

证人不出庭作证实证分析

刘志强

(广州大学 人权研究中心, 广东 广州 510006)

摘要: 问卷调查数据显示在刑事案件中证人出庭率很低, 已成为当前刑事审判实践中十分突出的问题, 严重影响庭审质量与法律的正义。其原因有法律规范之间的抵牾、实践异化, 程序责任与救济的阙如。证人出庭作证是现代诉讼的必然要求, 是检验审判公正的试金石。

关键词: 问卷调查数据; 证人出庭作证; 刑事程序; 公正

DOI 编码: 10.3969/j.issn.1674-3687.2010.04.009

中图分类号: DF712 文献标识码: A 文章编号: 1674-3687(2010)04-0039-09

一、引言: 调查缘起与文本旨意

证人出庭作证符合程序公正与实体公正的双重要求。一方面有利于查明事实真相; 另一方面也保障了被告人的对质权。联合国《公民权利和政治权利国际公约》第 14 条第 3 款(戊)项规定凡受刑事控告者均有权“讯问或业已讯问对他不利的证人, 并使对他有利的证人在与对他不利的证人相同的条件下出庭和受讯问”。^[1] 据此, 证人出庭作证是国际刑事司法准则确认的内容。无论是大陆法系的直接、言词原则, 还是英美法系的传闻规则以及与此配套的其他制度均为证人出庭提供了制度保障。换言之, 证人出庭作是现代诉讼的必然要求。但是, 证人不出庭作证在我国当前刑事审判实践中却是一个十分突出的问题, 已严重影响庭审质量与法律的正义, 也成了司法程序中一个最大的弊端。

2006 至 2008 年度由中国社会科学院法学所、北京市海淀区人民检察院、广州大学人权研究中心与北京京鼎律师事务所四家单位承担“刑事诉讼法修改课题”(简称平台项目)。^① 按照平台项目的分工, 广州大学人权研究中心主要负责针对六类人群在全国范围内开展田野问卷调查工作。田野问卷调查先后进行过两次, 第一次是从 2006 年 3 月份至 7 月份间; 第二次是从 2007 年 4 份至 6 份间。我们将 10000 份问卷大致按六类调查对象: 警察、法官、检察官、律师、服刑人员和普通公民。在三个不同地区: 沿海经济发达地区(广东省), 中部经济一般地区(湖南省、江西省), 内地经济欠发达地区(辽宁省、新疆维吾尔自治区)进行问卷调查;^② 在三个不同层次: 省级单位, 市级单位, 县级单位进行发放问卷调查。此次问卷调查共发放问卷 10000 份, 回收有效调查问卷 6347 份, 回收率达到了 63.47%。其中广东省 2058 份、湖南省 2028 份、辽宁省 1385 份、新疆维吾尔自治区 876 份; 其中, 警察卷 1281 份、检察官卷 1074 份、法官卷 1084 份、律师卷 824 份、服刑人员卷 1159 份、普通公民卷 925 份。

收稿日期: 2010-04-12

基金项目: 本文系作者主持 2009 年教育部人文社会科学研究项目“人权法视野下的国家义务理论研究”(项目编号: 09YJA820015)阶段性成果之一。

作者简介: 刘志强(1966-), 男, 江西安福人, 广州大学副教授, 法学博士, 主要研究方向为人权法学。

① 2006 年至 2007 年度由中国社会科学院法学所、北京市海淀区人民检察院、广州大学人权研究中心与北京京鼎律师事务所四家单位承担这个项目的研究。2007 至 2008 年度由由中国社会科学院法学所、北京市海淀区人民检察院、广州大学人权研究中心三家单位及刘炎炎律师承担这个项目的研究。

② 此次问卷调查主要在全国有一定代表性的 5 个省份开展。调查的地域包括省会城市广州、长沙、沈阳、南昌、乌鲁木齐和深圳、珠海特区等地; 以及各省共 50 多个地级市和近 200 个县, 如广东省的清远、惠州、湛江、韶关等地; 湖南省的株洲、湘潭、怀化、邵阳等地; 江西省的南昌、吉安、安福、峡江、吉水等地; 辽宁省的大连、铁岭、锦州、丹东等, 新疆维吾尔自治区的伊犁、石河子、喀什、建设兵团等地。调查的部门包括各省、市、县的法院、检察院、公安局, 各监狱、律师事务所、党政机关、学校和公共场所等。

笔者作为这个项目成员始终参与问卷调查,^①现针对广州大学人权研究中心问卷调查数据基础上,就证人出庭作证问题,拟从实证分析角度来考察我国实践中证人为什么不出庭作证的现实情况、以及检索有关证人出庭的法律规范与实践异化和责任阙如等原因。本文不拟提出对策性建议。学术研究的意义并不在于非得给现实问题提供正确与否的答案。

二、问卷调查数据分析

问题 I : 在刑事审判案件中证人出庭的比例 表 1.

