



书面证言使用规则研究

——程序法视野下的证据问题

SHU MIAN ZHENG YAN SHI YONG GUI ZE YAN JIU
CHENG XU FA SHI YE XIA DE ZHENG JU WEN TI

颜 飞 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

阅 览

20132

CHENG XU FA WEN KU

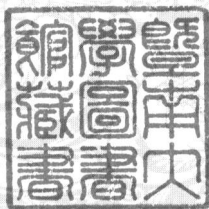
程序法文库

书面证言使用规则研究

——程序法视野下的证据问题

SHU MIAN ZHENG YAN SHI YONG GUI ZE YAN JIU
CHENG XU FA SHI YE XIA DE ZHENG JU WEN TI

颜 飞 著



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

书面证言使用规则研究：程序法视野下的证据问题 / 颜飞著. —北京：中国法制出版社，2012. 9

ISBN 978 - 7 - 5093 - 3956 - 5

I. ①书… II. ①颜… III. ①刑事诉讼 - 证据 - 研究 - 中国 IV. ①D925. 213. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 194950 号

策划编辑 胡 斌

责任编辑 邱小芳

封面设计 李 宁

书面证言使用规则研究：程序法视野下的证据问题

SHUMIAN ZHENGYAN SHIYONG GUIZE YANJIU: CHENGXUFA

SHIYEXIA DE ZHENGJU WENTI

著者/颜飞

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

印张/ 8.5 字数/ 181 千

版次/2012 年 9 月第 1 版

2012 年 9 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 3956 - 5

定价：29.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真：66031119

网址：<http://www.zgfs.com>

编辑部电话：66078158

市场营销部电话：66017726

邮购部电话：66033288

序 言

《书面证言使用规则研究》一书，是颜飞在其博士学位论文基础上修订而成的。

裁判者在充分听取控辩双方质证、辩论意见的基础上，根据内心形成的确信，独立、公正地作出有罪与否的裁判，这既是确保证刑事审判公平、正义的基本要求，也是近现代法治国家对刑事审判的普适性规则。虽然 1996 年我国刑事诉讼法的修改突出了审判方式的改革与完善，但实践证明，我国刑事庭审程序流于形式的问题并没有从根本上得到解决。在此种背景下，我赞同作者的研究方法，即“以问题为中心”为研究进路，通过文本分析和实证研究，发现实践中真正存在的问题，并进行深入分析，以此为基础，来推导出自己的观点并构建相关的理论体系。

与以往同类著述不同，在分析“证人为何不出庭”这一问题时，作者并没有将研究视野局限在“强制证人出庭”、“加强证人安全保障”、“完善作证补偿”等问题上，而是着重分析和论证这样一个重要观点：由于现行的刑事诉讼程序对于案卷中的言词笔录有着严重的依赖性，即使证人出庭作证，法官仍更愿意采信庭前制作的书面证言；从一定意义上说，中国刑事审判是无须证人出庭的刑事审判。虽然这一观点的论证还有待丰富和加强，但可反映出作者对此问题思考的深度和分析的力度。其中，作者认为公、检、法三机关对于书面证言的依赖，其实质是对国家权力传

统行使方法盲目迷信的结果，而其目的乃是服务于便捷高效地惩罚犯罪的需要，这充分体现出作者“大处着眼，小处着手”的研究方法，值得肯定。

学术研究的一大困局在于，研究者往往囿于研究主题的设定，难以跃出思维的框限，而以一种更广阔的视野来审视研究的主题，打通相关问题之间的联系，拓展研究的深度与广度，提升研究的价值。当然，这对研究者本身提出了很高的要求。

根据我对作者攻读硕士学位、博士学位情况的了解，作者不仅注重基础理论的充实，同时注重实践知识的积累。作者精力充沛、思维敏捷，在本书的写作过程中，较充分地展示了他从事学术研究的悟性与潜力。本书以“程序法视野下的证据问题”为副标题，从证据法的角度对书面证言涉及的直接言词原则、传闻证据规则、对质诘问权等问题展开了深入探讨，并从证据法运行的制度空间对规范书面证言使用涉及的相关制度进行了富有意义的思考与构建，形成了相当前卫且极具学术价值的成果，实属来之不易。

特别值得一提的是，在本书修改完毕即将付梓之时，我国刑事诉讼法迎来了第二次修改。作者结合在实务部门挂职的经历，在本书最后增加一章，对2012年刑事诉讼法实施后如何规范书面证言的使用提出了新的建议。

