

“十二五”国家重点图书出版规划项目



张保生 主编

证据法学

(第二版)

ZHENGJU FAXUE

政法大学出版社

“十二五”国家重点图书出版规划项目

中国政法大学出版社是国家教育部直属重点大学中国政法大学主办的高校法学类专业出版机构，其宗旨是为中国法学教育、法学研究服务。多年来我社始终把法学教材建设放在首位，向广大读者提供研究生、本科、专科、高职、中专等各种层次、多种系列的精品法学教材，其中很多教材荣获国家教育部、司法部、新闻出版总署等部委的优秀教材奖，是我国重要的法学教材出版基地之一。


中国政法大学出版社曾多次荣获国家良好出版社、先进高校出版社荣誉称号。在新时期，我们将一如既往地真诚为广大读者服务，努力为中国的法学教育事业做贡献。

项目编辑：阙明旗 程传省 马 旭
封面制作：卢 航 李 彦



定价：46.00元

“十二五”国家重点图书出版规划项目



证据法学



(第二版)

◆ 主 编 张保生

◆ 撰稿人 (以撰写章节先后为序)

张保生 吴洪淇 张 中

常 林 王进喜 吴丹红

房保国 汪诸豪 尚 华

褚福民



中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

证据法学 / 张保生主编. — 2版. — 北京: 中国政法大学出版社, 2014.9
ISBN 978-7-5620-5602-7

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

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第196592号

书 名	证据法学
出版发行	中国政法大学出版社
经 销	全国各地新华书店
承 印	固安华明印业有限公司

720mm×960mm 16开本 28印张 533千字
2014年9月第2版 2014年9月第1次印刷
ISBN 978-7-5620-5602-7
定 价: 46.00元

社 址	北京市海淀区西土城路25号
电 话	(010)58908435(编辑部) 58908325(发行部) 58908334(邮购部)
通信地址	北京100088信箱8034分箱 邮政编码 100088
电子信箱	fada.jc@sohu.com(编辑部)
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)

声 明

1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

出版说明

“十二五”国家重点图书出版规划项目是由国家新闻出版总署组织出版的国家级重点图书。列入该规划项目的各类选题，是经严格审查选定的，代表了当今中国图书出版的最高水平。

中国政法大学出版社作为国家良好出版社，有幸入选承担规划项目中系列法学教材的出版，这是一项光荣而艰巨的时代任务。

本系列教材的出版，凝结了众多知名法学家多年来的理论研究成果，全面而系统地反映了现今法学教学研究的最高水准。它以法学“基本概念、基本原理、基本知识”为主要内容，既注重本学科领域的基础理论和发展动态，又注重理论联系实际以满足读者对象的多层次需要；既追求教材的理论深度与学术价值，又追求教材在体系、风格、逻辑上的一致性。它以灵活多样的体例形式阐释教材内容，既推动了法学教材的多样化发展，又加强了教材对读者学习方法与兴趣的正确引导。它的出版也是中国政法大学出版社多年来对法学教材深入研究与探索的职业体现。

中国政法大学出版社长期以来始终以法学教材的品质建设为首任，我们坚信，“十二五”国家重点图书出版规划项目定能以其独具特色的高文化含量与创新性意识，成为集权威性和品牌价值于一身的优秀法学教材。

中国政法大学出版社

第二版说明

一、第二版修订缘由

本教材自 2009 年出版以来，已印行九千余册，令人鼓舞。这次修订主要出于三个原因：一是 2012 年《刑事诉讼法》和《民事诉讼法》修订后，在完善证据制度方面有很多进展，一些证据规则的修改和一些新规则的出现需要在新教材中得到体现。二是近五年来，国内外证据法学研究取得了一些新的成果，需要把一些比较成熟的研究成果吸收到新教材中来，以增强其时代感。三是经过课堂教学，授课教师和学生们在使用本教材的过程中发现了一些问题，提出了许多好的修改建议，需要把这些来自于教学实践的经验吸收进来，以增强本教材的针对性。

二、编写的指导思想和主要特点

本教材第二版继续坚持了第一版的编写指导思想，即理论与实践相结合，应然与实然相结合，中国与世界相结合；继续保持了第一版的两个主要特点，即重视证据法学理论体系和基本原理的阐述，重视概念界定和语义分析。

除上述方面外，第二版修订还有两个指导原则：一是在第一版基础上修改完善、继承创新，在法律条文上弃旧更新，在吸收国内外最新研究成果方面推陈出新；二是充分吸收张保生、王进喜、张中、吴丹红、房保国合著的《证据法学》（高等教育出版社 2013 年版法硕教材）的内容，借鉴该教材的案例分析方法，同时更新思考题和参考文献。

三、第二版修订撰稿人

本教材由司法文明协同创新中心、证据科学教育部重点实验室（中国政法大学）部分教师在集体研讨的基础上分工撰写，由主编统稿完成。修订的各章节分工如下：

第二版说明（张保生）

序言 学习证据法的意义（张保生）

- 第一章 事实与证据（张保生）
- 第二章 证据制度（吴洪淇）
- 第三章 证据法理论基础和体系（张保生）
- 第四章 证据开示与证据保全（张中）
- 第五章 实物证据的出示（张中第一、三节，常林第二节）
- 第六章 言词证据的提出（王进喜）
- 第七章 证据排除及其例外（吴丹红）
- 第八章 证明责任和证明标准（房保国）
- 第九章 证明与认证（汪诸豪第一、四节，张中第二节，尚华第三节）
- 第十章 推定与司法认知（褚福民）

四、第二版篇章结构

本教材第二版共分十章、五个板块，试图按照事实认定的内在逻辑，建构证据法学的理论体系。其结构如下：

第一板块即前三章为理论篇。第一章以事实为证据法学的逻辑起点，共分三节。第一节论述了事实特性与证据概念，其中，在第一版将证据类型缩为一节的基础上，继续将其缩为一个子目，表明了本教材第二版所持的态度。第二节“证据属性”将第一版的证据“三性说”转变为一个新的“四性说”：即相关性、可采性、证明力和可信性。第三节“事实认定”是新增的内容，主要论述了事实认定的性质、证据之镜原理和经验推论链条。第二章考察了神示—法定—自由证明三种证据制度的历史沿革，以西方两大法系和混合法系为主要坐标，对不同证据制度的现状和发展趋势作了比较分析，对各国证据制度相互融合的趋势进行了反思，对中国证据制度的历史演变作了系统考察，在此基础上提出了中国现代证据制度构建的思路。第三章前三节分别考察了证据法的认识论基础、价值论基础和概率论基础，阐明了证据法求真与求善两种功能的竞争关系。其中，第三节“证据法的概率论基础”吸收了国内外概率论、事实认定盖然性和证据法概率论研究等方面的最新研究成果。第四节揭示了证据法基本原则本质上是证据法理论基础的具体化，进而筛选出六个基本原则。第五节论述了证据法的特征，以及由一条逻辑主线、两个证明端口、三个事实认定阶段、四大价值支柱构成的理论体系。

第二板块即第四章“证据开示与证据保全”，对证据开示的特征、意义、

效力以及刑事与民事诉讼证据开示的区别作了分析。其中，第四节“关于证据开示的反思”考察了证据开示与对抗制的关系、证据开示的现实问题与潜在弊端、证据开示的有效运行及其保障等问题。第五节“证据保全”是从第一版第五板块第九章第二节“法院取证与证据保全”中拆分出来的，主要是考虑到证据保全系审前程序的性质。

第三板块由第五、六章组成，称为举证姊妹篇，分别论述了实物证据和言词证据的举证方法。其中，第五章“实物证据的出示”考察了实物证据的辨认、鉴真和鉴定等证明方法，它们都具有同一性认定和真实性证明的共性，但鉴定的主体、性质和功能与辨认、鉴真有别。专家辅助人参与鉴定意见质证具有重要意义。第六章“言词证据的提出”对当事人陈述、证人证言和作证特免权作了论述。证人证言是言词证据的主要形式，以问答方式提供证言体现了直接言词原则的要求。

第四板块即第七章“证据排除及其例外”，与其说是论述排除规则，不如说是将采纳与排除作为一枚硬币的两面，论述了二者相互转化的辩证关系。国内对证据排除规则的研究有两个偏向：一是重排除、轻例外；二是重视非法证据排除规则、轻视其他排除规则。本教材第二版在以下两个方面纠正了上述偏向：

首先，讨论了证据采纳与排除的关系，主要引申了两个观点：一是特文宁教授等关于“‘可采性’问题涉及非相关性证据的排除，并且受到证据法（包括规制排除之司法自由裁量权原则）的规制”的观点。他认为：“①相关性是最重要的排除机制；②证明原则是先于其他排除规则而存在的，因为这些排除规则处理的是相关证据的排除问题；③理解相关性，包括对推论性推理之原则和特性的理解；④证据法可以被看作是由包容性原则和排除性原则所组成的有机整体，这些原则是在论证之基本框架内，按照相关性原理来表达的。”^{〔1〕}二是艾伦教授关于排除规则兼有惩戒与激励之双重作用的观点。我们过去对排除规则的惩戒作用论述较多，而对其激励作用却重视不够。

其次，强调了证据排除规则都有例外。例外就是在一定条件下不排除或者采纳证据，完整的排除规则必须包括这些例外。因此，证据排除规则，在

〔1〕 参见〔美〕特伦斯·安德森、〔美〕戴维·舒姆、〔英〕威廉·特文宁：《证据分析》，张保生等译，中国人民大学出版社2012年版，第61页、第388页。

某种意义上也可以看作是采纳规则。对于传闻证据、意见证据、品性证据、非法证据等排除规则及其例外，本教材第二版在论述时均赋予了同等重要的地位。

最后，在本章各节安排上，根据准确、公正、和谐价值的排序，第二节“传闻证据的排除及其例外”、第三节“意见证据的排除及其例外”、第四节“品性证据的排除及其例外”这三节内容旨在体现证据法的准确价值以及直接言词原则在证据法基本原则中的优先地位；第五节“非法证据排除规则及其例外”揭示了公正是设立非法证据排除规则的唯一正当理由。第六节“不能用以证明过错或责任的证据”则是以市场经济、和谐社会的价值理念为基础的证据规则。

第五版块即第八、九、十章为证明和认证篇。第八章论述了证明责任与证明标准。证明责任被称为“诉讼的脊梁”，它是提出主张和证据的责任，又包含着说服责任和不利后果的承担责任，是权利、义务、责任和后果的统一体。证明标准是对案件要件事实的证明所应达到的程度，也是事实认定者作出裁决时应被说服的程度。第九章第一节论述了证明三要素有机结合而构成证明活动以及举证和质证的性质和方法。第二节将法院取证作为证明的一种特殊形式作了论述。第三节是质证的系统论述，强调了交叉询问和对质是对抗制的规定性特征，是重要的诉讼权利。第四节论述了认证是事实认定者对经过质证的证据进行审查，从而决定是否采信的事实认定活动。第十章“推定与司法认知”强调了它们不是证明方法，而是认证方法，其运用在一定程度上转移或免除了当事人的证明责任。在刑事诉讼中，推定的适用范围和条件应当受到严格限制，其滥用会危害刑事司法的公正性。

五、如何使用本教材

本教材第二版尝试对证据法学教学方法进行一些探索。各章每一节都列出学习要点、思考题，每章后还列出了参考性阅读文献，对知识来源作了较系统的引用。第二版各章节的思考题改变了第一版抽象思考题的性质，主要由实际案例或假设案例组成，旨在使学生们增强运用所学证据法学基本原理分析具体案例的能力。我们建议使用本教材时，教师应采用启发式教学方法，先布置学生阅读教材有关章节，仅用2/3课时进行引导性讲授，1/3课时组织学生思考题进行讨论、提问、答疑。书中为教师和学生提供了进行54学时

教学的预习阅读计划。

六、鸣谢

首先感谢本教材第二版编写组全体成员的共同努力。同时，还要感谢2010~2013级四届法学博士、法学硕士以及法律硕士（法庭科学方向）和吉林省法院系统三届在职法律硕士（证据科学方向）研究生们，他们在学习和研讨过程中给本教材提出了许多宝贵的修改意见。感谢证据科学研究院办公室的李蔚老师、科研秘书赵馨老师、教学秘书杨克文老师等为本教材第二版所做的周密的服务工作。感谢我的博士研究生樊传明、冯俊伟、尚华、张伟以及出站博士后邹玉华教授，他们阅读了教材的部分章节，在内容和文字方面提出了许多有益的修改意见。感谢本教材第二版责任编辑为其所付出的辛勤劳动。

我们的目标是要编写一部高水平的证据法学教材，期望它能为我国司法文明和法治建设发挥育人作用。因为我们坚信，中国法治的未来是当今法学教育的产物。由于证据法具有普适性，我们当然也希望这部教材将来能有英文版问世，从而参与国际学术交流，但这也许是第三版才能实现的愿望。退而言之，我们坚持教材编写以不误人子弟为最低标准，希望它不是毒害学子的“三鹿奶粉”，并且最好能够起到某种“杀毒软件”的作用，纠正人们以往对证据法学原理的一些误解。无论上述这些目标是否已经达到，至少说明我们在编写它时持有一种审慎态度。尽管如此，由于我们的研究水平有限，本教材第二版仍难免存在一些错误，恳请使用本教材的师生及时予以指正，以便我们在下一版予以修正。

张保生

2014年7月21日

第一版说明

一、本教材编写的指导思想

第一，理论与实践相结合。大学教材应具有一定的理论性，但证据法则是法官审判经验的总结，是一门实践性很强的学问，有许多活生生的案例昭示了其基本理论和基本原则。从更大的范围说，证据法学所要结合的实践不仅是司法实践，还包括人类社会生活实践。证据法则不能违背常识和逻辑，因为事实认定本质上是经验推论活动，法庭里的事实认定不过是日常生活中的事实认定的一个缩影，是普通人解决各种争端纠纷的游戏规则的升华提炼。

第二，应然与实然相结合。本教材既称“证据法学”，便不能编成一部法律实务读本，只讨论实然之事及其合理性，而应具有一定的前瞻性，帮助学生把握证据法学的发展趋势，保持学术对现实的引领作用。

第三，中国与世界相结合。本教材不是“中国证据法学”，不能仅仅局限于中国现行立法和司法实践。中国是世界的一部分，中国司法活动是人类司法实践的一部分。证据法学作为一门研究事实认定及其规律的学问，应当研究证据规则基于人类实践和认识活动共性的普适性，同时也要考虑不同法系、不同国家证据法的差别，吸收各国通行的证据法则，促进相互融合。

二、本教材的两个主要特点

第一，重视证据法学理论体系和基本原理的阐述。本教材力图使学生能够在宏观把握证据法学基本知识的基础上，在一定的理论高度上俯瞰具体证据规则，对其进行微观分析、深入理解，并能不时地返回到理论层面来进行反思思考。

第二，重视概念界定和语义分析。目前，学术研究和教学实践中存在“自说自话”的倾向，对概念不作界定，对别人研究成果不加引用，随意使用或偷换概念，造成了证据法学的概念冲突、逻辑混乱、互打乱仗。因此，

本教材试图从每一具体概念开始，进行内涵与外延、广义与狭义、日常用法与法律术语等多个角度的分析，在弄清学术发展脉络的基础上展开自己的论证和分析。

三、本教材撰稿人

本教材由中国政法大学证据科学教育部重点实验室（证据科学研究院）教师和研究生在集体研讨的基础上分工撰写，由主编统稿完成。各章节分工如下：

前言（张保生）

第一章 证据法学绪论（张保生）

第二章 证据制度（吴洪淇）

第三章 证据法的理论基础和基本原则（张保生第一、二、四节，邢学毅第三节）

第四章 证据类型与证据开示（李训虎第一节，张中第二至五节）

第五章 展示性证据的出示（张中第一节、张保生第二节、常林第三节）

第六章 言词证据的提出（王进喜）

第七章 证据排除及其例外（吴丹红）

第八章 证明责任和证明标准（房保国）

第九章 证明、法院举证与认证（张南宁第一、二、五节，张中第三节，张保生第四节）

四、本教材的篇章结构

本教材共分九章、五个板块，其结构如下：第一板块即前三章为理论篇，第一章以事实为证据法学的逻辑起点，论述了事实与证据的关系，证据的三个属性即相关性、可采性（证据能力）和证明力。证据法学是由一条逻辑主线、两个证明端口、三个事实认定阶段、四大价值支柱构成的理论体系。第二章考察了神示—法定—自由三种证据制度的历史沿革，以西方两大法系为主要坐标对不同证据制度的现状和未来发展趋势进行了比较分析，并对中国大陆现行证据制度作了系统考察，提出了重构的思路。第三章前三节分别考察了证据法的认识论、价值论和概率论基础，阐明了证据法求真与求善两种功能的竞争；第四节揭示了证据法基本原则本质上是证据法理论基础的具

