

ZHENGJU
FAHUE
YICONG



证据法学译丛·I | 潘金贵 主编

证明

如何进行庭前证据分析

[澳] 安德鲁·帕尔玛 (Andrew Palmer) 著

林诗蕴 都敏 张雪燃 译

王剑虹 审校

(第2版)

ZHENGMING
ruhe jinxing ting qian
zhengju fenxi

中国检察出版社

ZHENG
MING
FAHUI
YICONG



证据法学译丛·I | 潘金贵 主编

证明

如何进行庭前证据分析

[澳] 安德鲁·帕尔玛 (Andrew Palmer) 著
林诗蕴 都敏 张雪燃 译
王剑虹 审校

(第2版)

ZHENG MING
ruhe jinxing ting qian
zhengju fenxi

证据法学译丛·I | 潘金贵 主编
林诗蕴 都敏 张雪燃 译
王剑虹 审校
ISBN 978-7-5197-0000-0
定价: 35.00元
开本: 32开
印张: 12.5
字数: 300千字
出版时间: 2018年1月
印刷时间: 2018年1月
印次: 1
印数: 1000
ISBN 978-7-5197-0000-0

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

证明：如何进行庭前证据分析/（澳）帕尔玛著；林诗蕴，都敏，张雪燃译. —2版. —北京：中国检察出版社，2015.7

ISBN 978 - 7 - 5102 - 1255 - 0

I. ①证… II. ①帕… ②林… ③都… ④张… III. ①证据 - 研究 - 中国 IV. ①D925.013.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 180537 号

证明：如何进行庭前证据分析（第二版）

[澳] 安德鲁·帕尔玛 著

林诗蕴 都 敏 张雪燃 译

出版发行：中国检察出版社

社 址：北京市石景山区香山南路 111 号 (100144)

网 址：中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

编辑电话：(010) 68682164

发行电话：(010) 68650015 68650016 68650029

经 销：新华书店

印 刷：河北省三河市燕山印刷有限公司

开 本：720 mm × 960 mm 16 开

印 张：18.5 印张

字 数：296 千字

版 次：2015 年 7 月第一版 2015 年 7 月第一次印刷

书 号：ISBN 978 - 7 - 5102 - 1255 - 0

定 价：48.00 元

检察版图书，版权所有，侵权必究

如遇图书印装质量问题本社负责调换

“证据法学译丛”总序

中国特色的社会主义法律体系已经形成，然而在我国法律体系中，证据法领域长期以来未能得到应有的重视，无论规则建构还是理论研究都处于较为薄弱的状态。近年来，随着法治建设步伐的加快，尤其是随着三大诉讼法的修改，我国在健全证据制度方面有了长足的进步。特别是刑事诉讼中的“两个证据规定”、修改后的刑事诉讼法以及最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》等法律、司法解释中对证据较为详细的规定，极大地完善了刑事证据制度，解决了刑事诉讼中无证据规则可依的问题，加上此前最高人民法院颁布的《关于民事诉讼证据的若干规定》、《关于行政诉讼证据若干问题的规定》，应当说我国三大诉讼领域的证据规则已基本确立。与此同时，学界对于证据法学的研究也不断深入，发表、出版了一些证据法学方面的优秀成果。而2014年召开的中国共产党第十八届四中全会审议通过了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，绘就了我国全面推进依法治国方略的宏伟蓝图，开启了我国法治建设的新篇章，也给证据法学的研究提供了更为广阔的空间。

证据规则是一种经验规则，是人类在长期的司法活动中总结出来的认定事实、裁判案件的司法经验的结晶。不同的国家、不同的民族在不同的历史阶段会在司法活动中形成不同的证据规则或者证据法律体系。现代社会，尤其在进入互联网时代以后，可以说是“无国界”社会，国家、民族之间的法律文化交流融合更加深入，势不可挡。仅就证据制度而言，不可否认，我国在三大诉讼领域对证据规则的很多规定就充分借鉴了西方法治国家的一些先进的立法经验，引进了一些“西化”的证据规则，例如修改后的刑事訴訟法規

