

自由证明原理与技术性证据规则^{*}

——英美证据法的前提性假设和两种功能解释

樊传明

内容提要:英美法系在历史发展过程中,通过法官创设的判决先例逐渐确立了各种约束司法证明的证据排除规则,并且在理论研究中存在将证据分量进行分类化比较和形式化界定的主张。对司法证明程序进行规制的倾向引发了边沁的“反规范”理论,它实际上体现了自由证明的理念。现代英美法系证据法都将自由证明作为一个前提性假设:除非有可以证成的理由,否则不应设定技术化的证据规则规制司法证明。因此,作为英美证据法主体性规范的排除规则,必须存在使其正当化的理由。排除证据的传统理由是不信任陪审团能够理性地评价某些证据种类;后来出现的一个替代性理由是控制律师的举证行为。对英美证据法前提性假设和功能解释的研究能够给我国的证据立法以启示。

关键词:自由证明 证据规则 证明力 最佳证据

樊传明,中国政法大学中欧法学院博士研究生。

在当代中国的证据法学术研究和立法实践中,要求仿效英美法的呼声很高。正如有学者所观察到的,“在我国当下的法学语境中,一种以移植英美法系国家证据法各项规则为标志的‘变法运动’正逐渐成为证据法学研究的主流倾向。”^[1]因此,产生了许多评介传闻证据规则、品格证据规则、作证特免权规则等英美法系证据规则的学术论文和专著。而且,近几年的立法和法律修改也体现了对某些英美证据规则的借鉴。例如2010年颁布的《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》第12条第3款规定了意见证言排除规则:“证人的猜测性、评论性、推断性的证言,不能作为证据使用,但根据一般生活经验判断符合事实的除外。”2012年修改的《刑事诉讼法》第53条第2款关于定罪证明标准的表述中,吸收了英美法“排除合理怀疑”的内容:“综合全案证据,对所认定事实已排除

* 本文得到国家留学基金资助。资助项目任务批件号:留金秘欧[2012]6245号。

[1] 陈瑞华:《从“证据学”走向“证据法学”》,《法商研究》2006年第3期,第92页。

合理怀疑”。

对于英美证据法的学术研究应当为中国的立法实践提供有益指导,但这种研究不应仅仅停留在对个别具体规则的简单引介和注解上,还应当拓展到对整个制度的体系构造、基本原则和规范功能进行整体性的把握。英美证据法作为一种在比较法上富有特色的规范体系,必然有其独特的组织性原则和融贯的制度逻辑。对这些宏观问题的研究,能够为认识具体的证据规则提供有益的理解框架。本文将通过梳理早期英美证据法的发展和相关理论争议,论述现代英美证据法存在的一个前提性假设:自由证明的理念。以这样一个理念为逻辑前提,所有旨在约束司法证明过程的证据规则都需要具有正当化的理由。“控制陪审团”和“控制对抗制律师”是英美法系立法者、法官和学者们最为常用的证成证据规则的理由。笔者将分析这两个理由能否给作为工具性规范体系的证据法提供充分的功能解释。通过本文的研究,希望能够给中国的证据立法尤其是证据规则移植问题带来启发。

一 英美证据法规制司法证明的倾向

尽管英美司法证明程序一开始采用了普通人自由裁决模式,但随后逐渐呈现出规制司法证明的倾向。这表现在两个方面:一方面,法官以创设判例法的方式确立了众多排除规则,规制证据的可采性;另一方面,在学术研究中存在将证据进行分类化比较和形式化界定的主张,要求规制证据的证明力。

(一) 规制可采性

英美法系的司法证明程序在发展之初,采取了一种普通人自由裁决模式,允许陪审员使用与日常生活中认定事实相类似的方法裁决案件争端。这个时期的陪审团是所谓的“知情陪审团”。^[2]在 16 世纪,刑事陪审团不再由知情人士组成,而是使用“像白纸一样”预先对案件毫不知情的人作陪审员。^[3]这一变革导致陪审员失去了相对于法官而言的信息优势地位。相比之下,法官作为诉讼进程的管理者和具有丰富法律实务经验的职业人士,无论在具体案件信息还是一般法律业务能力上都占据了优势。对于这些消极听审、缺乏经验并且对案件事实预先不知情的新型陪审员,似乎就存在了进行约束的必要性和可能性。简而言之,如果说 16 世纪之前的知情陪审团制度“几乎未给关于证据的法律留下任何空间”,^[4]那么变革后的现代陪审团裁决程序则为法官创设证据规则约束证明过程提供了一个可能的制度环境。

实际上,正是从 16 世纪开始,普通法诉讼程序越来越明显地表现出规制司法证明的

[2] 参见[美]詹姆士·惠特曼著:《合理怀疑的起源——刑事审判的神学根基》,中国政法大学出版社 2012 年版,第 192-206 页;参见 John H. Lanbein, *Historical Foundations of the Law of Evidence: A View from the Ryder Sources*, 96 *Colum. L. Rev.* 1168 (1996)。

[3] William W. Blume, *Origin and Development of the Directed Verdict*, 48 *Mich. L. Rev.* 555, 558 (1950)。

[4] Frederick Pollock & Frederic W. Maitland, *The History of English Law before the Time of Edward I*, 2nd Edition, Cambridge 1898, p. 660。

倾向。法官通过创设先例的方法,逐渐确立了各种关于证据问题的判例法规则,对司法证明进行约束。例如,最早出现的证据规则之一是认定封印文件具有终局性的证明效力;之后还确立了关于证人资格的规则、排除传闻证据的规则;免于自证其罪的特免权也逐渐在17世纪形成。^[5] 根据美国证据法学家威格摩尔的研究,在1500至1700年间,普通法中逐渐显现出了现代证据法的轮廓。^[6]

