



LL.D. SERIES

中国法学博士文丛



● 毕玉谦/著

民事证据法 及其程序功能

法律出版社

◀ MINSHI ZHENGJUFA JIQI CHENGXU GONGNENG ▶

民事证据法及其程序功能

毕玉谦 著

法律出版社



LL.D. SERIES

中国法学博士文丛

● 毕玉谦/著

民事证据法 及其程序功能

法律出版社

◀ MINSHI ZHENGJUFA JIQI CHENGXU GONGNENG ▶

图书在版编目(CIP)数据

民事证据法及其程序功能/毕玉谦著. —北京:法律出版社,
1997.11

ISBN 7-5036-2091-9

I. 民… II. 毕… III. 民事诉讼-证据-法律-研究-世界 IV.
D915.23

中国版本图书馆 CIP 数据核字(97)第 21830 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/北京宏伟胶印厂

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/13 字数/310 千

版本/1997 年 12 月第 1 版 1998 年 12 月第 2 次印刷

印数/5,001—10,000

社址/北京市广安门外六里桥北里甲 1 号八一厂干休所(100073)

电话/63266794 63266796

出版声明,版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-2091-9/D·1723

定价:19.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

引 言

民事证据法可谓内容博大精深,理论浩瀚无际,加之又与兼具实务性、理悟性较强的“程序功能”所涉猎的内容相联系,对此,无论倾注多少笔墨,似乎也无法穷尽其囊括千头万绪的智能空间,因为它深深地涉足于包括传统上的程序法、实体法,及其新兴的比较法、行为法、法哲学在内的法学范畴,以及普通哲学、社会学、政治学、逻辑学、心理学、伦理学等等专门学科领域。因此,“民事证据法及其程序功能”这一命题,纵跨纯理论的层面和实务运作层面,它表达了笔者对理论为基础,理论最终要应用于实践并不断从实践中汲取养份的一种深刻感悟。例如,近年来在我国开展的一场“审判方式改革”的大讨论,无非是从总体上要克服我国长期以来“强式”职权主义的审判模式,借鉴并引入英美法系中那种对抗辩论式的审判模式及其相关作法,但是,由于在宏观上缺乏一整套系统化的理论框架作为必要的支点,特别是对证据法研究和探讨的理论深度和广度远远不够,因此,从开列出的诸种“药方”所显示的归论和效果来看,大都使人感到似有先天不足,抑或过于片面、功底浅陋之嫌。于是乎,笔者不识天工之底气,冒昧揣度和探寻此种命题的最初动因便始发于此端倪。

从传统意义上而言,英美法系素以判例法著称,成文法典历来

作为大陆法系的主要特征。但是,或许是基于一种严谨而务实的思维方式所使然,主要的英美法系国家如英国、美国、加拿大等在进入本世纪以来相继颁布实施了证据法典,进而在程序法领域开辟了成文法上的先河。与此相比,大陆法系各国的证据法与普通程序法混为一体,在创设体例上未曾有独立的构建,这其中不免显露出大陆法系各国在传统习惯上重实体轻程序,重当事人之义务而轻其权利的弊端之所在。有鉴于此,笔者在本书中所谓的大陆法系国家的证据法,不过是体现在各该国民民事诉讼法中的有关证据制度和相关程序规则,作为相对独立及“虚拟”系统化的一种表征。尽管大陆法系国家并不存在形式意义上的独立的证据法,但是,作为一种研究的对象和实务上适用性所决定,实质意义上的证据法是始终存在的。从某种发展的趋向和情态的视野上来考虑,随着正当程序的理念和意识的不断导入和大陆法系职权主义倾向的渐显弱化趋势的不断加剧,其证据法的独立地位、体制构建乃致最终实现法典化的形态,或许对大陆法系各国来讲,并不是十分遥远的事情。

在英美法系的证据法中,美国的证据法既具有传统的浓厚色彩,又呈现出强烈的时代特征,例如,它较为完整地保留了陪审团审理方式,其中所表现的绵绵因袭和继承性甚至使固有严格保守主义而闻名于世的英国法律也为之黯然失色。这是一个问题的一个方面,另一个方面,则是美国为适应当代的实务要求,以现实主义的态度极为灵活而巧妙地利用证据法上的一些传统要素和机制,从而在相当程度上实现了历史传统与现实意义上的较为完美的结合。笔者以为,美国的证据法几乎汲取和代表了英美法系的诸种精华,因本书篇幅之所限,故在介绍和评析英美证据法程序功能模式时,仅以美国证据法作为主要研讨对象。与此相对应,大陆法系国家如法国、德国等的证据法,其在存在形态以及体现方式上与英美法系国家在诸多方面大相径庭,在典型的两大法系的证据

