

MINSHI SUSONG ZHENGJU JIANLUN

Cezhong Xiaolu Weidu

民事诉讼证据简论

——侧重效率维度

王洪礼 著

中国检察出版社

民事诉讼证据简论

——侧重效率维度

王洪礼 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

民事诉讼证据简论: 侧重效率维度/王洪礼著. —北京:
中国检察出版社, 2007. 9
ISBN 978 - 7 - 80185 - 813 - 9

I. 民… II. 王… III. 民事诉讼—证据—研究—中国
IV. D925. 113. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 133236 号

民事诉讼证据简论

——侧重效率维度

王洪礼 著

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电子邮箱: zgjccbs@vip. sina. com

电 话: (010)68650028(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市中国画美凯印刷有限公司

开 本: A5

印 张: 10.5 印张

字 数: 287 千字

版 次: 2007 年 9 月第一版 2007 年 9 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 80185 - 813 - 9/D · 1789

定 价: 25.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

目 录

第一章 民事证据概述	1
一、关于民事证据的定义	2
二、证据能力	11
第二章 民事证明对象	20
一、证明对象的概念及研究证明对象的效率意义	20
二、证明对象的内容	22
三、免于证明的事项	32
第三章 民事证明责任	45
一、关于证明责任含义的理论认识	45
二、证明责任分配的效率意义	50
三、证明责任分配规则的确立	52
第四章 民事诉讼证明标准	63
一、民事诉讼证明标准概述	63
二、民事诉讼证明标准的效率意义	66
三、确立我国民事诉讼证明标准	69
四、民事诉讼证明标准的适用	75
第五章 审查起诉阶段的证据	82
一、起诉条件与起诉证据	82
二、起诉证据的释明对象	87

三、立案审查制度与立案登记制度	92
四、审查起诉阶段的证据要求与诉讼效率	96
五、实行立案登记制度应当有与之相配套的防止当事人滥诉措施	103
第六章 审前准备程序阶段的证据——举证时限	107
一、举证时限的基本含义及历史渊源	108
二、从审判效率看我国举证时限制度确立的必要性	112
三、矫枉过正的我国举证时限制度	114
四、我国举证时限制度实际运行效果	123
五、我国举证时限制度的构建	124
第七章 审前准备程序阶段的证据——证据交换	127
一、我国证据交换制度的内容	127
二、美国证据开示制度的建立和不断完善始终围绕公正与效率两条主线	132
三、效率原则下我国证据交换制度的缺失	138
第八章 民事证据的调查收集与保全	147
一、我国当事人举证责任的演变	147
二、当事人调查收集证据的效率意义	149
三、当事人取证权利的缺陷与法院取证的必要性	153
四、法院调查收集证据的动因	156
五、法院调查收集证据的方式和要求	162
六、民事证据的保全	166
第九章 质证	169
一、质证概述	169
二、质证的原则	178
三、质证的程序	182

第十章 民事证据的判断原则	189
一、神示证据制度	189
二、法定证据制度	194
三、自由心证制度	198
四、我国自由心证制度的效率缺失	204
五、自由心证制度的实务问题探讨	210
第十一章 民事诉讼证据规则（一）——司法认知	217
一、司法认知概述	218
二、司法认知的方式	220
三、司法认知的保障及救济程序	227
四、我国民事审判中司法认知制度的缺陷对诉讼效率 的影响	228
五、司法认知的实务问题探讨	229
第十二章 民事诉讼证据规则（二）——推定规则	232
一、推定规则概述	232
二、推定规则的种类	236
三、推定的保障及救济程序	239
四、推定规则在我国的运用	242
五、我国民事推定制度的缺陷对诉讼效率的影响	244
六、推定规则的实务问题探讨	247
第十三章 民事诉讼证据规则（三）——自认规则	255
一、自认规则概述	255
二、自认的效力	259
三、自认的例外与限制	263
四、自认的撤销与撤回	267
五、我国民事自认制度的缺陷对诉讼效率的影响	269
六、自认规则的实务问题探讨	271

