

【刑事诉讼法研究】

弹劾证据规则的中国模式

——以弹劾侦查人员证言为切入点的分析

牟绿叶

(北京大学 法学院, 北京 100088)

【摘 要】 作为一种辅助证据,弹劾证据旨在争辩证据之证明力。弹劾的对象包括证人的可靠性和证言的可信性,但一般将其总称为证人证言的可信性。我国刑事证据法吸收了英美证据法中基于偏见、感官或精神缺陷、具体的矛盾以及前后不一致陈述这四类弹劾理由,考虑到实体真实主义和证据能力附属化之立法和司法实务现状,我国宜将证据之证据能力纳入弹劾理由之范畴。与交叉询问相比,我国律师更善于通过提出旁证的方式来进行弹劾。法庭对于弹劾证据之审查判断主要侧重其可信性和真实性层面,而且“新法定证据主义”对法庭审查判断带来了深刻的影响。我国确立的弹劾证据规则对于提高律师之辩护质量和保障法庭准确认定事实具有积极的参考价值。

【关键词】 弹劾证据; 实质证据; 交叉询问; 旁证; 新法定证据主义

【中图分类号】 D915 【文献标识码】 A 【文章编号】 1000-5072(2014)01-0063-11

一、问题的提出

2010 年《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》和《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》颁布以后,证人出庭作证成为各地司法机关探索改革,作为特殊证人的侦查人员出庭作证更是成为媒体报道的热点。理论上说,侦查人员出庭作证只是公诉方证明取证行为合法性的一种方式,如果法庭认为证据不够确实、充分的,仍可以排除相关证据。但几乎所有媒体报道都一边倒地论证了出庭作证之积极作用,使人不禁产生疑问:侦查人员出庭就必然会带来不排除证据的效果吗?

答案显然是否定的。一方面,两个证据规定为程序性辩护提供了独立的制度空间,赋予被告方申请听证的权利来攻击取证行为之合法性,如果结局皆如媒体报道那般,由于侦查人员出庭作证而申请悉数被驳回,那么只得说明律师辩护效果堪忧。另一方面,根据《排除非法证据的规定》第 11 条的规定,法庭裁决排除证据所需达到的证明标准几乎与有罪判决一致,在如此之高的门槛下,绝大多数案件中又都维持取证行为之合法性,其审查判断证据的过程就存在隐忧:在实体裁判因“案卷笔录中心主义”而日益形骸化之际,程序性裁判中是否也存在审查流于形式的问题呢?

2012 年新刑事诉讼法第 57 条将侦查人员

【收稿日期】 2013-05-11

【作者简介】 牟绿叶(1984—)男,江苏常州人,北京大学法学院博士生,主要从事刑事诉讼法、证据法研究。

【基金项目】 教育部人文社会科学青年基金项目《犯罪论体系的程序效应——以刑法和刑事诉讼法关系为中心》(批准号:10YJC820009)。

出庭作证吸收为证据章节的重要内容,同时第187条也明文确立了侦查人员的目击证人身份,不仅如此,在量刑程序和其他程序性裁判事项中侦查人员的证人地位也得到了广泛确立,这就使得上述“因为侦查人员出庭而使得辩护更加困难”的担忧迫切需要通过弹劾侦查人员的证言来改善辩护效果。法庭在审查判断证据方面同样有待改进,否则,实体审判中存在的误判风险,也会蔓延至程序性裁判。本文选取侦查人员这一特殊的证人为分析样本,既考虑到他们的证言比普通证人证言更易成为控辩双方争议的焦点,也能与刑事诉讼法修改亮点之一的非法证据排除规则紧密联系,在此基础上引入了英美证据法中的弹劾证据规则,通过比较弹劾的对象、理由、方式和效果来分析中国式的弹劾规则,最终目的在于提供一种提高律师辩护效果、增强法庭认定事实能力的可行思路。

