

当代英美证据法学思潮

栗 峥

内容提要:当代英美证据法学围绕着“运用证据以证明事实”这一核心问题展开,对此问题的不同回答产生了众多流派,包括现实主义、知识社会学派、新证据法学派、社会心理学派、比较法学派、女性主义证据学派和后现代证据学派,等等,形成了百花齐放、不断创新的局面。当代英美证据法学的每一种思潮或流派都有它对证据法学的贡献,都为证据法学的发展提供了异常重要的立场、视角和方法。

关键词:证据 事实 证明 当代英美证据法学

栗峥,清华大学法学博士后。

纵观当代英美证据法学思潮,可以发现一条贯穿始终的思想主线——“运用证据以证明事实”,所有闪耀光辉的思想或主义都对这一核心命题作出了不同的回答,证据法学者间的争论与反驳也都是以此为立论分水岭各自为阵的,这些论争使当代证据法学阵地不再中心化、霸权化,而是走向多元。

一 现实主义

面对“运用证据以证明事实”的问题,美国现实主义法学家卢埃林(Llewellyn)^[1]的第一个证据法学观点是:不必总是纠缠于“证据证明”问题,事实的获得并非依靠证据证明,英美法系司法审判的独特情境使事实的呈现更多地依赖律师辩论。为此,卢埃林指出决定事实的三个因素:法庭的焦点、论辩的争点与法律的要点。并且这三个要素必须借助有技巧的辩驳能力与技术才能实现。所以,事实不是通过证据“论证”或“证明”出来的,而是“胜辩”出来的。卢埃林强调,法庭不同于科学实验,不需要证明完整的事实,法庭只解决存在争议的争点。而争点是散乱的,将每一个争点解决就完成了事实论证,并不需要建立完整的事实发生、发展的图景。而且在一个案件的诸多争点中,法官可以认同一方一部分争点,认同对方另一部分争点,相互对立的争点很可能根本形成不了事实,又何谈证明事实呢?因此,证据是用以化解争点,并非指向事实。法庭仅对实际产生争议的问题进行裁判是普通法系的一项重要原则,罕有例外,法庭不会就那些脱离了具体情境假设的事实问题或是以概括性语言

[1] 参见[美]卡尔·N·卢埃林:《普通法传统》,陈绪刚、史大晓、全宗锦译,中国政法大学出版社2002年版。

提出的事实主张作出裁断。逐案裁判的精髓就在于对特定现实生活中出现的争点予以回应。在法庭论辩展开之前,相关的争点已被提前“加工、提炼和抽象表述”了,但每一名律师都深知对事实进行概括的程度存在着极大的灵活性。在律师提出事实主张之初,就为其后对围绕着事实所产生的问题或争议进行更精确的概括与分类埋下了伏笔。人们怎样描绘事实的特征决定了围绕该事实所产生的一切问题包括法律问题的特征。

卢埃林的第二个证据法学观点是“事实主张是论辩的核心”。他认为,事实主张一般以“发生了X事件”的形式表述,此时适用法律就演变为:“如果发生了X,它的法律效力是什么?”对该法律问题的解答则为:“如果发生了X,则Y。”X是联系事实主张、法律问题和问题解答三者之间的联结点。表述者赋予X怎样的特征是理清三者间互动关系的关键所在。为了进一步说明这一观念,他提出了“情境意义”的新概念,尽管这一概念引发了不少争议,但这一概念的提出对于理解“事实主张是论辩的核心”的观点确实有重要意义。

究竟什么样的事实主张才能满足“情境意义”的要求,确保法官对事实的认定只产生唯一的令人满意的解答呢?一是要求某一特定案件的事实按归类的方式予以表述,这种归类能够直接转化为可认知的“特征事实模型”,即事实经过归类之后,形成了某一特定类型情境中的典型例子。二是这种特征事实情境借助“感官”、“理性”和“公正”能够为个案所提出的问题提供一般化的解答。这就可以保证在事实的原始主张与法律规则之间保持高度的一致性。应当看到,“事实主张是论辩的核心”具有重要启发意义,卢埃林并没有说整个论证要围绕着事实主张展开,也没有说事实主张本身就等同于论辩,在此,事实主张是论辩中的关键步骤——形成所适用的法律规则的先导,即有怎样的事实主张就决定了有怎样的法律规则。

