

国家法官学院司法审判研究中心法学文库

Guojia Faguan Xueyuan Sifa Shenpan Yanjiu Zhongxin Faxue Wenku

中国高级法官培训参考用书

Zhongguo Gaoji Faguan Peixun Cankao Yongshu

民事证据原理与实务研究

毕玉谦/著



人民法院出版社

国家法官学院司法审判研究中心法学文库

中国高级法官培训参考用书

民事证据原理与实务研究

毕玉谦/著



人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

民事证据原理与实务研究/毕玉谦著. —北京: 人民法院出版社, 2003.1

ISBN 7-80161-468-2

I. 民… II. 毕… III. 民事诉讼—证据—研究
IV. D915.230.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 106071 号

民事证据原理与实务研究

毕玉谦 著

责任编辑 陈燕华 晓 茹

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市朝阳区安慧北里(亚运村)安园甲 9 号(100015)

电 话 (010) 65290583(责任编辑) 65290516(出版部)

65290558 65290541 65290543(发行部)

网 址 www.courtpress.com

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 890×1240 毫米 A5

字 数 797 千字

印 张 27.75

印 次 2003 年 1 月第 1 版 2003 年 1 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80161-468-2/D·468

定 价 48.00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装, 请与出版社联系调换)

序 言

对证据法理论的研究是一个循序渐进、不断克服已有认识上的谬误而又不断创新的永恒的过程。正如我国古代著名思想家荀子在《劝学》一书中所曰：“故不积跬步，无以至千里；不积小流，无以成江海。”

学术理论当应以活生生的现实审判实践为其生命的源泉。歌德在其名著《浮士德》中曰：“生活之树是常青的。”可以说，司法实务是证据法理论取之不尽的动力之源。就本人而言，对证据法的理论的感悟与认知，受惠于近年来在最高人民法院从事的审判实践以及在北京仲裁委员会从事的仲裁实务。本书撰写的动因是建立在近年来对证据立法与实证研究的基础之上，以《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》为契机，在进一步审视和总结本人前几部证据法原理论著的前提下的一部创新之作。应当说，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》在我国证据法的发展史上起到了里程碑作用，不管这一司法解释由于受到体制、现行立法以及法学研究的局限而存在这样或那样的问题，甚至在社会上遭到了种种非议。但是，应当充分认识到，我国在立法上长期以来受到大陆法系模式的束缚，很少有大陆法系国家专此制定证据法典，而我国是在并未颁行证据法典的情况下，以准立法的形式由最高人民法院出台了有关“证据法”的司法解释，就此而论，她所具有的历史性贡献是十分显著的，必将有力地推动证据法理论以及实务问题研究的深入发展，并且为法官的职业化创设必要的法制环境。

本书探讨的大部分实务问题来源于自2001年12月21日最高

人民法院公布《关于民事诉讼证据的若干规定》以来，本人在近1年时间内在国内二十余个省份讲学所汇集的部分带有典型意义的疑难案件与问题，参加听讲的有法官、检察官、律师、涉外仲裁员、政府公务员、企业法律顾问以及在校博士研究生等，约数万人。每次讲座都会遇到大量提问，由于时间所限，至少在当时不能够一一回答所有这些提问。事后经过对这些提问和有关疑难案例的分析，将其中更具有典型意义和研究价值的一部分疑难问题进行研习，便作为本书撰写的一项重要功能，以这种特有的方式回答这些提问，也算是对于讲学活动的一种必要补充。

本书的撰写还受惠于近年来本人所从事的证据立法研究项目，以及最高人民法院有关庭室关于民事诉讼证据、行政诉讼证据、商事诉讼规则等司法解释的起草与论证活动。从司法审判的角度来研究有关立法、准立法问题，将有助于使证据法理论的研究与探讨达到一个新的高度及更能体现其实证价值。在此过程中，值得一提的实务界人士与朋友有最高人民法院民一庭黄松有庭长、宋春雨法官，最高人民法院立案庭郑学林副庭长，最高人民法院民二庭宋晓明副庭长、刘贵祥副庭长、金剑峰法官、王东敏法官，最高人民法院行政庭孔祥俊副庭长等等。与他们就有关实务问题所开展的各种形式的商讨，有助于扩展对诉讼程序与证据法问题在实证价值上的认识视角。不断地加强与国外法学家的交流有助于拓宽研究的视野，及时了解国外有关立法及司法的最新动态及未来发展趋向。本书的撰写得益于近年来本人与有关国家法学专家的交流与研讨。值得一提的有美国东北大学史蒂文·苏本（Stephen Subrin）教授、美国东北大学兼美国哈佛大学东亚法律研究中心研究员吴绮剑（Margaret Y. K. Woo）教授，英国剑桥大学尼尔·安德鲁斯（Nail Andrews）教授、德国雷根博格大学彼特·奥沃德（Peter Gottwald）教授、日本东京经济大学谷口安平（Taniguchi）教授、日本中央大学小岛武司（Kojima）教授等等。

