

法
学
论
文
选
萃

证据法论文选萃

ZHENG JU FA LUN WEN XUAN CUI

中国法制出版社

证据法论文选萃

中国法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

证据法论文选萃/中国法制出版社编. —北京:中国法制出版社, 2005.1

ISBN 7-80182-415-6

I. 证… II. 中… III. 证据法-中国-文集

IV. 923.14-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 108094 号

证据法论文选萃

ZHENGJUFALUNWENXUANCUI

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/880×1230毫米 32

印张/20.75 字数/646千

版次/2005年1月第1版

2005年1月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80182-415-6/D·1381

定价:35.00元

北京西单横二条2号 邮政编码 100031

传真:66070041

网 址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话:66012216

编辑部电话:66078158

读者俱乐部电话:66026596

邮购部电话:66033288

编辑说明

1. 随着我国法学研究和法学教育的蓬勃发展,为满足法律人士、政法院校师生研习法学所需,我社选编了《法学论文选萃》丛书。本丛书从洋洋数万篇论文中取其精华,分门别类,编辑成册。

2. 所收论文概以作品本身的学术影响作为唯一入选标准,其内容或对法学争论有独到见解,或对法律新问题有创见,或对现行法律有精辟剖析,或介绍外国立法例和学理,而不论作者的年龄、地域、职业和身份。

3. 为努力避免由于编者的立场或利害关系所致消极影响,选编工作均由中国法制出版社专业编辑担纲,经征求多方意见并反复斟酌完成。

4. 各选辑论文的编排,力图按其探讨主题,依照各部门法的法条或教科书的章节顺序分列,不考虑论文发表的时间,概不涉及作者的辈名。

5. 各篇论文均在其题目之下对作者的简历和主要学术成果略作介绍,并在文末注明论文出处,供读者进一步查考。

6. 除作者已故或极少数作者难以取得联系之外,论文均已获得作者授权。本社将严格按照有关规定支付稿酬。

7. 因所收论文原载期刊对论文注释要求不一,为尊重作者文风、保持文章原貌,本丛书对论文注释不做统一规范要求。

8. 丛书分《法理学论文选萃》、《宪法与行政法论文选萃》、《民法总则论文选萃》、《物权法论文选萃》、《债法论文选萃》、《侵权行为法论文选萃》、《商法论文选萃》、《民事程序法论文选萃》、《经济法论文选萃》、《刑法论文选萃》、《刑事诉讼法论文选萃》和《证据法论文选萃》，计 12 种。

9. 丛书或因资料搜集不全，或因编者学识经验不足，疏漏之处在所难免，敬请作者和读者见谅。

中国法制出版社

2004 年 12 月

目 录

证据的概念和意义	陈一云(1)
论相关性.....	[美]乔恩·R·华尔兹(13)
证据能力	陈朴生(台)(30)
关于证据属性的若干思考和讨论	
——以证据的客观性为中心	汤维建(65)
关于自由心证原则历史和现状的比较法研究	
——刑事诉讼中发现案件真相与抑制	
主观随意性的问题	王亚新(91)
诉讼证明的中国传统模式初探	郑 禄(136)
诉讼中证明责任探讨	严 端(149)
证明责任概念辨析	陈 刚(157)
刑事证明责任的分配与转移	卞建林(173)
举证责任之分配	陈荣宗(台)(219)
推定对举证责任分担的影响	叶自强(289)
刑事证据制度与认识论	
——兼与误区论、法律真实论、相对	
真实论商榷	陈光中(304)
客观真实管见	
——兼论刑事诉讼证明标准	樊崇义(327)

论司法证明的目的和标准

- 兼论司法证明的基本概念和范畴 何家弘(338)
- 证据法理论基础的反思与重构 陈瑞华(361)
- 证明标准建构的乌托邦 张卫平(378)
- 论民事证据法的目的 李 浩(394)
- 从认识相对主义到诉讼的游戏化 张建伟(428)
- 一个谬误、两句废话、三种学说
- 对案件事实及证据的哲学、历史学
- 分析 王敏远(454)
- 证据取得与调查的思维 柯耀程(台)(533)
- 论非法证据运用中的价值冲突与选择 宋英辉(566)
- 刑事证据立法方向的转变 汪建成(575)
- 拒绝证言权 李学灯(台)(605)
- 论合同法上的证据规范 肖建国(638)

