

中国民主法制出版社

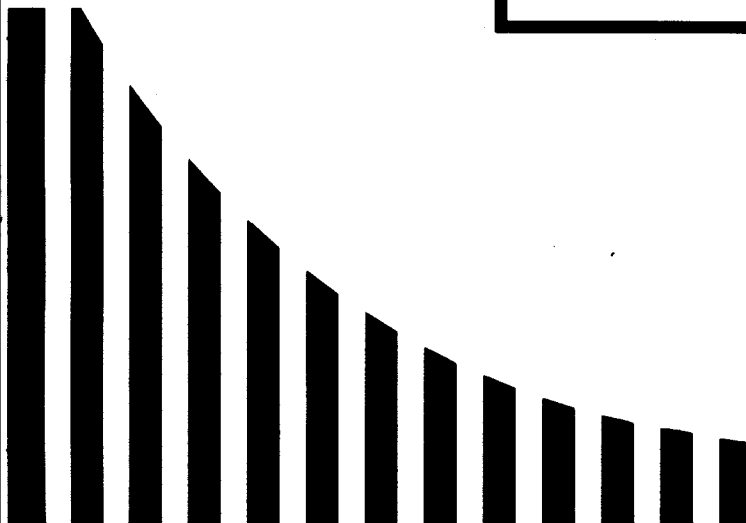
MINSHISUSONGZHENGJU

民事诉讼证据

操作指南

CAOZUOZHINAN

肖建国 肖建华 / 著



中国政法大学
法律硕士专业学位
联考指定教材

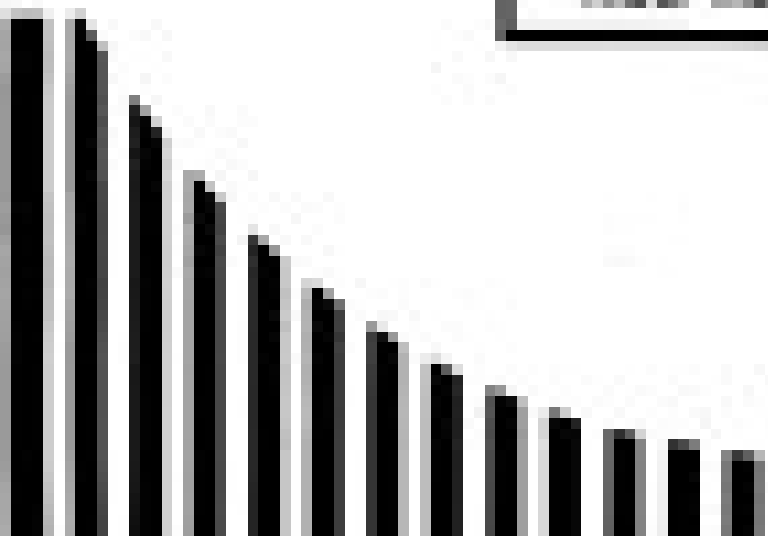
MINSHISU LUNZHENGJUE

民事诉讼证据

操作指南

CAOZUO ZHINAN

肖建国 肖建国 / 编



图书在版编目 (CIP) 数据

民事诉讼证据操作指南/肖建国, 肖建华, 著.
北京: 中国民主法制出版社, 2002.4

ISBN 7-80078-575-0

I. 民... II. ①肖... ②肖... III. 民事
诉讼-证据-法律解释-中国 IV. D925.113.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 019147 号

书名/民事诉讼证据操作指南

作者/肖建国 肖建华 著

出版·发行/中国民主法制出版社

地址/北京市丰台区玉林里 7 号 (100054)

电话/63056983 63292534 (发行部)

