

民事证据

收集制度研究

MINSHI ZHENGJU
SHOUJI ZHIDU YANJIU

湖南师范大学出版社

肖晗◎著

湖南师范大学博士出版基金资助

民事证据 收集制度研究

MINSHI ZHENGJU
SHOUJI ZHIDU YANJIU

肖晗◎著
湖南师范大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

民事证据收集制度研究/肖晗著. —长沙: 湖南师范大学出版社, 2010. 3

ISBN 978 - 7 - 5648 - 0229 - 5

I. 民… II. 肖… III. 民事诉讼—证据—司法制度—研究—中国 IV. G644 - 65

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 064225 号

民事证据收集制度研究

肖 晗 著

◇责任编辑: 宋 瑛

◇责任校对: 欧继花

◇出版发行: 湖南师范大学出版社

地址/长沙市岳麓山 邮编/410081

电话/0731. 88853867 88872751 传真/0731. 88872636

网址/http: //press. hunnu. edu. cn

◇经销: 湖南省新华书店

◇印刷: 长沙瑞和印务有限公司

◇开本: 710 × 1000 1/16

◇印张: 18. 75

◇字数: 268 千字

◇版次: 2010 年 5 月第 1 版 2010 年 5 月第 1 次印刷

◇书号: ISBN 978 - 7 - 5648 - 0229 - 5

◇定价: 38. 00 元

前言

证据收集制度是一个古老而常新的话题。可以说,自诉讼成为解决社会纠纷的途径以来,证据收集制度即已存在,只不过不同的诉讼模式有着相应的不同的证据收集制度而已。本书针对我国现行民事证据收集制度及其在实际运行、理论研究中所存在的种种缺陷和弊端,力求在以下几个方面有所突破和创新:

1. 第一次提出了一个较完整的民事证据收集制度建议稿。该建议稿共设62个条文,具体包括民事证据调查收集的通则、当事人及其诉讼代理人调查收集证据的规则、人民法院调查收集证据的规则、人民检察院调查收集证据的规则、民事证据调查收集的保障规则、法律责任规则六项内容。该建议稿既涉及当事人及其诉讼代理人的取证规则,也涉及法院、检察院的取证规则;既有权利(力)性规则,也有义务性规则,还有罚则等。应该说,这是本书为证据收集制度的完善所作的最大贡献。

2. 重新界定了民事证据收集应遵循的基本原则和要求。民事证据收集应遵循的基本原则包括以当事人调查收集为主导,以人民法院、人民检察院调

查收集为辅助的原则,平等原则,诚实信用原则,收集必要证据原则,以及配合和协助原则。其中,第一个原则也是对我国民事证据收集模式的框定;在民事诉讼中,为节约取证成本、提高诉讼效率,应强调收集必要证据而不是全面收集证据,因此收集必要证据原则是对全面收集证据原则的修正。收集必要证据原则有两层含义:一是只有当事人负证明责任时才有必要收集证据;二是在当事人负证明责任的情况下,收集证据也以必要为原则,不强调全面收集。同时,在民事诉讼中收集证据还应遵守合法、及时、细致、把握重点等基本要求。其中,把握重点是为配合收集必要证据原则的适用而提出,也是确定收集证据之客体范围时的必然要求,其含义是当事人及其代理人在收集证据过程中,不应当眉毛胡子一把抓,而应当重点收集那些证明力强、证据价值高的证据,其目的是为减少证据收集过程中的盲动性和浪费性。

3. 探讨了证据收集的性质和目的。在性质上,一般认为,证据收集是一种权利性而不是一种权力性诉讼行为。笔者主张假法院之手,为当事人及其诉讼代理人收集证据戴上一顶强制性桂冠,从而使其取证权由纯粹的权利转变为带有一定权力性质的权利。取证主体收集证据的目的可分为直接目的和最终目的两个方面。收集证据的直接目的是发现案件真实,最终目的则是保障当事人的某项特定利益。

4. 完善了当事人及其诉讼代理人收集证据的方法和程序保障规则。收集证据的方法和程序可谓民事证据收集制度的核心内容。其他国家和我国台湾地区的“民事诉讼法”赋予了当事人广泛地收集证据的权利和充分地收集证据的方法与程序保障规则。笔者在借鉴域外有关做法和经验的基础上,对我国当事人及其诉讼代理人收集证据的方法和程序保障规则进行了设计:首先确立了证据收集的程序运作规则,即赋予人民法院阐明权以指导当事人收集证据、赋予当事人及其诉讼代理人以收集证据的方法等。其次提出了证据收集的保障机制,包括取证主体取证权的保障机制、确保所取证据合法有效的保障机制(即非法证据排除规则的完善)以及证据收集的罚则(即有关人员拒

