



中国法学学术丛书

# 正当程序中的 实现真实

——民事诉讼证明法理之  
现代阐释

Realize Truth in Due Procedure

Modernly Explain Jurisprudence of Proof in Civil Litigation

邵明 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

0925.113.4

7



中国法学学术丛书

# 正当程序中的 实现真实

——民事诉讼证明法理之  
现代阐释

Realize Truth in Due Procedure

Modernly Explain Jurisprudence of Proof in Civil Litigation

邵明 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

正当程序中的实现真实:民事诉讼证明法理之现代阐释/邵明著. —北京:法律出版社,2009.4

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9462 - 2

I. 正… II. 邵… 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(2009)第 054536 号

正当程序中的实现真实  
——民事诉讼证明法理之现代阐释

邵明著

责任编辑 高山  
装帧设计 李瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2009年4月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 15.5 字数 355千

印次 2009年4月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9462 - 2

定价:38.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



中国法学学术丛书

---

## 出版说明

为繁荣中国法学理论的发展,秉承“为人民传播法律”的出版理念,我社历来重视法学学术图书的出版。特别是改革开放以来,更致力于出版最新的法学理论研究成果。幸赖学界鼎力襄助,三十年来已出版法学学术图书几百种。这些著作包括对法学基础理论的研究、对国外法律的介绍以及对我国法制建设中的问题的探讨。我们确信,只有繁荣法学学术研究,才能更好地建设我国法制现代化。这些著作过去以单行本印行,难见系统。现汇编为丛书,便于学界研究之用。

中国法学学术丛书不仅包括过去已经出版、重新修订的著作,也将更多地纳入最新的研究成果。进入二十一世纪后,对当下中国的法学问题的研究,已经成为学界普遍认同的研究主题。纳入中国法学学术丛书的著作,不仅将具有原创性和较高的理论品质,而且还将具有新颖性,包括新观点、新知识、新方法、新视角和新资料。我们希望这些著作可以繁荣和推动学科的发展,对法律理论和法律实践有所贡献。希望学界给我们批评、建议,帮助我们把这套丛书出好。

法律出版社法学学术出版分社  
2008年4月

## 序

本书作者邵明是我的学生。2003年邵明请我为其书《民事诉讼法理研究》(中国人民大学出版社2004年版)作序。在此序中,我写道:“我很欣赏邵明‘见贤思齐’的信条,也很欣赏邵明持之以恒的精神和处世泰然的作风。”时至今日,此语依然。

多年前,邵明向我谈了他的学业发展规划,主要是就民事诉讼作出专题性探究,在此基础上形成自己的理论体系。邵明的《民事诉讼法学》(中国人民大学出版社2007年版)这本书,可以作为邵明建立自己理论体系之“概论”或“总论”。我认为,邵明在这本书中比较成功地建构起自己理论体系之逻辑框架并形成了自己的学术风格。我为之喝彩!

现在呈现在诸君面前的《正当程序中的实现真实》一书,是邵明自己民事诉讼理论体系的一个重要组成部分。对于这本书,我认为,值得肯定的地方主要有:

首先,作者在现代民事诉讼正当程序及其保障原理的框架中,讨论民事诉讼证明问题。在民事诉讼正当程序中,“实现真实”可以说具有超越法体系和法文化的普遍意义,但是“实现真实”并非民事诉讼所追求的唯一价值。此种研究视角,可以避免“只见树木,不见森林”式的研究所产生的弊端。

其次,作者以独特的思路,建构起民事诉讼证明的制度体系和理论体系。我国目前有关民事诉讼证明的著述,多按照总论、证明论和证据论展

开论述。但是,邵明根据诉讼证明逻辑,按照民事诉讼证明总论、证明什么、用何证明、由谁证明和如何证明的基本构架展开论述,以此促成民事诉讼证明法理的体系化。这样的体系化安排,能够达到“纲举目张”之效。

再次,作者在本书中阐释和发展了相关诉讼法理和证明原理。比如,精确阐释民事诉讼安定性原理,并合理运用这一原理来分析证据契约的有效性、诉讼自认的合法性等问题;准确分析辩论主义与职权探知主义的适用范围及与此存在内在关联的主张责任和证明责任等问题;针对实体事实、程序事实及争讼案件事实、非讼案件事实,分别讨论应予适用的证明程序和证明标准等。

