

5

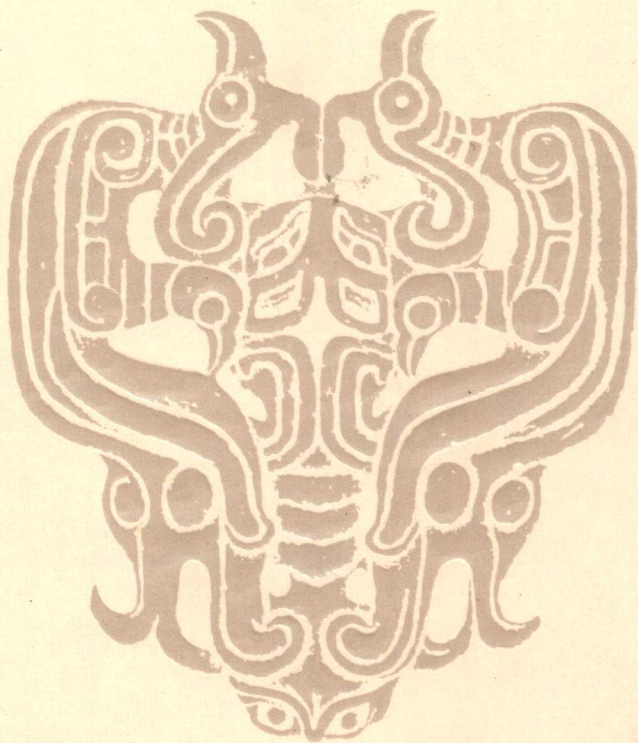
诉讼证据丛书

总主编 / 王利明

张文显

| 民事证据判例与理论分析 (下)

常怡 王建华 / 主编



人民法院出版社

诉讼证据丛书

总主编 / 王利明 张文显

5

民事证据判例与理论分析（下）

主 编 / 常 怡 王建华

副主编 / 李 亮 蒋雨含 蒋宏潮

撰稿人（排名不分先后）

王建华 孔令章 周成泓

张继林 王学棉 袁 圆

唐玉富 俞惠斌 唐桂英

蒋雨含 李 亮 王彩霞

张 辉 蒋宏潮

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

民事证据判例与理论分析/常怡,王建华主编. —北京:
人民法院出版社,2007. 10
(诉讼证据丛书)
ISBN 978 - 7 - 80217 - 505 - 1

I. 民… II. ①常…②王… III. 民事诉讼 - 证据 - 案例 -
分析 - 中国 IV. D925. 113. 5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 149736 号

民事证据判例与理论分析 (下)

主编 常 怡 王建华

责任编辑 吴秀军 陈建德

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号(100745)

电 话 (010)85250578(责任编辑) 85250516(出版部)
85250558 85250559(发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 890 × 1240 毫米 A5

字 数 787 千字

印 张 30.25

版 次 2007 年 10 月第 1 版 2007 年 10 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 80217 - 505 - 1

定 价 58.00 元(上、下)

版权所有 侵权必究

《诉讼证据丛书》编委会

编

委：(按姓氏笔划为序)

马怀德	卞建林	王利明	王振民
兰荣增	田平安	孙长永	朱 勇
江 平	江 伟	余劲松	吴汉东
张 耕	张文显	张明楷	李献敏
李汉昌	李自民	汪建成	沈德咏
陈光中	周叶中	罗玉珍	金海洲
姜建初	姜明安	胡建森	种松志
徐显明	贾志鸿	高 委	常 怡
黄 进	童兆洪	郝东亚	潘剑锋

宋随军(执行)

丛书总主编：王利明 张文显

总主编助理：宋随军

总序一

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和法制建设,完善我国司法体制,提出了新的纲领和目标。诉讼法制是现代法制的重要内容和基本标志。实现诉讼法制的程度如何,直接反映和体现着一个国家、一个民族进步、文明、民主和法制的程度。

中华人民共和国成立初期,我国在继承新民主主义时期司法传统的基础上,创建了人民司法制度。在半个多世纪的发展历程中,随着社会主义法制建设的加强和全面展开,诉讼制度作为社会主义法律制度的重要组成部分,也在实践中建立、发展和完善。改革开放以来,我国经济体制改革不断深化,政治体制改革积极稳妥地推进,社会生活、经济生活发生了深刻变化,社会利益关系明显趋于复杂化,社会矛盾的主体、内容也大不同于以往。这些变化培育了公民的权利观念和竞争意识,为诉讼制度的进一步完善和发展提供了契机。大量的社会矛盾和冲突需要通过司法和诉讼渠道,谋求妥善的解决。更新诉讼理念、改革和完善诉讼制度的任务,更加紧迫地摆在广大法学理论工作者和司法工作者面前。实践召唤人们去思考、探索、设计、完善我国诉讼制度的理论方案和法律制度。