不履行协助义务时的责任追究机制)等。其中,最先主张我国大陆地区应当借鉴我国台湾地区的经验,重新确立存证信函制度为收集证据的方法。

5. 重新界定了法院调查取证的范围。按照现行法律规范的有关规定,我国民事诉讼中有权收集证据的主体有当事人及其诉讼代理人、人民法院、人民检察院。就今后证据收集之权限配置的改革而言,证据收集主要应由当事人及其代理人完成;完全取消人民法院的取证权与中国实际情况不合,况且世界上没有哪一个国家绝对取消了法院收集证据的职权或放弃法院对收集证据的控制权和管理权,但对法院行使取证权应严加规范,尽量限制其取证决定的随意性。同时,鉴于收集证据的权限配置不可能做到绝对合理而只能相对合理,且过分强调程序公正而忽视实体公正既非中国司法的传统,也非中国司法公正所追求的理想目标,故宜适当扩大人民法院调查收集证据的范围。这既包括扩大法院依职权调查取证的案件范围,也包括扩大法院依申请调查取证的案件范围,同时还明确了鉴定、勘验、证据保全等事项也可由法院依职权进行。

6. 通过实际调研、条文分析和文献分析,基本摸清了当前我国民事证据收集制度的“家底”并找出了其“症结”,从而为问题的分析和建议稿的提出奠定了客观基础。在我国民事诉讼中,证据收集主体的变化(由法官调查取证变为主要由当事人及其诉讼代理人收集证据)是民事审判方式改革的重要一环。在理论上,改革者意图很大程度地削弱法官调查取证的权力,以确立当事人权利的现代化转型,树立当事人的程序主体地位。然而,由于各种原因,1991年的《民事诉讼法》以及后来的有关司法解释虽然确立了当事人为主法官为辅的调查收集证据的模式,但是却并未赋予当事人充分地收集证据的方法和手段。其结果,此种证据收集制度一方面显示了一定的合理性。但另一方面,其不合理之处在实际运行中也表现得十分明显,其中最为突出的就是:对于当事人而言,由于没有取证规则的限制而容易滥用取证权,或者由于缺乏取证规则的程序保障其取证权又难以实现;对于法官而言,新取证制度的纳入,使其

从“跑腿者”演变为“坐堂者”，因而他们往往只顾法律形式而不甚关注案件实质，或者滥用法律赋予他们的裁量权，随意决定取证与否。很明显，这种取证制度为“两不是”：既不是传统的法官职权取证模式，也不是现代的当事人主义取证模式。换言之，已进行的证据收集制度的改革存在很多问题，在实践中突出地表现为“取证难”和“取证乱”。它既给程序公正的实现造成了障碍，也给实质公正的实现造成了障碍。这就决定了本选题的研究价值。

7. 运用了构建和谐社会的理论和司法公正、诉讼效率、程序保障、当事人程序主体性原则等理念来指导民事证据收集规则的设计。首先，按照现行取证制度，当事人虽然享有取证权，但这种取证权的运行既无规则约束，更无规则保障，因而导致司法实践中一方面出现大量的伪证现象、非法取证现象，另一方面又出现大量的证人拒证、证据持有人拒绝提供证据、对方当事人拒绝作出真实陈述等消极现象。显然，这些消极现象会妨害诉讼秩序，影响社会和谐，也会给司法公正、诉讼效率等价值造成伤害。因而对当事人取证权的运行，既要创设规则予以规范，也要创设规则予以保障。其次，司法解释对法院的取证范围严加限制，使法院的调查取证权力近乎被取消，这未必符合立法者的根本动机。^① 条文上对法院取证权的明确萎缩，再加上办案经费和人员的限制，法院越来越不愿意去实地和人民群众中调查取证，越来越偏向“坐堂问案”。法官获取处理案件所需的证据材料，基本上是通过庭前的当事人证据交换或庭审中的法庭调查而由当事人提交的证据材料。法院这种获取证据的方法虽然在形式上有利于保障当事人的程序主体地位和程序公正，但却很可能脱离实际，不顾事实真相，特别是不利于对弱者的保护。其结果是，一方面有的当事人不停地申诉、上访，另一方面弱者会变得更弱。很明显，这与建设和谐社会