证据的概念和意义

陈一云

作者简介

简历

1925年出生,四川华蓥人。1948年毕业于原北平朝阳法学院后,入华北大学学习。1948—1950年在华北大学工作,1950—1973年在中国人民大学法律系任教,1973—1978年在北京大学法律系任教。1978年以后在中国人民大学任教,历任讲师、副教授、教授。1992年受聘为中央检察官管理学院教授。

主要学术成果

《刑事诉讼法讲义》,中国人民大学出版社1981年版。

《证据学》,群众出版社1983年版。

《刑事诉讼法学教学指导书》,中央广播电视大学出版社1986年版。

《刑事诉讼法学》,北京大学出版社1989年版。

《证据学》,中国人民大学出版社1991年第一版、中国人民大学出版社2000年第二版。

《刑事诉讼原理与实务》,北京大学出版社1997年版。

目 次

一、证据的概念

三、证据的意义

二、证据的“法律性”或“合法性”问题

一、证据的概念

什么是诉讼证据？这个诉讼实践和诉讼理论中十分重要的问题，在现代各国立法上，除蒙古、前苏联等少数国家外，一般都没有明确规定；在古今中外的法学著作中，历来众说纷纭，有各种各样的定义，分别从不同方面阐明其特征，以便揭示诉讼证据这一概念的内涵，揭示这一概念所反映的对象的本质。

我国《刑事诉讼法》第42条第1款规定：“证明案件真实情况的一切事实，都是证据。”这是立法上对刑事诉讼中的证据所下的定义。它概括了诉讼证据的基本特征，反映了它的本质属性，是科学的。我们认为，上述规定也符合民事诉讼和行政诉讼中的证据，因为它们都是在诉讼过程中可用以证明案件真实情况的，其本质是相同的。

根据上述规定，诉讼证据有以下两个基本特征：

(1)它是确实存在的事实，而非猜测和虚假的东西。司法机关办理刑事、民事和行政案件所要查明的事实，在其发生、发展过程中，作用于现场和周围环境，常常会留下痕迹、物品，引起场所的变化，为在场人耳闻目睹，有所感知。司法机关办理案件时，必须借助这些痕迹、物品和了解案件情况的人所作的陈述，来认识案件的事实真相，也就是要将它们用作证据来证明案件事实。这些因犯罪活动、民事活动和违反行政法律、法规的行为等所造成的证据，都是确实存在的事实，是不依司法人员的主观意志为转移的客观存在。所有的痕迹、物品、文件等实物证据，固然是客观存在的事实。案件事实为当事人亲自实施和经历，为在场人所了解，因而可以用言辞陈述出来，也同样是确确实实的事实，是客观现实中已发生的。从另一种情况来说，否定自己实施了犯罪行为或者民事违法行为的当事人所提出的证据，如受到刑事追究的被告人，认为自己没有时间实施被指控的罪行，

并提出在外地住宿所交宿费的收据为证,也只有 in 查明确系事实的时候,才能成为证据。据上所述,在诉讼过程中能够成为证据的,都必须是确实的事实,是客观存在的东西。反之,任何猜测、幻想、梦境、迷信和虚构,皆非客观事实,都不能成为诉讼证据。证据的这个基本特征,是证据的首要本质属性,一般称为证据的客观性。