当然，本书也存在一些不足之处，某些观点的科学性有待进一步思考和论证。希望作者继续努力，严谨治学，在刑事诉讼法学、证据法学的研究领域中再出新的成果。

徐郁村

2012年7月于西政歌乐山寓所

前 言

本书由绪论、正文和结语所组成。

问题是一切社会科学研究的起点，是科学发现和科学创新的第一步。在第一章绪论中，首先交代了本书在选题、构思、写作的过程中始终贯彻的“以问题为中心”的研究进路，即为什么1996年我国刑事诉讼法的修改未能取得预期的效果？我国刑事审判中究竟存在何种难解之题以致于改革的若干措施并未真正改变我国刑事审判流于形式的痼疾？这即是本书力图发现、分析、解释并尝试解决的中心论题。

以问题为中心的研究进路，首要的步骤即是发现问题。要发现长期以来存在于我国刑事审判的难解之题，最直接有效的方式莫过于实证调查。但是，由于本书所设定的考察目标是从1996年前后至今，我国刑事审判中存在何种难解之题，这就给实证调查带来了难以克服的困难。一是时间跨度达十余年；二是调查范围过大，既涉及一审、二审、再审等程序，还须选择若干具有代表性的司法机关。因此，只能通过一种间接的方式来尽可能地实现全面考察的目的。鉴于此，在第二章“探寻我国刑事审判难解之题”中，笔者采用了文本分析与实证研究相结合的方法。文本分析，即是以“刑事诉讼研究综述”（1993～2008）作为研究素材。所谓“刑事诉讼研究综述”，是一个广义的称谓，包括两个方面的材料：一是刑事诉讼法学会“年会观点综述”（1993～2008）；二

是“刑事诉讼研究述评”(1993~2008)。通过对两大类、时间跨度达十五年的“刑事诉讼研究综述”的整理与分析,分类和筛选来发现可能存在的问题。此种文本分析的方法也存在若干可能的缺陷,其中最有可能导致结果出现误差的缺陷在于,分析的结论仅是一种“纸面上的结论”,不能因为某一问题得到更多的关注就将其视为难解之题。因此,必须通过实证研究对文本分析的结论加以检验和分析,进而真正揭示问题的实质。在我国刑事诉讼的司法实践中,刑事案卷不仅是侦查机关、起诉机关和审判机关履行各自诉讼职能的书面记载,而且我国刑事程序的流转及司法决策的作出皆以刑事案卷为主要载体。因此,笔者将刑事案卷作为透析我国刑事审判司法实践的一扇窗口,通过以刑事案卷为样本的分析,既对文本分析的结论加以检验,也进一步揭示了存在于我国刑事审判之中的难解之题。笔者认为证人普遍不出庭只是问题的表象,问题的实质在于我国刑事审判中不受任何限制的随意使用书面证言,并将其作为定罪量刑的重要证据。这就是为什么中国刑事审判常被学者们称之为“走过场”,这也是为什么1996年刑事诉讼法的修改未能实现修法的初衷,未能从根本上走出“程序虚置”怪圈的原因所在。

我国刑事审判中长期、普遍、几乎不加任何限制地使用书面证言,所产生的直接后果在于严重阻碍了案件事实真相的发现,在曝光的诸多冤案中都可以发现滥用书面证言所致的危害。但是,这样一个长期、普遍且重大的问题却又为何始终未能得到解决呢?这即是本书第三章力图分析和解释的问题。

