

民事证据法 判例实务 研究

MINSHIZHENGJUF
PANLISHIWU
YANJIU

毕玉谦 / 著



法律出版社

民事证据法 判例实务 研究

MINSHIZHENGJUF
PANLISHIWU
YANJIU

▼
毕玉谦 / 著



西安政院201 2 0236420 8

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

民事证据法判例实务研究/毕玉谦著. - 北京:法律出版社, 1999.5

ISBN 7-5036-2796-4

I.民… II.毕… III.民事诉讼-证据-研究
IV.D925.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 10640 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/外文印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/16.875 字数/410 千

版本/1999 年 6 月第 1 版 1999 年 6 月第 1 次印刷

印数/0,001-5,000 册

社址/北京市广外六里桥北里甲 1 号八一厂干休所(100073)

电话/63266794 63266883(发行部) 63266796(总编室)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN7-5036-2796-4/D·2508

定价:26.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

序 言

在香港的一位研究中国法律制度的美国专家戴维·巴克斯鲍姆,是美国前总统尼克松 1972 年到中国进行历史性访问后,首批到中国工作的西方法律工作者之一。在去年岁末伊始之际,当他接受路透社驻香港记者的采访时曾评价道,自改革开放以来,中国在法律制度方面“取得了巨大的进展”。中国已经制定了很多法律,绝大多数是关于商业领域的。同时,他又指出,当然,完善一项全面的、现代化的法律制度,还需要作很大的努力,“例如,中国还没有有关证据、证人和证词方面的法规。因此,必须补上。”从这位西方法律专家的评价中,可以透露这样一些信息,以及由于这些信息而反映出的我国法律制度的现实状况,即中国在立法上近年来的确取得了令人瞩目的成就,许多为建立市场经济体制需要、适应法治社会构架的民商事法律,已经初步建立起来并获得日臻完善。但是,这些成就主要体现在实体法领域,而在程序法领域尤其是证据法上的薄弱环节依然存在,从而使市场经济主体解决民商事纷争时,在大多数情形下,还主要不得不维系于以私力救济为基本特征的自我调节机制,如协商、和解、退让、调停、斡旋和诉讼外的调解等;当涉及以公力救济

为基本特征的民事诉讼领域时,由于诉讼法特别是证据法内容及规则上的空档或缺陷,一方面,使当事人在诉讼中匮缺必要的举证资源或证据方式,严重束缚了当事人的手脚,不能充分地调动当事人的积极性、主动性,以便形成强有力的对决抗辩机制,从而使案件事实“自动”显现出来,并且使法官依职权的介入减少至最低限度;另一方面,由于查证规则不明、职权定位不准等缺憾,使法官对证据材料的取舍和案件事实认定上滥用抑或怠懈自由裁量权的情形屡禁不止;其中,对裁量权的“滥用”,必然导致司法不公和枉法裁判,而对裁量权的“怠懈”,势必造成诉讼久拖不决、讼累增加,是一种变相“拒绝裁判”的渎职倾向。总之,上述种种原因及情势,从一个较微观角度上来看,使当事人对诉讼结果缺乏可预测性,难免使人们对中国法官的公正司法顾虑重重,缺乏可信度;从一个较宏观角度上来看,中国历经二十年的改革开放,立法上(主要指实体法律)虽然取得了显著进步,但“徒法不足以自行”,在司法环节上仍令人堪忧。市场经济毕竟是一个法治经济,由于司法环节的薄弱,必然会增加人们在中国开展经济活动的预测风险和风险成本,成为市场经济发展的现实障碍。

在当今民事诉讼领域,当事人进行主义与法官的自由裁量主义、当事人的诉权与法官的审判权,这一对既分立又统一的相互协调与制衡的矛盾构造体系,是铸成正当程序与司法公正基础的必要前提,它也是贯穿于民事证据制度的一根红线。由于历史渊源、文化背景、法律传统、立法体例等方面的差异,尽管两大法系之间在诉讼模式上有所不同,并且这

种不同亦在证据法上体现的更为淋漓尽致;但是,近几十年的立法、司法实践表明,两大法系各国也出现了相互借鉴、取长补短的趋势,在这一大走势潮流当中,各国对在证据法上设置更加完备的“游戏规则”均有所建树。就大陆法系国家而言,更加注重证据法在程序功能上的自我调控机制,而英美法系国家则更加注重借鉴大陆法系中的一些合理因素,在更加合理地配置法官行使职权的力度及范围的同时,强化了法官作为程序“监护人”的职权作用,以便有效地遏制当事人滥用权利的违规行为,提高诉讼时效。纵观两大法系各国在证据法上的价值取向,其共同点在于尊重当事人“私权自治”的意识强烈,尤其是英美法国家对当事人以举证来推进诉讼进行而不加过多干预的做法,以及设置有较为明确、具体和完备的证据规则体系构建,更值得我国在证据法上予以学习和借鉴。其立足点在于,使我国的证据法在不久的将来,形成一个规则明晰、机会均等、程序透明、司法公正的正当程序。有鉴于此,笔者撰写了本书。