在资本主义国家的证据学说中,对证据是事实的问题,也有明确肯定的。例如,英国著名法学家边沁认为,“在最广泛的意义上把证据假定作为一种真实的事实,把它看做是一种成为相信另一种事实存在或不存在的理由的当然事实”^①。《牛津法律大辞典》对证据一词解释为:“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。”^② 边沁所下的定义,“把证据假定作为一种真实的事实”,这种“假定”既是未予核实的假设,也就不可能肯定为“真实的事实”,因此,他所讲的事实就具有不确定性。《牛津法律大辞典》的证据定义,把“事实、从事实中推论出的结果及陈述”予以并列。其中“从事实中推论出的结果”,是指鉴定人的鉴定结论以及从测量、试验或其他检查所发现的事实中推论出的结果;“陈述”则是指证人、当事人向法院或其他调查主体就有关案件的情况所作的叙述。它们实质上仍然是事实。将它们与“事实”并列,虽能表明各种不同证据的差异,但却可使人认为后两者并非事实,因此,其表述是不确切的。

(2)它是同案件事实有着客观联系的事实,而非与后者毫不相关的。可以作为证据的事实,与诉讼中应当予以证明的案件事实,必须存在某种联系,即能够反映一定的案件事实。例如,在一个杀人案件中,勘查犯罪现场时发现被害人和其他人的足迹。现场留有足迹的事实,经判明不是伪造的,就反映了被害人和留有足迹的其他人到过现场,与应予证明的案件事实有联系。如果在距现场较远的人行道上发现的足迹,就不能反映案件情况,是与案件事实没有联系的事实,不能成为证据。这种与案件事实有联系的事实之所以能成为证据,就在于它们反映了案件的真实情况,人们可以根据这种联系来认识案件的事实真相。作为证据的事实与案件事实的联系,也是客观的,不依人们的主观意志为转移。司法人员在办案过程

① [苏]安·扬·维辛斯基:《苏维埃法律上的诉讼证据理论》,267页。

② [英]戴维·M. 沃克编:《牛津法律大辞典》,316页,北京,光明日报出版社,1988。

中,只能如实地反映它们之间的联系,并据以确定证据在证明案件事实中的作用,而不能牵强附会地加以联系。对证据的这一基本特征,在诉讼理论、证据理论中,一般称为证据的相关性或关联性,也有称为证明性的。

证据与案件事实的联系是多种多样,十分复杂的,不仅有因与果、直接与间接之分,而且有内部与外部之别。不管它们之间存在何种联系,都是表明证据反映了一定的案件情节。以刑事诉讼中的证据为例,有的能反映犯罪的目的,有的能反映犯罪人的年龄等身份情况,有的能反映犯罪手段,有的能反映犯罪过程和实施犯罪的环境、条件,有的能反映犯罪后果,等等。这些可用以肯定犯罪事实存在的证据,固然同案件有关联。凡是能够据以否定犯罪事实存在和并非被告人所实施的证据,同样与案件有联系,反映了一定的案件事实。例如,刑事被告人以正当防卫进行辩护,说明他是在受到非法侵害时进行防卫,才将不法侵害者击伤的,并提出某在场的目睹人可以为证。经询问该证人,他陈述了被告人受到不法侵害的情况。这种刑事被告人的辩解和证人提供的证言,可以否定被告人被指控的犯罪事实,也是因为它们同案件事实存在客观联系。在民事诉讼和行政诉讼中可用以否定案件事实的证据,与案件事实同样必须有联系,而不是毫不相关的。

证据同案件事实必须有联系,是证据的一个独立的基本特征或另一种本质属性。它以证据的前一特征为前提,但并不包含在前一特征之中,因其具有特殊的内容。指出证据与案件事实的联系是客观的,只是说明这种联系不依人的主观意志为转移,人们只能如实地去反映这种联系,而不能随意地妄行联系。因此,如果认为证据的相关性“也是证据的客观性”,实际上就把证据的这一重要特征抹煞了,使其失去了独立的意义。

以上两个特征,就是证据这一概念的内涵,是证据本质属性之所在,是证据不同于任何其他事物的质的规定性。凡是在诉讼过程中可以用作认定案件事实根据的证据,都必须同时具备这两个特征。如果缺少其中一个,无论是臆测、虚构,还是与案件毫不相关的事实,都不能成为诉讼证据。

