

庭审实质化背景下证人庭前证言的运用及其限制

史立梅

内容提要:自1979年起至今,证人在审前向公安司法机关提供的证言在我国法律规定中经历了从“未到庭证人的证言”到“庭前证言”的变化,这种称谓上的变迁体现着我国立法和司法机关在证人出庭作证和证人证言运用方面的态度逐渐趋于合理化。欲推进以审判为中心的诉讼制度改革,真正实现庭审实质化,我国还需经历一个从“庭前证言”被普遍允许进入法庭时期到严格规范“庭前证言”的运用及其限制时期,即在确立直接言词原则的基础上,对证人不出庭情况下的庭前证言和证人出庭情况下的庭前证言的证据资格予以规范,严格限制能够进入法庭的庭前证言范围,以确保法官的心证主要建立在当庭证言的基础之上。

关键词:庭审实质化 证人证言 庭前证言 直接言词原则 证据资格

史立梅,北京师范大学刑事法律科学研究院教授。

“推进以审判为中心的诉讼制度改革”是党的十八届四中全会提出的我国刑事诉讼制度改革的重要目标。这一改革目标其内在包含着庭审实质化的要求,而证人、鉴定人出庭作证则是实现庭审实质化的重要保障之一。一直以来,证人出庭作证都是我国刑事诉讼制度运行中的一大难题,1996年和2012年《刑事诉讼法》修改虽然都把这一问题作为重点加以强调,并且对相关的法律制度进行了完善,但仍未摆脱证人出庭率过低的现实,大量的庭前证言在法庭上被宣读和采纳,并成为法官认定案件事实的重要依据,从而导致了庭审围绕着侦查案卷笔录而进行,侦查的结论左右着法院判决的最终结果。“以审判为中心”必然要求改变这种状况,其基本路径则是在要求证人、鉴定人亲自出庭作证的同时,对其庭前证言的运用进行严格限制,以确保法官的心证主要建立在当庭证言的基础之上。

一 证人庭前证言运用及其限制的制度背景

证人在审前的侦查、审查起诉等程序中向公安司法机关就与案件有关的事实情况所

提供的证言,在我国经历了从“未到庭证人的证言”到“庭前证言”称谓上的变化,这种变化不仅仅是表面上的词语更迭,其中更反映着我国立法机关与司法机关在证人出庭作证和证人证言运用方面态度的变化,并且构成了在“以审判为中心”和庭审实质化背景下研讨如何正当并合理地运用证人证言的基础。

自 1979 年我国第一部《刑事诉讼法》颁布实施,到 2010 年 5 月最高人民法院等五部委联合发布《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》,在长达 30 余年的刑事立法和司法实践中,证人在审前向公安司法机关提供的证言一直被称为“未到庭证人的证言”,其主要载体是公安司法人员询问证人时所制作的笔录。1979 年《刑事诉讼法》第 36 条、第 116 条对于证人是否出庭作证并不关注,对于证人在法庭上提供的证言与证人在审前的证言笔录也不作区分,实践中几乎没有证人出庭作证,在法庭上证人证言作为证据基本上表现为“未到庭证人的证言”,即审前的证言笔录。这是 1979 年刑事诉讼法所确立的案卷移送制度和书面审理方式在逻辑上的必然结果,正如有学者所言,“在刑事司法传统语境中,证人不出庭与刑事诉讼构造之间不但不会发生冲突,而且正是后者的结构性功能表现,其现实合理性显而易见”。^[1] 1996 年我国刑事诉讼法进行了较大规模的修改,其主要目标是解决 1979 年刑事诉讼法所采取的书面审理方式及其导致的庭审流于形式的问题,确立控辩式庭审方式并实现庭审实质化。为实现这一目标,1996 年刑事诉讼法改变了检察机关全案移送案卷材料的起诉方式,要求其只能向法院移交起诉书、证据目录、证人名单以及主要证据的复印件或照片(第 150 条规定)。但是,法律上并没有明确提出“证人应当出庭作证”的要求,并且与 1999 年最高人民法院出台的《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》共同沿用了“未到庭证人的证言”这一称谓,所体现的法律于证人证言的态度显然与法律修改的初衷相背离、与控辩式庭审方式不相符。“未到庭证人的证言”在法庭上不加限制的使用导致了实践中极低的证人出庭率。学者调研统计,我国司法实践中证人出庭率普遍在 5% 以下,有的地方甚至不足 1%。^[2] 这在一定程度上导致了我国刑事诉讼依然没有走出“笔录中心主义”的裁判方式,^[3] 控辩式庭审方式改革和庭审实质化的努力基本上以失败而告终。

2010 年 5 月 30 日最高人民法院等五部委联合发布了《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》(以下简称《死刑案件证据规定》)对证人出庭作证的情形进行了明确规定,并被称为确立了“有限的直接言词证据原则”。^[4] 在本规定第 15 条中,“庭前证言”一词开始出现,并且在与“庭审证言”相对应的意义上被使用。而对于那些未出庭作证的证人在审前提提供的证言,《死刑案件证据规定》仍称之为“未出庭作证证人的书面证言”,与原来的“未到庭证人的证言”保持了一致。这种局面一直持续到 2012 年刑事诉讼法修改之后,其中蕴含着最高司法机关在证人出庭和庭审实质化问题上所持的矛盾立场,

[1] 左卫民、马静华:《刑事证人出庭率:一种基于实证研究的理论阐述》,《中国法学》2005 年第 6 期,第 164-165 页。

[2] 参见陈卫东主编:《刑事诉讼法实施问题调研报告》,中国方正出版社 2001 年版,第 126 页。

[3] 参见陈瑞华:《案卷笔录中心主义——对中国刑事审判方式的重新考察》,《中国法学》2006 年第 4 期,第 63-79 页。

[4] 参见黄晓云:《把好事实证据关提高刑事案件质量——最高人民法院刑三庭副庭长吕广伦就〈办理死刑案件证据规定〉和〈非法证据排除规定〉答记者问》,《中国审判》2010 年第 7 期,第 7 页。

也预示着我国刑事诉讼制度未来改革的两种可能走向:一是坚持庭前证言与庭审证言的区分,并将证人在审前提供的证言一概称之为庭前证言,在此基础上严格规范庭前证言的使用,彻底落实直接言词原则,促进庭审实质化的实现;二是仍然同时使用“庭前证言”与“未到庭证人的证言”两个词,仍然在表面上的庭审实质化追求和实践中的笔录裁判方式二者之间徘徊。

