

文川docsriver.com入驻商家巨力袋鼠合作店

Evidence Application
and
Practical Skills
in
Civil Litigation

民事 诉讼 证据运用 与 实务技巧

(增订版)

王新平——著



法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼证据运用与实务技巧 / 王新平著. -- 增订本. -- 北京: 法律出版社, 2020(2020.8重印)
ISBN 978-7-5197-4262-1

I. ①民… II. ①王… III. ①民事诉讼—证据—研究—中国 IV. ①D925.113.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2020)第026564号

民事诉讼证据运用与实务技巧(增订版)
MINSHI SUSONG ZHENGJU YUNYONG YU
SHIWU JIQIAO (ZENGdingBAN)

王新平 著

责任编辑 张发靖 李 群
装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 固安华明印业有限公司
责任印制 吕亚莉

编辑统筹 法规出版社
开本 A5
印张 11.75
字数 259千
版本 2020年3月第1版

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号
(100073)

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

书号:ISBN 978-7-5197-4262-1

定价:46.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

增订版说明

本书于2017年11月出版至今两年多时间，虽然时间不算长，但民事诉讼证据规则的变化却不可谓不大。最主要的变化是2019年12月25日，最高人民法院发布了《关于修改〈关于民事诉讼证据的若干规定〉的决定》（以下简称《修改决定》），对实施超过18年、对民商实务影响巨大的《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《民事诉讼证据规定》）作了全面、系统的修改、完善和补充。根据《修改决定》重新公布的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（法释〔2019〕19号）共100条，保留原《民事诉讼证据规定》条文未作修改的12条，对原《民事诉讼证据规定》条文修改的40条，新增加条文48条，内容繁复，亮点颇多。为了结合新的司法解释，亟须对原书进行修改，阐释和揭示新《民事诉讼证据规定》所依据的原理及实务要领。

此次修订不仅增加了“举证期限”这一讲，也对原有的各讲内容予以了充实、修订和调整；尤其是对第12讲、第13讲、第14讲大量地补充、更新、修正，变动幅度之大，可谓重新改写，进一步丰富了民事诉讼证据规则的理论体系和实务运用技巧。为便于阅览，增添了不少图表。本书附录部分，还增加了部分法院、仲裁机构等关于民事诉讼证据规则、仲裁程序证据规则的“规范性文件”，囿于篇幅限制，本部分内容收录于附录二维码

中，读者扫码即可查看。

本书因实用、易懂得到了许多读者的热烈欢迎，在出版不到一年的时间里加印5次，并被有关机构列入法律图书畅销榜单及最值得收藏的100本法律书，实在出乎我的意料；我到各地学习或交流，常有法官、律师、仲裁员谈起本书，据说对他们颇有助益。感谢大家的厚爱 and 青睐！能与大家分享本书，其中的快乐和欣慰溢于言表。当然，诸位的肯定让我更加不敢懈怠，我时时刻刻关注着立法、司法动态，前沿的证据法学理论及最新的判例资讯，希望能及时地通过增订本书，将这些信息传递给各位。但因时间、精力、天资有限，对于证据法领域一些至为晦涩而又重要之规则，我仍感力不从心，未能深究细研，期待您的不吝指正！

最后，我真诚地感谢法律出版社对本书增订的大力支持。

作者

2020年1月8日

序言 学海本无涯，尽从勤里得

民事诉讼案件最需要关注两个基本问题：一是查清事实，二是适用法律。查清事实是适用法律的前提，而事实的查清离不开证据问题，离不开当事人的举证质证及认证。民事诉讼中各种不同种类的证据如何运用？不具有法定种类的证据是否一概不具有证据能力？证据“三性”与证据能力及证明力之间是什么关系？举证责任如何分配？诸如此类的问题均十分复杂，尤其是面对司法实践中各种形形色色的案件时，这些问题就显得更加繁杂。虽然最高人民法院出台了有关民事诉讼证据规则的规定，但由于其内容比较简略，在满足实务的需求上显得有些捉襟见肘。因此，全面、科学地掌握证据法的基本原理，能从“会当凌绝顶”的理论高度，俯瞰证据规则，解决实际问题，此点在实务上显得格外重要。

“学而不思则罔，思而不学则殆”，这句话是对学习者来说的。如果把它借用到律师专业成长上，也许应表述为“办而不思则罔，思而不研则殆”。本书作者是一位颇有追求的律师，办案之余，仍矢志不渝地在求学的道路上刻苦钻研，锲而不舍，在继《激情与梦想：王新平律师辩护词代理词选录》一书出版之后，又一本《民事诉讼证据运用与实务技巧》撰写成册，值得称赞。全书分为十三讲，立足于司法实践，以课堂的形式讨论民事诉讼

