

传闻证据规则的 理论与实践



.....刘 玫 等◇著.....

THEORY AND PRACTICE
OF HEARSAY RULE



中国政法大学出版社

传闻证据规则的 理论与实践



..... 刘 玫 等◇著

THEORY AND PRACTICE
OF HEARSAY RULE



中国政法大学出版社

2017 · 北京

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

图书在版编目(CIP)数据

传闻证据规则的理论与实践/刘玫等著. —北京: 中国政法大学出版社, 2017. 7

ISBN 978-7-5620-6979-9

I. ①传… II. ①刘… III. ①刑事诉讼—证据—研究—中国
IV. ①D925. 213. 4

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第161874号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908291(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	880mm × 1230mm 1/32
印 张	9.375
字 数	220 千字
版 次	2017 年 7 月第 1 版
印 次	2017 年 7 月第 1 次印刷
定 价	42.00 元

本书系教育部人文社科研究项目《传闻证据规则的理论与实践》

（项目批准号：12JJD820007）的最终成果

专题一 传闻证据规则概述 | 001

一、传闻证据概述 | 001

二、传闻证据规则 | 007

三、传闻证据规则与我国刑事诉讼 | 024

专题二 英国传闻证据规则的立法和司法变化 | 031

一、立法变化的背景 | 031

二、新法规定的传闻证据规则解读 | 033

三、特殊保障措施 | 061

四、欧洲人权法的影响 | 063

五、结语 | 072

专题三 美国传闻规则的新发展 | 074

一、2000年后判例法的新发展 | 074

二、2000年后成文法的新发展 | 093

三、美国传闻规则新发展述评 | 109

专题四 美国“电子传闻证据例外”的提出及其

预期影响 | 116

一、概述 | 116

二、“电子传闻证据例外”的提出背景 | 118

三、美国传闻证据规则例外的历史演进概况 | 123

四、“电子传闻证据例外”的内容和要求 | 125

五、“电子传闻证据例外”的预期影响 | 130

六、结语 | 133

专题五 加拿大传闻证据规则的发展轨迹及启示

——以 1990 年 R. v. Khann 案件为起点 | 134

一、传闻证据识别的一般原则及其发展 | 135

二、传闻可采性考查的发展阶段与轨迹：以原则性
方法（The Principled Approach）为线索 | 141

三、加拿大传闻证据规则发展状况的简评及启示 | 156

专题六 日本法中的传闻证据规则 | 168

一、日本刑事诉讼法概述 | 168

二、日本传闻证据规则的概述 | 170

三、日本传闻证据规则的内容 | 172

四、传闻证据规则的例外 | 176

五、传闻证据规则的其他相关问题 | 189

专题七 香港传闻证据规则的变迁及发展趋势 | 195

一、传闻证据规则简述 | 196

二、香港民事法律程序中传闻证据规则的变迁 | 200

三、香港刑事诉讼程序中传闻证据规则的发展 | 215

四、结语 | 250

专题八 传闻法则在台湾 | 255

一、传闻法则引入的背景 | 255

二、现行法律规定的基本架构 | 256

三、传闻法则的实践统计 | 259

四、本土化进程中的问题 | 273

五、结语 | 290

后 记 | 292

传闻证据规则概述

传闻证据规则是英美证据法上“最古老、最复杂和最令人感到迷惑的一项证据排除规则”^{〔1〕}，从诞生之初到现在，历经若干世纪的演进，其体系非常庞大。

一、传闻证据概述

（一）传闻证据的概念

传闻证据规则是英美证据法中特有的证据概念，^{〔2〕}其所调整的是证据能力的问题，也就是决定证据是否有资格被呈现在陪审团面前而接受控辩双方质证。作为一项古老的证据规则，传闻证据规则最早起源于英国，在 16 世纪就有其作用于司法审判的记载，到 18 世纪达到了鼎盛时期。经过了几百年的发展，到如今传闻证据规则已经成为英美法系证据规则体系

〔1〕 See Rupert Cross, *Cross on Evidence*, Sixth edition, London Butterworth, 1985, p. 453; Andrew L. -T. Choo, *Hearsay and Confrontation in Criminal Trials*, Oxford: Clarendon Press, 1996, Preface.

