

国际商务游戏规则： 英美证据法

杨良宜 杨大明 著

法律出版社
LAW PRESS

国际商务游戏规则： 英美证据法

杨良宜 杨大明 著

法律出版社
LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

国际商务游戏规则:英美证据法/杨良宜,杨大明著.
北京:法律出版社,2002.9
(英美法教学书系)
ISBN 7-5036-3940-7

I. 国… II. ①杨…②杨… III. 证据—制度—研究—世界 IV. D915.13

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 065432 号

©法律出版社·中国

出版/法律出版社
编辑/法律教育出版中心
总发行/中国法律图书公司
经销/新华书店
印刷/北京朝阳北苑印刷厂
责任印制/李跃

开本/787×960 毫米 1/16
印张/49.75
字数/1030 千
版本/2002 年 9 月第 1 版
2002 年 9 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)
电子邮件/info@lawpress.com.cn
电话/010-88414121
网址/www.lawpress.com.cn
传真/010-88414115

法律教育出版中心/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)
电子邮件/jiaoyu@lawpress.com.cn
读者热线/010-68710329
传真/010-88414115

中国法律图书公司/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)
传真/010-88414897
销售热线/010-88414896 88414899
网址/www.Chinalaw-book.com

书号:ISBN 7-5036-3940-7/D·3657 定价:79.00 元

出版说明

“他山之石，可以攻玉”。英美法相对于我国法来说，或可谓“他山之玉”。

的确，无论从文化传统、历史源流，还是从法律渊源、法律方法、司法制度等各方面来看，英美法和我国法的差异都相当大。近代之前，两者差不多是沿着“东方是东方，西方是西方”的不同进路，各守其土，不相往来；近代以来，我国移植大陆法系，移植社会主义法系，以及构建有中国特色的法律体系，从英美法中获取借鉴处亦不为多。前瞻来日，这种状况或将改变。对于仍处于转型期的我国法来说，认识英美法，借鉴英美法，参其良制，取其法意，自有裨益于我们法治国家的建设。而事实上，就是在英美法和大陆法之间，两种曾经迥异的传统今天也正在进行着悄然地融合。各大法系之间的相互了解、借鉴、吸收、融合，既合所谓“东海西海，心同理全”的老话，更是不同法系之下的人民从事商务、政务、法务交往的实际需要。

认识英美法，尤其是系统地认识英美法，或是通过法学院学习，或需系统自学，这都要求有系统的英美法教材。我们推出这套“英美法教学书系”，主要是取材于英美国家法学家和法官教学、研究与审判实践中的优秀成果和成熟经验，内容包括英美法的具体制度、法学理论、司法技术和经典判例。目的在于提供一套从学说判例、从理论到实践的系统全面的教学用书。具体来说，包括教科书、判例评注、经典判例汇编等各种形式。既注意充分展现英美法的特质，也尽量弥补我国学生学习外国法时因无法亲历而缺乏感性经验的缺憾；既重学理，也注意学以致用。或为忠实译笔，或为精心撰著，或为原版影印，或为博采选编。其中有在英美广受欢迎的优秀教材，也有精通英美法的华人的经典作品和新作。

在道出“他山之石，可以攻玉”之后，那首《诗经·鹤鸣》接着说：“鹤鸣于九皋，声闻于天”。我们不妨用这句话，祝福中国法律与法律教育的演进和中国法律人的成长。不但是鹤鸣，更祝福鹤之翱翔。