证据实务问题，避免单纯空洞的理论说教，比较生动活泼。在书中，作者对证据的关联性、证明力等重要问题也都作了认真的研究，并提出了有益的见解。鲜活的素材、生动的表述、鲜明的见解，展示了作者对证据法学及实务问题的认真思考与执着探索。本书的内容主要适用于律师，但对从事法律实务的法官和仲裁员，也有裨益。

需要指出的是，虽然作者尽心地在进行写作，但本书在某种程度上还显得不够成熟。比如，对证据法基本知识这一层面着墨欠多，每一讲之间的篇幅比例不甚匀称，对若干案例的解读不够深入，某些提法或理解或许还存在值得商榷的余地，但它确实凝聚了作者认真好学、不懈求索的点点心血。我衷心地希望作者继续努力，奋进创新，在今后的学习和工作中攀上一个新的高峰，奉献出更多、更新、更好的实务成果。

是为序！

毕玉谦*

2017年2月12日

* 毕玉谦：中国政法大学民事诉讼法研究所所长，教授、博士生导师。国家法官学院原教学部主任、司法审判研究中心主任，中国民事诉讼法学研究会常务理事。我国著名证据法学家，享受国务院政府特殊津贴专家。

部分法律文件缩略语

简称	全称	文号
原《民事诉讼证据规定》	最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》	法释〔2001〕33号
《民事诉讼证据规定》	最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》	法释〔2019〕19号
《行政诉讼证据规定》	最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》	法释〔2002〕21号
《民法解释》	最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》	法释〔2015〕5号
《刑法解释》	最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国刑法〉的解释》	法释〔2012〕21号
《办理死刑案件证据规定》	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》	法发〔2010〕20号
《办理刑事案件排除非法证据规定》	最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》	法发〔2010〕20号

续表

简称	全称	文号
《诉讼时效规定》	最高人民法院《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》	法释〔2008〕11号
《民间借贷规定》	最高人民法院《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》	法释〔2015〕18号
《电子数据规定》	最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于办理刑事案件收集提取和审查判断电子数据若干问题的规定》	法发〔2016〕22号
《合同法司法解释（二）》	最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》	法释〔2009〕5号
《婚姻法司法解释（三）》	最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》	法释〔2011〕18号

002

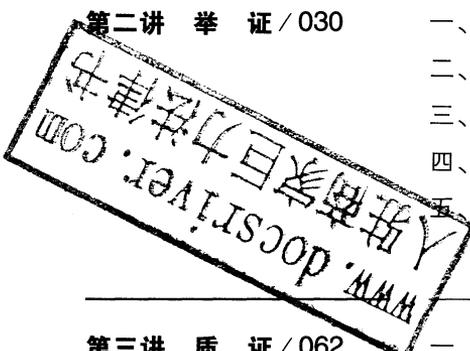
目 录

第一讲 概 述 / 003	一、证据的界定	003
	二、证据的属性	005
	三、证据能力与证明力	016
	四、足以反驳与足以推翻	026

第二讲 举 证 / 030	一、谁有权取证	030
	二、举什么证	034
	三、法官有无权力分配举证责任	043
	四、证据可否撤回	048
	五、证据目录如何编	052

第三讲 质 证 / 062	一、质证的次序	062
	二、质证的内容	066
	三、质证的方式	082

第四讲 推 定 / 084	一、相关术语比较	085
	二、典型案例评判	086



第五讲 自 认 / 099	一、自认与认诺	099
	二、诉讼外自认	103
	三、典型案例评判	106
	四、拟制自认	114
	五、撤销自认	116

第六讲 经验法则 / 118	一、常识、常理、常情	119
	二、法解释之功能	121
	三、证据法上之功能	126

第七讲 举证期限 / 142	一、延长举证期限及于双方	142
	二、不受举证期限约束的情形	144
	三、变更诉讼请求与举证期限	149

第八讲 书 证 / 152	一、书证的载体	152
	二、复印件的性质及质证	153
	三、复写件的性质及效力	155
	四、单位证明材料的性质	157
	五、笔迹鉴定的申请主体	161
	六、传真件的认证	167
	七、书证提出命令制度	170

第九讲 物 证 / 172

- 一、物证的特征 172
 - 二、物证的类别 173
 - 三、物证与书证的区别 174
 - 四、物证的出示 176
 - 五、物证的证明力 179
-

第十讲 视听资料 / 181

- 一、单一的视听资料可否采信 182
 - 二、偷拍偷录所使用的设备
 要求 185
 - 三、视听资料真实性的判断 187
-

第十一讲 电子数据 / 191

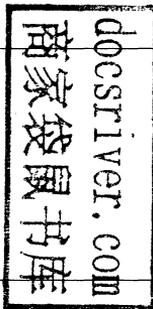
- 一、电子邮件 93
 - 二、手机短信 97
 - 三、微信聊天记录 99
-

