



“十二五”普通高等教育本科国家级规划教材



新编21世纪法学系列教材

总主编 曾宪义 王利明

简明证据法学

第四版

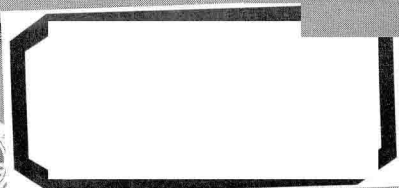
Law of Evidence

主 编 何家弘 张卫平

 中国人民大学出版社



“十二五”普通高



材

总主编 曾宪义 王利明

简明证据法学

第四版

Law of Evidence

主 编 何家弘 张卫平
副主编 高家伟 李学军 刘品新

撰稿人 (以姓氏笔画为序)

刘昊阳 刘品新 李学军 吴丹红
何家弘 张 斌 张卫平 房保国
高家伟 郭小冬 廖 明

中国人民大学出版社
· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

简明证据法学/何家弘, 张卫平主编. —4 版. —北京: 中国人民大学出版社, 2016. 1
新编 21 世纪法学系列教材
ISBN 978-7-300-22270-7

I. ①简… II. ①何… ②张… III. ①证据—法学—高等学校—教材 IV. ①D915. 130. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 316613 号

“十二五”普通高等教育本科国家级规划教材

新编 21 世纪法学系列教材

总主编 曾宪义 王利明

简明证据法学 (第四版)

主 编 何家弘 张卫平

副主编 高家伟 李学军 刘品新

Jianming Zhengjufaxue

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511770 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京昌联印刷有限公司

版 次 2007 年 4 月第 1 版

规 格 185 mm×260 mm 16 开本

2016 年 11 月第 4 版

印 张 19.25

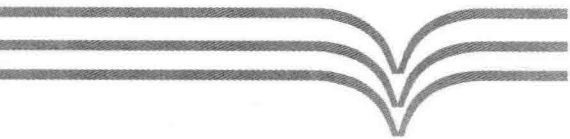
印 次 2016 年 11 月第 1 次印刷

字 数 455 000

定 价 39.80 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换



总 序

曾憲義

在人类文明与文化的发展中，中华民族曾作出过伟大的贡献，不仅最早开启了世界东方文明的大门，而且对人类法治、法学及法学教育的生成与发展进行了积极的探索与光辉的实践。

在我们祖先生存繁衍的土地上，自从摆脱动物生活、开始用双手去进行创造性的劳动、用人类特有的灵性去思考以后，我们人类在不断改造客观世界、创造辉煌的物质文明的同时，也在不断地探索人类的主观世界，逐渐形成了哲学思想、伦理道德、宗教信仰、风俗习惯等一系列维系道德人心、维持一定社会秩序的精神规范，更创造了博大精深、义理精微的法律制度。应该说，在人类所创造的诸种精神文化成果中，法律制度是一种极为奇特的社会现象。因为作为一项人类的精神成果，法律制度往往集中而突出地反映了人类在认识自身、调节社会、谋求发展的各个重要进程中的思想和行动。法律是现实社会的调节器，是人民权利的保障书，是通过国家的强制力来确认人的不同社会地位的有力杠杆，它来源于现实生活，而且真实地反映现实的要求。因而透过一个国家、一个民族、一个时代的法律制度，我们可以清楚地观察到当时人们关于人、社会、人与人的关系、社会组织以及哲学、宗教等诸多方面的思想与观点。同时，法律是一种具有国家强制力、约束力的社会规范，它以一种最明确的方式，对当时社会成员的言论或行动作出规范与要求，因而也清楚地反映了人类在各个历史发展阶段中对于不同的人所作出的种种具体要求和限制。因此，从法律制度的发展变迁中，同样可以看到人类自身不断发展、不断完善的历史轨迹。人类社会几千年的国家文明发展历史已经无可争辩地证明，法律制度乃是维系社会、调整各种社会关系、保持社会稳定的重要的工具。同时，法律制度的不断完善，也是人类社会文明进步的显著体现。

由于发展路径的不同、文化背景的差异，东方社会与西方世界对于法律的意义、底蕴的理解、阐释存有很大的差异，但是，在各自的发展过程中，都曾比较注重法律的制定与完善。中国古代虽然被看成是“礼治”的社会、“人治”的世界，被认为是“只有刑，没有法”的时代，但从《法经》到《唐律疏议》、《大清律例》等数十部优秀成文法典的存在，充分说明了成文制定法在中国古代社会中的突出地位，唯这些成文法制所体现出的精神旨趣与现代法律文明有较大不同而已。时至20世纪初叶，随着西风东渐、东西文化交流加快，中国社会开始由古代的、传统的社会体制向近现代文明过渡，建立健全的、符合现代理性精神的法律文明体系方成为现



代社会的共识。正因为如此，近代以来的数百年间，在西方、东方各主要国家里，伴随着社会变革的潮起潮落，法律改革运动也一直呈方兴未艾之势。

从历史上看，法律的文明、进步，取决于诸多的社会因素。东西方法律发展的历史均充分证明，推动法律文明进步的动力，是现实的社会生活，是政治、经济和社会文化的变迁；同时，法律内容、法律技术的发展，往往依赖于一大批法律专家以及更多的受过法律教育的社会成员的研究和推动。从这个角度看，法学教育、法学研究的发展，对于法律文明的发展进步，也有着非常重要的意义。正因为如此，法学教育和法学研究在现代国家的国民教育体系和科学研究体系中，开始占有越来越重要的位置。

中国近代意义上的法学教育和法学研究，肇始于19世纪末的晚清时代。清光绪二十一年（公元1895年）开办的天津中西学堂，首次开设法科并招收学生，虽然规模较小，但仍可以视为中国最早的近代法学教育机构（天津中西学堂后改名为北洋大学，又发展为天津大学）。三年后，中国近代著名的思想家、有“维新骄子”之称的梁启超先生即在湖南《湘报》上发表题为《论中国宜讲求法律之学》的文章，用他惯有的富有感染力的激情文字，呼唤国人重视法学，发明法学，讲求法学。梁先生是清代末年一位开风气之先的思想巨子，在他的辉煌的学术生涯中，法学并非其专攻，但他仍以敏锐的眼光，预见到了新世纪中国法学研究和法学教育的发展。数年以后，清廷在内外压力之下，被迫宣布实施“新政”，推动变法修律。以修订法律大臣沈家本为代表的一批有识之士，在近十年的变法修律过程中，在大量翻译西方法学著作，引进西方法律观念，有限度地改造中国传统的法律体制的同时，也开始推动中国早期的法学教育和法学研究。20世纪初，中国最早设立的三所大学——北洋大学、京师大学堂、山西大学堂均设有法科或法律学科目，以期“端正方向，培养通才”。1906年，应修订法律大臣沈家本、伍廷芳等人的奏请，清政府在京师正式设立中国第一所专门的法政教育机构——京师法律学堂。次年，另一所法政学堂——直属清政府学部的京师法政学堂也正式招生。这些大学法科及法律、法政学堂的设立，应该是中国历史上近代意义上的正规专门法学教育的滥觞。

自清末以来，中国的法学教育作为法律事业的一个重要组成部分，随着中国社会的曲折发展，经历了极不平坦的发展历程。在20世纪的大部分时间里，中国社会一直充斥着各种矛盾和斗争。在外敌入侵、民族危亡的沉重压力之下，中国人民为寻找适合中国国情的发展道路而花费了无穷的心力，付出过沉重的代价。从客观上看，长期的社会骚动和频繁的政治变迁曾给中国的法治与法学带来过极大的消极影响。直至70年代末期，以“文化大革命”宣告结束为标志，中国社会从政治阵痛中清醒过来，开始用理性的目光重新审视中国的过去，规划国家和社会的未来，中国由此进入长期稳定、和平发展的大好时期，以这种大的社会环境为背景，中国的法学教育也获得了前所未有的发展机遇。

从宏观上看，实行改革开放以来，经过二十多年的努力，中国的法学教育事业所取得的成就是辉煌的。首先，经过“解放思想，实事求是”思想解放运动的洗礼，在中国法学界迅速清除了极左思潮及苏联法学模式的一些消极影响，根据本国国情建设社会主义法治国家已经成为国家民族的共识，这为中国法学教育和法学研究的发展奠定了稳固的思想基础。其次，随着法学禁区的不断被打破、法学研究的逐步深入，一个较为完善的法学学科体系已经建立起来。理论法学、部门法学各学科基本形成了比较系统和成熟的理论体系和学术框架，一些随着法学研究逐渐深入而出现的法学子学科、法学边缘学科也渐次成型。1997年，国家教育主管部门和

教育部高校法学学科教学指导委员会对原有专业目录进行了又一次大幅度调整,决定自1999年起法学类本科只设一个单一的法学专业,按照一个专业招生,从而使法学学科的布局更加科学和合理。同时,在充分论证的基础上,确定了法学专业本科教学的14门核心课程,加上其他必修、选修课程的配合,由此形成了一个传统与更新并重、能够适应国家和社会发展需要的教学体系。法学硕士和博士研究生及法律硕士专业学位研究生的专业设置、课程教学和培养体系也日臻完善。再次,法学教育的规模迅速扩大,层次日趋齐全,结构日臻合理。目前中国有六百余所普通高等院校设置了法律院系或法律本科专业,在校本科学生和研究生已达二十余万人。除本科生外,在一些全国知名的法律院校,法学硕士研究生、法律硕士专业学位研究生、法学博士研究生已经逐步成为培养的重点。

众所周知,法律的进步、法治的完善,是一项综合性的社会工程。一方面,现实社会关系的发展,国家政治、经济和社会生活的变化,为法律的进步、变迁提供动力,提供社会的土壤。另一方面,法学教育、法学研究的发展,直接推动法律进步的进程。同时,全民法律意识、法律素质的提高,则是实现法治国理想的关键的、决定性的因素。在社会发展、法学教育、法学研究等几个攸关法律进步的重要环节中,法学教育无疑处于核心的、基础的地位。中国法学教育过去二十多年所走过的历程令人激动,所取得的成就也足资我们自豪。随着国家的发展、社会的进步,在21世纪,我们面临着更严峻的挑战和更灿烂的前景。“建设世界一流法学教育”,任重道远。

首先,法律是建立在经济基础之上的上层建筑,以法治为研究对象的法学也就成为一门实践性很强的学科。社会生活的发展变化,势必要对法学教育、法学研究不断提出新的要求。经过二十多年的奋斗,中国改革开放的前期目标已顺利实现。但随着改革开放的逐步深入,国家和社会的一些深层次问题,比如说社会主义市场经济秩序的真正建立、国有企业制度的改革、政治体制的完善、全民道德价值的重建、环境保护和自然资源的合理利用等等,也已经开始浮现出来。这些复杂问题的解决,无疑最终都会归结到法律制度的完善上来。建立一套完善、合理的法律制度,构建理想的和谐社会,乃一项持久而庞大的社会工程,需要全民族的智慧和努力。其中的基础性工作,如理论的论证、框架的设计、具体规范的拟订、法律实施中的纠偏等等,则有赖于法学研究的不断深入,以及高素质人才特别是法律人才的养成,而培养法律人才的任务,则是法学教育的直接责任。

其次,21世纪是一个多元化的世纪。20世纪中叶发生的信息技术革命,正在极大地改变着我们的世界。现代科学技术,特别是计算机网络信息技术的发展,使传统的生活方式、思想观念发生了根本的改变,并由此引发许多人类从未面对过的问题。就法学教育而言,在21世纪所要面临的,不仅是教学内容、研究对象的多元化问题,而且还有培养对象、培养目标的多元化、教学方式的多元化等一系列问题,这些问题都需要法学界去思考、去探索。

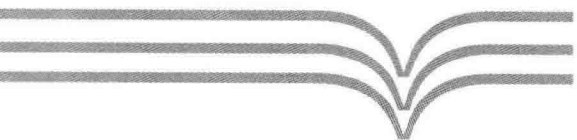
中国人民大学法学院建立于1950年,是新中国诞生后创办的第一所正规高等法学教育机构。在半个多世纪的岁月中,中国人民大学法学院以其雄厚的学术力量、严谨求实的学风、高水平的教学质量以及丰硕的学术研究成果,在全国法学教育领域处于领先地位,并开始跻身于世界著名法学院之林。据初步统计,中国人民大学法学院已经为国家培养法学专业本科生、硕士生、博士生一万余人,培养各类成人法科学生三十余万人。经过多年的努力,中国人民大学法学院形成了较为明显的学术优势,在现职教师中,既有一批资深望重、在国内外享有盛誉的

法学前辈,更有一大批在改革开放后成长起来的优秀中青年法学家。这些老中青法学专家多年来在勤奋研究法学理论的同时,也积极投身于国家的立法、司法实践,对国家法制建设贡献良多。