问题	选项	法官	检察官	律师
您所接触过的刑事审判案件中证人出庭的比例是	受访对象 80% 以下	4.81%	8.61%	8.46%
	受访对象 50% 以下	15.42%	13.15%	20.03%
	受访对象 30% 以下	20.51%	17.21%	15.43%
	受访对象 0% 以下	24.75%	17.21%	14.69%
	受访对象 5% 以下	29.99%	34.43%	28.04%
	从未见过证人出庭	4.53%	11.58%	13.35%
	未选		0.16%	

从表 1 这组数据表明,在刑事审判案件中证人出庭的比例非常低。刑事法官是刑事案件的参与者,80% 大多数的受访法官所接触的证人出庭率达 4.81%。5% 部分受访法官接触证人出庭率是 29.99%, 几乎是 30%。有学者估算在刑事审判中被列入证人名单,庭前也曾经接受过调查询问的证人,出庭率不超过 5%。^[2] 这个估算基本符合本次调查的数据情况。就受访检察官来看,有 80% 受访检察官接触的证人出庭率在 8.61%,高出法官数据 3.8 个百分点,5% 受访检察官接触证人出庭率是 34.43%,高出受访法官数据 4.44 个百分点。法官与检察官数据的变化,其主要原因是因为在刑事案件中存在简易程序,检察官不是每件案件都出庭诉讼。就律师受访来看,有 80% 受访的律师接触证人出庭率在 8.46%,5% 受访律师接触证人出庭率 28.04%,与检察官数据相仿,与法官数据相差有 3.65 个百分点,主要原因在于有些案件没有聘请律师所致,或其他法外因素没有出庭诉讼使然。简言之,从问卷调查数据来看,证人出庭率偏低。证人出庭率低已是学界和实务界的公认的事实,但学界与实务界对此问题的关注程度不同。

问题 II: 关于特殊证人出庭作证情况 表 2.

问 题	法官	检察官	律师
一般刑事警察都出庭作证	8.63%	10.64%	7.72%
警察一般是以侦查机关书面证明的形式“集体作证”,基本上不需要以个人名义出庭作证	47.38%	58.22%	63.50%
涉及到案件关键事实的,鉴定人必须出庭;其他情况鉴定人可以不出庭	33.24%	30.52%	28.34%
控辩双方申请的,鉴定人一般都出庭;其他情况鉴定人一般不出庭	41.73%	29.58%	27.60%

关于特殊证人出庭情况,主要体现在刑事警察和鉴定人。虽然我国现行的刑事诉讼法没有作出任何特别的规定,但实际上赋予了这两类人员免于作证的权利。针对这个问题,我们的调查设了四个选项,其

① “刑事诉讼法修改平台项目”问卷调查部分子课题的主持人是杨松才教授,参与成员有广州大学人权研究中心刘志强副教授、陈佑武副教授、舒轶讲师、德全英副教授、华南师范大学法学院黄立教授及东北大学牟瑞瑾副教授等人。感谢中国社会科学院法学所王敏远教授、熊秋红教授指导调查问卷的设计和有益的建议。当然本文文责自负。

中选择比例最高的是第二选项,即:警察一般是以侦查机关书面证明的形式“集体作证”,基本上不需要以个人名义出庭作证。从表2数据中可以看出,法官、检察官、律师对该项的选择比例分别为:47.38%、58.22%、63.50%。这说明在司法实践中,警察出庭作证的比例是很低的。但在许多国家的司法程序中,警察出庭作证已经是十分普遍的事实。因为警察参与了整个案件的侦查过程,他们实际了解的情况是最多的。虽然他们的工作是履行国家赋予的法定权力,但不可否认的是,警察在办案过程中,并不能保证其完全依法正确履行其职责,有时不可避免的存在非法取证的情况,从而导致无法保证其所提供的证据的真实合法性。因此,为了确保司法的公正性,应该规定警察象普通证人一样,有出庭作证的义务,否则就等于赋予了警察一种特权,这对于平衡控辩双方在诉讼过程中的平等地位极为不利,等于预设了警察所提供的证据的当然合法性和真实性,而不需要进行任何质证,这对于被告人明显不公平。

针对鉴定人员的出庭作证,表2数据显示有33.24%的法官,30.52%的检察官,28.34%的律师认为涉及到案件关键事实的,鉴定人必须出庭;其他情况鉴定人可以不出庭。其次有41.73%的法官,29.58%的检察官,27.60%的律师选择了“控辩双方申请的,鉴定人一般都出庭;其他情况鉴定人一般不出庭”。由于我国现行刑事诉讼法没有对鉴定人员的出庭作证作出明确规定,从而导致鉴定人员无形中享有了出庭作证的豁免权。但鉴定人员实际上不过是司法程序中的辅助人员,其职责无非是帮助确定证据的真实性而已,他们没有任何理由享有这样的豁免权。相反,他们应当对其鉴定的真实性承担法律责任。如果警察有出庭作证的义务的话,那么他们就更应该负有这样的义务。因为在现实生活中,鉴定人与当事人串通作假鉴定的现象时有发生,由于立法上的缺陷,其不法行为往往得不到法律的制裁。即使他们的鉴定行为符合法律的规定,也不能保证其鉴定就百分之百的准确,因为鉴定是一项技术性要求比较高的工作,如果工作失误,也可能导致鉴定结果的失真。鉴定人员出庭作证就显得十分必要。

问题 III 关于证人特免权或者所谓的拒证权问题 表 3.