〔2〕 卞建林主编：《证据法学》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 347 页。

中最重要的证据规则之一。

对传闻证据进行定义是理解传闻证据规则的前提和关键,在该规则不断发展的过程中,出现了多种传闻证据的定义,有美国学者曾经统计,在美国《联邦证据规则》颁布前,对于传闻证据的定义达到上百种之多。^{〔1〕}可见,对传闻证据作准确的定义并不容易。美国证据法学家华尔兹(Waltz)教授认为,传闻证据是指“在审判或听证时,作证的证人以外的人所表达或做出的,被作为证据提出以证实其所主张的事实的真实性的,一种口头或书面的主张或有意无意地带有某种主张的非语言行为”^{〔2〕}。英国证据学家墨菲(Murphy)认为,传闻证据是“证人提供的、以他人先前所作陈述(口头的、书面的或者诸如手势之类的其他表达方式)为内容的证据”^{〔3〕}。这两者观点都认为传闻证据包括口头陈述、书面陈述和行为,属于对传闻证据的广义解释。与此相对,也有学者认为应对传闻证据作狭义的理解,如英国证据法学家麦考密克(McCormick)认为传闻证据是指在法庭之外做出的、在法庭之内作为证据使用的陈述,或者是口头的,或是书面的,用于证明该陈述本身所声明的事件的真实性,^{〔4〕}这种定义将传闻证据缩小至口头或书面陈述。而与其同胞的证据学家克罗斯(Cross)则认为传闻证据是指一项事实陈述,不是一个人在诉讼程序中使用口头证据做出的,并把它作为其所主张的事实的

〔1〕 王茂松:“传闻法则之研究”,载《中兴法学》1990年总第30期。

〔2〕 [美] 乔恩·R. 华尔兹:《刑事证据大全》(第2版),何家弘等译,中国人民公安大学出版社2004年版,第102页。

〔3〕 江伟主编:《证据法学》,法律出版社1999年版,第180页。

〔4〕 樊崇义主编:《证据法学》,法律出版社2001年版,第308页。

证据,^{〔1〕}这种定义进一步将传闻证据缩小至口头陈述。

我国台湾地区有学者也将传闻证据分为广义、狭义两种。如有言传闻证据“本有广狭二义,从狭义言,系专指言词而言,即证人并非陈述自己亲身经历之事实,而仅就他人在审判外所为之陈述(原供述),代为提出以作自己之供述者而言;从广义言,则除上述言词外,书面之陈述亦包括之,通常所谓传闻证据,系指广义而言,其范围包括口头陈述与书面陈述”^{〔2〕}。此学者并没有将行为纳入传闻证据的范围内。

除学理解释外,相关成文法也对传闻证据作出了定义。由美国法律协会起草的《模范证据法典》(*Model Code of Evidence*)第501(1)、501(2)条规定,某种意在表达一定事项的陈述(言词或其他行动),其向法院提出的目的是证明所表达的事项是真实的,但该陈述并非由有关证人到庭作证时提出,而是依赖其他证明方法向法院指证以前曾经有过该项陈述,这一陈述就称为“传闻陈述”(hearsay statement)。第501(3)条规定,如果某一传闻陈述的陈述人对所陈述的事项有亲身感知,并且曾经亲自到案作出陈述,则其作出的陈述就失去传闻性质,成为通常应当被允许使用的证言,又称此类陈述为“传闻叙述”(hearsay declaration)。第501(4)条规定,作出传闻陈述或传闻叙述的人,称为“陈述人”(declarant)。第501(5)条规定,被陈述的事实是陈述人在传闻陈述或传闻叙述中

