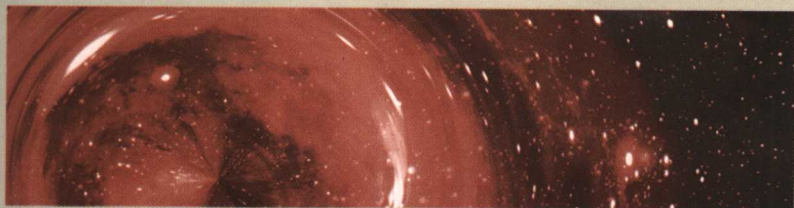


司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目成果



民事证据理论新探

主编 韩象乾



中国人民公安大学出版社

司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目成果

民事证据理论新探

主编 韩象乾

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

民事证据理论新探/韩象乾主编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2006. 6

ISBN 7-81109-420-7

I. 民… II. 韩… III. 民事诉讼—证据—研究 IV. D915.213.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 072320 号

民事证据理论新探

MINSHI ZHENGJU LILUN XINTAN

主编 韩象乾

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京蓝空印刷厂

版 次: 2006 年 6 月第 1 版

印 次: 2006 年 6 月第 1 次

印 张: 31.75

开 本: 787 毫米×1092 毫米 1/16

字 数: 603 千字

印 数: 0001~3000 册

ISBN 7-81109-420-7/D·400

定 价: 68.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

www.phcpps.com.cn



韩象乾，1941年11月生，河北省深县人。1965年毕业于北京政法学院法律系(现中国政法大学)，毕业后从事教学、科研工作至今。现任中国政法大学教授，兼任律师、仲裁员。编著《民事诉讼法精要》、《民事诉讼法教程》、《破产法和公司法教程》、《民事诉讼法学》、《民事诉讼原理》、《强制执行立法的探索与构建》等图书20余部；撰写并发表学术论文30余篇。

责任编辑：赵学颖

文字编辑：祖 敏

封面设计  图荣轩文化艺术

83500155

司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目成果

民事证据理论新探

主 编 韩象乾

撰稿人 韩象乾教授

肖建华教授

王 娣副教授

王敬藩教授

乔 欣教授

纪格非副教授

刘 力副教授

郭纪元副教授

任 玲硕士生

本书写作分工如下（按照章节先后顺序）：

韩象乾 导论、第十九章、第二十二章

肖建华 导论、第二章、第十四章、第十八章、第二十章

乔欣 第一章、第十二章、第二十一章

纪格非 第三章、第五章、第十章、第十一章

王敬藩 第四章

王娣 第六章、第九章、第十六章、第十七章

郭纪元
第七章、第十三章

任玲

刘力 第八章、第十五章

目 录

导 论	(1)
第一章 民事证据的界定	(21)
一、民事诉讼证据的法律意义	(21)
二、民事证据的功能透视	(26)
三、层次证据功能下的民事诉讼程序	(32)
第二章 证据的属性	(35)
一、证据的客观性	(35)
二、证据的关联性	(37)
三、证据的合法性	(45)
第三章 证据能力	(53)
一、证据能力的含义及调整方式	(53)
二、证据能力的制度价值	(62)
三、证据能力规则的历史发展	(68)
四、证据能力规则的程序基础与立法框架	(74)
五、两大法系国家证据能力规则之比较	(83)
六、证据能力规则的适用程序	(91)
第四章 理论分类中的民事证据	(105)
一、民事证据理论分类	(105)
二、直接证据和间接证据	(110)
三、原始证据和派生证据	(119)
四、本证和反证	(123)
第五章 传闻证据排除规则的构建	(131)
一、英美法系国家的传闻证据排除规则	(131)