为解决我国刑事司法实践中证人出庭率低,控辩式庭审方式难落实,审判仍然以笔录为中心的问题,我国2012年修改刑事诉讼法将完善证人出庭作证制度作为一项重要内容列入其中。但是法律第190条延续了1996年《刑事诉讼法》第157条的规定,要求公诉人、辩护人对“未到庭证人的证言”笔录当庭宣读。由此,“未到庭证人的证言”依然被允许在庭审中使用,即便该证人应当出庭而未出庭。对于《死刑案件证据规定》中关于“庭前证言”与“庭审证言”之间的关系问题,法律并没有提及。对此,2013年最高人民法院《关于适用〈刑事诉讼法〉若干问题的解释》第78条第2款予以了补充,即“证人当庭作出的证言与其庭前证言矛盾,证人能够作出合理解释,并有相关证据印证的,应当采信其庭审证言;不能作出合理解释,而其庭前证言有相关证据印证的,可以采信其庭前证言”,同时本条第3款也规定“经人民法院通知,证人没有正当理由拒绝出庭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根据”,这进一步明确了“未到庭证人的证言”在法庭上的证据资格。2012年《刑事诉讼法》及其司法解释对“未到庭证人的证言”与“庭前证言”的同时使用,意味着其在证人出庭作证以及证人证言的运用问题上并没有超越《死刑案件证据规定》,相反,其对证人应当出庭作证条件的严苛限制,与《死刑案件证据规定》相比甚至是一种退步。因此,尽管法律为强化证人出庭作证特别规定了强制证人出庭措施以及证人保护和补偿措施,但并没有在根本上扭转证人出庭难的问题。实践中,虽然有些地区在某一时期较为重视证人出庭问题,并对证人出庭持较为积极的态度,从而使证人出庭率达到一个较高的水平,^[5]但是从普遍情况来看,证人出庭率较之2012年刑事诉讼法修改以前并没有发生什么改变。根据我国学者的调研,在某些基层法院审理的案件中证人出庭率不到5%,甚至不到2%。同样的结论也被其他学者的考察所证实:在随机选取的来自全国15个省、市、自治区、直辖市的100个案件中,仅有3个案件有证人、鉴定人出庭,出庭率仅有3%。^[6]因此,从全国平均情况来看,证人出庭率仍然维持在一个很低的水平。总之,《死刑案件证据规定》中“未到庭证人的证言”和“庭前证言”二者并存的局面在2012年刑事诉讼法及其司法解释中继续得以维持,刑事审判以笔录为中心的局面不但没有随着新法的颁布实施得到改善,反而随着重新确立的全案移送制度得以固化,侦查结论依然左右着法院的裁判结果,庭审实质化的任务依然未能完成。

[5] 参见黄广军、龚正良:《江西丰城:多措并举为刑事案件证人出庭作证保驾护航》,正义网2015年8月19日报道, http://www.jcrb.com/procuratorate/jckx/201508/t20150819_1537374.html,最近访问时间[2017-06-22]。

[6] 参见韩旭、王剑波:《刑事庭审质证运行状况实证研究——以100个庭审案例为样本》,《法治研究》2016年第6期,第47页。

2014 年 10 月,党的十八届四中全会通过了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,提出了“推进以审判为中心的诉讼制度改革”的要求,并明确提出“保证庭审在查明事实、认定证据、保护诉权、公正裁判中发挥决定性作用”。为实现这一改革任务,2016 年 7 月最高人民法院等五部委联合发布了《关于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的意见》(以下简称五部委《意见》),从 21 个方面对如何推进改革进行了规定,其中第 12 条提出了“落实证人、鉴定人、侦查人员出庭作证制度,提高出庭作证率”的要求,并对证人出庭作证的条件进行了修改,删除了 2012 年《刑事诉讼法》第 187 条中关于“人民法院认为证人有必要出庭作证”的规定,即只要“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”,证人就应当出庭作证。在此基础上,2017 年 2 月最高人民法院发布了《关于全面推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的实施意见》(以下简称最高法院《实施意见》),在这个意见中,“未到庭证人的证言”一词彻底被“庭前证言”所取代,根据本意见的规定,“证人没有出庭作证,其庭前证言真实性无法确认的,不得作为定案的根据。证人当庭作出的证言与其庭前证言矛盾,证人能够作出合理解释,并与相关证据印证的,可以采信其庭审证言;不能作出合理解释,而其庭前证言与相关证据印证的,可以采信其庭前证言”。〔7〕最高法院《实施意见》以“庭前证言”统称证人在审前向公安司法机关提供的证言,不再以证人是否到庭对审前证人证言的称谓加以区分,这充分体现了以庭审为中心的价值理念和价值追求。不过该《实施意见》对庭前证言的运用并没有加以细化和区分,而是一概允许庭前证言在法庭上出示和查证,其中也包括了应当出庭而不出庭的证人的庭前证言,这距离实现庭审实质化的要求还有较大差距。

二 证人庭前证言运用及其限制的基础:直接言词原则

庭前证言的运用是一个非常复杂的问题。具体而言,庭前证言包括以下两种情形:一是证人不出庭情况下的庭前证言,其具体包括证人应当出庭而不出庭、证人不能出庭、证人不必出庭时的庭前证言;二是证人出庭情况下的庭前证言,其具体包括证人拒绝提供证言、庭前证言与庭审证言不一致、庭前证言与庭审证言一致等几种情形。而对庭前证言的运用又包括庭前证言的证据资格问题和证明力问题。最高法院《实施意见》不仅未对庭前证言的具体情形加以区分,而且只对其证明力问题进行了规定,完全忽略了庭前证言的证据资格问题。总结以往的经验教训,这很难保证我国刑事诉讼就此摆脱笔录裁判的方式。可以预见,在以审判为中心的诉讼制度改革背景和庭审实质化的要求之下,我国刑事诉讼法律制度在证人证言问题上终将进入一个对庭前证言的运用规则,特别是庭前证言的证据资格加以规范的时期。

(一) 直接言词原则与我国的庭审实质化改革

虽然审判中心主义是现代刑事诉讼的基本要求,但无论是采当事人主义对抗制的英

〔7〕 2017 年 2 月最高人民法院《关于全面推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的实施意见》第 29 条。

