

EVIDENCE

A COMPARATIVE STUDY

Minjia Damaska

比较法

视野中的证据制度

原著：[美]米尔吉安·R·达马斯卡

译者：吴宏耀 魏晓娜等



中国人民公安大学出版社

比较法视野中的证据制度

EVIDENCE: A COMPARATIVE STUDY

原著:[美]米尔吉安·R·达马斯卡

译者:吴宏耀 魏晓娜等

中国人民公安大学出版社

·北京·

著作权合同登记号 图字：01 - 2006 - 5774

图书在版编目 (CIP) 数据

比较法视野中的证据制度 / (美) 达马斯卡著; 吴宏耀, 魏晓娜译. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2006. 10

ISBN 7 - 81109 - 491 - 6

I. 比… II. ①达…②吴…③魏… III. 证据—法学—文集
IV. D915.130.1 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 117450 号

比较法视野中的证据制度

BIJIAOFA SHIYE ZHONGDE ZHENGJU ZHIDU

著者: [美] 米尔吉安·R·达马斯卡

译者: 吴宏耀 魏晓娜等

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京蓝空印刷厂

版 次: 2006 年 10 月第 1 版

印 次: 2006 年 10 月第 1 次

印 张: 23.5

开 本: 650 毫米×980 毫米 1/16

字 数: 316 千字

ISBN 7 - 81109 - 491 - 6/D · 466

定 价: 53.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

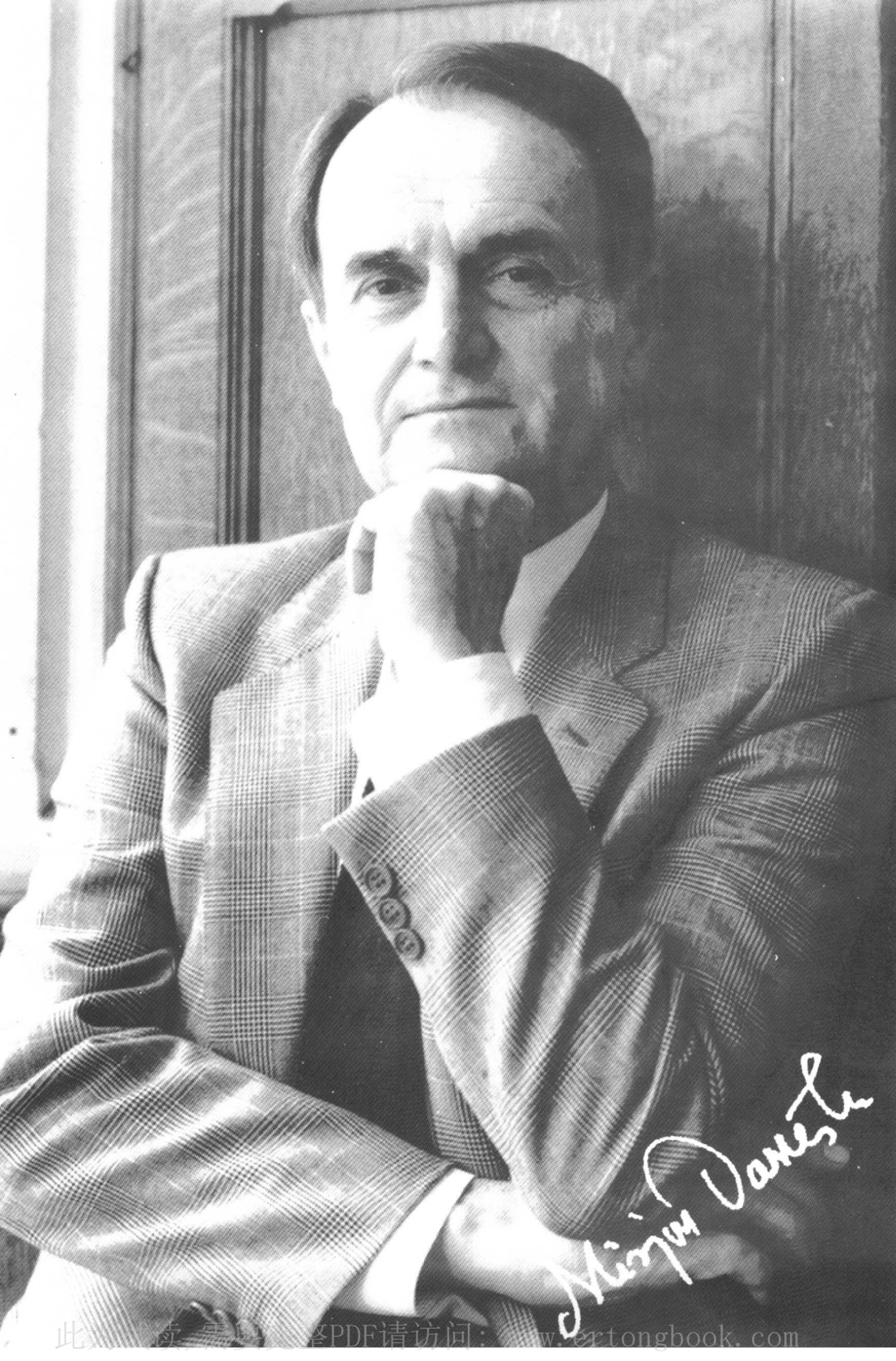
版权所有 侵权必究

E - mail: cpep@public.bta.net.cn

www.phcpps.com.cn

www.jgclub.com.cn

THIS BOOK IS DEDICATED TO
THE 75th BIRTHDAY OF
PROF. MIRJAN R. DAMAŠKA
WITH LOVE AND ADMIRATION



