

Southwest University of Political Science and Law



西南政法大学

21 世纪民事诉讼法学前沿系列

总主编 田平安

民事诉讼法 · 诉讼证据篇

EVIDENCE OF PROCEDURE

田平安 主 编
吴 杰 副主编



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS



西南政法大学

Southwest University of Political Science and Law

21世纪民事诉讼法学前沿系列

—— 总主编 田平安 ——

EVIDENCE OF PROCEDURE

民事诉讼法·诉讼证据篇

田平安 主 编 吴 杰 副主编

赵信会 田平安 刘春梅 吴 杰

段文波 陈 刚 张永泉

撰写



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼法·诉讼证据篇/田平安主编. —厦门:厦门大学出版社, 2006. 1
(21 世纪民事诉讼法学前沿系列/田平安主编)
ISBN 7-5615-2493-5

I. 民… II. 田… III. 民事诉讼-证据-研究-中国 IV. D925.113.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 155700 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门大学 邮编:361005)

<http://www.xmupress.com>

xmup@public.xm.fj.cn

三明地质印刷厂印刷

2006 年 1 月第 1 版 2006 年 1 月第 1 次印刷

开本:787×1092 1/16 印张:12.25 插页:2

字数:278 千字 印数:0001—3000 册

定价:18.00 元

如有印装质量问题请与承印厂调换



作者简介

赵信会 西南政法大学副教授,法学博士,硕士生导师,主要著述有:《给错案追究制提个醒》、《公民诉讼法律援助手册》、《民事诉讼法律关系研究》等。撰写本书第一部分。

田平安 西南政法大学教授,博士生导师,全国民事诉讼法专业委员会主任。主要著作有《民事诉讼证据初论》、《中国民事诉讼》、《民事诉讼法学》、《程序正义初论》等,发表了《民事诉讼模式初论》、《民事诉讼责任论》、《民事审判改革探略》等数十篇论文。撰写本书第二部分。

刘春梅 中南财经政法大学法学院诉讼法系民事诉讼法教研室教师、民事诉讼法教研室主任,副教授,法学博士。主要科研成果有:公开出版《自由心证制度研究》专著一部,在《现代法学》、《法商研究》等期刊上发表学术论文10多篇,参加撰写学术著作两部、参编教材一部。撰写本书第三部分。

吴杰 西南政法大学法学院副教授,法学博士,硕士生导师。先后发表《大陆法系民事诉讼证明标准基础理论研究》、《网络时代与民事诉讼变革》、《论我国行政化民事裁判监督权结构》等30余篇学术论文,并参编学术著作与教辅材料10余部。撰写本书第四部分。

段文波 重庆大学法学博士研究生,主要成果有:《典型婚姻家庭案例诉讼证据运用》(合著)、《侵权损害赔偿典型案例诉讼证据运用》(合著)、《裁判逻辑与实定法秩序之维护——要件事实论纲》、《司法改革与权利保护保险》(合译)。撰写本书第五部分。

陈刚 重庆大学法学院教授,法学博士,博士生导师,亚洲法研究所所长。在国内外刊物上公开发表学术论文(译文)30余篇,公开出版《证明责任法研



究》、《法国民事诉讼法导论》等五部著作,主编、主译学术作品 10 余部。撰写本书第六部分。

张永泉 苏州大学法学院副教授,法学博士,并从事博士后研究,硕士生导师。主要研究成果有:《民事证据采信制度研究》、《中国民事诉讼原理与实务》(合著)、《比较民事诉讼法》(参编)等,在《法学研究》、《法律科学》、《法学评论》等刊物发表专业论文 30 余篇。撰写本书第七部分。

√
√
√

2

· 总序 ·

寒来暑往,秋去春来,回首往事,新中国民事诉讼法学已经蹒跚地走过了五十五载历程。掩卷沉思,民事诉讼法学的一串串足迹令人心潮澎湃,思绪万千。在一个重人治而不重法治的国度,在一个重刑事而轻民事、重实体而轻程序的现实社会里,民事诉讼法学的萌芽、破土、生长与含苞及至成为法学园地中的一枝稚嫩的小花是多么的不易啊!

