

吴高庆 主编

证据



学

清华大学出版社

证据法学

主 编 吴高庆

撰稿人(以撰写章节先后为序)

吴高庆 封利强 谭世贵

张 曙 王 艳 胡 铭

方福建 叶肖华 王建林

杨杰辉 宋高初 林劲松

清华大学出版社
北 京

内 容 简 介

证据是证明的根据,是认定案件事实的基础。本书从构建证据法学学科体系出发,对有关证据法律制度的内容进行了深入的阐释。本书系统地论述了证据制度的历史沿革、证据法的理论基础、证据法的基本原则、证据和证明的基础理论和知识,也包括证据的收集和保全、审查判断、举证、质证和认证;同时不仅关注立法与司法解释的最新变化,吸收国内外证据法学研究的最新成果,而且根据电子技术对证据的影响,设立专章阐述电子证据。

本书适合高等院校法学本科学生、研究生、教师及法律实务界人士阅读和使用。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

证据法学/吴高庆主编.--北京:清华大学出版社,2010.8

ISBN 978-7-302-23029-8

I. ①证… II. ①吴… III. ①证据—法学 IV. ①D915.130.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第111796号

责任编辑:方 洁

责任校对:王荣静

责任印制:孟凡玉

出版发行:清华大学出版社

地 址:北京清华大学学研大厦A座

<http://www.tup.com.cn>

邮 编:100084

社 总 机:010-62770175

邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 装 者:三河市金元印装有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:170×240 印 张:25.75 字 数:501千字

版 次:2010年8月第1版 印 次:2010年8月第1次印刷

印 数:1~4000

定 价:39.00元

前 言

教材是教学的基础。应清华大学出版社之约,我们组织浙江大学、浙江工商大学、浙江工业大学、宁波大学和浙江师范大学五所高校长期从事证据法学教学而富有教学经验的教师编写了《证据法学》。期望本书能够成为一部教师好用、学生易学的好教材。

本教材撰稿分工如下(以撰写章节为序):

吴高庆(浙江工商大学诉讼法学研究中心教授、校诉讼法学硕士点学科带头人):第一章、第十五章、第二十二章第三节“三”;

封利强(浙江工商大学研究法学研究中心讲师、博士):第二章;

谭世贵(浙江工商大学诉讼法学研究中心主任、教授、博士、博士生导师):第三章、第四章;

张 曙(浙江工业大学法学院副教授、博士):第五章、第六章、第八章;

王 艳(浙江工商大学诉讼法学研究中心教授):第七章、第九章;

胡 铭(浙江大学光华法学院副教授、博士):第十章、第十一章;

方福建(浙江工商大学法学院副教授):第十二章;

叶肖华(浙江工商大学研究法学研究中心讲师、博士):第十三章、第十四章、第二十章第五节;

王建林(浙江工商大学研究法学研究中心副教授):第十六章、第十七章;

杨杰辉(宁波大学法学院副教授、博士):第十八章、第十九章;

宋高初(浙江师范大学法政学院副教授):第二十章(其中第五节除外)、第二十一章;

林劲松(浙江大学光华法学院副教授、博士):第二十二章(其中第三节“三”除外)、第二十三章。

本教材由吴高庆担任主编。该书由主编提出基本结构,经作者集体讨论后分别撰写,最后由主编统一审定。

由于水平所限,本教材肯定尚有许多遗漏和不妥之处,敬请读者指正。

吴高庆

2010年仲夏写于西湖之畔

目 录

第一章 证据制度的产生与发展	1
第一节 人类社会早期的神示证据制度	1
第二节 大陆法系证据制度的历史沿革	7
第三节 英美法系证据制度的历史沿革	16
第四节 我国证据制度的历史沿革	26
第二章 证据法的理论基础	32
第一节 证据法的理论基础概述	32
第二节 诉讼证明认识论	41
第三节 诉讼证明价值论	48
第三章 证据法的基本原则	56
第一节 证据裁判原则	56
第二节 真实合法原则	60
第三节 直接言词原则	64
第四节 公平诚信原则	68
第四章 证据概述	71
第一节 证据的概念	71
第二节 证据的特征	75
第三节 证据能力与证明力	81
第四节 证据的意义	83
第五章 物证	87
第一节 物证的概念	87
第二节 物证的特征	88
第三节 物证的意义	89
第四节 物证的收集、保管以及审查判断	91
第六章 书证	99

第一节	书证的概念和意义	99
第二节	书证的特征和分类	101
第七章	证人证言	110
第一节	证人证言的概念和意义	110
第二节	证人的条件和权利义务	118
第三节	证人证言的收集和审查判断	130
第八章	被害人的陈述	135
第一节	被害人陈述的概念、意义	135
第二节	被害人陈述的特征	137
第三节	被害人陈述的收集和审查判断	138
第九章	犯罪嫌疑人、被告人的供述和辩解	144
第一节	犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解的概念、意义	144
第二节	犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解的特征	149
第三节	犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解的收集和审查判断	164
第十章	当事人陈述	169
第一节	当事人陈述的概念和意义	169
第二节	自认	173
第三节	对当事人陈述的审查判断	177
第十一章	鉴定结论	179
第一节	鉴定结论的概念和特点	179
第二节	鉴定的分类	182
第三节	心理测试鉴定	186
第十二章	勘验、检查和现场笔录	192
第一节	勘验、检查和现场笔录的概念和意义	192
第二节	勘验、检查和现场笔录的特征	194
第三节	勘验、检查和现场笔录的内容与制作	196
第四节	勘验、检查和现场笔录的审查判断	199
第十三章	视听资料	202
第一节	视听资料的概念和意义	202
第二节	视听资料的收集和审查判断	209
第十四章	电子证据	215
第一节	电子证据的概念和意义	215
第二节	电子证据的特征	219
第三节	电子证据的收集和审查判断	220
第十五章	证据的学理分类	226
第一节	证据分类概述	226

第二节	原始证据与传来证据	227
第三节	言词证据与实物证据	230
第四节	直接证据与间接证据	233
第五节	本证与反证	237
第六节	控诉证据与辩护证据	239
第七节	主要证据与补强证据	241
第十六章	证明的概念与对象	244
第一节	证明的概念	244
第二节	证明对象	251
第十七章	证明责任	265
第一节	证明责任概述	265
第二节	证明责任制度的产生和发展	267
第三节	证明责任的分配	270
第四节	我国的证明责任制度	276
第十八章	证明标准	283
第一节	证明标准概述	283
第二节	国外诉讼法中的证明标准	286
第三节	我国诉讼法中的证明标准	292
第十九章	证据的收集与保全	300
第一节	收集与保全证据概述	300
第二节	收集与保全证据的主要方法	307
第三节	各种证据的收集与保全	313
第二十章	证据的审查判断	318
第一节	审查判断证据的概念和意义	318
第二节	审查判断证据的任务	320
第三节	审查判断证据的步骤和方法	325
第四节	审查判断证据的基本法则	330
第五节	死刑案件证据的审查判断	334
第二十一章	举证、质证和认证	339
第一节	举证	339
第二节	质证	344
第三节	认证	350
第二十二章	证据规则	357
第一节	证据规则的概念、功能	357
第二节	外国证据规则简介	359
第三节	非法证据排除规则	361

VI | 证据法学

第四节	相关证据规则	364
第五节	传闻证据排除规则	372
第六节	自白和补强证据规则	376
第二十三章	推定和司法认知	382
第一节	推定	382
第二节	司法认知	390
参考文献		398

第一章 证据制度的产生与发展

第一节 人类社会早期的神示证据制度

证据制度,是指关于运用证据阐明和确定案件事实的法律规范的总和。由于任何法律的适用都要以事实认定为基础,所以,证据制度是诉讼制度的核心和基础,在整个法律体系中居于十分重要的地位。

受人类的认识能力和价值取向的影响,不同历史时期的证据制度不可避免地带有其所处时代的烙印。同时,不同国家由于司法体制、历史文化传统等方面的差异,其证据制度也各不相同。认识证据制度的历史发展规律,有助于我们加深对现行证据制度的理解。

在人类社会由野蛮走向文明的历史进程中,证据制度也经历了一个由蒙昧走向科学的过程。在人类社会早期,神示证据制度是一种较为普遍存在的证据制度。

一、神示证据制度的表现形式

神示证据制度是借助于神灵的启示来辨别真伪;以确定案件事实的证据制度。这一证据制度曾经盛行于亚欧各国的奴隶社会时期,直到欧洲封建社会早期仍然有着一定的影响。

由于获取神灵启示的途径多种多样,人们对神意的解读也是五花八门,所以,在不同的国家和地区,神示证据制度的具体表现形式各不相同。概括而言,神示证据制度中常见的证明方法主要包括对神宣誓、水审、火审、决斗、十字形证明、卜筮等。

(一) 对神宣誓

对神宣誓是指要求当事人按照规定的形式对神宣誓,以此来证明己方陈述的真实性。对神宣誓的内容一般是当事人对己方陈述真实性所作的保证。比如,

9世纪英国的“盎格鲁—萨克逊法律”规定，在索赔被窃财物的案件中，控告人的誓词是：“我在上帝面前宣誓，指控他就是盗窃我财物的人。这既不是出于仇恨、妒忌或其他非法目的，也不是基于不实传言或信念”；被告人的誓词是：“我在上帝面前宣誓，对于他对我的指控，我在行为和意图上都是无罪的。”如果当事人不敢进行宣誓，或者在宣誓过程中精神恍惚，导致了某种形式上的错误，或者出现了其他“有罪征象”，法庭便可以据此认定其陈述为虚假。如果没有出现上述情况，则法庭将认可当事人陈述的真实性。再比如，《汉谟拉比法典》第131条规定：“倘若自由民之妻被其夫发誓诬陷，而她并未被破获有与其他男人同寝之事，则她应对神宣誓，并得回其家。”

在某些情况下，法律不仅要求当事人对神宣誓，还要求有其他人的辅助宣誓。这些辅助宣誓的人被称作“旁证人”或者“助誓人”。在不同案件中，法律对“助誓人”的人数要求也有所不同。比如，西欧中世纪初期的《萨利克法典》第58条规定：“如果有人杀了人，而交出其所有财产，但还不够偿付依法所该交纳的罚金，那么他必须提供12个共同宣誓人，他们将宣誓说‘在地上在地下，除已交出的东西以外，并没有其他任何财产’。”

（二）水审

水审是指通过让被告人接受水的考验来获取神意，以判断被告人陈述的真伪，确定被告人是否有罪。水审又分为冷水审和沸水审两种。

冷水审是指，将被告人投入河中，以其是否被河水吞没来判断其陈述的真伪，确定其是否有罪。尽管很多国家都采用冷水审，但由于各民族文化上的差异，人们对神意的理解有所不同，于是导致了不同的判断标准。在古巴比伦，人们通常认为，被告人被河水吞没意味着神要对其进行惩罚。所以，如果被告人在河水中浮出水面，则被认为是无辜的；而一旦其沉入水中，则被认为是有罪的。例如，《汉谟拉比法典》第2条规定：“倘自由民控自由民犯巫蛊之罪而不能证实，则被控犯巫蛊之罪者应行至于河而投入之。倘没为河所占有，则控告者可以占领其房屋；倘河为之洗白而彼仍无恙，则控彼巫蛊者应处死，投河者取得控告者之房屋。”相反，在古日耳曼，人们把水看做世界上最圣洁的东西，不接纳任何污垢。所以，如果被告人在河水中浮出水面，则认为其受到水神的唾弃，应当被判定有罪；而一旦其沉入水中，则认为其被水神所接纳，应当被救起并宣告无罪。

沸水审是指，让被告人将手伸入沸水中取物，对其烫伤的手臂予以包扎并对神祷告，经过一段时间后根据其烫伤是否愈合来判断其陈述的真伪，确定其是否有罪。如果烫伤逐渐愈合，则认为被告人得到了神的庇佑，其陈述是真实可信的；而如果伤口溃烂，则认为神对其加以惩罚，其陈述是虚假的。