卢埃林的第三个证据法学观点是:“事实难以胜于雄辩。”在大多数的案件中,尽管事实是法庭论辩的一部分,但却并不是法庭论辩的全部。法庭论辩主要依靠法律推理,所以,关键是推理辩驳,而非展示证据。法庭所做的是抓住事实中的一两个要点予以强调,以此作为整个论辩的争点来论证案件应适用某一法律规定的理由。这样,事实其实是对论辩结果服务的,使法官能够用事实作为判决的实质性理由以反驳、削弱或者采纳、重释某方当事人的观点。这一点对于我们理解事实在整个裁判中的作用很有意义,证明事实更多的是为难以查清的疑点提供可信性的推理,而不是为了获得真相。

二 知识社会学派

知识社会学派是在20世纪六七十年代发展起来的小流派,代表人物是伯格(Berger)和卢克曼(Luckmann)。

知识社会学倡导的“公共常识”和“日常知识”对于司法证明活动具有重要作用。知识社会学对于核心命题给出的答案是:据以证明事实的是“社会现有的知识集合”。即使是相同的证据,裁判者对究竟采信哪些、不采信哪些证据的选择与判断也各不相同,而这种选择与判断的基础正来自于社会知识。之所以能形成令人满意与信服的裁判,是由于裁判者与当事人或公众的知识达到匹配,否则,就是不匹配。

裁判者在审判之前就已有作为一个成年人对人类行为的态度、目的等一系列的概括,并对人类行为环境及其个体行为与环境之间的互动效应具有一种“前见”,如果没有这种日常生活信息的库存知识,那么裁判者将无法判断和理解他的邻居、同事、甚至家人的已然行为,

更无法预测他们的未然行为,在法庭的审判中,裁判者同样也需要这些“前见”所提供的背景知识来判定某一事实主张的可能性。这种“前见”一般是特定社会文化和日常生活的话语和他们的最佳反应。在一个特定社会中,这种“前见性知识”积累的内容并无太大差异,它们存在于共同的经历、历史、文化、传媒、教诲甚至道听途说等多种形式之中。在伯格和卢克曼看来,在司法审判中待证明的大部分事实都是社会性的事实,而法律背景下对于事实的认定取决于特定地域、特定时期的社会知识积累,这些因素决定了判断真实的价值。认定事实的盖然性依赖于知识的可靠性。^[2]

在《现实的社会建构》一书的开头,伯格和卢克曼指出:“如果哲学家们关注的是何者为真实的、怎样辨别真伪的问题,那么社会学家关注的是在特定社会中被称为知识的东西是怎样用以建构现实世界的。”^[3]伯格和卢克曼的论著着重论述了知识的可靠性这一根本问题,并探讨知识在形成和建构各种各样的社会现实过程中起到了怎样的作用。他们的目的是帮助人们将研究的注意力由对理论的关注转到日常生活的现实中来,这种转移使知识社会学与法学关注点的联系更为紧密,它将各种形式的法律知识与社会知识作为建构事实的核心因素,为证据法学提供了新的思路。^[4]

三 新证据学派

“新证据学派”这一术语是由密西根大学法学教授伦伯特(Lempert)在《新证据学》一文中提出的。^[5]新证据学派对“运用证据以证明事实”的回答相当精确,它的核心思想是用标准的数学与概率逻辑公式对证据予以量化,通过公式演算获得事实盖然性的准确数据。它认为,所有有争议的事实问题与证明推理问题大致上都是数学性的,在裁判真伪时,采用量化的数学推理可以对证明标准与事实可能性予以科学评估。正如伦伯特的看法,新证据学派包含着各种跨学科思想与诸多有创新的方法,但这一流派主要应用数学与概率理论尤其是贝叶斯定理(Bayes theorem)^[6]对盖然性与证明进行数理运算与分析。

数学与概率理论在证据法学中得到充分发展是在对怀疑主义的怀疑之后,为了再次证明理性方法的价值,英美证据法学界推崇科学与理性,一批学者不约而同地求助于数理分析。由此,证据法学走上了科学方法与精致推算的道路,形成了旷日持久的贝叶斯定理之争。例如,斯坦(Stein)主张主观盖然性不具有合理性,缺乏现实、确定的判定标准;^[7]弗莱德曼(Friedman)则认为不确定性是诉讼的不可否认的固有主观特征。无论贝叶斯定理与我们在其他自

[2] 参见 Arne Trankell, *Reconstructing the Past: The Role of Psychologist in Criminal Trails*, Stockholm: Norstedt, 1982, p. 87.

[3] Peter L. Berger & Thomas Luckmann, *The Social Construction of Reality: A Treatise on the Sociology of Knowledge*, New York: Anchor Books, 1966, pp. 13 - 15.

