

刑事法律 理论研究与探索

XINGSHIFALULILUNYANJIU
YUTANSUO

赵莉/主编

沈阳出版社

刑事法律

理论研究与探索

XINGSHIFALULILUNYANJIU
YUTANSUO

赵莉/主编

图书在版编目 (C I P) 数据

刑事法律理论研究与探索 / 赵莉主编. — 沈阳: 沈阳出版社, 2009.9

ISBN 978-7-5441-3936-6

I. 刑… II. 赵… III. 刑法 - 中国 - 文集 IV.
D924.04-53

中国版本图书馆CIP数据核字 (2009) 第 130412 号

出版者: 沈阳出版社

(地址: 沈阳市沈河区南翰林路 10 号 邮编: 110011)

印刷者: 沈阳市政二公司印刷厂

发行者: 沈阳出版社

幅面尺寸: 160mm × 230mm

印 张: 14.625

字 数: 320 千字

出版时间: 2009 年 9 月第 1 版

印刷时间: 2009 年 9 月第 1 次印刷

责任编辑: 王 莉

封面设计: 杜 江

责任校对: 赵 欣

责任监印: 杨 旭

书 号: ISBN 978-7-5441-3936-6

定 价: 25.00 元

联系电话: 024-24112447

邮购热线: 024-62564935

E-mail: sysfax_cn@sina.com

前 言

检察理论研究是检察工作的基础工程，是提高检察人员法律监督能力、实现检察队伍专业化建设的重要途径。多年来，本溪市南芬区人民检察院全体干警在检察实践中孜孜不倦地钻研法学理论知识，汲取法学理论精华，结合检察工作的特点和实践，撰写了大量的检察理论文章，取得了丰硕的理论研究成果。有多篇文章在国家、省级法学理论期刊上发表，有百余篇论文在省级以上法学研讨会上交流获奖。随着全院检察理论研究热度的持续上升和研究氛围的逐渐形成，检察理论研究已成为全院干警高度认可并拥有较高学界声誉的品牌活动，也成为我院检察队伍建设的重要组成部分。

2009年中央部署开展深入学习实践科学发展观活动，我院干警积极投身学习实践活动，以提高政治素质为基础，以提高法律监督能力为目标，集中学习，深入研究，紧密结合检察工作特点开展检察理论研究，撰写出一批质量较高的理论研究成果文章。

为总结我院近年来检察理论研究工作所取得的优秀成果、进一步深化理论研究、有效提高法律监督能力，我们将精选出的优秀检察理论文章汇编成集，以供大家交流参考。

同时，谨以此书向伟大的中华人民共和国的六十华诞献礼。

本书编委会
2009年6月

《刑事法律理论研究与探索》编委会

主 编 赵 莉

主 任 朱尚春

副 主 任 马忠伟

执行主编 李焕中

编 委 (以姓氏笔画为序)

张立顺 周庆华 董建辉 尹忠波

冷金坪 杨晓琳 谭 伟 韩 冲

目 录

简 介	1
前 言	1
论证据调查学的相关问题	孟令芳 1
浅谈民事证据规则的理论透视与制度建构	张星刚 5
举证责任倒置的研究	王晓明 12
如何收集固定好贪污贿赂案的犯罪证据	张明华 17
电子证据的法律定位及收集	张明华 21
论中国电子证据的法律障碍	张会星 28
缺席审判中证据认定应慎重	尹忠波 35
初探刑事诉讼中的证人资格问题	董建辉 39
刑事证人拒证的法律思考	冷金坪 45
职务犯罪“零口供”案件的证据规则	朱尚春 52
对我国刑事证据收集规则的反思	马忠伟 56
对我国证据学的再认识	王 瑜 63
论非法证据排除法则	张明华 68
论民事诉讼中的证据	任武光 75
辩护性证言材料的分析与鉴别	刘凌江 83
证据相关性的逻辑研究	张明华 88
法律推理的问题	金海珠 92
职务犯罪产生的原因及特点	王 瑜 100
宽严相济：刑事政策司法实现中的一些思考和探索	王 瑜 105
贯彻宽严相济的刑事政策促进社会主义和谐社会建设	韩 冲 109
法律推理与法律适用	杨晓琳 113
法律推理与司法独立	尹忠波 121
证据法学基本问题之反思	李 新 130
为构建社会主义和谐社会打造优质法制环境	冷金坪 135
科学发展观与法律发展	冷金坪 142

