

证据法 之基本问题



周宝峰 著

内蒙古大学出版社
INNER MONGOLIA UNIVERSITY PRESS



证据法之基本问题

周宝峰 著

内蒙古大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

证据法之基本问题 / 周宝峰著. —呼和浩特 :

内蒙古大学出版社, 2015. 11

ISBN 978 - 7 - 5665 - 0922 - 2

I. ①证… II. ①周… III. ①证据 - 法学 - 研究 - 中国

IV. ①D925.013

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 298249 号

书 名	证据法之基本问题
著 者	周宝峰
责任编辑	张 昱
封面设计	张燕红
出版发行	内蒙古大学出版社
社 址	呼和浩特市昭乌达路 88 号(邮编:010010)
联系电话	发行部:0471 - 4993154/4990092
	编务部:0471 - 4990533
网 址	http://www.imupress.com
电子邮箱	imupress@163.com
经 销	内蒙古新华书店
印 刷	内蒙古地矿印刷厂
开 本	710mm × 1000mm 1/16
印 张	35.5
字 数	600 千字
版 次	2015 年 11 月第 1 版
印 次	2015 年 11 月第 1 次印刷
标准书号	ISBN 978 - 7 - 5665 - 0922 - 2
定 价	78.00 元

前 言

早就知晓有美国证据法学者艾蒙德·摩根教授（Edmund M. Morgan）所著证据法著述 Basic Problems of Evidence，台湾学者李学登将其译为《证据法之基本问题》。摩根教授为当年美国法学会起草模范证据法典（Model Code of Evidence）的主持人。自 1939 年 2 月下旬起，至 1942 年 5 月中旬止，在三年多的时间里，由十三位著名的法学家组成委员会担任起草法典工作，摩根教授即系委员会主席。另有六十八位学者、法官及律师组成顾问团，由著名证据法学者威格摩尔为首席顾问。草成之法典，经法学会全体通过，被誉为权威之法典。虽然其著述名之为《证据法之基本问题》，但正如该书译者李学登教授所言，该书适应的阅读对象是一般较高的程度，也即并非“基本”，属于绝对的证据法学领域的阳春白雪。如今笔者将其呈现给读者的证据法著述同样名其为《证据法之基本问题》，绝非要与摩根教授争锋，而是要将一部有关证据法的真正“基本”的著述，奉献给有关读者。笔者有着一个“基本”的想法，即像蜜蜂采蜜一样，采撷证据法研究与实务的精华，名至实归介绍证据法之基本问题，以期对新时期中国司法实务有所裨益。

罗马法时代曾有这样的格言：“凡是在法庭上有证据支持的视为真实的”，“那些没有证据支持的则应被视为不存在的。”^① 现代法治国家的三大法律架构即指实体法、程序法和证据法。实体法是指规范和确认主体间权利义务关系的法律。程序法是指规范司法和执法活动的过程和

^① 陈瑞华：《法律人的思维方式》，法律出版社 2007 年 4 月版，第 299 页。

方式的法律。证据法是规范人类司法证明活动的法律。以司法的方法处理社会纠纷,要遵守实体法和程序法,同时还要接受证据法的规制。

作为规范证据与证明的法律规范,证据法并非在任何国家都十分重要。一个国家如果实行人治,不实行依法治国,则在这个国家里证据法是不太重要的,这样的国家也不需要存在科学规范证据与证明的法律规则。如果一个国家真正实行依法治国,则司法领域就必须要有科学的规范证据与证明的法律规则。我国在相当长的时间里是基本实行人治的,故长期以来我国没有真正的规范证据与证明的法律规则。1997年9月党的十五大报告提出“依法治国,建设社会主义法治国家”,“法制”终于转向“法治”,从而标志着重大的观念变革,表明中国不仅要加强法律制度建设,而且要从治国方式上根本抛弃人治传统,纳入法治轨道。同时,十五大将依法治国从“方针”提升为“党领导人民治理国家的基本方略”。2013年11月召开的党的十八届三中全会和2014年10月召开的党的十八届四中全会意味着改革开放后中共法治理念的又一重大飞跃,即全面推进依法治国。作为执政党的中共已经充分认识到保证司法公正的重要性,为此决定:

推进以审判为中心的诉讼制度改革,确保侦查、审查起诉的案件事实证据经得起法律的检验。

全面贯彻证据裁判规则,严格依法收集、固定、保存、审查、运用证据,完善证人、鉴定人出庭制度,保证庭审在查明事实、认定证据、保护诉权、公正裁判中发挥决定性作用。^①

没有以审判为中心的诉讼制度改革,证据规则与证明规则也必然是名存实亡。也就是说,一切证据规则与证明规则都是在以审判为中心的诉讼制度下才能真正存在。新中国历史发展到今天,中国才真正到了强调运用证据规则与证明规则的时代,到了强调司法责任制时代。