第十二讲 证人证言 / 205

- 一、证人的资格 205
 - 二、证人证言的真实性判断 209
 - 三、典型案例评判 220
 - 四、证人信息开示 226
-

第十三讲 鉴定意见 / 228

- 一、鉴定的范围 230
- 二、鉴定的对象 234



	三、鉴定材料未经质证的后果	237
	四、何谓鉴定程序严重违法	239
	五、鉴定报告的有效期	243
	六、公估报告的性质	243
	七、鉴定意见的审查	246
<hr/>		
第十四讲 当事人	一、当事人陈述限定在诉讼	
陈述 / 269	过程中	269
	二、当事人陈述的内容未必	
	均属当事人陈述	271
	三、诉讼代理人的陈述	272
	四、慎重对待对方当事人的陈述	275
	五、预备性答辩	277
<hr/>		
附录 相关法律和	中华人民共和国民事诉讼法	
司法解释 / 279	(节录)	279
	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(节录)	282
	最高人民法院关于民事诉讼	
	证据的若干规定	289
	《最高人民法院关于民事诉讼	
	证据的若干规定》新旧	
	条文对照表	308
	其他规范性文件目录	358
<hr/>		
后 记 / 360		

我在实践中接触到不少律师，甚至是法官，发现他们在法庭上对证据的认识和运用存在不同程度的偏差。一方面与我们的证据法理论尚不成熟、不尽如人意有关；另一方面是因为他们对证据法没有做深刻的理解和透彻的把握。

证据是诉讼的灵魂，也是司法公正的基石，被称为“无冕之王”。中国人民大学法学院王轶教授曾言，作为一个合格的法律人要掌握五项基本的专业技能，其中第一项就是妥当地运用证据规则去认定案件事实的技能。我对证据法情有独钟、饶有兴趣，近年来在它身上花了不少的时间和精力，虽有所收获，但由于自己水平有限，依然没有完全领悟。证据法博大精深，浩瀚无垠，我只能拣重点要点介绍，无法面面俱到。整个讲座共有十四讲，围绕民事诉讼证据，旁及刑事诉讼证据和行政诉讼证据，侧重实务应用。

概 述

一、证据的界定

什么是证据？举个简单的例子：张三仿冒李四签名，伪造了一张借款人为李四的借条，随后张三起诉李四返还借款。这张伪造的借条是否属于证据？

回答这个问题，必然要明确证据的含义。我国著名证据法学专家何家弘教授与其弟子刘品新教授合著的《证据法学》教材认为：“所谓证据法中的证据，就是指证明案件事实或者与法律事务有关之事实存在与否的根据。无论这‘根据’是真是假或半真半假，它都是证据；无论这‘根据’是否被法庭采信，它都是证据。至于这‘根据’的具体表现形式或存在形式，那就是有关法律中列举的物证、书证、证人证言、当事人陈述、勘验检查笔录、鉴定意见、视听资料、电子数据等。”

按照该教材的定义，设例中的借条无疑属于证据。我们说证据要具有“三性”，即真实性、合法性和关联性。既然借条是伪造的，不具有真实性，又说它是证据，怎么回事呢？请大家思考一下。

这里要区分证据和定案证据。定案证据又称定案根据，是裁判者据以认定案件事实的证据。三大诉讼法均规定，证据必须查

证属实，才能作为认定事实的根据。认定事实的根据，即是定案证据。

证据和定案证据是一对既有联系又有区别的概念。定案证据都是证据，但证据并不一定都能成为定案证据。那些经法庭审查判断，不具有真实性、合法性或关联性的证据，虽仍然是证据，但不能成为定案证据。定案证据是指具有真实性、合法性、关联性，且能证明待证事实的证据。从逻辑上看，定案证据是证据的一个子概念，二者存在种属关系。

证据要有“三性”，是从定案证据的角度而言，还没有成为定案根据的证据，它不要求具有“三性”。正是通过对证据“三性”的甄别与评价，决定其能否作为定案的根据，从而完成从证据到定案证据的飞跃。有人将定案证据直接等同于具有“三性”的证据，这是片面的认识。具有“三性”是定案证据的必要条件，但非充分条件，定案证据除了要具有“三性”外，还要有一定的证明力，达到法律规定的相应标准，能够证明待证事实。

从证据到定案证据，可归结为一条作业流水线，基本流程如图1所示：

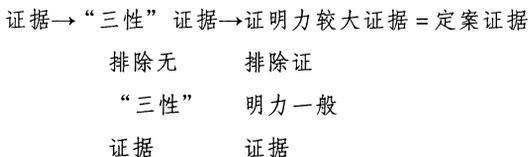


图1 从证据到定案证据的基本流程

总之，“证据”一词有时指定案根据前的证据，有时指定案证据，应当分清其不同的语境。弄清了证据与定案证据的区别之后，伪造的借条之所以还是证据，这个疑惑也就迎刃而解了。

