

创新思维法学教材
Legal Textbooks of Creative Thinking



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

Evidence Law

证据法，是通过一定法律形式表现出来的、用于调整诉讼中证据调查和运用的规范的总称。其一方面涵盖对证据能力、证据力、证明对象、证明标准及证明责任等理论层面问题的明确，另一方面亦包纳对取证、举证、质证及认证等操作层面问题的规制。其既包含程序法中的相关规则，亦囊括实体法中的有关规范。

证据法论

占善刚 刘显鹏 ▶ 著



创新思维法学教材
Legal Textbooks of Creative Thinking

证据法论

Evidence Law

占善刚 刘显鹏 著

图书在版编目(CIP)数据

证据法论/占善刚,刘显鹏著. —武汉:武汉大学出版社,2009.2
创新思维法学教材
ISBN 978-7-307-06774-5

I. 证… II. ①占… ②刘… III. 证据—法学—中国—高等学校—教材 IV. D925.013

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 198736 号

责任编辑:张 欣 责任校对:黄添生 版式设计:马 佳

出版发行:武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: cbs22@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷:通山金地印务有限公司

开本: 720 × 1000 1/16 印张: 21.5 字数: 379 千字 插页: 1

版次: 2009 年 2 月第 1 版 2009 年 2 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-06774-5/D · 863 定价: 30.00 元

版权所有,不得翻印;凡购我社的图书,如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请与当地图书销售部门联系调换。

前 言

在德国、日本等大陆法系国家或地区学者所撰之证据法教科书或著作中，直接以“证据法”作为书名的绝少见之，而多以“民事证据法”或“刑事证据法”目之。盖在大陆法系，并无统一的证据法典，证据法殆皆作为民事诉讼法典、刑事诉讼法典中的一编或一章而予以规范。民事诉讼法与刑事诉讼法之间在立法观念上所存在的根本性的差异，直接决定了大陆法系民事证据法与刑事证据法在证据能力之限制、证明度之要求、法官证据调查之设计等各方面均存在本质上的差异。因此，一如对民事诉讼法、刑事诉讼法乃分别为著述讲学，大陆法系学者对民事证据法、刑事证据法亦乃分别为著书立说，庶免徒增认识上的纷扰。我国诉讼法立法素承大陆法系之立法传统，证据法不独亦仅作为诉讼法典的一章予以规范，并且民事证据法规范与刑事证据法规范亦存在诸多差异而绝少同一。故若循此以解，我们应可推知，国内学者在撰写证据法教科书或著作时，亦应效尤大陆法系学者，对其分而论之，如此方合乎事理。不过，从国内出版的已有的关于证据法的各种读物来看，几无例外地是将民、刑证据法统合在一起进行著述，这似乎已成了关于证据法写作的惯习并为广大读者所接受。基此考量，本书在写作体例上亦乃从之。

本书立足于现行三大诉讼法典中的证据法则以及最高人民法院于不同时期颁行的关于证据法的司法解释，在大量吸收国内学者的关于证据法最新成果之基础上，阐释了民、刑证据法基本原理、证据中的基本制度与基本证据规则，缕析了我国证据规范所存在的缺漏并就如何完善提出了自己的看法。本书立论平允，其中不少为作者自己所持之见解，在此意义上讲，其实有别于传统意义上的教科书，毋宁认为乃真正意义上的证据法著作。本书不仅可作为初学者入门之用，也可作为法学专业研究生进一步研习证据法的高级读本，于法官、检察官、律师等法律职业者在司法实务中的操作亦不无裨益。