（三）火审

火审是指通过让被告人接受火或者烧红的铁器的考验来获取神意，以判断被告人陈述的真伪，确定被告人是否有罪。在不同国家的火审中，判断神意的方式不

尽相同。有的国家以被告人是否被灼伤作为评判标准。例如,依据9世纪法兰克的《麦玛威法》规定,凡犯盗窃罪,必须交付审判。如在审判中为火所灼伤,即认为不能经受火审的考验,处以死刑;反之,如果不为火所灼伤,则可允许其主人代付罚金,免处死刑。有的国家则以被告人的伤口是否愈合作为评判标准。例如,14世纪古塞尔维亚的《都商法典》第152条也规定,被告人想证明自己的清白,就必须从教堂门口燃起的火堆中,取出烧红的铁器,用手拿到祭坛上去。经过一段时间以后,如果被告人手上的灼伤愈合了,即可被宣告无罪;如果被告人伤口溃烂而不能愈合,则应当被认定有罪。

(四) 决斗

决斗是指在争讼双方各执一词,案情真伪难辨的情况下,法庭依据当事人之间武力争斗的胜负来判断当事人陈述的真伪,确定被告人是否有罪。决斗是在中世纪欧洲广为流行的一种神明裁判方法。

决斗要严格按照法律规定的程序进行。在决斗前,通常有法庭安排的宗教仪式,由裁判者请求神灵暗中帮助正义的一方。决斗在争讼双方之间展开。如果一方不敢参与决斗,则会被认为是畏惧神灵的惩罚,将以败诉论处。在民事案件中,双方当事人可以不亲自出场,而分别雇佣职业剑手进行决斗。法庭依据决斗的胜负来认定案件事实。在决斗中获胜的一方会被认为得到了神的帮助,因而是清白无辜的;而在决斗中失败的一方会被认为未能得到神的帮助,因而是有罪的。此外,如果一方在决斗前宣读誓词的环节出现了错误,也会被看做是神的旨意,法庭不必经过决斗即可判定其有罪。

此外,十字形证明与卜筮也是具有代表性的神示证据制度。十字形证明是指当事人双方对面站立,手臂左右伸直,使身体呈十字形,保持这一姿势时间最久者胜诉的证明方法。这一证明方法为信仰基督教的民族所采用。卜筮是指法官就当事人双方争议的事实向神祷告,然后进行占卜,根据卦象式签牌的内容判断何者胜诉的证明方法。

二、神示证据制度的基本特征

(一) 指导思想的宗教性

在远古时期,人类尚未摆脱蒙昧状态,对于各种自然现象和社会现象难以获得科学的解释,把神看作是万物的主宰并将各种突发事件的出现归结为神意是一种普遍的认知心理。同时,由于社会生产力极其落后,人类的生存能力很低,因而,祈求神灵的庇佑在某种程度上成为人类的唯一选择。随着国家的出现和法律的产生,这种对神灵的信仰和崇拜常常被统治者利用,作为维护其阶级统治的重要工具。并且,人类认识能力的低下决定了人们在诉讼证明活动中揭示案件真相的能力受到极大的限制。在这一背景下,神示证据制度的出现就不足为奇了。因此,神示证据制度是在人类愚昧无知的背景下产生的,以宗教信仰为其思想基础。比如,

对神宣誓证明方法的有效性主要取决于宣誓人对神的畏惧。如果人们不信奉神灵,不害怕对神宣誓可能遭受神的惩罚,那么,对神宣誓将成为一道毫无意义的程序。再比如,水审、火审和决斗等证明方法的可接受性主要来源于人类对神灵的崇拜。假如人们不相信神灵是万能的,能够明辨一切是非曲直,并且会将神意以具体的方式呈现出来,那么,水审、火审和决斗等证明方法即使在当时的历史条件下也不可能获得如此广泛的接受。这种指导思想的宗教性从根本上决定了神示证据制度的落后性。

(二) 制度功能的辅助性

神示证据制度的另一个基本特征在于制度功能的辅助性。与历史上其他的证据制度不同的是,神示证据制度中所规定的各种证明方法并非直接适用于所有案件的审判中,只有在争讼双方各执一词,又缺乏足够充分的证据来对案件事实加以证明的情况下才发挥作用。美国人类学家霍贝尔在对初民社会法律进行深入的考察后指出:“从法律这一方面来说,一旦其手段不能收集到充分确凿的证据材料来解决案件的争议时,它便总是转向求助于宗教。在初民法律中,通过占卜、赌咒、立誓和神判等方法求助于超自然来确定案件事实的情况是非常普遍的。”^①所以,神示证据制度实际上并不排斥和否定证据的作用,裁判者只有在证据不足、案情难以明了的情况下才求助于神灵的启示。在这个意义上说,神示证据制度是一种辅助证明制度,神灵的启示是对依靠证据揭示案件真相的一种补充。

(三) 证明方式的间接性

证明方式的间接性也是神示证据制度的基本特征之一。神示证据制度中的各种证明方法基本上都不是直接用来证明案件事实,而是通过检验当事人陈述的真伪或者获取神灵的启示来间接地认定案件事实。就对神宣誓来说,这一证明方法发挥作用的前提在于当事人对于在神灵面前撒谎的畏惧,而这种畏惧心理在当时历史条件下是比较普遍的。因此,如果当事人敢于对神宣誓,那么其陈述的内容往往具有较强的可信性,于是,裁判者便可以将这种较为可信的陈述来作为认定案件事实的依据。就水审、火审、决斗等证明方法来说,这些证明方法并不具有“重现”发生在过去的案件事实的功能,其发挥作用的机理在于通过特定的仪式来探测神灵对于被告人的态度。这些特定的仪式,无论是将被告人投入水中,还是让被告人手持烧红的铁器,或者让双方当事人展开决斗,都与案件事实本身没有任何直接的关系,而仅仅是获得神灵启示的方法。

(四) 证明结论的随机性

由于神示证据制度下所采用的各种证明方法不具有科学性,裁判者据此获得的证明结论便具有很大的随机性和偶然性。比如,从科学的角度来看,接受水审考

^① [美]E. A. 霍贝尔:《初民的法律——法的动态比较研究》,周勇译,299页,北京,中国社会科学出版社,1993。

验的被告人是否会沉没与被告人是否有罪没有任何关系,而接受火审的被告人是否会被火灼伤以及伤口是否会愈合基本上取决于被告人的身体状况和环境因素,当事人之间决斗的胜负也是如此。即使就对神宣誓来说,当事人是否敢于对神宣誓在很大程度上取决于当事人是否信奉神灵,是否畏惧神灵的惩罚。所以,神示证据制度所规定的证明方法往往难以反映案件的真实情况,真正有罪的人可能侥幸逃脱处罚,而无辜者却可能不幸遭遇错判。这种证明结论的不确定性严重地损害了法的可预测性。

(五) 证明手段的残酷性

受当时历史条件的限制,神示证据制度下所采用的证明方法具有一定的残酷性。不论是水审,还是火审,都是让被告人的肉体接受某种考验,而在考验的过程中被告人随时都有受伤甚至毙命的可能。而判断决斗胜负的标准则通常是一方将另一方杀死。因此,神示证据制度是一种十分野蛮和残酷的制度。

三、对神示证据制度的历史评价

神示证据制度是人类社会最原始的证据制度,在当时特定的时代背景下具有一定的积极意义,但也不可避免地具有一定的历史局限性。

(一) 神示证据制度的积极意义

首先,神示证据制度体现了原始的公正性。神示证据制度与弹劾式诉讼(accusatorial procedure)如影随形,是早期弹劾式诉讼的特征之一。在弹劾式诉讼模式下,控告由私人提起,审判以言词辩论的方式进行,法官处于消极仲裁者的地位,控告人与被告人在法庭上具有平等的诉讼地位,拥有对等的诉讼权利。在这一背景下,一旦争讼双方在事实问题上存在分歧,缺乏足够充分的证据来明辨是非,那么,这种事实争议最终就会委诸神灵来加以判断,即由法官通过特定的方式来获取神的启示,然后再遵照神意来作出裁判。这一证据制度既能够保障法官的中立性,又能够保障争讼双方诉讼地位的平等,同时还确立了统一明确的证据采信和事实认定标准,对于保障原始的司法公正具有积极意义。

其次,神示证据制度在当时历史条件下具有可接受性。“在现代人的眼中,各种‘神明裁判’的方法是荒唐荒谬的。但在古代人的眼中,那些方法是神圣的,不容置疑的。”^①可以说,对神灵的崇拜是神示证据制度的可接受性的基础。由于人们普遍相信神灵能够在暗中帮助无辜者经受各种考验,并使说谎者或有罪者得到应有的惩罚,所以,通过祈求神灵启示的方式所确立的裁判便能够得到广泛的认同,司法的权威性也由此得以确立。

最后,神示证据制度能够在一定程度上促进真实的发现。如果说谎者或有罪者信奉神灵,那么,受心理因素的影响其在宣读誓词的时候就可能出现精神恍惚,

^① 何家弘主编:《外国证据法》,23页,北京,法律出版社,2003。

以致读错誓词的情况。在对神宣誓或者决斗制度中,法官均将据此作出对宣誓人不利的裁判,这显然对于查明案件真相具有积极意义。同时,接受沸水审和火审考验的被告人伤口的愈合也会受到心理因素的影响,其裁判结论同样可能在一定程度上反映案件真相。此外,在决斗过程中,有罪者的负罪心理及其对神灵惩罚的恐惧都可能制约其身体和精神状态,进而影响到决斗的胜负。这对于真相的揭示也有一定的促进作用。正是基于上述心理因素在揭示真相方面的积极作用,英美法系国家的证人宣誓制度一直沿用至今。

(二) 神示证据制度的历史局限性

首先,神示证据制度是一种非理性的证据制度。神示证据制度是与现代国家奉行的证据裁判原则背道而驰的。在神示证据制度下,法官审查判断证据、认定事实的权力受到较大的限制,在案件事实真伪不明的情况下只能求助于神灵的启示。法官在某种程度上成了仪式的主持者和神意的解读者,异化为类似于神职人员的角色。“那时候,法庭不是为查明案件事实设立的机构,而是为获得‘神灵指示’设置的场所。”^①所以,神示证据制度是以唯心主义为思想基础的,其产生是与当时生产力水平低下,科学文化技术落后以及人们的愚昧无知分不开的。以现代人的眼光来看,水审、火审乃至决斗的结果与案件事实之间根本不具备相关性。所以,这一证据制度揭示真相的能力极其低下,与后世的各种证据制度不可同日而语。

其次,神示证据制度在一定程度上沦为阶级统治的工具。在人类社会早期,统治者往往自觉地利用人们对神灵的敬畏来维护其阶级统治。在诉讼证明活动中,统治者借助于神明裁判制度进一步助长人们对神灵的崇拜,并按照自己的意志来确定显示神意的方式,给司法裁判披上神意的外衣,以维护司法裁判的权威性,巩固其统治地位。

最后,神示证据制度反映了原始的等级特权思想。在奴隶社会,奴隶不是法律权利的主体,而是法律权利的客体,奴隶主有权对奴隶进行随意处置,对奴隶的生杀予夺都不需要任何诉讼证据。在这一背景下,奴隶毫无诉讼权利可言,神示证据制度只适用于奴隶主和自由民。同时,处于不同经济地位的当事人在神明裁判中适用不尽相同的规则。比如,古捷克法律中明确规定,决斗只能在同一个阶级或者一个等级的当事人之间进行;如果决斗双方是绅士或领主,可以用剑和盾为武器参与决斗;如果决斗双方是农民或平民,只能手持木棍相互搏斗。

神示证据制度作为人类历史上最原始的证据制度,曾经在亚欧各国的奴隶社会时期和封建社会早期发挥了重要的作用。我国古代也曾实行过某些神判方法,比如,《周礼》中就有“有狱讼者,则使盟诅”的记载。不过,由于我国古代文明发达得较早,神判的方法适用较少,而且消失得也较早。在欧洲,随着人类认识能力的提高,神示证据制度的弊端日益彰显,其科学性与合理性不断受到人们的质疑。

^① 何家弘,《神证·人证·物证——试论司法证明方法的进化》,载《中国刑事法杂志》,1999(4)。

1215年,欧洲天主教拉特兰大教会明令禁止在其宗教法庭的审判中使用神明裁判。随后,欧洲许多国家相继废除了神明裁判。不过,决斗作为神明裁判的一种方式,仍然在欧洲存续了较长的时间。直到1818年,法国国会才明令废除了司法决斗。

