

英美法系刑事傳聞證據規則的改革及展望

何邦武*

摘要 近幾十年來，來自訴訟外的諸多變化因素對訴訟目標、審判機制以及法庭證據調查方式產生深刻的影響，對傳統證據規則包括傳聞證據規則及其理論提出挑戰，刑事傳聞證據規則受到質疑，主要是對其龐雜的例外及發現案件真實的懷疑和批評。刑事傳聞證據規則本身正經由立法或判例發生改革，放寬原有的限制，發展更多的例外，並賦予法官更多的自由裁量權，將是傳聞證據規則明確的歷史發展趨勢。刑事傳聞證據規則的改革是證據可采性規則因應社會的變化而進行改革的表征之一，應理性看待這一改革本身，而就其維護程序公正及保護刑事被告人訴訟權益的情況來看，仍然維繫著既有的理念，后者是其存在發展的基礎。

關鍵詞 刑事傳聞證據規則 證據制度改革 證據發展趨勢

盡管Wigmore曾經說過，傳聞證據規則“是英美證據法上最具特色的規則，其受重視的程度僅次於陪審制，是傑出的司法體制對人類訴訟程序的一大貢獻。”^[1]然而，由於傳聞證據規則是以例外為特征而形成的龐雜體系，所以，一直受到法律界的批評。^[2]另一方面，近幾十年來，來自訴訟外的諸多變化因素對訴訟目標、審判機制以及法庭證據調查方式產生深刻的影響，對傳統證據規則包括傳聞證據規則及其理論提出挑戰。可以說，改革傳聞證據規則已是英美法系各國及地區從理論到司法實踐的共同命題。本文擬從分析有關對刑事傳聞證據規則的質疑入手，在釐清近年來英美法系主要國家和地區刑事傳聞證據規則改革的基礎上，就有關刑事傳聞證據規則改革的問題及其發展趨勢作一評析。

* 何邦武，南京航空航天大學人文與社會科學學院教授。

本文系作者主持的國家社科規劃課題“網絡刑事電子數據算法取證規則研究”（20BFX095）階段性成果。

[1] Wigmore Evidence 1364.轉引自Cross. Sir Rupert *CROSS ON EVIDENCE*, 475, Lodon: Butterworth (1985).

[2] See Green and Nesson *Problems, Cases, and Materials on Evidence*, 547, Little, Brown and Company (1994).

一、對傳聞證據規則合理性的質疑

有研究者指出，傳聞證據規則作為英美法系特有的證據規則，是“最重要的、經常適用的證據法規則，也是英國的學生、法官與律師感到最難理解的規則。”^[3]而且，從其演變的歷史來看，它是一個有著階段性發展特色的證據規則，^[4]因此是一個實驗性設計，^[5]且至今不能稱得上是完全成熟的規則。^[6]同時，傳聞證據規則在表現形式上的複雜性及適用上的高度技術性，使其一開始就招致非議。Authur Best曾批評傳聞證據規則道：“關於傳聞，一直有一個迷思：很少人懂得傳聞到底是怎麼一回事。而實際上，連法學院的學生和執業律師都常常在傳聞問題上犯錯。有時候，了解傳聞法則的人看起來像是某個神秘組織的一份子。”^[7]對傳聞證據規則的質疑，歸納起來，主要集中在兩個方面：

（一）該規則的例外過於龐雜

以美國《聯邦證據規則》為例，該規則中規定了30種例外，如果依判決理由細分，則會超過100種，尤其是其中還包括剩餘例外，賦予法官在傳聞證據使用上的自由裁量權，通過特別的司法行為對傳聞證據經常性採納帶來了嚴重的不確定性，^[8]使傳聞證據規則在使用時更加複雜。另外，有關解釋傳聞證據規則的判決使人眼花繚亂。例如臨終陳述，這是一個與傳聞證據規則產生一樣久遠的例外，在1789年的R. v. Woodcock案的判決中，關於其作為傳聞例外的理由是：此類證據之所以被採納，是由於存在著這樣一個特定的情形，即當事人臨近死亡，其所有關於現實世界的希望已破滅，因此也沒有了說謊的動機，只有強烈的說出事實真相的想法。這與法庭上通過宣誓產生的莊嚴肅穆的氣氛（即宗教上的敬畏感）而作證有著同樣的效果。然而，在一個日益世俗化的社會裏，這種害怕死後受到報應因而講真話的理論開始受到質疑而變得越來越不重要。而且，如果這個人在最後的時刻，以誣告他的宿敵為凶手作為報復怎麼辦？另外，對於一個即將死去的人來說，其感知力和記憶力的可靠性又如何保證？^[9]在R. v. Madobi案中，判決就沒有說到死後受到懲罰的理由。^[10]這一先例在R. v. Kipali-Ikarum和R. v. Ambimp案中並沒有得到遵守，R. v. Ambimp案的判決則認為：信念問題並不重要，重要的是該證據的證明力，因為作出陳述者生活在普通民眾中，分享著常人的是非觀念，具有和常人一樣的思維和理性。所以，重要的不是陳述者是一個宗教徒，而是他系一個俗世主義者。^[11]有關臨終陳述神聖的宗教意識被完全世俗化。類似的情況在其他的傳聞例外中也很常見。又如關於附屬事項規則，事實上，根據附屬事項規則排

[3] 沈達明編著：《英美證據法》，中信出版社1996年版，第109頁。

[4] Sir William Holdsworth, *A History of English Law* 214-219 (1936).

[5] See L. Tribble, *Triangulating Hearsay*, 87 Harv. L. Rev. 957, 957-961 (1974).

[6] See Douglas E. Beloof & Joel Shapiro, *Let the Truth be Told: Proposed Hearsay to Admit Domestic Violence Victims' Out of Court Statements as Substantive Evidence*, 11 Colum. J. Gender & L. 1(2002). David M. Gersten, *Evidentiary Trends in Domestic Violence*, 72 Fla. B. J. 65 (1998).

[7] [美]Authur Best: 《證據法入門》，蔡秋明等譯，元照出版公司2002年版，第82頁。

[8] 參見[美]約翰·W·斯特龍主編：《麥考密克論證據》，湯維建等譯，中國政法大學出版社2004年版，第619頁。

[9] (1789) 1 Leach 500, 502; 168 ER 352, 353. 另外參見[美]華爾茲：《刑事證據大全》，何家弘譯，中國人民公安大學出版社1993年版，第96頁。

[10] (1963) 6 FLR 1.

[11] (1971-2) P. & NGLR 265.

