

# 英美法中辅助证明政策规则正当性理论的演进

——兼评对我国行政诉讼的启示

徐庭祥

**内容提要:**辅助证明政策规则集中体现了英美证据法的特殊性,其选择将有一定证明价值的不可靠证据予以排除,而不是允许不可靠证据进入庭审后由裁判者确定其证明力。英美证据法学自边沁以降,一直存在自由证明原则与辅助证明政策规则角力——鉴于自由证明原则的巨大影响,必须为作为例外的辅助证明政策规则提供充分的正当性理由,才能证立其对自由证明原则的违背。由于传统通说的陪审团控制理论存在缺陷,英美证据法学不断尝试提出新的正当性理论。最佳证据理论、最差证据理论等新理论揭示了辅助证明政策规则在整个诉讼过程中能发挥促进更充分获取信息、协调多元主体行动、保障更准确认定事实的多元功能。我国行政诉讼不能将不可靠证据排除规则正当性的多维研究坍缩为个别不可靠证据证明价值大小的研究,而是要从整体诉讼过程的视野中去考量行政诉讼不可靠证据排除规则的正当性。

**关键词:**辅助证明政策规则 不可靠证据排除规则 陪审团控制理论 最佳证据理论 新证据学

徐庭祥,西南政法大学刑事侦查学院讲师。

## 一 引言

我国证据法学区分非法证据排除规则与不可靠证据排除规则。<sup>[1]</sup>不同于为防止非法取证手段侵害人权等外部目标而设立的非法证据排除规则,不可靠证据排除规则服务于发现真实目的本身,将虽存在一定的证明价值,但可能导致的误导明显超过其证明价值的证据予以排除。论者把这类基于证据自身的证明价值不可靠而排除证据的规则称作不

[1] 参见董坤:《中国化证据排除规则的范性梳理与反思》,《政法论坛》2018年第2期,第99页。

可靠证据排除规则,<sup>[2]</sup>“‘不可靠’即‘难以保障真实性、具有较大的虚假可能性’之意,这一概念可以区别于非法证据排除规则,同时也区别于证明力判断中的‘真实性’要素。毕竟‘不可靠证据排除规则’并不是因为已经确定证据虚假不实才将其排除,而是因为证据的真实性难以确定”。<sup>[3]</sup>由于不可靠证据不是已被确定为不真实,不是完全没有证明力,故针对不可靠证据存在着两种长期竞争的规范取向:设立证据排除规则来排除其证据能力,以有效避免可能的误导;或是不设立排除规则,交由司法裁量权对其证明力进行综合考量,以有效发挥不可靠证据存有的证明价值。两者之间如何取舍,并非易事,反对不可靠证据排除规则的观点认为,排除不可靠证据导致过度限制了司法的裁量权,抹杀了司法利用不可靠证据发现真实的可能。

实际上,不可靠证据排除规则起源于英美证据法中的辅助证明政策规则(rules of auxiliary probative policy)。英美证据法的发展历史上同样存在上述两种规范取向的竞争,并最终选择了设立辅助证明政策规则这一路径。英美证据法学关于辅助证明政策规则的正当性理论集中讲述了普通法系作出此等选择的理由,这对思考我国行政诉讼不可靠证据排除规则发展之路具有重要的参考价值。因此,本文梳理评析英美辅助证明政策规则正当性理论的演进,讨论英美理论的演进对我国行政诉讼的启示,以为我国行政诉讼不可靠证据排除规则的完善打下一定的比较法基础。

## 二 不可靠证据排除规则的起源——辅助证明政策规则

通过证据规则排除不可靠证据的做法起源于普通法中的辅助证明政策规则。随着1215年第四次拉特兰圣会发布禁止教士参与神明裁判的禁令,英国在亨利三世强大王权的推动下较欧陆更早地进入到依赖证据裁判的阶段。<sup>[4]</sup>英美普通法在数百年中逐渐生发出众多的证据法,但散乱而缺乏系统性。18世纪,出现了以吉尔伯特(Geoffrey Gilbert, 1674-1726)、边沁(Jeremy Bentham, 1748-1832)、威格摩尔(John Henry Wigmore, 1863-1943)等学者的论说为代表的英美证据法“理性主义传统”,成功地将英美证据法予以体系化。<sup>[5]</sup>以威格摩尔更具广泛认同和长期影响的著述为代表,<sup>[6]</sup>英美证据法形成了以系统化的证据排除规则——可采性规则——为中心的证据法体系。威格摩尔在其著作中将可采性规则区分为外部政策规则(rules of extrinsic policy)与辅助证明政策规则,前者“允许某些对共同体普遍重要的外政策暂时凌驾于查明真相的目的,因此出于事实的

[2] 参见纵博:《不可靠证据排除规则的理论逻辑、适用困境及其出路》,《环球法律评论》2020年第3期,第117页;闫召华:《论不可靠刑事证据的排除》,《当代法学》2020年第3期,第89页;向燕:《论我国刑事诉讼中的不可靠证据排除规则》,《江苏行政学院学报》2017年第6期,第125页。

[3] 董坤:《中国化证据排除规则的范性梳理与反思》,《政法论坛》2018年第2期,第101页。

[4] 参见[美]詹姆士·Q.惠特曼著:《合理怀疑的起源——刑事审判的神学根基》,吕化强等译,中国政法大学出版社2012年版,第204-220页。

[5] 参见[英]威廉·特文宁著:《反思证据:开拓性论著》,吴洪淇等译,中国人民大学出版社2014年版,第36-103页。

[6] See Frederick Bernays Wiener, Charles T. McCormick, Reviewed of Evidence in Trials at Common Law, 75 *Harvard Law Review* 441, 441-456 (1961);还可参见[英]威廉·特文宁著:《反思证据:开拓性论著》,吴洪淇等译,中国人民大学出版社2014年版,第72-73页。

证明价值之外的理由而将证据排除”,后者“规定了适用于特殊类别证据的辅助和保障措施,旨在克服经验表明这些证据存在的证明上的特殊弱点或风险”。〔7〕外部政策规则“显然不是英美法系所特有的”;〔8〕而辅助证明政策规则是“普通法所特有的证据规则”,“只能在那些为提高事实认定之准确度而设立的排除规则中找到”。〔9〕

威格摩尔进一步提出辅助证明政策规则包括优先性规则(preferential rules)、分析性规则(analytic rules)、预防性规则(prophylactic rules)等。优先性规则中,首要的是关于书证的最佳证据规则(best evidence rule),即当文书能够出示原件时,原件具有优先的可采性,非原件不具有可采性。最佳证据规则的理由是防止非原件可能导致的误解,“该规则的政策是基于证人通过复印或回忆作证时故意或无意的错误风险,以及文字和短语中甚至轻微错误的相对重要性,这些错误通常根据其主旨决定性地影响当事人的权利和案件事实”。〔10〕分析性规则用来暴露证据可能不会被发现的弱点,首要的是传闻规则(hearsay rule),即排除无法通过当庭交叉询问检验的庭外陈述,也即要求通过交叉询问来检验证据,故传闻规则的理由在于交叉询问检验对于陈述的必要性,“每一个人的陈述,即作为所陈述事实真实性的证据,都必须经过两个方面的检验:(1)作出陈述的人必须接受反对方的盘问,即必须在反对方有充分机会(如果需要的话)通过强迫其回答的问题来检验陈述的真实性的情况下进行盘问;(2)做出陈述的人必须面对反对方和法庭,即在做出陈述和给出答案时必须在场”。〔11〕因此,对于无法通过交叉询问检验的传闻证据予以排除。预防性规则“通过使用程序性措施,在证据被接受之前消除某些危险或弱点”。〔12〕预防性规则包括宣誓制度、惩罚制度、公开制度等,利用道德义务、对惩罚的恐惧、公开所带来的社会责任感等来提醒和促使证人如实陈述。美国的主流证据法著作沿袭了威格摩尔对辅助证明政策规则的优先性规则、分析性规则、预防性规则等分类,〔13〕最佳证据规则、传闻规则等辅助证明政策规则也一直沿袭下来,并最终规定在了美国《联邦证据规则》中。〔14〕这些辅助证明政策规则均是服务于发现真实目的本身,基于普遍经验将不可靠的复制件、传闻证据等予以排除。

### 三 辅助证明政策规则的正当性论争

辅助证明政策规则集中体现了英美证据法的特殊性,其选择将有一定证明价值的不可

〔7〕 John H. Wigmore, *Wigmore's Code of the Rules of Evidence in Trials at Law*, Little, Brown and Company, 1942, p. 17.