本书撰写的有关部分，还得益于国家法官学院司法审判研究中心近年来多次举办的审判实务专题研讨会，参加研讨会的有来自全国各级法院的高级法官。在此，值得一提的是，这些活动的顺利开

展，与最高人民法院常务副院长、一级大法官兼国家法官学院院长曹建明教授以及现任和已卸任的国家法官学院有关领导的关心、支持密不可分。

作为培训高级法官的重要参考书籍，本论著的问世必将有助于推进我国法官职业化教育与培训工作的开展，并筑成其走向职业化之阶梯。本书的撰写以及为此撰写而开展的有关调研活动受到了福特基金会的资助，在此，特向该基金会及项目官员刘晓堤女士表达诚挚的谢意。

毋庸讳言的是，由于本人才疏学浅，加之时间仓促，本书中的一些观点，其中包括对理论问题、实务问题和立法问题的见解存在谬误之处在所难免，期盼读者不吝指正。如果有的话，经过本人的进一步研习，相信会在之后的论著中予以及时纠正。

毕玉谦

2002年11月

目 录

第一章 证明责任	(1)
一、证明责任的基本原理	(1)
(一) 证明责任的基本定义	(1)
(二) 证明责任的基本内涵	(1)
(三) 行为责任在证明责任上的定位与法律 要义	(3)
(四) 事实主张与证明责任	(4)
(五) 当事人证明责任的法律属性	(5)
(六) 行为责任与我国的现行立法	(7)
二、证明责任分配规则	(8)
(一) 证明责任分配规则的源流	(8)
(二) 法律要件分类说与证明责任分配规则的 基本原理	(9)
(三) 确立我国民事证明责任分配规则的理论 设想	(10)
(四) 《民诉证据规定》与当事人证明责任分配 基本规则之设置	(12)
(五) 证明责任的基本属性与《民诉证据规定》 有关内容兼容性之分析	(15)
(六) 关于证明责任的实务问题研究	(17)
三、证明责任分配的特殊规则	(32)
(一) 证明责任分配特殊规则的法意	(32)

(二) 设置证明责任分配特殊规则的理由	(33)
(三) 《民诉证据规定》有关证明责任分配特殊 规则的设置	(36)
(四) 关于证明责任分配特殊规则的实务问题 研究	(55)
四、证明责任的分配与法官的自由裁量权	(70)
五、起诉条件与证明责任问题	(74)
(一) 现行立法对起诉条件的规定	(74)
(二) 《民诉证据规定》的实施对立案所需证据 标准的影响	(75)
(三) 实务上对起诉条件的误区	(77)
六、域外证据问题	(78)
(一) 关于在国外形成的有关证据	(78)
(二) 关于在港、澳、台地区形成的证据	(80)
(三) 对附具中文译本的要求	(82)
(四) 关于域外证据的有关实务问题	(83)
 第二章 司法认知	(86)
一、司法认知的基本法意	(86)
(一) 司法认知的含义与范畴	(86)
(二) 司法认知的认识论	(89)
(三) 司法认知的对象	(92)
(四) 司法认知的效力	(95)
(五) 司法认知与启动程序	(97)
(六) 司法认知与经验法则的实务问题研究	(100)
二、免证事实	(103)
(一) 免证事实与司法认知	(103)
(二) 关于免证事实的实务问题研究	(104)
三、众所周知的事实	(107)
(一) 众所周知的事实之含义	(107)
(二) 众所周知的事实的范围及界定	(109)

