

# 民事诉讼证据收集与异议制度的比较研究

戴锐

(北京大学法学院, 北京, 100871)

**摘要:** 证据收集是证据得以提出的前提, 在当事人主义与职权主义两种模式下, 当事人与法院在证据收集过程中的职能分工也有不同。证据收集往往会涉及到诉讼外的第三人, 证据异议制度的建立有利于诉讼外第三人利益的合理保障, 也有利于证据规则的适用。我国有关证据收集制度的规定还非常不完备, 异议制度也没有建立起来, 亟待加强与完善。

**关键词:** 证据收集; 异议; 证据裁定; 程序保障

**中图分类号:** D925.1

**文献标识码:** A

**文章编号:** 1672-3104(2008)03-0339-06

证据收集是指当事人或法院及其他有关人员提取各种证据材料, 置于自己支配之下, 以便提出供证据调查或者直接供证据调查的行为。从广义上讲包括当事人收集证据和法院依职权收集证据, 狭义上讲是指法院依职权收集证据。<sup>[1]</sup>证据收集程序依职权或当事人的申请开始。证据收集是客观存在的证明材料进入证明过程的起点, 与证据的提出和审查紧密相关, 在整个证据法的证明程序里占有非常重要的地位。并且, 由于证据收集往往涉及诉讼外的第三人, 经常会发生查明案件真实情况和保护第三人隐私权和生活安宁之间的矛盾冲突。如何能既不加重当事人的举证负担又保护好第三人的合法权益, 一直是各国证据法所要解决的重大课题。两大法系在证据收集程序中建立了证据申请和异议制度, 使相关性规则、最佳证据规则、特权规则、非法证据排除规则得到了很好的运用, 在庭前阶段就排除了大量违反证据规则的证据。本文将首先探讨收集和异议制度后的理论问题, 然后简要介绍两大法系的证据收集制度和异议制度, 最后对我国的证据收集和异议制度进行简要分析。

## 一、证据收集与异议制度的理论基础

### (一) 证据收集制度的理论基础

#### 1. 诉讼模式理论

民事诉讼模式决定了两大法系收集制度的具体结构。虽然都实行当事人主义的诉讼模式, 作为判决基

础的诉讼资料和证据资料都由当事人提供, 法官都必须受当事人主张和提供证据的限制, 但在诉讼程序进行权的分配方面却有不同, 英美法系国家将程序进行的控制权交由当事人双方掌握, 当事人双方在审前准备阶段的争点整理和证据搜集活动完全由自己控制掌握, 法院很少干预; 而在大陆法系国家如德日<sup>①</sup>, 基于诉讼法的公法说, 当事人整理争点和收集证据的活动原本是在口头辩论期日时, 于法庭上进行的。当事人在法官的主持下一边确定争点一边收集证据, 受法官的监督和控制在。因为奉行程序进行方面的职权进行主义, 两国即使在进行了改革, 引进了准备程序后, 法官仍然积极介入当事人的证据收集活动。法官引导当事人按照其从法律角度加以理解的案件性质来展开程序, 通过准确界定案件的性质来缩小争点的范围, 从而使当事人围绕争点来收集和提供证据(法院要对申请收集的证据是否与案件争点有关联性进行实质性审查)。由于大部分证据收集都通过法院, 限定收集证据活动的范围、次数和期限也就有了保证。

大陆法系国家一直主张“任何人不必开始对己不利的证据”和“不被强迫提供协助他人权利的证明”的诉讼理念, 不存在英美法意义上的证据开示制度, 对方当事人和诉讼外的第三人没有普遍的出示证据的义务。<sup>②</sup>由于规定了证据开示义务的不同, 对方当事人和第三人出示证据的主动性完全不同。在英美法系国家, 一旦提起诉讼, 进行完诉答程序后, 当事人之间就应当互相主动交换证据, 只有在另一方当事人不履

行开示义务或双方对证据开示有争议以及向第三人收集证据时才会向法院提出申请,由其裁断决定是否签发强制开示命令。在大陆法系国家,没有普遍的开示义务,对方当事人或第三人不会主动出示其控制的证据,协商在这里发挥的作用不大,当事人通常必须向法院提出申请,由法院依职权收集。

