

中国民商法专题研究丛书

■梁慧星 主编

民事证据研究

(第二版)

叶自强 著

MINSHI ZHENGJU
YANJIU

法律出版社

梁慧星主编

中国民商法专题研究丛书

民事证据研究

(第二版)

叶自强著

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

民事证据研究/叶自强著. —2版. —北京:法律出版社, 2002. 8
(中国民商法专题研究丛书/梁慧星主编)
ISBN 7-5036-3841-9

I. 民… II. 叶… III. 民事诉讼-证据-研究-中国 IV. D925.13

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 043297 号

出版/法律出版社 印刷/北京朝阳北苑印刷厂 责任印制/李 跃	总发行/中国法律图书公司 经销/新华书店 责任校对/杜 进
开本/850×1168 1/32 版本/2002年9月第2版	印张/19.5 字数/481千 2002年9月第1次印刷
法律出版社地址/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037) 电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn 传真/(010)88414115 电话/(010)88414121(总编室) (010)88414125(责任编辑)	
中国法律图书公司地址/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037) 传真/(010)88414897 电话/(010)88414899 88414900 (010)62534456(北京分公司) (010)88960092(八大处营业部) (010)88414934(科原大厦营业部) (021)62071679(上海公司)	
商务网址/www.chinalaw-book.com	

出版声明/版权所有, 侵权必究。
书号: ISBN 7-5036-3841-9/D·3558
定价: 38.00 元
(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

第二版序言

真正的科学研究从来都不是轻而易举的。从我走进证据学术研究领域到今天,每前进一步,都付出了艰巨的劳动。

1994年春末,我从繁杂的行政事务中解脱出来专门从事法学研究工作。在经过将近一年的稳妥准备之后,我选定了“民事证据”作为研究课题。这在当时是个新课题,国内资料极为匮乏,加上我的外文水平不高,只得暂且从我国台湾地区的民事诉讼法学者那里吸取养料,以培育灵感。经过一番细心的比较和筛选,我选取了20世纪德国知名的民事诉讼法学者罗森伯格的法律要件分类说,并向国内法学界做了介绍。^①我认为该学说可以适用于我国的民事审判实践,因为它毕竟在德国、日本和我国台湾地区适用多年,而我国事实上属于大陆法系传统。

在此基础上,我结合中国审判实践,于1996年写成了《举证责任及其分配标准》一文,系统地、较为深入地阐述了自己的立场和方法,并提出了举证责任的若干分配标准。^②这篇文章认为,分配标准公正与否直接影响到判决的公正性。文章的初衷是好的,但现在看来它的确存在某些缺陷,例如,它对举证责任的性质揭示得不够深刻;没有关注举证责任的性质对举证责任分担的可能的影响。此外,由于资料比较匮乏,我只能以法律要件分类说为基础和

^① 参见拙著:《罗森伯格的举证责任分配理论》,中国社科院法学所主办《外国法译评》1995年第2期。

^② 参见拙著:《举证责任及其分配标准》,《民商法论丛》第7卷,梁慧星主编,法律出版社1997年7月版。

出发点,而对其他学说(尤其是对英美法系的举证责任理论)不可能给予应有的关注。

或许上述缺陷实际上保存在我的潜意识里。以后几年我在研究既判力理论的同时仍十分留意举证责任及其分配问题,以求完善。这期间,单云涛先生的论文给了我深刻的启发,由此我研究了所能找到的一切资料 and 文章、著作,详细比较了各个概念和学说之间的区别,终于较为满意地澄清了其中的谜团和混乱,树立了举证责任是确定的、不可转移的观点。^①

