



诉讼与仲裁论丛

Litigation & Arbitration

Legal Adversarialism

司法竞技主义

——英美诉讼传统与中国庭审方式

◇ 张建伟 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D915.1
Z127

-42

Legal Adversarialism

司法竞技主义

——英美诉讼传统与中国庭审方式

◇ 张建伟 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

司法竞技主义:英美诉讼传统与中国庭审方式/张建伟著. —北京:北京大学出版社,2005.10

(诉讼与仲裁论丛)

ISBN 7-301-09715-8

I. 司… II. 张… III. ①诉讼-司法制度-研究-英国 ②诉讼-司法制度-研究-美国 ③诉讼-司法制度-研究-中国 IV. ①D915.1
②D925.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 108983 号

书 名:司法竞技主义——英美诉讼传统与中国庭审方式

著作责任者:张建伟 著

责任编辑:谢海燕 孙战营

标准书号:ISBN 7-301-09715-8/D·1294

出版发行:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址:<http://cbs.pku.edu.cn>

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

电子信箱:pl@pup.pku.edu.cn

排 版 者:北京高新特打字服务社 82350640

印 刷 者:三河新世纪印务有限公司

经 销 者:新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 35 印张 596 千字

2005 年 10 月第 1 版 2005 年 10 月第 1 次印刷

定 价:39.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

序 言

[美] 翁明凡 (Matt Williams)

世界逐渐意识到,中国正在经历着人类历史上最迅速和最具规模的转变。最近,一名中国政府官员这样向我解释政治环境发生的变化:“二十年前,我会直截了当地拒绝和你见面。十年前,我会礼貌地说没有时间。在今天,我十分乐意结识外国人。我们需要的是对话而不是对抗。”普通民众关于法律在他们生活中的角色的看法也发生了变化。正如一个朋友所言:“现在我们知道一些简单得像遛狗或者喝啤酒之类的事,也可能会涉及法律。”这也是本书研究的主题对于中国未来至关重要的主要原因。

通过对美国 and 英国法律历史、法律思想和现行法律实践进行深入考查,同时介绍一些适合中国的观念和程序,本书提高了跨文化交流的质量。

它不是仅仅关于法律制度的对话,其核心是对我们这些国家如何自我定位的探讨。像许多国家一样,美国短暂的历史也普遍存在着令人自豪和窘困的事件。一些人类历史上最令人振奋和最鼓舞人心的发展依赖于美国人民的努力,但是我们也必须对一些最富有争议的和互相矛盾的政策负责。不管人们如何看待美国的国内问题或者对外政策造成的影响,我们成功的源泉是不可否认的。因为美国的开放性和多元化,它只用了两百年的时间,就从一个盘踞在东部海岸的 13 个小殖民地,发展成为一个超级大国。通过接纳外国人民、接受他们的思想,弱小的美国才成长为强大的美国。只有通过对其他国家的了解,我们才开始看清自己。

相似的现象正在中国发生。随着外汇、外国商品和思想的涌入,中国变得更加强大和稳定。许多中国人开始警惕这种发展速度,诸如:究竟肥皂剧的增加给京剧带来了些什么?在中国有选择性地吸收外国思想的同时,它塑造了自己的现代性特征。正像许多美国人仍然试图去了解他们国家短暂的历史和不确定的未来,中国人也开始发问:作为一个中国人究竟意味着什么?那些居住在落后的四川南部地区的贫穷的彝族农民,和住在大都市北京的富有的汉族律师,将他们联系起来的纽带又是什么呢?

中国的国内问题远比世界上任何其他国家更为深远和严重。它的规模



也使得无论是司法的或其他方面的改革均难以付诸实施。许多研究中国问题的外国评论家认为自己拥有这些问题的答案,但在很多情况下,他们忘记了中国是一个亚洲国家,而不是一个西方国家;它是一个威权主义的社会主义国家而非一个(西方意义上的)民主国家;它是一个法治历史还很短的发展中国家,而不是一个具有成熟法律制度的发达国家。它还没有独立的媒体或司法。发展在解决问题的同时也带来了问题:随着中国 GDP 的增长,犯罪种类和罪犯数量也随之增加。政府机构,特别是司法机构,不愿意(有时候是不能)公正而有效地解决每个问题。考虑到这些情况,中国将以自己的速度来规划法律制度的发展,也将以自己的方式致力于社会隐患的解决。基于此,一些中国人可以尝试去理解本书对中国法律未来的思考。