为方便读者进一步研究证据法，作者将书中所援引的中外文参考文献列入书尾，以供检索、查阅。

法律文件的缩略语

法律文件的全称	缩略语
中华人民共和国宪法(1982年12月4日公布并施行,2004年3月14日修正)	《宪法》
中华人民共和国民事诉讼法(1991年4月9日公布,2007年10月28日修改通过,2008年4月1日施行)	《民事诉讼法》
中华人民共和国民事诉讼法(试行)(1982年3月8日公布,1982年10月1日施行。已废止)	《民事诉讼法》(试行)
中华人民共和国刑事诉讼法(1979年7月1日公布,1996年3月17日修改通过,1997年1月1日施行)	《刑事诉讼法》
中华人民共和国行政诉讼法(1989年4月4日公布,1990年10月1日施行)	《行政诉讼法》
中华人民共和国海事诉讼特别程序法(1999年12月25日公布,2000年7月1日施行)	《海事诉讼法》
中华人民共和国民法通则(1986年4月12日公布,1987年1月1日施行)	《民法通则》
中华人民共和国合同法(1999年3月15日公布,1999年10月1日施行)	《合同法》
中华人民共和国继承法(1985年4月10日公布,1985年10月1日施行)	《继承法》
中华人民共和国公司法(1993年12月29日公布,2005年10月27日修改通过,2006年1月1日施行)	《公司法》
中华人民共和国专利法(1984年3月12日公布,2000年8月25日修改通过,2001年7月1日施行)	《专利法》
中华人民共和国刑法(1979年7月1日公布,1997年3月1日修改通过,1997年10月1日施行)	《刑法》



法律文件的全称	缩略语
中华人民共和国治安管理处罚法(2005年8月28日公布,2006年3月1日施行)	《治安管理处罚法》
中华人民共和国道路交通安全法(2003年10月28日公布,2007年12月29日修改通过,2008年5月1日施行)	《道路交通安全法》
国务院诉讼费交纳办法(2006年12月8日公布,2007年4月1日施行)	《诉讼费交纳办法》
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(1992年7月14日公布并施行)	《民诉适用意见》
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(1998年7月6日公布,1998年7月11日施行)	《民事审判规定》
最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定(2001年12月21日公布,2002年4月1日施行)	《民事证据规定》
最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定(2002年6月4日公布,2002年10月1日施行)	《行政证据规定》
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6月29日公布,1998年9月8日施行)	《人民法院刑事诉讼解释》
人民检察院刑事诉讼规则(1998年12月16日公布,1999年1月18日施行)	《人民检察院刑事诉讼规则》
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(1999年11月24日公布,2000年3月10日施行)	《行诉解释》
最高人民法院关于严禁将刑讯逼供获取的犯罪嫌疑人供述作为定案依据的通知(2001年1月2日公布)	《关于严禁将刑讯逼供获取的犯罪嫌疑人供述作为定案依据的通知》



法律文件的全称	缩略语
最高人民法院关于未经对方当事人同意私自录制其谈话取得的资料不能作为证据使用的批复(1995年3月6日公布)	《关于未经对方当事人同意私自录制其谈话取得的资料不能作为证据使用的批复》
最高人民法院关于对诉前停止侵犯专利权行为适用法律问题的若干规定(2001年6月7日公布,2001年7月1日施行)	《关于对诉前停止侵犯专利权行为适用法律问题的若干规定》
最高人民法院关于诉前停止侵犯注册商标专用权行为和保全证据适用法律问题的解释(2001年12月25日公布,2002年1月22日施行)	《关于诉前停止侵犯注册商标专用权行为和保全证据适用法律问题的解释》
最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释(2006年11月20日公布,2006年12月8日施行)	《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》

目 录

第一章 证据法概论	1
第一节 证据法中的事实	1
一、事实的内涵	1
二、事实的形态	5
第二节 证据法的基本原则	6
一、证据裁判主义原则	7
二、自由心证主义原则	12
第二章 证据概述	21
第一节 证据的概念	21
一、关于证据概念的学说	21
二、证据的内涵	23
第二节 证据的属性	26
一、证据能力	27
二、证据力	36
三、证据能力和证据力的关系	42
第三章 证据的学理分类	45
第一节 供述证据与非供述证据	45
一、供述证据与非供述证据的概念	45
二、供述证据与非供述证据的特点	46
三、供述证据与非供述证据的获取方式	48
第二节 直接证据与间接证据	55
一、直接证据与间接证据的概念	55
二、直接证据与间接证据的特点	56
三、直接证据与间接证据的区别和联系	57



