

中国民商法专题研究丛书

■ 梁慧星 主编

民事证据研究

叶自强 著

MINSHI ZHENGJU
YANJIU

法律出版社

梁慧星 主编

中国民商法专题研究丛书

民事证据研究

叶自强 著

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

民事证据研究/叶自强著. - 北京:法律出版社. 1999
(中国民商法专题研究丛书/梁慧星主编)

ISBN 7-5036-2831-6

I. 民… II. 叶… III. 民事诉讼-证据-研究-中国
IV. D925.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 15932 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任印制/张宇东

责任校对/杨昆玲

印刷/外文印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32

印张/16.625 字数/388 千

版本/1999 年 9 月第 1 版

1999 年 9 月第 1 次印刷

印数/0,001-5,000

社址/北京市西三环北路 105 号科原大厦 4 层(100037)

电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-2831-6/D·2543

定价:26.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

前 言

(一)

民事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真情,然后准确地适用法律。借以查明案件真情的手段有两种:证据和推理。其中证据是主要手段,推理则是一种辅助性手段。因此证据是民事诉讼的核心内容。假若证据缺乏或不完整,就无以澄清民事纠纷发生的因果关系,民事纠纷就不能获得正确的解决。

然而,长期以来,民事证据的地位和作用一直未受到重视。首先,历代盛行的“重刑轻民”的传统观念为这种现象的发生造成了消极的社会软环境。在我国诉讼史上,刑诉与民诉合一,民事案件依刑事诉讼程序处理,实行纠问式的诉讼形式。在这种形式下,当事人只是被追究的客体、被审问的对象,只有招供的义务,没有任何反驳和辩护的权利,因而证据制度极不发达。民国时期,民诉与刑诉分立,但由于从西方引进的一些现代民事诉讼原则和制度总体上不适合我国国情,程序繁琐,司法人员难以把握,一般当事人无所适从,加之时局动荡,因而对于我国民诉法制建设无所贡献。^① 新中国建立后,由于“极左”的错误思潮的影响,社会主义法制曾遭到严重破坏。1978年后,我国进入社会主义法制建设的新阶段。这

① 叶孝信主编:《中国民法史》,上海人民出版社1993年版,第652页。

一时期,针对林彪、“四人帮”反革命集团大搞法西斯专政所遗留下来的种种弊端,加强了刑法和刑事诉讼法建设,推动了刑事诉讼理论研究的开展,因而理论界研讨证据问题时,一般以刑事证据为主。民事证据的研究则显得冷冷清清。这种民事证据理论研究落后的现实,越来越不能满足社会公众对当今民事审判“公正”和“效率”的需求,亟待改变。

其次,与民事审判中过于注重调解及运用道德标准有关。我国历史上是一个“无讼”的法文化意识根深蒂固的家族本位社会,人以无讼为有德,“对证公堂是鄙下的,为君子所不耻。”“在大多数告到衙门来的案件中,县令都会反复敦促原告和被告私了。所有乡里都很熟悉大量不同的调解纠纷的巧妙办法,…”^①历史上这种发达的调解制度对我国现代民事审判制度产生了巨大影响。1982年《民事诉讼法》(试行)即曾明定“着重调解”为民事审判的方针,这是众所周知的事实。而“着重调解”的过程,往往伴随着忽视证据的现象。在调解活动中,有的法官不重视证据,是非不分,对原告和被告采取“各打五十大板”的错误做法;有的采用强迫和解的方法结束案件的审理。

最后,具有法律约束力的民事证据规则本身非常欠缺。我国有些学者片面地批评法定证据制度,认为它僵化、徒具形式,不利于法官的操作,因而主张抽象的证据法则。我国《民事诉讼法》对证据的规定不甚具体,很难说没有受到这种观点的消极影响。由于缺乏具体规则约束,法官享有极大的自由裁量权。这种权力难以保证不被滥用。倘若有些法官出于私见欲使原告胜诉,即在判决中少写于被告有利之证据,甚至对被告提供的有力证据只字不提,而仅仅强调原告提供的有力证据。又如,有的法官为利己之

