

理念 · 实践 · 创新 丛书

民事证据 采信制度研究

张永泉 著

 中国人民大学出版社

D915.213
Z299

理念 · 实践 · 创新 丛书

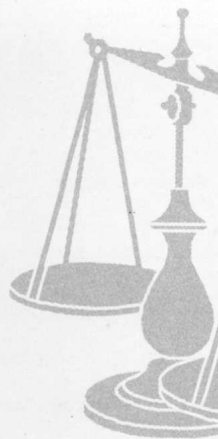
民事证据 采信制度研究

张永泉 著



A1092085

中国人民大学出版社



114/50/06

图书在版编目 (CIP) 数据

民事证据采信制度研究/张永泉著.

北京: 中国人民大学出版社, 2003

(理念·实践·创新丛书)

ISBN 7-300-04984-2/D·898

I. 民…

II. 张…

III. 民事诉讼-证据-司法制度-研究-中国

IV. D925.113

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 085732 号

理念·实践·创新丛书

民事证据采信制度研究

张永泉 著

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室) 010-62511239 (出版部)

010-62515351 (邮购部) 010-62514148 (门市部)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京东方圣雅印刷有限公司

开 本 890×1240 毫米 1/32

版 次 2003 年 10 月第 1 版

印 张 8 插页 2

印 次 2003 年 10 月第 1 次印刷

字 数 227 000

定 价 15.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换



民事证据采信制度研究

序 言

作为我们讨论证据制度的出发点，就是必须尽可能考虑到涉及有关审判的问题。司法审判通常被认为是争端的解决形式，但有时候解决争议仅仅是形式而不是实质，裁判所涉及的权利、义务、责任和地位通常被认为是司法体制的实质性特征。就民事审判而言，尽可能通过和平的手段和当事人可以接受的方式以解决争议，以恢复当事人之间过去那种平衡与和睦，应当是民事诉讼制度所追求的目的之一。在民事领域中，当事人之间利益的平衡和相互关系的协调，取决于当事人的主观价值判断和意愿的满足。这种具有主观性的结果，反过来也就决定了取得这种结果的方式或途径的自主性，为此，恢复失去的平衡和被搅乱的协调，其具体方式应当尊重当事人的自主选择，法律也应当为此提供可供选择的多种解决方式。从这个角度看，对审判法官来说，通过民事审判程序发现案件真实的

重要性和紧迫性就相对显得次要了，而程序的公正和在诉讼中平等地对待双方当事人就变得更加重要。^①但这并不是说法官就不致力于发现案件的客观真实，对双方当事人依法提供的证据，法官必须认真、审慎地进行判断，对案件真实的发现或接近程度仍然是当事人能否接受法官做出的裁判，以及裁判是否公正的一个重要组成部分。这一价值定位无疑是对法官为追求案件的客观真实，积极主动地进行证据调查收集的一种限制，将法官的主观能动性限于当事人主张的事实和提供的证据范围之内。

基于审判的目的和证据法实施过程中的作用，英国学者特威尼（Twining）发展而成的“理性主义审判模式”的理论认为，审判的根本目的是保障做出裁判的公正，而公正是通过审判者正确地把实体法适用于客观的争议事实之上而实现的。案件事实是由有能力和公正的事实审理者通过适用具体的证明责任和证明标准，从而准确地评估各种相关和可靠的证据价值来实现的。^②正如特威尼所指出的那样，这是一个工具性模式，它是通过对证据的调查收集、判断和推理来追求案件的客观真实，以此作为实现公正的必要的手段。因此，证据法的目的在于通过尽可能地使展示在裁判者面前的证据是相关的和可信的，从而协助通过审判追求正义。为此，证据法提供了这样一个机制，它用以发现真实的和不真实的主张，并且使得证明责任和证明标准更加明确、具体。

特威尼的理性主义审判模式理论最初是来源于边沁（Bentham）的“程序的自然体制”（the Natural System of Procedure）。在边沁看来，通过适用自然的程序体制最能实现正义的目的。这种体制没有任何机械的规则，特别是排除了一定的证据关联规则，或者试图使得证据的关联性或不同证据的证明力具体化的规则。边沁认为，最好是在案件中采用容许所有具体问题的证据的可证性这样一个总的原则，让事实审理者去自由地评判证据的价值。这些原则

① See Australian Law Reform Commission, *Report on Evidence* (A. L. R. C. 39, Canberra, 1987.), paras 31 *et seq.*