① 2007年修订的《民事诉讼法》第179条明确规定“对审理案件需要的证据，当事人因客观原因不能自行收集，书面申请人民法院调查收集，人民法院未调查收集的”为当事人申请再审且法院应当再审的理由之一，就足可说明这一点。

极不相谐。故此,有些案件不能过分强调程序公正而更应关注实体公正。换言之,为确保实体公正,促进和谐社会建设,法院调查取证的范围较之司法解释的界定宜适当扩大。

8. 本书是在博士论文的基础上修改而成,系较早以博士论文形式对民事证据收集制度从理论到实践展开较为全面、深入研究的学术成果。学界对民事证据收集问题的研究虽已取得一定成果,其中也有一些力作甚至经典之作,但这些成果都是一般的学术论文,或者是案例集成。它们有的学术性强,但研究所及未必全面;有的实践性强,但理论性则有所欠缺。换言之,已有的研究大多停留在某一个或某几个方面,特别是对其作全面系统且理论联系实际并为民事证据收集制度之完善提供立法建议稿的研究的博士论文和学术专著,至少到目前为止笔者尚未见到。^① 因此,本书就形式而言,也具有创新性。

全书在体系安排上共设8章,总体上沿着提出问题→分析问题→解决问题的基本思路展开。其中,第一章对我国民事证据收集制度的现状从立法现状、理论研究现状和司法实践现状3个方面进行了调研或介绍和评析,提出了民事诉讼中证据收集的现状难令人满意的命题。证据收集作为诉讼证明之流水线的发轫地,无论是在立法还是在理论研究抑或司法实践中,其受重视的程度都不能与其基础地位相匹配。第二章对民事证据收集现状的形成原因进行了分析。第三章讨论了民事证据收集的主体。第四章讨论了证据收集的对象和客体。第五章有选择地介绍了有关国家和我国台湾地区以及我国现行法律关于民事证据收集的方法和程序。第六章对民事证据收集制度的法理进行了探讨。第七章提出了重构我国民事证据收集制度的应然模式并对其立法理由进行了分析。第八章是对前述各章尤其是第七章的主要观点、思想进行凝练,力图以法律条文的形式较为

^① 在中国优秀硕士学位论文全文数据库中,截至2006年,对民事证据收集问题(包括对当事人收集证据和法院调查取证、检察院调查取证)进行研究的,笔者以“民事证据收集”、“当事人取证权”、“法院调查取证”、“检察院调查取证”为标题进行搜索,结果发现有硕士论文10余篇,没有1篇博士论文。

全面、系统地对我国民事证据收集制度从通则到细则进行构建。

本书以民事诉讼中的证据收集问题为研究对象,切入点是我国民事诉讼证据收集制度的现状。问题切入后,通过对民事诉讼证据收集制度现状的成因和证据收集的历史、主体、对象与客体、方法与程序、法理等问题的分析和考察,逐步走向本书的研究目标——为建立健全我国民事诉讼之证据收集制度提出立法建议稿。在研究过程中,以当事人及其诉讼代理人收集证据为主视角,以法院、检察院调查收集证据为从视角;以确保当事人及其诉讼代理人取证权的实现(进而确保当事人证明权的实现)为主目的,以规范法院、检察院取证行为,防止其滥用权力为次目的。总之,通过本书的研究,要解决为什么要建立健全民事证据收集制度、建立健全什么样的民事证据收集制度、怎样建立健全民事证据收集制度等问题,从而为有权机关制定取证规则建言献策。

目 录

绪论 / 1

- 一、选题意义 / 2
- 二、国内外研究现状综述 / 4
- 三、研究方法 / 8

第一章 民事证据收集制度的现状及其评析 / 9

- 一、立法现状及其评析 / 10
- 二、理论研究现状及其评析 / 24
- 三、诉讼实践现状及其评析 / 31

第二章 民事证据收集制度之现状原因分析 / 49

- 一、诉讼模式的影响 / 49
- 二、观念滞后 / 58
- 三、规则阙如 / 60
- 四、信息垄断 / 63
- 五、无讼文化和法律意识 / 65
- 六、诚信缺失 / 70

