

中国法学教科书·原理与**应用**系列

**Evidence Law**

# 证据法学

李 浩 主编



HIGHER EDUCATION PRESS

高等教育出版社

# 证据法学

主 编 李 浩

撰写人 (以撰写章节先后为序)

李 浩 吴宏耀

蔡 虹 廖中洪



高等教育出版社

### 图书在版编目(CIP)数据

证据法学/ 李浩主编. —北京:高等教育出版社,  
2009.9  
ISBN 978-7-04-027588-9

I. 证… II. 李… III. 证据-法学-中国-高等学校-  
教材 IV. D925.013

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 135113 号

策划编辑 张 杰      责任编辑 刘柏才      封面设计 张 志  
版式设计 马敬茹      责任校对 殷 然      责任印制 张泽业

|      |                |      |                                                                   |
|------|----------------|------|-------------------------------------------------------------------|
| 出版发行 | 高等教育出版社        | 购书热线 | 010-58581118                                                      |
| 社 址  | 北京市西城区德外大街 4 号 | 咨询电话 | 400-810-0598                                                      |
| 邮政编码 | 100120         | 网 址  | <a href="http://www.hep.edu.cn">http://www.hep.edu.cn</a>         |
| 总 机  | 010-58581000   |      | <a href="http://www.hep.com.cn">http://www.hep.com.cn</a>         |
| 经 销  | 蓝色畅想图书发行有限公司   | 网上订购 | <a href="http://www.landaco.com">http://www.landaco.com</a>       |
| 印 刷  | 中国农业出版社印刷厂     |      | <a href="http://www.landaco.com.cn">http://www.landaco.com.cn</a> |
|      |                | 畅想教育 | <a href="http://www.widedu.com">http://www.widedu.com</a>         |
| 开 本  | 787×960 1/16   | 版 次  | 2009 年 9 月第 1 版                                                   |
| 印 张  | 25.5           | 印 次  | 2009 年 9 月第 1 次印刷                                                 |
| 字 数  | 460 000        | 定 价  | 32.70 元                                                           |

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请到所购图书销售部门联系调换。

版权所有 侵权必究

物料号 27588-00

# 前 言

法学教材已经告别了“统编教材”一统天下的时代,进入了“百花齐放、百家争鸣”的新时期。多元化必然带来竞争,在各种教材激烈竞争的新时期,任何一本教材,要想得到读者的认同,就必须要有自己的优势和特色。这无疑极大地促进了教材编写的创新。呈现在读者面前的这本《证据法学》,既反映了新时期法学教材多元化的特点,又展现了自身的特色。

根据高等教育出版社法学分社“应用型”教材的创意,本教材在编写上力求有所创新。与同类教材相比,本教材有以下特点:(1)体系完整、结构合理、重点突出、繁简得当;(2)充分考虑证据法学这门课程实践性强的特点,把证据法理论、证据规则与诉讼中运用证据的法律实务结合起来,用案例引出原理和规则,用原理和规则解说案例;(3)突出应用性和实践性,在每一章中,都安排了相当数量的案例,既有针对知识点的相关案例,又有指导学生分析的引导案例,还有供学生测试的练习案例,注重培养读者的法律思维。

参加本教材编写的都是长期讲授诉讼法学和证据学的教师,他们的具体分工是(以参加撰写章节的先后为序):

李 浩 第1、7、9、10章;

吴宏耀 第2、3、8章;

蔡 虹 第4~6章;

廖中洪 第11~13章。

尽管本书的作者做出了很大的努力,但难免有不少不足之处,对本书中的缺点,欢迎读者批评指正,以便将来修订时改进和完善。

主 编

2009年2月26日于南京师范大学随园

## 证据法学作者简介

**李 浩** 1951年11月出生,江苏省吴江人。1985年毕业于西南政法学院,获法学硕士学位。现任南京师范大学法学院教授,博士生导师;中国法学会民事诉讼法学研究会副会长。代表作主要有:《民事证明责任研究》(专著)、《民事诉讼制度改革研究》(专著)、《民事证据立法前沿问题研究》(专著)、《中国民事诉讼法的理论与实际》(合著)、《中国民事诉讼法学专论》(合著)、《司法的现代化与民事诉讼制度的构建》(合著)、《强制执行法》(主编)等;在《法学研究》、《中国法学》、《中外法学》、《法学评论》等刊物上发表论文60余篇。1997年获安徽省先进工作者称号,2006年被评为江苏省有突出贡献的中青年专家。多次获省部级科研奖励,其中2001年获安徽省第五届哲学社会科学优秀科研成果一等奖;2002年、2006年获司法部全国法学教材与法学优秀科研成果一等奖、二等奖各一次,2005年获江苏省第九届哲学社会科学优秀科研成果一等奖。

