

# 证据协力义务之比较法分析

占善刚\*

---

**内容提要：**证据协力义务是指不负举证责任之当事人及第三人为协助法院进行证据调查应尽的公法上义务，其目的在于担保法院能基于证据调查之结果作出正确的裁判。证据协力义务包括证人义务、鉴定义务、当事人受讯问义务、文书提出义务以及勘验协力义务等形态。具有正当事由时，当事人或第三人可以拒绝履行证据协力义务。当事人违反证据协力义务，法院将拟制举证人关于证据的主张或证据所证明之事实的主张为真实。第三人违反证据协力义务，将被法院处以罚款、拘留等间接强制措施。我国现行法关于证据协力义务的设定基本上停留在行为规范层面，缺乏效果规范，不仅影响到法院对证据方法的广为利用，也影响到当事人武器平等原则的贯彻，亟待完善。

**关键词：**证据协力义务 公法义务 武器平等原则

---

证据协力义务是指不负举证责任之当事人及第三人为协助法院进行证据调查所应尽的公法上义务，设立此义务的目的在于担保裁判公正与真实发现。证据协力义务因法定证据方法的不同而异其内容，包括证人义务、鉴定义务、当事人受讯问义务、文书提出义务及勘验协力义务等形态。我国民事诉讼法虽然设有证据协力义务规范，但基本停留在行为规范层面而缺乏效果性规范。这一结构性缺失不仅直接影响到民事审判实践中法院对裁判资料的利用，亦殃及当事人武器平等原则之贯彻。因此，如何借鉴域外立法通例改造现行证据协力义务理应成为学者重点关注之课题。本文拟尝试对此作一探讨。

## 一、证据协力义务的内涵与性质

### 1. 证据协力义务的内涵

民事诉讼以解决当事人之间的私权争执为目的，为达此目的，受诉法院必须正确判断当事人之间私法上的权利义务关系是否存在。不过私法上的权利义务仅仅在观念上存在，并不能由法官直接感知。因此受诉法院欲裁判私法上的权利义务，必须认定引起该权利义务发生、变更、消失的法律要件事实。

民事诉讼采行辩论主义之运作方式，除当事人自认的事实、公知的事实、法院职务上应当知晓的事实以及法律推定的事实外，受诉法院认定案件事实通常须以当事人所提供的证据为基础。当事

---

\* 武汉大学法学院副教授。

人欲使其主张的事实得到法院认定，应积极向法院提供证据并要求法院对其进行证据调查。<sup>〔1〕</sup>作为证据调查对象的证据方法为当事人本人或其支配的物时，因当事人可以主动申请受诉法院对其本人进行讯问或将其所持有的文书或证物提交给受诉法院调查，这一证据调查途径简单且不存在障碍。相反，作为证据调查对象的证据方法为对方当事人、当事人以外之第三人或者为其所支配时，则必须由对方当事人或第三人协助，受诉法院才能进行有效的证据调查。理论上将对方当事人以及当事人以外的第三人协助受诉法院进行证据调查的义务称为证据调查协力义务，简称证据协力义务。从大陆法系民诉立法来看，一般规定了证人、鉴定人、文书、勘验、当事人讯问等五种证据方法。相应地，证据协力义务具体包括证人义务、鉴定义务、文书提出义务、勘验协力义务及当事人受讯问义务等五种形态。<sup>〔2〕</sup>

根据义务主体的不同，证据协力义务大体上分为当事人之证据协力义务与第三人之证据协力义务两种基本类型。当事人受讯问义务专属于前者，证人义务、鉴定义务恒属于后者。而文书提出义务及勘验协力义务在当事人及第三人皆可能存在，也即凡持有与诉讼有关的文书或勘验标的物之人，无论是当事人还是第三人，皆负有将其所持有的证据提交给法院进行证据调查的义务。

## 2. 证据协力义务的性质

作为实定法上的义务，证据协力义务是各国民诉法为配合法院践行证据调查程序而设立，目的在于确保法院能基于证据调查的结果作出公正的裁判。证据调查协力义务是当事人及当事人以外的第三人对代表国家行使裁判权的法院应尽的义务，因而在性质上为公法义务。<sup>〔3〕</sup>当事人或第三人履行证据协力义务虽然在客观上有利于举证人私权之维护，但这属于法院基于证据调查结果作出正确之事实认定而衍生的附随效果，不能由此认为证据协力义务是当事人或第三人对举证人所负的私法上义务。即便举证人对当事人或第三人所持有的文书或勘验标的物享有私法上的给付请求权，也仅是当事人或第三人对法院负有证据协力义务的基础，证据协力义务所具有的诉讼法上之公法义务性质并未改变。明确证据协力义务的公法义务性质具有两个方面的意义：

其一，当事人或第三人不履行证据协力义务将遭受公法的制裁。设定证据协力义务的目的在于确保法院能基于证据调查之结果进行裁判，具有担保法院所作之裁判客观、公正以及维护人民对司法信赖之机能。为确保证据协力义务的切实履行，大陆法系国家或地区民诉立法不仅正面宣示当事人或第三人就每种证据方法之调查所应负之协力义务的范围，并且明定当事人或第三人违背相应义务所遭受之公法上的制裁。此种公法上的制裁乃因应证据协力义务的公法义务性质而设并因义务主体之不同而迥异。当事人违反证据协力义务基本上是为了谋求裁判上的不正当利益，为发挥制裁之实效并藉以调整当事人之间证据利益的归属，域外民诉立法都将当事人违反证据协力义务视为证明妨害之一种，规定法院可直接科该当事人以裁判上的不利益。而第三人并非民事纠纷主体，与法院的裁判结果亦无直接的利害关系，故通常仅能对他们科以诸如罚款、拘留等间接强制措施以迫使其履行证据协力义务。法院针对当事人或第三人所发布之证据提出命令不能作为执行名义强制执行，此乃证据协力义务为当事人或第三人对法院所负之公法义务而非对举证人之私法义务使然。<sup>〔4〕</sup>