有鉴于此,中国人民大学法学院与中国人民大学出版社经过研究协商,决定结合中国人民大学法学院的学术优势和中国人民大学出版社的出版力量,出版一套“21世纪法学系列教材”。自1998年开始编写出版本科教材,包括按照国家教育部所确定的法学专业核心课程和其所颁布印发的《全国高等学校法学专业核心课程基本要求》而编写的14门核心课程教材,也包括法学各领域、各新兴学科教材及教学参考书和案例分析在内,到2000年12月3日在人民大会堂大礼堂召开举世瞩目的“21世纪世界百所著名大学法学院院长论坛暨中国人民大学法学院成立五十周年庆祝大会”之时,业已出版了50本作为50周年院庆献礼,到现在总共出版了80本。为了进一步适应高等法学教育发展的形势和教学改革的需要,最近中国人民大学法学院与中国人民大学出版社决定将这套教材扩大为四个系列,即:“本科生用书”、“法学研究生用书”、“法律硕士研究生用书”以及“司法考试用书”,总数将达二百多本。我们设想,本套教材的编写,将更加注意“高水准”与“适用性”的合理结合。首先,本套教材将由中国人民大学法学院具有全国影响的各学科的学术带头人领衔,约请全国高校优秀学者参加,形成学术实力强大的编写阵容。同时,在编写教材时,将注意吸收中国法学研究的最新的学术成果,注意国际学术发展的最新动向,力求使教材内容能够站在21世纪的学术前沿,反映各学科成熟的理论,体现中国法学的水平。其次,本套教材在编写时,将针对新时期学生特点,将思想性、学术性、新颖性、可读性有机结合起来,注意运用典型生动的案例、简明流畅的语言去阐释法律理论与法律制度。

我们期望并且相信,经过组织者、编写者、出版者的共同努力,这套法学教材将以其质量效应、规模效应,力求成为奉献给新世纪的精品教材,我们诚挚地祈望得到方家和广大读者的教正。

2006年7月1日



序 言

法学教育是高等教育的重要组成部分，是建设社会主义法治国家、构建社会主义和谐社会的重要基础，并居于先导性的战略地位。在我国社会转型的新世纪、新阶段，法学教育不仅要为建设高素质的法律职业共同体服务，而且要面向全社会培养大批治理国家、管理社会、发展经济的高层次法律人才。近年来，法学教育取得了长足的进步，法科数量增长很快，教育质量稳步提高，培养层次日渐完善，目前已经形成了涵盖本科生、第二学士学位生、法学硕士研究生、法律硕士研究生、法学博士研究生的完整的法学人才培养体系，接受法科教育已经成为莘莘学子的优先选择之一。随着中国法治事业的迅速发展，我们有理由相信，中国法学教育的事业大有可为，中国法学教育的前途充满光明。

教育的基本功能在于育人，在于塑造德才兼备的高素质人才。法学教育的宗旨并非培养只会机械适用法律的“工匠”，而承载着培养追求正义、知法懂法、忠于法律、廉洁自律的法律人的任务。要完成法学教育的使命，首先必须认真抓好教材建设。我始终认为，教材是实现教育功能的重要工具和媒介，法学教材不仅仅是法学知识传承的载体，而且是规范教学内容、提高教学质量的关键，对法学教育的发展有着不可估量的作用。

第一，法学教材是传授法学基本知识的工具。初学法律，既要有好的老师，又要有好的教材。正如冯友兰先生所言：“学哲学的目的，是使人作为人能够成为人，而不是成为某种人。其他的学习（不是学哲学）是使人能够成为某种人，即有一定职业的人。”一套好的教材，能够高屋建瓴地展示法律的体系，能够准确简明地阐释法律的逻辑，能够深入浅出地叙述法律的精要，能够生动贴切地表达深奥的法理。所以，法学教材是学生学习的向导，是学生步入法律殿堂的阶梯。如果在入门之初教材就有偏颇之处，就可能误人子弟，学生日后还要花费大量时间与精力来修正已经形成的错误观念。

第二，法学教材是传播法律价值理念的载体。好的法学教材不仅要传授法学知识，更要传播法律的精神和法治的理念，例如对公平、正义的追求，尊重权利的观念。本科、研究生阶段的青年学子，正处在人生观、价值观形成的阶段，一套优秀的法学教材，对于他们价值观的塑造和健全人格的培养具有重要意义。

第三，法学教材是形成职业共同体的主要条件。建设社会主义法治国家，有赖于法律职业

共同体的生成。一套好的法学教材，向法律研习者传授共同的知识，这对于培养一个接受共同的价值理念、共同的法律思维、共同的话语体系的法律共同体，具有重要的作用。

第四，法学教材是所有法律研习者的良师益友。没有好的教材，一个好的教师或可弥补教材的欠缺和不足，但对那些没有老师指导的自学者而言，教材就是老师，其重要作用是显而易见的。

长期以来，在我们的评价体系中，教材并没有获得应有的注重，对学术成果的形式优先考虑的往往是专著而非教材。在不少人的观念中，教材与创新、与学术精品甚至与学术无缘。其实，要真正写出一部好的教材，其难度之大、工作之艰辛、影响之深远，绝不低于一部优秀的专著，它甚至可以成为在几百年甚至更长的时间内发挥作用的传世之作。以查士丁尼的《法学阶梯》为例，所谓法学阶梯，即法学入门之义，就是一部教材。但它概括了罗马法的精髓，千百年来，一直是人们研习罗马法最基本的著述。日本著名学者我妻荣说过，大学教授有两大任务：一是写出自己熟悉的专业及学术领域的讲义乃至教科书；二是选择自己最有兴趣、最看重的题目，集中精力进行终生的研究。实际上，这两者是相辅相成的。写出一部好教材，必须要对相关领域形成一个完整的知识体系，还要能以深入浅出的语言将问题讲清楚、讲明白。没有编写教材的基本功，实际上也很难写出优秀的专著。当然，也只有对每一个专题都有一定研究，才能形成对这个学术领域的完整把握。

虽然近几年我国法学教育发展迅速，成绩显著，但是法学教育也面临许多挑战。各个学校的师资队伍和教学质量参差不齐，这就更需要推出更多的结构严谨、内容全面、角度各有侧重、能够适应不同需求的法学教材，为提高法学教学和人才培养质量、保障法学教育健康发展提供前提条件。

长期以来，中国人民大学法学院始终高度重视教材建设。作为新中国成立后建立的第一所正规的法学教育机构，中国人民大学法律系最早开设了社会主义法学教学课堂，编写了第一套社会主义法学讲义，培养了新中国第一批法学本科生和各学科的硕士生、博士生，产生了新中国最早的一批法学家和法律工作者。中国人民大学法律系因此被誉为“新中国法学教育的工作母机”。半个多世纪以来，中国人民大学法学院为社会主义法制建设培养了大批优秀的法律人才，并为法学事业的振兴和繁荣作出了卓越贡献，也因此成为引领中国法学教育的重镇、凝聚国内法律人才的平台和沟通中外法学交流的窗口，并在世界知名法学院行列中崭露头角。为了对中国法学教育事业作出更大的贡献，我们有义务也有责任出版一套体现我们最新研究成果的法学教材。

承蒙中国人民大学出版社的大力支持，我们组织编写了本套教材，其中包括本科生用书、法律硕士研究生用书、法学研究生用书和司法考试用书四大系列，分别面向不同层次法学教育需求。编写人员以中国人民大学法学院教师为主，反映了中国人民大学法学院整体的研究实力和学术视野。相信本套教材的出版，一定能够为新时期法学教育的繁荣发展发挥应有的作用。

是为序。

2006年7月10日



第四版前言

2014年10月召开的中国共产党第十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出，要建设中国特色社会主义法治体系，要建设社会主义法治国家。诚然，我们不能期望通过一次会议就实现法治，但是这次会议有可能成为中国法治发达史中的一座里程碑，而关键还要看四中全会决定的具体内容能否在未来数年内得到践行。

四中全会之后，“让法治成为信仰”的说法颇为流行。有人还借美国法学家哈罗德·伯尔曼（Harold J. Berman, 1918—2007）之口，声称“要让法律成为信仰”。我以为，法律是不能被信仰的，因为法律都是现实的条文，不可能尽善尽美，是需要不断修改完善的。譬如，我国《宪法》第1条规定：“中华人民共和国是工人阶级领导的、以工农联盟为基础的社会主义国家。”这一表述是否科学准确地阐明了当下中国的国家性质？我不是政治学专家，不敢妄加评论，但是总感觉这是特定历史条件下的言说，如今似乎已不合时宜。众所周知，专政是以暴力为支撑的。许多国家的历史经验都表明，专政可以维持社会的稳定甚至达至国家的强大，但是不能实现社会的和谐。在当下中国，我们经常看到各种各样的暴力，官对民的暴力，民对官的暴力，民对民的暴力。因此中国人的目标就是要构建和谐社会，而“专政”的说法显然不符合这一目标。另外，这种表述也有些自相矛盾，因为在任何“专政”之下都不可能实现真正意义上的“人民民主”。全国人大应当选适当时机修订《宪法》中的这一表述。其实，任何一个国家的现行法律中都有这样或那样的缺陷，甚至存在违背法之精神的恶法。这样的法律怎么可以成为人民的信仰呢？

伯尔曼教授在《法律与宗教》（梁治平译，三联书店1991年版）一书中说过这样一句话：“法律必须被信仰，否则它将形同虚设。”（The law must be believed in, or it will exist in name only.）他也确实在该书中论及了法律与信仰的关系。他认为，在犹太教和基督教里，法律被理解成上帝之爱、信仰和神思的一个方面，因此“没有信仰的法律将退化为僵死的教条”。然而，他的本意并不是要把法律作为一种信仰。我以为，在上面这句话中，believed in的意思就是“相信”或“信真”，将其翻译为“信仰”恐怕是小词大译，而且会以讹传讹。

信仰是人类心灵深处的产物，是人们对生命、对生活、对世界所持有且必须捍卫的根本信念。信仰往往是超越社会现实的价值追求，甚至是偏离人类理性的超验真理。现实社会中的法律显然不具有这样的属性，因而不可能成为信仰的对象。但是，法律必须被人们相信，否则就无法发挥规范人们行为的功能。我想，这才是伯尔曼教授要表达的意思。其实，中国古代法家人物商鞅在两千多年前就提出过类似的观点。他认为法治有三个基本要素，即法、信、权。其

中的“信”，就是指百姓对法律的相信和信任，或曰“信法为真”。由此可见，法律应该被相信，但是不能被信仰。

那么，法治能够被信仰吗？我的回答是肯定的。但是，它不能作为大众的信仰，只能作为小众的信仰。法治是建立在良法和善法基础上的社会形态，其基本信条是法律至上和人人平等。法治的主要目标不是“治民”，而是“治官”。当然，老百姓也要守法，但是对于法治来说，更为重要的是国家官员必须严格按照法律规定去行使手中的权力。一言以蔽之，法治的要旨是“治官限权”。由此推见，为官者一般都不会真心喜欢法治，更不会信仰法治。按理说，老百姓应该喜欢法治，因为老百姓是法治的受益者。在社会生活中，老百姓无权无势，自然希望有一套公平的法律来保护其权利。但是，法治并不具有宗教的品质，不可能成为普罗大众的信仰。让老百姓都把法治作为信仰就像让所有官员都把法治作为信仰一样是极为天真的。

诚然，在许多国家中都有一些信仰法治并推行法治的官员，但那往往只是少数。我以为，真正应该信仰法治的人是法律人，包括法官、检察官、律师和法学教师。法律人应该以法治为职业追求。虽然法律人不可能都像古希腊的法学家苏格拉底那样去以身殉法，但是法律人应该为实现法治的理想而奋争和求索。对于承担司法职能的法官和检察官来说，信仰法治尤为重要，唯此才可以摒弃“长官至上”的思维习惯，并培养“法律至上”的司法观念。

推行法治有两个基本环节：其一是立法，其二是执法。无法律当然无法治，有法律也未必有法治。衡量一个国家的法治发展水平，最重要的标准不是立法，而是执法。习近平主席指出：“法律的生命在于实施。如果有了法律而不实施，或者实施不力，搞得有法不依、执法不严、违法不究，那制定再多的法律也无济于事。”因此，四中全会确定的目标是建设“法治体系”，而且强调“法律的生命力在于实施”，要“实现科学立法、严格执法、公正司法、全民守法”。“全民守法”的目标并不是让全体国民都信仰法治，而是让大家养成法治的行为习惯。其实，“全民守法”是不可能实现的。在一个国家中，如果有80%的公民养成守法习惯，那就是相当法治了。在当下中国，具有守法习惯的公民大概还不足20%，人们对交通法规的态度就是很好的例证。

那么，如何才能让人们养成守法的行为习惯呢？先哲有言，国无常强，无常弱；奉法者强则国强，奉法者弱则国弱。所谓“奉法者强则国强”，就是说，如果在一个国家里，遵纪守法的人能够成为强势群体，那么这个国家就能保持强大；所谓“奉法者弱则国弱”，则是说，如果在一个国家里，遵纪守法的人属于弱势群体，老老实实按规则做事的人总成为吃亏倒霉的群体，那么这个国家就不能保持强大。当下中国面临的主要问题之一就是奉法者不强。因此，中国要建成现代法治国家，就必须创建“奉法者强”的社会行为环境，以使越来越多的人养成法治行为习惯。而这一进程必须通过自上而下和上行下效来完成。当各种享有特权的车辆无视交规的时候，普通市民不可能遵守交规。当政府官员都不把宪法当回事的时候，普罗大众也不可能敬畏宪法。因此，领导干部必须率先垂范，社会中守法的人才会愈来愈多。大多数官员和百姓都养成法治习惯之时，就是中国实现法治之日。