**吴宏耀** 法学博士,中国政法大学诉讼法学研究院副教授。迄今,已出版著作有:《美国刑事诉讼法精解》(译著)、《诉讼认识论纲》(独著)、《比较法视野中的证据制度》(译著)、《诉讼证明原理》(合著)、《刑事审前程序研究》(合著)等,并在《法学研究》、《中国法学》、《政法论坛》、《法学》等刊物发表学术论文四十余篇。现为中国政法大学诉讼法学研究院专职研究人员,兼任《中国诉讼法判解》执行主编、《诉讼法学研究》编辑并负责“诉讼法学文库”等系列丛书的编辑工作。

**蔡 虹** 中南财经政法大学法学院教授,中国民事诉讼法学研究会常务理事,湖北省法学会常务理事。曾出版个人专著两部;主编和参编省部级以上统编教材九部;承担省部级科研项目七项;合著和参编其他著作三部;在《中国法学》、《法学评论》、《法商研究》等刊物上发表学术论文三十余篇,其中有多项成果获教育部、司法部、北京市政府及中国法学会颁发的一、二等奖,并有多篇论文被全国重要学术期刊转载和摘要。

**廖中洪** 西南政法大学教授,博士生导师,主编以及著有《中国民事诉讼程序制度研究》、《民事诉讼程序改革热点问题研究》、《民事诉讼体制比较研究》、《侵权损害赔偿诉讼证据运用研究》等多部专著和著作。公开发表《人权保障与我国民诉法的修改》、《自由心证与法官心证来源》、《民章程序立法中的国家本位主义批判》、《民事诉讼基本原则立法体例之比较研究》、《“心证公开”及其在中国的适用》、《大陆法系当事人主义程序理论溯源》等多篇论文。

## 郑 重 声 明

高等教育出版社依法对本书享有专有出版权。任何未经许可的复制、销售行为均违反《中华人民共和国著作权法》，其行为人将承担相应的民事责任和行政责任，构成犯罪的，将被依法追究刑事责任。为了维护市场秩序，保护读者的合法权益，避免读者误用盗版书造成不良后果，我社将配合行政执法部门和司法机关对违法犯罪的单位和个人给予严厉打击。社会各界人士如发现上述侵权行为，希望及时举报，本社将奖励举报有功人员。

**反盗版举报电话：**(010) 58581897/58581896/58581879

**传 真：**(010) 82086060

**E - mail：**dd@hep.com.cn

**通信地址：**北京市西城区德外大街 4 号

高等教育出版社打击盗版办公室

**邮 编：**100120

**购书请拨打电话：**(010)58581118

# 目 录

|                            |     |
|----------------------------|-----|
| <b>第一章 证据法的基础理论</b> .....  | 1   |
| 第一节 证据、证据法、证据法学 .....      | 1   |
| 第二节 裁判中的事实认定 .....         | 13  |
| 第三节 事实认定与认识论和价值论 .....     | 16  |
| 第四节 证据法的目的 .....           | 18  |
| 第五节 裁判中的真实 .....           | 25  |
| 第六节 证据制度与实体法和程序法 .....     | 37  |
| <b>第二章 证据制度的发展历史</b> ..... | 43  |
| 第一节 概述 .....               | 44  |
| 第二节 西方国家的证据制度 .....        | 47  |
| 第三节 传统中国的证据制度 .....        | 62  |
| <b>第三章 证据法的基本原则</b> .....  | 85  |
| 第一节 证据裁判原则 .....           | 85  |
| 第二节 直接言词原则 .....           | 88  |
| 第三节 自由心证原则 .....           | 92  |
| 第四节 诚实信用原则 .....           | 96  |
| <b>第四章 证据的种类</b> .....     | 103 |
| 第一节 书证 .....               | 103 |
| 第二节 物证 .....               | 112 |
| 第三节 视听资料 .....             | 117 |
| 第四节 证人证言 .....             | 122 |
| 第五节 当事人陈述 .....            | 131 |
| 第六节 鉴定结论 .....             | 144 |
| 第七节 勘验、检查笔录和现场笔录 .....     | 149 |
| 第八节 新类型证据 .....            | 153 |
| <b>第五章 证据在学理上的分类</b> ..... | 164 |
| 第一节 言词证据与实物证据 .....        | 164 |
| 第二节 原始证据与传来证据 .....        | 167 |
| 第三节 直接证据与间接证据 .....        | 170 |
| 第四节 本证与反证 .....            | 175 |

