



比较法文丛

何勤华 主编

28

英国证据法史

李培锋 潘驰 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA





上海市人文社科基地华东政法大学外国法与比较法研究院建设项目
国家重点学科华东政法大学法律史学科建设项目
上海地方本科院校“十二五”高水平特色法学学科建设与人才培养工程（085工程）内涵建设项目
受教育部《英美法系的司法方法研究》课题资助



比较法文丛

何勤华 主编

28

英国证据法史

李培锋 潘驰 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



图书在版编目(CIP)数据

英国证据法史 / 李培锋, 潘驰著. —北京: 法律出版社, 2014. 8
(比较法文丛)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 6563 - 2

I. ①英… II. ①李…②潘… III. ①证据—法制史—英国 IV. ①D956.15

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第136947号



© 法律出版社·中国

责任编辑/陈妮 刘莹

装帧设计/李瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/财税出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制/吕亚莉

开本/720毫米×960毫米 1/16

印张/12 字数/165千

版本/2014年9月第1版

印次/2014年9月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 6563 - 2

定价:36.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

自 1978 年改革开放以来,我国在外国法或西方法的研究方面取得了重大成就。这方面的系列丛书可谓琳琅满目,其中,影响较大的有:商务印书馆的“汉译世界学术名著丛书”(法学部分,1981 年)及“法学译丛”(2004 年)、中国大百科全书出版社的“外国法律文库”(1991 年)、中国政法大学出版社的“当代法学名著译丛”(1990 年)及“美国法律文库”(2001 年)、北京大学出版社的“比较法学丛书”(1998 年)、中国法制出版社的“西方法哲学文库”(2001 年)、清华大学出版社的“比较法学丛书”(2001 年)、上海人民出版社的“世界法学名著译丛”(2001 年)、北京大学出版社的“外国法与比较法文库”(2008 年),等等。

然而,在上述众多的系列丛书中,真正冠以“比较法”字样的丛书还不是很多。的确,在 20 世纪 80 年代到 90 年代期间,我国也先后出版了诸如:茨威格特和克茨的《比较法总论》(贵州人民出版社 1992 年版)、勒内·达维德的《当代主要法律体系》(上海译文出版社 1984 年版)、梅利曼的《大陆法系》(知识出版社 1984 年版)、大木雅夫的《比较法》(法律出版社 1999 年版)

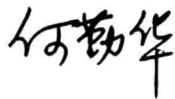
等比较法方面的经典。但是,出版这些著作大多都是当时一种零星的、偶尔的出版行为,并非系统策划的比较法系列丛书。

众所周知,21 世纪的中国已步入法治建设的攻坚阶段。今后,对于外国法的吸收、借鉴和移植将是我国一项大量的、经常性的任务。要顺利完成这一任务,离不开发达的比较法研究。而当下我国比较法著作缺乏出版途径的现状已严重制约了比较法研究的繁荣和发展。因此,加强比较法方面的研究和出版,成为我国学界和出版界一项刻不容缓的工作。

鉴于此,法律出版社高瞻远瞩,勇挑重担,与华东政法大学共同策划、出版一套《比较法文丛》,以期为我国比较法的研究和出版开辟一个新的途径。本文丛以扶植中青年学者,尤其是法学博士、博士后,为这些法学新秀提供一个出版的平台为目的。为此,特选择一批国内最新且富有特色的比较法著作进行出版,同时,也可容纳部分纯粹的外国法方面的译著、专著。

本文丛的主要原则和特色是:在百花齐放、百家争鸣的前提下,坚持质量第一,宁缺毋滥,不定期出版的原则。具体将体现为以下三点特色:第一,本文丛的著作,应属国内学术界没有涉及的课题,具有填补法学研究空白的特色;第二,本文丛的著作,应是国内学术界都很感兴趣,但还没有系统研究或未及时挖掘的课题;第三,本文丛的著作,应具有较高的文献史料价值,能为学术界进一步研究提供基础性的资料。我相信,《比较法文丛》的出版,一定会为我国比较法研究的进步与发展作出新的贡献。

本文丛的出版,得到了法律出版社沈小英分社长的全力支持和帮助,也得到了华东政法大学外国法与比较法研究院的建设经费资助。在此,特表示诚挚的谢意。



于华政人可居

2010 年 9 月 19 日

目 录

前 言	1
一、英(美)证据法的特色	1
二、英国证据法史的历史分期	3
三、英国证据法史中的理论问题	5
第一章 证据外的证明形式	8
一、司法认知	8
二、推定	14
三、禁反言	19
第二章 文书证据	32
一、现代文书证据的由来	32
二、规范文书证据可采性的规则	35
三、规范文书证据效力的规则	41