美法系国家还是采职权主义诉讼方式的大陆法系国家,都不要求所有的证人必须亲自出庭以言词方式作证,因此也并不一概排除庭前证言在庭审中的运用。相反,庭前证言的采纳问题或者证据资格问题正是两大法系证据制度的一项重要内容:在英美法系国家,庭前证言的采纳问题主要由传闻证据规则例外来调整,在大陆法系国家,庭前证言的证据资格问题则主要由直接言词原则的例外加以调整。我国目前并未确立直接言词原则或者传闻证据规则,并由此导致庭前证言证据资格规则的缺失。因此,在法律上确立直接言词原则,或者引进传闻证据规则,是建立庭前证言运用规则的前提和基础,也是实现庭审实质化的必然要求。然而在直接言词原则和传闻证据规则之间究竟选择哪个作为我国证人证言规则的基础,这一问题在我国学者之间尚未形成一致认识。^[8] 本文认为直接言词原则和传闻证据规则在确保证人出庭和保障被告人的对质权方面具有同等价值,二者均是解决证人庭前证言运用问题的有效方案,但相比较而言直接言词原则更适合我国刑事诉讼,这是因为:

1. 直接言词原则更契合我国的诉讼模式和诉讼价值理念

直接言词原则起源于大陆法系的职权主义诉讼,服务于实质真实的诉讼价值目标。据我国学者考证,直接言词原则起源于德国 19 世纪的立法改革,其是为了克服书面审理程序所带来的弊端而确立的。^[9] 直接言词原则包含直接审理原则和言词审理原则两项要求。直接审理原则要求作出判决的法官自己审理案件,不能将证据调查工作委托他人来进行,同时要求法官对原始事实加以调查,不得假借证据的替代品代替原始证据。言词审理原则则要求审判程序采言词陈述的方式进行,法官必须基于口头提供的诉讼资料进行裁判,凡未经言词方式提出者均不得作为裁判的依据。因此,直接言词原则有两个鲜明的特点:一是以法官的审理和裁判行为为规范对象;二是以促使法官形成心证和发现实体真实为目的。

传闻证据规则从缘起上根植于普通法的历史传统,与对抗制诉讼和陪审团审判紧密相连。从传闻证据规则产生的历史来看,该规则本身就是陪审团审判的产物。早在 1811 年,普通上诉法院首席大法官詹姆斯·曼斯菲尔德(James Masfield)就指出:“在苏格兰,以及大多数大陆国家,法官既决定事实争议,又决定法律,并且他们认为听取传闻证据没有危险,因为他们相信自己在考虑其对案件的判断时他们会不考虑这些证据,或者只给予其应有的极小的证明力。但在英格兰,陪审团是事实的惟一法官,因而传闻证据被恰当地排除,因为没有人知道这些证据将会对陪审团审判产生什么样的效果。”^[10] 因此,传闻证据规则的首要价值就是否定传闻证据的可采性,防止陪审团受到不可靠的传闻证据的误导。此外,传闻证据规则也是交叉询问制度赖以存在的基石。交叉询问制度是对

[8] 参见熊秋红:《刑事庭审实质化与审判方式改革》,《比较法研究》2016 年第 5 期,第 31-44 页。

[9] 参见宋英辉、李哲:《直接、言词原则与传闻证据规则之比较》,《比较法研究》2003 年第 5 期,第 52 页。

[10] 转引自朱立恒:《从陪审团审判到公正审判——关于传闻证据规则的历史沿革和理论嬗变》,《政法论坛》2009 年第 3 期,第 84 页。

抗式诉讼中控辩双方进行证据调查的基本方式,其要求感知案件事实的证人亲自出庭接受控辩双方的主询问和反询问,因此如果一方提交传闻证据来证明自己的诉讼主张,则意味着对方失去了对该证据进行交叉询问的机会,对抗式庭审也就无法正常进行。由此,传闻证据规则也有两个特点:一是以控辩双方所举证据的可采性为规范对象,旨在防止不可靠的传闻证据进入审判以误导陪审团;二是保证控辩双方当事人对不利于己的证人拥有反询问的权利,确保对抗式庭审的正常进行。值得提出的是,尽管传闻证据规则在实体上也有促进事实真相发现的功能,但该功能建立在当事人主义对抗制所特有的处分原则的基础上,即传闻证据的排除及传闻例外的采纳均以控辩双方在法庭上提出异议为前提,如果双方当事人不及时提出传闻异议或者在对方提出传闻异议的情况下没有及时申请适用某一项传闻例外,法官不会主动排除传闻证据或者主动适用传闻例外。这与对抗式诉讼致力于解决控辩双方之间的纠纷是相契合的,与直接言词原则要求法官承担查明事实真相的义务则有着本质区别。

我国刑事庭审方式自 1996 年修法以来,增加了许多对抗式诉讼的因素,比如控辩双方在法庭调查阶段的举证和质证活动得到大幅度增强,法庭的职权作用有所淡化,但这并不意味着我国已经确立了对抗式庭审方式:首先,对抗式诉讼所要求的消极裁判者角色在我国并不存在。目前的庭审方式仍保留了合议庭调查证据的权力和查明事实真相的义务。其次,控辩双方的平等对抗格局尚未形成。一方面,我国单轨制的“官方调查”侦查模式决定了辩护方在审前自行调查收集证据的能力极其有限^[11];另一方面,实践中极低的刑事辩护率决定了在法庭上缺乏专业律师帮助的被告人根本难以与职业检察官相抗衡。最后,法庭对证据的运用并不遵循当事人处分原则。合议庭不仅可以主动启动对证据收集合法性的法庭调查,而且有权决定证人是否出庭作证以及是否使用证人的庭前证言。

总之,我国目前的庭审方式距离对抗式诉讼仍有较大差距,相反,从合议庭的职权作用角度来看,其更偏重于职权主义的诉讼架构。我国目前正在进行的以审判为中心的诉讼制度改革和庭审实质化改革并不会从根本上改变现有的诉讼模式,毕竟现代的对抗式诉讼与职权主义诉讼都秉承审判中心主义的基本原则,都是实现庭审实质化的有效方式,二者在确保庭审在查明事实、认定证据、保护诉权、公正裁判方面并无优劣之分。而我国国家权力主导的制度背景和追求实质真实的司法传统^[12]也不会因为目前进行的改革而被舍弃,以当事人处分原则为基础的纠纷解决基本上不会成为我国刑事诉讼的首要价值目标,纯粹的当事人主义对抗制诉讼模式在我国既不必要也缺乏实现的可能性。综合以上分析,笔者认为旨在规范法官的审理和裁判行为,以推动实体真实发现为目标的直接言词原则更契合我国的诉讼模式和诉讼价值理念。

