



“十三五”国家重点出版物出版规划项目

法学译丛·证据科学译丛 / 丛书主编 张保生 王进喜

Foundations of Evidence Law



证据法的根基

[美] 亚历克斯·斯坦 (Alex Stein) 著

樊传明 郑 飞 等 译

 中国人民大学出版社



“十三五”国家重点出版物出版规划项目

法学译丛·证据科学译丛 / 丛书主编 张保生 王进喜

证据法的根基

[美] 亚历克斯·斯坦 (Alex Stein) 著



中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

证据法的根基 / (美) 亚历克斯·斯坦 (Alex Stein) 著; 樊传明等译.
—北京: 中国人民大学出版社, 2018. 10

(法学译丛·证据科学译丛)

书名原文: Foundations of Evidence Law

ISBN 978-7-300-26343-4

I. ①证… II. ①亚… ②樊… III. ①证据-法学-研究 IV. ①D915. 130. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 234768 号

“十三五”国家重点出版物出版规划项目

法学译丛·证据科学译丛

丛书主编 张保生 王进喜

证据法的根基

[美] 亚历克斯·斯坦 (Alex Stein) 著

樊传明 郑飞 等 译

Zhengjufa de Genji

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 北京宏伟双华印刷有限公司

规 格 155 mm×235 mm 16 开本

版 次 2018 年 10 月第 1 版

印 张 20 插页 2

印 次 2018 年 10 月第 1 次印刷

字 数 195 000

定 价 65.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

Foundations of Evidence Law



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

献给雪莉！

致 谢

先说最重要的：我非常幸运拥有这样一些朋友，他们无条件的友谊与他们的学者品质相配。埃亚勒·本韦尼斯蒂（Eyal Benvenisti）读过我全部的手稿，并提出了许多重要建议。佐哈尔·戈申（Zohar Goshen）读过第五章并且给出了评论。与我合作写过几本侵权法著作的阿里埃尔·波拉特（Ariel Porat），曾是我的讨论伙伴，我们的讨论验证或者推翻了我的许多想法。阿隆·哈雷尔（Alon Harel）与我进行了一场长达十年的法律理论对话，这些法律理论延伸到本书所讨论的许多议题中。阿隆还反复催问我是否真的打算写这本书，从而督促了本书的完成。

我初识证据法，是在以利亚·哈农（Eliahu Harnon）的证据法课堂上。我在耶路撒冷希伯来大学读书时修了这门课。几年后，我加入希伯来大学法学院执教，以利亚成为我的朋友和同事。我希望本书没有辜负他的期待。

本书阐述了一个一般性的观点：证据法是在不确定状态下分配错误风险，而不是促进发现真相。我最初提出这种观点，是在我的伦敦大学学院博士学位论文中。我非常感谢威廉·特文宁（William Twining）指导了这篇论文，也非常感谢他提供了一个良师榜样。本书写于叶史瓦大学本杰明·N. 卡多佐法学院。在这里，我找到了一个非常好的学术环境，十分有益于学术研究和写作。因此我要感谢大卫·鲁登斯坦（David Rudenstine）院长以及卡多佐法学院全体成员。我也要感谢参加了一次教师工作坊的同事们，在这个工作坊中我提交了本书第三章。尤其感谢保罗·舒派克（Paul Shupack）、斯图尔特·斯特克（Stewart Sterk）和马

丁·斯通 (Martin Stone)，他们提出了自己的评论和建议。

最后——但并非最不重要，我很感激佩宁阿·佩特鲁克 (Peninah Petruck) 博士所做的优秀编辑协助工作，这极大地改善了本书的文体和内容。

证据法为何而设? (中文版序言)

《证据法的根基》^{〔1〕} 出版于十年前。在这十年间,本书被多次评论和讨论过。^{〔2〕} 大多数批评者都同意我的以下核心观点:证据法规则——所有的证据法规则,而不仅仅是证明责任和证明标准——在诉讼双方(民事诉讼中的原、被告,或刑事诉讼中的控、辩方)之间分配着事实认定错误风险。这一观点维护了传统的普通法系证明制度,该制度使用各种可采性规则和补强要求为审判预先筛选证据。如果证据法规则是在分配错误风险,那么谁应当决定如何分配这种风险,以及由此导致的对自由或权利的不当否

〔1〕 ALEX STEIN, FOUNDATIONS OF EVIDENCE LAW (Oxford University Press, 2005)。(以下简称“FOUNDATIONS”)