诉讼模式也决定了法院对当事人收集证据的活动的介入程度。在英美法系国家,大部分证据收集活动由当事人自主进行,无需通过法院,向对方当事人提出请求后即可进行。在大陆法系国家,除了当事人自己持有的文书向法院自行提出及当事人主动向法院作出自认外,还要求对方当事人、第三人提供文书,要求对方当事人作出自认、要求证人出庭作证,或申请鉴定人鉴定,都应当向法院提出,经审查后由法院依职权进行,法院控制着当事人双方的证据收集活动。

## 2. 程序正义观

模式上的差别折射出两大法系不同的程序公正观念,英美法系推崇对抗式的“司法竞技论”,认为双方当事人在一种高度制度化的辩论程序当中通过证据和主张的正面对决,能够最大限度地提供有关纠纷事实的信息,从而使处于中立和超然地位的裁判者据此作出为社会和当事人都能接受的决定来解决该纠纷。<sup>[2]</sup>而大陆法系国家更加强调法官的积极参与,为了查明事实真相可以主动地向当事人发问和提出建议,以便从他们那里获得全部的案件真实情况,尽可能避免当事人提供的证据资料的前后不一致和含混不清及由于疏忽而造成的失误。

在这种程序公正观的影响下,英美国家鼓励当事人收集更多更好的证据。对被开示证据的相关性规定得比较宽泛,拒绝开示的对方当事人或第三人要承担说服法官相信所寻求的资料与诉讼标的的无关联性或过分加重负担或享有特权的证明责任。大陆法系国家则对当事人要求行使国家公权力保持谨慎的态度,对相关性要求比较高,要求提供证据的一方必须承担说服法院相信所申请收集的证据对认定案件中的争议事实有重要影响的证明责任,并且必须表明该证据的种类、特征、来源及与案件待证事实的关联性,不能进行“钓鱼”式的证据申请。

## 3. 发现真实的观念

英美法系强调法官的中立性与当事人在发现真实方面的自我责任,在赋予当事人收集证据的广泛权利的同时,也容易造成提出证据方面的欺诈与证据提出过量的问题。<sup>[3]</sup>为了维护双方当事人的平等对抗,英美法系国家对于违背证据收集命令的行为规定了严格

的制裁措施,如有推定申请方主张的事实为真,证据失权,强制出庭,直接驳回请求或抗辩,判处藐视法庭罪处以罚金或拘留等。但大陆法系国家强调发现真实的首要地位,对违反证据提供义务的制裁措施种类要少,力度也要小。英美法系国家经常使用的驳回请求或抗辩、直接作出败诉的缺席判决,禁止就某一主张或抗辩提供证据等制裁措施在德日等大陆法系国家并不存在。大陆法系国家极少通过排除证据效力的手段来制裁当事人。

## (二) 证据异议制度的理论基础——程序保障

证据申请和异议制度使证据规则的适用得到了具体的程序保障,证据申请制度的建立可以使当事人在收集证据时获得国家公权力的保护,顺利履行自己的举证责任。证据裁判制度的建立则充分体现了作为程序公正基本要素的程序参与原则,使受证据裁判影响的收集证据的双方能够对裁判结果的形成发挥积极有效的影响和作用,这样,程序结果的承受者才会感到自己作为道德主体的尊严没有被漠视,才会感到程序的公正,从而愿意接受程序的结果。<sup>[4]</sup>证据裁判制度的建立也很好地制约了法官收集证据的权力,避免其滥用,使法官必须综合权衡发现真实的利益和对个人的生活安定权、隐私权、人格权等权利保护的利益,防止为了发现真实而不惜牺牲个人的正当权利。

# 二、国外证据收集与异议制度研究

## (一) 国外证据收集与异议制度概述

在英美和大多数大陆法系国家,实行庭前阶段和庭审阶段的二元分立,在当事人提起诉讼,经历诉答程序后就进入了搜集证据、整理争点的庭前准备阶段。在这个阶段,法院可以在法律规定的范围内依职权主动搜集证据,由于受当事人主义的制约,这种情况非常有限;通常是由当事人自行收集证据或申请法院依职权搜集证据。两大法系有关证据收集与异议制度的规定异常繁琐复杂,笔者按照证据收集所针对的主体与客体的不同,对有关制度进行分类介绍:

