

美国法律文库

THE AMERICAN LAW LIBRARY

约翰·W·斯特龙 主编

肯尼斯·S·布荣

乔治·E·狄克斯

爱德华·J·伊威克瑞德

D·H·克阿耶

罗伯特·P·缪斯特勒

E. F. 罗伯特斯 编著

Hohn W. Strong

Kenneth S. Broun

George E. Dix

Edward J. Imwinkelried

D. H. Kaye

Robert P. Mosteller

E. F. Roberts

麦考密克论证据

McCormick on Evidence

(第五版)

汤维建 等译

THE AMERICAN

LAW LIBRARY

中国政法大学出版社

美国法律文库

THE AMERICAN LAW LIBRARY

麦考密克论证据

McCormick on Evidence

第五版

约翰·W·斯特龙 主编

肯尼斯·S·布荣

乔治·E·狄克斯

爱德华·J·伊威克瑞德

D·H·克阿耶

罗伯特·P·缪斯特勒

E. F. 罗伯特斯 编著

Hohn W. Strong

Kenneth S. Broun

George E. Dix

Edward J. Imwinkelried

D. H. Kaye

Robert P. Mosteller

E. F. Roberts

汤维建 等译

中国政法大学出版社

麦考密克论证据

McCormick on Evidence
Copyright © 1999 by West Group
All rights reserved

本书的翻译出版由美国驻华大使馆新闻文化处资助
中文版版权属中国政法大学出版社，2003 年
版权登记号：图字：01 - 2004 - 4788

出版说明

“美国法律文库”系根据中华人民共和国主席江泽民在 1997 年 10 月访美期间与美国总统克林顿达成的“中美元首法治计划”(Presidential Rule of Law Initiative), 由美国新闻署策划主办、中国政法大学出版社翻译出版的一大型法律图书翻译项目。“文库”所选书目均以能够体现美国法律教育的基本模式以及法学理论研究的最高水平为标准, 计划书目约上百种, 既包括经典法学教科书, 也包括经典法学专著。他山之石, 可以攻玉, 相信“文库”的出版不仅有助于促进中美文化交流, 亦将为建立和完善中国的法治体系提供重要的理论借鉴。

美国法律文库编委会

2001 年 3 月

英美证据法学的理性主义传统

(代译序)

摆在我们面前的这本《麦克考密论证据》，反映了英美证据法学的主流传统：一方面，它对英美司法过程中长期积淀的各项证据规则，从起源到内涵的演变，以及在实际中的应用都作出了详尽无遗的介绍。就其历史性而言，它非常客观、可信，考证严密；就其思辨性而言，它极其深刻、独到，丝丝入扣；就其应用性而言，它相当细致、缜密，左右逢源。它站在理论、历史和实践的结合地带，由过去透视未来，解剖当下，既全面而客观地反映了英美证据法学发展的历史过程，又汇聚了各家学说，对英美证据法学的未来发展走势作出圈点和预测，通过它，我们可以一览其立体式的全景。而贯彻该书始终的，应当是证据法和程序法的交错。在程序法的演绎和运用当中，探询证据规则和证据制度的源流和发萌，解析各项证据规则的大言微义，以及与程序交错适用中的无穷趣味。离开程序法，简直无法理解英美证据规则的来龙去脉，更无法领略其微妙之处的深刻意蕴。从外在的视角看，英美证据法的却有些怪异乃至匪夷所思，但我们研究和考察英美证据法，必须由置身其外到置身其中，在其程序环境的笼罩着以及程序规则的引领下，品尝其味，然后方能渐至佳境。诚然，法律的生命不在于逻辑，而在于经验。英美证据法学的发展历史，充分映现了这句至理名言的正确性。每一种证据规则的形成，是司法经验的积淀；每一套证据规则体系的型构，是司法经验的升华；每一个证据规则例外的出现，也无非是司法经验的智慧闪烁。当我们读到证据规则一般化表述，我们钦羨；当我们读到证据规则的例外，我们感喟；当我们读到例外的例外，我们茫然；当我们读到例外变成了原则，我们欣慰；当我们读到该原则又有了例外，我们进入了新的境界，体悟到了法的生成规律。

我们从《麦克考密论证据》这本书中可以感受到，英美证据法学发生过五个重要的转折：

一、从非理性证明模式到理性证明模式

众所周知，人类发展的历史基本上可以分为两个阶段：原始社会或称无阶级社会，阶级社会或称国家社会。原始社会向阶级社会过渡后，存在于原始社会的化解纠纷的自力救济方式便为公力救济方式所取代。公力救济取代私力救济是社

会发展的一大进步,但公力救济发展本身也有层次之分。在较低层次的公力救济阶段,人类化解纠纷的方法是神明裁判制度。在这个制度中,人类解决纠纷依靠的是神示证据,证据被视为是神明启迪的工具和媒介,通过宣誓裁判、神明裁判以及决斗裁判等等方式的运用,“神明”会告知纠纷的解决者案件事实的真相之所在,这便是被称为非理性的司法证明方式的“告知真理”性质的证据。^{〔1〕}这种意义上的证据,可以称之为“神证”。