中国诉讼法学的发展与诉讼制度的建设基本上是同步的。在创建和恢复我国社会主义诉讼制度的过程中,我国的诉讼法学得到了长足的发展,逐渐形成了一定的体系。在这一过程中,证据法

学的研究也蔚然兴起,这一研究的发展动态,充分反映了我国法学研究注重程序、注重实践、注重理论与实践的结合、注重理论与实践的互动。应当看到,在一个法治国家,证据法学的研究是极其重要的。从一定意义上说,法治的实践,法律的操作,在很大程度上依托于证据法。实体法的实现,需要程序法作为保障。评判、验证人们的权利义务关系、据以核定其法律地位的基本途径,就是证据。只有通过证据这一纽带,才能搭建起诉讼案件和事实之间的桥梁。因此,无证据即无诉讼,无证据即无司法。证据的这一重大功能充分揭示了加强证据法学研究的重要性,同时也强化了我们深入研究证据法学的现实紧迫感。

研究证据法学必须立足于国情,立足于法制建设的实践。任何法律都是适合具体国家制度实践的规则体系。只有与本国社会现实相适应的法律,才是好的法律。反之,全盘照搬别国的法律,就只能得到“橘生淮北即为枳”的教训。因此,证据法学研究要始终保持理性、现实的态度,既不以适应国情作为拒绝学习借鉴国外法律制度的借口,也不盲目效仿国外的法律制度而不顾我国的国情。惟此,才能研究并建立起与我国实际相适应,与我国现行政治、经济制度相配套的诉讼证据制度来。

由王利明、张文显、宋随军等中青年学者组织、策划的《诉讼证据丛书》具有很强的理论性、实践性和指导性。作者们紧紧围绕证据法学中极富实践意义的问题展开了专题研究,进行了富有深度的探讨。该套丛书的出版,将进一步推动我国证据法学的研究,对建立和完善中国特色社会主义诉讼制度亦将产生重大的影响。

张 耕*

2005年9月于北京

* 最高人民检察院常务副检察长。

总序二

证据乃诉讼之灵魂，一国证据制度的完善程度，直接影响到该国诉讼制度的文明和理性程度。在我国当前倡行司法改革的大格局中，证据法制的建设和完善可谓攸关全局，举足轻重。但是实事求是来讲，目前我国的证据制度整体而言还较为薄弱，立法粗疏简陋，失之笼统，据之指导的司法实践也因而不得要领，现实司法过程少规则而多随意。正因如此，近年来加强证据立法的呼声日益高涨，并推动了诉讼法学界对证据法学持续不断的研究热潮，证据法学渐成“显学”。尤其是在1996年刑事诉讼法修改之后，证据法学界更出现了百家争鸣的态势，从证据制度的理论基础，到证据规则的具体设计，从证据本身的概念界定，直至证明制度的整体规划，几乎在证据法学的每个分支领域，都出现了理性而热烈的研究和讨论。

历史地考察我国证据法学的发展进程，可以说，作为诉讼制度的核心组成，我国证据制度目前也同样正处在从初创时期向相对成熟时期转变的阶段。与之相应，诉讼法学和证据法学的研究品质也在长期的积累和培育之后得以不断提升。近二十年来，诉讼法学在创建或恢复我国社会主义诉讼制度过程中做出了不懈的努力，也逐渐形成了一定的体系。但是，法制初创时期繁重的普法任务以及司法实践和法律教育的迫切需要，使我国诉讼法学工作者不得不将主要精力集中于法条阐释型的研究。同时，在研究方法上，经验判断较多，理性思维不足。如果说在法制初创时期，

诉讼法学的主要任务是阐释法律规定和普及法律知识的话，那么，在完善诉讼制度的过程中，诉讼法学的重要使命则是系统地研究我国诉讼法治建设过程中涉及的基本理念、基本价值和基本制度，同时认真总结二十年来的司法改革经验和教训，提出系统地改进我国诉讼制度的具体构想与建议。

