



当 代 英 国 法 学 名 著 系 列

现代证据法与对抗式程序

EVIDENCE AND THE ADVERSARIAL PROCESS
-THE MODERN LAW

[英] 詹妮·麦克埃文◎著 蔡 巍◎译



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



当代英国法学名著系列

现代证据法 与对抗式程序

EVIDENCE AND THE ADVERSARIAL PROCESS
-THE MODERN LAW

[英] 詹妮·麦克埃文◎著 蔡巍◎译



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

现代证据法与对抗式程序/[英]麦克埃文著;蔡巍译.
北京:法律出版社,2005.11
(当代英国法学名著系列)
ISBN 7-5036-5943-2

I. 现… II. ①麦…②蔡… III. 证据—法律—研究—英国 IV. D956.15

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 131023 号

© Jenny McEwan 1998

This translation of *Evidence and the Adversarial Process* originally published in English in 1998 is published by arrangement with Hart Publishing, Oxford.

《现代证据法与对抗式程序》英文本最初于 1998 年出版。本译著的出版获哈特出版社独家授权,翻印必究。

著作权合同登记号:01-2004-2458

©法律出版社·中国

责任编辑/高如华

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/对外合作出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/永恒印刷有限公司

责任印制/沙 磊

开本/A5

印张/13.5 字数/325 千

版本/2006 年 3 月第 1 版

印次/2006 年 3 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

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

重庆公司/023-65382816/2908

书号:ISBN 7-5036-5943-2/D·5660

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

2002年冬季,我在香港城市大学法学院做客座教授的时候,香港那位素有“小甜甜”之美称的亿万富婆龚如心与其公公的遗产纠纷引起了公众的广泛关注。由于当事人的社会知名度很高,而且诉讼标的可能高达百亿港元,所以一些新闻媒体把那场官司称为“世纪遗产争夺案”。诉讼的核心问题是认定案件事实,而认定案件事实的基础是证据,因此,打官司就是“打证据”。在该案的审判中,这一点可说是表现得淋漓尽致。

王老先生的主要证据是王德辉在1968年立下的遗嘱。在该遗嘱中,王德辉决定将全部资产都给予其父。而龚如心提交法庭的主要证据是王德辉于1990年写下的遗嘱。在那份共有四页纸的遗嘱中,王德辉明确表示将他的“一切财产全部遗赠”龚如心。由于诉讼双方对1968年遗嘱的真实性没有争议,而且后一遗嘱一旦确立,前一遗嘱就会自动失效,所以1990年遗嘱的真实性就成为了本案审判中争执的焦点,而这也涉及了作为证据制度之重要组成部分的鉴定制度问题。

香港的法律制度属于英美法系,其诉讼制度和鉴定制度也具有英美法系的特点。英美法系的诉讼制度采用对抗式程序,具有当事人主义的特征,因此其鉴定制度属于当事人委托鉴定制度,又称为对立鉴定制度。按照这种制度,鉴定与否和鉴定事项都是由诉讼当事人自行决定的;鉴定人是由当事人选任或聘请的,因而也是为当事人服务的。双方当事人选任或聘请的鉴定人在对

同一事项进行鉴定时往往持相互对立的态度。当然,这并不等于说鉴定人(在英美法系国家一般称为“专家证人”)一定会提供违反科学的鉴定意见。

在该案的审判过程中,诉讼双方分别聘请笔迹鉴定专家对那份遗嘱的真伪进行鉴定,并在法庭上提供专家证言。龚如心一方的专家说该遗嘱是真实的,而王老先生一方的专家则说该遗嘱是伪造的。双方在法庭上唇枪舌剑,对抗的气氛十足。当然,证据的认定最终要由法官说了算。结果,法官裁定该遗嘱是“假文件”,判龚如心败诉,不仅那笔遗产要归入王老先生的名下,而且龚如心还要支付超过一亿港元的诉讼费用,包括对方“堂费”的85%。