|                      |     |
|----------------------|-----|
| <b>第六章 证明对象</b>      | 181 |
| 第一节 证明对象概述           | 181 |
| 第二节 刑事诉讼中的证明对象       | 190 |
| 第三节 民事诉讼中的证明对象       | 194 |
| 第四节 行政诉讼中的证明对象       | 198 |
| <b>第七章 证明责任</b>      | 205 |
| 第一节 证明责任概述           | 205 |
| 第二节 刑事诉讼中证明责任的承担     | 212 |
| 第三节 民事诉讼中证明责任的承担     | 215 |
| 第四节 行政诉讼中证明责任的承担     | 228 |
| <b>第八章 证明标准</b>      | 237 |
| 第一节 证明标准概述           | 237 |
| 第二节 刑事诉讼证明标准         | 244 |
| 第三节 民事诉讼证明标准         | 247 |
| 第四节 行政诉讼证明标准         | 249 |
| <b>第九章 推定</b>        | 256 |
| 第一节 推定概述             | 256 |
| 第二节 立法推定             | 263 |
| 第三节 司法推定             | 272 |
| <b>第十章 证据的收集与保全</b>  | 283 |
| 第一节 证据收集概述           | 283 |
| 第二节 收集证据的要求          | 288 |
| 第三节 收集证据的方法          | 290 |
| 第四节 证据保全             | 294 |
| <b>第十一章 证据的提供与交换</b> | 301 |
| 第一节 证据的提供            | 301 |
| 第二节 证据的交换            | 310 |
| <b>第十二章 证据的调查</b>    | 323 |
| 第一节 证据调查概述           | 323 |
| 第二节 对书证的调查           | 334 |
| 第三节 对物证的调查           | 337 |
| 第四节 对当事人陈述的调查        | 340 |
| 第五节 对证人证言的调查         | 341 |
| 第六节 对视听资料的调查         | 344 |
| 第七节 对鉴定结论的调查         | 348 |

|             |                      |            |
|-------------|----------------------|------------|
| 第八节         | 对勘验笔录的调查 .....       | 350        |
| 第九节         | 对新类型证据的调查 .....      | 351        |
| <b>第十三章</b> | <b>证据的审查判断 .....</b> | <b>358</b> |
| 第一节         | 证据审查判断概述 .....       | 358        |
| 第二节         | 证据审查判断的原则 .....      | 366        |
| 第三节         | 证据审查判断的方法 .....      | 371        |
| 第四节         | 法官“心证”的形成 .....      | 377        |

# 第一章 证据法的基础理论

## 本章导学

诉讼中的证据是当事人用来证明某一事实真实或不真实的材料,也是法官用来认定案件事实的手段。证据法是用来规范证据和证明活动的法律。证据法学既要研究法律中的证据规定,又要研究运用证据的法律实务,还要关注各种证据学说。诉讼证据具有客观性、关联性、合法性三个特征。在诉讼中,事实认定是法院的一项常规性工作,它与法律的适用密切相关。证据法的目的具有多元性,发现真实是其主要目的。发现客观真实是诉讼证明的理想目标,但在现实中,所能达到的往往是接近客观真实的法律真实。证据制度与实体法和程序法有密切的关系,只有深入了解他们之间的关系,才能够对证据制度作出正确的解读。

在本章学习中,应当着重把握证据的基本特征、证据能力与证明力的关系、诉讼证明与认识论和价值论的关系、证据法的多元目的、诉讼中的真实。

## 第一节 证据、证据法、证据法学

### 相关案例

**【1—1】** 原告是某中学的一名女教师,向法院提起诉讼,称被告(该中学的校长)长期对她进行性骚扰。原告为证明性骚扰事实的存在,向法院提供了被告发给她的30多条手机短信,被告否认原告的指控,为了说明原告对收到的短信并不反感,也向法院提供了原告回复给他的手机短信。

问:手机短信能否成为诉讼中的证据?如果能够成为证据,属于哪一类证据?