### 1. 向对方当事人收集证据

#### (1) 言词证据的收集

英国法不允许在庭外笔录对方当事人的陈述,只能要求对方以宣誓的方式书面答复问题,以节约时间和费用(这和美国法允许在庭外笔录对方当事人的陈述有明显的不同);还可以要求对方当事人对书证材料和事实进行自认。

在美国,当事人可以要求对方当事人对某一事实

和书证的真实性作出自认,向对方当事人送达质问书要求回答问题,在庭外笔录对方当事人的陈述。向对方当事人搜集证据无需通过法院,向对方提出通知或请求后在法院外径行进行。

法国《民事诉讼法》第184条规定了法官依职权将当事人传唤到庭加以询问的制度,排除了当事人自行收集对方当事人陈述。法律还规定了裁判上的宣誓制度。一旦当事人对与争点有关的事实进行宣誓,将产生使当事人的诉讼请求得以直接确认的结果,法律规定对于不实的宣誓将课以刑事责任。

在德国法上,当事人不属于证人,除了法定的真实义务外,并不能作为证人进行询问,由于当事人对诉讼结果有最大程度的利益,因此他们是最差的证人,所以被申请的讯问当事人只作为辅助性的证据手段而被许可。此即讯问当事人补充原则。

## (2) 实物证据的收集

英国法规定,当事人可以要求对方当事人披露文件以便查阅,这包括双方交换书面的证人证言和鉴定报告;可以勘验对方的不动产或动产。

在美国,当事人可以要求对方当事人提供文书或物证,调查对方当事人有关的地产,经法院同意,还可以检查受害人的身体和精神状况。除检查受害人的身体和精神状况外,向对方当事人搜集证据无需通过法院,向对方提出通知或请求后即可在法院外进行。

在法国,当事人在诉讼中引用的证书就必须经一方当事人交给对方当事人,这种行为在法律术语上称为“书证的传达”。法国《民事诉讼法》第132条第1款规定:“当事人一方援引书证时,应将该书证传达给其他所有的诉讼当事人。”如果有传达书证义务的当事人在法官作出传达命令后仍不履行义务的,法官可以作出间接强制的支付命令;造成迟延的,法官在辩论程序中将不得接受该书证。

在德国法上,当事人双方间也没有提供书证的一般义务,除了自己在诉讼中引用过的文书以外,只有在根据实体法有权获得某一文书时,当事人才有提供义务。<sup>[5]</sup>若勘验物为对方当事人掌握而对方当事人拒绝提出,则可作出对其不利的认定。

日本新《民事诉讼法》除了承继旧法列举的四类文书外,将文书持有者提出文书规定为一般义务。除一些特殊的例外情况,寻求强制对方提出特定文书的当事人必须以书面的形式向裁判所提出申请,由法院对文书的性质进行审查判断后发出文书提出命令。为了帮助当事人互相了解有关的信息,新民事诉讼法仿照美国的质问书制度,新设了“当事人照会”制度,

规定一方当事人可以用书面方式向对方就其主张和掌握的证据等事项提出询问。<sup>③</sup>

## 2. 向第三方收集证据

### (1) 言词证据的收集

英国的证据开示通常只限于在双方当事人之间进行,而不能针对案外第三人。第三人只能在开庭时被传出庭作证,或被传到庭并携带文书。因为英国一向主张不得因他人的讼争打扰第三人的平静生活与隐私。由于这个原因,英国法上的笔录证言与美国法的规定截然不同,其目的不在于披露证据而在于保全证据,通常情况下当事人不能在审前强制证人提供证言,只有在证人不可能出庭口头作证的情况下,才可以申请法院签发命令,要求笔录证言。

在美国,诉讼外第三者的证据提供义务与当事人没有什么区别,证据开示的范围只受相关性和秘密特权的限制。《联邦民事诉讼规则》第26条b款第(1)项规定,只要该文书“看起来可能会引出所许可的证据即可要求对方或第三人提供”。当事人可以在庭外进行笔录证言。