法律出版社法律教育出版中心

2002年8月

目 录

第一章 序言	(1)
§ 1 中国人不讲证据	(1)
§ 2 中国人懒于取证,不肯花钱,不想麻烦与不懂调查	(2)
§ 3 西方建立了一套完整的证据法	(2)
§ 4 结束语与本书附录的网页	(6)
第二章 文件证据(documentary evidence)	(8)
§ 1 文件证据的好处/优点	(8)
1.1 稳定、可靠、不因时间的逝去而受影响	(8)
1.2 提前去了解案件的强弱	(9)
1.3 法官与仲裁员对文件证据给予较重的份量	(11)
1.3.1 口头证据的证人素质起决定性作用	(11)
1.3.2 英国法院从侧重口头证据变为侧重文件证据	(13)
1.3.3 文件证据与口头证据互有矛盾的取舍	(15)
1.3.4 当时文件应被重视原因的总结	(16)
1.3.5 有利的文件需要高水平/素质的人士去制作	(17)
1.4 愈多愈完整文件证据,能避免被诉	(22)
1.5 愈多愈完整文件证据能缩短聆讯甚至避免开庭	(23)
§ 2 文件证据种类之一:自己的文件	(25)
2.1 恰当时间进行调查/收集证据	(25)
2.2 律师有责任尽早提醒客户有关披露文件证据的责任与有责任保证诚实披露	(27)
2.2.1 提醒之一:不要消灭有关文件	(29)
2.2.2 提醒之二:不要制作新的不利文件	(30)
2.3 商务仲裁的不同之处	(35)
§ 3 文件证据种类之二:对方的文件	(37)
3.1 在文书请求后对方披露的文件	(37)
3.1.1 文书请求(pleadings)	(38)
3.1.2 文书请求若是琐屑无聊或无理取闹会被法院撤销	(43)
3.1.3 商务仲裁的难处与案例介绍	(44)
3.1.4 文书请求与文件证据不符的情况	(46)

3.2 谁与证人会面	(47)
3.2.1 好处?	(48)
3.2.2 提前文件披露的方法之一:向法院申请	(50)
3.2.3 提前文件披露的方法之二:人身伤亡之诉讼与新民事诉讼规则的扩大	(51)
3.2.4 提前文件披露的方法之三:Anton Piller 命令	(54)
3.2.5 提前文件披露的方法之四:命令马上交出文件	(54)
3.2.6 提前文件披露的方法之五:Mareva 禁令	(55)
3.2.7 提前文件披露的方法之六:要求文书请求,宣誓书与/或证人书面口供提及的文件	(55)
3.2.8 提前文件披露的方法之七:申请“简易判决”(summary judgment)	(57)
3.2.9 提前文件披露的方法之八:申请“检查”(inspection)	(60)
3.2.10 提前文件披露的方法之九:按合约关系可去获得	(67)
§ 4 文件证据种类之三:第三者的文件	(67)
4.1 法院考虑之一:第三者是证人的“mere witness rule”	(68)
4.2 法院考虑之二:报刊的消息/资料来源	(68)
4.3 强制第三者提前披露的方法之一:法院的传唤到庭(subpoena)	(69)
4.4 强制第三者提前披露的方法之二:Norwich Pharmacal Orders	(69)
4.5 强制第三者提前披露的方法之三:人身伤亡诉讼与新民事诉讼规则的扩大	(72)
4.6 强制第三者提前披露的方法之四:按合约关系或从其它权力可去获得	(74)
4.7 向第三者提前披露的方法之五:公众记录	(74)
4.7.1 来源之一:公司注册处	(75)
4.7.2 来源之二:报刊	(76)
4.7.3 来源之三:警察/公安	(76)
4.7.4 来源之四:国家法院	(77)
4.7.5 来源之五:其它来源	(78)
§ 5 海外/在国外的文件证据	(79)
5.1 外国当事人(原告或被告)的文件	(79)
5.2 海牙公约(Hague Convention)	(80)
5.2.1 简介	(80)
5.2.2 公约的第一章	(80)
5.2.3 何谓“民事与商业事件”?	(81)
5.2.4 拒绝要求的情况	(81)
5.2.5 审理前的提前披露(pre-trial discovery)	(82)
5.2.6 证人的特权(privilege)	(83)

