

取证与维权

QU ZHENG YU WEI QUAN

刘建华 著

长江出版传媒
© 湖北人民出版社

取证与维权

QU ZHENG YU WEI QUAN

刘建华 著

图书在版编目(CIP)数据

取证与维权/刘建华著.

武汉:湖北人民出版社,2016.3

ISBN 978-7-216-08876-3

I. 取… II. 刘… III. 证据—基本知识 IV. D915.13

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第031887号

责任部门:高等教育分社

责任编辑:刘天闻

封面设计:张 弦

责任校对:范承勇

责任印制:谢 清

出版发行:湖北人民出版社

印刷:荆州市翔羚印刷有限公司

开本:787毫米×1092毫米 1/16

字数:266千字

版次:2016年3月第1版

书号:ISBN 978-7-216-08876-3

地址:武汉市雄楚大道268号

邮编:430070

印张:14.5

插页:2

印次:2016年3月第1次印刷

定价:45.00元

本社网址:<http://www.hbpp.com.cn>

本社旗舰店:<http://hbrmcbs.tmall.com>

读者服务部电话:027-87679656

投诉举报电话:027-87679757

(图书如出现印装质量问题,由本社负责调换)

序 言：维权的力量、取证的意识

挥之不去的心酸，每每想起学生描述《一个令我三年都不敢提起的黑色经历》，他们被侵权时那种无助的窘境，深深地定格在我脑海里，刺痛在我心头上，让我作为一个专注于《取证与维权》教师情何以堪！他们没有生活阅历，只有单纯；他们没有社会经验，只有善良。拿什么武装你呢！我的学生。唯有理论联系实际的书著卷，让你们感悟到维权的力量，培养你们取证的意识，这也是促使我加速提档的写作动力。

其实，中国法治建设在不断推进，而一些社会群体并没有理解如何享受法律保护。“事实就这样，还需要证明吗？”这是农民工的直言；“我还能说谎，法院还是说理的地吗？”这是老弱病残的悲愤；“一个只知道建设程序正义的法治社会，只会是一个畏首畏尾的势力社会！”这是热血愤青的呐喊。其实，他们并没有明白法治的诉讼机制——证据裁判主义。

正如《中国经济时报》调查记者王克勤提到，记者应保持业务上的冷峻，“骂一个人流氓不是本事，证明一个人流氓才是本事，情绪没有任何力量”。证明就是让别人明白，这要靠证据说话。由于公民取证意识淡薄、取证手段简单、取证技术粗糙，常常是举证不能，那又怎能感悟到维权的力量呢！

思量许久，这本书将教导读者如何理解诉讼理念，去追求法律认定事实。朴素地说就是“四个一”。

第一是要让读者树立一种意识，有什么样证据才有怎么样事实。因此证据意识强化的不仅仅是指证据的资格意识，即客观性、合法性和相关性，更重要的是培养他们取证意识及保全意识，如“宠物鱼^①”事件，学会如何寻找证据、如何运用证据来“挽

^① 一个露营者拎着满满一桶活鱼返回露营地。就在这时，一位狩猎监督官将她拦住了。“你有捕鱼许可证吗？”“没有，警官。这些鱼是我的宠物鱼。”那个女人回答。“宠物鱼？”狩猎监督官问。“是的，警官。我每天晚上都带这些鱼来湖边，让它们在湖里自由地游一会儿。它们一听到我的口哨声，就会跳回桶里，我再把它们带回露营地。”“简直一派胡言。”狩猎监督官一边说一边伸手去拿罚单。那个女人看了狩猎监督官一会儿，然后说：“如果你不相信我，那你跟我回到湖边去看看好了。”狩猎监督官仍然不相信她的话，但又感到好奇，于是就同意了。他们来到湖边，女人把鱼全都倒进了湖里，它们很快就消失了。“好，”狩猎监督官说，“叫它们回来吧。”“叫谁回来？”“那些鱼呀。”狩猎监督官答道。“什么鱼？”女人说。

