

民事证据立法 前沿问题研究

李浩 著



中国法学院校学术大系
LIBRARY OF CHINA'S LAW SCHOOL

南京师范大学法学文丛

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

D925.113/9

2007

民事证据立法 前沿问题研究

哲学、社会科学国家「十五」规划项目

李浩 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民事证据立法前沿问题研究/李浩著. —北京:法律出版社,
2007.12

ISBN 978-7-5036-7745-8

I. 民… II. 李… III. 民事诉讼—证据—立法—研究—
中国 IV. D925.113.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第171480号

© 法律出版社·中国

中国法学院校学术大系·
南京师范大学法学文丛

民事证据立法前沿
问题研究

李浩著

丛书策划 茅院生
责任编辑 高山
装帧设计 乔智炜

开本 787×1092毫米 1/16

版本 2007年12月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 19.75 字数 268千

印次 2007年12月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-7745-8

定价:38.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

Author Profile

作者简介



李浩 现任南京师范大学法学院教授，现代司法研究中心主任，博士生导师，兼任中国法学会民事诉讼法学研究会副会长。

《南京师范大学法学文丛》编委会

编委会主任：公丕祥

编委会委员：（按姓氏笔划为序）

公丕祥	李 力	李 浩	李建明
刘 远	刘旺洪	刘 敏	贺日开
夏锦文	龚廷泰	睦鸿明	蔡道通

序

20世纪80年代的中后期,我国法院开始进行民事审判方式改革。这一改革是我国为实现司法制度现代化而进行的努力。经过持续十多年的改革,我国的民事审判方式早已有重大变革,片面强调实体公正的法官职权极大化的纠问式审判方式,已为兼顾实体公正与程序公正并体现当事人主体性原则的辩论式审判方式所取代。

当前,改革仍在持续和深化。当改革继续深入时,我国民事诉讼法中的过于简约的证据规范同新的审判方式的不适应性日渐突出,它们甚至成为实施新的民事审判方式的瓶颈。于是,实践再次提出了改革证据制度的要求,改革与完善民事证据制度成为新一轮改革的焦点。与当初主要强调当事人举证责任的改革不同,今日的改革涉及到民事证据制度的各个方面,可以说是一次全方位的改革。完善证据制度离不开证据立法。在这一背景下,制定民事证据法的问题逐渐浮现出来,并迅速成为一项重大的历史性课题摆在广大的法学理论和实务工作者面前。

经过国家权力机关组成人员、法官、律师、学者的不断呼吁和共同努力,制定证据法的声音由弱到强,进行证据立法已逐渐成为社会的共识。虽然学界对是否应当单独制定证据法仍然存在着相当大的争议,虽然全国人大常委会尚未着手证据立法,但制定证据法已不止停留在议论上,司法实务部门和民间的立法准备工作已开始进行。最高人民法院在总结司法实践的基础上制定了我国第一部民事证据规则——《关于民事诉讼证据的若干规定》,部分专家、学者已着手草拟证据法或民事证据法。

民事证据立法一方面要遵循民事证据制度的内在规律,另一方面

要顾及我国社会主义初级阶段的基本国情。基于这一考虑,我在2001年申报了“民事证据法原理与中国社会主义初级阶段民事证据立法研究”这一研究项目,获得了哲学、社会科学“十五”规划的立项资助。本研究经历了近五年的时间,呈现在读者面前的这本书,便是本研究的主要成果。

制定民事证据法有一系列重大的理论和实践问题需要研究和解决,如怎样使证据制度与新的民事审判方式相适调?民事证据法的目的是什么?我国应当选择什么样的证明模式?如何设定分配证明责任的规则?通过什么样的途径对证明责任实行倒置?举证时限制度应当如何设置?如何恰如其分地界定非法证据的范围?如何激活当事人陈述这一证据?本书试图对这些重大问题作出自己的回答。