和其他著作不同,本书作者将有关中国、美国和英国制度的知识结合起来,这一点是十分有价值的。通过研究重要的政治和法律人物、具有里程碑意义的案例、法庭意见分析以及文化态度和流行观念,展示了驱动美国 and 英国法律文化的精神所在。该书第一部分讨论了司法竞技主义的思想源泉,特别是个人主义和自由主义,这就为理解社会体制构建了一个理论框架。第二部分介绍了在对抗制诉讼结构中被告、检察官和法官的角色。第三部分阐述了程序以及实践中使用的一些技术方法。第四部分论证了这些实践在中国移植的可能性。作者谨慎地选择了那些他认为是可行的一些实践。

同样重要的是,本书对美国和英国的深入研究,不仅介绍了能够在美国和英国文化起作用的东西,也同样揭示了那些不能起作用的东西。作者希望中国读者能从我们的错误中吸取许多教训。即使经过几百年的成熟发展,美国的法律制度还是存在很多问题。像许多中国法院一样,美国大城市法院案件堆积,应接不暇。数量巨大的非暴力吸毒犯扭曲了法律制度以致真正的正当程序很难起到什么作用。证人,甚至警察撒谎,律师有时也掩盖真相。许多被告请不起律师,那些有公设辩护人的被告因为害怕输了官司后获得更严厉的判决而寻求辩诉交易。这和中国一样,如果被告及时承认控罪,将有可能获得轻些的判决。但这并不是美国人想在法律体制中得到的东西。

虽然我们的制度中还有很多缺陷,我们对它信心也不够,但是渗透美国社会的法律精神依旧有着旺盛的生命力。简单地说,这种精神在于注重观念的多样性和对抗的多样性。个人自由和政府在社会诸方面扮演的角色,总是处于争论中,但是这种争论也是有助益的。正如美国最高法院的霍姆斯法官(Oliver Wendell Holmes)曾写过的那样:“宪法规定自由思想的原



则——不只是为我们一致的思想提供自由,也为我们厌恶的思想提供自由……人们所追求的终极善是通过思想的自由交流来达到的,也即检验真理的最好方法就是把思想放入市场竞争之中看它有无被人接受的能力。”美国拥有迅速适应国内外环境变化的能力,这种能力源于交流的精神和对不同意见的包容。

本书也是一本有益于中国思想交流的著述。它增强了读者对西方政治和法律思想的理解。作者通过对其他国家经验的解读,希望鼓励中国读者去弄清他们究竟想在法律制度中得到什么。

毕竟,人们不应再错误地认为,中国仍然没有能力去实施更加先进的外国法律思想和程序。过去的二十年将中国塑造为一个市场经济的、有中国特色的法治国家。这里和其他国家一样,拥有诸多的法律和惯例。中国狂热立法的日子已经过去了。腐败现象也较20世纪80年代有了改善。观念也发生了变化。法律职业不再像五十年前一样背负着十字架。北京从1979年只有19个律师到现在已经拥有数以万计的注册律师。由于过去几年的改革,远到西部成都,南部深圳,司法局正逐渐减少对律师协会的干预和监督。随着没有法律教育背景的人的退休,由法学院学生组成的新阶层,满足了更高标准的需求。法律职业的质量正逐步提高。最明显就是,程序法越来越重视被告人的权利,在实践中,法庭也逐渐开始强调程序而不是迅速判决。

读者是否认同作者的判断并不重要,本书的意义在于,它将帮助中国读者思考:那些在美国和英国文化中发现的法律精神,有一天可以在多大程度上,在中国找到栖息地。本书也将帮助读者理解中国正在多大程度上和一些西方国家相似,不管是理论上还是实践中。

(许金洋译,张传荣校)

自序

读阿兰·佩雷菲特的《论经济“奇迹”——法兰西学院教程》一书，为书中记述的这样一个事例所震动：

在第一批到达日本的葡萄牙冒险者中，有一个叫品脱的人带着一支火枪，所有见到这支枪的人都羡慕不已，他让人把枪拿给他们看，后来又把枪借了出去，当他离开日本时，日本人已造出 500 支一模一样的火枪。两年以后，又造出了 30 万支。^①