最后,作者从民事实体法和民事诉讼法关联性的立场,讨论民事诉讼证明问题。在本书中,作者运用了诸多民事实体法原理,结合民事实体规范制度,在正当程序的框架下,具体讨论了证明对象、辩论主义与职权探知主义的适用范围及根据、主张责任和证明责任等民事诉讼证明问题。这样的研究立场,能够消除“从程序到程序”式的研究所具有的局限。

我认为,本书可以作为研究、教学和司法方面的资料。我国正在进行全面修正民事诉讼法典的工作,此书适时出版,对于我国成功修正民事诉讼法典能够起到应有的积极意义。有鉴于此,我建议大家阅读此书。同时,作为邵明的导师,我真诚地希望读者不吝赐教!谢谢!

是为序。

江 伟\*

2008年11月30日

写于北京世纪城时雨园寓所

\* 江伟,中国人民大学法学院教授,博士生导师,兼任中国法学会诉讼法学研究会名誉会长、最高人民法院专家咨询委员会委员等职。

## 前 言

在现代法治社会,国家治理和社会治理的正常途径是“法律治理”,司法或诉讼属于法律治理系统中不可或缺的重要组成部分。在现代法治社会,国家向国民充分开放司法制度或诉讼制度作为权利救济或纠纷解决的方式,是国家向国民承担的义务,同时也只有经过正当法律程序才能剥夺公民人身权和财产权,所以司法或诉讼作为公民权利实现的最终手段,在制度中和理念上始终受到高度重视。<sup>①</sup>

与立法和行政不同,司法或诉讼主要是对特定纠纷主体之间已经发生的具体纠纷的事后性解决,旨在明确特定纠纷主体之间法律上的具体权利、义务或责任的内容和归属。在司法或诉讼中,需要解决或处理

---

<sup>①</sup> 我们应当将“司法证明”或者“诉讼证明”放在“法律治理”和“国家治理”的框架内来认识,那么就司法证明或诉讼证明的基本原则和具体制度而言,也应当在这样的框架内来认识。比如,本书中对“诚实信用与法律治理”关系之探讨,参见第二章第三节“诚实信用原则”。再如,有学者认为,公民出庭作证不仅对个案及其当事人来讲具有帮助个别正义实现的作用,而且也是为体现公共利益的制度建设及其维系作出每个人应有的贡献,证人出庭作证义务与纳税义务相类似都可以看做民族国家建构过程的一个环节,在这一点上,确实能够说明证人出庭作证的义务不仅与社会公益而且也同国家紧密相关,事实上,包含着证人履行出庭作证的义务在内,诉讼审判制度的完善也能被理解为一种有待于继续努力的国家建设过程。参见王亚新:“民事诉讼中的证人出庭作证”,载《中外法学》2005年第2期。



的问题主要是事实问题与法律问题。以理性主义为基础所构建的法律制度和司法制度,通常区分案件的事实问题与法律问题。这种做法由来已久,古老的法谚就曾云:“当事人负责事实,法官负责法律。”

在诉讼或司法中,必须在查明案件事实的基础上,法院适用实体法规范作出裁判。如何查明案件事实,或者说怎样实现事实真实,即诉讼证明问题。诉讼证明指向的是案件事实之真伪问题,而司法裁判关心的法律维度是将法律规范适用于既定事实的正确性或合法性问题。若将“事实认定”(fact-finding)与“法律发现”(law-finding)合二为一,则诉讼证明的目标会变得捉摸不定,且会对事实认定的理性品格产生消极影响。<sup>①</sup>

在现代法治社会,应当在“正当程序”的框架内,为解决“如何查明案件事实”或者说“怎样实现真实”问题,设立合理的程序制度。具体说:

首先,本书在第一章第二节中论证了,遵行正当程序进行诉讼证明,能够实现程序正义和实体正义。根据正当程序及其保障原理,违反正当程序及其保障原理的证明行为(事实主张行为、举证行为、质证行为和辩论行为等),将会受到否定评价(比如产生行为无效、失权等后果),行为人也会负担诉讼费用,甚至会受到罚款等处罚,借此以形成或维护符合正义要求的诉讼证明秩序。<sup>②</sup>