众所周知,建国以来,我国先后颁行过两部民事诉讼法典,即1982年的《民事诉讼法(试行)》和1991年的《民事诉讼法》。试行稿的公布昭示着带有浓厚注释性色彩的民事诉讼法学呱呱坠地,民事诉讼法的施行迎来了民事审判方式的改革和民事诉讼理论框架的大体搭建。

伴随着新世纪的来临,受制于国家政治、经济、文化、军事、外交形势巨变的大背景,民事诉讼法学面临着新的挑战。认真地总结过去,仔细梳理历史的教训;冷静地正视现在,全面总结审判的经验;准确引进域外的先进理念与制度,加之学者立足本土的创新思维,民事诉讼法学必将迎来新的发展阶段。在这承上启下的特殊历史时期,在为实现历史使命而不遗余力的众多同志的推动下,这套命名为《21世纪民事诉讼法学前沿》系列(以下简称《前沿》系列)终于面世了。

随着时间的推移,1991年颁布的《民事诉讼法》的某些规定已经日益呈现出落后于司法实践的弊病。对现行民事诉讼制度进行一番脱胎换骨的改造,修订一部以先进理念为先导,内容充实,更具有操作性和针对性的,具有合理结构并由完善的程序和制度构成的民事诉讼法典的任务已经提上立法机关的议事日程。新的民事诉讼法典应当具有前瞻性,能够适应今后若干年的经济与社会发展对民事诉讼机制与功能的期盼。为此,它必须立足于国情与司法实践并有所提升或超越。而要完成这一艰巨的任务必须有来自民事诉讼法学界的强力



理论支撑,这就要求民事诉讼法学研究彻底跳出注释法学的樊篱并成长成为一种真正的理论法学体系,充分利用来自于法哲学、法社会学以及法学密切相关的历史学、经济学等领域的法学研究方法,形成一种成熟、系统的方法论体系,进而完善整个民事诉讼法学的理论体系,最终以一种前瞻的姿态为民事诉讼法的修订提供全方位的理论支撑。

第一,实现民事诉讼法学研究从价值理念的确立到制度建构的重心转移,是我们在新世纪里所面临的首要任务。

在过去的岁月里,理论研究的重心基本上是停留于价值理念的确立而不是具体制度的建构。上世纪末,围绕民事审判方式改革所进行的理论探讨,与其说是进行制度建构不如说是重在制度批判,关于程序价值、程序保障、程序公正与实体公正的关系,以及当事人程序自主性等一系列问题的讨论在法哲学的层面上确立了民事程序的价值理念。然而法律家得以对社会发展给予推进的最有力的途径,是把价值关怀与制度建设结合起来。在理论的大框架内不嫌微末地进行具体制度的构思和建设,这将是21世纪民事诉讼法学研究更为紧迫的课题。

第二,民事诉讼法学研究要为民事诉讼法律制度的构建提供具有内在统一、协调、全面的理论支撑,并最终完成理论与司法实务的动态对接。我国民事诉讼法学基本理论的研究目前尚停留在纯理论探讨的层面,而未渗透到具体程序制度的设计之中;对几大基本理论的研究尚未贯穿一个具有内在逻辑一致性的共同法理。例如,诉讼标的理论与既判力理论在确定诉的开始、诉的合并与分离、诉的终结及再审的法定条件方面,都是具有决定性意义的,但目前对这两大理论的研究既未整合,也未结合现行立法或审判实务进行深入分析。诉权理论、诉讼目的理论和民事诉讼法法律关系理论研究状况也大致如此。理论上缺乏缜密的逻辑联系是立法中制度设计过于粗糙、规范之间出现漏洞和冲突的重要原因,在理论更新和制度改革的年代,理论建设尤其要注意协调一系列关系:法律理念和基本原则在各基本理论中的一贯性,各基本理论所采学说之间的内在逻辑一致性,基本理论与对这一理论有依赖关系的法律制度设计之间的配套性,新的理论与旧的理论在制度设计中的相互衔接……唯有如此,才能以具有内在逻辑一致性的共同法理统帅各个基本理论的研究,实现整个民事诉讼法学理论体系的内在整合,形成具有内在统一性的民事诉讼法学基本理论体系。这是新世纪的民事诉讼法学研究所面临的另一重任。

第三,加强比较民事诉讼法的研究。历史所造成的中国法制建设、法学研究的“断代性”,致使民事诉讼制度的发展和民事诉讼法学的研究出现了断层,它缺乏来自历史传统的制度层面和法学理论层面的素材支撑。而通过比较民事诉讼法研究方法的运用,以及对世界法治发达国家民事诉讼制度和民事诉讼法学理论的借鉴,是可以弥补这种资源贫乏的缺陷的。正是基于此,近年来对英、美、德、法、日等西方法治发达国家的现代诉讼制度的介绍已经大为增多,但缺乏对国外立法的完整系统的介绍,难免有望文生义、断章取义的嫌疑。而且,对国外制度的介绍往往缺乏与国内环境的有效对照,在态度上也有失偏颇:一味强调域外制度的优势,不能理性地看待制度移植实践中所面临的不确定性。在理论层面上,对原著的翻译严重不足,对西方学者的诉讼法理论介绍不够充分,而且缺乏系统性。这就割裂了制度实践与理论研究之间必然存在的互为参照和支撑的密切联系,而使对国外诉讼制度的介

