

质疑“民事诉讼证据规定”PDF转换可能丢失图片或格式，
建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E8_B4_A8_E7_96_91_E2_80_9C_E6_c122_483418.htm 2002年4月1日起施行

，由最高人民法院制定的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（下称《证据规定》）是在我国近几年来法制建设不断完善但仍缺少一部完整的证据法的前提下出台的。

在现阶段，民事诉讼活动中可供遵循的证据规则仅体现在《民事诉讼法》的若干条原则性规定中，已不能完全适应我国民事审判程序的需要。因此，作者认为，依法制定一部完整的证据法或较为完整的过渡性证据规则实属必要。制定《证据规定》的宗旨，是为了保证人民法院正确认定案件事实，公正、及时审理民事案件，保障和便利当事人依法行使诉讼权利，是依据了《民事诉讼法》等有关法律的规定，结合了民事审判经验和实际情况。尽管《证据规定》有相当多的可圈可点之处，在民事诉讼证据方面较为完善地规范了举证责任分配、举证时限、证据交换、质证的程序和方法等若干问题。但是，作者认为《证据规定》的制定违反了我国立法程序；《证据规定》的内容在某些方面违反了我国基本法律；《证据规定》的要求在某些方面缺乏可操作性。

一、《证据规定》的制定不符合立法程序 《证据规定》是由最高人民法院制定的，从形式看，它还不是法律，但它已在全国范围内实施，因此从它的实质看，已构成了由国家强制力保证其实施的行为规范，具有法的特征，但又不具备法的构成要件。其一、《证据规定》没有按照我国立法程序制定；其二，最高人民法院不具备立法权，分述如下。 第一、《宪法》

第62条、第67条和第100条规定，“全国人民代表大会行使修改宪法，监督宪法的实施，制定和修改刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律等职权；全国人民代表大会常务委员会行使解释宪法，监督宪法的实施，制定和修改除应由全国人民代表大会制定的法律以外的其他法律的职权等……”《人民法院组织法》第33条规定，最高人民法院对于在审判过程中如何具体适用法律、法令的问题，进行解释。全国人民代表大会常务委员会于1981年6月10日还为此专门颁发了《关于加强司法解释工作的决议》，明确规定，凡关于法律、法令条文本本身需要进一步明确界限或作出补充规定的，由全国人民代表大会常务委员会进行解释或用法令加以规定。凡属于法院审判工作具体适用法律、法令的问题，由最高人民法院进行解释。根据《宪法》和《人民法院组织法》的明确规定，全国人民代表大会行使修改宪法，监督宪法的实施，制定和修改刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律等职权。最高人民法院对凡属于法院审判工作具体适用法律、法令的问题进行解释。那些属于由最高人民法院行使的对法院审判工作中具体适用法律、法令问题的解释，我国相关法律及人大常委会没有明确的界定，但应当明确的是，它只涉及法院在审判工作中对具体适用法律、法令的问题作出司法解释，且应当是符合立法原意的解释，比如，最高人民法院对各级法院所请示的在审判工作遇到具体适用法律问题的批复等。如果法律、法令条文本本身需要进一步明确界限或作出补充规定的，它不属于司法解释的范畴，应由全国人民代表大会常务委员会进行解释或用法令加以规定。由此可见，《证据规定》尽管使用的文号是“法释〔2001〕33号文”，看似司

法解释，实质上完全脱离了最高人民法院对审判工作具体应用法律、法令问题解释的范畴，且无限扩大了其解释权，形成了新的法律规范，其效力值得怀疑。第二、《立法法》第7条规定，“全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会行使国家立法权”。第42条又规定，“法律解释权属于全国人民代表大会常务委员会。法律有下列情况之一的，由全国人民代表大会常务委员会解释：（一）法律的规定需要进一步明确具体含义的；（二）法律制定后出现新的情况，需要明确适用法律依据的”。第43条和第46条则分别规定，“国务院、中央军事委员会、最高人民法院……可以向全国人民代表大会常务委员会提出法律解释要求。”；“法律解释草案表决稿由常务委员会全体组成人员的过半数通过，由常务委员会发布公告予以公布。”上述《立法法》的规定非常之明确，既未赋予最高人民法院立法权，也未赋予其法律解释权，只是赋予其向全国人民代表大会常务委员会提出法律解释要求的权利。第三、最高人民法院每年都要颁布许多司法解释，其中有相当多是对审判工作具体应用法律、法令的解释，正确行使了法律和人大赋予的司法解释权，但应该看到，仍有为数不少的解释超越了法律规定，或借司法解释之名，行二次立法之实。一个不容忽视的现象是，每当国家颁布一部法律，紧随其后的就是有关执法机构颁布的关于该部法律的“实施细则”或“若干规定”。可以说，当立法机构在立法的同时，有关执法机构就在紧锣密鼓地起草“实施细则”或“若干规定”了，应该说，这些“实施细则”或“若干规定”绝大部分是符合立法原意的，但也不可避免地会出现与立法原意相背离的情况。还应该说，这些“实施细则”

