

《刑事诉讼法》再修改之证据制度完善

张保生*

内容提要 证据法是规制证据运用与事实认定的法律规范。我国刑事诉讼法有关证据规定目前已具备了现代刑事证据制度的基本要素和体系框架,但还存在内容陈旧和结构失衡的问题。《刑事诉讼法》再修改宜采用“软件升级”的方法,从确立以相关性原则为主线的逻辑理念和以基本权利保障为取向的价值理念入手,以证据理念更新推动现代刑事证据制度发展。在制度层面,应完善举证、质证和认证制度,为庭审实质化创造条件;在规则层面,应完善证据排除规则,促进刑事证据法从合法性“一枝独秀”到可采性“春色满园”的结构转变,贯彻直接言词原则或借鉴传闻排除规则,推动非法证据排除规则进一步完善。

关键词 《刑事诉讼法》再修改 刑事证据制度 证据排除规则 庭审实质化

目次

- 一、刑事证据法的理念更新
- 二、举证制度的完善
- 三、质证制度的完善
- 四、认证制度的完善
- 五、证据排除规则的完善
- 六、结语:《刑事诉讼法》证据规则修改建议和理由

* 中国政法大学证据科学教育部重点实验室、司法文明协同创新中心、重罪检察证据分析研究基地教授。

一、刑事证据法的理念更新

我国现行《刑事诉讼法》中与证据直接相关的条文,主要集中在第一编第五章“证据”(第50—65条)、第二编第二章“侦查”(第141条),第三编第二章“第一审程序”(第191—198条),共25条。这些条文体现的证据规则内容包括:(1)相关性(第50条第1款,第141条、第194条);(2)可采性或采信(第50条第3款);(3)证明责任(第51条);(4)严禁刑讯逼供,不得强迫自证其罪(第52条);(5)证明标准(第55条);(6)非法证据排除(第56—60条);(7)质证(第61条);(8)作证义务及例外(第62条);(9)证人保护和保障(第63—65条);(10)讯问被告人(第191条);(11)证人出庭(第191条);(12)亲属不被强制出庭作证(第193条第1款);(13)询问证人(第194条);(14)实物证据出示(第195条);(15)法院调查核实证据(第196条);(16)新的证据,鉴定人出庭作证(第197条);(17)法庭证据调查、辩论(第198条)。

从上述规定覆盖的范围看,刑事证据法的基本要素已经具备,体系结构也基本形成。不过如果进一步分析,就会发现相关规定仍存在两个问题:一是内容陈旧,证据法的要素虽说齐全,却存在着理念缺失、原理偏误和内部冲突等问题;二是结构失衡,仅凭非法证据排除规则“一枝独秀”难以支撑起完整的刑事证据法大厦,需要推进从证据合法性单向度要求向证据可采性多向度发展的理念转变,或曰向刑事证据法律体系“春色满园”的结构性转变,这是中国刑事证据法体系化建设的必由之路。当然,结构性的完善不会一蹴而就,而需要长期的研究和积累。故此次《刑事诉讼法》修改,宜在推进现代刑事证据理念更新的基础上,采用“软件升级”的方法,重点解决内容更新问题,之后再逐步实现体系完善的长远目标。

证据法是规制证据运用与事实认定的法律规范。中国刑事证据法律体系建设,需要将普适性的证据法原理与我国审判实际相结合。《刑事诉讼法》关于证据制度的修改应秉持以下理念:一是确立以相关性原则为主线的逻辑理念,二是确立以基本权利保障为取向的价值理念。

相关性是证据的根本属性,是现代证据制度普遍奉行的基本原则,因为,只有相关的证据才有助于事实认定者运用经验推论获得理性的裁判结果。换句话说,不相关的实物和言词不是证据,应该排除,这就是所谓不相关证据排除规则。对此,《刑事诉讼法》第50条第1款“可以用于证明案件事实的材料,都是证据”的规定,可被视为中国版证据相关性定义,是我国证据法的宝贵财富。《刑事诉讼法》中还有两条体现相关性的规定:一是第141条“在侦查活动中发现的可用以证明犯罪嫌疑人有罪或者无罪的各种财物、文件,应当查封、扣押;与案件无关的财物、文件,不得查封、扣押”。该规定体现了“与案件无关的财物、文件”不是实物证据,因而“不得查封、扣押”的逻辑理念。二是第194条“证人作证,……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”。该规

定所体现的证据法理念是,“发问的内容与案件无关”,所获得的回答便不是证人证言。遗憾的是,刑事诉讼法中尽管有相关性规则的内容,却还没有明确提出“相关性”概念。根据证据法原理,相关性规则有两个基本要求:一是对待证要件事实具有证明作用,即“可以用于证明案件事实”;二是不相关的证据不可采,即“不得作为认定案件事实的根据”。因此,建议将第50条第3款“证据必须经过查证属实,才能作为定案的根据”修改为“证据必须具有相关性并查证属实,才能作为定案的根据”。这不仅可以弥补我国刑事诉讼法中相关性概念缺失的不足,而且完善了相关性规则的第二个基本要求,明示了中国不相关证据排除规则。

不得强迫自证其罪是现代刑事证据法奉行的另一个基本原则。《公民权利和政治权利国际公约》第14条第3项规定:“在判定对他提出的任何刑事指控时,人人完全平等地有资格享受以下的最低限度的保证:(庚)不被强迫作不利于他自己的证言或强迫承认犯罪。”我国《刑事诉讼法》第52条“不得强迫任何人证实自己有罪”的规定体现了该国际公约的要求,是司法人权保障的重要进步。但是,该规定与“不得自证其罪的权利”(right against self-incrimination)还有一定的差距,后者是刑事被告人或证人的一项诉讼权利,旨在保障一个人不被强迫提供可能导致其受到刑事指控的证言。它与无罪推定原则一起,确保国家承担刑事指控的证明责任。该权利的完整含义有二:一是“不得强迫任何人自证有罪”,即犯罪嫌疑人、被告人没有义务为控诉方的有罪指控向法庭提供任何可能对自己不利的陈述或其他证据;二是“不得强迫任何人自证无罪”,即犯罪嫌疑人、被告人没有证明自己无罪的义务。^①在术语表达方面,“证实”不仅意味着提出证据进行证明,还有证据“确实、充分”的要求。显然,不得强迫自证其罪原则所禁止的并非这种达到“证实”程度的强迫,而是最小程度“证明”的强迫,即禁止强迫自证其罪的任何行为。因此,建议将《刑事诉讼法》第52条修改为“不得强迫任何人证明自己有罪或无罪”。这样修改,不仅可以适应未来中国法治发展和司法文明进步的需要,也与第55条第1款中“重证据,重调查研究,不轻信口供”的规定相呼应。与此修改相配套,建议修改第62条第1款“凡是知道案件情况的人,都有作证的义务”的规定,后面补充一句话:“法律另有规定的除外。”这个例外,除了与第52条修改协调即贯彻不得强迫自证其罪原则之外,还为未来立法中律师—委托人作证特免权、亲属作证特免权等证据性权利的设立预留了一定空间。