社会中心群体与边缘群体以及社会中间层的分析	周庆华 146
完善宽严相济的刑事司法政策	刘凌江 153
宽严相济刑事司法政策研究	金海珠 158
宽严相济的刑事政策研究	杨晓琳 173
毒品犯罪案件证据应用若干问题研究	张星刚 186
试论东部毒品犯罪与西部毒品犯罪之比较	张会星 196
毒品犯罪中的几个问题的研究	金海珠 203
农民社会心理失衡与犯罪问题	王晓明 209
检察院如何在新农村建设中预防涉农职务犯罪	孟令芳 214
对职务犯罪嫌疑人反侦查活动心理、成因的探讨及对策 ...	冷金坪 218
检察机关如何做好新形势下的预防职务犯罪工作	尹忠波 223

论证据调查学的相关问题

孟令芳

证据在诉讼中占有极高的比重，原因无二，只因证据是查明案件事实及真相的主要来源，法院的审判通过对证据的调查、审查，经过庭审举证、质证，将证据套上法律的外衣，使之合法化，因此研究证据调查的问题也就显得尤为重要。

证据是查明案件事实的依据。证据调查是与证据的发现、收集、评断和使用有关的各种调查活动的总称，是法律工作者和执法人员为查明和证明案件事实而进行的专门调查活动。在我国的法律体系中，证据法相对比较落后，因此司法人员和律师在收集和使用证据时往往有随意性，甚至有忽略证据规则和轻视证据调查的倾向。无论是法官、检察官、律师、警察，还是其他执法人员，都应该重视证据调查工作，加强证据意识，提高执法的科学性。

一、证据调查学的缘起

证据调查学是研究证据调查方法、规则和规律的学科。由于证据调查普遍地存在于各种司法活动和执行活动之中，所以证据调查学是一门应用范围广的综合性学科。它不仅适用于刑事案件，也适用于民事案件、经济案件和行政诉讼案件。它不仅适用于侦查人员的工作，也适用于审判人员、检察人员、律师及其他执法人员的工作。然而，由于我国具有“重刑轻民”的法律文化传统，所以长期以来只注重研究刑事案件中的证据调查，而且多从侦查破案的角度加以研究。至于民事案件、经济案件、行政诉讼案件中的证据调查问题和刑事案件中辩护律师的证据调查问题则一直未得到应有的重视。

二、证据调查学的研究对象

一门学科的建立必须以其具有相对独立性的研究对象为基础。证据调查学的研究对象包括以下三个方面的内容：

1. 证据调查的方法。

证据调查学是在总结证据调查实践经验的基础上形成的科学体系,因此研究证据调查方法必须从证据调查的实践经验出发。证据调查活动存在于一切案件的诉讼过程之中。无论是刑事案件、民事案件、经济纠纷案件还是行政诉讼案件,都离不开证据调查活动。而且,证据调查的主体具有多样性。不仅公安机关和检察机关的侦查人员要进行证据调查,审判人员、公诉人员和律师也要进行证据调查。此外,公证、仲裁、内保、纪检、监察、海关、工商、税务等人员在其相关的工作中也要进行证据调查。虽然不同案件中的证据调查方式和重点有所不同,虽然不同主体的证据调查活动各有一定的特殊性,但是它们在基本方法上有着本质的共性。正是这种共性或内在的统一性使它们共同组成了证据调查学的研究对象。由此可见,证据调查学既要研究各种证据调查活动的一般方法,也要研究各类案件中证据调查活动和各类主体证据调查活动的特殊方法。

