

证据法是如何漂移的----《漂移的证据法》读后 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E8_AF_81_E6_8D_AE_E6_B3_95_E6_c122_485263.htm “你如何认识别人的心智”？这种认识难题在法系与法系之间同样存在。而在证据法领域，达马斯卡的出现为我们提供了一些启示。正如大家所知道的，达马斯卡出生成长于南斯拉夫、游学于欧陆诸国、任教定居于美国，掌握八国语言，这种特殊的经历使得达氏能游刃有余地穿梭于各国之间，从而较好地回避了前面所说的认识论困境，也就看到了许多人视而不见的东西。而《漂移的证据法》一书则是他在证据法方面的集大成著作。达马斯卡的论述并非横空出世，实际上他是在英美法系证据法传统中展开叙述的，其论著的最初动力回应20世纪英美证据法的一个核心问题----“为什么英美法系的事实认定如此独特？”在20世纪，这个核心问题就像发动机一样，派生出许多相关的子命题，成为推动英美法系证据法学迅猛发展的原动力。围绕着这样一个核心问题，英美证据法学界派生出两大理论：第一种理论认为普通法事实认定制度是“陪审团制度的产物”，以塞耶、威格摩尔为代表；第二种理论则认为普通法证据制度首先也最主要是对抗式诉讼制度的产物，以爱德蒙·摩根为代表(第3页)。只有理清英美证据制度的“根本之根本”，对英美证据制度的正当性论证、发展方向、改革意见的言说才不至于陷入无根之情境。因此，这个问题同样是达马斯卡绕不过去的。事实上，达马斯卡也不想回避这个问题，而是开篇便交代了这样一个传统。与之前学者不同的是，达氏并不想做一个举手表决的角色，他并不想简单地

加入这两大阵营的哪一方。他清醒地认识到，这两种理论对于英美证据法的某一方面都有一定的解释力，但又无法完全解释英美证据法的独特特征。在他看来，这两种理论之间的争执实际上是两种进路之争：第一种进路是历史方法，其试图去确认产生事实认定之具体法则和惯例的某些原因；第二种进路则是考察路线，其重点在于研究哪些因素为事实认定制度提供言之成理的正当性。(第3页)正因为是进路之争，所以双方实际上并没有短兵相接，拥有真正的争点。从某种意义上说，双方反倒是完全可以互补。在这一点上，达马斯卡更多地秉承着一种实用主义立场。在他看来，对该问题的争论其目的是为了我们更好地改进英美证据制度。而要做到这一点，历史的方法似乎力不从心。因为正如尼采所说的：“一个东西的起初原因和它的最后用处，它的实际运用以及它的目的排序，全然没有联系；一切现存的事物，不论是如何变成如今这样子的，都会一次又一次根据新的目的予以解释”，所以达马斯卡更多地采取了第二种进路，即将重心更多地放在解释和正当化上面。在本书当中，达氏的学术关怀非常明显：那就是通过对这样一个核心问题的再解释为我们预测证据法的未来走向提供一个全新框架并在这个框架之下对证据法的未来作出预测并提供若干指导性意见和建议。在这样一种关怀的指导之下，本文的叙事方式展开如下：第一章，对“为什么英美法系的事实认定如此独特？”问题本身进行再解释，阐明并进一步界定了英美法系事实认定的独特性：证据规则的复杂性、对事实认定者所见所闻的证据材料进行预先的筛选以及对证据制度进行架构的渴望。第二章、第三章和第四章分别对支撑这种独特性的三根支柱----“原型审

判法庭”、“集中型诉讼程序”和“对抗式诉讼制度”进行了论证。也就是说，前面四章为理解英美证据法独特性提供了一个分析框架。在第五章中，作者着手利用这个分析框架进行分析。在这一章中，作者考察了支撑英美证据制度独特性的三根支柱的损害状况。在第六章也就是最后一章中，作者将三根支柱的损害状况与事实认定科学化的社会大趋势结合起来，对证据法的未来走向作了一些分析。正因为达马斯卡在本书中以一种不同于传统的比较法律文化方法对以往看似无懈可击的一些理论进行了批判和解构，以至于本书显出一种摧毁性的、批判性的整体姿态。在后现代思潮盛行的年代，本书所呈现出的这种姿态极易令人感到沮丧。事实上，达马斯卡自己也意识到了这一点，因此他在行文之中首先小心翼翼地将自己与后现代立场划清界限(第132页)。实际上，只要对本书有一个整体把握，我们就会发现这本书的立场实际上跟后现代相去甚远。根据后现代研究者的界定，前现代和后现代实质上是两种截然对立的态度，前者是怀乡的，而后者则是摒弃乡愁的。达马斯卡不可能是一个摒弃乡愁的人，正如本文前面所分析的，在本书行文的开始达马斯卡就已经体现出自己的学术关怀。这种关怀注定了达马斯卡不可能仅仅是纯粹批判的，他所进行的批判其最后目的仍然是为了建构。尽管这种建构的结果还不是那么的令人满意，但是至少达马斯卡在全书行文中所体现出来的分寸感以及在本书第六章对“证据法的未来”之预测中所做的努力已足以使其摆脱纯粹批判之嫌疑。掩卷遐思，感觉意犹未尽。证据法这艘大船已经扬帆起航，但是目的地何在却还不甚清楚。达马斯卡在本书中的精妙分析令我们对其产生无限期望，但是达马

斯卡不是证据法的先知，无法为我们勾画出证据法的“乌托邦”。更为重要的是，证据法的未来并不取决于某些“先知”的预言，而是取决于宏大的社会需要和法律人精心的证据实践。事实上，本书所作的只是为证据法这艘大船指出了若干礁石和风暴，使这艘大船不至于像泰坦尼克号那样出师未捷、身已先死，而大船的前方仍需我们拭目以待！100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问

www.100test.com