二、举证制度的完善

(一) 实物证据出示中的辨认鉴真规则

举证是原告提出证据,以确认其诉讼主张的活动。物证作为“哑巴证据”,虽能记录案件事实,却不能主动“诉说”案情。因此,辨认、鉴真是物证出示的主要方式之一。“证

^① 参见卞建林主编:《刑事诉讼法学》,科学出版社2008年版,第72页。

据法有一个普遍原则,即首先要证明有关证据就是证据提出者所称的证据,然后才有该证据的可采性问题。这个普遍要求有时被称为‘基础铺垫’。”^②根据这个原则,证据提出者应当为其提供的实物证据作必要的基础铺垫,以证言形式证明其具有同一性和可靠性。

《刑事诉讼法》第195条中“公诉人、辩护人应当向法庭出示物证,让当事人辨认”的规定,存在辨认主体错位的问题。根据无罪推定和不得强迫自证其罪原则,犯罪嫌疑人、被告人在经法庭举证、质证和认证程序证明确实有罪之前,被推定为无罪,并拥有“不得自证其罪的权利”。如果在检控方负有证明责任的举证程序中,将指控犯罪嫌疑人、被告人有罪的物证转交其自己辨认,等于令其证明自己有罪或无罪,这无疑侵犯了其“不得自证其罪的权利”。因此,实物证据辨认主体不应该是当事人,而应是举证方证人。在2010年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部颁布的《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》第10条“具备辨认条件的物证、书证应当交由当事人或者证人进行辨认”的规定中,作为辨认主体的“证人”,不是一般意义上对案件事实拥有亲身知识的目击证人,而是对物证、书证的提取、制作和保管有亲身知识的辨认鉴真证人,主要是指警察或侦查取证人员。辨认鉴真的方法主要有两种:一是通过容易辨认或与众不同的物理特征确认其同一性和真实性,包括与环境相联系的外观、内容、内部结构等,由物证的提取者、制作者和保管者进行辨认或鉴真;对书证笔迹、签名和内容,也是由其提取者、制作者和保管者进行辨认鉴真;二是通过保管链条来证明物证、书证在保管过程中未改变性状。

根据以上证据法原理,第195条关于向法庭出示物证“让当事人辨认”的规定,建议修改为“让证人和当事人辨认”。这里的证人辨认,即物证提取者、制作者或保管者对物证的同一性、真实性或可靠性作证,确认其未被调换、掺假或篡改。之所以保留“当事人”的辨认主体地位,主要是考虑到在辩护方出示物证的辩护程序中,当事人拥有物证辨认的举证权利。但随着司法人权保障的加强,刑事诉讼当事人作为辨认鉴真主体的地位将逐步削弱或取消,这应当是中国证据法未来的发展方向。

(二) 辨认鉴真程序中的侦查办案人员出庭作证

《刑事诉讼法》第192条第2款规定:“人民警察就其执行职务时目击的犯罪情况作为证人出庭作证,适用前款规定。”这里的前款规定,是指证人出庭作证的相关规定。但从司法实践来看,这款规定的意义较为有限,因为很多犯罪都是在没有目击证人的情况下发生的,警察作为案件目击证人的情况更是十分罕见。

常见的情况是,从事侦查活动的警察,作为对取证活动拥有亲身知识的辨认证人出庭作证,其目的不仅是为了证明搜查取证活动的合法性,而且是为了证明实物证据来源的可靠性。由于刑事犯罪比较隐蔽,时常难以找到目击证人,因此,提供物证、书证、电子证据等证据来证明犯罪,已成为世界各国检控方的主要举证手段。在普通法系刑事审判

^② [美] 罗纳德·J. 艾伦等:《证据法的分析进路:文本、问题和案例》(第6版),张保生、王进喜、汪诸豪译,满运龙校,中国人民大学出版社2023年版,第215页。

中,警察或侦探甚至成为控方证人出庭作证的基本群体,作为侦查活动知情证人出庭,以支持公诉。“英美法系国家普遍建立了警察作证制度,在一定程度上是出于对检警分立模式的缺陷的补救。当检察机关起诉时使用的证据受到质疑时,警察为支持公诉出庭作证就成为必然。”^③在美国,进行侦查的警察必须以证人的身份出庭就侦查事项作证。在澳大利亚,检察官在证据出示环节,也必须传唤对实物证据来源有亲身知识的警察、侦探出庭作证。这种制度设计,不仅使控方证明责任得到履行,也增强了警察依法执法的自觉意识。

鉴于以上理由,建议将第192条第2款“人民警察就其执行职务时目击的犯罪情况作为证人出庭作证,适用前款规定”修改为“人民警察就其执行职务时目击的犯罪情况和侦查取证情况作为证人出庭作证,适用证人出庭的相关规定”。随着以审判为中心的诉讼制度改革逐步推进,我国侦查办案人员出庭作证的角色,应当从过去单一的证据合法性调查的程序性证人,向证据可靠性调查的辨认鉴真证人转变,使警察出庭作证支持公诉进入检控方出示实物证据的常态化轨道。这一修改不仅将改变法庭上检察官以宣读警方情况说明的方式出示实物证据的错位景象,促进庭审实质化并提高警察作证责任感,而且更重要的是,警察出庭作证常态化,将对普通证人出庭作证发挥重要示范作用,有助于从根本上扭转我国刑事诉讼中证人出庭率低的局面,这对促进司法文明建设具有重大意义。

(三) 证据合法性证明程序中的侦查办案人员出庭作证

在刑事证据法的价值体系中,公正是非法证据排除规则创设的主要理由。非法证据虽然可能具有相关性,甚至有很高的证明力,但因其是通过侵犯作为公正价值核心内容的人权而获得,所以应当予以排除。非法证据排除规则的设立在我国司法文明史上具有里程碑意义。然而,该规则的有效实施还需要公安司法机关严格履职和侦查办案人员积极配合。《刑事诉讼法》第59条第1款规定:“在对证据收集的合法性进行法庭调查的过程中,人民检察院应当对证据收集的合法性加以证明。”在履行证据收集合法性证明责任时,由于检察官对证据收集缺乏亲身知识,传唤侦查办案人员出庭作证就成为一种主要的证明方法。

《刑事诉讼法》第59条第2款规定:“现有证据材料不能证明证据收集的合法性的,人民检察院可以提请人民法院通知有关侦查人员或者其他人员出庭说明情况;人民法院可以通知有关侦查人员或者其他人员出庭说明情况。有关侦查人员或者其他人员也可以要求出庭说明情况。”该规定存在三个缺陷:一是没有赋予辩护方提请法院通知侦查办案人员出庭的启动权;二是侦查办案人员出庭的身份模糊;三是暗示侦查办案人员拥有不接受质证的特权。此处先讨论第二个缺陷的修改办法,另外两个将在后文第五部分展开讨论。

^③ 何家弘、杨建国:《论警察出庭作证的程序保障——以〈波士顿警察局规则与程序规则320〉为蓝本》,载《犯罪研究》2010年第4期,第5页。

审判作为现代社会纠纷之最终解决方式,具有激烈的竞争性。诉讼当事人怀着维护自身权益的目的走上法庭,审判结果关乎诉讼当事人的生命、自由、财产等重大利益。所以,诉讼活动主体具有特殊的社会性,扮演着特殊的社会角色。把握这些诉讼角色的特征,对证据法研究具有重要意义。纵观世界各国的审判活动,可以概括出其参与主体不外四种角色,即证人、诉讼律师(包括检察官)、法官和陪审团。^④在上述角色定位中,侦查办案人员出庭对证据收集合法性进行证明,其身份显然不是诉讼律师、法官和陪审团,而只能是证人。“证人是对外庭外发生的事件拥有知识,被传唤到法庭,宣誓后在法官、陪审团和诉讼当事人面前披露该知识的人。”^⑤证人分为专家证人和外行证人,后者是指“对于案件事实有直接或亲身知识的人”^⑥。在证据合法性调查中,侦查办案人员直接参与证据收集或取证活动,对程序性事实(如获取口供和提取物证的过程等情况)拥有亲身知识,其出庭作证便具有了“程序证人”^⑦的身份。

