

民事证据丛书

丛书主编 肖建华

诉讼证明过程分析

民事诉讼真实与事实发现

肖建华 主编

为民事诉讼程序必须实现实质正义而进行事实发现提供无可置疑的理论支持，
为民事司法实践如何发现事实和自由心证提供方法论的依据和比较法参考。



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

民事证据丛书

丛书主编 肖建华

教育部人文社会科学重点研究基地重大项目

项目编号：2007JJJD810172

项目名称：诉讼真实与民事诉讼立法建构

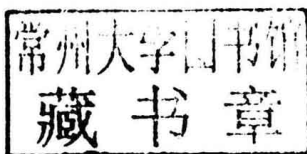
诉讼证明过程分析

民事诉讼真实与事实发现

肖建华 主编

撰稿人

肖建华 唐玉富 石达理 王德新 张 斌 廖 浩 包建华



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

诉讼证明过程分析：民事诉讼真实与事实发现/肖建华主编. —北京：北京大学出版社，2018. 10

(民事证据丛书)

ISBN 978-7-301-29822-0

I. ①诉… II. ①肖… III. ①诉讼—证据—研究 IV. ①D915.130.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 193773 号

书 名 诉讼证明过程分析——民事诉讼真实与事实发现
SUSONG ZHENGMING GUOCHENG FENXI——MINSHI
SUSONG ZHENSHI YU SHISHI FAXIAN

著作责任者 肖建华 主编

组稿编辑 陆建华

责任编辑 陆建华 焦春玲

标准书号 ISBN 978-7-301-29822-0

出版发行 北京大学出版社

地 址 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址 <http://www.pup.cn> <http://www.yandayuanzhao.com>

电子信箱 yandayuanzhao@163.com

新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书

电 话 邮购部 010-62752015 发行部 010-62750672 编辑部 010-62117788

印 刷 者 三河市北燕印装有限公司

经 销 者 新华书店

965 毫米×1300 毫米 16 开本 28.75 印张 440 千字

2018 年 10 月第 1 版 2018 年 10 月第 1 次印刷

定 价 69.00 元

未经许可，不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有，侵权必究

举报电话：010-62752024 电子信箱：fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题，请与出版部联系，电话：010-62756370

主编简介

肖建华

男，汉族，1966年生，河南省信阳市人。中国政法大学诉讼法学研究院博士生导师。1991年毕业于西南政法大学，获法学硕士学位；1998年毕业于中国政法大学，获法学博士学位，毕业留校任教至今。对民事诉讼法、证据法、环境保护法等领域有较深的研究，在报刊发表论文百余篇。2002年被破格评为教授；2004年被评为博士生导师；2003—2004年为美国富布赖特学者，在美国西北大学法学院学习；2008年被聘为北京航空航天大学教授、博士生导师。兼任中国法学会民事诉讼法研究会、强制执行法研究会常务理事，中国行为法学会基础理论研究会副会长，国家检察官学院、河南财经政法大学等院校特聘教授，中国互联网协会互联网法治工作委员会法律顾问等。

民事证据丛书

《证明责任：事实判断的辅助方法》 肖建国 包建华 著

《经验法则：自由心证的尺度》 张亚东 著

《诉讼证明过程分析：民事诉讼真实与事实发现》 肖建华 主编



燕大元照法律图书

www.yandayuanzhao.com

此为试读, 需要完整PDF请访问: www.ertongbook.com

诉讼证明过程分析：民事诉讼真实与事实发现

撰稿人简介

肖建华 男,汉族,1966年生,河南省信阳市人。中国政法大学诉讼法学研究院博士生导师。1991年毕业于西南政法大学,获法学硕士学位;1998年毕业于中国政法大学,获法学博士学位,毕业留校任教至今。对民事诉讼法、证据法、环境保护法等领域有较深的研究,在报刊发表论文百余篇。2002年被破格评为教授;2004年被评为博士生导师;2003—2004年为美国富布赖特学者,在美国西北大学法学院学习;2008年被聘为北京航空航天大学教授、博士生导师。兼任中国法学会民事诉讼法学研究会、强制执行法研究会常务理事,中国行为法学会基础理论研究会副会长,国家检察官学院、河南财经政法大学等院校特聘教授,中国互联网协会互联网法治工作委员会法律顾问等。

