执行程序中债务人信息的电子化进行了全面、系统的规定,从而构建了德国电子司法的整体框架。

一 立法背景

德国很早就启动了电子司法改革。1982年开始的督促程序电子化改革迅速取得成效,为邻国(例如奥地利、瑞典)和欧盟的电子督促程序提供了蓝本与借鉴。如今,德国普通法院每年审结一百五十万件民商事案件(不含家事案件),而处理的督促程序却达六百万件左右。^[6]电子督促程序已然成为减轻法官负担的主要的程序过滤与分流机制。

进入21世纪后,2001年5月6日与11月16日通过的《电子签名法(SigG)》和《电子签名条例(SigV)》、2005年3月22日和2006年12月22日通过的《关于在司法中使用电子通讯方式的法律(Justizkommunikationsgesetz)》和《第二次司法现代化法(2. Justizmodernisierungsgesetz)》^[7]相继推动了司法电子化的发展。在这些规范的基础之上,德国围绕着电子商事登记、电子法院政务邮箱(www.egvp.de)、网络视频记录(Video-over-Internet-Protokoll)、网络调解(E-Mediation)、声音识别和电子速记、电子送达、当事人与法院之间的电子联络等内容进行了改革。^[8]此外,德国还借助互联网基本实现了司法公开:全国统一的网页(www.justiz.de)提供各类登记信息与查询功能;^[9]自1998年起,在网络上免费提供联邦宪法法院的裁判;自2000年起,陆续在网络上免费提供联邦最高法院和其他

[3] BT-Drs. 14/4982, 1。该法全称为《促进与法院间的电子法律交往法(Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit Gerichten)》, BGBl. I 2013, S. 3786。2012年9月21日,巴登符腾堡州、黑森州和萨克森州联合向联邦参议院提出了草案议案;2013年12月19日,内阁决议通过了联邦司法部制定的政府草案;2013年2月1日,联邦参议院提交了意见;2013年4月15日,联邦议院对两个草案进行了一读;2013年6月13日,联邦议院进行了二读和三读。

[4] Gesetz zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Verfahren, BGBl. I 2013, S. 935。

[5] Gesetz zur Reform der Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung, BGBl. I S. 2258 (Nr. 48)。

[6] 近几年,德国受理的民商事案件和督促程序的数量均有所下降。与2005年处理856万件督促程序相比,2010年至2014年全德每年处理的督促程序分别为:643万、602万、583万、576万和559万,详见德国2015年司法统计年鉴(Rechtspflege, Fachserie 10, Reihe 2.1),访问网址:https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Gesellschaft-Staat/Rechtspflege/Gerichtsverfahren/Gerichtsverfahren.html,访问日期:2016年1月14日。

[7] BGBl. I 2005, S. 837; BGBl. I 2006, S. 3416。

[8] Vgl. Hoeren (Fn. 2), 123, 124。

[9] 在该网页上例如可以查询联邦公证员协会制作的遗嘱总登记簿(zentrales Testamentsregister)和养老照管总登记簿(zentrales Vorsorgeregister)等信息。此外,还可查询其他的服务信息,例如法院外纠纷调停、联邦和各州的法律、口译和翻译人员的数据库、财税惩罚列表、国际法律交往、地籍簿、司法拍卖、投资人示范法、督促程序、法律服务登记簿、判例、强制拍卖期日等,并可查看执行网站的链接和各联邦州登记簿的链接等。

专业最高法院的裁判。^[10]

尽管最初的改革取得了初步成效,但电子司法领域内的立法进程在随后的十年间几乎处于停顿状态,尤其是有关电子法律交往的进展远非所愿。^[11]这种迟疑不仅源于立法者对新媒体的接触恐惧,而且也源于转型困难、购置设备耗资不菲以及还需培训员工等顾虑,再加之目前关于电子案卷的体验不尽如人意,借助计算机技术的辅助法官未感到明显的便利与时间节约,不仅系统内的搜索功能差强人意,而且如何对多个文档和内容广泛的资料进行合理归档以方便调取也有待探索。此外,预计未来很长一段时间仍需以纸面形式保存案卷,故中期亦无法看到明显的费用节俭效应,这些因素均导致立法者在进一步的司法电子化改革上踌躇不前。^[12]

然而,电子时代的浪潮最终还是推动了改革的前行。德国于2012年和2013年紧锣密鼓地出台了前述三部法律。尤其是为了促进德国私法适应现代法律交往的发展而颁布的《电子司法法》,对民事诉讼法、家事与非讼事务法、劳动法院法、社会法院法、行政法院法等规范进行了修订,^[13]改革后的大部分内容于2018年1月1日生效。为了促进全面的电子法律交往,该法不仅为律师、公证员以及官署创设了使用电子途径的义务,而且还拟引入电子案卷(E-Akte)以根本性地变革司法工作的模式。^[14]依照该法律的设想,全德境内的法院自2018年1月1日起均应当有能力在技术上以电子方式接收诉状和申请;自2022年1月1日起,专业人员例如律师、公证员和官署只能通过电子途径向法院递交书状。^[15]为此,立法者重点规制了安全传递文书的电子途径,明确了电子送达与电子递交的规范,并对电子文档的证明力、临时救济程序中的电子保护函等作出了详细规定。

整体而言,德国的改革与欧盟保持一致,并深受其影响。欧盟也已于2014年9月18日通过《电子身份认证和电子交往的私密服务法令(eIDAS-VO)》,^[16]取代了第1999/93/EG号欧盟指令。新法令的实质内容自2016年7月1日生效,并主要对欧盟市场内的电子身份识别与电子交往的信任服务进行了规范,尤其在安全手段、安全服务以及反篡改、法安定和证据安全等方面带来新变化,从而旨在为各成员国建构电子政务(eGovernment)、电子医疗(eHealth)、电子司法(eJustiz)、电子贸易(eCommerce)、电子商务(eBusiness)以及其他电子世界奠定基础。^[17]电子画卷徐徐展开,占据重要一席地位的电子司

[10] Bernhardt, Die deutsche Justiz im digitalen Zeitalter, NJW 2015, 2775, 2779.

[11] BT-Dr. 17/12634, S. 1, 20.

[12] Vgl. Pukall/Kießling, Der Zivilprozess in der Praxis, Nomos, 7. Aufl., 2013, Rn. 55; Bernhardt, NJW 2015, 2775.

[13] 刑事诉讼法和治安法领域内的电子法律交往,另有立法计划;联邦司法部也已公布《刑事案件中引入电子案卷的法律草案》(Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung der elektronischen Akte in Strafsachen)。此外,《德国电子政务法(EGovG)》也于2013年7月25日通过(BGBl. I, S. 2749)。

[14] Vgl. Treber, Virtuelle Justizkommunikation ante portas, NZA 2014, 450, 451.

[15] Socha, Elektronischer Rechtsverkehr-Wann diskutieren wir die eigentlichen Fragen? ZRP 2015, 91, 91.

[16] Verordnung über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen, VO (EU) Nr. 910/2014.

