



外国法学名著

An Economic Approach to the Law of Evidence

证据法的

经济分析

[美]理查德·A·波斯纳/著
徐昕 徐昀/译

中国法制出版社



证据法的

An Economic
Approach to
the Law of Evidence

■ [美]理查德·A·波斯纳 著

■ 徐 昕 徐 昀 译

经济分析

中国法制出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

证据法的经济分析/徐昕, 徐昀译. —北京: 中国法制出版社, 2004.9

ISBN 7-80083-839-0

I. 证… II. ①徐… ②徐… III. 证据-诉讼法-研究 IV. D915.134

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 055817 号

证据法的经济分析

著者/〔美〕理查德·A·波斯纳

译者/徐 昕 徐 昀

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/850×1168 毫米 32

印张/7.875 字数/154 千

版次/2004 年 9 月第 2 版

2004 年 9 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80083-839-0/D·804

定价: 15.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66062741

市场营销部电话: 66012216

编辑部电话: 66032924

读者俱乐部电话: 66026596

邮购部电话: 66033288

作者简介

理查德·A·波斯纳 (Richard Allen Posner), 1939 年 1 月 11 日出生于美国纽约, 现任美国联邦第七巡回区上诉法院首席法官, 芝加哥大学法学院讲座教授, 美国法律经济学协会主席, 美国艺术和科学研究院、美国法学会特别会员, 美国经济学会、美国文学及文学批评学会、世纪学会、Mont P^{er}lerin 协会会员, 英国科学院通信会员, 《美国法律经济学评论》编辑。曾获耶鲁大学文学学士 (1959)、哈佛大学法律硕士 (1962)、锡拉丘兹 (Syracuse) 大学 (1986)、杜克森 (Duquesne) 大学 (1987)、乔治顿大学 (1993)、耶鲁大学 (1996)、宾西法尼亚大学 (1997) 法学荣誉博士 (LL.D. [Hon.])、根特 (Ghent) 大学 (1995) 法学荣誉博士 (Dr.Honoris Causa)、布鲁克莱恩 (Brooklyn) 法学院 (2000) 法律荣誉博士学位。

波斯纳是美国法律经济学的代表人物, 世界最著名的法律经济学家之一。他运用简明的西方经济学原理全面分析和研究了美国的法学理论、法律史、宪法、财产法、侵权法、契约法、反托拉斯法、公司法、证券法、贸易法、税收法、

2 证据法的经济分析

刑法、劳工法、证据法、法律程序、司法制度等几乎所有法律问题，为法律经济学的研究奠定了理论基础，并因此对法学理论的发展作出了卓越贡献。波斯纳也是一位以著名学者身份进入法院担任法官的少数人之一，他十分完美地将这二种高尚的职业结合起来，在裁判中坚定地贯彻其以效率诠释正义之学术思想。另一方面，司法实践又为他提供了更加丰富深厚的教学和研究题材，他曾教授过行政法、反垄断法、法律的经济分析、法律思想史、冲突法、法律与文学、立法程序、家事法、初民社会的法、侵权法、民事诉讼、健康法、法理学以及经济学等课程，当然也包括证据法。

波斯纳著作等身，共有著作四十余部，在法学、经济学等重要期刊上发表论文 200 多篇，另有书评、评论及其他文章 170 余篇。其代表作主要有：《法律的经济分析》（1998，1992，1986，1977，1973）、《法理学问题》（1990）、《超越法律》（1995）等。《法律的经济分析》（蒋兆康译，林毅夫校，中国大百科全书出版社 1997 年版）和《法理学问题》（苏力译，中国政法大学出版社 1994 年版）于上个世纪 90 年代译成中文，在国内影响较大。苏力主编、中国政法大学出版社 2002 - 2003 年推出了 11 卷的《波斯纳文丛》，包括：《法理学问题》、《超越法律》、《道德和法律理论的疑问》、《正义/司法的经济学》、《法律理论的前沿》、《法律与文学》、《性与理性》、《衰老与年龄》、《联邦法院》、《反托拉斯法》、《公共知识分子》。