或“若干规定”，在客观上为司法审判解决了一些实际问题，弥补了法律过于原则或笼统的不足，在我国法制建设的历史进程中曾起到过积极作用，但同时也不可避免地产生不少与法律冲突的问题。因此，在我国法制日益完善和健全的今天，“依法治国”也已写进了宪法，在评判是与非的时候，作者有理由认为，这种由执法机构制定法律的实施细则是违反《立法法》关于法律的规定需要进一步明确具体含义和法律制定后出现新的情况，需要明确适用法律依据由全国人民代表大会常务委员会解释的具体规定的，这种背离“依法治国”的现象不应再继续下去了。作者也注意到，全国的法院系统正在进行审判方式改革，以建立与我国社会主义市场经济体制相适应的审判机制，保证依法、正确、及时地审理案件。但在不少地方已将这种改革演变成对现行法律规定的修改，借着改革的名义突破法律的规定，并且出现了各地法院在对同一类型的案件进行审理的时候，采用不同的“法律解释”；某些地方高院制定审判某类案件的指导意见作为下级法院判案的依据（不论这些指导意见的法律效力，这些指导意见根本就不予公开发表）使当事人无所适从，既影响了法院的声誉又破坏了国家的法制统一和法律的公开公正。这一问题同样不容忽视。而且必须指出，审判方式的改革不是对现行法律的改革，而是在现行法律制度下对现行审判方式的改革。审判方式改革必须把握好和处理好与国家法制统一的问题，改革不能激进，不能置现行法律与不顾。否则，国家的法律将失去其公正性、统一性、严肃性和权威性。作者近期刚巧在学习《法治时代》刊登的浙江大学法学院副院长孙笑侠教授关于法官思维特征的访谈，深感富有哲理，摘录一段

也许同样适用审判方式改革：“法官对待法律问题也好，对待社会问题也好，其态度是保守的。我们不能强求法官像行政官或改革家那样预测未来、设计未来，过于激进地思考问题。这是因为：一切规则都是昨天制定的，一切案件都是昨天发生的。我们从来没有执行过明天制定的法律和见过明天发生的案件。”是的，执法者就是运用昨天的法律在审理案件，它即使能预测未来也不能设计未来，因为它是执法者不是立法者。作为上层建筑的法律，总是在不断的完善过程中，因此，无论是实体法还是程序法影响或制约了我国社会经济发展，需要改革，则应通过法律程序予以完善、修改甚至废除，这是立法者的职权而不是执法者的职权，这是法制的基本要求。因此，已成为法律规范的《证据规定》的效力是有疑问的，但作为一个立法建议不失为一个好的提案。二、

《证据规定》的某些内容违反基本法 《证据规定》共计83条，如不涉及其法律效力，确有不少值得称道之处，并在众多规定方面还预示着法律的发展趋势，但仍有部分条款的规定缺乏法律依据，违反了《民事诉讼法》等基本法律。第一、以《证据规定》第11条规定为例，该条规定，“当事人向人民法院提供的证据系中华人民共和国领域外形成的，该证据应当经所在国公证机关予以证明，并经中华人民共和国驻该国使领馆予以认证，或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续。”该条规定业已超越了《民事诉讼法》的规定，其内容的违法性显而易见，仅此一条其影响之深之广不可低估。?? 第二、《民事诉讼法》第59条规定，“侨居在国外的中华人民共和国公民从国外寄交或者托交的授权委托书，必须经中华人民共和国驻该国使领馆证

