

论我国民事诉讼证据制度的主要问题及其解决办法 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/481/2021\\_2022\\_\\_E8\\_AE\\_BA\\_E6\\_88\\_91\\_E5\\_9B\\_BD\\_E6\\_c122\\_481378.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/481/2021_2022__E8_AE_BA_E6_88_91_E5_9B_BD_E6_c122_481378.htm)

我国民事诉讼证据制度的主要问题及其解决办法 [注1] 兼评《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干问题》 [摘要]：主客观一致性与程序正义性是民事诉讼证据制度所要解决的“核心问题”，我国传统的民事诉讼证据制度在这两个方面均存在不足之处，需要在今后的证据立法中予以认真解决。 [关键词]：民事诉讼证据制度；主客观一致性；程序正义性 民事诉讼证据制度是民事诉讼活动的基础，是我国证据法律制度的重要组成部分。在民事诉讼活动中，一方面对民事争议的实体处理首先取决于能否熟练运用证据规则准确认定案件争议事实，另一方面诉讼程序的演进与诉讼程序正义的实现也有赖于证据规则的理念及其应用。正如台湾证据法学者李学灯所言：“惟在法治社会之定分止争，首以证据为正义之基础，既需寻求事实，又需顾及法律上其他政策。认定事实，每为适用法律之前提。因而产生各种证据法则，遂为认事用法之所本。”民事诉讼证据制度的重要性由此可见一斑。我国民事诉讼证据制度秉承大陆法系传统，由于种种原因，目前尚无统一、系统的证据法典和单行的证据规则，其内容散见于《民事诉讼法》以及一些司法解释之中，这种立法上关于证据制度的规定总体来说失之粗疏、抽象，难以操作。同时，在民事诉讼实践中，关于证据的证明能力与证明力，关于证据的出示、举证、质证、认证等均缺乏明确的证据规则，在很大程度上增加了证据判断、运用与采信的难度，这种状况已远

远不能适应我国民事诉讼法制发展的需要，也远远不能适应审判方式和诉讼模式改革的需要。因此，随着我国实施依法治国基本方略和司法体制改革的逐步深入，研究我国民事诉讼证据制度的主要问题并努力探求应对之策，无疑成为当代证据法学的重大理论课题，也是关乎律师实务的重大实践课题。纵观当今世界各国的证据法律制度，无论是大陆法系还是英美法系，其所要解决的“核心问题”无非表现在以下两个方面：一是要解决如何使人们的主观认识符合客观存在的案件实际，使在认定案件事实方面不犯错误或少犯错误的问题；二是要规范人们认识客观实际、发现事实真相的手段和方法，使之符合现代民主和文明诉讼所要求的正当性、合理性、公平性。我国的民事诉讼证据制度也不例外，其不仅要体现出如何运用证据查明民事案件事实或争议事实真相的方法和规律，而且还要体现出发现民事案件事实真相的手段、途径和方法如何符合法律的规定和程序正义的要求，亦即体现出主客观一致性〔注〕与程序正义性的内在要求。本文拟从民事诉讼证据制度主客观一致性、程序正义性这一“核心问题”出发，逐一检讨我国民事诉讼证据制度的主要问题，兼评2002年4月1日开始实施的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《规定》），不揣浅陋，点滴意见以期抛砖引玉。

一、关于证据能力 证据能力，又称“证据资格”、“证据的适格性”，是指某一材料能够被允许作为证据加以调查并得以采纳的能力或者资格。大陆法系基于其职权主义审判功能的发挥，对于证据能力一般不作积极规定，很少予以限制。相比之下，英美法系则对证据能力限制较为严格，证据的关联性与可采性成为判明证据能力的两项