定的证明标准中“足以排除合理怀疑”的表述就是明证。应当看到，西方法治国家自进入资本主义社会后，在数百年的发展历程中，已经积累了丰富的司法实践经验，在证据方面形成了较为完善的证据规则体系，这不是我国自改革开放以来几十年的法制建设所能比拟的，因此，在我国全面推进依法治国的进程中，无论在证据制度还是其他法律制度的完善中，都应当进一步加强对外国法律的研究，充分汲取西方法治国家的法律文化精华，洋为中用，兼收并蓄，从而推动我国法治建设的更快更好发展。

故此，由我主持的西南政法大学证据法学研究中心在推出“证据法学论丛”这一学术平台后，又推出了“证据法学译丛”。前者重在给证据法学研究者提供一个学术园地，后者重在成体系地介绍西方法治国家的证据法学研究优秀成果。需要指出的是，学界已经翻译出版了一些西方学者撰写的证据法学著作，但是这些译著多是散见于其他法律文丛中，而迄今尚无专门的“证据法学译丛”，使得证据法学译著有不成体系之感。此外，我一直认为，学界对于西方证据法学著作的翻译（乃至其他法学著作的翻译）存在两个问题：一是更为注重对美、英、德等法治发达国家的证据法学专著的翻译，而对其他国家的证据法学著作的翻译较少予以关注；二是更为注重对西方著名学者的学术专著的翻译，而对于西方国家中优秀的法官、检察官、律师等撰写的侧重于实务操作的著作的翻译，或嫌其学术水平不够，而较少予以关注。实际上，任何国家的法律制度都有其可取之处，而法律作为一门实践性很强的学科，理论研究固然重要，但最终要服务于司法实践，对实践经验的总结同样不可忽视。因此，“证据法学译丛”将无国界地且更多向法治发达国家之外的国家选择原著，在兼顾学术专著翻译的同时，将主要以翻译西方法治国家中优秀的法律实务工作者如著名法官、检察官或者律师撰写的实践性强、操作性强、指导性强的证据法方面的著作为主，以彰显这套丛书的实践参考价值。

我所主持的“西南政法大学证据法学研究中心”是一个有官方名称却无任何官方支持的所谓学术机构。从筹建该研究中心到自费

推出“证据法学论丛”以及现在自费推出“证据法学译丛”，我都有一种“自娱自乐”的心态。我已过不惑之年，对自己的人生已经有一个清醒的定位，所以出版这两套丛书，绝不是为了赶学术时髦，也没高尚到要为谁做贡献，只是想做一点自己想做的、自己认为有意义的事情，至于旁观者如何评价，我已淡然。我将一如既往，无怨无悔，但求心安！

是为序！

西南政法大学证据法学研究中心

主任、教授、博士生导师

潘金贵

2014年12月于歌乐山麓

译者序

我与《证明：如何进行庭前证据分析》（第一版）的初次亲密接触是在几年前，我的好友深圳市人民检察院的检察官孙伟博士在访问澳大利亚时购买了安德鲁·帕尔玛先生的这本著作，并将其作为礼物送给了我。或许由于我和安德鲁·帕尔玛先生有近似的职业生涯——一方面在大学的法学院执教，另一方面在律师实务中执业——我对“同行”所写的书产生了浓厚的兴趣，一直有将该书翻译成中文的念头。在我主持成立了“西南政法大学证据法学研究中心”以后，首先推出了“证据法学论丛”，然后积极筹措推出“证据法学译丛”，第一本即选中了《证明：如何进行庭前证据分析》一书。我遂委托我指导的经常往返于澳大利亚和中国的硕士研究生张雪燃与安德鲁·帕尔玛先生联系，获赠了该书的第二版样书并谈妥了版权事宜，获得了安德鲁·帕尔玛先生的慷慨授权。于是我组织所指导的具有较好英文水平的研究生对该书进行了翻译。现经过多方努力，终于夙愿成真！

安德鲁·帕尔玛先生是澳大利亚墨尔本大学法学院副教授，更是澳大利亚著名的大律师，既具有较为扎实的法学理论功底，更具有丰富的司法实践经验。安德鲁·帕尔玛先生将自己律师实务中如何进行庭前证据分析的宝贵经验凝聚成了《证明：如何进行庭前证据分析》一书。

在该书中，安德鲁·帕尔玛先生就如何进行庭前证据的初步准备工作、如何进行案件推理及证明以及如何进行庭前的最后准备工作等进行了详细的论述，内容翔实丰富，辅之以适当的案例和图表等论证方式，使得全书实践性强、可操作性强，对于司法实务中如何进行庭前证据分析和证据准备具有很强的指导意义。书中对于证据的一些基本问题的探讨，如关于证人和其他证据来源、关于关联性、关于推理、关于否定证据和证据灭失、关于证据的证明力和证明标准等问题的讨论，对于丰富证据法学理论、开拓研究视野也具有较大的参考价值。