第三章 民事证据收集的主体 / 75

- 一、当事人主义国家民事证据收集的主体 / 75
- 二、职权主义国家民事证据收集的主体 / 88
- 三、中国民事证据收集的主体 / 94

第四章 民事证据收集的对象和客体 / 108

- 一、民事证据收集的对象 / 108
- 二、影响民事证据收集客体范围的因素 / 115
- 三、民事证据收集客体范围中的重点 / 120

第五章 民事证据收集的方法和程序 / 126

- 一、两大法系国家民事证据收集的方法和程序 / 127
- 二、我国台湾地区民事证据收集的方法和程序 / 136
- 三、我国现有的民事证据收集方法和程序 / 149

第六章 民事证据收集制度的法理考察 / 160

- 一、民事证据收集的性质和目的 / 161
- 二、民事证据收集制度的功能 / 169
- 三、民事证据收集制度的价值 / 178

第七章 我国民事证据收集制度的重构 / 196

- 一、明确规定证据收集的基本原则和要求 / 197
- 二、明确规定证据收集的程序运作规则 / 221
- 三、明确规定证据收集的保障机制 / 239

第八章 我国民事证据收集制度的条文设计 / 258

- 一、民事证据调查收集的通则 / 258
- 二、当事人及其诉讼代理人调查收集证据的规则 / 260
- 三、人民法院调查收集证据的规则 / 263
- 四、人民检察院调查收集证据的规则 / 268
- 五、民事证据调查收集的保障规则 / 268
- 六、法律责任 / 271

结 语 / 272

参 考 文 献 / 276

后 记 / 289

绪 论

由于人们行为的目的和利益追求各不相同，社会纠纷总是与人类社会相伴随。在当代中国社会转型的过程中，随着社会格局和利益的不断调整和急剧变化，各种妨害社会安宁与稳定的民事纠纷在不同的社会主体之间更是日见增长。对大量存在的民事纠纷，如果不积极、稳妥地予以化解和救济，就会在社会上引发各种消极情绪，引起新的社会矛盾甚至由“民转刑”，这显然于构建和谐社会十分不利。因此，处理好各种民事纠纷也便成为国家的重要职能之一。国家公权力介入民事纠纷之化解与救济的重要途径之一是受理当事人提起的民事诉讼，通过法院审判对案件作出处理。而法院处理案件的基础是查明案件事实，查明案件事实唯一可以依凭的是证据，证据则依赖于法定主体的调查收集。可见，证据收集（即取证），小而言之，是整栋诉讼之大厦的基石，是整个诉讼旅程的始发点；大而言之，则是维护社会公正，进而促进和谐社会之构建的一条可视通道。

一、选题意义

法官办理案件犹如历史学家揭示历史事实。历史学家揭示历史事实，是依据历史文献的记载以及考古所发现的文物等进行推断。同理，由于法官不是案件事实的亲历亲为者，在接触案件事实之前，对案情一无所知，因此，法官若想发现案件真相，原则上也必须依据已掌握的证据进行推断。如果毫无证据，法官不可能发现案件真相；如果证据不足，法官也难以发现全部真相，或者所发现的“真相”会残缺不全。这样，法官难以为判；即使判了，也难免不引致各种新的问题。由此可见，证据对于诉讼而言，意义何其重大！

诉讼过程本质上不过是一个证明过程。证据收集之于司法证明而言意义同样重大。首先，从证据的来源看，证据具有被动性，绝不可能自动地来到法官面前，只有各种法定的取证主体去调查收集，才有可能进入法官的视野，才有可能被法官用作裁判案件的依据。概言之，离开证据收集，司法证明就成了无源之水、无本之木，其任务是无法完成的。其次，从司法证明的过程看，一个完整的诉讼证明过程，应当是包含取证→举证→质证→认证→用证（即运用证据认定案件事实）几个递进的环节。在这几个环节中，原则上，后一环节应以前一环节为基础，前一环节的任务未完成好，势必影响后一环节的任务的完成。换言之，取证（即收集证据）这一环节是整个诉讼证明的基础，证据收集工作未做好，将难以保证后续工作优质、高效地完成。正如有的学者指出的那样，从证据制度的体系来说，证据制度中的很多内容都需依赖当事人的调查取证权。如举证期限、庭前证据交换、证明责任等，这些都是建立在当事人能迅速收集到证据的基础上。根据木桶原理，一个木桶能够装多少水，取决于最短的那根木条。证据制度同样如此，整个证据制度的作用能够发挥到什么程度，会受到某个不甚完善制度的制约。只有包括当事人调查取证权在内的各个具体证据制度都