问题	警察	法官	检察官	律师
应当承认特殊行业(如律师、医生)人员在其业务范围内有权拒绝作证	17.20%	16.69%	24.41%	30.56%
任何人都具有作证的义务,不应当承认证人特免权或者所谓的拒证权	43.29%	57.28%	43.51%	41.54%
作为配偶或者直系亲属之间的证人特免权或者所谓的拒证权应当予以尊重	36.46%	34.37%	33.96%	33.09%
如果作证将导致陷证人自身入罪,则证人有权拒绝作证	18.90%	22.77%	27.54%	22.85%
从公共利益考虑,特殊公务人员有权拒绝作证	22.85%	25.04%	22.54%	16.17%

本次调查还涉及到了作证豁免权问题,即在特定情况下具有特定身份的人是否能够享有作证豁免权。该问题设定了五个选项,分别为:①应当承认特殊行业如律师、医生等有关人员在其业务范围内有权拒绝作证;②任何人都具有作证的义务,不应当承认证人特免权或者所谓的拒证权;③作为配偶或者直系亲属之间的证人特免权或者所谓的拒证权应当予以尊重;④如果作证将导致陷证人自身入罪,则证人有权拒绝作证;⑤从公共利益考虑,特殊公务人员有权拒绝作证。其中,选择第二、三项的比例最高。从表3数据显示,前者分别为43.29%、57.28%、43.51%、41.54%。后者分别为36.46%、34.37%、33.96%、33.09%。这两个选项在内容上是相互矛盾的,这说明在这个问题上,社会上存在很大的分歧。但是不可否认的是,近亲属的拒证权在许多国家已经在法律上得到了确认。例如德国明确规定了与被告人有近亲属关系的人享有免于作证的特权,日本、法国也有类似的规定。英美法系则规定夫妻间在婚姻存续期间享有相互拒证权。这些规定体现了国家追诉权与家庭亲属权的平衡,注重了追究犯罪与维系亲情的协调,类似于我国古代的“亲亲得相首匿”。这样的规定是有一定道理的,因为如果近亲属之间相互揭发,势必破坏社会最基本的伦理关系,而伦理关系是维持一个社会正常秩序的前提和基础,当基本的伦理关系与法律发生冲突时,

法律应当作适当的让步。我国的司法理念中一向主张所谓的“大义灭亲”，实际上是败坏了社会风气，助长了人与人之间的不信任。非近亲属之间由于没有血缘关系，也不生活在一起，他们的作证对社会秩序的影响并不大。但如果家庭成员之间互相证明其犯罪事实，无异于毁坏构成社会基本细胞的家庭，其不良影响是十分深远的。我国现行的刑事诉讼法根本没有考虑这一问题。

问题 IV: 证人不出庭, 法院审理中是如何举证 表 4.

问题	服刑人员比例
不采用证人证言	11.22%
由公诉人宣读证人证言	63.38%
由法官宣读证人证言	25.81%
播放证人证言录像	12.97%
其他方式	9.32%

从表 4 调查数据来看, 证人不出庭, 法院的审理主要就是采取由公诉人或法官宣读证人证言, 选择公诉人宣读证人证言的比例高达 63.38%, 其次就是法官宣读证人证言, 占 25.81%。这与目前提倡弱化法官在庭审中的主动性, 提高庭审的对抗性趋势完全背道而驰。但是, 如果法律赋予证人出庭作证的权利, 则证人出于良知或正义感, 极有可能主动行使这一权利。这样公、检、法部门就无法阻止证人出庭作证, 既可以提高司法判决的公正性, 也可以在一定程度上防止侦查和检察机关的非法取证行为。目前司法实践中证人普遍不出庭, 使得庭审仅仅是对证人书面证言质证, 不能形成与证人面对面的交叉质证。一方面, 这种书面审理方式违背了直接言词原则, 不利于法官查明案件事实形成正确认识; 另一方面, 由于实践中证人证言绝大部分都是“控方证据”, 即不利于辩方的证据, 这种书面审理方式直接剥夺了被告人与不利于自己的证人对质的权利, 使得辩方难以充分有效地参与到裁判结论的形成过程中, 无法对法庭的裁判施加积极有效的影响。这一问题如果不能很好地解决, 包括交叉询问规则在内的很多制度设计, 都不能够实现。^[3] 如果证人不出庭, 既无法在法庭上进行交叉询问, 也导致辩护制度名存实亡。证人出庭的目的是为了让法官的内心确信产生于庭内, 1996 年刑事诉讼法对于提起公诉的案件实行主要证据复印件移送后, 实践中又采用一种变通的做法, 那就是在开庭三日后移交案卷。如果证人不出庭, 法庭又不当庭宣判, 就不能达到法官在庭内产生确信, 庭审的效果就受到影响。^[4] 这种庭审既不是职权主义的, 也不是当事人主义的, 而是笔录中心主义。^[4] 一方面, 这种庭审方式违背了直接言词原则, 不利于法官查明案件事实形成正确认识; 另一方面, 由于实践中证人证言绝大部分都是“控方证据”, 即不利于辩方的证据, 这种书面审理方式直接剥夺了被告人与不利于自己的证人对质的权利, 使得辩方难以充分有效地参与到裁判结论的形成过程中, 无法对法庭的裁判施加积极有效的影响。^[3]

问题 V: 证人不出庭的原因 表 5.