重要标准。我国传统民事诉讼证据制度深受大陆法系影响，审判模式中职权主义色彩较浓，法官在审理过程中主动探究事实真相以求达到案件的客观真实，因此，法律对证据能力的界定极其宽泛，认为“证明案件真实情况的一切事实都是证据”，这不仅对法官的自由裁量权缺乏相应的制约，而且片面追求实体真实也有违民事诉讼证据制度程序正义性的要求。《规定》借鉴了英美法系的经验，其第65条、68条、69条对证据能力从证据的真实性、关联性、可采性等三个方面进行了界定，确立了“非法证据排除规则”、“有利害关系人证言不能单独定案”等一系列重要的证据规则，虽然这种界定还存在一些不足之处，例如，对一些重要的证据规则，如不得采纳品格、不得采纳意见证据规则、传闻证据排除规则等均没有做出规定；没有明确禁止在民事诉讼中采纳无关联性证据；没有明确规定证据收集应当符合程序正义性要求，即存在程序瑕疵的证据材料即便具有关联性、真实性，也应当排除在诉讼程序之外等等，但是，《规定》对证据能力从真实性、关联性、可采性三方面的界定，突破了传统民事诉讼证据制度对证据能力不做具体限制的误区，体现了我国现行民事诉讼证据制度在面对实质真实与程序合法之间的价值冲突时所做出的宁愿牺牲实质真实而维护正当程序进而维护公民自由权利的价值选择取向。

二、关于证明力 证明力，又称“证据力”、“证明价值”，是指证据对于案件事实有无证明作用及证明作用如何。在证据制度发展史上，关于证明力的判断存在着法定证据制度和自由心证证据制度。法定证据制度是指法律预先设定证据证明力的大小以及判断证据的规则，对证据的取舍、运用主要根据证据的形式与法律规

定，不允许法官自由加以判断和取舍的制度，而自由心证证据制度是指法律对不同证据的证明力不作预先的规定，允许法官在审理案件时，根据其良知、理性和自身的法律修养进行判断取舍的制度。比较两种证据制度的利弊，虽然法定证据制度有利于约束法官，防止法官专断，但是由于其机械地、静止地预定证据的证明力，却又不利于法官对案件的理性判断，而自由心证证据制度可以使法官对证据进行理性的自由判断，顺应了诉讼证据本身的复杂性，遂成为当今世界各国普遍采用的一种证据制度。我国传统的民事诉讼证据制度既反对自由心证证据制度又反对法定证据制度，其遵循的证据制度为“实事求是的证据制度”，这实际上回避了法官如何判断证据证明力的问题，在逻辑关系上与法定证据制度与自由心证证据制度不具有同一性，从而在司法实践中不仅导致了法官判断证据证明力无所适从的局面，同时又极不利于约束法官的自由裁量权。《规定》总结了中外的司法经验与理论研究成果，在其第77条对不同证据证明力做出了明确规定，其中包括国家机关、社会团体依职权制作的公文书证证明力高于其它书证，物证优先，档案、鉴定结论、勘验笔录和经过公证、登记的书证证明力高于其他书证、视听资料和证人证言，原始证据优于传来证据，直接证据优于间接证据，有利害关系人证言证明力低于无利害关系人证言等原则，这种有选择地吸收法定证据制度的合理因素，预先对不同证据证明力做出明确规定的做法，在我国当前司法监督机制乏力、司法人员素质不高、法官自由裁量权过大而极易滋生腐败、极易造成误判的状况下，具有重要的意义。与此同时，《规定》又在其第64条规定“审判人员应当遵守法定程序，

全面、客观地审核证据，依据法律的规定，遵循法官职业道德，运用逻辑推理和日常生活经验，对证据有无证明力和证明力大小独立进行判断，并公开判断的理由和结果”。要求法官遵循职业道德，运用逻辑推理和日常生活经验，对证据的证明力有无与大小独立进行判断，这从某种意义上讲，确立了我国自由心证证据制度的基本雏形，顺应了当今证据制度的发展潮流，符合认识主客观一致性的内在要求。遗憾的是，针对自由心证证据制度存在主观随意性大的弊病，《规定》用“公开判断的理由和结果”“在裁判文书中阐明证据是否采纳的理由”等对“心证”过程加以限制，这种限制力度仍显单薄，需要在今后的证据立法中确立一系列的证明规则，如自白任意性规则、传闻证据排除规则、心证不违反伦理及经验规则等予以补充。