除使用的證據並不僅僅局限於該規則的關係上，而且與相似事實規則、意見規則以及先前一致陳述規則都有聯繫，這無疑增加了使用附屬事項規則的難度。而就該規則本身來看，也招致了持續的批評。Tregarthen認為，在所有的法律術語中，附屬事項規則最空泛，它使法律庸才感到興奮，卻讓相對方感到絕望，法官產生迷茫。^[12] 所以，澳大利亞最高法院在1992年的Pollitt v.R.判決中認為：在這個看似簡單的拉丁語下面，是相當松散理念。^[13] 在美國，很多法律實務界人士對傳聞證據規則的印象是，它由許多複雜的例外及難以理解的古老的判決所組成。不少人認為，一個以大量例外為特征的規則，已經不能稱其為規則。而且在實踐中，由於不少人的反對，法院因此傾向於拒絕使用該規則，^[14] 對當事人所提出的傳聞證據大部分都是例外允許的，如果以傳聞證據作反對，將是一個很弱的異議，法官第一個印象是駁回。不少人因此認為傳聞證據規則已經沒有實際意義。

另一方面，龐雜的傳聞例外還時常排除了本應採納的證據卻又使本該排除的證據被採納。^[15] 原因在於，某一不屬於某項傳聞證據規則例外而被排除的傳聞證據，有可能比屬於某項傳聞例外而被採納的證據更加可信。尤其是，各類傳聞證據規則的例外在保證證據的可信性上程度不一，區別較大。例如，在規定比較僵硬的“臨終陳述”與根據具體情境確定可信性而規定的“自發陳述”之間，很少有共同點。使得在傳聞證據的使用上有更多的不確定性。^[16] 這與下文中對於傳聞證據規則能夠保證真實性的質疑是一致的。

（二）對其能夠保證發現真實的懷疑

這是因為，首先，傳聞陳述及其例外在實踐中不能將可靠的證據從不可靠的證據中篩選出來。由於傳聞陳述的可信性程度，從高度的可能性到非常的可疑，證明力不等，這些不同的證明力幾乎是無限變化的，可塑性的情境是否可以用一套規則完全地、滿意地予以規範，是相當值得懷疑的。^[17] 而就傳聞證據規則的例外來看，某項傳聞證據規則的例外得以採納的主要基礎在於其可信性。然而，正如適用傳聞證據規則有可能導致可信證據被排除一樣，適用傳聞證據規則的例外也可能導致不可信證據被採納。^[18] 例如，激奮言詞的例外，現行例外的理由是此時有誠實性保證，然而這不無疑問，因為，此時一個人的觀察力和敘述力可能受到損害。而且，在一個既定的案件中，採用兩種極端的方法一或採納或排除，結果是相同的。^[19] 有研究者因此評論道：傳聞的例外難道只是法官想要使用但又缺乏深思熟慮的證據規則的避難所。^[20]

其次，就傳聞證據規則旨在防止觀察、記憶、複述等缺陷而言，也存在著相反的可能。前文關於傳聞證據規則理論基礎的論述，已就傳聞證據的缺陷即傳輸過程中觀察、記憶、複述等的問題及陳述者的不誠實作了論證。然而，事實並非完全如此，可能的情况是，在事情發生後立刻作出

[12] J. B. C. Tregarthen, *The Law of Hearsay Evidence*, Stevens and Sons, 1915, p.20-21.

[13] Pollitt v. R. (1992) 174 CLR 558, 611 per TOOHEY J.

[14] See Cross. Sir Rupert CROSS ON EVIDENCE, 453, Lodon: Butterworth (1985).

[15] See Christopher Muller, *Post-Modern Hearsay Reform: The Importance of Complexity*, 76 Minn. L. Rev. 367 (1992).

[16] See Andrew L.-T. Choo, *Hearsay and Confrontation in Criminal Trials*, Charendon Press, Oxford, 1996, p.142.

[17] 參見[美]約翰·W·斯特龍主編：《麥考密克論證據》，湯維建等譯，中國政法大學出版社2004年版，第619頁。

[18] See Andrew L.-T. Choo, *Hearsay and Confrontation in Criminal Trials*, Charendon Press, Oxford, 1996, p.142.

[19] See Louis Kapla, *The Theoretical Foundation of the Hearsay Rules*, 93 Harv. L. Rev. 1786, 1786-1807 (1980).

[20] See Christopher Muller, 'Post-Modern Hearsay Reform: The Importance of Complexity' (1992) 76 Minnesota Law Review 367, 368, n.4.

的陳述比幾年之後在法庭上的陳述，價值要高得多。因為這樣的陳述比較新鮮，可能不受害關係和訴訟緊張氣氛的影響。而且，誤傳的危險對口頭傳聞是正確的，但是對書面傳聞並不正確。另外，關於傳聞本身也是不確定的，在不同的案件中，法官對什麼是傳聞有不同的看法。而所謂的“第一手知識”與“傳聞”的區別也是不確定的。因為，在某種程度上，任何證明中都可能內在地存在傳聞的含量。由於我們對世界的感知都在某種程度上依賴於別人已經告訴我們的東西，可以說沒有什麼事情是所謂完全客觀的感知。例如，如果我作證我看到的那輛從犯罪現場開走的汽車是紅色的，我所說的話不是依賴於我父母教我的有關顏色的知識嗎？“第一手知識”和有關“客觀事實”或“客觀真實”的證詞的概念也許不過是個神話。^[21] Louis Kapla則認為，許多傳聞例外並不需要同時滿足觀察力、記憶力、表達力及誠實性等四個方面的要求，所以，與傳聞證據有關的大部分問題實際上只是碰運氣的事，充滿了偶然性。當傳聞證據根據必要性原則採納時，由於使用傳聞證據得到的證據價值與因此而產生的錯誤是一種正比例關係，其結果，使必要性原則自身變得無關緊要。因此，傳統規則缺乏理論基礎。^[22]

第三，關於傳聞證據規則旨在防止陪審團審理中產生認定事實錯誤的問題，相反的理論認為，受過現代教育的陪審員不會不清楚傳聞證據的弱點。^[23]而且，通過交叉詢問以及其他一些措施，可以使陪審團認識到傳聞證據的缺陷而對之保持警惕。^[24]在美國，曾經有人通過“模擬法庭”的方式對陪審團評估傳聞證據的能力進行過實證調查，結果顯示，模擬陪審員並沒有高估傳聞的證明力。^[25]有關傳聞證據規則有助於防止陪審團審理時產生認定事實錯誤的說法還可從傳聞證據規則自身中找到矛盾，因為，根據傳聞證據規則，當傳聞證據不是用來證明主張事實的真實性時，可以采用(傳聞證據規則的不適用)。但是，事實情況卻是，無論陪審團得到怎樣的指示，都無法避免其不將傳聞證據用於爭議事實。再者，隨著陪審團在現代訴訟中地位的日益降低，傳聞證據規則的作用也降低了。

第四，就傳聞證據使用時無法觀察原陳述者的形體語言而言，也有實驗發現情況未必如此。一是觀察外部行為無助於發現事實真相，反而有證據表明這種觀察妨礙了對說謊的覺察。二是通過聽原陳述者的當庭陳述未必比聽原陳述者的錄音從中透露的信息更多，甚至後者有可能更好。三是也沒有非常令人信服的證據顯示說謊者就一定有相應的形體表現可以使人發現他是在說謊。^[26]實驗還發現形體語言也無助於正確評價一個人的觀察力和記憶力。^[27]所以，所謂普通人透過形體語言發現證言不可信的說法不過是一個神話。^[28]

[21] See Andrew L.-T. Choo, *Hearsay and Confrontation in Criminal Trials*, Charendon Press, Oxford, 1996, p.163.