问题	普通公民比例
证人安全担心	56.43%
证人的传统心理, 不愿意得罪人	55.89%
证人得不到补偿	31.94%
司法机关根本不需要证人亲自出庭	14.48%
证人已经在审前阶段出庭了	5.41%

从表 5 调查结果来看, 绝大多数被调查对象都选择了证人安全担心、不愿意得罪人和证人得不到补偿三个选项, 其中证人的安全担心是第一位的, 选择该项的比例达到了 56.43%, 其次是证人的传统心理, 不愿意得罪人, 占到 55.89%, 第三才是证人得不到补偿, 占 31.94%。对于我国刑事案件中证人不愿意出庭作证, 证人安全是其一个主要原因之一。尽管刑事诉讼法第四十九条规定, 公检法三机关在诉讼中有义务

保障证人及其亲属的安全。这里的是否仅仅涉及人身安全,对财产安全是否予以保障?如果不予以保障,对证人的保护就不全面。在实践中,一些对证人的打击报复行为是以侵害证人的财产权利为目标。同时,刑事诉讼法第四十九条规定公检法三机关均有保护的义务,在适用于证人到庭作证的情形之下,这些规定过于笼统,三机关之间的责任没有明确地界定,经常出现相互推诿的情形发生。其次,为了查明案件真相必须保护证人作证的积极性,起码不至因为证人作证而受到经济利益的损害。因此,证人因出庭作证而遭受的实际损失,应当给予适当的补偿。但我国法律对这方面缺少相关规定。这些无疑影响证人作证的积极性。再次,证人到庭作证还需要相关强制力作为后盾。对符合法律规定作证条件的证人,如果拒不到庭作证,应当有法律上的约束,强迫其到庭作证,并给予适当的处罚。如果没有这类法律规定,证人可以随便拒绝作证。这些问题并没有在实践中得到很好的解决,证人不出庭作证的状况很难改变。刑事诉讼法在强调证人应当履行出庭作证义务同时,也应对证人的合法权益给予切实、周全的保障。证人的合法权益是否能够得到切实、周全的保障,不仅关系到证人是否愿意出庭,刑事诉讼活动能否顺利进行,证人出庭作证制度能否得到民众的支持,而且关系到刑事诉讼任务的实现和国家法律的尊严。

以上几组数据表明,我国刑事案件证人出庭率比例确实很低,绝大部分都选择了50%以下,总比例超过了90%。六类调查对象中,法官、检察官、律师和服刑人员四类选择50%以下的比例最高,分别为29.99%、34.43%、28.04%。应该说,这四类人员的选择应该能够反映真实的情况,因为他们是法庭审理的直接参与者,对此最有发言权。对于我国司法过程中证人不愿意出庭作证的原因,从表中的调查数据结果来看,绝大多数被调查对象都选择了证人安全担心、不愿意得罪人和证人得不到补偿三个选项,这与我们平时的看法基本一致。其中证人的安全担心是第一位的,选择该项的比例达到了56.43%,其次是证人的传统心理,不愿意得罪人,占到55.89%,第三才是证人得不到补偿,占31.94%。

三、法律失范与实务异化

从我们的调查数据来看,证人不出庭,法院的审理主要就是采取由公诉人或法官宣读证人证言,选择公诉人宣读证人证言的比例高达63.38%,其次就是法官宣读证人证言,占25.81%。这与目前提倡弱化法官在庭审中的主动性,提高庭审的对抗性趋势完全背道而驰。这表明,现行刑事诉讼法由于其本身的某些疏漏与不足,对于刑事司法的规范作用甚为有限,因此难以树立应有的法律权威。