以此为基点,再回头来看大陆法上从罗马法时代到 20 世纪各种学说支持下的举证责任分配标准,如因果关系说、推定事实说、法律要件分类说等等,我发现它们无一不是建立在举证责任的转移性的基础之上的。显然,这种分配标准犯了一个常识性的错误。之所以这么说,是因为责任本身是具体的,由一个特定的主体来承担的,怎么能随便转移呢?何况这种责任是在两个对立的当事人之间转移,那就更不可思议了。这就说明,大陆法上的所有这些标准缺乏可靠的理论基础。只有将举证责任的败诉风险性和确定性同时加以考虑,并以此为基础,才有可能建立正确的举证责任的分配标准。

2001 年 10 月,德国学者普维庭的《现代证明责任问题》一书,由吴越先生译介到我国。我怀着极大的热情,以批评性的态度仔细通读了这部著作,发现罗森伯格的法律要件分类说,即使在德国也有若干方面受到学界的批评。普维庭认为,尽管法律要件分类说没有提及举证责任可否转移的问题,但是,从基于该学说而设置的分配标准来看,举证责任是可以转移的。普维庭指出,举证责任是不可以转移的,而以法律要件分类说为基础所设置的举证责任

① 参见拙著:《举证责任的确定性》,中国社科院法学所主办《法学研究》2001 年第 3 期。

分配标准导致了举证责任的转移,正好说明该学说本身存在重要的缺陷。^①显然,普维庭的观点与我的“举证责任的确定性”的判断不谋而合。

2001年12月6日最高人民法院通过了《关于民事诉讼证据的若干规定》^②。其中可以明显看到我的1996年论文的若干影响,例如,第五、七条就采纳了该论文中所阐述的若干标准。这种情形使我深感不安。因为,我已发表在《法学研究》2001年第3期上的论文证实了1996年论文的基础不牢,而且德国著名民事诉讼法学者普维庭亦持有与我相同的立场。现在国家最高审判机关将它上升到具有法律效力的司法解释的高度,岂不会误导了审判实践,辜负了最高审判机关充分重视证据学术对审判实践的价值的一片好意。

基于对“举证责任的确定性”的坚定信念,我不得不重新斟酌了1996年的那篇论文,并研究其他相关的著作,尤其是英美法国家的证据学术著作,并认真审查最高人民法院通过的《关于民事诉讼证据的若干规定》的有关条款的合理性。正如我在前面已经指出的那样,这个规定的若干条款直接吸取了我所确定的举证责任的分配标准,而这些标准是建立在法律要件分类说的基础之上的。现在已经证实,法律要件分类说是一种存在严重缺陷的学说。将举证责任的分配标准建立在这样一种学说之上,显然是不合适的。因此最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》中的若干条文应该考虑作出修改。

为了选择举证责任分配标准的理论根据,我曾经长期徘徊在

^① 参见[德]汉斯·普维庭著:《现代证明责任问题》,吴越译,法律出版社2000年版,第168页。

^② 详见最高人民法院民事审判第一庭编:《民事诉讼证据司法解释及相关法律法规》,人民法院出版社2002年1月第一版,第1页。

法律要件分类说与英美举证责任分层学说之间。关于英美举证责任分层学说,国内翻译和介绍的一些书籍并没有作出系统的较为完整的分析。我通过提炼整理了一些,使之变得较为系统和易于理解。这种学说认为,举证责任具有不可转移性。尽管我已经认识到这是正确的,但是鉴于英美法系传统与我国不合,我仍然犹豫再三。^①只是到后来,当我确信法律要件分类说存在较为严重的缺陷时,我才选择了英美证明责任分层学说作为举证责任分配标准的根据。不过,在采用这种理论及相应的分配标准时,必须同时制定严格的证据规则,赋予法官一定程度的裁量权,以便它们在尊重举证责任的确定性和时限性的前提下,采纳和判断证据,及时解决案件。