二、大陆法系国家对待传闻证据的态度	(145)
三、我国有关传闻证据规则的反思	(149)
四、完善我国传闻证据排除规则的具体构想	(151)
第六章 书证的分类及应用	(154)
一、书证的分类	(154)
二、书证的收集和保管	(157)
三、书证的审查判断	(159)
第七章 我国证人证言制度构建	(165)
一、证人证言制度之理论溯源	(165)
二、两大法系证人证言制度比较研究	(168)
三、我国证人证言制度问题之剖析	(179)
四、我国证人证言制度构建的再思考	(182)
第八章 鉴定结论的界定与鉴定制度的构建	(190)
一、鉴定结论的界定	(190)
二、鉴定机构与鉴定	(200)
三、重复鉴定和重新鉴定、补充鉴定	(207)
四、专家证人和专家论证	(214)
五、鉴定人出庭质证问题	(222)
第九章 物证的特征及证明力	(228)
一、物证的特征	(228)
二、物证的收集与保全	(230)
三、物证的证据力及其特点	(232)
第十章 视听资料辨析及应用	(234)
一、视听资料的概念辨析	(234)
二、视听资料的分类与特征	(237)
三、对视听资料的审查与判断	(238)
第十一章 电子证据的特征及应用	(242)
一、电子证据的概念与特征	(242)

二、电子证据的法律地位	(245)
三、电子证据的证据规则	(248)
四、电子证据的审查与判断	(252)
第十二章 自认的辨析及自认制度的建立	(255)
一、自认的含义	(255)
二、自认的构成及分类	(261)
三、自认的法律性质	(264)
四、自认的拘束力	(267)
五、我国自认制度之设立及其实现条件	(272)
第十三章 勘验笔录的界定及适用	(278)
一、勘验笔录的概念界定	(278)
二、勘验笔录的比较分析	(279)
三、我国勘验笔录若干问题的研究	(280)
第十四章 证据调查的含义及证据调查制度的完善	(284)
一、证据调查的含义	(284)
二、人民法院依职权调查证据	(286)
三、人民法院依当事人申请调查证据	(291)
四、我国证据调查制度的完善	(297)
第十五章 推定辨析及运用	(306)
一、推定内涵辨析和性质	(306)
二、推定的分类	(318)
三、推定的效力	(324)
四、推定在司法实践中的运用	(326)
第十六章 证明对象范围的确定	(331)
一、证明对象范围的确定	(331)
二、不同案件中证明对象的确定	(335)
第十七章 免证事实的性质和范围	(338)
一、免证事实的含义和性质	(338)

二、免证事实的范围和效力	(340)
第十八章 证明责任的法律属性和分配规则	(343)
一、证明责任问题的产生与沿革	(343)
二、证明责任的法律属性	(347)
三、证明责任分配的一般规则	(350)
四、证明责任的转移	(366)
五、证明责任的倒置	(369)
第十九章 证明标准的界定和适用	(376)
一、证明标准概念的科学界定	(376)
二、按照“法律真实”构筑民事诉讼的证明标准	(379)
三、证明标准在民事诉讼中的适用	(382)
第二十章 自由心证及其在我国司法实践中的运用	(395)
一、自由心证的含义	(395)
二、自由心证制度产生的必然性：追求理性与抑制恣意	(398)
三、自由心证的合理性	(403)
四、自由心证的客观化制约	(406)
五、我国关于自由心证的司法解释及其运用	(411)
第二十一章 审前准备程序与证据	(426)
一、证据开示	(426)
二、举证时限制度	(444)
第二十二章 开庭审理程序与证据	(460)
一、法庭审理中的质证	(460)
二、法庭审理中的认证	(478)

导 论

一、证据制度贯穿民事诉讼程序的始终

证据制度是诉讼程序的灵魂。一般而言,证据制度包含了证据种类、举证责任分配、法院调查取证、质证、审查判断证据、认证等一系列程序规则,诉讼程序的启动、进行和终结都与证据制度密切相关。