其二，第三人履行证据协力义务对法院享有费用给付请求权。当事人或第三人履行证据协力义务虽然可能承受精神上的负担和经济上的不利益，但基于真实发现之需要也必须承受该负担。<sup>〔5〕</sup>尽管如此，第三人若因履行证据协力义务而遭受难以忍受的经济上不利益，则显然有违比

〔1〕 证据调查乃大陆法系民诉法用语，基本上与我国民事诉讼法上的“法庭调查”同一内涵，指法院遵循法定程序，依法定方式从证据方法中获知证据资料的诉讼行为。

〔2〕 [日] 新堂幸司：《新民事诉讼法》，第3版补正版，弘文堂2005年版，第565页。

〔3〕 [日] 梅本吉彦：《民事诉讼法》，信山社2002版，第781页。

〔4〕 [日] 伊藤真：《民事诉讼法》，第3版，有斐阁2004年版，第382页。

〔5〕 同上书，第339页。

例原则, 不合乎事理。因此第三人对于因履行证据协力义务而产生的合理费用享有获得赔偿或补偿的权利。此项费用既然是第三人在履行对法院的证据调查协力义务过程中支出的, 基于权利义务相一致原则, 应向法院请求给付。<sup>〔6〕</sup> 尽管该项费用作为诉讼费用的一部分最终须由当事人承担,<sup>〔7〕</sup> 但证据协力费用请求权并非证据协力义务人对当事人的权利, 而是对国家的权利。因此证人只须到场, 第三人只须将其所持有的文书或勘验标的物向法院提出, 就能享有此项权利, 即使举证人舍弃该证据方法或证人因享有证言拒绝权而未受法院讯问, 也不影响此项费用请求权。此外, 因并非对当事人的权利, 故无论何种情形证据协力义务人均不能直接向当事人请求给付。<sup>〔8〕</sup>

## 二、当事人之证据协力义务

当事人之证据协力义务包括当事人受讯问义务、文书提交义务及勘验协力义务等三个方面。

### 1. 当事人受讯问义务

当事人讯问又称本人讯问, 指当事人本人基于证据方法之地位, 经由法院之讯问而陈述其见闻、经历之事实, 并以陈述之内容作为证据资料之证据调查。<sup>〔9〕</sup> 完整意义上的当事人讯问应包括三个层次的内涵: 其一, 当事人作为证据方法, 是法院进行证据调查的对象; 其二, 法官对当事人进行讯问是证据调查之方式; 其三, 当事人应法官之讯问所作的陈述是证据资料。在当事人讯问制度下, 当事人本于证据方法之地位而向法院作陈述, 其目的在于证明系争事实(主张), 具有证据资料的性质, 与当事人为提出事实主张而向法院所作的陈述以及当事人为协助法院阐明案情而向法院所作的陈述在性质上均有所不同, 后两者皆属于诉讼资料。因此, 当事人经由法院讯问所作的陈述即使与对方当事人主张的主要事实相一致, 也不构成自认。

作为法定证据形态之一种, 当事人讯问几乎为各国民诉法所采用。在德国, 当事人讯问被称为 *Beweis durch Parteivernehmung* (德民诉法第 445 条以下), 日本称之为当事人寻问 (日民诉法第 207 条以下)。当事人通常为最知晓纷争之人, 合理利用当事人对事实所作之陈述不仅能促进诉讼, 并且有助于法院裁判真实。虽然当事人与诉讼标的具有密切利害关系, 有虚伪陈述的可能, 但与证人证言相比, 当事人陈述的可信度未必低。故近时各国立法皆强调当事人讯问的积极意义。

在当事人讯问中, 当事人本人是法院证据调查的对象, 当事人基于对案件事实的了解而向法院作陈述, 与证人基于对案件事实的了解而向法院作陈述并无分别。就此而言, 当事人讯问与证人讯问均为人的证据方法或人证, 基本上具有相同的证据调查性质。

〔6〕 德国司法赔偿与补偿法 (*Justizvergütungs und entschädigungsgesetz*) 第 1 条明确宣示鉴定人、证人及提交文书或勘验标的物的第三人享有请求法院支付费用的权利。可赔偿的费用包括: 旅费 (*Fahrtkosten*)、日费 (*Zeitversäumnis*)、误工损失 (*Verdienstausfall*) 等 (第 5、20、22 条)。日本民事诉讼费用法第 18 条规定, 证人、鉴定人可以请求法院支付旅费、日当及宿泊料。我国台湾地区民诉法第 323 条规定, 证人可以向法院请求法定之日费及旅费, 其第 338、351、363 条分别就鉴定人、提交文书之第三人、提交勘验标的物之第三人的费用支付请求权作了规定。

〔7〕 民事诉讼是当事人为自己的利益请求国家司法机关确定私权的程序, 是国家对于纷争当事人的特别服务, 与国家之利益无涉, 就此所支出之费用, 自不能由全国纳税人负担。各国立法例对于民事诉讼皆采有偿主义, 规定诉讼费用由当事人负担, 以防止无益之诉讼及不当之抗辩, 同时减少国库之支付。参见曹伟修: 《民事诉讼法释论》, 台湾金山图书公司 1978 年版, 第 293 页; 陈计男: 《民事诉讼法论》(下), 台湾三民书局 2002 年版, 第 137 页。证据协力义务之履行既乃服务于法院之证据调查, 显然属于法院作出正当裁判以解决当事人之间私权争执必不可少的环节, 证据协力义务履行过程中所生之费用自然应作为诉讼费用的一部分由当事人负担。国务院于 2006 年 12 月颁布的《诉讼费用交纳办法》第 6 条将证人、鉴定人在人民法院指定日期出庭发生的交通费、住宿费、生活费和误工补贴纳入当事人应交纳的诉讼费用范围, 即明示这一要义。不过, 该《办法》第 11 条却规定前述费用由人民法院代为收取而不认证人、鉴定人能直接向法院请求给付, 显然误认了该项费用请求权之性质。