第三章 证人证言	45
一、证人出庭作证制度的确立	46
二、证人能力规则	52
三、口头证据规则	60
四、文书证据与口头证据的关系	68
第四章 最佳证据规则	72
一、最佳证据规则的由来	72
二、最佳证据规则中具体规则的由来	78
三、最佳证据规则的衰落	82
第五章 排除规则	86
一、传闻证据规则	86
二、意见证据规则	95
三、品格证据规则	100
四、相似事实证据规则	105
第六章 特免权规则	115
一、反对自证其罪的特免权规则	116
二、律师特免权规则	128
三、律师特免权规则的现代发展	134
第七章 证明标准	139
一、探究排除合理怀疑证明标准由来的陪审制视角	139
二、英国适用陪审制前的证明标准	144
三、陪审制确立早期的“良心”裁断	149

四、非知情陪审团与“满意的良心”裁断	153
五、对抗制中的陪审团与排除合理怀疑标准的确立	164
参考文献	177
后 记	183

前 言

一、英(美)证据法的特色

英国是英美法系证据法的典型代表,能比较全面地反映出英美法系与大陆法系在证据法方面的差异。

从内容上看,以英国为代表的英美法系证据法有如下三个独特之处:(1)英美法系国家的证据规则数量多、内容复杂,整体上缺乏有序性,经常是一般规则之外有特殊规则,特殊规则之中又有例外情况。(2)英美法系国家重视证据的预先筛选,存在传闻证据、品格证据等一系列排除规则,这些排除规则曾一度被“广泛地认为是英美证据法的一个标记”,它们“很难在欧洲大陆的法律中找到”。^①(3)在证据证明问题上,英美法系国家赋予认定者很大的自由权限,但要达到“排除合理怀疑”,而大陆法系在批判法定证明这种方法的机械过程中发展出自由心证方法。

从存在形式上看,以英国为代表的英美法系国家大都有相对独立的证据法,如美国、加拿大、澳大利亚

^① [美]达玛斯卡著:《漂移的证据法》,李学军等译,中国政法大学出版社2003年版,第16页、第22页。

和印度等国都有统一的证据法典,英国虽没有统一的证据法典,但历史上也先后通过了多部有关证据法的单行法规。而在大陆法系国家,无论是法国还是德国,有关证据法的相关规定都主要分布在《民事诉讼法》与《刑事诉讼法》的相关章节中,不是一门相对独立的法律。这点正如证据法学家撒耶所说,英美法系国家都有一门他们所谓的“证据法”,这是其他国家所没有的。^①

从形成方式上看,以英国为代表的英美法系证据规则最初主要是司法的产物,其确立比大陆法系国家更多地借助了司法渠道。如最能体现英美证据法特色的传闻规则,很多学者认为是陪审制的产物,也有些学者认为是对抗制的产物,但无论哪种观点都是将其产生归于司法而非立法。所以,英美法系的证据法带有更多的“司法法”特点,这与大陆法系国家有显著差别。

在很长时期内,我国的证据法主要继承和参照了大陆法系的证据规则。近年来,国人对英美证据法规则的独特价值和优越性的认识日益提高,已开始积极主动地借鉴、引进其中某些有益部分。如在2012年的《刑事诉讼法》修改过程中,源自英美的排除合理怀疑标准已被纳入新修订的《刑事诉讼法》中。而要理解和把握英美证据法的特色与优势,更好地借鉴、吸收和利用英美证据法的精华,就需要研究英国的证据法史。因为英美法系的证据法起源于英国,英美证据法的一些基本规则,如最佳证据规则、传闻规则,最先是英国发展起来的。所以,深入研究英国证据法的历史,对于更好地理解 and 把握英美证据法的特色与优势,更稳妥地推进和完善我国的证据法具有重要的现实意义。

就国内外有关英国证据法史的研究而言,国外相关的研究著作很多,其中最有代表性的是一些公认的历史经典著作,分别是18世纪英国吉尔伯特的《证据法》、19世纪初期英国边沁的《司法证据的基本原理》、19世纪末期斯蒂芬的《证据法摘要》、19世纪末期美国撒耶的《普通法上的证据初论》及20世纪早期美国威格莫尔的五卷本《普通法审判中的英美证据体系专论》。近几十年来,国外也出现了一些专门研究英国证据法史的著作,如艾伦的《英国维多

^① James Bradley Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, Little, Brown and Company, 1898, p. 2.