最高人民法院通过的《关于民事诉讼证据的若干规定》还设置了举证时限。^②我在过去的研究中,开始没有充分注意到时限对于举证责任分担的影响。直到2000年才发现这种影响是客观存在的,有时是很重要的。尽管时限性并不是举证责任的基本性质,而仅仅是它的一个特征,但是,这个特征在确定举证责任分配问题上仍具有特殊的意义。如果忽视了这个问题,可能会导致审判不公平的后果。我之所以指出这一点,是想说明在建立新的分配标准时,既要考虑举证责任不可转移的特征,又要考虑举证责任的时限特征。至于败诉风险,那是公认的举证责任的基本属性,更是应当考虑的问题,这是不言自明的。

从上面可以看出,我研究举证责任及其分配标准的过程,再一次证明了人的认识不是一步就能完成的,往往要经过多次的实践、

① 参见拙著:《英美证明责任分层理论与我国证明责任概念》,中国社会科学院法学所主办《环球法律评论》(季刊)2001年秋季号。

② 最高人民法院民事审判第一庭编:《民事诉讼证据司法解释及相关法律法规》,人民法院出版社2002年1月第一版,第34、35、36条。

认识、再实践、再认识的循环往复的复杂过程,最后才能达到成功的彼岸。

由于上述富有价值的成果是在 2000 年之后取得的,因此,它们不可能在我的拙著《民事证据研究》(于 1999 年 10 月首次出版)中得到反映。这就构成修订《民事证据研究》一书的主要原因之一。

然而,我修订本书的直接原因则导源于司法改革实践。《民事证据研究》首次出版后两年多来,民事诉讼法学界前辈、同行以及许多从事审判、律师工作的同志对我在证据法领域的研究工作给予了积极肯定和热情鼓励。去年 5 月份,法律出版社的编辑潘洪兴先生告诉我,该书的社会需求量很大,第一版所有印数将销售完毕,要求我在原有的基础上,根据新的司法改革形势作出修改,拟年内再版。特别是随后不久,有关部门决定举行全国司法统一考试,以提高法律从业人员的素质。接着,最高人民法院在系统地总结中外理论和经验的基础上,于 12 月份通过了《关于民事诉讼证据的若干规定》,可以说,它是有史以来最重要的、较为合理的证据规则。这些司法改革措施的实施必将对证据学研究提出新课题。为了及时对司法改革作出恰当的反应,我即着手开始工作。为了不负众望,我将在将来的岁月中,为推进中国证据学术的进步而努力工作。

叶自强

2002 年 2 月 28 日于北京

第一版序言

—

民事诉讼的首要目标是公正地解决当事人之间的争端,为此,必须首先查明案件真情,然后准确地适用法律。借以查明案件真情的手段有两种:证据和推理。其中证据是主要手段,推理则是一种辅助性手段。因此证据是民事诉讼的核心内容。假若证据缺乏或不完整,就无以澄清民事纠纷发生的因果关系,民事纠纷就不能获得正确的解决。

然而长期以来,民事证据的地位和作用一直未受到重视。首先,历代盛行的“重刑轻民”的传统观念为这种现象的发生造成了消极的社会软环境。在我国诉讼史上,刑诉与民诉合一,民事案件依刑诉程序处理,实行纠问式的诉讼形式。这种形式下的当事人只是被追究的客体、被审问的对象,只有招供的义务,没有任何反驳和辩护的权利,因而证据制度极不发达。民国时期,民诉与刑诉分立,但由于从西方引进的一些现代民事诉讼原则和制度总体上不适合我国国情,程序繁琐,司法人员难以把握,一般当事人无所适从,加之时局动荡,故对于我国民诉建设几无贡献。^①新中国成立后,由于“极左”的错误思潮的影响,社会主义法制曾遭到严重破坏。1978年后,我国进入社会主义法制建设的新阶段。这一时期,针对林彪、“四人帮”反革命集团大搞法西斯专政所遗留下来的

^① 叶孝信主编:《中国民法史》,上海人民出版社1993年7月版,第652页。

种种弊端,加强了刑法和刑事诉讼法建设,推动了刑事诉讼理论研究的开展。因而理论界研讨证据问题时,一般以刑事证据为主。民事证据的研究则显得冷冷清清。这种民事证据理论研究落后的现实,越来越不能满足社会公众对当今民事审判“公正”和“效率”的需求,亟待改变。