在神明裁判制度退出历史舞台之后,原始的自由证明制度得以恢复。在其后的发展过程中,大陆法系国家与英美法系国家由于诉讼模式上的差异,逐渐形成了各具特色的证据制度。

第二节 大陆法系证据制度的历史沿革

一、法定证据制度的产生和发展

(一) 法定证据制度的产生

在欧洲大陆,伴随着封建君主专制制度的确立,体现着原始平等思想的弹劾式诉讼日益走向衰落,最终被建立在专制思想基础上的纠问式诉讼(inquisitorial procedure)所取代。与弹劾式诉讼模式下由私人提起诉讼不同,纠问式诉讼的本质特征是法官代表国家主动依职权追究犯罪。美国著名学者霍贝尔对此评论道:在原始法的发展过程中,真正重大的转变并不是在人与人之间的关系中实体法上的从身份到契约——尽管这是欧洲法在其后来发展过程中的一个显著的特征,而是在程序法上所发生的重心的重大转移,维护法律规范的责任和权利从个人及其亲属团体的手中转由作为一个社会整体的政治机构的代表所掌管。^①国家追诉原则的确立使得控告方收集证据的能力大大增强,法庭查明案件真相的能力得到了显著的提高。因此,纠问式诉讼模式的出现也在一定程度上加速了神明裁判制度的消亡。

在纠问式诉讼模式下,法官开始由消极的仲裁者转变为集控诉权与审判权为一身的司法官吏。而被告人只是承担诉讼义务的被追究的客体,与行使控诉权的法官显然不具有相同的诉讼地位和对等的诉讼权利。尤其是在神明裁判制度被废除以后,所有事实问题的最终的裁决权都归属于作为控告者兼裁判者的法官。并且,在纠问式诉讼模式下,不仅庭审前的调查活动是秘密进行的,法庭审判一般也不公开进行。法庭还拥有对被告人实施刑讯的权力,被告人常常成为被拷问的对象。比如,根据法国1670年的敕令,在刑事案件中,如果对被控犯有死罪的被告人已取得相当的证据而仍然不足以作出有罪判决时,可以对被告人实施刑讯。可见,

^① [美]E. A. 霍贝尔:《初民的法律——法的动态比较研究》,周勇译,369页,北京,中国社会科学出版社,1993。

在这一诉讼模式下,控辩双方之间的力量对比存在着显著的不平衡。孟德斯鸠曾言:“一切有权力的人都容易滥用权力,这是万古不易的一条经验。有权力的人们使用权力一直到遇有界限的地方才休止。”^①于是,如何规制法官的权力便成为一个亟待解决的问题。同时,封建君主为了加强对地方政权的控制,维护中央集权,也有必要通过法律对司法权施加必要的控制。

法定证据制度正是在这一背景下应运而生的。与国家取代被害人作为控告人相对应的是,法律取代神意成为司法活动中审查证据和认定事实的根据。封建君主专制制度的确立和纠问式诉讼模式的出现是法定证据制度产生的两个主要驱动力。从历史上看,法定证据制度对于维护中央集权和防止司法专横发挥了积极的作用。

法定证据制度在16至18世纪盛行于欧洲大陆,在德国、奥地利、俄国等国一直沿用到19世纪后期。最早规定这种证据制度的代表性法典是1532年神圣罗马帝国的《加洛林纳法典》。此外,具有代表性的法典还有1853年的《奥地利刑事诉讼法》和1857年的《俄罗斯帝国法规全书》等。

(二) 法定证据制度的基本内涵

法定证据制度,又称形式证据制度,是指一切证据的证明价值及其审查和运用规则都由法律预先作出明文规定,法官在审理案件的过程中必须据此认定案件事实的证据制度。在这一证据制度下,法官在认定事实的过程中只能机械地遵照既定的法律规则来审查和运用证据,而不得自由评断和取舍。

在法定证据制度下,立法者把证据划分为一定的种类,并依据运用证据的经验来确定每一种证据的证明价值,并将其看作是该类证据在任何案件中永恒不变的度量标准。根据不同种类的证据相对于案件事实的证明价值的差异,将证据划分为完全的证据与不完全的证据,又将不完全的证据进一步区分为不太完全的证据、多一半完全的证据和少一半完全的证据。一个完全的证据可以构成一个完整的证明,法官可以据此对案件事实予以认定;而一个不完全的证据可能只能构成1/2、1/4乃至1/8的证明,不能单独证明案件事实,而只能与其他证据结合起来证明案件事实。

法定证据制度的相关理论经历了积极理论和消极理论两个发展阶段。积极理论一直支配法定证据理论至18世纪前期。该理论认为,当刑事案件具备了法律规定的“完全的”或“完善的”证据时,无论法官个人对案件的看法如何,都必须作出有罪判决。18世纪后期,出现了法定证据制度的消极理论。该理论认为,当缺乏法律所规定的证据时,即使法官个人认为被告人有罪,也不得作出有罪判决。这两种理论均以是否具备法律预先规定的证据作为认定案件事实的根据,即使法官对案情仍有怀疑,也必须依法认定。然而,“消极理论不同于积极理论的,是大大减轻了

① [法]孟德斯鸠:《论法的精神》,张雁深译,154页,北京,商务印书馆,1961。

形式证据理论的畸形弊害,反映了人道主义的影响,也反映了自然法学派和百科全书派对当时法官的专横提出抗议的影响”。^①

(三) 法定证据制度的基本特征

1. 证明价值的预定性

法定证据制度的基本特征之一在于,任何证据的证明价值都由法律预先加以规定。比如,1857年的《俄罗斯帝国法规全书》规定以下几种证据是完全证据:受审人的坦白,书面证据,亲自勘验,具有专门知识的人的证明,与案件无关的人的证明。这些证据具有完整的证明价值,具备其中之一即可认定案件事实。再比如,有的国家规定,证人证言只能构成1/2的证明;与案件有利害关系或个人信誉有瑕疵的证人证言是1/4的证明。

2. 证据评价的机械性

在法定证据制度下,由于法律对所有证据的证明价值预先作出了规定,法官在审查判断证据的过程中几乎丧失了自由裁量的空间和余地,只能按照法定规则来对证据的证明价值进行评估。法律通常会对证据加减法则作出明确的规定。一般说来,任何两个1/2的证明相加都可以构成完整的证明;任何两个1/4的证明或者四个1/8的证明加在一起都可以构成半个证明。如果证人证言受到对方的有效质疑,则该证据的证明价值将减半。

3. 证明结论的法定性

法定证据制度对于法官在何种情况下可以认定事实作出了明确的规定,因此,即使法官本人内心的判断与法律的规定不一致,也必须依法作出裁判。依据积极理论,只要把控诉证据加在一起构成了一个完整的证明,那么,法官就必须作出有罪判决;而依据消极理论,如果把控诉证据加在一起不能构成一个完整的证明,那么,法官就必须作出无罪判决。有些国家还针对具体案件明确规定了判断标准。例如,《俄罗斯帝国法规全书》第312条规定:审理强奸案件必须具备下列情况才能定罪量刑:①切实证明确有强暴行为;②证人证明被害人曾呼喊救助;③她的身上或被告人身上,或者两个人身上,显露血迹、青斑或衣服被撕破,能够证明有过抗拒;④立即或在当日报告。

4. 取证方式的野蛮性

在法定证据制度下,被告人的口供是所有证据中最有价值和最完善的证据,被称作“证据之王”(regina probationum)。因此,在刑事诉讼中,法官为了给被告人定罪,往往会千方百计地获取被告人的口供。法定证据时代的许多法典都将刑讯逼供合法化,并对讯问的内容、步骤和方式等作出了明确的规定。例如,《加洛林纳法典》第31条规定:“假如某人被怀疑对他人有损害行为,而嫌疑犯被发觉在被害

^① [苏]安·扬·维辛斯基:《苏维埃法律上的诉讼证据理论》,王之相译,90页,北京,法律出版社,1957。

人面前躲躲闪闪、形迹可疑,同时嫌疑犯又可能是犯这类罪的人时,那么这就是足以适用刑讯的证据。”刑讯逼供的取证方式体现了法定证据制度的野蛮性和落后性,不可避免地导致了大量的冤错案件。贝卡利亚将欧洲中世纪的刑讯逼供称作“合法的暴行”。他指出:“(刑讯)这种方法能保证使强壮的罪犯获得释放,并使软弱的无辜者被定罪处罚。”^①

(四) 对法定证据制度的历史评价

法定证据制度是大陆法系国家在废除神示证据制度后所确立的一种证据制度。与神示证据制度相比,它在一定程度上反映了人类理性,是一种历史的进步。当然,由于时代的局限,法定证据制度也不可避免地存在其自身难以克服的弊端。

法定证据制度的积极意义体现在:首先,法定证据制度摆脱了宗教迷信,逐步从非理性证明走向理性证明。法定证据制度的出现将证据审查和事实认定的权力由“神灵”交给了法律,不再以任何宗教信仰作为思想基础,而是以审判实践中审查、判断和运用证据的经验作为确立证明规则的依据。因此,与神示证据制度下的各种证明方法相比,法定证据制度更多地体现了人类的理性与智慧,反映了诉讼证明方法的进步。法定证据制度中的某些规则,如关于书证的原本、副本证明力的规则,仅凭一个证人证言不能定案等,至今仍然具有借鉴意义。

其次,规则的统一性和明确性有利于防止法官恣意擅断。在纠问式诉讼中,法官将追诉权与审判权集于一身,主导着诉讼证明的进程,被告人毫无诉讼地位和权利可言,常常沦为刑讯逼供的对象。在这一背景下,为诉讼证明活动确立明确、统一的规则,对于遏制司法专横具有十分重要的意义。同时,“同等情况同等对待”是人类社会基本的法治原则。为证据评价和事实认定设置统一的标准,无疑有利于实现法制的统一,反映了人类社会旨在实现诉讼证明规范化的可贵探索。在法定证据制度下,有关规则的精细化程度令人叹为观止。例如,1853年的奥地利《刑事诉讼法》和1857年的《俄罗斯帝国法规全书》都规定了被告人口供成为完全的证据所必须具备的条件:①必须是确定的、明晰的、表达透彻的,不是出于含糊不明的手势和符号;②必须是在健全的理智下自动作出的陈述;③必须在法庭上向法官当面作出明确陈述;④陈述的内容和过去的行为完全相符;⑤必须是独立的、详尽的陈述,不是只根据所提问题作出的肯定答复。尽管自18世纪末开始,法定证据制度逐渐被抛弃,自由心证证据制度日益得到提倡,但从证据制度的发展趋势来看,法定证明与自由证明相结合是诉讼证明的一条基本规律。因此,法定证据制度对法定证明规律的探索对于当今证据制度的科学建构仍然具有一定的启发意义。

最后,法定证据制度下事实认定的比例原则也在一定程度上体现了人类理性。依照法定证据制度,法官在刑事诉讼中一旦收集到完善的证据,就必须依法认定被

^① [意]贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,37页,北京,中国法制出版社,2002。

告人有罪；如果未能收集到完善的证据，而不完善的证据虽有几分可信但不足以证实被告人有罪的，则可以认定被告人有犯罪嫌疑而对其进行刑讯；如果经过刑讯仍然收集不到完善的证据，法庭可以依据已有证据作出“存疑判决”。“如果证据加起来的结果不够人们可以进行完全处罚的最低限度，如果这个加法以某种方式悬而未决，如果人们仅仅只有四分之三的证据，加起来不到一个充分证据，这并不意味着不应当进行惩罚。四分之三的证据，四分之三的惩罚；一半证据，一半惩罚。”^①这种按照已有证据的证明价值来成比例地确定刑罚的做法，反映了立法者为了在惩罚犯罪和避免错判这两个价值目标之间寻求平衡所作出的努力。

法定证据制度的主要弊端包括：第一，以一般规律否定特殊规律，不利于个案中的真实发现。法定证据制度是形而上学思维方式的体现。尽管法定证据制度中的各种规则是司法实践经验的结晶，但任何经验都只在有限的范围内才具有实用价值，因此，把局部经验作为普遍规律，必然会导致规则的适用脱离个案的实际。并且，法定证据制度试图预先规定所有证据的证明价值也是不现实的，尤其随着科技的进步和社会的发展，证据的种类越来越难以穷尽。

