



iCourse · 教材

国家级精品资源共享课教材

诉讼证据法学

Litigation Evidence Law

主编 廖永安

副主编 王国征 李蓉

高等教育出版社



iCourse · 教材

国家级精品资源共享课教材

本书获湘潭大学教材建设基金出版资助

诉讼证据法学

Litigation Evidence Law

主 编 廖永安

副主编 王国征 李 蓉

其他撰稿人（按姓氏拼音排序）

邓和军 穆远征 张立平



高等教育出版社·北京

内容简介

本书是一本以阐释我国现行诉讼证据制度、解析证据运用的诉讼实践为主要内容的法学本科教材,是国家级精品资源共享课“诉讼证据法学”的配套用书,主要供各大高等院校法学本科、法学第二专业证据法学教学使用,也可供通过网络课程自学诉讼证据法学的学生使用。该书分为绪论、证据法概述、证据种类、证明对象、证明责任、证据的提供和收集、证据的审核认定七个部分,内容上除了介绍和分析证据法学的基础理论外,还重点介绍了我国诉讼证据制度,特别是较为全面地反映了近年我国诉讼证据制度改革的主要内容。各章均配有拓展阅读和思考题,一方面可帮助学生更好地掌握基础知识,另一方面能拓宽学生的知识面,便于学生灵活掌握知识,深刻理解制度背后的证据法学理论。

图书在版编目(CIP)数据

诉讼证据法学/廖永安主编.--北京:高等教育出版社,2017.4

iCourse·教材

ISBN 978-7-04-047552-4

I. ①诉… II. ①廖… III. ①诉讼-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(2017)第 061614 号

诉讼证据法学

Susong Zhengju Faxue

策划编辑 帅映清
责任校对 李大鹏

责任编辑 帅映清
责任印制 田 甜

封面设计 赵 阳

版式设计 马 云

出版发行 高等教育出版社

社 址 北京市西城区德外大街 4 号

邮政编码 100120

印 刷 北京市昌平百善印刷厂

开 本 787mm×1092mm 1/16

印 张 13.75

字 数 330 千字

购书热线 010-58581118

咨询电话 400-810-0598

网 址 <http://www.hep.edu.cn>

<http://www.hep.com.cn>

网上订购 <http://www.hepmall.com.cn>

<http://www.hepmall.com>

<http://www.hepmall.cn>

版 次 2017 年 4 月第 1 版

印 次 2017 年 4 月第 1 次印刷

定 价 26.00 元

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请到所购图书销售部门联系调换

版权所有 侵权必究

物料号 47552-00

作者简介

廖永安,法学博士,湘潭大学法学院教授,博士生导师。湘潭大学副校长,湖南省2011协同创新中心——“法治湖南建设与区域社会治理”协同创新中心主任,法学一级学科博士点和重点学科负责人,国家级法学实验教学示范中心主任,国家级精品资源共享课“诉讼证据法学”主持人,湖南省普通高等学校学术带头人、教育部新世纪优秀人才支持计划入选者、湖南省首届优秀青年法学家,湖南省普通高校教学名师、湖南省优秀社会科学专家。兼任中国民事诉讼法学研究会副会长、湖南省法学会副会长、湖南省法学会诉讼法学研究会会长。出版学术著作3部,与他人合著学术著作10余部,主编国家十一五规划教材一部,其他教材6部,在《求是》、《中国法学》、《中外法学》、《人民日报》等报刊公开发表学术论文100余篇。先后主持国家社科基金项目重大项目1项、青年项目2项,省部级项目10余项。获国家教学成果二等奖、省级教学成果一等奖、中国法学优秀成果一等奖、全国十大杰出青年法学家提名奖等奖励10余项。

王国征,法学博士,湘潭大学法学院教授,博士生导师。中国民事诉讼法学研究会常务理事、湖南省法学会诉讼法学研究会副会长、青岛仲裁委员会仲裁员、中国贸促会青岛调解中心调解员、兼职律师等。著有专著3部,参加撰写或编写专著、教材10余部,在《中国法学》、《政法论坛》、《法学家》、《法商研究》等刊物上发表学术论文近40篇,主持国家社科基金后期资助项目等国家、省部级项目多项。国家级精品资源共享课“诉讼证据法学”主讲教师之一。

李蓉,法学博士,湘潭大学法学院教授,博士生导师。中国刑事诉讼法学会理事,湖南省法学会诉讼法学研究会副会长,湖南省法学会法治反腐研究会副会长,湖南省人民检察院专家咨询委员会委员。国家级精品资源共享课“诉讼证据法学”主讲教师之一。在《法学家》、《政法论坛》等刊物上发表学术论文40余篇,独自撰写并出版专著2部,参与撰写和编著专著、教材10余部,主持国家、省部级课题10余项。

张立平,法学博士,湘潭大学法学院教授,博士生导师。湘潭大学诉讼法研究中心主任,国家级精品资源共享课“诉讼证据法学”主讲教师之一。中国民事诉讼法学研究会理事,中国仲裁法学研究会理事,湖南省法学会诉讼法学研究会常务理事、学术委员会委员,湘潭市民商法学会副会长。主持完成国家社科基金项目1项,省社科基金项目1项,参与完成国家及省部级项目10余项。出版专著1部、合著2部,参与撰写和编著教材10部。在《中国法学》、《法商研究》等期刊发表论文30余篇。

邓和军,法学博士,海南大学法学院副院长、副教授、硕士研究生导师,国家级精品资源共享课“民事诉讼法学”主讲教师之一,名古屋大学和高雄大学访问学者。在《法学评论》和《现代法学》等期刊发表论文若干篇。出版个人专著1部,合著6部。主持省级课题4项,参与国家、省部级课题数项。参与完成的三项教学成果均获海南省高等教育省级教学成果一等奖。

穆远征,法学博士、博士后,副教授、硕士研究生导师。湘潭大学法学院院长助理,刑事诉讼法学学科组组长。国家级精品资源共享课“诉讼证据法学”、湖南省精品课程“模拟法庭”主讲教师之一。兼任湖南省法学会法治反腐研究会副秘书长,湖南省法学会诉讼法学研究会副秘书长,长沙市仲裁委仲裁员,湖南省人民检察院人民监督员。主持国家社科基金重大项目子课题1项,湖南省社科基金、最高人民检察院重大委托项目等省部级项目3项。参与编著教材1部,在《法学论坛》等学术刊物上发表专业论文10余篇。

目 录

绪论	1	第三节 自认	100
第一章 证据法概述	6	第四节 司法认知	103
第一节 证据的概念和特征	6	第五节 推定	111
第二节 证据能力和证明力	11	第四章 证明责任	121
第三节 证据的分类	12	第一节 证明责任概述	121
第四节 证据制度的发展历史	14	第二节 民事案件的证明责任	124
第五节 证据法的主要原则	21	第三节 行政案件的证明责任	126
第六节 主要的证据规则	30	第四节 刑事案件的证明责任	131
第二章 证据的种类	57	第五章 证据的提供和收集	140
第一节 证据种类概述	57	第一节 举证期限	140
第二节 当事人陈述	59	第二节 证据转化	144
第三节 书证	66	第三节 新的证据	147
第四节 物证	70	第四节 证据交换	153
第五节 视听资料	74	第五节 法院调查取证	158
第六节 电子数据	78	第六节 证据保全	163
第七节 证人证言	80	第七节 专家辅助人	166
第八节 鉴定意见	83	第八节 证明妨碍	169
第九节 笔录	84	第六章 证据的审核认定	179
第三章 证明对象	89	第一节 质证	179
第一节 案件事实与证明	89	第二节 证明标准	188
第二节 证明对象的范围	96	第三节 证据的认定	204

绪 论

一、证据法立法模式

证据法立法模式是指证据立法时,如何处理证据法与实体法、诉讼法的关系以及三类诉讼证据、各种证据之间关系的模式,也就是将证据法的内容规定在相应的实体法或诉讼法中,还是制定统一的证据法,或者就某类诉讼证据制定单独的证据法,又或者就某种证据制定单行证据法。^①

就目前我国证据立法模式而言,民事诉讼证据规范、行政诉讼证据规范和刑事诉讼证据规范相应地规定在民事诉讼法、行政诉讼法和刑事诉讼法中。但在理论上,对我国证据立法模式存在不同的观点。

第一种观点主张制定统一的证据法典,即将民事诉讼证据规范、行政诉讼证据规范和刑事诉讼证据规范统一规定于一部证据法典。其主要理由是:民事证据、刑事证据、行政证据在基本原则、证据能力、证明价值、证据种类与证据方式、证据保全以及对证据的审查判断等诸方面存在诸多共性,其基本原理和许多适用规则是一致和基本相同的。如果将这些共同的问题规定在一部证据法典中,则避免了立法上的重复规定。同时,一部统一的完善的证据法典既规定刑事诉讼、民事诉讼和行政诉讼证明的共同问题,又规定其相异问题,并按照合理体系将这些问题加以规定,将有助于诉讼证明规范的系统化。并且,统一的证据法典便于当事人和司法人员理解和掌握刑事诉讼、民事诉讼和行政诉讼证明的一般原理和共同规范以及特殊原理和相异规范。^②

第二种观点主张制定专门的证据法典。其中又分为两种不同意见:一种意见认为,应当分别制定民事诉讼证据法、行政诉讼证据法和刑事诉讼证据法;^③另一种意见认为,基于民事证据法和行政证据法的共性,可将行政证据法规范与民事证据立法一并考虑,而刑事证据立法则应当分别进行。^④

第三种观点认为,为了适应新世纪对司法活动的要求,保障公正执法,我国有必要制定专门的证据法典,可以先采用分类法典的形式,即根据三大诉讼的性质,分别制定各自的证据法,待各方面条件成熟之后,再制定统一的证据法典。^⑤

① 蒋开富:《论我国证据法的立法模式》,载《社会科学家》2005年第3期,第92页。

② 江伟、邵明:《关于我国制定统一证据法典的思考》,载何家弘主编:《证据学论坛》(第八卷),中国检察出版社2004年版,第40页;毕玉谦等:《中国证据法草案建议稿及论证》,法律出版社2003年版,序言部分第3、4页。

③ 江伟、邵明:《关于我国制定统一证据法典的思考》,载何家弘主编:《证据学论坛》(第八卷),中国检察出版社2004年版,第39页。

④ 尹丽华:《论我国证据法的立法模式》,载《求是学刊》2004年第5期,第83页。

⑤ 樊崇义主编:《证据法学》,法律出版社2012年版,第3页。

第四种观点可称之为附属诉讼法说。^①该观点主张将民事诉讼证据规范、行政诉讼证据规范与刑事诉讼证据规范相应地规定在民事诉讼法、行政诉讼法和刑事诉讼法中。其主要理由是：(1) 统一证据法典无法解决刑事审前程序的证据规则问题，因为世界各国的统一证据法典都只适用于审判程序，是审判证据法典。(2) 统一证据法典与我国现有立法模式难以协调，且制定统一证据法典，势必对现有刑事、民事、行政三大诉讼法进行重大改造，难度很大，事倍功半。^②(3) 分别制定专门证据法会导致重复和烦琐，造成立法资源的浪费。^③(4) 我国是大陆法系国家，大陆法系国家没有单独的证据立法存在。(5) 如果把诉讼法中的证据内容单独制定证据法，势必把诉讼法掏空，使证据法成为“第二诉讼法”或“第一诉讼法”，最终很有可能导致诉讼法无法存在的恶果。^④

第五种观点可称之为附属实体法说，即证据法与实体法结合模式。也就是将各种证据的法律规定融合到相应的实体法中，在相应的实体法如刑法、民法、经济法等法律中作出规定。^⑤如民事证据法从性质上说是程序法与实体法结合的产物，它既可以融合于实体法与程序法之中，也可以成为一个独立的法域。从我国立法的实际情况来说，与其将民事证据法放在程序法中，不如将其放入实体法。民事证据法可以“搭制定民法典的便车”，可以将民事证据法作为民法典的组成部分，在民法典的分则部分将民事证据法作为一个完整的制度加以规定。^⑥

上述各种观点均有一定的道理，本书赞同附属诉讼法说。

二、我国证据法的渊源

我国目前的证据法渊源主要有三大诉讼法及其相关司法解释。

(一) 民事证据法的渊源

1982年3月8日第五届全国人民代表大会常务委员会第22次会议通过的《中华人民共和国民事诉讼法(试行)》(自1982年10月1日起试行)(以下简称1982年《民事诉讼法(试行)》)。

1984年8月30日通过的《最高人民法院关于贯彻执行〈民事诉讼法(试行)〉若干问题的意见》(以下简称1984年《民诉意见》)。

1991年4月9日第七届全国人民代表大会第4次会议通过《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称1991年《民事诉讼法》)。

1992年7月14日最高人民法院审判委员会第528次会议讨论通过的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》(以下简称1992年《民诉意见》)。

1998年6月19日最高人民法院通过的《关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》(以下简称1998年《审判方式规定》)。

① “附属诉讼法说”的提法，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》(第八卷)，中国检察出版社2004年版，第66页。