这段时期英美司法证明制度的主要发展趋势是:通过法官的判例形成规制证据问题的规则,不但数量逐渐增加,适用起来也越发复杂。这些证据规则非常散乱地分布于各种法院报告和判决摘要中,从类型上来看主要是排除规则,基于不同的理由要求排除特定种类的证据。它们给司法证明过程施加了越来越多的约束,使司法证明程序越来越背离由普通陪审员所采用的那种日常化的事实认定方法。从当代大陆法系学者的角度来看,这些排除规则表现出明显的法律“技术性特征”:它“为事实认定活动所规定的方法与一般社会实践中采用的事实调查方法相差甚远”,因为它“拒绝采纳一些可以证明案件事实的信息”。^[7]

(二) 规制证明力

在16世纪之后的普通法系,规制司法证明的倾向不仅仅表现为通过判例创设约束证据可采性的排除规则,还表现为在理论中试图界定证据证明力的“证据等级”理论。英国吉尔伯特爵士在1754出版的《证据法》中提出以“最佳证据原理”统括普通法中的证据规则,认为所有的证据规则可以归结到这样一个中心观念上:“如果没有适合事物性质的最佳证据,则不可能展现事实。”^[8] 但是,什么样的证据才是最佳证据? 他比较了不同证据类型的证明价值。首先,证据区分为书面证据和非书面证据两大类,书面证据的证明价值高于非书面证据。因为诸如证言等非书面证据,存在记忆错误和主观的偏向性,而书面文件是“庄重和深思熟虑之头脑的行动结果”。^[9] 其次,在书面证据中,有封印的官方记录证明力最高,公共文件的证明力次之,私人文件的证明力最低。有封印的记录是所有证据类型中的最佳证据,如果封印没有瑕疵,对这样的证据所证明的事实几乎可以直接予以认定。^[10] 最后,在非书面证据中,吉尔伯特主要是讨论证言的证明力和证人作证资格问题。他认为证言的证明力取决于宣誓的价值,因此以证人誓言的可靠性作为检验证言证明力的标准。传闻证言未经法庭宣誓,所以不能算作证据。吉尔伯特还认为,与待证事实有利益关系的人、因先前定罪或持有异端宗教信仰而正直性受到质疑的人、儿童等缺乏理解能力和技巧的人,因为他们的证言证明力无法保障,因此不具有证人资格。^[11]

综上,吉尔伯特在提出最佳证据原理之后,主要是讨论各种证据的证明力问题,并进

[5] 参见 William Twining, *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*, 2nd Edition, Cambridge University Press, 2006, p. 17.

[6] 转引自 John H. Lanbein, *Historical Foundations of the Law of Evidence: A View from the Ryder Sources*, 96 *Colum. L. Rev.* 1168, 1996.

[7] [美]达马斯卡著:《漂移的证据法》,李学军等译,中国政法大学出版社2003年版,第16页。

[8] Stephan Landsman, *From Gilbert to Bentham: The Reconstruction of Evidence Theory*, 36 *Wayne L. Rev.* 1154, 1990.

[9] 参见 G. Gilbert, *The Law of Evidence*, Garland Publishing, Inc. 1979, p. 5.

[10] G. Gilbert, *The Law of Evidence*, Garland Publishing, Inc. 1979, pp. 5 - 14.

[11] 参见 G. Gilbert, *The Law of Evidence*, Garland Publishing, Inc. 1979, p. 103.

行类型化比较,最终形成了一个不同证据类型的证明力等级体系。尽管这个体系不像大陆法系法定证据制度中的证据分量规则那样严格,但同样是意图对证明力进行分类化、形式化的预先界定,限制法庭上的事实认定者对证据进行个别化的自由评价。吉尔伯特的理论受到 18 和 19 世纪初很多证据法学家的追随。^[12]这说明,在英美证据法的早期发展阶段,是存在主张规制证明力的学术理论的,尽管没有证据表明这种理论曾转化为具有实效的判例法规则,^[13]但主张界定证据证明力的声音直到 20 世纪初仍存在。美国证据法学者查尔斯·摩尔(Charles C. Moore)于 1908 年出版了《事实或证据分量与价值专论》一书,在书中他收集、整理了普通法系中美国、加拿大和英国的法官在判决或法院报告中关于证据证明力问题的论述,以及法官认为某种证据可信或者不可信的理由。他希望通过这种收集和整理工作来表明,对于证据证明力之判断“可以像法律问题那样,完全通过诉诸司法判例等得以证实”^[14],从而为评价证明力提供权威指引。摩尔的著作实际上表达了这样一种愿望:对证据证明力的审查判断,可以通过查阅判决先例而寻找到“规则”,从而使律师和法官根据这些规则完成诉讼。

二 自由证明:英美证据法的前提性假设

在英美法系证据法的早期发展中,存在这样一个趋势:诉讼中的司法证明或者说事实认定,不被看作是一个纯粹的自然化的认识过程,而是越来越被法律规则所约束;司法证明程序越来越成为一个与日常事实认定方法相区别的、法律技术化的程序。针对这一规制司法证明的倾向,出现了一种批判性的理论,即杰里米·边沁的司法证明“反规范论”。

(一)司法证明“反规范”理论

杰里米·边沁将功利主义哲学引入司法证明领域,认为司法证明程序应当以准确认定事实为直接目标,以减少诉讼成本为附属目标。“当直接目标和附属目标发生冲突时,应当通过功利主义原则解决。”^[15]那么,什么样的司法证明程序才能促进事实认定的准确性?边沁认为,理想的司法证明程序应当是“自然化的体系”,而不是“技术性的体系”。所谓的自然化体系是指,事实认定者在认定案件事实的时候,应当“察看一切所能看到的;倾听每一位可能对该问题有所知晓的人;倾听每一个人,但最需要注意的也是最为重要的是,倾听也许对问题了解最多的那些人——当事人。”^[16]而技术性的体系则通过形式