法模式之间进行相互比较、研究,探索其各自的内在规律、本质特征,以及生成源流和发展趋向,旨在取得一些有益的鉴赏和结论。众所周知,包括证据法在内的日本诉讼法,由于特殊的历史环境和姻缘,先是自近代以来就开始效仿欧洲大陆,特别是德国的法律体系及风格,后自二战以来转而吸收来自英美法系的强烈影响,使其证据法因而兼具两大法系的一些重要特征,相得益彰,从另一角度有力地推动和促进了两大法系国家相互借鉴、相互吸收的世界性发展潮流。

就我国的证据法理论和实务而言,虽然在成文立法上反映的条文不多,过于原则和笼统,以致在审判实务上造成了可操作性不强的现实状况,但是,长期以来的司法实践已经积累了较丰富的实际经验,因此,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。为此,我们应当立足于兼顾大陆法系的优良本色,根据我国的具体国情的特点,大胆地借鉴和采纳英美法系重视程序,重视证据法的有关作法以及与此相适应的立法、司法经验和技术。从目前情况来看,我国有关民事证据法方面的理论专著,如果用诸如“寥若晨星”、“高处不胜寒”此类的言语来表述的话,一点也不为之过份。本书的撰写不过是一种伺机投石问路的尝试,借以达到抛砖引玉般的效应,希冀此般拙笔亦能为我国民事证据法理论的创就和发展作出些微薄的贡献。

目 录

引 言	(1)
第一章 本体论	(1)
第一节 证据的概念	(1)
第二节 国外学者对证据概念的理解和学说	(2)
第三节 我国学者对证据概念的理解和学说	(4)
一、我国台湾学者对证据概念的理解和学说	(4)
二、我国大陆学者对证据概念的理解和学说	(6)
第四节 对我国诉讼立法上的证据概念的评析	(10)
第五节 证据法的基本性质	(13)
一、证据法的属性	(13)
二、证据法的程序性	(14)
第六节 诉讼证据的基本特征	(15)
一、诉讼证据的客观性	(15)
二、诉讼证据的关联性	(17)
三、诉讼证据的法律性	(20)
第七节 证据的种类及分类理论	(33)

一、概论·····	(33)
二、对证据进行归类的意旨及其原则·····	(34)
三、国外有关证据种类和证据分类的学说及立法例·····	(35)
(一)英美法的证据种类和证据分类·····	(35)
(二)大陆法系的证据种类和证据分类·····	(42)
四、我国有关证据种类和证据分类的立法例及学说·····	(45)
(一)我国台湾地区的有关立法例及学说·····	(45)
(二)我国大陆有关证据种类(或形式)立法例及学说·····	(48)
五、我国的法定证据种类(或形式)与其他国家或地区的比较与评价·····	(52)
(一)书证·····	(52)
(二)物证·····	(54)
(三)视听资料·····	(56)
(四)证人证言·····	(56)
(五)当事人的陈述·····	(61)
(六)鉴定结论·····	(63)
(七)勘验笔录·····	(64)
第二章 证明论 ·····	(65)
第一节 对证明标准模式的比较与评析·····	(65)
一、“形式真实”(或称“主观真实”)模式·····	(65)
二、“客观真实”模式·····	(70)
三、“法律真实”模式·····	(76)
第二节 审查判断证据模式的比较研究·····	(79)
一、法定证据制度下审查判断证据的模式·····	(79)
(一)法定证据制度的确立和主要内容·····	(79)
(二)对法定证据制度的背景分析·····	(80)
(三)对法定证据制度的研究评析·····	(85)