明……。”第二百四十二条又规定，“在中华人民共和国领域内没有住所的外国人、无国籍人、外国企业和组织委托中华人民共和国律师或者其他代理人代理诉讼，从中华人民共和国领域外寄交或者托交的授权委托书，应当经所在国公证机关证明，并经中华人民共和国驻该国使领馆认证，或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中的规定的证明手续后，才具有效力。”关于对提交法院的材料进行公证、认证，我国《民事诉讼法》仅限于当事人在国内没有住所和其从境外寄交或托交的授权委托书，并不涉及证据材料。《民事诉讼法》是我国民事审判的基本法，其他涉及民事诉讼程序的法律、规定、解释都必须符合《民事诉讼法》的规定，不得与之相抵触，凡抵触者一律无效。作者并不否认对某些证据材料进行公证、认证的合理性和必要性，也不论这些证据材料是境外形成的还是国内形成的，只要有充分理由甚至适当理由怀疑其真实性和客观性，都应当进行公证和认证，但不能超越法律的规定限定某一类证据材料必须公证、认证。而《证据规定》规定所有境外证据都需要公证、认证，不能不说该条规定的制定者在潜意识中含有某种歧视境外证据的嫌疑。这种毫无理由、一概而论地怀疑境外证据的公正性、真实性的规定，本身就缺乏公正性。民事行为是建立在诚实信用的基础上的，没有适当的理由不应怀疑或否认对方的诚实和善良，民事案件的证明标准不同于刑事案件的证明标准，前者以达到高度概然性就能满足证明的要求，后者则以达到排除合理怀疑程度为证明标准，因此，在民事活动中、在民事审判工作中怀疑一切否定一切的做法或思维都是不宜提倡的。?? 我们以为，立法建制应当站在公正的立场上，摈

弃所有偏见，即使要规定证据材料须以公证、认证为前提，也不应仅限于境外证据。??第三、我国现行的《中华人民共和国公证暂行条例》中，公证是指国家公证机关根据当事人的申请，依法证明法律行为，有法律意义的文书和事实的真实性、合法性，以保护公共财产、保护公民身份上、财产上的权利和合法权益。公证遵循的基本原则是自愿性。但《证据规定》要求凡境外形成的证据应当公证，则是强制性的，否则不产生证据效力。这不仅违反了《民事诉讼法》的规定，也同样违反了我国公证自愿性原则。第四、中国已加入WTO，各国间的经济往来将日益增多，涉外纠纷也将不可避免地日益增加。中国政府已庄重地对外宣布按照世贸组织规则行事，虽各国都有公证、认证制度，但几乎没有发现各国对该国法院受理的案件所涉及的境外证据应当进行公证、认证的强制性规定。在对等原则下，如果境外国家要求在我国形成的任何证据都必须公证和认证或附加其它条件，甚至对申请公证的要求附加条件才予以公证和认证，其导致的法律冲突和后果是无法想象的，这一由对等原则所带来的怪圈所引起的麻烦和不便也是无法想象的。由此可见，《证据规定》涉及境外证据应当公证、认证的规定也是不可取的。作者认为，即使立法，也应当尽可能地避免带有明显偏见或涉嫌偏见的规定。??三、《证据规定》实施上欠缺可操作性??无论是制定一部法律还是一项规章，除了制定程序合法，内容公正、合理外还应具备可操作性，它直接影响社会的接纳程度并反过来影响其生命力。作者还是以《证据规定》第十一条为例，其关于境外证据公证、认证的规定缺乏可操作性。作者从事的涉外货运险和船舶险的索赔案件及的证据材料从

运输单证到检验报告及往来函电等更是不计其数，尽管这些案件并不是所有的都会进入诉讼程序（诉诸法院的数百起），但不排除任何一件进入诉讼程序的可能。如要按《证据规定》的要求对所有境外证据材料进行公证、认证根本不具备可操作性。

