



“十二五”普通高等教育本科国家级规划教材

中国法学教科书·原理与**应用**系列

Evidence Law

证据法学

(第二版)

李 浩 主编

高等教育出版社

内容介绍

与以往法学专业统编教材不同，本书的编写力求有所创新，突出自己的优势和特色。与同类教材相比，本书具有以下特点：（1）体系完整、结构合理、重点突出、繁简得当；（2）充分考虑证据法学这门课程实践性强的特点，将证据法理论、证据规则与诉讼中运用证据的法律实务结合起来，用案例引出原理和规则，用原理和规则解说案例；（3）突出应用性和实践性，注重培养读者的法律思维。

本书在每一章都安排了相当数量的案例，其中既有针对知识点理解和应用的案例，又有指导学生分析的引导案例，此外还有供学生测试使用的练习案例。

策划编辑 姜 洁
封面设计 王 隼

ISBN 978-7-04-039341-5



定价 39.50元



“十二五”普通高等教育本科国家级规划教材

中国法学教科书·原理与**应用**系列

Evidence Law

证据法学

Zhengjufaxue

(第二版)

主 编 李 浩

撰写人 (以撰写章节先后为序)

李 浩 吴宏耀

蔡 虹 廖中洪

高等教育出版社·北京

图书在版编目(CIP)数据

证据法学/李浩主编. --2版. --北京:高等教育出版社,2014.2

ISBN 978-7-04-039341-5

I. ①证… II. ①李… III. ①证据-法学-中国-高等学校-教材 IV. ①D925.013

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 013268 号

策划编辑 姜洁 责任编辑 姜洁 特约编辑 武尚坤 封面设计 张雨薇
版式设计 马敬茹 责任校对 陈旭颖 责任印制 张泽业

出版发行	高等教育出版社	网 址	http://www.hep.edu.cn
社 址	北京市西城区德外大街4号		http://www.hep.com.cn
邮政编码	100120	网上订购	http://www.landracom.com
印 刷	中国农业出版社印刷厂		http://www.landracom.com.cn
开 本	787mm×960mm 1/16	版 次	2009年9月第1版
印 张	27.25		2014年2月第2版
字 数	490千字	印 次	2014年2月第1次印刷
购书热线	010-58581118	定 价	39.50元
咨询电话	400-810-0598		

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 39341-00

作者简介

李浩 1951年11月出生，江苏省吴江人。1985年毕业于西南政法学院，获法学硕士学位。现任南京师范大学法学院教授，博士生导师；兼任中国法学会学术委员会委员，中国民事诉讼法学研究会常务副会长，最高人民检察院咨询委员，最高人民法院案例指导工作专家委员会委员，江苏省法学会民事诉讼法学研究会会长，南京市法学会副会长。代表作中专著为《民事证明责任研究》，论文为《民事审判中的调审分离》、《民事再审程序改造论》、《举证时限制度的困境与出路》。在《法学研究》、《中国法学》、《中外法学》、《法学评论》等刊物上发表论文70余篇。1997年获安徽省先进工作者称号，2006年被评为江苏省有突出贡献的中青年专家。多次获省部级科研奖励，其中2001年获安徽省第五届哲学社会科学优秀科研成果一等奖，2002年、2006年获司法部全国法学教材与法学优秀科研成果一等奖、二等奖各一次，2005年获江苏省第九届哲学社会科学优秀科研成果一等奖；2011年获第二届中国法学优秀成果二等奖。

吴宏耀 法学博士，“2011年计划”司法文明创新协同中心教授、中国政法大学诉讼法学研究院教授。迄今已出版著作有：《美国刑事诉讼法精解》（译著）、《诉讼认识论纲》（独著）、《比较法视野中的证据制度》（译著）、《诉讼证明原理》（合著）、《刑事审前程序研究》（合著）等，并在《法学研究》、《中国法学》、《政法论坛》、《法学》等刊物发表学术论文40余篇。现为中国政法大学诉讼法学研究院专职研究人员，兼任《中国诉讼法判解》执行主编、《诉讼法学研究》编辑并负责“诉讼法学文库”等系列丛书的编辑工作。

蔡虹 中南财经政法大学法学院教授，博士生导师。中国民事诉讼法学研究会副会长，湖北省法学会常务理事。曾出版个人专著2部；主编和参编省部级以上统编教材9部；承担省部级科研项目7项；合著和参编其他著作3部；在《中国法学》、《法学评论》、《法商研究》等刊物上发表学术论文30余篇，其中有多项成果获教育部、司法部、北京市政府及中国法学会颁发的一、二等奖，并有多篇论文被全国重要学术期刊转载和摘要。

廖中洪 西南政法大学教授，博士生导师。主编以及著有《中国民事诉讼程序制度研究》、《民事诉讼程序改革热点问题研究》、《民事诉讼体制比较研

II 作者简介

究》、《侵权损害赔偿诉讼证据运用研究》等多部专著和著作。公开发表《人权保障与我国民法的修改》、《自由心证与法官心证来源》、《民事程序立法中的国家本位主义批判》、《民事诉讼基本原则立法体例之比较研究》、《“心证公开”及其在中国的适用》、《大陆法系当事人主义程序理论溯源》等多篇论文。

第二版前言

2012年,是中国诉讼制度发生重大变化和进一步完善的重要年份,在这一年里,立法机关相继修订了《刑事诉讼法》和《民事诉讼法》,对这两部法律的修订,均为全面修订。全国人大《关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》有111条之多,全国人大常委会《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》虽然只有60条,但其内容涉及民事诉讼法的原则、制度、第一审程序、第二审程序、审判监督程序、特别程序、执行程序、涉外民事诉讼程序的特别规定,同样是一次不折不扣的全面修订。

作为诉讼制度核心内容和重要组成部分的证据制度,在此次修订中也多有涉及。如两部诉讼法都增加了“电子数据”这一新的证据种类;《刑事诉讼法》完善了非法证据的排除制度,明确了证人出庭的范围,加强了对证人的保护;《民事诉讼法》增设了举证期限制度,完善了证人出庭制度,增加了鉴定人出庭接受质询的规定。法律的发展必然对教材提出修订的要求,在第二版中,我们根据新的法律规则,重写了相关内容。

除了根据法律的变化进行相应修订外,第二版基本上保持了第一版的风貌。编写分工亦保持不变。第二版依然贯彻了注重实践性和应用性、注重培养读者的法律思维,把证据理论、证据规则与诉讼实务紧密结合起来,用典型案例引出原理和规则,用原理和规则解析案例的编写方针。

愿本书对读者获得证据法的基本知识有所助益。

主 编

2014年1月10日于南京

前 言

法学教材已经告别了“统编教材”一统天下的时代,进入了“百花齐放、百家争鸣”的新时期。多元化必然带来竞争,在各种教材激烈竞争的新时期,任何一本教材,要想得到读者的认同,就必须要有自己的优势和特色。这无疑极大地促进了教材编写的创新。呈现在读者面前的这本《证据法学》,既反映了新时期法学教材多元化的特点,又展现了自身的特色。

根据高等教育出版社法学分社“应用型”教材的创意,本教材在编写上力求有所创新。与同类教材相比,本教材有以下特点:(1)体系完整、结构合理、重点突出、繁简得当;(2)充分考虑证据法学这门课程实践性强的特点,把证据法理论、证据规则与诉讼中运用证据的法律实务结合起来,用案例引出原理和规则,用原理和规则解说案例;(3)突出应用性和实践性,在每一章中,都安排了相当数量的案例,既有针对知识点的相关案例,又有指导学生分析的引导案例,还有供学生测试的练习案例,注重培养读者的法律思维。

参加本教材编写的都是长期讲授诉讼法学和证据法学的教师,他们的具体分工是(以参加撰写章节的先后为序):

李 浩 第一、七、九、十章;

吴宏耀 第二、三、八章;

蔡 虹 第四、五、六章;

廖中洪 第十一、十二、十三章。

尽管本书的作者做出了很大的努力,但难免有不少不足之处,对本书中的缺点,欢迎读者批评指正,以便将来修订时改进和完善。

主 编

2009年2月26日于南京师范大学随园

教学支持说明

建设立体化精品教材,向高校师生提供系列化教学内容集成方案,是高等教育出版社“服务教育”的重要方式。高等教育出版社将向采纳本书作为教材的教师免费提供与本书配套的教学课件。

为确保该教学课件仅为教师教学所用,烦请提供下列信息并邮寄或者传真给我们,以便尽快为您办理。

证 明

兹证明_____大学_____系/院第_____学年第_____学期开设的_____课程,采用高等教育出版社出版的李浩主编《证据法学》(第二版)作为主要教材。任课教师为_____,学生共_____人。

学生为:

本科生 研究生 成教生 自考生 在职培训人员

电话:_____

传真:_____

E-mail:_____

联系地址:_____

邮编:_____

系/院主任 (签字)

(系/院办公室章)

_____年__月__日

高等教育出版社同时出版了其他法学类图书的教学课件,相关事宜敬请与法学分社联系。



Higher Education Press

高等教育出版社法学分社

地址:北京市朝阳区惠新东街4号富盛大厦21层(100029)

Tel:010—58581017、010—58581963

Fax:010—58581414

E-mail:wangym1@hep.com.cn、songjun@hep.com.cn

郑重声明

高等教育出版社依法对本书享有专有出版权。任何未经许可的复制、销售行为均违反《中华人民共和国著作权法》，其为人将承担相应的民事责任和行政责任；构成犯罪的，将被依法追究刑事责任。为了维护市场秩序，保护读者的合法权益，避免读者误用盗版书造成不良后果，我社将配合行政执法部门和司法机关对违法犯罪的单位和个人进行严厉打击。社会各界人士如发现上述侵权行为，希望及时举报，本社将奖励举报有功人员。

