

证据法学

证据法学反思： 跨学科视角的转型

Evidence Scholarship Reconsidered:
Results of the Interdisciplinary Turn

【美】罗杰·帕克 迈克尔·萨克斯 著

Rogers C. Park Michael J. Saks

吴洪淇 译

证据法学反思： 跨学科视角的转型

Evidence Scholarship Reconsidered:
Results of the Interdisciplinary Turn

【美】罗杰·帕克 迈克尔·萨克斯 著

Rogers C. Park Michael J. Saks

吴洪淇 译



中国政法大学出版社

- 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（C I P）数据

证据法学反思:跨学科视角的转型/(美)帕克,(美)萨克斯著;吴洪淇译
北京:中国政法大学出版社, 2015. 1
ISBN 978-7-5620-5793-2

I. ①证… II. ①帕… ②萨… ③吴… III. ①证据—法学—研究 IV. ①
D915. 130. 1

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第285806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 固安华明印业有限公司
开 本 880mm×1230mm 1/32
印 张 6.25
字 数 110 千字
版 次 2015 年 1 月第 1 版
印 次 2015 年 1 月第 1 次印刷
定 价 26.00 元

前 言

在本文中，我们检视了正处于变动之中的证据法研究领域，该领域显然已经变成跨学科领域了。这样一些努力的意义与证据法之重要性是密不可分的：那些我们用来裁判事实的规则同实体法之解释一样重要乃至比之更为重要。^[1] 尽管在那些跨学科领域中，每一个领域自身都有提出和探讨跨学科交叉问题的文献，但本文是第一篇将所有的较大分支（strains）都考虑在内，对它们进行比较并且

[1] See William Twining, "Recent Trends in Evidence Scholarship", in *Proceedings of the First World Conference on New Trends in Criminal Investigation and Evidence* 13, 15 - 16 (J. F. Nijboer and J. M. Reijntjes eds., 1997); William Twining, "Taking Facts Seriously", in *Rethinking Evidence: Exploratory Essays* 12, 23 (1990); cf. John D. Jackson, "Modern Trends in Evidence Scholarship: Is All Rosy in the Garden?" 21 *Quinnipiac L. Rev.* 893, 906 (2003) (论证说现代证据法研究已经在理性主义传统之中包含了多种跨学科进路).

评估不同进路之相对贡献的论文。^[2]

我们以对传统教义性研究的地位和价值的一个评估来作为开端（第一部分）。随后，我们审视了以下这些领域的跨学科研究：证人和事实认定者的心理学（第二部分）、法庭科学（第三部分）、概率论与证明（第四部分）、女权主义对证据法的影响（第五部分）以及法与经济学视角的贡献（第六部分）。在这一过程之中，我们提出了一种有关各种证据法研究之效用的理论；换言之，在解释或推进审判的事实探求功能的范围内而不是在提出（posit）或者寻找规则——这些规则传统上已经被理解为保护陪审团裁决的准确性——的外在效用方面，证据法的跨学科研究

[2] 相关的其他论述可参见前注^[1]所引的论著以及 Ronald J. Allen and Brian Leiter, “Naturalized Epistemology and the Law of Evidence”, 87 *Va. L. Rev.* 1491, 1493 (2001)（支持社会认识论对于证据法研究的有用性）；Richard Lempert, “The Economic Analysis of Evidence Law: Common Sense on Stilts”, 87 *Va. L. Rev.* 1619, 1623 (2001)（评估了证据法与经济学的交叉之处并消解了经济学与证据法领域的相关性）；Roger C. Park, “Grand Perspectives on Evidence Law”, 87 *Va. L. Rev.* 2055, 2079 (2001)（赞同经验性法律研究应优先于法律认识论或者法律经济学）；Richard A. Posner, “Comment on Lempert on Posner”, 87 *Va. L. Rev.* 1713, 1721 (2001)（支持经济学对于证据法的重要性）。