② 陈光中：《改革、完善刑事证据法若干问题之思考》，载何家弘主编：《证据学论坛》(第八卷)，中国检察出版社2004年版，第17、18页。

③ 尹丽华：《论我国证据法的立法模式》，载《求是学刊》2004年第5期，第85页。

④ 陈界融：《制定统一证据法：现实所需，理论所趋》，载何家弘主编：《证据学论坛》(第八卷)，中国检察出版社2004年版，第71页。

⑤ 蒋开富：《论我国证据法的立法模式》，载《社会科学家》2005年第3期，第92页。

⑥ 王利明：《审判方式改革中的民事证据立法问题探讨》，载《中国法学》2000年第4期，第100页。

2001年12月6日最高人民法院通过《关于民事诉讼证据的若干规定》(简称2001年《民事诉讼证据规定》)。

2012年8月30日第十一届全国人民代表大会常务委员会第28次会议通过《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》,对《中华人民共和国民事诉讼法》进行了全面修改,修改后简称2012年《民事诉讼法》或者《民事诉讼法》。

2014年12月18日通过、2015年1月30日公布、2015年2月4日施行的《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》(以下简称2015年《民诉解释》)。

(二) 行政证据法的渊源

1989年4月4日第七届全国人民代表大会第2次会议通过的《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称1989年《行政诉讼法》)。

1991年5月29日通过的《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的意见(试行)》(以下简称1991年《行诉意见》)。

1999年11月24日通过的《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称1999年《行诉解释》)第四部分。

2002年6月4日通过的《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》(以下简称2002年《行诉证据规定》)。

2014年11月1日第十二届全国人民代表大会常务委员会第11次会议通过《关于修改〈中华人民共和国行政诉讼法〉的决定》,对《中华人民共和国行政诉讼法》进行修改,修改后简称2014年《行政诉讼法》或者《行政诉讼法》。

2015年4月20日通过的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称2015年《行诉解释》)。

(三) 刑事证据法的渊源

1979年7月1日第五届全国人民代表大会第2次会议通过的《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称1979年《刑事诉讼法》)。

1996年3月17日第八届全国人民代表大会第4次会议通过《全国人民代表大会关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》,修改后简称1996年《刑事诉讼法》。

1996年12月20日最高人民法院印发的《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释(试行)》(以下简称1996年《刑诉解释》)。

1998年6月29日通过的《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称1998年《刑诉解释》)。

2012年3月14日第十一届全国人民代表大会第5次会议通过《关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》,修改后简称2012年《刑事诉讼法》或者《刑事诉讼法》。

2012年11月5日通过的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》(以下简称2012年《刑诉解释》)。

2010年7月1日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部和司法部联合制定颁布《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》,(以下称2010年《非法证据排除规定》)。

2010年7月1日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部和司法部联合制定颁布《办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》(以下称2010年《办理死刑案件证据规定》)。

1998年5月14日公安部发布的《公安机关办理刑事案件程序规定》,(以下简称1998年《公安机关办案规定》)。

2007年10月25日公安部颁布的《〈公安机关办理刑事案件程序规定〉修正案》,此规定简称2007年《公安机关办案规定》。

2012年12月13日公安部发布的《公安机关办理刑事案件程序规定》(以下简称2012年《公安机关办案规定》)。

1997年1月15日最高人民法院第八届检察委员会第69次会议通过《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》,简称1997年《高检规则》。

1998年12月16日最高人民法院第九届检察委员会第21次会议通过、1999年1月18日实施的《人民检察院刑事诉讼规则》,简称1999年《高检规则》。

2012年10月16日最高人民法院第十一届检察委员会第80次会议第2次修订,2012年11月22日最高人民法院公布的《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》(以下简称2012年《高检规则》)。

1998年1月19日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法制工作委员会发布的《关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》,以下简称1998《六部委规定》。

2012年12月26日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法制工作委员会颁布《关于实施刑事诉讼法若干问题的规定》,以下简称2012年《六部委规定》。

三、证据法学的研究对象

关于证据法学的研究对象,学者们存在不同的看法。^①

本书认为,证据法学的研究对象包括:

1. 我国现行的证据规范。包括有关证据规范的立法背景、理解和适用。这是我国证据法学的主要研究对象。

2. 我国证据制度的历史发展。

3. 外国证据制度。

4. 证据理论。

四、证据法学的理论基础

(一) 关于证据法学理论基础的争议

第一种观点认为,我国证据制度的理论基础是辩证唯物主义认识论。^②

第二种观点认为,证据法学的理论基础是辩证唯物主义(包含但不仅仅是辩证唯物主义认识论),而价值论(含程序正义理论)不能构成我国证据法学的理论基础。^③

^① 陈光中主编:《证据法学》,法律出版社2015年版,第10—12页;樊崇义主编:《证据法学》,法律出版社2012年版,第1—10页;陈卫东、谢佑平主编:《证据法学》,复旦大学出版社2005年版,第3—9页;廖永安、李蓉主编:《证据法学》,厦门大学出版社2011年版,第2—4页。

^② 陈一云主编:《证据学》,中国人民大学出版社1991年版,第90、95页。

^③ 裴苍龄:《论证据学的理论基础》,载《河北法学》2012年第12期,第55—65页。

第三种观点认为,证据法学的理论基础为形式理性观念和程序正义理论。^①

第四种观点认为,证据法学的理论基础包括认识论和价值论。^②

第五种观点认为,证据法的理论基础包括:认识论、方法论和价值论。^③

上述前三种观点,可称为“一元论”,其中第一种观点称为认识论,第二种观点可称为不纯粹的认识论,第三种观点称为价值论。^④ 第四种观点自称为“二元论”,第五种观点自称为“多元论”。本书接受“二元论”。

(二) 证据法学的认识论基础

诉讼证明活动是一种认识活动,认识活动贯穿于证明活动的始终。证据的收集、保全、审查判断运用以及案件事实的认定,是一个重现案件事实的认识过程,是一个“求真”的过程。

诉讼证明活动是一种特殊的认识活动。与实验室里的自然科学证明和其他社会科学证明相比,诉讼证明在目的等方面有自身的特殊性。^⑤

证据制度的发展不仅受到了历史演进中特定历史条件的制约,而且受到了哲学认识论发展的重大影响。历史上不同的证据制度,体现了不同的认识论。例如,神示证据制度是以独断论作为其认识论基础的。^⑥

(三) 证据法学的价值论基础

诉讼证明活动不是一个纯粹的“求真”的事实认识活动,而是包含了“求善”的价值选择活动。^⑦

证据法学的价值论体现在两个方面:一是法的价值是具体的法律规范的本源和根据,法律规范体现、蕴含着法的价值。证据规范作为法律规范的一种,同样也体现、蕴含着一定的价值。当然,不同的证据规范所体现的价值,可能不同。二是运用证据规范的过程,在很大程度上也是一个价值选择的过程。

至于证据法学的价值有哪些、其具体含义是什么以及不同价值之间的关系如何,不同学者有不同的理解。^⑧

① 何家弘主编:《新编证据法学》,法律出版社2000年版,第41页。

② 陈光中主编:《证据法学》,法律出版社2015年版,第86页;陈卫东、谢佑平主编:《证据法学》,复旦大学出版社2005年版,第26页;张保生等:《证据法学》,高等教育出版社2013年版,第53页;廖永安:《民事证据法学的认识论与价值论基础》,中国社会科学出版社2009年版,第6—8页;张建伟:《证据法要义》,北京大学出版社2014年版,第39页。

③ 何家弘、刘品新:《证据法学》,法律出版社2013年版,第38—72页。

④ 陈卫东、谢佑平主编:《证据法学》,复旦大学出版社2005年版,第24页;廖永安:《民事证据法学的认识论与价值论基础》,中国社会科学出版社2009年版,第6页;张保生、常林:《2012年中国证据法治发展的步伐》,载《证据科学》2012年第2期,第144、145页。

⑤ 廖永安:《民事证据法学的认识论与价值论基础》,中国社会科学出版社2009年版,第9—31页;何家弘、刘品新:《证据法学》,法律出版社2013年版,第41页。

⑥ 陈卫东、谢佑平主编:《证据法学》,复旦大学出版社2005年版,第28页;廖永安:《民事证据法学的认识论与价值论基础》,中国社会科学出版社2009年版,第40页。

⑦ 陈卫东、谢佑平主编:《证据法学》,复旦大学出版社2005年版,第35页。

⑧ 陈光中主编:《证据法学》,法律出版社2015年版,第97—109页;陈卫东、谢佑平主编:《证据法学》,复旦大学出版社2005年版,第35—42页;何家弘、刘品新:《证据法学》,法律出版社2013年版,第64—72页;廖永安:《民事证据法学的认识论与价值论基础》,中国社会科学出版社2009年版,第126—146页;张建伟:《证据法要义》,北京大学出版社2014年版,第47—51页;张保生:《证据规则的价值基础和理论体系》,载《法学研究》2008年第2期,第122—128页。

第一章 证据法概述

【本章导读】

本章从宏观上阐释证据法的基本知识。应区分证据与证据材料、证据能力与证明力两对不同的范畴。证据的分类,并不仅仅是学理上的分类,某些分类也是法律上的分类。西方证据制度先后出现了神示证据制度、法定证据制度和自由心证证据制度三种类型,后两种证据制度并非相互排斥。证据法原则是证据立法和运用应遵守的抽象性准则,主要有证据裁判原则、程序法定原则、直接言词原则和诚实信用原则。与证据法原则的抽象性不同,证据规则是规范是否有证据能力和证明力大小的法律规则,涉及证据能力的规则主要有关联性规则、非法证据排除规则、传闻证据排除规则、意见证据排除规则、品格证据规则;涉及证明力的规则有原始证据优先规则和补强证据规则。

第一节 证据的概念和特征

一、证据材料的概念

在理解诉讼证据概念时,应当注意的是证据与证据材料是两个不同的概念。

证据材料是指诉讼过程中所有被认为有可能证明案件事实的事实。

证据材料的提法最早出现在1956年10月17日最高人民法院印发的《各级人民法院刑、民事案件审判程序总结》。其中,《各级人民法院民事案件审判程序总结》第二部分“审理案件前的准备工作”标题下(二)“调查和搜集证据”中规定:“当事人提出的证据材料不齐全的时候,可告知他加以补充。”第五部分“上诉”中也出现“证据材料”字样。《各级人民法院刑事案件审判程序总结》第二部分“审理案件前的准备工作”标题下规定:“对案情明确、有足够证据材料的案件,即作出将被告人交付审判的裁定。对主要事实清楚、证据充分,而次要问题不清、证据不足但不影响审判的案件,也应当作出将被告人交付审判的裁定,同时可以要求人民检察院补充材料,或者由人民法院在审判进行中加以调查。”“人民法院在审判过程中,如果根据证据材料认为未经逮捕的被告人确有逃跑(或者在逃)、企图毁灭证据、伪造证据、串供或者经常没有一定住处等情况的时候,可以参照中华人民共和国逮捕拘留条例第5条规定,采用临时羁押的措施。”“审查起诉是否有证据材料以及证据材料是否足够作为起诉的根据。对于起诉缺乏足够证据材料的案件,可以限期要自诉人补充证据;审判人员认为有必要的时候,也可以在开庭前进行调查。”在第五部分“上诉”中也出现“证据材料”字样。

2012年《民事诉讼法》第66条规定:“人民法院收到当事人提交的证据材料,应当出具收据,

写明证据名称、页数、份数、原件或者复印件以及收到时间等,并由经办人员签名或者盖章。”2015年《民诉解释》第265条规定:“原告口头起诉的,人民法院应当将当事人的姓名、性别、工作单位、住所、联系方式等基本信息,诉讼请求,事实及理由等准确记入笔录,由原告核对无误后签名或者捺印。对当事人提交的证据材料,应当出具收据。”第292条、第293条、第368条、第416条、第417条中也出现“证据材料”字样。

《行政诉讼法》及相关司法解释未出现“证据材料”的字样。不过,2002年《行诉证据规定》第4条规定:“公民、法人或者其他组织向人民法院起诉时,应当提供其符合起诉条件的相应的证据材料。在起诉被告不作为的案件中,原告应当提供其在行政程序中曾经提出申请的证据材料。”第19条规定:“当事人应当对其提交的证据材料分类编号,对证据材料的来源、证明对象和内容作简要说明,签名或者盖章,注明提交日期。”第20条规定:“人民法院收到当事人提交的证据材料,应当出具收据,注明证据的名称、份数、页数、件数、种类等以及收到的时间,由经办人员签名或者盖章。”此外,在第23条、第49条、第54条、第57条、第71条和第73条中也出现“证据材料”字样。

1979年《刑事诉讼法》未出现“证据材料”的字样。1996年《刑事诉讼法》增加了“证据材料”的规定。2012年《刑事诉讼法》第39条规定:“辩护人认为在侦查、审查起诉期间公安机关、人民检察院收集的证明犯罪嫌疑人、被告人无罪或者罪轻的证据材料未提交的,有权申请人民检察院、人民法院调取。”第52条第2款规定:“行政机关在行政执法和查办案件过程中收集的物证、书证、视听资料、电子数据等证据材料,在刑事诉讼中可以作为证据使用。”此外,在第57条、第113条、第114条、第171条和第280条中均出现了“证据材料”字样。

由此可见,证据材料不仅是我国司法实践中的术语,也是立法术语。对于这一术语,我国《民事诉讼法》《行政诉讼法》和《刑事诉讼法》采取了截然不同的态度。《刑事诉讼法》中使用最多,而《行政诉讼法》中未使用。在立法和司法解释中对证据材料与证据往往不加区分,造成认识上的混乱。