首先,司法实务部门对滥用书面证言所致的危害也给予了相

当的重视，并在“两高”^①司法解释和若干“地方性刑事证据规则”中对书面证言的使用制定了相关规范。但是，由于制定目的的单—性，即更多地是把刑事证据规则作为指导司法机关准确认定事实的一种规范，是以保证国家权力的正确行使而不是以权利保障为其根本目的；允许书面证言使用的宽泛性，即未对书面证言的使用作出严格规范，只有在极少数情况下才对书面证言进行—定的限制，这就决定了这些规范书面证言的措施实施效果的有限性。随着分析的进一步深入，笔者发现之所以书面证言在我国刑事审判中不受限制的使用，其原因还在于使用书面证言具备相对合理性。就发现案件事实真相而言，书面证言固然存在其缺陷，但并非完全没有价值，而在特定情况下，使用书面证言有其必要性、经济性和优越性。但是，仅用相对合理性并不能充分解释我国刑事审判中对书面证言的使用现状。在我国刑事审判中，并不是在特定情况下才使用书面证言，相反，对书面证言的使用是长期的、普遍的和几乎无限制的；更突出的是即使证人已经出庭作证，但法官仍然更偏爱书面证言。笔者经过分析后认为，使用书面证言与我国刑事诉讼有罪必罚的诉讼理念相契合，是行政化的诉讼构造的内在要求，是庭审程序虚置的必然结果，即对书面证言的依赖已深深地嵌入到我国刑事审判的体制之中，从某种意义上说，我国刑事审判是无须证人出庭的刑事审判。在此基础上，笔者进一步推导出要解决中国刑事审判中书面证言近乎被“滥用”这一问题，关键不在于证人出庭率提高到多少，而在于，如果不改变现行刑事诉讼体制中根深蒂固的“权力信仰”观念，不通过诉讼制度的完善限缩书面证言大行其道的空间，即便证人

① “两高”即最高人民法院和最高人民检察院。

出庭率大大上升，对书面证言的信任和依赖不会发生根本性的转变。

他山之石能否攻玉？能否从域外法治国家的立法、司法以及相关理论中获得启示与借鉴，这是本书第四章到第七章试图寻找的答案。

笔者通过“全系统分析法”和“证据法研究中的程序法视野”两种研究方法对美国、德国、法国、意大利和日本等国家或地区刑事诉讼的相关立法与实践进行了比较考察。首先关注的是上述诸国或地区刑事诉讼中书面证言（询问笔录、传闻证据）能否使用？如果可以使用，那么使用的前提或者限制条件又是什么？特别是后者将是考察的重点。其理由在于，就我国刑事诉讼司法实践而言，完全禁止书面证言的使用，无疑既无现实可能性也无必要。更具可行性的方案是立足我国的现实国情，同时参考域外经验，为我国刑事诉讼中如何有限度地合理使用书面证言设定范围与限制。其次，比较研究的视野并不局限于考察各国刑事证据规则当中的具体规定，而是拓展到相关诉讼程序与制度。以期为我国刑事审判中规范书面证言的使用提供可借鉴的整体性框架，而不仅仅是一两个证据规则。

总结域外立法与司法的若干经验与教训，结合我国刑事司法的现状，笔者形成了如何规范我国书面证言使用的整体思路、设计了书面证言使用的具体规则并提出建立和完善相应的制度架构，即本书的第八章。

首先，笔者认为规范我国刑事审判中书面证言的使用，从整体思路上看，应注意三个方面的问题：第一，我国现行的刑事审判制度是中国传统和固有的制度因素、现代职权主义以及当事人主义三大要素的揉合。而从长远来看，我国刑事审判的发展方向，

应当是“博采众长、兼容并蓄的中国模式”，而实现这一目标的必由之路，即是继续推进“控辩式”庭审方式的改革，同时将域外先进做法与中国现实司法实践进行“磨合、调和与整合”。第二，经济学中所谓的“尺蠖效应”同样存在于我国刑事司法的实践。其实质在于公权力的行使者——公、检、法三机关对自身“权力大小”进行任意解释，却忽略了公权力行使的本质要求——权责对应，而最终受到侵害的是被告人的合法权利。由于多重因素制约，我国刑事辩护的现状在短期内难以得到根本性的改善。因此，强调公权力的行使者——警察、检察官、法官的权责对应，并落实相关的制度保障，对于保障书面证言的真实性，降低使用书面证言可能导致的错判风险以及维护被告人的合法权利而言均有着特殊的重要性，而且是更为现实可行的办法。第三，对质诘问权作为具有普世价值之基本人权，已为美国、日本、意大利等国的宪法所确认和保障，同时也是《欧洲人权公约》、联合国《公民权利和政治权利国际公约》等国际公约所确立的刑事被告人应享有的基本诉讼权利，也是公正审判的最低标准之一。而在我国刑事审判中确立被告人享有对质诘问权，不仅可以防止书面证言使用的例外成为常态，同时还可以提升审判的正当性，增强裁判的可接受性。因此，确立被告人的对质诘问权不仅是因为我国履行相关国际公约的要求，也是解决我国司法实践中突出问题的现实需要。

其次，就规范书面证言使用的具体规则而言，在我国刑事审判中完全禁止书面证言的使用既无现实可行性，也无必要性。因此，有限度地使用书面证言是我国刑事审判的必然选择。既要保障公正审判的最低标准，又要避免因为对使用书面证言设定了过于严格的规范而影响到惩罚犯罪目的的实现，必须合理设定书面