第三节 原始证据与传来证据	60
一、原始证据与传来证据的概念和特点	60
二、原始证据与传来证据的运用	65
第四节 本证与反证	69
一、本证与反证的概念和特点	69
二、本证与反证的运用规则	71
三、间接反证	72
第五节 严格证明与自由证明	73
一、严格证明	73
二、自由证明	74
第六节 控诉证据与辩护证据	77
一、控诉证据与辩护证据的概念和特点	77
二、控诉证据与辩护证据的运用规则	79
第四章 证据的法定种类	81
第一节 证据的种类概述	81
一、证据的种类的概念	81
二、域外证据种类的立法例	81
三、我国的证据种类	83
第二节 书证	86
一、书证的概念和特点	86
二、书证的分类	91
第三节 勘验	96
一、勘验的概念和特点	96
二、我国勘验的历史发展	96
三、勘验物的分类	98
第四节 证人	99
一、证人的概念和特点	99
二、证人的义务	104
三、证人的权利	109
第五节 当事人陈述	118
一、当事人陈述概述	118
二、民事诉讼和行政诉讼中的当事人陈述	120

三、刑事诉讼中的犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解·····	125
四、刑事诉讼中的被害人陈述·····	134
第六节 鉴定·····	135
一、鉴定的概念和特点·····	135
二、鉴定人·····	139
第五章 证明对象·····	145
第一节 证明对象概述·····	145
一、证明对象的概念和特点·····	145
二、证明对象的范围·····	146
第二节 证明对象的范围·····	148
一、民事诉讼中的证明对象·····	148
二、刑事诉讼中的证明对象·····	151
三、行政诉讼中的证明对象·····	152
第六章 免证事实·····	153
第一节 免证事实概述·····	153
一、免证事实的概念·····	153
二、免证事实的范围·····	153
三、我国现有规定及评述·····	155
第二节 诉讼上的自认·····	161
一、诉讼上的自认概述·····	161
二、诉讼上的自认的种类·····	163
三、诉讼上的自认的效力·····	165
四、诉讼上的自认之撤销和追复·····	166
第三节 公知事实·····	167
一、公知事实的概念和特点·····	167
二、公知事实的条件·····	168
三、公知事实的效力·····	168
第四节 司法认知·····	169
一、司法认知的概念和特点·····	169
二、司法认知的效力·····	169
三、司法认知的程序·····	169



第五节 推定	170
一、推定概述	170
二、推定的分类	176
第七章 证明责任	181
第一节 证明责任的基本理论	181
一、证明责任的概念	181
二、证明责任的本质	183
三、证明责任的属性	185
四、证明责任的特点	186
五、证明责任和概念的关系	186
第二节 证明责任的分配	190
一、证明责任分配的基本理论	190
二、民事诉讼中的证明责任分配	195
三、刑事诉讼中的证明责任分配	221
四、行政诉讼中的证明责任分配	223
第八章 证据规则	227
第一节 证据禁止规则	228
一、证据禁止规则	228
二、证据禁止规则的域外立法例	231
三、我国有关证据禁止规则的规定及评析	240
第二节 品格证据排除规则	247
一、品格证据	247
二、品格证据排除规则的理论	249
三、我国品格证据排除规则的规定	254
第三节 传闻证据排除规则	255
一、传闻证据	255
二、传闻证据排除规则	258
三、传闻证据规则与直接言词原则的比较	264
四、我国的相关规定及评述	266
第九章 证明过程	267



第一节 证明过程概述·····	267
一、证明过程的内涵及阶段·····	267
二、证明的具体过程·····	268
第二节 举证·····	270
一、举证概述·····	270
二、举证期限·····	273
三、证据交换·····	283
四、当事人举证与法院查证的关系·····	291
五、证据保全·····	295
第三节 质证·····	305
一、质证概述·····	305
二、交叉询问·····	309
第四节 认证·····	317
一、认证概述·····	317
二、证明标准·····	319
参考文献·····	323

