



新编21世纪法学系列教材

总主编 曾宪义 王利明

# 民事证据法学

第二版

Civil Evidence Law

主 编 江 伟 邵 明



新编21世纪法学系列教材

总主编 曾宪义 王利明

# 民事证据法学

第二版

Civil Evidence Law

主 编 江 伟 邵 明

中国人民大学出版社  
· 北京

图书在版编目 (CIP) 数据

民事证据法学/江伟, 邵明主编. —2 版. —北京: 中国人民大学出版社, 2015. 9  
新编 21 世纪法学系列教材 / 曾宪义, 王利明主编  
ISBN 978-7-300-21970-7

I. ①民… II. ①江…②邵… III. ①民事诉讼-证据-法的理论-中国-高等学校-教材 IV. ①D925. 113

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 236784 号

新编 21 世纪法学系列教材

总主编 曾宪义 王利明

民事证据法学 (第二版)

主 编 江 伟 邵 明

Minshi Zhengjufaxue

---

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)

010-62511770 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 山东省高唐印刷有限责任公司

版 次 2011 年 3 月第 1 版

规 格 185 mm×260 mm 16 开本

2015 年 10 月第 2 版

印 张 15.25

印 次 2015 年 10 月第 1 次印刷

字 数 346 000

定 价 29.80 元

---

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

## 编审委员会

总主编 曾宪义 王利明

副总主编 韩大元（常务） 叶秋华 龙翼飞 郑定  
林嘉 刘明祥 刘志

委员（按姓氏笔画排序）

马小红	王云霞	王作富	王欣新	王轶	王新清	尹立	冯军
史彤彪	史际春	叶林	田宏杰	刘文华	刘春田	吕世伦	孙国华
朱力宇	朱大旗	朱文奇	朱景文	江伟	汤维建	许崇德	何家弘
余劲松	吴宏伟	张小虎	张志铭	张新宝	李艳芳	杨大文	杨立新
杨建顺	邵沙平	陈卫东	陈桂明	周珂	范愉	姚辉	胡锦涛
赵中孚	赵秀文	赵晓耕	徐孟洲	莫于川	郭禾	郭寿康	高铭暄
黄京平	程天权	程荣斌	董安生	谢望原	韩玉胜	黎建飞	戴玉忠

编委会办公室 郝晓明 黄晓蓉 侯静

## 主 编 简 介

**江伟：**中国人民大学法学院教授，中国人民大学民商事法律科学研究中心专职研究员，博士生导师。我国当代著名法学家，系新中国民事诉讼法学奠基人之一。曾兼任中国法学会民事诉讼法学研究会名誉会长，最高人民检察院专家咨询委员会委员。曾为北京师范大学、西南政法大学等高等院校的特聘教授或客座教授。

独著：《探索与构建》《民事诉讼法》等书。主编：《民事诉讼法》（国家级规划教材）、《证据法学》（全国高等自学考试指定教材）、《民事诉讼法典专家修改建议稿及立法理由》等。在《中国社会科学》《中国人民大学学报》《中国法学》《法学研究》《法学家》和《日本国际商事法务》等刊物上，发表诸多有重大影响的学术论文。

曾获全国高校人文社会科学研究成果二等奖、教育部全国高等学校优秀教材一等奖、司法部优秀教材与优秀法学成果二等奖等国家级和省部级奖励。

**邵明：**法学博士，中国人民大学法学院教授，博士生导师；国家教育部人文社会科学重点研究基地中国人民大学民商事法律研究中心专职研究员。兼任国家博士后基金项目评审专家、教育部学位中心论文评审专家、北京电视台科教节目中心特约法学专家等。

独著：《民事诉讼法理研究》（首届中华优秀出版物奖）、《民事诉讼法学》《正当程序中的实现真实——民事诉讼证明法理之现代阐释》（中国法学学术丛书）、《现代民事诉讼基础理论》等。合著：《民事诉讼法学原理》《中国大百科全书（法学卷）》《民事诉讼法》（普通高等教育“十一五”国家级规划教材）等书。

发表《论社会主义法与利益分配正义》《论诉的利益》《论我国和谐社会中的民事调解》《论民事诉讼证据裁判原则》《论民事诉讼程序参与原则》《宪法视野中的民事诉讼正当程序》《析现代民事证明责任的减免》《析法院职权探知主义》《论民事诉讼安定性原理》《论我国涉外民事诉讼程序之完善》《论民事之诉的合法要件》《论现代民事诉讼当事人的主张责任》等学术论文。

## 内 容 简 介

“为法院裁判提供真实的事实根据”是民事诉讼证明和民事证据法的主要目的。根据证据裁判原则，必须依据经过法定的证据调查程序后具有证据能力的证据来证明案件事实。争讼案件的实体事实采用严格证明和完全证明，而程序事项和非讼案件的实体事实采用自由证明和释明即可。民事诉讼证明和民事证据法的主要内容包括：（1）证明什么——主要阐释证明对象和免证事实；（2）用何证明——主要阐释证据及其规则；（3）由谁证明——主要阐释当事人证明责任和法院职权探知；（4）如何证明——主要阐释诉讼证明程序或证据调查程序。



## 作者分工

(以撰写章节先后为序)

**邵明** (中国人民大学民商事法律科学研究中心专职研究员, 中国人民大学法学院教授, 法学博士, 博士生导师): 前言、第一章、第二章第三节、第八章。

**纪格非** (中国政法大学副教授, 法学博士): 第二章、第五章。

**韩香** (中国人民大学法学院博士): 第三章、第四章。

**江伟** (中国人民大学法学院教授, 博士生导师): 第六章、第七章。

**常廷彬** (广东外贸大学教授, 法学博士): 第六章、第七章。

**熊跃敏** (北京师范大学法学院教授, 法学博士, 博士生导师): 第九章、第十章。

**曹新华** (河南大学法学院讲师, 法学博士): 第九章。

全书(第二版)由邵明教授统稿。



## 总 序

### 曾宪义

在人类文明与文化的发展中，中华民族曾作出过伟大的贡献，不仅最早开启了世界东方文明的大门，而且对人类法治、法学及法学教育的生成与发展进行了积极的探索与光辉的实践。

在我们祖先生存繁衍的土地上，自从摆脱动物生活、开始用双手去进行创造性的劳动、用人类特有的灵性去思考以后，我们人类在不断改造客观世界、创造辉煌的物质文明的同时，也在不断地探索人类的主观世界，逐渐形成了哲学思想、伦理道德、宗教信仰、风俗习惯等一系列维系道德人心、维持一定社会秩序的精神规范，更创造了博大精深、义理精微的法律制度。应该说，在人类所创造的诸种精神文化成果中，法律制度是一种极为奇特的社会现象。因为作为一项人类的精神成果，法律制度往往集中而突出地反映了人类在认识自身、调节社会、谋求发展的各个重要进程中的思想和行动。法律是现实社会的调节器，是人民权利的保障书，是通过国家的强制力来确认人的不同社会地位的有力杠杆，它来源于现实生活，而且真实地反映现实的要求。因而透过一个国家、一个民族、一个时代的法律制度，我们可以清楚地观察到当时人们关于人、社会、人与人的关系、社会组织以及哲学、宗教等诸多方面的思想与观点。同时，法律是一种具有国家强制力、约束力的社会规范，它以一种最明确的方式，对当时社会成员的言论或行动作出规范与要求，因而也清楚地反映了人类在各个历史发展阶段中对于不同的人所作出的种种具体要求和限制。因此，从法律制度的发展变迁中，同样可以看到人类自身不断发展、不断完善的历史轨迹。人类社会几千年的国家文明发展历史已经无可争辩地证明，法律制度乃是维系社会、调整各种社会关系、保持社会稳定的重要的工具。同时，法律制度的不断完善，也是人类社会文明进步的显著体现。

由于发展路径的不同、文化背景的差异，东方社会与西方世界对于法律的意义、底蕴的理解、阐释存有很大的差异，但是，在各自的发展过程中，都曾比较注重法律的制定与完善。中国古代虽然被看成是“礼治”的社会、“人治”的世界，被认为是“只有刑，没有法”的时代，但从《法经》到《唐律疏议》、《大清律例》等数十部优秀成文法典的存在，充分说明了成文制定法在中国古代社会中的突出地位，唯这些成文法制所体现出的精神旨趣与现代法律文明有较大不同而已。时至20世纪初叶，随着西风东渐、东西文化交流加快，中国社会开始由古代的、传统的社会体制向近现代文明过渡，建立健全的、符合现代理性精神的法律文明体系方成为现

代社会的共识。正因为如此,近代以来的数百年间,在西方、东方各主要国家里,伴随着社会变革的潮起潮落,法律改革运动也一直呈方兴未艾之势。

从历史上看,法律的文明、进步,取决于诸多的社会因素。东西方法律发展的历史均充分证明,推动法律文明进步的动力,是现实的社会生活,是政治、经济和社会文化的变迁;同时,法律内容、法律技术的发展,往往依赖于一大批法律专家以及更多的受过法律教育的社会成员的研究和推动。从这个角度看,法学教育、法学研究的发展,对于法律文明的发展进步,也有着异常重要的意义。正因为如此,法学教育和法学研究在现代国家的国民教育体系和科学研究体系中,开始占有越来越重要的位置。

中国近代意义上的法学教育和法学研究,肇始于19世纪末的晚清时代。清光绪二十一年(公元1895年)开办的天津中西学堂,首次开设法科并招收学生,虽然规模较小,但仍可以视为中国最早的近代法学教育机构(天津中西学堂后改名为北洋大学,又发展为天津大学)。三年后,中国近代著名的思想家、有“维新骄子”之称的梁启超先生即在湖南《湘报》上发表题为《论中国宜讲求法律之学》的文章,用他惯有的富有感染力的激情文字,呼唤国人重视法学,发明法学,讲求法学。梁先生是清代末年一位开风气之先的思想巨子,在他的辉煌的学术生涯中,法学并非其专攻,但他仍以敏锐的眼光,预见到了新世纪中国法学研究和法学教育的发展。数年以后,清廷在内外压力之下,被迫宣布实施“新政”,推动变法修律。以修订法律大臣沈家本为代表的一批有识之士,在近十年的变法修律过程中,在大量翻译西方法学著作,引进西方法律观念,有限度地改造中国传统的法律体制的同时,也开始推动中国早期的法学教育和法学研究。20世纪初,中国最早设立的三所大学——北洋大学、京师大学堂、山西大学堂均设有法科或法律学科目,以期“端正方向,培养通才”。1906年,应修订法律大臣沈家本、伍廷芳等人的奏请,清政府在京师正式设立中国第一所专门的法政教育机构——京师法律学堂。次年,另一所法政学堂——直属清政府学部的京师法政学堂也正式招生。这些大学法科及法律、法政学堂的设立,应该是中国历史上近代意义上的正规专门法学教育的滥觞。

自清末以来,中国的法学教育作为法律事业的一个重要组成部分,随着中国社会的曲折发展,经历了极不平坦的发展历程。在20世纪的大部分时间里,中国社会一直充斥着各种矛盾和斗争。在外敌入侵、民族危亡的沉重压力之下,中国人民为寻找适合中国国情的发展道路而花费了无穷的心力,付出过沉重的代价。从客观上看,长期的社会骚动和频繁的政治变迁曾给中国的法治与法学带来过极大的消极影响。直至70年代末期,以“文化大革命”宣告结束为标志,中国社会从政治阵痛中清醒过来,开始用理性的目光重新审视中国的过去,规划国家和社会的未来,中国由此进入长期稳定、和平发展的大好时期,以这种大的社会环境为背景,中国的法学教育也获得了前所未有的发展机遇。

从宏观上看,实行改革开放以来,经过二十多年的努力,中国的法学教育事业所取得的成就是辉煌的。首先,经过“解放思想,实事求是”思想解放运动的洗礼,在中国法学界迅速清除了极左思潮及苏联法学模式的一些消极影响,根据本国国情建设社会主义法治国家已经成为国家民族的共识,这为中国法学教育和法学研究的发展奠定了稳固的思想基础。其次,随着法学禁区的不断被打破、法学研究的逐步深入,一个较为完善的法学学科体系已经建立起来。理论法学、部门法学各学科基本形成了比较系统和成熟的理论体系和学术框架,一些随着法学研究逐渐深入而出现的法学子学科、法学边缘学科也渐次成型。1997年,国家教育主管部门和