① [美]吉尔伯特·罗兹曼主编:《中国的现代化》,上海人民出版社1989年版,第127页。

便,竟指使当事人一方作伪证。^①有的法官受利益驱使,以伪证为由故意拖延诉讼,或以伪证作为认定案件事实的根据,人为地制造错案。例如,轰动全国的“一起罕见的执法违法绑架案”,就是某县法院的极少数法官,以不法分子捏造的假材料为根据,将山东济南某企业经理绑架到赣后,向被害人家属索要 26 万元人民币的严重事件。^②我们注意到,在这些触目惊心的案件中,有些伪证的策划者、制造者、使用者,并未受到法律的严厉制裁,这怎能保障民事诉讼的正常进行,维护法律的尊严和法院的威信呢?

早在 1988 年下半年,为了增加民事审判的公正性,提高民事审判的效率,我国法院在全系统有组织地开始民事审判方式的改革,即变职权主义的诉讼模式为当事人主义诉讼模式,强调当事人的举证责任和实行直接开庭。然而将近十年了,虽然我们不敢贸然否认这种改革在某些方面取得了一定效果,但问题却越来越复杂,司法腐败反而越来越严重,也是公开的事实。造成这种状况的原因虽然是多方面的,诸如政治的、经济的、体制的原因等,但是就法院局部工作而言,证据制度存在许多缺憾是不可否认的事实。虽然我们不能断言证据制度的完善就能够在很大程度上减少审判中的问题,杜绝司法队伍的腐败,但我们却可以说,证据规则不完善却客观上为审判不公和司法腐败提供了制度条件。假如我们着力于完善证据制度,将会有利于审判人员进行合理的司法行为,将有利于当事人及其代理人就其诉讼行为作有效的预期,还有利于检察机关具体深入地行使监督职权。可以说,民事证据规则是民事审判方式改革的基础和核心。如果没有科学而严密的、文明而发达的民事证据规则,那么,所谓提高民事诉讼的透明度,杜绝司法腐败;所谓提高民事审判的质量和效率,推行法庭调查、法庭质

① 参见赖高:《法庭岂能容伪证》,载 1996 年 12 月 10 日《法制日报》第 6 版。

② 张开绩:《论民事诉讼中的举证责任》,1996 年全国诉讼法学会论文。

证,进而法庭认证,必然是一句空话。

那么,在民事审判中存在哪些证据问题呢?这个问题比较复杂。举要而论,第一,举证责任缺乏统一的规定。举证责任所涉及的范围比较广泛,诸如当事人举证责任与法院调查证据责任的范围的划分;有效的举证时间和地点;证据不足的后果及其补救措施等等。目前,我国民事诉讼法没有规定这些问题,最高法院也没有进行解释。地方法院各行其事。第二,当事人的举证时间不受限制,往往使诉讼期间受到拖延,耗费了宝贵的诉讼资源。第三,缺乏判断证据的具体标准。民事诉讼法规定了七类证据。但是各类证据缺乏具体的判断标准。各地法院做法很不一致。需要合理的证据判断准则来指导审判实践。第四,关于司法认知、推定、当事人承认等制度,因缺乏系统的理论基础而未完善;关于计算机所储存的数据能否在诉讼中被法院采纳为证据及其证据价值的问题,是一项研究空白,亟需填补。此外,还存在许多其他的证据问题。上述问题的存在客观上为审判的弹性化提供了制度条件,为司法不公正留下了漏洞。因此,努力研究民事证据理论,尽快完善民事证据规则,就成为时代赋予我们的任务。这就是我写作本书的现实背景。

(二)

在19世纪之前的西欧民事诉讼中,由于法官素质低劣,审判不公,普遍不受信任,因而国家制定了各种各样的规则来制约法官在审判时的裁量范围,这就是法定证据制度。这种证据制度对于保障诉讼的公正性具有一定的意义,但是对千变万化的现实生活用很有限的机械的法则判断,不仅不能抓住事实真相,反而会背离真实。因而到了19世纪下半期,人们通过尝试全面改革诉讼结构,有条件地放松了对法官审查证据的制约。与此同时,人们在提