值得注意的是,2017年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部颁布的《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》(以下简称《严格排除非法证据规定》)第27条已经将2012年《刑事诉讼法》第57条关于侦查办案人员“出庭说明情况”的表述修改为“出庭作证或者说明情况”,这是一个重大进步。尽管其在明确侦查办案人员“出庭作证”之证人角色的同时,还保留了“说明情况”,但“出庭作证”一词,已准确无误地将侦查办案人员出庭的身份定位为证人。遗憾的是,2018年《刑事诉讼法》第59条第2款,并未吸收《严格排除非法证据规定》第27条取得的成果。因此,建议第59条第2款再修改应该吸收上述第27条的规定,将其中三处“出庭说明情况”的文字均修改为“出庭作证”。

三、质证制度的完善

(一) 证人可信性的质证

在刑事诉讼中,侦查办案人员无论是作为实物证据辨认鉴真证人出庭,还是作为证据合法性调查的程序性证人出庭,都不能只是单向地“出庭说明情况”,而应该双向地先接受检控方询问,再接受辩护方质询,这两种询问之结合才统称为“出庭作证”。这种“举证+质证=证明”的证据法程序设计,要求任何证人证言都必须经过对方质证才算完成一个完整的证明程序,才能采纳作为定案的根据,这正是《刑事诉讼法》第61条所体现的证据法基本原理。

按照“证言三角形理论”,证言可信性涉及证人的感知能力、记忆能力、诚实性、叙

^④ 参见张保生主编:《证据法学》(第4版),中国政法大学出版社2023年版,第53-57页。

^⑤ 前注②,罗纳德·J.艾伦等书,第101页。

^⑥ [美]彼得·G.伦斯特洛姆编:《美国法律辞典》,中国政法大学出版社1998年版,第221页。

^⑦ 陈瑞华:《论侦查人员的证人地位》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2012年第2期,第41页。

述一歧义性共四种证言品质。^⑧事实认定者对这些证言品质进行推论,才能形成对证言可信性的判断。其中,第一个推论是从陈述人话语(证言)到其信念的推论,要求对其诚实性和叙述能力作出判断。例如,证人是否在如实陈述自己头脑中经观察而形成的真实信念,其诚实性受到证人与当事人之间利益关系的影响,叙述一歧义性则受语言模糊性或多义性的影响。第二个推论是从陈述人信念到被观察事件的推论,要求对其感知和记忆能力作出判断:一是观察准确性,如作出陈述的证人是否真正看到或听到了自己正在作证的事项。二是记忆准确性。心理学实验表明,人的记忆力在几周后就会衰减,因此,“目击者们对他们看到的東西所做的叙述,经常与事件的本来面目非常不同”^⑨。审判中证人作证都会遇到记忆不准确的问题,事实认定的准确性取决于能否剔除不可信的证据,而可信性检验正是质证的任务。《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、辩护人双方质证并且查实以后,才能作为定案的根据。”这一规定对任何证人都没有例外,所以,侦查办案人员在作为控方证人出庭作证后,也须接受辩方质证。

(二) 被告人的对质权

《刑事诉讼法》第61条以默示方式确立了我国刑事诉讼中被告人的对质权:“证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方质证并且查实以后,才能作为定案的根据。”这里所说的“质证”是一个相对中国化的概念,其内容涵盖了英美法中的交叉询问(cross-examination)和对质(confrontation)两种询问方式或权利。前者一般是指证人接受对方律师或检察官的询问,即控方证人在接受检察官直接询问之后由对方律师进行质疑性询问,或辩方证人在接受律师直接询问之后由检察官进行质疑性询问。相比之下,对质则是指被告人本人对不利证人进行直接质问。交叉询问和对质的区别是相对的:一方面,被告人的对质权给予他一种对任何作证反对他利益的人进行交叉询问的权力(power);^⑩另一方面,刑事被告人拥有的“宪法第六修正案的对质条款权利,即与证人对质和交叉询问的权利”^⑪。例如,在1974年“戴维斯诉阿拉斯加州案”中,“被告人有对质权和对检控方关键证人交叉询问的权利”^⑫,二者是可以相提并论的事情。从质证概念包括交叉询问和对质两种方式来看,我国《刑事诉讼法》第61条虽未明示对质概念,却明显包含对质的含义——允许被告人在法庭上对控方证人当面质问,并强调其是证人证言被采纳为定案根据的前提,因而可视为对被告人对质权的肯认。被告人在审判中与证人乃至被害人“面对面”对质,可直接观察证人、被害人的言谈举止,增强对证人如实作证和被害人如实陈述的心理压力,有助于事实认定者对证言可信性作出判断。

⑧ 参见前注②,罗纳德·J.艾伦等书,第494页。

⑨ [澳]约瑟夫·P.福加斯:《社会交际心理学:人际行为研究》,张保生、李晖、樊传明译,中国人民大学出版社2012年版,第25页。

⑩ 参见[美]亚历克斯·斯坦:《宪法化证据法》,郑飞、樊传明译,载《法律方法》2014年第1期,第316页。

⑪ 前注②,罗纳德·J.艾伦等书,第101页。

⑫ Davis v. Alaska, 415 U.S. 308 (1974).

对质不仅是一种事实真相发现手段,更是被告人的一项基本权利。《公民权利和政治权利国际公约》第14条第3项规定:“在判定对他提出的任何刑事指控时,人人完全平等地有资格享受以下的最低限度的保证:(戊)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。”除国际公约外,许多国家也将刑事被告人对质权确立为一种宪法权利,如美国宪法第六修正案规定,“在所有的刑事诉讼当中,被告人有权……与对己不利的证人进行对质”。《日本国宪法》第37条第2款、《欧洲人权公约》第6条第3款d项、《美洲人权公约》第8条,也都对被告人对质权作了规定。

目前,我国尚未将被告人对质权明确规定为一项宪法权利,这妨碍了将对质权上升到基本权利的高度予以保障。在宪法尚未明确规定被告人对质权的情况下,《刑事诉讼法》修改若能在第61条明确规定“被告人有权与证人对质”,当然是一个最佳选择。不过,如果承认“证人证言必须在法庭上经过……被告人……质证并且查实以后,才能作为定案的根据”这一规定已默示了被告人对质权,在此前提下,也可采取另一条立法进路,即把对被告人对质权的默示,通过以下两条配套规则修改明示出来:

首先,建议修改第192条第1款“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”的规定。这个规定的问题在于“人民法院认为证人有必要出庭作证的”一句,既然作为被告人的“当事人……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”,立法就不应该将该“证人有必要出庭作证”规定为法院的自由裁量权,从而限制被告人对质权的行使。这不仅是因为对质权作为被告人的基本诉讼权利,对该权利的主张是无条件的,即无论被告人何时主张对质权,法院和法官都不应当附加任何条件;而且还因为,“该证人证言对案件定罪量刑有重大影响”已构成了法院应当通知证人出庭作证的充要条件。这两个理由加在一起,立法就不应该再赋予法官决定证人是否“有必要出庭作证”的自由裁量权,否则,不仅会造成对被告人诉讼权利的侵犯,也不利于法院准确、公正地认定案件事实。鉴于上述理由,建议第192条第1款删除“人民法院认为证人有必要出庭作证的”一句,修改为“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的,证人应当出庭作证”。