法官在那份长达五百多页纸的判决中没有简单地说采信哪一方的鉴定结论,而是运用自己的常识分析出1990年遗嘱中存在的九大疑点。例如,王德辉孝顺父母,为何改遗嘱把父亲排除在受益人之外;该遗嘱没有请律师,而且字迹潦草,内容浪漫,这显然与王德辉一贯处事严谨的性格不符;王德辉素以家人为骄傲,为何在遗嘱中说他们都“令人失望”;而且遗嘱内容中还有不少令人费解和不合情理之处。最后,法官指出,单是这九项疑点,就可以有力地证明该遗嘱是假文件。这位法官并不是笔迹鉴定的专家,但是他却运用常识对笔迹专家的意见进行评论和质疑,而且他提出的疑点并非笔迹鉴定本身的问题。我认为,这个案件充分体现了英美法系对抗式诉讼程序之下的证据制度的特点。

英美法系国家的证据制度有“三个支柱”,即对抗式诉讼程序、陪审团审判方式和以庭审为中心的诉讼模式。毫无疑问,陪审团审判和庭审中心模式对于英美法系国家证据制度的形成和发展起到了重要的作用,但是,我以为,对抗式诉讼程序是三者中最为重要的“支柱”,因为其许多证据规则的形成都与对抗式诉讼程序密切相关。

大约在13至14世纪,当大陆法系国家的诉讼制度从早期的

控告式转变为纠问式的时候,英国的诉讼制度逐渐从原来的控告式发展为对抗式。虽然对抗式和控告式的区别并不像与纠问式那么突出,但是对抗式比控告式更强调当事人及其律师在诉讼过程中的作用。在法庭上,诉辩双方的律师扮演主要的积极的角色;法官和陪审团则扮演消极的中立的角色。假如把审判比喻为一场体育比赛的话,那么当事人和律师犹如运动员,法官和陪审团则如同裁判。而且,陪审团和法官的职能也有了明确的分工:前者负责运用证据认定案件事实,后者负责主持审判和适用法律。在这种审判方式下,以证人证言为主的各种证据的作用就变得非常重要。换言之,由控告式诉讼向对抗式诉讼的进化,使证据成为了审判的中心,从而推动了英国证据法的发展。

从15世纪到17世纪,英国的法律相继确立了传闻证据规则、文书证据规则、证人资格规则、强制作证规则、证言特免权规则等,为英国近现代的证据制度奠定了法律基础。18世纪,律师在法庭上对证人进行询问和交叉询问的规则逐渐形成。19世纪是英国证据法迅速发展和不断改革的时代,各种证据规则不断增生。英国今天的法官在审判中引用的关于证据规则的许多判例都是在19世纪确立的。20世纪以来,英国的立法机关颁布了数量众多的关于证据的法律法规,使英国的证据制度从单一的判例法系统逐渐转变为判例法和制定法相结合的系统,并形成了现代的证据法律制度。

从这个意义上讲,英美法系国家的证据法与大陆法系国家的证据法之所以有很大差异,主要因为二者的诉讼制度不同。大陆法系国家的证据制度是以司法官员收集和审查证据的职能为基础的,是与纠问式或职权主义的诉讼制度相适应的;而英美法系国家的证据制度则是以法官和陪审团的居中裁判为基础的,是与对抗式程序或当事人主义的诉讼制度相适应的。因此,研究英美法系国家的证据制度,必须认真考察其诉讼制度的历史沿革和基本特征,而这正是《现代证据法与对抗式程序》一书的出发点。

任何制度都不是完美无缺的,都是有利有弊的,对抗式诉讼与纠问式诉讼也是各有利弊的。俗话说,条条道路通罗马。不同的诉讼模式也都可以通向司法公正。近年来,英美法系国家和大陆法系国家在司法改革中呈现出互相学习与融合的趋势,这对于中国当前的司法改革来说,是很有借鉴意义的。《现代证据法与对抗式程序》是一部颇具反思韵味的著作。作者用批判的眼光,以局内人的视角,考察了英美法系国家对抗式诉讼程序及其相应的证据法律规则,并且对其利弊进行了深入分析。对于我们这些试图取经的“局外人”来说,这确实是一本颇值一读的著作。