(四)法定证据制度的历史性复归	(87)
二、自由心证制度下审查判断证据的模式	(91)
(一)自由心证证据制度概说	(91)
(二)自由心证的渊源及历史沿革	(93)
(三)自由心证证据制度的发展变化	(96)
(四)自由心证证据制度对英美法系的影响	(98)
(五)自由心证证据制度对新中国的影响	(107)
三、对我国在证据法上片面地理解和运用实事求是 原则的质疑	(110)
第三节 证明标准研究	(117)
一、两大法系证明标准比较与评析	(117)
(一)大陆法系	(117)
(二)英美法系	(119)
二、对我国一元制证明标准的质疑	(125)
三、论盖然性标准应确定为证明标准的原则	(128)
第三章 举证责任论	(137)
第一节 对诸种举证责任认识观点的比较评析	(137)
第二节 对行为责任与结果责任的考察	(144)
一、行为责任的个性	(144)
二、结果责任的个性	(147)
第三节 举证责任的法律属性	(148)
一、权利说	(151)
二、义务说	(152)
三、权利义务说	(153)
四、需要说	(154)
五、后果说	(154)
第四节 举证责任的分配	(155)

一、举证责任分配的一般规则	(155)
二、举证责任分配的立法例	(156)
三、举证责任的分配学说	(158)
(一)待证事实分类说	(158)
(二)原则与例外说	(160)
(三)法律要件分类说	(160)
第五节 举证责任与推定	(165)
一、推定概说	(165)
二、推定的机理	(168)
三、推定的法律效果	(169)
四、推定的局限性及克服措施	(171)
(一)局限性	(171)
(二)克服措施	(172)

第四章 证据法程序功能机理论

第一节 证据法程序功能释义	(173)
一、程序解说	(173)
二、功能解说	(176)
第二节 程序功能的机理要素	(177)
一、程序正当	(177)
(一)公正的涵义	(177)
(二)公正观与法律上的弹性及模糊性机制	(181)
(三)证据法上的价值取向——程序公正	(191)
(四)对公正失衡的救济——衡平原则的法律价值	(194)
(五)正当程序	(198)
二、审判主体的基本定式	(202)
(一)审判权的客观载体——法官	(202)
(二)程序功能的内在价值取向——独立审判	(208)

第三节 程序功能的二律背反——法官的自由裁量·····	(223)
一、自由裁量权解论·····	(223)
(一)概说·····	(223)
(二)自由裁量权的实际运用·····	(228)
二、自由裁量权的两大职能·····	(229)
(一)法官解释权·····	(229)
(二)法官造法权·····	(235)
第五章 证据法程序功能模式论 ·····	(241)
第一节 模式释义·····	(241)
第二节 证据法程序功能中的诉讼结构与诉讼目的·····	(242)
一、民事诉讼结构的涵义·····	(242)
二、诉讼目的与诉讼结构·····	(243)
(一)民事诉讼目的辨析·····	(243)
(二)诉讼目的对诉讼结构的影响·····	(246)
第三节 现代证据法史前的程序功能模式·····	(251)
一、弹劾式模式·····	(251)
二、纠问式模式·····	(257)
第四节 现代证据法程序功能模式·····	(261)
一、职权主义模式·····	(261)
二、当事人主义模式·····	(263)
三、结合式模式·····	(266)
第六章 各国证据法的程序功能模式 ·····	(268)
第一节 美国证据法的程序功能模式·····	(268)
一、审前会议制度·····	(268)
(一)审前会议制度的成因·····	(268)
(二)审前会议制度的设置目的·····	(269)

(三)审前会议协商的事项	(270)
(四)审前裁定	(271)
二、发现程序	(272)
(一)发现程序的起源	(272)
(二)发现程序概念、内容和方式	(274)
(三)对发现程序的评析	(275)
(四)对发现程序的改进与完善	(279)
三、询问规则	(281)
(一)接受询问的证人	(281)
(二)主询问	(283)
(三)交叉询问	(284)
四、陪审团审理与程序功能	(287)
五、法官职权与程序功能	(291)
第二节 法国证据法的程序功能模式	(295)
一、当事人的地位和作用	(295)
二、法官的职权及作用	(297)
三、准备程序	(300)
四、调查证据	(305)
第三节 德国证据法的程序功能模式	(311)
一、调查证据	(311)
二、言词辩论	(316)
三、德国证据法中“职权式”与“辩论式”的 制衡与失衡	(318)
四、准备程序	(322)
第四节 日本证据法的程序功能模式	(324)
一、日本“结合式”模式	(324)
二、当事人主义与职权主义的程序模式	(325)
(一)当事人主义程序模式	(325)

