

The Draft
Evidence Law
of China and
Its Annotations

中国证据法草案

建议稿及论证

毕玉谦 郑旭 刘善春/著



法律出版社
LAW PRESS

国家社会科学基金项目

The Draft
Evidence Law
of China and
Its Annotations

中国证据法草案
建议稿及论证

毕玉谦 / 郑旭 / 刘善春 / 著



法律出版社
LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中国证据法草案建议稿及论证/毕玉谦,郑旭,
刘善春著. —北京:法律出版社,2003.5
ISBN 7-5036-4263-7

I. 中… II. ①毕…②郑…③刘… III. ①证据
—诉讼法—草案—建议书—中国②证据—诉讼法—草案
—论证—中国 IV. D925

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 030972 号

法律出版社·中国

责任编辑/王政君

装帧设计/孙宇

出版/法律出版社

编辑/法学学术出版中心

总发行/中国法律图书公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶松

开本/A5

印张/27.375 字数/801 千

版本/2003 年 7 月第 1 版

印次/2003 年 7 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

综合法律出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939686 63939689 传真/010-63939701

中国法律图书公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

销售热线/010-63939792

网址/www.Chinalaw-book.com

010-63939778

书号:ISBN 7-5036-4263-7/D·3981 定价:48.00 元

中国证据法研究课题组

课题组负责人：毕玉谦

课题组成员：毕玉谦 郑旭 刘善春

作者分工

- 毕玉谦** 第一章第二节；第三章第一节、第二节、第四节、第五节、第六节第一目、第七节；第五章；第六章第一节第二目、第二节、第三节、第四节、第五节第二目及第四目。
- 郑旭** 第一章第一节、第三节；第二章（第一节第24条、第25条、第26条除外）；第三章第三节；第四章（第160条、第161条、第162条外）；第六章第一节第一目、第五节第一目、第六节。
- 刘善春** 第二章第一节第24条、第25条、第26条；第三章第六节第二目；第四章第160条、第161条、第162条；第六章第一节第三目及第四目、第五节第三目；第七章。

课题组成员简介

毕玉谦,国家法官学院司法审判研究中心研究员,该研究中心主任、法学博士,中国证据法(草案建议稿)研究课题组负责人,《中国司法审判论坛》主编、《司法审判动态与研究》主编。主要代表性学术著作有《民事证据法及其程序功能》、《民事证据法判例实务研究》、《诉讼证据规则研究》、《民事证据原理与实务研究》以及其他书著二十余部。曾在《法学研究》、《中国法学》、《中外法学》、《法学评论》、《人民法院报》等报刊发表论文近百篇。近年来曾在最高人民法院从事审判活动,曾参与最高人民法院有关庭室关于民事诉讼证据、行政诉讼证据、商事诉讼规则等司法解释和部分高级人民法院诉讼证据规则的起草与论证活动。

郑旭,中国政法大学副教授,法学博士、刑事訴訟法学研究所副所长,国家法官学院司法审判研究中心特邀研究员。2002年获英国华威大学硕士(LLM, with Distinction)。1999年赴美国加利福尼亚大学洛杉矶分校(UCLA)以访问学者身份研修美国证据法,2001年8月赴美国耶鲁大学(Yale University)参加美中刑事证据法研讨会,并系中国政法大学与耶鲁大学刑事证据法合作项目成员。代表性学术著作有《诉讼证据规则研究》,并已在《中国法学》、《法制日报》、《诉讼法论丛》发表学术论文若干篇。

刘善春,中国政法大学教授、法学博士、国家法官学院司法审判研究中心特邀研究员。主要学术著作有《行政诉讼价值论》、《行政诉讼原理研究》、《诉讼证据规则研究》等。2002年度国家留学基金委公派赴美高级访问学者。曾参与最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的研讨与专家论证工作。

