



民事证明制度与理论

CIVIL PROVING SYSTEM AND THEORY

主 编 / 罗玉珍

高 委

执行主编 / 赵金山

副主编 / 金海洲

丛书总主编 / 王利明

法 律 出 版 社

诉讼证据丛书

民事证明制度与理论

CIVIL PROVING SYSTEM AND THEORY

丛书总主编 王利明

主 编 / 罗玉珍

高 委

执行主编 / 赵金山

副主编 / 金海洲



法 律 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

民事证明制度与理论/罗玉珍,高委主编. —北京:
法律出版社, 2002.9

(诉讼证据丛书/王利明主编)

ISBN 7-5036-3905-9

I. 民… II. ①罗…②高… III. 民事诉讼—证据
—研究—中国 IV. D925.113

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 058665 号

法律出版社·中国

出版/法律出版社	编辑/法律应用出版中心
总发行/中国法律图书公司	经销/新华书店
印刷/北京中科印刷有限公司	
开本/A5	印张/24.25 字数/638 千
版本/2003 年 2 月第 1 版	印次/2003 年 2 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	电话/010-63939796
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-63939622
法律应用出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/yingyong@lawpress.com.cn	
读者热线/010-63939645	传真/010-63939650
中国法律图书公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
传真/010-63939777	销售热线/010-63939775
网址/www.Chinalaw-book.com	010-63939778
书号:ISBN 7-5036-3905-9/D·3622	定价:45.00 元

《诉讼证据丛书》编委会

编委会主任：江 平

编委会副主任：陈光中 王利明

编 委：(按姓氏笔划为序)

马怀德 王利明 孙同庆 江 平 江 伟

李道民 李献敏 李汉昌 沈德咏 陈光中

张锦同 张树义 罗玉珍 周叶中 金海洲

姜建初 高 委 葛行军 宋随军(执行)

丛书总主编：王利明

总 编 助 理：宋随军

民事证明制度与理论

主 编：罗玉珍 高 委

执行主编：赵金山

副 主 编：金海洲 随筱蕙

参编人员：赵秀举 毛立华 葛 玲

田超奇 乔红星 齐华英

赵明侠 吕 艳 杨 贝

张德芬 于 澜 黄志勇

总序一

证据问题既是诉讼理论和诉讼立法上的难点问题,也是司法实践中的重点和难点问题。作为诉讼制度核心的证据制度的改革与完善,不仅是建立现代司法制度的重要环节之一,也是实现司法公正的重要保证。在司法实践中,法院所作出的任何裁判都必须以事实为根据,但某一事实能否成为裁判依据,最终决定于证明这一事实的证据是否充分、确实,在法律上是否具有证据能力和证明力。所以,规范诉讼证据和证明行为的证据制度不仅对程序公正有着重要意义,而且还决定着实体公正的实现程度。只有通过科学、完备的诉讼证据制度,才能消除诉讼过程中种种随机因素对诉讼结果的影响,使诉讼结果最大限度地保证其公正性和公信度。

因此,多年来,诉讼证据制度的改革与完善

始终是人民法院推进司法改革的一项重要内容。然而,在我国法学研究中,证据法学的理论发展却长期处于停滞不前的状态,造成有关证据法学理论远远落后于立法、司法需要的尴尬局面。

在我们的传统证据法学理论体系中,“证明论”往往是与“证据论”分开的。在证据论中,讨论的常常是证据的法定种类及证据分类问题;在证明论中,则分别讨论证明对象、证明责任、证明要求等内容。但是,总体而言,由于我国传统证据法学形成于20世纪七十八十年代,受到研究视野、资料信息、思维模式等多重历史局限,对相关问题的讨论都还不够精确和深入。而且诉讼证据学的研究还存在着同诉讼法定程序的割裂问题。记得在20世纪80年代初期,作为中国政法大学的研究生,我曾经在公开发表的一篇文章中,提出了刑事证据法律性的问题,认为证据问题首先是法律问题而不是哲学问题,主张将刑事证据纳入诉讼法制轨道来看待和研究。然而,当时乃至此后较长时期,我国证据法学研究的状况,恰如有的学者所指出的那样,传统证据法学缺乏最基本的法规范思维,所谓的证据法学研究更应当称之为“证据学”而非“证据法学”。其结果是,一方面,在有关证据的研究中,证据被置于证明活动之外,成了一种纯客观的、静态的、已经确定无疑的东西,忽视了证明活动中证据的主观性、动态性、多变性。另一方面,在有关证明的研究中,证明成了单纯的分析、归纳、推理、判断活动,忽视了证明活动受制于诉讼法定程序的典型特征,诉讼证明几乎被等同于纯粹的认识活动而失去其规范属性。我国证据法学研究相对滞后的状况,已不能适应证据立法和司法实践的需要。在社会实践面前,证据法学开始陷入一种十分尴尬的局面。