〔8〕 姚瑞光: 《民事诉讼法论》, 台湾大中国图书出版公司 1981 年版, 第 358 页。

〔9〕 前引〔2〕, 新堂幸司书, 第 577 页。

在当事人讯问中，作为证据方法的当事人负有出庭、宣誓或具结、陈述义务。当事人违背受讯问义务，将遭受公法上的制裁。从德、日及我国台湾地区民事诉讼法的规定来看，当事人拒绝到庭、宣誓或陈述，法院将斟酌案件具体情况，特别考虑拒绝的理由，认定对方当事人所主张的关于讯问事项的事实为真实（德民事诉讼法第 446、453 条，日民事诉讼法第 208 条，我国台湾地区民事诉讼法第 367 条之一）。此种不利益的存在会使当事人面临败诉的风险，对当事人而言，不啻为最直接且最有效果的制裁。对当事人科以此种不利益亦符合“当事人若能为自己有利之陈述，必将出庭陈述证言”这一经验法则。当然，当事人违背受讯问义务时是否拟制讯问事项为真实，取决于法官的自由裁量。法院基于其他证据调查之结果以及言词辩论的全部趣旨，依自由心证，也可能认定该违背受讯问义务的当事人所主张的事实为真实。<sup>〔10〕</sup>

当事人虽然负有宣誓义务，但当事人是否应于陈述前宣誓取决于法官的自由裁量（德民事诉讼法第 452 条，日民事诉讼法第 207 条第 1 款后段）。依学者之解释，原则上当事人可以不经宣誓而被法院讯问，但当事人未经宣誓的证言不能让法官对应证事实之存在或不存在达到确信的心证时，法院可以命令当事人宣誓。此外，法院在讯问双方当事人时，也可以仅命令一方当事人宣誓。<sup>〔11〕</sup>

## 2. 当事人文书提出义务

文书是指以文字及其他记号之组合表现人的意思、意见、感情等思想内容的有形物。法官以文书作为证据方法，通过阅览获知文书所记载的内容并作为证据资料的证据调查即为书证。<sup>〔12〕</sup>

基于对文书持有人之所有权及处分自由的尊重，旧时各国或地区民诉立法皆规定，无论是当事人还是第三人，文书持有人仅在特定范围内负有文书提出义务，与证人义务之一般性义务不同。具体讲来，当事人仅对下列文书负有提出义务：（1）引用文书。即当事人在诉讼中为使自己的主张有根据而积极利用的文书，不限于为举证而引用，为使自己的主张明确而引用亦包括在内。当事人既然在诉讼中积极引用其所持有的文书，对该文书必无秘匿之意思，为保障对方当事人有平等的立证机会，应承认文书持有人就该文书负有提出义务。（2）交付或阅览文书，即依民事实体法的规定举证人对于文书持有人享有交付或阅览请求权的文书。举证人对此类文书的记载内容有支配权，本来就可以对持有者提起独立之诉请求交付或阅览，在诉讼系属中自然能够要求其提出。（3）利益文书，指能证明举证人实体法上的地位及权利且为此目的而作成的文书。举证人作为代理人之委托书、举证人作为受遗赠人之遗嘱即其著例。文书既然是为了举证人的利益而作成，举证人以该文书作为证明手段加以利用乃属当然。（4）法律关系文书，指为明了举证人与文书持有人之间法律关系的全部或部分构成要件事实的文书。契约书，订立契约之际被授受的印鉴证明书，契约解除通知书即属典型的法律关系文书。<sup>〔13〕</sup>

限制文书提出义务固然能够确保文书持有人的利益，但它基本上是以契约性纷争为基点所作的设计，很难满足现代型纷争解决的需要。随着社会状况的变迁，公害纠纷、药害纠纷、产品责任纠

〔10〕 [日] 门口正人编集代表：《民事证据法大系》第 3 卷，青林书院 2006 年版，第 134 页。

〔11〕 Musielak, Grundkurs ZPO, 5. Aufl, 2000, S. 258.

〔12〕 前引〔2〕，新堂幸司书，第 581 页。法官检查文书之纸质、笔迹，虽然也是以文书作为证据方法，但由于并不以人的意思、判断、报告作为调查对象，故此种证据调查不能被称为书证，仅可称之为勘验。此外，人们习惯上将书证对象之文书直接称为书证。由于从文章前后语义上容易判断出是在哪一种意义上使用书证，故不必过分拘泥于用语之一致。参见 [日] 高桥宏志：《重点讲义民事诉讼法》（下），有斐阁 2004 年版，第 113 页。

〔13〕 [日] 松本博之、上野泰男：《民事诉讼法》，第 4 版，弘文堂 2005 年版，第 420 页。前引〔7〕，曹伟修书，第 1078 页以下。另参见德国民事诉讼法第 422、423 条，日本旧民事诉讼法第 312 条，我国台湾地区 2000 年修正前民事诉讼法第 344 条。此外，值得注意的是，“法律文书”与“法律关系文书”之提出义务在日本及我国台湾地区仅为民事诉讼法所创设的纯粹的诉讼法上的义务。而在德国，由于民法典第 810 条将“利益文书”与“法律关系文书”之阅览作为文书持有人所负的实体上的义务（日本和我国台湾地区民法无类似规范），因而这两类文书之提出义务是具有实体法请求权基础的诉讼法上的义务。

纷、环境污染纠纷等日益增多,在这些纠纷中,左右诉讼结果的重要的文书证据往往构造性地偏在于加害人一方手中,加害人在旧法下对其所支配的文书通常不负提出义务,结果受害人大多由于缺乏充足的证据收集手段而遭受败诉之不利。

