

“十二五”国家重点图书出版规划

法学译丛·证据科学译丛 / 丛书主编 张保生 王进喜

Professor Allen on Evidence (Volume I)



艾伦教授论证据法 (上)

[美] 罗纳德·J·艾伦 (Ronald J. Allen) 著

张保生 王进喜 汪诸豪 等译

 中国人民大学出版社



“十二五”国家重点图书出版规划

法学译丛·证据科学译丛 / 丛书主编 张保生 王进喜

艾伦教授论证据法 (上)

Professor Allen on Evidence (Volume I)

[美] 罗纳德·J·艾伦 (Ronald J. Allen) 著

张保生 王进喜 汪诸豪 等译

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

艾伦教授论证据法·上/[美] 艾伦著; 张保生, 王进喜, 汪诸豪等译. —北京: 中国人民大学出版社, 2014. 9
(法学译丛·证据科学译丛)
ISBN 978-7-300-20082-8
I. ①艾… II. ①艾…②张…③王…④汪… III. ①证据-法学-研究
IV. ①D915. 130. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 218874 号

“2011 计划”司法文明协同创新中心资助

“十二五”国家重点图书出版规划

法学译丛·证据科学译丛

丛书主编 张保生 王进喜

艾伦教授论证据法 (上)

Professor Allen on Evidence (Volume I)

[美] 罗纳德·J·艾伦 著

张保生 王进喜 汪诸豪 等 译

Ailun Jiaoshou Lun Zhengjufa

出版发行	中国人民大学出版社				
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080		
电 话	010-62511242 (总编室)		010-62511770 (质管部)		
	010-82501766 (邮购部)		010-62514148 (门市部)		
	010-62515195 (发行公司)		010-62515275 (盗版举报)		
网 址	http://www.crup.com.cn				
	http://www.ttrnet.com (人大教研网)				
经 销	新华书店				
印 刷	涿州市星河印刷有限公司				
规 格	170 mm×250 mm 16 开本	版 次	2014 年 9 月第 1 版		
印 张	30.25 插页 2	印 次	2014 年 9 月第 1 次印刷		
字 数	350 000	定 价	79.00 元		

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

编 委 会

丛书主编 张保生 王进喜

编 委 (按姓氏笔画排序):

王进喜 刘 良 李 玲 何家弘

常 林 张保生 满运龙 罗亚平

侯一平

序言：艾伦教授阐释的证据理念

张保生

自 2002 年 1 月在美国西北大学法学院他那间面朝蓝色密歇根湖的办公室第一次见到艾伦教授，一晃已过去 12 年。这期间，艾伦教授拖着条打了钢钉的病腿 19 次来中国讲学或出席学术会议，像一位虔诚的布道者，执著地传播着他的证据理念。他获得 2014 年中国政府“友谊奖”，是当之无愧的。

艾伦教授 1992 年至今一直是西北大学法学院威格莫尔教席（John Henry Wigmore Professor of Law）唯一的特座教授。威格莫尔教授是西北大学法学院第一任院长、世界级著名证据法学家，以他命名的教席是一把镶着金边的扶手椅，摆在艾伦教授办公室里，象征着一种学术荣誉。

艾伦教授 2004 年第一次到中国参加学术会议，2006 年受聘为中国政法大学兼职教授、证据科学研究院外国专家咨询委员会主席、诉讼法学研究院客座研究员，2007 年入选教育部“长江学者讲座教授”，2011 年任我们共同创建的国际证据科学协会主席。他和我已联合培养了 6 名中国法学博士、1 名博士后。他已 3 次来中国政法大学讲授“美国证据法”36 学时本科生课程。2012 年，他被聘为最高人民法院常务副院长沈德咏大法官为首席专家的国家社科基金重大项目“诉讼证据规定研究”唯一的外国顾问。

本书收录的艾伦教授 15 篇文章，绝大部分是他在我国政法大学的讲座稿或参会论文，并以中、英文在《证据科学》杂志首发过，不仅有很高的学术价值，而且对中国读者很有针对性。按原计划，我们本想以中、英文对照方式出版此书，以将其作为专业英语教材，但突如其来的获奖消息以及颁奖仪式日期的临近打乱了原来那个排版费时的计划。现在这部书提前与读者见面，也是对艾伦教授获奖的一份祝贺。