2. 直接言词原则对于成文法系国家或地区更具有借鉴的可行性

传闻证据规则是普通法系判例法的成果,该规则体系不仅繁复、庞杂,而且一直处

[11] 参见魏晓娜:《审判中心视角下的有效辩护问题》,《当代法学》2017年第3期,第106页。

[12] 参见施鹏鹏:《为职权主义辩护》,《中国法学》2014年第2期,第299页。

于变动不居的过程之中。不仅如此,由于传闻证据规则中的许多规定根植于普通法的古老传统,其用语晦涩难懂,不深入考察普通法的历史很难准确理解和适用。比如美国联邦最高法院曾经在很长一段时间里使用“根深蒂固的传闻例外”来解决传闻证据的采纳问题,然而究竟何为根深蒂固的例外并没有一个明确的列表,在某项传闻是否属于这种根深蒂固的例外标准上,美国联邦最高法院采用了历史标准和普遍认可标准,即那些在普通法上拥有悠久历史并且被联邦及大多数州所认可的传闻例外,属于根深蒂固的例外,因为这些例外“有可靠性的实质保障,这种可靠性哪怕通过庭内的证言也无法获得”。^[13] 因此,尽管《美国联邦证据规则》以成文法的形式对传闻证据规则进行了规定,但其准确理解与适用仍需法院以判例的形式予以阐明。不仅如此,在判例法的实践中甚至还会出现法院在不同的判例里针对相同情形得出不同结论的情况。仍以上述根深蒂固的例外为例,在1990年的爱荷华州诉瑞特案和1992年的怀特诉伊利诺斯州案中,对于同样涉及性侵儿童案件中被害儿童的庭外陈述是否可采问题,美国联邦最高法院认为前一个案件中的被害儿童陈述不属于根深蒂固的例外,也不具有可靠性的特别保证,因此不具有可采性。^[14] 而在后一个案件中,被害儿童的陈述属于普通法所认可的根深蒂固的例外并因此而具有可采性。^[15] 上述差异的出现仅由于检察官在主张传闻例外时使用了不同的依据,瑞特案的检察官援引了爱荷华州《证据法典》第803条第24项规定的传闻例外“兜底”条款,而怀特案的检察官则使用了“自然陈述”例外和“以医疗为目的”的陈述例外。正是由于以上原因,传闻证据规则经常被英美的律师视为最复杂、最难掌握的证据规则。

直接言词原则形成于成文法系国家,其原则和例外规定均具有成文法上的明确、简练、便于适用的特征,执法者只需要严格依照法律规定去处理案件中的事实和证据问题,不需要在浩如烟海的判例之中寻找类似案件中的相关规则,更少有同一个法院针对相同问题得出截然相反结论的情况。对于具有成文法传统的国家和地区而言,直接言词原则显然比传闻证据规则更具有借鉴的可行性。

国内也有学者以日本和我国台湾地区为例论证大陆法系国家和地区也能成功引进传闻证据规则。^[16] 笔者认为日本和我国台湾地区的刑事诉讼法虽然名义上确立了排除传闻规则,但从其对该规则及例外的具体规定来看,其不仅没有对何为传闻进行规定,而且也删除了许多具有普通法色彩的传闻例外,比如自然陈述、死亡陈述、以医疗为目的陈述等等。相反,其内容与采直接言词原则的德国、法国等大陆法系国家的规定更为接近,只是多了对特定职业者在职务上或者通常业务过程中所写书面材料的证据资格的规定。因

[13] Idaho v. Wright, 497 U. S. 805 (1990).

[14] 参见 Idaho v. Wright, 497 U. S. 805 (1990)。

[15] 参见 White v. Illinois, 502 U. S. 346 (1992)。

[16] 参见朱立恒:《从陪审团审判到公正审判——关于传闻证据规则的历史沿革和理论嬗变》,《政法论坛》2009年第3期,第90页。

此,与其说日本和我国台湾地区成功引进了传闻证据规则,倒不如说只是借用了传闻规则之名,而在形神上与英美的传闻规则相去甚远。

3. 直接言词原则已经为我国最高司法机关所认可

虽然我国刑事诉讼法没有规定直接言词原则,但该原则已经作为实现以审判为中心和庭审实质化的重要内容规定在我国最高人民法院的一系列重要文件之中。比如 2013 年 10 月最高人民法院关于第六次全国刑事审判工作会议文件和 2015 年 2 月最高人民法院发布的《人民法院第四个五年改革纲要》中均规定了“落实直接言词原则”。^[17] 尽管这些文件并没有将直接言词原则制度化,但该原则在我国至少已经具备了相应的政策基础和理念基础,相比于传闻证据规则,更容易为立法机关和司法机关所接受。

综上所述,无论是在诉讼模式和诉讼价值理念方面,还是在借鉴的可能性和可行性方面,直接言词原则都比传闻证据规则更适合我国刑事诉讼。值得提出的是,直接言词原则的确立并不妨碍我们在考虑设置该原则的例外情形时,合理借鉴传闻证据规则的部分内容。

(二) 直接言词原则对证人出庭和庭前证言运用的基本要求

确立直接言词原则同时意味着我国证人出庭作证的范围需要随之而进行调整。五部委《意见》对证人出庭作证条件的修改无疑具有有限缩法院在证人出庭问题上的自由裁量权,扩大证人出庭范围的积极意义,然而以这种方式规定证人应当出庭作证的范围虽然具有一定的相对合理性,^[18]但并不符合直接言词原则的要求。根据直接言词原则的要求,证人原则上应当出庭作证,其庭前证言一般不应具有证据资格。例如《德国刑事诉讼法》第 250 条(询问本人原则)即规定:“对事实的证明如果建立在个人的认识上,在法庭审理中应当对其询问。询问不允许以宣读以前的询问笔录或者书面证言而代替。”^[19]

原则上否定庭前证言的证据资格,不允许其在法庭上使用,对于在我国实现庭审实质化具有十分重要的意义:一方面,在证人不出庭的情况下原则上否定其庭前证言的证据资格,才能促使公安司法机关在证人出庭问题上持积极态度,最大限度地确保证人能够出庭作证,从而将审判人员的心证建立在直接听取证人陈述以及控辩双方对证人询问、质证的基础之上;另一方面,在证人出庭的情况下原则上否定其庭前证言的证据资格,才能彻底破除以笔录为中心的裁判方式。这是因为一直以来“法庭对于被告人供述笔录和证言笔录的过于偏信,使得被告人当庭陈述和证人当庭证言都被置于‘边缘化’的地位。它们唯有被证明较之案卷笔录具有更大的真实可信性,才能为法官所接受。否则,法官还是会回

[17] 最高人民法院关于第六次全国刑事审判工作会议文件提出:“审判案件以庭审为中心,事实证据调查在法庭,定罪量刑辩论在法庭,裁判结果形成于法庭,全面落实直接言词原则,严格非法证据排除制度”。《人民法院第四个五年改革纲要》确定的刑事司法改革的内容之一则是“全面贯彻证据裁判原则,强化庭审中心意识,落实直接言词原则,严格落实证人、鉴定人出庭制度,严格实行非法证据排除规则”。