其次,建议修改第193条第1款规定,即“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”。不强制被告人的配偶、父母、子女到庭具有合理性,但在这种情况下采纳被告人的配偶、父母、子女的庭外陈述作为定案的根据则存在问题。法院不能在被告人要求与提供不利证言的配偶、父母、子女对质时,以不能强制他们出庭作证为由而在未经对质的情况下采纳该证据作为定案的根据。其缘由在于,法官对《刑事诉讼法》第193条的解释,不能用于抵抗第61条赋予被告人的对质权。所以,第193条第1款的修改,一是要消除第61条与第193条可能存在的法律冲突,考虑到第61条中的“证人证言”是一个作为全称判断的一般

概念,即是指“(任何)证人证言”,而“被告人的配偶、父母、子女”则是一个作为特称判断的特殊概念,所以,用第61条的质证原理来统摄第193条的内容解释是解决二者冲突的最佳办法;二是应当针对司法实践中被告人对质证权受到侵害的情况,通过设置不出庭却提供不利证据的条件限制性规定,来强调证据法的基本权利保障取向。鉴于上述理由,建议将第193条第1款修改为:“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;被告人的配偶、父母、子女可以不被强制到庭,但其庭外陈述不能作为定案的根据。”

四、认证制度的完善

(一) 庭外证言笔录的认证风险

《刑事诉讼法》第195条规定:“对未到庭的证人的证言笔录、鉴定人的鉴定意见、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。”这条关于“未到庭的证人的证言笔录”采信条件的规定存在两个问题:一是与第61条规定存在冲突,即违反了该条关于“证人证言必须在法庭上经过……双方质证并且查实以后,才能作为定案的根据”的一般规定,可能导致第61条规定被架空;二是违反了基于前述“证言三角形理论”的证据法基本原理,证言可信性涉及证人的感知能力、记忆能力、诚实性、叙述一歧义性,只有证人出庭作证和接受质证,事实认定者才能对这四种证言品质和是否采信证人证言作出判断。

从《刑事诉讼法》第124—126条规定来看,证言笔录是由侦查人员在询问证人时所作的书面记录,按照“证言三角形理论”,“未到庭的证人的证言笔录”可否被法庭采信,涉及“说者与听者”之间复杂的通信关系。

1. “说者和听者(记录者)”的复杂通信关系及其错误风险

在说者和听者的通信关系中,一方面,由于信息在传输过程中,信息量会衰减,信息本身也会发生变形和失真的客观原因。另一方面,由于听者(记录者)的主观原因,对听者(记录者)来说至少存在三种风险:一是没听清、没听懂说者所言内容(感知风险),二是头脑中没形成与说者意思一致的信念(记忆风险),三是没能将与说者意思一致的信念以文字形式准确记录下来(歧义风险)。就是说,证言笔录所记,可能并非被询问人所言,其中掺杂着询问者和记录者的主观因素。因此,在对方提出异议的情况下,该证人就必须出庭作证予以澄清,如此才能消除这种扭曲或主观性,否则,法官就只能加工不可信的传闻证据。

对于这方面的风险,已经有两个研究成果予以关注。一个是“未被承认的感知角色”,即记录者对自己所听到的信息进行“老练猜测”的建构情况,指的是“将话语信号中的信息与自己头脑中的知识相结合,在建构自己所听到的消息时扮演着积极角色”。不仅如此,记录者还会“对原始数据添加个人层面的解释”即“篡改证据”,这对随后阅

读该笔录的人（包括法官、律师、检察官和陪审团）来说都是很危险的。^⑬

另一个研究成果来自英国语言学界对警察—犯罪嫌疑人访谈笔录的实证研究。英国在1984年以前,是由警察询问者根据记忆来制作官方访谈记录。1984年《警察与刑事证据法》改为要求警察询问者制作录音带,交由警局誊写员或“录音访谈记录员”将录音誊写为文字。访谈记录在法庭上将作为检控方证据出示,一些细节还可被检控方用于对被告进行交叉询问。然而,访谈数据从口语到录音、再到笔录的模式变化,实际上已改变了原始数据,并使所有背景信息和线索丢失。而且,在法庭上并非是将笔录(或录音)作为证据出示,而是由警察证人和检察官大声朗读访谈笔录,这又增加了一个从书面到口语的模式转换,从而产生了一系列问题:第一是可听性,即访谈录音某处可能听不见或听不清,但调查显示,誊写员仍会根据资料作出猜测。第二是转录问题,不仅会产生主观性和不精确性,而且,“我们的书写习惯无法表达说话者用以传达其含义的一些语言外的信号”,如“语调,呼吸,强调,高低音调,拖长音”等副语言特征,还有诸如“挑起眉毛,点头,冷笑和微笑”等语言外特征。第三是编辑问题,尽管大多数笔录声称是“逐字逐句记录的”,但在强调可读性的追求下还是经历了实质性编辑过程。事实上,一份录音访谈记录只有某些部分被完整地转录,更多的部分则是编辑后对受访者话语的高度选择性记录。第四是法庭举证问题,笔录的副本将被提交给法官和陪审团,他们可事先查看“实际使用的词语”,并形成自己对正确语调和引申含义的看法,甚至影响后续的法庭听审。综上,摒弃在法庭上大声朗读访谈记录的做法成为必然选择,因为它给访谈数据增加了额外不必要的失真、混乱和损坏。^⑭

上述英国经验在一定程度上有助于我们反思证言笔录制度的弊端,对我国证言笔录制度改革也有借鉴意义,随着诸如科大讯飞等智能语音文字转换技术的发展,未来的机器记录或许可以替代人工记录证言笔录的方式,从而在根本上克服其固有缺陷,减少可能出现的错误、误解和不正义的风险。

2. “说者和听者(事实认定者)”的复杂通信关系及其错误风险

在说者和听者的通信关系中,就听者(事实认定者)而言,也存在三种错误风险:一是通过法庭举证和质证,能否准确听懂或理解说者(证人)的意思;二是事实认定者自己头脑中能否形成正确的信念;三是自己头脑中关于说者说了什么的信念能否进行正确推论。在“说者与听者”的关系中,同样涉及“证言三角形理论”中的推论,第一个推论是从说者话语(证言)到其信念的推论,要求对其诚实性和叙述能力作出判断,这两种证言品质都会对证言可信性造成影响。第二个推论是从说者信念到其观察事件的推论,要求对其感知能力和记忆能力作出判断:一是观察准确性,二是记忆准确性,也都会对证人作证能力产生决定性影响。可见,事实认定者对证人证言的判断本就存在错

^⑬ See Kate Haworth, *Tapes, Transcripts and Trials: The Routine Contamination of Police Interview Evidence*, *The International Journal of Evidence & Proof*, Vol.22(4):428, p.428-450 (2018).

