

◎ 国家哲学社会科学重点课题研究项目
◎ 国家法官学院高级法官培训用书

诉讼证据规则研究

刘善春 毕玉谦 郑旭 著

中国法制出版社

★ 国家哲学社会科学重点课题研究项目

★ 国家法官学院高级法官培训用书

诉讼证据规则研究

刘善春 毕玉谦 郑 旭 著

中国法制出版社

责任编辑 王淑敏

图书在版编目(CIP)数据

诉讼证据规则研究/刘善春,毕玉谦等著. —北京:中国法制出版社,2000.6

ISBN 7-80083-629-0

I: 诉… I. ①刘… ②毕… II. 诉讼—证据—规则—研究—中国 IV.D925

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 60759 号

国家哲学社会科学重点课题研究项目
国家法官学院高级法官培训用书

诉讼证据规则研究

SU SONG ZHENG JU GUI ZE YAN JIU

著者/刘善春 毕玉谦·郑旭

经销/新华书店

印刷/北京市朝阳区科普印刷厂

开本/850×1168 毫米 32 印张/28.75 字数/700 千

版次/2000 年 5 月北京第 1 版 2000 年 5 月北京第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80083-629-0/D·605

(北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031) 定价:48.00 元

(如发现印装问题请与本社发行部联系 电话:66062752)

序

诉讼证据规则是近年来法律界关注的一个重大问题。在刑事、民事、行政诉讼中，缺乏具体的、具有可操作性的证据规则，是当前司法中的一个突出问题。我国的三大诉讼法对证据规则的规定太少、太原则，刑事诉讼法只有 8 条，民事诉讼法只有 12 条，行政诉讼法只有 6 条。尽管近来在司法解释中补充规定了一些证据规则，仍然远不足以满足实践的需要。司法实践中迫切地需要比较完善的证据规则，现在主张制定单独证据法的呼声愈来愈高。可见，司法、立法的需要呼唤着深入开展证据理论研究，从而为立法做理论上的准备，为实践提供可以操作的准则。可见，《诉讼证据规则研究》一书在选题上具有强烈的务实性和开拓性，对于推动我国证据制度的理论深化和立法完善，以及解决司法实践中的具体问题，都具有较大的参考价值和现实意义。证据规则问题博大精深，是个难度很大的课题，这三位年轻学者知难而进，通力合作完成这部愈 70 万字的学术专著，是一件十分可喜可贺的事情。

这部专著所引用的资料比较丰富，也比较新鲜，有许多是来自第一手的外文资料，在某些问题上探根溯源，使学界对某些问题的了解进一步加深，并为学界更深入地研究证据规则提供了一定的基础。三位作者使用比较研究的方法，对国外证据规则的立法做了较为详细的介绍，并对其利弊加以分析，然后就中国是否应当制定、应当如何制定相应的证据规则进行了探讨和论证。在这部专著中，作者对许多理论问题提出了自己的观点，勇于参与

2 诉讼证据规则研究

学术界中热点问题的争鸣，这是值得提倡的。

但是，由于证据问题十分复杂，需要探讨的问题很多，三位作者对证据规则进行的尝试性研究，毕竟时间、资料相对有限，有的问题显得论述力度和深度不够。他们提出的证据规则的体系、他们的观点是否科学和合理，以及是否适合中国的实际情况，都还有待于实践的检验，也还需要理论界共同探讨。

《诉讼证据规则研究》的三位作者刘善春、毕玉谦和郑旭都是我校诉讼法专业毕业的博士，其中刘善春和郑旭是由我直接指导的。看到他们在学术上有进步、有成就，我由衷高兴，遂欣然命笔为之作序。

陈光中

2000年3月

前 言

诉讼证据规则是诉讼实践可操作的证据准则，其理论基础为司法公正和查明真相。它既不是一般的原则、精神或制度，也不是细枝末节，而是司法实践随手可用的尺度。它是实用的、规律性的证据操作规程，具有法律效力的证据准则。证据是诉讼的无冕之王。没有调查，就没有证明案件的方法；没有证据，提出主张的一方就没有胜诉的可能，审理机关也就没有办法定案。由此可见证据的意义和作用。证据规则是近年来国内外法学界，国内外司法实践的热点。我们认为关于诉讼证据的研究近年来取得很大成绩，但是，成颗粒状的、实用的证据规则设计较少，关于诉讼证据的法律规定，有面有线，但是缺少点。目前司法实践渴求实用的证据规则组合，中国立法机关已拟制定诉讼证据规则，法学界需要对以往的证据理论进行总结、反思和超越，为此，我们奉献这本《诉讼证据规则研究》专著，以期起到抛砖引玉的效果，并和大家共勉，为诉讼证据规则的立法尽一份力量。