在上述 15 篇文章中，艾伦教授所阐释的证据理念主要包括：

一、证据法是法治的基石

这个观点最初是艾伦教授 2005 年在《刑事诉讼的法理和政治基础》的演讲中阐述的。他说：“在一定意义上，证据法在任何诉讼制度中都是最重要、最基础的方面；确切地说，它是法治的基石。”（In one sense, the law of evi-

dence is the most important, and most fundamental, aspect of any system of litigation; indeed, it is the bedrock of the rule of law.) “这个理念乍一看似乎令人不解。实际上，证据法对于任何一个创设了权利或义务的制度都是基础性的。权利和义务取决于准确的事实认定；如果没有准确的裁判，权利和义务根本就没有意义。”这个理念表明了证据法在法律体系中的重要地位，也就是说，证据制度是法治国家的基本法律制度。换句话说，证据制度不健全，法治的基础就不牢固。

证据法是法治基石的理念，可以追溯到边沁“证据是正义之基”（Evidence is the basis of justice）的思想。^①李学灯先生也阐述过大致相同的思想：“惟在法治社会之定分止争，首以证据为正义之基础，既需寻求事实，又需顾及法律上其他政策。认定事实，每为适用法律之前提。因而产生各种证据法则，遂为认事用法之所本。”^②

在收入本书的另一篇文章《证据法的理论基础和意义》中，艾伦教授从争端解决过程中事实与权利和义务的实际关系角度，进一步展开了论证。他说：“权利和义务固然都很重要，但启蒙运动更根本的理念是认识论上的革命，即认为有一个客观上可知的外在于我们思想的世界；然而，对洛克、贝克莱、休谟乃至康德认识论著作中关于这种主张的引用，却非常之少且相去甚远。这就颠倒了事实与权利/义务之间的实际关系。事实先于权利和义务而存在，并且是权利和义务之决定性因素。没有准确的事实认定，权利和义务就会失去意义。”他举例说：如果一位同学正在用电脑做课堂笔记，但我却要求你归还“我的”电脑，我坚持说你所用的电脑事实上是属于我的。你会怎么做？你会找一个裁判者，向他提供你购买、得到或被赠与这部争议电脑的证据。如果成功，那位裁判者将赋予你那些权利，并强迫我履行相应义务。这里的关键在于，那些权利和义务取决于什么事实将被认定。把法治与真实世界的情况联系起来的努力，锚定了可知事物中的权利和义务，并使其摆脱了反复无常和任性的支配。这就把法律制度系在事实准确性的基石上了。

我们可以看出艾伦教授的论证思路：（1）事实先于权利和义务而存在，并且是权利和义务之决定性因素。（2）权利和义务取决于准确的事实认定，否则，它们便没有意义。（3）证据法规制事实认定，因而是法治的基石。

① [英] 边沁：《司法证据原理》（Bentham, *Rationale of Judicial Evidence*, 1827），第三编第一章。转引自 [美] 特伦斯·安德森、[美] 戴维·舒姆、[英] 威廉·特文宁：《证据分析》（第2版），张保生、朱婷、张月波等译，中国人民大学出版社2012年版，第1页。

② 李学灯：《证据法比较研究》，五南图书出版公司1992年版，序部分。

上述观点在本书收入的几乎每一篇文章中都反复提到过。艾伦在《证据与推论/概率与似真性》中还指出：“正义比事实更重要”的观点是不正确的，因为正义也要依赖于事实，包括宪法权利和人权。显然，只有准确认定事实，才能使权利、义务和正义得到实现，有效地解决争端。因此，准确认定事实是各国证据法的共同价值追求。如何才能准确认定事实？这是相关性规则肩负的使命。

二、相关性是证据的根本属性

相关性是证据与待证事实之间的一种逻辑联系。相关性规则旨在促进准确的事实认定。艾伦教授在《相关性和可采性》一文中强调：“……证据法中的第一个实质性领域，这就是相关性。相关性是起点。”该文从两个方面阐述了相关性。