在我国现行刑事诉讼法中和相关司法解释中,经常存在着一些自相矛盾的制度设计。有时候,在立法刚确立某一新的制度之后,最高人民法院、最高人民检察院随后发布的司法解释又确立了若干与此相互对立的制度,以致于使前者在司法实践中受到不同程度的消解和规避。而在另一些情况下,立法者从西方引进和移植的一些制度,与某些行之有效的刑事政策存在着直接的冲突,而这些刑事政策又对公检法三机关的办案活动具有直接的指导作用,甚至还转化为具有操作性的程序规则,这就会造成法律制度的失灵。^[9]所谓证人是直接利害冲突双方以外的向司法机关提供自己感受到的案件情况的诉讼参与者。^[10]我国现行的刑事诉讼法虽然在第四十七条规定: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。法庭查明证人有意作伪证或者隐匿罪证的时候,应当依法处理。第四十八条规定:凡是知道案情的人都有作证义务。从这两条的规定来看,证人出庭不但是公民的义务,也是法院确定证人证言的证明效力的依据。但在第一百五十七条又规定:公诉人辩护人应当向法庭出示物证,让当事人辨认,对未到庭的证人的证言笔录,鉴定人的鉴定结论,勘验笔录和其他作为证据的文书,应当当庭宣读。审判人员应当听取公诉人,当事人和辩护人、诉讼代理人的意见。这一条实际上就是规定证人可以不出庭,等于将第四十七条和第四十八的规定予以了否定。这样前后矛盾的规定使得证人不出庭作证和司法机关不要求证人出庭提供了法律上的依据。更有甚者的是,最高人民法院《关于〈刑事诉讼法〉若干问题的解释》第一百二十三条规定:被害人诉讼代理人、证人、鉴定人经人民法院传唤或通知未到庭,不影响开庭审判,人民法院可以开庭审理。该解释进一步明确了证人不出庭人民法院照样可以裁判案件,实际上就是告诉法官:证人出不出庭都不影响法院裁判,法官可以依职权主动审理案件,使法官在庭审中的自由裁量权提供超越中立原则的高度。导致这种现象,主要是我国现

行刑事诉讼法未能从根本上理顺刑事诉讼主体之间的法律关系,程序上存在的疏漏之处不少使然。公安司法机关争相出台本系统执行刑事诉讼法的“解释”或“规定”,而“解释”或“规定”均无例外地反映了解释主体致力于对某些法律条文作超长期延伸以扩张权力的倾向,对法律规定不详与疏漏之处作有利自己扩展权力的补充,这种延伸和过多地记录自己权力的解释内容,使解释文本直接成为各解释主体权力再分配的载体,且各系统在办理刑事案件过程中,公安司法人员往往知按本系统的权威“解释”或“规定”办事,而把法律本身弃置一旁。这就使各机关的执法行为很难统一刑事诉讼法的立法本意上来,从而影响刑事诉讼法的正确、统一实施,当然也很难保证司法公正和提高诉讼效率。^[7]

从立法的角度来说,不仅要明确证人出庭作证是公民应尽的义务,同时,也应该认识到证人出庭作证也是公民应该享有的一项权利。如果只将公民出庭作证当作义务,而不当作一项权利来看待,则公民在这个问题上完全处于被动状态,当司法机关不要求其作证的时候,他就没有积极出庭作证的主观愿望。如果将出庭作证既当作义务,又当作权利来规定,则能够有效的调动公民出庭作证的积极性,并提高公民的法律意识,使他们认识到出庭作证不仅是被动的履行一项法律义务,也是在行使自己的权利。^①况且在司法实践中,司法机关由于种种原因,往往也存在不愿让证人出庭作证的现象。有学者还深层次指出,证人不出庭,还有一个重要因素,那就是有些法庭基于产生意外的担心,并不希望证人出庭。^[4]因为从司法机关的角度来看,如果让证人出庭作证,则很有可能导致证人在法庭上所讲的证言与他们在侦查阶段和起诉阶段所收集的证人证言不一致,使他们在诉讼过程中处于被动。由于办案机关怕证人出庭翻供,影响公诉效果,不愿意证人出庭。从法院方面来看,证人证言的反复给庭审增加了难度和审限的拖长。^②这样一来,公、检、法三部门为了有利于指控和判决,避免证人证言出现反复,都不太喜欢让证人出庭作证。此外,侦查机关和检察机关在办案过程中,使用刑讯逼供等非法手段,取得证人的虚假证言,如果让证人出庭,则极有可能以前的证人证言被证人自己推翻,并且暴露他们的违法行为。在这种情况下,他们也会有意识地阻止证人出庭作证。证人不出庭,他们愿意提供哪次证言就提供哪次证言,想念哪一段就念哪一段,而证人一旦出庭作证,情况就难以控制。而法院在证人出庭的问题上往往怕麻烦,拖延诉讼时间,影响审判效率。这是司法部门在证人出庭问题上不很积极的原因。^[8]由此可以看出,刑事案件证人出庭率低或不出庭作证的确是司法实践中存在的普遍问题,大量的刑事案件证人证言未经质证即作为定案依据,证人不出庭作证已经成为庭审的常态。

四、程序责任与救济阙如

如果说我们的生活离不开法,其实是指离不开程序法。在实体规则方面,法律以外的规范可以代替实体法规范,我们的生活秩序可以依赖于道德、习惯、民约、政策、命令等实体性行为规范,也就是说,我们可

① 证人不出庭作证也有自身方面的原因,主要有:(1)“多一事不如少一事”思想作怪。我国历来崇尚“得饶人处且饶人”的思想,相关案件知情人不想再对别人做“雪上加霜”之事,更不愿“得罪”人,导致其不愿出庭甚至躲避出庭。(2)公民素质不高,缺乏正义感。我国近两千余年的封建制度,小农意识根深蒂固,“各家自扫门前雪,休管他人瓦上霜”的思想仍影响着相当一部分人,缺乏同仇敌忾的意识。(3)害怕打击报复。担心出庭作证后遭到打击报复,有的证人甚至在出庭前就已经遭到了威胁,因而逃避作证或是做了证后也逃避当面作证。(4)法律没有强制力。由于客观情形,如工作繁忙、岗位特殊等原因不能出庭,或是其出庭必然带来如工资奖金、劳动收入的减少致使其不能也不愿出庭。参见白明等:《证人出庭率低的原因及对策》,来自 <http://yxb.fyfc.cn/blog/yxb/index.aspx?blogid=417157>, 2008-12-15/2009-5-16。

