

证据科学文库
EVIDENCE SCIENCE LIBRARY

主编·张保生



转型的逻辑： 证据法的运行环境与内部结构

The Logic of Transformation:
Circumstance and Construction of Evidence Law

吴洪淇◎著



中国政法大学出版社

证据科学文库
EVIDENCE SCIENCE LIBRARY



转型的逻辑： 证据法的运行环境与内部结构

The Logic of Transformation:
Circumstance and Construction of Evidence Law

吴洪淇◎著



中国政法大学出版社

2013·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（CIP）数据

转型的逻辑：证据法的运行环境与内部结构/吴洪淇著. —北京：中国政法大学出版社，2013. 12

ISBN 978-7-5620-4867-1

I. ①转… II. ①吴… III. ①证据—法律—研究—中国 IV. ①D925.013.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第294014号

出 版 者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话 010-58908524(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印 固安华明印刷厂
开 本 720mm×960mm 1/16
印 张 16.5
字 数 250 千字
版 次 2013 年 12 月第 1 版
印 次 2013 年 12 月第 1 次印刷
定 价 34.00 元

本书获

厦门大学中央高校基本科研业务费专项资金项目

“证据排除规则的内部结构与运行环境”（项目编号：2010221007）资助



在社会事实方面……数个要素一结合，都会因结合而产生新的现象，但我们必须想到，这些新的现象不是存在于各个要素之中，而是存在于随要素的结合而形成的新的整体之中。

——[法] E. 迪尔凯姆*

人通常被对事物的看法，而不是被事物本身所困扰。

——古希腊格言**

* [法] E. 迪尔凯姆：《社会学方法的准则》，狄玉明译，商务印书馆1995年版，第11页。

** 转引自[法] 蒙田：《蒙田随笔集》，潘丽珍等译，陕西师范大学出版社2003年版，第13页。

总 序

自 20 世纪 60 年代以来，随着心理学对证据法学的“入侵”以及概率论、经济分析、女权主义运动等社会科学和自然科学方法的采用，传统的证据法教义性研究受到挑战，证据法学研究呈现出跨学科发展的趋势。

在诉讼实践领域，随着科学证据的出现以及大量高科技手段在司法鉴定领域的广泛采用，传统的事实认定方法即以人证为中心的证明方法正在向以“物证”或“科学证据”为主的证明方法转变。达马斯卡关于证据法的未来是“事实认定科学化”的论述，以及何家弘教授关于“科学证据”时代已经来临的论断，喻示了一种可能性，即证据制度的不断完善与科技手段的运用相结合，或者证据法学与法庭科学相结合，有可能最大限度地减少冤假错案，促进司法公正。

进入 21 世纪以来，证据法学跨学科研究的步伐进一步加快。特别是 2005 年以来，英国威廉·特文宁教授将证据作为跨学科主题所从事的研究，美国戴维·舒姆教授对证据科学的概念、内在要素及整体架构所作的系统论述，中国政法大学为申报证据科学教育部重点实验室而对证据科学的学科性质、研究领域和研究内容所作的全面论证，标志着证据科学研究进入了学科理论体系的探索阶段。

证据科学以证据为研究对象，研究证据采集、鉴定技术以及案件事实认定的一般规律和方法，旨在解决司法实践面临的重大证据问题，破解事实认定的千古难题。最高人民法院前院长肖扬首席大法官说：“证据是实现司法公正的基石。加强证据科学研究，对有效维护广大人民群众合法权益

益，保证国家司法机关公正行使自己的权力，实现社会主义民主和法治具有特别重要的意义。”作为一门新兴交叉学科，证据科学的研究范围虽然十分宽泛，但其主要研究领域还是集中在证据法学和法庭科学的分别研究及其二者的交叉研究。因此，证据制度研究、证据规则研究、法庭科学技术的多学科发展和高技术化问题研究，以及法庭科学与证据法学结合的证据科学理论研究等，构成了证据科学研究的前沿领域。

“证据科学文库”将秉承“辨证据真伪、铸法治基石”的宗旨，以提升学术水平、推出学术精品和学术新人为目标，面向国内外证据科学研究学者，坚持“宁缺毋滥”的资助原则，为推动证据科学的发展和促进司法公正作出贡献。

中国政法大学证据科学教育部重点实验室
(证据科学研究院)

自序

本书的底稿是我在中国政法大学学习时的博士论文，原题为《证据法的运行环境与内部结构》，因为全书的核心主线是探讨转型社会对于证据法变迁所产生的多层次影响，故改为现在这个题目。附录《证据科学的走向：国际视野与中国语境》主要讨论证据法学科流变过程，因为涉及我国转型社会背景下对证据法知识体系的冲击与影响，从某种意义上回应了博士论文的主题，所以置于本书最后一部分作为附录。