^⑭ 参见[英]凯特·霍沃思:《录音带、笔录和审判:警察访谈证据的常态污染》,张保生、熊依婷译,载《证据科学》2021年第2期,第238页。

误风险,在这种情况下,如果证人不出庭,检察官总是以宣读庭外证言笔录的方式进行举证,而他又对自己所宣读之事缺乏亲身知识,那就更会“雪上加霜”,形成“说者和听者”通信关系三种风险的叠加,不仅剥夺了事实认定者对庭外陈述人行为举止进行观察的机会,也剥夺了对方对其进行交叉询问的机会,在面临庭外陈述人诚实性、叙述一歧义性、感知和记忆等诸多风险的情况下,事实认定的准确性就难以保障。

所以,无论是根据大陆法系的直接言词原则,还是根据普通法系的传闻排除规则,证人证言都是指对作证事项拥有亲身知识的人在案件开庭审判时向法院所作的案件事实陈述,都要求证人必须在法院面前作证,如此,庭上证言才具有当然的可采性,而庭前陈述则一般不被法庭采纳。例如,在德国刑事诉讼中,有所谓听取陈述原则、口证原则和直接原则。^⑮根据这些原则,直接感知案件事实的人必须出庭作证,这与英美法系传闻排除规则“殊途同归”。《德国刑事诉讼法》第250条明确规定:“对事实的证明如果是建立在一个人的感觉之上的时候,要在审判中对他进行询问。询问不允许以宣读以前的询问笔录或者书面证言而代替。”我国台湾地区“刑事诉讼法”第159条规定:“证人于审判外之陈述,除法律有规定者外,不得作为证据。”《日本刑事诉讼法》第320条也规定了禁止使用传闻证据的规则。因此,关于证人庭外询问笔录采信规则的修改,必须考虑其可能掺杂询问者和记录者的主观因素,如果证人不出庭接受交叉询问或质证,其证言的真实性、可信性就无法得到确认,因而不能作为定案的根据。显然,对于“未到庭的证人的证言笔录”,仍须回归第61条证人证言的一般规则加以规制,即“必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方质证并且查实以后,才能作为定案的根据”。

鉴于以上理由,就《刑事诉讼法》第195条关于“对未到庭的证人的证言笔录、鉴定人的鉴定意见、勘验笔录和其他作为证据的文书,应当当庭宣读”规定的修改,建议删除“证人的证言笔录”,而只保留“对未到庭的鉴定人的鉴定意见、勘验笔录和其他作为证据的文书,应当当庭宣读”。

(二) 告别刑事专家辅助人和鉴定人“双轨制”

2012年《刑事诉讼法》确立了我国刑事专家辅助人制度,改变了以往鉴定人独揽鉴定意见的“一言堂”局面,有助于法官“兼听则明”对鉴定意见进行认证。但是,与《民事诉讼法》第82条关于“当事人可以申请人民法院通知有专门知识的人出庭,就鉴定人作出的鉴定意见或者专业问题提出意见”的规定相比,《刑事诉讼法》第197条第2款将有专门知识的人出庭的职能限定为“就鉴定人作出的鉴定意见提出意见”,造成刑事专家辅助人与鉴定人“双轨制”等一系列问题。

首先,刑事专家辅助人意见的法律性质不确定。在刑事诉讼中,专家辅助人只能参与鉴定意见的质证,而不能对“专业(专门性)问题”举证。例如,在“付某某故意伤害案”中,上诉人付某某及其辩护人提出,《专家会诊意见》系专家辅助人意见,不属于法定证据种类,不能作为证据使用,且夏某不具备证人资格,其出庭陈述不能作为定案根

^⑮ 参见《德国刑事诉讼法典》,李昌珂译,中国政法大学出版社1995年版,第13页。

据。重庆市高级人民法院则裁定：“《专家会诊意见》系法医学专家受侦查机关委托，针对被害人蒋某某受伤后住院病历及照片等资料作出的文证审查类鉴定意见，并非专家辅助人意见，夏某的出庭意见系鉴定人员的出庭意见，经查证属实，可作为定案根据。”^{①⑥} 该案中重庆市高级人民法院的裁定，实际上是利用专家辅助人意见法律性质不确定而作的一种模糊处理，而不是对鉴定意见可采性作出的裁定。该法院没有说明，为什么侦查机关委托的专家得出的会诊意见就是“鉴定意见”，进而可以作为证据采纳；而被告方委托的专家所提出的意见却只能是“专家辅助人意见”而不被采纳。显然，鉴定意见与专家辅助人意见在法律地位上的不平等，是造成这种现象的主要原因。

其次，刑事专家辅助人意见与鉴定意见的证据效力不同。尽管立法规定专家辅助人只能针对“鉴定意见”提出意见，但这并不能完全阻止专家辅助人提出自己对专业问题的意见。例如，在“林森浩投毒案”二审中，鉴定人对被害人死因提出“符合二甲亚硝胺中毒致急性肝坏死引起急性肝衰竭继发多器官功能衰竭”的鉴定意见；辩方专家辅助人则提出“根据目前病理检测报告认定黄洋中毒致死缺乏依据，确定其是特定二甲基亚硝胺中毒，是不客观不科学的”的不同意见。至此，辩方专家已完成《刑事诉讼法》第197条第2款规定的任务，但他却接着提出自己的专家意见，即被害人死亡原因是爆发性乙型病毒性肝炎致急性肝坏死、多器官衰竭死亡。检察官当庭对该专家意见提出质疑认为，其结论主要依据的是文书、报告等，他并没有参与尸体解剖。法官当庭裁定，该专家辅助人所说内容，不属于《刑事诉讼法》规定的鉴定意见，应该作为对鉴定意见的质证意见，不能单独作为定案依据。^{①⑦} 应当说，该案中法官排除辩方专家辅助人意见的裁定是对《刑事诉讼法》第197条第2款规定的正确适用。但是，如果将专家辅助人意见仅仅限于弹劾目的，在司法实践中就会陷入如下困境：专家辅助人意见即便被法庭采纳，最多也只是导致被其质疑的鉴定意见不被采信，而与鉴定意见相反的专家意见却对审判结果无法产生实质性影响。这意味着，在我国刑事诉讼中，专家辅助人意见最多只能起到引发重新鉴定的作用，却不能被采纳作为定案的根据。

最后，上述“双轨制”实际上削弱了法庭对科学证据可靠性标准的注意力。从学理上说，科学证据最终能否被采纳作为定案的根据，关键不在于其是由检控方委托的“具有法定资质”的鉴定人作出还是由辩护方聘请的专家辅助人作出，而在于它是否具有可靠性和科学性。在科学性和可靠性方面，鉴定人和专家辅助人的地位应该是平等的。否则，会造成如下怪状：同一名专家，当他以鉴定人身份得出专业意见时，其意见就可以作为证据被法官采信；而当他以专家辅助人身份得出专业意见时，该意见却无法作为证据被法官采信。有学者指出，专家辅助人在刑事诉讼实践中突破立法所规定的“质疑鉴定意见”的要求，实际上并“没有带来法庭的失控，而是更多地服务于公检法查明案情

^{①⑥} 重庆市高级人民法院（2015）渝高法刑终80号刑事裁定书。

^{①⑦} 参见上海市第二中级人民法院（2013）沪二中刑初110号刑事判决书；上海市高级人民法院（2014）沪高刑终31号刑事裁定书。

的需求”^⑮。从这个意义上说,当前与鉴定人制度“并行”的专家辅助人制度,只是解决目前律师对鉴定意见质证能力不足而作的一种过渡性安排或临时性措施,继续沿用可能弊大于利。因为“双轨制”下,鉴定人和专家辅助人法律地位不平等、鉴定意见与专家辅助人意见的证据效力不平等的问题难以从根本上得到解决。鉴于此,推动刑事专家辅助人和鉴定人的法庭角色向专家证人演变,不仅符合控辩双方专家证人诉讼地位平等、专家证言证据效力平等的发展趋势,而且随着专家辅助人回归专家证人本色,将过去加给专家辅助人的质证职责归还给律师和检察官,还将大幅度提高后者对科学证据进行质证的能力,促进准确、公正的事实认定。