在一个给定的情形下,人类存在着选择推理与辩论以外的方法来解决纠纷、分歧、竞争或比赛的各种理由,比如可以选择决斗、扔硬币、将胜利的结果赋予给得分最高者、将纠纷者的手臂放置于烧开的油锅中等等。人们可以为他们所选择的解纷方式的合理性寻找出各种理由,但是,这些方法方式本身并不能因此而成为撒耶(Thayer)所称的“理性”方法。“理性”的证明制度是一种使用推理来决定纠纷的事实和法律问题的方法。撒耶对这种理性主义证明方法的特殊见解曾经作出这样的清楚的概括:“法院通过衡量证词或其他证据的方法,在理性的天平上来决定任何问题,并像现在所决定的那样来决定讼争的问题。”可见,虽然非理性主义的司法证明方法中也或多或少地含有某些理性的因素,但作为其本质性的倾向,它们与理性主义的司法证明方法具有性质上的区别。人类不断地趋于进步一个重要表征,便是司法证明方法上逐渐地实现了由非理性到理性的转变。理性的司法证明方法便是利用证据来求证案件真相的方法,也就是理论上所称的“证据裁判主义”。以事实为内核的证据裁判主义是划分理性证明和非理性证明的分水岭。

在神示证据阶段,证据被神圣化了,这种神圣化了的证据,和我们今天所谈论的证据在含义上完全不同。我们今天所谈论的证据,其含义是指用来推论未知事实的已知事实。用事实求证事实,就是理性主义的司法方式;重视以事实为含义的证据来认定案件事实,便是理性主义的审判制度;研究事实意义上的证据的证据法学,就是理性主义的证据法学。理性主义证据法学的发展,划分了理性主义证明方法和非理性主义证明方法之间的界限,同时也标志着西方国家证据法学习理性主义传统的形成。

据我国学者考证,最早在司法证明方式中注入理性因素的法律规定大概是11世纪日耳曼民族的“旧西弗里西亚法律”。^{〔2〕}理性司法证明方式在萌芽之后,

〔1〕 何家弘:《西方证据法的历史沿革》(代序),载何家弘、张卫平主编:《外国证据法选译》,人民法院出版社2000年版,第1页。

〔2〕 何家弘:“西方证据法的历史沿革”(代序),何家弘、张卫平主编:《外国证据法选译》,人民法院出版社2000年版,第9页。

整整花了几个世纪的时间才得以在欧洲的司法系统中成长起来。这一生长过程包括三个阶段：第一，国家政府加强了对司法活动的介入；第二，调查犯罪成为了政府的职能；第三，审判成为了政府打击犯罪的手段，同时抛弃了原来的非理性证明方式。大概在 12 世纪末，导致“神明裁判”方式被人的理性司法证明方法所取代的主要因素已经在欧洲国家出现了。一方面，在知识界出现了对神的信仰的怀疑论，另一方面，社会环境也发生了变化。到 12 世纪，神明裁判制度逐步退出了历史舞台。神明裁判的退出为理性的司法证明方式扫清了发展道路上的重要障碍。正如英国 19 世纪著名证据法学家约翰·泰勒所言，“以前用超自然力量或其他机械形式裁决的事情，现在都用理性的方法来裁判了”。但是，在神明裁判消亡的过程中，欧洲大陆和英格兰的司法审判方式也产生了分野：欧洲大陆形成了纠问式诉讼制度，英格兰形成了对抗式审判制度。这两种审判制度对证据制度发展所产生的影响是截然不同的：前者造成了对证据制度的压抑，后者则为证据制度的发展提供了丰厚的土壤。正是在后者的发展中，理性主义的证据法学才得以繁荣昌盛。

对抗制审判方式有利于理性证据制度的出现，但是，历史发展表明，理性证据制度并不是与对抗制审判方式同步发展起来的，前者要落后于后者。这可以分为两个阶段来说明：一是“知情陪审团”制度的发展，并不需要有发达的证据制度作为支持；二是“不知情陪审团”制度的发展，为理性的证据制度发展开辟了通路。^{〔1〕}在第一种陪审团制度中，陪审团是由知道案件事实的证人组成的，因此他们对案件进行审判，并不要有证据制度的规范，他们仅仅需要在法官的指导下宣誓讲出与案件纠纷有关的真实情况就可以了。根据 1291 年有关陪审团审判的记载，知情陪审团审判的过程大体上是这样的：法官首先要告诉陪审团将要让他们讲出事实真相的是什么事情；然后他们要在法庭执行官的监督下进行评议；如果他们不能得出一致意见，就将他们分隔开，分别查询他们不能得出一致意见的原因。如果他们中的大多数人知道案情真相，少数人不知道，那就可以根据多数人的意见作出判决。如果他们宣誓说他们对案件事实一无所知，那就可以再召其他知道案件情况的人来做陪审员。如果被告人拒绝接受另一个陪审员的审判，那就把被告人送进监狱接受折磨，直到其同意为止。^{〔2〕}从这段描述了不难看出，知情陪审团审判，仅仅需要宣誓和陈述，法官无需其他证据规则对他们的审判活