随着诉讼构造的转型和庭审模式的改革，证据法和证据法学在近十余年来成为了法学界热议的主题。而频频发生的冤假错案所带来的正义误送也让人们将希望寄托在以探求真相为核心任务的证据法身上。但是，在我国先天不足的证据法和证据法学真的能够承担起这样的生命之重吗？转型社会和制度变革到底能够给证据法和证据法学带来多大的发展空间和多大程度的影响？这是激发笔者整个博士阶段学习的一些基本的问题意识。正是在这样模糊的问题意识的引领之下，我开始对英美证据法的思想史、英美证据法产生和发展的基本背景和时代条件等进行初步的研习和写作。^{〔1〕}

〔1〕 关于英美证据法知识体系发展历程的一个小结，参见吴洪淇：“边沁、威格莫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”，载《比较法研究》2009年第5期，以及吴洪淇：“阐释与理论：英美证据法研究传统的二元格局”，载《华东政法大学学报》2011年第1期；关于英美证据法学科体系发展的一个梳理，吴洪淇：“证据科学的走向：国际视野与中国语境——对证据问题研究领域的初步分析？”，载《证据科学》2009年第4期，已收入本书作为附录。

现在看来，这些知识体系和学科体系的梳理固然有些过于宏大叙事甚至失之简单，可以看成是笔者硕士阶段所受法理学训练的一种下意识反应。但这些梳理的确令我明白了，证据法的内涵绝非仅仅在于简单的规范指向，更在于附着于规范背后的价值取向、认知结构与知识体系。因此，证据法的研究与建构也应该是多维度的，这构成了本书写作伊始的基本意识。

需要说明的是，本书所探讨的证据法更大程度上是英美意义上的证据法，也就是以证据排除规则（而不是或者主要不是非法证据排除）为核心的英美证据法。英非法系由于独特的对抗制庭审模式和陪审团审判而孕育出了非常发达的证据排除规则，正是在这些证据排除规则的基础上才形成了与其他部门法并驾齐驱的证据法体系。因为当我国产生对证据法规范需求的时候，英美证据法自然而然成为我们学习和移植的对象。当我们对其进行移植和学习的时候，我们引进的不仅仅是几条简单的规范，更是对规范体系背后的知识背景、程序基础、价值追求和规范样式的整体移植。因此，随着证据排除规则体系在我国刑事诉讼当中的日益确立，对于以证据排除体系为核心的英美证据法的运行环境和内部结构成为我们无法回避的一个前提性问题。

因此，本书的基本立场是，在转型社会的宏大背景下，我国证据法在英美证据法这样一个参照系下将在运行环境和内部结构方面发生什么样的变化。这样一个多层次的立体知识框架显然同传统证据法的写作有些格格不入，也是一件自讨苦吃的苦差事。论文的主体是在美国西北大学法学院图书馆完成的，从寓所到图书馆这种两点一线的生活整整持续了一年，而支撑我徘徊于这一条路的就是本书的写作。因此，本书是一个特定时空背景下的产物，因此，必然存在特定时空影响的痕迹。从时间维度来说，它是我学生时代出于知识之惑和取得学位需要双重驱动下的一个产物；而从空间维度上说，它在某种意义上是一位证据法学子在万里之外的密歇根湖畔对我国证据法立法和司法实践的一个整体性观察。这样一个观察难免稚嫩且肤浅，但却是真诚地希望将证据法置于多向度观察视角的一种努力。

正如证据法大师边沁所说：“证据的领域不过是知识领域罢了。”^{〔1〕}证据法规制的是整个司法系统的每一个人的认知活动，并由此扩展出去成为规制社会中每一个人的认知活动。《红楼梦》里说道：“世事洞明皆学问”，对事物和内心的认识活动都是极其困难的一件事。正如边沁一再告诫我们的：“从事务本质上来说，为证据寻找一种确保公正裁决的可靠规则是完全不可能的；但人类的心智太过敏感以致无法建立规则，这些规则只能提高一种坏的判决的概率。一位对真相公正的调查者在这方面所能做到的就是让立法者和法官警惕这些草率的规则。”^{〔2〕}因此，任何证据规则的构建显然都是一件令人战战兢兢的任务。2010年以来，从2010年两个刑事证据规定到2012年新刑事诉讼法及其司法解释，我国已经初步建构起了一个证据法基本规范体系。这样一个基本体系能否确保我国刑事司法系统在追求真相和其他社会可欲价值的道路上正常运转，则依然是一个有待长时段观察的待认定事实。而证据法学研究也将从前规范时代进入后规范时代，从这一意义上说，我们的证据法学可能才刚刚开始一段新的征程！

〔1〕 William Twining, *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*, Stanford University Press, 1985, title page.