5.2.7 公约的第二章	(84)
5.2.8 监誓口头证据的缺点与改良	(85)
5.3 两国双边协议	(86)
5.4 在外国法院起诉取证	(86)
5.5 海外文件持有人在英国设有分行/分支的情况	(87)
5.6 英国法院审理案件对外国取证的态度	(88)
5.6.1 英国民事诉讼规则的有关“书面要求”条文介绍	(88)
5.6.2 书面要求的格式版本	(90)
5.7 英国法院对协助外国审理法院去取证的态度	(91)
5.8 美国法院的立场与做法	(93)
5.8.1 允许广泛诉讼前/审理前披露的原因	(93)
5.8.2 文件证据	(93)
5.8.3 证人	(94)
5.8.4 好处	(95)
5.8.5 坏处	(95)
5.9 商务仲裁在这方面的困难	(96)
5.10 私家侦探的雇佣/指定	(99)
§ 6 文书请求后的文件披露(discovery/ disclosure)	(100)
6.1 简介	(100)
6.2 “文件”的定义	(102)
6.3 什么的当事人要提供文件披露?	(103)
6.3.1 外国主权国家	(103)
6.3.2 有限公司	(104)
6.3.3 保险公司	(104)
6.3.4 代表方(representative)	(104)
6.3.5 代名人(nominee)	(104)
6.3.6 多位被告(multiple defendants)	(104)
6.4 “有关”文件的定义;Peruvian Guano 先例	(105)
6.4.1 Peruvian Guano 先例困难之一:现实中不易去解释与适用	(106)
6.4.2 Peruvian Guano 先例困难之二:有关文件实在太多与做法太昂贵	(107)
6.4.3 收窄 Peruvian Guano 先例定义之一:O v M 先例	(109)
6.4.4 收窄 Peruvian Guano 先例定义之二:特定文件披露的法院裁量权	(112)
6.5 Peruvian Guano 先例的取消或改变:Civil Procedure Rules	(118)
6.5.1 追求减低诉讼费用与更佳“利弊比例”(proportionality)	(118)
6.5.2 标准披露(standard disclosure)包括哪些	(119)
6.5.3 披露不再是自动而是由法官下令	(120)

6.5.4	特定披露(specific disclosure)	(121)
6.5.5	披露证明(disclosure statement)	(123)
6.6	掌握什么是重要有关文件的重要性及其考虑	(124)
6.6.1	不重要/无关的文件之一:过往(或同类)经历证据(similar fact evidence)	(125)
6.6.2	不重要/无关的文件之二:善后/补救行为	(128)
6.6.3	不重要/无关的文件之三:以文书请求作出的懂法律与内行判断	(129)
6.6.4	不重要/无关的文件之四:以常识/逻辑作出的判断	(135)
6.6.5	不重要/无关的文件之五:钓大鱼、投机调查/收集证据、表面看不出有“重要证据作用”(evidential materiality)	(135)
6.6.6	当事人对“重要有关文件”的判断	(136)
6.7	享有特权的有关文件可以不抖出来的例外	(140)
6.7.1	机密与特权的区别	(140)
6.7.2	法律业务特权(legal professional privilege)之一:法律意见特权(legal advice privilege)	(141)
6.7.3	法律业务特权(legal professional privilege)之二:诉讼特权(litigation privilege)	(151)
6.7.4	共同利益特权(common interest privilege)	(174)
6.7.5	自证其罪特权(self-incrimination privilege)	(180)
6.7.6	和解谈判的“无损害”特权(without prejudice privilege)	(185)
6.7.7	公共利益特权/豁免(public interest privilege/immunity)	(193)
6.8	对特权的弃权(waiver)	(199)
6.8.1	谁有权可以弃权	(199)
6.8.2	怎样会导致弃权	(202)
6.9	对文件拥有、托管或控制的范围	(213)
6.9.1	拥有(possession)	(213)
6.9.2	托管(custody)	(213)
6.9.3	控制(power)	(214)
6.9.4	英国 Civil Procedure Rules 作出的改变	(216)
6.10	披露的做法/步骤	(216)
6.10.1	英国民事诉讼规则(Civil Procedure Rules)的规定	(217)
6.10.2	组织客户的文件	(223)
6.10.3	清单的结构(list of documents)	(224)
6.10.4	清单例子之一	(225)
6.10.5	文件清单实例(续)	(238)
6.10.6	披露责任的期限	(248)

