



证据法基本问题的新探索

周成泓 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

广东省高等学校“千百十人才培养工程”资助出版



证据法基本问题的新探索

周成泓 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

证据法基本问题的新探索 / 周成泓著. —北京:
法律出版社, 2015. 12

ISBN 978 - 7 - 5118 - 8783 - 2

I. ①证… II. ①周… III. ①证据—法学—研究—中
国 IV. ①D925.013

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 289946 号

证据法基本问题的新探索

周成泓 著

责任编辑 韩满春
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 12.5 字数 296 千

版本 2015 年 12 月第 1 版

印次 2015 年 12 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

责任校对 杨昆玲

责任印制 陶 松

印刷 三河市龙大印装有限公司

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-8783-2

定价:45.00 元

如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

本书的写作酝酿已久,其起因主要是,在博士论文的写作和之后的进一步研究中,尤其是5年前撰写证据的概念一文时,笔者开始觉得国内学界对两大法系的证据制度乃至诉讼制度的认识存在一些偏误——有的还较为严重,于是便萌发了通过对两大法系的证据制度(主要是民事证据制度)进行比较以澄清这些误读的想法。此后,笔者开始有计划地开展研究工作。但由于笔者的学养不济、研究内容的基础性以及个人兴趣的转移等原因,研究工作进展缓慢,为应付科研考核及囿于书籍篇幅的限制,不得已笔者一再砍掉一些原先计划好的研究内容,如“证据的种类”“法院的诉讼指挥权”“刑事证据调查请求权”以及“民事证据调查论纲”等,最后剩下现在的15篇论文。虽说作了较大删减,但自己当初拟定的核心研究内容大部分还是得以完成。

本书的总体性理论目标主要在于澄清人们对当今两大法系证据制度和诉讼制度优劣的不当认识,认为二者同属现代型诉讼制度,均实现了司法

公正,原则上,二者只有适合与否的区别,而没有优劣之分。另外,本书也探讨了一些具体的证据法问题。一是几种特殊的证据方法,包括嘱托调查、嘱托鉴定及单位证明;二是证据调查中的几个问题,如摸索证明、证人书面证言作证及自由证明;三是证明妨碍和损害额酌定这两种情形下证明责任的分配。这些具体证据法问题是总体性问题的展开,其结论从不同角度或领域丰富和深化了总体性结论。

在结构上,全书分为四编。第一编是基础理论,其他三编分别以证据方法、证据调查和证明责任为主题。证据方法编和证明责任编实行“总一分”结构,即首篇论文对该编的主题作一般性阐述,其他几篇论文则从不同的角度或领域对该编的主题进行深化。主要考虑到第一编的第一篇、第二篇论文已经对证据调查程序作了系统阐释,故证据调查一编没有设总论性论文。

第一编的证据调查与诉讼模式两篇论文试图阐明:两大法系的诉讼模式与证据调查术语和证据调查程序紧密相连,程序原则最初用于表征证据调查程序的特征,后来才扩及界定诉讼制度整体。两大法系的证据调查程序分别由法院和当事人主导,故名之为职权主义和当事人主义,这根植于各自不同的政治哲学理念和实体法的存在形式。两大法系的诉讼制度都属于现代型,在各自赖以生存的环境下实现了诉讼公正。虽然民事诉讼的当事人性增强了不少,但迄今两大法系的民事诉讼分属职权主义和当事人主义在一定程度上仍然能够成立。我国目前的证据调查程序表面上具备当事人主义的一些特征,但实际上已经堕入畸形,主要表现为司法机关与民事诉讼当事人或刑事被告人之间诉讼权责的重度失衡,相应地,我国的民事和刑事诉讼模式均属于畸形的职权主义。第三篇论文以同一案件的两大法系的模拟民事审判从实证的角度论证了二者的民事审判程序各具千秋,对之不宜简单地区分高下,其结论与本编前两篇理论性论文的相同。