为更好地理解证据的定义，有必要介绍一个相近术语“证据材料”。这个概念实践中也常出现，有的判决书会写：“原告为支

持自己的主张，提交了下列证据材料……”，而不是写“提交了下列证据……”。

这种写法也有一定的根源，请看《民事诉讼法》第66条：“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。”于是有观点认为，在庭审质证之前，我们所说的证据还只是证据材料，必须经过法定程序进行质证、认证，最后被法庭采纳时才成为证据，在此之前都是证据材料。

《民事诉讼法》除了第66条出现“证据材料”字眼外，其他地方用的都是证据。需要留意的是，《民事诉讼证据规定》第1条删除了原《民事诉讼证据规定》第1条关于“原告向人民法院起诉或者被告提出反诉，应当附有符合起诉条件的相应的证据材料”中的“材料”二字，但第19条仍保留原第14条“证据材料”的字样，表明最高人民法院对“证据材料”一词也很纠结。实际上，证据本身就是材料，用证据材料来区分其和证据的关系，会给本来误区重重的证据概念乱上添乱。前面讲过，不合法的证据、不真实性的证据也是证据，只是不能成为定案证据。所以，不宜以有无质证、认证来区分证据材料和证据。

总之，关注并厘清证据、定案证据、证据材料这三个术语，是我们理解运用证据法的基础。

二、证据的属性

接下来，我们来了解一下证据的属性。我国学者一般认为，真实性、合法性和关联性是证据的三个属性或三个特征。法庭在对证据的审查判断中，也都会自觉、不自觉地首先围绕证据的“三性”来进行。下面就一一讲解这三个属性。

1. 证据的真实性

如何理解证据的真实性？以前我国证据法著作很少将真实性作为证据属性的提法，主流观点都用客观性的表述。原《民事诉讼证据规定》没有盲从理论上的通说，第50条规定证据的“三性”为真实性、合法性和关联性。随后，最高人民法院《民诉法解释》第104条移植了原《民事诉讼证据规定》第50条的规定。近年来，我国证据法学界也倾向于使用“真实性”一词来替代传统的“客观性”的趋向。

真实性是保障发现客观事实的需要，但对真实性有不同的理解。真实性有形式上的真实与内容上的真实之分。形式上的真实，相当于客观性，是指证据的载体或证据本身必须真实，非伪造、变造，没有被篡改、删除、添加，而不论其是否反映了案件的真实情况；内容上的真实，是指证据记载的内容即包含的信息必须真实，能够客观地反映案件的真实情况是非虚假的。内容上的真实是证据真实性的实质内容，有学者称为实质真实性。诸如，该陈述确是当事人作出的，该证言确是证人提供的，形式上的真实没有问题，但当事人陈述是否虚假，证人所作的是否伪证，才是庭审调查的重点，很难想象虚假陈述、虚假证言会被认定为具有真实性。所以对证据真实性的要求，仅包括形式上的真实远远不够，还要包括证据内容上的真实。值得注意的是，有些证据审查规则较为强调证据载体的真实性，而有些证据审查规则注重对证据内容真实性的检验。根据《民事诉讼证据规定》第87条第（4）项的规定，法庭要对单一证据的“内容是否真实”进行审核认定，即判断证据内容的真实性。总之，证据的真实性是由证据载体的真实性（形式真实性）和证据内容或信息的真实性（实质真实性）组合而成的。

在第12期“新平讲坛”上，主讲嘉宾项院长举过一个案例。

一张借条，被告承认名字是他签的，但称借条指向的款项没有交付，在质证时他对证据的真实性表示没有异议，项院长认为这是对证据真实性的理解不够全面。借条本身是被告签名出具的，只确认了形式上的真实性，而款项有无交付，涉及证据的内容是否真实。被告认为借条记载之内容与真实的事实不符，则借条记载的内容不正确，他应当对借条的真实性提出异议，而非予以认可。

审判实践中，不少法官对证据真实性的认识还是停留在形式上的真实性，或者对证据的内容是否真实也是从证据有无伪造、变造、篡改等本身真伪进行判断。最近我看了某地某法官书写的裁判文书，他对证据真实性的认证很明显指向形式上的真实性。我之前也一度这样理解证据的真实性，之后发生了改变。

对于证据的真实性，我们还要树立这样的认识，真实性不是非真即假的关系，有的证据可能出现一种悬疑或真伪不明的状态，即不能确定它是真的还是假的。对于这种情况，我们可以说这份证据真实性存疑或无法确认，但不能认定它为不真实的证据。此与刑事诉讼证据规则还是有较大的区别。在刑事案件中，假如对证据的真实性存在合理的怀疑，法庭应当将其推定为不真实的证据，体现了“有疑义时作有利于被告人解释”的理念。

2. 证据的合法性

下面，我们来看一下证据的合法性。证据作为一种客观存在的信息载体资料，本身不存在合法性问题。例如淫秽光盘，尽管画面非法，但仍具有证据资格，不属于非法证据。我们说证据的合法性是指作为证据方法的合法性。通常认为，合法性包括以下四个方面：

