传闻证据规则与中国刑事诉讼

——兼论证人作证制度之完善——

刘　玫[1)]

引言　所谓传闻证据规则，即传闻证据排除规则，传统上是普通法系国家普遍实行的一项证据规则，指除非具有法定的例外情形，传闻证据不具有可采性，不得提交法庭进行调查质证，已经在法庭出示的，不得提交陪审团作为评议的根据。

中国三大诉讼法中都没有明确确立传闻证据规则。1996年修订的刑事诉讼法，虽然参照英美法系的对抗式审判，法庭审判方式发生了很大变化，吸收了一些对抗制审判的因素，但在刑事诉讼中仍然尚未确立传闻证据规则。鉴于该规则的核心内容是排斥陈述者在法庭外所作的主张所述事实为真实的陈述，因此，要求陈述者向法庭（或者事实的裁判者）作出陈述，陈述要求以言词方式作出并接受诉讼双方的口头发问是传闻证据规则的基本要义。在刑事诉讼法面临再次修改的大背景之下，中国许多学者主张在中国刑事诉讼中确立传闻证据规则，并为此设计了多种立法方案。笔者认为，鉴于传闻证据规则的核心内容是要求陈述者出席法庭作出陈述，排斥法庭外所作的陈述。因此其关键是证人出庭问题。以本次刑事诉讼法的再修改为背景，立法思路应当以解决证人出庭问题为核心。

一，中国证人作证问题的相关立法和司法状况

现行《刑事诉讼法》对于证人资格与义务，质证以及证人保护等作了如下规定："凡是知道案件情况的人，都有作证的义务。""生理上，精神上有缺陷或者年幼，不能辨别是非，不能正确表达的人，不能作证人。""证人证言必须在法庭上经过公诉人，被害人和被告人，辩护人双方讯问，质证，听取各方证人的证言并且经过查实以后，才能作为定案的根据。法庭查明证人有意作伪证或者隐匿罪证的时候，应当依法处理。""人民法院，人民检察院和公安机关应当保障证人及其近亲属的安全。""对证人及其近亲属进行威胁，侮辱，殴打或者打击报复，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不够刑事处罚的，依法给予治安管理处罚。"

分析相关规定可以看出：首先，刑事诉讼中的"证人"为狭义证人，不包括当事人中的自诉人，被害人，犯罪嫌疑人，被告人，也不包括其他诉讼参与人中的鉴定人（即普通法中的专家证人）；其次，现行立法没有关于作证豁免的规定；再次，立法精神似乎应当理解为要求证人亲自出席法庭并以言词方式作证，进而才有法典规定的接受诉讼双方"讯问"，"质证"的可能；最后，保护证人

1)　中国政法大学刑事诉讼法学研究所所长，教授，法学博士

及其近亲属的安全被规定为刑事诉讼中所有专门机关的义务。

关于传唤证人和质证等的程序，《刑事诉讼法》规定："人民法院决定开庭审判后，应当进行下列工作：……（四）传唤当事人，通知辩护人，诉讼代理人，证人，鉴定人和翻译人员，传票和通知书至迟在开庭3日以前送达；……""证人作证，审判人员应当告知他要如实地提供证言和有意作伪证或者隐匿罪证要负的法律责任。公诉人，当事人和辩护人，诉讼代理人经审判长许可，可以对证人，鉴定人发问。审判人员认为发问的内否与案件无关的时候，应当制止。""审判人员可以询问证人，鉴定人。""……对未到庭的证人的证言笔录，鉴定人的鉴定结论，勘验检查笔录和其他作为证据的文书，应当当庭宣读。审判人员应当听取公诉人，当事人和辩护人，诉讼代理人的意需。""法庭审理过程中，当事人和辩护人，诉讼代理人有权申请通知新的证人到庭，调取新的物证，申请重新鉴定或者勘验。""法庭对于上述申请，应当作出是否同意的决定。""经审判长许可，公诉人，当事人和辩护人，诉讼代理人可以对证据和案件情况发表意见并且可以互相辩论。审判长在宣布辩论终结后，被告人有最后陈述的权利。"

