

浙江省十一五重点建设教材  
诉讼法原理与案例系列教材

# 证据法

## 原理与案例教程

吴高庆 主 编  
封利强 副主编



清华大学出版社

浙江省十一五重点建设教材  
诉讼法原理与案例系列教材

# 证据法 原理与案例教程

主 编 吴高庆 / 副主编 封利强

清华大学出版社  
北京

## 内 容 简 介

本书以全面阐释证据法学的基本概念、基本原理、基本理念和基本方法为宗旨,适当反映国内外最新研究成果,并介绍国内最新的法律和司法解释的内容,将证据法学的理论知识和案例分析有机结合起来,促进学生对证据法学知识的理解和掌握,培养学生应用证据法学原理分析和解决实际问题的能力。

本书以国家实施卓越法律人才培养计划为背景,着眼于培养应用型、复合型法律职业人才。既可被用作普通高等院校法学专业教材,也可供实务部门的人士作为参考书使用。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

### 图书在版编目(CIP)数据

证据法原理与案例教程 / 吴高庆主编. —北京:清华大学出版社, 2017

(浙江省十一五重点建设教材 诉讼法原理与案例系列教材)

ISBN 978-7-302-46348-1

I. ①证… II. ①吴… 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(2017)第 021736 号

责任编辑:方 洁

封面设计:常雪影

责任校对:宋玉莲

责任印制:沈 露

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座 邮 编:100084

社 总 机:010-62770175 邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, [c-service@tup.tsinghua.edu.cn](mailto:c-service@tup.tsinghua.edu.cn)

质量反馈:010-62772015, [zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn](mailto:zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn)

印 装 者:北京国马印刷厂

经 销:全国新华书店

开 本:185mm×230mm 印 张:27.75

字 数:559 千字

版 次:2017 年 3 月第 1 版

印 次:2017 年 3 月第 1 次印刷

印 数:1~3000

定 价:53.00 元

产品编号:048064-01

## 编写说明

21 世纪以来,国内证据法学研究日趋活跃,证据法学这门学科在法学教育课程体系中的地位日益突出,各类证据法教科书如雨后春笋般地涌现,并且不断地推陈出新。大体上来看,现有的证据法学教科书主要包括两类:一是理论课教学用书;二是案例教学用书。可以说,目前将证据法学原理与案例有机结合起来,实现理论与实务对接的教科书尚不多见。因此,我们在数年前就开始酝酿编写这样一本能够兼顾理论功底与实践技能的教科书,并于 2011 年成功入选浙江省教育厅确定的浙江省高等学校法学专业重点教材。

本书充分体现了对理论、立法与司法实践的结合,着眼于培养法学专业学生的理论素养和实践能力。我们尝试在内容安排上尽可能地体现证据法学这门学科的教学规律,全面地阐释证据法学的基本原理,适当反映国内外最新研究成果,并介绍国内最新的法律和司法解释的内容。因此,我们在编写过程中参考了大量的著作、教材和论文,力求博采众长、服务于教学,但限于篇幅,无法一一列出。在此,谨向相关作者表示衷心的感谢!由于水平有限,本书中的纰漏之处在所难免,恳请广大读者批评指正。

本书由吴高庆教授担任主编、封利强副教授担任副主编。具体编写分工如下(以撰写章节先后为序):

第一章、第十四章:吴高庆(浙江工商大学法学院副院长、教授)

第二章、第十七章、第十九章:封利强(浙江工商大学法学院副教授、博士)

第三章、第十八章:唐玉富(浙江工商大学法学院讲师、博士)

第四章、第五章:张曙(浙江工业大学法学院副教授、博士)

第六章、第八章:王艳(浙江工商大学法学院教授)

第七章:欧丹(浙江理工大学法政学院讲师、博士)

第九章、第十章:胡铭(浙江大学光华法学院副院长、教授、博士生导师)

第十一章、第十二章:方福建(浙江工商大学法学院副教授)

第十三章:邵劭(杭州师范大学沈钧儒法学院副教授、博士)

第十五章、第十六章:王建林(浙江工商大学法学院副教授、博士)

第二十章、第二十一章:宋高初(浙江师范大学法政学院副教授)