2. 证据调查的规则。

证据调查是司法活动或执法活动的组成部分,是以实现有关法律任务为目的,其行为必须遵守有关法律的规定。因此证据调查学要研究这些法律规定,而这些法律规定也就是证据调查必须遵守的规则。作为证据调查学研究对象的法律规则主要有三种情况:一是有关程序的法律规定,如《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》、《行政诉讼法》、《仲裁法》等法律中有关证据调查的规定;二是有关主体的法律规定,如《法官法》、《检察官法》、《律师法》等法律中有关职业行为规范的内容;三是有关各种行政执法活动的法律规定,如《行政处罚法》、《治安管理处罚条例》、《海关法行政处罚实施细则》、《税收征收管理法》等法规中有关调查取证的内容。此外,每一种具体的证据调查措施或方法也有其必须遵循的规则,如询问证人的规则、现场勘查的规则、物证鉴定的规则等,这些也是证据调查学必须研究的内容。

3. 证据调查的规律。

证据调查学必须在全面总结证据调查实践经验的基础上探索这种调查活动的规律。证据调查的规律也具有多层次性,既包括一般认识方法和思维活动的规律,也包括具体调查措施的运作规律,还包括各种调查活动的特有规律等。准确地揭示证据调查活动的各种规律,并在此基础

上创建相应的理论体系，这正是证据调查学的根本任务。

三、证据调查学的体系

一门学科的内容是由这门学科的研究对象所决定的。笔者认为证据调查学的内容体系应包括以下四个部分：①证据调查原理：包括证据调查的概念、方法和原则；证据调查学的对象和体系；证据调查方法的历史沿革；证据的性质和种类；证明的对象和程度；证据调查的思维方法等。②证据调查步骤：包括证据调查的一般途径和基本步骤；如何分析已知本证和反证的内容及可信度；如何确定待查问题并提出假设性推论；如何收集新证据；如何评断和使用证据等。③证据调查方法：包括证据调查的一般方法和基本原则；人证调查方法；物证调查方法；书证调查方法；视听证据调查方法；科学鉴定方法等。④证据调查实务：包括证据调查的技能和策略；不同主体的证据调查实务；不同案件的证据调查特点等。

四、证据调查学与相关学科的关系

证据调查学是法学体系中一门综合性应用学科。它与其他部门法学之间既有联系又有区别。首先，证据调查学服务于刑法、民法、经济法等实体法学。证据调查学既不研究犯罪与刑罚，也不研究民事和经济法律关系，但是刑事被告人的定罪量刑和确定某种民事或经济法律关系的发生、变更、消灭，都必须以一定事实为依据，而认定这些事实都必须通过证据，都离不开证据调查活动。证据调查学研究证据调查的方法、规则和规律，为实现各实体法学的任务提供了保障。其次，证据调查学从属于刑事诉讼法、民事诉讼法、行政诉讼法等程序法学或诉讼法学。诉讼法学研究各种诉讼活动的原则、制度和程序，探索诉讼活动的规律，其中当然包括收集证据的程序和使用证据的规则。证据调查学研究证据调查的规则必须以上述法律规则为前提。但是，证据调查学不仅要研究上述法律规则，而且要研究具体调查措施的操作规则。另外，诉讼法学并不研究证据调查的具体方法和规律，而这正是证据调查学研究的主要内容。从某种意义上讲，证据调查学是诉讼法学中有关内容的延伸和补充。第三，证据调查学与证据学和物证技术学是姊妹学科。这三门学科都是以证据为研究对象的，而且都服务于刑法、民法、经济法等实体法学，并跨越刑事诉讼法、民事诉讼法、行政诉讼法等程序法学的领域。不过，这三门学科研究证据的角度有所不同。证据学研究的是在诉