Jürgen Dames

自画像

米尔吉安·R·达马斯卡，1931年10月8日出生于前南斯拉夫一个传统的克罗地亚家庭。1955年，达马斯卡于萨格拉布大学获得第一个法律学位，后负笈求学海牙国际法学院、卢森堡公国比较法学院，1960年于斯洛文尼亚的卢布尔雅那大学获得法学博士学位。达马斯卡在前南斯拉夫法院实习了一段时间后，赴萨格拉布大学法学院任教，经过十年耕耘升任教授。1970年，达马斯卡曾任法学院执行主任一职。在萨格拉布大学法学院任教期间，达马斯卡出版专著2本、发表学术论文多篇，并作为访问学者赴欧洲、美国和埃塞俄比亚等地的学术研究机构深造。

1971年，前南斯拉夫发生剧变后，达马斯卡离开祖国。1972年，他接受美国宾夕法尼亚大学的邀请，就任该校的教授职位。1975年，耶鲁大学法学院向他发出正式邀请，第二年他应邀移教耶鲁大学。1996年，耶鲁大学授予达马斯卡“斯特灵教授”（sterling professor）荣誉称号——整个耶鲁大学只有极少数教授享有此项殊荣。

在欧洲任教期间，达马斯卡的学术兴趣主要限于刑事诉讼法。移居美国之后，尤其是到耶鲁大学任教后，他的学术兴趣日益广泛，逐渐延伸到诉讼法学基本问题、证据法、刑事实体法、国际刑法、法律移植与比较法等诸多学术领域。曾有一段时期，他还开设了以“社会主义国家的法律”为题的研讨班，集中研讨

2 自画像

苏联、南斯拉夫（铁托时期）的法律制度。

移居美国后，达马斯卡出版著作4本，其中有2本——《国家和司法权力的多种面孔》、《漂移的证据法》已经被翻译成多种语言，包括中文本。此外，他还在欧洲、美国的各种学术期刊上发表了许多学术论文。他的著作在学术界激起了广泛的兴趣；迄今，专为讨论其著作而组织的国际学术会议已有三次：一次在德国的比勒费尔德，一次在意大利的锡耶纳，一次在美国的旧金山。

1986年，达马斯卡入选国际比较法学会；1994年，成为美国艺术科学研究院会员；2002年，开始在遴选机制极其苛刻的克罗地亚国家艺术科学研究院任职。

在其学术生涯中，达马斯卡还曾兼任多种职务。例如，在克罗地亚时，曾有两年时间，他作为国会改革项目的主席，负责刑法的修订工作。移居美国两年，他即当选为美国比较法学会管理委员会成员，迄今在此职位已经任职20余年。他还曾担任过短期的美国法学教授联合会比较法分会的主席。此外，他还是多家专业刊物的编辑委员会委员，并担任多个国际性代表大会的主报告人或报告人。