[4] 参见 J. Maxwell Atkinson, *Ethnomethodological Approaches to Socio - legal Studies*, in Podgorecki and C. J. Whelan (eds.), *Sociological Approaches to Law*, London: Croom Helm, 1981, pp. 201 - 233.

[5] 参见 Richard Lempert, *The New Evidence Scholarship: Analyzing the Process of Proof*, 66 *B. U. L. Rev* 439 (1986); 又见 John D. Jackson, *Analyzing the New Evidence Scholarship: Towards a New Conception of the Law of Evidence*, *Oxford J. L. Stud.*, Vol. 16, 310 (1996)。

[6] 贝叶斯定理用于研究人们对于某一命题的原有信任程度,以及在新证据出现后信任程度的变化规律。参见朱慧明、李玉启:《贝叶斯多元统计推断理论》,科学出版社 2006 年版,第 2 页。

[7] 参见 Alex Stein, *Judicial Fact - Finding and the Bayesian Method: The Case for Deeper Scepticism About Their Combination*, 1 *International Journal of Evidence and Proof*, (1996), pp. 25 - 47.

然科学探索中所使用的方法有何不同,它都为分析司法证明过程提供了帮助。

贝叶斯定理对司法证明最显著的贡献体现在两个方面:一是对于证明标准的解释;二是对司法证明过程中证据的更新过程的解释。有论者已经用公式形象地进行了证明。^[8]自20世纪50年代以来,西方证据学者将贝叶斯定理广泛应用于分析证明责任、在证据信息不确定的情形下的判决过程等情况,以及用于为证据规则的分析提供方法,如相关性规则。根据贝叶斯定理,证据的关联性主要取决于该证据能在多大程度上改变预先的可能性,而这种可能性又取决于假定该证据所主张的事实切实存在以及人们能够在多大程度上获得该项证据。

贝叶斯定理是否应作为一种方法在证明事实中加以应用,仍然是当今证据学界的争议问题。怀疑论者认为,盖然性推理就其本质而言仍是一种数学推理,而这种数学推理的前提条件在法律背景下难以得到满足,因此,即使贝叶斯定理在理论上成立,在实践中由于律师和裁判者并无数学专门知识,也不宜将这种数学推理作为普遍性的指导方针。以哈佛大学的特赖布(Tribe)为代表的学者认为,应当控制证据法学者对数学的过度热情。^[9]在裁判事实的过程中运用数学公式的做法是危险和不合时宜的。原因在于:首先这关乎当事人与法官、陪审员之间的顺利交流,如果法官或陪审员不精通数学,当事人就应使用法官或陪审团能懂的语言来陈述案情。其次,数学领域中那些貌似“稳定的”可量化的变量可能将会变得“不稳定”、“不可量化”,从而极可能不当诱导法官或陪审员,使他们对事实产生偏见。对该问题论述最为详尽的美国西北大学法学教授艾伦(Allen)指出,“争论的问题在于在司法事实认定背景下人类推理的性质。……我们探索贝叶斯理论的价值在于,该理论能够为我们实际操作人类思维提供一种模型或者提供一种思维,并且能够运作的描绘模型。这种探寻的关键是要在司法背景下,找到能够改进人类裁判过程的方法”。^[10]

1977年以后,有关数学推理在司法实践中的应用这一争论进入到更为本质的层面。以科恩(Cohen)^[11]为代表的学者认为,在数学推理模式之外存在着一种非数学推理模式——培根式推理,在审判中律师对有争议事实的论辩所采用的正是这种推理。尽管科恩承认,在法律背景下仍有纯数学推理存在的空间,但它的存在空间十分有限,尤其是对案件待证事实的证明标准、证明范围和证据之间的相互印证问题上。有人则指出,^[12]科恩有可能片面夸大了非数学推理与数学推理在法律背景下的对立性,这种对立性中暗含着对理性主义的质疑论调,认为未遵循严格的数学推理的盖然性推理根本不是推理。原因在于:其一,法律中待证事实的争论都是盖然性大小的争论。其二,关于盖然性问题的论辩必须是按纯数学推理方式展开时方为有效。其三,仅在该推理方式的先决要件全部满足的情况下,才能应用纯数学推理。其四,在法律背景下这些先决要件在绝大多数情况下无法得以满足。因此,大多数有关证明问题的推理根本就不是数学推理。