其次,与民事审判中过于注重调解及运用道德标准有关。我国历史上是一个“无讼”的法文化意识根深蒂固的家族本位社会,人以无讼为有德,“对证公堂是鄙下的,为君子所不耻。”“在大多数告到衙门来的案件中,县令都会反复敦促原告和被告私了。所有乡里都很熟悉大量不同的调解纠纷的巧妙办法,……”^①历史上这种发达的调解制度对我国现代民事审判制度产生了巨大影响。1982年《民事诉讼法》(试行)即曾明定“着重调解”为民事审判的方针,这是众所周知的事实。而“着重调解”的过程,往往伴随着忽视证据的现象。在调解活动中,有的法官不重视证据,是非不分,对原告和被告采取“各打五十大板”的错误做法;有的采用强迫和解的方法结束案件的审理。

最后,具有法律约束力的民事证据规则本身非常欠缺。我国有些学者片面地批评法定证据制度,认为它僵化、徒具形式,不利于法官的操作,因而主张抽象的证据法则。我国《民事诉讼法》对证据的规定不甚具体,很难说没有受到这种观点的消极影响。由于缺乏具体规则约束,法官享有极大的自由裁量权。此种权力难于保证不被滥用。倘若有些法官出于私见欲使原告胜诉,即在判决中少写于被告有利之证据,甚至对被告提供的有力证据只字不提,而仅仅强调原告提供的有力证据。又如,有的法官为利己之

① [美]吉尔伯特·罗兹曼主编:《中国的现代化》,陶骅等译,上海人民出版社1989年版,第127页

便,竟指使当事人一方作伪证。^①有的法官受利益驱使,以伪证为由故意拖延诉讼,或以伪证作为认定案件事实的根据,人为地制造错案。例如轰动全国的“一起罕见的执法违法绑架案”,就是某县法院的极少数法官,以不法分子捏造的假材料为根据,将山东济南某企业经理绑架到赣后,向被害人家属索要 26 万元人民币的严重事件。^②然而,我们注意到,在这些触目惊心的案件中,有些伪证的策划者、制造者、使用者,并未受到法律的严厉制裁。这怎能保障民事诉讼的正常进行,维护法律的尊严和法院的威信呢?

早在 1988 年下半年,为了增加民事审判的公正性,提高民事审判的效率,我国法院在全系统有组织地开始民事审判方式的改革,即变职权主义的诉讼模式为当事人主义诉讼模式,强调当事人的举证责任和实行直接开庭。然而将近十年了,虽然我们不敢贸然否认这种改革在某些方面取得了一定效果,但问题却越来越复杂,司法腐败反而越来越严重,也是公开的事实。造成这种状况的原因虽然是多方面的,诸如政治的、经济的、体制的原因等,但是就法院局部工作而言,证据制度存在许多缺憾是不可否认的事实。虽然我们不能再断言证据制度的完善就能够在很大程度上减少审判中的问题,杜绝司法队伍的腐败,但我们却可以说,证据规则不完善客观上为审判不公和司法腐败提供了制度条件。假如我们着力于完善证据制度,将会方便有良心的审判人员进行合理的司法行为,将有利于当事人及其代理人就其诉讼行为作有效的预期,还有利于检察机关具体深入地行使监督职权。可以说,民事证据规则是民事审判方式改革的基础和核心。如果没有科学而严密的、文明而发达的民事证据规则,那么,所谓提高民事诉讼的透明度,杜绝司法腐败;所谓提高民事审判的质量和效率,推行法庭调查、法