[18] 参见史立梅:《我国刑事证人出庭作证制度的改革及其评价》,《山东社会科学》2013 年第 4 期,第 19 页。

[19] 参见《世界各国刑事诉讼法》编辑委员会编译:《世界各国刑事诉讼法·欧洲卷(上)》,中国检察出版社 2016 年版,第 296 页。

到判断证据的常态——接受案卷材料的证明力”。^[20] 因此,未来我国法律应当在确立直接言词原则的基础上,明确提出“证人应当出庭作证”的要求,同时原则上否定庭前证言的证据资格,规定只有在符合法律规定的例外情形下才可以采纳庭前证言。

三 证人不出庭情况下庭前证言的运用及其限制

(一) 证人不能出庭情况下庭前证言的运用及其限制

从直接言词原则的角度出发,证人不能出庭的情况下,因无法接受控辩双方的询问和质证,其庭前证言的可靠性难以得到保障,因此原则上应排除其庭前证言的使用,除非证人有正当理由确实不能出庭,并且其庭前证言有可靠性保证。考察其他国家或地区的相关规定,基本上都是从以上两个方面来对庭前证言的采纳标准进行规范的,只不过不同的国家或地区,对证人不能出庭的事由以及庭前证言的可靠性保证方式有不同的规定。

美国将证人庭前陈述的可靠性建立在曾经给过辩护方对证人交叉询问的机会或者该陈述属于传闻例外的基础之上。^[21] 德国则把庭前证言的可靠性建立在法官询问的基础之上,^[22] 同时为加强这种可靠性,《德国刑事诉讼法》第 251 条第 4 款还要求“宣读法官询问笔录的,应当确定是否曾要求被询问人宣誓”。日本对庭前证言笔录的采纳范围要宽于德国,不仅允许采纳在法官、检察官面前所做的证言笔录,而且允许采纳在法官、检察官以外的人面前所做的证言笔录,只要该证言具有必要性和可信性。^[23] 我国台湾地区在

[20] 陈瑞华:《新间接审理主义:“庭审中心主义改革”的主要障碍》,《中外法学》2016 年第 4 期,第 862-863 页。

[21] 美国通过 2004 年的克劳福德一案确立了对质权条款的例外,即不利于被告人的证人在不能出庭的情况下其庭前“证言性陈述”的采纳标准:一是证人不能到庭,对此控方必须证明已尽力寻求证人出庭但仍无法使该证人到庭;二是被告人在之前的程序中曾经有过对证人进行交叉询问的机会。至于证人的非证言性陈述以及对被告人有利的证人的庭外陈述则由《美国联邦证据规则》804 条有关证人不能出庭情况下的传闻规则例外来调整。根据克劳福德案的判决,证人的证言性陈述是指证人在作出该陈述时合理地相信其陈述即将在之后的审判中被用作证据,具体而言这包括证人在预审程序、大陪审团审查起诉程序、先前的审判程序中提供的证言以及警察讯问中的证言等等(Crawford v. Washington, 541 U. S. 36 2004)。从范围上来看,美国的证言性陈述与我国的“庭前证言”很类似,其范围远远小于“传闻证据”。

[22] 《德国刑事诉讼法》第 251 条将证人不能出庭情况下的庭前证言采纳标准确定为:(一)证人有法定事由不能到庭,比如证人已经死亡或者其他原因导致在可预见的期间内不能进行询问,或者证人鉴于长期的或者不可确定期限的疾病、虚弱或者其他不能排除的障碍使得其不能出席法庭审理的,或者证人到庭路途遥远,考虑到证人在法庭上发言的重要程度,不能期待其到庭的。(二)之前的询问必须是在法官面前进行的,即只有法官询问笔录才能被宣读。关于《德国刑事诉讼法》的条文内容可参见《世界各国刑事诉讼法》编辑委员会编译:《世界各国刑事诉讼法·欧洲卷(上)》,中国检察出版社 2016 年版,第 296-297 页。

[23] 《日本刑事诉讼法》第 320 条确立了排除传闻证据的原则,即除法律另有规定的以外,不得以书面材料作为证据代替公审期日的供述,或者将以公审期日外其他人的供述为内容所做的供述作为证据。但是在规范证人不能出庭情况下的庭前证言采纳标准时,该法第 321 条却借鉴了德国的规定,将该标准确定为:(一)证人有法定事由不能到庭,包括证人死亡、精神或身体的障碍、所在不明或现在在国外。(二)证人亲笔书写的证词或者证言记录是在法官、检察官面前所做的且有证人签名或盖章;或者在法官、检察官以外的人面前所做证言的记录,但该证言必须属于“为证明犯罪事实的存在与否不可或缺”,且以该证言“是在特别可以信赖的情况下作出时为限”。关于《日本刑事诉讼法》的条文内容可参见《日本刑事诉讼法》,宋英辉译,中国政法大学出版社 2000 年版,第 73-74 页。

2003 年修改刑事诉讼法时引入了传闻证据规则,同时借鉴了《日本刑事诉讼法》规定,对“被告以外之人于审判外之陈述”的采纳标准进行了规范。^[24] 不过虽然借鉴了日本的规定,台湾地区显然对证人向法官和检察官所做的陈述赋予了更强的证据能力,究其原因,是因为在法官面前所做的陈述“均系在任意陈述之信用性已受确定保障之情况下所为”,而于侦查中向检察官所做的陈述之所以可采纳,则是因为“实务运作时,侦查中检察官向被告意外之人所取得之陈述,原则上均能遵守法律规定,不致违反取供,其可信性极高”。^[25]

