

民事訴訟證據認識論

廖新仲 著

天馬圖書有限公司

04

民事诉讼证据认识论

廖新仲 / 著

天马图书有限公司

图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼证据认识论/廖新仲著. -香港:天马图书有限公司,
2002.9

ISBN 962-450-554-3

I. 民… II. 廖 III. 证据法学 IV. I554-3

民事诉讼证据认识论

著 者 廖新仲
责任校对 王德存
出版发行 天马图书有限公司
(香港上水新成路 123 号三楼)
印 刷 农村孩子报社印刷厂
经 销 各地新华书店和法律书店
开 本 850 × 1168 1/32
印 张 13
版 次 2002 年 9 月第 1 版
印 次 2002 年 9 月第一次印刷
字 数 340 千字
书 号 ISBN 962 - 450 - 554 - 3/D·44459
定 价 34.00 元

实践出真知

——评廖新仲同志的《民事诉讼证据认识论》一书

马克思主义者认为,只有人们的社会实践,才是检验认识是否正确的唯一标准。经验主义者的片面认识不是真理,教条主义者的经典学术也不能成为指导社会实践的科学理论。惟有亲自参加社会实践,不断总结广大实践者的普遍经验,由此上升为理论,并汲取其他理论的合理性因素,再将综合后的理论用于社会实践者,才有可能发现真理性的认识。廖新仲同志的《民事诉讼证据认识论》一书,正是理论与实践相互作用所产生的科学成果,是实践性与科学性的统一体。

之所以说该书具有鲜明的实践性,首先是因为该书作者是从实践的角度来看待理论问题的。作者在第八章明确指出,“本书是从一个全新的,但同时又是最质朴的角度来研究举证责任的。这个视角便是‘向法庭举证’”。实际上,廖新仲同志的这部证据法学整个都是从实践的角度来考察民事诉讼证据的。其次,该书作者在全面考察诉讼实践之后,提出了一些全新的实践性较强的法学概念。比如,作者在对各种证据逐一研究之后,提出了“证据真实性”的概念,主张用这一概念代替先前的“证据客观性”概念,指出这是两个分属不同范畴的概念,并论述了用前者取代后者的理由及其意义。又如,作者在对“当事人陈述”这种证据进行探究之后,提出了与自认、承认相并列的“许诺”概念,同时,既指出了许诺的实践基础和法律效果,又分析了其与民事实体法中的承诺概念的区别。再次,该书作者所提出的理论既是普遍实践经验的总结,又

是为诉讼实践服务的。作者在提出“证据真实性”概念之后,进而提出了与之相符合的证据分类方法,及将证据分为实体证据和数据证据两类,从而克服了传统的实物证据与言词证据分类过程中的困惑和矛盾。司法界大多数人认为“谁主张、谁举证”是通行的诉讼规则,但对这一规则的合理性的认识,却无人作进一步的研究,对这规则与其他有关举证的观点,如举证责任的转移、举证责任的免除、举证责任的倒置,它们之间的关系如何全面地看待,更无人问津。举证责任和证明责任的本质分别是什么?二者的关系如何看待?学术界的演绎往往给人以深奥、晦涩的感觉。廖新仲同志对上述问题作出了有力的论述。

说该书具有科学性,是因为这本书的内容包容了几乎所有有关民事诉讼证据的学术理论和主张。这些学术理论无不或多或少地包含了有关证据理论的合理性内核,是人类理性的智慧结晶,具有科学性。同时,本书作者针对有关民事诉讼证据的每一个问题,每一种理论,无不发表了自己的独到见解;在对有关学术问题或主张进行论述之后,大都提出了自己的独立主张。比如,关于证明对象,学术界大部分人认为诉讼证据不应成为证明对象,少部分人认为诉讼证据可以成为证明对象,而廖新仲同志第一次提出诉讼证据不仅应当成为证明对象,而且应当是第一位的证明对象,因为诉讼中首先要查证的就是证据事实,只有证据事实核实之后,才能确定待证事实是否真实,作者并在此基础上进一步阐明了诉讼证据作为证明对象的三种运作情形。又如,关于证明标准,大多数人认为应以“法律真实”作为标准,但“客观真实说”的错误之处在哪里,廖新仲同志从概念分析角度出发,第一次提出了“客观真实说”的症结所在;我国诉讼法奉行的证明标准是什么?理论界大多数人认为是“客观标准说”,少数人认为是“超自由心证”,廖新仲同志从实证分析和理论解析两个角度第一次提出,我国诉讼法奉行的证明标准是“法律真实”的具体例证。再如,举证责任和证明责任的