第二编的证据概念一文揭示了大陆法系、英美法系及苏联和我国

的证据概念在法结构和思维模式上与各自的实体法律责任构成相同构,分别为三阶层递进式、双层对合式和平面耦合式。证据概念的模式也与审判庭的组成、庭审的集中与否以及程序主导权的分配等程序因素紧密相连,两大法系、苏联以及我国的证据概念模式分别与职权主义、对抗制和超职权主义相对应。本编的第二篇、第三篇论文分别选取了大陆法系的两种特殊的证据方法作为研究对象。嘱托调查多用于代替证人证言,它实际上是对证人只能为自然人的证据制度所留下的制度空隙的弥补,而英美是通过传闻规则的松动来实现同样的目的。嘱托鉴定经常用于代替鉴定,从该证据方法的特点可以看出英美鉴定制度的纯粹个人性和大陆鉴定制度一定的团体性的区别。第四篇论文以第二篇论文为基础对我国的单位证明制度进行了探讨。论文认为众多学者习惯于以证人只能为自然人的法理来反对单位证明制度是误读了该制度的法理基础。可以借鉴域外的嘱托调查制度来重塑单位证明制度,该制度的法理基础应予转换为言词原则的变通、自由证明、证据自由以及证明权的保障,该制度的具体规则需要重构。

第三编用四篇论文分别对证据调查程序中的几个问题作了研究,以使本书所阐释的证据调查程序更为丰富、更为具体。唯一证据如何处理是诉讼中时常遇到的问题,但我国目前对此几乎没有专门的学理探讨,论文一在介述相关日本法的基础上提出了我国的对策。摸索证明是我国学界不大熟悉的术语,对其的处理直接关系到诉讼目标的实现,论文二通过详尽的法理剖析,得出结论认为,在我国当事人的取证权利不仅较少而且保障不佳的现状下,对摸索证明的处理应当尽量宽松。论文三从比较法的角度对《民事诉讼法》新增的证人书面证言作证程序作了系统研究。论文认为我国证人书面证言作证的适用范围过窄,具体的程序规则也有偏误之处。完善之道是借鉴大陆法系而非英美法系的相关制度,同时扩张该程序的适用范围。自由证明是与严

格证明相对应的一种证明模式,其是提高诉讼效率的良好工具,但目前却没有受到我国的重视,故而第四篇论文对该证明模式作了全面、细致的阐释,以为我国今后发展自由证明打下法理基础。应予提及的是,唯一证据、摸索证明以及自由证明都是大陆法系的证据制度或理论,它们旨在规约法院的诉讼权力,而奉行对审制的英美法系并不需要这类制度或理论。

第四编的首篇论文聚焦于证明责任的法律性质,该文认为,证明责任的性质受制于法庭组成、实体法渊源形式以及诉讼模式,英美和大陆的证明责任分别是当事人一元化和法官—当事人二元化“责任”,英美法系的说服责任具有浓厚的行为责任色彩,而大陆法系的客观责任的本质是法官的裁判方法论。我国并未真正确立结果责任,今后应当首重证明责任的裁判方法论内涵,同时也要重视行为责任。论文二从德国证明责任学说史的角度进一步揭示了证明责任的本质是法官的裁判方法论而非当事人的诉讼责任,并指出我国目前对证明责任的通常理解具有当事人责任本位性,应当向法官裁判义务本位转变。论文三以医疗诉讼为例对证明妨碍作了探究,其目的之一是使人们能够直观地看到客观责任如何通过主观责任得以实现,以及两种责任之间界限的模糊性和二者之间的相互转化性,以丰富论文一的结论,目的之二是探索医疗诉讼中的证明责任分配规则。损害的证明及损害额的确定历来是司法难题,论文四以船舶油污损害赔偿案为例对此作了初步探讨。该文除直接阐释了损害酌定这一为我国目前甚少关注的制度以外,还揭示了证明标准与证明责任之间的互动关系,从而充实了论文一的结论。

本书的研究对象是法学理论和法律制度,但随着研究的深入和人生阅历的丰富,笔者越来越意识到,制度建设固然重要,但同样不可忽视的是思想和道德的建设,因为法治最终依赖的是人。主体是制度的构成要素,并且是最具活力、最具灵动性因而也是最为重要的要素。

美国的司法实践证明,在自由裁量权的控制方面,人的内心约束的作用远远超过制度的外部制约。人们如何对待制度空隙留下的空间和机会,往往并不取决于制度、规则和程序这些外在的“物”,而是取决于信仰、道德、情操这些内在的“心”。因此,我们应当避免滑入“制度拜物教”的陷阱,高度重视社会公德、职业道德、家庭美德、个人品德的建设,注意发挥道德的教化作用,否则法治永远只能是一个遥不可及的梦想。