唐玉富 男,汉族,1979年生,黑龙江省鹤岗市人。浙江工商大学法学院副教授,华东政法大学博士后研究人员。2003年毕业于兰州大学法学院,获法学学士学位;2006年、2013年先后毕业于中国政法大学,获法学硕士学位和法学博士学位;2006年7月至2010年9月任教于河北工业大学文法学院;2013年7月在浙江工商大学法学院工作至今。主要学术兴趣为民事诉讼法、证据法和ADR,在《法学研究》《现代法学》《法律科学》等核心期刊发表多篇学术论文,主持和参加多项省部级课题。

石达理 男,汉族,1983年生,河北省沧州市人。郑州轻工业学院政法学院副教授。2006年毕业于西南政法大学,获法学硕士学位;2013年毕业于北京航空航天大学,获法学博士学位。毕业后在郑州市人民检察院工作,现为郑州轻工业学院政法学院副教授。主要从事民事诉讼法、刑事诉讼法、证据法等领域研究与教学,在报刊发表论文十余篇。

王德新 男,汉族,1978年生,河南省确山县人。山东师范大学法学院副院长、副教授、硕士生导师。2000年毕业于中南财经政法大学;2003、2010年先后毕业于中国政法大学,获法学硕士、博士学位。2003年毕业后在北京市朝阳区人民检察院公诉处工作;2004年调至山东师范大学任教至今。2014—2015年受山东省教育厅、山东师范大学中青年骨干教师国际合作计划项目联合资助,赴美国加州大学伯克利分校法学院访学研修一年。主要研究领域为民事诉讼法学、证据法学,在《政法论坛》《法学论坛》等法学专业期刊发表论文四十余篇,承担教育部、省社科等科研项目十余项。兼任中国法学会案例法学研究会理事、山东省法学会诉讼法学研究会常务理事、山东省法学教育研究会理事、济南仲裁法学研究会副秘书长、山东师范大学法学院诉讼法研究中心主任。

张 斌 男,汉族,1979年生,安徽省蒙城县人。周口师范学院法律系副教授,河南省高等学校青年骨干教师。2006年毕业于中南财经政法大学,获法学硕士学位。2006年在周口师范学院政法学院工作至今,从事证据法学、司法制度等领域的研究。在报刊发表论文十余篇,承担或参与省部级课题十余项,出版证据法学著作一部,2014年被评为副教授,2016年被评为硕士生导师。

廖 浩 男,汉族,1986年生,江苏省建湖县人。重庆大学法学院讲师。2012年毕业于西南政法大学,获法学硕士学位;2015年毕业于中国政法大学,获法学博士学位。研究领域为民事诉讼法与强制执行法,在核心期刊发表论文数篇。

包建华 女,汉族,1983年生,辽宁省大连市人。大连理工大学法律系副教授、硕士生导师。2006年毕业于中国政法大学民商经济法学院,获法学学士学位;2009年毕业于中国政法大学民事诉讼法专业,获法学硕士学位;2012年毕业于北京航空航天大学,获法律科学管理博士学位。2012年进入大连理工大学法律系任教,工作至今。研究方向为诉讼法学、证据学。在中文核心期刊上发表相关文章十余篇,主持国家社会科学青年基金、辽宁法学会项目基金等项目,担任辽宁省法学会法律逻辑和证据学研讨会理事。

撰稿人分工

本书由肖建华教授主编,撰稿人及分工如下(以撰写章节先后为序):

肖建华 第一编第一章

张 斌 第一编第二章

王德新 第一编第三章

廖 浩 第一编第四章第一至四部分

包建华 第一编第四章第五部分

唐玉富 第二编

石达理 第三编

序

与几年前、十几前年相比,民事司法的社会环境发生了很大的变化。实行案件登记制之后,民商事案件数量迅速增加;实行法官额制之后,每个员额法官的工作量也相应地大大增加。如何保证案件质量,是一个十分艰巨的问题。与诉讼中法律适用的问题相比,证据法方面的事实发现和认定的公正性或结果的可接受性则更为重要,它是决定案件质量的核心问题。而民事诉讼证据规则的供给不足,并且现有的证据制度供给存在问题,则是一个亟待研究攻关的课题。