救”你的利益及维护你的权利。

第二是要让读者颠覆一种观念,即客观真相永远是雾里看花。一直以来,受国家普法思想的影响,民众普遍相信“案件事实清楚,证据确凿充分”的证明标准。实则不然。纵然有刘谦那样“见证奇迹”的魔力,也很难能揭穿当事人的动机与心思。再怎么拨云见日,也只能是雾里看花。如南京“彭宇撞人”事件就是浓缩的谜团。除非世界真发明了中国人民大学何家弘教授所指的时空隧道就好啦。

第三是强化一种规则,即其形式与游戏规则无异。法律程序与裁判机制作为定纷止争的规则,主要作为化解社会矛盾,调控社会秩序的功能,它不能承载如此之重的道德正义。正如四川大学龙宗智教授“相对合理主义”所言,法律它所实现的公正与正义也是相对的,它的终点是为解决社会矛盾和争议,不是为追求绝对的公平与正义。

最后要树立一种思维,即取证过程总伴随着博弈与对抗的过程。在证据裁判主义的理念下,调查证据需要劳力,更需要劳心。即如何设计方案,采取什么取证谋略、利用什么取证技术、使用什么取证手段,才能让潜伏的证据走上法庭,说服法官支持自己诉讼主张,尽可能实现自己最大化的权利与利益。

在内容上我将带给读者一种全新的编排体例,对取证的路线采取知识节点方式进行分析,让读者聆听十四次课程(每一章为一次课程)的同时,学完整个取证流程,在审阅真实的案例与经典的案例中深切地领悟维权套路及法治精神。我将进一步简略基础理论研究的争鸣与分析。在形式上,采取灵活多样的版面排布,除正文部分外,各章还设有内容扫描、维权沙龙、思辨拓展、模拟实战等4个板块,让读者在兴趣的驱动下练习维权的内功,强化取证的意识。

一、取证的路线分析

为了让读者更快踏上维权征程,感受不一样的维权力量,我将打破传统的教材编排形式,基于取证的知识节点,设计十四次课程的线路图,让不同层次同学都能提纲挈领掌握取证的内核与关键。

第一课开讲为什么找证据,核心是证据裁判主义,《一个令我三年都不敢提起的黑色经历》的沙龙让你思索,内容主要讲述不同时代解决纠纷找的是什么证据;第二课开讲什么是证据,关键是认识证据,《如此钓鱼执法为哪般》的沙龙让你开眼,内容主要讲述证据资格的三性,即客观性、相关性及合法性;第三课开讲证据有哪些,核心是法定证据,《网购——想说爱你不容易》的沙龙让你纠结,系统阐述收集法律规定的八类证据形式;第四课开讲找多少证据,核心是证明标准,《贫困生,我们怎么找到

你?》的沙龙让你思考,内容主要讲述证明标准应多元化。这四堂课主要浓缩了证据规则。

第五课开讲谁该找证据,核心是证明责任,《白天鹅伤人,公园也有责任》的沙龙让你深思,内容主要讲述是待证事实的举证责任分配;第六课开讲谁帮我找证据,核心是取证主体,《私人侦探让性骚扰者难隐藏》的沙龙让你惊叹,内容主要讲述不同专业人如何收集证据;这两堂课主要浓缩了证明规则。

第七课开讲如何找证据,关键是取证思维,《这箱假茅台是谁卖的》的沙龙让你琢磨,内容主要讲述取证面临着对抗性、时间性、逆向性、相对性等特点;第八课开讲怎么找证据,核心是取证谋略,《地板经销商也有弱势的烦恼》的沙龙让你感慨,这两堂从宏观思维及微观思维方面讲述取证“劳心”的艰辛历程。

第九课开讲找物证要什么,关键是物证技术,《农民工开胸验肺只为心酸的取证》的沙龙让你无奈,将系统全面介绍形象痕迹、文书、毒品毒物、生物物证及电子证据的检验技术及原理;第十课开讲找人证要什么,关键是人证技术,《兼职总是梦断黑心中介》的沙龙让你沉思,内容主要告诉言词证据形式多样的收集技术;第十一课开讲找证据途径,核心是取证方法,《“互联网+”结合人肉搜索得悠着点》的沙龙让你冷静,系统介绍调查方法,如询问、讯问、搜查、辨认、检查、勘验、实验、鉴定八种方法;第十二课开讲国外证据如何找,核心是国际合作,《跨国整形失败,维权何其难》的沙龙让你惊心,内容主要讲述国际合作取证有哪些途径;这四堂课综述取证技术与取证手段。