第二，法定证据制度对证明价值以及审查判断规则的预先规定实际上剥夺了法官的自由裁量权，扼杀了法官的良心和理性。诉讼证明是一种复杂的特殊认识活动，通过证明价值的加减运算来认定事实的做法实际上把复杂问题简单化了。其实，在这一特殊的认识活动中，作为认识主体的法官是诉讼证明活动的亲历者，其主观能动性的发挥对于准确的事实发现具有不可替代的作用。而法定证据制度却把证据材料的外部特征视为内在的普遍性的规律，要求法官机械地按照法定的程式和标准来断案，完全无视法官的主观能动性。这种刻板的做法难以实现诉讼证明的目的。贝卡利亚曾经指出：“关于刑事案件，非学者的人们依照感觉所作出的判决，比起法学者依照预定的规则所作出的判决，常是更正确的。”

第三，法定证据制度竭力维护封建等级特权，具有浓厚的封建性。法定证据制度体现了鲜明的封建等级特权观念，不同种类的证人所提供的证言被赋予了各不相同的证明价值。比如，《俄罗斯帝国法规全书》规定，当几个地位或性别不同的证人的语言发生矛盾时，要依据下列原则处理：“①男人的证言优于女人的证言；②学者的证言优于非学者的证言；③显贵者的证言优于普通人的证言；④僧侣的证言优于世俗人的证言。”

应当承认，法定证据制度的出现是对神示证据制度的否定，是人类认识能力提高和证明方法进化的结果，具有重要的历史意义。但是，这种证据制度建立在形而上学的理论基础之上，因而也是不科学的。在后来的发展过程中，法定证据制度逐渐遭到了资产阶级法学家的尖锐批判，最终被自由心证证据制度所取代。

^① [法]米歇尔·福柯：《不正常的人》，钱翰译，6~7页，上海，上海人民出版社，2003。

二、自由心证证据制度的产生和发展

(一) 自由心证证据制度的产生

发端于16世纪、鼎盛于18世纪的启蒙运动引发了欧洲大陆封建专制制度的全面危机。资产阶级启蒙思想家高举理性的旗帜,反对神权与专制,提倡自由、平等与博爱。在这一背景下,纠问式诉讼逐渐被审问式诉讼(又称职权主义诉讼)所取代。在审问式诉讼模式下,控诉职能与审判职能开始分离,被告人的主体地位得到承认,传统的秘密审判也被公开审判所取代。尽管法官仍然扮演比较积极的角色,拥有主导审判进程的权力,可以主动依职权调查证据,但在控审分离的背景下,其中立地位得到了确认和保障。

与这种全新的诉讼模式相适应,证据制度也发生了显著的变化。建立在形而上学理论基础上的法定证据制度要求法官在审查判断证据的过程中机械地套用法定的“公式”,极大地束缚了法官的良心和理性。这显然与资产阶级思想解放运动的精神主旨相违背,理所当然地受到资产阶级启蒙思想家的尖锐抨击。伴随着资产阶级革命的胜利,废除法定证据制度的呼声日益高涨。1790年12月26日,杜波尔向法国宪法会议提出革新草案,主张废除法定证据制度,代之以自由心证证据制度。该草案经过法国宪法会议的辩论,于1791年1月18日被通过。同年9月29日发布的训令正式宣布:法官必须以自己的内心确信作为裁判的唯一根据。1808年,法国颁布了世界上第一部刑事诉讼法典,该法典第342条明文确立了自由心证证据制度。此后,欧洲大陆法系各国纷纷效仿。例如,1877年的德国《刑事诉讼法》第260条和1892年的沙皇俄国《刑事诉讼条例》第119条都对自由心证证据制度作出了类似的规定。

(二) 自由心证证据制度的基本内涵

自由心证证据制度,又称“内心确信证据制度”,是指法律不对证据的证明价值预先作出规定,所有证据均由法官依其良心和理性自由评价,并根据所形成的内心确信来认定案件事实的证据制度。在这一证据制度下,法官在诉讼证明过程中不再受僵化的法律规则的约束,而且根据个案的具体情况,充分发挥其主观能动性,以发现案件的实质真实。

最早在法律上对自由心证制度作出规定的1808年法国《刑事诉讼法》第342条写道:“法律不要求陪审员报告他们建立确信的方法;法律也不为他们预定任何规则,使他们判断证据是否齐备和充分;法律仅要求陪审员深思细察,并本诸良心,诚实地探求已经提出的对于被告人不利和有利的证据在他们的理智上产生了何种印象。法律未曾对陪审员说:‘经若干名证人证明的事实即为真实’;法律也未曾说:‘未经某种记录、某种证件、若干证人、若干凭证证明的事实,即不得视为已有充分证明’。法律仅向陪审员提出一个能够概括他们职务上全部尺度的问题:‘你们是真诚信确吗?’”这一表述通常被后人看作自由心证的古典公式。

可见,自由心证证据制度的核心在于将事实裁判者从法定规则的枷锁中解脱出来,是对法定证据制度的根本否定。不过,由于大陆法系国家自由心证证据制度的最初确立是以引入英国陪审团制度为背景的,裁判者的心证自由存在着“绝对化”的倾向。随着陪审团制度的衰落,为了抑制职业法官的主观随意性,大陆法系各国不断通过改革,对自由心证作出新的解释,增加具体限制“心证”的条件,从而使得自由心证证据制度经历了一个从传统自由心证到现代自由心证的演变过程。^①这种现代自由心证由于受一定的证据规则限制,因而被称为“半自由心证制度”。^②而且,“到今天,关于自由心证的内容的解释一般都不忽视其客观方面,且在理论和实践上出现了更加注重自由心证原则客观基础的明显倾向”^③。日本学者指出:“自由心证当然不允许法官肆意判断。自由心证要求根据经验法则、逻辑法则进行合理的心证。自由心证主义必须是合理的心证主义。”^④

(三) 自由心证证据制度的基本特征

首先,自由心证证据制度是审问式诉讼模式的产物,强调对案件实质真实的发现。自由心证证据制度是在纠问式诉讼模式消亡的基础上产生的。在纠问式诉讼模式下,自由心证证据制度缺乏生存的空间和土壤。正是由于审问式诉讼模式注重发挥法官的主导作用,所以,不断增强心证形成的客观性成为自由心证证据制度发展的基本趋势。这种对心证自由的限制体现了注重追求实质真实的诉讼证明理念。尽管当今英美法系国家的陪审团裁判本质上属于自由证明,并且,其心证的自由程度更高,但作为一种与法定证据制度相对应的证据制度,自由心证证据制度特指在欧洲大陆各国近现代以来奉行的自由证明制度。正是基于这一原因,“自由心证”通常被认为是大陆法系的法学概念,在英美法系国家,自由心证不仅不具有明确的法律规定,甚至还没有成为一个规范的法学术语。^⑤

其次,在证据评价方面,证据的证明价值完全由法官凭自己的良心和理性自由加以判断。自由心证证据制度与法定证据制度的显著不同在于,证据的证明价值不再由法律预先加以规定,而是由法官在审理案件的过程中,结合具体情况予以审查判断。例如,日本《刑事诉讼法》第318条规定:“证据的证明力由审判官自由判断。”所以,自由心证证据制度在证据评价方面所赋予法官的自由裁量权主要在于

① 传统自由心证主张,判断证据属于法官职责范围的事,他人无权干涉。法官有权用自己的方式和逻辑,来决定证据的取舍。现代自由心证则包含两方面的内容:一方面,法官具有自由判断证据的职权和职责,其他人无权随意干涉;另一方面,法官自由裁量证据的行为受到法律规则尤其是证据规则的制约,其行为必须符合基本的证据法则。参见叶自强:《从传统自由心证到现代自由心证》,载陈光中、江伟主编:《诉讼法论丛》,383~384页,北京,法律出版社,1999。

② 樊崇义主编:《刑事诉讼法学研究综述与评价》,201页,北京,中国政法大学出版社,1987。

③ 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》,载《比较法研究》,1993(2)。

④ [日]田口守一:《刑事诉讼法》,刘迪等译,225页,北京,法律出版社,2000。

⑤ [美]米尔吉安·R·达马斯卡:《比较法视野中的证据制度》,吴宏耀、魏晓娜等译,217页,北京,中国人民公安大学出版社,2006。

对证明价值的评判,而证据能力问题则通常不被纳入自由评价的范围。正如学者所言:“裁判官所自由判断者,乃证据之证明力,并非证据能力。”^①

再次,在事实认定方面,法官对案情的认定必须以内心确信为前提。在自由心证证据制度下,法律并未确立“完整的证明”的评判标准,没有要求法官在何种情况下必须对事实作出认定,在何种情况下不得对事实作出认定,一切委诸法官自由判断。只要法官对案件事实形成了内心的确信,就可以作出相应的裁决。这一制度体现了对法官良心和理性的信赖,有助于充分发挥法官的主观能动性。

最后,自由心证证据制度需要一系列的制度保障。自由心证证据制度把法官从法定证据制度的束缚下解放出来,完全享有了证据评价和事实认定的权力,从积极的方面来看,有助于发现案件的实质真实。但是,这一制度设计又蕴藏着巨大的风险。如果法律对法官的自由裁量权不施加任何干预,难免导致法官的恣意擅断。所以,自由心证经历了从“绝对自由”向“相对自由”的演变,当今大陆法系国家大都确立了一系列的配套制度,以便对自由心证施加必要的约束。概括起来,主要包括以下几个方面:一是事先制约,包括法官回避制度、合议制、控方向审判方移送材料范围的限制以及对法官素质的要求等;二是法官形成心证过程中的制约,包括对传闻证据和供述的证据能力的限制、补强证据规则、关联性规则以及证明标准的制约等;三是事后制约,包括救济程序和判决书对法官心证形成过程的详尽展示。^②

(四) 对自由心证证据制度的历史评价

从历史发展的角度看,自由心证证据制度是对法定证据制度的根本否定,更多地反映了人类的智慧和理性,具有历史的进步意义。但同时,自由心证证据制度也不可避免地带有时代的烙印,具有一定的历史局限性。

自由心证证据制度的积极意义体现在以下几个方面:首先,推动了诉讼的民主化。在自由心证证据制度下,证据不再由法律预先规定效力等级,一切证据都交由法官自由评判。在这一背景下,被告人口供不再是“证据之王”,刑讯逼供制度在法律上被废除,被告人的主体地位得到了肯定;同时,证人证言的证明价值不再因证人身份和地位的差异而有所不同,法律不再保护任何封建等级特权。这就使得自由心证证据制度呈现出明显的历史进步性。

其次,人类揭示案件真相的能力得到了显著的提高。在法定证据制度下,法官不享有自由评判证据的权力,其对案件事实的认定不是由于形成了内心的确信,而是由于证据的数量符合了法律的规定,所以,判决所确认的事实往往不符合案件的实际情况。这种证据制度所追求的显然是“形式真实”。而自由心证证据制度摆脱了法定证据制度的各种形式主义的束缚,在证据评价和事实认定方面赋予了法官充分的自由裁量权,为追求“实质真实”创造了条件。因此,自由心证证据制度符合

① 刁荣华主编:《比较刑事证据法各论》,25~26页,台北,汉林出版社,1984。

② 卞建林主编:《证据法学》,88~91页,北京,中国政法大学出版社,2005。

诉讼证明的内在规律,比以往的证据制度更有利于揭示案件的真相。正是基于这一原因,自由心证证据制度不仅被大陆法系各国广泛采纳,还得到其他很多国家的普遍认可。我国于2002年开始实施的《最高人民法院关于民事诉讼证据问题的若干规定》就吸收和借鉴了自由心证的合理精神。该规定第64条规定:“审判人员应当依照法定程序,全面、客观地审核证据,依据法律的规定,遵循法官职业道德,运用逻辑推理和日常生活经验,对证据有无证明力和证明力大小独立进行判断,并公开判断的理由和结果。”

最后,自由心证证据制度对于构建现代诉讼制度发挥了重要作用。自由心证原则与证据裁判原则共同构成了现代证据法的基石,是现代诉讼制度不可或缺的组成部分。直言词原则、程序参与原则、无罪推定原则以及辩护制度等一系列现代诉讼原则与制度的贯彻都有赖于自由心证证据制度的确立和完善。