反盗版举报电话 (010) 58581897 58582371 58581879

反盗版举报传真 (010) 82086060

反盗版举报邮箱 dd@hep.com.cn

通信地址 北京市西城区德外大街4号 高等教育出版社法务部

邮政编码 100120

目 录

第一章 证据法的基础理论	1
第一节 证据、证据法、证据法学	1
第二节 裁判中的事实认定	14
第三节 事实认定与认识论和价值论	17
第四节 证据法的目的	19
第五节 裁判中的真实	26
第六节 证据制度与实体法和程序法	39
第二章 证据制度的发展历史	45
第一节 概述	46
第二节 西方国家的证据制度	49
第三节 传统中国的证据制度	65
第三章 证据法的基本原则	90
第一节 证据裁判原则	90
第二节 直接言词原则	94
第三节 自由心证原则	98
第四节 诚实信用原则	102
第四章 证据的种类	109
第一节 当事人的陈述	109
第二节 书证	122
第三节 物证	130
第四节 视听资料	135
第五节 电子数据	140
第六节 证人证言	146
第七节 鉴定意见	155
第八节 勘验、检查笔录和现场笔录	160
第五章 证据在学理上的分类	169
第一节 言词证据与实物证据	169
第二节 原始证据与传来证据	172
第三节 直接证据与间接证据	175

II 目录

第四节 本证与反证	180
第六章 证明对象	187
第一节 证明对象概述	187
第二节 刑事诉讼中的证明对象	196
第三节 民事诉讼中的证明对象	200
第四节 行政诉讼中的证明对象	204
第七章 证明责任	211
第一节 证明责任概述	211
第二节 刑事诉讼中证明责任的承担	218
第三节 民事诉讼中证明责任的承担	221
第四节 行政诉讼中证明责任的承担	235
第八章 证明标准	244
第一节 证明标准概述	244
第二节 刑事诉讼证明标准	252
第三节 民事诉讼证明标准	255
第四节 行政诉讼证明标准	257
第九章 推定	264
第一节 推定概述	264
第二节 立法推定	272
第三节 司法推定	280
第十章 证据的收集与保全	292
第一节 证据收集概述	292
第二节 收集证据的要求	297
第三节 收集证据的方法	300
第四节 证据保全	305
第五节 非法证据排除规则	308
第十一章 证据的提供与交换	325
第一节 证据的提供	325
第二节 证据的交换	334
第十二章 证据的调查	348
第一节 证据调查概述	348
第二节 对书证的调查	360
第三节 对物证的调查	362
第四节 对当事人的陈述的调查	365

第五节	对证人证言的调查	367
第六节	对视听资料的调查	370
第七节	对鉴定意见的调查	373
第八节	对勘验笔录的调查	375
第九节	对电子数据证据的调查	377
第十三章	证据的审查判断	384
第一节	证据审查判断概述	384
第二节	证据审查判断的原则	392
第三节	证据审查判断的方法	397
第四节	法官“心证”的形成	404

第一章 证据法的基础理论

本章导学

诉讼中的证据是当事人用来证明某一事实真实或不真实的材料,也是法官用来认定案件事实的手段。证据法是用来规范证据和证明活动的法律。证据法学既要研究法律中的证据规定,又要研究运用证据的法律实务,还要关注各种证据学说。诉讼证据具有客观性、关联性、合法性三个特征。在诉讼中,事实认定是法院的一项常规性工作,它与法律的适用密切相关。证据法的目的具有多元性,发现真实是其主要目的。发现客观真实是诉讼证明的理想目标,但在现实中,所能达到的往往是接近客观真实的法律真实。证据制度与实体法和程序法有密切的关系,只有深入了解它们之间的关系,才能够对证据制度作出正确的解读。

在本章学习中,应当着重把握证据的基本特征、证据能力与证明力的关系、诉讼证明与认识论和价值论的关系、证据法的多元目的、诉讼中的真实。

第一节 证据、证据法、证据法学

【案例 1-1】 原告是某中学的一名女教师,向法院提起诉讼,称被告(该中学的校长)长期对她进行性骚扰。原告为证明性骚扰事实的存在,向法院提供了被告发给她的 30 多条手机短信。被告否认了原告的指控,为了说明原告对收到的短信并不反感,也向法院提供了原告回复给他的手机短信。

问:手机短信能否成为诉讼中的证据?如果能够成为证据,属于哪一类证据?

【案例 1-2】 原告葛某与被告范某已经离婚三年。一日,葛某在收看电视时突然看见其前妻范某正在“心灵花园”节目中做嘉宾。范某在节目中讲述了自己曾背着丈夫与他人同居并生下儿子的经历,同时还道出当初为了给儿子名分向丈夫撒谎,使丈夫误认为儿子是夫妻两人亲生。看到该节目后,葛某把范某告上法院,要求对方赔偿孩子的抚育费和精神损失。

问:法院可否以被告在电视台做节目时已经承认孩子是自己与他人所生的陈述,就把该事实作为无需证明的事实?

2 第一章 证据法的基础理论

一、证据

(一) 证据的概念

证据一词不仅经常在诉讼中出现,而且日常生活中也会遇到证据问题,需要用证据去证明某个结论或某种假定,因而对证据概念的界定,既可以从宽泛的生活层面去界定,也可以着眼于诉讼去界定。在日常生活中,证据是指“能够证明某事物真实性的有关事实或材料”^①。“证据就是为了确定某一个事实的真实情况(或某一文件的存在)所使用的手段。”^②在法律中,证据被界定为:“事实、从事实中推论出的结果及陈述。这些事实、结论和陈述有助于法院或其他调查主体确信某些尚不知道但正在调查之中的事实和情况。”^③也有对证据定义做简单明了界定的,即“证据是法律用语,是法官在诉讼上为了获得资料确定判决基础所采取的一种手段。”^④证据是指“在审理中所展示的证明材料。证据提供了争议事实得以确定的基础。”^⑤

我们认为,从诉讼的角度说,证据是指能够证明案件真实情况的各种事实,这些事实既是被当事人用来向法院证明他们所主张的事实,又是被法院用来作为判决中认定事实的依据。

在证据理论中,还常常使用证据材料这一概念。证据材料与证据是既有联系又有区别的两个概念。证据材料,是指民事诉讼中当事人向法院提供的或者法院依职权收集的用以证明案件事实的各种材料。证据,是指能够证明民事案件真实情况的各种事实,也是法院认定有争议的案件事实的根据。

证据与证据材料的联系表现为:证据来源于证据材料。证据材料是证据的初始形态,离开了诉讼中出现的各种证据材料,证据便成为无源之水、无本之木。它们之间的区别表现为:首先,证据材料只是为了证明目的而提出的各种材料。这些材料中有的符合证据条件,能够成为法院认定案件事实的根据,有的不具备证据条件,不能作为证据使用。证据材料要成为诉讼证据,需经过质证,还要经过法庭的审核和认定。其次,证据材料出现在诉讼中较早的阶段。在起诉与答

① 中国社会科学院语言研究所词典编辑室:《现代汉语词典》(修订版),商务印书馆1996年版,第1608页。

② 该定义来自法国《拉鲁斯大百科全书》,参见上海社会科学院法学研究所编译:《诉讼法》,知识出版社1981年版,第193页。

③ [英]戴维·M.沃克:《牛津法律大辞典》,北京社会与科技发展研究所译,光明日报出版社1988年版,第316页。

④ 该定义源自日本平凡社《世界大百科事典》,转引自[英]戴维·M.沃克:《牛津法律大辞典》,北京社会与科技发展研究所译,光明日报出版社1988年版,第205页。

⑤ [美]彼得·G.伦斯特洛姆:《美国法律词典》,贺卫方等译,中国政法大学出版社1998年版,第162页。

辩时或者在法庭审理初期,当事人便向法庭提出各种证据材料;而证据则形成于诉讼中较后的阶段,至法庭调查终结或法庭评议阶段,才能确定哪些证据材料可以作为本案的证据。

虽然证据与证据材料之间存在着重大的区别,但我国诉讼法在使用证据这一概念时未对它们作出区分,因而在证据这一概念下包含了证据和证据材料两种情形。在诉讼法中,“证据”一词有时是指证据材料,如“以上证据必须查证属实,才能作为认定事实的根据”,“人民法院应当按照法定程序,全面地、客观地审查核实证据”;有时则是指证据本身,如“有新证据,足以推翻原判决、裁定的”。我国证据理论在使用证据这一概念时,同样也是有时指证据材料,有时指证据本身,前者如“提供证据”、“调查收集证据”,后者如“证据应具有合法性”、“证据应当充分”。

由于理论和实践中已习惯于不加区分地使用证据一词,加之区分会造成行文的累赘,本书使用“证据”一词时也未作区分。尽管如此,分清“证据”一词具有的不同含义,对正确理解法律关于证据的规定和学术论著中关于证据的阐述仍具有重要意义。

证据是内容与形式的统一体,其内容是与案件事实相关联、对案件事实具有证明作用的各种材料。在刑事诉讼中,其表现形式为物证,书证,证人证言,被害人陈述,犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解,鉴定意见,勘验、检查、辨认、侦查实验等笔录,视听资料、电子数据。在民事诉讼和行政诉讼中其形式表现为书证、物证、视听资料、证人证言、当事人陈述、鉴定结论、勘验笔录、电子数据(民事诉讼)、现场笔录(行政诉讼)。证据总是以这些形式中的某一种作为载体而进入诉讼的。

【案例 1-1】中的手机短信是随着科学技术的发展而带来的新问题。手机的普遍使用,手机短信中包含着一些与案件事实相关的信息,已使我们不可能再把手机短信拒于证据的门外。但手机短信究竟属于书证还是视听资料,则需要进一步研究。

证据是个多面体,须从不同角度进行观察和认识才能够完整地把握。从本体上看,证据是客观存在的一些材料,是与案件事实有联系的材料;从形式上看,证据又是法律规定的各种诉讼材料;从作用上看,证据一方面是当事人向法院展示案件事实的各种方法,另一方面也是法院借以确定案件事实的真实情况、获得裁判事实依据的手段;从结果上看,证据又是法官获得心证的原因。

(二) 证据的特征

1. 客观性

客观性是指诉讼证据本身必须是客观的、真实的,而不是想象的、虚构的、捏

4 第一章 证据法的基础理论

造的。客观性是证据的本质属性。客观性也可以说是真实性,它要求证据的内容必须是真实的。法院正是通过这些客观存在的证据,才能够把握案件事实的真实情况,作出正确的裁判。反之,如果作为认定事实依据的证据是伪造的、虚假的,裁判就会出现错误。