化，进而筛选出六个基本原则。

第二板块即第四章，对证据类型和审前证据开示的特征、意义、效力以及刑事与民事诉讼证据开示的区别作了分析。将证据类型缩为一节，表明了本教材对其轻视的态度。

第三板块由第五章和第六章组成，可称为举证姊妹篇，分别论述了展示性证据和言词证据的举证方法。其中，第五章论述了物证、书证等证据的出示、辨认或鉴真和鉴定。辨认、鉴真和鉴定作为展示性证据的不同证明方法，都具有同一性认定和真实性证明的共性，但鉴定主体、性质和功能与辨认、鉴真有别。专家辅助人参与鉴定结论质证具有重要意义。第六章对当事人陈述、证人证言和作证特免权作了论述。证人证言是言词证据的主要形式，以询问和回答的方式提供证言体现了直言词原则要求。

第四板块是第七章，系统论述了作为证据法核心或典型内容的证据排除规则，包括非法证据、传闻证据、意见证据、品性证据等排除规则。

第五版块即第八章和第九章为证明和认证篇。第八章论述了证明责任与证明标准。证明责任被称为“诉讼的脊梁”，它是提出主张和证据的责任，又包含着说服责任和不利后果的承担责任，是权利、义务、责任和后果的统一体。在证明责任中，“分配”是核心，“倒置”是重新分配，“转移”是行为意义上的改变，“免除”需要一定条件。证明标准既是证明所应达到的程度，也是事实认定者作出裁判所需被说服的程度。第九章第一节首先论述了证明的三要素有机结合而构成证明活动，接着论述了举证和质证的性质和方法。第二节将法院职权和保全证据作为事实认定的一种特殊形式作了论述。第三节简述了事实认定者对证据审查判断或认证的方法。第四节、第五节将推定和司法认知作为认证方法分别作了论述。

五、如何使用本教材

本教材尝试在证据法学教学方法上进行一些探索。各章每一节都列出学习要点、思考题，每章后列出参考性阅读文献，对知识来源作了比较系统的引用。我们建议使用本教材时，教师应采用启发式教学方法，先布置学生阅读教材的有关章节，仅用2/3课时进行引导性讲授，1/3课时组织学生提问、研讨、答疑。书后为教师和学生提供了进行54学时教学的预习阅读教材计划。

六、鸣谢

首先感谢本教材编写组全体成员的共同努力。感谢鲁涤副教授审读了本教材有关章节，并提出了宝贵的修改意见。感谢我们研究院办公室的李蔚老师、科研秘书赵馨为本教材所做的服务工作。感谢我的博士研究生冯俊伟、邢学毅、尚华以及博士后研究人员邹玉华教授，他们阅读了教材的部分章节，提出了内容和文字方面的修改意见。感谢本教材责任编辑彭江为其所付出的辛勤劳动。

教材编写以育人为最高标准，因为，一个国家法治的现状是过去教育的产物，而法治的未来则是现今教育的产物。教材编写以不误人子弟为最低标准，因此，教材之于学生，就像奶瓶子之于嗷嗷待哺的新生儿，它里面装的是鲜牛奶还是“三鹿毒奶粉”，关乎国家的法治未来。当然，将如此重任赋予一部小小的教材，不免有自作多情之嫌，但至少说明我们在编写它时持有一种审慎的态度。尽管如此，由于我们研究水平等方面的限制，本教材仍难免有一些错误的理解和表述，希望使用本教材的师生及时指正，我们将通过再版的方式予以修正。

张保生

2009年7月21日

序言：学习证据法的意义

证据法的功能是什么？它是约束法官自由裁量权的，还是促进发现事实真相的，或是维护某种社会价值的？这些功能能够统一起来吗？

美国法学院的必修课程包括宪法、刑法、合同法、侵权法、民事诉讼法、证据法、法律检索与分析课程，这些是美国律协认可的所有法学院必须开设的课程。在哈佛大学和耶鲁大学的法学院，证据法学是3学分40学时的必修课；在斯坦福大学、西北大学、宾夕法尼亚大学和波士顿大学，证据法学是4学分56学时的必修课。你能从上述数据对证据法学的重要性形成什么印象吗？

证据法学是一门研究证据规则和事实认定规律及方法的学问，是现代法学体系的一个重要组成部分。陈光中教授说：“判断证据法学能否作为一门独立的学科，不应以是否有独立的证据法典为标准，关键看是否有独立的研究对象和完整的理论体系。事实上，我国现行的法典数量远远大于法学学科数量，这说明有独立的法典并不意味着就能成为独立的法学学科。相反的是，行政法学等没有对应的统一法典，却成为一门独立的法学学科。就研究对象和理论体系而言，证据法学尽管与诉讼法学和民法学等实体法学在部分内容上有交叉，但是没有哪一门法学能完全包容证据法学的全部研究内容。因此，证据法学应该作为一个独立的学科。”^{〔1〕}

证据法学不仅要研究“书本上的证据规则”，还要研究“行动中的证据法”，即运用证据进行事实认定的规律和方法。学习证据法的意义有以下几点：

第一，证据法是法治的基石，是法治国家的一项基本制度。学习证据法，增强证据理念，有助于提高证据意识，维护公平正义，保护人权。关于证据（法）是法治基石的理念，艾伦教授是从争端解决过程中事实先于权利和义务而存在的角度来论证的。他认为：“权利和义务固然都很重要，但启蒙运动

〔1〕 陈光中主编：《证据法学》，法律出版社2011年版，第9~10页。

更根本的理念是认识论上的革命，即认为有一个客观上可知的外在于我们思想的世界；然而，对洛克、贝克莱、休谟乃至康德认识论著作中关于这种主张的引用，却非常之少且相去甚远。这就颠倒了事实与权利/义务之间的实际关系。事实先于权利和义务而存在，并且是权利和义务之决定性因素。没有准确的事实认定，权利和义务就会失去意义。”^[1]然后，他举了一个例子：如果一位同学正在用电脑做课堂笔记，但我却要求你归还“我的”电脑，我坚持说你所用的电脑事实上是属于我的。你会怎么做？你会找一个裁判者，向他提供你购买、得到或被赠与这部争议电脑的证据。如果成功，哪位裁判者将赋予你那些权利，并强迫我履行相应义务。这里的关键在于，哪些权利和义务要被认定，将取决于什么事实。把法治与真实世界的情况联系起来努力，确定了可知事物中的权利和义务，并使其摆脱了反复无常和任性的支配。这就把法律制度系在事实准确性的基石上了。李学灯先生也说过：“惟在法治社会之定分止争，首以证据为正义之基础，既需寻求事实，又需顾及法律上其他政策。认定事实，每为适用法律之前提。因而产生各种证据法则，遂为认事用法之所本。”^[2]

第二，证据法是实现司法公正的基石。法治以司法制度为基础，司法制度则以证据制度为基础。陈光中教授“把中国的司法制度概括为三大部分：一是审判制度；二是检察制度；三是侦查制度”。^[3]这三座“大厦”是司法制度的上层建筑。然而，人们经常忽视了它们还有一个共同的基础，那就是证据制度。证据制度是司法制度的“地基”，因此，法治和司法文明建设必定要以证据法治为重要指标。在司法审判中，事实认定是法官的主要任务，正确适用证据规则是法官基本审判能力的体现。《美国法律辞典》对“法官”的解释是：“主持法庭的官员。……这一职能包括适用证据法规则、向陪审团作出指示以及维持法庭秩序。”^[4]对于检察官和律师来说，“打官司就是打证据”，熟悉证据规则，掌握举证、质证和认证的方法，才能使审判结果具有可预测性。从人类司法文明的演进过程看，证据制度的发展经历了愚昧的神明裁判、野蛮的口供裁判和文明的证据裁判三个阶段。现代证据制度的建立和

[1] [美] 罗纳德·J. 艾伦：“证据法的理论基础和意义”，张保生、张月波译，载《证据科学》2010年第4期。

[2] 李学灯：《证据法比较研究》，五南图书出版公司1992年版。

[3] 陈光中：“刑事司法改革中的若干问题”，载《陈光中法学文选》（第1卷），中国政法大学出版社2010年版，第492页。

[4] [美] 彼得·G. 伦斯特洛姆编：《美国法律辞典》，贺卫方等译，中国政法大学出版社1998年版，第101页。

发展，为最大限度地查明事实真相、减少冤假错案提供了法律保障。所以，最高人民法院前首席大法官肖扬院长说：“证据是实现司法公正的基石。加强证据科学研究，对有效维护广大人民群众合法权益，保证国家司法机关公正行使自己的权力，实现社会主义民主和法治具有特别重要的意义。”随着我国法治建设的重心从立法转向以司法为主要内容的法律实施，愚昧司法、野蛮司法、司法腐败和冤假错案等都反映出我国证据制度的不健全，司法实践呼唤我国证据法有一个大发展，也呼唤着证据法学教育的大发展。

第三，证据法学是法律职业必备的专业知识。关于法律人才的知识结构，张文显教授提出了法官“三大知识板块”理论。他认为，法官需要“以事实为依据”、“以法律为准绳”、“以政策为导向”，相应地，就需要具备证据科学知识、法律科学知识和政策科学知识。由于我国法学教育先天性不足，在三大知识板块中，目前最缺的是证据科学知识。审判过程分为事实认定和法律适用两个阶段，但目前16门法学核心课程都是关于法律适用的，而疑难案件90%以上都是事实认定问题。因此，法学院应当加强证据法学课程建设，使我们培养的法官、检察官和律师能够掌握证据科学知识，以适应未来从事法律工作的需要。^[1]从法律职业技能训练的角度看，证据法学又是一门应用性很强的学科和最富实践理性的课程，证据规则是法官审判经验的总结，因而具有很强的实践性。证据分析能力、价值权衡能力和证据裁判能力，是法官、检察官、律师、侦查人员等法律职业群体必备的职业技能。

第四，证据法学教育有利于提高法律人才的综合素质。证据法学的宗旨，不仅是让学生掌握证据规则，更重要的是使其学习和思考证据规则背后的理念、原则、价值和政策。证据法有“求真”和“求善”的双重功能，规定了社会争端的理性解决方式，反映了正义理想、生活信念、伦理关怀和诉讼效率等各种复杂的社会关系。艾伦教授从五个方面论述了“证据法为基本行为和诉讼行为创造关键性激励因素”：一是可以激励人们以对社会有益的方式行事或“行善”；二是鼓励提起特定的诉求，例如，为了鼓励被害人提起强奸指控，而排除强奸被害人先前性行为的证据；三是通过排除和解或辩诉交易的证据，鼓励争端和平解决；四是保护并鼓励诸如婚姻、律师与委托人、心理诊疗师与患者等重要社会关系；五是规制专家、科技证据的使用。^[2]从

[1] 参见焦红艳、莫静清：“‘证据学法官’前传：全国惟一法庭科学法律硕士班鸣锣开讲”，载《法制日报》2009年9月17日。

[2] 参见[美]罗纳德·J. 艾伦：“相关性可采性”，张保生、强卉译，载《证据科学》2010年第3期。

某种意义上说，学习证据法也是对世界观、价值观和方法论的学习。证据法学具有重要的价值观和方法论意义。运用证据的推理过程需要辨别真实与虚假，区分本质与现象，平衡事实与价值；事实认定还涉及知识的表达和理解、事实主张的立论与反驳、经验概括与逻辑推论、证据分析与裁决过程、心理学与概率论、质证策略与弹劾技术等。因此，学习证据法是一种最好的思维训练，可以提高逻辑分析能力、价值判断能力、辩论技巧和概括水平。

张保生

2014年7月21日

缩略语词表

全 称	简 称
《中华人民共和国宪法》	《宪法》
《中华人民共和国刑事诉讼法》	《刑事诉讼法》
《中华人民共和国民事诉讼法》	《民事诉讼法》
《中华人民共和国行政诉讼法》	《行政诉讼法》
《中华人民共和国行政复议法》	《行政复议法》
《中华人民共和国刑法》	《刑法》
《中华人民共和国民法通则》	《民法通则》
《中华人民共和国物权法》	《物权法》
《中华人民共和国侵权责任法》	《侵权责任法》
《中华人民共和国国家赔偿法》	《国家赔偿法》
《中华人民共和国律师法》	《律师法》
《中华人民共和国公证法》	《公证法》
《中华人民共和国道路交通安全法》	《道路交通安全法》
《中华人民共和国精神卫生法》	《精神卫生法》
《中华人民共和国海事诉讼特别程序法》	《海事诉讼特别程序法》
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关于《中华人民共和国刑事诉讼法》实施中若干问题的规定	六机关刑诉法《规定》

续表

全 称	简 称
最高人民法院、最高人民检察院、司法部《关于适用普通程序审理“被告人认罪案件”的若干意见（试行）》	三机关被告人认罪案件《意见》
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》	1998年最高人民法院《刑诉法解释》
《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》	最高人民法院《刑诉法解释》
最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》	最高人民法院《适用民诉法意见》
最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》	最高人民法院《民事诉讼证据规定》
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》	最高人民法院《行政诉讼法解释》
最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》	最高人民法院《行政诉讼证据规定》
最高人民法院《关于建立健全防范刑事冤假错案工作机制的意见》	最高人民法院《防范刑事冤假错案工作机制的意见》
最高人民法院《关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》	最高人民法院《审理因垄断行为引发的民事案件应用法律的规定》
最高人民检察院《人民检察院刑事诉讼规则》	最高人民检察院《刑事诉讼规则》
最高人民检察院《关于切实履行检察职能防止和纠正冤假错案的若干意见》	最高人民检察院《履行检察职能防止和纠正冤假错案的意见》
最高人民检察院《人民检察院讯问职务犯罪嫌疑人实行全程同步录音录像的规定（试行）》	最高人民检察院《讯问职务犯罪嫌疑人全程同步录音录像规定》
最高人民法院《关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》	最高人民法院《民事经济审判方式改革规定》
最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》	“两院三部”《死刑案件证据规定》

续表

全 称	简 称
最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》	“两院三部”《排除非法证据规定》
北京市高级人民法院《关于办理各类案件有关证据问题的规定（试行）》	北京高院《证据规定》
湖北省高级人民法院、湖北省人民检察院、湖北省公安厅、湖北省国家安全厅、湖北省司法厅《关于刑事证据若干问题的规定（试行）》	湖北《刑事证据规定》
江苏省高级人民法院审判委员会《关于刑事审判证据和定案的若干意见（试行）》	江苏高院《刑事证据意见》
上海市高级人民法院、上海市人民检察院、上海市公安局、上海市司法局《关于重大故意杀人、故意伤害、抢劫和毒品犯罪案件基本证据及其规格的意见》	上海市《重大犯罪案件证据意见》
四川省高级人民法院、四川省检察院、四川省公安厅《关于规范刑事证据工作的若干意见（试行）》	四川《刑事证据意见》
联合国《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》	联合国《禁止酷刑公约》
广东省佛山市中级人民法院、佛山市人民检察院和佛山市司法局《刑事公诉案件证据开示规则》	广东佛山《刑事证据开示规则》
联合国《公民权利和政治权利国际公约》	联合国《公民权利公约》
第×届全国人大第×次会议	×届全国人大×次会议
人民代表大会常务委员会	人大常委会
最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部	“两院三部”
××省高级人民法院	××省高院

相关立法例来源文献

全 称	简 称
《德国刑事诉讼法典》	李昌珂译，中国政法大学出版社 1995 年版。
《德国民事诉讼法》	谢怀栻译，中国法制出版社 2001 年版。
《德国民法典》	陈卫佐译，法律出版社 2004 年版，
《日本刑事诉讼法》	宋英辉译，中国政法大学出版社 2000 年版。
《法国刑事诉讼法典》	余叔通、谢朝华译，中国政法大学出版社 1997 年版。
《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》	黄道秀译，中国政法大学出版社 2003 年版。
《俄罗斯联邦民事诉讼法典》	黄道秀译，中国人民公安大学出版社 2003 年版。
美国《联邦证据规则》	转引自 [美] 罗纳德·J. 艾伦等：《证据法：文本、问题和案例》，张保生、王进喜、赵滢译，高等教育出版社 2006 年版。
《意大利刑事诉讼法典》	黄风译，中国政法大学出版社 1994 年版。
《美国联邦民事诉讼规则》	白绿铤：《美国民事诉讼法》，经济日报出版社 1996 年版； 汤维建：《美国民事诉讼规则》，中国检察出版社 2003 年版。
《美国联邦刑事诉讼规则》	载《美国联邦刑事诉讼规则和证据规则》，卞建林译，中国政法大学出版社 1996 年版。