[22] See Louis Kapla, *The Theoretical Foundation of the Hearsay Rules*, 93 Harv. L. Rev.1786, 1786-1807(1980). Kapla還認為，即使通過交叉詢問能夠發現記憶、敘述及觀察等方面的缺陷，但是陪審團對於通過交叉詢問發現不誠實似乎無能為力。此說不同於筆者下文中關於陪審團的論述。筆者將其列出，也可見在傳聞證據規則基礎理論上的眾說紛紜。

[23] 參見沈達明編著：《英美證據法》，中信出版社1996年版，第101-102頁。

[24] See Louis Kapla, *The Theoretical Foundation of the Hearsay Rules*, 93 Harv. L. Rev.1786, 1786-1807 (1980).

[25] See Andrew L.-T. Choo, *Hearsay and Confrontation in Criminal Trials*, Charendon Press, Oxford, 1996, p.35-37.

[26] See the summary in O. G. Wellborn III, 'Demeanor' (1991) 76 Cornell Law Review 1075, 1088.

[27] *Id.*, 1088-91.

[28] *Id.*, 1104.對此的不同意見是，這樣的實驗是在沒有法庭審判時的緊張氣氛下進行的，所以未必適用於庭審時的情形。- See M. L. Seigel, *Rationalizing Hearsay: A Proposal for a Best Evidence Hearsay Rule*, (1992) 72 Boston University Law Review 893, 907, n.43.

第五，對傳聞證據規則的質疑還可從當事人主義審理模式的內在缺陷進行分析。當事人主義理論認為，由於審判的結果獲得利益或蒙受損害之人，並非審判者而是當事人，所以，將追究真相的責任加在當事人身上最為合理。同時，以當事人欲獲得利益免受損害之心理觀之，依賴當事人之熱心與努力來追究真相亦最為可靠。並且，既然為保持審判者之公平性與中理性起見，而使審判者不得參與偵查、辯論工作，則只有當事人擔負此等工作最為適當。^[29] 當事人主義的基本保障要素在於，當事人雙方必須在收集證據、保證證人出庭作證及證據保全措施上有相等的機會和權限，並且，在法庭進行證據調查和辯論時，具有相等的口才和技能。然而，實際上，這種相等的情形非常罕見，而且也無法相等。^[30] 有人甚至認為，與當事人主義關係密切的交叉詢問制度不但沒有促進對真相的挖掘，反而擾亂了法官和陪審團的視線，甚至誤導他們。^[31] 更有甚者，在證據調查過程中，律師可以與委托人及其他有利證人，就他們在證據開示程序及審理過程中的預期證言進行秘密磋商。在這類談話中，律師不應告知證人所要提供的證詞，因為，這將構成偽造證據。不過，律師可以探查證人的記憶，如果證人不擅文字，律師則可建議證人如何表達自己對事件的陳述。這些對待證人方法之間的不同在於，在最好的情況下堪稱精巧微妙，而在最壞的情況下則是造假的根據。^[32] 傳聞證據規則因此被懷疑只對狡猾的律師設法用來排除有潛在價值的有罪證據有益。^[33] 所以，所謂當事人主義具有發見真相的功能，殊難完全相信，充其量只不過替狡猾者及有錢人所主張之事實押蓋所謂公認為“真相”之印而已，是為居於弱者地位的當事人、或錢袋不富裕的當事人放棄繼續抗爭而舉行的典禮而已。^[34]

此外，還有理論認為，缺乏宣誓不能成為排除傳聞的理由，因為宣誓也不一定能保證證人說實話。而且，還存在這樣一種可能，即一個人在私下談話中比他在法庭上更有可能注意其所說的話的準確性。Louis Kapla通過傳聞證據與非傳聞證據使用情況的比較，甚至對於關於傳聞證據規則是為了提高司法的社會可接受度提出疑問，認為將傳聞證據規則視作可以提高司法的可接受性這一理論，可能是那些制度設計的人構建起來的，他們意識或潛意識中受到某種觀念的驅使，以為他們傾力為之的制度，應該可以作為公正的司法體系而被社會接受。^[35]

總之，傳聞證據規則已被看作“從一組立體派、未來派和超現實主義的畫家的畫布上裁下的碎片縫制而成的一床老式的古怪棉被”。^[36] 從溫和的改革主張到激進的改革建議，改革傳聞證據規則的呼聲不絕於耳。證據法大師Wigmore即認為，如果廢除了證據規則，就能獲得關於事件的清晰

[29] 參見黃東熊：《當事人主義的神話與美國刑事訴訟程序的改革》，載《台北大學法學論從》2003年第52期，第95-121頁。

[30] See Morgan, *Some Problems of Proof Under the Anglo-American System of Litigation* 34 (1956).

[31] See Jerome Frank, *Courts on Trial-Myth and Reality in American Justice*(1949), at 85.轉引自宋冰編：《讀本：美國與德國的司法制度及司法程序》，中國政法大學出版社1998年版，第11頁。

[32] [美]傑弗裏·C·哈澤德、米歇爾·塔魯伊：《美國民事訴訟法導論》，張茂譯，中國政法大學出版社1998年版，第95頁。

[33] See Sarah Campbell, *The Rule against Hearsay-an English Desire for an International Criminal Court Approach*. <http://www.isrcl.org>.

[34] 參見黃東熊：《當事人主義的神話與美國刑事訴訟程序的改革》，載《台北大學法學論從》2003第52期，第95-121頁。在美國，當事人主義受到三個方面的批評，一是這種體制滋生了強烈的黨派性；二是它將尋求正義歪曲為“智力遊戲”；三是它賦予了富裕的當事人及“重複遊戲者”不公平的優勢。參見[美]傑弗裏·C·哈澤德、米歇爾·塔魯伊：《美國民事訴訟法導論》，張茂譯，中國政法大學出版社1998年版，第103頁。

[35] See Louis Kapla, *The Theoretical Foundation of the Hearsay Rules*, 93 Harv. L. Rev. 1786, 1786-1807 (1980).

[36] 摩根·瑪格爾：《證據法的回顧和前瞻》，《哈佛法律評論》（1937）第50冊，第909、921頁。轉引自[美]約翰·W·斯特龍主編：《麥考密克論證據》，湯維建等譯，中國政法大學出版社2004年版，第619頁。

