

JIANCHA LILUN QIANYAN
YUSHIWUWENCONG

★ 检察理论前沿与实务文丛 ★

丛书总主编 朱庆安

证据法专论

ZHENGJUFA ZHUANLUN

赵信会 刘东平 赵东◎著



中国检察出版社

JIANCHA LILUN YU SHIWEN
YUSHIWUWENCONG

★ 检察理论前沿与实务文丛 ★

丛书总主编 朱庆安

证据法专论

ZHENGJUFA ZHUANLUN

赵信会 刘东平 赵东 著



中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

证据法专论/赵信会, 刘东平, 赵东著. —北京: 中国检察出版社, 2013. 12

ISBN 978 - 7 - 5102 - 1094 - 5

I. ①证… II. ①赵… ②刘… ③赵… III. ①证据 - 法学 - 研究
IV. D915. 130. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 295674 号

证据法专论

赵信会 刘东平 赵东 著

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区香山南路 111 号 (100144)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电 话: (010)68630385(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市中国画美凯印刷有限公司

开 本: 720 mm × 960 mm 16 开

印 张: 18 印张

字 数: 311 千字

版 次: 2013 年 12 月第一版 2013 年 12 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 1094 - 5

定 价: 48.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

总 序

近年来，随着经济社会的持续迅速发展和各项改革的深入推进，国家对《刑法》、《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》、《国家赔偿法》等一系列重要法律法规进行了修订，进一步完善了中国特色社会主义法律体系。党的十八大提出全面推进依法治国，进一步深化司法体制改革，加强司法公信建设。党的十八届三中全会对全面深化改革包括司法体制改革作出了具体部署，为加快建设社会主义法治国家进一步指明了方向。

新的法律政策形势，既为检察工作提供了新的发展机遇，也对检察机关更好地履行法律监督职能提出了更高要求，迫切需要我们积极跟进研究，进一步提高认识能力、判断能力和工作能力，提出深化改革和提升法律监督水平的有效措施，为经济社会建设提供更加有力的司法保障。菏泽市检察机关认真贯彻落实高检院、山东省院关于加强检察理论研究工作的意见，着力完善检察理论研究工作机制，积极进行检校共建，出台了课题管理办法、优秀成果奖励办法，进一步浓厚了研究氛围，推出了一批较高质量的研究成果。

《检察理论前沿与实务文丛》的出版，正是菏泽市检察机关理论研究成果的一次汇报和展示。该丛书的特色在于紧紧围绕新政策、新法规，着眼检察工作实务，提出问题、分析问题、解决问题。该丛书包括人民检察院组织法修改、证据法、民事公益诉讼、民事检察监督等问题的研究，具有较强的针对性和实用性。各分册作者主要由两部分人员组成：一部分作者来自菏泽市检察机关，他们都具



有多年从事检察业务的经历，同时又长期关注和研究法学理论，对实践中出现的诸多问题都有较深刻的认识和独到的见解；还有一部分作者是高校从事法学教研工作的教授和副教授，既有较精深的法学专业理论功底，又有较丰富的检察实务研究经验。由这样的作者撰写的专题研究著作理论性与操作性兼备，无疑值得一读。

“学知不足，教后知困。”检察理论博大精深，而且许多法律政策刚刚施行，有的对策性研究还没有成熟的经验可供借鉴，加之本丛书成稿匆忙，撰稿作者的知识和水平亦有限，因此，我们提出来的观点仍然是一家之言，错误缺漏之处在所难免，衷心希望广大读者批评指正。

菏泽市人民检察院检察长

朱庆安

2013年12月

目 录

Catalogue

总 序	朱庆安 1
第一章 证据客观性的批判	1
一、证据客观性概念的理论缺失 / 2	
二、证据客观论的背景分析 / 9	
三、以可接受性为基础的动态证据概念的提出 / 13	
第二章 非法证据排除规则	20
一、英美法系国家的证据排除规则及立法原因 / 21	
二、大陆法系国家及地区的证据排除规则 / 24	
三、两大法系非法证据排除规则比较 / 29	
四、中国非法证据排除规则的立法现状 / 33	
五、民事诉讼中的非法证据排除 / 38	
第三章 论证人作证制度	42
一、我国证人制度的现实内容及其评价 / 42	
二、我国证人资格的立法完善 / 47	
三、儿童证人作证问题 / 52	
四、证人出庭作证问题的分析与解决 / 60	
第四章 论鉴定人制度	81
一、鉴定人的法律地位 / 81	
二、鉴定人资格 / 87	
三、鉴定人出庭作证问题的分析与解决 / 96	