更为重要的是,在我国当前证据法学理论中,有许多思想和观念是在资料匮乏、视角单一的历史条件下“独创”而来的,这些思想和观念既构成了我们进一步发展证据法学无法抛弃的认识前提和知识基础,同时也对我们借鉴西方已发育良久的证据法学理论和制度造成一定阻碍。因此,在时代呼唤证据法的今天,为了指导证据立法和诉讼实践,证据法学不但亟待发展和完善自身,而且,还不得不审慎地

对自身进行必要的反省、甄别和扬弃。

党的十五大提出了依法治国的基本治国方略。1999年宪法修正案规定：“中华人民共和国实行依法治国，建设社会主义法治国家。”随着我国法制建设的不断发展，证据立法已提上了议事日程。在第九届全国人民代表大会第四次会议上，有4个代表团共129名代表，就加强证据立法尤其是刑事证据立法提出了议案建议。与此同时，最高人民法院也加快了诉讼证据制度改革的进程，2001年、2002年分别制定发布了关于民事诉讼、行政诉讼证据的若干规定，刑事诉讼证据有关规则也正在研究制定中。

立法的发展既为证据法学理论创新提供了契机，同时，证据立法的良性发展亦迫切需要证据法学理论的支撑和推动。《诉讼证据丛书》以我国证据法学理论和司法实践中存在的种种问题为切入点，在充分研究“两大法系”证据法学理并借鉴其合理成分的基础上，分卷、分学科对我国证据法学的研究现状进行客观的整理和评述，对我国当前司法实践和证据理论中的一系列重大问题进行认真细致的讨论和研究。其中既有以反映我国证据法学研究现状和水平为目的所作的文献、观点整理和综述，也有在新的社会条件下，对我国传统证据法学理论的反思和突破。既强调了理论指导实践、理论先行的学术使命，又密切关注司法实践和立法需要的实际问题，对解决我国司法实践当前面临的诸多现实问题有着较强的理论指导和学术参考价值。

沈德咏

最高人民法院副院长

总序二

诉讼的首要目标是公正地解决当事人之间的争端,为此必须首先查明案件事实。而司法人员对案件的认识,都是通过证据来实现的,因此,证据是查明案件事实的依据。正因为证据在诉讼法中的重要作用,所以,证据法律制度一直是各国诉讼法律制度的重要组成部分。在我国,由于法律传统的影响,普遍存在着“重实体法、轻程序法”的倾向。因之,在我国的法律体系中,证据法是极不发达的:不仅成文立法上反映的条文不多,而且过于原则和笼统,可操作性不强。司法人员和律师在收集和使用证据时往往有很大的随意性,甚至会忽略某些证据规则和轻视证据调查工作。然而长期实践证明的却是,很多错案的发生都不是因为适用法律不当,而是因为认定事实有误。证据法律制度的不健全已经严重影响到我国司法的公正。

近年来,随着刑事诉讼法的修正和民事审判方式的改革而不断发展和完善的诉讼制度,客观上也要求证据立法和证据学理论的研究状况能与之相适应。我国审判方式的改革,基本上是在原有职权主义模式的基础上吸收、借鉴当事人主义诉讼制度的合理要素中展开的。这种审判方式的改革方向,客观上要求对当事人(或控辩双方)的举证、质证活动予以引导和规制,对法官采纳、评判证据予以明确地规范和限定,以保证诉讼活动公正、顺利地进行。我国诉讼立法的修改以及正在进行的司法改革,期望强化当事人的诉讼权利,调动诉讼双方的积极性。与之相比,证据制度的配套改革明显滞后,减弱了诉讼程序改革的效果,限制了诉讼程序进一步改革的步履,如证人出庭作证问题,是三大诉讼中普遍存在的突出问题,不解决好这一问题,审判方式改革就不能真正取得成功。

