

● 诉讼法学文库 (XXX)

证据能力论

——以民事诉讼为视角的研究

纪格非摇著

中国人民公安大学出版社
· 北摇京 ·

曾曾曾

《诉讼法学文库》编辑委员会

主任：陈光中

副主任：樊崇义 杨荣新 应松年

编辑委员会委员：（按姓氏笔画排列）

马怀德 卞建林 江必新 李浩 宋英辉

汪建成 陈光中 陈桂明 陈卫东 应松年

杨荣新 张树义 张卫平 樊崇义

主编：樊崇义

副主编：宋英辉 马怀德

学术秘书：吴宏耀

电子邮箱：~~zhangwei@163.com~~ ~~zhangwei@163.com~~ ~~zhangwei@163.com~~ ~~zhangwei@163.com~~

摇摇《诉讼法学文库》总序

摇摇诉讼法制是现代法治的重要内容和标志之一，也是依法治国的重要保障。我国法制建设的历程已经证明，诉讼制度是否健全与完善，直接决定着实体法律的实际效力：没有相应的诉讼制度作为依托，实体权利只能是“镜中花、水中月”；没有完善的诉讼制度予以保障，实体法律将无法如其所愿地实现其追求的立法目的。更为重要的是，诉讼法制的完善程度如何，还直接反映和体现着一个国家、一个民族进步、文明、民主和法治的程度，是区分进步与落后、民主与专制、法治与人治的标志。在现代法治国家，诉讼制度作为法治的一个重要环节，受到了前所未有的重视。美国联邦最高法院法官威廉·道格拉斯曾谈到，“权利法案的大多数规定都是程序性条款，这一事实绝不是无意义的。正是程序决定了法治与恣意的人治之间的基本区别。”^①

我国1999年宪法修正案正式确立了“依法治国，建设社会主义法治国家”的治国方略，为推进我国社会主义民主、法制建设，完善我国司法体制，提出了新的纲领和目标。而社会主义市场经济的初步发展则培育了公众的权利观念，并由此对司法公正提出了更高的要求。在此大背景下，通过增设新的诉讼制度以充实公民实体权利的实现途径，通过完善现行诉讼制度以保障实体法律的公正实施，从而推进依法治国，加快社会主义民主与法制建设的步伐，已经成为我国法治建设的关键所在。

^① 转引自季卫东：《法律程序的意义》，载《比较法研究》总第100期。

诉讼制度的构建，与人们对诉讼原理的认识和把握有着密切的关系。诉讼原理是人类在长期的诉讼实践中，在大量经验教训的基础上总结出来的、对有关诉讼活动的规律性认识。诉讼原理在诉讼制度的构建及运作中发挥着高屋建瓴的作用。只有正确认识和准确把握诉讼原理，才能构建较为完善的诉讼制度，才能推动诉讼活动向良性运作的状态发展。我国在改革与完善诉讼法律制度时，对于人类经过长期理论与实践探索获得的原理性认识，不能不予以重视，也不能不认真加以借鉴、吸收。

我国诉讼的立法和实践曾十分严重地受到“左”倾思潮和法律虚无主义的影响，诉讼规律和诉讼原理长期被忽视、被冷落。由此造成的后果之一是：司法机关和诉讼制度的功能被狭隘化。例如，刑事司法机关和刑事诉讼法律仅仅被视为镇压敌人、惩罚犯罪并通过镇压敌人、惩罚犯罪来维护社会秩序的功能单一的工具，忽视了司法机关和诉讼法制所具有的制约国家权力使之不被滥用和保护包括犯罪嫌疑人、被告人在内的公民基本人权的作用。对诉讼原理、诉讼规律认识的片面和浅陋，已经严重地制约了我国诉讼法制发展的步伐，而且直接对公正、文明地进行诉讼活动产生了非常消极的影响。要扭转这一局面，必须在宏观法律观念上作一个大的转变，同时大力借鉴、吸收法治发达国家丰富的研究成果和宝贵的实践经验，加强对诉讼原理、诉讼规律的研究。