在翻译的过程中，考虑到中文写作和阅读的习惯，我们对原著的标题序号进行了适当调整，但不会影响到原著的体例和完整性；同时，为了方

2 证明：如何进行庭前证据分析

便读者准确地查询到原著中提到的文献资料，我们将原著的文中注释改为脚注的形式（个别地方为了避免重复保留了文中注的方式），并根据参考文献提供的信息作了必要的补充，但除相关作者名外未作中文翻译；同样为了保证准确性而未作翻译的还有参考文献部分。

《证明：如何进行庭前证据分析》一书第6章及之前的内容由林诗蕴翻译，第7章由张雪燃翻译，第8~9章、注释及附录由都敏翻译。全书由王剑虹审校。感谢译者和审校者的辛勤劳动。此外，该书以及“证据法学译丛”的面世，还得益于中国检察出版社社长阮丹生先生、副总编辑安斌先生以及责任编辑俞骊女士的大力支持！谨致谢忱！

潘金贵

2014年12月

写给中国读者的话

我非常高兴《证明》一书由潘金贵教授组织进行翻译。对于本书所有的新读者们，我真诚地希望本书能有助于诸位完成诉讼活动中最重要的任务：分析与准备证据。

致以最美好的祝愿！

安德鲁·帕尔玛
墨尔本法学院副教授

序 言

这是一本关于什么的书

这是一本关于证据的书。它提供了一种方法或者说是一套方法。这套方法可以用于分析和组织事实信息，形成我们对案件事实的概括。这项内容是律师庭前准备的一个重要部分。在构思本书的过程中，笔者的灵感来自以下多个方面，包括大量证据分析文献、笔者多年来担任执业律师的经验、笔者从其他律师身上获得的经验以及笔者在墨尔本大学法学院教授“证据和证明”这门课程时运用的各种方法。

在本书的开始部分，笔者想先说明：我们所描述的这种方法并不是律师在庭前准备中应当或必须遵循的方法，也并非概括一个经验丰富、有能力的律师应当如何为庭审做准备。笔者仅希望本书所述之内容能够为庭前准备提供一套系统的方法，并且该套方法可适用于所有律师而无须任何特殊才能及经验的要求。从本质上来看，本书探讨了关于律师可能如何为庭审做准备的理论，如舒姆（Schum）和蒂尔斯（Tillers）提出的证据整理理论，这个理论并不属于规范性或描述性的理论，而属于第三类理论范畴：

该类理论并非指明人们应当如何完成某项任务或是应当如何行为，而是关于人们可能如何行为的理论。这种理论听起来就像是一种启发式的理论，能够帮助人们思考。事实上，我们所发展的这种理论就是一种推理。我们所述的关于证据推理的理论，就是一种关于如何组织证据和进行证据披露的启发式的理论。^①

这是一本给谁看的书

本书的目标读者是诉讼人，包括巴律师（出庭律师）和沙律师（当事人所聘请的一般辩护律师），同时也包括非律师的诉讼参与者，如希望改善

^① Schum D and Tillers P, “Marshalling Evidence for Adversary Litigation” (1991) 13 *Cardozo Law Review* 657, p. 696.

及加强自身庭前准备能力的警察和检察官。无论在刑事诉讼、民事诉讼还是在行政诉讼中，无论是代表检方、被告人还是代表原告或辩方，本书中所述的方法都适用。如果你已经是一名对自身分析证据的方法较为满意的富有经验的律师，那么本书可能对你的意义较小。如果你还未形成一套关于在庭前准备中如何分析证据的方法，那么我们很高兴地告诉你，本书将帮你做到这一点。

此外，本书还特别针对一群特殊的“缺乏经验的诉讼人”，即证据学和辩护学专业的学生。例如，在墨尔本大学（即笔者执教的大学），多年以来，证据法都放在诉讼中的证明这一情境下进行讲授，在接触证据可采性的问题前，学生首先要学习如何分析证据以证明案件。现在，该门课程的名称是“证据和证明”，而非仅仅是“证据”。这一转变已在帕尔玛（Plamer）2002年的文章中作过讨论，在本书最后10.1“给证据学教师的注释”中也将简要讨论这一问题。