〔1〕 齐树洁主编:《英国证据法》,厦门大学出版社2002年版,第451页。

〔2〕 刁荣华主编:《比较刑事证据法各论》,汉林出版社1984年版,第218页。

所提出的主张,或已经主张的事实。第 501 (6) 条规定,用以证明传闻陈述或传闻叙述的证据,称为“传闻证据”(hearsay evidence)。美国《联邦证据规则》第 801 条规定,传闻证据是指不是由陈述者在审判或听证中作证时作出的陈述,在证据上将它提供来证明主张事项的真相。^[1]美国 1999 年《统一证据规则》第 801 (c) 条规定,传闻证据是指除陈述者在审理或听证时所作陈述外的陈述,行为人为提供它旨在用作证据来证明所主张事实的真实性。^[2]

尽管以上对传闻证据的学理定义及法律定义并不完全一致,但从中我们依然可以找出构成传闻证据的一些共同要素。笔者认为,构成传闻证据包含以下几方面因素:

1. 传闻证据涉及两个行为主体、两个环节

两个行为主体中一个为庭外陈述者,一个为出庭陈述者,二者大多情况下不是同一个人,但在少数情况下也可能是同一个人。两个环节:一个为庭外陈述,一个为出庭陈述。通常表现为庭外陈述者事先向出庭陈述者讲述一项事实,而后出庭陈述者在庭上向法官讲述庭外陈述者向他(她)讲述的这一事实。如张某在和李某吃饭的时候告诉李某他在某时某地看见王某杀人,而李某之后出庭作证说李某曾经告诉自己看见王某杀人。

[1] 卞建林:《美国联邦刑事诉讼规则和证据规则》,中国政法大学出版社 1996 年版,第 119 页。

[2] 何家弘、张卫平主编:《外国证据法选译》(增补卷),人民法院出版社 2002 年版,第 43 页。

2. 传闻证据是为了证明主张事实的真实性

传闻证据是一项主张，其提出是为了证明主张的真实性。传闻证据不得用来证明陈述内容的真实性，但如果是用来证明除此之外的其他目的，则不是传闻证据。如前述李某出庭作的陈述是用来证明王某杀人这一事实，则其陈述是传闻证据，但如果是用来证明张某和他一起吃过饭则不是传闻证据。

3. 传闻证据须是一项陈述，其表现形式包括口头陈述、书面陈述及非语言行为

用于证明主张事实真实性的庭外陈述是传闻证据。此种庭外陈述可以是庭外陈述人的口头陈述，如前述张某直接告诉李某的话；也可以是固定在文本上的陈述，如提交到法院的书面目击证人证言。有学者认为下列情形下书面陈述是传闻证据：①未到庭的评估人为损害赔偿或修理费用作出的书面评估意见；②未到庭的估价人为被盗抢者提供的财产估价单；③第三人提供的账单作为要求赔偿的唯一证据；④未到庭证人对事故作出的书面陈述；⑤用报纸上的报道证明被报道的事件；⑥立遗嘱人的第二个妻子在遗嘱中作出同意将财产分给立遗嘱人的儿女的陈述，用这一陈述来证明存在这样一个协议；⑦未到庭医生作出的证明原告在后续事故中已遭受损害的医疗报告；⑧用以证明产品可靠性的制造商的广告。^{〔1〕}除口头和书面陈述，非语言行为也可以成为传闻证据，前提是这种非语言行为构成一项主张来证明事实的真实性，如前述张某和李某一起吃饭时谈到一起杀人案，李某问张某是否看见王某杀人，张某点

〔1〕〔美〕约翰·W. 斯特龙主编：《麦考密克论证据》，汤维建等译，中国政法大学出版社2004年版，第486页。

了点头，而后李某出庭作证，那么李某以张某点头行为的陈述就属于传闻证据。

（二）传闻证据和传来证据

我国证据法理论根据证据来源的不同，将证据分为原始证据和传来证据。原始证据是指直接来源于案件事实或原始出处的证据，如刑事犯罪现场发现并提取的各种痕迹、物证等。传来证据是指经过复制、复印、传抄、转述等中间环节形成的证据。也就是说，传来证据不是直接来源于案件事实或原始出处，而是经过了中间环节的转手，从原始证据派生而来的证据，如根据原始物证制作的模型、书证的复印件、现场刑事摄影照片、证人转述的他人感知事实的证言等。

