

陪審團審判 與對抗式訴訟

Jury Trial and the Adversary System

易延友 著



 三民書局

國家圖書館出版品預行編目資料

陪審團審判與對抗式訴訟 / 易延友著. -- 初版一
刷. -- 臺北市：三民，2004
面；公分
參考書目：面
ISBN 957-14-4093-0 (平裝)
1. 審判

586.54

93017418

網路書店位址 <http://www.sanmin.com.tw>

◎ 陪審團審判與對抗式訴訟

著作人 易延友
發行人 劉振強
著作財產權人 三民書局股份有限公司
臺北市復興北路386號
發行所 三民書局股份有限公司
地址 / 臺北市復興北路386號
電話 / (02)25006600
郵撥 / 0009998-5
印刷所 三民書局股份有限公司
門市部 復北店 / 臺北市復興北路386號
重南店 / 臺北市重慶南路一段61號
初版一刷 2004年11月
編號 S 585300
基本定價 捌元肆角
行政院新聞局登記證：台新登字第○二○○號

有著作權與鄰權侵害

ISBN 957-14-4093-0 (平裝)

初版序

本書係在我博士論文的基礎上改寫而成。博士論文寫作歷時兩年，通過答辯後即將其束之高閣，一年之後重新審視，發現其生命力似乎尚在，遂開始修訂。歷半年光陰，終有小成。

寫作本書之目的，乃是對英美法系這一最具特色之法律制度進行客觀之觀察與描述。本此目的，本書既無力於創造任何深澀高妙之理論，亦無意於在中國引進某種制度或主義。從五四運動以來，我們引進或創立或發展的主義不是太少，而是已經夠多。其中有些主義的確害人不淺。我們引進的制度也不在少數，然而真正能夠實施的卻十分稀罕。而這主要是由於大家對這些東西還完全不瞭解或不完全瞭解的時候就接受並引進了它們。因此，瞭解是接受與引進的前提。古人云：三思而後行；西諺曰：看准了再跳（Look before you leap）。對於外國的主義與制度，自然必須反覆研究、反覆瞭解，並在理解的基礎上進行評判。

為了使自己的觀察與理解盡可能準確，本書對不同的資料進行了區分。在能夠找到原始資料的情況下，我當然要盡量找到並使用原始資料。套用英美法系證據法的一條規則，就是「最佳證據規則」。實在沒有原始資料的時候，才使用第二手的資料。在中國，不是沒有人對陪審團作過研究，也不是沒有人對訴訟模式作過論述。但是，就其資料屬性而言，實非上上之選。所以，能夠不引用的，我盡量不予引用，甚至也不看。雖然也許會有個別極優秀的文章可能因此遺漏，從而產生瀚海遺珠之恨，那也只好如此了。

我經常將學術的研究比喻為探礦與採礦。一個題目是否蘊涵學術之富礦，端賴學者之經驗與眼光；對蘊涵富礦之題目如何進行開採，則需具備相關學術之涵養。就我而言，探礦本身乃是十分艱苦之事業；然而一旦認定一個地方有礦，就當矢志不渝、堅定不移地挖下去，而不是像某些人所

做的那樣，這裏挖一下，那裏挖一下；飄然而至，又悠然而去，帶走了幾粒漂亮的頑石，然後像孫猴子那樣，刻下「齊天大聖到此一遊」之類字樣，到處招搖撞騙。我知道他們不是在探礦，他們是在圈地盤。畢竟，在一個日趨浮躁的社會，浮光掠影、蜻蜓點水、沽名釣譽比較正常，窮鑒隱伏、潛心鑽研、探求真知則比較艱難。既然如此，他圈他的地，我採我的礦。

探礦既已十分辛苦，採礦自亦更加艱難。雖然明知自己資質駑鈍，甚無可能以一普通學者身分而獲萬世流芳之英名；然而總是期望以嘔心瀝血之作，成就文章千古之盛事。李白有詩云：「人攀明月不可得，月行卻與人相隨。」正因為有了這樣一點點狂妄，所以通常才會對一個問題做很多年的研究。本書就是三年多來努力採礦的結果，是無數個不眠之夜苦思冥想的結晶。