编 者

2016 年 10 月

# 目 录

## 第一编 总 论

|                      |    |
|----------------------|----|
| 第一章 证据法的基本范畴 .....   | 1  |
| 第一节 证据 .....         | 1  |
| 第二节 证据资格 .....       | 10 |
| 第二章 证据法的基本原则 .....   | 20 |
| 第一节 证据裁判原则 .....     | 20 |
| 第二节 自由心证原则 .....     | 26 |
| 第三节 程序公正原则 .....     | 37 |
| 第四节 证明效率原则 .....     | 42 |
| 第三章 证据规则 .....       | 47 |
| 第一节 证据规则的概念与功能 ..... | 47 |
| 第二节 外国证据规则简介 .....   | 51 |
| 第三节 证据相关性规则 .....    | 55 |
| 第四节 传闻证据规则 .....     | 60 |
| 第五节 非法证据排除规则 .....   | 64 |
| 第六节 补强证据规则 .....     | 75 |

## 第二编 证 据 论

|                      |    |
|----------------------|----|
| 第四章 物证 .....         | 79 |
| 第一节 物证概述 .....       | 79 |
| 第二节 物证的收集与审查判断 ..... | 84 |
| 第五章 书证 .....         | 92 |

|                                  |     |
|----------------------------------|-----|
| 第一节 书证概述 .....                   | 92  |
| 第二节 书证的收集与审查判断 .....             | 99  |
| 第六章 证人证言 .....                   | 107 |
| 第一节 证人证言的概念和意义 .....             | 107 |
| 第二节 证人的条件和权利义务 .....             | 114 |
| 第三节 证人证言的收集与审查判断 .....           | 125 |
| 第七章 被害人陈述 .....                  | 134 |
| 第一节 被害人陈述的概念和意义 .....            | 134 |
| 第二节 被害人陈述的特征与分类 .....            | 139 |
| 第三节 被害人陈述的收集与审查判断 .....          | 143 |
| 第八章 犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解 .....         | 151 |
| 第一节 犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解的概念、意义 .....   | 151 |
| 第二节 犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解的特征 .....      | 157 |
| 第三节 犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解的收集与审查判断 ..... | 170 |
| 第九章 当事人陈述 .....                  | 178 |
| 第一节 当事人陈述的概念和意义 .....            | 178 |
| 第二节 自认 .....                     | 183 |
| 第三节 对当事人陈述的审查判断 .....            | 188 |
| 第十章 鉴定意见 .....                   | 191 |
| 第一节 鉴定意见的概念和特点 .....             | 191 |
| 第二节 鉴定的分类 .....                  | 195 |
| 第三节 心理测试鉴定 .....                 | 199 |
| 第四节 对鉴定意见的审查判断 .....             | 203 |
| 第十一章 笔录类证据 .....                 | 207 |
| 第一节 笔录类证据概述 .....                | 207 |
| 第二节 笔录类证据的内容与制作 .....            | 213 |
| 第三节 笔录类证据的审查判断 .....             | 219 |
| 第十二章 视听资料 .....                  | 223 |
| 第一节 视听资料的概念和意义 .....             | 223 |
| 第二节 视听资料的特征 .....                | 229 |
| 第三节 视听资料的收集与审查判断 .....           | 232 |
| 第十三章 电子数据 .....                  | 237 |
| 第一节 电子数据的概念和意义 .....             | 237 |
| 第二节 电子数据的特征 .....                | 241 |

|                        |     |
|------------------------|-----|
| 第三节 电子数据的收集与审查判断 ..... | 245 |
| 第十四章 证据的学理分类 .....     | 252 |
| 第一节 证据分类概述 .....       | 252 |
| 第二节 原始证据与传来证据 .....    | 254 |
| 第三节 言词证据与实物证据 .....    | 258 |
| 第四节 直接证据与间接证据 .....    | 262 |
| 第五节 本证与反证 .....        | 267 |
| 第六节 控诉证据与辩护证据 .....    | 271 |
| 第七节 主要证据与补强证据 .....    | 273 |

### 第三编 证 明 论

|                        |     |
|------------------------|-----|
| 第十五章 证明与证明对象 .....     | 278 |
| 第一节 证明 .....           | 278 |
| 第二节 证明对象 .....         | 288 |
| 第十六章 证明责任 .....        | 300 |
| 第一节 证明责任概述 .....       | 300 |
| 第二节 证明责任的分配 .....      | 304 |
| 第三节 我国的证明责任制度 .....    | 312 |
| 第十七章 证明标准 .....        | 322 |
| 第一节 证明标准概述 .....       | 322 |
| 第二节 外国诉讼法中的证明标准 .....  | 331 |
| 第三节 我国诉讼法中的证明标准 .....  | 337 |
| 第十八章 推定和司法认知 .....     | 350 |
| 第一节 推定 .....           | 350 |
| 第二节 司法认知 .....         | 363 |
| 第十九章 证据的收集与保全 .....    | 373 |
| 第一节 证据的收集 .....        | 373 |
| 第二节 证据的保全 .....        | 386 |
| 第二十章 证据的审查判断 .....     | 394 |
| 第一节 审查判断证据的概念和意义 ..... | 394 |
| 第二节 审查判断证据的任务 .....    | 397 |
| 第三节 审查判断证据的步骤和方法 ..... | 402 |