从司法判例的角度发现和提出实际问题,并在各国学说、立法和司法实践进行比较研究以及进行学理研讨的基础上,对实际问题予以解析或作出相应结论,是本书的一个重要特征。可以说,这种研析方式是笔者近年来从事理论研究、审判业务实践和高级法官培训中的一种深刻感悟。可以说,司法判例就是一个深刻地反映现实审判实践的“教材”,不过这种“教材”目前主要涉及感性认识(或知识)部分。因此,使司法“案例”成为名副其实的司法“判例”,尚需要一个理性认识(或知识)上的飞跃,然后再回归到司法审判实践。

中与原来的感性认识(或知识)有机地结合为一体。因此,从一个“合格”的司法判例的标准上来要求,它应是法官依法就个案进行裁判的感性思维与理性思维的一个深刻过程,这种思维的结晶便最终是以一个裁判文书的形式作为客观载体,因此,它必须带有根本地突破目前裁判文书近似“八股文”的临摹模式,它必须明确无误地载明裁判内容所形成的全部或主要过程、对证据材料的取舍、案件事实的如何认定和其他相关环境因素,惟有如此,才能真正树立司法裁判的严明性与权威性,切实保障司法公正的实现。虽然我国目前尚未确立判例法作为法律渊源之一,但是,原以成文法为本的大陆法各国近年来相继确认了判例法具有补充法源的地位,加之英美法国家进入本世纪以来在成文法上的创就,因此,判例法与成文法在法源体系建立上的交辉相应,似已成为一种带有时代特征的历史潮流。有鉴于此,笔者从塑造司法判例目标模式的角度,来对有关审判实践中的证据法问题予以研析。

应当明确指出的是,笔者在研析过程中对个案的结论性观点,是受制于特定的背景材料与时限所限的,就如同法官审理特定案件一样,作为其裁判结论的正确性和可靠性与否,都只能以现有的证据材料和庭审过程为基础,它是一种“法律真实”的体现。有鉴于此,笔者欢迎广大读者提出宝贵意见,并指出其中的谬误。

毕玉谦

1998年岁末

目 录

第一章 论书证的分类及相应的证据力	1
一、判例简介:彭满枝诉彭秀洪等房屋买卖案.....	1
二、问题的提出	2
三、对问题的研讨	3
四、英美法系对书证的理念与概念上的理解	3
五、英美法系有关书证的分类及证明效力	5
六、英美法系中公文书与私文书的区分及证据力	6
七、大陆法系对书证在概念及观念视角上的认识与理解 ..	8
八、大陆法系有关书证的分类及证据效力.....	12
九、我国有关书证的分类及其证据效力.....	18
十、归论.....	23
第二章 论书证复制件的证据力	26
一、判例简介:李育琼等诉樊渭清分割共有财产案	26
二、问题的提出.....	27
三、对我国现行立法上有关缺陷问题的认识.....	28
四、各国(或地区)有关书证复制件适用证据力的立法 与理论.....	30
五、两大法系的比较与对我国的借鉴价值.....	34
六、归论.....	36

第三章 论物证的范围及证明效力	37
一、判例简介:贾国宇诉北京国际气雾剂有限公司、龙口市厨房设备用具厂、北京市海淀区春海餐厅人身损害赔偿案	37
二、问题的提出	39
三、英美法系国家对物证的认识	40
四、大陆法系国家(或地区)对物证的认识	40
五、前苏联和我国对物证的认识	43
六、对物证范围的界定	45
(一)英美法系对物证范围的界定	46
(二)大陆法系国家(或地区)对物证范围的界定	47
(三)前苏联和我国关于物证范围的界定	49
(四)对于我国的立法上界定物证范围的探讨	52
七、物证的适用规则	53
(一)英美法系的做法	53
(二)大陆法系的做法	57
(三)对我国的物证适用有关规则的探讨	58
八、归论	60
第四章 论无民事诉讼行为能力人的自认	62
一、判例简介:孙振宝诉王伟返还财产案	62
二、问题的提出	63
三、当事人的行为能力	63
四、自认作为证据方式的法律属性与效力	64
(一)实质意义上的划分	64
(二)形式意义上的划分	66
五、归论	70