[8] 参见卞建林、王佳:《西方司法证明科学的新发展》,载《证据科学》2008年第16卷,第130页。

[9] 参见 Laurence H. Tribe, *Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process*, 84 *Harv. L. Rev.* 1329, 1329-1330 (1971)。

[10] Ronald J. Allen, *Rationality, Algorithms and Judicial Proof: A Preliminary Inquiry*, 1 *International Journal of Proof* 254-275, 258 (1997)。

[11] 科恩有关此话题的代表著作有:L. Jonathan Cohen, *The Probable and the Provable*, Oxford: Clarendon Press, 1977; *The Logic of Proof*, *Crim. L. Rev.* 91 (1980); *Bayesianism versus Baconianism in the Evaluation of Medical Diagnose*, 31 *Brit. Jo. Phil. Sci.* 81。

[12] Finkelstein, William Fairley, *A Bayesian Approach to Identification Evidence*, *Harvard L. Rev.* 83, 489-517 (1970)。

四 社会心理学派

20世纪90年代,彭宁顿(Pennington)、黑斯蒂(Hastie)、本奈特(Bennett)和费德曼(Feldman)等一批学者进行了证据法学与社会心理学的交叉探索,并得到了一些有新意的结论:陪审团是通过对故事的构建和比较,而不是通过运用证据进行论辩来评判事实真伪的。该学派的核心命题是:人类需要通过叙事作出裁判。其最具代表性和实践指导意义的当属彭宁顿和黑斯蒂提出的叙事模型理论。

叙事模型的提出基于下列认识:刑事诉讼是有关过去事件的争议——被告实施或者没有实施某一行为。在典型的对抗制审判制度下,控方的工作便是利用证据来构造一个证明被告有罪的故事版本;而辩方的任务则在于要么指出控方的故事具有缺陷、不符合实际,要么重新构造出另一个故事版本。围绕着这一主题,裁判者必须在当庭出示的证据中摘取那些他认为具有可信性的证据作为构建裁判的基础,他必须对两造的故事版本进行评判,确定哪一个故事版本是正确的。在上述前提下,彭宁顿和黑斯蒂进行了模拟陪审团的实证研究,他们从马萨诸塞州高等法院陪审员的候选人中抽取了26名成年人作为研究对象,然后放映了以合众国诉约翰逊(Commonwealth v. Johnson)一案^[13]为蓝本的影像资料。实验人员要求模拟陪审员们从四种备选裁判(被告可能被判无罪、被告犯有非预谋杀罪、被告犯有二级谋杀罪、被告犯有一级谋杀罪)中选取一种裁决。实验人员通过让研究对象作有关对证据和法官及其思维方式的口头报告来跟踪陪审员作出裁决的思维过程。根据每位研究对象的口头报告,实验人员用图式的方式表现陪审员的思维过程,分析得出不同裁判的故事版本的特点,提出了陪审团裁决的叙事模型。彭宁顿和黑斯蒂的实验证实。^[14]

其一,在陪审团裁决的过程中,某些特定的事实由于不符合构成故事的需要而被裁减掉,陪审员代之以符合完整故事要求的外部事实。彭宁顿指出,故事对证据的涵盖会影响审判中所陈述证据的解释程度。故事越全面,它作为对证据的解释就越容易被接受。

其二,证据出示的顺序对于陪审员的裁决有着重要的影响,就刑事诉讼而言,当控方证据以故事顺序出示而辩方证据以证人顺序出示时,模拟陪审员最有可能作出有罪判决;而当控方证据以证人顺序出示而辩方证据以故事顺序作出时,模拟陪审员作出有罪判决的可能性最低。

其三,陪审员作出裁决的过程即故事构造经过三个处理阶段:(1)通过故事构造评估证据;(2)通过学习裁决范畴属性表述集中裁决选项;(3)通过把故事归类到最适合的裁决范畴达成裁决。

彭宁顿和黑斯蒂的叙事模型被学术界认为是对司法证明思维的最精彩、最详尽的解释模型,这引发了诸多学者进行类似的实验,例如,威格纳(Wagenaar)、范科彭(Van Koppen)、克伦巴格(Crombag)在1993年根据选取的丹麦法庭的判例为基础进行的实验;^[15]伯

[13] 参见[美]里德·黑斯蒂:《陪审员的内心世界》,刘威、李恒译,北京大学出版社2006年版,第34-35页。

[14] 同上注,第233-239页。

[15] 参见Wagenaar W. A. & Van Koppen, P. J. Crombag, *Anchored Narratives: The Psychology of Criminal Evidence*, Hemel Hempstead: Harvester Wheatsheaf, 1993。