本书分三编，每编以各自的证据规则为序列，构思、论证、设计成系统的证据规则组合，并均以证据规则的立法建议结尾。这样的结构安排，目的在于既进行理论研究，又利于立法、行政、司法实践参考，以推进法治建设。

刑事诉讼证据规则编，是针对目前学术界对证据的研究偏重于证据理论问题的探讨，而对证据的程序性运用规则的研究较少而撰写的。我国刑事审判方式增强了庭审中的对抗力度，与此相适应，对证据的可采性问题、关联性问题、交叉询问的方法、提

2 诉讼证据规则研究

出证据异议的方式、证人作证义务的实现、证人拒绝作证权的赋予、推定、司法认知、证据庭前展示、取证行为的司法限制即令状主义、非法证据排除等一系列问题,应当加以认真地研究并待成熟后以法律的形式固定下来。刑事诉讼证据规则编共分六章:第一章绪论,主要探讨刑事证据规则的概念,研究证据规则的必要性及历史发展;国外立法及国际公约对有关证据规则内容的规定;我国是否应当确立刑事证据规则,讨论刑事证明是否应当有证据规则的限制,以及影响是否确立证据规则的观念性因素;最后讨论了证据规则的构成体系。第二章取证规则,提出有罪证据由控方收集的规则;辩方有权取证的规则,对现行刑事诉讼法规定的律师调查取证权的行使提出了自己的看法;不被强迫自证其罪的规则,主张我国应当赋予犯罪嫌疑人、被告人不被强迫自证其罪的权利;证人必须履行作证义务规则,主张法律增加规定保证证人出庭作证的一系列措施,并赋予特定的人以拒绝作证权,还讨论了警察作证等热点问题;令状主义规则,主张警察等侦查机关的强制取证行为应当事先获得法官签发的令状的许可方能实施,以增强刑事诉讼中的人权保障。第三章采证规则,提出传闻证据规则,建议法庭外的陈述不能作为证据采用;最佳证据规则,主张文书证据应当是原件才可采用;意见证据规则,主张限制普通证人的意见性陈述;非法证据排除规则,主张非法获得的证据不能作为定案的根据;相关性规则,主张没有关联性的证据没有可采性。第四章查证规则,讨论了辩方有权在庭前了解控方的证据,辩护双方提出证据须经声请,交叉询问等规则,并探讨了法庭应否当庭认证的问题,以及在我国应该如何运用推定和司法认知。第五章认定案件事实规则,包括证据证明力判断规则,起诉的证明标准,有罪判决的证明标准,补强证据规则以及疑罪从无的规则。第六章是刑事证据规则的立法建议。

民事诉讼证据规则编,其研究的着眼点是,立足本国国情,在

保持和发扬大陆法系的某些传统优势上,积极引进和大胆吸收英美法系在长期判例法实践中积累、沿循下来的证据法上的经验性规则,也就是说,从规则的角度预先设定在司法审判实践中可能出现的各种情形,尽量缩减法官的自由裁量权的幅度,实行明确的、严格的程序规则体系,使法官的“心证”最终建立在统一规范的基础之上,以力求在追寻客观规律的条件下,尽可能使法官的“心证”过程客观外在化,以便从程序公正上保障实体公正的贯彻落实。民事诉讼证据规则编共分四章:第一章是举证程序规则,它主要涉及证据披露规则、最佳证据规则和自认规则等。举证程序规则主要体现了民事诉讼活动是以“私权”利益纠纷为基本特征的,因此,这种程序规则的特点是建立在当事人进行主义基础之上,法官对当事人举证行为所产生效果的反映取决于这一特殊装置本身的“自控”功能。第二章是查证程序规则,查证程序规则主要包括关联性规则、可采性规则、主询问规则、反询问规则、诱导性规则、唤起证人记忆规则、预防规则、特权规则、排除规则、传闻规则、意见规则等。查证程序是在当事人举证的基础上,由法官在庭审活动中对有关证据材料进行的调查活动,其调查的主要事项涉及这些证据材料的证据能力以及在证据能力被确立的基础之上,进而界定其证据力的大小与强弱。第三章是采证程序规则,采证程序主要涉及推定规则、司法认知规则、经验规则和盖然性规则。采证程序主要是产生法官“心证”的一个具有决定性意义的阶段过程,这一阶段过程多与法官的个人素质、学识、司法经验和审判技巧密不可分。第四章为民事诉讼证据规则的立法建议。应当进一步明确的是,本编对举证程序、查证程序与采证程序的划分所坚持的仅仅是一个相对标准,因为它们都属于一个统一的和存在密切而有机联系的诉讼程序过程或者审判活动过程,因此,从上述诸种相对分设的程序角度来看,这些证据规则之间本身都具有互为兼容性或者包容性。