绍和借鉴丧失了来自理论层面的支撑。

第四,加强实务的考证。理论的纯粹探讨过多且缺乏严密的量化数据的支撑是过去研究的不足。无论是着眼于价值理念的确立还是具体民事诉讼制度的建构,要想对社会的发展产生实际的效果,民事诉讼法学研究就必须通过一种实证性的社会学研究实现理论研究与社会实践的良性沟通,而这正是当前民事诉讼法研究所缺乏的。总体看来,研究中理论层面的纯粹性探讨过多,而实务性的考证过少;某种价值理念的提出往往是基于一种纯粹的逻辑演绎,缺乏来自实证性研究领域的有力支撑;某种制度构想的提出也往往是基于一种本来在态度上就有失偏颇的对国外制度的借鉴,而对其所必需的实证性的社会环境支撑则缺乏足够的重视。基于此,我们必须加强实证性的民事诉讼法学研究,用来自司法实务领域的严密的量化数据证明所提出之理论主张的价值,并在提出某种民事诉讼制度构想之初就对其落实于司法实践的可能性作出预期。

第五,重视和加强对民法与宪法的关系的研究。民事诉讼法是国家法律体系的重要“成员”。民事审判制度是国家司法制度的有机组成部分。宪法作为国家的根本大法,它决定着国家权力的组成、结构状态,统帅着整个法律体系和司法制度。民事审判权的走向取决于司法权和司法部门在整个国家权力体系和国家机构体系中的宪法性定位;民事诉讼的目的以及当事人与法官在诉讼中的职能分配取决于宪法对审判权的功能性定位;而宪法对作为人权的一个基本组成内容的诉权的确认则是民事诉讼程序正当化的一个“原创性”基础要件;宪法制度所确定的司法理念渗透于民事诉讼法学理论和具体制度的每一个细胞,司法体制制约着整个民事诉讼法的制度框架和运作环境。因此,民事诉讼法学研究只有对民法与宪法的关系给予足够的重视,才能为其对具体制度建构所提供的理论支撑找到宪法层面的基础,并保持民事诉讼具体制度建构与整个社会法律制度体系建构的内在统一。

第六,强化民法法学的研究与相关实体法法学的沟通。强调程序的独立价值并不意味着要割裂程序法与实体法之间所存在的天然的密切联系。我国民事诉讼法学理论界已经就此达成共识:民事诉讼是民事实体法与民事程序法共同作用的“场”,民事诉讼法学不可能是与民事实体法学没有任何关联的自我封闭体系,将民事实体法法学研究与民事诉讼法学研究相结合对于后者的进一步发展是至关重要的。只有实现两者的良性沟通,才能在由民法法学提供理论支撑的民事诉讼法律制度的建构与由民事实体法学提供理论支撑的民事实体法律制度的建构之间保持一致,并最终在制度的实践层面实现一种动态均衡。尽管如此,由于缺乏来自民事实体法学界的默契,而总体上讲两个领域的研究主体在知识范围上又难以同时涵盖两个领域,作为两个学科,它们的研究仍然处于相互独立、各自为政的一种隔离状态,沟通显得举步维艰。例如在证明责任这一两大学科共同面临的重大课题上,它们似乎没有任何共同话语,民事实体法学对民事诉讼法学所致力这一领域的研究置若罔闻,在观察视角或是相关学术活动的交流上仍未能建立起经常性的沟通渠道。

第七,逐步形成多元化、立体化的民法法学方法论体系。近年来,随着民法法学研究群体的年轻化,其主体意识正日益走出传统意识形态的束缚,有力地促成了民法法学研究方法的多元化、立体化趋势。注释法学的“专制”地位被打破,民法法学逐步突破这种局限而进入多种研究方法百花齐放、百家争鸣的新时期。法哲学与作为部门法学的民法法学之间的裂

痕正逐渐得到弥补,法哲学研究的最新成果为民诉法学的进一步发展提供着有力的深层支撑。就方法论来讲,法哲学对部门法学应发挥统帅的作用,为各部门法学的发展提供方法论上的支撑,民诉法学也同样应该受到这种统帅。随着法哲学的方法论体系进驻民事诉讼法学,历史的方法、比较的方法重新得到强化,经济分析的方法、社会学的方法则日益成为民诉法学界的新贵。尽管如此,这种多元化、立体化的方法论体系仍处于相对薄弱的形成时期,而要使民诉法学研究真正承担起为制度建构提供全面、系统的理论支撑的重任,一种健全的、多元化、立体化的方法论体系是必不可少的。这就要求 21 世纪的民事诉讼法学研究要不失时机地促成这一体系的形成,在一种成熟的方法论体系中开展成熟的民诉法学理论研究,从而为制度建构提供成熟的理论支撑。

