

庭审实质化背景下的证人出庭作证制度及其完善

步洋洋

(西北政法大学 刑事法学院, 西安 710000)

摘要:我国刑事司法实践中,证人出庭之重要性与证人不出庭之现实间矛盾突出,证人、鉴定人出庭率始终徘徊不前,这不仅背离了直接言词原则与传闻证据规则的基本要求,更严重掣肘当前庭审实质化改革目标之实现。为此,文章拟结合庭审实质化改革的现实背景,在分析证人不出庭作证的立法、司法、观念等综合成因的基础上,指出证人出庭作证制度的完善路径与具体对策,即确立实行“相对的”“不完全的”直接言词原则,在明确“关键证人”应当出庭作证情形的前提下,确立书面证言使用的限制性规则,明确那些应当出庭作证而未出庭的证人证言的程序性后果,从而建立起一套以制度化、常规化出庭作证为主,例外明确化书面证言为辅的混合式人证调查程序。

关键词:庭审实质化;证人;出庭作证

中图分类号:D925.28 **文献标志码:**A **文章编号:**1672-349X(2018)02-0060-05

DOI:10.16160/j.cnki.tsxyxb.2018.02.009

The System of Testify in Court by Witnesses Against the Background of Substantive Court Trial and the Improvement on This System

BU Yang-yang

(School of Criminal Law, Northwest University of Politics and Law, Xi'an 710000, China)

Abstract: In the practice of criminal justice in China, the contradiction between the importance of appearance of witnesses in court and the reality of absence of witnesses in court is becoming more and more obvious, and the ratio of witnesses and appraisers appearing in court has stagnated. This not only deviates from the principle of directness and verbalism and the rule of hearsay evidence, but also severely impedes the realization of the objective of the substantive reform of court trial. In view of the substantive reform of trial, the author of this paper analyzes the legislation, judicature and concept of absence of witnesses in court, and then proposes some approaches and strategies to improve the system of appearance of witnesses in court, i. e. to establish the “relative” and “incomplete” principle of directness and verbalism. On the premise that the “key witness” should testify in court, the restrictive rules for the use of the written testimony should be established, and the procedural consequences of the testimony given by the witness who should appear in court but doesn't should be clarified. A set of mixed institutional and routine witness investigation procedures of witnesses' appearance in court with explicitly exceptional written testimony as a supplement should be established.

Key Words: substantive court trial; witness; appearance in court as a witness

作者简介:步洋洋(1987—),男,吉林长春人,讲师,博士,主要从事刑事诉讼法和证据法研究。

一、证人出庭之重要性与证人不出庭之现实间的矛盾困境

审判方式改革的目的在于强化庭审功能。新形势下的审判程序不仅要求增强庭审的抗辩性,同时要求法庭审理能够做到正视不同证据,倾听不同声音,进而充分发挥刑事庭审在事实查明、证据认定以及司法公正中的决定作用。

无论是在古中国还是古印度,也不论是在古希腊还是古埃及,早期的裁判官在争议裁断时,除倾听诉讼双方各自的陈述外,最常使用的证据种类即为证人证言^[1]。在刑事诉讼中,证人通过表达自我感知得以帮助事实审理者查明案件真相,然而,受一系列主客观因素的影响,证人证言在某些情形下可能存在倾向性、片面性甚至虚假性,因而不只需要事实审理者亲自在法庭上对其察言观色,同时需要接受控辩双方的质疑和询问,从这个意义上讲,证人出庭作证,而非使用庭前的书面证言就成为了法庭审理的重要一环,而证人出庭作证亦称为现代刑事审判制度的基本要求,在西方国家则构成对于被告“对质诘问权”的基本要义与基本保障。

然而,长期以来,证人不愿出庭、不敢出庭、不用出庭、书面证言的泛滥使用等问题却始终困扰着我国的刑事司法实践,成为证人证言这一法定证据种类运用和审查判断中难以走出的“潘式迷宫”。在个别案件的庭审当中,公诉人更是以“辩护人所主张的,应由证人亲自出庭接受询问和质证,以确认询问笔录的真实性,实乃英美法系的做法”作为对于辩方所提出的,应由控方证人亲自出庭要求的回应^[2]。应当说,无论是从诉讼观念层面,还是从司法实践的现实层面来讲,证人不出庭都已经成为我国刑事审判中一个非常突出的问题。法庭审理之中,证人这种基本诉讼角色缺位,而假以书面证言代之的司法现实,不仅严重损害了审判的公正性,剥夺了刑事被告人所享有的面对反对自己证人的基本诉讼权利,更严重阻碍了刑事庭审,乃至整个审判方式改革的展开与推进,凸显了证人出庭之重要性与证人不出庭现实间的矛盾困境。

