

清华法学丛书



外国 民事证据制度 研究

■ 张卫平 主编

清华大学出版社

清华法学丛书

外国民事证据制度研究

Research on Foreign Civil Evidence Law

张卫平 主编
清华大学出版社
北京

AW

内 容 简 介

本书是关于民事证据制度的比较法著作。主要包括：英国、美国、日本、法国、澳大利亚等国家的民事证据制度的渊源、证据制度的基本概述、证据形式、证据的调查程序、证据的判断标准、证据的采信排除原则，证明对象与证明责任的分配原则和具体规定。本书对证据制度的构建做了详尽的论证，在结合案例的前提下，深入地分析证据制度的形成原因和实际运作状况，并根据我国的现实状况对我国的证据制度的完善提出了具体和恰当的立法建议。

本书适用于大专院校、科研机构中从事法学研究、学习的教师和学生以及国家有关立法、司法部门的工作人员，也适用于对民事诉讼法特别是民事证据法有兴趣的一般读者。

图书在版编目(CIP)数据

外国民事证据制度研究/张卫平主编. —北京：清华大学出版社，2002
(清华法学丛书)
ISBN 7-302-06202-1

I. 外… II. 张… III. 民事诉讼—证据—对比研究—外国
IV. D915.23

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 106236 号

出 版 者：清华大学出版社(北京清华大学学研大厦，邮编 100084)

<http://www.tup.tsinghua.edu.cn>

责任编辑：方 洁

印 刷 者：北京鑫丰华彩印有限公司

发 行 者：新华书店总店北京发行所

开 本：850×1168 1/32 印张：19.25 字数：481 千字

版 次：2003 年 4 月第 1 版 2003 年 4 月第 1 次印刷

书 号：ISBN 7-302-06202-1/D·57

印 数：0001~5000

定 价：36.00 元

序

外国民事证据制度研究

张卫平*

近年来随着民事审判方式改革的推进和深化,以及人们对程序正义价值认识的不断提升,民事证据制度的改革与完善问题也日益引起了学界与诉讼实务界的关注。证据立法的必要性也已经成为人们议论的热点话题。在学术界,部分学者已经开始在酝酿制定民间性质的民事证据法、刑事证据法。尤其值得注意的是,2001年岁末最高人民法院通过了《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《规定》)。该《规定》总结了我国审判实务中运用证据的经验和理论界的研究成果,对于解决民事诉讼证据运用中的问题,规范当事人和审判人员在民事诉讼中运用证据、认定证据具有十分重要的意义。但应当看到,最高人民法院的《规定》毕竟是司法解释的结果,原则上只能在现存法律规定的前提下,通过司法解释将原则性规定和法律精神细化为具体的操作性规定。因此,对于某些涉及证据基本制度的建构,限制当事人重要权利、扩大当事人义务等事项的规定就超出了最高法院的司法解释权限。从长远来看,要根本解决民事诉讼证据的问题还需要通过立法或修改现行法律来完成。民事诉讼中的证据问题,不仅涉及复

* 清华大学法学院教授、博士生导师

杂的程序操作问题,更涉及复杂的理论问题。虽然最高人民法院已经出台了《规定》,但并不意味着《规定》中所涉及的理论问题均已得到合理的解决。因此,在今后的立法过程中和在《规定》的适用中都需要对民事证据理论进行探讨和研究,以便为立法和诉讼实践服务,提供科学的理论依据。

发达国家已经走过了漫长的法治之路,在证据立法和证据制度实施方面已经积累了丰富的经验,在证据理论研究方面也相当深入。尽管各国之间国情不同,它们的证据制度和证据理论有其自己的特色,但也不可否认诉讼程序和证据运用仍然有许多共同之处。他国诉讼中过去所遭遇的证据问题,也许就是我们现在所面临的问题,因此有必要扩展视野,了解和研究发达国家的证据制度和理论,以求其为我们建构和完善民事证据制度所用,即“它山之石,可以攻玉”。

正是基于此种想法,我们组织了本专业从事民事诉讼法研究的几位博士研究生专门对几个发达国家的民事证据制度进行了研究,并写成了这本《外国民事证据制度研究》。在这本书中,涉及了美国、英国、日本、法国、澳大利亚等国家的民事证据制度。这些国家的民事证据制度集中反映了英美、大陆两大法系民事证据制度的各自特点,具有一定的代表性,对于较全面地了解两大法系的民事证据制度具有重要的参考价值。作者对这些国家民事证据制度的了解不局限于对该国法律条文的有关规定,而是力图从该制度的具体运作中去认识和理解,并试图进一步深掘制度规定的理论和社会背景,从而更全面、准确地把握证据制度的内含。