4 诉讼证据规则研究

行政诉讼证据规则编由四章组成,第一章行政诉讼证据审查程序规则,第二章行政诉讼适用的行政程序证据规则,第三章行政诉讼证据审查程序规则,第四章行政诉讼证据规则立法建议。根据行政诉讼证据的特点,它既包括事实证据,也包括法律证据,并且主要是审查行政程序中的证据。本编必须专门研究行政程序证据规则,事实上,行政程序证据规则即为行政诉讼证据规则的实体法规则。在专门研究行政诉讼中适用的行政程序证据规则的基础上,从法院司法审查的角度,拟定查证方法和程序规则。本编提出了复审证据规则、谁主张,谁举证规则、实质性证据及严格标准规则。

行政、刑事、民事证据规则各成系统,有联系也有区别,三位著者在概念使用上也有细微的差别,我们不做硬性比较,留给读者进行思考。第一编刑事诉讼证据规则由郑旭撰著;第二编民事诉讼证据规则由毕玉谦撰著;第三编行政诉讼证据规则由刘善春完成。

在《诉讼证据规则研究》一书即将出版之际,最高人民法院副院长兼国家法官学院院长曹建明教授、国家法官学院副院长王世民先生等对本书的出版高度重视。他们认为,本书的出版发行对于我国目前法院系统正在进行的审判方式改革,特别是证据规则的制定具有重要的理论价值和实践意义,为此,该书被列为高级法官培训用书。

在本书即将出版之际,我们感谢中宣部全国哲学社会科学规划办公室主任、研究员、理论局副局长董京泉先生对本研究项目的积极支持,同时,还应当感谢中国法制出版社对本书出版的大力协助。

刘善春 毕玉谦 郑旭

2000年2月于北京

目 录

第一编 刑事诉讼证据规则

第一章 绪论.....	(1)
第一节 刑事证据规则概述.....	(1)
一、刑事证据规则的概念.....	(1)
二、加强对证据规则研究的必要性.....	(5)
第二节 证据规则的历史发展.....	(8)
一、证据规则的历史发展.....	(8)
二、证据规则与法定证据制度、自由心证证据制度的关系	(16)
第三节 国外立法对证据规则的规定	(19)
一、英美法系的证据规则和自由心证证据制度的证据规则	(19)
二、国际公约中对证据规则的规定	(33)
第四节 我国是否应确立刑事证据规则	(34)
一、刑事证明是否需要规则规范	(34)
二、我国应当确立刑事证据规则的理由	(39)
三、影响是否确立证据规则的观念性因素	(47)
第五节 证据规则的分类	(55)
一、证据本身的规则与运用证据的规则	(55)
二、证据规则体系的设计	(56)

2 诉讼证据规则研究

第二章 取证规则	(58)
第一节 有罪证据由控方收集的规则	(58)
一、控方收集有罪证据的职责	(58)
二、有罪证据由控方收集的具体要求	(61)
第二节 辩方有权取证的规则	(69)
一、辩方有权调查取证的原因	(69)
二、刑事诉讼法对辩护律师调查取证权的规定	(71)
第三节 不被强迫自证其罪的规则	(77)
一、不被强迫自证其罪的含义	(77)
二、不被强迫自证其罪与沉默权、拒绝供述权、 自白任意性规则的关系	(81)
三、不被强迫自证其罪与刑讯逼供的关系	(82)
四、不被强迫自证其罪与无罪推定的关系	(84)
五、我国对这一规则的态度	(85)
第四节 证人必须履行作证义务规则	(90)
一、证人履行作证义务的法律保障	(90)
二、对特定情形的证人应当赋予拒绝作证权	(105)
第五节 令状主义规则	(121)
一、令状主义规则的含义	(121)
二、国外立法及国际条约的规定	(123)
三、我国立法的相关规定	(126)
四、建议吸收令状主义规则	(128)
第三章 采证规则	(132)
第一节 传闻证据规则	(133)
一、英美法关于传闻证据的规定	(133)
二、日本刑事诉讼法有关传闻证据规则的规定	(143)
三、我国台湾地区刑事诉讼法中对传闻证据的 规定	(148)

