



北京市社会科学理论著作出版基金资助

民事证据

规则研究

宋朝武 纪格非 韩波/著

MINSHI ZHENGJU
GUIZE YANJIU



首都经济贸易大学出版社

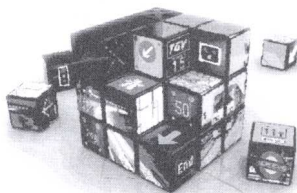
C.B.J. 北京市社会科学理论著作出版基金资助

民事证据

规则研究

宋朝武 纪格非 韩波/著

MINSHI ZHENGJU
GUIZE YANJIU



 首都经济贸易大学出版社
• 北京 •

图书在版编目(CIP)数据

民事证据规则研究/宋朝武,纪格非,韩波著. —北京:首都经济贸易大学出版社,2010.9

ISBN 978 - 7 - 5638 - 1836 - 5

I. ①民… II. ①宋… ②纪… ③韩… III. ①民事诉讼—
证据—研究—中国 IV. ①D925.113.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 130233 号

民事证据规则研究

宋朝武 纪格非 韩 波 著

出版发行 首都经济贸易大学出版社

地 址 北京市朝阳区红庙(邮编 100026)

电 话 (010)65976483 65065761 65071505(传真)

网 址 <http://www.sjmcb.com>

E-mail publish@cueb.edu.cn

经 销 全国新华书店

照 排 首都经济贸易大学出版社激光照排服务部

印 刷 北京泰锐印刷有限责任公司

开 本 880 毫米×1230 毫米 1/32

字 数 227 千字

印 张 8.875

版 次 2010 年 9 月第 1 版第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5638 - 1836 - 5/D · 115

定 价 25.00 元

图书印装若有质量问题,本社负责调换

版权所有 侵权必究

序 言

本书为中国政法大学校级科研项目“民事证据规则研究”的最终成果。众所周知,证据规则是英美证据法的核心问题,也是大陆法系诉讼理论与司法实践的重要内容。随着证据法学理论的发展,我国学者对证据规则问题的研究已经取得了相当的成就。但是,总体而言,现有的理论研究多局限于对国外的证据规则的介绍方面。当然,这些研究是必要的,它有助于我们开阔视野,借鉴国外先进立法经验。但是,从证据规则在世界范围内的发展历程、特别是在英美法系国家的发展历程来看,伴随着陪审制的出现、发展和衰落,证据规则经历了从无到有、从严格到逐步宽松的发展历程。证据立法的这一发展历程没有得到我国学者的充分重视。我们对证据规则的研究仍建立在借鉴和移植的基础上,缺乏对国外的证据制度的理性思考,对制度移植的环境因素和可能产生的排异反应缺少深入的调查和充分的估计。这极有可能造成法律移植的失败。

同时,三大诉讼法在证据制度方面的差异尚未引起我国学者充分的关注。民事证据制度在研究对象、研究方法以及研究的重点方面都有其显著的特征。我国现有的研究成果显然对其特殊性没有给予充分的关注,也没有将民事证据规则的研究与诉讼模式的研究相结合,忽略了证据制度与诉讼制度的依赖关系,从而极易导致证据法与诉讼法相脱离,甚至相背弃。

此外,更重要的是,我国民事证据法学多年来基本上处于停滞不前、低迷徘徊的状况。造成这一问题的主要原因是民事证据问

题具有实践性、操作性强的特点,因此,如果仅从理论上进行研究而不关注证据制度或证据规则在实践中的运行状况,就难免会产生见木不见林、闭门造车的问题,导致理论、立法与实践的脱节,既降低了理论研究的意义,又使证据制度的发展失去了内在动力和契机。因此,从司法实践的现实需要出发,设计符合我国现实国情的证据制度,应当是当前学界共同努力的方向。

有鉴于此,课题组在研究范围的界定以及研究视角与方法的选择方面颇费苦心与周折。为了将研究的重点放在最具理论及实践意义的问题上,我们专门去实践部门调研,一方面了解司法实践中积累的改革经验,力争为其中比较成熟的做法提供理论支持;另一方面了解司法实践中亟须破解的实际问题,使我们的研究更有针对性,更具实际意义。