对诉讼原理的正确认识是诉讼立法科学化的前提条件。正确把握了诉讼原理，可以帮助我们全面地认识司法机关的功能，并对各种不同的诉讼模式、规则进行正确的取舍，从而在一定的诉讼原理的指导下构建更为科学和更适合“本土资源”的诉讼模式、规则。由此制定的法律，将具有更强的民主性、文明性和科学性。反之，如果不能正确把握诉讼原理，对于存在着内在价值冲突的各种可供选择的立法方案就可能难以作出正确的选择，立法活动就可能要多走许多弯路，甚至要付出沉重的代价。

对诉讼原理的正确认识对于司法活动同样具有重要的积极价值。对诉讼原理的正确把握可以在一定程度上弥补立法的不足。法律永远是抽象的。要将抽象的法律适用于具体的案件,就必须有科学的观念作为指导。对基本诉讼原理的正确认识,将有利于指导人们对司法活动中必然存在的种种法律适用问题作出科学的解释,从而使法律文本本身存在的不足得到补救。在现代社会,由于法律的稳定性与现实生活千变万化之间的落差只能通过赋予司法人员自由裁量权的途径予以调和,因此对基本诉讼原理的认识,还直接决定着司法人员在行使法律赋予的自由裁量权时,能否作出符合公正标准的决定或者裁判。

要贯彻“依法治国,建设社会主义法治国家”的治国方略,保障诉讼活动公正进行,也必须认真研究诉讼原理,把握诉讼规律。当前,我国已有不少学者开始探索一些诉讼原理性的问题,如诉讼法律观、诉讼法哲学、诉讼目的、诉讼职能、诉讼价值、诉讼法律关系等,并已取得了一定的研究成果,这有力地推动了人们法律观念的变化,并对立法和司法活动发挥着积极的影响作用。但总的看来,我国诉讼法学界对诉讼原理问题的研究距离立法、司法实践的需求还有很大差距,还需要继续深入。尤其是现有的研究成果一般只是就诉讼的某一方面进行探讨,缺乏对一般性诉讼原理的全面、系统的探讨。因此,随着我国法制进程的推进,探讨一般性诉讼原理已经成为我国诉讼法学界必须研究的课题。

中国政法大学诉讼法学研究中心是以诉讼法学为研究领域的国家重点学术研究机构,系 1995 年 10 月经教育部专家评审并批准的法学类六个普通高等学校人文社会科学重点研究基地之一。该中心以中国政法大学诉讼法学部分专家、学者为专职研究人员,同时聘请国内外一些知名诉讼法学专家、学者作为兼职研究人员。中心主任由樊崇义教授(博士研究生导师)担任,著名法学家陈光中教授(博士研究生导师)为名誉主任,著名民事诉讼法学专家杨

荣新教授(博士研究生导师)担任中心顾问,知名中青年学者宋英辉教授(博士研究生导师)任中心常务副主任,知名中青年学者卞建林教授(博士研究生导师)、陈桂明教授(博士研究生导师)、马怀德教授(博士研究生导师)、张树义教授为兼职副主任。中心的学术研究的范围和布局涵盖整个诉讼法学,下设四个研究机构和研究方向:刑事诉讼法学研究室、民事诉讼法学研究室、行政诉讼法学研究室和证据法学研究室。中心研究内容、结构和研究人员的合理组合,乃是中心优势互补之特色的鲜明体现。该中心在整体科研水平和参与重大决策的能力,以及科研成果、人才培养、国内外学术交流、资料信息和参与国家立法等方面,均居全国同行的领先地位。按照教育部的要求,该中心正以学术研究为核心,深化科研体制改革,实行全面开放,注重高层次人才培养,加强学术交流,引导和推动诉讼法学的发展,为建设全国一流,乃至世界一流的重点研究基地而努力拼搏!

为吸引更多的诉讼法学者致力于诉讼原理的研究,同时也为了能够促使诉讼原理研究及时对立法、司法、学理研究等多个领域产生积极的影响,并对司法实际工作有所帮助,中心特意组织力量进行此项题为“诉讼法学文库”的大型丛书的编辑出版工作。“诉讼法学文库”是中心的一项长期出版项目,面向国内外专家、学者开放,凡以诉讼原理、诉讼规律为内容且有新意、有深度、有分量的专著、译著,以及对公安、司法工作有指导意义,对立法工作有参考价值的其他诉讼法学著作均可入选。

