



清华法学丛书

C I V I L
P R O C E D U R E
E V I D E N C E
C I V I L
P R O C E D U R E
E V I D E N C E
C I V I L
P R O C E D U R E
E V I D E N C E

民事证据制度研究

张卫平 主编

清华大学出版社

民事证据制度研究

张卫平 主 编 蒲菊花 副主编

清华大学出版社
北 京

内 容 简 介

本书是一本系统研究民事证据制度的著作,主要内容包括民事证据的基本概述、证明对象、自认规则、推定规则、证明标准、证明责任及其分配规则、举证时限制度、证据交换制度、证据判断原则以及各种证据形式及其审查判断规则。本书立足我国的民事证据理论与实务,结合国外的有关证据理论和证据制度,运用历史研究、比较研究等方法,深入地分析了我国民事证据制度的发展轨迹和实际运作状况,对我国民事证据制度的构建作了详尽的论述,并对我国民事证据制度的改革与完善提出了具体的建议。

本书适于大专院校、科研机构从事法学研究、学习的教师和学生以及司法实务部门的工作人员阅读,也适用于对民事诉讼法感兴趣的一般读者。

图书在版编目(CIP)数据

民事证据制度研究/张卫平主编. —北京:清华大学出版社,2004

(清华法学丛书)

ISBN 7-302-08080-1

I. 民… II. 张… III. 民事诉讼—证据—研究—中国 IV. D925.23

中国版本图书馆CIP数据核字(2004)第008212号

出 版 者:清华大学出版社

地 址:北京清华大学学研大厦

<http://www.tup.com.cn>

邮 编:100084

社 总 机:010-62770175

客 户 服 务:010-62776969

责任编辑:方 洁

版式设计:刘 路

印 刷 者:北京市清华园胶印厂

装 订 者:三河市李旗庄少明装订厂

发 行 者:新华书店总店北京发行所

开 本:140×203 印张:22.875 字数:573千字

版 次:2004年4月第1版 2004年4月第1次印刷

书 号:ISBN 7-302-08080-1/D·101

印 数:1~3000

定 价:43.00元

本书如存在文字不清、漏印以及缺页、倒页、脱页等印装质量问题,请与清华大学出版社出版部联系调换。联系电话:(010)62770175-3103 或(010)62795704

序

民事证据制度研究

张卫平*

作为一种解决当事人之间争端的方式,民事诉讼的主要任务是查明案件事实并准确地适用法律,而证据正是查明案件事实最直接、最主要的手段,因此证据制度是民事诉讼的核心制度之一,在民事诉讼法中处于举足轻重的地位。证据制度的完善与否,直接决定着诉讼公正与效率的实现程度,关系着当事人和民众权益的实现与保护,也影响着司法机关的权威和公信力的树立。故此,证据问题一向是诉讼理论中的研究重点,各国学者无不给予极大的关注。

从西方各国来看,经过长期的发展,形成了较为完善的民事证据制度,相关的理论研究也达到了相当的水平。大陆法系国家奉行自由心证主义,法律不预先对证据的取舍和运用及证明力的大小做出规定,而是让法官凭借良心和理性自主做出判断。因而其有关证据规则的法律规定较少,但其诉讼学界围绕证明责任等问题形成了严谨而精致的证据理论,为证据制度的运用和发展奠定了基础。在英美法系国家,由于实行陪审团制度,对证据的运用与审查限制较为具体和严格,并通过判例和制定法

* 张卫平:清华大学法学院教授、博士生导师。

逐步形成了以证据的可采性为主线的一系列证据规则,如传闻规则、意见证据规则、最佳证据规则、非法证据排除规则等,在民事证据制度的发展过程中,英美法国家的证据法体系的优越性尤为突出。相比之下,由于长期以来民事证据的地位和作用未受到应有的重视,我国民事证据制度及其理论研究的发展状况则颇为不尽人意,既匮乏英美法系那种限制和约束法官认定证据的自由性的严密详尽的证据规则,又缺少大陆法系那些作为法官心证基础的细致严格的程序性规定和证据理论。传统证据理论的迟滞已无法适应和契合现代民事诉讼的发展步骤,系统而深入地研究民事证据制度的专门性著述并不多见;原则化的证据规则在严密性和可操作性上严重不足,在证据的评定和采信方面赋予了法官极大的自由裁量权。这种状况不仅极大地束缚着司法制度的发展和诉讼价值目标的实现,也给司法实践带来了严重的负效应。