二、弹劾的对象

实质证据和补助证据是对证据的一种分类,前者是证明主要事实及其间接事实的证据,后者是证明补助事实的证据^{[1]268}。弹劾证据是一种补助证据,是为了争辩证人等陈述的证明力的证据^{[2]26}。弹劾和证明不同,证明旨在证明某个案件事实成立进而证明诉讼主张成立,而弹劾则是为了争辩证据的证明力,从而达到削弱证明力并证明对方事实和主张不成立之目的。证明意在证实,而弹劾则侧重证伪。英美证据法中存在发达的弹劾规则,有些弹劾主要针对提供证言的人,譬如动机、品格、偏见、先前定罪等,这称为弹劾证人的可靠性(reliability);还有些弹劾不针对人本身,而是针对其提供的证言,譬如证言的漏洞、矛盾、虚假等,这称为弹劾证言的可信性(credibility)。实质证据是案件的核心,而弹劾证据本身不是最终目的,其指向的仅仅是案件的一个附属争点(collateral issue)^{[3]50}。

作为补助证据的一种,弹劾证据本身不是最终目的,而是证明实质证据可信性的一种手段。无论是证人的可靠性抑或是证言的可信

性,都不是本案的主要事实,弹劾证据也都不能直接起到实质证据的功能。弹劾证据所指向的仅仅是案件的一个附属争点(collateral issue),实质证据是案件的核心,而弹劾证据相对于主要争点来说就是次要的。这个理论包括两个假定:一是假定法院审理的争点与可信性之间在逻辑上存在区别;第二个假定是可信性从来不是核心争点。这两个假定的逻辑依据都受到了挑战,但法律似乎支持这种严格区分。例如,当事人不能主动提出证明证人品格良好或者不好的证据,因为那不是案件的核心争点^[3]。确定该争点是否属于附属问题的标准是,“该争议事实能否……为了任何目的而独立地由证据表明该矛盾?”如果不能,该事实对本案中的争议问题就是间接性的,也就不能用该证人自己承认其为事实以外的任何证据来证明^{[4]174}。明确弹劾对象之意义在于,“对于附属事实不必反驳”^{[5]71}。对于有关信用或者其他附属事项的回答是最终的,该回答必须被接受,其他当事人不能传唤证据以反驳这一回答^{[6]657}。由于实质证据与案件主要事实联系紧密,它们的证实或证伪将直接影响整个案件事实的准确认定,故而允许控辩双方就其进行充分的举证质证和辩论。但弹劾证据因其指向的只是案件的附属争点,其目的在于辅助法庭审查判断证人之可靠性和证言之可信性,证人的回答一般而言就具有终局性,以此来防止引入更多的证据来冲淡审判之主题,保障就主要事实的审理持续、集中地进行。

三、弹劾的理由

(一) 我国证据法对于英美弹劾理由的吸收

在评价证人及其证言的可信性时必须考量很多因素,但英美证据法中的弹劾理由主要包括五个方面:偏见或利益冲突、感官或者精神缺陷、不诚实的品格、具体的矛盾以及前后不一致的陈述^{[7]108-109}。在我国,关于弹劾证人的理由集中体现在《办理死刑案件证据规定》之中,2012年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《最高法

解释》)在证据部分基本将之吸纳成为适用于所有案件的法律渊源。在此,侦查人员是一种身份特殊的证人,故刑事证据法中可资利用来弹劾证人的理由皆可适用于侦查人员的证言^[8]。基于此,通过分析可以发现,我国证据法吸收了英美证据法中四类弹劾理由,但对基于不诚实品格的弹劾却未有相关规定。