本書研究的題目本來是大家都不怎麼關注的問題，但是在學術研究似乎已經日趨產業化的時代，我相信這個問題不久就會「熱門」起來。三年來，我一直在這條寂靜荒僻的道路上踽踽獨行，期望在人潮湧至之前發現幾顆值錢的寶貝。我將我的發現呈現於本書，是否寶貝，敬請讀者明鑒。

易延友

農曆甲申八月記

誌 謝

本書之寫作與出版得到很多方面之惠助。

我的博士導師——中國政法大學的終身教授陳光中先生，曾力薦我於英國華威大學學習一年，並對我的論文寫作給予了悉心的指導。這對於本文的寫作起著十分關鍵的作用。我的碩士導師李寶岳教授多年來對我的學習與生活均給予無私的幫助，他對我的關懷使我終身難忘。所以，我希望藉此機會，向兩位教授表達誠摯的敬意與衷心的謝忱。

在我赴英國留學期間，英國大使館文化教育處慷慨提供了獎學金，使我有機會充分利用該大學圖書館之資料，在此也向英國大使館文化教育處表示由衷之感謝！

在博士論文答辯期間，中國政法大學的周士敏教授、程味秋教授、卞建林教授，北京大學的賀衛方教授、陳瑞華教授以及中國社會科學院的王敏遠研究員均撥冗參加我的博士論文答辯，他們對我的論文提出了中肯而富有建設性的修改意見。清華大學的高鴻鈞教授、中國政法大學的劉金友教授、楊宇冠教授及中國社會科學院的熊秋紅研究員，均為我博士論文的評議付出了心血。在此一併向他們致以謝忱！

臺灣理律律師事務所李念祖大律師及其秘書王璇小姐，熱心推薦拙作於久負盛名之三民書局；三民書局編輯部諸位先生、小姐慧眼識珠，欣然應允將該書納入出版程序，並為本書之出版費心盡力，希望他（她）們亦能不嫌微末地接受著者表達之敬意與謝意！

清華大學法學院
易延友 謹誌

陪審團審判與對抗式訴訟

目 次

初版序

誌 謝

緒 論	1
一、研究的對象與意義	1
二、方法論引論	3
三、對抗式訴訟之一般觀念	7
四、帕卡的「兩個模式」理論	8
五、達馬斯卡的訴訟模式理論	11
(一)意識形態對訴訟模式的決定作用	12
(二)司法官僚結構對訴訟風格的影響	15
六、本書使用之概念及其內部關係	16
七、對抗式訴訟的歷史沿革	18
八、本書的基本思路與主要內容	21

第一編 陪審團審判之起源及其司法功能之發展

第一章 陪審團審判之起源	27
--------------	----

一、古老的彈劾式訴訟	27
二、威廉征服與陪審團的引進	30
三、亨利二世改革與陪審團的司法化	32
四、拉特蘭宗教會議及審判陪審團之產生	38
五、陪審團審判制度確立之原因	46
(一)陪審團審判之確立反映著積極行動主義意識形態抬頭之趨勢	47
(二)陪審團起源時仍然是放任自由主義意識形態占主導地位的時代	48
第二章 陪審團司法功能之發展	53
一、大小陪審團之分離	53
二、迴避制度之發展	55
三、小陪審團組成人數之確定	57
四、從多數裁決到一致裁決	57
五、陪審團證人身分之弱化	59
(一)早期陪審團的證人特徵	59
(二)從證人團到法官團的演變	60
六、陪審團獨立地位之加強	64
(一)糾汙陪審團的消亡	64
(二)法官懲罰陪審團制度的廢除	65

第二編 陪審團審判與彈劾式訴訟

第三章 糾問式訴訟之濫觴	71
一、教會法院訴訟程序之起源	71
二、教會刑事訴訟程序之發展	72
三、糾問式訴訟之產生	76
四、教會法院糾問式訴訟之特徵	78

