

5 刑事诉讼证据--5.3 证据规则--5.3.2 直接言词证据规则

一、直接言词证据规则的渊源与意义

直接言词证据规则，是指言词证据应当由作证人直接出庭作证，以其言语陈述相关事实，并接受法官和控辩双方的询问与质询，而违背出庭作证要求的言词证据将不被采纳。言词证据的作证人直接出庭作证，是维系审判的正当性和有效性的基本要求。在大陆法系，这一要求体现在直接言词原则中；在英美法系，则以传闻排除法则体现这一要求。

直接言词原则是直接原则和言词原则的并称。直接原则又称在场原则，言词原则又称口证原则。由于二者在其制度要求和实践操作上相互关联，我国学界通常将其合为一项原则。这一原则的基本含义是，法官必须在法庭上直接听取被告人、证人及其他诉讼参与人的陈述，案件事实和证据应以口头方式向法庭提出，控辩双方的攻击防御均以言词方式展开。直接言词原则体现为一种证据规则时，就被称为直接言词证据规则。后者与前者有两点区别：其一，前者主要是一种诉讼程序要求，即诉讼法原则，同时产生证据法影响；后者系证据法的要求，产生证据适用和证据禁止的后果。其二，前者内容更为广泛，是对法官、控辩方律师（公诉案件控方律师即检察官）、当事人及作证人即各种诉讼程序主体的多元化要求。即使涉及举证问题，也是对各种证据举证的基本要求；后者则仅针对作证人及人证，即以人的陈述为内容的证据，就其证据方法提出的要求。可见证据法意义上的直接言词证据规则来源于诉讼法中的直接言词原则，二者既有紧密联系，又有一定区别。

直接言词证据规则的建立，主要是为了进行有效审判，防止冤假错案。因为如果利用书面证言审理，而一方当事人制作的书面证言，其形成条件和环境是不确定的，有些是不可靠的。而且诉讼对方不能对原始人证（即作证人本人）进行有效质证，法官不能通过控辩方的交叉询问和法官自己的直接询问，在听取其作证内容并察言观色中辨别证言的真伪，因此难以形成可靠心证。同时，证言内容有争议的证人不出庭，剥夺了被告人面对反对自己的证人的权利，即对质权，这在程序上也是不公正的。

二、传闻证据规则

英美法系是以传闻证据规则或称传闻法则、传闻排除法则，表达直接言词证据规则的要求。传闻证据规则即传闻法则，是指原则上排斥传闻证据作为认定犯罪事实的根据的证据规则。根据这一规则，如无法定理由，在庭审或庭审准备期日外所作的陈述不得作为证据使用。此外，记载检察官或司法警察职员勘验结果的笔录不具有当然的证据能力，只有当勘验人在公审期日作为证人接受询问和反询问，并陈述确实系他根据正确的观察和认识作成时，才能作为证据使用。鉴定人制作的鉴定结论亦同。只有等鉴定人在庭审时作为证人接受询问和反询问，说明其鉴定书系以正确方法作成时，才具有证据能力。

传闻证据是指两种证据资料：一是证明人在审判期日以外对直接感知的案件事实亲笔所写的陈述书及他人制作并经本人认可的陈述笔录；二是证明人在审判期日就他人所感知的事实向法庭所作的转述。传闻证据有三个特点：（1）是以人的陈述为内容的陈述证据。（2）不是直接感知案件事实的人亲自到法庭所作的陈述，而是对感知事实的书面的或者口头形式的转述；（3）是没有给予当事人对原始人证进行反询问的机会的证据。

传闻法则的确立理由主要是：

1. 传闻证据不可靠和不可信。“由于传播过程中的错误以及人为的欺骗，传闻证据很容易被歪曲。同时，它来源于不在场的证人，该证人既不能对其证据起誓，也不会受到质证，因而其可信程度得不到检验。[1]

2. 传闻证据在诉讼中的使用剥夺了诉讼双方包括被告人对原始人证的询问和反询问的权利，由于无法以交叉询问进行质证，违背了对抗制诉讼的基本精神，容易导致误判。也正是基于这个原因，英美法系将传闻证据规则视为英美当事人主义诉讼中最重要的证据规则。

根据传闻证据的上述特点，下列传闻陈述不是传闻证据：

（1）证明原陈述是否存在的陈述，即原陈述是待证事实时，对原陈述的转述。例如控诉方为证明被告某乙案发前流露过杀人意图，传某甲作证证明某乙案发前所说的流露作案意图的话，某甲的证言不是传闻