的圖畫，從而更有可能接近真實。^[37] 1991年在Minnesota舉行的有關傳聞證據規則改革的研討會是一次十分重要的會議，本次會議上提交的一些論文值得關注。會議的發起者Roger Park是“後現代主義改革派”中的代表，Park主張在刑事和民事訴訟中區分適用傳聞證據規則，即民事訴訟中對於符合既定例外的傳聞證據予以採用，而對非既定例外的傳聞證據則可在適當的通知後予以採用，無須法官的自由裁量。在刑事訴訟中，則應保持既有傳聞證據規則的基本特征，同時，為了防止被告人受到政府濫用的權力的侵害，增加一部分例外以適用於特定的刑事案件。^[38] Swift教授則既反對對有可信性保證的傳聞證據按照某種方式如《聯邦證據規則》進行的分類，也反對完全廢止傳聞證據規則而委由法官自由裁量決定是否採納傳聞證據的主張。認為現有傳聞證據規則中存在的問題主要是採納或排除傳聞證據的失當，因此應該採取“基礎事實”的態度，即傳聞證據規則應該關注的是陪審團對傳聞證據可信性的評估能力，傳聞證據之所以被排除，不是因為其缺乏適格的可信性，而是因為其不能被評估。法庭應當對已提供了基本的事實，可以之幫助陪審團清晰地衡量證明力的傳聞證據予以採納。這是一種意欲以審理者評估證據可信性的方式替代現有的傳聞證據規則及其例外。^[39] Park和Swift的改革建議屬於比較穩健的一種。而一些激進的當代學者則力圖以一個根本不同的制度來代替傳聞證據規則，Louis Kapla和Andrew L.-T. Choo則主張，應該廢止傳聞證據規則。後者還具體提出了廢除傳聞證據規則的具體改革建議，主張在保障被告人對質詢問權的基礎上，一切符合“表面真實”(prima facie)的庭外陳述都可以進入法庭，通過逐案裁量的辦法確定傳聞證據的可信性。與此相關的另一個條件是控方在提交傳聞證據時要使法庭相信其所提供的證據具有足夠的可信性。Andrew還具體列出了不能出庭的具體情形，Andrew以此希望建立一個全新的規範傳聞證據使用的規則，以替代現行傳聞證據規則體系。^[40] Seigel則提出了一種最佳證據資格的理論，認為如果傳聞證據是最佳證據且已經或將要被提出，該傳聞證據就可以採納。關於這種最佳證據的規則，Seigel提出以下設想，下列證據可視為最佳證據：(1)除非另有規定，就所主張事實作證的當庭證言是最佳證據；(2)當原陳述者因死亡、失去作證能力、享有作證豁免權或拒絕出庭而不能當庭作證時，傳聞證據是最佳證據；(3)經過相當努力，原陳述者仍不可知或不能確定時，傳聞證據是最佳證據；(4)當無法從相當數量的原陳述者記憶中發現相關事實這一情形是確定的時，傳聞證據是最佳證據。此時，如果對爭議事項仍有疑問，法庭可要求該傳聞證據的提供者提供對此傳聞知情的一到多名原陳述者就該傳聞以外的相關事項提供證言。法庭還可通過引入適當的基礎事實證人作為該傳聞證據的輔助證據。(5)當對一大群匿名者的陳述作出判定時，傳聞證據是最佳證據。對此類傳聞證據還要求有適當的基礎事實證人作為輔助證據。(6)由於原陳述者為相對方或具有強烈的相對方傾向，法庭無法期望原陳述者採取與傳聞提供

[37] See J. H. Wigmore (rev. J. H. Chadbourn), *Evidence in Common Law*, Little, Brown, Vol.5, 1974, p.259.

[38] See Roger Park, *A Subject Matter Approach to Hearsay Reform*, 86 Mich. L. Rev. 51 (1987).

[39] See Swift, *A Foundation Fact Approach to Hearsay*, 75 Cal. L. Rev. 1339, 1363 (1987); *The Hearsay Rule at Work: Has It Been Abolished De Facto by Judicial Decision?* 76 Minn. L. Rev. 473(1992). Swift的建議可能存在的問題是，僅向陪審團提供基礎事實的證據能否保證其對傳聞證據的可信性作出適當的評估。因為，即使是最知情者，即他對原陳述者非常熟悉且於原陳述者目擊事件及作出陳述時在場，他也未必對其他重要事實知情。Swift的理論不大可能被接受，因為其有以另一種複雜的體系替代現有的規則體系之嫌。See Andrew L.-T. Choo, *Hearsay and Confrontation in Criminal Trials*, Charendon Press, Oxford, 1996, p.189-190.

[40] See Louis Kapla, *The Theoretical Foundation of the Hearsay Rules*, 93 Harv.L.Rev.1786,1786-1807 (1980). & Andrew L.-T. Choo, *Hearsay and Confrontation in Criminal Trials*, Charendon Press, Oxford, 1996, p.192-199.

者合作的證人立場時，傳聞證據是最佳證據。^[41] Seigel的理論具有簡單直接和易於運用的特點，然而，其最佳證據的劃分能否滿足可信性要求的標準尚不甚明了。因此，當面對大量的不可信的傳聞證據時，僅僅依靠這種最佳證據理論，由法官對其可采性作出裁量，未免存在風險。^[42] 在英國，法律改革委員會在討論關於傳聞證據規則的改革時，一些律師和法官也主張幹脆廢止傳聞證據規則。^[43] 有法官在判決中寫道：我們正面臨著證據限制性規則，此種限制僅僅因為其久遠的歷史而被稱贊，僅僅因為司法認可的習慣而受到尊敬，而這規則的形成是毫無理由的，其持續被使用也是沒有合理性的。^[44]

二、近年來的傳聞證據規則改革

從各國關於傳聞證據規則的改革情況來看，主要是通過以下兩種方式對傳聞證據規則進行改革，這裏擬以刑事傳聞證據上的改革為重點對此作一介紹：

一是為適應社會的變化，對傳聞證據規則或判例作出新的解釋。即對現行規則及其例外採取一種靈活的態度，即不再嚴守傳聞證據規則的傳統含義，逐案裁量所涉及的傳聞證據的可采性。英國近代以前關於傳聞證據規則的歷史就是一部以判例不斷發展的歷史。筆者在前文關於傳聞證據規則的歷史及傳聞證據規則的例外中已經述及其一些傳聞證據規則及其例外的變化情況，這裏擬以其他國家近年來的變化情況為例作一分析。在加拿大，自20世紀80年代開始，最高法院就刑事案件中傳聞證據規則的運用，明確地轉向了比以前更加靈活的自由裁量的方式。在1990年的R. v. Khan案中，最高法院開始對刑事傳聞證據的採用一種新的判斷方法，在該案中，必要性被解釋為“合理地必需（reasonable necessary）”，而可信性則被認為應當根據個案的具體情況由法官來確定。此一原則在隨後的R. v. Smith案中得到重申。最高法院指出：“法院在Khan案件中的判決，宣告了對可采的傳聞例外分類方法的總結。傳聞證據現在根據一個原則就可以採納了，這一原則就是證據的可信性及其必要性。” Lamer法官還引用了Wigmore關於必要性的解釋，認為必要性不僅包括證人不能到庭的情況（unavailability），而且包括便宜性（an expediency or convenience）^[45] 1993年，加拿大最高法院又在R. v. B. (KG)案中，確立了一種靈活的對待先前不一致陳述的態度。首席法官Lamer認為：這種證據是否具有可靠性，取決於以下因素：(1)先前的陳述是否經過宣誓而做的；(2)陳述者的先前陳述行為最好有錄像的記錄，以便觀察其態度；(3)如果沒有即時交叉詢問，只要在審判中有充分的交叉詢問機會也是可以的。而Cory法官則提出了一個更為靈活的方案：只要滿足一些可信性條件，該先前陳述就可以接受。這些條件實際就是首席法官Lamer所主張的隱含原則：先前陳述是證人自願作出的，而並非是出於不正常的壓力、威脅或誘導作出的；這一陳述的可靠性在於它被完整準確地抄錄或記錄下來；這一陳述是在如果作偽證就會導致

[41] M. L. Seigel, *Rationalizing Hearsay: A Proposal for a Best Evidence Hearsay Rule* (1992) 72 Boston University Law Review 893-938.

[42] See Andrew L.-T. Choo, *Hearsay and Confrontation in Criminal Trials*, Charendon Press, Oxford, 1996, p.191.

