

“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

Professor Allen on Evidence (Volume I)

题记

法律分析者不必被传统证据、诉讼和实体的分类而蒙蔽，也不必假定这些事情可以通过静态的规则概念而得到理解或规制。社会组织和法律分析者的任务是使这个复杂有机动态系统最优化。证据法、诉讼法和实体法为实现该任务提供了工具，但它们必须在彼此的相互关系中才能得到理解，而且必须把它们作为社会最佳复杂系统的组成部分来进行分析。

(摘自《证据法、诉讼法和实体法的关系》)

证据法取决于且必须安置好至少三件事情：人类社会普适真理，政府性质有关方面及其法律制度，以及对事实真相之追求有帮助或阻碍作用的具体政策。

(摘自《证据法的理论基础和意义》)

证据法是法治的关键所在。事实在某种重要意义上比权利更为根本。权利和义务取决于事实。没有准确的事实认定，权利和义务就变得毫无意义。正是证据规则及其实践决定了一个法律制度中准确认定事实的适当方式。

(摘自《相关性和可采性》)

与中国接触的这十年间，我已经开始熟识你们中的许多人，我也已经看到你们正在开始巧妙地着手解决这些困难任务。前路将是漫长而复杂的，但我坚信，今天中国已取得巨大进步将会被未来更伟大的进步超越。我充满希望地期待着伟大进步的到来，也期待着在这一过程之中继续发挥我微小的作用。

(摘自《证据法革新的框架》)

策划编辑 杜宇峰 班晓琼
责任编辑 易玲波 季景霞 赵芳
封面设计 罗洪

ISBN 978-7-300-20082-8



9 787300 200828 >

定价：79.00 元

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，绝大部分是他在在中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并没有关系（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 and 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。这并不意味着，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。刑事案件确凿无疑的证明要求，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 4th International Conference on Evidence Law and Forensic Science	459

证据法的理论基础和意义*

张保生 张月波 译**

“证据”和“证据法”是两个截然不同的概念。“证据”一般是指，在裁决过程中能以理性方式影响最终判决结果的那些“输入”信息。理性方式是这里引入的第三个概念。在美国，“证据”还有一个专业性法律意义，特指在审判中提出的证言和展示件，但这是一个存在争议的定义。在美国，事实认定者（陪审团在判断事实的过程中）可能会将他们对证人的观察（“言行举止”）考虑进来，从“证据”这个术语的实用意义上说，这显然就是“证据”。但问题在于，进一步讲，如果不使用大量预先设定的概念、观察和决策工具（例如逻辑、溯因推理***、实用工具等）知识库，就不能对观察到的现象进行法律层面的加工和思考。因此，一个有用的证据概念不应局限于“审判输入”，还应该包括对证人证言和展示件的观察。在此，“理性”意味着，把所有输入和认知能力应用于事实发现，使其对过去某个时刻的事情能够达到最佳发现效果，然后得出与事情原委一致的权利和义务裁判。

相比之下，“证据法”是指证据性程序的组织方式，但证据性程序的组织方式显然取决于“证据”和“理性”之性质。于是，证据法领域便延伸至，我们称为“证据”的过去事件的痕迹，这种过去事件的痕迹在人类决策过程中被

* 本文系艾伦教授2010年6月在中国政法大学所做的讲座。本译文原载于《证据科学》，第18卷，2010年第4期。

** 张保生，中国政法大学证据科学教育部重点实验室教授；张月波，中国政法大学硕士研究生。

*** 译注：abduction，又译为“不明推论式”，是指大前提完全正确，但小前提仍有问题的三段论推理。参见《现代英语综合大词典》。早期皮尔斯（1868年）分别描绘了这三种推理的三段论形式：

演绎：规则——来自这个袋子的所有豆子是白色的。

情形——这些豆子来自这个袋子。

结果——这些豆子是白色的。

归纳：情形——这些豆子来自这个袋子。

结果——这些豆子是白色的。

规则——来自这个袋子的所有豆子是白色的。

假设：规则——来自这个袋子的所有豆子是白色的。

结果——这些豆子是白色的。

情形——这些豆子来自这个袋子。

加工和依赖的方式,以及根据正式证据程序之法律规则进行的规制。所以,证据法取决于且必须处理至少三件事情:人类社会普适真理,政府性质有关方面及其法律制度,以及对事实真相之追求有帮助或阻碍作用的具体政策。我将逐一讨论这些问题。

普适真理: 尽管人类文化大都是由社会决定的,但认知能力并非如此。能力是如何发展和运用的可能有所不同,但感知、加工和记忆的潜在认知能力,以及与所观察到的事情有关的能力,是人类自身条件的组成部分。显然,它们在社会中的不同个体之间是不同的,但它们为有能力的所有成年人所普遍拥有。人类用来帮助自己理解周围环境的许多工具也是共同的。数学和逻辑不因地点不同而改变,如效用函数和成本曲线等决策工具。我将把这些认识论上的能力和常规工具一起统称为“理性工具”。这些理性工具使人们能够理解和掌控周围环境。它们包括诸如简单的演绎推理,概括能力,溯因推理(对一系列数据点之解释的探究),对因果关系、必要条件和充分条件的理解,以及很多其他事项。这些问题就是认识论或知识论研究的内容,而证据法实际上就是法律认识论。我需要指出的是,在一些关于证据法之基础的讨论中,对概率论和认识论作出了区分。从某种意义上说,这可能是有益的区分,但在在我看来,概率论仅仅是促进认识论目标追求的理性工具之一。