传真/63056975 63056983

经销/新华书店

开本/32 开 850×1168 毫米

印张/10.75 字数/278 千字

版本/2002 年 4 月第 1 版 2002 年 4 月第 1 次印刷

印刷/北京才智印刷厂

书号/ISBN 7-80078-575-0/D·494

定价/18.50 元

出版声明/版权所有, 侵权必究。

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

前 言

民事诉讼证据在程序中如何操作，需要立法予以完善；但即使有了严密的规范，仍然需要理论的阐释。特别是在建立现代诉讼制度、进行审判改革的过程中，职权主义和当事人主义两种不同的诉讼理念常常发生碰撞，旧的理念和做法仍然保留，新的改革办法不断出台，客观真实与法律真实、程序正义与实体正义等不同观念相互存在的冲突，给民事诉讼法和司法解释中有关诉讼证据规则的适用带来了难题。最近出台的司法解释——最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》多达83条，把这些年来审判方式改革实践中的经验加以总结，不仅确立了新的民事诉讼证据观念和操作规程，而且确立了与民事诉讼大相径庭的诉讼流程，立案庭的功能扩大到除立案以外的证据交换、证据调查，审判庭进行的审判活动则体现了裁判中立和集中审理的精神。而这些新规则所蕴涵的诉讼理念以及与民事诉讼法有关程序规定的协调，仍然需要学理的阐释、分析和解构，给法官、律师和当事人以清楚的线索，以便在实践中运用。

本着上述思路，我们写这本书就不是释义式的，而是着重于分析和归纳，便于读者从结构或框架上掌握这些规则，迅速把这些规则储存到自己的智能中去。在解析方法上，我们也不围绕着法条进行梳理，而是从基本的证据理念和证据制度出发，从程序的操作要求出发，通过独特的章节安排，把立案庭从事的立案、庭前证据交换和证据调查，与审判庭进行的质证、审查判断证据

1990 35/07

活动完全区分开来，让各个证据规则或规范仅仅成为串在我们解析思路上的“珠子”。按照这一想法完成的本书，如果能够给读者带来方便和启发，则是我们的荣幸。

本书写作分工如下：

肖建国（法学博士，北京科技大学法律系副教授）第一、二、三章，第四章一、三、四，第四章二、五，第五章；

肖建华（法学博士，中国政法大学诉讼法学研究中心副教授）第六章。

全书由肖建国统稿。

作者谨识

2002年2月1日

目 录

前 言	1
第一章 民事诉讼证据的常见术语解析	1
一、证据、证据材料、定案证据	1
二、相反证据（反证）与反驳证据	6
三、原件、原物、复印件、复制件、复制品、 副本、节录本	10
四、原始证据与传来证据	14
五、直接证据与间接证据	15
六、证据能力与证明力	16
七、“新的证据”	20
第二章 民事举证责任分配	23
一、民事举证责任的含义和性质	23
二、合同纠纷案件中的举证责任分配	35
三、侵权诉讼中的举证责任分配与举证责任倒置	53
四、劳动争议案件的举证责任倒置	76
五、法律推定和事实推定	80
六、诉讼上的自认	91
七、免证事实与司法认知	105
八、举证责任分配的司法裁量	118
第三章 审查起诉阶段的证据	132
一、起诉证据、反诉证据与起诉条件	133

二、起诉证据同反诉证据和一般诉讼证据的区别·····	137
三、起诉证据与反诉证据和一般诉讼证据释明或 证明的对象事实·····	139
第四章 审前准备程序阶段的证据 ·····	147
一、当事人举证及举证时限·····	147
二、证据交换·····	176
三、法院庭外调查收集证据·····	183
四、证据保全·····	193
五、鉴定·····	209
第五章 法庭审理阶段的证据 ·····	228
一、质证的一般规定·····	228
二、对证人的质证·····	235
三、对鉴定人、勘验人等其他证据方法的质证·····	241
第六章 证据的审查判断 ·····	245
一、法官审查判断证据的原则·····	245
二、各类证据的证明力·····	258
三、民事诉讼证明要求：法律真实·····	279
四、民事诉讼证明标准：高度盖然性·····	289
五、证据的综合判断·····	295
六、心证公开·····	303
附 录	
一、《中华人民共和国民事诉讼法》（节录）·····	309
二、《中华人民共和国海事诉讼特别程序法》（节录）·····	311
三、最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》（节录）·····	313
四、最高人民法院《关于民事经济审判方式改革问题的 若干规定》·····	314
五、最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》·····	321

第一章 民事诉讼证据的常见术语解析

一、证据、证据材料、定案证据

(一) 证据

关于诉讼证据的概念，学理上自 20 世纪 80 年代争论至今，仍无定论。其间，出现了事实说、原因说、方法说、结果说、反映说、根据说、双义说等诸多见解，尤以事实说为有力。至 90 年代末，在我国权威的证据法教材中，事实说、多义说、根据说成为三大有影响力的学说。^①