〔1〕 何家弘：“西方证据法的历史沿革”（代序），何家弘、张卫平主编：《外国证据法选译》，人民法院出版社 2000 年版，第 12 页。

〔2〕 何家弘：“西方证据法的历史沿革”（代序），何家弘、张卫平主编：《外国证据法选译》，人民法院出版社 2000 年版，第 14 页。

动加以指导；在这种审判背景下，寄望于证据制度有大的发展，是不现实的。

但是，这种知情陪审团审判有天然的局限性，就是不可能每一个案件都会有那么多的知情人参加审判，因此，随着社会的发展，这种知情陪审团制度就向非知情陪审团制度转变演化了。这个过程，大概发生在 1305 年到 1352 年期间。作为发现案件真相的模式，也相应地发生了由“告知真理”向“发现真理”的转变。

1468 年，英国学者福蒂斯修（Fortescue）在其著作中曾经较为详细地描述过知情陪审团审判的过程：“在法庭上，每方当事人自己或者通过其律师首先向陪审团讲述案件争议问题和他们将要提出的证据，以便使法庭得知争议问题的真实真相；然后他们就让其证人出庭作证；每个证人都要先宣誓，然后就其知晓的案件争议问题提供证据”。^{〔1〕}可见，非知情陪审团审判案件，需要由知情证人向他们陈述案件事实，然后他们根据法官的指示作出事实判断。这个过程，显然需要有证据规则发挥指导作用和规范作用；证据制度由此得以发达。

理论是因实践之需而产生的：知情陪审团制度发展到了一定的阶段，关于证据规则方面的判例逐步累积，人们对证据的理论概括和抽象的过程便不知不觉地开始了。证据法学的理性主义传统由此得以启航。

需要说明的是，理性的证据制度不仅在狭义上包括了证据规则的发展，同时也包括了与证据规则相联系的证明法则的发展，比如修持学的发展、数字式证明方式的发展、盖然性理论的发展、法庭辩论术的发展、审判心理学的发展等等。这些发展都构成了理性主义证据文化传统的组成部分。

根据英国学者威廉·特文宁（William L. Twining）的总结和概括，英美国家证据法学发展的传统可以概括为“理性主义”。这种宽泛的理性主义概念具有两个核心理念：一是，英美诉讼制度采取了一种同过去非理性证明模式形成对比的决定争议事实的“理性”模式。一如撒耶曾经指出的那样：从前采取物理或者机械的方法所审判的事项，现在代之以推理的方法来审判了。二是，采纳了“合理性”的特定观念，或者将它视为当然了。在培根、洛克和密尔等英国经验主义的哲学著作中，可以发现对合理性的经典表述。但是这个语汇自身并不是太雅致，因而将这种“智性主流”称作为证据法学的古典理性主义传统是适当的，这样可以强调“理性证明”这样一个核心理念，并将特定的合理性观念作为理性证明的基本命题之一。

在证据法学理性主义传统范围之内讨论证据问题，其典型的命题可以简洁地表述如下：认识论是一种可知主义，而不是怀疑主义；相应的真理理论一般是指

〔1〕 William Andrew Noye: Evidence: Its History and Policies, (1991) p20.

协调的真理理论；制作决定的模式被看作是“理性的”，它与诸如决斗、宣誓或者神明裁判等“非理性”模式形成对照；推理的典型模式是归纳式；对真实的追寻作为实现法律正义的一种方式，应当被赋予较为优先的社会价值，但并不必然是压倒一切的价值。

对待理性主义有三种态度：一是理想的理性主义，二是满足现状的理性主义，三是乐观的理性主义。将审判方面所存在的理想的理性主义和满足现状的理性主义清楚地区别开来是极重要的。从中区分出第三种类型的理性主义也是有益的，这可以称为乐观的理性主义。为了适用指令性的标准，人们需要对特定背景下能否在实际中实现或近似地实现这些标准的前景作出评估。对于许多接受这种理性主义模式第一部分命题的学者来说，他们的观点可以合理地认为是，该模式所体现的各项标准，代表了一种具有可行性的理想，而不是一种遥不可及的或乌托邦式的理念。甚至刻薄如边沁、弗兰克之辈的批评主义学者也相信，他们所提出的建议将在实际中有助于极大地提升审判合理性的层次。他们属于乐观的理性主义者。在此意义上，前面所提及的几乎所有英美证据法学者都可以说是乐观的理性主义者。简而言之，在英美证据法学发展的主流中，几乎所有的重要证据法学者都是理想的理性主义者，其中绝大多数在绝大多数时间内，又都是乐观的理性主义者，其中又有相当一部分学者，但是绝非全部学者，对他们那个时代以及他们那个司法辖区的对抗制的中的运作状况，是相当满意的。