〔2〕 William Twining, *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*, Stanford University Press, 1985, pp. 74 ~ 75.

目 录

总 序	(1)
自 序	(1)
第一章 引 论	(1)
第一节 研究综述与研究特点	(1)
一、我国证据法的现有研究	(2)
二、英美证据法的既有研究	(7)
三、证据法环境与结构研究的特征	(15)
第二节 如何研究证据法的环境与结构	(17)
一、整体思路	(17)
二、结构安排	(19)
三、研究方法	(21)
第二章 司法证明过程中的证据法	(24)
第一节 现代司法证明的性质	(24)
一、司法证明的发展历程	(25)
二、理性主义证明模式	(29)
第二节 自由证明原则的涵义与原理	(40)
一、自由证明的涵义	(41)
二、自由证明之基本原理	(48)
三、自由证明原则的确立	(52)
第三节 司法证明与证据法	(55)
一、历史流变中的证据法	(55)

二、现代司法证明中的证据法	(57)
第四节 司法证明模式的转型与证据法的兴起	(59)
一、司法证明模式的转型	(59)
二、司法证明过程的控制与证据法的功能定位	(60)
第三章 证据法的程序性基础	(66)
第一节 证据法之谜	(66)
一、证据法之谜及其原因	(66)
二、证据规则类型	(70)
三、两种解释进路	(71)
第二节 证据隔离机制：证据法与陪审团	(72)
一、证据法乃陪审团之子：关系原理及其运作	(73)
二、陪审团在全球范围内的变动	(76)
三、现实挑战与理论困境	(78)
四、证据隔离：假设的进一步提炼	(80)
五、陪审团控制命题与证据规则	(83)
第三节 法律人的游戏规则：证据法与对抗制	(84)
一、对抗制控制模式及其运作原理	(85)
二、对抗制控制模式的三个要点	(88)
三、对抗制与证据规则	(92)
第四节 我国证据法的程序性基础考察	(93)
一、证据法的多元程序性解释	(93)
二、对我国证据法程序性基础的初步考察	(95)
第四章 证据法的价值结构	(100)
第一节 证据法的多元价值框架	(100)
第二节 内部规范：通过规制获得真相	(106)
一、作为价值的真相：涵义与意义	(106)
二、自由证明原则对真相价值的促进	(113)
三、内部证据规则对真相价值的促进	(115)
第三节 外部规范：通过规制实现社会政策	(119)
一、基本权的保障	(119)

二、社会公共利益	(123)
第四节 效率规范：通过规制降低司法证明的社会成本	(126)
一、效率价值	(126)
二、通过规制促进效率价值	(127)
第五节 价值冲突及其协调机制	(129)
一、正义地探求真相原则	(129)
二、价值权衡原则	(132)
第六节 我国证据法价值结构的初步考察	(135)
一、我国证据立法价值体系的初步考察	(135)
二、社会政策目标的需求：以个案为出发点	(141)
三、从二元价值结构到多元价值结构的转型	(149)
第五章 证据法的规范结构	(150)
第一节 规则模式与原则模式	(150)
一、规则与原则的区分	(151)
二、规则模式与原则模式之比较	(152)
第二节 在规则与原则之间：证据法规范的变动趋势	(158)
一、美国证据法的变动	(159)
二、英国的证据法变革	(165)
三、加拿大的证据法革命	(169)
四、证据法规范变动的动力与条件	(171)
第三节 证据排除裁量权与证据规范	(176)
一、裁量权的经典学说原理	(177)
二、证据排除裁量权	(179)
三、证据排除裁量权控制的规范模式	(181)
第四节 我国证据法规范结构的初步考察	(182)
一、刑事证据制度的最新进展与评析	(183)
二、规范混淆与体系协调	(189)
三、规范平面化及其优化路线	(193)
四、在规范平面化与规范立体化之间	(195)

第六章 我国证据法运行环境与内部结构考察	(197)
第一节 我国证据法的运行环境与内部结构	(197)
一、四个视角	(198)
二、我国证据法的结构性变动	(200)
第二节 转型中国的证据法走向	(204)
一、转型社会与制度变迁	(205)
二、转型社会的证据法走向	(210)
附录：证据科学的走向：国际视野与中国语境	(212)
一、一个基础性分析框架	(213)
二、证据科学发展简史	(215)
三、证据科学的中国语境	(224)
四、证据问题研究领域的初步检讨	(228)
五、结语：以问题为中心的中国证据科学	(230)
参考文献	(233)
后 记	(245)

