

立、合格的技术人员对侦查讯问的全部过程进行同步录音与录像，以便防止讯问过程中出现违法或者违规现象以及犯罪嫌疑人事后翻供；五是参照《公民权利和政治权利国际公约》第14条第3款的规定，取消现行法关于“如实回答”的规定，明确肯定犯罪嫌疑人不被强迫供认罪行的权利，保障犯罪嫌疑人陈述的自愿性；六是在未成年人犯罪案件、犯罪嫌疑人强烈要求由律师陪同的案件以及侦查机关认为律师在场不影响讯问的案件中，允许犯罪嫌疑人的律师在侦查讯问过程中在场，但除侦查讯问明显违反法律规定的以外，在场律师不得干扰侦查讯问活动。

第三，最大限度地限制侦讯结果的证据能力，以司法权制约侦查讯问权。在排斥律师在侦查阶段享有调查取证权的前提下，立法应当赋予犯罪嫌疑人的律师在侦查阶段及时查阅讯问笔录、申请证据保全和司法鉴定的权利，以便借助律师的力量尽可能地避免讯问活动的偏差；当侦查讯问笔录与被告人的庭审陈述不一致时，法院应当优先采用庭审陈述；明确规定检察机关对口供合法性的证明责任、证明标准以及排除非法口供的程序，严格排除以刑讯逼供等非法方法收集的口供。

第四，最大限度地收集和运用口供以外的证据，确保侦查、起诉机关拥有揭露、证实犯罪的基本条件。为此，立法应当参考联合国《打击跨国有组织犯罪公约》和《反腐败公约》的相关规定，将实践中广泛运用的技术侦查手段法律化，为侦查机关依法秘密收集实物证据提供法律保障；同时，立法还应当吸收近年来一些司法解释和地方性证据规则的规定，适当限制传闻证据的证据能力，明确要求关键证人、鉴定人以及其陈述受到质疑的被害人必须依法出庭作证，接受控辩双方的质证，以充分保障控辩双方的质证权，确保法院最终的判决基础是确实、充分的证据而不主要是口供。

拓宽刑事证人作证制度的研究视野

熊秋红（中国社科院法学所研究员）

在我国关于刑事诉讼法修改问题的讨论中，证人出庭作证问题始终受到理论界和实务界的高度关注。我国刑事诉讼法学界对于刑事证人作证制度的研究，经历了从规范研究到实证研究的转变。早在1996年的刑事诉讼法修改之前，刑事证人作证制度的完善问题已经引起了学术界的关注。当时一些学者认为，司法实践中证人拒绝作证现象时有发生，与立法上对证人权利保障不够和对证人拒绝作证行为未规定惩戒措施不无关系，因此建议从确立证人作证的补偿制度、增加保障证人人身安全的条款、给予拒绝作证的证人以司法处分等几个方面对刑事证人作证制度予以完善。^{〔60〕}上述建议是对德国、日本、加拿大等国以及我国台湾地区立法的参考和借鉴。

1996年的刑事诉讼法修改，关于证人作证，增加了如下规定：“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”（第49条）；“辩护律师经证人或者其他有关单位和个人同意，可以向他们收集与本案有关的材料，也可以申请人民检察院、人民法院收集、调取证据，或者申请人民法院通知证人出庭作证。辩护律师经人民检察院或者人民法院许可，并且经被害人或者其近亲属、被害人提供的证人同意，可以向他们收集与本案有关的材料”（第37条）；“询问不满十八岁的证人，可以通知其法定代理人到场”。上述规定从总体上加强了对证人的保护。