[43] See Law Reform Commission, *The Rule against Hearsay Problem of Reform-History of This Reform* (1978). <http://www.lawlink.nse.gov.au>.

[44] 參見[美]約翰·W·斯特龍主編：《麥考密克論證據》，湯維建等譯，中國政法大學出版社2004年版，第597頁。

[45] See (1990) 79 CR(3d)1. & (1992) 94 DLR (4th) 590.

刑事起訴的情況下作出的。這種靈活的態度同樣適用於先前一致的陳述。^[46]在澳大利亞，對傳聞證據規則具有裏程碑意義的改革發生在最高法院R. v. Benz案中，Mason大法官認為，採納陳述者關於其與他人關係的即刻言詞有堅實的基礎，不受傳聞證據規則的限制。^[47]但在其後的Pollitt v. R.案中，類似情形的電話交談又被否決而未能採納。^[48]雖然在傳聞證據的採用上，最高法院的態度不如加拿大最高法院那樣一致，但對待傳聞證據規則採用靈活的態度是明顯的，尤其是下級法院已開始在刑事案件中逐步採取靈活的態度。在美國，前文所述的關於傳聞證據規則與對質詢問權的關係，最高法院的一些判例即是不斷發展變化的。

近年來，法院為了避免因不屬於傳聞證據規則的例外而不能採用一些可信度高、必不可少的證據的情況，往往有意對傳聞作出新的解釋，為採納這種證據而辯護。以證人先前陳述為例，如前所述，美國《聯邦證據規則》即規定在特定條件下不是傳聞。

二是對傳聞證據規則本身通過立法進行改革。雖然通過解釋傳聞證據規則可以使之在漸次變革中適應社會生活的變化，並且具有穩健、不突兀和易於把握方向的特點，但也有難以區分出故意操縱傳聞證據規則的缺陷，尤其是難以為新出現的文字和言詞記錄樣式提供統一的標準，故爾，以立法的方式推進傳聞證據規則的改革不可避免。^[49]

英國近幾十年來在傳聞證據規則的改革上著力最多，變化也最大。前文引述的1964年上議院關於Mayers v. D.P.P.案標志著通過普通法創制傳聞證據規則例外的終結。在改革的方式上，英國民事和刑事訴訟分開進行。在民事訴訟中，英格蘭和威爾士的《1968年民事證據法》將排除傳聞證據的嚴格規則大為放寬。即在一定條件下，可以採納口頭或書面的傳聞證據，一定條件下計算機制作的文件中所包含的陳述也可以採用。^[50]隨後，英格蘭和威爾士又頒布了《1972年民事證據法》將前述法令管理的範圍加以擴充，使其包括關於意見和事實的聲明。1990年，英國法律委員會就英格蘭和威爾士民事訴訟中有關傳聞證據規則的執行情況發表了中期建議，即排除傳聞證據的規則應予以廢除，但須設立預防措施，以避免傳聞證據的濫用。1993年英國法律委員會發表了民事法律程序中的傳聞證據規則的最終報告書，建議在民事訴訟中廢除傳聞證據規則，但須設立一些程序上的預防措施，如在合理及實際可行的情況下，提供傳聞證據者有責任發出事先通知，訴訟各方有權傳喚證人以盤問有關他的傳聞供詞。與現行規則不同的地方是，英國法律委員會建議如不發出事先通知，不應影響傳聞證據的可接納性，而只影響其獲得取信的分量，或被判繳納訴訟費。1995年制定了《1995年民事證據法令》，實施了法律委員會的這些建議。

在刑事訴訟中，基於對Myers v. D.P.P.一案的不滿。《1965年刑事證據法》規定，如果某項文件是一項關於任何貿易或商事的記錄，且該文件是由對所處理事項具有親身感知經驗的人提供信息資料編纂而成的，當該信息資料提供人因法定原因之一不能被傳喚當庭提供證言時，包含在該文件中的任何陳述，作為證明其所載事實為真的證據均可以採納。該規定將傳聞證據在刑事訴訟中的適用明確擴大到有關貿易或商事記錄，但對計算機制作的文件缺乏任何明確的規定。《1984

[46] See Andrew L.-T. Choo, *Hearsay and Confrontation in Criminal Trials*, Charendon Press, Oxford, 1996, p.49-51.

[47] (1989)168 CLR 110.

[48] (1992)174 CLR 558.

[49] See Cross. Sir Rupert, *CROSS ON EVIDENCE*, 453, London: Butterworth (1985).

[50] 但1968年的規定也招致批評，焦點在有關通知的條文及根據該條文而制定的法庭規則，因其太過複雜，以致執業律師都避免使用。

年警察與刑事證據法》生效後，上述規定已被該法的第68條至72條(以及附表3)取代。其中，該法第68條的一般效力將上述規定的適用範圍擴大到任何記錄文件中的陳述，包括計算機制作的文件，但對於後者，只有在滿足第69條規定的特殊條件下才具有可采性。《1988年刑事審判法》第23條規定，在刑事案件中，包含在一項文件中的第一手傳聞在符合下述兩個條件下具有可采性：第一，傳聞陳述人因具備法定情形之一(諸如死亡、因身體、精神條件等原因不適宜出庭作證等)不能當庭提供證言；第二，經法庭許可。只有在該傳聞陳述是為以後的或正在進行的刑事訴訟程序而作出或者為了偵查程序而作出時，法庭才得作出該項許可。1993年皇家刑事司法委員會(the Runciman Royal Commission on Criminal Justice)報告呼籲，放寬傳聞證據的可采性標準。1995年7月的法律委員會(the Law Commission)關於刑事傳聞證據規則的諮詢意見書也提議對刑事傳聞證據規則進行徹底的改革。^[51]此後的立法對刑事訴訟中有關傳聞證據規則規定影響較大的主要有《1996年刑事訴訟與偵查法》、《1999年青少年審判與刑事證據法》以及《2003年刑事審判法》等，其中關於傳聞證據規則的某一類例外的改革已在前文傳聞證據規則的例外一章中作了分析。需要說明的是，《2003年刑事審判法》關於傳聞證據可采性的規定賦予了法官一定程度的自由裁量權，代表了傳聞證據規則改革的方向，筆者已在上文關於傳聞證據規則的例外中作了詳盡的介紹，這裏不再贅述。

美國通過立法改變普通法中的傳聞證據規則也很多，筆者在前面關於傳聞證據規則的例外中已分析了其中的一些規則的變化情況。在這些眾多的變革中，突出的還是關於剩餘例外的規定，這種“一網打盡的例外”使那些不能根據既有例外而採納的傳聞證據可以據此予以採納，盡管對剩餘例外的施行規定了一定的條件，並由此招來了不少非議。又如關於臨終陳述的改革，美國在1986年修訂《統一證據規則》時，吸納了司法實踐中出現的擴大採納臨終陳述的案件的種類的做法，規定在所有的案件中都承認臨終陳述。

值得注意的是刑事傳聞證據規則的改革與保障被告人對質詢問權的關係問題。從美國聯邦最高法院及歐洲人權法院的有關判例來看，在現代刑事訴訟制度中，保護被告人訴訟權利在傳聞證據規則所保護的價值中具有越來越重要的地位。