本书由十五章组成,每章集中研究一个问题,共研究了15个方面的问题。第一至第四章考察了审判方式改革与民事证据制度完善之间的互动关系,民事证据法的目的及目的论对制定证据规则的指导作用,如何根据我国社会主义初级阶段的现实国情建构与之相适应的民事证据制度;第五章至第十四章主要研究了最高人民法院的《民事证据规定》及《规定》实施中的问题,包括对举证责任分配原则及倒置、举证时限实施遇到的困难以及走出困境的思路与办法、非法证据排除规则的实体与程序问题、事实真伪不明现象处理办法的比较,第十五章对当事人陈述作了比较法研究。

从逻辑上,本研究成果可分为以下三部分:

(一) 民事证据立法中的宏观题研究

这部分的内容包括民事审判方式改革与民事证据制度完善之间的互动关系,民事诉讼中真实的定位,民事证据法的目的,我国民事证据制度的选择。这部分的主要观点是:

1. 关于民事证据法的目的

正确地确定民事证据法的目的对于制定民事证据法、解释和适用民事证据规则具有重要的理论指导意义。民事证据法的目的可以分为根本目的与其他目的两个层次,发现真实是根本目的,其他目的包括诉讼效率、程序公正、解决纠纷、保护其他权益。不同目的之间既有兼容关系,也存在着紧张和冲突。当诸目的出现冲突时,一般应当本着既有利促进实现根本目的又能兼顾其他目的的原则来制定证据规则。在处理当事人收集证据与法院调查取证、举证期限、非法证据排除、释明义务等问题时,应当充分考虑根本目的的要求。

2. 关于民事诉讼中的真实

发现真实是民事证据制度的根本目的。但对于应当达到什么样的真实,则有不同的认识。客观真实是一种浪漫主义的真实,具有理想价值;法律真实是一种现实主义的真实,符合民事诉讼的实际情形;值得当事人信赖的真实则凸现了当事人程序主体的地位,有利于提升诉讼制度的民主性。民事诉讼中发现真实的程度的高低与如何安排调查收集证据的制度密切相关,以当事人调查收集为主,法官给予必要的协助是一种最优的发现真实的模式。

3. 关于民事证据制度的选择

选择什么样的证据制度是我国民事证据立法必须解决的重大问题。我们认为,从我国现阶段的基本国情出发,我们既不能简单地选择自由心证,也不能简单地选择法定证据,而应当在取两者之长、同时尽可能避免两者缺点的基础上,选择法定证据与自由心证相结合的证据制度。具体而言,我国证据制度的改革应该坚持以自由证明模式为主,以法定证明模式为辅的思路。首先,选择这一证明模式有利于实现建设社会主义法治国家的目标。其次,选择这一证明模式与我国社会主义初级阶段的国情相吻合。再次,选择这一证明模式有利于克服现行民事证据制度的缺陷。第四,选择这一证明模式有利于增强司法的公信力。第五,有选择这一证明模式利于加强对审判权的监督。

(二)民事证据立法中的中观问题的研究

第二部分包括证明责任的分配、证明责任的倒置、证明标准、举证时限、非法证据排除制度等内容。2001年12月,最高人民法院颁布了《关于民事诉讼证据的若干规定》(以下称《证据规定》),鉴于《证据规定》对民事证据立法具有重要的理论和实践价值,我们结合该规定的实施情况,对上述制度进行了研究。主要观点有:

1. 证明责任的分配与倒置

《证据规定》以法律要件分类说作为合同纠纷和侵权纠纷分配证明责任的原则是符合我国的实际情况的,但仅仅针对这两类诉讼设置证明责任分配的原则还不够,应当把法律要件分类说规定为适用于整个民事诉讼的分配证明责任的原则。

授权法官裁量分配和倒置证明责任是必要的,但需要对这一裁量权进行控制,为了保证法官妥当地分配和倒置证明责任,可对法官提出以下几个方面的要求:(1)将分配或倒置证明责任的形事先告知因此而承担证明责任的一方当事人;(2)为该当事人指定或重新指定举

证期限;(3)在判决书中详细说明分配或倒置的理由;(4)在建立三审终审制后,允许对此不服的当事人上诉于第三审,或者允许就此问题提出飞跃上诉;(5)当法官认为需要裁量分配或倒置证明责任但又没确切把握时,可以将它作为适用法律中的疑难问题逐级上报,请求最高法院作出批复。

