

民事证据保全制度研究

——以法院为中心的分析

许少波 著



013027537

D925.113.4

19

民事证据保全制度研究

以法院为中心的分析

许少波 著



北航

C1636896



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

D925.113.4

19

图书在版编目(CIP)数据

民事证据保全制度研究:以法院为中心的分析 / 许少波著. —北京:法律出版社, 2013. 3

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4675 - 4

I. ①民… II. ①许… 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(2013)第 042756 号

民事证据保全制度研究
——以法院为中心的分析
许少波 著

编辑统筹 大众出版分社
策划编辑 柯 恒
责任编辑 柯 恒
装帧设计 马 帅

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京北苑印刷有限责任公司
责任印制 沙 磊

开本 A5
印张 10
字数 241千
版本 2013 年 4 月第 1 版
印次 2013 年 4 月第 1 次印刷

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4675 - 4

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



北航

C1636896

中文摘要

诉讼性证据保全发源于寺院法,非讼性证据保全起源于罗马法。德国普通法,取法于寺院法并继承证据保全制度而沿传至今。证据保全是当事人与法院协同调查收集证据,从而保障当事人证据收集权和证明权实现的一种程序。其价值目标是公正和效率。从诉讼性出发,它注重公正;就非讼性而言,它侧重效率。其目的是预防诉讼和促进诉讼,其现代功能主要是收集证据。

大陆法各国为扩充当事人收集证据的途径,相继确立了证据保全程序的独立地位、扩大了其适用范围,使证据保全程序的重心从诉后移至诉前。英美法国家则对其证据开示制度作了相应调整,规定了当事人于诉前对证据的收集。我国证据保全制度所存在的主要问题是立法简陋、类型单一、条件苛刻、未贯彻预防诉讼和促进诉讼的理念。基于域外经验和我国实际,改造我国证据保全制度已成为必然。改造我国证据保全制度的目的是扩充当事人收集证据的途径,模式是以借鉴德国独立证据调查制度为主并博采各

国之长,宏观路径是确立证据保全程序的独立地位,将法院证据保全从诉后伸展至诉前,具体方案是全面完善法院证据保全的各构成要素,增设确定事物状态之证据保全和经他方当事人同意之证据保全,强化证据保全程序中的程序保障,确认通过证据保全程序所获取证据的效力,创设当事人在证据保全程序中的协议。

关键词:民事诉讼;证据保全;收集证据;预防诉讼;促进诉讼

ABSTRACT

The perpetuating testimony on litigation had its rise in the law of monastery, and it on non-litigation originated from Rome law. The German common law which took its rise in the law of monastery inherited the perpetuating testimony system and followed now. The perpetuating testimony is the kind of procedure that the parties and court collect a proof together and guarantee to realize parties' right of collecting and testifying proof. The value target of the perpetuating testimony is justice and efficiency. It pays attention to justice setting out from the litigation and it lays particular emphasis on efficiency on non-litigation. The purpose of the perpetuating testimony is to prevent from litigation and promote it and its modern function is to discovery and collect proof.

In order to enlarge the path of parties collection proof, continental law system have established the independent position of the perpetuating testimony

procedure and extended its scope and move its center from tell to before tell. British and American have adjusted their discovery system too. The key problems in the perpetuating testimony system of our country are that the lawmaking is simple and the type is single and the condition is rigor and don't carry through the idea to prevent and promote litigation. According to experience outside the area and Chinese fact, reformation our perpetuating testimony system has become necessary. The purpose of reformation our perpetuating testimony system is to increase the path that parties collect proof, and the mode is mostly to take drawing lessons from German independent system to investigate proof and combine good qualities of all countries, and the macroscopic path is to establish the independent position of perpetuating testimony procedure and makes the perpetuating testimony that court has from tell to before tell and that notarial organization has from before tell to tell. Its tiny view project is to perfect each main factor of the perpetuating testimony, with increasing new kind of perpetuating testimony and enhancing its procedure guarantee and confirming its effect and creating an opportunity for parties to consent of all in perpetuating testimony procedure.