理性主义证据法律文化的传统主要在以下四个方面得到集中的表达：

（一）理性主义在认识论上的表现

1. 事件和事态发生并存在于人们的观察之外；真实的陈述是同事实相符的陈述，也就是同外在世界中的真实事件或事态相符的陈述。

2. 对过去事件的当下认识原则上是有可能的；在此背景下，“认识”意味着有保障的确信，它满足了与真实世界的事实陈述真实性相联系的特定的证明标准。

3. 对过去事实的当下认识，典型地看只能基于不完全的证据。由此所派生，对所主张的过去事实真实性的证明，典型地看只能是一个盖然性或可能性的事情，而缺乏完全的确定性。

4. 对过去事实主张的真实性的盖然性判断，一般地说，必须基于对外在世界中事件通常过程的“库存知识”来进行。在任何一个给定的社会中，在任何一个特定的时期，“库存知识”依次包括盖然性、为科学界所确立和接受的一般定理、专家意见以及基于社会成员经验而形成的“普通意识”定论。

（二）理性主义在案件事实认定上的表现

1. 特定的过去事实主张真实性，也即案件中系争事实的真实性，必须根据

提交给决定者的相关证据获得证明,

这是实施实体法的必要条件。

2. 基于证据,通过对事实主张真实性的决定实施实体法,乃是实现补救的正义也即法律正义的必要条件。

3. 既然对于事实主张的决定一般只能发生在不确定的条件下,那么,法律正义便只能满足于缺乏绝对确定性的证明标准。

5. 决定的正确性,也即,将有效的实体法正确地适用于被证明为真实的事实,乃是一个重要的社会价值。当然,对于决定的正确性应当被赋予何种优先性,还存在着争议的余地。因为,这个价值同诸如国家的安全价值、家庭关系的保护价值、程序公平价值以及其他价值,存在着潜在的冲突。特定的证据制度、证据规则、证据程序、证据技术以及证据手续能够在多大程度上最大限度地实现事实认定上的精确性,是对它们作出评价的一个重要标准。但是它不是唯一标准,此外,诸如速度、便宜、程序公平、人道主义、公共信任以及避免对程序参与者的骚扰等等,也是可适用的评价标准。这些关联的优先性应当如何设定于这些各不相同的标准,也是一个有争议的事情。

(三) 理性主义在审判推理上的表现

1. 在并且只有在对于争议事实主张真实性的盖然性判断,是基于提交给决定制作者的相关证据获得的推论而作出之时,审判中的事实认定方法才是“理性的”。

2. 由证据所作的推论是否有效是由逻辑法则来规范的,适应于对事实主张盖然性判断的形成和确证的典型的推理模式是归纳法,而演绎法起着第二位的作用。至于是否所有的盖然性推理原则上都是数学式的,或者,是否有某些法庭上的盖然性判断原则上是非数学式的,也即是培根主义的,还是一件尚存争议之事。

3. 将归纳法运用于现有的证据,对过去事实主张赋予盖然性的真实价值,乃是有可能的。

二、从文书中心主义到人证中心主义

在理性主义证据制度下,证据的表现形式具有多样性特征,这反映案件事实的存在方式和表述方式是多种多样、形形色色的,这种多样性的证据表述形式对案件事实真实性的发掘和判定,提供了形式上的保障。这种形式多样化的表现本身也是理性主义发展的结果,也表征着证据制度理性成分的高低。但是,从历史上看,证据制度在形式方面所表现的重点并不一样,有的以书面形式为重点,有的以口头形式为重点,也有的是科学形式为重点。这种证据形式表达重点上的区别,与证据理性主义发展的程度有密切的联系,同时也与人们对社会纠纷事实把

握的程度和水准有关。人们首先否定了非理性的证据形式，开始由神明的启发、外在的证明转向事实的求证、内在的证明，这种转化过程是一个异常小心和谨慎的过程，人们寻求最能够体现出理性的稳定的证据表现方式，这种方式，首先被看重的便是书面形式，也就是现在所称的“书证”。书证，尤其是其中的文书，是一种预先确定的证据形式，它反映了双方当事人的意思，因而具有自我拘束力和有效的客观性。无论在大陆法国家还是在英美国家，书证都是首先受到重视的证据形式。这种以书证为中心而建构的证据规则体系，理论上可以称之为“书证中心主义”或更准确地说是“文书中心主义”。