2. 非法证据排除规则

为防止当事人、诉讼代理人非法取证,在民事诉讼中设置非法证据排除规则有其必要性,但非法证据排除问题上存在着多种价值和利益的冲突,包括实体公正与程序正义的冲突、目的合法与手段违法的冲突、保护自己合法权益与侵害他人合法权益的冲突。因此,为了将非法证据排除规则建立在各种冲突的最佳平衡点上,似有必要将重大违法作为排除非法证据的实质性标准,而在确定取证行为是否构成重大违法时,除了需要对行为本身作具体分析外,还应当引入利益衡量的方法。应当采用利益衡量的方法决定是否排除非法证据,并据此对非法证据排除规则进行重构。

将利益衡量具体运用到非法取证的场合,就是要将非法取证行为所要保护的合法权益、与非法取证行为造成的危害,造成对方当事人或第三人合法权益的损害进行对照比较,将违法取证行为的严重程度、案件的重要程度,证据的重要程度进行对照,以确定哪一种权益更值得优先保护。

适用排除规则时应考虑民事诉讼当事人及其诉讼代理人收集证据能力弱的现实国情,对取证的合法性作相对宽松的解释,以拓展当事人收集证据的渠道,扩大合法证据的范围。

民事诉讼非法证据排除规则在适用中有三个程序问题需要解决——依当事人申请排除还是由法官依职权排除,法院在诉讼中的哪个阶段做出排除与否的决定,合法性发生争议时举证责任由哪一方当事人负担。民事诉讼的根本目的是在发现真实的基础上适用实体法规则解决纠纷,为实现此根本目的,同时也为了与诉讼效率、程序安定的目标的相协调,宜设置当事人对合法性提出质疑后法院再来审查证据是否合法取得,排除非法证据的决定在对各种相关权益和因素进行权衡后的判决阶段作出,合法性发生争议时由异议者对收集证据的非法性负举证责任的程序规则。

3. 举证时限制度

举证时限制度是《证据规定》设置的一项新制度,它具备了“四

最”特征,即最具有制度创新意义、最具有颠覆性、争议最大、实施中遇到的阻力最大。举证时限制度陷入困境的原因在于:(1)证据失权的正义性存在疑问。证明权是当事人享有的最重要的诉讼权利之一,证据失权会对证明权造成实质性的损害。证据失权不同于答辩失权、管辖权异议失权、上诉失权、申请再审失权,因而不能用上述失权来证明证据失权的正当性。(2)证据失权虽然体现了程序公正的价值,但与实体公正之间存在着不可调和的冲突,会造成实体公正的失落,这正是当事人不理解、社会不认同、法官不敢用的原因。(3)我国的证据失权制度甚至也不符合程序公正的要求。由于没有规定答辩失权的配套措施、多数案件未实施审前准备程序、法官对举证的阐明缺乏针对性,实行证据失权在程序上也缺乏公正性。

存在以上问题并不意味着应当抛弃举证时限制度。我国实行的是集中审理的方式,因而设置举证时限是必要的。为了走出当下的困境,应当对举证时限制度进行改造,用费用制裁替代证据失权。

(三)民事证据立法中微观问题的研究

具体研究了当事人陈述问题。通过比较研究,指出当事人陈述在我国民事诉讼中的证据作用并未能得到真正发挥,因而需要通过修改民事诉讼法中的相关规定来激活这类证据。应当把当事人在诉讼中所作的对自己不利的陈述从证据中分离出去,作为诉讼上的自认来规定,通过设置询问当事人,把当事人陈述作为一种补充性的证据,通过规定宣誓和罚款,为当事人做出真实陈述设置事前和事后的保障机制。