Key words: civil case in court; perpetuating testimony; collection proof; prevent from litigation; promote litigation

目 录

中文摘要 001

ABSTRACT 001

前言 001

第一章 证据保全制度的基础理论 015

第一节 证据保全语意阐释 015

一、域外学理对证据保全概念的认识 015

二、我国学理对证据保全概念的认识 019

三、证据保全的语意 023

四、证据保全与相关概念辨析 027

第二节 证据保全的种类 034

一、行政证据保全、公证证据保全和司法
证据保全 034

二、诉讼前证据保全和诉讼中证据保全 038

三、紧急型证据保全和非紧急型证据保全 038

第三节 证据保全程序的性质 040

一、诉讼程序与非讼程序的区分及其标准 041

二、关于证据保全性质的争论 044

三、本书的观点 049

第四节 证据保全程序的价值 051

一、诉讼公正与证据保全 051

二、诉讼效率与证据保全 057

三、公正和效率的冲突与证据保全 060

第五节 证据保全制度的功能 061

- 一、保全证据 063
- 二、开示证据 064
- 三、收集证据 069
- 四、确定事实 070
- 五、促成诉讼外纠纷解决 071
- 六、简短结语 073

第二章 证据保全制度的比较与走向 074

第一节 德国证据保全制度 074

- 一、德国证据保全程序的修正及其称谓 075
- 二、德国证据保全制度的构造 080
- 三、德国证据保全制度的特点 089

第二节 日本证据保全制度 092

- 一、日本证据保全制度的框架 092
- 二、日本证据保全制度的特征 096
- 三、日本证据保全制度的发展动向 098

第三节 我国台湾地区证据保全制度 101

- 一、民事证据保全制度改革的背景与理念 101
- 二、台湾民事证据保全制度改革的内容 104
- 三、简短结论 109

第四节 英、美证据保全制度 109

- 一、英国的笔录证言制度 111
- 二、美国的笔录证言制度 112
- 三、英、美证据保全制度的特点 116

第五节 两大法系证据保全制度的共同走向 117

- 一、问题提出 117
- 二、两大法系证据保全制度的差异 120
- 三、两大法系证据保全制度差异的成因 121
- 四、两大法系证据保全制度的共同走向 124