更重要的是,通过证据法学研究以促进我国证据制度的不断完善,对于我国依法治国方略的实现也具有重要的意义。党的十五大正式确立了依法治国的基本治国方略。修正后的宪法也明确规定,中华人民共和国实行“依法治国、建设社会主义法治国家”的方针。基于依法治国的要求,必须进一步完善包括证据制度在内的法律制度,这就需要确立一定的证据规则,在刑事诉讼中,对控、辩、审三方收集、运用、审查判断证据的活动予以规范,促进整个诉讼活动民主化和科学化,实现诉讼活动的各项目标。

鉴于司法实践中存在的诸多问题,证据立法问题已经引起了社会各界的普遍关注,加强证据立法已经提上立法机关议事日程。而立法的展开需要作理论研究的准备,但我国目前系统的证据理论研究尚处于空白状态,有关证据法方面的理论专著甚少。另一方面,长期以来的司法实践已经积累了较丰富的实际经验,如何将这些宝贵的经验从理论上加以高度的概括和提炼,并在成文法上体现出来,乃成为我国立法、司法和法学界目前所共同面临的一个奋斗目标。

《诉讼证据丛书》从我国改革开放和建设社会主义法制国家的实际出发,立足于我国证据法学理论和司法实践中存在的现实问题,在

充分研究和借鉴英美证据规则及英美证据法理学的基础上,广泛参考发达国家和地区证据立法的成功经验和最新判例学说,回顾、评述我国证据法学研究的现状,评析典型疑难判例中运用证据规范的得与失,并就我国证据法学研究亟待解决的问题进行理论上的探索、整理,为我国证据法的现代化和诉讼审判实务的科学化提供法理基础,为广大从事法律实务的人士提供必备的参考范例,以推动我国证据法学理论研究尽快赶上发达国家和地区的水平。此套丛书既有理论上的突破和创新,又注重司法实践,同时兼顾理论发展和实践急需两方面的要求,能全方位地满足不同层次读者的需要。当然它也是高等院校从事法律学习和研究的各层次理论人士应备的一套参考学习资料。



编者的话

(一)

市场经济是法制经济,在建立与社会主义市场经济相适应的现代化法治中,虽然我们承认,“在西方市场经济机制和相应法律规范已发育相对完善的今天,中国完全从头构建自己的规范不仅没有必要,也为时间和形势所不许,借鉴发达国家的成熟立法经验也就成为必然”。^①但实践的法律终究是一种地方性的知识。^②“各国的法律都是人类理性在特殊场合的适用,法律和地理、地质、地候、人种、风俗、习惯、宗教

① 参见王利明著:《民商法研究》第5卷,法律出版社2001年版。

② 吉尔茨:《地方性知识:事实与法律的比较透视》,邓正来译;原载梁治平编:《法律的文化解释》,三联书店1994年版。

信仰、人口、商业等等都有关系”，^① 各国的法律制度都带有各自浓厚的地域性色彩。因此，借鉴、移植先进国家的法律制度，必须注意与中国的现实情况相结合。

作为经验科学的证据法学尤应如此。在日常社会生活中，我们都有这样的经验：对某些特定事实发生疑问时，通常都会以一定的证据推论该事实是否存在。而究竟以何种证据、如何推论，则全凭各个人的知识及经验判断。若就某特定事实之存在否，要使他人或多数人与自己有共同的认识（法院的判决即属此列）时，势必要以他人或多数人共同认知的证据及证明方法证明该事实是否存在；这时用何种证据、何种证明方法，必然要受相应的社会文化基础之上的知识、经验或价值观念的约束。^② 这种由人类普遍理性所决定的法律上的认识机制，于中国与西方之间并无二致。

其理虽一，其分则殊。在承认法律的普遍规律性的同时，我们还应当认识到中国不同于西方的实际情况。举例来说，在西方，商业传统根深蒂固，适应于市场经济、符合法治传统的做法，在他们本身就是一种习惯；而在我们这个传统的以自给自足小生产为主到现在仍占很大比重的中国，从来没有形成过统一的大市场，因此，与市场经济规范相应的传统习惯并不完备，“当代中国的绝大多数人都是在几乎没有规矩的情况下，一下子进入了或被抛入了市场……”，^③ 缺少适应于西方法制的基础。