如前所述，英国早在16世纪以前就出现了文书证明规则，据英国学者特文宁考证，文书证据是最早出现的证据形式。这一考证的结果是非常难人寻味的：一方面，实体法尚未发达，但文书证据首先受到关注，这说明证据表现形式是不依赖于实体法而独立地发展的；另一方面，文书记载事实较之口头方式表述事实要困难得多，但文书获得了优先考虑，这说明人类认识案件事实能力尚处在较低阶段。因为，以文书为中心，实际上就是将纠纷预防作为首选目标，这反映人类在事后解决纠纷这个环节上尚不够自信；同时以文书作为证据的决定性形式，并且排斥其他证据形式，尤其是口头证据形式的运用，这也说明审判者判断证据的能力尚不够强大，同时将纠纷处理的错误效果转嫁给当事人自己负担，而满足于形式上解决纠纷。毫无疑问，文书证据中心主义，极大地推动了纠纷前法律规范体系的完善，但是抑制了诉讼机制和证据规则的发达。其优点不仅在于可以有效地预防纠纷的发生，同时也提高了解决纠纷的效率，降低了解决纠纷的成本；但缺点也是显而易见的，一方面它需要非常完善的实体法律制度和纠纷预防制度作为配套，而这会影响交易的效率性，另一方面它也窒息了诉讼过程中的活力，使诉讼程序长期陷于书面审理和秘密审理之中，诉讼机能由此必然萎缩。书面审理主义与书证中心主义是联系在一起的。为了克服书面审理主义所带来的弊端，证据形式突破了书证所具有的垄断性和至高性地位，并由此带动了口头证据形式的快速发展。这个过程，在英美国家表现得异常明显，在大陆法国家的进展则较为缓慢，以至于今天我们甚至可以说，正是在书面证据发展上的步伐不一致，成了两大法系证据制度乃至诉讼制度产生分野的根本原因。

证人中心主义取代书证中心主义是一个历史的过程，但这个历史过程的完成并不是一蹴而就的，事实上，它有四个主要的发展阶段：其一，口头补证规则的确立。所谓口头补证规则，实际上是对口头证据的排除规则，它反对用口头证据否定书面证据的效力。可见，在此阶段，口头证据几乎不具有证明案件事实的价值，它的使用受到立法者的排斥，书面证据的主导性毋庸置疑。其二，辅助证据规则的确立。在古老的书面证据中，辅助证人是文书审的组成部分，但是，自从

契约之诉代替文书审之后,辅助证人也就失去了原来的必要性。现在我们也能够在实体法中看到这种以见证人形式出现的证据形式。其三,书面证据和口头证据选择适用阶段。目前有的大陆法系国家还奉行这种做法。比如,法国民法典第1341条规定,凡是超过一定数额的民事行为,应当用文书形式记载。但是,当事人可以根据合意变更该条规定的原则,从而不接受该条的限制。如果法官要求当事人提出书证时,当事人可以根据使用证人的双方合意,使证人成为有效的证据方法。不仅如此,如果当事人在审判中提出证人作为证据形式,而相对方不予反对,则意味着当事人放弃了该条的适用。与此同时,实体法中还规定,对契约以及其他法律行为而言,证书制作的义务并不是契约以及其他法律行为的法律要件;制作书证的义务仅仅是证据规范上的要求,如果没有制作有关书证,则一旦发生纠纷,有关该契约或法律行为的书证以外的证据方法就不得被法官所接受。^[1]其四,口头证据为主的阶段。这就是我们所说的由英美国家普遍奉行的“证人中心主义”。证人中心主义的基本含义就是实体法中对证据形式一般不做特殊要求,任何法律行为都可以用证人的形式加以证明。证人作为证据形式具有基本的意义,证据法也以证人这种证据形式为中心加以构建。与书证优先主义相比较,在证人中心主义下,证人的概念采用了广泛的形式,证人与人证是同构的。

我们打开《麦克考密论证据》,可以发现现在英美国家标准的证据法教科书,都是采用证人中心主义的编撰方法。按照证人中心主义所构建的证据法学,大体上的内容包括这样几个方面:其一,证人的能力与资格。什么样的人能够充当证人,在证人中心主义的证据法则中具有前提性的重要意义;因为证人中心主义最关心的是通过证人作证,有效地揭示案件事实的真相,因而证人的资格就显得非常重要。在证人资格上,证据法主要设定了这样几个规则:宣誓或者郑重声明规则、证人必须具有作证能力的要素资格,比如观察、记忆、表述能力等等、证人必须亲身知情、直接了解案件事实、诸如法官、陪审员、律师这样的人不具有证人资格等等。《麦克考密论证据》告诉我们,规定了解有关事实、具备精神能力以表达那些信息的证人的不适格规则,严重阻碍了对事实真相的查明;证据法的明显的命运就是,逐步减少阻碍事实真相发现的障碍。事实也是如此,证人能力规则正经历着由严格到宽松的发展过程,一个世纪以来法律演变的进程,已经坚定不移地朝着清除这些障碍的方向前进。其二,证人特权规则。证人特权和证人能力是有联系的概念,证人能力是前提,没有证人能力的人谈不上证人特权问题;证人特权是具有证人能力的人所享有的拒绝作证的特殊权利。证人特权规则的产生和发展,与证人能力限制的缩小甚至消灭,是相反相成的。虽然大陆法