五、世俗法院訴訟程序之糾問化	81
第四章 陪審團審判之運作原理	87
序論	87
一、放任自由主義與當事人主義	88
(一)放任自由主義意識形態與當事人主義訴訟模式	88
(二)陪審團審判下的放任自由主義與當事人主義	91
二、非犯罪控制程序與無罪推定原則	95
三、中立的陪審團與獨立的法官	99
(一)法官中立與獨立之概述	99
(二)陪審團之獨立地位及其效果	101
(三)陪審團對法官獨立之促進功能	104
四、依照良心裁決與反對雙重歸罪	106
(一)陪審團使法律無效之權力	106
(二)反對雙重歸罪之原則	108
五、廣場化的司法與劇場化的審判	110
(一)廣場化之司法與劇場化之審判界說	110
(二)廣場化司法之劇場化效果	112
(三)同位模式之法官結構與爭鬥風格之法庭審判	115
六、彈劾式訴訟與糾問式訴訟	118

第三編 陪審團審判之移植與傳播

第五章 陪審團在歐洲大陸之移植	125
序論	125
一、陪審團在法國之引進與變革	126
(一)1791年「刑事訴訟法」：陪審團之引進	126

(二) 1808 年「刑事訴訟法」：陪審團之改革	128
二、陪審團在大陸法系其他國家之移植	130
三、法國陪審團之實踐狀況	133
四、法國陪審團之實踐效果	136
五、陪審團在歐洲大陸衰退之反思	141
(一) 陪審團衰退之簡況	141
(二) 陪審團衰退之原因	141
六、結 語	151
第六章 陪審團在英美及日本的傳播	153
一、陪審團在美國的繼承	153
(一) 早期殖民地陪審團概況	153
(二) 陪審團的革命功能	156
(三) 美國陪審團的發展	159
二、陪審團在其他國家（地區）的繼承	160
(一) 蘇格蘭（歐洲）	160
(二) 澳大利亞（澳洲）	160
(三) 紐西蘭（南太平洋北澳大利亞）	163
(四) 加拿大（北美洲）	164
(五) 印度（亞洲）	164
(六) 南非（非洲）	165
(七) 日本（亞洲）	166
三、失敗的教訓與成功的經驗	167
(一) 移植後的陪審團的實施情況	167
(二) 陪審團失敗的原因	168
(三) 陪審團成功的經驗	171

第四編 對抗制的發展與當代陪審團審判之運作

第七章 對抗制的現代化與證據法的誕生	175
一、律師的介入與對抗制的現代化	175
二、證據規則的雛形及其發展	178
(一)證據規則的雛形	178
(二)交叉詢問規則的產生	181
(三)排除合理懷疑標準的確立	182
(四)當代英美證據規則的法典化	184
三、當代英美證據排除規則的主要內容	186
(一)傳聞證據	187
(二)意見證據	188
(三)品格證據	188
(四)相似事實	189
四、陪審團對證據規則之影響	190
五、證據規則與陪審團裁決之正當性	194
第八章 當代英美對抗制中之陪審團審判	201
一、擔任陪審員的資格及陪審義務的豁免	201
二、陪審員的召集與陪審團的組成	203
(一)選拔陪審員	203
(二)抽籤	204
(三)陪審員的迴避	204
(四)選舉陪審團團長	206
三、陪審團審判程序	206
(一)交付程序 (Committal proceeding)	207

(二)法庭審判	208
(三)法官之指示	209
(四)陪審團評議	211
(五)陪審團裁決	213
(六)懸案陪審團	213
四、法官與陪審團之關係	214
(一)法律與事實之分野	214
(二)法官拒絕陪審團裁決的權力	215
(三)陪審團不理睬法官（法律）的權力	217
五、陪審員的報酬	218
六、美國死刑案件中的陪審團	219

第五編 陪審團審判之力量與未來

第九章 沒有陪審團審判就沒有對抗式訴訟

——陪審團審判與其他審判程序之比較	231
序 論	231
一、英大法系之法官比大陸法系之法官更加消極	232
二、英大法系之律師比其大陸法系同行更為活躍	236
三、陪審團審判為定罪設置了更多證據障礙	240
(一)英大法系存在著比大陸法系更多的排除規則	240
(二)英大法系的舉證規則為控訴方實現定罪目標比大陸法系設置了更多的障礙	244
(三)全外行組成的陪審團的證據評價機制更加有利於被告人	246
四、英大法系比大陸法系之法庭審判更富於辯論風格	249
五、英大法系法官審判中對抗制因素之削弱	250