② See W. L. Twining, *Rethinking Evidence* (Oxford, 1990), pp. 71 *et seq.*

对于事实审理者做出决定应当是指导性的而不是告诉应当这样做。换言之，法律并不试图通过详尽阐述什么样的证据应该接受以及如何评判证据的价值，从而控制事实审理者。相反，证据法的目的在于教育事实审理者懂得各种影响判断证据关联性和证据价值的因素，指导证据价值判断中推理的合理性，以提高事实审理的质量和事实判断的准确性。在这种体制下，对于事实审理者而言，证据的可靠性就将是稳定的。采用任何“技术性”的排除规则或者证据使用规则，都将冒着不稳定性的危险。^①

二

人们往往认为最为理想的公正裁决无非就是发现案件的客观真实，在裁判者面前恢复或展现案件事实的“本来面目”^②，在此基础上正确地适用实体法做出裁判。为此，就应当规定裁判者为了发现案件的客观真实，有义务调查收集证据，并实事求是地审查判断证据，同时法律还应当为此提供一切有效的措施和制度保障。^③为实现审判的公正而强调发现客观真实，然而，却忽视或误解了二者的关系。发现真实本身不是目的，而是实现公正裁判的手段，或者

^① See Bentham's work on adjudication and evidence is illuminatingly discussed by W. L. Twining, *Theories of Evidence*; Bentham and Wigmore (London, 1985), Chap. 2.

^② 我国民事诉讼法明确规定了“以事实为根据”的原则，于是，在理论界和实务界长期以来都认为民事审判应当追求案件的客观真实，并以案件的客观真实作为裁判的基础（参见各类教科书对“以事实为根据”原则的论述）。但近年来，这种追求客观真实的观念引起了人们的反思和批评。张永泉：《以事实为根据之辨析——法院裁判的事实基础之价值取向》，载《法学》，1999（3）；毕玉谦：《民事证据法及其程序功能》，第2章，北京，法律出版社，1997。

^③ 基于把发现客观真实作为最高的价值目标，我国1982年颁布的试行民事诉讼法就明确规定了法院“应当全面地、客观地调查收集证据”。现行民事诉讼法并不像过去那样强调法院主动调查收集证据的职责和义务，但同样没有放弃把追求案件的客观真实作为最高价值目标的司法理念。如现行民事诉讼法规定，法院认为必要的证据，应当以职权调查收集（第64条第2款）。我国奉行证据随时提出主义，当事人可以在任何阶段，任何时候提出自己的证据，同样也是把发现真实放在首位。

说仅仅是构成公正裁判的一个因素。把实现目的的手段视为目的本身予以追求，不仅难以达到预期的目的，而且必将阻碍终极目的的实现。把发现客观真实作为最高价值追求，能在多大程度上发现或者接近案件的客观真实，就能实现什么样的公正裁判，实际上预设了这样一种假设：案件的客观真实是一定能够被发现的，并且能够迅速、及时地发现真实；与案件事实有关的所有证据不仅能够收集，而且法官都能够对这些证据的真伪做出客观的判断。然而，这样的预设前提并非在任何案件中都能够实现。

尽管根据辩证唯物主义认识论原理，客观世界是可知的，能够被人们认识的，但同时也告诉我们，人们对客观事物的认识是一个非常复杂的过程，不是一次就能完成的。而且，唯物主义认识论的可知论是就整个人类对整个客观外界的认识而言的，这种认识是在无限的时间和空间中进行的。但是，对案件的审判只能在特定的条件下，在特定的时间和空间中进行，因此，认识案件的客观真实，对所有的证据做出客观的真伪判断就不是总能够做到。^① 事实处于真伪不明的状态也就在所难免，但法官又不能拒绝裁判，于是证明责任制度就应运而生。^② 同时，公正的审判需要尽可能地降低费用和缩短时间，迟到的公正并不是公正。调查收集以及对证据进行听证必然涉及时间和金钱的花费。如果取得的证据是不可靠的或没有用的，那么这种花费就是不公正的。如取得无关联的证据不被法院容许，就是没有用的，这就是浪费资源。

就证据的采信制度而言，过分迟延提交的证据原则上不应当再具有证据价值，不是因为缺少客观性，而是缺少及时性。迟到的正义是非正义，采信过分迟延的证据，必将造成诉讼的低效率，当事人双方攻击和防御手段的突袭性，甚至削弱司法裁判的权威性。因

① 过去，学者们都认为，民事审判应当以事实为根据，即忠于案件的客观真实，发现案件事实的本来面目，并依据马克思主义的认识论原理，认为是完全可以做到的（参见各类教科书）。其实，这并不符合认识论的要求，对案件客观真实的追求，仅仅是要求事实审理者在特定的情况下最大限度地接近。参见张永泉：《以事实为根据之辨析——法院裁判的事实基础之价值取向》，载《法学》，1999（3）。