自由心证证据制度的历史局限性主要表现在:一方面,自由心证证据制度缺乏客观统一的认证标准。作为法定证据制度对立面而出现的自由心证证据制度有矫枉过正之嫌。与法定证据制度严重压抑法官审查判断证据的主观能动性相反,自由心证证据制度走到了另一个极端,“完全信任法官的智慧,以法官的自由心证来判断。也就是说只期望于有良心、有辨别能力和经验的法官的具体确信”^①。这就难以完全避免法定证据制度所力图克服的司法专横问题。为此,大陆法系各国不断对法官的自由心证施加各种限制,以便抑制法官的主观随意性。

另一方面,自由心证证据制度难以摆脱对法官个人智识的过分依赖。无论是对证据的自由评价,还是对事实的内心确信,实际上都只是裁判者的主观判断,证明结论始终难以摆脱法官个人因素的影响。然而,追求裁判结论的客观性、确定性是现代证据制度发展的基本方向。随着现代科学技术的突飞猛进,在证据科技化和诉讼专业化的背景下,诉讼证明活动仅仅依靠法官个人的智识已经远远不够,“越来越多对诉讼程序非常重要的事实在只能通过高科技手段查明”,“人类感官在事实认定中的重要性已经开始下降”。^②因此,自由心证证据制度在未来的发展过程中也将面临新的机遇和挑战。

大陆法系国家的证据制度先后经历了神示证据制度、法定证据制度和自由心证证据制度这样三个主要发展阶段。法定证据制度取代神示证据制度和自由心证证据制度取代法定证据制度是大陆法系证据制度史上依次递进的两次飞跃,审查判断证据的权力先后从神灵和法律的手转移到法官的手中,从而使诉讼证明制度逐步走向科学。自由心证证据制度是当今大陆法系各国普遍采用的一种理性证明制度。

① [日]兼子一、竹下守夫:《民事诉讼法》,107页,北京,法律出版社,1995。

② [美]米尔建·R.达马斯卡:《漂移的证据法》,李学军、刘晓丹、姚永吉、刘为军译,200页,北京,中国政法大学出版社,2003。

第三节 英美法系证据制度的历史沿革

一、英美证据制度的产生

在神示证据制度时期,整个欧洲基本上都实行弹劾式诉讼模式。然而,在神明裁判制度逐渐退出历史舞台的同时,欧洲大陆的弹劾式诉讼模式逐渐被纠问式诉讼模式所取代,而英国的弹劾式诉讼模式却得以延续,最终演化为以陪审团审判为特色的对抗式诉讼(adversarial procedure)模式。从此,两大法系的证据制度开始分道扬镳。与欧洲大陆在纠问式诉讼背景下确立法定证据制度不同的是,在英国,由于弹劾式诉讼模式得以延续,知情陪审团与不知情陪审团先后作为神意的替代物,担负起断狱息讼的使命。

最初的知情陪审团由了解案情的12名当地居民组成的,这些陪审员不仅要协助法官判案,还要向法庭提供他们了解到的案件事实。并且,法律对于陪审员了解案情的途径没有限制,无论是亲身感知还是道听途说都可以作为判决的依据,除非有人证明其来源不可靠。因此,由知情陪审团参与的审判毫无证据规则可言,争讼双方都无法对陪审团据以认定事实的证据提出有效的质疑。1352年,为了防止陪审员带着偏见参与审判,英国法律赋予被告人要求那些了解案情的陪审员回避的权利,从此,英国的陪审制度开始由“知情陪审团”转向“不知情陪审团”,现代意义上的陪审团制度开始得以确立。

在陪审团制度下,案件的事实问题由未接受过法律职业训练的陪审员在听取控辩双方陈述和审查控辩双方证人证言的基础上作出裁决,所以,在对抗式诉讼中扮演积极角色的控辩双方律师千方百计地发动攻势,对陪审员施加各种影响,以争取对己方有利的裁决。在这一背景下,由法官对控辩双方提交的证据进行事先筛选,将可能误导陪审团或者可能导致审判不公的证据予以排除就成为必要了。于是,在长期的司法实践中,一系列的证据规则便逐渐以判例的形式被确立下来。

英国证据规则的确立经历了一个漫长的过程。最早得到确立的是文书证据规则和证人资格规则等,到了17世纪末,最具英美特色的传闻规则也得以确立。威格莫尔曾经指出,传闻规则在普通法上没有精确的起始时间和明确的规定,这一规则大体是在1675年至1690年间确立的。^①但是,直到18世纪末,英美证据规则仍然处于萌芽状态。1794年,负责审理华伦·哈斯丁一案的伯克(Edmund Burke)法官指出:“证据法的确规定了一些事项,但是,这些规定十分笼统和抽象,并且如此

^① Arthur Best, *Wigmore On Evidence*, New York: ASPEN Publishers, 2004(2), 18.

紧凑,以至于一只鸚鵡可以在半个小时内将其强行记住并在五分钟内复述完毕。”^①19世纪是英国证据制度发展史上的重要阶段,英国证据法上的许多判例都是在这一时期确立的。从19世纪末开始,英国制定法获得了较大的发展,立法机关先后颁布了一系列专门规范证据制度的成文法,主要包括1898年的《刑事证据法》(*Criminal Evidence Act 1898*)、1984年的《警察与刑事证据法》(*Police and Criminal Evidence Act 1984*)、1995年的《民事证据法》(*Civil Evidence Act 1995*)等。另外,1988年的《刑事审判法》(*Criminal Justice Act 1988*)和1994年的《刑事审判与公共秩序法》(*Criminal Justice and Public Order Act 1994*)中也包含了一些关于证据制度的规定。

在美国,传闻规则、非法证据排除规则等证据制度又获得了新的发展。美国宪法将被告人的对质权规定为公民的基本权利,因而,传闻规则被看作是对被告人对质权的保护。同时,旨在规范非法证据排除的“毒树之果”规则也成为具有美国特色的证据制度。此外,美国在证据法成文化方面也走上了与英国不同的道路,即与英国分别制定民事证据法和刑事证据法不同的是,美国采取统一立法模式。1975年美国国会颁布的《联邦证据规则》(*Federal Rules of Evidence*)集中解决美国联邦法院审理的民事和刑事案件中证据的可采性问题。目前,美国大多数州的证据法也广泛采纳了这一规则。

在澳大利亚和新西兰,最初的证据规则沿用英国的证据制度,后来也有了自己的发展。目前,澳大利亚和新西兰的证据制度虽然从形式上看规定在同一部法律之中,但从内容上看却充分考虑了民事诉讼和刑事诉讼的差异。例如,澳大利亚联邦《1995年证据法》(*Evidence Act 1995*)将“民事诉讼与刑事诉讼区别对待”规定为该法的一项基本原则。

二、英美证据制度演变的主要影响因素

英美证据制度最初是英国在陪审团审判和对抗式诉讼的影响下形成的,通过判例的形式逐步确立的证据制度。这一证据制度伴随着“日不落帝国”的殖民统治而传播到美国、加拿大、澳大利亚、新西兰等很多国家。

从内容上看,英美证据制度以相关性规则为基础,以可采性规则为中心。正如塞耶所言,英美证据法的核心内容是一系列基于政策而形成的否定性的“规范和排除的技术规则”,全部证据法的内容可以概括为两个基本原则:第一,对案件事实没有证明作用的材料一律不能采纳为证据;第二,一切有证明作用的材料都可以被采纳,除非有明确的法律或政策上的理由予以排除。所以,证据的可采性(admissibility)问题是英美证据制度的重心。无论是美国的《联邦证据规则》,还是其他英美法

^① William Twining, *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Northwestern University Press, 1994:34.

系国家的成文证据法,基本上都是由各类旨在规范证据采纳和排除的证据规则组成的。在很多英美人士眼中,证据规则(evidence rule)甚至被等同于证据法(evidence law)。具体说来,英美证据制度中的主要规则包括:相关性规则、传闻规则、最佳证据规则、非法证据排除规则、意见规则以及证人特权规则等证据规则。此外,还有一些证据制度,如证明责任、证明标准等规定,体现在判例法当中。

在英美证据制度的发展演变和实际运作过程中,有三个方面的因素发挥着支配性的作用。

1. 陪审团制度

陪审团制度是英美法系诉讼制度的主要特色之一。哈佛大学法学教授本杰明·卡普兰针对陪审团制度指出:“这个制度不但作为美国法庭程序的一部分而有其本身的重要性,而且它对法庭程序的其他方面产生巨大的影响。美国法律的许多特点都环绕在陪审制度的四周,就像铁砂环绕着磁石一样。”^①

英美证据法是在陪审团制度的影响下形成的。英美传统证据理论认为,普通法系事实认定制度首先也最主要是“陪审团制度的产物”。^②达马斯卡教授将陪审团制度列为英美证据法三大支柱之首。陪审团成员未受过系统化的专业训练,对证据的证据能力和证明力难以有效地予以甄别。在此情况下,陪审团却被赋予了终局性地自由评价证据的权力。正如达马斯卡教授指出的,“陪审团有权力给出没有解释的一般性裁决——他人几乎不可能因为其对证据的错误分析而对这种裁决提出异议”^③。因而,一旦发生误判,当事人很难获得救济,其危害将是致命的。于是,为了避免陪审团成员接触到的某些有瑕疵的证据而受到误导,法律明确规定了证据的可采性,并在正式庭审前设置专门的程序由法官将不可采的证据排除在正式庭审之外。例如,英美证据法否定了传闻证据、品格证据和类似事实证据等的可采性,并不是因为这类证据完全没有证明价值,而是认为这类证据在庭审中可能被陪审团赋予超出其本身的证明价值,或者会导致对一方当事人不公正的偏见。

2. 对抗式诉讼

对抗式诉讼与英美证据法的联系十分紧密。英美新近的一种理论认为,普通法证据制度首先也最主要是对抗式诉讼制度的产物。^④达马斯卡教授则将对抗式诉讼、陪审团制度以及集中型诉讼程序并列为英美证据法的三个支柱。

在英美的对抗制之下,由双方当事人主导诉讼进程,若没有完备的证据规则必然导致取证、举证、质证方面的混乱。所以,对抗制的诉讼模式天然地要求相对完

① [美]哈罗德·伯曼:《美国法律讲话》,陈若桓译,35页,台北,三联书店,1988。

② [美]米尔建·R.达马斯卡:《漂移的证据法》,李学军、刘晓丹、姚永吉、刘为军译,2页,北京,中国政法大学出版社,2003。

③ [美]米尔建·R.达马斯卡:《漂移的证据法》,李学军、刘晓丹、姚永吉、刘为军译,23页,北京,中国政法大学出版社,2003。

④ [美]米尔建·R.达马斯卡:《漂移的证据法》,李学军、刘晓丹、姚永吉、刘为军译,3页,北京,中国政法大学出版社,2003。

备的证据规则作为保障。威格莫尔将对抗式诉讼看作英美证据法的一大优势,他指出:“18世纪初,律师对质权的最终确立,使我们的证据法因拥有了有史以来对揭示真相最为有效的手段而负有盛名。”^①一位英国的著名法官也曾说过:“英国人认为获得真相的最好方法是让各方寻找能够证实真相的各种事实,然后双方展示他们所获得的所有材料……两个带有偏见的寻找者从田地的两端开始寻找,他们漏掉的东西要比一个公正无私的寻找者从地中间开始寻找所漏掉的东西少得多。”^②

从某种意义上说,正是诉讼模式的差异导致了两大法系证据制度的基本区别。以证明标准的立法表述为例,大陆法系国家通常将“内心确信”作为刑事证明标准,而英美法系国家则通常将“排除合理怀疑”作为刑事证明标准。究其原因,由于大陆法系国家实行审问式诉讼,所以,证明标准是从审问者的角度着眼的,要求法官在作出有罪判决时形成“内心确信”;而英美法系国家实行对抗式诉讼,所以,证明标准是从争讼双方的角度着眼的,要求当事人将案件事实证明到“排除合理怀疑”的程度。

3. 判例制度

判例制度是英美证据法的制度基础。尽管目前很多英美法系国家都以成文法的形式制定了证据法,但这些成文法与大陆法系的成文法有所不同。首先,它们一般只规范证据法的部分内容。这些内容主要集中在证据规则方面,其他内容仍然规定在判例法之中。所以,英、美等国的证据法实际上是由制定法与判例法共同构成的。其次,它们来源于判例法。英美法系的判例法传统决定了其证据立法与大陆法系证据法有着完全不同的生成规律。华尔兹教授在谈到美国证据法的渊源时说:“在并不很久以前,如果说几乎所有的证据规则都是法官制定的,那将是非常正确的。换言之,它们是普通法的产物。”^③再次,它们的理解和适用离不开相关的判例。以美国《联邦证据规则》为例,“《联邦证据规则》不仅是联邦最高法院制定规则程序的产物,也是国会立法程序的产物。其中,广泛收集的大量普通法先例至少与临时性的成文法具有同等重要性,它们共同构成《联邦证据规则》演进的背景。因此,在理解这些证据规则时,各种渊源都必须加以考虑”^④。最后,判例法可以对它们作出修改。英美国家的制定法在适用的过程中,法官可以对制定法的概念和条文作出解释,在一定程度上修改制定法的有关规定。这就使得英美的制定法不具有大陆法系成文法那样的刚性。可见,英美成文化的证据法在本质上是判例法的补充。不论在规则数量上制定法是否超过判例法,发挥主导作用的仍然是法院的

① John H. Wigmore. *Evidence in Trials at Common Law*. Boston: Tillers rev. 1983(1), 608.