讼中运用证据的法律制度和法律规范；物证技术学研究的是发现物证、识别物证、记录物证、提取物证、检验和鉴定物证的科学技术方法；而证据调查学研究的是与证据的发现、收集、评断和使用有关的各种调查方法和规律。换言之，证据学是从法律的角度研究证据；物证技术学是从科学技术的角度研究证据；而证据调查学是从调查方法的角度研究证据。三者之间既有联系，又有区别，是相辅相成的。第四，证据调查学与犯罪侦查学是联系紧密且内容交叉的近邻学科。犯罪侦查学和证据调查学都要研究查明案情和收集证据的方法和手段，但是前者仅适用于刑事案件之中，后者还适用于民事案件、经济纠纷案件和行政诉讼案件之中。即使在刑事案件之中，二者研究的角度和重点也有所不同。犯罪侦查学主要研究侦查人员的调查活动，它侧重的是揭露犯罪和打击犯罪的作用。证据调查学既研究侦查人员的调查活动，也研究辩护律师的调查活动，它强调的是查明案件事实和证明案件事实的准确性和公正性。虽然大多数犯罪侦查措施和手段都属于证据调查的范畴，但是侦查机关为缉查案犯而采取的一些隐蔽手段和强制措施就不是证据调查学要研究的对象。

浅谈民事证据规则的理论透视与制度建构

张星刚

证据规则是在诉讼证明过程中关于证据资料可以作为诉讼证据以证明案件事实并加以提出、收集和运用的原则及规范。证据规则的存在及其内容受诉讼结构的制约,由于诉讼证明过程中存在利益价值的冲突及证据和事实认定上的矛盾等原因,如果不确立为某一诉讼结构所需要的一定的证据规则,将难以保证诉讼的效率和對案件事实的正确认定。大陆法系和英美法系的诉讼模式差异导致其在自由证明与法定证明的证明方式和证据规则的建制上利弊互见。本文拟从两大法系证据规则的历史演进角度把握其历史的脉搏,深入探寻其内在机理,并对我国民事证据规则建构的进度、目标及方式做尝试性的分析与探讨。

一、大陆法系与英美法系的分化与趋同

人类历史在诉讼证明领域,经历了完全无规则的神示证据制度、完全依赖规则的法定证据制度、排斥规则的自由心证证据制度、相对有规则限制的英美法系证据制度和基于自由心证主义而又规定一定规则的证据制度。伴随着“神明裁判”逐渐隐退历史舞台和理性司法证明方式的萌生,欧洲大陆和英格兰的审判实践也开始分道扬镳。前者实行了所谓的“纠问式”诉讼制度,后者则形成以陪审制度为核心的“对抗式”诉讼制度。19世纪之前,在欧洲大陆国家由于人们对作为封建专制集权的奴仆的法官极端不信任,设置种种规则来限制法官在审判过程中的裁量范围,而逐渐形成了与英美法系国家大相径庭的以缺少制约机制的证据调查和缺少灵活性的证据评价为特点的法定证据制度。在英国为了适应陪审审判的要求,避免陪审员的偏见、预断,并为了保护被告人的权利,加之18世纪和19世纪判例法的发展,形成了对证据可采性和判断证据证明力等一系列证据规则。这种证据规则既适用于平衡法院的审