54 学时（每周3学时）预习阅读计划

周次	预习章节	教学内容
第1周	第一章第一节	事实特性与证据概念
第2周	第一章第二、三节	证据属性、事实认定
第3周	第二章	证据制度
第4周	第三章第一、二、四节	认识论、价值论基础和基本原则
第5周	第三章第三节	概率论基础
第6周	第四章第一、二、三节	证据开示
第7周	第四章第四、五节	证据开示、证据保全
第8周	第五章第一、二节	辨认鉴真
第9周	第五章第二、三节	鉴定、实物证据的出示
第10周	第六章第一、二节	当事人陈述、证人证言
第11周	第六章第三节	作证特免权
第12周	第七章第一、二节	证据的采纳与排除、传闻证据
第13周	第七章第三、四、五、六节	意见证据、传闻证据、品性证据、非法证据、不能用以证明过错或责任的证据
第14周	第八章第一、二节	概述、刑事证明责任、标准
第15周	第八章第三、四节	民事、行政证明责任、标准
第16周	第九章	证明与认证
第17周	第十章	推定与司法认知
第18周	复习考试	

目 录

第一章 事实与证据	1
第一节 事实特性与证据概念	1
第二节 证据属性	17
第三节 事实认定	39
第二章 证据制度	48
第一节 证据制度的历史沿革	48
第二节 不同法系证据制度及其比较	60
第三节 中国证据制度	74
第三章 证据法理论基础和体系	90
第一节 证据法的认识论基础	90
第二节 证据法的价值论基础	103
第三节 证据法的概率论基础	118
第四节 关于证据法基本原则的反思	133
第五节 证据法及其理论体系	139
第四章 证据开示与证据保全	146
第一节 证据开示概述	146
第二节 刑事证据开示	156
第三节 民事、行政诉讼证据开示	168
第四节 关于证据开示的反思	178
第五节 证据保全	186
第五章 实物证据的出示	193
第一节 辨认和鉴真	193

第二节	鉴定	210
第三节	实物证据的出示	225
第六章	言词证据的提出	237
第一节	当事人陈述	237
第二节	证人证言	246
第三节	作证特免权	259
第七章	证据排除及其例外	276
第一节	证据的采纳与排除	276
第二节	传闻证据的排除及其例外	282
第三节	意见证据的排除及其例外	289
第四节	品性证据的排除及其例外	294
第五节	非法证据排除规则及其例外	297
第六节	不能用以证明过错或责任的证据	309
第八章	证明责任和证明标准	314
第一节	概述	314
第二节	刑事诉讼证明责任和证明标准	322
第三节	民事诉讼证明责任和证明标准	338
第四节	行政诉讼证明责任和证明标准	349
第九章	证明与认证	359
第一节	证明过程	359
第二节	法院取证	371
第三节	质证	378
第四节	认证	387
第十章	推定与司法认知	395
第一节	推定	395
第二节	司法认知	416

【导读】

事实是证据法学的逻辑起点。弄不清什么是事实,就无法理解证据的特性和作用。事实是特定事物及其关系的真实存在,具有真实性、经验性和可陈述性。证据是与案件事实相关的信息。相关性、可采性、证明力和可信性是证据的基本属性。相关性是证据的根本属性,是现代证据制度的基本原则。可采性或证据能力,是证据信息或材料能否被法院采纳作为证据的资格。证明力是一种以相关性为基础的说服力或证明作用大小的指示器。可信性是证据值得相信的特性。事实认定是事实认定者对特定事物及其关系真实存在之可能性的确定。“证据之镜”原理揭示了证据是事实认定的必要条件或“惟一桥梁”,它是证据裁判原则、质证规则、证明标准等确立的根据。事实认定的过程构成了一个从证据到待证事实的推论链条。这个链条中的每一个环节都可能成为不确定性之源。

第一节 事实特性与证据概念

事实与证据是证据法学的两个最基础的概念。审判活动始于事实认定,终于法律适用。学习证据法,首先要弄清什么是事实、什么是证据以及二者之间的关系。

一、事实特性

事实是指特定事物及其关系的真实存在。在英语中, fact 一词来自拉丁语 factum, 表示已然之事。我们在日常生活中经常使用“事实”概念,它具有多义性。例如,《布莱克法律辞典》对事实概念有三种解释:“①某种实际存在的东西;现实的某个方面(所有的人都属于人类是一个事实)。②一个实际的或据称的事件或环境,区别于其法律效果、后果或解释(陪审团作出事实认定)。③一种邪恶行为;一种犯罪。”^[1]

[1] Black's Law Dictionary (8th Edition), Thomson West, 2004, p. 628.

显然,按照属加种差定义法,存在是事实的属概念,种差则是真实或实际。事实具有三个主要特性,即真实性、经验性和可陈述性。

(一) 真实性

1. 真实性是事实的本质特征。按《现代汉语词典》解释,事实是“事情的真实情况”^{〔1〕}。按《元照英美法词典》解释,事实是“指实际发生的事情、事件及通常存在的有形物体或外观,具有确实的绝对的真实性的,而非仅为一种推测或见解”^{〔2〕}。简而言之,事实姓“真”不姓“假”。世界上没有“假的事实”,任何假的东西都不是事实。

2. 事实发生于一定时空维度。在空间维度上,任何事实都发生于一定地点,不可能有不占据空间的事实。在时间维度上,事实只有过去时和现在时,没有将来时。从过去时说,事实是曾经实际存在过的,或已经发生过的事情或事件,即历史事实。从现在时说,事实还包括正在发生之事,威格莫尔说:“事实是指(目前)发生或存在的任何行为或事态。”^{〔3〕}只有发生过和正在发生的事情才是事实。将来的事情,只是一种可能性。例如,明天将发生的事情就不是事实,而是一种可能性。请看以下案例。

【案例 1.1】

马某贩卖毒品案

2001年2月10日,被告人马某在其云南省巍山县家中,收取梁某购毒款人民币5万元,贩卖给其海洛因523克。当日,侦查人员分别将二人抓获,缴获二人已交易的海洛因523克,并从马某家中另查获海洛因75克、克秤一杆。上述事实,有查获的海洛因及鉴定,贩毒工具(克秤),同案被告人的供述以及被告人马某自己的供认等证据证实。一审和二审法院均判决被告人马某犯贩卖毒品罪。

本案认定的事实:2001年2月10日,被告人马某在其家中,收取梁某的购毒款人民币5万元后,贩卖给梁某海洛因523克。

本案的证据包括:侦查人员缴获梁某和马某已交易的海洛因523克,从马某家中另查获海洛因75克,贩毒工具克秤一杆;有关毒品海洛因的鉴定;同案被告人供述;被告人马某的供述。

〔1〕 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》(修订版),商务印书馆2000年版,第1135页。

〔2〕 薛波主编:《元照英美法词典》,法律出版社2003年版,第825页。

〔3〕 *Black's Law Dictionary (8th Edition)*, Thomson West, 2004, p. 628.

根据上述证据，一、二审法院认定被告人马某犯贩卖毒品罪。

本案缺失的证据：马某收取梁某的购毒款人民币5万元。

在案例1.1中，除已贩卖给梁某的523克海洛因外，还从马某家里另查获75克海洛因。假设，马某没贩卖那523克海洛因，仅凭从他家查获的75克海洛因，能否认定马某贩卖毒品罪的事实？不能。根据我国《刑法》第347条，贩毒属于重罪。贩卖海洛因50克以上的，处15年有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处没收财产。但对另查获的75克海洛因，法院不能根据可能性而认定其贩毒已成事实，只能根据实际发生的情况判定为非法持有，这是一种可判轻罪的犯罪事实。根据《刑法》第348条，非法持有海洛因50克以上的，处7年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金。如果仅从未来可能性或动机看，人们当然可以预测：马某可能继续贩卖这些海洛因。但“可能贩毒”不等于实际贩毒，它由于缺乏真实性而不是事实。

3. 事实的真实性表现为一种“既成性”^[1]。我们常说某事是一个“既成事实”，就是说，“生米做成熟饭”，不能更改了。金岳霖先生说：“事实是我们拿了没有办法的。事实是没有法子更改的。所谓修改事实，只是使将来与现在或已往异趣而已。事实总是既成或正在的，正在或既成的事实，只是如此如彼的现实而已。……对于事实之‘然’，我们只有承认与接受，除此之外，毫无别的办法。”^[2]事实的既成性，就是历史性。一个事实一旦发生，不管你喜不喜欢，它就成为不能更改的历史事实。比如，“文革”中有人把井冈山“朱毛会师”改为“毛林（彪）会师”，还画了油画放在历史博物馆里，但这终究改不了史实。在诉讼活动中，需要认定的案件事实都是已发生过的历史事实，一事情不论对错，做了就是做了，没做就是没做，这些是不可更改的。在案例1.1中，假定马某是初次贩毒，抱着侥幸心理以身试法，但只要他把毒品卖出去了，就构成了贩毒罪的事实。这个事实是不能更改的。所谓“覆水难收”，“世上没有后悔药”，都是对事实既成性的绝妙注解。

4. 事实的真实性决定了查明事实真相的可能性。尽管哲学家们在真理问题上存在很大分歧，但真理确有“合乎事实”或“符合事实”^[3]的含义。在英语

[1] 彭漪涟将其称为“不变性”。参见彭漪涟：《事实论》，上海社会科学出版社1996年版，第74~78页。

[2] 金岳霖：《知识论》，第784页。转引自彭漪涟：《事实论》，上海社会科学出版社1996年版，第75页。

[3] 按照逻辑实证主义观点，“真理”就是“符合事实”的同义语。参见[英]卡尔·波普尔：《猜想与反驳》，傅季重等译，上海译文出版社1986年版，第325页。

中, truth 一词是指真理、事实真相。法庭上查明事实真相与科学家探求真理有相似之处, 都要求主体的认识与客体相符合。舒炜光教授说: “主体和客体发生作用的结果, 达到主观和客观的符合度占百分之五十以上, 这种认识就具有真理性质。”^[1]

(二) 经验性

经验性是事实与存在的一个主要区别。这可从两个方面来理解:

1. 可知与真知的区别。存在是指, 不依赖于人的主观意识而存在, 具有纯粹的客观性。例如, 在人类出现之前, 地球已经存在; 在地球毁灭之后, 银河系及河外星系依然存在。然而, 事实却是一种实际存在, 它既有独立于人的意识而存在的客观性, 又有通过人的感知和思维才能把握的经验性。在案例 1.1 中, 马某贩毒的事实, 发生于一个特定时间(2001 年 2 月 10 日)、特定地点(被告人马某家中), 有一个特定犯罪行为(马某以 5 万元价格贩卖给梁某 523 克海洛因)。因此, 上述事实是进入了人的视野、能被人的感官和思维所把握的经验事实。假定那一天在该县还有其他人贩毒, 但却未被发现, 没人知道它发生的时间、地点、交易对象和交易方式, 那就不是事实, 而是(可知尚未真知的)存在。关于存在的知识是一种“可知”的理论知识, 不等于“真知”的事实。“实有其事不应该同存在混为一谈”^[2]。认识主体只有对感知对象加以经验把握, 才能证明“实有其事”。

2. 抽象与具体的区别。关于存在的知识, 是一种抽象的理论知识。它并不直接依赖于人的感性经验。例如, “宇宙的无限性”, 就是人的感官无法把握的抽象知识。再如, “云南省贩毒很普遍”, 这个判断如无证据数据支持, 它就只是一种抽象知识。在案例 1.1 中, 假设 2001 年 2 月 10 日, 云南省巍山县客观存在 8 个人贩毒, 但只有马某一个人贩毒被抓。现在若问: 另外 7 个人贩毒是一个关于存在的抽象知识, 还是一个关于事实的具体知识? 答案显然是前者。因为我们并不知道另外 7 个人贩毒的具体时间、地点、犯罪人和行为、毒品种类和价格等, 那么, 它们只能是一种可知的存在, 而不是人们真知的事实。^[3] 显性与隐性犯罪也反映了事实与存在的区别。在英国, 有 58% 的犯罪没有报告警察。欧盟犯罪调查的数据表明, 性侵害案件报案率只有 15%。^[4] “事实不是普遍的、抽

[1] 舒炜光:《科学认识论的总体设计》, 吉林人民出版社 1993 年版, 第 206 页。

[2] 参见 [德] 哈贝马斯:《在事实与规范之间》, 童世骏译, 生活·读书·新知三联书店 2003 年版, 第 15~16 页。

[3] 例如, 一个显性吸毒者背后起码有 7 个隐性吸毒者。参见陈贝蒂:《危害社会的毒瘤: 中国吸毒调查》, 新华出版社 2006 年版。

[4] 参见夏菲:“欧美国犯罪被害人调查概论”, 载《犯罪研究》2007 年第 5 期。

象的概念，而是特殊的、具体的概念。”〔1〕所谓抽象的贩毒、抽象的犯罪，只能称为存在，不能称为事实。只有把握了一个个知道时间、地点、行为等具体的贩毒事件、犯罪案件，才是实际存在的事实。因此，事实性的东西和经验性的东西在概念上是同义的。〔2〕所有事实都是经验性的具体事实。〔3〕

（三）可陈述性

1. 所知之事均可陈述。从主体认识角度看，人们只能陈述自己知道的经验事实。事实总是以某种判断的形式被人们把握，不能脱离语言而赤裸裸地存在，而要以语言概念或符号编码的形式在头脑中加工。正是在这个意义上，维特根斯坦说：“世界是事实的总和，而不是物的总和。”“我的语言的界限意味着我的世界的界限。……我们不能说我们不能思考的东西。”〔4〕这是一个知识论问题，涉及“知道”的含义。换言之，对一个人来说，你知道的事情，就能说出来。反之，说不出来的事情，是因为你不知道。请看下面的案例。

【案例 1.2】15 分钟前，在我们正上课时，教室外面的马路上发生了一场车祸。据说有两辆机动车相撞，还有人受伤。两位目击证人目睹了该事故发生的完整过程。

现在若问正在上课的同学们：“你们知道 15 分钟前发生的那场车祸吗？”大家会异口同声地答道：“不知道。”如果再问：“谁能描述一下那场车祸吗？比如，什么车撞了什么车（大卡车、公交车、小轿车、摩托车）？”大家会回答：“不能。”那么，那场车祸对我们来说就不是一个事实，而是一个可知的存在。〔5〕

2. 不可陈述之事非事实。从知识表达（说者）的角度看，人们之间相互传递关于事实的知识主要是通过语言而实现的。换句话说，事实要通过陈述来表达，不能陈述的东西不是事实。要想让别人与你分享一个事实，就要把自己所知之事以“故事”或“案情”的形式讲述给别人。在案例 1.2 中，有两个目击证人可以讲述那场车祸，让别人也知道那个事实。而我们这些坐在教室里的人，却不能陈述那场车祸。从这个意义上说，“一切事实都是人们在直接感知的基础上

〔1〕 龙宗智：“‘大证据学’的建构及其学理”，载《法学研究》2006 年第 5 期。

〔2〕 参见〔德〕哈贝马斯：《在事实与规范之间》，童世骏译，生活·读书·新知三联书店 2003 年版，前言第 2 页脚注 2。

〔3〕 参见彭漪涟：《事实论》，上海社会科学出版社 1996 年版，第 6 页。“一般地说，所谓事实就是经验事实。”

〔4〕 〔奥〕维特根斯坦：《逻辑哲学论》，郭英译，商务印书馆 1962 年版，第 22、79 页。

〔5〕 公安部的统计数据显示，2012 年，全国接报人员伤亡的路口交通事故 4.6 万起，平均每 11 分钟 1 起；造成 1.1 万人死亡、5 万人受伤，平均每 10 分钟死伤 1 人。

对事物的实际情况（某事物具有某种性质或某些事物具有某种关系）所做的一种陈述”〔1〕。

3. 理解一个命题意味着知晓其所述事实。从知识理解（听者）的角度看，人们能够学习知识，是因为命题与事实具有同构性。命题或句子是表达判断的语言形式。维特根斯坦说：“命题是现实的形象，因为只要我们理解这个命题，则我就能够知道它所叙述的情况。”〔2〕因为事实披着命题的语言外衣，所以，只要我们理解了一个命题，就可以知道它所叙述的事实。在案例 1.2 中，我们虽未直接感知那场车祸，但两位目击证人可以给我们讲述那个事实。例如，证人 1 说：“刚才那场车祸是一辆蓝色小轿车撞了一辆红色小轿车。”这样，我们就从一个证人证言（最常见的证据形式），得到了关于那个事实的知识。在审判过程中，法庭里的事实认定，从原理上说与其并无二致。