第十三课开讲证据如何进诉讼,核心是证明环节,《你家装修不一定你做主》的沙龙让你醒悟,内容主要讲述证据通过取证、举证、质证及认证进行诉讼的环节;第十四课开讲证据如何拼事实,核心是证据审查,《莫让英雄流血又流泪》的沙龙让你思考,内容主要讲述案件证据如何拼接事实,这两堂课阐述证据在法庭如何运作。

诚然,考虑到学习与认识的规律,顾及到读者知识的差异性 & 理论的升华,因此本书在正文内容之外额外设计了4个板块:内容扫描是概述内容主旨,维权沙龙是维权现象争鸣;思辨拓展是维权理论升华,模拟实战来巩固与消化。同时《取证与维权》这本书收我上课时遴选、整编的案例,这些具有时代感、生活气息的案例是为了提高学子学习的兴趣,注重培养其理论联系实际的能力。书如其人,文字间将延续本夫子幽默风趣的一面,同时带给大家一种全新沙龙风格。为此先摘录二则以飨读者。

二、如何调查狡诈旷课者

现在老师也得学习取证的程序与技巧,不然没法与违纪学生斗智斗勇。如考试抓夹带违纪,想坐实其舞弊行为也挺难。完美的取证程序是抓到后先不动,直接拍证

据照,再拍现场概貌照,然后让学生在夹带上签字按指纹,并请周边学生指证,形成询问笔录,同时也让作弊学生写个认可的证词,形成卷宗后上报学校。这样他想再翻案就难啦。这不还有更狡诈的旷课者也让我费神一番,别着急,瞧瞧我的身手,你就可以轻易地判断钟楠是否上课了啦!

刘剑:钟楠,2015年9月30日周三晚为什么没来上课?

钟楠:老师,我来啦!

刘剑:这还用狡辩,我都让邢锶同学替我点名啦,点名册上你被标记了个×。

钟楠:我知道您点名了,利用的是下课时间,当时我急着上洗手间了,回来时还挺纳闷,怎么没有点到我,下课时也忘了跟您说一声。

刘剑:谁能证明你当晚来了?

钟楠:我的同学程曦,不信你问她!翘课不是我的性格,望老师明察,还我一个清白,拜托您啦!

刘剑:真的是我错啦?这么说我冤枉你啦!

钟楠:那当然,事实就是事实,来了就是来了。

刘剑:那好!钟楠,这事是我让学生点名出的差错,我有责任。当然,你也有责任,现在你过来,配合邢锶将标记改过来。

钟楠:好的,谢谢老师!

刘剑:你把点名册给邢锶让他改过来!

钟楠(教室四周观望一下,迟疑一会儿):老师,不好找……

刘剑:邢锶,你出来一下,你下课点名时有同学外出,你怎么不在他们进门时问一下呢?

邢锶:老师,当时是有几个同学出去了。我印象中没有钟楠同学外出,如果有美女同学我还是能记得住。

钟楠:我可记得清楚你的模样,外出同学又是哪些?你指我看看!

刘剑:别激动,钟楠,如果当时主动问一下邢锶这位帅哥同学,不就没有这个误会啦!班上这么多男生,你真清楚记得住他模样?

钟楠:点名这么长时间,当然印象深刻啦!

刘剑:如果我说他不是当时点名的邢锶,那你又如何解释呢?

三、维权与违法界限在哪里?

维权的力量越强大,越需要付出更多的精力与成本;其实我强调学习维权终极的

目标是预防侵权。即使你取证意识得到了强化,但那总是事后救济,少不了劳心费神的困扰。尤其不能借维权之名谋取不当得利,否则将会滑进了违法的禁区,大家不妨看看这个故事。

钟楠:刘老师,您上网看一下2015年8月4日《中国青年报》,黑龙江一男子维权被刑拘,维权都被拘那权还能维吗?