<sup>①</sup> [美]米尔吉安·R.达马斯卡:《比较法视野中的证据制度》,吴宏耀、魏晓娜等译,中国人民公安大学出版社2006年版,第26~32页。

<sup>②</sup> 法律可以使人养成正义的习惯,使有条件的正义变成无条件的正义。“正义”具有两面性:(1)作为利益交换的规则,正义是有条件的;(2)作为道德命令,正义又是无条件的。“有条件”的意思是说,具有正义愿望的人能否实际遵守正义规范取决于其他人是否也这样做。这种有条件的自愿性反映了正义的一个主要目的,即以等利益交换的方式满足人们的自我利益。既然愿意遵守正义规范的人能否实际遵守正义规范取决于其他人是否也这样做,那么,一部分人的非正义行为就有可能导致其他人的非正义行为,特别是一部分人的非正义行为没有受到有效的制止或制裁,其结果是其他本来具有正义愿望的人就会在不同程度上效仿这种行为,造成非正义行为的泛滥(此可谓“非正义局面的易循环性”或者“正义局面的脆弱性”),因此必须运用法律来维护“无条件”的正义,否则社会的正义局面就难以维持。参见慈继伟:《正义的两面》,生活·读书·新知三联书店2001年版,第1~2页、第37页。

其次,在诉讼或诉讼证明中,“实现真实”是多种利益或价值权衡的结果。在诉讼或诉讼证明中,“实现真实”是其首要的但不是唯一的价值追求,还有比“实现真实”更高的利益追求及诉讼效率等价值追求。<sup>①</sup>在本书的相应部分,将分析为什么证明标准采取盖然性标准?为什么排除适用非法证据?为什么在民事诉讼中严禁适用测谎仪?为什么建立举证时限制度?为什么在“事实真伪不明”时适用证明责任规范作出判决?

再次,在民事诉讼中,对立当事人之间、当事人与法官之间充分对话和相互说服,然后法官以裁判将对话的结果或说服的内容固定起来并表达出来。其中,诉讼证明实际上是当事人运用证据和事实说服法官以作出利己的裁判,故诉讼证明属于“他向证明”而非“自向证明”。与“自向证明”不同的是,在“他向证明”中,证明人必须向他人(裁判者)证明自己的行为或主张是正当的或合法的。<sup>②</sup>

最后,诉讼或诉讼证明应当遵行程序法定原则。诉讼证明程序法定原则属于民事诉讼安定性的范畴,即要求法官和当事人应当按照法定程序有序地进行诉讼(证明),其诉讼结果或证明结果必须得到充分保障。诉讼证明程序法定原则或诉讼安定性从技术层面要求法官和当事人遵守正当程序,保障诉讼证明有序顺畅进行以避免程序混乱和诉讼迟延,最终实现司法正义或诉讼公正。

笔者在本书中根据诉讼证明的逻辑和理路,将“民事诉讼证明”划

---

① 高家伟:“论证据法上的利益衡量原则”,载《现代法学》2004年第4期。

② “自向证明”,即向自己证明,实际上是在向自己的良心作出证明。我们之所以关心自己的行为是否正当,是由于我们希望“问心无愧”。在自向证明的过程中,一个人关心的毕竟是自己的行为是否正当,所以自向证明仍不失为道德行为。但是,现实中经常出现“好心办坏事”的情形,“问心无愧的行为”并不一定是有益他人的行为,甚至是灾难性的行为或者是缺乏社会责任感的行为。诺贝尔经济学奖获得者哈耶克曾说过:坏人只能干些小坏事,因为他们是心虚的;世界上的一些大坏事往往是由“高尚的”理想主义者干的,一项决策错误,可能使几百万人饿死,但他们自认为是问心无愧的,因为他们想把人间变成“天堂”。这说明了,人为什么不仅需要向自己证明,还需要向别人证明(即作出“他向证明”);后者能对前者的自向性有所矫正。参见慈继伟:《正义的两面》,生活·读书·新知三联书店2001年版,第144~145页。

分为五个部分:(1)“总论”,主要讨论民事诉讼证明的基础原理,包括正当程序保障原理、诉讼证明的基本目的(实现真实)、实现真实的法律制度体例等。根据“总论”所阐释的基本原理,分别阐释如下几项问题:(2)“证明什么”,主要阐释证明对象和免证事实;(3)“用何证明”,主要阐释证据及其规则;(4)“由谁证明”,主要阐释当事人证明责任和法院职权探知责任;(5)“如何证明”,主要阐释诉讼证明程序或证据调查程序。