综合分析上述代表性国家和地区在证人不能出庭情况下的庭前证言采纳标准,虽然具体内容不尽一致,但仍有一定的规律可循:第一,证人在审判之外向法官所做的陈述在各个国家或地区均具有较强的可靠性,一般都允许采纳。这主要是因为:其一,在法官询问证人的程序中,被告人及其辩护人一般都被允许在场并能由此获得对证人进行质证的机会;其二,法官询问证人都要求证人宣誓或者具结,这是证人证言具有可靠性的重要程序保障。第二,证人在侦查阶段向警察所做证言的证据能力在各个国家或地区都受到严格限制。在美国,对被告人不利的警察询问笔录如果没有给过被告人交叉询问的机会则根本不具有可采性;在德国,警察的询问笔录也不具有证据资格;在日本和我国台湾地区,警察询问笔录必须在满足“必要性”和“可信性”的双重条件之下才具有证据资格。第三,在以“可信性”或者“可靠性”作为庭前证言具有证据资格的条件时,该可信性或可靠性“系指陈述人在为该陈述时之‘外部情况’足以令人相信该陈述时虚伪的危险性不高者而言,即系指其陈述经过因没有受到其他外力之影响而可信而言”,^[26] 具体而言,这些外部情况包括证言是否经过宣誓,是否基于证人个人对案件的了解,证人的年龄、身份、职业、精神状态等个人情况,证人陈述时的周围环境,该证言笔录是如何形成的,制作笔录的动机是什么,证人的可信度如何等等。因此,应当将庭前证言的可信性或可靠性与该证言内容的证明力区分开:前者是属于证据能力层面的问题(即证据的采纳问题),对其判断应通过综合考察证言形成时的外部情况来进行;后者则属于证明力层面的问题,对其判断则可以通过考察该证言的内容与其他证据之间是否有矛盾,能否与其他证据互相印证来进行。

对于我国证人在应当出庭却基于各种原因不能出庭的情况下,应如何对待其庭前证言的证据资格问题,有学者认为“在证人应当出庭而没有出庭的情况下,证人的证言笔录

[24] 根据台湾地区“刑事诉讼法”第 159 条的规定,被告以外之人于审判外之言词或书面陈述,除法律有规定者外,不得作为证据。根据 159 条之一的规定,被告以外之人于审判外向法官所为之陈述,得为证据。被告以外之人于侦查中向检察官所为之陈述,除显有不可信之情况者外,得为证据。根据 159 条之三的规定,被告以外之人于审判中有下列情形之一,其于检察事务官、司法警察官或司法警察调查中所为之陈述,经证明具有可信之特别情况,且为证明犯罪事实之存否所必要者,得为证据:一、死亡者;二、身心障碍致记忆丧失或无法陈述者;三、滞留国外或所在不明而无法传唤或传唤不到者;四、到庭后无正当理由拒绝陈述者。

[25] 林钰雄主编:《刑事诉讼法(2011-2012)》,新学林出版股份有限公司 2011 年版,第 293 页。

[26] 王兆鹏、陈运财等著:《传闻法则:理论与实践》,元照出版有限公司 2004 年版,第 187 页。

应被否定其证据能力,法庭应当排除其证据资格”。^[27] 笔者认为上述观点在确保证人出庭作证和落实直接言词原则方面具有一定的合理性,但失之武断。证人不能出庭的原因复杂多样,有必要区分其情形是否正当,而且如果该庭前证言确实可靠,一概否定其证据资格必然有损于案件事实真相之发现。因此,借鉴上述国家或地区的立法经验,在确立证人不能出庭作证情况下的庭前证言证据资格时可以从不出庭的理由是否正当和该证言是否有可靠性保证两个方面着手。一方面,在法律上明确证人不能出庭作证的正当事由。比如证人因死亡、身体或精神方面的障碍、下落不明或者身居国外等原因在庭审时不能到庭提供证言。证人在不具备上述事由情形下拒不出庭或者虽出庭但拒绝当庭提供证言的,其庭前证言一概不得在法庭上提出作为证据使用。另一方面,证人在具备上述正当事由不能出庭的情况下,其庭前证言须具有以下可靠性保证才能在法庭上出示。第一,该证人在庭前向法官所做的陈述,该陈述需经过宣誓且有证人的亲笔签名或盖章。由于我国没有审前司法审查机制和预审程序,法官在审理案件之前不介入诉讼,这种情况下的证人庭前证言仅指证人在之前的审判程序中到庭提供的证言。由于证人当时出庭作证时控辩双方均有对其进行质证的机会,法官也能当面听取该证言且有机会提问,其可靠性得到相当程度的保证,故可以作为直接言词原则的例外而赋予其证据资格。未来如果我国增设预审程序或者审前证据保全程序,证人在这些程序中向法官所作的陈述在符合要求的情况下也可赋予其证据资格。第二,证人在审前程序中向警察、检察官所作的陈述,如果该陈述对证明犯罪事实存在与否不可或缺,且举证一方能够证明该陈述具有可信的特别情况保证。比如该证言的内容为证人直接感知;证人作证时的年龄,认知、记忆和表达能力,生理和精神状态不影响作证;证人与案件当事人、案件处理结果没有利害关系;询问证人依法个别进行;询问笔录的制作符合法律规定的要求;询问未成年人时其法定代理人或有关人员在场;没有以暴力、威胁等非法方法收集证据的情形等等。举证方对上述情况的证明可以采取释明方式,针对该证明对方有权提出反驳意见,如果法庭查明该庭前证言是属于证人的猜测性、评论性、推断性的证言或者是处于明显醉酒、中毒或者麻醉等状态,不能正常感知或者正确表达的证人所提供的证言,或者该庭前证言的收集违反法定程序,均应否定其证据资格。

(二) 证人不必要出庭情况下庭前证言的运用及其限制

证人不必要出庭的情况是指无论证人是否出庭作证,都不影响其庭前证言的证据资格,这是一种直接言词原则的例外,普遍存在于各国刑事诉讼庭审实践之中。考察其他国家或地区的相关规定,这种证人不必要出庭的情况主要是指控辩双方对证人庭前证言的证据资格能够达成合意的情况。

无论是采对抗制诉讼的英美法系国家,还是采职权主义诉讼的大陆法系国家,以及采混合

[27] 陈瑞华:《论证人证言规则》,《苏州大学学报》2012年第2期,第3页。

式诉讼模式的国家或地区,均有基于控辩双方当事人同意而采纳庭前证言的相关规定,^[28]除了德国刑事诉讼法将此种情况下的庭前证言范围限定于法官询问笔录之外,其他国家或地区对此几乎不加限制。此外,在采混合式诉讼的日本和我国台湾地区,经双方当事人同意作为证据的庭前证言,并不必然具有证据资格,法官有对此证据进行审查的义务,只有法官认为适当时才可采纳此证据。至于法官如何判断是否适当问题,根据台湾地区颁布的“法院办理刑事案件应行注意事项”第 94 条的规定,“法院可审酌该陈述作成时之情况,于认为适当之前提下,例如证据之取得过程并无瑕疵,其与待证事实具有关联性、证明力非明显过低等,赋予其证据能力”。^[29]