为消解证据偏在给举证人带来的不利益,确保当事人之间的武器平等原则得到实质贯彻,大陆法系国家或地区于上世纪末开始修订民法,扩大文书提出义务的范围,基本上将文书提出义务设定为一般义务。<sup>[14]</sup>依2001年修订后的德国民诉法第142条,法院可依职权命令当事人提出其所占有的文书,只要该文书在诉讼中为当事人所援用。<sup>[15]</sup>日本于1996年通过新民事诉讼法,第220条除继受旧法第312条第(一)项至第(三)项外,新增第(四)项,规定记载有第196条、第197条所定之证言拒绝事项的文书以及专为自己使用的文书以外的其他文书,当事人均负有提出义务。我国台湾地区于2000年对其民法作了大幅修正,依修正后的民法第344条之规定,除旧法所规定的引用文书、利益文书等文书外,凡“就与本件诉讼有关之事项所作”之文书,除“文书内容涉及当事人或第三人之隐私或业务秘密,如予公开,有致该当事人或第三人受重大损害之虞者”外,文书持有人均应提出。依学者之解释,当事人之间实体上及程序上的法律关系、争点、攻击或防御方法均属与本件诉讼有关之事项。<sup>[16]</sup>

当事人履行文书提出义务通常乃由举证人向法院申请文书提出命令而启其端绪。为避免举证人经由摸索证明获取不正当利益,举证人之文书提出命令申请须具体表明文书持有人所应提出的文书之名称、作成日期、文书所载之内容及其所能证明之事实。<sup>[17]</sup>法院经过审查,如果认为文书所证明之事实重要且举证人之申请正当,应作出裁定,命令文书持有人提出文书。<sup>[18]</sup>如果持有文书的当事人不遵从法院所发布的文书提出命令,法院可以认定举证人关于该文书的主张或者依该文书所能证明之事实为真实。<sup>[19]</sup>

### 3. 当事人勘验协力义务

勘验是指法官基于自己五官之作用直接感知人或物的物理状态,并以其认识结果作为证据资料的证据调查。例如,在确定土地边界的诉讼中,法官察看土地与边界状况乃以视觉勘验;在噪音污染案件,法官现场调查噪音程度乃以听觉勘验;在恶臭污染案件,法官现场调查恶臭程度乃依嗅觉勘验,诸如此类,不一而足。由于勘验仅以被调查对象的性质、形状等物理状态为认识内容,故与书证以文书所记载的思想内容作为调查对象不同。作为勘验对象的人或物被称为勘验标的物,其只须能被法官基于五官作用感知即可,至于为有体物还是无体物,生物还是非生物,则在所不问,人的身体也可作为勘验的对象。<sup>[20]</sup>当事人所负的将其持有的勘验标的物提交给法院的义务被称为勘

[14] [日]林屋礼二等:《民事诉讼法入门》,有斐阁1999年版,第135页。

[15] 这一规定的目的固然在于使法院能及早获得足以澄清案情的资料,但由于该条所确定的当事人文书提出义务在范围上几无限制,因此有学者认为这一条文已成为当事人负有一般程序解明义务的依据。不过,法院是否适用该条依职权发布文书提出命令,完全委诸法官的义务性裁量,当事人即便不遵从法院所发布的文书提出命令,在证据评价上亦不遭受直接的不利益,而仅能由法院依民法第286条进行自由心证。参见姜世明:《2002年德国民民事诉讼法改革——总则与第一审部分》,《月旦法学教室》创刊号。

[16] 前引〔7〕,陈计男书,第491页。

[17] 参见德国民诉法第424条,日本民法第221条,我国台湾地区民法第342条。

[18] 参见德国民诉法第425、428条,日本民法第223条,我国台湾地区民法第343条。

[19] 在证据偏在的场合,举证人并不能具体知晓文书的记载内容,故仅将不提出文书之制裁效果定位为承认举证人关于文书之主张为真实,显然欠缺制裁实效性。因此,日本民法第224条第3款规定,举证人关于文书的记载进行具体的主张以及基于该文书所证明之事实由其他证据证明有显著困难的场合,法院可以直接认定举证人关于文书所能证明之事实的主张为真实。我国台湾地区民法第345条虽然也有类似规定,但并未像日本民法那样设定具体要件,仅规定由法院“审酌情形”自由判断。而依德国民诉法第427条的规定,当事人不遵从法院文书提出命令所受的制裁仅止于法院可以承认举证人关于证书的性质和内容的主张得到证明。

[20] [日]小室直人等:《新民事诉讼法》(Ⅱ),日本评论社2003年版,第226页。

验标的物提出义务，在勘验标的物之提出事实上不能或有困难时，当事人负有在其所在场所容忍法院进行勘验之义务，这被称为勘验容忍义务，二者合称勘验协力义务。

勘验与书证因在性质上同属于物的证据方法，仅在具体证据调查方法上存在差异，故除特有规则外，勘验大多准用关于书证之规范，勘验协力义务也是如此。<sup>〔21〕</sup>如德国民诉法第 317 条第 2 款规定，勘验协力义务准用第 422 条、第 432 条关于当事人文书提出义务的规定。<sup>〔22〕</sup>日本民诉法第 232 条规定，民诉法第 219、223、224、226、227 条关于文书提出义务之范围、审理判断程序及违反文书提出义务所受制裁之规定准用于勘验标的物之提交。我国台湾地区民诉法第 367 条规定，第 343 条、第 351 条关于文书提出义务之规范于勘验准用之。据此可以得知，在具有与文书提出义务相同的原因时，当事人便负有将其所持有的勘验标的物向法院提交以便法院进行调查的义务，若该勘验标的物不能移转占有，则当事人负有忍受法官勘验的义务。当事人若违反勘验协力义务，法院将承认举证人关于勘验标的物性质、状态之主张或勘验标的物所应证明之事实为真实。