作为证据的同案件事实有联系的各种事实,称为证据事实,都有一定的表现形式,也可以形象地称为“载体”。各种证据事实,可以体现在某种物品上,也可以通过人的叙述反映出来。前者,如能证明准备实施犯罪的证据事实,体现在犯罪分子的笔记中或购置的凶器上;后者,如知道预备犯罪活动的人提供的证言。从另一个角度来说,证据事实为证据的内容,体

现、反映证据事实的“载体”就是证据的形式。所有的证据都是证据事实及其表现形式的统一,当我们谈到证据时,既不能忽视其形式,更不能脱离其内容。对物证、证人证言等证据形式,在证据理论中,有的称为证据材料或证据来源。

我国诉讼法根据证据的表现形式,明确规定了证据的种类。《刑事诉讼法》第42条第2款规定:“证据有下列七种:(一)物证、书证;(二)证人证言;(三)被害人陈述;(四)犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解;(五)鉴定结论;(六)勘验、检查笔录;(七)视听资料。”《民事诉讼法》第63条规定的证据种类有:“(一)书证;(二)物证;(三)视听资料;(四)证人证言;(五)当事人的陈述;(六)鉴定结论;(七)勘验笔录。”《行政诉讼法》第31条规定的证据种类,除将现场笔录与勘验笔录并列作为一种外,与《民事诉讼法》的规定相同。

三个诉讼法规定的证据形式之所以略有不同,主要是由于与案件有直接利害关系而参与刑事诉讼的被害人与犯罪嫌疑人、被告人,其诉讼地位各有特点,不同于民事诉讼和行政诉讼中的当事人,因而应将其各自的陈述单列为一种独立的证据,不能笼统称之为“当事人的陈述”。无论哪一种证据,都必须是内容和形式的统一,即物品或陈述都必须体现、叙述了与案件有联系的客观事实。如果仅有证据形式,而没有与案件相联系的客观事实,就不会有任何证明作用,当然不能成为诉讼证据,不能把它用作定案的根据。

在各国的立法中,对证据形式的规定并不完全相同,例如,在法国的民事诉讼中,法律上规定的证据形式是书证、证词、事实推定、供词与宣誓。而在该国的刑事诉讼中,则不能使用宣誓这种形式。

把诉讼中的证据确定为能够证明案件真实情况的一切事实,并据此指出其具有客观性和关联性两个基本特征,这是否能区别于日常生活、科学研究等领域使用的证据呢?回答是肯定的。首先,诉讼证据只能是事实,而日常生活、科学研究等领域中进行证明的根据,既可以是事实,也可以引用原则、定理等理论论据。其次,诉讼证据所证明的对象,是已经引起诉讼的案件的真实情况,是正确处理案件必须予以查明的事实,而不是别的什么需要论证的论题。因此,那种担心诉讼证据只有上述两个基本特征,尚不能同一般意义上的证据区别开来,再去探求其他并不存在的本质属性,是不必要的,也是无益的。

无论进行刑事诉讼、民事诉讼或者行政诉讼,都是为了正确处理某种

案件。查明案件的真实情况,对案件事实作出结论,是司法人员行使国家赋予的权力的体现,是他们应尽的职责。当事人和第三人、辩护人、诉讼代理人等其他诉讼参加人在诉讼过程中,可以提供证据,参与审查证据,依据证据来论证提出的请求或主张,但无权对案件事实是否得到证明作出有约束力的结论。因此,在给诉讼证据下定义时,也可以把进行证明的重要主体——司法人员表述出来。

综上所述,诉讼证据就是司法人员在诉讼过程中可用以证明案件真实情况的各种事实。

二、证据的“法律性”或 “合法性”问题

我国的法学者,特别是诉讼法学者,对诉讼证据的本质属性,还提出了许多其他见解,其中最为流行的一种观点,是认为诉讼证据还具有“法律性”或者“合法性”,并提出种种论据予以论证。许多学者不同意这种观点,提出了自己的反驳意见。我们赞同后一种观点。由于诉讼证据并不存在什么“法律性”或“合法性”这一本质属性,我们就采取反驳主张证据具有“法律性”或“合法性”的诸论据的方法,来说明他们的观点是不能成立的。