文化和社会的影响确实在各个层面对基本理性工具发挥着作用。两个来自不同文化背景的个体,也许经历着相同的感性事件,但基于其各自熟悉的可疑事件类型及其背景知识,他们会有完全不同的理解。同样,启动逻辑过程的假设可能是不同的,而且成本收益和相对权重的设置也可能不同。

坦率地说,尽管很多人认为除了认识能力之外还存在普遍的人性,但我对此却不那么确信。对于普世正义感和普世人权有很多宽泛的探讨,但20世纪是一个使那些把“人性”看作仁慈的或关心陌生人福利的人蒙羞之世纪。那么,或许经济学家在某种意义上是正确的,即人们都追求(或应当被设想为追求)自身利益,而不论那些利益被设想成什么。显然,人们确实都在追求他们自己及其家人在财物和医疗上的私利。在人类繁荣的可能性框架内享有宁静生活,肯定是一个普遍愿望,但却很难把这视为依赖于人类通性。不仅20世纪对这种观点来说是个羞辱,大部分有文字记载的历史也是如此。而刚刚开始了的21世纪则表明与千年历史并没有什么大的变化。

正如我下面将详细说明的,证据法的主要任务之一是处理和领悟这套精细考虑因素,并据其创造一个服务于共同体利益的争端解决机制。

政府的随意性及其法律制度: 尽管人性有很多共同之处,但人类组织自身

生活方式的变量却几乎是无穷的。法律制度是政府的关键成分，它们反映了争端解决的深层政治理论。基于美国的政治史，我们的国父们断定，政治权力应当被分散于政府三个分支，每一分支需要另一个或另两个分支才能发挥作用。这旨在抵消西方观察家们几乎公认的所有权力都具有对内集权和对外扩张的趋势。简而言之，这就是为何我们有独立法院传统，我们将其视为制约其他政府分支的潜在刹车器。

当然，政府能以无数种其他方式加以建构。无论选择何种政府形式，更重要的是，无论以何种假设作为其基础，显然都将影响其法律制度的性质，进而将影响争端解决和证据规制的方式。

虽说如此，争端解决有一个共性，它是人们可能想不到的方面。在西方有一种误解认为，启蒙运动之基本政治理念以及支持现代西方政府的最强有力的政治纲领，都与权利和义务有某种联系。在西方法律学术中对霍布斯、洛克和卢梭的观点有大量引用，并且都强调了这一点。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。思考一下你所穿衣服的所有权这个简单例子。你对那些衣服的所有权，允许你“有权”占有、消费和处置那些财产，但假定我要求你归还“我的”衣服，即我坚持说你所穿的衣服事实上是属于我的。你将会怎么做？你会找一个裁判者，向他提供你购买、制作、得到或被赠与这件争议之衣服的证据。如果这种努力获得成功，那位裁判者将切实赋予你那些权利，并强迫我履行相应义务。这里的关键点在于，那些权利和义务取决于什么事实将被认定，并从中得出什么结论。这一点的意义不能被过分夸大。把法治与真实世界的实际情况相联系的努力，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。这就是相关性和实质性的理念对于法律制度构建具有根本重要性的原因。它们把法律制度系在事实准确性的基石上了。

这一点确实具有普适性。在缺乏事物实际相关状况之知识的情况下，不仅权利或义务无法追求，政策选择也无从做起。因此，即使在治理方式不确定的情况下，我们也发现证据法具有普适性。当然，人们可能思考事实被最准确或最充分认定的方式，何种政策可以抵消事实准确性的意义，在这些问题上存在合理的分歧。

政策问题的意义：法律制度的设计者面临众多的政策选择。某些政策是与事实准确性追求一致的，但很多又与其相悖。请注意我用“政策问题”这个短语来对应社会所追求的各种利益。因而它包括某些可能称为“价值论”的问题。然而，政府追求的所有政策并非都是道德的；很多政策是相当实际和功利的。的确，政府追求的大多数政策可能都是实际和功利的。在道德和功利性政策之间作出区分确实是合理的，但它们是政府所追求的更大利益范畴的组成部分，并且在思考证据法时可被有效地结合在一起。另一种可以做但我没有做的区分，是政策问题来源之间的区分。某些政策来源只是所有政府都会面临的标准问题，包括在美国被我们误导性地称为警察权力之一般运用的问题，即规制影响健康、安全和福利的州权力运用问题。相比之下，在任何特定国家无论采用什么宪法形式，其他政策来源都是由宪法明确规定的。有些评论家将宪法性问题从其他政策问题中挑选出来，这也是合理的。然而，这种区分无助于理解证据法，因此我不再费力做这种区分。证据法确实在做源于宪法赋予的某些事情，但从最高层面之一般原则来说，这与把证据法塑造为追求未被载入宪法文本的利益是一回事。

现在我转入证据法中必须安排的一些政策问题。

对事实准确性的追求。人们可能合理地假定，基于先天认识论能力的自然推理过程会合理运行得很好，因此在追求事实准确性时通常应当予以遵从。然而，这也许会重导人们犯错误的情况。在这种情况下，证据规则可以努力纠正这种系统性错误。这解释了《联邦证据规则》规则 403 授权排除那些可能引起误导或不公正偏见的证据的原因。这也构成了其他规则的基础，比如对品性和倾向证据的限制，以及关于证人只能根据亲身知识作证的要求。而在何种情况下个人会犯系统性错误，很可能主要取决于文化。

