

《民事证据立法的理论立场》一书是作者十余年来关注和探索民事证据制度的集中性成果。“以证据文化诠释证据制度，以证据制度型构证据文化”是其基本的学术立场。分基础理论编、基本问题编、重要制度编和他山之石编。对已经开始且正在经历重大历史性变迁的中国民事证据制度所涉及的诸多问题进行了立场鲜明、论证有据的回答。作为压台部分，共 356 条、近 4 万字的《民事证据法》（建议稿）实现了从理论到建议的跃升，是对中国民事证据的立法需求、司法需求和学术需求的集中回应并将产生也许不可低估的积极影响。《民事证据立法的理论立场》一书是作者十余年来关注和探索民事证据制度的集中性成果。“以证据文化诠释证据制度，以证据制度型构证据文化”是其基本的学术立场。分基础理论编、基本问题编、重要制度编和他山之石编。对已经开始且正在经历重大历史性变迁的中国民事证据制度所涉及的诸多问题进行了立场鲜明、论证有据的回答。作为压台部分，共 356 条、近 4 万字的《民事证据法》（建议稿）实现了从理论到建议的跃升，是对中国民事证据的立法需求、司法需求和学术需求的集中回应并将产生也许不可低估的积极影响。《民事证据立法的理论立场》一书是作者十余年来关注和探索民事证据制度的集中性成果。

Civil Procedure Series



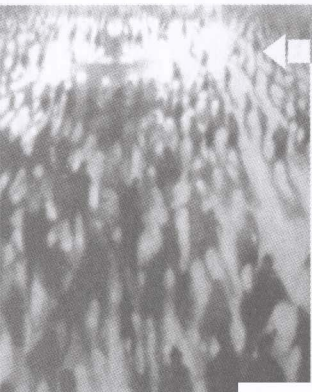
民事程序法论丛

民事证据立法的 理论立场

汤维建 / 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



Civil Procedure Series

民事证据立法的 理论立场

汤维建 / 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

民事证据立法的理论立场/汤维建著. —北京:北京大学出版社, 2008. 12
(民事程序法论丛)

ISBN 978 - 7 - 301 - 14644 - 6

I. 民… II. 汤… III. 民事诉讼 - 证据 - 立法 - 研究 - 中国
IV. D925. 113. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 185895 号

书 名: 民事证据立法的理论立场

著作责任者: 汤维建 著

责任编辑: 李 铎

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 14644 - 6/D · 2206

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 三河市新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 27.75 印张 431 千字

2008 年 12 月第 1 版 2008 年 12 月第 1 次印刷

定 价: 48.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

论丛总序

本丛书的宗旨在于:大胆假设,小心求证;专注制度,推动立法。

2008年4月1日开始实施的修正后的《民事诉讼法》之所以仅仅是局部性的,而非全面性的;之所以未达预期的效果,而难免令人有失望之感,究其缘故,固然有诸多或种种,然而深层次上的原因,不能不被认为是,学术研究未能跟上立法之需求也。

反观我国的民事诉讼法学研究,起初营营碌碌于注释法学,后来迅速遭到诟病,认为这种研究长此以往,难脱原地踏步之嫌;于是乎,取而代之的乃是所谓的理论法学,以抽象思维见长的学者们,纷纷登台发表高见,短时间内,竟一扫注释法学之积弊,法学研究的面貌因之而焕然一新。然而,时间稍长,人们便发现,坐而论道原本是一件更为轻松的事,难点还在于,将放飞的思绪从辽阔的天空中收回,屏心静气地进行艰苦卓绝的制度构建。

具体的制度构建全然有别于潇洒的理论畅想,它需要有透彻的理论把握,敏锐的时代触感,宽阔的学术视野,务实的精心构筑,以及弥漫于全书中的价值说服力。这样的理论研究,显而易见,是多了一份枯燥,少了一份浪漫;然而,这样的理论研究,同样显而易见的,乃是真正的理论升华,培植了真正的学术之根。