的前景更为光明，也更为有用。^[3] 感谢以下教授对本文早期几个版本的有益评论，他们分别是：罗纳德·艾伦、克雷格·卡伦（Craig Callen）、大卫·非格曼（David Faigman）、丹尼尔·法伯（Daniel Farber）、理查德·弗里德曼（Richard Friedman）、斯蒂芬·戈德法伯（Steven Goldberg）、大卫·凯耶（David Kaye）、达尔·南希（Dale Nance）、埃维娃·奥伦斯坦（Aviva Orenstein）、杰弗里·拉克林斯基（Jeffrey Rachlinski）、克里斯·桑奇里科（Chris Sanchirico）、皮特·蒂勒斯（Peter Tillers）以及简·威廉姆斯。

[3] 换句话说，我们扩展了边沁视为裁判事实认定之理想图景的交叉学科领域。边沁将“判决的准确”视为法律程序的“直接目标”而将“避免不必要的拖沓、烦乱和花费”视为其“间接目标”。1 Jeremy Bentham, *Rationale of Judicial Evidence* 34 (London, Hunt and Clark 1827). 我们同意这种观点，尽管我们承认，在特殊情形下在构建证据法的过程中也应该考虑到类似隐私保护这样的目标。有关边沁观点的一个简介，See William Twining, *Theories of Evidence; Bentham and Wigmore*, 27 - 100 (1985).

目 录

1		前 言
1		第一章 证据法的教义性研究
13		第二章 心理学与证据法
56		第三章 法律与法庭科学
65		第四章 “新证据学”——概率与证明
90		第五章 女权主义证据研究
109		第六章 经济学与证据法
137		结 语
151		参考文献
184		译后记

第一章

证据法的教义性研究

证据法研究有着辉煌的历史。它吸引了 19 世纪最伟大的智者之一——杰里米·边沁，其证据论著经由约翰·斯图亚特·密尔（John Stuart Mill）编辑之后于 1827 年以五卷本的论著形式出版，出版时冠名为《司法证据原理》。^[4] 边沁的论著推进了对那一时代误入歧途的证据规则进行的激进的功利主义改革。尽管其著作充满了讽刺和嘲笑的论调，但在加速废除像证人因利害关系而不适格这样的规则等主要目标方面却似乎显得卓有成效。^[5] 20 世纪早期诞生了一部为优秀研

[4] Bentham, *supra* note 3.

[5] John Henry Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law* § 8, at 611 (Tillers Rev. 1983). 威格摩尔写道：

成熟的经历总是使我们倾向于相信人类行为的最佳结果从来不会通过讽刺挖苦和恶语相加来实现……但边沁的例子总是作为一个证据来证明相反的情形也是正确的——如果条件满足的话。没有人可以说，假如没有边沁的恶骂来激发法律共同体去意识到其弱点，我们法律的革新将会等待至何时。Id.

究者们推崇在任何主题都最为杰出的著作^[6]——约翰·亨利·威格摩尔（John Henry Wigmore）的里程碑式的、影响至深的《普通法审判中的证据》（*Evidence in Trials at Common Law*），该著作收集并系统化了几乎所有普通法中的证据法。^[7]这两部著作在解决逻辑矛盾方面都产生了巨大影响，从而使得证据原则更为融贯并且使那些迫使法官做出导致非正义结果之愚蠢判决的陈旧规则得以改良。

尽管边沁和威格摩尔兴趣广泛，但是他们有关证据的论著有许多构成了今天所称的教义性研究。教义性研究主要对规则进行分析并系统化，从而促使这些规则进行再概念化

[6] 约瑟夫·比尔（Joseph Beale）写道：“可以毫不夸张地说，本书是迄今为止所撰写的有关我们某一单个法律分支的最为完整的、最为透彻的著作。” J. H. Beale, “Book Review”, 18 *Harv. L. Rev.* 478, 478 (1905)（评价 John Henry Wigmore, *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law* (1905)）。对于第三版，艾蒙德·摩根写道：“本书不仅是最棒的——迄今为止最棒的——有关证据法的论著，而且还是迄今所产生的有关英美法的任一可比性分支的最佳作品。” Edmund M. Morgan, “Book Review”, 20 *B. U. L. Rev.* 776, 793 (1940)（脚注省略）[评价 John Henry Wigmore, *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law* (3d ed. 1940)]。威廉·特文宁（William Twining）曾经指出：“与威格摩尔进行辩论的困难之一在于他的影响是如此巨大，一旦他根据很弱之理由甚至毫无来由地编造一项原则，先例可能会很快尾随而至并迅速填补这一鸿沟。” Twining, *supra* note 3, at 111.

