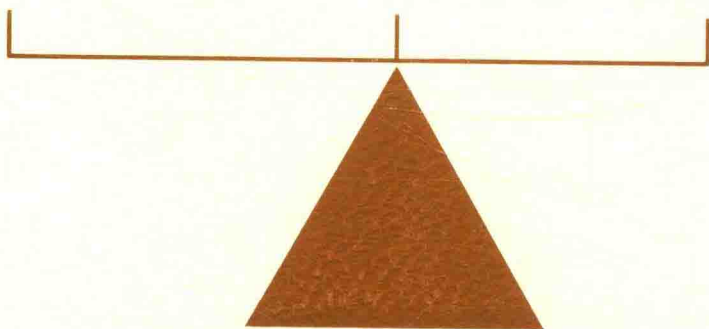


吕中伟 著

民事传闻证据 规则研究

RESEARCH ON THE HEARSAY RULE
IN CIVIL PROCEDURES



传闻证据规则，又称传闻证据排除规则，它是指除法律有特殊规定，传闻证据不具有可采性。

传闻证据规则是英美证据法规则中最为古老的证据规则之一，曾被称为“英美证据法的基石”。

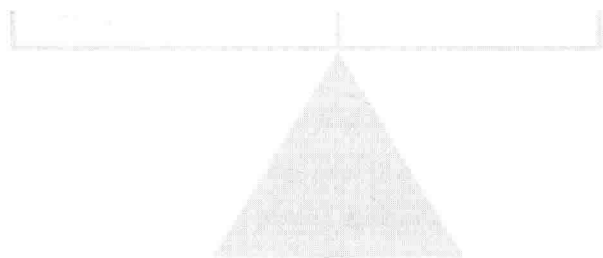
经过数百年的发展演变，传闻证据规则已发展成为一个庞大的体系。



吕中伟 著

民事传闻证据 规则研究

RESEARCH ON THE HEARSAY RULE
IN CIVIL PROCEDURES



Ⓛ 辽宁人民出版社

© 吕中伟 2017

图书在版编目 (CIP) 数据

民事传闻证据规则研究 / 吕中伟著. —沈阳: 辽宁人民出版社, 2017.6

ISBN 978-7-205-09039-5

I. ①民… II. ①吕… III. ①民事诉讼—证据—研究—中国 IV. ①D925.113.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 130761 号

出版发行: 辽宁人民出版社

地址: 沈阳市和平区十一纬路 25 号 邮编: 110003

<http://www.lnpph.com.cn>

印 刷: 鞍山新民进电脑印刷有限公司

幅面尺寸: 170mm×240mm

印 张: 13.75

字 数: 200 千字

出版时间: 2017 年 6 月第 1 版

印刷时间: 2017 年 6 月第 1 次印刷

责任编辑: 祁雪芬

装帧设计: 丁末末

责任校对: 徐 跃

书 号: ISBN 978-7-205-09039-5

定 价: 40.00 元

序 言

证据制度在民事诉讼制度中的重要意义已无须多言。大陆法系与英美法系由于历史传统、文化背景、法治理念、制度规则的不同，对于证据能力与证明力的规定亦存在明显的差异。大陆法系国家坚持认为知识丰富的法官可以处理好事实认定和法律适用的双重任务，因此其一元制审判法庭并没有严格的证据能力规则，而是将证据能力与证明力交由法官一并处理；而在英美法系国家，证据能力的评价由法官在审前程序严格按照法律规定为之，而对于证明力的评价则在庭审阶段由陪审团成员按照司法民主的原则作出。从上述差异不难看出，对证明的控制是证据评价的永恒主题，差异仅仅在于英美法系证据能力控制多一点，则证明力的控制少一点；大陆法系证据能力控制少一点，则证明力的控制多一点。为了规范证据能力的判断，英美法系制定了一系列的证据规则，传闻证据规则便是其中最重要的一项规则。