教育部高校法学学科教学指导委员会对原有专业目录进行了又一次大幅度调整,决定自1999年起法学类本科只设一个单一的法学专业,按照一个专业招生,从而使法学学科的布局更加科学和合理。同时,在充分论证的基础上,确定了法学专业本科教学的14门核心课程,加上其他必修、选修课程的配合,由此形成了一个传统与更新并重、能够适应国家和社会发展需要的教学体系。法学硕士和博士研究生及法律硕士专业学位研究生的专业设置、课程教学和培养体系也日臻完善。再次,法学教育的规模迅速扩大,层次日趋齐全,结构日臻合理。目前中国有六百余所普通高等院校设置了法律院系或法律本科专业,在校本科学生和研究生已达二十余万人。除本科生外,在一些全国知名的法律院校,法学硕士研究生、法律硕士专业学位研究生、法学博士研究生已经逐步成为培养的重点。

众所周知,法律的进步、法治的完善,是一项综合性的社会工程。一方面,现实社会关系的发展,国家政治、经济和社会生活的变化,为法律的进步、变迁提供动力,提供社会的土壤。另一方面,法学教育、法学研究的发展,直接推动法律进步的进程。同时,全民法律意识、法律素质的提高,则是实现法治理想的关键的、决定性的因素。在社会发展、法学教育、法学研究等几个攸关法律进步的重要环节中,法学教育无疑处于核心的、基础的地位。中国法学教育过去二十多年所走过的历程令人激动,所取得的成就也足资我们自豪。随着国家的发展、社会的进步,在21世纪,我们面临着更严峻的挑战和更灿烂的前景。“建设世界一流法学教育”,任重道远。

首先,法律是建立在经济基础之上的上层建筑,以法治为研究对象的法学也就成为一门实践性很强的学科。社会生活的发展变化,势必要对法学教育、法学研究不断提出新的要求。经过二十多年的奋斗,中国改革开放的前期目标已顺利实现。但随着改革开放的逐步深入,国家和社会的一些深层次问题,比如说社会主义市场经济秩序的真正建立、国有企业制度的改革、政治体制的完善、全民道德价值的重建、环境保护和自然资源的合理利用等等,也已经开始浮现出来。这些复杂问题的解决,无疑最终都会归结到法律制度的完善上来。建立一套完善、合理的法律制度,构建理想的和谐社会,乃一项持久而庞大的社会工程,需要全民族的智慧和努力。其中的基础性工作,如理论的论证、框架的设计、具体规范的拟订、法律实施中的纠偏等等,则有赖于法学研究的不断深入,以及高素质人才特别是法律人才的养成,而培养法律人才的任务,则是法学教育的直接责任。

其次,21世纪是一个多元化的世纪。20世纪中叶发生的信息技术革命,正在极大地改变着我们的世界。现代科学技术,特别是计算机网络信息技术的发展,使传统的生活方式、思想观念发生了根本的改变,并由此引发许多人类从未面对过的问题。就法学教育而言,在21世纪所要面临的,不仅是教学内容的多元化问题,而且还有培养对象、培养目标的多元化、教学方式的多元化等一系列问题,这些问题都需要法学界去思考、去探索。

中国人民大学法学院建立于1950年,是新中国诞生后创办的第一所正规高等法学教育机构。在半个多世纪的岁月中,中国人民大学法学院以其雄厚的学术力量、严谨求实的学风、高水平的教学质量以及丰硕的学术研究成果,在全国法学教育领域处于领先地位,并开始跻身于世界著名法学院之林。据初步统计,中国人民大学法学院已经为国家培养法学专业本科生、硕士生、博士生一万余人,培养各类成人法科学生三十余万人。经过多年的努力,中国人民大学法学院形成了较为明显的学术优势,在现职教师中,既有一批资深望重、在国内外享有盛誉的

法学前辈,更有一大批在改革开放后成长起来的优秀中青年法学家。这些老中青法学专家多年来在勤奋研究法学理论的同时,也积极投身于国家的立法、司法实践,对国家法制建设贡献良多。

有鉴于此,中国人民大学法学院与中国人民大学出版社经过研究协商,决定结合中国人民大学法学院的学术优势和中国人民大学出版社的出版力量,出版一套“21世纪法学系列教材”。自1998年开始编写出版本科教材,包括按照国家教育部所确定的法学专业核心课程和其所颁布印发的《全国高等学校法学专业核心课程基本要求》而编写的14门核心课程教材,也包括法学各领域、各新兴学科教材及教学参考书和案例分析在内,到2000年12月3日在人民大会堂大礼堂召开举世瞩目的“21世纪世界百所著名大学法学院院长论坛暨中国人民大学法学院成立五十周年庆祝大会”之时,业已出版了50本作为50周年院庆献礼,到现在总共出版了80本。为了进一步适应高等法学教育发展的形势和教学改革的需要,最近中国人民大学法学院与中国人民大学出版社决定将这套教材扩大为四个系列,即:“本科生用书”、“法学研究生用书”、“法律硕士研究生用书”以及“司法考试用书”,总数将达二百多本。我们设想,本套教材的编写,将更加注意“高水准”与“适用性”的合理结合。首先,本套教材将由中国人民大学法学院具有全国影响的各学科的学术带头人领衔,约请全国高校优秀学者参加,形成学术实力强大的编写阵容。同时,在编写教材时,将注意吸收中国法学研究的最新的学术成果,注意国际学术发展的最新动向,力求使教材内容能够站在21世纪的学术前沿,反映各学科成熟的理论,体现中国法学的水平。其次,本套教材在编写时,将针对新时期学生特点,将思想性、学术性、新颖性、可读性有机结合起来,注意运用典型生动的案例、简明流畅的语言去阐释法律理论与法律制度。

我们期望并且相信,经过组织者、编写者、出版者的共同努力,这套法学教材将以其质量效应、规模效应,力求成为奉献给新世纪的精品教材,我们诚挚地祈望得到方家和广大读者的教正。

2006年7月1日



## 序 言

法学教育是高等教育的重要组成部分，是建设社会主义法治国家、构建社会主义和谐社会的重要基础，并居于先导性的战略地位。在我国社会转型的新世纪、新阶段，法学教育不仅要为建设高素质的法律职业共同体服务，而且要面向全社会培养大批治理国家、管理社会、发展经济的高层次法律人才。近年来，法学教育取得了长足的进步，法科数量增长很快，教育质量稳步提高，培养层次日渐完善，目前已经形成了涵盖本科生、第二学士学位生、法学硕士研究生、法律硕士研究生、法学博士研究生的完整的法学人才培养体系，接受法科教育已经成为莘莘学子的优先选择之一。随着中国法治事业的迅速发展，我们有理由相信，中国法学教育的事业大有可为，中国法学教育的前途充满光明。

教育的基本功能在于育人，在于塑造德才兼备的高素质人才。法学教育的宗旨并非培养只会机械适用法律的“工匠”，而承载着培养追求正义、知法懂法、忠于法律、廉洁自律的法律人的任务。要完成法学教育的使命，首先必须认真抓好教材建设。我始终认为，教材是实现教育功能的重要工具和媒介，法学教材不仅仅是法学知识传承的载体，而且是规范教学内容、提高教学质量的关键，对法学教育的发展有着不可估量的作用。

第一，法学教材是传授法学基本知识的工具。初学法律，既要有好的老师，又要有好的教材。正如冯友兰先生所言：“学哲学的目的，是使人作为人能够成为人，而不是成为某种人。其他的学习（不是学哲学）是使人能够成为某种人，即有一定职业的人。”一套好的教材，能够高屋建瓴地展示法律的体系，能够准确简明地阐释法律的逻辑，能够深入浅出地叙述法律的精要，能够生动贴切地表达深奥的法理。所以，法学教材是学生学习的向导，是学生步入法律殿堂的阶梯。如果在入门之初教材就有偏颇之处，就可能误人子弟，学生日后还要花费大量时间与精力来修正已经形成的错误观念。

第二，法学教材是传播法律价值理念的载体。好的法学教材不仅要传授法学知识，更要传播法律的精神和法治的理念，例如对公平、正义的追求，尊重权利的观念。本科生、研究生阶段的青年学子，正处在人生观、价值观形成的阶段，一套优秀的法学教材，对于他们价值观的塑造和健全人格的培养具有重要意义。

第三，法学教材是形成职业共同体的主要条件。建设社会主义法治国家，有赖于法律职业

共同体的生成。一套好的法学教材，向法律研习者传授共同的知识，这对于培养一个接受共同的价值理念、共同的法律思维、共同的话语体系的法律共同体，具有重要的作用。

第四，法学教材是所有法律研习者的良师益友。没有好的教材，一个好的教师或可弥补教材的欠缺和不足，但对那些没有老师指导的自学者而言，教材就是老师，其重要作用是显而易见的。

长期以来，在我们的评价体系中，教材并没有获得应有的注重，对学术成果的形式优先考虑的往往是专著而非教材。在不少人的观念中，教材与创新、与学术精品甚至与学术无缘。其实，要真正写出一部好的教材，其难度之大、工作之艰辛、影响之深远，绝不低于一部优秀的专著，它甚至可以成为在几百年甚至更长的时间内发挥作用的传世之作。以查士丁尼的《法学阶梯》为例，所谓法学阶梯，即法学入门之义，就是一部教材。但它概括了罗马法的精髓，千百年来，一直是人们研习罗马法最基本的著述。日本著名学者我妻荣说过，大学教授有两大任务：一是写出自己熟悉的专业及学术领域的讲义乃至教科书；二是选择自己最有兴趣、最看重的题目，集中精力进行终生的研究：实际上，这两者是相辅相成的。写出一部好教材，必须要对相关领域形成一个完整的知识体系，还要能以深入浅出的语言将问题讲清楚、讲明白。没有编写教材的基本功，实际上也很难写出优秀的专著。当然，也只有对每一个专题都有一定研究，才能形成对这个学术领域的完整把握。

虽然近几年我国法学教育发展迅速，成绩显著，但是法学教育也面临许多挑战。各个学校的师资队伍和教学质量参差不齐，这就更需要推出更多的结构严谨、内容全面、角度各有侧重、能够适应不同需求的法学教材，为提高法学教学和人才培养质量、保障法学教育健康发展提供前提条件。

长期以来，中国人民大学法学院始终高度重视教材建设。作为新中国成立后建立的第一所正规的法学教育机构，中国人民大学法律系最早开设了社会主义法学教学课堂，编写了第一套社会主义法学讲义，培养了新中国第一批法学本科生和各学科的硕士生、博士生，产生了新中国最早的一批法学家和法律工作者。中国人民大学法律系因此被誉为“新中国法学教育的工作母机”。半个多世纪以来，中国人民大学法学院为社会主义法制建设培养了大批优秀的法律人才，并为法学事业的振兴和繁荣作出了卓越贡献，也因此成为引领中国法学教育的重镇、凝聚国内法律人才的平台和沟通中外法学交流的窗口，并在世界知名法学院行列中崭露头角。为了对中国法学教育事业作出更大的贡献，我们有义务也有责任出版一套体现我们最新研究成果的法学教材。

承蒙中国人民大学出版社的大力支持，我们组织编写了本套教材，其中包括本科生用书、法律硕士研究生用书、法学研究生用书和司法考试用书四大系列，分别面向不同层次法科教育需求。编写人员以中国人民大学法学院教师为主，反映了中国人民大学法学院整体的研究实力和学术视野。相信本套教材的出版，一定能够为新时期法学教育的繁荣发展发挥应有的作用。

是为序。

2006年7月10日



## 法律文件略语

简称	全称
《民事诉讼法》	《中华人民共和国民事诉讼法》(2012年修正)
《公证法》	《中华人民共和国公证法》(2005年)
《证据规定》	《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(法释[2001]33号)
《民诉法解释》	《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(法释[2015]5号)