译者简介

徐昕，海南大学法学院教授，硕士生导师，法学博士。在《中国社会科学评论》（香港）、《法学研究》、《中国法学》、《社会学研究》、《比较法研究》、《法律科学》、《现代法学》、《法学评论》、《开放时代》等刊物发表学术论文 50 余篇，单独及合作出版专（译）著十几种。专著有《英国民事诉讼与民事司法改革》（2002 年中国政法大学出版社），译著有《公共知识分子》（2002 年中国政法大学出版社，原著波斯纳）、《英国民事诉讼规则》（2000 年中国法制出版社）、《当事人基本程序保障权与未来的民事诉讼》（2000 年法律出版社）。

徐昀，清华大学法学院硕士研究生，1997 年毕业于西南政法大学，曾任基层法院法官，发表论文若干。

目 录

代译序：

事实发现的效率维度

——波斯纳《证据法的经济分析》解读……徐 昕（1）

摘 要（26）

引 言（27）

第一部分 证据的经济分析（32）

一、如何进行分析（32）

二、搜寻模型（34）

三、成本最小化模型（40）

四、有关这些模型的一些补充观察（42）

第二部分 事实探知的结构（47）

一、纠问制与对抗制，尤其关于美国的陪审团（47）

（一）“纯”制度的比较研究（47）

（二）混合型制度与切实可行的改革（67）

（三）概括性比较（73）

二、证明责任（77）

2 证据法的经济分析

(一) 提出证据的责任	(77)
(二) 说服责任	(81)
(三) 统计证据	(89)
1. 公共汽车案	(89)
2. 统计上的显著性	(94)
(四) 概率的乘积规则	(98)
(五) 偏倚的事实发现者和律师要求	
陪审员回避的强制异议	(102)
三、法官对陪审团；抑或什么是事实？	(104)
第三部分 《联邦证据规则》	(107)
一、无害之错	(110)
二、限制性指示	(117)
三、关联性	(122)
四、品格证据	(129)
五、补救与和解要约	(138)
(一) 事后补救规则和认知错觉问题	(138)
(二) 和解要约不具可采性	(143)
六、传闻	(144)
七、证据特权及证据排除规则	(146)
(一) 婚姻关系特权	(146)
(二) 律师—委托人之间的特权	(148)
(三) 搜查和扣押中的证据排除规则	(151)

(四) 反对强制自证其罪的特权	(152)
八、专家证人	(157)
(一) 党派性	(160)
(二) 易理解性	(163)
(三) 专家的抵消效果	(167)
(四) 专家证言额外的社会成本	(168)
(五) 改革建议	(169)
结 论	(172)
致 谢	(182)
附录：理查德·A·波斯纳的作品目录	(183)
初版后记	(236)
修订版后记	(241)

代 译 序

事实发现的效率维度

——波斯纳《证据法的经济分析》解读

事

实发现是法律适用的基础，事实认定实行证据裁判主义，因而证据法在法律体系中的地位是非常重要、不可忽略且性质独特的。然而，有关证据规则的法律经济学文献却寥寥无几。^{〔1〕}理查德·A·波斯纳（Richard A. Posner）^{〔2〕}在《法律的经济分析》第六篇专门对法律程序进行了经济分析，其中部分地涉及到证据法的经济分析，尤其是第 21 章“民事和刑事诉讼程序”，第七篇第 28 章“搜查、扣押和审讯”

〔1〕 Richard A. Posner, *An Economic Approach to the Law of Evidence*, 51 STAN.L.REV.1478 (1999) .