目前国内研究传闻证据规则的所有文献不足120篇，而作为重要学术评价标准的CSSCI来源期刊载论文更是不足20篇，代表着系统性主题论证的专著仅有两篇。在这些为数不多的文献中，绝大多数为传闻证据规则在刑事诉讼领域的研究，研究民事诉讼传闻证据规则的较高水平论文（以CSSCI来源期刊所载论文为标准）仅有两篇，研究民事诉讼传闻证据规则的专著更是一本没有。显而易见，不仅中国民事诉讼传闻证据规则的研究亟待深入，即该主题的研究具有极大的拓展空间，而且，需要结合我国的司法实践，从理论上对民事诉讼传闻证据规则进行系统性、完备性的论证与研究。

肇起于上个世纪80年代末的民事审判方式改革,将普通法系对抗制审判方式中的某些合理内容引入到我国民事诉讼中,使我国现有的民事诉讼模式具备了对抗制诉讼的一些特点。然而,就现行的民事诉讼改革而言,很难说已经达到了预期设定的目标,其中一个重要原因便是没有对固有的民事证据制度进行改革。当前的民事司法实践中也存在着一些比较突出的问题,比如证人不愿意出庭作证、诉讼效率不高,以及证据制度不规范等。就我国的证据制度而言,在司法实践中广泛存在着“传闻非证据”及采用“书面证言”的现象。虽然新民事诉讼法及其司法解释对证人出庭作证的经济补偿和相关标准作出了具体的规定,但是问题仍然很多:诸如,当事人可能因为家庭贫困无法垫付证人出庭的相关费用而丧失了诉讼中的关键证据;缺乏当事人在胜诉后向败诉方讨还垫付费用的方法;人民法院在垫付相关费用的情形下没有可遵循的实施细则;当事人在预先垫付过程中可能出现买通证人的情形等。民事诉讼中虽然确立了证人经济补偿制度,但是因为缺乏配套措施和详细规定,导致该制度没有实施的可能性,也就形同虚设。无法保障证人出庭作证的经济补偿,也就无法保障证人出庭作证的积极性,导致证人出庭率低。在此背景下,研究民事传闻证据规则在我国的构建与适用就更具有了必要性。换言之,系统性地研究民事诉讼传闻证据规则对于填充理论空白以及指导司法实践都具有十分重要的意义。

吕中伟博士是西南政法大学民事诉讼法专业博士,其在攻读博士学位期间克服时间和空间上的困难,专心致志地钻研和学习民事诉讼法学的知识。其对博士论文——《民事传闻证据规则研究》的选题、资料搜集、文献翻译、逻辑论证、文字撰写等,投入了大量的时间和精力,并充分发挥其接受过英语专业训练的优势,极大拓展了民事诉讼传闻证据规则的域外视野,在论文撰写过程中更是对全篇以及各个章节进行了反复的论证、推敲、修改。论文外审和答辩过程中,外审专家和答辩委员又对论文进行了诸多鞭辟入里、充满智慧的指导和点拨,这些指导和点拨也体现在这份书稿里。

作为吕中伟博士的导师，我非常了解他在博士论文撰写中的艰辛与不易，也为他能够坚持完善论文的不足，直至今日形成更加完善的书稿而感到欣慰。所以，当他请我为这本专著做序，我欣然答应，他的坚持值得鼓励。当然，书中尚有诸多不足之处，如对传闻证据理论的分析尚有进一步细化的空间，对我国司法实践现状的描述尚有更为精准的可能，希冀方家大贤多批评指正，也希望他能够百尺竿头更进一步，在民事诉讼法学研究上出更多、更好的成果。