1. 偏见或利害关系

证人的偏见或利害关系是常见的弹劾理由,它被威格莫尔称为证人“情感上的能力缺失”。偏见大致可以分为两大类:第一,证人与一方当事人之间的关系。这种关系可能是积极的,譬如亲属、雇佣、商业往来等,也可能是一种敌意的关系。第二种是证人和具体诉讼之间的关系,譬如特定案件中的金钱利益或者相关联案件中的利害关系^{[9]255-256}。《最高法解释》第74条第3款要求法庭审查时注意“证人与案件当事人、案件处理结果有无利害关系”,此即旨在防止证人因存在“感情上的缺陷”而提供倾向性明显的证言。立法者也解释说,这种利害关系也可以大致分为两类,一是证人与案件当事人之间的关系,譬如亲友、敌人,二是证人与案件处理结果之间存在的利害关系,例如商业竞争、利益冲突或因受贿而提供有利于或不利于当事人的证言^{[10]60}。所以,如果侦查人员存在类似偏见或利害关系,则其证言就存在偏见的风险,律师就可以提请法庭在评价其证言证明力时候特别考虑这一因素。

2. 感官或精神缺陷

任何感官或精神缺陷,如果抑制了证人在有关事件发生时对之精确感知的能力,或者抑制了其在审判进行时准确回忆和叙述的能力,则它们对质疑证人的可信性都是相关的^{[11]433}。《最高法解释》第74条第1、2款要求法庭审查“证言的内容是否为证人直接感知;证人作证时的年龄、认知水平、记忆能力和表达能力,生理上和精神上的状态是否影响作证”。第75条第1款也规定,“处于明显醉酒、麻醉品中毒或者精神药物麻醉状态,以致不能正确表达的证人所提供的证言,不能作为定案的根据。”立法者解释说,证人的作证能力不仅影响证人的作证

资格,也对证人证言的真实性产生实质性的影响^{[12]133}。上述条款与基于感官或精神缺陷的弹劾几乎是一致的。由于各个侦查人员之间的感知能力确有差异,又会受现场条件、记忆能力和作证环境等因素的影响,故其证言可信性也不尽相同。例如,新入职的侦查人员在案发现场比较兴奋或紧张,但他们因年轻而记忆能力较强;庭外的书面证言虚假的风险较高,而当庭证言受到审判环境的影响而撒谎的可能性较低。另外,对于因醉酒或麻醉品中毒等原因造成的精神缺陷,立法者彻底借鉴了英美法中的立法例和理由^{[10]59, [12]141-142},直接将其吸收为适合我国司法实践需求的规则。

3. 具体的矛盾

这是对证人可信性进行弹劾的一个传统方法,尽管就此没有明确的规则,但是美国法院普遍允许通过证明证言之间存在具体的矛盾来弹劾证人^{[9]277-278}。这种弹劾理由的价值在于,如果两个证人提供了相互矛盾的证言,且证人甲是错的而证人乙是对的,那么就表明甲弄错了事实或者编造了事实,其证言就可能存在错误或撒谎的风险,这将会对衡量甲的其他证言产生负面影响。《最高法解释》第74条第8款要求法庭审查“证人证言之间以及其他证据之间能否相互印证,有无矛盾”,即查明证言与其他证据之间是否存在具体矛盾。这在我国证据法理论中称为“证据的相互印证规则”^[13]。

此处强调的更多是印证规则的消极方面,即证言没有得到其他证言或其他证据的印证,那么其可信性或者真实性就存在风险,也就成为了弹劾证人的理由。立法者解释说,证人证言容易受到各种主客观因素的影响,在证明力方面存在着不稳定性 and 多变性,因此对证人证言的审查判断应当“作为全案证据综合比对,并贯彻实物检验的原则,任何一份证言必须要经得起实物检验,才能作为定案的根据”^{[12]138-139}。可见,这里强调的是通过稳定性较强的实物证据来检验言词证据的可信性,其本质是通过证据之间的相互印证,来排除它们之间的矛盾,进而保证证言的可信性和真实性。这种相互印证规则即体现了利用具体矛盾来弹劾证人

之目的。

4. 前后不一致的陈述

这是使用最为广泛的弹劾理由,即证明证人的审前陈述与当庭证言不一致。如果存在不一致性,不论哪个陈述为真,都表明证人在作某个陈述时撒了谎,或者该证人由于某种原因在某个场合没有作出准确的陈述,此时,律师就能以此为由来向裁判者证明该证人证言的可信性较低。反之,如果先前陈述和当庭证言一致,则说明先前陈述的可信性较强,证人在谈论与该陈述有关的事项时是经过认真考虑的^{[11]424}。这种弹劾的方式侧重强调“自相矛盾”,它不同于上述“具体的矛盾”,前者是通过证明证人自己前后陈述的不一致性来表明存在自相矛盾之处,后者是通过提出其他与被弹劾证人证言不一致的证据来达到弹劾目的。