(1) 证据主体合法。证据主体合法，是指形成证据的主体及收集证据的主体必须符合法律的要求。例如，不能正确表达意思

的人，不能作为证人；作出鉴定意见的鉴定机构，须有相关的鉴定资质；法院调查收集证据，应当由二人以上共同进行，不得由一名法官或书记员独立调查；等等。在张卫平教授所著的《民事诉讼法学》教材中，只谈及作证主体的合法性，未提及取证主体的合法性，窃以为其对证据主体合法性的考虑不够周到。

(2) 证据取得方式合法。当事人及其诉讼代理人收集的证据能否作为定案证据，还要看证据取得方式是否符合法律的规定。进一步说，要看证据的取得方式有无违反法律禁止性规定、有无严重侵害他人合法权益、有无严重违背公序良俗。例如，以收买、胁迫证人取得的证言，以非法侵入住宅等手段取得的物证、书证，以窃听器窃听取得的电话录音，采用刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述，就违反了法律的禁止性规定，将导致证据不合法。有无严重侵害他人合法权益、有无严重违背公序良俗中的“严重”是一个不确定概念，只能在具体案件中基于利益的比较，进行价值补充。

需要说明的是，研究过证据合法性问题者可能会发现，我国也有权威学者没有将取证方式合法性单独作为证据合法性的一项标准，而是将之一并作为程序合法性问题进行考虑。我不接受这样的划分。证据取得方式与证据程序还是有很大的区别，程序问题涵盖不了取证方式问题，应当独立区分。

(3) 证据程序合法。证据必须经过法律规定的诉讼程序，没有经过这一程序，则该证据仍然不能作为定案证据。张卫平教授和李浩教授的《民事诉讼法学》教材中，均指出这一程序就是证据的质证程序。然而，我国民事诉讼法学科的奠基人江伟先生主编的《民事证据法学》、清华大学何海波教授所著的《行政诉讼法》等教材，则将质证程序纳入证据的运用是否合法的范畴。

我觉得，没有必要再来个证据运用是否合法的提法。同时，

证据程序合法，不仅要求质证程序合法，更要求形成证据的程序及取得证据的程序合法。比如，鉴定机构严重违反鉴定程序作出鉴定意见，如果不把它纳入证据程序不合法的范畴，就无法对号入座。再如，在刑事案件中，侦查人员询问证人没有个别进行，书面证言没有经证人核对确认。在行政案件中，违反最基本的正当程序，如先处罚后调查取证、应当回避而没有回避、没有交代当事人有关权利和注意事项等。如果这些不算证据程序违法，就无法归入其他合法性标准中。

也许有人提出，这可不可以说是证据取得方式违法？证据取得方式本质上是指取证的手段或措施，如在刑事程序中收集书证、物证的措施，即提取、扣押、调取和接收四种方式，故上述问题也不好说证据取得方式违法。

按照张卫平和李浩两位教授对程序合法性的阐释，我们更没有理由将证据取得方式合法性归入程序合法性之中。另外，证据的合法性标准往往与非法证据排除规定密切相关，可以说是“一物两面”。实际上，我们强调非法证据排除，更大层面上是着眼于证据取得方式不合法。

（4）证据形式合法。所谓证据形式，是指法律对证据的种类所作的规定和形式要件上的要求。证据形式的合法性，也就是指证据在种类和形式要件上需符合法律的规定。

关于证据的种类，民事诉讼法意义上的法定证据只有八类，八类之外的证据均非法定证据，在此最想说的是刑事案件中的“情况说明”。翻开我们的刑事卷宗，往往有公安机关关于抓获经过、自首立功等内容的“情况说明”。虽然“情况说明”使用频繁，但在我国现行的刑事诉讼证据体系中却难觅其踪。《刑事诉讼法》第48条规定证据只有物证，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、电子数据八种，并无关于“情况说明”的规定。由此，“情况说明”在法律上是否为证据？如果是证据，应当转化为何种证据？便成为理论界与司法界争议的一大问题。

关于证据的形式要件。例如，单位向法院提交的证明材料，应由单位负责人及制作证明材料的人员签名或盖章，并加盖单位印章；鉴定文书应有鉴定机构的鉴定专用章及鉴定人的签名或盖章；域外公文书证，应当经所在国公证机关证明，或履行有关条约中规定的证明手续；提交外文书证或外文说明材料，应当附有中文译本，等等。与取证手段的违法性相比，那些在表现形式方面存在违法之处的证据不一定都属于“非法证据”，可能更多地属于一种“瑕疵证据”。对于这种瑕疵证据，民事诉讼证据规则更多地适用可补正的排除规则。不可补正的如未经法庭准许的书面证言。明明是人证，是以人的感知、记忆表达待证事实，却以书面证言的方式而非出庭作证的方式加以证明，属于证据的表现形式不合法。原《民事诉讼证据规定》第69条以证据形式瑕疵对待，允许结合其他证据补强，新《民事诉讼证据规定》断然否定其证据能力，这是一个重大转折。