4. 事实的真实性与命题的真假之分。事实通过命题才能表达出来，不等于说，所有命题都表达事实。命题表达判断，而判断作为思维的基本形式之一反映思想内容，会有两种情况：一方面，“如果这种思想是真的，表达这个思想的句子就报告一个事实”〔3〕。另一方面，如果一种思想是虚幻的，表达这个思想的句子就并非报告一个事实。因此，一个命题既可表达事实判断而构成真命题，也可表达虚假判断而构成假命题。例如，在案例 1.2 中，证人 1 作证后，证人 2 又来到我们课堂说：“刚才那场车祸是一辆红色小轿车撞了一辆蓝色小轿车。”一般来说，两个相反命题，若一个为真，另一个必假。命题的真假取决于，其陈述的思想是否与事实一致，即被表达的思想或信念与事实相符合的程度，这又回到了概率真理或逼真性问题。事实的语言特性，使人们在陈述事实时会出现某种程度的变形，例如，“夸大”事实（如言过其实、添枝加叶），“缩小”事实（如遮遮掩掩、避重就轻），或者“歪曲”事实（如无中生有、颠倒黑白）。

二、证据概念

（一）证据概念的内涵

从汉语词源上考察，“证”有“凭据、证据”之义。最早见《大戴礼记·文王官人》：“平心去私，慎用六证。”《晋书·范汪传宁》：“时更营新庙，博求辟雍明堂之制，甯据经传奏上，皆有典证。”〔4〕据郑禄教授考察，“证与徵通”，

〔1〕 彭漪涟：《事实论》，上海社会科学出版社 1996 年版，第 75 页。

〔2〕 [奥] 维特根斯坦：《逻辑哲学论》，郭英译，商务印书馆 1962 年版，第 40 页。

〔3〕 [德] 哈贝马斯：《在事实与规范之间》，童世骏译，生活·读书·新知三联书店 2003 年版，第 14 页。

〔4〕 汉语大字典编辑委员会编：《汉语大字典》，湖北辞书出版社、四川辞书出版社 1992 年版，第 1674 页。

“微”有言行隐微但必闻达挺箸于外的意思。言行隐微是说，言行在客观上已经存在，只是因其隐微在常规下不易被发现。闻达挺箸于外是说，无论多么隐微，只要有其言行，言行就必然会留下被人认知、被人把握的信息。^[1]

在英语语境中，evidence 来源于拉丁文 *evidentia*，后者又译自希腊文 *απεραυε*，意思是：显见性质对作为某个结论的证据事物而言，该事物须比结论本身更显见。^[2]《韦氏英语词典》对证据的解释是：something which shows that something else exists or is true, a visible sign of something, material that is presented to a court of law to help find the truth about something（显示别物存在或为真的某物，某物之可见标记，出示于法庭有助于查明某事真相的材料）。^[3]在这里，“显见”、“显示”、“可见标记”有同样含义，都表明在证据中保留着事实发生的信息，因而具有表征特性。

由以上含义可以看到，事实和证据有潜在与外在、被标记和标记的区别。例如，测量体温，体温计上显示的刻度（如 39.5 度），是病人发烧或生病的证据。又如，河道上的水位标尺显示刻度（如最高 15 米，目前 9 米），是这条河最大水深和现在水深的证据。

（二）关于证据概念的不同学说

关于证据概念，从不同角度界定，形成了多种学说。^[4]它们虽然表面上不同，甚至彼此冲突，但都从不同侧面揭示了证据的特征。从我国立法的实际情况出发，下面重点介绍一下其中的“事实说”、“材料说”和“信息说”。

1. 事实说。1996 年《刑事诉讼法》第 42 条第 1 款采“事实说”规定：“证明案件真实情况的一切事实，都是证据。”事实说主张：“证据是与案件有关的一切事实。”^[5]《牛津法律大辞典》对证据的解释是：“事实、事实推论和陈述。这些事实、事实推论和陈述有助于法院或其他调查主体确信特定事实，即某些尚不明确但正在调查的状态，所导致的特定结果。”^[6]美国威格莫尔教授说：“证据是任何一件或一组可知的事实，而不是法律和伦理的原理，它被看作是在法庭上提出的，旨在法庭的重要阶段对于主张的真实性产生肯定和否定的信念，依

[1] 郑禄：“证据概念素说”，载《证据科学》2008 年第 5 期。

[2] [美] David A. Schum：“关于证据科学的思考”，王进喜译，载《证据科学》2009 年第 1 期。

[3] <http://www.merriam-webster.com/dictionary/evidence>，检索时间：2014 年 3 月 16 日。

[4] “四种说”，参见卞建林、谭世贵主编：《证据法学》，中国政法大学出版社 2010 年版，第 135～140 页。“十四种说”，参见高家伟、邵明、王万华：《证据法原理》，中国人民大学出版社 2004 年版，第 3 页。

[5] 樊崇义主编：《证据法学》，法律出版社 2003 年版，第 3 页。

[6] [英] 戴维·M. 沃克：《牛津法律大辞典》，李双元等译，法律出版社 2003 年版，第 399 页。

据这个信念，法庭才能作出判断。”〔1〕

“事实说”侧重从内容方面界定证据。证据中包含着事实，事实是证据的内容。然而，这并不意味着可以把二者混为一谈。它们的区别在于：其一，事实具有真实性，证据有真假之分。世界上没有假的事实，却有假的证据。而且，假证据有时候也具有某种证明作用，例如，虚假证言可作为证据证明伪证罪的事实。其二，事实具有不能更改的既成性，证据却可能被更改、篡改、掺假。例如，陈述可能前后不一致，书证可能被修改，物证可能被掺假。证据具有可真可假的双重性，对事实的格言是：查明事实、认定事实；对证据的格言则是：辨别真伪、去伪存真。“事实说”的问题在于，虽然抓住了证据的内容，却忽略了证据的形式，若将二者统一起来，则能更全面地把握证据的本质。

2. 材料说。2012年《刑事诉讼法》从原来坚持“事实说”改为“材料说”，将第42条第1款改为第48条第1款，规定：“可以用于证明案件事实的材料，都是证据。”“材料说”属于形式（手段）说，该修改有利有弊：其一，避免了“事实说”中事实与证据易混淆的弊端，却夸大了证据的形式方面，忽视了其内容方面。形式固然重要，但内容更能反映证据的本质。其二，用“材料”代替“事实”，淡化了证据的真实性，有助于人们理解证据有真有假的特点；但是，证据形式或载体是无限多样的，无论是规定七种还是八种，都无法穷尽实际的证据种类。

3. “信息说”。其又可称为“综合说”和“多义说”，属于内容和形式“统一说”，即主张“证据由内容和形式共同构成。证据的内容即事实材料，亦即案件事实的有关情况；证据的形式，又称为证明手段，它是证据的种种表现形式。所有的证据都是事实和证明手段的统一体”〔2〕。其实，在汉语语义上，证据本来就是事实与材料的统一，是“能够证明某事物的真实性的有关事实或材料”〔3〕。

“信息说”最能代表证据内容和形式的统一。它主张，“证据是与案件事实有关的任何信息——由证人证言、文字材料、实物对象或者任何可以呈现于感官的东西组成，用于证明一事实的存在或不存在”〔4〕。

（三）证据定义

本教材主张“信息说”，并提出如下定义：证据是与案件事实相关的信息，

〔1〕 [美] 约翰·威格莫尔：《普通法的庭审证据》，转引自卞建林、刘玫：《外国刑事诉讼法》，人民法院出版社、中国社会科学出版社2002年版，第218页。

〔2〕 卞建林主编：《证据法学》，中国政法大学出版社2007年版，第55、58页。

〔3〕 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》，商务印书馆1996年版，第1608页。

〔4〕 [美] 罗纳德·J. 艾伦等：《证据法：文本、问题和案例》，张保生、王进喜、赵滢译，高等教育出版社2006年版，第79页。

用于证明所主张事实之存在的可能性。该定义可从三个方面来理解：

1. 证据具有信息表征特性。“信息是同世界的物质过程、能量过程紧密联系在一起的现象，它是系统内部和系统之间通过相互联系而实现和保留的某一事物形态、结构、属性和含义的表征。”〔1〕

“表征”作为信息特性，恰为证据所分享。案件事实一旦发生，就定格为历史事实。但已发生的事实，总要留下某些其曾经存在过的痕迹或标记。因此，某一事实发生或存在过的形态、结构、属性和含义，会以证据形式保留下来。例如，化石是恐龙等远古动物存在过的证据；爆竹皮是除夕夜火树银花的证据；刹车痕、碎玻璃、油漆痕、目击证人等是交通事故的证据。

2. 证据是与事实相关的信息。证据所表征的信息与事实具有相关性。证据的相关性是指信息与待证事实的相关性。信息中包含着事物之间相互联系的“密码”，“我们依据与这个世界相关联的密码来理解这个世界”〔2〕。证据相关性不是哲学意义上的普遍联系，而是经验意义上的特殊联系。不能用普遍联系的哲学观点来推测特定证据与事实的相关性，而应当用信息论关于保真度的观点（“信息在通过中间环节传输的过程中，信息量会衰减，信息本身也会发生变形和失真”〔3〕）考察证据与事实的实际联系，包括可信性、可靠性和证明力等。“我们的相关性规则旨在向事实裁判者展现将有助于作出决定的全部信息。对不相关证据的排除也遵从于发现事实真相的价值，因为它使事实认定者的注意力集中于适当的信息，且仅仅集中于适当的信息。”〔4〕

3. 证据是证明所主张事实之存在可能性的信息。由于证据中保留着事实发生和存在过的信息，事实认定者便可用证据再现或重建发生过的事实。一方面，证据提出者可以提供证据来主张某种事实，对抗方则可以提供相反证据来反驳该事实主张，〔5〕这是运用证据的证明过程；另一方面，事实认定者或“事实裁判者”，可以通过对双方证据的认证或对双方证明过程的评价来认定事实，这是一个运用证据的经验推论过程。这里有三个问题需要澄清：

（1）证据因具有证明作用而成为证据，这被称为“足以支持一项认定”的

〔1〕 李秀林、王于、李淮春主编：《辩证唯物主义和历史唯物主义原理》，中国人民大学出版社1990年版，第250页。

〔2〕 [美] 欧文·拉兹洛：《系统、结构和经验》，李创同译，上海译文出版社1987年版，第69页。

〔3〕 李秀林、王于、李淮春主编：《辩证唯物主义和历史唯物主义原理》，中国人民大学出版社1990年版，第251页。

〔4〕 [美] 戴维·伯格兰：“证据法的价值分析”，张保生、郑林涛译，载《证据学论坛》2007年第13期。

〔5〕 证据是“某种有助于证明或反驳一项所主张事实之存在的东西（包括证言、文件和有形物体）”。参见 *Black's Law Dictionary (8th Edition)*, Thomson West, 2004, p. 595.

要求。^{〔1〕} 如果不能满足这种要求, 就不能称为证据。例如, 一个人, 如果对所要证明的事实主张没有亲身知识, 就没资格成为证人。因此, 提出或传唤证人一方, 必须先提供该证人对作证事项拥有亲身知识的证据。同样的要求也适用于实物证据。一件物品或一份文件, 并非天然就是证据, 而必须通过辨认、鉴真或鉴定来确定其同一性和真实性, 法官必须判定其特性和状态未被改变。否则, 它们就是普通的物品或文件, 而不是证据。因此, 证据可以是任何物, 但并非任何物都是证据。

(2) 证据所证明的是事实主张, 而非事实本身。在审判中, 尽管过去发生的事实只有一个, 但关于该事实的主张却有两个以上。诉讼双方往往用不同的证据来证明自己的事实主张, 甚至用相同的证据来证明相反的事实主张, 从而形成截然相反的案情或“故事”。比如, 一场械斗发生后, 对于械斗的原因和过程, 双方会提出证据来证明不同的事实主张。

(3) 诉讼双方提供的证据有真伪之分。在诉讼过程中, 经常会出现“一个事实、两个故事”的情况。诉讼双方通过证据所证明的对立的事实主张, 若有一真, 便必有一假; 它们可以同假, 但不可能同真。在审判中, 控辩双方都试图提出“看似可信的”所有证据, 来说服事实认定者支持己方的事实主张; 然而, 事实认定者会运用自己的判断, 通过评估证据支持其所主张事实存在的可能性, 进行逻辑的和经验的推论来认定事实, 作出中立的裁决。因此, 事实认定是一个概率推论过程, 达不到绝对的确定性。

(四) 证据类型

证据类型包括证据种类和分类。前者是从证据的外部形态或信息载体所作的一种法律上的划分; 后者是学理上的划分。

1. 证据种类。这是一种法律上的划分。只有为数不多的国家, 如意大利、俄罗斯和我国的诉讼法, 集中规定了证据种类。在英美证据法中可以看到实物证据、书面证据、证人证言的提法, 德法日等国诉讼法中散见的证据种类还有被告人供述和辩解、鉴定意见等。我国三大诉讼法都对证据种类作了细致规定。2012年《刑事诉讼法》第48条规定了八种证据: ①物证; ②书证; ③证人证言; ④被害人陈述; ⑤犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解; ⑥鉴定意见; ⑦勘验、检查、辨认、侦查实验等笔录; ⑧视听资料、电子数据。2012年《民事诉讼法》第63条对证据种类的划分, 大同小异。

〔1〕 以下参见 [美] 罗纳德·J·艾伦等:《证据法: 文本、问题和案例》, 张保生、王进喜、赵滢译, 高等教育出版社2006年版, 第210~212页、第214~223页。

以下重点介绍几种证据的特点：

(1) 物证，又称实物证据，以其外部特征、内在属性及存在状况对案件事实具有证明作用。主要特点：一是以其物理特征对案件事实具有证明作用。二是保留了事实存在过的痕迹，若收集、固定和保存得及时得法，一般具有稳定性。但物证可能被伪造或掺假，需经过同一性辨认才能确定其可靠性。三是“哑巴证据”，对案件事实的证明具有间接性。因此，物证出示需由知情证人出庭，以证言来证明其可靠性。

(2) 书证，是指以纸张为主要载体，以文字、数字或图形为主要形式，记录有关案件事实内容或者信息的文件或物品。书证的形式多种多样：可以手写、印刷等；可以是书信、合同、证书、账簿、票据、罚单等。书证一般有制作人，因此，其真实性往往需要由书写、制作者或见证人进行鉴真。

(3) 证言，是证人在开庭审判时就亲身知识所作的陈述。证人一般以接受直接询问的方式出庭作证，并接受对方律师或检察官的交叉询问以及被告人的对质，未经过质证的证言不能采纳作为定案的依据。

(4) 视听资料、电子数据，其特点是：①具有科技含量，记录、储存和播放的过程使用科技设备。②具有直观性和动态连续性，可直观展示与案件有关的声像，生动地再现与案件有关的事件或活动。③证明机理和适用的证据规则具有特殊性。视听资料、电子数据具有无差别、无限可复制的特点。

(5) 示意证据，是指复制或描绘的与本案引起诉讼的事件有关的人物、物体或场景的展示性证据。^[1]其特点是具有说明性，包括模型、图表、素描、照片、电子图像等形式，不是“真正的原物”或“实在的东西”，而仅仅用作演示、说明或解释目的，是视觉或听觉的辅助材料。使用示意证据有三个条件：一是不便在法庭上出示，如数量、体积不便在法庭上出示的大宗性、易腐烂、不易保管的物品；二是不宜提交法庭，如违禁品、易燃易爆物品、剧毒物品或其他危险品等；三是有助于审判人员理解和认定有关争议事项。

2. 证据分类。证据分类是理论上对诉讼证据类型的划分，属于学理解释范畴，有助于认识不同证据的共性与差异。例如，日本松尾浩也教授提出四类证据：证人、证据文书和证据物；有证据能力的证据和没有证据能力的证据；直接证据和间接证据；弹劾证据和实质证据。^[2]我国台湾地区林山田教授提出五类证据：人证、物证与书证；直接证据与间接证据；本证与反证；原始证据与传闻

[1] [美] 罗纳德·J. 艾伦等：《证据法：文本、问题和案例》，张保生、王进喜、赵滢译，高等教育出版社2006年版，第224页。

[2] [日] 松尾浩也：《日本刑事诉讼法》（下卷），张凌译，中国人民大学出版社2005年版，第25~26页。

证据；主要证据与补强证据。^{〔1〕}

3. 关于证据种类的开放性。英美法系证据法秉承“所有相关证据均具有可采性，……不具有相关性的证据不可采”^{〔2〕}的理念，很少明确划分证据种类，即使有，也较粗疏，如证人证言、文件证据和实物证据等。这种开放性，可适应和包容新的信息载体，鼓励采纳具有相关性的各种证据。我国诉讼法有关证据种类的条款，应采取开放列举方式，增加其包容性。

