

证据规则的价值 基础和理论体系

张保生*

内容提要：中国证据制度建构遇到两大理论障碍：一是大陆法系传统问题，二是三大诉讼的特殊性问题。大陆法系传统不能证明证据法不能单独立法，三大诉讼的特殊性也不能否定各种案件事实认定的共性和规律性。中国现行诉讼法和有关司法解释中证据规则大量重复的现象，反证了制定统一证据规则的必要性和可行性。证据法的理论体系应当反映证据规则背后起支撑作用的正当理由、基本理念、法律原则或价值基础。中国证据规则的理论体系可以概括为：以相关性为逻辑主线，以准确、公正、和谐与效率为主要价值基础的举证（取证）、质证和认证过程。

关键词：证据规则 价值基础 理论体系

一、证据法是实现司法公正的基石

证据法在中国正在成为显学。这有四个标志：一是近年来有大量证据理论研究著作和论文发表表〔1〕；二是研究机构 and 学科建设取得重要进展〔2〕；三是最高人民法院颁行了两个证据规定〔3〕，一些省市高院也颁行了地方性证据法规；四是一批推动证据立法的学者建议稿问世〔4〕。

证据法在中国迅速发展有两个主要动力：一是法治国家与和谐社会建设的需要，二是本土司法实践发展的需要。“证据是法治的基石。证据对于任何创造了权利和义务的法律制度来说都是基础

* 中国政法大学证据科学教育部重点实验室教授。

本文是作者承担教育部哲学社会科学重大课题攻关项目《证据科学的理论体系与应用研究》的阶段性成果。

〔1〕 2000年以来，有关证据的各类著作已达几十种，论文每年数百篇，《证据学论坛》开始连续出版。

〔2〕 中国人民大学证据学研究所2005年4月成立；中国政法大学证据科学教育部重点实验室2005年底被批准立项建设；中国政法大学证据法学研究院2006年5月成立，7月全国第一个证据法学博士学位点在国务院学位办新增备案，该博士点下设证据法学和法庭科学两个研究方向。

〔3〕 《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（2002年4月1日起施行）和《最高人民法院关于行政诉讼证据的若干规定》（2002年10月1日起施行）。

〔4〕 例如，毕玉谦等：《中国证据法草案建议稿及论证》（2003年）；陈光中主编：《中华人民共和国刑事证据法专家拟制稿（条文、释义与论证）》（2004年）；江伟主编：《中国证据法草案（建议稿）及立法理由书》（2004年）。

性的。”〔5〕证据制度处于诉讼制度中的核心地位〔6〕。随着我国司法改革的深入，“打官司，就是打关系”的陈腐观念正逐渐为人们所摒弃，“打官司，就是打证据”的司法理念日益深入人心。从余祥林案、杜培武案、黄静案、邱兴华案、马加爵案到高莺莺案，司法审判中暴露出来的各种问题全都指向证据，司法公正呼唤着我国证据法的发展。目前我国有接近四分之一的省高级人民法院制定了地方性证据规则〔7〕，这一方面促使司法机关和诉讼各方证据意识的提高，同时也激励证据法学者深刻反思中国证据制度建设存在的问题。

与司法实践的需要相比，我国现行证据制度存在两大问题：一是规则少，二是无体系。前者表现在，三大诉讼法中的证据规则条文太少，过于原则，缺乏可操作性，不能满足审判实践的需要；后者表现在，证据立法缺乏价值基础和理论体系方面的设计，数量有限的证据规则处于一种彼此缺乏逻辑联系的离散状态，这不仅不利于司法人员从整体上掌握证据法的宗旨和基本要求，而且也影响了证据法学的学科建设和理论发展。

我国证据制度的建构目前遇到两大理论障碍：一是所谓大陆法系传统问题；二是三大诉讼的特殊性问题。

应当承认，到目前为止，大陆法系确实还没有哪个国家制定单独的证据法典，这似乎成为一种无需说明理由的传统。但若从该传统不证自明地得出大陆法系国家证据不能单独立法的结论，那是缺乏说服力的。因为传统只能说明以往的状态，对未来实践并没有强制约束力，“它们为人们所承认和接受，但是仅具习惯和惯例的效力”〔8〕。大陆法系国家过去没有单独的证据法，不能证明现在和将来也不能这么做。传统为什么是这样而不是那样，这是由历史的实践决定的。美国作为判例法的典型国家尚能制定统一的《联邦证据规则》，我们更没必要用所谓大陆法传统捆住自己的手脚。考虑到我国自1996年庭审制度改革已引入对抗制等当事人主义因素，并初步确立起“抗辩式”的庭审方式，我国诉讼制度实际上具有明显的混合式特征〔9〕，应该在诉讼模式重构中摆脱所谓大陆法系传统的包袱〔10〕。

受大陆法系传统影响，我国证据法不论在学科分类还是在立法上一直被视为诉讼法的一个组成部分。有学者解释其原因说，大陆法系国家如“德国由于是职业法官认定案件事实，故采用自由心证，证据规则较少；而美国由外行组成的陪审团审理事实，为了正确地引导他们，则建立了复杂的证据规则。”如是说，两大法系证据法的区别主要取决于事实裁判者的知识结构。〔11〕然而，证明所要解决的是事实认定问题，它是一个经验推理过程，客观、准确和真实是其基本要求。就这些要求而言，事实认定者是否为法律内行其实并不重要。因为，事实具有共性，事实认定具有规律性。作为一个普遍概念，事实认定并不限于法庭上的案件事实，或者说，案件事实认定与科学事实（如火