6.10.7 查阅文件(inspection)	(251)
6.10.8 更多更好的披露(further and better discovery)	(252)
6.10.9 不依从披露命令的惩罚	(256)
6.10.10 披露完结后的相应行动	(267)
6.10.11 电子文件	(303)
第三章 口头证据(oral evidence)	(312)
§ 1 必须依赖口头证据的情况	(313)
§ 2 如何取证的简介	(315)
2.1 书面证人证言的做法	(315)
2.2 开庭审理的一般程序	(316)
2.3 最后讲话/发言的重要	(319)
§ 3 证人证言的拟定	(320)
3.1 案情调查/收集证据的与证人会面	(320)
3.2 谁与证人会面	(321)
3.3 与证人会面只为证人证言	(322)
3.3.1 证人证言的历史、作用与要求	(322)
3.3.2 证人证言的定义与利弊	(324)
3.3.3 有虚假内容的证人证言会发展为假口供的刑事罪	(332)
3.3.4 代表律师/大律师拟定证人的证人证言时所处地位与做法	(333)
3.4 证人证言的内容及格式	(354)
3.5 非专家证人的意见证据	(355)
§ 4 证人证言何时与如何互相交换	(358)
4.1 证人证言何时备妥与交换?	(359)
4.2 同时交换的一般做法	(360)
4.3 对方律师拖延的对策	(360)
4.4 先后送达的危险	(361)
4.5 过了时限送达的证人证言	(362)
4.6 找不到证人去拟定证言的对策	(362)
§ 5 Depositions(口供书)	(367)
§ 6 开庭审理的取证	(367)
6.1 主讯问(examination-in-chief 或 evidence-in-chief)	(368)
6.2 反盘问(cross-examination)	(368)
6.2.1 目的/意图	(368)
6.2.2 反盘问的一些戒律与技巧	(386)
6.2.3 被反盘问证人的一些戒条与技巧	(391)
6.2.4 法官或仲裁员聆听与取信口头证据的一些戒条与技巧	(403)

6.2.5 反盘问的优/劣	(403)
6.2.6 再盘问(re-examination)	(406)
§ 7 上诉推翻一审事实认定的情况	(408)
7.1 上诉庭不能再取证重新审理一次	(409)
7.2 上诉庭仅凭誊本或证供记录的缺点	(410)
7.3 商务仲裁不能对事实的认定提出上诉或救济	(410)
7.3.1 例外之一:仲裁员的不良行为	(411)
7.3.2 例外之二:新证据的出现	(414)
7.3.3 例外之三:仲裁员承认自己犯有错误	(415)
7.3.4 例外之四:对与否管辖权之争	(415)
§ 8 昂贵的程序:开庭审理	(417)
8.1 节省办法之一:避免开庭	(417)
8.2 节省办法之二:减少口头争辩/取证	(422)
8.3 节省办法之三:限时限刻的“断头台”做法	(423)
8.3.1 开庭时间难以预算的主因	(423)
8.3.2 开庭时间预留不足的补救办法	(424)
8.3.3 断头台做法	(425)
§ 9 敌意证人倒转矛头的情况(hostile witness)	(426)
9.1 为何证人会突然讲反话	(426)
9.2 证人突然讲反话怎么办	(428)
§ 10 对第三者传到庭的做法	(430)
10.1 是否去传到庭的考虑	(430)
10.2 传到庭传票/证人传票什么时候送达	(431)
10.3 第三者证人反对传到庭	(431)
10.3.1 谁有权反对	(431)
10.3.2 第三者证人反对的理由	(432)
10.4 CPR 有关证人传票(witness summons)条文的简介	(433)
10.5 海外第三者证人的传到庭	(436)
§ 11 开庭审理的其他方面	(436)
11.1 证人资格与数目	(436)
11.2 任何当事人不拥有证人(no property in a witness)	(438)
11.3 誊本或证供/开庭记录(transcript)	(440)
11.4 宣誓或确证(确认证言)(oath or affirmation)与如何对付伪证	(441)
11.5 结论	(443)
第四章 专家证据(expert evidence)	(444)
§ 1 何谓专家证据?	(444)