〔2〕 关于波斯纳的介绍和评述，参见其个人主页：<http://www.law.uchicago.edu/faculty/posner-r/index.html>；本文附录：波斯纳的作品目录；以及苏力撰写的《波斯纳文丛》总译序。

2 代 译 序

涉及到证据搜查和非法证据排除规则。^[1]《法理学问题》第六章“法律问题有正确答案吗?”,对法律问题与事实问题的区分、事实认定、不确定性、精确与成本、贝叶斯方法、陪审制、证明责任等问题作了一些论述。^[2]

在此基础上,波斯纳于1999年发表了《证据法的经济分析》^[3]一文,该作品系第一部对证据法系统进行经济分析的综合性作品。^[4]加利福尼亚大学Hastings法学院罗杰·帕

[1] 参见波斯纳:《法律的经济分析》(下),蒋兆康译,林毅夫校,中国大百科全书出版社,1997年版,第717-778页。

[2] 参见波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社,2002年版,第247-275页。

[3] Richard A. Posner, *An Economic Approach to the Law of Evidence*, 51 STAN. L. REV. 1477-1546 (1999). 该文亦系芝加哥大学法学院JOHN M. OLIN LAW & ECONOMICS项目工作论文第66号(1992),载 <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract-id=165176>。电子版论文与《斯坦福法律评论》发表的论文稍有不同,本书2001年初版以电子版为基础,修订版严格依照《斯坦福法律评论》发表的论文翻译。

[4] 波斯纳有关证据法的经济分析的作品还有:《无害之错》(Harmless Error), 载 <http://papers.ssrn.com/sol3/delivery.cfm/000622600.pdf?abstractid=233929>。该文为刑事上诉中的无害错误提供了一项经济学模型。作者通过研究有关刑事定罪判决中可撤销和不可撤销的错误之法律原则,基于1996-1998年1000多名刑事被告就定罪判决向美国上诉法院提起上诉之样本,对该模型进行了检测。该文最重要的观点是:检察官和法官的故意错误与非故意错误相比更可能有害,并将导致上诉审法院撤销被告定罪的原判决。检察官的错误与法官的错误相比,更可能被原谅,部分的原因是,法官的错误可能会对陪审团产生更大的影响,另外,法官未纠正检察官错误(甚至故意错误)的,也很有可能未纠正抵消性的辩方错误。如果被告面对无错误定罪判决的概率越高,错误的有害性就越低。最后,上诉审法院在撤销原判时更可能公布法官意见,原因是,若是法官之间不能达成共识,则有关案件需要参照先例的难点也就越大。还比如, Richard A. Posner, *The Law and Economics of the Economic Expert Witness*, 13 JOURNAL OF ECONOMIC PERSPECTIVES 91 (1999, spring)。

克 (Roger Park) 教授称该作品为“近年来证据法的主要进展之一”。^[1]用波斯纳自己的话来说,“本文是第一部对证据法进行经济分析的综合性作品(尽管它并非面面俱到,亦未提供最终的结论)。”^[2]

所谓证据法,“是确定向必须解决事实争议的法庭、提供何种信息以及如何提供信息的一整套规则。”^[3]证据法的经济分析,简而言之,就是从效率的维度对证据法进行诠释。波斯纳在该书中一如既往地贯彻以效率诠释正义、以法律引导效率之思想,以经济分析作为主导性研究方法,以准确性、效率最优和成本最低为目标,从事实发现的效率维度切入,使用成本分析、成本-收益分析(即成本最小化与证据搜寻数量的最大化、事实发现准确性的最优化)、社会成本分析、机会成本分析、激励分析等方法,推导出最优化制度并与本国或他国实行的现实制度作比较,得出美国证据法

[1] Roger Park on Judge Posner's *An Economic Approach to the Law of Evidence*, 见 <http://www.law.umich.edu/thayer/parkposn.htm>。

[2] Richard A. Posner, *An Economic Approach to the Law of Evidence*, 51 STAN.L.REV.1478 (1999)。

[3] Richard A. Posner, *An Economic Approach to the Law of Evidence*, 51 STAN.L.REV.1477 (1999)。注意,证据法不仅包括证据法典,如美国的《联邦证据规则》、《统一证据法典》、印度《证据法典》、澳大利亚1995年《联邦证据法》等,在实体法领域还有一些非常重要的证据规则,比如侵权法中的事实不证自明之原则、合同法领域的口头证据规则、刑法中对伪证和妨碍司法施加刑事制裁以及有关时效的法律等,而且还大量存在于法院的判例之中。