当然，证据形式要件往往与证据程序搅在一起。例如，法院勘验物证或者现场，没有通知当事人，勘验笔录当然没有当事人的签名或盖章，本身不符合形式要件，而其取证程序也不符合法律要求；在行政处罚程序中自问自记的调查笔录，笔录本身并不符合形式要件，且取证程序也不符合法律的要求。

说了这么多，我们给证据的合法性作个小结：证据的合法性要求证据主体、证据取得方式、证据程序、证据形式四方面合法。其中，前三者即证据主体、证据取得方式、证据程序可归类为证据来源合法性的范畴。下面用图2表示：

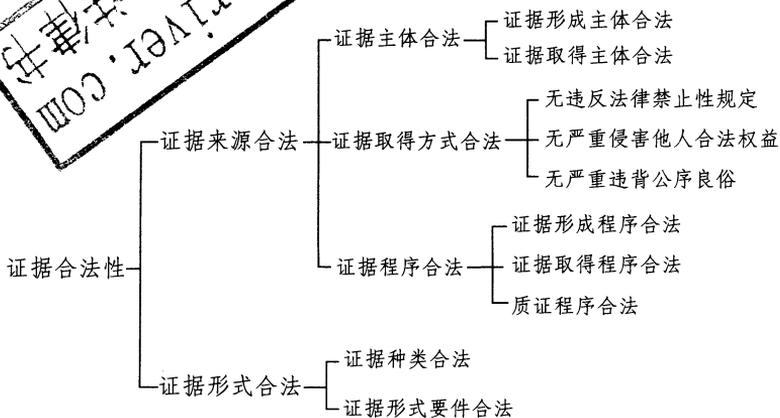


图2 证据的合法性

法律对证据合法性的要求，是为了保障证据的真实性和他人的合法权利不至因为证据的违法取得而受到侵害，体现了人们对程序正义和实体正义的双重要求。

3. 证据的关联性

证据的第三个属性是关联性，又称相关性，但究竟什么是关联性？从我手头的资料来看，表述不一，可谓五花八门。正如美国证据学家华尔兹教授所指出的：“……相关性实际上是一个很难用切实有效的方法界定的概念。”

根据我的观察，我国学者关于关联性问题的争论，在于将关联性究竟定位于证据资格的标准，还是证据证明力的标准。对于证明力，稍后会和证据能力一起介绍。目前比较有力的一种学说是：证据关联性的认定既包含对证据能力的确定，也包含对证据证明力的判断；涉及证据能力的证据关联性称为形式关联，涉及证明力的证据关联性称为实质关联。

我曾觉得，将关联性既作为证据能力的内容，同时又作为证明力的内容，容易造成概念上的混乱。故对关联性一直很纠结，

纠结了好多年，后来发现我的观点与最高人民法院甘文法官在《行政诉讼证据司法解释之评论》一书中的见解基本不谋而合。甘法官认为，传统的证据法理论混淆了证据的关联性与证明力之间的关系。有关联的证据，未必能够证明待证事实。也就是说，有关联的证据，未必与待证事实之间有证明关系。基于这样的思路，关联性应当纯粹系证据能力的内容，更多的是指证据对于案件事实形式意义上的关联。

但又不可否认，关联性与证明力是紧密联系的一对范畴。关联性的有无，主要取决于证明力的有无；证明力的有无及大小，有时又离不开关联性的认定。二者既不全同，也非属种、种属，更非全异，而是“你中有我，我中有你”的交叉关系。用逻辑图3表示：

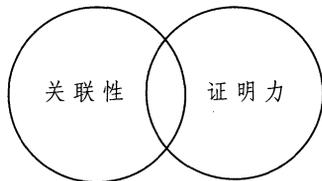


图3 关联性与证明力的逻辑图

如今我对关联性的认识发生了转变，亦成为“有力说”的追随者。但为了杜绝使用形式关联、实质关联带来表述上的烦琐，我觉得从证据语言的角度，不妨将前者称为关联性，后者称为相关性。这样既没有脱离关联性的本性，又对不同语境下的关联性作适当的区分，避免使用同一术语带来的错乱。

对关联性的检验，我认同这样一个观点，可以从证据与待证事实之间的实质性和证据的证明性两方面来进行。

(1) 实质性的判断。证据的实质性判断首先需要明确待证事实的范围。待证事实主要可以归结为以下三类：

一为争议的事实，即原告为胜诉或者被告为抗辩成功而必须证明的事实，这种事实由实体法规范和当事人的主张所决定，一般为要件事实或案件基本事实。要件事实在理论上可以划分为权利发生要件事实、权利对立（权利受制、权利妨碍、权利消灭）要件事实。