廖中洪

2017年春于重庆天高鸿苑

目 录

序 言	廖中洪 001
-----------	---------

第一章 民事传闻证据的基本问题	001
-----------------------	-----

第一节 民事传闻证据的法律语义解析	001
-------------------------	-----

一、民事传闻证据的概念	002
-------------------	-----

二、民事传闻证据的表现形式	004
---------------------	-----

三、民事传闻证据的构成要素	005
---------------------	-----

四、传来证据与传闻证据之辨析	006
----------------------	-----

第二节 民事传闻证据规则的概念与性质	007
--------------------------	-----

一、民事传闻证据规则的概念	007
---------------------	-----

二、民事传闻证据规则的性质	009
---------------------	-----

第三节 民事传闻证据规则的价值	011
-----------------------	-----

一、民事传闻证据规则的内在价值	011
-----------------------	-----

二、民事传闻证据规则的外在价值	012
-----------------------	-----

第四节 民事传闻证据规则与相邻概念之辨析	016
----------------------------	-----

一、直言言词原则与民事传闻证据规则之辨析	016
----------------------------	-----

二、最佳证据规则与民事传闻证据规则之辨析	020
----------------------------	-----

第五节 民事传闻证据规则运行的程序背景	024
---------------------------	-----

一、陪审团审判对民事传闻证据规则的影响	024
---------------------------	-----

二、对抗制诉讼模式对民事传闻证据规则的影响	026
-----------------------------	-----

三、集中制审理对民事传闻证据规则的影响	027
---------------------------	-----

第二章 民事传闻证据规则的历史沿革030

第一节 民事传闻证据规则的萌芽030

 一、英国陪审团制度的起源031

 二、英国陪审团的身份变化与传闻证据规则的萌芽035

第二节 民事传闻证据规则的确立与发展037

 一、民事传闻证据规则的确立037

 二、民事传闻证据规则的发展039

 三、民事传闻证据规则的最新改革040

第三节 大陆法系相关规定的历史沿革044

 一、大陆法系未确立传闻证据规则的原因044

 二、大陆法系相关规定的历史沿革048

第三章 民事传闻证据规则的理论嬗变058

第一节 民事传闻证据规则的传统理论058

 一、设立民事传闻证据规则的传统理论058

 二、设立民事传闻证据规则的例外情形066

第二节 民事传闻证据规则的发展完善069

 一、对民事传闻证据规则传统理论的探讨069

 二、普通法系对民事传闻证据规则的改革与发展075

 三、民事传闻证据规则的发展趋势078

第四章 国外民事传闻证据规则的适用080

第一节 普通法系国家和地区的民事传闻证据规则080

 一、英国民事诉讼中的传闻证据规则080

 二、美国民事诉讼中的传闻证据规则087

 三、澳大利亚民事诉讼中的传闻证据规则108

 四、香港特别行政区民事诉讼中的传闻证据规则114

第二节 大陆法系国家的相关规定	120
一、德国的相关规定	120
二、法国的相关规定	125
第五章 传闻证据规则与我国的民事诉讼	131
第一节 我国民事诉讼中传闻证据的使用现状	131
一、对三起民事案件的情况介绍	131
二、从法院判决分析我国法院对待民事传闻证据的态度	135
三、民事传闻证据在中国使用现状的实证研究	137
第二节 我国民事诉讼的相关立法体现了传闻证据规则的精神	139
一、关于证人出庭作证的相关立法	139
二、关于证人出庭作证例外的相关立法	140
三、我国相关制度的价值取向	141
第三节 我国民事诉讼与传闻证据规则的冲突	142
一、我国民事诉讼缺乏证据能力或可采性类似概念	142
二、我国民事诉讼缺少对传闻证据的必要限制	143
第四节 我国没有确立传闻证据规则的原因	144
一、理论方面的原因	145
二、立法方面的原因	145
三、司法方面的原因	150
四、观念方面的原因	152
第五节 我国缺失传闻证据规则的弊端	153
一、直接弊端	153
二、间接弊端	155
第六章 我国确立民事传闻证据规则的构想及其困境	157
第一节 我国确立民事传闻证据规则的必要性和可行性	157
一、我国确立民事传闻证据规则的必要性	158

二、我国确立民事传闻证据规则的可行性	160
第二节 我国确立民事传闻证据规则存在的问题	163
一、现有法律条文存在的问题	163
二、现行诉讼程序存在的问题	165
三、理论认识上存在的问题	167
四、法官与诉讼参与人存在的问题	168
第三节 我国民事诉讼法中传闻证据规则的构建	169
一、我国学者关于传闻证据规则的立法构想	169
二、笔者的主张	176
 结 语	187
参考文献	190
后 记	207

第一章 民事传闻证据的基本问题

第一节 民事传闻证据的法律语义解析

传闻证据规则是源于西方的一项重要证据规则，虽然我国目前尚无有关传闻证据的立法规定，但是，如何借鉴这一证据规则其中的合理成分，并同时完善我国的证据制度，我国学者对此不仅认识差异很大，而且观点不一，确有深入研究的必要。鉴于目前理论研究中的这一状况，以及较为系统地研究民事传闻证据规则尚不多见的情况，笔者拟从这一规则的起源、制度环境、历史发展，并在结合我国具体司法实践的基础上，对这一证据规则的合理内容及其在我国的借鉴作较为深入的研讨。