|       |                 |     |
|-------|-----------------|-----|
| 第四节   | 审查判断证据的原则 ..... | 407 |
| 第二十一章 | 举证、质证和认证 .....  | 414 |
| 第一节   | 举证 .....        | 414 |
| 第二节   | 质证 .....        | 420 |
| 第三节   | 认证 .....        | 426 |
| 参考文献  | .....           | 434 |

# 第一编 总 论

## 第一章

## 证据法的基本范畴

### 学习要求

通过本章的学习,要求掌握证据、证据资格的概念;正确理解证据概念的主要学说;熟悉并掌握证据资格的判断标准。

### 第一节 证 据

#### 一、关于证据概念的主要学说

证据是诉讼的枢纽和核心,在整个诉讼进程中发挥着至关重要的作用。然而,围绕“证据”的概念界定问题,学者们基于不同的研究视角提出了诸多不同的学说,这种众说纷纭的局面增加了我们学习和研究证据法的难度。概念是揭示事物本质属性的思维形式,是认知事物和解析事物的基本工具。正如学者所言:“概念是解决法律问题所必需的和必不可少的工具。没有严格限定的概念,我们便不能清楚地和理性地思考法律问题。没有概念我们便无法将我们对法律的思考传递给他人,也无法以一种可以理解的方式把这些思考传递给他人。”<sup>①</sup>因此,对“证据”这一范畴予以清晰地界定,是证据法学研究的逻辑起点。目前国内学界在“证据”概念问题上主要存在以下几种学说。

<sup>①</sup> [美]埃德加·博登海默:《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,504页,北京,中国政法大学出版社,2004。

### （一）事实说

长期占据着证据概念正统地位的是“事实说”。该学说主张,证据为用来证明案件真实情况的事实,证据作为一种事实而客观存在。事实说的繁盛与长期奉行的追求发现客观事实的诉讼理念密切相关。苏联法学家维辛斯基认为:“诉讼证据——这是通常的事实,是在生活中出现的同样现象,同样的事物,同样的人,人们的同样行为。只要它们已归入诉讼程序的范围,成为一种判明法院和侦查机关所关切的情况,解决法院和侦查机关所关切的问题的手段,它们便是诉讼证据。”<sup>①</sup>事实说不仅支配着证据法理论,而且深深地渗透和改变着我国的诉讼立法。1979年和1996年的《刑事诉讼法》都采纳了事实说。1996年《刑事诉讼法》第42条第1款开宗明义地规定:“证明案件真实情况的一切事实,都是证据。”《民事诉讼法》和《行政诉讼法》未作此项规定,实际上也是采用事实说。法律的规范作用和标尺效应,引发学者趋之若鹜,事实说的正统地位更加稳固。例如,有的学者认为:“诉讼证据就是司法人员在诉讼过程中可用以证明案件真实情况的各种事实。”<sup>②</sup>还有的学者指出:“诉讼证据是能够证明案件真实情况的客观事实。”<sup>③</sup>

### （二）材料说

事实说具有浓厚的证据真实性情结,蕴含着明显的法条逻辑错误。为矫正事实说的弊端,有学者提出,应把证据界定为证明案件事实的材料,此为材料说。有的学者明确采纳材料说:“凡是能够作为证明案件事实的材料的,都是证据。”<sup>④</sup>有的学者将行政诉讼证据界定为“一切用来证明案件真实情况的材料”。<sup>⑤</sup>还有的学者认为:“民事诉讼证据,是指在民事诉讼程序中,证明主体依法提供的并通过质证、辩论后能证明争执中的民事案件真实情况的客观材料。”<sup>⑥</sup>材料说明确区分了证据与定案证据,一定程度上消除了法条的逻辑错误,获得了立法者的青睐。2012年《刑事诉讼法》正式采用材料说,第48条第1款规定:“可以用以证明案件事实的材料,都是证据。”材料说的法典化确立,将很大程度上影响和改变学者的证据观。例如,有的学者就放弃了事实说,而改采材料说:“诉讼证据,是审判人员、检察人员、侦查人员等依照法定的程序收集并审查核实,能够证明案件真实情况的材料。”<sup>⑦</sup>有的学者拓展并完善了材料说,将证据界定为“用来证明特定案件事实的载体”。<sup>⑧</sup>