完善人民法院的司法责任制,必须以严格的审判责任制为核心,以

① 参见2013年11月12日中国共产党第十八届中央委员会第三次全体会议通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》。

科学的审判权力运行机制为前提,以明晰的审判组织权限和审判人员职责为基础,以有效的审判管理和监督制度为保障,让审理者裁判、由裁判者负责,确保人民法院依法独立公正行使审判权。^①

在新的历史时期,最高法院进一步明确了审判责任问题。审判责任主要是指违法审判责任。法官在审判工作中,故意违反法律法规的,或者因重大过失导致裁判错误并造成严重后果的,依法应当承担违法审判责任。最高法院《关于完善人民法院司法责任制的若干意见》明确了违法审判责任必须追责的七种情形:

审理案件时有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为的;违反规定私自办案或者制造虚假案件的;涂改、隐匿、伪造、偷换和故意损毁证据材料的,或者因重大过失丢失、损毁证据材料并造成严重后果的;向合议庭、审判委员会汇报案情时隐瞒主要证据、重要情节和故意提供虚假材料的,或者因重大过失遗漏主要证据、重要情节导致裁判错误并造成严重后果的;制作诉讼文书时,故意违背合议庭评议结果、审判委员会决定的,或者因重大过失导致裁判文书主文错误并造成严重后果的;违反法律规定,对不符合减刑、假释条件的罪犯裁定减刑、假释的,或者因重大过失对不符合减刑、假释条件的罪犯裁定减刑、假释并造成严重后果的;其他故意违背法定程序、证据规则和法律明确规定违法审判的,或者因重大过失导致裁判结果错误并造成严重后果的。

最高法院《关于完善人民法院司法责任制的若干意见》同时明确了不得作为错案进行责任追究的几种情形,包括:

对法律、法规、规章、司法解释具体条文的理解和认识不一致,在专业认知范围内能够予以合理说明的;对案件基本事实的判断存在争议或者疑问,根据证据规则能够予以合理说明的;等等。

从最高法院在深化司法改革后所发布的一系列司法文件中所做的规定就可以看出,证据法在强调全面推进依法治国的今天终于获得了前所未有的重视。我们应当感到欣慰的是,最高法院也在不断进步,从当年

^① 参见最高人民法院2015年9月21日《关于完善人民法院司法责任制的若干意见》。

做出在证据法理念上倍受争议的刘涌再审案判决^①到今天旗帜鲜明地批评南京彭宇案一审判决^②在证据法理念上的缺失,从当年非议刘涌案辩方取证方式不合法到今天明确肯定知识产权侵权案的受害一方在公证人员陪同下秘密取证。

但是,我们也应当冷静地看到,虽然司法形势对证据的重视程度有了前所未有的提高,但司法工作者的前进脚步未必都能立即跟上形势的步调。君不见引起广泛影响的南京彭宇案,法官已经证据占优形成心证,为什么还不自信?还要画蛇添足?正如有学者言,在根据彭宇的自认、结合当班交警电子笔录、通过传讯交警和原告儿子等目击者当庭质证、适用民事诉讼的优势证明标准,已经基本可以认定不利于彭宇的事实的情况下,办案法官却可能担心理由不够充分,画蛇添足地运用所谓“经验法则”、以“人性恶”的个人经验判断作为社会一般经验判断的事实推定。核心正如该案被最高法院民一庭负责人所批评的:一审判决没有正确理解和运用生活经验推理。就其原因当然是法官证据法理论与实务知识的匮乏。

国内外不少研究证据法的鸿篇巨制虽然功力深厚,但囿于专深难懂的限制,其读者圈也是较小的。毫无疑问这种状况已经影响到我国以审判为中心的司法改革之实功。

在法学研究昌盛的法治国家,情况显然不是这样。正如德国学者普维廷的《现代证明责任问题》的译者所言,德国著名法学大师卡尔·拉伦茨不仅是民商法学学者,更是法理学学者,其《法学方法论》堪称一流,其更著有《按照危险领域分配证明责任》的论文。普维廷既是德国科隆大学法学院程序法研究所所长,又是致力于物权法研究的学者。^③在中国高等法学教育中长期存在着对证据法研究与实务的误解,相当多的人误认为证据法就是诉讼法的应有内容,殊不知证据法与实体