〔8〕 [美]达马斯卡著:《漂移的证据法》,李学军等译,中国政法大学出版社2003年版,第17页。

〔9〕 [美]达马斯卡著:《漂移的证据法》,李学军等译,中国政法大学出版社2003年版,第19页。

〔10〕 John H. Wigmore, *Wigmore's Code of the Rules of Evidence in Trials at Law*, Little, Brown and Company, 1942, p. 227.

〔11〕 John H. Wigmore, *Wigmore's Code of the Rules of Evidence in Trials at Law*, Little, Brown and Company, 1942, p. 259.

〔12〕 John H. Wigmore, *Wigmore's Code of the Rules of Evidence in Trials at Law*, Little, Brown and Company, 1942, p. 226.

〔13〕 See Peter Murphy, *Murphy on Evidence*, Oxford University Press, 2005, p. 11.

〔14〕 参见王进喜著:《美国〈联邦证据规则〉(2011年重塑版)条解》,中国法制出版社2012年版,第208页。

可靠证据予以排除,而不是允许不可靠证据进入庭审后由事实裁判者综合考虑其证明力。但诚如前述,这难免会引发这样的疑虑,即排除有一定证明价值的证据是否反而降低了发现真实的可能。

事实上,英美证据法学自边沁以降,一直存在自由证明原则与证据排除规则之间的角力。边沁提出最有利于发现真实的证明方式是“自由证明”,即“大多数公民都有能力进行的通常的‘常识性’实践推理”,<sup>[15]</sup>这种常识性实践推理以不受证据排除规则约束为特征。故边沁反对所有的证据排除规则,认为“排除证据,就是排除正义”,提出“不排除原则”,“察看一切所能看到的;倾听每一位可能对该问题有所知晓的人”。<sup>[16]</sup>

边沁这种被称作反规范论(anti-nomian thesis)的立场产生了巨大的影响,虽然没有导致证据排除规则完全消失,但后世的证据法学家们只能在认可自由证明原则的基础上将证据排除规则作为一种例外,“边沁的反规范论具有重大的历史意义。自他那时候以来,普通证据法规则的倡导者们一般都处于防守态势”。<sup>[17]</sup>这就使英美证据法学必须为作为例外的证据排除规则提供充分的正当性理由,才能证立其对自由证明原则的违背,“现代英美法系证据法都将自由证明作为一个前提性假设:除非有可以证成的理由,否则不应设定技术化的证据规则规制司法证明。因此,作为英美证据法主体性规范的排除规则,必须存在使其正当化的理由”。<sup>[18]</sup>故证据排除规则的正当性理论是英美证据法学的重要组成部分,集中讲述了普通法系对不可靠证据选择设立辅助证明政策规则的理由。

#### (一)传统通说的陪审团控制理论

辅助证明政策规则正当性的传统通说是陪审团控制理论(jury control principle),“根据陪审团控制理论,证据法是通过防止缺乏经验、未经培训、情绪不稳定和可能不称职的非专业陪审员从某些有问题的证据形式中进行不恰当的推理,来提高事实调查的准确性”。<sup>[19]</sup>

陪审团控制理论最著名的提倡者是威格摩尔的老师塞耶(James Bradley Thayer, 1831-1902)。<sup>[20]</sup>塞耶称证据法是“陪审团之子”,<sup>[21]</sup>认为“正是这种对向陪审团展示证据过程的司法监督和控制,使我们的制度得以诞生”。<sup>[22]</sup>威格摩尔也与塞耶持相同的观点,认为普通法中现代意义上的证据法起源于1500至1700年英国都铎-斯图亚特王朝时期,并将现代证据法产生的原因归于那个时期陪审团从知情陪审团(self-informing jury)向

[15] [英]威廉·特文宁:《证据:跨学科的科目》,王进喜译,《证据学论坛》2007年第2期,第269页。

[16] [英]威廉·特文宁著:《反思证据:开拓性论著》,吴洪淇等译,中国人民大学出版社2014年版,第45页。

[17] [英]威廉·特文宁著:《反思证据:开拓性论著》,吴洪淇等译,中国人民大学出版社2014年版,第48页。

[18] 樊传明:《自由证明原理与技术性证据规则——英美证据法的前提性假设和两种功能解释》,《环球法律评论》2014年第2期,第143页。

[19] Lisa Dufraimont, Evidence Law and the Jury: A Reassessment, 53 *McGill Law Journal* 199, 221 (2008).

[20] See Edward J. Imwinkelried, The Worst Evidence Principle: The Best Hypothesis as to the Logical Structure of Evidence Law, 46 *University of Miami Law Review* 1069, 1072 (1992).

[21] See James Bradley Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, Little, Brown and Company, 1898, p. 47.

[22] James Bradley Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, Little, Brown and Company, 1898, p. 180.

指示型陪审团(instructional jury)的转变。<sup>[23]</sup> 威格摩尔提出,指示型陪审团不再是熟人社会中能够根据私人知悉裁判的知情陪审团,而是需要在法官的主持下听取证据,从而法官就证据问题指示陪审团成为必要,进而在普通法中法官就证据问题进行裁判、形成证据法成为可能。<sup>[24]</sup>

陪审团控制理论在英美世界产生了重大影响,塞耶与威格摩尔被称为“横跨在证据法上的巨人”,“他们关于陪审团影响证据排除规则的观点在一份又一份的司法意见中反复出现”,<sup>[25]</sup>成为适用辅助证明政策规则的指导性原则。陪审团控制理论也为不少比较法论者所接受,流传甚广,“在一个有陪审团参加的审判中,‘证据法’必须防止外行被‘传闻证据’、暗示的‘诱导性询问’和其他骗局引入歧途。”<sup>[26]</sup>

然而,陪审团控制理论将辅助证明政策规则的正当性与陪审制捆绑在一起。事实上,不采用陪审制就被我国有的学者认为是我国没有制定证据排除规则的原因,“英美证据法中的‘可采性’规则之所以没有为中国证据立法所接受,是由多个方面的因素造成的。首先,在审判组织上,中国法没有实行陪审团制度……职业法官完全控制着事实认定和法律适用问题……不存在法官和陪审员受到误导的风险,证据规则也无需发挥这样的功能,也无需就证据的相关性问题确立大量的限制性规则”<sup>[27]</sup>。然而,陪审团控制理论存在缺陷,因不能有效解释辅助证明政策规则的正当性而受到批判。

## (二)对陪审团控制理论的批判

### 1. 认识论批判

陪审团控制理论立基于外行陪审员认知能力不足的认识论预设,并且这种不足往往是基于与专业法官的比较,“如果扭曲证据排除规则的正当理由是以陪审团的认知缺陷为前提的,那就必须展示言之成理的论据来支持这一信念:取代一群非专业裁判者的独任法官可以更好地评断那些被排除的信息”<sup>[28]</sup>。

然而,陪审制的支持者认为并不存在职业法官的认知优势,“法官和陪审员一样都是人,法官的基本能力与我们并无不同”,<sup>[29]</sup>并且陪审团才是更优的事实认定者,“小组讨论被认为是为了鼓励对问题进行深入思考,并得出更准确的裁决。事实证明,集体回忆的优势意味着陪审团作为一个群体记住的证据比任何一个特定的个人都要多得多。由于陪

[23] See John H. Langbein, *Historical Foundations of the Law of Evidence: A View from the Ryder Sources*, 96 *Columbia Law Review* 1168, 1171 (1996).