① [苏联]维辛斯基:《苏维埃法律上的诉讼证据理论》,267页,北京,法律出版社,1957。

② 陈一云主编:《证据学》,104页,北京,中国人民大学出版社,1991。

③ 江伟主编:《证据法学》,206页,北京,法律出版社,1999。

④ 陈光中主编:《刑事诉讼法》,187页,北京,中国人民大学出版社、人民法院出版社,2004。

⑤ 应松年主编:《中国行政诉讼法讲义》,136页,北京,中国政法大学出版社,1994。

⑥ 田平安主编:《民事诉讼法学研究》,162页,北京,高等教育出版社,2008。

⑦ 樊崇义主编:《证据法学》,149页,北京,法律出版社,2012。

⑧ 陈瑞华:《刑事证据法学》,68页,北京,北京大学出版社,2012。

### （三）根据说

根据说主张,证据不具有必然真实性,可能为真,可能为假,它只是证明案件事实的根据。证据对案件事实的证明过程和证明作用是根据说关注的焦点,当事人与法院、控辩双方与法院等借助于这种媒介共享同一话语系统。证明根据是中性词,并不包含对证据的任何价值判断,容易为人所接受。有的学者很早就主张,诉讼证据是“用来证明案件真实情况,正确处理案件的根据”<sup>①</sup>。有的学者从实践视角和认识论视角详尽地证实“不属实者非证据”的观点无法成立<sup>②</sup>,进而将证据界定为“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”。<sup>③</sup>在我国台湾地区,也有学者赞同根据说:“证据者,足使法院认定当事人之主张为真实之凭据者,谓之。”<sup>④</sup>

### （四）方法说

方法说,又称为手段说,意指将证据看作证明案件事实的方法或者手段。方法说或手段说是大陆法系在证据概念上的主导学说,证据方法有人证和物证两种,人证包括当事人、证人和鉴定人,物证包括文书和勘验物。有的学者将证据界定为“对指控事实的裁判者获得确定判决的基础所依赖的一种手段。”<sup>⑤</sup>还有的学者认为:“称证据者,谓证明事实之方法。”<sup>⑥</sup>也有英美法系的学者赞同方法说:“‘证据’是能够使未知或者存在争议的事实变得清楚的一切手段。一般人在就日常生活中的某些事项形成某一意见或者得出某一结论时,通常应用的是这种意义上的‘证据’。”<sup>⑦</sup>即使在事实说占据主导地位的苏联,有的学者也明确赞同方法说(手段说):“证据不是别的东西,而是确定真实情况的一种手段……是借以确认对某一案件有法律意义的事实存在或不存在的一种手段。”<sup>⑧</sup>

### （五）信息说

信息说将证据界定为证明案件事实存在的信息。信息说在英美法系大受欢迎。有些美国学者是信息说的支持者,例如,有学者认为:“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。”<sup>⑨</sup>还有的学者指出:“证据是某种倾向于证明或反驳某些事实或结论的事物。在审判中,证据意味着为证明争议事实而提交给法庭的信息,即在刑事审判中,检控方为了证实某案件,辩护方为了形成辩护而必须确立的事实。”<sup>⑩</sup>在我国,信

① 杨荣新主编:《民事诉讼法学》,210页,北京,中国政法大学出版社,1991。

② 参见何家弘、刘品新:《证据法学》,100~103页,北京,法律出版社,2004。

③ 何家弘、刘品新:《证据法学》,108页,北京,法律出版社,2004。

④ 陈世雄、林胜光、吴光陆:《刑事诉讼法大意》,96页,台北,五南图书出版有限公司,1986。

⑤ 陈朴生:《刑事证据法》,69页,北京,三民书局,1979。

⑥ 李学灯:《证据法比较研究》,1008页,台北,五南图书出版有限公司,1979。

⑦ William Shaw, *Evidence in Criminal Cases*, Butterworth & Co. Publisher, 1954, at 2-3.