证据法是法律体系的组成部分。证据法的实施情况也在一定程度上反映了一个国家法治的发展水平。

何家弘

2016年8月写于北京世纪城痴醒斋



编写说明

在过去十年内，证据法学在中国有了长足的发展。一方面，理论研究不断向纵横两个方向拓展；另一方面，学术研究成果不断转入司法实践。于是，证据法学成为了中国法学领域内引人注目的“显学”，相关的专著和教材也成为了法学出版界的“热点”。仅本人主编的与证据法学有关的著作就有三四十部。在编写这些著作——特别是教材——的过程中，以及在给不同对象讲授证据法学的过程中，我逐渐加深了对证据法学知识体系的认识，也逐渐认识到“因人施教”在证据法学教育中的重要性。

证据法学是博大精深的，其知识体系中既有深奥的哲理也有实用性规则和方法。不同的学生，对证据法学具体知识的需求也会有所不同。然而，由于我国目前的证据法学教材体系大同小异，所以无论是实务型学生还是研究型学生，无论是本科生还是研究生，学习的内容基本相同。特别是对法学本科生和法学研究生的教学来说，教材内容基本重复，未能体现本科教学与研究生教学的连续性和差异性。因此，我便有了给法学本科生和研究生分别编写证据法学教材的想法。去年，我主编了一部面向法学研究生的教材——《证据法学研究》（中国人民大学出版社2007年1月出版），因此就决定把本书编写成一部面向本科生的兼顾基础性和实用性的教材。同时，为了提高初学者对证据法学的兴趣，我们吸收了“案例教学法”的优点，每章的内容针对学生在学习过程中可能产生的问题设计，而且通过案例展开由浅入深的讨论。这既体现了我们编写这部《简明证据法学》的宗旨，也体现了我们在教材编写形式上的一种尝试。我相信，讲授证据法学的教师和学习证据法学的学生都会喜欢这部教材的。

中国人民大学法学院

证据学研究所 所长

何家弘

2007年3月写于北京世纪城痴醒斋



编写分工

本教材的编写分工如下（以编写章次为序）：

刘品新（中国人民大学法学院教授、法学博士）：第一、十五章；

何家弘（中国人民大学法学院教授、法学博士）：第二、六章；

张 斌（四川大学法学院教授、法学博士）：第三章；

吴丹红（中国政法大学副教授、法学博士）：第四、十一章；

高家伟（中国政法大学教授、法学博士）：第五、十四章；

刘昊阳（中国民航管理干部学院副教授、法学博士）：第七章；

李学军（中国人民大学法学院教授、法学博士）：第八章；

张卫平（清华大学法学院教授、法学博士）：第九、十三章；

郭小冬（天津师范大学教授、法学博士）：第十章；

房保国（中国政法大学副教授、法学博士）：第十二章；

廖 明（北京师范大学刑事法律科学研究院副教授、法学博士）：第十六章。

《 》* 任课教师调查问卷

为了能更好地为您提供优秀的教材及良好的服务,也为了进一步提高我社法学教材出版的质量,希望您能协助我们完成本次小问卷,完成后您可以在我社网站中选择与您教学相关的1本教材作为今后的备选教材,我们会及时为您邮寄送达!如果您不方便邮寄,也可以申请加入我社的法学教师QQ群:83961183(申请时请注明法学教师),然后下载本问卷填写,并发往我们指定的邮箱(cruplaw@163.com)。

邮寄地址:北京市海淀区中关村大街31号中国人民大学出版社411室收
邮 编:100080

再次感谢您在百忙中抽出时间为我们填写这份调查问卷,您的举手之劳,将使我们获益匪浅!

基本信息及联系方式:*

姓名: _____ 性别: _____ 课程: _____
任教学校: _____ 院系(所): _____
邮寄地址: _____ 邮编: _____
电话(办公): _____ 手机: _____ 电子邮件: _____

调查问卷:*

1. 您认为图书的哪类特性对您使用教材最有影响力?() (可多选,按重要性排序)
 - A. 各级规划教材、获奖教材
 - B. 知名作者教材
 - C. 完善的配套资源
 - D. 自编教材
 - E. 行政命令
2. 在教材配套资源中,您最需要哪些?() (可多选,按重要性排序)
 - A. 电子教案
 - B. 教学案例
 - C. 教学视频
 - D. 配套习题、模拟试卷
3. 您对于本书的评价如何?()
 - A. 该书目前仍符合教学要求,表现不错将继续采用。
 - B. 该书的配套资源需要改进,才会继续使用。
 - C. 该书需要在内容或实例更新再版后才能满足我的教学,才会继续使用。
 - D. 该书与同类教材差距很大,不准备继续采用了。
4. 从您的教学出发,谈谈对本书的改进建议: _____

选题征集: 如果您有好的选题或出版需求,欢迎您联系我们:

联系人: 黄 强 联系电话: 010-62515955

索取样书: 书名: _____

书号: _____



目 录

第一章 证据法在何处	1
一、认定案件事实离不开证据法	2
二、证据法的基本模式	3
三、证据法的不同含义	5
四、证据法的渊源	5
五、证据法的选择适用	9
第二章 什么是证据	11
一、古代人如何查明案件事实	14
二、如何理解“证据”一词的基本含义	16
三、证据都是真实的吗	17
四、如何理解证据的真实性问题	18
五、如何给法律事务中的证据下定义	21
六、诉讼中使用的证据应该具备哪些基本特征	21
第三章 证据有哪些法定形式	26
一、证据的法定形式概述	27
二、我国法律规定的证据形式	29
第四章 证据有哪些分类	40
一、言词证据与实物证据	41
二、原始证据与传来证据	43
三、直接证据与间接证据	45
四、控诉证据与辩护证据、本证与反证	46
第五章 什么是司法证明	50
一、司法证明有哪些特点	52
二、司法证明有哪些分类	59
三、什么是证明对象	62
四、刑事诉讼的证明对象有哪些	66
五、民事诉讼的证明对象有哪些	69
六、行政诉讼的证明对象有哪些	71

第六章 司法证明应该遵循哪些原则	75
一、实事求是原则	78
二、遵守法制原则	79
三、人权保障原则	81
四、证据裁判原则	83
五、直接言词原则	85
六、公平诚信原则	87
七、法定证明与自由证明相结合的原则	88
第七章 司法证明的一般方法是什么	92
一、证明方法的历史发展	93
二、逻辑推理的证明方法	96
三、司法认知	98
四、推定	100
五、小结	101
第八章 如何取证	103
一、何为取证	105
二、取证应遵循怎样的规则并满足哪些要求	107
三、如何寻找、发现、获取证据	121
四、如何固定、保管证据	129
第九章 如何举证	134
一、举证责任的含义	134
二、举证责任的承担	137
第十章 如何质证	140
一、质证的概念及意义	141
二、质证的模式	144
三、质证的主体	146
四、质证的客体	147
五、质证的内容	149
六、质证的程序	150
七、质证的方式及法律效果	151
第十一章 法官如何认证	153
一、认证的概念	154
二、认证方式	156
三、认证原则	157
四、认证规则	159
第十二章 刑事诉讼有哪些特殊的证明规则	162
一、刑事证据规则的性质和功能是什么	163
二、有毒的树结出的果实有毒吗——非法证据排除规则	169

三、你有权保持沉默吗——不被强迫自证其罪规则	179
四、只有口供能够定案吗——补强证据规则	194
五、“直接来自马嘴”——传闻证据规则	199
六、文书材料必须提交原件吗——最佳证据规则	207
七、“亲亲相为隐”具有合理性吗——证人特权规则	211
第十三章 民事诉讼有哪些特殊的证明规则	222
一、举证时限制度	223
二、证据交换制度	224
三、证明对象与无需证明的事实	226
四、人民法院调查收集证据	230
五、民事诉讼中举证责任的承担	231
第十四章 行政诉讼有哪些特殊的证明规则	235
一、行政诉讼的证明责任为什么由被告承担	236
二、证明被诉行政行为合法性的证据应当来自何处	239
三、行政诉讼原告是否应当承担一定的证明责任	246
四、行政诉讼的证明标准有哪些特点	250
第十五章 如何审查评断证据	253
一、审查评断证据的内容	254
二、审查评断证据证明力的标准	255
三、单一证据证明力的审查评断	256
四、全案证据证明力的审查评断	265
第十六章 如何确定司法证明的标准	269
一、证明标准的概念	270
二、证明标准的性质	272
三、证明标准的多元化	274
四、英美法系国家的证明标准	277
五、大陆法系国家的证明标准	279
六、我国的证明标准	280

第一章

证据法在何处

引言

找法是适用法律的基本功，寻找证据法更具有特殊的意义。作为一个致力于案件事实认定的专门法律部门，证据法在两大法系不同国家有着不同的模式。我国的证据法模式接近于大陆法系，它指的是通过一定法律形式表现出来的、用于调整证据运用活动的规范体系，可以划分为法律、法律解释、部门规章、国际条约与其他规范性文件等层面。在个案中选择合适可用的证据法条款，既要结合案情，也要立足于现有的证据法体系。

关键词语

证据法 证据法律规范 证据法的成文化 当事人主义的证据法 职权主义的证据法
证据法渊源

【案例】

甲系沈阳一家制药公司的董事长，乙系丹东一家汽贸公司的业务员。两人究竟是老相识，还是素昧平生？两人之间十多年前有无一笔借款关系？随着2004年11月8日一起催要借款及利息之诉的提起，前述争议成为甲乙双方在庭上唇枪舌剑的焦点，也成为横亘在法官面前的一道道难题。

乙诉称：“1993年的时候，我们在北京回沈阳的火车上相识。两人越唠越好，大有相见恨晚之感。此后每回来沈阳办事，我都会找大哥（甲）吃饭，叙叙旧。1993年12月的一天，在我们再次相聚时，大哥突然向我诉苦，说工作中遇到麻烦，想向我借5万元钱。出于对朋友的信任，我二话没说就把钱借他了。没想到，后来他就不与我联系了。我找到他家，发现他已搬家了。此后，我一直在找他，直到2004年年年初才找到。可是他不承认有此借款，我只好打官司要钱。”乙向法庭提交了一张甲签字的借条，其中载明“借到人民币现金5万元”。

对此，甲颇感惊诧：“我根本就不认识乙，何来向他借款！”一时间，他也被这张离奇的欠条搞迷糊了。不过，甲很快就想起自己的确曾在十年前有过5万元的借款，但那是向原单位借的，并早已还清了……对于欠条的来由，甲辩称：“1993年时，我在一家科研单位的微生物研究室担任主任。当年12月，研究室的研究项目经国家相



关部门批准，指定在××医科院进行临床试验。我向单位小金库借款5万元，作为临床试验经费并由此向单位出具借条。但这笔钱全用在科研上，账也早就核销了。后来我听说单位小金库被查，账目送到了纪检部门。但这借条不知何故跑到了乙的手里。”

看来借条是客观存在的，而对借条来源双方却各执一词。那么，到底谁说的是真话呢？诉讼中应当如何探查案件真相？

解答这一切，不妨从案件事实的认定与证据法的关系谈起。

一、认定案件事实离不开证据法

前述甲乙间的纠纷是一起非常普通的案件。从争议性质来说，它可以归入民事借款纠纷的范畴，案由可以确定为“借款合同纠纷”；从诉讼程序来说，它属于民事一审，但不排除之后启动民事二审、甚至民事再审的可能性。因此，本案的司法处理既要遵守《民法通则》、《合同法》等实体法的规定，也要适用《民事诉讼法》等程序性规范。但是，仅仅援引这两类法律显然是不够的，因为关于甲是否借款的案件事实已经消逝，而认定案件事实是适用实体法的前提。那么，如何认定案件事实？除了严格适用程序法以外，自觉接受证据法的规制更是必不可少的。

一般来说，实体法是规定和确认主体权利义务关系的法律，程序法是规范司法和执法活动的过程和方式的法律；实体法规定人们的权利义务“是什么”，程序法规定这些权利义务“如何”实现或保障。而证据法是一条连接实体法与程序法的有效纽带，它一方面保证程序法的运行不偏离对案件事实的认定，另一方面又确保依据实体法作出的裁决不背离正当性。概言之，实体法、程序法与证据法可谓现代法治国家的三大法律支柱，三者须臾不可分离，相互之间也不可替代。正是从这个意义上说，现代司法活动本质上都是人类遵循法定程序、揭示案件真相进而定分止争的专门性活动。其中，实体法的核心目的是追求实体正义，程序法的核心目的是实现程序正义，而证据法的核心目的则是保障发现真实。