[24] See John H. Langbein, *Historical Foundations of the Law of Evidence: A View from the Ryder Sources*, 96 *Columbia Law Review* 1168, 1169-1171 (1996).

[25] Edmund M. Morgan, John MacArthur Maguire, *Looking Backward and Forward at Evidence*, 50 *Harvard Law Review* 909, 909 (1937).

[26] [德]茨威格特、克茨著:《比较法总论(上)》,潘汉典等译,中国法制出版社2017年版,第492页。还可参见[日]谷口安平著:《程序的正义与诉讼》,王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社1996年版,第232页;[美]达马斯卡著:《漂移的证据法》,李学军等译,中国政法大学出版社2003年版,第64页。

[27] 陈瑞华著:《刑事证据法》,北京大学出版社2021年版,第130页。类似观点还可参见孙维萍等:《论传闻证据规则在我国移植的环境与制度障碍》,《政治与法律》2008年第7期,第131页;李峰:《传闻证据规则,抑或直接言词原则?》,《法律科学》2012年第4期,第140页。

[28] [美]达马斯卡著:《漂移的证据法》,李学军等译,中国政法大学出版社2003年版,第39-40页。

[29] [美]伦道夫·乔纳凯特著:《美国陪审团制度》,屈文生等译,法律出版社2013年版,第58页。

审判员是外行,他们丰富的知识和生活经验丰富了辩论,有助于陪审团解释证据的重要性和分量”。<sup>[30]</sup> 这些观点得到实证研究的支持,有关集体决策的实证研究表明,在涉及需要考虑多种因素的判断评估决策中,集体比个人更有优势,因为集体更善于考虑多种因素。<sup>[31]</sup>

认知心理学的研究进一步表明,职业法官不会产生认知偏差不过是未经验证的神话。有学者对 167 名美国联邦法官是否会出现常见的认知偏差进行实证研究后得出结论:“公众正当期望法官避免系统性错误。然而,这种期望可能不切实际。研究人类判断和选择的心理学家发现,人们经常会陷入认知偏差的陷阱,这种偏差会导致系统性的判断错误。即使法官是经验丰富、训练有素、积极主动的决策者,他们也可能容易产生认知偏差……看来法官也是人,和我们其他人一样,他们的判断受到认知错觉的影响,这种错觉可能会导致系统性的判断错误。”<sup>[32]</sup> 进一步的研究表明普通法法官在作出裁决时往往也无法忽视已经知晓的不可采证据,法官们难以无视受律师-客户特权保护的谈话、强奸受害者的既往性史、原告的既往刑事定罪等证据,这些不可采证据影响了法官的决定,甚至当他们被提醒或自己裁定这些信息不可采时都是如此。<sup>[33]</sup> 故陪审团控制理论认为辅助证明政策规则只是应对陪审员认知偏差的认识论预设无法成立,职业法官同样可能存在认知偏差。

## 2. 解释力批判

陪审团控制理论对辅助证明政策规则功能的解释同样遭到了反对者的有力批判,指出辅助证明政策规则的实际功能并不在于控制陪审团。

摩根(Edmund M. Morgan)逐一对辅助证明政策规则进行了分析:原始文书优先的规则起源于古代实体法,与陪审制并没有必然的联系,其目的在于要求当事人提供根据事实本质所能提供的最优证据,因为如果从交易的性质中可以清楚地看出还有一些证据没有出示,更少的证据只会产生异议和猜测,不利于发现事实;证人出庭作证规则的起源也远早于陪审制,可以追溯到古日耳曼法律中唯一能被强制出庭的交易证人,没有任何迹象表明这一规则在任何程度上归因于陪审团的存在,该规则的核心根据仍是当事方有义务拿出他所拥有的最优证据,以便有利于发现事实;证人宣誓制度与交叉询问制度明显也不是为了陪审员而制定,一方面在法官审判的案件中证人宣誓制度同样适用,另一方面交叉询问也并非陪审团审判的必经步骤,当对方当事人放弃交叉询问时,法官甚至被禁止代替对方当事人来对证人进行询问,以避免法官提问中的倾向误导陪审员的风险,故这些预防性规则当然是为了提高证人证言的可靠性,但不是为了陪审团量身打造。<sup>[34]</sup>

摩根通过分析逐一说明,优先性规则、预防性规则等辅助证明政策规则都是基于不可

[30] Lisa Dufrainmont, Evidence Law and the Jury: A Reassessment, 53 *McGill Law Journal* 199, 210-211 (2008).

[31] See Daniel Gigone, Reid Hastie, The Impact of Information on Small Group Choice, 72 *Journal of Personality and Social Psychology* 132, 139 (1997).

[32] Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski, Andrew J. Wistrich, Inside the Judicial Mind, 86 *Cornell Law Review* 777, 778 (2001).

[33] See Andrew J. Wistrich, Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski, Can Judges Ignore Inadmissible Information? The Difficulty of Deliberately Disregarding, 153 *University of Pennsylvania Law Review* 1251, 1330-1331 (2005).

[34] See Edmund M. Morgan, The Jury and the Exclusionary Rules of Evidence, 4 *University of Chicago Law Review* 247, 250-255 (1937).

靠证据本身的不可靠性,与事实认定主体是不是陪审团没有必然的联系,“只有轻微或微弱证明价值的证据通常不值得花费时间和成本来提出和考虑,无论审判者有多大的辨别力,都不应接受。”<sup>[35]</sup>非陪审团程序中也适用排除规则再次佐证了摩根的观点,“拒绝在法庭审理中适用自由证明原则的传统理由是,为了防止陪审团被误导,排除规则是必要的。这个借口并不能解释这样一个事实,即无论审判是在陪审团还是法官面前进行,法院通常都遵循相同的证据规则”;<sup>[36]</sup>“讽刺之处在于,仔细审查表明,证据排除规则在各种类型的非陪审团程序中的应用频率惊人”。<sup>[37]</sup>

### 3. 制度史批判

陪审团控制理论还存在历史偏差。摩根在 1937 年率先撰文指出:“最好不要不经审查就接受经常重复的说法,即我们证据法的起源和持续归因于陪审团”,<sup>[38]</sup>他批评塞耶认为证据法是“陪审团之子”的论断“至多只是半个事实”。<sup>[39]</sup>

当代美国制度史学家兰博约(John H. Langbein)根据 18 世纪形成的史料“老贝利法庭审判实录”(Old Bailey Sessions Papers)指出,直到 18 世纪末,老贝利法庭审理的案件中对品格证据、传闻证据、补强证据等并未形成稳定的证据排除规则,“即使对采纳品格证据并非明智之举这一点已形成共识,法官个体大概仍可在一段时间保留其偏离这一‘规则’行事的裁量权”;<sup>[40]</sup>“在 18 世纪的老贝利法庭,传闻证据未遭任何异议就被接受的情况比比皆是”;<sup>[41]</sup>“无论是证据排除的理论基础,还是实施这种排除的机制,在 18 世纪末都尚未形成”。<sup>[42]</sup>因此,可以追溯到 12 世纪的陪审团并没有马上带来证据排除规则,16 世纪向指示型陪审团的转变也不是证据排除规则形成的历史原因,“现代证据法排除问题证据的属性在 18 世纪的最后几十年才得以固化。促成这一事件的不可能是从中世纪就开始主导英国民事和刑事诉讼的陪审团,也不可能是到 16 世纪就已经牢固确立的指示型陪审团审判模式”。<sup>[43]</sup>

兰博约的制度史研究表明,之所以指示型陪审团没有立即催生辅助证明政策规则,是因为当时本身就有一套行之有效的不可靠证据排除机制,即法官通过评论和指示干预陪审团事实认定,以排除不可靠证据的非正式排除机制。<sup>[44]</sup>兰博约考察了 18 世纪中期王

[35] Edmund M. Morgan, *The Jury and the Exclusionary Rules of Evidence*, 4 *University of Chicago Law Review* 247, 256 (1937).