利亚时代的证据法》、夏皮罗的《对英美证据法的历史观点》等著作。但就国内而言,对英国证据法的历史研究还没有引起足够的关注和重视。目前国内现有的专门研究英国证据法的著作,如沈达明的《英美证据法》、齐树洁的《英国证据法》,主要侧重于对当代英国证据法研究,有关英国证据法的形成过程与确立方式的研究比较薄弱。因此,从历史角度系统探讨英国证据法的起源与演变还很有必要。

二、英国证据法史的历史分期

就英国证据法的历史而言,每一种证据形式与证据规则都有比较清晰的发展历史,但由于不同的证据形式与不同的证据规则是在不同的时期形成的,相互交错,所以基本不存在证据法的“整体历史”,很难对证据法从整体上做出一种明确的历史阶段划分。撒耶在《普通法上的证据初论》一书中虽然有大量的历史考察内容,但并没有给出专门的历史分期。威格莫尔在《普通法审判中的英美证据体系专论》中对证据法史进行了简要的分期梳理,将包括英国在内的英美证据法史大致划分为七个阶段:(1)从远古到1200年;(2)1200年到1500年;(3)1500年到1700年;(4)1700年到1790年;(5)1790年到1830年;(6)1830年到1860年;(7)1860年以后。^①这一划分虽然也只是对英美证据法史宏观上的一种简要勾勒,且文章篇幅很短,但迄今仍是国外有关英国证据法史整体研究的重要甚至唯一的参考资料。

大致说来,从5世纪到1200年,是英国证据法发展的第一阶段。在这一阶段,英国和欧洲大陆国家的证据法基本一样,都沿袭了古日耳曼人的一些原始审判形式,如神判法、证人宣誓法、公证昭雪法、决斗法。上述审判形式都不是现在基于证据的理性审判,而实际上是一种证明方法,通过的一方就算胜诉。在这样一种审判形式下,案件基于事实作出理性判决的机会很少,证据也就几乎没有存在和发展的空间。

^① John Henry Wigmore, *A Treatise on the Anglo—American System of Evidence in Trials at Common Law*, Vol. I, Little Brown and Company, 1923, p. 107.

从1200年到1500年,是英国证据法发展的第二阶段。在这一阶段,随着陪审制的确立,英国与欧洲大陆国家的证据法开始分道扬镳,朝着不同的方向发展。就欧洲大陆国家而言,在废除原始的审判方式的基础上,开始采用纠问制度,在证据规则方面则确立了一种沿袭罗马法的数量证明制度,也称作法定证明制度,即仅凭一个证人的证言不能定罪,两个目击证人或被告的口供是定罪的必要条件。在上述证据规则之下,法官一旦取得了被告人的口供或者两个目击证人的证言,就可以自动宣告被告人有罪,而无须对证据的证明力作出评价。但在英国,由于早在1200年之前就已采用了陪审制度,并逐步取代古代老的审判方法,在普通法法庭中得以普遍采用。陪审制在应用之初,也被视为是一种类似古老神判法的证明方法,诉讼双方提交的记录和文件也仅仅被作为一种证明形式,但陪审团毕竟是富有理性的人,因此,法官对提交给他们的文件所持的态度跟交付神裁是有区别的。当法官把法庭的记录以及封印文书看作定论性的东西时,记录和契据禁反言原则就开始兴起,而这从历史上看是证据法中最古老的部分。^①以法庭记录和契据禁反言为起点,又很快发展出各种其他书面文书被用于证明争议事实的情况。但在中世纪,口头证据很少得到使用,法庭无法强迫证人出庭验证某一事实。总之,陪审制的采用,使英国避免了全盘采用欧洲大陆国家的数量证明制度,朝着自己独特的方向发展。但直到1500年之前,英国证据法的特色并不明显。

从1500年到1700年,是英国证据法发展的第三个阶段。这一阶段是英国乃至整个英美证据法特色的生成时期,而促成这一特点形成的是英国陪审制的性质转变。在1500年之后,随着英国经济的变革与社会结构的变化,陪审团对很多案件已不再是知情人,他们已无法仅凭自己了解的信息就对案件作出裁决,在这种情况下,证人出庭已成为一种必需。随着证人在普通法法庭上出庭越来越频繁,陪审团的性质开始发生了一种根本性的变化,即由原来的既是案件的知情人又是裁决者这一身二任转变为一种纯粹的事实裁决人。而证人的口头证据作为一种重要的证据形式开始迅速发展起来。口头证据的引入也给

^① W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, Vol. IX, Methuen & Co. Ltd., 1926, p. 130.

