



当事人平等视角下民事 证据制度研究



张 芸 著



科学出版社

当事人平等视角下民事 证据制度研究

张 芸 著

西北师范大学法学重点学科资助出版

西北师范大学青年教师科研能力提升计划一般项目“民事
检察监督程序：基础理论与实证研究”阶段性成果

科 学 出 版 社

北 京

内 容 简 介

本书基于对当事人在证据法上武器平等的解读,并作为分析民事诉讼证据制度的价值基础,系统探讨了与该原则理念相关联的民事证据制度八个方面的基本问题:证据概念及属性之回归;鉴定人与专家辅助人的博弈;法官辅助人制度的建构;证明责任本体论;民事证明标准分层化及其检讨;民事自认制度的理论解读;民事推定制度;我国民事证明妨碍制度的现状及进路。希望发掘证据的实质和其背后的逻辑,实现对证据的全面深刻理解,力争使本书成为民事证据制度研习者的益友。系统介绍我国民事证据制度中具有争议的核心问题。采纳法学界成熟的主流观点,博采多方改革创新见解。立足我国立法现状,借鉴国外相关制度,注重资料新颖全面。

本书适合于法律专业人士尤其是诉讼法专业的教师和研究生阅读。

图书在版编目(CIP)数据

当事人平等视角下民事证据制度研究 / 张芸著. —北京: 科学出版社, 2017.11

ISBN 978-7-03-053675-4

I. ①当… II. ①张… III. ①民事诉讼-证据-研究-中国 IV. ①D925.113.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第138071号

责任编辑: 方小丽 / 责任校对: 杜子昂

责任印制: 吴兆东 / 封面设计: 蓝正设计

科学出版社出版

北京东黄城根北街16号

邮政编码: 100717

<http://www.sciencep.com>

北京京华虎彩印刷有限公司印刷

科学出版社发行 各地新华书店经销

*

2017年11月第 一 版 开本: 787×1092 1/16

2017年11月第一次印刷 印张: 10 1/4

字数: 240 000

定价: 68.00 元

(如有印装质量问题, 我社负责调换)



作者简介

张芸，女，1974 年 10 月生，甘肃榆中人，西北师范大学法学院副教授、中国法学会会员。研究及教学领域为证据法学、诉讼法学、法律职业伦理。近年来主持或参与完成 5 项国家、省部级及其他课题，先后在《甘肃社会科学》《西北师大学报》等核心刊物上发表学术论文 10 余篇，出版专著、教材 3 部。



自序

民事诉讼是指通过解决平等主体之间的纠纷，维护社会公共秩序的一种程序设置，为确保这一活动井然有序，实现公平正义，树立裁判权威，作为程序公共理性表达的民事诉讼法，为司法活动提供着制度构架。由于各国历史传统、文化背景、政治体制、民族特点，甚至地理环境、人口等因素的差异，民事诉讼法配置的诉讼结构存在较大的差异。世界各国不同法系之间有区别，即使处于同一法系的不同国家也存在较大的差别，甚至一个国家的不同区域也区别明显。若从历史渊源的粗线条上来观察，这一模式动态上集合了法院、当事人、其他诉讼参与人所进行的各种活动，其目的、内容、信息都可以简单地涵盖在当事人双方与法院的等腰三角形结构中，并通过当事人的诉讼行为和法院的裁判行为两条主线而展开，其目的是发现真实和实现正义。为实现这一目标，现代社会中被承认并被赋予正义性内涵的诉讼结构主要有职权主义和当事人主义。职权主义诉讼结构的理论基础在于主张国家优位主义，其目标在于实现实质正义，体现出目的合理性。在这种实质正义的逻辑下，纠纷双方当事人各自的利益会心怀鬼胎，实施险恶诉讼行为，无法保障案件真实的发现。于是，被认为是代表国家公正无私全能型的法官以法律真相揭示者的身份出现，主动收集证据和调查事实，控制诉讼程序。法官与当事人之间的二元对立关系是诉讼程序结构的核心，当事人双方之间的关系及其诉讼行为仅是法官诉讼活动的补充。在这样的结构模式中，目的合理性即体现了诉讼程序的价值。反过来，诉讼程序的设计和运作是围绕发现真实以一种技术规则的形式表现出来，平等作为正当程序的核心价值不需要考虑，甚至认为程序主体之间的平等（无论形式或实质上）会影响法官与当事人之间关系中的主导地位，会妨碍案件真实的发现，保障当事人之间的平等会拖延诉讼，浪费司法资源，不利于提高诉讼效率。因此，在程序效率优先于程序公正的职权主义诉讼模式中，为了实现实质正义之目的，诉讼平等原则逐渐被认为具有工具性和可牺牲性。当事人主义诉讼结构立足于对抗与自治是民事诉讼本质的认识。从人的本性出发，利用当事人趋利避害和追求利益均衡最大化的心理，促使和利用当事人竭尽全力地主张、收集和提供诉讼资料，并可有力地反驳对方提出的诉讼资料，从而能够最大限度地促进案件真实的发现和可适用法律的确定。

