

民事程序理念与证据规则

郭小冬 韩红俊 著

NSHICHENGXULINIAN YU
JENGJUGUIZE

陕西人民出版社

西北政法学院学术著作出版基金资助出版

民事程序理念与证据规则

郭小冬 韩红俊 著

陕西人民出版社

(陕)新登字 001 号

图书在版编目 (CIP) 数据

民事程序理念与证据规则/郭小冬, 韩红俊著. —西安: 陕西人民出版社, 2005

ISBN 7-224-07368-7

I. 民... II. ①郭... ②韩... III. ①民事诉讼—诉讼程序—研究—中国②民事诉讼—证据—规则—研究—中国 IV. D925.110.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 060782 号

民事程序理念与证据规则

编 著 者 郭小冬 韩红俊

出版发行 陕西人民出版社 (西安北大街 147 号 邮编: 710003)

印 刷 陕西省乾兴印刷厂

开 本 850mm×1168mm 32 开 12.125 印张

字 数 307 千字

版 次 2005 年 9 月第 1 版 2005 年 9 月第 1 次印刷

印 数 1—300

书 号 ISBN 7-224-07368-7/D. 1100

定 价 19.00 元

序 言

中国漫长的封建社会追求人与人、人与自然之间的和谐与统一。这样，“无讼”的观念便被统治者提出，并在社会民众的心目中得到普遍的确立。但是，“无讼”只能是人们所向往的一种理想状态。即使是在以“和为贵”为主流道德观念的社会中，纠纷仍然会不可避免地存在。而纠纷，尤其是为财之争的民事纠纷，显然破坏了人们之间的和睦关系，与统治者所极力倡导的无讼价值观相抵触，势必遭到统治者的厌恶。为了实现无讼，统治阶级主要通过以下三方面的工作来减少和消除私人之间为财之争而引起的民事诉讼。

第一，加强道德礼教在思想观念、群众方面的宣传作用，并将之与封建社会的法律相结合，形成一种“礼即是法，法即是礼”的立法模式，为民众树立“无私”的价值标准，提倡人们和睦相处。在这样的社会道德观念下，任何一个过分追求自己私权的人，都会被群众所不齿。这样，在纠纷开始形成的时候，使权利人形成“耻于诉讼”的心理，压制其诉讼需求，以达到无讼的状态。

第二，为了维护自己的统治，对于那些被坚持提起的诉讼，尽管统治者不能拒绝解决，但立法并不会刻意设置专门规定私人权利的法律，以及保护私人权利的程序，以表达国家并不主张人们看重自己权利，并希望减少和消除民事纠纷的意图。这样，民事纠纷的解决必然在社会生活中处于无足轻重的地位，解决纠纷所需要的程序也就显得可有可无。其具体表现就是“诸法合体”、“重刑轻民”、“重实体轻程序”等一系列错位法律观念的形成。

第三，由于并不存在专门设定私权的法律，所以纠纷的解决大

多依赖的是封建的道德礼法，裁判的作出更多考虑的是一个人的行为是否符合社会的道德观念，而非现代所要求的权利义务应有的状态。为了使当事人充分认识到自己的行为是不符合社会道德标准的，就必定要对当事人做思想工作，即所谓的“调处”。这样，采用调解（做思想工作）而非判决（权利义务应有的状态）解决民事纠纷的做法在中国的封建社会长期存在，并影响至今。

就调解本身而言，由于人们看重的是经过调解能否达到统治者所追求的效果，即行为人是否能够意识到自己行为的不道德，因此，一切有利于达到这一目的的方法都可以被实施，一切有利于实现这一效果的措施都可以被采用。也就是说，法律并不强迫裁判者和当事人在纠纷的解决过程中必须或应当怎样做，其结果，就是中国古代不可能产生现代意义上的程序法。

现代程序法的概念自清末传入中国，时至今日，我国关于程序的法律规定已经比较完备，但这仅仅是停留在程序制度的设计上，对程序的轻视并没有发生实质性的改变。理论上，占主导地位的是程序工具主义论，强调程序对实体的有用性，是实现实体的工具，用内容和形式、目的和手段来概括实体法与程序法的关系；而不按程序规则办事，程序可有可无，形式主义严重，仍然是实践中的陋习。甚至在有些人的心目中，程序依旧被当作没有任何生命价值的繁琐的形式。除此之外，民事纠纷依然过多地采用调解来解决。

