



法学
新思维
文丛

书证收集与程序保障

——以当事人证明权的实现为中心

张友好◇著

SHUZHENG SHOUJI
YU
CHENGXU BAOZHANG

中国检察出版社



QW

法学
新思维
文丛

广州市社会科学界联合会第十二次(2010年度)资助社会科学出版项目

书证收集与程序保障

——以当事人证明权的实现为中心

张友好◇著

SHUZHENG SHOUJI
YU

CHENGXU BAOZHANG

中国检察出版社



图书在版编目 (CIP) 数据

书证收集与程序保障：以当事人证明权的实现为中心/张友好著.

—北京：中国检察出版社，2010.4

ISBN 978 - 7 - 5102 - 0253 - 7

I. ①书… II. ①张… III. ①民事诉讼 - 证据 - 研究 - 中国

IV. ①D925.113.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 057632 号

书证收集与程序保障

——以当事人证明权的实现为中心

张友好 著

出版发行：中国检察出版社

社 址：北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址：中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电子邮箱：zgjcbs@vip.sina.com

电 话：(010)68682164(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销：新华书店

印 刷：保定市中画美凯印刷有限公司

开 本：A5

印 张：12.625 印张

字 数：359 千字

版 次：2010 年 5 月第一版 2010 年 5 月第一次印刷

书 号：ISBN 978 - 7 - 5102 - 0253 - 7

定 价：35.00 元

检察版图书，版权所有，侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

序

《书证收集与程序保障——以当事人证明权的实现为中心》一书，是张友好博士在其同名博士学位论文基础上修改完成的。全书针对书证收集这么一个细小的环节大做文章，可谓“小题大做”。我一向钦佩那些能够做到“以小见大”的学者，所以，友好博士邀请我这个外行为其新作作序，也就不揣冒昧，欣然应允，当然，更深感荣幸。

记得2000年《中外法学》第1期曾发表了刘南平先生的《法学博士论文的“骨髓”和“皮囊”》一文，指出我国法学博士论文写作中存在的一个较为普遍的问题，即选题较大并缺少命题，多数是由概念、特征、比较等构成的教科书式体例的“述而不作”的作品。我在为研究生开设的法学研究方法课程中，一般都会谈及这篇文章。刘文中所涉及的问题，不仅是博士研究生应该注意的，也是所有的论文写作者都要思考的问题。论文当以“论”为中心，自然应该集中于某个专门的问题。就此而言，本书作者还是很努力地在解决这个问题。这种努力表现在，在整个文章的架构中，作者都在努力紧扣所关注的“问题”，以问题为导向，紧紧围绕如何保障当事人之证明权实现的程序设计，把程序的设计问题作为证明权实现的关键，我以为这是符合实际的。特别是，作者没有简单地采用传统的大陆法系、英美法系“二分法”的比较考察，而是尝试将两大法系“糅合”在一起，把证据收集按照自己的思路抽象为“权力主导”、“义务主导”和“权利主导”三种理想类型，进而着重探讨在实现由他所勾画的“义务主导”向“权利主导”转换的大背景下，有关国家是如何提升当

事人之收集事证能力和保障当事人证明权以及与之相关的基本理论、程序和价值等领域的问题。这个思路，体现了作者思想上的独到之处。这是我的第一个认识。

第二，在研究方法上，作者努力从我国实际发生的案例与问题出发。目前，法学界比较强调实证研究的方法。在这个背景下，作者在文章中努力把握制度背后的制约因素和制度变迁的“路径依赖”（path dependence），保持对于制度运行的内生机制及外部环境的“亲历性”。作者通过大量的实际调查和个案研究，努力探讨我国书证收集制度，揭示在理论研究和司法实践中所面临的有关“真问题”，提出并比较深入地分析了我国当事人证明权保障方面存在的四个基本矛盾及其成因。妥协，或许也是一种艺术。具体的制度构建不同于潇洒的理论畅想，它不仅需要宽阔的学术视野和务实的精心构筑，更需要均衡多元的价值说服力和深邃的社会洞察力。基于权利主导不足这一“中国的问题”，作者强调以“世界的眼光”，在现有的制度格局短期内还难以根本改变的情况下，或许更应该找到一种“妥协”的办法。即在现行证据调查令的基础上，遵从“从技术到制度”的“相对合理主义”的思路，通过汲取书证开示和文书提出命令等程序保障的理论内涵，配合我国当前的证据交换制度，并有效平衡相对人的特权保护，来构建“权利主导”型文书收集制度，以提升当事人收集事证之能力，最大限度地保障其证明权乃至诉权的最终实现。