第十四章 民事诉讼证据规则(四)——非法证据排除规则	276
一、民事非法证据排除规则概述	276
二、民事非法证据排除规则的价值	277
三、民事非法证据认定标准	283
四、我国民事非法证据排除规则的缺陷对诉讼效率 的影响	291
五、民事非法证据排除规则的实务探讨	294
第十五章 其他民事诉讼证据规则(五)	309
一、补强证据规则	309
二、传闻证据排除规则	313
三、意见证据规则	317
四、优先证据规则	321

第一章 民事证据概述

事实是诉讼的核心，因为诉讼双方的争议多以事实为中心，法院的裁判也以事实为依据。但当事人之间发生的争议事实发生在过去，已成为“历史”，当事人和法官都已不可能直接感知，而只能凭借另一事实进行推论。这个推论的过程就是诉讼证明过程。古代法的历史研究表明，早期用于纠纷解决的诉讼程序“主要是摹仿私人生活中可能要做的一系列行为”，^① 诉讼裁决自然也必须要建立在事实的基础之上，至于事实的来源则可能是各种途径，或者神灵，或者宗教权威以及其他。但是，这种借助于宗教、道德规范获得人们的顶礼膜拜的原始纠纷解决方法，随着人类社会的发展，注定是无法长久的。现代司法以强大的国家机器为后盾，凭借多如牛毛的法律规则所营造的“法律空间”，在一定程度上隔绝了异质的“生活空间”，司法证明制度也从非理性的神示证据，过渡到了后来的自由心证制度。证据代替了神性权威成为裁判案件的重要基础，不论是司法判决推演中的事实问题，还是结论中所包含的法律问题，都会与证据运用有着千丝万缕的联系。没有诉讼证据，当事人就无法说服法官作出有利于自己的判决；没有诉讼证据，法官就无法正确适用法律判断当事人之间的权利与义务的归属，无法作出正确的裁判。在诉讼过程中，当事人和法官的一切活动都是围绕诉讼证据进行的。因此，可以说，诉讼证据是整个诉讼活动的核心，也就有了“打官司就是打证据”的说法。因此，收集、审查、核实、认定证据是民事诉讼的中心任务，人民法院审理一切民事案件，从案件的起诉和受理直至作出判决的整个诉讼过程，都离不开证据。

① 梅因著：《古代法》，沈景一译，商务印书馆1995年版，第211页。

一、关于民事证据的定义

何为证据？是当今法学界争论最大的问题之一。学术界对法学证据的各种主张多有片面性，我国在立法上对证据的表述也存在缺陷，这是导致司法实践中证据问题难以把握的理论因素。研究证据的定义，从理论上澄清问题，对于证据立法和司法均有积极的意义。因为，法律虽然是现实和实践的产物，任何概念都不可能完美无缺、完整无误地表述它要描述的对象。这是由人类语言的有限性与事物的无限性、复杂性决定的。但从概念出发，并以概念为基础构建法律规范甚至是整个法律体系的方法确有其科学合理的一面，由此形成的法律体系易保持逻辑上的严谨性，它对人们的行为提出了明确的指引，进而有利于形成良好的法律秩序。

（一）我国学者对证据定义的学说

在古汉语中，证据二字往往是分开使用的。其中，“证”字犹如现代的证据，但多指人证；“据”字则意为依据或根据。例如，《唐律·断狱》中就多有“据众证定罪”之用语。及至清代，法律中仍有“众证明白，即同狱成”的规定。20世纪初，随着白话文的推广，证据二字才越来越多地合并为一个词使用，而且多出现在与法律事务有关的文字之中。例如，南京临时政府于1912年3月2日颁布的《大总统令内务、司法两部通飭所属禁止刑讯文》中规定：“鞠狱当视证据之充实与否，不当偏重口供。”这可以视为后来在我国颇为流行的“重证据，不轻信口供”之办案原则的发端。现在，证据已经是汉语中常用的语词之一。诚然，人们在日常生活中在非法律事务中也使用这一概念，但是，由于它在法律事务中具有特别重要的地位和最高的使用频率，所以它仍然在很大程度上属于专门的法律术语，以至于人们一听到这两个字就会首先联想到案件、纠纷、调查、审判等法律事务中的问题。