[36] Lee Loevinger, *Facts, Evidence and Legal Proof*, 9 *Western Reserve Law Review* 154, 171 (1958).

[37] Dale A. Nance, *The Best Evidence Principle*, 73 *Iowa Law Review* 227, 280 (1988).

[38] Edmund M. Morgan, *The Jury and the Exclusionary Rules of Evidence*, 4 *University of Chicago Law Review* 247, 248 (1937).

[39] Edmund M. Morgan, *The Jury and the Exclusionary Rules of Evidence*, 4 *University of Chicago Law Review* 247, 258 (1937).

[40] [美]兰博约著:《对抗式刑事审判的起源》,王志强译,复旦大学出版社 2010 年版,第 192 页。

[41] [美]兰博约著:《对抗式刑事审判的起源》,王志强译,复旦大学出版社 2010 年版,第 221 页。

[42] [美]兰博约著:《对抗式刑事审判的起源》,王志强译,复旦大学出版社 2010 年版,第 229 页。

[43] John H. Langbein, *Historical Foundations of the Law of Evidence: A View from the Ryder Sources*, 96 *Columbia Law Review* 1168, 1172 (1996).

[44] See John H. Langbein, *Historical Foundations of the Law of Evidence: A View from the Ryder Sources*, 96 *Columbia Law Review* 1168, 1195 (1996).

座法庭(King's Bench)法官达德利·瑞德(Dudley Ryder)在1754至1756年间对他所审理的案件所做的笔记,这些笔记充分展现了当时的法官积极通过评论和指示干预陪审团事实认定的现象,<sup>[45]</sup>“正如我在研究瑞德的民事和刑事审判时所强调的那样,法官可以在接受陪审团的裁决之前影响和纠正陪审团的判决。在瑞德的时代,我们看到了法官和陪审团之间的日常非正式交流、法官惊人的评论和指示能力以及陪审员对遵循法官专业指导的热情。陪审团裁决是合作的产物,含有深入的实质性法官介入”。<sup>[46]</sup>用兰博约的话说,“法官们不需要诉诸任何像可采性规则那样笨拙的规则来让陪审团服从”。<sup>[47]</sup>

上述历史研究表明,并非如威格摩尔所说在18世纪以前英美法系就形成了证据排除规则来排除不可靠证据。但到了18世纪后期,对抗制的形成与发展所带来的剧烈变化,使非正式的证据排除机制难以为继。“从18世纪30年代起至该世纪末的半个世纪左右,争吵式审判让位于一种风格迥然不同的程序——对抗式刑事审判。”<sup>[48]</sup>对抗制使得诉讼中律师、法官和陪审团之间的分工发生了重大变革,以法官为中心的 evidence collection and presentation mechanism 转变为以律师为中心,“律师们日益掌控了事实的收集和提出,使法官在处理证据的活动中处于尴尬的不利地位。在以前没有律师的审判中,由法官们来主导事实发现,因为别人都不具备这一能力;然而,在有充分准备的对抗式审判中,双方的事务律师们已经调查了事实、准备好了证人,还为出庭律师提供了辩论材料。在新式的由律师操控的事实发现中,英格兰的法官就总是相形见绌了”。<sup>[49]</sup>对抗制带来证据收集和提出权限由法官向律师的转移,由出庭律师承担揭明事实的责任,使法官们通过评论证据干预事实认定逐渐丧失了可能,“对抗性程序迫使法官变得被动”,<sup>[50]</sup>“从18世纪后期到19世纪,陪审团裁决中的法官干预大幅下降,尤其是在美国”。<sup>[51]</sup>这造成传统依靠法官干预排除不可靠证据的非正式排除机制无法继续有效运行,“如果法官们认为陪审团存在错误,他们也渐渐丧失了查究和纠正的能力”。<sup>[52]</sup>

正是对抗制的巨大变化导致传统非正式排除机制的失效,在审判中通过评论干预陪审团以排除不可靠证据已经不再可能,迫使普通法的法官们发展出了一套排除不可靠证据的新机制,即用证据排除规则在审判开始前就将不可靠证据排除,“律师在审判过程中日益突出,迫使法官将自由裁量权的非正式做法转化为规则”。<sup>[53]</sup>“对陪审团裁决的形

[45] See John H. Langbein, *Historical Foundations of the Law of Evidence: A View from the Ryder Sources*, 96 *Columbia Law Review* 1168, 1190-1193 (1996).

[46] John H. Langbein, *Historical Foundations of the Law of Evidence: A View from the Ryder Sources*, 96 *Columbia Law Review* 1168, 1195 (1996).

[47] John H. Langbein, *The Criminal Trial before the Lawyers*, 45 *University of Chicago Law Review* 263, 306 (1977).

[48] [美]兰博约著:《对抗式刑事审判的起源》,王志强译,复旦大学出版社2010年版,第257页。

[49] [美]兰博约著:《对抗式刑事审判的起源》,王志强译,复旦大学出版社2010年版,第298页。

[50] John H. Langbein, *Historical Foundations of the Law of Evidence: A View from the Ryder Sources*, 96 *Columbia Law Review* 1168, 1198 (1996).

[51] John H. Langbein, *History of the Common Law: the Development of Anglo-American Legal Institutions*, Wolters Kluwer Law & Business, 2009, p. 453.

[52] [美]兰博约著:《对抗式刑事审判的起源》,王志强译,复旦大学出版社2010年版,第310页。

[53] John H. Langbein, *History of the Common Law: the Development of Anglo-American Legal Institutions*, Wolters Kluwer Law & Business, 2009, p. 457.

