

尹伟民 著



A STUDY
ON THE
COMPETENCY OF EVIDENCE
FOR INTERNATIONAL CIVIL PROCEDURE

 法律出版社
LAW PRESS-CHINA

国际民事诉讼中
证据能力问题研究

国际民事诉讼中 证据能力问题研究

尹伟民 著

图书在版编目(CIP)数据

国际民事诉讼中证据能力问题研究 / 尹伟民著. —北京:法律出版社, 2008. 2

ISBN 978 - 7 - 5036 - 7820 - 2

I. 国… II. 尹… III. 国际法:民事诉讼法—证据—研究 IV. D997. 3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 187271 号

© 法律出版社·中国

国际民事诉讼中证据能力问题研究

尹伟民 著

责任编辑 孙东育

装帧设计 汪奇峰

开本 787×960 毫米 1/16

版本 2008 年 2 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 北京民族印刷厂

印张 15.75 字数 249 千

印次 2008 年 2 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/010-63939686

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 - 7820 - 2

定价:30.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



作者简介

尹伟民 女，1972年出生，辽宁营口人，法学博士，副教授，大连海事大学法学院基础法学系副主任，硕士生导师。

近年来，在《当代法学》、《中国海商法年刊》等杂志公开发表学术论文20余篇，其中有代表性的有《简议海事诉讼中的初步证据》、《简议船舶碰撞案件中的证据披露规则》、《国际民事诉讼中证据能力的冲突及其法律适用》等。

参与出版著作7部，主要有大连海事大学出版社的《海商法专题研究》、《中华人民共和国海商法修改建议稿、条文、参考立法例、说明》，北京大学出版社的《刑事诉讼法学》等。

参与国家社科基金项目“国际海上货物运输法律统一问题研究”，司法部项目“中国海商法基本理论问题研究”及多项交通部科研课题的研究工作。

本书由

大连市人民政府资助出版

The published book is sponsored
by the Dalian Municipal Government

引言

本书以各国法律对证据能力规定的冲突为主线,深刻分析国际民事诉讼中证据能力冲突的现状和背景,探寻证据能力冲突的解决方式,以期对我国相关立法和实践有所借鉴。主题是国际民事诉讼中证据能力的冲突及其解决。

在我国诉讼法学界和证据法学界对证据能力问题比较关注,学者们发表了大量的著作和论文,并在各种版本的证据法草案中对证据能力加以具体规定。但是目前成果仅仅局限在从国内民事诉讼的角度探讨证据能力问题,侧重于对本国国内证据制度的构建。对国际民事诉讼中证据能力问题进行研究的重心不在于各国法律规定的优劣和制度的构建,而是着重于法律冲突及其解决。由于证据能力的属性较为模糊,因此,证据能力冲突不同于一般的民商事实体法律冲突,也不同于各国程序法的冲突,其解决具有一定的复杂性。

国际民事诉讼中的证据能力冲突及其解决,是被诉讼法学界和国际私法学界忽略的地带,学者们较少做出论著。对于证据冲突及其法律适用,国际私法学者们往往在其著作中专设一章“实体和程序”,将证据问题和时效问题等同,研究其法律适用。如《戴西和莫里斯论冲突法》,Sir Peter North 和 J. J. Fawcett 所著的《国际私法》,以及我国学者韩德培、韩健所著的《美国国际私法(冲突法)》,吕国民等所著的《国际私法——冲突法与实体法》,我国台湾学者陈隆修所著的《比较国际私法》

等均采用该体例,原则上将证据看做程序问题,适用法院地法。还有学者在有关国际民事程序的著作中对证据冲突进行论述,如李双元、谢石松编著的《国际民事诉讼法概论》,屈广清所著的《国际民事程序统一法研究》,李浩培所著的《国际民事程序法》等,主张对证据冲突应当区别对待,不同的证据问题适用不同的法律。加拿大的威廉·泰特雷在《国际冲突法——普通法、大陆法及海事法》一书中,主张应当放弃实体和程序的划分,采用统一适用的方法解决证据冲突的法律适用。

也有学者在其著作中对国际民事诉讼中证据问题进行专题研究,如屈广清所著的《国际民事诉讼中的证据》,对证据法的全球化构建和证据冲突的法律适用进行了论述。此外,有学者在论文中对国际民事诉讼中证据问题进行论述,主要有屈广清的《国际私法中的证据冲突规范初论》,崔晓静的《证据制度的法律适用》,李继的《涉外民事诉讼中域外证据的范围和法律适用》等。总体而言,法学界对国际民事诉讼中的证据问题研究还是较少的,而对证据能力问题的研究更是空白。