强调证据具有客观性,并不否认证据的提供、运用具有主观的一面。在诉讼中,无论是收集证据、提供证据,还是审查核实证据、运用证据认定案件事实,都离不开人的活动,而人的这些活动又难免带有主观的成分。所以,证据除了有客观性一面外,还有主观性的一面。但是,在客观性与主观性中,客观性代表了证据的本质属性,主观性必须符合客观性的要求。

强调证据必须具备客观性具有两方面的意义:一是要求当事人在举证时必须向法院提供真实的证据,不得伪造、篡改证据;要求证人如实作证,不得作伪证;要求鉴定人提供科学、客观的鉴定意见。二是要求侦查机关在调查收集证据时必须客观、全面,不得先入为主,更不得只收集有罪的证据;要求法院在审查核实证据时必须持客观、公正的立场和态度。

2. 关联性

关联性又称相关性,是指证据必须与待证的案件事实存在一定的联系。判断有无关联性的标准应当是:由于证据的存在,使得待证事实的真实或虚假变得更为清晰,从而有助于证明待证事实的真伪。

证据与待证事实的联系可以表现为直接的联系,也可以表现为间接的联系,可以表现为肯定的联系,也可以表现为否定的联系。只要与待证事实存在着联系,无论是哪一种形式的联系,都符合关联性的要求。

关联性在客观性的基础上进一步揭示了证据的特征,因为并非所有客观存在的材料都可以作为诉讼证据,只有那些与待证事实存在一定联系的材料才能够作为诉讼证据。明确证据具备关联性的意义在于:首先,使相关主体在收集、提供证据时将注意力集中于那些与案件事实有关联的材料;其次,帮助法院排除无关联性的材料,以限定和缩小调查和审核证据的范围。

3. 合法性

合法性是指证据的形式、收集的方法要符合法律的要求,证据材料转化为证据必须经过法律规定的程序。

合法性包括以下三个方面的内容:(1)收集证据的合法性。这主要是指各诉讼主体在收集证据时应符合法律的要求,不得违反法律的规定。例如,侦查机关不得采用威胁、利诱的方式获取被告人的供述;当事人在制作录音、录像资料这类证据时,不得采用法律禁止的在他人住所安装窃听器或摄像探头进行偷录偷拍;法院调查收集证据,应由两人以上共同进行,不得由一名审判员或书记员前

去调查,也不得由具有法定应当回避情形而未回避的法官去调查。(2)证据形式的合法性。主要有两层意思:一是证据的形式应当符合法律的要求,必须以法律规定的存在形式表现出来。例如,单位向法院提交的证明文书,应由单位负责人签名或盖章,并加盖单位印章。二是当法律规定某些事实或法律行为须用特定形式的证据来证明时,应当使用特定形式的证据。例如,婚姻状况需要用结婚证、离婚证来证明,票据权利要用书面形式的票据来证明,保证合同、抵押合同等需要用书面形式的合同来证明。(3)证据材料转化为诉讼证据的合法性。这是指证据材料成为证据必须经过法律规定的质证程序,未经质证,无论是当事人提供的证据材料,还是法院依职权调查收集的证据材料,都不得作为法院认定事实的根据。法院如果在裁判中使用了未经质证的证据材料,就违反了证据须具有合法性的要求。

欠缺合法性的证据并不等同于非法证据。非法证据专指采用非法的方法、途径获取的证据。在刑事诉讼中,采用刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁等非法方法收集的证人证言、被害人陈述,应当予以排除。收集物证、书证不符合法定程序,可能严重影响司法公正的,应当予以补正或者作出合理解释;不能补正或者作出合理解释的,对该证据应当予以排除(《刑事诉讼法》^①第54条第1款)。在民事诉讼中,当事人、诉讼代理人以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法获得的证据,应当予以排除(《民事证据规定》^②第68条)。在行政诉讼中,应当排除的证据是:(1)严重违反法定程序收集的证据材料;(2)以偷拍、偷录、窃听等手段获取的侵害他人合法权益的证据材料;(3)以利诱、欺诈、胁迫、暴力等不正当手段获取的证据材料(《行政证据规定》^③第57条)。

合法性在客观性和关联性基础上进一步揭示了证据的特征,它告诉人们,仅仅是真实的和与案件事实有关联的材料还不能成为诉讼证据,证据材料能否成为证据,还要经过合法性的检验,只有同时也具备合法性的证据材料,才能成为法院认定事实依据意义上的诉讼证据。明确证据具有合法性特征的意义在于,使当事人和法院在收集和运用证据的过程中始终注意合法性的要求。

(三) 证据能力与证明力

在证据理论中,证据能力与证明力是一组既有联系又有区别的概念。有证

① 如无特殊说明,本书在引用法律法规时,为行文简洁,尽量使用简称。例如,《中华人民共和国刑事诉讼法》简称为《刑事诉讼法》,《中华人民共和国民事诉讼法》简称为《民事诉讼法》等。

② 全称为最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》,此为简称,全书下同。

③ 全称为最高人民法院《关于行政诉讼证据的若干问题的规定》,此为简称,全书下同。

6 第一章 证据法的基础理论

据能力的证据一定有证明力,尽管其证明力的大小要依据具体情形而定;没有证据能力的事实材料则一定无证明力。

1. 证据能力

证据能力,是指一定的事实材料作为诉讼证据的法律上的资格,故又称作证据资格。具备证据能力,是作为证据的先决条件,事实材料只有具备证据能力,法院才能够将它作为认定案件事实的依据。

事实材料能否成为证据,首先取决于它同待证的案件事实之间是否存在关联性。只有与待证事实相关才有可能作为证据,而是否与待证事实相关,取决于客观上证据与待证事实的联系,但是并非所有相关的事实材料均可作为证据使用。法律出于某种目的、某种价值判断可能明确规定不允许某一具有相关性的事实材料作为证据提出,因此事实材料能否作为证据还存在着法律的允许性问题。假如法律明确禁止某一事实作为证据提出,该事实在诉讼中就不具备证据能力。因此,证据能力问题同证据特征中的法律性密切相关,是法律是否允许作为证据提出或使用的问题。

证据能力问题与证据排除有着密切的关系。由于法律不允许法院把不具备证据能力的事实材料作为认定事实的根据,所以在诉讼中,如果某一事实材料已经被确定为无证据能力,为了保证裁判的合法性,就需要从诉讼中将这一证据材料排除掉。

证据能力涉及的是有还是无的问题,是否具有证据能力,要由法律作出规定或者由最高人民法院通过司法解释来确定。从证明的过程看,证据能力的有无是法院认证时首先需要解决的问题,因为从逻辑上说,事实材料只有具备证据能力,才有资格进入诉讼发挥证明作用。在证据收集的方式、手段上,合法性问题同证据的排除问题紧密相关。合法性与证据能力、证据排除的关系是:事实材料若不具备合法性,即无证据能力,无证据能力,就应当予以排除。

尽管两大法系证据法中都存在证据排除问题,但程度有相当大的区别。在英美法系的诉讼中,由于存在着法官与陪审团之间的分工,即法官负责案件中的法律问题,陪审团作为事实的认定者,负责审查和决定案件中的事实问题。陪审员由一般的民众担任,被临时召集来参加案件的审理,为了防止缺乏经验的陪审员被一些证据误导,英美法系国家的证据法中设立了众多的证据排除规则。所以,在英美法系的诉讼中,证据能力是一个在诉讼中经常会遇到的问题。大陆法系国家则不同,虽然也有陪审员参加审判,但不存在英美法系国家的那种二元制,并且职业法官无论是在认定事实还是在适用法律中都起着相当大的作用,因而没有必要像英美法系国家那样设置诸多的排除规则。大陆法系国家的诉讼法实行自由心证原则,法律对证据能力很少加以限制,对进入诉讼的证据材料一般

不预先加以排除。当然,在当代大陆法系国家的诉讼中,为了保障隐私权在内的人权,为了遏制诉讼中的非法取证行为,也开始重视对非法证据的排除。

我国的法律制度从法律传统来说属于大陆法系,因而证据能力问题不像英美法系国家那么突出。不过,证据能力在我国的证据制度中也是存在的。近年来,《刑事诉讼法》和最高人民法院有关司法解释都明确规定了法院不能把一定的证据材料作为认定事实的根据,这实际上是说这些证据材料不具备证据能力,应当从诉讼中予以排除。

当然,对大多数与案件事实有关的证据材料来说,获得证据资格并无任何问题,证据能力的有无,仅在少数情况下才会发生,因而对于诉讼实务来说,重要的问题不是哪些证据材料有证据能力,而是哪些证据材料无证据能力。也就是说,哪些证据材料不符合合法性的要求不得作为证据提出和需要予以排除,才是需要关注的。

2. 证明力

证据的证明力,是指证据证明案件事实的能力。虽然各类证据对待证的案件事实都具有一定的证明作用,但证明作用的大小却不尽相同。有的证据具有很强的证明力,有的证据具有较强的证明力,有的证据只有相当弱的证明力。证据证明力之间的差异是客观存在的。例如,就单个直接证据与单个间接证据而言,直接证据具有强证明力而间接证据只有弱证明力;就原始证据和传来证据而言,原始证据的证明力则明显强于传来证据。

证据证明力的大小虽然是一种客观存在,但由于诉讼是法官依据法律规定运用证据判断事实真伪、认定案件事实的活动,因而对证明力大小的判断离不开法律的规定和法官的认识活动。依据证据的证明力由法律统一作出规定还是委诸法官内心的判断,在诉讼理论上可以把证据制度分为法定证据制度和自由心证证据制度。法定证据制度是大陆法系国家历史上曾经存在过的证据制度,现代与当代的大陆法系国家,一般均实行自由心证的证据制度。^①

我国诉讼法没有规定对证据的运用和判断实行自由心证证据制度,但从审判实务看,法官也是被允许基于审理活动获得一切证据资料和法庭调查与辩论的全部情况,形成对案件事实的确信,并依据这一确信去认定案件事实的。最高人民法院在《民事证据规定》中要求“审判人员应当依照法定程序,全面、客观地审核证据,依据法律的规定,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”(第64条)。最高人民法院在《行政证据规定》第54条中对此也做了类似的规定。