何家弘

2004年7月写于北京世纪城嘉醒斋

中文版序

对抗式程序起源于英格兰和威尔士,并被英属殖民地国家采纳。它源自于人们对官员们天生的不信任感。案件由有利害关系的当事人而不是由国家运作。法官的作用被最小化。因此在对抗式审判中,一方当事人引用的证据,要受到另一方当事人的质疑。从实践的角度看,言辞证据最适合担当此角色。审判由此倾向于口头进行,主要依赖证人证言判案。与此相适应的是,对抗式程序下的证据规则主要关注提供和解释言辞证据的方式,关注证人不能出庭提供口头证据所带来的问题。对抗式诉讼程序的一个特征是,事实发现者,可能是治安法官或者是陪审团必须在对事实所做的有争议的描述中做出选择,判定传唤的哪个证人没有说实话。为了实现此目的,他们不但要审查口头证据的内容,而且要观察证人的言行举止。英美的诉讼制度有敌视传闻证据的传统,因为采纳传闻证据会剥夺事实发现者观察证言有可能被采纳的证人的机会。

近些年来,对抗式程序传统已经成为争论的焦点。强调言辞证据,严重损害了那些易受伤害的证人或者有残疾的证人的利益,这是很明显的。对交叉询问的依赖可能会误导事实发现者,给重要证人,特别是给案件的被害人造成不必要的痛苦。对抗式程序的证据规则如此复杂,以至于人们越来越将审判看做是技巧的较量。法官错误地解释规则可能导致有罪认定在上诉时被推翻,而并无考虑被告人的诉讼理由。因此规则与发现事实的关系

还远远没有搞清楚。本书着重强调对抗式程序能否像所描述的那样,成为发现事实的工具。它暗示着,随着英国的律师逐渐意识到公正并没有实现,传统的证据规则将遭到抛弃,审判相应地也变得不那么具有对抗性,而是越来越向大陆法系或者纠问式审判模式靠近了。

英文版序

许多学生在学习证据法时,发现很难从大量武断且前后矛盾的规则中发现任何规律或者连贯性。与第一版的《现代证据法与对抗式程序》相比,我在第二版中加入了更多解释性的材料,以帮助那些不熟悉证据排除规则的读者们理解。这个国家采用的审判程序后来又传入美国和英联邦国家,本书仍然试图证明这些规则某种程度上是该审判程序自然发展的结果。如果确如本书所说,审判程序此刻正处在变革的关键阶段,正在一步步地远离对抗式模式,那就迫切要求我们重新考虑保留那些证据规则的必要性。现在也正是以批评的态度评价、审视证据法性质的时候了,要问一问为什么必须存在这样一部经常排除有证明力的信息的法律。如果我们必须拥有证据规则,那么拥有的应该是那些运行于英美^[1]的审判制度之中,并被有理性的人们当成是实现公正最佳手段而采纳的规则吗?

有人可能会争辩说,许多规则已经演变了,为的是平衡相互对抗的个人利益,而个人利益之间相互对抗就是对抗式程序的特征。我们承认,还有其他因素在影响着证据法,例如陪审团的作用以及强调采纳宣誓证据的传统做法。然而,是对抗式程序发展了证据法,产生了那些熟悉而又复杂的困惑,而这些困惑正是著

[1] 许多英联邦国家仍然保留非常接近于英国的证据排除规则;美国,令人奇怪的还有苏格兰,并没有背离传统的普通法的结构。

述的对象、学生们考试的内容。复杂的法律可能导致不公正,因为审判时出现的错误可能导致以“技术问题”为理由提出上诉;我们发现,可靠而且有相关性的证据可能还会被排除掉。这个领域里的法律复杂而又神秘,可能让人着迷,也可能令人恐惧,完全视情况而定。有些怪异或模糊的哥特式结构的禁令,每个禁令后面都跟着一连串儿的例外,争点、事实、可信性、罪、证明力之间严格的二分法本身又有着某种离奇有趣的魅力。这些设计是否与找寻真实有关则是另外一回事。对待参与刑事诉讼的、非专业人士的态度就更让人骄傲不起来了。