高法官的素质、创造能够进行公正审判的制度方面进行了有益摸索。于是,这种过分拘泥于形式的法定证据原则逐渐被自由心证主义所取代。“在民事诉讼领域,19世纪德国的民事诉讼没有再规定某种证据不具证据能力或者只要存在某种证据就必须作某种认定等等,而规定无论什么都可以成为证据、如何根据证据作出判断则完全委之于法官的自由心证。这一原则在日本明治时期建立民事诉讼制度时被原封不动地继受下来。”^①日本现行的《民事诉讼法》第185条规定:“法院作出判决时,应当斟酌口头辩论的全部旨意及调查证据的结果,依自由心证判断事实上的主张是否应当认定为真实。”自由心证主义完全信任法官的智慧,“只期望于有良心、有辨别能力和经验的法官的具体确信。达到这种确信的程
度,该事实就被证明了,以此决定当事人所主张的事实是否真实。”^②这样,自由心证的过程便不可避免地罩上了一层神秘的面纱。同时,“在自由心证原则下就要就证据进行讨论,可以说可供讨论的材料并不容易取得”^③,从而妨碍了证据学科的发展。诚如我国台湾证据法学者陈玮直先生所言:“我国法律关于证据之规定最贫乏。民事诉讼法中固有证据一节,民事实体法中亦不乏证据之规定;但仅系说明证据之分类及若干原则之提示而已,至于证据之价值(效力)之比较,以及要式行为之要式证据,是否可以其他证据代替一问题,均不着只字;以致证据法之学理实务两呈空疏现象,其流弊所及,使法院往往借自由心证之名,抹煞较有强力之证据,并使法律规定成为具文矣。”^④

① [日]谷口安平:《程序的正义与诉讼》,王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社1996年版,第232页。

② [日]兼子一、竹下守夫:《民事诉讼法》,白绿铨译,法律出版社1995年版,第107页。

③ [日]谷口安平:《程序的正义与诉讼》,第232页。

④ 陈玮直:《民事证据法研究》,第2页。

在我国主流的证据学教科书中,法定证据主义受到学者们的强烈否定。虽然自由心证主义亦遭到同样的命运。^①然而从我国民事审判的实际运作过程可以看到,我国法官享有极大的自由裁量权,可以说,我国民事法官判断证据所奉行的是一种“超自由心证主义”。这是因为我国证据规则极不发达,缺乏严格的法定证据要求,法官素质普遍较低,加上其他非规范性因素的影响,法官没有受到任何规范性的有效的约束。正因如此,当代法官的社会形象令人堪忧,司法判决具有不可预测性。如前所述,法定证据制度在法官素质低劣、裁判的公正性难以被人们相信的情况下,具有一定的意义。因此,我们对法定证据制度有必要作出新的评价。虽然法定证据对尚未发生的案件规定了一切证据,属于形而上学的方法,应予否定。然而,辩证法的否定,是在肯定中的否定。如果法律能够正确地反映证据的客观实际,能够将有些证据的证明力大小付诸明文,既可使正直的法官准确地适用,又可以防止偏私的法官专权擅断,还可以使当事人及其诉讼代理人能够预测其证据的效果。因此,我们应当尽快利用科学的方法,结合自己的国情,创建自己的证据法则。证据法的核心问题是如何保证司法人员能够做到正确认识案件事实,如何保证其主观思维与客观实际相符合。要实现这一目标,就必须把提高法官的素质和创造适宜的证据规则两者结合起来。“既需要不断总结实践经验,完善证据立法,也需要司法人员具有良好的主观条件,充分发挥主观能动性。这两者是相辅相成,互相作用的。”^②高素质的法官和良好的法律制度是审判公正的两个基本条件,不可缺一。我们应当为此努力。就法院而言,首先,我们需要高素质的法官。王名扬教授指出:“只