^① 关于法定证据制度与自由心证证据制度的详细分析,参见本书第二章。

8 第一章 证据法的基础理论

另外,我国《民事诉讼法》和最高人民法院关于民事诉讼法的一些司法解释也对证据的运用和证据证明力的判断作出过不少规定。如《民事诉讼法》第69条规定:“经过法定程序公证证明的法律事实和文书,人民法院应当作为认定事实的根据,但有相反证据足以推翻公证证明的除外。”《民事证据规定》第77条规定:“人民法院就数个证据对同一事实的证明力,可以依照下列原则认定:(一)国家机关、社会团体依职权制作的公文书证的证明力一般大于其他书证;(二)物证、档案、鉴定结论、勘验笔录或者经过公证、登记的书证,其证明力一般大于其他书证、视听资料和证人证言;(三)原始证据的证明力一般大于传来证据;(四)直接证据的证明力一般大于间接证据;(五)证人提供的对与其有亲属或者其他密切关系的当事人有利的证言,其证明力一般小于其他证人证言。”^①《行政证据规定》第63条也有类似的规定。此外,由于有些证据的证明力相当弱,《民事证据规定》第69条明确规定它们不能单独作为认定案件事实的依据,这些证据是:(1)未成年人所作的与其年龄和智力状况不相当的证言;(2)与一方当事人或者其代理人有利害关系的证人出具的证言;(3)存有疑点的视听资料;(4)无法与原件、原物核对的复印件、复制品;(5)无正当理由未出庭作证的证人证言。《行政证据规定》第71条也规定了7种不能单独作为定案依据的情形。《刑法解释》^②第73条第1款对不得作为证据的情形也作出诸多规定,如“在勘验、检查、搜查过程中提取、扣押的物证、书证,未附笔录或者清单,不能证明物证、书证来源的,不得作为定案的根据”。

因此,我国刑事、民事和行政诉讼中实行的是以法官对证据的自由运用与判断为主,以受法律或司法解释预置规定约束为辅的证据制度。这一证据制度要求:当法律和司法解释中已对证据证明力的大小作出规定时,法官在诉讼中必须依照规定确定证据的证明力,否则将构成认定事实违法。当法律和司法解释未作规定时,法官应当依据职业道德、理性、生活经验等对证据的证明力作出判断。

(四) 诉讼证据的作用

1. 证据是公诉机关追究犯罪人刑事责任的利器

在刑事诉讼中,犯罪人实施犯罪行为后,总是要千方百计地掩盖罪行,企图逃脱法律的制裁。公安机关、检察机关为了完成惩罚犯罪的任务,需要在诉讼中收集证据、提出证据来证明被告人确实实施了所指控的犯罪行为,一旦收集到了

^① 该条中均用的是“一般大于”,因而只是要求法官在对证明力作出判断时考虑到上述情形,并未排除法官的自由心证,但法官认为本案中的证据不属于一般情形时,完全可以对证明力大小作出不同的判断。

^② 全称为最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》,此为简称,全书下同。

充分、确实的证据,就能够揭露犯罪、证实犯罪。尽管犯罪嫌疑人、被告人会百般抵赖,但只要有充分、确实的证据,法院也能够将他们定罪,从而实现惩罚犯罪的诉讼目的。

2. 证据是当事人维护自己合法权益的武器

对进入诉讼的当事人来说,证据是至关重要的;是否掌握着充分的证据,常常直接决定诉讼的胜负。在发生民事纠纷时,当事人要使自己的权利主张得到法院的支持,需要用证据证明权利主张所依据的事实。如果当事人未掌握充分的证据,或者重要的证据丢失了,即使当事人主张的案件事实本身是真实的,法院也无法从法律上予以确认。

3. 证据是法院判断具体行政行为是否合法的依据

我国的行政诉讼主要是围绕着被诉的具体行政行为是否合法进行的,具体行政行为是否合法是相对人与行政机关争议的焦点。法院需要借助证据来判断行政行为合法与否,如果证据表明行政行为是有事实依据和法律依据的,法官就会判决维持被诉的行政行为,反之,法官就会判决撤销被诉的行政行为。

4. 证据是法院查明案件事实真相的手段

法院判案需要“以事实为根据”,而诉讼中的“以事实为根据”,说到底是以证据为根据。有争议的案件事实发生在诉讼前,法院事先并不了解这些事实,这些事实也不会重现于法庭。在诉讼中,由于利害关系的对立,当事人对案件事实的陈述往往是各执一词,截然相反。为了查明案件事实的真相,法院必须凭借证据,因而证据又是法院确定案件事实真相的手段。

5. 证据是使裁判具有公信力的基础

在法治社会中,公众信赖法院作出的裁判,并非由于法院是执掌裁判大权的国家司法机关,也不是仅仅出于对法官所具有的智慧、品格和专业技能的信赖,而是因为法官认定事实是以证据为依据的,认定事实是严格按诉讼程序和证据规则运作的。

二、证据法

(一) 证据法的概念和内容

证据法,是指规定诉讼中的证据和证明活动的法律。法律有实体法和程序法之分,实体法规定社会生活某个方面当事人之间的权利和义务,如合同法规定合同关系中的权利和义务,物权法规定因对物的占有和利用关系中的权利和义务,程序法则规定当权利义务发生纠纷时通过什么样的程序去确认权利、实现权利。但权利的确认和实现都离不开对纠纷中事实的认定,事实的认定又离不开证据,离不开证明活动,所以证据法对实体法与程序法的有效运作,对法律权利的实现,具有重要作用。

10 第一章 证据法的基础理论

【案例 1-2】中,范某在电视节目中的陈述在证据法中属于诉讼外作出的承认。诉讼外的承认不同于当事人在诉讼中作出的承认,不具有免除证明的效果。因此,如果范某否认儿子是与他人所生,葛某还应举证证明其主张。当然,葛某可把范某在电视节目中的谈话作为证据提交给法庭。

由于诉讼制度的历史发展不同,采用的诉讼模式不同,各国的证据法或证据方面的法律在内容上存在着相当大的差异,但也有不少相同的内容,如在证据问题上当事人和法院各自的权利(权力)和责任、证据的提交、证据的排除、证据的质询、证明力的判断、证明的标准、证明责任的分配等。

(二) 证据法的立法模式

证据法的立法模式有以下三种:

(1)单独制定证据法。世界上只有少数国家就证据问题单独立法,单独制定证据法的是具有英美法传统的国家。如美国于 1975 年颁布了《美国联邦证据规则》,英国于 1968 年、1972 年、1995 年颁布了《民事证据法》,加拿大于 1985 年颁布了《加拿大证据法》,澳大利亚于 1995 年颁布了《联邦证据法》,新西兰于 1908 年颁布了《证据法》,印度于 1872 年颁布了《证据法》。

(2)未单独制定证据法,将证据问题规定在相应的诉讼法中。如将刑事证据规定在刑事诉讼法中,将民事证据规定在民事诉讼法中,证据作为诉讼法的内容被规制。采用这种立法模式的,主要是一些具有大陆法传统的国家,如德国、奥地利、日本等。

(3)未单独制定证据法,将证据问题分别规定在实体法和程序法中。这种立法模式,是区分证据涉及的是实体问题还是程序问题,分别将它们规定在不同的法律之中。法国、意大利采用的就是这种立法模式。《法国民法典》第一编“民事权利”的第三章为“对人之特征的遗传学研究以及通过遗传特征对人进行鉴别”;第一编(二)“法国国籍”中的第五章为“有关取得或丧失有关国籍的证据”;第二编为“身份证书”,包括出生证书、结婚证书、死亡证书、有关军人与海员在某些特殊情况下的身份证书,出生在国外,取得或恢复法国国籍人的身份证书等;第六编为“离婚”,其中第二章“离婚的程序”规定了证据;第七编为“亲子关系”,其中第一章第一节为“有关亲子关系的推定”,第二章第一节为“父子(女)关系的推定”,第二节为“婚生子女关系的证据”;第三编为“契约与约定之债的一般规定”,其中第六章为“债的证明与清偿的证明”,该章规定了书证、人证、推定、当事人自认等内容。法国民法典之所以要对证据作出规定,是考虑到在未发生纠纷的情况下,民事权利的行使也会涉及证据问题。

法国在其《民事诉讼法典》中,规定了同证据运用相关的问题。如第一章“诉讼的指导原则”中的第四节即为“证据”,规定了当事人提供证据的责任、法官调

查证据的权力、当事人对法官调取证据的协助义务。第七编为“提出证据”，第一副编为“向法院提出的书证”，该编由“当事人之间传达书证”，“取得第三人持有的文件、字据”和“由一方当事人持有的文书、字据的提交”三章构成；第二副编为“审前预备措施”，该编由“一般规定”、“法官亲自审查”、“当事人亲自出庭”、“第三人声明”和“由技术人员执行的审前预备措施”五章组成，具体规定了法官应当事人的请求或依职权采取的查明当事人所提出的各种证据的措施。

我国的证据立法采用的是第二种模式，三大诉讼法均设专章对证据作出了规定。^①

（三）我国证据法的渊源

证据法的渊源，是指证据法的表现形式。我国法律的渊源包括宪法、法律、行政法规、地方性法规、行政规章、司法解释等。我国有关证据和证明的规范首先体现在实体法的有关规定中，如《刑法》第 395 条关于巨额财产来源不明罪中证明责任分配的规定，《民法通则》第 126 条关于建筑物倒塌和建筑物上的悬挂物、搁置物脱落、坠落致人损害中过错证明承担的规定。其次是程序法中的规定，如《刑事诉讼法》第 12 条关于无罪推定的规定，第五章关于证据的规定。我国《民事诉讼法》第六章、《行政诉讼法》第五章均用专章规定了证据问题。司法解释中也有不少同证据相关的内容，如司法部、最高人民法院、最高人民检察院、公安部于 1990 年 3 月 29 日颁发的《人体重伤鉴定标准》，最高人民法院于 2001 年 12 月 21 日颁发的《民事证据规定》，最高人民法院于 2002 年 7 月 24 日颁发的《行政证据规定》。地方性法规不宜规定证据问题，因为证据制度是司法制度的一部分，而司法制度在单一制国家应当由国家立法机关统一立法，如果允许各地制定自己的证据规范，就意味着在不同地区进行诉讼会适用不同的证据规则，这显然会破坏国家法制的统一。