诉讼的整个流程可以描述为“起诉(符合起诉要求的基本证据)——审查、受理——审前准备(收集证据、证据交换等)——庭审(举证、质证、认证)——宣判——上诉(符合上诉要求的基本证据)——二审(质证、认证或书面审查)——再审(新的证据)——执行”,无论哪一个环节,都离不开证据规则的具体适用。从诉讼程序自身的原理来看,“法院对当事人有争议的民事权利义务关系作出判断前,须确定该权利义务关系赖于产生、变更或消灭的事实,而有争议的双方当事人往往对这些事实存在与否各执一词,对有争议的案件事实,法官不得凭想象、推测或对当事人的好恶随心所欲的认定,必须凭借证据来达到对案件事实的认识。这些能够证明案件事实真实情况的事实就是民事诉讼的证据。”^① 由于法官裁判的对象是不可完全再现本体的往事,有的甚至已经历时久远导致证据被破坏或者灭失,而法官并没有耳闻目睹,因此对事实的认定就必须仰赖于证据链条所引申的逻辑结果。前苏联的维辛斯基就认为,“证据学或证据法的理论,依一般的公认,是全部司法上最重要、中心的理论”,^② 英国学者边沁则说,“审判的技能在实际上不是什么别的东西,只是利用证据的技能罢了。”美国学者华尔兹也形象地描述道:“审判是把一片片证据拼在一起的工作”,^③ 因而从理论上说,证据法作为程序法重要的组成部分,是诉讼程序所固

① 江伟主编:《民事诉讼法学》,中国人民大学出版社1999年版,第471页。

② [前苏]维辛斯基:《苏维埃法律上的诉讼证据理论》(中译本),人民出版社1954年版,第64页。

③ [美]乔恩·A·华尔兹著:《刑事证据大全》,中国人民公安大学出版社1993年版,第28页。

有和既成的程序和规则,如果失去了证据规则,那么诉讼程序便失去了存在的基础和形式。正因为如此,有的学者直言制定单独的证据法典将会掏空民事诉讼法,因为“将民事证据规范从民事诉讼法典中分离出去,必将导致民事诉讼法典的单薄。”^①

审判是诉讼程序中具有决定性意义的核心环节,而审判的过程就是通过证据建构起过去的事实,从而使法律得以适用的过程。证据能力、证明力、证据收集、当事人举证、质证以及法官审查判断证据和认证等证据制度和具体规则支撑和贯穿着整个诉讼过程。正如E·博登海默所说,“从一般的和实质的意义上讲,审判并不是一种毫无拘束力的司法意志行为,而是一种要把判决立于那些被认为是审判活动的合法工具的正式和非正式渊源资料之上的有意识的努力。”^②所以,证据成为诉讼法研究中最重要的一环。

证据规范,直接影响到诉讼程序中法官对证据取舍和裁量的方式,因而在不同法系,证据规则不同,诉讼程序也有差异。在英美法系国家,证据规则详尽而明确(如《美国联邦证据规则》)比大陆法系国家要复杂,其判例更加纷繁多姿。就是这些包括交叉询问在内的复杂的规则,决定了对抗制精彩的庭审技巧。相反,大陆法系国家对证人的到庭则没有如此严格的规定,证人的书面证言甚至也可以采纳。

二、辩论原则、直接言词原则与证据制度

台湾学者的著作提到“诉讼程序立法”的原则,^③是指包括辩论原则、直接言词原则在内的“指导诉讼过程的原则”。^④在我国大陆学者有关论述中,辩论原则和直接言词原则就是其中两项最基本的原则,而且都是关系到证据制度的。

(一) 辩论原则与证据的功能

“民事诉讼中的辩论原则,是宪法赋予公民的民主权利在民事诉讼中的具体体现”,^⑤辩论原则的内容被理解为如下几个方面:(1)辩论权的行使贯穿诉讼的整个过程;(2)辩论的内容既可以是程序问题,也可以是实体问题;(3)辩

