

# 我国书证提出命令制度的研究与展望

陈 榕

中国海洋大学, 山东 青岛

收稿日期: 2022年10月13日; 录用日期: 2022年12月15日; 发布日期: 2022年12月22日

## 摘 要

民事诉讼案件中的证据审查过程, 由于民事法律关系的特殊性以及案件当事人的经济能力、社会角色以及掌握证据能力存在较大差距, 导致关键性证据往往处于其中一方当事人的控制之下, 另一方当事人几乎很难甚至无法获得所需要的重要证据。为解决这种证据偏在现象, 书证提出命令制度在我国逐步发展并完善起来, 但仍然存在主客体范围不恰、申请程序存在问题等缺陷。本文通过检视我国司法现状, 充分分析立法原理, 通过建议将第三人纳入主体范围、放宽书证载明内容、增加制裁手段等措施, 使得我国书证提出命令制度趋于完备, 从而解决证据偏在问题, 最大限度地保护当事人及案外第三人的证据收集和举证质证权利, 实现程序正义与实体正义的统一。

## 关键词

书证提出命令, 证据偏在, 武器平等, 协同主义, 案外第三人

# The Research and Prospect of the Order System of Documentary Evidence in China

Rong Chen

Ocean University of China, Qingdao Shandong

Received: Oct. 13<sup>th</sup>, 2022; accepted: Dec. 15<sup>th</sup>, 2022; published: Dec. 22<sup>nd</sup>, 2022

## Abstract

In the process of evidence review in civil litigation cases, due to the particularity of civil legal relations and the large gap between the parties' economic capacity, social role and ability to master evidence, key evidence is often under the control of one party, and the other party is almost difficult or even unable to obtain the important evidence needed. To solve this phenomenon of evidence bias, the documentary evidence order system has gradually developed and improved in China, but there are still some defects, such as inappropriate scope of subject and object, and

problems in application procedures. By reviewing the judicial status quo in China, fully analyzing the legislative principles, and proposing measures such as including the third party in the scope of the subject, relaxing the content of documentary evidence, and increasing sanctions, this paper makes our documentary evidence order system more complete, so as to solve the problem of evidence bias, maximize the protection of the rights of parties and third parties outside the case to collect evidence, provide evidence and cross examine evidence, and achieve the unity of procedural justice and substantive justice.

## Keywords

Documentary Order, The Evidence Is Biased, Equality in Arms, Synergism, Third Party Outside the Case

Copyright © 2022 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 民事诉讼书证提出命令制度的内涵

在民事诉讼中，证据对于双方当事人之间的争议能否解决、如何解决起到了关键作用。因此，在证据制度中，对证据的收集处于重中之重的地位。在此背景下，为了降低证据收集难度、提升证据收集质量而建立的书证提出命令制度就应运而生了。书证提出命令的通常含义指的是，当书证证据为对方当事人或诉讼外第三人占有或控制时，负担举证证明的一方当事人向法院提出申请，在法院审查后符合申请条件的基础上，法院发出书证提出命令，要求对方当事人或诉讼外第三人提交该书证证据到法院，实施证据收集的制度[1]。

在大陆法系国家或地区，如果证据为对方当事人或诉讼外第三人所有，当事人向法院提出要求对方当事人或诉讼外第三人提交证据的申请，法院通过发布书证提出命令等方式实施证据的收集。因此，在大陆法系国家或地区，作为向对方当事人或诉讼外第三人收集证据的最主要手段，书证提出命令制度对于发现真实、促进诉讼、保障当事人程序主体权等民事诉讼价值的实现发挥着重要作用。

## 2. 书证提出命令制度的必要性依据

由于民事诉讼裁判做出的依据是法官对双方当事人提出主张及对于主张的证明所形成的心证，因此，哪一方掌握了更多的、证明力更强的证据，哪一方就更有可能获得胜诉的结果。可是在诉讼的过程中可能会出现一种证据偏在的情形。这种证据偏在指的就是证据的不对称，即当事人双方获取证据的难易程度存在差距，一方的当事人较之另一方更容易获取证据，这种情况会导致负有证明责任的一方当事人会因无法提供证据而承担败诉的风险。

但是，民事诉讼所追求的价值目标之一是双方当事人之间纠纷解决的公平与正义，这就应当保证每一位当事人对证据的收集权利，因此，为了针对相对弱勢的当事人的证据收集能力进行补足，尽量去弥补因为证据偏在而造成的不平等，书证提出命令制度成为必然[2]。