**【1—2】** 原告葛某与被告范某已经离婚三年,一日,葛某在收看电视时突然看见其前妻范某正在“心灵花园”节目中做嘉宾。范某在节目中讲述了自己曾背着丈夫与他人同居并生下儿子的经历,同时还道出当初为了给孩子名分向丈夫撒谎,使丈夫误认为儿子是夫妻两人亲生。看到该节目后,葛某把范某告上法院,要求对方赔偿孩子的抚育费和精神损失。

问:法院可否以被告在电视台做节目时已经承认孩子是自己与他人所生,就把该事实作为无需证明的事实?

## 一、证据

### (一) 证据的概念

证据一词不仅经常在诉讼中出现,而且日常生活中也会遇到证据问题,需要用证据去证明某个结论或某种假定,因而对证据概念的界定,既可以从宽泛的生活层面去界定,也可以着眼于诉讼去界定。在日常生活中,证据是指“能够证明某事物真实性的有关事实或材料”<sup>①</sup>。“证据就是为了确定某一个事实的真实情况(或某一文件的存在)所使用的手段。”<sup>②</sup>在法律中,证据被界定为:“事实、从事实中推论出的结果及陈述。这些事实、结论和陈述有助于法院或其他调查主体确信某些尚不知道但正在调查之中的事实和情况。”<sup>③</sup>也有对证据定义做简单明了界定的,即“证据是法律用语,是法官在诉讼上为了获得资料确定判决基础所采取的一种手段。”<sup>④</sup>证据是指“在审理中所展示的证明材料。证据提供了争议事实得以确定的基础。”<sup>⑤</sup>

我们认为,从诉讼的角度说,证据是指能够证明案件真实情况的各种事实,这些事实既是被当事人用来向法院证明他们所主张的事实,又是被法院用来作为判决中认定事实的依据。

在证据理论中,还常常使用证据材料这一概念。证据材料与证据是既有联系又有区别的两个概念。证据材料,是指民事诉讼中当事人向法院提供的或者法院依职权收集的用以证明案件事实的各种材料。证据是指能够证明民事案件真实情况的各种事实,也是法院认定有争议的案件事实的根据。

证据与证据材料的联系表现为:证据来源于证据材料。证据材料是证据的初始形态,离开了诉讼中出现的各种证据材料,证据便成为无源之水、无本之木。它们之间的区别表现为:首先,证据材料只是为了证明目的而提出的各种材料。这些材料中有的符合证据的条件,能够成为法院认定案件事实的根据,有的不具备证据条件,不能作为证据使用。证据材料成为诉讼证据,需经过质证,还要经过法庭的审核和认定。其次,证据材料出现在诉讼中较早的阶段。在起诉与答

---

① 中国社会科学院语言研究所词典编辑室:《现代汉语词典》(修订版),商务印书馆 1996 年版,第 1608 页。

② 该定义来自法国《拉鲁斯大百科全书》,参见上海社会科学院法学研究所编译:《诉讼法》,知识出版社 1981 年版,第 193 页。

③ [英]戴维·M·沃克:《牛津法律大辞典》,北京社会与科技发展研究所译,光明日报出版社 1988 年版,第 316 页。

④ 该定义源自日本平凡社《世界大百科事典》,转引自[英]戴维·M·沃克:《牛津法律大辞典》,北京社会与科技发展研究所译,光明日报出版社 1988 年版,第 205 页。