[1] 张卫平、陈刚编著:《法国民事诉讼法导论》,中国政法大学出版社1997年版,第85~88页。

国家也有大量的证人特权规则,但其意义显然不及英美国家那样显著,这大概与证人证词这种证据形式在证据法中的地位有关。证人特权规则是证人中心主义规则框架下的重要内容。《麦克考密论证据》第5编和第6编对此花费大量篇幅作出了论述,对它的重视程度由此可见一斑。其三,询问证人规则。前已述及,《麦克考密论证据》具有程序倾向性,其一个重要的表现,就是它将证人询问程序及其规则,全部纳入证据法中加以论述。这一点也与证人中心主义有关。在证人询问的各项规则中,交叉询问尤具意义。交叉询问是英美证据法中颇具特色的程序、制度和规则。交叉询问长期被誉为是发现真实的伟大的发动机,从来没有竞争性的诉讼结果不是主要依靠律师操作交叉询问技巧的。交叉询问是一项极具魅力、极具技术性的制度,它离开证人中心主义就会黯然失色,证人中心主义也离不开交叉询问的实施。许多证据规则都是为了迎合或配合交叉询问制度而产生的,比如意见证据规则、品格证据规则、诱导性规则、专家证人规则、证人弹劾规则和支持规则、证据的采纳和排除规则,包括前面所述的证人特权规则。其中,在英美诸证据规则中最富特色的传闻证据规则,也是推行交叉询问制度的必然产物。其四,传闻证据规则。《麦克考密论证据》一共36章,其中传闻证据规则及其例外就占了11章(从24章到34章),就涉及的篇幅而言,其内容接近全书的1/3。传闻证据规则的重要性是不言而喻的。如果我们说,传闻证据规则是英美证据法体系的核心和灵魂,大概是不为过的。一定意义上完全可以认为,没有传闻证据规则,就没有英美证据法,英美证据法学就失去了富有魅力的特色。诚然如此。证人中心主义为传闻证据规则发挥其应有作用提供了制度基础。所有案件事实的证明,大凡都需要证人作证;所有的证人作证,大凡都需要有真实性的保障,传闻证据规则就是这种对证人证言提供真实性保障的机制。没有这个保障机制,证人中心主义就难以存活。因此,从诉讼结构到证据规则,我们看到的是对抗制、口头审理、证人出庭作证、传闻证据排除等有机联系的规则网络。没有证人中心主义,对抗制难以立足;对抗制需要证人中心主义以资配合。证人中心主义离开传闻证据规则,就从根本上动摇了其制度性根基。因此,我们在《麦克考密论证据》这本书中,可以看到对传闻规则不厌其烦的阐述;准确地理解这种阐述,无疑是一种智力上的训练,同时也是对智力的一种挑战。同时我们也可以看到,英美各方证据法学大家对传闻证据规则的发展趋势做出的种种预测,大体上的趋势是,随着陪审团制度的衰微,传闻证据规则的重要性在降低,同时将证据能力转化为对证明价值的思考,也是大势所趋。

以上四方面的内容,就是《麦克考密论证据》的主要内容。这些内容证明:书证中心主义已经成了历史陈迹,而证人中心主义正在统帅着英美证据法学的主体内容。

三、从最佳证据规则到关联性证据规则

(一) 吉尔伯特的证据法思想：最佳证据规则的发明者

吉尔伯特是英美法系最早的一为证据法学家，他在 1754 年出版了他的划时代的著作《证据法》。在边沁的著作问世以前，这本著作是最好的证据法著作。这本专著的出现，标志着英美证据法学专门化研究的开端。这无疑具有重要的历史意义。吉尔伯特的写作风格是简单而协调的，其成功的关键之处在于他力图将证据法理论奠基于是盖然性的观念之上，并由此形成有内在紧密联系的体系。该书在一开头便引用了他的老师洛克的话：“首先，已经为人类智慧所观察到的是，存在着数种刻度：从完善的确定性和确实性，到不大可能和未必可能，直到不可能的范围。相对于这种证据的刻度，人类理智也存在相应的几种刻度，这可以称为‘同意的程度’：从完全的确信和信赖，到猜测、怀疑、不信赖和不相信。”这种关于盖然性程度的层次划分，为后来的边沁所继承，最终被英美证据法学的主流所接受。

确实性是建立在人们对永久性事物的清晰和直接的观察基础之上的，同时有赖于人类自身的适当的理智。生活事务极少有这种确实性。因为它们一般是短暂的过程，不能为其他人清晰地观察和报告。相应地，人们的权利也只能根据低于确实性的基础予以决定，这就是盖然性的判断。吉尔伯特试图根据洛克的知识论建立起证据法的理论。吉尔伯特写道：“因此，与证据相关联的第一个也是最重要的一个规则便是，人们必须要有适合于事实性质的最佳证据；法律的设计就是要对权利状态的认识达到刚性的确实性，而没有适合于该事情性质的最佳证据就没有该事实的确实性。”

这就是吉尔伯特所型构的最佳证据规则的极其概括和刚性的公式，据此，吉尔伯特进而确立了证据的不同种类并将它们根据盖然性的程度予以排列，从而形成了一个形式化的等级结构。处在这个结构顶端的是被视为最最佳证据的公共记录文书。

