



THE SYSTEM AND SPIRIT OF EVIDENCE LAW
—WITH SPECIAL REFERENCE TO ANGLO-AMERICAN LAW

证据法的体系与精神

——以英美法为特别参照

易延友 Yi Yanyou

本研究不仅关注具体规则的诠释，而且希冀通过历史、文本、哲学、比较的方法，探求规则背后的法理精神。通过探索证据法的精神，努力建构一套有前途的证据法学学科体系。



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



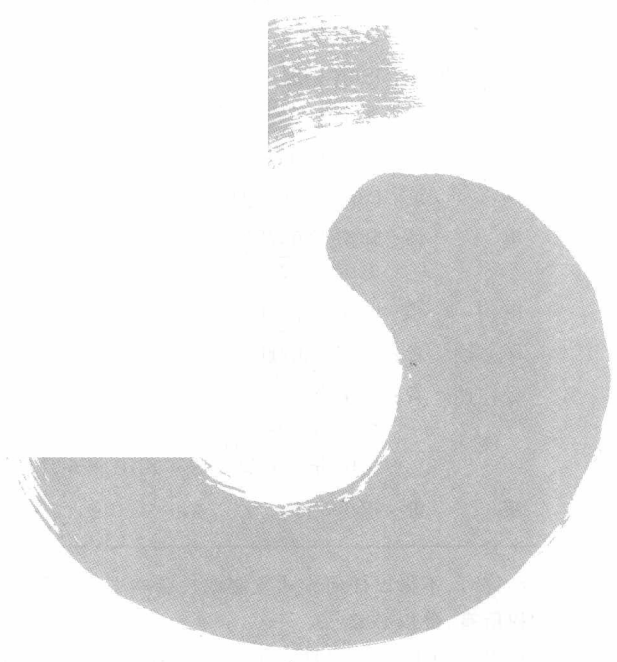
元
照
法
学
文
库

THE SYSTEM AND SPIRIT OF EVIDENCE LAW
—WITH SPECIAL REFERENCE TO ANGLO-AMERICAN LAW

证据法的体系与精神

——以英美法为特别参照

易延友 Yi Yanyou



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

证据法的体系与精神:以英美法为特别参照/易延友著. —北京:北京大学出版社,2010.6

(元照法学文库)

ISBN 978-7-301-17265-0

I. ①证… II. ①易… III. ①证据-法的理论-研究-西方国家
IV. ①D915.130.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第098873号

书 名: 证据法的体系与精神——以英美法为特别参照

著作责任者: 易延友 著

责任编辑: 侯春杰

标准书号: ISBN 978-7-301-17265-0/D·2607

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.yandayuanzhao.com>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 三河市北燕印装有限公司

经 销 者: 新华书店

730mm×980mm 16开本 24印张 390千字

2010年6月第1版 2010年6月第1次印刷

定 价: 49.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

本研究获得清华大学文科振兴基金资助

古德曼先生曾经向内务大臣问道：“您曾经注意过有关证据的科学吗？”内务大臣反问道：“你这是什么意思？我很难说证据是一门科学，我把它看成是一个常识问题。”“请您原谅，先生。”古德曼回敬说：“我认为，证据科学是科学中之最为精妙最为繁难者。它实际上是科学中的科学。”

—— William Twining, *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*, Stanford University Press, 1985, frontispiece.

我们的法律（就像其他所有的法律一样）包含两个部分：体魄与精神。法律的文字构成法律之体魄，而常识和理性则构成法律的精神。法律也可以被看成一个坚果，其中法律的文字构成果壳，法律的精神则处于坚果的中心，构成果核。如果你只是观察果壳，你将对果核一无所知；同样，如果你只是依赖于文本，则你对法律也将一无所获。

—— Plowden, *Note*, 2 Plowden, 465, 465 (1816)