① 邵明、廖永安:《完善我国民事证据制度座谈会综述》,载王利明、江伟、黄松有主编:《中国民事证据的立法研究与应用》,人民法院出版社2000年版,第99页。

② [美]E·博登海默著:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第558页。

③ 王甲乙、杨建华、郑健才:《民事诉讼法新论》,台湾三民书局1981年版,第105页。

④ 杨建华:《大陆民事诉讼法比较与评析》,台湾三民书局1991年版,第6页。

⑤ 王怀安主编:《中国民事诉讼法教程》,人民法院出版社1992年版,第48页。

论的形式是多种多样的,既可以口头形式进行,也可以书面形式表达。^①同时,我国民事诉讼法第12条规定,人民法院审理民事案件时,当事人有权进行辩论。因此,依我国学者的传统理解和民事诉讼法的规定,辩论原则其实是具体化了的宪法权利,与当事人的辩论权是相提并论的。无论当事人提交诉状、答辩状还是当庭质证辩论,都是辩论原则的体现,但从证据制度的角度来看辩论原则,则是以庭审质证和辩论为核心的当事人基本权利的行使。由于此种意义上的辩论原则并不排斥以书面形式来体现,并且辩论行为能够对法院裁判产生何种影响,在民事诉讼法中并不能得到解读,因此辩论权的规定流于形式。现在学者们讨论辩论原则,则试图借鉴西方理论对其进行修正。

各国普遍遵循的辩论原则是约束性辩论原则,在大陆法系国家的民事诉讼理论当中被称为“辩论主义”,其基本含义包括:(1)直接决定法律效果发生或消灭的必要事实必须在当事人的辩论中出现,没有在当事人的辩论中出现的事实不能作为裁判的依据。(2)当事人一方提出的事实,对方当事人无争议的,法院应当将其作为裁判的依据。(3)法院对案件证据的调查只限于当事人双方在辩论中提出来的证据。^②

可见,辩论原则的基本功能是界定当事人和法院在民事诉讼中的地位和作用,从证据制度的角度来剖析辩论原则的内涵,可以发现辩论原则不仅为举证责任分配以及自认制度提供了原则依据,而且体现了对质证和认证的基本要求,从而又与直接言词原则相互衔接。就辩论原则第一个方面的内涵而言,“对于法律效果发生或消灭的直接必要事实由当事人在辩论中提出,实际上就为当事人设定了一种责任——如果没有主张这一事实,则法院不能以该事实为依据作出判决,其结果就自然是当事人要承担由此而产生的消极后果”,^③而举证责任的分配就是在实体法的基础上明确当事人的举证责任,并且由负有举证责任的一方承担举证不能的后果。“在辩论主义和证据裁判主义下,自认是指当事人就对方当事人主张对其不利事实予以承认的声明或表示。”^④因此,就其第二个方面而言,可以说自认制度直接派生于该原则。辩论原则对法院行为的约束还体现在法院调查取证的范围上(后文详述),这一点从原则内容便可明了。

(二) 直接言词原则与证据的功能

直接言词原则是庭审中应当遵循的一项重要原则,它实际上包含了两个方面

① 杨荣新主编:《民事诉讼法学》,中国政法大学出版社1997年版,第97~98页。

② 张卫平:《我国民事诉讼辩论原则重述》,载《法学研究》第18卷第6期。

③ [日]滋贺秀三:《中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材》,载《比较法研究》1983年第3期。

④ 刘善春、毕玉谦、郑旭著:《诉讼证据规则研究》,中国法制出版社2000年版,第416页。

的内容,即直接审理原则和言词审理原则。直接审理原则要求“作出裁判的法官必须直接对案件进行审理,自己判断证据,为此,诉讼当事人和其他证据提供者应直接到庭参加审理”,^①而根据德国学者的解释,“直接审理原则有两方面的含义:一是‘在场原则’,即法庭开庭审判时,被告人、检察官以及其他诉讼参与人必须亲自到庭出席审判,而且在精神和体力上均有参与审判活动的能力;二是‘直接采证原则’,即从事法庭审判的法官必须亲自直接从事法庭调查和采纳证据,直接接触和审查证据;证据只有经过法官以直接采证方式获得才能作为定案的证据”,^②言词审理原则要求法庭审理应当以言词方式进行,除了法律规定的例外情况,不得以书面陈述代替当庭作证和质辩,任何未经在庭审上以口头言词方式提出和调查的证据均不得作为法官裁判的根据。