第三章 我国证据保全制度的实证与反思 127

第一节 我国证据保全制度的历史演变 127

一、我国证据保全制度的产生和发展 127

二、我国证据保全制度的特点 133

第二节 我国证据保全制度的实际运行 134

一、证据保全的申请 134

二、证据保全裁定 135

三、证据保全裁定的执行 143

四、证据保全的效力 147

第三节 我国证据保全制度的检讨与反思 148

一、关于我国证据保全制度的检讨 148

二、关于我国证据保全制度的反思 155

第四章 我国证据保全制度改造的法理与构想 160

第一节 改造我国证据保全制度的必要性 160

一、社会需求的变化 160

二、我国当事人诉前证据收集手段缺失 166

三、我国证据保全制度功能不足 171

第二节 改造我国证据保全制度的理念 172

一、协同主义的产生和发展 174

二、协同主义的实质及要求 178

三、现代证据保全制度与协同主义的契合 179

第三节 改造我国证据保全制度的法理基础 181

一、古典辩论主义和举证责任原理的缺陷 182

二、当事人收集证据和开示证据的根据 184

第四节 改造我国证据保全制度的样态 194

一、我国证据保全制度的样本选择 195

二、我国证据保全程序的地位确立 200

三、我国证据保全制度的功能定位 202

第五节 改造我国证据保全制度的规划 204

一、理顺一般法与特别法的关系 204

二、证据保全公证与法院证据保全的界分与协作 210

三、完善证据保全的法定类型及其各构成要素 221

第五章 我国证据保全制度改造的实体与程序 222

第一节 证据保全的类型及其条件 222

一、证据可能灭失或以后难以取得之证据保全 223

二、经对方当事人同意之证据保全 224

三、为确定事物状态之证据保全 225

四、法院依职权之证据保全 235

第二节 证据保全的管辖 237

一、国外或地区立法例简评 237

二、我国证据保全管辖的完善 238

第三节 证据保全的程序 240

一、证据保全的申请 240

二、证据保全的担保 242

三、证据保全的裁判 245

四、证据保全程序上之证据调查 247

第四节 证据保全的效力 258

一、对本案事实的效力 259

二、对本案诉讼程序的效力 266

第五节 证据保全的费用 272

一、证据保全费用与诉讼费用的关系及其内容 272

二、证据保全费用的负担 274

第六节 证据保全程序中的协议 280

一、设立证据保全程序中协议的目的 281

二、证据保全程序中协议的范围 285

三、证据保全程序中协议的启动机制 287

四、证据保全程序中协议的效力 289

参考文献 293

后 记 307

前 言

一、研究目的和意义

研究民事证据保全制度的目的主要有两个方面：一是建构独立的证据保全理论；二是通过改造我国传统证据保全制度扩充当事人收集证据的手段，并在此基础上提出设置我国当事人诉前证据收集程序的建议。这两个方面是相互联系的，前者能够给后者以理论和理念性的指导，对后者的探讨可以推动前者的发展。

现代世界各国民事诉讼原则上采辩论主义、处分主义和职权进行主义。在辩论主义原理下，收集证据、提供证据是当事人的权利和责任，即便是按照协同主义理论，这一点也未发生动摇。依法治国家原理，法院主要依三段论之推理和涵摄过程下判。其主要环节有两个方面：一是认定事实；二是适用法律。认定事实是适用法律的基础，适用法律是认定事实的逻辑性后果，没有事实认定，法律就无从适用，因而在一切裁判均植根于当事人陈述的事实，确定事实真相是

司法裁判不言而喻的目的。^① 在现代证据裁判原则拘束下,认定事实既不能假托某种超理性权威,也不能由裁判者意定,而必须仰赖于证据对案件事实的证明和还原。因而当事人能否收集到证据和收集证据的多少,直接关系到法院能否依证据认定事实,并在此基础上适用法律规范,进而关联着裁判的客观性和正确性。如果在制度上不能保障当事人收集到裁判案件所必需的证据,民事诉讼的法理基础和基本程序架构将会受到质疑和发生动摇,故当事人收集证据是民事诉讼理论和程序结架的基石。证据保全制度是大陆法系民事证据制度的传统内容和重要组成部分,证据保全的实质就是收集证据和保全证据。因此,研究民事证据保全制度是抽象和提升当事人证据收集理论和强化当事人证据收集方法的重要一环。当事人只有收集到了认定案件事实所必需的、充分的证据,集中化审理、加快诉讼进程、促进诉讼、扩大诉讼程序解纷能力和提高诉讼效率才有可能,发现真实、诉讼公正和司法权威才有保证。

20 世纪 60 年代以来,在世界范围内形成了民事司法制度改革的热潮。改革直接源起于第二次世界大战后西方各国社会经济的快速发展,以及由此所引发的诉讼数量的剧增和新型诉讼的产生,出现了所谓的“诉讼爆炸”现象。诉讼数量剧增和现代型诉讼所引发的的问题有两个方面:一是案件积压、诉讼迟延、法院超负荷运转、司法资源短缺;二是诉讼成本高昂、一般国民无法利用司法、接近司法和接近正义。这两个方面的问题可以归结到诉讼效率和诉讼公平的高度,为提高诉讼效率和追求实质性的诉讼公平,各国采取的策略有两点:一是将纠纷从诉讼程序中分流出去(纠纷分流),关注非讼机制纠纷解决,实行多元化程序

^① William Twining, “The end of the enterprise is clear: the establishment of truth.” *Evidence and Legal Theory*, 47 Mod. L. Rev. 261, 272(1984).

设计和运作,实现纠纷解决文化的转型;二是增强诉讼程序自身消解纠纷的能力,分化程序和简化程序以促进诉讼。^①为贯彻和实施该策略,各国普遍加强了审前准备程序,特别突出了诉前证据收集和证据开示程序,扩充了当事人收集证据和开示证据的手段,证据保全也正是在此理论和实践背景下备受关注和发生变革的。