首先，他区分了相关性和实质性的概念。他认为，相关性定义包含了证据与事实主张、事实主张与审判之间的两种关系。《美国联邦证据规则》规则401对相关性的定义是：“‘相关证据’是指使任何事实的存在具有任何趋向性的证据，即对于诉讼裁判的结果来说，若有此证据将比缺乏此证据时更有可能或更无可能。”该定义涉及两个问题：第一，一个证据如果有助于证明或反驳某个事实主张，它就是相关的。也就是说，相关性指的是证据与事实主张之间的关系。第二，该事实主张如果与诉讼有实际关系，它就具有“实质性”(materiality)。也就是说，实质性指的是事实主张与审判之间的关系。他举例说，假设某人被控违反了反托拉斯法，并假定政府要求他母亲就他有棕色头发作证。这位母亲的证据与他有棕色头发的主张是相关的（相关性是证据与主张之间的关系），但这一关于他有棕色头发的主张与该审判没有关系（实质性是主张与审判之间的关系）。因此，在判断某证据是否具有相关性时，法官必须考虑两个问题^③：其一，提出某个证据，与证明案件中的某个“要素性事实”是否相关？这个问题又称为“实质性”问题，是指运用证据将要证明的问题属于依法需要证明的要素性事实。其二，提出的证据，对该实质性问题是否具有证明作用，即提出该证据是否有助于确立实质性问题。相关证据必须使一个要素性事实更有可能或更不可能，换言之，一个证据必须使一个要素性事实“更可能或更不可能”，它才是相关的。

^③ [美] 罗纳德·J·艾伦等：《证据法：文本、问题和案例》，张保生、王进喜、赵滢译，满运龙校，高等教育出版社2006年版，第149～158页。

其次，他解释了“任何趋向性”之最小相关性检验标准，并强调《美国联邦证据规则》规则 401 是一个鼓励采纳证据的规则。按照这个最低检验标准，如果提供一个证据，与不提供或不知道该证据相比，将使要素性事实的存在更可能或更不可能，法官就将认定其具有相关性。为相关性设置如此低的标准，旨在鼓励事实认定者（法官、陪审团成员）能够自由地获得信息流，旨在抑制法官对陪审团成员拦截证据。因此，相关性不是充分性。相关性的门槛并不高，只要所提供的证据与待证事实有任何逻辑联系，有助于事实认定者对于事实发生的可能性作出判断就够了。相比之下，“充分性是指该证据足以允许一项裁决”。有时候，我们容易将相关性和充分性相混淆。比如，有人可能说：某个证据是不相关的，因为它并未证明该案件。其实，这个人说的不是相关性，而是充分性。因此，提供相关的证据来证明或反驳一种事实主张，与提供充分的证据来证明或反驳某个人有罪或有责，是两个性质不同的问题。如在人民诉詹森案中，辩方提出一个证据：“狱警在牢门打开前就带着防护手套”。这个证据性事实与什么要素性事实相关呢？与“狱警们先动手打人”、“詹森作了自卫性还击”这两个要素性事实相关。这两个要素性事实于辩护方的“正当防卫”之辩，属于依法需要证明的“实质性”问题。狱警们收餐盘时本不该戴防护手套，但他们却佩戴了，这就意味着他们想挑起战斗。这个证据对于证明警察先动手并不是非常充足的。然而，相关性并不在于该证据证实狱警们先动手是真是假，而只要有助于证明狱警们是否先动手就够了。艾伦教授说：“相关性是证据在审判中被提供时加以判断的，而充分性是在所有证据被采纳后加以判断的……对一个可接受的裁决来说，相关性本身是必要但非充分的。”

三、事实认定是一个经验推论过程

在《相关性和可采性》一文中，艾伦教授解释了事实认定的经验推论性质。他认为，准确性以相关性为逻辑基础，相关性的检验标准是逻辑和一般经验。也就是说，什么证据具有相关性，不是由法律来规定的，而要借助逻辑、常识或一般经验来判断。相关证据有助于事实认定者评估要素性事实存在的可能性，而这种可能性是以人的日常生活经验或概括为根据的。“相关性的核心问题是，一个证据性事实能否与事实认定者先前的知识和经验联系起来，从而允许该事实认定者理性地处理并理解该证据。如果一个正常人在处理该证据之后考虑该案要素性事实时受到了这个证据的影响，该证据就是相关的，否则，就是不相关的。”

