

<<中国诉讼法学精萃>>

图书基本信息

书名：<<中国诉讼法学精萃>>

13位ISBN编号：9787040179477

10位ISBN编号：7040179474

出版时间：2005-11

出版时间：高教

作者：法苑精萃编辑委员会

版权说明：本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

更多资源请访问：<http://www.tushu007.com>

<<中国诉讼法学精萃>>

内容概要

中国诉讼法学精萃（2005年卷），ISBN：9787040179477，作者：法苑精萃编辑委员会

## &lt;&lt;中国诉讼法学精萃&gt;&gt;

## 书籍目录

第一部分 总论宋显忠 程序正义及其局限性/3胡亚球 程序安全：程序价值的新视角/19周永坤 诉权法理研究论纲/32夏锦文 徐英荣 现实与理想的偏差：论司法的限度/53马明亮 正义的妥协——协商性司法在中国的兴起/72第二部分 民事诉讼法张卫平 论民事诉讼的契约化——完善我国民事诉讼法的基本作业/99王亚新 程序·制度·组织——基层法院日常的程序运作与治理结构转型/119范愉 调解的重构——以法院调解的改革为重点/136易延友 证据法学的理论基础——以裁判事实的可接受性为中心/186李浩 论法律中的真实——以民事诉讼为例/209李浩 民事证据法的目的/224汤维建 民事诉讼中证据交换制度的确立和完善/245陈桂明 相庆梅 民事非法证据排除问题初探——兼评《关于民事诉讼证据的若干规定》第68条/257叶自强 举证责任的倒置与分割/271沈健 韩波 论医疗事故鉴定结论在民事诉讼中的应用/289占善刚 刘显鹏 试论我国民事诉讼中免证事实之应有范围及其适用/300田平安 简论修改《民事诉讼法》的宏观思路/309赵钢 刘学在 关于修订《民事诉讼法》的几个基本问题/319杨秀清 民事再审制度的理论阐释/351齐树洁 论我国民事上诉制度的改革与完善——兼论民事再审制度之重构/365江伟 徐继军 论我国民事审判监督制度的改革/382田平安 李浩 中国民事检察监督制度的改革与完善/397章武生 民事简易程序改革的若干认识误区之剖析——兼论我国多元化民事简易程序体系的建构/420第三部分 刑事诉讼法吴宏耀 现代法视野中的刑事诉讼/435陈卫东 论刑事证据法的基本原则/446陈瑞华 审判之中的审判——程序性裁判之初步研究/487陈永生 刑事诉讼的程序性制裁/531龙宗智 论公诉变更/551熊秋红 审前程序中的律师辩护权/563尹丽华 论我国证据法的立法模式/574何家弘 司法证明标准与乌托邦——答刘金友兼与张卫平、王敏远商榷/583雷建昌 论我国刑事证据分类模式的缺陷及其完善/602田国宝 刑事证人作证行为法律定位的反思——兼谈《刑事诉讼法》第48条第1款的缺陷及其弥补方法/616陈少林 有效证明与正当程序的内在矛盾及其解决——我国非法证据排除法则的透视及构建/626汪建成 论刑事证据的多重视角/640孙长永 论刑事诉讼中的证明责任/673樊崇义 人文精神与刑事诉讼法的修改/699陈光中 刑事诉讼法再修改之基本理念——兼及若干基本原则之修改/711陈卫东 李奋飞 刑事二审“发回重审”制度之重构/721卞建林 李菁菁 从我国刑事法庭设置看刑事审判构造的完善/748邱兴隆 死刑的程序之维/764赵秉志 时延安 慎用死刑的程序保障——对我国现行死刑复核制度的检讨及完善建言/776黄京平 彭辅顺 论一事不再理原则与我国死刑案件的再审/788陈卫东 刘计划 死刑案件实行三审终审制改造的构想/800杨立新 刘根菊 法治视野下的羁押制度/810陈学权 《联合国反腐败公约》与中国刑事法之完善/827附录2004年度全国主要报刊诉讼法学论文索引/836

## 章节摘录

书摘确立我国民事非法证据排除规则的具体构想 (一)建立我国非法证据排除规则的前提保障 1.明确规定当事人收集证据的手段 由于现行民事诉讼制度是将收集证据的任务交由当事人进行,而没有规定或限制当事人收集证据的方法。

