

本书由西北政法大学科研启动基金资助出版



民事诉讼中的 证据和证明



郭小冬 著
姜建兴



厦门大学出版社



责任编辑：甘世恒

封面设计：洪祖洵

D0450-1-1

ISBN 978-7-5615-3303-1



9 787561 533031 >

定价：25.00元

民事诉讼中的 证据和证明



郭小冬
姜建兴 著



厦门大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼中的证据和证明/郭小冬,姜建兴著. —厦门:厦门大学出版社,2009.6
ISBN 978-7-5615-3303-1

I. 民… II. ①郭…②姜… III. 民事诉讼-证据-研究 IV. D915.213.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 106811 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup@public.xm.fj.cn

厦门市明亮彩印有限公司印刷

2009 年 9 月第 1 版 2009 年 9 月第 1 次印刷

开本:787×960 1/16 印张:18 插页:2

字数:313 千字 印数:1~2000 册

定价:25.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

目 录

第一章 导论	1
一、证据如何影响我们的诉讼	1
二、什么样的证据才是有用的证据	2
(一)证据必须具有客观性.....	3
(二)证据的关联性.....	9
(三)证据的合法性	14
三、我们需要什么样的证据制度.....	28
(一)西方国家证据制度的历史发展	28
(二)现代西方主要证据制度简介	32
(三)我国证据制度的改革	34
第二章 有关证据种类的思考	38
一、证据种类,需不需要重构	38
(一)证据种类或证据方法	38
(二)国外关于证据种类的规定	39
(三)我国证据种类存在的问题	41
(四)重构我国证据方法的种类	43
二、最佳证据规则对我国书证制度的启示.....	44
(一)书证制度的基本理论	44
(二)最佳证据规则的历史发展	46
(三)现代最佳证据规则的内容	47
(四)最佳证据规则的例外	52
(五)最佳证据规则对我国书证制度的启示	53
三、视听资料的合法性问题——以隐私为中心.....	55
(一)有关视听资料的基本理论	55
(二)视听资料的合法性问题	56



四、证人制度的基本理论	68
(一)两大法系对证人的基本认识	68
(二)证人的资格及范围	70
(三)证人的义务与权利	77
(四)证人的法律责任	82
(五)证人出庭作证的程序	84
(六)我国证人制度的主要问题及完善	88
五、当事人陈述:证明对象与证据方法的分野	92
(一)问题的提出	92
(二)作为证据的当事人陈述	93
六、鉴定结论:诉讼中的专家意见	100
(一)英美法系的专家证人制度	100
(二)大陆法系的鉴定人制度	102
(三)专家证人制度与鉴定人制度的异同	103
(四)我国民事诉讼法关于鉴定结论的规定	104
(五)关于我国专家证言的完善	112
第三章 证据的分类	114
一、传话的游戏:原始证据与派生证据	114
(一)原始证据与派生证据的基本理论	115
(二)传闻证据规则	116
(三)传来证据规则,还是传闻规则	123
二、直接证据与间接证据:一个和多个	126
(一)概念及特点	126
(二)直接证据和间接证据的证明力	127
(三)直接证据和间接证据的运用规则	128
三、言词证据和实物证据:人和物,哪个更可靠	130
(一)言词证据与实物证据的分类标准及范围	130
(二)言词证据和实物证据的特点	131
(三)实物证据和言词证据的运用	131
四、本证与反证:证据的博弈	132
(一)本证和反证的划分标准	132
(二)本证和反证的特点及作用	134
(三)本证和反证的运用规则	134

第四章 证据的收集、调查与保全	135
一、如何收集证据	135
(一)概述	135
(二)我国证据收集的现状	136
(三)英美法系收集证据的方法	137
(四)大陆法系国家的收集证据方法	141
(五)关于我国证据收集制度的若干建议	143
二、证据调查:无法放弃的现实选择	144
(一)证据调查的界定及特点	144
(二)证据调查的范围	148
(三)证据调查的程序	154
三、证据保全:留住那些即将逝去的证据	156
(一)证据保全的概念	156
(二)证据保全的条件	156
(三)证据保全的程序	158
第五章 证明对象	160
一、我们要证明什么	160
(一)证明对象的概念	160
(二)证明对象的特点	161
(三)证明对象的范围	162
二、无须证明的事实	164
(一)对现有法律规定的评析	164
(二)自认的事实	166
(三)司法认知的事实	174
(四)经验法则	182
(五)预决的事实	183
(六)已为公证文书证明的事实	184
第六章 证明责任	185
一、证明责任:真伪不明,怎样判决	185
(一)证明责任概述	185
(二)理解证明责任时应当注意的几个问题	188
二、证明责任的分配:世纪的难题	190
(一)概述	190