我国社会主义诉讼制度，肇始于新民主主义时期，初步确立于新中国成立之后，但在其后数十年革命、建设与改革的历程之中，也与新中国的政治命运一道，经历了许多的波折与浮沉。时至今日，我国社会较之建国初期已经发生了翻天覆地的变化，并正在随着改革开放的逐步深入而发生着日新月异的变化。尤其是在社会主义市场经济建立以来，各种非公有制经济崛起，中国社会利益关系明显开始分化并渐趋复杂化，统一的利益本位已经为多元利益所取代。社会结构和社会基本矛盾的这些变化，深刻地影响到人们法制观念、权利观念的转变，这些都为我国诉讼制度的进一步发展提供了崭新的土壤。另一方面，中国改革以来的各种变化所带来的社会现实是：传统的经济体制以及由这种体制所引发的社会矛盾或社会冲突依然存在；市场经济所固有的各种社会矛盾或社会冲突也大量出现。更重要的是，传统的经济体制与市场经济体制的完全协调尚需时日，由经济转轨所产生的矛盾和冲突将不断涌现。而与此同时，传统体制中的行政权力约束已经趋于松弛，市场经济中的商业信用约束又尚未有效形成。大量个别的甚至带有普遍性的社会矛盾和冲突最终要涌向司法和诉讼，谋求一个妥善的解决。但是，我国目前的诉讼制度和诉讼理论还相对滞后，带着浓厚的计划经济时代利益关系相对单一、主要靠计划和行政命令进行社会调控、司法起次要和辅助作用的体制和观念的烙印，尚不具备从容应对各种社会矛盾和冲突的能力和經驗。为此，诉讼法学、证据法学研究也就承载了更重的历史使命，需要为应对时代的需要而尽快完善自身的架构，以期能有助于中国法治进程的顺利前行。

总序二

值得欣慰的是，在诉讼法学界的不懈努力下，近年来我国的证据法学研究成果斐然，佳作频出。在这其中，《诉讼证据丛书》又以宽广的研究范围和新颖的研究视角而引起了广泛关注。这套丛书在第一辑中对我国证据法学目前的研究现状进行了较为全面的总结和梳理，在本辑当中则更进一步，推出了一批视角更新、力度更深的证据法学专著，使得宏观与微观研究有机结合，相得益彰。这一进展也正与我国证据法学研究水平的稳步攀升两相对应。希望随着更多研究者的辛勤努力，我国的诉讼法学和证据法学研究工作能够不断繁荣，日新月异。

是为序。

陈光中*
2005年9月

* 中国政法大学终身教授、原校长；中国法学会副会长、中国诉讼法学会会长。

编者的话

(一)

筚路蓝缕，岁月如流，改革开放 20 余年来，我国社会主义法治进程可以说一直在不辍前行。不论是我们的法治意识，还是具体化的法治成果，都发生了天翻地覆的变化。如修改宪法确认依法治国、保护人权等理念，适用宪法保护公民的受教育权，推行统一司法考试，完善以人为本的执法手段等，都充分体现了实务界在法治方面取得的丰硕成果。与之相应，我国社会主义法学研究也取得了长足的进步。时至有中国特色的社会主义法律体系初步建成之际，中国的法学研究和教育也在悄然发生变化，已从最初的彷徨和寻觅逐渐走向理性和务实，从踟躅于概念的套用、观点的自洽、常识的纠缠逐渐转向关注发掘法律的功能、制度的比较、实践的考察，从空洞玄幻的“大词法学”向研究实践问题的具体法治过渡。这一进程中一个令人瞩目的现象，就是证据法学研究的蔚然兴起和强劲发展。这个看似不起眼的，纯属于部门法学研究的发展动态，其实是建立在我国不断发展的法治进程基础之上，充分反映了我国法学研究注重程序、注重实践、注重理论与实践相结合、理论与实践互动的转型。

改革开放之前我国证据法学的长期积弱，固然可以归咎于整体法治的颓废和法学研究状况的全面萎靡。但如果冷静地观察与思考一下，我们还可以发现，与刑法、民法、经济法等实体法相