四、鉴定意见的审查与判断 / 104	
第五章 诉讼证明对象	110
一、证明对象及其范围 / 110	
二、当事人自认的事实无需作为证明的对象 / 119	
三、生效判决确认的事实无需证明 / 132	
四、司法认知之事实无需证明 / 138	
第六章 诉讼证明标准	143
一、大陆法系国家、地区的民事证明标准 / 143	
二、普通法系国家、地区的民事证明标准 / 150	
三、中国民事证明标准的定位 / 159	
第七章 证明责任问题	172
一、引言 / 172	
二、证明责任分配的一般理论 / 174	
三、谁主张、谁举证的反思与证明责任分配法则的建构 / 179	
四、对证明责任倒置论的质疑 / 188	
五、证明责任分配上的法官自由裁量 / 193	
第八章 证据的评价与判断	199
一、证据评价制度的历史沿革和自由心证制度的产生 / 200	
二、自由心证制度的当代类型和基本内容 / 229	
三、自由心证制度的外部约束机制 / 253	
参考文献	263

证据客观性的批判

——以动态的证据概念之建立为目的

证据属性是证据概念的内涵的具体表达或者分解形式，也是证据之所以为证据所必须具备的条件或者构成要素。与强调经验主义和实用哲学的英美国家的法律制度、法学学习模式不同，受大陆法系的演绎推理和理性主义传统影响，我国的法律制度、法学理论、法学教学更加注重对法律概念的界定。对同一法学概念的不同理解，代表了不同的理论走向以及不同的立法模式。我国的法学教学总是以名词解释作为基本的教学起点，紧随其后的即是法律制度的基本特征或者基本属性。在大陆法系国家和地区，法律制度的概念及其属性绝不是可有可无的，更不是纯粹的文字游戏。证据的概念和属性在我国立法、研究、教学中，也具有这样的意义，有学者甚至直接称“‘证据属性’是我国现有证据法领域的核心问题，堪称开启证据法学殿堂大门的金钥匙”。^①但与大陆法系国家尤其是德国的立法和研究不同，我国学者对证据属性的界定并未建立在对法律制度自身运行规律的深层认识和抽象思辨的基础

^① 纪格非：《对“证据属性”在证据制度中基础地位的质疑》，载《山东师范大学学报》（人文社会科学版）2005年第1期。



上,更多的是政治意识形态的简单移植。因此,学者们通常所认为的证据所具有的以客观性为核心的“三性论”,在更加强调法学自身的独立品格和法律制度自身内在逻辑规律的当今时代,确有必要对之认真地进行检讨。笔者在反思证据的客观性方面并无开创性意义和启发性意义,只是在同仁和前辈的研究成果的基础上,进一步分析证据客观性之缺失、背景。而且笔者所进行的对证据客观性的反思,并不以反思为最终的归宿,只是试图借鉴域外先进的立法经验、研究成果,提出一种与诉讼的动态过程相适应的证据概念,以及该种概念下的证据属性。

一、证据客观性概念的理论缺失

(一) 证据客观性理论及其内容

对证据客观性的偏爱见诸于诸多占主导地位的证据概念界定之中,这里既包括证据概念上的“事实说”,也包括证据概念上的“根据说”和“综合说”。“事实说”自无须赘言,它旗帜鲜明地宣称证据的客观性,“民事诉讼证据就是能够证明民事案件真实情况的客观事实。”^①“诉讼证据就是司法人员在诉讼过程中可用于证明案件真实情况的各种事实。”^②“根据说”虽然认为“诉讼证据,是指在民事诉讼过程中用来确定案件事实的根据”^③,但仍然强调证据必须查证属实,才能作为定案的依据,理论的归宿仍然是证据的客观性或者真实性。即使支持“根据说”并主张兼采“方法说”的学者也认为,不能否定证据的客观性。“应当明确以下两个问题:第一,作为证据事实,由于它是事实,作为定案的根据,理应是客观存在的、不可变更的;第二,作为证据事实,它是人们对证据材料的认识、收集,因此,必然要有一个主观和客观相统一的过程。”^④即是说,虽然以上学说在界定证据的概念时各有侧重,但在根本上都不否认证据必须具有客观性。