德国学者海德格尔通过对“真理”一词的词源学考察表明,真理的古希腊语是 aletheia,原意是“无蔽”。可见,真理的本质就在于无蔽,而无蔽就是敞亮,敞亮就是本真。我们这套丛书,就是试图将我们各位作者本真的制度构想——无论是全面的抑或局部的,敞亮开来,达至无蔽,然而同时还要绝对地说:我们距离真理很远。



因为我们距离真理很远,所以我们欢迎批评;因为我们贡献的是本真,所以我们能够收获真诚的争鸣——正是在争鸣中,民事诉讼法才能在妥协性的智慧中,扬帆远航。

此为序。

汤维建

2008年10月

中国的民事证据立法及宏观理路

(代序)

一、证据：司法理性主义的基石

(一) 司法证明的理性与非理性

“打官司就是打证据”，这是现今人们耳熟能详、经常挂在嘴边的公式化的命题。这一命题可以说是一个跨越时空的真理性命题，自古及今，概莫能外。这是人类的起码理性的表征。但问题在于，这里所谓的“证据”究竟何指？对于这个问题的回答，古人和今人所给出的答案，可谓大相径庭、迥然有异。

法制史的研究告诉我们，古人判案所采用的“证据”，是诸如神明的启迪、独角兽裁判、水审、火审、决斗、宗教宣誓等方式。这种方式，理论上称之为“非理性的司法证明方式”，由此所形成的证据制度，便是“非理性的证据制度”。在非理性的证据制度中，证据指的是各种非理性的试验、仪式或角力的结果，这些结果与需要解决的纠纷本身并不存在必然的内在关联，因而这其中充满了任意性、偶然性乃至武断的属性。依据这种结果来裁判案件，期望它能够输送出正义的司法产品，是不可能的。这里所依靠的力量，乃是物理力量、自然力量、身体的力量乃至是超自然力量——宗教的力量，无论如何，它终究不是依靠人类的理性力量——所谓的非理性的评语，就是因此而生的。



应当看到,在人类历史发展的某个很早的阶段,古人们所能够依赖的,就只能是这样的为今人所不屑的非理性的证明方法。这是他们的历史局限性,这种局限性是由那个时代的人们所处的物质文化生活水平所决定的,是无法摆脱的局限性。在公力救济取代私力救济的早期阶段,非理性的证据制度是人类的唯一的、也是必然的选择。

随着社会的进化和历史的进步,人类的理性逐步丰富和发展,非理性的司法证明方式在人类理性的严格审视下,日益显示出它的固有的弊端,人们最终发现,依赖或完全依赖这种种的非理性方法来表达和描述决定案件成败结果之关键环节的案件事实的真相,已经失去了可靠的属性和获得信赖的可能。于是,人们的注意视点开始由外在向内在转变,其结果,一种前所未有的以事实求证事实的司法证明方法应运而生。

“以事实求证事实”!这是一个崭新的司法命题。

在这个命题中,前一个事实是已知的因素,后一个事实是未知的因素,用已知的客观因素来推断未知的客观因素,从而发现社会活动真相,达到对社会事实的真理性认识,这就是与过去惯用的非理性的司法证明方法的区别所在,这就是所谓“理性的司法证明方法”。理性的司法证明方法的根本要义就在于从人的认识能力出发,基于已知的客观求证未知的客观。这是一个主观反映客观的过程,这种反映所根据的是人类自身的理性。人们凭借证据能否反映客观的案件事实,最终所诉诸的是人自身的认识能力以及对此认识能力的信念或信仰,这种人的能力以及对这种能力的信仰,结合起来看就是人的理性的全部内涵。