② 参见骆永家：《民事举证责任论》，42～43页，台北，台湾商务印书馆，1981。

此，设置证据时限制度是司法公正的内在要求，也是证据采信制度的重要内容。

但是，并不能因此就放弃对案件客观真实的追求，我们只能在一定的条件下最大限度地接近这一目的。为此，我们在给予当事人充分调查收集证据手段的同时，必须设立有效的证据审查判断规则。尽管客观世界纷繁复杂，案件事实千奇百态，证据表现形式多种多样，但任何事物的发生、发展和变化都具有内在的逻辑性。我们应当探求各种证据资料自身的特点，发现其共性和各自具有的特殊性，从而对证据进行科学的分类，总结对每一种证据的审查判断规则，以指导和规范法官对证据真伪和证据力大小的评判。证据规则不仅是法官判断证据真伪、评判证据价值的指针，而且也是对法官滥用判断证据自由裁量权的一种限制。如果违背了证据规则，就会构成事实审理违法，成为撤销裁判的理由。但就我国现行民事诉讼法的规定来看，对证据规则的规定非常原则和抽象，不具有操作性，因而很难认为事实审理者评判证据违法，严重影响了司法裁判的公正性。^① 2001年12月6日最高人民法院审判委员会第1201次会议通过了《关于民事诉讼证据的若干规定》，以司法解释的方式制定了证据规则，对于指导和约束事实审理者的行为无疑具有积极的作用。

三

为了查明案件真实而无条件地要求证人出庭作证，^② 证人提供

① 在审判实务中，我们经常能够看到这样的判决内容：“以上事实有物证、书证、证人证言、鉴定结论等记录在案，本院予以确认”。但如何确定这些证据的证明效力，这些证据是如何证明案件事实的，其判断证据真伪和证据价值以及认定事实的过程却未能提及，对裁判的说服力和权威性都产生了很大的负面作用。究其原因，与我国缺少具体的、可操作性的证据规则不无关系。

② 我国现行《民事诉讼法》第70条和《刑事诉讼法》第48条都明确规定，知道案件情况的人都有出庭作证的义务，不论何种情况都没有拒绝作证的权利。

的证言有可能导致该证人受到刑事追诉或者承担民事责任，这不是有悖于现代法治国家的一项原则，即任何人享有不自证其罪的特权（privilege of self-incrimination）。另外，如果案件当事人与证人具有某种近亲属关系，证人基于亲情和人情考虑，是否能够拒绝作证？其法理基础又是什么？换言之，当证人作证会危及亲情和家庭的和睦关系时，证人所享有的亲情利益和家庭利益就与发现案件真实相冲突，应当做出何种价值选择？

我们知道，通过调查收集证据发现或最大限度地接近案件的客观真实，是追求公正裁判的途径或手段，发现真实仅仅具有工具性的功能。我们还必须认识到，通过司法审判做出公正的裁判，并不是司法制度的终极目的。由众多个体组成的人类社会要持续存在和不断地向前发展，就必须要有良好的秩序，每一个个体的合理的利益和权利都应当得到保障。良好秩序的维持和权利的保护，一方面需要公众的自觉行为，但另一方面也必须通过一种强制的手段迫使违反秩序的人恢复到有序状态。司法审判就发挥了这样一种作用，因此，公正裁判只不过是维护良好社会秩序的一种手段。如果为追求公正裁判而进行事实调查过程中所采取的措施或手段本身就是对良好秩序的一种破坏，或者是对个体权利的一种严重侵害，如通过折磨、胁迫等严重侵害人身权的方式获取证据，或者强制与当事人具有近亲属关系的人作证，破坏其亲情和家庭的和睦关系，从而获得发现案件客观真实的证据，最终做出的裁判是否能够被公众视为公正？是否能够被社会所认可和接受？

设置证据调查和采信制度都是为了发现案件真实，具有手段性功能，发现真实则相对表现为一种目的；发现真实又是公正裁判的一种手段，公正裁判又表现为发现案件的客观真实的目的。但相对于维护良好的社会秩序和对个体权利的保护这一终极目的而言，公正裁判又只是一种手段或途径。因此，相对于维护良好的秩序和对个体权利的保护，证据调查制度和证据采信制度，以及做出公正裁判等，都是具有工具属性的手段。目的决定手段，如何设置证据制度，如何进行证据调查，如何进行证据价值评判和采信，在多大程度上发现或接近案件的客观真实，如何实现公正的裁判等，都必须