[12] 参见 Stephan Landsman, *From Gilbert to Bentham: The Reconstruction of Evidence Theory*, 36 *Wayne L. Rev* 1154 (1990); William Twining, *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*, 2nd Edition, Cambridge University Press, 2006, p. 35: Chapter 3。

[13] 参见 John H. Lanbein, *Historical Foundations of the Law of Evidence: A View from the Ryder Sources*, 96 *Colum. L. Rev.* 1168, 1996。

[14] John H. Wigmore, Book Review of C. Moore; *A Treatise on Facts, or the Weight and Value of Evidence*, *Illinois Law Review*, 3, 1908, pp. 477, in William Twining and Alex Stein, eds., *Evidence and Proof*, New York University Press, 1992, pp. 133, 134。

[15] William Twining, *Theories of Evidence: Bentham & Wigmore*, Weidenfeld & Nicolson, 1985, p. 21。

[16] 转引自吴洪淇:《边沁、威格摩尔与英美证据法的知识传统——以证据与证明的一般理论进路为核心的一个叙述》,《比较法研究》2009 年第 5 期,第 80 页。

规则约束事实认定者。边沁的自然化体系的主要攻击目标是证据排除规则。他认为理想中的自然化证明体系应当是允许事实认定者接触到所有相关的证据,排除证据就相当于人为地制造了裁判信息的不完整性。证据本身具有“关系”的属性,应当从证据与证据之间的关系中判断证据本身的价值,而排除规则等于是损害了证据的这种关系属性。因此,通过排除证据的方式不但无益于而且还损害了事实认定的准确性,“排除证据,就是排除正义”。^[17] 边沁将这一理论称为不排除原则。

除了批判证据排除规则之外,边沁也批判了主张界定证据证明力的观点,认为不应设置规定证据分量、证据数量、可信性或证据优先性的任何强制性规则。他非常猛烈地批判吉尔伯特的证据等级理论。^[18] 当然,边沁反对的是强制性的、刚性的证明力规则,但并不反对存在一些关于证明力的指导性规则,只要它们是合理地基于经验。概言之,边沁认为事实认定者评价证据证明力的过程,不应当受到强制性法律规则的约束。“实现事实认定裁决正确性的最好的方法就是,在基于经验的指示的指导下,通过适用普通的常识推理而做出事实认定”。^[19]

可见,边沁批判了两类不同的规则:关于可采性的证据排除规则和关于证明力的证据分量规则。他的自然化体系概念表达了这样一种理论:对于司法证明程序,法律不应该设置强制性规则进行约束,应该允许事实认定者以日常的、普通的探寻事实的方法来认定事实。换言之,事实认定者在司法证明程序中应当是自由的、不受强制性规范所约束的。这一理论被英国法学家威廉·特文宁称为司法证明的“反规范论”。^[20]

(二) 评价证据与采纳证据

自边沁提出司法证明“反规范”理论以来,英美证据法中就一直存在这样一个主题,即反对设立人为的法律规则规制司法证明过程。具体而言,包含两个不同的方面,一是对证明力规则或者说证据分量规则的反对,一是对可采性规则即证据排除规则的反对。

1. 自由评价证据:反对证明力规则

边沁对吉尔伯特证据等级理论的批判影响深远,它使证明力问题被逐出了主流证据法研究者以及立法者的视野。除了少量的补强证据规则^[21]以外,英美证据法中很少存在直接约束证明力的规范。到了20世纪初,英美法学者们已经广泛地接受了这样一种认识:不应该在证据法中设置规定证据分量或可信性的规则,因为这些问题应当留待事实认定者根据逻辑和经验自由地判断。一个例证就是威格摩尔对查尔斯·摩尔专著的批判。查尔斯·摩尔希望通过查阅先例而寻找到证明力规则,为律师和法官们评价证据证明力提供指引。威格摩尔针对此书写了一篇简短的书评,其中写道:“如果说还有一个东西令

[17] 转引自 Terence Anderson, *David Schum and William Twining, Analysis of Evidence*, Cambridge University Press, 2005, p. 1.

[18] 宋英辉、汤维建主编:《证据法学研究述评》,中国人民大学出版社2006年版,第29页。

[19] William Twining, *Freedom of Proof and the Reform of Criminal Evidence*, 31 *Isr. L. Rev.* 439 (1997).

[20] William Twining, *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*, 2nd Edition, Cambridge University Press, 2006, pp. 41 - 44.

[21] 关于美国证明力规则的分析,参见李训虎:《美国证据法中的证明力规则》,《比较法研究》2010年第4期,第82 - 96页。

普通法法官和陪审团制度得以立足的话,这就是证据规则。为法官所裁定和适用的仅仅只有可采性规则,而且仅仅是为法官而制定的;份量或者可信性则完全不受法律阻碍地交给陪审员……使用这本书来诱使法官对可信性作出法律裁决的律师,正在进行对我们制度的道德背叛。”^[22]可见,在威格摩尔时代,反对证明力规则已经成为英美证据法中的一个牢固信条。对这一信条的背离被视为一种对普通法裁判制度的“道德背叛”。