第三，作者有比较强的时代感。当前，我国证据制度的改革，讨论一般多集中于关注如何弱化法官的主导性职权，而强化当事人的举证责任。但是，进一步的问题则在于，如何从制度设计上来保障当事人确实能够举证，这个领域有关的研究则并不多见，也没有发现有关的专门的论著。《书证收集与程序保障——以当事人证明权的实现为中心》从书证收集的历史类型、制度运行、秘密保护、程序保障、问题所在和完善路径等诸多层面，对于书证收集制度做了深入系统的分析，进一步探讨了我国证据制度改革的基本方向。在这个意义上，该书的出版无疑对目前这一领域的深化改革具有重要的参考价值。

当然，书证收集制度的构建是一个不断制度化与再制度化的过

程，不仅有关诉讼法在修订，而且，审判机关也在根据实际需要“能动”地参与这种制度实践。所以，任何一本著作都不可能完成全部研究。作者的博士论文完成以后，新的制度还在不断出现，有些问题，或许没有得到讨论或者充分讨论。期待作者能够持续研究这一课题，使我们有机会经常可以分享他的思考。

葛洪义

2010年2月于广州大学城

目 录

序	/1
导论	/1
一、选题背景及写作进路	/1
二、关于证据收集与证据调查的思辨	/7
三、为什么是书证 (documents)	/13
第一章 模式选择及其理论基础	/17
一、权力主导模式	/18
(一) 纠问式诉讼	/18
(二) 马锡五审判方式	/19
(三) 苏维埃民事诉讼	/21
二、义务主导模式	/24
(一) 思想渊源	/25
(二) 功能评价	/29
三、权利主导模式	/30
(一) 理论框架	/31
(二) 权利主导模式之架构	/38
第二章 文书提出之制度运行	/44
一、文书提出之范围	/44
(一) 引用文书 (cited documents)	/45
(二) 交付或阅览文书 (deliverable/inspectable documents)	/50
(三) 利益文书 (benefit documents)	/53

(四) 法律关系文书 (legal - relationship documents)	/58
(五) 与诉讼标的相关 (relevant to the subject matter) 或与主张—防御相关 (relevant to the claim or defense) 之文书	/62
二、一般义务抑或限定义务	/70
(一) 日本法上之一般化趋势	/72
(二) 我国台湾地区法上之争议	/77
(三) 德国法上之扩张态势	/80
(四) 美国法上之限缩态势	/82
三、文书提出之特定	/85
(一) 文书特定之功能	/86
(二) 文书特定之内容	/87
(三) 文书特定之审查	/91
四、文书特定义务之缓和	/95
(一) 法院之阐明	/95
(二) 当事人之询问	/97
(三) 文书特定义务之减轻	/99
(四) 文书持有人之协力	/100
第三章 文书提出之秘密保护	/111
一、隐私或业务秘密之豁免	/112
(一) 立法论上的分歧	/112
(二) 解释论上的考察	/115
(三) 范围设定原则	/120
二、公务秘密之豁免	/123
(一) 日本法上之争议与变迁	/124
(二) 我国台湾地区之处理	/127
三、工作成果 (work - product) 提出之例外	/130
(一) 历史变迁	/130
(二) 价值考量	/134
(三) 构成及其类型	/139