事实说以《刑事诉讼法》第 42 条第 1 款的规定“证明案件真实情况的一切事实，都是证据”为依据，认为证据就是证明案件真实情况的一切事实。多义说认为证据是内容和形式的统一体：从内容上看证据是事实，从形式上看证据是承载事实的载体、材料。根据说则跳出争论的主战场，认为证据即证明待证事实存否之根据。

应当说，多义说较为准确地把握住了证据的事实内容与法律

^① 持“事实说”者有陈一云主编的《证据学（第二版）》（中国人民大学出版社 2000 年版）、江伟主编的《证据法学》（法律出版社 1999 年版），持“根据说”者有何家弘主编的《新编证据法学》（法律出版社 2000 年版），持“多义说”者有卞建林主编的《证据法学》（中国政法大学出版社 2000 年版）。

形式，内涵丰富，与现行法上证据一词的适用范围广泛、涵盖力强的特点相契合，更有说服力。

而事实说存在如下两个难以克服的缺陷：一是《刑事诉讼法》第42条第1款的规定是一个全称肯定判断，主项周延而谓项不周延。故我们可以说，“证明案件真实情况的一切事实，都是证据”，但不能说“证据就是证明案件真实情况的一切事实”；正如我们可以说“所有香蕉都是水果”，但不能说“水果都是香蕉”一样。二是《刑事诉讼法》第42条第1款与第2款^①对于“证据”一词是在不同意义上使用的。第1款是讲证据的内容，第2款却讲证据的外部表现形式，或证据事实的来源，或证据材料。如果将证据概念定位于事实说，则无法合理说明立法者何以在第2款中又用证据一词来表达各种证据形式。由此可见，事实说不可取。

根据说虽然极力保持中性立场，但回避了主要矛盾，并没有给证据概念带来多少新鲜的、实质性的东西，因而也不可取。

所以，对于诉讼证据的理解，应本着符合立法意旨，尊重司法实践的使用习惯，以及科学、合理的态度来进行，不可断章取义或者望文生义，也不宜单纯为下定义之需而作无实质意义的概括。

民事诉讼上的证据，是个含义丰富的概念，一般是指法院认定待证事实的已知事实或材料。在不同场合，立法者和司法者往往用证据事实、证据材料、证据方法等不同术语来表达证据之不同侧面的含义。比如，在谈论证对象时，如果证据本身成为争

^① 《刑事诉讼法》第42条第2款规定：“证据有下列7种：（1）物证、书证；（2）证人证言；（3）被害人陈述；（4）犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解；（5）鉴定结论；（6）勘验、检查笔录；（7）视听资料。”关于证据种类或证据的表现形式，在《民事诉讼法》第63条、《行政诉讼法》第31条中也有相应的规定。

议事实，则使用“证据事实”一词来表明待证事实的复杂性；在当事人举证活动中，一般以“证据材料”一词来指代当事人向法院所提供的证据；在当事人申请法院调查取证时，一般要求当事人在其书面申请中列明是以人为证据方法还是以物为证据方法。证据事实也好，证据材料或者证据方法也好，称谓虽有变化，但万变不离其宗，都是民事诉讼证据一语所包容的子概念，因而也都能够被民事诉讼证据一语所涵摄。

（二）证据材料

证据材料是当事人提供的用于证明其事实主张的材料，如书证的内容，物体的外形、规格、质量、色彩，或者鉴定结论、证人的证言等。就使用习惯而言，我国民事诉讼立法和司法解释中的“证据材料”，通常仅仅指法院开庭审理之前当事人提供的证据，而法院开庭审理后已获得部分或全部心证的证据材料，则直接称之为“证据”。这一点不同于德日等大陆法系国家常用的“证据资料（Beweistoff）”一词。在德日等国，“证据资料”特指法院对各种证据方法经过法庭调查后所获得的资料，换言之，大陆法上的“证据资料”必然经历过质证阶段，如获得质证的证言、经过质证的书证内容等。^①由此可以看出，“证据材料”与“证据资料”虽一字之差，但其指代对象却有很大不同。

具体而言，我国现行《海事诉讼特别程序法》和最高人民法院的有关司法解释，分别从以下方面使用“证据材料”这一概念：

第一，在立案审查阶段，要求起诉人或反诉人提供证据材料。如最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第1条：“原告向人民法院起诉或者被告提出反诉，应当附有符合起诉条件的相应的证据材料。”