序 言

法律传统在现代学理上通常指的是特定的“法系”。而法系通常被理解为,在立法或法律表现形式上以及司法过程当中,有特定数量的国家为代表的具有相对影响范围的法律共性特征及法律文化的总称。法系的出现是历史上在特定阶段法律文化的移植及立法特征、司法构造隶属于特定思维定式的体现。从近代乃至进入当代社会,在法律传统及立法模式上具有广泛影响力的当推大陆法系和英美法系。从传统意义上而言,英美法系素以判例法为其显著表征,成文法历来被视为是大陆法系的一种“专利”。但是,历史的长河往往会发生一些戏剧性的变化。正是基于英美法系历来注重法律程序的价值理念所使然,主要的英美法系国家如英国、美国、加拿大、澳大利亚、新西兰、印度等在百年余以来相继颁布实施了证据法典,开创了判例法与成文法并存的先河。相对而言,大陆法系各国的证据法与诉讼法自近代以来的立法模式,体现了这些国家在制定实体法典时因顾及到当时适用法律的便捷以及实体法先于程序法而颁行的历史背景,将一些涉及证据法的内容在实体法典当中作出专项规定。这一现象在民事法律上呈现的尤为明显。这种做法本身在相当程度上体现了其重实体法而轻程序法的传统价值观念。

尽管两大法系各主要国家先后完成了其工业化革命,并为法治社会的建立奠定了必要的物质基础,其立法观念、法律思想及司法过程属于现代法治范畴,但是,其法律文化、传统观念、思维方式及诉讼模式的差异使两者各自显现出鲜明的特征与模式,在近几十年以来所展现的相互吸收、互为借鉴的历史大潮当中已实际铸成融合之势。回首中

华民族五千年以来的文明历史,中华民族在昔日的绝大部分的历史长河中始终昂首于世界前列,只是在近代因制度衰败而落伍,古代先民给我们留下的只是“封建式的法制”这样一笔落后的法律文化遗产。为了开创的先进法律文化,此时此刻,我们必须与时俱进,站在时代的前列,而不能仅仅以“法系的归属”以及“法系的孰优孰劣”等观念来狭隘地、简单地限制我们的思维方式与立法模式,诚然,在对证据法草案进行研讨过程中,有学者认为,我国属于大陆法系国家,如果制定独立的证据法典,那么就很难协调与各诉讼法之间的关系,因此,只能在现行的三大诉讼法框架之内来考虑证据法的内容设置。对此,我们认为,很难将我国立法建制简单地归属于大陆法系模式。因为具有上千年悠久历史的中华法系随着清王朝的衰败而寿终正寝,随即从清末年间到后来民国时期,我国当时的立法和司法大多通过日本受到德国、法国的影响,尤其在新中国成立之后曾深受前苏联的影响,再由于中华法系本身就有重实体法而轻程序法的传统观念而与大陆法系更相接近,但绝非因此而认为我国属于大陆法系国家,这既不是一种既成的事实,又不存在这样一种现实的必要;更因为,我们有具体的国情、现实的国际环境以及二十余年以来现代法制发展的特殊轨迹,而这都要求我们要努力借鉴一切人类优秀的法律文化和司法经验来创建我们的法治社会,因此,卸除任何不必要的历史包袱来实现这一目标则是我们最理性的一种选择。就是在制定证据法上来看,十余年来我们励精图治所开展的司法审判方式改革虽然取得了一些阶段性成果,但是,在实现司法公正和诉讼效率这两大终极目标上尚未取得显著的成效。究其原因,在很大程度上与我国在传统习惯上重实体而轻程序的做法不无直接的关系;另外,就我国现实国情与司法者普遍的业务素质而论,我们在诉讼法上缺乏一整套系统而科学的证据规则来引导司法者判案,正是缺乏这样一套证据规则来调整司法者与诉讼当事者之间的诉讼主体地位与相互关系,因此,无法真正使依靠当事者来推动整个诉讼程序的发展与司法者作为程序管理者的程序构架落实到位。实际上,我们现在所言及的证据立法问题,现实社会实践的迫切要求与强烈呼唤才是提出这一立法命题的原始推动力。因此,我们的确无法从历史传统的角度来寻找其答案,来论证其合理性,而必须现实地做好这份答卷。

近年来,随着社会生活的法制化进程的不断发展,社会公众的法律意识的不断提高,许多门类实体法的纷纷出台,证据法的地位与重要作用在国家和社会的法律生活当中日显突出。这一突显的切入点就在于,法律在调整社会生活上所暴露出来的滞后性不仅仅限于一些门类实体法的缺失或尚待以进一步完善,更重要的是,现已颁行的各种门类的实体法在一些社会生活领域特别是司法领域难以发挥其应有的功能与效力,也就是说,现行的各种门类的实体法尚且难以具体落实,更遑论尚未颁行的实体法律,这便是促成社会公众起先期盼法律以寄托福祉竟而转为对法律逐渐丧失信念的一大诱因。纠其原因,我们在执法或司法领域存在许多薄弱环节,并且存有重大缺陷,这里,既有现行体制的问题,也有“重人治轻法治”文化传统的影响,更有法治社会所必备的基本立法框架的缺憾。作为长期从事证据法研究的学者,我们深切地领悟到,证据法作为一种新兴的部门法,它所具有的独特功能与运行机制,实则属于贯穿实体法律与诉讼法律的桥梁,在我国现阶段法官、检察官以及有关政府公务员尚未为职业化的历史条件下尤为如此。