⑧ [苏联]克列曼:《苏维埃民事诉讼》,226页,北京,法律出版社,1957。

⑨ [美]罗纳德·艾伦等:《证据法:文本、问题和案例》,张保生等译,79页,北京,高等教育出版社,2006。

⑩ [英]理查德·梅:《刑事证据》,王丽等译,3页,北京,法律出版社,2007。

息说也逐渐为人所接受。比如,有的学者就认为:“证据是与案件事实相关的,用于证明所主张事实之存在可能性的信息。”<sup>①</sup>

### (六) 统一说

统一说认为,应将实质内容和表现形式两方面综合起来,证据是证据内容与证据形式的统一体。究其实质而言,统一说意图抛弃证据概念既有学说的缺点,采撷既有学说的合理之处,将其重新整合成一种具有广泛视域的新学说。不过,学者之间就统一说到到底应撷取哪些既有学说却又不统一的。有的学者整合了“事实说”与“方法说(手段说)”的优点,“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”。<sup>②</sup>在此基础上,“诉讼证据是事实内容和法律形式的统一,即以法律规定的形式表现出来的能够证明案件真实情况的一切事实”。<sup>③</sup>有的学者综合了“材料说”与“根据说”的合理之处,“从证据所反映的内容方面看,证据是客观存在的材料;从证明关系看,证据是证明案件事实的凭据,是用来认定案情的手段;从表现形式看,证据必须符合法律规定的表现形式,诉讼证据是客观事实内容与形式的统一”。<sup>④</sup>

## 二、关于证据概念的学说评析

学者们对于“证据”概念各持己见,并且都有各自的理由。我们必须从中选择出最具合理性的学说作为立论的根据。那么,到底哪一种学说更具合理性呢?必须在对证据概念既有学说的对比与评析中管窥一斑。

整体而言,上述六种证据概念学说依据是否承认证据的真实性可分为两大阵营:一大阵营承认证据的真实性,包括“事实说”、“材料说”、“信息说”和“统一说”四种;另一大阵营不承认证据的真实性,包括“根据说”和“方法说(手段说)”两种。换言之,六种学说的本质分歧在于是否承认证据的真实性。因此,甄别与辨析证据的真实是拣选证据概念合理学说的刻不容缓的首要任务。

### (一) 事实说的弊端

“证据是一种事实”是一种比较普遍的观点。《现代汉语辞海》将“事实”定义为“事情的真实情况”。事实具有客观存在性和真实性,凡是事实都是真实的,根本不存在假的事实。证据是一种事实的观点也就承认证据具有真实性,意即证据都是真实的,不存在虚假的证据。这种长期占据正统地位的法律观点是否能够真正站得住脚呢?

#### 1. 从认识论角度来看,证据本身不具有真实性

辩证唯物主义认为,人的认识是无限的,又是有限的,受到特定时间、特定空间和认

① 张保生主编:《证据法学》,12页,北京,中国政法大学出版社,2009。

② 卞建林主编:《证据法学》,55页,北京,中国政法大学出版社,2007。

③ 卞建林主编:《证据法学》,58页,北京,中国政法大学出版社,2007。

④ 樊崇义主编:《证据法学》,149页,北京,法律出版社,2012。

知能力等主客观条件的限制,认识具有相对性。恩格斯明确阐述了这一点,“人的思维是至上的,同样又是不至上的,它的认识能力是无限的,同样又是有限的。按它的本性、使命、可能和历史的终极目的来说,是至上的和无限的;按它的个别实现和每次的实现来说,又是不至上的和有限的”。<sup>①</sup>毋庸置疑,诉讼主体对证据的认识是在个别实现中获得的,对证据的认识具有有限性和相对性。特定案件事实发生后留下的痕迹或者材料,是一种客观的事实存在,本身并非证据。只有当这种事实被人所感知和理解,才能被现实地转化为证据。在此过程中,人的认识能力必然受到认识相对性的限制,认知结果可能出现一定的偏差。其实,无论是当事人提供的证据,还是检察机关或者行政机关提交的证据,抑或法院依职权调取的证据,都受到认识有限性或者相对性的限制,在诉讼过程中有出现错误的可能,可能不具有全真性。证据的或真性使得审查判断证据成为必要。其实,法官在诉讼过程中的核心任务就是排除非真性的证据,确定真实可靠的证据,形成内心确信的心证。

## 2. 从司法实践角度来看,证据本身不具有真实性

(1)当事人提交的或者公安司法机关收集的证据都具有或然性。任何主体出示的证据都不能保证其真实性,可能为真,亦可能为假,必须经过法官的审查判断才能确定其真实性。否则,提交的证据都具有真实性,就没有必要借助于证据的审查判断了。诉讼法的一项基本法理是,证据必须经过质证,诉讼两造就对方提供的证据予以对质和反驳,鲜明地表征着主体的对抗性。承认证据的真实性,势必引起质证程序的空置和虚化,暗示制度设计者的重大疏漏。然而,制度设计者不会犯下虚置其精心设计的程序装置的立法错误。合理的解释是立法者在潜意识中并没有承认证据的真实性。