传统意义上的证据保全,是法院依当事人申请或依职权在证据可能灭失或以后难以取得时,为保全证据而预先采取的调查证据的程序。其必备条件是证据处于紧急(危险)状态,其直接目的是保全处于紧急状态的证据,只是在客观上起到了收集证据的作用。为实现提高诉讼效率和诉讼实质公正的目标、实行纠纷分流和促进诉讼,各国作为扩充当事人证据收集和证据开示途径的主要举措之一,纷纷对传统证据保全制度进行了实质性改造。其主要体现是:第一,确立了证据保全的独立程序地位,使当事人于诉前收集证据成为可能;第二,除传统紧急型证据保全和经他方当事人同意之证据保全外,创设了新的证据保全类型——确定事物状态之证据保全,不再以证据处于紧急状态作为必备条件;第三,确认了证据保全的效力;第四,增设了当事人于证据保全程

① “促进诉讼”这一概念源自德国民事诉讼法的改革和德国学理的抽象。关于促进诉讼的意旨,德国学者认为,无论是谁发明了这个概念,都不值得受到特殊的表扬。诉讼根本就不值得促进;相反,人们总是希望尽可能避免诉讼,或者是当诉讼已经出现时尽可能再次和好地解决诉讼。诉讼本身并不是目的,消除争议、通过诉讼实现权利保护才是目的。因而“促进诉讼”的用法其实已经违背了其本意,它看起来好像是将诉讼本身上升为目标,并且已将其提高到了当事人权利保护请求之上。更加危险的是,这个词汇给人的印象好像是当事人应从每个角度、每个层面促进诉讼,为诉讼填充材料和内容,以便产生令人满意的、有益的程序。然而这并不是概念的意旨。促进诉讼(义务)在法律中的位置及其产生的历史表明了,人们思考的问题始终是程序的时间层面。如果人们更加严格地对待这一概念,诉讼是不应当被促进的,而应是被输送的。如果人们要在时间层面之外谈论诉讼促进(义务),并将其理解为当事人在民事诉讼中的义务以及与此相关联的处罚的共同根源,那么这将是严重的误解。参见[德]迪特尔·莱波尔德:“当事人的诉讼促进义务与法官的责任”,载[德]米夏埃尔·施蒂尔纳编:《德国民事诉讼法学萃》,赵秀举译,中国政法大学出版社2005年版,第388页。

序中协议之内容,实现了证据保全程序从诉讼机制向非讼机制的转化。从改革的结果看,现代意义上的证据保全已成为当事人于诉前收集证据的固定性程序装置。

我国自20世纪80年代后半期以来,法院系统内部对民事审判方式进行了一场规模空前、影响深远的改革。改革的突破口是强化当事人的举证责任。过去,我国法院处理民事案件的常规方式是:法官阅卷后找双方当事人谈话,理出需查明的问题,要求当事人提供证据。如根据已有证据仍无法确定有争议的案件事实,法官就会走出法院,深入到纠纷发生地进行调查。在基本查明案件事实和形成处理方案后,找双方当事人调解。经反复调解仍无法使双方达成调解协议,法官即开庭审理。由于法官是在已经或基本形成对案件事实的认识和如何解决纠纷的想法后才进入庭审程序的,庭审已蜕变为满足程序要求不得不进行的装饰物。^①这种审判方式存在的问题主要可概括为两个方面:一是公正问题,即裁判的结果是在缺失对当事人程序保障的非正式场合形成的,它无法避免司法腐败的侵扰,也很难得到社会上一般人尤其是败诉方当事人的认可;二是效率问题,即法院主要依职权调查取证使法院案多人少的矛盾更加突出,已无法适应改革开放以来社会经济基础变革的需求。

为实现诉讼公正和效率的目标,减轻法院的负担和责任,改革通过“强化当事人举证责任”将调查收集证据的权利和责任返还给了当事人,并希望以此改变过去调查收集证据与质证、认证混为一体,法官在调查证据时已先入为主地形成心证,导致庭审“走过场”和空洞化的现象。从改革的现有成果看,我国在民事司法公正和效率方面确实取得了瞩目的成就,但改革所存在的不可忽视的问题是,法院已将举证的责