准确性价值。事实准确性肯定是我们想得到的最重要结果，但它绝非我们想得到的唯一结果。它是有代价的，而且这个代价有时候会过高。一个过于追求事实准确性的法律制度，可能会毁灭该法律制度致力于培育的最佳社会环境。一个只值一美元的争端，如果需要花费一千美元对簿公堂来得到一个事实准确的结论，那大概就不应当通过诉讼来解决。这样的诉讼很可能会减损社会整体福利，而且阻碍争端的私了。当然，很难说这种成本的界限在哪里，确切地说这取决于本土观念。我会在第二讲中更多讨论这个问题。

激励价值。事实准确性不仅与成本有竞争关系，与政府可以合理追求的一些其他政策也有竞争关系。这类政策的清单很长，而且同样取决于文化因素。豁免权法可以培育和保護很多社会关系（配偶关系、法律关系、医疗关系、宗

教关系、政府关系，等等)。一场事故后诉讼不应当阻碍风险减少(事后补救规则)。与诉讼相比，人们可能更偏爱争端的调解解决，所以调解过程中的陈述要排除在证据之外。鼓励调解也是不降低诉讼费用的一个原因。诉讼之公共补贴越多，诉讼就可能越多，私了谈判就会越少。还有其他可以追求的政策。在美国，考虑到规制警察调查行为的需要，我们设置了很多排除规则。证据规则还可以鼓励或妨碍提起特定种类的诉讼。同样是在美国，在过去一段时期内我们认为强奸被害人报案的积极性受到了重挫，为了纠正这种情况，我们创造了减少滥用这类个人信息的证据规则，以免其在庭审中可能被曝光。

总体公正考量也会对证据法产生影响，尽管这个变量之精确效果常常难以从更公开的实用目的来衡量。有人认为，对不公正偏见证据的限制不仅反映了对准确性的关注，也反映了对羞辱的关注，就像强奸相关性规则一样。对先前行为和倾向证据的限制，也部分反映了个人不应当受制于过去行为的信念。传闻证据规则在一定程度上反映了与反对你的证人对质权的价值。

错误风险。一种不犯错误的法律制度是不可能的。至关重要的是认识到可能会犯两种类型的错误：一是对原告的错判(包括判无辜者有罪)，我们称之为I型错误或积极错误；二是对被告的错判(包括判有罪者无罪)，我们称之为II型错误或消极错误。资源配置和其他决定将影响这两种错误类型的关系。

常人可能会质疑这两种错误类型的重要意义，但法律制度的建构必须兼顾这两种错误类型。在美国，我们试图平衡对原告所造成的错误并减少错误总量，以构建民事诉讼。相比之下，刑事司法程序旨在减少错误定罪的可能性，这是以容忍在无罪裁决上犯更多错误为代价的。这个问题虽然很复杂，但这些观点在很大程度上解释了民事案件的优势证据标准和刑事案件的确信无疑证明标准。在民事案件中，无论哪种错误都会造成同样的资源分配不当。如果原告错赢一项五百美元的裁决，一位公民(被告)就必定错失五百美元。如果被告错赢一项他/她不欠五百美元的裁决，一位公民(原告)就会被错夺他/她有权拥有的五百美元。从分析的角度看，这两种情况是一样的。相比之下，在刑事案件中，在美国，我们认为错误定罪比错误无罪裁决更有害，因此，通过要求确信无疑的证明而使定罪更难。我们坚持这么做，即使可能(但绝非一定)导致错误无罪裁决的数量增多乃至错误总量增多。我明天将会更多谈到这个问题，并对这些简单理念在实践中的实现情况提出一些质疑。

各种政策问题。还有许多其他相关问题必须由法律制度设计师来加以回答。最重要的是为法律戏剧中的各种角色分配责任。这些问题包括：审判是应当像在欧洲流行的那样分段进行，还是应当像在美国那样一气呵成？审判法官

应当拥有多大的自由裁量权，而当事人应当在多大程度上控制审判过程？审判法官和上诉法官之间是什么关系？在上诉法院，是应当重新审判，还是限于复审法律错误？小额民事案件和大宗商事案件的区别对待具有正当性吗？刑事案件又该如何对待？

上述事项的讨论表明了证据法之基础和意义的广度。我现在要做四点分析，其中三点对于理解任何法律机体的基础和意义均至关重要，第四点则对清晰思考证据法非常重要。它们包括：

1. 书本上的法律和行动中的法律之间的区别。

2. 一方面是诉讼（程序）法与证据法的关系，另一方面是它们与实体法的关系，特别是它们与实体法的相互联系而非区别。

3. 经济学或如我们在美国所说的：天下没有免费的午餐。如果你在这里为了一个目的用了一美元（或一元人民币），你就不能再为另一目的把它花到别处。

4. 审判是理想方式还是非正当方式。法律制度旨在鼓励审判还是鼓励调解？它应当被设计成旨在何为？

我将逐个讨论这些变量及其意义。

1. 书本上的法律；行动中的法律。宪法被制定出来，立法获得了通过，行政官员发布命令和指示，法院作出裁定，人们便认为我们余下之人多少就是服从了。不幸的（或许幸运的）是，生活并非如此简单。当宪法或法律在任何多党决策过程中被表决通过时，对于法律语言的含义都会有多重理解。某些立法者可能会为法律的通过投赞成票，尽管他们认为其中还有不尽如人意（乃至走得太远）的地方；别的立法者可能恰恰出于同一理由而投票反对这部法律。对于某个特定条款的确切含义或作用也可能存在严重分歧。一个人可能认为该法律语言有某种隐含意思，别的人可能认为它有不同隐含意思。抽象的成文法语言经常不能解决那些措辞的含义问题。法律语言常常故意留下模糊之处，因为立法者对其确切含义不能达成一致，或者因为对预见一个特定问题会出现的所有可能情形总是感到无能为力，这进一步加剧了这种困难。