六、造成差別之原因	256
第十章 陪審團在衰退嗎	
——當代陪審團發展趨勢之解讀	259
一、陪審團適用減少的趨勢及其原因	259
(一)陪審團審判適用減少的趨勢	259
(二)陪審團審判適用減少的原因	261
二、對陪審團的批評與對批評的評析	263
(一)對陪審團審判的批評	263
(二)對陪審團審判制度批評的評價	267
三、陪審團在部分國家的復興	268
(一)俄羅斯	268
(二)西班牙	269
(三)日 本	270
(四)南 非	271
四、陪審團的力量	272
(一)陪審團仍然是放任自由主義意識形態的忠實體現者	274
(二)更高的證明要求為被告人提供了更多的保護	276
(三)當事人主義的訴訟模式更多地維護了訴訟參與人的尊嚴	281
(四)同位模式的法官體制從各個角度加強了英美法系法庭審判的 辯論式特徵	282
五、改革：英美法系陪審團的發展趨勢	283
結 語	287
參考文獻	297

緒 論

一、研究的對象與意義

陪審制度包括當代大陸法系實行的混合庭審判制度，中華人民共和國實行的人民陪審員制度，以及英美法系實行的陪審制度；其中英美法系的陪審制度又包括大陪審團起訴制度和小陪審團審判制度。陪審團審判制度是陪審制度的一個重要組成部分，但也是其中最燦爛奪目的一部分。

本書以陪審團審判制度為研究對象。本書所稱之陪審團審判，僅僅指英國、美國和其他英美法系國家實行的、由一定成員的非法律專業人員組成的團體對爭議事實進行最終裁決的制度。另外，本書還將主要限制在對審判陪審團也就是通常所稱之小陪審團的研究，對於英美法系某些國家（主要是美國）至今存在的大陪審團制度則僅僅在必要時有所提及。所以，本書雖然是關於陪審團審判制度的研究，但是它並不涉及所有的陪審制度。

之所以選擇陪審團審判制度作為研究的對象，主要是基於以下考慮：

第一，陪審團審判制度是英美法系訴訟制度中最具特色的制度之一。陪審團審判制度和英國普通法的歷史一樣久遠，其起源最早可以上溯到古代羅馬法，但是今天英美法系實行的陪審團審判起源於古代法國，由諾曼征服後引入英國，後傳遍英美法系國家，並為部分大陸法系國家所接受。在近現代司法改革以前，陪審團審判一直是各種訴訟中唯一的審判方式，它決定著刑事訴訟和民事訴訟程序的各個方面。它是英美法系國家訴訟文化產生和發展的源頭，本身也是英美法系訴訟文化的重要組成部分。可以說英美法系眾多的法律原則、法律規則都與這一制度息息相關，因此，不瞭解陪審團審判制度，就很難談得上真正瞭解被稱為「對抗式訴訟」（或「當事人進行主義之訴訟」）的英美法系的訴訟；因此，對於瞭解英美法系的訴

訟價值、法律文化而言，陪審團審判制度可以說是一座橋樑。

第二，儘管陪審團審判對於瞭解英美訴訟制度及其法律文化均可說是一座必經之橋樑，然而，它在中國的研究卻尚處於萌芽階段，因而極有研究之必要。陪審團審判制度一直都是英美法系審判制度的核心。古往今來，它曾經牽動過無數著名法學家的心神，吸引著他們有限的精力。漢密爾頓、托克維爾、布萊克斯通、孟德斯鳩、邊沁、斯賓塞、斯伯納、霍姆斯、史蒂芬、威格默、弗蘭克、威廉姆斯、塞耶、丹寧、德弗林、利威等，無一不對陪審團審判制度青睞有加，並在其著述中對其激情盛讚或理性評說。從 20 世紀 50 年代以來，一批研究陪審團審判的專著也如雨後春筍般紛紛出籠，其中以美國芝加哥大學的一項實證研究最為引人注目，該研究以《美國陪審團》為題正式出版。^❶但是在中國，陪審團審判制度的研究仍然是國內學者比較生疏的一個題目，雖然在一些著述中偶有論及，但是比較全面、系統的研究尚未出現，相關的研究主要是在論述陪審制度的時候附帶涉及一下，因此關於這項制度的研究尚處於初級階段；而且，在中國大陸，不僅一本關於陪審團的譯著也沒有，要找到一篇專門論述陪審團審判的文章都非常困難。所以，本書的目的即在於開始一項關於陪審團審判制度的研究，以期能有更多優秀的學者對西方這一獨具特色而又長盛不衰的制度進行不懈的探索。