[17] 为了防止篡改、遵守意思表示的特定形式和确保证据安全,欧盟法令要求在欧盟电子经济与管理交往中使用签名、时间印章和电子证件等安全手段;所谓信任服务(Vertrauensdienste),是指由电子签名引出的一系列程序,例如电子时间印章、电子印戳、签名文档的长期保存、电子挂号信的送达确认或者网页证明等。学者认为,此部法令的部分内容超出了欧盟的立法权限,详见 Roßnagel, Neue Regeln für sichere elektronische Transaktionen, NJW 2014, 3686, 3687。

法究竟呈现何等图景,还须检视德国最新改革的具体内容。

二 改革重点

(一) 法律交往的电子化

1. 外部联络:电子送达与电子递交

加强法院与当事人之间的电子交往,是实现电子司法的重要一环。这一内容构成《电子司法法》的立法初衷与改革重点。换言之,此部法律的核心内容即在于界定安全的电子通讯途径。依照现行《德国民事诉讼法典》第 130a 条第一款第二句,相关负责人应当对电子文档附“认证过的电子签名”(qualifizierte elektronische Signatur)。联邦最高法院在判例中曾表示,该规定不是单纯的秩序规范,而是取代书面形式的不可或缺的有效要件。^[18] 然而,从实用的视角观察,发送任何电子文档均须附认证过的电子签名,这一繁琐要求无疑阻碍了电子法律交往的普及。^[19] 如果能够通过安全的联络渠道传递电子文档,未来即可在文书的形式方面放宽要求,不必再要求附认证的电子签名。从此设想出发,立法者修订了《德国民事诉讼法典》第 130a 条,在对安全的电子传递途径进行界定的基础上规定了“认证过的电子签名”的替代途径。依照 2018 年 1 月 1 日起生效的第 130a 条第三款,“电子文档必须附认证过的电子签名,或由负责人签名并通过安全的途径传递”。安全的传递途径主要有四种,被规定于第 130a 条第四款中,其同样于 2018 年 1 月 1 日生效。^[20]

首先,德邮账户(De-Mail)属于安全的传递途径。德邮账户是带德邮(de-mail.de)次级域名的电子邮件账户,其由 2011 年 4 月 28 日颁布的《德邮法(De-Mail-Gesetz)》引入。该账户只能由德国联邦信息技术安全局(BSI)授权(Akkreditierung)的网络服务商提供。通过授权,可确保服务商提供的德邮服务、身份验证服务和文书储藏服务能满足高安全性和高信息保护的要求。^[21] 目前,已有四家服务商获得授权提供德邮服务。^[22] 依照《德邮法》第 3 条第一款,被授权的服务商通过德邮账户合同负有为每个用户提供一个德邮账户的义务。在德邮服务领域内,每个德邮账户对应一个用户,且只能由该人使用该账户。

[18] BGH MMR 2010, 504 m. Anm. Skrobotz; Müller-Teckhof, Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten-Harmonisierung der Formerfordernisse mit Möglichkeiten moderner Kommunikation, MMR 2014, 95, 96.

[19] Vgl. Müller-Teckhof, MMR 2014, 95, 96.

[20] 第 130a 条第四款的内容为:“安全的传递路径有:1. 德邮账户的信箱和传递服务,前提是:发送人在发送信息时进行了《德邮法》第 4 条第一款第 2 句意义上的安全登陆,并依照《德邮法》第 5 条第五款对其安全登陆进行了确认;2. 法院电子收发室与依《联邦律师法》第 31a 条设立的专门的电子律师信箱之间,或与此相应的依法创设的电子邮箱之间进行传递的途径;3. 法院电子收发室与官方机构或公法法人设立的进行过身份验证程序的邮箱之间进行的传递途径;具体事宜由第二款第 2 句规定的行政法令予以规范;4. 联邦政府的行政法令确定的并经联邦参议院批准的确数据真实、完整以及无障碍的联邦统一的其他传递途径”。

[21] BT-Drucksache 17/3630, S. 1.

[22] 联邦信息技术安全局在其主页上公布了四家被授权的公司的信息:1) 1&1 De-Mail GmbH,被许可的域名为:lund1.de-mail.de,gmx.de-mail.de,sec.de-mail.de,web.de-mail.de;2) Mentana-Claimssoft GmbH,被许可的域名为:fp-demail.de,mc-demail.de,fpbrief.de-mail.de,anwalt.de-mail.de;3) T-Systems International GmbH,被许可的域名为:de-mail-t-systems.de-mail.de;4) Telekom Deutschland GmbH,被许可的域名为:t-online.de-mail.de。

被授权的服务商应当通过技术措施确保仅对应的用户才能进入自己名下的德邮账户。^[23]换言之,德邮系统的优点不仅在于能够安全地传送信息和处理文件,而且还能清楚无误地识别发送人和接收人。

其次,律师和公证员的专有电子邮箱亦属安全的电子传递途径。自 2016 年 1 月 1 日起,联邦律师协会在对《联邦律师法(BRAO)》第 31 条规定的律师名单进行许可审查和验证后为每位注册律师设立专门的电子律师邮箱(《联邦律师法》第 31a 条第一款第一句)。联邦公证员协会亦为公证员设立专门的电子邮箱。此项改革以奥地利 2007 年的类似改革为蓝本。^[24]自此之后,律师和公证员在与法院交往时将不再使用电子法院政务邮箱(EGVP)。^[25]不属于律师和公证员的其他专业用户,例如公司、官署或者公民,可继续使用电子法院政务邮箱,但必须使用软件商提供的电子法院政务发送与接收组件。再次,官署使用的经过身份验证的电邮账户、联邦政府的行政法令确定的经联邦参议院批准的确保数据真实完整以及无障碍的其他联邦统一的传递途径,亦属安全的传递途径(第 130a 条第四款第 3 项和第 4 项)。

综上,德邮账户、律师或公证员的专用电子邮箱、电子法院政务邮箱以及官署电子邮箱,均属于《德国民事诉讼法典》第 130a 条第四款确定的安全的电子联络途径。这四种途径可用于法院与当事人的双向电子沟通上,也即既用于电子送达,也用于电子递交。针对这两种情形,法律还分别对细节进行了勾勒。

针对法院向当事人实施电子送达的情形,《德国民事诉讼法典》第 130b 条舍弃了对电子文档亲笔签名的要求:“只要本法未规定须由法官、司法辅助官、书记处的书记官或法院执达员亲笔签名,而主管人员在文档末尾添加自己的姓名并加盖认证过的电子签名的,该形式的文档即可被称为电子文档(elektronisches Dokument)”^[26]而且,《德国民事诉讼法典》第 174 条第三款第一句和第二句还对电子送达的适用人群有所设定:“法院可以向律师、公证员、法院执达员、税务咨询师或者因其职业原因拥有较高可信度的其他职业人员、官署、团体或者公法机构送达电子文档,并附接收回执(Empfangsbekanntnis);其他诉讼参与人明确同意的,也可采此方式送达。”与前述安全的电子联络途径相一致,新

[23] 注册德邮账户的流程如下:首先,用户选择一家授权服务商,向其出示身份证进行注册。以选择 Web 电子邮件系统为例,德邮邮件的地址由身份证姓名组成:姓.名@web.de-mail.de,姓氏可使用简称。此外,机构还可以向服务商提出申请,在“de-mail.de”的域名之下使用自选的次级域名。其次,在注册后对用户身份进行验证,也即用户必须使用有效的身份证件,以便核实所注册的信息正确无误。经此验证后,德邮账户才被正式启用。通常而言,点击电子邮件系统左侧的德邮按钮即可进入德邮系统,但普通的电子邮件系统与德邮系统为两套不同的服务体系,两者之间不能互发邮件。