本书的写作和出版得到了诸多师长、亲友和同事的鼓励、支持和帮助,在此一并致以谢忱,尤其要感恩我硕士、博士学习阶段的三位老师:常怡教授、田平安教授、陈刚教授。

最后,愿将本书作为菲薄的礼物敬献给我的父母双亲,以报答他们的生身和养育之恩。

目 录

前 言 / 001

第一编 证据法与诉讼模式 / 001

证据调查与民事诉讼模式 / 003

- 一、导论 / 003
- 二、证据调查与诉讼模式各词汇的含义辨析 / 010
- 三、两大法系的民事证据调查程序与诉讼模式 / 014
- 四、中国的“证据调查”相关术语、证据调查程序
与诉讼模式 / 031
- 五、结语：诉讼模式的变容与纠结 / 043

证据调查与刑事诉讼模式

——一个回到原点的研究 / 047

- 一、问题的提出 / 047
- 二、两大法系的刑事证据调查程序与诉讼模式 / 051
- 三、中国的刑事证据调查程序与诉讼模式 / 061
- 四、结语 / 067

两大法系民事审判程序比较

——一个比较法律实验的视角 / 070

一、案情简介 / 071

二、两个模拟审判程序 / 073

三、对两个模拟审判程序的比较分析 / 079

四、实验的结论及启示 / 088

第二编 证据方法 / 093

证据：概念、属性及构成 / 095

一、引论 / 095

二、证据概念与证据属性各学说的比较分析 / 097

三、证据的构成：证据、实体法及诉讼程序 / 109

四、一个初步的结论：我国应当移植大陆法系的证据概念模式 / 122

嘱托调查制度论纲 / 128

一、嘱托调查的含义和宗旨 / 128

二、嘱托调查制度的历史沿革 / 131

三、嘱托调查制度与类似或关联制度的比较 / 135

四、嘱托调查的法律性质 / 140

五、嘱托调查的受嘱托人及其应答义务 / 147

六、嘱托调查的客体 / 151

七、嘱托调查的程序 / 153

八、嘱托调查报告的法律效力 / 160

嘱托鉴定制度论要

——主要以日本法为研究对象 / 164

一、嘱托鉴定制度概述 / 165

二、嘱托鉴定制度与相关制度的关系 / 167

- 三、嘱托鉴定的受嘱托人及其应答义务 / 168
- 四、嘱托鉴定程序的启动 / 171
- 五、嘱托鉴定的程序规则 / 173
- 六、嘱托鉴定书的提出及其调查 / 174
- 七、嘱托鉴定书的说明 / 176
- 八、嘱托鉴定费用及其负担 / 178
- 九、嘱托鉴定制度对我国的启示 / 179

单位证明制度:基础转换与制度重构 / 181

- 一、我国关于单位证明制度的学理论争及其评析 / 182
- 二、单位证明制度基础的再探寻 / 185
- 三、大陆法系的嘱托调查制度 / 193
- 四、单位证明制度的法理基础转换 / 200
- 五、单位证明制度的重构 / 207
- 六、结语 / 220

第三编 证据调查 / 221

日本民事诉讼中的唯一证据理论 / 223

- 一、唯一证据理论:涵义和法理依据 / 225
- 二、何谓“唯一证据” / 228
- 三、唯一证据如何处理 / 229
- 四、唯一证据理论与禁止证明预断原则的冲突与调适 / 236
- 五、唯一证据理论对我国的借鉴意义 / 238

论民事诉讼中的摸索证明 / 241

- 一、摸索证明的含义 / 242
- 二、摸索证明的法理分析 / 245
- 三、摸索证明与我国民事诉讼 / 253

民事证人书面证言作证论 / 264

- 一、书面证言的形式及其适用条件 / 264
- 二、证人书面证言作证程序的启动 / 271
- 三、证人的到场和具结 / 274
- 四、证人的询问与书面证言的制作 / 279
- 五、对证人不履行义务的处罚 / 282
- 六、证人书面证言作证的有关费用 / 283
- 七、书面证言的法律效力 / 285
- 八、在完善证人书面证言作证程序时需要纠正的两个偏误 / 289

民事诉讼中的自由证明论略 / 292

- 引言 / 292
- 一、自由证明界说及其意义 / 293
- 二、自由证明适用的证明对象 / 295
- 三、自由证明适用的程序种类 / 298
- 四、自由证明的证据方法 / 300
- 五、自由证明的证据调查程序 / 302
- 六、结语：自由证明的未来 / 305

第四编 证明责任 / 307

证明责任：徘徊在行为责任与结果责任之间

——以民事诉讼为视角 / 309

- 一、引论 / 309
- 二、从行为责任到结果责任 / 312
- 三、结果责任是证明责任的主导方面 / 318
- 四、行为责任是证明责任的通常实践表现形态 / 323
- 五、否定之否定：大陆法系的非结果责任说 / 328
- 六、代结语：证明责任的未来 / 337