### 三、第三人之证据协力义务

第三人的证据协力义务包括证人义务、鉴定义务、第三人文书提出义务以及第三人勘验协力义务四种类型。

#### 1. 证人义务

证人是就其过去经历之事实向法院报告的当事人及法定代理人以外的第三人。凡服从国家裁判权之人，不问其国籍、年龄、智力、精神状态，皆负有接受法院讯问，报告其所感知之事实的义务。故证人义务是第三人对国家所负的一般性公法义务。<sup>〔23〕</sup>证人义务作为一般性的公法义务，尽管为维持诉讼制度之正当性所不可或缺，但在立法政策上，基于人伦价值、职务上的保密义务、技术或职业上的秘密等利益保护之必要性的考虑，大陆法系民诉立法一般都规定，如果证人陈述证言可能使证人及其一定范围内的亲属遭受刑事追究或蒙受耻辱，或将违反保密义务，或将泄露职业及技术秘密，证人享有证言拒绝权。证言拒绝权是证人以证人义务的存在为前提所享有的公法上的抗辩权。<sup>〔24〕</sup>从域外民诉立法的规定来看，证人义务包括到场义务、宣誓或具结义务、陈述义务。

(1) 到场义务。基于证据调查中的直接原则，证据调查原则上应由受诉法院在公开法庭进行，故证人到场一般是指证人遵守法院之命令于证据调查期日出庭。但某些特定诉讼，如确定土地边界的诉讼，基于发现事实真相之必要性考虑，证人于现场接受法官讯问可能更为妥适。此种场合，证人到场乃指证人遵守法院之命令到达当事人之间发生纠纷的现场。依域外民诉法之相关规定，虽然证人一般负有到场义务，但因为特殊身份（如为国家元首）、特殊事由（如证人身患重病无法到庭、证人出庭显然有违费用相当性等）之存在，法院应就证人之所在对证人进行讯问。<sup>〔25〕</sup>此种情形下，证人虽负陈述证言的义务，却不负到场义务，是为特例。

(2) 宣誓或具结义务。<sup>〔26〕</sup>宣誓或具结是指证人于受法院讯问、陈述证言之前，郑重承诺其将

〔21〕 由于勘验仅以勘验标的物之性质、状态等为内容而不关涉人的思想或报告，故即便在文书提出义务仅为限定义务之各国旧法时代，勘验协力义务之范围在解释上亦较文书提出义务宽泛，具有一般性义务的性质。

〔22〕 依德国民诉法第 144 条之规定，法院可以义务性地裁量是否命令当事人提交为其所占有的勘验标的物或忍受勘验，只要不涉及住宅的进入。

〔23〕 前引〔14〕，林屋礼二等书，第 127 页；Baur/Grunsky, *Zivilprozessrecht*, 10. Aufl., 2000, S. 162；日本民诉法第 190 条；我国台湾地区民诉法第 302 条。

〔24〕 参见德国民诉法第 383—385 条，日本民诉法第 196、197 条，我国台湾地区民诉法第 307 条。

〔25〕 参见德国民诉法第 375 条，日本民诉法第 195 条，我国台湾地区民诉法第 305 条。

〔26〕 宣誓以宗教信仰为背景，德国、日本民诉法采取宣誓制度，我国台湾地区民诉法采取具结制度，两者虽然形式上不同，但目的却一样，均是为了担保证人证言的真实性。

依据良心真实地供述证言。宣誓或具结为担保证人证言的真实性及裁判公正而设,且为成立伪证罪的前提要件。故证人原则上应于陈述证言前宣誓或具结,仅于受法院讯问时未满16岁或因智能欠缺不能充分理解宣誓或具结的意义等场合,才可以免除宣誓或具结义务。<sup>[27]</sup>

(3) 陈述义务。陈述义务又称证言义务,是证人义务的核心。由于证人陈述在性质上属于事实报告之观念表示,更由于证据调查直接原则、言词原则的规制,证人向法院陈述证言必须采取口头方式,不能以朗读文件、笔记或其他书面形式回答法官之讯问。<sup>[28]</sup>

证人义务既然是证人对法院所负的公法义务,证人无正当理由不履行上述义务理应遭受公法的制裁。依域外民诉立法的相关规定,对证人的制裁主要有法院裁定证人负担因其不到庭而产生的诉讼费用(如当事人及其他诉讼参与人于证据调查期日空跑一趟所花之旅费、日费)、对证人处以诸如罚款、罚金、拘留之类的强制措施等几种形式。在必要情形下,法院甚至可以强制证人到庭。

从德国、日本及我国台湾地区民诉法的相关规定来看,证人违背证人义务所受公法制裁的形态及适用要件并不完全相同。依德国民诉法第380条、第390条的规定,证人无正当理由拒绝到庭作证或宣誓,法院可以依职权命令证人负担因其拒绝而产生的诉讼费用,同时可对证人处以罚款(Ordnungsgeld),证人若不能缴纳罚款,可以对其进行拘留(Ordnungshaft)。证人若再次拒绝作证,法院可依申请(auf Antrag)对证人处以拘禁(Haft)。依日本民诉法第192条的规定,证人无正当理由不出庭,法院可以命令证人负担由此而产生的诉讼费用并可处10万日元以下罚款(过料)。依同法第193条的规定,证人无正当理由不出庭,情节严重的,法院可处10万日元以下之罚金或拘留。罚金与拘留乃刑事罚的一种,与罚款仅为秩序罚之性质不同。依学者之解释,法院同时对证人处以罚款与罚金并不违反一事不二罚之精神。<sup>[29]</sup>依同法第194条的规定,法院可以直接强制证人到庭(勾引)。依同法第202条、第205条第5款之规定,证人拒绝陈述或宣誓所受之处罚准用第192条、193条关于证人不到庭所受处罚之规定。依我国台湾地区民诉法第303条的规定,证人受合法传唤后无正当理由不到场,法院可处3万新台币以下的罚款(罚鍰)。证人已受前次裁定,经再次通知仍不到场者,法院可再处新台币6万元以下的罚款,并可强制其到庭(拘提)。法院并不能命令证人负担因其不到场而产生的诉讼费用。依同法第311条的规定,证人无正当理由拒绝证言,法院可处新台币3万元以下的罚款;第315条规定,证人拒绝具结,准用第311条。