第三，將研究對象限定為審判陪審團而主要不涉及其他形式的陪審團和其他形式的陪審制度，是為了集中精力對這一制度進行盡可能深入的研究，以便對該制度作盡可能深入、透徹的理解和闡釋。當然，在進行比較時偶爾也會涉及其他形式的陪審制度，但是這僅僅是為了更好地理解本文

❶ 參見：Harry Kalven, Jr., and Hans Zeisel, *The American Jury*, The University of Chicago Press, 1970. 要將全部有關文獻予以列舉幾乎是不可能的，本文只對其中已經有中譯本的若干代表作品擇要加以陳列：漢密爾頓，〈就陪審團審判續論司法部門〉，載《聯邦黨人文集》，商務印書館，1980 年，第 1 版，第 83 篇；托克維爾，《論美國的民主》，董果良譯，商務印書館，1988 年，第 1 版，第 8 章；孟德斯鳩，《論法的精神》，張雁深譯，商務印書館，1963 年，第 1 版。

的主題。所以，文章對其他形式的陪審團和其他形式的陪審制度，僅僅是附帶論及。

二、方法論引論

陪審團審判制度雖然在中國的研究尚處於起步階段，但是在英美法系已經是一個很成熟的題目，關於陪審團審判制度的文章著作可謂汗牛充棟。因此，本研究在資料方面可以說幾乎不存在任何問題。但是，如何把這個問題更深入地研究下去，而不僅僅是對西方陪審團的介紹、或是對西方法學家的重複，角度和方法的選擇就顯得尤為重要。坦率而言，我既無可能也不應當從所有的角度對陪審團審判制度進行分析，而只可能從某一個角度來分析陪審團審判制度。

在許多著名的論著中，陪審團都是作為一種政治制度加以論述的。托克維爾在其名著《論美國的民主》中，雖然也承認陪審制度既可以作為司法制度而存在，也可以作為政治制度而起作用，但同時卻指出：把陪審制度只看作司法制度的做法是十分狹隘的。他說：

陪審制度首先是一種政治制度，應當把它看成是人民主權的一種形式。當人民的主權被推翻時，就要把陪審制度丟到九霄雲外；而當人民主權存在時，就得使陪審制度與建立這個主權的各項法律協調一致。猶如議會是國家的負責立法的機構一樣，陪審團是國家的負責執法的機構。為了使社會得到穩定的和統一的管理，就必須使陪審員的名單隨著選民的名單的擴大而擴大，或者隨其縮小而縮小。依我看，這一點最值得立法機構經常注意。其餘的一切，可以說都是次要的。^②

筆者以為，托克維爾關於陪審制度首先是一種政治制度的判斷，乃是出於其自身觀察的視角和重點。若由法律觀之，陪審制度雖屬政治制度，但是其在政治上之功能，首先卻是通過其作為司法制度之形式而得到實現

② 【法】托克維爾，《論美國的民主》（上卷），董果良譯，商務印書館，北京，1988年，第1版，第315頁。

的。因此，陪審制度乃是一種司法制度，其意義則在於實現法治上之特定目標。如此理解，與英美人民之政治生活方式恰相吻合。在某些國家，幾乎所有的問題最終都會轉化為政治問題，從而也必然轉化為道德問題來處理，其結果就是社會的泛道德化。與之相反，在英美等國，幾乎所有的問題最後都會轉化為法律問題，因此才有今天西方的法治社會。對此，托克維爾曾經正確地斷言：在美國，沒有一個政治事件不是求助於法官之權威的。^③因此，由法律之眼光觀之，陪審團審判首先並且本質上應當是一種為實現法治而設定之制度。