在“辩护”这一课程中，学生通常会被要求进行案件推理，但即使是最好的辩护学教科书对案件推理的讨论通常也是非常简略的。然而，正如大多数教科书所强调的，提高案件推理水平是有效辩护的重要组成部分。因此，我们希望本书能够为辩护学这一课程提供一些有用的补充材料。

最后，证据以及证据法的学者和教师也是本书的目标读者之一。如在本书的第一章所述，本书的主体部分对于本书在证据法中的地位只是轻描淡写地带过。然而，本书与之前的证据法学著作在主题方面仍有很大的不同，我们将在本书末尾部分的注释中对这部分差异予以讨论。

尽管笔者在澳大利亚（特别是维多利亚）生活、教书、执业以及写作，但本书并非只适用于某个特定的司法管辖区。鉴于本书主要关注的并不是证据法，而是证据本身，因此，我们希望本书所讨论的方法能够适用于对抗制诉讼中所有的司法管辖区。第8章“证据的可采性分析”是最需要针对特定的司法管辖区的部分。然而，即使是在这一章中，我们也是以一种比较宽泛的方式进行写作，将关注的重点集中在方法上，例如，界定什么是传闻证据，而非具体分析特定的规则或是这些规则的例外。正是出于这个原因，在本书中并未涉及太多的案例或是法典。

致谢

本书末尾部分的注释以及参考文献详细地列明了写作本书时所运用到

的各种学说、术语、概念和方法的来源。其中许多重要的资料来自下列老师的著作：威廉·特宁、特瑞斯·安德森、大卫·舒姆、彼特·蒂尔斯和约翰·亨利·威格莫。对于对上述学说、术语、概念和方法的详细内容有兴趣的读者，这些作者的著作是很好的起点。

《证明》第一版的出版经历了很长时间的酝酿，在第一版的创作过程中，我从与同事、朋友和学生所进行的众多谈话、讨论、互动以及他们的评价中获益良多。在第一版出版后，我也不断从学生、同事和朋友处收集反馈，并一直向合作过的巴律师和沙律师学习。在此，我要感谢托马斯·瑞特斯、娜塔莎·诺德、玛丽琳·谢尔德以及米德兰德·特普斯特尔斯，他们帮助我解决了写作本书的过程中所遇到的众多挑战。

最后，也是最为重要的，我要感谢我的妻子玛德莲。本书第一版的写作是在我的儿子卡洛斯出生后数月进行的；而这一版又是在我的儿子吉瑞姆两岁生日之前完成的。感谢我的爱人玛德莲，感谢卡洛斯，感谢吉瑞姆，感谢你们一直以来的支持，感谢你们给了我美好的家庭生活，谢谢你们。

安德鲁·帕尔玛

墨尔本

2009年12月11日

致 谢

特别鸣谢下列信息源惠准笔者使用下列摘要或文章：

Austthink Software: <http://austthink.com>

- bCisive (用于准备第6~8章以及附录中的图表)

《堪培拉时报》: www.canberratimes.com.au

• R. 坎贝尔:《解开仇恨之网:大卫·哈罗德·伊士曼案》(1995年11月4日)

法律委员会及英国与威尔士法律报告: www.lawreports.co.uk

- 每周法律报告 (WLR)

法律图书公司: www.thomsonreuters.com.au

- 联邦法律报告 (CLR)

宾夕法尼亚州立大学出版社: www.psupress.org

- D. 沃尔顿:《专家意见的上诉:来自权威的观点》(1997年)

JohnWiley & Sons, New York: www.wiley.com

• 查尔斯·桑得尔斯·佩尔斯, 引自舒姆:《盖然推理的证据学基础》(1994)

法律图书公司、托马斯·路透斯澳大利亚有限公司以及本书作者对于惠准我们使用其文章或文章摘要的出版社、代理人以及作者表示诚挚的感谢。我方已尽己所能与所引用资料的版权所有人或其代理人取得联系, 对于因疏忽可能存在的侵权情况, 我方表示诚挚的歉意。欢迎上述侵权情况中的合法所有权人与我方联系。