我国学者证据分类中的传来证据并不简单等同于传闻证据，二者的不同点在于：

1. 二者的划分标准、内涵和外延不同

传来证据相对于原始证据而言，以是否直接来源于案件事实作为划分标准。但传闻证据以陈述者是否出席法庭、能否当庭宣誓和接受交叉询问作为区分标准。“传闻证据是庭审中心主义的产物，凡亲自感受了案件事实的人都应当以言词的形式当庭提供证言，以传闻，即以转述他人的证言或者以书面的陈述代替当庭陈述，除具备法定例外条件，一般是不具有证据能力的”^{〔1〕}，因此，了解案件情况的证人在法庭外所做的证人证言、书面证言及非语言行为都属于传闻证据，但未必属于我国证据法理论中的传来证据。

〔1〕 刘金友主编：《证据法学》，中国政法大学出版社2001年版，第200~202页。

2. 适用的证据规则不同

传来证据关乎证据的证明力，我国法律对传来证据的规范较少，适用的规则也较粗疏简单，一般情况下，其证明力小于原始证据，审判实践中更多是根据实际情况判定。传闻证据关乎证据的证据能力，其适用的传闻证据规则经过几百年的发展已经成为一个庞大复杂的体系，除法定的例外情况，传闻证据不得作为定案的根据。

二、传闻证据规则

（一）传闻证据规则的概念

传闻证据规则（the hearsay rule）又称传闻证据排除规则、传闻法则、反传闻规则，是英美证据法中最重要的规则之一，美国法学家约翰·H. 威格莫尔（John H. Wigmore）称它“是英美证据法上最具特色的规则，其受重视的程度仅次于陪审团，是杰出的司法体制对人类诉讼的一大贡献”^{〔1〕}。《元照英美法词典》对传闻证据的解释是：指证人不是以自己对某项事实的亲身感知为基础，而是就自己从别人那里听说的实事实作出的陈述。因此，其内容通常最初是在法庭外未经宣誓而作出的，而在庭审时被作为证据提出来证明其所称之事实为真实。^{〔2〕}美国《联邦证据规则》第 802 条规定，传闻证据，除本证据规则或其他联邦最高法院根据立法授权或国会立法所确

〔1〕 [美] 约翰·W. 斯特龙主编：《麦考密克论证据》，汤维建等译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 484 页。

〔2〕 参见刘玫：《传闻证据规则及其在中国刑事诉讼中的运用》，中国人民公安大学出版社 2007 年版，第 5 页。

认的规则另有规定外，不得采纳。

刑事诉讼中之所以要排除传闻证据，基于以下原因：

1. 传闻证据的虚假性

首先，传闻证据并非最佳证据。人对客观事物的认知由多方面的因素所主导，如记忆能力、观察能力和理解能力等，不同的人又存在能力的不同。哈佛大学心理学教授胡戈·曼斯特伯格（Hugo Munsterberg）曾经做过一个实验，在未警告学生的情况下突然在教室里开枪，再问刚才发生了什么情况，结果学生们的答案各异。该实验表明，即使是目击证人的指证，也存在错误的可能。^{〔1〕}而传闻证据是对原证据的转述，其中不可避免地会掺杂转述人的个人意识，能否还原原陈述人的意思值得怀疑。除个人客观认知能力外，个体的诚实信用程度也有所不同。人是有感情的动物，做事情说话都包含一定的动机，在不同动机的驱使下，其陈述的可信性易打折扣。

其次，传闻证据未经宣誓作出。宣誓是英美法国家法庭审判中一项重要的程序。基于信仰，宣誓被认同为向上帝作良心的保证，如若有假，要受上帝的惩罚，宣誓通过道德的潜在震慑防止出庭证人作伪证。美国《联邦证据规则》第 603 条规定，作证前要求每个证人声明如实提供证词，通过宣誓或虽不宣誓但以某种旨在唤醒证人良知和加深证人责任感的方式来进行。^{〔2〕}传闻证据只是出庭陈述者转述庭外陈述者的陈述，由