二、证据的概念

对于证据概念,存在不同的认识。

1948年出版的盛振为先生所著的《证据法学》将关于证据定义的争议归纳为3种:(1)原因说,认为“证据使法院确信不疑一事物或状态,为其特征事态之原因。”(2)方法说,认为“证据为确认待证事物之材料。”(3)结果说,认为“证据乃对于待证事物之存在或不存在之认定也。换言之,凡法院对于待证事物之真实与否,具有确信时,即为举证或证据调查之结果。”^①

就立法而,我国现行法律关于证据定义的规定,仅见之于《刑事诉讼法》第48条第1款:“可以用于证明案件事实的材料,都是证据。”^②

在理论上,目前我国关于证据概念的观点主要有:(1)事实说,认为证据即能够证明案件真实情况的一切事实。^③ 1996年《刑事诉讼法》第42条第1款体现了该观点。(2)材料说,认为证

^① 盛振为:《证据法学》,吴宏耀、魏晓娜点校,中国政法大学出版社2012年版,第3、4页。

^② 2012年《刑事诉讼法》第48条第1款对1996年《刑事诉讼法》第42条第1款(“证明案件真实情况的一切事实,都是证据。”)所规定的证据概念做了修改。

^③ 陈光中主编:《证据法学》,法律出版社2015年版,第141页。

据是能够证明某事物的真实性的有关事实或材料。2012年《刑事诉讼法》第48条第1款接受材料说。^①（3）统一说。所谓统一说，就是强调证据内容与证据形式的统一。^②由于出发点不同，统一说又有不同的表述。第一种表述是，“诉讼证据是事实内容与法律形式的统一，即以法律规定的形式表现出来能够证明案件真实情况的一切事实。”^③第二种表述是，“证据是与案件事实相关的信息，用于证明所主张事实之存在的可能性。”^④第三种表述是，证据是指“用来证明特定案件事实的载体。”^⑤

本书认为，证据是指法院作为认定待证事实依据的证据材料。该定义包含以下几层含义：第一，证据是证据材料，非证据材料不可能成为证据。第二，证据指向的是待证事实，待证事实是区别于案件事实，某些案件事实属于免证事实，不存在证明问题，自然也不存在证据问题。第三，并非所有的证据材料都能够成为证据，只有作为法院认定待证事实依据的证据材料才是证据。法院在认定待证事实时，自然要审查证据材料的形式，并遵循一定的程序。正是由于证据材料与证据存在着区别和联系，有学者认为，从可否作为法院认定事实根据或者是否具有证据能力的角度，可将“证据”理解为证据材料和裁判证据。证据材料是指证据能力尚未得到确定的“证据”，尚需通过法定的证据调查程序来调查和确定其是否具有证据能力，此际还不能作为法院认定事实的根据。裁判证据是指证据材料经过法定的证据调查程序的调查，法院确定其具有证据能力，可以作为认定事实的根据，此际的证据即裁判证据。将证据界定为能够证明案件事实真伪的根据，实际上揭示的是裁判证据的含义。^⑥

需要指出的是，是采“诉讼证据”提法抑或“证据”提法？对刑事案件而言，刑事证据与刑事诉讼证据二者并无本质不同；对民事案件而言，民事证据应包括民事诉讼证据和仲裁证据；对行政案件而言，行政证据包括行政诉讼证据与行政程序证据，行政程序证据是指行政机关在行政程序中用以证明待证事实的证据。^⑦可见，严格地说，证据与诉讼证据是存在区分的。本书未作特别说明，所说证据均指诉讼证据，包括民事诉讼证据、行政诉讼证据和刑事诉讼证据。

三、证据的特征

证据材料要成为证明案件事实的证据，成为定案的根据，尚有一个“查证属实”的过程，要确认某一证据材料能不能作为最后定案依据的证据，就要看它是否同时具备证据的真实性、关联性、合法性三个特征。

本书赞同证据的属性、证据的特征、证据的构成要件、证据的形成条件、证据的判断标准等是等义的说法。关于证据的特征，诉讼法学界观点不一。

通说认为，证据的特征包括真实性、关联性、合法性。

① 张保生等：《证据法学》，高等教育出版社2013年版，第12页。

② 何家弘、刘品新：《证据法学》，法律出版社2013年版，第108页。

③ 卞建林主编：《证据法学》，中国政法大学出版社2000年版，第72页。

④ 张保生等：《证据法学》，高等教育出版社2013年版，第13页。

⑤ 陈瑞华：《刑事证据法学》，北京大学出版社2014年版，第72页。

⑥ 江伟主编：《民事证据法学》，中国人民大学出版社2011年版，第29页。

⑦ 孔祥俊：《最高人民法院〈关于行政诉讼证据若干问题的规定〉的理解与适用》，中国人民公安大学出版社2002年版，第5页。

（一）真实性

真实性是指作为证据的事实是确实存在。

2001年《民诉证据规定》第50条规定：“质证时，当事人应当围绕证据的真实性、关联性、合法性，针对证据证明力有无以及证明力大小，进行质疑、说明与辩驳。”2015年《民诉解释》第104条第1款规定：“人民法院应当组织当事人围绕证据的真实性、合法性以及与待证事实的关联性进行质证，并针对证据有无证明力和证明力大小进行说明和辩论。”第2款规定：“能够反映案件真实情况、与待证事实相关联、来源和形式符合法律规定的证据，应当作为认定案件事实的根据。”

2002年《行诉证据规定》第39条第1款规定：“当事人应当围绕证据的关联性、合法性和真实性，针对证据有无证明效力以及证明效力大小，进行质证。”第56条规定：“法庭应当根据案件的具体情况，从以下方面审查证据的真实性：（1）证据形成的原因；（2）发现证据时的客观环境；（3）证据是否为原件、原物，复制件、复制品与原件、原物是否相符；（4）提供证据的人或者证人与当事人是否具有利害关系；（5）影响证据真实性的其他因素。”

2012年《刑诉解释》第104条第1款规定：“对证据的真实性，应当综合全案证据进行审查。”

显然，将真实性作为证据的特征之一，从实然的角度看应当是没有异议的。对于何谓证据的真实性，则存在不同的理解。有学者认为，“真实性也叫做证据的客观性或者确实性。它是指证据所反映的内容应当是真实的，客观存在的。”^①也有学者反对将客观性作为证据的属性。^②

对于证据的客观性，存在纯客观派与客观与主观相统一派两种不同的观点。纯客观派认为，将诉讼证据的客观性表达为，诉讼证据是不以任何人的意志为转移的客观存在的事实，是“不以人们的主观意志为转移的独立存在”，“你认识它，它存在；你不认识它，它也存在”。这种观点认为，无论是民事诉讼证据，还是刑事诉讼证据，都是发生在民事纠纷或刑事案件发生过程中的，都是在诉讼之前就客观存在的。因此，诉讼发生之后，无论当事人，还是司法人员，无论他们是否已认识到这些证据，这些证据都是客观存在的。根据这种观点，无论有关事实材料是否被提供或收集到诉讼程序中，只要与发生的民事纠纷或刑事案件有联系，就是诉讼证据。客观与主观相统一派认为，诉讼证据不是纯客观的，而是人们主观认识与客观世界相统一的结果。许多法律上所规定的诉讼证据，如当事人陈述、证人证言、鉴定意见、勘验笔录等，都是有关人员主观上对案件客观事实认识的结果，是客观事实在人们主观认识中的反映。而这些“反映”，则有可能完全符合客观事实、也可能部分符合客观事实、还有可能不完全符合客观事实，因此，不能就此说诉讼证据是纯客观的。再者，诉讼证据是能够证明案件真实情况的事实材料，既然是能够证明案件真实情况的事实材料，这些事实材料就应当是人们已经掌握或认识到的事实材料，因为只有这样，才能证明未知事实的存在或不存在。如果某个事实材料人们未认识或掌握，就是未知的事实材料，而未知的事实材料不可以也不能证明另一未知事实存在或不存在，即该材料起不到“证明”的作用，实现不了诉讼证据的目的或意义。因此，也不能认为诉讼证据就是纯客观的。^③

本书认为，既然我国立法及司法解释已经将真实性规定为证据的特征之一，就不宜再绕过相

① 李国光主编：《最高人民法院〈关于民事诉讼证据的若干规定〉的理解与适用》，中国法制出版社2002年版，第335页。

② 韩象乾主编：《民事证据理论新探》，中国人民公安大学出版社2006年版，第36页。

③ 江伟主编：《证据法学》，法律出版社1999年版，第21、213页。

关规定而称之为客观性。证据的真实性是法律意义上的真实,而非哲学意义上的客观真实。

（二）合法性

在理论上,证据是否具有合法性存在不同看法:一种观点认为,证据必须具有合法性,或者说合法性是证据的基本特征;另一种观点认为,证据不必具有合法性,或者说合法性不是证据的基本特征。^①

证据的合法性特征为我国司法解释明确规定。2015年《民诉解释》第104条和2002年《行诉证据规定》第39条均有明确规定。《行诉证据规定》第55条规定:“法庭应当根据案件的具体情况,从以下方面审查证据的合法性:(1)证据是否符合法定形式;(2)证据的取得是否符合法律、法规、司法解释和规章的要求;(3)是否有影响证据效力的其他违法情形。”《刑事诉讼法》对非法证据排除的规定以及2012年《刑诉解释》第四章的诸多内容,均体现了证据合法性的特征。如2012年《刑诉解释》第74条规定,对证人证言应当着重审查的内容有:询问证人是否个别进行;询问笔录的制作、修改是否符合法律、有关规定,是否注明询问的起止时间和地点,首次询问时是否告知证人有关作证的权利义务和法律责任,证人对询问笔录是否核对确认;询问未成年证人时,是否通知其法定代理人或者有关人员到场,其法定代理人或者有关人员是否到场;证人证言有无以暴力、威胁等非法方法收集的情形。第84条规定,对鉴定意见应当着重审查内容包括:鉴定机构和鉴定人是否具有法定资质;鉴定人是否存在应当回避的情形;检材的来源、取得、保管、送检是否符合法律、有关规定,与相关提取笔录、扣押物品清单等记载的内容是否相符,检材是否充足、可靠;鉴定意见的形式要件是否完备,是否注明提起鉴定的事由、鉴定委托人、鉴定机构、鉴定要求、鉴定过程、鉴定方法、鉴定日期等相关内容,是否由鉴定机构加盖司法鉴定专用章并由鉴定人签名、盖章;鉴定程序是否符合法律、有关规定;鉴定的过程和方法是否符合相关专业的规范要求。这些规定,均体现了证据的合法性。

证据的合法性,又称为法律性,是指证据的形式与收集过程必须符合法律的规定。^②

证据的合法性主要体现在四个方面:(1)证据主体合法。证据主体是指形成证据内容的个人或单位;证据主体合法,是指形成证据的主体须符合法律的要求。(2)证据形式合法。证据形式的合法性,是指作为证据不仅要求在内容上是真实的,还要求在形式上符合法律规定的要求。(3)证据取得方法合法。证据材料能否作为法院认定案件事实的证据,还要看该证据材料的取得方法是否符合法律的规定。(4)证据程序合法。证据材料最后要作为证据还必须经过一定的诉讼程序,没有经过法律规定的程序该证据仍然不能作为认定案件的根据。这一程序就是证据的质证程序。未经质证的证据材料,不能作为认定案件事实的依据。

（三）关联性

关联性作为证据的特征之一,为我国相关司法解释所规定。2015年《民诉解释》第104条和2002年《行诉证据规定》第39条均有明确规定。2012年《刑诉解释》第69条规定,对物证、书证应当着重审查的内容之一是,“物证、书证与案件事实有无关联。”第84条规定,对鉴定意见应当着重审查的内容包括“鉴定意见与案件待证事实有无关联”。第92条规定,对视听资料应当着重审查内容包括“内容与案件事实有无关联”。第93条规定,对电子邮件、电子数据交换、网上聊天

^① 何家弘、刘品新:《证据法学》,法律出版社2013年版,第115页。

^② 最高人民法院民事审判第一庭:《民事诉讼证据司法解释的理解与适用》,中国法制出版社2002年版,第257页。

记录、博客、微博客、手机短信、电子签名、域名等电子数据,应当着重审查的内容包括“电子数据与案件事实有无关联”。

证据的关联性,又称为相关性,对此,尚存在不同的看法。^①一般认为,证据关联性是指作为证据内容的事实与案件的待证事实之间存在着内在联系。这种联系表现为按照事物的通常进程,其中一项事实本身或与其他事实相互联系,能大体证明另一事实在过去、现在或将来的存在或不存在。

第二节 证据能力和证明力

一、证据能力

证据能力是大陆法系证据理论中的基本概念,相当于英美法系证据理论中的“可采性”(admissibility)。所谓可采性,是指证据符合法律的规定,因此具有在法庭审理过程中出示并成为证据调查对象的资格。

对于证据能力,我国学界存在不同的理解和表述。^②证据能力不同于证据特征。通常情况下,同时具备关联性、真实性、合法性的证据材料具有证据能力;但在特殊情形下即使同时具备了这“三性”,也并不具有证据能力。^③

本书认为,证据能力、证据资格、证据适格含义相同,都是指证据材料能够作为法院认定待证事实依据的资格、条件。

证据能力对于诉讼证明具有重要意义。从证明的过程看,证据能力的有无是法院认定证据时首先需要解决的问题。因为从逻辑上说,证据材料只有具备证据能力,才有资格进入诉讼发挥证明作用,才需要进一步判断其证明力的大小。无证据能力的证据材料进入诉讼不仅会浪费时间和精力,还可能造成法官对事实的错误认定。因此,在证明活动中,若一方提出某一证据材料,而另一方对其证据能力提出质疑时,法庭应当先对证据能力进行审查,如缺乏证据能力,就应当将它排除出诉讼。^④