② 证人出庭作证率低,在司法机关方面具体原因有:(1)公诉人担心增加指控难度。对于公诉机关,证人出庭作证,面对法官和被告人、辩护人等发问和询问,其证言很可能发生变化甚至推翻其原来证词,增加指控难度,造成公诉机关工作困难,久而久之,养成了公诉人不愿通知证人出庭作证的习惯,大量使用证人在庭前提供的书面证言。(2)法官担心延长庭审时间。对于审判机关,我国现行的法官业绩考核机制是以审判效率为主,因通知证人的难度大、时间长等因素,出于效率的考虑,法官更愿意选择宣读证人证言,此外,证人不出庭作证,不需要接受公诉人、被害人和辩护人、被告人的多次询问,大量缩短了庭审时间。而且实践中法院审判的大量案件属于事实清楚、证据充分或被告人认罪的案件,因此证人出庭显得没有必要,有的法官也就形成了当庭提供证言的惯性思维。(3)办案民警担心当庭证词变化。对于侦查机关而言,各地普遍以立案数量作为干警考核标准,而实践中的大量案件多以口供定案,导致部分人为追求办案数量而采用暴力等方式获取证词,因此,为避免证人当庭面对询问时证词的变化甚至说出被暴力取证的过程,其也当然的不愿甚至阻止证人出庭作证。参见白明等:《证人出庭率低的原因及对策》,来自 <http://yxb.fyfc.cn/blog/yxb/index.aspx?blogid=417157>, 2008-12-15/2009-5-16。

以没有法的实体规则。但是当生活中出现矛盾、冲突和争端的时候,我们对法的首选需要不是实体法规范,而是程序。原始人是从解决争端的程序需要中产生了对法的需求,现代社会也不例外,我们同样绝对离不开法的程序。“无程序的法律”意味着没有程序制约的实体规则得不到一致的、普遍的、公开的执行,它完全可以演变城专制的恶法。因而,我们宁要“无法律的程序,而不要“无程序的法律”。^[9]不要说有正当程序的善法与优良的实体法来实施刑事法律,即使在刑事诉讼法中哪怕是有正当程序的恶法比有不正当程序的善法优越,因为前者是在公正执行法律,尽管法律本身是不善的,但是如果它按照一定的程序一贯执行的话,至少能使服从这种法律制度的人知道对他有什么要求,从而他可以事先有所防备、保护自己。相反,后者是指在一个处于不利地位的人仍然不可预测自己可能遭受的专横待遇,它当然比前者恶劣。^{[9] (44)}近年来,随着程序正义理论的弘扬,程序性制裁理论的提出受到学界的普遍重视。^①中国刑事诉讼法制度所存在的根本问题,与其说是具体制度的改革和完善问题,倒不如说是刑事诉讼程序受到架空和规避的问题。当越来越多的诉讼程序根本得不到实施,大量的“潜规则”大行其道的时候,刑事诉讼法中证人出庭的有关规定,都将变得失去实质性的意义。每一个法秩序都包含一些要求受其规整之人,应依其规定而为行为的规则。假使这些规则同时是裁判规范,则有权就争端的解决为裁判者亦须依此为判断。大部分的法规则都同时是国民的行为规范及法院或机关的判断规范。此处所指的“规则”具有以下两点特征:其规范性特质,质言之,其系有拘束力之行为要求,或有拘束力之判断标准——其规范性特质;其次,其非仅适用于特定事件,反之,于其地域及时间的效力范围内,对所有“此类”事件均有其适用——其一般性特质。^[10]从调查数据表明,我国刑事诉讼法实务中证人出庭并未得到规范性的规整,必然在实务中出现证人不出庭作证的异化。