## 相关教材

书名	ISBN	作者	定价 (元)	出版日期
民事诉讼法 (第七版) (新编 21 世纪法学系列教材; “十一五” 国家级规划教材; 教育部全国普通高等学校优秀教材一等奖; 教育部推荐教材)	978-7-300-21119-0	江 伟 肖建国	59.80	2015-04
民事证据法学 (第二版) (新编 21 世纪法学系列教材)	978-7-300-21970-7	江 伟 邵 明	29.80	2015-10
民事执行法 (21 世纪法学系列教材)	978-7-300-19445-5	肖建国	45.00	2014-07
仲裁法 (第三版) (新编 21 世纪法学系列教材)		江 伟	39.80 (估)	2015-08
非诉讼程序 (ADR) 教程 (第二版) (21 世纪法学系列教材)	978-7-300-15800-6	范 愉	35.00	2012-06
简明证据法学 (第三版) (21 世纪法学系列教材; “十二五” 普通高等教育本科国家级规划教材)	978-7-300-18201-8	何家弘	39.00	2013-11
物证技术学 (第四版) (21 世纪法学系列教材; 高等学校文科教材)	978-7-300-14255-5	徐立根 李学军 刘晓丹	39.00	2011-09
民事诉讼法 (第三版) (21 世纪高等院校法学系列精品教材)	978-7-300-21614-0	张卫平	49.80	2015-08
民事诉讼法 (第四版) (21 世纪中国高校法学系列教材)	978-7-300-21308-8	齐树洁	43.00	2015-06
民事诉讼法 (第四版) (21 世纪高等院校法学系列精品教材)	978-7-300-18072-4	田平安	48.00	2013-01
民事诉讼法原理与案例教程 (第二版) (21 世纪法学系列教材; 全国法律硕士专业学位教指委秘书处推荐教材)	978-7-300-11841-3	汤维建	55.00	2010-04
民事诉讼法练习题集 (第四版) (21 世纪法学系列教材配套辅导用书)	978-7-300-21815-1	江 伟 肖建国	38.00	2015-09
《民事诉讼法》法律法规精释 (21 世纪法学系列教材配套辅导用书)	978-7-300-12582-4	肖建国	38.00	2010-09
民事诉讼法学关键问题 (21 世纪法学系列教材配套辅导用书)	978-7-300-12130-7	江 伟	39.00	2010-06

## 《 》 \* 任课教师调查问卷

为了能更好地为您提供优秀的教材及良好的服务，也为了进一步提高我社法学教材出版的质量，希望您能协助我们完成本次小问卷，完成后您可以在我社网站中选择与您教学相关的1本教材作为今后的备选教材，我们会及时为您邮寄送达！如果您不方便邮寄，也可以申请加入我社的法学教师QQ群：83961183（申请时请注明法学教师），然后下载本问卷填写，并发往我们指定的邮箱（cruplaw@163.com）。

邮寄地址：北京市海淀区中关村大街31号中国人民大学出版社411室收

邮 编：100080

再次感谢您在百忙中抽出时间为我们填写这份调查问卷，您的举手之劳，将使我们获益匪浅！

### 基本信息及联系方式：\*

姓名：\_\_\_\_\_ 性别：\_\_\_\_\_ 课程：\_\_\_\_\_

任教学校：\_\_\_\_\_ 院系（所）：\_\_\_\_\_

邮寄地址：\_\_\_\_\_ 邮编：\_\_\_\_\_

电话（办公）：\_\_\_\_\_ 手机：\_\_\_\_\_ 电子邮件：\_\_\_\_\_

### 调查问卷：\*

1. 您认为图书的哪类特性对您使用教材最有影响力？（ ）（可多选，按重要性排序）

- A. 各级规划教材、获奖教材
- B. 知名作者教材
- C. 完善的配套资源
- D. 自编教材
- E. 行政命令

2. 在教材配套资源中，您最需要哪些？（ ）（可多选，按重要性排序）

- A. 电子教案
- B. 教学案例
- C. 教学视频
- D. 配套习题、模拟试卷

3. 您对于本书的评价如何？（ ）

- A. 该书目前仍符合教学要求，表现不错将继续采用。
- B. 该书的配套资源需要改进，才会继续使用。
- C. 该书需要在内容或实例更新再版后才能满足我的教学，才会继续使用。
- D. 该书与同类教材差距很大，不准备继续采用了。

4. 从您的教学出发，谈谈对本书的改进建议：\_\_\_\_\_

---

**选题征集：**如果您有好的选题或出版需求，欢迎您联系我们：

联系人：黄 强 联系电话：010-62515955

**索取样书：**书名：\_\_\_\_\_

书号：\_\_\_\_\_



# 目 录

## 第一编 总 论

<b>第一章 民事诉讼证明总论</b> .....	3
第一节 民事诉讼证明的含义和分类 .....	3
第二节 实现真实与证据法律制度 .....	7
第三节 证据裁判原则与自由心证原则 .....	14
第四节 诚实信用原则 .....	19
<b>第二章 民事诉讼证据总论</b> .....	26
第一节 证据含义与证据能力和证明力 .....	26
第二节 证据的分类 .....	28
第三节 证据的共通性原理 .....	35

## 第二编 证据论

<b>第三章 实物证据</b> .....	43
第一节 书 证 .....	43
第二节 物 证 .....	47
第三节 视听资料与电子数据 .....	49
第四节 勘验笔录 .....	55
<b>第四章 言词证据</b> .....	59
第一节 证人证言 .....	59
第二节 鉴定意见 .....	63
第三节 当事人陈述 .....	70
<b>第五章 证据规则</b> .....	76
第一节 证据规则概述 .....	76
第二节 关联性规则 .....	80
第三节 合法性规则 .....	84
第四节 证言豁免规则 .....	89
第五节 最佳证据规则 .....	93



第六节 补强证据规则 .....	96
------------------	----

### 第三编 证明论

<b>第六章 证明对象</b> .....	103
第一节 证明对象的含义和构成 .....	103
第二节 经验法则 .....	107
第三节 地方习惯、行业习惯与外国法律 .....	111
<b>第七章 相对免证的事实</b> .....	115
第一节 概 述 .....	115
第二节 司法认知的事实 .....	116
第三节 裁判已决的事实 .....	120
第四节 推定的事实 .....	123
第五节 当事人诉讼上自认的事实 .....	129
<b>第八章 证明责任与职权探知</b> .....	136
第一节 辩论主义与职权探知主义 .....	136
第二节 当事人证明责任的概念与功能 .....	149
第三节 证明责任分配一般规则 .....	154
第四节 证明责任的减轻、倒置与裁量 .....	158
第五节 我国现行法对证明责任分配的规定 .....	168
<b>第九章 证明标准</b> .....	181
第一节 证明标准的概念与功能 .....	181
第二节 两大法系证明标准 .....	184
第三节 我国证明标准 .....	188
<b>第十章 证明程序</b> .....	199
第一节 收集与交换证据 .....	199
第二节 当事人质证 .....	209
第三节 法官审核认定证据 .....	218

第 一 编

# 总 论





## 第一章

# 民事诉讼证明总论

### 本章概要

民事诉讼证明可分为严格证明与自由证明、完全证明与释明。通常情况下，争讼案件的实体事实应采用严格证明和完全证明，而程序事项和非讼案件的实体事实采用自由证明和释明即可。民事证据法的宗旨是遵行宪法，保障诉讼当事人的证明权，保证当事人和法院公正和及时地证明和认定案件事实，为法院作出裁判和当事人保护权利提供真实的事实根据。根据证据裁判原则，对真实性尚未确定或者存在争议的案件事实，应当使用具有证据能力的证据来证明。该原则的适用例外是法定的“相对免证的事实”。

### 关键术语

诉讼证明 严格证明 自由证明 完全证明 释明 证明权 实现真实 证据裁判原则

## 第一节 民事诉讼证明的含义和分类

### 一、民事诉讼证明的含义

在一般意义上，证明可以指从未知达到已知的过程，即指证明的过程（比如说“我在证明我说的话是真实的”）；也可指从未知出发而达到已知的状态，即指证明的结果（比如说“这个命题已被证明了”）。

民事诉讼证明也包括证明的过程和证明的结果，是指在民事诉讼中依法运用证据来确认案件事实真伪的过程或结果。具体说：（1）民事诉讼证明的对象是真实性未确定或者当事人之间存在争议的“案件事实”，即证明对象（或称待证事实）。（2）民事诉讼证明是运用证据证明案件事实的过程，所以必须遵循证据裁判原则和法定的证明程序。（3）民事诉讼证明所要达到的结果或目的是，按照证明标准，利用证据确认案件事实的真实性，为法院作出裁判提供事实方面的根据。

## 二、民事诉讼证明的分类

按照一定的标准,可将民事诉讼证明作不同分类,比如直接证明与间接证明、本证与反证、严格证明与自由证明、完全证明与释明等。通常所说的“诉讼证明”多指严格证明和完全证明,证据法规范的主要也是严格证明和完全证明。

严格证明与自由证明、完全证明与释明在证据方法、证明程序、证明对象、证明责任或证明标准等方面存在不同。上述分类在我国立法和司法上尚未获得合理规定和充分关注。有鉴于此,下文就严格证明与自由证明、完全证明与释明作出阐释。

### (一) 严格证明与自由证明

以是否利用法定的证据种类并且是否遵循法定的证明程序为标准,将诉讼证明分为严格证明与自由证明。

所谓严格证明,是指应当利用法定的证据种类并且应当遵循法定的证明程序所进行的证明。严格证明是以慎重的程序来确认案件事实的真实性,所以被称为“在合乎法治原则的程序中发现真实”。

严格证明应当:(1)利用“法定的证据种类”,比如我国《民事诉讼法》第63条规定的书证、物证、视听资料、电子数据、证人证言、当事人的陈述、鉴定意见和勘验笔录;(2)遵循法定的证明程序,大致包括提供与交换证据、当事人质证与辩论、法官判断证据与认定事实。严格证明的程序是争讼程序的基本组成部分,应当遵行双方审理原则(应当平等保障双方当事人的质证权和辩论权),同时还应遵行公开审理、直接言词审理等原则。

严格证明之外,为自由证明。自由证明侧重于证明的快捷性,以避免诉讼迟延。所谓自由证明,是相对于严格证明而言的,其基本含义是无须运用法定的证据种类或者无须遵循严格证明的程序。

自由证明时,证据是否在法庭上出示,出示以后用什么方式调查,由法院自由裁量。自由证明无须遵循严格证明的程序,是指自由证明不必遵循证据交换规则、双方当事人质证程序和辩论程序、直接言词原则等。

自由证明有其独特的证明方式或证明程序。比如,在非讼程序中,有以公告、支付令异议、申报权利等方式来认定事实(详见下文)。应当注意,自由证明虽无须运用法定的证据种类,但也不排斥运用法定的证据种类。

### (二) 完全证明与释明

以是否需要使法官心证达到确信为标准,将诉讼证明分为完全证明(狭义证明)与释明(或称疏明)。换言之,广义的诉讼证明包括完全证明和释明。完全证明与释明都是证实行为,但是两者影响法官心证的程度有所不同,即证明要求或证明程度有所差异,亦即完全证明的标准高于释明的标准。

完全证明是指让法官确信案件事实为真的诉讼证明。让法官对案件事实达到确信状态时,即符合完全证明的标准,亦即通常所说的证明标准,民事诉讼中通常为优势盖然性或高度盖然



性的标准，刑事诉讼则是排除合理怀疑的标准。

释明是指法官根据有限的证据可以大致推断案件事实为真的诉讼证明。就是说，当事人对自己所主张的事实无须达到使法官确信的程 度，仅需提出使法官能够推测出案件事实大体真实的证据。释明所使用的证据多是能够立即进行调查或能够即刻利用的，例如当事人申请正在法庭上的人作证、提出现在所持有的文书等。<sup>①</sup>