法国法在向第三人收集证据方面,规定第三人对案件事实作证是法律上的义务,法官可以依职权或当事人申请传唤任何有利于查明案件事实真相的人提供证言。法国法还有与美国笔录证言相类似的证人陈述书——即由证人所提供的对案件事实的书面陈述,有了证人陈述书就无需再传唤证人作证。法官应将向其直接寄送的证人陈述书传达给各方当事人。<sup>[6]</sup>

德国职业伦理规范并不鼓励律师在诉讼前与证人接触,由于不了解证言的具体内容,律师只有靠向法院申请传唤尽可能多的证人出庭以弥补收集证据时的不足。德国《民事诉讼法》规定了包括到场义务、宣誓义务及陈述义务在内的普遍的证言义务,强制证人出庭只能依一方当事人向法院申请进行。

日本新《民事诉讼法》第190条确定了证人作证的普遍义务。<sup>[7]</sup>一般只是在寻求事先的接触的努力没有成功,但又认为该证人证言很可能有利于己方时,当事人才会向法院提出证据申请,通过法律上规定的证人义务来强制这些证人作证。

### (2) 实物证据的收集

英国1999年新《民事诉讼规则》扩大了诉讼外第三人的文书披露义务,但有严格的条件限制:首先,要求披露的文书可能对申请人有利或对诉讼中的其他当事人不利;其次,文书披露是为公正解决争议或节约诉讼成本所必须。只要满足以上条件,当事人就可以向法院申请,要求诉讼外的第三人在审前披露文书。

申请人应指明应披露的文书,不能太空泛,以避免使诉讼过度打扰第三者。

在美国,当事人可以要求第三人提供文书和物证,经法院同意还可以检查受害人的身体和精神状况。<sup>[8]</sup>向诉讼外第三人收集证据必须向法院申请,由法院书记官签发命令第三人出庭作证或者交出有关文件或物证的传票,这种申请只是为了借助法院的名义而并不意味着当事人收集证据的活动要受到法院的实质审查。反对证据收集的一方必须承担说服法院相信另一方所寻求的证据没有相关性或己方有不予开示特权的证明责任。

在法国,就书证来说,当事人可以向法官提出请求,由法官发出命令要求持有该书证或证书的第三人提交书证或证书的复印件或原件。第三人拒不交出时且又无正当理由时,法官可给予第三人强制处分的决定。

在德国,诉讼外第三人并没有提供书证的一般义务,强制第三人提供文书的惟一方式是对其提起诉讼,然后通过强制执行的方法达成目的。诉讼外的第三人也并没有一般的勘验容忍义务,这种义务通常由实体法规定。

## (二) 国外证据收集制度的类型与异议制度的结构

### 1. 证据收集制度的类型

#### (1) 当事人自行收集证据

证据收集的具体情形,按照言词证据和实物证据的分类而有所不同。首先,就实物证据来说,如果证据本来就掌握在当事人手中,则无所谓收集的问题,他只需考虑是否提出该项证据即可。当证据不在当事人的手里,而是处于与案件有关系或无关系的第三者控制之中,或者处于对方当事人的控制之下时,当事人仍有可能不去借助法律的力量,而是通过自行的请求、交涉来收集这些证据。但是当当事人收集证据的请求被第三方或诉讼对方当事人拒绝的时候,当事人就必须借助法院的力量来收集证据,除非他不想在法庭上提出该证据。

就言词证据来说,由于英美法系国家的传闻排除规则和大陆法系国家的直接言词规则的确立,除了法定的特殊情形之外,诉讼当事人陈述和证人证言必须在庭上作出,因此严格来说并不存在对当事人陈述和证人证言的收集,而只存在对庭外当事人陈述、证人陈述的收集。