本质到底是什么？作者在对中外各种学术观点点评之后，一语道破：从根本上讲，举证和证明都是当事人的诉讼权利，所谓“责任”，无非是当事人行使权利的具体手段和必要负担，而非法律义务。学术界对举证责任、提供证据责任、证明责任等概念阐述得非常深入，但司法界在实践操作过程中似乎无法将这些理论付诸实施。而本书作者则指出，举证是证明的诸多具体方式和手段之一，如同人们在一般论述过程中提出论据一样；举证、证明和主张都是服务于诉讼请求的手段；案件审理终结时仍然处于事实不清、证据不足的状态的情况下，应驳回原告请求，即由原告承担证明不能的实体后果。这样以来，人们对这几个概念的内涵及其相互之间的关系一目了然。因为只有这种解释才能符合诉讼实践。同时，也只有这种解释，才能在诉讼实践中行得通，因为这种解释是对诉讼实践内在规律的正确揭示。一种理论或主张是否正确及其正确程度，只有实践才能作出“终审裁判”。

这本书的问世，表示司法实务界的理论能力明显提高。记得《合同法》颁布的时候，立法界取消了情势变更原则，理由即是司法实务界的素质普遍太低，如果设定这一原则，可能导致司法过程中的混乱适用和腐败现象。实务界的素质是否普遍太低，以及设定这一原则是否必然导致司法过程中的混乱适用和腐败现象姑且不论，但经过近几年的治理整顿和优化组合，司法实务界的业务能力和理论素质迅速得到大幅度地提高。廖新仲同志的这本证据法学的问世即是明证。作者用了十余万字的笔墨写了证明责任一章，其中的观点是否正确暂且不谈，单就其对陈刚博士的《证明责任法研究》一书进行理性改造的学术勇气和论证过程而言，就足以使人不能不刮目相看。

廖新仲同志是我院的一位青年法官。他勤于思考，勇于创作，已在省级以上刊物发表了十余篇法学论文，2001年因科研成果突出被授予“先进工作者”称号，并获专项奖金。这本证据法学更是

他勤奋工作,大胆设想,细心求证的心血凝铸。

廖新仲同志的这本证据法学观点新颖,通俗易懂,文字流畅,词句严谨。整部著作篇幅不算太长,但信息容量却很大,几乎吸取了有关民事诉讼证据法学各主要问题的所有方面,而且所引案例因大都是其自己所主审的案件,故都能起到贴切、生动的例证作用,整部著作可谓言简意赅,有血有肉。本书的缺陷是,在结构体系上不尽科学,且在立论方面也有一些值得商榷之处,望读者朋友给予批评指正。

安徽省宿州市中级人民法院副院长 董林

目 录

第一章 诉讼证据制度的历史演进	(1)
第一节 外国主要诉讼证据制度简介	(1)
一、神示证据制度——人判法的外衣	
二、法定证据制度	
三、自由心证证据制度	
第二节 我国民事诉讼证据制度的沿革	(8)
一、奴隶社会时期:世界上最早的人性证据制度	
二、封建社会时期	
三、当代中国的民事诉讼证据制度	
第二章 诉讼证据的特征和本质	(18)
第一节 证据与诉讼证据	(18)
一、证据本意	
二、诉讼证据与一般证据	
三、广义上的诉讼证据与狭义上的诉讼证据	
第二节 诉讼证据的外部特征	(21)
一、程序上的法定性	
二、功能上的法定性	
三、形成时间的限定性	
第三节 诉讼证据的内在属性	(23)
一、客观性——诉讼证据的基本属性	
二、关联性——诉讼证据的本质属性	
三、合法性——诉讼证据的法律属性	
第四节 诉讼证据的定义与民事诉讼证据的名称	(39)
一、诉讼证据的定义	
二、民事诉讼证据还是民事证据	
第五节 民事诉讼证据的意义	(44)