日本人是具有危机感的民族。曾经看过日本影片《日本沉没》，其居安思危的思想主题使我深受触动。这个民族有着强固的团体意识，那就是：要图生存，不能落后于人。

1856 年美国船舰到日本，美国人惊异看到：“美国舰艇和舰艇上安装的所有设备都是日本人系统研究的对象，所有物品都吸引着他们：他们从未见过的机器零件，不曾熟悉的布匹。日本官员们参观了舰艇的每个角落，审视船上的所有设备，他们并不满足于观看，他们还做了笔记，画了草图。”^②佩雷菲特评论说：“西方投向日本的目光与另一个目光相遇：这是希望的目光、好奇的目光、准备接受教育目光，尤其是对日本社会能力充满信心和吸收别人经验的目光。”^③日本人是善于模仿的，这种模仿是竞争性的模仿、创造性的模仿、有选择的模仿，“日本人没有模仿所有的体制，也没有全盘照搬一种体制。吸引他们的是这种体制是否有助于他们取得成功。”“日本对于西方供给他们的各种模式的比较优势特别敏锐。因此，他们没有选择一个国家作为模式，而是根据他们从不同社会中借鉴的新颖特点，构建本国现代社会的图景。”^④

无论是否喜欢日本政府，无论是否喜欢日本人，需要清醒的是，我国在

① [法]阿兰·佩雷菲特著：《论经济“奇迹”——法兰西学院教程》，朱秋卓等译，中国发展出版社 2001 年版，第 229 页。

② 同上书，第 230 页。

③ 同上书，第 231 页。

④ 同上书，第 232 页。



进行制度现代化的过程中,东邻日本勇于和善于借鉴他国优点的长项还是值得我们效法的。^①

在我国,司法改革取得了明显成效,而且一旦开始就不能止步,但要真正做到理性而富于实效的改革,应从“勿轻言改革”做起。我国的“改革”素来有某些病症,有时这些症候还会加剧。症候之一,是改革一哄而起,但只改其形而不改其神,造成貌合神离,名实不符。我国自清末以来,未尝停止“师夷长技”,然而忽而学德,忽而学苏,忽而学美,虽然各有所获,但总不能积累沉淀,形成较为圆满的结果。有时学而该到位时却不到位,又往往喜欢猎新取奇,另起炉灶,最后弄得不伦不类。正如拉封丹讽喻的:

一座山感觉到了产前的阵痛,
她的叫喊是这样强烈,
大家闻声都向她那里奔去,
以为她一定会生出一座
比巴黎还要大的城市,
但到头来她只生下一只小小的耗子。^②

之所以如此,对于外国的制度,缺乏真知灼见,是原因之一。

英美司法制度乃我国法律人热烈主张借鉴的制度,需要注意的是,在进行这番借鉴时需要对英美国家司法制度的利弊有深刻的了解,并应注意中国本土文化与外来文化是否兼容,引进制度的真实效果是否符合预期,已经移植的制度在实际运作中的成效如何,如何进行完善。引入外国制度,应避免走许多弯路,付出不必要代价,最终导致失败,或者实质上失败(例如弄成一个变了种的“对抗制”),使司法改革的勃勃雄心,化为一声叹息。

一国的司法制度不能故步自封,然则改革事体何其重大,要改革需要慎重筹划,斟酌取舍,岂能狼奔豕突般乱改一气。国人在某些领域轻率为之,初衷是兴利除弊,而结果是弊未除,原有的一些好处却已经失去。有些制度引进域内,却只得皮毛未得神髓,弄得橘逾淮为枳。在借鉴英美对抗制过程中,我们所缺乏的,是“竞争性的模仿、创造性的模仿、有选择的模仿”,缺乏

^① 蔡元培先生在任民国政府司法部长期间曾反对采用“不知道道德”的日本帝国主义法,那时之日本法乃“不知道道德”,故蔡元培提出弃而不学,实际上此前此后(抗战时期也许例外)直至1949年日本法影响未尝衰减。至于当代日本法,可学之处尤多,但法律最多不过是金子而已;日本人模仿西方的成功经验,才是点石成金的手指。

^② [法]拉封丹著:《拉封丹寓言诗选》,远方译,人民文学出版社1985年版,第93页。



一种明辨力和理性的批判意识。

我深感在司法改革中需要有一些著作勾起人们对真切了解对抗制诉讼模式的兴趣,引发对于司法竞技主义的进一步思考,并促动司法程序改革向理性而富有实效的方向发展。这正是我虽然自愧对于对抗制只是管窥一斑,仍然将其付梓的原因。

对抗制、司法竞技主义诉讼也可以用“当事人主义诉讼”一词来表达,当事人主义是从诉讼角色作用的角度来揭示对抗制诉讼模式的特征的。司法竞技主义和当事人主义是从不同侧面来表达对抗制的机理的。或者说,司法竞技主义、当事人主义乃其灵魂,对抗制乃其筋肉。我在书中试图为英美对抗制诉讼画一幅像,为人们了解对抗制提供一个读本。

在本书写作过程中,我反复回味阿兰·佩雷菲特的一句话:

中国陷入沉睡状态并非是汉族与生俱来的。知识的、政治的、体制的和社会的压抑日积月累和连锁反应,使中国倒退或瘫痪。在这些连锁反应的背后,在每一环节上,人们都可以做既受条件约束又自由的选择。^①

在过去的许多岁月里,我们本应作出明智的选择,却错失了许多机会。如今,我们作出了正确的选择,但歧路亡羊,许多改革的方案供我们选择,有的时候我们的选择是盲目的、率性的,如一些地方司法机关撇开现行、有效的法律而另起炉灶的做法,就是明显的例证。其结果是,司法改革本身若能说话,也许会像当年亚历山大大帝那样说:“由于治疗我的医生太多,我已濒临死亡。”

事实上,我们常常身陷哈姆雷特的困境,需要不断地追问:我们该如何选择?

要作出清醒、明智的选择,需要有清醒、明智的学术。本书的背后,有一个心愿,就是为了引出这样的学术。

^① [法]阿兰·佩雷菲特著:《论经济“奇迹”——法兰西学院教程》,朱秋卓等译,中国发展出版社2001年版,第235—236页。

目 录

第一编 对抗的精神

第一章 对抗制的本质	3
第一节 对抗与对抗制	3
第二节 刑事诉讼:个人对抗国家	5
第三节 民事诉讼:平等民事主体间的竞争	7
第四节 司法竞技主义与 fair play 精神	8
第五节 对于“对抗”和“对抗制”的简要评价	15
第二章 对抗制的思想基础	18
第一节 自由主义	18
第二节 英国式的个人主义	30
第三章 英国历史传统中的对抗因素	51
第四章 美国对抗性文化及其成因	58
第五章 天使理论与对抗制的人性取向	68

第二编 竞技主义诉讼的基本构造

第一章 法官和陪审团	77
第一节 司法克制主义与法官	77
第二节 司法克制主义与法官	77
第三节 陪审团	97
第二章 控诉方	122
第一节 检察官	122
第二节 被害人	131
第三章 辩护方	140
第一节 被告人及其权利保障	140



第二节 诉讼游戏中的辩护律师	167
第四章 对抗制诉讼的基本构造	174

第三编 司法竞技的程序和技术方法

第一章 正当程序理念	189
第一节 “法律的正当程序”理念	189
第二节 实质性正当程序和程序性正当程序	190
第三节 正当程序观念之影响	194
第二章 司法令状制度	196
第一节 治安法官与司法令状	196
第二节 司法令状	200
第三节 司法令状制度之原理	208
第三章 先悉权与证据披露	210
第一节 先悉权及其实现方式	210
第二节 先悉权的用意	213
第三节 对先悉权的限制	217
第四章 起诉认否程序	219
第一节 有罪答辩	220
第二节 依法对审判程序提出反对意见	223
第三节 辩解无罪	224
第四节 保持沉默	225
第五章 开庭陈述与闭庭陈述	228
第一节 开庭陈述	228
第二节 闭庭陈述	232
第六章 交叉询问	235
第一节 “交叉询问”界说	235
第二节 交叉询问的程序规则	238
第三节 交叉询问制度的机理	242
第四节 交叉询问中的律师技能	248
附录 质证金律	255



第七章 证据规则	259
第一节 证据规则的严格性及其意义	259
第二节 诱导性询问规则	262
第三节 传闻证据规则	264
第四节 意见证据规则	274
第五节 关联性规则	277
第六节 自白任意性规则	286
第七节 最佳证据规则	290
第八节 补强证据规则	294
第九节 非法证据排除规则	296
第十节 评价	310
第八章 反对强迫自证其罪	312
第一节 反对强迫自证其罪的特权	312
第二节 反对强迫自证其罪的法理基础	321
第九章 对抗制诉讼的证明标准及其认识论基础	327
第一节 经验主义和怀疑论	327
第二节 “排除合理的怀疑”和“优势盖然性”	335
第三节 发现案件真相的可能性	339
第四节 发现案件真相的必要性	345
附 录 证据确定程度梯度表	349
第十章 讨价还价中的正义	351
第一节 辩诉交易的历程和司法最初对它的态度	351
第二节 辩诉交易产生、存续的原因	356
第三节 对辩诉交易的不同看法	363
第四节 辩诉交易与司法腐败	369
第五节 辩诉交易中的司法控制	370
第六节 德国为什么没有辩诉交易	373
第七节 诉讼程序的精致化与对正式审判的规避	375
第八节 对抗中的妥协	378
第十一章 量刑程序	380
第十二章 法庭布局	385