〔60〕 参见陈光中、严端主编：《〈中华人民共和国刑事诉讼法〉修改建议稿与论证》，中国方正出版社1995年版，第180页以下。

刑事审判方式的改革,使得庭审中询问证人的程序发生了改变。1979年的刑事诉讼法第115条规定:“审判人员、公诉人询问证人,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法律责任。当事人和辩护人可以申请审判长对证人、鉴定人发问,或者请求审判长许可直接发问。审判长认为发问的内容与案件无关的时候,应当制止。”该规定体现出强职权主义的色彩——公诉人与审判人员“平起平坐”,被告方与公诉方地位不对等。1996年的刑事诉讼法第156条将之修改为:“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。审判长认为发问的内容与案件无关的时候,应当制止。审判人员可以询问证人、鉴定人。”通过该规定,一种“控辩式”的庭审方式得以建立。但是,由于实践中证人出庭作证率低下,导致审判方式改革成效甚微。

证人不出庭作证被视为困扰我国刑事审判方式改革的一个瓶颈问题。此后,大量的研究仍聚焦于重申上个世纪90年代中期就已提出的那些改革建议。^[61]规范研究成为一种占主流的研究方法。近些年来,实证研究受到刑法学学者的重视。关于证人出庭作证,其中较为引人注目的是四川大学的左卫民教授所做的研究。通过实证研究,他发现,证人方面的主客观因素不是妨碍证人出庭的主要因素,证人出庭率极低的主要原因是检察官的消极态度以及书面的裁判机制。^[62]这样的研究结论对主流观点提出了质疑。因为长期以来,学术界将证人出庭率低下归因于证人态度——不愿或不敢作证,并提出将经济补偿、证人保护、强制作证等作为治本之策。研究方法从规范研究向实证研究的转变,拓宽了刑事证人作证制度的研究视野。

对于刑事证人作证制度的研究,所发生的另一变化是从证据研究到程序研究的转变。从证据法的角度看,证人证言是证据种类之一,它服务于查明案件事实真相的目的。一般认为,审判人员直接听取证人证言,听取控、辩双方的意见,有利于审判人员客观、全面地对证人证言进行审查判断,正确认定案情。因此,刑事诉讼法第47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且经过查实以后,才能作为定案的根据。”然而,证人以何种方式作证更有利于案件实体真实的发现,是一个存在争议的问题。“越早的陈述越可能是真实的,先前陈述往往比法庭证言更接近事实发生的真相,而且通常情况下几乎就是事实发生的真相。因此,先前陈述更清新、更完整也就更具有准确性。”^[63]交叉询问对于发现案件事实真相的重要性,是一个难以证明的问题,它更多地来自于法律职业者的经验。由此,我们不难理解,在非常重视发现案件实体真实的我国刑事诉讼中,对于证人出庭作证问题为何呈现出一种“犹抱琵琶半遮面”的状态。一方面,在理论上强调证人出庭作证对于正确认定案件事实的重要性;另一方面,在实践中司法人员在很大程度上却对证人出庭作证持消极态度。^[64]

仅从发现案件实体真实出发,尚不足以对证人出庭作证的必要性、重要性提供充分的支持。因此,近些年来,一些学者转换研究路径,从法律的正当程序、被告人的公正审判权以及包含其

[61] 参见宋英辉主编:《刑事诉讼法修改问题研究》,中国人民公安大学出版社2007年版,第174页以下。

[62] 参见左卫民、马静华:《证人出庭率:一种基于实证研究的理论阐述》,《中国法学》2005年第6期。

[63] 参见[美]约翰·W·斯特龙主编:《麦考密克论证据》,汤维建等译,中国政法大学出版社2004年版,第495页。

[64] 参见前引[62],左卫民等文;白明、李岫生、姚晓滨:《证人出庭率低的原因及对策》,《辽宁检察实务研究》2009年第1期。

中的对质权出发,来探讨刑事证人作证制度的相关问题。^[65]在保障人权成为刑事司法主流话语的今天,以对质权为中心审视刑事证人作证制度,具有特殊的和普遍的意义。从国际层面看,对质权作为公正审判权的组成部分,通过国际人权法和区域性人权法的规定,已经获得了超越国界的认可。在我国,确立对质权,保障被告人对不利于己的证人进行当庭质证,同时可要求有利于己的证人强制性出庭,有利于促进审判的实质化和加强审判的公正性,其现实意义十分明显。从正当程序的角度看刑事证人作证制度,可知证人出庭率低下不是问题的关键,对质权没有得到保障才是我国刑事审判中真正的问题之所在。研究视角从证据研究向程序研究的转变,丰富了刑事证人作证制度的研究内涵。