对于上述相关规定，分析之后可以看出：首先，法典规定多处出现不一致甚至矛盾。有的属于法律用语不一致，如第47条规定的对证人证言要经过诉讼双方"讯问"，第156条又规定为公诉人，当事人和辩护人，诉讼代理人对证人，鉴定人可以"发问"，审判人员可以"询问"证人，鉴定人。《现代汉语词典》对"询问"的解释是"征求意见，打听"，而对"讯问"，一则解释为"问"，二则解释为"审问"[2]，至于"发问"，《现代汉语词典》将其解释为"口头提出问题"[3]。显然，法律规定的原意应当是指诉讼各方对证人，鉴定人等以言词方式口头提出问题，此乃"发问"之意。此外，立法规定有的表现为相互矛盾。如第47条规定证人证言应当在法庭上接受讯问和质证，而且法庭才有权依法处理证人有意伪证或者隐匿罪证的情况。关于"质证"，《现代汉语词典》将其解释为"诉讼中对证人证言进一步提出问题，要求证人作进一步的陈述，以解除疑义；对质"[4]。但是，第159条又允许证人，鉴定人不出庭，法庭仅以当庭宣读的方式对该证据进行质证，即允许证人，鉴定人等以书面形式向法庭作证。这样的规定已经不符合汉语中"质证"的语义了，而且对于言词类证据的质证和对于勘验检查笔录，书证等实物类证据的质证并未加以区别。"这一条规定成为证人不出庭作证的法律依据[5]。"

其次，根据现行法律规定，不论证人，被害人，鉴定人等是否亲自出席法庭，其所作证据都必须在法庭上经过查证属实后才能作为定案的根据。对于出席法庭的人，查证的方式是要求其接受诉讼各方直接向其提出的问题，并予以回答。对于没有出席法庭的人，查证的方式是"宣读"其先前所作证言的笔录，然后听取各方对该笔录的意见。很显然，对于出席法庭陈述者的查证和不出席法庭陈述者的查证不可同日而语，以宣读笔录接受查证的方式是对"质证"大打折扣了。

---

2) 《现代汉语词典》（修订本）P1434，1436页，中国社会科学院语言研究所词典编辑室编，商务印书馆，2002年版

3) 同前注，P340页

4) 同前注，P1623页

5) 程味秋、（加）杨诚、杨宇冠主编《公民权利和政治权利国际公约培训手册》P282，中国政法大学出版社2002年12月版

再次，中国刑事诉讼中证人，鉴定人出席法庭不是由诉讼双方通知，而是由法院通知[6]。法院发出通知的依据是检察机关在向人民法院提起公诉时提交的证人名单，其中分别列明出庭作证和拟不出庭作证的证人名单[7]。“人民检察院对于拟不出庭的证人，可以不说明不出庭的理由[8]。”由于证明责任的分配，刑事诉讼中支持指控的证人多数来源于控诉方，如果不出庭将使得被告人对于己不利证人的质证落不到实处，审判人员向其发问更是无从谈起。

最后，对于法律规定的言词类证据主体，除被告人，自诉人必须亲自出席法庭作出陈述以外，其他诉讼参与人不出席法庭作陈述的，并不影响案件审理[9]。

相关司法状况：由于立法对于证人作证义务的履行方式没有限制性规定为出席法庭以言词方式作出陈述并接受口头提问，同时没有规定不出席法庭的处罚性后果，司法实践长期以来存在着两种作证方式，即出席法庭以言词方式作证和不出席法庭而以先前制作的书面证言在法庭上宣读。不但如此，陈述者亲自出席法庭以言词方式作出陈述并接受询问几乎成为稀有，证人不出庭作证是普遍现象。根据相关资料，各级人民法院审理刑事案件证人出庭的一般只占案件数的6％左右[10]。“而且出庭作证的大部分是被害人一方和附带民事诉讼原告一方的证人，其他的证人到庭的很少。即使是在证言非常重要，如证据出现矛盾的情况下也是如此[11]。”

据分析，证人出庭率低的原因主要有以下几方面：立法不够完善，刑诉法只规定了证人出庭作证的义务，却未规定证人拒绝出庭作证的法律责任，也未规定如何保证证人出庭；证人或者由于法律意识不强，害怕作证会得罪人，或者担心本身受牵连或遭打击报复，或者因为没有相应经济补偿等经济因素而不愿出庭；有些司法人员并不希望证人出庭。由于证人当庭改变证言的情况多有发生，而且有证人出庭会增加检察官当庭举证的工作量和支持公诉的难度，因此有些检察官并不积极促使证人出庭作证；也有的法官对证人出庭作证存在畏难心理，担心证人到庭以后会使庭审变得复杂化而倾向于以现有“可以相互印证”的书面证言作为定案的根据[12]。