20世纪80年代中后期,我国法院系统以加强当事人的举证责任为切入点,逐步展开了意义深远的民事审判方式改革。由于证据制度是民事诉讼制度的核心部分,触及这一核心部分的改革必然会产生“牵一发而动全身”的效应,由此不可避免地引发了民事审判方式乃至整个民事诉讼制度的全面变革。随着改革的深入,我国民事诉讼法中过于简约、粗放的证据规范同新的审判方式的不适应性日渐突出,甚至成为制约施行新的民事审判方式的瓶颈。因此,建立与新的审判方式相适应的完善的民事证据制度已成为民事诉讼理论研究的一个重要课题。当前,进行证据立法已逐渐成为社会共识,司法实务部门和民间的立法准备工作已开始进行。然而,尽管人们都意识到制定民事证据法的必要性和可行性,但在究竟如何构筑我国民事证据制度的问题上看法却并不统一。有的学者主张借鉴英美法系国家的证据立法,围绕着证据的可采性设置各种证据规则;有的则认为现代各国的证据制度普遍实行自由心证原则,因而虽然需要在证据法中对举证、质证、认证

等规则做出规定,但证据的评价及其采信却应当交由法官自由评估。由此可见,要制定完善的证据法,构建科学而完备的民事证据制度,对我国民事证据制度及其相关理论中存在的问题进行研究和探讨,并提供科学的理论依据是不可或缺的理论准备。

基于我国目前民事证据制度改革和证据理论研究的现实需要,我们已经撰写了《外国民事证据制度研究》一书,较为系统地介绍了分别能够反映英美法系和大陆法系特色的美国、英国、日本、法国、澳大利亚等国家的民事证据制度,为人们了解、研究和借鉴发达国家民事证据制度和理论提供参考。随后,我们又组织了几位民事诉讼法专业的博士和硕士研究生结合2001年底颁行的《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》),就我国的民事证据制度进行了专门研究,并在此基础上完成了这本与《外国民事证据制度研究》相配套的《民事证据制度研究》。尽管作为一个司法解释,《民事证据规定》难以承载系统构建和完善民事证据制度的重任,并且由于受诉讼体制、现行法律以及诉讼理论和证据理论发展的束缚而呈现出种种的局限性,但它在许多方面都跨越了传统民事证据制度的框架,是当前司法实践中审判经验和证据理论研究成果的总结和反映,在我国的民事证据制度的发展中仍具有不容否认的重要意义。因此,本书以《民事证据规定》为切入点,全面审视和反思我国民事证据的基本制度、实务运用和理论研究所存在的问题,较为详尽地研究和探讨了证据的概念和性质、证明对象、证明责任、证明标准、举证时限、证据交换、证据判断原则、推定规则、自认规则以及各种证据方法的审查判断等内容,以期为法学专业人士和实务工作者全面、准确地掌握我国证据制度和理论的运用与发展走向提供参考。

本书是清华大学出版社诉讼法学研究系列丛书中的一本,其内容契合了当前司法改革和民事证据立法的迫切需求,具有相当重要的现实意义。希望通过作者的努力,能够从理论上明晰民事

证据制度改革过程中的一些基本问题,为民事证据立法提供参考,为我国证据制度的完善尽绵薄之力。民事证据理论和证据规则的研究是一个复杂的工程,我国民事证据制度发展和完善也非短期可以完成,囿于作者的研究水平,难以在有限的时间和篇幅内对我国的民事证据制度进行充分、深入的展示和研究,粗陋和失误之处均在所难免,希望学界同仁不吝指正。