V
V
V

4

为此,《前沿》系列将继续发扬传统的注释法学方法的优势,并在方法论的选择上保持一种开放的姿态,对法哲学、法社会学、历史法学、经济分析法学等法学方法兼收并蓄,最终形成并运用一种系统均衡的方法论体系,从而全面、系统、准确地阐述民事诉讼法的过去、现在与未来,既立足中国又放眼世界,既有经验总结又有问题研究,既注重理论探索又注重实证研究,既追求民诉法学理论体系的内在统一性又力求与相关的实体法学研究保持协调。与这种方法论体系的开放性相一致,《前沿》系列在内容的体例编排上不以章、节行文,而以专题阐释。从而力图以理论体系所内涵的实质系统性取代以章节行文为表征、以法典注释为内涵的形式系统性。而所有这些安排的一个重要目的就是要以系统的方法论体系为基础,构建系统的民事诉讼法学理论体系,并最终为民事诉讼法的修订提供一种系统的、全方位的理论支撑。

二

民事诉讼法学理论的繁荣昌盛,有待于民事诉讼法学人才的层出不穷。

西南政法大学的前身西南政法学院于 1979 年开了全国民事诉讼法学研究方向硕士研究生培养之先河。25 年来,全国民事诉讼法研究生的培养无论在质量上还是数量上都已经有了长足的进步,但至今,民诉法学研究生教学仍然没有一套系统、权威、全面的教学蓝本,这不能不说是一件憾事。

据笔者所知,大多数高等院校的民诉法学研究生们参考沿用的是法学本科教材。应当看到,随着民诉法试行稿的公布和 1991 年民诉法的正式施行,各高等院校法学专业的民事诉讼法教学开始逐步走向繁荣,官方、民间和个人撰写了一大批教材。这批教材为民事诉讼法学教学的兴旺提供了有力的支撑,功不可没。但是,不少教材在方法论上仍囿于注释法学的樊篱,在体例编排上严格遵循现行立法体系,在内容上止于对立法的诠释。虽说它们对法学本科教学大有裨益,但亦可断言,民事诉讼法硕士研究生长期参考或借用法学本科教材并非长久之计。

研究生,顾名思义,是既要进行学习又要进行研究的学生。研究生教学的任务不应再局限于为司法实践批量地培养初级、应用型法科人才,而应在本科的基础之上将具有研究潜质的本科学生培养成高层次的、专门的法学理论研究人才,使之能承担起从事为司法实践提供支撑的法学理论研究的重任,从而与初级、应用型法科人才形成知识互补,并为从司法实践

到理论研究的整个法治建设提供一种从实践到理论、再到实践的良性互动。在这样的一个历史时期,原来的注释型民事诉讼法学教材的历史合理性就变得不那么充分了,无论是在理论深度还是在内容的全面性上,它都无力满足高层次的、专门法学理论研究人才培养的需求,这就需要有一种系统的、能够适应高层次的理论型民事诉讼法学研究人才培养的民事诉讼法学教学蓝本,与之分担新的历史时期所赋予民事诉讼法学教学的新的历史使命。

当然,研究生教育是为培养高层次的、专门的法学理论研究人才而设的,它必须保持适当的开放性,而不能因某种既定教育模式、体系的存在而循规蹈矩。但研究生教育毕竟与个体化的理论研究不同,是由教育的本质所决定的,即便是研究生层次的法学教育也是集合化的,因此就有必要由一种外在的、体系化的东西加以统帅,而不能放任自流、各行其道。凭借西南政法大学培养研究生的经验与优势,专门组织一套为研究生所用的学习蓝本不仅是必需的而且是完全可能的。《前沿》系列深谙法学本科教育与研究生教育的差别,全面汲取25年培养研究生的正反两方面的经验,同时也充分注意到不能让教学的系统性泯灭研究生教学的开放性,相反,只要能因势利导,它就更有利于在一种体系化的格局中充分发挥民事诉讼法方向研究生的思想灵性,并能使之有的放矢,充分展现于理论研究和实践操作之中。