⑤ [美]彼得·G·伦斯特洛姆:《美国法律词典》,贺卫方等译,中国政法大学出版社 1998 年版,第 162 页。

辩时或者在法庭审理初期,当事人便向法庭提出各种证据材料;而证据则形成于诉讼中较后的阶段,至法庭调查终结或法庭评议阶段,才能确定哪些证据材料可以作为本案的证据。

虽然证据与证据材料之间存在着重大的区别,但我国诉讼法在使用证据这一概念时未对它们作出区分,因而在证据这一概念下包含了证据和证据材料两种情形。在诉讼法中,“证据”一词有时是指证据材料,如“以上证据必须查证属实,才能作为认定事实的根据”,“人民法院应当按照法定程序,全面地、客观地审查核实证据”;有时则是指证据本身,如“新证据,足以推翻原判决、裁定的”,“原判决、裁定认定事实的主要证据不足的”。我国证据理论在使用证据这一概念时,同样也是有时指证据材料,有时指证据本身,前者如“提供证据”,“调查收集证据”,后者如“证据应具有合法性”,“证据应当充分”。

由于理论和实践中已习惯于不加区分地使用证据一词,加之区分会造成行文的累赘,本书使用“证据”一词时也未作区分。尽管如此,分清“证据”一词具有的不同含义,对正确理解法律关于证据的规定,学术论著中关于证据的阐述仍具有重要意义。

证据是内容与形式的统一体,其内容是与案件事实相关联、对案件事实具有证明作用的各种事实。在刑事诉讼中,其表现形式为物证、书证,证人证言,被害人陈述,犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解,鉴定结论,勘验、检查笔录,视听资料。在民事诉讼和行政诉讼中其形式表现为书证、物证、视听资料、证人证言、当事人陈述、鉴定结论、勘验笔录、现场笔录(行政诉讼)。证据总是以这些形式中的某一种作为载体而进入诉讼的。

【1—1】中的手机短信是随着科学技术的发展而带来的新问题。手机的普遍使用,手机短信中包含着一些与案件事实相关的信息,已使我们不可能再把手机短信拒之于证据的门外。但手机短信究竟属于书证还是视听资料则需要进一步研究。

证据是个多面体,须从不同角度进行观察和认识才能够完整地把握。从本体上看,证据是客观存在的一些事实,是与案件事实有联系的事实;从形式上看,证据又是法律规定的各种诉讼材料;从作用上看,证据一方面是当事人向法院展示案件事实的各种方法,另一方面也是法院借以确定案件事实的真实情况,获得裁判事实依据的手段;从结果上看,证据又是法官获得心证的原因。

## (二) 证据的特征

### 1. 客观性

客观性是指诉讼证据本身必须是客观的、真实的,而不是想象的、虚构的、捏造的。客观性是证据的本质属性。客观性也可以说是真实性,它要求证据的内

容必须是真实的。法院正是通过这些客观存在的证据,才能够把握案件事实的真实情况,作出正确的裁判。反之,如果作为认定事实依据的证据是伪造的、虚假的,裁判就会出现错误。

强调证据具有客观性,并不否认证据的提供、运用具有主观的一面。在诉讼中,无论是收集证据、提供证据,还是审查核实证据、运用证据认定案件事实,都离不开人的活动,而人的这些活动又难免带有主观的成分。所以,证据除了客观性一面外,还有主观性的一面。但是,在客观性与主观性中,客观性代表了证据的本质属性,主观性必须符合客观性的要求。

强调证据必须具备客观性条件具有两方面的意义:其一是要求当事人在举证时必须向法院提供真实的证据,不得伪造、篡改证据;要求证人如实作证,不得作伪证;要求鉴定人提供科学、客观的鉴定结论。其二是要求侦查机关在调查收集证据时必须客观、全面,不得先入为主,更不得只收集有罪的证据;要求法院在审查核实证据时必须持客观、公正的立场和态度。

## 2. 关联性

关联性又称相关性,是指证据必须与待证的案件事实存在一定的联系。判断有无关联性的标准应当是:由于证据的存在,使得待证事实的真实或虚假变得更为清晰,从而有助于证明待证事实的真伪。

证据与待证事实的联系可以表现为直接的联系,也可以表现为间接的联系,可以表现为肯定的联系,也可以表现为否定的联系。只要与待证事实存在着联系,无论是哪一种形式的联系,都符合关联性的要求。