本书的写作分工安排如下:

张卫平:第四章、第七章、第八章;蒲菊花:第一章、第二章、第九章;王学棉:第三章、第五章;韩波:第十章;过程:第十四章;王奕:第十二章、第十六章;何德平:第十一章、第十五章;陈杭平:第六章、第十三章;全书的统稿和审稿工作由副主编协助主编完成。

《民事证据制度研究》一书的出版离不开清华大学出版社编辑同志的大力支持和协助,他们一丝不苟的工作态度和要求令我们印象深刻。在本书的出版之际,谨向所有帮助和关心过我们的老师和同学致以衷心的感谢和敬意。

目录

民事证据制度研究

第一章 民事证据概述	1
一、民事证据的内涵及界说	2
二、民事证据的适格性与证明力	25
三、民事证据适格性的判断标准	44
四、民事证据的客观性与主观性	57
第二章 民事证据的分类和种类	66
一、民事证据的分类	66
二、民事证据的种类	82
第三章 证明对象与免证事项	107
一、证明对象	107
二、免于证明的事项	119
第四章 自认制度	128
一、自认的含义	128
二、自认的法律效果	136
三、自认制度的体制环境	138
四、自认成立的要件	140
五、自认的撤回与撤销	144
六、自认制度适用的范围	150
第五章 推定规则研究	153
一、推定的理论基础及意义	153
二、推定的效力	173
三、事实推定与法律推定	183

四、推定在我国的运用及发展	191
第六章 民事诉讼的证明标准	194
一、概述	194
二、证明标准的量化——以英美法系为主线	205
三、证明标准的客观化——以大陆法系为主线	215
四、我国民事诉讼证明标准新探	225
第七章 证明责任及其分配	239
一、证明责任	239
二、我国民事诉讼规范中的证明责任分配	248
第八章 证明妨害及对策	285
一、证明妨害的含义与背景	285
二、对策之一：强制措施	286
三、对策之二：法院调查取证	287
四、对策之三：推定主张成立	288
五、对策之四：证明责任倒置	292
六、对策之五：降低证明标准	297
七、对策之六：拟制自认	299
八、结语	300
第九章 举证时限制度	301
一、举证时限的基本含义	301
二、对我国现行举证时限制度的透视	314
三、对国外有关的举证时限规定的考查	321
四、举证时限制度的价值评析	331
五、举证时限制度的运行环境	344
六、举证时限制度的有关规定及其适用	351
第十章 证据交换制度的定位与重构	375
一、引论	375
二、对英美证据开示制度的客观评价	379

三、对我国证据交换制度的定位	383
四、重构证据交换制度的路径与构想	397
第十一章 证据的收集和保全	439
一、证据收集的基本原则	439
二、收集证据的要求	445
三、对完善当事人收集证据权利的思考	452
四、法院对证据的收集	460
五、证据保全	463
第十二章 民事证据判断原则	469
一、导言	469
二、神示证据制度	471
三、法定证据制度	473
四、自由心证证据制度	479
五、我国的自由心证证据制度	510
第十三章 书证	526
一、书证的概念及特征	526
二、书证的分类	529
三、书证的提出规则	532
四、书证的采证规则	534
五、书证的认证规则	540
第十四章 视听资料	547
一、视听资料概述	547
二、视听资料的名称	554
三、视听资料的范围	560
四、视听资料的特点	574
五、视听资料的属性	578
六、私录资料的证据合法性	589
第十五章 证人证言	611

一、证人的概念	611
二、证人的资格	612
三、证人的义务和权利	625
四、证人证言的基本含义	634
五、证人证言的审查判断	639
第十六章 鉴定结论	644
一、鉴定结论的含义辨析	644
二、大陆法系鉴定制度的运作	655
三、英美法系鉴定制度的运作	665
四、我国司法鉴定制度的建构	682
主要参考文献	714

