

— 诉 讼 法 学 专 题 研 究 书 系 —

ZHENGJU ZHIDU DE TANSUO YU FANSI

证据制度的探索与反思

李 慧 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

— 诉 讼 法 学 专 题 研 究 书 系

ZHENGJU ZHIDU DE TANSUO YU FANSI

证据制度的探索与反思

李 慧 著

 知识产权出版社
全 国 百 佳 图 书 出 版 单 位

内容提要

本书介绍了证据制度的历史发展、基础理论,并研究了证据制度领域中的调查制度、采纳制度、证言特权以及推定,在研究过程中,通过比较英美法系和大陆法系证据制度的差异及特色,提出了自己的一些思考和观点,并对我国证据制度的改革提出了一些有益的建议,对我国证据制度的研究和发展具有积极的作用。

读者对象:法学本科生、研究生以及从事法学研究的人员。

责任编辑:胡文彬

责任校对:董志英

封面设计:SUN工作室

责任出版:卢运霞

图书在版编目(CIP)数据

证据制度的探索与反思/李慧著. —北京:知识产权出版社, 2011. 6

ISBN 978-7-5130-0489-3

I. ①证… II. ①李… III. ①证据—司法制度—对比研究—中国、外国
IV. ①D915.130.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第058712号

证据制度的探索与反思

Zhengju Zhidu De Tansuo Yu Fansi

李 慧 著

出版发行:知识产权出版社

社 址:北京市海淀区马甸南村1号

邮 编:100088

网 址:<http://www.ipph.cn>

邮 箱:bjb@cnipr.com

发行电话:010-82000860 转 8101/8102

传 真:010-82005070/82000893

责编电话:010-82000860 转 8031

责编邮箱:huwenbin@cnipr.com

印 刷:知识产权出版社电子印制中心

经 销:新华书店及相关销售网点

开 本:880mm×1230mm 1/32

印 张:10

版 次:2011年6月第1版

印 次:2011年6月第1次印刷

字 数:260千字

定 价:32.00元

ISBN 978-7-5130-0489-3/D·1192 (3391)

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

前 言

在世界范围内，证据法学虽是一门古老的学科，但在中国的法学教育中，却是新鲜的。因此证据法学的教学、研究之路可谓新鲜的学人进行探索研究的崭新征程。对证据法学的研究不能仅仅停留在发现现存相关研究中存在的问题，同时应该结合当代证据法学研究的趋向，并回归到我国证据制度的改革上，为我国证据制度的完善提出具有建设性和前瞻性的改革建议。

一、当代证据法学研究的趋向

法律是通过司法过程实现成长的^①，而司法过程的核心内容之一就是证据的运用。法学的发展不是来自概念、理论的演绎或照搬；相反法学的真正源泉必定是法律的实践和社会的现实。其中证据的运用正是法律实践的中轴和核心，它贯穿于司法实践的全部过程和所有主体，融合于法律和事实之中；同时法学知识的增量当然是要有现实背景的，曼海姆在《意识形态与乌托邦》中曾经讲到，知识表面上是从思想家个人头脑中产生的，而实际上它们终究是由思想家所处的各种社会现实状况所决定的，而英美的证据法历史则更为集中和突出地体现了这一规律，证据规则的应运而生和繁荣发展更为突出地源于社会现实的强大推动。所以，可以说证据制度的不断完善有助于推动法律成长的实现，而证据法学的研究也应基于此而且必须基于此以推进法律的成长

① 本杰明·内森·卡多佐：《法律的生长》[M]，刘培峰，刘骁军，译，贵阳：贵州人民出版社，2003：33。

和法律人的成长。

从证据法学研究的源头看，西方学者走过了筚路蓝缕之旅，但无论是英美法系国家还是大陆法系国家，其证据立法及其研究都必须受到来自司法实践和社会现实的检验。可以说证据法学的成熟和证据立法的成功，不仅有来自学界在理论研究和传播方面的刻苦努力，同时也需要理论界与实务界之间有效良好的沟通，并在社会现实中存在的证据立法和司法实践的冲突中寻找推动理论研究和制度完善的动力来源和新鲜血液，这就需要关于证据法的学术研究上体现出一种自觉和实证精神。^①