2001年最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》出台之后实施之前,我根据司法实践的调研,发现其存在诸多问题,有想要“吐槽”之处。恰好应《法制日报》记者周诗桐先生之邀,我写下《对抗制的本土化问题》一文,对这个司法解释进行了批评。现在找来一看,仍然觉得原来的批评直到现在也没有过时:

我国司法审判制度的运作方式逐渐向西方特别是美国靠近,不仅审判的空间设置上已经采用了法袍、法槌等具有象征中立和神圣意义的司法符号,而且重要的司法解释:将于2001年4月1日实施的《关于民事诉讼证据的若干规定》也以对抗制为基础,确立了“法律真实”和“高度盖然性标准”。这表明,审判的空间设置和司法规则都已经在对抗制的轨道上按部就班了。无疑,司法界已经在有意识地界定自己的角色,树立裁判的权威,这是审判方式大胆革新的结果,也是司法现代化的一个表征;同时,因为这一司法解释吸收了学界许多研究成果,诉讼法学者为之欣喜。

但是,如果去不发达地区的法院调查一下,我们将会为理论的设计在现实中的表现而黯然神伤。内蒙古自治区某地的一个法庭在审理案件时,曾出现了这样的一幕:

法官甲:“请拿出证据。”

原告(某牧民):“我是个文盲。”

法官乙：“请你把证明自己主张的证据交给法庭。”

原告(某牧民)：“我是个文盲。”

如果法庭因为原告是个文盲而判决其败诉,将会导致伦理和道义上的不公,也无法实现个体公正和社会公正。如果法庭指定律师为其代理人,这将加大当事人的诉讼成本。如果法庭认为其需要法律援助,但法律援助制度并没有普遍建立。这一案例片段,并不是一个很偶然的特例,它在中国许多农村地区的法院甚至是中级人民法院不断上演着。制度环境不匹配,对抗制将无法发挥良好的效应。

尽管在比较发达的城市,实行对抗制可能产生一定的积极作用,但是,正如许多学者指出的那样,对抗制的成本比质问制的要大。双方当事人都要取证,与法院单方取证就可以达成案件事实的发现相比,其费用要多出一倍。这种算法在中国司法运作中其实还算保守。当事人双方的律师可能都无法取得行业内部不向律师开放的证据,还需要法官的活动。因此,当事人支付了律师费用以后,还将面临更大的开支。这与英美法系就有本质上的差异。英美法系国家的对抗制是法院收费少,法官把法庭调查等工作都交给律师,律师收费很高。而我国法院的案件受理费太高,现在也不会因为搞对抗制而降下来,同时律师收费早已在学习美国律师的收费方式。因此,对抗制司法制度引入中国,当事人的诉讼支出将进一步增加。当事人进行诉讼的目的,有可能不再是追求利益的恢复和补偿,而是寻求国家强制力赋予的正义罢了。

问题在于,伴随着对抗制而来的诉讼费用的增加,并不必然带来司法公正,甚至可能导致公正度的降低。

其一,我国有些法官没有职业的自豪感。至少在目前,法官除了追求行政化管理体制下带个“长”之外,并没有其他的动力机制。法官没有创制判例的权力,尽管某些低素质的法官随意解释法律的时候闹出了许多可笑的例子。法官也没有独立办案的权力,因为很多案件都要汇报,有些案件就是领导交办的。社会流行的“吃了原告吃被告”的说法,对于许多优秀的法官是不合适的。因为他们认为自己有能力,要挣钱就做律师去,不屑于吃拿当事人的钱财。据我所知,优秀的法官纷纷跳槽当律师已不再是个例,而平庸的法官决不会放弃法官职业。《中华人民共和国法

官法》修改后,规定了比以前更严格的任职条件,但是,仍然有许多法官不能胜任案件审理工作,还有一些胜任工作的法官在拿到法律职业资格后却准备跳槽当律师。这些法官在熟悉审判业务和法院运作的规律后成为律师,往往有更大的优势去占领律师业的某些市场。由于对抗制给律师带来的巨大商业机会,法院的审判岗位将可能沦为培养律师的教习所。若如此,律师素质与法官素质倒挂的情况将更加严重,这与英美法系国家对抗制下从优秀律师中遴选法官的制度大相径庭。没有优秀的法官队伍,法治将成为空话。英美法系国家自不必说,大陆法系国家也十分重视法官的作用。德国法学家拉德布鲁赫说过,法要想变得有实效,就不应是高悬于我们之上的价值天空,它必须获得尘世的、社会学的形态。而从理念王国进入现实王国的门径,则是谙熟世俗生活关系的法官。正是在法官那里,法的目标才得以实现。优秀的法官队伍对于任何体制下法律的实现都起着决定性的作用。