第五章 论诉讼代理人代为“自认”的证据效力	71
一、判例简介:李淑贤、王庆祥诉贾英华著作权纠纷案	71
二、问题的提出	72
三、诉讼代理权的法意	74
四、两大法系有关诉讼代理人代为自认的立法与学说	74
五、对我国有关诉讼代理人代为“自认”效力的研讨	76
六、对当事人撤回诉讼代理人代为自认效力的探讨	78
七、归论	80
第六章 论证人的适格性与强制作证义务	82
一、判例简介:大连市金州区第一人民医院诉山东省医 疗器械公司烟台医用氧舱厂联营合同案	82
二、问题的提出	83
三、对证人的认识	84
(一)对证人在概念上的认识	84
(二)对证人在理念上的认识	86
(三)证人与鉴定人的区别	88
四、证人资格	90
(一)证人资格释义	90
(二)各国或地区学理和立法例有关证人资格的 比较	91
(三)对我国立法就证人资格有关规定的认识	95
五、对证人资格(或能力)的限制或例外情形	98
(一)智力和精神状态	98
(二)年龄	101
(三)身份关系	102
(四)品行和名誉因素	104
六、关于证人作证的义务与责任	105

(一)及时出庭作证·····	105
(二)如实作证·····	108
(三)接受法官、当事人等的询问·····	111
七、关于证人作证的权益保障·····	113
(一)拒绝证言权·····	113
(二)宣誓拒绝权·····	116
(三)享有获得经济补偿权·····	117
(四)其他权利·····	118
八、归论·····	118
第七章 论对证人的询问方式及其程序规则·····	120
一、判例简介:李谷一诉《声屏周报》记者汤生午和《声 屏周报》社名誉侵权案·····	120
二、问题的提出·····	122
三、关于英美法中的询问证人的方式与程序规则·····	124
(一)主询问·····	124
(二)反询问·····	137
(三)再询问·····	142
(四)诱导性问题·····	146
(五)唤起证人的记忆·····	149
(六)对证人的质疑·····	151
(七)其他相关的程序规则·····	156
四、关于大陆法中询问证人的方式与程序规则·····	158
(一)询问证人的主体·····	158
(二)询问证人的方式·····	159
(三)诱导性询问·····	162
(四)关于证人品行、利害关系等因素对证人证言 认定效力的影响·····	164

(五)故意证人·····	166
五、关于我国询问证人的方式及其程序规则·····	166
(一)询问证人的主体·····	168
(二)询问证人的方式·····	168
(三)诱导性询问·····	171
(四)证人的信用·····	172
(五)唤起证人记忆·····	174
(六)隔离证人·····	176
六、归论·····	176
 第八章 证人的年龄和身份等因素对其作证能力的影响 ·····	178
一、判例简介:华红庆诉翟晓东人身损害赔偿案·····	178
二、问题的提出·····	180
三、各国(或地区)涉及证人资格上的立法例·····	180
四、各国(或地区)有关证人资格的学说·····	182
五、对我国民诉立法上就证人年龄是否有所限制 的认识·····	183
六、因证人与当事人之间的身份关系是否影响其 作证能力·····	184
七、归论·····	187
 第九章 对诉讼中一人同为证人与诉讼代理人双重身份的 质疑 ·····	191
一、判例简介:浙江省诚义棉纺织厂诉南京东方漂染总 厂销售公司购销合同案·····	191
二、问题的提出·····	193
三、问题的探讨·····	193
四、各国(或地区)的相关做法之比较·····	195

五、归论	197
第十章 论正确认识和确定录音证据的效力	199
一、判例简介:孙振宝诉王伟返还财产案(判例一);大连金州粮食实业开发公司诉中国工商银行大连市金州支行等票据案(判例二)	199
二、问题的提出	201
三、录音证据法律属性之确定	202
四、两大法系有关录音证据的界定与适用	203
五、如何理解最高人民法院司法解释中对有关私自录音证据效力的规定	209
六、归论	213
第十一章 论鉴定及鉴定结论效力之认定	214
一、判例简介:邱满囤诉汪诚信等侵权案	214
二、问题的提出	218
三、关于鉴定结论的概述	221
四、鉴定结论的诉讼功能	224
五、对鉴定人的选任	226
(一)英美法系选任鉴定人的模式	226
(二)英美法系选任鉴定人制度中的一些固有弊端及克服措施	229
(三)大陆法系选任鉴定人的模式	231
六、对确立我国新形势下鉴定人制度的探讨	239
(一)目前的基本状况	239
(二)对基本状况的评析	240
(三)改革的思路	242
七、关于适用鉴定人制度的有关规则	243