恩斯坦(Bornstein)1994年进行的模拟陪审员裁决以揭示陪审员对因果关系判定的实验;^[16]舒勒(Schuller)、史密斯(Smith)和奥尔森(Olson)开展的以专家证人和背景知识为焦点的针对陪审员叙事模型的研究,等等。^[17] 这些研究证实了彭宁顿和黑斯蒂所提出的叙事模型的正确性。

叙事模型理论在取得了成功的实证分析之后,也遭遇了库恩(Kuhn)、麦克科伊(McCoy)、诺纳兹(Nunez)、温斯托克(Weinstock)等人的质疑。疑问主要集中在三个方面:第一,在叙事建构过程中,陪审员是否要对所有的证据加以同等程度重视?是否必须对所有的证据一一进行思考?第二,实验是以外行的陪审员为研究对象,但当法官作为事实裁判者时该理论是否同样适用?第三,叙事模型理论是建立在刑事案件的实证研究基础上的,它是否适用于民事诉讼?

五 比较法学

从比较法的视角看证据法学是达玛斯卡(Damaska)的论述风格,在他看来,对“运用证据以证明事实”的争论与法系差异和司法模式有着本质的联系。在《漂移的证据法》^[18]一书中,达玛斯卡立足于普通法系,比对于大陆法系,勾勒了两者泾渭的轨迹,细数了各自的优劣,化解了彼此的隔膜,升华出一个宏大的对照图景。

在达玛斯卡看来,就历史延展的模式来说,英国早先陪审团制度的雏形并未具备对探究事实的深度与广度上的专业要求,为审判准备证据的重任很自然地落到了双方当事人的肩上。如此自由的证明空间为未来的对抗模式的完善铺展了极大的平台,也凸显出裁判者在对质中获取事实信息的特征。这与大陆法系强调法官主导下收集证据的理念大相径庭。大陆法系从一开始就为法官与事实之间建立了桥梁,使法官的主导性作用相比于英美法庭中的对抗显得温和而单一得多。就事实的认定方式来说,英美证据法特意把司法认定事实活动与一般意义上的对过去事实的追究区分开来,哪怕以实质的不真实为代价也要换取形式合法性,这一直成为英美法律人士崇尚的理念。大陆法系却是将事实认定还原为普通人可以理解的日常生活中的调查方法。这种调查方法沿袭了世俗生活式的争议解决的方式,司法目标的实现、司法功能的发挥以及司法程序的公正不再仅仅依靠由当事人提供的争端事实,而是专注于法官个体的证明过程。

通过比较,达玛斯卡发现了两大法系证据制度在面对核心命题——“运用证据以证明事实”时的各自缺陷:就英美法系而言,证据规则的真正精神缘起于追求一个纱网式筛选证据的工具体系,以严格淘汰非法证据,从而使事实裁判者免受不具证据能力的证据材料的负面干扰。但是,这样形成的若干规则缺乏理性的宏观调控,完全依赖先例的一一弥补,其结果是当今的英美证据规则被涂改成杂乱无章的“不规则”的网络。达玛斯卡意识到这种未

[16] 参见 Bornstein B. H. & Rajki M., Extra-legal Factors and Product Liability: The Influence of Mock Jurors' Demographic Characteristics and Intuition about the Cause of an Injury, 12 *Behavioral Sciences and the Law*, pp. 127-147 (1994)。

[17] 参见 Schuller R. A., Smith V. L. & Olson J. M., Jurors' Decisions in Trails of Battered Women Who Kill: the Role of Prior Beliefs and Expert Testimony, 24 *Journal of Applied Social Psychology* 316-337 (1994)。

[18] 参见[美]米尔建·达玛斯卡:《漂移的证据法》,李学军、刘晓丹、姚永吉、李为军译,何家弘审校,中国政法大学出版社2003年版。

经提炼、未经精心组织的证据规则的散乱与无序的弊病,指出“形成这种局面的主要原因是,英美证据规则的发展通常是没有事先计划的,是随着时间的推移把单个案件的司法判决拼凑在一起的”。^[19]同时,虽然英美法系一向号称对评价证据的证明力也给予了同样的关注,但是大量的证据规则目的却在于减少裁判者接触不良证据的机会。原因在于证明力的限制需要大量隐性规则的支持,“隐”的特点可以化解到法官的头脑中,却很难落实到规则中。这种被动的局面使得赋予法官更多的自由裁量权成为权宜之计。就大陆法系而言,法官认为当事人讨价还价式的辩争往往减损对事实真相的内心衡量。他们不屑于英美法官依附双方律师的“口角”而“编织”出事实的本事,他们深信自己的头脑和眼睛。然而,任何恢复真相的过分自信都可能使他们自以为独立而中立的姿势倾斜,从而破坏评判的价值权重。这会使进一步的职权调查变得愈加糟糕:表面上是解决难题,实质上是继续制造麻烦。