〔5〕 [美] 罗纳德·J·艾伦：《刑事诉讼的法理和政治基础》，2005年在中国政法大学的演讲。

〔6〕 参见江伟：《证据法若干基本问题的法哲学分析》，《中国法学》2002年第1期。

〔7〕 参见房保国：《现实已经发生——论我国地方性刑事证据规则》，《政法论坛》2007年第3期。文中谈到北京、江苏、湖北、四川、山东、广东等省市高级人民法院颁行地方性证据规则的情况，认为产生这种情况的原因归根结底还是与全国性证据立法的不完善有关。另据统计，在最高人民法院颁布两个证据规定之前有9个省市颁布了自己的证据规定，之后有5个省市颁布了自己的证据规定，其中主要为刑事证据规定。

〔8〕 戴维·M·沃克：《牛津法律大辞典》，李双元等译，法律出版社2003年版，第1114页。

〔9〕 参见李心鉴：《刑事诉讼构造论》，中国政法大学出版社1991年版，第1页。

〔10〕 例如，黄松有认为，当事人主义和职权主义诉讼模式不能适应中国转型时期民事纠纷解决的特殊需要。因此，他提出了以和谐主义建构我国民事诉讼模式的基本思路。参见黄松有：《和谐主义诉讼模式：理论基础与制度构建》，《法学研究》2007年第4期。

〔11〕 即使从知识结构的角度看，我国法官也比其他大陆法系国家的法官更需要系统的证据规则。与德国、日本等国法官精英化的情况相比，我国法官队伍存在着人数多、素质较低的问题：德国人口8220万，法官约2100名，4万：1；日本人口1.26亿，法官约2224名，6万：1；我国人口13亿，法官约22万名，5900：1。参见赵小锁：《中国法官额度探讨》，载人民网《人民论坛》2005年第10期。

星上是否有水)、社会事实(如伊朗是否拥有核武器)、日常生活事实(如某个婚姻是否陷入危机)等的认定,没有本质上的差别。社会生活中的各种争端只有一小部分不能通过非诉讼方法解决,才转移到法院。因此,法庭上的案件事实认定,实际上采用的仍然是人们在社会生活中惯用的经验方法。每个正常人在日常生活和工作实践中都掌握了很多运用证据而认定事实、辨别真伪的经验和能力。这也是英美法系为何让陪审团成员这些法律外行来认定事实的原因。在这个问题上,夸大案件事实认定与其他事实认定活动的差别,就否定了事实认定的认识论基础,“证据法是一个规制在法律程序中向事实裁判者提供信息的规则体系。一个更好的定义是‘法庭认识论’。”〔12〕认识论的指导作用必须建立在承认事实认定具有共性或规律性的基础之上。

证据规则发挥着促进事实认定的作用,在很大程度上反映了经验推理的认识论法则。例如,证据裁判原则、直言词原则、相关性规则、传闻规则、辨认和鉴真规则、鉴定规则以及举证、质证和认证的规则,都来源于人们在日常生活中惯用的发现事实真相的经验法则。因此,证据规则有助于提高事实认定的准确性,事实认定者无论是普通法系的陪审团成员,还是大陆法系的法官,只要遵循这些规律便能提高辨别真伪和发现事实真相的能力。达马斯卡说:“普通法事实认定模式的特殊性,主要不是来自于证据规则,而是来自于适用这些规则的方式。”〔13〕就是说,案件事实认定的一般法则或证据规则在两大法系之间没有本质差别,两大法系证据规则不仅在主要内容上具有共性,而且其首要目的都是为了准确认定事实。正是在这个意义上,艾伦教授强调了证据法跨法系的普适性一面。他认为,事实认定在民族、地域或法系上的差异性与其共性和规律性相比,显得微不足道。“证据法是普适的。它涉及人们如何认识外界环境的问题。逻辑和认识论以及感知上的研究资料都表明,中国和美国的事实认定没有什么不同。惟一存在于两国诉讼文化上的差异是,当事人欲接受的相关证据采纳之一般原则的例外。”〔14〕不同法系或国家证据法的差别,主要在一些例外规定上,比如规定哪些作证特免权,这些例外是由特定的诉讼制度或证据政策决定的,它们不是证据法的普适性方面,而是其特殊性方面。在这个问题上,江伟教授的意见值得考虑,他认为,在两大法系的证据制度中,全盘接受任何一种显然都不是理性的选择,应结合我国的具体国情和两大法系证据规则的特点,在证据制度的不同方面,分别借鉴两大法系的有益部分。〔15〕

第二个理论障碍是所谓三大诉讼的特殊性问题。美国法院不分刑庭、民庭,法官统揽各种诉讼;而中国法院刑庭、民庭、行政庭的划分非常细致,证据规则也因此而分别规定在刑事诉讼法、民事诉讼法和行政诉讼法中。但这样规定有两个弊端:一是内容重复,二是不利于法官把握证据规则的一般原则和原理。据统计,我国三大诉讼法中证据规则共36条,其中相同或雷同的10条,〔16〕占27.8%;部分相同或相似的6条,〔17〕占17%;以上重复达44.8%。再看最高人民法院颁布的两个

〔12〕 David P. Bergland, *Value Analysis in the Law of Evidence*, *Western State Law Review*, pp. 162—184 (1973)。