(三) 关于众所周知事实的实务问题研究	(113)
四、作为自然规律及定理的事实	(115)
五、发生法律效力裁判所确定的事实	(116)
(一) 预决的事实与司法认知	(116)
(二) 关于发生法律效力裁判所认定事实的 实务问题研究	(117)
六、仲裁裁决所确认的事实	(124)
七、有效公证书所证明的事实	(125)
八、抗辩权的行使及其效果	(125)
第三章 证据方法	(128)
一、证人制度与人证方式确立之架构	(128)
二、证人制度与人证方式确立之必要	(133)
(一) 确立以证人制度为基础的人证方式与证明 体系有利于实现自由心证原则的意旨	(133)
(二) 确定以证人制度为基础的人证方式与证明 体系有利于维护法官的中立地位	(134)
(三) 确立以证人制度为基础的人证方式与证明 体系有利于树立司法权威	(135)
(四) 确定以证人制度为基础的人证方式与证明 体系是适用传闻排除规则的具体体现	(136)
三、人证方式所面临的困惑与前景展望	(138)
四、人的证据方法——证人	(141)
(一) 证人的概念与特点	(141)
(二) 各国对证人的不同认知与适用规则	(143)
(三) 主体与案件事实的感知程度	(145)
(四) 主体与客观事物的感知能力	(148)
(五) 主体与案件事实的处理结果	(151)
(六) 主体的个性品行对案件事实认定上的影响	(153)
(七) 无行为能力人或限制行为能力人的作证 问题	(154)

(八) 证人作证的行为属性与价值取向	(158)
(九) 证人出庭作证与正当程序的理念	(163)
(十) 现行立法、司法解释及实际办案规范对 证人出庭作证的规定与不足	(187)
(十一) 改进与完善证人出庭作证制度的思考 与建议	(196)
(十二) 证人作证实务问题研究	(216)
五、人的证据方法——鉴定人	(237)
(一) 鉴定人的概念与特征	(237)
(二) 我国现行立法对于鉴定主体的认知	(238)
(三) 有关鉴定人制度的最新规定	(241)
(四) 对国家有关部门就鉴定人制度最新规定 的思考	(244)
(五) 《民诉证据规定》有关鉴定人与鉴定结论 效力的规定	(247)
(六) 关于鉴定制度的实务问题研究	(248)
六、人的证据方法——勘验人	(263)
七、人的证据方法——专家证人	(265)
(一) 鉴定人与专家证人	(265)
(二) 专家证人的设置与对鉴定结论进行辩论 的诉讼机制	(265)
(三) 《民诉证据规定》所确立的有关“专家 证人”制度	(266)
(四) “专家证人”出庭作证的实务问题——“专家 证人”的聘请	(267)
八、人的证据方法——当事人	(270)
(一) 当事人与当事人的陈述	(270)
(二) 两大法系各国或地区对于当事人作为一种 证据方法的认知	(271)
(三) 《民诉证据规定》对于当事人作为一种证据 方法的有关规定	(273)

九、物的证据方法——书证·····	(274)
(一) 书证的概念与特征 ·····	(274)
(二) 书证作为一种物的证据方法的价值功能 ·····	(276)
(三) 《民诉证据规定》对书证设定的有关适用 规则与评析 ·····	(277)
十、物的证据方法——物证·····	(281)
(一) 物证的概念与分类 ·····	(281)
(二) 《民诉证据规定》对物证设定的适用规则 与评析 ·····	(282)
十一、物的证据方法——视听资料·····	(285)
(一) 视听资料的概念与特征 ·····	(285)
(二) 《民诉证据规定》对视听资料设定的适用 规则与评析 ·····	(285)
 第四章 举证时限·····	(288)
一、时限制度与程序的基本理论构架·····	(288)
(一) 时限制度和程序设置的法理基础 ·····	(288)
(二) 学理上的模式类型 ·····	(290)
二、举证时限与诉讼效益·····	(301)
(一) 诉讼效益的价值取向 ·····	(301)
(二) 程序改革与举证时限制度 ·····	(302)
(三) 对两大法系两个极端模式的比较 ·····	(306)
三、上诉审程序与举证时限·····	(312)
(一) 上诉审程序的视角与举证时限之设置 ·····	(312)
(二) 两大极端的模式之比较 ·····	(313)
四、从当事人的诉讼对抗到程序机制的自我调控·····	(320)
(一) 诉讼对抗与制衡机制 ·····	(320)
(二) 诉讼主体间互动关系的形态与定位 ·····	(322)
五、新的证据提出与举证时限·····	(332)
(一) 对举证时限进行定义与诠释 ·····	(332)
(二) 举证时限的价值取向 ·····	(336)