程序绝不是可有可无的东西，也绝非仅仅是实现实体法的工具。程序有着自身独立的价值，而且在一定程度上讲，程序比实体更为重要。一方面，一个人在其所参与的程序中有没有获得公平的对待是显而易见的，因此，程序公正是人们可以看得见的公正，而纯粹的实体公正却是难以衡量，有时甚至是无法实现的。另一方面，程序不公的后果比实体不公的后果更为严重。因为实体不公影响的是单个的案件，损害的是某一个具体当事人的利益。通常情况下这种损害是可以获得救济的。而程序不公影响的是每一个适用该

程序审理的案件，损害的是整个诉讼机制，其损害通常情况下是无法恢复的。因此，重视程序本身独立的价值，强化程序的制约机制，按照程序规则办事，是现代程序法研究的一个重点理论与实践问题。

程序的理念需要具体的制度来承载。因此，如果程序本身不能获得人们的普遍重视，那么与程序有关的具体制度当然不可能完备。此外，不同的程序，由于其所追求的理念不同，其具体制度的设计也不相同。例如，在调解型程序中，人们侧重于运用程序来实现统治者所希望的和睦与不争，纠纷的解决依赖于权利人对自身权利的让渡。因此，案件事实的发现不是裁判者所极力证明的事情。这样，证明权利义务应有状态的证据当然不会被立法者与司法者重视，当然也就不会形成完善的证据制度。而判决型的程序有所不同。在判决型的程序中，人们尽可能地通过程序的运用来再现案件事实，并依照事实的本来面目，运用正确的法律，对当事人之间应有的权利义务状态作出权威性的判定。因此，纠纷的解决，除考虑法律对权利义务本身的设定之外，还需要依赖诉讼中的证据来再现案件事实，以保证最终判定案件事实的正确性。由于证据对裁判者的最终判定有着决定性的影响，因此，立法者与司法者对于证据都极为重视。证据制度在判决型的程序中占据着绝对重要的地位。再如，纠问式的诉讼程序，注重裁判者的作用，强调法官的自由心证，因此允许法官依职权调查收集证据，也不会设置诸多的证据规则来限制法官的行为；而控辩式诉讼程序，注重控辩双方的攻击与防御，强调双方的攻守平衡、诉讼权利义务对等，因此，证据由双方当事人收集并向法庭提交。为了帮助当事人收集证据、限制事实审理者滥用权力以及帮助其作出判断，立法设置了详尽而完备的证据规则。

自 20 世纪 80 年代末以来，我国着手进行民事、经济审判方式的改革。改革的重点在于强化庭审职能，加大公开审判的力度，落

实当事人的举证责任,充分发挥合议庭的职能等方面。上述改革重点,其实质就是突出程序的重要性,制定合理的程序规则与完善的证据制度,完善调解型解纷程序与判决型解纷程序,使之和谐,充分发挥其各自的功能。

《民事程序理念与证据规则》一书,是西北政法学院民事诉讼法教研室郭小冬、韩红俊两位年轻教师所承担的院级科研项目的最终研究成果。本书是在审判方式改革对庭审功能的强调以及加强民事证据立法的大背景下立项、写作并完成的。全书共三十余万字,既有理念的导入,又有具体制度的设计,具有一定的理论深度与很强的针对性。全书共分为上下两编,上编主要是对程序理念的分析与阐述:作者通过对民事诉讼解纷机制、宪法与民事诉讼程序的关系的研究,表达了民事诉讼程序所追求的独立、自由、公正、效益的价值;下编主要是针对我国证据立法及具体规则的设置所提出的建议,涉及证据的收集、调查、提供、质询与认定等方面,基本涵盖民事诉讼程序的全过程。其规则的设计是采用比较的方法,借鉴国外先进立法经验,总结我国以往有关证据规定的成功经验与失败教训,结合我国实际情况而设计的,具有很强的操作性。

本书的作者,郭小冬女士现已被清华大学录取为博士研究生;韩红俊女士正在西南政法大学攻读博士学位。两人自硕士毕业任教以来,在民事诉讼法教学领域取得了较为可喜的成绩,同时不放弃对民事诉讼理论的研究。这部作品的问世,我感到由衷地高兴,并希望两人在以后的教学科研工作中继续努力,取得更大的成就。