(二)大陆法系证明责任分配的原则	190
(三)我国证明责任分配的一般原则	194
三、证明责任倒置:规范说的局部修正	195
(一)证明责任倒置的必要性	195
(二)证明责任倒置的含义及特点	196
(三)应当实行证明责任倒置的诉讼	198
(四)实质上不属于证明责任倒置的案件	201
第七章 举证、质证与认证	203
一、举证的时限:不再可以出奇制胜	203
(一)举证时限制度的含义	203
(二)限时举证的意义	204
(三)世界不同法系国家关于举证期限的规定	207
(四)理解举证时限制度要注意的问题	210
二、证据的交换:知己知彼,百战不殆	214
(一)我国证据交换制度的立法历史	214
(二)证据交换制度的含义及立法意图	214
(三)证据交换制度的基本构成	216
(四)我国证据交换制度与美国证据开示制度的比较	218
三、质证:法官们如何了解真相	220
(一)质证的概念	220
(二)质证的功能	221
(三)质证的主体、客体和内容	223
(四)质证的程序方式及法律效果	226
(五)英美法系和大陆法系的质证模式	227
(六)为什么我们无法完全引进英美法系的交叉询问制	235
四、认证:对证据的审核和认定	238
(一)我国关于认证制度的认识分歧	238
(二)两大法系关于证据能力与证明力的判断问题简介	241
(三)完善我国诉讼认证制度的思考	242
六、推定	247
(一)推定的概念、性质及特点	248
(二)推定的法律意义	250
(三)推定的基本分类	252

(四)推定的效力·····	256
(五)推定的构成要件·····	257
(六)我国的推定规则·····	258
第八章 证明标准 ·····	261
一、证明标准:司法证明的终点·····	261
(一)证明标准的含义及特点·····	261
(二)证明标准的种类·····	266
二、客观真实与盖然性:理想与现实之间·····	268
(一)一元论证明标准——客观真实说·····	268
(二)重构我国民事诉讼证明标准——盖然性标准·····	269
(三)与证明标准相关的制度·····	275
三、证明标准,是否乌托邦·····	277
参考文献 ·····	279

第一章

导 论

一、证据如何影响我们的诉讼

证据和证明在我们的日常生活中随处可见,例如,我们经常会听到某人生气地指责旁人“说话要讲证据”,或者要求旁人“你拿出证据来”,或者为了达到某一目的而需要提出关于我们身份、学历、职业、财务状况、婚姻状况等的证明文件。这些证据或证明材料都是为了证明某些事实的存在或真伪才形成的。按照《现代汉语词典》的解释:“证据是指能够证明某事物的真实性的有关事实和材料。”^①因此,在法律语境下的证据,必定会具备日常“证据”所具有的基本含义——证明事实真实情况的材料。诉讼证据与普通证据不同之处在于,诉讼证据作为一项重要的法律制度,甚至一部独立的部门法,^②是由专门的法律规范来调整,其适用需要遵守严格的法律规定。例如,法律对于证据的收集主体、收集方法、不能证明的效果等均有着明确的规定。

无论是形式上包括于诉讼法或实体法之内的证据制度,^③还是单独的证据立法,在实质上都是该国诉讼法的重要组成部分。证据通常被人称为“诉讼的脊梁”,“无证据,即无诉讼”、“打官司就是打证据”等话语,充分地说明了证据制度在一国诉讼制度中的核心地位。这种核心地位与诉讼自身的特点有关。

司法权的本质是裁判权。这一命题表明司法者所应该做的事情只是站在中立的第三者地位,受理公诉人、自诉人或者原告就争议所提出的控告、请求,

① 《现代汉语词典》,商务印书馆 2005 年版,第 1741 页。

② 一般来说,大陆法系国家的证据立法包含于各大诉讼法乃至实体法中;而英美法系国家则是单独立法,例如《美国联邦民事证据规则》。

③ 德国和法国的民事证据制度是由民法和民事诉讼法共同规定的。



并根据对方的申辩,依照法律对案件作出终局判断。因此,诉讼通常被人们比喻为三角形的结构,起诉方和应诉方分别居于底边的两点,法官居于顶点居中裁判。在三种诉讼的结构图中,民事诉讼的结构是一种等腰三角形,因而民事诉讼被人们视为典型的诉讼。为了确保诉讼结果的公正,法官必须保持中立的诉讼地位,保持消极听讼的诉讼角色,将诉讼的结果付诸于诉讼双方攻守力量的对比。过于主动的司法权力,会使法官偏离中立的地位,在积极主动探求案件真实的同时不自觉地偏袒一方当事人,从而使案件的结果背离了诉讼的公正。此外,法官并非案件的亲身经历者,不能凭借直接感知的案件事实作出判断,只能通过案件发生时所遗留的痕迹来判断。这些痕迹就是我们所说的证据材料。