三、事实与证据的关系

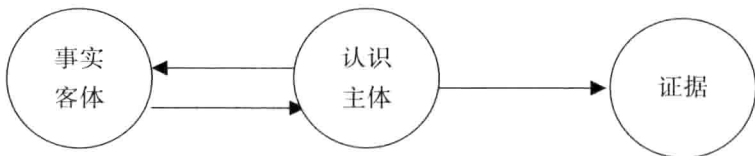
事实与证据的关系，在某些方面，类似于本质和现象、内容和形式的关系。事实是不变的，证据具有变动性；事实是整体，证据是片段；事实具有本性，证据具有表征特性。

（一）认识主体介入事实与证据之间关系的三种模式

事实与证据的关系，只有在认识主体介入的情况下才能产生意义。认识主体的介入可能有三种模式：前两种是对现在事实的认识；第三种是对过去事实的认定。

1. 对现在事实的认识。包括以下两种模式：

第一种模式，事实为现在时，认识主体直接作用于事实客体。在人类一般的认识和实践活动中，主体可在反复观察、反复实践中能动认识客体。比如，要弄清“火星上是否有水？”科学家可以向火星发射探测器，甚至把人发射到火星上去做观察、实验，最后提出火星上有水或无水的证据。如图式 1.1 所示。



图式 1.1 事实、证据与认识主体的一般关系

第二种模式，事实的发生也为现在时，目击证人与事实客体之间的特殊反映关系。如图式 1.2 所示：首先，这种反映关系具有被动性（由实线箭头表示）。某个事件可能是在某个瞬间、在观察者没有准备的情况下突然发生的。其次，这种观察不是纯粹“中性的”，^{〔3〕}观察者的头脑不是“白板”，眼睛也不像照相机

〔1〕 林山田：《刑事诉讼法》，五南图书出版股份有限公司 2004 年版，第 372～374 页。

〔2〕 美国《联邦证据规则》402。

〔3〕 波普尔、汉森、库恩等人都否认有纯粹的中性观察，明确提出“观察渗透理论”。参见国家教委政治思想教育司组编：《自然辩证法概论》，高等教育出版社 1989 年版，第 141 页。

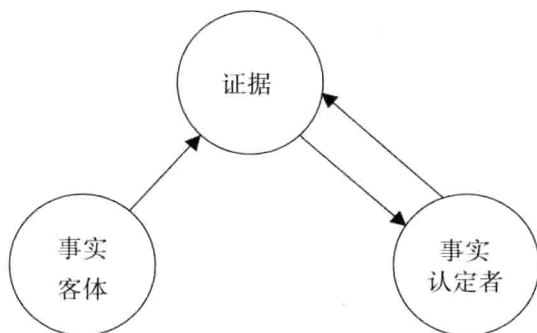
那样完全被动地记录事件，其头脑中已有的知识或观念会像电脑程序一样对观察活动产生影响，具有一定程度的能动性（由虚线箭头表示）。最后，观察者的身份、观察位置及感知、记忆和叙述能力，都会对观察和陈述的准确性产生影响。例如，在案例 1.2 中，两位证人关于一场交通事故的证言是矛盾的，事实认定者就要考虑他们是否近视、色盲、记忆的准确性、观察位置、与两车驾驶员的利害关系等问题。



图式 1.2 事实、证据与目击证人的反映关系

2. 对过去事实的认定。认识主体介入事实与证据之间关系的第三种模式。

对过去发生的事实，事实认定者只能通过证据进行推论而间接地认识。在这种情况下，如图式 1.3 所示，事实认定者与事实客体之间没有任何直接联系（没有任何实线或虚线箭头）。在审判过程中，对于事实认定者这一认识主体而言，可以感知事实发生后留下的证据，却不能感知案件事实。事实认定者必须对可获得的证据进行推论，去伪存真，由表及里，才能作出事实认定。所谓事实认定者只能“通过”证据来认定事实，意味着其只能“隔着”证据来认定事实。



图式 1.3 事实、证据与事实认定者的关系

在图式 1.3 中，证据就像一面“镜子”，“折射”出事实（客体）。事实认定者只能通过“证据之镜”来认定事实，其所认定的事实有点像“水中月”或“镜中花”。证据是将事实客体与认识主体联系起来的惟一“桥梁”。

（二）事实与证据区别的相对性

在强调证据与事实之间的区别时，还要承认这种区别的相对性。证据和事实之间有时是“你中有我、我中有你”，具有相互交叉的关系，不能将二者之间的区别绝对化。

1. 一个事实可以成为另一个事实的证据。请看以下案例：

【案例 1.3】

张三谋杀李四案

李四某天下午 4:30 在家中被害。证人 1 作证说，他看见张三那天下午 4:15 进入李四家。证人 2 作证说，他看见张三那天下午 4:45 从李四家出来。证人 3 作证说，有一次他听到张三和李四吵架，张三对李四说：“我早晚要和你算账！”

在审判中，检察官可能争辩说：其一，张三那天下午 4:15 进入李四家、4:45 离开李四家的事实，是张三那天下午 4:30 在李四家的证据。其二，张三那天下午 4:30 在李四家的事实，是张三有机会谋杀李四的证据。其三，张三与李四吵架并威胁李四的事实，是张三有谋杀李四动机的证据。其四，张三有谋杀李四动机的的事实，是张三谋杀了李四的证据。

由上述四个推理步骤可见，一个事实可以成为另一个事实的证据。这种传递性的标记关系在其他认识领域也是常见的。例如，体温计上显示 39.5 度（事实），是发烧（事实）的证据；发烧（事实）又是白血球高（事实）的证据；白血球高（事实）是有炎症（事实）的证据；等等。

2. 证据性事实概念进一步模糊了二者的界限。在证据法学中，证据提出者在法庭上向事实认定者提供的证据，称为证据性事实（evidentiary fact）。^{〔1〕} 它有三个含义：^{〔2〕} 一是指“导致最终事实的确定或确定最终事实所必需的事实”。二是指“为证明其他事实存在而提供证据的事实”。三是指“证据中的事实”（fact in evidence），即“在审判或听审中被采纳为证据的事实”。证据性事实与待证事实的关系，是证明依据与证明对象的关系。证据性事实不是事实本身，而是关于事实的主张。这表明，证据中包含着事实主张或事实的成分。

〔1〕 参见 [美] 罗纳德·J. 艾伦等：《证据法：文本、问题和案例》，张保生、王进喜、赵滢译，高等教育出版社 2006 年版，第 149 页。

〔2〕 *Black's Law Dictionary (8th Edition)*, Thomson West, 2004, pp. 628, 595.

(三) 与事实相关的一些概念

1. 争议事实 (fact in issue)。又称“关键事实, 或构成一个最终待证事实之因素的事实”,^[1] 是指引起诉讼的事实。按照《布莱克法律辞典》的解释: 争议事实是“原告主张而被告反驳的事实”。^[2]

2. 要素性事实 (fact of consequence), 又可称“要件事实”, 包括最终和次终待证事实。它有两个特点: 其一, 对争端的法律解决至关重要的、实质性的事实主张, 它能够通过推论与适用于本案的实体法要件联系起来。其二, 它不是由控辩双方所提供的, 而是事实认定者可以根据推论决定予以相信的事实。^[3] 特文宁等认为,^[4] 待证事实不是事实本身, 而是证据提出者试图用证据来证明的事实主张, 其“字面意思是, 一个有待证明的主张”。它又可分为最终待证事实 (ultimate probandum) 和次终待证事实 (penultimate probanda)。若将规制案件的法律规则视为大前提, 最终待证事实就是小前提。案件中的次终待证事实, 可以从案件最终待证事实中得出。“在大多数情况下, 每一个次终待证事实都是一个关键事实或争议事实。”

3. 推断性事实 (inferential fact)。按照《布莱克法律辞典》的解释, 推断性事实是: “由其他证据得出的结论而确定的事实, 而不是从直接证言或证据而得到的事实; 合乎逻辑地来自其他事实的事实。”^[5]

(四) 关于“客观事实”与“法律事实”之谬

如上所述, “客观”主要是指称不依人的意识为转移的属性。事实具有经验性, 是主客观相统一的范畴。事实既有客观内容 (分享了存在的客观性), 又有主观形式 (分享了主体的经验性、可陈述性)。从主客观统一的角度看, 给事实冠以“客观”, 就如同冠以“主观”一样, 这些定语都是片面的。“客观事实”这个提法, 既不能把事实抬高到客观存在的高度, 也不能抹杀事实的经验性。因此, 其修饰成分不仅是一个赘语, 而且容易混淆事实与存在的区别。

“法律事实”概念, 则可能混淆事实与法律的区别。在审判活动中, 事实问题与法律问题截然不同。“……诉讼程序中, 事实是指情节、行为、供述及其推

[1] [美] 特伦斯·安德森、[美] 戴维·舒姆、[英] 威廉·特文宁:《证据分析》, 张保生等译, 中国人民大学出版社2012年版, 第494页。

[2] *Black's Law Dictionary (8th Edition)*, Thomson West, 2004, p. 849.

[3] 参见 [美] 罗纳德·J. 艾伦等:《证据法: 文本、问题和案例》, 张保生、王进喜、赵滢译, 高等教育出版社2006年版, 第149~150页。

[4] [美] 特伦斯·安德森、[美] 戴维·舒姆、[英] 威廉·特文宁:《证据分析》, 张保生等译, 中国人民大学出版社2012年版, 第495页、第497~499页。

[5] *Black's Law Dictionary (8th Edition)*, Thomson West, 2004, p. 629.

理，从而区别于法律后果、适用的法律规范和法律结论。”〔1〕在普通法系，事实问题由陪审团裁决，法律问题由法官决定。我国三大诉讼法“以事实为根据，以法律为准绳”的原则，也明确地把事实问题和法律问题区分开来。当然，事实问题有时候与法律问题纠缠在一起，比如“犯罪”事实，就是指违反法律的犯罪行为。因此，波斯纳说：“在将事实问题和法律问题加以区分时，我并不想暗示两者之间有堵墙。对一个信服了唯物主义的人来说，法律问题归根结底是事实问题。”〔2〕但是，犯罪事实归根结底是一个事实问题，而不是法律问题，尽管其与法律有联系。有关“法律事实”的讨论，旨在说明审判所判定的不是客观事实。比如，在刑事诉讼中，对被告人有罪的证明如果达不到“确信无疑”的标准，便应当推定其无罪。然而，刑事诉讼达不到“确信无疑”标准就不能认定被告人有罪，就是事实根据不足，而无需用“法律事实”来解释这个问题。

（五）事实是证据法学的逻辑起点

有学者说：“证据是证据法的逻辑起点。”〔3〕然而，所谓逻辑起点应当包含某个学科或法律一切矛盾的胚芽，它的历史和逻辑的展开，构成了该学科或法律的基本内容。按照这种理解，我们认为，事实才是证据法的逻辑起点。

在某种程度上，证据法学虽然可以被说成是一门研究证据问题的法律学科，但这并不意味着证据是它的逻辑起点。诉讼是由事实争议引起的，审判必须“以事实为根据”，证据只是事实发生留下的痕迹或信息。事实认定是一个运用证据的经验推论过程。其中，举证是为了证明或反驳某种事实主张，质证旨在发现事实真相，认证是对事实认定的依据进行审查判断。如此看来，毋宁说，证据法学是一门研究事实认定的法律学科。总之，当代证据法学不应再忽视事实这个逻辑起点，而应当认真研究证据由事实三性而形成的相关性、可信性和证明力等属性，如果弄清事实的特性，就不可能弄清楚证据属性、证明过程和事实认定。

■ 要 点

1. 事实是特定事物及其关系的真实存在。它具有真实性、经验性和可陈述性。
2. 事实发生于一定时空，因而具有真实性，表现为“既成性”，并决定了查明事实真相的可能性。
3. 存在和事实具有普遍与特殊、无限与有限、可知与真知的差别。所谓事实就是经验事实。

〔1〕 [英] 戴维·M. 沃克：《牛津法律大辞典》，李双元等译，法律出版社2003年版，第411～412页。

〔2〕 [美] 理查德·A. 波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社1994年版，第259页注释。

〔3〕 高家伟、邵明、王万华：《证据法原理》，中国人民大学出版社2004年版，第3页。

4. 事实的可陈述性表现在：关于事实的知识必须通过命题来表达，人们通过命题能够学习知识。

5. 证据是与事实相关的信息，用于证明所主张事实之存在的可能性。证据所证明的是一种事实主张，而不是事实本身，因为诉讼双方提供的证据有真伪之分。

6. 对过去发生的事实，事实认定者只能通过证据进行推论而间接地加以认识。证据是联系事实客体与认识主体的惟一“桥梁”。

■ 思考题

1. 事实与存在的区别主要体现在哪些方面？为什么说“客观”事实的提法对理解事实特性没有意义？

2. 事实与证据是什么关系？我国1996年《刑事诉讼法》第42条第1款规定：“证明案件真实情况的一切事实，都是证据。”2012年《刑事诉讼法》第48条第1款规定：“可以用于证明案件事实的材料，都是证据。”这两种规定各有什么利弊？

3. 如何理解证据的信息表征特性？举例说明，证据中保留着事实的形态、结构、属性和含义等信息表征特性。

4. 举例说明，事实与证据区别的相对性。

第二节 证据属性

证据属性是证据的本质特征。对证据概念的不同界定，导致了在证据属性问题上的不同争论，形成了“两性说”（客观性和关联性）^[1]、“三性说”（客观性、关联性和法律性）^[2]和“四性说”（客观性、相关性、合法性、一贯性）^[3]等观点。随着“老三性说”（客观性、关联性和法律性）的式微，近年来，证据可采性（证据能力）和证明力逐渐被学术界接受，同时，人们也对证据的客观性提出了质疑。^[4]

本教材在继续坚持第一版“新三性说”（相关性、可采性和证明力）的基础上，试图突破“三性说”，进一步探讨了证据的可信性，因而是一种“新四性说”。

[1] 关于“两性说”，参见巫宇魁主编：《证据学》，群众出版社1983年版，第67~71页；陈一云主编：《证据学》，中国人民大学出版社2001年版，第104页。

[2] 关于“三性说”，参见刘金友主编：《证据法学》，中国政法大学出版社2001年版，第115~127页；何家弘、张卫平主编：《简明证据法学》，中国人民大学出版社2007年版，第29~34页。

[3] 参见高家伟、邵明、王万华：《证据法原理》，中国人民大学出版社2004年版，第8~26页。

[4] 参见卜建林、谭世贵主编：《证据法学》，中国政法大学出版社2010年版，第141~145页。

一、相关性

证据的相关性 (relevancy), 又称“关联性”, 是指证据与待证事实之间具有证明关系, 有助于法官审查判断事实之存在可能性的属性。

(一) 相关性是证据的根本属性

1. 相关性是证据与待证事实之间的一种逻辑联系。相关性不是哲学上的普遍联系, 而是逻辑上的特殊联系, 即证据与证明对象或待证事实之间的一种逻辑关联性。

(1) 相关性定义包含了证据与事实主张、事实主张与审判之间的两种关系。例如, 美国《联邦证据规则》401 相关性定义: “‘相关证据’是指使任何事实的存在具有任何趋向性的证据, 即对于诉讼裁判的结果来说, 若有此证据将比缺乏此证据时更有可能或更无可能。”该定义涉及两个问题:^[1] 其一, 一个证据如果有助于证明或反驳某个事实主张, 它就是相关的。例如, 提供一张发票证明某人购买了一把凶器的事实主张, 这是相关的。其二, 该事实主张如果与诉讼有实际关系, 它就具有“实质性”(materiality)。这揭示了该事实主张和审判之间的联系。假设张三被指控犯有谋杀罪, 而检控方要求他母亲就张三有疝气作证。这位母亲的证据与他有疝气的事实主张是相关的, 但他有疝气的事实主张与该审判并没有关系。然而, 如果另一位证人提供了一张发票, 证明张三购买凶器的事实主张, 这张发票有助于证明其购买凶器的事实主张, 因而是相关的; 而且, 张三购买凶器的事实主张在审判前就与该诉讼有实际关系, 又具有实质性。所以, 相关性是证据与事实主张之间的关系, 实质性是事实主张与审判之间的关系, 而相关性定义包含了这两种关系。

(2) 相关性是证据有助于证明或反驳某个要件事实的属性。相关证据提供了用以证明要件事实的信息。在判断某证据是否具有相关性时, 法官必须考虑两个问题: 其一, 提出某个证据, 与证明案件中的某个“要件事实”是否相关? 这个问题又称为“实质性”问题, 是指运用证据将要证明的问题属于依法需要证明的要件事实。其二, 提出的证据, 对该实质性问题是否具有证明作用, 即提出该证据是否有助于确立实质性问题。相关证据必须使一个要件事实更有可能或更不可能。换言之, 一个证据必须使一个要件事实“更可能或更不可能”, 才是相关的。请看以下案例:

[1] 参见 [美] 罗纳德·J. 艾伦: “相关性和可采性”, 张保生、强卉译, 载《证据科学》, 2010 年第 3 期。

【案例 1.4】

郑海艳故意杀人案

被告人郑海艳之父，于 2000 年 4 月 28 日在霸州市中心市场摆放冰柜卖冰糕时，与已在此地卖水果的被害人王瑞霞之夫勇某因摊位占用发生争吵，经他人调解，勇某让出所占位置。被害人王瑞霞、勇某不满，与郑海艳发生争执，并推拉郑家摆摊所用冰柜，致郑海艳之母刘某倒地。郑海艳见状遂抄起王瑞霞摊位上的水果刀，刺王瑞霞背部一刀，致其左肺动脉破裂、心脏左侧缘伤，造成大出血死亡。

上述事实，有现场勘查笔录、尸体检验笔录、作案凶器、证人证言等证据证实，被告人郑海艳亦供认，足以认定。根据上述证据，一、二审法院依照《刑法》第 232 条等法律的规定，认定被告人郑海艳犯有故意杀人罪。^{〔1〕}

在上述案例中，证据性事实、要件事实和要件的构成如下：

第一，证据性事实，即证据提出者所主张的事实，或诉讼双方向法庭提供的证据。包括：现场勘查笔录、作案凶器、证人证言等。

第二，要件事实，《刑法》第 232 条决定了本案的两个要件事实：①杀人故意，即郑海艳主观上有杀害他人的故意；②故意杀人行为，即刺王瑞霞背部一刀，造成其大出血死亡，客观上有故意杀人的行为。这些要件事实，是法律关于故意杀人罪的构成要件，是依法需要运用证据加以证明的实质性事实。

第三，要件，即构成一项诉因的实体法。规制本案的实体法是《刑法》第 232 条：“故意杀人的，处死刑、无期徒刑或者 10 年以上有期徒刑……”要件与要件事实是一致的，差别仅仅在于“要件”是以法律术语表达的，是实体法规定的犯罪构成要素。

判断一个证据是否具有相关性，需要三个连续性推论：一是由证据性事实（证据提出者主张的事实）得出推断性事实（事实认定者推断的事实）；二是由此推出要件事实（事实认定者经推论确信且对该争端的法律解决至关重要的事实）；三是由此推出其与实体法规定的要件。^{〔2〕}如图式 1.4 所示。

〔1〕 参见法公布（2002）第 31 号《中华人民共和国最高人民法院刑事判决书》（2001）刑复字第 218 号。

〔2〕 [美] 罗纳德·J. 艾伦等：《证据法：文本、问题和案例》，张保生、王进喜、赵滢译，高等教育出版社 2006 年版，第 149～158 页。

证据性事实——→ 推断性事实——→ 要件事实——→ 要件（第 232 条）

证人 1 作证，	被告确实刺了	被告故意杀	被告故意
被告用水果刀	被害人背部一	死了被害人	杀人（罪）
刺被害人背部	刀		
一刀			

图式 1.4 事实认定者的推论链条

一个证据，必须使要件事实更有可能或更不可能存在，才是相关的。在上面的推论链条中，证人 1 关于“被告用水果刀刺王瑞霞背部一刀”的证言，显然增加了要件事实即“被告故意杀死了被害人”的可能性。因此，法官可以裁定该证据具有相关性。

2. 相关性不是充分性。相关性的门槛并不高，只要所提供的证据与待证事实有任何逻辑联系，有助于事实认定者对事实发生的可能性作出判断就够了。美国《联邦证据规则》401 的“任何趋向性”，说的就是这个意思。澳大利亚《1995 证据法》第 55 条说的也是这个意思：“诉讼程序中具有相关性的证据是指，若其被采纳，就能合理地（直接或间接）影响对诉讼程序中的争议性事实之存在可能性进行评估的证据。”

相比之下，“充分性是指该证据足以允许一项裁决。相关性仅仅检验证据与要素性事实和推断性事实之间的逻辑关系，那是由‘任何趋向性’标准来决定的”^{〔1〕}。有时候，我们容易将相关性和充分性相混淆。比如，有人可能说：某个证据是不相关的，因为它并未证明该案件。其实，这说的不是相关性，而是充分性。因此，提供相关的证据来证明或反驳一种事实主张，与提供充分的证据来证明或反驳某个人有罪或有责，是两个性质不同的问题。以案例 1.5 为例：

【案例 1.5】

人民诉詹森

被告詹森是加州一所监狱的囚犯。一天，他收到一个包裹单，便去收发室取包裹，但没拿到。从第二天开始，不是收发室的警官休假，就是押送犯人取包裹的警官休假，一再拖延。因此，他要求见一个中尉或领班警官，以便拿到包裹。但仍然没人理他。最后到 28 日（已等了 16 天），他采取了一个措施：早餐后扣留了盘子，那是违规行为。狱警要求他交回盘子，詹森则

〔1〕 [美] 罗纳德·J. 艾伦：“相关性和可采性”，张保生、强卉译，载《证据科学》2010 年第 3 期。

说想见一位领班警官，争端由此发生。控辩双方对争端的解释完全不同。检控方证人（几个狱警）作证：狱警打开牢门上的送餐口小门，让詹森把盘子交出来，詹森拒绝了。因此，该狱警叫来8~10位狱警帮忙。詹森在牢房里端着盘子。当牢门打开时，他一摔盘子，便向站在前面的狱警沃克冲过来。沃克按平时训练和詹森格斗，把他推进牢房，喊道：“趴下，趴下，住手，停止进攻。”但詹森继续攻击，拳打脚踢。然后，一位狱警给他戴上手铐，但詹森还是反抗，并打伤了两位狱警。地区检察官以两项殴打罪指控詹森。辩方证人（几个囚犯和被告）的证言则是：其一，狱警没把还盘子的送餐口小门打开，詹森一直等待那扇小门打开，以便把盘子交出去。其二，沃克等狱警在牢门打开前就戴着防护手套。其三，被告认识沃克狱警多年，知道他有殴打犯人的前科。所以，当他拿着盘子站在那儿的时候，他能认出沃克（戴着名签）。这时，不是递盘子的小门打开了，而是牢门打开了，詹森想自己要挨打了。于是他扔掉盘子，用手抱住自己的头，殴打便发生了。

在上述案例中，辩方提出一个证据：“狱警在牢门打开前就带着防护手套”。这个证据性事实与什么要素性事实相关呢？让我们看图式1.5的推论链条：



图式 1.5 证据性事实与要素性事实的相关性

在图式1.5中，“狱警们佩戴着防护手套”这个证据，经过推断性事实1~3，与本案的“要素性事实”（①狱警们先动手打人；②詹森作了自卫性还击）联系起来。这两个要素性事实对于辩护方的“正当防卫”之辩，属于依法需要证明的“实质性”问题。辩方提出的这个证据，使一个要素性事实更有可能或更不可能，就表明其具有相关性。狱警们收餐盘时本来不该戴防护手套，但他们却佩戴了，这就意味着他们想挑起战斗。当然，狱警们也许是因其他理由而带防护手套，这个证据对证明他们先动手打架并不是强有力的充足证据。然而，相关性并不在于该证据证实狱警们先动手打架是真还是假，而只要有助于证明狱警们是否先动手打架就够了。艾伦教授说：“相关性是证据在审判中被提供时加以判断的，

而充分性是在所有证据被采纳后加以判断的。……对一个可接受的裁决来说，相关性本身是必要但非充分的。”〔1〕

（二）相关性是现代证据制度的基本原则

1. 相关性原则是在自由证明理论的基础上建立起来的。历史上的法定证据主义，虽然用现代符合理性的证据（首先是证人证言）取代了建立在信仰和迷信之上的证据，具有历史进步性；但其只重视直接证据（口供和证人证言），忽视间接证据的作用，规定仅靠间接证据不能定罪，又规定强有力的间接证据只构成“半个证明”，另一半证据必须是口供，这使刑讯逼供合法化了。因此，“消灭刑讯，意味着同时要抛弃法定证据理论”〔2〕。这导致了自由证明原则的确立。

自由证明理论有两大贡献：一是使间接证据受到重视。法官可以不必迷信口供，而根据大量间接证据证明，使无罪认定如此不可能，以至于必须在将其视为不可能的情况下，宣判拒不认罪者有罪。这显示了人类对自身认识能力的信任与尊重。二是使大陆法系证据制度改革更加理性化，即要求“法官应当对事实认定作出详细的论述，并对采信特定的证据材料进行正当性论证”〔3〕。这里的“正当性”，就是相关性。相关性原则不考虑哪些是直接证据、哪些是间接证据，只考虑证据与待证事实之间是否有任何逻辑关联性，是否对证明要件事实具有任何帮助作用。依据相关性证据，事实认定者就能合理地对诉讼程序中的争议事实发生的可能性进行评估，从而作出理性的裁判。

2. 相关性作为现代证据制度基本原则的意义〔4〕。

（1）以理性的证据裁判取代了非理性的神明裁判和半理性的口供裁判。法定证据主义用符合理性的证据（证人证言）取代了愚昧的神明裁判，但因忽视间接证据的作用，又导致了刑讯逼供的“口供裁判”，是一种半理性的证据制度。相关性作为现代证据制度的基本原则，“禁止接受任何无相关性、逻辑上不具有证明力的东西”。因为，只有相关证据才有助于事实认定者（法官或陪审团）通过经验推论认定案件事实，作出理性裁判。只有把相关性奉为现代证据制度基本原则，才能摒弃人治社会半理性的“口供裁判”原则，确立法治社会理性的证据裁判原则。

（2）以相关性为基础建立起来的现代证据制度，原则上要求法官采纳任何

〔1〕 [美] 罗纳德·J. 艾伦：“相关性和可采性”，张保生、强卉译，载《证据科学》2010年第3期。

〔2〕 参见 [德] 拉德布鲁赫：《法学导论》，米健译，法律出版社2012年版，第八章“程序法”。

〔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、魏晓娜等译，中国人民公安大学出版社2006年版，第276页。

〔4〕 以下参见 [美] 罗纳德·J. 艾伦等：《证据法：文本、问题和案例》，张保生、王进喜、赵滢译，高等教育出版社2006年版，第147~149页。

具有相关性的证据。道理很简单，对于事实认定的准确性来说，采纳的证据越多越好，而不是证据越少越好。证据中保留着事实发生和存在的信息，信息越丰富，事实认定越准确。因此，相关性实质上是一个鼓励采纳证据的规则。除非存在法律另有规定的排除情形，所有在逻辑上具有相关性的证据都具有可采性。

(3) 相关性的检验标准是逻辑和一般经验。就是说，什么证据具有相关性，不是由法律所规定的，而要借助逻辑、常识或一般经验来判断。相关证据有助于事实认定者评估要件事实存在的可能性，而这种可能性是以人的日常生活经验或概括为根据的。“相关性的核心问题是，一个证据性事实能否与事实认定者先前的知识和经验联系起来，从而允许该事实认定者理性地处理并理解该证据。如果一个正常人在处理该证据之后考虑该案要素性事实时受到了这个证据的影响，该证据就是相关的，否则，就是不相关的。”^[1]

二、可采性

证据的可采性 (admissibility)，又称“证据能力” (competency of evidence)，是指“在听审、审判或其他程序中被允许进入证据的品质或状况”^[2]。“可采的证据：是相关的并具有诸如无不公正的偏见、不基于传闻、不属于特免权等品质，法院应当接受它的证据。”^[3]可采性或证据能力，均是指具有一定资格的证据才可以采纳。

(一) 可采性是能否被法院采纳为证据的属性

1. 相关性是可采性的必要条件。可采性涉及不相关证据的排除。“相关证据一般具有可采性；不相关的证据不可采”^[4]。同样，“与待证事实具有关联性的东西才具备证据能力”^[5]。因此，没有相关性的证据不具有可采性，与“没有关联性的证据不具有证据能力”，说的是一回事。

什么是必要条件？“某条件不出现就一定不能导致某后果；而某条件出现，后果的情况不定，可能出现，也可能不出现，这个某条件就叫做必要条件。”^[6]人们通常说“种瓜得瓜，种豆得豆”，就是对必要条件的一个比喻。它有两层含义：一是指“不种瓜不得瓜，不种豆不得豆”，没有前件 p，就没有后件 q，不播

[1] [美] 罗纳德·J. 艾伦：“相关性和可采性”，张保生、强卉译，载《证据科学》2010年第3期。

[2] *Black's Law Dictionary (8th Edition)*, Thomson West, 2004, p. 50. Admissibility: “The quality or state of being allowed to be entered into evidence in a hearing, trial, or other proceeding.”

[3] *Black's Law Dictionary (8th Edition)*, Thomson West, 2004, p. 595. “admissible evidence. Evidence that is relevant and is of such a character (e. g., not unfairly prejudicial, based on hearsay, or privileged) that the court should receive it.”

[4] 美国《联邦证据规则》402。

[5] 何家弘主编：《证据法学研究》，中国人民大学出版社2007年版，第94页。

[6] 苏天辅主编：《形式逻辑》，中央广播电视大学出版社1983年版，第197页。

种就一定没收获；二是指“种瓜不一定得瓜，种豆不一定得豆”，有了前件 p，后件 q 不定，播了种子也不一定就有收获，因为还有天灾人祸。

相关性作为可采性的必要条件有两层含义：其一，没有相关性，便没有可采性或证据能力，应当绝对排除。例如，最高人民法院《行政诉讼证据规定》第 49 条第 1 款规定：“法庭在质证过程中，对与案件没有关联的证据材料，应予排除并说明理由。”其二，具有相关性的证据并不必然具有可采性或证据能力。《〈人民法院统一证据规定〉司法解释建议稿》第 12 条（证据的可采性）规定：“所有相关证据均具有可采性，法律和本规定另有规定的除外。……”〔1〕就是说，不相关是排除证据的主要理由，但不是惟一理由。某些证据将根据有关法律所规定的理由而被排除。

2. 可采性是容许和排除的统一。可采性首先是指证据的“容许性”或“资格”，是规制何种证据应当采纳的证据规则。如果一个证据对事实认定者评估要件事实存在的可能性有所帮助，它就有相关性，法官就应该采纳。“最小相关性检验标准”即美国《联邦证据规则》401 的“任何趋向性”，旨在告诫法官不要排除此类证据。它体现了“倾向于采纳并依靠所有有用信息的联邦政策”。按照这个最低检验标准，如果提供一个证据，与不提供、不知道该证据相比，将使要素性事实的存在更可能或更不可能，法官就将认定其具有相关性。〔2〕如果一个证据可有可无，对事实认定没有什么帮助或促进作用，它才不具有相关性。

可采性还指证据的“不容许性”或“排除”。这是可采性规则的限制功能。它起着某种“过滤器”或“安全阀”的作用。例如，品性证据规则、非法证据排除规则等就体现了可采性规则的限制功能。在西方两大法系，都能看到以排除规则来贯彻可采性和证据能力规则的情况：在英美法系国家，相关证据的可采性有很多例外，即由法律规定了一系列排除规则。塞耶说：“……事实上，实际发生的情况是由法官不时地就一个又一个事件加以排除；这样，这种排除所依据的规则才逐渐地得到承认。这些排除规则都有其例外；因此法律呈现出这样的情形，即形成一套基本的排除规则；接着对这些规则又形成了一系列例外……”〔3〕同样，在大陆法系国家，法律对无证据能力的情形有明确的规定。例如，在德国，依据“证据禁止理论”对证据能力加以限制，如违背搜查、扣押程序而取

〔1〕 张保生主编：《〈人民法院统一证据规定〉司法解释建议稿及论证》，中国政法大学出版社 2008 年版，第 11 页。

〔2〕 参见〔美〕罗纳德·J. 艾伦等：《证据法：文本、问题和案例》，张保生、王进喜、赵滢译，高等教育出版社 2006 年版，第 154 页。

〔3〕 〔美〕塞耶：《普通法证据初探》，转引自〔美〕罗纳德·J. 艾伦等：《证据法：文本、问题和案例》，张保生、王进喜、赵滢译，高等教育出版社 2006 年版，第 148 页。