国际民事诉讼中的证据能力问题影响到法院对案件事实的认定,证据能力的冲突可能使得同一案件在不同国家的法院审理会产生不同的判决结果。研究证据能力的冲突及其解决方式将有利于涉外案件的公正解决,最大限度地保护当事人的合法权益。

本书的意义在于为国际民事诉讼中证据能力的冲突提供有益的解决办法,为我国国际民事诉讼证据能力的相关立法提供必要的理论支持。

目 录

引言 001

第一章 国际民事诉讼中证据能力的基本问题 001

第一节 证据能力的界定 001

一、证据能力概念的不同理解 001

二、相关概念辨析 003

三、证据能力的内涵和外延 010

第二节 证据能力的功能 012

一、实现程序公正 012

二、节约诉讼成本和提高诉讼效率 013

三、规范当事人行为 014

第三节 证据能力规则的历史沿革 014

第四节 国际民事诉讼中证据能力的基本要素 016

一、研究对象——证据能力冲突及其解决 016

二、研究线索——大陆法国家和英美法国家不同的法律调整及规定 017

三、研究的目的、意义和方法 021

第二章 证据方法冲突 024

第一节 证据方法积极限制规定的冲突 024

一、实体法中的规定 024

二、诉讼法中的规定 026

三、证据法中的规定 028

四、我国法律的规定 028

五、各国立法的差异和共识 029

第二节	证据方法消极限制规定的冲突	030
一、	大陆法国家和地区的规定	031
二、	英美法国家的规定	035
三、	有关国际公约的规定	040
四、	我国法律的规定	043
五、	合同要式性对证据方法的影响	044
第三节	证人资格规定的冲突	048
一、	对证人资格不作限制	048
二、	对证人资格进行限制	048
第四节	证据方法协议规定的冲突	049
一、	证据方法协议效力的立法比较	049
二、	证据方法协议的属性及其对法律适用的影响	051
第三章	传闻证据证据能力冲突	054
第一节	传闻证据的界定	054
一、	学理上的界定	054
二、	立法上的界定	056
第二节	英美法对传闻证据证据能力的规定	057
一、	传闻证据规则产生的理论基础	057
二、	英美法具体规定及评析	059
第三节	大陆法对传闻证据证据能力的规定	063
一、	直接言词原则对传闻证据的影响	063
二、	大陆法国家具体规定及评析	064
第四章	非法证据证据能力冲突	067
第一节	民事非法证据证据能力的内涵及其确定要素	067
一、	内涵	067
二、	确定要素	068
第二节	民事非法证据证据能力规定比较	070
一、	立法中确认非法证据的证据能力	070
二、	判例或学说确认非法证据的证据能力	070
三、	结论	073

第三节	我国法律规定及典型案例	074
一、	我国法律规定及评析	074
二、	实证分析	075
第五章	逾期证据证据能力冲突	077
第一节	举证时限的提出及其价值取向	077
一、	公正价值	078
二、	效益价值	078
第二节	举证时限制度立法比较	079
一、	大陆法国家和地区的规定	079
二、	英美法国家的规定	081
三、	两大法系举证时限制度的异同	082
第三节	举证时限的法理基础	082
一、	禁反言	083
二、	权能失效	084
第四节	中国法下的举证时限制度	084
一、	举证时限的临界点	085
二、	违反举证时限的后果	086
第五节	权能失效与证据能力的缺失	087
一、	证据权能失效的立法表达	087
二、	权能失效的内涵是证据能力的缺失	088
第六章	域外证据证据能力冲突	090
第一节	域外证据及相关概念	090
一、	域外证据	090
二、	公证和认证	091
第二节	域外证据证据能力立法比较	092
一、	域外书证与国内书证同等对待	092
二、	公证和认证程序是域外证据取得证据能力的前提	092
三、	域外证据的公证认证与证据的证明力有关	094
四、	域外证据的原件和复印件规定不同	095
五、	小结	095