刑事诉讼法为什么无法得到实施呢?其原因是什么?实体法所确立的规则大体可分为授权性规则、义务性规则和禁止性规则三种。但任何一种法律规则无论是授权性的、义务性的还是禁止性的,一般都包括着“假定”、处分“和责任”等基本构成要素。我们可以将“假定”与“处分”予以合并,统称“规范内容”;“责任”则可以被视为“法律后果”,也就是受某一法律规则约束的法律主体违反该项规则所要承担的法律责任或所要承受的法律后果。^{[5] (142)}与实体法相似的是,程序法所确立的法律规则通常也可以分为授权性的、义务性的还是禁止性的,也要具有“假定”、处分“和责任”等三大构成要素。但是程序法中的“法律责任”或“法律后果”,一般并不是通常意义上的实体法律责任,而通常属于那种以宣告无效为标志的程序性法律后果。^②这也就意味着,实体法所强调的“责任自负原则”并不适用于程序法,违反程序法的“行为人”并不会因为违反法律程序而遭受个人利益的损失,至多带来“违法所得的利益遭到剥夺”这样的后果,也就是违法所实施的诉讼行为不会产生预期的法律效果。^{[5] (143)}程序法的实施不可能通过另外一部程序法的实施来完成,它的实施不得不通过其自身来完成。那么,程序法究竟是通过怎样的方式来实施其自身所确立的各项法律规则呢?首先,程序法必须确立一套可操作的宣告无效机制。其次,程序法还必须建立一套专门针对程序法违法问题的司法裁判机制。这就是陈瑞华教授强调的“程序性裁判”的问题。例如,要保障证人出庭作证,就需要确定不出庭作证的法律后果以及司法救济途径。不建立这些程序性裁判机制,那么,所谓的“程序性制裁”是根本不可能得到实施的,哪些违反法律程序的诉讼行为也不可能在程序层面上被宣告为无效并受到有效遏制。^{[5] (143)}刑事程序法只要没有确立旨在宣告违反法律程序的行为无效的机制,只要没有为这种宣告无效机制的实施确立基本的司法裁判机制,那么,有关刑事程序规则就是不可实施的,也就具有天然失灵的可能性。^{[5] (143)}任何程序规则,无论是实体构成性规则,还是程序实施性规则,都需要有较为完善的实施机制加以保障。只要某一法律程序变成一种不可实施的规则,只要某一诉讼权利变成一种不可救济的权利,那么刑事程序的失灵问题就会随即出现。这就意味着,刑事程序的失灵问题,既可能

① 此种观点散见在一些论著之中。参见王敏远:《刑事辩护中的程序辩护》,《法制日报》2001年12月23日;陈瑞华:《程序性辩护之初步考察》,《燕山大学学报》2005年第1期;陈瑞华:《程序性制裁理论》,中国法制出版社2005年版;陈瑞华:《刑事程序失灵问题的初步研究》,《中国法学》,2007年第6期;陈瑞华:《刑事诉讼法的中国模式》,法律出版社2008年版。

② 刑事诉讼法学界有学者并未完全赞同这种观点。参见樊崇义等著:《刑事诉讼法再修改理性思考》,中国人民公安大学出版社2007年版,第275页。

出现在普通的授权性规则、义务性规则和禁止性规则之中,也同样会影响那些旨在确立程序性违法之法律后果的程序性制裁规则的实施。^{[5] (144)}“除非权利具有可操作性否则无人拥有权利”^[11] 刑事诉讼法规定的权利,必须具有可操作性,才能实现法律条文意图实现的规范目的,才能达到规范目的意图实现的规范效果。卡尔·拉伦茨曾经指出:“法效果……与规范制定者借此追求的实际结果不同,由制定者的眼光来看,前者只是达成后者的一——多少恰当的手段而已。作为规范性事实,法效果(发生义务)借助法条的效力可发生(适用于)任何事例,至于想追求的实际效果则取决于诸多因素,在一些个案中其可能不发生。”^{[10] (133-134)} 一般来说,刑事刑事诉讼法的再修改所涉及的无非是刑事程序规则的改变,包括法律规则的废、改、立问题。其中,由规则的改变所带来的可能有公检法三机关权力的调整,嫌疑人、被告人、辩护律师诉讼权利的扩大,以及某种新的诉讼制度的建立。那么,中国刑事诉讼法制度在实施中面临的根本问题是什么?对于这一问题,每一个法律学者都可以给出自己的解答。但是,假如我们不是仅仅关注“书面刑事程序的完善”,而是考察刑事程序的实施问题的话,那么,中国刑事诉讼制度面临的根本问题,^{[9] (141)} 既不是证人不出庭作证本身的问题,也不是公检法三机关权力的重新分配问题,而是刑事程序的责任的缺失以及没有救济机制。这个问题是直接影响到刑事诉讼法是否公正问题。刑事程序的责任的缺失是指立法者所确立的法定成都在刑事司法活动中受到了规避和搁置,以致于使刑事诉讼法的书面规定在不同程度上形同虚设。我们通常所说的“法庭审判流于形式”,刑事诉讼法所设定的有关法庭审判的各种规范已经架空,关键在于没有在程序上宣告无效的法律责任的承担。

五、结语:为什么法律会异化

本文着重于反思我国刑事诉讼法在实践中证人为什么不出庭作证的原因,并非构建一种有效的具体制度,虽然这种反思对于将来的构建具有一定的作用。

从问卷调查几组数据来看,我国刑事案件证人出庭率比例非常低。证人不愿意出庭作证的原因,不仅有法律规范之间抵牾,没有程序制裁机制,违反规范找不到责任者,缺少救济渠道,从而在实务中给司法人员洞开异化之门的便利;也有证人安全担心、不愿意得罪人和证人得不到补偿的担忧。也就是说,证人不愿意出庭作证是多种社会因素综合作用的结果。它既有证人自身的原因,又有法律制度上的原因。就法律制度上的原因来说,主要是证人制度内容的不完善。