刘剑:钟楠,你别着急,你把事情来龙去脉说给我听一下。

钟楠:当天黑龙江省绥化市明水县男子李海峰购买了4包今麦郎(日清)食品有限公司生产的方便面,食用时腹痛腹泻,检查时过了保质期,并发现醋包内有“异物”,随后向今麦郎公司索赔450万元。就在双方协商索赔金额的过程中,今麦郎向警方报案,李海峰被河北省邢台市隆尧县公安局以涉嫌敲诈勒索罪为由立案侦查,目前已被刑拘。

刘剑:是啊,如果维权过度就可能变成了侵权,甚至走上违法犯罪的道路。

钟楠:合法维权和敲诈勒索的界限在哪里,仅因为他索要450万元?

刘剑:我国刑法中,敲诈勒索罪的定义是指以非法占有为目的,对公私财物的所有人、保管人使用威胁或者要挟的方法,勒索公私财物的行为。中国政法大学刑事司法学院教授阮齐林也认为,判断是否构成敲诈勒索罪,关键要看有没有威胁行为。定罪时,不能因为索赔金额高就认为是敲诈,只能说“金额不太合理”。

钟楠:消费者索赔过高本身并不构成敲诈勒索。那以后消费者维权就狮子大开口,要到即赚啦!

刘剑:诉讼中,如果消费者的高额索赔诉求无法获得法院支持,消费者需要自行承担与高额索赔相对应的高额诉讼费用,这就有助于倒逼消费者理性维权。倘若商家不同意消费者的高价索赔,双方当事人完全可以在法治和理性的轨道上化解纠纷。

钟楠:消费者在维权过程中采用网上曝光、寻求媒体报道的方式使事件成为舆论关注的话题是不是一种威胁方式?

刘剑:在媒体和网络上依法曝光其所购买产品存在的质量问题,是消费者维权的重要手段和新闻媒体监督的重要内容,这不能算作威胁。当然专家强调:维权的前提是消费者的合法权益确实受到了侵害,所曝光的问题必须属实,不能无中生有、捏造事实。如果捏造事实,且借助网络大肆扩散,强迫对方满足其不正当的目的,就带有威胁性,可能会构成敲诈勒索罪。

钟楠:男子购4包过期方便面引起不适,那精神赔偿的索赔应该是多少呢?

刘剑:根据《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解

释》第八条:因侵权致人精神损害,但未造成严重后果,受害人请求赔偿精神损害的,一般不予支持,人民法院可以根据情形判令侵权人停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉。由于此案没有给消费者造成伤害,法院不支持精神损害赔偿。

钟楠:刘老师,如果给企业处罚太轻,那会不会不利于维护社会安全食品的环境啊?

刘剑:食品安全是社会的综合治理,不能仅仅依赖消费者维权来净化。当然企业在遭遇消费者高额索赔时,也应虚心倾听消费者的维权诉求,并真诚地提出公平合理且具有可操作性的问题解决方案,而不宜简单地将高额索赔一概视为敲诈勒索而诉诸刑事手段。

总之,本书的维权沙龙设计是以典型案例为剧本,中心人物刘剑、程曦、钟楠及邢锶等人物的虚构饱含我对专业及学校的感情。从功能来说,这本书可以等同证据调查知识的普及读本,因此《取证与维权》既适用在校相关专业学生的学习读本,也可以成为普通民众运用证据维权的指南。为了提高编著效率,我吸收梁菁、李钊、冯小群、周若弦、刘晓柳等同学参与资料整理工作,正是有他们的努力与付出,才减轻我繁重的任务,在此对他们表示衷心感谢!

毋庸讳言,虽然有《证据调查理论与实务》的第一胎分娩经历,但二胎出生还是有点诚惶诚恐,希望读者多多批评与指正,鉴阅过程中哪怕只有片言只语的批评与建议,本人也将不胜感激!