(2)法官审查判断后的定案证据具有或然性。一般而言,法官经过证据审查判断和自由心证后认定的证据具有真实性,成为法官事实认定的基础。但是,并非所有的定案证据都是真实的。例如,在余祥林杀妻案中,被害人的尸体及其鉴定意见均是认定余祥林杀人的重要证据,成为最终定案的证据。然而,当11年后“被杀害”的张在玉再次出现后,原来的定案证据的真实性就被彻底颠覆。那么,我们因此就可说被害人的尸体及其鉴定意见又不是证据吗?显然不能。有时,法官在适用定案证据时可能就意识到其具有不真实的成分。例如,当事人陈述、证人证言、被告人的供述和辩解等言词证据可能同时充斥着真实信息和虚假信息,当法官最终确认真实信息、摒弃虚假信息时,我们切割开来说它既是一份证据,又不是一份证据,显然难以让人信服。其实,诉讼程序制度设计中已经隐含着定案证据非全真性的寓意,作为一审程序的定案证据可能在上诉程序或者再审程序中被推翻。即使定案证据在后续诉讼中被推翻,也无法否定其在一审程序中的证据意义。

<sup>①</sup> 《马克思恩格斯选集》(第3卷),126页,北京,人民出版社,1972。

综上所述,证据本身不具有真实性,证据只是证明案件事实的根据,本身不具有真或假的属性,其可能为真,可能为假,抑或真假混杂。既然证据不具有真实性,建立在证据真实观基础上的学说也就失去赖以存续的根基,无法为人所信服。事实说完全以证据真实性为建构基础,推翻了证据真实性实际上就否定了事实说的合理性。同时,多将事实说囊括其中的统一说也由此缺乏合理性。将证据界定为证明案件事实存在信息的信息说看似没有张扬证据的真实性,实际上却仍与证据真实性紧密相关。其所主张的证据性事实更是包蕴了浓厚的真实色彩,“证据和事实之间的界限是相对的。……证据作为事实的表征或痕迹,与事实之间存在着相互联系的一面。例如,证据提出者提供的证据,称为证据性事实或证据中的事实,因为证据中包含着事实的主张或成分。”<sup>①</sup>因此,信息说由于承认不具有正当根基的证据真实性而不具备合理性。

## (二) 材料说的缺陷

2012年《刑事诉讼法》摒弃事实说,采纳材料说。客观地说,这是我国诉讼立法的一大进步,昭示着立法者证据观的重大转变。可以预见,材料说在很长一段时间内将会占有广阔的市场、获得广泛的认可。然而,立法者的选择并不必然证明材料说的高度合理性。当我们进行深入、细致的反思,就会发现材料说包含很多难以克服的缺陷,让人不得不抱有必要的警醒。

### 1. 证据材料无法涵盖现有的证据形式

如果说,实物证据和笔录证据可以称为证据材料的话,那么,以口头形式表现出来的言词证据却无法称为证据材料。当事人于言词辩论阶段进行的言词陈述、被告人当庭进行的口头供述和辩解、证人出庭时所作的口头证言、鉴定人或专家辅助人当庭所做的鉴定意见等都不是证据材料。要知道,直接言词原则是证据法的基本原则,证据应力求以口头的形式直接向非亲历者的法官陈述。材料说实际上隐含有上述言词证据应以书面形式向法庭提交的意思,从而背离了直接言词原则的基本要求,致使本就比率很低的证人出庭作证问题进一步恶化或者加剧。就连赞同材料说的学者也毫不隐讳地指出,材料说“明显地具有偏重实物证据和笔录证据的嫌疑,而大大忽视了当庭言词陈述的重要性”<sup>②</sup>。

### 2. 材料说忽视了情态证据或辩论全趣旨对事实认定的重要性

法官主要依靠证据调查的结果来认定事实,有时也需要情态证据或辩论全趣旨加以补充。情态证据,指“证人在作证时的非语言情态,包括证人的姿态、外貌、面部表情、身体语言、声音语调等,事实认定者可以借助情态证据对证人证言的可靠性作出判断”。<sup>③</sup>辩论全趣旨是大陆法系民事诉讼法律术语,是指“除证据资料以外在口头辩论过程中出