[7] Wigmore, *supra* note 5.

(reconceptualized) 或者使之获得改进。^[8]这并不是说这种研究拘泥于或者单纯是分析性的。长久以来,教义性研究都具有规范性 (prescriptive) 要素。其践行者力求改进法律并且关注法律的社会效果。但他们的政策分析主要依赖历史、经验以及炉边归纳 (fireside inductions)^[9]——而不是依靠那些处于法律之外却提出许多证据法关联点的学科的研究性文献。

在主流的法律评论中,对证据法的教义性研究呈现出急剧下降的趋势。对顶级连续性出版 (continuously - published) 期刊的检视显示了用于此类研究的篇幅比例呈现一种急剧下降趋势。^[10]在 20 世纪交替之际,教义性论文占据了这些期

[8] 有关教义性研究及其有用性之探讨的多个例子, See Roger C. Park, "Evidence Scholarship: Old and New", 75 *Minn. L. Rev.* 849, 859-71 (1991).

[9] “炉边归纳”一词是由心理学家鲍尔·米尔 (Paul Meehl) 所提出的,主要用来描述我们从日常经验、自我反思、逸闻证据 (anecdotal evidence) 以及文化上所传承的理念 (culturally transmitted ideas) 之中而不是从严格的、系统的研究中所获得的影响和推论。Paul Meehl, "Law and the Fireside Inductions: Some Reflections of a Clinical Psychologist", 27 *J. Soc. Issues* 65, 65-66 (1971).

[10] “教义性”论文是指描述法律规则并将之系统化的文章。它也可能提出改进或者改革意见。它对来源于其他学科的信息的利用仅仅是辅助性的。本文第一作者将来自于三个阶段大概为五十年的证据论文分离开来作为样本,从而来评估有关证据的教义性论文相比其他类型的证据研究的相对频率。为了降低所需阅读的论文数量,本研究集中于在所有三个阶段中均以同样名称出版的常引法律评论。通过对 1930 年和 1996 年所作引证研究的考察发现了在两个

刊中证据论文的 93%。到了 20 世纪中叶，这一比例已经下降为 79%，而到了 20 世纪末则只有 20% 的证据法论文是教义性的了。教义性研究——即对规则本身、对规则的融贯性、对规则的组织、形成及消亡的分析——已经为其他类型的研究所取代。^[11]这些更新的研究都力求跨越法律与其他学科。

这，并不意味着教义性研究正在消亡。尽管除了一些显

研究中均出现在前 20 的 10 家法律期刊。See Scott Finet, “The Most Frequently Cited Law Reviews and Legal Periodicals”, 9 *Legal Reference Services Q.* 227, 229 tbl. 1 (1989) (展现了来自于 Douglas B. Maggs, “Concerning the Extent to Which the Law Review Contributes to the Development of the Law”, 3 *S. Cal. L. Rev.* 181 (1930) 的材料); James Lindgren and Daniel Seltzer, “The Most Prolific Law Professors and Faculties”, 71 *Chi. - Kent L. Rev.* 781, 789 tbl. 2 (1996). 这些期刊分别是哈佛法律评论、耶鲁法律评论、密歇根法律评论、哥伦比亚法律评论、宾夕法尼亚大学法律评论、弗吉尼亚法律评论、加利福尼亚法律评论、纽约大学法律评论、康奈尔法律季刊/法律评论以及明尼苏达法律评论。研究助理们将来源于这些期刊的大约五十年期间的证据文章编辑成一个列表。为索引查询之便，已经将确切数据选取出来。在《法律期刊索引》(Index to Legal Periodicals) 以及所列期刊的目录表中已经对证据论文做了一个研究。这些论文被读完之后归类为对证据法的教义性研究或者其他类型证据研究。(一些文章在被确定为非证据法文章后被剔除出研究对象之外)

[11] 这当然也为证据法学者们自己所共同感受到了。See Richard Lempert, “The New Evidence Scholarship: Analyzing the Process of Proof”, in *Probability and Inference in the Law of Evidence: The Uses and Limits of Bayesianism* 61, 61-62 (Peter Tillers and Eric D. Green eds., 1988).