比,证据法学以及与之息息相关的诉讼法学则更处于边缘外的边缘,几乎属于被遗忘的角落,在法治不兴的年代,彻底被人们丢弃到了故纸堆中。甚至在上世纪70年代末我国法制建设重新步入正轨之后,证据法学的研究也在相当长的时间之内一直未得到足够的重视。不论在司法实践中,还是在理论研究中,“重实体轻程序”的思想都在无形中局限了人们的思维,证据法学的发展在相当长的一段时期内都远远落后于其他法学学科的发展。

(二)

在一个法治程度真正提高了的国家,证据法的重要地位也一定是极其重要的。在一定意义上可以说,法治的实践,法律的操作,在很大程度上都依托于一国的证据法建构。一切实体法秩序的实现,最终都需要程序法作为最终的救济。而评判、验证人们实体权利义务关系、据以核定其法律地位的基本途径,就是证据。只有通过证据这一纽带,才能搭建起诉讼案件和历史事实之间的桥梁。在此意义上甚至可以说,无证据即无诉讼,无证据即无司法。证据的这一重大功能充分揭示了加强证据法学研究的重要性,同时也强化了我们必须深入研究证据法学的现实紧迫感。

规范性。这是证据法完善和证据法学研究都必须给予高度重视的基本方向。法律是实践的事业,法学是实践的科学。强调法学研究的理论性,并不意味着法学研究要成为执著于概念和命题之争的玄学。在建国以来相当长的时期内有关证据法学的研究中,无论是早期针对证据阶级性的争执,还是后来针对证据“两性说”、“三性说”的讨论,乃至近年针对证据概念的论争,都在很大程度上未能走出“坐而论道”的窠臼,与现实的司法实践联系不大,不能回答、解决现实司法当中千变万化的诉讼实践所遇到的具体问题,使证据法学研究成为无源之水,无本之木。真正关照法治实践的证据法学,应当致力于构筑具有实践科学性的学科体系,并以此为据指导立法和司法实践。例如强调证

据的客观性，那就需要在证据的收集程序、举证规则、查证方式上制定出可操作的规范来，而不是单纯强调“客观性”这一概念；认同国外某些先进制度如证据排除规则，也不应仅仅局限于表面上的对别国的溢美、对我国现状的否定，而应当拿出可以在我国适用的建设性意见来。只有这样，证据法学的研究才可望为打造我国具有规范性、操作性的证据法体系做出应有的学术贡献来。

执行力。这是证据法具体实践所必需的制度保障。在我国社会主义法治的四个基本要求中，有法可依是相对来说较容易做到的，但“有法必依、执法必严、违法必究”的要求，则始终是困扰我国法制建设、甚至已经令观者麻木的制度隐疾。具体到证据法制中，同样的状况也是俯拾皆是。例如有关口供的采集，我国刑事诉讼法中明确规定严禁刑讯逼供，但在办案当中却久禁不绝；甚至诸如勘验检查中需要有见证人这样极易满足的要求，办案人员往往置若罔闻。凡此种种法有明文却视而不见的现象，都更加令人深感忧虑。证据法的研究和实践也同样如此，如何从立法层面上完善现行法，只是一个表层的、或说初步的工程，真正要从制度上触及现行证据法制的实质，使我国的证据法制状况有一个脱胎换骨的变化，更重要的恐怕还是如何保证既定的证据法规范得到严格执行的问题。而提高证据法规范的执行力，一方面固然要如前所述，凸显证据法的规范性，减少制度中不合理的模糊地带；另一方面，也许是更重要的，则是贯彻执法中的程序效力观念，敢于并舍得对违法取证行为说不，敢于并舍得对违法违法者严肃依法查处。只有这样，才可能逐渐矫正长期以来人们习焉不察的“重实体轻程序”观念，证据法的执行力才有望保障。

现实性。证据法学的研究另一要务，是要始终确定好研究的参照系，即始终立足于为我国证据法制建设服务的立场，保证证据法学的研究成果与中国的法制土壤相适合。任何法律都必须是适合具体国家制度实践的规则体系，在这个意义上，法律没有最

好，只有和谐。与本国社会现实相匹配的，便是好的法律制度。反之的话，即便全盘照搬发达国家的现行法规范，也只能得到“橘生淮北即为枳”的教训。因此，法律的研究必须关注这一现实，认识到法治是渐进的事业，是现实的事业，无论是从时间的维度（我国尚处法治初创时期，区别于法治发达国家），还是从空间的维度（法律必须适应本国现行政治、经济、文化现状，不能单兵突进），都不能希冀跨越式地跃进。认识到这些因素，我们便需要在证据法学研究中始终保持理性、现实的态度。既不以现实国情作为拒绝改革和进步的借口，也不盲目效仿国外先进制度而忽略我国的制度土壤。唯其如此，才可望研究出与我国现实相照应、与我国现行制度相配套、不会产生“排异反应”的合理制度来。