鉴于以上理由,建议对《刑事诉讼法》第197条第2款进行修改,打破专家辅助人仅能参与鉴定意见质证的限制,借鉴《民事诉讼法》第82条的立法模式,规定“公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人可以申请法庭通知有专门知识的人出庭,就鉴定人作出的鉴定意见或者专业问题提出意见”。

根据《刑事诉讼法》第61条“证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方质证并且查实以后,才能作为定案的根据”的规定,第197条第3款“有专门知识的人出庭,适用鉴定人的有关规定”,以及第192条第3款“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”的规定,可以得出一个合乎逻辑的推论:专家辅助人就“专业问题提出意见”后,也应该接受对方质证;经质证的专家辅助人意见,可以用来认定案件事实,并被采纳作为定案的根据。

五、证据排除规则的完善

(一) 促进从合法性规则到可采性规则的结构性转变

我国自2010年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部发布《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》到2017年出台《严格排除非法证据规定》,以及2012年和2018年《刑事诉讼法》两次修改,已经建立起一个比较完整的非法证据排除规则体系,对于推进司法人权保障和司法文明建设具有里程碑意义。然而,正如本文开篇所统计的,《刑事诉讼法》中的主要证据法条文总共25条,而非法证据排除规则从第56—60条就有5条,占了全部证据规则的20%,这不仅使刑事证据法体系出现了结构失衡,而且给人造成一种非法证据排除规则“一枝独秀”的印象。

从现代刑事证据制度整体视角看,可采性或证据排除规则无疑是证据法的核心问题和典型内容。^⑯但需要注意的是,可采性概念比合法性概念的外延要更宽。就是说,可采性并不等于合法性,证据排除规则也不等于非法证据排除规则。作为证据的基本属性之一,可采性最初是一个普通法概念,它是指在陪审团审判中是否让陪审团成员听到或看

^⑮ 吴洪淇:《刑事诉讼中的专家辅助人:制度变革与优化路径》,载《中国刑事法杂志》2018年第5期,第85页。

^⑯ 参见前注^②,罗纳德·J.艾伦等书,第152-153页。

到某个证据,从而在法官和陪审团之间建立起一个过滤性屏障,只有经法官裁定可采的证据,才能交由陪审团听审。采信则是指认证,即事实认定者(包括陪审团和法官)是否将该证据作为事实认定的依据。然而,在普通法系没有陪审团的法官审中,由于不再需要过滤性屏障,就和我国法庭审判一样,可采性和采信的区别便消失了。此时,法官既是法律适用者,又是唯一的事实认定者,统揽着证据的采纳、排除或认证,法官对证据可采性的判断与其能否作为定案依据的判断便交织在一起,其含义已被能否作为认定案件事实的根据或定案的根据这一含义所取代。这就是为什么普通法系现今虽然法官审盛行,可采性规则却依然大行其道的原因。因此,准确地说,可采性是指证据在法律上可被采纳作为定案根据的属性。^{②①}那么,不可采,就是证据排除。可采性包含着证据采纳与排除的统一,是一个硬币的两面。

理论上证据法的宗旨是鼓励采纳证据,即证据信息越多越好,但基于准确、公正、和谐和效率等多种价值考虑,又需要排除不可采的证据。在审判实践中,有些证据虽然具有相关性,却可能由于种种价值考虑而不得不予排除,如传闻证据、品性证据、非法证据、和解与提议和解或支付医疗费用的证据,或者违背作证特免权取得的证据等。另一方面,证据排除规则又都有例外,即在一定条件下可以采纳相关证据,从而构成一个丰富多彩的证据排除规则体系。非法证据排除规则只是这个复杂证据排除规则体系的成员之一,而非唯一成员。从这个意义上说,仅靠非法证据排除规则“一枝独秀”,是难以支撑起完整的现代刑事证据制度大厦的,需要有一个从合法性规则到可采性规则的结构转变。因此,建议本次《刑事诉讼法》修改,在保留原有内容不变的基础上将5条非法证据排除规则并为4条(第60条并入第59条作为第3款),以便为其他可采性规则或证据排除规则腾出适当空间。

(二) 贯彻直接言词原则或借鉴传闻排除规则

从庭审实质化的角度考虑,我国目前亟需制定的一条可采性规则或证据排除规则是传闻排除规则。在普通法传统中,提供证人证言有三大条件:宣誓、亲自到庭和接受交叉询问,传闻排除规则就是为了保证能满足这三个条件而设置的。在庭审中使用庭外陈述证明其所断言事项的真实性,该庭外陈述被视为应该排除的传闻证据。排除传闻证据有三个正当理由:第一个理由是“证言三角形”的全部四种证言品质风险可能被放大。心理学实验表明,人在感知、记忆和陈述中常会出现错误,很多证人看错、听错却自己浑然不知而导致辨认错误。^{②②}有研究还将记忆风险细化为七宗罪:一是记忆褪色或“健忘”;二是心不在焉或“失神”;三是时而想起又遗忘的“空白”;四是张冠李戴或“错认”;五是受外界误导的记忆扭曲;六是根据训练而改变过去记忆的“偏颇”;七是无法释怀的恼人回忆“纠缠”。^{②③}因此,证人如果不出庭作证,而由他人转述,上述错误风险就会进一

^{②①} 参见前注④,张保生主编书,第21-22页。

^{②②} 参见[美]伊丽莎白·罗芙托斯、凯撒琳·柯茜:《辩方证人:一个心理学家的法庭故事》,浩平译,中国政法大学出版社2012年版,第24-26页。

^{②③} 参见[美]丹尼尔·夏科特:《记忆的七宗罪》,李安龙译,中国社会科学出版社2003年版,第8页。

步增大。第二个理由是对抗性诉讼使然。证据由一方提出,另一方反驳,进行交叉询问,通过弹劾证人可信性、揭露证言虚假性,有助于查明事实真相。如果采纳传闻证据,另一方就不能对传闻证人进行交叉询问。第三个理由是事实认定者需要掌握全面的信息。证人出庭作证,法官和陪审团可以“听其言”“观其形”(包括态度、表情、声调及肢体语言等),这些都是判断证言可信性所不可缺少的信息。如果采纳传闻证据,证人证言所蕴涵的这些丰富信息将无从知晓。

大陆法系的直接言词原则和普通法系的传闻排除规则都服务于准确认定事实的价值,二者具有“异曲同工”之处。作为证据法的基本原则之一,大陆法系直接言词原则要求审判具有亲历性,所有物证、书证都要在法庭上出示,证人应以口头而非书面方式在法庭上作证讲述自己的亲身知识,否则,其可信性就会受到怀疑。从两大法系的经验来看,贯彻直接言词原则或借鉴传闻排除规则对准确认定事实、推进现代刑事证据制度建设具有必要性。因此,建议《刑事诉讼法》原第60条内容并入第59条第3款后,新的第60条规定:“法庭审理过程中,公诉人讯问被告人或询问证人,不得以宣读以前讯问笔录或询问笔录的方式进行。”