这种弹劾理由主要体现在《最高法解释》第78条第2款关于庭前证言和当庭证言的采信规则中。作为辅助法庭审查判断证据证明力的一种拘束条款,它更加注重证据的真实性。按照第2款规定,证人当庭证言与庭前书面证言发生矛盾的,法庭应当优先采纳当庭证言。表面看来,这似乎体现了直接原则和言词审理原则,显示出对当庭证言之证据能力的重视,而实际上这与证据能力问题没有太大的关系。司法解释为法庭作此选择设置了两个前提条件:一是证人“当庭能够对其翻证作出合理解释”,二是当庭证言要“有相关证据印证”。假如无法同时满足这两个条件,法庭仍然可以将当庭证言弃之不顾,而优先采信庭前书面证言。其中,司法解释要求证人“作出合理解释”的规定,使得证人对其翻证的合理性承担了证明责任;而对当庭证言与其他证据相互印证的规定,则实属对当庭证言真实性的验证要求^[13]。

(二) 我国独特的弹劾理由——基于证据能力的弹劾

英美证据法中之弹劾证据是用以争辩证据证明力的证据,证据的证据能力和可采性一般不成为弹劾的理由。但我国的证据立法和司法实践却需对此重新审视,基本的结论是,证据能力在我国可以成为弹劾的理由。从立法上来

看,我国证据法中充斥着实体真实主义的色彩,对于证据的合法性和真实性区分略有模糊,并且高度强调证据之合法性是为了保障其真实性,真实性亦可以弥补证据合法性的瑕疵^[14]。立法者解释说,不能弥补瑕疵也就无法保证证人证言的合法性,那么其真实性也就会受到相应的质疑^{[12]149}。这也就意味着证据能力和证明力并非处于截然独立的两个层面,而在一定程度上体现出“一体化”的趋势,故弹劾证据之证据能力也能起到争辩证明力之积极效果,也就为弹劾证据能力提供了正当性基础。从实务上来看,证据能力出现了严重的附属化现象,基于对事实和真实的追求,法官在法庭上关注的只是证据的证明力问题,证据能力问题往往附属于法官对证言证明力的判断,附属化的一个直接后果便是证据能力问题的虚无化^[15]。这种附属化的现象还集中体现在“留有余地的判决”之中,即法庭作出有罪判决时会适当从轻量刑,以照顾到个别证据在证据能力和证明力上的瑕疵^[16]。当证据能力附属于证明力时,对于证据能力的争辩亦会影响其证明力,而且在很多情况下争辩证据能力问题是攻击证明力的唯一有效方式。

如是,一方面,立法导向将证据的证明力评价和证据能力交织在一起,证明力可以治愈证据能力之瑕疵;另一方面,证据能力又严重附属于证明力的评价,法庭在审查判断证明力时又会兼顾证据能力之瑕疵。其结果是,在实体真实主义和证据能力虚无化的立法、司法现状中,将证据能力也纳入弹劾的理由具有正当性和现实性。具体来说,我们可以通过以下几个方面来攻击侦查人员证言的证据能力,从而起到间接争辩证明力之效果。

首先,根据《最高法解释》第74、75条的相关规定,以暴力、威胁等非法手段取得的侦查人员的证言,不能作为定案的根据。处于明显醉酒、麻醉品中毒或者精神药物麻醉状态,以致不能正确表达的证人所提供的证言,不能作为定案的根据。证人的猜测性、评论性、推断性的证言,不能作为证据使用,但根据一般生活经验判断符合事实的除外。其中第1款属于典型的非