[24] 奥地利于 2007 年 6 月 18 日制定了《关于律师与公证员所负担的使用电子法律交往的原则性义务的法律》(Grundsätzliche Verpflichtung der ERV-Nutzung für Rechtsanwälte und Notare in Österreich auf Grund der ERV-VO v. 18. 6. 2007), östBGBI II 2007, 130。

[25] 电子法院政务邮箱如同通常的电子邮件系统一样,包含一个收件箱和发件箱;在成功发送信息后,系统立刻制作一份安全的送达证明凭证,详见 Hoeren (Fn. 2), 123, 126。

[26] 不过,法律未明确规定欠缺第 130b 条规定的形式要件(例如缺乏认证过的电子签名)的法律后果。学者认为,依照立法意旨,形式上有瑕疵的电子文书与形式上有欠缺的纸面文书同等对待,因此判决书上欠缺签名或者签名错误的,并不阻止宣告的效力,但却意味着重大程序瑕疵,而且该瑕疵可被消除;如果以送达代替宣告(例如在不经言词辩论发出认诺判决或缺席判决的情形),未充分签名的判决如同未签名的判决一样是不存在的,故并不开始计算期间,该判决也不产生上诉的效力,详见 Pukall/Kießling (Fn. 12), Rn. 52。

的第 174 条第三款第三句和第四句也将于 2018 年 1 月 1 日生效。依此,电子文档应当通过第 130a 条第四款界定的安全途径送达,并确保不为无授权的第三人知晓,而且相关人员应当为送达电子文档开启安全的传递途径。电子送达应当通过“电子送达回执”证明之,其应当以结构化的电子可读的形式传递,对此应当使用法院为送达制作的结构化的数据记录(新第 174 条第四款第三句)。^[27]

不仅法院可以通过安全的途径向当事人实施电子送达,而且当事人未来也可通过这些途径向法院递交文书。为此,此次改革明确了向法院递交的电子文档的类型和到达时刻。自 2018 年 1 月 1 日起,准备书状及附件、应书面递交的申请和当事人的声明,以及应书面递交的答复、证言、鉴定意见、翻译件以及第三人的声明,均可作为电子文档向法院提交,但这些电子文档必须适合法院处理,联邦政府将通过行政法令的方式对传递与处理所需的技术条件进行规定(《德国民事诉讼法典》第 130a 条第一款、第二款)。自 2022 年 1 月 1 日起,律师、官署或者公法法人(包括该法人为履行自己的公法任务设立的委员会)递交的准备书状与资料以及应书面递交的申请和声明,均应当通过电子方式传递。如果暂时因技术原因不可通过电子方式提交,亦可依照通常的规范递交。但在替代提交之时或之后应当立刻对暂时不能电子提交进行说明;经要求,还应当补交电子文档(《德国民事诉讼法典》第 130d 条)。这也意味着,这些人员或机构未来可借助专门的电子邮箱向法院安全、快捷、低廉地向法院递交文书,而不须附认证后的电子签名。依照 2018 年 1 月 1 日起生效的《德国民事诉讼法典》第 130a 条第五款和第六款,电子文档一旦存储至法院指定的接收设备上即为到达。系统应当向寄件人发送关于到达时刻的自动确认函。如果电子文档不适宜法院处理,还应当立刻告知寄件人并提示到达无效,以及告知当前所采用的技术条件。只要寄件人立刻以法院适宜处理的形式补交了电子文档,并说明:该文书与首次递交的文书内容相同,首次递交的时刻即视为文书到达的时刻。

整体而言,德国的改革不仅简化了电子沟通的方式,确保了数据传递的安全性与私密性,而且还加强了电子政务与电子司法的界面互通,例如启用了官署电子邮箱、《电子政务法》与《电子司法法》几乎同时出台而且内容几乎相同等,均彰显了立法者尊重与维护行政管理与法院司法之关系的意愿,并为进一步促进电子世界的统一奠定了基础。^[28] 德国的这些改革经验亦可为我国提供参考与借鉴。我国各地法院已经开始不同程度的信息化建设,例如,浙江法院电子商务网上法庭于 2015 年 4 月开始运行,^[29] 吉林电子法院系统(www.e-court.gov.cn)于 2015 年 6 月正式开通,该系统还使用第三方邮件系统(网易邮件)为诉讼参与者提供电子法院定制邮箱。^[30] 如果这样的定制邮箱进行过实名验证,这与德邮账户的构想就极为类似。未来有必要将类似定制邮箱的适用范围扩大到公民与法

[27] 此外,应当立刻将送达凭证的原件或电子文档交转书记处(《德国民事诉讼法典》第 182 条第三款,2018 年 1 月 1 日生效)。

[28] 德国未来还拟制定法律引入官署向各专业法院提交电子案卷的义务,详见 Bernhardt, NJW 2015, 2775, 2279。

[29] 《立案开庭不用跑法院 杭州网上法庭审网络支付案 40 分钟搞定》,资料来源于浙江在线,访问网址: <http://zjnews.zjol.com.cn/system/2015/08/17/020791159.shtml>,访问时间:2016 年 1 月 14 日。

[30] 《吉林法院:电子法院护航司法公正公开》,资料来源于《中国审判》2015 年第 12 期,访问网址: <http://www.chinatrial.net.cn/magazineinfo258.html>,访问日期:2016 年 1 月 14 日。

院乃至行政机关的全部交往上,但须满足安全传递的最低要求,而且应当能清楚无误地识别发送人和接收人。为了加快电子司法的进程,我国未来也可尝试为注册律师、公证员、公务机关设立专门的电子邮箱,并有步骤地扩大这些人员或机关与法院之间进行电子交往的范围。为此,我国未来尤其应当对电子递交制定详细规范,特别是明确电子递交的时刻对于诉讼时效中断而言具有重要意义。就此而言,或可参考德国的相关规范。

2. 内部管理:引入电子案卷

通过此次改革,德国还改善了法院内部电子化程度不够的状况,例如通过新增的《德国民事诉讼法典》第 130c 条引入了具有约束力的电子表格,^[31]以及与电子递交和电子送达相适应对电子文档的保存进行了规制。首先,诉讼案卷当然可以以纸面形式保存,但对此也存在例外。依照 2018 年 1 月 1 日起生效的《德国民事诉讼法典》第 298 条,“以纸面形式保存案卷的,应当将电子文档打印出来,制作案卷。如果不能打印准备书状的资料或打印将引发不恰当的耗费,可以不进行打印。在此情形,应当持续保存这些文件,并将存储地点记录在案。电子文档通过安全途径递交的,应当记录在案。电子文档附认证签名但并非经由安全传输途径传递的,打印件须包含如下附注:1. 对文档完整性进行审查的结果;2. 对签名进行审查的结果所显示的签名人的姓名;3. 对签名进行审查的结果所显示的提交签名的时刻。此外,电子提交的文档可以在六个月后删除”。