客观存在的证据材料经人们主观的认识发现之后,被提取、收集、提交给法庭,以帮助法官形成对案件事实的判断。由于诉权为双方当事人平等所有,所以当一方提出诉讼主张时,相对方就有权进行反驳,即对起诉方的诉讼主张进行否认、辩解。因此,诉讼的过程就是一个诉讼双方博弈的过程,诉讼的结果取决于博弈双方力量的对比,而这种力量需要通过双方所提供的证据的证明力来展现。主张方通过提出本证来证明自己的请求成立,反驳方通过反证来攻击对方的主张。通过双方攻守力量的对比,使法官对事实认定的心证倾向于某一方当事人,最后适用正确的法律作出判决。

因此,诉讼证据是法官作出裁判的根据,而并非发现客观真实的根据。因为客观上存在一些无法发现的事实,例如,同一场交通事故中当场死亡的相互有继承关系的两个人。在此种情形下,案件中所有收集到的证据都不能证明死亡的先后时间顺序,也就是说无法通过证据发现案件的客观真实,但受法官不得拒绝裁判基本原则的约束,法官仍然得运用现有的所有证据,在适用正当程序的基础之上,根据证明责任负担的裁决方式,最终作出判决。因此,我们说证据既是法官认定案件事实、作出裁判的依据,也是当事人进行诉讼、维护自身合法权益的手段。

二、什么样的证据才是有用的证据

人们通常在两种含义上来使用“证据”这一概念:一种是当事人向法院提供的或者法院调查收集的、没有经过庭审质证的证据,另一种是质证之后的证据。前一种证据由于尚未经过庭审审查,其真实性、关联性及合法性尚未经过

认定,所以通常又被称为证据材料;后一种证据是作为定案根据的证据,是具备了真实性、关联性和合法性特征的证据,对于案件事实有充分的证明作用,因此也称为定案证据,通常意义上的证据应当是指作为定案根据的证据。诉讼的过程就是对证据材料进行审查、核实的过程,也是查明证据材料是否具有客观性、关联性和合法性的过程。

(一)证据必须具有客观性

1. 证据的客观性理论

我国证据学传统理论普遍认为证据必须是客观存在的事实。证据的客观性具有双层含义:第一,证据的载体必须是客观存在的,而不是人们主观臆想或捏造的事物。例如,张三到法院诉称李四曾经向他借了人民币五千元,超过约定的还款期限后至今未还,并出示了由李四签名的借据,或者出示了邻居王五的证言。那么,我们所说的证据的载体必须是客观的,就是说必须要有作为借条的“纸”存在,或者作为证言主体的“张三”存在。通常人们在谈到客观性的同时,还会暗含着内容是真实的含义,这就是客观性的第二个含义,有人因此将证据的客观性特点也称为客观真实性。客观真实性是指,证据所能证明的事实必须是客观存在的事实。所谓客观存在的事实,是指该事实是真正发生过的事实,必须确有其事。例如,在上述借款关系案件中,如果李四和张三之间确实存在过借款关系,那么该借条中所载明的就是客观发生的事实,而借条就可能成为证明张三与李四之间曾经存在借款关系,即“李四借过张三五千元钱”这一事实的证据。再如,甲企业诉至法院称乙企业未按照合同约定给付货款,请求法院判决乙企业给付货款并承担相应的违约责任。为了向法院证明乙企业确实负有应当给付货款的义务,甲企业出具了由乙企业法定代表人签名并盖有单位公章的合同文本。在借款案件中,如果李四辩称钱已经归还,并提交了一份写有张三签名的收条,经鉴定后证明签名并非是张三的笔迹,那么此收条就并非是“已经还钱”这一事实的证据,因为该借据是违背“已经还钱”这一事物的本来面目的,是不真实的。