第一章

民事证据概述

作为民事诉讼的核心,证据是当事人保护自己合法权益的依据,也是法院判明案件是非曲直、据以做出裁决的基础,在查明案件事实、正确适用法律、及时审理案件以保护当事人的合法权益中起着关键性的作用。在诉讼过程中,当事人和法官的一切活动都是围绕诉讼证据进行的,没有证据,当事人就无法说服法官做出有利于自己的判决;没有证据,法官就无法正确适用法律判断当事人之间的权利与义务的归属,也就无法做出正确的裁判。因此,收集、审查、核实、认定证据是民事诉讼的中心任务,人民法院审理一切民事案件,从案件的起诉和受理直至做出判决的整个诉讼过程,都离不开证据。

然而,在我国,由于“重刑轻民”的传统观念的长期影响,民事证据的地位和作用一直未受到足够的重视,致使民事证据的相关理论呈现出相当的滞后性,譬如在证据概念、证据的适格性、证据价值等基本理论上虽然观点众多,但总的说来,尚有许多问题没有厘清。理论研究的迟滞给立法和司法实践带来了严重的负效应,不仅造成有关证据的法律规定简陋粗疏,可操作性差,而且使得实践中审判人员轻视质证程序、漠视证据规则的现象普遍存在,难以保障民事诉讼的正常进行。近年来,随着以审判方式的改革为龙头的司法改革的步步推进,有关民事证据立法的呼声越来越高,并迅速成为摆在民事诉讼法学者面前的一个重大课题,引起了越来越多学者的关注,由此引发了民事证据理论研究的热潮。在这样

背景之下,研究和澄清民事证据的基本理论问题不仅具有重要意义,而且可以说是刻不容缓。

一、民事证据的内涵及界说

(一) 我国学者对证据概念的理解和学说

证据一词并非为法律所专有,而是许多学科乃至人们日常生活中广泛应用的一个概念。不过,由于证据在法律事务中地位特别重要而且使用特别频繁,在很大程度上已成为专门的法律术语,故而《辞海》中将证据解释为:“法律用语,据以认定案情的材料”。从一般意义上讲,证据就是指用以证明某一未知事实的根据或者手段。但作为法律术语使用的、作为裁判基础的证据,由于受到诸如法律文化、立法政策、司法技巧、程序运作等因素的制约和影响,具有相当的技术性和特殊性,远比通常意义上所说的证据更复杂。

尽管在民事司法实务中,证据是审判人员和当事人司空见惯之物,但在我国诉讼理论界,关于证据概念的界定却一直是一个颇具争论的问题,学者们对此见仁见智,见解不一。有人认为证据是证明案件事实真相的“事实”,有人认为证据是法官认定案件事实的“原因”;有人认为证据是认定案件事实的“方法”;有人认为证据是证明案件事实的“根据”;有人认为证据是与案件事实有关“信息”;有人认为证据是对案件事实的“反映”;有人认为证据是认定案件事实的“资料”;^①有人认为证据具有双重含义,既可以指能够证明案件真实情况的事实,也可以指证据的表现形式;还有人认为证据是证据内容(事实材料)与证据形式(证明手段)的统一。^②可

① 参见何家弘主编:《新编证据法学》,91页,北京,法律出版社,2000。

② 卞建林主编:《证据法学》,50页,北京,中国政法大学出版社,2002。

谓是聚讼纷纭,莫衷一是,其中,持“事实说”的学者较多,在传统证据法学中居于主流地位。综观上述各观点,研究的角度和表述方法各不相同,有的从形式上进行定义,如“信息说”、“资料说”,有的从功能上定义,如“原因说”、“根据说”,有的是从实质意义上进行定义,如“事实说”,等等。尽管措词各异,然而仔细推敲之下,其实质内涵却往往大同小异,鲜有对立者。