也就是说,对于事实认定者评价证据证明力并作出事实认定的过程,法律不应当设定规则进行约束,应交给事实认定者根据其理性和经验自由地判断。笔者认为,可以将此称为自由评价证据原则。如上所述,自由评价证据原则实际上在英美证据法理论中早已经占据了主导地位,因此英美证据法对证明力规则表现出普遍的敌视。自由评价证据原则与大陆法系的自由心证原则具有相似的含义,都反对用形式性的、强制性的规则约束事实认定者对证明力的评价。但是,因为法系传统和历史背景的不同,它们也具有不同的历史地位和意义。在大陆法系,自由心证原则发挥了充当批判旧的司法制度、论证建立新的司法制度之理论工具的改革功能,因此不仅仅是一个认识论上的原则,还具有具体历史语境下的政治改革意义;^[23]而在英美法系,立法上并未出现过像大陆法系那样严格的证明力规则,因此缺少了供批判的制度靶子,最终没有在立法中形成一个关于自由心证或自由证据评价的实定法原则。^[24]但是,经过吉尔伯特、边沁、威格摩尔等证据法学家的理论研究,反对设置证明力规则、使事实认定者依据经验和理性自由评价证据的理念已经成为现代英美证据法的一个几乎是不言自明的前提假设。

2. 采纳相关证据:反对排除规则

边沁的理论不仅造成了英美法中证明力规则的缺失,而且对于证据排除规则也起到了很大的影响。“自他那时候以来的几乎所有变化都朝着取消或者降低排除规则之重要性的方向发展。……证据法的真正范围——就强制性规则所规范的那些问题而言——已经逐步限缩并且在当前比它被支持之时的范围要狭窄得多。”^[25]但是,边沁的理论最终并没有导致证据排除规则的消亡。直到现在,英美证据法的主要规范仍是数量众多的排除规则。笔者认为,边沁的不排除原则,实际上是为证据法的发展提供了一个要求尽量减少排除规则的方向,它与因某种理由而排除证据的倾向构成了两种理念上的角力。这两种力量的博弈,最终形塑了现代英美证据法。具体而言,边沁的不排除原则通过塞耶的理论

[22] John H. Wigmore, Book Review of C. Moore: A Treatise on Facts, or the Weight and Value of Evidence, *Illinois Law Review*, 3, 1908, pp. 477, in William Twining and Alex Stein editing, *Evidence and Proof*, New York University Press, 1992, pp. 133, 134.

[23] 所批判的旧的司法制度,是指法定证据制度以及与之相联系的刑讯逼供;所追求的新的司法制度,是指引入平民参与司法并将其作为“主权在民”的象征。参见 Mirjan R. Damaska, *Free Proof and Its Detractors*, 43 *Am. J. Comp. L.* 344, 1995.

[24] 正如有论者分析的:“‘自由心证原则’或‘自由心证主义’,作为一项实定的法原理及法制度,主要源于并存在于大陆法系的传统;作为法学术语,也主要是在大陆法系的学术圈中使用。”参见王亚新:《刑事诉讼中发现案件真相与抑制主观随意性的问题——关于自由心证原则历史和现状的比较法研究》,《比较法研究》1993年第2期,第114页。但这并不意味着英美法系没有关于自由心证或者说自由评价证据原则的理念,只是说,英美法系的这种原则未成为一个立法中的原则。

[25] William Twining, *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*, 2nd Edition, Cambridge University Press, 2006, p. 44.

而影响了现代英美证据法典的体系安排。

19世纪末的美国证据法学家塞耶(J. B. Thayer)认为,证据法应当基于以下两项原则:其一,不应当采纳任何对于待证明的事项不具有逻辑上的证明力的东西;其二,应当采纳所有具有上述证明力的东西;但是如果有明确的政策或法律理由要求排除它,则不采纳。^[26] 第一项原则要求排除不具有相关性的证据,也被称为排除性原则;第二项原则要求采纳一切具有相关性的证据,除非存在要求排除的理由,因此也被称为采纳性原则。实际上,上述排除性原则是一项逻辑原则,而非法律原则。真正构成证据法之核心的是第二项原则,即原则上应当采纳一切具有相关性的证据,除非有一项明确的理由要求排除该证据。可以看到,塞耶的“采纳性”原则是吸收了边沁的“不排除”原则,重申了边沁理论中的这一要求:原则上应当采纳(不排除)一切具有相关性的证据。但塞耶的理论却比边沁的理论更温和、更具有包容性,因为“除非有一个清晰的政策或法律理由排除它”这一但书,为发展证据排除规则留下了空间。

按照塞耶的理论,各种排除规则只是“采纳一切具有相关性的证据”这一原则的例外,英美证据法正是由这些“例外”构成的。这一理论成为现代英美法系证据法典的组织性框架。美国1965年的《加利福尼亚州证据法典》和1975年的《联邦证据规则》都做了相似的规定,例如《联邦证据规则》第402条:“相关的证据具有可采性,除非有以下相反规定……不相关的证据不具有可采性”。^[27] 后来,澳大利亚、加拿大等英美法系国家的证据法典都仿照这一框架。英国强大而保守的普通法传统使其未制定统一的成文证据法典,而是针对不同的诉讼分别制定单行成文证据法。^[28] 然而,上个世纪90年代的英国证据法改革,却非常清晰地以上述“采纳相关证据”的原则作为改革的根据。法律委员会在一份关于民事诉讼中传闻证据规则改革的报告中明确写道:“为了制定我们的政策,我们考虑了两项指导性的原则:(1)法律应当简化到符合证据法之合适功能的最大的程度;(2)作为一个普遍的规则,所有的证据都应当可采,除非有一个适当的理由使其不可采。”^[29] 可以看到,现代英美证据法体系都以“不排除具有相关性的证据”这样一项原则为逻辑前提,然后针对这一原则设置诸多例外。这些例外就构成了各种证据排除规则。

(三) 自由证明原理

通过对吉尔伯特、边沁、塞耶、威格摩尔等学者理论的分析,以及对英美证据立法史的简要梳理,可以看到英美法系证据法中存在两项前提性的假设:首先,事实认定者评价证据证明力的过程应当是自由的,不受强制性规则的约束;其次,所有与待证事实具有逻辑上相关性的材料都应当采纳作为证据使用,除非存在必要的理由,否则不应排除具有相关

[26] James Bradley Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, Boston: Little Brown, 1898, p. 530. 本文的引用源自该书1969年重印版本,下同。

[27] 《加利福尼亚州证据法典》第350条(只有相关的证据才可采)、第351条(相关证据的可采性)规定了相似的内容。

[28] 英国成文证据法包括但不限于《1984年警察与刑事证据法》、《1996年刑事诉讼和侦查法》、《信息侦听法》等。关于英国成文证据法的更多内容,参见何家弘、张卫平主编:《外国证据法选译》,人民法院出版社2002年版,第38-203页;何家弘、张卫平主编:《外国证据法选译》(增补卷),人民法院出版社2002年版,第246-375页。

[29] The Law Commission, *The Hearsay Rule in Civil Proceedings*, London: HMSO, para. 4. 2, 1993.