证据应当具有客观性。证据之所以是客观的,是因为任何发生过的事实都会以这样或那样的形式在客观的自然界或人类的精神世界留下各种印记和痕迹。这些印记和痕迹与已经发生的事实之间存在着一种客观的、内在的联系,不具有主观性,与人们对它的认识无关,也就是说无论人类的认

识能否发现,它始终独立于人们的意志之外而自由自在地存在。

承认证据具有客观性的特点具有积极的历史意义。证据的客观性表明对案件事实的认知是通过实际存在的事实而不是用虚无的力量。在人类诉讼史上,人们认识案件事实的方法并非只有证据一种,除证据之外,还存在诸如神明裁判等其他方法。这些方法虽然也能在一定程度上认识案件,但由于渗入了过多的主观因素,因而具有主观、武断、片面和形式主义的特点。相比较而言,证据是一种内在方法,是寻找事物之间内在联系的方法,因此,运用证据对已经发生的事实真实状况进行证明是最可靠、最坚实、最具有说服力的。证据的客观性成为现代证据制度区别于过去非证据裁判主义的本质特征,是证据裁判主义的基本要求。

2. 对传统证据客观性理论的质疑

证据具有客观性是无疑的。我国理论界对于证据应当具有客观性这一点也基本上是无争议的,但证据在具有客观性的同时是否还应当具有主观性,自20世纪60年代开始人们就争论不休。我国的证据法学发展到今天,大多数的学者对传统的证据客观论(纯客观性证据)提出质疑,普遍认为,证据绝不是与主观性无缘的纯客观的产物,有些学者甚至提出应当舍弃证据客观性属性的观点。^①

学者们对于传统客观性的质疑主要从以下几个方面切入:

(1) 证据纯客观性特征的理论基础

我国证据的客观性特征是由证据的概念得来的。在我国理论界,“证据是用于证明案件真实情况的客观事实”作为证据概念的通说已经是不争的事实。诉讼证据概念的“事实说”为证据的客观性特征奠定了理论基础。既然证据是客观事实本身,或者说,只有客观事实才能成为证据,那么,证据就必须具有客观性的特征。基于以上观点,我们可以得出这样两个结论:第一,客观存在的、与证明对象有关联性的事实即使不被法院采纳,依然是证据(如非法收集的证据);第二,法官按照法定程序和证据规则,经过法律许可的“心证”而予以采信的“事实”,即使最终成为认定案件事实的根据,该事实仍然不是证据。显而易见,悖论由此产生。但毕竟“客观性”这一特征不仅吻合了“证据就是事实”的定义,而且进一步诠释了“证据就是事实的内涵”。^②

① 张晋红、易萍:《证据的客观性特征质疑》,载《法律科学》2001年第4期。

② 张晋红、易萍:《证据的客观性特征质疑》,载《法律科学》2001年第4期。

(2) 法律规定自相矛盾、循环论证

证据既然是客观真实的,那为什么立法上还说“证据必须经过查证属实,才能作为定案的根据”?客观事实是无所谓判定问题的,因此,也无所谓真假问题,那么伪证从何而来呢?正因为证据具有主观性的特点,才存在诸如伪证、假证、错证、误证、虚证、偏证等概念。法律本身对于证据概念的规定就有两个:一个是以客观真实为内容的证据,一个是需要经过查证属实的证据。从下定义这个角度看,既然有这两种情况,那么,在定义中就都应当有所反映,而不应当只描述其中一种情况。同时,证据如果是客观存在的事实,而不具有任何的主观性,那么,它就不需要漫长的诉讼、由法院行使审判权进行审查。一方面强调证据是客观的,不以人的意志为转移,另一方面却要求法官必须严格把关、查证属实,允许进行主观判断,必陷入自相矛盾、循环论证的泥潭。^①

(3) 纯客观性的概念对于诉讼毫无用处

传统的客观论者所描述的证据概念,从根本上排斥主观性,不与人的意识发生联系,致使客观的证据始终处于未知的领域,处于人们的意识之外。也就是说,始终与人这个最活跃的因素无关。由此而得出的证据概念对人是毫无价值可言的。原因很简单,因为价值是客体对主体需要的满足。这里的需要是主体和客体的内在联系。这种联系是不能割断的,否则就无所谓价值问题。换言之,主体必须对客体有所认识,有所领悟,客体的价值才能被提出来。而纯客观证据是不以人的意志为转移的,人们的意志还没有和客观的证据挂钩,所以这种客观的证据对人就是无价值的,或者说它的价值还没有体现出来。这种证据对人来说是漠不相关的,人对这种证据来说也是漠不相关的。他们分处于两个异己的领域,中间有着一道不可逾越的鸿沟。^②