在美国，存在着权力分立增加的复杂性。制定法律是立法机关的工作，包括大多数州的证据法，但使法律生效是法院的工作。法官们对立法机关所采用的语言之含义可能有不同的理解，他们的制度性关注也会有所不同。因此，法院的法律适用也许与立法机关或立法者个人意图中法律的理想化含义有所不同。

证据法具有的一种潜在独特结构加剧了这种不确定性。证据法的外观，在

为规则运行提供必要和充分条件的意义上很像规则。但证据法的重要组成部分只是简单分配了责任和自由裁量权，这完全是因为相关问题对于像是条约的规则来说太复杂了。证据法之大概最重要的方面——相关性——正具有这种属性。对于任何特定审判中出示的大多数证据之相关性来说，陈述一种先验的必要性和充分条件是不可能的。那些决定因素将必然与每一审判的唯一性有关，而且事先逐字逐句地清楚阐释它们是不可能的（我们何以能够辨别一位当下未知的证人将对一个当下未知的话题撒谎？）。因此，证据法将责任赋予某人——当事人或法官——来决定提供什么证据，并根据相当一般性指导原则提供证据。在美国，相关证据被定义为可以增加或减少某个关键事实之真实性概率的证据，但实际上并没有具体说明何时可以符合这种条件。

最后一个可能导致书本上的法律与行动中的法律不同的因素是，证据法的某些领域必须设法安置完全相反的原则或动力。这可能导致该法律的某个部分作出一个约定，而另一个部分又推翻了那个约定。这种情况在美国证据法中的两个重要例子，就是传闻证据规则和反对品性和倾向证据的规则。传闻证据规则约定了排除传闻证据，但数世纪以来传闻证据规则的例外却一直有增无减。在民事案件中，对传闻证据排除的约定鲜有履行，甚至在刑事案件中传闻证据也常被采纳。同样，证据法约定了品性和倾向证据的排除，却又为其采纳开辟了坦途。

2. 实体法和诉讼（程序）法之间的关系。实体法有时候被认为与证据性（和程序性）法律有很大区别，但这是误导，事实上二者具有复杂的和相互作用的关系。在美国，由于保护宪法权利具有重大意义，这一点已变得特别清楚，并成为利益法学研究的主题，但该观点也适用于一般证据事项。美国最高法院的裁决延伸并强化了个人权利，这被视为对警察和检察官强加了极大限制，然而，法律制度却没有受到这些裁定的很大干扰。这些制度充满了活力和无限的适应性，因而能够并且确实以无法预见和令人惊奇的适应性回应了社会变化。因此，对动态过程的“改革”，常常不能通过只有愿望而没有预期结果的离散性措施（discrete measures）来强制施行。这种动态现象的一个重要方面是，合法的实质性变化可以实际上冲淡来自法院或法律改革者的任何程序性革新。

这一点在美国的一个例子，涉及限制不合理搜查和扣押的宪法第4条修正案。假设，警察想要拦截汽车对犯罪行为进行突击检查；但法院裁定，宪法第4条修正案要求，警察在拦截车辆之前必须有其从事犯罪行为的合理根据。立法机关要使这个法院命令实际失效，只需把刑法扩展到包含更严格的驾驶要

求。立法机关本质上可使立法接近于驾驶时不可能不违反刑事法规（如越过中心线，与前车车距过近，未及早或过早打开转向灯，等等）。如果立法机关通过了这种法律，警察实际上就能拦截任何车辆，办法是跟随一辆汽车直到司机违反其中一个规制驾驶的法条。这种拦截是凭所谓“合理根据”，但这种立法将极大地扩张合理根据的潜在来源，因此只要警察任何时候想拦截车辆，每个人都会受到拦截，无论法院为禁止该过程作出何种努力。同样，如果政府没有合理根据就不能截获特定信息，它就会经常转由要求个人保留政府想得到的信息记录，并把这些记录泄露给政府。

这一点普遍存在于证据法和程序法中。最明显的例子是实质性，其由实体法直接决定却有更深的目的。通过改变诉因要件，立法机关可使根据那些诉因的求偿变得更容易或更可能。关于合同条款含义的口头证言是否被允许——在美国被我们称作“口头证据规则”——显然冲击了证据制度。同样明显的是，正如侵权法中的“不证自明”的作用一样，要求特定合同必须以书面形式订立的反欺诈法通常也支配着证据原则。

正如实体法能够影响证据程序一样，证据法也能影响实体法。这样的例子很多。排除规则通常增加诉讼成本，采纳规则通常减少诉讼成本。随着特免权的扩张，在大多数情况下诉讼成本加大了，并导致执法权加大。传闻证据的简化采纳使证明更加容易（尽管同时大概减少了可靠性），等等。证据开示规则能够极大地影响当事人形成并寻找证据的动机。像强奸相关性规则等个别规则，能够影响案件可被证明之难易程度。证明责任的分配可以鼓励或阻碍特定诉因的形成，等等。同样，我们明天将花费大部分时间来更深入地探讨这类问题。