在此基础上,我们将对民事证据规则的研究分为基本理论研究、程序规则研究、证据规则研究三个方面,针对实践中的热点问题提出解决方案。由于时间、精力所限,我们的研究内容无法覆盖证据规则的所有方面,但是,将每一部分的研究细致入微地深入下去,一直是课题组全体成员的共同理想。

两年的时间转瞬即逝,在书稿交付之际,我们体味的不是完成工作后的轻松,而是对书中可能存在疏漏的忐忑。但是,可以确定的是,我们的思考不会因课题研究的暂告段落而停滞。愿与学界同仁共同努力,为我国法治事业的点滴进步倾注毕生精力!

课题组全体成员
2009年3月16日

目 录

上篇 民事证据法的基本问题

第一章	客观真实原则再认识	3
第二章	民事证据法功能再认识	13
第三章	证据能力再认识	43
第四章	证明标准再认识	61
第五章	证明责任分配体系再认识	81
第六章	证明责任倒置再认识	130
第七章	证据收集力强弱与证明责任轻重	147

下篇 证据规则

第八章	自认规则研析	171
第九章	非法证据排除规则研析	194
第十章	最佳证据规则研析	224
第十一章	传闻证据规则研析	233
第十二章	补强证据规则研析	250
第十三章	《民事证据规定》实施效果的实证考察与分析 ...	261
参考文献		274

上 篇

民事证据法的基本问题

第一章 客观真实原则再认识

“以事实为根据、以法律为准绳”原则是我国三大诉讼法中均予以明确规定的原则,也是我国建设社会主义法治国家的一项基本要求。《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)第7条明确规定:“人民法院审理民事案件,必须以事实为根据,以法律为准绳。”这一原则建立在辩证唯物主义认识论的理论基础上,它要求司法人员以客观存在的事实为依据,并按照国家法律规定确定当事人之间的民事权利义务关系,制裁民事违法行为。^①应当说,这一法律适用原则从20世纪50年代被提出以来,对于提高人民法院公正形象和办案质量起到了不可忽视的作用,但随着民事审判方式改革的深入发展和公民法律意识的增强,这一原则的适用在审判实践中越来越遭到人们的质疑。其中,“以事实为根据”即客观真实原则逐渐成为诉讼法学界关注的焦点。“以事实为根据,就是要忠于事实真相,这种事实必须是客观、全面的,……务求查明真实情况,还事实的本来面目。”^②那么,对客观真实原则究竟应当如何理解?现代民事诉讼是否还应坚持客观真实原则?本章试图对此加以探讨。

一、客观真实原则在我国的确立和发展

“以事实为根据、以法律为准绳”原则在我国产生并逐渐根深蒂固,不能不说是受了前苏联法学理论的影响。在那段时期,我国相当多的学者和司法工作者出于对社会主义先行者——前苏联的尊重和崇拜,对前苏联的一些法学理论和司法实践不假思索地盲