判,又适用于在陪审制衰落之后的法官的审判。中国台湾学者陈朴生称英美法系国家实行的证据制度为实质的法定证据主义,将法国革命以前的证据制度称为形式的法定证据主义。因为,英美法系的证据规则并不对证据的证明力、审查判断证据做形式主义的全面规定,而主要是从证据的可采性和举证责任的角度做出规定。大陆法系法定证据制度的主要特点是以对各种证据的证明力和判断证据规则之法律预先规定作为审查判断证据的绝对性依据。也就是说,英美法系证据制度的证据规则主要是对证据能力的限制,而法定证据制度则是对证据证明力判断的具体规定。在19世纪下半期以后,把法官塑造成机械性评价证据的“自动天平”的法定证据制度因社会的全面变革而被抛弃,并且随着法国大革命时期拿破仑法典所确立的新型诉讼模式的推广和英国陪审团审判模式对欧洲大陆的渗透,以及法官素质的提高,社会环境的改善,人们放松了对法官审查证据上的制约,对证据的证明力不再由法律事先规定,法官和陪审员在审判中可以运用自己具有的“人类普遍认知能力”来自由评断具体案件中各种证据的证明力,这就是在近代大陆法系国家的证据制度中居核心地位的“自由心证”制度的起源。从某种意义上讲,这是从“定量分析”的证据评价制度向“定性分析”的证据评价制度的转化。在前一种制度下,任何东西都可以被采用为证据,但是只有固定的证明价值。在后一种制度下,每一种被采用的证据的证明价值是不固定的,要根据具体案情的情况由陪审团或法官自由评断。可是,与英美法系证据制度对证据能力有很多规则限制不同,自由心证主义就其本意来说是排斥证据规则的。这种为消除法定证据制度的影响而赋予法官极大的自由裁量权来决定证据的取舍和判断又不免有矫枉过正之嫌的自由心证证据制度,在近代的发展过程中已经逐步地借鉴英美法系的证据制度,吸收了许多较为重要的证据规则。因而,当今世界的英美法系和大陆法系的证据制度都有程度不等的证据规则的限制。

二、当事人主义与职权主义的差异与融通

两大法系的诉讼模式对其证据规则的内容及其设置的动因有着极其深刻的影响,反映出不同的诉讼机理。同时,随着两大法系诉讼模式选择的趋同,其证据规则又相互借鉴。首先,在内容上,西方国家证据规则突出地表现为对证据的关联性和可采性这两大属性的立法限制。就关联性而言,可分为调查前限定调查范围的证据能力关联性和调查后限定

判断范围的证明力关联性两种。英美法系因采用当事人处分权主义，并因为陪审裁判的政策上的理由，对于某种事实的立证规定须有某种关联性，缺乏关联性的证据，即欠缺证据能力，排除其进入调查程序。可见，受证据可采性的限制，难免有排斥有用资料的弊端。大陆法系采用职权主义，对于证据能力限制较宽，又不认为当事人享有处分权，因此，其证据是否与待证事实具有关联性，所采用标准也较宽泛。凡法院认为与待证事实有关联的证据，均应加以调查。至于是否与待证事实确有关联性，其证明力如何，属于证据评价的问题。因此，英美法系重在证据能力的关联性，而大陆法系则重在证明力的关联性。就证据的可采性而言，英美法系基于证据价值与实务上政策的要求，按证据可采性的理论加以处理。为防止陪审团成员先入为主，或受社会舆论的影响，或误用推理的经验规则，或迷于被告的社会地位和经历，或惑于被告的巧辩，致有偏见或涉及感情或专断之弊就可以使用为证据的范围加以限制，即就证据可采性设置严格的规则，以保障证据的证明力。英美法系重在证据能力，必具有可采性的证据，方有合理的证明力，才能合理推断待证事实的存在与否。为求证据具有合理的证明力，对于证据的能力，以法律加以限制。大陆法系采用职权主义，重在调查证据程序，对于证据能力很少加以限制。因此，证据应经直接调查，形成正确的心证，才能判断其证明力。如未经合法调查，无法发现证据的态度以形成正确的心证，不得据此作为认定事实的资料。

由此可见，证据是否足为严格的证明的资料，英美法系从其是否具有法律要求的证据能力以求其解决，认定自由的证明的事实，并不以具有严格能力为必要；而大陆法系则以应否经调查程序为准，认定自由的证明的事实，并不以经严格的调查程序为必要。大陆法系为发挥职权主义的效能，对于证据能力很少加以限制，凡可为证据的资料，均具有理论上的证据能力。其次，从设置的动因来看，西方国家证据规则主要基于事实认定或实现特定政策的考虑。英美法系证据规则的产生与发展与其陪审制度密切相关。在英美陪审制中，陪审员是从普通民众中挑选而来，而且是一次性地参与案件的审理，因此与职业法官审理案件相比往往缺少应有的鉴别能力和沉着冷静。“鉴于陪审员对于证据之评价，不甚熟悉，自应由经验丰富的裁判官加以说示，而其说示，又不能无一定之标准，乃设有排除规则以限制无关联性之证据、偏颇之证言、虚伪之