## 2. 鉴定义务

鉴定指为补充法官的判断能力,拥有特别学识经验的第三人被命在法庭向法官陈述相关专门知识或基于该专门知识所作的事实判断之证据调查。该第三人即为鉴定人。<sup>[30]</sup>鉴定事项一般包括两个方面:一为法官所不知晓的外国法、习惯法、特殊的经验法则;二为须依据专门知识的指导始能作出判断的事实,如建筑物是否有瑕疵,受害人后遗障碍的部位、程度等。关于鉴定事项之判断往往超出法官认知能力的范围,鉴定人在诉讼中事实上扮演着法官辅助人的角色。<sup>[31]</sup>

尽管如此,鉴定人作为证据方法的属性并未因此而改变,同证人一样,鉴定人亦为人的证据方法,故民诉法关于证人之规范于鉴定多半准用。<sup>[32]</sup>凡具有鉴定所需特别学识经验之人均负鉴定义务。一如证人义务,鉴定义务亦是第三人为协助法院进行证据调查所负之公法义务,包括出庭义

[27] 参见德国民诉法第393条,日本民诉法第201条,我国台湾地区民诉法第314条。

[28] 参见德国民诉法第377条,日本民诉法第204条,我国台湾地区民诉法第318条。

[29] 前引[20],小室直人等书,第172页。

[30] [日]伊藤真:《实验对策讲座民事诉讼法》,第2版,弘文堂2005年版,第365页。

[31] 与证人不同,鉴定人具有补充法官知识与能力不足的作用,对于法官心证的形成有相当大的影响。为保障鉴定人能居于中立地位客观鉴定,民诉立法一般规定某人具有与法官回避同一事由时,不能被法院指定为鉴定人。此外,基于人伦价值、秘匿利益之保障要求,域外民诉法一般皆规定鉴定人具有与证人拒绝证言之相同事由时,可拒绝鉴定。参见德国民诉法第406条、第408条,日本民诉法第214条、第212条,我国台湾地区民诉法第331条、第310条。

[32] 参见德国民诉法第402条,日本民诉法第216条,我国台湾地区民诉法第324条。

务、宣誓或具结义务、鉴定意见报告义务。<sup>[33]</sup>从域外立法的规定来看，鉴定人违反鉴定义务所受的处罚基本上与证人违背证人义务相同。但证人是基于其对过去所经历之事实的记忆而向法官陈述，具有不可替代性；而鉴定人仅就鉴定事项向法官报告其所作之判断结果，只要具备与鉴定事项有关的必要的学识经验，均能被法院指定为鉴定人而达到鉴定目的，故鉴定人具有可替代性。因此，鉴定人拒绝到庭时，法院并无强制传唤其到庭的必要（日本民事诉讼法第 216 条，我国台湾地区民事诉讼法第 329 条）。

### 3. 第三人文书提出义务

第三人并非民事纠纷主体，也不享有裁判上的利益，其所负之事实揭明责任理应较作为纷争主体之当事人轻。第三人文书提出义务的设定即体现了此一要义。依德国民民事诉讼法第 429 条、第 142 条第 1 款的规定，第三人虽然在与当事人具有相同的文书提出原因时负有文书提出义务，但第 142 条第 2 款同时又规定，提交文书若对第三人属于不可期待（unzumutbar）或者文书所记载的内容属于第 383 条至第 385 条所规定的证人拒绝证言事项，第三人可以拒绝提交文书。依学者的解释，提交高度私人性质的文件或者具有保密需要的契约对文书持有人即属于不可期待之情形。<sup>[34]</sup>我国台湾地区民事诉讼法第 348 条规定，除引用文书外，当事人所负的文书提出义务的范围于第三人准用之。但若文书记载事项涉及第 307 条所规定的证言拒绝事项，第三人有权拒绝提出文书。从德国及我国台湾地区民事诉讼法的相关规定可以看出，第三人文书提出义务的范围显然要比当事人文书提出义务的范围小。证言拒绝事项作为第三人文书提出义务的除外事由，不仅体现了立法对第三人文书秘匿利益的保护及人伦价值的尊重，也与证人义务相因应，契合平等保护原则。如果第三人居于证人之地位能就特定事项享有证言拒绝权，而居于文书持有人之地位就同一事项反不能免除文书提出义务，势必难期事理之平。<sup>[35]</sup>

持有文书的第三人与裁判结果无利害关系，于其违反文书提出义务时，法院不能科以证据法上的不利益进行制裁，仅能采取间接强制措施迫使其履行文书提出义务。依德国民民事诉讼法第 142 条第 2 款后段之规定，第三人不服从法院所发布的文书提出命令，准用证人拒绝作证所受的制裁。日本民事诉讼法第 225 条第 1 款规定，第三人不服从文书提出命令时，法院可处 20 万日元以下的罚款。我国台湾地区民事诉讼法第 349 条第 1 款前段规定，第三人无正当理由不服从提出文书命令，法院可处新台币 3 万元以下罚款。<sup>[36]</sup>

### 4. 第三人勘验协力义务

与证人义务一样，勘验义务是一般性义务，故第三人原则上负有将其所持有的与诉讼有关的标的物向法院提交或忍受法院进行勘验之义务。

依修正后的德国民民事诉讼法第 144 条第 2 款之规定，第三人仅在提交勘验标的物对其不可期待或者勘验标的物关涉第 383 条至第 385 条所规定的证人拒绝证言事项时，才可以拒绝提交勘验标的物。依德国学者所举的例子，如果举证人仅仅为了证明廉价的油画复制件具有细小瑕疵，而让距法院甚

[33] 参见德国民民事诉讼法第 407 条，日本民事诉讼法第 212 条，我国台湾地区民事诉讼法第 328 条。参见前引 [12]，高桥宏志书，第 103 页。由于鉴定意见通常涉及专门领域知识，为确保其准确、客观，鉴定人不限于以口头方式陈述鉴定意见，书面方式亦可。

[34] Gehrlein, *Zivilprozessrecht nach der ZPO-Reform 2002*, S. 147, 2001.