(四) 提出标准	/144
(五) 豁免之放弃	/150
(六) 与律师—当事人特权比较	/152
四、自用文书 (self-use documents) 提出之例外	/154
(一) 功能选择	/154
(二) 新旧法律关于自用文书内涵之论争	/157
(三) 自用文书之判断——以银行贷款 评议书为例	/160
(四) 自用文书之构成	/164
(五) 自用文书与工作成果比较	/167
五、文书秘密之保护程序	/169
(一) 保护令 (protective orders)	/169
(二) 秘密审查 (in camera)	/173
(三) 文书之部分提出	/184
第四章 文书提出之程序保障	/188
一、拒不提出文书之制裁	/188
(一) 制裁之手段	/188
(二) 制裁之性质	/196
(三) 制裁之要件	/200
(四) 制裁之审查	/204
二、妨碍文书提出之处理	/208
(一) 前提要件：保存义务之存在	/208
(二) 功能目标：受损权利之回复	/214
(三) 民事程序法上之制裁	/221
(四) 民事实体法上之独立侵权之诉 (independent tort action)	/228
三、摸索证明之禁止	/238
(一) 内涵及类型	/239
(二) 摸索证明之有关实践	/241
(三) 摸索证明之原则性禁止考量	/243

(四) 摸索证明之例外性允许考量	/249
四、违法收集之处理	/253
(一) 法律源起：历史文本中的解读	/253
(二) 正当性基础：一种理论上的阐释	/256
(三) 排除与否：解释论上之变迁	/260
(四) 裁量排除及其考量要素	/265
第五章 我国文书收集制度之现状考察	/268
一、历史与现状：法律文本的解读	/271
(一) 民事诉讼法颁行以前——权力主导 模式的确立	/271
(二) 诉讼法颁布以后至证据规定颁布 以前——义务主导模式的异化	/277
(三) 证据规定颁布以来——权利主导 模式之权利不足	/287
二、问题所在：我国书证收集制度之实证调查	/291
(一) 案卷调查统计	/291
(二) 问卷调查与重点访谈	/298
三、个案特写：“王洪年案”的诉说	/309
(一) 案情概述	/309
(二) 问题追问	/312
(三) 诊对了病，却开错了方	/316
第六章 权利主导的书证收集制度之建构	
——以民事证据调查令为基础的完善	/318
一、四对矛盾	/319
二、三重路径	/322
三、现实选择	/332
(一) 权利之赋予	/337
(二) 调查令之性质	/339
(三) 义务之范围	/343
(四) 申请要件及其缓和	/348

（五）调查对象	/352
（六）提出例外及秘密保护	/355
（七）内在障碍之排除——违法实施之制裁	/357
（八）外在障碍之排除——调查妨碍之处理	/359
附 录	/366
主要参考文献	/371
后 记	/388

导 论

一、选题背景及写作进路

本书的选题，还是缘于多年前笔者亲历的一个小小案例。室友甲报名参加乙学校电脑培训，其间因“非典”而被推迟至9月开班。9月甲因有事不能参加，遂要求退还学费1000元，但因报名缴费发票丢失，乙拒绝退还，甲便将乙诉至法院请求退还学费，但由于无发票证明教学关系存在，因此甲该主张未能得到法院的支持，甲请求查阅乙发票存根，乙认为其根本无权查阅，未予理睬，甲遂申请法院取证。但法院先是以“谁主张、谁举证”为由拒绝受理，后又要求交纳500元调查费，最后甲通过“关系”，法院终于同意前往调取证据。可是在法院前往乙处查阅发票存根时，乙备感冤枉和委屈，认为甲丢失了“证据”是他个人的事儿，自己并无此提供义务，法院之所以来调查取证，完全是甲“找了人”的结果。因此，乙先是以发票太多无法查阅为由予以搪塞，后又以商业秘密为由拒绝提出。最后终于答应查查看，但最终还是以“非典”期间搬家致该月票据丢失为由而未能提出。后经法院反复查询，确未找到该时间段的票据。

至此，法院该如何处理？在现行制度框架内，恐怕不是一容易解决的问题。是严格依循“谁主张、谁举证”原则，在甲不能举出证据支持其主张，致该事实真伪不明时，判决该主张不能成立；还是按照《民事诉讼法》第103条的规定，除责令乙履行协助义务外，并可以予以罚款；或是按照最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规定》）第75条之规定，推定甲之主张成