若仅就“还原”过去的案件事实而言，证据法具有不容置疑的部门法地位。这一定位的形成也是人类法制史漫长演变的结果。在人类社会早期，由于人的认识能力很不发达，而不同地域、不同民族的古人普遍相信无所不知的神灵，所以那一时期流行各种各样的神誓法、神判法等“请神告知真相”的做法。当时，既没有证据与证明的概念，更遑论现代意义上的证据法。后来，随着人们认识能力的提高，以及神灵裁判的权威性下降，人们便转向“自己发现真相”。然而，由于主持司法活动的司法人员并未亲历案件发生的过程，因而他只能依靠案件流传下来的“痕迹”，即“用证据说话”。

证据本身不能向人们如实地讲述案情，人们需要依靠其中所蕴含的信息来“恢复”案情。作为一种案件资源，证据通常是十分有限的，其中所蕴含的信息还不可避免地会产生主观性和误差。“案件发生在前，司法活动在后，证据为媒”，这个模式决定了司法证明活动必然存在局限性。如何最大限度地消除依靠证据判断事实的不确定性，这使得人们研究运用证据的内在规律变得必要；如何保证依靠证据判断事实的活动符合法治精神中公正、人权、效率和秩序等价值取向，这又使得人们研究运用证据的外在规则变得必要。这样一来，一个不同于实体法、程序法的法律部门——证据法的产生和发展，就成为了一种必然和必要。

具体来说，本案中哪些材料可以用作证据？有关的证据是否符合法律要求而可以被提交法庭？被提交法庭的证据能否证明案件事实？如果未能证明案件事实，应由哪一方当事人承担败诉的法律责任？等等，有关此类问题的内容在当今各国法律体系中至关重要，且实际上自成一体。它们不可能完全为实体法、程序法所吸收，而是构成一个独立部门法的独特调整对象。

二、证据法的基本模式

在当今各个法治国家，证据法都具有不可撼动的重要地位，这并不意味着证据法在世界范围内有着统一的模式。事实上，在不同法系国家，甚至在同一法系的不同国家，证据法都呈现出式样各异的风格。有的国家以成文证据法为主，有的则以证据判例法为主；有的制定有单独的证据法典，有的则是分散在实体法、程序法之中；有的是不分诉讼形态而统一适用的证据法，有的则是不同诉讼类型分离的证据法；若就某一具体的证据规则如非法证据排除规则、传闻证据排除规则等而言，不同国家的含义也不一致……这些差异的形成，既与不同国家的法治发展史不同有关，也同各国现行各具特色的法律体系相适应。

英美法系的证据法模式以英、美两国为代表。作为这一法系的发源地，英国在14世纪实行由“知情陪审团”向“不知情陪审团”的诉讼制度演进的时候，证据成为审判的中心，从而使证据法迈向独立有了可能和必要。为规范司法证明的活动，减少证据运用方面的混乱，法律必须对证据问题作出明确的规定，一系列证据规则应运而生。从15世纪到17世纪，英国的法律相继确立了传闻证据规则、文书证据规则、证人资格规则、强制作证规则、证言特免权规则等；18世纪，律师在法庭上对证人进行询问和交叉询问的规则逐渐形成；19世纪是英国证据法不断改革的时代，各种援用至今的证据判例不断产生；20世纪以来，英国的立法机关颁布了数量众多的关于证据的法律、法规，使证据法从单一的判例法系统逐渐转变为判例法和成文法相结合的系统。而且，自从17世纪以来，英国移民者把证据法带进世界各地的英属殖民地，并成为美国等国证据法形成的基础；后来经过几个世纪的发展，美国成为英美证据法的集大成者，对世界各国证据法产生了更为深远的影响。就现状而言，几乎英美法系的所有国家都有自己的成文证据法与判例证据法，且以成文证据法为主，因为证据成文法本身是证据判例法原则和规则的法典化。这是英美法系在证据法领域不同于其他部门法领域的一大特色。

与此同时，英美法系的诉讼制度强调当事人之间的对抗，相应地其证据法也实行当事人主义的模式。这主要表现为：其一，多数证据规则不具有强制性，即只在当事人援引证据法的规则时，证据法才发生法律效力。例如，在美国的一些州，双方当事人的律师可以在正式的审判开始之前，就某项证据规则的不适用达成协议，在这种情况下该证据规则对双方当事人都不具有约束力。其二，很多证据规则尤其是可采性规则完全须通过律师及时主张才得以适用。在法庭上，证言和物证等通常都是通过证人作证的方式导入的；对于一份证据是否属于传闻、意见或者是否为原件、是否属实等，几乎完全取决于律师在直接询问和交叉询问中发问的内容和方式；律师必须及时对违反证据规则的发问方式和发问内容提出反对，否则他将不能以采用该证据违反证据规则为由提出上诉。其三，当事人及其律师是证据与证明活动的主导，他们可以使用一切手段收集、筛选和保全证据，可以事先让证人知晓那些可能在交叉询问中出现的提问，可以就证人出庭后在证人席上的行为举止提出建议，或者使用其他类似的方式“教练”庭上作



证技术,可以挑选和准备鉴定专家。

大陆法系的证据法模式以法、德、俄等欧洲大陆国家为代表,高度的成文法典化是其共同特点。早在12世纪开始,欧洲大陆国家就开始实行纠问式诉讼制度,当时的法律对司法人员收集和使用证据没有任何限制性规定。为规范司法证明活动,大约在16世纪欧洲大陆国家相继确立了法定证据制度,如罗马帝国1532年的《加洛林纳法典》、法兰西王国1670年的《刑事法令》、奥地利1853年的《刑事诉讼法》和俄罗斯1857年的《帝国法规全书》就是这种证据法的代表。而且,欧洲大陆国家的证据法自诞生之初,便是与程序法、乃至实体法混同在一起的。虽然自18世纪开始,欧洲大陆国家相继变革为自由心证的证据制度,但证据法与程序法、实体法混同的状况未发生过实质性改变,一直延续至今。例如,当今法国的证据法条款散见于《民法典》、《民事诉讼法典》、《刑事诉讼法典》以及《行政司法法典》等成文法典中,德国、俄罗斯的情况大同小异。这一立法例使得欧洲大陆国家一直未出现英美法系通行的专门的成文证据法典,也未出现英美法系庞杂的证据法判例。但是,大陆法系各国最高司法机关与欧洲人权法院等国际司法机构作出的证据法判例,已开始对证据问题的解决发挥不容忽视的指导作用。这是一种新出现的趋势。

同职权主义诉讼模式相适应,欧洲大陆国家的证据法也带有明显的职权主义色彩。首先,这些国家的证据规则具有当然的强制性。遵循证据规则是法官不得推脱的责任,证据规则不得因单方弃权而被替代,也不得经由双方协商而被改变;各种证据规则都是自动地在诉讼活动中发生作用的,律师是否主张或认可都不是适用证据规则的前提。其次,这些国家的法官享有自由参与证明的职权和职责。为探求事实真相而作出正确的裁判,主持审判的法官要阅读案卷,决定证人作证的顺序,传唤并询问证人,甚至还要负责出示一部分证据。虽然法律并不禁止当事人的律师进行调查,但是他们与潜在证人的接触通常被认为是不可取的,一旦这种接触被发现,就会降低证人证言的可信度。律师为证人出庭做准备也遭到强烈反对,而且在某些国家会导致证据证明力受损的危险。鉴定人由法院指定,而且法官会指示其应该在专业意见中回答的问题。

需要特别指出的是,两大法系证据法模式的差异客观存在,并不意味着每一法系内部的证据法模式是当然一致的,也不意味着两大法系之间没有共性。其实,无论是英美法系的证据法,还是大陆法系的证据法,都有一些亚模式存在。例如,英美法系国家多采取统一证据法的模式,而英国却单独颁行有《1968年民事证据法》、《1984年警察与刑事证据法》、《1995年民事证据法》以及《1999年青少年审判与刑事证据法》等,走的是刑事证据法与民事证据法分立的道路;大陆法系国家的证据法条款集中规定在刑事诉讼法、民事诉讼法等程序法之中,而法国、瑞士则在《民法典》等实体法中规定了重要的证据规范。又如,在对非法证据的取舍方面,两大法系不同国家的规定就存在不同的流派,有的非常宽容,如瑞典只在刑讯逼供等极端情况下排除非法证据,有的是交由法官酌情裁量,如英国《1984年警察与刑事证据法》赋予法官依据既定标准自由裁量非法证据的权力,还有的非常严格,如比利时就采用严厉的“毒树之果”之类的排除措施。

随着近半个世纪以来法律全球化趋势的推动,以及受联合国《公民权利和政治权利国际公约》、《欧洲人权公约》等国际条约的影响,两大法系的证据法还呈现出日益融合靠拢之势。这一趋势最初出现在第二次世界大战后,当时欧洲大陆的主要国家主动引入了带有英美法系特征的一些证据规则;而由于当事人主义对抗制在一定程度上消退,所以英美法系的证据法开始考

考虑减少律师主导证明活动的权利，而适当借鉴大陆法系的事实认定机制。特别是在探讨如何更有效地借助科学证据认定案件事实方面，两大法系的走向是一致的。

三、证据法不同含义

从字面上看，证据法可以被解读为有关证据与证明的法律规范。但是，由于世界各国证据法的模式差异很大，所以人们在理解证据法的含义时所面对的困难并不一样，得出的结论也有差异。

一般来说，英美法系的证据法概念比较明确、简单，指的是除去实体法、程序法中所规定的证据条款之外的法律规范，有时甚至被限定为这些国家的成文证据法典，如美国的《加利福尼亚州证据法典》、《联邦证据规则》和英国的《1995年民事证据法》、《1999年青少年审判与刑事证据法》等。由于这些成文证据法典的调整范围往往主要针对证据的可采性问题与证明责任问题，而很少牵涉其他方面，所以英美法系的证据法基本上等同于证据规则，属于一种狭义上的证据之“法”。而大陆法系国家对证据法的理解相对自由，通常将其实体法、程序法、判例以及其他法律法规中关于证据与证明的规定统称为证据法，这显然是一种广义的证据法观念。

我国目前尚未制定出国家一级的专门证据法典，更接近于大陆法系的模式。因此，尽管在学术界人们对证据法的理解不尽相同，但从立法或司法层面来看，却是普遍认同广义观，即通过一定法律形式表现出来的、用于调整证据运用活动的规范体系。它主要针对证据能力、证明力、证明标准、证明责任等实体性证据问题，而通常不包括取证、举证、质证与认证中的程序性证据问题，以便能够同实体法、程序法有效地区分开来；它不是指某一部成文证据法典，而是指不同层次法律规范所涉及的相关条款。

这一规范体系可以划分为核心、交叉和边缘三个领域。核心领域是指能够凸显证据法特质，只有证据法才能调整的事项；交叉领域是指由证据法和实体法、诉讼法重叠调整的事项；边缘领域是指本质上不属于证据法规范，但与证明直接有关，对证据法的施行起支撑或者保障作用的规范，如伪证罪、司法鉴定体制、物证技术鉴定规程等事项的规定。其中，重中之重是证据法的核心领域，具体包括证据法的基本概念（如证据、证据材料、证明、证明责任、证明对象、证明标准、推定、司法认知等）、基本原则（如证据裁判原则、自由心证原则、直接言词原则、客观真实原则、利益衡量原则等）、证据规则（即有关区分定案证据和证据材料的证据可采性规则，有关证据证明力大小的采信规则，以及证据的种类和分类规则）以及证明规则（即有关证明对象的确定、证明责任的分配、证明标准的适用的一般性规则）等。^①这也是本书关注的重点。由于证据法的核心领域十分庞杂，梳理其法律渊源便尤为重要。

四、证据法的渊源

任何国家的证据法渊源都与其法律体系存在密切关系。依照我国现行《宪法》和《立法法》的有关规定，我国社会主义法律渊源主要包括宪法、法律、法律解释、行政法规、部门规章、地方性法规、政府规章和其他规范性文件等。当前我国没有单行的证据法，相应地，证据法的

^① 参见高家伟：《论证据法的体系和法典化》，载何家弘主编：《证据学论坛》，第8卷，63页，北京，中国检察出版社，2004。

渊源是一个多层次的法律规范体系。这一体系依重要程度不同,可以划分为如下若干个层面:

(一) 法律层面

在我国,由全国人民代表大会通过的基本法律及由全国人民代表大会常务委员会通过的一般法律是反映国家意志的主要证据法渊源。例如,《刑法》、《民法通则》、《海商法》、《领事特权与豁免条例》、《侵权责任法》等实体法,《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》、《行政诉讼法》、《行政处罚法》、《海事诉讼特别程序法》和《仲裁法》等程序法,以及《电子签名法》、《道路交通安全法》和《治安管理处罚法》等综合性专门法律,都含有许多有关证据与证明的法律条款。如果这些条款是规范实体性证据问题的,便可以纳入证据法的范畴(作不完全列举如图1—1所示);反之,如果这些条款仅仅是规范程序性证据问题和其他关联问题的,则不宜被纳入证据法的范畴,如《刑法》第305~308条、第311条只是规定有关证据犯罪的条款。