《辞海》中对证据的解释：“法律用语，据以认定案情的材料。”从一般意义上讲，证据就是指用以证明某一未知事实的根据

或者手段。但作为法律术语使用的、作为裁判基础的证据,由于受到诸如法律文化、立法政策、司法技巧、程序运作等因素的制约和影响,具有相当的技术性和特殊性,远比通常意义上所说的证据更复杂。^①

尽管在民事司法实务中,证据是审判人员和当事人司空见惯之物,但在我国诉讼理论界,关于证据概念的界定却一直是一个颇具争论的问题。学者们对此见仁见智,见解不一,古今中外的学者们围绕这个“猜想级”的难题殚精竭虑,提出了许许多多的不同观点,有人认为证据是证明案件事实真相的“事实”;有人认为证据是法官认定案件事实的“原因”;有人认为证据是认定案件事实的“方法”;有人认为证据是证明案件事实的“根据”;有人认为证据是与案件事实有关的“信息”;有人认为证据是对案件事实的“反映”;有人认为证据是认定案件事实的“资料”;有人认为证据具有双重含义,既可以指能够证明案件真实情况的事实,也可以指证据的表现形式;还有人认为证据是证据内容(事实材料)与证据形式(证明手段)的统一;等等。迄今为止仍然众说纷纭、莫衷一是。少数国家在立法中给出了证据的定义,而多数国家的立法则索性采取了回避的态度。下面择要介绍有关对证据定义影响较大的几种学说。

1. 传统的证据概念——事实说

所谓“事实说”,就是把证据界定为一种用作证明的事实,这一定义是以法律对证据含义的解释为基础而产生的。我国《民事诉讼法》对证据的规定非常简单化、原则化,并未明确证据的含义,传统的证据概念其实来源于1979年新中国第一部《刑事诉讼法》第31条的规定:“证明案件真实情况的一切事实,都是证据。”其后,1989年的《行政诉讼法》、1991年的《民事诉讼法》和1996年新修正的《刑事诉讼法》都明示或者默示地接受了这一解

^① 张卫平主编:《民事证据制度研究》,清华大学出版社2004年版,第2页。

释。许多学者都据此认为“证据就是证明案件真实情况的事实”。^①还有的学者明确指出，我国《刑事诉讼法》的有关规定“是立法上对诉讼证据所下的定义”，它包括了诉讼证据的两个基本特征：其一“它是确实存在的事实”，其二“它是同案件事实有着客观联系的事实”。^②

然而，随着证据法学研究的深入，越来越多的学者发现传统证据概念无论是从其法律依据本身还是从司法实务来看都存在自相矛盾之处，难以自圆其说。首先，这种认识犯了一个简单的逻辑错误。“证明案件真实情况的一切事实，都是证据”，这是一个全称肯定判断，即“所有S都是P”。在这个判断中，主项S是周延的，但是谓项P不周延。就是说，所有S都是P，但并非所有P都是S。在证据概念问题上，《刑事诉讼法》所规定的“证明案件真实情况的一切事实，都是证据”是一个正确的判断，但反过来说“证据是证明案件真实情况的一切事实”，却是一个不正确的判断。其次，何为“事实”？这个看似简单的概念，其含义并不确定，不同的解释会产生不同的证据概念。通说认为，客观事实就是通常所谓的客观真实、实质真实，是实际发生过的“原汁原味”的案件事实，是实际存在过的事实真相，也就是哲学上所说的指反映事物本来属性和面目，符合客观实际的事实。按照这个解释，有许多证据可以证明案件的真实情况，但是却无法进入司法程序，比如：以下几类事实是没有证据意义的：

(1) 为人类所不能认识的事实。从最终意义上讲，这些事实是可以证明案件情况的。但由于人类对客观世界的认识是一个不断深入的过程，人的认识能力受到“非至上性”等因素的限制，人类还不能认识、发现它，也就谈不上把它收集起来用以证明案件事实情况。“虽然收集到某种物品或痕迹，但未经鉴定提炼出其中的证

^① 江伟主编：《证据法学》，法律出版社1999年版，第206页。

^② 陈一云主编：《证据学》（第二版），中国人民大学出版社2000年版，第99—101页。

据信息，也形不成证据。”