第三章 民事诉讼证据的种类	(50)
第一节 民事诉讼证据概述	(50)
一、民事诉讼证据种类的概念	
二、民事诉讼证据种类法定化的意义	
第二节 书证	(53)
一、书证的概念	
二、书证的特征	
三、书证的分类	
四、书证的作用	
第三节 物证	(59)
一、物证的概念及特征	
二、物证的分类	
三、物证的作用	
第四节 视听资料	(64)
一、视听资料的概念	
二、视听资料的特点	
三、视听资料的分类	
四、视听资料的作用	
第五节 证人证言	(73)
一、证人证言的概念	
二、证人证言的特点	
三、证人证言的分类	
第六节 当事人陈述	(81)
一、当事人陈述的概念	
二、当事人陈述的特点	
三、当事人陈述的分类	
四、承认性当事人陈述	
五、当事人陈述的意义	
第七节 鉴定结论	(96)
一、鉴定结论的概念	

	二、鉴定结论的特点	
	三、鉴定结论的分类	
	四、鉴定结论的作用	
第八节	勘验笔录·····	(107)
	一、勘验笔录的概念	
	二、勘验笔录的分类	
	三、勘验笔录的意义	
第九节	回望证据的“客观性”·····	(110)
	——对证据客观性的质疑	
	一、证据材料的客观性与内容的客观性	
	二、证据本身的客观性与证据形式的客观性	
	三、证据客观性的准确定位	
	四、证据客观性的历史渊源及其走势	
第十节	倡导证据的真实性·····	(117)
	一、证据真实性的含义	
	二、证据的真实性与证据的客观性不是同一概念	
	三、证据真实性的法律意义和法学意义	
	四、“证据真实性”概念的提出具有重要意义	
第四章	民事诉讼证据的分类·····	(124)
第一节	证据分类概述·····	(124)
	一、证据分类的概念	
	二、证据分类与证据种类的联系与区别	
	三、证据分类的意义	
	四、证据分类简介	
第二节	学术界对民事诉讼证据的通行分类·····	(128)
	一、本证与反证	
	二、原始证据与传来证据	
	三、言词证据与实物证据	
	四、直接证据与间接证据	
	五、证明力强的证据与证明力弱的证据	

	六、主证据与补强证据	
第三节	本书关于诉讼证据分类的新主张·····	(151)
	一、举示证据与认定证据	
	二、有效证据、瑕疵证据与无效证据	
	三、诉讼外形成的证据与诉讼内形成的证据	
	四、实体证据与数据证据	
	五、用于证明积极事实的证据与用于证明消极事实的证据	
第五章	民事诉讼证据资格·····	(158)
第一节	民事诉讼证据资格的概念及意义·····	(158)
	一、民事诉讼证据资格的概念及概述	
	二、研究证据资格的意义	
第二节	民事诉讼证据资格的分类·····	(162)
	一、民事诉讼证据资格的分类	
	二、民事诉讼证据资格例证	
第三节	证据价值·····	(168)
	一、证据价值概念	
	二、证据价值的分类	
	三、几种证据的证据价值	
第六章	民事诉讼证明对象·····	(175)
第一节	民事诉讼证明对象的概念和特征·····	(175)
	一、民事诉讼中的证明	
	二、民事诉讼证明对象的概念构成	
	三、民事诉讼证明对象的特征	
	四、研究民事诉讼证明对象的意义	
第二节	民事诉讼中的证明对象·····	(181)
	一、证据事实	
	二、实体法事实	
	三、程序法事实	
	四、外国法和地方性法规、部门规章	

第三节	各类民事案件中的证明对象·····	(190)
一、	侵权诉讼中的证明对象	
二、	合同诉讼中的证明对象	
三、	继承诉讼中的证明对象	
四、	离婚诉讼中的证明对象	
五、	其他民事诉讼中的证明对象	
第四节	不需要证明的事实·····	(195)
一、	众所周知的事实和自然规律及定理	
二、	诉讼中承认的事实	
三、	预决的事实、推定的事实和公证证明的事实	
四、	司法认知	
第七章	民事诉讼证明标准·····	(205)
第一节	证明标准的概念及意义·····	(205)
一、	证明标准的概念	
二、	证明标准的意义	
第二节	民事诉讼证明标准·····	(207)
一、	西方国家民事诉讼中的证明标准	
二、	我国理论界关于民事诉讼证明标准的主张	
三、	我国法律上的民事诉讼证明标准	
四、	“法律真实说”的立法例证	
五、	民事诉讼证明标准与刑事诉讼证明标准的区别	
第八章	民事诉讼举证责任·····	(219)
第一节	民事诉讼举证责任的概念·····	(219)
一、	民事诉讼举证责任的概念	
二、	民事诉讼举证责任的特征	
第二节	民事诉讼举证责任的本质·····	(225)
一、	西方国家关于举证责任本质的主张	
二、	我国学术界关于举证责任本质的主张	
三、	本书关于举证责任本质的主张	
第三节	举证责任的分配·····	(240)