一般认为,证据的客观性包括如下几个方面的内容:其一,证据的形式应当是客观的,即无论是物证、书证还是证人证言,都必须以客观的形式表现出来并为人们所感知才能对案件起证明作用;其二,证据的内容也应当是

① 柴发邦主编:《民事诉讼法学新编》,法律出版社1992年版,第195页。

② 陈一云主编:《证据法》,中国人民大学出版社1991年版,第104页。

③ 王怀安主编:《中国民事诉讼法教程》,人民法院出版社1992年版,第136页。

④ 毕玉谦:《民事证据法及其程序功能》,法律出版社1997年版,第16页。

客观的，证据所反映的内容必须符合客观真相而不能歪曲、篡改、编造事实；^①其三，证据的客观性表明案件事实的认定具有可靠性。对案件事实认定的可靠性依赖于多种因素，一方面制度设计者或者理论研究人员相信案件的发生、发展、终止作为物质运动的一种表现形式，必然会因为与其他客观事物或者认识主体发生相互作用，而留下一定的痕迹或者印象。另一方面，案件的发生、发展所留下的痕迹与案件事实本身存在着客观的联系，它是因为案件事实而产生的，具有可以据之逆向推导出案件事实的特性或者能力；最后，人类的理性能够依靠其关于事物之间的经验联系，认识证据与案件事实之间的内在联系。^②

近年来，对证据客观论的反思与批判呈现扩张态势，概括地说，这些批评主要集中在：第一，证据客观论者有循环论证之嫌疑，即是说一方面认为证据是客观事实，另一方面又要求证据必须查证属实。当然也有学者认为，客观论者提出的判断证据是否客观的标准，即证据是否与案件事实相符合，与案件事实符合的材料，是客观的，可以作为证据；反之不能作为证据。而实际上案件事实虽然客观存在，但案件事实本身对于裁判者而言是未知的，并要求当事人以证据对之证明。客观论者提出的判断证据客观性的标准，出现了互为前提的逻辑错误。^③第二，客观论者提出的证据概念对于诉讼本身实际上毫无用处。作为客观存在的证据，能够成为证据，并在具体的诉讼证明中发挥作用，其必须为人们认识和利用。在采辩论主义的背景下，客观存在的证据首先必须为当事人所认识，并且该当事人认为该证据对证明自己的案件是有利的，此时，才能进入当事人的视野，并经过当事人进入裁判者的视野。当然，当事人和司法裁判者在诉讼中的地位不同，认识问题的角度也有重大区别。当事人认为有用的证据，事实裁判者可能会最终否定其证明价值，裁判者对当事人提交的证据评价之中必然地包含了裁判者的主观认识活动，甚至是某些价值判断活动，不能不带有主观的色彩。^④新近何家弘教授对证据

① 纪格非：《对“证据属性”在证据制度中基础地位的质疑》，载《山东师范大学学报》（人文社会科学版）2005年第1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》，载何家弘主编：《证据学论坛》（第一卷），中国检察出版社2001年版。

③ 纪格非：《对“证据属性”在证据制度中基础地位的质疑》，载《山东师范大学学报》（人文社会科学版）2005年第1期。

④ 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》，载何家弘主编：《证据学论坛》（第一卷），中国检察出版社2001年版。



真实观的批判则指出，首先从司法实践来看，不属实者非证据的观点不能成立，因为“不仅当事人提供的和司法机关收集的证据中有真有假，司法机关审查判断之后用做定案根据的证据中也会有真有假，否则就不会有冤假错案了。”^①当然，从认识论的角度来看，不属实者非证据的观点也不能成立，因为“人民对证据和案件事实的认识都属于认识的个别实现，都是在完全有限地思维者的个人中实现的，都是不可能无限期无止境地走下去的，因此就每一具体案件来说，人们对证据和案件事实的认识都不是绝对真理，都只能是相对真理。”^②

（二）证据客观性理论的消极后果

可以说，这样的批判与反思已经触及证据“客观论”者在哲学上的尴尬与困境，并因此与所有对机械唯物主义的批判相对应。但这样的批判尚没有涉及证据“客观论”者设计的证据制度、诉讼制度的消极后果，哲学的批判还处于抽象的王国，未与具体的诉讼制度相联系。这样常常出现的是对“客观论”的改良，所谓的“主客观统一论”就是改良的产物。或者是在坚持证据客观性同时，提出另外的辅助性的概念，以适应裁判者证据判断前的诉讼阶段。证据材料的概念正是在考量诉讼的阶段性和裁判者对诉讼资料审查的必要性因素，并在不否认证据的客观性的基础上提出的。^③“客观论”在证据制度和诉讼制度方面的消极后果，可以概括为如下几个方面：