成以及在此过程中纠正其错误,法官们在这方面的权威性已经丧失殆尽;但他们发展出了一套替代性的制度,旨在防范陪审团可能出现的错误。事先的预防取代了事后的补救。”<sup>[54]</sup>因此,制度史的研究表明,普通法历史上一度依靠法官在个案中评价证据,普通法系在 18 世纪中后期选择制定证据排除规则是由于整体诉讼制度的巨大变化,即对抗制形成,而非为了控制陪审团。

### (三)新的正当性理论

由于陪审团控制理论存在上述缺陷,英美证据法学不断尝试提出新的正当性理论,以完善对辅助证明政策的正当性论证。南斯(Dale A. Nance)在 1988 年提出的最佳证据理论(the best evidence principle)是对陪审团控制理论最具挑战的竞争性理论,他认为证据排除规则的目的不是控制陪审团,而是要求诉讼当事人提供认知上的最佳证据,“英美法系中有相当一部分典型的可采性规则,以及其他一些规则,都被恰当地解释为认知上的最佳证据规则。也就是说,这些规则恰当的甚至是主要的目的,是允许和鼓励实际的或潜在的诉讼当事人提出或能够提出最具证明性的、切实可行的证据”。<sup>[55]</sup>

最佳证据理论有效弥补了陪审团控制理论的解释力缺陷。南斯同样逐一分析指出辅助证明政策规则都各有作用,并非为了弥补陪审团认知缺陷:宣誓制度是为提供认知上更可靠的证词创造条件,不必将其目的归于避免误导外行陪审员;隔离证人规则的目的是用新鲜的证词取代可能受到其他证人影响的证词,这种不受影响的新鲜证词显然在认知上对法官同样也更可信。南斯还详细论述了意见证据规则、传闻证据规则等,无疑都有激励当事人提出认知上更优证据的功能,<sup>[56]</sup>而这一激励功能的发挥并不限于陪审团审判程序,这就为辅助证明政策规则更大范围的适用提供了新的正当性支撑。

最佳证据理论的进步意义还在于突破了传统证据法学只关注事实认定者如何避免在裁判推理中受误导这一单一问题的局限,将当事人提供证据问题纳入到证据法学的理论框架中来。这明显使证据法学更接近现实,因为当事人的举证行为显然是实践中影响发现真实的重要变量,最佳证据理论要求证据法学不仅要考虑辅助事实认定者正确裁判,还需要鼓励当事人提出最有利于发现真实的证据,这无疑有利于在更优的证据基础上发现真实,也即证据法不仅仅是裁判规则,“不仅在审判过程中而且在审前也影响了行为和预期”。<sup>[57]</sup>循着这一思路,更多的竞争性理论被提出,较具影响的是伊姆温克里德(Edward J. Imwinkelried)提出的最差证据理论(The Worst Evidence Principle),其将证据排除规则的正当性建立在防止证人作伪证的功能上,“普通法证据理论主要是由一个更悲观、更消极的目标驱动的,即防止、威慑和揭露伪证。最差证据理论——对证人作伪证的担忧——是证据法逻辑结构的最佳解释假设”。<sup>[58]</sup>这一理论侧重将证人及作证问题作为重要要

[54] [美]兰博约著:《对抗式刑事审判的起源》,王志强译,复旦大学出版社 2010 年版,第 310 页。

[55] Dale A. Nance, *The Best Evidence Principle*, 73 *Iowa Law Review* 227, 290-291 (1988).

[56] See Dale A. Nance, *The Best Evidence Principle*, 73 *Iowa Law Review* 227, 281-286 (1988).

[57] [英]威廉·特文宁著:《反思证据:开拓性论著》,吴洪淇等译,中国人民大学出版社 2014 年版,第 228 页。

[58] Edward J. Imwinkelried, *The Worst Evidence Principle: The Best Hypothesis as to the Logical Structure of Evidence Law*, 46 *University of Miami Law Review* 1069, 1072 (1992).

素纳入正当性理论的考量,再次体现了新正当性理论已将视角拓展到诉讼中的多元主体,“对诉讼程序中的证据和信息进行一个融贯的阐述至少需要将这些程序的所有重要参与者对事实的理解和处理进行系统的研究”。<sup>[59]</sup>

#### 四 辅助证明政策规则正当性论争的背景与启示

前述对英美传统陪审团控制理论的批判以及最佳证据理论、最差证据理论等新正当性理论,并非只是在结论上与陪审团控制理论不同,更重要的是拓展了传统理论过于狭窄的视角,使证据法学理论框架能够将更多实际上会影响发现真实的要素纳入考量。这种变化是以新证据学(New Evidence Scholarship)的发展为背景的。

以1968年柯林斯案在审判中使用数学推理引发理论界激烈讨论为标志,<sup>[60]</sup>将数学模型和心理学模型等应用到证据研究中的新证据学日益蓬勃。理查德·伦珀特(Richard Lempert)在1986年首次提出“新证据学”这一说法时,指出证据正转变为一个涉及法律之外的数学、心理学等的跨学科领域。<sup>[61]</sup>新证据学思潮中,概率和统计领域的学者试图用数学推理模型帮助人类将证据视为叠加的信息来进行概率推理和判断,<sup>[62]</sup>认知心理学领域的学者则用心理学研究对感知、记忆、人类推理的共同兴趣来揭示诉讼中多元主体对信息的真实认知状况与实际的心理推理决策过程。<sup>[63]</sup>随后,新证据学的范围远远超出了法律理论,“受到了广泛学科的启发,从社会心理学、法庭科学、哲学、数学、语言学到经济学”。<sup>[64]</sup>

在新证据学的冲击下,传统证据法理论过于狭窄的研究视角受到反思。传统理论核心关注的是法庭上展示的证据的可靠性,也即聚焦于法庭裁判环节事实裁判者的证据推理,证据法被认为只起到避免证据推理受误导的作用。然而,“这种将证据法则视为对‘常识’推理的一系列约束的概念,其焦点非常狭隘。”<sup>[65]</sup>现实的诉讼中要得出真相,不是只涉及避免事实裁判者受误导这一个问题,还需要关心庭审开始前相关的证据是否充分收集、庭审之外是否有相应配套制度保障发现真实,涉及到更多的场景和更多的主体。传统理论因过度聚焦而忽视了现实中与发现真实相关的其他重要方面,“在普通法传统中,一直有一种趋向,即把证据科学(the subject of evidence)等同于证据法(law of evidence),

[59] [英]威廉·特文宁著:《反思证据:开拓性论著》,吴洪淇等译,中国人民大学出版社2014年版,第152页。

[60] See *People v. Collins*, 68 Cal. 2d 319, 438 P. 2d 33, 66 Cal. Rptr. 497 (1968).

[61] See Richard Lempert, *The New Evidence Scholarship: Analyzing the Process of Proof*, 66 *Boston University Law Review* 439, 439-440 (1986).

[62] See John D. Jackson, *Analyzing the New Evidence Scholarship: Towards a New Conception of the Law of Evidence*, 16 *Oxford Journal of Legal Studies* 310, 311-316 (1996).

[63] See Roger C. Park, Michael J. Saks, *Evidence Scholarship Reconsidered: Results of the Interdisciplinary Turn*, 47 *Boston College Law Review* 949, 957-980 (2006).

[64] John D. Jackson, *Modern Trends in Evidence Scholarship: Is All Rosy in the Garden?*, 21 *Quinnipiac Law Review* 893, 894 (2003).

[65] John D. Jackson, *Analyzing the New Evidence Scholarship: Towards a New Conception of the Law of Evidence*, 16 *Oxford Journal of Legal Studies* 310, 323 (1996).