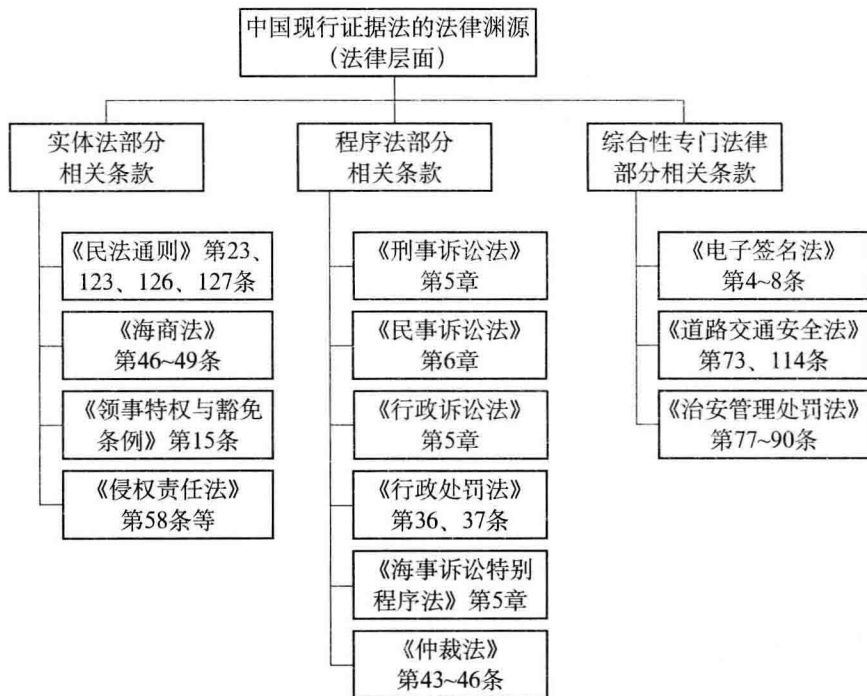


图 1—1

(二) 法律解释层面

为了贯彻执行我国的前述法律,全国人民代表大会常务委员会及最高人民法院、最高人民检察院分别颁行了一些综合性的立法解释和司法解释,如《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》、《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》等,其中含有许多极具操作性的证据法律规范。特别是最高人民法院施行的《关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《民诉证据规定》)、《关于行政诉讼证据若干问题的规定》(以下简称《行诉证据规定》)以及最高人民法院等五院部施行的《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》(以下简称《办理死刑案件证据规定》)、《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》(以下简称《非法证据排

除规定》),更是迄今为止最为翔实的证据规则。^①另外,最高人民法院和最高人民检察院还分别针对司法实践中的个案及其中的典型证据问题,制定过一些证据方面的单行司法解释。它们也是重要的证据法渊源,摘要列举如图1—2所示。

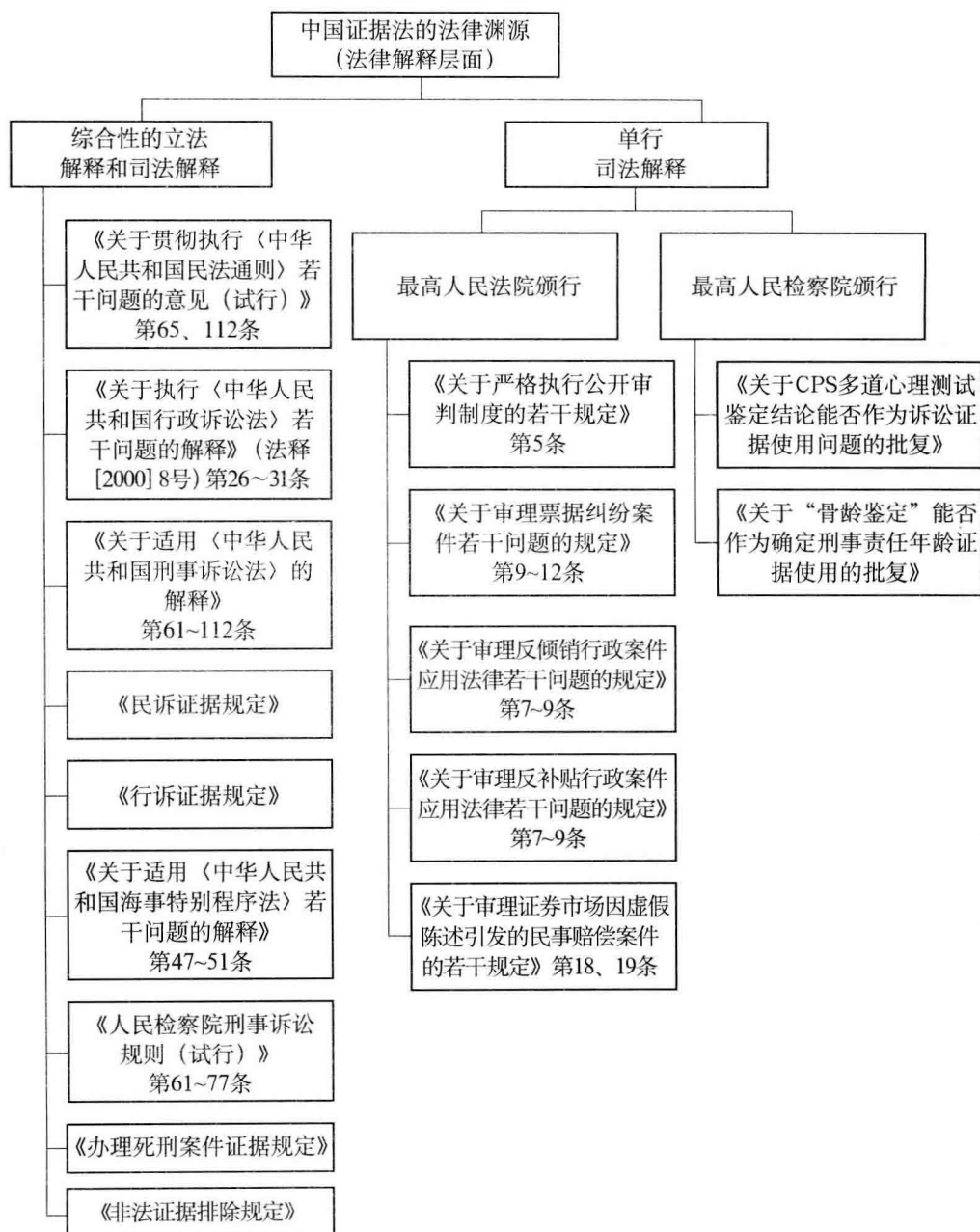


图 1—2

^① 《办理死刑案件证据规定》和《非法证据排除规定》的许多内容为《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》和《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》所吸收,有学者据此认为这两个证据规定事实上已经失效。这是一种学术观点。

(三) 部门规章层面

这主要是指由国务院各部委颁布的有关适用证据的规范性文件。它们为我国行政机关开展法律活动提供了基本标尺与保障。在这些部委中,由于公安部主管同刑事违法犯罪作斗争的主要执法工作,故它所颁布的有关证据的规章相应较多并且较重要,如《公安机关办理刑事案件程序规定》、《公安机关办理行政案件程序规定》等。此外,国家工商行政管理总局、审计署及国家统计局等部委也从本部门工作需要出发,颁布施行过一些证据法律规范。下面作摘要列举,如图1—3所示。

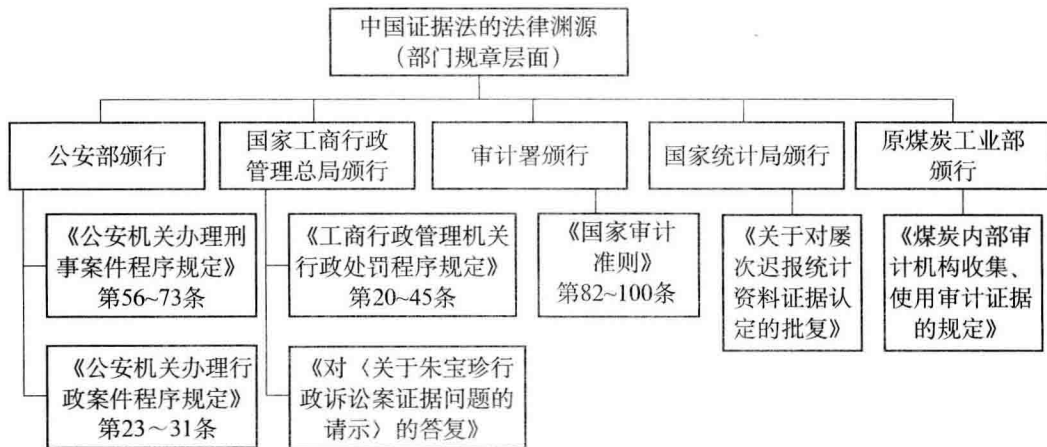


图 1—3

(四) 国际条约层面

目前,我国已经参加了联合国《打击跨国有组织犯罪公约》、《反腐败公约》及国际私法会议《关于从国外调取民事或商事证据的公约》等,它们确定了刑事诉讼中反对自我归罪特权规则、刑事国际调查协助规则及民商事国际调查协助规则等证据规则。另外,我国政府于1998年10月15日签署了联合国《公民权利和政治权利国际公约》,相信全国人大常委会在不久的将来会审查批准参加该公约,其中规定刑事被告人享有无罪推定、传唤和质询证人以及不得被强迫自证其罪的权利。在司法证明活动中,遵守这些国际条约(包括国际公约)将是我国的当然义务。

(五) 其他规范性文件层面

除了前述规范以外,我国的证据法渊源还包括各省级人大、政府颁布的地方性规范文件,也包括地方各级司法机关颁布的地方性证据规则。这些规范性文件针对性强,但面临着将被清理的问题。

前者主要集中在依法行政复议、依法税务稽查以及解决劳动争议等证据问题突出的领域,如海南省、云南省、辽宁省的《行政复议证据规则》、辽宁省大连市《地方税务局税务稽查案件证据规则(试行)》以及山东省《劳动人事争议仲裁证据规则》、安徽省《劳动争议处理证据规则》、江苏省《劳动人事争议仲裁证据审核暂行规则》、浙江省《关于劳动争议仲裁证据若干



问题的规定》、江西省《劳动争议仲裁证据审核规则（试行）》等。

后者是我国近年来推行证据制度改革而逐步试点的产物，在当前证据制度转型时期亦具有极为重要的地位，其中既有全面规范三大诉讼活动的地方性证据规则，如江苏省《关于刑事审判证据和定案的若干意见（试行）》、四川省《关于规范刑事证据工作的若干意见（试行）》、湖北省《关于刑事证据若干问题的规定（试行）》、山东省《民事诉讼证据规则（试行）》等，也有专门用来调整某一种证据行为的地方性证据规则，如广东省《民事、经济纠纷案件庭前交换证据暂行规则》、广东省深圳市《民事诉讼庭前交换证据规则》、福建省莆田市《民事证据调查令实施规则》等。

综上所述，我国现行的证据法律规范虽然已经构成一个框架体系，但仍然相当不完善：不仅缺乏必要的核心条款，而且普遍效力等级不高、可操作性仍不太强。要改变这一状况，证据立法必将是今后很长一段时期内我国法治建设的重点。而在证据立法取得根本性突破之前，如何确定和选择合适可用的证据法条款，亦将是司法人员和当事人在个案中面临的一项艰巨任务。

五、证据法的选择适用

在证据法领域“找法”的具体做法有很多，但基本思路无外乎两条：一是结合具体案情，确定需要解决的证据法问题，以此为联结点；二是结合现有证据法体系，确定可适用的法律条款，必要时正确化解法律条款间的冲突。

回到本章前面的案例，争议问题主要是原、被告（甲、乙）两人之间是否存在着借款关系。不难看出，围绕这一问题将涉及证明对象、证明责任、证明标准、证明方法与证据的定义、可采性、证明力等证据法规范，而且这些证据法规范限于民事诉讼方面。因此，本案中需要选择的证据法规范就包括《民事诉讼法》、《民诉证据规定》以及有关的地方性规范等。如果双方或一方当事人传唤证人出庭作证，本案将适用有关证人证言的规定；如果双方或一方当事人要求进行笔迹鉴定，本案将适用有关司法鉴定的规定；如果双方或一方当事人提出通过测谎解决，则本案还将涉及测谎结论能否作为民事诉讼的证据等；依此类推。