〔2〕 参见 Donald Nicolson, 26 LEGAL STUDIES 294—98 (2006) (书评); Roger C. Park & Michael J. Saks, 47 BOSTON COLLEGE LAW REVIEW 949, 1018—24 (2006) (讨论); Amit Pundik, 25 CIVIL JUSTICE QUARTERLY 504—28 (2006) (评论性文章); Mike Redmayne, 26 OXFORD JOURNAL OF LEGAL STUDIES 805—22 (2006) (评论性文章); Deirdre M. Dwyer, 5 LAW, PROBABILITY & RISK 75—85 (2006) (评论性文章); Roderick Bagshaw, 123 LAW QUARTERLY REVIEW 168—172 (2007) (书评); David Hamer, 70 MODERN LAW REVIEW 319—39 (2007) (评论性文章); Michael S. Pardo, 5 (2) INTERNATIONAL COMMENTARY ON EVIDENCE 1 (2007) www.bepress.com/ice/vol5/iss2/art1 (评论性文章); Dale A. Nance, 13 LEGAL THEORY 129—64 (2007) (评论性文章); Rafael Encinas de Munagorri, 2—2007 REVUE INTERNATIONALE DE DROIT COMPARE 457—60 (书评; 法语); Denise Meyerson, 31 SYDNEY LAW REVIEW 507, 512—31 (2009) (讨论); Ronald J. Allen, 29 LAW & PHILOSOPHY 195—230 (2010) (评论性文章); Alec Walen, 76 LOUISIANA LAW REVIEW 355, 377—410 (2015) (讨论)。尤其是,美国第十一巡回上诉法院采纳了我的以下核心观点:所有证据规则都在分配错误风险。参见 *Hill v. Humphrey*, 662 F.3d 1335, 1355 (11th Cir. 2011)。(“所有的规则都服务于对错误裁决风险的分配——确定谁能参与提交证据和论证的程序规则,确定事实裁判者能够考虑哪些证据的证据规则,以及诸如证明标准等裁决规则。”)(引自 Alex Stein, *Constitutional Evidence Law*, 61 VANDERBILT LAW REVIEW 65, 67—8 (2008)。)

决？为什么允许审判法官和陪审员们按其所好分配这种风险？为什么不将这种权力授予公开透明的、负有政治责任的主体，如最高法院和立法者？另外，为什么不允许以个人的宪法性权利对抗错误风险？^{〔3〕}

这些基本的问题，没有被边沁和当代的普通法证据制度批评者们注意到。边沁及其追随者们曾经论述道：如果立法者废除所有的证据筛选规则并让事实认定者评价所有相关的证据，结果会更好。这种废除论指出了一系列优点，包括发现真相、简易化、节省成本和一致性。据称：通过考虑所有相关的证据，事实认定者会最大可能地发现真相；不存在证据规则的审判，也会变得不那么繁复和昂贵；最后，废除证据筛选规则将会使美国的审判制度与世界上其他大部分地方的制度相一致。^{〔4〕}

本书反驳了这种废除论，证明了这些优点不实。边沁关于增加相关信息会提高发现真相之可能性的主张，受到了证据法学者几乎一致的认可。然而，这种观点是否正确，只能取决于认识论和逻辑的原则。这些原则表明，“信息越多，真相越可能”的主张，显然是错误的。^{〔5〕}单纯增加相关信息，而没有其他方面的改善，不会使事实认定者更接近真相。只有当他接收的信息是可信的，而不仅仅是与其决策相关的，事实认定者才会更接近真相。因此，事实认定者在不确定条件下接受的任何（一阶）信息，都需要伴以关于该信息之可信性的补充性（二阶）信息。这些二阶信息也应当是可信的，这又需要另一些补充性的（三阶）信息；以此顺推。为了避免这种无限的、徒劳无果的调查，事实认定者必须预先筛选他的证据。他必须考虑这样一些证据：即使忽略了所有其他的证据，这些证据也可能改善其决策。^{〔6〕}任何这种对证

〔3〕 FOUNDATIONS, 118—33.