那么,为了收集到对自己有利的证据,当事人、必然会竭尽所能,甚至不惜使用违法手段。

同时,随着社会生活的日益多样化以及科技的快速发展,当事人用以收集证据的方法和措施也会五花八门,单纯用列举的方式其实很难穷尽。

而作为法官也会在司法实践中遭遇以各种不同方法收集的证据,从而面临对其合法与否进行判断的困难。

如此,制定证据排除规则的基本框架固然不可或缺,但要使这一规则能够在较大程度上发挥作用,就有必要对当事人收集证据的手段予以限制,从而使当事人可能用以违法的范围大大缩小,达到限制非法证据数量或减少其手段多样性的目的。

在美国,当事人用以收集证据的方法是五种,包括证言笔录、质询书、要求提出书证、要求自认以及要求检查身体和精神状态。

显然,这样明确规定当事人发现证据的方法在很大程度上约束了当事人可能实施的非法收集证据的行为,也就相应减少了非法证据出现的概率。

有鉴于此,要使非法证据排除规则获得较好的实施,就应考虑先对当事人收集证据的方法作出明确规定,改变当事人在民事诉讼证据收集中各显神通,花样百出的无序局面。

因此,借鉴美国民事诉讼发现证据的方法是较为可行的。

2.进一步完善当事人收集证据的保障措施 可以肯定的是,当事人谋求通过非法手段收集证据的原因之一是通过正当程序难以收集到所需证据。

因此,在当事人收集证据负担增加的情况下,对当事人收集、调取或获得证据的权利加以保障,就能使当事人通过正当程序收集到更多所需证据,从而减少利用非法手段收集证据的可能性。