① 参见本书第三章。

② 参见本书第二章。

③ 参见〔德〕普维廷:《现代证明责任问题》,吴越译,法律出版社2006年12月版,译者译序。

法亦关系异常密切。因此在中国存在着一个奇怪的现象,研究实体法的学者鲜有对证据法研究有所建树,有些研究实体法的学者对证据法甚至不屑一顾,个别研究实体法的学者甚至对证据法知之甚少。受这种不良研究风气影响,不少高等学校法科学生对证据法均为一知半解甚至错解,并且还存在着学好实体法就能走遍全天下的幼稚想法。

《证据法之基本问题》就是为适应新时期中国司法审判的基本要求以及作为证据法教学科研参考书目的基本需要而撰写的,全书涉及的是十足的证据法之“基本问题”,是证据法的入门篇章。如果有些读者阅读后觉得有必要进一步进行证据法理论的提升,则可以按图索骥,按照书后所附参考文献去探索更为高深的证据法理论。

《证据法之基本问题》全书设计分为六章。第一章证据法基本问题概述;第二章证据相关性问题;第三章证据可采性问题;第四章司法证明问题;第五章证明责任问题;第六章证明标准问题。

《证据法之基本问题》一书首先是要解决以往证据法学著述所普遍存在的证据学与证据法学不分的问题,重点归纳整理最高法院的证据规则以及法律规范中的证据规则,以期具有证据法应有的实用性,并对司法改革新形势下的司法审判工作具有较好的指导作用。其次该书的研究突破了以往适应传统的流水作业式司法模式的证据法学模式,尝试以审判为中心的诉讼构造研究证据法的理论与实际运用,以法官作为审理者和裁判者的视角对证据法进行研究定位与实践定位。该书的另一重要特点是比较重视理论与实际相结合,书中与理论研究并进,穿插了一些司法实际案例,并力求实录一些证据法运用成功与失败的典型判决,尝试来源于实际,服务于实际,对证据法的理论适用予以形象化的演示,以利于司法实际工作者真正掌握证据法理论,也有利于预备法官、预备检察官、初任法官、初任检察官、刚出道的律师以及没有从事过司法实践的法科学生对证据法具备真正的理论考察与现实感受。同时,本书还有意不求面面俱到,而是提纲挈领,突出重点,对证据法学习只是起到引领和点拨作用,而不具有证据法全书的性质。该书对于争议较多的证据法问题,采取采摭通说的立场,对其他各类相关学说尽量少予置评,以

节约篇幅，避免理解上的混乱，以利于领会证据法的基本精髓。

当然，本书作为阐述证据法之基本问题的著述，还是一种尝试性的做法，由于作者水平上的原因，本书肯定会有诸多不足，挂一漏万也是在所难免，更会有对证据法理论理解与阐发的缺陷，还望读者予以海涵。

目 录

第一章 证据法基本问题概述	1
第一节 证据法的基本内涵与价值定位	1
一、证据法的基本内涵	1
二、证据法的价值定位	2
三、证据学和证据法学	5
第二节 证据法的基本模式	7
一、英美法系的证据法模式	7
二、大陆法系的证据法模式	14
第三节 证据法的理论基础问题	16
一、证据法的认识论基础	16
二、证据法的价值论基础	41
三、证据法的程序论基础	43
四、证据法的信息论基础	52
五、证据法的概率论基础	58
六、证据法的自然科学基础	61
第四节 证据法上的证据义务	65
一、证明责任义务	65
二、提供证据义务	65
三、证据协力义务	66
四、证据裁判义务	67
五、对法官证据义务误读导致的刑事问责分析	73

六、莫兆军玩忽职守案终审裁定实录	74
第二章 证据相关性问题	90
第一节 证据相关性的基本内涵	90
一、相关性的概念	90
二、相关性的多样性	91
三、相关性的本质	92
四、相关性理论的适用范围	93
第二节 证据相关性判断的内容	94
一、实质性	95
二、证明性	95
第三节 证据相关性的检验方法	96
一、相关性的逻辑检验方法	96
二、相关性的经验检验方法	101
第四节 南京彭宇案的证据相关性检验问题	107
一、彭宇案的分析	107
二、彭宇案一审判决书实录	112
第五节 最高法院四起典型案例推介	119
一、最高法院发布该四起典型案例的主旨	119
二、四起典型案例的证据法价值	123
第六节 证据相关性规则的排除规则与例外	129
一、相似事实证据	129
二、品格证据	130
第七节 证据相关性证明困难的解决方式	133
一、通过不可反驳的法律推定克服相关性证明困难	133
二、通过法律上的拟制克服相关性证明困难	133
三、表见证明制度	134
第八节 证明力问题	134
一、证明力的内涵	134