基于程序正义对法官中立性的要求,双方当事人在诉讼中能否平等对话、理性沟通,对于实现民事司法公正性至关重要。因此,以程序正义为理念基础和当事人理性对话的民事诉讼构造,是以“经济人”作为理论假设,设计这一机制的思路有两个前提条件:一是当事人有通过诉讼追求利益最大化的心理(欲望);二是当事人有通过诉讼追求利益最大化的能力并且双方能力旗鼓相当。基于第一个条件民事诉讼法确立了处分原则和辩论原则,基于第二个条件民事诉讼法确立了平等原则。在权利请求或权利主张方面的当事人主义处分原则与在当事人为维护自己权利而进行诉讼攻击和防御行为实行的辩论主义原则决定了诉讼结构的框架,平等原则决定着民事诉讼的实效。而满足这两个条件的价值理念是自由和平等。自由是诉权的理论基础,平等是裁判权的理论基础。正因如此,民事诉讼立法将市场竞争规律中最具有民法品格的平等原则延伸到民事纠纷解决的民事诉讼领域,成为民事诉讼法最基本的价值选择。

为公正、权威地解决民事纠纷,司法裁判的首要任务是基于证据裁判主义证明案件的基本事实,按照辩论主义的规则发现真实,使法官形成对事实的内心确信。而这一任务应在证据法的规范下完成。从历史发展来看,实现这一任务的路径有两种:一是与纠问式诉讼相连的结果真实主义,诉讼证明以自向证明为主,事实的查明方法上采取职权探知主义,现代证据制度的一些基本规则,如证明责任、证明标准、专家辅助人等没有被确立。因而,当事人平等原则也难以真正落实,当事人也不是作为平等的诉讼主体参与到事实证明的程序之中,以当事人平等为核心理念的正当程序无法作为证据法制定的理论基础。二是与弹劾式、对抗制诉讼相连的程序本位主义,诉讼证明以他向证明为主,诉讼程序的设计多偏向于当事人主义,以追求程序公正、形式真实为目标,积极地吸收辩论主义、直接审理主义、法官中立、自由心证等因素。而这一发现真实的路径,是以证明责任裁判规则为基础,即当事人应当就能够作为自己所要求的判决依据的事实承担证明责任,为了保持裁判者的中立,法院并不主动地去收集作为裁判依据的资料。也就是中立的法官,不用跑腿,尽量借助双方当事人的嘴查明案件真相。而这一发现真实机制的设计奠定在举证、质证的双方当事人武器平等原则之上。在证据法上表现为:一方面,双方当事人在诉讼中正确主张事实的能力是平等的;另一方面,双方当事人接近、使用证据资料的能力、风险是平等的。而这两方面的平等最终要通过证明责任分配机制、证明标准的确定、自认规则的完善、专家辅助人制度的完善等一系列的证据制度得以实现。

当事人武器平等原则为什么能够成为民事证据法的逻辑前提?反过来,为什么从满足当事人实质平等的角度审视证据法,提出完善证据制度的对策建议,更有利于当事人主义诉讼模式发挥发现真实的最佳效果?这是因为,辩论主义是诉讼中具体的事实主张和举证证明这一层次上的当事人主义诉讼结构。辩论主义的内容大陆法系学者概括得不尽一致,但其核心内容是一致的,可以概括为以下三个方面:第一,法院不得以当事人未主张的事实作为判决基础,换言之,作为判决基础的事实必须是经当事人主张的事实;第二,当事人自认的事实,免除负举证责任的当事人的举证,并对法院形成实质约束,不得作出相反的认定;第三,法院调查证据仅以当事人申请为限,禁止法院依职权调查

证据。需要说明的是,辩论主义适用范围所指的事实是案件的实体事实,与程序事实无关,并且区分主要事实、间接事实、辅助事实。传统的辩论主义仅适用主要事实和处理证据能力及证明力的辅助事实。根据辩论主义,作为裁判基础的事实不仅包括负举证责任的当事人主张的事实,也包括不负举证责任的当事人主张的事实。因为辩论主义仅解决法院与当事人之间就证据资料的提出权限分配问题,不处理当事人之间关于证据资料的提出权限分配问题。也即在大陆法系,按照辩论主义,当事人在诉讼上并没有权利要求对方当事人提出有关案件事实的证据资料。反过来,民事诉讼的当事人并没有义务提出对对方当事人有利的证据资料。于是,如何解决当事人之间在事实主张、证据资料提出方面的事实平等成为问题的关键。特别是如何实现双方当事人收集证据资料的能力在事实上处于实质平等的地位,从而解决负证明责任的当事人的证明困难问题,尤其是在现代型诉讼中存在明显“证据偏在”现象的情况下,提高负举证责任的当事人收集证据的能力,减轻当事人的证明负担,使双方当事人在接近、使用有关证据资料方面所存在的不平等地位有所改观。