实际上，经过庭审法官发现：（1）乙虽然自称与甲认识，但他不知道甲的个人情况、家庭情况，比如在什么单位工作、具体家庭住址；（2）乙自称与甲喝过很多次酒，却回答不出甲的酒量如何；（3）法官再三要求乙讲述借款经过，乙一概以“记不清了”等语言搪塞；（4）甲找到小金库借款批准人陈某充当证人，其出具的证言证明，在其批准下甲于1993年12月从本单位小金库借取5万元现金，用于临床试验，并证实乙所出具的借条与甲从小金库借取5万元的借条应为同一份，只不过乙出具的借条被其剪裁过；（5）借条上方的确有被裁剪的痕迹，借条未写明具体的借款人与借款用途，只写了“借到人民币现金5万元”；（6）对于被裁剪的借条，甲也给出了自己的解释，“当时我报账后，借条应贴在账目上，如果乙是从账目上撕下借条，就可能把借条上方标有单位名称的‘抬头’撕掉，从而使借条没有了‘抬头’”；（7）当然，甲虽找到其单位工作人员证明此款系向单位所借且账目已核销，却无法证明该借条是如何到乙处的……最终法官判定，乙提交的证据存在不合情理之处，甲举出的证据形成一个完整的证据链，后者的证明力远远高于前者，判决驳回乙的诉讼请求。这一判决大体上反映了个案中适用证据法规范的基本规律。

问题与思考

1. 如何理解证据法的独立法律部门地位？
2. 两大法系的证据法模式有何不同？
3. 以证明责任、证人证言、电子证据等为主题，列举我国有关这些内容的分支法律渊源。
4. 结合我国地方证据规则的发展，阐述我国证据立法的思路。

阅读文献

1. 张卫平．民事证据法必要性之考量．法商研究，2001（3）
2. 江伟，吴泽勇．证据法若干基本问题的法哲学分析．中国法学，2002（1）
3. 陈学权．关于证据立法微观模式的思考——从刑事诉讼法再修改的角度来观察．政法论丛，2004（5）
4. 冯俊伟．行政复议证据立法的地方经验——以 23 个省、市的立法为分析样本．山东社会科学，2014（8）
5. 蒋铁初．中国古代判决的事实依据——以清代为例兼与法定证据的比较．南京大学法律评论，2013（4）
6. 中国证据法网．www.evidencelaw.net

第二章

什么是证据

引言

证据是人们熟悉的概念。无论是在日常生活中还是在法律事务中，人们都经常使用这一语词。在日常生活的语境下，我们似乎都知道什么是证据，但是在严谨的法律语境中界定证据的内涵与外延却不是一件简单的事情。证据都必须是真实的吗？在诉讼活动中使用的证据应该具备哪些基本特征？如何确定诉讼证据的资格条件，以确定什么样的材料可以获准进入该种诉讼的大门？这些都是需要认真研究才能解答的问题。

关键术语

证据 诉讼证据 可采性 关联性 合法性 客观性 证据资格 证据能力 证据的采纳标准

【案例】 杨乃武与“小白菜”冤案

清朝末年，在浙江省余杭县城里住着一对母女，以裁缝为生。女儿毕秀姑生得洁白秀丽，人送别号“小白菜”。小小县城，出此美女，难免招蜂引蝶，并惹出不少“桃色流言”。她自恃貌美，看不上凡夫粗汉，而大家子弟又看不上她的出身和名声，结果是高不成低不就，二十多岁仍未出嫁。她心中倒有一个情人，名叫杨乃武。此人出身于书香门第，相貌英俊，文才出众，在当地也算得上小有名气的风流才子。不过，他经常包揽诉讼，且恃才傲物，因此得罪了一些地方士绅和纨绔子弟。他比秀姑年长八岁，已有妻室。两人虽有来往，但并无不正当关系。杨乃武曾想娶秀姑做妾，但秀姑之母不愿让独养女儿做人偏房，故好事未成。后来，杨乃武的妻子病故，他便想娶秀姑续弦，但其父和胞姊坚决反对，只好作罢，另娶后妻。秀姑年龄日长，又有流言蜚语，其母心急，就在媒婆冯许氏的撮合下，强把女儿嫁给了当地做豆腐的葛品连，故秀姑又得了个雅号——“豆腐西施”。葛品连年过三十，家境贫寒，相貌平庸，体弱多病。秀姑虽然看不起品连，但已成婚，倒也相安无事。没想到，婚后一年半，品连暴病身亡。

此时，杨乃武已考中举人，在当地名声大振，地方士绅公子都愿与他交往。余杭县令刘锡彤的儿子刘子翰亦然。他托人结交杨乃武，却因杨乃武自视清高而碰了一鼻



子灰，遂记恨在心。另外，刘子翰也曾看中秀姑的姿色，想方设法勾搭，未能得逞，又听说秀姑与杨乃武有情，心中自有一番醋意。当他得知葛品连的死讯之后，不禁喜出望外，认为这是陷害杨乃武与“小白菜”的天赐良机。他首先找到葛品连的母亲，怂恿她去县衙告状；然后借吃饭之机向其父刘县令讲述“杨乃武和‘小白菜’通奸杀夫”的传闻。刘县令不信，心存疑惑，待日后收到诉状，见所言相同，便立即同意开棺验尸。刘子翰事先买通了负责验尸的仵作沈详，后者便在验尸中作弊。例如，他见尸体口鼻间有少量血迹，就报称“七窍流血”；见指甲灰暗，就报称“甲色青黑”；用银针刺进死者咽喉检验时见针上颜色略黑，按规定应擦净再验，但他即刻报称“验得死者确系中毒毙命”。虽然当时在场的衙役沈彩泉提出“死者眼耳无血”和“银针只暗不黑”等不像中毒死亡的疑问，沈详最后还是在验尸报告——“尸格”上填写了“中毒死亡”的结论。

见到验尸报告，刘县令即令衙役将葛毕氏（“小白菜”）带到县衙，升堂问案。他在堂上看到葛毕氏，心想：如此美貌女子，嫁了个粗陋男人，肯定会有奸情。他以此成问案，但葛毕氏不承认通奸弑夫之事。于是，刘县令传证人过堂，包括原告葛品连之母、葛毕氏之母、媒婆、邻居王心培等人。这些人的话虽不能证明葛毕氏通奸弑夫，但可以证明葛毕氏和杨乃武有私情，而且葛毕氏与丈夫的感情不好。然后，刘县令下令用刑，葛毕氏承受不了，只好供认。拿到这份供词，刘县令便提审杨乃武，但后者不仅不供，而且自恃有功名在身，相当傲慢。按规矩，刘县令须呈请学台斥革杨乃武的举人身份，方可刑讯。与此同时，有人因嫉恨杨乃武的才华和清高而联名保甲住户上呈，说杨乃武平素行止不端，且目无法纪，引起邻里公愤，要求严加惩办。刘县令态度更加坚定，待其功名被革除之后，再次聆讯杨乃武，并用大刑，但后者始终不认。

刘县令认为基本证据齐备，只缺杨乃武口供，但案情重大，不宜过分刑讯，故决定解送杭州知府审理。知府陈鲁听了案情，也认定是葛毕氏和杨乃武通奸谋害亲夫，但需要证实一些细节。在堂上，已被刑讯吓破胆的葛毕氏胡乱攀供，称于八月二十四日与杨乃武见面密谋杀夫，后杨乃武于十月五日给她送来砒霜。对于这些说法，杨乃武辩称：八月二十四日自己正在省城参加考试，十月五日自己则在南乡岳父家商讨立继一事，而且都有人证。陈知府不信，动用大刑。府衙的刑具比县衙多且酷，杨乃武坚持不住，屈打成招。陈知府问他在何处购得砒霜，他胡乱说了个东乡“钱记爱仁堂”药铺。拿到供词，陈知府很得意，命令刘县令即刻去取买砒霜的证词。

刘县令回去之后，带着亲信师爷章抡香一起来找那药铺的掌柜钱宝生，问他有没有卖过砒霜给杨乃武。钱宝生当即否认，说自己根本不认识杨乃武，而且自己卖药给谁都是有账可查的。章师爷便请钱宝生到县衙去说话。在县衙里，刘县令以礼相待，章师爷则明言让他提供伪证。钱宝生开始不同意，后来刘县令给他出具了一张保证此案与他无关也不会让他与杨乃武对质的文书，他才在供状上具结画押。见到这份证据，陈知府再次提审杨乃武，杨乃武却死不承认，一再喊冤，结果陈知府只好让书办写好供词，让衙役趁杨乃武受刑昏迷之时按上手印。最终据此定案，呈报巡抚：葛毕氏谋杀亲夫，拟凌迟处死；杨乃武夺妻杀夫，拟斩首示众。



图 2—1

说明：在中央电视台“今日说法”栏目 2003 年“十一特别节目”中，何家弘教授在模拟古代审判的“杨乃武与‘小白菜’离婚案”中扮演主审县官。



图 2—2

杨乃武与“小白菜”一案几经复审，但都在地方，而且主审官吏与原案有牵连，自然无法翻案。后来，受创办不久的上海《申报》和社会舆论的影响，众京官上书获得当时执掌朝政的皇太后慈禧亲准，将该案交由刑部重审，并在京城重新开棺验尸。虽然尸体的皮肉俱腐，仅剩骨殖，但根据法医古籍《洗冤集录》上的检验标准，确认葛品连并非中毒死亡，因此“小白菜”与杨乃武合谋毒杀亲夫一说纯属子虚乌有。历时三年，该案终于平反昭雪。



图 2—3

一、古代人如何查明案件事实

在杨乃武与“小白菜”涉嫌杀人案中，一审判决的依据包括：葛品连之母、葛毕氏之母、媒婆冯许氏、邻居王心培、药铺掌柜钱宝生等人的证言，仵作的验尸报告，保甲住户的联名上书，以及两名被告人的口供。由于中国古代奉行“定罪必取输服供词”和“无供不录案”的原则，所以审理案件的官员经常使用刑讯来获取被告人的认罪供词。那么，按照现代证据法律原则，上述材料是否都可以作为证据在诉讼中使用，是否都可以作为定案的根据呢？在回答这个问题之前，我们有必要简要介绍一下古代人是如何查明案件事实或争议事实的。

人类最初在解决社会成员之间的纠纷或处理案件的时候，一般由氏族或部落的首长或长老根据自己的经验和良知来评断当事人和知情人的陈述并认定案件事实，犹如现代家庭中父母裁断子女纠纷的方式。在评断时，酋长或长老对当事人品行的成见往往起着重要的作用，因此难免出现一些错判。随着社会生活的扩展，社会成员之间的纠纷增加，需要社会组织作出裁判的案件增多，而且纠纷和案件的情况也越来越复杂，这些都增加了错判发生的概率。一些受到错误判决影响的社会成员便不顾酋长或长老的权威，对裁判的结论提出质疑甚至挑战。然而，司法裁判是需要权威的，没有权威的司法是没有生命力的。既然人的权威不足以维持司法裁判的权威，司法者就只能求助于神的权威，于是，各种各样的“神明裁判”就应运而生了。

所谓“神明裁判”，即让当事人在神灵面前做某种行为或接受某种考验，然后根据行为或考验的结果或其过程中表现出来的征象来判定案件事实。神明裁判都是以一定的宗教信仰为基础的，因此，在不同国家的历史上，神明裁判的形式也是各不相同的。“神明裁判”又称为“折磨考验法”（Trial by Ordeal）。这种折磨或考验通常都在由神职人员主持的宗教仪式下进行。古代巴比伦人在审理案件的时候经常采用“水审法”。按照《汉谟拉比法典》中的有关规定，如果某自由民的妻子被人告发有通奸行为，但是她自己不承认，那么法官就会命令人把该女子扔到河里去。如果那个女子沉到水里去，就证明她有罪；如果她没有沉下去，而是浮在水



面上，就证明她无罪。不过，古代日耳曼人采用的“水审法”的检验标准恰恰相反。诉讼当事人被从膝盖处绑起来，然后用一根绳子系在腰部，慢慢地放入水中。根据他的头发长度在绳子上打一个结，如果他的身体沉入水中的深度足以使那个绳结没入水中，就证明他是清白的；否则就证明他是有罪的。其依据是洗礼教派的“圣洁之水”不能容纳有罪之躯。古印度的《摩奴法典》中规定，如果法官依证言和物证不能确认案件事实，则可以用“神明裁判”来审查证据和认定案件事实。作为《摩奴法典》之补充的《那罗陀法典》第102条明文规定了八种“神明裁判”的方法，包括火审法、水审法、秤审法、毒审法、圣水审、圣谷审、热油审和抽签审。

无论在哪一种形式的“神明裁判”过程中，司法人员的基本职能并不是查明案件事实并在此基础上适用法律，而只是扮演裁判仪式主持人的角色。从这个意义上讲，那时的法庭并不是为查明案件事实而设立的司法机构，而是请求神灵揭示案件事实的工具，是为获得“神明示意”所设置的带有强烈宗教色彩的场所。例如，古希腊人就认为，司法裁判的职责不能掌握在人的手中，而只能掌握在诸神的手中；法官之所以能够就案件作出裁决，是因为他们有神的帮助。于是，司法裁决被认为是神的旨意。在“神明裁判”的审判方式下，当事人不是用证据和理由的陈述去说服法官接受其诉讼主张，而是祈求神灵来支持其诉讼主张的正当性。换言之，神明的示意不是证据，而是对案件事实的认定。