判断一个证据是否具有相关性，需要三个连续性推论：一是从证据性事实

(证据提出者主张的事实)得出推断性事实(事实认定者推断的事实),二是由此推出要素性事实(事实认定者经推论确信且对于该争端的法律解决至关重要的事实),三是由此推出其与实体法规定的要件。^④

四、证据法具有普适性

正因为事实认定是一个经验推论过程,这个过程不是由法律所决定的,而是要依靠逻辑、常识或一般经验来判断,而人类的常识、逻辑和经验具有共同性,所以,艾伦在《刑事诉讼的法理和政治基础》中阐述了一个重要观点,即“证据法具有普适性”(evidence law is universal),并将其视为与刑事诉讼法的不同之处。因为,就证据法而言,“它涉及人们如何认识外界环境的问题。逻辑、认识论以及感知材料在中国和美国并没有什么差别。两种文化间的惟一相异之处,是不得不认真对待当事人愿意接受的采纳全部相关证据之一般原则的例外……然而重要之点在于,我认为,证据法所处理的知识和理性,在很大程度上包含着普适性而非地方性的内容。”

他认为,与证据法具有普适性相比,刑事诉讼法具有地方性。世界上有许多引进别国刑事诉讼程序而悲惨失败的例子,原因就是忽视了社会文化和历史方面的差别,更重要的原因在于刑事诉讼程序体现了不同的制度安排和设想,其中一种程序中的一套含义完全不同于另一种程序。他强调,研究美国“刑事诉讼法”,不能仅仅考察成文法律和案例,还要深入了解美国的历史、文化、经济以及其他影响因素。

五、证据法兼有限制和激励功能

证据法具有促进事实真相的发现即“求真”和维护社会普遍价值即“求善”的双重功能。然而,对于这两种功能,人们过去常常从证据规则的限制作用来理解。在《相关性和可采性》一文中,艾伦教授从五个方面论述了证据法的激励作用,即“证据法……为基本行为和诉讼行为创造了关键性激励因素”:一是可以激励人们以对社会有益的方式行事或“行善”,如修复危险情况或者提供医疗援助;二是鼓励提出特定的诉求,例如,为了鼓励被害人提出强奸指控,而排除强奸被害人先前性行为的证据;三是通过排除和解或辩诉交易的证据,鼓励争端和平解决,鼓励私人和解而不是鼓励正式诉讼;四是特免权规则

^④ 参见[美]罗纳德·J·艾伦等:《证据法:文本、问题和案例》,张保生、王进喜、赵滢译,满运龙校,高等教育出版社2006年版,第149~158页。

保护并鼓励诸如婚姻、律师与委托人、心理诊疗师与患者等重要的社会关系,例如,允许配偶作证互相反对可能会破坏婚姻;五是规制专家、科技证据的使用。很明显,证据法的意义远远超出了审判本身。

在《排除规则的困难》一文中,艾伦教授分析了“美国排除规则”的一个传统却错误的观点,即用排除证据作为一种惩罚去强制人们遵守某些法律标准。然而,这种努力失败了。他认为,“主要行为”和“诉讼行为”之间存在密切关系。许多排除规则都对主要行为具有激励作用,甚至可以说,所有证据规则都包含激励作用,如提供医疗协助的规则和特免权规则,显然旨在影响主要行为。甚至品性证据规则,由于其不纠缠于一个人的过去,也可以激励人们改进和悔过。其他如最佳证据规则,可以激励合同被签署并按最佳证据规则来保存,文件被创建并按业务档案例外规则来保存,等等。这种行为减少了长期交易成本包括诉讼成本。

在《司法证明的性质》一文中,艾伦教授指出:特免权规则确实阻碍陪审团了解相关信息,大部分特免权规则旨在为某些其他价值而牺牲对真相的探寻。然而,律师—委托人特免权,最好被理解为促进而不是限制了信息的提供,因为该特免权旨在鼓励委托人对律师的充分信息披露。