### （三）严格证明和完全证明的适用

严格证明与完全证明的分类标准和内涵是不同的。严格证明与自由证明的分类指向证明的过程，而完全证明与释明的分类则指向证明的结果和证明的标准。事实上，严格证明与完全证明在证明对象和证明责任的适用对象上主要是民事争讼案件的实体事实，由此决定了严格证明与完全证明在证据种类、证明程序和证明标准等方面有着一致的要求。

严格证明与完全证明的事项之所以是争讼案件的实体事实，首先是因为这类事实真实与否直接决定当事人实体权益能否得到保护，为慎重起见，采用严格证明和完全证明。其次是因为严格证明与争讼程序原理或程序保障原理是相通的，即“争讼性”或“对审性”是民事争讼程序首要的正当性原理，在制度上体现为双方审理原则（或称对审主义），即保障双方当事人的程序参与权，其中特别注重平等保障双方当事人的质证权和辩论权。

### （四）自由证明和释明的适用

#### 1. 概述

关于自由证明的对象，迄今为止，德国、日本和我国台湾地区等立法上并未作出规定。通说认为，法官职权调查事项（比如诉讼要件、上诉要件、再审要件，需确定或查明的经验法则、地方习惯、行业习惯等）<sup>②</sup>，无须言词辩论的程序事实，官方答复的证据手段，司法救助的决定等，只需自由证明。

为预防法院随意降低证明标准，对于释明的对象，一般限于法律有明文规定的事项。虽然各国民事诉讼中的释明对象有所不同，但是下列事项在许多国家和地区被规定为释明对象：回避事由、诉讼费用额、诉讼救助原因、期间迟误原因、证人拒绝作证理由、证据保全理由、财产和行为保全（假扣押、假处分）理由、假执行理由、辅助参加诉讼理由、公示催告理由、第三者请求阅览法庭记录的条件（第三者与案件有法律利害关系）等。

由于自由证明与释明的划分标准不同，所以两者的适用对象或适用范围不完全一致，比如

---

<sup>①</sup> 《日本民事诉讼法》第188条规定：“释明，应以能即时调查的证据进行。”《德国民事诉讼法》第294条规定：“I. 对于某种事实上的主张应该释明的人，可以使用一切证据方法，也准许用保证代替宣誓。II. 不能即时进行的证据调查，不得采用。”我国台湾地区“民事诉讼法”第284条规定：“释明事实上之主张者，得用可使法院信其主张为真实之一切证据。但依证据之性质不能实时调查者，不在此限。”

当释明缺乏证据时，有些国家的诉讼法规定，法院根据情况允许当事人以寄存保证金或宣誓替代自由证明或释明，若以后发现其所主张的事实是虚假的，则没收保证金或处以罚款。旧《日本民事诉讼法》第268条至第270条规定了以上做法。这一规定在日本的诉讼实务中几乎不被利用，1996年修正《日本民事诉讼法》时被废止。参见[日]新堂幸司：《新民事诉讼法》，林剑锋译，373页，北京，法律出版社，2008。

<sup>②</sup> 参见[德]奥特马·尧厄尼希：《民事诉讼法》，周翠译，259～261页，北京，法律出版社，2003。关于法官职权调查的事项，参见本书第八章第一节“三、职权调查事项”。

经验法则、地方习惯、行业习惯等作为实体争议事项需要证明时，即使采取自由证明也得遵循完全证明的标准。

笔者认为，自由证明与释明的适用对象也存在重合的内容，主要有法院裁定事项、非讼案件事实、法院决定事项等。对于这些事项，根据正当程序保障原理、诉讼的过程与结果一体性原理，自由证明（的过程）应当与释明（的结果）相一致。<sup>①</sup>

## 2. 法院裁定事项

与判决程序（或争讼程序）不同的是，裁定程序更倾向于“快捷”，其处理的事项通常采用自由证明，不以“对审”为原则（但也不排除适用），不必遵循证据交换规则，也无须遵行双方当事人言词质证和辩论程序。

将诉讼程序事项作为自由证明的对象，旨在谋求迅速处理程序问题，以保证诉讼迅速进行，并非“轻程序”。一件诉讼案件需要处理许多的程序问题，若均要求采取严格证明，则将花费过多时间，必然造成诉讼迟延。

就财产保全、行为保全等临时性救济事项以及证据保全等亟待处理的事项而言，由于具有紧迫性而必须及时采取保全措施，所以在法院作出保全裁定之前，不必通知被申请人，也不必展开双方当事人之间的言词质证和辩论，对保全理由采取比较快捷的自由证明。

## 3. 非讼案件事实

在我国，民事判决既适用于争讼案件和争讼程序，又适用于非讼案件和非讼程序。但是，在外国民事诉讼中，争讼程序又称判决程序，非讼程序则属于裁定程序。

非讼程序在证明程序方面不同于争讼程序。由法院处理的民事非讼案件，由于不具有争议性，无对立的双方当事人而只有申请人一方，所以与争讼程序和严格证明程序不同的是，非讼程序的证明程序或证据调查程序中不存在双方当事人质证和辩论程序，并且法官通常进行书面审查或者采用比较独特的证明方式。

比如，在宣告公民死亡案件中，以公告方式确定公民是否死亡的事实；在督促程序中，法院依据债权人提供的事实证据进行书面审理，并以支付令异议方式进一步确定债权债务关系是否明确、合法；在公示催告程序中，法院依据申请人提供的事实证据进行书面审理，并以公告和申报权利方式确定申请人对票据是否拥有权利。

非讼案件不具有争议性，案情往往比较简单，需要迅速处理，所以非讼程序多是简易快捷的程序。与争讼程序更强调“慎重”（即更强调真实方面的程序保障）有所不同，非讼程序更强调诉讼经济方面的程序保障。若非讼案件采取上述的严格证明，则背离了非讼案件的性质，且不当增加非讼案件的处理成本。总之，非讼案件的非讼性和简单性决定了只需采用简易快捷的非讼程序或自由证明，就能实现正确裁判。<sup>②</sup>

<sup>①</sup> 在大陆法系民事诉讼中，普遍认为，自由证明与严格证明均属证明，所以在确信的程度上并无差异，即自由证明的证明标准并未降低。参见〔日〕新堂幸司：《新民事诉讼法》，林剑锋译，373页，北京，法律出版社，2008；〔德〕罗森贝克、施瓦布、戈特瓦尔德：《德国民事诉讼法》，李大雪译，815页，北京，中国法制出版社，2007。

<sup>②</sup> 为预防因为事实不清或虚假而作出错误的裁判，许多非讼程序中规定了一些特有的程序制度，比如督促程序中债务人可以提出支付令异议、公示催告程序中利害关系人可以申报权利等，若支付令异议、申报权利合法的（即意味着存在争议），则终结非讼程序而转入争讼程序采取严格证明和完全证明。对于因为事实不清或虚假而作出了错误的裁判，非讼程序中规定了简捷的纠正或救济途径，比如向法院申请撤销认定公民为无民事行为能力人的判决。



从广义上说,民事执行程序属于非讼程序。与民事争讼程序不同,民事执行程序所处理的事项是强制义务人执行确定判决、仲裁裁决等执行名义所确定的义务,以实现权利人的权益,这种权益和义务已被执行名义所确定,所以民事执行程序不在于确定双方当事人的民事权益义务,相应的也就不存在双方当事人质证和辩论程序。

在民事执行中,判断或识别义务人的财产主要是采用形式化规则。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《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,不动产权属证书是权利人享有该不动产物权的证明。<sup>①</sup>

#### 4. 法院决定事项

在我国,法院用“决定”来处理诉讼中特殊事项,比如申请延长期间的理由、申请回避的理由、司法救助(诉讼救助)的理由、证人拒绝作证的理由、第三者请求阅览法庭记录的条件(第三者与案件有法律利害关系)、妨害民事诉讼行为的事实等。这些特殊事项需要快速处理。

法院裁定事项、非讼案件事实、法院决定事项一般不宜作为“证明责任”的适用对象,通常作为“释明责任”的适用对象,即由提出利己的释明事实的当事人,对该事实承担提供证据加以释明的责任。

严格证明与完全证明的事项只能采行严格证明程序和完全证明标准,而不得采行自由证明程序和释明标准,否则将构成上诉和再审的理由。至于自由证明和释明的事项,即使采行严格证明程序和完全证明标准,虽不构成上诉和再审的理由,也会延迟诉讼或提高成本。

## 第二节 实现真实与证据法律制度

### 一、实现真实

#### (一) 何谓“真实”

“实现真实”作为民事诉讼(证明)努力实现的价值之一,可以说具有超越法体系和法文化的普遍意义。要作出判决,法官必须对作为判决基础的案件事实获得确信,这是一个原则。

我国诉讼法向来要求法院判决所依据的案件事实是客观真实(或“自然真实”、“绝对真实”),即案件事实的本来面目。从当为或应然的角度来说,民事诉讼(证明)不应放弃“客观真实”的理念。<sup>②</sup>从常识的角度来看,如果一种诉讼制度或证据制度不能保证大部分案件中所认定的事实是高度真实的话,则该制度恐怕很难长久地存立下去。<sup>③</sup>

<sup>①</sup> 对于如何判断或识别义务人的财产,我国现行司法解释也采取形式化规则。参见《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;最高人民法院等《关于依法规范人民法院执行和国土资源房地产管理部门协助执行若干问题的通知》(法发[2004]5号)第5条第1款等。

<sup>②</sup> 参见江伟、吴泽勇:《证据法若干基本问题的法哲学分析》,载《中国法学》,2002(1)。

<sup>③</sup> 参见王亚新:《社会变革中的民事诉讼》,55页,北京,中国法制出版社,2002。



从能为或实然的角度来说,法院判决所依据的“真实”事实是“客观真实”的“折扣”,即民事诉讼(证明)采取的是与“客观真实”有所差距分歧的“相对真实”或“法律真实”的标准。“相对真实”或“法律真实”体现了诉讼证明的相对性。

所谓法律真实,即法律上的真实,是“法律”(合法性)与“真实”(真实性)的整合,系指法院判决所依据的案件事实应当符合实体法和程序法的有关规定,并且应当达到从法律的角度来衡量是真实的程度。这种“真实”虽然受到“法律”(合法性)的规制,但是毕竟以“真实”为内核和基础。

法院判决正当性的来源或根据主要在于判决具有说服力,而判决的说服力在于诉讼过程和判决结果具有合法性和合理性,或者说在于判决的作出过程和判决的内容能够充分体现诉讼的价值和实现诉讼的目的。就作为判决基础或根据的案件事实来说,案件事实应当是真实的,是当事人和社会上一般人认为是真实的。<sup>①</sup>

## (二) 为何采取“法律真实”

诉讼证明采取“法律真实”的标准和适用“相对性原理”,其主要根据有:

1. 认识论方面的根据。法院判决所依据的真实事实,是当事人证明的结果和法官认知的结果,是客观事实转化为当事人和法官主观认识的事实。法谚云:“法律为未来作规定,法官对过去做判决。”诉讼证明属于“历史证明”,是对过去发生的事实予以证明。在证据裁判原则之下,诉讼证明是运用证据来证明过去发生的案件事实。法官与历史学家相同的是,理解过去发生之事,然后向人们作出解释。<sup>②</sup>

诉讼证明既然是主观认识和历史证明,就必然受到主客观因素的制约,比如认识主体的利益偏向、科技水平和认识能力的有限、证据的灭失变异、证据遗存的偶然、语言的多义性或语义的模糊性<sup>③</sup>等,均能导致诉讼证明不能完全恢复案件事实的本来面目。即便是科学领域也只存在相对真理,更何况诉讼证明还受制于法律规定和诉讼机理等。

就科学技术而言,科学技术的发展和运用有助于查明案件事实真相,并且能够改进诉讼制度。比如,有学者经过研究认为,在古代世界各地,口供被视为最重要的证据,刑讯逼供被大量使用,一个或许是最重要的因素就是当时缺乏可靠、可信的鉴定技术。如今,禁止刑讯逼供,在很大程度上(尽管并非全部)是由于现代科学技术的发展使得司法制度可以有更多、更可靠并更有效率的手段来查明案件事实。