〔13〕 [美] 达马斯卡:《漂移的证据法》,李学军等译,何家弘审校,中国政法大学出版社2003年版,第9页。

〔14〕 前引〔5〕,艾论文。

〔15〕 前引〔6〕,江伟文。

〔16〕 关于证据的种类:刑事诉讼法第42条、民事诉讼法第63条、行政诉讼法第31条的规定几乎完全相同;关于法院收集证据:刑事诉讼法第45条、民事诉讼法第65条、行政诉讼法第34条的规定几乎完全相同;关于证据保全:民事诉讼法第74条、行政诉讼法第36条的规定几乎完全相同;关于作证义务:刑事诉讼法第48条、民事诉讼法第70条的规定几乎完全相同。

〔17〕 涉及国家秘密或商业秘密举证问题:刑事诉讼法第45条、民事诉讼法第66条部分相同;关于质证:刑事诉讼法第47条、民事诉讼法第66条相似;关于委托鉴定:民事诉讼法第72条、行政诉讼法第35条部分相同。

证据规定,除去附则一共 152 条,其中雷同或近似的 95 条,占 62.5%。^[18]证据规则内容的重复比例如此之高,不能说不是一个严重缺陷;同时,它也反证了制定统一证据规则的必要性和可行性。我们完全应该也可以把重复的内容归纳、梳理,提炼为在三大诉讼中通行的证据法基本原则、一般原理或通则,而对不同的部分以分则或但书的形式作出特殊规定,这不仅有利于尽快完善我国的证据制度,也有利于为法官、检察官和律师提供统一的证据标准。证据法概括了人类事实认定的一般经验和公正司法的一般要求,规定了案件事实认定的方式,因此,它对实现司法公正具有基础性作用。

二、证据法的四大价值基础

人的一切活动都是在追求某种价值。价值是“可能对立法、政策适用和司法判决等行为产生影响的超法律因素。”^[19]它们由一些理想观念或普遍原则所组成,体现了人们对某种价值目标的追求,并且对人们关于事物的判断产生着重要影响。庞德说:“在法制史的各个经典时期,无论在古代和近代世界里,对价值准则的论证、批判或合乎逻辑的适用,都曾是为法学家们的主要活动。”^[20]因此,只有理解证据规则背后的价值基础,才能更好地制定或运用证据规则来维护这些价值。进一步说,证据法不仅应当反映社会价值观的现状,而且应当反映它的发展,只有这样才能指导旧规则的修订和新规则的创制,从而更好地服务于我们共同信奉的社会价值。对于诉讼的参与者特别是审判人员来说,只有了解证据法的价值基础,才能以“会当凌绝顶”的视野俯瞰具体证据规则的含义、渊源和目的,从证据制度、证据价值的高度来审视具体的案件事实。

证据规则以一个社会大多数人共享的价值为基础,反映了社会的价值观。这些价值因素包括:公平理想、共同利益、公民自由、伦理道德等。艾伦教授把证据法的潜在理由概括为效率、政策和准确性,并论述了美国证据规则的五项重要价值:(1)解决争端的适当方式;(2)知识的性质;(3)小群体决策的动因;(4)道德和伦理关怀;(5)正义理想和效率价值的关系。^[21]这里,“小群体决策的动因”是指陪审团决策,是英美证据法的特殊价值基础,其余四点应当说对英美法系和大陆法系都是通用的。戴维·伯格兰列举了八项构成美国证据规则之基础的价值:(1)生命;(2)个人自由;(3)稳定性,包括社会稳定性、政府稳定性、商业稳定性;(4)正当程序;(5)事实真相;(6)司法经济;(7)联邦制;(8)健康和安。^[22]这里,“联邦制”是一些西方国家的民主制度,其余七点应当说对中国也是适用的。

我们并不否认存在着与人类生存和发展息息相关的一般价值,但同时也应当承认,任何价值观的形成和发展都有其特定的社会和文化背景,各个国家的价值观既存在共性又存在差异。因此,在

[18] 最高人民法院《民事诉讼证据规定》和《行政诉讼证据规定》内容重复的部分列举:前者第 1 条和后者第 4 条关于“符合起诉条件的相应的证据材料”;前者第 9 条和后者第 68 条关于“无需举证证明的事实”和“直接认定的事实”;前者第 10、20、21、22 条和后者第 10、11、12 条关于“原物、原件的要求”;前者第 11、12 条和后者第 16、17 条关于“域外证据”的规定;前者第 14 条和后者第 19、20 条关于“证据登记”的规定;前者第 15、17、19 条和后者第 22、23、24、25 条关于“法院调取证据”的规定;前者第 23、24 条和后者第 27、28 条关于“证据保全”的规定;前者第 25、27 条和后者第 30、31 条关于“重新鉴定”的规定;前者第 29 条和后者第 32 条关于“鉴定结论”的规定;前者第 30 条和后者第 15、34 条关于“勘验及现场笔录”的规定;前者第 37 条和后者第 21 条关于“证据交换”的规定;前者第 41 条和后者第 52 条关于“新证据”的规定;前者第 47 至 51 条和后者第 35、37、39、50 条关于“质证”的规定;前者第 53 条和后者第 42 条关于证人作证资格的规定。

[19] 《牛津法律大辞典》,光明日报出版社 1988 年版,第 920 页。

[20] [美] 庞德:《通过法律的社会控制 法律的任务》,商务印书馆 1984 年版,第 55 页。

[21] 参见 [美] 罗纳德·J·艾伦等:《证据法——文本、问题和案例》,张保生、王进喜、赵滢译,满运龙校,高等教育出版社 2006 年版,第 136 页以下,第 49 页。