二、我国证据法学研究存在的偏差

回头看我国，产生于 20 世纪 20 年代以后的证据法学，在我国可谓是一门新兴学科，经过盛振为、杨兆龙、周荣等学者的努力尝试，欲为我国的证据法研究奠定一个英美法系证据理论的基础，但是终以失败告终。20 世纪 50 年代以后相关研究和教学又陷入了意识形态的泥沼，到 80 年代证据法学成为诉讼法学研究的一个热点，产生了大量的学术成果，但是缺少对其进行一番梳理并出现了方向和角度的偏差，主要体现在以下几个方面。

1. 在研究内容和研究方式上都走上歧途，要么停留在认识论的宏大阐释上，要么停留在对证据法运用的技术性问题进行应对性的解答上，前者脱离了对社会现实的贴近关怀，后者则抛弃了对证据规则进行理论的引导和帮助。

2. 证据法与程序法组合成诉讼法，而证据法无论是在动态层次，还是在静态层次都与程序法紧密相联，程序法支配者证据法的样态，证据法中每一个内容或环节的设计都无一不考虑程序

^① 吴丹红：《证据法学研究的迷思——在西方样本和中国现实之间》[J]，政法论坛，2006，24（6）：17—21。

法的需要以及对其的影响。^①但是目前从研究内容和方向上都脱离了程序制度、诉讼制度这样一个不可脱离的现实环境,而进行孤立的、缺乏宏观基础的探究,使证据法学的研究走向了偏锋。

3. 证据法学的研究必须将证据立法的分析确立在深入考察证据实务的基础上,无论研究内容还是研究方向都必须建立在证据实务的基础上,但是由于我国在证据法学的实证研究方面仍缺乏有深度和广度的研究成果,所以我国的证据法学研究从一开始就缺少对我国本土问题的深入考察,而对本土问题的研究才是一国证据法理论得以发展的关键所在。

4. 一直以来,交叉学科的研究是国内外证据法学者提升其研究能力的一个瓶颈,所以这也必然成为证据法学研究中要解决的关键问题之一。只有实现证据法学与交叉学科的沟通和协调,才能使证据法学的研究得到拓展和深入。

三、对改革我国证据法学研究的几点设想

鉴于前述,证据法的研究者就不能再徘徊于问题的细枝末节或是游离于问题之外,而应基于实际需要对证据法学研究内容、方向和方式进行重新定位和深入考察。

1. 证据法学是一个庞大的理论体系,因此需要有一定的理论基础引导它的各个组成部分才能实现证据法的有机统一。因此应在证据法学的研究中将证据法学的理论基础稳固地确立起来。其中,首先应在证据法学的研究中避免以往认识论上的宏大叙事,而是要通过简练易懂的语言和灵活多样的方式理清证据法的思维框架,确立起证据的认识论方面的理论基础。其次就是要避免或纠正错误的方法对证据运用的错误指导,而是要为证据法确

^① 汤维建:《证据的程序法解释——评达马斯卡《漂移的证据法》》[M]//何家弘:《证据学论坛》:第八卷。北京:中国检察出版社,2004。

立起现代科学的方法论基础,以实现^①对证据运用的科学有效的指导,同时还必须建立起指导证据运用的方法论体系,达到其层次分明、协调统一。最后就是在考察现实背景的基础上运用相关理论,实现各种价值的平衡包括法律价值与其他价值的平衡,以及法律价值内部的平衡。

2. 对一国或某一法系的证据法进行研究应该透过证据法学者的著述及立法,去深入考察其社会背景和当时的法律实践,而且还要通过一定的学术努力转化为文本的法律并反作用于司法实践。因此,我国当前证据法学的研究应旨在理论与实践的结合处确立起证据法学的独立品格,而不是仅围绕证据规则进行“只见树木不见森林”的狭隘研究。

3. 应将证据法律体系建立在程序制度的基础之上,把二者紧密结合起来,深刻理解和把握程序制度是如何影响和决定证据制度的内容及运作方式的,通过对一般程序制度和装置进行深入的比较分析和探讨,从中选择出具有根本意义和基础意义的装置作为支柱或支撑点,并解析在这些支柱之上的证据制度的样态,包括支柱的确立、发展、衰落之上证据法的内容设计和运作状态。^②该部分是为了给证据法学的研究营造一个现实的制度环境和宏观基础。

4. 证据法学的研究必须将证据规则的分析确立在深入考察证据实务的基础上,搜寻现实生活中的典型案例,尤其那些是涉及较为模糊的证据制度成文规定的相关案件,从法官关于证据的判决意见中去发现问题,并寻找到解决某个问题或某一类问题的解决方案,而且可以尝试就相同问题制作一份示范性的证据法判

① 张建伟. 证据法学的理论基础 [J]. 现代法学, 2002 (2).