本书涉及的内容,曾经以论文的形式在一些法学刊物上发表。此次出版,对其中的一些内容做了增补和修订。

2006年下半年,我校的诉讼法学科被评为江苏省重点学科。本书的出版,除了得到国家社科基金的资助外,还获得了省重点学科资金的资助。

最后,还要感谢法律出版社学术分社的高山先生,正是他的辛勤工作,才使本书能够尽快面世。

目 录

第一章 民事审判方式的改革与证据制度的完善	001
一、民事审判方式改革的轨迹	002
(一) 诉讼模式:从职权主义到当事人主义	002
(二) 审理的方式:从审问式到诉辩式	004
(三) 调解与审判的关系:从重调轻判到调、判并重	005
(四) 程序的地位:从边缘化到突出程序公正	006
(五) 庭审的作用:从形式化到实质化	008
(六) 诉讼的价值观:从只讲公正到公正与效率并重	010
(七) 诉讼的事实观:从客观真实到法律真实	010
二、新审判方式与证据制度	012
(一) 举证责任制度显现其重要性	012
(二) 保障当事人收集证据的制度得到改进	014
(三) 证据交换成为审前准备程序的核心内容	018
(四) 质证作为证据调查的重要环节	020
(五) 证明标准受到重视	023
(六) 举证时限制度得到确立	025
第二章 民事证据法的目的	026
一、研究民事证据法目的的必要性	026
二、民事证据法的根本目的——发现真实	028
三、民事证据法的其他目的	036
(一) 程序公正	036
(二) 诉讼效率	040
(三) 解决纠纷	042
(四) 保护其他权益	043
四、发现真实与证据规则的制定	045
(一) 发现真实与证据的收集	045

- (二)发现真实与举证期限 049
- (三)发现真实与非法证据的排除 051
- (四)发现真实与法官对举证的释明 056
- (五)发现真实与依据新证据再审 058
- 五、结语 059

第三章 民事诉讼中的真实 061

- 一、客观真实说 062
- 二、法律真实说 065
 - (一)法院调查事实的范围原则上由当事人决定 065
 - (二)人们的认识能力具有相对性 066
 - (三)诉讼证明具有特殊性 066
- 三、值得当事人信赖的真实说 068
 - (一)当事人主义的诉讼制度 069
 - (二)防止突袭性裁判 069
 - (三)尊重当事人的程序选择权 071
- 四、对各种真实说的评析 071

第四章 民事证据立法与证据制度的选择 078

- 一、问题的提出 078
- 二、对两种证据制度的分析 080
- 三、我国现阶段对证据制度的选择 088
- 四、对两结合证据制度的初步分析 093

第五章 司法解释中的民事证据问题

——兼评《关于民事诉讼证据的若干规定》 098

- 一、证明责任的本质 099
- 二、证明责任分配的原则 104
- 三、证明责任倒置 112
- 四、疑难案件证明责任处理规则 115
- 五、证明标准 117
- 六、预决的事实 121

第六章	民事诉讼非法证据排除规则研究	126
	一、证据的合法性与非法证据的排除	126
	二、非法证据排除规则的形成与演变	128
	三、非法证据排除规则的比较法考查	135
	四、关于适用新排除规则的几点思考	142
	(一) 重大违法的标准与利益考量的方法	142
	(二) 排除规则的适用与我国的现实国情	147
	(三) 对合法性宜作相对宽松的解	148
第七章	民事非法证据排除规则的程序构建	151
	一、引言	151
	二、合法性审查程序的启动	153
	三、证明责任的承担	158
	四、做出排除决定的时间	164
	五、规则重构：一般性排除规则还是权衡排除规则	170
第八章	举证时限制度的困境与出路	174
	一、引言	174
	二、追问失权的正义性	176
	三、证据失权与实体公正	180
	四、证据失权与程序公正	182
	(一) 证据失权与答辩失权	183
	(二) 证据失权与准备程序	183
	(三) 证据失权与法官释明	185
	五、西方国家是否实行严格的失权	187
	六、举证时限制度的出路	192
第九章	举证时限与诉讼效率	197
	一、实行举证时限的真正理由在于效率	197
	(一) 举证时限与防止证据突袭	198
	(二) 举证时限与举证责任	200
	二、我国民事诉讼是否有必要提速	201