[22] 前引 [12], Bergland 文。

当今价值多元化的社会,要想把社会所有的价值都概括在证据法中也是不可能的,证据法只能反映社会上大多数人共享的价值或者对社会发展至关重要的价值,笔者认为其中最具普遍意义的是准确、公正、和谐与效率,它们构成了证据法的四大价值基础。

(一) 准确

准确认定事实是实现司法公正的前提。只有准确认定事实,才能有效地解决争端,维护诉讼各方的合法权益。我国刑事诉讼法第2条对“准确”查明犯罪事实作出了明确规定,并从“惩罚犯罪分子,保障无罪的人不受刑事追究”两个方面强调了准确性的意义。“权利和义务取决于准确的事实认定。……因而事实认定是更基础性的。没有准确的事实认定,权利和义务就变得毫无意义。”〔23〕准确性旨在促进事实真相的发现,使审判人员避免作出错误的事实认定。

大陆法系证据法的直接言词原则和英美法系的传闻证据规则,都服务于准确的事实认定,二者有“异曲同工”之处。两大法系都要求,事实认定者应当对审判具有亲历性,所有物证、书证都要在法庭上出示,证人应以亲身知识在法庭上以口头的而不是书面证言的方式作证,否则,其真实性就会受到怀疑。

品格和倾向证据规则,也是为了增强事实认定的准确性。因为,品格和倾向证据有可能误导事实认定者以情绪或任性来取代合理性,从而增加错误认证的风险。这种风险,无论是对英美法系的陪审团成员还是大陆法系的法官,都不例外。

辨认、鉴真和鉴定规则对于准确的事实认定也具有重要意义。作为可采性的先决条件,物证、书证、音像、电子证据等在法庭上出示之后、被采纳之前,如果对方提出异议,应当通过辨认确定其同一性或通过鉴真确定其真实性。辨认和鉴真是由熟悉特定证据的外行知情人,根据自己的亲身经验对其同一性和真实性所提供的外行意见;鉴定则是法定鉴定机构或鉴定人根据科学知识,通过技术检验对其同一性和真实性所提供的专家意见。这些确保事实认定准确性的措施,也称为证据铺垫要求,没有这种铺垫,事实认定就难以进行。

准确性价值还体现在证明标准中。民事和刑事诉讼的证明标准有所不同,前者一般仅需要证明某项事实之真实性的概率较大;而在刑事诉讼中,国家作为“原告”总是承担证明责任,对指控犯罪的所有要件的证明都要达到确信无疑的程度。在不同诉讼活动中,对事实的认定必须达到一定证明标准,这是准确性的要求。

(二) 公正

公正是证据制度的首要价值。〔24〕证据之所以是司法公正的基石,就在于证据法具有减少证据误用、滥用和人为操纵从而保证事实得到公正认定的作用。

证据裁判原则体现了“在证据面前人人平等”的公正价值。为了维护公正审判的要求,大陆法系国家一般都在证据法中规定了证据裁判原则,如日本刑事诉讼法第317条规定:“认定事实,应当依据证据。”我国刑事诉讼法关于“对一切案件的判处都要重证据”〔25〕,以及民事诉讼法关于“人民法院审理民事案件,必须以事实为根据”〔26〕,都是对证据裁判原则的概括。陈光中教授认为,确立证据裁判原则的意义在于:它否定了历史上的神明裁判、刑讯逼供等非理性的事实认定方法,是刑事诉讼文明进步的表现。“无证据不得推定其犯罪事实,是无罪推定原则的体现。”〔27〕

公正性是设立非法证据排除规则的惟一正当理由。“以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性

〔23〕 前引〔5〕,艾论文。

〔24〕 罗尔斯说,正义是“社会制度的首要价值”。参见〔美〕约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏、何包钢、廖申白译,中国社会科学出版社1988年版,第1页。

〔25〕 《中华人民共和国刑事诉讼法》第46条。

〔26〕 《中华人民共和国民事诉讼法》第7条。

〔27〕 陈光中主编:《刑事证据法专家拟制稿(条文、释义与论证)》,中国政法大学出版社2004年版,第128页。

规定的方法取得的证据，不能作为认定案件事实的依据。”〔28〕因为，证据来源的合法性原则体现了法治社会人权保护的最高价值，采纳非法证据将严重侵犯宪法和法律规定的公民权利和当事人合法权益。当不同法律原则发生冲突时，体现人类更高价值的原则往往会贬抑次高价值的原则。在这个问题上，贝勒斯提出的“道德成本原则”，用定量分析取代了非此即彼的选择，对我们具有启发意义。他认为：“我们应当使法律程序的道德成本最小化。”按照这个原则，在对无罪者治罪（CI）和未对有罪者治罪（-CG）这两种可能出现的错误判决中，前者比后者更为有害，因为它侵犯了无罪不治罪的权利。这种侵权行为即是道德损害或道德成本。从一项法律推理的结果来看，如果对无罪者治罪就等于经济成本加上道德成本，其成本更高；而如果是未对有罪者治罪只等于经济成本。所以，我们总是对无罪者治罪的情况给予负评价，以便防止出现CI错误。〔29〕

公正性也是相关证据排除规则的正当理由。在美国《联邦证据规则》中起统领作用的规则403，把“在实质上超过其证明价值”的“不公正偏见”作为排除相关证据的主要理由，法官在采纳证据之前需要进行规则403平衡检验。这种关于公正性和证明力的价值平衡检验能力，是法官的一项基本能力。澳大利亚《1995证据法》第135条和英国《1984年警察与刑事证据法》第78条，也都作了类似的规定。这些基于司法公正的排除规则，都把矛头指向可能对当事人产生严重不公正影响的相关性证据。法官通过价值权衡，如果相信产生不公正偏见的危险性超过其证明价值，便可行使排除证据的自由裁量权。品格证据排除规则也是基于公正理由，无论是良好品格还是不良品格，都可能使事实认定者产生先入为主的偏见，如果将品格视为具有证明力的东西，会给无辜者带来错误定罪的危险。