由此,达玛斯卡认为,运用证据如何证明事实必须依赖司法的生存条件和环境;必须依赖特定地域的司法经验与知识;必然局限在特定司法模式下组织诉讼证明程序的方式;必然遭遇此背景特有的难题与困惑;只能求助于特定的应对与解决。一个地域的诉讼文化通过世代累积,形成其特定认知事实、化解纠纷的程序框架。由于时代不同、土壤不同,遭遇的问题以及看待事实的方式皆不同,具体的证明路径自然应运而生且差别迥异,而每一步证明的背后总能隐约可见特定司法传统以及诉讼制度与程序理念。

当然,达玛斯卡也看到,并没有如此鲜明的两大证据法体系的划分。虽然人们普遍认为,庞杂的普通法的判例是区别于大陆法系规则的显著特征。但事实上远非人们所想象的那样,就司法实践而言,大陆法系同样包含着数量众多的判例,如果把这些判例中极具实际操作价值的“潜规则”也纳入到考察证据规则的范围中来,足以填平其间的差距。

六 女性主义证据学派

起初女性主义的动力来自于女权运动与女性争取选举权的法律宣扬,它强调的是在法律变革中如何提升女性的地位、如何将女性作为主体而不是客体来对待。早期的女性主义证据法学更多地是批判男女权利的差异与证据规则适用的不平等,以极端的颠覆立场和反叛精神来驳斥证据法学的男权思想,声称证据理论无非是一种男性自我完美化的理论话语,对事实的认定是以男性视角为基础的,具体表现在强奸案中,证据规则排斥女性的独立与自主,把女性变成了性的作用对象。其中,最具代表性的是奥兰斯坦(Orenstein)撰写的《证据和女性主义》、《女性主义对传闻证据规则过激例外的批判》与《不同声音的证据》。奥兰斯坦的主要关注点为性侵犯证据规则中所蕴涵的父权话语范式,她创造了“复古认识论”,即主张采用中性的视角、推理和思维来重新认识案件事实,祛除带有明显性别歧视的证据,将女性从父权中心主义的证据法学认识论中解放出来。^[20]

[19] 参见[美]米尔建·达玛斯卡:《漂移的证据法》,李学军、刘晓丹、姚永吉、李为军译,何家弘审校,中国政法大学出版社2003年版,第15页。

[20] 参见 Aviva Orenstein, *Evidence and Feminism, Feminist Jurisprudence Project*, Rothman Press, 1995; Aviva Orenstein, My God! A Feminist Critique of the Excited Utterance Exception to the Hearsay Rule, 85 *California L Rev.* 159, 162 (1997); Aviva Orenstein, Evidence in a Different Voice: Some Thoughts on Professor Jonaikait's Critique of a Feminist Approach, *R Wm. & Mary J. Women & L* 295 (1977)。

以塔斯利兹(Taslitz)为代表的学者主要是从文化的角度来阐释核心命题,其代表作品有《女性主义之于社会科学证据的方法:基本原理》与《父权故事:法庭中的文化强奸叙述》。她强调女性与男性文化地位的不同,认为证据法学是父权社会文化的反映,庭审中证明事实是一种男性主导的文化话语体系,她将证明过程比作“男权化市场”,例如,陪审团在强奸案中使用了性别歧视的文化范式,这些范式对评价受害人在强奸案中的“往事”而言,往往是荒诞的。^[21]

除此之外,女性主义证据法学者还不断扩张自己的关注范围,金波特(Kinport)撰写的《性别化证据》被视为这种尝试的典型代表。在该文中,金波特列举了女性主义可以带给证据法学研究和教学的新话题,她认为女性主义证据法学研究,应当采用女性的态度和立场来质疑证据的规则性、抽象性、对抗性和阶层性,更强调证据的情境性、合作性。^[22] 该文引发了其他学者在更广泛的范围内来探讨女性主义证据法学,如证据法学中的性别倾向、法官和陪审团的偏见,等等。