三

《前沿》系列力图保持内容设置和体例编排上的严谨统一。

无论是要为民事诉讼法的修订提供系统全面的理论支撑,还是要为民事诉讼法学方向研究生教学提供一套系统的教学蓝本,都要求《前沿》系列既要具有内在的逻辑统一性又要具有外在的形式体系性,因此内容设置和体例编排对本系列目的的达成是至关重要的。为此,《前沿》系列将由十本著作组成。《民事诉讼法原理》是该系列中提纲挈领的首部,它相当于21世纪民事诉讼法学《前沿》系列的“总论”。它承上启下,既兼顾法学本科的教学现状又辅之以深化的成分。在它的统帅下,根据民事诉讼法学各个领域在整个理论体系中的地位及其在民事诉讼制度建构工程中所处的坐标,将整个民事诉讼法学理论体系划分为八个组成部分,并分别命名为《基础理论篇》、《诉讼主体篇》、《原则制度篇》、《诉讼证据篇》、《诉讼程序篇》、《执行程序篇》、《涉外与仲裁篇》、《海事诉讼特别程序篇》,这八部著作相当于《21世纪民事诉讼法学前沿》系列的“分论”。总论与分论互为表里、遥相呼应,共同塑造了《前沿》系列在体例上的外在形式体系性。同时,《前沿》系列力求突破传统教材以章、节行文的做法,而以“专题”作为理论阐释的基本单元。在编撰中,我们既注重每一本著作内部各专题性理论阐释间的协调,又注重各部著作对其研究领域描述、论证的统一,力求使本丛书在内容上具备内在的逻辑统一性。另外,《前沿》系列将“海事诉讼特别程序”纳入其视野,并给予高度重视,弥补了传统民事诉讼法学研究及传统教材在研究领域设置上的一个重大缺陷。

除上述九本供研究生学习的教材之外,《前沿》系列还包括一部专著《自由心证制度研究》。该著作是作者在对其博士论文进行修改加工的基础上完成的,具有选题前沿,资料翔实,研究方法多样,运用相关学科丰富的知识,观点创新,论证严密等优点,因而一并收入《前沿》系列之中。

为实现上述目的,《前沿》系列在组建撰写队伍和确定策略时可谓呕心沥血。

西南政法大学诉讼法学科是西政乃至西南地区的第一个法学博士点。民事诉讼法学课程是重庆市的精品课程。《前沿》系列则是法学院民事诉讼法学科点的重点科研项目。“分兵以发动群众,集中以应付敌人”是本系列的策略。就是说,群策群力集中大家智慧,分工负责采用目标责任制。统编工作由鄙人负责,实行主编负责制,副主编协助主编工作。参编成员原则上是本学科点的人员,同时也广为吸收由学科点步入社会的民事诉讼法学方向的博士和硕士。因此,《前沿》系列的编撰群体首先是实现了老、中、青的立体结合,其次是显现出浓郁的“西南”特色。由于力图突破地域分割给理论研究所造成的局限,同时,为加强相邻学科的沟通,实现不同学科研究人员之间的理性对话,我们还特别邀请了相邻学科的学者志士参与书稿的编撰,从而为这种沟通和对话提供一个平台。再次,《前沿》系列力图推进民事诉讼法学方法论体系的多元化、立体化发展。

本系列无论是编撰人员的选配,还是内容的编排,都注重保持方法论选择的开放性,力争促进民事诉讼法学方法论体系的多元化、立体化发展。它在继续发扬传统的注释法学方法优势的同时,对法哲学、法社会学、历史法学、经济分析法学等法学方法兼收并蓄,针对不同的研究领域选择、运用合理的研究方法。针对传统民事诉讼法学研究过于注重纯理论探讨的缺陷,《前沿》系列将加强实证性分析,并使之与纯理论探讨相互关照、互为支撑。针对传统民事诉讼法学与相关实体法学研究缺乏必要沟通的缺陷,《前沿》系列将力争合理借鉴相关实体法学的研究方法和研究成果,实现程序法与实体法在民诉法学研究和实践中的对照和呼应,在民事程序法学与民事实体法学之间塑造一种系统均衡的状态,并启迪“系统论”的法学方法在民诉法学研究中的运用。

当然,制作一套研究生教学蓝本是一件开创性的工作,因为没有先例,无成功的经验可资借鉴,亦无失败的教训可资汲取。唯一能借鉴的只是25年的研究生教学实践,助推我们向前的是对法学教育事业的执著追求。前面提及本系列一共十部,其内容不可谓不丰富,其体系不可谓不庞大,欲在有限的学时内教授完毕显然是强人所难。因此,建议使用本系列的同事们斟酌取舍、灵活掌握,而多数的内容应留待研究生们自学、思考。

最后,我们遵从惯例,真诚地向编辑出版《前沿》系列丛书的厦门大学出版社的同志们致以深深的谢意。没有他们的支持与辛劳,本系列丛书是难以面世的。

由于水平所限,加之时间仓促,书中谬误之处在所难免。大到体系、论点,小到字句、标点,我们诚恳地期望得到同行和同学以及社会各界的指正。在此,先向您鞠躬啦。寥寥数语,是为序。