根据目前有关证人出庭作证条件的规定,证人出庭需以控辩双方对证人证言有异议为前提,言下之意即控辩双方对证人证言无异议的情况下证人不必出庭,这可以视为是基于控辩双方合意而采纳庭前证言的规定,只不过如前文所言,如此规定证人出庭作证的条件不符合直接言词原则的要求,而且依目前的规定,无论证人是否出庭,其庭前证言均有证据资格,因此尚不足以称之为基于控辩双方合意的庭前证言采纳规则。随着我国确立直接言词原则以及否定庭前证言的证据资格,我国可以随之确立基于合意的庭前证言采纳规则,规定:经被告人、辩护人、公诉人同意,证人可以不出庭,通过考察其庭前证言作出时的情况,法院认为适当的,可采纳该庭前证言。控辩双方的同意,既可以在庭前会议上作出,也可以在审判程序中作出。

四 证人出庭情况下庭前证言的运用及其限制

依直接言词原则,证人应当出庭以言词方式作证,故其当庭证言较之庭前证言具有当然的证据资格。但是实践中也经常出现出庭证人改变证言导致当庭证言与庭前证言内容不一致的情形,以及证人当庭提供的证言虽然与庭前证言内容大体一致,但在某些细节问题上不如庭前证言清楚、详细,这就产生了证人出庭情况下的庭前证言运用问题。

(一) 庭前证言与当庭证言不一致情况下的运用及其限制

庭前证言在与当庭证言不一致的情况下,可能在两个层面上被允许在法庭上出示,一是作为弹劾证据在法庭上被提出,以质疑、攻击和削弱证人当庭证言的可靠性;^[30]二是作

[28] 如英国 2003 年《刑事审判法》第 114 条(1)规定:在刑事诉讼中,不是以言词证据的形式提供的陈述只有在符合下列条件之一时,才能被采纳为任何事项的证据:(c)诉讼的各方当事人一致同意可采的。《德国刑事诉讼法》第 251 条第 1 款和第 2 款规定,在被告人、辩护人、检察官同意宣读的情况下,允许以宣读之前的法官询问笔录来代替询问证人。《日本刑事诉讼法》第 326 条的规定,关于检察官和被告人已经同意作为证据的书面材料或者供述,在经过考虑该书面材料写成时的情况或者作出供述时的情况后,以认为适当时为限,可以不受第 321 条至第 325 条规定的限制而将其作为证据。我国台湾地区“刑事诉讼法”第 159 条之五的规定,被告以外之人于审判外之陈述,虽不符前四条之规定,而经当事人于审判程序同意作为证据,法院审酌该言词陈述或者书面陈述做成时之情况,认为适当者,亦得为证据。当事人、代理人或辩护人于法院调查证据时,知有第 195 条第 1 项不得为证据之情形,而未于言词辩论终结前声明异议者,视为有前项之同意。

[29] 王兆鹏、陈运财等著:《传闻法则:理论与实践》,元照出版有限公司 2004 年版,第 257 页。

[30] 参见 Roger Park, Tom Lininger, *The New Wigmore: a Treatise on Evidence*, Wolters Kluwer Law, 2012, p. 65。

为实质证据在法庭上被提出,用以证明其所陈述内容的真实性,换句话说即用以证明提出证据一方所主张的事实。弹劾证据与实质证据的区分是英美证据法中的重要内容,^[31]与对抗制的诉讼模式和陪审团审判密不可分。采取职权主义诉讼的大陆法系国家虽然不区分弹劾证据与实质证据,但对于与当庭证言不一致的庭前证言,在符合法律规定的条件下也可以在法庭上作为证据使用。^[32]在采混合式诉讼模式的日本和我国台湾地区,不一致的庭前陈述可以作为实质证据被采纳,^[33]只不过证人在法官面前所作的不一致的庭前陈述具有当然的证据能力,而在检察官、警察面前所做的不一致的庭前陈述,其证据资格受到较大限制,日本甚至不允许采纳在警察面前所做的不一致的庭前陈述。

我国目前对于与当庭证言相矛盾的庭前证言一概允许其进入法庭,^[34]这不仅违反直接言词原则,而且会在很大程度上消解证人出庭作证的价值和意义。尤其是在不规范庭前证言的证据资格的情况下,采取让证人解释改变证言的理由以及“印证”的方式来判断庭前证言和当庭证言何者更为可信的方法,具有很高的错案风险。一方面,举证方极容易做到让证人以作证时间间隔长、记忆模糊等理由否定当庭证言的可信性;另一方面,在我国目前侦诉机关单独包揽侦查取证和审前案卷流转过过程的诉讼体制之下,对审前证据进行制造、筛选,以至于使之形成相互印证的证据体系,^[35]这对于侦诉机关而言并非难事。因此如果仅以庭前证言能够和其他证据相印证就予以采信并否定当庭证言的证明力,这不仅会导致证人出庭形式化,庭审实质化难以实现,而且极易造成冤假错案。因此,我国有必要对与当庭证言不一致的庭前证言的运用进行严格限制。

对于与当庭证言不一致的庭前证言,我国有学者主张从作为弹劾证据和实质证据两个角度来对其证据资格进行规范。^[36]如前文所述,区分弹劾证据和实质证据是英美法系

[31] 根据《美国联邦证据规则》第801条的规定,不一致的庭前证言作为“非传闻”证据,既可以被作为弹劾证据提出,也可以被作为实质证据提出。作为弹劾证据是因为提出该庭前证言的目的不是为了证明其所言内容的真实性,不符合801(c)所规定的“传闻”概念;作为实质证据则必须符合801(d)(1)的条件,即与当庭证言不一致的庭前陈述必须是证人在之前的审判、听证或其他司法程序中经宣誓接受伪证罪处罚的前提下作出的,而且该证人必须能够出庭作证且针对该庭前陈述接受交叉询问。根据这一规定,如果庭前陈述是未经宣誓作出的,或者证人不能出庭针对该庭前陈述接受交叉询问,该庭前陈述均不得采纳为实质证据。

[32] 比如《德国刑事诉讼法》第253条第2款规定:法官在询问证人的过程中出现与过去陈述相矛盾的证言,如果不能以其他不中断法庭审理的方式予以确定、澄清,可以宣读过去其询问笔录中对此有关的部分,帮助其回忆。

[33] 根据《日本刑事诉讼法》第321条第1款和第2款的规定,被告人以外的人在法官面前所作供述的书面材料,在供述人在公审准备或公审期日作出与以前的供述不同的供述时,可以作为证据;被告人以外的人在检察官面前所作供述的书面材料,在供述人在公审准备或公审期日作出与以前的供述相反或者实质上不同的供述时,如果存在以前的供述更可信的特别情况时,可以作为证据。根据我国台湾地区“刑事诉讼法”第191条之一和二的规定,被告人以外之人于审判外向法官所为之陈述,得为证据;被告以外之人于侦查中向检察官所为之陈述,除显有不可信之情况外,得为证据;被告以外之人于检察事务官、司法警察官或司法警察调查中所为之陈述,与审判中不符时,其先前之陈述具有较可信之特别情况,且为证明犯罪事实存否所必要者,得为证据。