<sup>①</sup> 运用正当性原理或从正当性的角度分析和论证形式的法律真实的合理性和必要性。参见[美]罗伯特·莎摩尔、阿西尔·莫兹:《事实真实、法律真实与历史真实:事实、法律和历史》,载王敏远编:《公法》,第4卷,北京,法律出版社,2003。

<sup>②</sup> 参见[美]柯文:《历史三调:作为事件、经历和神话的义和团》,杜继东译,3页,南京,江苏人民出版社,2000。

<sup>③</sup> 现代研究早已表明,语词与其指称的对象之间并不存在严格的对应关系,加之语言或词语的多义性或语义的模糊性,使得当事人所用的语词难免与其所要真实表达的事实存在差别,也使得当事人所要表示的真实意思难免与法官的理解有所不同。正如维特根斯坦指出,语言只是约定俗成的符号,词义的赋予具有相对任意性,语言之意义就在于其用法。语言作为一种符号,具有多义性、歧义性、自我诠释性,当事人陈述的语言本身在不同解读看来很可能具有不同的含义,同样是当事人陈述,法官、对方当事人、对方当事人的律师、旁听者可以作出不同的诠释,而当事人作为陈述的作者本身亦对陈述有个人化的诠释。



该学者还认为，科学技术的发展限度导致科学技术也无法保证法律和诉讼获得理想的、正确的结果，这就促使或迫使法律采取相应的制度来回应或避免更大的错误。例如，对于共同危险行为，之所以由共同危险行为人承担连带责任，一个重要原因是当前科学技术无法确证共同危险行为人中谁是真正的伤害行为人。这种制度安排，也许没有实现理想化的绝对真实和公正，但是避免了不予赔偿或任意判定某人赔偿所可能带来的更大不公正。从这个角度看，许多法律制度和诉讼制度是在特定物质技术条件下追求相对公正的产物。<sup>①</sup>

2. 实体法方面的根据。法院判决所依据的事实是经过法律评价或“过滤”过的案件事实，即裁判事实或规范事实。民事诉讼的严格规范性，要求法官根据实体法规规范构成要件，对错综复杂、繁多凌乱的客观事实进行整理，使其完整化、连贯化、条理化、明晰化而载于判决之中，作为法院判决当事人胜诉或败诉的根据。

“法律不理睬琐细之事”，“法官不理睬琐细之事”。这两句法律格言的意思是，法律不规定和法官不考虑过于轻微或琐细的事项，而是规定和处理法律价值和社会意义较为重大的必要事项，其表现为实体法关注规范构成要件事实，比如就一般民事侵权损害赔偿案件来说，法律和法官关注的是侵权损害赔偿的构成要件事实和抗辩事实。

法谚云：“法律只究近因而不问远因。”法律通过“责任构成要件”来界定承担法律责任的边界和要件事实的构成，从而实现追究法律责任的目的。科学研究发现的因果关系，即使是完全正确的，也往往会形成一个无限的链条。例如，在离婚家庭子女成年后违法犯罪的案件中，尽管父母离异确实可能对该违法者的违法行为有重大影响，但是法官仍然可能主要考虑违法者个人的责任，而认为父母离异是一个非常遥远的原因，不予考虑或基本不予考虑。

科学的最基本要求是具体问题具体分析，实事求是，不排除任何可能的影响因素，拒绝以人为的规则来限制对具体事实的探讨。因此，法律与科学的追求是不重合的，势必存在一定内在的紧张关系。法院不可能而且也不应当等待所有的因果关系都被发现和确证之后再作出判决，往往只能依据为人们所公认的一般的或主要的（甚或有时可能是错误的）因果关系来作出判决。因此，法律对因果关系的认定总是要受到立法目的等因素的制约，科学发现的因果关系并不能完全决定法律上的因果关系。<sup>②</sup>

3. 程序法方面的根据。客观事实或自然事实转化为“裁判事实”，必须经过诉讼证明的过程。诉讼和诉讼证明讲求的是“规则性”，即诉讼和诉讼证明必须严格遵行诉讼法和实体法。在诉讼程序方面，诉讼和诉讼证明的“规则性”即诉讼的安定性，要求法官和当事人必须按照法定程序有序地进行诉讼和诉讼证明。

法律是为维护权利而设，维权思维很容易导致法律必分对错（要么维护，要么侵犯权利）的结果，从而演绎出“对抗性”制度。这样的制度优点在于明确权利，弱点则在于把许多其实不涉及对错的案件推入必分对错的制度性框架。同时，这样的思维也可以演绎出由对抗双方负责举证的原则，并据此形成“法庭真实”（courtroom truth）的想法，即把法庭程序下所能证明的事实与实质性的真实（即包含不能在法庭程序允许下证明的事实）区别开来，认为法庭审理只能根据前者来运作，不可能苛求掌握实质真实或（“唯有上帝才能知道的”）绝对真实。由

<sup>①②</sup> 参见苏力：《法律与科技问题的法理学重构》，载《中国社会科学》，1999（5）。

此，更导向了对程序的特别强调。<sup>①</sup>

法院裁判的事实根据不是自然生成的，而是人为造成的，即它们是根据证据规则、法庭规则、判例汇编传统、辩护技巧、法官雄辩能力以及法律教育成规等诸如此类的事物而构造出来的。<sup>②</sup> 在诉讼证明的过程中，当事人主张、证明事实与法官认定、采用事实均受制于诉讼证明的价值、原则和规则。这些价值追求和原则规则一方面维护真实的实现，另一方面为维护更高的价值利益而不得不放弃或限制某种真实。所以说，法院判决所依据的真实应当是经过正当程序所实现的真实。

比如，既判力原则和非法证据排除规则、证言豁免规则等诉讼原则和证明规则，为实现更高的价值利益，而不得不在一定程度上牺牲真实。同时，处理私人纠纷的民事诉讼，尊重当事人的处分自由，而将主张事实和提供证据交由当事人负责和处分，那么当事人可能没有提供全部事实或全部证据。

诉讼证明与科学研究不同。科学研究的唯一目的是揭示客观真理，为达到此目的，往往是不计成本，不考虑时间的长短；但是诉讼证明不同，其具有相对性。对于诉讼证明来说，达到“客观真实”是其理想，也是诉讼证明尽可能遵行的理念，但是诉讼证明不能为实现真实而不计成本，这就需要谋求“真实与效率”之间的均衡。<sup>③</sup>

事实上，在诉讼中实现“客观真实”往往是一种理想或理念，完全实现“客观真实”在诉讼实务中往往不具有客观可能性，而且往往也没有必要实现“客观真实”。坚持“客观真实”的做法实际上是忽视这种不可能性和无必要性。由此，若严格要求“客观真实”，则必然造成许多民事案件因其证明不能达到“客观真实”而无法作出判决，这实际上也是不践行“法院不得拒绝审判”的法治原则。

不过，我们也必须认识到，在统计意义上，“法律真实”在多数情况下若不能与“客观真实”基本一致，判决所依据的“法律真实”标准就会失去正当性，司法过程因此就会变质。<sup>④</sup> 事实上，诉讼原则、证据规则、证明规则和证明程序，均是围绕着使“裁判事实”尽可能地接近“客观真实”来设立的。

## 二、证据法律制度

实现真实的法律化，即将实现真实的手段、方式、程序等予以法律化，则为证据法或称证

<sup>①</sup> 参见黄宗智：《中国法庭调解的过去和现在》，载《清华法学》，第10辑，北京，清华大学出版社，2007。黄宗智、巫若枝在《取证程序的改革：离婚法的合理与不合理实践》（载《政法论坛》，2008（1））中分析道，过去的取证理念是以实质真实为主的，没有把其区别于法庭程序下所能证明的真实，它要求审判员深入实地调查，了解事情真实情况，而后据此处理纠纷，或调解妥协，或判决对错；其出发点不是维护当事人权利，而是处理纠纷，审判不一定要区分对错而是根据纠纷实际情况来解决问题。

<sup>②</sup> 参见[美]克利福德·吉尔兹：《地方性知识：事实与法律的比较透视》，载梁治平主编：《法律的文化解释》，北京，三联书店，1994。

<sup>③</sup> 美国法学家波斯纳说过，美国法律制度求真的目的与其他目的（比方说，经济性、保护某些自信、助长某些活动、保护某些宪法性规范）相互竞争。程序制度要在精确性和成本之间追求最大兼顾。参见[美]理查德·A·波斯纳：《法理学问题》，苏力译，259页，北京，中国政法大学出版社，2002。

<sup>④</sup> 参见张志铭：《裁判中的事实认知》，载王敏远编：《公法》，第4卷，北京，法律出版社，2003。



据法律制度。民事证据法是由一系列关于民事诉讼证据的法律规范或法律规则构成的，主要包括有关民事诉讼证据的种类、证据能力和证明力等证据规则。事实上，民事证据法还包括有关证明对象、推定、自认、司法认知、证明责任和证明标准等证明规则。英美法系主要国家的证据法典包含证据规则和证明规则，应当说是“证明法典”，但是习惯上仍然称之为“证据法典”。

### （一）英美法系证据法律制度

英美法系的主要国家（英国、美国、加拿大、印度等）自20世纪以来相继颁行了证据法典。<sup>①</sup>其中又有两种情况：（1）制定专门性的证据法，如英国1968年制定了《民事证据法》、1984年制定了《警察与刑事证据法》。（2）制定统一的证据法，如《美国联邦证据规则》统一规定了民事诉讼证据法律规范和刑事诉讼证据法律规范<sup>②</sup>，适用于联邦法院。

由于英美法系国家中许多已颁行了单独的证据法典，所以在立法上证据法与诉讼法是分立的，比如美国就分别制定了《美国联邦证据规则》和《美国联邦民事诉讼规则》等。在英美法系，证据规范还大量地存在于实体法之中，比如侵权法中的事实不证自明的规则、刑法中对伪证法律责任的规定等。

英美证据法的宗旨是有效使用法院时间，阻止当事人混淆陪审团的思考并帮助法院弄清案件真相，其主要内容是关于证据的资格或可采性的规则。按照通行的解释，“陪审团制”是英美法系诉讼中“脊梁”式的制度，造就了英美法系诉讼的基本构造和基本制度，英美法系证据法的宗旨、内容和特色是陪审团制与当事人主义（或对抗制）共同作用的结果。<sup>③</sup>

非法律专家的陪审员很容易受到法官言行的影响。如果法官在诉讼中积极行为，就无法期待陪审团（Jury）作出公正的判断。于是，逐渐地形成一种把诉讼主导权赋予当事人，法官采取在其背后进行控制的消极态度的诉讼习惯。关于询问证人采取交叉询问制也是这个原因。英美法实行彻底的当事人主义的原因可以说是来自陪审团制。<sup>④</sup>

基于“对抗制”（adversary system），诉讼程序由当事人启动并为当事人所控制。对抗制的典型模式是，由当事人承担提供证据、主张事实和进行辩论的责任。在诉讼中，法官倾听当事人双方的陈述，基于当事人所提供、主张的内容作出裁断。法官相当于一个公断人，力图确保律师遵守程序规则。在此意义上，整个诉讼程序是由当事人、律师控制的。<sup>⑤</sup>

作为事实判断者的陪审员不是法律专门人士，为了避免陪审员事实认定的错误或感情用事的危险，英美法系国家和地区运用关于证据资格或可采性的证据规则指导和约束其判断事实。

① 对此，英美法系有学者说：“这些开发证据法典的努力主要在于：它们试图在某一地区按目录划分那些早已在我们的法院中牢固确立的证据原则。仅在少数情况下，这些证据法典才有新的突破。”[美]乔恩·R·华尔兹：《刑事证据大全》，2版，何家弘等译，7页，北京，中国人民公安大学出版社，2004。

② 在美国除了刑事案件之外，均为民事案件，即便是如我国范畴的行政诉讼案件也依民事诉讼程序解决。

③ 以詹姆斯·塞耶（James Thayer）为代表的学者认为，普通法系事实认定制度首先也最主要是“陪审团之子”。以埃德蒙·摩根（Edmund Morgan）为代表的学者则认为是“对抗制之子”。米尔吉安·R·达马斯卡（Mirjan R. Damska）却认为，原型审判法庭、集中式诉讼程序 and 对抗式诉讼制度是支撑英美证据法大厦的三根支柱。参见[美]米尔吉安·R·达马斯卡：《漂移的证据法》，李学军等译，北京，中国政法大学出版社，2003。