我国1982年试行的民事诉讼法奉行的是职权探知主义,但是随着民事审判方式改革的深入,司法实践的发展开始向辩论主义转化,尤其是最高人民法院于2001年12月颁布施行的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》,体现了构成辩论主义的三项内容,从而标志着我国民事诉讼在实践层面上已经转向了辩论主义。但司法实践中由于当事人在能力、知识、财力等方面的差异,在某些情况下也欠缺必要的调查收集证据的手段,从而影响当事人对事实的主张和证据提出的真实性和有效性,制约法官对案件真实的发现。尤其是在现代型纠纷(消费者保护的纠纷、公害纠纷、交通事故纠纷、产品质量纠纷等)中,一方面,当事人之间具有明显的差异性,原告是权利受侵害的大多数普通公民(小区居民、消费者等),往往欠缺足以独立主张权利、主张事实、收集证据的资力、知识和经验,且具有扩散性和分散的集体性,对他们的权利如何救济或如何妥当解决,往往攸关整个社会生活的质量,影响人们的生存权利及其发展趋向,故意义非常重大。而且,这类纠纷的诉讼请求如请求制止噪声侵害等不仅涉及许多复杂的因素,涉及一系列间接的事实,而且常常缺乏立法的明文规定,这使法官需考虑具体案情、社会公共利益、个人的权利作出判断。而被告则往往是大企业或社会公共团体,具有相当的经济实力、丰富的知识和经验,非普通公民能与之抗衡。另一方面,在这类纠纷中,支持原告的权利主张的事实和证据,大多在被告所支配的领域,而且,其争点事实的判断多需借助于科技知识和手段,原告往往不具备这方面的知识和能力,若让原告就争点事实进行主张,举证困难较大。而我国民事诉讼证据立法比较落后,没有单独的证据法典,只是在民事诉讼法中作为一章,仅用十几个条文原则性地作出规定,体现辩论主义内容、解决当事人武器不平等的证据规则几乎没有系统规定或者不是很完善,如证明责任规则、证明标准规则、自认规则、专家辅助人制度等从保障当事人武器平等的角度审视均存在一定的缺陷。域外国家,特别是英美法系国家在保障当事人平等接近、使用证据资料方面比大陆法系国家更充分。这主要体现在以下几方面:充分扩大当事人的证据资料收集权,平衡当事人对证据资料的平等使用;降低负举证责任的当事人的证明难度,

平衡当事人对错误裁判的成本利益的承担；设计表见证明、证明妨碍制度，平衡负证明责任的当事人的不利地位。交叉询问制最能体现英美民事诉讼对抗制的特征，是保障当事人对证据资料平等接近、使用的一项制度，同时，依此为基础的专家证人制度比大陆法系的一人鉴定制度在保障当事人对证据资料的平等接近、使用方面更胜一筹。陪审制下更增加了当事人之间的对抗性，落实当事人对证人的询问，以保障对抗的平等性。无论是对当事人程序平等的保障还是对当事人实质平等的保障，其目的是充实、平衡当事人进行诉讼的手段和能力，为了更好地实现真实。

在我国全面推进依法治国，特别是加强程序法治建设的当下，如何补救我国证据制度的上述缺陷，应成为我国证据法学研究者紧迫的研究课题。本书的写作正是基于当事人武器平等对民事诉讼机制发现真实所发挥的基础功能的基本原理，探讨如何通过证据法基本制度的完善使该机制发挥最佳实效，解决因证据制度导致的当事人诉讼能力不平等和诉讼风险不平等的问题。研究者的目的和动机决定了研究的内容和主要观点：当事人武器平等在证据法上不仅包括能力平等，也包括风险平等。能力平等，是指当事人接近、利用证据资料的能力和手段应该是相同的，包括利用证据的知识，法庭辩论的技巧，承担收集、利用证据资料成本的能力，司法经验等方面的平等。风险平等，是指双方当事人应当平等负担利用证据资料导致诉讼上效果的风险，不应使一方当事人承担较高的败诉风险，包括裁判错误概率的分配、发生错误裁判成本的分配和诉讼结果风险的分配。基于对当事人在证据法上武器平等的解读，并作为分析民事诉讼证据制度的价值基础，本书系统探讨了与这一原则理念相关联的民事证据制度八个方面的基本问题：证据概念及属性之回归；鉴定人与专家辅助人的博弈；法官辅助人制度的建构；证明责任本体论；民事证明标准分层化及其检讨；民事自认制度的理论解读；民事推定（presumption）制度；我国民事证明妨碍制度的现状及进路。通过上述问题的研究，笔者认为证据的属性既有自然特征，也有人为特性，而人为属性是国家根据程序法治建设的需要，特别是司法实践的需要通过立法和司法解释而设定的，具有明显的目的和价值的倾向性，对当事人平等收集和利用证据资料有一定的影响。而证明责任作为案件争议事实处于真假不明时的裁判规则，对民事诉讼证据的收集、出示、质证、辩论具有牵引性。之所以能发挥如此核心功能，是因为证明责任在本质上是一种分配机制，既是对诉讼风险的分配，也是对裁判错误概率和发生错误裁判成本的分配。证明责任无论如何分配，承担证明责任的一方当事人都负担了更多的诉讼风险和发生错误裁判成本，为实现双方当事人公平对抗，立法和司法实践尽可能将诉讼风险和发生错误裁判成本在当事人之间平等分配。即便平等分配，负证明责任的一方当事人事实上仍然承担更多的风险和成本，为此，证明标准的确定、证明妨碍制度的构建、自认规则的设计、推定的经验法则等都可以沿着实现当事人平等的目标努力。