《刑事诉讼法》修改贯彻直接言词原则或借鉴传闻排除规则,对我国现代刑事证据制度建设具有重要意义:第一,可以有效抑制询问笔录或讯问笔录等庭外陈述的过度膨胀,对证明力较低的传闻材料进行过滤,促进证人出庭作证。以审判为中心的诉讼制度改革需要以证人出庭作证为前提条件,但由于我国一直缺少基本的庭外陈述排除规则,导致审判中证人出庭率低、笔录证据大行其道,使“庭审实质化”大打折扣,影响以审判为中心的诉讼制度改革的成效。因此,新的第60条规定“不得以宣读笔录的方式进行询问或讯问”,有利于促进证人出庭作证,进而实现庭审的基本功能。第二,有利于实现经质证才能作为定案根据的认证要求,使《刑事诉讼法》第61条“双方质证并且查实以后,才能作为定案的根据”的规定真正得到落实。如果证人不出庭,公诉人又因对案件事实无亲身知识而无法接受质证,那么,判决书上所写的“某某证据经过质证并查证属实,可以作为定案的根据”便可能成为空话、套话。因此,新的第60条规定不仅为第61条规定提供了法理依据,也为第195条在“应当当庭宣读”的证据中删除“证人的证言笔录”的修改提供了立法支撑。

(三) 推动非法证据排除规则进一步完善

1. 赋予辩护方非法证据排除启动权

非法证据排除规则为检控方施加了证据合法性的证明责任。《刑事诉讼法》第59条第2款规定:“现有证据材料不能证明证据收集的合法性的,人民检察院可以提请人民法院通知有关侦查人员或者其他人员出庭说明情况;人民法院可以通知有关侦查人员或者其他人员出庭说明情况。有关侦查人员或者其他人员也可以要求出庭说明情况。经人民法院通知,有关人员应当出庭。”上述规定虽然确立了证据合法性调查程序中侦查办案人员出庭制度,但在侦查办案人员出庭的启动程序中,只赋予了检察院、法院和侦查办案人员程序启动权,而未赋予辩护方申请侦查办案人员出庭的权利,这有违控辩平等

原则。而且,在非法证据排除程序中,辩护方本来是主张存在非法取证情况的一方,按照“谁主张,谁举证”的一般诉讼原理,作为主张方的辩护方既有举证义务,又有举证权利,理应有权申请侦查办案人员出庭。

有鉴于此,2017年《严格排除非法证据规定》第27条规定:“被告人及其辩护人申请人民法院通知侦查人员或者其他人员出庭,人民法院认为现有证据材料不能证明证据收集的合法性,确有必要通知上述人员出庭作证或者说明情况的,可以通知上述人员出庭。”这一规定在我国刑事证据制度发展史上第一次赋予被告人及其辩护人申请法院通知侦查办案人员出庭作证的程序启动权,是对2012年《刑事诉讼法》第57条第2款规定的重大发展,其法治意义在于维护了控辩双方的平等诉讼权利。遗憾的是,2018年《刑事诉讼法》第59条第2款并未吸收这一发展成果,因此,《刑事诉讼法》第59条第2款再修改应该消除这个遗憾。

当然,2017年《严格排除非法证据规定》第27条“人民法院认为现有证据材料不能证明证据收集的合法性,确有必要通知上述人员出庭作证或者说明情况的,可以通知上述人员出庭”的规定也存在一定问题。逻辑上,既然是“确有必要通知”,那么合理的规定应该是:人民法院“应当通知”而非“可以通知”上述人员出庭作证。也就是说,法官没有“可以不通知”上述人员出庭作证的自由裁量权,这样,才能切实维护辩护方申请排除非法证据的权利。

同样,根据《刑事诉讼法》第59条第1款“在对证据收集的合法性进行法庭调查的过程中,人民检察院应当对证据收集的合法性加以证明”的规定,特别是在“现有证据材料不能证明证据收集的合法性的”情况下,检察院应当履行提请法院通知侦查办案人员出庭的义务。既然是义务,第59条第2款“检察院可以提请人民法院通知”中的“可以”就应修改为“应当”。就是说,在“现有证据材料不能证明证据收集的合法性的”情况下,检察院就应当提请法院通知侦查办案人员出庭,从本质上讲,这是作为指控方的检察机关在履行证据收集合法性的证明责任。

综上理由,建议第59条第2款修改如下:“现有证据材料不能证明证据收集的合法性的,人民检察院应当提请人民法院通知有关侦查人员或者其他人员出庭作证;被告人及其辩护人可以申请人民法院通知侦查人员或者其他人员出庭作证;人民法院应当通知有关侦查人员或者其他人员出庭作证。有关侦查人员或者其他人员也可以要求出庭作证。经人民法院通知,有关人员应当出庭作证。”

2. 明确实质性瑕疵证据不得补正

《刑事诉讼法》第56条第1款规定:“采用刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁等非法方法收集的证人证言、被害人陈述,应当予以排除。收集物证、书证不符合法定程序,可能严重影响司法公正的,应当予以补正或者作出合理解释;不能补正或者作出合理解释的,对该证据应当予以排除。”这一款确立的补正规则有必要进行修改。理由如下:

首先,“补正”的概念是“补充和改正(文字的疏漏和错误)”^{②③}。显然,内容的疏漏和错误,无法融入补正概念的内涵和外延。对此,2012年《人民检察院刑事诉讼规则》第66条第3款规定“补正”是对“非实质性瑕疵”进行补救,这是对“补正”概念的正确理解。遗憾的是,2019年《人民检察院刑事诉讼规则》第70条删除了关于“补正”是对“非实质性瑕疵”进行补救的规定。因此,《刑事诉讼法》第56条第1款再修改应该消除这个遗憾。因为,如果不区分实质性瑕疵和非实质性瑕疵,一律都允许补救,其结果可能是纵容造假式补正,甚至出现将非法证据补正为合法证据的情况。如此一来,非法证据排除规则就形同虚设了。

其次,从《刑事诉讼法》第56条第1款的立法语境看,既然“收集物证、书证不符合法定程序”已经达到了“可能严重影响司法公正”的程度,那么这些物证、书证显然已不再是非实质性瑕疵证据,而是具有严重性、实质性瑕疵的证据,收集这些物证、书证不符合法定程序的行为明显违法或者情节严重,可能会对司法公正和司法公信力造成严重损害。因而合乎逻辑的规定是“应当予以排除”,而不是允许补正。

最后,允许对物证、书证收集的实质性瑕疵补正,违反了最佳证据规则“防止不完全或欺骗性的证明”的初衷。就是说,允许修改原件的补正行为,必须旨在遵循最佳证据规则“防止提出篡改”和“防止欺诈”的前提下才能实施,^{②④}这是实质性瑕疵证据不得补正的正当理由。理论上,事实认定的正当理由有两个来源:一是寻求真相的证据推理过程,只有当人们有正当理由相信一项主张之内容的真实性时,事实认定者作出一项肯定性认定或裁决才是正当的;二是公正、和谐与效率等价值权衡,法院必须在真相认定过程中实现正义。^{②⑤}然而,允许对实质性瑕疵证据进行补正,有可能给伪造证据的行为提供机会,削弱证据的可靠性。对此,有学者认为,我国卷宗笔录式审判以及由此衍生的“瑕疵证据”理论,导致非法证据排除规则的适用异化为一种证据笔录修补术。为突破这一困境,须从根本上否定“瑕疵证据”概念,以实现法庭证据合法性审查的实质化。^{②⑥}有学者对799个瑕疵证据补正与排除案例进行了实证研究,揭示出瑕疵证据与非法证据界限不清,导致提出瑕疵证据排除申请和决定是否排除的随意性都比较大,因而建议对非法证据与瑕疵证据作更明确的区分,实现司法的精细化和庭审的实质化。^{②⑦}

上述主张有一定合理性,但考虑到完全废除补正规则与本文提倡的“软件升级”的修法方式不符,因此建议将第56条第1款有关补正的规定修改为:“收集物证、书证不符合法定程序,但不会严重影响司法公正的,可以予以补正或者作出合理解释;不能补正或者作出合理解释的,对该证据应当予以排除。”

^{②③} 《现代汉语词典》,商务印书馆2002年版,第101页。

^{②④} 参见前注^②,罗纳德·J.艾伦等书,第286页。

^{②⑤} See Ho Hock Lai, *A Philosophy of Evidence Law: Justice in the Search for Truth*, Oxford University Press, 2008, p.61-64.