关于证据能力的规定,除非法证据排除规则外,还有证人资格的规定以及调解或和解中的让步等。

2012年《民事诉讼法》第72条第2款:“不能正确表达意思的人,不能作证。”2015年《民诉解释》第107条规定:“在诉讼中,当事人为达成调解协议或者和解协议作出妥协而认可的事实,不得在后续的诉讼中作为对其不利的根据,但法律另有规定或者当事人均同意的除外。”

2002年《行诉证据规定》第42条第1款规定:“不能正确表达意志的人不能作证。”第66条规定:“在行政赔偿诉讼中,人民法院主持调解时当事人为达成调解协议而对案件事实的认可,不得在其后的诉讼中作为对其不利的证据。”

2012年《刑事诉讼法》第60条第2款规定:“生理上、精神上有缺陷或者年幼,不能辨别是

① 俞亮:《证据相关性研究》,北京大学出版社2008年版,第8—19页。

② 纪格非:《证据能力论——以民事诉讼为视角的研究》,中国人民公安大学出版社2005年版,第1—12页。

③ 江伟主编:《民事证据法学》,中国人民大学出版社2011年版,第30页。

④ 江伟主编:《民事诉讼法》,中国人民大学出版社2013年版,第168条。

非、不能正确表达的人,不能作证人。”

二、证明力

证据证明力简称证明力或证据价值,是指证据材料在证明待证事实方面所起的作用。

证明力是指事实的反映所含有的证明价值,作为证据的事实被反映出来以后就能在诉讼中发挥作用,这种作用就是证明力。所有的证据都具有证明案件事实的作用,但证据不同,其证明作用力的大小也有所不同,即证据证明力的强弱有所不同。证明力取决于事实间的关联性。

证明力与证据能力是相互联系又相互区别的两个概念。证据能力是指是否具有证明案件事实的资格,而证明力是指证据在多大程度上对案件事实起到证明作用。二者的联系主要表现在:作为认定案件事实的依据,证据必须既具有证据能力,又具有证明力。不具有证明力的证据材料,对于案件事实的证明就没有意义,因而没有必要赋予其证据能力。对案件事实具有证明作用的证据材料,如果不具有证据能力,也不能作为认定案件事实的证据。两者之间也存在实质性的区别:证据的证明力是证据的自然属性,取决于证据与待证事实之间的逻辑联系;证据能力是证据的法律属性,取决于证据材料是否被法律许可用来作为证明待证事实的依据。因而证据能力由法律事先加以规定,而证据的证明力主要由法官在诉讼中判断。形象地说,证据能力是证据的“质”,是法定的门槛;而证明力是证据的“量”,是审判人员裁量的刻度表。所以,有证据能力的证据材料在证明力大小方面存在着不同。^①

第三节 证据的分类

证据可以根据不同的标准作不同的分类。

一、原始证据和传来证据

根据证据的来源,证据分为原始证据和传来证据。

原始证据,是指直接来源于案件事实的证据,也就是通常所说的“第一手材料”。

传来证据,也称派生证据,是指从原始证据中派生出来的证据。它不是由案件事实直接形成的,而是经过一定的中间环节和辗转过程,从原始证据转述、传抄、复制而形成的第二手以下的材料。

区分原始证据与传来证据的意义在于,原始证据的证明力一般大于传来证据。

2001年《民诉证据规定》第77条中规定:“原始证据的证明力一般大于传来证据。”

2002年《行诉证据规定》第63条规定:“原始证据优于传来证据。”

二、本证和反证

有关本证与反证的划分标准及相应产生的本证与反证的概念,学术界有不同的观点,即使内

^① 江伟主编:《民事诉讼法》,中国人民大学出版社2013年版,第171条。

涵相同的观点也采用了差异较大的表述方法。^① 本书采以是否负有证明责任的当事人为标准,即本证与反证的划分依据是证据与证明责任承担者的关系。^②

所谓本证,是指在诉讼中负有证明责任的一方当事人提出的用于证明自己所主张事实的证据。

所谓反证,是指没有证明责任的一方当事人提出的用于证明对方主张事实不真实的证据。

【拓展阅读】

本证与反证的适用——张某与杨某合伙纠纷案



三、直接证据和间接证据

根据证据与证明对象的关系,可分为直接证据和间接证据。

关于直接证据和间接证据,学者们的理解也不完全相同。^③

应当说,能够直接用以证明要件事实的证据称为直接证据。直接证据与案件事实存在着直接的联系,能够自然地或单纯地证明案件事实,因而又称为自然的证据或单纯的证据。

证据能够证明一定的间接事实或补助事实,而依此项间接事实或补助事实与要件事实之间的推理必然关系,要件事实因而间接获得证明,此种证据称为间接证据,又称为情况证据。^④ 间接证据,不是直接、单独地证明案件主要事实,而是必须与其他证据结合起来才能证明案件主要事实的证据。

由于直接证据具有较强的证明力,在诉讼过程中一般应当尽可能地使用直接证据,但间接证据也具有重要的作用。

2001年《民诉证据规定》第77条规定:“直接证据的证明力一般大于间接证据。”

2012年《刑诉解释》第105条规定:“没有直接证据,但间接证据同时符合下列条件的,可以认定被告人有罪:(1) 证据已经查证属实;(2) 证据之间相互印证,不存在无法排除的矛盾和无法解释的疑问;(3) 全案证据已经形成完整的证明体系;(4) 根据证据认定案件事实足以排除合

① 宋英辉、汤维建主编:《证据法学研究述评》,中国人民公安大学出版社2006年版,第222、223页;韩象乾主编:《民事证据理论新探》,中国人民公安大学出版社2006年版,第124、125页。

② 有疑问的是,法院调查收集的证据应如何在本证与反证之间进行归属。

③ 宋英辉、汤维建主编:《证据法学研究述评》,中国人民公安大学出版社2006年版,第216页。

④ 本书关于本证和反证、直接证据和间接证据的定义,参见:陈荣宗、林庆苗:《民事诉讼法》(修订四版)(中),三民书局2005年版,第468页;王甲乙等:《民事诉讼法新论》(全),三民书局2005年版,第394、395页;陈计男:《民事诉讼法论》(修订四版)(上),三民书局2006年版,第459、460页;[日]松冈义正:《民事证据论》(上、下册),张知本译,洪冬英勘校,中国政法大学出版社2004年版,第10、12页。

理怀疑,结论具有唯一性;(5)运用证据进行的推理符合逻辑和经验。”

【拓展阅读】

间接证据的适用——曾德培与陶鹏飞合伙协议纠纷案判决书



四、言词证据和实物证据

以证据的表现形式和形成的方法为标准,可将证据分为言词证据和实物证据。

言词证据,是以人的陈述为其表现形式的证据。例如,当事人陈述、证人证言、鉴定意见。言词证据作为人的认识和反映,其优点是生动形象、具体,其缺点是客观性较差。因此,言词证据的一个突出特点是,言词证据能够从动态上证明案件事实。

实物证据,是指以实物形态为其表现形式的证据,又称广义上的物证。例如,物证、书证、视听资料、电子数据。与言词证据相比,实物证据最突出的特点是客观性、稳定性强,不易失真;但是,实物证据人称“哑巴证据”,很容易被毁灭、伪造、顶替等。^①

关于勘验笔录的属性,存在不同的观点:第一种观点认为,勘验笔录中的文字虽然具有文书的实物形式,但从内容性质上看,仍然属于言词证据,是勘验人员用书面形式记录的关于其在勘验活动中所见所闻之事实的陈述。正因为如此,勘验人员在必要时应该出庭,像证人那样用语言证明自己所做笔录的真实性,或者对笔录内容作出必要的解释和说明。至于勘验笔录中以照相、录像等方式制作的有关物品或痕迹的记录,因为这些记录内容本身不具有言词的性质,所以应该归入实物证据的范畴。^②第二种观点认为,“勘验笔录是由司法和执法人员对案件有关的场所、物品、人身、尸体进行实地查看、检验、调查后所作的记录,通常表现为一定的书面材料、照片、绘图。而且就其内容而言,它是对有关场所、物品、人身、尸体情况的客观记载,而非司法和执法人员的意见或判断,因而也应归入实物证据。”^③本书赞同第一种观点,即勘验笔录属于言词证据。

第四节 证据制度的发展历史

从证据制度发展历史看,西方证据制度先后出现了神示证据制度、法定证据制度和自由心证证据制度三种类型。

^① 樊崇义主编:《证据法学》,法律出版 2012 年版,第 251、252 页。

^② 何家弘、刘品新:《证据法学》,法律出版社 2013 年版,第 123 页。

^③ 樊崇义主编:《证据法学》,法律出版社 2012 年版,第 251 页。

一、神示证据制度

(一) 神示证据制度的概念

神示证据制度是依据神意(或上帝之意)判断案情的一种证据制度。

神示证据制度中,“告知真理”的方式是“神示”。司法人员用一定形式邀请神灵帮助裁判案件事实,并用一定方式把神灵的意志表现出来作为裁判的根据,这就是神示证据制度。

(二) 神示证据制度的方法

由于神本身是一个虚拟的抽象物,事实上根本不存在,所以,神意只能通过人所确定的方式表现出来。神示证据制度的证明方法有:神誓法和神明裁判。

神誓法,是当事人和证人以向神灵宣誓的方式来证明其所提供的事实或者提出的主张是真实的。在当时,人们普遍认为神灵是最公正的,如果当事人或者证人不敢对神发誓,或者在对神发誓时流露出恐惧的神色,或者在发誓后的一定时间内出现了遭受某些报应的迹象,则可以据此断定其主张的事实或陈述为虚假。^① 对神宣誓的方式方法,因宗教信仰不同而不同,如有的部族信奉神灵,则在宣誓前向所信奉的神灵祈祷,而后凭圣物起誓,请求神灵证实其陈述真实或主张合理;有的部族视武器为圣物,则向武器进行宣誓;有的部族甚至向某种动物或家畜进行宣誓。^② 对神宣誓的方式中还有一种“保证宣誓”(或称为“辅助宣誓”),即当事人要找出一定数量的“旁证人”或“助誓人”进行辅助宣誓。^③ “旁证人”或“助誓人”要向神宣誓,保证当事人品质纯正、不会犯被控罪行或证明当事人的誓言是真实的。如果一方的“助誓人”也能顺利通过宣誓,裁判者就可判该当事人胜诉。案件情况不同,法律对“助誓人”的人数要求也有所不同。^④

神明裁判,是通过让当事人接受某种肉体折磨或者考验来查明案件事实。主要有:(1)水审,是通过一定方式使当事人接受水的考验,显示神的意志,借以判断当事人对案件事实的陈述是不是真实的。水审可分为热水审和冷水审。(2)火审,是用火或者烧热的铁器对被告人进行考验,显示神的意志,借以判断当事人的陈述是否真实。(3)决斗,是由争讼的双方进行搏击,以搏击的胜负结果来判断神的意志。在民事案件中,当事人不必自己决斗,可以雇佣职业剑手去决斗。^⑤ (4)卜筮,是就当事人双方争议的事实向神祷告,然后进行占卜,法官根据卦象式签牌的内容判断何者胜诉的神示证明方式。(5)十字形证明,是当事人双方对面站立,手臂左右伸直,使身体呈十字形,保持这一姿势时间最久者胜诉的神示证明方法,为信仰基督教的民族所采用。^⑥

(三) 对神示证据制度的评价

神示证据制度是在生产力低下历史背景下的司法证明方式,其非理性、不科学性是显而易见的,甚至是荒唐的、滑稽的。但是,正如有学者所指出的,“纠纷事实的确定很大程度上是与人类

^① 田平安主编:《民事诉讼法·诉讼证据篇》,厦门大学出版社2006年版,第3页。

^② 卞建林主编:《证据法学》,中国政法大学出版社2000年版,第21页。

^③ 陈一云主编:《证据学》,中国人民大学出版社1991年版,第18页。

^④ 樊崇义主编:《证据法学》,法律出版社2012年版,第18页。

^⑤ 张永泉:《民事诉讼证据原理研究》,厦门大学出版社2005年版,第19页。

^⑥ 张建伟:《证据法要义》,北京大学出版社2014年版,第19页。

智力发达程度密切相关的。或者说,人类认识外部世界的能力,决定着证据制度的具体样态。”^①因此,神示证据制度在其历史背景下有一定的历史进步性。

1. 神示证据制度体现了当事人之间的平等。神示证据制度虽然将裁判的结果交给了一般民众难以捉摸、难以预料的神灵,但双方的机会是平等的。诉讼被看作私人之间的争斗,裁判者不积极地介入到当事人的纠纷解决中去,更不会偏袒其中一方而歧视另一方。裁判者在诉讼中的主要功能是主持宗教仪式和记录神灵裁判的结果与神灵的旨意。当然在神示证据制度的实际运行中,也不乏裁判者操纵神灵裁判工具、篡改神灵旨意的情况。^②