传闻规则产生于17世纪末的英国，它是由普通法判例发展起来的证据排除规则。经过几个世纪的变迁，传闻证据规则成为“最古老、最复杂、最令人困惑的证据排除规则之一”。^①它不仅使普通民众感到难以理解，就连法律界人士也时常无所适从。1965年 *Meyers v. DPP* 一案中，上议院作出一个里程碑式的判决，将制定传闻证据规则例外的任务交由立法机关承担。该案被公认为是传闻证据规则发展过程中的重要转折

^① Rupert Cross, *Cross on Evidence*, 6th Edition, London: Butterworths & Co. Ltd. 1985, p.453.

点，具有重大的影响。^①它标志着通过普通法创制传闻规则例外的做法已经成为历史，传闻规则的法典化改革进入立法机关的议事日程。20世纪60年代后，英国掀起了证据立法的狂潮，并逐渐确立了将民、刑独立，并分别立法的趋势。^②

英美法系的其他国家继承了英国的普通法在民事诉讼和刑事诉讼中适用同一证据规则的特点。除了英国为了区分民事诉讼和刑事诉讼制定了不同的证据法典外，其他主要英美法系国家的证据法典平等适用于民事诉讼和刑事诉讼。比如美国1975年颁布的《联邦证据规则》，既适用于刑事诉讼又适用于民事诉讼；加拿大的传闻证据规则主要体现在普通法判例中，无刑事诉讼与民事诉讼区别；澳大利亚《1995年证据法》既适用于民事诉讼又适用于刑事诉讼，但是却区分了第一手传闻与第二手传闻。

从发展历史和产生背景来看，英美法系国家曾经在民事诉讼与刑事诉讼中适用相同或者相近的传闻证据规则，民事传闻证据规则与刑事传闻证据规则在很多方面是具有共性的，因此本文对传闻证据规则的概念、分类、表现形式、起源、发展等问题的论述，既适用于民事诉讼也适用于刑事诉讼。

一、民事传闻证据的概念

虽然传闻证据规则已经在英美法系国家存在了数百年，然而其核心概念——“传闻证据”，却始终没有形成统一的界定^③。学者们对于传闻证据所作的定义众说纷纭，在普通法时代的很长一段时间，英美学者各持己见，直到美国颁布了《联邦证据规则》，各国学者对传闻证据已经作

^① Peter Murphy, *Murphy on Evidence*, 7th Edition, Oxford: Blackstone Press Limited, 2000, p.210.

^② 齐树杰：《程序正义与司法改革》，厦门大学出版社，2010年版，第231页。

^③ 齐树洁主编：《英国证据法》，厦门大学出版社，2003年版，第450页。

出了上百种定义,但始终未能出现一个为众人所普遍认可和接受的真正定义。^①

(一) 学理解释

普通法判例中关于传闻证据定义各执一词又始终无法统一意见,国内外的众多学者们试图从不同的角度来对传闻证据进行分析解释。

英国剑桥大学克罗斯(Cross)教授认为,传闻是指一个人在诉讼外做出的、不符合口头证据规则的一项事实陈述,该陈述被提交给法庭的目的是为了证明该陈述主张的内容是真实的^②。

我国学者毕玉谦教授认为,传闻是指陈述人在庭审活动或者诉讼之外所做出的用以证明案件事实的一种陈述,包括口头或者书面形式。除本法另有规定外,传闻证据不具有可采性^③。

我国台湾地区的一位学者指出^④,传闻就是将他人之在法庭之外作出的有关案件事实的陈述由另一个人在法庭上为了证明案件事实而提出,以作为其所主张的事实发生或未发生的证明。传闻证据规则就是对传闻作出限制,包括将传闻排除在法庭之外不能作为证据使用的规定和传闻证据规则的例外规定。但是如果法庭之外作出的陈述,其内容并未提出关于案件事实的主张,也不是用来对案件所主张的事实加以证明的,那么这项陈述就不属于传闻了,也就不需要受到传闻证据规则的约束。