实体法和证据法之间还有另一种相互作用，对此我们应当引起注意。在美国，但在中国也许不是这样，由于在美国所有事情都可能陷入诉讼，因而证据是律师做任何事情之基础。遗嘱、刑事事务（判决部分取决于什么有记录）、反托拉斯、商务工作等所有事情。证据与每个其他法律领域都有关，所有法律交易中最糟糕的场景就是陷入诉讼。在诉讼中，一个关键变量是什么能被证明。因此，每位律师，不管其从事的事务离法庭多么遥远，他都必须将法庭纳入考量因素，这意味着在诉讼之前就要重视证据规则，以便诉讼一旦发生，必要的事实便能得到证明。例如，档案材料须妥善保存并符合可采性之形式要求。

3. 经济因素。在美国我们有种说法：“天下没有免费的午餐”，意思是说，如果有人“邀请”你吃午饭，他很可能想与你谈些事情或可能图个回报。无论

人们对此怎么看，“天下没有免费的午餐”对政府来说是字字珠玑。政府受其经济状况制约，而经济是有限的。在理论上，在政府能做的众多有价值的事情中，它们只能选择其中某些事情去做。如果资源被用于一个目的，就剩不下什么资源去做其他事情，而总体上，需要做的不同“事情”太多了，不能都给它们拨款。同样，私人资源也是有限的，尽管其被消耗的方式几乎是无限的。

在思考诉讼制度时，有限的资源限制是至关重要的考虑因素。对于资源在整个政府利益范围内的分配，包括法律制度的运行，都需要艰难的抉择。我再举一个戏剧性的例子。对刑事司法的投入，显然与在其他社会福利领域的投入有竞争性。如果政府奉养更多的法官、警察，或者为穷人请律师提供资金，那么，用于经济发展或医学研究等其他事业的资源就会减少。警察每天都面临这类问题。面对犯罪增加，他们必须不断决定如何分配其有限资源。警察应当在城市这个地区还是应当在那个地区巡逻？他们是应当集中打击经济犯罪、暴力犯罪，还是集中打击欺诈犯罪？在刑事司法程序中的投入，很可能与在同一程序中不同部分的投入有竞争关系。如果政府奉养更多的法官，大概就只能奉养更少的警察。

经济因素的影响进一步延伸且具有戏剧性。例如，考虑一下目前在中国对你们很重要的一个问题——聘请律师的权利。如果辩护律师的积极参与增加了审判所花的总量时间，显然就会有更少的审判，因为可用于审理案件的总量时间是有限的。总之，随着案件平均成本的增加，能够审理的案件总量就会减少。这又意味着，有效的律师咨询要么将减少定罪数量，要么将促使政府改用其他执法手段。

类似情况也存在于民事案件中，但有细微差别。尽管问题很复杂，但民事诉讼的理想数量可能与刑事诉讼的理想数量有所不同。如果民事案件诉讼费用下降，人们就能预测诉讼数量将会增加。从某种意义上说这是一种公共利益；诚然，无论在你们国家还是我们国家，难以接近、成本、诉讼程序的拖延，通常都被认为是需矫正的问题。然而，它们也有积极作用，特别是通过它们鼓励了争端私了。的确让一些人震惊的是，在美国，甚至大多数刑事案件，是通过被告和政府之间本质上是私人谈判的方式即辩诉交易来解决的。

这就引出我的第四个论点。

4. 理想模式的审判与社会崩溃化身的审判。正如我所要指出的，证据法的意义远远超出了审判本身。不过，从实际情况和公众心态来看，证据法和审

判有着紧密联系。并且，西方的审判常常被理想化了并享有荣耀。其部分原因是陪审团在我们的政治理论和自我概念中所扮演的角色；还有部分原因是法治的荣耀（让我补充说，这是当之无愧的），审判将公开的辩护证明具体化了。我不知道，中国在多大程度上也是如此。证据法的制定着眼于其在审判中的运用，这一点虽然显而易见，然而从后果论意义上说，人们如何看待审判，可以影响人们思考什么是理想的证据规则。

无论一个人拥有什么样的审判观，都会对审判观和证据法之间的关系持有一定的看法。在美国，如果人们接受了理想化、被媒体美化的审判观，就可能想要把证据规则之目的塑造成进一步为法治和人权作公开辩护。那就应当给予刑事被告和民事诉讼中的“弱者”更大的回旋余地。被告人的最终陈述权应当得到保护，等等。

即便法治应当享有荣耀（我认为确实如此），但审判是否应当享有荣耀却并不如此清楚。对所有审判戏剧来说，审判反映了法治中的衰弱。审判发生于对错误行为的控诉——民事的或刑事的——并且当事人无法对解决争端达成一致。因此，审判从某种意义上说是病态的。审判会耗费资源，而这些资源原本能以更具建设性的方式来更好地利用（虽然以正确的或以其他方式获得事实也是繁荣昌盛的重要条件）。从更高概念层次上讲，在关于争端本身性质之本体论问题上可能还存在合理的分歧。争端主要是个人之间的吗？抑或它们还有社会性的方面？