^① 参见谭兵主编:《民事诉讼法学》,法律出版社,1997年版,第96页。

^② 参见常怡主编:《民事诉讼法新论》,中国政法大学出版社,1989年版,第71页。

目照搬,前苏联民事诉讼法中的客观真实原则也同时被移植过来。那么,前苏联的客观真实原则又是如何确立的呢?考察世界各国诉讼法的发展历程,我们从中不难找出答案。

诉讼法的发展过程即证据制度的发展过程。我们知道,证据制度发展至今经历了神示证据制度、法定证据制度、自由心证证据制度和社会主义国家证据制度等几个类型。早期的人类社会,由于认识能力有限,人们主要通过神明裁判的方式认识和判断证据,通过水审、火审或决斗审等方法将司法裁判权交给神,由神对案件作出裁决。这种证据制度虽然可以使纠纷得到迅速且不可抗辩的解决,但同时也极易导致裁判的不公正,因而是一种极不科学的证据制度。法定证据制度出现于欧洲中世纪的封建社会,这一制度要求证据的效力完全取决于法律的规定,且法官的审判行为也必须受法律的约束,即法官没有任何判断证据的自由,只能按照法律或规则的规定决定证据的采信和判断案件事实。法定证据制度与神示证据制度相比,体现了人类的进步和发展,但仍然是封建特权和专治的产物。由于每个案件都具有自身的特殊性,法律将有关证据的要求以及判断证据的方法加以统一规定,不仅不利于案件的公正裁判,而且使误判误裁的机会大大增加,因而法定证据制度也同样遭遇了被淘汰的命运。自由心证应当说是资本主义诉讼制度的产物。所谓自由心证证据制度,是指证据的取舍、证据的证明力以及对案件事实的认定等,都由法官、陪审员按照自己的良心、理性形成内心确信,法律不予以事先规定的制度。^①自由心证证据制度实质上是建立在对法定证据制度批驳的基础之上的。西方法学家们认为与仅仅符合法律上“形式真实”的法定证据制度相比,只有自由心证制度才能带来实质的公正。尽管大陆法系国家与英美法系国家在对自由心证的理解和基于此的法律制度上存在不小的差异,但强调法官的主观内心确信却是共同的,因此把较多的重心放在了对制度和规则的制定上,强调程序的真实和法律上

^① 参见毕玉谦著:《民事证据法及其程序功能》,法律出版社,1997年版,第91页。

的有效性(即法律真实),而将决定实质内容的权利交给了法官和陪审员。前苏联法学理论认为人民的意志、苏维埃政权的性质和共产主义的追求决定了前苏联法律的全部内容,其全部内容的核心即唯物主义。尽管资本主义国家的自由心证制度不乏出自唯物主义的起因,但却将探求事实真相的理想寄托在法官的幻想中,这在实践中当然是行不通的。^①另一方面,社会主义社会是一个全新的社会,其诉讼制度理应区别于剥削社会的审判制度。基于上述原因,前苏联法学理论和司法实务界不约而同地将诉讼证明的标准置于一个高不可攀的位置上,即客观真实,以查明案件事实作为诉讼的终极目标。

不可否认,“客观真实”的确是诉讼的理想状态和完美境界,而且由于在社会主义初期,民商经济关系较为简单,公民的法律意识还很淡薄,因而诉诸法院的民事纠纷很少,“客观真实”也的确能够发挥一定的作用。但在民事诉讼中过分强调“客观真实”究竟是否正确却值得商榷。传统认为,“以事实为根据”的理论基础是辩证唯物主义认识论,因为辩证唯物主义认识论认为客观事实是完全可以被认识的,但我们认为在法律和诉讼实务中要求遵循客观真实原则却是一种违背辩证唯物主义认识论中一般性和特殊性关系的做法,混淆了矛盾普遍性与特殊性的界限。我们知道,运动是绝对的,发生的事和物无法逆转。法官所审理的案件同样属于这种情况。在诉讼中,对已经发生的案件事实的认定,只能是在特定条件下,基于可以收集到的资料,并在一定的时间、空间下进行间接认定,而试图完全恢复事物的原貌根本就不具有可能性。由于人们不能通过时间机器倒流以便向事实审理者展示“事实真相”,调查并不能够产生这类“真相”,我们无法迫使当事人作为一种时间倒流器在当时实际发生的事件中展示其事实真相。追求完全的客观真实,实质上是把对客观真实的认识推向了极端。法律

^① 参见 B. K. 普钦斯基(苏)著:《美国民事诉讼》,法律出版社,1983 年版,第 106 页。

需要理想,理想是法律发展的源泉,但在事实方面,我们必须坚持现实主义的态度,没有案件事实的支持,法律理想只能是一种空想。^①另外,客观真实原则在社会主义国家的确立,应当说在很大程度上受了狭隘阶级观念的影响,并没有认真考虑各国国情的差别和司法实践的特殊性,而是将政治哲学的一般原则简单套用于某一具体学科的形而上学的做法。随着我国经济的迅猛发展,民事案件的数量也逐年有所增长,“以事实为根据”的弊端也逐渐显露。民事诉讼实践中的诉讼拖延、法官过分干预等情况无一不与客观真实原则有着密切的联系,而且由于客观真实原则这一标准的过高要求,导致实践中缺乏可操作性,案件审判的随意性反而增强,司法公正根本无法得到保障。对客观真实原则的确已到了需要认真思考和修改的时候了。