4 代 译 序

的制度构造和理论基础内有着微妙的经济逻辑之结论。

近年来，波斯纳的效率绝对主义立场招致不少批评甚至人身攻击，故他逐渐对效率导向采取克制态度，注重实践理性和非经济性价值目标，研究方法也力求多元化。这些在《证据法的经济分析》中表现尤其明显。该书研究方法是折衷性的，不仅局限于经济学分析，也运用了心理学、统计学、决策理论等方法。他还声称，“这篇文章正如对法律制度的核心原则和制度进行的实证经济分析一样，发现了在法律与效率原则之间存在一种不可忽视的、尽管是远非完全的一致。”〔1〕

一、在准确性与不确定性之间： 贝叶斯定理在证据法中的运用

证据法的经济分析，必须抓住其核心问题，“从一种经济学的立场来看，其中最重要的关注便是准确性（因为准确性常常提高威慑力，尽管并非总是如此）和成本。”〔2〕将经济学与证据法的结合契合点设定为准确性和成本，这可谓波斯纳法官天才般的抽象，他从这两个进路将证据法的经济分析

〔1〕 Richard A. Posner, *An Economic Approach to the Law of Evidence*, 51 STAN.L.REV.1542 (1999) .

〔2〕 同上注。

连接成为一个形散而神不散的整体。

在波斯纳看来,事实发现主要有着四维的制约因素:事实发现能力的有限性;发现客观事实的主观路径;追求客观真实与其他价值目标之间的衡平;以及事实发现的成本。“所有的证据都是盖然性的,并不存在形而上学的绝对真实……”;〔1〕“几个世纪以来,法律职业界都已知道法律发现事实是概率的。”〔2〕同时,证据法乃至法律制度的价值目标,也不仅仅是追求真实,“我并不是说,美国法律制度对事实真相毫无兴趣,而只是说求真的目的与其他目的(比方说,经济性、保护某些自信、助长某些活动、保护某些宪法性规范)相互竞争……这一程序制度要在精确性和成本之间追求最大兼顾。”〔3〕而且,世上没有免费的午餐,追求客观真实需要成本,准确性越强所需成本便越高。因此,所谓准确性问题,并非指追求客观真实,而是由于事实发现能力的有限性以及人们发现客观事实的主观路径,从而将事实发现的目标定位于实现追求客观真实与其他价值目标的和谐,以

〔1〕 Richard A. Posner, *An Economic Approach to the Law of Evidence*, 51 STAN. L. REV. 1508 (1999) .

〔2〕 参见, B. J. SHAPIRO, *PROBABILITY AND CERTAINTY IN SEVENTEENTH - CENTURY ENGLAND: A STUDY OF THE RELATIONSHIPS BETWEEN NATURAL SCIENCE, RELIGION, HISTORY, LAW, AND LITERATURE 178 - 182, 187* (Princeton University Press, 1983) . 转引自波斯纳:《法理学问题》, 苏力译, 中国政法大学出版社, 2002 年版, 第 270 页。

〔3〕 波斯纳: 同上书, 第 259 页。

6 代 译 序

及法律上客观真实的绝对性与相对性之间的衡平。波斯纳认为,“在证据的经济分析中,威慑扮演了一个主要的角色,因为它把对准确性(正是证明过程之核心)的关注与经济学家有关法律的观念——法律作为一种为有效率的行为创造激励的制度——联系起来。既然在审判中准确的事实认定对于法律传递有效的激励之效率至关重要,因此裁判的准确性就不仅仅构成一种道德和政治价值,而且还是一种经济价值。”〔1〕