其次,诉讼案卷也可以以电子形式保存(《德国民事诉讼法典》第 298a 条第一款第一句)。在此情形,纸质文档需转化为电子文档。依照 2018 年 1 月 1 日生效的第 298a 条第二款,“纸面形式递交的书状和其他资料,应当各依技术现状转化为电子文档,并应当确保:电子文档与所递交的书状和其他资料在图像与内容上均保持一致。如果不存在交还义务,可在转化六个月后销毁以纸面形式递交的书状和其他资料”。根据立法者的设想,此处的“技术现状”系指扫描,对此适用联邦信息技术安全局颁布的《安全扫描指令(TR-RESISCAN)》。^[32]扫描亦可大大降低因使用纸面文档而支出的巨额开支。^[33]

以电子方式保存案卷的终极目的是为了便于法官远程调取案卷、便于诉讼参与人动态查阅案卷以及便于公众及时获取程序的相关信息,因此应当格外注意信息安全与信息保护。^[34]我国未来不仅应当在此方面加强保护,而且还须对扫描等细节问题制定具体规范。此外,与德国的情况类似,我国各地法院的信息化建设程度不一,所采用的系统和软件也不尽相同,未来在引进电子案卷的同时还需实现软件或系统的统一化与标准化,以实现全国法院间的案卷共享。目前,德国各联邦州法院亦使用不同的电子司法管理软件和

[31] 《德国民事诉讼法典》第 130c 条自 2014 年 7 月 1 日生效,其内容为:“联邦司法与消费者保护部可以在征得联邦参议院批准的前提下通过法令的方式引入电子表格。前述法令可以规定,可全部或部分以结构化机器可读的形式传递表格包含的内容。这些表格应当在法令规定的网络交流平台上提供。前述法令可以规定,可以有别于第 130a 条第三款(2018 年 1 月 1 日生效)的规定通过使用《身份证法》第 18 条或《居住法》第 78 条第五款规定的电子身份验证的方式验证表格使用人的身份。”

[32] BT-Drs. 17/12634, S. 34.

[33] 根据一项统计,仅扫描部分账单就使得全德每年纸张消耗的费用从 62 亿欧元降至 32 亿欧元,详见 Böll, *Jenseits der Wahnsinnsgränze*, *Der Spiegel* 39/2013, 42, 转引自 Roßnagel/Nebel, *Beweisführung mittels ersetzend gescannter Dokument*, *NJW* 2014, 886。

[34] Dazu vgl. auch Bernhardt, *NJW* 2015, 2775, 2779.

系统,学者建议未来对各软件设定最低的统一化标准或者至少各系统之间约定开放的界面,以确保实现全德境内的电子司法案卷无障碍交换与处理。^[35]

(二) 庭审方式的电子化

除电子交往与电子案卷之外,诉讼程序的电子化还表现在视频技术的应用上。2013年4月25日,德国正式颁行了《加强法院程序和检察署程序中使用视频技术的法律》。依此,2002年被引入的《德国民事诉讼法典》第128a条被重新修订,修订后的内容于2013年11月1日生效。此次修订的核心内容在于:法院可以依职权命令使用视频会议技术。依照新的第128a条第一款,“法院可以依申请或依职权许可当事人、诉讼代理人和辩护人在言词辩论期间停留在其他地点,并在那里实施程序行为。审理以图像和声音的形式同步向该地点和庭审房间转播”。此处所称的“程序行为”应作广义解释,也包括申请、事实主张、权利陈述和依第141条询问等行为在内。^[36]但是此规定仅对言词辩论适用,而不对和解辩论适用,缘由在于双方当事人必须亲自出席和解辩论。^[37]距离远近无所谓,法院在作出命令时应当在“节省费用和时间”与“丧失对在场人员的直观印象”之间进行衡量,且不再需要双方当事人一致同意。^[38]不过,事前听取当事人的意见却很有必要,因为显然无法违反诉讼参与人的意志强令其以视频方式参与庭审。^[39]程序公开原则仅对庭审房间适用,通过实时向法庭转播的方式就己能保证此原则的实现,而且也不必非得确保在场的旁听人员在视觉上追踪转播,听觉印象即可;此外,在视频会议出现技术障碍时,必须中断言词辩论,否则将不会保证相互理解与感知,从而违反了言词原则。^[40]

依照第128a条第二款,“法院可以依申请许可证人、鉴定人或者一方当事人在讯问期间停留在另一地点。讯问以声音和图像方式同步向该地点和庭审房间转播。而且,如果当事人、诉讼代理人和辩护人依第一款第1句被许可停留在另一地点,也向该地点转播讯问”。有学者强调,如果要确保证人的可靠性,法院应当坚持在法庭上讯问,因为经验显示:在摄像镜头前撒谎比在法官面前说谎更为容易,故法官在个案中总是应当在“视频讯问(Video-Vernehmung)具有加快诉讼或节省费用的优点”与“法庭可能丧失对证人、鉴定人或被讯问的当事人获得直观印象的弊端”之间进行衡量。^[41]但也有学者提出,美国的经验表明,相较于面对面,法官在视频会议中可以更为清楚与全面地观察证人,因此担心法官通过视频会议将会无法感知证人的肢体语言细节、谈吐方式和特定的细节反应的忧虑可能言过其实。^[42]无论如何,法院依照第一款第一句和第二款第一句作成的裁判,不可被声明不服(第128a条第三款第二句)。此外,有学者认为,如果法官认为恰当并且

[35] Vgl. Bernhardt, NJW 2015, 2775, 2278.

[36] Musielak/Stadler, § 128a Rn. 2.

[37] Zöller/Greger, § 128a Rn. 2.

[38] Musielak/Stadler, § 128a Rn. 2.

[39] Zöller/Greger, § 128a Rn. 3.

[40] Musielak/Stadler, § 128a Rn. 2.

[41] Musielak/Stadler, § 128a Rn. 7.

[42] Vgl. Prütting, Auf dem Weg von der mündlichen Verhandlung zur Videokonferenz, AnwBl 2013, 330, 332.

当事人未提起正当的异议,亦可依照通常的规则通过视频进行勘验,^[43]但反对意见认为,技术媒质的过滤效应极大影响了证据价值,而勘验通常需要三维感知,故第 128a 条第二款所称的证据手段为封闭规定,不得扩展。^[44]

无论如何,立法者不允许对转播进行录制(第 128a 条第三款第一句)。不录制的初衷在于保护人格权。而且,通说认为,即便双方均同意,亦不得录制,因为法律措词不允许有任何例外。^[45]但另有学者认为,此前允许对转播进行录制的法律草案,更为妥当。^[46]亦有观点认为,在证人同意的情况下可以进行录制,而且录制亦很有用。^[47]无论如何,在视频转播的情形仍然适用通常的笔录规定,并应当依照第 160 条第一款第 4 项在笔录中写明诉讼参与人在何处开通了视频。^[48]

与德国的改革相比,我国有关电子庭审的规定存在改进空间,首先,我国电子庭审的适用范围相对狭窄,民诉解释(2015)第 259 条第二句仅对简易程序适用,而且须经当事人双方同意方可采用视听传输技术等方式开庭。与此相比,德国有关电子庭审的规定适用于所有的言词辩论,而且法官可以依职权命令当事人进行电子庭审,而不再依赖于双方当事人一致同意。其次,德国对当事人远程参加庭审和远程讯问证人(或鉴定人、当事人)设定了不同的规定,前者可以依职权命令,后者仅依申请。与此相比,我国仅在《民事诉讼法》第 73 条对证人通过视听传输技术方式作证有所规定,而未对鉴定人通过视频方式出席庭审作出规定。未来增加此方面的内容,显有必要。而且,我国还可借鉴德国学者的建议允许法院在许可证人或鉴定人远程出庭作证时进行利益衡量。再次,我国未对法院录制电子庭审作出具体规定。从实践情况看,法院通常会录音录像。如果这些录音录像被作为电子笔录以替代纸质笔录,犹可再探讨,虽然就此尚欠法律基础。^[49]