第三节	中国法下的公证认证程序与证据能力	096
一、	公证认证程序与证据能力关系的不同观点	096
二、	公证和认证的例外	098
第四节	经过公证的域外证据证明力	100
一、	不同公证制度对域外证据证明力的影响	100
二、	经过公证的域外证据与公证证据的区别	102
第五节	香港、澳门和台湾地区形成的证据的证明手续	104
一、	香港地区形成的证据	104
二、	澳门地区形成的证据	105
三、	台湾地区形成的证据	106
第六节	外文书证的证据能力	107
一、	实践中对外文书证证据能力的判断	107
二、	国内外现行法律的冲突	108
三、	我国法律的规定	109
第七章	证据能力冲突的影响因素	111
第一节	法律文化的影响	111
一、	诉讼理念的不同	112
二、	证据制度历史发展进程的不同	112
三、	社会对司法机关和司法官员认识的不同	114
四、	“统一规范”阶段不同的法律文化背景	115
第二节	诉讼模式和诉讼体制的影响	115
一、	陪审制度对证据能力的影响	116
二、	对抗制与集中制审理对证据能力的影响	117
三、	法官角色定位对证据能力的影响	119
第八章	证据能力冲突的解决途径之证据能力规定的全球一体化	120
第一节	法律全球化的背景及现状	120
一、	背景	120
二、	现状	122
第二节	证据能力规定的全球一体化	125
一、	理论基础	125

- 二、国际公约及示范法的规定评析 130
- 三、证据能力全球协调的障碍 135
- 第三节 民事诉讼法全球一体化对于证据能力的影响 139
 - 一、民事诉讼法全球一体化的基础 139
 - 二、民事诉讼法全球一体化的现状 141
 - 三、民事诉讼法全球一体化的困境对证据能力全球协调的阻碍 143
- 第四节 国际商事仲裁中证据能力对证据能力全球一体化的启示 144
 - 一、现实的规定——相关立法和仲裁规则评析 144
 - 二、国际商事仲裁中证据能力规则的运用 150
 - 三、诉讼与仲裁中证据能力规则的差异 155
 - 四、国际民事诉讼与国际商事仲裁中证据能力差异性规定的决定因素——严格与灵活的对抗 156
 - 五、启示 160

第九章 证据能力冲突的解决途径之法律适用 162

- 第一节 传统冲突法理论对证据能力冲突法律适用的影响 162
 - 一、实体和程序的识别 162
 - 二、证据属性的确定 166
 - 三、证据能力属性的确定 168
 - 四、证据能力冲突法律适用的理论探讨 173
- 第二节 各国法律和国际公约对证据能力冲突法律适用的规定及典型案例 178
 - 一、各国法律的规定及典型案例 178
 - 二、有关国际公约的规定 185
 - 三、结论 186
- 第三节 国际私法立法的新发展对证据能力冲突法律适用的影响 188
 - 一、最密切联系原则的影响 188
 - 二、有利原则的影响 189
 - 三、法官自由裁量权的作用 190

第四节	对证据能力属性及法律适用的重新认识	190
一、	证据能力的属性	190
二、	证据能力的法律适用	192
第十章	我国国际民事诉讼中证据能力问题现状分析及立法建议	195
第一节	我国法律对证据能力的规定	195
一、	关于证据能力的间接规定——证据与证据材料概念的提出	195
二、	关于证据能力的直接规定	196
三、	立法和实践对于证据能力用语的混淆	197
第二节	我国立法和实践对于国际民事诉讼中证据能力的特殊规定	201
一、	立法上的不足	201
二、	司法实践中的争议	209
第三节	我国立法和实践对证据能力冲突法律适用的解决	212
一、	我国法律的规定	212
二、	实务界的观点	213
三、	实证分析	215
第四节	我国国际民事诉讼中证据能力问题的立法建议	217
一、	证据能力概念和范畴的立法建议	217
二、	域外证据证据能力的立法建议	219
三、	证据能力冲突的法律适用的立法建议	219
结论		221
参考文献		223
后记		237

第一章

国际民事诉讼中证据能力的基本问题

第一节 证据能力的界定

一、证据能力概念的不同理解

诉讼程序是认定案件真实情况、正确适用法律的过程,而对案件真实情况的认定则是一个对证据进行推理和判断的过程。这一过程具体包括以下两个步骤:第一,由证据材料到证据的认定;第二,由证据到案件事实的认定。在第一个步骤中,主要是判断证据材料是否具备证据能力,能否进入诉讼程序作为认定案件事实的依据使用,判断的依据应当是证据能力规则;在第二个步骤中,主要是判断证据与案件事实的关联程度、证据对于认定案件事实价值的大小以及证据能否证明案件事实的真伪,判断的依据是证明力规则和证明标准规则。此外,在案件事实真伪不明时,需要用举证责任分配规则将事实真伪不明的风险在当事人之间进行分配。因此,在民事诉讼中,对案件事实的认定,实质上是由证据能力规则、证明力规则、证明标准规则和举证责任规则共同发挥作用,而其中证据能力规则的作用在于设定当事人提供的材料有无作为认定案件事实资格的标准,是对证据进行推理和判断的首要环节。