^{②⑥} 参见孙远:《非法证据排除的裁判方法》,载《当代法学》2021年第5期,第53页。

^{②⑦} 参见易延友:《瑕疵证据的补正与合理解释》,载《环球法律评论》2019年第3期,第34页。

六、结语：《刑事诉讼法》证据规则修改建议和理由

	《刑事诉讼法》证据规则	修改建议	修改理由
第一编 总则 第五章 证据	第 50 条第 3 款 证据必须经过查证属实,才能作为定案的根据。	第 50 条第 3 款 证据必须具有相关性并查证属实,才能作为定案的根据。	贯彻相关性是现代证据制度的基本原则。
	第 52 条 ……严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法收集证据,不得强迫任何人证实自己有罪。	第 52 条 ……严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法收集证据,不得强迫任何人证明自己有罪或无罪。	全面贯彻不得强迫自证其罪原则。
	第 56 条第 1 款 ……收集物证、书证不符合法定程序,可能严重影响司法公正的,应当予以补正或者作出合理解释;不能补正或者作出合理解释的,对该证据应当予以排除。	第 56 条第 1 款 ……收集物证、书证不符合法定程序,但不会严重影响司法公正的,可以予以补正或者作出合理解释;不能补正或者作出合理解释的,对该证据应当予以排除。	(1) 贯彻最佳证据规则,防止不完全或欺骗性的证明。 (2) 防止非法证据排除规则形同虚设。
	第 59 条第 2 款 现有证据材料不能证明证据收集的合法性的,人民检察院可以提请人民法院通知有关侦查人员或者其他人员出庭说明情况;人民法院可以通知有关侦查人员或者其他人员出庭说明情况。有关侦查人员或者其他人员也可以要求出庭说明情况。经人民法院通知,有关人员应当出庭。	第 59 条第 2 款 现有证据材料不能证明证据收集的合法性的,人民检察院应当提请人民法院通知有关侦查人员或者其他人员出庭作证;被告人及其辩护人可以申请人民法院通知侦查人员或者其他人员出庭作证;人民法院应当通知有关侦查人员或者其他人员出庭作证。有关侦查人员或者其他人员也可以要求出庭作证。经人民法院通知,有关人员应当出庭作证。	(1) 侦查办案人员出庭作证,履行证据合法性控方证明责任。(2) 维护辩护方申请排除非法证据的诉讼权利,实现控辩平等。 (3) 第 60 条并入第 59 条第 3 款,为其他证据排除规则腾出立法空间。
	第 60 条 对于经过法庭审理,确认或者不能排除存在本法第五十六条规定的以非法方法收集证据情形的,对有关证据应当予以排除。	第 3 款 对于经过法庭审理,确认或者不能排除存在本法第五十六条规定的以非法方法收集证据情形的,对有关证据应当予以排除。 (新增)第 60 条 法庭审理中,公诉人讯问被告人或询问证人,不得以宣读以前讯问笔录或询问笔录的方式进行。	

	《刑事诉讼法》证据规则	修改建议	修改理由
	第 61 条 证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方质证并且查实以后,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 61 条 证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方质证并且查实以后,才能作为定案的根据。被告人有权与证人对质。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。	明确被告人与证人对质的权利,加强司法人权保障。
	第 62 条第 1 款 凡是知道案件情况的人,都有作证的义务。	第 62 条第 1 款 凡是知道案件情况的人,都有作证的义务,法律另有规定的除外。	(1) 贯彻不得强迫自证其罪原则,与第 52 条修改配套。 (2) 为作证特免权未来立法预留一定空间。
第三编 审判 第二章 第一审程序 第一节 公诉案件	第 192 条第 1 款 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。	第 192 条第 1 款 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的,(删除“人民法院认为证人有必要出庭作证的”)证人应当出庭作证。	(1) 对定罪量刑有重大影响,已构成法院应当通知证人出庭作证的充要条件。(2) 被删除规定超越了法院自由裁量权。
	第 192 条第 2 款 人民警察就其执行职务时目击的犯罪情况作为证人出庭作证,适用前款规定。	第 192 条第 2 款 人民警察就其执行职务时目击的犯罪情况和侦查取证情况作为证人出庭作证,适用证人出庭的相关规定。	警察作为辨认鉴真证人履行作证义务,促进庭审实质化。
	第 193 条第 1 款 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。	第 193 条第 1 款 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,被告人的配偶、父母、子女可以不被强制到庭,但其庭外陈述不能作为定案的根据。	(1) 维护被告人与证人对质的权利。 (2) 为亲属作证特免权未来立法预留一定空间。

	《刑事诉讼法》证据规则	修改建议	修改理由
	第 195 条 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、鉴定人的鉴定意见、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。	第 195 条 公诉人、辩护人应当向法庭出示物证,让证人和当事人辨认,对未到庭的(删除“证人的证言笔录”)鉴定人的鉴定意见、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。	(1) 澄清辨认鉴真证人的身份。(2) 贯彻不得强迫自证其罪原则。(3) 贯彻直接言词原则或借鉴传闻排除规则。
	第 197 条第 2 款 公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人可以申请法庭通知有专门知识的人出庭,就鉴定人作出的鉴定意见提出意见。	第 197 条第 2 款 公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人可以申请法庭通知有专门知识的人出庭,就鉴定人作出的鉴定意见或者专业问题提出意见。	(1) 维护控辩平等。(2) 取消刑事专家辅助人与鉴定人“双轨制”。

Abstract: Evidence law is a set of legal norms that regulates the use of evidence and the fact-finding. At present, the evidence provisions of the *Criminal Procedure Law of China* already have the basic elements and system structure of the modern criminal evidence system, but there are still two problems: old content and unbalanced structure. The method of ‘software upgrade’ should be adopted in the revision of the *Criminal Procedure Law*, starting from the establishment of the logic concept with the principle of relevance as the main line and the value concept with the guarantee of basic rights as the orientation, and updating the concept of evidence to promote the development of modern criminal evidence system. At the system level, the system of production, cross-examination and deliberation should be improved to create conditions for the substantive requirements of the trial. At the rule level, it is necessary to improve the rules of the evidence exclusion, promote the structural change of Chinese criminal evidence law from the ‘outshining’ legality to ‘prosperous’ admissibility, implement the principle of direct speech or learn from the hearsay exclusion rule, and further improve the rule of illegal evidence exclusion.

(责任编辑: 王 楷)