笔者认为,关于刑事证人作证制度的研究,有待实现从静态研究到动态研究的转变。目前我国学术界对于刑事证人作证制度的研究偏重于静态研究,缺乏一种历史的、动态的、系统的分析眼光。考察刑事证人作证制度的历史发展,比较不同国家的刑事证人作证制度,可以看到,证人作证在刑事审判中的意义悄然发生着变迁。

首先,科学技术的进步推动了刑事证明方法由以“人证”为主的证明方法向以“物证”为主的证明方法转变,科技手段在人类司法证明活动中起着越来越重要的作用。在此背景下,普通证人证言的重要性正在逐渐削弱,而专家证言的作用则日益明显。所以,我们需要重新审视鉴定人在刑事诉讼中的地位,将鉴定人纳入刑事证人作证制度的总体框架中予以考虑。鉴定人作为专家证人,应当和普通证人一样出庭接受讯问和质证。由于科学本身的不确定性、伪科学、“冒牌”专家等问题的存在,我们对科学的应用持健康的怀疑态度,使其接受不断的批评和监督,不能把鉴定人看作“科学的法官”,将“鉴定结论”视为“科学的判决”。

其次,传统的刑事诉讼建立在国家与被告人具有相互对立的诉讼立场的基础之上,凸显了证人出庭作证的必要性。而目前刑事诉讼中辩诉交易的蔓延、刑事和解的勃兴以及恢复性司法理念的倡导,促进了合作性司法模式的形成与发展,^[66]从而在较大程度上降低了刑事诉讼对于实体真实的追求,同时也消解了证人出庭作证的重要性。在此背景下,如何保障被告人最低限度的对质权以及满足诉讼公正的基本要求,就成为我们不得不予以认真考虑的一个重要问题。虽然审判是刑事诉讼程序的中心这一传统论断不再代表刑事诉讼的现状,^[67]但不可否认的是,证人出庭作证仍然是现代刑事审判的基本特征之一,在重大、疑难、复杂案件的审理中,证人出庭作证不可或缺,它对于刑事司法公正具有极为重要的标示作用和象征意义。在此类案件中,如果被告人对于证人证言提出异议,证人应当出庭作证。

再次,在早期刑事诉讼法的文本中,对于秘密侦查方法未作规定,因为刑事侦查被假定为以侦查人员和被追诉对象之间的坦诚接触为基础,尽管自古就有的卧底侦查、诱惑侦查等秘密侦查方法在刑事诉讼实践中被少量运用。而在现代刑事诉讼中,与科学技术的发展以及犯罪的复杂化相适应,秘密录音、秘密录像、电话窃听、互联网上信息拦截、卧底侦查、诱惑侦查等秘密侦查方法在刑事侦查中扮演着日益重要的角色。警察、卧底警探、卧底者、线民等特殊证人如何作证,也是我国在构建和完善刑事证人作证制度时应当予以考虑的问题。警察出庭以证明侦查程序

[65] 参见廖耘平:《对质权制度研究》,中国人民公安大学出版社2009年版;陈永生:《论辩护方到庭质证的权利》,《法商研究》2005年第5期;屈新:《刑事被告人质证权的程序保障》,《中国政法大学学报》2009年第1期;龙宗智:《论刑事对质制度及其改革完善》,《法学》2008年第5期。