§ 2 为何需要专家证据?	(445)
2.1 法律与科技融合的困难	(445)
2.2 专家难去代替法官/仲裁员	(447)
2.3 怎样去改良以利融合法律与科技?	(448)
2.3.1 试图改良之一:法院可去委任审理顾问或法院专家(当事人申请下)	(448)
2.3.2 试图改良之二:海事法院的一贯做法	(453)
2.3.3 试图改良之三:法院去专业化	(455)
2.3.4 试图改良之四:批准当事人委任专家并利用/依赖他/她们的证据 ...	(455)
2.3.5 商务仲裁代替法院的理念,做法与困难	(457)
2.4 总结	(458)
§ 3 何谓专家?	(460)
3.1 如何寻找最适合/能干的专家?	(463)
3.1.1 特殊或/与罕见争端所需的专家(one off expert)	(464)
3.1.2 专职或有法庭经验的专家证人(professional expert)	(465)
3.2 专家证人的培训	(472)
3.2.1 两种不同的专家	(472)
3.2.2 中国/亚洲一些专家的缺陷	(472)
3.2.3 教育与培训的渠道	(473)
§ 4 专家证人被掉包/临时更换的情况	(474)
4.1 不应允准的原因	(474)
4.2 专家证人与事实证人区分不易的取巧	(474)
§ 5 专家证据必须先获准批准	(477)
§ 6 法院在开庭前批准专家证据的考虑(Admissibility)之一:CPR 与有 关先例	(477)
6.1 节省费用/减少浪费	(478)
6.1.1 专家费用高昂的原因	(478)
6.1.2 英国“民事诉讼规则”(Civil Procedural Rules)对待与办法	(479)
6.2 可否接受专家证据与是否协助法院	(486)
6.3 不接受/否定专家证据的先例(inadmissibility)	(487)
6.3.1 在一事项委任多于一个专家	(487)
6.3.2 在明显不过的事实	(487)
6.3.3 在作用有疑的情况	(489)
6.3.4 “事后诸葛亮”为法官去推断与判断事实真相	(490)
6.3.5 专家依赖无关,无用或过时的事实资料	(491)
6.3.6 法院已有自己的专家协助	(493)

6.3.7 有关本国法律法院无需协助	(494)
6.3.8 所谓专家证人不对口或不够资格	(495)
6.3.9 专家证人不够独立	(497)
6.3.10 专家证人不知所谓/不懂程序	(499)
§ 7 法院批准接受专家证据的考虑之二:大原则与总结	(500)
7.1 有关与证据价值的定义与考虑	(500)
7.2 能否协助法院的考虑	(503)
7.3 CPR 下主要目标之省钱与利弊比例的考虑	(504)
7.4 新科技的考虑	(504)
7.5 批准/接受专家证据的总结:CPR 的适用下	(505)
7.6 反对对方专家证据被接受的做法与时机	(506)
§ 8 专家证据矛盾之一:法官(或陪审团)与专家证人的分工	(507)
8.1 判决是法官的工作,专家证人只是协助	(507)
8.2 节制专家证人之一:普通法的“最后结论规则”(The Ultimate Issue Rule)	(509)
8.3 节制专家证人之二:普通法的“传闻规则”(The Hearsay Rule)	(511)
8.4 节制专家证人之三:普通法的“假设问题规则”(The Hypothetical Question Rule)	(513)
8.5 节制事实证人之四:普通法的“事实与意见分开规则”(The Fact/Opinion Rule)	(514)
8.6 总结普通法的一些规则与现在的节约/平衡做法	(515)
8.7 当今法官与专家证人如何分工?	(515)
§ 9 专家证据矛盾之二:要求当事人的专家证人独立,公正,客观的协助法院	(518)
9.1 当事人专家证人难去独立/客观的原因	(519)
9.2 独立的定义	(520)
9.3 法律对专家证人在独立性的要求	(521)
9.3.1 CPR 的要求	(521)
9.3.2 专家对客户负责与法院负责的分水线	(521)
9.3.3 普通法/案例的要求	(522)
9.4 如何从制度上去解决这个矛盾?	(525)
9.4.1 不独立,不客观的意见会是毫无用处/份量	(526)
9.4.2 制度上保证一定程度的独立例子:会计制度	(526)
9.4.3 英国法院的 CPR 如何去保证专家证人独立?	(527)
9.5 总结	(533)
§ 10 专家证据矛盾之三:法院直接委任审理顾问或法院专家?	(534)