在英美法系国家的证据开示中,规定了自认制度,当事人可以籍此将对方当事人的陈述内容确定下来,

促成和解,或在庭上使用;而大陆法系国家规定在庭外收集证据阶段当事人的自认属于非正式的自认,还必须经过庭上的质证才能采信。

当事人在诉讼前往往会寻找证人,并寻求和他们接触,以判断证人证言是否对其有利以及有利或有弊混杂的程度,从而决定是否申请该证人出庭作证,以及如何强调证言中对己有利的那部分内容。在英美法系国家,因为强调当事人的对抗性,证人被认为从属于一方当事人,律师在诉讼开始前会与当事人接触,了解证言的内容,以决定是否申请证人出庭作证;双方律师还会将自己了解的证人证言作成书面形式,并互相交换,让对方知悉,以便有时间去收集证据,准备防御;<sup>[9]</sup>在美国,律师甚至还能与证人就如何作证当庭进行商量,这在英国是不被允许的。而在大陆法系国家,强调证据作为认识手段的功能,证人被认为是法庭的证人。如在德国,虽无法律上的明文规定,律师在诉讼前与当事人的接触被律师职业伦理规范认为是不值得鼓励的行为。在其他大陆法系国家,虽然没有英美法上完整的证据开示制度,但还是允许双方律师在诉讼前与证人进行接触,为开庭时的询问作准备。双方律师可以通过自行请求和交涉来让证人自愿出庭作证。

#### (2) 法院依职权收集证据

法院依职权收集证据包括法院主动依职权收集证据和法院依当事人的申请收集证据。英美法系国家由于贯彻彻底的当事人主义诉讼理念,没有赋予法院依职权主动收集证据的权力,提出证据资料的权利完全由当事人支配。大陆法系国家的民事诉讼虽然也是当事人主义的诉讼模式,但在涉及国家、社会利益或者在人事、家事等特别程序的领域中,实行职权探知主义和相应的职权取证主义,法官可以不经当事人申请而主动收集证据。如法国法规定法官可以主动要求提供当事人陈述、证人证言,委托鉴定人,委托勘验人。德国法规定法官可以依职权讯问当事人、选任鉴定人,依职权调取书证、进行勘验。日本法规定法官可以不经当事人申请而依职权讯问当事人本人、指定鉴定人,进行勘验。法院依当事人申请收集证据并不取代当事人提供证据的责任,法院不能收集到证据时,当事人会由于没有尽到提出证据的责任而承担败诉的风险。在收集涉及到诉讼系属外的第三人时,除美国外,各国一般都要求当事人通过法院进行,以避免两者之间的纷争过分影响他人的生活秩序。

#### 2. 证据异议与裁判制度的程序构造

无论是当事人自行收集证据还是法院依职权收集

证据,双方当事人之间很可能就该证据是否应当提交给法院发生争议,被要求提供证据的一方当事人会认为被要求提交的证据没有相关性或者有保密特权,而不应当提交。这时候就有必要建立起解决收集证据方面中间争议的证据裁判机制。综观各国的规定,法院依当事人申请收集证据以及审理对方异议的程序构造一般如下:

(1) 当事人提出证据申请,申请应当提出需要证明的待证事实,并说明为此需要的证据的种类、特征、来源和关联性等,在信息不足的情况下可作出大致描述。

(2) 对方当事人对此提出异议,声明证据不为己方所控制、或者享有特权、或者提供此证据过分加重本方负担或拖延诉讼。

(3) 法院对当事人的申请和对方当事人的异议进行审查,如果证据申请不合程式,或者证据申请逾期提出,或者根据当事人的申请不能确定待收集的证据的特征(即所谓的“探听虚实式的证明”),或者申请调查的证据与待证事实无关联性者,或者对于待证事实法院已有心证者,或者对方当事人的异议确有理由者,法院应当要求补正或直接驳回当事人的证据申请。如果证据申请符合规定,则法院应当作出同意依职权收集证据的命令。

(4) 申请证据收集的当事人和对方当事人对法院驳回或同意证据申请的命令有异议的权利,但这种异议不能停止法院命令的执行。如日本法就规定了对裁判所的决定不服的,可以提出被称为“即时抗告”的简易上诉。

(5) 法院的命令在裁判作出后立即执行,各国都对违抗法院命令的行为规定了严厉的制裁措施。

### 三、我国证据收集与异议制度的现状及完善建议

自改革开放以来,与市场经济改革相适应,我国的民事诉讼模式逐渐地从过去的超职权主义模式向当事人主义模式转变。然而在证据收集阶段,仍然存在着当事人收集能力过弱,请求法院职权取证条件过高以及双方当事人在证据收集过程中的争议没有适当的解决机制等问题。