(二)职权主义程序模式	(330)
三、日本“结合式”程序模式中的有关程序与制度	(332)
(一)准备程序	(332)
(二)释明权	(335)
(三)交叉询问	(337)
第七章 我国证据法程序功能模式	(339)
第一节 1982年《民事诉讼法》(试行)中的证据法 程序功能模式	(339)
一、主要弊端及负效应	(339)
二、我国现行《民事诉讼法》对证据制度的 改进和完善	(342)
第二节 现行民事诉讼中的证据法程序功能模式	(344)
一、对现行民事诉讼中的证据法程序功能模式的 评价	(344)
二、我国现行民事诉讼中证据法程序模式的成因及 未来的模式选择	(350)
第三节 对现行民事诉讼中证据法程序功能模式的 改进与完善	(353)
一、对庭审前准备阶段的改进与完善	(353)
(一)改进与完善庭审前准备阶段的必要性	(353)
(二)设置审前准备程序的目的	(355)
(三)审前准备程序中的收集、取证方式	(361)
二、对证人出庭作证制度的改进与完善	(364)
(一)外国的证人出庭	(364)
(二)我国对证人出庭作证的现实作法及改进完善举措	(368)
三、对质证制度的改进与完善	(371)
(一)质证概说	(371)

(二)质证的程序模式选择	(372)
(三)质证的范围和方式	(374)
四、对证据规则的强化与完善	(377)
(一)证据规则对两大法系国家的影响	(377)
(二)两大法系国家的证据规则	(380)
(三)我国的证据规则的特点及现状	(384)
(四)设定和完善我国证据规则的一般构想	(388)
<u>主要参考书目</u>	(391)
<u>后 记</u>	(399)

第一章 本体论

第一节 证据的概念

在明确“证据”的概念之前首先要说明的是,“证据”与“诉讼证据”是有区别的,我们在此讨论的“证据”问题均属“诉讼证据”的范畴,而一般日常生活中所使用的“证据”概念相对而言是广义上的理解。对这种广义上的“证据”作为对“诉讼证据”的理解,起着一种具有影响和参考价值的作用。对此英国著名学者边沁(Bentham)早在1872年的《证据的理论基础》一书中,曾将广义上的“证据”一词理解为关系,即“任何一件事实一旦进入人的头脑,其效力、倾向性或宗旨就是产生对某一事实的存在的说服力。”其中,他所说的前一种事实为“证据性事实”,被它证明的另一种事实,被他称为“第一位事实”。这两种事实之间存在的关系,就是具有关联性。可见,证据在通常的泛义上可理解为一事物与另一事物之间的关系。其实,这种从广义上对日常“证据”一词的理解,是处于一种理性认识,具有特定的文化背景和价值观念。然而,“诉讼证据”远比日常生活中的“证据”更为复杂和带有技术性,这除了对“证据”词义本身理解会出现歧义外,“诉讼证据”还作为一种法律观念存在,受到诸如法律文化、传统背景、立法手段、程序技巧、司法需要及政策拟定等因素的影响,因而出现了对这种诉讼证据的各种理解和学说,以下作简要的介绍和说明。

第二节 国外学者对证据概念的理解和学说

在英美法系国家,人们在传统习惯上往往不从概念上来理解证据,而主要是从判例法或诉讼程序的角度来对证据加以认识和理解。当然,这并不排除英美法学者基于学理上的需要而对证据从概念上下各种定义。

从传统的角度出发,在英美法系看来,诉讼上的证据被认为是包含待证证明事实的命题与另一个包含证据性事实的命题之间,存在一种理性的关联性,因而使证据一词有两个含义:其一,指当事人为寻求证明或否定争执中的事实,请求法院采纳他们所提供的证言或书证;其二,指法院认为符合证据法,因此予以采纳来证明争执中的事实。例如,英国法官在审判职能上有一项重要的权力,即由法官宣布当事人建议提供的证据范围中,有哪些是可以作为证明争执中的事实的依据而被接受和采纳。^①

在学理上,各国对“证据”的概念有诸种理解和认识,主要有:

一、原因说。即认为证据就是使法官对待证据事实的真伪确信不明的原因,是构成法官形成内心确信的因素。如英国法学家边沁认为:“任何事物,其效果趋势或形式,在使心意上发生一种信服,足证或否认其它事物之存在者,均得称之曰证据。”^②

二、方法说。即认为证据是确认待证事物或事项的方法。凡可作为调查对象的有形物叫做证据方法^③。如美国法学家理查森

① 参见沈达明编著《英美证明法》,中信出版社1996年版,第18页。

② 《证据法学》,东吴法学丛书1948年版,第2页。

③ (日)兼子一、竹下守夫著《民事诉讼法》,法律出版社(中译本)1995年版,第100页。