比较完善,整个证据制度才能将其功能发挥到极致。^①再次,从司法证明的构成看,一个完整的司法证明有机体,是由证明对象、证明主体、证明手段、证明环节、证明方法、证明责任和证明标准诸因素构成的。其中,证明对象是指那些需要用证据加以证明的案件事实,这是诉讼证明活动的目标所在,必须首先予以确定^②;证明方法是指证明主体为证实待证事实而采用的具体办法,包括证据证明法和非证据证明法;证明责任是诉讼当事人在审判中提供证据证明其主张的案件事实的责任以及在当事人举证不能而使待证事实处于真伪不明状态时要负担不利于自己的诉讼后果;证明标准是指诉讼证明必须达到的程度和水平。可见,证据和证明是两个紧密相关的概念。证明是证据的结果或效果,证据则是证明的媒介。更准确地说,证据是各种事实赖以确立的手段,而证明是根据这些证据推导出来的结果或结论。^③如前所述,证据来自各法定主体的调查收集。因此,证据收集对于诉讼证明而言,意义何其重大!

然而,对如此重要的证据收集问题,我国《民事诉讼法》却只有几个条文的简单规定,再就是一些司法解释不系统的零星规定,致使取证规则成为“稀有资源”。无规则制约下的我国民事诉讼中的取证行为的合法性、正当性便难有保证,这就不难想象威逼、暴力、利诱等取证行为恣意横行,取证过程中的秩序在许多案件中“沦落尘埃”。建设和谐社会,是人类古已有之的理想,而和谐社会,必定是有秩序的社会。这种秩序,

① 任艳琳:《浅谈当事人调查取证权改革》, <http://xingfa.lawtime.cn>, 2007-09-04。

② 在民事诉讼审前准备程序中,双方当事人通过起诉与答辩及证据调查收集、证据交换等,可以起到整理争点的作用,从而确定证明对象即待证事实,但证明对象的确定者并非当事人及其代理人,而是法官。对此,有的国家的民事诉讼法有明确规定,例如,法国《民事诉讼法》第222条就“确定待证事实”作出的规定是:“请求进行调查的当事人,应当具体说明其拟提出证据的事实。哪些事实应待证明,由命令进行调查的法官确定之。”何家弘、张卫平主编:《外国证据法选译》(上卷),北京:人民法院出版社2000年版,第419页。

③ See Paul B. Weston, *Criminal Evidence for Police*, Prentice - Hall Inc. (3rd Edition), P. 2.

决不是一具空壳，而是由各种社会关系协调运作、和平共处构成的有机整体。各种社会关系中的“小秩序”是构成和谐社会之“大秩序”的细胞。“细胞”发生病变，若不及时救治，小则使“细胞”本身坏死，大则使整个机体“崩盘”。作为“细胞”的取证秩序的混乱，势必给有秩序的和谐社会的构建造成障碍。因此，为使取证秩序回到正轨或不偏离正轨，就有必要制定一套科学合理、可有效运行的取证规则。为民事证据收集之具体规则的设置提出一些建议，并以此促进和谐社会的建设，这是本书的一个目标，也是本书的社会性意义和实践性意义所在。

再者，从理论意义看，学界对民事证据收集问题的研究虽已取得一定成果，但研究仍多停留在某一个或某几个方面，特别是对其作全面系统且理论联系实际并为民事证据收集制度之完善提供立法建议稿的研究的博士论文和学术专著，至少到目前为止笔者尚未见到。因此，对民事证据收集问题进行研究，无疑有利于为证据法学这一学科添砖加瓦。

二、国内外研究现状综述

（一）国外研究现状综述

综观古今中外，证据收集的主体、范围、程序、方法和手段等与其所属诉讼模式有着极大的关联，与诉讼理念也密不可分。在不同的诉讼模式和诉讼理念支配下，证据收集的规则是不同的，证据收集的主体亦有不同。但是，当今世界各国不论是大陆法系国家还是英美法系国家，通过民事司法改革，一定程度上在法院与当事人之间重新分配权利与义务，且相互取长补短，其结果是：在“当事者主导原则”或“辩论原则”的制约下，一般都禁止法院依职权调查收集当事人主张之外的证据和处理当事人双方都未提出的事实，法院一般只有在当事人申请的情况下，才能采取有关的措施进行证据的调查收集或协助