见例外，^[12] 在主流期刊中教义性研究的确变得不那么常见，但在著作（treatises）方面它却比以往更为繁荣^[13]，而且法律评论的急剧增加也使得其在期刊方面还有充分的发展空间。^[14] 尽管教义性证据研究与跨学科证据研究在常引期刊中

[12] See generally Richard D. Friedman and Bridget McCormack, “Dial – In Testimony”, 150 *U. PA. L. REV.* 1171 (2002) (主要为教义性的，附带零星引用了一些经验性著作)；Richard A. Nagareda, “Reconceiving the Right to Present Witnesses”, 97 *Mich. L. Rev.* 1063 (1999) (对提出证人之权利的教义性分析)；也可参见最近有关克劳福德诉华盛顿（Crawford v. Washington）一案的热闹的（blossoming）教义性讨论。infra note 22.

[13] 由本文其中一位作者所负责的一个统计表明：1957 – 1958 年出版了 23 部有关证据法的教义性教科书和专著（25, 416 页），相比之下 2001 – 2002 年为 207 部教科书和专著（150, 833 页），篇幅增加了 593%。（案例书和商业性概述（commercial outlines）未包含在内）。这些数据的收集是对格兰维尔出版社（Glanville Publishers）所出版的法律书籍中（Law Books in Print）所罗列的 1957 年与 1958 年版的教义性证据书籍以及鲍尔所出版的书籍中所罗列的 2001 年与 2002 年版的教义性证据书籍的来完成的。那些为主研究者所不熟悉的书籍是通过其书名来做出判断的。在第二阶段，对一些著作来说篇幅计算是不切实际的，因此，研究者们以那些能够获得数据的书籍的平均长度为基础来估算其篇幅。这种估算占据了第二阶段所统计出的 150 833 页中的 26 232 页。

[14] See Michael J. Saks, Howard Larsen and Carol J. Hodne, “Is There a Growing Gap Among Law, Law Practice, and Legal Scholarship? A Systematic Comparison of Law Review Articles One Generation Apart”, 30 *Suffolk U. L. Rev.* 353, 373 – 74 (1996). 作者们发现，1985 年的“实务性”（practical）论文的数量是 1960 年的两倍，而此期间主要法律评论的数量也增加了两倍。Id. at 373. 在内容上远离教义性研究这种最大变化主要发生在顶尖的 1/5 的法律评论之中（在期刊的影响力方面是通过其在主流法学院图书馆的地位来衡量的）。Id. at 374.

所占比例的变化是非常显著的，但要绝对地做出这样的判断还为时过早，也许跨学科证据研究还需要占据比先前更多的篇幅。

但显而易见的是，比起先前来说，教义性证据研究在主流期刊中被引用的频率下降了，在顶尖学者中不那么受到尊重了，而且作为一种职业选择的回报也降低了。^[15] 是什么导致了这种重心的转移？有几个原因。这些原因中有一些并不局限于证据法研究，而且在法律研究的所有组成部分中都非非常常见。比方说，现实主义视角已经取得成功了，因而更为注重考虑结果，也更为注重发现社会事实了。法学院更倾向于雇用具有其他领域高级学位的教师了。有良好的财政支持来推广法与经济学视角了。^[16]

有关证据法的教义性研究的衰退与证据法的特性同样相关。当法律显失公正、严重混乱或者极速变迁的时候，教义性研究便会兴起。证据法不再像其在边沁时代时那般愚蠢，也没有像其在威格摩尔时代那样紊乱不堪。更为重要的是，

[15] See, e. g., George L. Priest, "Social Science Theory and Legal Education: The Law School as University", 33 *J. Legal Educ.* 437, 437 (1983) (对于那些“在法律思想的主流边界进行厮杀的”人来说，类似于论著的文章 (treatise-like) 不再是一种信用用品); See Generally Richard A. Posner, "The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962 - 1987", 100 *Harv. L. Rev.* 761 (1987).