与非理性的司法证明方法相比较,理性的认识案件事实的过程是直接的认识过程,而非理性的认识过程则是借助于外在因素的间接的认识过程;理性的认识过程的出发点和归属点均在人自身,而非理性的认识过程的出发点在人、归属点却在非人,即人以外的其他因素。理性的司法证明方法较诸非理性的司法证明方法的优越之处便在于,前者因为是可以验证的,所以它容易获得人们的认同和理解,并由此增进人们对认识事物、确证事物的信念;后者则因无法用除此而外的其他任何方法加以验证,因而人们对它所寄托的信念必将随着人类自身理性的增强而与日俱减。在此意义上,非理性的司法证明方法为理性的司法证明方法所取代乃是历史发展的必然,这是人类战胜自然界、征服神灵之后所出现的规律



性结果。毫无疑问,理性的司法证明方法因为源自人的认识能力的自我扩充以及人的自身价值的确证和实现的过程,故而是一种更具生命力的认识事物的方法,一种为人类所自然接近的方法。

理性的司法证明方法就是以事实求证事实的方法,这是其固有的内涵,而用来求证事实的事实便称之为“证据”。利用证据来认识案件事实的真相,并且按照这种已纳入认识范围内的事实适用法律作出裁判,这就是所谓的“证据裁判主义”。证据裁判主义在诉讼制度中的出现,标志着人类诉讼法律文化的文明程度的提高,同时也意味着人类解决纠纷能力的增强,人类由此步入更加有序和合理的历史阶段。证据裁判主义之在诉讼制度中的确立,使证据制度在诉讼制度的整个体系中获得了重要的一席之地。无论在重演绎法思维方式的大陆法系国家,还是在重归纳法思维方式的英美法系国家,其司法逻辑都是以规范为大前提、事实为小前提并由此得出裁判结论的“三段论法”。

三段论法的司法逻辑在诉讼过程中的普遍适用,这本身就说明了人类的解决纠纷的过程必然是一个理性化程度极高的过程。三段论司法过程的关键在于作为小前提的事实认定。事实认定离不开证据的运用,证据在现代司法制度和诉讼程序中已经无可置疑地占据了枢纽的位置。司法者作出裁判所仰赖的是证据,裁判者以外的主体对裁判活动进行评价的依据也主要来源于证据。证据成为人们司法活动的出发点,也成为人们对司法活动进行理性评判的标准之一。司法过程的理性化程度在人们对证据的重视程度中得到晴雨表式的映现。

(二) 我国的证据传统

中国自古以来就有重理性、求真实的司法传统,这种传统萌发既早,延续也久。我国自古以来神明裁判的相对不发达,以及对“听讼折狱”内在过程的重视(如著名的“五听断案法”),就充分说明证据制度和理性主义在中国司法传统中发挥着重要作用的主流倾向。当然,这并不是说我国形成了发达的、成熟的证据法学理论,而仅意味着我国具有重证据、重理性的司法传统,现在我们所了解的西方各种各样的非理性的司法证明方法乃至理性主义流派中的机械的法定证据主义,在同时代我国古人的司法思维的逻辑中无疑具有显著的幼稚性。

当然,我们的古人过分重视了证据,而忽视了证明。前一个判断是不言自明的,我们可以找出大量的史实来说明这个论断。后一个判断则需



稍加说明。我们古人判案,从侦查收集证据到庭审利用证据,都是不讲程序的。既无需听取当事人的辩论意见,又不必依一定之规,全然依其兴之所至,唱证据的独角戏。此外,这种传统中也有其不可避免的形而上学的片面性以及非人道的色彩,例如,拷刑的长期存在以及民事裁判的刑事化等。这是由其专制主义的政治结构所天然地决定了的。

反观我国现代的司法制度和诉讼程序,不难发现出它与社会相脱节的现象的存在。司法的过程成为一个封闭式体系的展开过程,各式各样的任性、武断、私利、偏见和愚昧,借助证据的幌子和名义在司法领域大行其道,并凝结成司法的结果,决定了当事者的命运。司法成为游离于证据实质内涵之外的非理性的运作过程,证据变成掩饰司法不公、装点门面的“化妆品”。司法者成了冷漠的、官僚化的裁判机器,代理者的代理行为也时常难脱趋利色彩,而终究难觅崇高的诉求。造成如此诉讼角色分裂和异质化的根由,乃在于各个参与诉讼过程的主体已经匮乏了启迪理性、沟通心灵和良知的凭藉和依托——证据。他们就诉讼结果所进行的程序对话已经不在或主要不在证据的层面,证据对于诉讼活动缺乏了基本的约束力。失去了以证据为主要符号的司法对话,其结果只能导致理性主义的丧失,并同时引起非理性司法逻辑在新的诉讼构架下的复活。