中国政法大学诉讼法学研究中心主任



二〇〇四年 愿月于北京

摇序

证据制度是司法制度中不可或缺的内容，是诉讼制度的灵魂所在。但是，由于立法的疏漏和法学研究的滞后，我国现行的证据制度无法满足司法实践的要求，更没有全面反映证据制度在世界范围内的普遍发展趋势。从某种程度上说，加强对证据法学的研究，不仅是诉讼法学研究逐步深化的标志，也是诉讼制度改革的必然要求。在这种背景下，《证据能力论——以民事诉讼为视角的研究》一书的出版，具有可喜的理论意义及实践意义。

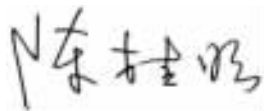
证据能力和证明力是证据制度中的两个基本概念。前者是指在诉讼上能够作为证据的资格；后者指证据对事实是否有证明作用以及作用的大小，它是证据本身的固有属性。诉讼证据的特性，体现在证据的证明力上，又体现在证据的证据能力上。但是，在证据制度发展的不同阶段和不同国家的证据立法上，对证据能力与证明力的关系采取了不同的处理方式。在法定证据时期，证据能力问题不是立法者关注的主要问题，证据立法的重要内容就是对不同证据的证明力加以排列。在现代自由心证制度下，证据能力与证明力的关系发生了根本的变化。英美法系国家为防止陪审团成员先入为主或受到不当的影响，就证据的范围加以限制，对证据可采性设置严格的规则，以保障证据的证明力。但是，对于具有可采性的证据的证明力问题则极少加以限制，完全寄希望于事实裁判者之自由心证。大陆法系国家则不同，由于在立法上没有采用陪审制度，并且更加强调法官对诉讼的主动干预，因而与英美法系国家相比，对证据能力较少加以限制，一般而言，凡可作为诉讼证据的事实和材料，都具有诉讼证据能力。但是，由于

在诉讼中坚持直言词原则、证据适时提出原则，因此对证据能力问题由原来的不干预原则逐步转变为有所限制。

与英美法系国家、大陆法系国家不同，在我国证据法规范中，没有证据能力和证明力的概念，但并不能因此认为，在我国诉讼证据理论与实践不存在这两个问题，我国民事诉讼法和司法解释上存在一些关于证据能力和证明力的规则，这些规则实际上构成了对法官就证据采用自由裁量上的有效制约。但是，与证据制度在世界范围内的发展趋势相违背的是，我国的证据立法中对证据能力和证明力之间的关系问题却采取了值得质疑的态度，主要表现为，现行的证据立法不是以规范证据能力为核心，而是以规范证明力为核心。这种趋势虽然有助于增加立法的可操作性，降低司法的难度，但是却大大损害了“自由证明”的根本精神，阻碍了证据制度现代化的进程。

本书的作者本着“证据能力是现代证据制度的核心”这一思路，重新审视证据规则的构成体系，对于证据能力在民事诉讼立法中的地位、作用以及具体规则的设计等方面进行了有益的探索，一些观点和论证有相当的理论深度。虽然本书学术观点中难免存在一些理想化的内容和不足之处，但是作为年轻学者，其探索的勇气与创新的精神难能可贵。我作为她的导师，十分赞赏她勤于思考、善于钻研的品格，也希望她在学术的道路上继续努力，不断充实、完善自己的理论。

是为序。



二〇〇四年八月一日

目 录

第一章 摇证据能力本体论	(员)
摇第一节 摇证据能力的含义及调整方式	(员)
一、英美法系国家对证据能力的理解	(员)
二、大陆法系国家对证据能力的理解	(源)
三、我国学者对证据能力理解中的偏差	(远)
四、本书对证据能力的定义	(员)
五、对证据能力的两种调整方式	(员)
摇第二节 摇证据能力的制度价值	(员)
一、促进实体公正的实现	(员)
二、限定证据调查的范围，提高诉讼效率的作用	(员)
三、维护公民个人权利，实现司法民主	(员)
四、价值选择和价值平衡的作用	(员)
五、增强判决的稳定性方面的作用	(员)
摇第三节 摇证据能力规则的历史发展	(员)
一、法定证据制度下的证据能力规则	(员)
二、自由心证证据制度下的证据能力规则	(员)
第二章 摇英美法系的证据能力制度	(猿)
摇第一节 摇英美法系证据能力制度简介	(猿)
一、历史回顾	(猿)