刘建华编著于铸剑工作室

公元二〇一五年十一月

目 录

第一章 为什么找证据——证据裁判主义	1
第一节 神证为主的证据时代	3
一、神示证据制度的概念	3
二、神示证据制度的历史评价	4
三、神示证据制度的消亡原因	5
第二节 人证为主的证据时代	5
一、法定证据制度的概念	5
二、法定证据制度的主要内容	6
三、法定证据制度的评价	7
第三节 物证为主的证据时代	8
一、自由心证制度的概念	8
二、自由心证制度的主要内容	8
三、自由心证制度的评价	9
第四节 电子证据为主的证据时代	9
一、电子证据的概念	9
二、电子证据的特点	10
三、自由心证与法定证据相结合的证据制度	11
第二章 什么是证据——认识证据	14
第一节 证据资格	16
一、证据概念	16
二、证据资格	16
第二节 证据分类	19
一、言词证据和实物证据	19
二、直接证据和间接证据	21
三、原生证据和派生证据	23
四、本证与反证	24

五、控诉证据与辩护证据	25
第三章 证据有哪些——法定证据	27
第一节 物 证	28
一、物证的概念	28
二、物证特点	29
第二节 书 证	30
一、书证的概念	30
二、书证的特点	31
第三节 视听资料	31
一、视听资料的概念	32
二、视听资料的特点	32
第四节 证人证言	33
一、证人证言的概念	33
二、证人证言的特点	34
第五节 当事人陈述	35
一、民事、行政诉讼当事人陈述的概念	35
二、民事、行政诉讼当事人陈述的特点	35
三、被害人陈述的概念	36
四、被害人陈述的特点	36
五、犯罪嫌疑人、被告人的供述和辩解的概念	37
六、犯罪嫌疑人、被告人的供述和辩解的特点	38
第六节 鉴定意见	38
一、鉴定意见的概念	39
二、鉴定意见的特点	39
第七节 勘验、检查、辨认、侦查实验笔录	40
一、笔录的概念	40
二、勘验、检查、辨认及侦查实验笔录的种类	41
三、勘验、检查、辨认及侦查实验笔录的特点	41
第八节 电子数据	42
一、电子数据的概念	43
二、电子数据的形式	43
第四章 找多少证据——证明标准	47
第一节 司法证明的标准	48

一、司法证明标准的概念	49
二、我国现行的证明标准	50
三、中国诉讼证明标准的重建	52
第二节 司法证明的方法	54
一、推定	55
二、同一认定	55
三、司法认知	56
第五章 谁该找证据——证明责任	57
第一节 司法证明的对象	58
一、证明对象的概念	58
二、证明对象的范围	59
三、证明对象的构成	60
第二节 司法证明的责任	61
一、证明责任的概念	61
二、举证责任与证明标准	61
三、证明责任的分配	62
第六章 谁帮找证据——取证主体	69
第一节 取证主体概述	70
一、取证主体的概念	70
二、取证主体的要求	71
第二节 侦查人员取证	73
一、侦查人员取证的概念	73
二、侦查人员取证的特点	73
三、侦查人员取证存在的问题——侦查人员出庭作证难的问题	74
第三节 公诉人员取证	74
一、公诉人员取证的概念	74
二、公诉人员取证的特点	74
三、公诉人员取证存在的问题——证据开示制度	75
第四节 审判人员取证	76
一、审判人员取证的概念	76
二、审判人员取证的特点	76
第五节 律师的取证	77
一、律师取证的概念	78

二、律师取证的特点	78
三、律师取证存在的问题——律师调查环境难以得到保障	79
第六节 仲裁人员的取证	80
一、仲裁的概念和意义	80
二、仲裁人员取证具有的特点	80
第七节 纪检监察人员的取证	81
一、纪检监察人员取证的概念	81
二、纪检监察人员取证的特点	81
三、纪检监察人员取证存在的问题——双规与双指的合法性	82
第八节 私人侦探的取证	83
一、私人侦探的概述	83
二、私人侦探的发展历程	83
三、私人侦探取证存在的问题——私人侦探是否应该合法化	84
第七章 如何找证据——取证思维	86
第一节 取证思维概述	88
一、取证思维的概念	88
二、取证思维的特点	88
第二节 取证思维模式的种类	91
一、抽象思维与形象思维	91
二、发散性思维与收敛性思维	91
三、精确性思维与模糊思维	92
四、分析与综合模式	92
第三节 逻辑思维在取证中的应用	94
一、直接推理在取证中的运用	95
二、间接推理在取证中的运用	95
第四节 取证的思维误区	96
一、思维的表面性	96
二、思维的片面性	97
三、思维的主观性	97
四、思维的定式	97
第八章 怎么找证据——取证谋略	99
第一节 取证谋略概述	100
一、谋略的含义	100