第一章 证据法概论

第一节 证据法中的事实

证据法，是调整诉讼中证据调查和运用的法律规范的总称。以之为研究对象的法律学科被称为证据法学。证据作为案件真实发现的基础和法院裁判的依据在诉讼程序中居于最为核心的地位，故系统、全面地学习和研究证据的基本理论及其运用规则对整个诉讼程序的理解和把握具有极为重要的意义。

在当今各国和地区普遍采取的争执双方当事人对等的辩论式诉讼模式下，诉讼程序通常乃是经由处于中立地位的法官对双方当事人之间争执的法律关系从事实认定与法律适用两个方面进行裁决。双方当事人争执之所在，或为事实问题，或为法律问题，或两者兼而有之。而对纷争事实的正确认定乃法官对法律适正适用的基础，因此，学习和研究证据法，必须先对证据法中的事实内涵与形态等基本问题有一个正确的理解。

一、事实的内涵

证据法上的事实，一般来说是指主体对事物的特定属性或与其他事物的特定关系所作的判断。易言之，其乃是由人对呈现于自己面前的案件相关现象有所觉察，并运用一定的概念对之加以陈述或描述以及在此基础上作出相应判断的结果。当人们对呈现于自己面前的案件相关现象依自己之五官而感知，并且在作出了一个正确判断时，即可认为其发现了案件事实；反之，如果主体基于一定认知所作出的陈述或描述不符合案件发生时的实际情况，也即主体对案件



发生的真实状况作出了错误的断定时,则应认为其没有发现案件事实。^①

事实和证据虽然不能等同,但两者之间却存在着内在的联系。证据是证明案件事实的根据,其蕴含着诉讼中需要查明的案件事实的各种信息。证据中的这些信息能够揭示案件事实,并由此查明案件事实。证据实质上就是蕴含有案件事实信息的以人的或物的形态存在的事实信息载体。通常来讲,认定案件事实必须审查、判断其所依据的或者说其能得以推断存在的证据,审查、判断证据的诉讼程序和相关制度不同,其所蕴含的价值也就各异。

诉讼中的事实并非事件经过本身,而是当事人对事件经过的陈述^②或主张。从事实陈述主体看,当事人对事实的主张分为两类:

(一) 一方当事人向法院提出的使自己的诉讼请求得以成立的事实

当事人的该项事实上的陈述乃狭义上的主张,对法官在事实认定上具有拘束力。如果当事人在诉讼中未向法院提出此项事实,纵然法官通过证据调查知晓该事实存在,也不能将其作为裁判之基础,这在诉讼理论上被称为“主张责任”。

(二) 一方当事人为使对方当事人的主张得不到法院的支持所作的陈述

这类事实陈述又可具体分为四种。

1. 否认

否认是一方当事人对对方当事人的主张进行争执的行为,是指一方当事人针对对方当事人提出的事实主张,所作出的认为其不存在或不真实之陈述。其

① 一般来说,事实包含两层含义,即事实存在和事实判断。事实存在是指作为认识对象的事物的真实情况,其处于人的认识之外,是一种“自在”。当这种“自在”进入人的认识领域,就形成了事实判断,即人对事物真实情况的陈述或认定。例如,车站有人在候车,这是一种事实存在,而甲对乙说“车站有人在候车”,则是在作事实陈述。尽管人们所说的事实经常指的是事实判断,但从认识的有机过程和联系来看,一个活生生的事实,应该由事实存在和事实判断来构成。这种对事实涵义的界定是从本体论和认识论两方面入手的,事实存在是本体论意义上的事实,事实判断则是认识论意义上的事实。同时,这一界定实际上也描述了事实的两种表现形式,即作为存在的事实和作为命题表述的事实。而证据法上对事实的界定,主要是从认识论的角度入手,因为诉讼程序中所有的事实都是通过当事人的陈述或描述而呈现的,都是以当事人的认识为立足基点的。