我在此提出这些问题，并非要回答它们，而是要进一步说明，在“证据法的理论基础和意义”这个带有一定欺骗性的直白标题下，潜藏着许多深奥的问题。

我现在对上面讲到的各种考虑因素做一个总结。我认为，“证据法的理论基础和意义”提出了如下五组问题和思考：

1. 从其最直接的表现形式看，证据是关于争端解决的研究，其焦点是戏剧中各种角色之间的相互作用与规制：审判法官、陪审团成员/外行评价者、律师、当事人和证人（包括外行证人和专家证人）。证据规则构造了这些个人之间的关系，但这些规则本身是对一组复杂因素相对粗糙的提炼，而那组复杂因素包含着证据真正的“基础和意义”。证据规则是那些潜在理念的反映。

2. 人们构建审判的方式，以及因此而塑造、促进审判的证据规则，是人们信念的一种功能，这种信念关涉人类思想和哲学的基本问题之一——知道某件事情到底意味着什么？审判是一种认识论意义上的事件，在审判中，

知识之主张被预设、考量、否定和接受。哲学起源于关于思维和求知意味着什么的系统思考，这至今仍是哲学的主题。例如，现代相对主义哲学就是由基本怀疑论所驱动的，启示之渴望则反映在那些具有宗教取向的哲学家身上。但这不是唯一传统。在现代科学中有令人惊奇的成功范例；为了清晰思考法律过程，必须把人们的思想置于这种思潮之中或靠近这种思潮的某个位置。你是否认为历史事实真相是可知的，这将在很大程度上决定你对特定证据规则的看法。在事实之“历史性”重构与“社会性”重构之间，二者是否存在区别？的确，谈论“知道”过去，是否合乎逻辑？如果非也，审判应当发挥什么作用、追求什么价值？事实认定应当在多大程度上指望随机遴选的外行事实认定者，又应当在多大程度上依赖法官的“专业知识”？两种途径各有什么风险？证据规则应当在多大程度上对诉讼当事人一方有利？诸如此类的问题。

3. 还有另一个根本性问题：审判的目的是什么。典型回答是与事实认定有关的某些东西，正如我试图讲清楚的，这种典型回答具有重要意义。但是，审判像科学一样吗？它们有何不同？这种与科学的类比其实有些空洞。尽管更多的信息尚未收集到，法律裁决却不能推迟。还有，所做的判决是实际上发生了什么，而非潜在的普适法律可能是什么。最有效的解释是，大概没有像在科学中那样的知识体系可适用于典型案件。相反，事实认定者为了作出裁决，不得不输入必要的背景知识。如果经过再三思考，审判并不那么像科学（至少某些科学类型），那么它们像历史学吗？历史学关注事实，但一般而言，那被视为一种更伟大的谅解手段。在审判中，谅解在很大程度上是不相关的（作为说服事项的情况除外）。

4. 但审判可服务的所有其他目的是什么？什么是关于审判的经济学方面？不仅是当事人，律师、法官、法院书记员以及所有法院工作人员都在审判中注入了经济利益。什么是审判的象征性目的？什么是审判的政治目的？等等。一系列非常复杂的问题集，都在告诉我们审判的性质。根据所有这些因素，证据规则的目的可能是什么？问题再次提出来了，对这些问题的答案如何影响审判方式的建构？审判应当在多大程度上看起来像自由市场？它们应当在多大程度上由政府进行规制？哪种模式很可能促进有效求真，为什么？除效率和寻求真相外，还有什么其他价值是或应当是利害攸关的？

5. 证据法不仅构造事实认定，它还创造了各种各样的动机。准确事实认定的意义如何与其他社会价值竞争？

证据和证据法并不像人们通常所想的那样，在众多因素中只投身于正义和

公正社会的追求，但正如我试图表明的那样，它们对这种追求都扮演着至关重要的角色。具有某种讽刺意味的是，尽管作为我们制度之基石、基础的证据非常重要，但在西方，证据的意义仍然受到忽视。证据的意义确实非常重要。在中国，你们正体验着市民社会的不同组织形式，不能忽视证据问题。没有准确的事实认定，就没有理性的证据法，所有其他追求即使不是不可能，也会造成极度的困难。

The Theoretical Foundations and Implications of Evidence

Ronald J. Allen *

“Evidence” and “evidence law” are two quite distinct concepts. “Evidence” generally refers to those inputs to decision making that influence its outcome in what, to introduce a third concept, is normally referred to as a rational manner. In the United States, “evidence” also has a technical legal meaning to refer to the testimony and exhibits introduced at trial, but this is problematic. In the United States, fact finders may take into account their observations of witnesses (“demeanor”), which obviously is “evidence” in any useful sense of the term, and more deeply no observation may be processed and deliberated upon without the use of a vast storehouse of preexisting concepts, observations, and decision makings tools (such as logic, abduction, utilities, and so on) . A useful concept of evidence must thus expand considerably far beyond the mere “trial inputs” —the observations of witness testimony and exhibits. What “rational” means here is putting all of the inputs and cognitive capabilities to the use of discovering as best can be done the way the world was at some prior time, and then to let rights and obligations be determined consistently with the preexisting state of affairs.

“Evidence law”, by contrast, refers to the manner in which the evidentiary process is organized, but obviously the organization of the evidentiary process is contingent on both “evidence” and the nature of “rationality.” The domain of evidence law, then, extends to the traces of the past that we colloquially refer to as “evidence,” the manner in which such traces of the past are processed and relied upon in human decision making, and the regulation by law

* John Henry Wigmore Professor of Law, Northwestern University, President, Board of Foreign Advisors, Evidence Law and Forensic Sciences Institute, Fellow, Procedural Law Research Center, CUPL.

of the formal evidentiary process. Evidence law is thus contingent upon, and must accommodate, at least three things: Universal truths of the human condition, contingent aspects of the nature of government and its legal system, and highly specific policies to be pursued in addition or opposition to the pursuit of truth. I will say a word about each of these in turn.