① 参见陈计男著：《民事诉讼法论》，上册，三民书局1994版，第396页。

第二，在审前准备阶段，由当事人举证并进行证据交换时，一般将当事人提供的证据称为“证据材料”。例如：

1. 《海事诉讼特别程序法》第 83 条：“海事法院向当事人送达起诉状或者答辩状时，不附送有关证据材料。”第 84 条：“当事人应当在开庭审理前完成举证。当事人完成举证并向海事法院出具完成举证说明书后，可以申请查阅有关船舶碰撞的事实证据材料。”第 113 条：“债权人向海事法院申请登记债权的，应当提交书面申请，并提供有关债权证据。债权证据，包括证明债权的具有法律效力的判决书、裁定书、调解书、仲裁裁决书和公证债权文书，以及其他证明具有海事请求的证据材料。”

2. 最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第 14 条：“当事人应当对其提交的证据材料逐一分类编号，对证据材料的来源、证明对象和内容作简要说明，签名盖章，注明提交日期，并依对方当事人人数提出副本。人民法院收到当事人提交的证据材料，应当出具收据，注明证据的名称、份数和页数以及收到的时间，由经办人员签名或盖章。第 34 条：“当事人应当在举证期限内向人民法院提交证据材料，当事人在举证期限内不提交的，视为放弃举证权利。对于当事人逾期提交的证据材料，人民法院审理时不组织质证。但对方当事人同意质证的除外。”第 36 条：“当事人在举证期限内提交证据材料确有困难的，应当在举证期限内向人民法院申请延期举证，经人民法院准许，可以适当延长举证期限。当事人在延长的举证期限内提交证据材料仍有困难的，可以再次提出延期申请，是否准许由人民法院决定。”

3. 最高人民法院《关于民事经济审判方式改革的若干规定》第三第 3 款：“当事人双方提出的影响查明案件主要事实的证据材料相互矛盾，经过庭审质证无法认定其效力的”，人民法院应当调查收集。该规定第四：“审判人员收到当事人或者其诉讼代理人递交的证据材料应当出具收据。”该规定第五第 7 款：“案情

比较复杂、证据材料较多的案件，可以组织当事人交换证据。”

4. 最高人民法院《关于适用〈民事诉讼法〉若干问题的意见》第78条：“证据材料为复制件，提供人拒不提供原件或原件线索，没有其他材料可以印证，对方当事人又不予承认的，在诉讼中不得作为认定事实的根据。”

第三，诉讼过程中的回避申请，诉前或诉讼中的证据保全、财产保全、诉前停止侵权行为等程序事项，如法律要求申请人提供证据的，则应提出相应的证据材料。例如：

1. 最高人民法院《关于审判人员严格执行回避制度的若干规定》第2条：“审判人员具有下列情形之一的，当事人及其法定代理人有权要求回避，但应当提供相关证据材料：（一）未经批准，私下会见本案一方当事人及其代理人、辩护人的；（二）为本案当事人推荐、介绍代理人、辩护人，或者为律师、其他人员介绍办理该案件的；（三）接受本案当事人及其委托的人的财物、其他利益，或者要求当事人及其委托的人报销费用的；（四）接受本案当事人及其委托的人的宴请，或者参加由其支付费用的各项活动的；（五）向本案当事人及其委托的人借款、借用交通工具、通讯工具或者其他物品，或者接受当事人及其委托的人在购买商品、装修住房以及其他方面给予的好处的。”

2. 最高人民法院《关于对诉前停止侵犯专利权行为适用法律问题的若干规定》第4条：“申请人提出申请时，应当提交下列证据：（一）专利权人应当提交证明其专利权真实有效的文件，包括专利证书、权利要求书、说明书、专利年费交纳凭证。提出的申请涉及实用新型专利的，申请人应当提交国务院专利行政部门出具的检索报告。（二）利害关系人应当提供有关专利实施许可合同及其在国务院专利行政部门备案的证明材料，未经备案的应当提交专利权人的证明，或者证明其享有权利的其他证据。排他实施许可合同的被许可人单独提出申请的，应当提交专利权人

放弃申请的证明材料。专利财产权利的继承人应当提交已经继承或者正在继承的证据材料……”