与辩论原则不同的是,直接言词原则只适用于庭审阶段。直接言词原则是由对中世纪纠问式诉讼模式的批判和改革而发展起来的。当时法院直接基于调查官员的书面笔录进行裁判,在这种间接审理和书面审理的方式下,“司法的过程是一个封闭式体系中展开的过程,各种各样的任性、武断、私利、偏见和愚昧,借助证据的幌子和名义在司法的领域大行其道并凝结成司法的结果。”^③随着人类民主正义观念的发达,19世纪的大陆法系国家便对庭审方式掀起了一场里程碑意义的革命,要求审判庭应该根据审问被告人和审查全部证据所得的直接印象作出裁判,而完全不是根据现成的案卷作出裁判,从而使现代意义上的直接言词原则得以确立。

从直接言词原则的内涵和历史源流来看,其证据功能主要是对质证以及法庭认证的方式的要求,这一点与集中审理原则和辩论原则的方式以及后果有交叉之处,也正是在这个意义上,三个原则唇齿相依。

(三) 当庭质证

当庭质证强调的是审判的多方参与性,多方参与是现代审判的固有方式和特征。美国学者富勒曾对此作过深刻的论述,他认为使审判区别于其他秩序形成原理的内在特征在于,承认那些将要受到审判所作决定直接影响的人能够通过这一特殊的形式参加审判,即承认他们为了得到有利于自己的决定而提出证据并进行理性的说服和辩论,因此多方参与首先就是当事人的参与。当事人参与审判,要为权利而“斗争”,其手段就是利用证据。我国民事诉讼法所规定的证据有7种

① 龙宗智著:《刑事庭审制度研究》,中国政法大学出版社2001年版,第53页。

② 陈瑞华著:《刑事审判原理》,北京大学出版社1997年版,第183页。

③ 汤维建:《中国的民事证据立法及其模式选择》,载《人大法律评论》(2000年卷第2辑),中国人民大学出版社2000年版,第3~4页。

形式：书证、物证、视听资料、证人证言、当事人的陈述、鉴定结论和勘验笔录。书证、物证以及视听资料是无生命的证据形式，而证人证言、当事人陈述则是凭借活体的人的记忆和表达能力表现出来的，鉴定结论形式上是一种文书，但是其前提基础仍是活体的人的辨识、分析和逻辑思维能力，可以说活体的人是其最直接的载体。至于勘验笔录，则更是充满了丰富的内容，德国五种证据形式，第一种就是勘验，勘验的对象包括物品、现场和人身。所以，物证也就是勘验物证，它是证明的方式，也是法院调查的方式，还是法官获得心证的方式。

当事人进行有效的辩论和质证，就必须使用最直接、最真实和最全面的证据，对于无生命的书证与物证以原件和原物的提交为原则自不待言，对于有生命的证据形式，应当首选原始的生命载体当庭表现证据内容，因为书面的形式总是不可避免地带有某种局限，它只能反映活体凝滞在某一时刻的思维，这就需要证人出庭作证，当事人当庭陈述，鉴定人和勘验人到庭接受询问并作有关的必要解释，所以多方参与还应当包括证人、鉴定人和勘验人的参与。