(二) 成文法上的定义

英国《1995年民事证据法》第1.2条(CEA 1995 s.1(2))规定:传闻是指不是在庭审中口头作出的陈述,并且该陈述被提交给法庭的目的在于证明该陈述的内容;本法中的传闻包含任何程度的传闻。该法第13条进一步解释(CEA 1995 s.13):“口头证据”(oral evidence)包括需

① 王茂松:“传闻法则之研究”,《中兴法学》,1990年第30期,第11—12页。

② 齐树杰主编:《英国证据法》,厦门大学出版社,2002年版,第451页。

③ 毕玉谦、郑旭、刘善春:《中国证据法草案建议稿及论证》,法律出版社,2003年7月版,第194—195页。

④ 王茂松:“传闻法则之研究”,《中兴法学》,1990年第30期,第11—12页。

要出庭但是具有听力障碍或表达障碍的人所做的书面证言或手势。“陈述”(statement)可以以任何形式作出,其内容既包括对亲身感知的案件事实的描述,也包括对案件事实的观点。

在界定传闻证据之前,《联邦证据规则》先定义了传闻证据中的两个关键要素:陈述和陈述人。第801(a)条中,“陈述”(statement)是指用来表达一个人的主张,该主张可以表现为口头形式,也可以表现为书面形式,甚至可以表现为一种行为。“陈述人”(declarant)是指作出以上陈述的人。然后《联邦证据规则》在801(c)给出了传闻证据的定义,“传闻证据”是一项陈述,但是该项陈述必须满足两个条件:(1)陈述人不是在当前庭审或者聆讯的时候当庭作出的;(2)一方当事人提出该项陈述的目的在于证实该项陈述中的内容是真实的。

二、民事传闻证据的表现形式

经过几个世纪的发展和演变,到目前为止传闻证据的表现形式包括口头陈述、书面陈述、非言辞性行为以及电子数据。

1. 口头陈述

口头陈述是司法实践中最为常见的一种表现形式。它不仅包括目击证人的庭外陈述,还包括陈述人对目击证人言辞的转述,最后还包括一项,就是任何其他人的转述。就陈述的内容来看,前两项的陈述比第三种陈述的可靠性更高。

2. 书面陈述

在普通法系国家,只要该书面陈述是在法庭之外制作的,并且不属于成文法或者制定法上的例外情形,都可能成为传闻证据中的书面陈述。这些书面陈述包括:证人证言、会计凭证、各种会计记录、各种合同、通知书、报告、医院的病历本等。

3. 非言辞性行为

只要非言辞性行为是带有某种意思表示的陈述,无论它是有意性的

行为,还是无意性的行为,都可以被当作传闻证据。传闻证据以非言辞性行为的形式出现时,又包括了是否同时作出了明确的表示两种情况。当传闻证据以非言辞性行为的形式作出,并有明确的意思表示时,就意味着证人作出了明确的意思表示,这时证人的表示行为就等同于一种主张行为。当传闻证据以非言辞性行为的形式作出,但没有明确的意思表示时,就意味着证人没有作出明确的意思表示,法官需要通过推理该意思表示转化成主张。^①

4. 电子数据

如果将传闻证据排除规则应用于计算机生成的证据,那么会得出电子数据证据就是传闻证据的结论,因为计算机无法参加庭审或者听审,不能接受双方当事人的交叉讯问,而陪审团也无法观察计算机的举止。为了解决电子数据证据适用传闻证据规则的问题,很多国家通过制定成文法来规定电子数据证据的证明力。例如《菲律宾电子证据规则》^②第八章和2012年《新加坡证据法》^③第32(1)条都对电子数据证据适用传闻证据规则作出了相关的规定。

三、民事传闻证据的构成要素

在立法界和理论界中,传闻证据的界定一直没有一个统一的意见,但从众多学者提出的定义中不难发现,关于传闻证据的基本构成是没有

① [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86页。

② RULES ON ELECTRONIC EVIDENCE available at <http://nationallibraryphilippines.wikispaces.com/file/view/Court+Rules+on+Electronic+Evidence.pdf> (last visited March 6, 2015).