作为一个国家的法律制度,证据制度并不是孤立的,总是与其他法律制度有密切的联系,脱离开与其他制度的联系,就很难正确理解该制度的合理性,也就难以正确地加以借鉴或移植。例如,法国在诉讼中对书证的偏好,即奉行“书证优先主义”就与法国的法律证书制度有密切关系。在法国,有完整的公证制度,发达和完善的公证制度能够保障当事人在签订合同时提供有关的书证。再如美国的交叉询问制度。美国的证人交叉询问制度与美国的对抗式诉讼体制、陪审

制等都有直接的关联。要深入地理解美国的证人交叉询问制度,就必须联系上述制度。对于英美法系国家而言,其证据制度的“民事”与“刑事”的分别不像大陆法系那样明显,这又与英美法系诉讼制度的特点有关,英美法系国家的诉讼制度在“民事”和“刑事”的分野上就不如大陆法系国家。因此,尽管本书采用了“民事证据制度”的说法,但准确地讲,就英美法系国家而言,作者主要是取一种视角,因此读者绝不能完全孤立地看待其证据制度,应当关照整个诉讼制度。

《外国民事证据制度研究》一书是作者们对外国证据制度研究的尝试,一个国家的证据制度显然比我们在本书中所展示出来的东西要丰富和复杂得多,由于篇幅和时间的局限,还有很多制度和理论没有展示和研究。

限于作者的研究水平,也许还存在没有细挖精敲的地方,甚至有个别误读之处,因此希望学界能够对本书予以指正,以便共同推进外国民事证据制度的研究。

目录

外国民事证据制度研究

序	I
---------	---

第一部分 英国民事证据制度

第一章 英国民事证据制度概述	2
一、英国民事证据法的渊源	3
二、证明责任	5
三、法院对证据主导	14
四、证据种类	18
第二章 证人：法理、规则与判例	23
一、证人和证人资格	23
二、证人证言	26
三、宣誓陈述书	34
四、笔录证言	40
五、询问证人	45
六、证人的义务及其法律规制	49
七、证人费用及证人询问官的费用	55
八、证人作证义务的免除	57
九、证人证言的排除规则	61
第三章 英国民事诉讼中的证据开示	70
一、证据开示制度概述	70
二、标准开示	74
三、特定开示	84

四、书证的查阅	86
五、证据开示的阶段性与持续性	89
六、诉前开示	91
七、对诉讼外第三人的开示	96
八、书证开示后的运用	99
九、未开示书证或者不允许查阅书证之法律后果	101
十、证据开示规则的例外	102
十一、证据开示制度的缺陷与滥用	106
十二、我国民事审判实践中的庭前证据交换简评	107
第四章 专家证据的扩张与限制	
——以英国民事诉讼为考察主线的比较研究	109
一、专家证据的扩张与限制：审判权与技术权的	
矛盾运动	110
二、职责上限定：专家证人的独立性和公正性	114
三、资格上限定：专家证人的适格性	120
四、运用上限制：专家证据的合理性与许可性	122
五、效力上限制：专家证据的相对性	125
六、人数上限定：专家证人的有限性和统一性	127
七、引导当事人的专家接近客观真实：专家证人的	
合作性	134
八、鉴定结论的开示：专家证据的公开性	137
九、费用上限定：专家证据的经济性	141
十、形式上限制：专家证据的书面性和格式性	142
十一、法院拥有主导专家证据之广泛权力：专家	
证据的受动性	147
十二、专家证据制度机理与我国鉴定制度重构的	
基本思路	150

第二部分 美国民事证据制度

第一章 美国证据法的诉讼制度基架·····	154
一、证据法是“对抗制之子”·····	154
二、证据法是“陪审制之子”·····	157
三、证据法与集中审理制度·····	161
四、证据法支柱漂流说·····	162
第二章 证据开示程序·····	170
一、证据开示程序的概念及发展历程·····	171
二、证据开示的范围和方法·····	175
三、强制开示、保护令及制裁·····	181
四、审前会议·····	186
第三章 美国民事诉讼中的证据可采性制度·····	189
一、证据可采性制度中的关联性规则·····	190
二、反传闻规则·····	203
第四章 美国民事诉讼中的证明责任制度·····	207
一、美国证据法中的证明责任·····	207
二、提供证据的责任·····	210
三、说服责任及其分配原则·····	211
四、证明标准与自由心证原则·····	216
五、推定与证明责任·····	221
第五章 证人·····	226
一、证人与证人能力·····	226
二、预防规则与特权规则·····	230
三、专家证人·····	236
四、交叉询问制度·····	242
第六章 实物证据·····	253
一、实物证据概述·····	253