因此,强化当事人收集证据的权利并以司法权及相应制裁措施作为后盾,也是在建立民事证据排除规则中需加以考虑的问题。

目前,可以考虑确立以下措施:一是文书提出命令制度。

即法院可依一方当事人的申请命令对方当事人提出证书。

如果对方不服从文书提出命令,则当事人关于证书性质和内容的主张可视为已得到证实。

二是强制证人出庭制度。

即当事人可申请和指明证人,并由法院传唤其到庭,如证人拒不出庭,法院可以命令其承担因不到场而产生的费用,同时还可以对他处以罚款。

明确了当事人收集证据的法定手段,并辅之以有利的保障措施,将会在一定程度上缓解非法收集证据手段的膨胀,但却不能彻底切断非法收集证据的来源。

因此,依然有必要制定出非法证据排除的基本规则,以应对可能出现的非法证据。

(二)对非法证据排除的具体建议 简单以立法的形式确立一劳永逸的非法证据排除规则无疑将面临巨大的现实困难。

从世界各国非法证据排除规则的发展看,以成文法的形式确立非法证据排除的全部内容,几乎是不可能的。

美国联邦最高院至今在非法证据排除问题上仍有新的判例出现,而德国关于非法证据排除的探讨也是在不同司法判例的基础上进行的。

但是,这并不是说,受成文法传统影响,且至今未建立判例制度的中国就不能建立自己的非法证据排除规则。

通过确立非法证据排除规则的基本框架以达到对司法机构个案判决的影响仍是必须和可行的。

我们认为,当前至少应确立以下关于非法证据排除的基本原则。

1.私人领域秘密手段获取的证据一般应予排除 对于通过窃听、录音、录像等秘密手段而取得的证据,极易对公民隐私权、人格尊严等基本人权造成侵害。

但并非任何上述行为都属于《若干规定》第68条规定的“侵犯他人合法权益”的行为。

为此,可以将人格权和隐私权的层次作出划分,即公开场所和私人领域。

当事人通过秘密录音、录像等方式在公开场所(包括工作场所)获取证据的行为不应认为是侵犯了他人的人格权和隐私权,该证据材料就可以采纳为定案证据。

因为公开场合的谈话或其他行为本身就显示出行为人“外化”其思想或行为的意思。

那么,以实录的方式将其内容记载并用来证明该行为的存在就不能认为是侵犯了行为人的合法权利。

相反,在私人领域为上述取证行为,则构成对公民基本权利的侵害。

在德国法的司法实践中,还将私人领域划分为纯私人领域和核心私人领域。

前者如住宅或其他非公开场所,后者则是指卧室等公民的核心隐私领域。

当然,并非以侵犯公民合法权益的方法获得的证据材料都应一律排除其证据资格。

在我国民事诉讼中,如同大陆法的德国一样,是由职业法官为事实审理。

那么,让职业化或正被要求走向职业化的法官在特定案件中有一定的证据取舍的裁量权,对实现个案正义和民事诉讼的整体目标都有好处。

因此,可以借鉴德国法的做法,规定在核心私人领域所取得的证据应一律排除,以避免造成对公民私生活秩序的破坏。

而在纯私人领域的场合所取得的证据材料的证据资格则由法官根据一定的原则进行价值衡量并决定是否采纳。

具体而言,法官据以衡量的原则包括以下方面:第一,该证据是否有不可替代性。

如果该证据在案件事实认定中有不可替代的作用,法官可考虑运用该证据。

反之则排除其证据资格。

第二,该证据的取得方法对私人领域侵害的严重程度。

第三,通过证据所要实现的权益大小。

在权利发生冲突时,应尽量保证较大的权益获得保障而牺牲较低层次的权利。

另外,在法官根据上述三原则对证据资格进行裁量时,可综合权衡,而无需局限于某一个原则。

当然,在法官整体专业素质还不尽如人意的今天,有学者会认为把某些对案件事实起决定作用的证据取舍交由法官自由裁量,会造成司法腐败或新的司法不公。

对此,我们认为,通过司法解释或判例形成一些具体的证据取舍的原则,可在一定程度上避免法官裁量的任性。

另外,由于法官在作出判决时,并不是如美国陪审团审理那样不需说明理由,而是要在判决书中解释判断证据价值或证据取舍的理由,这在一定程度上可以达到制约法官任性的目的,此外,那些违背某些基本规则的证据运用还可以通过上诉得到上一级法院的控制。

2.通过非法侵入、非法扣留或秘密窃取等方法所获得的实物证据应予排除 我国宪法规定,公民的住宅不得擅自侵入,公民的通信自由和通信秘密受法律保护,公民的合法财产所有权受法律保护。

基于此,私自或秘密侵入公民住宅或其他场所如公司仓库窃取有关物证、私自截留他人信件,以及私自扣留他人运输中货物的行为都是侵犯他人合法权益的行为。

在刑事诉讼中,各国对于非法搜查与扣押证据的排除采取了各不相同的态度,但总体上的发展是以重视人权保障为基本价值取向。

因此,在民事诉讼中,对侵入他人住宅、破坏通信自由,以及其他侵犯他人合法财产所有权的方法而获得的非法证据应原则上加以排除。

否则,公民的生活和工作将不堪侵扰,基本的安全感都会丧失。

考虑到社会生活的复杂多变性,对上述原则可规定某些例外。

主要就是紧急情况的例外,是指在某些情况下,如情况特别紧急,不立即采取私自扣留等措施将会使证据在今后难以取得的情况下,法官可认可该类证据材料的证据资格。

我们知道,在民法理论中有自助行为。

就是在某些紧急情况下,受到侵害的当事人难以或来不及寻求公力救济,可以有条件地实施某种限制他人权利的行为。

对于在民事诉讼过程中发生紧急情况可能导致证据灭失的,当事人应采取临时手段获取该证据。

## &lt;&lt;中国诉讼法学精萃&gt;&gt;

当然，紧急情况要由取证人加以证明并由法官酌情加以判断。

3.对违反法律禁止性规定的方法获取证据的排除 《若干规定》第68条规定了以违反法律禁止性规定的方法获得的证据应排除。

对此，应无异议。

法律禁止性规定应是刚性条款，无例外可能。

不过，对于何为法律禁止性规定的方法，却是一个值得探讨的问题。

1998年最高人民法院《关于(中华人民共和国刑事诉讼法)若干问题的解释》规定采用刑讯逼供、引诱、欺骗等非法的方法取得的言词证据不能作为定案根据。

但由于刑事诉讼的非法收集证据主要是针对侦查机关的行为，且民事诉讼有完全不同与刑事诉讼的机理，因此，并不能认为刑事诉讼的规定可自然适用于民事诉讼。

所以，民事诉讼法有必要制定自己的证据收集的禁止性方法。

鉴于民事诉讼取证的特点，可以规定，以非法拘禁、暴力、欺骗、威胁等方法获取的言词证据应一律排除。

当然，法律禁止的方法绝不限于民事诉讼法的规定，宪法、其他实体法的相关规定都一律适用。

4.对“毒树之果”的排除 所谓“毒数之果”是指通过非法证据获得的证据。

即此类证据的取得程序或手段并不违法，而产生此类证据以前的证据为非法。

如通过欺骗手段获得了某一实物证据，根据该实物证据又获得了其他证据。

在这里，实物证据即为“毒树”，而后来的证据即为“果”。

关于“毒树之果”的证据效力，在各国诉讼制度中都有不尽相同的规定。

如美国是以排除为原则，但也有例外规定。

针对我国的司法实际，对“毒数之果”应加以排除。

其理由在于，如不排除“毒树之果”，就会使非法证据排除的功能受到损害，也就会使当事人非法收集证据的行为受到变相的鼓励。

5.对某些合法取得证据，其适用会导致严重后果时应予排除 并非通过违反禁止性规定的方法或侵犯他人合法权益的方法而获得的证据材料，如果其运用将会导致某些更高的权利或法律原则遭到破坏，也应加以排除。