三、证据法学

（一）证据法学的研究对象

证据法学，是以证据和证明活动为研究对象的学科，即研究关于证据的法律规范、诉讼和非讼事务中运用证据确定事实的方法、规则和程序的学科。

依据研究对象的不同，证据法学可分为狭义的证据法学和广义的证据法学。狭义的证据法学以诉讼中的证据和证明活动为其研究对象，广义的证据法学既

^① 在我国理论界，虽然也有一些学者主张单独制定证据法，但由于下列原因，我国单独制定证据法的可能性并不大：第一，证据的实体问题和程序问题关系密切，将它们分别规定在证据法和诉讼法中会给适用法律带来不便；第二，证据制度是诉讼法中的重要内容，一旦把证据部分剥离，诉讼法就缺了重要的一部分；第三，我国的法律传统属于大陆法系，大陆法系国家都未单独制定证据法。

12 第一章 证据法的基础理论

研究诉讼中的证据和证明,又研究非讼法律事务中的证据和证明,如仲裁活动中的证据和证明、行政执法活动中的证据和证明等。与非讼活动中的证据和证明相比较,诉讼中的证据和证明法律规定得更为具体、运用证据的规则设置更为明确、与证据相关的程序也更为严密。所以,证据法学主要是研究诉讼中的证据和证明问题,诉讼中的证据制度是证据法学的核心内容。

具体而言,证据法学的研究对象包括以下三个方面:

1. 有关证据和证明的法律规范

证明是一种法律活动,诉讼中的证明更是与认定事实相关的诉讼活动,所以无论是诉讼中的证明还是非讼法律事务中的证明都离不开法律的调整。正是法律规定了证明的对象、证明责任的分配、证明的标准、证据的种类、证据的收集、证据的提交;规定了什么样的证据可以采纳,什么样的证据应当排除;规定了如何进行质证、如何对证据的证明力进行判断。法律中这些关于证据和证明的规定,构成了证据制度的基本内容。证据法学作为研究证据制度的学科,当然要把关于证据的法律规范作为研究的对象。

2. 运用证据的法律实务

证据法学是一门实践性相当强的学科。在法庭上,当事人每天都在向法院提供证据,以期获得他们所期待的裁判结果,法官们也日复一日地对所提供的证据进行调查,对证据的证明力进行判断。这些长年累月的司法实践为证据学的研究提供了丰富的资料。

证据的运用离不开相关的法律实务,尤其离不开诉讼实务。正是在运用证据的实践中,证据的各种规定、规则获得了生命,有关证据的各种规定也在实践中经受检验。不仅如此,各种证据理论是否正确、是否合理也要在实务中接受检验。一些证据规则在实务中发挥了积极的作用,一些证据理论对实务部门运用证据起到了良好的理论指引作用,但也有的证据规则在实务中很少被用到,很少发挥作用,有的证据规则甚至在某种程度上阻碍了对事实的正确认定。证据法学要通过研究实践中的这些问题,完善证据立法,改进证据规则,发展证据理论。

3. 证据理论

各国学者在研究证据制度、证据规则的过程中,通过归纳、总结运用证据的经验教训,提出了有关证据的各种学说。例如,关于证明责任分配的学说、关于证明标准的学说、关于非法证据排除的学说、关于拒证特权的学说、关于自由心证的学说等。

各种证据学说的提出,既反映了证明活动的实际需要,又是社会发展的结果。依据什么样的标准分配证明责任、证明到什么样的程度就可以对事实作出认定,这些都是诉讼实务中必须解决的问题,各种分配证明责任学说、证明标准

的学说的产生,便是源于诉讼实践的需要。当代社会注重和强调对人权的保护,特别是对隐私权的保护,诉讼中非法证据排除学说的提出即与当代社会注重对人权的保护有密切的关系。

(二) 证据法学的研究方法

1. 联系实际的研究方法

证据法学是关于证据制度与证据规则的理论,联系实际的研究方法可以说是理论研究普适性的要求,作为实践性极强的证据法无疑更需要强调对运用证据的实践的关注。事实上,无论学者们提出的各种证据学说还是立法者制定的证据规则,都要接受实践的检验,要看它们是否能够对实践起积极的指导作用,是否有利于实现诉讼法的任务。实践也为学者们提供了修正和完善理论的机会,为立法者提供了改进证据规则的机会。所以,证据法学作为一门科学,一定要紧密地关注证据实践,尤其是司法活动中运用证据的实践。

2. 价值分析的研究方法

证据制度同发现案件事实相关,但证据制度又不限于发现案件事实,所以证据法的研究不能限于认识论,不能只采用认识论的研究方法,还要关注价值论,采用价值分析的研究方法。在证据规则中,存在着不同的价值取向,这些价值取向之间还存在着冲突,因此证据规则的设定,需要作价值上的判断和权衡,需要在价值冲突中作出选择。例如,民事诉讼中非法证据排除规则的设置,就存在着实体公正与程序公正、保护当事人合法权益与保护案外人的合法权益、保护原告方的合法权益与保护被告方的隐私权之间的冲突。就单个权益来说,这些权益都有保护的必要,但在具体的诉讼中,又不可能都得到保护,所以需要通过价值分析和价值判断、通过仔细权衡才能够制定出恰如其分的非法证据排除规则。

3. 比较研究的方法

证据制度普遍存在于各国的诉讼之中。尽管不同国家的历史传统、法律文化、诉讼制度存在着这样或那样的差异,但运用证据认定事实是现代各国通行的做法,就诉讼中所运用的证据种类而言,各国也大同小异。另外,由于上面提到的三个方面的差异,一些国家的证据制度又存在着明显的不同,这在大陆法系国家与英美法系国家表现得特别明显。^①

上述情形为我们进行证据制度的比较研究提供了丰富的素材。通过比较研究,我们不仅能够了解各国解决同样问题的相同或不同做法,而且可以借鉴他国的成功经验,以改进和完善我国的证据制度。

^① 关于两大法系证据制度的差异,请参阅[美]达马斯卡著:《源移的证据法》,李学军等译,中国政法大学出版社2003年版。

第二节 裁判中的事实认定

【案例 1-3】原告 A 公司向法院提起诉讼,要求 B 公司按照联营合同的约定退还 800 万元并支付联营所得的利润 50 万元。A 公司向法院提交了双方在两年前签订的联营合同一份,合同约定由 A 公司提供资金 800 万元,由 B 公司提供场地、人员并负责经营,双方的合作期限为 2 年,联营期满后,B 公司应当在 10 日内将 800 万返还给 A 公司,并向 A 公司支付联营所得利润 50 万元。B 公司在答辩中提出,由于经营发生亏损,无法按合同履行退款和支付利润的约定,并要求 A 公司承担 300 万元亏损中的 150 万元的损失。针对 B 公司的答辩,A 公司提出,双方当初约定,经营中若发生亏损,由 B 公司承担,双方的合同也是这样约定的。

问:在本案中,法院应当如何认定事实和适用法律?

一、事实认定在诉讼中的作用

就大多数诉讼案件而言,当事人发生的争执主要是事实问题。当事人对事实无分歧,仅对事实的法律性质有争议,对适用什么样的法律来处理已发生的事实有争议是较少见的。诚如一位日本学者所言:“……在现代社会,无论是民事诉讼、刑事诉讼或行政诉讼,事实认定,亦即证据法(证据调查)实际上已成为裁判的核心。也许,说到裁判,大部分人都会认为这是一种法律程序,是围绕着法的适用或法的解释而进行争论的诉讼活动。但是,在实际的裁判中,无论是民事诉讼还是刑事诉讼,几乎所有的案件都是由当事人针对事实的认定来展开各自的进攻或防御的,甚至这种攻防可以决定诉讼的胜与败。”^①一位德国学者也指出:“形象地说,实践当中如果有一千个事实问题(tatsachenfragen),那么真正的法律问题(rechtsfragen)还不到事实问题的千分之一。”^②

此外,相对于有争议的案件事实而言,决定如何适用法律是比较容易的事情。在美国民事诉讼中,如果当事人之间对事实不存在真正的争议,审判就是不必要的。《美国地区法院民事诉讼规则》第 56 条关于“即决判决”的规定中就有处理上述情形的规定,^③即“……如果诉辩状、笔录证言、对书面询问的回答和被

① [日]石井一正:《日本实用刑事证据法》,陈浩然译,五南图书出版公司 2000 年版,第 4 页。

② [德]魏德士:《法理学》,丁小春等译,法律出版社 2003 年版,第 298 页。

③ 即决判决,又称“简易判决”(summary judgment),是指对不存在事实方面的争议,仅有法律方面争议的案件,法院可以根据一方当事人提出的动议,对案件作出即决判决,使案件终结,而不再将案件交给陪审团审理。即决判决是一种使事实无争议的案件迅速得到解决的技术。

记录的承认与宣誓书一起,表明关于任何要件性的事实不存在真正的争点并且提出动议的当事人有权要求一个作为法律事项的判决,则法院应当立即作出该当事人所寻求的即决判决。”

二、裁判的一般规则

诉讼的典型场景是法院通过裁判来解决当事人之间的争议,而法院的裁判是建立在一定的案件事实和法律规则基础上的,这就是我们诉讼法中所说的“以事实为根据、以法律为准绳”。这里的“事实”并不是通常意义上的事实,它既不能等同于实际发生的事实(因为实际发生的事实可能很多,有些与案件无关,有些虽然有关但却未能得到证明),也不能等同于原告主张的事实或被告主张的事实(因为当事人主张的事实可能不真实或者虽然真实却未得到证明),而是法院认为对解决案件有意义的并且被证明的事实或者其他可以依法确认的事实。

在查明事实的基础上作出裁判是诉讼的理想状态,是诉讼法和法院努力追求的,但并非在所有的案件中都能够做得到。在有些案件中,虽然经过审理,但事实最终却无法确定。所以法院在审判实务中存在着两种情形,一种是在查明事实的基础上使用相关的法律规则作出裁判,另一种是在未能查明事实的情况下依据相应的规则——证明责任规则——作出裁判。

三、事实认定与法律适用

虽然事实认定与法律适用在理论上可以作为相对独立的两个问题来研究,但在诉讼实务中其实是很难截然分开的。这是因为,一方面,诉讼中需要查明哪些事实是由法律来决定的,另一方面,法官也需要根据查明的事实来寻找相关的法律。这意味着,发现事实和寻找法律是一个同步进行或者交替进行的过程。