(三) 债务人信息的电子化

强制执行领域的电子化改革由 2013 年 1 月 1 日生效的《改革强制执行中的财产查明法》带来。该部法律进一步改善了执行债权人获取信息的状况,并促进了财产查明和债务人名册的现代化改革。依照《德国民事诉讼法典》新第 755 条,法院执达员可以向居民登记部门询问债务人的下落,可以向中央外国人登记簿查询,并在请求权数额超过 500 欧元时可向法定养老保险公司以及联邦机动车局查询债务人的下落。如果为了执行所需并且待执行的请求权数额至少为 500 欧元,执达员还可以在债务人不履行财产报告义务或

[43] Züller/Greger, § 128a Rn. 7.

[44] Musielak/Stadler, § 128a Rn. 5.

[45] Musielak/Stadler, § 128a Rn. 7.

[46] Vgl. Prütting, AnwBl 2013, 330, 332. 依照此前的草案建议稿,可在担心证人或鉴定人事后无法讯问的例外情形下进行录制,但该建议最终未被纳入法律, BT-Drs. 17/2418, S. 5.

[47] Züller/Greger, § 128a Rn. 9.

[48] Musielak/Stadler, § 128a Rn. 10. 德国自 1975 年 1 月 1 日起采三种临时笔录方式:速记、缩写和录音(《民事诉讼法典》第 160a)。目前的实践中,大多法官采口授录音的方式,但也有劳动法院于 2010 年至 2012 年进行了全程直接录音的笔录尝试,就此详见周翠:《德国民事诉讼中的电子笔录》,《人民法院报》2015 年 7 月 24 日,第 8 版;《浙江审判》2015 年第 6 期,第 7-9 页。

[49] 与此相比,我国例如浙江省高级人民法院辖区内进行了以庭审录像取代笔录的试验,这也要求我国未来在“是否誊写笔录”、“电子笔录的证明力”等方面制定统一的规范。

者预计执行所申报的财产不能完全满足债权人的情形,向法定的养老保险公司查询雇主的信息,向联邦中央税务局查询账户信息,以及向联邦机动车局查询车辆和车主信息(《德国民事诉讼法典》第 802I 条第一款)。此外,各联邦州的中央执行法院还制作债务人名册(第 882h 条)。2014 年 11 月 11 日,德国还推出全新的全德统一的强制执行网页,^[50]由各州有偿提供电子债务人名册信息(第 882b 条以下),并且法院执达员可以为了执行目的调取由中央执行法院依照第一款管理的财产清单(第 802k 条第二款第一句)。而且,执行法院、破产法院和登记法院以及刑事追诉机构为了履行法定职责所需也有权查阅债务人申报的财产信息(第 802k 第二款第三句)。

在执行信息的电子化方面,我国的发展与德国差可比拟,例如我国也已经制作“失信被执行人名单”(《民诉解释》第 518 条)并实现了网络公开。而且,在债务人财产查明体系上也初步实现信息化建设,预计于 2016 年 6 月底完成全国范围内的执行查控体系。^[51]唯在查访债务人下落方面,我国未来似可借鉴德国的立法经验,但这也要求我国进一步完善迁居登记、社会保险乃至个人破产等制度。

(四) 电子司法的保障制度

1. 明确电子文书的证明力

在全面引入电子文档和电子案卷之后,明确电子文档的证明力,亦构成不可回避的重要问题。在德国传统的证明规范中,电子文档(elektronische Dokument)不属于《民事诉讼法典》第 415 条等条规定的书证证据手段,而是被视为勘验客体归入勘验的范畴。^[52]如今,为了减轻举证,德国逐渐将私电子文档与私文书、公电子文档与公文书的证明力对应起来。^[53]此外,德国还区分形式证明力(formelle/Äußere Beweiskraft)与实质证明力(materielle/innere Beweiskraft),前者是指出具人确实发出了文书所记载的声明,其以文书真实为前提,对此立法者设定了许多具有拘束力的证据规则,不允许法官进行自由心证;后者是指声明内容的真实性,法院必须依照自由心证对实质证明力进行评判。^[54]就证明力而言,德国区别对待公文书与私文书。

通常说来,私文书的形式证明力取决于纸面完整(第 419 条)、签名真实和文字真实这三项要件。^[55]只要私文书由出具人签名或者以公证过的画押方式签名,该私文书就为出具人发出文书所包含的声明提供了完全之证明(第 416 条)。而且,如果确认签名真实或者对文书下方的画押进行过公证,签名或画押上方的文字被推定为真实(第 440 条第二款)。学者认为,这两项规定的差异极其微小,均指向私文书的形式证明力。^[56]如今,这些关于私文书形式证明力的规范亦对私电子文书适用:

[50] <https://www.vollstreckungsportal.de/zponf/allg/willkommen.jsf>.

[51] 《“网”打尽“执行难”——专访最高人民法院审判委员会专职委员、执行局局长刘贵祥》,资料来源于《南方周末》2016 年 1 月 10 日的报道,访问网址:<http://www.infzm.com/content/114438>,访问日期:2016 年 1 月 14 日。

[52] Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., 2010, § 118 Rn. 10.

[53] Musielak/Huber, ZPO, 11. Aufl., 2014, § 371a Rn. 1.

[54] Zöller/Geimer, ZPO, 30 Aufl., 2014, Vor § 415 Rn. 6; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, 68. Aufl., 2010, übers § 415 Rn. 9f..

[55] Zöller/Geimer, § 440 Rn. 1.

[56] Vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 440 Rn. 1.

表一：德国文书的分类与有关形式证明力的规范

文书分类		形式证明力	
		形式证明力	文书真实的推定
私文书	私纸面文书	只要私文书由出具人签名或者以公证过的画押的方式签名,该私文书就为出具人发出文书所包含的声明提供了完全的证明(第 416 条)。	如果确认签名真实或者对文书下方的画押进行过公证,签名或画押上方的文字被推定为真实(第 440 条第二款)。
	附认证的电子签名的私文书	附认证电子签名的私电子文档,准用有关私文书证明力的规范(第 371a 条第一款第一句)。	依照《签名法》审查后得出的电子声明的真实之表见,仅可因严重怀疑声明非由密码持有人签署而被动摇(第 371a 条第一款第二句)。
	德邮账户发送的私电子信息		如果自然人登陆了专属于他本人的德邮账号(《德邮法》第 4 条第一款第二句),则依照《德邮法》第 5 条第五款在进行了发件人确认审查之后得出的该德邮账户发送的电子信息之真实的表象,仅因严重怀疑非由该人发送此内容的信息而被动摇(第 371a 条第二款)。
公文书	公纸面文书	官署出具的包含官方命令、处分或裁判的公文书,为其内容提供了完全的证明(第 417 条)。	文书依其形式和内容显示为公机关或具有公信力的人员出具的,推定该文书为真(第 437 条第一款)。
	附认证的电子签名的公电子文书	公机关在其职权范围内或者具有公信力的人员在其业务范围内,以规定的形式出具的电子文档(所谓公电子文档),准用有关公文书证明力的规范(第 371a 条第三款第一句)。	如果文书由出具的公机关或者具有公信力的人员加盖了认证过的电子签名,准用第 437 条(第 371a 条第三款第二句)。
	德邮账户发送的公电子文书		如果受出具文书的公机关或者具有公信力的人员的委托,授权服务商依照《德邮法》第 5 条第五款对文件加盖其认证的电子签名,并且寄件人确认函亦显示:出具文书的公机关或者具有公信力的人员为德邮账户的用户,亦准用第 437 条(第 371a 条第三款第三句)。
	公扫描文件		如果公文书依照技术现状由公机关或者具有公信力的人员转换成电子文档,并且通过确认函确认:电子文档的图像、内容与原件一致,则对该电子文档准用有关公文书证明力的规定。文件和确认函附认证的电子签名的,准用第 437 条(第 371b 条)。