其二,在没有吸引优秀的法律人才担任法官的机制下,对抗制本身并不能保证演绎出正义的审判。这首先源于对抗制本身就存在着固有的缺陷。在某种意义上,对抗制把诉讼作为竞技,当事人或其代理人通过雄辩来说服法官是这一制度设计的前提和基础。比苏格拉底还要早的希腊思想家高尔吉亚就认识到雄辩的“语言是一种强大的力量,它以微小到不可见的方式达到最神奇的效果。它能驱散恐惧,消除悲伤,创造快乐,增进怜悯”。“受语言的诱惑犹如受暴力的劫持……法庭中的辩论,借助于言辞的技巧,一席话就可以说服和左右一大群人,而不管所说的是否真实。”果不其然,生前以“牛虻”自居的苏格拉底,以玩世不恭的语言激怒了陪审团,最后被判处死刑。如果他“哭哭啼啼”,乞求陪审团的哀怜,陪审团决不会如此裁判。审判者的正义观在对抗的双方当事人那里,往往会倒向情绪的一端,如果没有先例或十分严密的法条可供遵循的话,法官或法院可以随意解释法律,滥用大量存在的自由裁量权。其次,源于我国不承认判例作为法之渊源,而实体法又很不完备。没有确定的法律作为预期,法庭的雄辩将会出现一些无法预料的诉讼结果。这里,法官任意解释法律的范围之宽,加上传统语言的模糊性,法律弹性之大,有可能加重职权主义的倾向,而不是走出职权主义的阴影。司法腐败行

为在自由心证和高度盖然性的形式下,将更容易隐身。

真正的对抗制,是以尊重民事诉讼当事人的主体地位为前提的,但是,现行行政化的法庭管理制度使当事人主义的诉讼格局难以形成。基于此,对抗制带来的兴奋与担忧并存。我们冀望于法律人正在进行的民事证据立法和将来的民事诉讼法修改工作,能够解决法律移植中的水土不服问题。

但愿笔者的烦恼是杞人忧天,法治的天空万里无云。

这个解释实施三年后,即2005年,我和几位青年才俊撰写了一本书——《民事诉讼法理论与实践》,在法律出版社出版,当时王扬编辑给予了极大的支持。该书出版之后,受到很多读者的关注。我比较早地对证据规则提出了尖锐的批评,与当时齐树洁教授在厦门两级法院所进行的调研,结果完全一致:即该司法解释的实施产生了更多的信访案件和社会不满。

虽然现在的法官员额制使得法官的行政化色彩大大减低了,甚至在一定程度上实现了“去行政化”;但是,由于大量的民事案件涌向法院,法院通过流程管理或提高审结率等内部挖潜的方式极力扩张司法资源所产生的空间又被大量新增加的案件挤占,法官已经无法认真地处理好如此众多的案件;同时,由于员额法官实现办案自主权,但却没有有效的监督措施,导致一些法院在司法腐败方面的问题有增无减。

比如,在事实认定方面,把证明责任的分配当成是诉讼法上法官的自由裁量权和诉讼指挥权而随意分配证明责任;自由心证原则没有任何规范指引,判决书根本不说明证据认定的原因和不予认定的原因,而是直接表述为“本院查明”云云,甚至有的判决书的判决理由与判决结果并没有实质关联。判决书没有争点整理的表述,没有证据推理的逻辑,没有本案事实认定的小前提与法律规则大前提是如何对应的检视。完成案件本身已经成为一个首要的目标,焦头烂额的法官们苦于完成各种考核指标的数字的管理要求,正义与否已经不可能成为这样的司法环境下的一个必须的指标追求。