② 陈光中、陈海光、魏晓娜:《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》,载《中国法学》,2001(1)。

③ [美]乔恩·R. 华尔兹:《刑事证据大全》,何家弘等译,7页,北京,中国人民公安大学出版社,2004。

④ 何家弘、张卫平主编:《外国证据法选译》(下卷),556页,北京,人民法院出版社,2000。

判例。

判例制度对于英美证据法的功能的发挥是十分重要的。由于英美证据法的生成规律所导致的条文规定得过细、缺乏概括性和前瞻性等特点,使得英美成文法难以适应客观形势的变化。但是,依判例制度,当成文法的规定在个案审判中导致正义不能实现的后果时,法官便可以创造新的判例。这一点有效地消解了英美证据法的弊端。正如边沁所言,事实上,在特殊历史条件下,在法典不合时宜又不能更立之际,法官们便创制和适用判例,以拯救法、发展法。待判例积累到一定程度,又被立法所吸收并融入成文法典。^① 英美证据法历史上各类证据排除规则的演变过程清晰地表明了这一点。所以说,成文化的英美证据法依赖判例法得以维系。

三、英美证据制度的基本特征^②

(一) 立法形式上的特点

与大陆法系国家的证据制度分别规定在刑事诉讼法、民事诉讼法以及行政诉讼法之中不同的是,当今英美法系国家大都专门制定了成文的证据法。然而,条文之繁杂、结构之散乱、概念之模糊以及稳定性之缺失使得英、美等国的证据法与大陆法系的法典不可同日而语。

首先,英美证据法的条文十分繁杂,且没有形成严谨的逻辑体系和良好的法典结构。这是由于“英美证据规则的发展通常是没有事先计划的,是随着时间的推移把单个案件的司法判决拼凑在一起的”,^③“它几乎没有将证据规则共同具有的因素提取出来,或者将证据规则精心地组织起来,以便使整个规则结构一目了然”,^④以至于在英美国家,“许多学生在学习证据法时,发现很难从大量武断且前后矛盾的规则中发现任何规律或连贯性”。^⑤

其次,英美证据法的很多重要概念是模糊的,这就容易导致解释上的混乱。美国学者坦率地承认,在美国《联邦证据规则》中,“有时,从表面上看规则用语好像是表达了某种简明无误的含义,而根据立法历史来看可能会推翻这一表面含义”。^⑥这一现象在英美证据法中是比较普遍的。比如,传闻证据是英美证据法的核心概念。然而,历经数百年,对“传闻证据”的界定始终未能统一,呈现出多元格局。^⑦美国学者曾作过统计,在美国《联邦证据规则》颁布之前,关于传闻证据的定义竟有

① [英]边沁:《立法理论——刑律典原理》,李贲方等译,前言,北京,中国人民公安大学出版社,1993。

② 封利强:《对英美证据法借鉴价值的理性审视》,载《政法论坛》,2008(3)。

③ [美]米尔建·R.达马斯卡:《漂移的证据法》,李学军、刘晓丹、姚永吉、刘卫军译,15页,北京,中国政法大学出版社,2003。

④ [美]米尔建·R.达马斯卡:《漂移的证据法》,李学军、刘晓丹、姚永吉、刘为军译,14页,北京,中国政法大学出版社,2003。

⑤ [英]詹妮·麦克埃文:《现代证据法与对抗式程序》,蔡贇译,英文版序,北京,法律出版社,2006。

⑥ 何家弘、张卫平主编:《外国证据法选译》(下卷),558页,北京,人民法院出版社,2000。

⑦ 齐树洁主编:《英国证据法》,450页,厦门,厦门大学出版社,2003。

上百种之多,但没有一个定义能被广泛接受。^①再比如,对于关联性的概念,华尔兹教授指出:“相关性容易识别,但却不容易描述。它使人们想起了合众国最高法院的波特·斯图尔特大法官曾就色情问题说过的一段话——‘我无法给它下定义,但是当我看到时我能认出它’。”^②此外,“排除合理怀疑”的概念也从来没有统一过,甚至有过截然不同的解释。^③

最后,英美证据法的修改比较频繁,欠缺稳定性。比如,美国《联邦证据规则》自1975年颁布至今已经进行了多次修改。这主要是由英美证据法的生成特点决定的。英美证据法是通过判例生成的,是对司法经验的总结,这就决定了其法律条文规定得过细,在适用的时候未免过于僵化,难以适应千变万化的客观情况。

(二) 立法内容上的特点

尽管英美证据制度与法定证据制度一样对诉讼证明过程施加了一系列的制度约束,限制了自由裁量权的运用,但是,其与法定证据制度的显著区别在于,法律规制的对象有所不同。法定证据制度的特点在于在法律上预先规定各种证据的证明价值,所以,其规范的重点在于证据的证明价值。而英美证据制度则旨在将不合法的证据排除在诉讼证明之外,其规范的重点在于证据的证据能力。

英美证据制度对证据可采性的规范不仅有利于保障事实认定的准确性,还有利于实现人权保障、程序公正、诉讼效率等价值目标,此外,还有利于实现特定的社会政策,保障特定的社会关系。因而,英美证据制度的影响远远超出了英美法系国家,为许多大陆法系国家所借鉴。不过,值得注意的是,不少英美证据规则由于其特定的生成背景,是以一系列不可靠的假定为基础的。

第一,宣誓程序规则:假定证人经宣誓后所作证言为真实。在英美法系国家,证人在法庭作证前都有一个必经的宣誓程序,旨在确保证言的真实性。传闻证据规则适用的情形之一便是陈述者没有到庭宣誓,无法确认其真实性。这里隐含了一个潜台词,即经过宣誓而作出的证言是真实可靠的。而实际上,即使经过宣誓,证人同样可能撒谎,或者由于各种主客观原因而发生错误。近年来,美国通过DNA技术检测而发现的大量错判死刑的案件能够深刻地表明这一点。其实,就连部分英美学者也对宣誓持否定态度,如边沁就认为,宣誓是一种“无用的”机械主义,并不能对增强证言的真实性有何助益。^④

第二,刑事自认免证规则:假定被告人不会承认自己没有实施的犯罪。根据英

① 王茂松:《传闻法则之研究》,载《中兴法学》,台北,1990(4)。

② [美]乔恩·R.华尔兹:《刑事证据大全》,何家弘等译,81页,北京,中国人民公安大学出版社,2004。

③ 美国联邦最高法院在Cage v. Louisiana一案中曾将“排除合理怀疑”等同于“道德上能够确定”,而加拿大最高法院则在其所作出的向陪审团解释这一问题的示范模式中明确反对将“排除合理怀疑”单纯地描述为“道德上的确定性”。参见卞建林主编:《证据法学》,466~467页,北京,中国政法大学出版社,2005。

④ See Jeremy Bentham, *Rationale of Judicial Evidence, Specially Applied to English Practice*. London: Hunt and Clarke, 1827(5), p366. 转引自吴丹红:《证据法的批判与建构——边沁的证据法思想及其启示》,载《环球法律评论》,2006(6)。

美法的规定,被告人一旦在罪状认否程序(arraignment)中对自己的罪行作出正式的承认,即构成有罪答辩。在此情形下,无需再举行正式的审判程序,在经过简单的聆讯之后,法官就可以根据该正式承认定罪。该立法建立在这样一个假定的基础上,即一个理智的被告人不会承认自己没有实施的犯罪。然而,这一假定是不能成立的,司法实践中大量出现的“替人顶罪”现象就表明了这一点。

第三,临终陈述作为传闻证据规则之例外:假定人们在临终时不会撒谎。美国《联邦证据规则》第804条确立了这一例外。在1941年纽约州上诉法院审理的*People v. Gabriel Bartelini*一案中,Lewis法官借用威格莫尔的话评论道:“当我们为(临终陈述)这一例外寻找根据时,我们发现它存在于由经验所得的假定之中:‘死亡的临近促成了一种大脑的状态,在此状态之下,即将死去的人所说的话被认为排除了受平常动机的干扰而作虚伪陈述的可能性。’”^①这样的假定完全以英、美等国的宗教文化为背景,同样是过分理想化的。甚至英美学者也对此提出了质疑:“如果这个即将死去的人并不十分虔诚怎么办?如果这个人在最后的时刻,以诬告他的宿敌为凶手作为报复的机会又怎么办?”^②

第四,不利于己的陈述作为传闻之例外:假定陈述者没有其他动机。这也是美国《联邦证据规则》第804条确立的一个例外。这一例外的理论根据是陈述者除了其陈述所涉及的利益之外,再没有其他的利益考量。然而,这是站不住脚的,因为人的心理活动是十分复杂的,而且在现实生活中人可能面对方方面面的利益驱动,某些利益之间是相互冲突的。所以,陈述者完全可能在“两利相较择其重,两害相权取其轻”的心态下,违心地编造某一个不利于己的事实。更何况,陈述者由于受当时主客观因素的干扰,也可能发生利益的误判。

第五,不得质疑己方证人:假定当事人完全信赖其所传唤的证人。在英美证据法上,交叉询问的一项规则是“不得质疑己方证人”。其基本理由是要求出庭的双方当事人应当为其传唤出庭的证人的诚实性或可靠性担保,并保障交叉询问的有序进行,防止举证和诉讼秩序的紊乱。然而,这一要求本身就是不切实际的。实践中,很多证人与当事人素不相识,其被当事人要求出庭作证,并不是由于当事人信赖他为人诚实,而是基于他感知了某些案件事实。所以说,英美证据法关于当事人完全信赖其证人的诚实性的假定,根本不符合事实。

(三) 证明方法上的特点

在历史上,英美证据法曾经历了由“神证中心主义”、“文书中心主义”向“人证中心主义”的演变。当今英美证据法最鲜明的特色之一是“人证中心主义”的证明方法,整个制度体系都是围绕人证而设置的。“人证中心主义”的基本含义就是“实

^① See *People v. Gabriel Bartelini*. N. Y., 167 A. L. R. 139, 1941.