二、原始文件规则	264
第七章 司法认知	271
一、司法认知的概念	271
二、司法认知与程序经济性	273
三、司法认知的范围	275
四、司法认知的程序规则	280
第八章 证据与安全：美国电子证据制度述评	282
一、美国法语境中的电子证据	283
二、电子证据的类别归属	287
三、电子证据的基本应用规则	288
四、对电子储存信息的证据开示	298

第三部分 日本民事证据制度

第一章 日本民事证据制度总论	312
一、日本民事诉讼制度(证据制度)的渊源与特征	312
二、日本民事证据制度中的基本概念	314
三、证明的对象与免证事实	320
第二章 裁判上的自认	326
一、自认概论	326
二、自认的成立要件	331
三、自认的效果及撤回	335
四、自认的对象	337
第三章 证据调查程序	342
一、证据调查概论	342
二、证人询问	348
三、交叉询问制	358
四、当事人照会制度	362
五、当事人询问	364

六、书证	367
七、文书提出命令	371
八、勘验	377
九、鉴定	379
十、证据保全	385
第四章 自由心证主义	388
一、证据评价方式的发展简史	390
二、自由心证主义的具体内容	402
三、自由心证主义的保障体系	413
第五章 日本民事诉讼中的证明度(证明标准)问题	427
一、证明标准及其邻接的问题	428
二、关于民事诉讼中原则性证明标准	435
三、关于降低证明标准的问题	448
四、关于自由心证的客观化问题	450

第四部分 法国民事证据制度

第一章 法国证据制度概述	454
一、法国证据法的渊源	454
二、证据的提出和诉讼模式	459
三、证据制度的发展	461
四、法国的审前预备措施	463
第二章 证明责任	473
一、证明责任概述	473
二、证明标准与自由心证	475
三、法国的举证责任分配的规定	476
第三章 书证	486
一、书证优位原则及其表现	486
二、书证的分类和效力	489

三、书证的提出和传达	493
四、书证的异议程序	496
五、法国书证制度与英美法系和我国的相关 制度的比较	503
第四章 第三人声明	504
一、证人证言的使用范围	504
二、证人作证的条件和作证义务	505
三、证言的提出和调查程序	509
第五章 裁判上的宣誓制度	514
一、宣誓制度概述	514
二、民法典上的一般规定	514
三、诉讼宣誓和补充宣誓	516
第六章 验证、咨询和鉴定	519
一、新旧法的比较	519
二、共同规定	520
三、验证制度	521
四、咨询制度	522
五、鉴定制度	523
六、相关的比较法规定	526

第五部分 澳大利亚民事证据制度

第一章 澳大利亚证据法概述	528
一、澳大利亚证据法的历史发展	528
二、澳大利亚证据法改革和统一的时代背景	529
三、澳大利亚证据法律渊源	533
四、1995 年《证据法》之特点	537
五、1995 年《证据法》的重大修改	541
第二章 证据规则之一：提出证据	552

一、证据规则概述	552
二、关于证据形式的规则	554
三、有关证人资格和强制作证的证据规则	555
四、预防规则	558
五、证人传唤规则	559
六、证人作证的程序规则	561
七、专家证据规则	564
第三章 证据规则之二：证据的可采性	566
一、关联性规则	566
二、传闻规则	567
三、意见证据规则	570
四、自认规则	571
五、判决和定罪判决证据的排除	573
六、倾向规则和耦合规则	574
七、可信性规则	575
八、识别证据排除规则	577
九、保密特权规则	579
十、非法证据排除规则	585
十一、法院排除证据之自由裁量权	586
第四章 证据规则之三：证明	588
一、证明标准	588
二、司法认知规则	589
三、推定规则	590
四、补强证据规则	595
五、先决问题	596
六、对陪审团的警告或告知规则	597
后记	599
主要参考文献	601

第一部分

英国民事证据制度

第一章

英国民事证据制度概述

任何诉讼案件皆涉及两个关键问题：一是必须证明的事实是什么，二是如何证明事实。第一个问题属于相关的实体法范畴，而证据法及其程序规则所解决的则是第二个问题。所谓证据法，“就是确定向法庭提供何种信息以及如何提供信息以解决事实争议的一整套规则”^①。就其内容而言，证据法“规定如何在法院证明事实的原则，亦包括向法院提出证据材料，以及法院排除证据材料之规则”^②。“证据法的本质，在于它调整何种证据可提交事实的裁判者，何种事实不能。当然，证据法亦涉及证明事实的方式。”^③在英国证据法上，惟有具备可采性的证据方可提交法庭。法官作为“看门人”，决定证据材料是否可纳入陪审团视野，交给其认定。“英国的法律制度从传统而言，对证据采取谨慎的态度，首先就排除大量具备关联性的信息。”英国证据法的排除性特征“源于陪审团审判，即对陪审团成员分析和判断各种类型事实能力之怀疑，且担心他们因有关证据而产生不正当的偏见。”^④证据可采性规则与证据排除规则，实际上是相互配合的一体化规则，在证据法上占据核

① [美]理查德·A. 波斯纳：《证据法的经济分析》，载《斯坦福法律评论》，1477页，1999(51)。

② LL. B London Open Learning. Evidence (Part 1). 1. 1, Semple Piggot Rochez Ltd., 1999. See: www.spn-law.com

③ Craig Osborne. Civil Litigation. Blackstone Press Ltd., 1993. p. 157.