性的证据。前一个假设可以称为自由评价证据的原则,后一个假设可以称为不排除相关证据的原则。这两项原则共同构成了一个关于司法证明程序的理想模型:所有在逻辑上能够证明待证事实的材料,都允许进入法庭,由事实认定者根据他们的理性和经验评价证据证明力,得出认定结论;对于司法证明的过程,不应创设人为的法律规则进行约束,既不应设置证明力规则干涉事实认定者的证据评价过程,也不应设置排除规则预先筛选事实认定者据以裁判的证据材料。

以上理想的司法证明程序模型可以称为“自由证明”(Freedom of Proof)。当然,自由证明一词本身具有多义性,除了大陆法系证据法理论中与“严格证明”相对应的“自由证明”^[30]以外,在英美证据法理论中也有几种不同的用法,例如:事实认定者接触证据信息的自由、评价证据的自由、选择事实认定决策标准的自由以及事实认定结论不受等级控制的自由等。^[31]在本文的意义上,自由证明表达的是这样一层含义:允许事实认定者通过日常化的、经验推论的方式,运用普通人的理性和经验从事司法证明程序中的事实认定活动;不通过人为设置的法律规则,预先筛选证据信息或界定证据证明力。所谓的“自由”,是指不受人为设置的技术性法律规则的约束,而不是脱离经验和理性。所谓的技术性法律规则,是指与日常经验方法不同、用以规制司法证明过程的法律规则,主要包括预先筛选证据的排除规则和规定如何评价证据的证明力规则。^[32]

三 控制陪审团或控制律师:对证据法的两种功能解释

自由证明的理念是英美证据法的一个前提性的假设,它使证明力规则——除了少量的补强证据规则——失去了正当性,因此在现代英美证据法中几乎找不到明确设置的直接规制证明力问题的法律规则。^[33]然而,自由证明原则并没有导致证据排除规则的消失。尽管在某些方面尤其是民事诉讼中,出现了降低排除规则重要性的趋势,^[34]但英美证据法仍以数量众多的排除规则为主要内容。就像塞耶对英美证据法的描述那样:“一些东西因其意义微乎其微而被排除,或由于具有太多的推测性和遥远的联系而被排除;有些东西因为它们对陪审团有影响而具有危险性,而且可能被那个团体误用或高估而被排除;有些东西,由于不合时宜,或因公共原因不安全而被排除;有些东西,完全是因为没有先例而被排除。”^[35]这些要求排除证据的规则,并不符合自由证明的理念,因为它们“拒绝

[30] 关于大陆法系自由证明与严格证明的界定,参见闵春雷:《严格证明与自由证明新探》,《中外法学》2010年第5期,第684、685页。

[31] 关于英美法系中几种不同的“自由证明”概念,参见 William Twining, *Freedom of Proof and the Reform of Criminal Evidence*, 31 *Isr. L. Rev.* 439, 1997。

[32] 关于决策标准的规则(证明标准)实际上也属于技术性的审判规则,但基于事实认定本身的盖然性,必须要确立一个具有错误风险分配功能的证明标准。因此,自由证明原则并不反对证明标准规则。

[33] 这并不意味着英美证据法中完全没有证明力规则。关于美国证据法中证明力规则的讨论,参见李训虎:《美国证据法中的证明力规则》,《比较法研究》2010年第4期,第82-96页。

[34] 这一趋势可以明显见于英国民事诉讼的证据法改革,例如废除了传闻证据规则。参见 The Law Commission, “The Hearsay Rule in Civil Proceedings”, London: HMSO, para. 4.2, 1993。

[35] James Bradley Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, Boston: Little Brown, 1898, p. 266。

采纳一些可以证明案件事实的信息”,从而表现出明显的法律“技术性特征”^[36]。它们并非日常经验推理的逻辑规则,而是技术性的法律规则。

也就是说,在证据能力或可采性问题上,自由证明原理并未成为一个具有绝对约束力的规范。按照英国学者乔纳森·科恩(Jonathan Cohen)的观点,绝对的自由证明只是一个乌托邦式的幻想;自由证明是一个政治道德上的假定:应当以不排除具有关联性的证据为原则,而任何对这一原则的背离都应当分别予以证成。^[37]那么,英美法中的排除规则作为对自由证明的背离,基于什么样的理由而得以证成呢?在英美证据法理论中,存在两个主要的解释证据排除规则功能的理由。本文将这两个理由分别称为“控制陪审团理论”和“控制对抗制律师理论”。这两个理论都为证据法中的某些部分提供了正当化基础,但它们的解释力度都有局限性。

(一)控制陪审团理论

为英美证据法提供正当性的传统理由是“控制陪审团”理论。不管陪审团制度形成的历史原因是什么,^[38]学者们认为陪审团制度具有以下现代价值,因而值得在司法审判中保留:陪审团审判能够较好地完成准确认定事实的任务;陪审团可以代表社会的价值观从而使法律以较为缓和而不是过于刚性的方式适用,借此可以达到避免使个人受到政府权力过分压制等目的;陪审团制度可以通过让社会普通人直接参与审判从而起到法治教育功能;陪审团制度有利于增强法律制度的合法性。^[39]因此,尽管陪审团审判所占的案件比例已经非常小,^[40]但在严重刑事犯罪的审判中仍使用陪审团,并且获得陪审团审判也是刑事被告人的一项宪法性权利。