随着人类社会的发展和人类认识能力的提升，“神明裁判”逐渐退出了司法证明的历史舞台。公元11世纪，欧洲一些国家开始建立比较稳定的政府。这些政府自然而然地寻求能够保护其利益的各种手段，包括司法手段。于是，司法审判不再被视为对个人纠纷的裁判，而是作为国家统治者控制民众行为和镇压反政府活动的工具。统治阶级开始对那些结果难以预料的非理性的“神明裁判”方法感到不满，要求司法人员在审判中行使更大的决定权。例如，国王作为一个国家的封建主要求地方贵族交出一定的财产或土地，但是地方贵族对此产生异议并诉诸法院。在这种审判中，国王当然不愿意听凭难以预料的“神明”来作出裁判，从而开始越来越多地介入司法过程，让他能够控制的人担任证明的主要角色，如传唤若干名了解案件情况的人进行询问，然后由其任命的司法官在证人证言的基础上作出裁决。在刑事审判中，这种变化表现得尤其明显。过去，追诉罪犯一直被认为是被害人及其亲属的事情。被害人及其亲属甚至可以对当场抓获的罪犯自行处罚。随着政府权力的增长，这种原始的“司法”活动受到了限制。被告人必须被押送到正式审判场所接受正式审判，然后才能受到处罚。而且，政府官员在必要时可以越过被害人去主动抓捕罪犯并进行审判。在这种司法活动中，人证的作用自然越来越重要。

当然，“神明裁判”被废止的真正原因还在于人类认识能力的提高。随着科学的进步和社会实践的发展，人们越来越对“神明裁判”方法的合理性和可靠性产生了怀疑。于是，“神明裁判”在人们心目中的权威性开始降低。在英国法令明确禁止在审判中使用“神明裁判”方法之前，人们就已经失去了对这种裁判方法的信赖。例如，1164年的“克拉灵顿法令”规定，在“神明裁判”中被判无罪的被告人必须在40天内离开其生活的地区。这就是说，即使神明裁定被告人无罪，但是如果当地百姓仍然相信其是罪恶之人，他必须被放逐他乡。由此可见，当时人们对待“神明裁判”的结果已经有了相当广泛的怀疑甚至抵触的心态。

虽然神明裁判方法具有浓厚的宗教色彩，但是在欧洲首先公开反对这种做法的却是教会。1215年，欧洲天主教拉特兰大教会明令禁止在其宗教法庭的审判中使用“神明裁判”。随后，

欧洲许多国家也相继废除了“神明裁判”。例如，法兰西王国是在1260年明令废除的；罗马帝国是在1290年废止的；英国也是在1290年通过法令禁止的。13世纪末，“神明裁判”基本上退出了欧洲司法审判的历史舞台。

毫无疑问，“神明裁判”不是科学的司法证明方法，它是人类社会早期发展阶段的产物，是与人类当时的认识能力和水平相适应的。一方面，由于人类还没有掌握科学地认定案件事实的方法和手段，只好求助于神灵的帮助；另一方面，“神明裁判”的基础是人们对神灵的信仰和崇拜。在现代人的眼中，“神明裁判”方法是荒唐甚至滑稽的，但是在古代人的眼中，那些方法却是神圣和可靠的。因此，“神明裁判”有助于提升司法判决的权威性。就当时的社会而言，具有权威性的判决比具有科学性或合理性的判决更为重要，因为当时人们对合理和正义等观念的理解都会屈从于对神的信仰和崇拜。由此可见，“神明裁判”在当时社会中不仅具有存在的必然性，也具有存在的必要性。

“神明裁判”是一种“非证据裁判”方式，换言之，司法裁判的依据不是证据，而是神的示意。在“神明裁判”中，神通过“水审”、“火审”等考验的结果告知裁判者——同时也告知了当事人和民众——谁是有罪者或者谁是应该败诉的一方。司法裁判不是依据证据作出的，而是依据神的示意作出的，真正的裁判者是神。当“神明裁判”退出历史舞台之后，人类断案的方式逐渐由“非证据裁判”转向“证据裁判”，即司法证明必须以证据为本源，司法裁判必须以证据为根据。不过，在很长的历史时期内，非证据因素也经常影响着司法裁判的结果，例如，在杨乃武与“小白菜”涉嫌杀人案中，刘县令那“美女嫁丑夫定有奸情”的主观推断和当地居民关于杨乃武品行的“联名上书”就都不应属于证据的范畴。那么，究竟什么是证据呢？下面，我们就考察一下“证据”一词的基本含义。

二、如何理解“证据”一词的基本含义

“证据”一词在汉语中的准确起源已经很难查考。唐代文豪韩愈在《柳子厚墓志铭》中曾经写下了“议论证据今古，出入经史百子”^①的名句。然而，其中的“证据”是动词，意为“据史考证”或“据实证明”。在古汉语中，证据二字往往是分开使用的。其中，“证”字犹如现代的证据，但多指人证；“据”字则意为依据或根据。例如，《唐律·断狱》中就多有“据众证定罪”之用语。及至清代，法律中仍有“众证明白，即同狱成”的规定。20世纪初，随着白话文的推广，证据二字才越来越多地合并为一个词使用，而且多出现在与法律事务有关的文字之中。例如，南京临时政府于1912年3月2日颁布的《大总统令内务、司法两部通飭所属禁止刑讯文》中规定：“不论行政司法官署，及何种案件，一概不准刑讯。鞫狱当视证据之充实与否，不当偏重口供。其从前不法刑具，悉令焚毁。”^②这可以视为后来在我国颇为流行的“重证据，不轻信口供”之办案原则的发端。

现在，“证据”已经是汉语中常用的语词之一。诚然，人们在日常生活的非法律事务中也使用这一概念，但是，由于它在法律事务中具有特别重要的地位和特别高的使用频率，所以它

^① 《辞海·语词分册》，373页，上海，上海辞书出版社，1979。

^② 转引自陈一云主编：《证据学》，77页，北京，中国人民大学出版社，1991。

仍然在很大程度上属于专门的法律术语，以至于人们一听到这个词就会首先联想到案件、纠纷、调查、审判等法律事务中的问题。《辞海》中对证据的解释是：“法律用语，据以认定案情的材料。”从这个意义上讲，人们在日常生活的非法律事务中使用证据一词时，实际是在借用法律术语。

由此可见，证据首先是或者主要是法律领域的专门用语。人们在日常生活中对证据一词的理解也是以法律领域的概念为基础的。人们在讨论证据概念时必须从这两个字的基本含义出发，不应片面强调法律用语和人们日常生活用语的差异，不应偏离人们在长期形成的语言习惯中对证据一词的理解去再造什么“法律证据”或“司法证据”的概念。

从汉语的字词结构来理解，证据就是证明的根据。这是对证据一词最简洁、最准确的解释，也是人们在日常生活中普遍接受的证据的基本含义。由此可见，证据一词并没有真假善恶的价值取向。好人可以使用证据，坏人也可以使用证据。无论你要证明的是什么，也无论你证明的根据是什么，只要你按照一定的规则把甲用做证明乙的根据，甲就是证据。就真假的两值观念而言，“根据”一词是中性的，它可真可假，也可以同时包含真与假的内容。诚然，在法律上界定证据的概念，可以使用更为具体、更为明确的语言，但是不应偏离这一用语本身所具有的基本含义。语词的基本含义是人们在长期使用该语词的过程中约定俗成的。如果抛开这一点，就会背离语言的使用规律。

三、证据都是真实的吗

中华人民共和国成立以后，随着人民司法制度的建立，证据问题也逐渐受到人们的重视。当时人们对证据问题的研究及有关的论述主要集中在证据的意义或重要性上，还没有深入到证据的概念和特征等理论问题。不过，当时的一些法规性文件在强调要重视证据调查的同时，也谈到了什么是证据的问题。例如，中共中央在1955年作出的关于肃清暗藏的反革命分子的指示中说道：“不漏掉一个反革命分子和不冤枉一个好人，分别是非轻重，根本的办法是依靠证据。证据就是人证和物证。证据也有真假之分，所以要经过鉴定。”^①

1979年7月1日，第五届全国人民代表大会第二次会议通过了新中国的《刑事诉讼法》。该法第31条规定：“证明案件真实情况的一切事实，都是证据。”这是我国法律首次对证据一词作出的明确解释。1989年的《行政诉讼法》和1991年的《民事诉讼法》，以及1996年修正的《刑事诉讼法》都明示或默示地接受了这一解释。于是，我国学者多年来把它作为界定证据概念的法律依据，得出“证据就是证明案件真实情况的事实”这样的证据定义。^②对于这条法律规定的含义，我们还将后面做进一步的讨论。

在“证据就是证明案件真实情况的事实”这一定义中，核心词是“事实”，因此可以将其简化为“证据即……事实”。这一定义与前文谈到的证据语词的基本含义之间的区别就在于它把“根据”改成了“事实”。这一改变的用意是显而易见的，即要强调证据的真实性，因为“事实”与“根据”有着不同的性质。就证据是否属实的价值取向而言，“根据”是个中性词，

① 巫宇甦主编：《证据学》，60页，北京，群众出版社，1985。

② 参见江伟主编：《证据法学》，206页，北京，法律出版社，1999。



而“事实”则站在真实一方，把一切不属实的东西都排除在证据的范畴之外。一言以蔽之，“不属实者非证据”！

诚然，“根据”一词确实有些抽象。学者在界定证据的概念时要对其进行解释和说明无可非议，但是不能偏离其本意。比方说，用“依据”、“凭据”等近义词代替“根据”就不会改变词意；用“材料”、“手段”等同样没有真假价值取向的中性词说明“根据”也不会造成使用中的混乱与矛盾。（至于“材料”和“手段”等词能否准确全面地表达“根据”一词的内涵，则另当别论。）但是，一旦改变了原来词语的属性，用具有真假价值取向的“事实”代替本来没有真假价值取向的“根据”，就会背离该语词的原意并造成使用上的混乱和矛盾。例如，1996年《刑事诉讼法》第42条在列举了物证、书证等7种证据之后，又明确指出：“以上证据必须经过查证属实，才能作为定案的根据。”如果按照“不属实者非证据”的观点界定证据的概念，那么这条法律规定显然就是自相矛盾的。试问：既然证据都是“真实的”事实，既然不属实的的东西都不是证据，那么还有什么必要去“查证属实”呢？已经肯定是事实的东西却还要让人去审查它是不是事实，岂不荒唐！由此可见，把证据界定为“证明案件真实情况的事实”，难以自圆其说。

四、如何理解证据的真实性问题

上述法律中的界定与“证据”一词的基本含义之间的分歧，归根结底是以认识论为基础的证据真实性问题，其焦点在于是否只有属实的東西才能叫做证据。对于这个问题，我们可以从司法实践和认识论两个方面来进行讨论。

（一）从司法实践来看，“不属实者非证据”的观点无法成立

众所周知，无论是在刑事案件还是在民事案件中，无论是在经济纠纷还是在行政诉讼中，当事人提交司法机关的证据和司法机关自己收集的证据都是有真有假的，因此才需要认真地审查评断。按照“不属实者非证据”的观点，这些当事人提交的和司法机关收集的证据显然就不能称为“证据”了，因为它们都存在着不属实的可能性。

实践经验还告诉我们，不仅当事人提供的和司法机关收集的证据中有真有假，即使司法机关审查判断之后用做定案根据的证据中也会有真有假，否则就不会有冤假错案了。有时，法官采信的证据被后来的事实证明为假；有时，法官决定不予采信的证据又被后来的事实证明为真。

例如，在一起合同纠纷案件中，一审法院的法官请笔迹专家对合同上的字迹进行了鉴定。但是后来经过对案件中各种证据的综合评断，法官认为该鉴定意见不符合案件中的真实情况，未予采信。我们能因此说该鉴定意见就不是证据吗？否！它当然是证据，只是没有被该法官采信而已。事实上，该案的上诉审法院后来又采信了该鉴定意见，将其作为二审推翻原判的根据。如果因为一审法官没有采信该鉴定意见就说其不是证据，那么二审法官采信之后它怎么又变成了证据？同一样东西，一会儿是证据，一会儿不是证据，而且仅仅以法官是否采信为标准。这不仅否定了证据的客观性，而且否定了证据的统一确定性。其结果必然是证据理论上的自相矛盾与司法实践中的混乱。

人非圣贤，孰能无过？法官不是“神仙”，怎能要求他们在审查评断证据时不犯任何错误？即使在那些还没有被发现为冤假错案的判决中，以及在法官们正在作出和将要作出的判决中，难道就肯定没有内容不属实或者不完全属实的证据吗？对这个问题，每位诚实的法官恐怕都很难作出“肯定没有”的回答。而按照“不属实者非证据”的定义，这些被法官采信但是有可能不属实的证据自然也就不能称为“证据”了。

严格地说，在任何一起案件的定案依据中都存在着证据不完全属实的可能性。而且就每一个具体证据来说，其中也存在着不完全属实的可能性。例如，证人证言往往都不是百分之百属实。法官在决定采信一份证言的时候往往也知道该证言的内容只是基本属实。那么，证言中不属实或可能不属实的部分还是不是证据呢？如果对此问题作出否定的回答，那么一份证言就同时既是证据又不是证据，而提供该证言的人就既是证人又不是证人了。这显然是一种很难被人们接受的结论。