三、关于证明标准 证明标准，是指法律规定的运用证据证明案件事实所要达到的程度要求。我国《民事诉讼法》第63条的规定，对七种法定证据，“必须查证属实，才能作为认定事实的根据”，第64条第3款又规定，“人民法院应当按照法定程序，全面地、客观地审查核实证据”。据此，我国传统民事诉讼证据制度普遍采用笼统一元化的证明标准，即“案件事实清楚，证据确实充分”，达到案件客观真实的证明标准。这种立法上关于证明标准的表述看似明确、清楚，但是实际上不仅没能区分民事、刑事两种不同性质案件的证明标准，而且单纯要求司法人员的主观认识必须符合客观实际，在操作层面上也是难以把握。其实，在民事诉讼证据制度中，关于证明标准的问题，是达到“客观真实”还是达到“法律真实”的争论从来都没有停歇，并在证据理论上形成了与之相对应的“客观真实说”与“

法律真实说”。 “客观真实说”要求司法人员的认识必须符合客观实际，达到案件的客观真实，昭显着理想化的色彩，弊病是认识上导致纯粹客观主义，程序上导致法官职权主义等等。 “法律真实说”是指在证明过程中，运用证据对案件事实认定应当符合实体法和程序法的规定，应当达到从法律角度认为是真实的程度，从而形成内心确信，这种内心确信在民事诉讼证据制度中表现为“优势证明”或“高度盖然性”，在刑事诉讼则表现为“排除一切合理怀疑”。“法律真实说”较好地解决了“客观真实说”证明标准的有关弊病，有利于法官依法自觉运用经验法则、事实推定、司法认知等一系列职业技能准确认定案件事实，有利于司法人员重视程序的规则，保证诉讼程序的公平与公正，有利于审判方式的改革，加快促使民事审判方式由职权主义向当事人主义转变，实现诉讼构造的平衡。 《规定》第73条规定“双方当事人对同一事实分别举出相反的证据，但都没有足够的依据否定对方证据的，人民法院应当结合案件情况，判断一方提供证据的证明力是否明显大于另一方提供证据的证明力，并对证明力较大的证据予以确认”。这是对我国现行民事诉讼证明标准所做出“优势证明”（亦即“高度盖然性”）的规定，体现了“法律真实说”这一新的理论成果，符合证明标准在认识领域内形式与内容相统一、主客观相一致的要求，于当今的司法实践具有重要的意义。 四、关于举证责任分配 举证责任分配是指按一定的标准，将不同法律要件事实的举证责任，在双方当事人之间预先进行分配，使原、被告双方均对其中的部分事实承担举证责任。当案件事实处于真伪不明的状况时，根据举证责任的分配，负有举证责任的一方在不能

举证时将承担败诉的法律后果。我国《民事诉讼法》第64条第1款规定“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据”，即“谁主张、谁举证”，并以此作为民事诉讼举证责任分配的基本原则。但是从近几年民事审判实践来看，仅此一项笼统的原则缺乏可操作性，不能较好地解决民事诉讼实务中各种复杂的举证责任分配问题，基于此种认识，《规定》第4条、第5条、第6条相继以列举的方式对几类特殊的民事诉讼的举证责任进行分配，应该说，这种列举对我国当前的民事诉讼实务具有一定的指导意义。但是应当看到，《规定》的这些列举本身就存在不妥之处，必将在以后的司法实践中面临着一系列挑战，本文仅就《规定》第5条第3款的规定“对代理权发生争议的，由主张有代理权的一方当事人承担举证责任”进行例证。例如在请求履行合同诉讼中，如果请求人（原告）以自己与第三人订立合同，第三人与被请求人（被告）有代理关系为由，向法院提出判决被请求人履行合同的请求；而被请求人与第三人则基于各种利益关系或不可知的目的，均否认彼此存在代理关系，在此种情形下，根据《规定》，当代理行为是否成立的事实处于真伪不明的状态时，将由原告承担举证责任，否则原告将承担败诉的结果，这对原告无疑是不公平的，因为在被请求人与第三人均否认存在代理关系的情况下，请求人（原告）要就存在代理关系举证往往是很困难的。同时，根据《合同法》表现代理的有关规定，只要请求人（原告）有理由相信第三人有代理权限，该代理行为即为有效，因此请求人只要就表现代理的事实予以举证后，对代理权的争议也就不必承担举证责任，这在逻辑上与《规定》出现了矛盾。此外，《规定》关于缺陷产品致人