这注定了中国证据法制的现代化需要一个过程，也要求我们在借鉴、移植的同时必须更加重视对中国本土资源的研究利用和对中

① 参见孟德斯鸠：《论法的精神》第1—3卷，商务印书馆1963年版，张雁深译；张雁深：《孟德斯鸠和他的著作》，载上书。

② 参见我国台湾学者雷万来：《民事证据法论》，瑞星图书股份有限公司1997年版，第11—18页。

③ 见苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年版，第12页。

国法律文化传统的研究利用。^①中国的法制建设,应当从中国司法实践的实际出发,从实践中发现问题、解决问题,进而构筑属于我们自己的证据法律制度。

(二)

在现代社会,随着程序正义价值的日益彰显,证据制度已成为衡量一个国家法律制度是否完备及法治程度高低的重要标志。然而,在我国,有关证据的法律制度一直很为薄弱,加上我国司法人员的整体素质不高,^②致使一些判决结果在案件事实认定方面,对证据运用的混乱程度已到了触目惊心的地步。前阶段笔者就遇到这样一个案例:在某市医药公司批发部同该市一制药厂的货款纠纷案^③中,案情本身本来是十分简单的。制药公司同批发部的“药品供应采取送货制,××制药集团有限公司把药品送给宋长献(批发部),由仓库保管员验收并打收条。被告(批发部,下同)向原告(制药公司,下同)付款时,由原告业务员打收条……”。^④发生货款纠纷后,双方都承认自己账务齐全、完整。^⑤这样根据以上业务流程,各自拿出自己的凭据算一下,真正的债权债务情况并不难查明。事实上,法院也委托

① 此问题在宋随军《司法变革中的传统及文化特因》(即将出版)中有详细论述,有兴趣的读者将来可参阅之。

② 王利明著:《司法改革研究》(修订版),法律出版社2001年版,第IV页。

③ 这还是在当地颇有影响的一个重点案件,一审时该市党政主要领导对此案先后都有批示,但此案的承办法官应是高素质的(因其曾符合本院《审判监控办法》的回避规定而被当事人申请回避,之后两个多月又被该中院审判委员会研究恢复审理,非有较强业务能力盖不会如此)。这个案例具有非常典型的学术价值,它几乎涉及了目前证据法学中正在讨论的所有主要热点问题,本丛书中的《证据法学基本原理》、《民事证据判例与理论分析》等册中对此有较详细的引述与分析。

④ 见(98)×会计师内审字第57号《会计鉴定报告》,同案(1999)×经二终字第545号《经济判决书》(相应单位名称笔者作了技术处理)。

⑤ 同案(1999)×经二终字第545号《经济判决书》。

鉴定机构进行核算了。但在最后的判决中,该中级法院却片面地以制药公司的发货单为准计算供货量,把鉴定报告中标明是制药公司自制白条载明的供货量也计算进去,凭空加大供货量,价值达 122 万余元之巨;对诉讼发生两年前双方平等协商冲销的 312 万余元差价该冲销没冲销。^①单是这两项,在被告方来说,已凭空增加债务 434 万余元之巨,而法院判决的总欠款是 764 万余元。^②在二审中,上诉法官虽也承认了一审法院在这方面的错误,但奇怪的是仅对此一否了之,以一份他自己也已认定存在疑问且在一审中已为双方协商废除了的协议为依据判决了此案。^③

在这里,笔者无意探究该案本身事实真相到底如何,只想提及的是两审法院承办法官在该案事实认定方面的“自由随意”,已经严重损害到了判决自身的公信力。而审判结果为国民所信服,历来是各国民事审判所追求的最高理想。

类似的司法实例突出地反映出了这样一个现实:近年来,我国在立法上取得的令人瞩目的成就主要体现在实体法领域,而在程序法领域尤其是证据法上的薄弱环节依然存在。由于诉讼法特别是证据法规方面的内容及规则上的缺失和疏漏,一方面,使当事人在诉讼中匮乏必要的举证资料或证据方式,严重束缚了当事人的手脚,不能充分调动当事人的积极性、主动性,以便形成强有力的抗辩机制,从而使案件事实自动显现出来,并且使法官依职权的介入减少至最低限度;另一方面,由于查证规则不明,职权定位不准等缺憾,使法官在对证据材料的取舍和案件事实认定上滥用抑或怠于自由裁量权的情形屡禁不止;其中,对裁量权的滥用,必然导致司法不公和枉法裁判,而