[35] 日本民事诉讼法虽未如德国民诉讼法区分规定当事人及第三人文书提出义务的范围，但应看到，日本民事诉讼法第 220 条第 4 款除外文书中的第（一）项及第（三）项所涉内容本身即与第 196 条、第 197 条所定拒绝证言之事项相当，同样体现了对持有文书的第三人正当利益的尊重。

[36] 依我国台湾地区民事诉讼法第 349 条第 1 款后段及第 2 款之规定，第三人无正当理由不提出其所持有的文书，法院除可处以罚鍰外，于必要时可直接以裁定命为强制处分。强制处分准用强制执行法关于物之交付请求权的执行规范。强制处分为我国台湾地区民事诉讼法所独有的制度，虽有实定法上之依据，但是否合乎法理则不无疑义。文书提出义务仅为文书持有人对法院应尽的公法上的协力义务，并非对举证人所负的私法上的义务，因而文书提出命令并不能作为执行名义。

远的博物馆将其所收藏的油画原件提交给法院,对第三人而言即属不可期待。同样,不可期待第三人提交私人性质之照片。<sup>[37]</sup>根据我国台湾地区民事诉讼法第367条之规定,第三人勘验协力义务的范围准用第348条文书提出范围的规定,在具有与证言拒绝权相同的事由时,第三人亦不负勘验协力义务。日本民事诉讼法虽然未对第三人勘验协力义务的范围作出规定,但对其民事诉讼法第232条第2款作反面解释可以推知,在有正当理由时,第三人可以拒绝提交勘验标的物。依日本学者的通说,勘验标的物若为人的身体状况,因其关系到人格利益,故民事诉讼法第196、197条关于证言拒绝权的规定应予类推适用。<sup>[38]</sup>

#### 四、我国现行法上的证据协力义务

##### 1. 现行法上证据方法的种类

我国民事诉讼法第63条规定:“证据有下列几种:(一)书证;(二)物证;(三)视听资料;(四)证人证言;(五)当事人的陈述;(六)鉴定结论;(七)勘验笔录。”因而,我国民事诉讼法所规定的证据形式除大陆法系民诉立法通例中的证人、鉴定人、书证、勘验、当事人讯问等五种证据方法外,<sup>[39]</sup>尚包括物证与视听资料,在形式及证据种类上似均较后者宽泛。但大陆法系民诉立法中的物证与勘验在本质上实指同一证据,仅语义不同而已。勘验是在证据调查方式这一层面上使用的,强调法官基于五官之作用直接感知调查对象;而物证则是在证据调查对象这一层面上使用的,指勘验之标的物本身,二者实乃同一证据的两面。依我国民事诉讼法第73条第1款的规定,勘验专指法官调查不能移转占有之物或现场,而物证则仅指可移转占有之物的调查或该物本身。就证据调查所应践行的方式而言,勘验与物证并无不同,物证提交协力义务与勘验容忍义务之区分亦无实益。

民诉法虽将视听资料作为与物证、书证、勘验并列的独立证据,但法官对视听资料的调查在本质上不能独立于对书证、物证的调查,将其作为独立的证据方法不仅没有必要,亦缺乏正当性。因为证据方法法定之意义在于,每种证据方法在证据调查方式上皆有区别于其他证据方法之特质,譬如,法官调查书证采取阅览的方式,勘验采取依五官作用直接感知的方式,法官调查证人采取讯问的方式,而关于视听资料之调查并不能独立于书证或物证之调查。因此在其他国家和地区,视听资料并非法定之独立证据方法。在德国,视听资料仅为勘验标的物之一种,调查视听资料适用勘验规范;在日本及我国台湾地区,视听资料作为新种证据,准用书证之规范。<sup>[40]</sup>

##### 2. 我国民诉立法关于证据协力义务的规定及评析

我国民事诉讼法第64条规定:“当事人对自己提出的主张,有责任提供证据。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。”第65条规定:“人民法院有权向有关单位和个人调查取证,有关单位和个人不得拒绝。”可以认为,现行民诉法不仅承认辩论主义之运行方式,且一般性地宣示了当事人及第三人负有提交书证及物证的证据调查协力义务。<sup>[41]</sup>民诉法第70条和第72条第3款的规定亦应被认为是证人义务与鉴定义务的宣示性规范。现行法虽然并未直接规定当事人负有陈述义务,但第63条将当事人的陈

[37] 前引[34], Gehrlein书,第147页。

[38] 前引[13], 松本博之等书,第440页。

[39] 前文已提到,当事人基于证据方法的地位向法院陈述案件事实在大陆法系被称为当事人讯问,我国民事诉讼法则称之为当事人的陈述。前者强调证据调查的对象,后者则强调证据调查的资料,用语虽然不同,但实际上均指同一证据。依民事诉讼法第73条第3款的规定,勘验笔录是指法院在勘验后为保存勘验结果所制作的书面材料,从本质上讲,仅为勘验的替代品,并不是独立的证据方法。

[40] 前引[11], Musielak书,第254页。参见日本民事诉讼法第231条,我国台湾地区民事诉讼法第363条。

[41] 依2001年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第15条及第16条之规定,除职权探知事项外,人民法院调查收集证据只能基于当事人的申请。

述列入法定证据之一种，第100条规定人民法院可以拘传必须到庭的被告，故在解释上应可认为当事人负有陈述义务。据此可以认为，证据协力义务已为现行民诉法所肯认。

但是，我国民诉法证据协力义务的具体内容和履行方法与大陆法系民事诉讼中的证据协力义务存在差异，主要表现为两个方面：其一，在人证义务的具体内容上，我国未规定证人、鉴定人、当事人于陈述前应宣誓。其二，在书证及勘验等物证协力义务的履行方法上，民诉法与大陆法系的规定亦存在差别。如前所述，在大陆法系，当事人或第三人遵从法院所发布的文书或勘验标的物提出命令，将其所持有的文书或勘验标的物提交给法院，在我国则由法院自己调取当事人或第三人所持有的文书或勘验标的物。