二、证人不出庭的多元成因分析

2012年《刑事诉讼法》再修改时,立法者曾将提高证人出庭的实践比率作为亟待解决的核心议题,并采取了组合拳式的多种措施^[3]。然而,颇为遗憾的是,2012年《刑事诉讼法》所作之修改并未能达到立法本身的预期目标。根据官方统计,在其实施后的数月中,全国范围内的平均证人出庭率仅为0.12%。在笔者看来,证人不出庭的原因其实具有多元的综合性,其中既有立法上的缺陷,又有诉讼观念以及传统文化因素等原因。具体而言,主要体现在如下两个方面的成因之上。

第一,现行刑事立法上的制度规范缺陷。无论是从刑事诉讼法本身,还是从相关司法解释的内容来看,证人出庭作证之制度规范不仅无助于改善证人不出庭作证的司法现实,更与以直言词为核心的实质化庭审方式相去甚远。从某种意义上讲,现行刑事立法上的制度规范缺陷构成了证人不出庭作证问题的根本原因。

首先,在证人出庭作证的制度规范上,无论是现行《刑事诉讼法》还是最高人民法院出台的《高法解释》,都采取了先确定原则,然后强调例外的立法范式。一方面,立法明确要求证人应当出庭作证,并将其出庭接受双方质证作为证言适用的基本前提。另一方面,立法允许在证人未出庭的前提下,以宣读书面证人笔录的方式加以替代,完全没有对书面证言使用的限制,在客观上为证人不出庭作证打开了方便之门。其实,此种规范冲突在1996年《刑事诉讼法》中即已存在,只是2012年《刑事诉讼法》修改时未予重视,从而加剧形成了刑事庭审中证人不出庭为常态,而证人出庭则成为例外的“倒置”局面,并由此带来了权宜处理下以书面证言或证言笔录替代证人亲自出庭的书证中心主义之弊端,架空了直接审理与言词审理的庭审要求,法庭审理虚化问题由此形成。

其次,在证人出庭的条件规定上,我国立法机关始终坚持一种以职权为导向的立法态度,人民法院在证人是否应当出庭的问题上享有几乎不受限制的裁量权,控辩双方并不享有证人

是否出庭的合意选择权,而是只能消极听从,被动接受。根据现行《刑事诉讼法》第187条第1款之规定,只有在同时满足有异议、有重大影响和法院认为有必要这三个条件的情形下,证人才应当必须出庭。而从这一立法规定本身我们不难看出,现行立法将证人是否应当出庭的决定权完全赋予了人民法院。其所带来的一个直接后果就是,在人证调查程序中,刑事庭审时常延续着这样一个路径展开:控方宣读书面证人证言;法官问被告人是否同意这些内容;被告人说不同意,要求对质;法院则说根据法律规定,完全没有必要^[4]。从某种程度上来讲,立法上的此种规定非但无法改观证人出庭率低下司法困境,反而可能造成这一问题的加剧和深化。

值得一提的是,2016年10月印发的《关于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的意见》第12条改变了现行《刑事诉讼法》第187条第1款关于证人出庭作证应当同时满足有异议、有重大影响和法院认为有必要这三个条件的立法规定,转为规定:“公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对证人证言有异议,人民法院认为该证人证言对案件定罪量刑有重大影响的,证人应当出庭作证。”从而将证人是否应当出庭这一问题建立在控辩双方的意思基础上,一定程度上改变了证人是否应当出庭由法院任意、单独说了算的司法局面。

再次,现行立法在确立强制证人出庭作证之责任制度的同时,并未明确证人不出庭的程序性后果以及庭前所作书面证言的效力。从两大法系国家在此一制度建构上的相关规范来看,那些没有正当理由而不服从法院的传票或命令出庭作证的证人,不仅可能会因藐视法庭而受到刑事处罚,承担应传不到而造成的法庭费用等实体措施,同时除法律另有特殊规定的情形之外,其在庭前所作的书面证言将面临被排除在法庭审理之外,不得作为刑事证据在庭审中使用的程序性后果。与之相对,尽管我国现行《刑事诉讼法》第188条之规定,对于那些无正当理由拒绝出庭或出庭后拒绝作证的证人,人民法院可以施以训诫、拘留等实体性制

裁。但是,《高法解释》第78条第3款则规定:“经人民法院通知,证人没有正当理由拒绝出庭作证或者出庭后拒绝作证,法庭对其证言的真实性无法确认的,该证人证言不得作为定案的依据。”这就使得即使符合出庭作证条件的证人没有出庭,人民法院依然可以在对其采取训诫、拘留等实体制裁的同时,将其庭前的书面证言作为定案的依据,从而将证人出庭之责任制度下的实体性措施和程序性措施片面地割裂开来,客观上加剧了书面证言充斥庭审的司法局面。