② 米尔吉安·R. 达马斯卡. 漂移的证据法 [M]. 李学军, 刘晓丹, 姚永吉, 等译. 北京: 中国政法大学出版社, 2003.

例，从而使证据法学的研究能更加贴近司法实践。这种方法对于提高司法人员的审判能力更有裨益，它可以指导并帮助司法人员逐步提升在有关证据的审判中发现证明规律和原理的能力，以及运用证明原理充分说理和论证的能力。

5. 还要在证据法学的实证研究过程中涉及交叉学科的部分内容，实现证据法学研究领域的不断拓展，其中主要涉及计算机证据、测谎结论、麻醉或催眠询问、声纹鉴定和气味鉴别等科学证据的问题，从而使证据立法更好地适应证据运用的现代化需要。

目 录

前 言	(1)
第一章 证据制度的历史发展	(1)
一、神明裁判或神证时期	(1)
二、人证时期	(3)
三、走向物证或科学证据	(10)
四、未来以科学证据为主的时期	(12)
第二章 证据法学的历史发展	(14)
第一节 国外证据法学的历史发展	(14)
一、证据法学的兴起	(14)
二、证据法学的发展	(15)
三、证据法学的成熟	(16)
四、证据法学的新发展	(17)
第二节 我国证据法学的历史发展	(18)
一、传播英美法系证据法学理论的时期	(18)
二、系统研究证据法学时期	(19)
三、证据法学研究趋于凋敝的时期	(19)
四、证据法学研究的休止时期	(20)
五、证据法学研究举步维艰的时期	(20)
六、证据法学研究的恢复时期	(21)
七、证据法学研究快速发展时期	(21)
第三章 证据法学体系的选择性比较	(23)
一、问题视角	(23)
二、对象视角	(30)

三、目的视角	(31)
第四章 证据法的理论基础	(34)
第一节 证据法的认识论基础	(34)
一、错位的认识论基础	(34)
二、认识论基础的变革与发展	(35)
三、认识论基础对价值目标和制度设计的影响	(37)
四、合理的理论指引	(39)
第二节 证据法的价值论原理	(40)
一、证据法价值冲突类型的反思	(40)
二、公正与效率的评价、选择与实现	(44)
第五章 证据概念的解析	(50)
第一节 证据概念诸学说的评析	(50)
一、事实说	(51)
二、材料说与根据说	(54)
三、信息说	(55)
四、方法说	(55)
五、统一说	(56)
第二节 证据概念界定不一的原因分析	(56)
一、证据概念界定的前提缺失	(57)
二、证据概念界定的核心错位	(57)
三、证据概念界定的本质模糊	(58)
四、证据概念界定的视角矛盾	(58)
第三节 关于证据属性的辨析	(58)
一、打破传统证据属性的“三性”理论	(59)
二、以关联性为核心界定证据的概念	(60)
三、关联性的辨析	(65)
第四节 证据的构成要素	(68)
一、应明确证据的主题——事实	(68)

二、应明确证据的价值——证明·····	(70)
三、应明确证据的本质·····	(72)
四、厘清证据概念界定的视角·····	(75)
第六章 关于若干证据种类的思考·····	(77)
第一节 证人证言·····	(77)
一、证人的概念·····	(77)
二、证人证言的概念·····	(88)
三、证人证言的特点·····	(89)
第二节 犯罪嫌疑人、被告人的供述和辩解·····	(91)
一、口供的内容·····	(91)
二、口供的种类·····	(92)
三、口供的特点·····	(93)
四、自白补强规则·····	(94)
五、供述与沉默权、辩诉交易·····	(95)
第三节 民事、行政诉讼当事人陈述·····	(100)
一、概 念·····	(100)
二、民事、行政诉讼当事人陈述的种类·····	(101)
三、自认制度·····	(102)
第四节 关于视听资料的思考·····	(104)
一、公开制作的视听资料·····	(104)
二、秘密制作的视听资料·····	(105)
第七章 关于证明论的浅析·····	(107)
一、英美法系的证明论·····	(109)
二、大陆法系证明论·····	(112)
三、我国的证明论·····	(113)
第八章 刑事证据调查制度·····	(119)
第一节 刑事庭审证据调查制度的程序解构·····	(119)
一、司法组织的形态：一元式的科层型 vs.	