布兰克斯通在写作《英国法释义》有关内容时，总是引导其读者去读吉尔伯特的著作，“因为这是一本难以概括或删节的著作，否则的话，就不能不遗漏或失去某些优美之处，或者损伤它的整体之美”。吉尔伯特的崇拜者都认为他以一种清晰的、简洁的和有用的形式，提出了一个内在协调的证据法理论框架。可能正是因为隆誉过盛，这才刺激了边沁对吉尔伯特进行了猛烈的攻击。

在边沁看来，吉尔伯特所犯错误的最直接原因是在内容体系安排上有缺陷；最终的原因便是法律裙带关系的险恶利益在作祟，它力图将证据法学科一直置于混乱之中，以便谋取利益；结果便是错误地赋予书面证据优越于口头证据的效力，而这是一个虚假的理论。吉尔伯特和他的追随者以书面证据和口头证据的区

分作为其理论体系的基础，这就导致了这样几个错误：忽视了实物证据；对情况证据没有给予足够的重视；忽略了几个关键的区别。例如，吉尔伯特没有区分预先规定的证据和临时形成的证据之间的界限。把书面证据排在非书面证据之上，便犯了混淆文书的确实性（authenticity）和真实性（verity）之间界限的错误。很少有书面记录不是确实的，但许多书面记录却是不可靠的。吉尔伯特将立法机关和国王法院的法律记载排在盖然性等级结构的最上端。边沁嘲讽吉尔伯特过分地运用了数学，边沁认为吉尔伯特实际上是把记录当成了“超人”或“圣人”所制作的显示权利的图表。然而边沁认为，这些制作记录的官员也是凡人，其可靠性也要按照与其他人一样的标准予以决定，法律纪录是最不可靠的，它们是真理和谎言的混合物或蓄水池，它们都未加分辨地纠缠在一起，也不知道是由谁执笔的，保存在各种命令的名下，它们很少受到维斯特敏斯特大厅法官的监督。在边沁的眼中，它们只是法律拟制的储藏室，是尤其值得怀疑的。在边沁的证据法著作中，对吉尔伯特这种尖锐的攻击也可以在其对其他人的攻击中看到。成为边沁攻击的目标的论题有许多，例如大家都熟悉的有对法律拟制、法官造法、普通法与衡平法的两分法、法官与其公司神秘化中的邪恶利益等等。表面上看，边沁对吉尔伯特的攻击是其证明力的等级划分，但实际上，边沁攻击的真正目标是那种按照形式规则对盖然性的判断予以调节的努力。

吉尔伯特所使用的“盖然性规则”一语，实际上是揉合了证据的可采性和证据的份量这两个问题，并且认为这两个问题都可以用形式的规则来规范；而对此，边沁认为前者是不应当去做的，后者是不可能去做的。

撒耶得出结论认为：“吉尔伯特为适应洛克的哲学理论而作的努力，乃是不成熟的、不充分的，也是野心勃勃的。为了建立一个证据规则的体系，吉尔伯特所作出的这种粗陋的开端性的努力，不是帮助了法院办案，而是有损于此的。”

（二）斯蒂芬的证据法思想：关联性证据规则的建构者

对边沁理论的这种部分拒绝，在最后一位重要的英国证据法学家斯蒂芬的著作中可以很显然地看出来。斯蒂芬同意边沁的部分观点，如他也认为，英国法是过于复杂和过于技术化了；他赞同进行特定的改革；他既热衷于对证据法律制度的系统化，也赞成证据制度的简易化。可是与边沁不同的是，他认为法官所造的证据法是充满睿智和实际经验的。他看到了形式证据规则在排除存有偏见的证据材料、要求提供可以获得的最佳证据，以及最为重要的是，确保排除那些无关联的材料等方面所起的作用。

斯蒂芬是颇有影响的《印度证据法》的主要起草者。对此他曾发表了一篇介绍和评论该法的长篇文章。在他返回英国后，他曾经向国会提交了一个证据立法的议案，但是他并没有获得成功。因而他将其主要的实质性的思想都写进了其专

著《证据法概要》之中，这本书在整个普通法国家成为了极有影响力的著作。像吉尔伯特一样，斯蒂芬也力求将证据法的全部内容归结于单一的原则之下。在这本著作中，密尔的逻辑学取代了洛克的认识论，作为其明确的哲学基础。最佳证据规则也为关联性规则所取代，关联性规则成为整个证据法的基本原则。斯蒂芬指出：除存在例外外，法官所造的所有的证据规则均可归纳到这样的原则中来，即是争议的事实或与争议事实有关的事实，而不是其它的事实，应当得到证明。

三、从严格规则主义到自由裁量主义

无论是吉尔伯特的最佳证据规则还是斯蒂芬的关联性证据规则，证据法的核心虽然有所转移，但在强调证据规则的决定意义上并无二致。它们属于严格规则主义的范畴。但严格规则主义的局限性是显而易见的，这就是过分束缚了审判者的手脚，难以发现案件的客观真实；置于极端的形式层面看，严格规则主义实际上陷入了“规则崇拜论”的泥潭，走到了发现真实的理性主义传统的反面，因而受到了其对立理论的抨击和严厉批判，批判最烈的莫过于被奉为“自由证明理论大师”的边沁。边沁的证据法学思想具有鲜明的反传统色彩，属于自由裁量主义的范畴。

