

文章编号: 2095-0365(2011)02-0078-04

# 传闻排除规则的发展趋势

杨艳, 张超

(西南政法大学 法学院, 重庆 400031)

**摘要:** 传闻排除规则是英美法系证据法中最古老、最复杂、最重要的规则之一。但是随着时代的发展以及科学技术的进步, 支持传闻排除规则的传统观点已经愈来愈多地受到了多方质疑, 并且对传闻证据的发展趋势有了新的认识。主要从对传闻排除规则的传统支持理论进行反驳的角度来重新认识它, 进而得出传闻排除规则的发展将是一个越来越宽松的状态, 并可能终将走向灭亡的结论。

**关键词:** 传闻排除规则; 发展趋势; 走向灭亡

**中图分类号:** D925.2      **文献标识码:** A

关于“传闻证据排除规则”这个表述, 笔者一直觉得不是很合适。经分析发现问题出在“证据”如何定义上。我国《刑事诉讼法》第四十二条规定: 证明案件真实情况的一切事实都是证据。这个规定还是比较宽泛的, 凡是能够证明案件事实的都是证据, 并没有任何例外规定。这可以说是广义的证据的概念。但是根据证据裁判主义的要求来说, 只有可以作为并且必须作为定罪量刑根据的还是证据, 这个是严格的狭义的证据概念。所以学界关于证据的属性, 从不同的角度、阶段而得出了不同的“客观事实说”, “根据说”, “统一说”等理论也是可以解释的了。“传闻证据排除规则”表述中的“传闻证据”应当是广义上的“证据”。但更愿意将其表述为“传闻排除规则”, 以更严密。

## 一、基础性分析

英美法系国家排除传闻是因其不具有可采性。严格的说, 证据可采性有广义与狭义的区别。广义的可采性包含了相关性, 狭义的不包含相关性。本文采广义的说法。根据乔恩·R·华尔兹教授的观点, 可采性包括实质性、证明性和有效性三个方面, 其中前两者等于相关性(或称关联性)。威格默尔认为, 相关性是一个逻辑上的问题, 而不

是一个严格的法律问题, 并且可以被定义为“证据事实”与“待证事实”之间的一种关系。联邦证据规则中规定相关证据是指该证据具有某种倾向, 使得对决定诉讼结果有重要影响的任何事实较之没有该项证据时更有可能或更不可能。有相关性是证据资料有可采性的前提, 即有可采性的证据必定是有相关性的, 而有了相关性却并不一定具有可采性。一般说来, 有相关性的证据都具有可采性, 但是有政策规定及其他例外规定的除外。比如, 美国联邦证据规则第402条规定, 所有有相关性的证据均具有可采性, 但美国联邦宪法、国会立法、本证据规则或联邦最高法院根据法定权限所确立的其他证据规则另外规定的除外。也就是说相关性是一个事实问题, 可采性是一个法律问题。普遍的观点认为, 上述所说的“其他证据规则”其实就是指非法证据排除规则、传闻排除规则等英美证据法中的所有除外规则。<sup>[1]337</sup> 而且美国联邦证据规则第403条也给这些除外规则提供了表面上合理且看似充分的理由: 尽管证据具有相关性, 但可能导致不公正的偏见、混淆争点或误导陪审团的危险远远超过该证据自身可能具有的证明价值, 或者考虑到采纳该项证据将造成不适当的诉讼拖延、浪费时间或本不必要的重复举证, 该项证

收稿日期: 2011-03-27

作者简介: 杨艳(1986-), 女, 硕士研究生, 研究方向: 刑事诉讼法。

据也可被排除。

将非法证据排除规则和其他的除外规则归为一类并不合理。因为非法证据排除规则确立的理论依据是规制警察的权力以保障基本人权, 这个价值和审判所追求的发现真实的价值是同类属性的利益问题, 两利相较取其重。所以非法证据排除规则被确立是毫无质疑的。然而, 传闻排除规则在内的其他除外规则正如上述 403 条规定的那样, 它们只是出于对信息安全性的考虑。它们所欲保护的利益和前者保护的根本不是一个层次的, 所以笔者认为无论是分析还是研究都不应当将非法证据排除规则与其他除外规则相提并论。