① 张保生主编:《证据法学》,18页,北京,中国政法大学出版社,2009。

② 陈瑞华:《刑事证据法学》,67页,北京,北京大学出版社,2012。

③ 龙宗智、苏云:《刑事诉讼法修改如何调整证据制度》,载《现代法学》,2011(6)。

现的一切资料和信息”。<sup>①</sup> 法院借助于情态证据或辩论全趣旨有助于更好地判断当事人、被告人或者证人当庭陈述的真实性,帮助法官形成正确的心证。然而,材料说却无法将情态证据或辩论全趣旨涵摄到证据材料之中,情态证据或辩论全趣旨无法发挥协助法官发现案件真实的作用。

### 3. 材料说引起法条的逻辑错误

2012年《刑事诉讼法》第48条第1款明确采用材料说,亦即“证据是材料”。将其代入第3款,第3款就变为“材料必须经过查证属实,才能作为定案的根据”。实际上表达的是,材料是定案的根据的意思。这造成了法条的逻辑错误:定案的根据不是材料,而是材料中包含的案件信息。证据材料只是记录或者表征案件信息的载体,其本身并非案件信息。

### 4. 材料说隐藏着证据真实性的成分

材料说选用“材料”这样的中性词试图回避证据的真实性问题。证据材料不予判断证据的真假属性,凡是当事人提交的或者公安司法机关收集的都称为证据材料,不管其是真实的还是虚假的,可以说在一定程度上化解了事实说的尴尬,这也是其能被学者和立法者接受的重要原因。但是,当我们将证据材料与定案证据结合起来理解的话,就会发现材料说表面上回避了证据真实性问题,实质上还难以逃脱证据真实性的难题。因为,材料说认为证据材料可能为假,却认为法官审查判断后采用的定案证据具有真实性。正如前述,即使是法官审查判断后的定案证据也未必具有真实性,可能在上诉审程序或者再审程序为法官所推翻。在证据材料与定案证据两者之间,材料说更为看重定案证据,认为法官审查判断后真实的定案证据才是真正的证据,实际上包含很强的证据真实性色彩。况且,材料说还有重视证据的审查判断过程,忽视证据的形成、收集和提交过程的不当导向。

可见,材料说也存在自身难以克服的缺陷,用以构筑证据概念不是非常合理的选择。因此,必须寻找更具合理性和可行性的学说。

### (三) 方法说存在的问题

方法说或手段说将证据视为证明案件事实的方法或手段。证据的真实性不为人所关注,立法者真正关心的是当事人、证人、鉴定人、文书和勘验物五种证据方法的证据调查程序。方法说将证据方法、证据调查和证据资料等串联起来形成动态的证据发展流程,为法官的事实认定奠定了良好的基础。这也是方法说能为大陆法系普遍接受的重要原因。遗憾的是,方法说一直未在我国引起足够的重视。我国的证据法学者鲜有从证据方法角度阐释其证据观,在这种情况下,引进方法说将是极大的理论突破,势必遭到很多人的反对和质疑。况且,三大诉讼法所规定的证据很少能用证据方法来阐释,而主要表现为证据形式,法律规定中也缺乏对这些证据的证据调查程序的详细规定,与大陆法系

<sup>①</sup> [日]高桥宏志:《重点讲义民事诉讼法》,张卫平、许可译,45页,北京,法律出版社,2007。

的做法有很大的出入。因此,方法说在中国不具有现实可行性。

### 三、对证据概念的科学界定

在我们看来,根据说是一种比较科学的界定方式。无论是重视实质内容的“事实说”、“材料说”、“信息说”,还是重视实现手段的“方法说”,抑或综合而成的“统一说”,都或明或暗地包含最大公约数:证据是证明的根据。事实说要用已知的证据事实证明未知的案件事实,材料说要用已知的证据材料证明未知的案件事实,信息说要用已知的证据信息证明未知的案件事实,方法说本意就是证明案件事实的方法或手段。这些学说之间无论有多大的争议,都不否定也无法否定证据对案件事实的证明过程或者证明作用。

证据是沟通认识主体与认识客体的桥梁,实现沟通的途径在于证明。证明的对象是未知的案件事实,证明的根据是已知的证据,这些根据具体表现为物证、书证、证人证言、当事人陈述、视听资料、电子数据、鉴定意见和勘验笔录等。根据说不承认证据的真实性,证据可能为真实,也可能为虚假。当事人或者检察机关等证明主体在证明过程中依靠证据实现未知事实与已知事实之间的对接,法官认真审视证明过程中出示的证据与案件事实之间的关联性,筛选能够作为认定案件事实根据的证据。