六、证据排除规则外延很宽

我国一些证据法学教材存在着以合法性代替可采性的问题,误将合法性作为证据的三个基本属性之一。2010年“两院三部”《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》和《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》颁布后,非法证据排除规则更是铺天盖地成为研究的热点,仿佛“非法证据排除规则=证据排除规则”。

艾伦教授在《排除规则的困难》的演讲中,厘清了美国证据排除规则的几个关键问题:一是证据排除规则要远远大于非法证据排除规则,像相关性、偏见性、传闻、品性、倾向等,都是构成证据排除的理由;二是很难按照目的不同来区分证据排除规则,因为几乎所有排除规则都包含激励功能;三是证据排除规则的实施,由于规则本身的复杂性和执法官员行为的调整而变得很困难;四是证据排除并非实施证据规则和程序规则的唯一可取方法。上述观点对证据法研究具有重要启示。2010年以来,我国证据排除规则研究主要关注非法证据排除规则,而对品性证据规则、传闻证据规则、不得用以证明过错和责任的证据规则、特免权规则等缺乏应有的关注。这种对证据排除规则的狭义化理解,对证据法研究是非常不利的。艾伦教授这篇文章,希望我们的研究力量能

够更多地关注证据排除规则的整体，而不仅仅是非法证据排除规则。

本来，证据法的基本精神是鼓励采纳证据，就事实认定的准确性而言，显然证据越多越好。也许正是在这个意义上，边沁说“排除证据，就是排除正义”^⑤，因为，如果把证据都排除了，就很难“拼出”事实真相了。所以，证据法要求减少对证据的“特异性”排除，不要动辄排除证据。艾伦这篇文章介绍了证据排除规则在美国所遭遇的困难，也回应了我国司法实践中成功排除非法证据案例罕见的现状。他从一个新角度提醒我们，证据排除之所以出现困难，也许在于这种方式本身，即排除证据不是实施证据规则的唯一可取方法。他提出一个尖锐的问题：“什么是最佳规制形式：排除还是惩罚？”如果证据排除不是唯一可取的方法，那么，惩罚可能具有替代作用。确实，因为某个警察或检察官非法取证，就把他获取的证据排除掉，这似乎成本太高，也许不排除这些证据反而是对于非法取证的人实施制裁的一个更好的办法？然而，对个人实施制裁，又会导致对官员的过度威慑，可能导致警察过于谨慎甚至懈怠，在犯罪行为发生时不采取应有的行为。

七、最佳解释推论是司法证明性质研究的前沿

1. 在《司法证明的性质》一文中，艾伦教授指出：“一般性的概率论，以及具体的相对频率论，能够作为一种有力的思想工具，在理解司法证明的某些方面发挥作用，但其并不能为理解司法证明提供一个稳固的基础。”

2. 关于经验推论的似真性。艾伦在《证据与推论/概率与似真性》一文中从以下方面讨论了司法证明的性质：首先，不能把证据局限于审判中提出的证言、展示件等。审判中出示的东西本身没有意义，必须经过智慧的观察者运用其关于这个世界的经验和知识来进行评价，它们才产生意义。因此，证据中包括着语言含义、逻辑规则、常识和经验等。司法证明的核心问题是复杂性。其次，我们不得不忍受错误。法律制度的关键问题是“驾驭和驯化复杂性”，为此就要以概率方式思考问题。比如，在民事案件中，说服责任是超过 50% 的概率；在刑事案件中，“确信无疑”是认定犯罪的高概率。对这些事情以概率方式进行思考，是很自然的事情，但它有严重的困难。证据概率论需求太多信息；在能够计算概率之前，人们必须已知结果。概率解释的主要错误在于，把

^⑤ [英] 边沁：《司法证据原理》（Bentham, *Rationale of Judicial Evidence*, 1827），第三编第一章。转引自 [美] 特伦斯·安德森、[美] 戴维·舒姆、[英] 威廉·特文宁：《证据分析》（第 2 版），张保生、朱婷、张月波等译，中国人民大学出版社 2012 年版，第 1 页。

证据模型化为赋予证据的假设概率。司法证明不是概率性的，而是包含着解释或最佳解释推论。我们该如何理解确信无疑呢？如果没有似真犯罪案情，此人就是无罪的；如果有似真犯罪案情，且没有似真无罪案情，此人就是无罪的。如果有似真犯罪案情和似真无罪案情，此人就是无罪的。这就是对最佳解释之推论的主要解释，它表明了合取悖论的解释方式。比起概率来，似真性和最佳解释推论更能决定证明力。总之，似真性决定概率，而非相反。