第一，提高了证据准入门槛。根据民事诉讼法和最高人民法院的相关司法解释，原告对于自己主张的事实必须提供证据加以证明；被告对反驳对方的事实以及提出的抗辩事实必须提供证据加以证明。即是说，当事人在诉讼的开始阶段就必须提供证据，刑事诉讼也是如此，必须有相当的证据才能启动刑事诉讼程序。而按照“客观论”的理解，证据必须是客观的，不能带有认识主体的主观加工色彩，甚至不能带有当事人的主观倾向性。这种情况不仅造成了现实诉讼中操作的困难，即在诉讼开始之初或者诉讼开始之前，当事人准备证据的阶段，谁来判断证据是否具有客观性。而且使相当数量的具

① 何家弘、刘品新：《证据法学》（第四版），法律出版社2011年版，第104页。

② 何家弘、刘品新：《证据法学》（第四版），法律出版社2011年版，第105页。

③ “顾名思义，证据就是证明的根据。作为证明的根据，必须具备两个方面的特征，一是客观性，二是有证明力（证据力），二者缺一不可。”谭秋桂、冯林：《对民事诉讼证据概念和分类的再思考》，载 <http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=15291>。

有一定程度客观性、并和其他证据结合在一起能够证明案件事实的证据无法进入到诉讼程序中。实际上，诉讼过程中当事人处于利益对立之中，虽然客观发生的案件事实只能是单一的、中性的，但受利益驱动，当事人只能提供对自己有利的证据，这样收集、提供证据之前必须经过当事人的利益衡量和主观评价，并因此具有了证据的党派性。“证据只在特定的刑事诉讼中存在，其特点是控辩双方追求胜诉，为了达到这一目标，双方都拿出对自己有利的证据。这时如果强调证据必须是真实的，就有很多证据不能进入法庭。”^① 有学者甚至称此种具有明显利益倾向的证据为党派性证据。“证据不能自行产生，它的出现需要人的工作、解释并通常伴随经济支出，因为证据须被制作，司法官员到底创制出多少证据完全依赖其对案件的理解。”^② 另外，许多证据形式本身就是主观的，即是说证据在经过当事人评价之前，就具有一定的主观因素。例如证人证言，虽然其作证内容是案件事实的发生、发展作用于当事人以外的第三人的感官所留下的印象，但不同认识主体受其认识能力、知识水平、兴趣、爱好等的影响，对该印象的注意内容、注意程度等方面必然产生与主体之差异性相对应的不同结果，从而表现出主观性的一面。如果以“客观论”衡量，这种证据不仅无法进入诉讼，立法上也无承认其存在的必要性。

实际上，由于片面强调证据的客观性容易造成诉讼证明的困难，并因之违反发现真实的目标，所以实践中，在诉讼的各个阶段均坚持证据必须具有客观性的情况基本上是不存在的。在证据的准入方面，两大法系采取了截然不同的做法，英美法系由立法明确规定某些情况下的证据不具有证据资格，因此必须被拒斥在诉讼程序以外；大陆法系总体上对证据资格不加以限制，只要是当事人认为可以证明案件事实的材料，都可以提出，对于该材料是否有证据资格和证明力，均交由裁判者根据法庭辩论旨意自由判断。我国传统上属于大陆法系国家，民事诉讼中除少得可怜的非非法证据排除规则以外，基本上不存在证据排除的问题，所有的当事人认为可以证明案件事实的证据，

① 何家弘、张卫平、陈瑞华：《什么是证据：从〈天下无贼〉谈起》，载 <http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=21011>。

② Mark Cooney, Evidence as Partisanship, Law & Society Vol. 28, No. 4. 1994. p. 839.