德国学者认为法官的目光在事实和规范之间来回穿梭是适用法律的普遍特征。魏德士认为对具体生活事件(纠纷)进行法律评价分为以下步骤:

应当掌握(查明和“认定”)待决生活事件。为了达到这个目的,它(待决生活事件)被赋予一种适合于法律适用的语言形式,我们称之为“事实”。

应当寻找对于评价事实具有决定性意义的(“相关的”)法律规范。

应当检验得到认定的事实是否满足相关规范的事实构成。这种检验被称为“涵摄”^①。在此,法律适用者考察的不是具体规范,他要在整个法律秩序(而不是单个法律规范)中寻找解决纠纷的答案。

如果生活事件(“事实”)满足相关规范的事实构成并且不违背整个法律秩序的其他规范(如宪法),就应当宣布被规定的法律后果。

因此,法律适用可以分为四个步骤:(1)认定事实;(2)寻找相关的一个或若

^① 在拉丁文中,“涵摄”是“归于其下”的意思。

16 第一章 证据法的基础理论

干法律规范；(3)检验得到认定的事实是否满足相关规范的事实构成，并以整个法律秩序为标准，将事实涵摄于相关的规范；(4)宣布法律后果。^①

但是，上述步骤并不是各自独立且严格区分的单个行为，它们之间界限模糊并且可以互相转换。关于事实的问题（即哪个具体生活事件必须得到评价）必然与相关法律规范的事实构成相联系。只有在考虑相关规范的事实构成之后，法律适用者才能说出，现实生活事件的哪些要素是重要的，哪些是不重要的。对事实的表述，也就是对事实的确定通常要考虑相关法律规定的事实构成。

美国学者伯顿也指出：因为法律决定哪些事实是相关的；而同时，事实又反过来决定哪些法律是相关的。这样你就应按如下步骤来开始：(1)收集事实，缩小法律研究的范围；(2)进行初步的法律研究；(3)根据该研究收集更多的事实；(4)根据这些事实再作更进一步的法律研究，等等。^②

在诉讼实务中，法院有时需要根据案件事实的变化来改变原定适用的法律。如在一离婚诉讼中，原告以被告长期赌博，屡劝不止，使家庭生活贫困不堪，导致感情破裂为由诉请离婚。法院对事实进行调查时发现，双方依当地习惯结婚时均未达到法定婚龄，后来也未补办结婚登记手续，所以法院在适用法律上由原先拟适用的离婚规范改为解除非法同居的规范。

【案例 1-3】中，原告 A 公司按照联营合同向被告 B 公司主张权利，对双方订有联营合同的事实双方当事人其实并无争议。但是，尽管合同的名称是联营，但从合同的内容看却是借贷。因此，法院在审理中，要向双方当事人阐明，指出双方的联营合同因违反了法律的禁止性规定而无效，并告知原告可以变更诉讼请求，被告可以提出反诉。

四、证据法在事实认定中的作用

当事实发生争议的时候，就需要用证据来说话。在诉讼中，离开了证据，空言事实是毫无意义的，这就是人们常说的，打官司，就是打证据。

当当事人试图运用证据说服法官的时候，当法官运用证据对事实作出判断的时候，证据法就开始发生作用了。如【案例 1-1】中的手机短信是不是民事诉讼法规定的七种证据的一种，如果是，究竟属于哪一类别的证据，就直接关系到法官能否运用该证据作为定案的根据，关系到法官应当根据何种规则对该证据进行审查。再如【案例 1-2】中被告在电视节目中所说的儿子不是与前夫所生，能否对本案中原告主张的事实起到免于证明的作用，一方面取决于证据法界定

^① 参见[德]魏德士：《法理学》，丁小春等译，法律出版社 2003 年版，第 296～297 页。

^② [美]史蒂文·伯顿：《法律和法律推理导论》，张志铭译，中国政法大学出版社 1999 年版，第 167～168 页。

的当事人在诉讼外所作承认的效力,另一方面还取决于民事诉讼中的辩论原则是否适用于确认亲子关系的诉讼。

第三节 事实认定与认识论和价值论

【案例 1-4】 1998 年,万风公司在承建新市区综合楼的过程中,先后从哈密铁路分局工务段劳动服务公司砼构件厂(以下称构件厂)购买了价值 68 709.75 元的楼板,但直至 2003 年 6 月货款仍未付清。构件厂把万风公司诉至哈密铁路运输法院。万风公司在一审举证期限内,未向法庭提供证据且在一审开庭时无故不到庭,一审法院依法按缺席判决支持了原告的诉讼请求。万风公司不服提出上诉,并提供了向构件厂已支付货款 2 万元的证据,二审法院经审理后,认为该证据不符合新证据的条件,未对该证据组织质证,就驳回了原告提出的上诉。

问:二审法院对本案上诉人在二审中提供的证据拒绝质证体现了证据法的哪种价值?

一、事实认定与认识论

无论在哪一类诉讼中,都存在着独立于我们意识之外的、不以事实认定者的意志为转移的客观事实,即使是双方当事人虚构事实恶意进行诉讼,也有当事人主张的事实并不存在这一客观事实。由于客观事实的存在,诉讼活动又是通过证据来查明客观事实,所以诉讼中的证明是通过证据认识案件事实的活动。

在人类的认识活动中,人们是通过自己的实践活动来认识外在于自己的客观世界的,是通过从实践活动中获得的知识积累来逐步把握客观世界的,正是在这个意义上,我们说世界是可知的,人类有能力认识客观世界。在诉讼中,法官也是通过实践活动认识外在于他们的案件事实——通过举证、质证、辩论来形成对案件事实的判断和结论。

人类的认识活动有两种情形:一种是认识主体与认识客体同时存在,于是认识主体可以通过亲自接触、感知认识客体来对它进行分析研究,可以遵循实践——认识——再实践——再认识的步骤来逐步形成关于认识客体的结论。由于研究者可以直接接触认识客体,所以研究者能够把已形成的初步结论同认识客体进行对比,也就是用实践来检验已经形成的理论,看理论是否符合实践,能否解决实践中的问题。另一种是对过去事物的认识,这种认识的特点在于认识主体与认识客体并非同时存在,认识的客体存在于过去的某个时刻,它现在已经消失。对过去事物的认识也有两种情况,一种是历史学家对历史事件的认识,另

18 第一章 证据法的基础理论

一种是法官对案件事实的认识。

法官的工作与历史学者的工作有一定的相似性,他们都致力于发现那些已经消逝了的事实。法官竭力查明发生在诉讼前的事实,历史学者努力探寻已为岁月所尘封的人物或事件,他们都是通过证据去揭示过去的事实,法官通过证人证言、书证、物证等证据材料,历史学者则通过新发现的文物、档案馆里的资料等。

不过,尽管都是为了获得过去事实的真相,法官与历史学者在认识过去的方式、方法上还是存在一些显著差别的。首先,法官是在诉讼程序中认识过去的。而诉讼程序中有对立的双方当事人,他们与法官认定事实的结果有直接的利害关系,出于利害关系的考虑,当事人可能故意误导法院,如故意对案件事实作不真实的陈述,贿买证人作伪证等,而历史学者在认识过去时一般不会受到这种出自利害关系的干扰。其次,法官是在实体法与程序法的支配下认识过去,这在某种程度上限制了法官的认识能力,如那些在法律中规定了证人的拒证特权的国家,法官就可能因为证人行使这一特权而无法获得必要的证言。对于历史学者来说,就不存在这些人人为的限制,他们可以广泛地利用一切能够获得的资料。再次,法官需要在一个相当短的时间内完成对过去的认识。由于法官是在特定的诉讼程序内认识过去,而诉讼程序需要在一个相对较短的时间内结束,所以法官对过去事实的认识是受到时间限制的。历史学者对过去的认识则无时间的制约,他们可以从容地进行研究,等到有足够的把握时才发表他们的成果。

上述差异表明,从某种意义上说,法官对过去事实的认识比历史学者更为困难,存在更多的风险。

二、事实认定与价值论

如果诉讼中的事实认定仅仅是一种认识活动,法官对事实的发现所遇到的困难也许会小得多,因为从认识论的角度说,法官有权利用一切能够证明案件事实的证据材料。

诉讼中的证明是适用法律的活动,而法律是用来调整人们互相冲突的利益诉求的,法律中充满了建立在利益衡量上的价值判断。诉讼中对证据的运用也不例外。价值判断会阻止我们用一定的方法收集证据,比如在刑事诉讼中即使刑讯会使一些犯罪嫌疑人招供,可以通过嫌疑人的供述进一步收集证据,但现代各国的刑法也绝不允许刑讯逼供。在民事诉讼中,现代科学技术的发展给当事人提供了隐秘而便利的收集证据的方法——通过偷录偷拍获取对方当事人的信息,尽管这一收集证据的方法十分有效,有助于发现真实,但法律为了保护公民的隐私权,需要禁止那些严重侵害他人隐私权的偷录偷拍行为。价值判断还会阻止我们利用证据,尽管证据能够帮助发现真实。使超过举证时限的证据失权

就反映了证明活动中这样的价值判断——诉讼不仅要实现公正,而且需要在合理的时间内实现公正。在法院已经给当事人指定合理的举证时限的情况下,当事人如果因为故意或者重大过失未在期限内提交证据,就会造成诉讼的迟延。为了防止诉讼迟延,法律宁肯牺牲个案中的真实发现,将逾期提交的证据予以排除。^①

【案例 1-4】反映的就是证据法的效率价值。该案被告在一审中既不答辩,又不出庭参加诉讼。是被告自己的严重过错导致本该在一审中提交的证据未能提交,《民事证据规定》出于审判效率的考量,规定对这样的情形,法院可以采取证据失权措施。

诉讼中获得的结论有时也具有强烈的价值判断的意味。比如在刑事诉讼中,尽管控诉方提供的证据已经表明被告人很有可能实施了犯罪行为,但只要存在着任何一点其他可能性,法院就要作出被告无罪的判决;在因环境污染引起的民事侵权诉讼中,尽管证明的结果是被告的污染行为与原告遭受的损失是否存在因果关系真伪不明,法官仍然要根据法律的规定判令被告赔偿。

第四节 证据法的目的

【案例 1-5】家住上海市松江区年近六旬的王某,在途经自家附近一座小桥的引桥时,因桥墩的水泥板垮塌,导致王某摔倒受伤。在医院手术治疗的一个多月中,王家花费了医疗费用 2 万余元。出院时,医院开了一张 21 000 元的发票。因王某的丈夫在其就医的医院工作,医院对其照顾收费,减免了 3 000 元的医疗费用,将已开的收据收回,并重新出具了 18 000 元的新收据。

后来王某向法院提起诉讼,要求镇政府赔偿。为了多获取赔偿款,王某向法院财务室借出第一张收据,提交法庭。被告提出,这是一张已作废的收据,王某才勉强拿出医院出具的新收据。被告以超过举证期限为由,不同意质证。法院认为王某故意隐匿、逾期提交证据,以证据失权为由判决王某败诉。

问:(1) 本案中法院适用的证据失权规则体现了证据法的何种目的?