本书虽然将大部分篇幅放在民事争讼案件事实证明问题之上,但是还从民事事实证明体系化的角度出发,讨论了非讼案件的证明问题,并且还涉及实体法中的“证明规范”问题。<sup>①</sup>从诸多国家和地区的法律体例来看,“证明规范”不仅存在于证据法、民事诉讼法之中,而且还大量地存在于公证法、实体法等之中。

就实体法中的证明规范而言,比如在“权利证明”规范或制度中,对债权的存在及其清偿要以包括公证在内的证据来证明,对物权则主要以登记制度、产权证书来证明。<sup>②</sup>就我国《合同法》而言,包含了许多证明或证据内容的规范,比如《合同法》第68条规定,应当先履行债务的当事人,有确切证据证明的,可以中止履行;第197条要求合同采用书面形式。<sup>③</sup>

① 至于民事强制执行程序中的证明问题,本书未予详细阐释。在民事强制执行中,比如被执行人财产的证明问题,德国和日本等国法律规定由执行人员依据民法典尤其是物权法的规定,直接参照物权法上的物权公示原则作出形式判断。我国现行法律和司法解释也确立了证明被执行人财产的形式化规则。比如,执行根据《物权法》所确立物权公示原则,对被被执行人财产作出形式判断,《物权法》第16条和第17条规定:不动产登记簿是物权归属和内容的根据,不动产登记证书是权利人享有该不动产物权的证明,权属证明与权属登记不一致的,以权属登记为准(除有证据证明不动产登记簿确有错误外)。再如,最高人民法院《关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》(法释[2004]15号)第2条规定:法院可以查封、扣押、冻结被执行人占有的动产、登记在被执行人名下的不动产、特定动产及其他财产权;未登记的建筑物和土地使用权,依据土地使用权的审批文件和其他相关证据确定权属;对于第三人占有的动产或者登记在第三人名下的不动产、特定动产及其他财产权,第三人书面确认该财产属于被执行人的,法院可以查封、扣押、冻结。

② 常鹏翱:“物权法中的权利证明规范——比较法上的考察与分析”,载《比较法研究》2006年第2期。

③ 肖建国:“论合同法上的证据规范”,载《法学评论》2001年第5期。

本书主要根据现代民事诉讼正当性或者正当程序保障原理,阐释和讨论民事诉讼证明问题,其中运用了利益衡量方法、规范分析方法和比较分析方法。在民事诉讼领域,尤其是在群体性纠纷诉讼中,往往需要运用社会调查方法、统计方法、概率论等来证明或认定案件事实。<sup>①</sup>对此,笔者受其知识结构的限制,在本书中不予阐释。

---

<sup>①</sup> 在我国,相关文献有:何家弘主编:《证据法学研究》,中国人民大学出版社2007年版;袁卫:“统计方法在法律和法庭审判中的应用”,载《在人大法学院听讲座》(第1辑),中国法制出版社2007年版;[美]汉斯·采泽尔、戴维·凯:《用数字证明——法律和诉讼中的实证方法》,黄向阳译,中国人民大学出版社2008年版;[美]约翰·莫纳什、劳伦斯·沃克:《法律中的社会科学》,何美欢等译,法律出版社2007年版;[美]理查德·A.波斯纳:《证据法的经济分析》,徐昕、徐昀译,中国法制出版社2001年版等。