### 2.1. 修正传统辩论主义

民事诉讼中的辩论主义对于当事人双方的对立性进行了突出，正是因为这种对立性，当一方当事人在针对己方主张进行证据收集及事实调查时，另一方当事人往往是不会予以配合的，同时也不愿意将处

于自己控制之下的、于己不利的证据令对方知悉或获得。在这种观念的基础之上，民事诉讼的双方之间是平等自由对抗的关系，均没有协助对方进行证明的义务。

辩论主义运行的基础便是基于一种前提认识——双方当事人的诉讼能力是平等的。可是具体的诉讼中，常常出现双方当事人的诉讼能力不对等的情况，双方当事人收集证据的能力、掌握司法资源的多少、了解司法信息的程度经常是不对等的。民事诉讼中的辩论主义很容易就会异变为强势一方控制诉讼的工具，成为强势一方主导甚至控制诉讼的“保护伞”。

## 2.2. 武器平等原则

由于民事诉讼中所奉行的是“谁主张谁举证”的原则，倘若提出主张的当事人不能够提出足以令裁判者信服的证据来证明待证事实，此时，承担举证责任的一方就很有可能面临败诉的风险。

现实中，能够较为顺利被调取的证据往往是掌握在己方控制范围内的证据，但是随着近年来劳动争议、消费者权益侵害、医疗事故纠纷和环境公益损害等现代型诉讼纠纷的增加，证据被更为强势的另一方当事人所控制的情形更多地出现，这更是阻碍了负有举证责任的当事人提出证据证明自己主张。

从趋利避害的心理考虑，不管是什么类型的案件，持有证据的一方都很有可能为了掩盖自己的行为或者基于某种利益的驱使而拒绝提交书证，甚至进行篡改、销毁，导致举证人难以维护自己的权利。这种利己的行为妨碍了当事人公平接近证据的机会，与诉讼目的相违背，也难以发现真实。因此司法实践中存在的证据偏在现象也需要“书证提出命令制度”来规制。

## 2.3. 协同主义诉讼模式

由于传统辩论主义的弊端日益暴露，私权利主体之间的民事诉讼不再被单纯视为当事人之间的私人问题。随着社会以及诉讼观念的变化，人们逐渐意识到，无论是刑事司法还是民事司法，司法从来都不是与社会公共利益毫无关联的。在民事诉讼中，司法既负有维护当事人合法利益的职责，又承担起定纷止争、维护社会和谐和使命。由此，协同主义诉讼模式便应运而生了。该模式强调在民事诉讼中，法官与当事人二者相互协同、相互促进<sup>[3]</sup>，最大程度上发挥法官与当事人的主观能动性并对诉讼施加影响。其中，当事人负有诉讼促进义务，共同发现实体真实是协同主义诉讼模式的重要因素<sup>[4]</sup>，当事人应当共同致力于案件事实的提出以及证据材料的使用等。这为文书提出命令制度的构建提供了诉讼理念和诉讼模式之基础，即当事人负有证据协助义务，在证据存在于一方当事人手中时，为尽力协助法官完成诉讼过程，当法官向该方当事人发出文书提出命令时，其应当主动配合。协同主义诉讼模式弥补了辩论主义对证据的分配不均问题<sup>[5]</sup>，极大地促进了双方提供证据的积极性，为我国书证提出命令制度奠定了价值根基。

## 3. 制度之历史沿革与问题提出

民事主体之间纠纷的复杂性、主体地位的差距性，大多体现在消费者权益保护案件、劳动合同纠纷案件、医疗事故损害赔偿等诉讼中，时常存在较为强势的一方，尤其当持有证据的主体为国有企事业单位等具有浓厚行政色彩的主体时，当事人很难甚至不敢向这些单位或团体收集证据<sup>[6]</sup>。此时证据材料往往仅保留在一方主体手中，由于事实境况的限制，他方当事人凭借自己的力量获取这种证据是非常困难的。倘若此时仍旧保持法院的消极中立地位，放任提出主张的一方自行解决证据问题，那么这种程序上的绝对平等终将导致实质意义上的不平等。因此，为了最大限度地还原案件事实，克服因证据偏在而给一方或双方当事人带来的不利影响，实现诉讼双方实质意义上的公平公正，我国民事诉讼立法与实践始终在书证提出命令制度的道路上不断探索。