④ LL. B London Open Learning. Evidence (Part 1). 1. 2, Semple Piggot Rochez Ltd., 1999. See: www.spn-law.com

心地位。1898年,哈佛大学Weld法学教授杰姆士·布拉德利·塞耶在其证据法论文集《普通法上的证据初论》中指出:“在众多繁杂的证明事项中,证据法主要确定……何种类型的证物(Things)不能接受。这一排除性功能正是我们的证据法之特质”^①。即塞耶最先提出狭义的证据法概念,刷新了过去近百年来证据法研究领域,并成为当今通行的界定。他将证据法领域限定于证据排除规则,依赖于两个学术基础:一是在写作证据法判例和论文集时对证据法判例的研究;二是对陪审团渊源的历史研究。^②

证据法在英国司法制度中的重要性可以用下面这段话来描述:“证据法(姑且不计较一些不便利和不逻辑的部分)构成了普通法公平审判概念和寻找事实真相的最重要组成部分……未经规则检验的直接来自情感的简单故事几乎总是一堆谎言,是不合理情的自欺和恶意影射。的确,对这些证据法规则的骄傲和坚持法官的非纠问角色是深深植根在普通法之中的,它不是外在的偶然和不关紧要的东西。”^③必须说明的是,本部分只是以英国民事证据法为考察中心,但绝不限于论述民事证据规则,偶尔亦涉及刑事证据法。

一、英国民事证据法的渊源

英国证据法渊源于中世纪的判例法,大致与陪审团相伴而生,经数个世纪的发展和演变而逐渐形成了系统的证据规则。证据规则最初源于刑事审判,大概到17世纪,“证据规则才在民事法庭第

^① James Bradley Thayer. A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law. p. 264. 1898.

^② Eleanor Swift. One Hundred Years of Evidence Law Reform: Thayer's Trumph. 88 California Law Review. 2000. p. 2447~2448.

^③ [澳]郑汝纯:《普通法之正义意识》,载许章润、徐平编:《法律:理性与历史——澳大利亚的理念、制度和实践》,62页,北京,中国法制出版社,2000。

一次出现”^①。一般认为,促成英美证据法发展的因素主要有三个:“陪审制、宣誓以及普通法的对抗制诉讼程序”,而现代学者还认为“对律师的司法控制”也起着重要作用。^②

英美证据法基本上不分民事证据法和刑事证据法,故论述英国证据制度局限于民事证据和民事诉讼是不可想像的,当然,没有侧重地概括地泛泛论述也不能发掘英国民事证据法的特点和精神。英国的民事证据规则和刑事证据规则基本相近,只是因为民事诉讼与刑事诉讼性质和目标的差异,刑事证据法对证明责任、证明标准等有着比民事证据法更严格的要求,所以,在强制作证、交叉询问、自认等方面皆注重对被告以及证人的权利保护,并且,为适应刑事诉讼之特点,刑事证据法中也出现了一些民事证据法所不具有的概念和规则,如品格证据、识别证据、补强证据规则等。

英美法国家在 19 世纪和 20 世纪进行了一系列证据规则的编纂,这样才逐渐形成了民事证据法与刑事证据法在法律规范表现形式上的分立。英国有关民事证据法主要包括:1968 年、1972 年、1995 年《民事证据法》,1988 年苏格兰《民事证据法》、1995 年苏格兰《(家事调解)民事证据法》等。而这些证据法也并非是包纳全部证据规则的法典大全,实体法领域还有着一些非常重要的证据规则,比如侵权法中的事实不证自明之原则、合同法领域的口头证据规则、“四角”规则、刑法中对伪证和妨碍司法施加刑事制裁,以及有关时效的法律规则等,而且,主要的证据规则还大量见于判例法原则。英国 20 世纪 90 年代中期以来的民事司法改革,对民事证据法亦做了修订和重新编纂,新规则主要见之于 1999 年 4 月

① [英]塞西尔·特纳:《肯尼刑法原理》,周叶谦等译,504 页,北京,华夏出版社,1989。

② Rupert Cross, Colin Tapper. Cross on Evidence, 7th ed. Butterworths, 1990. p. 1~2.