而证据法的传统视域,无法从根本上消解事实发现的不确定性问题,对客观真实的接近犹如人类其他的乌托邦幻想,越来越清晰地地为多数人所悟到。人们在失望的同时,开始以新的方法论探索事实发现和理性决策之可能,因而出现一种证据法的现代转型之趋向,也就是所谓新证据法学者(New Evidence scholars)的兴起。所谓新证据法学者,大致指与传统证据法学者相区分,适应现代科技发展,注重以经济学、数学、统计学、逻辑学、心理学等多学科方法对证据和证据法进行分析的证据法学者。

波斯纳解决准确性问题的主要思路,是运用有关盖然性/概率性的各种理论,尤其是在事实不确定的前提下可运用贝叶斯定理(Bayes' s theorem)指引理性决策的作出。他

〔1〕 Richard A. Posner, *An Economic Approach to the Law of Evidence*, 51 STAN. L. REV. 1484 (1999) .

认为,“贝叶斯定理对于证据法的价值在于它的启发性。在无法消除不确定性的条件下(即基于主观可能性作出决定所要求的条件),贝叶斯定理可谓最具影响的理性决策模式。”〔1〕其意义,“主要就是作为一种提醒:评估概率是一种有用和理性的处理不确定性的方式;当新的信息注入时,人们应随之刷新概率的评估;并且,新信息对于人们最终决策的影响则有赖于人们的验前几率——也就是,取决于人们在开始考虑证据之前所估计的概率。”〔2〕波斯纳是一位积极倡导贝叶斯定理以及其他概率理论在证据法领域运用的主要学者,因而亦可将他归于新证据法学者之列。波斯纳对许多新证据法学者关注的问题进行了评述,如统计证据、概率论的法律意义等。

所谓贝叶斯定理,系指由 R·托马斯·贝叶斯(Reverend Thomas Bayes)爵士创立的一种以主观性为特征的数学概率理论,指根据要分析的问题原来的概率以及新的有关证据来计算该问题的概率的统计决策理论,这种方法给出了把先验的信息结合进去以及把新到的信息加进去的方法。其缺点是难于指定先验的参数分布,而且结论对于分布的选取可能有

〔1〕 Richard A. Posner, *An Economic Approach to the Law of Evidence*, 51 STAN.L.REV.1479 (1999) .

〔2〕 Richard A. Posner, *An Economic Approach to the Law of Evidence*, 51 STAN.L.REV.1514 (1999) .

8 代 译 序

敏感性。^[1] 上个世纪二、三十年代对贝叶斯方法的讨论空前激烈，自 1950 年 A. Wald 统计判决理论产生后，贝叶斯方法成为统计判决理论的重要工具，现已广泛应用于统计学、计算机科学和人工智能。西方证据法学者尝试将贝叶斯方法（主要是经验贝叶斯方法）运用于证据法领域，用以分析证明责任等不确定性问题。二十世纪八十年代对这一课题的研讨尤其激烈，波士顿大学法学院组织了“证据法中的盖然性和推定”研讨会，有关论文收入了《波士顿大学法律评论》1986 年第 66 卷，并编辑出版了《证据法中的盖然性和推定：贝叶斯主义的运用及其局限》一书。对贝叶斯定理的批评，多认为这一判断方法具有不完全性，没有考虑到涉及假说的证据之证明力和完整性的事实，L·杰诺森·柯恩（L. Jonathan Cohen）的批评较有代表性。^[2]

但波斯纳法官并不支持部分学者所主张的，应教导陪审团使其足够了解贝叶斯定理的运用。他通过假想的公共汽车案件，对统计证据、显著性水平等作了深入考察。假设原告被一辆公共汽车撞伤，已知在原告被撞的路段上，51% 的公共汽车由 A 公共汽车公司所有，49% 的公共汽车属于 B 公

〔1〕 参见《简明不列颠百科全书》第 1 卷，北京：中国大百科全书出版社，1986 年，第 652 页。

〔2〕 L.J. Cohen, *The Role of Evidential Weight in Criminal Proof*, in PETER TILLERS & ERIC GREEN, eds., *PROBABILITY AND INFERENCE IN THE LAW OF EVIDENCE: THE USES AND LIMITS OF BAYESIANISM* 113 (Kluwer, 1988) .