二，传闻证据规则与中国刑事诉讼

笔者认为，传闻证据规则能否在中国确立应当综合考虑以下因素和原则：

---

6) 根据是《中华人民共和国刑事诉讼法》第151条，通知证人、鉴定人是人民法院决定开庭审判后，应当进行的工作之一。通知书至迟在开庭3日以前送达。

7) 依据《刑事诉讼法》第150条，最高人民法院“关于执行《刑事诉讼法》若干问题的解释”第116条

8) 见最高人民检察院《刑事诉讼规则》第282条

9) 由于中国现行刑事诉讼不实行缺席审判，被告人出席法庭就成为法定义务。同时，根据《刑事诉讼法》第171条规定，自诉人经两次依法传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的，按撤诉处理。而最高人民法院1998年6月29日《关于执行中华人民共和国刑事诉讼法若干问题的解释》第123条规定，被害人、诉讼代理人、证人、鉴定人经人民法院传唤或者通知未到庭，不影响开庭审判的，人民法院可以开庭审理。

10) 见《审判公正问题研究》P46，陈光中主编，程味秋、（加）杨诚副主编，中国政法大学出版社2004年8月出版

11) 同前注

12) 见《关于审判公正的调研和改革建议》，载于《审判公正问题研究》P46，陈光中主编，程味秋，（加）杨诚副主编，中国政法大学出版社，2004年8月

首先，中国现行刑事诉讼诉讼制度的特点。中国传统上属于大陆法系国家，长期实行职权主义诉讼模式，主要由职业法官负责案件的事实审理并作出裁判。虽然1997年刑事诉讼法的修改一定程度上引进了当事人主义诉讼制度，但尚未形成典型的抗辩式审判模式，没有完善的交叉询问制度，至今也没有建立普通法系的陪审团制度。

其次，应当以着眼解决司法实践中存在的突出问题为原则。当前，中国刑事诉讼司法实践存在的较为突出的难点问题之一是证人出庭问题，这是亟待解决的。

再次，要兼顾打击犯罪和保障人权的需要。改革开放以来，随着经济体制改革，贫富差距，城乡差别急剧加大，当前中国治安形势极为严峻，刑事案件高发。人民群众呼唤稳定的社会环境，毕竟稳定是压倒一切的。在此背景下，确立传闻证据规则必须考虑这些因素，不能影响打击犯罪的力度，应当在此基础上，兼顾保障人权的需要。

最后，在保证公正的前提下兼顾诉讼效率。司法资源的不足与刑事案件的增多是世界各国面临的共同问题，中国司法资源极其匮乏，立法应当注重现实可行性，以目前有限的司法资源为基础，尊重中国的社会条件，而不应当脱离实际。

以此考察中国，从内部环境来说，在中国，传闻证据规则无论在刑事诉讼法典或者司法解释中都未曾规定，缺乏实践基础，对该规则的理论研究也有待深入。加上相关配套制度和措施的不具备或不完备，本次修法如果期望一步到位，有相当大的难度，条件尚不成熟。从外部环境来说，长期以来，传闻证据规则一直处于不断变化的状态，其发源地——英国近年来更是对该规则进行了大刀阔斧的改革，美国2004年还以判例形式修正相关规定，传统上实行该规则的国家大都在不同程度上对其作出了改良。这些都需要我们进一步研究，尤其是对于传闻证据规则例外的设置，值得我们深入分析和探究。当然，尽管也有一些国家和地区移植了传闻证据规则，但我们看到了更多的争论和质疑。比如日本和台湾，相关国家和司法区域在刑事诉讼中确立传闻证据规则的立法背景是在旧有的职权主义诉讼模式中极大地融和了当事人主义的抗辩式诉讼制度，都引进和实行交叉询问，被告人与证人的对质权被上升为“宪法性权利”。联系到中国目前的立法和司法实际情况，笔者认为，确立这种模式的传闻证据规则的制度背景还不具备，并有相当大的差距。

其实，无论普通法系或者大陆法系，以及实行混合式诉讼模式的国家和司法区域，对于陈述者法庭外陈述的警惕和排斥是基本一致的，不确立传闻证据规则并不意味着接受所有的传闻证据，也不意味着无视传闻证据规则的各种价值。展望未来，传闻证据规则的最终确立取决于刑事诉讼制度的深入改革和完善。