① 参见陈一云主编:《证据学》,中国人民大学出版社1991年版,第二章第三、四、五节。

② 参见陈一云主编:《证据学》,第96页。

有首先是法学家然后才是好法官。”^①为此,我们的法学院正在努力培养大批的法科学生并源源不断地充实法院系统。但问题亦十分明显地存在着。在一些基层法院和中级法院,个别法官“吃了原告吃被告”,谁给的钱多,就判谁胜诉。他们受贿十分坦然,没有一点负疚感和恐惧感。这些问题的出现与我国法官的选任制度有关(当然还有其他原因)。在中国,律师执业要经过严格的考试,有的博士、硕士都落第,但“直到今天,法院仍是各行各业中外行人较为容易进入的一个机构。不必说法律专业文凭,基本的法律常识的具备也没有被作为进入法院从事司法工作的先决条件。甚至没有受过任何法律训练的人可以担任法院的院长、副院长。”^②一位省高院副院长曾撰文说,就全国而言,没有达到法律大专程度的法官,大约有近一半。^③近十多年来,进入法院的无学历者主要有两类:一是机关企事业单位通过法院举行的考试而调入的人员,另一类是复员转业军人。^④法院成了一种普通的就业渠道。这显然与“司法专业化”的发展目标背道而驰。这种法官选任方面的非专业化措施自然给法院的审判活动带来了负面影响。因此,不提高法官的素质,审判公正就难以实现。

我们更需要良好的规则。正像国家政治生活中仅强调人的作用而忽视法则的作用,必将使政治不稳定一样,如果仅强调法官在审判活动中的作用而忽视法则的作用,亦将使审判结果不可预测。证据规则是审判规则的一个重要方面,假如连良好的证据规则都没有,就无以指导法官进行具体的审判实践,就无以指望他们公正地解决纠纷。为此,我们必须向英美国国家学习。英国法学家菲茨

① 王名扬:《美国行政法》上册,中国法制出版社1996年版,第470页。

② 夏勇主编:《走向权利的时代》,中国政法大学出版社1995年版,第228页。

③ 夏勇主编:《走向权利的时代》,第228页。

④ 夏勇主编:《走向权利的时代》,第241页。

杰拉德说：“英国法律的大多数规则，就是由规定怎么样取得证据和如何使用证据的规则所构成。”^①从而把案件的审判建立在完全客观的基础之上。和英国一样，美国证据制度也极为发达。不仅有法院审判的证据规则体系，还有独立的行政裁决的证据规则体系，后者“由法院判例、单行法律、行政程序法和行政法规所构成。”^②与之相比，我国连最基本的法院证据规则体系都还相当空疏，更惶论建立所谓独立的行政裁决的证据规则体系了。读者将会看到，我在本书中十分注重参考英美证据规则，十分重视其证据法则的建立与运用，这不是出于偏爱，而是大陆法证据制度对我国影响失败的必然反映。我国同大陆法系其他国家一样，由于法官在证据的判断中享有高度的自由裁量权，因而证据规则空泛，迟滞了证据学的前进步伐。这种对大陆法证据规则的悲观情绪并非唯我一人。谷口安平教授写道：“……因此，在英美法中，从证据的容许性到心证程度以及举证责任的分配都得到广泛的讨论。由于程序的要求，证据法领域显得十分重要，值得探讨的问题也很多，这样就为讨论提供了有益的素材。有关证据法的教材不胜枚举，有名的教材厚达数卷，证据法在大学法学院里成为很重要的学科之一。可是，在日本，由于上述制度的不同，有关的讨论显得比较困难。虽然人们也明白证据的重要，但如何审查认定证据却似乎只是法官的心理判断过程；尽管在判决书中也出现一些反映，可是总的来说，审理过程被包裹在神秘的不透明状态中，学者们对此也只能望而兴叹。唯一能大加议论的领域就是举证责任尤其是举证责任的分配，而且往往只能作些抽象的探讨。这么一来，证据法从来就显得无足轻重。以前讲授民事诉讼法几乎对该问题不加深入，

① [英]菲茨杰拉德著、周密译：《公正审判的保证》，载于西北政法学院科研处编：《证据法资料选编》，第177页。

② 王名扬：《美国行政法》上册，第470页。

或者按条文所写、或者根据教科书按部就班地作一些表面的说明了事。”^① 诚然,自 70 年代以后,“充满神秘色彩的证据领域”开始出现了“为人们逐渐理解”的倾向,但仍然存在许多困难。证据法不发达的状况总体上并未改变。^②