既然陪審制度本質上是通過一種特殊的司法程序實現法治的目標，那麼其目標究竟為何？當代許多學者在解釋陪審制度之價值目標時，無不將民主作為其重要價值之一加以論述。筆者以為，這種認識雖然並不算全錯，但是卻略顯膚淺。謂其不算全錯，是因為從當今陪審團的組成來看，其成員的平民（而非貴族）之身分完全可以獲得確認，因此，陪審制度的確可以視為人民參加行使國家權力之重要方式。但從歷史上看，陪審團並不一定是民主的體現，擔任陪審員的人若均為貴族，則其民主之功能實在大有疑問。在這方面，托克維爾的論斷值得在此原封不動地加以引用：

陪審制度既可能是貴族性質的，又可能是民主性質的，這要隨陪審員所在的階級而定。但是，只要它不把這項工作的實際領導權交給統治者，而使其掌握在被統治者或一部分被統治者的手裏，它始終可以保持共和性質。^④

所以，雖然陪審團也許可以體現民主，但是它並不一定總是體現民主，

③ 同②，第109頁。

④ 同②，第313頁。本書雖然不贊成托克維爾關於理解陪審制度之部分論點，但是仍然認為其觀點大部分是可以接受的。只不過，托克維爾主要是從政治民主的角度出發來觀察陪審團，本書則是從法律與自由之角度來觀察之。可以這樣說，人們如果希望瞭解陪審團的政治角色，大可以閱讀托克維爾之著作；若是希望瞭解陪審團如何通過司法程序保障公民法律上之自由，則一定要閱讀本著作。

從而也可以說它最根本的目標不是民主。既然陪審團審判的根本目標不是民主，那又是什麼呢？依筆者之見，是自由。純粹的民主國家不一定是共和國，以「人民」來命名的國家也不必然是自由的國家。但是，真正的共和國，一定是自由的國度。陪審團審判制度，就是通過將一部分司法權掌握在一部分非統治者手中的方法，實現保障自由的功能。

陪審團保障自由的功能是顯而易見的。正因為陪審團審判之首要目標在於保障自由，所以它才在刑事訴訟中不斷地被強調。漢密爾頓曾經指出：

歷來司法的專橫主要表現在武斷起訴、以武斷方法審判莫須有的罪行，以及武斷定罪與武斷判刑；凡此均屬刑事訴訟範圍。刑事訴訟由陪審員審判，輔之以人民保護令立法，似為與此有關的唯一問題。^⑤

因此，保障自由乃是陪審制度最主要、最顯著也最直接的功能。當我們將陪審團審判制度作為一種司法形式來研究，當我們將其功能主要限定為法律上所實現之功能時，也只能將其功能主要限定為保障自由。至於陪審團的其他功能則可以說都是次要的。^⑥

⑤ 【美】漢密爾頓、傑伊、麥迪遜，《聯邦黨人文集》，程逢如、在漢、舒遜譯，商務印書館，北京，1980年，第1版，第418頁。

⑥ 托克維爾在其著作中還提到陪審團反映民情、教育民眾等功能。正是基於這些理由，與漢密爾頓不一樣的是，托克維爾更加強調民事訴訟中的陪審團審判制度。他認為，「事實上正是民事陪審團制度，拯救了英國的自由。」「陪審制度，特別是民事陪審制度，能使法官的一部分思維習慣對公民潛移默化。而這種思維習慣，正是人民為使自己自由而要養成的習慣。」「陪審制度對於判決的形成和人的知識之提高有重大貢獻。我認為，這正是它的最大好處。應當把陪審團看成是一所常設的免費學校，每個陪審員在這裏運用自己的權利，經常同上層階級中最有教養和最有知識的人士接觸，學習運用法律的技巧，並依靠律師的幫助、法官的指點、甚至兩造的詰問，而使自己精通法律。我認為，美國人的政治常識和實踐知識，主要是在長期運用民事陪審制度當中獲得的。」參見前引書，第316-317頁。應當說，這些功能的確是陪審團所具有的，但是卻不是其主要功能。