第一、公证制度是国家司法制度的组成部分，是国家预防纠纷，维护法制，巩固国家法律秩序的一种行政手段。公证活动通常发生事实争议之前，其目的是对法律行为或有法律意义的文书、事实的真实性和合法性给予认可，借以预防纠纷、减少诉讼。而保险是一种特殊的商业行为，涉外性强，有其固有的保险条款和国际惯例，不可能为了预防仅有可能出现的纠纷而事前对所有涉外材料进行公证、认证。更何况作为证据的境外材料有相当部分是在发生承保风险，产生争议后才形成的，保险纠纷如此，其他经济纠纷亦如此。而处理争议的过程既是一个查证的过程又是一个协商的过程，这个过程短则数周长则半年一年，这一过程中的每一步交涉，每一份往来函电都有法律意义。按照《证据规定》当事人每做一件事情，每起草一份函电都得与公证相伴，否则都不具备证据效力。作者曾处理过不少此类涉外案件，当事人双方对境外证据本无异议，正因为某些地方法院实施了境外证据需要公证的规定后（此前已有地方法院实施了若干年此类规定），为某些恶意的责任方就此找到了推卸责任、逃避债务的种种借口，在程序上制造了很大的麻烦，使公司和国家利益深受其害。

第二、以海事诉讼为例，其涉及的证据材料专业性强，涉及的检验报告等材料均由世界各国专业公估机构、船检师、劳埃德（Lloyd ' s）专业检验人、国际通用标准检验机构（SGS）出具，已被世界各国普遍认可。而

绝大多数国家的公证机构仅对需公证材料上的签名、印鉴是否属实予以公证，根本不会对材料内容的真实性、客观性进行证明(事实上也无法进行事后的公证)，而电子邮件甚至连签名、印鉴都没有，因此，按照最高院对材料公证的要求实际上在国际上是行不通或难以行通的。一方面,各国法律关于公证的制度不一样，各国的公证机构似不可能满足我国法律对公证的这一特殊要求；另一方面，海事证据材料往往是通过在现场，有时甚至在海上的专业检验、调查、勘验定损后出具的，事后再由公证机构通过调查、勘验、鉴定等手段来确定其内容的真实性在客观条件上不可能和不现实的；再一方面，海事诉讼证据材料涉及的专业技术强，一般公证机构通常较之专业的检验鉴定机构来讲根本不具备专业审查能力，因此，与其要求其检验报告作出公证，还不如让其对报告上的签名、印鉴是否真实予以证明，更符合公证机构实际工作的真实状况。海事诉讼纠纷涉及的最大争议焦点往往是证据材料的真实性和客观性。虽然公证的目的就是对这些材料的真实性和客观性进行证明，可事实上，国外公证机构根本不可能、也无能力审查这些材料的内容。根据我们参与具体案件处理的实践经验，当事人向法院提交的经国外公证过的证据材料，都是形式上的公证，在我们的法院看来可能以为拿到了又真实又客观的证据，据此对审理的案件盖棺定论。然而，对于国外的所谓“公证”进行细究的话，我们会有被“愚弄”的感觉。因此，《证据规定》对境外形成的证据材料需公证的规定对于证明证据材料的真实性几乎毫无意义，既不能解决事实问题，又劳民伤财，更有“滑稽”之感。更为严重的是它将可能导致法院本应致力查明事实真相的工

作进一步弱化，而偏重于对证据材料进行“肤浅”的公证的程序审查方面来。导致有公证的全盘认可，无公证的全盘否认的审判方式上来，偏离了我国“以事实为依据，以法律为准绳”的基本原则。第三、事实上，《证据规定》所产生的负面影响决不限于国内的保险行业，凡涉外贸易合同的当事人都将受其影响。以海事诉讼案件为例，可能涉及的证据非常广泛，简单罗列一下，大致可分为以下几个方面：1、证明合同（运输合同、贸易合同、保险合同等）成立的证据材料??（1）提单；（2）租约；（3）贸易合同；（4）发票；（5）保单；（6）救助合同（7）船员劳务合同；（8）修船合同；（9）造船合同；（10）信用证等。2、证明货损货差的证据材料（1）理货报告；（2）水尺报告；（3）重量证书；（4）品质证明；（5）检验报告；（6）大副收据；（7）公估报告；（8）鉴定报告；（9）修理报告.（10）港方证明；（11）温度记录；（12）货物积载图；（13）装箱单；（14）集装箱设备交接记录；（15）磅码单；（16）销毁证明；（17）检疫报告等。3、证明运输工具状况或事故的证明材料（1）适航证书；（2）入级证书；（3）国籍证书.（4）吨位证书.（5）载重线证书；（6）设备证书；（7）油类记录簿；（8）航海日志；（9）轮机日志.（10）签证簿；（11）海事报告；（12）船检报告；（13）救助担保函；（14）船货不可分离协议；??（15）共损担保函；（16）死亡证明等。4、其他证据材料（1）海损理算报告；（2）权益转让书；（3）报关单证；（4）气象报告；（5）证人证言；（6）视听资料；（7）往来书信函电等。以上罗列的海事证据材料尚未穷尽，依个案的审理需要还可能有大量的