二、证据可采性规则在英美法系国家的程序基础	(猿)
三、证据可采性规则的立法框架	(猿)
摇第二节摇以关联性为核心的证据可采性规则	(猿)
一、对关联性的界定	(猿)
二、关联性与证据的可采性	(猿)
摇第三节摇关联性的法律限制	(猿)
一、对关联性的法律限制：法院排除相关证据的 裁量权	(猿)
二、对关联性的法律限制：品格证据一般 不可采纳	(猿)
三、证明习惯的证据的可采性	(猿)
四、对关联性规则的法律限制：其他不可以采纳的 证据	(猿)
摇第四节摇基于可靠性的证据排除规则	(猿)
一、传闻证据排除规则	(猿)
二、最佳证据规则	(猿)
三、意见证据规则	(猿)
摇第五节摇证据能力的政策性限制	(猿)
一、刑事诉讼与民事诉讼对待非法取得的证据的 不同态度	(猿)
二、英美法系国家的保密特权原则	(猿)
第三章摇大陆法系国家的证据能力规则	(猿)
摇第一节摇大陆法系国家证据能力规则的结构分析	(猿)
一、大陆法系证据能力规则的理论框架	(猿)
二、大陆法系国家证据能力规则的结构特点	(猿)
摇第二节摇自由心证原则与证据能力规则的关系	(猿)

摇第三节摇诉讼程序在形成证据能力规则方面的作用	··· (页四)
一、以诉讼法为依托的证据能力规则在两大法系 国家证据法领域的表现	····· (页四)
二、诉讼程序形成证据能力规则的制度基础	····· (页四)
三、非法证据在刑事诉讼和民事诉讼中的证据 能力问题	····· (页四)
四、直言言词原则——大陆法系国家对待传闻 证据的态度	····· (页四)
五、举证时限及其与证据能力的关系	····· (页四)
六、辩论原则与证据能力	····· (页四)
摇第四节摇证据形式与证据能力——书证优先原则	····· (页四)
一、书证优先原则的确立	····· (页四)
二、书证优先原则的性质及效力	····· (页四)
三、书证优先原则的限制	····· (页四)
摇第五节摇社会政策与证据能力	····· (页四)
一、拒绝作证特权的种类	····· (页四)
二、拒绝作证特权的行使与放弃	····· (页四)
摇第六节摇两大法系证据能力制度的比较	····· (页四)
一、证据能力规则复杂程度上的差别	····· (页四)
二、调整方式上的差异	····· (页四)
三、证据的形式对证据能力的影响方面体现了 不同的特征	····· (页四)
四、法官行使自由裁量权的差异	····· (页四)
五、对待原始证据与传来证据的态度上的差异	····· (页四)
第四章摇构建我国证据能力规则体系应当解决的 几个理论问题	····· (页四)

摇第一节摇证据属性的理论缺憾	(员猿猿)
一、客观性的逻辑悖论	(员猿猿)
二、证据属性制度体系的僵化性	(员猿源)
三、证据属性程序功能的单一性	(员猿苑)
摇第二节摇证据属性现有问题的根源分析及解决方案 ...	(员猿愿)
一、概念法学的局限性及其解决	(员猿愿)
二、法律的理想与现实可能性的差距及弥合	(员猿怨)
三、证据属性传统思维定式的突破	(员源猿)
摇第三节摇证据能力的制度优势	(员源缘)
摇第四节摇制定证据能力规则的制度前提	
——证据裁判原则	(员源圆)
一、证据裁判原则与证据能力规则	(员源圆)
二、证据裁判原则与我国民事诉讼法	(员源远)
摇第五节摇基本模式的选择	(员源苑)
一、立法形式的选择	(员源苑)
二、调整模式的选择	(员源怨)
摇第六节摇制定证据能力规则应该考虑的因素	(员源原)
一、诉讼公正与证据能力规则	(员源缘)
二、诉讼效率与证据能力	(员源员)
三、证据能力规则的公众可接受性	(员源远)
摇第七节摇证据能力规则体系的结构分析	(员源远)
一、我国现有的证据能力规则的理论研究及 立法体系	(员源远)
二、对我国的证据能力规则体系的结构设计	(员源猿)
第五章摇证据能力之实质要件	(员源远)
摇第一节摇证据能力的关联性要件	(员源苑)