在司法乱象环生的现实背景下,所谓现代意义上的证据制度必定不具有存活的余地,也自然没有生成的必要。运行于现时代的诉讼程序如果使证据失去了起码的实质意义,则无疑会使司法机制陷于岌岌可危的境地,司法危机难以避免。司法危机的对内表现是司法过程的松弛和无序,其对外表现则是人们失去了对司法的信任,产生了对司法的隔膜。二者的结合便积淀为对司法不公的麻木、放纵和抱怨。拯救司法危机、克服司法不公的现实举措便是审判方式的改革和司法机制的转换,其目标集中体现在司法公正以及服务于司法公正的司法效率之上。

实现司法公正的基本保障乃是弘扬司法理性主义,克服、消除横亘于其中的非理性因素。司法理性主义的基石是证据,贴近证据就是贴近事实。在事实的层面上依法司法,便是司法理性主义的基本要求,也是确保司法公正的坚实领地。这个过程的完成与这个目标的实现,离不开对人们证据法律意识的唤醒,离不开证据法律制度的体系化和规范功能的提高。正是在此司法背景下,人们提出了证据立法这个历史性课题。



二、模式选择:中国民事证据立法的问题原点

中国的民事证据立法是一个已经提出而又必须圆满完成的法制建设工程。但问题是,我国的证据立法模式应当如何择定?是应当走大陆法的抽象理性之路,还是走英美法的具体理性之路?抑或二者兼而有之走一条融贯、混合之路?这个问题直接关系到证据立法的内容与证据立法的重心选择,关系到诉讼模式的选择与定位,关系到法官自由裁量余地的广与窄,因而必须给出慎重的回答。

其实,这个问题即便在有证据立法传统,或者更准确地说,有较长单独证据立法历史的英美法系国家,也是始终有争论的。争论所形成的基本观点可以分为两大派别:一派是以边沁、凯布雷尼为代表的自由证明理论,一派是以斯蒂芬、撒耶、威格摩尔等为代表的规范证明理论。前者主张简化证据法的体系结构,为证据规则划定精确的、狭窄的界限,减少证据规则的数量,赋予事实认定者以更多的裁量权,实行自由的、自然的证明。后者主张根据某个核心规则,如最佳证据规则、关联证据规则等,设定体系化的证据规则,将判例法所形成的各项证据规则尽可能地囊括在同一个法典之中,强化证据法的可操作性和规范性。这两种观点在英美证据法学发展的历史上,自从1827年边沁发表其证据法专著《司法证明原理》之后,就一直并存着。但是以前者为异声,而后者则一直是主流。

现在英美证据立法的基本倾向,乃是将证据法看成是对自由证明和证据自由衡量所施加的各种限制的汇合。与我国一样,英美学者关于证据立法的争论也贯穿于各个层面和领域,涉及的范围包括纯粹证据法上的问题、程序法上的问题、实体法上的问题以及逻辑学、心理学等方面的问题。例如,在证据法领域,其争论涉及诸如证据概念上的分歧、推定的性质、传闻规则、最佳证据规则等。在程序法以及法理学方面,其争论则涉及诸如陪审团审判、对抗制、法官造法、法典化等问题。尽管如此,英美证据法学者,从最早的吉尔伯特到后来的边沁、撒耶、威格摩尔、克罗斯及麦克考密克,几乎毫无例外地对审判的性质与目标、对过去事实的认识与信念以及对争议事实进行推理过程中所涉及的诸因素等基本的理论问题,表现出观点上的一致性。例如,在认识论方面,他们认为,客观事实独立于人们的观察之外,正确的事实描述是与客观事实相等或相符的描述;