都可以进入诉讼。^① 裁判者对证据的虚怀若谷态度，表明了证据客观性观点的破产。

第二，影响裁判的稳定性和安定性。按照“客观论”的理解，证据内容和形式均是案件事实发生、发展留下的客观痕迹，具有不以任何人的意志为转移的特征，所以，诉讼证据的根本特点不是表现出证据为裁判者信服，并使裁判者以之作为认定案件事实的依据，而是表现为证据可为第三人审查。正是由于这样的理解，才使得我国的上诉制度、再审制度与其他国家表现出较大的差异。在英美国家的上诉程序中，上诉法官仅仅对原一审法院的法律适用问题进行审查，原则上不审查证据评价和事实认定问题，只有在证据评价和事实认定在任何一个理智的裁判者看来，都存在错误的情况下，上诉法院才予审查。^② 尽管《美国联邦民事诉讼规则》第60条第2款规定了对判决、命令的救济程序，但这些程序也仅仅限于错误、疏忽、欺诈等程序方面的瑕疵，以证据判断错误或者事实认定错误提出救济申请，是被严格禁止的。“错误；疏忽；可原谅的过失；新发现的证据；欺诈等等。根据申请和正当的条件，法院可以以下列理由给予当事人或其法定代理人以终局判决、命令或程序的救济：（1）错误、疏忽、突袭或可原谅的过失；（2）新发现的证据，这些证据是在依据本规则第59条第2款规定申请重新审理的期间内，即使相当地注意也不能发现的新证据；（3）欺诈、虚假表示或对方当事人的其他不良行为；（4）判决无效；（5）判决被履行、被放弃或被解除，或者作为判决基础的前一判决已被推翻或以其他方式被撤销，或者该判决将来适用会不公正；（6）其他任何救济判决效力的正当理由。”^③ 大陆法系国家的控诉程序可审查案件事实，但这些国家的二审程序采取的是续审制，即在承认原一审证据认

① 2012年修改的《刑事诉讼法》明确以法典的形式规定了非法证据排除规则，我们对其的概括主要有以下几点：其一，非法证据排除规则的对象主要是言词证据，例外情况下波及实物证据。例外必须同时具备的条件一是有可能严重影响司法公正，一是不能补正或做合理解释；其二，非法证据排除规则主要针对刑讯、暴力、威胁等方法；其三，控诉机关应当对证据的合法性承担证明责任；其四，被告人申请非法证据排除的，必须提供相应的证据线索。

② 这里必须注意，美国民事诉讼的重新审理和我国的再审程序并不具有对应性。重新审理针对的是一审作出的未生效的判决，重新审理的申请也必须在上诉期间提出，重新审理的目的不是救济生效判决的瑕疵，而是避免上诉程序的发生。参见赵信会等：《美国上诉程序析论》，载《东方论坛》2005年第1期。

③ 《美国联邦民事诉讼规则、证据规则》，白绿铉、卞建林译，中国法制出版社2000年版，第99页。

定的基础上，接受新的证据，并在结合对新证据审查之结果的基础上作出裁决。^① 其再审程序，关注的也不是实质正义，而是程序方面以及证据本身的瑕疵。例如《德国民事诉讼法》第 579 条规定的取消之诉，均建立在程序瑕疵方面：在下列各种情形，可以提出取消之诉：（1）为判决的法院不是依法律组成的；（2）依法不得执行法官职务的法官参与裁判，但主张此种回避原因而提出回避申请或上诉，未经准许的除外；（3）法官因有偏颇之虞应行回避，并且回避申请已经宣告有理由，而该法官仍参与裁判；当事人一方在诉讼中未经合法代理，但当事人对于诉讼进程已明确表示或者默示地承认的除外。而第 578 条所规定的恢复原状之诉，则包括证据方面的瑕疵和程序方面的瑕疵：在下列各种情形，可以提出恢复原状之诉：（1）对方当事人宣誓作证，判决即以其证言为基础，而该当事人关于此项证言犯有故意或过失违反宣誓义务的罪行；（2）作为判决基础的证书是伪造的或者变造的；（3）判决系以证言或鉴定为基础，而证人或鉴定人犯有违反其真实义务的罪行；（4）当事人的代理人或对方当事人或其代理人犯有与诉讼事件有关的罪行，而判决是基于这种行为作出的；（5）参与判决的法官犯有与诉讼事件有关的、不利于当事人的违反其职务上义务的罪行；（6）判决是以某一普通法院、或原特别法院或某一行政法院的判决为基础时，而这些判决已由另一确定的判决所撤销；（7）当事人发现以前就同一事件所作的确定判决，或者发现另一种证书，或者自己能使用这种判决或证书，这种判决和证书可以使自己得到有利的裁判。在我国不仅二审法院可以审查案件的事实问题、法律问题，而且再审以追求客观的实质正义为目标，程序方面、事实认定方面以及法律适用方面的瑕疵，都可以成为再审的理由而在中国的民事诉讼中，就没有和西方国家一样的终局判决的概念。“从我国的立法和司法实践来看，长期以来，在诉讼观念上过分强调追求‘客观真实’和‘有错必纠’，而很少考虑既判力问题。显然，这种主流诉讼观念与既判力理论是存在很大冲突的，在此条件下，既判力理论虽然得到了学者的极力倡导，但却很难在实践中发挥作用。”^② 观念与现实的悖论表现为一方面要求证据必须是客观的、确定的，另一方面对某一形式的证据是否属于证据的判断却是不确定的。证据和事实的客观性就像来自彼岸世界的幽灵，裁判者以外的第三人却可以之模糊的轮廓为依据，推翻确定