(三) 举证时限与“新的证据”的关系之定位	(337)
六、对我国实行《民诉证据规定》之前的举证时限 制度之透视	(340)
(一) 主要特征	(340)
(二) 基本表现形态与分析	(343)
七、《民诉证据规定》的审前证据准备程序框架与 诉讼格局	(347)
八、《民诉证据规定》对举证时限的设置与应用效力	(350)
(一)《民诉证据规定》对举证时限的定位模式	(350)
(二)《民诉证据规定》对举证时限所确立的失 权效果与例外规则之权衡	(352)
(三) 举证时限与例外规则适用的实务问题	(354)
九、关于革新举证时限制度的思考	(357)
(一) 关于增加诉讼请求	(357)
(二) 关于变更诉讼请求	(358)
(三) 关于被告提起反诉	(361)
(四) 对“新的证据”的界定与运用问题	(362)
(五) 诉讼主张与争执点的确定对举证时限的 影响	(364)
十、关于法定举证时限与指定举证时限的设置	(368)
十一、关于举证时限制度的实务问题研究	(371)
(一) 答辩应采用的形式与法律效力	(371)
(二) 确定管辖事项中的法院依职权干预	(374)
(三)《民诉证据规定》第40条中“新证据” 与第41条中“新的证据”之区别	(376)
第五章 审前程序与证据交换	(380)
一、审前程序中的证据披露的程序功能与两大法系 模式	(380)
二、先前审判方式改革对民事诉讼审前程序的改造	(383)
(一) 设置切实、有效的证据披露规则在于	

防止和克服诉讼拖延	(384)
(二) 设置切实、有效的证据披露规则在于 维护诚实信用原则, 防止当事人利用 证据进行突然袭击, 平等地保护各方 当事人的诉讼权益。	(386)
(三) 设置切实、有效的证据披露规则在于 维护二审终审制的实质性与完整性, 保障相对一方当事人的审级利僧	(387)
(四) 设置切实、有效的证据披露规则有利 于促成当事人的和解	(388)
三、我国先审审判方式改革对民事诉讼审前程序改造 之评析	(389)
四、我国现行民事诉讼立法框架下庭审准备程序的 主要缺陷	(395)
五、审前准备与证据交换之创设	(397)
六、关于审前程序与证据交换的实务问题研究	(401)
(一) 证据交换与举证期限之间的效力关系	(401)
(二) 当事人的缺席行为与失权效果之研讨	(403)
(三) 关于主持证据交换的主体之确定	(412)
第六章 证据保全制度	(417)
一、证据保全程序的概念与功能意义	(417)
二、证据保全程序的属性	(419)
三、证据保全的范围	(421)
四、证据保全的要件	(423)
五、证据保全的管辖	(428)
(一) 起诉前的管辖	(429)
(二) 起诉后的管辖	(429)
(三) 起诉后有紧急情况时的管辖	(430)
六、保全证据的申请	(435)
(一) 申请的主体	(435)

(二) 申请的程式	(435)
(三) 对申请作出裁判的形式及程序上的效力	(438)
七、证据保全程序中的调查证据	(442)
八、证据保全的效力	(448)
九、职权保全证据	(449)
十、笔录的保管与移送	(451)
十一、证据保全的利用	(452)
十二、证据保全程序的费用	(453)
第七章 法院的职权与证据规则	(455)
一、对当事人证明责任的司法救济与限定	(455)
(一) 《民诉证据规定》上的思考与权衡	(455)
(二) 关于当事人申请法院调查取证与法院依 职权调查取证的实务问题研究	(459)
二、关于由律师向法院申请证据调查令制度之评析	(473)
(一) 关于由律师向法院申请证据调查令制度 所依据的法律根据	(473)
(二) 关于对国外法的借鉴问题	(474)
(三) 关于由律师向法院申请证据调查令制度 的法理基础之探析	(475)
(四) 对实行证据调查令制度的实证透视	(477)
三、法官的自由裁量权与确定当事人证明责任的特别 救济规则	(479)
(一) 基本法意	(479)
(二) 与确定证明责任分配有关的民法基本原则	(480)
(三) 法官的自由裁量权与当事人的证明责任实务 问题研究	(482)
四、法官的程序管理与控制——法官阐明权的界定与 运用	(487)
(一) 辩论主义架构与法官的阐明权	(487)
(二) 两大法系各国对阐明权的认知与功能	