证据。

(2) 对附属于犯罪发生时所发出的呼救、惊叹、哭泣和表情等行为的言语部分的陈述，虽属传闻，但不是传闻证据。

(3) 用于其他某些证明目的的传闻陈述。如甲说：“乙曾说过‘我是非洲皇帝’。”甲的陈述系传闻陈述，如果以“乙是否是非洲皇帝”为待证事实时，是传闻证据；如果用于证明乙精神异常，则不是传闻证据。

传闻法则在英美有时被称为“例外的规则”，这是因为在许多情况下，如果绝对排除传闻证据，实际上做不到。一种情况是在某些状况下不得不使用传闻证据。如证人死亡、重病在身或旅居海外、去向不明等。二是从诉讼经济考虑，允许使用传闻证据是切实的。比如，某些书面证据所证问题清楚，诉讼双方均无异议；或者所证问题不重要，而到庭作证可能造成成本太高，而不到庭对案件事实的确认没有影响等。三是为保护作证人等其他原因。如证人系特情人员，出庭作证可能暴露其身份而使其陷入危险或影响其他案件侦查。同时，从证明力的角度上讲，非传来证据未必优于传来证据。比如，书面证言的获得时间距离案件发生时间比较近，在记忆上比较新鲜，因此使证言具有更大的记忆上的可靠性；并且案发初期获取书面证言时各种利害关系等因素对作证人主观上的影响相对较小。总之，如果绝对排除传闻证据，不仅会造成诉讼拖延，而且也势必妨碍查明事实真相，有违设立传闻法则的初衷，因此制定法或判例规定了众多的例外情况，允许传闻证据作为定案证据使用。

对于传闻法则的例外，英美证据理论认为需要具备两个条件：

(1) 具有“可信性的情况保障”(circumstantial guarantee of trustworthiness)，即传闻证据从多种情况看具有高度的可信性，即使不经过当事人反询问，也不至于损害当事人的利益。

(2) 具有“必要性”(necessity)，即存在无法对原始人证进行反询问的客观情形，因而不得不适用传闻证据。如原始证人死亡、病重、旅居海外或去向不明等。

日本刑诉法还规定传闻证据可基于当事人双方同意或合意而取得证据能力。因此日本法中的传闻法则的例外较之英美法更为广泛。除上述情况外，日本刑诉法还规定被告人在庭前陈述对自己不利事实的供述书或供述笔录，以及公证书、商业帐簿、官方记录等具有特别可信性质的“公的证明文书”、“业务文书”和其他文书，也可以作为庭审证据。

我国直接言词证据规则还处于一种初步建立阶段，而且并未采用传闻法则的立法模式，但传闻法则的法理以及传闻区分和传闻例外的一系列技术性处理方式，可以被我们所借鉴。

三、中国刑事诉讼中关于直接言词证据规则的规定

2012年中国《[刑事诉讼法](#)》的再修改，开始在法律上确立实行直接言词证据规则。[《刑事诉讼法》第61条](#)规定“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经过查实以后，才能作为定案的根据”。[《刑事诉讼法》第192条](#)规定：“公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对证人证言有异议，且该证人证言对案件定罪量刑有重大影响，人民法院认为证人有必要出庭作证的，证人应当出庭作证。”同时，法律对警察出庭、鉴定人出庭，以及对证人不出庭允许使用的强制措施做出了明确规定，对证人的保护措施及补偿也做出了明确规定。这些规定体现了直接证据规则的要求。

应当注意，在出庭作证的规定中，法律对亲属出庭作了例外规定，[《刑事诉讼法》第193条](#)规定：“经人民法院通知，证人没有正当理由不出庭作证的，人民法院可以强制其到庭，但是被告人的配偶、父母、子女除外。”这一规定，在一定程度上体现了亲属免证权的要求，体现了国家对亲情伦理的尊重。但是，不强制到庭，并不意味着免除作证义务。而只是免除其必须出庭作证的义务，并不排除其庭前对警察与检察官的作证，因此只能看作直接言词证据规则的一种例外情况。直接言词证据规则在制度上不仅应当要求证人出庭，还应要求限制庭前获得的书面证言在诉讼中的使用，除法律特别规定的情况外，禁止书面证言作为定案依据。对此，我国2012年修改的[《刑事诉讼法》](#)在处理对鉴定人出庭问题上已经注意到这一点。[第192条第3款](#)规定，“经人民法院通知，鉴定人拒不出庭作证的，鉴定意见不得作为定案的根据。”然而，对

证人却未能贯彻这一要求。[第195条](#)沿用过去所作的规定，要求“对未到庭的证人的证言笔录、.....应当当庭宣读。”由于对书面证言未做明确限制，而书面证言使用更方便，控方提供的书面证言更有利于定罪，因此在司法实践中，直接言词证据规则的贯彻势必遇到障碍。

注释：

[1]（英）特纳：《肯尼刑法原理》，华夏出版社 1989 年版，第 530 页。