二、客观真实原则与民事诉讼的冲突

民事诉讼作为一种特殊的社会证明活动,具有不同于自然证明和一般社会证明的鲜明特点。民事诉讼活动具有回溯性,其证明对象是已经发生的且不可重复、不可再现的具体事件,司法人员只能运用证据,以推论的方式去探究案件真相,这其中不可避免地会掺杂个人主观因素的影响,因此,完全探明案件的客观真实情况对司法工作人员而言是一个可望而不可即的理想。另一方面,民事诉讼证明活动是具体的司法诉讼行为,涉及法律价值的选择和权衡,因而必须体现程序公正和司法正义的理念,而客观真实原则却与民事诉讼的这一理念具有不可调和的冲突。

首先,民事诉讼证明活动的特殊性决定了客观真实原则与民事诉讼的矛盾和冲突。民事诉讼证明活动是对已发生案件事实的考察。从根本上看,人的认识能力是无限的,任何案件事实都可以被发现,但这应当说是从人类认识能力的终极性角度出发而得出

^① 参见任伊珊、田应朝:《对“以事实为根据”的再认识》,《政法论坛》1999年第1期。

的结论。从民事审判实践来讲,对于每一个具体的案件,人的认识能力是有限的,受单个案件所具有的时间、地点、手段等各方面的特殊性的制约,人类试图发现每一个案件的真相纯属奢谈。从另一方面来讲,法官所面临的每一个案件都属于过去发生的事,既然是已经发生的事,就具有不可重复性。这一点决定了法官只能根据收集到的与案件有关的证据作出面向未来的裁判,而法官作出裁判所依据的事实和零散的证据势必会与客观事实之间存在差距。并且,由于法官在裁判案件时不可避免地会介入个人主观思维的内心确信,这就为裁判所认定的事实与客观事实之间有一定差别提供了主观不稳定因素。上述一切在审判实践中是不可避免的,因此,民事诉讼中过分强调客观真实原则是不切实际的。

其次,现代民事诉讼证明活动所追求的程序正义和效率原则是客观真实原则不符合现代民事诉讼发展的另一个重要原因。司法是人类寻求公正的最后一个环节,因此要求我们对诉讼的制度设计上应力求实现“看得见的正义”,^①同时加强对个人权利的保障。基于此,各国民事诉讼法对诉讼证明的方法、手段、过程和时间等程序内容在法律上都作出了明确的规定和制度上的保障,而这些规定在一定程度上阻却了“客观真实”的发现。例如,根据我国《民事诉讼法》的规定,司法人员违反法律规定,采取威胁、引诱、欺骗等方法收集的证据,即使具有真实性和关联性,也不能用来作为定案的根据。再比如,《中华人民共和国民事诉讼法通则》(以下简称《民法通则》)第23条规定,公民下落不明满4年的或因意外事故下落不明满2年的,根据利害关系人的申请,人民法院可以判决宣告公民死亡。依照这条法律规定,司法实践中公民被宣告死亡是作为法律上的拟制事实而存在的,既然是拟制事实,这就决定了与现实状况不符是完全有可能的。可见,民事诉讼中的许多规定为审判所认定的事实与客观事实不符提供了条件,但这些制度的规定是为了维护正常的社会民事、经济生活的运转,同时保障公

^① 参见陈瑞华著:《看得见的正义》,中国法制出版社,2000年版。

民权利的实现和程序的公正,因此又是必要的。从另一个角度来看,我国《民事诉讼法》中基于效率原则设立的举证责任、审判时限等规定,实施中也可能会导致违背客观事实的结果出现,但由于民事诉讼活动受到时间、人力、财力的制约,这些制度又是不可或缺的。那么,我们能以客观真实原则为由而断定这些制度是不合理的吗?答案自然是否定的,因为这些制度所实现的价值要远远大于追求客观真实所产生的价值。