最后,证人作证之前的宣誓程序缺失。为昭示证人作证的责任意识,加强证人据实作证的责任感,保证证人证言的真实可靠性,西方法治国家多在其刑事司法中采取证人宣誓作证制度,即要求证人在出庭作证前,通过具结或宣誓的方式,作出本人如实提供证词之声明,并以此声明作为伪证责任追究的依据。从证人宣誓制度的运行机理来看,这一制度本身所承载的基本作用主要有两个:一是以主观存在的对神的敬畏激发其如实陈述作证的道德良知;二是以客观存在的伪证之罚对其施以如实陈述作证的法律压力。我国历史上不乏借助宣誓以增强陈述可靠性的先例,如《周礼·秋官·司盟》就有“有狱讼者,则使盟诅”的相关记载。然而,长期以来,我国立法者始终将证人宣誓制度视为神判制度的残留,在唯物主义价值观念的指导下,不曾刑事诉讼法中对这一制度予以规定。同时,为保证证人证言的真实可靠性,立法者选取了一种折中方案,确立了证人作证的保证书制度。但是,和域外法治国家证人宣誓作证制度所具有的主客观双重作用相比较,我国现行刑事立法下的证人保证书制度仅具有通过审判人员的告知义务实现其对于证人伪证之罚的警示符号学作用。不仅如此,司法解释对于这一制度的规定过于简单,并未明确保证书的效力、签署程序及其与证人伪证责任追究的关联等核心问题,这就使得这一制度的可操作性不强,因而在司法实践过程中往往流于形式,无法达到立法者最初所欲实现的保障陈述真实可靠的立法目的。

第二,司法工作人员的诉讼观念以及我国

传统的社会文化心理制约着证人出庭制度的展开和运行。从检察机关的角度来讲,由于言词证据本身具有易受外界干扰、易变性极强的特征,因而,为防止当庭翻证,出于巩固证言、争取庭审顺利进行的考虑,人民检察院在主观上往往不愿意证人出庭,而是倾向于选择当庭宣读书面证言笔录这一较为稳妥的作证方式。特别是在检察机关反贪部门所办理的贿赂案件中,面对一对一的证人证言,一旦证人当庭翻证,人民检察院往往无法提出证据对被告人的犯罪行为予以佐证;与此同时,从审判机关的角度来讲,审判人员普遍认为证人出庭作证不仅司法成本过大,而且不利于保证办案效率。特别是在法律规定的有限的审理期限之内,假使证人当庭翻证,不仅会增加审判人员庭审调查和庭审辩论的工作量,而且不利于案件的及时结案,完成以“数、率、比”为特征的结案指标。更为重要的是,在绝大多数的案件审理中,出于对侦查机关的信任,审判人员普遍认为即使证人并未亲自出庭作证,在其他证据的印证之下也是完全可以对控辩双方提供的书面证人证言予以鉴别和认定的。因而,出于诉讼效率,以及长久以来形成的刑事法官通过庭前广泛阅卷开展庭前准备活动、通过庭后移送证据形成自由心证的裁判文化与司法惯性,人民法院往往也不愿意证人出庭作证。从这个意义上讲,现行《刑事诉讼法》将证人是否出庭作证的决定权完全赋予人民法院,其原因在很大程度上就是因为立法迁就了法院和检察院的不适当要求。

不仅如此,从社会文化心理的层面分析,证人出庭作证与中国传统的社会文化心理不相适应。具体而言,我国自古就有“厌讼”“畏讼”以及“和合”的社会文化心理传统。在这一文化心理的长期作用下,我国公民对于出庭作证普遍具有抵触情绪。由于在庭审作证时,证人需要接受控辩双方的质询,难免与控辩双方产生正面冲突。因而,对于出庭作证下的当庭指证,很多人常常会感到难以适应。同时由于法律意识淡薄、作证义务的观念性不强等原因,部分证人也将会出庭作证看作是能避免即避免的一种负

累,而这亦构成长期以来我国刑事诉讼中证人出庭率低下的一个重要原因。

三、证人出庭作证制度的完善路径与对策分析

以庭审方式改革的视角进行分析,笔者认为,我国当下证人出庭作证问题的有效解决,以及庭审实质化改革目标之实现,均应当沿着旨在废除庭审内容上的案卷笔录中心主义,贯彻相对直接言词原则的路径出发,即在明确“关键证人”应当出庭作证情形的前提下,确立庭审书面证言使用的限制性规则,建立起一套以制度化、常规化出庭作证为主,例外明确化书面证言为辅的混合式人证调查程序。