如前文提及的，在一般侵权案件中对作为证据的合法取得的日记的排除就显示了对公民核心隐私权的尊重。

当然，从严格的意义上划分，这一内容已不属于本文所要探讨的问题。

但是，对合法取得证据的排除从极其积极的意义上论证了非法证据排除规则的最高价值追求。

即非法证据排除规则无论如何设计，都不能忽略保护公民基本权利或更高层次权利不受侵犯的意旨。

因此，它对于我们更深刻地理解非法证据排除规则的理论基础无疑是有帮助的。

(三)关于非法证据排除的阶段 如前所述，美国和德国非法证据排除的一个区别是，非法证据信息能否传达给审判者。

虽然美国采“非法证据不得进入审判程序”的做法与其陪审团的传统有关，然而法官尽管知法，且具备公正执法的素质，但从认识本身的发展规律看，让审理法官了解了非法证据信息的内容，其内心判断仍会不可避免地受到它们的潜在影响。

因此，我国非法证据排除的阶段不妨借鉴美国的做法，即在审前阶段就将非法证据材料排除，不允许其进入庭审。

目前，我国已基本确立了庭前交换证据制度，这就为建立庭前排除非法证据的做法奠定了基础。

但是要真正确立庭前排除非法证据的做法，目前的证据交换制度仍需要在两方面加以改进。

第一，要完善进行证据交换的案件的范围，确保存有应排除的非法证据的案件能举行庭前证据交换。

现行的证据交换制度规定，复杂、疑难案件、证据多的案件，以及当事人申请交换的案件要进行证据交换。

这种规定难免挂一漏万，使某些存在应排除的非法证据的案件不能举行庭前证据交换。

对此，有必要规定所有民事案件开庭前都应进行证据交换，但根据案件复杂程度的不同，具体交换的方法可以灵活规定。

在当事人对交换的证据是否属于非法证据而加以排除有争议的，应由审前法官对其是否进入庭审作出证据裁定。

第二，对证据交换的主持人作出调整。

《若干规定》明确。

证据交换的主持由审判人员进行。

为了保证审理法官的判断不受影响，应明确审前法官不能是审理法官。

同时，实践中由书记员来主持证据交换的做法也应取消。

这是因为，证据交换是人民法院审判活动的一部分，审前法官要对证据资格及其是否能进入庭审作出证据裁定，而书记员的工作职责决定了其不具有对证据取舍进行司法判断的权力。

因此，证据交换应由非审理法官之外的其他审判人员进行。

另外，虽然非法证据应在审前程序中加以排除，但如果提出排除非法证据的一方的请求未能得到审前法官的许可(尤其是对某些法官有自由裁量的非法证据的排除)，或申请人由于意志以外的原因而未能及时提出排除的请求，在审理过程中，如果一方继续使用该证据，则另一方还可以在审理中提出排除请求，并由审理法官决定是否排除且在判决书中说明理由。

(四)对非法证据的证明 根据证明责任分配的理论，对非法证据应由提出该非法证据的一方承担证明责任。

这是因为，作为负有举证责任而提出证据证明其主张的一方，证明其证据是通过合法途径或方式获取应是其举证责任的应有之义。

同时，考虑到证明的难易程度，由提出排除请求的一方证明该证据为通过非法方式取得，其难度较大。

当然，为了避免一方滥用其排除请求权，而增加证方的负担，可以要求提出排除请求的一方在提出请求时尽“释明”义务，即要让法官至少形成基本心证，对该证据的合法性产生合理怀疑，然后再由提出该证据的一方对其所得证据不属非法证据讲行证明。

P.265-269

## <<中国诉讼法学精萃>>

### 编辑推荐

法律是时代精神精华的确认，法治是时代精神精华的贯彻，法学是时代精神精华的写照。只有法学精典著作才是值得供人解读的真正的法学文本。

本书精选2004年度全国报刊上公开发表的有代表性、有影响的优秀诉讼法学论文编辑而成。它们代表了2004年度我国诉讼法学的发展水平。

全书内容涵盖涵盖总则、民事诉讼法、刑事诉讼法等三个部分。最前沿的学科发展动态，最权威的法条理论解释，精彩不容错过！



<<中国诉讼法学精萃>>

版权说明

本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

更多资源请访问:<http://www.tushu007.com>