德国关于证明责任本质的论争及其启示 / 341

一、引言 / 341

二、不借助于辅助手段克服真伪不明的方法 / 343

三、借助于辅助手段克服真伪不明的方法 / 347

四、结论和启示：从事人的诉讼责任回归法官的裁判义务 / 352

违反病历记载或保存义务的证明妨碍 / 356

一、病历记载或保存义务简述 / 357

二、医疗机构违反病历记载或保存义务的证明妨碍的构成 / 361

三、医疗机构违反病历记载或保存义务的证明妨碍的法律效果 / 363

四、我国的相关立法和司法解释及其评析 / 367

损害数额的诉讼认定

——以船舶油污损害赔偿案为例 / 372

引言 / 372

一、法院酌定损害数额制度的法律性质 / 374

二、法院酌定损害数额制度的适用对象 / 375

三、法院酌定损害数额制度的适用条件 / 379

四、法院对损害数额的酌定 / 381

五、损害数额酌定结果客观性、合理性的保障 / 385

六、结语 / 387

第一编 证据法与诉讼模式

证据调查与民事诉讼模式*

一、导论

诉讼模式^{〔1〕}是表征诉讼程序乃至诉讼制度基本特征的法律术语,前些年一度成为研究的热点,但近年来归于沉寂。不过,这并不代表学界已经就此达成一致,相关观点的分歧仍然不少,故而相关研究有待深入。笔者以为,我国有关诉讼模式的研究总体而言宏观有余而微观不足,这影响了研究的深化。有鉴于此,笔者拟从证据调查这一具体的诉讼制度对诉讼模式进行研究,相信会得出一些新的结论。

现代诉讼构造分为事实发现和法律适用两个阶段,法律适用属于法官职责事项当无异议,但事

* 本文曾以《民事程序原则或诉讼模式论——主要以证据调查为视角》的名称发表于陈刚主编:《比较民事诉讼法》(第8卷),收入本书时标题改为现名,内容亦有修改。

〔1〕 诉讼模式在大陆法系国家和地区常被称为“程序原则”或“诉讼原则”,英美法系国家和地区和我国则一般以“诉讼模式”名之。本文遵从我国用语习惯,一般使用“诉讼模式”,必要时也使用“程序原则”一词。

实发现的责任在不同法系被分配给不同的诉讼主体,正是这一点成为区分不同程序原则或诉讼模式的基本依据。大陆法系表征事实发现的诉讼法术语是“证据调查”,英美法系并无与之相对应的词汇,我国则多将该词理解为“司法机关收集调查证据”。“证据调查”一词的有无及对其的不同理解以及证据调查程序的不同并非仅仅由来于术语表述上的差异,更在于诉讼构造和诉讼理念上的不同,证据调查与程序原则或诉讼模式各概念在语义和制度构造两个方面均具有对应性。藉此,笔者沿循民事诉讼法学的知识传统,选取证据调查为视角,以两大法系的民事诉讼为分析对象,对程序原则或诉讼模式各概念,主要是职权主义和当事人主义的基本含义及其背后的理论基础做一深究,在此基础上对我国的证据调查和诉讼模式理论予以探讨。限于篇幅,本文的目的仅在于基本概念、基本诉讼构造及基本理念的厘清,而非对于我国诉讼模式理论和相关制度如何改革或完善的对策和建言。

有三点需要先做交代或说明。

第一,证据调查的含义。大陆法中的“证据调查”或“调查证据”至少包括两种截然不同的意义,一是指践行“证据调查程序”,其德文原文是 *Beweisaufnahmeverfahren*,这种意义上的证据调查程序构成诉讼程序的主要部分。含义之二指涉法院的诉讼权能,指“法院本其职权探知事实”,其德文为 *Beweisaufnahme*。本文本着既尊重学术传统,又照顾我国通常词法的原则,以外带双引号的“证据调查”来表示“法院本其职权探知事实”,而以不带引号的“证据调查程序”指称存在于各大法律体系中的一般的事实发现程序,另以不带引号的证据调查泛指此类事物。

第二,程序原则或诉讼模式除关乎证据和事实之外,还涉及诉讼的提起、终结及程序的进行,但证据和事实是程序原则或诉讼模式体现得最为显著、也是最为核心的领域——诉讼从其内容来看,就是为