立？对此，该案并没有给出答案，而最终以“各打五十大板”的调解方式结案。

尽管该案标的非常的微不足道，之所以闹到法院，也完全是双方当事人为了“讨个说法”而“较上了劲”的结果，但该案所引发的问题，多年来一直萦绕在我的心头：

首先，在调查启动方面，究竟在什么情形下，当事人可以申请法院调查取证？法院在对此进行审查时，又依循一种什么样的标准？对方当事人是否及缘何负有提出相应证据之义务？虽然《证据规定》第17条对于当事人申请法院调查取证的范围作了规定，但这种规定具有多少确定性和可操作性，又能否解答上述诸问题则不无疑问。否则，申请人不至于在申请不能时，而通过“关系”竟可起死回生，法院也不至于在决定是否依申请调查取证时拥有绝对的自由裁量权，而可以基于“偏好”等因素随意作出是否调查的决定，对方当事人更不至于会认为申请人“找了人”，而备感“冤枉”和“委屈”。

其次，在秘密保护方面，法院查阅账簿时，如牵涉相对人之隐私或秘密等，是否还有权查阅？如有权查阅，为保护相对人之隐私或秘密，这种查阅应以何种方式进行？隐私或秘密的范围为何？商业账簿是否属于该保护范围？法院在决定是否取证时，如何衡平申请人之证明权和相对人之秘密利益的均等保护？而且如若该证据不为对方当事人持有，而为与案件无关的“他人”或“国家有关部门”（以下简称“第三人”^①）持有时？该第三人缘何负有提出相应证据之义务？对于该第三人之秘密利益又该作何保护？

再次，在法律后果方面，在法院为查阅时，而对方当事人拒不提

① 此处第三人之概念与我国通常所理解之第三人概念不在同一意义上使用，通常所说的第三人是指在民事诉讼中，对他人争议的标的有独立的请求权，或者虽无独立的请求权但同案件的处理结果有法律上的利害关系，因此参加到已经开示的民事诉讼的公民、法人或组织。参见曹庆敏主编：《精编法学辞典》，上海辞书出版社2000年版，第1029页。而此处之第三人概念，是指诉讼当事人以外之其他公民、法人或组织，包括前述意义上的第三人。可参见吕太郎：“文书提出命令”，载《台湾本土法学》，2001年第25期。

出的,究竟该如何处理?是责令履行、罚款,还是推定该主张成立?二者如何择定?其效果如何?如若是第三人拒不提出相应之证据,这些方法是否可以一体适用?其效果又会如何?尤其是对于推定该主张之成立,则更不无疑问。这在相对人持有相应证据而拒不提出时还容易处理,倘相对人确是基于故意或过失已将证据毁损或丢失,尤其是在过失丢失时,又该如何处理?如也适用上述之方法,那缘何相对人负有保存相应证据之义务?特别是在法院未行查阅或者在诉讼开始之前,相对人是否也负有此等义务?如有,其又应自何时开始?诸等都尚待厘清。

最后,在当事人证明权保障方面,除申请法院调查取证外,当事人是否还有其他可赖以收集证据的渠道和手段?当事人及其律师是否有权直接向相对人收集证据?是否可以通过政府信息公开法,直接向政府有关部门收集必要的资讯?是否可以通过民事证据调查令程序,直接向相对人取得有关资讯?其程序和后果如何?在关键性证据为对方当事人或第三人持有时,是否可以通过提起独立的请求交付之诉予以获得?如可以,该诉与本诉处于一种什么样的关系?应否或必须一并审理?甚至在上述“公力救济”手段不完善或渠道不畅通时,是否可以允许当事人通过“调查公司”等进行“私力救济”?