现今，达马斯卡尽管已经加入美国国籍，却依旧眷恋着祖辈们生于斯长于斯的克罗地亚故土。他定期回祖国，参与相关的事务，并继续以克罗地亚语发表学术著作。他还应邀参与祖国的政治活动。例如，他是克罗地亚政府委员会的一员——该委员会专门负责与前南斯拉夫国际战争法庭保持联络。2005年，为决定是否将两起重要案件移交克罗地亚法庭，国际法庭委任他作为法庭之友（*amicus curiae*）就此发表意见。总之，他宁愿被人们看做是一名在诸多领域都取得丰硕成果的克罗地亚律师。

Acknowledgements

The translators and the publisher wish to thank Prof. Mirjan R. Damaška and the following for permission to use copyright materials.

Oxford Journals for the essay: Epistemology and Legal Regulation of Proof, 2 *Law, Probability and Risk*, 117-130 (2003).

Cardozo Journal of International and Comparative Law for the essay: Rational and Irrational Proof Revisited, 5 *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 25-39 (1997).

Hastings Law Journal for the essay: Truth in Adjudication, 49 *Hastings L. J.*, 289-308 (1998).

Duncker & Humblot GmbH for the essay: Atomistic and Holistic Evaluation of Evidence: A Comparative View, in D. S. Clark (Ed.), *Comparative and Private International Law, Essays in Honor of John Henry Merryman on his Seventieth Birthday*, Berlin: Duncker & Humblot, 91-104 (1990).

University of Pennsylvania Law Review for the essays: Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study, 121 *Univ. of Penn. L. Rev.* 506-589 (1973); Presentation of Evidence and Factfinding Precision, 123 *Univ. of Penn. L.*

2 Acknowledgements

Rev. 1083-1105 (1975).

The American Journal of Comparative Law for the essays: Free Proof and Its Detractors, 43 *Am. J. Comp. L.* , 343-357 (1995); The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments, 45 *Am. J. Comp. L.* , 839-852 (1997).

Minnesota Law Review for the essay: Of Hearsay and Its Analogues, 76 *Minnesota L. Rev.* , 425-458 (1992).

Chicago Kent Law Review for the essay: Propensity Evidence in Continental Legal Systems, 70 *Ch. -Kent. L. Rev.* , 55-67 (1994).

Yale Law Review for the essay: The Death of Legal Torture, 87 *Yale L. Rev.* 860-873 (1978).

翻译说明与致谢

这是一本达马斯卡的证据法学论文集。该论文集收录了达马斯卡 30 多年来用英文发表的所有的证据法学论文，共计 11 篇。

达马斯卡是我国法学界耳熟能详的比较法学大家。在诉讼法学领域，早在 20 世纪 90 年代初期，通过李心鉴博士的《刑事诉讼构造论》一书，人们对他的诉讼模式理论已经有所了解。近年来，他的两本经典著作《国家和司法权力的多种面孔》、《漂移的证据法》相继译成中文，由此，学界对达马斯卡的学术观点有了更系统的认识。其中，在我国证据法学领域，达马斯卡的《漂移的证据法》更是作为研究英美证据法的基本文献受到了高度重视和广泛征引。

但是，值得注意的是，《漂移的证据法》尽管是达马斯卡的巅峰之作，却并非其证据法思想的全面展示。更重要的是，我们对一个学者思想的关注，需要更多地了解其思想的发展过程，因为只有了解了一个观点的形成过程，尤其是对该观点的具体分析论证，才有可能与之展开思想上的交锋。基于此，为了全面引介达马斯卡的证据法学思想，我们特将其散见于各个刊物的证据法学论文汇集一册，呈给有志于通过借鉴异域文化推动我国证据法学发展的同仁。

该论文集收录的论文时间跨度很大，但是，讨论的问题却相当集中，而且，对诸多问题的讨论，在这些论文中往往遥相呼应。其中，有诸多篇目的讨论，非常契合我国当前证据法学的需要。例如，近年来，在学者主持的证据立法以及由此掀起的