#### (一) 当事人收集证据的制度

我国《民事诉讼法》和《律师法》对当事人、律师参与诉讼的调查取证权,作了概括性规定。<sup>④</sup>但这些都是原则性规定,对具体收集证据的方式、手段及其

保障制度无任何明确规定。在实践中,当事人、代理律师向有关单位、个人进行调查取证时,往往得不到配合,甚至会受到“人身攻击”。由于对方当事人和第三人没有出示证据的义务,法律更没有规定对违反此项义务的处罚,当事人调查取证的权利只能是一项缺乏程序保障的抽象权利。随着审判方式改革的深入,当事人及其诉讼代理人对诉讼活动的参与程度不断提高,当事人的证明责任、查明案件真实的任务被加强,而不赋予其调查收集证据以有效的制度保障,这对于负证明责任的当事人而言,未免有失公正。然而立法者又担心赋予当事人过多的调查取证权,会对对方当事人尤其是诉讼外第三人造成过重的负担。对于该问题,参照域外经验,建立一方当事人向法院申请收集证据的程序保障机制较为可取。对方当事人与第三人能够在程序当中发表自己的意见,居中的法院在对双方当事人的意见进行充分的听审以后,作出是否进行证据收集的决定。这样,一个左右为难的立法问题通过在严格程序保障机制下可以由司法进行灵活裁量而得以解决。

#### (二) 法院依职权主动收集证据的制度

我国1991年《民事诉讼法》为法院主动用职权取证留下了较大的裁量空间。其第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,或人民法院认为审理案件需要的证据,人民法院可依职权进行收集。”这条规定赋予了法院过多的取证权,不利于保障当事人对程序的参与和主体地位。

2001年最高人民法院《关于民事证据的若干规定》对法院主动用职权取证的裁量空间进行了限制。该司法解释第15条规定:“《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’,是指以下情形:(1)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;(2)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。”可见,我国民事诉讼法及相关司法解释都规定了法院可以依职权主动收集调查证据。但是,《关于民事证据的若干规定》与《关于适用〈民事诉讼法〉若干问题的解释》第73条的规定相比较,前者限制了法院依职权主动收集证据的范围,大大缩小了法院在收集证据方面的职权,强化了当事人在审前收集证据阶段的作用,明确了证据资料只能由当事人提供的辩论主义原则。这是一个值得肯定的重大进步。

#### (三) 当事人申请调查证据和证据异议制度

我国《关于民事证据的若干规定》确定了当事人

申请法院收集证据的情形和申请的基本程序,<sup>⑤</sup>相比以前,这是一个巨大的进步,在我国初步确立了类似西方国家的证据申请和证据裁判制度,保证了当事人顺利收集证据,承担举证责任,使庭审模式的进一步当事人主义化有了配套的制度保障。但是,我们也要认识到我国的证据申请制度仍有需要完善之处,例如:

### 1. 证据申请的相关性要求比较高

证据申请要详细载明待收集证据的种类、特征、来源和欲证明之事实,并且由于我国没有确定当事人双方的证据开示义务,所以证明有正当收集理由的证明责任就由申请方承担,这无疑是没有减弱法院对当事人证据收集活动的干预,限制了当事人对申请收集证据制度的利用。

### 2. 证据法没有规定保密特权规则

待收集的证据材料是否涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私并不是由被申请人提出异议,而是完全由法院加以判断,这就使我国的证据裁判机制并不具备完备的诉讼形态,法院的职权依然过大,被申请方的个人权利难以得到有效的保护。对于法院以证据调查的公权侵害公民个人的隐私权或者秘密利益的情况,私人无法获得有效的救济途径。

### 3. 法律没有规定违反法院依职权收集证据命令的行为的责任

这个缺陷使得证据规则不能获得法律的强制执行力的支持。民事诉讼法只是在妨害民事诉讼的强制措施中规定“有义务协助法院调查、执行的单位拒不履行协助义务的”,构成妨害民事诉讼的行为,可以采取强制措施。但我国无论是民事实体法还是诉讼法都未规定当事人和第三人提供证据的义务,因此是否“有义务”无从谈起。另外,这里“有义务”协助的只限于单位而非个人,所以在遇到个人不履行协助义务时并没有法定的制裁措施。只是规定“以暴力、威胁、贿买的方法阻止证人作证的”,可以处以罚款或拘留的处罚,构成刑事责任的依刑事诉讼法的规定处理。但在实际中,违反收集证据命令的情况还有多种,法律应当作出具体规定。