致 谢

本书的研究、书中部分章节的发表、本书的出版,都曾得到很多师友的帮助。清华大学法学院高鸿钧教授主持的“英美法系与西方法制文明”项目对本书部分篇章的研究给予了资金支持。北京大学的陈瑞华教授对本书第二章论文的写作提出了具有启发意义的意见和建议,并为其发表提供了便利。清华大学法学院前副院长周光权教授和《清华法学》的主编王保树教授,对于本书部分篇章的发表给予了极大的支持。《比较法研究》的主编米健教授、副主编龙卫球教授和常务编辑刘彰先生,以及中国社科院法学所的徐炳研究员和《环球法律评论》的黄列编辑,对于本书部分篇章的发表给予了极大的帮助。中国政法大学副校长张保生教授、《政法论坛》的主编王人博教授、副主编陆敏先生、编辑于贺清先生、孙国栋老师,以及中国政法大学证据科学院副院长王进喜教授、《证据科学》杂志的编辑高琼女士、李训虎博士,都为本书部分篇章的形成、完善、发表给予过无私的关照。同学和好友朱庆育博士、陈景辉博士,对于本书部分篇章的形成提供了颇有启发意义的意见和建议。师兄郑旭博士,一直为本书研究提供道义上的支持。北京大学出版社的蒋浩先生、侯春杰女士,为本书的出版付出了卓越的努力。在此,谨对给过本书及本人关怀和帮助的所有领导、同事、同学、朋友表示由衷的感谢!

序

一位哲人曾经说过：“要做一只好蛤蟆而非坏蛤蟆就是要活得令自己满意，像一只蛤蟆。所谓好蛤蟆就是很有蛤蟆样子的蛤蟆。”据此来看，证据法学显然不是一门好法学，因为它很没有法学的样子。放眼整个中国的法学教育，证据法学可能是最不成体系的一个领域。在大学和研究机构，并没有专门研究证据法的学者和教师。因此，如果证据法这门课程是由研究刑事诉讼法的学者来教，通常会将这门课讲成刑事诉讼法学；如果由研究民事诉讼法的学者来教，就会讲成民事诉讼法学。从传授知识的角度而言，将证据法讲成刑事诉讼法或民事诉讼法的做法不一定就有问题；但是从法学学科建设的角度来看，这样的证据法无论如何也成不了一门独立的学科。

依附性并不是证据法学最大的问题。证据法学研究中更严重的问题是它的异化，即异化为自然科学。如果能将证据法学讲成刑事诉讼法学或民事诉讼法学，也不失为一门关于法学的学问。不幸的是，一些兼职从事证据法学研究的学者误将一些本属于自然科学研究的内容当成了证据法学，从而在其撰写的教材或其他研究成果中将主要精力集中于韦普洱定理、血型测定、指纹鉴别等犯罪侦查学或认知心理学的内容。这些内容堂而皇之地登上法学院的课堂或者法学教材，其名称曰“大证据学”。在此情况下，证据法学尚未长成，就已经湮灭在所谓“大证据学”的洪流之中。

基于上述观察，我于2005年春季以《证据学是一门法学吗——以研究对象为中心的省察》为题，就证据法学研究作了一个理论上的反思（论文发表于《政法论坛》2005年第3期）。论文的基本观点是，综合各种情况来看，我国大部分

2 证据法的体系与精神

兼职研究证据法的学者并未找到适合于以建立一门独立学科为目标的证据法学研究对象,那些被认为属于证据法学或证据学研究的很多内容,实际上并不属于法学的范畴,当然也就谈不上什么证据法学研究。文章还提出:从英美法系证据法学的发展经验来看,从建设独立学科的角度出发,研究对象的范围不应当是大而全,而应当是小而精,因此,论文提出以可采性为证据法学的主要研究对象,旁及证据法学的哲学基础、有关证明的基本理论等。

当然,我并不反对犯罪侦查学专业人士从血型测定、指纹识别等自然科学的角度对证据进行研究,也不反对刑事诉讼法学者从证据收集的合法性要求入手对证据进行研究,更不反对民事诉讼法学者从举证期限、证明责任的角度对证据进行研究,甚至也不反对对证据问题从上述综合的角度从事交叉学科的研究。我只是主张:证据法学者至少应当主要从证据法学的角度进行研究。在目前的形势下,对于证据法学而言,当务之急是建立一门有着独立研究对象的独立学科。因为,只有在建立了有着独立研究对象的、具有法学学术品格的学科之后,我们才可能对该学科领域展开深入的研究,才可能提出有理论价值的学术命题,才可能作出有知识含量的统一理论;在没有建立证据法学这个学科之前,我们尽管可以从自然科学、刑事诉讼法学、民事诉讼法学的角度取得对有关这些学科的很高的研究成就,但是我们无法在证据法学领域取得任何学术成就。