② 此“陈述”与我国民事诉讼法中“当事人的陈述”并非同一概念:民诉法中所称“当事人的陈述”实际上相当于证人证言,乃指当事人以非诉讼主体身份在法官的询问或讯问之下所作的陈述,它属于证据资料;而诉讼法理上所指称之“陈述”特指当事人以诉讼主体身份就案件事实向法官所作的陈述,它属于诉讼资料。证据资料的功能在于证明诉讼资料。



细分为以下两种：

(1) 单纯的否认。即针对对方的主张，当事人仅直接予以否认，不提出其他事实。

(2) 附理由的否认。即当事人提出另外的事实，此事实与对方主张的事实不能并存。

有些国家立法中，规定当事人对其陈述负有“具体化义务”，依此义务之要求，一般而言当事人对对方的主张并不能进行单纯的否认。仅在特定情形下，也即在该对方当事人不能具体、充分地知道事实发生的原因和经过或处在事案经过以外时，始可作单纯的否认。

2. 抗辩

抗辩，也是当事人对对方当事人的主张进行争执的行为，是指一方当事人为了使对方当事人提出的事实主张在法律上的效果不发生或使其消灭而提出的与对方当事人主张的事实能够对立的并且能够独立引起法律效果的要件事实。抗辩也有两种具体表现形式：

(1) 当事人将诉讼外行使抗辩权的事实于诉讼中向法院提出。其为单纯的抗辩，仅引起诉讼法上的效果。

(2) 当事人在诉讼外未行使抗辩权，而在诉讼中于法官面前针对对方当事人行使抗辩权。此类抗辩实际上乃当事人将实体法上的抗辩权于诉讼中行使，故具有双重意义，其既产生实体法上的效果，又引起诉讼法上的效果。

一般而言，诉讼上的抗辩分为权利障碍抗辩、权利消灭抗辩与权利阻止抗辩三类形式。

①权利障碍抗辩。权利障碍抗辩是指当事人提出的妨碍对方主张的事实效果予以成立的事实。例如原告要求被告履行合同义务，主张合同有效成立，被告主张合同违反强行性法律规定或公序良俗，并未生效，被告的主张即为权利障碍抗辩。

②权利消灭抗辩。权利消灭抗辩是指一方当事人提出的认为对方当事人所主张的权利虽曾存在但现在已消灭的事实。例如，原告要求被告清偿债务，被告主张该项债务已经清偿或者已经被免除，被告的事实主张即为权利消灭抗辩。

③权利阻止抗辩。权利阻止抗辩是指当事人因主张实体法上的拒绝履行权而提出的事实。权利阻止抗辩之意义在于，当事人在诉讼中提出相应事实援用该抗辩权时，虽不能使对方的请求权归于消灭，但却使其一时或永久无法有效行使，如主张留置权、同时履行抗辩权存在的事实即为权利阻止抗辩。值得注



意的是,当事人在行使留置权以及同时履行抗辩权的情形下,其必须援用该抗辩权,也即当事人若想法官斟酌上述抗辩的法律效果,其首先必须具有行使权利的意思表示。此乃权利障碍抗辩和权利消灭抗辩所不具备的特殊性。当然,当事人不仅在诉讼上可以援引该抗辩权存在的事实,在诉讼外也可以行使此抗辩权。只要有一方当事人在诉讼中提出该抗辩权曾被行使的事实,法官就可以斟酌其之效果。