本文的目的是对传闻排除规则的分析, 所以仅将视线限定在该规则。

## 二、传闻排除规则确立的理由分析及对其的反驳

确立的传闻排除规则的主要理由有两类: 第一类出于审判程序的考虑, 即传闻未经宣誓, 传闻无法接受交叉询问以及陪审团易受传闻误导。第二类是关于传闻自身缺陷的, 比如传闻不是最佳证据, 重复传闻的过程容易出现错误, 传闻易被捏造等等。那么根据一般反驳论证的思路, 只要能将确立该规则的这些理由一一驳倒, 那该结论存在的根基也就不存在了。

### (一) 关于传闻未经宣誓

传闻证据未经宣誓, 在普通法历史发展早期成为传闻排除规则的一个非常重要的理由。但是在现代社会中, 这条理由遭到了反对。首先, 宣誓既不能保证证人在庭前对系争事实的原始观察不发生错误, 也不能保障避免证人证词的含糊不清。其结果同样无法防止证人作出错误陈述。其次, 传闻证据适用庭外陈述, 包括先前诉讼或其他诉讼中证人经过宣誓而作的陈述同样不予采纳。最后, 到了今天, 大多数人已经不再像古人那样相信违背宣誓做假证会受到神的惩罚。<sup>[2]461</sup> 英国学者海顿也认为, 缺乏宣誓并不重要, 现在不像过去那样认为宣誓是说真话的保证, 再说, 不是在本诉讼程序中作出的宣誓陈述亦属于传闻。<sup>[3]101</sup>

### (二) 关于传闻缺乏交叉询问

摩根教授认为, 尽管理论上认为交叉询问最明显的作用是揭示证人是否撒谎, 但事实上这在

实践中很少得到体现。<sup>[4]178-219</sup> 勒夫勒认为, 证据法过分追求其逻辑的一贯性, 而忽略了证据本身是发现真实的手段。在反对询问几乎是唯一的检测证明力手段的时代, 排除传闻作为一种发现真相的手段具有其合理性; 但是现在除了反询问外, 其他测试证明力的手段相当发达, 不用询问证入也可以科学地解决证言笔录是否伪造。因为, 用机器记录陈述已相当普遍, 用心理学和其他方法考查证言信用性也远比以前进步。在这种情况下, 仍然以是否经过反方询问来坚持逻辑上的一贯性就显得很不合理了, 至少可以说, 绝对排除传闻是危险的。那么, 让法官拥有一定的裁量权排除传闻证据中的证明力不可靠就可以了。<sup>[5]</sup>

### (三) 关于陪审团认知缺陷的反驳

第 403 条中的规定排除之一的理由是“可能……误导陪审团的危险远远超过该证据自身可能具有的证明价值”。达马斯卡也认为, 英美证据规则真正的独特之处并不是那些除外规则, 而是因为他们确立的原因是因为证据的证明力可能会被高估或者其损害性会超过其证明价值, 即可能导致事实认定者不公平地偏向于某一特定结果。但是, 关于这个理论是否成立, 达马斯卡做了进一步分析并对其表示了质疑。根据上述理由, 证据规则要求普通法法官对哪些材料可以送交到陪审团面前应当先于陪审团接触证据材料并对此作出一个判断。但是倘若非专业和专业事实认定者面对某种信息时都同样易于犯错误, 那么作为排除该信息之根据的认知缺陷就会比那些仅困扰非专业人士的缺陷更为广泛了。所以, 在英美二元审判结构中, 欲论证传闻规则理由的正当性的话, 就必须以充分的证据论证支持这样一个信念: 取代一群非专业裁判者的独任法官可以更好地评断那些被排除的信息, 在处理用于弥补庭审时缺乏原始陈述者的衍生证据的主要问题时, 专业法官会比陪审团准备得更好。“但是在这个问题上表示乐观的理由还远不清楚。”<sup>[6]40-41</sup> 而且, 即使专业法官有一定的优势也只是建立在容易传播的局内人的知识之上, 而并非源于他们在认定事实上更聪明。<sup>[6]43</sup>

英美法系一些学者的经验研究进一步充分表明, 陪审团无法正确评价传闻证据的缺陷显然被扩大了, 实际上陪审团能够区分不正确的传闻证言和传闻证言之间的区别。美国学者缪勒认为,