图表目录

图表 2.1	现代司法证明过程的基本流程	(57)
图表 3.1	证据法的程序性要素	(94)
图表 4.1	证据法的价值体系	(105)
图表 4.2	第 403 条平衡检验指示图	(134)
图表 4.3	与彭宇案相关的案件列表	(144)
图表 6.1	证据法运行环境与内部结构的变动趋势	(204)

第一章 引 论

在认识事物的过程中,选择恰当的距离和视角是正确认识的前提,而这一点对于中国的证据法而言则显得尤为困难。当我们驻足于国内证据法学界之时,急剧的制度变迁和制度移植、层出不穷的理论学说和知识创新令我们产生一种眼花缭乱的迷乱之感,而当我们深入域外研究之时,又常常会因为距离过于遥远而产生“彼之蜜糖我之毒药”的错位之感。在自我与他者之间,选择一个恰当的比较框架成为认识证据法的首要问题。在这种两难境地之中,本书倡导对证据法进行一种宏观研究与微观研究结合的立场,通过对司法证明过程和程序性基础的研究来考察证据法的运行环境,然后深入证据法的内部去讨论证据法的价值结构和规范结构。

为此,在本书的引论部分需要着重解答两个问题:其一,为什么要研究证据法的运行环境与内在结构?换言之,对证据法运行环境与内在结构的研究能够在证据法现有研究的基础上带来什么样的知识增量?对于这一问题,第一节将从国内研究背景和国际研究趋势两个层面来作出初步的回答;其二,如何研究证据法的运行环境与内在结构?对于这一问题,本章将在第二节中从整体思路、结构安排和研究方法三个方面来展开。

第一节 研究综述与研究特点

对于法学研究来说,任何一项研究都带有或多或少的地方性,也就是要考虑其所处的时代背景和对话语境。^{〔1〕}本书对于证据法运行环境与内在结构的讨论同样也是基于我国转型社会背景下对证据制度变迁的一个反思,

〔1〕 关于知识的地方性,参见〔美〕吉尔兹:“地方性知识:事实与法律的比较透视”,邓正来译,载梁治平编:《法律的文化解释》,三联书店1994年版,第74~171页。

这一反思是基于现有证据法研究——包括我国证据法学界的系统研究和域外证据法学界研究——的基础上来展开的。转型社会背景下的证据法制度变迁为本书提供了基本的问题对象，我国当下的证据法研究则为本书提供了对话的基础，而域外的证据法研究则为我们带来一个难得的参照系。为此，本节主要分为两个部分：第一部分着重讨论我国当下的证据法研究及其可能存在的知识盲点；第二部分讨论域外尤其是英美证据法的整体格局中对于我国证据法研究现有盲点可能的启示。在对国内证据法研究和国外证据法研究的综述当中将逐渐展现出证据法的环境与结构研究何以可能弥补这样一些盲点。

一、我国证据法的现有研究

（一）我国证据法现有研究的基本格局

20 世纪 70 年代以来，随着改革开放的展开，在体制改革的推动下，我国的社会结构逐渐由总体性社会向分化性社会转化。^{〔1〕}在总体性社会中，国家与社会是高度重合的，国家政府掌控通过行政手段进行社会资源的分配；而在分化性社会中，国家与社会逐渐分化，国家逐渐通过法律来实现对社会分化的整合。^{〔2〕}这一社会转型构成了我们当下生活的背景，其过程自然是极为复杂的，但就法治建设而言，这一背景下的一个突出特征表现为以国家推动立法进程为核心的法制现代化进程，国家推动下的立法成为法治建设的重要助力。^{〔3〕}对于证据与证明领域的立法来说，同样具有很浓的国家推进色彩。随着社会转型和诉讼模式转型的深入，我国兴起了轰轰

〔1〕 孙立平、王汉生、王思斌等：“改革以来中国社会结构的变迁”，载《中国社会科学》1994 年第 2 期。

〔2〕 孙立平、王汉生、王思斌等：“改革以来中国社会结构的变迁”，载《中国社会科学》1994 年第 2 期。关于社会转型系列研究，参见孙立平、李强、沈原：“中国社会结构转型的中近期趋势与隐忧”，载《战略与管理》1998 年第 5 期；孙立平：“20 世纪 90 年代中期以来中国社会的结构演变”，载《转型与发展》2005 年第 1 期。

〔3〕 苏力将这一模式称为变法模式。参见苏力：“变法、法治及本土资源”，载《中外法学》1995 年第 5 期；一个更为系统的论述，参见苏力：《道路通向城市——转型中国的法治》，法律出版社 2004 年版，第 3～44 页。蒋立山则将这一模式称为“政府推进型”的法制现代化，以此区别“自然演进型”的法制现代化，参见蒋立山：“中国法制现代化建设的特征分析”，载《中外法学》1995 年第 4 期。