總之，放寬原有限制，將具有很高證明價值的陳述從傳聞證據中分離出來和發展更多的例外，並賦予法官更多的自由裁量權，是傳聞證據規則明確的歷史發展趨勢。

三、幾點初步的評論

作為一項古老的證據規則，與其他證據制度一樣，傳聞證據規則在久遠的歷史發展中，因應社會生活的變化而不斷變革是其固有的屬性，這既是任何一項制度存續的規律，也是傳聞證據規則適應現代生活而變化的機緣—不斷變化的屬性才能使其始終適應生活的發展而不悖。所以，對於傳聞證據規則因應急遽發展的現代生活而產生的較大幅度的變革，應該正確地分析和對待。

需要肯定的是，作為證據的可采性規則之一，傳聞證據規則的變革是證據可采性規則在現代社會生活及其影響下的訴訟制度變化的必然結果。現代社會生活的急遽變化對可采性規則的影響主要體現在以下幾個方面：

[51] See Law Commission, *Evidence in criminal proceedings: Hearsay and related topics*, Stationery Office, 1997, p.171, 137.

一是科學技術對可採性規則的影響。自從上個世紀70年代後，包括測謊儀、聲譜儀、槍彈殘留痕跡檢驗、中子活化分析、DNA分型等各種類型的科學證據進入法庭。科學證據在法庭發現案件事實上給人們帶來了極大的便捷，解決了以前人們無法解決的在發現案件事實上的難題。科學技術在世界各國法庭上的應用如此普遍，以致有研究者指出：“證據裁判主義，於今日法科學應用之時代，應改稱為科學證據裁判主義。”^[52] 另一方面則是，當這些科學證據以鑑定意見或者專家證言的形式出現在法庭上時，就出現了法庭不能回避的兩個問題：（1）面對證據的科學性，法官應該使用什麼標準確保證據的可靠性？（2）當科學高度複雜和技術性較強時，作為門外漢的法官怎樣知道這個標準是否被滿足？尤其是對於首次提出的新科學證據，法庭對於其採納與否必須確定採納的標準。這無疑向人們提出了挑戰。例如，隨著電子計算機技術的廣泛應用以及互聯網、大數據等信息技術的普及，與此相關的數字證據（digital evidence）和電子證據（electronic evidence）能否成為證據，或者，其作為證據給英美傳統證據觀念及規則帶來的挑戰，這些都是前所未有的。其中，因大數據和算法的使用，還產生了一類新生的數字證據即算法證據，使用算法證據必然面臨著如何對待算法的科學性問題。因為，按照傳聞證據規則，只有親自知道某事實的證人言詞或行為才能被採納為證據，據此，則由計算機輸出的書面材料只是一種傳聞證據，原則上是不能採納為證據的。而根據最佳證據規則，只有文字材料的原件，才能作為證明該文字材料內容的證據被採納。如果堅持此原則，是不能使用電子數據作為證據的英法系的學理和判例認為，由計算機輸出的書面材料，作為電子數據的具體形式，只是一種傳聞證據，原則上不能被採納為證據。但由於電子數據在各種案件中大量出現，傳統的證據規則已然受到挑戰，因此，法律最終根據傳聞規則的例外，認可數字證據和電子證據具有證據能力。^[53] 對於算法證據，除了使用傳聞證據規則進行規制外，還應考慮如何在既有的科學證據理論中，有效涵攝這一新生事物，所以借鑒科學證據的原理，已經無法避免。^[54]

二是社會化思潮下證據法的修訂對可採性規則的影響。進入20世紀以後，西方社會法律價值的重心由此前的“個人本位”轉向“社會本位”，後者強調在對個人權利進行充分保護的同時，也要注意社會的公平和效益。以訴訟法而論，即要在維護個人訴訟權利的同時，考慮到司法資源的有限性和司法投入的成本。在刑事訴訟領域，則要同時注意到對被害人權利的保護，在被告人利益和社會利益之間找到平衡點。在英國，刑事法律改革委員會在1964—1972年期間對刑事證

[52] 蔡墩銘：《刑事證據法論》，五南圖書出版公司1997年版，第4頁。

[53] 為適應現實生活的需要，英美等國都對傳聞證據規則的例外作了擴張解釋，依照這些例外，則電子數據及其輸出材料是可以被採納為證據的。根據英國1968年制定的《民事證據法》有關規定，正常運行期間、正常活動下、正常運轉時、正常錄入並輸出的計算機文件才可採納為證據，而為訴訟目的特別錄入、輸出的電子數據不得採納為證據。為解決適用最佳證據的矛盾，法院通過對最佳規則設置例外，將電子數據及其打印輸出形式採納為證據。根據《聯邦證據規則》803條第6款的規定，由知情人以任何形式制作的關於行為、事件、情況、意見或診斷的備忘錄、報告、記錄或者數據匯編（包括電子計算機存儲器），如果是在當時或其後不久制作的，或者是根據傳來信息制作的，並為正常業務活動所保存，而且，該類制作是此業務活動的正常做法，並能由保管人或其他適格證人作證來證實，則可予以採納。但如果此信息來源或者準備手段、準備情況表明其缺乏真實性的，則不在此限。在普通法中，上述所記錄的事項或者事件以及對此的記錄都必須出於第三人的職責，但本例外只要求在正規的業務活動中制作即可，不過應是“正常做法”。可見，本項例外對普通法的相關規定有較大改革。有關數字證據和電子證據與傳聞證據規則之間關係的論述，可參見何邦武：《論電子數據取證程序的法律規制》，載《雲南大學學報（法學版）》2012年第3期，第82-88頁。

[54] 有關算法證據對傳統證據資格理論的挑戰及回應可參見張迪：《刑事訴訟中的算法證據：概念、機理及其運用》，載《河南大學學報（社會科學版）》2023年第3期，第36-42頁。

據法進行了全面考察，它在1972年提出的第一份報告中提出，盡管不相關的證據不應當在審判中被採納，但是應當存在這樣一種很強的推定，即凡是能夠多多少少證明某一事項的證據實際上都應當是可採的。但是也必須承認，相關證據有些時候是應當排除的，比如當採納該證據可能對被告人造成不公平的偏見，或者損害國家利益，或者當該證據是通過社會以及法院強烈反對的方法而取得時。由於實際的原因，當某一證據的引入會引起混淆而不是使案情更清楚或者該證據使審判包括了那些與爭點事實關聯極小的輔助性事實時，也必須排除。刑事法律改革委員會非常正確地注意到，與一般的假設相反，許多嚴格的證據規則實際上與保護被告人利益相悖。有時要求法官為了確保被告人的正義而採納那些技術上不可採的證據。該報告還主張放寬傳統上嚴格的任意性自白規則。2002年7月，由大法官、總檢察長和內政大臣共同簽署的政府白皮書——《所有人的正義》正式公布。該文件提出要進一步對刑事司法制度進行改革，包括加強對犯罪的控制和案件事實的查明，注重對被害人權利的保護，改革禁止雙重危險原則，改革證據規則，改革陪審團審判案件的範圍和法院的量刑權限等。其中，對證據規則的改革意見包括修改傳聞證據規則，擴大證人書面證言的適用範圍，被告人先前的定罪在一定條件下也可作為證據使用等。在澳大利亞，根據聯邦《1995年證據法》所確立的保障法院發現真實以及降低訴訟成本，提高訴訟效率等項原則，法律對可採性規則、證人資格和強制作證、二手書證及宣誓制度都作了修改。