而排斥或忽视其他维度”。<sup>[66]</sup> 新证据学则将理论视角放宽,把证据法放到整个诉讼过程的场景中,关注证据法对当事人、证人等多重主体的调整作用,从而更为符合司法运行的实际。

新的正当性理论正是以新证据学为背景,南斯提出的最佳证据理论即被认为“拥抱证据法新角色”。<sup>[67]</sup> 他把聚焦在裁判环节这一个点上的证据法学回溯到提出证据环节上,使传统证据法学并不考虑的当事人提出证据环节被纳入证据排除规则的正当性证成,“传统的排除规则构成了大多数人认为的证据法,但当排除规则被视为更大的程序法结构的组成部分时,这些规则被置于更好的解释框架中”。<sup>[68]</sup> 杰克逊(Jackson)对此强调到:“理性主义传统认为,由于如何收集证据没有什么好说的,故证明的重要阶段是审判阶段。但是,如果收集证据和产生可能性是事实推理的一个关键阶段,我们需要给予发现证据的过程与审判过程同样多的审查,这意味着我们需要同样关注审判前的证明过程和审判时的证明过程。”<sup>[69]</sup>

南斯的最佳证据理论突破传统陪审团控制理论只在陪审团裁判环节论证辅助证明政策规则正当性的视角局限,将当事人的提出证据活动引入正当性论证中,从而揭示了辅助证明政策规则激励当事人提供认知意义上更优证据的功能,这无疑更有力地回应了边沁反规范论要求取消证据排除规则的挑战,进一步夯实了辅助证明政策规则的正当性基础。“证据法的领域似乎应该超越特定证据项目的可采性,对审判前和审判中的证据程序进行更积极的规范。这并不是说我们需要更少的规则,而是说我们需要更多的规则。”<sup>[70]</sup> 兰博约的制度史研究同样体现了这种研究视角的扩张,他将证据排除规则的正当性放到整体诉讼制度环境中来考察,进而观察到 18 世纪后期对抗制为整体诉讼制度带来的巨大变化使之前由法官裁量排除不可靠证据的机制不再可能,普通法由法官在个案中干预证据评价变革为证据排除规则的历史转折点不是威格摩尔主张的 16 世纪,而是 18 世纪后期,普通法诉讼制度的整体巨变使正式的证据排除规则成为不可避免的历史选择。

新正当性理论以新证据学为背景所带来的研究视角扩展,从更广阔的视野揭示了英美证据法在法官裁量与证据排除规则两种规范取向上的抉择与考量,更多地揭示了辅助证明政策规则与外部制度环境的互动关系。首先,英美现代诉讼中的对抗制需要辅助证明政策规则在庭审前排除不可靠证据。对抗制带来的法官消极态度被法律进一步肯定,美国大多数的州都通过立法和判例禁止法官评论证据,<sup>[71]</sup>也即通过法官评论和指示来干

[66] [美]特伦斯·安德森等著:《证据分析》,张保生等译,中国人民大学出版社 2012 年版,第 78 页。

[67] John D. Jackson, *Analyzing the New Evidence Scholarship: Towards a New Conception of the Law of Evidence*, 16 *Oxford Journal of Legal Studies* 310, 327 (1996).

[68] Dale A. Nance, *Missing Evidence*, 13 *Cardozo Law Review* 831, 881 (1991).

[69] John D. Jackson, *Analyzing the New Evidence Scholarship: Towards a New Conception of the Law of Evidence*, 16 *Oxford Journal of Legal Studies* 310, 324-325 (1996).

[70] John D. Jackson, *Analyzing the New Evidence Scholarship: Towards a New Conception of the Law of Evidence*, 16 *Oxford Journal of Legal Studies* 310, 324 (1996).

[71] See Kenneth A. Krasity, *The Role of the Judge in Jury Trials: The Elimination of Judicial Evaluation of Fact in American State Courts from 1795 to 1913*, 62 *University of Detroit Journal of Urban Law* 595, 595 (1985).

预事实认定的传统非正式机制已然在现代诉讼中失效,庭审过程中排除不可靠证据及其带来的误导失去了稳定的机制,英美诉讼中只能依靠排除规则在庭审前排除不可靠证据,辅助证明政策规则构成了一种对抗制环境下更为有效的不可靠证据处理机制,相较法官处理机制,具有更稳定的功能。其次,英美诉讼中的事实裁判事后审查机制需要辅助证明政策规则的支持。一个好的诉讼制度无疑需要有健全的事后审查机制。大陆法系上诉审的良好运行依赖说理制度和严格的上诉审标准。“在大陆法系,未作解释的判决是可怕的。”<sup>[72]</sup>德国将裁判说理视为正当诉讼程序的一项基础性要件,“没有说理就没有裁判”(ohne Begründung kein Urteil)是德国的法谚。说理制度被用来限制裁判者滥用权力和对裁判者的错误进行审查,德国法官知道说明裁判理由的质量将影响他们的裁判在上诉审中是否被改判。<sup>[73]</sup>并且,德国上诉审采用严格的重新审理标准,“第二审之审判程序……需要对案件事实重新判断”。<sup>[74]</sup>上诉审不预设一审裁判是正确的,而是要对事实进行重新审查,如果证人是重要的或者一审记录没有提供足够的细节,上诉法院会重新审查证据,“最终,正是上诉审使其他保障措施有效,既能起到威慑作用,又能起到纠正作用”。<sup>[75]</sup>然而,英美诉讼中的上诉审没有说理制度和严格上诉审标准的支撑。英美陪审团审判无需对其事实认定说理,“陪审团不需要以任何方式为自己的决定提供理由,也不对自己的决定负责。陪审团的裁决一旦作出,即使不是不可能,也很难推翻,尤其是基于事实错误”。<sup>[76]</sup>上诉审对陪审团的事实裁决也非常宽松,美国《联邦证据规则》第103(a)条对上诉中的事实问题采用宽松的“无害证据错误规则”(harmless evidentiary error rule),<sup>[77]</sup>“对如此不透明的调查结果进行上诉审很尴尬。审查的标准是‘明显错误’(任何合理的陪审团都不可能得出这个结果),这为陪审团的事实认定提供了强有力的正确性假设”。<sup>[78]</sup>因此,英美法系很难在事后纠正事实认定错误,从而一方面必须重视事前排除不可靠证据的制度安排,“由于事后不得对陪审团裁判的质量进行审查,英国司法制度不得不对庭审过程中采纳‘二流’证据——包括各式各样的派生材料——保持更大的谨慎”;<sup>[79]</sup>另一方面在上诉审中更加倚重证据排除规则对事实裁判提供的稳定约束,兰博约就特意强调了以证据排除规则为主要内容的英美证据制度与稳定的上诉审之间的关系:“证据法将审判置于司法监管之下。不断增长的证据法使法庭能够将一种严谨的理性制度引入到曾经相当随意的竞争说服过程中。通过坚持所提供的证据通常可以接受事

[72] [美]达马斯卡著:《漂移的证据法》,李学军等译,中国政法大学出版社2003年版,第62页。

[73] See John H. Langbein, *The German Advantage in Civil Procedure*, 52 *The University of Chicago Law Review* 823, 856 (1985).

[74] [德]克劳思·罗科信著:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,第505页。

[75] John H. Langbein, *The German Advantage in Civil Procedure*, 52 *The University of Chicago Law Review* 823, 856 (1985).

[76] Lisa Dufraimont, *Evidence Law and the Jury: A Reassessment*, 53 *McGill Law Journal* 199, 209 (2008).

[77] See Frederick Schauer, *On the Supposed Jury-Dependence of Evidence Law*, 155 *University of Pennsylvania Law Review* 165, 200 (2006).

[78] John H. Langbein, *Historical Foundations of the Law of Evidence: A View from the Ryder Sources*, 96 *Columbia Law Review* 1168, 1195 (1996).