公正是民事诉讼的首要目标,高素质的法官加上良好的证据规则,是达成该目标的重要条件。探讨建立较为完善的证据规则是本书的重要使命。

(三)

最后说明本书的结构和研究方法。本书在结构安排上,除前言外,共分十七章。其中第一章到第六章具有总论的性质,后面十一章具有分论的性质。在研究方法上,由于司法现实的客观需要,证据规则必须具有严密性和可操作性,为此我着重采取了比较研究的方法。在研究过程中,当代具有严密体系和逻辑谨严的英美法系证据规则始终倍受关注,而对于大陆法系国家的松散而富于弹性的证据规则,当然也给予了考虑和应有的批判性分析。我们知道,程序法是英美法的核心,而证据法又是程序法的核心,即所谓“核心的核心”,因此证据法是英美法学研究中最活跃的领域,曾经涌现出许多优秀的证据法著作,如英国证据法学者克罗斯(Cross)的《论证据》,美国证据法学者威格莫(Wigmore)的《证据法》,即是其中最具有代表性的著作。然而,由于这些著作是结合英美诉讼模式和诉讼传统而撰写的,并不完全适合中国国情,必须有所取舍,才具有实践的意义。面对具有悠久历史和体系庞大的英美证据法,我采取了十分谨慎的态度。我把本书的主要任务之一,

① [日]谷口安平:《程序的正义与诉讼》,第 233 页。

② [日]谷口安平:《程序的正义与诉讼》,第 234 页。

恰当地确定为充分研究英美证据法则及英美证据法学理,并结合我国证据法理论和司法实践进行比较,借鉴其合理的成份,从而逐步建立适合中国国情的民事证据的基本规则。不仅如此,我自始至终遵循着这个写作原则。可以说,遵循上述写作原则而成就在读者面前的这本书,其实是一部比较民事证据法。其次是采用历史方法。证据法是一门经验科学,而经验需要积累,因而研究证据规则的利弊不能抛开具体的历史环境。这一点在书中反映得比较充分。此外,由于证据规则本身的特点和论辩所需要,本书适当地采用了逻辑证明的方法。本书涉及到一些重要的理论问题,如证据的法律性问题,自由心证主义、法医学鉴定结论等。在这些问题上,不少权威学者和著名教科书都有明确的结论。我在写作本书之前,尽管对上述问题已经有自己的不同观点,但还是给自己确定了一条原则,即尽可能不与专家权威进行辩论,因为这样要付出相当多的精力,拖延写作的计划和出版时间,而且会给人增添麻烦。但后来我意识到,为了在一个缺乏法治传统和轻视程序法则的国家建立证据法规则,必须有坚实的理论作为基础,一旦这种理论与已有的理论发生矛盾,辩论恐怕是无法避免的。如果回避矛盾,只能使自己的理论及据此理论所建立起来的证据法则的正确性在读者心中存疑,削弱理论及相应的证据法则本身的力量,这不符合我写作本书的目的。因此,我不得不改变初衷,选择了辩论的方法。然而,要进行辩论不是轻而易举的事。要对固有的成说提出歧义,非但需要理论勇气,更需要知识和强有力的逻辑。为此,我花费了许多精力和时间,重新研究传统逻辑学和现代逻辑学,以及其他有关知识,毫无疑问,这些知识对于我更加周密地进行思辨是很有帮助的。

目 录

前 言	(1)
第一章 引论	(1)
一、民事证据的历史发展	(1)
二、民事证据的概念和特征	(4)
三、民事证据的种类	(11)
四、民事证据与刑事证据的异同	(14)
第二章 司法认知	(20)
一、司法认知的概念和特征	(20)
二、司法认知的理论依据、对象和效力	(23)
三、必须认知与可予认知	(36)
四、个人的知识或经验	(40)
五、司法认知的程序	(42)
六、司法认知规则的回顾与前瞻	(44)
七、我国司法认知规则的立法完善	(49)
第三章 自认	(52)
一、关于自认的属性的学说	(52)
二、基本立法类型分析	(56)
三、自认的分类	(65)
四、诉讼上的自认	(69)
五、诉讼外的自认	(71)
六、自认法则的回顾与前瞻	(77)
七、关于我国自认制度的若干构想	(80)