- 一、外国对举证责任的分配学说
- 二、我国民事诉讼中的举证责任分配原则
——“谁主张,谁举证”
- 第四节 我国民事诉讼举证责任分配原则表现之一
——“举证责任转移”…………… (249)
- 一、学术界关于“举证责任转移”概念的通行定义
- 二、关于“举证责任转移”的概念辨析
- 三、关于“举证责任转移”的案例解析
- 第五节 我国民事诉讼举证责任分配原则表现之二
——“举证责任倒置”…………… (254)
- 一、“举证责任倒置”概述
- 二、“举证责任倒置”的法条解析
- 三、“举证责任倒置”的法理剖析
- 四、“举证责任倒置”案例分析
- 第六节 我国民事诉讼举证责任原则表现之三
——“举证责任的免除”…………… (266)
- 一、学术界关于“举证责任免除”的主张
- 二、本书对“举证责任免除”的看法
- 第七节 我国民事诉讼举证责任原则的“准表现”
——法院调查取证…………… (269)
- 一、法院调查取证概述
- 二、法院调查取证是举证责任原则的“准表现”
- 第九章 民事诉讼证明责任**
- 对陈刚博士“证明责任法”的理性改造…………… (275)
- 第一节 引言:“无原形的投影”与“实用型”证明责任的诞生…………… (275)
- 第二节 民事诉讼证明责任概述…………… (278)
- 一、证明责任的本质
- 二、证明责任与举证责任及相关概念之间的逻辑关系
- 三、各诉讼行为在人类理性思维中的定位

- 第三节 民事诉讼证明责任的概念与特征…………… (284)
- 一、“陈氏”证明责任概念的缺陷
 - 二、本书关于证明责任概念的定义
- 第四节 证明责任与举证责任的联系
——兼评“提供证据责任是证明责任在具体诉讼中的投影”…………… (291)
- 一、证明责任是主张者的诉讼负担
 - 二、举证责任是证明责任在诉讼中的具体体现
- 第五节 证明责任的主体…………… (295)
- 一、我国法学界关于证明责任的主张
 - 二、对两种观点的评价
 - 三、本书倡导的证明责任的主体说
- 第六节 证明责任的对象…………… (302)
- 一、证明责任对象的概念及意义
 - 二、西方国家关于证明责任对象的主张
 - 三、我国法学界关于证明责任对象的主张
 - 四、本书关于证明责任对象的主张
- 第七节 民事诉讼证明责任的适用条件…………… (312)
- 一、法律适用的概念
 - 二、证明责任适用条件的概念
 - 三、民事诉讼证明责任的适用条件
- 第八节 民事诉讼证明责任的适用范围…………… (322)
- 一、民事诉讼责任适用范围的概念
 - 二、证明责任法律规范适用的诉讼领域
 - 三、证明责任法律规范适用的争议事实
- 第九节 民事诉讼证明责任的适用阶段…………… (330)
- 一、民事诉讼证明责任适用阶段的含义
 - 二、民事诉讼证明责任的适用阶段
- 第十节 民事诉讼证明责任的分配…………… (332)
- 一、诉讼法学中的“玄学”…………… (332)