④ 参见[日]中村英郎：《民事诉讼理论的法系考察》，32页，东京，成文堂，1986。

⑤ 参见[美]史蒂文·苏本、玛格丽特·伍：《美国民事诉讼的真谛》，蔡彦敏、徐卉译，29页，北京，法律出版社，2002。

因此，英美法系的证据规则主要是关于证据资格或可采性的规定。

同时，将诉讼的进行和证据的调查确定为当事人的责任，致使英美法系证据规则的重心是对证据的资格或可采性的规范，以限制当事人和律师的任意证明行为，防止给陪审团带来不良影响，因而其证据规则较为复杂。

虽然英美法系今天没有多少民事案件适用陪审团制，但是历史所形成的传统和制度仍然存在生命力。英美法系国家虽然与时俱进地修正了证据规则，但是基本上仍然沿用着过去的证据规则。其缘由主要有：（1）法律制度包括证据规则和诉讼制度是历史的产物，具有强大的历史延续性；（2）英美证据规则是针对陪审员的弱点而建立，陪审员的弱点或多或少也存在于职业法官身上，所以证据可采性规则仍然具有可适用性。

英美法系国家多不严格区分民事证据法与刑事证据法，其民事证据规则与刑事证据规则基本相近。这是因为英美法系在法律传统上，民事诉讼与刑事诉讼的区别并不明显，两者均采用统一的对抗制。<sup>①</sup>只是由于民事诉讼与刑事诉讼性质和目的之差异，刑事证据法律制度在证据规则、证明责任和证明标准等方面有着比民事证据法更严格的要求，在交叉询问和证明程序等方面更注重对证人和被告人的权利保护，并且存在民事证据法律制度不具有的一些规则（比如自白排除规则等）。<sup>②</sup>

## （二）大陆法系证据法律制度

大陆法系证据法律制度一般是成文法，但并非是独立的证据法典。大陆法系国家和地区证据法律制度的具体规则主要规定在诉讼法典之中，同时实体法中也存在相当数量的证据法律规范。在具体立法体例上，大陆法系国家虽有差异，但其证据法与诉讼法在立法体例上并未分立。

日本没有单独的证据法典，有关证据法的规范，规定于宪法、诉讼法及有关实体法之中，其中诉讼法典集中规定了证据法律制度。在法国，对诉讼起决定性作用的“证据的许可”问题规定在民法典之中，而民事诉讼法典仅关注提出证据的形式问题。其理由是：证据问题离开诉讼也会发生。这种做法无论是在理论上还是在实践中都产生了很大的麻烦。比如法国民法典遗漏了两种重要的证据形式：鉴定和现场临检。同时，民法典对物权以及财产以外的权利的证据似乎也不感兴趣，因为法国民法典的起草者机械地沿用法国大革命前法学家波蒂埃（Pothier）的排列式，而把有关证据的各种规定放到民法的“债”篇之中。<sup>③</sup>

从发展趋势上看，大陆法系国家和地区越来越注重证据法规范的条理性与体系化，在诉讼法典中越来越多地以专编或专章的形式集中地规定证据法规范，以《日本民事诉讼法》、《德国民事诉讼法》、我国台湾地区“民事诉讼法”，《日本刑事诉讼法》、《意大利刑事诉讼法》和我国澳门特区《刑事诉讼法》为典型。<sup>④</sup>

<sup>①</sup> 参见张卫平：《民事证据法必要性之考量》，载《法商研究》，2001（3）。

<sup>②</sup> 参见徐昕：《英国民事诉讼与民事司法改革》，222页，北京，中国政法大学出版社，2002。

<sup>③</sup> 参见[法]让·文森、塞尔日·金沙尔：《法国民事诉讼法要义》下册，罗结珍译，906~907页，北京，中国法制出版社，2001。

<sup>④</sup> 参见宋英辉、郭云忠：《我国刑事证据立法模式之选择》，载陈光中主编：《诉讼法理论与实践》上卷，北京，中国政法大学出版社，2003。



与英美法系相比,大陆法系的证据法律制度,主要是为法院调查证据和认定事实而规定的。在大陆法系,不存在英美法系式陪审制,由于采取参审制,职业法官和陪审员一道认定事实,所以没有必要制定英美法系指导和约束陪审员式的证据制度,其证据制度重在限制法官恣意。同时,为使法官形成合理心证而要求证据应经合法调查始可取舍,所以其证据法律制度重在规定证据调查程序。

与英美法系相比,大陆法系刑事诉讼与民事诉讼存在较大差异。刑事诉讼具有很强的职权主义因素,而民事诉讼具有显著的当事人主义因素。大陆法系民事诉讼的历史渊源主要是古罗马民事诉讼,自古罗马法始就存在公法和私法的区分。私法领域以私权自治为原则,于是在大陆法系解决私权纠纷的民事诉讼及民事证据法律制度采行了体现当事人意思自治的辩论主义和处分主义。与此相一致,在民事证据法律制度中存在与刑事证据法律制度不同的一些原则和规则,比如辩论主义、自认制度、优势盖然性证明标准等。

### (三) 我国证据法律制度

我国现行证据法律制度,分散于三大诉讼法典及其他法律和司法解释之中。我国现行有关证据的法律规范主要规定在《刑事诉讼法》(2012年修正)(第48~63条)、《民事诉讼法》(2012年修正)(第63~81条)、《行政诉讼法》(2014年修正)(第33~43条)。有关民事诉讼证据问题的司法解释主要有:《民诉法解释》(第90~124条)、《证据规定》等。

对于我国将来证据法律制度的立法体例,存在不同看法。主要有:(1)统一证据法典体例,即将民事诉讼证据规范、行政诉讼证据规范和刑事诉讼证据规范统一规定于一部证据法典之中<sup>①</sup>;(2)专门证据法典体例,即分别制定民事诉讼证据法、行政诉讼证据法和刑事诉讼证据法;(3)现行立法体例,即将民事诉讼证据法规范、行政诉讼证据法规范和刑事诉讼证据法规范分别规定在民事诉讼法典、行政诉讼法典和刑事诉讼法典之中。

我们认为,不管采取哪种立法体例,我国证据法律制度均应致力于完善证据规则。有关证据能力、证明力和提供证据(包括举证)、质证和判断证据的规范,均可构成证据规则。证据规则对当事人和法院均具有法律约束力。在现代诉讼证明领域,由于采用“自由心证原则”,证据规则主要是就证据能力和证据提供作出规范。至于证明力和判断证据,则委诸法官的自由判断,属于法官自由心证的范畴。关于质证,更多的是程序规则(比如法官询问程序、交叉询问程序),在诉讼法与证据法分立的立法体例中,放入诉讼法典中可能更合理。

在“自由心证原则”之下,我国应当通过证据规则对“证据能力”加以严密规定以指导和约束法官,排除外部对审判法官的非法干预,以保障法官形成合理的“心证”;并且由于原则上各种证据的法律价值为平等,证据的“证明力”交由法官遵循经验法则和逻辑规则在具体案件中自由判断,所以关于证明力一般不以机械的规则来限定,即使有,也是比较少的,而且应当根据经验法则和逻辑规则作出合理规定。<sup>②</sup>

<sup>①</sup> 参见张保生主编:《〈人民法院统一证据规定〉司法解释建议稿及论证》,409~430页,北京,中国政法大学出版社,2008。

<sup>②</sup> 《证据规定》第77条和《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第63条。这两条中的规定并未将证明力大小的认定绝对化,使用了“一般大于”、“一般小于”、“一般可以按照下列情形分别认定”这样的语句。比如,规定“原始证据的证明力一般大于传来证据”等。这样的规定有其积极意义,既可以指导当事人提供证明力更大的证据,又可以指导法官合理判断证明力和采用证据。

证据规则对证据能力的合理规定，一方面指导当事人如何提供证据、进行质证，另一方面指导和约束法官判断证据，并排除外界非法干预审判，以保障法官形成合理的“心证”。但是，过于严格的证据规则也可能潜存着一些危险，比如过于严格的证言豁免规则与实现真实的目标难以一致、严格的非法证据排除规则不利于保护弱者，这就需要根据“利益衡量原理或方法”作出具体判断和合理选择。

我们认为，我国至少应当建立和完善如下证据规则：关联性规则、真实性规则、合法性规则（非法排除规则）、证言豁免规则、最佳证据规则、补强证据规则和证据失权规则等。

### 第三节 证据裁判原则与自由心证原则

就诉讼证明方法而言，曾有过两次重大的进化，第一次是以“神判”为主的证明方法进化为以“人证”为主的证明方法；第二次是以“人证”为主的证明方法进化为以“物证”和“人证”为主的证明方法。与之相应，在人类早期的历史发展阶段，较为普遍地存在过“形式证据主义”（或称“形式证据制度”），其后普遍采用“实质证据主义”（或称“实质证据制度”）。

形式证据主义是让诉讼当事人履行一套既成的形式或者仪式，例如宣誓、水审、火审、决斗、卜卦、抽签等，再根据履行过程中发生的情况或者履行的结果来判断案件的是非曲直，并以此来解决纠纷。<sup>①</sup>形式证据制度的典型是神示证据制度或神明裁判主义。

在实质证据主义中，有关法官心证的形成存在两种原则：一种是法定证据主义（或称“法定证据原则”），另一种是自由心证主义（或称“自由心证原则”）。法定证据原则和自由心证原则均遵行证据裁判原则，故此将两者纳入实质证据主义的范畴。

#### 一、证据裁判原则

##### （一）我国有关证据裁判原则的法律规定

我国现行诉讼法典虽未直接规定证据裁判原则，实际上也要求当事人和法官应当根据证据来证明或认定案件事实。

比如，《民事诉讼法》中明确规定，证据必须查证属实，才能作为认定事实的根据（第63条第2款）；当事人对自己提出的主张，有责任提供证据，并且法院应当按照法定程序，全面地、客观地审查核实证据（第64条）；证据应当在法庭上出示，并由当事人互相质证，否则会成为再审的理由（第68条）；“原判决、裁定认定事实的主要证据是伪造的”，“原判决、裁定认定的基本事实缺乏证据证明的”为再审的理由（第200条）等。

我国相关司法解释中也有规定证据裁判原则的。比如，《民诉法解释》第90条第1款规定：“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实，应当提供证据加以证明，但法律另有规定的除外。”

<sup>①</sup> 参见王亚新：《刑事诉讼中发现案件真相与抑制主观随意性的问题》，载《比较法研究》，1993（2）。



## （二）证据裁判原则的主要内容

证据裁判原则要求当事人和法官必须运用物证、书证、证人证言和鉴定意见等证据来证明或认定案件事实。申言之，必须依据经过法定的证据调查程序后具有证据能力的证据（即“出于审判庭”的证据）来证明或认定案件事实。

证据裁判原则的主要内容有：

1. 当事人和法官必须运用证据来证明或认定案件事实。这里所谓的“案件事实”是指真实性尚未确定或者存在争议的案件事实，即证明对象（或称待证事实），其是否具有真实性需要运用物证、书证、证人证言和鉴定意见等证据来证明。证据裁判原则的历史意义主要在于否定神示证据制度或神明裁判制度。近现代文明社会确立了证据裁判原则，运用我们认为是合理的、正当的方式或手段（比如书证、物证和鉴定意见等证据）来认定案件事实“真相”，以此谋求裁判和诉讼的正当性。

2. 作为证明或认定事实的证据必须具有证据能力。通常情况下，必须同时具备关联性、真实性和合法性的证据才具有证据能力，才能作为法院认定事实的根据，即具有“可采性”。证据裁判原则是对证据“质”的规定性的要求，即证据具有“作为法院认定事实根据”的法律资格，所以“证据能力”又称“证据资格”、证据的“适格性”。不过，证据裁判原则并不规范证据的“证明力”，即没有将证据“量”的规定性（指证明力的“大小”）纳入其规范的范围。