审判方式改革吸收了英美法系关于正当程序的某些理念，证人出庭作证是英美法系中传闻排除规则的具体内容之一，而传闻排除规则正是与英美法系历来所倡导的程序优先主义有着密切的联系。普通法的传闻的外延是相当广泛的，涵盖了行为、口头和书面。而相比较而言，大陆法系对传闻的理解则存在着某种程度的局限性，学者的理解也是不统一的，有的认为传闻证据是在审判日以外所作出的供述书或录取其供述的笔录，有的指某人在审判日以他人的供述为内容而作出的供述（传闻供述），属于供述证据（oral evidence）。因此，不以他人的供述为内容的证据，则不产生传闻证据的概念。^①我国审判方式改革前，对证人证言的理解与大陆法系雷同，把证人的书面证言等同于当庭证言。我国民事诉讼法虽然明确规定，凡是知道案情的单位和个人，都有义务出庭作证。“但立法并未明确规定不作证、作伪证的法律后果，从而未落实证人作证的义务，由于对证人作证的法律保障缺乏，使得证人不敢作证、不愿作证或作伪证的现象屡见不鲜。”^②从现实的角度来看，证人出庭作证所具备的言词形式才能符合有效、充分质证的需要，故最高人民法院《关于民事诉讼证据若干问题的规定》（以下简称《证据规定》）中明确规定证人、鉴定人应当出庭接受当事人质询。在统一证据法学者的草案中，则更进一步地将出庭作证苛加为证人的一项义务，故意隐匿或经两次合法传唤仍不在指定时间出庭的，以蔑视法庭行为处理，情节严重的，以蔑视法

① 陈朴生著：《刑事证据法》，1985年版，第278页。

② 杨荣新、肖建华：《论民事审判方式改革与证据制度的完善》，载《诉讼法论丛》（第1卷），法律出版社1998年版。

庭罪处理。从法律责任上约束证人逃避或推卸作证,才能真正落实证人作证的“义务”。当然仅仅苛加法律责任不能彻底解决问题,应当看到,证人出庭作证难是一个综合症,为此应当加强对证人的人身安全和经济利益的保障,防止对证人的打击报复,落实对证人的经济补偿。统一证据法学者草案建议国家设保护证人作证专项基金,为了保证证人提供真实证言,草案还借鉴了外国关于唤起证人记忆规则和宣誓或具结等预防规则的理论,这都是审判方式改革中值得称道的进步。

(四) 当庭认证与当庭宣判

当庭认证和当庭宣判一直是诉讼程序改革中的重点内容,其目标是强化合议庭功能,并使得合议庭裁判接受辩论原则的约束。

在对认证的理论探讨中,存在着关于认证的性质的争议,有的认为它是对证据证明力的认定活动,^①有的认为它是法官认定案件事实的活动。^②笔者认为,认证的最终目标是服务于案件的事实认定,但是认证本身并不是认定案件事实;认证反映的是认定案件事实的过程,而对于诉讼而言,这个过程是特定的,就是对反映案件事实的证据的证明能力和证明力的裁量。因此,可以说,“认证是认定证据的简称,它是审判人员在诉讼过程中,在证据材料经过当事人双方质证、辩论后,通过分析判断,认为这些证据材料具备客观性、关联性、合法性,从而确认其作为本案证据的诉讼活动。”^③

认证是法官在遵循一定的证据规则的条件下的判断证据的过程。在欧洲的证据发展历史上,判断证据的方法先后经历了神明裁判、法定证据制度和自由心证三个阶段。“但是,神明裁判和法定证据制度都是在裁判者的主观思考以外寻找确定的客观对应物,以证明自己的正当性。”^④而自由心证则是以人的理性和认识能力为依托的人性化的认证方法。自由心证反映的是人的主观能动性,心证受到诉讼程序内在规律和科学的程序规则的约束,不是想当然,因此,自由心证是人性化审判的必由之路。自由心证否定的是对外在力量的盲目屈从,从它的历史作用来看,自由心证使裁判者摆脱了对神和没有科学根据的形式规则的附庸地

① 常怡:《论认定证据》,载陈光中、江伟主编:《诉讼法论丛》(第1卷),法律出版社1998年版,第365页。

② 杨荣新、肖建华:《论民事审判方式改革与证据制度的完善》,载《诉讼法论丛》(第1卷),法律出版社1998年版,第357页。

③ 江伟、刘敏:《论民事诉讼中的认证》,载《证据学论坛》(第1卷),中国检察出版社2000年版,第231页。

④ 肖建华:《诉讼证明过程分析——从司法个案透视证据判断的主观性》,载《人大法律评论》2000年卷第二辑,中国人民大学出版社2000年版,第95~96页。