二、“玄学”中的一案	(334)
三、“实用型”证明责任分配说初试	(335)
四、德国证明责任分配学说简介	(339)
五、日本当代证明责任分配学说简介	(350)
六、美国当代证明责任分配理论简介	(353)
七、两大法系证明责任分配理论之比较	(356)
八、我国证明责任分配理论研究的现状	(358)
九、“实用型”证明责任的分配方案	
——“谁主张,谁证明”	(361)
(一)“实用型”分配说是对各种分配学说的高度概括	(361)
(二)“实用型”证明责任分配说的内容	(362)
(三)“实用型”证明责任分配说的实质	(364)
(四)证明责任的分配与举证责任的分配的联系	(364)
(五)“实用型”证明责任分配说的建立基础	(365)
(六)“实用型”证明责任分配说的特点	(369)
(七)关于证明责任分配的几个误区	(373)
(八)“实用型”证明责任分配说例解	(378)
1、证明责任诸形式分配学说的例证	
2、证明责任诸实质分配学说的印证	
(九)对我国证明责任理论界某些观点的再认识	(388)
1、关于“谁主张,谁举证”原则	
2、关于否认与抗辩	
3、关于“举证责任倒置”或“证明责任倒置”的认识	
本章结语	(394)
一部别开生面、独树一帜的证据学论著(代跋)	(395)
本书缀语	(399)

第一章 诉讼证据制度的历史演进

第一节 外国主要诉讼证据制度简介

世界各国的历史进程参差不齐,且各国法制史上都存在过民刑不分,程序法与实体法合体的现象,故对各国民事诉讼证据制度也就无法一一详尽介绍。按证据制度对应的社会历史形态,可将外国证据制度大体上归类分为神示证据制度、法定证据制度和自由心证制度。

一、神示证据制度——人判法的外衣

神示证据制度是根据神的启示来判断是非曲直,并藉此作出司法裁判的证据制度。它产生于原始社会末期,盛行于一些古代奴隶制国家和欧洲中世纪前期的封建国家。

在古代社会中,由于科学、文化非常落后,人的认识能力低下,敬神畏鬼、迷信宗教就是自然而然的结果。在诉讼中就必然会求助于神灵来指点迷津。当时的统治者正是利用人们这种心理,建立了神示证据制度,服务于本阶级的独裁专治。神示证据制度可分为如下几种具体方法:

1、宣誓 是指在诉讼中令当事人或证人向神宣誓,借助由神产生的心理强制作用来判断真伪的方法。分为:(1)自愿宣誓;(2)必须宣誓;(3)证明清白的宣誓(即用来免除自己责任的宣誓)。如果当事人或证人不敢宣誓,或在宣誓过程中惊慌恐惧,或在宣誓后遭遇某种报应,法官就据此判其败诉或证言虚假。反之,如果当事

人没有出现上述情况,法官就可认定当事人的陈述或证人的证言真实。

2、水审和火审 水审是指将当事人投入河水视其是否沉没,或令当事人抓取用沸水煮着的物体视其能否取出及取出时是否被烫伤,来验证当事人陈述是否真实,并以此来裁判案件的证明方法。火审是指用火或者在火上灼烧的铁器来验证当事人陈述是否真实的证明方法。我国也有关于火审的历史记载。《南齐书·卷五十八》列传第三十九记载:扶南国“有诉则……烧锁令赤,著上捧行七步,有罪者手皆焦烂,无罪者不伤。”

3、卜巫和抽签 即当事人双方就争议之纠纷向神祷告,然后占卜或抽签,法官以卦象或签牌所示内容来决定何者胜诉的证明方法。

4、决斗 决斗法是指双方当事人在法官的指挥下依照法律规定进行生死格斗,以格斗的战胜方为诉讼的胜诉方的证明方式。这种方法通常是向神宣誓后进行的,故亦应纳入神示证明制度体系之内。

5、十字形证明法 十字形证明法是令当事人双方对面站立,双腿并拢,双臂左右平伸,使整个身体呈十字形,以保持这种姿式时间最久者为胜诉方的证明方法。通常为信仰基督教的民族所采用。

无论哪种神示证明方法无疑都是违反逻辑、违背理性的。其实质无非是借助神的意志和威严裁判纠纷,同时也维护了法官和裁判结果的权威,是一种唯心主义的裁判法,故本书称之为“人判法的外衣”。

但这种裁判法是在当时生产力尤其是科技文化水平极低的情况下所产生的诉讼手段,是社会存在决定社会意识规律作用的结果,从这点来讲,神示证明方法的产生及存在有其哲学上的合理性。同时,神示证明方法比原始社会初期以复仇方式解决纠纷的