(2) 证据失权规则体现的目的与发现真实的目的是何种关系?

一、明确证据法目的的意义

证据制度究竟为何而存在,这是我们在学习和研究证据法时首先要解决的

^① 在 2001 年发布的《民事证据规定》中,就设置了以证据失权作为制裁手段的举证期限制度;在 2012 年修订的《民事诉讼法》中,规定了当事人超过法院指定的举证期限提交证据且存在过错的,法院可以不采纳该证据或者对当事人采用训诫、罚款(第 65 条)。

20 第一章 证据法的基础理论

问题。思考和探究这一问题之所以重要,是由于法律是立法者为了实现一定的目的而有意识地制定的,“目的是全部法律的制造者,每条法律规则的产生都源于一种目的,即一种事实上的动机。”^①不仅如此,这一问题对法官正确地解释和适用证据规则也至关重要,因为“主要的问题不是法律的起源,而是法律的目标。如果根本不知道道路会导向何方,我们就不可能智慧地选择路径。对于自己的职能,法官在心目中一定要总是保持这种目的论的理解……最后的选择原则对法官与对立法者是一样的,这就是适合目的的原则。‘目的是内在的生活和被掩盖的灵魂,但它却是一切权利的源泉’。”^②

目的论因其固有的概括性、抽象性被归入理论法学的范畴,然而目的论本身又与具体制度的设计和建构息息相关,在不同的目的论指导下,具体制度的建构也会表现出很大的差异性。因此,把握目的论既具有理论意义又富于实践价值。

二、证据法目的的多元性

在谈到司法领域中的事实认定时,达马斯卡曾经指出:“在司法裁判领域,寻求认知意义上的理想方案,与寻求事实认定制度的最佳安排有着不同的旨趣。为什么这样说?显而易见的理由是,对事实真相的追求仅仅是司法裁判活动的一部分;促进发现真实的那些价值,必须与法律程序的其他反方向的需求(如社会和平、个人尊严、裁判的安定性、诉讼成本)达成一种平衡。”^③

认识证据法目的的多元性,对于把握具体证据规则的立法意图,尤其是正确适用这些规则具有十分重要的意义。假如我们不能认识到证据法中诉讼效率的要求,就很难理解为什么一些国家的证据法会排除那些具有明显的证明价值但却是迟延提交的证据。

三、发现真实是证据法的主要目的

证据是确定事实的方法,诉讼中的证据制度主要是用来确定事实真相的制度,证据法是关于确定有争议的案件事实的方法和程序的法律。由于证据法所调整的社会关系的多样性和证明活动本身具有的复杂性,证据法难免有多种目的,但在多种目的中,应当认为发现真实是主要目的。

证据制度是服务于诉讼制度,作为诉讼制度的一部分而存在的,因此,考察证据法的目的,须将其与诉讼制度的目的联系起来分析。在诉讼中,各诉讼主体是为了解决实体方面的争议才参加诉讼的——无论争议的内容是被告人的行为

^① [美]博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来、姬敬武译,华夏出版社1987年版,第104页。

^② [美]卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆1998年版,第63页。

^③ [美]米尔吉安·R. 达马斯卡:《比较法视野中的证据制度》,吴宏耀等译,中国人民公安大学出版社2006年版,第4页。

是否构成犯罪,还是原告主张的民事权利是否存在,被告的具体行政行为是否合法,法院都要运用相关的实体法对案件做出正确的处理,而适用实体法的前提都需要查明本案的事实究竟是什么。

发现真实之所以应当成为证据法的根本目的,还有一个重要的原因,就是建立在查明事实基础上的司法制度才是真正有效率的。波斯纳在对证据制度作经济分析时发现:“威慑力与准确性密切相关,而准确性又在证明过程中占据了核心地位,加上在经济学家眼里,法律的概念就是为了追求富有效率的行为而设计的配置激励因素的制度,因此,在对证据法进行经济分析之时,威慑力所起的作用乃是举足轻重的。既然在审判中准确认定事实对于法律在效率传递中的激励因素方面至关重要,那么,裁判的准确性就不仅具有道德价值和政治价值(moral and political value),而且也有了经济价值。”^①“准确性更高的事实探知,增加了对不法行为(wrongful conduct)的威慑力,进而相应减少了诉讼案件的数量,并且因此导致了法律程序(legal process)总成本的降低。”^②

发现真实应当成为证据法主要目的的最后一个是,只有发现真实,诉讼制度的其他目的才能实现,也就是说,发现真实常常是实现其他目的的前提。因为“审判官应当适用规则和原则,对争执作出判决。即使假设规则和原则适用正确,但若未获知(真相)或客观真实,争执也不能依据规则和原则得到妥当解决。查明真相,并不是自身有任何目的,而是为了将规则和原则正确地适用于争执。规则和原则的特定目的——正义、经济效率、公共政策——在此无关紧要。如果案情未被准确地了解和描述,则作为解决特定案件之方案或作为解决其他案件之指针的判决不可能合理地实现这一目的。”^③

四、证据法的其他目的

(一) 程序公正

在现代各国的诉讼制度中,程序公正之所以受到高度的关注和重视,不仅由于程序公正从总体上具有促进和保障实体公正的外在价值,而且因为程序公正具有一系列独立于实体公正的反映自身有用性的内在价值。使诉讼当事人的主体地位受到尊重,使当事人能够实质性地参与到影响其利益的判决形成的过程之中,从而理解法院对事实作出的认定,使当事人受到公正的对待,吸纳败诉一方的不满等,都属于程序公正的内在价值。

如果说发现真实代表了证据制度欲达到的实体公正的目标,那么,在双方当

① [美]波斯纳:《证据法的经济分析》,徐昕、徐昀译,中国法制出版社2001年版,第43页。

② [美]波斯纳:《证据法的经济分析》,徐昕、徐昀译,中国法制出版社2001年版,第41页。

③ [美]贝勒斯:《法律的原则》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第22页。

22 第一章 证据法的基础理论

事人之间分配举证责任、交换证据、质证,反对来自对方当事人甚至来自法院的证据方面的突袭,则反映了证据制度程序公正方面的目标。

发现真实这一目的所蕴含的价值是实体公正,而实体公正与程序公正的关系是一切诉讼制度均会涉及并且需要正确处理的重要理论与实践问题。证据制度的构建自然也与这一问题有极大关系。在诉讼中,实体公正与程序公正虽然存在着较为紧密的联系,但又都具有各自独立的评价标准。

有罪的被告人是否受到了应有的刑事处罚,无罪的嫌疑人、被告人是否被宣告无罪,对被认定有罪的被告人判处的刑罚是否与他们实施的犯罪行为的性质、情节相适应,是刑事诉讼中判断实体公正与否的标准。判决认定的事实与发生在诉讼前的案件真实情况是否一致,权益受到侵害一方是否受到了保护,违约或侵权一方是否被判决承担民事责任,如果双方当事人对造成损失均有过错,裁判结果是否让双方合理分担责任,是民事诉讼中评价实体公正与否的主要标准。因此,实体公正须通过裁判结果验证,是一种结果公正。

当事人是否获得了参与证明的机会,证明过程中主张事实、提供证据、进行质证和辩论的权利是否获得了切实的保障,法官是否始终处于中立地位,对双方当事人一视同仁无任何偏袒,法官的心证是否形成于庭审之后,是否认真考虑和评价了双方当事人的主张和证据,法官在证明过程中是否适时地公开了心证,有无为促进诉讼或发现真实而对当事人实施突袭,是判断程序公正与否的主要指标。

与注重结果的实体公正不同,程序公正注重于证明过程、方式和手段的公正。由于实体公正的实现是以查明案件事实的真实情况为前提条件的,所以在很大程度上,实体公正可以与发现真实画等号,诉讼证明中实体公正与程序公正的关系可以转化为发现真实与程序公正的关系。

既然发现真实与程序公正都是证据制度的目的,对于证据制度都不可或缺,那么人们也许会说,证据制度应当力求做到两者高度和谐与统一。在证据制度中,两者相统一的情形确实是存在的。例如,设置证据交换制度既可以使双方当事人事先了解对方的证据材料,并使进入庭审后的质证活动具有实质意义和富有成效,又可以防止一方对另一方实施“证据突袭”。这一制度既有利于发现真实,又有助于保持程序公正。质证制度也是如此,它一方面有助于发现案件事实的真实情况,另一方面又充分体现了程序的参与性,使双方当事人都有机会对进入诉讼的各种证据材料进行充分的讨论。两者相一致的例证还可以举出许多,这正是它们能够共同成为证据法目的缘由。

然而,如果认为发现真实与程序公正总能保持一致也是不现实的,它们之间有时也会出现难以调和的冲突,出现顾此失彼、鱼和熊掌不可兼得的情形。当实

体公正与程序公正存在着无法调和的矛盾和冲突时,一味追求实体公正而不惜牺牲程序公正的做法是不可取的,而只注重维护程序公正不惜牺牲实体公正同样不是正确的选择。面对困难的选择,立法者与司法者只能比较轻重,权衡利弊,决定取舍。