2001年《关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《民事证据规定》)中,为证据持有人明确设定了证据提出义务,并设定了违反后果,即推定不利主张成立<sup>1</sup>。该规定系我国民事诉讼司法体系首次规定证据持有者应当承担证据提出义务,但该制度当时尚且刚刚起步,对于证据的类型、范围都没有予以明确,内容过于简单笼统、缺乏可操作性。其后,在2015年发布的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《民诉法解释》)中,第112条限定了提出命令制度的适用证据类型为书证,即首次确立了“书证提出命令制度”<sup>2</sup>。相较于2001年的相关规定,其在程序性条件、实际操作规范和违反后果方面具有明显进步,但是在可操作性与完备性程度上,还存在很大需要充实空间。自此之后很长一段时间,我国对于书证提出命令制度的探索成果并未在法律文件中得到体现。直到2019年新修的《民事证据规定》中,对客体范围、审查程序、提出义务的适用情形以及违反的法律后果等均作出了比较详细的规定。尤其是在第99条,将视听资料、电子数据明确纳入了书证提出命令的适用范围,解决了司法实践中长期存在的证据种类适用不一问题[7]。

但是,书证提出命令制度在我国尚处于起步阶段,虽然制度内容在历次完善中不断进步,但法律的滞后性特征难免会使司法实践的脚步先于法律规定。目前,我国书证提出命令制度仍然存在一定空间,需要我们在结合我国司法现实的基础上,进行完善和充实。

#### 4. 我国的书证提出命令及存在的问题

从我国对书证提出命令制度的历次革新与发展中可见,尊重案件事实是法院发现真实的前提[8],也是民事裁判得以为当事人和社会信服的基础。为了促进案件事实的查明,加之顺应以审判为中心的诉讼体制改革,书证提出命令制度的制度设计就应当更具合理性与可行性。但即使如此,在制度的运行过程中仍存在些许不足。

##### 4.1. 义务主体范围受限

主体方面,可以作为书证提出命令的申请人,具体身份是原告或被告在所不问,被申请人则是控制书证的对方当事人。我国法律规定,负有书证提出义务的主体限于控制书证的对方当事人,但是实践中并非所有的书证都处于对方当事人的控制之下,也可能被案外人控制。如果被申请人的范围仅限于当事人,这不利于保障当事人顺利收集偏在型证据。

##### 4.2. 客体范围规定不足

在具体的客体范围方面,《民诉法解释》对于书证提出命令制度的客体规定为所有的书证,而未对其范围进行界定。但是,我们认为何种书证应当提出,这与举证人的证据申请权的实现有着联系,书证种类的限定实际上是对书证持有人书证所有权的尊重和对申请人的诉讼平等权利进行价值衡量之后做出的选择。如若是申请人可以根据自己的好恶随意对所有类型的书证提出申请的话,便会导致申请人滥用权力进行摸索证明,还会对原书证持有人的书证所有权造成侵害,本来属于权利人享有的书证容易成为法院进行审查而决定是否出示的对象,可能会造成法院滥用裁量权的现象。

在后来出台的《民事证据规定》第47条对书证范围进行了限定,即:1)书证的当事人在诉讼中曾经引用过的书证;2)为对方当事人的利益制作的书证;3)对方当事人依照法律规定有权查阅、获取的书证;4)账簿、记账原始凭证;5)人民法院认为应当提交书证的其他情形。此外,还规定涉及国家秘密、商业秘密、当事人或第三人的隐私,或者存在法律规定应当保密的情形的,提交后不得公开质证。不仅

<sup>1</sup>《关于民事诉讼证据的若干规定》第75条:有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供,如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人,可以推定该主张成立。

<sup>2</sup>《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第112条:书证在对方当事人控制之下的,承担举证责任的当事人可以在举证期限届满前书面申请人民法院责令对方当事人提交。