基于当事人平等理念如何确定证明标准，笔者曾与他人合作发表的《确定民事证明标准的一般法理——基于当事人诉讼平等的思考》[《西北师大学报》（社会科学版）2010年第4期]一文主张“在对抗制诉讼机制下，由一个中立的裁判者作出裁决时，证明责任及证明标准对诉讼结果将产生关键性影响。当事人诉讼平等是对抗制诉讼机制实现司

法公正的理论前提,也应成为确定民事证明标准的法理基础。当事人诉讼能力平等是确定证明标准的前提,风险平等是确定证明标准的底线。合理的证明标准应使诉讼风险、错误裁判概率、错误裁判的潜在损失及成本在当事人之间平等分配。一般而言,低要求的证明标准较高要求的证明标准更有利于实现当事人诉讼平等”。本书在坚持该观点的基础上,主张应根据民事诉讼的不同情形分层次确定民事证明标准,涉及社会伦理基础、公共利益、诚信体系的事实证明标准应当是高标准、严要求,更有利于社会的公平正义。而一般的财产诉讼应实施低要求的证明标准,以保障当事人诉讼能力和诉讼风险的平等。

证明妨碍的概念源自一条基本的经验法则:“所有的事情应被推定不利于破坏者。”在民事诉讼中,对不负举证责任的当事人通过毁灭、隐匿证据以妨害负举证的当事人进行证明活动,课以证据法上一定的不利效果,符合贯彻当事人证据资料使用平等的理念。一般认为,当事人之所以毁灭、隐匿证据,是因为该证据在诉讼中对其不利,反过来,当事人没有义务在诉讼中为对方当事人尤其是负证明责任的当事人提供对其有利的证据。只有贯彻当事人对证据资料的平等接近、使用的理念,才能最大限度地满足对抗制或辩论主义的基本要求,保障当事人平等对话、自愿协商,合理利用司法资源,尽可能地发现案件真实。证明妨碍从本质上破坏了对抗制或辩论主义的根基,使负举证责任的当事人的诉讼风险系数增大,不负举证责任的当事人的胜诉概率提高,更加剧了当事人之间的不平等性。同时,也增加了负举证责任的当事人的诉讼成本,使当事人之间进行诉讼的成本分配更加不平等。因此,将证明妨碍与诉讼平等加以连接,更能彰显证明妨碍法理的制度功能。

在社会分工越来越细、专业化程度越来越高的背景下,作为法律专家的法官、律师在其他方面,特别是自然科学方面是外行,而普通的当事人更是如此。在现代型诉讼中面对专家优势明显的一方当事人,法官和律师在补强弱势当事人进行诉讼能力方面的优势难以发挥,完善鉴定人和专家辅助人制度、建构法官辅助人制度可以弥补上述不足,有利于实现当事人诉讼能力平等,确保辩论主义诉讼机制正常运行,实现司法公平,树立司法权威和公信力。

张 芸

2017年7月于西北师范大学法学楼



第一章 证据概念及属性之回归	1
第一节 证据的概念	2
第二节 证据的属性	6
第二章 民事专家证据：鉴定人与专家辅助人的博弈	20
第一节 我国鉴定意见的演变及现状	20
第二节 我国专家辅助人制度的发展历史	24
第三节 鉴定意见制度与专家辅助人制度的衔接与冲突	26
第四节 专家证据制度的完善	30
第三章 教育与认定：法官辅助人制度的建构	35
第一节 问题的提出	35
第二节 理想与现实：“具有专门知识的人”参与诉讼制度与我国证据理论和实践的冲突	36
第三节 规范与调适：法官辅助人制度建构的正当性和运行规则	39
第四章 证明责任本体论	43
第一节 证明责任的概念	43
第二节 证明责任制度的历史演变	47
第三节 证明责任的性质	59
第五章 民事证明标准分层化及其检讨	62
第一节 民事证明标准的基本理论	62
第二节 国外关于证明标准的相关研究	63
第三节 我国民事证明标准的历史演变	65
第四节 当事人平等视角下民事证明标准的完善	71
第六章 民事自认制度的理论解读	81
第一节 民事自认制度概述	81
第二节 民事自认制度的法理基础	91