2 翻译说明与致谢

证据法学研究热潮中，移植英美证据规则几乎成了众口一词的呼声。然而，却很少有人知道，达马斯卡对大陆法系的传统诉讼制度移植证据规则一直持审慎态度，并从多个角度分析了其间可能遇到的困难。因此，今年6月，在陈光中教授组织的“比较刑事诉讼制度”的国际研讨会上，当美国纽约大学的科恩教授知悉我们试图要引入美国式的证据规则后，特意传来达马斯卡的《证据制度移植的未卜命运》一文以示警醒。再如，在颇为引人注目的客观真实与法律真实的讨论中，学界围绕“诉讼制度能否查明事实真相”展开了激烈的辩论。无独有偶，在大洋彼岸的美国也曾有过十分相似的讨论。1997年9月，加利福尼亚大学黑斯廷斯法学院于圣弗朗西斯科举行了题为“真实及其敌人：证据制度改革与证据法目的”（“TRUTH & ITS RIVALS: EVIDENCE REFORM AND THE GOALS OF EVIDENCE LAW”）的证据法学研讨会。此次会议的第一个议题就是“真实及其敌人：证据法的目的”，并具体讨论了以下问题：证据规则的立法者是否曾经想要推动事实认定的准确性；查明客观真实（determination of objective truth）是否是证据法的一个可实现的、值得追求的目的；与其他目的相比，应当赋予事实认定的准确性多大的重要地位或者优先性。《司法裁判中的真实》是达马斯卡为此次会议所做的专题论文。因此，透过该文的论述，我们不仅可以窥见当代英美证据法学界关于真实问题的争论，似乎也有助于纠正多年来我们根深蒂固的关于“英美证据法不关心真实问题”的认识。

该论文集收入的论文，多数已经成为英美证据法学文献的经典之作。其中，《定罪的证据障碍与刑事诉讼的两种模式》更是英美证据法学研究中被频频引用的篇目。因此，翻译这些论文，也权充一次英美证据法的学习与补课吧！

该论文集的翻译，起初只是作为督促自己和学生精读这些篇目的一种手段。译读之间，时时为达马斯卡先生的渊博学识、缜密论辩所震撼，遂自显其丑，拿出来与诸君共赏。具体译者及分工如下：

吴宏耀：《认识论与证明活动的法律调整》、《理性证明方式与非理性证明方式重述》、《证据评价的原子模式与整体模式：比

较法的考察》、《自由心证及其面临的挑战》。

魏晓娜：《司法裁判中的真实》、《定罪的证据障碍与刑事诉讼的两种模式》、《传闻规则及其类似制度》。

崔洁：《证据制度移植的未卜命运：大陆法系与英美法系的尝试》、《举证和事实认定的准确性》、《定罪的证据障碍与刑事诉讼的两种模式》（pp. 507 ~ 535）。

张燕：《大陆法系的品格证据》、《刑讯制度的废除》、《定罪的证据障碍与刑事诉讼的两种模式》（pp. 536 ~ 553, 586 ~ 589）。

程怀：《自由心证及其面临的挑战》、《定罪的证据障碍与刑事诉讼的两种模式》（pp. 554 ~ 568）。

温克志：《理性证明方式与非理性证明方式重述》、《定罪的证据障碍与刑事诉讼的两种模式》（pp. 569 ~ 586）。

陈秋红：《大陆法系的品格证据》、《刑讯制度的废除》。

译事艰辛已是人所共知。但是，如果面对的是精通八国语言的比较法学家写就的专业论文，其难度就更是可想而知。加之译者才疏学浅，译文之中，鲁鱼亥豕之谬恐难幸免。因此，在每篇论文中，特意标明了原文的出处和原文页码，以方便有兴趣的读者对照原文阅读，避免因译文之错而以讹传讹。

最后，衷心感谢达马斯卡先生慷慨授权翻译，并在百忙之中帮助复印了部分英文文稿、提供了详细的个人资料。同时，衷心感谢在法国学习的施鹏鹏博士，本文集能够如此齐全，与其不辞劳苦地帮助查找并寄来《证据评价的原子模式与整体模式：比较法的考察》的原文密切相关。感谢游学意大利的罗智敏博士，她为本书提供了部分拉丁语的翻译；同时，感谢郑永流教授、田士永教授帮助翻译了若干德语词汇。此外，还要感谢中国政法大学硕士研究生邵夏虹同学，在炎炎夏日，她耐心通读了该文集的大部分文稿，并帮助核对了部分脚注。