[79] [美]达马斯卡著:《比较法视野中的证据制度》,吴宏耀等译,中国人民公安大学出版社2006年版,第255页。

先的司法审查,法院可以控制提交给陪审团的信息。这种控制是通过审判法院适用的审判规则与上诉法院的审查之间的互动关系来实现的。”<sup>[80]</sup>故辅助证明政策规则成为英美上诉审的重要条件。最后,对法官的外部激励因素也被纳入到辅助证明政策规则正当性的理论考量中来。德国法官的职业激励制度也被认为起到督促法官勤勉调查事实和公正裁判的作用,“无可否认德国法官的权力,但有关滥用司法权的投诉却极为罕见。职业激励和上诉审制度旨在阻止和纠正滥用行为。经验表明,它们是有效的”。<sup>[81]</sup>兰博约在评价德国刑事证据制度没有英美式的证据排除规则时不无肯定地指出:“德国人也不急于制定证据排除规则,以阻止警察和检察机关滥用权力。德国警察和检察官是专业人员,从国家一级进行分级组织和控制,并在公民投诉时接受有效的行政审查、司法审查和纪律处分。”<sup>[82]</sup>可见,兰博约清楚地讲明了证据排除规则与其他监督机制的替代关系,也即如果其他监督机制欠缺或效果不佳,证据排除规则就显得尤为必要了。

兰博约和南斯的研究消除了证据排除规则只适用于陪审团审判的误解,揭示了普通法系选择并继续支持证据排除规则的原因。更重要的是,新正当性理论提倡在裁判之外考量证据排除规则的正当性,这提示我们不能只在法官裁判这一个时空节点上考虑证据排除规则的正当性问题,否则得出的结论必然是不全面的。

## 五 我国行政诉讼中不可靠证据排除规则正当性的论证框架

大陆法系证据制度的结构化是在诉讼法典中进行的,这就使得大陆法系的证据制度在不同的诉讼制度环境中存在重要差异,是发现真实目标与不同诉讼制度价值追求的杂糅。

我国刑事诉讼与民事诉讼基于各自的考量,对不可靠证据选择了不同的规范取向。我国刑事诉讼通过多年的发展选择了日趋倚重不可靠证据排除规则的道路。通过 2010 年《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》、2012 年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》、2017 年《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》等司法解释不断新设因证据不可靠而排除的规则,至 2021 年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》,我国刑事诉讼中已经规定了初具规模和体系的不可靠证据排除规则。例如,2021 年解释第 83 条第 2 款规定“物证的照片、录像、复制品,不能反映原物的外形和特征的,不得作为定案的根据”,第 84 条第 2 款规定“对书证的更改或者更改迹象不能作出合理解释,或者书证的副本、复制件不能反映原件及其内容的,不得作为定案的

[80] John H. Langbein, *History of the Common Law: the Development of Anglo-American Legal Institutions*, Wolters Kluwer Law & Business, 2009, p. 458.

[81] John H. Langbein, The German Advantage in Civil Procedure, 52 *The University of Chicago Law Review* 823, 857 (1985).

[82] John H. Langbein, Controlling Prosecutorial Discretion in Germany, 41 *University of Chicago Law Review* 439, 447-448 (1973).

根据”,这些条款并非因为证据属非法证据而予以排除,而是因为证据本身真实性难以确定。2021年解释通过明确规定“不得作为定案的根据”,设立了20多项不可靠证据排除规则,限制法官在认定不可靠证据上的裁量权。

我国民事诉讼领域则没有出现不断创设不可靠证据排除规则的趋势。2002年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》并未针对不可靠证据规定“不得作为定案的根据”之条款,反而规定部分不可靠证据由法院综合判断其证明力,例如第92条第3款规定:“私文书证上有删除、涂改、增添或者其他形式瑕疵的,人民法院应当综合案件的具体情况判断其证明力。”后续的司法解释进一步明确对部分不可靠证据交由法院对其证明力予以裁量。2015年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第111条第2款规定:“人民法院应当结合其他证据和案件具体情况,审查判断书证复制品等能否作为认定案件事实的根据”,2022年修订该解释时亦做了相同的规定。可见,我国民事诉讼取向于将不可靠证据交由司法裁量权对其证明力进行综合考量,而非设立排除规则。

就行政诉讼而言,2002年《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》(以下简称《行政诉讼证据规定》)在不可靠证据问题上的制度设计与我国民事诉讼和刑事诉讼均不完全相同。《行政诉讼证据规定》第57条列举规定了“不能作为定案依据”的证据材料,其中第6款规定的“当事人无正当理由拒不提供原件、原物,又无其他证据印证,且对方当事人不予认可的证据的复制件或者复制品”、第7款规定的“被当事人或者他人进行技术处理而无法查明真伪的证据材料”、第8款规定的“不能正确表达意志的证人提供的证言”等属于不可靠证据而被排除;《行政诉讼证据规定》第46条还规定了意见证据规则,规定证人根据其经历所作的判断、推测或者评论,不能作为定案的依据。可见,我国行政诉讼区别于民事诉讼,在证据制度形成之初还是选择创设了若干不可靠证据排除规则,但数量和范围又不及刑事诉讼。

考察我国刑事诉讼与民事诉讼可以看到,经过各自领域司法解释的不断修订,两大诉讼法对不可靠证据选择了不同的规范取向。反观我国行政诉讼,自2002年《行政诉讼证据规定》颁行以来,行政诉讼证据规则并未进行过较大的系统性修订,学界也未对不可靠证据排除规则应朝向何种规范取向发展进行过深入的研讨,这并不是因为《行政诉讼证据规定》已经臻于完善,“《证据规定》的内容只是体现了行政诉讼证据制度改革的初步成果,由于行政审判实践是不断发展变化的,我们对证据规则的探索也要与时俱进,不断总结实践经验,在实践中完善证据规则”。<sup>[83]</sup>

诚如前述,对不可靠证据是应当设立排除规则,还是交由司法自由裁量,并非没有争议,这本身是一个需要细致研判的问题。在刑事诉讼领域,有学者认为将不可靠证据交由法官自由裁量是一种可以支持的“证明力反制证据能力”现象,<sup>[84]</sup>也有学者则坚决反对

[83] 孔祥俊:《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定的理解与适用》,《法律适用》2002年第10期,第12页。

[84] 参见纵博:《证明力反制证据能力论》,《中国刑事法杂志》2014年第4期,第65页。

这种“证据能力附属化”的做法。<sup>[85]</sup> 研究行政诉讼的学者,同样有的认可将最佳证据规则等作为证明力规则而不排除证据能力,<sup>[86]</sup>有的则坚决反对证据能力规定的“证明力化”。<sup>[87]</sup> 我国行政诉讼应当如何处置不可靠证据?《行政诉讼证据规定》中的不可靠证据排除规则应该何去何从?答案并非不言自明。在行政诉讼案件中,一纸文书复制件是否予以排除,往往左右着案件事实认定的结果。不可靠证据排除规则为我国行政诉讼带来的是更加准确的事实认定还是相反?更进一步地说,未来我国行政诉讼中应当加强不可靠证据排除规则还是取消?这些问题都关系到我国行政诉讼正确认定事实,不可谓不重要。但目前我国对此的研究不多,不可靠证据排除规则问题尚未受到我国行政诉讼法学的充分讨论,我们亦无法简单套用民诉或刑诉领域的理论成果来解决行政诉讼的问题。前述英美新证据学以及新正当性理论揭示了辅助证明政策规则在整个诉讼过程中对促进更充分获取信息、协调多元主体行动、保障更准确认定事实的多元功能。受此启发,我国行政诉讼中不可靠证据排除规则正当性的论证不应局限于是否有利于在裁判环节避免法官受误导这个单一维度,而是需要综合考量多个方面。

第一,需要结合认知心理学论证我国的职业法官是否需要借助不可靠证据排除规则来避免不可靠证据的可能误导。大陆法系传统学说将职业法官的认知优势作为否定不可靠证据排除规则的主要理由。大陆法系对于不可靠证据,并不急于在证据准入环节就将其逐出程序,而更倾向于相信职业法官能够正确判断这些证据的证明力,在证明力评价中正确地选择是否使用这些证据即可,也即无需将这些证据事先排除出诉讼程序,“主流的观点认为,限制性的规范是为保护非专业人士免受某些可能有危险之信息的影响而发展起来的,经验丰富的专业法官无需拘泥于这种规范。”<sup>[88]</sup>我国也有论者依据职业法官认知优势认为我国应排斥证据排除规则。<sup>[89]</sup>故正当性论证需要在传统的规范性论证之外,引入认知科学的研究,探讨传统认为的职业法官认知优势是否与认知科学的最新研究成果一致、不可靠证据排除规则适用于职业法官审判是否具有科学依据,这已是证据法学发展不可回避的方向。