〔4〕 同上，107—16。

〔5〕 同上，122—4。

〔6〕 同上。

据的选择,都将错误风险以及由此引发的不当剥夺自由或权利的预期可能性,分配给了诉讼中的某一方。如何分配这种风险是一个政治道德问题。^{〔7〕}作为个人的法官和陪审员不应享有按其所好决定该问题的权力。^{〔8〕}在现代民主的正常权力结构中,这类问题应当由普通法先例、成文法和宪法决定。^{〔9〕}

“自由证明”的简易性也是错觉。去掉了证据法规则的审判,本身不会转化成一个简易的事情。只有符合以下条件时,它才会变得简易:诉讼当事人不会提出关于证据不确定性的主张,以及由此引发的要求以此种或彼种方式分配错误风险的主张。然而,不存在合理的理由去抑制这类主张。司法中的事实认定从性质上来说就是不简易的。佯装它是简易的,会将关于如何分配错误风险的问题掩盖,但不会使这个问题消失。

就成本而言,废除主义者对证据法规则所产生的成本的特殊强调,也是固执己见的。正如所有现代经济学家所熟知的那样,解决成本问题不应只考虑一个人付出的东西,还应考虑一个人因此而得到的东西。当一个证据法规则促进法律制度并按照社会所欲的方式分配错误风险的时候,政策制定者应当将这一收益与该规则的成本相权衡。当收益大于成本的时候,该规则就是为社会所需的,即使它本身的成本很高。更为根本的是,该事实认定制度可能很好地降低了错误与避免错误的总成本。授权作为个人的法官和陪审员按照自己的偏好去分配这种错误风险,难以实现这一目标。

在废除主义者的主张中,一致性主张可能是最脆弱的。相信这一主张的人,含蓄地认为智力上的垄断好于智力上的竞争。本书将英美法系对待证据、不确定性和错误风险的方式理论化。将这种方式(贬损地)称为“美国式特例”,无助于推进这种对话。我的理论解释、证成和认可了普通法系的事实认定制度。不过这一理论并不主张说:不可能存在比这更好的制度。如何分配错误

〔7〕 FOUNDATIONS, 118—33.

〔8〕 同上, 133。

〔9〕 同上。

风险以及由此引发的剥夺人们自由或权利的预期可能性，关键取决于一个社会的偏好和价值。这些偏好和价值未必是普适的。

我的批评者们主要攻击了我提出的关于风险分配的具体主张。^[10] 也有些批评者批评了我的以下大胆主张：在司法事实认定中，认识论应当只发挥有限的作用。^[11] 不适合在这篇序言中回应对我的理论的具体批评。我已经吸收了某些批评意见，将在修订本书、出版第二版时予以采纳。然而，关于认识论的主张，我仍未动摇和改变。认识论是一个富有洞见且非常重要（尽管太技术性）的学科。然而，对于如何在民事和刑事裁判中分配错误风险，认识论难以置喙。如何恰当地分配这种风险，是一个政治道德问题。重复一个本书所杜撰的格言：在司法的事实认定中，认识论罢手处，政治道德接手^[12]——而认识论经常罢手。

在出版了本书后，我撰写了一系列文章，进一步发展我的理论并回应批评者们。^[13] 这些文章探讨了证据法中错误风险分配问题的经济、哲学和宪法维度。通过采取纯粹的经济视角，我已经说明了，一个法律制度应当抑制所有那些带来负面产出—成本计算的证据。通过确立规则而系统性地排除这种无效证据，能够促进法律制度的规模效益；反之，如果未能排除这种无效证据，会导致严重的规模负效益。为了实现这种理念，我提出了一个“信噪比（signal-to-noise）”方法，这个方法是从统计学、科学和工程学

[10] 参见 Ronald J. Allen, *Laudan, Stein, and the Limits of Theorizing about Juridical Proof*, 29 LAW & PHILOSOPHY 195, 217 - 30 (2010); Michael S. Pardo, *The Political Morality of Evidence Law*, 5 (2) INTERNATIONAL COMMENTARY ON EVIDENCE 1 (2007); Dale A. Nance, *Allocating the Risk of Error: Its Role in the Theory of Evidence Law*, 13 LEGAL THEORY 129 (2007) .

[11] 参见 Nance, 前注 [10]; Pardo, 前注 [10] .

[12] FOUNDATIONS, 65.

[13] Alex Stein, *Constitutional Evidence Law*, 61 VANDERBILT LAW REVIEW 65 (2007) . 该论文的中文版发表于：《法律方法》第 15 卷，第 312 页（郑飞、樊传明译）。Alex Stein, *Inefficient Evidence*, 66 ALABAMA LAW REVIEW 423 (2015); Alex Stein, *The New Doctrinalism: Implications for Evidence Theory*, 163 UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA LAW REVIEW 2085 (2015) .