2. 神示证据制度确保了裁判结果的可接受性,提高了司法裁判的权威性,有利于及时解决纠纷,保证了法律对社会生活的引导、规范作用。在很大程度上,一个裁判是否公正、是否正确往往取决于其所处的群体信念、评价系统。因此,一个看似公正的裁判结果,如果不与其所处的群体信念、评价系统吻合,也无法被平静地接受。^③在神示证据制度时代,人们把神意作为公正和正义的象征,因而根据神意确认案件事实也就具有了被社会普遍接受的公正性与正义性,尽管这种公正和正义是一个历史的荒谬。^④神示证据制度能够在一定程度上保证其裁判结果的整体正确性,可以借助神灵的力量加强司法裁判的权威性,^⑤克服之前主要依靠血亲复仇方式解决纠纷而使纠纷无法最终解决的难题,有利于纠纷的及时解决,有助于发挥法律规范稳定社会秩序的作用。

3. 神示证据制度在一定情况下也可以起到查明案件事实的作用。虽然“神示证据”是一种非理性的司法证明方法,但是它有时也能产生理性的效果。^⑥

二、法定证据制度

(一) 法定证据制度的概念

法定证据制度是指法律根据不同的证据形式预先规定各种证据的证明力和判断证据的规则,法官必须据此作出判决的一种证据制度。法官对证据的证明力没有任何裁量权,法官的任务是根据法律规定的证据之证明力,对所有证据的证明力进行机械地加总计算,并在这种计算的基础上作出裁判。^⑦

法定证据制度是对神示证据制度的否定,是历史上的一大进步。它的出现是人类文化科学的发展对司法经验总结的结果;同时又是和当时的政治斗争形势联系在一起,是中央集权君主制的产物。

进入中世纪以后,自然科学得到较大的发展,自然科学的进步使得人类对自然现象的解释开始诉诸人类的理性和经验,而不是诉诸异域的神灵,人类认识能力的提高为法定证据制度的产生

① 李浩主编:《证据法学》,高等教育出版社2009年版,第50页。

② 田平安主编:《民事诉讼法·诉讼证据篇》,厦门大学出版社2006年版,第7页。

③ 李浩主编:《证据法学》,高等教育出版社2009年版,第50、51页。

④ 陈一云主编:《证据学》,中国人民大学出版社1991年版,第23页。

⑤ 何家弘、刘品新:《证据法学》,法律出版社2013年版,第8页。

⑥ 樊崇义主编:《证据法学》,法律出版社2012年版,第20页;何家弘、刘品新:《证据法学》,法律出版社2013年版,第8页;张永泉:《民事诉讼证据原理研究》,厦门大学出版社2005年版,第20页。

⑦ 田平安主编:《民事诉讼法·诉讼证据篇》,厦门大学出版社2006年版,第8页。

三、自由心证证据制度

(一) 自由心证证据制度的概念

自由心证证据制度,是指证据的取舍和证明力的大小以及案件事实的认定,法律不预先作出规定,而是由法官根据自己的良心、理性自由判断,并根据其形成的内心确信认定案件事实的一种证据制度。

自由心证是法官依靠证据证明案件事实的自由,这种自由有两方面含义:一是运用何种形式的证据的自由;二是法官独立判断证据价值的自由。把证据的评判交给法官而不是严格遵守机械的条文,无疑是承认人类认识能力和认识理性的结果。^①

1791年法国宪法会议正式废除法定证据制度,建立了自由心证制度。1791年9月29日法国宪法会议发布训令正式宣布:法官有把自己的内心确信作为裁决的唯一依据的义务。1808年法国颁布了世界上第一部专门的《刑事诉讼法》,这个法典的第342条就是上述自由心证原则的进一步发展。在此之后,欧洲大陆各国通过立法,基本上都将自由心证原则确立下来。如1877年的《德国刑事诉讼法》规定:“法院应根据从全部法庭审理中所得出的内心确信,来确定调查证据的结果。”1892年俄国颁布的《刑事诉讼条例》规定:“治安法官应根据建立在综合考虑法庭审理时所揭露的情况的基础上的内心确认,来裁定受审人有无罪过的问题。”日本现行的《刑事诉讼法》第318条明确规定:“证据的证明力由审判官自由判断。”1808年之后法国的《刑事诉讼法》虽然几经修改,但是时至今日,自由心证的原则依然保留下来。^②此外,德国民事诉讼法第286条、日本民事诉讼法第247条都是关于自由心证制度的规定。^③

(二) 自由心证证据制度的内容

1. 关于证据的取舍和证明力的大小,由裁判者根据理性和良心自由判断。抽象的理性和良心是自由心证制度的两个支柱。理性是判断证据的依据,良心则是真诚地按照理性的启示判断证据的道德保障。自由是该制度的中心,即裁判者根据理性和良心自由地判断证据。^④裁判者享有评价证据的自由,体现了自由心证证据制度对法定证据制度的否定。

2. 裁判者作出裁判的前提条件是裁判者形成了内心确信。自由不是绝对的,而是相对的。自由心证证据制度在赋予裁判者自主判断证据的自由的同时,也对裁判者的自主判断设定了限制。这种限制就是裁判者的内心确信,即只有在裁判者对案件事实形成了内心确信的情况下,才能对案件作出裁判,否则不能作出裁判。正是内心确信与裁判者的自主判断相结合,才使自由心证制度成为自由采信制度。^⑤

3. 心证的评价机制。为限制裁判者恣意裁判,自由心证证据制度确立了一系列心证评价机制,主要有:(1)法官具备适合审判的资格。自由心证对法官资格提出较高要求。首先,法官应当具备良好的执业能力和职业道德,“良知和(职业)理性”是对裁判主体的一般要求。其次,审理案件的法官应当避免承审与自己有利害关系的案件,这是保证审理者公正和中立裁判的制度

^① 李静:《证据裁判原则初论:以刑事诉讼为视角》,中国人民公安大学出版社2008年版,第60页。

^② 樊崇义主编:《证据法学》,法律出版社2012年版,第24页。

^③ 刘春梅:《自由心证制度研究:以民事诉讼为中心》,厦门大学出版社2005年版,第25页。

^④ 樊崇义主编:《证据法学》,法律出版社2012年版,第25页。

^⑤ 田平安主编:《民事诉讼法·诉讼证据篇》,厦门大学出版社2006年版,第14页。

要求。(2) 法官独立地获得心证。法官若受制于其他组织或个人,人身或意志不能独立,其认识不具有令人信赖的可靠外观,认识的动机和正确性就永远受到外界的质疑。(3) 自由心证是以证据为基础的法律制度。自由心证不是纯粹的主观想象,而必须依赖于证据这一客观基础:没有相关证据,不能进行心证;由有证据能力的证据得出心证;应当由基于法庭审理的全过程形成心证;心证不得恣意进行,不得违反经验法则、法律规定、逻辑规则。(4) 监督和救济制度。虽然自由心证是基于对法官能力和良知的信赖,但不意味着心证不会被滥用和出错,因此有必要设置监督和救济制度。首先,审判活动尤其是证明过程应该是公开进行的,心证形成的基础和过程应当在法庭公开进行,并且在判决书中说明事实裁判的理由(是否采纳某项证据及其理由,如何确认案件事实等)以接受当事人的质疑和上级法院的监督。其次,上诉法院也可以对违背经验法则或逻辑规则的不当认识予以一定救济。^①

(三) 对自由心证证据制度的评价

自由心证证据制度的优点:自由心证证据制度否定了法定证据制度的形而上学的形式主义,抛弃了法定证据制度中的封建特权,体现了法律面前人人平等,调动了裁判者司法认识的主动性、积极性,保证了具体案件中运用证据的合理性和准确性,为查明案情和正确处理案件提供了可能。^②

自由心证证据制度的缺点:由于自由心证证据制度在很大程度上依赖于法官个人的专业素质和道德修养,所以在一些情况下就会为法官的专断或恣意提供可乘之机。^③对同样的证据和案情,不同的法官可能因为认识不同导致不同的处理结果。因此,当今凡奉行自由心证证据制度的国家或地区,都出台许多证据规则,以制约法官的“心证”。

四、我国证据证明模式的选择

如上所述,西方的三种证据证明模式中,神示证据制度的非理性、不科学性是显而易见的。就法定证据制度与自由心证证据制度而言,二者各有优缺点。就我国证据证明模式选择而言,学者们存在不同的认识。

值得注意的是,法定证据制度与自由心证证据制度二者并非相互排斥的。对此,李静博士指出,法定证据制度和自由心证证据制度的区分是理论研究的需要,是对某一时期证据制度典型特征进行的模型化描述。但是,各国的立法和实践其实从来没有把二者严格隔离开来,也没有纯粹的法定证明模式或自由证明模式。法定证明并不绝对排斥法官的心证,自由心证也要接受经验规则和程序规定的约束。^④李浩教授认为:第一,不应将法定证据与自由心证的区分绝对化,认为自由心证就可以不要任何法定的证据规则,或者法定证据就完全排除了法官对证据的自由判断。法定证据和自由心证是针对这两种证据制度的主要特征所作的概括,它们之间的差异只具有相对意义。实行自由心证的证据制度,并不意味着法律不再设定任何证据规则,也不意味着法官可以不受证据规则的约束任意认定案件事实。第二,法定证据制度与自由心证证据制度是各

^① 李静:《证据裁判原则初论:以刑事诉讼为视角》,中国人民公安大学出版社2008年版,第63—65页。

^② 樊崇义主编:《证据法学》,法律出版社2012年版,第26页;田平安主编:《民事诉讼法·诉讼证据篇》,厦门大学出版社2006年版,第16页。

^③ 何家弘、刘品新:《证据法学》,法律出版社2013年版,第29页。

^④ 李静:《证据裁判原则初论:以刑事诉讼为视角》,中国人民公安大学出版社2008年版,第59页。

自时代的产物,相对于各自的社会条件,均有其合理性。第三,这两种证据制度各有其优点,也都有不足之处,两者利弊互见。第四,实行自由心证,除了需要有高素质的法官外,还需要有一定的方法和制度来保证法官尽可能形成合理的心证。第五,对法定证据制度中符合经验和理性的证据规则应当肯定和继承。^①

关于我国证据证明模式的选择,我们既不能简单地选择自由心证,也不能简单地选择法定证据,而应当在抛弃两者缺点的基础上,选择法定证据与自由心证相结合的证据制度。至于法定证据与自由心证相结合,是平行的结合,还是有主次之分的结合,如果有主次之分,它们中谁为主、谁为辅的问题,学者们存在不同看法。

就民事证据制度而言,李浩教授主张,我国应选择法定证据与自由心证相结合,以自由心证为主,以法定证据为辅的证据制度,即主张“两结合”的证据制度是一种自由心证成分居多的证据制度。^② 刘春梅博士主张,我国应当建立自由心证证据制度,以法定证据制度为我国民事诉讼自由心证证据制度的必要补充。刘春梅博士具体分析论述了建立我国民事诉讼自由心证制度的必要性、可行性及其意义等。^③

就刑事证据制度而言,何家弘教授主张采“准法定证明”或“相对法定证明”,即以法定证明为主,以自由证明为辅的司法证明模式。^④

本书认为,我国证据证明模式并非一定要在法定证据制度与自由心证证据制度中选择其一。适宜的选择是法定证据与自由心证相结合的证明模式,至于是否一定要在法定证据制度与自由心证证据制度之间区分出主次的问题以及就我国目前的司法现状而言究竟谁主谁辅的问题,尚需进一步研究。

需要指出的是,2001年《民诉证据规定》第64条规定:“审判人员应当依照法定程序,全面、客观地审核证据,依据法律规定,遵循法官职业道德,运用逻辑推理和日常生活经验,对证据有无证明力和证明力大小独立进行判断,并公开判断的理由和结果。”对此,有学者认为,该法条确立了中国的自由心证原则。^⑤ 也有学者认为,法官依法独立判断证据,是现代自由心证原则的中国化术语。^⑥ 应当说,该法条吸收了现代自由心证的合理因素,确立了具有中国特色的法官依法独立审查判断证据的原则。^⑦ 《民诉证据规定》第79条规定:“人民法院应当在裁判文书中阐明证据是否采纳的理由。对当事人无争议的证据,是否采纳的理由可以不在裁判文书中表述。”即明确规定应当在裁判文书中公开心证。^⑧

2002年《行诉证据规定》第54条规定:“法庭应当对经过庭审质证的证据和无需质证的证据进行逐一审查和对全部证据综合审查,遵循法官职业道德,运用逻辑推理和生活经验,进行

① 李浩:《民事证据立法与证据制度的选择》,载《法学研究》2001年第5期,第97—101页。

② 李浩:《民事证据立法与证据制度的选择》,载《法学研究》2001年第5期,第101—105页。

③ 刘春梅:《自由心证制度研究:以民事诉讼为中心》,厦门大学出版社2005年版,第122—138页。

④ 何家弘:《从应然到实然:证据法学探究》,中国法制出版社2008年版,第105、106页。

⑤ 李静:《证据裁判原则初论:以刑事诉讼为视角》,中国人民公安大学出版社2008年版,第59页。

⑥ 李祖军:《自由心证与法官依法独立判断》,载《现代法学》2004年第5期,第102页。

⑦ 李国光主编:《最高人民法院〈关于民事诉讼证据的若干规定〉的理解与适用》,中国法制出版社2002年版,第425页;最高人民法院民事审判第一庭:《民事诉讼证据司法解释的理解与适用》,中国法制出版社2002年版,第313、314页。

⑧ 李国光主编:《最高人民法院〈关于民事诉讼证据的若干规定〉的理解与适用》,中国法制出版社2002年版,第487—492页;最高人民法院民事审判第一庭:《民事诉讼证据司法解释的理解与适用》,中国法制出版社2002年版,第378—382页。