二、形式证明力与实质证明力·····	135
三、我国文书证据的证明力规定·····	136
四、民事诉讼的最佳证据·····	136
第九节 影响证据相关性的负面因素·····	137
一、法治国家规定的影响相关性的经典负面因素·····	137
二、其他影响相关性的问题·····	138
 第三章 证据可采性问题·····	141
第一节 证据可采性的内涵·····	141
一、可采性的概念·····	141
二、可采性的合法性阐释·····	141
第二节 证据可采性的本质·····	142
一、可采性是对证据能力或者证据资格的限制·····	142
二、可采性解决的是证据的排除与采纳问题·····	142
三、可采性与相关性的关系·····	142
第三节 大陆法系国家对证据能力的限制·····	143
一、德国的程序禁止和证据禁止理论·····	143
二、法国的证据合法性原则·····	144
第四节 确保证明真实性的证据可采性规则·····	145
一、意见证据规则·····	145
二、传闻证据规则·····	147
三、最佳证据规则·····	150
四、补强证据规则·····	151
第五节 非法证据排除规则概述·····	153
一、非法证据排除规则的内涵·····	153
二、非法证据排除规则的适用范围·····	154
三、非法证据排除规则的产生与发展·····	154
第六节 中国刑事诉讼非法证据排除规则的产生与发展·····	163
一、最初的非法证据排除规则·····	163

二、赵作海冤案实录·····	164
三、《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》的出台 ·····	166
四、最高法院对非法证据排除规定理解与适用的阐述·····	169
五、2012年修正的刑事诉讼法的规定·····	180
六、刘涌案再审判决的非法证据排除问题·····	182
七、刘涌再审案刑事判决书实录·····	187
第七节 杜培武杀妻冤案剖析·····	213
一、杜培武冤案始末·····	213
二、辩护律师在一审阶段的辩护意见·····	216
三、辩护律师在二审阶段的辩护意见·····	227
四、杜培武案一审判决书实录·····	237
五、杜培武案终审判决书实录·····	240
第八节 司法实践中法院排除口供的具体适用分析·····	243
一、辩方能够提供涉嫌非法取证的线索或者材料的情况·····	243
二、其他涉嫌非法取证的情况·····	246
第九节 利益衡量：民事证据可采性的核心原则·····	259
一、利益衡量的基本内涵·····	259
二、利益衡量的具体考虑因素·····	260
三、利益衡量原则的英美法系民事诉讼实践·····	262
四、利益衡量原则的大陆法系民事诉讼实践·····	264
五、根据利益权衡原则对两个案例的分析·····	264
六、录音资料可采性问题原案原裁决实录·····	267
七、来自台湾的证据可采性实践·····	268
八、民事诉讼陷阱取证的合法性问题·····	269
九、最高法院著作权民事取证新规的诞生·····	273
十、最高法院民事非法证据排除规定的理解与适用·····	275
第十节 特权证据规则·····	278
一、特权证据规则概述·····	278

二、不得强迫自证其罪权利问题·····	280
第四章 司法证明问题·····	308
第一节 司法证明的内涵·····	308
一、司法证明的概念·····	308
二、辛普森案在不同司法证明制度下的可能性结果分析·····	309
第二节 严格证明、自由证明和释明·····	310
一、严格证明的内涵·····	310
二、自由证明的内涵·····	311
三、自由证明的特质·····	311
四、严格证明与自由证明的相同点·····	312
五、刑事诉讼严格证明与自由证明区分的价值·····	313
六、刑事诉讼严格证明的适用范围·····	315
七、刑事诉讼自由证明的适用范围·····	317
八、黎庆洪涉黑案中的严格证明问题·····	319
九、刑事诉讼中的释明·····	323
十、民事诉讼严格证明的适用范围·····	323
十一、民事诉讼自由证明的适用范围·····	325
十二、民事诉讼中的释明·····	326
第三节 司法证明方式的沿革·····	327
一、非理性的司法证明方式·····	327
二、理性的司法证明方式·····	330
三、英美司法证明方式的发展·····	331
四、欧洲大陆司法证明方式的发展·····	333
五、法定证据制度的核心精神·····	334
六、改革纠问制司法证明方式的要害环节·····	338
第四节 自由心证证明方式的制度确立·····	338
一、自由心证的内涵·····	339
二、现代自由心证的标志·····	341