关联性是在客观性的基础上进一步揭示了证据的特征,因为并非所有客观存在的事实或材料都可以作为诉讼证据,能够作为诉讼证据的,只有那些与待证事实存在一定联系的事实或材料。明确证据具备关联性的意义在于:首先,使相关主体在收集、提供证据时将注意力集中于那些与案件事实有关联的材料;其次,帮助法院排除无关联性的材料,以限定和缩小调查和审核证据的范围。

## 3. 合法性

合法性是指证据的形式、收集的方法要符合法律的要求,证据材料转化为证据必须经过法律规定的程序。

合法性包括以下三个方面的内容:(1)收集证据的合法性。这主要是指各诉讼主体在收集证据时应符合法律的要求,不得违反法律的规定。例如,侦查机关不得采用威胁、利诱的方式获取被告人的供述;当事人在制作录音、录像资料这类证据时,不得采用法律禁止的在他人住所安装窃听器或摄像探头进行偷录偷拍;法院调查收集证据,应由两人以上共同进行,不得由一名审判员或书记员前去调查,也不得由具有法定应当回避情形而未回避的法官去调查。(2)证据形式的合法性。主要有两层意思:一是证据的形式应当符合法律的要求,必须以

法律规定的存在形式表现出来。如单位向法院提交的证明文书,应由单位负责人签名或盖章,并加盖单位印章。二是当法律规定某些事实或法律行为须用特定形式的证据来证明时,应当使用特定形式的证据。例如,婚姻状况需要用结婚证、离婚证来证明,票据权利要用书面形式的票据来证明,保证合同、抵押合同等需要用书面形式的合同来证明。(3) 证据材料转化为诉讼证据的合法性。这是指证据材料成为证据必须经过法律规定的质证程序,未经质证,无论是当事人提供的证据材料,还是法院依职权调查收集的证据材料,都不得作为法院认定事实的根据。法院如果在裁判中使用了未经质证的证据材料,在运用证据上就违反了合法性的要求。

欠缺合法性的证据并不等同于非法证据。非法证据专指采用非法的方法、途径获取的证据,具体是指侦查人员、检察人员当事人、诉讼代理人以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法获得的证据。非法证据应当予以排除,法院不得将其作为认定事实的根据。

合法性是在客观性和关联性基础上进一步揭示证据的特征,它告诉人们,仅仅是真实的和与案件事实有关联的材料还不能成为诉讼证据,证据材料能否成为证据,还要经过合法性的检验,只有同时也具备合法性的材料,才能成为法院认定事实依据意义上的诉讼证据。明确证据具有合法性特征的意义在于,使当事人和法院在收集和运用证据的过程中始终注意合法性的要求。

### (三) 证据能力与证明力

在证据理论中,证据能力与证明力是一组既有联系又有区别的概念。有证据能力的证据一定有证明力,尽管其证明力的大小要依据具体情形而定,没有证据能力的事实材料则一定无证明力。

#### 1. 证据能力

证据能力,是指一定的事实材料作为诉讼证据的法律上的资格,故又称作证据资格。具备证据能力,是作为证据的先决条件,当事人事实材料只有具备证据能力,法院才能够将它作为认定案件事实的依据。

事实材料能否成为证据,首先取决于它同待证的案件事实之间是否存在关联性,只有与待证事实相关才有可能作为证据,而是否与待证事实相关,取决于客观上证据与待证事实的联系,但是并非所有相关的事实材料均可作为证据使用,法律出于某种目的、某种价值判断可能明确规定不允许某一具有相关性的事实材料作为证据提出,因此事实材料能否作为证据还存在着法律的允许性问题,假如法律明确禁止某一事实作为证据提出,该事实在诉讼中就不具备证据能力。因此,证据能力问题同证据特征中的法律性密切相关,是法律是否允许作为证据提出或使用的问题。

证据能力问题与证据排除有着密切的关系。由于法律不允许法院把不具备

证据能力的事实材料作为认定事实的根据,所以在诉讼中,如果某一事实材料已经被确定为无证据能力,为了保证裁判的合法性,就需要从诉讼中将这一证据材料排除掉。

证据能力,涉及的是有还是无的问题,是否具有证据能力,要由法律作出规定或者由最高人民法院通过司法解释、判例来确定。从证明的过程看,证据能力的有无是法院认证时首先需要解决的问题,因为从逻辑上说,事实材料只有具备证据能力,才有资格进入诉讼发挥证明作用。在证据收集的方式、手段上,合法性问题同证据的排除问题紧密相关。合法性与证据能力、证据排除的关系是:事实材料若不具备合法性,即无证据能力,无证据能力,就应当予以排除。