中借来的。该方法关注某个具体证据种类所产生的概率幅度。具体说来,它比较了与某个特定证据相关联的平均概率(即“信号”),与两边的差额(即“噪音”)。这种比较使得政策制定者能够针对不同种类的证据,而确定信号—噪音的比率。当证据的信号强于噪音,法律制度应当采纳该证据;相反,当证据产生的噪音淹没了信号时,该证据就是无效的,法律制度排除这样的证据是正确的。^[14]

我的其他文章探讨了本书核心观点的宪法维度。尤其是,它揭示了美国宪法中一个令人迷惑的不对称之处,并且指出了它的原因和后果。^[15]在事实认定的三个方面——证据、程序和裁决规则——中,只有两个受到了严格的宪法审查。宪法规制着程序和裁决规则,但不包括关于事实认定者所使用的证据是否充足(ad-equacy)的规则。通过程序和裁决规则(表现为证明责任)分配错误风险,受制于宪法审查。然而,通过证据充足性规则进行的错误风险分配,没有受到这种审查。这种宪法上的不对称性令人困惑,因为所有的错误风险分配都会影响法院的裁决,进而影响到一个人是否被错误地剥夺了自由或财产。我在非正式的证据法宪法化现象中解释了这种不对称性。证据法的宪法化现象,指向了三种权力和结构力学。首先,各州的证据规则通常与联邦最高法院的风险分配方案一致。其次,当这些规则偏离联邦最高法院的方案,从而促进地方性利益的时候,各州会秘密地而非公然地这么做。最后,一个州的证据规则与相应联邦证据规则的一致性,确保了它的合宪性。这种非正式的秩序,反映了州法院和联邦最高法院之间含蓄而可靠的默契。^[16]

[14] *Inefficient Evidence*, 前注 [13]。对这篇文章的批评分析,参见 Andrew L. T. Choo, *Evidence, (In) efficiency, and Freedom of Proof: A Perspective from England and Wales*, 66 ALABAMA LAW REVIEW 493 (2015); Mark Spottswood, *Signal vs. Noise: Some Comments on Professor Stein's Theory of Evidential Efficiency*, 66 ALABAMA LAW REVIEW 471 (2015)。

[15] *Constitutional Evidence Law*, 前注 [13]。

[16] 同上, 105—23。

我在证据法领域最近的著作，重新思考和提炼了本书中提出的以下证据法的组织性原则：“个案具体化”（case specificity）、“成本最小化”（cost minimization）以及“平等最优”（equal best）。^{〔17〕}我认为这三个原则解释和证成了证据法中所有的可采性与充分性要求。个案具体化原则要求：事实认定者将其裁决建立在描述当事人权责关系之故事的相对似真性（relative plausibility）上。成本最小化原则要求：事实认定者使错误的成本和避免错误的成本之总和最小化。平等最优原则要求：事实认定者提供给每个人防范错误风险的最大保护，与此同时使这种保护普遍平等。^{〔18〕}该原则对于证据法有很多影响，其中包括对政府按比例降低刑事定罪证明要求的权力的重要限制。一项使控方更容易将被告人定罪的证据规则，应该普遍地适用，并且使所有的刑事被告人面临相似的错误定罪可能性。政府不能挑选出个别的被告人（其中某些人是无辜的），使他们面临更大的定罪风险。除了维护平等保护之外，这一限制在法律制定者的成本—收益分析中也发挥着重要作用。因为削弱对被告防范错误定罪的保护，将会影响众多的被告人，所以政府只有在极端的情况下才应被授权这样做。例如，当严厉的证明要求会使非常多的罪犯逍遥法外且危害社会时。

我最近的著作将这些原则与法律原理的第二人称（second-personal）结构相关联。这种第二人称结构是不可简化的，它源于斯蒂芬·达沃尔（Stephen Darwall）对道德证成要求的著名解释。^{〔19〕}在这种结构中，原告从被告处获得赔偿（或控方要求惩罚被告）的权利，关键取决于个别化的——而不是统计性的——违法行为主张之可信性；该主张使被告个别性地对原告（或控方）

〔17〕 *New Doctrinalism*，前注〔13〕。

〔18〕 同上，2088，2093—94。

〔19〕 STEPHEN DARWALL, *THE SECOND-PERSON STANDPOINT: MORALITY, RESPECT, AND ACCOUNTABILITY* (2006) .