① 参见杨高:《法庭岂能容伪证》,原载 1996 年 12 月 10 日《法制日报》第六版。

② 张开绩:《论民事诉讼中的举证责任》,1996 年全国诉讼法学年会论文。

庭质证,进而法庭认证,必然是一句空话。

那么,在民事审判中存在哪些证据问题呢?这个问题比较复杂。举要而论,第一,举证责任缺乏统一的规定。举证责任所涉及的范围比较广泛,诸如当事人举证责任与法院调查证据责任的范围的划分;有效的举证时间和地点;证据不足的后果及其补救措施等等。目前,我国民事诉讼法没有规定这些问题,最高法院也没有进行解释。各地法院各行其事。第二,当事人的举证时间不受限制,往往使诉讼期间受到拖延,耗费了宝贵的诉讼资源。第三,缺乏判断证据的具体标准。民事诉讼法规定了七类证据。但是各类证据缺乏具体的判断标准。各地法院做法很不一致。需要合理的证据判断准则来指导审判实践。第四,关于司法认知、推定、当事人承认等制度,因缺乏系统的理论基础而未完善;关于计算机所储存的数据能否在诉讼中被法院采纳为证据及其证据价值的问题,是一项研究空白,亟需填补。此外,还存在许多其他的证据问题。上述问题的存在客观上为审判的弹性化提供了制度条件,为司法不公正留下了漏洞。因此努力研究民事证据理论,尽快完善民事证据规则,就成为时代赋予我们的任务。这就是我写作本书的现实背景。

二

在19世纪之前的西欧民事诉讼中,由于法官素质低劣,审判不公,普遍不受信任,因而国家制定了各种各样的规则来制约法官在审判时的裁量范围,这就是法定证据制度。这种证据制度对于保障诉讼的公正性具有一定的意义。但是对于变万化的现实生活用很有限的机械的判断法则,不仅不能抓住事实真相,反而会背离真实。因而到了19世纪下半期,人们通过尝试全面改革诉讼结构,有条件地放松了对法官审查证据的制约。与此同时,人们在提

高法官的素质、创造能够进行公正审判的制度方面进行了有益探索。于是,这种过分拘泥于形式的法定证据原则遂逐渐被自由心证主义所取代。“在民事诉讼领域,19世纪德国的民事诉讼没有再规定某种证据不具证据能力或者只要存在某种证据就必须作某种认定等等,而规定无论什么都可以成为证据、如何根据证据作出判断则完全委之于法官的自由心证。这一原则在日本明治时期建立民事诉讼制度时被原封不动地继受下来。”^①日本现行的《民事诉讼法》第185条规定:“法院作出判决时,应当斟酌口头辩论的全部旨意及调查证据的结果,依自由心证判断事实上的主张是否应当认定为真实。”自由心证主义完全信任法官的智慧,“只期望于有良心、有辨别能力和经验的法官的具体确信。达到这种确信的程
度,该事实就被证明了,以此决定当事人所主张的事实是否真实。”^②这样,自由心证的过程便不可避免地罩上了一层神秘的面纱。同时,“在自由心证原则下要就证据进行讨论,可以说可供讨论的材料并不容易取得”,^③从而妨碍了证据学科的发展。诚如我国台湾证据法学者陈玮直先生所言:“我国法律关于证据之规定最贫乏。民事诉讼法中固有证据一节,民事实体法中亦不乏证据之规定;但仅系说明证据之分类及若干原则之提示而已,至于证据之价值(效力)之比较,以及要式行为之要式证据,是否可以其他证据代替一问题,均不着只字;以致证据法之学理实务两呈空疏现象,其流弊所及,使法院往往借自由心证之名,抹煞较有强力之证据,并使法律规定成为具文矣。……”^④

① [日]谷口安平著:《程序的正义与诉讼》,王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社1996年版,第232页。

