

人大法律评论

2000年卷 第二辑

Renmin University Law Review

中国人民大学法学院《人大法律评论》编辑委员会 编



人大法律评论

2003年第 2 期

Harvard University Law Review

Volume 19, Number 2, 2003



编辑：中国政法大学图书馆

人大法律评论

2000 年卷第二辑

中国人民大学法学院《人大法律评论》

编辑委员会 编

中国人民大学出版社

D 90-53
283

图书在版编目 (CIP) 数据

人大法律评论 2000 年卷第二辑/中国人民大学
法学院《人大法律评论》编辑委员会编
北京: 中国人民大学出版社, 2000

ISBN 7-300-03250-8/D·442

I. 人…

II. 中…

III. ①法律-研究-文集②民法-证据-研究-中国-文集

IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2000) 第 57299 号

人大法律评论

2000 年卷第二辑

中国人民大学法学院《人大法律评论》

编辑委员会 编

出版发行: 中国人民大学出版社

(北京海淀路 157 号 邮编 100080)

发行部: 62514146 门市部: 62511369

总编室: 62511242 出版部: 62511239

E-mail: rendafx@public3.bta.net.cn

经 销: 新华书店

印 刷: 北京市鑫鑫印刷厂

开本: 850×1168 毫米 1/32 印张: 12.875

2000 年 11 月第 1 版 2000 年 11 月第 1 次印刷

字数: 319 000

定价: 21.00 元

(图书出现印装问题, 本社负责调换)

目 录

[主题研讨：中国民事证据法]

中国的民事证据立法及其模式选择（导言）	汤维建（1）
民事证据法：程序与实体的交汇	
——访中国人民大学法学院江伟教授	（13）
证据制度与现代民事诉讼机制	
——访中国政法大学白绿铨教授	（25）
证据立法再思考：社会结构、法律传统与制度设计	
——访清华大学当代中国研究中心李楯教授	（44）
审判方式改革、司法公正与民事证据法	
——访中国人民大学法学院王利明教授	（54）
诉讼证明过程分析	
——从司法个案透视证据判断的主观性	肖建华（79）
德国民事审前证据调查程序	
——兼谈对我国民事诉讼制度改革的启示	陈 刚（107）

[论文]

法律家素质及法律教育刍论	范 愉（123）
论宪法义务	林来梵（149）
论完善行政监督制约机制	杨建顺（170）

侵权法的危机：带入新时代的旧问题	姚 辉 (209)
英美陪审团制度的价值论争	
——兼议我国人民陪审员制度的改造	汤维建 (235)

[判解研究]

北大博士学位案评析	胡锦涛 (281)
格雷丝诉伯格案	许旭译 傅郁林校 (314)

[评论]

法治的困顿	
——对我国百年法制发展的一个检讨	叶传星 (357)
解析“契约自由”	彭亚楠 (376)

[法学随笔]

契约与契约社会	杨支柱 (393)
编者后记	(402)

Contents

Symposium upon China's Civil Evidence Law

- China's Civil Evidence Legislation and It's Institutional
Choice of Institution: An Introduction **Tang Weijian** (1)
- China's Civil Evidence Law: Convergence of Procedure
Law and Substance Law **Professor Jiang Wei** (13)
- Evidence System and Modern Civil Procedure Mechanism
Professor Bai Luxuan (25)
- Rethinking the Legislation of Evidence Law: Social
Structure, Legal Tradition & Construction of
Institution **Professor Li Dun** (44)
- The Judicial Reform, Justice & Civil Evidence Law
Professor Wang Liming (54)
- Analysis of the Proving Process in Action: Observing the
Subjectivity of Evidence's Adoption Through One Case
Xiao Jianhua (79)
- Civil Pre-trial Evidence-taking Proceedings of Germany
and its Enlightenment to the Reform of China's Civil
Procedure **Chen Gang** (107)

Articles

- On Lawyers' and Legal Education **Fan Yu** (123)

On Constitutional Duties **Lin Laifan** (149)

On the Improvement of the System of Administrative
Supervision and Checks **Yang Jianshun** (170)

The Crisis of Tort Law: An Old Problem in the New Era
Yao Hui (209)

Disputes on Values of the Jury System in Common Law
Countries & Reforms of the People's Jury System in
China **Tang Weijian** (235)

Case Study

Liu Yanwen v. Peking University **Hu Jinguang** (281)

Grace v. Burger
translated by **Xu Xu** proofread by **Fu Yulin** (314)

Review

The Predicament of the Rule of Law: Retrospection of
Chinese Legal System in the Past 100 Years
Ye Chuanxing (357)

Analysis of Freedom of Contract **Peng Yanan** (376)

Essay

Contract and Social Contract **Yang Zhizhu** (393)