10.1 做法受批评/不足之处与可能对策	(534)
10.1.1 受批评之一:法官与审理顾问之间黑箱作业,当事人无法知悉或异议:	(534)
10.1.2 受批评之二:多浪费金钱,因为多了一组专家?	(535)
10.1.3 受批评之三:法院委任专家或审理顾问质素成疑?	(535)
10.1.4 受批评之四:法官会懒惰?	(536)
10.1.5 受批评之五:法官会是毫无选择余地	(536)
10.2 英国法院的 Woolf 勋爵改革不包括这种做法	(536)
§ 11 专家意见/报告	(538)
11.1 依赖的事实/资料必须说明与进一步分析	(538)
11.2 总结必须提供所依据内容与详情以利分析并给予份量	(540)
11.3 专家报告必须慎言,也不得不言	(541)
11.4 CPR 对专家报告的实质内容要求	(542)
11.4.1 操作指引(Practice Direction)对专家报告内容的要求	(542)
11.4.2 披露委任专家证人的指示与保护特权的做法	(544)
11.4.3 专家学院(Academy of Experts)对专家报告内容的要求	(547)
11.5 CPR 对向对方专家证人以文书提问的做法	(549)
11.5.1 CPR 的说法/措词	(549)
11.5.2 作用/意图	(551)
11.6 双方专家证人在开庭前见面商谈为去减少争端/争论范围	(552)
11.6.1 有关先例	(553)
11.6.2 CPR 对双方专家证人在开庭前见面商谈的规定	(555)
11.6.3 商业法院指示的规定	(556)
11.6.4 专家学院的说法	(558)
11.6.5 结论	(560)
11.7 专家证人修改专家报告版本	(561)
11.8 专家报告格式/版本	(561)
11.8.1 高水平专家报告的重点	(562)
11.8.2 专家学院示范格式	(562)
§ 12 专家证人出庭接受反盘问	(567)
12.1 为何重要?	(567)
12.2 把专家传唤到庭接受反盘问	(568)
12.3 任何人无权拥有专家证人(no property in an expert witness)	(569)
12.4 开庭聆讯	(569)
§ 13 法院对专家证据/意见的取舍或/与给予适当份量	(577)
13.1 法院必须有原因支持决定	(577)