人们对过去事实获得有保障的信念原则上是有可能的;对过去事实的当下认识通常只能基于不完全的证据;人们对事实的认识只能达到盖然性的程度,而不可能达到完全的肯定性。在事实认定观方面,他们认为,适用实体法的前提条件是用关联证据对特定事实主张的真实性进行证明;只有根据证据决定事实主张的真实性,贯彻实体法的规定,才能实现所谓的法律的正义;法律正义的实现只能满足于相对的证明标准,而缺乏绝对的确定性可以依赖;决定的正确性是重要的社会价值,但它同其他价值存在冲突,因而存在一个排序的问题。在审判推理方面,他们认为,唯有根据提交给裁判制作者的相关证据,通过推论对争议事实的盖然性得出判断,才是一种理性的认定事实的方法;基于证据作出推论的有效性是由逻辑法则规范的;对事实主张盖然性的判断,所使用的推理方法是归纳法,而演绎法仅起次要的作用;通过归纳法的使用,事实主张就可能被赋予盖然性的真实价值。他们还认为,证据理论和审判理论是不可能截然分开的,一般来说,证据理论以审判理论为前提,审判理论包容了证据理论。

以上这些就是英美证据法学者所存有的争议问题和达成的共识。这些问题在我们目前所讨论的证据立法中也同样需要回答,也同样存在争论。这也许是人类理性那固有的穿越时空的力量在起作用吧!也正是这样的作用,成为我们在证据立法道路上一往无前地探索的原动力和不竭源泉!

三、法典化:中国民事证据制度的必然归属

我国之所以在这样的历史时期提出了证据立法的课题,其直接的原因就在于对我国现行民事证据制度进行反思和检讨。我国民事证据制度单就立法形式的集中规定来看,其法条的数量显得少之又少。我国《民事诉讼法》总则从第6章的第63条到第74条,总共只有12个条文就证据制度作出了规范。加上民事诉讼法中的一些其他相关规定,也总共不到20个条文。这种立法的篇幅无论与有独立证据立法的英美法系国家相比,还是同将证据制度融入民事诉讼法或民法典中的大陆法系国家相比,都显得极为简陋和粗放。粗线条化的证据制度规制方式,必然导致操作程度不高以及与之相伴而生的任意司法、裁量失当的应用性后果。尤其是,这种内容单薄、规范力羸弱的证据法律条款在涉及的



领域上,也过多地侧重于它的静态面,即关于何谓证据以及证据有哪些种类的调整,而鲜有关于证据如何运用的动态面的调整。如此规范的后果便是当事者及其代理者在诉讼中对证据的运用,包括自收集、保存、提供到使用的全部过程,都不能不处在无所适从而任凭法院支配的尴尬境地,他们于是沦为证据制度的规范客体,而难以在其中寻找到自己的用武之地。

证据制度的这种立法现实,与以客观真实为最高乃至唯一程序价值目标的证据理念相结合,便无可避免地形成以法院为主体和以法官为中心的证据制度规范体系。证据制度是为法院如何行使审判权而设,而不是为当事人如何利用其来保障自己的诉权而定,证据法成为法院“操作规程”的一个组成部分,似乎天然地与当事人不相干。当事人成为游离于证据法律制度之外的多余之物。这样的证据制度显然是纠问主义诉讼模式下的产物,而与当事人主义甚或职权主义的诉讼模式格格不入。毫无疑问,这种纠问型证据制度随着市场经济的发展和诉讼模式的相应转变,日益显露出它的弊端。正是在这个意义上,可以说我国民事证据制度的法典化或者完善化,绝非仅仅是一个量的扩展过程,而毋宁认为它首先是一个观念变革和性质变化的契机与工程。