[66] 参见陈瑞华:《司法过程中的对抗与合作——一种新的刑事诉讼模式理论》,《法学研究》2007年第5期。

[67] 参见[德]托马斯·魏根特:《德国刑事诉讼程序》,岳礼玲、温小洁译,中国政法大学出版社2004年版,第134页。

或侦查方法的合法性，意味着程序性事实争议已开始被纳入证人出庭证明的范围；对于特殊证人的保护，应当有一定的限度，不能以保护证人为由，任意限制乃至剥夺被告人的对质权。允许卧底警探、卧底者、线民等匿名作证，必须有充分的理由相信匿名作证的目的是为了保护他们和他们的家庭或者避免对其未来行动造成损害，且匿名证人的证言不能作为判决被告人有罪的唯一证据或者决定性证据。

最后，被害人是一种广义上的证人，作为刑事案件的亲历者，其陈述对于案件事实的准确认定起着举足轻重的作用。但是，被害人对刑事司法活动的参与尤其是当庭提供证言、接受控辩双方的质证，则可能使其遭受额外的艰难、伤害和损失。在传统的刑事诉讼中，被害人的安全、隐私以及恢复权等未受到充分的尊重。随着被害人权利保护运动的兴起，在保障被告人对质权的同时，如何防止被害人再次受害，就成为刑事司法中应当予以关注的问题。在刑事证人作证制度的设计中，应当注意保护被告人与保护被害人之间的平衡。

以上情况表明，刑事证人作证制度并非简单的技术性问题，科学技术的发展、诉讼理念的更新、社会的多元化与复杂化、各种利益的重新调整，为刑事证人作证制度的现代形态注入了新的内涵，因此，从总体上看，对于刑事证人作证制度的研究需要更加广阔的视野，应当将其置于刑事诉讼制度发展的整体社会背景下予以考量，而不应仅仅停留于对中国与外国诉讼制度、证据制度简单的对比分析；也不宜抛开制度的不同运行环境，仅仅截取某一侧面（如证人出庭率^{〔68〕}）进行粗略的类比分析。唯有如此，对于刑事证人作证制度的研究才能达到“既见树木，又见森林”的境界。

建立有刚性且有可行性的违法证据排除规则

龙宗智（四川大学法学院）

我国当前刑事司法法治的构建与完善当以确立违法证据排除规则为最困难且最重要。这一问题之所以难以解决，是因为证据信息的有限性与刑事程序的正当性之间始终存在冲突和紧张关系。因顾及信息有限而保护证据资源，是证据搜集与提供主体的自然选择。然而，国家的程序法治需要在有效证明与程序正当之间寻求一种平衡，就必须建立抑制非法取证的机制。但遗憾的是，中国现行程序制度和程序运行机制并没有给出这样的机制。其主要原因，一是观念和 policy。有力打击犯罪，维护法律秩序仍然是不可动摇的司法主导观念，也是刑事政策的重点。在“稳定压倒一切”的政策指引之下，尤其在反黑风暴、反贪浪潮、特殊事件处置以及其他各种类型的“严打”之中，依法取证的程序要求往往显得苍白无力。二是体制和机制。公、检、法互相配合制约的线性构造，随之产生的“司法一体化”，以及因特殊作用、地位而形成的侦查取证机关的强势和裁判制衡机关的权威不足，形成排除违法证据的体制与机制障碍。三是规则的问题。亦即诉讼法相关证据与程序规则的欠缺以及法律规则缺乏刚性。刑诉法迄今只有合法性的一般要求却无违法排除规范，司法解释^{〔69〕}虽有规定，却存在不合理、不全面以及刚性不足的问题。多重障碍，使中国刑事程序中的排除规则迄今未能有效建立。

〔68〕“证人出庭率”本身有不同的统计方法，如以所有刑事案件作为基数进行统计、以有证人证言的案件作为基数进行统计、以“关键证人”的数量作为基数进行统计等，目前的研究未能关注其中的差异，只是笼统地说“证人出庭率最高不足10%”。

〔69〕最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第61条及最高人民检察院《人民检察院刑事诉讼规则》第265条。