最后,客观真实原则在实践中会给民事案件的审判带来负面影响。过分强调客观真实容易使当事人和法官钻入客观主义的死胡同而忽视了诉讼证明活动的特殊性。诉讼证明总是在一定的时间、空间范围内进行的,其显著特点就是证明受到有限资源的限制,必须考虑成本和效益等因素。如果法律过分要求当事人提供案件真实情况,有可能导致轻视当事人举证等侵害当事人权利的情况发生。反过来说,若要求司法机关为寻求事实的真相不计成本和不惜一切代价,同样是脱离司法实际的,不仅易造成司法资源的巨大浪费,更易导致对法律中程序性规定的破坏。

由此,我们不难看出,客观真实原则与现代民事诉讼有着不可调和的矛盾和冲突,这就要求我们在平衡各种价值需求的基础上作出改变和取舍,改变客观真实的证据制度,转而强调以证据为定案根据,降低证明标准,细化证明责任,以对客观真实原则的突破为契机,推进整个司法观念的更新和司法制度的转变。

三、民事诉讼与刑事诉讼证明活动要求的区别

是否追求客观真实原则在三大诉讼法中是一个共性的问题,在这里我们有必要对民事诉讼和刑事诉讼作一番比较。近些年来,一些刑事诉讼法学者以刑事案件事实属于过去发生的事情因而无法重演为由,认为刑事诉讼不应过分强调客观真实,但我们认为刑事诉讼具有与其他诉讼不同的特殊性,刑事诉讼中的客观真实原则是不应当放弃的。刑事诉讼具有不同于民事诉讼的鲜明特点。刑事诉讼的任务主要是准确、及时地查明犯罪事实,正确适用

法律,惩罚犯罪分子,并保证无罪的人不受刑事追究,而民事诉讼的重心则在于定纷止争,解决当事人之间的民事纠纷,确定当事人的民事权利义务。刑事诉讼的这一任务决定了刑事诉讼证明活动具有很多的特殊性:第一,刑事诉讼证明主体是享有特权的侦查机关、检察机关和审判机关,不同于民事诉讼证明主体为当事人的情况;第二,刑事诉讼由于涉及刑事惩罚,因而证明根据必须是经法定程序收集到的证据,在这一点上尽管民事诉讼也有此要求,但远不及刑事诉讼的要求严格;第三,刑事诉讼要求裁判的根据应当是对是否构成犯罪和定罪量刑有意义的已查明的案件事实。由此可见,刑事诉讼的核心应当是“查明犯罪事实”,在此基础上“正确适用法律”。这一核心任务决定了刑事诉讼应当坚持客观真实原则。

首先,刑事诉讼的目的在于惩罚犯罪,保护无罪的人不受处罚,因此,刑事诉讼的前提就应建立在对犯罪事实客观、真实的调查基础之上。换句话说,应当揭露案件事实的本来面目,使犯罪真相能够展露在法官和公众面前,假如调查没有发现案件事实真相或仅发现了可能性线索,甚至是逼真的假象,都不应成为法官判决的基础,现代法治国家也绝不允许对未经证实的犯罪事实进行处罚。的确,犯罪活动具有很强的突然性和隐蔽性,尤其是现代社会,犯罪分子的反侦查手段愈见增多,因此一旦犯罪发生,侦查机关要想轻易查明案情是不可能的,但这绝不应成为回避查明案件事实客观真相任务的理由,否则刑事诉讼的存在就失去了意义,其任务自然更是无法实现。

其次,犯罪案件事实具有复杂性,试图完整重现犯罪过程的原貌是不可能的,刑事诉讼也没有必要将侦破的重心放在对案件细节的探查上。犯罪事实情况、犯罪分子究竟是谁、犯罪工具以及实施犯罪的时间、地点、动机等对定罪量刑至关重要的客观事实情节则应成为侦查的重点,而且这些情况在实践中也是完全可以被发现的。只有以这些事实为基础,刑事诉讼的公正才有保证。