第三节 特殊的民事自认制度..... 94

 第四节 我国民事自认制度剖析..... 98

第七章 已知与未知的桥梁：民事推定制度..... 102

 第一节 民事推定解读..... 103

 第二节 民事推定的功能与作用..... 109

 第三节 民事推定的适用..... 111

 第四节 民事推定的法律效果..... 113

 第五节 我国民事诉讼中的推定..... 116

第八章 探索与借鉴：我国民事证明妨碍制度的现状及进路..... 118

 第一节 民事证明妨碍的一般理论..... 119

 第二节 证明妨碍法律效果的比较考察及特征分析..... 127

 第三节 我国民事诉讼证明妨碍制度的立法现状及评析..... 133

 第四节 当事人平等视角下证明妨碍制度在我国的完善..... 140

参考文献..... 148

第一章 证据概念及属性之回归

英国法学家边沁曾言“证据是正义的基础”。我们应当承认，不论是司法实践、理论研究，还是普通生活，证据已经成为我们生活不可或缺的词眼之一。当正义在社会民众心中的地位逐渐确立并稳固时，运用证据追求正义成为社会的一种常态。在拉丁文中，“证据”一词为 probatio，英文中为 evidence，意为“明显的、清楚的、显而易见的”，起初并无“证据”之意，后来才有了无民事、刑事之分的“证据”之意。在我国，“证据”一词是个现代词语，在我国古代的法典中找不到这样的词汇，甚至证与据的连用都很少出现。“证”，“証”或“證”，其本意按《说文解字注》中解“證，告也。从言，登声。今人为证验字”。“证”有证实、验证之意。在古代辞与词同义，有言语之意。证词作出的主体首先是人，具有语言表达能力的人；其次必须是与案件事实有某种关联性的语言。在我国古代，刑事案件证人的证词一般处于佐证的地位，是用来验证“供词”真伪的。一般来说，在刑事性质的案件中，有资格充当证人的大致有旁见者、邻佑、地保、仵作、族长、家族成员、仆人、店主等。也就是说，我国古代“证”较类似于现代的证据，但更多倾向于人证。“据”，杖持也。唐代始确立“据状断之”的刑事证据规则。唐律规定：“若赃状露验，理不可疑，虽不承引，即据状断之。”疏议曰：“若赃状露验，谓计赃者见获真赃，杀人者检得实状，赃状明白，理不可疑，问虽不承，听据状科断。”^①我国古代“据”一词意为根据、依据。虽然没有证据一词，但并不证明在我国古代没有类似于今天的证据运用规则，古代刑律大都要求法官必须依据经过查证属实的证据对案情加以证明，法官如果偏离有关证据，随意定罪，依法要以犯罪论处。

在当代社会中，证据成为一个常用的词语，我们经常会用“拿出证据来”“立据为证”“有证据吗”等词语来表达我们对证据内涵的认识。显然，当我们使用证据一词时往往意味着我们陷入了相对比较麻烦的境地，在很多情况下该词的使用成为一方丧失诚信的标志。但这同时也反映出越来越多的民众更愿意以一种确定的证明事实的方法生活，维护自己的合法权益。所以，随着证据一词使用频率的增加，如何营造一个良好的证据环境，为证据制度的发展提供肥沃的土壤和适宜的气候是我们必须要考虑的问题。

^①（唐）长孙无忌，等撰：《唐律疏议》，刘俊文点校，北京：法律出版社，1999年，第592页。

第一节 证据的概念

每个概念的形成都以认知为基础,以揭示为目的。在证据制度研究和发展的长河里,学者们基于不同的认知和价值追求,从不同角度提出了如“原因说”“结果说”“事实说”“方法说”等关于证据的各式理解;也有学者提出证据法中没有必要对证据概念作出规定^①,证据的概念是一个纯粹的学术问题,在证据法中确定证据的概念,对规范办案人员的证据运用活动方面没有实质的意义^②。国外的相关立法除俄罗斯外都没有对证据的定义作出规定,而是避开证据定义,代之以证据裁判原则的规定。当下中国实务界对证据概念的认定,主要源于法律上的规定。2012年修订的《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)和之后相继修改的《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)、《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称《行政诉讼法》)中关于证据一章的规定中都有关于何为证据的相关规定。《刑事诉讼法》第48条作了详尽的阐述:可以用于证明案件事实的材料,都是证据。证据包括:①物证;②书证;③证人证言;④被害人陈述;⑤犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解;⑥鉴定意见;⑦勘验、检查、辨认、侦查实验等笔录;⑧视听资料、电子数据。证据必须经过查证属实,才能作为定案的根据。据此,中国形成了以《刑事诉讼法》为核心的关于证据概念的认识,即“证据是用于证明案件事实的材料”。但是,在理论界关于证据概念的认识仍是存在争议的,目前关于证据的概念这个历久弥新的问题的研究主要包括“事实说”“材料说”“根据说”“统一说”等不同观点。

一、“事实说”