法官带来了一些必须要解决的问题:一是关于证人的能力的问题;二是法官如何对证人提供的证据进行控制的问题;三是如何处置口头证据与书面证据的关系问题。当口头证据与书面证据不一致时如何取舍?正是在解决上述问题的过程中,英国乃至整个英美证据法的特色才逐步发展起来。

从1700年到1900年,是英国证据法体系的完全确立时期。随着对抗制的确立,一些源自1700年前的证据规则进一步完善,而新的证据规则又进一步确立,证据法的规则体系初步确立。(1)证据的可采性规则从最佳证据规则发展到相关性规则。(2)证据的内部排除规则基本确立,传闻证据规则、意见证据规则、品格证据规则与相似事实证据规则都基本确立起来。(3)证据的外部排除规则,即特免权规则在这一时期也基本确立,不得自证其罪的特免权规则、律师特免权规则等都确立于这一时期。(4)排除合理怀疑的证明标准在这一时期也完全确立起来。

三、英国证据法史中的理论问题

通过考察英国证据法的历史发展过程,可以有助于更好地理解 and 把握证据法中的一些理论问题,更好地完善我国的证据规则与证据制度。

1. 英国证据法的发展历程表明,证据只是事实“证明”历史过程的一部分,证据形式与证据规则的历史要放在“证明”框架下去理解。从证明史的角度看,英国经历了没有证据的证明时期和主要依靠证据的证明时期两个阶段。英国证据法一开始是围绕着案件事实的“证明”而非“证据”展开的,各种证据规则是在“证明”过程中逐渐发展起来的。事实证明的历史要远远早于证据的历史。自英国出现原始的审判以来,各种案件事实的证明过程就已出现,但此时充当证明依据的证据还基本未被人们采用。如盎格鲁—撒克逊与诺曼时期的神判法、证人宣誓法、公证昭雪法、决斗法都是一种证明方法(proof),但都不是基于证据的证明。12世纪英国确立陪审制后,一开始也被视为一种证明方法。英国的证人证言及其相关证据规则主要是在陪审制确立与发展过程中发展起来的,自始至终都是证明历史的组成部分。

2. 在英国证据规则发展历程之中,经验比逻辑发挥着更为重要的作用。英国证据规则主要是司法的产物,带有明显的“司法法”特点。英国司法过程中所采用的陪审制与对抗制,与英国证据规则的确立密切相关,如最有特色的排除规则就被证据法学家撒耶归因于陪审团的存在,而对排除规则中的传闻证据规则,有些证据法学家还把它归因于对抗制度。虽然也有一些证据法学家倡议在逻辑基础上建立英国的证据法体系,但实际上,传闻证据规则、意见证据规则、品格证据规则和相似事实规则等排除规则明显都不是建立在相关性原则基础之上的。

再如特免权规则,在逻辑上应当是在证人必须出庭作证规则的例外情况基础上发展起来的,其形成时间应在16世纪末期以后,但在实践上,特免权规则一开始并不总是建立在这种作证例外的逻辑基础之上。如反对自证其罪的特免权最初源自中世纪反对教会宣誓程序,证人的特免权规则最初是出于捍卫“律师的荣誉”,所以规则在实践中的运用时间比逻辑上的16世纪后期还要早些。

可见,正如霍兹沃斯所说,在整个历史时期,“英国证据规则从来都不只是依据于逻辑上的相关性规则”。^①这也正如撒耶曾明确指出的那样,英国“证据法与其说是逻辑毋宁说是经验的创造物”。^②

3. 在英国证据法的早期起步阶段,逻辑是证据规则赖以发展的基础,发挥着比经验更为重要的作用。在英国证据法的发展历史中,强调经验的重要性并不能排除逻辑的作用,这在证据法的产生时期体现得尤为重要。离开了逻辑推理,再多的证据也不能自动地确定案件事实。证据法不同于逻辑上的推理过程,但其产生与发展要以逻辑推理为基础,是在逻辑推理的过程中运行的,与逻辑推理有着十分密切的关系。

首先,证据规则通常是将否定性的例外形式纳入推理过程中,同时将那些

^① W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, Vol. IX, Methuen & Co. Ltd., 1926, p. 128.

^② James Bradley Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, Little, Brown and Company, 1898, p. 267.