[16] Lempert, *supra* note 2, at 1636 - 37.

在大部分主题上，改革的氛围并不像边沁和威格摩尔时代那样好。爱蒙德·摩根在《模范证据法典》中所试图进行的轻微的激进改革^[17]完全失败了，今天的法官和律师似乎对《联邦证据规则》基本上满意，而该规则很大程度上是对留存于20世纪中叶的普通法规则的一个法典化。最后，存在于威格摩尔时代及其之前的紊乱很大程度上已经为《联邦证据规则》所理顺了，因此，也就没有什么积极性来进行颠覆性的重起炉灶。还有，与其他领域相比，规范的变动（doctrinal change）是缓慢的。专家委员会在其提交修正案的作用方面已被证明为是保守的。主要集中在关注获得准确事实的证据法也没有吸引很多的国会活动。^[18]国会往往有独立的议程，

[17] *Model Code of Evidence* (1942). 哈佛法学院教授爱蒙德·摩根是主报告人，并且还撰写了前言。Edmund M. Morgan, *Foreword to Model Code of Evidence*, 1-70 (1942).

[18] 一个尚待证实的例外已经发生在专家证言领域，这一领域与所谓的“诉讼爆炸”相关，而且在美国竞争力法案（American Competitiveness）中数个不利于生产者的侵权判决的可预期影响也激发了对多伯特规则进行法典化和强化的努力。See Nancy S. Farrell, Comment, “Congressional Action to Amend Federal Rule of Evidence 702: A Mischievous Attempt to Codify *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*”, Inc., 13 *J. Contemp. Health L. and Poly* 523, 543-51 (1997). 这样一种努力激发了联邦证据规则咨询委员会提出了其自己的法典草案，该草案成为了联邦证据规则702的2000修正案。See Fed. R. Evid. 702 (amended 2000) advisory committee’s note; Derek L. Mogck, Note, “Are We There Yet? Refining the Test for Expert Testimony Through *Daubert*, *Kumho Tire* and Proposed Federal Rule of Evidence 702”, 33 *Conn. L. Rev.* 303, 324-25 (2000).

而即便是像特免权规则这样吸引利益团体注意力并且常常成为国家层面立法主题的议题也未能在国家层面上吸引来自国会的注意力——至少自从 20 世纪 70 年代对刚刚完成法典化的《联邦证据规则》的内容进行辩论以来便是如此。^[19]

规范变动的缺乏产生了两种影响。首先，能够用于解释和批评规则的新发展越来越少；假以时日，便越来越难产生出关于旧原则的新思想。其次，修改之建议日渐稀少这样一个事实抑制了学者们鼓吹修改的积极性。这样一种抑制是致命的，因为现代的教义性研究是说明性的（prescriptive）。如

[19] 主要例外是 1994 年的犯罪法案（The Crime Bill of 1994），该法案创造了在指控性攻击或者褻渎儿童等行为的案件中禁止采用有关被指控之罪犯的其他严重性犯罪的品性证据的一个例外。*Violent Crime Control and Law Enforcement Act of 1994*, Pub. L. No. 103-322, § 320935, 108 Stat. 1796, 2136-37 (codified as Fed. R. Evid. 413-415 at 28 U. S. C. app. (2000)). 无论其价值如何，这样一种变化看起来已经被一种更容易对性犯罪者进行定罪的实质性议程所驱动。See Christopher B. Mueller and Laird C. Kirkpatrick, *Evidence* 279-83 (3d ed. 2003). See generally Katharine K. Baker, "Once a Rapist? Motivational Evidence and Relevancy in Rape Law", 110 *Harv. L. Rev.* 563 (1997); James Joseph Duane, "The New Federal Rules of Evidence on Prior Acts of Accused Sex Offenders: A Poorly Drafted Version of a Very Bad Idea", 157 *F. R. D.* 95 (1994); Aviva Orenstein, "No Bad Men! A Feminist Analysis of Character Evidence in Rape Trials", 49 *Hastings L. J.* 663 (1998); Roger C. Park, "The Crime Bill of 1994 and the Law of Character Evidence: Congress Was Right about Consent Defense Cases", 22 *Fordham Urb. L. J.* 271 (1995).