由此可见,刑事诉讼中证明的标准可以是多层次的,但客观真实原则这一指导性原则却一定要坚持。对刑事诉讼的分析有助于

我们进一步理解民事诉讼中是否应坚持客观真实原则这一问题。三大诉讼各有其调整范围和自身鲜明的特点。作为对比较为强烈的刑事诉讼和民事诉讼,二者的调整范围有很大差别,诉讼活动的目的也完全不同。民事诉讼作为调整民商经济活动的诉讼证明活动,不涉及公民的生命、健康、自由等人身权利,因此正确处理当事人民事权利义务纠纷,促进当事人接受审判结果,同时进一步有助于民商经济活动的良性运转才是民事诉讼的真正目的,因而对案件的审理就没有必要像刑事诉讼那样制定极高的要求,客观真实原则不应适用于民事诉讼。

四、证据真实原则的确立

“以事实为根据”这一客观真实原则的含义包含三个方面的内容:第一,弄清事实的真相,掌握民事纠纷发生、发展的实际情况;第二,事实是指绝对的客观事实;第三,当事人和司法工作人员应不遗余力地探究事实真相,通过收集到的证据来判断纠纷发生的真实情况。这其中有一个词应当引起我们的关注,即“证据”。我们知道,案件的审理离不开证据是古今不变的真理,即使是坚持客观真实原则的学者也无法回避这一点。司法实践中,只有经证据证明的事实才能作为定案的根据。因此,我们认为民事诉讼理论中用证据真实原则代替客观真实原则显得更为合理和准确。具体分析,主要有以下几点理由:

首先,法官认定案件事实的过程,实质上是审核证据的过程。法官对民事案件进行审理,其意图是力求消除纠纷,公平地确定权利义务关系,而客观地再现纠纷事实和冲突过程显然没有必要也没有这个能力。在实践中,公正的裁判需要的是现实的基础,而非不切实际的幻想。要为公正裁判寻找一个现实的基础,就应考虑以下几个因素:①裁判所依据的事物具有可以被发现的现实性;②这一基础应真正有助于法官对案件的考量和思索;③符合社会、公众对正义的理解和价值取向。综合上述因素考虑,这一基础绝非“客观事实”,而应是“证据真实”。原因有以下几点:

第一,案件作为已经发生的事件,具有不可重复性。法官作为立足过去、面向未来的裁判者,只能依据按照诉讼规则通过法定程序收集到的证据对案件进行裁判,证据是衡量案件的至关重要的武器。而且,由于任何纠纷和争议发生时总会留下蛛丝马迹,证据就具有了被收集的现实可能性。即使民事纠纷具有很强的隐蔽性和复杂性,但若无法发现有效证据,那么发现案件的客观真相就是奢谈。因此从现实角度来看,证据真实原则的确立有其深厚的实践基础。

第二,法官对案件的审核是主观反映客观的过程。由于这一过程具有法律效力,因此这种认识过程不可能是纯粹的哲学上的理性思维,而应是反映客观对象从而认识真实的活动。在这一过程中,证据显而易见是法官所要认识的客观对象。只有以符合法律和诉讼程序的证据作为基础,裁判才具有公正性和合理性。

第三,人类认识能力是有限的,正是由于这种有限性,人们才将争议交给了公众心目中正义的代表者——法官。那么法官应如何不负众望,实现自己的使命呢?我们认为法官的公正应当体现为程序的公正,而不在于是否发现案件的客观真相。当然,能发现案件真相固然是好的,但对比法官基于从双方都认可并认为公正的程序中收集到的证据对案件作出的裁判和基于从至少一方当事人认为不公正的程序中收集到的证据作出的认定,哪个更易于当事人接受,我们便不难得出结论:诉讼公正在更多的时候或绝大多数情况下体现为程序的公正。在这样的价值取向,过多地强调客观真实就显得费力不讨好且毫无必要了。可见,证据真实原则取代客观真实原则符合诉讼公正的价值取向。

其次,强调证据真实原则有助于发现案件真实情况。不可否认,建立在公正程序中发现的案件真相上的裁判无疑是最公正的裁判,因此能够发现案件真实情况仍应是民事诉讼的目标之一。在民事审判中强调证据真实原则,有助于公民增强证据意识,在民商经济交往中注意收集证据、保存证据,以在诉讼中占据优势地位。实践中,许多公民在经济活动中不注重证据,到了诉讼中就一