第四，在执行程序中，要求被执行人或者受托法院提供证据材料。例如，最高人民法院《关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第30条：“被执行人拒绝按人民法院的要求提供其有关财产状况的证据材料的，人民法院可以按照民事诉讼法第227条的规定进行搜查。”第31条：“人民法院依法搜查时，对被执行人可能存放隐匿的财物及有关证据材料的处所、箱柜等，经责令被执行人开启而拒不配合的，可以强制开启。”第122条：“受托法院认为受托执行的案件应当中止、终结执行的，应提供有关证据材料，函告委托法院作出裁定。受托法院提供的证据材料确实、充分的，委托法院应当及时作出中止或终结执行的裁定。”

（三）定案证据

在我国，除有一般的证据概念外，还存在一个极具特色的“定案证据”概念。所谓“定案证据”，无非是指那些经过法庭调查属实，已获得法官心证的证据材料。“定案证据”这一概念并不表示证据的某一分类，而是指证据材料的某一状态，即能够为法官认可的证明某待证事实的证据材料。“定案证据”实际上在表达着证明力规则，即允许或排除某证据作为有证明力的证据加以使用。^①

二、相反证据（反证）与反驳证据

所谓“相反证据”，即我们通常所说的反证，是与本证相对而言的概念，指对一方当事人的主张起否定性的作用，或者用以

^① 参见肖建国：《证据能力比较研究》，载《中国刑事法杂志》2001年第6期。

否定对方主张的事实存在的证据。而本证是指能够证明当事人主张的事实存在，对当事人的主张起肯定性的作用的证据。换言之，本证与反证（相反证据）都直接针对着本案的同一待证事实，只不过作用相反而已。

在诉讼过程中，原告与被告均可以提出本证，也可以提出反证。例如，在借贷纠纷中，原告提出原被告之间签订有一份合法的借贷合同，因此双方存在借贷关系。为支持该主张，原告提出了一份由原、被告双方签署的借贷合同文本，该合同文本就属本证；被告反驳说，该借款合同只是形式上的，双方实际上并未发生借贷关系，为支持这一主张，被告向法院提供了一份有原、被告双方签名的关于签订上述借款合同的备忘录，该备忘录的内容主要说明上述借款合同只是形式上的，对双方无实际法律约束力，被告提供的该备忘录就属于反证。在理解本证与反证时，应当注意，反证的否定性作用，是针对本证所肯定的事实，因此，不能将反证与一方当事人为反驳对方当事人的主张而提出的一个新事实的根据相混淆。比如，原告要求被告还借款 500 元，并提出被告所写的借条，如果被告提出一份关于该借条对双方当事人无法律约束力的证明，该证明就属反证，但是，如果被告并未否认这一借条，而是提出了一份原告书写的被告已返还原告该 500 元欠款的收条，该收条就不属于反证，而属于被告主张其已返还原告借款这一事实的本证。因为这一证据并未能否定原告主张借款事实的存在，而是肯定了被告还款事实的存在。

“反驳证据”，也称证据反驳，证据抗辩，与“证据认可”相对的概念，是指当一方当事人为证明其主张而提出证据时，对方当事人并不提出相反证据来否定一方所主张事实，而是针对其证据所存在的瑕疵，如书证上的签名为假，或者物证是伪造的，或者取证的程序违反了法律的强制性规定，等等，指出其主张因证据有瑕疵而无法得到证明。可见，反驳证据所注重的，不是一方

所主张的事实，而是其事实主张的证据基础是否牢靠。换言之，反驳证据所争议的问题直接指向证据本身，通过指证证据的瑕疵来间接地指向（或否定）案件事实。

证据反驳仅仅涉及证据本身的问题，或者说证据事实问题，而与本案争议的法律要件事实无直接关系。由于证据反驳仅仅针对一方所提出的证据本身，只要能证明某证据的确具有难以克服的瑕疵，并且该瑕疵致命地影响了该证据的效力的，法院就可以认定该瑕疵证据无相应的证明力，或者其证明力受到部分削弱，因此，从一定意义上说，证据反驳较之反证，对于提出某证据的对方来说，更为容易、方便，也更易于奏效，实为一种釜底抽薪之举。所以一方当事人对于反驳证据的认可，可以导致本证证明力的丧失，而反驳证据的证明力则获得确认。