3. 作为证明或认定事实的证据是否具有证据能力，必须经过法定的证据调查程序来调查和确定。根据正当程序保障原理或者程序参与原则，应当充分保障当事人平等行使主张权、举证权、质证权、辩论权等，这些权利在立法上被融入相应的程序中，即提供与交换证据程序、当事人质证程序或法庭言词辩论程序。所谓证据调查程序，包括提供与交换证据、当事人质证和法官判断证据。未经法定的证据调查程序调查的证据，或者未经当事人充分质证和法官审查判断的证据，在其证据能力之有无未得到确定前，不能作为法院认定事实的根据。

4. 当事人和法院应当遵行证据裁判原则。证据裁判原则要求当事人以证据来证明事实，要求法官以证据来认定事实。若法官违背证据裁判原则，比如没有用证据来认定待证事实、采用未经法定的证据调查程序或未经当事人充分质证的证据等，则构成上诉的理由和再审的理由。在证据裁判原则的逻辑延长线上，将要处理的问题是“由谁负责提供证据”，这一问题是由“辩论主义”（“证明责任”是其当然内涵）与“职权探知主义”来解决。大体上说，“辩论主义”适用于民事私益案件，“职权探知主义”适用于民事公益案件。

## （三）证据裁判原则的适用例外

“凡有原则必有例外。”证据裁判原则的适用例外主要有：

1. 真实性已经得到确定或者没有争议的争讼案件事实，比如司法认知的事实、裁判已决的事实、推定的事实、诉讼上自认的事实等，为相对免证事实或毋庸证明的事实，主张此类事实的当事人通常无须运用证据来证明，法院直接采用为裁判的根据。因此，证据裁判原则或者证明责任的适用对象是“待证事实”。“毋庸证明的事实”被充足的反证推翻的，则成为“待证事实”。



2. 在简易程序和小额诉讼程序中,有些国家和地区允许法官在一定范围内可不调查证据,依衡平法理裁判,以节省劳费,提高诉讼效率。比如,我国台湾地区“民事诉讼法”第436条之14规定:“有下列各款情形之一者,法院得不调查证据,而审酌一切情况,认定事实,为公平之裁判:一、经两造同意者。二、调查证据所需时间、费用与当事人之请求显不相相当者。”

3. 自由证明或释明的对象,即法院裁定事项,非讼案件事实,法院决定事项,经验法则、地方习惯、行业习惯等。自由证明不以“对审”为原则,无须遵行双方当事人质证辩论程序。非讼案件中,除证据外,还可以公告、支付令异议、申报权利等方式认定事实。在一些国家,对于裁定事项、决定事项,当缺乏相应证据时,法院可以允许当事人以寄存保证金或宣誓来替代释明,若以后发现当事人主张的事实是虚假的,则没收保证金或处以罚款。

## 二、自由心证原则

### (一) 自由心证原则的内涵

自由心证原则,或称自由心证主义,是公法上的强行规范,适用于严格证明与自由证明、完全证明与释明,不许法官和当事人合意变更或排除适用。其主要内涵是,法律不预先设定机械的规则来指示或约束法官,而由法官针对具体案情,根据证据规则、证明规则、经验法则、逻辑规则和自己的理性良知等,独立自由地判断证据并据此认定事实。

自由心证原则要求:(1)对于证据能力和证明力,由法官根据证据规则、证明规则、经验法则、逻辑规则和理性良知等作出自由判断;由此(2)形成内心确信,即法官内心对案件事实的真实性形成确信,亦即法官对案件事实真实性的心证程度应当达到“证明标准”。

在自由心证主义下,原则上视各种证据的法律价值为平等,法律不预先设定机械的规则来规定各种和各个证据的证明力,具体证据的证明价值或证明力由法官根据具体案件依据经验法则和逻辑规则进行自由判断。不过,法律也可以根据经验法则、逻辑规则对某些证据的证明力作出合理规定,比如原始证据的证明力一般大于派生证据,公文书的证明力一般大于私文书。<sup>①</sup>

在自由心证原则下,法官自由裁量的是证据能力和证明力,还是仅限于证明力?在英美法系,事实裁判者心证的“自由”主要是就证明力而言的。在大陆法系,法官自由裁量的内容包括证据能力和证明力。

英美法系通过证据规则对证据能力加以规定以指导或约束陪审员,所以英美法系证据制度重在证据能力的规定,而对证据的证明力却较少限制。因此,事实裁判者心证的“自由”主要是就证明力而言的。英美法系的这一做法沿用至今。<sup>②</sup>不过,英美法系国家一直致力于通过修

<sup>①</sup> 在我国,最高人民法院《证据规定》第77条和《关于行政诉讼证据若干问题的规定》第63条等,也作出了如是规定。

<sup>②</sup> 尽管英美法系并没把自由心证作为一项实定法上的原则,但是事实上英美法系诉讼中对于证据和事实的评价判断也是“自由”的。



改传统的证据规则来适应现代科技和社会生活的发展，其重要表现就在于有关证据能力的证据规则的适用例外愈来愈多<sup>①</sup>，所以有关证据能力的判断也愈来愈多地被纳入法官心证“自由”的范围。

在自由心证原则下，大陆法系的法官自由裁量的内容包括证据能力和证明力。在大陆法系，认定案件事实是作为法律专家的法官的职责，没有必要如英美法系为适应陪审员制度而制定大量的有关证据能力的规则，并且大陆法系很强调法官自由判断证据的证明力以发现案件真实<sup>②</sup>，所以法官心证的“自由”是就证据能力和证明力的判断而言的。

总体上说，现阶段包括以后很长的一段时期内，我国法官的职业素质难以满足现代司法的要求，加之妨害司法的力量依然强大，所以，为保障法官独立判断证据和真实认定事实，我国可以借鉴英美法系证据制度，通过“证据规则”严格规定“证据能力”以指导和约束法官，并可排除外部对审判的非法干预。那么，在此制度之下，法官“自由”心证主要是对“证明力”的判断。

促成法官心证形成的资料（或称法官心证形成的原因），既包括“调查证据的结果”（即“证据调查的结果”），又包括“辩论的全意旨”（即“辩论的全旨趣”）。调查证据的结果大体是指通过合法证据调查程序所获得的本案所有证据资料。法官根据证据和事实共通性原则，运用调查证据的结果来认定事实。辩论的全意旨大体上是指在法庭辩论过程中出现的、除了证据资料之外的其他全部资料。比如，当事人违背“真实义务”的陈述、当事人和证人肢体语言所透视出的信息等。

诉讼或司法是一种察言观色和亲历性的法律活动。我国古代“五声听狱讼”，就反映了司法的亲历性。在法官、双方当事人和证人“面对面”（face to face）的活动中，当事人和证人的“肢体语言”（如陈述事实时所体现出的坐姿、语调、眼神、情绪等）均能够传达出语言文字所无法传递的案情信息（即“言外之意”、“无言之知”），从而影响到法官的“心证”<sup>③</sup>。这就是采行直接言词原则和强调司法亲历性的经验上和心理学上的根据。直接言词主义要求法官亲自聆听当事人言词辩论和证人言词作证，可以直接观察当事人和证人的肢体语言，直接察看证据实际状况，易于准确掌握案件事实。因此，直接言词主义是自由心证主义的支柱之一。

不管怎样，在现代诉讼中，由于采行证据裁判原则，证据在确认案件事实和形成法官心证方面具有不可比拟或不可替代的作用，法官不能仅凭借“辩论的全意旨”来认定事实。在刑事诉讼中，应当更加强调证明的慎重和证明过程的透明度，必须明确强调以“证据调查的全部结果”为法官心证形成的原因和有罪判决的基础，而不能单纯或过分强调以法庭辩论的全部意旨为法官心证形成的原因和有罪判决的基础。

<sup>①</sup> See Mueller and Kirkpatrick, *Evidence under the Rules*, Little, Brown and Company, 1993, pp. 712 - 727; John Peysner, "Hearsay is Dead! Love Live Hearsay!", *The International Journal of Evidence and Proof*, Volume2, Number4, Blackstone Press Ltd, 1998.

<sup>②</sup> 参见毕玉谦：《民事证据法及其程序功能》，380页，北京，法律出版社，1997。

<sup>③</sup> 研究表明，人与人之间的沟通有50%以上是靠肢体语言。参见 [美] 盖瑞·史宾塞：《最佳辩护》，魏丰等译，36~41页，北京，世界知识出版社，2003。

## （二）法官自由心证的保障和制约

诉讼中，法官判断证据和认定事实虽然属于主观认识活动，自由心证虽然属于法官自由裁量的范畴，但是自由心证主义并非容许法官恣意判断，而是要求法官作出合理的心证。为此，法律一方面保障法官心证形成的自由，另一方面制约法官恣意判断，从而在制度上对法官自由心证的形成设置了充足的保障措施和合理的制约措施。

### 1. 法官心证形成前的保障和制约<sup>①</sup>

法官心证形成前的保障和制约措施，主要有：

- （1）司法独立，禁止外部的非法干预，确保法官能够自由地形成心证；
- （2）法官资格限制，保障法官能够以其职业素质、理性良知及其所熟知的经验法则、逻辑法则等形成合理心证。

### 2. 法官心证形成过程中的保障和制约

法官心证形成过程中的保障和制约措施，主要有：

- （1）审判公开，以约束法官随意形成心证，使其能够作出合理的判断；
- （2）回避制度，保障法官具有理性判断能力，使其能够作出理性和中立的判断；
- （3）对重大案件的判断采用复数主体制度（即合议制），以保证判断的合理性<sup>②</sup>；
- （4）证据裁判原则，要求法官认定事实必须依据具有证据能力的证据，把没有证据能力的证据排除在外，以间接保证法官形成合理的心证；
- （5）直接言词原则，要求法官的心证在法庭审理或直接审理的基础上产生，以保障法官心证形成的原因或基础的真切性；
- （6）程序参与原则，禁止法院将双方当事人未发表过意见或未进行过辩论的事实证据作为裁判的基础和内容<sup>③</sup>；
- （7）法官判断证据和认定事实时应当遵循证据规则、逻辑规则和经验法则，并且法官心证形成的原因或基础应是调查证据的全部结果及法庭辩论的全部意旨；
- （8）证明标准，要求法官内心对于案件事实真实性的认知应当达到确信程度；
- （9）诚实信用原则，既要求当事人和证人负担真实义务，又要求法官本着诚实信用形成心证。

### 3. 法官心证形成后的保障和制约

法官心证形成后的保障和制约措施，主要有：

- （1）判决理由制度，要求法官心证形成的过程及原因或基础应记明于判决书之中。根据法治国家原理，法院应当承担附裁判理由的义务。这也是审判公开的实质内容，能够在一定程度

<sup>①</sup> 以下论述主要参考了王亚新：《社会变革中的民事诉讼》，318～344页，北京，中国法制出版社，2001；[日]田口守一：《刑事诉讼法》，刘迪等译，225～226页，北京，法律出版社，2000。

有学者认为，法官自由心证需合乎以下三个条件才是合法的：（1）为裁判基础的证据应经当事人质证或辩论；（2）事实的判断应依逻辑方法为之；（3）法院判决应载明其所以然的理由。参见曾世雄：《损害赔偿法原理》，287～288页，北京，中国政法大学出版社，2001。

<sup>②</sup> 主张非专职人员加入判断主体的陪审制和参审制，也有保障合理判断的意图。

<sup>③</sup> 参见邵明：《论民事诉讼程序参与原则》，载《法学家》，2009（3）。



上起到禁止法官突袭判决和枉法裁判。

(2) 事后审查制度, 将下列情形作为上诉理由或再审理由: 判决未附理由的、判决理由相互矛盾的、误认定事实的、判决理由与判决内容不一致的; 违背经验法则、逻辑法则的; 背离审判公开、回避、证据裁判、直接言词和诚实信用等诉讼原则制度的。<sup>①</sup>

## 第四节 诚实信用原则

### 一、诚实信用原则的含义

“诚实信用原则”(简称“诚信原则”)不仅适用于私法领域, 而且也适用于公法领域, 当然也是民事诉讼法中的基本原则。在民事诉讼中, 诚实信用原则大体上是指法院、当事人及证人等诉讼参与人诚实信用地实施诉讼行为。