(2) 因证据收集主体的原因未发现的事实。这类事实虽已能为人类所认识，但由于证据收集主体的主观因素（故意或过失）没有发现或虽已发现却未予以收集。如证人证言，“如证人拒绝作证便不能形成证据”。

(3) 本身属性变化导致不能收集的事实。有些事实如痕迹等经过时间的迁移会发生衍生，从而导致内容出现歪曲或消失，与案件失去关联性，因而失去证据能力，不能作为定案根据。

以上三类事实之所以不能成为证据是因为它们均未能被收集并进入诉讼程序。因而就不能为认定证据的主体——法官所知晓，不能为其他诉讼参与人所知晓并在法官的主持下进行质证，也就不能用来证明案件的真实情况。因而有学者认为，证据应该是指进入诉讼程序的，能够证明案件真实情况的事实。这种认识未免教条化了，以前不能认识的事物、未被收集的证据只是我们主观上不能加以利用，它对案件真实情况仍然有证明作用，它的证据作用不能否认。

再次，“证明案件真实情况的一切事实，都是证据”还可以被理解为“一切用来证明案件真实情况的事实，才能成为证据”，也即“证明案件真实情况的非事实，不能成为证据”。这种理解会导致立法上的自相矛盾。我国《民事诉讼法》第 63 条在列举了 7 种证据形式之后，紧接着规定：“以上证据必须查证属实，才能作为认定事实的根据。”既然证据已经是属实的了，又何须要求对证据必须“查证属实”？反过来，既然证据还需查证属实方能作为认定案件事实的根据，就意味着证据并不一定属实，又怎么能说证据是能够证明案件真实情况的客观事实呢？这显然是自相矛盾的。而《民事诉讼法》第 64 条第 2 款规定：“人民法院应当按照法定的程序，全面地、客观地审查核实证据。”第 66 条又规定：“证据应当在法庭上出示，并由当事人互相质证。”从这些规定中，我们可以发现在立法者的心目中，证据并非都是属实的，而是有真有假的，还需要当事人质证、法院审查核实，并不能一概作为认定事实的根

据。否则就很难解释“虚假证据”、“伪造证据”之类的说法。

2. 程序的证据概念——定案根据说

“定案根据说”，就是把证据界定为证明案件事实的根据。如我国台湾地区学者陈世雄、林胜光、吴光陆就认为：“证据者，足使法院认定当事人之主张为真实之凭据者，谓之。”^①我国大陆有一些学者认同“定案根据说”，如提出诉讼证据是指“用来证明案件真实情况，正确处理案件的根据”。^②“在民事诉讼程序中，证明主体依法提供的、经过查证属实能够证明民事案件真实情况的客观事实。”^③另外，最高人民法院在其司法解释中也采用过这种观点，如在1984年8月30日通过的《关于贯彻执行〈民事诉讼法（试行）〉若干问题的意见》中就有“证据是查明和确定案件真实情况的根据”的表述。这种观点将证据与定案根据画上了等号，把证据理解为根据，这也符合人们日常生活中的一般理解。如果首先确定了“证据为证明案件真实情况的一切事实”，那么证据便与事实画上了等号，而且证据都必须是属实的。但是，根据诉讼法的有关规定，凡证据必须查证属实，才能作为认定案件事实的根据。一方面说证据都是属实的，另一方面又说证据需要查证属实，二者显然互相矛盾。而“定案根据说”则与诉讼法中“证据必须查证属实，才能作为认定案件事实的根据”的规定恰好吻合。

为了解决我国诉讼法中证据条款的内在矛盾，有些学者提出了“证据材料”的概念，认为我国诉讼法关于证据的定义条款中使用的是证据事实的概念，而关于证据需要查证属实的条款中使用的是证据材料的概念。在他们看来，“证据事实”是已经查明的属实证