从我国当前的司法实践来看,约有70%的刑事案件通过简化审理程序得以有效处理,而仅有约30%的刑事案件适用普通程序审理。同时,在这30%适用普通程序审理的案件中,约有10%~15%的被告人不认罪或选择作出无罪辩解。因而,立法层面对于证人应当出庭作证的明确规范,并非要求所有刑事案件中的所有证人均应出庭,倘若如此要求,既没必要,也不现实。笔者认为,正如庭审实质化的要求和目标主要适用于被告人不认罪案件的审理一样,相对的直接言词原则、关键证人出庭作证制度亦应当主要集中在此类案件之中。为实现繁案精审,建立起一套以制度化、常规化出庭作证为主,例外明确化书面证言为辅的混合式人证调查程序,笔者认为现行刑事立法至少应当在如下几个方面作出补充和修改。

第一,刑事立法应对证人必须出庭的情形加以明确规定:①证人证言对于定罪量刑具有重大影响,且控辩双方对其持有异议。如证实犯罪构成要件的证人,证实自首、立功、中止等重大量刑情节的证人,影响此罪与彼罪即具体罪名认定的证人等。②在那些可能会判处被告人死刑的案件审理中,尽管辩方未就控方所提交的书面证言提出异议,人民法院也必须通知证人亲自出庭,以确保死刑案件审理的严肃性和审慎性。③人民法院自由裁量的其他重大案件,如社会影响重大或涉外案件等,人民法院认

为证人有必要出庭的,则应当依法通知其出庭。

第二,应当根据直接言词原则与传闻证据规则的要求,确立书面证言使用的限制性规则。借鉴域外法治国家对于审前阶段书面证言采信使用的规定,笔者认为我国刑事立法应当以列举性的方式明确下列书面证言使用的情形:①具有可信性的情况保障。如庭外陈述具有与庭审相似的条件,有全程录音录像或控辩双方在场情况下采集的证言等。②已经经过控辩双方询问、质证的证人证言。如一审中经过双方询问、质证的证人证言的法庭记录,如果没有例外情况,可以直接运用于二审程序以证明同一争议事实。③具有必要性。如已经死亡或已无作证能力的证人在生前或尚有理性之时提供的具有可信性保障的证人证言。④控辩双方一致同意采用的书面证言。如果控辩双方对于某证人直接出庭均无异议,则该证人即可以不出庭,而直接确认其书面证言的效力,这本身也符合诉讼经济的要求。⑤非关键性证人。

第三,为防止书面证言笔录使用的扩大化,革除案卷笔录中心主义所带来的诸多弊端,立法上除了需要明确书面证言使用的情形外,尚需明确对于那些应当出庭作证而未出庭的证人证言的程序性后果,即证言笔录不具有证据能力,不仅不能在法庭上出示,更不能作为定案的根据^[5]。同时,笔者主张将成都市中级人民法院“关于庭审实质化改革试点方案”中的有益经验进行推广。一方面,在言词证据作出者亲自出庭参与法庭调查程序之前,审前程序中形成的各种书面笔录必须处于备而不用之状态,即不得在控辩双方进行证据调查之前出示,以免法官受到这些书面笔录的不当影响;另一方面,将言词证据提出者亲自出庭作证作为人证调查的常规化方式,绝非全盘否定书面笔录在庭审中的使用。在人证调查的过程中,假使发现前后陈述不一致的言词证据,或调查中发现遗漏

了某些重要事实,则可以通过审前形成的书面笔录对陈述不一致的,或尚有遗漏的言词证据进行弹劾或补充,以发挥其本身所具有的弹劾或印证功能,并由法官根据全案的证据情况综合判断哪一个陈述更为真实可靠。

第四,鉴于证人保证书制度的前述不足,笔者主张在我国当前的刑事司法实践中逐步推行证人宣誓作证制度,通过司法解释明确证人宣誓的方式、时间以及以未成年证人为代表的宣誓作证之例外。更为重要的是,司法解释应当明确宣誓的法律效力及制裁措施,在将其作为作证的前提程序要求的同时,调整刑法实体法上关于伪证罪之相关规定,明确只有经过宣誓或具结作出的虚假证人证言,才能追究其伪证责任,从而为证人作证的真实可靠性施以道德和法律层面的双重约束。与此同时,应当着力加强司法工作人员的培训工作,促使其从根本上转变司法观念,切实有效地贯彻执行上述规定,以避免法律良性之善再一次面临沦为流弊之尴尬,使法律文本本身真正走出“只闻楼梯响,不见人上来”的纸上谈兵阶段。

参考文献:

- [1] 何家弘. 证人制度研究[M]. 北京:人民法院出版社,2004:1.
- [2] 张思之,李会. 刑事诉讼中证人证言与询问笔录的辨析[J]. 律师与法制,2003(3):48.
- [3] 陈光中,步洋洋. 审判中心与相关诉讼制度改革初探[J]. 政法论坛,2015(2):125.
- [4] 步洋洋. 刑事庭审虚化的若干成因分析[J]. 暨南大学学报(哲学社会科学版),2016(6):85.
- [5] 汪海燕. 论刑事庭审实质化[J]. 中国社会科学,2015(2):115.

(责任编辑:白丽娟)