② [日]兼子一、竹下守夫著:《民事诉讼法》,法律出版社1995年版,第107页。

③ [日]谷口安平著:《程序的正义与诉讼》,中国政法大学出版社1996年版,第232页。

④ 陈玮直著:《民事证据法研究》,中国政法大学出版社1996年版,第2页。

在中国大陆主流的证据学教科书中,法定证据主义受到学者们的强烈否定。虽然自由心证主义亦遭到同样的命运。^①然而从我国民事审判的实际运作过程可以看到,我国法官享有极大的自由裁量权,可以说,我国民事法官判断证据所奉行的是一种“超自由心证主义”。这是因为我国证据规则极不发达,缺乏严格的法定证据要求,法官素质普遍较低,加上其他非规范性因素的影响,法官没有受到任何规范性的有效的约束。正因如此,当代法官的社会形象令人堪忧,司法判决往往具有不可预测性。如前所述,法定证据制度在法官素质低劣、裁判的公正性难以被人们相信的情况下,具有一定的意义。因此,我们对法定证据制度有必要作出新的评价。虽然法定证据对尚未发生的案件规定了一切证据,属于形而上学的方法,应予否定。然而,辩证法的否定,是在肯定中的否定。如果法律能够正确地反映证据的客观实际,能够将有些证据的证明力大小付诸明文,既可使正直的法官准确地适用,又可以防止偏私的法官专权垄断,还可以使当事人及其诉讼代理人能够预测其证据的效果。因此,我们应当尽快利用科学的方法,结合自己的国情,创建自己的证据法则。证据法的核心问题是如何保证司法人员能够做到正确认识案件事实,如何保证其主观思维与客观实际相符合。要实现这一目标,就必须把提高法官的素质和创造适宜的证据规则两者结合起来:“既需要不断总结实践经验,完善证据立法,也需要司法人员具有良好的主观条件,充分发挥主观能动性。这两者是相辅相成、互相作用的。”^②高素质的法官和良好的法律制度是审判公正的两个基本条件,不可缺一。我们应当为此努力。就法院而言,首先,我们需要高素质的法官。王名扬教授

① 参见陈一云主编:《证据学》中国人民大学出版社1991年版,第二章第三、四、五节。

② 参见陈一云主编:《证据学》,中国人民大学出版社1991年版,第96页。

指出：“只有首先是法学家然后才是好法官。”^① 为此我们的法学院正在努力培养大批的法科学生并源源不断地充实法院系统。但问题亦十分明显地存在着。在一些基层法院和中级法院，有个别法官极为腐败，“吃了原告吃被告”。谁给他的钱多，就判谁胜诉。他们受贿十分坦然，没有一点负疚感和恐惧感。这在一定程度上反映了我国法官队伍的现实情况。这些问题的出现与我国法官的选任制度有关（当然还有其他原因）。在中国，律师执业要经过严格的考试，有的博士、硕士都落第，但“直到今天，法院仍是各行各业中外行人较为容易进入的一个机构。不必说法律专业文凭，基本的法律常识的具备也没有被作为进入法院从事司法工作的先决条件。甚至没有受过任何法律训练的人可以担任法院的院长、副院长。湖南省高院副院长周敦如曾撰文说，‘就全国而言，没有达到法律大专程度的法官，大约有近一半。’”^② 近十多年来，进入法院的无学历者主要有两类：一是机关企事业单位通过法院举行的考试而调入的人员，另一类是复原转业军人。^③ 法院成了一种普通的就业渠道。这显然与“司法专业化”的发展目标背道而驰。一位高级法院院长指出：“全世界范围里，没有哪个国家像咱们这样，没有工人当法官，没有转业军人当法官的。”^④ 这种法官选任方面的非专业化措施自然给法院的审判活动带来了负而影响。这些非法律专业毕业的人员与以前大大不同。他们没能游离于社会之外，不可避免地要受市场经济的消极影响；他们的思想信仰不如以前那样坚定和纯洁，法律文化素质较差，不可能胜任神圣的法官之职。因此，不提高法官的素质，审判公正就难以实现。