附 录 英美对抗制法庭布局图

387

第四编 司法竞技主义与中国庭审制度

第一章 全球范围的美国化倾向	391
第二章 我国引入对抗制诉讼的尝试	393
第一节 “离群索处”的清梦及其搅扰	393
第二节 纠问制审判模式	394
第三节 从压力到移植:清末对陪审团制度的引入	398
附 录 《大清刑事民事诉讼法》第四章“刑事民事通用规则”	
第二节 陪审员	403
第四节 庞德教授的建议和告诫	405
第五节 梅汝璈眼中的对抗制诉讼	409
第六节 亲民政治与马锡五审判方式	413
第七节 从艳羨到移植:当代对英美诉讼制度的引入	418
第三章 传统	422
第四章 非对抗性的文化土壤	426
第一节 文化及其影响	426
第二节 和合性:中国文化的特质	430
第三节 和合性文化的思想基础	435
第四节 非对抗性的政治文化	446
第五节 非对抗性的法律文化	453
第五章 对抗制能否服中国之水土	463
第一节 中国是所有规则的例外	463
第二节 掇临圃之繁花,施吾家之老干	465
第三节 文化在变,人也在变	470
第六章 司法竞技主义与中国司法的走向	473
第一节 采对抗制之精华,补我诉讼之血气	473
第二节 取法对抗制的精神	476
第三节 取法对抗制的诉讼结构	478
第四节 取法对抗制的技术	482



第五节 我国刑事司法的总体走向	484
第七章 有所取法,有所不取	492
第一节 走向克制的法官	492
第二节 抑制控诉方权力的制度安排	496
第三节 嫌疑人、被告人权利的扩张	502
第四节 实质性审判与律师辩护的独立性	513
第五节 应否设立陪审团制度	520
第六节 交叉询问制度的引入	523
第八章 司法竞技主义的负效应:诉讼的游戏化	528
第一节 司法女神闭上眼睛?	528
第二节 “美国有,我们也要有”的潜台词	532
第三节 诉讼程序的精制化及其规避	534
结语	539
跋	543

第一编 对抗的精神

对社会与对个人一样,要了解自己必须通过别人。
每发现一点差别,就会提出两个问题:“为什么他们是那
样的?”然后是:“为什么我不那样?”

——佩雷菲特^①

^① [法]佩雷菲特著:《停滞的帝国》,王国卿等译,生活·读书·新知三联书店1993年版,第624页。

第一章 对抗制的本质

乔·塞尔温 1750 年被选为伦敦市财务总管候选人,尝云:诉讼的八大要素如下:(1)充分的理由;(2)足够的钞票;(3)一位诚实而老练的代理人;(4)有力的证据;(5)一位能言善辩的律师;(6)一位秉公的法官;(7)一个能明察秋毫的陪审团;(8)好运气。这些要素构成了对抗制诉讼模式的外在特征。不过,要体味对抗制诉讼的内在特征,不能满足于这样的描述,还需要深入这一诉讼模式的精神层面,把握其本质。

对抗制作为一种诉讼制度,其本质特征就是在诉讼中进行法律规范下的对抗。这种对抗在英美国家的诉讼中受到鼓励,被许多人认为是保障个人自由不受国家权力恣意侵犯的重要手段,也是“发现真相”颇为有效的方法,围绕这些观念形成了英美国家诉讼中的精神内核——司法竞技主义。

第一节 对抗与对抗制

按照《韦伯斯特国际大辞典》的解释,adversary 一词,意思是:“与之竞争(论争)、反对或者抵制的一方”^①;游戏中的对手^②;在桥牌游戏中叫牌者的对手或者傀儡戏的游戏者^③;有着或者涉及对立的、敌对的当事人或者利益^④;涉及盎格鲁—美利坚诉讼制度,在该制度中,根据包含交叉询问和辩论权利在内的严格的证据规则进行诉讼,一方当事人带着他的证人努力去证明其案件中的实质性事实,而对方努力去推翻这些事实或者从相反的方面进行防御^⑤。

盎格鲁—美利坚审判制度是富于对抗意味的制度,它是依严格的证据

① one that contends with, opposes, or resist.

② an opponent in a game.

③ an opponent of the declarer in the game of bridge or of the player who plays the dummy.

④ having or involving opposing antagonistic parties or interests.

⑤ involving the Anglo-American system of procedure for conducting trials under strict rules of evidence with the right of cross-examination and argument, one party with his witnesses striving to prove the facts essential to his case and the other party striving to disprove those facts or to establish an affirmative defense.