# 目 录

序 001

前言 001

## 第一编 总 论

### 第一章 民事诉讼的正当性与正当程序 003

第一节 民事诉讼的正当性和民事判决的正当性 003

一、民事诉讼的正当性 003

二、民事判决的正当性 004

三、包含性模式与判决正当性原理 006

四、讨论性模式与判决正当性原理 008

第二节 民事诉讼的正当性和正当程序保障原理 011

一、进入民事诉讼的正当性和正当程序保障 012

二、民事诉讼过程的正当性和正当程序保障 015

三、民事诉讼结果的正当性和正当程序保障 022

四、三位一体：正当性和正当程序保障 030

第三节 民事诉讼安定性原理 032

一、民事诉讼安定性的内涵和根据 032

二、民事诉讼安定性与诉讼规范 036

三、民事诉讼安定性与诉讼行为 041

四、违反诉讼安定性的程序后果及其处理程序 046

五、民事诉讼安定性原理的具体适用 050

## 第二章 诉讼证明与实现真实 053

### 第一节 民事诉讼证明 053

一、民事诉讼证明的含义和特点 053

二、民事诉讼证明的类型化分析 057

### 第二节 实现真实与证明标准 066

一、实现真实 066

二、证明标准 072

### 第三节 诚实信用原则 086

一、诚实信用原则的含义和诉讼功能 086

二、诚实信用与法律治理 087

三、诚实信用原则的具体内容 090

## 第三章 实现真实与证据法律制度 102

### 第一节 外国证据法律制度体例 103

一、英美法系证据法律制度体例 103

二、大陆法系证据法律制度体例 107

### 第二节 我国证据法律制度体例 111

一、我国现行证据法律制度体例 111

二、我国将来证据法律制度体例 112

三、我国制定统一证据法典的宗旨 114

### 第三节 形式证据主义与实质证据主义 119

一、形式证据主义与神明裁判主义 119

二、实质证据主义与证据裁判主义 124

三、实质证据主义与法定证据主义 128

四、实质证据主义与自由心证主义 132

## 第二编 证明什么——证明对象

### 第四章 证明对象 143

#### 第一节 证明对象的含义和构成 143

- 一、证明对象的含义 143
  - 二、要件事实、间接事实和辅助事实 144
  - 三、权利发生事实、权利妨碍事实、权利阻却事实和权利消灭事实 147
- 第二节 经验法则、地方习惯、行业惯例与外国法律 151
- 一、经验法则 151
  - 二、地方习惯与行业惯例 154
  - 三、外国法律 155

## 第五章 相对免证事实 157

### 第一节 概述 157

### 第二节 法官司法认知的事实 159

#### 一、司法认知的原理 159

#### 二、司法认知的事实 161

### 第三节 裁判预决的事实 165

#### 一、预决效力 165

#### 二、预决事实的生效要件和采用规则 170

#### 三、刑事判决和民事判决之间的预决效力 172

### 第四节 法官推定的事实 177

#### 一、推定的原理 177

#### 二、法律推定与事实推定 184

#### 三、表见证明与不证自明 187

### 第五节 当事人诉讼上自认的事实 190

#### 一、诉讼上自认的含义和对象 190

#### 二、诉讼上自认的性质和要件 194

#### 三、诉讼上自认的法律效果 200

#### 四、被告认诺与权利自认 202

## 第三编 用何证明——证据

## 第六章 证据与证据规则 207

第一节 理解证据 207

一、证据含义与证据能力和证明力 207

二、证据的种类与分类 213

三、证据契约 219

四、事实和证据共通性原理 223

第二节 证据规则 228

一、概述 228

二、关联性规则、真实性规则和合法性规则 231

三、证言豁免规则、最佳证据规则、证据失权规则和补强证据规则 242

**第七章 实物证据与言词证据 248**

第一节 实物证据 248

一、书证与物证 248

二、视听资料与电子证据 257

三、勘验笔录 269

第二节 言词证据 273

一、证人证言 273

二、司法鉴定与鉴定结论 278

三、当事人陈述 298

**第四编 由谁证明——证明责任与职权探知**

**第八章 辩论主义与职权探知主义 307**

第一节 辩论主义 308

一、辩论主义的内涵 308

二、辩论主义的根据和补充 311

第二节 职权探知主义 314

一、职权探知主义的内涵 314

二、职权探知主义的适用范围 315

三、职权探知主义的根据 321



四、实证调查 324

**第九章 当事人证明责任 326**

第一节 证明责任的内涵与功能 326

一、证明责任的概念与功能 326

二、行为证明责任与结果证明责任 329

三、证明责任概念之发展简史 335

第二节 谁主张谁证明 336

一、证明责任分配一般规则 336

二、谁主张谁证明的适用 337

三、谁主张谁证明的根据 341

第三节 证明责任的减轻、倒置与裁量 342

一、证明责任的减轻 342

二、证明责任的倒置 353

三、证明责任的裁量 359

第四节 刑事诉讼证明责任与行政诉讼证明责任 360

一、刑事诉讼证明责任 360

二、行政诉讼证明责任 366

**第五编 如何证明——证明程序**

**第十章 民事争讼案件的证明程序 373**

第一节 民事争讼案件证明程序原则 373

一、程序参与原则与双方审理主义 374

二、集中审理主义 381

三、直接言词审判主义 388

第二节 提供证据和交换证据 391

一、争讼程序构造与审前准备程序 391

二、举证期限与证据交换 394

三、证据保全 399