全国民事诉讼法专业委员会主任
西南政法大学民事诉讼法学科负责人 田平安
博士生导师、法学教授

2004年7月8日

目录 CONTENT

第一部分 证据制度的历史沿革 /1

一、神示证据制度	1
二、法定证据制度	7
三、自由心证的证据制度	12
四、中国证据制度的历史沿革	17

第二部分 民事诉讼证据种类 /27

一、实物证据	27
二、言词证据	37
三、电子证据	51

第三部分 自由心证制度 /59

一、自由心证制度概述	59
二、大陆法系国家自由心证制度的历史演进	68
三、自由心证制度的理论依据	79
四、自由心证合理性之制度保障	86

第四部分 民事证明标准理论 /100

一、民事证明标准基础理论研究	100
二、证明标准、自由心证和证明责任关系	118
三、民事证明标准减轻法理基础研究	122

第五部分 表见证明的相关判例及其理论 /132

一、表见证明的相关判例	132
二、表见证明的相关学说	133
三、民事推定的理论及其判例	139

第六部分 证明责任理论 /152

一、证明责任法的基本意义	152
--------------------	-----

二、证明责任的适用	157
三、证明责任的分配	160

第七部分 民事诉讼证据收集与认定 /166

一、民事诉讼证据的调查收集	166
二、民事诉讼证据的调查收集与保密权问题	172
三、民事证据调查收集的合法性问题	176
四、民事案件事实认定的对象和方法	179

第一部分

证据制度的
历史沿革V
V
V
1

法律制度作为上层建筑的一部分与社会息息相关,并随着社会物质生活条件的变化而变化。从整个人类历史来看,证据制度的发展大体经历了神示证据制度、法定证据制度和自由心证制度等几个阶段。与人类认识能力的逐渐提高和社会生产力的逐步发展相对应,证据制度的变化不仅反映了当时所处社会的生产力的变化,而且与人们对幸福生活的追求一样,证据制度的沿革也反映了人类对真、善、美的永恒追求与执著。^①历史上证据制度对诉讼公正的追求和今天的证据制度有共通之处,并因此能够给当代的证据制度的建构与完善提供应有的启迪。

一、神示证据制度

西方国家的神示证据制度最早出现于古希腊、古罗马,与其发达的民商法律、较为完善的法律理论相对应,它们在证据运用范畴内构筑了一系列卓有成效的制度与措施,使得企图“平息诸神愤怒”的原始刑罚制度演化为世俗社会中追求正义和解决纠纷的重要工具。神示证据制度不仅在较长的历史时期内支配着西方国家的诉讼,而且为以后证据制度的发展提供了历史基础。

(一)神示证据制度的历史背景

1. 人类的认识能力相对低下

在人类社会早期,人与自然之间的分离不明显,人与自然的一致、合一是人与自然关系的主线。人类认识自然、支配自然的能力相对低下。对日月星辰、风雨雷电等自然现象都无法作出科学的解释,自然地将这些现象归之为超自然的神灵。神是自然的主宰,万物受制于神,神代表公正、正义。古希腊奥林匹克山上的神就很多,而且不是唯一的。“在荷马诗歌

^① 长期以来我们对证据制度的研究过多地关注与证据制度相关的意识形态因素,这种阶级分析的方法片面强调了证据制度作为统治阶级的专政工具之功能。抹杀或者忽视了证据制度中所含的人类对真、善、美和诉讼公正的追求。例如,认为神示证据制度产生的基本原因是奴隶主出于震慑被统治者的需要,法定证据则是封建专制君主为使法官成为自己的忠实工具而设计的一种法律手段。参见陈一云主编:《证据学》,中国人民大学出版社1992年版,第90~96页。

中,代表宗教的奥林匹克的神祇,无论是在当时或是在后世,都不是希腊人唯一崇拜的对象。”神灵们是无所不能的。“神灵们完全是人性的,与人不同的只在于他们不死,并具有超人的威力。”^①人们相信凭借神的启示可以发现是非善恶,实现神的意志,就能够惩恶扬善。人们对神灵的崇拜与敬畏是神示证据存在的基础,这种敬畏一定程度地存在于西方的证人宣誓制度中。“这种现象甚至仍留存在我们的诉讼程序之中,每个证人的立誓便带有附条件乞神降祸的意味:‘我发誓我将说的是真话,句句实情,绝无谎言。上帝保佑我!’这里‘保佑’是惩罚的同义词。”^②