[34] 最高人民法院《实施意见》第29条规定:“证人当庭作出的证言与其庭前证言矛盾,证人能够作出合理解释,并与相关证据印证的,可以采信其庭审证言;不能作出合理解释,而其庭前证言与相关证据印证的,可以采信其庭前证言。”

[35] 参见左卫民:《“印证”证明模式反思与重塑:基于中国刑事错案的反思》,《中国法学》2016年第1期,第162-176页。

[36] 参见强卉:《刑事证人证言的可信性问题研究——以美国证据法中的证人弹劾制度为视角》,《法律科学》2016年第3期,第169页。

当事人主义对抗制诉讼和陪审团审判的产物,在我国目前仍侧重职权探知的诉讼模式和一元审判主体的现状之下,其必要性和可行性均不足。^[37]一方面,即便从法律上规定不一致的庭前证言仅作为弹劾证据在法庭上提出,但对于既负责解决事实问题又负责解决法律问题的审判主体而言,很难摆脱弹劾证据的实质内容对其心证程度的影响。另一方面,相比于实质证据,弹劾证据更容易获得证据资格,允许不一致的庭前证言作为弹劾证据进入法庭,在一元审判主体之下又难以防止其作为实质证据影响审判者对案件事实的判断,这无疑等同于解除了对庭前证言证据资格的限制,为庭前证言毫无障碍地进入庭审程序打开了方便之门。

因此,笔者主张仅从实质证据的角度对不一致的庭前证言证据资格进行规范。具体而言,在证人能够出庭并且就不一致的庭前证言接受控辩双方质证的情况下:对于证人在法官面前所作的不一致的庭前证言,可允许其作为实质证据在法庭上出示和查证;对于在警察或者检察官面前所作的不一致的庭前证言,只有在其具有可信性之特别情况保证,且对于证明犯罪事实存在与否具有必要性的情况下,才允许其作为实质证据在法庭上出示和查证。关于可信性之情况保证的证明与判断与前述证人不能出庭情况下庭前证言的运用与限制部分所论及的方法相一致,此处不予赘述。值得提出的是,采纳与当庭证言不一致的庭前证言并不意味着就此否定了当庭证言的证据资格,二者均具有证据资格,至于最终采信哪一个作为定案根据,则应由法官在考察法庭上的质证情况和其他证据情况的基础上综合加以判断。

(二)庭前证言与当庭证言一致情况下的运用及其限制

如果证人出庭作出的证言与庭前证言相一致,一般而言无需提出重复性的庭前证言。但是实践中也会出现与当庭证言相一致的情况下能否使用庭前证言的问题:在英美的当事人主义对抗式诉讼中,与当庭证言相一致的庭前证言往往被作为正誉证据^[38]提出来以恢复被弹劾证人的可信性。如《美国联邦证据规则》第 801(d)(1)(B)规定:在证人能够出庭并且就之前的陈述接受交叉询问的条件下,与当庭证言相一致的庭前陈述可以提出以(一)反驳证人受到的不良作证动机弹劾,或者(二)在证人受到基于其他理由的弹劾时,重建证人的可信性。在大陆法系职权主义诉讼中,与当庭证言一致的庭前证言则往往被提出以唤醒证人的记忆。如《德国刑事诉讼法》第 253 条第 1 款规定证人表示对某事实不再记得的,可以宣读过去其询问笔录中对此有关的部分,帮助其回忆。^[39]

在我国,可以允许与当庭证言相一致的庭前证言在两种情形下提出:一种情形是在庭

[37] 笔者不赞同在我国将不一致的庭前证言做弹劾证据和实质证据的区分,但并不反对建立证人弹劾制度。在控辩双方对证人进行质证的环节,诸如证人的不良品行、前科劣迹、作证动机或者感知缺陷等证据仍可用于对证人及其证言的可信性进行弹劾,这主要是因为这些弹劾证据的内容与案件事实无关,不会作为实质证据影响裁判者对案件事实的判断。

[38] 证人“正誉”一词的译法参见[美]罗纳德·J. 艾伦等:《证据法:文本、问题和案例》(第三版),张保生、王进喜、赵滢译,满运龙校,高等教育出版社 2006 年版,第 1118 页。

[39] 参见《世界各国刑事诉讼法》编辑委员会编译:《世界各国刑事诉讼法·欧洲卷(上)》,中国检察出版社 2016 年版,第 297 页。

审中,如果控辩双方针对证人的当庭证言提出证人受到不良作证动机影响或者其他影响证人证言可信性的情况,此时应允许对方提出与当庭证言相一致的庭前证言以加强当庭证言的可信性,但是该庭前证言必须是在影响证人作证动机的事件发生之前向公安司法机关提供的。另一种情形则是当证人在法庭上表示记不清楚某一事实时,应当允许举证一方提出其庭前证言以帮助恢复记忆,但应仅限于与证人遗忘内容有关的部分。

五 结 语

从“未到庭证人的证言”到“庭前证言”的制度变迁反映着我国立法和司法机关对证人证言的运用逐渐趋于合理化,从“庭前证言”被普遍允许进入法庭到严格规范“庭前证言”的运用及其限制,则是以审判为中心的诉讼制度改革提出的必然要求。在我国确立直接言词原则并一般性否定庭前证言的证据资格,同时对例外情形下庭前证言的证据资格作出明确规定,从而严格限制能够进入法庭的庭前证言范围,唯其如此,才能使我国刑事诉讼彻底摆脱笔录裁判主义,真正实现庭审实质化。

[Abstract] Since 1979, the term used for pretrial statement of witness in Chinese law has gone through three stages of change, from the independent existence of “testimony of a witness who is not present in court”, to the coexistence of “testimony of a witness who is not present in court” and “pretrial testimony”, and finally to the independent existence of “pretrial testimony”. These changes reflect the rationalization of the attitude towards the use of criminal witness testimony in China. In order to promote the trial-centered reform of the procedural system and realize the materialization of trial, China still need to undergo a change from the universal adoption of pretrial testimony in court to the strict specification of the rule on the use of pretrial testimony, including the establishment of the principle of directness and verbalism, the regulation of the evidential qualification of pretrial testimony, and the limitation of the scope of pretrial testimony in court, so as to ensure that the judicial judgment is mainly based on the testimony in court.

(责任编辑:郑 佳)