当事人进行证据的收集。即使如此,由于传统诉讼文化的积淀和诉讼理念的影响,采取职权主义诉讼模式的大陆法系国家和采当事人主义诉讼模式的英美法系国家在证据收集方面,仍表现出各自的特色。这主要体现在当事人收集证据是否在法院的介入和指挥下进行。一般认为,英美法系国家,当事人收集证据,原则上在法院不介入的情况下进行,而德日等大陆法系国家,当事人收集证据则须向法院申请,经过法院许可进行收集。^①

英美法系国家民事诉讼的对抗性尤为突出,更加强调当事人的举证责任,因而证据收集工作主要交由当事人及其代理律师去完成。他们怎样才能收集到证据呢?当事人主要通过证据开示程序来收集其所需要的证据。证据开示程序(或称发现程序,discovery)是英美法系国家审前准备程序的重要一环,颇有特色。一般而言,按照证据开示制度,证据资料只要与诉讼相关联且不在保密特权范围之列,无论何种证据形式(包括证人证言、书证、物证、鉴定结论等)均应在开示程序中予以开示,未经开示的证据不得在开庭审理时使用。美国的证据开示制度较为完善,包括开示范围规则、开示方法规则、强制性证据开示规则、异议、保护命令和制裁规则以及审前会议规则。^②美国有学者认为,证据开示制度有利也有弊。英国的当事人收集证据近似于美国,也主要是通过证据开示来完成的。但是,

① 常怡、杨军:《我国证据收集制度的反思与重构——兼论民事审判方式的改革》,《汕头大学学报人文社会科学版》2002年第1期,第49~56页。

② 其中,根据《美国联邦民事诉讼规则》的有关规定,证据开示的范围是,凡是与正在进行的案件的诉讼标的有关并且不属于保密特权范围的任何事项都可予以证据开示。在证据开示程序中,当事人可以采用5种方法收集证据:一是录取证言(deposition);二是向对方当事人送达质询书(interrogatory);三是向对方当事人或第三人要求提供书证和物证;四是要求自认(request for admission);五是要求检查身体和精神状态(physical and mental inspection)。当事人利用这些方法进行证据的调查收集时,除检查身体和精神状态须经法院许可并由法院指定检查人外,一般不必经过法院,只有在有关的当事人违反发现程序的时候,法院才应当事人提出的请求制裁的申请(motion),采取制裁措施,以保证发现程序的顺利进行,防止发现程序的滥用。汤维建:《美国民事诉讼规则》,北京:中国检察出版社2003年版,第179~237页。

根据英国最近对民事诉讼制度的改革以及1999年4月26日实施的《民事诉讼规则》的有关规定,英国的证据开示与美国相比,更加强调法官对案件的管理职能,证据开示的进行多需依据法院的命令进行。

相对于英美法系国家而言,大陆法系国家在职权取证方面的色彩要浓。德国和日本的证据收集制度非常相近,当事人收集有关证据,不论是要求证人出庭作证、鉴定人进行鉴定还是要求对方当事人或第三人提出文书,均须向法院提出申请,经法院审查,再作出决定或发出传票命令证人出庭作证,或指定鉴定人进行鉴定,或发出文书提出命令等,在这些手段中,比较重要的是文书提出命令。此外,日本在其新民事诉讼法中,规定了当事人照会制度,即在法院不介入的情况下,当事人彼此以书面形式向对方提出质问,并要求对方以书面形式回答的制度。在德国的诉讼法学说上,认为对方当事人对一方当事人提出证据,负有协助义务。如果其未尽协助义务,则要承担因其妨碍证明所生的不利裁判。协助义务主要来自于民事诉讼法关于文书提出义务、当事人的真实义务以及实体法上规定的义务。德国民事诉讼法学者史迪内(Stürner)认为,判例以及学说依据经验法则、诉讼上的诚信原则等作为妨碍证明的理由,在理论上是无可非议的。对于未知事实或证据方法的告知义务、证据的保管义务、勘验物的提出义务等,法律未作规定时,应类推适用当事人的说明义务,即当事人在诉讼上有一般的说明义务。违背说明义务要承担诉讼上不利裁判的后果。德国有关诉讼资料及证据材料的收集,不论是实体法的规定,还是程序法的规定乃至判例或学说所形成的理论,其范围仅限于当事人之间。^①

综上所述,民事证据收集制度在国外是比较完善的,尤其是英美法系国家更为发达。完善、发达的法律制度离不开理论

① 常怡、张永泉:《证据调查收集与秘密保护制度之研究》, <http://www.4thway.cn/post/17.html>, 2005-12-15 (出处:《第三届全国民事诉讼法学研讨会论文》2000年4月)。