传统的英美证据法理论认为,通过证据排除规则规制司法证明,与使用普通人担任陪审团成员有关。存在这样一种担忧:陪审团成员作为不具有法律知识、没有司法审判经验的普通人,在评价证据的证明力从而得出合理的事实认定结论方面,是缺乏才能的;他们可能具有偏见、可能太过于情绪化或者可能理解不了复杂的证据形式。因此,必须设置证据规则控制陪审团,防止因他们的能力不足而给事实认定准确性造成损害。例如,陪审团可能会高估不出庭证人证言的证明价值,所以设置传闻规则排除庭外证言;品格证据可能会给陪审团造成偏见,尤其是那些关于被告恶劣品性的证据,会使陪审团倾向于惩罚被告人,因此需要设置品格证据排除规则。总之,证据排除规则的意义在于:预先筛选证据,将

[36] [美]达马斯卡著:《漂移的证据法》,李学军等译,中国政法大学出版社2003年版,第15、16页。

[37] L. Jonathan Cohen, “Freedom of Proof”, in William Twining (ed.) *Fact in Law*, Wiesbaden, 1983, p. 1.

[38] 陪审团制度在历史上之所以形成,可能并不是基于促进法庭上的事实认定这一原因,美国学者詹姆士·惠特曼认为,英美法系之所以会形成陪审团制度,是因为宗教性的原因,简而言之,就是为了使法官避免因裁决被告有罪而受“鲜血之污”,因此陪审团制度在产生之初实际上是一个“道德慰藉”程序,而不是“事实证明”程序。参见詹姆士·惠特曼著:《合理怀疑的起源——刑事审判的神学根基》,中国政法大学出版社2012年版,第187页:“第五章 法官的救赎,陪审团的地狱:英格兰”。

[39] 关于陪审团制度之合理性的概括性论述,参见 Lisa Dufraimont, *Evidence Law and the Jury: A Reassessment*, 53 *McGill L. J.* 199, 2008。

[40] 有统计数据表明,加拿大刑事案件中最终以陪审团审判的比例不足1%, Lisa Dufraimont, *Evidence Law and the Jury: A Reassessment*, 53 *McGill L. J.* 199, 2008; 英格兰和威尔士的刑事审判中使用陪审团的比例介于1%和2%之间,参见 Sally Lloyd-Bostock and Cheryl Thomas, *Decline of the “Little Parliament”: Juries and Jury Reform in England and Wales*, 62:2 *Law & Contemp. Probs.* 7, pp. 20, 36, 1999. 大部分刑事案件通过辩诉交易的方式结案。

那些可能对陪审员造成不良影响的信息排除在庭外。这一理论的前提是对陪审团一定程度上的不信任:即使假定他们在总体上是合格的事实认定者,但至少对于某些证据他们缺乏理性的评价能力。证据排除规则实际上是控制陪审团的规则。因此,“证据法是陪审团制度之子”^[41]

控制陪审团理论能否为设置证据排除规则提供正当化解释,取决于这一基础性假设:陪审团在评价某些证据时才能不济,从而需要排除这些证据。然而,现代的一些模拟陪审团裁判的实证研究在某些方面挑战了这个假设。针对陪审团是否会高估传闻证据的证明价值这一点,有研究表明陪审团实际上并不像人们预想的那样会高估它们的证明价值。相反,陪审员表现得更为谨慎,甚至倾向于低估传闻的证明价值。^[42] 另外,由“芝加哥陪审团项目”对美国 20 世纪 50 年代的几千件刑事审判开展的一项著名调查表明,实际上在 75% 的案件中陪审团的事实认定和法官对事实的看法是一致的。在出现不一致的那些案件中,不一致的主要原因是陪审团对于一些被告过于仁慈而不愿意判决他们有罪,并非是因为认识能力上的不足。^[43] 这倾向于表明,在评价证据的认识能力上,陪审团成员并不比法官逊色。因此,由专业的法律人事先设置规则约束陪审团的裁决,似乎是一种法律人的自负。

然而,到目前为止,既有的实证研究并不能完全抹杀控制陪审团的必要性。“芝加哥陪审团项目”的研究只是一个非常泛化的描述,而且是建立在并不精确的统计数据之上。它无法确证陪审团对于某些具体证据种类的评价是否存在相对于法官而言的能力不足。而且,即使陪审团和法官的证据评价能力相当,也不能说明是否这两者都存在能力不足且这种不足可以通过预先排除证据的方式来改善。对于评价传闻证据的陪审团模拟实证研究,充其量只能表明,针对这种证据陪审团是优秀的事实认定者,但无法简单地将这一结论适用于其他证据上。实际上,有学者认为,对于被告人非自愿的供述、关于被告人不良品格的证据、比较血腥的证据等,陪审团成员因为缺乏法律实践经验而容易产生偏见,因此针对这些证据设定排除规则是符合控制陪审团理论的。^[44]

(二)控制对抗制律师理论

因为传统的控制陪审团理论在解释证据规则时受到上述质疑,因此有些学者提出另一种为证据法提供正当性基础的理论:控制对抗制律师。美国证据法学家艾德蒙·摩根(Edmund Morgan)在 20 世纪 30 年代就指出了英美证据法和对抗制的关系:“我们制度的对抗制特征和它对陪审团的使用一样独特,……这样认为似乎是合理的:普通法程序的对抗制特征,而不仅仅是对陪审员能力的担忧,塑造了证据规则。”^[45] 那么,究竟对抗制的什

[41] 塞耶将这一理论归纳成“证据法是陪审团之子”这样一句格言,后来这句格言被广为引用。参见 James Bradley Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence Law*, Boston: Little, Brown, 1898, p. 47.