证据立法观念的变革首先在价值目标的重新审视和重新定位上表现出来。我国现行民事诉讼法所确立的证据制度乃是以客观事实作为高纬度与绝对化的价值目标的。司法的逻辑与实际运作过程雄辩地表明,此种规定实有轻视其他诉讼价值之嫌,它所导致的后果,一方面使民事诉讼被纳入刑事化的轨道,造成刑事诉讼与民事诉讼在实质的层面难以区分开来;另一方面又使得证明标准的概念和理论隐而不彰,致使民事诉讼的整个过程带上了浓郁的职权干预色彩,所谓程序的公正,所谓诉讼的效率,所谓当事人的主体特性,一概被打入冷宫。这种偏狭于一端的证据法律制度价值观,显然已与实际脱了节,需要重新审视和设定。我们完全可以认为,程序价值的多元设置与排序问题的提出,既是我国民事证据立法的动因和出发点之一,又是需要通过它的完成给出明晰答案的难题。或许,公正性、效率性、真实性以及人权与秩序,是我们在制定证据法、完善证据制度的过程中所不能不经常考虑和权衡的主要价值目标。证据理论和程序理论是紧密地关联在一起的,可以认为它们就是一而二、二而一的关系。处于这二者价值序列当中的概念应当是无冲突的或者说应当是一



致的。程序的价值必须体现在我国民事证据立法的各个层面和自始至终。

证据立法的体例结构也与程序价值的设定有一定的联系。大陆法系国家因其证据制度融入整体的程序制度的体系当中,故而证据制度可以共享程序制度的理念与价值目标。在此意义上不妨认为,大陆法系国家的证据制度在立法体例的选择上,也与其他法律制度一样,乃是原则与规则、总则与分则的结合体,属于法典式的立法结构。英美法的证据制度则与之迥异,它们的证据制度尽管大多独立成法,但是,在其内容的涵盖度上却较低,因为他们采取的立法模式乃是归纳式的汇编方法。按照这种方法,立法者将判例法所设定和积累的诸行之有效的证据规则集中起来,按一定顺序予以排列,便成了法。正因如此,他们的证据法大多名之为“证据规则”。各种各样的证据规则及其例外成为他们的证据法的几乎全部内容。在此种立法体例的结构下,证据法的可操作性获得了确保,但是,它所涵盖的范围及其法官司法的灵活性却被降到了最小或最低的限度。

我国的证据立法既不是英美式的,也不应是大陆式的,而应当是兼具二者特点同时又融入我国自身特殊性的综合式的立法模式。首先,我们不宜固步自封,恪守程序制度与证据制度二位一体的旧法模式。其中的深刻原因在于:证据规则的丰富化与程序制度的形式规范要求所具有的内在不协调性。我们寻找不到有任何一个大陆法系国家在其诉讼制度中大规模地铺展其具体的证据规则。大陆法系国家之所以选择和坚守程序制度覆盖证据制度的立法模式,而排斥独立的证据立法,是与它实行自由心证原则而拒绝接受证据规则的调整密切地联系在一起的。而我国目前的司法实践不容置疑地告诉我们,我国的证据法律制度应当吸纳和确立大量的具体的证据规则。证据规则应当成为我国证据法律制度的重要内容。如果一反立法惯例,硬性使大量的证据规则及其适用不可避免地存在的更为众多的例外情形,全部纳入到以具有伦理色彩为主体内容的程序规范体系当中去,且不说其内容的不相容性,单看它的形式结构,就足以使我们的程序法律陷于失范和失重的泥潭。为了避免此种可能化为现实,我们在证据立法的形式上不得不选择单独立法的英美模式。英美证据法所采取的使证据法与程序法相对分离的立法方式,既可以突现证据法的价值与地位,又可以为证据法的发展留下宽阔的空间。但



是,由于英美法采取归纳式的判例汇编的方式构建证据法,其证据法以证据规则为全部内容,这就必然使其证据法带有严苛性和硬直性的局限。这一点,乃是我国的证据立法所不能采纳的。一言以蔽之,我国的证据立法从形式上说宜采用英美法模式,从内容上说则要适当吸收大陆法的合理因素。