依照第 371a 条第一款第一句,附认证过的电子签名的私电子文档,准用有关私文书证明力的规范。而且,依《签名法》审查后得出的电子声明的真实性之表见(Anschein der

Echtheit), 仅可因严重怀疑声明非由密码持有人签署而被动摇(第 371a 条第一款第二句)。学者一致认为, 这一规范对于电子声明的接收人而言是一种证明减轻规范, 但对此规范是否属于表见证明规则, 存在争论。少数观点认为该法条并未确立真正的表见证明,^[57] 因为判例发展起来的表见证明建立在典型的事实经过之上, 而此处的规定并未建立在经验知识之上, 而是建立在法律规定的基础之上, 故法条使用的“表见”之措词令人误解和不甚妥当。^[58] 有鉴于此, 甚至有观点认为, 第 371a 条第一款第二句是法律推定规范, 也即该条要求证明相对人必须驳倒法律推定, 但亦不对“怀疑”持太高要求, 其可以是纯粹的理论之上之怀疑, 例如签名卡被窃或者密码交由第三人等, 而且此处不必考虑实体法上的归责与责任。^[59] 但立法者和通说均认为, 第 371a 条第一款第二句并非法律推定规范, 而是有关表见证明的法定规则,^[60] 其并不导致证明责任倒置的后果, 而是仅属于法定的证明规则。^[61] 通常而言, 技术瑕疵例如证书归类错误、未锁定证书、错误确认身份, 均构成“严重怀疑”的事由。^[62] 此外, 也可能因不当使用签名密钥, 或者从其他签署的文件中得出该文件并非原本欲签署的文件等得出“严重怀疑”的结论。^[63] 无论如何, 第 371a 条仅对原始的电子文档适用, 而不对扫描件适用, 因为第 371a 条以意思表示和知情表示为前提, 而扫描件仅是技术图像, 并不拥有独立的声明内容。^[64]

针对不需附认证过的电子签名且通过安全途径传递的私电子文档, 立法者也对其形式证明力作出了类似的规定。依照 2014 年 7 月 1 日起生效的第 371a 条第二款, “如果自然人登陆了专属于他本人的德邮账号(《德邮法》第 4 条第一款第二句), 则依照《德邮法》第 5 条第五款在进行了发件人确认审查之后得出的‘该德邮账户发送的电子信息(elektronische Nachricht)之真实’的表象, 仅因严重怀疑非由该人发送此内容的信息而被动摇”。这意味着, 证明相对人仅可以通过严重怀疑电子信息真实性或完整性来动摇表见证明。^[65]

总体而言, 德国借助表见证明规则对私电子文书的形式真实问题进行了推定, 其仅导致举证责任倒置的后果。^[66] 与此不同, 德国在公文书和公电子文书的形式真实问题上采取法律推定规范。《德国民事诉讼法典》第 415 条首先对公文书的形式证明力作出如下规定: “公文书为官署或出具人所记载的事实提供了完全之证明。”这一规定显然指向外在

[57] Stein/Jonas/Berger, 22. Aufl., 2006, § 317a Rn. 15.

[58] Musielak/Huber, § 371a Rn. 7; MüKoZPO/Zimmermann, § 371a Rn. 4.

[59] Zöller/Greger, § 371a Rn. 2.

[60] BT-Drucks. 14/4987, S. 23, 46, 49; MüKoZPO/Zimmermann ZPO, 4. Aufl. 2012, § 371a Rn. 4.

[61] Stein/Jonas/Berger, 22. Aufl., 2006, § 317a Rn. 15.

[62] MüKoZPO/Zimmermann, § 371a Rn. 4.

[63] Musielak/Huber, § 371a Rn. 10.

[64] Roßnagel/Nebel, NJW 2014, 886, 887.

[65] Musielak/Huber, § 371a Rn. 15.

[66] 此外, 德国判例还允许法官借助经验法则对私文书的完整与正确进行推定: 如果原告为了证明某特定的合同提交了内容清楚或者至少可被解释的私人文书, 法院原则上推定该文书的内容完整且正确(BGH NJW 1987, 2012; BGH NJW 1999, 1702; NJW 2002, 3164)。此项推定在德国虽然被称为事实推定, 但其实质相当于表见证明, 被告可通过反证的途径动摇该推定, 就此亦详见周翠: 《从事实推定走向表见证明》, 《现代法学》2014 年第 6 期, 第 115 页。

或形式上的证明力,也即该文书仅对所记载的声明之发出提供了完全的证明,而非对于内容的真实性提供完全的证明;换言之,该文书仅证明:文书记载的人员在记载时刻和记载地点在公证员或出具文书的官署前发出了具备所记载内容的声明。^[67] 同样,第417条——“官署出具的包含官方命令、处分或裁判的公文书,为其内容提供了完全的证明”,亦指向公文书的形式证明力。随之,第437条针对公文书的真伪问题确立了法律推定规范:“文书依其形式和内容显示为公机关或具有公信力人员出具的,推定该文书真实。如果法院认为真实性存疑,也可以依职权要求出具文书的机构或人员就真实性发表声明。”毫无疑问,此项推定亦仅指向文书的来源,而不涉及其内容或出具机构的权限。^[68] 这也意味着,第437条仅推定公文书形式真实(非伪造件),而未推定其实质真实。而且,既然此项规定为法律推定规范,其也就产生证明责任倒置的结果,也即对方当事人必须提交本证(=反面证明)予以推翻。

如今,这些关于公文书形式证明力的规范亦对公电子文书适用。依照2014年7月1日生效的《德国民事诉讼法典》第371a条第三款第一句,“公机关在其职权范围内或者具有公信力的人员在其业务范围内,以规定的形式出具的电子文档(所谓公电子文档),准用有关公文书证明力的规范”。^[69] 据此,参与程序的官署可将存储在数据库中的文书(特别是行政案卷)以电子形式传递给法院,而不必担心存在权利丧失的风险。^[70] 同样,如果文书由出具文书的公机关或者具有公信力的人员加盖有认证过的电子签名,亦准用第437条(第371a条第三款第二句)。如果受出具文书的公机关或者具有公信力的人员的委托,授权服务商依照《德邮法》第5条第五款对文件加盖其认证过的电子签名,并且寄件人确认函亦显示:出具文书的公机关或者具有公信力的人员为德邮账户的用户,亦准用第437条(第371a条第三款第三句)。