法治社会公正审判的原则要求法官为判决提供理由，这是法治社会审判制度赋予法官的一种强制性义务，如果逃避这种义务就可能导致司法腐败。按照证据裁判原则，判决结论必须以证据为根据，因此，在事实前提和判决结论之间必须有确证关系。诉讼各方对法官的认证持有的异议及其理由，法官支持还是驳回这些异议，采纳还是排除特定证据，都应当说明法律理由或正当理由，并在判决书中载明。这样做，“有助于巩固社会组织制度所需的智力内部结构，在此制度内争论表现为论证和反论证，而不是使用暴力的威胁。”〔30〕

（三）和谐

和谐理念作为一项证据政策，体现了人们在求真与至善之间所作出的价值选择。苏格拉底把正义视为一种崇高的道德，他说：“正义就是以善待友，以恶对敌的艺术。”〔31〕这同“善有善报，恶有恶报”、“己所不欲，勿施于人”的儒家伦理如出一辙。证据法中的和谐价值主要体现在两个方面。一是被称为不能用于证明过错或责任的相关性证据。例如，类似修桥补路等事后补救措施，和解和要求和解，支付医疗或类似费用，这些证据对于证明过失或过错虽然具有相关性，但不能采纳用来证明行为人的责任。这些证据排除规则旨在促进有利于社会公益事业的行为，不能因人们做好事或行善而使其受到惩罚或损害，因而是和谐社会的证据规则。建设社会主义和谐社会，应当鼓励人们采取不断增加安全的措施；应当鼓励在赔偿责任或数额问题上的和解；应当鼓励支付因伤害而引起的医药、住院或类似费用的行善行为；应当促进达成调解协议，鼓励采用非诉讼方法解决社会争端。

和谐价值在证据法中的另一个集中体现是作证特免权。“大多数证据规则旨在促进事实认定程

〔28〕 最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第68条。

〔29〕 参见〔美〕迈克尔·D·贝勒斯：《法律的原则》，张文显、宋金娜、朱卫国、黄文艺译，中国大百科全书出版社1996年版，第29、32页。

〔30〕 〔英〕L·乔纳森·科恩：《意义的多样性》，伦敦梅休恩1966年版，第68页。

〔31〕 Plato, *The Republic and Other Works*, Anchor Books 1973, p. 14. 转引自张乃根：《西方法哲学史纲》，中国政法大学出版社1993年版，第10页。

序,但创设证据特免权的规则与此不同。从总体上看,它们排除具有相关性的证据,这是为了促进与准确事实认定无关的外部政策。它们的主要目的,是保护法庭世界之外的特定关系和利益,这些关系和利益被认为具有充分的重要性,值得司法程序以失去有用证据的方式来承担这些成本。”〔32〕特免权的范围可以十分广泛,例如,律师—委托人、医生—患者、牧师—忏悔者、婚内交流、夫妻证言、新闻记者的消息来源、外交秘密以及政府情报人员身份等等。威格莫尔对设立特免权的正当理由作了系统论述。〔33〕作证特免权存在的一个基本理由,是要表明一种法律制度重视这些特殊关系胜过制裁犯罪行为。就是说,这种证据制度认为,通过破坏这些特殊关系而获得查明事实真相的价值,不及牺牲查明事实真相而维护这些关系的价值。

(四) 效率

公正和效率作为人类活动的两种价值,彼此存在一定的冲突。这表现在,当人们一味追求效率时可能产生不公正。因此,罗尔斯主张效率应当服从于正义。他说:“某些法律和制度,不管它们如何有效率和有条理,只要它们不正义,就必须加以改造或废除。”〔34〕与此相反,经济分析法学则更加重视效率,主张“效率或财富极大化应是法律的唯一目的”〔35〕。罗尔斯把正义当作牺牲效率的绝对理由,与波斯纳把效率视为法律的唯一目的,都有一定的片面性。实际上,公正和效率并非完全势不两立,追求效率有时候也可以用于实现公正的目的。证据规则在注重司法公正的同时兼顾诉讼效率主要出于两个原因,一是政府要用纳税人的钱提供诉讼补贴,而诉讼当事人不会考虑保护这些司法资源,所以,证据制度要使证明受到合理的限制,避免造成不必要的浪费。第二个原因是,富人和穷人在诉讼中并不处于完全平等的对抗地位,有钱的当事人可能通过无休止的举证而使没钱的对方当事人处于不利的地位,从而影响实质的司法公正。贝勒斯认为,“法律的主要目的之一是避免诉讼(为了合理而及时解决争端所必要的诉讼除外),因为诉讼是负值交互行为。”〔36〕所谓负值交互行为,就是说诉讼具有负价值。在错误成本与直接成本大于程序利益的情况下,尽管个别被告能获得损害赔偿和其他救济而从诉讼中受益,但从社会或潜在原被告的立场来看,诉讼是一种需要成本的活动。无休止地举证、无终局的审判造成效率低下,稳定的财产制度便难以保持,个人利益也不能得到及时的保护。