女性主义证据学派对“运用证据以证明事实”的回答是相对反叛的,它强调事实探究不存在统一的规律或逻辑,而是受制于具体情境。真相的揭示依赖于条件与环境,由于条件与环境的特殊性与个别性,获得真相将是一个难以预测与总结的个性化过程。女性主义得出这一结论来自于对性别的分析与品格证据的强调,它认为对待证据的视角男女之间有很大差别,证据可采性标准在男性与女性的立场上可能会截然不同,出于保护女性、主张女权的宗旨,女性主义证据学派几乎拒绝了带有明显性别偏见与歧视的证据可采性规则。当然,直到今天,就哪些证据规则或方式是带有性别歧视的这一问题,女性主义证据学派内部并没有达成一致。但不管怎样,女性主义倡导女性细腻的视角与注重细节的特质,为当代证据法学提供了难能可贵的思想灵感。

七 后现代证据法学派

进入21世纪,在经历了一系列理性理论与方法的探索之后,证据法学又走向了“否定之否定”的发展宿命,对上述理性与现代方法的反思与质疑之声鹊起,形成了一股颇具影响力的思潮,这就是后现代证据法学派。“后现代”一词本身就暗含了存在着与典型的现代主义不同或者替代现代主义的态度或存在方式,由此而形成的后现代证据法学派并没有从自身概念予以定义,相反,它从与现代证据法学的差异与对比中体现其独特的理论价值。

关于后现代证据法学的起源,国外学者有多种说法,20世纪70年代初,后现代主义对证据法学的渗透引起了一部分学者用这个词来描述对现代证据法学的“反动”与“不满”,也就是说,早期的后现代主义更多地表现出文字用语上的标新立异与对证据法学状况不满的发泄,并非有实质上的理论根基。直到20世纪80年代末90年代初,后现代证据法学思潮才真正崛起,最初在欧洲大陆,尤其是法国,其后风行英美。

后现代证据法学派的基础是探寻真相的具体图景。它以彻底颠覆一切现代性的姿态来

[21] 参见 Andrew E Taslitz, A Feminist Approach to Social Scientific Evidence: Foundations, 5 *Mich. J. Gender & L.* 1 (1998); Patriarchal Stories I: Cultural Rape Narratives in the Courtroom, 5 *S. Cal. Rev. L. & Women's Stud.* 387 (1996)。

[22] Kit Kinports, Evidence Engendered, 1991 *U. ILL. L. REV.* 413 (1991)。

突出自身的意义；它为证据法学提供了一种全新的思路，并以此为根基建构了自己的框架；它采用了一种不同于传统认识论的态度和方法来对待问题，是与传统的证明观念相反的一种理念，是对传统方式的扬弃；它在对待“运用证据以证明事实”的问题上，作出了颠覆性的回答，具体内容如下：

首先，后现代证据法学派的焦点从对事实本原的探讨转化为对于事实与认知者互动关系的关注。根据后现代证据法学派的理解，法官对事实的认定是一种类似于文学文本创造的过程，以这种视角来考察证据法学时就会发现，那些对同一案件作出的不同判决之间并无高下之分，也不存在具有真理性的评估标准，它们不过是根据相同的证据所构筑的不同版本的故事而已。这些不同版本的故事虽然各有千秋，但是故事的大前提都符合了特定道德和法律标准。为了让这种故事获得认同，在利用科学的同时，裁判者自我构筑了对科学的盲目爱恋，打着科学的旗帜来对事实进行解释。后现代证据法学派的这种说法被激进主义误读为对事实探究的全盘否定，其实它并未叛逆到对证明的功能断然否定，它只是敲打了理性主义所宣扬的真相的存在，认为证据只能让人们得出一种对过去事件的暂时性共识，这种共识并不具有普遍性，一旦脱离了这种共识产生的文化背景，也就难以称之为“共识”。

其次，后现代证据法学派认为应当重新省察证据证明事实的基本理念。后现代破坏了事实发生、发展的一系列原本有序的元素，将之重新排列组合。它最吸引人之处就在于剥去了那些所谓司法权威对叙事的逻辑和组合规律的限制，人人都能够以自己的方式描述某一事件，甚至将这一事件赋予新的生命。在后现代证据法学派看来，时间、顺序、语言、外部环境等不过是一些暂时的、零散的片断，它在更广泛的层面上理解证据与事实的关系，摒弃过于乐观的激进主义，倡导冷静得近乎“悲观”的态度，主张通过“伙伴关系原则”来重建诉讼证明主体之间的对话与论争。