全面、客观和公正地分析判断,确定证据材料与案件事实之间的证明关系,排除不具有关联性的证据材料,准确认定案件事实。”第72条第2款规定:“人民法院应当在裁判文书中阐明证据是否采纳的理由。”显然,《行诉证据规定》第54条和第72条,是分别对应《民诉证据规定》第64条和第79条的。有学者指出,《行诉证据规定》第54条规定了很有中国特色的自由心证规则。^①

2015年《民诉解释》第105条规定:“人民法院应当按照法定程序,全面、客观地审核证据,依照法律规定,运用逻辑推理和日常生活经验法则,对证据有无证明力和证明力大小进行判断,并公开判断的理由和结果。”该规定重申了2001年《民诉证据规定》第64条和第79条的内容。此外,对民事诉讼证据和行政诉讼证据,还有一些关于证明能力和证明力的具体规则。可以说,就民事诉讼证据和行政诉讼证据而言,我国已经采取了法定证据与自由心证相结合的模式。

第五节 证据法的主要原则

一、证据裁判原则

(一) 证据裁判原则与证据制度的发展历史

证据裁判原则,也称证据裁判主义,对其与证据制度发展历史之间的关系,主要存在以下几种观点:

第一种观点认为,证据裁判原则不是与诉讼同时产生的,但是证据裁判的精神却是自古存在的。自人类社会出现纠纷的那一天起,人们就为寻找解决纠纷的理想办法而不断努力。证据裁判精神源自古代,渗入到最基础的证据法原则和诉讼法原则之中,这种精神就是认定案件的事实应当有一定的根据。只是在不同时代的证据制度和不同的诉讼理念下,证据裁判的含义并不完全相同。神示证据制度时代,司法者也是依靠证据来判断案件事实的,只是在依靠证据仍不能获得明确案件事实的情况下才依靠“神示”来判案,此时原来的证据变得无足轻重甚至被忽略掉了,“神示”成了确认案件事实结论的唯一依据。神示证据制度,被称为形式证据裁判制度;法定证据制度,被称为实质性证据裁判制度;自由心证证据制度,被称为现代证据裁判制度。^②

第二种观点认为,人类的诉讼经历了神示裁判和证据裁判两大证据制度阶段。以神的启示作为判断案件事实的手段,称为神示裁判主义。在神示裁判主义的证据制度中,神的启示被视为无可争议的“证据”。不过,依现代证据观点,该“证据”实际上与案件事实缺乏相关性。根据神意作为认定案件事实的依据,站在了证据裁判主义的对立面。^{③④}

^① 孔祥俊:《最高人民法院〈关于行政诉讼证据若干问题的规定〉的理解与适用》,中国人民公安大学出版社2002年版,第89页。

^② 李静:《证据裁判原则初论:以刑事诉讼为视角》,中国人民公安大学出版社2008年版,第17、18、29、49、59页。

^③ 张建伟:《证据法要义》,北京大学出版社2014年版,第22、53页。

^④ 相同观点的另一种表述认为,神示证据制度虽被称为一种“证据制度”,但从它“神明裁判”、“司法决斗”的内容看,其实质是一种不依靠证据而裁判的制度,荒谬性是显而易见的。参见刘子平:《论现代司法与证据裁判主义制度——我国诉讼证据制度基础理论的思考》,载何家弘主编:《证据学论坛》(第四卷),中国检察出版社2002年版,第226页。

第三种观点认为,证据制度发展历史的三个阶段为:神明裁判、法定证据和自由心证。如不限于欧洲大陆而从世界范围来看,后面两个阶段改称为口供裁判和证据裁判似更符合实际情况。1808年《法国刑事诉讼法典》第342条规定了自由心证原则,强调事实裁判者对证据审查判断的自由裁量,但它又体现出内心确信的根据是提交给法庭的对被告人有利和不利的证据,也就是说它包含着证据裁判原则的内涵。从其产生看,证据裁判原则是反对口供主义的产物,是现代民主法治国家的重要司法原则。英美法系的国家在理念上认同证据裁判原则,但是它们根据自己的法制特色不用法律明文规定该原则而用一系列的证据规则加以体现。^①

本书认为,第二种观点完全否认了神示证据制度的可取之处,第三种观点放大了法定证据制度的不足。相比之下,第一种观点应当是符合证据裁判原则的表面含义,即依据证据认定案件事实。

（二）证据裁判原则的概念

对于证据裁判原则的含义,学者间存在不同的表述。有的认为,证据裁判原则,又称证据裁判主义,其基本含义是指对于诉讼中事实的认定,应依据有关的证据作出;没有证据,不得认定事实。^②也有的认为,证据裁判原则,又称“证据裁判主义”,是指在诉讼中,对于案件事实的认定必须依据证据的原则。^③还有的认为,证据裁判主义,是指法官或事实审理者依据证据,对事实进行认定和作出判断。^④

本书赞同对证据裁判原则的这样一种表述:裁判必须建立在诉讼证据的基础上,且该证据具有证据能力并经过法定程序的调查。^⑤

（三）证据裁判原则的内容

关于证据裁判原则的内容,我国学者的看法基本相同。^⑥在现代诉讼制度下,该原则至少包含以下三个方面的内容。

1. 对事实问题的裁判必须依靠证据

证据裁判的基本含义是在诉讼证明中,事实问题的裁判应当依据证据。这是理性认识的要求,禁止法官以非理性的方法判断事实,既不得以证据以外的其他客观现象认定事实,也不得仅凭法官个人的主观推测和印象来认定事实。证据裁判原则的这一含义,要求确定证明对象的范围。应注意的是,并非所有的案件事实都是依靠证据来证明的,只有待证事实才需要证明,免证事实无需证明。^⑦证据裁判原则中所说必须依靠证据认定的事实,是指待证事实,不包括免证事实。

① 陈光中主编:《证据法学》,法律出版社2015年版,第116、117页。

② 李浩主编:《证据法学》,高等教育出版社2009年版,第85页;樊崇义主编:《证据法学》,法律出版社2012年版,第79页。

③ 陈光中主编:《证据法学》,法律出版社2015年版,第116页。

④ 张永泉:《民事诉讼证据原理研究》,厦门大学出版社2005年版,第26页。

⑤ 李静:《证据裁判原则初论:以刑事诉讼为视角》,中国人民公安大学出版社2008年版,第18页;张建伟:《证据法要义》,北京大学出版社2014年版,第53页。

⑥ 陈光中主编:《证据法学》,法律出版社2015年版,第119页;樊崇义主编:《证据法学》,法律出版社2012年版,第80—84页;李浩主编:《证据法学》,高等教育出版社2009年版,第85—88页;张永泉:《民事诉讼证据原理研究》,厦门大学出版社2005年版,第27—31页;李静:《证据裁判原则初论:以刑事诉讼为视角》,中国人民公安大学出版社2008年版,第18—26页。

⑦ 李静:《证据裁判原则初论:以刑事诉讼为视角》,中国人民公安大学出版社2008年版,第22、181、190页。

2001年《民诉证据规定》第63条规定：“人民法院应当以证据能够证明的案件事实为依据依法作出裁判。”2002年《行诉证据规定》第53条规定：“人民法院裁判行政案件，应当以证据证明的案件事实为依据。”这些规定鲜明地体现了证据裁判原则的“裁判以证据为依据”的要求。^①2010年《办理死刑案件证据规定》第2条规定：“认定案件事实，必须以证据为根据。”该规定确立了刑事诉讼中的证据裁判原则。2012年《刑诉解释》第61条规定：“认定案件事实，必须以证据为根据。”这一规定奠定了证据裁判原则在我国刑事审判中的基础地位，确认了证据在刑事诉讼中的中心位置，意义重大而深远。^②

2. 作为认定案件事实的证据必须具有证据能力

在现代法律制度下，一项证据材料是否可以作为证据接受法庭调查，需要经过价值选择。各个立法例关于证据能力的规定，均体现了一定的价值取向。最终作为裁判依据的证据，必须具有证据能力，以保证一定的法的价值得以实现。

3. 裁判所依据的必须是经过法庭调查和质证的证据

证据裁判原则的核心是裁判者对事实的认识必须以证据为根据。在诉讼以“法庭审判”为中心的现代诉讼理论中，裁判者的裁判行为也必须以法庭为活动空间，通过在法庭中的一系列活动，认定案件事实，作出正确裁判。因此，证据裁判原则所要求的证据必须在法庭上出示、辩论、质证。没有经过法庭调查程序审查或者未由当事人充分表达过意见的证据，不能作为认定案件事实的根据。这一要求旨在避免法院作出突袭判决，并且强调作为认定案件事实根据的证据应值得当事人信赖，以此赋予和增强判决的说服力和正当性。^③

2001年《民诉证据规定》第47条第1款规定：“证据应当在法庭上出示，由当事人质证。未经质证的证据，不能作为认定案件事实的依据。”这就从司法和立法上认同了“裁判所依据的证据必须是经过法庭调查和质证的证据”的观点。^④类似的规定还有：2015年《民诉解释》第103条第1款规定：“证据应当在法庭上出示，由当事人互相质证。未经当事人质证的证据，不得作为认定案件事实的根据。”2002年《行诉证据规定》第35条第1款规定：“证据应当在法庭上出示，并经庭审质证。未经庭审质证的证据，不能作为定案的依据。”2012年《刑诉解释》第63条规定：“证据未经当庭出示、辨认、质证等法庭调查程序查证属实，不得作为定案的根据，但法律和本解释另有规定的除外。”

二、程序法定原则

对于程序法定原则，我国学界尚存在不同的认识。就证据法而言，程序法定原则是指在诉讼中如何收集、审查、判断证据以及如何依据证据认定案件事实都应当由法律规定的程序加以规范，国家机关和诉讼参与人必须严格加以遵守。

^① 樊崇义主编：《证据法学》，法律出版社2012年版，第81页。

^② 最高人民法院研究室编著：《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〉理解与适用》，中国法制出版社2013年版，第40页。

^③ 陈光中主编：《证据法学》，法律出版社2015年版，第119页。

^④ 樊崇义主编：《证据法学》，法律出版社2012年版，第82页。

【拓展阅读】

我国学界尚存的对于程序法定原则的不同认识



在证据法领域贯彻程序法定原则的具体要求包括:(1) 国家应当保证与证明有关的各种诉讼活动的程序化和法治化。(2) 国家机关和诉讼参与人在收集、运用证据的过程中应当严格执行和遵守法律,做到有法必依。(3) 明确违反法定程序所要承担的法律后果,确立制裁性措施。^①

三、直接言词原则

直接言词原则是大陆法系国家普遍承认的、适用于审判阶段的重要诉讼原则。直接言词原则是直接原则和言词原则的合并称谓。其中,直接原则乃直接审理原则的简称,又称为直接审理主义、直接主义;言词原则乃言词审理原则的简称,又称为言词审理主义、言词主义、口头(审理)原则、口头(审理)主义。^②

(一) 直接原则

1. 直接原则的含义

直接原则,是指判决只能由直接参加法庭调查、听取法庭辩论的审判人员亲自作出。^③

关于直接原则的含义,有学者认为,直接原则既包含有程序方面的要求(在场原则),也包含有证据方面的要求(直接采证原则)。根据该原则,负责裁判的法官,必须亲自接触证据,以便能够直接获得关于证据的鲜活印象。为了确保裁判者的事实认定建立在法庭证据调查之上,各国法律均要求,负责裁判的法官不得中途退庭,否则,必须更新审判程序。在直接原则约束下,审理权与裁判权合二为一,成为一项完整的权力。直接原则要求法官只能以原始证据为依据,传来证据只有在法律规定的情况下才可以采纳作为定案依据。^④ 类似的看法认为,直接审理原则有两方面的含义:一是“在场原则”,即法庭开庭审判时,法官、当事人和其他诉讼参与人必须亲自到庭出席审判,而且在精神和体力上均有参与审判活动的能力;二是“直接采证原则”,即从事法庭审判的法官必须亲自直接从事法庭调查和采纳证据,直接接触和审查证据,证据只有经过法官以直接采证方式获得才能作为定案的根据。^⑤ 也有学者认为此原则有三方面含义:第一,法院开庭时,法官、当事人以及其他诉讼参与人必须到庭参加庭审活动;第二,参加庭审的法官必须亲自

① 陈光中主编:《证据法学》,法律出版社2015年版,第121、122页。

② 刘学在:《论民事诉讼中的直接言词原则》,载《中南民族大学学报(人文社会科学版)》2011年第6期,第111页。

③ 刘敏:《论直接言词原则与民事证据制度的完善》,载《人文杂志》2001年第3期,第20页。

④ 樊崇义主编:《证据法学》,法律出版社2012年版,第84页。

⑤ 陈瑞华:《刑事证据法学》,北京大学出版社2014年版,第49页。

参加法庭调查,认真听取法庭辩论,直接接触证据;第三,判决由直接参加庭审活动的法官作出,并以庭审中接触的证据来认定案件事实。^① 还有学者指出,依据直接原则,在审理中如果更换法官,以前进行过的程序必须重新进行。违反直接言词原则所派生的程序规则的审判行为,也必然地与正当程序的基本精神相违背,往往成为二审程序中发回重审或成为发动再审的理由,从这个角度看,直接言词原则在内容上决定着庭审程序的正当性。^②