不过,将证据法学的研究对象界定为可采性势必在研究和教学上存在两大障碍:一是我国法律体系中并无相应规则,因此证据法学的研究将成无源之水;二是在此前提下勉强以可采性为中心进行证据法学教育或被讥为屠龙之术,对于学生将来的应用并无直接效益。对此,我的理解是,在一个暂无证据法典从而也没有证据法学独立体系的条件下,从比较法的角度对证据法学展开研究应当是该学科发展的起点;在没有进行这样的基础性工作的情况下所从事的任何有关证据法学的研究都有可能成为无本之木。另外,如果说讲授他国法律规则对于学生将来之应用或许并无直接助益的话,则那些以自然科学为主要内容的证据学对于培养学生之法律思维将更是南辕北辙。

因此,我在最近六年的时间,集中精力对英美证据规则展开了广泛的研究,并在这个领域撰写了12篇论文,其中9篇公开发表。我在这些论文中阐述的基本立场和主要观点是:证据法学应当成为一门独立的学科,因此应当以可采性作为其基本的、主要的研究对象;证据规则的主要内容是以发现真实为目的的可采性规则;非法证据排除规则尽管也属于可采性规则的范畴,但是由于其主要目的是保障人权,如果将其纳入证据法的研究对象,将导致证据法的体系性缺陷(缺乏统一的整合性理论)和依附性倾向(依附于宪法性刑事诉讼这一领域),因此应当将非法证据排除规则排除在证据法学的视野之外;证据法的基本功能是提高发现真实的精确性、加强裁判中认定事实的正当性和增加法庭审判的对抗性,其思想基础则是以经验主义为导向的乐观理性主义;以美国《联邦证据规则》为代表的证据规则法典化运动取得了辉煌的成就,使得证据规则在法律的形式理性化方面臻于完善;作为约束法官心证的机制和发现真实的工具,移植证据规则具有强烈的现实针对性和理论正当性。

为求得对英美证据规则的深刻领悟,我收集、阅读了大量第一手的英文资料,包括数百个英美经典判例、上千篇英美学术论文、十余部英美证据法教材、数十部英美证据法专著。当然,《联邦证据规则》以及专家咨询委员会对规则的释义,是研究的基本参照。本研究的目的是对英美法系传统的、著名的有关可采性的规则作一个系统的梳理和全面的理论阐释。因此,本研究不仅关注具体规则的诠释,而且希冀通过历史、文本、哲学、比较的方法,探求规则背后的法理精神。本书的学术野心,就是通过探索证据法的精神,努力建构一套有前途的证据法学学科体系。如今,对于英美证据规则的法理探索已经基本上告一段落。我将这些研究汇集成册,也算是对过去多年研究的一个交代。

本书的编排基本上体现着我对证据法学研究对象的理解,也代表了我对证据法学学科体系的看法。上篇“原理论”,以证据法学的研究对象、证据法的历史沿革、证据规则的法典化为基本线索,它们构成证据法学的基础理论。中篇

4 证据法的体系与精神

“可采性”，基本上以美国《联邦证据规则》的规定为顺序，分别探讨关联性法则、特免权规则、证言的诘问与弹劾法则、意见证据法则、传闻法则和品格证据规则，这些内容构成证据法学的核心内容。下篇“证明论”，以证明责任概念为核心，分别探讨证明责任的分配、证明标准及其表述、证明对象中的司法认知等专题，它们是证据法学的重要组成部分。略微感到遗憾的是，由于时间的关系，本书没有对英美法系同样重要的验真法则（authentication rule）、原本法则（original evidence rule）进行阐述。另外，对证据法学的理论基础问题，也没有专章展开论述。就好像从千里之外来到一个美丽的小岛，流连忘返之际，十个景点已经欣赏了八个，总要留下两个作为下次再来的悬念。

孔子云：“德之不修，学之不讲，闻义不能从，不善不能改，是吾忧也。”开设证据法学课程却不讲证据法，等于挂羊头卖狗肉，是德之不修也；对英美如此发达的证据规则及其高妙精深的理论视而不见，坐井观天、闭门造车，是学之不讲也；已经有先行者指出了有前途的方向和路径却不能跟从，是闻义不能从也；作为法律人而空谈“大证据学”的建构，鼓励、怂恿无知的法律学子误入自然科学的迷宫，以致对证据法的基本概念、基本规则、基本立场、基本精神却一无所知，是不善不能改也。此既为证据法学之困境，亦为整个中国法学之通病，是吾忧也。