3. 最佳解释推论正在取代概率论研究。

许多法学家都试图从概率论角度来解释司法证明，但艾伦教授认为，概率论虽然具有解释力且被人们熟知，但从根本上看，对司法证明更好的解释是：其涉及的是最佳解释推论，而不是就支离的命题作出盖然性判断。证据法应该考虑到司法证明是解释性的而不是盖然性的。

在《司法证明的性质》一文中，艾伦教授说：“关于司法证明更好的一种解释，也是我认为正确的解释，是在哲学著作中已经阐述过的最佳解释推论（inference to the best explanation）。在审判中，会产生潜在的解释，并在解释性基础上就其中一个解释展开推论。第一阶段……主要由当事人（包括刑事案件中的政府）完成，当事人必须就事件提出对抗性的说法，如果该说法是真实的，将能够解释庭上提交的证据。对其起诉或者辩护负有证明负担的当事人提出关于事件的说法，该说法包括构成其具体起诉或辩护的形式要素；另一方当事人提供的关于事件的说法，而该说法未包括一个或多个形式要素。此外，如果法律允许，当事人可以就事件提供其他说法来解释证据。最后，事实认定者并不受限于当事人明确提出的可能解释，而是可以建构其自己的解释，要么在评议过程中就此告知其他陪审员，要么自己得出其能接受的结论。”

在司法证明中，实体法和当事人主张的不同事件观点（争议事实）之间的对照，是决定事实认定者在对解释进行评价的两个因素：首先，实体法要求对证据进行充分、详尽的解释，以表明原告有权获得救济。其次，如果当事人没有达成一致意见，为了在形成对比的各种解释中作出选择，需要关注适当的细节。在刑事案件中，检控方必须提出关于合理故事的证据。如果辩护方未提出合理的无罪案件，则会被认定有罪。如果辩护方提出了合理的无罪案件，则会被宣告无罪。“提出合理案件”并不必然意味要站在证人席上或者作证，证据可以以各种方式提交，包括通过被告人之外的其他证人、交叉询问，等等。

在《第四届证据理论与科学国际研讨会闭幕词》中，艾伦教授强调，审判裁决的相对似真模型，是人们实际推理方式的经验描述。通过询问事件各种可能情况的解释而进行推理，然后再判定哪种解释最似真。在审判中，多半是由

当事人提供各种解释，然后设法提供证据来支持他们的故事。这种解释被用来填补审判中留下的漏洞，即人们不能通过概率推理来使其变得完全清楚的事情。在人的加工处理过程中，似然性判断的制作涉及所有认知工具，包括归纳推理、演绎推理、概率论、一致性、相容性、符合、效益，等等。最佳叙事解释可能包含着错误因素。如果事件解释的一个要素或成分是错误的，该解释就是错误的。相对似真论的知识背景是在哲学和科学领域均具有革命性的一种方法，即所谓对最佳解释的推论。这并不意味，它是法律制度的最佳解释，但可以肯定的是，对其进行研究具有重要意义，这正是在美国证据法研究中发生的事情。

八、推定规则间接体现证据政策

在《民事诉讼推定再思考》一文中，艾伦教授认为，“推定”一词仅仅是一个标签，它被适用于与审判的适当模式和行为有关的广袤而又十分不同的裁决领域。那种认为“推定”仅适用于证据性裁决的观点是错误的，它是造成围绕推定的所有混乱和争论产生的原因，也是在推定性质问题上不遗余力地论述却徒劳无功的原因。与其在“推定”一词的诸多用法上作无谓的调和，不如专注于分析在这个标签使用中潜在的一些证据问题。推定可能被用于实现4种不同的结果，包括：被用以构建裁决规则，分配说服责任，给陪审团作关于事实之间关系的指示，分配举证责任。然而，这些结果中没有一个称得上是通过推定的运用或由于有了推定而实现的。各种证据问题的解决，其实都是根据所涉特定政策考虑而解决的，而不是根据推定是什么，以及系在结果上的“推定”标签是什么。因此，更好的解决方案是完全弃用推定，通过直接适用明确的证据规则，并通过对于目前正由推定的间接使用而实现的潜在政策的考察，来避免含混不清的目的。该文虽以民事推定为题，但讨论的却是推定的基本法理问题，其启发意义在于，应摆脱推定这一混乱的名词，去发现其背后的证据规则问题。