③ <http://statutes.agc.gov.sg/aol/search/display/view.w3p?page=0;query=CompId%3A4592b5b4-21ca-446e-9326-981f8163f9eb;rec=0;resUrl=http%3A%2F%2Fstatutes.agc.gov.sg%2Faol%2Fbrowse%2FtitleResults.w3p%3Bletter%3DE%3BpNum%3D2%3Btype%3DactsAll;whole=yes> (last visited March 6, 2015).

太大分歧的。以下三个方面是判断某项证据是否属于传闻证据的重要因素。

首先,从主体来看,传闻证据至少包括两个陈述主体,分别为原陈述者和转述者。下面以一个案件为例:孙某在外出时恰巧遇到一起交通事故,并亲眼目睹了这次事故的全部经过。在这之后,孙某与他的妻子邓某谈论到此事,就将他在案件发生现场所看到情况全部告诉了邓某。后由于身体原因,孙某无法出庭亲自作证,因此,在法庭审理时,就传唤了孙某的妻子邓某出庭作证。邓某对自己从孙某处听到的关于该起交通事故的全部事实作出陈述。在本案中,孙某就是案件事实的原陈述者,邓某就是案件事实的转述者,来对该陈述加以转达。

其次,传闻证据的产生需要经过两个环节。在第一个环节中,原陈述者将案件事实向转述者陈述,在第二个环节中,转述者在法庭上当庭作出陈述。

在上一案件中,第一个环节是孙某在回家之后和妻子邓某讲述所目睹的交通事故的事实状况,另一个环节则是邓某出庭对孙某向其讲述的所看到的关于此次交通事故的事实在庭上作出转述。可见,传闻证据中包含着庭外的陈述和当庭的陈述两个陈述环节。

最后,传闻证据必须是由一方当事人向法庭提供,提交的目的在于证明其所主张的案件事实具有真实性。如果当事人不是以这种目的来提供某项陈述,那么这一陈述就不是传闻证据。

例如,在上一案件中,妻子邓某出庭转述孙某的目击内容不是为了证明交通事故的内容,而是证明邓某当时的神志是清醒的,那么该份转述就不是传闻证据。传闻证据的性质决定了这一构成要素的存在,该要素也成为判断某项陈述是否为传闻证据的关键要素。

四、传来证据与传闻证据之辨析

根据证据的来源,我国证据法学者将其分为传来证据和原始证据。

原始证据直接来自于案件本身，是认定案件事实的第一手材料；而传来证据是指通过间接手段获得的第一手材料以外的证据。我国的传来证据与英美法系的传闻证据存在很多差异。传闻证据是指出庭证人对他人庭外陈述的转述，或者是在庭外制作的书面陈述。作为对抗制诉讼的产物，传闻证据一般不具有证据能力，对案件事实曾有直接感知的人应当出庭提供言词证言，转述他人在庭外的陈述，或者是用书面的陈述替代出庭陈述的传闻证据，除非符合例外的情形下，应该排除。^①

有学者对传闻证据与传来证据作出分析，指出要将二者区分开来需要分别理解它们的概念。二者的区别在于：传闻证据在范围上不涵盖实物证据，只包括人的陈述，将证人当庭陈述之外的所有陈述都视为传闻，因真实性很难判断而被排除的理由是传闻不经过法庭宣誓，也没有交叉询问环节。这就与我国证据法上的传来证据有着很大的差别。除此之外，普通法系中只是在极少数的例外情形下才采信传闻证据，一般是将传闻证据排除在法庭之外，这也与传来证据迥然不同。^②

第二节 民事传闻证据规则的概念与性质

一、民事传闻证据规则的概念

英美法系的和大陆法系的学者从不同角度界定了传闻证据规则，同时一些国家在成文法中也作出了明确的定义。

英国剑桥大学克罗斯（Cross）教授将其定义为：除非属于例外情形，法庭应当排除出庭证人以外的人所作的陈述，如果这个陈述的目的

① 刘金友主编：《证据法学》，中国政法大学出版社，2001年7月版，第200—202页。

② 何家弘：《新编证据法学》，法律出版社，2000年3月版，第120页。