最近几年来,随着司法实践的发展,人们对证据以及证据法有了进一步的认识,不少学者开始对证据概念进行反思和重塑,提出了新的见解,对证据概念的理解也不断深化。笔者认为,虽然我国理论上对证据概念的界定林林总总,但概括起来,基本上形成了三种具有代表性的学说,而这三种学说实际上展示了诉讼理论上对证据概念理解的一个发展过程。在这一发展过程中,对证据的理解逐渐趋于科学、合理,并反映出人们对诉讼机制和规律认识的不断深化,以及诉讼证明理念从实体公正到程序公正、从客观真实到法律真实的转变。

1. 传统的证据概念,即客观真实说^①

这一定义是以法律对证据含义的解释为基础而产生的,认为民事证据就是指能够证明案件真实情况的客观事实。^②我国《民事诉讼法》对证据的规定非常简单化、原则化,并未明确证据的含义,传统的证据概念其实来源于《刑事诉讼法》的规定和理论界定。1979年的新中国第一部《刑事诉讼法》第31条规定:“证明案件真实情况的一切事实,都是证据。”这是我国法律首次对证据一词做出的明确解释。其后,1989年的《行政诉讼法》、1991年的《民事诉讼法》和1996年修正的新《刑事诉讼法》都明示或者默示地接受了这一解释。据此,我国学者一直把这一规定作为界定证据概念的

^① 文中的三种有关证据概念的学说称谓,系笔者根据其定义的内容所加。

^② 柴发邦主编:《民事诉讼法学新编》,195页,北京,法律出版社,1992。

法律依据,从而使“证据就是能够证明案件真实情况的客观事实”成为证据的经典性定义,并且经过置换“民事”、“刑事”、“行政”等定语后,通用于各部门诉讼法学理论。民事诉讼法学界也顺理成章地沿用了这一定义方式。这一定义不仅支持者甚众,而且占据民事证据法理论多年,几乎所有的教材和著述都予以采用,^①对民事证据理论与实务影响极为深远,至今仍然得到不少学者的支持。^②

然而,随着证据法学研究的深入,越来越多的学者发现传统证据概念无论是从其法律依据本身还是从司法实务来看都存在自相矛盾之处,难以自圆其说。首先,从逻辑上看,《刑事诉讼法》所规定的“证明案件真实情况的一切事实都是证据”是一个正确的判断,但反过来说“证据是证明案件真实情况的一切事实”,却是一个不正确的推论和判断。^③其次,根据“证据是能够证明案件真实情况的客观事实”这一命题,必然得出“证据都是属实的”这一结论,而《民事诉讼法》第63条在列举了7种证据形式之后,紧接着规定:“以上证据必须查证属实,才能作为认定事实的根据”。既然

① 尽管持传统证据概念学者的具体界定亦有所不同,形成了所谓的“事实说”、“根据说”、“原因说”、“手段说”、“双重含义说”、“统一说”等观点,但是,直接依据《刑事诉讼法》的有关规定将证据定义为证明案件真实情况的“事实”者居多。而且,上述观点均无一例外地将“能够证明案件真实情况”作为证据的基本内涵,即是说,在以“真实性”为证据本质这一点上,各种观点之间并无分歧。具体参见常怡主编:《民事诉讼法新论》,284页,北京,中国政法大学出版社,1989;柴发邦主编:《民事诉讼法学新编》,195页,北京,法律出版社,1992;常怡主编:《民事诉讼法学》,149页,北京,中国政法大学出版社,1996;谭兵主编:《民事诉讼法学》,264页,北京,法律出版社,1997;江伟主编:《证据法学》,206页,北京,法律出版社,1999;等等。

② 参见江伟主编:《民事诉讼法》,152页,北京,中国人民大学出版社,2000;卞建林主编:《证据法学》,50页,北京,中国政法大学出版社,2002;陈一云主编:《证据学》,99页,北京,中国人民大学出版社,2000;等等。