四、我国关于传闻证据的法律规定·····	(150)
第二节 最佳证据规则·····	(155)
一、最佳证据规则的含义·····	(155)
二、英美法中最佳证据规则的例外·····	(158)
三、我国刑事诉讼中对最佳证据规则的态度·····	(159)
第三节 意见证据规则·····	(162)
一、意见证据规则的含义·····	(162)
二、普通证人的意见证据·····	(163)
三、专家证人的意见陈述·····	(166)
四、我国是否应当规定意见证据规则·····	(168)
第四节 非法证据排除规则·····	(174)
一、国外立法中非法取得的被追诉人的供述的 可采性·····	(174)
二、国外立法中非法搜查、扣押获得的证据的 可采性·····	(186)
三、“毒树之果”理论·····	(196)
四、我国应如何对待非法证据排除规则·····	(198)
五、与非法证据排除规则有关的几个问题·····	(206)
第五节 相关性规则·····	(217)
一、相关性的概念和检验方法·····	(217)
二、常见的相关性问题·····	(219)
三、我国刑事诉讼中对证据关联性的要求·····	(224)
第四章 查证规则·····	(228)
第一节 辩方有权在庭前了解控方的证据·····	(228)
一、英美法系中的证据展示制度·····	(228)
二、日本的证据展示制度·····	(231)
三、大陆法系国家对辩护人阅卷权的规定·····	(233)
四、我国关于辩护人阅卷权的问题和对策·····	(235)

4 诉讼证据规则研究

第二节 控辩双方提出证据须经声请	(242)
一、提出证据应由控辩双方进行	(242)
二、证据的提出须经声请并经法官同意	(243)
三、法院可否依职权调查证据	(245)
第三节 交叉询问规则	(246)
一、交叉询问规则的前提——证人必须出庭	(246)
二、证人如实陈述的保障——证人应当当庭宣誓	(250)
三、交叉询问规则	(258)
第四节 法庭当庭认证规则	(270)
一、法庭是否应当当庭认证	(271)
二、案卷材料移送法庭的范围	(273)
第五节 推定和司法认知	(275)
一、推定	(276)
二、司法认知	(283)
第五章 认定案件事实规则	(289)
第一节 证据证明力判断规则	(289)
一、鉴定结论没有预定的证明力	(290)
二、物证、历史档案、鉴定结论、勘验笔录或者 经过公证、登记的书证的证明力一般高于其 他书证、视听资料和证人证言	(292)
三、证人提供的对与其有亲属关系或者其他密切 关系的一方当事人有利的证言,其证明力低 于其他证人证言	(293)
四、原始证据的证明力大于传来证据	(293)
第二节 起诉的证明标准	(295)
一、我国刑事诉讼法对起诉标准和定罪标准的 规定	(295)
二、国外有关起诉时证明标准的规定	(296)

三、我国起诉时证明标准的确立·····	(298)
第三节 有罪判决的证明标准 ·····	(301)
一、排除合理怀疑的证明标准·····	(301)
二、我国刑事诉讼中的定罪标准·····	(305)
三、刑事诉讼中不要求查明客观真实的情况·····	(314)
四、刑事、民事证明标准的不同及原因·····	(316)
第四节 补强证据规则 ·····	(320)
一、国外立法对补强证据规则的规定·····	(321)
二、我国刑事诉讼中仅凭口供不能定案规则的 适用·····	(327)
三、我国刑事诉讼中的其他需要补强的证据·····	(332)
第五节 疑罪从无规则 ·····	(333)
一、疑罪从无与无罪推定·····	(333)
二、我国对疑罪从无的态度·····	(335)
三、判断疑罪的具体标准·····	(338)
第六章 刑事证据规则的立法建议 ·····	(341)