2. 血亲复仇向同态复仇的转化是神示证据制度产生的直接原因

早期社会生产力水平极其低下,几乎不存在基于经济交换关系发生的纠纷,社会的主要纠纷是基于生存斗争的暴力侵害。与这种暴力侵害相对应的纠纷解决方式也具有典型的暴力特征。最早的纠纷解决方法是血亲复仇。这种血亲复仇方法没有明确、固定的程序与目标,也不需要经过实体裁判查明纠纷的原因与性质,更不需要确定具体的惩罚数额。与血亲复仇无须第三者介入相关联,该纠纷解决方式既不需要固定的程序,也不需要相应的证据。在这样的纠纷解决方式中证据制度无从产生。血亲复仇的另一个特点是复仇的对象不是单个的人,而是以部落或集团为对象,并给社会生产力造成极大的损害。最后,血亲复仇在其最终结果上往往无法实现纠纷的解决,并使纠纷无限制地延续,从而走向其存在目的的反面。正是存在这样的原因,血亲复仇为一种全新的纠纷解决方式——同态复仇所取代。

同态复仇与血亲复仇相比具有以下几个特点:(1)对复仇的形式与数额进行了限制。限制的基本指导思想是被害与加害应当相互统一,复仇者应当严格按照受损害的形式和程度进行复仇,不能超出损害的范围。(2)复仇的对象不是针对部落或集团,而是针对实施侵害行为的个人。复仇对象的变化不仅是同态复仇的具体内容,也为同态复仇的实施提供了基本的前提。“因此,人们必须明确认识到,只有将血族复仇针对的集体责任转化为具体的个人责任,才能有效地保持加害人与受害人之间的同态关系,等价的暴力目的才能圆满地实现。”^③(3)和加害与被害相统一的原则相对应,复仇前必须对被害的性质、情节、程度等予以调查,并确定具体的复仇形式和内容。确定的方法是依靠神灵的启示,在这样的背景下神示证据制度产生了。神示证据制度的产生,标志着人们努力发现案件事实追求诉讼公正的开始。

(二)神示裁判的具体内容

西方神示证据制度有多种形式,不同形式的神示证据制度有不同的内容。主要的神示证据裁判有以下几种:

1. 宣誓

宣誓又称为神誓,依照该方法,如果当事人或者证人不敢对神发誓,或者在对神发誓时

① [英]罗素著,何兆武、李约瑟译:《西方哲学史》(上卷),商务印书馆 2003 年版,第 33 页。

② [美]E·A·霍贝尔著,周勇译:《初民的法律》,中国社会科学出版社 1993 年版,第 299 页。

③ 陈浩然著:《证据学原理》,华东理工大学出版社 2002 年版,第 151 页。

流露出恐惧的神色,或者在发誓后的一定时间内出现了遭受某些报应的迹象,则可以据此断定其主张的事实或陈述为虚假。宣誓是在神示裁判中较为广泛适用的一种方法,主要分三种情况:(1)说明清白的宣誓,用于免除自己的责任。例如公元前17世纪巴比伦王国的《汉谟拉比法典》第126条规定:设若某人并没有失落什么而声称“我失落了某物”,并诬陷自己的邻居,则他的邻居应在神前发誓来揭穿他并没有失落什么,而他则应加倍偿还他的邻居自己所贪图的物品。(2)强制宣誓,又称为必须宣誓,系裁判者要求当事人或证人进行的宣誓。例如《萨利克法典》第58条规定:如果有人杀了人而交出自己所有的财产,但还是不够偿付依法所该付的罚款,那么他必须提出12个共同宣誓人,他们将宣誓说“在地上,在地下,除已交出的东西以外,并没有任何财产”。(3)自愿宣誓。

2. 水审和火审

这是用水和火来检验当事人的陈述是否真实或者被控告的人是否有罪的神示证明方法,较多用于盗窃或者杀人等重大案件的解决中。

(1)水审。水审又可以分为冷水审和热水审两种方法。冷水审是将被控告的人投入水中以检验其是否有罪。具体标准有两个:一是沉没为有罪,浮出为无罪。例如《汉谟拉比法典》第2条规定:设若某人控他人行妖术,而又不能证实此事,则被控行妖术的人应走近河边,投入河中。如果他河水制伏,则揭发者可以取得他的房屋;反之,如果河水为这人剖白,使之安然无恙,则控他行妖术的人应处死,而投河者取得揭发者的房屋。二是以浮出为有罪,沉没为无罪。例如古代日耳曼法规定:将嫌疑人的手脚捆在一起,成弓背屈肢状,然后投入水中,如果浮于水面则表明有罪,如果身体沉于水下,则被认为无罪。热水审是放置物品于沸水中,令被告人用手取出来验证其是否有罪的方法。具体操作时让被告用手从沸水中捞出物品,接着包扎好其烫伤的手,同时向神祈祷,过一段时间后再根据其烫伤的手的恢复程度决定其陈述是否真实及其是否有罪。如果手上的烫伤好转,法官则认为是神意所致,因而他便是诚实无罪的;如果伤口溃烂,就被认为是神对他的惩罚,由此就应断定他的陈述是虚假的,他是有罪的。