举例来说，原告诉称被告向其借款10万元未还而主张借款返还请求权，借款合意与款项交付行为即为权利发生要件事实，属待证事实。原告要求被告返还借款10万元，被告辩称双方已约定延长还款期限，原告起诉过早，则变更借款期限为权利受制要件事实，属待证事实。假如被告主张先履行抗辩权，认为原告没有按照约定先归还其前期借据，被告有权拒绝还款，则先还前期借据、后还借款为权利妨碍要件事实，属待证事实。若被告抗辩10万元已经归还，没有拖欠原告借款，则借款已经清偿为权利消灭要件事实，属待证事实。

二为辅助事实，又称补助事实，即用以证明证据能力有无或证明力大小的事实。比如，被告提供某单位出具的情况说明，原告提出该单位未依法成立；原告提供的证人证言，证人系被告亲友，与案件具有利害关系；原告申请出庭作证的证人，被告提出该证人曾因伪证罪被判处刑罚，证言可信度低。某单位是否依法成立，证人是否系被告亲友，证人有无犯过伪证罪，这些事实影响到证据能力或证明力的评判，也属待证事实。

三为背景事实，即案件的基础性事实。比如，审理建设工程施工合同案件，双方对签订过《建设工程施工合同》无争议，虽然《建设工程施工合同》不是争议事实，但它用以解释或说明争议事实形成的背景状况，审理案件时不可或缺，故也属于待证事实，当事人仍需举证。当然，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。

从理论上说，案件事实可分为要件事实、间接事实和辅助事实等，故多数教科书认为证明对象包括要件事实、间接事实和辅助事实等。在我看来，间接事实是指没有直接证据证明要件事实，只得运用间接证据证明要件事实是否存在的事实，其与直接事实只是司法证明方式的不同。将间接事实单独列为证明对象，逻辑上似乎不通。

在对待证事实归类以确定范围的基础上，判断证据的实质性主要考察当事人提交证据的证明目的。如果当事人提交的证据所证明的事实不在待证事实的范围内，对方当事人欲排除该证据就可以提出不具有实质性的抗辩。如前述的10万元借款案，原告在欠缺直接证据的情况下，提供银行对账单，举证被告每季度给付固定利息，以证明双方存在借款之合意，就具有证据的实质性。如果证据的证明目的并非指向待证事实，则该证据不具有实质性，也就没有关联性。假如被告提交了门诊病历、医疗费票据，以证明原告因借款一事将其打伤，这跟借款合意毫不相干，因不具有实质性，从而没有关联性。

证据的关联性，首先是指证据与待证事实之间的实质性，这里的待证事实可能只有一个证明对象，也可能是由若干个证明对象组成一个待证事实。如果当事人举出证据拟证明待证事实项下的某个证明对象，仍应认为证据与本案具有实质性，而不能认定该证据不具有实质性。这方面大家需要引起注意。

(2) 证明性的判断。证明性的判断实质上是对证据证明待证事实可能性的判断，学理上又称为证明价值的判断。《美国联邦证据规则》第401条将相关性定义为：“证据具有某种倾向，使决定某项在诉讼中待确认的争议事实存在比没有该项证据时更有可能或更无可能。”（无论多少）如果证据有证明待证事实的可能，便有关联性；如果证据没有证明待证事实的可能，便无关联

性，双方提供的再多，也无助于支持其诉讼主张。《民诉法解释》第95条规定：“当事人申请调查收集的证据，与待证事实无关、对证明待证事实无意义或者其他无调查收集必要的，人民法院不予准许。”对证明待证事实无意义，意味着不具有证明性。申请调查收集没有证明价值的证据，是对司法资源的浪费，当然不予准许。

证明性所要求的仅是证据对待证事实存在某种最低限度的联系，即它有某种证明待证事实存在与否的可能或倾向。只要存在这种可能或倾向，就足以构成关联性的理由，法律并不要求这一证据足以证明待证事实。这样证明性与证据的“相关性”就被区分开来。“相关性”解决的是某一证据是否达到了法定的证明标准并能合乎逻辑地推导出待证事实，而证明性仅是对证据与待证事实之间存在逻辑上的联系的要求。当然，“相关性”是以证明性为前提的，只有在确定一个证据与待证事实之间具有某种逻辑联系后，才产生该证据能否足以证明待证事实的问题，而具有关联性的证据并不一定就具有较大或较强的相关性。因此，在判断关联性时通常不涉及证明力大小的问题，但会涉及证明力有无的问题。如果证据完全没有证明力，那就不具有关联性。因为在证明性这个问题上对证据证明力的要求不高，所以不少案件虽然证据本身证明力不是很强，甚至很弱，但一样具有关联性。

在证据有无证明性的问题上，直接证据较为容易判断，难点在于间接证据，往往需要通过对证据本身的情况、证据与其他证据之间能否得到相互印证、证据在全案证据体系中的地位等进行全面的衡量，才能作出合理的判断。

有个规则需要预先了解。如果证据对于证明待证事实的可能既无法肯定，又无法否定，即证据在逻辑上是否具有证明性还可以讨论的情况下，应当暂且认可该证据的关联性，任当事人继续