按照一般推理规则具有证据价值的这样或那样的事实排除在法庭之外。^①

其次,大量事务的解决是借助那些推理规则,而不需要那些法律的特殊规则。因此,在英国早期,法庭对显而易见的事实进行司法认知,并适用到以它们的知识看来是显而易见的事实上。只有当证据法开始变得复杂时,对于在哪些案件中能够司法认知,哪些案件中不能司法认知问题出现的时候,怎样的事实法庭能够进行司法认知,怎样的事实不能被认知的规则开始出现。同样地,在最早时期,用既存的事实去推断另一事实的推定是显而易见的。但是这也是依据推理原则而不是证据法的特殊规则发展而来。只有在证据法发展历史进程中相对较晚的时期,与证明责任相关的推定功能才被注意并形成一种规则。

最后,这些推定使得那些在形式上是属于证据法的大量证据规则得以形成。一方面是因为推理规则与证据法规则本身容易混淆;另一方面是因为那些推定是以初级证据的形式表现出来的,它又在形式上属于证据法。^②事实上,许多这样的推定属于实体法的范畴。但是,在一些其他的案件中,实体法通过程序法而被改进。在这些案件中,实体法通过一部分与证据密切相关的程序法自然而然地与证据法联系在一起。因此,推理原则一直是证据法的基础工作,并随着证据法体系的不断复杂而变成与证据法密切相关的特定规则。

^① W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, Vol. IX, Methuen & Co. Ltd., 1926, pp. 128 - 129.

^② James Bradley Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, Little, Brown and Company, 1898, p. 315.

第一章 证据外的证明形式

在现代的证据法体系当中,司法认知、推定充当了证据的补充证明形式,是围绕着证据这一中心发挥作用的。但从证据法的历史来看,这些证据外的证明形式一度占有十分重要的地位,并充当了证据法得以存在发展的基础。司法认知、推定属于逻辑推理领域,现代证据法中的证据形式与证据规则都是建立在这些逻辑推理基础之上的。

一、司法认知

(一) 司法认知的历史实践

司法认知,是指法庭为了便利起见,接受众所周知并不存在争议的事实而不要求当事人对其予以证明。传统的司法认知原则包括两层含义,这两层含义体现在两个古老的格言之中。第一个格言是1222年时布雷克顿在札记中所写的“清楚明白的事无须证明”(ea que manifestasunt, non indigent probacione)。另一个格言是“如果不是通过司法形式了解,那么法官知道什么并不重要”(non refert quid notum sit iudici, si notum non sit in forma iudicii)。根据第一个格言,法官在认定事实方面享有一定的自由,可以免除当事人的证明责

任。根据第二个格言,法官在认定事实方面受到一定限制,法官如果不是通过司法程序了解案件事实,就不能随意根据个人知识对其进行认定。对于司法认知的性质,19世纪的证据法学家斯蒂芬在《证据法概要》一书中将其归于“非由证据证明的事实”(facts proved otherwise than evidence)。^①但证据法学家撒耶将其归于逻辑推理领域,认为“只要有推理过程的地方,就有司法认知,而非证据法中所独有”。^②

司法认知在英国有着悠久的历史。早在《年鉴》时期,司法认知在司法实践中就已得到应用,法官对众所周知的许多不同种类的事实进行司法认知。1302年,在巡回法庭的一起针对“John de Willintone”和其他人的土地强占之诉中,被告方提出了关于名字误用“John de Wilto”而请求延期诉讼的抗辩。法官布朗普顿所说全英格兰都知道他叫“Willintone”,并且没有其他名字,这个我们大家都知道,并以此做出被告名字是“John de Willintone”而不是“John de Wilto”的司法认知。这是一个将众所周知的人名进行司法认知的例子。渐渐地,司法认知的对象扩展到一般常识和普通事实。如在1456年,法庭在一个神职推荐权之诉中对赫里福郡毗邻威尔士进行司法认知。再如,法庭在案件中认定每一个星期每一天每一个月在日历上呈现的顺序,尤其是那些与记载许多法律事实相关的宗教节日和大型节日的日期。其他正如格莱律兹在“拉姆利诉盖伊”案(Lumley v. Gye)中所指出的,我们发现《年鉴》中法官推定爵士、绅士在没有工资时维持身份地位的能力,依据职业特点区分私人教士和牧区教士。^③同样地,在早期法庭要对词语的通常意义和在一些特殊情况下众所周知的意义进行司法认知,这很自然地延伸到所有受教育的人对普通文字意思的认知。如中世纪的律师都十分了解《年鉴》,而在随后的日子里,法庭对《鲁滨孙漂流记》中的“星期五”与伊索寓言中“冻僵的蛇”的道德品质进行司法认知。

^① James Fitzjames Stephen, *Digest of the Law of Evidence*, Macmillan and Co., Limited, 1906, p. 70.

^② James Bradley Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, Little, Brown and Company, 1898, p. 278.

^③ W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, Vol. IX, Methuen & Co. Ltd., 1926, p. 135.