对于证据能力的定义,学者们作出不同的界定,有学者从证据资格的角度对证据能力进行定义。如:“证

据能力是指,作为民事诉讼法中的证据方法,可以成为被证据调查之对象的资格”^①;“证据能力,亦称证据资格,或称证据适格性,是指具有可为严格证明系争事实的实体法事实之资料的能力。易言之,即某种资料具有可作为证据之能力”^②;“证据能力是指某种有形物在法律上可作为证据方法的资格”,^③并进一步强调,“证据能力是指证据能够被法官采信,作为认定待证事实依据所应具备的条件”。^④上述表述强调了证据能力的资格属性,即或者是区分某种材料和证据的标准,或者是某种资料能否作为认定案件事实的依据。还有学者将证据能力与证据的可采性联系起来,认为证据能力是一种静态的标准,而可采性是一种动态的处理,如台湾地区学者陈朴生认为,“证据的可采性问题,是英美法系国家证据法理论对证据能力或证据资格的一种处理方式”。^⑤“证据能力,亦称证据资格,谓证据方法或证据资料,可用作证明之能力,自证据之容许性言之,亦即可容许性或可被采用为证据之资格。凡属可受容许之证据,亦可称之为适格之证据。”^⑥上述表述表明,证据能力就是指证据可采性的标准,是证据能否被采纳的条件。

总体而言,上述学者对于证据能力的定义,都是从狭义的角度进行解释,强调的标准无非是两个,即证据是否符合法律所规定的可采纳标准和证据是否具备法律规定的排除标准,在符合上述两方面规定的情形下,一个证据材料才具备证据能力,从而能够作为证据在诉讼中加以使用。

但是,也有学者对证据能力作出广义的界定,认为关于证据能力之概念,有两层不同之定义。其一,乃经法院调查所得之证据材料,有无作为认定某一待证事实之资格问题;其二,为某一人或物有无作为认定某一待证事实之证据方法之资格问题。学说上所称之证据能力,有之第一层意义者,有之第二层意义者,兼指二种者。^⑦就第二层意义而言,以是否符合法律所规定的证据方法作为判断证据能力的依据,更严格的观点认为,证据方法以法律所规定的范围为限,法律规定之外的证据方法,不得作为认定案件事实的依据。基于此,判断证据能力的标准有两个:一是证据材料在形式上是否符合法律所规定的证据方法或者证据种类;二是证据材料

① 张卫平主编:《外国民事证据制度研究》,清华大学出版社2003年版,第316页。

② 林山田:《刑事诉讼法》,汉荣书局有限公司1981年版,第204页。

③ 江伟主编:《证据法学》,法律出版社1999年版,第208页。

④ 江伟主编:《民事诉讼法学》,复旦大学出版社2002年版,第252页。

⑤ 陈朴生:《刑事证据法》,三民书局1979年版,第249页。

⑥ 李学灯:《证据法比较研究》,五南图书出版公司1992年版,第438页。

⑦ 参见吕太郎:《民事诉讼之基本理论》(一),中国政法大学出版社2003年版,第297页。

是否符合法律规定的采纳标准或者被排除标准。由此,除了狭义的证据能力之外,将证据方法也列入了证据能力的范畴。

对于此观点,有学者提出不同的看法,毕玉谦教授起草的《中国证据法草案建议稿及论证》明确反对将证据方法纳入证据能力的范畴,在该建议稿中将“证据种类”规定为:“本法所指的证据应包括但不限于以下种类:(一)书证……(八)电子信息证据”。对此,起草者解释为:“对证据的种类没有必要严格规定,对证据能否进入法庭,应当由证据可采性规则来加以限制,而不应当用证据的表现形式来限制”。^①但是毕玉谦教授在另外著作中的观点又似乎与此相矛盾,在其《证据法要义》一书中指出,对于证据能力,法律上有两种常用限制方法,一是积极限制方法,即积极地规定何种证据、何种来源及形式上的证据资料可以作为证据,例如,我国民事诉讼法第63条规定了七种证据的种类或形式;二是消极限制方法,即法律消极地规定何种证据、何种来源及形式的证据不能作为证据。^②依据该论述,证据方法又似乎应当包含在证据能力之列。