损害的侵权诉讼中关于缺陷产品的举证、关于医疗行为引起的侵权等均存在或多或少的问题，限于篇幅的制约，在此不再赘述。民事诉讼举证责任的分配是一个关涉到事物本性、价值选择和利益衡平的复杂的法律和社会问题，无论对民事诉讼举证责任的分配作怎样细致入微的划分和界定，可能都无法找到一个一劳永逸的解决办法，而且时至今日，确实无人能够加以妥善解决。在民事诉讼法典或者证据法典中都只能规定一个抽象的分配原则，而无法对各种具体的分配标准做出规定，这也是古今中外各国民事诉讼立法与证据立法的实际情况，详细的分配标准一般都是对司法实务的理论概括，大部分内容应体现于民事实体法之中，并通过能动的司法实践而展现。因此，《规定》试图用列举的方式穷尽某些特殊民事诉讼案件的举证责任分配，虽然有其良好的主观意图，且具有一定的实务价值，但最终不过是一厢情愿。

五、关于人民法院依职权主动调查取证 在职权主义程序结构模式下，人民法院依职权主动调查取证被认为是法律所赋予审判权的重要组成部分，也是人民法院所承担审理义务的重要组成部分，在符合法律所规定的特定情形时，人民法院有权进行调查取证的活动，也有责任主动依职权进行调查取证。而在当事人主义的诉讼程序模式中，因为举证责任的分配实行“谁主张、谁举证”的原则，即当事人应就其诉讼请求所依据的事实承担举证责任，如果负有举证责任的当事人对自己提出的主张不能提供证据加以证明，便应当承担败诉的风险。据此，从举证责任的分配原则上看，当事人主义完全排斥法官依法调查取证，从而弱化了当事人对法院职权的依赖，提高了诉讼双方进行对抗的效果。基于法官依职权主动查明事



实真相以达到案件客观真实的证明标准，我国传统的民事诉讼证据制度规定了人民法院依职权调查取证制度，《民事诉讼法》第64条第2款规定“当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集”。这既与民事诉讼证据制度确立的“谁主张、谁举证”的举证责任原则相违背，也将使人民法院在审判中无法保持客观与公正的立场，因为法官在做出裁判时极易受到自己调查收集的证据的影响。因此，在当前我国民事审判方式由职权主义向当事人主义转变的过程中，为切实执行“谁主张、谁举证”的举证责任分配原则，保持审判的中立性、客观性与公正性，减轻职权主义程序结构形式的影响，应当有原则地限制人民法院主动调查取证的职权。除当事人及其诉讼代理人确因客观原因不能自行收集证据而提出申请时，方可行使调查收集证据。《规定》第15条对《民事诉讼法》第64条规定的“人民法院认为审理案件需要的证据”进行了明确界定，即“涉及可能有损国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的事实；涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等与实体争议无关的程序事项。”这种界定一方面增强了司法实务的可操作性，弱化了职权主义对民事诉讼结构的影响，另一方面，对涉及国家利益、公共利益或他人合法权益的事实，赋予法官依职权主动查明真相，有助于对公共权益的保障，在一定程度上体现了程序正义性与主客观一致性的内在要求。