抗辩与否认尤其是附理由的否认存在根本上的不同,应注意严格区分。我们以一个实践中常见的案件对此作进一步的分析。

例如,在一起民事诉讼中,原告甲向法院起诉要求被告乙还钱,乙的陈述可能有如下几种:①根本没有借;②拿了钱,但不是借的,是甲送的;③借了,但是已经还了;④借了,但是已过诉讼时效。这里我们可以看出,被告乙所作的四种陈述中,①和②为否认,分别为单纯的否认和附理由的否认。在单纯的否认,被告没有针对原告的主张提出新的事实,依证据责任分配之基本原理,原告就其借钱给被告的事实主张应负证明责任;在附理由的否认,原告主张的主要事实是存在借贷合同和金钱的授受这两方面的事实,被告主张的事实是存在赠与关系和金钱的授受。此种情形下,被告对金钱的授受予以承认,但是否认有借贷关系的存在,而认为是赠与关系,由于赠与与借贷两种事实不能并存、两立,故被告所提赠与存在之事实主张仍为否认,正因如此,借贷合同的存在仍然应由原告负证明责任,其之证明责任并没有转移给被告。③和④则为抗辩,因为无论是清偿(还了)还是诉讼时效已经过了之事实与原告主张的借贷事实均为两立之事实,在这两种情形下,由于被告实际上承认了原告所主张的主要事实,因此原告对于该事实不负证明责任,被告则应对清偿(还了)与过了诉讼时效之抗辩事实负证明责任。

3. 自认

自认,乃一方当事人对对方当事人的主张未作争执而予以承认的行为,是指在言辞辩论中一方当事人对于对方当事人提出的于己不利的事实主张予以承认之陈述。当然,作为当事人陈述的自认,必须是明示的自认,默示的自认为法律上的拟制,并非属于当事人陈述的范围。

对于一方自认的事实,对方当事人不负证明责任。

4. 不知情或不记得之陈述

此类陈述是指当事人作出“不知道这样的事实”的陈述的行为,也即一方当事人对于对方当事人关于某一特定事实的主张,在诉讼中向法官表示不知道、不清楚或不记得等。该行为虽未主张一定事实,亦未对他造主张的事实予

以否认或承认，但实质上仍对对方当事人提出的事实作出了一定评价，进而会对法官的心证产生一定影响，故也应将其纳入当事人陈述的范畴。^①

二、事实的形态

依据功能和地位的不同，证据法中事实有以下三种主要形态：

（一）主要事实

主要事实，又被称为直接事实，是指对于判断引起权利发生、变更或消灭的法律效果直接且必要的事实，换言之，是与作为法律构成要件被列举的规范事实（要件事实）相对应的事实。

法律构成要件事实和主要事实在本质上是一致的，但也有一定的区别。法律构成要件事实是抽象意义上的，作为法律构成要件被列举的事实（要件事实），有的是被抽象化的事实，有的则不是事实，仅是一种评价或描述。主要事实则为具体意义上的事实，是指能够被作为裁判对象的事实，而且其必须是能够成为证明及证据调查对象的事实。

在辩论主义的诉讼运作方式下，前面已提到，依主张责任之原理，某项主要事实若未经当事人主张，即不能成为审判的对象，也就不存在运用证据对其予以证明的问题；仅在经由一方当事人主张，且当事人双方对其之真实性存在争议时，才应依法律规定的证据调查程序予以证明。

（二）间接事实

间接事实，是指借助于经验法则及逻辑法则的作用推论主要事实存在的事实。当法律要件事实或主要事实涉及一些不确定的概念（如不可抗力、过错等）时，由其无法如一般的法律要件事实那样具有确定的可直接感知之要素，故当事人不易直接用证据证明其存在，在此情形下，当事人往往先提出若干间接事实并证明其存在，然后由法官依据经验法则，从中推导出主要事实的存在。

（三）辅助事实

无论是主要事实还是间接事实，本身也需要由一定证据予以证明，而辅助事实，即是用于明确主要事实和间接事实据以成立的证据的证据能力或证据力的事实。

间接事实和辅助事实区分之意义有二。其一，间接事实与辅助事实不受主

^① 当然，对于这种陈述，不同的国家和地区在立法上有不同的规制，如德国乃是将其视为否认，日本和我国台湾地区则是将其视为自认。