于是，人们就被“不属实者非证据”的定义带入一种非常尴尬的境地。以刑事案件的诉讼过程为例：当事人和证人提供的证据可能不属实，不能称为证据；侦查人员收集的证据也可能不属实，也不能称为证据；检察人员提交审判的证据还可能不属实，还不能称为证据；一审法院认定的证据仍然可能不属实，仍然不能称为证据；二审法院……这样一来，证据何在？证据岂不成了人们在现实生活中可望而不可即的东西！

（二）从认识论的角度来看，“不属实者非证据”的观点也难以立足

辩证唯物主义认为，世界是可知的，人类是有能力认识一切客观真理的。但是，这并不等于说世界上的事物对每个具体的人来说都是可知的，并不等于说每个具体的人都有能力认识客观真理。这就是可知论的相对性。恩格斯在《反杜林论》中指出：“一方面，人的思维的性质必然被看作是绝对的，另一方面，人的思维又是在完全有限地思维着的个人中实现的。这个矛盾只有在无限的前进过程中，在至少对我们来说实际上是无止境的人类世代更迭中才能得到解决。从这个意义来说，人的思维是至上的，同样又是不至上的，它的认识能力是无限的，同样又是有限的。按它的本性、使命、可能和历史的终极目的来说，是至上的和无限的；按它的个别实现情况和每次的现实来说，又是不至上的和有限的。”^①

人们对证据和案件事实的认识都属于认识的“个别实现”，都是“在完全有限地思维着的个人中实现的”，都是不可能无限期、无止境地进行下去的，因此就每一个具体案件来说，人们对证据和案件事实的认识都不是“绝对真理”，都只能是“相对真理”。换言之，人们对每个具体案件和具体证据的认识都不是百分之百的“属实”，而只是在不同程度上的“属实”。承认这一点，证据才不会仅仅存在于“理想的王国”里，才能具有现实的意义。

司法和执法活动中面临的证据错综复杂，而且对证据的收集和使用要受时间、空间等多方条件的限制，因此司法人员和执法人员对证据的认识便不可避免地带有一定的局限性和模糊性。其实，案件中的证据问题并不像人们想象的那么简单。在有些人的心目中，似乎案件事实总是泾渭分明的，案件中的证据总是一清二白的。他们喜欢或者习惯于用非此即彼、非真即假、非对即错、非黑即白的思维方式看待案件事实和有关的证据。在他们眼中，一件证据要么

^① 《马克思恩格斯选集》，2版，第3卷，427页，北京，人民出版社，1995。



就是真的，要么就是假的，绝对不能处于可真可假、半真半假的状态；一个事实认定结论，要么就是对，要么就是错的，绝对不应出现或对或错、有对有错的情况。

然而，这是一种形而上学的思维习惯。恩格斯在《自然辩证法》一书中指出，“一切差异都在中间阶段融合，一切对立都经过中间环节而互相转移，对自然观的这样的发展阶段来说，旧的形而上学的思维方法不再够用了。辩证的思维方法同样不知道什么严格的界线，不知道什么普遍绝对有效的‘非此即彼！’，它使固定的形而上学的差异互相转移，除了‘非此即彼！’，又在恰当的地方承认‘亦此亦彼！’，并使对立通过中介相联系”^①。实践经验告诉我们，人们在通过证据认定案件事实的时候经常要不可避免地面临那种非黑非白的“灰色地带”。我们在司法实践中面对的证据往往是有真有假的，甚至是半真半假的。

为了解释立法规定与司法实践在证据真实性问题上的矛盾，有些学者把证据分为广义证据与狭义证据，前者有真有假，后者都是真的；还有些学者把证据分为证据事实和证据材料，前者都是真的，后者可真可假。从表面上看，这样的划分似乎解决了立法定义与司法实践脱节的问题，但是，只要不把证据说成是“天堂”里才有的东西，这两种观点就仍然无法回避由司法人员查证属实的证据是否可以肯定是“证明案件真实情况的事实”的问题。如果说“广义证据”或“证据材料”只要一经过审判人员的“加工和提炼”就都变成了绝对属实的证据，那么侦查人员、检察人员以及仲裁、公证、行政执法和行政监察等人员会有何感想？其实，无论称“狭义证据”还是“证据事实”，都不能保证审判人员在审查评断证据的时候绝对不出现任何误差。

另外，上述划分赋予证据一词两种颇不相同的解释，就使得我国诉讼立法中的有关规定陷入了“偷换概念”或者违反同一律的尴尬境地，因为诉讼法本身在使用证据这一术语时并没有作出这种划分。法律并没有说证明案件真实情况的一切事实，都是“狭义证据”或“证据事实”；也没有说以上“广义证据”或“证据材料”必须经过查证属实，才能作为定案的根据。上述两种解释等于说，法律起草者们在使用“证据”这一概念时一会儿用的是“广义证据”，一会儿用的是“狭义证据”；一会儿说的是“证据事实”，一会儿说的是“证据材料”。立法者们恐怕很难接受这番“好意”，因为他们绝不愿意承认自己在起草法律时居然犯下了这么简单的逻辑错误。

顺便说一句，用“诉讼证据”的概念也不能解决证据是否必须属实的问题。诉讼证据当然是指在诉讼活动中使用的证据，或者说是被法庭采纳的证据。但是，人们并不能因此得出诉讼证据都一定属实而其他证据则有真有假的结论。证据法学研究的对象以诉讼中使用的证据为主但不仅是诉讼证据，也包括非诉讼证据，如仲裁中使用的证据，调解中使用的证据，公证中使用的证据，行政执法中使用的证据，等等。人们可以把证据划分为诉讼证据和非诉讼证据，还可以进一步把诉讼证据划分为刑事诉讼证据、民事诉讼证据和行政诉讼证据等。然而，这些划分的子项都应该具有母项的基本特征。人们不能说证据有真有假但诉讼证据都是真实的。其中的道理显而易见，无须赘述。

^① 《马克思恩格斯选集》，2版，第4卷，318页，北京，人民出版社，1995。

五、如何给法律事务中的证据下定义

法律必须以严谨的逻辑为基础，因此需要对使用的专门术语进行准确的定义。所谓法律事务中的证据，就是指证明案件事实或者与法律事务有关之事实存在与否的根据。无论这些“根据”是真是假或半真半假，它们都是证据。无论这些“根据”是否被法庭采信，它们都是证据。至于这些“根据”的具体表现形式或存在形式，那就是有关法律中列举的物证、书证、证人证言、当事人陈述、勘验检查笔录、鉴定意见、视听资料、电子数据等。

需要说明的是，证据和定案根据是一对既有联系又有区别的概念。一般来说，定案根据都是证据；但是证据并不一定都能成为定案根据。这里所说的“定案”不仅指审判人员的判决，也包括仲裁、公证、行政执法、行政监察等人员就有关事实作出的裁决和认定。虽然他们“定案”的标准和要求并不完全相同，但是工作性质大同小异。他们对于自己收集或他人提供的证据都要根据有关的规则进行审查评断，然后从中筛选出他们认为可靠的证据作为“定案”的根据。那些未能被他们采信的证据，也仍然是证据，只是未能成为定案根据而已。

总之，诉讼中使用的证据应该是真实的，但是现实中的证据并不一定都是真实的。2012年修改后的《刑事诉讼法》修正了过去的表述，使诉讼法中关于证据概念的表述更为合理。该法第48条规定：“可以用于证明案件事实的材料，都是证据”。根据这条规定的精神，我们可以把证据的概念界定为“可以用于证明案件事实的材料”。

六、诉讼中使用的证据应该具备哪些基本特征

虽然证据不仅存在于诉讼活动之中，但是诉讼活动对证据的要求是最为严格的，因此，研究诉讼中使用的证据应该具备哪些基本特征，可以使我們更准确地理解证据的概念。就诉讼过程而言，证据存在于三个阶段：没有进入诉讼程序的证据；进入诉讼程序的证据；作为定案根据的证据。我们在上面已经分析过证据与定案根据的关系，这里则主要讨论没有进入诉讼程序的证据与获准进入诉讼程序的证据之间的关系。所谓诉讼证据的基本特征，就是证据进入诉讼活动的“门槛”。只有具备了这些基本特征的证据才可以获准进入诉讼的“大门”。诚然，刑事诉讼、民事诉讼、行政诉讼为证据设立的“门槛”并不完全相同，但是有一些基本要求是相通的，包括证据的关联性、证据的客观性和证据的合法性。

（一）证据的关联性

证据的关联性或相关性，指的是证据必须与需要证明的案件事实或争议事实具有一定的联系。因为只有具有关联性的事物之间才可能具有证明关系——有关联才能证明，无关联则不能证明，所以关联性是证据的自然属性。从哲学的角度来说，客观事物之间的联系是普遍的和绝对的。任何两个事物之间都存在着一定的联系，只不过联系的形式和性质各不相同。严格地说，即使在所谓“风马牛不相及”的事物之间，人们也总可以找到某种联系。例如，在澳大利亚的一只蝴蝶扇动翅膀的动作与太平洋上台风的形成之间也存在着某种微弱但绝对不可否认的联系，因为它们至少都产生了空气的震动；城市的汽车与乡村的树木之间似乎是毫无关联的，

但是仔细分析，人们仍然可以从环境保护、生产生活、物质成分等许多方面找出二者之间的联系。从这个意义上讲，任何证据与任何案件事实之间都具有关联性，因为它们至少都是共同存在于这个宇宙之中的物质。例如，在杨乃武与“小白菜”涉嫌杀人案中，“小白菜”的母亲说，杨乃武曾想纳其女儿为妾，但她没有同意。从普遍联系的角度来说，这件事与杨乃武被指控的杀人事实之间也存在着联系——尽管这是一种很遥远的联系。但是，这种普遍联系的观点显然不能作为诉讼活动中采纳证据的标准，而只能作为我们研究和理解证据关联性的出发点。

从诉讼证明的角度来说，关联性要求每一个具体的证据必须对待证事实具有实质性证明意义。换言之，一个证据的使用必须对证明案件事实或争议事实有确实的帮助，因此又可以称为证据的“证明性”。但是，证据对案件事实的“证明性”有大有小，有强有弱，而诉讼证明活动要受多种因素的限制，不可能无限期、无范围地进行下去，所以作为诉讼活动对证据的基本要求，关联性必须达到一定的程度或水平。司法人员在评价证据的关联性时一般要考虑两个方面的因素：一个是时间和人力的耗费是否允许采纳该证据；另一个是该证据的采纳是否会给证明带来不必要的干扰或混乱。

具体来说，司法人员可以采取“三问法”：第一问：这个证据能够证明什么事实？第二问：这个事实对认定案件中的主要事实或解决争议问题有没有实质性意义？第三问：法律对这种证据的采纳有没有限制，如对品格证据或传闻证据的限制等？通过回答这三个问题，司法人员就可以比较准确地把握具体证据的关联性了。例如，在杨乃武与“小白菜”涉嫌杀人案中，当地居民关于杨乃武品行的“联名上书”是否具有诉讼所要求的关联性呢？假设那份“联名上书”中所说的“杨乃武平素行止不端，且目无法纪，引起邻里公愤”等内容是真实的，它能够证明什么呢？它能够证明杨乃武不是好人。但是，证明了“杨乃武不是好人”的事实，对于证明他投毒杀人的案件主要事实具有实质性意义吗？回答应该是否定的，因为二者之间的关联性过于遥远，证明性过于微弱。简言之，一个人不是好人，一个人“平素行止不端，且目无法纪，引起邻里公愤”，并不能因此就证明他实施了投毒杀人行为。如果这种证据都获准进入诉讼的“大门”，那么不仅会造成诉讼时间和资源的浪费，而且会不恰当地干扰司法人员对案件事实的判断和认定。另外，有些国家的法律还明确规定这类品格证据在诉讼中不具有可采性。

证据的关联性可以有多种表现形式，证据与案件事实之间的关联程度也可以有很多层次。其中，有些是直接联系，有些是间接联系；有些是必然联系，有些是偶然联系。因此，获准进入诉讼“大门”的证据的证明价值或证明力也有所不同。另外，人们对证据关联性的认识也会受到科学技术等因素的影响。一些过去被认为没有关联性的东西，随着科学技术的发展，有可能就具有了关联性。例如，过去人们不知道在人的血压、呼吸频率和皮肤电阻等生理变化与人的说谎行为之间有关联，但是后来的科研成果证明二者之间具有一定的联系，于是这些心理和生理测试的数据与有关人员陈述是否属实的问题，就具有了关联性。总之，证据的关联性问题貌似简单，其实很复杂。

（二）证据的客观性

证据的客观性是指证据应该具有客观存在的属性，或者说，证据应该是客观存在的东西。无论是在刑事诉讼还是民事诉讼抑或行政诉讼中，获准进入诉讼“大门”的证据都必须具有客观存在性。具体来说，证据的客观性应该包括两个方面：第一，证据的形式必须具有客观性，