“事实说”认为证据是指在诉讼上具有查明案件真相之作用的事实。该学说源于我国《刑事诉讼法》(1979年、1996年)第42条的规定:“证明案件真实情况的一切事实,都是证据。”“证据必须经过查证属实,才能作为定案的根据”。之后的三大诉讼法统一了该观点,都认为证据是证明案件事实情况的一切事实。此学说在我国学界影响最大,一直占据主导地位,几乎成为通说。从20世纪末开始,有学者对此学说进行反思,形成了“事实说”和“反事实说”之争。二者之间的争议焦点主要在于证据的真假问题,即在《刑事诉讼法》第42条出现的“证据必须经过查证属实”。具体体现为:第一,“事实说”的证据定义必然存在证据必真带来的解释难题。也就是说,事实必是真实的,证据是事

^① 王俊在《为什么反对在立法中规定证据的概念?——诉讼证据概念的多元视角分析》中认为在我们认识证据的过程中,因为认识主体所处的观察角度的变动,让证据呈现出一种跳跃状态,在一个诉讼过程中,主观的客观证据和客观的主观证据交替出现。证据本身的多维性决定了无论哪一个学说都会因其所处的独特角度而让人相信其合理性,但每一个学说的缺陷也难以避免。从实践的角度来看,我们没有必要对证据概念直接作出规定,关键在于制定系统、细致、全面、实用的诉讼证据规则。

^② 陈瑞华:《证据的概念与法定种类》,《法律适用》2012年第1期,第30页。

实,则证据必是属实的,不属实者不是证据;任何证据的真实性无须查证。第二,无法合理解释任何案件审理中都有可能蕴含的“假证据”问题。第三,基于“事实说”的定义将导致证据与案件主要事实的重合。

在“事实说”与“反事实说”的争论中,也有学者提出“事实说”在逻辑上存在的问题是完全可以解释的,其有存在的合理性。第一,关于事实必真引起的证据必真,无须审查的问题。学者认为原本的事实不存在真假,当我们谈论某一事实时,已涉及命题,即通过某个陈述句来断定某个事实,该事实已非原本的事实,而是言说中的事实,是陈述、命题所指向的事实,是人们观念中的事物。作为观念事物的事实实质上是被主张的事实,可以命题形式加以肯定或否定,即被主张的事实可能存在,也可能不存在。我们对被主张的事实作存在或不存在查证时,实际上是对表示被主张的事实的命题的真假作出判断。所以将“事实说”中的“事实”用“事实”所意指的“事物、事态具有的性质、关系”来替代时,就不会出现“证据必真”的诘难。第二,当我们认定证据定义是某种命题时,“假证据”的存在也是可能的。当我们用某个陈述句来表达、断定某个事实时,该“事实”已经蕴含了陈述人的感知,其所主张的证据事实如果不存在,可称其为假证据,这种情况也是具有极高可能性的^①。“事实说”的支持者认为“事实是由事实材料和事实陈述构成:事实材料是事实的载体,包括事和物;事实陈述则是认识主体对事实材料所具有的性质或所具有的联系的真实陈述”。“证据本身就是‘事实’的一种形态,如果说案件事实是一个整体,证据事实就是其中的一部分。”^②

二、“材料说”

《辞海》中对证据一词的解释为:“法律用语,据以认定案件的材料。”^③2012年重新修订的《刑事诉讼法》沿袭了《辞海》关于证据的认定,改变了我国传统对证据的定义,“事实说”在我国立法层面的地位被改动。根据新修订的《刑事诉讼法》第48条规定:可以用于证明案件事实的材料,都是证据。证据包括:①物证;②书证;③证人证言;④被害人陈述;⑤犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解;⑥鉴定意见;⑦勘验、检查、辨认、侦查实验等笔录;⑧视听资料、电子数据。证据必须经过查证属实,才能作为定案的根据。

“材料说”使用中性的“材料”一词给证据定位,一方面,表明学者们不赞成把证据界定为事实的观点,是对传统“事实说”中不合理认识的承认和修改,将证据事实修改为证据材料,实现了关于证据定义的法条中三款规定的逻辑统一;另一方面,也体现了这些学者在证据概念上回避证据真实性的良苦用心。

三、“根据说”

“根据说”是指证据是证明案件事实的根据。我国有些学者认为证据就是证明的根据,

① 宋振武:《传统证据概念的拓展性分析》,《中国社会科学》2009年第5期,第145页。

② 张志铭:《法理思考的印迹》,北京:中国政法大学出版社,2003年,第431页。

③ 辞海编辑委员会编:《辞海》,上海:上海辞书出版社,1979年,第384页。

是证明与法律事务有关之事实存在与否的根据^①。“根据说”具有相对合理性,所谓证据法中的证据就是指证明案件事实或者与法律事务有关之事实存在与否的根据。无论这“根据”是真是假或半假半真,它都是证据;无论这“证据”是否被法庭采信,它都是证据^②。也有学者认为证据是“用来证明案件事实情况,正确处理案件的根据”^③。最高人民法院在1984年8月30日通过的《最高人民法院关于贯彻执行〈民事诉讼法(试行)〉若干问题的意见》中也采用了该观点,认为“证据是查明和确定案件真实情况的根据”。