(1)诉讼证据是由国家法律调整的。对于什么可以作证据,诉讼中应予证明的对象,证明的标准,什么人应当承担提供证据的责任以及司法机关收集、审查判断证据应当遵守的原则和方法等,各国的诉讼法和证据法确实都作了规定,这构成了证据制度。

证据制度是一种法律制度,它同证据虽然密不可分,但终究是两个不同的概念,各有不同的内涵。因此,不能因为证据制度是一种法律制度,就据此认为证据具有“法律性”。在现代社会中,法律调整的对象日益扩展,非常广泛,涉及各个领域。例如,我国为了保护和改善生活环境与生态环境,保障人体健康,制定了《环境保护法》;为了保护珍贵、濒危野生动物,保护、发展和合理利用野生动物资源,维护生态平衡,制定了《野生动物保护法》;我国《民法通则》规定,国家所有的森林、山岭、草原、荒地、滩涂、水面等自然资源,可以依法由全民所有制单位使用,也可以依法确定由集体所有制单位使用,国家保护它们的使用、收益的权利;使用单位有管理、保护、合理利用的义务。这些由法律调整的环境、大熊猫和金丝猴等野生动物、

森林、草原等,在阐明它们的概念时,谁也不认为具有“法律性”。为什么诉讼证据为法律所调整,“法律性”就成了它不可缺少的要素呢?很显然,这个论据是不能成立的。

(2)证据是一种法律事实,能引起诉讼法律关系的发生、变更或消灭,是在诉讼程序内最后形成的。这是认为证据具有“法律性”的另一论据。外国的学者也有把法律事实看做证据的,如法国的《拉鲁斯大百科全书》在阐述民事和商事方面的证据时说:“法律事实作为证据,原则上是自由的”。我们认为,证据根本不是法律事实,不能引起诉讼法律关系的发生、变更或消灭。以民事诉讼中的书证为例,当事人订立经济合同采用的书面形式,在进行诉讼时就是书证,它有证明当事人间存在某种权利义务关系的作用,但并不能引起诉讼法律关系的发生、变更或消灭。在诉讼中指定鉴定人进行鉴定时,鉴定人作出鉴定结论后,向司法机关提交鉴定结论的行为,是一种法律事实,因为它表明鉴定人已履行鉴定的义务和可以行使获取报酬的权利,引起了诉讼法律关系的变化。而作为证据的鉴定结论,则只有证明案件事实的作用,不能引起任何诉讼法律关系的发生、变更或消灭,当然不具有法律事实的性质。其他各种证据,同样与诉讼法律关系的发生、变更或消灭无关。

能够证明案件真实情况的证据事实,大都是随案件事实的发生而发生,并不是只有经司法人员收集到,进入诉讼程序以后,才具有诉讼证据的特征。订立合同的当事人,之所以采用书面形式,还不是为了明确其协议内容,以便发生争议时有据可查,有“书”为“证”,不能因为它还未进入诉讼程序,就否定其具有证据的属性。某人在公路上放置可能影响交通运输安全的障碍物,该物就有证明实施违反治安管理行为的作用,就可成为行政诉讼中判明具体行政行为是否合法的依据,当然就不能看成为一般的物,而否定其具有成为“证”的资格。司法人员办理诉讼案件,收集各种证据,是运用证据的一种证明活动,并不是证据必须具备的一个因素。证据与证明虽然紧密相连,但毕竟是不同的概念,各有特定的内涵,不能混淆。

(3)证据必须内容合法、形式合法、收集和认定的人员合法与程序合法。对证据内容必须合法的问题,主张者认为这是指证据事实能够证明案件的真实情况。这本来是证据的证明作用,是证据具有客观性和相关性的结果,并不是证据内容合法的问题。就证据事实而言,有的可以说是合法的,因为它符合法律的规定,是法律所许可的。例如,公民为民事法律行为