① 李浩:“民事审前准备程序:目标、功能与模式”,载《政法论坛》2004年第4期。

任交给了当事人,在证据收集上基本实现了从“职权主义”向当事人主义的转变,却没有赋予当事人调查收集证据的权利,尤其是没有为当事人在诉前收集证据,或向对方当事人及第三人收集证据规定必要的和应有的途径。这不仅会导致当事人证据收集权利与义务的失衡,还会造成法院因当事人收集不到认定事实所必需的证据而不得不频繁适用证明责任规则来裁判案件,使司法公正和当事人及社会对裁判的满意度大打折扣。因此,从比较法上发现和借鉴域外经验,将证据保全程序改造为当事人在审前或诉前独立收集证据和开示证据的手段,使双方当事人于诉前即可确定事实、明了是非、判别利害、权衡得失,进而作出诉与不诉、是诉或和的智性选择,并最终达致预防诉讼、减免诉讼和诉讼外解决纠纷及多元化解决纠纷之目的,则不仅切中了我国民事司法制度改革的要害,也是笔者研究证据保全制度所意识到的另一种意义。

二、研究状况述评

证据保全发源于欧洲寺院法,德国普通法取法于寺院法并继受证据保全制度而沿传至今。^① 德国学理对证据保全(独立证据程序或独立证据调查程序或独立证明程序)的议论主要围绕立法而展开,其内容有证据保全的概念和目的、条件程序、效力、起诉期间和费用等。^② 发生争论的问题有两个:一是法律规定当事人对确定事物状态有法律上利益时即可申请证据保全,何谓“有法律上利益”? 有观点认为法律明示的能“避免诉讼”即为有法律上利益,通说则认为法律上利益不应限于立

① [日]松冈义正著:《民事证据论》(上、下册),张知本译,中国政法大学出版社2004年版,第330页。

② [德]罗森贝克、施瓦布、戈特瓦尔德著:《德国民事诉讼法》(下),李大雪译,中国法制出版社2007年版,第870~875页。

法明示之范围,而应对其作较宽广的理解;^①二是独立证据调查程序中的“诉讼告知”有无合法性?有学者认为,因证据保全程序之证据调查与主程序中之证据调查有同等效力,应允许诉讼告知。^②反对者认为,独立证据程序仅是通过证据调查为确认事实服务,它不是诉讼程序,不应进行诉讼告知。^③德国联邦最高法院则认为,第三人能广泛参与事实关系的阐明,在独立证据程序中应当许可诉讼告知。

在日本,松冈义正在其论著《民事证据论》中辟专章对证据保全作了较为全面阐述。大竹贵在其论著《提诉前实施证据保全的若干问题》中对证据保全的性质、功能和作用进行了研究。兼子一和竹下守夫等则简述了证据保全的概念、效力和程序。高见进、小岛武司、小林秀之、新堂幸司、高桥宏志、大竹贵、畔柳等则对证据保全是否具有开示证据的功能进行了探讨,并形成了积极说、消极说,且多数学者已肯认证据保全具有开示证据的机能。^④

我国台湾地区学者陈玮直在其论著《民事证据法研究》一书中对证据保全的性质、范围、要件、程序、效力等作了系统研究,^⑤但其理论框架是以传统证据保全程序为基础的。沈冠伶、许士宦、姜世明、刘玉中等在扩大证据保全机能的视野下,以台湾地区“民事诉讼法”修订为契机,对证据保全制度的功能、条件、类型、管辖、裁定、证据调查、程序保障、

① Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, a. a. O., § 485 Rdnr. 13m. w. N. 转引自姜世明:《新民事证据法论》,学林文化出版有限公司2004年版,第60页。

② [德]罗森贝克、施瓦布、戈特瓦尔德著:《德国民事诉讼法》(下),李大雪译,中国法制出版社2007年版,第870页。

③ [德]汉斯—约阿希姆·穆泽拉克著:《德国民事诉讼法基础教程》,周翠译,中国政法大学出版社2005年版,第280页。

④ [日]高见进:“证据保全的机能”,载新堂幸司主编:《讲座民事诉讼⑤证据》,弘文堂1983年版,第331~332页;[日]高桥宏志著:《重点讲义民事诉讼法》,张卫平、许可译,法律出版社2007年版,第176~178页。

⑤ 陈玮直:《民事证据法研究》,台湾新生印刷厂1970年版,第85~93页。