第二,需要从整体诉讼制度的视角论证不可靠证据排除规则是否能够在提交证据环节起到激励双方当事人提供最佳证据的作用。如果把不可靠证据排除规则的正当性论证只聚焦在对法官正确事实推理的作用上,难免会在法官裁量可能带来的最优结果与按排除规则保障次优结果之间踌躇。但证据法不能仅仅是法官的法,我国行政诉讼同样需要证据制度发挥激励当事人提供最佳证据的作用。“行政诉讼实践中,当事人因害怕败诉,有时隐瞒、规避涉及国家利益、公共利益或者他人合法权益的事实”;<sup>[90]</sup>“在审判实践中

[85] 参见汪鹏飞:《论证据能力的附属化》,《当代法学》2014年第3期,第151页。

[86] 参见蔡小雪:《行政诉讼最佳证据规则的适用》,《人民司法》2002年第9期,第9页。

[87] 参见王薇:《行政诉讼证据可采性规则研究》,武汉大学2017年博士学位论文,第92页。

[88] [美]达马斯卡著:《漂移的证据法》,李学军等译,中国政法大学出版社2003年版,第69页。

[89] 参见李峰:《传闻证据规则,抑或直接言词原则?》,《法律科学》2012年第4期,第140页。

[90] 李国光主编:《最高人民法院〈关于行政诉讼证据若干问题的规定〉释义与适用》,人民法院出版社2015年9月版,第43页。

当事人提供的各类书证往往存在各种各样的问题”。<sup>[91]</sup> 面对这些现实问题,不能只寄希望于法官正确地甄别证据,还需要我国行政诉讼证据制度能够为当事人、证人等提供正向的制度激励。因此,当从诉讼整体视角来思考不可靠证据排除规则的正当性时,就需要去考察不可靠证据排除规则是否能够有效作用于其他诉讼主体,是否具有激励他们提出最佳证据的重要功能,“我们必须发展关于证据法会做什么和应当做什么的现代观点。并且,证据法明显会做的一件事就是提供激励与抑制动机。无视这一点不是理解或者完善法律的好方法。”<sup>[92]</sup>

第三,需要从整体行政法体系角度考察不可靠证据排除规则是否能够在行政执法环节也即行政诉讼证据的生成环节起到激励最佳证据生成的作用。行政诉讼证据的一个特殊之处在于,主要证据早在先前的行政执法环节中就已经形成。整个事实认定制度几乎都是围绕着法律预先指定的书证来设计的。例如,法律会要求制作行政处罚决定书,并对文书的形式有详细的要求;对于送达,最佳证据是受送达人的签收签字,而不是见证人的证言;法律还会要求行政相对人并非为了自己的利益而生成书证,如施工记录、药品生产记录、会计账册等,并对未生成的相对人加以制裁,这些文书日后就会成为行政诉讼中的主要证据。故行政诉讼证据以行政执法中形成的书证为主,行政诉讼查明事实高度依赖这些书证的可靠性。因此,不可靠证据排除规则正当性的论证仍有必要进一步向前回溯,将视野延伸到行政诉讼之前的行政执法环节中,研判不可靠证据排除规则对证据生成会产生何种影响,这显然是论证不可靠证据排除规则是否有利于发现真实的一块重要拼图。

第四,需要从更为宏大的视角观察在我国政治、社会、文化环境下,不可靠证据排除规则是否有利于实现行政诉讼的制度目的。立足更广阔的社会科学视野,我国法院、法官必然要在整个政治、社会、文化环境中来发挥作用,法院与法官的裁量权也必然会受到外部环境的影响,事实裁量权的行使也不例外。这些外部影响有的是良性的监督,有的是负面的干扰,而不可靠证据排除规则在介入到司法事实裁量权的过程中,对这些外部影响产生何种作用,是否发挥着助力良性监督、排除负面干扰的正向功能,也是我国行政诉讼中不可靠证据排除规则正当性论证的重要维度。

总之,不能将不可靠证据排除规则正当性的多维研究坍塌为个案式的个别不可靠证据证明价值大小的研究,而是要将理论视角放宽,在整体诉讼过程中甚至更宏大的场域中来考量我国行政诉讼中不可靠证据排除规则的正当性。如此,才能为未来我国行政诉讼中应当加强还是取消不可靠证据排除规则提供更为理性全面的思考和更为充分的理据。

[本文为作者主持的2023年度重庆市教委人文社会科学研究项目“行政法典编纂视野下证据制度编订研究”(23SKGH021)的研究成果。]

[91] 李国光主编:《最高人民法院〈关于行政诉讼证据若干问题的规定〉释义与适用》,人民法院出版社2015年版,第26页。

[92] [美]John Leubsdorf:《作为动机体系的证据法》,刘强译,《证据科学》2013年第1期,第125页。

---

---

## Evolution of the Legitimacy Theory of the Rules of Auxiliary Probative Policy in the Anglo-American Evidence Law and Its Implications for the Chinese Administrative Litigation

[**Abstract**] The rules of auxiliary probative policy embody in a concentrated way the particularity of the Anglo-American evidence law. They choose to exclude unreliable evidence that has certain probative value, rather than allowing it to enter the trial and having the fact judge comprehensively consider its probative capability. But this inevitably raises the question of whether excluding evidence of certain probative value actually reduces the possibility of discovering the truth. Thus, there are two long-standing competing normative orientations toward unreliable evidence: establishing an exclusionary rule to strictly exclude its evidentiary capability and letting the judiciary comprehensively consider its probative capability. Since Jeremy Bentham, there has been a struggle between the principle of free proof and the rules of auxiliary probative policy in the Anglo-American evidence jurisprudence. Therefore, the legitimacy theory of the rules of auxiliary probative policy is an important part of the Anglo-American evidence jurisprudence. The traditional general theory of the legitimacy of the rules of auxiliary probative policy is the jury control principle, according to which evidence law is designed to improve the accuracy of fact-finding by preventing lay jurors from making inappropriate inferences from certain questionable forms of evidence. However, the jury control principle has flaws and British and American scholars have criticized it from three aspects: epistemology, explanatory power and institutional history, and constantly tried to propose new legitimacy theories. New legitimacy theories such as the best evidence principle and the worst evidence principle reveal the multiple functions of the rules of auxiliary probative policy, such as promoting more adequate access to information, coordinating the actions of multiple subjects, and ensuring more accurate identification of facts. They break through the limitation of the perspective of the jury control principle, which only demonstrates the legitimacy of the rules of auxiliary probative policy in the jury trial process, and introduce the parties' evidence-proposing activities into the justification argument, thereby revealing the function of the rules of auxiliary probative policy of encouraging parties to provide cognitively better evidence, thus undoubtedly giving a more powerful response to the challenge posed by Bentham's anti-normative theory, which requires the cancellation of the rules of auxiliary probative policy. Inspired by these theories, the author of this article suggests that Chinese administrative litigation scholars should not reduce the multi-dimensional study of the legitimacy of the unreliable evidence exclusion rule to a case-by-case study of the value of individual unreliable evidence. Instead, we must look at the legitimacy of China's rules for excluding unreliable evidence in administrative litigation from the perspective of the overall litigation process, or even in a larger field.

---

---

(责任编辑:田 夫)