采用书面形式的,该文书作为书证时,其中包含的证据事实就是合法的。有些证据事实则不能认为是合法的,相反,还应当说它具有非法性。例如,在某刑事案件中,以煽动颠覆国家政权的标语、传单为证时,正是因为其上书写了煽动颠覆人民民主专政政权和社会主义制度的内容。这种证据事实虽有证明案件事实的作用,但不能认为它具有“合法性”。内容违法的书面经济合同,伪造的货币、公文,犯罪所得的赃物等,在诉讼中用作证据时,同样不能认为其内容具有“合法性”。就各个具体证据来说,一般都只能证明部分案件事实,而不能证明全部案件事实,决不能因为它还不能使全案得到证实,就认为其内容是不合法的。总之,提出证据内容必须合法的问题,是不科学的,没有实际意义的。

关于证据形式必须合法的问题,从各个诉讼法根据证据事实的表现形式,已对证据的种类作了明确的规定,也可以这样讲。但是,应当看到,证据形式是会发展的,法律对证据形式的规定,总是基于立法时的经验,原来未作规定的,随着情况的变化和认识的深入,就可能出现新的形式并予以肯定。例如,1979年制定的《刑事诉讼法》规定的证据形式并无视听资料,但后来的刑事诉讼实践中,却不断遇到视听资料,司法机关并未因当时实施的《刑事诉讼法》没有明确规定,就否定其可以用作刑事诉讼证据。当后后来制定的《民事诉讼法》和《行政诉讼法》将视听资料明确规定为一种独立的证据后,司法机关在刑事诉讼中,同样是将视听资料作为一种有别于物证、书证的证据使用的,并未因《刑事诉讼法》尚未规定这种证据形式,就拒绝其作为证据的资格和有效性。可见,提出证据形式的合法性问题,在1996年修正《刑事诉讼法》以前,既脱离实际,又是不利于准确、及时地查明案件真实情况,有效地实现刑事诉讼任务的。还应指出,就证据内容和证据形式来说,内容是首要的,具有决定性的,是表明事物本质的方面。因此,如果讲证据的本质属性、本质特征,就只能根据它的内容,而不能立足于是否具有法律规定的形式。

认为证据必须人员合法与程序合法,是指证据必须是由司法人员依照法定程序收集和认定的,非司法人员所收集和提供的材料,不能成为诉讼证据;司法人员未按照法定程序收集的材料,也不能作为证据使用。这是认为证据具有“法律性”或“合法性”的主要论据。我们认为,这一论据既不符合法律有关规定的精神,也是置诉讼实践于不顾。《刑事诉讼法》第43条对收集证据作了原则性规定,指出司法人员必须依照法定程序,全面、客

观地进行,并不是限定收集证据的主体只有司法机关的司法人员,更不意味着只要违反法定程序,不管具体情况如何,就一律无效。在诉讼过程中,有权收集证据的,除司法人员外,还包括参加诉讼活动的律师。《律师法》第30条规定,“律师参加诉讼活动,依照诉讼法律的规定,可以收集、查阅与本案有关的材料”。这种“与本案有关的材料”,就包括本案的证据。《刑事诉讼法》第36条对辩护律师则规定了在何种条件下,可以查阅、摘抄、复制与本案有关的材料。《行政诉讼法》第30条规定,代理诉讼的律师“可以向有关组织和公民调查,收集证据”。《民事诉讼法》第61条规定,“代理诉讼的律师和其他诉讼代理人有权调查收集证据”,更扩大了有权收集证据的主体。根据最高人民法院等机关的司法解释,县(市辖区)直属以上的机关、团体、企业、事业单位保卫处、科,在公安机关指导下侦破一般刑事案件时,可以依法进行现场勘查、询问证人、讯问被告人、追缴赃款赃物的工作,它们所获取的证据,可以在刑事诉讼中使用。可见,收集证据的人员合法,绝不能理解为只有司法人员才能收集证据。法律中有关收集证据主体的规定,只是要求发现和收取证据的工作应由什么人来进行,或者可以由什么人进行,并不能据以认为证据本身具有“合法性”。