^② [美]乔恩·R. 华尔兹:《刑事证据大全》,何家弘等译,121页,北京,中国人民公安大学出版社,2004。

本法中对证据形式一般不做特殊要求,任何法律行为都可以用证人的形式加以证明”。^①

有学者将诉讼证明方法的历史发展分为神证、人证、物证三个阶段,^②这一划分揭示了人类证明方法演进的客观规律。与“物证中心主义”相比,“人证中心主义”存在明显的弊端。在“人证中心主义”的视野下,物证、书证、科学鉴定等证据都是需要人来解释和说明的。所以,证言以外的书面文件、专家证人的科学鉴定等也被纳入传闻证据规则调整。而传闻排除规则本质上是“非言词证据排除规则”,原则上,对不属于在法庭上以口头方式向裁判者所作的陈述,都要否定其证据能力。然而,这一做法在很大程度上忽略了书证、科学鉴定结论等有别于证人证言的客观性。正是由于以人证为中心的制度设计遮蔽了鉴定活动的科学性、客观性,不是把科学本身作为关注的焦点,而是像对待证人那样审查专家,因此,在美国,“事实上有些专家证人对金钱胃口很大,以致圈内人也在说这样的话‘有钱能使鬼推磨’。所以,许多声誉好的专家不愿意卷入诉讼之中”^③。

随着现代科技的快速发展,“越来越多对诉讼程序非常重要的事实现在只能通过高科技手段查明”,“人类感官在事实认定中的重要性已经开始下降”。^④面对这一形势,“人证中心主义”作为人类在特定历史条件下采用的证明方法,已经越来越不合时宜了,英美证据法在证明方法上迫切需要证明方法的转型,即由“人证中心主义”向“物证中心主义”转变。

(四) 证明理念上的特点

诉讼证明的理念可以区分为形式真实和实质真实两种。所谓形式真实,是指规范意义上的真实,即证据法规范所确立的真实。而所谓实质真实,是指逻辑意义上的真实,即符合客观事实的本来面目的真实。一般认为,“实质真实”这一概念,是大陆法系学者在反对封建的法定证据制度时提出来的,是相对于法定证据制度之下的“形式真实”而言的。^⑤从现代证明理念的要求来看,完美的诉讼证明活动应该体现形式真实与实质真实最大限度的统一。

英美证据法上过分严格的证据排除规则无疑体现了形式真实的要求,为法庭确认事实提供了整齐划一的标准,能够有效地防止司法官员的恣意。但是,对形式真实的过分追求必然损及实质真实。例如,被称为“英美证据法体系的核心和灵魂”的传闻证据规则,就存在着严重的形式主义倾向。从传闻证据规则的产生来看,“英国法庭之所以坚持排除传闻证据的可采性,是因为这种证据由于经过传播、

^① [美]约翰·W.斯特龙主编:《麦考密克论证据》,汤维建等译,代译序,北京,中国政法大学出版社,2004。

^② 何家弘:《神证·人证·物证——试论诉讼证明方法的进化》,载《中国刑事法杂志》,1999(4)。

^③ [美]乔恩·R.华尔兹:《刑事证据大全》,何家弘等译,451页,北京,中国人民公安大学出版社,2004。

^④ [美]米尔建·R.达马斯卡:《漂移的证据法》,李学军、刘晓丹、姚永吉、刘为军译,200页,北京,中国政法大学出版社,2003。

^⑤ 周振想主编:《法学大辞典》,958页,北京,团结出版社,1994。

转述而来的‘第二手证据’，因此在传播、转述过程中容易出现错误或者伪造的可能性。”^①可见，传闻在本质上是证明力的判断问题，也就是说，传闻是否可信实际上是定量的问题，然而英美证据法却以定性分析的方法加以解决，一概地否定其证据能力。这一做法未免过于武断，其结果是大量具有证明价值的证据被排除于法庭之外，使得实质真实难以实现。

为了消解偏重形式真实的倾向，近年来，英、美等国在不断地拓展传闻证据规则的例外情形。如美国《联邦证据规则(2004)》规则 803 列举了 24 种“陈述人出庭作证不重要”的例外，规则 804 又列举了 6 种“陈述人未出庭作证”的例外。然而，由于对实践中千差万别的情形难以列举穷尽，所以以上两种例外条款都包含了一个兜底条款，即规则 807 所规定的“虽然不属于规则 803 或规则 804 特别规定的陈述，但具有同等的间接真实性保障时”，也可以作为传闻证据规则的例外。越来越多的例外规定的出现导致“原则成了例外，例外成了原则”，传闻证据规则已经名存实亡了。

此外，最佳证据规则实际上也存在类似的问题。这一规则强调原始文字材料应当优先被采用，本质上是原件证明力优于复制件的证明价值定量问题。而该规则倾向于一般性地否定复制件的证据能力，这显然会阻碍实质真实的发现。而至于美国的非法物证排除规则、证据失权制度等的确立，也使得英美证据法在追求形式真实的道路上越走越远。

尽管近年来英美证据法不断地为证据排除规则设置例外，为纠正形式真实背离实质真实的倾向而作了不少努力。但总体而言，仍然过分偏重形式真实。

四、对英美证据制度的历史评价

在当今世界，英美证据法最为发达。“大陆法系之法律关于证据法虽大都有所规定，然皆述焉不详，与英美法系中之证据法相较，不啻瞠乎其后。”^②英美证据法在长期的历史发展过程中凝聚了人类理性和智慧，成为世界各国争相效仿的对象。其主要优势体现在以下几个方面：

首先，英美证据制度是一种理性证明制度。英美法系国家以陪审团审判来取代神明裁判，是一个历史的进步。无论与神示证据制度相比，还是与大陆法系历史上的法定证据制度相比，英美证据制度都更加富有理性。对抗式诉讼被认为是最有利于揭示真相的制度设计之一，而以此为基础建立的证据制度则提供了一种有效的真相发现机制。

其次，英美证据制度是法定证明与自由证明相结合的典范。大陆法系国家的证据制度经历了由法定证明到自由证明的转变，而英美法系国家从一开始就确立

^① 王以真主编：《外国刑事诉讼法学》（新编本），92 页，北京，北京大学出版社，2004。

^② 艾永明、陆锦璧编：《杨兆龙法学文集》，156 页，北京，法律出版社，2005。

了将法定证明与自由证明结合在一起的证据制度。在英美证据制度下,法官负责依照法定规则对证据进行筛选,依法将不适格的证据排除在庭审活动之外;陪审团则在证据评价和事实认定方面拥有广泛的自由裁量权。这样的制度设计既有利于保障诉讼的公正性,也有利于激发事实裁判者的主观能动性。

再次,从形式上来说,成文化的证据法为各国证据立法提供了一个范本。近年来,英美法系各国纷纷在总结判例的基础上制定了证据法典。有些国家,如英国,采取刑事诉讼与民事诉讼分别立法的模式,而有些国家,如美国,采取刑事诉讼与民事诉讼统一立法的模式。无论何种模式都对大陆法系国家有一定的借鉴意义。目前,大陆法系国家没有独立的证据法典,其关于证据制度的规定散见于各个诉讼法典,在内容上不系统、不连贯。

最后,法官与陪审团的分工负责有利于实现诉讼证明的民主化。这一做法一方面可以保障证据制度的贯彻;另一方面,能够让民众参与司法,让司法贴近民众。

不过,由于时代的局限,英美证据制度在某些方面存在着其自身难以克服的缺陷。

第一,在证据筛选方面,由于英美法系国家奉行“不告不理”,法官一般不能主动排除证据,这使得原本属于排除范围的证据可能会因当事人不提异议而被采纳。这就使得诉讼的成败在很大程度上取决于当事人聘请的律师,而不是案件本身的是非曲直。其根本原因在于英美法律文化奉行“程序本位主义”,强调“程序先于权利”、“程序高于实体”,这种诉讼价值观在证据法领域就表现为极端的形式正义观念,即诉讼证明活动片面强调对形式真实的追求。因而,英美证据制度不利于发现实质真实。

第二,在证据评价和事实认定方面,法律难以对陪审团的裁决施加有效的干预,因而其裁决具有很大的不确定性。与大陆法系的自由心证证据制度下法官的心证要接受事先、事中和事后的制约不同,陪审团在证据评价和事实认定方面拥有几乎不受制约的权力。“由于陪审团裁判无须提供理由,人们事实上几乎无法对它提出批评。甚至于,即使陪审团的裁判事实上缺乏有效推理规则的支持,也不足以影响其终局效力。”^①这不可避免地会带来证据评价上的随意性,从而伴生事实认定错误的风险。

第三,整个英美证据制度是以可采性为中心的,这种对证据筛选程序的过分倚重使得很多原本应当通过证据评价活动来加以解决的问题被纳入证据筛选活动中来解决。比如,对“传闻”、“最佳证据”的评判原本属于证明力的定量问题,而传闻规则、最佳证据规则的确立实际上采取了定性的方式,通过对证据能力有无的评价来加以解决。这种武断的做法也不利于实质真实的发现。英美证据法学大师威格莫尔已经预见道:“可采性规则在下一个发展阶段注定会降低其相对重要性。证明将居于重要地

^① [美]米尔建·R.达马斯卡:《比较法视野中的证据制度》,吴宏耀、魏晓娜等译,217页,北京,中国人民公安大学出版社,2006。

位；因此，我们必须做好应对这种重心转移的准备。”^①

正是由于英美证据法在诸多方面具有明显的历史局限性，存在着明显的缺陷，使得英美证据法在应对层出不穷的新问题方面日益捉襟见肘，以至于“在过去的两个世纪里，在证据法领域，有如此之多的最伟大的学者对这门学科采取了废除主义者的态度”^②。

第四节 我国证据制度的历史沿革

一、中国古代的证据制度

（一）奴隶制时期的证据制度

公元前 21 世纪，随着中国历史上第一个国家夏朝的出现，中国开始进入奴隶社会时期。中国奴隶社会经历了夏、商、周三个王朝。在这一时期，证据制度的内容散见于当时的各个成文法之中。

这一时期明确规定的证据种类主要有当事人陈述、证人证言、书证、物证、勘验结论等。法律还对取证手段进行了必要的规制。在周朝时期，《礼记·月令》中记载：“仲春之月……毋肆掠。”^③意思是说，仲春之月应停止刑讯。

在证据审查方面，确立了“五听”审判方式。西周时期，立法者要求定罪处刑必须对证据进行审查核实。《吕刑》规定：“两造具备，师听五辞。五词简孚，正于五刑。”同时，明确了对言词证据进行审查判断的方法。《周礼·秋官·小司寇》记载：“以五声听狱讼，求民情：一曰辞听（观其出言，不直则烦）；二曰色听（观其颜色，不直则赅）；三曰气听（观其气息，不直则喘）；四曰耳听（观其听聆，不直则惑）；五曰目听（观其眸子，不直则眊）。”这种“五听”审判方式对于判断言词证据的真伪提供了指导原则，对后世证据制度产生了深远的影响。

在事实认定方面，对疑罪的处理经历了从“疑罪从无”到“疑罪从轻”的演变。对于疑罪的处理方式，夏朝时主张，“与其杀不辜，宁失不经”。^④意思是说，对于尚难查明是非的案件，宁可不按常规处理，也不要错杀了无辜之人。商朝则规定，“疑狱，汜与众共之，众疑赦之”。^⑤即对于难以确定有罪无罪案件，应当广泛听取公众的意见，如果大家都对有罪持怀疑态度，则应免于刑罚。而到了周朝，《吕刑》则

^① John H. Wigmore. *The Principles of Judicial Proof: As Given by Logic, Psychology, and General Experience, and Illustrated in Judicial Trials*. Boston: Little, Brown, and company, 1913, p. 1.

^② Alex Stein. *The Refoundation of Evidence Law*, 11 Canadian J. of L. & Jurisprudence 279, 1996.