Editors Notes (402)

主题研讨：

中国的民事证据立法及其模式选择

(导言)

汤维建*

任何社会的存续都离不开化解纠纷的机制。在化解纠纷这种特殊人类活动的逻辑结构中，有一个不可或缺的一环就是案件事实的证明。案件事实的证明大致有两种方式，一种是非理性的司法证明方式，如神示裁判、决斗裁判、宣誓裁判等等；另一种是理性的司法证明方式，即证据裁判方式。前者是外在于案件事实的证明方式，是一种以人类理性臣服于外在物理力量、自然力量或超自然力量以求证案件事实的途径，其基本特征是简单性、外在性、直观性并充满了偶然性。由于它是一种游离于人的主观能动性之外的认识案件事实的方法，人的理性在此种方法中未能获得展现，因而称之为“非理性”的证明手段。就其本质而言，这种方法是对人之理性的直接否定，是人的认识能力极其低下的表现，反映了人类理智开发尚处于初始阶段。

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

* 中国人民大学法学院副教授，法学博士。

出它固有的弊端。人们最终发现,依赖或完全依赖这种非理性方法来表达和描述作为决定案件成败结果的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,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,也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。所以,与非理性的司法证明方法相比,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,非理性的认识过程,其出发点在人,而归属点却在非人,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它的可靠性和可验证性。非理性的司法证明方法为理性的司法证明方法所取代是历史发展的必然,也是人类战胜自然界、征服神灵之后所出现的规律性结果。

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,司法逻辑都主要是以规范为大前提、事实为小前提,并由此得出作为裁判的结论的三段论法。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反映。

中国历来就有重理性、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。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,在同时代我国古人司法思维的逻辑中无疑具有显著的幼稚性。当然,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等,就是典型的例证。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,不难发现它与社会相脱节的现象的存在。司法的过程是在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

子和名义在司法领域大行其道，并凝结成司法的结果。此种结果的根由，在于各个参与诉讼过程的主体匮乏了启迪理性、沟通心灵和良知的凭借和依托——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，同时引起非理性司法逻辑在新的诉讼架构下的复活。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，以致司法危机成为一件并非绝对不可能的事。司法危机的对内表现是司法过程的松弛和无序，对外表现则是人们失去了对司法的信任，产生了与司法的隔膜。二者的结合便积淀为对司法不公的麻木、放纵和抱怨。改变这种局面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基础。该过程的完成与目标的实现，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、合理化和规范功能的提高。正是在此背景下，人们提出了证据立法这个历史性课题。

中国的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、走一条融通、混合之路？对这个问题的回答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。1999年12月和2000年8月两次在北京召开的全国性的民事证据立法研讨会，所讨论的问题尽管关涉到证据立法的方方面面，但是念念于兹、难以撇开的核心问题，即在此点。我们这次选登于后面的各家采访录与证据法专论文章，所围绕的中心话题也在此点。但无论这个问题的答案如何，皆不影响证据立法的独立开展。

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类：一类是以边沁、凯布雷尼为代表的自由证明理论，一类是以斯蒂芬、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。只是前者为异声，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，其争论涉及诸如概念上的分歧、推定的性质、传闻规则、最佳证据规则等等。在程序法或者法理学方面，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、克劳斯及麦考密克，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；法律的正义的实现只能满足于证明标准，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，惟有根据提交给决定制作者的相关证据，通过推论，对争议事实的盖然性作出判断，才是一种理性的审判中认定事实的方法；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；通过使用归纳法，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。以上这些是英美证据法学者存有争议的问题和达成的共识。通过阅读后面刊登的我国学者的证据立法对话及证据立法文章，我们可以很惊讶地发现，原来我国学者所感兴趣的议论的主题，也就是英美学者所曾经关心过并同样热衷于讨论过的问题。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！

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而又少。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，总计也不到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者民法典中的大陆法系国家相比，都显得极其简陋和粗放。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、规范羸弱的证据法律规范在所涉及的领域上，也过多地侧重于它的静态面，即关于何为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惟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，日益地显露出它的弊端。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其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真实作为高位度的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，此种规定实有轻忽其他诉讼价值之嫌，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。证据理论与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于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，因为它们采取的立法方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各种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，它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它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应是英美式的，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，我们不宜故步自封，恪守程序制度与证据制度二位一体的旧法模式。个中的原因很简单，就在于证据规则的丰富化与程序制度的形式规范要求具有内在的不协调性。我们寻找不到有任何一个大陆法系国家在其诉讼法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中的重要内容。如果一反立法惯例，硬性使大量的证据规则及其适用证据规则时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。如果不致产生误解的话，我愿将这种现象称为“立法迷路现象”。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