目 录

“证据法学译丛”总序	1
译者序	1
写给中国读者的话	1
序 言	1
致 谢	1

1 导 论	1
1.1 目的	3
1.2 方法概述	4
1.3 参考文献	5
1.4 方法适用说明	5

第一篇 第 一 步

2 准备工作	9
2.1 明确目标	11
2.2 整理文书	12
2.3 电子文书管理	12
2.4 可能的文书分类	13
2.5 阅读资料	14
2.6 明确需要完成的工作	14
2.7 在何时使用何种方法	15
2.7.1 所有的诉讼阶段，所有的诉讼	15

2 证明：如何进行庭前证据分析

2.7.2 调查与证据收集	15
2.7.3 起草起诉书	16
2.7.4 中间程序	17
2.7.5 刑事诉讼	17
2.7.6 证据指导	17
2.7.7 审判准备	18
2.7.8 进行审判	18
2.8 小结	19
3 事件表	21
3.1 概述	23
3.2 事件表的其他用途	24
3.3 事件表的准备与更新	25
3.4 使用全部有效信息	25
3.5 之前，之中，之后	26
3.6 交叉引用源信息	26
3.7 记录证据之间相互冲突和矛盾之处	27
3.8 确定信息空缺	28
3.9 明确我方案件的弱点	28
3.10 事实事件表和程序事件表	29
3.11 迷你事件表	30
3.12 事件表的结构	30
3.13 事件表只是众多工具中的一种	31
3.14 小结	31
4 调查	33
4.1 概述	35
4.2 调查思维	36
4.2.1 运用富有想象力的思维来构建案件推理	36
4.2.2 运用识别实验以确定或排除假设	37
4.2.3 一个例子：夏洛克·福尔摩斯	39
4.3 整合信息促进调查	40
4.3.1 根据来源处理信息	40
4.3.2 证人及其他“演员”	41

4.3.3 物证和书证	41
4.3.4 根据案件情节处理信息	42
4.3.5 根据“线索”处理信息	42
4.3.6 根据法律规定处理信息	44
4.3.7 根据事实问题处理信息	45
4.4 小结	46

第二篇 案件推理及证明

5 案件推理	49
5.1 概述	51
5.2 选择一个案件推理	52
5.2.1 什么是案件推理	52
5.2.2 案件推理的两个方面：案件和推理	53
5.2.3 辩方的案件推理	54
5.2.4 对方的案件推理	55
5.2.5 法律案件的调查与选择	55
5.2.6 选择事实推理	56
5.3 将事实推理与法律案件相结合	61
5.3.1 陈述法律案件	61
5.3.2 确认争议事实	61
5.3.3 确定事实推理的关键要素	64
5.3.4 关于证明对象的思考	65
5.4 小结	67
6 证明案件推理	69
6.1 概述	71
6.2 将证据与事实推理相匹配	72
6.2.1 关注真正的争议点	72
6.2.2 用证据证明实质性事实	73
6.2.3 填补漏洞	75
6.2.4 剩余证据	75
6.2.5 辩护推理	76

4 证明：如何进行庭前证据分析

6.2.6 否定对手的事实推理	76
6.2.7 寻找证据项目的来源	77
6.2.8 证据法的影响	77
6.2.9 小结	78
6.3 组织论据	79
6.3.1 叙述法	79
6.3.2 图表法	80
6.3.3 概括法	92
6.3.4 检验案件地图	92
6.4 小结	93
7 关于证据若干问题的探讨	95
7.1 概述	97
7.2 关于证人和其他证据来源的讨论	97
7.2.1 三种主要的证据来源	98
7.2.2 证人可靠性的讨论	99
7.2.3 关于物证的讨论	101
7.2.4 关于书证的讨论	101
7.2.5 关于证据来源可采性的讨论	102
7.2.6 利用图表法证明证据的可靠性	103
7.2.7 证明证据可靠性的证据之可采性	107
7.3 关于关联性的讨论	108
7.3.1 间接证据的使用	108
7.3.2 关于推理中普遍原理的使用规则	109
7.3.3 将普遍原理纳入案件图表	110
7.3.4 推理中所使用的普遍原理的由来	111
7.3.5 推理链条	112
7.4 关于推理的讨论	117
7.4.1 关于两种推理的讨论	117
7.4.2 找到每一项推理中的“分岔路”	118
7.4.3 证实推理中存在其他可能的解释	119
7.4.4 消除推理中存在其他解释的可能性	120
7.4.5 图表中可能存在的其他解释	122