(二) 诉讼效率

现代诉讼制度不仅讲究公正,而且也讲究效率。司法活动效率上的要求必然会反映到证据制度上。由于大多数案件当事人争执的是事实问题,法院审理的也是事实和证据问题,证据制度的建构是否符合效率的要求,对诉讼制度影响极大,可以说,如果证据制度效率低下,诉讼制度的效率肯定也不会高。

衡量证据制度是否富有效率,主要看两个方面:一是用于证明活动所耗费的各种人力、物力、财力。诉讼中证据的收集、提出、质询,裁判者对证据的认定、采信、证明力的权衡以及心证的形成,并非是无成本的。在这一过程中需要耗费各种资源,如果通过证明活动发现了真实而消耗的资源较少,这一证据制度就是效率较高的,反之,则是效率低的证据制度。二是用于证明活动的时间。在保证证明结果正确的前提下,用于证明活动的时间愈少,效率就愈高。当然,时间与证明活动中耗费的资源是紧密关联的,一般而言,用于证明活动的时间愈长,耗费的资源就愈多。

对证据制度效率的分析实际上是离不开发现真实这一证据制度的根本目的的,因而,尽管我们可以相对独立地从资源耗费和时间的维度来研究效率问题,但仍然需要将它们与发现真实联系起来分析。当我们说某种证据制度富有效率时,绝不仅仅是指证明的时间快、开支少,而是指能够在保证发现真实的前提下节约时间和费用。

用于证明的时间和各种费用是直接成本,但衡量证据制度是否有效率除了看直接成本之外,还需要看错误成本。当法院对事实作出错误认定时,即产生了法律上的错误成本。“倘若实体法的目的之一是经济效率,那么每一个错误的判决都将导致资源的无效利用,因而是一种不适当的费用。例如,假如某公司因过失而造成一起事故,却被错判为无责任,则经济预防的作用无法实现,该公司将不会在安全方面投入足够的资源,事故将增多。再者,因为法院有可能作出这类错误的判决,所以某些潜在的被告将不愿在安全设施上投资,而某些潜在的原告即使有理也不愿打官司。”^①因此,一个富有效率的证据制度应当努力“使两类成本之和最小化。”^②

① [美]贝勒斯:《法律的原则》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第24页。

② [美]波斯纳:《法律的经济分析》,蒋兆康等译,中国大百科全书出版社1997年版,第549页。

24 第一章 证据法的基础理论

(三) 解决纠纷

虽然在多数情况下,通过对证据制度的合理建构以及各诉讼主体合理运用证据的活动,最终能够达到发现真实的满意结果,但在一些情况下,也会发生当事人难以用证据证明所主张的案件事实,法官也无法查明双方争议的案件事实的困难情形。在此情形下,法官并不能以事实无法查清为理由拒绝对案件作出裁判。由于事实无法查清的现象可能存在于诉讼之中,并且在诉讼开始之时事实能否查清常常处于不确定状态,为了使法官在事实无法查清时仍然能够作出判决,并且是依照一定的规则而不是根据个人的偏好作出判决,实体法和证据法事先必须设置一定的规则处理事实真伪不明的情形。这就是普遍存在于各国诉讼中的证明责任的规则,即事先确定某类诉讼的证明责任由互相对立的双方当事人中的某一方承担,负有证明责任的一方当事人若最终不能以充足的证据说服法官,不能使法官相信其主张的事实为真实,就必须承担败诉的后果。证明责任规则的存在使法官遇到事实真伪不明时有规律地作出判决成为可能。

在上述情形下,设置证明责任规则以使法官处于事实真伪不明状态下仍能作出判决,体现了证据法解决纠纷的目的。诉讼是国家司法机关依据当事人的请求通过裁判强制性地解决纠纷。即使争讼中的事实无法查清,法院也必须作出对双方当事人有约束力的裁判,以实现解决纠纷的目的。

法院通过裁判解决纠纷有两种情形:一种是在发现真实的情况下解决纠纷,另一种则是在无法发现真实的情况下借助证明责任的规则解决纠纷。虽然与发现真实的目的相比,通过证明责任解决纠纷是第二位的目的,是不得已而为之的,但由于没有任何一个国家的司法制度能够保证法院做到百分之百地发现真实,研究证据制度的这一目的还是必要的。

运用证明责任规则解决纠纷也并非与发现真实的目的全然无关,事实上,各国法院在依据证明责任解决纠纷时也尽可能使裁判中确定的事实与实际发生的案件事实相一致。依据盖然性确定证明责任的归属就是这一努力的反映。按照盖然性学说,某一待证事实存在的盖然性高,主张该事实的当事人不必负证明责任,而要由否认该事实的对方当事人就事实的不存在负证明责任。若证明的结果是该事实真伪不明,法院就判决否认事实存在的一方败诉。这样的判决虽然是依据证明责任作出的,但由于概率的作用,判决认定事实符合真实的可能性大于不符合真实的可能性。

(四) 保护其他权益

为了发现真实,当事人和法院常常需要第三人协助,由第三人作为证人向法院陈述其耳闻目睹的案件事实,或者让第三人把自己保存的与案件事实有关的

文书提交给法庭。在一般情况下,第三人有责任协助法院发现真实,各国诉讼法均把出庭作证规定为证人的义务,规定第三人应当按照法庭的要求将文书交给当事人或法庭。证人出庭作证可获得差旅费、住宿费、误工损失的补偿,因而作证一般不会给证人造成损失。但在特殊情况下,作证或提供文书会使第三人处于十分尴尬的境地,会使自己受到严重损害,或者会违反自己所从事特定职业所要求的保密义务。当发现真实的要求与第三人的利益发生冲突时,立法者不得不进行权衡并作出选择。

从各国选择的结果看,大体上有两种情形:一种是把保护第三人利益或保护第三人所从事的特定职业置于优先考虑的位置。这样选择是出于避免第三人及第三人所从事的特定职业受到损害,从而放宽提供证据的义务,舍弃一些证据。英美法系国家、大陆法系国家及原东欧社会主义国家中的匈牙利、罗马尼亚等国均作出这样的选择。上述国家的具体做法是在法律中设置拒证特权,规定具有特定情形的证人在诉讼中有拒绝作证的权利,法院不得强制他们提供证言。另一种是把查明案件事实放在首位,未规定证人有拒证特权。作出这种选择的主要是原苏联。我国诉讼法也未规定拒证特权。

应当看到,将查明事实的真相无条件地置于第三人利益和其他社会关系之上是不可取的,当对某些社会关系的保护比发现真实更为重要时,当诉讼外的第三人的利益比需要证据的当事人的利益更值得保护时,设置拒证特权便成为合理的选择。因此,在将来修订诉讼法时,我国有必要借鉴其他国家拒证特权制度中的合理规定,平衡各方的利益冲突,对拒证特权制度作出规定。

在民事诉讼中设定非法证据的排除规则,目的也在于保护其他权益,在获取他人私人信息的技术手段越来越先进的今天,尤其需要保护公民的隐私权。^①

五、多元目的的关系

证据法的目的可以划分为两个层次:第一层次为主要目的,发现真实便是第一层次的目的;第二层次的目的为次要目的,程序公正、诉讼效率、解决纠纷、保护其他权益均属于第二层次的目的。

强调发现真实虽是证据法的主要目的,但并不意味着立法时每一项制度、每一条规则都必须依照主要目的来设计,只是要求证据法在总体上应当体现这一目的。将程序公正、诉讼效率等作为第二位的目的,并非要贬低它们的重要性,事实上,在某些场合,这些目的的重要性可能胜过发现真实,具体规则也需要按

^① 各国在这一问题上的立场差异较大,美国尽管是率先在刑事诉讼中排除非法证据的国家,但在民事诉讼中却并不排除私人的非法手段收集的证据。日本仅在收集证据手段严重违法时才予以排除,俄罗斯民事诉讼法典、我国澳门特别行政区的民法典中则明文禁止法院使用非法证据。

26 第一章 证据法的基础理论

这些目的的要求来制定。此外,当两种或两种以上目的发生冲突之际,妥协也并非完全不可能,通过互相作出让步,求得诸目的得到“最佳实现”,也是一种合理的选择。

由于多元目的的存在,在建构具体的证据制度时,不同目的之间发生冲突是不可避免的,问题在于出现冲突时如何协调和如何选择。鉴于发现真实是证据制度的主要目的,在出现冲突时,一般应当把有利于发现真实作为首选的价值来考虑,依照有助于促进主要目的的实现来设计具体制度和规则,除非有重大理由,不应当背离这目的。另外,制度的安排和规则的设计对目的所具有的反作用是显而易见的,它们可以促进某个目的实现,也可以阻碍某个目的实现;可以使多元目的和平共处,也可以使各目的水火不容。通过恰如其分的制度安排和规则设计才能够实现证据法的目的。

【案例 1-5】中,法院不采纳王某逾期提交的证据,对王某适用证据失权反映的是证据法所追求的效率目的,同时也反映了证据法对诉讼程序公正的追求。但很显然,不采纳逾期提交的证据与证据法所追求的发现真实的目的之间存在着难以调和的冲突,它会妨碍法院发现真实。

第五节 裁判中的真实

【案例 1-6】原告王某乘坐被告捷达长途运输公司的汽车到南京办事,途经沪宁高速的某服务区休息,车子重新上路后把王某丢在服务区。王某称他放在座位上的包因此丢失,包中除衣服、孩子的户口本、出生证外,还有 2 万元的现金。王某把捷达公司告上法院,要求赔偿其损失。法院要求王某举证证明包中放有 2 万元现金。王某举不出证据,法院认为王某下车时将装有 2 万元现金的包置于有陌生人乘坐的车上,与生活常理不符,故以王某举证不足为由,未认定王某主张的事实,驳回了原告关于 2 万元的赔偿请求。

问:(1) 本案中的客观事实是什么? 法院是否有可能查清客观事实?

(2) 法院在本案中达到的真实是什么样的真实?

一、一个充满争议的问题

在上一节中,我们已经指出了发现真实是证据法的主要目的。现在需要进一步讨论诉讼中的真实究竟是什么样的真实这样一个充满争议的问题。我们以民事诉讼为例,来探讨诉讼中的真实问题。

尽管各国的民事诉讼理论都承认发现真实对法院作出正确的裁判具有重要意义,都认为发现真实是民事证据制度的根本目的或主要目的,但对于民事诉讼