此外,有关公文书形式真实的法律推定规范亦对公扫描件适用。依照2013年10月17日生效的《德国民事诉讼法典》第371b条,“如果公文书依照技术现状由公机关或者具有公信力的人员转换成电子文档,并且通过确认函确认:电子文档的图像、内容与原件一致,则对该电子文档准用有关公文书证明力的规定。文件和确认函附认证过的电子签名的,准用第437条”。^[71] 这也意味着,只要遵守了第371b条对扫描件的形式要求,就可通过递交扫描件的形式提交公证文书上记载的声明;而且,法院笔录和判决事实(详见第165条和第314条)的扫描件,亦如同原件一样发生相同的证据法上的效力。^[72]

与德国相比,我国在电子文书的证明力方面尚欠具体规范。经由2012年的改革,民事诉讼法引入了电子数据这一证据手段(《民事诉讼法》第63条第五项)。然而,电子数

[67] Zöller/Geimer, § 415 Rn. 5.

[68] Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 437 Rn. 3.

[69] 这些证明力规范不仅包括一般的证明力规则(第415条、第417条和第418条),而且也包括关于法院笔录(第165条)和判决事实(第314条)的证明力的特殊规定, Musielak/Huber, § 371a Rn. 11.

[70] Musielak/Huber, § 371a Rn. 11.

[71] 第371b条不对私文书适用,私文书的真实性总是由法院通过自由心证予以判断, Zöller/Greger, ZPO, § 371a Rn. 2. 此外,第371b条亦对刑事诉讼和地籍程序之外的一切法院程序适用,详见 Musielak/Huber, § 371b Rn. 3.

[72] Musielak/Huber, § 371b Rn. 4.

据不仅包含存储在电子介质中的视听资料,还可能涉及电子文书或者勘验标的(例如照片)。最高法院仅在《民诉解释(2015)》第116条第三款中强调,存储在电子介质中的视听资料适用电子数据的规定,但不仅未对电子数据设定进一步的规范,而且对电子文书或电子勘验标的未置一词。单就电子文书的证明力而言,我国未来似可借鉴德国的立法经验,将公电子文书与公文书、私电子文书与私文书的证明力对应起来。

不过,在公文书的证明力上,我国与德国存在重大差异。与德国通过法律推定的途径推定公文书形式真实(第437条)相比,我国最高法院在《民诉解释(2015)》第114条推定公文书发生实质证明力(也即“推定记载的事项真实”)。这一做法是否妥当,有待商榷。公文书亦分为不同类型,其可以记载某项事实或声明,也可以是官方命令、处分或法院裁判,一概推定所有的公文书实质真实,从武器平等的考量出发有欠正当,因为当事人必须提交反面证明(=本证)予以推翻,这一要求在具体案件中可能过于严苛。在此问题上,德国或我国台湾地区的法律^[73]更有借鉴意义,也即公文书是否具有实质证明力,应当由个案法官进行自由心证。而且,最高法院关于公文书的定义也偏于狭窄。与德国出具公文书的人员具备公信力这一要求不同,我国更强调“社会管理职能”这一要素,也即仅“国家机关或者其他依法具有社会管理职能的组织在其职权范围内制作的文书”才是公文书,这例如包括共青团、妇联、工会、行业协会等制作的文书,^[74]而似将公证机构制作的公证文书排除在外。然而,《民诉解释》第93条第一款第七项却又将“已为有效公证文书所证明的事实”归为无须举证的事实,当事人可以提交相反证据推翻。从此可知,最高法院实际上对“有效的公证文书”亦采法律推定的模式(证明责任倒置)。也即从结果上看,我国最高法院实际与德国立法者类似,均通过法律推定规范推定有公信力的机构制作的文书真实,只不过我国推定文书的内容真实(实质证明力),而德国推定文书的来源真实(形式证明力)。有鉴于此,我国最高法院在设定公文书的定义时原本应当倚重“公信力”这一标准,而非“社会管理职能”这一要素。

同样,对私文书和私电子文书的证明力,我国亦不存在具体规定。未来或可借鉴德国的学说允许法官借助经验法则通过表见证明的途径推定私文书或私电子文书形式真实,例如可对私电子文书作出如下规定:“私电子声明是否确由密码持有人或账户所有人发出,仅可因严重怀疑该声明并非由该人签署或发送而被动摇。”值得注意的是,表见证明仅导致举证责任倒置,而非证明责任倒置,也即对方当事人仅需提起反证予以动摇即可。

2. 电子保护函有待实践检验

德国的电子化改革不仅涉及通常的民事程序,而且也指向了临时救济领域。长期以来,德国法院在实践中允许债务人在债权人提起临时申请之前就预防性地向法院递交“保护函”(Schutzschrift)。通过保护函,潜在的被申请人请求法院不发布假扣押或假处分

[73] “台湾地区民事诉讼法”第355条亦对公文书真实性作出推定,这同样仅指向形式证明力。尽管我国的法条释义详细引用了台湾学者姜世明关于公文书证明力的观点(详见沈德咏主编:《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用(上)》,人民法院出版社2015年版,第376页),但遗憾的是最高法院并未采台湾地区(亦与德国一致)的立法经验。

[74] 沈德咏主编:《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用(上)》,人民法院出版社2005年版,第377页。

命令,或者不以债权人申请的方式发布,或者不经言词辩论就不发布假扣押或假处分命令。^[75] 保护函不是附条件的诉讼行为,其不开启任何程序,而是仅对预期的程序发表意见;换言之,保护函所包含的申请并非实体申请,而仅是向法院提出的以某种特定方式进行程序和裁判的动议。^[76] 尽管保护函制度未确立在法律中,但通说从被申请人的法定听审权出发,认为法院负有义务了解被申请人在保护函中提交的陈述,并将之作为裁判的基础;无论如何,法院不得故意忽视保护函中的陈述,除非法院因假处分申请不合法或无理而欲驳回申请,或者法院无论如何都打算指定言词辩论期日,在后一种情形,保护函可被视为“准备书状”。^[77]

由于债务人往往不能确定债权人是否会提起假扣押或假处分申请,以及将会在哪个法院提起,因此只得试探性地向多个法院递交保护函。基于此点,有学者认为,保护函的命中率较低而不实用,^[78] 这尤其在媒体报道侵权或网络侵权的情形更甚。依照《德国民事诉讼法典》第32条,此类案件的管辖法院为侵权行为地法院,这意味着债权人实际上可以向任何法院提起假处分申请。^[79] 为了应对这一局面并且为了节省费用,德国通过《电子司法法》引入了电子保护函登记制度。自2014年7月1日和2016年1月1日起,立法者在《德国民事诉讼法典》中新增第945b条和第945a条。依照新的第945a条第一款,保护函是针对预期的假扣押或假处分申请提交的预防性的防御书状,各州为此制作中央电子保护函登记册(Schutzschriftenregister)。一旦保护函被登记入册,即视为向该州的所有普通法院递交了保护函,而且应当在登记入册六个月后删除保护函(第945a条第二款)。各法院通过自动调取程序查阅登记册,并且仅为了满足法定任务所需时才使用这些数据,调取过程应当制作记录(第945a条第三款)。