从吸收与借鉴意义上而言,由于我国正在以步入市场经济的形式来完成本国的工业化革命,同时又肩负着创建现代法治国家的历史重任,因此,选择和借鉴何种立法模式、树立何种司法价值观念,对建立具有中国特色的法治体系与模式具有广泛而深远的影响。从总体权衡、现行立法程序以及未来发展来看,制定统一证据法典有着更为明显的优势所在,主要体现为:其一,三大诉讼证据立法在基本原理和许多适用规则上是一致和基本相同的,而不同之处可以通过在立法的初级阶段由各单独的证据法专家建议稿进行特别论证,在制定统一证据立法时可加以技术性处理,虽然具有一定的难度,但还是可以妥善加以解决的,因为,作为证据法的实质内涵与表现形式是其共性存在的必要前提;其二,从目前来看,制定统一证据法典是一种历史上的机遇,是不以人的意志为转移的一种必然选择。这种逐步分离的立法模式体现了自近现代以来各国在制定法上所呈现的一大走势,即由于各个部门法的内容随着社会形态的不断变迁与进化,从某个单一的部门法中衍生、分离出其独立的立法体制与结构,从而增加有关部门法对社会关系不断复杂化的总体适应性,比如,在一些国家如日本,便是从民事诉讼法中

分化出了人事诉讼程序法、家事审判法、非诉案件程序法、民事调解法、民事执行法、民事保全法等。就此相对而言,民事诉讼法作为一种基本法,而后来的这些法律作为基本法的特别法,发挥着对民事诉讼及民事诉讼法律关系综合调整的优越功能。其三,制定统一的证据法,有利于立法资源的统一配置与资源共享,节约立法成本。其四,制定统一的证据法,有利于协调证据法与各诉讼法之间的相互关系,既有助于避免就相同的规则重复立法,又能够避免增加有关诉讼法在立法上的不当负担。其五,在未来对证据法的不断改进与完善上,亦更具有适应性和技术上的灵便性,而不必单就某一证据法问题对三大诉讼法加以因应修改。因此,统一证据典的优越性是显而易见的。

在立法模式上,我们之所以赞成制定独立的证据法典,这是因为,我们所面临的现实历史阶段体现了当代社会化大生产所带来的社会分工不断细腻与完善的特点,这种趋势表现在法律部门的分工上则是新兴的部门法应运而生,其功能日渐专业化、系统化,加之两大法系所带来的影响以及改革开放二十余年以来的审判实践所总结出的经验使得诉讼程序法的各部门属性更加个性化与科学化。并且,从技术层面上而言,民事证据法与刑事证据法、行政证据法在证明主体、证明对象、证明标准、证明责任等诸方面固然存在一些差异,但是在基本原则、证据能力、证明价值、证据种类与证据方式、证据保全以及对证据的审查判断等诸方面又存在诸多的共性,因此,采用适当的技术手段与逻辑方式便能够实现从整体上对于涉及三大诉讼的证据规则加以科学缜密的整合,进而推出一部既凝聚共性又不排斥、湮灭其三大诉讼个性的统一证据法典。就证据法本身的独立性、系统性、逻辑性而言,已经实际上成为主导三大诉讼法以推动诉讼程序进行的“实体法规范”。在本证据法草案建议稿中,我们将关于证据问题的许多涉及诉讼程序的规则留给各自的诉讼法来加以具体规定,例如,民事诉讼涉及举证时限的确定以及证据交换如何开展等问题,刑事诉讼涉及与侦查机关在立案、侦查程序中有关的证据问题以及起诉后证据的展示等问题。同时,我们也将更适合于或原本就属于某些实体法所规定的比如特别侵权行为所涉及的证明责任“倒置”、法律推定以及电子信息证据所涉及电子产品处理系统本身的控制与程序等,留给相关的实体法来加以规定。从诉讼法