(4) 对客观性的绝对追求可能导致法官无法判决

有些客观事实是永远无法发现的。这不仅仅是因为案件客观事实所固有的特点:发生在过去,不可能再现,法官只能以案件发生时所遗留下的痕迹来判定过去发生的事件,而且,对有些证据的判定是难以完成的。例如,我们无法判定一张写着“还欠款 3000 元”字样的借据究竟是反映了“还(huán)欠款 3000 元”还是“还(hái)欠款 3000 元”的事实。这样的借据如果作为书证出现

^① 汤维建:《关于证据属性的若干思考和讨论——以证据的客观性为中心》,载《政法论坛》2000 年第 6 期。

^② 汤维建:《关于证据属性的若干思考和讨论——以证据的客观性为中心》,载《政法论坛》2000 年第 6 期。

在法官面前,在没有其他证据印证的情况下,法官即使再作努力,也不可能认知案件的客观事实。在不知客观事实究竟为何的情况下,固守必须依照客观事实定案的法官是绝对不敢作出判决的,否则就是主观性的判决,是错误的判决。这显然违背了“法院不得拒绝裁判的”诉讼原理,也不利于及时保护当事人的合法权益。

3. 证据是客观性与主观性的统一体

我们认为,对证据客观性特点的认识不能够机械、形而上学,而要作辩证的理解。证据既具有客观性的一面,也具有主观性一面,证据是客观性与主观性矛盾的统一体。

(1) 证据必然带有主观性色彩。证据的主观性因素来自于以下几个方面:

首先,证据制度是一国诉讼制度的重要组成部分,法律对其不可能不管不顾,而法律又是统治阶级意志的体现,因此,证据法在制定证据制度的同时就带有了主观的色彩。证据法对证据的形式预先作出了规定,这表明立法者对所有证据的表达方式事先有了统一的要求,这个要求便为证据的产生设定了框架。这个框架的最大限度为证据应然形式的全部。这个命题反过来说,客观的证据通过证据的立法形式表现出来,只能小于至多等于证据的客观实存……立法者的意志从抽象的角度划定了证据的范围……其结果,证据客观性的内容有可能缩小了范围……而这种证据形态的成因,全在于它的主观性。^①

其次,预先规定的证据形式与定案的证据之间需要人的联结。立法预先设定证据的形式具有普遍性、抽象性的特点,并不能直接运用于具体的案件之中。而真正的、客观的不依人们的意志为转移的证据的内容在案件事实发生时,就已经产生了,它游离于诉讼程序之外,还没有能够被人们理解和把握,更不用说为人们所利用了。客观证据和证据形式分别处于证据概念的两个极端,这之间存在一条鸿沟,需要一个媒介将它们联结起来。这个媒介就是人的主观判断。首先,客观证据需要被人认识到并提炼出来形成证据材料进入诉讼领域;其次,通过诉讼程序的运作,通过质证与认证的环节,法院对证据材料进行筛选;最后,那些被认为具有客观性、关联性和合法性的证据材料被法官保留,成为判决所采纳的定案根据,这中间都离不开人的因素。^②

^① 汤维建:《关于证据属性的若干思考和讨论——以证据的客观性为中心》,载《政法论坛》2000年第6期。

^② 吴家麟:《论证据的主观性和客观性》,载《法学研究》1981年第6期。

再次,审判人员进行审判的过程是一个逻辑证明的过程,证据在证明过程中是起着论据作用的。审判人员一方面审查这些证据的真实性,一方面在估量这些证据的证明力,只有具有真实性而且具有证明力的证据,才能作为定案的根据。既然诉讼中的证明相当于逻辑证明中的事实论据,而论据总是以判断的形式出现的,那证据当然也就具有逻辑判断的属性。^①

最后,定案证据的内容只有通过法官的主观判断才能形成。张三诉李四曾借他五千元至今未还,并出示了由李四签名的借据。诉讼中李四承认确有借钱的事实,则该借条可以证明张三与李四之间曾经存在借款关系。表面看来,是“借据”这项证据本身在对借钱的事实起着证明作用,利用其客观存在的形式与客观真实的内容来证明。但实质上并非如此。法官之所以最终判定张三与李四之间曾经存在借款关系,是因为,通过对所有证据的审查核实,他相信借据的内容是真实的。如果在他内心并没有形成这种确信,法官就会作出否定的结论。更能说明问题的是上述“还欠款 3000 元”的例子。毫无疑问,对本案件争点事实的认定以及法院最终的判决都取决于法官必须对当事人之间“还欠款多少元”的情况作出判定,判定无疑是有两种情况:“还(huán)欠款 3000 元”或“还(hái)欠款 3000 元”。而判定不同,所理解的证据内容自然不同。由于书证是以其内容来证明的,因此,不同的判定必定会导致不同的判决结果。在这里,书证的内容就不是客观的,而是“客观的形式+客观的内容+主观的判断”。