译者

2006年7月31日

目 录

第一编 司法裁判中的真实

认识论与证明活动的法律调整	3
一、引论	3
二、司法组织的结构	6
三、法律程序的设计	8
四、法律程序的目的	12
五、政治因素的影响	18
六、一般文化背景的影响	16
七、事实认定方式的连续性与非连续性	19
八、事实的多样化特点	25
理性证明方式与非理性证明方式重述	26
一、事实与法律的混杂不分	27
二、诉诸神明和神的惩罚	32
三、内心活动的逻辑与理性	37
四、认识论与经验常识	39
司法裁判中的真实	45
一、引言	45
二、真实发现的目的真能实现吗？	47

2 目 录

三、事实真相的重要性	60
四、结论	67
证据评价的原子模式与整体模式:比较法的考察	68
一、原子主义与整体主义倾向的考察	70
二、原子主义与整体主义倾向的缘由	77
三、英美法与大陆法的再考察	81

第二编 证据制度

定罪的证据障碍与刑事诉讼的两种模式	87
一、引言	88
二、有关定罪之证据障碍的比较法考察	95
三、定罪障碍和两种对立的诉讼模式	146
举证和事实认定的准确性	187
一、理论准备	189
二、证据展示的实验观察研究法	200
三、一个更重大的认识论难题之管窥	207
自由心证及其面临的挑战	211
一、大陆法系与英美法系的不同立场	212
二、排除规则的贯彻实施	218
三、事实调查方法的科学化	224
证据制度移植的未卜命运:大陆法系与英美法系的尝试	231
一、事实认定活动的控制者	234
二、事实认定方法的融合	238
三、结语	246

第三编 证据种类

传闻规则及其类似制度	249
一、诉讼程序的制度环境	252
二、罗马—教会法的处理方法	260
三、大陆法系新的处理方式	271
四、德国的处理方式	277
五、结语	285
大陆法系的品格证据	288
一、先前的定罪记录	292
二、未被定罪的不良行为	295
三、最后评论	299
刑讯制度的废除	304

CONTENTS

PART ONE TRUTH IN ADJUDICATION

EPISTEMOLOGY AND LEGAL REGULATION OF PROOF	<i>3</i>
I Introduction	<i>3</i>
II The Machinery of Justice	<i>6</i>
III The Design of the Legal Process	<i>8</i>
IV The Objectives of the Legal Process	<i>12</i>
V The Influence of Political Factors	<i>13</i>
VI The Influence of General Cultural Context	<i>16</i>
VII Continuities and Discontinuities of Fact-Finding Practices	<i>19</i>
VIII The Diverse Character of Facts	<i>25</i>
RATIONAL AND IRRATIONAL PROOF REVISITED	<i>26</i>
I Confounding Fact and Law	<i>27</i>
II Appeals to Divinity and to Divine Punishment	<i>32</i>
III Logic and Reasons of the Heart	<i>37</i>
IV Epistemology and Common Sense	<i>39</i>
TRUTH IN ADJUDICATION	<i>45</i>
I Introduction	<i>45</i>
II Is Truth Discovery a Realistic Objective?	<i>47</i>

2 目 录

III The Importance of Truth-Values	60
IV Conclusion	67
ATOMISTIC AND HOLISTIC EVALUATION OF EVIDENCE: A COMPARATIVE VIEW	68
I Atomistic and Holistic Tendencies Surveyed	70
II Sources of Atomistic and Holistic Tendencies	77
III Anglo-American and Continental Systems Revisited	81
 PART TWO SYSTEM OF PROOF	
 EVIDENTIARY BARRIERS TO CONVICTION AND TWO MODELS OF CRIMINAL PROCEDURE: A COMPARATIVE STUDY	87
I Introduction	88
II Comparison of Evidentiary Barriers to Conviction	95
III Barriers to Conviction and Two Rival Procedural Systems	116
PRESENTATION OF EVIDENCE AND FACTFINDING PRECISION	187
I Theoretical Propaedeutic	189
II Laboratory Experimentations With Presentation of Evidence	200
III A Glance at a Larger Epistemological Problem	207
FREE PROOF AND ITS DETRACTORS	211
I Continental and Common Law Attitudes	212
II The Enforcement of Exclusionary Rules	218
III The Scientization of Inquiry	224
THE UNCERTAIN FATE OF EVIDENTIARY TRANSPLANTS: ANGLO-AMERICAN AND CONTINENTAL EXPERIMENTS	231
I Control Over Factfinding Action	234
II Combining Factfinding Approaches	238