二元式的非科层型·····	(120)
二、证据处理模式：当事人控制 vs. 官方主导·····	(123)
三、庭审活动的模式：集中式 vs. 间断式·····	(125)
第二节 大陆法系的刑事庭审证据调查制度·····	(127)
一、证据调查对象·····	(128)
二、证据调查范围·····	(129)
三、证据调查内容·····	(130)
四、证据调查程序·····	(132)
五、证据调查主体·····	(138)
第三节 英美法系的刑事庭审证据调查制度·····	(138)
一、证据调查对象·····	(139)
二、证据调查范围·····	(140)
三、证据调查内容·····	(140)
四、证据调查程序·····	(142)
五、证据调查主体·····	(148)
第四节 我国的刑事庭审证据调查制度·····	(149)
一、我国刑事庭审证据调查制度的现状评析·····	(150)
二、国外刑事庭审证据调查制度的有益经验·····	(152)
三、我国刑事庭审证据调查制度的改革设想·····	(155)
第五节 刑事庭前证据调查的思考之一——	
诱惑侦查·····	(159)
一、诱惑侦查概念及类型辨析·····	(159)
二、诱惑侦查的认识论基础·····	(163)
三、诱惑侦查的价值论原理·····	(164)
第六节 刑事庭前证据调查的思考之二——	
网络反腐·····	(168)
一、网络反腐的内涵·····	(169)
二、网络反腐与检察机关反腐侦查联合的优势	

与障碍·····	(171)
三、关于网络反腐与检察机关反腐侦查联合的设想·····	(175)
第九章 两大法系证据采纳（能力）制度的比较研究·····	(181)
第一节 英美法系的证据采纳规则·····	(182)
一、证据可采性的正向分析·····	(183)
二、证据可采性的反向分析·····	(184)
三、法官自由裁量排除·····	(192)
第二节 大陆法系的证据能力制度·····	(193)
一、直接言词原则·····	(193)
二、关联性法则·····	(194)
三、传闻法则·····	(194)
四、合法性法则·····	(195)
五、意见法则·····	(196)
第三节 两大法系的发展趋势·····	(197)
一、证据规则的内在指向相互靠拢·····	(197)
二、以不同的规则实现相同或相近的功能·····	(198)
三、相关概念的界定彼此趋近·····	(198)
四、都具有相对排除和绝对排除之分·····	(198)
五、皆采法定与裁量相结合的模式·····	(199)
六、都受制于本国的诉讼制度·····	(199)
第四节 对两大法系传闻证据规则的反思·····	(200)
一、英美法系传闻证据的含义·····	(200)
二、大陆法系传闻证据的含义·····	(208)
三、英美法系传闻证据规则·····	(209)
四、大陆法系的传闻证据排除机制·····	(212)
第十章 我国证据采纳制度的探究·····	(215)
第一节 证据采纳的标准·····	(215)

第二节 我国的传闻证据规则·····	(217)
一、我国传闻证据规则的现状·····	(217)
二、我国传闻证据规则的改革设想·····	(220)
第三节 我国的意见证据规则·····	(222)
一、我国意见证据规则的现状·····	(222)
二、我国意见证据规则的改革设想·····	(229)
第四节 我国非法证据排除规则·····	(235)
一、我国非法证据排除规则的现状·····	(235)
二、我国非法证据排除规则的改革设想·····	(243)
第五节 我国证据采纳规则的综合思考·····	(245)
一、我国证据采纳规则的共性问题·····	(245)
二、针对共性问题的改革设想·····	(246)
第十一章 证言特免权·····	(250)
第一节 证言特免权概论·····	(250)
一、确立的理由·····	(250)
二、证言特免权的类型·····	(252)
第二节 婚姻家庭特免权·····	(253)
一、美国的婚姻家庭特免权·····	(253)
二、德国的婚姻家庭特免权·····	(255)
三、我国的婚姻家庭特免权·····	(256)
第三节 职业关系特免权·····	(256)
一、美国的职业特免权·····	(256)
二、德国的职业特免权·····	(260)
三、我国的职业特免权·····	(260)
第四节 政府特免权·····	(263)
一、美国的政府特免权·····	(263)
二、德国的政府特免权·····	(265)
三、我国的政府特免权·····	(265)