(2)火审。火审是通过一定的方式要被告人接受火或者烧红的铁的检验,显示神意,借以判定当事人的陈述是否真实以及刑事被告人是否有罪。这种折磨或者考验通常都伴随着由牧师或神父等神职人员主持的宗教仪式。例如《麦玛威法》中规定:凡犯盗窃罪,必须交付审判。如在审判中为火所灼伤,即认为不能经受火的考验,处以死刑;反之,如果不为火所灼伤,则可允许其主人代付罚金,免处死刑。在这种火审裁判中,司法审判的结果明显地不利于接受考验的一方,因为一般情况下人都会受到热铁的灼伤,只有在特殊情况下才能幸免。

3. 决斗

“在各民族的野蛮时代,神示裁判中有一种方式就是决斗。”^①产生于野蛮时代的决斗在欧洲中世纪还有相当大的影响,并成为欧洲中世纪的一种习俗。这种习俗体现于诉讼中,就是采用决斗的方法确定当事人双方对案情的陈述的真伪。决斗的前提是:(1)当事人对案件事实的陈述发生矛盾,而原告提出愿以自己的生命证明自己的控告是真实的;(2)被告一方

^① [意]维科著,朱光潜译:《新科学》,人民文学出版社1997年版,第484页。

提不出证明自己无罪的证据。在符合这两个条件的情况下,法官便指令原、被告双方进行决斗。凡在决斗中获胜的一方,便被认为是神使他获得了胜利,因而他是真诚的、无罪的,而失败的一方则被认为是有罪的。如果被告人不敢决斗,就以失败论处。决斗之前,双方必须对神宣读誓词,如果有一方在宣暂时神情恍惚,宣读誓词错误,则认为神的旨意已经显现,决斗已经没有必要,法官即可以直接判决宣读誓词错误的一方败诉。决斗期间一般允许休息,根据某些国家的法律,决斗时允许休息3次,每次1小时。决斗要进行到一方战死为止,被杀死的一方被认为没有神的帮助,因此是有罪的。此外,决斗双方还必须属于同一等级,只有上流社会的人才能使用剑进行决斗,一般的农民或者平民则只能用木棍进行决斗。最后,在某些国家决斗的适用并不是诉讼证明的最后选择,即使在有其他的证据或者证明方法的情况下,也可以选择使用决斗。例如,丹麦国王弗罗陀曾经下令要求一切争执都通过决斗来解决。

除以上几种证明方法之外,还有天平测验、吞咽面包等神示裁判方法。

(三)神示证据制度的延续

神示裁判的方法彻底退出历史舞台经历了漫长的历史过程。1215年欧洲天主教拉特兰宗教会议明确禁止在教会诉讼程序中适用神明裁判的方法,1818年法国国会明令废除了“司法决斗”。此后,在欧洲各国神明裁判也相继遭遇了同样的命运。荷兰率先废除,法国和英国紧随其后。从神示证据制度开始受到挑战到法定证据制度最终确立,这期间仍然经历了相当长的时间。有学者称这一时期的证据制度属于既具有形式证据特征又兼采内心确信的朦胧证据原则。“所谓的朦胧证据,指的是现实的证据方法与迷信的证据手段相互交错、相互黏着,弹劾程序与纠问程序共同作用的混杂性证据制度。”^①我们称这一时期为神示证据制度的延续。

1. 古罗马的证据制度

古罗马的诉讼分为“公共诉讼”与“私人诉讼”两类,其中私人诉讼的程序结构更为严密、科学,不仅在当时居于支配地位,也对以后的诉讼制度产生了重大影响。古罗马的私人诉讼大体上可以划分为法定程序、形式程序、特别程序三个阶段,其中公元前2世纪以前主要采取的是法定程序,公元前2世纪至公元2世纪左右是形式程序,公元2世纪以后是特别诉讼程序。

在形式程序诉讼时期,案件的审理过程被明确地区分为“法律程序”和“事实程序”两大部分。裁判者在法律程序中的主要任务是根据当事人的主张确定案件应当适用的法律,裁判者在事实程序中主要根据当事人提供的证据确定案件的事实。两个程序结合在一起最终得出裁判的结果。法律程序和事实程序分离的原因有两个方面:一是当时的古罗马尚未建立完善的制定法体系,公元5世纪才出台了系统的制定法《查士丁尼国法大全》;二是古希腊哲学与逻辑学对古罗马的思想和立法产生了重大影响,而希腊逻辑学初步确立了较为系统的以演绎推理为基础的逻辑学。“希腊的逻辑完全是演绎的……斯多葛学派认为有某些原

^① 陈浩然著:《证据学原理》,华东理工大学出版社2002年版,第158页。