① 陈世雄、林胜光、吴光陆著：《民刑事訴訟法大意》，台湾五南圖書出版公司1986年版，第96頁。

② 楊榮新主編：《民事訴訟法教程》，中國政法大學出版社1991年版，第210頁。

③ 田平安著：《民事訴訟證據初論》，中國檢察出版社2002年版，第3—8頁；何家弘主編：《證據調查》，法律出版社1997年版，第27頁。

据，而“证据材料”则是未经审判人员以法定程序加工提炼、不一定属实的证据。也就是说，证据是经过认证过程采信的证据材料。没有经过法庭质证和辩论阶段的证据材料是粗糙的、含有水分的，只能是一种尚待认可的证据材料。“我们所说的证据，应该同定案的证据是同一个概念，凡是未经查证属实的物证、书证、证人证言等各种证据形式，统称为证据资料，或曰证据材料，这些材料，在未经查证属实之前，也可能是不真实的，理所当然不能直接作为定案的根据。”^①

这一定义是目前对证据概念比较通行的理解，并且得到了司法实践和相关司法解释的认可。2001年4月1日起施行的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（以下文中均简称《民事诉讼证据规定》）就分别采用了证据和证据材料概念，其中，“证据”一词出现了131次，“证据材料”一词出现了8次，其意在化解法律上的逻辑混乱以及立法定义与司法实践相脱节的问题，但经仔细分析比较，二者并没有严格分开，该使用证据材料概念的地方，仍然使用了证据的概念，反而变得更加混乱，对使用证据材料以区别证据的概念，感觉有画蛇添足之嫌。比如，《民事诉讼证据规定》第23条、第24条规定“证据保全”而不是“证据材料保全”；第37条至第40条规定“证据交换”，而不是“证据材料交换”。难道保全的证据、交换的证据不再需要质证认证而直接可以定案吗？其实，证据与证据材料是很难截然分开的，例如有的书证，其中有一部分是真实的，而有一部分是不真实的，如果把真实的部分称为证据，把不真实的部分称为证据材料，那么这一书证到底是证据还是证据材料呢？严格说来，在任何一起案件的定案依据中，都存在着证据不完全属实的可能性。而且就每一个具体的证据来说，其中也存在着不完全属实的可能性。

再者，这一定义实质上仍然以“能够证明案件的真实情况”作为证据的基本内涵，不能对业经质证和法院审查判断却因法官的

^① 樊崇义主编：《证据法学》，法律出版社2001年版，第46页。

判断失误而予以采信的事实证据作出合理的解释。^①实际上,经过法庭质证和法官认证的证据未必是真实的证据,一些虚假的证据也可能成为定案的根据,因为许多证据带有主观化倾向,比如证人证言,也因为法官是普通的人,不是先知,判断失误也在所难免。即使是完全真实的证据,也不一定能够反映案件的真实情况,因为证据与案件事实之间的联系需要法官的认知。比如物证是真实的,但物证与案件真实情况的联系需要推断,不同的法官可能会得出不同的结论,甚至是相反的结论。

如果一定要做证据与证据材料的区分,为了避免以上所述之混乱,笔者以为可以从程序上做这样的划分:凡是经过法庭质证和法官认证的证据,不管其真伪如何,不管能否证明案件的真实情况,都称为证据;反之,凡是未经法庭质证和法官认证的证据,也不管其真伪如何,能否证明案件的真实情况,都称为证据材料。这可以称之为程序的证据概念。当然这样定义虽进了一步,但仍然会存在一定程度的混乱。表现在二审和再审程序中,原先被一审或二审中认定的证据,在案件的二审和再审过程中又会变成证据材料。

3. 形式证据概念——根据说

鉴于上述两种民事证据概念所存在的问题,近年来,一些学者在对证据概念进行反思的同时,试图改变传统证据概念以价值判断为定义方式的做法,以探寻一个“包容量大、涵盖面广、中性化的证据定义”。^②他们认为,证据一词本身并没有真假善恶的价值取向,要恢复证据概念的“中性”立场。那么,究竟什么是证据呢?简言之,证据就是证明的根据。这是对证据一词最简洁最准确的解释,也是人们普遍接受的证据定义。美国《加利福尼亚州证据法典》第140条规定:“证据是指被提供用以证明某一事实存在