因此,效率成为相关证据排除规则的一个重要理由。美国《联邦证据规则》403把“在实质上超过其证明价值”的“过分拖延、浪费时间或无需出示累积证据”,作为排除相关证据的理由之一。法官可以通过对证明力和效率的权衡,排除某些浪费诉讼资源的相关性证据。这对实现社会财富最大化的目标具有重要意义。这也是最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称《解释》)〔37〕规定的可以排除证据的情况。

总之,在准确、公正、和谐与效率发生冲突时,应当通过价值权衡,分别轻重予以兼顾。在上述四大价值支柱中,效率只是证据制度的次要目的,过分追求效率在理论和实践上都会出问题。因为,专制或刑讯逼供可能在审判中更有效率〔38〕,但是我们不能为追求效率而自愿地接受专制统治或倒退至刑讯逼供。

〔32〕 前引〔21〕,艾伦等书,第905页。

〔33〕 参见 John Henry Wigmore, *Evidence*, § 2285, p. 527 (John T. McNaughton rev. 1961), 转引自前引〔21〕,艾伦书,第906页。

〔34〕 前引〔24〕,罗尔斯书,第1页。

〔35〕 前引〔29〕,贝勒斯书,第1页。

〔36〕 同上书,第85页。

〔37〕 最高人民法院《解释》第139条:“审判长认为与案件无关或者明显重复、不必要的证据,可以不予准许。”

〔38〕 日本法学家棚濑孝雄认为,如果以“一定人力或物力为基数平均所解决的纠纷件数”作为标准来衡量的话,恐怕近代的司法制度会被视为最无效率的纠纷解决方式。参见〔日〕棚濑孝雄:《纠纷的解决与审判制度》,王亚新译,中国政法大学出版社1994年版,第26页。

三、中国证据法的理论体系

证据法理论体系的构建,应当反映各种证据规则背后起支撑作用的正当理由、基本理念、法律原则或价值基础。这里以《统一证据规定建议稿》^[39]为例,试将中国证据法的理论体系概括为:以相关性为逻辑主线,以准确、公正、和谐与效率为价值基础的举证(取证)、质证和认证过程。

准确、公正、和谐、效率作为证据法的四大价值基础,决定了证据法的目的是指导准确、公正、和谐与及时的事实认定。这些价值之间的相互冲突也决定了证据法的双重功能:一是促进事实真相的发现,二是维护普遍的社会价值。这两种功能具有竞争关系。“……求真的目的与其它目的——诸如经济性、保护某些自信、助长某些活动、保护一些宪法规范——相互竞争。”^[40]求真只是证据法的基本价值之一,证据规则应当追求各种价值目标的统一。《统一证据规定建议稿》第1条所规定的“准确认定案件事实,实现司法公正,保障人权,规范证据的运用,提高诉讼效率”,体现了这一宗旨。这与最高人民法院两个证据规定关于“准确认定案件事实,公正、及时地审理”^[41]案件的宗旨是一致的。

(一) 相关性是证据法的一条逻辑主线

相关性是证据的基本属性,^[42]也是证据法寻求事实真相这一基本功能的动因。相关性是指一种逻辑上的证明力,即某个证据可以对某个事实存在与否的可能性加以证明的程度。《统一证据规定建议稿》第11条规定:“相关证据,是指对案件事实的认定具有证明力、有助于审判人员审查判断案件事实存在可能性的证据。”相关性服务于准确性价值,反映了案件事实存在的可能性,因此是一个概率问题。“我们的相关性规则旨在向事实裁判者展现将有助于作出决定的全部信息。对不相关证据的排除也遵从于发现事实真相的价值,因为它使事实认定者的注意力集中于适当的信息,且仅仅集中于适当的信息。另外,这些规则还排除对事实裁判者裁断实质问题没有帮助的信息”^[43]。

证据相关性是指信息的相关性,它不是哲学意义上的普遍联系,而是一种经验意义上的特殊联系。因为,“事实不是普遍的、抽象的概念,而是特殊的、具体的概念。”^[44]因此,不能用普遍联系的哲学观点推测特定证据与事实之间关联的可能性。证据是否具有相关性,需要通过一系列经验推论来加以证明:一是从证据性事实(证据提出者主张的事实)得出推断性事实(事实认定者推断的事实),二是由此推出要素性事实(事实认定者经推论确信且对该争端的法律解决至关重要的事实),三是由此推出其与实体法规定相联系的要件事实。^[45]这决不是一个朦胧的“自由心证”过程,笔者不赞成使用“自由心证”这个模糊的概念来概括经验推论的证明过程,而主张认真研究美国证据法已经比较成熟的经验推论方法。

证明实质上是按照相关性线索把一片片证据“拼合”在一起的工作。首先,相关性是可采性的必要条件,《统一证据规定建议稿》第12条规定:“所有相关证据均具有可采性,法律和本规定另有规定的除外。不具有相关性的证据不可采纳。”其次,相关性决定了证据的证明力,证据由于具有相关性而具有证明力,由于相关性的高低而具有高低不同的证明力。因此,所谓“证据规格”都

[39] 《人民法院统一证据规定(司法解释建议稿)》(以下简称《统一证据规定建议稿》),由最高人民法院研究室于2006年7月委托中国政法大学证据科学研究院起草,2007年10月完成。

[40] [美]波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社1994年版,第261页。

[41] 参见最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》关于“为正确认定案件事实,公正、及时审理民事案件”的规定与此类似。

[42] 参见龙宗智:《“大证据学”的建构及其学理》,《法学研究》2006年第5期。

[43] 前引[12], Bergland文。

[44] 前引[42], 龙宗智文。

[45] 前引[21], 艾伦等书,第149页以下。

是由相关性规定的,例如,第16条关于原始证据优先的规定,乃因原始证据比派生证据更具相关性,因而具有更大的证明力;物证、书证等证据的辨认、鉴真及鉴定,质证与认证,都是相关性这条逻辑主线的自然展开。