三、现代自由心证的理论基础问题·····	342
四、经验规则影响心证形成的典型实例分析·····	344
第五节 自由心证原则在中国的确立·····	345
一、我国民事诉讼中自由心证的确立·····	345
二、刑事诉讼法修正后自由心证因素的浮现·····	346
第六节 证明妨害问题分析·····	347
一、证明妨害的内涵·····	347
二、排除证明妨害的核心理论基础·····	347
三、法律规范有关证明妨害的规定·····	349
四、证明妨害案例实录之一·····	357
五、证明妨害案例实录之二·····	358
六、最高法院虚假诉讼罚款决定·····	359
第七节 证据开示问题·····	360
一、民事诉讼中的证据开示·····	362
二、刑事诉讼中的证据开示·····	367
第五章 证明责任问题·····	374
第一节 证明责任的内涵·····	374
一、证明责任的概念·····	374
二、证明责任的价值定位·····	375
三、对一个案例的分析·····	377
第二节 诉讼领域两种形式的裁判·····	378
一、两种裁判的具体内涵·····	378
二、事实认知的三种状态与证明责任问题的联系·····	380
三、证明责任制度的本质·····	381
四、自由心证与证明责任的适用领域分析·····	382
第三节 证明责任制度作为解决真伪不明方式的理由分析·····	390
一、证明责任的规范性·····	390
二、证明责任的公平性·····	391

三、证明责任的效率性·····	391
第四节 提供证据责任与证明责任的关系·····	391
一、没有证明责任的存在也就没有提供证据责任的存在·····	391
二、提供证据责任与证明责任的区别·····	395
三、证明责任承担的实际演示·····	396
四、证明责任分配与当事人诉讼地位的关系问题·····	397
五、证明责任承担的实例分析·····	398
第五节 民事诉讼证明责任分配规则·····	400
一、民事诉讼证明责任分配的一般规则·····	400
二、民事诉讼中否认与抗辩的关系·····	402
三、民事诉讼证明责任承担的实际演示之一·····	406
四、民事诉讼证明责任承担的实际演示之二·····	408
五、民事诉讼证明责任承担的实际演示之三·····	409
六、谁主张谁举证并非科学的民事诉讼证明责任配置原则·····	409
七、民事诉讼的证明责任应由原告承担的错误说法原因分析·····	410
八、民事诉讼证明责任的特殊分配问题·····	412
九、医疗侵权诉讼证明责任规范的变化分析·····	416
第六节 刑事诉讼证明责任的承担问题·····	419
一、刑事诉讼证明责任承担的总规则·····	419
二、刑事诉讼证明责任分配的基本规则·····	419
三、刑事诉讼证明责任承担的实际演示·····	420
四、刑事诉讼证明责任的特殊分配问题·····	421
五、刑事非法证据排除程序中的证明责任问题·····	423
第六章 证明标准问题·····	433
第一节 证明标准的内涵·····	433
一、证明标准的概念·····	433
二、证明责任与证明标准的关系·····	435

三、优势证据证明标准实例分析·····	437
第二节 与证明标准有关的基本范畴·····	438
一、客观事实和法律事实·····	438
二、客观真实和法律真实·····	438
第三节 西方法治国家的证明标准规范·····	441
一、大陆法系证明标准规范的特点·····	441
二、英美法系证明标准规范的特点·····	444
第四节 排除合理怀疑的具体阐释·····	446
一、怀疑的内涵与合理怀疑的界定·····	446
二、德肖维茨归纳的辛普森案陪审员内心可能的怀疑·····	448
三、《十二怒汉》演绎的美国刑事诉讼的合理怀疑·····	469
四、普维庭对优势证据标准的批判·····	475
第五节 我国民事诉讼的优势证据标准规则·····	475
一、优势证据规则的内涵·····	475
二、优势证据规则的实际演示·····	477
三、优势证据规则最低证明标准：推论确实性与结果确实性问题 ·····	477
第六节 我国刑事诉讼有罪裁判的证明标准·····	481
一、案件事实清楚，证据确实、充分的表述·····	481
二、“两个基本”的出台及1996年刑事诉讼法的修正·····	482
三、《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》的发布 ·····	485
四、2012年修正后的刑事诉讼法对刑事诉讼有罪裁判证明标准 的贡献·····	501
五、《关于切实防止冤假错案的规定》的出台·····	503
六、最高人民法院关于建立健全防范刑事冤假错案工作机制的意见 的发布·····	504
七、佘祥林杀妻冤案疑罪从有的错误分析·····	505
八、疑罪从无的经典之一李怀亮案分析·····	518