#### 六、关于举证时效

关于在民事诉讼证据制度中是否设置举证时效的争论至今仍在继续，针锋相对的两种观点是证据随时提出主义与证据适时提出主义。证据随时提出主义从客观真实的原则出发，

主张在诉讼期间的任何阶段随时可以提供证据，以达到发现案件真相，该种主张片面强调了案件实体的真实，忽视了诉讼程序的效率原则与公平原则，在实践中对案件审理的演进极为不利。而证据适时主义则认为应该对当事人的举证作时间上的限制，即凡能够在前一个诉讼阶段提出的证据，不得在其后的诉讼阶段提出，否则除非有特殊理由，法官将不予以认定和采用，这一理论兼顾了公平与效率原则，成为民事诉讼举证时效制度的发展方向。我国传统的民事诉讼证据制度采用了证据随时提出主义，没有设置举证时效，因此，在实务中许多案件因当事人随时提出证据而无休止地审理下去，许多当事人在庭审中搞“证据突袭”，导致对方当事人难以应对而要求另择时间进行质证，同时，再审制度被不断滥用，“用尽当地救济规则”失去了意义。《规定》的出台对举证时效作了重大改革，改证据随时提出主义为证据适时提出主义，确立了举证时效制度，即当事人应当在举证期限内向人民法院提交证据材料，当事人在举证期限内不提交的，视为放弃举证权利；对于当事人逾期提交的证据材料，人民法院审理时不组织质证。这种变革在一定程度上缓解了庭审中突然袭击，提高了诉讼效率，体现了公平诉讼原则，但具体来说，还存在以下几个问题。《规定》第42条规定“当事人在一审程序中提供新的证据的，应当在一审开庭前或者开庭审理时提出。当事人在二审程序中提供新的证据的，应当在二审开庭前或者开庭审理时提出，二审不需要开庭审理的，应当在人民法院指定的期限内提出。”其对“新的证据”提出的时间限制仍然过于宽松，“在开庭审理时提出”可泛指合议庭合议前的任何阶段提出“新的证据”，这与《民

事诉讼法》第125条“当事人在法庭上可以提出新的证据”并无不二。“新的证据”包括新提供的证据和新发现的证据，但遗憾的是《规定》并没有就此进行严格的区分，其第41条所列举的几种情形，让人无法把握“新的证据”的真正内涵，实务中会产生许多滥用“新的证据”，混淆新提供的证据与新发现的证据，达到拖延诉讼的目的。《规定》第41条中对确因客观原因无法在举证期限内提供的证据与刻意隐匿没有在举证期限内提供证据如何区分并不明确，会为许多当事人恶意隐匿证据提供口实，导致诉讼迟延，耗费诉讼资源，以致原本是提高诉讼效率的举证时效限入虚无的状态。

七、关于庭前证据交换制度 我国传统的民事诉讼证据制度没有庭前证据交换的制度设计，近年来，随着我国民事诉讼制度改革的深入，庭前证据交换制度已经成为我国民事诉讼证据制度必须予以面对，并加以建立与完善的一个重要环节。《规定》在这方面做了一些有益的尝试与探索，但就其内容而言尚缺乏系统的制度规范与完善的操作性规定。主持审前程序的机构不明确。审前程序必须在法官的主持下进行，尤其在我国，特别是当双方当事人实力强弱对比悬殊的情形下，更需要有经验的法官对当事人加以引导，才能使审前程序的目的真正实现。但问题是，主持审前程序的法官是否适用继续主持开庭审理程序，如果不予以分离，势必会有“先入”效应，如果予以分离，让两者各司其职，则应由谁主持审前程序？从司法现状来看，目前我国各地法院一般实行大立案制度，由立案庭法官来进行审前准备程序，包括证据调查、财产保全以及主持证据交换。《规定》的出台，将标志着民事审判方式的大变革，司法审判的中心将从法庭审判转向