（三）

随着我国诉讼法律制度近年来的蓬勃发展，在建设社会主义国家的进程中，证据理论发展与证据制度改革显得尤其迫切和关键。为了适应证据理论的发展和诉讼实践的需要，我们在1999年开始着手编辑《诉讼证据丛书》，并于2002年出版了四、五本有关证据制度理论和实务方面的书稿。2002年底，最高人民法院先后颁布了有关民事诉讼和行政诉讼证据的若干规定，这两个司法解释对我国的审判实践和证据法律制度的研究起到了非常重要的作用。上述两个司法解释颁布后，诉讼法学界对证据法学的研究进入了一个新的阶段，它们不仅仅在理论上和比较法上对证据法的制度和价值进行了研究，而且结合我国的审判实践，对我国三大诉讼法的证据制度进行了有益的探索，取得了丰硕的成果。

鉴于此，我们对以前出版的有关刑事、民事、行政诉讼证据的著作进行了全面的修订，并在此基础上，吸收了多名学者和法官撰写的有关证据的著作，形成了现在这套新的《诉讼证据丛

书》。较之先前，本套新的《诉讼证据丛书》具有内容新、涵盖范围广的特点。她不仅收集了有关三大诉讼证据理论的最新研究成果和司法实践中的最新做法，而且涉猎的案例也是新的诉讼证据司法解释颁布后所产生的。因此可以说，这套丛书不仅对证据法的最新研究成果进行了系统地梳理，而且对司法实践中的做法进行了理性的分析和总结。

本套丛书依旧沿袭先前的体例，涉及刑事、民事和行政诉讼证据的理论与实践。其中主要涉及三方面的问题：

一是有关刑事、民事、行政证据的理论文献荟萃，如《刑事证据制度与理论》《民事证据制度与理论》《行政诉讼证据制度与理论》。这些理论文献荟萃力求反映我国当前证据制度和理论研究的现状，以全新的体例对当前刑事证据法学、民事证据法学、行政诉讼证据法学的现状进行了全面的总结和梳理。虽然名之为理论文献荟萃，但并不是有关论文的简单堆砌，而是在集成、比较、深入分析现有理论和制度现实的基础上，运用全新的体例分章节推出的创造性研究成果。在各章节中，基本都设有三个部分：引言部分，概述当前该领域的证据法学的研究状况和证据制度现实；经典文献部分，在整理归结该领域经典文献的同时，分专题论证相关的证据法的理论课题，帮助读者借助该专题的代表性研究成果系统性的学习和掌握相关证据理论；相关文献索引部分，列出该领域内主要理论文献，便于读者查阅。

二是有关刑事、民事和行政诉讼证据的典型案例分析。这一部分内容特别注意最高人民法院民事和行政诉讼证据司法解释颁布后的案例的收集和评述。在体例安排上，除了案件事实外，每一案例的释评主要包括两部分，首先是对具体案例中适用证据法律的情况进行实证分析，品评得失，推勘正误；然后运用证据法学的理论，分析我国现行证据制度中各具体问题的成败利钝，是非功过。凡属于证据立法本身符合一般规律，但在实践中难以落实的情况，针对性地指出造成该现状的内在原因，提出相应的配

套制度；凡属于证据立法本身乖谬之处，则在借鉴别国成功经验、深入研究相关理论的基础上提出具体的改进措施。

三是有关诉讼证据方面的学理性和实务性专著。证据法学经过众多学者多年的耕耘，已经取得了长足的发展，也涌现了不少在证据法领域卓有建树的中青年学者。本套丛书本着为促进法学研究、服务司法审判的宗旨，收集了一些学者有关证据制度和理论的专著，如《民事证据规则与法律适用》、《诉讼证明原理》、《证据法学基本原理》、《证明标准》等。这些专著大多在证据法学某一领域进行了独到的研究，或者提出了一些解决我国司法实践中遇到的问题的方法和思路，相信它们对我国的司法实践有一定的参考作用。