是为序。

吴明童

2005年5月于西安

目 录

序言	吴明童 (1)
第一章 民事纠纷解决机制	(1)
第一节 民事纠纷	(1)
一、纠纷的内涵	(1)
二、法律纠纷	(2)
三、民事纠纷	(5)
第二节 诉讼程序	(6)
一、程序的内涵	(6)
二、法律程序	(7)
三、诉讼程序	(10)
第三节 民事纠纷的多元化解机制	(12)
一、社会纠纷的解决	(12)
二、多元化纠纷解决方式存在的必然性	(13)
三、我国的纠纷解决机制	(21)
第二章 宪法与民事诉讼程序	(41)
第一节 宪法与司法独立	(41)
一、司法独立的理论基础	(41)
二、我国司法独立的现状及其完善	(50)
第二节 宪法与审判公开	(56)
一、公开审判的溯源	(56)
二、审判的法理分析	(58)
三、公开审判的内容	(62)
第三节 宪法与接近司法	(68)

一、法律救助	(69)
二、律师代理	(70)
三、法律援助	(75)
第三章 民事诉讼程序的价值	(81)
第一节 民事诉讼程序价值的界定	(81)
一、价值	(81)
二、法律价值	(82)
三、民事诉讼程序价值	(83)
第二节 民事诉讼程序价值的内容	(87)
一、公正	(87)
二、效益	(97)
三、民事诉讼程序价值与相关理论的关系	(102)
第四章 接近正义的运动	
——扩散型利益保护的程序	(116)
第一节 消费者权益诉讼之探源	(117)
一、消费者问题的产生	(117)
二、《消费者权益保护法》的立法宗旨	(121)
第二节 消费者权益保护的法律机制	(122)
一、各种解决消费纠纷方式的适合性	(123)
二、消费者权益保护中的民事诉讼的理论基础	(127)
三、消费者诉讼的特点	(137)
第三节 各国消费者诉讼制度之比较	(139)
一、集团诉讼	(140)
二、团体诉讼	(144)
三、小额索赔法庭	(147)
第四节 我国的消费者权益诉讼	(149)
一、我国台湾地区关于消费者权益保护的民事诉讼规定的 现状与评价	(150)

二、内地消费者权益保护中民事诉讼的规定与完善·····	(154)
三、消费者权益保护中的民事诉讼对我国民事诉讼 立法的启示·····	(169)
第五章 证据制度与证据规则概述·····	(179)
第一节 西方国家证据制度的历史发展·····	(179)
一、神明裁判制度·····	(179)
二、法定证据制度·····	(180)
三、自由心证证据制度·····	(181)
四、现代的法定证据制度与自由心证证据制度·····	(182)
第二节 我国证据制度的改革·····	(183)
一、我国现行证据制度的缺陷·····	(183)
二、我国证据制度的改革·····	(184)
第六章 证据的收集和调查规则·····	(186)
第一节 举证责任分配的一般规则·····	(186)
一、举证责任的含义·····	(186)
二、举证责任分配的必要性·····	(187)
三、关于举证责任分配的学说·····	(188)
四、我国民事诉讼中举证责任分配规则的现状立法 建议·····	(191)
第二节 举证责任倒置的规则·····	(193)
一、举证责任倒置的必要性·····	(193)
二、举证责任倒置的含义及特点·····	(194)
三、应当实行举证责任倒置的诉讼·····	(196)
第三节 举证责任免除的规则·····	(199)
一、举证责任免除的含义·····	(199)
二、举证责任免除的情形·····	(200)
第四节 证据披露规则·····	(203)
一、我国证据披露制度的现状·····	(203)

二、英美法系国家的证据披露方法·····	(204)
三、大陆法系国家的证据披露方法·····	(206)
四、我国证据披露规则的若干建议·····	(207)
第五节 自认规则·····	(209)
一、自认的概念及其构成要件·····	(209)
二、自认的分类·····	(211)
三、自认的特征·····	(213)
四、自认的效力·····	(214)
五、自认的撤销与追复·····	(215)
六、关于我国自认规则的检讨与完善·····	(216)
第六节 专家证人·····	(219)
一、英美法系的专家证人制度·····	(219)
二、大陆法系的鉴定人制度·····	(221)
三、专家证人制度与鉴定人制度的异同·····	(223)
四、我国民事诉讼法关于鉴定结论的规定·····	(224)
五、关于我国设立专家证言的立法建议·····	(226)
第七节 证据调查·····	(228)
一、证据调查的界定及特点·····	(228)
二、证据调查的范围·····	(231)
三、证据调查的程序·····	(237)
第七章 提供证据的规则·····	(240)
第一节 举证时限·····	(240)
一、举证时限制度的含义·····	(240)
二、限时举证的意义·····	(241)
三、我国现行立法关于举证时限制度的缺漏·····	(243)
四、我国举证时限制度的构想·····	(244)
第二节 证据交换·····	(246)
一、证据交换制度的含义及立法意图·····	(246)