现代陪审团像法官一样受到良好的教育,也能够对传闻证据作出适当的评价,我们不信任陪审团对传闻证据的评价能力是不公平的。社会学家的观察和一些经验事实也已经证明了这一点。英国学者海顿指出,传闻证据的缺点如此明显,受过教育的现代陪审团不会不清楚,再说法官能用明确的指示处理难解决的案件。因此,源自传闻证据的来源的不完善推论,“其产生的大多数危险都可以通过适当的法官指示予以排除,而无需对证据信息予以彻底且代价高昂的驳回”。<sup>[6]41</sup>

#### (四) 对于传闻自身缺陷的反驳

尽管传闻证据具有内在的弱点,但并不是所有人都会说谎,因此以传闻证据的证明力小为由一律排除传闻证据是没有道理的。<sup>[5]</sup>而且,如果仅仅因为传闻证据不是最佳证据就简单地将其排除未免太草率了。1997年英国法律委员会在第245号研究报告中指出,传闻证据不是最佳证据,在许多案件特别是刑事案件中,这是一条很有说服力的理由,但在一些案件中传闻可能是能够获得的最佳证据,而在另外一些案件中传闻可能比直接证据更可靠。<sup>[7]124</sup>

一般认为,传闻在传递过程中增加了失真的可能性。根据信息传递的基本规律,传递的环节越多出现错误的可能性也就越大。但是,对此持不同观点的学者认为,实际上这一风险与捏造证据的风险一样,仅当涉及口头传闻是发生错误的可能性比较大。而涉及书面传闻证据时发生差错的可能性就较低。<sup>[2]465</sup>英国学者海顿也认为,这一论证对口头传闻是正确的,但对书面传闻并不正确。<sup>[3]102</sup>

### 三、英美国家对传闻规则的新发展

综上所述,随着时代的发展以及科学技术的进步以及审判结构的改变,关于传闻排除规则的存在合理性遭到了愈来愈多地质疑。在英格兰,随着民事陪审团的废除,传闻规则也已经完全取消了。毫无疑问,民事诉讼审判方式的转变,使得证据采用的条件越来越宽松了。<sup>[7]124</sup>在对传闻排除规则的改革方面,作为“发展迟缓的职权主义”的英国走的比较远,而相对来说,美国这个将对抗式发展到极端的国家的脚步要缓和很多。其主要的改革体现在《美国联邦证据法》中使用了若干办法来采纳构成传闻的陈述。除了规定了众多例外

规则之外,主要还有以下方法:

(1) 联邦证据法在两个方面摆脱了普通法:把某些属于[803(a)-(c)]所制定的传闻定义之内的先前的、过去的陈述,作为“非陈述”;把当事人的自认作为“非传闻”。

(2) 还认为那些具有高度证明力、不可或缺的、可信任的但不符合普通法上传统的反传闻规定例外之一的传闻陈述都可以被采纳。这体现在803条中的(24)与804条中的(b)(25)(两者都转为第807条)。

### 四、一些新的支持观点及对其的反驳

面对众多对该规则的质疑,有英美法学者欲从另一角度重新寻找支持该规则的理论,其中比较典型的有美国学者内森教授和英国安德鲁博士。前者认为以可靠性来解释传闻规则的理论基础并不充分,因为其理论假设即传闻证据具有内在的不可靠性并不十分准确。他提出该规则得以确立实际上是为了提升公众对陪审团裁判的接受性。该理论主要是从以下两个方面来论证的:一、公众对裁判的接受具有行为上的示范意义;二、放弃证人出庭作证将会破坏公众对裁判的可接受性。后者提出传闻规则得以确立是在内在政策和外在政策考虑之上:内在政策就是传闻本身的不可靠性(这一点与传统观点基本一致,所以后面不再分析);所谓外在政策是指如果允许使用通过不恰当方式获得的证据,那么公众对刑事司法传统的信赖就会遭到破坏。<sup>[1]161-163</sup>