负责任。证据法规则只有在促进个案具体化、成本最小化或平等最优的时候,才契合这种第二人称结构。倡导其他规则的改革方案,不可避免地会脱离这种结构,因此是有问题的。^[20]

基于这种观察,我批评了三种对证据法的有力阐释,它们分别基于经济学、概率论和道德论。这三种阐释包括路易斯·卡普洛(Louis Kaplow)的证明责任理论^[21],丹尼尔·卡内曼(Daniel Kahneman)和阿摩司·特韦尔斯基(Amos Tversky)认为事实认定者对数学概率的背离是非理性的观点^[22],罗纳德·德沃金(Ronald Dworkin)对偶然施加的错误风险和刻意施加的错误风险的区分。^[23]这些阐释背离了我们的第二人称权利责任制度,因此它们制造了一个在方法论上失当的证据规则与实体法之间的分离。^[24]

本书意图开启(而非终结)关于证据与证明之性质和理想规制方式的论辩。如果学者同行们和法院认为我的论证具有说服力,我感到很幸运。但我也欢迎批评。出版中译本将使持有不同视角和新颖观点的人们读到本书。这也会加深对证据法作为审判程序与整个司法制度之核心要素的理解。我很幸运能请樊传明博士组织翻译本书。他对美国证据法及其概念基础的熟识,使他成为这一工作的理想人选。我要感谢他和郑飞等各位译者担当此任,且

[20] *New Doctrinalism*, 前注 [13], 2094—2107。

[21] Louis Kaplow, *Burden of Proof*, 121 YALE LAW JOURNAL 738 (2012). Ronald Allen 和我较早之前对卡普洛理论的批评, 参见 Ronald J. Allen & Alex Stein, *Evidence, Probability, and the Burden of Proof*, 55 ARIZONA LAW REVIEW 557, 588—93 (2013). 对该理论的进一步批评, 参见 Edward K. Cheng & Michael S. Pardo, *Accuracy, Optimality and the Preponderance Standard*, 14 LAW, PROBABILITY & RISK 193 (2015)。

[22] DANIEL KAHNEMAN, *THINKING, FAST AND SLOW* (2011). 我对卡内曼和特韦尔斯基的行为概率阐述的全面分析和批评, 参见 Alex Stein, *Are People Probabilistically Challenged?* 111 MICHIGAN LAW REVIEW 855 (2013)。

[23] Ronald A. Dworkin, *Principle, Policy, Procedure*, in A MATTER OF PRINCIPLE 72 (1986)。

[24] *New Doctrinalism*, 前注 [13], 2094—95。

勤勉、热忱地完成这一工作。我也非常感谢张保生教授，他是中国和比较证据法领域的著名学者。张保生教授认为我的这本书值得翻译，且督促本书的出版进程。我非常期待与中国的学者、学生和法律人展开新的对话。

亚历克斯·斯坦

2017 年 12 月

英文版序言

一个富有声望的出版社提出忠告说，一项图书出版计划“应当回答可以称之为‘逾越节问题’的这个问题：是什么让这本书不同于其他所有的书？”^{〔1〕}虽然我的出版商并不宣扬这种粗糙的工具主义，但本序言仍试图回答这个“逾越节问题”。

《证据法的根基》不是一本教义学著作。与许多杰出的著作不同，它并不提供对那些构成了特定证据法制度的司法规则和原则的描述性阐释。本书在一般性的层面上为读者讲述证据法。书中首先指出了英美证据法制度的核心特征，包括该制度的目标以及实现这些目标的机制。由此浮现出来的宏大画面，揭示了证据法的根基之所在。该画面也标示出我的论述从描述性转为规范性之处。

这一画面构成了本书为发展一个规范性证据法理论而采用的宏观框架。^{〔2〕}本书在这个框架之内发展该理论。与这种内生性理论不同的是，有人可能考虑从零开始（“外生地”）建构证据法。为什么要将规范性悬置于描述性之上，并且冒着被指责将“应然”

〔1〕 参见 http://www.hup.harvard.edu/editors_page/author_resources/manu_submit.html。（在逾越节这一犹太节日里，犹太人需要唱诵祈祷书里的一首诗歌，诗歌首句为：“是什么让这个夜晚不同于其他所有的夜晚？”——译者注）

〔2〕 这种规范性的讨论不考虑证据规则的历史和未来。对这些议题感兴趣的读者，可以参阅：James Bradley Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law* (1898); John H. Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law* Vol. 1 (Tillers edn, 1983), § 8a; Edmund M. Morgan, *The Jury and the Exclusionary Rules of Evidence* (1937) 4 U. Chi. L. Rev. 247; Stephan Landsman, *The Rise of the Contentious Spirit: Adversary Procedure in Eighteenth Century England* (1990) 75 Cornell L. Rev. 497（这些文献通过陪审团审判制度、对抗诉讼模式或者同时用两者来描述证据规则的发展）；Mirjan R. Damaska, *Evidence Law Adrift* (1997)（预测到对抗制陪审团审判的消失以及向多阶段诉讼模式的转变，将会推动对现有证据规则的废除）。