一、关联性规则	(四四四)
二、对关联性的法律限制	(四四四)
三、法官排除具有关联性的证据的裁量权	(四四四)
第二节 摇证据能力的政策性要件	(四四四)
一、我国证人保密特权原则的立法现状	(四四四)
二、对保密特权原则的吸收与借鉴	(四四四)
第六章 摇证据能力之程序要件	(四四四)
第一节 摇提出证据的主体与证据能力	(四四四)
第二节 摇直接言词原则与证据能力	(四四四)
一、对我国传闻证据排除规则的理论基础的反思 ...	(四四四)
二、对我国目前传闻证据排除规则的宏观反思	(四四四)
三、以直接言词原则代替传闻证据排除规则的 必要性	(四四四)
四、直接言词原则下的证据能力规则	(四四四)
第三节 摇证据提出的时间与证据能力	(四四四)
一、举证时限的制度价值	(四四四)
二、我国民事诉讼中现行的举证时限制度与 证据能力的关系	(四四四)
三、完善举证时限与证据能力的关系的总体思路 ...	(四四四)
第四节 摇取得证据的方式与证据能力 ——如何对待民事诉讼中的非法证据	(四四四)
一、在民事诉讼中对非法证据的定义	(四四四)
二、民事诉讼对待非法证据的理论依据	(四四四)
三、我国民事诉讼中的“非法证据”规则的完善 ...	(四四四)
第七章 摇证据能力的形式要件	(四四四)

摇第一节摇民事诉讼法中对证据的分类及其与 证据能力的关系	(猿猿)
一、国外立法对证据的分类及其与证据能力的关系 ...	(猿猿)
二、我国立法对证据的分类及其与证据能力的关系 ...	(猿猿)
三、实体法对证据形式的特殊要求与证据能力	(猿猿)
摇第二节摇书证优先原则与证据能力	(猿猿)
摇第三节摇文书原件优先原则	(猿猿)
 第八章摇证据能力规则的适用程序	(猿猿)
摇第一节摇英美法系国家证据能力规则的适用程序	(猿猿)
一、证据可采性规则的适用主体	(猿猿)
二、证据可采性的认定方法	(猿猿)
三、确认证据可采性的程序	(猿猿)
摇第二节摇大陆法系国家的证据能力规则的适用程序 ...	(猿猿)
一、大陆法系国家的证据能力规则的适用程序	(猿猿)
二、对两大法系国家证据能力规则适用模式的 简要分析	(猿猿)
摇第三节摇我国证据能力规则适用程序的设计	(猿猿)
一、应当明确证据能力规则适用的范围	(猿猿)
二、在审前准备程序中确认证据能力	(猿猿)
三、赋予当事人对证据能力的异议权	(猿猿)
四、理顺对证据能力的认定与认证的关系	(猿猿)
五、健全对证据能力规则适用的监督机制	(猿猿)
 主要参考书目	(猿猿)
后摇摇记	(猿猿)

- [illegible]

海藻 (藻)

[illegible]

皂漢疊社造增澤鹽皂 (猿)

员游摇匀留侧赠 (猿)

員類瑶蘊嘉造勳機麟製寒荳荳荳金麟恠肇……………(源)

圆葱瑶贝菜晒绿土燥刺藿藿菜糟 (豫)

圆爱瑶碌薏薯艹薏苡薏苡薏苡薏苡薏苡..... (缘)

猿猱 蘼薺 苦苣 檉柳 雞屎 杜鵑 黃蘗 糟粕 介殼 蠶矢 蠶屎 糞土

對藻醣甙、單糖、雙糖、三糖、四糖 (續)

贖贖 (贖)

猿猱 孕則胎動 遭暴擊 則驚 逢 (緣)

[illegible]

源瑶匀藻舞曾恹藻 (缘)

[illegible]源源 瑶瑶 音音 亮亮 噪噪 土土 漢漢 漢漢 槽槽 切切 恠恠 漢漢 (苑)

緣 瑶 耕 音 豔 澤 類 卽 市 聲 燥 至 尋 道 原 建 諸 漢 漢 漢 漢 漢

多 精 聖 子 慈 慧 性 智 覺 聖 貴 佛 壽 知 懷 (願)