诚实信用原则虽来源于道德上的诚实信用, 但作为一个法律原则, 则属于强行性规范, 不允许法院、当事人及证人等诉讼参与人违反或者排除适用。作为法律原则, 违反诚实信用原则的, 则会产生法律后果。

在民事诉讼立法上, 大陆法系国家以“真实义务”为诚实信用原则立法的先导。比如, 奥地利在 1895 年在其《民事诉讼法》第 178 条中规定了当事人的真实义务。后来, 在立法上逐渐扩大诚实信用原则的内涵。比如, 《德国民事诉讼法》第 138 条规定了当事人真实义务, 第 282 条、第 296 条规定了当事人“促进诉讼”的义务等; 《日本民事诉讼法》在总则中确立了诚实信用原则<sup>②</sup>, 并在第 63 条、第 209 条、第 224 条、第 303 条等条文中作出了具体规定。在英美法系, 许多国家也有诚实信用原则内容的规定, 比如确立了当事人的真实义务和“禁反言”规则等。

我国《民事诉讼法》在总则部分明确规定“民事诉讼应当遵循诚实信用原则”(第 13 条第 1 款), 在分则部分则增加了禁止虚假诉讼、规避执行的规定, 并修改提高了对妨害民事诉讼行为的罚款上限, 加大了制裁力度; 《民诉法解释》对此作出补充性的规定。

### 二、法院遵守诚实信用原则的具体要求

法院应当按照法定程序, 平等对待各当事人, 尊重当事人的程序基本权; 公正、及时地行使司法权, 不得滥用司法权; 本着诚实信用形成合理心证, 不作出突袭性裁判。

<sup>①</sup> 就再审理由而言, 我国现行法尚未明文规定下列情形为再审理由: 判决未附理由的、判决理由相互矛盾的、判决理由与判决内容不一致的; 违背经验法则、逻辑法则的; 背离审判公开、直接言词和诚实信用等诉讼原则制度的。

<sup>②</sup> 《日本民事诉讼法》第 2 条 [法院与当事人的职责和义务] 规定: “法院应为民事诉讼公正并迅速地进行而努力; 当事人进行民事诉讼, 应以诚实信用为之。”

### （一）法官合理心证

法官行使自由裁量权和自由地形成心证须受到合理制约，其中包括受到诚实信用原则的制约。心证本为主观判断，然须具备客观的妥当性。心证是否符合客观的妥当性，其基准之一即诚实信用原则。笔者认为，该原则要求法官本着诚实信用形成心证，若法官违背诚实信用原则而形成心证，则将成为当事人上诉或再审的理由。

基于诚实信用原则，法官应当立足于案件真相，不得对当事人提出的证据任意加以取舍，法官心证基础应当是调查证据的全部结果及法庭辩论的全部意旨。基于诚实信用原则，法官在判断证据时，须遵循经验法则、逻辑规则等。

在法律有关证明责任分配出现漏洞时，则需法官自由裁量证明责任的具体分配。诚实信用原则要求法官合理行使自由裁量权，来确定证明责任的合理负担。对于法官滥用自由裁量权，不合理确定证明责任负担的，当事人有权以此为由提起上诉或再审。

### （二）禁止突袭裁判

“禁止突袭裁判”属于民事诉讼正当程序保障的内容。与法官所担负的“禁止突袭裁判”的职责相对的是当事人和相关第三人的“程序参与权”。笔者认为，“禁止突袭裁判”主要包括下面两种情形<sup>①</sup>：

1. 禁止发现真实的突袭。“发现真实的突袭”主要是指法院在言词辩论终结前，未使当事人有充分机会证明和辩论法院判决所采用的事实，从而使当事人在未能就不利于己的事实作出反证和陈述意见的情况下，接受法院裁判。

比如，原告提起违约之诉，法院以存在合同无效事由作出判决。但是，在法庭言词辩论终结前，没有就合同无效事由给双方当事人陈述意见或进行辩论的机会，甚至当事人根本不知道法院是以合同无效事由作出判决。此例中，法院根据合同无效事由作出判决，属于典型的发现真实的突袭。

禁止发现真实的突袭要求法院适时公开心证，使当事人及时了解法官如何判断证据、如何根据证据认定事实、是否形成确信的心证等，便于当事人及时补正事实和证据。

2. 禁止法律适用的突袭。禁止法律适用的突袭主要是指，法官在对程序事项或实体事项按照诉讼法或实体法作出裁判之前，对如何适用法律规范，应当给予受裁判结果影响的当事人及第三人表达意见和作出解释的机会。

比如，法院在作出驳回起诉裁定前，应当就作出该裁定的理由给予原告辩解的机会，这既符合正当程序的要求，又能减免不必要的上诉。再如，法院根据诚实信用原则确定证明责任的承担（详见本书第八章第四节中的证明责任的倒置与裁量部分），作出判决前，应当允许双方当事人表达意见。

事实上，禁止突袭裁判在程序保障方面与程序参与原则、处分原则和辩论原则及证据裁判

<sup>①</sup> 有学者将突袭裁判的情形区分为：发现真实的突袭、推理过程的突袭和促进诉讼的突袭。参见邱联恭：《突袭性裁判》，载民事诉讼法研究基金会编：《民事诉讼法之研讨》（一），台北，三民书局，1986。

原则、自由心证主义等是一致的，法院违背以上原则或主义进行审判的则为突袭裁判，应成为上诉或再审的理由。<sup>①</sup>

### 三、当事人遵守诚实信用原则的具体要求

#### (一) 禁止滥用诉讼权利

滥用诉讼权利，比如滥用上诉权、程序异议权、回避申请权、证明权等，是指当事人违背诉讼权利的目的而行使诉讼权利，以达到拖延诉讼或给对方当事人造成损害等非法目的。

至于在诉讼程序上如何规制诉讼权利的滥用，笔者提出如下建议：（1）法院有权裁定驳回滥用诉讼权利的行为或认定其无效，比如驳回上诉等；（2）滥用诉讼权利人承担因此产生的诉讼费用；（3）规定法律责任，比如滥用情节或后果比较严重的，则处以罚款。同时，他人若因滥用诉讼权利受到损失，则有权要求赔偿。

#### (二) 促进诉讼的义务和诉讼权利的失效

当事人负有“促进诉讼”的义务，应当在法定期限或合理期限内行使诉讼权利，若无正当理由不在法定期限或合理期限内行使诉讼权利，则该权利失效，即产生“失权”的法律后果（简称“失权效”）。从期间的角度看，民事诉讼中的“失权”又被认为是“诉讼权利的时效问题”，民事诉讼法关于诉讼权利在何种情形下丧失的规定称为“失权制度”，不过，为了与实体法上的“时效制度”区别，对于诉讼权利的失权规定不宜称为诉讼权利时效制度。<sup>②</sup>

民事诉讼法规定了诉讼权利行使的期间要求。诉讼权利行使的期间要求，实际上构成了诉讼行为合法性或有效性的要件。通常情况下，当事人必须按照期间实施诉讼行为，才能产生预期的法律效果。当事人若无正当理由耽误法定的不变期间，其后果主要是权利失效（失权），比如当事人耽误上诉期的则丧失上诉权，当事人耽误举证期限的则失去举证权（《民事诉讼法》第65条、《民诉法解释》第102条）。

民事诉讼失权制度包括举证时限制度要求当事人在法定期间或约定期间内行使权利（包括提供证据）。而诚实信用原则的要求更高，要求当事人应当在法定期间或约定期间内“尽其所能”地“及时”行使权利（包括提供证据）。同时，诚实信用原则还要求法官承担“促进诉讼”的职责，从而与当事人所承担的“促进诉讼”义务（或“不得阻碍诉讼”义务）一起，共同起到推动诉讼程序尽快顺畅运行的效果。

#### (三) 禁反言

在诉讼证明领域，“禁反言”主要是指同一当事人对同一案件事实的陈述应当前后一致，禁止前后矛盾。大体上可将禁反言分为直接禁反言和间接禁反言。

直接禁反言是指在同一案件的诉讼程序中，禁止同一当事人对同一案件事实作出前后矛盾

<sup>①</sup> 参见邵明：《民事争讼程序基本理论》，载《法学家》，2008（2）。

<sup>②</sup> 参见张卫平：《论民事诉讼中失权的正义性》，载《法学研究》，1999（6）。

的陈述；不过，当事人可以受诈欺、胁迫或意思表示错误等正当理由，撤销前面陈述。<sup>①</sup>

间接禁反言则要求在前后不同案件中，提出同一案件事实的同一人应当作出一致的主张或陈述；间接禁反言与“确定判决理由”的拘束力、预决效力、争点效力或争点排除效力有着相通之处，对此本书第七章第三节将作出阐释。

#### (四) 真实(陈述)义务

所谓“真实(陈述)义务”，主要是指当事人及其法定代理人不得故意或重大过失地作出不真实陈述，也不得故意或重大过失地对真实事实或他方当事人的真实陈述进行争执。真实义务并不要求当事人主动陈述自己掌握的所有真实事实，主要是消极地禁止当事人陈述其明知是虚假的事实。<sup>②</sup>

如果将“完整(陈述)义务”理解为，当事人须将所知事实全部提出，则与辩论主义相抵触。因为辩论主义将是否主张某一事实的决定权委诸当事人。因此，完整义务并非要求当事人作出完全的陈述，应被理解为“只有在当事人基于隐瞒事实而作出的不完全的陈述从整体上看违反其主观真实时，才禁止其进行这种陈述”<sup>③</sup>，如法谚所云“隐瞒真相就是虚伪陈述”，由此可将完整义务作为真实义务的一个方面来把握。

《民诉法解释》第110条规定：人民法院认为有必要要求当事人到庭接受询问的，询问之前，可以要求其签署保证书。保证书应当载明据实陈述、如有虚假陈述愿意接受处罚等内容。当事人应当在保证书上签名或者捺印。负有举证证明责任的当事人拒绝到庭、拒绝接受询问或者拒绝签署保证书，待证事实又欠缺其他证据证明的，人民法院对其主张的事实不予认定。

“法律不强人所难”，民事诉讼当事人也应拥有沉默权，要求当事人对于己不利的事实作出完全的真实陈述，乃是强人所难和不近人情，所以当事人的真实义务并非以当事人陈述真实的积极义务为其内容，而是要求当事人不得故意违背自己对事实的主观认识而作出陈述，即当事人的真实义务中的“真实”指的是当事人主观认为的真实，并不要求是客观真实。<sup>④</sup>同时，为追究当事人违背真实义务的行为，需要对当事人所作出的事实陈述是否背离其对该事实的主观性真实认识进行证明，这种证明往往难度较大且易招致诉讼迟延，事实上进行这种证明不如直接证明案件事实是否真实。此外，民事诉讼中，当事人的真实义务虽说是对国家为之，但更主要的是对对方当事人为之而谋求当事人双方的平等。

从本质上来说，当事人的真实义务是一种比较薄弱的义务。<sup>⑤</sup>基于这种立场，对于当事人违背真实义务的行为，许多国家法律没有给予现实的制裁，即便施予制裁的也有所限制，比如

① 《民诉法解释》第342条规定：“当事人在第一审程序中实施的诉讼行为，在第二审程序中对该当事人仍具有拘束力。当事人推翻其在第一审程序中实施的诉讼行为时，人民法院应当责令其说明理由。理由不成立的，不予支持。”

② 参见黄国昌：《民事诉讼理论之新开展》，34页，台北，元照出版公司，2005。这与康德所言有异曲同工之妙，即“一个人所说的必须真实，但没有义务把所有的真实都说出来”。

③ [日]高桥宏志：《民事诉讼法》，林剑锋译，379～380页，北京，法律出版社，2003。

④ 参见[德]汉斯·约阿希姆·穆泽拉克：《德国民事诉讼法基础教程》，周翠译，241页，北京，中国政法大学出版社，2005。

⑤ 参见[日]高桥宏志：《民事诉讼法》，林剑锋译，380～382页，北京，法律出版社，2003。