直接原则强调法官的“亲历性”。与直接原则相对应的是间接原则(间接审理原则、间接审理主义),即允许将他人审理所得结果作为裁判依据的诉讼原则。

2. 直接原则的优点和缺点

直接原则的主要优点在于,法官能亲自听取当事人的辩论及证人之证言,并直接观察其态度、表情或证据物件的实际情况,从而能够更好地了解和更准确地判断案件的事实真相。所以,为使裁判结果更符合实体真实,各国诉讼法一般要求在辩论和调查证据等程序中应当采取直接原则,并明确规定“判决应当由参与过该案基本的言词辩论的法官作出”。

不过,直接原则有时可能存在不利于降低诉讼成本和提高诉讼效率的缺点。因此,为了兼顾诉讼经济原则并考虑到诉讼实践中的某些实际困难,各国诉讼法对于一些特殊情形,往往规定可以采取间接审理原则。^③

有学者指出,在我国司法实践中,“审者不判,判者不审”的现象相当普遍,“判者不审”的做法,类似于“不看病而开药方”,既不利于查清事实真相,也为司法腐败提供了更多机会。因此,根据直接原则、在场原则,应当明确规定,只有全程参与法庭审理的审判人员,才能参与本案裁判;否则,裁判不具有法律效力。^④

(二) 言词原则

1. 言词原则的含义

言词原则,是指法庭审判活动,须以言词陈述的方式进行。^⑤

言词原则的内容主要包括:(1)参加审判的各方应以言词陈述的方式从事审理、攻击、防御等各种诉讼行为,所有没有在法庭审判过程中以言词或口头的方式进行的诉讼行为,均应视同没有发生,或不存在,而不具有程序上的效力。(2)在法庭上提出任何证据材料均应以言词陈述的方式进行,诉讼各方对证据的调查应以口头方式进行,如以口头方式询问证人、鉴定人等,以口头方式对实物证据发表意见,任何未经在法庭上以言词方式提出和调查的证据均不得作为裁判的根据。^⑥ (3)言词辩论的范围具有特定性。一方面,辩论的事项一般被限定于诉讼文书中记载的事实主张和证据事实,而且往往还有证据失权的期限规定。另一方面,对言词辩论范围做灵活把握也是必要的,大陆法系国家的法院在对待准备程序的证据失权效果时一般也会显示出应有的灵活性。^⑦ (4)违反言词原则构成重大的程序瑕疵。

① 刘敏:《论直接言词原则与民事证据制度的完善》,载《人文杂志》2001年第3期,第20页。

② 王福华:《直接言词原则与民事案件审理样式》,载《中国法学》2004年第1期,第72页。

③ 刘学在:《论民事诉讼中的直接言词原则》,载《中南民族大学学报(人文社会科学版)》2011年第6期,第112页。

④ 樊崇义主编:《证据法学》,法律出版社2012年版,第84、85页。

⑤ 陈瑞华:《刑事证据法学》,北京大学出版社2014年版,第49页。

⑥ 陈瑞华:《刑事证据法学》,北京大学出版社2014年版,第49、50页。

⑦ 王福华:《直接言词原则与民事案件审理样式》,载《中国法学》2004年第1期,第70页。

2. 言词原则的优点和缺点

言词原则的优点是:(1) 双方当事人及法院以言词对话,可以当场传达意见,使法院及对方当事人能够快速地获得信息并及时作出反应,掌握其真实意图,把握事实的真相。(2) 由于法官与当事人直接以言词方式对话,因而可以当场对模糊的陈述予以确认,澄清不清楚或矛盾的问题,制止当事人无关的陈述,并可以通过灵活应变的释明更好地发现及整理争点。(3) 以言词当场陈述,更加符合诉讼公开原则和直接原则的要求,使其相互补充,共同发挥长处。

言词原则的缺点是:(1) 以言词陈述或听取言词,常有遗漏、遗忘的可能,甚至一些重要的内容可能被忽视或遗忘,所以对于一些有长期性保存必要的重要诉讼行为,就有必要以书面方式进行。(2) 对于复杂的事实关系或艰深的法律理论,不容易利用言词说清楚,而且口头陈述可能令人难以迅速理解,对方当事人亦可能无法立即应答,故有必要采用书面方式予以说明。(3) 言词方式难以记录和保存诉讼资料。

与其相对应的原则是书面原则(书面审理原则、书面审理主义),即对于诉讼程序的进行,允许法院、当事人以及其他诉讼参与人以书面方式为之。相对于言词原则,书面原则的优势在于它准确地确定和记录诉讼资料;其缺点是案件事实难以完全阐明,当事人经常各说各的,他们容易主张不真实,并且剥夺了法院通过询问排除误解、补充陈述的可能性,书面原则尤其使程序变得形式化、迟钝和拖拉,使合议庭依赖于唯一熟悉卷宗的报告法官,排除了公众对程序的参与并且助长了他们对司法的不信任。

可见,言词原则与书面原则,在功能上各有长短,因此现代各国诉讼法,都是兼采言词原则与书面原则,而不是只采用其中之一。针对不同情形,立法上规定某些诉讼行为应以言词方式进行,某些诉讼行为则以书面方式进行。但总体而言,言词原则的优点占主要部分,而其缺点则是可以克服的。故各国诉讼法一般均明确规定了言词原则,确立了言词原则的主导地位,然后规定了一些例外情况。^①

(三) 直接言词原则的适用

1. 直接言词原则的概念

直接原则常常与言词原则相结合而存在,但是二者并非具有必然的关联,也就是说直接原则可以与言词原则相结合而存在,也可以与书面原则相结合而存在;反之,言词原则可以与直接原则相结合,也可以与间接原则相结合。换句话说,即使是进行了言词陈述,但如果是在审理本案的法官以外的人面前做出的,那么将该言词陈述的结果作为审判基础时即属于间接审理;反之,法官直接受理当事人提出的书面陈述,并亲自阅读该书面陈述的内容之情形,也不失为直接审理原则。^② 我国诉讼实践中“审者不判,判者不审”,实际上是口头的间接审理主义。^③ 由于直接原则与言词原则在目的和内容上有许多相通之处,直接审理必然要求以口头辩论方式调查证据,而口头辩论调查证据的目的需要通过直接审理来实现,故常将二者并列,称为直接言词原则。^④

有学者指出,直接言词原则作为证据法上的原则具有重要的理论和现实意义。因为诉讼活动的中心是“法庭审理”,而审判活动最终作出何种裁决依据的是证据,因而证据的调查收集和判断

^① 刘学在:《论民事诉讼中的直接言词原则》,载《中南民族大学学报(人文社会科学版)》2011年第6期,第112页。

^② 刘学在:《论民事诉讼中的直接言词原则》,载《中南民族大学学报(人文社会科学版)》2011年第6期,第112页。

^③ 王福华:《直接言词原则与民事案件审理样式》,载《中国法学》2004年第1期,第73页。

^④ 宋英辉、李哲:《直接、言词原则与传闻证据规则之比较》,载《比较法研究》2003年第5期。

采纳就成为证据法规范的主要内容。直接言词原则则恰好对证据的调查收集和判断采纳问题,乃至对案件事实的真理性和正当性认识都具有重大影响。^① 还有学者指出,直接言词原则体现了程序公正、实体公正和效率价值取向。^② 本书认为,如上所述,无论是直接原则还是言词原则,并非完美无缺,尤其是言词原则。因此只谈直接言词原则的正价值是否适当,值得进一步研究。

2. 直接言词原则在证据法上的要求

直接言词原则基本的含义是要求一切证据材料都必须在法庭上以直接、口头的方式进行陈述、询问、审查和辩论的诉讼原则。

具体地说,直接言词原则在证据上的要求包括:(1)“在场原则”。(2)“直接采证原则”。(3)在法庭审理中,所有提供言词证据的证人、鉴定人、当事人必须出庭。(4)法官采纳的证据,一般应当是原始证据,传来证据只有在法律有明文规定的情况下才可采用。(5)审判应当持续而集中地进行,一般不得中断。^③

3. 直接言词原则在我国证据制度中的适用

我国《民事诉讼法》既没有明确规定直接原则,也没有规定言词原则,更没有规定直接言词原则;但是,《民事诉讼法》和有关司法解释的规定,体现了直接言词原则。2012年《民事诉讼法》第68条规定:“证据应当在法庭上出示,并由当事人互相质证。”据此,证据在法庭上出示,由审理案件的法官进行审核认定,这体现了直接原则的要求,而各方当事人对证据相互进行质证的过程,则体现了对言词原则的贯彻。又如,该法第72条第1款中规定:“凡是知道案件情况的单位和个人,都有义务出庭作证。”据此,证人出庭以口头方式作证,体现了言词原则的要求,而证人出席法庭,由审判本案的法官亲自对证人进行证据调查,则属于对直接原则的遵循。需要特别注意的是,《民事诉讼法》第十二章第三节专门对“开庭审理”的程序和内容作了规定,尽管该节中没有明确宣示开庭审理应当贯彻直接原则和言词原则,但无论从立法的意图还是从理论阐释的角度看,法院在开庭审理案件的过程中,无疑应当贯彻直接原则和言词原则。实际上,该章节中的不少条款明显地体现了直接言词原则的要求。直接言词原则在最高人民法院发布的有关司法解释中也有所体现。在《行政诉讼法》及其相关司法解释中也有类似规定。

2012年《刑事诉讼法》第59条规定:“证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方质证并且查实以后,才能作为定案的根据。”该规定要求证人必须出庭作证,法官必须直接调查取证,即在立法上对直接言词原则予以肯定。第190条规定:“公诉人、辩护人应当向法庭出示物证,让当事人辨认,对未到庭的证人的证言笔录、鉴定人的鉴定意见、勘验笔录和其他作为证据的文书,应当当庭宣读。审判人员应当听取公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人的意见。”这一规定表明,在我国刑事诉讼中,立法在肯定直接言词原则的前提下,同时也允许部分证人不到庭,而出示其证言笔录。第59条与第190条这一冲突性的规定,缘于我国当前的实际情况,证人全部出庭一无必要,二不可能,只得在坚持直接言词原则的前提下,允许有例外情形。处理这一问题,一要考虑个案之不同,二要从我国国情出发。但是,出庭率低下也是必须要解决的问题。否则案件审理的质量很难得到保障。第180条规定:“合议庭开庭审理并且评议后,应当

^① 樊崇义主编:《证据法学》,法律出版社2012年版,第84页。

^② 刘敏:《论直接言词原则与民事证据制度的完善》,载《人文杂志》2001年第3期,第21、22页。

^③ 樊崇义主编:《证据法学》,法律出版社2012年版,第84、86页。

作出判决。”依此,作出裁判的法官必须是参加庭审的法官。这就改变了以前作出裁判的法官不直接亲自参加法庭审理的弊端,改变了“审者不判、判者不审”的局面。第181条规定:“人民法院对提起公诉的案件进行审查后,对于起诉书中有明确的指控犯罪事实的,应当决定开庭审判。”可见,凡是定罪量刑的刑事案件,均要经过庭审程序,按照直接言词原则开庭审理后才能作出裁判。^①

四、诚实信用原则

我国2012年修改后的《民事诉讼法》增加第13条第1款:“民事诉讼应当遵循诚实信用原则。”即诚实信用原则成为我国《民事诉讼法》的一项基本原则。

在民事证据制度中诚实信用原则对法院的适用:(1)对法院自由裁量权的限制。诚实信用原则一方面授予了法官自由裁量权;另一方面其本身也为自由裁量的行使设置了标准和边界。诚实信用原则的一个重要内容就是取得各方利益之间的平衡。这意味着法官在行使自由裁量权时,应当进行利益平衡。各国对民事非法证据排除规则的态度,实际上是一种法益权衡。^②2001年《民诉证据规定》第7条规定:“在法律没有具体规定,依本规定及其他司法解释无法确定举证责任承担时,人民法院可以根据公平原则和诚实信用原则,综合当事人举证能力等因素确定举证责任的承担。”即诚实信用原则成为法院自由裁量举证责任分配的一个依据。^③(2)对自由心证的限制。诚实信用原则对自由心证的限制体现在:首先,诚实信用原则要求法官作为自由心证的主体,其内心必须是善意的诚实的。其次诚实信用原则要求法官自由心证结果应当具有合理性。此外,心证公开也是法官诚信地进行自由心证的一个制度性规范。^④(3)禁止突袭性裁判。突袭性裁判是指法官以未经当事人辩论的事实或法律观点作为裁判基础,并造成当事人对诉讼程序进行状况无法预见之转变情形。^⑤诚实信用原则要求通过法官与当事人之间就事实与法律问题进行充分的信息交流,充分保障当事人平等地收集和提供证据资料的权利,从而使法院裁判最大限度地建立在案件事实真相的基础上,^⑥避免出现突袭性裁判。

在民事证据制度中诚实信用原则对当事人和其他诉讼参与人的适用:(1)真实义务。真实义务实乃为真实完整义务,基于真实义务要求,当事人在陈述事实关系时,应当做到完全、真实地陈述。真实义务分为真实陈述义务和完全陈述义务两种。第一,真实陈述义务。对真实陈述义务,不是从积极意义上理解的,而是从消极意义上理解的,即禁止当事人故意陈述不真实的事实(包括禁止故意对对方当事人所谓的真实陈述争执)。直白地说,就是禁止当事人谎言。这里所说的真实,是指主观的真实,而不是客观的真实,法律不能要求当事人确信他的主张正确,因此,法律不禁止当事人以善意所为的不真实陈述。第二,完全陈述义务。广义的真实义务既包括真