立足于和着眼于终极目的的考虑。

为此，证据的采信并不是以客观真实作为惟一的标准，而必须考虑证据取得的方式和来源，在证据采信制度中设置证据排除规则是完全必要的。通过暴力、胁迫、引诱、欺骗、违法羁押等方法取得的证据，不管其内容是否真实，均应当排除，不采信其证据效力。因为以这种方式取得证据的过程本身就是对人身权利的严重侵害，而如果采信这种证据，其目的不过就是通过公正裁判来保护某种合法权益。然而，有哪一种权利比人身权具有更高的法益价值？采信这种证据，从某种意义上讲，就是鼓励这种侵害人身权的行为。这就要求我们在设置证据采信制度的时候，必须衡量相互冲突的各种法益价值的大小。

四

公正裁判并不完全在于裁判的最终结果，而更重要的是体现在裁判的过程中。发现案件真实既是追求公正裁判的基础，又是公正裁判的重要内容。因此，似乎大家一致认为证据制度有助于促进程序公正标准的更具体化，“寻求公正审判的当事人应当充分注意到对方当事人所提出的主张，有合理的机会提出自己的案件（即有合理的机会接近证据和取得证据），有合理的机会通过交叉询问证人或者其他方式，以反驳对方提出的用以攻击自己的证据，最后公正的裁判将以有理由的公正的方式予以公开做出”^①。英国学者佛勒（Fuller）也提出了相同的观点，他认为，证据制度的主要特征是当事人提出合理的事实主张并进行证明，从而共同参与对案件事实的决定。当事人根据法律的规定提出合理的事实主张，并对此进行证明以说服事实审理者，从而以便获得事实审理者关于特定的事实争

^① I. H. Dennis, M. A., PH. D., *The Law of Evidence* (London Sweet & Maxwell 1999), p.23.

点做出有利自己的推断。^①展示公正的过程和当事人接受公正的结果，都应当包含在公正的裁判之中。为此，当事人应有充分的机会参与发现案件真实和对事实的决定程序，这样当事人就更容易接受合法的争议的处理结果。重视当事人充分参与这一“程序价值”，也有助于在更大的程度上让公众接受。为调查收集证据和发现案件真实而在设置证据制度时，我们必须最大限度地做到“不仅仅是要做到正义，而且要让人们看到做到正义的过程”。

任何审判上的裁决都包含着发生错误的危险。必须认识到由当事人提出的证据可能是不充分和不可靠的，或者可能对证据价值的评估不正确，于是就会发生错误。如果这类错误导致了错误的裁判（错误的判决有罪、或宣判无罪、或错误的其他判决），追求正义的失误也就发生了，裁决的公正性也就没有能实现。为此，英国证据法学家丹尼斯（I.H.Dennis）认为，证据法的重要目的之一就是在审判程序中分配错误的危险，从而把正义的失误的机会降低到最低限度。实现这一目的的最为典型的机制就是证明责任的分担和证明标准问题。在刑事案件的审判中要求很高的证明标准，其目的就是为了减少错误的有罪裁判的危险。^②其实，各种证据规则的设置都在一定程度上具有这样的功能，但又不仅仅是这样一种功能，它也是对事实审理者评判证据价值和决定事实的一种规范和指导，防止事实审理者的恣意和滥用权力。“一旦认为证据的容许规则和证据采信规则的运用对于避免一定的错误结果是必要的，就产生了对自由判断证据的限制。因此，减少错误有罪裁判危险的需要，也就成为限制刑事证据规则的理由。例如，当决定一个人是否犯某种罪的

① See D. J. Galligan, *Due Process and Fair Procedures* (Oxford, 1996), p. 241. et. seq. 佛勒还指出：最好的裁判者就是专家型法官，他能向公众宣告判决并展示其合理的正当性。但同时也认为，陪审团虽然也向公众宣告他们的决定，但他们不能展示其理由。不过，在一定程度上，陪审团决定的合理性还是不得不被人们信任。原因之一是，作为外行的事实审理者，其理由不受到详细的审查，从而使得陪审团的裁决的安定性就不会受到干扰。参见 I. H. Dennis, M. A., PH. D., *The Law of Evidence* (London Sweet & Maxwell 1999), pp. 24~25.

② See I. H. Dennis, M. A., PH. D., *The Law of Evidence* (London Sweet & Maxwell 1999), pp. 24~25.