诸如此类的问题还可以提出一大串。我们知道,现代诉讼实行证据裁判主义,“打官司”就是“打证据”。对于事实的认定一般须有取证、举证、质证和认证四个环节,毋庸置疑,收集证据是举证、质证和认证的前提和基础,否则,审判将会陷于无证可举、无证可质和无证可认之状态。根据“木桶原理”,一个木桶能够装多少水,取决于最短的那块木板。因此,收集证据成为诉讼首要环节,它非但涉及法院认定事实的证据充足率,更重要的是关涉到当事人之证明权的实现,因为无法收集到必要的证据,当事人将无法举证,而“无法为所主张的权利举证,该权利实际上就会变得毫无意义”^①。

① [日] 谷口安平:《程序的正义与诉讼》,王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社1996年版,第64页。

发端于 20 世纪 90 年代的我国民事司法改革是以弱化法官职权、强化当事人之举证责任为出发点的，应当说这个改革的基本方向没有问题。但是我们在弱化法官职权、强化当事人举证责任的同时，却忽视了对于当事人收集证据手段的充实，尤其是我国 2001 年《律师法》第 31 条规定：“律师承办法律实务，经有关单位或者个人同意，可以向他们调查情况。”更是将当事人及其律师收集证据置于一种有权利之名，而无权利之实之状态。因此，在证据为对方当事人或第三人持有时，如何通过一快速、低廉和有效的程序获得该证据，即成为当今世界各国修订民事诉讼法之基本方向。尤其是在所谓的“现代型”^①诉讼中，则更是如此。为此，德国于 1999 年和 2002 年先后两次对其民事诉讼法进行修订；日本也于 1998 年和 2003 年连续两次修订其民事诉讼法；美国也分别于 1991 年、1993 年、2000 年和 2006 年对其联邦民事诉讼规则进行修订。这些国家修订民事诉讼法的一个重要趋势就是，大力提升当事人收集事证之能力，强化法官对于程序之管理权和指挥权。反观我国民事司法改革之基本方向，“在探索民

① 尽管现代型诉讼是一个难以确定的概念，其外延也非常模糊，但大体包括以下因素：一、在当事人的特性等方面，原告方大多是因为被告方的活动而受到加害或加害危险的市民（消费者、居民），而且多数表现为人数众多，具有集团性或扩散性。与此相反，被告方主要为国家、公共团体或大企业，等等；二、原告对被告的实质性请求内容，有时不仅是损害赔偿，还包括预防性停止，这两项请求都涉及评价被告方活动之公共意义的问题；三、从原告和被告相互间的关系上看，原告若想获得请求被认可的判决，将会在主张和立证方面遇到巨大的困难。例如，在公害人身伤害赔偿诉讼中，存在着证据偏在和新颖的科学证明等难以克服的障碍；在机场噪声和新干线噪声诉讼中，还必须围绕着轻微的难以捕捉的侵害或微妙的精神损害来展开主张和立证。而对于果汁含量表示不当诉讼或因避免被动吸烟引起的嫌烟权诉讼而言，这种困难则显得格外突出；四、当事人间在原则上缺乏互换性。以代表传统诉讼之典型的催收债权诉讼而言，通常的模式是金融业者诉中小企业者或工薪阶层。然而现代型诉讼的特征表现为，它结合了环境诉讼的集团性和消费者诉讼的扩散性。参见〔日〕小岛武司等：《诉讼制度改革的法理与实证》，陈刚、郭美松等译，法律出版社 2001 年版，第 169—170 页。

事审判方式改革的过程中,无论是理论界还是实务中都存在一种十分危险的观点,即认为我国传统的民事诉讼制度职权主义色彩太浓,应该通过改革,建立彻底的当事人主义诉讼制度,具体到民事证据的调查收集问题上,即强调完全由当事人自己负责,法院不应介入”^①。因此,在相当程度上,我国现行之“司法改革恰恰是从英、美、法、意等国的对岸出发,向它们迎面走去”^②。如果说在改革之前法官职权取证,只是以法官之权力“遮蔽”了当事人之权利,当事人之证明权因有了权力之介入还不至于落空外,那么改革后法官之权力的退出,而当事人之收集证据权利的未能及时补进,则容易造成当事人之证明权的旁落。以致有学者惊呼:“证据问题已经成为制约民事审判方式继续向前推进的瓶颈,这一问题如果得不到及时解决,民事审判方式改革就将很艰难地进行下去。”^③