① 王名扬著：《美国行政法》上册，中国法制出版社 1996 年版，第 470 页。

② 夏勇主编：《走向权利的时代》，中国政法大学出版社 1995 年版，第 228 页。

③ 同上书，第 228 页。

④ 同上书，第 241 页。

我们更需要良好的规则。正像国家政治生活中仅强调人的作用而忽视法则的作用,必将使政治不稳定一样,如果仅强调法官在审判活动中的作用而忽视法则的作用,亦将使审判结果不可预测。证据规则是审判规则的一个重要方面。假如连良好的证据规则都没有,就无以指导法官进行具体的审判实践,就无以指望他们公正地解决纠纷。为此,我们必须向英美国家学习。英国法学家菲茨杰拉德说:“英国法律的大多数规则,就是规定怎么样取得证据和如何使用证据的规则所构成。”^①从而把案件的审判建立在完全客观的基础之上。和英国一样,美国证据制度也极为发达。不仅有法院审判的证据规则体系,还有独立的行政裁决的证据规则体系,后者“由法院判例、单行法律、行政程序法和行政法规所构成。”^②与之相比,我国连最基本的法院证据规则体系都还相当空疏,更遑论建立所谓独立的行政裁决的证据规则体系了。读者将会看到,我在本书中十分注重参考英美证据规则,十分重视其证据法则的建立与运用,这不是出于偏爱,而是大陆法证据制度对我国影响失败的必然反映。我国同大陆法系其他国家一样,由于法官在证据的判断中享有高度的自由裁量权,因而证据规则空泛,迟滞了证据学的前进步伐。这种对大陆法证据规则的悲观情绪并非唯吾一人。谷口安平教授写道:“……因此在英美法中,从证据的容许性到心证程度以及举证责任的分配都得到广泛的讨论。由于程序的要求,证据法领域显得十分重要,值得探讨的问题也很多,这样就为讨论提供了有益的素材。有关证据法的教材不胜枚举,有名的教材厚达数卷,证据法在大学法学院里成为很重要的学科之一。可是在日本,由于上述制度的不同,有关的讨论却显得比较困

① [英]菲茨杰拉德著:《公正审判的保证》,周密译,载于西北政法学院科研处编《证据法资料选编》,第177页。

② 王名扬著:《美国行政法》上册,中国法制出版社1996年版,第470页。

难。虽然人们也明白证据的重要,但如何审查认定证据却似乎只是法官的心理判断过程;尽管在判决书中也出现一些反映,可是总的来说,审理过程被包裹在神秘的不透明状态中,学者们对此也只能望而兴叹。惟一能大加议论的领域就是举证责任尤其是举证责任的分配,而且往往只能作些抽象的探讨。这么一来,证据法从来就显得无足轻重。以前讲授民事诉讼法几乎对该问题不加深入,或者按条文所写、或者根据教科书按部就班地作一些表面的说明了事。”^①诚然,自70年代以后,“充满神秘色彩的证据领域”开始出现了“为人们逐渐理解”的倾向,但仍存在许多困难。证据法不发达的状况总体上并未改变。^②

公正民事诉讼的首要目标,高素质的法官加上良好的证据规则,是达成该目标的重要条件。探讨建立较为完善的证据规则是本书的重要使命。

三

最后说明本身的结构和研究方法。本书在结构安排上,除前言外,共分为十七章。其中第一章到第七章具有总论的性质,后面十二章具有分论的性质。在研究方法上,由于司法现实的客观需要,证据规则必须具有严密性和可操作性,为此我着重采取了比较研究的方法。在研究过程中,当代具有严密体系和逻辑谨严的英美法系证据规则始终备受关注,而对于大陆法系国家的松散而富于弹性的证据规则,当然也给予了考虑和应有的批判性分析。我们知道,程序法是英美法的核心,而证据法又是程序法的核心,即

① [日]谷口安平著:《程序的正义与诉讼》,中国政法大学出版社1996年版,王亚新、刘荣军译,第233页。

② 同1书,第234页。