果说 100 年前可以发表一篇仅仅描述和组织规范的论文的话，^[20] 那么现代教义性研究却总是要使这一现状得以改革和提高。^[21] 当变动确实发生的时候——正如最高法院在其克劳福德诉华盛顿的 2004 判决中改变了对质原则（confrontation doctrine）——教义性研究便会迸发出来。^[22]

伟大教义性分析者和著作者的时代可以被视为边沁对自由证明之障碍和人为区分进行削减的计划的延续。虽然

[20] 举一篇这样的文章为例，See Generally David Torrance, “Evidence of Character in Civil and Criminal Proceedings”, 12 *Yale L. J.* 352 (1903).

[21] See, e. g., Richard A. Nagareda, “Reconceiving the Right to Present Witnesses”, 97 *Mich. L. Rev.* 1063, 1064–69 (1999).

[22] 2006 年 2 月 13 日，用 “Crawford v. Washington” 一词在 LEXIS ALLREV 数据库中搜索可获得 204 项引证。这些引证包括由罗伯特·M. 皮特勒（Robert M. Pitler）所主持的布鲁克林法律评论第 71 卷的一次专题论文，“Crawford and Beyond: Exploring the Future of the Confrontation Clause in Light of Its Past: Introduction”, 71 *Brook. L. Rev.* 1 (2005)，还有由法学教授们在知名法律评论中所撰写的其他论文。See generally Stephanos Bibas, “Originalism and Formalism in Criminal Procedure: The Triumph of Justice Scalia, the Unlikely Friend of Criminal Defendants?” 94 *Geo. L. J.* 183 (2005); Daniel J. Capra, “Amending the Hearsay Exception for Declarations Against Penal Interest in the Wake of Crawford”, 105 *Colum. L. Rev.* 2409 (2005); Tom Lininger, “Prosecuting Batterers After Crawford”, 91 *Va. L. Rev.* 747 (2005); Miguel A. Méndez, “Crawford v. Washington: A Critique”, 57 *Stan. L. Rev.* 569 (2004).

目前证据法中可能有一些畸形规范 (anomalies),^[23] 但其还未像边沁时代那样显著。还没有人看到法官们过滤掉 (straining against) 那些他们自认为为非正义的证据规则。

教义性证据研究衰退的另一个原因在于陪审团审判变得日益稀少。^[24] 在陪审团审判中, 证据规范极为重要, 在这种审判中有两类裁决者——一类是审查证据的裁判者, 另一类是权衡证据价值的事实认定者。但如果陪审团审判 (jury trials (或者通称的 trials)) 变得不再那么重要的话, 那么主要运用于法庭的诸多规范也相应地不再那么重要。这也许推动了将证据作为如何探寻真相之主题而不是作为法庭规则之主题的研究。

这并不是说证据规范将总是停滞不前。的确, 结构性变

[23] 有关弹劾证人之品性的规则就是一个例子。See Richard Friedman, "Character Impeachment Evidence: Psycho - Bayesian [?] Analysis and a Proposed Overhaul", 38 *Ucla L. Rev.* 637 passim (1991) (提出对品性弹劾规则的反反对意见); H. Richard Uviller, "Evidence of Character to Prove Conduct: Illusion, Illogic, and Injustice in the Courtroom", 130 *U. Pa. L. Rev.* 845, 867 - 68, 887 - 88 (1982) (论证说先前犯罪应该被排除在外)。

[24] See Marc Galanter, "The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts", 1 *J. Empirical Legal Stud.* 459, 459 (2004) (详尽地评论了陪审团审判日渐稀少的趋势下的证据法)。也可以参见《法律实证研究期刊》(*The Journal of Empirical Legal Studies*) 中有加兰特 (Galanter) 论文的每一期, 他的论文致力于研究日益消失的陪审团审判问题。