四、三大领域、四个层面:我国民事证据立法的基本构架

民事证据立法在内容上应当如何设定?其体系如何构建?这不单纯是立法技术问题,更重要的是证据法学的理论问题。笔者认为,我国的民事证据立法应由三部分构成:总则编、证明编和证据编。这就是所谓的证据立法的三大领域。此外,从所涉及的内容上看,证据立法应当涵盖四个层面:证据原则、证据制度、证据规则和证据程序。这三大领域、四个层面,就为我国的民事证据立法奠定了基本的构架。

先谈谈证据立法的三大领域。这里需要说明的有两点:一是为什么要有“总则编”?二是为什么要将“证明编”放在“证据编”之前?前一个问题在国际背景下是需要加以说明的,因为国外的证据立法一般没有总则编;后一个问题在我国传统的证据法学理论体系中是需要加以说明的,因为在传统证据法学中,证据编要么吞并了证明编,要么就是放在证明编之前论述。

“总则编”主要涉及两个问题:一是证据立法的宗旨和解释;二是证据立法所贯彻的基本原则。前面所说的我国民事证据立法在内容上要向大陆法系国家学习,最为主要的就体现在这里,也就是证据立法要有抽象的原理性规范。其原因在于:证据制度、证据规则和证据程序都是具体的操作规范,它们的具体性就决定了它们的局限性,在它们无力调整证明活动时,证据法就出现了空白;证据法出现了空白,司法就陷入无法可依的僵局。在司法陷入无法可依的僵局之时,证据法的功能便萎缩了。这是证据立法要避免的现象。为了避免无法可依的状态,立法者就有必要设定“总则编”,对证据立法做出抽象性的规范;正是证据法中的抽象性规范,在最终的意义上弥补了证据立法的技术局限性。

这里值得一提的是证据法的基本原则。与民事诉讼法有基本原则一样,我们所构想的民事证据法也有基本原则。民事证据法基本原则的功能主要是:(1)作为证据法解释的依据。证据法是需要解释而加以适用



的,正是通过对证据法的解释,才将证据法的一般性规范转换为个案中的特殊性规范;而对证据法加以解释,其直接的依据乃是其基本原则。(2)作为证据规则产生的渊源。证据规则来源于证据原则,证据原则是证据规则的母体性规范。(3)作为司法的指针。证据法的基本原则反映了它的基本性质和本质特征,为证据法的全部内容勾勒了框架,设定了基本的面貌。司法者适用证据法,应首先把握其基本原则。

在笔者看来,证据法的基本原则主要有:以事实为根据的原则;证据裁判主义的原则;自由衡量的原则;当事人主义的原则;诚信原则;及时举证的原则;证明指导的原则;证据共通性原则以及证据的有限处分原则等。除证据法中明确规定为基本原则的外,还有一些基本原则是隐含在具体的规定中的,比如,直接原则、言词原则、集中原则、对立互审原则及中立原则等。规定这些原则的总目标在于实现三个价值:真实、公正、效率。同时体现一种时代的精神:诚信与和谐——诚信的合作理念、和谐的证明关系。

“证据制度”主要包括:举证责任制度、取证权利制度、证据交换制度、举证时限制度、交叉询问制度、质证制度、当庭认证制度、公开心证制度、特权制度、证人作证以及证人保护制度等。

“证据规则”是证据法的主体内容,它的内容丰富,具体可分为证据调查和收集方面的证据规则、提供证据方面的证据规则、质证方面的证据规则及认证方面的证据规则等四个领域。证据调查和收集方面的证据规则具体包括:录取证词规则、要求提供书证和物证规则、要求自认规则、鉴定规则、勘验规则、证据保全规则、域外取证规则、证据声明规则和职权调查规则等。提供证据方面的证据规则具体包括:举证责任分配规则、补充举证规则、证据出示规则、传唤证人规则、证人隔离规则、直接询问规则以及宣誓作证规则等。质证方面的证据规则具体包括:交叉询问规则、关联性规则、客观性规则、非法证据排除规则、意见证据规则、品格证据规则、传闻证据规则、最佳证据规则、习惯证据规则以及补强证据规则等。认证方面的证据规则具体包括:当庭认证规则、认证纠正规则、心证公开规则、推定规则、司法认知规则等。