(二) 政策性是社会价值的集中反映

作为证据规则的价值基础,准确、公正、和谐、效率之间常常是彼此冲突的。在相互竞争的价值发生冲突时,证据规则应当作出必要的调和,这就是证据政策应当发挥的作用。证据政策一般表现为对证据可采性所作的一些例外规定。《统一证据规定建议稿》所体现的主要证据政策包括:

1. 证据的合法性。它体现为非法证据的排除规则,这是司法公正的基本要求。通过非法手段获取证据,是审判活动背离公正价值而追求效率目标的一种扭曲,应当予以排除,不得作为认定案件事实的根据。历史上,刑讯逼供是封建司法制度的一种合法取供手段。刑讯逼供的效率性使审判者维护正义审判的内在动力日益萎缩。《统一证据规定建议稿》对非法证据排除规则作了全面规定,第22条和第23条规定了刑事非法证据的绝对和相对排除,第24条规定了检控方对刑事非法证据排除的证明责任,第25条规定了民事、行政诉讼的非法证据排除,第26条规定了不能用以证明被诉具体行政行为合法的证据。

2. 和谐社会理念。它体现了追求事实真相与保护行善活动的价值平衡,是和谐社会的证据政策。《统一证据规定建议稿》规定了四条不能用于证明过错或责任的相关性证据,包括第35条(事后补救措施)规定:“在伤害或者损害发生后,行为人采取了如果事先采取将降低该伤害或者损害发生的可能性的措施,这些事后补救措施不得采纳作为证明过错、产品瑕疵、产品设计瑕疵或者未尽警示义务的证据。”第36条(和解和要求和解)规定:“在赔偿责任或者数额问题上,当事人先前为达成和解而作出妥协所涉及的对案件事实的认可,不得在诉讼中采纳为对其不利的证据。”第37条(支付医疗或类似费用)规定:“有关支付或者承诺支付因伤害而引起的医药、住院或者类似费用,不得采纳作为支付者或者承诺支付者对该伤害负有责任的证据。”第38条(为达成调解协议而作出的自认)规定:“在民事和行政赔偿诉讼中,当事人为达成调解协议而对案件事实作出的自认,不得在其后的诉讼中作为对其不利的证据而被采纳,但当事人主动放弃该权利的除外。”排除上述相关性证据,有利于促进和谐社会建设。

3. 作证特免权。证据制度应当在发现事实真相与辩护制度、隐私权保护以及亲情伦理之间寻求价值平衡。《统一证据规定建议稿》第68条规定了律师—委托人特免权,它虽然可能阻碍事实的查明,但如果破坏律师与委托人之间的信赖关系,将会“从根本上动摇被告人对辩护律师的信任感,进而导致对整个辩护制度的否定”^[46]。第69条规定了精神诊疗师—患者特免权,因为患者对自己与精神病和心理医生之间交流的保密性如果没有信赖的话,就不会坦诚披露自己的真实病情而得到最好的诊治。第70条规定了夫—妻和父母—子女特免权。家庭是社会的细胞,家庭关系是一切社会关系的基础,它的稳定是社会稳定的前提。家庭成员之间亲情关系的维系是和谐社会的重要指征,家庭关系若遭到破坏,人类社会就会面临崩溃的危险。有选择地创设上述三项特免权,将表明中国和谐社会的证据制度开始重视这些证据政策。

(三) 价值权衡与审判人员的自由裁量权

证据规则不是一堆“死”的概念,它所反映的是“活”的事实认定活动。证据规则不过是对审判人员事实认定经验的总结,是对这些经验法则所作的理论概括。“法定证据主义之证据法则,若详细加以观察,其实不外乎,将法官于认定事实时通常所用之若干经验方法,加以定型化而变为法律而已。”^[47]

[46] [美] 乔恩·R·华尔兹:《刑事证据大全》,何家弘等译,中国人民公安大学出版社1993年版,第158页。

[47] 陈荣宗:《民事诉讼之立法主义与法律政策》,台湾《法学丛刊》第140期。转引自前引[6],江伟文。

然而，证据规则一旦法典化，就会产生僵化的危险。历史上，法律形式主义由于死守规则，无视社会现实生活中不同价值观念的冲突，不能适应复杂情况和变化，因而造成了许多实质不正义的判决。所以，审判人员在适用证据规则时，应当运用“实践理性”的经验智慧，不能把证据规则当作教条，刻板地“按图索骥”；而应当以自己对证据规则价值基础的深刻领悟为前提，把证据规则当作行动的指南，具体案情具体分析。《统一证据规定建议稿》第6条强调了“审判人员是案件事实的认定者，在举证、质证和认证程序中，有权依法采纳和排除特定证据。”

酌情排除相关证据一般存在两种典型情况：一是如果采纳，可能对当事人造成不公正的严重伤害或者对判决结果造成不公正的影响，并且这种伤害或者影响的危险性将在实质上超过其证明价值的情况；二是重复举证造成时间拖延的情况。相关性是采纳证据的必要条件，但不是充分条件，因此，并非所有相关证据都具有可采性。第一种情况中的斟酌因素主要是人权保障、司法公正和隐私权保护等价值，例如，性犯罪案件中有关被害人性癖好的证据，“调查该证据显然会对他方当事人造成严重的心理或精神上的伤害”；〔48〕再如，非法证据的采纳将严重侵犯宪法和法律规定的公民权利和当事人合法权益，审判人员在权衡采纳的利弊后如果判断这种危险性超过其证明价值，便可以行使排除该证据的自由裁量权。“人们为了其他一种价值，还可能牺牲一部分证据资料。例如为了法治与人权保障的利益，而将某些非法获取的证据资料排除于证明过程之外，即使这些证据资料仍然具有证明价值。”〔49〕