再次，后现代主义在解构世界的同时对理性主义的统治地位提出了挑战，它揭露出理性主义排他性的实质，强调理性在为人类带来进步的同时也演变为一种对理性崇拜的神圣化，导致凡是理性主义面临失语的领域统统加以攻讦，甚至加以丑化。后现代证据法学派认为，理性这把“万能钥匙”并不能解释证明过程中遇到的所有问题。无序、解构、重构恰恰成为证明中的基本特质。

最后，后现代证据法学派向科学的话语权威提出了质疑。自启蒙运动以来对科学的崇拜使得法庭中的故事色彩逐渐淡化，故事成为了浮夸的语词堆积体，人们幻想着法官能够成为科学家，在考察证据、判定事实时像一台机器一般准确地完成整个审判过程。而后现代证据法学派强调，对事实的认识不能向科学结论那样予以验证，而只能是对它的多元性的某一方面的理解。它区分了证据法学与科学研究对象间的差异，关注法官个体经验、知识积累、文化社会背景对于事实认定的影响。

总之，后现代证据法学派所讲的“后”更多的不是时间先后意义上的，也不是实践意义上的，更不是“反对”意义上的，而是在“否定”、“扬弃”、“超越”的意义上讲的。它“否定”的不是证据法学的现代化，而是它的霸权；不是现代性的优点，而是它的局限性。它欣赏现代化给证据法学带来的理性与逻辑，同时又对这种理性与逻辑的刻意追求深恶痛绝。这种既爱又恨的关系才是“后”的真正内涵之一。与此相联系，“后”的另一个重要内涵则是对新方法与新视角的热衷与推崇。为此，它不惜代价地汲取其他学科的研究范式，注入到证据法学自身的血液中，希望实现对现存证据法学研究体系的飞跃。

八 结 语

当代证据法学的发展轨迹中处处浸透着科学主义与人文主义、现代主义与后现代主义、独立学科与交叉学科等诸种思潮相互激荡、砥砺而生的智慧。每一种思想,无论是丰富还是贫瘠,是深沉还是肤浅,是开放还是封闭,是狭隘还是宽广,是单一还是多元,都有它独特的位置,都有它为当代证据法学所作出的独特贡献。但无论怎样,证据法学总围绕着一个精神命题推展,那就是——“运用证据以证明事实”,这个命题从一开始就不断被学者反复打磨,只是他们用不同的话语来阐释自己对这一问题的解答。

这些解答使证据法学阵地开始不再那么中心主义、霸权化,而是走向多元。各种不同的思想之间逐渐耐下性子做更多的沟通与了解。问题不在于该采纳哪一种观点,而在于是否以多重的观看角度来看待问题,每一种观看角度都会投射出特殊的光影,照亮这一核心命题。这样做并不是要包容所有思想观点,而是要清楚地认识其他思想观点的存在,思考并准备接受它们的挑战。

证据法学的每一种思想与范式都存在着这样或那样的理论局限,都会招致方方面面的批评。但毫无疑问的是,对它们的任何形式或任何方面的讨论与批评都是可以理解的,但对它的漠视则是不应该的。因此,笔者感同于朱苏力教授的话:“在我看来,究竟是什么主义并不重要,重要的是一个学派、一个研究成果、一个学者在一个具体的研究问题上的研究是否出色,论证是否令人心悦诚服,是否给我启发,令我激动,使得我可以在其他问题上借助类似的进路和论证,推进我对世界的理解和我在世界上的行动。”^[23]

可以肯定地说,当代证据法学的每一种思潮都有它对证据法学的贡献,都为我们回答“运用证据以证明事实”这一英美证据法学思想主线提供了异常重要的立场、视角和方法。当代证据法学中的一些纯属时尚性的、过于标新立异的思想杂质注定会随风而逝,而其中许多富有生命力的思想必将伴随我们跨越 21 世纪,启发人们开创证据法学的新疆域。

[Abstract] Taking a panoramic view of history of modern Anglo - American evidence scholarship, we may find a main line of thought throughout its history, namely, “how to prove facts with evidence?” All brilliant thoughts and doctrines have given us unique explanations to this core theme, and all arguments and retorts among scholars of evidence law have also been presented as watershed representing different views and positions. Various explanations have led to decentralization and dehegemony in the field of modern evidence law and have made evidence scholarship become more multi - dimensional.

(责任编辑:王雪梅)

[23] 朱苏力:《可别成了“等待戈多”——关于中国“后现代主义法学研究”的一点感想或提醒》,载《南京大学法律评论》2000年秋季卷。