定位	(490)
(三) 阐明权行使的必要限度与审判上的法律效果	(496)
(四) 法官阐明权的行使与当事人异议权的运用	(500)
(五) 关于法官行使阐明权的实务问题研究	(503)
五、有关法官程序管理与控制的其他方式与措施	(511)
(一) 责令当事人提供有关证据证明特定事项	(511)
(二) 关于法院对证据的管理制度	(512)
(三) 质证笔录的制作	(513)
(四) 对证人、鉴定人、勘验人合法权益的保护与非法行为的制裁	(514)
第八章 证据辩论主义与质证	(521)
一、直接言词原则与证据辩论主义之意旨	(521)
二、证据辩论主义之实质内涵	(525)
三、证据辩论主义之程序架构	(530)
四、实行直接言词原则与证据辩论主义之必要途径	(534)
五、质证的基本程序与证据规则的适用	(538)
(一) 质证所针对的主要事项	(538)
(二) 质证的顺序	(544)
(三) 公开质证的例外规则	(547)
(四) 询问证人的方式及有关适用规则	(549)
(五) 关于对实物证据的质证	(555)
第九章 相关证据规则	(557)
一、推定规则	(557)
(一) 基本定义	(557)
(二) 推定的基本原理	(558)
(三) 法律推定	(562)
(四) 事实推定	(564)

(五) 举证妨碍之推定	(570)
(六) 关于推定规则实务问题研究	(575)
二、自认规则	(588)
(一) 自认的概念与构成要件	(588)
(二) 自认的性质	(589)
(三) 自认的基本分类	(590)
(四) 自认的效力	(601)
(五) 自认的例外	(604)
(六) 自认的追复	(608)
(七) 自认的撤销	(608)
(八) 关于当事人自认的实务问题研究	(610)
三、原始证据规则	(613)
(一) 原始证据与传来证据	(613)
(二) 关于提交书证的原件与复制件	(614)
(三) 关于提交物证原物与复制品	(616)
(四) 原始证据规则实务问题研究	(618)
四、传闻规则	(620)
(一) 传闻规则涵义之界定	(620)
(二) 设置传闻规则的理由	(621)
(三) 传闻规则与例外规则	(622)
(四) 我国证据法上的传闻规则	(623)
五、意见证据规则	(625)
(一) 意见证据规则的涵义	(625)
(二) 将意见证据适用排除规则的理由	(625)
六、非法证据排除规则	(629)
(一) 非法证据排除规则的涵义	(629)
(二) 两大法系国家对于非法证据排除规则的 设定	(630)
(三) 我国有关的非法证据排除规则的设定	(632)
(四) 对所谓采用“陷阱取证”一案的评析	(635)
(五) 实践中对“偷录”录音证据与私下取得	

录音证据的界定	(643)
(六) 关于采取“偷拍偷录”方式收集证据的 合法性问题	(647)
七、补强规则	(649)
(一) 补强规则的涵义与法意	(649)
(二) 补强证据规则的适用	(649)
八、优先规则	(652)
(一) 证据优先规则的涵义	(652)
(二) 证据优先规则的适用与法官的自由裁量权	(653)
(三) 有关具体运用规则	(657)
(四) 直接证据的证明力	(664)
(五) 证人提供的对与其有某种特殊关系当事人 有利证言的证明力	(666)
第十章 对证据的审查判断	(670)
一、引言	(670)
二、心证规则的基本涵义	(671)
三、心证的本体机能	(674)
(一) 法官心证的确信度	(674)
(二) 法官心证的自由度	(693)
(三) 法官心证对证据评估的证明度	(701)
四、心证与规则的关系之确定	(710)
五、心证规则的本体构成	(718)
(一) 外在规则	(718)
(二) 内在规则	(729)
六、心证规则主义的基本特点与属性	(737)
(一) 法官心证与法定规则上的内容与形式的 统一	(737)
(二) 法官心证与法定规则之间关系的相辅相 成性	(739)
(三) 法官心证在法定规则下的“绝对”自由性	(741)