① 田平安主编：《民事诉讼法原理》，厦门大学出版社 2004 年版。

② 刘学在：《既判力论在中国的困境探析——以民事诉讼为视角》，载 <http://www.51zy.cn/98029107.html>。



裁判。这种建立在推翻裁判者判断基础上的新判断，还有可能为其他判断所推翻，证据的客观性由彼岸走向此岸，从而使证据为证据的历程遥遥无期。

第三，证据的客观性在一定程度上支持职权主义，并因此与当事人主义的精神相背离。证据是客观的也意味着证据是中立的，中立的不具有党派性的证据，在当事人视角下和在法官视角下是一致的。那种证据裁判主义之下的当事人和法院不同视角的证据观与证据的客观性是异质的。这一定程度地意味着当事人提供证据和法院依职权调查证据，都服务和服从于一个共同的目的——发现案件真实，证据和案件事实是客观的观念为法院依职权调查取证提供了理念上的支持。“按照‘客观真实说’，法官应当查明与案件有关的一切事实，即使当事人根本没有主张或是毫无争议的事实也不例外；对于当事人不能举证的事实，法院应当依职权调查收集，而不是在双方穷尽所有证据手段时立即作出判决。”^① 中立的证据观、事实观对法院和法官态度的影响，并使法官表现出英美国家的法官所不曾有过的主动性和积极性，也同样体现于其他大陆法系国家、地区。不过，在这些国家、地区，中立的证据观、案件事实观仅仅导致了其法官证据调查中的主动性，还远未发生法院依职权收集证据的情形。就笔者所掌握的材料看，立法许可裁判者以职权收集证据的情况，在中国以外的其他国家是不多见的。^② 大陆法系的某些国家所规定的文书提出命令，也仅仅是在当事人提出申请的情况下，法院向掌握或者控制文书的当事人或者第三人发出的强制其提出文书的命令，法院并未实质地从事证据收集工作；资讯请求权作为民事实体法的一种权利，当事人如果要求对方提供必要的信息，则必须提出诉讼，并最终通过法院的裁决来实现。^③ 大陆法系国家、地区的职权主义相对逊色的另一方面是，法官虽然可以积极主动地调查证据，包括勘验、鉴定、询问当事人、询问证人等，但法院依据这种调查对案件事实作出的审理和评价，不能超出当事人争议的范围。

① 江伟、吴泽勇：《证据法若干基本问题的法哲学分析》，载《中国法学》2002年第2期。

② 在中国，即使是作为民事审判方式改革经验之总结或者结晶的《证据规定》仍然为法院依职权调查收集证据提供了较大的空间，法院可以在一般的采辩论主义的案件中，根据当事人的申请，实质地介入到证据的提供中来。

③ 赵信会：《论民事诉讼中的证据调查》，载《现代法学》2004年第6期。

二、证据客观论的背景分析

在总结同仁和前辈的研究成果的基础上,笔者认为,作为证据客观论支撑的因素主要有以下几个方面:

(一) 发现真实的诉讼目的观

学者一般认为中国传统民事诉讼的目的是维护社会秩序,^①也有学者认为中国民事诉讼应以保护当事人的民事实体权利作为基本目的,同时兼顾特定情况下的纠纷解决需要。^②不过,学者所理解的此种民事诉讼目的,都不排除对发现案件真实的追求,而且上述目的之实现都是以发现案件事实为基本的前提和基础的。支撑发现真实之理念的因素之一是“规范出发型”的纠纷解决制度,以不存在既定实体法为基础的英美的“事实出发型”的司法制度,更加关注纠纷的解决,而不是当事人实体法上的权利,此时查明案件事实就不具有大陆法系国家的学者所理解的紧迫性。而大陆法系国家、地区,为确定当事人主张的实体权利应否得到支持,法院必须查明与这种实体权利相对应的实体要件事实是否存在,只有在这样的事实调查的基础上,才能对当事人的诉讼请求作出最终的判定。这样,事实调查与解明就与民事目的的实现密切联系在一起,大陆法系国家、地区的法官就难以具有英美同行的超脱心态了。^③支持发现真实的另一因素是客观的案件事实具有独立于当事人的主张而存在的属性,在大陆法系国家,案件事实和案件发生、发展所留下的证据具有独立于当事人而存在的特征,证据和案件事实的党派性这样的概念,在大陆法系的语境中是不存在的。汤维建教授在概括两大法系司法制度中案件事实之于裁判者的意义时,非常形象地指出,在英美法系案件事实就像汽车所发出的两道永远无法汇聚在一起的光柱,裁判者并不是探寻这两道光柱背后的案件事实,而是确认哪一方当事人主张的事实具有更大的可信性和可接

① 参见李祖军:《民事诉讼目的论》,法律出版社2000年版。

② 江伟、邵明、陈刚:《民事诉权研究》,法律出版社2002年版。

③ 也有学者指出,大陆法系国家也并不是关注发现真实的诉讼目标,而是关注裁判的可接受性基础上促进纠纷的解决。“民事诉讼的目的是解决当事人之间的纠纷,而不必以历史真实为基础……以这些传统观念,法国人,包括法官、律师或当事人对民事诉讼的理解是其主要关注以在普通法视角上可能仅是近似的真实为基础的终结纠纷。” Kevin M. Clermont & Emily Shervin. A Comparative View of Standards of Proof. The American Journal of Comparative Law. Vol. 50. No. 2. 2002. p. 270.



受性；而在大陆法系国家，案件事实表现为独立于当事人之外的更加笼统的事实之光，相对于这样的中立的事实，当事人各方对案件事实的主张和陈述并没有最终的决定意义。在这样的背景下，证明案件事实的证据对当事人而言，不具有为一方当事人独享的特征，它们在证明案件事实或者削弱对案件事实的证明方面，与其说是针对的当事人的主张，不如说是直接针对中立的案件事实。大陆法系国家也从来没有遭遇过英美的“敌意证人”所遭遇的尴尬，在英美法系国家、地区，证人为当事人传唤，当事人传唤的证人是自己本方的证人。如果在交叉询问中，该证人的证言对传唤方不利，此时的证人就成为传唤者的“敌意证人”。该“敌意证人”不能自动地转化为对方当事人证人，除非经过对方当事人的同意。

两大法系不同的案件事实观也与这些国家占主导地位的哲学思想密不可分。12世纪以后的中世纪经院哲学在欧洲是按照两个完全不同的方向发展的，其一是欧洲大陆的理性主义哲学；其二是英伦半岛上的经验主义。大陆理性主义的发展最终表现为对人的认识能力的充分自信，而经验主义则最终导致了认识论上的怀疑主义和不可知论。培根甚至断言：“决不能给理性加上翅膀，毋宁给其挂上重的东西，使它不会跳跃和飞翔。”卡特在反对法典编撰时表达了对裁判者认识案件事实的深刻怀疑。“科学仅仅是对事实的整理和分类，具体案件的实际判决就是事实。它们只有在进入存在以后，才能被观察和分类，例如在判决作出后这样做。”^① 培根同时指出，人类的主观活动常常为外在的事物抹上面纱，并使认识成为不可能。人的认识所给的假象主要包括：种族假象，把人所有的本性加于客观世界上；洞穴假象，把主观偏好加于客观世界；市场假象，把虚构的或含混不清的词语加于客观世界；剧场假象，盲目崇拜而造成的错误。^②

必须注意，发现真实的诉讼目的观直接导致的结果是证据的中立性，但还没有导致证据必须具有客观性的认识或者观点。证据的中立性作为党派性的对立概念，仅仅意味着证据具有不受当事人各方的价值判断和利益判断影响的属性，并不是说证据必须是客观的。确实，在大陆法系没有任何一个国

① 转引自莱曼：《反对法典编纂的历史学派，萨维尼、卡特和纽约民法典的失败》，载《美国比较法杂志》1990年秋季号，第37卷，第34页。

② 转引自徐国栋：《民法基本原则解释》，中国政法大学出版社1992年版，第203页。