尽管在两大法系的证据法中都存在着证据排除问题,但是他们存在的程度是有相当大的区别的。在英美法系的诉讼中,由于存在着法官与陪审团之间的分工,即法官负责案件中的法律问题,陪审团作为事实的认定者,负责审查和决定案件中的事实问题。陪审员由一般的民众担任,被临时召集来参加案件的审理,为了防止缺乏经验的陪审员被一些证据误导,英美法系国家的证据法中设立了众多的证据排除规则。所以,在英美法系的诉讼中,证据能力是一个在诉讼中经常会遇到的问题。大陆法系国家则不同,虽然也有陪审员参加审判,但不存在英美法系国家的那种二元制,并且职业法官无论是在认定事实还是在适用法律中都起着相当大的作用,因而没有必要像英美法系国家那样设置那么多的排除规则。大陆法系国家的诉讼法实行自由心证原则,法律对证据能力很少加以限制,对进入诉讼的事实材料一般不预先加以排除。当然,在当代大陆法系国家的诉讼中,为了保障隐私权在内的人权,为了遏制诉讼中的非法取证行为,也开始重视对非法证据的排除。

我国的法律制度从法律传统来说属于大陆法系,因而证据能力问题不像英美法系国家那么突出。不过,证据能力在我国的证据制度中也是存在的。近年来,最高人民法院在有关三大诉讼的司法解释中都明确规定了法院不能把一定的事实材料作为认定事实的根据,这实际上是说这些证据材料不具备证据能力,应当从诉讼中予以排除。

当然,对大多数与案件事实有关的事实材料来说,获得证据资格并无任何问题,证据能力的有无,仅在少数情况下才会发生,因而对于诉讼实务来说,重要的问题不是哪些事实材料有证据能力,而是哪些事实材料无证据能力。也就是说,哪些事实材料不符合合法性的要求不得作为证据提出和需要予以排除,才是需要关注的。

## 2. 证明力

证据的证明力,是指证据证明案件事实的能力。虽然各类证据对待证的案件事实都具有一定的证明作用,但证明作用的大小却不尽相同。有的证据具有

很强的证明力,有的证据具有较强的证明力,有的证据只有相当弱的证明力。证据证明力之间的差异是客观存在的。例如,就单个直接证据与单个间接证据而言,直接证据具有强证明力而间接证据只有弱证明力。就原始证据和传来证据而言,原始证据的证明力则明显强于传来证据。

证据证明力的大小虽然是一种客观存在,但由于诉讼是法官依据法律规定运用证据判断事实真伪、认定案件事实的活动,对证明力大小的判断离不开法律的规定和法官的认识活动。依据证据的证明力由法律统一作出规定还是委诸法官内心的判断,在诉讼理论上可以把证据制度分为法定证据制度和自由心证证据制度。法定证据制度是大陆法系国家历史上曾经存在过的证据制度,现代与当代的大陆法系国家,一般均实行自由心证的证据制度。<sup>①</sup>