边沁是英国著名的哲学家，同时也是英国著名的证据法学家。在边沁着手于19世纪前10年撰写证据法学著作的时候，他所面临的证据法律制度具有以下特征：法官造法；大多数的法律相对较新或者是新近才被看作具有法律效力的；证据法是相当支离破碎的，并充满了为应付不同时期不同形势所产生的各种例外、界限区分以及含糊的技术性。吉尔伯特、巴勒和皮克的著作力图为这种证据法律制度设定某种秩序，并为这些有点怪异、各式各样的证据规则提供和谐的理论基础。为了使证据法变得更具可视性，并力求对非常混乱、极不理想的证据规则予以合理理论和体系化，它们提供了一些便宜但却脆弱的目标。边沁利用吉尔伯特和皮克的著作当作对证据规则和法律职业者进行猛烈轰击的焦点。边沁认为，这些法律职业者创造了这些证据规则并捍卫这些证据规则，只是为了促进它们自身的不可告人的邪恶利益。

边沁开始着手写作证据法学著作建构其理论体系的时候，正是十九世纪的初叶，主要在1803年到1812年期间。这时尚处在法官创造证据规则以及学者对证据规则进行专门化论述的早期阶段。正是因为处在这样一个历史的早期阶段，程序规则及证据规则均处在受检讨和批评的状态，同时关于这些规则的技术性问题也存有相当多的争论。就是在这样的历史时期，边沁开始了对证据规则和证据法学理论的思考。边沁的证据法学著作到1820年代问世。

与此前所有的证据法学者不同，边沁赞同废除形式证据规则，回到以日常生活经验和普通理智推理为根据的自由证明的“自然”体制中去。他将他对所有人

为的技术性规则的剧烈抨击同他对法律职业和法官造法的整个体制的谴责联系在一起。

海利维这样写道：“在边沁的全部著作中，《司法证明的理论基础》的篇幅最为宏富，也无疑是最为重要的。”这里不能介绍其论辩的丰富性、多元性以及铿锵有力的思辨性，但可以将其核心思想做一个简洁的介绍：形式法的直接目的是决定的正确性，此即将有效的法律（与功利主义相适应的法律）正确运用于真正的事实；形式法的间接目标是将诉讼烦恼、诉讼成本以及诉讼迟延降到最低限度；在直接目的和间接目的发生冲突之时，应当根据功利主义的原则予以决定。但是在边沁提出的这个公式中，他无疑更加强调裁判中的真实价值之追求。对事实主张真实性的判断要考虑到所有相关证据，正因如此，“证据是司法的基准”。这种对事实的判断是建立在对盖然性的评估基础之上的，而对盖然性的评估反过来又是建立在生活经验的基础之上的。最能够有助于实现裁判目的的审判制度乃是自然制度而不是技术制度。自然制度的原型是：智慧的家父在一家团聚的氛围中行使裁判权，纠纷者面对面的，提供相反的证词，并接受交叉询问。除非由于过分的诉讼烦恼、诉讼成本或诉讼迟延等缘故，所有相关联的证据和证人，包括当事人本人在内，都不受到排除。边沁写道：“为了解决纠纷，应当看一切可以看的東西，听一切可能了解案件事实者所说的话：每一个人都要去听，但最应当认真听的，也是首先应当去听的，是最可能了解案件事实的当事人所说的话。”

边沁抨击所有的证据排除规则，他认为证据法应采取“不排除原则”，他反对对证据的衡量可以用形式规则加以规范的思想。正因如此，边沁的观点被称为是“唯信仰论”。然而，边沁论著中还有着一些积极的方面，比如，他用较长篇幅探讨了如何确保证人到庭，如何收集证据，如何保障证据的正确性和完整性，并对法官如何衡量证据的证明力提供了某些指导。

边沁对证据规则显然是持反对态度的，他说：“要发现能够确保从事物的性质作出正确决定的、不陷入谬误的证据规则是绝对地不可能的；然而，人类的头脑是倾向于创建这种只能增加错误决定概率的证据规则的。一个公正的真理研究者在这方面所要做的全部事情就在于使立法者和裁判者警觉起来，抵制这种草率的规则”。

虽然在《司法证明的理论基础》中，边沁侧重反对的是证据排除规则，强调证据不排除原则，但事实上，边沁是反对所有的证据规则的，包括规范证人可信性的规则、衡量证据证明力的规则、证据数量规则等等，认为这些规则都是有害而无益的。边沁对唯信仰论所持的这种极端主义观点，有两个认识上的来源：其一，边沁承认，从理论上说，这样的一个时刻是会到来的：对主要事实和所主张的证据事实之间的关联程度的判断，可以有益地受到证据规则的调整。“将这项