证言合理使用的范围。笔者认为，应借鉴直接言辞原则的表述方式，原则上禁止使用书面证言；同时，根据我国刑事审判的实际情况，结合被告人的对质诘问权和公正审判的最低标准，设定6种书面证言使用的例外。包括：当证人、被害人不出庭时采纳其庭前的书面证言必须具备以下条件之一：第一，必要性，是指因证人、被害人死亡、重病、失踪、在国外等作证不能以及证人、被害人经劝说、动员以后仍然坚持不出庭等陈述不能时，可以将其庭前书面证言作为证据使用。第二，特别的可信性，是指该证言是在特别可信的情况下作出的，因此其真实性有相应的保障，可以允许其作为例外使用。第三，被告人或者其辩护律师至少有一次与证人、被害人对质的机会，则该证人、被害人的书面证言可以作为证据使用。第四，控辩双方对书面证言所证明的事实无争议时同意使用。第五，对于证明案件事实有重大意义的书面证言在有其他证据补强时，可允许其作为证据使用，但是不得将其单独作为定案依据。而当证人、被害人出庭时，其庭前不一致的书面证言必须具备前述第2~5种情形之一时才能作为例外使用。如果不具备例外的条件，则只能作为弹劾性证据使用，不得作为认定案件事实的实质性证据。

最后，诉讼制度和司法体制是证据法学研究不可脱离的环境，证据制度的变革也只有在诉讼程序变革的前提下才能实现。要使本书所设想的书面证言使用规则能真正发挥功效，必须同时改革我国现行刑事诉讼的相关制度，即建立和完善规范书面证言使用的制度架构。笔者认为，我国刑事诉讼相关制度的改革应贯彻两个基本理念：一是继续推进“控辩式”庭审方式的改革；二是强调公权力行使者——公、检、法三机关的“权责对应”。具体而言，应在庭前程序中确立检察官的客观公正义务，并将其落实到

具体制度之中，包括：完善询问笔录的制作；确立检察机关全面收集证据的义务；完善阅卷制度、确立检察机关的证据开示义务；明确检察机关有促使控方证人出庭的义务。在庭审程序中则应确立法官的“澄清与照料义务”，通过设立庭审预备会议程序，规范书面证言的准入并完善现有庭审程序中书面证言的质证和认证程序。

在最后一部分中，笔者以一种实践的视角，结合 2012 年刑事诉讼法的实施，系统分析此次刑事诉讼法的修改通过严格书面证言的收集程序，强化证人出庭作证、压缩书面证言的使用空间，规范书面证言的采信以及若干配套制度的完善为规范书面证言的使用提供了有利条件，并针对 2012 年刑事诉讼法实施过程中可能存在的问题，提出应明确禁止以威胁、引诱、欺骗等非法方法收集书面证言，规范瑕疵书面证言的补正规则，进一步压缩书面证言的使用空间，细化庭审对质程序等若干操作层面的建议。

结语部分对本书的研究进行了简要回顾与总结。如何规范书面证言在刑事审判中的使用，这一问题既是世界性的，也是地方性的；书面证言就像一扇窗口，从中既可发现正处于转型与变革时期的我国刑事诉讼中存在的典型问题，亦可窥见国家权力与公民权利在我国刑事诉讼中的基本样态。通过观察书面证言在我国刑事审判中的过去、现在与未来，可以探知我国刑事诉讼制度的完善与发展历程。因此，需要认真对待书面证言。

目 录

前 言	1
 第一章 绪 论	1
一、问题意识	1
二、研究背景	3
三、研究范围	7
四、研究方法	11
 第二章 我国刑事审判的难解之题：书面证言的 无限制使用	18
第一节 文本分析：以“刑事诉讼研究综述” （1993~2008）为研究素材	18
一、设定标准	19
二、选定素材	20
三、问题分类和筛选	23
四、初步结论	25
第二节 实证研究：以刑事案卷为样本	31
一、对文本分析结论的检验	31
二、对刑事案卷的实证研究	32
三、问题实质：书面证言无限制的使用	37