如上法律遭到哈特曼法官的批评:其一,法定听审权以向法院递交申请开启法院程序为前提,否则法院就得处理任一公民因担心未来有程序针对自己而递交的任何书状;其二,通说认为,诉讼法律关系不附任何条件,但保护函却以预期的临时申请为条件;依照学理,这样的行为不能创设任何诉讼法律关系,既不引发法庭上的权利,也不创设任何责任乃至义务;其三,被申请人是否值得如此保护,值得商榷。^[80] 在哈特曼法官看来,相较于引入电子保护函这一解决方案,审理法官在发布临时裁判之前总是应当给予被申请人表达意见的机会,显得更为妥当。他提出的解决方案有二:要么取消完全不必要的保护函制

[75] 保护函尤其在不正当竞争、媒体法、公司法、建筑纠纷中具有较强的实践意义,因为法院在这些领域往往不经言词辩论就发布假处分命令,详见 MünchKomm/Dreschner, § 937 Rn. 9。

[76] MünchKomm/Dreschner, § 937 Rn. 10。在递交假处分申请之前,法院不会将对方已递交保护函一事告知申请人,申请人只能通过查看法院的登记册予以查证;在递交了假处分申请之后,保护函才归入程序案卷,申请人可以查阅,而且法院必须依职权向申请人送达或不拘形式的通知保护函, Schuschke/Walker, § 937 Rn. 16。

[77] Schuschke/Walker, § 937 Rn. 15; Schuschke/Walker, § 922 Rn. 6。

[78] Wieczorek/Schütze/Thümmel, § 921 Rn. 3。

[79] BT-Drucksache 17/12634, S. 35。

[80] Vgl. Hartmann, Neue Schutzschriftregeln-Fragen über Fragen, GRUR-RR 2015, 89, 90ff.。哈特曼法官在此文中提出多项批驳理由。除以上列举的理由之外,他还对法律规范的细节提出批评,例如第945a条第三款要求法院调取查阅登记册,这里的法院是否指审理组织?未来应当如何分配业务分工计划?法院应当一天一次还是一天多次调取数据?由何人对调取过程记录,记录到何案卷中?如果法院因疏忽未考虑保护函,是否应当产生国家赔偿责任等等。

度,法官可以在三天内(在特别紧急的情形下可以在更短的期间内)在不适用强制律师制的案件中听审对方当事人;要么为了减轻审理组织的负担,法官仅考虑临时申请之后才递交的保护函。^[81]毫无疑问,电子保护函制度未来能否获得广泛的意义,有待实践的检验。

我国通过2012年的改革在民事诉讼法中引入了行为保全,而知识产权领域自2001年就存在指向行为的临时措施。但是,行为保全措施在我国并未像德国一样发挥特别重要的作用,这或可归因于行为保全的前提要件有待详细解释以及证明和担保要求过高等因素。^[82]但即便我国行为保全未来将会在大范围内发挥作用,是否引入德国法上的电子保护函制度,也取决于我国是否存在此需求,以及我国法院是否在保全程序中进行庭审。

三 前景展望:引入电子准备程序?

德国最新的电子司法改革,积极回应了时代的需求和学者的呼声,具有较强的实践意义。然而,仅借助新的联络与存储技术对电子交往进行司法改革,尚远远不够。德国学者还提出,未来还有必要引入电子准备程序以减轻法院的工作:虽然当事人依照辩论原则有责任向法院提交主张和证据手段,而且原则上仅应当提交有证明必要的显著的事实主张,但由于诉讼法未对当事人的事实陈述的结构有所规制,因此法官的主要任务通常在于将不相一致和很多时候不必要、泛滥成灾、冗长多余的当事人陈述从交互提交的书状中剔除,从而进一步对争辩以及证据材料进行审查,而仅通过电子方式传递当事人的事实陈述以及允许调取电子案卷,并不能明显简化法官的上述工作,法官仍需发现和归类当事人交互提交的事实主张。有鉴于此,未来有必要统筹协调当事人的事实提交,也即原告应当以请求权基础为导向提交创设请求权的事实主张和证据资料,而被告应当与此结构相应逐项针对原告的主张进行答辩并提供反证;如果被告欲针对请求权提起抗辩,其应当根据自己的主张责任结构化地提起权利受制、权利消灭和权利妨碍的主张和证据资料,而原告可与此结构相适应提起再答辩;如上这些结构与法官的工作台相联系,并在电脑屏幕上自动生成条理分明的当事人交互提交的事实陈述列表,法官只需审查在法律上具有显著意义的、有证明必要的陈述即可,唯有如此,才算理想的利用了现代信息技术。^[83]

如上关于电子准备程序的构想,无疑亦对我国法官借助现代技术手段清晰梳理争点具有启示意义。我国一些法院也展开了类似的改革。最高法院在《民诉解释(2015)》第224条以下亦对庭前准备程序进行了规定。以此规范为基础,我国未来可尝试对电子准备程序开展试点试验并逐步制定具体的规范。

总体而言,电子司法并未给诉讼带来根本性的革命。民事诉讼仍应遵循处分与辩论原则,并保障公开、言词与直接原则的实现,以及确保法院能够进行自由心证。^[84]这也意

[81] Hartmann, GRUR-RR 2015, 89, 92.

[82] 关于我国行为保全在知识产权中的适用状况,亦详见周翠:《行为保全问题研究》,《法律科学》2015年第4期,第98页。

[83] Gaier, NJW 2013, 2871, 2874.

[84] Vgl. Prütting, AnwBl 2013, 330, 332.

意味着,即便我国未来在民事司法中大幅度运用电子信息与存储技术,民事诉讼仍然应当奉行传统的原则,立法者总是应当在诉讼经济与程序正义、程序加快与审理彻底、言词与书面之间寻找平衡。不容否认,电子司法在司法便民、诉讼经济、诉讼加快乃至减少管理错误方面具有积极意义,然而这也在信息安全与一般人格权保护方面提出重大挑战。不论是电子提交还是电子送达,不论是电子庭审还是录制或直播,不论是电子文书的证明力规则还是电子准备程序的构想,德国的规范与争鸣都为我国提供了对照经验或参照蓝本。

[中央高校基本科研业务费专项资金资助。]

[**Abstract**] E-Justice represents a trend of future development. After over a decade of exploration, Germany promulgated in 2013 the E-Justice Law (*E-Justiz-Gesetz*) and the Law on Strengthening the Application of Video-conference Technology in Court Procedure and in the Procedure of the Prosecutors Office (*Gesetz zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Verfahren*). Additionally, the Law on the Reform of the System of Ascertainment of Property in Enforcement (*Gesetz zur Reform der Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung*) came into force in the beginning of 2013. These three laws deal with the e-communication between parties and courts, e-trial and e-enforcement, respectively, and together they build the legal foundation of E-Justice in Germany. The *E-Justice-Gesetz* provides for the norms on such matters as e-filing, e-service, e-act and e-document. In 2013, video conference began to be used in civil trial in Germany, but the recording of the conference is forbidden in order to protect right of personality. In the enforcement proceedings, electronic technology is also widely utilized. Some scholars have also suggested that e-pretrial process be introduced in the future so as to further improve the efficiency of litigation and ease the burden of judges.

(责任编辑:支振锋)