二、相关概念辨析

(一)证据能力与证据可采性

1. 证据可采性

证据可采性是英美学者对证据资格的表述方式,在英美法系国家的立法中,对证据可采性的概念均未作界定,而是通过一系列的证据规则对证据可采性的内容加以表现。对于证据可采性,《朗文法律词典》将其解释为:“只有证据既是相关的,又是可采纳的,才能够被法庭所接受。总体而言,所有与待证事实有关的证据都是可采纳的;而与待证事实无关或者关联较小的证据则应当被排除。证据的可采性应当与证据的关联性相区分。”^③而《Black's Law Dictionary》将可采性界定为:“被允许成为听证、审判或者其他程序中的证据的资格”。^④并进一步引用 Charles Alan Wright & Kenneth W. Graham Jr. 在《联邦实践和程序》中的论述:“可采性是一个包含两个不同方面的概念,对事实裁判者的披露和允许作为证据使用,如果将可采性看做是否披露的问题,则一个证据能否被采纳很容易识别;如

① 毕玉谦等:《中国证据法草案建议稿及论证》,法律出版社2003年版,第62页。

② 参见毕玉谦主编:《证据法要义》,法律出版社2003年版,第64页。

③ L. B. Curzon, *Dictionary of law*, sixth edition, 法律出版社2003年版,第10页。

④ Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, eighth edition, at 10.

果将可采性看做使用问题,则此概念有些复杂,因为就后者而言,证据的允许使用问题不仅仅发生在对事实裁判者的披露时,法庭在考虑是否给陪审团有限的指令时、对方的反驳证据是否具有关联性时、律师在向陪审团辩解证据是否证实某一特定事实时,都应当考虑可采性”。该字典中认为,admissible evidence 是指具有相关性并且不会导致不合理的偏见,从而能够被法庭接受的证据,又称为适格证据(competent evidence)、适当证据(proper evidence)和合法证据(legal evidence)。据此,有学者认为,“证据的可采性”与“证据是可采的”或者“可采纳的证据”含义并不相同,前者表明证据没有被证据排除规则所排除,而后者则强调两层含义:一是证据符合相关性的规定;二是证据未被证据排除规则所排除。

在英美法理论中,认为“相关性”与“可采性”是两个平行的概念,相关性是可采性的前提,没有相关性的证据不必去考虑其可采性问题,具有可采性的证据必定具有相关性,而具有相关性的证据还必须不为证据排除规则所排除方具有可采性。^①“相关性”意味着所提供的证据趋向于证明其所声称的事实,着重强调证据与待证事实之间的逻辑关系,注重演绎推理,其更多地不是依靠法律规则,而是生活经验;“可采性”则表示证据没有违反排除规则,以法律的规则排除某些证据材料的使用;而“可接受性”意味着证据是相关的、重要的和可采的。

证据可采性的内涵是指证据材料能够进入诉讼程序的资格,其在立法中的表现并不完全相同,有广义和狭义之分。狭义的立法形式采用英美法中证据可采性理论,将其与关联性完全平行,如美国法的规定,可采性主要表现为证据的排除规则。对此,Wigmore 教授认为,可采性与相关性是有区别的两个概念。可采性表明,某一特殊证据应当与案件相关,并且满足辅助的标准和外在的政策。^②而广义的立法形式则强调了可采性和关联性的种属关系,如《澳大利亚 1995 年证据法》第 3 章“证据的可采性”对于“采纳关联性证据的一般规则”进行规定;《菲律宾证据规则》第 3 条“证据的可采性”规定:“当与案件争议相关并不被本规则排除时,证据具有可采性。”由此,广义的证据可采性,一方面指证据与待证事实之间足够的关联性;另一方面指所提供的证据没有违反证据排除规则。

2. 证据能力与证据可采性的关系表述

关于证据能力与证据可采性的关系,有两种表述:

^① 参见辜恩臻:“英美证据法中的相关性与可采性”,载何家弘主编:《证据法论坛》(第 5 卷),中国检察出版社 2002 年版,第 54 页。

^② See Colin Tapper, *Cross and Tapper on Evidence*, Butterworths, 1995, at 58.