我国诉讼法没有规定对证据的运用和判断实行自由心证证据制度,但从审判实务看,法官也是被允许基于审理活动获得一切证据资料和法庭调查与辩论的全部情况,形成对案件事实的确信,并依据这一确信去认定案件事实的。最高人民法院在《关于民事诉讼证据的若干规定》(以下称《民事证据规定》)中要求“审判人员应当依照法定程序,全面、客观地审核证据,依据法律的规定,遵循法官职业道德,运用逻辑推理和日常生活经验,对证据有无证明力和证明力大小独立进行判断,并公开判断的理由和结果”(第64条)。最高人民法院在《关于行政诉讼证据若干问题的规定》(以下称《行政证据规定》)第54条中对此也做了类似的规定。另外,我国的民事诉讼法和最高人民法院关于民事诉讼法的一些司法解释也对证据的运用和证据证明力的判断作出过不少规定。如《民事诉讼法》第67条规定:“经过法定程序公证证明的法律行为、法律事实和文书,人民法院应当作为认定事实的根据。但有相反证据足以推翻公证证明的除外。”《民事证据规定》第77条规定:“人民法院就数个证据对同一事实的证明力,可以依照下列原则认定:(一)国家机关、社会团体依职权制作的公文书证的证明力一般大于其他书证;(二)物证、档案、鉴定结论、勘验笔录或者经过公证、登记的书证,其证明力一般大于其他书证、视听资料和证人证言;(三)原始证据的证明力一般大于传来证据;(四)直接证据的证明力一般大于间接证据;(五)证人提供的对与其有亲属或者其他密切关系的当事人有利的证言,其证明力一般小于其他证人证言。”<sup>②</sup>《行政证据规定》第63条也有类似的规定。此外,由于有些证据的证明力相当弱,《民事证据规定》第69条明确规定它们不能单独作为认定案件事实的依

---

<sup>①</sup> 关于法定证据制度与自由心证证据制度的详细分析,参见本书第二章。

<sup>②</sup> 该条中均用的是“一般大于”,因而只是要求法官在对证明力作出判断时考虑到上述情形,并未排除法官的自由心证,但法官认为本案中的证据不属于一般情形时,完全可以对证明力大小作出不同的判断。

据,这些证据是:(1) 未成年人所作的与其年龄和智力状况不相称的证言;(2) 与一方当事人或者其代理人有利害关系的证人出具的证言;(3) 存有疑点的视听资料;(4) 无法与原件、原物核对的复印件、复制品;(5) 无正当理由未出庭作证的证人证言。《行政证据规定》第 71 条也规定了 7 种不能单独作为定案依据的情形。

因此,我国民事诉讼和行政诉讼中实行的是以法官对证据的自由运用与判断为主,以受法律预置规定约束为辅的证据制度。这一证据制度要求:当法律和司法解释中已对证据证明力的大小作出规定时,法官在诉讼中必须依照规定确定证据的证明力,否则将构成认定事实违法。当法律和司法解释未作规定时,法官应当依据职业道德、理性、生活经验等对证据的证明力作出判断。

#### (四) 诉讼证据的作用

##### 1. 证据是公诉机关追究犯罪人刑事责任的利器

在刑事诉讼中,犯罪人实施犯罪行为后,总是要千方百计地掩盖罪行,企图逃脱法律的制裁。公安机关、检察机关为了完成惩罚犯罪的任务,需要在诉讼中收集证据、提出证据来证明被告人确实实施了所指控的犯罪行为,一旦收集到了充分、确实的证据,就能够揭露犯罪、证实犯罪。尽管犯罪嫌疑人、被告人会百般抵赖,但充分、确实的证据也能够使法院将他们定罪,以实现惩罚犯罪的诉讼目的。

##### 2. 证据是当事人维护自己合法权益的武器

对进入诉讼的当事人来说,证据是至关重要的,是否掌握着充分的证据,常常直接决定诉讼的胜负。在发生民事纠纷时,当事人要使自己的权利主张得到法院的支持,需要用证据证明权利主张所依据的事实。如果当事人未掌握充分的证据,或者重要的证据丢失了,即使当事人主张的案件事实本身是真实的,法院也无法从法律上予以确认。

##### 3. 证据是法院判断具体行政行为是否合法的依据

我国的行政诉讼主要是围绕着被诉的具体行政行为是否合法进行的,具体行政行为是否合法是相对人与行政机关争议的焦点。法院需要借助证据来判断行政行为合法与否,如果证据表明行政行为是有事实依据和法律依据的,法官就会判决维持被诉的行政行为,反之,法官就会判决撤销被诉的行政行为。

##### 4. 证据是法院查明案件事实真相的手段

法院判案需要“以事实为根据”,而诉讼中的“以事实为根据”,说到底是以证据为根据。有争议的案件事实发生在诉讼前,法院事先并不了解这些事实,这些事实也不会重现于法庭。在诉讼中,由于利害关系的对立,当事人对案件事实的陈述往往是各执一词,截然相反。为了查明案件事实的真相,法院必须凭借证据,因此证据又是法院确定案件事实真相的手段。