举证，待进入认证程序后，法庭再深入考察该证据的关联性，以减少误判之危险。如果先入为主地排除关联性而不予采纳，很可能在法庭审理的最后阶段才发现证据是有关联性的，甚至与案件事实有紧密的联系，就会非常尴尬。

我们给证据的关联性做个小结：证据的关联性是实质性和证明性的结合，即证据相对于待证事实是否具有实质性和证明性。实质性和证明性相结合，证据才具有关联性。无论欠缺二者中的哪一个要素，证据的关联性都不成立。对于关联性，可用图4表示：



图4 证据的关联性

刚才回顾了证据的三个属性，我想问大家：证据具有“三性”，是否就能证明待证事实？

有律师回答说不一定，这是对的。证据满足了“三性”的要求，则该证据起码具备了证明待证事实的可能，有一定的证明力。在有证明力之后，还要考察证明力的大小。证明力较大，就能证明待证事实；证明力较小，就证明不了待证事实。因此，具有“三性”的证据，虽有最起码的证明力，即证明力不会为零，但未必就能证明待证事实。

三、证据能力与证明力

在讲解了证据的“三性”之后，还有一对术语比较重要，在

证据学界颇为盛行，这就是证据能力与证明力。可以这么说，越来越多的学者、法官不再关注证据属性问题，而是更多地讨论证据能力和证明力问题，因为这是证据转化为定案证据的资格要求。我们先来了解一下这两个概念。

证据能力，又称证据资格、证据的适格性，是指证据可以在案件中使用的能力或资格；证明力，刚才做过简单介绍，也称证据力、证明效力，意指证据对案件事实有无证明作用及证明作用的程度，或称之为“心证”。

从上述定义可以看出，证据能力解决的是证据有无资格问题，故它只有有无之分，无大小之别，是一个定性的概念；证明力解决的是证据对于待证事实的证明作用问题，故证明力既有有无之分，也有大小之别，是一个定量的概念。证明力以证据能力为前提，没有证据能力，就无所谓证明力。

如果用证据属性来衡量，证据能力考察证据的关联性和合法性；证明力考察证据的真实性和相关性。有学者提议用“充分性”来替代后者，即证明力是考察证据的真实性和充分性。我觉得大可不必，容易让人误以为证据具有四个属性，容易与证据确实、充分的证明标准相混淆，充分性的提法不值得提倡。

最高人民法院原刑三庭庭长、现最高人民法院副院长兼第三巡回法庭庭长高憬宏在一场讲座中强调，认证要解决好两个问题：“其一，证据资格，即证据的合法性和关联性，它关系到该证据能否被纳入诉讼的大门；其二，证据效力，即证据的真实可靠性，它关系到该证据能否成为定案的根据。”最高人民法院沈德咏常务副院长主编的《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》第393页写道：“如果当事人申请鉴定的事项与待证事实无关联，则鉴定意见必然因欠缺证据的关联性而不具有证据能力，启动鉴定程序没有必要且会造成审判资源的浪费。”可见，

将证据能力的确定对应证据的关联性、合法性，将证明力的确定对应证据的真实性、相关性，在审判实践中没有什么障碍。

证据能力、证明力与证据“三性”的对应关系，如图5所示：

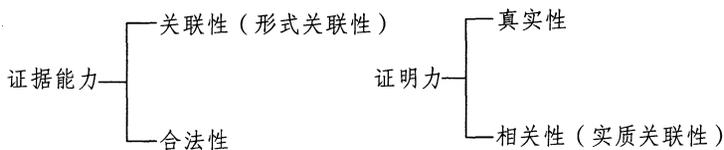


图5 证据能力、证明力与证据“三性”的对应关系

证据不具有关联性或合法性，就没有证据能力；但不可反过来说，证据具有关联性和合法性，就有证据能力。比如，《民事诉讼法解释》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。”调解或和解协议中的让步，关联性、合法性均无问题，但原则上不具有证据能力。

与上同理，证据不具有真实性，当然没有证明力；然而也不可反过来说，证据具有真实性，就有证明力。证据虽然真实，如果与待证事实之间缺乏关联性或不具有合法性而无证明力。

证据相关性不同于证据真实性，它无有无之分，只有强弱之别，其能否达到证明待证事实的程度，要看待证事实的证明标准。民事案件中的证明标准，除了对于欺诈、胁迫、恶意串通事实的证明，以及对于口头遗嘱或者赠与事实的证明，需要达到类似普通刑事案件中的“排除合理怀疑”的标准（基本以90%为界），法律作了近乎呆板的规定，其他实体性事实的证明，只需达到高度可能性，无须百分之百的确定无疑。这个高度可能性的证明标准，大陆法系国家在民事诉讼中基本以75%为界。在穷尽了所有证据之后，如果仍然达不到75%的心证程度，则应当认定