本身而言,随着法理研究以及立法技术的不断发展,诉讼法庭本身已经出现了臃肿难堪、自身超载的窘况,由于证据法本身所涉及问题的复杂性、系统性与广泛性,并且其涉及证据法条文在篇幅上的浩繁性与庞杂性实难将这些证据法规范统统吸纳于诉讼法条文之中。

本课题系国家社会科学基金项目,自2000年3月申请立项、同年5月批准立项以来,课题组成员呕心沥血、夜以继日、勤奋攻关,先后多次到全国各地进行立法调研活动,收集了大量翔实、可靠、最新的信息资料。本立法建议稿的出炉,几经易稿,在此过程中,我们通过不同方式广泛征求实务界的广大法官、检察官、警官、律师、其他政府公务员等以及学术界有关专家、学者意见和建议,使得最初立的立法草案建议稿在今天看来更显得炉火纯青、日渐成熟。在本立法草案建议稿的起草与论证过程中,课题组成员分别采取赴国外考察、做访问学者以及在国内与来华的两大法系有关国家或地区的证据法以及诉讼法的专家、学者就证据立法问题进行广泛研讨,使得本草案建议稿的起草建立在汲取许多国家或地区证据立法经验与学理精典要素的基础之上。

作为证据立法研究课题组成员,我们不仅向国家的立法机关,同时还是向全社会推出这一证据法草案建议稿及论证方案,我们期盼这一草案建议稿对于立法机关在考虑、研究和正式制定证据立法上有所帮助的。另外,囿于我们的学识、智慧所限,加之现行体制与社会发展的不平衡所导致的一些复杂因素所致,我们在证据立法某些问题上的考虑与设想或许会显得过于理想化或不尽成熟,这些均有待于接受社会各界人士的批评与指正,但望不吝赐教。

中国证据法研究课题组

2003年4月20日

目 录

中国证据法草案建议稿	(1)
中国证据法草案建议稿及论证(条文、说明、理由、参考立法例等)	(52)
第一章 总则	(52)
第一节 一般规定	(53)
第二节 基本原则	(64)
第三节 法院的职责	(85)
第二章 证据的可采性	(102)
第一节 一般规定	(104)
第二节 非法证据的排除	(147)
第三节 传闻证据的排除	(194)
第三章 证据与证据方式	(215)
第一节 书证	(216)
第一目 书证的提交	(217)
第二目 证明妨碍	(240)
第三目 原件与复制件	(248)
第四目 公文书	(267)
第五目 私文书	(279)
第六目 域外书证	(287)
第七目 书证上的语言文字	(295)
第八目 书证的真实性与认定	(296)
第二节 物证、视听资料	(310)

第三节 证人作证	(314)
第一目 一般规定	(317)
第二目 证人资格	(327)
第三目 证人的拒绝作证权	(335)
第四目 传唤证人	(381)
第五目 证人宣誓	(389)
第六目 对证人的询问	(405)
第七目 对证人的处罚	(437)
第八目 证人保护和经济补偿	(446)
第四节 当事人的陈述	(452)
第五节 鉴定	(457)
第六节 勘验、检查笔录与现场笔录	(535)
第一目 勘验、检查笔录	(535)
第二目 现场笔录	(551)
第七节 电子信息证据	(553)
第四章 举证时限与证据交换	(567)
第五章 证据保全	(590)
第六章 证明	(633)
第一节 证明责任	(633)
第一目 刑事诉讼中的证明责任	(636)
第二目 民事诉讼中的证明责任	(653)
第三目 行政诉讼中的证明责任	(664)
第四目 证明责任的例外情形	(696)
第二节 司法认知	(706)
第三节 推定	(729)
第四节 自认	(746)
第五节 证明标准	(781)
第一目 刑事诉讼中的证明标准	(785)
第二目 民事诉讼中的证明标准	(805)
第三目 行政诉讼中的证明标准	(809)
第四目 程序性事实的证明标准	(831)

第六节 证明力的判断.....	(834)
第一目 一般规定.....	(836)
第二目 补强证据.....	(841)
第七章 附则	(855)

中国证据法草案建议稿

第一章 总 则

第一节 一 般 规 定

第一条 [立法目的]