结合前者裁判社会可接受性理论与后者外在政策理论来看,虽然两者并没有明说是出于程序公正的考虑,但是从其中可以看出他们都是在向程序正义理论靠拢,希望以程序正义价值理论来重新为传闻规则的基础填补漏洞。可是,这样的努力似乎毫无意义。欲反驳这样的一个论点,只需要指出一点即可,那就是越来越多的传闻证据的例外规定。那些例外的传闻并没有经过证人宣誓或接受交叉询问也可以采纳,其基本原因是这些传闻具有充分的可靠性,即使程序上有一点点的瑕疵,并且还不能充分体现程序的正当性,也可以提交到法庭呈于事实审判者面前。再者,诉讼形式方面的正当程序是为实现司法实体公正服务的,它仅仅是一种司法公正的检测手段而不是独立的价值目标。从审判形式从神判到陪审团审判的转变过程来看,是越来越理性的一个发展过程。

决定这个过程发展进程的是, 结果正义的不确定性程度。在神判证据制度审判时期, 因为没有更合理更理性的方式来保障结果的公正, 所以只有将重点转移到神判过程之中, 在当时的语境之下, 那也是一种理性的选择。程序正义的必要性与结果正义的不确定性成正比。随着各种技术手段的不断发展, 以前无法辨别真假的证据可以用科学方法予以证明或证伪, 结果正义能够得到保障的时候, 过程的正义就不再具有独立的价值了, 而只有工具价值了。

## 五、传闻规则发展趋势的预测

伴随着过去 50 年惊人的科学技术进步, 新的事实确认方式已经开始在社会各个领域(包括司法领域)挑战传统的事实认定方式。<sup>[6]200</sup> 英美证据法的未来会是什么呢? 逐渐地, 证据规则将不再根据由律师主导之陪审团审判的视角来设计了。边沁始终认为, 实现司法判决应该以对证据盖然性的估算为基础, 而这种估算又必须以人的认识、经验为基础。因此, 实现司法目标的最好制度是

“自认的证明体系”, 而不是“人造的技术体系”。证据法的替代性发展中心必定会出现, 它将使作为事实认定模式之渊源的陪审团审判黯然失色。有论者认为有关传闻的证据规则已经由“传闻排除法则”转变为“传闻容许法则”, 有论者说传闻法则已经死亡, 也另有论者举出证据说传闻法则没有死亡。然而, 在法庭审判中以发现真实为目标, 对传闻采取日益宽容的态度却应当是不争的事实了。达马斯卡在《漂移的证据法》一书中预测了随着支持英美证据法的三大支柱制度环境的恶化, 普通法事实认定方式将“黯然退场”。那作为其最古老、最复杂的规则之一的传闻排除规则也逃不过灭亡的命运。断言它已经走向衰败固然为时过早, 但是传闻法则的适用在逐渐减少, 却也是一个事实。<sup>[8]</sup> 笔者也认同这个观点, 至于下一个上场的是什么, 在此篡改达马斯卡那句经典的结束语来作为答案: 徘徊在两个世界之间, 一个正在走向灭亡, 另一个却无力诞生。

## 参考文献:

- [1] 朱立恒. 传闻排除规则研究[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2006.
- [2] 齐树洁. 英国证据法[M]. 福建: 厦门大学出版社, 2002.
- [3] 沈达明. 英美证据法[M]. 北京: 中信出版社, 1996.
- [4] Edmund M. Morgan. Hearsay Dangers and Application of the Hearsay Concept [J]. Hearsay Law Review, 1948, 62(2).
- [5] [日] 平野龙一. 传闻证据法则的发展趋势[J]. 外国法学研究, 1996(3).
- [6] 米尔建·R·达马斯卡. 漂移的证据法[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2003.
- [7] 何家弘. 外国证据法[M]. 北京: 法律出版社, 2003.
- [8] 易延友. 传闻法则: 历史、规则、原理与发展趋势——兼论我国“传闻发展移植论”[J]. 清华法学, 2008(2).

## Development Trend of Rule Against Hearsay

YANG Yan, ZHANG Chao

(Faculty of Law, Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 400031, China)

**Abstract:** Rule Against Hearsay is one of the oldest and most complicated and important rules in Evidence Law in English American Legal System. But as the times progress and with the progress of science and technology, the traditional view supporting the Rule Against Hearsay has been increasingly challenged, and new understandings have been formed of the development trends of hearsay evidence. This article makes some re-speculations on the Rule Against Hearsay mainly by refuting the traditional theory supporting it, and concludes that the development of Rule Against Hearsay will be a more loose state, and could eventually die out.

**Key words:** Rule Against Hearsay; development tendency; die out