① 见(98)×会计师内审字第 57 号《会计鉴定报告》,同案(1999)×经二终字第 545 号《经济判决书》。

② 见(98)×会计师内审字第 57 号《会计鉴定报告》,同案(1999)×经二终字第 545 号《经济判决书》。

③ 见(98)×会计师内审字第 57 号《会计鉴定报告》,同案(1999)×经二终字第 545 号《经济判决书》。

对裁量权的懈怠,势必造成诉讼久拖不决、诉累增加。^①

随着我国改革的深化,社会主义市场经济体制和公有制为主导多种所有制并存的所有制结构的确立,参与市场的主体在数量上迅速增加,立法的健全又使主体享有的权利不断扩大,主体法律意识和权利意识的增长都促使进入法院的案件逐年增加,司法已成为维护社会正义和保持社会稳定的重要手段。^②但诚如上述案例所反映的那样,在我国的诉讼实践中,长期以来,由于缺乏可供遵循的证据规则,既容易造成法官对证据的审查判断及运用产生过多的不确定性和严重偏差,影响案件的质量;又容易使一些当事人利用证据问题搞突然袭击,损害对方当事人的利益。这种情况的存在,很不利于人民法院对当事人诉讼权利的平等保护和审判效率的提高。同时,裁判结论的重要性已不仅使得法官的权力加重,而且也使其责任大大加强。因为法官的一纸判决,有时直接决定了一个企业或公司的存亡,决定经营者一生心血的成败,即使某个个案的数额不大,但判决一方当事人败诉,也将直接影响着经营者对外的声誉、信誉,决定着其经营的成败。^③因此,在强调保证法官自由裁量权的同时,如何完善和改善我国现有的司法体制和审判方式以及执法状况,使当事人获得适当的保障,一直是我国实务界、学术界追求的基本目标之一。

然而,在我国的法学研究中,首先是由于“重实体法、轻程序法”陈旧观念的存在,使得作为程序法学的证据法学的理论发展长期处于停滞不前的状态,远远落后于立法、司法需要。正如最高人民法院副院长沈德咏同志所指出的那样,有许多思想和观念还是在资料匮乏、视角单一的历史条件下“独创”而来的,这些思想和观念既构成了我们无法抛弃的认识前提和知识基础,同时也对我们借鉴西方已发育良久的证据法学理论和制度造成一定的阻碍。其次,作为经验科

① 参见毕玉谦:《民事证据法判例实务研究》,法律出版社2001年版。

② 参见王利明:《民商法研究》第5卷,法律出版社2001年版。

③ 参见王利明:《民商法研究》第5卷,法律出版社2001年版。

学的证据法学“以经验研究为特征的、科学、社会因素太少,对方向正确的思路在是否形成法律以及贯彻落实时可能遇到的各种复杂社会因素考虑太少,或者对制度性的考虑太少”,^①在理论层面上,学者们大多论述的是“我们应该怎么样”,而对“具体的怎么才能这样”却殊少论及,但后者恰恰是现阶段我国建立社会主义市场经济所急需和必需的。证据法学理论研究同司法实践存在着严重的脱节。

因此,在时代呼唤证据法的今天,为了指导证据立法,证据法学不但亟待发展自身,而且,还不得不审慎地对自身进行必要的反省、甄别和扬弃。现阶段分学科对我国证据法学理论的研究现状和研究资料予以汇编、整理、评述,并结合我国司法实践,从判例角度发现和提出问题,明晰我国现行司法实务中存在的问题与不足,进而有针对性地在对各国学说、立法和司法实践进行比较研究并进行学理研讨的基础上,加以高度的概括和提炼,不仅是适时的,而且也是非常必要的。

(三)

随着我国诉讼法律制度近年来的蓬勃发展,在建设社会主义国家的进程中,证据理论发展与证据制度改革显得尤其迫切和关键。为了适应社会转型及社会进步与发展的需要,与学术界共同振兴我国诉讼证据法学事业,1999年底,应法律出版社编辑潘洪兴先生之约,我们开始着手本丛书的组织和创作,历时三年,终有小成。

对诉讼证据法学分学科进行系统的整理和研究,在中国整个诉讼法学界还是第一次。在我们的设想中,这是一个致力于推动我国证据理论研究的更生与繁荣、证据制度改革与完善分辑、不定期出版的开放性学术文库,凡有关证据制度的译著、论著、实务专题研究均

^① 苏力:《道德与法律理论的疑问》译序《如何分析道德,如何理解法律?》,载(美)理查德·A·波斯纳:《道德和法规理论的疑问》,中国政法大学出版社2001年版。