13.1.1 指导思想	(577)
13.1.2 没有足够原因的严重后果:下令重审	(579)
13.1.3 不足够原因的例子	(579)
13.1.4 什么是足够原因?	(580)
13.1.5 下令重审的其他补救方法探讨	(581)
13.1.6 有足够原因的好处	(581)
13.2 专家意见对立的情况与取舍	(582)
13.2.1 三种对立情况	(582)
13.2.2 重要先例说法	(583)
13.2.3 先例在对立专家意见的取舍	(584)
13.2.4 对立专家意见难以取舍?	(589)
13.2.5 对立专家意见均不采纳的情况	(590)
13.2.6 总结双方专家意见对立取舍	(591)
13.2.7 专家证据与事实证据的矛盾或一致的考虑	(594)
13.2.7 专家证据与事实证据的矛盾或一致的考虑	(594)
13.2.9 事实与意见证据对立取舍/轻重受质疑案例之一	(595)
13.2.10 事实与意见证据对立取舍/轻重受质疑案例之二	(596)
13.2.11 事实与意见证据对立取舍/轻重受质疑案例之三	(601)
13.2.12 仲裁中对意见证据轻重掌握的前观	(603)
13.3 光凭专家证据审理与不证自明案件(res ipsa loquitar)	(604)
13.4 对专家意见证据的上诉	(605)
§ 14 其他	(606)
14.1 专家出庭与口供书(deposition)	(606)
14.2 豁免责任(immunity)	(608)
14.3 时限与延误	(609)
14.4 时效(Time bar)	(611)
14.5 人权法(Human Rights Act 1998)	(612)
14.6 实物证据与专家报告	(613)
§ 15 总结	(613)
第五章 商务仲裁中的证据问题与解决方法	(622)
§ 1 国际商务仲裁简介与中国律师的关系	(622)
§ 2 仲裁员不必依照英国证据法	(625)
§ 3 仲裁员仍必须了解证据法	(628)
3.1 仲裁员要面对证据法的重要部份如“特权”与操作	(628)
3.2 仲裁员在证据犯错仍会构成“不良行为”或“严重不正常”	(631)
3.3 仲裁员有法律及道德责任去准确分析与给证据恰当的份量	(634)

§ 4 目前证据方面难题多去针对仲裁员,而忽视当事人律师所面对难题	(634)
4.1 国际仲裁中当事人可任意委任代理人/诉讼代表所带来的差异做法	(636)
4.2 解决办法之一:证据份量的不同轻重	(636)
4.3 解决办法之二:国际律师公会(International Bar Association)的努力	(637)
4.3.1 1983 IBA Rules	(638)
4.3.2 1999 IBA Rules of Evidence 简介	(638)
4.3.3 1999 IBA Rules of Evidence 的条文节录	(638)
第六章 举证的要素(Elements of Proof)	(641)
§ 1 什么是举证?	(659)
§ 2 区分主要论点与中间事实	(659)
2.1 主要论点以直接证据举证	(659)
2.2 中间事实与环境证据的推理	(659)
2.3 直接证据与环境证据的优劣比较	(660)
2.4 环境证据的特殊种类	(661)
2.4.1 展望式证据(prospectant evidence)	(662)
2.4.2 附随式证据(concomitant evidence)	(662)
2.4.3 回顾式证据(retraspectant evidence)	(666)
§ 3 举证责任与所需标准(The Burden and Standard of Proof)	(669)
3.1 以举证责任决定胜负的“Popi M”	(671)
3.2 刑事的举证责任与所需标准	(671)
3.3 民事的举证责任与所需标准	(673)
3.3.1 以“概然性权衡”(balance of probability)为标准	(675)
3.3.2 可否以数学计算可能性的百分比?	(675)
3.3.3 例外之一:民事中涉及刑事或其他严厉指控的举证责任与标准	(677)
3.3.4 例外之二:将来损失/损失机会的估计	(678)
3.3.5 例外之三:简易判决与中间付款在举证责任的差异	(679)
3.3.6 法院举证责任(legal burden)与提出证据责任(evidential burden)的分别	(681)
3.4 谁有举证责任?	(682)
3.4.1 谁提出主张谁要举证的大原则	(683)
3.4.2 大原则的道理与变化	(683)
3.4.3 大原则的例外之一:res ipsa loquitur 说法/理论	(684)
3.4.4 大原则的例外之二:托管(bailment)	(685)
3.4.5 大原则的例外之三:国际公约/立法如海牙规则/海上运输法	(689)
3.4.6 大原则的例外之四:合约的明示条文	(691)