“根据”一词为中性词,表征证据本身没有承载任何的价值判断,这也吻合日常生活实践中人们对证据的通常理解。邻居间出现生活摩擦,人们常说你拿什么证据证明你是有理的,他人是没理的;发生交通事故,行人说亲眼看见摩托车撞人,行人的话就是证明摩托车撞人的根据,也就是证据。证据一语在日常生活和法律实践中的语义一致性有助于增强人们对根据说的认可与接受。

我们不否认根据说也存在一定的弊端,这也是难以避免的,任何学说都难以给出十全十美的答案,我们只能在梳理与对比中择选出相对合理的学说。根据说合理吸收了既有学说的共通机理,很好地避免了既有学说的缺陷,是一种更易为人信服的学说,可以作为构筑我国证据概念的基础学说。

因此,我们认为,应当采用“根据说”来对我国的证据概念进行界定。所谓证据,是指证明案件事实的根据。这种界定不仅适用于诉讼过程中出现的证据,而且适用于仲裁过程、调解过程以及公证过程等出现的证据。当事人、检察机关或行政机关在诉讼过程中提出并用以证明案件事实的所有根据,都是证据;作为案件裁判者的法官在诉讼过程中主动依职权调查收集的并用以证明案件事实的所有根据,也是证据。证据是架构证明主体与法院的桥梁,桥梁一端是作为证明主体的当事人、检察院或者行政机关等,另一端是作为裁断主体的法官,借助于这种桥梁将已知事实传递给法官,用以认定未知的案件事实。证据概念重在强调证明过程和证明功用,不在意证据的真假,这些根据无论是真实的,还是虚假的,或者真假混杂的,都不丧失证据的本性;也无论是否能被法庭所采信,都是证据。这些证据的具体表现形式是法律所明确规定的物证、书证、证人证言、当事人陈述、犯罪嫌疑

人、被告人的供述与辩解、视听资料、电子数据、鉴定意见、勘验笔录和现场笔录等。

证据是证明案件真实的根据,实质上否定了证据材料说,今后应当避免或者放弃使用“证据材料”一语。但是,我们应当正确处理证据与定案证据之间的关系。证据与定案证据既有联系又有区别,定案证据由证据转化而来,所有的定案证据都是证据,证据却不一定都能成为定案证据。法官在审查判断过程中可能会排除一些证据,它们仍然是证据,只是未能被法官采信为定案证据。

在界定我们的证据概念的同时,应当注意与大陆法系国家和地区常用的三个证据术语相区别,避免出现混淆。

(1) 证据方法。证据方法,是指法官凭借其五官的作用所能调查的有形物。证据方法有人证与物证两大类。人证就是把人作为证据方法,包括当事人、证人和鉴定人三种。物证就是把物作为证据方法,包括文书和勘验物。<sup>①</sup>可见,大陆法系所规定的证据方法简练、明确,不像我国把视听资料和电子数据等也规定为独立的证据形式。

(2) 证据资料。证据资料,是指法院通过证据方法所获得的内容。证言、鉴定意见、文书记载的内容、勘验结论、询问当事人的结果,对照片、录音带等的证据调查结果,均为证据资料。<sup>②</sup>证据资料是法官事实认定的基础。

(3) 证据原因。证据原因,是指构成法官心证形成(事实认定)原因的资料或情况。证据原因不单单指证据资料,也包括辩论全趣旨。<sup>③</sup>辩论全趣旨在我国的诉讼立法中未予明确规定。

## 【法律索引】

《中华人民共和国刑事诉讼法》(2013年1月1日施行)第48条。

《中华人民共和国民事诉讼法》(2013年1月1日施行)第63条。

《中华人民共和国行政诉讼法》(2015年5月1日施行)第33条。

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(2002年4月1日施行)第64~72条。

《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》(2002年10月1日施行)第35、39条。

《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》(2010年7月1日施行)第2条。

## 【案例分析】

### 案情:

2011年8月18日凌晨,北京市房山警方在房山区窦店高速路口截住一辆朗逸轿车,

<sup>①</sup> 参见[日]新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,370页,北京,法律出版社,2008。

<sup>②</sup> 参见[韩]孙汉琦:《韩国民事诉讼法导论》,陈刚审译,221页,北京,中国法制出版社,2010。

<sup>③</sup> 参见[日]高桥宏志:《重点讲义民事诉讼法》,张卫平、许可译,28页,北京,法律出版社,2007。