面对这些问题,笔者认为,可以吸收日本民事诉讼法中的特定文书制度,降低相关性的要求,只要申请方作出大致描述使对方或第三人明确所要收集的证据即可。规定对方当事人和第三人的拒证特权制度,赋予他们提出异议的权利,限制法院收集证据权力的滥用,使发现真实的利益和保护个人权利的目的能很好地协调。明确规定违反收集证据命令的行为及其处罚,这样才能既维护证据规则的适用性又不会使处罚

违反证据规则的权力肆意妄为。

### 注释:

- ① 法国民事诉讼中的审前阶段也主要由当事人推进,参见白绿铨. 美国民事诉讼法[M]. 北京: 经济日报出版社, 1998: 6.
- ② 但诉讼法上关于当事人、第三人真实完全陈述义务, 诚实信用原则及实体法中关于资讯请求权的规定同样具有加强当事人间信息交流的效果.
- ③ 当事人照会与美国的质问书不同之处在于, 接受照会的另一方当事人并没有必须回答的法律义务, 也不受任何直接的制裁。但是, 在解释上一些学者主张, 不回答照会的行为如果毫无理由, 可以视为违当事人之间相互作用的信义原则, 法官应根据具体情况采取督促等适当措施。寻求强制第三者提出特定文书的当事人也必须以书面的形式向裁判所提出申请, 由法院对文书的性质进行审查判断后发出文书提出命令。参见王亚新. 对抗与判定——日本民事诉讼的基本结构[M]. 北京: 清华大学出版社, 2002: 181-182.
- ④ 《民事诉讼法》第 50 条第 1 款规定: “当事人有权委托代理人, 提出回避申请, 收集、提供证据, 进行辩论, 请求调解, 提起上诉, 申请执行。” 第 61 规定: “代理诉讼的律师和其他诉讼代理人有权调查收集证据, 可以查阅材料。” 《律师法》第 31 条规定: “律师承办法律事务, 经有关单位或者个人同意, 可以向他们调查情况。”
- ⑤ 我国《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《若干规定》) 第 16 条规定: “除本规定第 15 条规定的情形外, 人民法院调查收集证据, 应当依当事人的申请进行。” 该《若干规定》第 17 条具体规定了由当事人申请法院收集的证据的范围: (1) 属于国家有关部门保存并须法院依职权调取的档案材料; (2) 涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的材料; (3) 当事人及其诉讼代理人确因客观原因不能自行收集的其他材料。《若干规定》还确定了申请的基本程序。当事人及其诉讼代理人申请法院调查收集证据, 应当在不迟于举证期限届满前七日提交书面申请。申请书应当载明被调查人的姓名或者单位名称、住所地等基本情况、所要调查收集的证据的内容、需要由法院调查收集证据的原因及其要证明的事实。法院对当事人及其诉讼代理人的申请不予准许的, 应当向当事人或其诉讼代理人送达通知书。当事人及其诉讼代理人可以在收到通知书的次日起三日内向受理申请的法院书面申请复议一次。法院应当在收到复议申请之日起五日内作出答复。

### 参考文献:

- [1] 潘剑锋. 民事诉讼原理[M]. 北京: 北京大学出版社, 2001: 217.
- [2] 谷口安平. 程序的正义与诉讼[M]. 王亚新, 刘荣军译. 北京: 中国政法大学出版社, 2002: 26.
- [3] 米尔吉安·达马斯卡. 比较法视野中的证据制度[C]. 吴宏耀, 等译. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2006: 257.
- [4] 陈瑞华. 刑事审判原理[M]. 北京: 北京大学出版社, 1997: 63-64.
- [5] 罗森贝克, 施瓦布, 戈特瓦尔德. 德国民事诉讼法(上)[M]. 李大雪译. 北京: 中国法制出版, 2007: 888-889.

(下转 390 页)