对此,有学者建议引进美国之证据开示程序,也有学者建议引进德、日的文书提出命令制度,甚至有法院颁行了独具中国特色的民事证据调查令制度。^④然而,证据开示程序和文书提出命令究竟是如何运作的?在我国是否有其生存的土壤?民事证据调查令制度运行的效果如何等等,也还需要在实践中检验和完善。2002年颁行的《证据规定》虽然规定了证据交换制度和当事人申请法院调查取证制度,然从上述之案例看,似乎这两项制度并没有完成提升当事人收集证据能力之基本要旨。尽管民事诉讼法修订不久,然基于这样那样的原因,证据收集制度并未触及。究竟应该建立一种什么样的证据收集制度,学界尚未达成一致,理论上的探讨也还显不足。从笔者所能检索到的材料看,目前国内有关民事证据收集的专著尚未见问世,博士论

① 最高人民法院民事诉讼法调研小组:《民事诉讼程序改革报告》,法律出版社2003年版,第108页。

② 徐昕:“当事人权利与法官权力的均衡分配”,载《现代法学》,2001年第4期。

③ 李国光:《最高人民法院〈关于民事诉讼证据的若干规定〉的理解和适用》,中国法制出版社2002年版,第1页。

④ 有关民事证据调查令制度,可参见本书第六章相应内容。

文也未曾见及，有关的论文多集中在对于法院职权调查证据的批判上，而对于如何在程序上保障当事人收集证据权利的实现，虽也有不少学者涉入，但仍留有相当的探讨空间。^①

基于此，本书致力于对上述诸问题予以厘清，先以权力、义务和权利三个要素在证据收集中的地位和作用为标志，对于民事证据收集制度作了类型划分，并指出构建“权利主导型”证据收集制度乃为民事司法改革之基本发展方向，接下来以“衡平”和“保障”为关节点，对于域外有关国家或地区之“权利主导型”之变法趋势及其纷争作系统考述，最后部分通过对法律文本解读和实证调查的方法，揭示出我国“权利主导型”证据收集模式之“权利”不足，并以之

① 有代表性的论文有奚玮：“民事证明权的多维视角”，载《法律科学》，2009年第5期；汤维建：“论美国民事诉讼中的证据调查与证据交换——兼与我国比较”，载王利明主编：《中国民事证据的立法研究与应用》，人民法院出版社2000年版；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”，载《汕头大学学报》（人文社会科学版），2002年第1期；齐树洁、黄斌：“论民事诉讼中的证据调查”，载《河南省政法管理干部学院学报》，2002年第4期；崔婕：“证据收集制度”，载《现代法学》，2002年第3期；赵信会：“民事诉讼中的证据调查制度”，载《现代法学》，2004年第6期；熊跃敏：“日本民事诉讼的文书提出命令制度及其对我国的启示”，载陈光中主编：《诉讼法论丛》，法律出版社2002年版；刘春梅：“完善我国证据收集制度的若干思考——日本证据收集制度及启示”，载《河南省政法管理干部学院学报》，2001年第6期；赵钢、占善刚：“也论当事人举证与人民法院查证之关系”，载《法商研究》，1998年第6期；张永泉：“论我国民事诉讼证据调查收集与秘密保护制度的设立”，载《政法学刊》，2000年第3期；熊跃敏：“大陆法系民事诉讼中的证据收集制度论析——以德国民事诉讼为中心”，载《甘肃政法学院学报》，2004年第4期；黎蜀宁：“论书证收集的程序保障”，载《西北师大学报》，2004年第3期；王春：《当事人收集证据权利的程序保障研究》，河南大学2002年硕士论文；杨军：《民事证据收集制度研究》，西南政法大学2002年硕士论文；黄丽娟：《民事诉讼中的文书证据收集制度研究》，中国人民大学2004年硕士学位论文；李亚妮：《当事人证据收集权的程序保障》，西南政法大学2006年硕士论文；黄小青：《民事诉讼中的当事人证据收集制度研究》，南京师范大学2006年硕士论文等；奚玮：《民事当事人证明权保障》，中国人民公安大学出版社2009年版。