为保证法院准确、及时地查明案件事实,保障诉讼的顺利进行,确保程序公正以及公民的基本权利不受侵犯,保护某些更为重大的社会利益,以实现刑事、民事和行政诉讼的任务,根据宪法,制定本法。

第二条 [法典的适用范围]

本法适用于刑事诉讼、民事诉讼和行政诉讼。

第三条 [证据的定义]

凡当事人提出的用于证明或者有助于证明本方提出的关于事实的主张的材料,都是证据。

第四条 [证据种类]

本法所指的证据应包括但不限于以下种类:

- (一)书证;
- (二)物证;
- (三)视听资料;
- (四)证人证言;

- (五)当事人的陈述;
- (六)鉴定结论;
- (七)勘验、检查、现场笔录;
- (八)电子信息证据。

第五条 [术语的解释]

本法下列用语的含义是:

(一)“当事人”,是指在诉讼中处于原告或者被告一方的人,包括刑事案件的控辩双方;

(二)“侦查机关”,是指根据刑事诉讼法对刑事案件有侦查权的机关;

(三)“检察机关”,是指代表国家提起公诉的检察院;

(四)“可采性”和“证据能力”具有相同的含义,是指证据是否具有作为诉讼证据的资格;

(五)“证明责任”与“举证责任”具有相同的含义,二者可以互换使用。

第二节 基本原则

第六条 [证据裁判]

除法律另有规定外,法院只能根据经法庭辩论而获得确切心证的证据作为裁判的依据,但是,法院不得以没有适格的证据为由而拒绝裁判。

第七条 [证据辩论]

除法律规定另有规定外,没有经过法庭辩论的证据不得作为裁判的依据。

第八条 [及时公开]

除法律另有规定外,在庭审辩论活动开展之前,当事人应当根据法律规定或法院指定的期限,及时向对方公开展示由其持有的证据,以便

对方当事人进行必要的准备。

第九条 [直接言词]

除法律另有规定外,诉讼中所开展的证据调查活动,应当以直接言词方式进行。

第十条 [自由心证]

对证据证明力的判断和对案件事实的认定,由审理案件的法官自由判断。

除法律另有规定外,法官应在适用各项证据规则并慎重考虑庭审证据调查与辩论的全部过程的基础上,依据自由心证对案件事实独立作出判断。

第三节 法院的职责

第十一条 [法院对当事人举证权利的保障]

根据当事人的申请,法院可据情决定是否要求有关组织或者个人提交证据。凡法院要求有关组织或者个人向法院提交证据时,应在发出的指令书上表明应提交证据的名称、范围、期限以及拒不服从该指令所应承担的法律责任。

因提交证据而支出的合理费用,有关组织或者个人有权依法要求足额补偿。

第十二条 [阐明权的行使]

根据诉讼的不同进程及个案的具体情形,法院在必要时应当对证明责任的要求以及在特定情形下所适用的证明标准向当事人进行阐释、说明。

第十三条 [法院庭审诉讼指挥权]

法院有权决定庭审证据调查的范围、顺序,并对当事人、证人等的申请依照本法的规定作出决定。根据当事人的申请同意对某一项证据

进行调查,可以依职权对该项证据进行调查,包括依职权主动询问被告人、被害人、证人、鉴定人、专家证人,或者在庭外对该项证据进行调查核实。

在刑事诉讼中,法院不能主动提出证据,只能对控辩双方提出的证据进行核实。

第十四条 [认定案件事实的方法]

法官在判断证据和据以认定案件事实时,应当穷尽其认识资料 and 认识能力,除有相反证据足以证明外,其判断应当符合合理的逻辑推理,不得违反经验法则。

第十五条 [法院心证的阐释]

决定法官心证的事实和考量因素,应在判决理由中明确予以阐释。

第二章 证据的可采性

第一节 一般规定

第十六条 [对可采性的要求]

对事实的证明,应限于具有可采性的证据。

第十七条 [法官对证据可采性可以当庭决定]

对于证据是否允许提出、是否具有可采性,法官可以当庭决定。

第十八条 [申请排除证据的动议]

在庭审开始前以及庭审过程中,当事人可以申请排除某项对方拟在法庭审理中提出的证据。法庭应当对此做出裁定。

第十九条 [相关性的要求]

当证据有助于增强或者减弱待证事实在内心确信上所具有的盖然性的程度时,可以认为该证据与待证事实之间具有关联性。