审判人员权衡上述利弊的价值评价能力，是一种基本的审判能力。特雷纳大法官把证据法的价值评价或分析方法概述如下：“1. 清楚地辨别已提供的证据和正在提出的争议。2. 清楚地辨别每一可能适用的证据规则。3. 弄清该规则旨在保护的价值，即该规则的目的。4. 弄清在该规则制定背景中将受其决定影响的其他价值。5. 预测可能适用的各种规则在适用和不适用两种情况下的价值影响。6. 在适用该规则将服务于其旨在保护的价值，并且对其他价值产生最少消极影响时，对其加以选择并适用。”〔50〕在各种价值发生冲突的情况下，证据规则的制定者和适用者要通过一定的权衡作出价值选择。这种选择，往往表现为各种价值相互作用的一种平衡或妥协的结果。“证据规则以这些各式各样且常常相互冲突的观念为基础，是这些观念的具体化。要理解这些规则，就需要理解它们在相互竞争的信念与利益之间所作出的妥协……。”〔51〕

需要强调的是，《统一证据规定建议稿》第13条虽然是相关证据一般排除规则的规定，但却是鼓励审判人员采纳证据的规则。因为，就事实认定的准确性来说，采纳的证据不是越少越好，而是越多越好。因此，所谓“审判人员可以酌情排除”，是指在作出危险性是否超过证明价值的判断后，不得行使排除证据的自由裁量权。而且，审判人员作为案件事实的认定者，在拥有采纳和排除证据的认证权的同时也负有很大的责任，《统一证据规定建议稿》第9条关于错误认证的后果的规定，就是对其事实认定之自由裁量权的限制。

（四）法定证明程序和证明标准

证明程序法定是《统一证据规定建议稿》所构建的中国证据法理论体系与英美证据法的一个重要区别。第4条规定：“举证、质证和认证以及人民法院取证，应当遵循法律和本规定所规定的程序。”第8条规定：“只有被审判人员实际采纳的证据，才能作为定案的证据，被排除的证据不能作为定案的证据。”第158条规定：“所有证据均应当在法庭上出示，由诉讼各方质证；未经质证的证据，不能采纳作为认定案件事实的依据，但法律和本规定另有规定的除外。”可以从以下方面来理

〔48〕 江伟主编：《中国证据法草案（建议稿）及立法理由书》，中国人民大学出版社2004年版，第5页。

〔49〕 前引〔42〕，龙宗智文。

〔50〕 转引自前引〔12〕，Bergland文。

〔51〕 前引〔21〕，艾伦等书，第49页。

解这些规定：

1. 事实认定是一个证明过程。这个过程可以分为三个阶段：第一阶段举证，其特点是各自举证，没有辩论或对抗；法院取证是对各自举证的补充，具有一定的被动性。第二阶段质证，其特点是对质或对抗，是对各自举证的质疑，其中交叉询问是质证的基本方法。虽然“滥用和幼稚总是与交叉盘问联系在一起”，但“至少从某种意义上，它取代了我们在中世纪占统治地位的刑讯制度……。不容怀疑的是，它仍然是我们曾经发明的揭示事实真相之最伟大的法律引擎。”〔52〕第三阶段认证，是综合审查判断证据的过程，需要考量证据的相关性和可采性，合法性、可靠性和真实性等各种因素，辨别真伪、去伪存真。

2. 证明程序法定是程序正义的要求。“人民法院应当根据经过法定程序调查的、具有证据能力的证据，以及法庭辩论的情形，认定案件事实。”〔53〕程序正义是通过法律程序本身而不是其所要产生的结果得到实现的价值目标。〔54〕其价值在于：第一，保证被裁判者受到公正对待；第二，以一种操作性规范保证裁判结果的正当性；第三，对社会公众接受裁判的公正性具有保障作用。〔55〕在事实认定过程中，如果证明程序不能做到对一切人不偏不倚、一视同仁，其判决的公正性就没有保障。

3. 证明程序法定包含着证明标准法定。证明程序法定体现了证据裁判原则的内在要求，即“据以作出裁判的证据必须达到法律规定的相应的要求”〔56〕。这意味着，刑事诉讼、民事诉讼和行政诉讼的证明都必须达到一定标准，才能作为定案的根据。为此，《统一证据规定建议稿》第131条规定了刑事诉讼证明的确信无疑标准，第133条规定了积极抗辩的证明标准，第142条规定了民事诉讼证明的高度盖然性标准，第148条规定了“对被诉具体行政行为合法性，应当证明达到确信无疑的程度”，第149条规定了行政诉讼中应当达到高度盖然性的程度的四种情况。

〔52〕 John Henry Wigmore, *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law*, 1904, p. 1697. 转引自前引〔21〕，艾伦书，第114页。

〔53〕 前引〔27〕，陈光中主编书，第128页。

〔54〕 参见陈瑞华：《程序正义论》，《中外法学》1997年第2期。

〔55〕 参见〔美〕昂格尔：《现代社会中的法律》，吴玉章、周汉华译，中国政法大学出版社1994年版，第186页。

〔56〕 前引〔27〕，陈光中主编书，第127页。