三是國際性公約、人權準則對證據立法及可採性規則的影響。國際性的人權公約不僅影響著刑事訴訟的程序，而且也影響著證據制度。到目前為止，聯合國已經建立了相當發達的刑事司法準則體系，在刑事證據方面，確立了包括無罪推定、非法證據排除和反對強迫自證其罪等項原則。上述原則分別見於《世界人權宣言》、《公民權利和政治權利國際公約》、《保護人人不受酷刑和其他殘忍、不人道或有辱人格待遇或處罰宣言》、《禁止酷刑和其他殘忍、不人道或有辱人格待遇或處罰公約》等文件中。一些地區性的公約，如《歐洲人權公約》也就上述有關規則規定於其中。這些證據規則本來就在英美等國家得到很好的遵守，美國甚至將有關部門內容以憲法的形式規定下來。可以斷言，它們作為基本的刑事證據規則，將增加作為刑事證據制度的剛性。以英國為例，為遵行《歐洲人權公約》，1998年，英國通過了一部新的法律——《1998年人權法》，於2000年生效。該法對刑事證據的影響主要表現在：（1）《1998年人權法》第6條規定，公共當局的行為與“公約權利”（指《歐洲人權公約》）不一致是非法的。根據該款規定，如果公共當局的行為與公約權利相違背，或者公約權利在任何一級法庭被侵犯，被侵犯者都可以依據公約維護自己的權利。（2）《歐洲人權公約》第6條第2款規定，在沒有依據法律證明有罪之前，每個被指控犯罪的人應推定無罪。應當說公約明確表明了“證明責任應當由公訴方承擔”這一普通法原則，而沒有其他任何例外，與此前英國制定法規定的大量被告人承擔舉證責任的情形相矛盾。

（3）如果採納某項證據將違反公約權利，那麼該項證據不得採納，因此，法官在依據《1984年警察與刑事證據法》行使自由采量權時，應注意：①法庭在行使自由采量權時應考慮《歐洲人權公約》的規定；②如果有明顯違反《歐洲人權公約》的情形，即如果採納某項證據將造成審判不公因而必須排除該項證據，法庭在行使自由裁量權時應予以考慮；③重要的是考慮明顯違反《歐洲人權公約》對程序公正造成的整體影響。

就訴訟制度給證據制度帶來的變化來看，前者對後者的影響可以說既深且巨。達瑪斯卡對此的研究較有代表性和說服力。達瑪斯卡認為，在英美法系國家，二分式的審判法庭的構成、訴訟程序的集中化以及當事人對訴訟活動的強有力影響，三者以其18世紀以來就已經採用的形式支

撐著證據規則和慣例，是普通法中證據法的支柱。侵蝕這三大支柱中的任何一個，英美證據法上最具特色的可采性規則的理論基礎就會被嚴重削弱。然而，對三大支柱的侵蝕已經成為必然。首先是陪審團的衰落。19世紀中期以來，英國的陪審制度開始衰落，由法官單獨審判的案件越來越多。1933年，英國廢止了大陪審團，自此以後，英國的陪審制已基本名存實亡。在刑事訴訟領域，雖然陪審團審判仍然具有憲法上的象征意義，且對非專業裁判的依賴處於最強勢，但也出現了改革。在有些地方，被告人請求陪審團審理的權利並沒有被寫進憲法，該權利本身已經遭受嚴峻的挑戰和一定程度的侵蝕。例如在英格蘭，根據《1977年刑法典》第15條的規定，被告人請求陪審團審判的權利受到限制，這一限制在《1988年刑事司法法》中得到重申。1993年，皇家刑事司法委員會建議，治安法官應當裁定一起刑事案件是否值得提交給陪審團審理。即使是美國，雖然陪審團審理被寫進憲法，但是在所有進入刑事司法系統的案件中，使用正式陪審團審判的案件如今也只占很小的比重。尤其是進入20世紀以來，美國審判實踐中使用陪審團的案件數量也在不斷減少，表現出比英國大得多的書面化傾向，在刑事訴訟中很多案件是通過辯訴交易處理的。而在沒有陪審團的審判中，所有與把法庭劃分成兩個獨立部分有關的證據規則都喪失了其堅實的立足點，而且，英美證據法特有的預防性傾向也在新形勢下喪失了最初的支撐點。達瑪斯卡進而認為，那些在陪審團審判中充滿實用色彩的證據規定和辯論模式在日益增長的非陪審團審判環境下仍得以生存的主要原因是習慣力量的推動，但也已萎縮成僅由法律職業者的慣性所支撐著的程序而已。^[55]第二是審判中心模式的讓位。在刑事案件中，通過審前裁決、證據開示等審前程序，大量案件在審前得到解決，刑事案件不再奉審判中心主義為主臬。隨著審前程序在訴訟中重要性的增加，傳統的圍繞審判中心主義設計的證據制度的重要性開始減弱。以傳聞證據規則為例，由於傳聞的抗辯者現在也可以從審前程序獲取有關信息，所以他在審判中要求該陳述者出庭或者作為替代措施去收集有關其可信度之信息的可能性就增加了。這樣，為防止採納傳聞證據所設置的障礙就減少了，這在書面傳聞中表現最為明顯。^[56]前文所述的幾個國家關於傳聞證據規則的改革就是例證。第三是當事人對訴訟活動的控制受到挑戰。雖然由於當事人對審前程序的積極參與，使得當事人在訴訟中的重要性在整體上得到提高，但是另一種潛在的趨勢也在發展，即由於社會生活的巨大變化而必須減少當事人對事實認定活動的介入，讓法官參與事實認定。這種司法進一步介入事實認定的情形改變了審判的對抗式氛圍，當事人自主行為的空間受到壓縮。

達瑪斯卡最後認為，訴訟制度上的這些變化，使得與普通法系事實認定模式廣泛聯繫的規則和慣例如今往往也喪失了其令人信服的理論基礎和充分的根據，它們面臨的危險是，漸變成過時的古式擺設和被緊閉在司法城堡地牢裏的知識珍本。^[57]總體看來，就證據的可采性而言，英美法系法官的作用和權力在不斷增強，證據的可采性越來越多地取決於法官的判斷和裁量，而不是證據排除規則的預先規定。一方面，由於例外數量的不斷增多，證據排除規則儘管仍然在發揮作用，其實際適用的範圍卻在不斷縮小；與此相應，在訴訟證明中，開始有越來越多的證據具備進入法庭調查的資格。另一方面，即使根據證據規則具有可采性的證據，法官也有權予以排除。英美法