3.4.7 大原则的例外之五:海上保险合同	(692)
§ 4 不必证据支持的事实	(693)
4.1 例子之一:承认(admission)	(700)
4.2 例子之二:司法通知(judicial notice)	(700)
4.3 禁止翻供(Estoppel)的定案(Res judicata)与一事不理(Issue estoppel)原则	(701)
4.3.1 定案的两条大原则与原因	(702)
4.3.2 诉人(in personam)与诉物(in rem)的分别	(705)
4.3.3 定案的要求	(705)
4.4 刑事案件为民事案件提供证据	(706)
第七章 其它有关证据的课题	(716)
§ 1 证据的“有关”(relevance)、“可接受”(admissibility)、“重量/份量” (weight)的探讨	(719)
1.1 证据法最基本/重要的大原则:局限在有关证据	(719)
1.1.1 把关的法官:接不接受有争议的证据	(720)
1.1.2 刑事案件的足够或不足够有关	(720)
1.1.3 民事案件的足够或不足够有关证据的例子:语境	(723)
1.2 其它局限的有关证据	(728)
1.2.1 不恰当与过份影响的证据之一:过往经历证据(similar fact evidence)	(729)
1.2.2 不恰当与过份影响的证据之二:性格(character)	(730)
1.2.3 可靠程度有疑的证据:传闻证据(hearsay evidence)	(731)
1.2.4 承认事实(admission)与认罪书(confession)	(742)
1.2.5 公共政策不鼓励接受为证据:特权(privileges)	(743)
1.3 法院或仲裁员如何考虑证据的恰当份量/重量:总结	(743)
§ 2 大律师的证据意见(advice on evidence)详论	(747)
2.1 指示大律师问证据意见(Instructions to Counsel to Advise on Evidence)	(747)
2.2 大律师的作战计划	(750)
第八章 结论	(753)
案例索引	(757)

第一章 序 言

§ 1 中国人不讲证据

从小笔者就听说中国人是一个不讲证据的民族,但内中的涵意与它的害处笔者一直是不甚了了。这等同是说中华民族重情轻法或不讲法治一样,它们都是看不见,摸不到,甚至是一般水平不足的人感觉不到的理念。直至笔者通过学习英美法,并点点滴滴地慢慢了解有关证据法的大框架,笔者自己有换了一个脑袋的感觉。笔者也深深感受到对证据漠视的祸害,这严重性不只是中华民族没有办法去掌握一些先进科技可以去相提并论。

众所周知,去“准确认定事实”(finding of fact),“了解真相”(knowing the truth)是靠证据。“事实”一般都是已发生了或现存的事实,但也可以是预测将来的事实。证据愈是优质与完整,则找出事实真相的可能性愈高或结论也愈接近真相,好象是考古学家或历史学家的做法与态度一样。而有了对事实真相的掌握,往往才能去作出一个判断,这判断会是重要或次要,但思维方式都是一样。一般人一生都逃避不了如学业、事业、婚姻、移居出国、转换工作、自己创业、重大投资、自置物业等等的重大判断;而小的判断更是每天都有好几回或好几十回。若是掌握重要职位的“非一般”人士如国家领导,每天要面对的重大判断更是多不胜数,而错误判断的后果可以是家毁国亡,或是害死害苦了千千万万老百姓,这是绝不能轻视的。

上一段所讲,表示中华民族不讲或不重视证据,相比西方人士对认定事实/了解真相的准确程度就往往比不上。进一步,这也导致假设该事实作为大前提所作出的判断,也不会准确/正确到那里,甚至是错得十分离谱。这种惨痛的例子,多不胜数。举其中一个是中华民族不会遗忘的,就是慈禧太后认定了义和团刀枪不入的“事实”,而在这个假设下,向西方列强宣战,最后导致八国联军攻入北京。据闻当时西方列强心态是要好好教训这些“无理可说”的野蛮中国人。

笔者在想,慈禧太后若是掌握一些西方证据法的精神与做法,应该是绝对不会去认定这样重要的“事实”(因为要以它去作出重大的判断,而向西方列强宣战)。当然,这固然对中华民族是十分惨痛,但有否从中学到了“正确”的教训呢?教训是有不少,例如一个是洋人不能乱碰,一碰就要去付出重大的代价。但这在中华民族而言不应该是“正确”的教训。“正确”应是指有积极意义的,可去防止重蹈覆辙。故此对笔者而言,“正确”的教训应是去建立一套与英美证据法接近甚至能去超越的思维办法,务求