三、举证时限能否提高诉讼效率 206

四、结语 212

第十章 事实真伪不明处置办法之比较 213

一、引言 213

二、拒绝裁判 215

三、驳回起诉 216

四、不予受理 217

五、调解解决 218

六、按心证比例作出裁判 220

七、推迟作出裁判 223

八、降低证明标准 224

九、运用证明责任作出裁判 225

第十一章 证明责任倒置 227

一、证明责任倒置含义的分析 227

(一)倒置是主要事实的败诉风险 227

(二)倒置是对正置结果的局部修正 228

(三)证明责任倒置会产生程序和实体双重效果 229

二、证明责任倒置的目的与依据 230

三、证明责任倒置的途径 233

(一)在民事实体法中对证明责任实行倒置 233

(二)由最高人民法院在司法解释中规定证明责任倒置 233

(三)由法官在针对个案的裁判中倒置证明责任 234

(四)当事人在证据契约中倒置证明责任 234

四、今后值得研究的问题 235

(一)如何保证法官妥当倒置证明责任 235

(二)医疗纠纷诉讼中证明责任的双重倒置 236

第十二章 证明责任与不适用规范说

——罗森贝克的学说及其意义 240

一、罗森贝克的“不适用规范说” 241

- 二、拟制说对不适用规范说的批判 244
- 三、为不适用规范说辩解 246
 - (一)事实真伪不明与实体法规范的适用 246
 - (二)事实真伪不明与权利妨碍规范 250
 - (三)法律上的事实推定与不适用规范说 252

第十三章 证明标准的若干问题 254

- 一、证明标准的特征 255
 - (一)无形性 255
 - (二)统一性 256
 - (三)主观性与客观性 257
 - (四)法律性 258
 - (五)模糊性 260
 - (六)最低性 262
 - (七)多元性 263
 - (八)阶段性 265
- 二、确定证明标准的依据 266
 - (一)诉讼中认定事实的特殊性 266
 - (二)案件的性质 267
 - (三)事实的重要程度 268
 - (四)证明的困难程度 269
 - (五)保障行使诉权和防止滥诉 270
 - (六)诉讼效率 271
- 三、如何判断是否正确适用证明标准 272

第十四章 检察监督与依据新证据提出抗诉 275

- 一、一个存在争议的问题 275
- 二、对原裁判认定事实主要证据不足的分析 275
- 三、检察机关调查取证具有正当性的两种情形 277
 - (一)检察机关为证明原裁判认定事实的主要证据存在重大瑕疵而对证据及相关的事实进行调查 277
 - (二)法院对依法应当由其调查收集的证据未调查收集时，检察机关可以针对这类证据调查取证 279

第十五章 当事人陈述的比较研究 282

- 一、各国关于当事人陈述的规定 283
 - (一)英美法 283
 - (二)大陆法 284
 - (三)前苏联和东欧社会主义国家 287
 - (四)中国内地与澳门、台湾地区 290
- 二、当事人陈述的比较研究 291
 - (一)证据性当事人陈述的界定 291
 - (二)当事人陈述在证据中的地位 294
 - (三)宣誓或具结 297
 - (四)拒绝陈述的后果 298
 - (五)当事人陈述的证明价值 299
 - (六)对虚假陈述的制裁 301
- 三、对我国立法的启示 301
- 四、关于当事人陈述的立法建议 302

民事审判方式的改革与证据制度的完善

为适应向市场经济和法治社会转型的需要,我国法院自20世纪80年代中期以来对传统的民事审判方式进行了大刀阔斧的改革,这一改革肇始于强化当事人的举证责任,然后步步深入,扩展到民事诉讼制度的各个方面。经过持续近20年的改革后,一种新型的民事审判方式已经基本形成。

证据制度是诉讼制度的核心内容,证据制度与审判方式有着极为紧密的联系。一定的证据制度,适应于并服务于一定的诉讼制度,一定的诉讼制度又要求与其相适应的证据制度。正是这种内在的相关性,使举证责任制度改革成为整个民事审判方式乃至整个民事诉讼制度改革的诱因。然而,它们之间的影响不是单向度的,证据制度与审判方式的改革之间是互动的,是相互促进的。与仅与事实认定相关的证据制度相比,审判方式涉及从起诉、受理到作出判决,从一审、二审到再审的诉讼制度的各个方面。新的审判方式一旦形成,必定会对证据制度提出自己的要求。本章着重探讨我国审判方式改革的轨迹以及新的审判方式对完善民事证据制度所起的推动与促进作用。