[55] 參見[美]米爾建·R·達瑪斯卡：《漂移的證據法》，李學軍、劉曉丹等譯，中國政法大學出版社2003年版，第175-181頁。

[56] 同上注，第181-182頁。

[57] 同上註，第198-199頁。

系法庭在對證據的採納上，正逐漸從注重對證據資格的審查轉向證明力的判斷。

然而，對於證據可采性的變革和發展需要作理性的分析，證據的可采性問題越來越多地取決於法官的裁量並不意味著可采性規則的作用在減弱。相反，可采性規則仍然是規範證據資格的主要依據。因為，法官雖然享有排除可采證據的自由裁量權，卻不能超越可采性規則而將不可采的證據納入法庭調查程序。從這個意義上說，法官對證據可采性的裁量仍然是在可采性規則的約束下進行的，而且，在承認法官對證據價值憑理性和良知進行評判的制度下，可采性規則實際上是法律約束法官廣泛裁量權的底線。對前文所述的達瑪斯卡的觀點須置身於英美法系國家社會生活的現實，作正確的理解，因為，雖然陪審團審理案件的數量及其作用在下降，審判中心主義在弱化，當事人在法庭審理中的對抗主義色彩在減弱，但是這應當理解為英美法系國家在現代急遽變化的現實生活條件下，為應對爆炸式增長的訴訟糾紛而在公正與效率之間的權衡。從根本上說，對抗制訴訟仍然是英美法系法庭的本質，規制當事人收集證據和法庭舉證的可采性規則依然不可或缺。從整體上來看，效率的追求也是為了實現全社會意義上的更廣泛的公正，重要刑事案件仍然以陪審團方式進行審理也說明了司法對發現真實、實現公正和保障被告人刑事訴訟權利的固守。另一方面，雖然陪審制審判催生了包括傳聞證據規則在內的可采性規則的形成，但陪審制只是後者產生的因素之一，而且，隨著現代社會生活的變化，可采性規則的理論基礎也有所變更，筆者已在前文中就此進行過論述。換言之，陪審制的存廢對當今形勢下的可采性規則的存在並不具有決定性作用。因此，雖然可采性規則確實發生著變化，但其價值取向即追求真實、實現公正的目標並沒有動搖。

對證據可采性規則的分析同樣可適用於傳聞證據規則。在美國，根據《聯邦證據規則》關於剩餘例外的規定，自1975年美國聯邦證據規則生效至1992年，有400多個判決涉及剩餘例外的可采性問題。其中的61%根據剩餘例外所提出的傳聞證據都被法庭採納。由此產生的一個重要問題是，由於剩餘例外為法官和律師提供了一條無須對複雜的傳聞問題詳加分析的捷徑，這是否使得他們在傳聞問題上可以草率從事。^[58]對此的正確理解應該是，一方面如前文所言，傳聞證據規則確實在放寬限制：賦予法官更多的自由裁量權，設定更多的傳聞證據規則的例外。但另一方面需要注意的是，這種放寬並不意味著傳聞證據規則自身的消解。傳聞證據規則的大量例外雖然有政策考慮的因素，但仍然是以必要性和可靠性為保障的，這和傳聞證據規則的本意並不矛盾，大量的規則例外現象不足以顛覆規則自身。而所謂的剩餘例外雖然將採納的自由裁量權賦予了法官，但法官在行使自由裁量權時要受限於剩餘例外所設定的條件，同時，作為法律職業共同體的一員，法官的裁量行為還受到經驗則的約束，有理由相信，在正常情況下，不會作出悖謬的裁決。^[59]

就傳聞證據規則於實現程序公正的價值目標來看，它保障了當事人的交叉詢問權（由此也更利於事實的發現），有利於維持訴訟中控辯雙方力量的平衡，維系了審判的正當性。如果廢除傳聞證據規則，那麼對控訴方和有財力的組織來說，會潛在地使他們因生成證據的優勢和便利而樂於訴訟，控方提出指控的證據將大量增加，其結果將是，被告人的對質詢問權將受到影響。保留傳

[58] See Andrew L.-T. Choo, *Hearsay and Confrontation in Criminal Trials*, Charendon Press, Oxford, 1996, p.172.

[59] 但另一方面，法官的裁決不可避免要受到其偏見、個人經驗等因素的影響，由此產生的問題是過分擴大法官的自由裁量權會從根本上損害審判的公平。有關經驗則的分析可參見王亞新：《對抗與判定——日本民事訴訟的基本結構》，清華大學出版社2002年版，第201—208頁。

聞證據規則還有基於對初審法官能力和公正的不信任，以及其他程序顧慮。^[60] 儘管有學者如Louis Kapla對傳聞證據規則於提高判決的社會可接受度上有爭議，但適用傳聞證據規則對於提高程序保障權等方面的作用卻是不爭的事實。再者，作為一種技術手段，它可以巧妙地將司法判決與傳聞相疏離，實現審判的劇場化效果，保障了司法的權威性，使司法判決顯得更加公正而更易為人接受。此外，就傳聞證據規則與保障發現真實的關係來看，雖然傳聞證據規則本身並不能保證證據的絕對真實，但是，在司法證明活動中，如果要“根據是非曲直作出公平的判斷”（do justice on the merits），那麼對證據的真實性的要求，就怎麼強調也不過分。傳聞證據規則還為當事人控制證人證言的來源提供了手段，無論傳聞證據規則能否絕對有效地排除偽證危險，至少，它指出了傳聞證據具有偽證危險，要求法官對之保持極其謹慎的態度。^[61] 這些都對發現案件真實具有重要的作用。

至於例外的龐雜，導致在適用中產生迷惑的問題，有研究者認為，儘管複雜性無可否認，但在案件的審判中常常只會遇到不足一打的例外，不過不同的例外的普遍性不同而已。對這些常見例外的掌握，並意識到那些不太常見的例外的存在，再具備了區分什麼是傳聞或不是傳聞的實踐知識，應該不會給法律職業者的智力資源施加過重的負擔。^[62]

Abstract: Over the past few decades, a range of external factors have greatly influenced the goals of litigation, the processes used in trials, and the methods employed in investigating forensic evidence. They have challenged the conventional standards of evidence, such as those pertaining to hearsay evidence and its use in criminal proceedings, mostly due to concerns and criticisms regarding the intricacy of the exceptions and the veracity of discovered instances. The laws regarding the admissibility of hearsay evidence in criminal cases are being revised through legislation or legal precedent. A typical historical development pattern for hearsay evidence legislation involves relaxing the basic limits, introducing more exceptions, and granting judges greater authority. The modification of regulations for the admission of criminal hearsay evidence is a manifestation of the reform of laws governing the admissibility of evidence, which is a response to societal advancements. The evaluation of this reform should be conducted accurately, with a focus on upholding procedural fairness and safeguarding the legal rights of criminal defendants. Therefore, the reform remains unaltered and serves as the basis for its ongoing existence and progress.

Key words: Hearsay Rules; Reform of Evidence Rules; Evidence Development Trends

（責任編輯：馬志遠）

[60] See Lempert, R. O., and Saltzburg, S. A., *Modern Approach to Evidence: Text, Problems, Transcripts and Cases* (2nd edn., St Paul, Minn.: West Publishing Co., 1982), 519. & Christopher Muller, 'Post-Modern Hearsay Reform: The Importance of Complexity' (1992) 76 Minnesota Law Review 367.

[61] 參見王莉君：《傳聞證據規則比較研究》，載陳興良主編：《刑事法判解》第6卷，法律出版社2003年版，第204頁。

[62] 參見[美]約翰·W·斯特龍主編：《麥考密克論證據》，湯維建等譯，中國政法大學出版社2004年版，第619頁。