 第三章 为何难解：书面证言使用之成因分析	39
第一节 规范书面证言措施的局限性	39
一、制定目的的单一性	42
二、允许使用的宽泛性	43
三、实施效果的有限性	48
第二节 使用书面证言的相对合理性	49
一、使用书面证言的必要性	49
二、使用书面证言的经济性	50
三、使用书面证言的优越性	50
第三节 刑事审判对书面证言的依赖性	51
一、与有罪必罚的诉讼理念相契合	54
二、行政化的诉讼构造的内在要求	56
三、庭审程序虚置的必然结果	58
四、结论：无须证人出庭的刑事审判	60
  第四章 对质诘问权与书面证言的可采性：美国的理论与实践	63
第一节 对质诘问权的源与流	66
一、对质诘问权的起源：罗马法—教会法时期	66
二、对质诘问权在英美法中的产生与发展	69
第二节 对质诘问权的内涵	72
一、面对不利证人的权利	72
二、诘问不利证人的权利	74
第三节 从契合转向限制：对质诘问权与传闻证据规则之关系	76
一、对质诘问权与传闻证据规则之关系	76

二、对质诘问权与传闻证据规则的契合：1980 年 俄亥俄州诉罗伯茨案	79
三、对质诘问权对传闻证据规则的限制：2004 年 克劳福德诉华盛顿州案	85
四、通过程序保障真实：限制书面证言使用的 核心理念与标准	90
第四节 限制书面证言使用的制度框架：对抗式 审判	91
一、辩诉交易：限制书面证言使用的制度前提	92
二、陪审团：排斥书面证言的事实认定者	93
三、控辩主导庭审：限制书面证言使用的 直接动力	95
第五节 小 结	97

第五章 书面证言使用的宽与严：大陆法系的理论与 与实践

第一节 围绕书面证言使用的两层面纱	100
一、第一层面纱：直接言词原则下的严格规制	100
二、第二层面纱：灵活与宽容的司法实践	105
第二节 揭开面纱：还原书面证言使用的真实面貌	111
一、审慎对待书面证言的证明力	111
二、审前对质：书面证言使用的程序性保障	113
第三节 对《欧洲人权公约》中对质诘问权的解读	116
一、公正审判条款与对质诘问权	116
二、对质诘问权的内涵和要求：以欧洲人权法院 相关判决为中心的考察	118

第四节	澄清义务与客观义务的双重保障	124
一、	法官的澄清义务	125
二、	检察官的客观义务	127
第五节	小 结	131
 第六章	意大利：艰难转型的阵痛	133
第一节	书面证言命运的 180 度转变：1988 年 新《刑事诉讼法典》之理想	135
第二节	一波三折：围绕书面证言的改革与抵制	138
一、	1992 年宪法法院主导的全面倒退	140
二、	1997~1998 年议会与宪法法院的“拉锯战”	142
三、	1999 年修宪与 2001 年刑事诉讼法的再修正	143
第三节	积案如山：改革难以承受之重	145
一、	清除积案：改革的直接动因	145
二、	并不“简易”的简易程序	146
三、	限制书面证言使用的负效应	150
第四节	小 结	151
 第七章	日本：精密司法的尴尬	154
第一节	精密司法的尴尬：审判正当性不足	154
一、	融合与借鉴：精密司法的历史渊源	154
二、	笔录裁判：精密司法的异化	156
第二节	日本式的传闻证据规则：书面证言作为 传闻例外的广泛使用	159
第三节	限制书面证言使用的制度缺失	165
一、“	检察官司法”的悖论	165
二、	衰弱的刑事辩护	168

三、起诉书一本主义的局限	170
四、证据调查程序的形式化	173
第四节 2004 年改革的得与失	176
一、《修改刑事诉讼法等部分条文的法律》 (2004 年第 62 号法律)	176
二、《关于陪审员参加刑事审判的法律》 (2004 年第 63 号法律)	180
第五节 小 结	181



第八章 我国刑事审判中书面证言的未来:

规则与制度架构	185
第一节 规范书面证言的整体思路	185
一、构建刑事审判的“中国模式”	185
二、权责对应:警惕刑事诉讼中的“尺蠖效应”	188
三、确立对质诘问权:公正审判的最低标准	191
第二节 规范书面证言的具体规则	193
一、原则	194
二、例外	195
第三节 规范书面证言的制度架构	198
一、庭前程序:检察官客观义务及其制度保障	199
二、庭审程序:法官澄清与照料义务及其制度 保障	204



第九章 2012 年刑事诉讼法的实施与书面证言的

使用规范:实践视角	209
第一节 规范书面证言使用的有利条件	211
一、严格书面证言的收集程序	211