是为序。

易延友

2010年6月6日

目 录

上篇 原 理 论

第一章 证据学是一门法学吗？

——以研究对象为中心的观察与反思 3

引言 3

一、我国证据法学研究简史 3

二、研究对象的重要性 6

三、研究资料的确定与处理 8

四、研究对象显示的问题 11

五、方法论训练的缺乏与学术能力的有限 17

六、他山之石：英美的经验与成就 21

七、证据法学研究前瞻 25

结语 28

第二章 英美证据法的历史与哲学考察 30

引言 30

一、英美证据法的起源 30

二、当代英美证据法的主要内容 35

三、英美证据法的形成机理 42

四、英美证据法的诉讼功能 50

五、英美证据法的未来 60

结语 64

2 证据法的体系与精神

第三章 证据规则的法典化

——美国《联邦证据规则》的制定及其对我国证据立法的启示 65

引言 65

一、证据规则法典化的历史渊源 65

二、可采性:《联邦证据规则》的基本内容 69

三、形式化与理性化:《联邦证据规则》的精彩呈现 75

四、美国《联邦证据规则》的实际影响 81

五、我国证据立法之必要性与可行性分析 85

六、证据规则法典化之路径选择 92

结语 95

中篇 可 采 性

第四章 证据可采性中的关联性要件

——以美国《联邦证据规则》为分析对象 99

引言 99

一、关联性的定义 99

二、关联性与可采性之关系 102

三、基于公正和效率排除关联证据 106

四、附条件关联性与附条件可采性 110

五、有限关联性与有限可采性 112

六、关联性和可采性判断的基本原则 114

七、关联性规则运用的困难 117

结语 119

第五章 特免权规则:美国的制度与实践

——兼论特免权规则的普遍性与差异性与中国语境下
特免权规则的确立 121

引言 121

一、作证义务观念与特免权豁免制度 121

二、反对自我归罪的特免权	125
三、婚姻家庭特免权	129
四、职业特免权	134
五、政府特免权	144
六、特免权规则的普遍性与差异性	
——两大法系特免权规则之比较	147
七、特免权规则与我国相应制度之比较	155
结语	162

第六章 证人作证的一般规则及对证人证言的诘问与弹劾 165

引言	165
一、证人资格	165
二、证人的作证能力及证言范围	169
三、证人可信度的加强	173
四、用于唤醒记忆的记录	177
五、诘问证人的形式	180
六、对证人可信度的弹劾	184
结语	188

第七章 英美专家证言制度及其面临的挑战 191

引言	191
一、专家领域与常识领域的界线	191
二、专家所持理论的可靠性要求	195
三、专家证人的资格要求	199
四、专家意见的形成基础	201
五、关于最终事实的意见	204
六、法庭任命的专家证人	206
七、对专家证言制度的批评与反思	208
结语	215

4 证据法的体系与精神

第八章 传闻法则:历史、规则、原理与发展趋势

——兼对我国“传闻法则移植论”之探讨 216

引言 216

一、传闻法则之历史溯源 216

二、传闻的排除及其基本原理 219

三、传闻的豁免与例外 227

四、传闻排除法则面临的批评及其发展趋势 242

五、对我国传闻法则移植的讨论 248

结语 255

第九章 “卑鄙是卑鄙者的通行证”

——品格证据规则及其基本原理 256

引言 256

一、纯粹品格证据的排除法则 257

二、不纯粹品格证据的排除法则 264

三、原则上具有可采性的品格证据 271

四、品格的证明方法 274

五、品格证据排除法则的政策考量 276

六、品格证据排除法则的历史、宗教与哲学诠释 281

结语 287

下篇 证 明 论

第十章 英美法上证明责任的分配 291

引言 291

一、说服责任与提证责任 292

二、证明责任分配的一般原则 295

三、证明责任分配的一般理论 298

四、推定与证明责任的关系 300

五、常见推定与具体的证明责任 304

结语 306

第十一章 比较法视野下的证明标准

——以盖然性为中心 308

引言 308

一、证明标准的概念与内涵 308

二、证明标准的表述 309

三、证明标准与盖然性 311

四、英美法系与大陆法系证明标准之比较 316

五、我国诉讼中证明标准问题之探讨 318

结语 321

第十二章 英美证据法上的司法认知

——兼与我国司法认知制度之比较 323

引言 323

一、司法认知的基本含义 323

二、司法认知的效力模式 326

三、允许司法认知的具体事项 329

四、司法认知与个人知识 331

五、司法认知中的程序性事项 332

六、我国有关司法认知的规定及其辨析 334

结语：走向统一的证据法典 336

附 录

参考文献 341

索引 352

上篇 原理论

第一章 证据学是一门法学吗？

——以研究对象为中心的观察与反思

第二章 英美证据法的历史与哲学考察

第三章 证据规则的法典化

——美国《联邦证据规则》的制定及其对我国证据立法的启示