二、取证谋略的含义	101
第二节 取证谋略的构成	102
第三节 取证谋略的形式	103
一、明撤暗侦	104
二、声东击西	105
三、调虎离山	105
四、欲擒故纵	106
五、离间瓦解	106
六、将计就计	107
七、打草惊蛇	107
八、引蛇出洞	108
九、攻心夺气	108
十、“囚徒困境”	108
第四节 取证谋略的施用	109
一、知己知彼	110
二、把握时机	110
三、以奇取胜	110
第九章 找物证要什么——物证技术	113
第一节 取证的物证技术概述	115
一、物证技术的概念	115
二、物证技术的运用原则	116
第二节 形象痕迹技术分析	117
一、形象痕迹的概念	117
二、形象痕迹的鉴定技术	117
第三节 文书物证的鉴定技术	120
一、文书的特点	120
二、文书物证的鉴定技术	121
第四节 毒品毒物物证技术分析	122
一、毒品	122
二、毒物	125
第五节 生物物证技术分析	127
一、生物物证的类别	127
二、血液、组织和 DNA 类型检测技术	128

第六节 电子证据物证技术分析	129
一、电子证据的概念	129
二、电子证据的分析技术	130
第十章 找人证要什么——人证技术	132
第一节 取证的人证技术概述	134
第二节 测谎技术	136
一、测谎技术的概念	136
二、测谎的科学原理	136
三、测谎结论作为证据的“有限采用”规则	137
第三节 监听技术	138
一、监听的概念与特点	138
二、对监听资料的相关规定	139
三、监听的法律规制	140
第四节 催眠技术	142
一、催眠术的概述	142
二、催眠侦查	143
三、影响催眠侦查可靠性的因素	143
第五节 精神分析技术	144
一、精神病的概述	144
二、精神病分析技术原理	145
三、精神病分析技术的标准	145
四、精神病分析结论的证明能力	146
第十一章 找证据途径——取证方法	147
第一节 取证方法的概述	150
第二节 询问	150
一、询问的概念	151
二、询问的规则	151
第三节 讯问	152
一、讯问的概念	153
二、讯问的规则	153
第四节 辨认	154
一、辨认的概念	154
二、辨认的规则	155

三、辨认中存在的主要问题	156
第五节 勘 验	157
一、勘验的概念	157
二、勘验的规则	158
第六节 检 查	159
一、检查的概念	159
二、检查的规则	160
第七节 实 验	160
一、实验的概念	161
二、实验的规则	161
第八节 搜 查	162
一、搜查的概念	163
二、搜查的规则	163
第九节 鉴 定	165
一、鉴定的概念	165
二、鉴定的基本规则	165
第十二章 国外证据如何找——国际合作	168
第一节 取证的合作	170
一、调查合作的概念	170
二、调查合作的分类	171
第二节 国际调查合作的适用	175
一、国际调查合作的适用法律	176
二、国际调查合作的适用原则	179
三、国际调查合作的适用范围	180
四、国际调查合作的适用程序	180
第三节 国际调查合作面临的法律难题	182
一、搜查、扣押财产的所有权确认方面	182
二、证人和鉴定人出国作证方面	183
三、证据的移交方面	184
第十三章 证据如何进诉讼——证明环节	186
第一节 取证环节	189
第二节 举证环节	190
第三节 质证环节	192

第四节 认证环节	195
第十四章 证据如何拼事实——证据审查	200
第一节 证据的审查判断概述	201
一、证据的审查判断概念	201
二、证据的审查判断与案件的证明标准	203
第二节 证据审查判断的内容	204
一、辩证唯物主义认识论是审查判断证据的理论前提	204
二、证据是否确实、充分、合法,是审查判断证据的核心	205
三、证据审查判断的方法	205
第三节 九种证据形式的审查判断	206
一、物证的审查判断	206
二、书证的审查判断	207
三、证人证言的审查判断	208
四、当事人陈述的审查判断	209
五、犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解的审查判断	209
六、鉴定意见的审查判断	210
七、勘验、检查、辨认、侦查实验等笔录的审查判断	211
八、视听资料的审查判断	212
九、电子数据的审查判断	213
结束语:维权的境界,诚信的社会	215
大侠解决不了大虾的纷争	215