这次丛书的修改、写作出版仍是在完全没有任何机构倚托和经费支持的情况下完成的，也正因此，现阶段我们连想给各位参加评审的编委们支付一点辛苦费都成了奢望。参与《诉讼证据丛书》创作的或是中央纪委、最高人民法院、最高人民检察院、河南省纪委、河南省高级人民法院、安徽省高级人民法院、浙江省高级人民法院、海南省人民检察院、河南省人民检察院、南阳市纪委、郑州市及焦作市人民检察院等多年从事法律实务工作的干部、法官、检察官，或是中国人民大学、中国政法大学、吉林大学、北京大学、浙江大学、清华大学、武汉大学、中南财经政法大学、西南政法大学等高校的专家学者、法学博士生、硕士生，有的还在相关单位担任着主要的领导职务。

本丛书的出版，得到了人民法院出版社陈建德博士的大力支持和帮助，在此谨表示最诚挚的谢意。

编 者

2005年8月31日

原版总序一

证据问题既是诉讼理论和诉讼立法上的难点问题，也是司法实践中的重点和难点问题。作为诉讼制度核心的证据制度的改革与完善，不仅是建立现代司法制度的重要环节之一，也是实现司法公正的重要保证。在司法实践中，法院所做出的任何裁判都必须以事实为根据，但某一事实能否成为裁判依据，最终决定于证明这一事实的证据是否充分、确实，在法律上是否具有证据能力和证明力。所以，规范诉讼证据和证明行为的证据制度不仅对程序公正有着重要意义，而且还决定着实体公正的实现程序。只有通过科学、完备的诉讼证据制度，才能消除诉讼过程中种种随机因素对诉讼结果的影响，使诉讼结果最大限度地保证其公正性和公信度。

因此，多年来，诉讼证据制度的改革与完善始终是人民法院推进司法改革的一项重要内容。然而，在我国法学研究中，证据法学的理论发展却长期处于停滞不前的状态，造成有关证据法学理论远远落后于立法、司法需要的尴尬局面。

在我们的传统证据法学理论体系中，“证明论”往往是与“证据论”分开的。在证据论中，讨论的常常是证据的法定种类及证据分类问题；在证明论中，则分别讨论证明对象、证明责任、证明要求等内容。但是，总体而言，由于我国传统证据法学形成于20世纪七、八十年代，受到研究视野、资料信息、思维模式等多重历史局限，对相关问题的讨论都还不够精确和深入。

记得在 20 世纪 80 年代初期,作为中国政法大学的研究生,我曾经在公开发表的一篇文章中,提出了刑事证据法律性的问题,认为证据问题首先是法律问题而不是哲学问题,主张将刑事证据纳入诉讼法制轨道来看待和研究。然而,当时乃至此后较长时期,我国证据法学研究的状况,恰如有的学者所指出的那样,传统证据法学缺乏最基本的法规范思维,所谓的证据法学研究更应当称之为“证据学而非证据法学”。其结果是,一方面,在有关证据的研究中,证据被置于证明活动之外,成了一种纯客观的、静态的、已经确定无疑的东西,忽视了证明活动中证据的主观性、动态性、多变性。另一方面,在有关证明的研究中,证明成了单纯的、分析、归纳、推理、判断活动,忽视了证明活动受制于诉讼法定程序的典型特征,诉讼证明几乎被等同于纯粹的认识活动而失去其规范属性。我国证据法学研究相对滞后的状况,已不能适应证据立法和司法实践的需要。在社会实践面前,证据法学开始陷入一种十分尴尬的局面。

更为重要的是,在我国当前证据法学理论中,有许多思想和观念是在资料匮乏、视角单一的历史条件下“独创”而来的,这些思想和观念既构成了我们进一步发展证据法学无法抛弃的认识前提和知识基础,同时也对我们借鉴西方已发育良久的证据法学理论和制度造成一定阻碍。因此,在时代呼唤证据法的今天,为了指导证据立法和诉讼实践,证据法学不但亟待发展和完善自身,而且,还不得不审慎地对自身进行必要的反省、甄别和扬弃。

党的十五大提出了依法治国的基本治国方略。1999 年宪法修正案规定:“中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家。”随着我国法制建设的不断发展,证据立法已提上了议事日程。在第九届全国人民代表大会第四次会议上,有 4 个代表团共 129 名代表,就加强证据立法尤其是刑事证据立法提出了议案建议。与此同时,最高人民法院也加快了诉讼证据制度改革的