为了保证正确地进行收集和审查判断证据的工作,法律规定了应予遵守的程序。司法人员依照法定程序收集证据,审查核实证据,用查证核实的证据认定案件事实,是主观反映客观,主客观相统一的证明活动。在这一证明过程中,证据是客观事实,是司法人员的认识对象。而收集和认定证据,则是对客观事实的认识。两者虽然紧密相联,但终究是两回事,不能混为一谈。如果把对证据的认识作为证据必不可少的一个属性,就必然导致认为证据具有主观性,“是主观、客观矛盾的统一体”。因为认定就是对证据作出肯定或否定的判断,是主观对客观的反映。如果认为证据是司法人员对客观事实的正确认定,那么,证据岂不成了一种真理?因为根据马克思主义的观点,真理是人们意识对客观事物及其规律的正确反映,其内容是客观的,所以具有客观性,同时又离不开人的意识,是主观意识与客观现实的一致。然而,证据只能是与案件事实有联系的客观事实,它可能成为真理的客观内容,但并非真理本身。

根据我国法律有关证据的规定,司法人员依照法定程序收集和认定证据的活动,并不是诉讼证据的必要属性。《刑事诉讼法》第45条第3款和《民事诉讼法》第102条等法律规定,是最明显的例证。前者规定,凡是伪

造、隐匿、毁灭证据的,无论属于何方,必须受法律追究。后者规定,对伪造、毁灭重要证据的,可以采用民事诉讼中的强制措施,直到对构成犯罪的依法追究刑事责任。证据如果已毁灭,必然原来是存在的,但却根本收集不到,无法进入诉讼程序,而我国法律上却都称为证据。认为只有经司法人员依法收集和认定的,才能成为诉讼证据的学者,往往用《刑事诉讼法》第42条第3款和《民事诉讼法》、《行政诉讼法》相同的规定为论据。但这些规定不能得出依法收集和认定是证据本身必须具有“法律性”或“合法性”的结论,因为它们的要求,具有物证、书证等形式的证据,“作为定案的根据”或“认定事实的根据”时,“必须经过查证属实”,即通过审查、核对,查明它们确系与案件事实有联系的真凭实据,而不是虽有证据形式而非客观事实的假证据。它们都是有关审查判断证据的原则性规定,而不是什么是证据的规定。经过查证属实,是要进行一系列审查证据的证明活动,以判明其是否真实。作为认定事实或定案的根据,是司法人员进行证明,对证据作出判断的结果。这是运用证据的问题,不是证据所固有的属性。可见,如果正确理解法律有关证据的各项规定的精神,就不应把司法人员对证据的收集和认定,看做是证据固有的属性,必具的“法律性”或“合法性”。

如果坚持证据必须具有“法律性”或“合法性”,那么,只有经司法人员依照法定程序收集和认定的,才能成为证据,否则,就不能成为证据,其结果必然导致:任何与案件有联系的事实,能否成为证据,最终取决于司法人员的认识。这岂能不助长主观主义?证据之间本来有矛盾,而司法人员还未认定时,它们之间的矛盾就不是证据之间的矛盾,不是必须予以合理解决的,这怎能不造成草率从事,轻信妄断?对于毁灭证据的,由于证据已被毁灭,根本无法收集到,更难认定,就不能认为毁灭的是证据。这样怎能追究毁灭证据者的法律责任,岂不造成放纵犯罪的后果?

综上所述,认为证据具有“法律性”或“合法性”的主要论据都是不当的,当然其论点不能成立。

证据没有“法律性”或“合法性”,是就证据的本质而言的。至于对证据的运用,即司法人员收集证据,审查判断证据,用证据查清案件事实的证明活动,是十分重要的诉讼活动,当然应当严格按照法定程序进行,以保证取得确实的证据,准确地查明案件事实,防止侵犯公民的合法权益。我们既不能因强调依法办事,就给证据加上并不具有的“法律性”或“合法性”,也不能因为证据没有“法律性”或“合法性”这种属性,就可以违反法定程序,