二、我国关于证据交换制度的实施现状·····	(248)
三、制约我国证据交换制度合理运行的因素·····	(249)
四、构建我国证据交换制度的具体设想·····	(251)
第三节 证人作证·····	(254)
一、证人的资格及范围·····	(254)
二、证人的义务与权利·····	(257)
三、证人的法律责任·····	(261)
四、证人出庭作证的程序·····	(263)
五、我国民事证人制度的问题与对策·····	(264)
第八章 质证规则·····	(269)
第一节 交叉询问规则·····	(269)
一、交叉询问制度的概述·····	(269)
二、主询问·····	(272)
三、反询问·····	(276)
四、再主询问与再反询问·····	(279)
五、关于我国建立交叉询问制度的思考·····	(279)
第二节 客观性规则·····	(280)
一、传统的证据客观性理论·····	(280)
二、对传统证据客观性理论的质疑·····	(280)
三、证据是客观性与主观性的统一体·····	(283)
第三节 关联性规则·····	(287)
一、关联性的界定与含义·····	(287)
二、证据的关联性与证据的证明力·····	(288)
三、关联性与间接证据·····	(289)
四、关于我国证据关联性规则的评价·····	(291)
第四节 非法证据排除规则·····	(294)
一、排除规则的概念与内涵·····	(294)
二、证据可能被排除的几种情形·····	(295)

三、非法证据的分类·····	(296)
四、构建我国的非法证据排除规则·····	(298)
第五节 传闻规则·····	(300)
一、传闻证据的概述·····	(300)
二、传闻证据规则的内容·····	(305)
三、传闻证据规则在大陆法系·····	(308)
四、关于我国传闻证据规则的立法建议·····	(309)
第六节 最佳证据规则·····	(312)
一、最佳证据规则的历史发展·····	(312)
二、现代最佳证据规则的内容·····	(314)
三、最佳证据规则的例外·····	(315)
四、最佳证据规则与书证优先规则·····	(318)
五、关于我国最佳证据规则的立法建议·····	(318)
第九章 认证规则·····	(321)
第一节 可采性规则·····	(321)
一、证据可采性概说·····	(321)
二、证据的可采性与相关制度的关系·····	(322)
三、关于我国可采性规则的改革建议·····	(323)
第二节 推定·····	(325)
一、推定的概念、性质及特点·····	(326)
二、推定的法律意义·····	(328)
三、推定的基本分类·····	(330)
四、推定的效力·····	(334)
五、推定的构成要件·····	(335)
六、推定规则在我国的适用及完善·····	(336)
第三节 司法认知·····	(339)
一、司法认知的概念、特点及意义·····	(339)
二、司法认知的对象·····	(341)

三、司法认知的效力·····	(344)
四、对我国司法认知规则运用的思考与建议·····	(345)
第四节 当庭认证·····	(347)
一、我国关于认证制度的认识分歧·····	(348)
二、两大法系关于证据能力与证明力判断问题的简介 ·····	(350)
三、建构我国诉讼认证制度的思考·····	(352)
第五节 证明标准·····	(356)
一、证明标准的含义及其特点·····	(356)
二、证明标准的种类·····	(362)
三、关于我国民事诉讼证明标准的重构·····	(365)
参考文献·····	(371)

第一章 民事纠纷解决机制

第一节 民事纠纷

私力救济作为一种纠纷解决的方法从人类文明史中逐渐退居次要地位，这一现象表征着一个极有意义的社会进步：人类不再依靠纠纷主体自身的力量利用同态复仇手段来解决纠纷、平息冲突。从日耳曼粗俗的裁决方式到以诉讼作为主要的纠纷解决方式直至今天多元化的理性的纠纷解决方式，民事程序作为社会冲突的调节器，逐步适应调节并消除日益复杂化、专门化、多样化的社会冲突的需要。今天，人们评价某一社会法治水平或社会秩序的状况，并不依据该社会中社会纠纷发生的频率和强度，而在于社会对于纠纷的消弥程度和效果。由各种不同的民事程序所构成的纠纷解决机制，成为消除社会纠纷、实现社会控制、保障社会稳定的常规机制。