第二编 民事诉讼证据规则

第一章 举证程序规则 ·····	(369)
第一节 证据披露规则概述 ·····	(370)
一、证据披露规则的概念·····	(370)
二、证据披露规则的程序价值功能·····	(372)
三、实施证据披露的方式及比较·····	(378)
四、证据披露的时限·····	(386)
五、怠于或拒不实施证据披露的后果·····	(388)
六、对我国设置证据披露规则的探讨·····	(391)
第二节 最佳证据规则 ·····	(401)

6 诉讼证据规则研究

一、最佳证据规则的源流·····	(401)
二、最佳证据规则的基本内涵·····	(402)
三、适用范围·····	(406)
四、适用最佳证据规则的例外·····	(409)
五、最佳证据规则的局限性·····	(412)
六、对我国设置有关最佳证据规则的探讨·····	(413)
第三节 自认规则 ·····	(416)
一、自认之界定·····	(416)
二、自认的属性·····	(420)
三、自认的分类·····	(422)
四、自认的法律效力·····	(427)
五、对自认效力的限制·····	(432)
六、自认的撤销与追复·····	(435)
七、对我国适用自认规则的探讨·····	(436)
第二章 查证程序规则 ·····	(439)
第一节 关联性规则 ·····	(440)
一、关联性规则的涵义·····	(440)
二、对关联性实质内涵的界定·····	(442)
三、关联性与间接证据·····	(445)
四、对我国民事诉讼立法上设置关联性规则的 探讨·····	(449)
第二节 可采性规则 ·····	(451)
一、关于可采性的概说·····	(451)
二、关于证据可采性的基本原理·····	(454)
三、可采性与证据能力·····	(455)
四、证据能力与证据力·····	(456)
五、两大法系的相应模式·····	(459)
六、对我国有关可采性规则的探讨·····	(461)

第三节 主询问规则	(462)
一、主询问概述	(462)
二、主询问的程序功能	(464)
三、主询问的主要规则	(464)
四、有关立法例	(467)
五、大陆法系在传统上的询问方式及其成因	(467)
六、对我国设置主询问规则的探讨	(469)
第四节 反询问规则	(475)
一、反询问概述	(475)
二、律师致力的目标与反询问中质疑所涉及的 层面	(477)
三、反询问中的有关规则	(478)
四、有关立法例	(479)
五、对一些大陆法系国家导入主询问与反询问 方式的评析	(481)
六、反询问中的固有缺陷	(483)
七、对我国设置反询问规则的探讨	(484)
第五节 诱导性规则	(485)
一、诱导性概述	(485)
二、诱导性询问的主要功能	(486)
三、英美法上的立法例及其有关规则	(487)
四、大陆法系与诱导性规则	(489)
五、对我国民诉立法上设置诱导性规则的探讨	(491)
第六节 唤起证人记忆规则	(492)
一、唤起证人记忆规则之界说	(492)
二、英美法系的立法例及相关规则	(493)
三、大陆法系与唤起证人记忆规则	(496)
四、对我国应否设置相应规则的思考	(497)

8 诉讼证据规则研究

第七节 预防规则	(498)
一、预防规则涵义	(498)
二、预防规则的主要内容	(499)
三、对我国在立法上设置预防规则的探讨	(505)
第八节 特权规则	(509)
一、对特权规则的界定	(509)
二、设置特权规则的理由	(510)
三、各国有关特权规则的内容分类及立法例	(511)
四、关于我国证据法设置特权规则的思考	(517)
第九节 排除规则	(518)
一、排除规则的涵义	(518)
二、关于排除规则的立法例	(520)
三、排除规则的适用	(523)
四、对我国设置排除规则的探讨	(529)
第十节 传闻规则	(530)
一、对传闻规则的界定及其内涵	(530)
二、设置反传闻规则的理由	(533)
三、传闻规则与陪审制	(535)
四、大陆法对传闻规则的认知	(537)
五、传闻规则的例外	(539)
六、对我国设置传闻规则的探讨	(542)
第十一节 意见规则	(546)
一、意见规则概述	(546)
二、专家意见的诉讼功能	(549)
三、对鉴定专家的界定	(550)
四、对鉴定专家的“意见”范围与证人证言的 “事实”范围的划分	(561)
五、关于适用专家鉴定制度的有关规则	(573)