海事证据材料是必需的。海事案件并非每个案件都涉及上述证据材料，但绝大部分案件均或多或少离不开这些材料，海事案件也并非所有需要的证据材料都是境外形成，但绝大部分案件都涉及甚至全部涉及境外形成的证据材料。如果《证据规定》所要求的境外证据必须公证的做法得到认可，就意味着凡境外形成的合同必须在履行前全部予以公证，就意味着凡在境外所作的每一件事或涉及境外的每一件事都必须与公证相伴。在此不妨假设一个涉外案件，假设作者从英国乘坐中国的航空公司的航班回国，因托运的行李受损与航空公司产生了纠纷，作者首先得考虑是回到英国还是委托熟人对机票进行公证和认证，以确定合同的存在；其次作者要对登机牌进行公证和认证，因为机票虽证明合同的存在，但不能证明作者已登机的事实；接下来作者还要对行李牌公证和认证，否则就无法证明托运的事实。如果托运的行李灭失了，尽管事实简单，但问题更为复杂，因为作者得千方百计拿出证据并且公证在托运过程中灭失的物品；如果行李受损看似好办，实则不然，因为如受损的物品恰恰是在英国购买的，你还得去英国对发票进行公证和认证以确定其价值；而如果受损的物品是英国朋友送的，你还得麻烦这位朋友送你一张经公证认证过的发票……等等。相信这是最简单的案件所面临的问题，事实上也不可能有比这更简单的涉外案件了，假定登机牌和行李牌没有了，而且通常是不可能保留的，假定物品是中奖所得，假定什么都能证明，就是无法公证？假定……，其尴尬局面可想而知。想预防纠纷吗？想产生纠纷后得到法院的保护吗？请一位公证员跟着你，每作一件事增加一个程序--公证。第四、最高人民法院在制定《证据规定》时，

可能更多地考虑通过要求对涉外案件的证据材料进行公证和认证的办法，除了一方面可便于法院识别证据外，另一方面设定一定的要求，起到更好保护国内当事人的目的。这一可能的动机本无可非议，各国法律无不采取一些法律技巧以达到这一目的，但实际上，不仅无法达到在制定《证据规定》时所期望的保障和便利当事人依法行使诉讼权利的宗旨，还为当事人带来前所未有的麻烦。所有国内当事人涉外纠纷所涉及的证据材料均可能在不同程度上是在境外形成的，这将给涉外纠纷的国内当事人带来极大的不便，以至最终影响了他们实体权利。相反，国外当事人来国内诉讼，其提交的材料要办理公证真是“易如反掌”。有些“深谙此道”的国外公司拿着装订成册的大堆证据跑到公证员处盖上公证章即可，中国的使领馆查一下名单中有这个公证员，即可作出认证。而国内公司要委托国外的律师代办这些公证手续，既费时又费财，且最终，即使胜诉办公证的费用可能还得不到法院的支持。作者注意到，在最高人民法院的《证据规定》颁布之前，有不少地方法院已颁布实施了若干年类似的证据规则，由于公证要求的不可操作性或由于经济上的不合算或程序上不便利，深受其累。当事人本可受法律保护的权益得不到保障，甚至由此而放弃了诉讼权利，让责任人且相当部分是境外的责任人逍遥法外。作为法律工作者，我们则建议当事人在签合同时，尽量避免诉讼而选择仲裁，仲裁比较符合国际惯例，对证据的形式要求和审核比较科学，仲裁庭在审查证据通常将证据的合理性、关联性放在首位，而对形式的审查放在了次要的位置。??作者相信最高人民法院制定《证据规定》的初衷和出发点是好的，但《证据规定》毕竟在立

法的程序方面、条款的规定方面，实际操作方面存在若干问题。为此，撰写此文提出我们的观点，希望有关职能部门能够对此引起重视。同时，希望我国人大能够尽早制定和颁布《中华人民共和国证据法》，使我国的司法审判做到有法可依，有法好依。而《证据规定》不失为一个好的提案，可作为《中华人民共和国证据法》制定的基础或蓝本，通过对其进一步的完善并通过立法程序使之成为法律。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