目 录

序言 / 1

中文版序 / 1

英文版序 / 1

第一章 对抗式审判 / 1

对抗式程序的历史沿革 / 1

另一种模式: 纠问制的历史演变 / 7

现实中的对抗式程序 / 12

科学纠问还是戏剧表演? / 12

公正裁判? / 15

询问与交叉询问 / 17

证据展示 / 22

排除规则的发展 / 32

第二章 在法庭上证明事实 / 41

相关性 / 41

法律相关性 / 41

远因: 可信性——一个附属争点? / 49

远因与概率 / 56

相关性、政策及主观主义: 相似事实规则 / 65

相似事实规则: 应用领域 / 65

2 现代证据法与对抗式程序

证明价值与偏见 /72

倾向的证明价值 /82

共谋的危险 /90

预测案件性质 /91

证明责任 /93

法定证明责任 /94

证据责任 /100

证明标准 /102

民事案件 /102

刑事案件 /103

第三章 讲出真话:证人与法院 /109

法官的作用 /110

裁判中立 /110

收回争点不再考虑 /113

对发现事实的影响 /116

证人 /123

可能传唤的证人 /123

相信证人:证词 /130

主证据 /130

交叉询问 /133

相信证人:可信性 /137

相信证人:证据补强 /140

相信证人:可靠性 /147

相信证人:指认的可靠性 /150

警告陪审团 /150

列队指认 /157

第四章 有法律认可的冤情的证人;对抗式程序的 受害者 /160

强奸案中的原告 /161

儿童证人 /175

易受伤害性 /175

减轻压力:屏风和实时直播 /177

减轻压力:录像面谈 /181

儿童证人的可靠性 /192

儿童证人的作证资格和强制作证 /199

有儿童作证的案件中的专家证人 /203

其他易受伤害的证人 /204

专家证人 /206

专家意见的可采性 /206

对抗式诉讼程序的适当性 /210

第五章 刑事被告人/216

非同寻常的证人 /216

沉默权 /219

调查过程中保持沉默 /219

法庭上保持沉默 /230

证明被告人品格的证据 /237

“良好品格”证据 /237

先前的有罪认定 /241

失去盾牌 /246

如何失去盾牌 /251

提供证据反驳共同被告人:第 1 条 f 款 iii 项 /256

共谋者的有罪认定:《警察与刑事证据法》第 74 条 /257

第六章 刑事审判中的检察官 /262

强大的对手 /262

以非法手段获取的证据 /267

排除规则 /267

证据的可靠性或公平性? /271

可靠性原则 /275

惩戒原则 /279

虚假供认 /288

第七章 传闻证据 /296

传闻证据和对抗式程序 /296

“疯狂的棉被”: 传闻的定义 /303

带有暗示的主张以及证明思想状态的证据 /305

是文件中的传闻证据还是物证? /309

供认和否认的可采性 /315

传闻规则的例外 /323

刑事审判 /323

已故者的陈述 /323

发生的事情 /324

临终声明 /327

刑事案件中的书面传闻证据 /329

改革: 民事审判的新模式 /341

第八章 结论: 对抗式程序的未来走向 /346

正义与公平 /346

程序透明 /358

合作抑或对抗? /368

案例索引/373

法律索引/392

推荐书目/401

索引/404

作者索引/412

译后记/414

第一章

对抗式审判

有些人希望在辩论中被人称赞有智慧,能把持所有论据,而不是得到识别真实情况的判断。

培根“关于论辩”载《论文》

对抗式程序的历史沿革

“诉讼实质上是在检验对抗双方的技能,它依据公认的规则进行,法官的判决就是奖品。我们拒绝采用纠问的诉讼模式,更愿意法官保持完全的独立性。”〔1〕

习惯上在对抗的审判程序和传统的审判程序之间所做的区分,经常被形容为陈词滥调、过分简单或者老生常谈。当然很难

〔1〕 *Thomson v. Glasgow Corporation*, 1961 SLT 237, *Per Lord Justice-Clerk-Thompson* at 246.