Universal Truths: Although much of human culture is socially determined, cognitive capacities are not. How capacities are developed and employed may differ, but the underlying epistemological capacities to perceive, process, remember, and relate what was observed are part of the human condition. Obviously, they differ over individuals within societies, but they are universally present in all competent adults. Many of the tools that humans employ to assist in understanding their environment likewise are universal. Mathematics and logic do not vary from place to place, nor do decision tools such as utility functions and cost curves. Together, I will refer to these epistemological capacities and formal tools as the “tools of rationality.” These tools of rationality are what permit humans to understand and control their environment. They include such things as simple deductive reasoning, the capacity to generalize, abductive reasoning (the search for the explanation of a series of data points), an understanding of cause and effect and of necessary and sufficient conditions, and many other things as well. These issues comprise the study of epistemology—the study of knowledge—and the law of evidence is in fact the law’s epistemology. I should note that in some discussions of the foundations of the law of evidence a distinction is made between probability theory and epistemology. That may be a useful distinction for some purposes, but in my opinion probability theory is just one of the tools of rationality that facilitate pursuing epistemic tasks.

There surely are cultural and social influences operating on the basic tools of rationality, and at all levels. Two individuals from different cultures may experience the same perceptual event but understand it completely differently based on their respective familiarity with the type of event in question and their background knowledge. Similarly, the assumptions that begin logical processes may differ, and both the sets of costs and benefits and their relative weights may vary, as well.

I am less sure that there is a universal human nature beyond the epistemological capacities, frankly, although many think that there is. There is much loose talk about a universal sense of justice and universal human rights, but the twentieth century is a reproach to any who would see “human nature” as beneficent or concerned about the welfare of strangers. Perhaps, then, the economists are correct in a sense that people pursue, or should be conceived of as pursuing, their own self-interest, however those interests are conceived. Obviously, people do pursue their own financial and medical self-interest and those of their families. There certainly is a widespread desire for the conditions of a peaceful life with the possibility of human flourishing, but it is hard to see this as resting upon universals of the human condition. Not only is the twentieth century a reproach to such a view, so, too, is most of recorded history. And the twenty-first century is off to a start that suggests not much has changed from the millennium.

As I will elaborate below, one of the primary tasks of the law of evidence is to process and digest this elaborate set of considerations and create in their light a system of dispute resolution that serves the interests of the community.

Contingencies of Government and its Legal System: Although there is much that is common to humanity, the ways in which humans organize themselves varies almost infinitely. Legal systems are critical components of government, and they reflect the resolution of issues of deep political theory. One need look no further than China and the United States to see this clearly. Because of the political history of the United States, our founders concluded that political power should be diffused over the three branches of government, with each needing one or both of the others in order to be effective. This was designed to counteract what western observers almost universally believe is the centripetal force of all power centers and their tendency to aggrandizement. In brief, this is why we have a tradition of independent courts that we conceive of as being a potential brake on other branches of government.

And of course there are innumerable additional ways in which governments can be constructed. Whatever form of government is chosen, and more importantly whatever assumptions form its foundation, will obviously impact the nature of the legal system, which in turn will impact the way in which disputes

are resolved and evidence is administered.

Having said all that, there is one universal aspect of dispute resolution, and it is not what one might think. There is a misconception in the West that the fundamental political insight of the Enlightenment, and the strongest plank supporting modern western governments, has something to do with rights and obligations. Citations to Hobbes, Locke, and Rousseau are found in abundance in legal scholarship and underscore this point. While rights and obligations are important, the more fundamental insight of the Enlightenment was the epistemological revolution that there is a world external to our mind that may be known objectively through evidence; however, citations to the epistemological work of Locke, Berkeley, Hume, or even Kant for this proposition, are few and far between. This reverses the actual relationship of facts and rights/obligations. Facts are prior to and determinative of rights and obligations. Without accurate fact finding, rights and obligations are meaningless. Consider the simple case of ownership of the clothes you are wearing. Your ownership of those clothes allows you the “right” to possess, consume, and dispose of those assets, but suppose I demand that you return “my” clothes. That is, I insist that the clothes that you are wearing actually belong to me. What will you do? You will search for a decision-maker to whom you will present evidence that you bought, made, found, or were given the clothes in question, and, if successful in this effort, the decision-maker will indeed grant you those rights and impose upon me reciprocal obligations. The critical point is that those rights and obligations are dependent upon what facts are found and are derivative of them. The significance of this point cannot be overstated. Tying the rule of law to true states of the real world anchors rights and obligations in things that can be known and are independent of whim and caprice. This is why the ideas of relevance and materiality are so fundamentally important to the construction of a legal system. They tie the legal system to the bedrock of factual accuracy.

This point is truly universal. Neither rights or obligations, on the one hand, or policy choices on the other, can be pursued in the absence of knowledge of the actual, relevant states of affairs. Thus, even within the contingencies of ways of governing, we find a universal aspect of the law of evidence. Of

course, how one might think that facts are most accurately or efficiently found, and what policies may offset the significance of factual accuracy, are matters of reasonable disagreement.