凡此种种,未来必将导致很多不可预测的问题。作为一个法律研究者,我感到深深的忧虑。为了缓解法院案件多的压力,必须改革审判程序的结构,要把开庭前通过协调、和解解决纠纷的多元纠纷解决机制建立起来,引进证据开示制度,解决当事人双方信息不对称的问题,通过和解、调解等方式解决大部分的民事纠纷;然后剩余部分的疑

难案件进入正式的庭审,形成判例,指引法院审理类似案件,并形成制度。

证据或证明方面形成有效且可以通过审级或其他方式检视的规则是实现正义最重要的保障。诉讼的证明过程必须尊重认知规律,必须尊重人的基本理性判断。司法系统应当培养出一大批优秀的、有良知的法官,淘汰个别无法律底线的劣质法官,防止出现“劣币驱逐良币”的法官淘汰效应,让每个公民感受到司法正义的基础工程。

证据的问题有很多,我们这本书希望研究诉讼证明过程中的几个疑难问题,寻找事实认定的制度规律,期冀为正在酝酿修改的民事证据规则的完善提出有益的建议。

蒙中国政法大学“教育部人文社会科学重点研究基地重大项目”资助,蒙北京大学出版社陆建华、焦春玲编辑热心支持和帮助,这本书得以完成并出版,在此表示衷心的感谢!因作者水平所限,本书不足之处,请读者批评指正。

肖建华

2018.5.8

目 录

第一编 民事诉讼真实观

第一章 民事诉讼为什么要发现真实	003
一、从民事诉讼目的看发现真实的必要性	003
二、从法官角色的转变看发现真实的必要性	004
三、从诉讼模式的演变看促进真实发现的必要性	005
四、从我国民事诉讼发展的轨迹和审判权不规范行使看 发现真实的必要性	007
五、从《民事证据规定》之谬误看发现真实的必要性	013
第二章 客观真实与法律真实之辩	020
一、辩之前提:事实与真实	020
二、辩之内容:客观真实与法律真实	031
三、辩之结果:差异与趋同	047
第三章 民事诉讼立法主义与事实发现	055
一、民事诉讼立法主义概述	055
二、处分权主义与发现真实	059
三、辩论主义的嬗变与诉讼权利义务的合理配置	067
四、职权进行主义重塑与发现真实的契合性	077
五、诉讼行为方式的法定主义对发现真实的保障	082

第四章 诉讼真实观与民事诉讼立法完善	096
一、一审程序的立法完善	096
二、二审程序的立法完善	106
三、再审程序的立法完善	128
四、非讼事件程序的立法完善	130
五、证据规则的立法完善	136

第二编 事实发现与诉讼结构再转型

第一章 从当事人主义到诉讼合作主义	157
一、当事人主义的基本要素及其影响	157
二、当事人主义诉讼模式的绝对化和局限性	161
三、诉讼合作主义的兴起	176
第二章 现代诉讼结构之诉讼合作主义	190
一、诉讼合作主义的含义	190
二、诉讼合作主义的性质	201
三、诉讼合作主义与诉讼契约的关系	207
四、诉讼合作主义与协同主义的关系	214
第三章 诉讼合作主义的优势:发现真实	222
一、当事人之间事实层面的诉讼合作	223
二、当事人与法官之间事实层面的诉讼合作	244
三、其他诉讼参与人与法官之间事实层面的诉讼合作	258
四、案外第三人与法官之间事实层面的诉讼合作	264

第三编 庭审之自由心证与事实发现

第一章 自由心证与事实发现概述	271
一、研究自由心证的意义	271
二、我国法院适用自由心证存在的问题	276
第二章 自由心证原则的内涵	284
一、自由心证的含义	284
二、自由心证的特征	288

三、自由心证的保障原则	295
四、自由心证的目的	302
五、自由心证的制约	310
第三章 自由心证与辩论主义	319
一、辩论主义与自由心证的关系	321
二、辩论主义的内涵与发展	325
三、辩论主义的再认识	332
第四章 辩论全趣旨	342
一、辩论全趣旨概述	344
二、辩论全趣旨的具体适用	358
第五章 经验法则	372
一、经验法则概述	373
二、事实认定中的经验法则	392
第六章 自由心证与证明责任	413
一、自由心证与证明责任之交织	415
二、自由心证与事案解明义务	425
三、大陆法系国家的主要学说	431
四、事案解明义务与证明责任之关系	436