[42] 代表性的研究参见 Angela Paglia and Regina Schuller, “Jurors’ Use of Hearsay Evidence: The Effect of Type and Timing of Instructions,” 22 *Law & Human Behaviour* 501, 1988. 以及 Peter Miene, Roger C. Park & Eugene Borgida, *Juror Decision Making and the Evaluation of Hearsay Evidence*, 76 *Minn. L. Rev.* 683, 1992.

[43] 参见 Harry Kalven & Hans Zeisel, *The American Jury*, Boston: Little, Brown, 1966, pp. 56 - 59.

[44] 参见[美]达马斯卡著:《漂移的证据法》,李学军等译,中国政法大学出版社 2003 年版,第 40 - 43 页。相似的观点也可见于 Lisa Dufraimont, *Evidence Law and the Jury: A Reassessment*, 53 *McGill L. J.* 199, 2008.

[45] Edmund M. Morgan, *The Jury and the Exclusionary Rules of Evidence*, 4 *U. Chicago L. Rev.* p. 248, 1937.

么特点为证据排除规则提供了正当化的理由呢?

对抗制的核心特征是诉讼双方之间的“公平竞技”：“诉讼双方通过他们的律师，具有很大程度的自主权和对程序的控制权：他们收集并提交证据，并决定争议事实的范围。”^[46]就司法证明程序而言，由专业化的律师主导证据收集、提交和法庭询问的过程，是對抗制的显著特征。英美法系的学者们对对抗制程序持有一种乐观的信赖：“允许对抗双方调查案件并提交证据，会产生充分的关于案件事实的信息，因为这种程序将关注自我利益和相互竞争的力量用于发现真相。”^[47]概言之，对对抗制的信赖是基于这样一种假设：对抗制激发诉讼双方之间的竞争。双方的律师为了追求胜诉利益，必然会尽其所能收集和提交证据，这将保证法庭上的事实认定者得到最充分的信息，据此做出最可能准确的事实认定。然而，这种乐观的假设是有限度的：律师之间的司法竞技，往往可能导致法庭得不到最可靠、充分的证据。

对抗制本身所激发的竞争效应会扭曲证据提交的过程，降低证明程序发现真相的能力。首先，在对抗制举证程序中，律师会选择性的提交自己所控制的证据，那些对自己不利、但对法庭发现真相而言是有利的证据将不会被提交给法庭。因此，对抗制程序造成了人为的证据遗失问题。^[48]其次，对抗制举证程序使证据尤其是证人的证言具有明显的偏向性，例如对证人进行预先的出庭询问准备等。因此对于诉讼一方提交的证据，对抗制程序非常注重法庭上相对方的检验活动，主要是对证人的交叉询问。证据法学者威格摩尔强调交叉询问程序的重要性，称它是“我们曾经发明的揭示事实真相之最伟大的法律引擎。”^[49]为了确保交叉询问程序，英美证据法发展出了错综复杂的传闻证据排除规则。

为了解决对抗制对于证据提交程序的扭曲，需要设立证据规则控制律师的证据提交活动。根据当代美国证据法学者戴尔·南斯(Dale Nance)的观点，证据法的核心关注是确保对抗双方提交所能够得到的、认识论上的“最佳证据”。如果诉讼方违反了这项义务，其提交的非最佳证据将被排除或者被施以其他制裁。包括传闻规则、文书原件规则、意见证据排除规则等在内的大部分证据规则都是对这一最佳证据原则的体现，并且最佳证据原则在司法审判中也以直接的方式发挥着效力。因此，最佳证据原则实际上仍然是现代证据法的基础性、统括性原则。^[50]可见，根据这种理论，证据排除规则的功能在于：以排除证据作为制裁后果，为对抗制律师的证据搜集、保存和提交行为提供一个激励机制，促使他们向法庭提交最可靠、充分的证据，并使这些证据受到对方律师的当庭质询。^[51]

控制陪审团的理论在解释某些证据排除规则时，是受到质疑的，然而，控制律师的理

[46] 关于对抗制特征的概括，参见 Lisa Dufraimont, *Evidence Law and the Jury: A Reassessment*, 53 *McGill L. J.* 199, 2008。

[47] 关于对抗制促进事实认定的论述，参见 Robert J. Kutak, *The Adversary System and the Practice of Law*, in David Luban (ed.) *The Good Lawyer: Lawyers' Roles and Lawyers' Ethics*, Totowa: Rowman & Allanheld, 1983, p. 174。

[48] 关于证据遗失问题的详细分析，参见 Dale Nance, *Missing Evidence*, 13 *Cardozo Law Review*, Volume, 831, 1991。

[49] 张保生主编：《证据法学》，中国政法大学出版社2009年版，第45页。

[50] Dale A. Nance, *The Best Evidence Principle*, 73 *Iowa L. Rev.* 227, 1988。

[51] 当然，激励提交最佳证据的功能主要是对于本文所说的传闻规则、文书原件规则、意见证据排除规则等“技术性证据规则”而言。另外一些排除规则，如非法证据排除，其意义主要在于人权保障等目标，不在于激励最佳证据。因此，控制对抗制律师理论是有局限性的。关于证据排除规则的激励功能，参见樊传明：《论证据排除规则的激励功能》，《证据科学》2013年第1期，第93页。