得的物证和违背勘验程序所形成的勘验笔录，以及非出于任意性的自白，一般被认为不具有证据能力。

可采性规则并非只起限制作用，它同时还可以发挥激励作用。“在美国对于可采性有两个限制。第一个是不公正的偏见，这种观念指证据既能证明一个事实为真，但又会将其他能够使事实认定者产生偏见的事实展示出来。……如果不公正的偏见在实质上超过了证据的证明价值，我们就允许排除该证据。”“另一个对于可采性的限制，可能就是……创造激励措施之类的政策。”^{〔1〕}例如，事后补救措施、和解与提议和解、支付医疗费用等不得用以证明过错和责任的证据规则，就是为了激励人们行善。

3. 可采性、采纳与采信的区别。采信，涉及所谓“采纳作为定案的依据”问题。我国学者区分了证据的“采纳”和“采信”两个概念。“办案人员审查认定证据的内容主要包括两个方面：一是审查证据能力，确认其是否具有证据资格，是否可以进入诉讼的‘大门’；二是审查证明效力，即审查获准进入诉讼程序的证据是否真实可靠或者其证明是否有效，是否具有充分证明案件事实的证明力，是否足以作为认定案件事实的根据。”前者可以称为证据的采纳，后者可以称为证据的采信。^{〔2〕}根据以上界定，证据的采纳是对可采性（即证据能力）的裁定，证据的采信是对证明力（即证明价值、证明效力）的裁定。没有被采纳的证据，也就是没有可采性的证据；只有被采纳之后，证据才可能进一步被采信，成为定案的依据。关于可采性、采纳和采信，需要从陪审团审判和法官审判两种情况来进行分析。

（1）在陪审团审判中，证据的可采性和采信有明显区别，可采性意味着采纳或排除，这是一个由法官来裁定的问题，即法官是否将证据提交给陪审团；采信是指认证，即陪审团是否将证据作为定案的依据。经法官裁定具有可采性的证据，才交由陪审团听审，通过质证和认证对其真实性、可信性等属性进行判断。如果陪审团认为某些证据不具有可信性、真实性，这些证据就不会对陪审团裁决发挥作用。但由于陪审团裁决无须说明理由，哪些证据被采信或者采纳作为定案依据的问题便被掩盖了。“至少在美国的制度中，陪审团是黑箱操作。由于陪审团秘密评议，无法知道陪审团处理了哪些信息以及他们如何处理审判信息中那些未被错过和忘记的部分。”^{〔3〕}

〔1〕 [美] 罗纳德·J. 艾伦：“相关性和可采性”，张保生、强卉译，载《证据科学》2010年第3期。

〔2〕 何家弘：“证据的采纳和采信——从两个‘证据规定’的语言问题说起”，载《法学研究》2011年第3期。

〔3〕 [德] 托马斯·魏特根：“刑事诉讼关涉真实吗？——一个德国的视角”，冯俊伟译，载《中国刑事法杂志》2011年第7期。

(2) 在没有陪审团的法官审判中, 情形有所不同。由于法官作为唯一的事实认定者, 统揽了证据的采纳、排除和事实认定, 法官对可采性或证据能力的判断, 与其能否作为定案依据的判断, 有时候是交织在一起的。因此, 证据的采纳和采信之间的区分并不那么明显。为了防止法官滥用这种判断权, 法官排除证据或不予采信, 必须在判决中阐明理由。

即使在法官审判中, 采纳与采信仍有某些差别:^[1]

第一, 二者指涉的对象和性质不同。采纳是对证据能力或资格的审查判断, 采信是对证据证明力的审查判断。被采纳的证据, 才有资格作为裁判基础或定案的依据; 被采信的证据, 才能实际上作为定案的依据。证据采纳本质上是一个证据法适用问题, 是对排除规则或其他形式的可采性规范的适用; 而证据采信本质上属于事实认定或内心确信问题。

第二, 二者在立法和司法方面奉行的原则不同。在立法方面, 对证据的采纳要坚持两个原则: 一是鼓励采纳证据的原则, 即减少对相关证据的人为排除; 二是排除规则的正当化原则, 即只有存在能够证成的理由, 才能够设置排除规则, 人为地排除具有相关性的证据。对证据的采信则坚持自由证明原则。在司法实践中, 证据的采纳和排除要遵循法律解释的方法论, 确定排除规则所依据的法律原则和证据政策; 而证据采信要遵循证据分析的方法论, 通过经验推论或运用系统化的概要或图示法等, “对有关事实争议问题的论证进行建构、批评和评价”^[2]。

第三, 二者的评价结果不同。证据采纳是对可采性的评价, 其结果是两分式的: 要么采纳该证据, 要么排除该证据, 不可能“在一定程度上”采纳该证据。^[3] 但证据的采信, 结果往往不是两分式的: 一项证据并非绝对可信或者绝对不可信, 而只是“在一定程度上”可信。因为, 证据采信是对证明力的评价, 而证明力本身是一个程度问题。另外, 证据采纳一般是对单项证据而言, 所作出的采纳或排除的裁定, 实际上是针对一个具体的证据。但证据采信, 并非针对单项证据, 而是要回答: 对待证事实而言, 所有相关证据所构成的集合是否具有充分的证明力, 从而足以作为一项事实认定的根据。例如, 对于待证事实 F, 存在三份相关的证人证言 A、B、C。其中, B 和 C 内容相同, 证明 F 成立; A 与它们

[1] 以下五点差别由樊传明博士和冯俊伟博士执笔概括。

[2] [美] 特伦斯·安德森、[美] 戴维·舒姆、[英] 威廉·特文宁:《证据分析》, 张保生、朱婷、张月波等译, 中国人民大学出版社 2012 年版, 前言第 1 页。

[3] 有的时候, 法律要求一项证据具有“有限可采性”, 也就是说: 它仅仅对于一方当事人或者对于特定目的具有可采性, 而对于另一方当事人或其他目的则不具有可采性。例如, 通过刑讯逼供所获得的讯问笔录通常不具有可采性, 但如果为了证明该刑讯逼供行为的存在, 则具有可采性。即使在有限可采性的情况下, 证据采纳的结果仍然是两分式的, 因为对于任何一个特定的待证事项而言, 该证据要么可采要么不可采。

冲突，证明 F 不成立。证据采纳需要解决的问题是：A 是否可采？B 是否可采？C 是否可采？这三个问题需要分别回答。但证据采信是要综合考虑这三份证言的证明力，并不停留在对 A、B、C 的分别评价上。法官在综合评价了 A、B、C 三份证言后，可能得出的结论是：这三份证据都有一定可信性，但 B 和 C 的证明力明显超过 A 的证明力，因而根据优势证据标准采信 B 和 C 的证言内容。^{〔1〕} 在这种情况下，如果说“法官采信了 B 和 C，未采信 A”，很容易在语言上造成以下两点误解：首先，认为证据采信是对单项证据而言，是法官对 A、B、C 的分别采信；其次，未采信 A 就说明法官认为 A 不可靠，因而完全否定了 A 的证明力。实际上，证据采信尽管包括对 A、B、C 证明力的分别评价，但需要进一步综合考虑它们对于待证事实 F 的证明效果；并且，不采信 A 也并不意味着认定 A 没有证明力，只是说明它在现有证据体系中的相对证明力太小，按照证明标准不足以作为认定（或不认定）待证事实的依据。

第四，二者的适用程序有所不同。从诉讼程序上说，证据采信是在法官退庭评议环节进行的；而证据的可采性，主要是庭审证据调查阶段所要解决的问题，法官依职权或者根据诉讼双方的异议，即时对排除证据动议作出裁定，是为采信证据（或形成内心确信、作出事实认定）提供信息输入机制和程序保障而已。以非法证据排除为例，根据我国 2012 年《刑事诉讼法》第 56 条第 1 款：“法庭审理过程中，审判人员认为可能存在本法第 54 条规定的以非法方法收集证据情形的，应当对证据收集的合法性进行法庭调查。”第 58 条：“对于经过法庭审理，确认或者不能排除存在本法第 54 条规定的以非法方法收集证据情形的，对有关证据应当予以排除。”可见，这里排除证据的裁定，与最终的退庭评议程序是分开。

第五，二者的法律后果不同。如果法官排除了一项证据，这是一项适用法律的行为，必须说明法律依据。根据美国《联邦证据规则》103（a）“错误裁定的后果”，审判中的一项采纳或排除证据的错误裁定，如果影响到当事人的“实质权利”（如宪法权利），或者该错误使无辜的人被错误定罪这样一种审判结果，就可以成为上诉复审、撤销原判或发回重审的理由。^{〔2〕} 我国也应当针对证据采纳和排除的错误，规定明确的法律后果。可以通过扩张解释 2012 年《刑事诉讼法》第 227 条，“第二审人民法院发现第一审人民法院的审理有下列违反法律规

〔1〕 这里是以民事诉讼中的“优势证明”标准为例进行分析。在刑事诉讼中，认定 F 需要满足更高的证明标准，需要在更大的程度上采信 B、C 并且不采信 A。也就是说，在综合评价了这三份证言的证明力后，认为 A 尚达不到构成一个对 F 的“合理怀疑”的程度。

〔2〕 参见 [美] 罗纳德·J. 艾伦等：《证据法：文本、问题和案例》，张保生、王进喜、赵滢译，高等教育出版社 2006 年版，第 133 ~ 134 页。

定的诉讼程序的情形之一的，应当裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判：……⑤其他违反法律规定的诉讼程序，可能影响公正审判的”。将一审法官错误地采纳或排除证据的情况，视为“其他违反法律规定的诉讼程序，可能影响公正审判的”情形，对于采纳或排除证据的错误所造成的法律后果，二审法院可据此撤销原判、发回重审。与证据采纳不同，法官对证据采信与否属于事实认定问题，应当受自由证明原则保护。尽管现代大陆法系国家确立了心证公开原则，要求“庭审法官应当在论述详尽的判决意见中，对其事实认定的合理理由作出具体的论证”〔1〕，但我们认为，心证公开原则与自由证明原则存在一定的紧张关系。在大陆法系，德国法对心证公开要求较严，法国和比利时等国对心证公开要求则不太严格，对于采信证据错误而造成案件事实认定错误的情况，根据我国《刑事诉讼法》，将会导致直接改判或者撤销原判、发回重审的结果〔2〕。

（二）可采性规则的价值基础

一般而言，可采性规则的激励功能，是为了追求准确价值。为了准确认定事实，应尽可能采纳相关证据。采纳证据的理由只有一个，即具有相关性。

然而，可采性规则的限制功能，却以多种价值或政策理由为基础。例如，基于准确价值的传闻排除规则、品性证据排除规则；基于公正价值的非法证据排除规则；基于和谐价值的作证特免权规则、不得用以证明过错和责任的规则；基于效率价值的重复证据排除规则；等等。美国《联邦证据规则》403“以偏见、混淆或费时为由排除相关证据”，则结合了公正、准确和效率等价值的综合考虑。2012年最高人民法院《刑诉法解释》第203条规定：“控辩双方申请证人出庭作证，出示证据，应当说明证据的名称、来源和拟证明的事实。法庭认为有必要的，应当准许；对方提出异议，认为有关证据与案件无关或者明显重复、不必要，法庭经审查异议成立的，可以不予准许。”这是结合了准确价值和效率价值的综合考虑。

（三）可采性和证据能力的细微差别

由于依据的法律传统不同，可采性和证据能力还是有一些区别，主要体现在以下两个方面：一是适用范围不同。在西方普通法系，可采性规则的适用范围较宽，一般没有什么限制。在西方大陆法系，证据能力规则的适用范围受到一定限制，主要是指证据用于严格证明的能力或资格，即允许作为证据加以调查并得以

〔1〕 [美] 米尔吉安·R. 达马斯卡：“自由心证及其面临的挑战”，载 [美] 米尔吉安·R. 达马斯卡：《比较法视野中的证据制度》，吴宏耀、魏晓娜译，中国人民公安大学出版社2006年版，第214页。

〔2〕 2012年《刑事诉讼法》第225条规定：“第二审人民法院对不服第一审判决的上诉、抗诉案件，经过审理后，应当按照下列情形分别处理：……③原判认定事实不清楚或者证据不足的，可以在查清事实后改判；也可以裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判。”

采纳的能力或资格。在德国证据理论中，证明分为严格证明和自由证明。严格证明，是针对犯罪事实是否存在以及与刑罚权范围有关的待证事实，严格依据证据法规定进行的证明；自由证明是针对若干程序事实，非严格依据证据法规定，而是主要依靠法官的自由裁量权进行的形式较为灵活的证明。^{〔1〕}二是在语言表述上也有细微差别。例如，在西方普通法系审判中，不应当采纳的证据具有“不可采性”（inadmissibility），是“不可采的证据”；在西方大陆法系，不应当采纳的证据“不具有证据能力”，称为“缺乏证据能力”。

三、证明力

证据的证明力（probative force），又称“证明价值”（probative value），是指证据对于待证事实存在的可能性具有的证明作用及其程度。

（一）证明力是一种以相关性为基础的说服力

证明力是一个与相关性紧密相连的概念，这可从两个方面来理解：

1. 相关性决定潜在证明力。例如，在案例1.4中，要证明郑海艳用水果刀刺了王瑞霞背部一刀（待证事实），公诉人提供了行凶的水果刀作为物证，又提供了目击证人，这些证据显然与待证事实有相关性。“相关性涉及的是某项信息在支持或否定某事实结论（待证事实）的存在方面的证明潜力。”^{〔2〕}相关性本身是一种逻辑上的证明力。证据由于具有相关性而具有证明力，因而有助于法官审查判断案件事实发生的可能性；不相关的证据就没有证明力。鲍尔说：“相关这个词是指具有某种证明力和没有证明力之间的区别……对可能性的某种改变和没有改变之间的区别，似乎得到了普遍的承认。”^{〔3〕}

2. 相关性和证明力之间仅有程度上的区别。相关性意味着证据与待证事实之间有逻辑联系，只要有任何逻辑联系就具有相关性；而证明力意味着这种逻辑联系的程度。证明力是证据对事实认定者的一种说服力。澳大利亚《1995 证据法》第55条把证明力规定为：“指证据可以合理地影响评价系争事实存在可能性的程度。审判人员必须首先分析该证据的说服力，即提供用以证明的证据对自己思考要素性事实所产生的证明力。”

（二）证明力是相关程度或证明作用强弱的指示器

根据最高人民法院《民事诉讼证据规定》第66条的规定，证明力是指“各证据与案件事实的关联程度”，即某个证据对某个事实存在与否的可能性加以证

〔1〕 卞建林主编：《证据法学》，中国政法大学出版社2007年版，第59页。

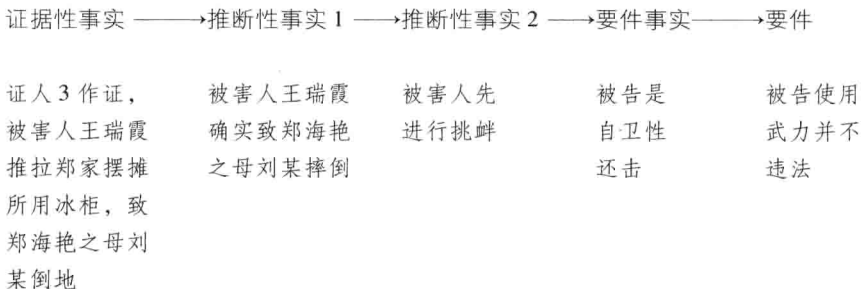
〔2〕 [美] 米尔建·R. 达马斯卡：《漂移的证据法》，李学军等译，中国政法大学出版社2003年版，第76页。

〔3〕 沃恩·C. 鲍尔：《有条件相关性的神话》，转引自转引自[美] 罗纳德·J. 艾伦等：《证据法：文本、问题和案例》，张保生、王进喜、赵滢译，高等教育出版社2006年版，第154页。

明的程度。一个证据对待证事实发生的可能性有无证明作用，意味着有无相关性；而证明作用的强弱则属于证明力问题。假设在案例 1.4 中，辩护方根据《刑法》第 20 条关于正当防卫不负刑事责任的规定，为被告人作正当防卫之辩，要证明郑海艳用水果刀刺了王瑞霞背部一刀是因为被害人先挑衅：