(一)两大法系的相关做法·····	243
(二)对我国鉴定人适用规则的一些看法·····	246
八、关于鉴定人的权利与义务·····	250
(一)国外和我国台湾地区的一些做法·····	250
(二)对我国内地鉴定人权利与义务的探讨·····	252
九、归论·····	253
 第十二章 论鉴定结论作为一种证据方式新型模式之确定 ·····	255
一、判例简介:王新明诉中国人民保险公司遵化市支公司保险赔偿纠纷案·····	255
二、问题的提出·····	260
三、对鉴定人在观念上的认识及在法律地位上的定位·····	263
(一)英美法系的认识观及对鉴定人职能属性的界定·····	263
(二)大陆法系的认识观及对鉴定人职能属性的界定·····	266
(三)我国内地对鉴定人的认识观及其对鉴定法律地位之探讨·····	273
四、对鉴定结论的质疑·····	280
(一)质疑产生的必要前提——对鉴定结论局限性的认识·····	280
(二)大陆法系对鉴定结论适用质疑程序的理念与做法·····	285
(三)英美法系对鉴定结论适用质疑程序的理念与做法·····	288
(四)对于我国就鉴定结论如何确立质疑制度的探讨·····	291

五、对鉴定人的“意见”范围与证人证言的“事实”范围的探讨及其程序意义	296
(一)英美法系的认识观	296
(二)大陆法系的认识观	301
(三)对我国相关问题的探讨	302
六、对鉴定结论的审查与采信	307
(一)英美法系对鉴定结论的审查与采信	307
(二)大陆法系对鉴定结论的审查与采信	309
(三)关于对我国法官就鉴定结论进行审查与采信的探讨	309
七、关于鉴定人因职能行为造成损害的责任问题	317
(一)概说	317
(二)两大法系鉴定人的职能属性及其对责任的影响	318
(三)对我国鉴定人责任问题的探讨	322
八、归论	325
第十三章 论事实推定及其证明效力	330
一、判例简介:李真怀诉贵阳针织二厂劳动报酬案	330
二、问题的提出	332
三、对推定的一般认识	332
四、推定属性之机理	335
五、事实推定及基本属性	336
六、事实推定与举证责任	338
七、适用规则之设置	340
(一)设置适用规则的必要性	340
(二)适用规则之创设	340
八、归论	341

第十四章 对质证制度及相关问题的探讨	345
一、判例简介: 吉林市佛教协会北山玉皇阁诉吉林市佛教协会北山玉皇阁法物流通处租赁合同 纠纷案	345
二、问题的提出	351
三、质证的概念	351
四、质证程序的模式选择	352
(一) 英美法国家的质证模式	352
(二) 大陆法国家的质证模式	354
(三) 模式选择之优势比较	355
(四) 我国诉讼立法对质证模式的既定影响	356
五、关于我国质证制度若干问题的思考	358
(一) 质证的主体问题	358
(二) 质证对象问题	362
(三) 关于质证的内容	364
(四) 关于质证的方式	365
(五) 质证制度与庭审方式的结构性调整	366
六、归论	372
第十五章 司法认知与禁止“自我归错”规则的适用	374
一、判例简介: 辛保森诉中国人民建设银行湖北省枝城市支行储蓄存款案	374
二、问题的提出	376
三、法意解说	377
四、对司法认知问题的中外比较与研讨	378
五、对采用禁止“自我归错”规则的实务研讨	381
六、归论	381

第十六章 论确立司法认知的范围及法律效力	384
一、判例简介:辽宁省工信科技实业公司诉黑龙江省 绥化地区供销社经济贸易总公司等购 销合同案.....	384
二、问题的提出	387
三、司法认知在证据法上的价值功能	387
四、司法认知的对象	389
五、对司法认知上所涉及“众所周知”的事实范围的 界定	399
(一)普遍性说.....	400
(二)相对性说.....	400
(三)区域性说.....	401
六、司法认知的效力	403
七、归论	405
 第十七章 论民事案件证明标准之确立	407
一、判例简介:辽宁中贸发进出口公司诉海南中南能源 发展公司易货贸易合同案.....	407
二、问题的提出	409
三、对证据标准的用语或表述	411
四、民事案件证明标准与刑事案件证明标准的比较	414
(一)民事案件的证明标准.....	414
(二)民事、刑事案件证明标准的比较	417
五、证明的程度与证明标准的量化	425
六、“盖然性占优势”标准与“排除一切合理怀疑”标准 解说	429
(一)“盖然性占优势”标准.....	429