论也并不能给所有的证据排除规则提供支持。现代英美证据法是一系列规则的集合,这些规则实际上涉及到两类不同的主题:第一,促进对案件事实真相的发现;第二,降低为发现真相而付出的成本,既包括直接的成本,即物质和时间的耗费,也包括间接的成本,即对“外部政策”的损害。保护家庭关系、保护人权等,都是重要的社会价值目标。由于这些目标并非司法证明程序的直接、内在目的,而是外在于司法证明程序,所以被称为“外部政策”。^[52] 在发现真相的过程中,应当尽量避免损害这些外部政策。各种作证特免权规则、非法证据排除规则、不能用以证明过错或者责任的证据规则^[53]等,都是为了保护外部政策。传统的控制陪审团或控制律师理论,实际上都是在解释证据法如何促进事实认定的准确性,但都无法很好地解释那些致力于降低程序成本尤其是保护外部政策的规则。

所以,现代英美证据法的价值、功能是多元化的,通过排除证据的方式致力于促进不同的目标,既包括提高事实认定的准确性,也包括保护各种外部政策和降低司法证明程序的直接成本。为其提供单一的功能解释是困难的。但控制陪审团和控制对抗制律师这两种理论,为我们理解证据法以怎样的客观方式促进事实准确性提供了启发性的视角。

四 结 语

英美证据法“是一个规制在法律程序中向事实认定者提供信息的规则体系。一个更好的定义是‘法庭认识论’。”^[54]之所以将证据法称为“法庭认识论”,是因为:司法证明是一个发现案件事实的认识过程,而证据法的功能就在于改善这一过程。根据前文的介绍,英美证据法以自由证明为前提性假设。也就是说,应放任事实认定者按照其经验和逻辑作出理性的事实认定,而不是通过人为的法律规则约束这一过程——除非存在充分的理由去这样做。因此,英美证据法作为对司法证明进行规制的体系,需要具有正当化理由。控制陪审团理论和控制对抗制律师理论,提供了两类不同的理由或者说两种分析视角,但它们本身都具有局限性。现代英美证据法不仅仅关注事实认定准确性问题,而且还注重保护各种外在于司法证明程序的目标。因此,设置排除规则的理由是多元化的。

上述研究对中国的证据制度改革具有启发意义。自由证明原理是否也应当成为中国证据法的一个制度前提?英美学者们用以论证自由证明的那些理由,是否对于中国证据法也适用?实际上,中国目前的证据法律制度存在明显的规制倾向。一方面表现为大量存在的“证明力规则”,^[55]另一方面表现为设置各种排除规则的理论上的呼声和立法动态。如果自由证明也应当成为中国证据法的一个前提性原则,那么,对这些证明力规则和

[52] 关于外部政策的论述,参见[美]罗纳德·J. 艾伦等著:《证据法——文本、问题和案例》(第3版),张保生、王进喜、赵滢译,满运龙校,高等教育出版社2006年版,第136页。

[53] 如事后补救措施、提议和解、支付医药费用等行为不得作为证据证明行为人具有过错或负有责任。

[54] [美]戴维·柏格兰:《证据法的价值分析》,张保生、郑林涛译,载何家弘主编:《证据学论坛》(第13卷),法律出版社2007年,第247页。

[55] 关于中国法律中的证明力规则的分析,参见李训虎:《证明力规则检讨》,《法学研究》2010年第2期,第156页。因为这些证明力规则的存在,有学者认为中国证据法呈现出“新法定证据主义”的特征。参见陈瑞华:《以限制证据证明力为核心的新法定证据主义》,《法学研究》2012年第6期,第149页。

排除规则就应当保持十足的警惕,因为它们都意味着对自然的、经验性的证明过程的控制。因此,只有具备充足的理由才应当设置这些规则。那么,在中国设置这些证明力规则和排除规则的具体理由是什么?英美学者们对于证明力规则的几乎是普遍的敌视态度,是否应被我们效仿?关于限制可采性的证据排除规则,目前已经成为中国证据法学界的一个研究重点。对于这些排除规则,我们也必须要拷问其正当性。与之相关的,对于移植英美证据规则这一问题,也需要进行深层次的反思。如果说英美证据法的功能在于控制由普通人组成的陪审团,那么在中国不存在陪审团审判的情况下,似乎无法证成对英美证据法的移植。但是,如果英美证据法,或者至少某些证据规则,能够起到激励对抗制律师举证的功能,那么,在对抗制因素逐渐增加的中国诉讼程序中,似乎存在移植某些英美证据规则的理由。

当然,上述对中国问题的思考不能简单地与英美证据法中的相关理论类比。因为具体诉讼程序环境以及更为宏大的法制环境有很多差异,因此英美证据法及其学术理论,不能给中国所面对的问题提供快捷的答案。本文也不想针对这些问题给出仓促而片面的回答,而是希望通过对英美证据法的理论评述,引出这些问题,并且为后续的研究提供解决问题的理论参照。对于证据法的比较法研究,应当识别这些差异,并从功能上解释英美证据法以及其中的具体规则,从而为中国的证据制度构建,不管是域外规则移植还是本土规则生成,做好知识储备并提供有益的参考意见。

[Abstract] In process of its historical development, the common law system has gradually established through judicial precedents created by judges various exclusory rules of evidences and the ideas of classified comparison and formalized definition of the weight of evidence have been put forward in theoretical research. The tendency to regulate the judicial proof procedure had given rise to Jeremy Bentham's "denormalization theory", which actually embodies the idea of free proof. The evidence law of modern common law system takes free proof as a prerequisite assumption: judicial proof should not be regulated by technical rules of evidence, unless there exists a justifiable ground for doing so. Therefore, the exclusory rules of evidence, as a subjective norm of the common law system, must be able to prove its own legitimacy. The traditional justification for the exclusory rules of evidence is that the jury cannot be trusted to rationally assess certain kinds of evidence. A recent alternative justification is the need to regulate lawyers' act of producing of evidence. The research on the prerequisite assumption and functional interpretation of the evidence law in the common law system will be able to provide some inspirations to China in the field of evidence law.

(责任编辑:王雪梅)