证言或足致陪审员因本身之感情与同情之偏见易于发生错误之证据，提出于法庭，使陪审员仅得凭其合理性且富有安全性证明力之证据而为合理之判断。”因此英美法系对证据资格设置证据规则的初衷主要是基于对事实认定的考虑。由于两大法系决定事实认定的因素不同，为了保障事实认定的准确性，所倚重的制度设计也必然存在一定的差异。英美法系采当事人主义，提出证据并揭示其证明价值是当事人的责任，裁判者只能依据当事人提出的证据认定事实，当事人的举证活动对诉讼结果有着决定性的作用。当事人举证的随意性和偏向性既容易拖延诉讼，降低效率，又容易模糊讼争要点，造成真伪难辨。因此，为了保障陪审团认定事实的客观性，必须对当事人的可资运用的证据范围予以必要的限制。大陆法系采职权主义，证据调查是法官的职责之一，当事人虽然有权提出证据并要求调查质证，但是，是否允许的决定权在于法官；更重要的是，为了查明事实真相，法官甚至可以超出当事人所举的证据，另行收集证据。在大陆法系国家中，证据制度首先是为专业法律工作者设立的，后来又因为陪审团的介入而发生了变化。我国自上世纪80年代后期开始的民事审判方式改革取得了阶段性成果，并仍在深入持久地进行，改革的基本目标是要将职权主义的审判方式转换为当事人主义的审判方式，或更确切地说，适当吸收当事人主义的因素以改善我国传统的诉讼模式。在职权主义审判中，由于法官基本上包揽了调查收集证据和审查核实证据的工作，加之法官认知证据的能力受到高度的信赖，因此无须用完备的证据规则来规范法官的行为。可见，辩论式诉讼内在地需要细致而完善的证据规则。

三、法定证明与自由证明的融合与分野

奉行以当事人主义程序模式为主的英美法系国家在立法上设置了细密而较完备的证据可采性规则，对可使用证据的范围予以严加限制；大陆法系则奉行以职权主义为主的程序模式，其诉讼证据主要由法官加以评断，对诉讼证据的限制性规定较少，在一定范围内，可以说基本上没有什么限制，凡可以作为诉讼证据的事实和材料，除立法有明确限定外，都具有诉讼证据能力。不过，就当前的证据制度而言，虽然英美法系国家的法律有很多具体甚至繁冗的证据规则，但是其在评断证据价值上仍然给予法官和陪审团很大的自由裁量权；另一方面，以法国为代表的大陆法系国家虽然保持着“自由心证”的传统，但是也在不断地吸

收英美法系证据制度的优点,采用了诸如证据排除规则等法定证明模式的内容,而且在法律上也作出了一些对法官“自由心证”的限制性规定。由此可见,法定证明与自由证明的融合代表了当今世界各国证据制度的发展趋势。由于受大陆法系国家的相当大的影响,就司法证明模式而言,我国现行的证据法律制度基本上属于自由证明的范畴,司法人员在运用证据认定案件事实时享有很大的自由裁量权。我国现行的证据法律制度既不像英美法系那样为限制和约束法官在认定证据上的自由取舍而设置严密详尽的证据规则及其例外规定,又不像大陆法系从证据方法的角度较为详细而严格地制定出作为法官心证基础的程序性规定,而是以粗线条的方式在大框架范围内制定了若干证据规则,并在此基础上赋予法官极大的自由裁量权。因此,我国证据规则的立法进度应顺应证据制度发展的现代化趋势,在保持和发扬大陆法系在立法技术上的传统优势的基础上,大胆吸收英美法系国家在长期判例法实务和司法习惯中积累的一些成文规则的立法技巧,而采法定证明与自由证明相结合的司法证明模式,既对法官收集证据和判断证据形成合理有效的制约,又要赋予其适当的自由裁量权。