第十二章 对待科学证据的科学精神	(267)
第一节 准确理解科学证据	(268)
一、科学证据概念的论与解.....	(268)
二、科学证据的“科学性”	(273)
第二节 “平视”科学证据	(274)
一、科学证据未必“科学”	(274)
二、科学证据并非最终结论.....	(276)
三、科学证据价值的整体评价.....	(276)
第三节 现实地对待“知识鸿沟”	(277)
一、科学证据的超越性造就了“知识鸿沟”	(277)
二、建构“联接”知识鸿沟的沟通机制.....	(279)
三、科学证据采信规则的发展趋势.....	(280)
第十三章 关于推定问题的研究	(282)
第一节 关于推定概念的解析	(282)
一、关于推定概念的基本共识.....	(283)
二、推定概念与相混淆概念的辨析.....	(284)
三、推定概念的界定.....	(290)
第二节 关于推定效力的思考	(292)
一、英美法系关于推定效力的争论和新发展.....	(293)
二、大陆法系关于推动效力的争论和新发展.....	(295)
三、我国关于推定效力的争论和新发展.....	(297)

第一章 证据制度的历史发展

由于证据法的概念是在特定历史时期、特定法律传统之下应运而生的特定概念，当其放置于不同的时期、不同传统之中，当然也就产生了不同的含义，其中有广义与狭义之分，甚或在广狭之间亦有折中之义，本书使用“证据制度”一词，以便于纵向的历史分析。证据制度的历史发展经历了四个阶段：第一阶段是神明裁判时期，这一时期由于人们认识能力的局限，在遭遇疑难案件时一般采取求助于神明指示的非理性方式，更不可能存在相关的证据制度，证明模式系自由证明；第二阶段是人证为主的时期，这一时期两大法系出现分化，各行其道，因此其各自证明模式的发展轨迹迥异，英美选择的是一条由自由证明稳步向法定证明前进的道路，而大陆法系则在证明模式的两个极端的泥沼之中挣扎前进；第三个阶段是走向物证或科学证据时期，在这一时期，两大法系之间得以交流融合，观念和制度的变革为证据制度的快速发展推演出共同的趋势和前进的动力；第四个阶段是未来以物证或科学证据为主的时期，这一时期的到来成为推动世界证据制度发展的理想时代，各国在自由证明和法定证明的两端之间寻找到了恰当的平衡点，不仅证据制度得以飞速前进，而且也推动了诉讼制度的完善和成熟。

一、神明裁判或神证时期

所谓“神证”，就是让神来帮助法官认定案件事实。西方国家早期证据法的理念与今日司法证明活动中法官角色的观念是大相径庭的。现代法官的职责是查明案件事实并在此基础上适用法

律。但是，早期社会中的司法人员并不具有这种职能。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。例如，古希腊人认为，司法裁判的职责不能掌握在人的手中，而只能掌握在诸神的手中；法官之所以能够就案件作出裁决，是因为他们有神的帮助。其中当然也就不可能存在法律对其裁判的过程进行限制了，可以说当时司法证明的方式属于自由证明。这都与当时的诉讼制度是密切相关的，无论是在英吉利岛国还是在欧洲大陆国家早期的诉讼制度都属于控告式诉讼，即无论是民事诉讼还是刑事诉讼都被视为是私人之间的纠纷，而司法官员对这种纠纷的态度是“不告不理”，只有当事人诉之于法庭，法庭就将神的裁判指示告之于当事人，扮演着超然的、公正的仲裁人角色，对于那些用一般方法难以裁断的疑难案件，当事人就期望借助神的力量进行裁判，而诉之于法庭就成为他们最能接受的选择。

在很多国家的历史上都曾经采用过神证的方法，或者叫做神明裁判的方法。我们不妨假设科比案发生在古巴比伦国家，按照当时的《汉谟拉比法典》，就要把科比扔到河里去。法官按照宗教仪式规定，要祈祷，要请求神灵来帮助查明科比有没有实施强奸行为，然后把科比扔到河里去。如果科比沉到水里，法官就宣布神灵已经告诉我们科比是有罪的；如果科比浮在水面上，法官就会宣布神灵的启示是说科比无罪。

据史书记载，中国历史上最早的司法官员——皋陶，在审理案件时，如果遇到疑难案件，像科比案这样，查不清楚的就会由神羊来裁断。在科比案中，皋陶会把科比带到神羊的面前，如果神羊用独角顶他，就说明他是有罪的；如果神羊对他很友善，不用角顶他，说明他是无罪的。所以史书记载：皋陶治狱用神羊。这可以说是中国历史上带有神明裁判色彩的一种断案方法。

在中国历史上应该说没有像外国那么发达的神明裁判的实