① 樊崇义主编:《证据法学》,法律出版社2012年版,第86、87页。

② 杜丹:《诉讼诚信论:民事诉讼诚实信用原则之理论及制度构建》,法律出版社2010年版,第223、225、229、230页。

③ 李国光主编:《最高人民法院〈关于民事诉讼证据的若干规定〉的理解与适用》,中国法制出版社2002年版,第108页。

④ 杜丹:《诉讼诚信论:民事诉讼诚实信用原则之理论及制度构建》,法律出版社2010年版,第232—236页。

⑤ 杜丹:《诉讼诚信论:民事诉讼诚实信用原则之理论及制度构建》,法律出版社2010年版,第238、239页。

⑥ 奚玮:《民事当事人证明权保障》,中国人民公安大学出版社2009年版,第256、257页。

实陈述义务,也包括完全陈述义务。真实陈述义务不仅包括禁止当事人主动主张一些不真实的事,而且禁止当事人对事实抑制不说。当事人对于某种事实有主张责任的,应负完全陈述的义务。完全陈述义务是指禁止当事人故意隐瞒部分事实而作出不完全的陈述。^① (2) 诉讼促进义务。当事人负有促进诉讼的义务,是诚实信用原则的基本要求之一,这一义务要求当事人在诉讼中不得实施迟延或拖延诉讼行为,或干扰诉讼的进行,应协助法院有效率地进行诉讼,完成审判。^② 举证期限制度和证明妨碍制度的依据,就是对诉讼促进义务的违反。(3) 禁反言。所谓“禁反言”又可以称为“禁止言行前后矛盾的法理”,指的是一方当事人在诉讼外或诉讼中的言行已使对方当事人产生某种合理的期待,当对方按照此期待行动时,一方当事人却作出与此前自己的言行相反或相矛盾的言行,对于侵害了对方当事人利益的这种言行,可依据诚信原则对其法律效果予以否定。^③ 在诉讼中,禁反言主要表现在两个方面:一方面,禁止当事人在同一个诉讼中实施相矛盾的诉讼行为;另一方面,禁止当事人对前一个诉讼已经认定的事实再行争执。^④ 原则上禁止撤销自认,即体现了禁反言。

鉴于民事证据制度与行政证据制度的密切关系,上述诚实信用原则在民事证据制度中体现的诸多内容,在行政证据制度均有体现。可以说,诚实信用原则作为行政证据制度的一项原则应无疑义。

在刑事证据制度是否存在诚实信用原则存在较大的分歧。一种观点反对将诚实信用原则作为刑事证据制度的一项原则。该观点认为,诚实信用原则只是民法等私法领域的指导原则,不能也不应想当然地拓展到诉讼法、证据法等公法领域。刑事诉讼是打击犯罪的专门活动,如果某人实施了毒品犯罪、黑社会犯罪等严重危害社会的罪行,那怎么能要求侦查人员和和气地对待他们,怎么能禁止侦查人员对他们施加一些“对敌斗争”的谋虑呢?而且从司法证明传统来看,中国人过去习惯于强调对抗思维和“斗争哲学”,特别是习惯于用军事斗争的谋略指导调查取证。由此可见,无论庭前还是庭上,当事人使用一些欺骗手段甚至“不择手段”,就没有什么大不了的。另一种观点主张将诚实信用原则作为刑事证据制度的一项原则,其理由有:(1) 这是在司法证明活动中落实法治精神的必然要求。诉讼需要游戏规则,也需要公平诚信。(2) 这是在司法证明活动中保障人权的客观要求。诚信原则体现了对人的尊重,对人权的尊重。在刑事诉讼中,犯罪嫌疑人和被告人应该享有与公诉方平等的地位。国家要守信于民,公诉方也要“守信于民”,这就包含了遵守诚信的意思。换言之,诉讼虽然具有对抗的性质,但这应该是“君子之争”,而不应成为“小人之争”。(3) 这是克服证据法成文条款局限性的有效手段。^⑤

本书赞同将诚实信用原则作为刑事证据制度一项原则的观点。诚实信用原则所要求的限制自由心证、禁止突袭性裁判、真实义务、诉讼促进义务、禁反言等,同样适用于刑事证据制度。

① 刘敏:《论诚实信用原则对民事诉讼当事人的适用》,载《河南社会科学》2014年第2期,第48页。

② 张卫平:《民事诉讼中的诚实信用原则》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2012年第6期,第155页。

③ 王亚新:《我国新民事诉讼法与诚实信用原则——以日本民事诉讼立法经过及司法实务为参照》,载《比较法研究》2012年第5期,第39、40页。

④ 刘敏:《论诚实信用原则对民事诉讼当事人的适用》,载《河南社会科学》2014年第2期,第50页。

⑤ 何家弘、刘品新:《证据法学》,法律出版社2013年版,第91、92页。

第六节 主要的证据规则

一、关联性证据规则

关联性证据规则,又称为关联性规则或相关性(证据)规则,是指只有那些在正常推理过程中被视为能够证明案件事实的证据材料才允许在审判中提交。^①

关联性规则是英美证据法中的一项基础性证据规则。英美法理论认为,作为证据,必须既有关联性,又具有可采性。关联性规则被视为规范证据可采性的“黄金规则”。尽管具有关联性的证据并不必然具有可采性,但是没有关联性的证据必然没有可采性。所以,关联性规则是关于可采性的一般规则或基础规则,除非证据具有关联性,否则不产生可采性问题。

我国立法尽管没有明确规定关联性规则,但我国理论界对于“只有对案件事实有证明作用的证据材料才能用作证据”这一点早已达成一致认识。^②

二、非法证据排除规则

(一) 非法证据排除规则的概念

1. 非法证据与不合法证据

证据具有合法性,但对于非法证据与不合法证据之间的关系,学者之间存在不同认识,争议的焦点在于非法证据与不合法证据是否等同。本书认为,非法证据属于不合法证据,但不合法证据并不等于非法证据;非法证据属于收集程序不合法,且其不合法性达到了一定程度。

2. 非法证据排除规则的概念

非法证据是指在收集证据的过程中违反了法律规定,侵犯了当事人或其他公民特定的合法权利而收集的证据材料。

非法证据排除规则,是指证据材料因其取证程序严重不合法而丧失证据能力。

对于非法证据排除规则的概念,应当明确两点:一是非法证据排除规则中的“证据”,应为证据材料而不是严格意义上的证据;因而,非法证据排除规则中所谓的“非法证据”,准确地说应是非法证据材料。二是所要排除的是证据材料的证据能力而不是证明力。

(二) 民事诉讼非法证据排除规则

1. 关于是否承认民事诉讼非法证据排除规则的争议

民事诉讼非法证据仅限于当事人提供的证据材料,不包括法院进行调查收集的证据材料。在司法实践中,法院工作人员在调查收集证据时,有可能采取非法取证手段,对此,需要规范法院的取证行为;但是,这不属于民事非法证据排除规则所要解决的问题。

非法证据排除规则滥觞于美国判例法,后延及英国以及欧洲、日本等大陆法系国家。作为一种证据规则,非法证据排除规则最初适用于刑事诉讼领域,旨在遏制警察的违法取证行为,后逐

^① 陈光中主编:《证据法学》,法律出版社2015年版,第237页。

^② 陈光中主编:《证据法学》,法律出版社2015年版,第241页;樊崇义主编:《证据法学》,法律出版社2012年版,第127、129页。

步呈现出向民事诉讼领域扩展的趋势。从比较法角度看,各国在民事诉讼领域是否采非法证据排除规则不尽相同。

2. 我国民事诉讼非法证据排除规则的内容

(1) 1995年《录音资料批复》

1995年3月6日《最高人民法院关于未经对方当事人同意私自录制其谈话取得的资料不能作为证据使用的批复》(法复(1995)2号)(以下简称《录音资料批复》)规定:“证据的取得必须合法,只有经过合法途径取得的证据才能作为定案的根据。未经对方当事人同意私自录制其谈话,系不合法行为,以这种手段取得的录音资料,不能作为证据使用。”^①

应当说,《录音资料批复》确定了一条新的证据规则——录制时取得对方当事人的同意,是视听资料具有合法性的必要条件,不具备此要件的,无证据能力,应当在诉讼中予以排除。《录音资料批复》首次以司法解释形式对非法证据排除规则作出了规定,具有积极的意义。但是,将录音取得的证据材料的合法性标准限定在经对方同意,反过来说就是非法证据的排除标准较低,大量的具有证明价值的证据材料被排除于诉讼程序之外。这样虽然尊重了其他的重大的社会价值,却无助于发现真实的价值目标之实现。未经对方当事人同意私自录制影像资料的情况是很复杂的,实践中一方当事人同意对方当事人录制其谈话的情形是极其罕见的。而依据《录音资料批复》,审判人员即使相信证据内容的真实性也无法对权利人予以保护,因此,对这些证据材料应当根据不同情况区别对待。当然,《录音资料批复》对形成我国民事非法证据排除规则的推动作用是不言而喻的。

(2) 2001年《民诉证据规定》

2001年《民诉证据规定》第68条规定:“以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据,不能作为认定案件事实的依据。”

在1995年《录音资料批复》的基础上,通过总结有关的审判实践经验和吸收有关的理论研究成果,2001年《民诉证据规定》第68条对民事非法证据排除规则作了规定。与《录音资料批复》不同的是,《录音资料批复》仅仅是针对录音资料设定了排除标准;而2001年《民诉证据规定》第68条则是针对所有的民事证据设定的排除标准。因此可以说,至此确立了我国民事诉讼中非法证据的排除标准。

2001年《民诉证据规定》第68条确立了我国民事非法证据排除规则,其积极意义是不言自明的。但其也存在不足,如设定的“侵犯他人合法利益”和“违反法律禁止性规定”两个标准,过于抽象、笼统,缺乏可操作性。

(3) 2015年《民诉解释》

2015年《民诉解释》第106条规定:“对以严重侵害他人合法权益、违反法律禁止性规定或者严重违背公序良俗的方法形成或者获取的证据,不得作为认定案件事实的根据。”

2015年《民诉解释》第106条延续了2001年《民诉证据规定》以来最高人民法院判断和排除非法证据的一贯立场,并以此作为修改《民诉证据规定》第68条的指导思想。在本条中,首先坚持非法证据应当排除的原则。在判断非法证据的标准上,本条包括如下内容:一是违反法律的禁

^① 该司法解释也适用于行政诉讼证据,参见孔祥俊著:《最高人民法院〈关于行政诉讼证据若干问题的规定〉的理解与适用》,中国人民公安大学出版社2002年版,第93页。

止性规定仍然作为判断标准。违反法律的禁止性规定是指违反实体法上的规定,这里的实体法不限于民事法律,一切实体法规范均包括在内。二是《民诉证据规定》中“侵害他人合法权益”的标准,在本条中被表述为“严重侵害他人合法权益”,即对侵害他人合法权益提出了程度上的条件即要达到严重的程度,一定程度上体现了利益衡量的因素。这意味着对他人合法权益造成一般性侵害的,不会导致证据被排除,因此,非法证据的判断标准有所放宽。三是增加了“严重违背公序良俗”的情形。由于在审判实践中一直以侵权行为的构成作为判断取证方法是否构成“侵害他人合法权益”的标准,违反公序良俗损害他人合法权益的情形因构成侵权行为,事实上已经被“严重侵害他人合法权益”的标准所涵盖。故“严重违背公序良俗”,是指证据在形成或者获取过程中并无对他人合法权益的明显损害,但其形成或者取得的构成本身违背公序良俗的情形。此外,与《民诉证据规定》相比,本条对于非法证据的界定并不限于获取证据方法的违法,证据形成本身违法亦构成非法证据。^①

【拓展阅读】

民事非法证据排除规则的适用——兼评北大方正公司、红楼研究所与高术天力公司、高术科技公司计算机软件著作权侵权纠纷案



（三）行政诉讼非法证据排除规则

1. 2002年《行诉证据规定》

2002年《行诉证据规定》第57条规定:“下列证据材料不能作为定案依据:(一)严重违法法定程序收集的证据材料;(二)以偷拍、偷录、窃听等手段获取侵害他人合法权益的证据材料;(三)以利诱、欺诈、胁迫、暴力等不正当手段获取的证据材料;(四)当事人无正当理由超出举证期限提供的证据材料;(五)在中华人民共和国领域以外或者在中华人民共和国香港特别行政区、澳门特别行政区和台湾地区形成的未办理法定证明手续的证据材料;(六)当事人无正当理由拒不提供原件、原物,又无其他证据印证,且对方当事人不予认可的证据的复制件或者复制品;(七)被当事人或者他人进行技术处理而无法辨明真伪的证据材料;(八)不能正确表达意志的证人提供的证言;(九)不具备合法性和真实性的其他证据材料。”第58条规定:“以违反法律禁止性规定或者侵犯他人合法权益的方法取得的证据,不能作为认定案件事实的依据。”

有学者认为,《行诉证据规定》第57条第(1)项至第(5)项及第58条规定的是非法证据排除规则。^②本书认为,《行诉证据规定》第57条第(4)项、第(5)项不应属于非法证据。

^① 最高人民法院修改后民事诉讼法贯彻实施工作领导小组编著:《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》(上),人民法院出版社2015年版,第354页。

^② 孔祥俊:《最高人民法院〈关于行政诉讼证据若干问题的规定〉的理解与适用》,中国人民公安大学出版社2002年版,第91页。