The Significance of Policy Issues: An enormous number of policy choices face the designer of a legal system. Some are consistent with the pursuit of factual accuracy, but many are in opposition to it. Note that I use the phrase “policy issues” to accompany all interests that society may pursue. It thus encompasses what some might call “value theory.” However, not all the policies governments pursue are moral; many are quite practical and utilitarian. Indeed, maybe most policies governments pursue are practical and utilitarian. It is surely acceptable to make the distinction between moral and utilitarian policies, but they are parts of the larger category of interests governments pursue and can effectively be lumped together when thinking about the law of evidence. Another distinction that could be made, but that I do not make, is between the sources of policy issues. The source of some are just the standard questions that all governments face everywhere, that involve the ordinary exercise of what we call , misleadingly, in the United States, the police power—the power of the State to regulate issues affecting health, safety, and welfare. By contrast, the source of others are explicit constitutional provisions, whatever the form a constitution may take in any particular country. Some commentators sort out constitutional questions from other kinds of policy questions, which again is coherent. However, the distinction is not helpful to understanding the law of evidence, and thus I do not bother with making it. Evidence law does some things because of constitutional commitments, but at the highest level of generality that is no different than fashioning evidence law to pursue an interest that is not embedded in a constitutional document.

I now turn to many of the policy issues that must be accommodated by the law of evidence.

Pursuit of Factual Accuracy. One might reasonably suppose that natural reasoning processes based on innate epistemological capacities work reasonably well, and thus typically should be deferred to in the pursuit of factual accuracy. However, there may be recurring situations that lead people to error. In such a case, rules of evidence may attempt to correct for that systematic

error. This explains FRE 403's authorization to exclude evidence when it may be misleading or unfairly prejudicial. It also underlies other rules, such as limitations on character and propensity evidence, and the requirement that witnesses testify from firsthand knowledge. The circumstances under which individuals systematically make errors probably is heavily dependent on culture.

The Value of Accuracy. Factual accuracy is surely the most significant desideratum, but it is by no means the only one. It has a cost, and the cost can sometimes be too high. A legal system overly preoccupied with factual accuracy may undermine the very social conditions that the legal system is trying to foster. A dispute worth only a dollar that would take a thousand dollars to litigate to a factually accurate conclusion perhaps should not be litigated. Such litigation may very well reduce overall social welfare and discourage private settlement of disputes. Where the limit is reached is difficult to say, of course, and surely depends on local views. I will say much more about this in my second lecture.

The Value of Incentives. Factual accuracy competes not just with cost but with other policies that a government reasonably may pursue. The list of such policies is long, and again culturally contingent. The law of privileges may foster and protect numerous relationships (spouses, legal, medical, spiritual, governmental, etc.). Litigation of an accident should not discourage reduction of risk (the subsequent repair rule). Perhaps settlement of disputes is preferred to their litigation, which leads to the exclusion of statements made during settlement talks. The encouragement of settlement is also a reason not to price litigation too low. The more the public subsidizes litigation, presumably the more of it there will be, and the less of private negotiation. There are still other policies that can be pursued. In the United States, we rest a vast body of exclusionary rules on the perceived need to regulate police investigative activities. Rules of evidence also can encourage or discourage certain kinds of law suits from being brought. Again in the United States, we went through a period in which we thought rape victims were being overly discouraged from reporting crimes against them, and one response was to create rules of evidence that reduced the abuse at trial that such individuals may have been exposed to.

General Considerations of Fairness may also influence the law of evi-

dence, although the precise effect of this variable is often hard to sort out from more overtly utilitarian motivations. Some think that the limit on unfairly prejudicial evidence reflects not just the concern about accuracy but the concern about humiliation, as is also the case with rape relevancy rules. The limits on prior behavior and propensity evidence reflect in part a belief that an individual should not be trapped in the past. The hearsay rule to some extent reflects the values of the right to confront witnesses against you.

The Risk of Error. A mistake free legal system is not possible. It is critically important to recognize that two types of errors can be made—a wrongful verdict for a plaintiff (including a conviction of an innocent person), which we call a Type I or false positive error, and a wrongful verdict for a defendant (including an acquittal of a guilty person), which we call a Type II or false negative error—and resource allocation and other decisions will affect the relationship between these two types of errors.

Reasonable people can disagree as to the significance of these two types of errors, but both must be taken into account in the construction of the legal system. In the United States, we structure civil litigation to attempt to both equalize the errors made on behalf of plaintiffs and defendants and to reduce the total number of errors. The criminal justice process, by contrast, is designed to reduce the possibility of wrongful conviction at the admitted expense of making more mistakes of wrongful acquittals. Although the matter is complicated, these perspectives explain in large measure the preponderance standard in civil cases and the standard of proof beyond reasonable doubt in criminal cases. In civil cases, an error either way results in identical misallocation of resources. If the plaintiff wrongly wins a \$500 verdict, a citizen (the defendant) wrongly must part with \$500. If the defendant wrongly wins a verdict that he or she does not owe \$500, a citizen (the plaintiff) wrongly will be deprived of \$500 that rightfully he or she should possess. These two cases are identical analytically. In criminal cases, by contrast, in the United States we view a wrongful conviction as a more serious harm than a wrongful acquittal, and thus make convictions hard to obtain by requiring proof beyond reasonable doubt. We do so even though it is possible (but by no means certain) that a side effect will be increased numbers of false acquittals and an overall increase in the total number