“证据程序”主要包括:证据保全程序、证据收集程序、证据调查程序、证据交换程序、证据固定程序、证据提供程序、证据异议程序、证据对质程序、证据确认程序等。



以上回答了第一个问题,即为什么我国的民事证据立法要有一个总则编;然后由此出发,衍生出了证据立法的四个层面的内容构架。此外还需要解释的一个问题是:何以要将证明编安排在证据编之前?为了解释这个问题,我们又提出了一个理论性命题,这就是:现代证据法的发展趋势之一,便是从证据主义到证明主义的转向。

所谓证据主义与证明主义,本质上说的是证据法的立法体例安排问题。采用证据主义的立法例模式,民事证据法的主要内容是证据的形式以及法院对证据的收集和审查判断,我国民事诉讼法目前采用的就是这样一种模式。证据主义的立法模式有这样几个特点:(1)证据法仅仅关注证据的静态面内容,而不关注证据的动态面内容。比如,它仅仅关注:证据有哪些表现形式?每一种证据有何特征?如何收集审查判断证据?证据如何保全?等等。(2)证据法的规范主体为行使审判权的法院,而非行使诉权的当事人。在证据主义的模式中,法院是一个中心角色,当事人是证据法的配角甚至是证据法的调整客体。(3)证据法所形成的诉讼程序是一种线性结构,而线性结构的诉讼程序容易导致以追求客观真实为目标的司法专断。由此来看,证据主义的立法模式是一种传统型的立法模式,其滞后性是显而易见的。

与证据主义的结果指向型的立法模式不同,证明主义的证据法则属于过程指向型的,也就是说,它强调证据法重在对证明过程——证据的运用——的调整。由于将证据立法的视角由静态的证据转向了动态的证明,因而使证明主义的立法模式获得了这样的特征:(1)将程序正义的原理引入了证据法中。证据法所构筑的证明程序应当符合程序正义的要求。(2)当事人成为证据法的规范主体。证据法由法院的审判法变成了当事人的诉权保障法。(3)将诉讼协同主义的观念导入证据法中,法院与当事人之间以及双方当事人之间具有了诚信合作的新型关系。(4)证明标准是一种相对的标准,追求法律意义上的真实成为证据法的主要价值目标。因此,在证明主义的立法模式中,证据仅仅是当事人用来进行证明的一种手段,证明制度的理论体系包含了从举证、质证到认证的多个环节,也包括了自认、推定、司法认知等多种特殊的证明制度,证据法成为当事人衡量程序利益和实体利益的行为依据,诸如证据契约、证据异议、证据处分等证据选择权理论成为其主要的理论根据。这就是为什么证明编应当被安放在证据编之前的根本原因。



以上所述,是拟议中的中国民事证据立法所可能涉及的内容架构,这些内容主要来自我国民事诉讼法的相关规定、民事审判方式的改革实践以及外国法制的借鉴。对这些内容在理论上进行进一步审视,将它们付诸实践的检验,最终将其中行之有效、被实践充分证明是正确的内容上升到立法的高度,是摆在我们面前的重要课题。这个课题完成得好不好,直接关系到司法公正、司法效率和司法权威的司法改革目标能否顺利实现,也直接和当事人的诉权与民事权益能否获得及时有效的司法保护有关。不仅如此,制定我国的民事证据法,还有利于推动我国民事诉讼法的修改与完善,有利于促进我国证据法学的繁荣,强化公民的证据法律意识,从而规范公民的民事法律行为,减少和预防纠纷的发生。在此意义上,我们有理由认为,在我国制定独立的民事证据法,已属势在必行之事。

汤维建

2008年11月