九、说服责任或证明标准的盖然性

在艾伦的字典中，证明标准常常是用说服责任来表述的。举证责任是提出证据的则，说服责任则是提出充分证据以说服陪审团作出事实认定的责任。在《证据法、诉讼法和实体法的关系》一文中，艾伦指出：在刑事诉讼中，国家作为“原告”不仅承担着提出证据的举证责任，还承担着提供充分证据的说服责任。说服责任的要求是，必须对于指控犯罪的每一要件事实的证明都达到让

事实认定者确信无疑的程度。“说服责任则是指陪审团为了对特定争点作出认定而必须具有的确信程度……在民事案件中，陪审团必须通过优势证据认定原告的诉求是真实的。优势证据意味着可能性高于 50%，或‘可能的几率高于不可能的几率’。在刑事案件中，说服责任意味着在有罪问题上要‘确信无疑’。”^⑥ 证明标准既是证明主体对案件事实的证明所应达到的标准，又是事实认定者作出裁决时被这些证明说服的程度。在民事诉讼中，说服责任是相对的。如果原告有超过 50% 的说服责任，并使陪审团能够确信原告对事实的陈述是真实的，那么，被告将会败诉。反之，如果被告没能履行说服责任，那么，陪审团就会相信原告对事实的陈述有超过 50% 的可能是真实的。

在《证明标准与法律分析的局限性》一文中，他指出，虽然“举证责任和说服责任，共同构成一般意义上的‘证明标准’”，或者“尽管习惯上仍保留着举证责任和说服责任的区分，但麦克诺顿 (McNaughton) 教授很久前就论证了举证责任是说服责任的一种功能。”^⑦ 衡量举证责任是否满足的标准是：在证据出示后是否还遗留下可裁判的事实问题——换句话说，是否需要后续诉讼程序来解决事实不清的问题。这取决于双方的证据状况，但关键还是取决于说服责任的履行是否充分……因此，‘证明标准’这一关键概念性问题，就可被归纳为说服责任的含义和适用问题。”

在《证明责任》一文中，艾伦教授进一步指出，“弄清举证责任和说服责任之间的关系是很重要的”，举证责任的满足是证明存在着争议，而说服责任的满足则是该争议或分歧的解决。“如果理性人能够一致认为原告或被告已满足了相关的说服责任，那么，就没有理由再审理该争议事实。”因此，举证责任是说服责任的一项功能。他用三种可能的情况来说明这个问题：

第一种情况，一方提供的证据不是很有说服力，对事实真实性的支持概率为 10%~35%，这表明其未能履行举证责任，陪审团不能断定提供证据的当事人应当胜诉，那就没有理由对该问题继续审理，否则，将是浪费时间和金钱。第二种情况，举证责任得到了满足，一方提供的证据产生了一个陪审团争点，显示了一个 40%~60% 的合理说服力范围，陪审团成员对证据的含义意见不一致，那么该争点将被送交陪审团继续审理。第三种情况，陪审团对证据的含义不存在合理的分歧，提供的证据表明相关事实真实性的概率为 65%~

^⑥ 参见 [美] 罗纳德·J·艾伦等：《证据法：文本、问题和案例》，张保生、王进喜、赵澄译，满运龙校，高等教育出版社 2006 年版，第 253~254、807 页。

^⑦ 约翰·T·麦克诺顿 (John T. McNaughton)：《举证责任：说服责任的一项功能》，载《哈佛法学评论》，第 68 卷，1995 年，第 1382 页。