辩护方证人 3 作证：被害人王瑞霞与郑海艳发生争执，并推拉郑家摆摊所用冰柜，致郑海艳之母刘某倒地。

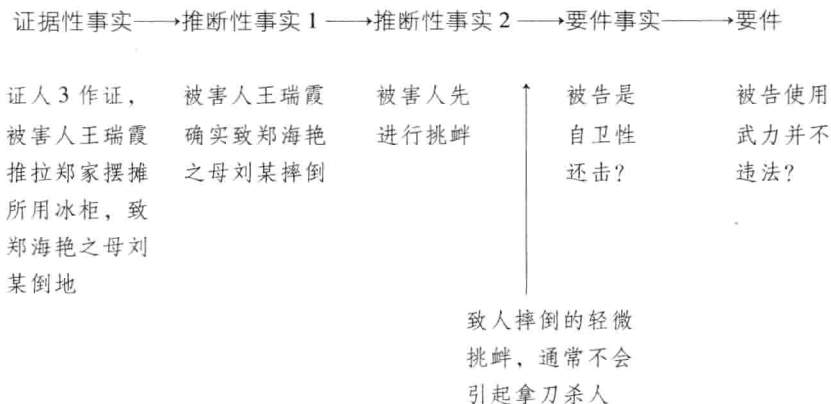
这个证据虽然有相关性，但与待证事实之间的关联程度显然较低。辩方的推论过程如图式 1.6 所示：



图式 1.6 正当防卫的推论链条

在这个推论链条中，证人 3 的证言虽然与要件事实有一定程度的相关性，但其证明力却微乎其微。“所谓证明力，是指证据对于案件事实所具有的证明作用和效力，即证据对于案件事实的存在与否以及多大程度上有证明作用。”^{〔1〕}证明力可以用诸如“很高”、“较高”、“较低”或“微乎其微”等量词来描述，用于测量其强度。证明力“微乎其微”的证据，一般缺乏经验基础，或者说违背常识或常理，因而对事实认定者缺乏说服力。因此，事实认定者（法官或评审团成员）对上述推论链条可提出质疑：被害人王瑞霞先挑衅（推拉郑家摆摊所用冰柜，致郑海艳之母刘某倒地），就足以促使被告拿刀杀人吗？这是一种正当防卫吗？其可能的推论过程如图式 1.7 所示：

〔1〕 汪建成、孙远：“刑事证据立法方向的转变”，载《法学研究》2003 年第 5 期。



图式 1.7 质疑正当防卫的推论链条

在上述推论链条中，从推断性事实 2 到要件事实之间，有一个概括：“致人摔倒的轻微挑衅，通常不会引起拿刀杀人。”这个概括所表达的概率（“通常”），是法官对证人 3 证言之证明力评估的主要成分。因此，证明力是一种以经验为基础的说服力。证人 3 的证言，对于证明被告人正当防卫的要件事实来说，显然证明力太低。

（三）直接和间接证据并不反映证明力大小

1. 直接和间接证据的区别。“直接证据一般被定义为，如果相信了就能证实某个要件的证据。”^{〔1〕} 一个证据与待证事实之间的联系是直接的，不需要中间推断环节，这种证据称为直接证据。例如，在案例 1.4 中，假设：有一位目击证人作证说，他看见被告抄起王瑞霞摊位上的水果刀刺向被害人。在该证言被相信的情况下，它就成为郑海艳对王瑞霞行凶的直接证据。

但在许多情况下，一个证据与待证事实的联系并不是直接的，而是间接的，即需要一些中间推断环节。请看以下案例：

【案例 1.6】 某市发生一起首饰店抢劫案。犯罪嫌疑人当时正在“逃离”案发现场，因而被警察抓住。在审判过程中，检控方一位证人作证说，在那家首饰店刚被抢劫后，他看见被告人（被控犯有抢劫罪）正从首饰店跑向另一条街。

〔1〕 [美] 罗纳德·J. 艾伦：《证据法：文本、问题和案例》，张保生、王进喜、赵滢译，高等教育出版社 2006 年版，第 155 页。

上述证人证言可以被视为该被告人有罪的间接证据，因为这一证言并没有直接证明犯罪主体的身份要件。要证明被告人同抢劫联系在一起，还需要一些补充性推断，例如，被告人实施了犯罪行为，之后逃跑，以免被抓。

2. 任何证据均无预设的证明力。历史上出现过迷信直接证据的法定证据主义时代。主要特点是法律预先明文规定了各种证据证明力的大小及其取舍，忽视了法官经验在事实认定中的作用，剥夺了法官的自由裁量权。这种影响至今还在，例如，最高人民法院《民事诉讼证据规定》第77条“……④直接证据的证明力一般大于间接证据……”的规定，就把直接和间接的问题与证明力大小的问题混淆了。证明力是指一个证据对待证事实证明作用的大小。直接证据与待证事实有直接联系，并不意味着其证明力大。例如，证人证言是直接证据，但其证明力就不一定大于诸如鉴定意见等间接证据。“在一个推理链条中，更多的推论步骤并不自动减少证明力。的确，例如DNA证据，要求复杂的推理链条，却依然产生很高的概率。”^{〔1〕}然而，当今又出现了对科学证据的迷信。其实，任何证据都没有预设的证明力，都不因其证据种类赋予天然的证明力。

3. 自由证明制度允许法官对证据的证明力进行自由评价。不是由法律预先规定证据的证明力大小，而是由法官在具体案件中判断证据的实际证明力。“根据《联邦证据规则》401与402，法官们将排除所有不相关的证据。这些规则似乎还规定了一种要求采纳任何具有相关性的——也就是说任何具有逻辑上的证明力的——证据的自由证明制度。”^{〔2〕}这样，证据的可采性或证据能力问题，就从法定证据制度的法律规定转变为逻辑和经验判断。这个转变的认识论意义在于，证据的证明力不再由立法者根据理论知识预先抽象规定，而是由司法者结合实践经验现场具体判断，从而使事实认定更符合认识规律。

（四）危险性超过证明力之平衡检验标准

采纳和排除证据的自由裁量权运用，是法官审判能力的一个主要指标。这种审判能力，主要体现为证据可采性和证明力的权衡。根据美国《联邦证据规则》403，法官可以偏见、混淆或费时为由排除相关证据：“相关的证据，如果具有不公正偏见、混淆争议或误导陪审团的危险，或对其过分拖延、浪费时间或无需出示累积证据的考虑，在实质上超过其证明价值时，亦可被排除，不予采用。”这又被称为“规则403危险性”。

根据可采性规则，证据只要具有相关性，一般就具有可采性。那么，在什么

〔1〕 [美] 罗纳德·J. 艾伦等：《证据法：文本、问题和案例》，张保生、王进喜、赵滢译，高等教育出版社2006年版，第169页。

〔2〕 [美] 罗纳德·J. 艾伦等：《证据法：文本、问题和案例》，张保生、王进喜、赵滢译，高等教育出版社2006年版，第149页。

情况下，可以排除相关性证据呢？就是在出现“规则 403 危险性实质上超过证明力”的情况下。在这种情况下，法官审判能力体现为可采性和证明力之间的权衡能力。平衡检验的标准是“实质上超过”。就是说，在规则 403 所列危险性“实质上”超过证明力时，即法官对证据的有害方面超过其证明力的情况十分自信时，相关证据才应当被排除。规则 403 倾向于宽容证据的错误采纳裁定，而不是错误排除裁定。那么，法官在什么情况下才倾向于排除证据呢？下表反映了法院进行规则 403 平衡检验的一项实证研究成果：^{〔1〕}

图表 1.1 证明力与可采性平衡检验的自由裁量权

所提出的相关证据的证明力	规则 403 所列因素的消极影响	审判法院是否会排除证据
高	高、中或低	否
中	高	否（也许是）*
	中或低	否
低	高	是
	中	否（也许是）*
	低	否

* 如果证明力接近“中”等范围的下限，且消极影响非常高，或者，如果证明力非常低，且消极影响接近“中”等范围的上限，规则 403 可能允许排除证据。

四、可信性

本教材第一版在论述证据相关性、可采性和证明力这三大属性时，似乎忽视了一个问题：在陪审团审判程序中，法官和陪审团有所分工，法官主要负责证据相关性、可采性的审查以及可采性与证明力的平衡检验，发挥着证据“过滤器”或“守门人”的作用；而“陪审团成员作为事实和可信性的惟一裁判者”^{〔2〕}，主要负责证据的可信性和事实认定。“主流的观点是，评估证人的可信性是一件只有陪审团才有资格做的事情，而法官的任务是在证言可信的情况下评估证言的证明力。如果法官依据《联邦证据规则》403 而行使自由裁量权，排除了他们感

〔1〕 参见 [美] 罗纳德·J. 艾伦等：《证据法：文本、问题和案例》，张保生、王进喜、赵滢译，高等教育出版社 2006 年版，第 175 页。

〔2〕 [美] 罗纳德·J. 艾伦等：《证据法：文本、问题和案例》，张保生、王进喜、赵滢译，高等教育出版社 2006 年版，第 334 页。

到不可信的证人证言，那么，陪审团作为主要事实认定者的功能就会受到极大削弱。对陪审团在评估证人可信性方面的作用加以保护，是激发证据法许多领域发展的动因。”〔1〕

在美国，要求陪审团审判是诉讼当事人的宪法权利。然而，有时候他们会放弃这种权力，而同意由法官进行审判。“在这种‘法官审判’中，法官……是考量证据的惟一的事实认定者。”〔2〕从这个意义上说，在任何国家的法官审判中，法官都不能只考虑证据的相关性、可采性和证明力，还要审查证据的可信性。可信性也是证据的一个基本属性。

特文宁教授等在《证据分析》一书中，对作为证据属性之一的可信性有系统论述，多次将“相关性、可信性和证明力”称为“证据的三个主要资格”，并指出：“在分析一个证据数据与假设的关系时，它所具有的三个主要特征或资格必须得到确定：相关性、可信性、证明（推论）力或分量。”〔3〕

（一）可信性是证据值得相信的特性

《布莱克法律词典》对“可信性”（credibility）的解释是“使某些事情（如证人或证据）值得相信的特性”〔4〕。在特文宁等《证据分析》一书的“术语表”中，“可信性”被解释为“关注一项证据或一个证据来源可被相信的程度”。可信性分为两种：一种是“有形证据的可信性属性”，包括真实性、准确性和可靠性；另一种是“言词证据的可信性属性”，包括诚实性、客观性和观察灵敏度。

（二）可信性是证据或其来源可被相信的程度

在论述证据的可信性及其来源时，特文宁教授等认为：“一个证据可以有形的东西，也可以是证言性主张。主要问题在于：我们在何种程度上能够相信（believe）这个证据所说的东西。换句话说，在符号学中，如果E*代表我们拥有事件E发生的证据，可信性问题是：E*在何种程度上证明了关于事件E实际发生了的信念或推论具有正当性？除非证据E*是完全可信的，否则，将E*和E等同起来将是一个错误。拥有E发生的证据，并不必然表明E实际上发生了。”例如，文件可以伪造，货币可以假冒，图像可以错误标记，血液样品可以混合，毒品可以栽赃给他人。

〔1〕 [美] 罗纳德·J. 艾伦等：《证据法：文本、问题和案例》，张保生、王进喜、赵滢译，高等教育出版社2006年版，第166～169页。

〔2〕 [美] 罗纳德·J. 艾伦等：《证据法：文本、问题和案例》，张保生、王进喜、赵滢译，高等教育出版社2006年版，第102页。

〔3〕 以下特文宁等关于证据可信性问题的论述，参见 [美] 特伦斯·安德森、[美] 戴维·舒姆、[英] 威廉·特文宁：《证据分析》，张保生等译，中国人民大学出版社2012年版，前言第3页、前言第6页、第79页、第84～93页、第84页的脚注15、第493页。

〔4〕 *Black's Law Dictionary (8th Edition)*, Thomson West, 2004, p. 396.

（三）可靠性是可信性的一个维度

通常，“可信性”多指证言可被相信的程度，而当评价物证、书证等可被相信的程度时，常使用“可靠性”概念，指实物证据来源的可靠性。特文宁等认为：“在包括法律在内的许多语境中，单词‘可靠性’常常被用作单词‘可信性’的同义语。困难在于，‘可靠性’比‘可信性’有更多的限制性含义。某种进程在一定程度上是可靠的，即它是一致的、可重复的或可依赖的。”因此，“不论我们考虑哪种证据，可信性都不只涉及一个维度或属性，可信性的具体属性取决于我们考虑的证据种类。言词证据可信性的属性完全不同于有形证据可信性的属性”。就是说，可信性的外延更宽，它既可指证人证言，也可以指实物证据。

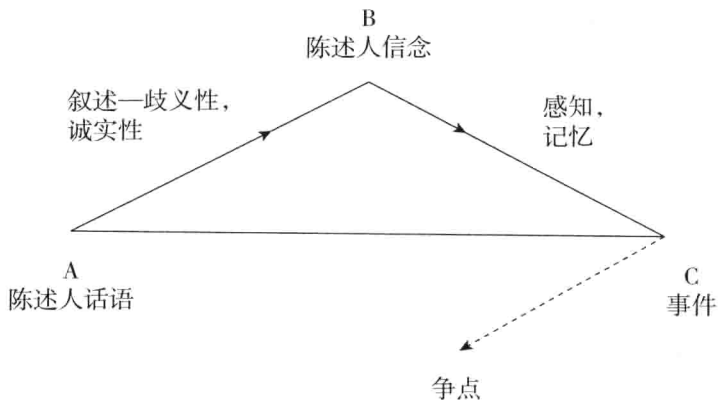
相比之下，可靠性概念外延较窄，主要是指实物证据的可信性。当专指实物证据的可信性时也可称为可靠性，特指实物证据的同一性。特文宁等认为，有形证据或实物证据的可信性包括三个特性：一是真实性（authenticity）。这是有形证据可信性的最重要因素。二是准确性/灵敏度（accuracy/sensitivity）。例如，一架照相机是否聚焦对图像模糊的影响。三是可靠性（reliability）。一个可靠的过程，是可重复、可信赖或具有一致性的过程。如一个测量仪器可以提供可靠的读数。“最终决定证据真实性的是陪审团，而不是法院。”

总之，可信性的外延大于可靠性，前者包含后者，后者是前者的一个维度。

（四）证言三角形理论与可信性评价的三个维度

1. 证言三角形中的可信性问题。按照图式 1.8 的“证言三角形理论”^{〔1〕}，证言可信性涉及四种品质：感知能力、记忆能力、诚实性、叙述能力。其中，感知能力不仅包括视力、辨色能力，还涉及观察角度等因素；每个人记忆能力不同，而且会随时间而衰减；每个人的叙述能力也有差别，其叙述之诚实性涉及证人的社会属性。事实认定者通过对上述证言品质进行推论，而形成对证言可信性的判断。

〔1〕 证言三角形概念，由劳伦斯·特赖布教授在《对传闻的三角形测量》（1974年）和理查德·O. 伦珀特与斯蒂芬·A. 萨尔茨伯格在《证据的一个现代进路》（1977年）等文章中论述之后，开始在法律学术界流行起来。转引自〔美〕罗纳德·J. 艾伦等：《证据法：文本、问题和案例》，张保生、王进喜、赵滢译，高等教育出版社2006年版，第459页脚注1。



图式 1.8 证言三角形理论

在上述证言三角形中，起点 A 是陈述人话语（证言），第一个推论是从 A 到 B 的左边线，代表从陈述人话语到陈述人“信念”心态的推论，要求对陈述人诚实性和叙述能力的信赖。第二个推论是从 B 到 C 的右边线，代表从陈述人信念到导致该信念之事件存在的推论，要求对陈述人感知和记忆能力的信赖，以及关于准确信念与真实事件相符合之一般假设的信赖。

在案例 1.2 的交通事故案中，为什么不同目击证人对同一事实提供了相反证言？这可能有多种原因。从认识论上说，没有纯粹的“中性观察”，人们头脑中已有的知识或观念会像“程序”一样对观察产生影响。从诚实性和叙述能力的维度看，对诚实性的推论，可能涉及证人的身份、与观察对象的利害关系等复杂社会性因素。例如，证人 1 之所以说他看到“一辆蓝车撞了一辆红车”，可能因为他是红车的乘客，或者与红车司机有亲属关系，等等。

2. 证言可信性评价的三个维度。特文宁教授等认为，在评价证言可信性时，要考虑三个特性：诚实、客观和观察灵敏度。①诚实，涉及与不诚实有关的犯罪和其他不当行为，诚实的品性证据，证人之间的影响（如传讹）。②客观，涉及人的主观预期如何影响信念。“客观成见”（objectivity bias）是指，无论证人是否获得感官证据，他都可能对自己相信一个事件发生或不发生抱有成见。这就是常说的“先入为主”。记忆也影响证言的客观性。③观察灵敏度，涉及证人观察的质量和持续时间。例如，是短暂一瞥，还是有机会注意事件的细节？证人的视力（辨色力）、听力等对准确观察有何影响？证人注意力是否集中？“感官成见”（sensory bias）是指，人的视觉、听觉及其他感觉可能存有成见，或许还能巧妙地欺骗观察者。④还有一些跨界问题。例如，在观察和证言中，利害关系、动机或兴趣都能影响信念的形成以及描述信念之证言的诚实性。自我矛盾，是指与先