审前准备工作，案件的大部分审理工作都将在审前准备阶段进行，因此审前程序法官的重要性将大大提高，这必将对审前程序法官的业务素质与综合素质提出更高的要求，而与之相矛盾的是，立案庭的法官往往是业务比较差或者是根本不能从事审判业务的法官。如果审前程序的法官没有作好相应的工作，所有的准备工作还得由审判程序完成，这必然违背我们设立庭前证据交换制度的初衷。对审前程序中的自认制度没有明确规定。《规定》第39条第2款规定：“在证据交换过程中，审判人员对当事人无异议的事实、证据应当记录在卷；对有异议的证据，按照需要证明的事实分类记录在卷，并记载异议的理由。通过证据交换，确定双方当事人争议的主要问题。”但问题是，当事人对审前程序法官的自认效力（即“无异议的事实、证据”）是否能够等同于法庭上对合议庭的承认？是否可以在庭审程序中撤销？具体的解决办法：一是加强法官素质的培养，培训一大批具有审判能力的准备程序的法官，已成当务之急。二是确立审前自认制度的效力，建立严格的审前程序中承认不可撤销制度。审前程序自认的效力包括，对请求的承认具有裁判力，对事实的承认具有免除举证责任的效力。

#### 八、关于证人出庭接受质证

虽然我国传统的民事诉讼证据制度规定，证人有出庭作证的义务，但是，由于缺乏相应的出庭作证规则及程序保障，因此在民事审判实务中大量存在着证人不出庭接受法庭质证，而其证人证言却被作为裁判根据的问题，这不仅有违程序正当性要求所体现的公开质证的规则，也不利于法官在当庭交叉质证过程中进一步发现证据细节及争议焦点，准确认定案件事实。同时，证人不出庭接受法庭质证减弱了庭审对抗性功能

，不利于庭审方式由职权主义向当事人主义的转变。《规定》基于我国庭审方式变革的要求，对证人应当出庭作证、接受当事人的质询做出了明确规定，并且在其第56条明确规范了“证人确有困难不能出庭”接受质证的条件和适用范围，增强了实务中的可操作性，但是尽管如此，《规定》关于庭审质证过程中证人出庭接受质证的制度仍有许多不足之处，首先是没有对证人出庭作证的权益保障、作证的规则、程序做出具体规定；其次是对必须出庭作证而不履行出庭作证义务的法律后果没有明确。同时，《规定》还明显带有职权主义的痕迹，没有确立证人拒绝作证权规则，将诉讼利益放在绝对优越的地位，忽视了对其它社会权益的适当保护，从而不利于证人作证义务的切实履行。在今后的证据立法中，要解决证人出庭接受质证的问题可以从以下几个方面入手：建立证人传唤制度，以约束证人依法履行出庭作证义务；建立证人权益保护与补偿制度，对证人因出庭造成的经济损失予以补偿，预防并严惩侵犯证人合法权益对证人实施打击报复的行为；明确规定无法定理由拒不出庭的证人，其提供的当事人一方应承担举证不能的法律后果，并且规定必须出庭的证人拒不出庭，其提供的书面证言不得作为定案的根据；根据国外民事诉讼立法的先例，对必须出庭而拒不出庭的证人处以承担诉讼费用、罚款和拘留等惩罚措施；赋予证人拒绝作证权，如果证人的某些利益优于诉讼利益而应该予以保护，从而赋予证人在特定情况下的证言拒绝权。 [注1] 本文参考了卞建林主编《证据法学》，中国政法大学出版社出版； [注2] 本文所称“主客观一致性”与证明标准的“客观真实”有所区别。证明标准的“客观真实”是指主

观认识必须符合客观实际，以达到案件的客观真实，其指向证明所要达到的程度范畴。而“主客观一致性”则是民事诉讼证据制度所要解决的“核心问题”之一，指民事诉讼证据制度的设计目标应尽量体现出形式与内容的统一、主观认识与客观实际相一致，至于证明标准所达到的程度，仅要求运用证据对案件事实认定应当符合实体法和程序法的规定，应当达到从法律角度认为是真实的程度，从而形成内心确信，这种内心确信在民事诉讼与刑事诉讼中又有所不同，这将在后文中论及。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)