证据法第一讲 简介、举证责任与在诉讼程序外获得信息

1EB=10亿GB

以举证责任分胜负的The “Popi M” (1985) 2 Lloyd’s Rep 1贵族院先例

**证据有哪四个类别**

1. 文件证据。

2. 物证/实体证据

3. 口头证据：事实证人的记忆。

4. 意见证据

• 听取“意见”的危险；“假消息”满天飞的今日世界

• 专家证据：争议事实与证据涉及专业知识（特别是专利、生命科学、工程建筑等）与3个要件：(1) 真专家；(2) 真心帮助；(3) 全面掌握事实

《证据法——国际规管与诉讼中的**证据攻防**》一书针对的重点

• 攻：通过合法手段（包括国际公约与不同国家的立法）在国际层面获得“敌方”与第三方的披露

• 防：主要是通过主张特免权避免“敌方”获得自己的信息。

**英国诉讼有什么特点**：

是对抗制（adversarial）; 相信全面披露、各自调查取证、交叉盘问证

人、互相揭短、相互“文明与说理”攻击会是更能找出事实真相，理越辩越明。

**西方在对抗制文化下形成怎样的文化心态：**

自己尽量收集证据与断章取义丑化对方证据（但这不是国际社会与法律认为的说假话、欺诈/欺骗），夸大损失，要么你输要么我赢的文化与心态。人心贪念无穷。

• 赢家（不代表是“正义之师”）通吃；历史是胜利者的事实。

• 对抗制下不出来对抗是肯定败诉，甚至“死无葬身之地”

• 社会学下不会有黑白分明、无可质疑与无法丑化或减低重量的事实证据，熟

悉这套游戏规则与机灵的人是永远可以就对己方不利的案件说出一套有条有理

的争辩，只不过再进一步客观调查可能发现支持这个争辩的证据是薄弱或是欠

缺。

• 今天的国际诉讼/仲裁案件是可以进行买卖或资助并获得分红的价值连城的商品，而且会是一本万利。

**举证责任如何：**

• 谁主张谁举证 （《证据法下》第七章）

• 证有不证无

• 法定举证（legal burden）责任标准：

刑事：排除一切合理怀疑（beyond reasonable doubt）

民事：平衡的可能性（balance of probability）

例子：(1) 原告/申请人提出事实指控，被告/被申请人不承认，原告必须满足法定举证责任；(2) 原告提出事实指控，被告否认并提出不同版本的事实与提供证据，这实是减弱原告本可能满足法定举证责任的证据重量变为不能满足法定举证责任；(3) 原告提出事实指控如双方订立了合同但被告拒绝履行等，而被告提出虚假陈述或错误的事实；这一来双方对各自的主张有法定举证责任。

刑事/民事混合：民事案件仍是平衡的可能性，但要求更多可信度更高的证据。最常见的是欺诈/欺骗的虚假陈述案件，应避免提出这种指控，应避免或同时提出疏忽误述作为替代的指控。

**提出证据（evidential burden）责任**

• 也被称为双方当事人提供或引入证据责任。这与法定举证责任的主要不同，不

是一开始就确立，而是在双方之间转移。

**为什么有规管：**

• 避免因过高的刑事举证责任而导致无法追责。

• 限制公司自治。

•**规管机构的攻**：

通过立法授权的规管机构可以进行监督并通过各种手法调查取证（主要通过鼓励“吹哨人”通风报信、突袭搜查、坦白从宽、“间谍”收集证据与情报等等手法），在认为证据已满足民事的平衡的可能性举证责任时，向有关公司/企业作出通常是大额罚款。

**公司/企业的防**：合规、文件管理、保护机密与特免权文件/信息等。不服罚款可向法院提出司法复核（judicial review）。

**国际调查取证的重要性：**

•使用多种手段与法院命令可协助去：

• 确认诉因与支持的事实与证据

• 找出谁是被告（找出谁是骗子、财产受托人、幕后黑手、串谋人、协助人等等）

• 收集证据

• 保存证据

• 追踪和追回财产

**国际调查取证主要手段有哪些：**

手段一：搜查令（Search Orders）

手段二：第三方披露令（Norwich Pharmacal Order）

手段三：冻结令（Mareva Injunction/ Freezing Order）资产披露令（Assets Disclosure Order）全球冻结令与资产披露令

手段四：向法院获得文件

手段五：通过《海牙取证公约》取证

手段六：通过美国法院取证，通过英国法院取证；通过香港法院取证

手段七：物证/实体证据

手段八：诉前披露与诉前披露议定书

手段九：非法取证

手段十：当事人之间的正常相互披露

**预防胜于治疗：**

这是通过熟悉国际通行的英国合同法与证据法去做好商业合同的订立（订约自由下尽量自我保护）、正确与懂得取巧与避免给对方取巧的合同履行、轻重掌握恰当的通信往来、证据保存等等。《孙子兵法》中也说，不战而屈人之兵才是上上策。