有学者指出,要对我国刑事诉讼法问题做出令人信服的研究,不仅要转换研究方法,不能仅仅坚持“规范法学”的固有立场,将法律的制定、修改作为法学研究的对象,而更需关注法律在社会中的实施状况。换言之,我们需要从对“书本法律”的迷恋,转向对“社会中的法律”的高度重视,将法律程序的实施问题视为一种社会现象来研究。^[12] 诚哉斯言!从我们调查数据表明,证人不愿作证和拒不出庭作证的确影响司法公正一个难题。证人作证对诉讼具有重要的价值,无论是为实现实体公正还是为实现程序公正,证人出庭作证都是现代诉讼的必然要求。自不待言。省思我国刑事诉讼法在现实存在疑难问题,包括证人不出庭作证问题在内,笔者提出了一个令人经常思考的一个问题:为什么在实践中往往有法不依?为什么法律会在实践中被异化?法治,作为高度文明的体现被世界早已认可。中国,现实的法治从1999年把“依法治国”四个字写进了修改的宪法,目前的诸多法律看起来似乎不健全,其实法律不是少了,而是不少的根本没有保证执行和落实。为什么就执行不了?根本症结就在于法律并没有被信仰而是方便使用的工具。法律既是社会变革的工具,又是社会中发生的这种变革的对象,^[13] 有人把当下证人不出庭作证归结为制度的不完善,这既是对法律人的诘难,也是对法律人的鞭策。如吉登斯所说,现代性的一个重要构成要素是制度。法律人就是制度性要素的构造者,是制度的诠释者和应用者,而不像其他社会主体那样是制度的被动接受者。^[14] 但是,正是在制度要素的建构和运用这两个方面,当下证人出庭率如此之低远远跟不上社会的要求。在社会制度的建构方面,法律人会认为,这是政治家的责任,与法律人无干。事实上,政治家对社会发展而言,仅仅在于宏观方面;制度建构则涉及具体的运用。运用并不意味着比建构不重要。现在主要问题不在于证人出庭制度的不细致,而在于有制度得不到有效执行。在法律的诠释与运用方面,也很难说法律人都做到了公正。正如卢梭所言,只要法律不再有力量,一切合法的东西也都不会再有力量。^[15] 证人出

庭是检验审判公正的试金石。必须改变当前审判流于形式,只有证人出庭,才能查明事实真相,准确认定案件事实。制定证人出庭规则的目的,在于使人们知道他们要履行哪些义务,承担什么责任,拥有什么权利,直到不履行义务和责任将受到什么样的处罚,从而建立一个人们能够和睦相处的社会。^[19]证人出庭不仅是程序正义的需要,也是实体正义的要求。这需要每一个法律人关注其自身的社会和历史担当,而不能简单的推脱和回避。

参考文献:

- [1] 陈光中. 中国刑事证据制度的改革[A]. 杨松才, 肖世杰. 刑事诉讼法再修改专题研究[C]. 北京: 中国检察出版社. 200. 221.
- [2] 龙宗智. 刑事庭审制度改革[M]. 北京: 中国政法大学出版社. 2001. 243.
- [3] 田文昌笔谈[Z]. 陈虹伟. 司法公正期待证人出庭作证[N]. 法制日报, 2007-04-29(3).
- [4] 陈瑞华笔谈[Z]. 晏向华. 证人出庭作证怎么就这样难——从迈克尔·杰克逊变童案谈我国的证人作证制度[N]. 检察日报, 2008-06-21(5).
- [5] 陈瑞华. 刑事程序失灵问题的初步研究[J]. 中国法学, 2007, (6): 151.
- [6] 李奋飞等. 国家司法考试专题: 刑事诉讼法、行政法44讲[M]. 人民法院出版社. 2005. 11.
- [7] 徐静村. 刑事诉讼法再修改的理念[A]. 杨松才, 肖世杰. 刑事诉讼法再修改专题研究[C]. 北京: 中国检察出版社. 2009. 50.
- [8] 陈光中笔谈[Z]. 陈虹伟. 司法公正期待证人出庭作证[N]. 法制日报, 2007-04-29(3).
- [9] 孙笑侠. 程序的法理[M]. 北京: 商务印书馆. 2005. 44.
- [10] [德] 卡尔·拉伦茨. 法学方法论[M]. 陈爱娥译. 北京: 商务印书馆. 2004. 132.
- [11] [美] 贝恩·J. 辛格. 可操作的权利[M]. 邵强进, 林艳译. 上海: 上海人民出版社. 2005. 1.
- [12] 陈瑞华. 刑事诉讼法的中国模式[M]. 北京: 法律出版社. 2008. 2.
- [13] [美] 埃尔曼. 比较法律文化[M]. 贺卫方, 高鸿钧译. 北京: 三联书店. 1990. 68-69.
- [14] [英] 吉登斯. 现代性的后果[M]. 国禾译, 黄平校. 北京: 译林出版社. 2000. 13.
- [15] [法] 卢梭. 社会契约论[M]. 何兆武译. 北京: 商务印书馆. 1980. 168.
- [16] [英] G. D. 詹姆斯. 法律原理[M]. 关贵森等译. 北京: 中国金融出版社. 1990. 16.

(责任编辑: 马永伟)