四、“统一说”

“统一说”认为证据是证据内容和证据形式的统一。例如,“从科学的观点来看,在诉讼证据中,形式和内容是辩证统一的。内容,就是事实材料,也就是有关事实的情况;而诉讼证据的形式,则是证据手段”^④。也有学者认为“证据是由内容和形式共同构成的。证据的内容即事实材料,亦即案件事实的相关情况;证据的形式,又称为证明手段,是证据的种种表现形式。证据乃是事实与证明手段的统一体”^⑤。

在我国对证据的研究中,不论是长期占据统治地位的“事实说”,还是新兴的“材料说”,以及其他各类研究,都有各自的理论体系,反映出不同的学者对证据问题的不同认识。但同时也存在着各自的弊端和缺陷。

“事实说”认为证据是证明案件真实情况的一切事实,证据必须查证属实。作为一种带有意识形态色彩以及长期处于权威地位的理论观点,“事实说”有其强大的理论根基和合理性,而研究“事实说”的缺陷更有利于建立合理的证据概念。

“事实说”的第一大缺陷在于将证据等同于事实,而实质上证据是事实背后的支撑。一般来讲,任何案件发生后都会对自然界带来如书面文件、痕迹等客观变化,或被某些设备拍摄形成材料,或被某些人看到、听到、感知到,而后被无意识或有意识地加工,形成记忆。这些记载与案件相关信息材料未被案件当事人或司法人员搜集调查之前无法进入司法程序,自然也无法成为证据,但不可否认它是一种先验的客观事实。这种客观事实无法全部进入当事人或司法人员的认识领域,只能有一部分在诉讼程序启动后,通过当事人或司法人员的搜集、调查进入司法人员的视野,有可能以法定的形式如书证、物证、鉴定意见等呈现在法庭上。但此时的“事实”已非原来完整的事实,仅是经过选择、加工后对原来的客观事实片段性呈现的主观事实。这些主观事实以证据的形式出现在案件审理中,司法人员通过对其记载信息的分析和判断,辅之以经验、逻辑推理等,排除矛盾、去伪存真,以真实性、合法性和关联性为准绳,形成了对案件事实的还原和认定。所以在每个案件的审理过程中,不论“客观事实”还是“主观事实”,或是“案件事实”,都是以证据所承载的信息为核心进行还原和判断的,证据是“恢复”这些事实的依据,证据并不等同于这些事实。

① 何家弘:《让证据走下人造的神坛——试析证据概念的误区》,《法学研究》1999年第5期,第104页。

② 何家弘、刘品新:《证据法学》,北京:法律出版社,2013年,第5版,第109页。

③ 杨荣新主编:《民事诉讼法教程》,北京:中国政法大学出版社,1991年,第210页。

④ [苏]A.A.多勃罗沃里斯基,等:《苏维埃民事诉讼》,李衍译,北京:法律出版社,1985年,第198页。

⑤ 陈光中主编:《证据法学》,北京:法律出版社,2013年,第142页。

“事实说”的第二大缺陷在于混淆了“证据”与“定案依据”。当我们假定证据是事实时,意味着法官必须依据证据对案件形成判决,这一认定否定了法庭庭审过程的独立价值,即我们可以不经过法庭的举证、质证和辩论,直接认定证据的证明力。为了弥补这一缺陷,法律又规定“证据必须查证属实,才能成为定案的依据”,这种自相矛盾、不能自圆其说的概念解释,更加混淆了我们对证据的认识。在案件审理中,通过对证据的举证、质证、辩论等过程,形成了法官对案件的“定案依据”,即“定案依据”是证据运用的结果,是法院对证据进行资格和条件审查后形成的判决案件的依据。

“事实说”的第三个缺陷在于法律规定“证据必须查证属实”,而根据我们对证据属性的研究,“属实”即真实性仅仅是证据的特性之一,如果我们仅凭此就形成对证据的认识,则意味着有可能真实存在的被伪造的材料成为合法的证据引导案件的审理和判决。

“事实说”的第四个缺陷是该学说对证据的定性模糊了证据概念的“中性”立场。诉讼中,任何人都可以使用证据,此处的任何人包含了我们普适的价值观中认为的好人、坏人,此处的证据一词也包含了可能是真实的,也有可能是颠倒黑白的、虚假的、真假掺杂的证据。所以证据本身并没有真假善恶的价值取向,而是具有中立性。但是当我们认为证据是“事实”,尤其是原《刑事诉讼法》中认为证据是“证明案件真实情况的一切事实”时,意味着我们认为证据必须是真实的,排除了真假掺杂和虚假的证据。根据认识论的理解和司法实践的情况来看,我们无法绝对地把不真实的东西排除在证据的范畴之外,“不属实者非证据”存在的空间是极其狭小的,在任何一个案件的审理中都存在着虚假证据的可能性,每一个具体的证据都有可能是真假掺杂的。毫无疑问,用一个没有任何价值取向的中性词语,如“材料”“根据”等来代替“事实”一词对证据进行定义,更具有合理性和可行性。