90%，举证责任不但得到满足，而且陪审团在何方应该胜诉的问题上不会不一致，但应当继续审理以便给对方提供相反证据的机会。在对方当事人进行反驳证明之前，负有最初举证责任的当事人不能胜诉；在对方当事人反驳证明之后，一方或双方当事人可以再次要求法官检验该证据的充分性。如果负有举证责任的当事人提供了充分的“反驳”证据，那就又回到了第二种情况，对方当事人可对新提供的证据再次进行反驳证明，继续进行审理，直到双方当事人都没有新提供的证据为止；如果其间提供的新证据符合第一种情况，法官就会对争点作出有利于对方当事人的裁定；如果提供的新证据符合第二种情况，法官就应当将该争点提交陪审团继续审理；如果提供的新证据符合第三种情况，法官就应当对该争点作出有利于最初承担举证责任的当事人的裁定。因此，举证责任是说服责任的一个功能。

艾伦教授在《证明责任》一文中，将优势证据标准和中国一些学者所主张的高度盖然性证明标准作了比较。他认为，高度盖然性标准继承了大陆法传统，设立了高于75%的标准。证明标准的提高将导致更多有利于被告的错判和更少有利于原告的错判，提高证明责任导致了有利于被告的错误数量的增加。刑事案件确信无疑的证明要求，也可通过这个方法得到解释：如果将其从0.95降低到0.7，就会将更多有罪者定罪，但同样也会将更多无辜者定罪。

十、准确性与成本及其他证据政策具有竞争关系

在《证据法的未来》一文中，艾伦教授讨论了证据法的准确性与其他价值追求即价值政策之间的关系。他指出：“证据法并非只关心求真；它是一个同时追求许多不同利益的法律制度之不可分割的部分，这些利益常常具有竞争性……法律制度的设计者面临大量政策选择。一些是与事实准确性的追求一致，但很多又与其相反。”准确性价值的实现是需要成本的，“而且有时成本过高。一个法律制度过于专注事实的准确性，也许会破坏该法律制度正试图维护的社会环境。一个只值一美元的争端，却要花费一千美元的诉讼才得到一个事实准确的结论，那大概就不该对簿公堂了。这种诉讼可能只会减少整体社会福利，并阻碍纠纷的私人和解”。考虑所有这些因素都意味着成本，成本下降将导致消费的增加，人们有任何争端都要到法院来打官司；花费的成本太高，人们便将寻求非诉讼争端解决方式，如妥协和谈判。事实准确性不仅与成本有竞争关系，还与政府可合理追求的其他政策有竞争关系，包括特免权规则、事后补救措施规则等等。

目 录

证据法的理论基础和意义/张保生 张月波 译	1
The Theoretical Foundations and Implications of Evidence	13
刑事诉讼的法理和政治基础/张保生 李哲 艾静 译	29
The Jurisprudential and Political Foundation of Criminal Procedure	40
证据法、诉讼法和实体法的关系/张保生 张月波 汪诸豪 译	56
The Relationships among Evidence Law, Procedural Law, and Substantive Law	69
司法证明的性质/王进喜 杜国栋 梁良 译	87
The Nature of Juridical Proof	99
相关性和可采性/张保生 强卉 译	116
Relevancy and Admissibility	128
证明责任/蒋雨佳 强卉 张姝丽 译, 张保生 校	144
Burdens of Proof	171
民事诉讼推定再思考/张家骥 译, 张保生 校	210
Presumptions in Civil Actions Reconsidered	224
证明标准与法律分析的局限性/周蔚 张洪铭 译, 张保生 校	244
Standards of Proof and the Limits of Legal Analysis	263
美国证据排除规则/郑飞 王磊 译, 张保生 校	289
The American Exclusionary Rule(s)	300

排除规则的困难/郑飞 强卉 译, 张保生 校	316
Difficulties of Exclusionary Rules	329
专家证言的概念性挑战/汪诸豪 译	347
Conceptual Challenge of Expert Testimony	365
证据与推论/概率与似真性/张月波 译, 张保生 校	389
Evidence and Inference/Probability and Plausibility	398
证据法革新的框架/汪诸豪 李吟 译	411
The Framework for the Reform of Evidence	420
证据法的未来/郑飞 樊传明 译, 张保生 校	433
The Future of Evidence Law	441
第四届证据理论与科学国际研讨会闭幕词/张伟 译, 张保生 校	452
Closing Speech at the 4 th International Conference on Evidence Law and Forensic Science	459