与域外立法通例根本不同的是，现行民诉法虽然直接或间接地宣示了当事人或第三人应负证据调查协力义务，但并未就每种证据协力义务的范围及违反义务的制裁作出相应规定，使证据协力义务沦为不具约束力的泛普适性义务，因缺乏效果规范而徒具训示意义。此外，域外立法例在宣示证人义务、鉴定义务、文书提出义务及勘验协力义务为一般性义务的同时，还规定证人、鉴定人在一定情形下享有拒绝证言、鉴定权，文书或勘验标的物之持有人在一定范围内享有证据拒绝提出权，藉以调和追求裁判真实与维护当事人或第三人正当利益之间的冲突。而我国民诉法所规定的证人义务、鉴定义务、文书提出义务、勘验协力义务均为绝对性的一般义务。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规定》）第17条第2款甚至规定，涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的材料，人民法院亦可基于当事人申请调查收集。此种制度安排固然有利于真实发现并确保法院作出公正的裁判，但以牺牲不负举证责任之当事人或第三人的秘匿利益、人伦利益为代价，其正当性实属可疑。

在我国民诉法中，可被解释成违反证据协力义务的制裁规范仅第100条、第102条、第103条。民诉法第100条规定：“人民法院对必须到庭的被告，经两次传票传唤，无正当理由拒不到庭的，可以拘传。”该条规定基本上可以理解为被告违反出庭义务所受的制裁。但当事人违反陈述义务时，本可藉证据评价对其科以裁判上的不利益，并无必要采取拘传措施而作刑事化处理。而且，拘传这一强制措施仅适用于“必须到庭的被告”，不仅不适用于其他被告无正当理由拒不到庭的情形，于原告违反出庭义务时亦无适用余地，在范围上失之偏狭。根据民诉法第129条和第130条的规定，非必须到庭的被告以及原告无正当理由不出庭陈述的，仅产生缺席判决及按撤诉处理的效果，而没有任何公法上的制裁。此外，民诉法第71条第2款规定，“当事人拒绝陈述的，不影响人民法院根据证据认定案件事实”。可以推知，当事人虽负陈述义务，但也仅为道德性义务，当事人即便不作陈述，亦不遭受任何制裁。

根据民诉法第102条、第103条，现行法将违反证据协力义务的行为与毁灭证据之证明妨害行为当作妨害民事诉讼的行为予以处理，虽不能否认它们具有证据协力义务效果规范的性质，但第103条所规定的制裁措施似仅为部分呼应民诉法第65条第1款而设，仅适用于单位作为第三人拒绝提出物证、书证之情形，而不适用于个人。立法作如此安排，着实令人费解。持有证据之第三人或为单位或为个人，主体虽然不同，然而对法院所应负的证据提出义务在性质上并无二致。民诉法第65条既然规定有义务协助法院调取证据之主体包括单位和个人，该项义务履行之保障措施也应一并及于单位和个人。民诉法第103条所作之安排不仅有违平等原则，亦会损及证据提出义务履行之效果。民诉法第102条所规定的制裁措施虽然适用于所有的实施证明妨害行为的主体，但不区分当事人与第三人而对证明妨害行为施加同一制裁亦不妥当。当事人乃民事纠纷主体，与裁判结果有着直接的利害关系，故可经由证据利益归属之调整进行制裁，对实施证明妨害行为的当事人处以罚款、拘留等间接强制措施，不仅没有必要，也缺乏制裁实效。

按相关司法解释（《证据规定》第75条、《关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》第30条）的规定，持有证据之当事人无正当理由拒不提供证据，则对方当事人关于该证据之主张被推定

成立,这在一定程度上弥补了民诉立法关于当事人证据提出义务的缺失。但由于在适用范围及适用条件上皆不确定,该两项司法解释尚不足以弥补现行立法关于证据协力义务的结构性缺失。

我国民法上证据协力义务的泛道德化,使我国民事诉讼中证据协力义务的履行基本上依道德自律实现。但显而易见的是,让不负举证责任之当事人及第三人甘愿承受精神及经济上的不利益自觉履行证据协力义务,不具现实性。由此,民事审判实践中,证人不出庭作证、当事人或第三人隐匿、拒绝提出证据等违反证据协力义务的行为经常发生。证据协力义务的结构缺失若不能得到纠正,上述现象即难以得到根本性地改观。

## 五、结 论

为充实当事人的证据收集手段,弥补当事人举证能力之不足,保护证据协力义务人之正当利益,借鉴域外立法通例,改造我国现行法上的证据协力义务规范实属必要。

证据协力义务固乃为担保裁判真实,维系诉讼制度之良性运作而设,但也不能因证据协力义务之履行而使不负举证责任的当事人及当事人以外的第三人承受难以忍受的不利益。无论是证人义务、鉴定义务等人证协力义务还是文书提出义务、勘验标的物提交义务等物证协力义务均应有一定范围之限制,该范围应考虑人伦价值之尊重、秘匿利益之保护并区分当事人与第三人利益受保护程度之不同而设定。现行法上的泛证据协力义务应予以摒弃。

为因应证据协力义务之公法义务性质并使其得到有效地履行,民诉立法应明定义务人违反证据协力义务所应遭受的制裁。此种公法上的制裁应区分当事人与第三人,并应考虑举证人是否参与了证据之作成,是否了解证据的具体内容等因素而作不同之设计。在传统型纷争,对违反证据协力义务的当事人科以证据上的不利益应止于由法院拟制举证人关于证据本身之主张为真实。而在公害纠纷、环境污染纠纷等证据构造性地偏在于一方当事人的现代型纷争,对违反证据协力义务的当事人科以证据上的不利益可扩张至由法院斟酌情形拟制该证据所证明之要件事实为真实,藉以发挥制裁之实效,谋求当事人武器平等原则之真正实现。第三人并非纷争主体,与裁判结果亦无直接利害关系,于其违反证据协力义务时,民诉立法可规定由法院命其负担因不履行证据协力义务所产生的诉讼费用,并可对其处以罚款、拘留等间接强制措施进行制裁。