保障了申请人的收集证据的权利，而且维护了国家社会公共利益和被申请人的秘密利益。

### 4.3. 提出申请形式存在矛盾

在申请的具体形式方面，根据我国法律规定，承担举证证明责任的当事人可以在举证期限届满前书面申请人民法院责令对方当事人提交书证，且申请书应当载明所申请提交的书证的名称或内容、需要以该书证证明的事实及事实的重要性、对方当事人控制该书证的根据以及应当提交该书证的理由，提交申请应当采用书面形式。这一规定似乎存在着逻辑上的缺陷，法律规定在提交申请书时应当载明内容，可是所申请的书证本身就掌握在对方当事人或其他案外第三人手中，如果此时，申请人只是知晓有该书证存在，但是在书证的产生或制作过程中，申请人并未参与其中，对于书证所包含的具体内容也并不清楚，那么这时，还要求申请人提供所申请书证的相关信息，申请人陷入此种尴尬处境，有违此制度设计的初衷。

### 4.4. 申请时间规定过于僵化

在申请的时间方面，我国法律规定，承担证明责任的一方当事人向法院申请书证持有人提交书证的期限为举证期限届满之前，与举证时限制度相同。但是例外情况的出现法律还未给出明确的处理方法。由于偏在型证据的存在，实践中隐蔽性的书证很难及时被申请人发现，会出现在举证期限届满后才发现有可申请的书证的存在，这种不可归责于申请人的申请迟延若是被一刀切，未免太过于严苛，也伤害了申请人的申请权。

### 4.5. 对于书证审查的缺失

在审查方面，要注意在保障一方当事人证据收集权的同时，也不应忽视对另一方当事人隐私及秘密的保护，因此，对申请的必要性审查必不可少，同时，在法院提取和收集书证的过程中也要注意对书证的核实，如果发现书证涉及另一方当事人的隐私或其他利益，应注意保密和利益的维护。在对书证进行审查时，法院应当组织听取双方当事人的意见，如有必要，可以要求双方就证据的申请进行辩论。但令人思考的是，我国尚未明确申请书的范式和审查标准，书证提出命令固然给当事人收集证据提供了便利，但同时也会滥用诉权拖延诉讼，可能损害书证持有人及第三人的利益，所以人民法院在审查作出命令时，必须建立在确有必要的基础之上。因此，法院审查时应当有一个法律上明文规定、便于操作的标准。

在前面的论述中已经提到，我国目前的书证提出命令仅针对当事人，而承担违反书证提出命令的法律后果的主体也只是限定在被申请人一方，对于持有相关书证的第三人无正当理由不提交书证的制裁措施并无明文规定，目前只能是以妨害诉讼的进行来规制。

## 5. 对我国书证提出命令的发展设想

素来作为“证据之王”的书证通常处于举证责任人之外的主体手中，在民事案件日益增多，法官审判压力巨大，当事人自行取证困难，导致案件证明难度增大，造成诉讼积压的现状下，书证提出命令的发展在我国意义重大。这一制度为解决当事人取证难的问题带来了一种解决的手段，有利于充分解决证明责任主体与证据材料位置之间分离的现象[9]。前文分析得出结论，书证提出命令制度的相关配套规定还不健全，这不利于制度功能的运转与发挥，基于此，我们对书证提出命令的立法发展与完善提出几点设想。

### 5.1. 扩张义务主体范围

现行的书证提出命令的义务主体范围中并不包含持有书证的案外第三人，这种将第三人排除在外的

法律规定给当事人书证的收集设置了阻碍，与制度的设计目的相违背。收集书证的目的在于更好的进行证明活动以尽快地明确案件事实，考虑到更为全面的情况，将案外第三人也纳入义务主体的范围有必要性。当然，如果要将案外的第三人纳入义务主体的范围，那么对于此类义务主体的权利同样也要予以保护，对被申请人隐私权的保护同样也应继续适用。

## 5.2. 放宽书证载明内容

现行的要求申请人在申请时载明所要求申请的书证的相关详细信息的规定存在着一定的逻辑漏洞，从书证提出命令的目的及诉讼经济的角度来分析，这种负担的增加是没有必要的。立法改进的方向应当是，只要申请人在提交书证申请时所载明的信息能够使得书证特定化即可，不必对书证内容的要求过于严苛。当然对于诸如义务主体确实持有该书证的证明、申请书证的必要性等决定申请是否通过的理由及说明，仍是必不可少的，因为这是法官作出判断的依据。

## 5.3. 规定逾期申请的法律后果

对于书证提出命令的申请提出的时间有着明确的规定，即在举证期限届满前提出。但是前文叙述的可能由于不可归责于申请人自身的原因或书证本身偏在而导致的隐蔽性都会给申请造成阻碍，导致申请的逾期，因此，对于申请期限的严苛限定不符合现实的要求。