时候，很多人都会认为他过去的犯罪记录与他的犯罪证据是相关联的。然而，由于事实审理者在进行证据价值评判的时候可能产生偏见，从而导致权力的滥用，为此，这种证据通常将被排除”^①。

总之，我们研究民事证据制度，必须置于整个民事程序制度之中而不能孤立地进行，甚至还要和一个国家司法制度所追求的价值紧密结合起来。民事证据制度的设置当然要完全取得证据的手段，尽可能地发现案件客观真实，以实现公正。但这一过程应当展示于公众，给予当事人充分参与的机会，事实的最终认定应当是当事人参与决定的结果。这一点仅仅是我们所要强调的，不能忽视事实审理者在决定事实中的决定性作用，为此，就必须设置证据规则来规制、约束和指导事实审理者的行为，以减少其错误的机会和防止其滥用权力。发现真实和基于个案真实事实基础上的公正裁判，并非是审判程序的终极目标，因此，发现真实的过程或者发现真实的手段严重侵害其他应当受到法律保护的权利或利益时，即有悖于审判程序的终极目标和司法制度所追求的价值时，这就要求证据制度对此进行协调。

^① I. H. Dennis, M. A., PH. D., *The Law of Evidence* (London Sweet & Maxwell 1999), p. 25.

作者简介

张永泉，男，1964年出生于重庆市荣昌县。1993年、2002年分别获得西南政法大学硕士学位和博士学位（民事诉讼法），现为苏州大学法学院副教授、硕士生导师。

主要研究成果：《中国民事诉讼原理与实务》（合著），《比较民事诉讼法》（参编）等多部著作，在《法学研究》、《法律科学》等刊物上发表专业论文30余篇。

内容提要

证据采信制度主要涉及证据的适格以及证据的真实性与证明力大小的判断问题。为限制法官恣意采信和评判证据，需要设立一系列的证据采信规则。但由于案件的特殊性和证据的多样性，如果过分强调规则的统一性势必会阻碍对案件真实的发现，有悖于设立规则本身的目的。本书试图通过对证据评判规则及其内在机理的研究，以协调二者之间的关系。

策划编辑 李文彬 郭燕红
责任编辑 曹江红 朱 宁
郭燕红
封面设计 李亚莉
版式设计 赵星华



民事证据采信制度研究

目 录

第一章	证据的适格与排除	(1)
一、	证据适格的原理	(1)
二、	关于违法取得证据禁止的原则	(10)
三、	关于我国证据排除与证据禁止的现状与反思	(15)
第二章	民事证据采信相关原则	(27)
一、	真实陈述义务原则	(27)
二、	举证时限原则	(42)
三、	证据价值评判中的经验法则	(66)
第三章	文书证据的采信	(85)
一、	文书证据的内涵和外延	(85)
二、	文书证据证明力的评判	(91)
三、	最佳证据规则	(97)
四、	文书提出义务及其法律后果	(104)

	五、关于我国书证制度的思考·····	(114)
第 四 章	当事人陈述的重新构造·····	(118)
	一、当事人自认不是证据·····	(119)
	二、当事人陈述与询问当事人·····	(125)
第 五 章	证人证言的采信·····	(136)
	一、传闻规则在判断证言适格中的运用·····	(137)
	二、我国证人证言的适格研究·····	(147)
	三、证人证言真实性之保障：证人宣誓 与具结·····	(167)
	四、证人证言证据力之判断：证人询问 规则·····	(178)
第 六 章	鉴定结论的采信·····	(198)
	一、鉴定对象物与物证·····	(198)
	二、鉴定的证据属性探析·····	(203)
	三、鉴定制度的比较与评析·····	(207)
	四、我国鉴定制度的现状思考和完善建议·····	(213)
第 七 章	勘验的运用及采信·····	(221)
	一、勘验的证据能力·····	(221)
	二、勘验的决定及标准·····	(226)
	三、勘验与鉴定的运用·····	(228)
	四、勘验物持有人的提出义务及其后果·····	(230)
主要参考	·····	(232)
文 献	·····	
后 记	·····	(239)



民事证据采信制度研究

第一章 证据的适格与排除

一、证据适格的原理

(一) 证据的适格

证据适格，亦称证据资格 (Beweisfähigkeit) 或证据能力，是指证据方法或证据资料可用做证明案件事实的能力或资格。就证据的容许性而言，就是可被容许或采纳为诉讼证据的资格。凡属可受容许的证据，都称为适格的证据。^① 关于证据适格的问题虽然仅仅涉及是否采纳为诉讼证据，而不是直接对证据价值大小的评价（不直接认定案件事实），但它与如何准确地评判证据价值，从而发现案件客观事实密切相关，而且还关系到审判程序所追求的正义价值能否有效地实现。因为如果不相干的任何证据，或者明显不具有真实性以及无法查明其真实性的证据，或者通过严重侵害其他受法律

^① 参见李学灯：《证据法比较研究》，438页，台湾，五南图书出版公司，1998。