第四章 推定	(88)
一、引言	(88)
二、推定的概念和性质	(95)
三、推定的分类	(97)
四、事实上的推定	(104)
五、推定的效力	(106)
六、推定的历史回顾及发展趋势	(111)
七、无罪推定	(119)
八、推定在民事侵权诉讼与刑事诉讼上的区别	(122)
九、过错推定与无过错推定的区别	(124)
十、推定在民事侵权诉讼中的发展取向	(125)
十一、我国关于推定的理论、立法及其完善	(129)
第五章 举证责任及其分配标准	(136)
一、引言	(136)
二、举证责任分配理论的起源及其早期的发展	(144)
三、法律要件分类说的优点与缺点	(151)
四、本世纪 50 年代以来的举证责任分配理论	(163)
五、举证责任分配的实质标准	(172)
六、当事人举证责任与法院查证责任的划分	(192)
第六章 伪证	(196)
一、伪证的社会经济要因及法律漏洞	(197)
二、作证规则的制定	(203)
三、伪证的识别方法	(214)
第七章 法律行为的证据	(221)
一、引言	(221)
二、法律行为的证据	(222)
三、拒绝履行合同义务的举证责任与证据	(235)
四、民事行为无效的证据	(237)

第八章 法律行为原因的证据	(242)
一、关于法律行为原因的几种理论	(242)
二、法律行为原因是否合法的举证责任	(245)
三、善意取得与非善意取得的证据	(246)
四、民事行为原因不合法的举证范围及方法	(249)
五、民事行为原因不合法的证据	(251)
六、合同未载明原因时的证据问题	(254)
七、合同原因不清的证明责任	(255)
第九章 法律事实的证据	(258)
一、引言	(258)
二、第三人对法律事实的举证责任	(259)
三、人身损害的证据	(259)
四、雇佣人转承赔偿责任的证据与举证责任	(267)
五、其他法律事实的证据	(269)
第十章 婚姻事件的证据	(280)
一、结婚的证据	(280)
二、婚姻无效的证据	(282)
三、社会学上的婚姻观念与证据法上的婚姻观念的 区别	(284)
四、海峡两岸之间婚姻证据的差异问题	(285)
五、离婚的证据	(286)
第十一章 继承事件的证据	(291)
一、继承权的证据	(291)
二、遗嘱有效的证据	(296)
三、继承能力的证据	(302)
四、遗赠有效的证据	(304)
五、遗赠扶养协议有效的证据	(304)
六、遗产的证据	(305)

七、取消遗嘱执行人资格的证据	(306)
第十二章 电子数据交换	(307)
一、电子数据交换与电子合同	(307)
二、电子数据的证据价值问题	(309)
三、各国法制上的 EDI 证据规则	(310)
四、国际组织与 EDI 的证据问题	(318)
五、关于使 EDI 电文符合书面形式要求的解决办法	(322)
六、我国的对策	(324)
第十三章 知识产权的证据	(326)
一、引言	(326)
二、发明的证据	(327)
三、专利权的证据	(332)
四、商标权的证据	(339)
五、著作权的证据	(344)
六、共有知识产权的证据	(356)
第十四章 新闻侵权的证据	(363)
一、引言	(363)
二、新闻侵害名誉权及其证明责任	(365)
三、新闻侵害隐私权及其证明责任	(374)
四、新闻自由与新闻责任	(376)
第十五章 医疗责任事故的证据	(380)
一、医疗事故的定义与分类	(380)
二、医疗事故的构成要件	(381)
三、免责事由	(384)
四、医疗事故与法医监督	(385)
五、病历的证据价值及其判断	(387)
第十六章 法医学鉴定体制的变革	(392)
一、引言	(392)