还以上述原告要求被告还借款 500 元的例子为例，原告提出了一个借据，如被告声称原告出示的借据是假的，比如借据上被告的签名为假。对于借据的真实性有争执，或者认为借据的内容被改变时，人民法院应当对有争议的文书、字据、借据进行查证。法官可以命令听取有争议的文书的制作人说明情况，也可以以核对笔迹或印迹来证明文书、借据的真伪。核对笔迹时，提出反驳证据的一方应提出适于核对的笔迹，或者依规定交出笔迹，必要时应申请证明笔迹的真实性。适于核对的笔迹在提出本证的一方手中时，人民法院可以命令该当事人提供用于核对的文字笔迹。该当事人无正当理由不服从提出适于核对笔迹的命令时，人民法院认定该项文书、借据不真实。对于核对笔迹的结果，由人民法院作出最后的判断。在适当的情况下，可先询问鉴定人，然后作出判断。

关于“相反证据”和“反驳证据”这两个概念，此前最高人民法院 1998 年《关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》、2001 年《关于民事诉讼证据的若干规定》以及地方法院制定的

证据规则中有大量的涉及（如上海高院、山西高院、湖南高院、河南高院、山东高院、福建高院、江西高院、广东高院、宁波中院、南京中院、青岛中院）。在司法实践中，要注意对“相反证据”和“反驳证据”进行正确的界定，使用时不能流于随意。由于“相反证据”和“反驳证据”是两个有严格内涵的证据法术语，二者的作用、效力和审查方式都有很大差异，如果乱用或者混用，则易导致司法上的混乱。实践中某些法院在理解和适用这两个概念时出现了混乱现象。比如，广东高院 1999 年发布的《广东省法院适用简易程序审理民事案件规则（试行）》第 26 条规定：“就同一事实，一方当事人举出充分的证据，另一方不认可的，举证责任转移，由不认可的当事人举出反驳证据。就同一事实，一方当事人举出的证据，对方进行反驳，反驳理由充分的，审判员应指令原举证一方重新举证，如其当庭表示不能举证，认定反驳成立；如其表示能够继续举证的，可予准许，限定期限，再行质证。”这里姑且不论该规定内容上的恰当与否，单就这里多次使用的“反驳证据”一语而言，应当说是比较混乱的。如前所述，相反证据是直接就本证证明的案件事实来说的，反驳证据是针对对方所提的证据本身而言的，二者指向不同的对象，一个是案件事实，一个则是证据事实。在我们谈及案件事实时，要么用本证表示，要么用反证表示；只有在谈到证据本身的真实性问题时，才涉及证据反驳这一概念。

相反证据和反驳证据的根本区别，就在于二者的直接指向上的差异。一般意义上的证据（即本证和反证）是用来证明案件的要件事实的。证据之所以能够证明案件事实，是因为其本身记载和反映着一定的事实，这些事实就是所谓的证据事实。证据反驳仅仅针对证据事实（如文书签名的真伪），不直接涉及本案争议的法律要件事实。证据事实也是一种事实，它是本身也可成为争议的问题。在司法实践中，人们经常发现要证明某一要件事实，

必须就证明该要件事实的某一证据事实的存否作出认定，而该证据事实是否属实往往成为双方当事人争执的焦点。法院为此必须根据当事人申请或依职权先就该证据事实是否存在、是否真实进行认定或作出判定。在这种情况下，法院对证据事实的判断成为案件的先决问题，案件事实证明的重心转移到该证据事实上。如果当事人就该证据事实提起中间确认之诉，则该证据事实就成为中间确认之诉的证明对象。但相对于前一案件的要件事实而言，则仍为证据事实。法院作出的中间确认判决，对本诉有预决的效力。

三、原件、原物、复印件、复制件、复制品、副本、节录本

所谓“原件”，是指文件制作人最初作成，以反映制作人的意思或思想为目的的文件，也称原本或底本。任何书证均有其最初制作而成的原件，它是文书的原始状态的反映，是文书制作者原创力的产物。原件既可以是手写的，也可以是打印的，只要是最初表达和承载制作者思想的文字、符号、图案等内容的文书，就是原件。在日常生活中，常见的书证原件有反映当事人之间往来的原始信函，作家的手稿、法官书写的判决书、合同当事人签字盖章的书面合同、立遗嘱人亲笔书写的遗嘱文书、借款人亲笔书写表达借款意愿的借条等。“原件”一词在《民事诉讼法》上只用于书证（《民事诉讼法》第68条），在最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》中主要用于书证，有时也用在视听资料上（第49条、第70条）。

所谓“原物”，是指在民事法律关系发生、变更或消灭过程中产生的，与实体争议有牵连的或者作为争执标的的实际物品。民事诉讼中，常见的原始物证有：样品买卖中的样品，对所有权