对于实际中出现的申请逾期的情况，法官应当对相关书证对于全案的重要程度以及申请逾期的原因等因素进行一个综合的考量，之后再做出是否准予申请的决定。同时，对于一方当事人申请书证提出命令而被驳回的，应当给予一定的救济途径<sup>[10]</sup>，比如允许进行复议或是说明理由后的再次申请，这不仅是对当事人诉讼权利的保障，也可以避免因法官的错误判断而对全案造成不可挽回的影响，甚至可以规避二审或再审程序的启动，节约审判资源。

## 5.4. 其他证据准用提出命令制度

虽然书证因其本身所具有的能够表达思想或事实的特征，在民事诉讼的证据体系中占据重要地位，但是一个民事案件，不可能仅凭书证就能起到对当事人全部主张的证明作用。书证提出命令制度的设计初衷便是为了平衡当事人之间真实存在的收集证据能力之间的差距，因此，可以对“提出命令”的制度内涵进行扩张，适度地将诸如电子数据、视听资料等证据类型也纳入“提出命令”的适用范围，保障当事人证明权的顺利实现。

## 5.5. 增加对书证持有人的保护

倘若被申请的书证的类型涉及国家安全、公共安全、内容涉及特殊职业需要所取得的涉密书证、或其他一经开示将有造成书证持有人或第三人重大损害之可能，那么此时法官要求被申请的书证不必对申请人部分或全部开示，而直接由法官本人进行秘密审查。这样不仅保护了书证持有人，降低了可能发生损害的风险，也避免了可能有申请人恶意利用书证提出命令制度来达到自己知悉书证具体内容的目的。

## 6. 结语

书证提出命令制度出于解决证据分配不均，保障民事诉讼当事人的举证质证权利，并最终达到追求实体真实的司法目标而产生。至此，我国书证提出义务制度在理论上与实践上已自成体系，是我国民事诉讼中关于证据制度的重要发展成果，并且在司法实践的回应与要求中不断修正和完善。

书证提出命令制度的发展无疑对弥补民事诉讼中双方当事人收集证据能力上的差距产生了利好，此制度的出现，使得自行取证难的问题得到了缓解。掌握在另一方当事人手中的书证得以出现在法庭上，

成为还原案件事实的依据，对证明活动起到帮助，这大大缓解了因为证据收集难而造成的诉讼迟延，对我国司法资源的节约也起到了促进作用。虽然在制度的运行中暴露出主体范围过窄、申请形式与申请时间过于僵化等问题，制度的设计初衷与目标仍是正确的，暴露出的问题也都能找到较为合适的解决方法。本文基于对书证提出命令的认识，立足于我国立法、司法现状，分析了制度运行的问题，并针对问题给出了改革的方向建议，一切制度的发展都不能背离社会发展的规律，都应当以当事人的权利保障作为基础，如此方能更好地发挥文书提出义务制度之实效，这是实现武器平等、维持制度良好运行的前提。

## 参考文献

- [1] 张卫平. 民事诉讼法学[M]. 北京: 法律出版社, 2019: 217-218.
- [2] 吴俊. 适时提出主义——以“新的证据”与证据失权的关系为中心[J]. 北方法学, 2019, 13(1): 17.
- [3] 唐力. 辩论主义的嬗变与协同主义的兴起[J]. 现代法学, 2005(11): 79.
- [4] 田平安, 刘春梅. 试论协同型民事诉讼模式的建立[J]. 现代法学, 2003(1): 83-88.
- [5] 杨严炎. 论民事诉讼中的协同主义[J]. 中国法学, 2020(5): 284-302.
- [6] 肖建国. 现代型民事诉讼的结构和功能[J]. 政法论坛, 2008(1): 122.
- [7] 高波. 电子数据偏在问题之解决——基于书证提出义务规则的思考[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2019(2): 69-75.
- [8] 胡学军. 前进抑或倒退: 事案阐明义务论及其对我国的启示[J]. 法学论坛, 2014, 29(5): 103-106.
- [9] 曹建军. 论书证提出命令的制度扩张与要件重构[J]. 当代法学, 2021(1): 128.
- [10] 张卫平. 当事人文书提出义务的制度建构[J]. 法学家, 2017(3): 43-44.