一、纠纷的内涵

马克思主义哲学告诉我们，人是社会的人，人离不开相互之间的交往，而人们在共同生活和社会交往中难免会发生各种纠纷。在目前能够接触到的法学论著中，冲突、争议、纠纷、争执等词语经常被交替使用，对纠纷没有统一的认识。但一般认为，上述词语都包含着这样的内容，即都是在对立的当事人之间发生的。所谓社会纠纷，特纳在《现代西方社会学理论中》阐述到：“社会纠纷是指各派之间直接的和公开的旨在遏制各自对手并实现自己目的的互动。”有的学者将冲突的本质概括为主体的行为与社会既定秩序和

制度以及主流道德意识的不协调或对之的反叛。^①日本东京大学教授六本佳平则对纠纷的实质含义作了透彻的分析。他认为,作为一种社会现象的纠纷必须满足以下三个条件:第一,纠纷的主体不能是我们观念中的不特定的人,而必须是具体且特定的行为主体;第二,纠纷形成的动机不能是感情或者是竞技状态下的产物,而必须根植于实际生活中的真正的利害关系的对立;第三个条件是最为重要的,即双方当事人必须相互地意识到对方的行为而实施一定的行为。如果当事人相互之间对对方的行为毫不在乎,任意地调整自己的行为的话,不能称为纠纷。作为双方当事人实施的纠纷行为,不是平行的,应该是相反、对向的行为。^②

因此,纠纷尽管涵盖的内容很广,但重要的是,卷入纠纷的主体之间必须是相互意识到对方的行为,而且纠纷的主体本身应该是相互具有利害关系,这种利害关系又必须是发生在现实生活中,否则便不是真正意义上的纠纷。

二、法律纠纷

在任何社会中,能够受到法律调整的社会纠纷仅仅是其中的一部分,单纯从数量上来观察甚至可能不是主要部分。那么,何种社会纠纷才能转化为法律纠纷呢?

(一) 社会纠纷转化为法律纠纷的根据

社会纠纷要能够受制于法律评价的根据存在于两个基本方面:一方面是社会纠纷受制于法律评价的必要性。毋庸置疑,对法律评价必要性的判断产生于统治阶级的主观认识。在每一个特定的社会中都存在利益要求不同的等级,例如,超于个体经验的社会价值、统治阶级的利益、被统治阶级的利益。不同利益在社会中的等级不同,侵害这些利益的社会纠纷的危害性也不一致。愈是处于高等级

① 顾培东著:《社会冲突与诉讼机制》,四川人民出版社1991年版,第5页。

② 刘荣军著:《程序保障的理论视角》,法律出版社1999年版,第4页。

的利益,侵害这些利益的社会冲突的危害性愈大,受制于法律评价的必要性也就愈突出。因此,社会总是依据各种社会纠纷所侵害的利益以及对利益的侵害程度,来确定整个社会中应受法律评价的社会纠纷的范围。另一方面是社会纠纷受制于法律评价的可能性。由于法律本身的局限性,任何社会都不可能超越法律适用的可能性而扩展法律评价的范围。庞德认为,虽然人们企图广泛地运用法律手段去从事那些依照伦理观点或社会理想所应当做的事情,但法律的局限性限制了人们的这种努力。首先,从法律发展的历史过程看,每个社会都存在着由于法律技术性功能不够完善而带来的对社会纠纷进行评价的局限性。其二,许多在道德上很重要的义务,在法律上无法强制实施。罗马法曾企图把感恩作为法律义务,美国法律试图要求公司发起人和董事具有无私的德行,但都没有取得成功。其三,某些侵犯了重大利益的行为由于方式上比较巧妙,因此法律非但无计制裁,反而为之提供了有效的保障。最后,法律的局限性也产生于人类行为的许多方面、许多重要关系以及某些不良的行为不能用规则加以规范。^①例如,夫妻的同居义务就无法用规则来制约。同时,由于法律补救或制裁措施的局限性,许多行为后果无法适用法律手段加以补救。惩罚、预防、特定救济或代替救济这样一些措施只能够实施一定的补救,而不具有全面适用性。一般来说,法律对财产和契约关系的保护比对人身、人格关系的保护更有适用性。

(二) 社会纠纷转化为法律纠纷的条件

作为法律事实的社会纠纷,根本特征在于其应受并且可受法律评价。因此,某些社会纠纷尽管在一定程度上存在应受法律调整的必要性,但因不具备法律规范的基本条件而不构成法律纠纷,即社会纠纷要转化为法律纠纷必须符合以下两个基本条件:

^① [美] 庞德著:《通过法律的社会控制》,商务印书馆 1984 年版,第 29 页。