^③ 《礼记·月令》

^④ 《尚书·大禹谟》

^⑤ 《礼记·王制》

明确规定：“五刑之疑有赦，五罚之疑有赦，其审克之。”^①就是说，属于应处正刑（墨、劓、剕、宫、大辟）的疑案，从轻改处罚金，属于应处罚金的疑案，免于处罪。此外，西周还采取罪疑从赎的处理办法。周穆王时规定：“墨辟疑赦，其罪百锸”，即对此种疑案，被告人应以铜赎罪。

在中国奴隶制时期，也有一些关于神明裁判的记载。其一是占卜。商朝设有史官，专司贞卜，后来商王也亲自贞卜。甲骨卜辞：“贞：王闻惟辟？”“贞：王闻不惟辟”，即为对重罪犯进行神判的记录。其二是宣誓。周礼记载：“有狱讼者，则使之盟诅。”^②但是，这种神明裁判的方法采用得相对较少。

（二）封建制时期的证据制度

从战国时期到鸦片战争时期，中国经历了两千多年的封建社会，这一时期中华法系得以形成和发展，证据制度也日渐详备。

第一，在取证技术方面获得了较大的发展。秦朝时期，立法者已经对讯问技术给予了必要的关注。据《封诊式·治狱》记载，当时对讯问方法的规定是“凡讯狱，必先尽听其言而书之，各展其辞。虽知其詖，毋庸辄诘。其辞已尽，书而无解，乃以诘者诘之。诘之又尽，听书其解辞，又视其他无解者以复诘之。”勘验鉴定技术也已经初具规模。但尚未形成系统化的证据理论。到了宋代，《洗冤集录》、《棠阴比事》、《折狱龟鉴》等法医学名著的相继出现，表明中国古代的物证技术已经相当发达，并逐步走向理论化。尤其是《洗冤集录》作为世界上第一部法医学著作，其问世标志着古代法医学的形成。《洗冤集录》的作者宋慈也被视为法医学的奠基人之一。

第二，在取证程序方面，刑讯逼供是合法的取证手段，法律对刑讯逼供的程序作出了明确的规定。刑讯的适用对象并不局限于被告人，对于控告人、证人也可以进行刑讯。关于刑讯的条件，各朝规定不一，大体上包括两个方面：一是有证据表明被告人有重大犯罪嫌疑；二是所犯罪行比较严重。例如，唐朝法律规定：“依狱官令，察狱之官，先备五听，又验诸证信，事状疑似，犹不首实者。然后拷。”^③同时，法律也针对某些情况规定了刑讯取证的替代措施。例如，《唐律·断狱》“八议请减老小”条规定：“诸应议、请、减、年七十以上，十五以下，及废疾者，并不合拷讯，皆据众证定罪，违者以故失论。”^④明律、清律亦有相似规定。所谓“据众证定罪”，根据《唐律疏议》的解释，是指“三人以上明证其事，始合定罪”^⑤。

第三，在证人资格方面，确立了“亲亲相隐”等法律规则。“亲亲相隐”是我国封建法律的一项重要原则。汉朝时，法律规定了“亲亲得相首匿”的内容。唐律在继

① 《尚书·吕刑》

② 《周礼·秋官·司盟》

③ 《唐律疏议·断狱》“讯囚辞理条”疏议。

④ 《唐律·断狱》“八议请减老小条”。

⑤ 《唐律疏议·断狱》“八议请减老小条”疏议和问答。

承发展汉律规定的基础上,确立了“同居相隐”的原则,即同财共居之人,大功以上亲属,外祖父母,子孙,孙之妇,夫之兄弟以及兄弟妻,可以互相隐瞒罪行而不承担责任,部曲、奴婢可以为主人隐瞒罪行而不承担刑事责任。谋反、谋大逆及谋叛等重大犯罪不适用“亲亲相隐”。根据“亲亲相隐”原则,属于得相隐的成员不得作为证人。此外,年龄在80岁以上或10岁以下,或患有重病的人也不得被作为证人加以询问。这一方面是考虑到这类人在作证能力方面的欠缺;另一方面是基于“恤刑”的考虑,因为在封建社会对证人也可以刑讯,伪证还要负刑事责任,而这类人“不堪加刑,故不许为证”。

第四,在证据审查方面,继承了奴隶社会“以五声听狱讼,求民情”的要求。《唐律》的《断狱律》中规定:“诸应讯囚者,必先以情审查辞理、反复参验。”《疏议》又注解:“依狱官令,察狱之官,先备五听,又验诸证信”,要求断狱在审讯时必须依据情理审查供词的内容,然后还应同其他证据相比较,进行检验。这可以说是对五声听狱讼的发展,具有重要的意义。此外,在“五听”基础上,明朝法律进一步规定,在审讯中,可以要求原告、被告及证人当面对证。《明会典》规定,在审讯中,应当先分别审讯原告、被告、证人;之后,如果证人证言与原告方相同,那么应再次讯问被告,此时如果被告仍持不同说法,则应当要求原告、被告、证人当庭进行对质,以求察言观色,发现真伪。

第五,在事实认定方面,实行有罪推定,被告人口供几乎成为定罪的必要条件。封建时期的法律实行有罪推定,刑讯是获取言词证据的主要方式。除个别类型的案件外,在一般情况下,没有被告人口供,不得判定其有罪。根据封建王朝的法律,“断罪必取输服供词”,^①“罪从供定,犯供最关紧要”。^②这使得中国封建社会的证据制度具备了法定证据制度的某些特征。不过,与之不同的是,如果司法官吏对招供有怀疑,也可以不予采用,而再进行调查。因此,司法官吏在事实认定方面的自由裁量权仍然能够得到一定的保障。

二、中国近现代的证据制度

从鸦片战争开始,中国的封建制度逐渐土崩瓦解,在清末预备立宪和修律活动的推动下,古老的中华法系开始解体。随着西方的法律观念和制度不断被输入,近现代意义上的证据制度逐步在中国得以确立。

清末修律大臣沈家本于1905年主持编纂了中国第一部专门的诉讼法《大清刑事民事诉讼法》,又于1910年先后编纂了《刑事诉讼律草案》和《民事诉讼律草案》,其中均包含有关证据制度的规定。尽管这三部诉讼法均未能正式颁行,却为民国时期的立法提供了范本。中华民国南京临时政府于1912年3月颁布的《大总统令

^① 《清史稿·刑法志》

^② 胡文炳:《折狱龟鉴补》,《草供未可全信》篇。

内务司法两部通飭所属禁止刑讯文,明令禁止刑讯,不得偏倚口供。中华民国北洋政府时期,颁布了大批有关证据制度内容的法律、法令,其中,1921年《刑事诉讼条例》和《民事诉讼条例》是以清末《刑事诉讼律草案》和《民事诉讼律草案》为基础制定而成的,是中国第一部正式颁布施行的《刑事诉讼法典》和《民事诉讼法典》。国民党政府先后颁布实施过两部刑事诉讼法典。第一部于1928年7月28日颁布,同年9月1日起实施;第二部于1935年1月1日颁布,同年7月1日实施。同《刑事诉讼法典》一样,国民党政府亦先后颁布实施了两部民事诉讼法典。第一部《民事诉讼法典》分两次颁布,1930年12月26日颁布了其中第一编至第五编的第三章,1931年2月13日又颁布了第五编的第四章。该《民事诉讼法典》于两年后重新修改,于1935年2月1日颁行,同年7月1日起实施。另外,国民党政府还颁行了一系列的单行诉讼法规。这些法典和法规中都包含了关于证据制度的规定。

通过上述的修律和立法活动,中国近现代证据制度逐渐形成。与中国传统的证据制度相比,这些证据制度大量吸收和借鉴了西方国家在长期历史发展过程中确立的诉讼证明原则和制度。

第一,明文确立了证据裁判、自由心证、直接言词以及疑罪从无等现代证据法原则。1922年,北洋政府制定的《刑事诉讼条例》中规定:“犯罪事实,应依证据认定。”由此确立了证据裁判原则,并被国民党政府时期的证据立法所继承。

北洋政府《刑事诉讼条例》第306条规定:“证据由法院自由判断之。”国民党政府《刑事诉讼法》第269条规定:“证据之证明力,由法院自由判断之。”国民党政府《民事诉讼法》第222条规定:“法院为判决时,应斟酌全辩之意旨及调查证据之结果,依自由心证,判断事实之真伪。”这些都是关于自由心证原则的规定。

北洋政府的《刑事诉讼条例》规定:“审判日期除有特别规定外,被告不到庭者,不得审判。”国民党政府时期的《刑事诉讼法》第200条则进一步规定:“判决除有特别规定外,应经当事人之言词辩论为之。”直接言词原则也由此得以确立。

沈家本编纂的《大清刑事民事诉讼法》废除了传统的疑罪从轻(从赎)做法,规定疑罪应当按无罪处理。北洋政府的《刑事诉讼条例》继承了这一原则,该法第338条规定:“法院认为被告之犯罪嫌疑不能证明或其行为不构成犯罪者,应谕知无罪之判决。”国民党政府时期的《刑事诉讼法》第293条也规定:“不能证明被告犯罪或其行为不罚者,应谕知无罪判决。”

第二,废除了刑讯逼供。《大清刑事民事诉讼法》第72条规定:“凡审讯原告或被告及诉讼各证人,均准其站立陈述,不得遍令跪供。”中华民国南京临时政府于1912年3月颁布了大总统令内务、司法两部通飭所属禁止刑讯文,该命令明确宣布:“不论行政司法公署,及多种案件,一概不准刑讯。鞫狱当视证据之充实与否,不当偏重口供。其从前不法刑具,严令焚毁。”国民党政府时期的《刑事诉讼法》第98条规定:“讯问被告,应出以恳切之态度,不得用强暴、胁迫、利诱、诈欺及其他不正当之方法。”该法第270条还规定:“被告之自白,非出强暴、胁迫、利诱、诈欺及其

他不正当之方法且与事实相符者,得为证据,被告虽经自白,仍应调查其他必要的证据,以察其是否与事实相符。”

第三,明确规定了证人特权制度。国民党政府时期的《刑事诉讼法》明确规定,有下列情形之一者,得拒绝作证:①现为或曾为被告或自诉人之配偶、五亲等内之血亲,三亲等内之姻亲或家长、家属者;②与被告或自诉人订有婚约者;③现为或曾为被告或自诉人法定代理人,或现由或曾由被告自诉人为其代理者;④证人恐因其陈述致自己或与上述第①项关系的人受刑事追诉或处罪者。此外,医师、药师、药商、助产士、宗教师、律师辩护人、公证人、会计师或其业务上代理人或曾任此等职务之人,就其因业务所知悉有关他人秘密之事项受讯问者,除经本人允许者外,得拒绝作证。

三、中国当代的证据制度

中国当代的证据制度萌芽于革命根据地时期。在中华人民共和国成立后,废除了国民党政府颁布的“六法全书”,在借鉴苏联立法和总结司法实践工作经验的基础上开始构建新的证据制度。

20世纪50年代前期颁布的一系列法律法规确立了实事求是、重证据不轻信口供、严禁刑讯逼供等证据法原则。然而,从50年代后期到文化大革命时期,受政治因素的影响,社会主义法治遭到严重破坏,证据制度的发展也陷入停滞状态。直到中共十一届三中全会以后,新中国的证据制度才得以恢复和发展。随着我国法治进程的推进和诉讼法律的不断完善,证据制度也处在不断的发展和完善之中。

我国现行的证据制度,学者称之为“实事求是的证据制度”。从发展演变的角度来看,这种证据制度所追求的“实事求是”在内涵上不断变化,主要经历了两个发展阶段:第一个阶段是从新中国成立初期到1996年《刑事诉讼法》修改之前。在这一时期,刑事诉讼证明的理论和实践都机械地强调“实事求是”,要求司法机关“不枉不纵”、“有罪必罚,无罪不罚”。例如,1979年制定的《刑事诉讼法》第108条规定,对于主要事实不清、证据不足的案件,人民法院可以退回人民检察院补充侦查,而没有赋予人民法院作出无罪判决的权力。可见,在当时,如果控诉机关对犯罪事实的证明达不到证明标准,不能作出有罪判决;而在犯罪嫌疑没有被彻底排除的情况下,法院也不能作出无罪判决,这种做法显然是与现代诉讼理念格格不入的。第二个阶段是1996年修改后的《刑事诉讼法》颁布至今。1996年《刑事诉讼法》吸收了无罪推定的合理因素,该法第162条规定,人民法院对于“证据不足,不能认定被告人有罪的,应当作出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决”。从此,“实事求是”仅仅是对控诉机关证明犯罪事实要求达到的程度的要求,而不包括对无罪事实的要求。这显然是诉讼理念更新的结果,“实事求是”在现代诉讼理念的支配下呈现出全新的内涵。

目前我国仍然沿袭近现代以来的证据立法模式,即没有制定专门的证据法典,

而是将证据制度的相关内容分散规定在《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》和《行政诉讼法》等法律当中。值得一提的是,最高人民法院在 21 世纪初先后出台了《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》和《最高人民法院关于行政诉讼证据的若干规定》,借鉴西方国家证据立法的经验,以司法解释的方式较为系统地规定了民事诉讼和行政诉讼中的证据制度。当前,证据法学研究活动日趋活跃,证据立法也已成为社会各界关注的焦点,我国证据制度的发展和完善正面临着前所未有的历史机遇。