(2)证据是客观性与主观性的统一体。如前所述,证据是一个多义词,它的含义随着它所处时间阶段的不同而有不同的内容。它包括立法上的证据(证据的形式)、诉讼外的证据(纯客观证据)和诉讼中的证据,而诉讼中的证据又包括证据材料与定案证据。证据的形式是纯主观的,诉讼外的证据是纯客观的,诉讼中的证据是客观性与主观性的统一体。诉讼中的证据,由于所处诉讼阶段的不同,其主观性与客观性的比重也有所不同。诉讼证据的初级阶段为证据材料,主观性处于矛盾的主导地位;诉讼证据的高级阶段为定案证据,客观性处于矛盾的主导地位;诉讼程序的理想状态,是主观性与客观性完全吻合,证据的主观性完全反映了证据的客观性。通常我们所讲的证据就是定案证据,此阶段的证据主观性基本上能够反映其客观性,达到客观性与主观性相符合。

证据的主观性与客观性完全吻合是我们所追求的司法最高境界。但是,

^① 吴家麟:《论证据的主观性和客观性》,载《法学研究》1981年第6期。

我们不能要求每一个案件中证据的主观性必然地、完全地反映客观事实。首先,依哲学原理,任何一个真理性的认识不管它怎样正确地反映客观事物,这种反映总是有限的。在一定时间、一定空间和一定材料的前提下,人们对某事物的认识总是有限的。认识的无限性只在人类自身、时间、空间及资料无限延续的前提下才有可能,因此,一定时期内人们对证据的认识只能是有限的:带有主观性证据材料形成的有限性认识,在其形成为证据材料的过程中,可能由于某种原因而不能使其对事实的反映达到与客观事实完全一致的程度;法官必须在有限的时间内,对证据材料反映或再反映的某种事实的客观真实性进行判断,这种判断属于法官的认识活动,但法官作为事实发生后的局外人其判断的时间和能够利用的材料均是有限的,因而法官对证据材料客观性的认识难免是有限的,无法完全保证所作的判断都是符合客观真实的。

其次,具有客观内容的证据的载体有时可能是假象。证据的外在载体可能表现为人,也可能表现为物,因此证据从大的类别上可分为实物证据还是人的证据。但无论是实物证据还是人的证据,都可能存在虚假的状况。虽说实物证据是已经发生的事实在自然界留下的实物或客观痕迹,是最有力的证据,但我们并不能排除其有被伪造的可能;人的证据大致包括两种,证人证言与鉴定结论。排除行为人故意作伪证或故意作虚假鉴定的因素,其主观性仍然是显而易见的。证人证言是已经发生的事实在人脑中留下的记忆,而记忆可能存在由于证人的个体因素(如反应力、观察力)而发生记忆错误或记忆表达错误;鉴定结论也属于比较容易渗入主观因素的一种,鉴定人因为鉴定人的道德状况、所掌握知识的程度、不同观点的倾向以及检材等因素的影响,都可能导致不同的鉴定结论。法律无法根本地排除这些可能不符合客观真实的证据。

最后,有些情况下我们无法判明法官的认识是否符合客观事实。如上述“还欠款 3000 元”案例,不管最终法官认定的究竟是何种情况,它都可能是符合客观事实的,反过来说,它也都可能是不符合客观事实的。孰真孰假,法官难以甚至根本无法判断。因此,生效判决中认定案件事实的证据未必符合客观真实,换言之,作为定案证据的未必就是客观的事实。但基于理性的诉讼观,这种判决是被允许的。

综上所述,我们认为最终定案的证据应当是兼具主观性与客观性特征的统一体。证据的客观性表现在:(1)证据的形式是客观存在的。例如,就书证而言,必须有被称为书证的、承载书证内容的载体存在。就证人证言而言,必须有证人存在;(2)证据所反映的内容是已经发生过的,不是杜撰的、臆想的;(3)证据的客观性处于矛盾的主要方面,是决定事物性质的方面,因而也是本