“材料说”虽然在《刑事诉讼法》中被确立,随后在《民事诉讼法》和《行政诉讼法》中得到了再次确认,但“材料说”本身也存在着一定的不足之处。

第一,“材料说”更多地侧重于对书证、物证、鉴定意见、勘验笔录、视听资料、电子数据等庭审前已经形成和发现的实物证据以及当事人陈述、证人证言等记录在案的笔录类证据的使用,忽略了庭审过程中当庭形成的言词证据的重要性和特殊性。“材料”一词一般指“可以直接造成成品的东西”,注重外在的表现形式。立法者认为证据都是以“可以直接造成成品”的形式出现的,如实物证据和事先形成的笔录材料。但在实践中,案件当事人往往在庭审中的陈述不同于事先形成的笔录材料,法院不可以想当然地采纳事先的笔录,而忽略当庭陈述。“材料”一词在选取使用时忽略了当事人当庭陈述等言词证据。

第二,“材料说”不能对司法实践中经常使用的“情态证据”等证据内容进行表达。情态证据是指证人在作证时的非语言情态,包括证人的姿态、外貌、面部表情、身体语言、声音语调等,事实认定者认为可以借助情态证据对证人证言的可靠性作出判断^①。

第三,“材料说”再次强调了证据的法定形式,认为任何证据都必须以法定形式出现。对此,我们认为有必要进行讨论。根据法律对证据法的定义可以得出任何一个证据都必须

^① 龙宗智:《进步及其局限——由证据制度调整的观察》,《政法论坛》2012年第5期,第4页。

以法定的形式展现出来,不具备法定形式不可以成为证据,但实践中对证据的使用不同于此处关于证据的认定。例如,法官在对每一个具体案件进行审理的过程中,根据需要不可避免地会使用一些具有客观真实性的、不存在合理争议的事实来对案件进行证明,即我们常说的司法认知。这些事实也是对案件进行证明时庞大的证据体系的构成部分,但显然其不属于证据的法定形式,根据证据的定义,不可以成为证据来证明案件。而实际上,任何一个免证事实虽然不以“材料”的形式出现,但其已经固化于人的头脑中。

第四,“材料说”沿袭“事实说”的观点,认为证据必须是证明“案件事实”的。实践中,任何一个证据都只是对案件中某一个事实片段的恢复,较少会有一个证据反映了全部的案件内容。所有证据相互叠加、印证,辅之以法官的经验、免证的事实等最终才形成了带有法官主观特性的“案件事实”。所以,证据只是形成了一个庞大的“证据事实”体系,只有经过法官的逻辑分析、挑拣选择淘汰后才形成最终的“定案依据”来证明“案件事实”。“材料说”尽管被法律所确定,但其还是忽略了言词证据在案件中的重要性,对证据的形式范围规定过于狭窄,混淆了“证据事实”与“案件事实”,我们对“材料说”的认识仍需反思。

从理论意义来讲,在我国,各类诉讼法已经对证据的种类作了严格的规定,而且不允许将法定载体之外的证据类型作为诉讼证据使用,即我国对证据的分类采取封闭式的体系。一般来讲,只有在开放式的分类体系下,对证据的概念进行严格限定,才能够筛选出符合证据条件而法律未作规定的证据载体用作诉讼证据。在封闭式的分类体系下无须对证据概念进行详细的描述,即使进行描述也有可能因为视角的不同、研究目的的不同等原因出现“以偏概全”等情况,陷入“出力不讨好”的僵局。从实践意义来讲,证据是证据资料和证据方法的统一。我国在长期的对证据概念的研究中,是从静态的角度出发的,但在实践中,证据既包括最常见的书证、物证等静态的证据材料,又包括大量的言词、专家鉴定、现场勘验等通过动态方式取得的证据材料。所以,所谓证据应当是静态与动态的结合,既包括证据资料,也包括证据方法。证据资料是证据的内容,是有可能与案件直接或间接相关的信息;证据方法是证据的载体,包含人的证据方法和物的证据方法,是探求信息内容的调查手段。例如,代书人制作代书遗嘱后形成的对代书遗嘱的记忆是证据资料,而传唤代书人为证人作证,是探求证据资料的调查方法。又如,交通事故的现场及其遗留的与事故相关的资讯是证据资料,现场勘验和专家鉴定则是取得相关资讯的证据方法。

第二节 证据的属性

证据的属性是证据概念的具体化和标准化,是判断是否为证据的基本条件的聚合。中国学者对证据属性的争论一直存在,曾先后提出了客观性、关联性、合法性、可采性、真实性、两面性等的观点,其中长期占据通说地位的是包括客观性、关联性和合法性的“三性说”。2015年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解