〔1〕（台）王兆鹏：《刑事诉讼讲义》（二），元照出版公司 2003 年版，第 49 页。

〔2〕卞建林译：《美国联邦刑事诉讼规则和证据规则》，中国政法大学出版社 1996 年版，第 111 页。

于庭外陈述者并没有在法庭上宣誓，其所作证言可能存在随意性和虚假性。曼斯菲尔德勋爵（Lord Masfield）在判决中就曾宣布：“按照一般原则，任何人所说的话必须是在双方诉讼当事人面前以宣誓说出的，才能作为证据。”^{〔1〕}不过，宣誓是否确有实际效用也引人质疑，如1972年英国法律改革委员会指出：“宣誓无法防止法庭充斥大量的假证言。”后来，法律委员会对此作出总结：“没有明显的证据表明通过宣誓能够确保证人证词的真实性。”^{〔2〕}

再次，传闻证据未经交叉询问。交叉询问（cross-examination），又称反询问，是指由一方当事人向另一方当事人所提供的证人提出的诘问，一般是在提供证人的一方首先向自己的证人提问后进行的。英美法系实行对抗式诉讼模式，控辩双方平等武装，通过相互对抗共同揭示案件事实。交叉询问是平等对抗的一个重要环节，交叉询问允许控辩双方向出庭证人提出问题，在不断的询问中探寻证言的真实性，发现证言虚假的地方，检验证人的品格，还原案件真实。美国证据法学家华尔兹教授认为对证人进行交叉询问能够发现以下六种情况：感觉缺陷；证人的品格；证人的精神状态；证人的重罪前科；该证人以前的自相矛盾的陈述；证人一方的利益或者偏见。^{〔3〕}传闻证据的庭外陈述者并不出庭，控辩双方也就无法对其进行交叉询问，不能在询问的过程中进行观察，从而检验其证言的真

〔1〕 沈达明编著：《英美证据法》，中信出版社1996年版，第99页。

〔2〕 齐树洁主编：《英国证据法》，厦门大学出版社2002年版，第461页。

〔3〕 [美] 乔恩·R. 华尔兹：《刑事证据大全》，何家弘等译，中国人民公安大学出版社1993年版，第130页。

伪。正如有学者所言：“交叉询问的机会是一项重要的安全措施，这是通常排除传闻陈述的主要根据。”^{〔1〕}

最后，传闻证据的庭外陈述者不出庭。对抗式诉讼模式鼓励控辩双方积极对抗，这种对抗并不是在法庭上作秀，也不是控辩双方的“自娱自乐”，而是要“演”给法官和陪审团看，最后由他们作出裁判。如何保证法官和陪审团作出正确的裁判，有学者指出：“在英国，由于陪审团成员的非专业化，使法庭不得不建立起许多规则，以排除某些看来容易使不善于逻辑思维的人受到错误引导的证据。”^{〔2〕}“证据规则的发展看起来似乎受到这样一种事实的影响：法官逐步发现，有些证据很容易为那些没有经验的陪审员所不适当地接受。因此，主要是在由陪审员们来衡量证据的情况下，证据规则才得到反复的强调。而在法院单独行使职权的时候（如在为被判定有罪的被告人确定刑罚时），那些未被按照严格的证据规则确立的事实也经常被考虑进去。”^{〔3〕}传闻证据的庭外陈述者并不出庭接受法官和陪审团的“审视”，他们无法对庭外陈述者进行理智和经验上的判断，仅仅凭着“二手”证言显然会加大他们出错的概率。

2. 传闻证据规则的程序价值

传闻证据规则要求排除传闻证据，除了传闻证据本身的虚

〔1〕 [美] 约翰·W. 斯特龙主编：《麦考密克论证据》，汤维建等译，中国政法大学出版社2004年版，第45~46页。

〔2〕 [英] J. W. 塞西尔·特纳：《肯尼刑法原理》，王国庆、李启家等译，华夏出版社1989年版，第485页。

〔3〕 [英] J. W. 塞西尔·特纳：《肯尼刑法原理》，王国庆、李启家等译，华夏出版社1989年版，第503页。