^① 何家弘主编:《新编证据法学》,法律出版社2000年版,第94页。

^② 张卫平主编:《民事证据制度研究》,清华大学出版社2004年版,第8页。

或者不存在的证言、文书、物品或其他可感知物”,^①我国学者也提出了形式证据概念,认为所谓证据,就是证明案件事实或者与法律事务有关的事实存在与否的根据。^②

这一定义的最大特色,是不以真假的判断作为证据的内涵,也不以是否经过质证、是否查证属实作为认定证据的界限,无论是当事人提供的,还是裁判者或者其他执法者调查收集的,也不论其是否经过质证或者审查属实,只要是被用作证明某一案件事实存在与否的依据,都可以称之为证据。故此,经审查核实被法院采信而作为定案根据的固然是证据,未被法院采信的也是证据,甚至那些虚假的、伪造的或者与案件毫无关联的也是证据,这显然大大地扩张了证据的外延。

(二) 民事证据概念真实情结的超越

证据是整个诉讼活动的基础和核心,而证据的概念又是证据学领域的重中之重,它不仅与自身理论体系中的证明标准、证明要求等重要理论问题紧密相关,也会涉及诉讼法律体系是否协调一致。如果作为基石的证据概念存在缺陷,证据学的整个理论体系就如同沙上建塔。

我们看到,上述证据定义之间的分歧,归根结底是如何看待证据概念中的真实性问题,这一问题直接决定了证据范围的大小,即证据是仅仅指那些能够正确反映案件真实情况的事实材料,还是包括了当事人主观愿望上用来证明案件情况的一切材料。在我国的“实事求是”证据制度之下,对证据的界定长期以来都以客观真实性为核心,强调证据必须能够发现和证明案件的真实情况,这一点从前两种证据概念中我们可以有清楚的认识。第一种证据概念将能够证明案件的真实情况作为证据的唯一标准,完全不承认证据有真有假的事实;第二种概念虽进行了一定的修正,但以是否经查证属

^① See Federal Rules of Evidence, West Publishing Co. (1997 - 1998 Edition): p. 367.

^② 何家弘主编:《新编证据法学》,法律出版社2000年版,第99页。

实作为证据与证据材料的区分标准，实质上还是将真实性作为证据的本质内涵。由此可见，真实性证据概念可谓是我国证据法理论中的一个难舍的情结，其影响至今仍然挥之不去，这种状况有着自身的历史和社会背景，是我国长期以来以认识论为基础的诉讼观念和诉讼指导思想的直接反映。

较之传统的证据概念，形式证据概念最大的特点是不再将真实性作为证据的基本内涵，^①具体可表现为两方面：其一，转换了界定证据概念的视角，从证据的一般功能上对证据进行界定。按照这一概念，某一材料能否成为证据，取决于是否在诉讼程序中被用作证明的依据，而不取决于它能否反映案件的真实情况。这就使证据概念避免了价值判断而呈现“中性”，更符合证据运用的实际状况。其二，将证据界定为一种“根据”或者“依据”而不是“事实”，在用语上更加准确。事实强调的是真实性，证据一旦与事实画上等号，往往就蕴涵了价值判断的功能，容易重蹈真实性证据概念的覆辙。而且，证据的构成极为复杂，既包括各种证据形式，如书证、证人证言、鉴定结论、勘验笔录等，也包括各种证据形式所包含的内容，甚至是任何对诉讼证明有效果的东西，比如证人作证时的态度，并不仅仅是一种事实。

一项材料是不是证据的判断与其能否证明案件事实真相的判断不是同一层次的问题。是否能成为证据，取决于其有没有在诉讼中被当作证明的手段，至于这一证据是否属实、应否被采信，则是法院审查判断证据应当解决的问题，属于认证的范畴而不属于证据概念的范畴。简言之，证据的概念不应当带有真实与否的价值判断，否则就会混淆证据界定与证据审核之间的界限，有越俎代庖之嫌。在这一点上，形式证据概念与各国学者对证据概念的理解是一致的。从各国对证据概念的界定来看，虽然由于研究视角的差异而措辞各异，但大多从其功能或者表现形式的角度对证据进行定义，通

① 蒲一苇：“真实情结：民事证据概念的魅惑与超越”，载《浙江社会科学》2006年第4期。