三，相关立法建议

需要指出的是，尽管笔者不主张本次立法修改即确立传闻证据规则，但不等于对现实司法实践大量充斥书面证据，证人大多不出庭的现象予以认可。对于证人出庭这个核心问题，笔者认为，此次立法修改应予解决是具备条件的。

针对刑事案件的开庭和证人出庭，笔者分析如下：

第一审程序是基本审判程序，一律实行开庭审理，在第一审普通程序中，应当坚持以证人出庭为原则，不出庭为例外。对此，有学者建议“关键证人”应当出庭，关于“关键证人”，确定指标有三个：其一，证言所证实的事实是否确有争议；其二，证言是否影响到定罪量刑；其三，证人是否可能出庭[13)]。笔者认为，这一建议是可行的，与传闻证据规则关于不必出庭和不能出庭的例外规定不谋而合。但是关键证人的界定应当从证据的证明力角度进行考量，其证言对定罪量刑起到重要乃至决定性作用的，是为关键证人，法律应当限定他们必须出庭。至于第一审普通程序中的简化审程序，其适用前提是被告人对于指控无异议，自愿认罪，而且公诉人和被告人及其辩护人同意适用简化审程序，在这样的情况下再对证人出庭做僵化的要求就没有必要了。如果被告人改变态度，在庭审中否认指控，则会改为普通程序审理，按照普通程序证人出庭作证的原则办理即可。关于简易程序，公诉案件适用简易程序的条件仍然是被告人承认指控，并且事实清楚的，完全可以适用与简化审程序同样的处理方式。简易程序适用的另一部分案件是自诉案件，由于实行与公诉案件不同的证明责任分配原则，证人出庭问题应当由自诉人自行解决，否则导致事实不足以认定的，由自诉人承担败诉责任。

在第二审程序中，现行刑事诉讼法规定，第二审上诉案件审判方式有开庭和不开庭两种，抗诉案件二审一律开庭。案件不开庭审理当然不存在证人出庭问题，因此，第二审程序中的证人出庭问题集中在当事人上诉的案件中。刑事诉讼法再修改应当坚持二审一律实行开庭审理。以开庭审理为前提，笔者认为，可以区别事实审和法律审确定证人出庭的原则。如果上诉，抗诉针对的是事实或者证据问题，应当坚持证人出庭制度。如果上诉，抗诉是针对适用法律或者量刑问题，以及程序问题提出的，不必要求证人出庭。

在死刑案件中，由于死刑的严重性，对于死刑案件的审理，理应实行更为严格的程序和规则。对于第一审可能判处死刑的案件，应当坚持证人出庭。至于死刑案件的第二审程序，2005年12月7日，最高人民法院发布了《关于进一步做好死刑案件第二审开庭审理工作的通知》，规定自2006年1月1日起，对案件重要事实和证据问题提出上诉的死刑第二审案件，一律开庭审理。此外，《人民法院第二个五年改革纲要》也将死刑案件开庭审理作为改革和完善死刑案件审判程序的重要内容。应当说，这一规定是对进一步强化证人出庭制度的落实和保障。死刑案件还有复核程序，自2007年1月日起，随着最高人民法院对于死刑立即执行案件核准权的回收，复核程序的审判方式问题亟待解决。为切实实现对于死刑案件的最后把关，笔者认为，对于死刑案件的复核都应当以开庭为原则，并应要求证人出庭。

至于作证方式，对于本地证人，应当坚持证人亲自到庭作证。对于交通十分不便地区的证人，可以委托当地法院在开庭前通知证人在指定的开庭时间到当地法院，通过全国法院联网，在双向视听传输系统前作证和接受出席法庭的诉讼各方询问。在保证作证效果的前提下，实行网上作证。

关于与联合国反腐败公约相关的案件，涉及黑社会性质的犯罪案件，涉及恐怖组织犯罪的案件以及部分涉外刑事案件，可以通过远程录像，互联网视听以及警察代为出庭的方式实现作证，既能

---

13) 见《关于审判公正的调研和改革建议》，载于《审判公正问题研究》P47，陈各中主编，程味秋，（加）杨诚副主编，中国政法大学出版社，2004年8月

保证案件的审判质量，维护实体公正和程序公正，同时方便证人参加诉讼并实现对证人的保护。