四、公正与效率的协调与平衡

英美法系设定的一套层序分明的证据规则,尽量缩减法官裁酌衡量的余地,这在一定程度上有助于限制法官的任意取舍和主观专横,但不利于发现事实真实。大陆法系所采取的自由心证证明模式,其弊端是由于法官往往见解各异,对同一证据在取舍上难以避免各种偏差,或者运用不当,易使法官滋生主观专横,但优点是易于发现事实的真实。同时英美法系细密甚至繁冗的证据规则虽然在一定程度上起到明确争点的作用,但对程序公正的绝对化追求可能使案件审判旷日持久,招致诉讼效率的低下。大陆法系对实体公正的绝对化追求导致法官查证范围过宽、期限过长,同样也会造成效率低下的问题。正是这种对待证据规则的互见长短的态度,为求得程序公正和实体公正的平衡,公正与效率的协调,促进了两大法系对证据规则的相互吸收。英美法系国家逐渐放松对法官裁量的严格限制,法官在证据可采性问题上的权力不断扩大。诚如李学灯先生指出,对于证据能力有若干的限制,不仅为英美法系证据法上所为,但其关于采纳证据,独有许多各种不予采纳或排除规则,实为证据法的特色。本世纪以来的趋势为逐渐放宽限制,而加重法官的裁量

权,以使得可自由采纳原非属于容许的证据。大陆法系在强调法官裁量权的传统上,开始通过立法确立了一定数量的规则,促进了证据资格的法定化。这种截然相反的发展方向,缩小了两大法系在证据资格问题上的差别,并逐渐形成了一些为多数国家所共认的证据规则。

长期以来,由于我国证据规则在规模上和严密程度上严重不足,因而不足以抑制或制约法官的自由裁量,在审判实践中法官对证据调查的权力大,可以说在客观上严重匮乏程序保障机制的情况下,会造成司法裁量权的滥用,导致司法不公;又因为法官对证据调查的范围宽、程度广、周期长而丧失司法效率。因此,一方面要引入严格证明以加大对证据能力的法律规制和对司法证明的程序控制,另一方面在观念上勇敢承认和实务中继续大胆实行自由证明,以提高诉讼效率,节俭诉讼成本。

五、法定形式与法定程序的整合与衔接

证据规则是行为证据法的一个重要组成部分,是指在诉讼中与证据有关的具有可操作性的程序性规则,其核心内容是证据的可采性问题或者说证据能力问题。大陆法系有关证据可采性的证据规则主要是关于证据种类的规范,如有关文书证据的采用、作为科学侦查方法的结果、言词供证的心理分析研究等作为证据采用的规范。英美法系在学理上一般认为证据规则的内容限于证据的可采性,而且其特色是包括容许规则和排除规则两个方面。美国《联邦证据规则》规定证据可采性时,因证据的种类不同而分别设章节规定。美国学者华尔兹认为证据规则的全部内容就是证据的真实性、相关性和合法性。我国学者何家弘在分析英国证据规则的历史沿革时指出,英国的证据规则主要包括文书证据规则和口头证据规则两部分。可见,证据规则从其证据形式上看包括文书证据规则和口头证据规则;从其规范结构上看包括容许规则和排除规则;从其内容上看包括证据的真实性、相关性(或关联性)和合法性(或可采性)等证据属性的衡量标准和确证程序。我国《民事诉讼法》和司法解释上存在一些证据规则,如《民事诉讼法》第六十三条所规定的证据种类,《民事诉讼法》第六十六条中规定“证据应当在法庭上出示,并由当事人互相质证”,要求证据材料在形式上和程序上必须具有合法性才能被采纳为证据等。总体来看,我国《民事诉讼法》没有像大陆法系国家那样直接规定证据方法,仅对证据的可采性范围做了较为明确的规定,也没有像英美证据法那样有许多排除规则,同时我国的证据规