③ 参见何家弘主编:《证据调查实用教材》,62页,北京,中国人民大学出版社,2000。

证据已经是属实的了,又何须要求对证据必须“查证属实”?反过来,既然证据还需查证属实方能作为认定案件事实的根据,就意味着证据并不一定属实,又怎么能说证据是能够证明案件真实情况的客观事实呢?这显然是自相矛盾的。而《民事诉讼法》第64条第2款规定:“人民法院应当按照法定的程序,全面地、客观地审查核实证据。”第66条又规定:“证据应当在法庭上出示,并由当事人互相质证。”从这些规定中,我们可以发现在立法者的心目中,证据并非都是属实的,而是有真有假的,还需要当事人质证、法院审查核实,并不能一概作为认定事实的根据。再次,从司法实务来看,每一个案件的当事人向法院提供的证据都是真假掺杂的,既有真实的,也可能有失实的,甚至是伪造的,如果只有“能够证明案件真实情况的事实”才是证据,那么不仅法院审查判断证据是否属实之说不应存在,而且将当事人向法院提供的用以证明其主张的材料称为证据亦不合适。而“虚假证据”、“伪造证据”之类的说法亦不能成立。因为如果“证明案件真实情况的事实”不存在的话,它是无论如何也伪造不出来的,即便伪造了,也不能称其为“伪造证据”;^①至于“虚假证据”的概念,按照“客观真实说”,应当是指“虚假的能够证明案件真实情况的事实”,其荒谬之处自不待言。

2. 修正的证据概念,即“定案根据说”

鉴于传统证据概念存在着上述逻辑混乱,为了摆脱立法与实务的困境,学者在修正“客观真实说”的基础上,提出了“定案根据说”,将民事证据界定为:在民事诉讼程序中,证明主体依法提供的、经过查证属实能够证明民事案件真实情况的客观事实。^②这

^① 参见何家弘主编:《证据调查实用教材》,62页,北京,中国人民大学出版社,2000。

^② 参见田平安:《民事诉讼证据初论》,3~8页,北京,中国检察出版社,2002;樊崇义主编:《证据法学》,45页,北京,法律出版社,2001;何家弘主编:《证据调查》,27页,北京,法律出版社,1997。

种观点有两个突出的特点,一是将证据与定案根据划上了等号;二是提出了证据材料的概念,并以“是否查证属实”作为证据与证据材料的区分界限,认为凡当事人提供的或者执法人员收集的、未经质证和审查核实的材料均为证据材料,只有经过法院审查属实的、作为定案根据予以采信的是证据。也就是说,证据是经过认证过程采信的证据材料。^① 没有经过法庭质证和辩论阶段的证据材料是粗糙的、含有水分的,只能是一种尚待认可的证据材料;经过质证程序后未被采信的证据材料仍然停留在证据材料的水平,也不具有证据的性质。而经过了法庭质证、辩论后得以采信的那些证据材料才是真正能证明案件事实的证据,是经得起考验的证据。不应将“粗糙的证据”与“查证的证据”混为一谈。^② 故而学者断言:“我们所说的证据,应该同定案的证据是同一个概念,凡是未经查证属实的物证、书证、证人证言等各种证据形式,统统称为证据资料,或曰证据材料,这些材料,在未经查证属实之前,也可能是不是真实的,理所当然不能直接作为定案的根据。”^③

这一定义是目前对证据概念比较通行的理解,并且得到了司法实践相关和司法解释的认可。2001年4月1日起施行的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(下称《民事证据规定》)就分别采用了证据和证据材料的概念,其第1条、第14条、第34条、第36条规定中均将当事人向法院提交的“证据”称为“证据材

^① 刘新魁:《也谈刑事诉讼中的认证问题》,载何家弘主编:《证据学论坛》(第四卷),50页,北京,中国检察出版社,2002。

^② 参见田平安:《民事诉讼证据初论》,3~8页,北京,中国检察出版社,2002;樊崇义主编:《证据法学》,45页,北京,法律出版社,2001;何家弘主编:《证据调查》,27页,北京,法律出版社,1997。

^③ 樊崇义主编:《证据法学》,46页,北京,法律出版社,2001。