法言词证据,唯侦查人员之证言一般不会遭受刑讯逼供等暴力威胁,故而似乎基于本条来弹劾其证言意义不大。但不能否认也存在通过欺骗、引诱等手段获得的证言,如果律师能够掌握相关证据,则可以据此证明其证言没有证据能力。例如,侦查人员可能因收受贿赂或色诱而提供证言,此时证言的合法性和真实性都会受到影响,故而能够成为弹劾的理由。第75条第2款和基于感官或精神缺陷的弹劾有所重复,我国直接将此作为侦查人员证言不具有证据能力的法定理由,从侧面反映出基于证据能力来弹劾证言证明力的合理性。第3款则是我国刑事证据法中的意见证据规则,因为证人的猜测性、评论性、推断性的证言属于意见证据,并非证人对案件事实的亲身感知,且无法确保其真实性,故不具有可采性^{[12][142]}。所以,在这三种情况下,侦查人员提供的证言,无论是书面抑或是当庭证言,都属于“绝对排除”的非法证据,因为它们的真实性必然因证据能力的缺陷而受到影响,所以可以将之作为弹劾侦查人员证言的理由。

其次,侦查人员出具的书面材料如果不符合形式要求的就不具备证据能力,也就可以成为律师争辩其证明力的理由。根据《最高法解释》第108条的规定,对侦查机关出具的破案经过等材料,应当审查是否有出具该说明材料的办案人、办案机关的签字或者盖章。对破案经过有疑问,或者对确定被告人有重大嫌疑的根据有疑问的,应当要求侦查机关补充说明。此条立法之初衷在于,“有些侦查机关出具的破案经过等材料没有出具该说明材料的办案人、办案机关的签字或者签章,导致上述材料的真实缺乏保障。为了切实贯彻证据裁判原则,确保正确认定事实……应当要求侦查机关补充说明”^{[10][124],[12][243]}。如果没有补充说明,则其证据能力将存在瑕疵,又因这种瑕疵将对真实性产生不利影响,故而又得成为争辩这种书面证言可信性的理由。

此外,根据《排除非法证据的规定》第7条第3款的规定,公诉人提交加盖公章的说明材料,未经有关讯问人员签名或者盖章的,不能作

为证明取证合法性的证据。立法者解释说,“这种情况说明通常是由侦查机关制作的,主要用来说明侦查人员在讯问过程中没有实施刑讯逼供行为。虽然这种形式的证明材料受到了理论界的诸多质疑,鉴于其在司法实践中国被大量适用,因此必须对情况说明的制作形式提出更为严格的要求,以增强真实性和可靠性”^{[12][327]}。所以,对于作为程序合法性之诉中的侦查人员而言,如果其提交的书面材料不符合法定形式,就不可以作为证明取证合法性的证据。为了保证其书面证言的真实性,就必须在形式合法性上满足法律规定的要求,这种以证据能力来保障证明力的规则同样可以基于先前分析的逻辑被采纳作为弹劾的理由。

最后,对于应当出庭作证的侦查人员没有出庭作证的,其证言的证据能力和证明力都将受到严格的审查,由于这种情况必然影响其证言的可信性,所以无论是基于证据能力还是证明力都可以成为弹劾的理由。根据2012年刑事诉讼法第187条的规定,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。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。所以侦查人员作为目击证人提供证言时,如果符合第187条第1款的规定,则必须作为关键证人出庭作证。但是,对本款规定的未出庭作证证人的证言能否排除,这里未作规定,需要由法官根据案件的具体情况,结合其他证据确定^{[17][222]}。但根据《办理死刑案件证据规定》第15条第3款的规定,对未出庭作证证人的书面证言,应当听取出庭检察人员、被告人及其辩护人的意见,并结合其他证据综合判断。未出庭作证证人的书面证言出现矛盾,不能排除矛盾且无证据印证的,不能作为定案的根据。这说明,此时仍需要通过证据之间的相互印证规则来审查未出庭侦查人员证言之证明力,以确定其是否与本案其他证据存在矛盾,这类似于英美证据法中第四类基于具体矛盾的弹劾理由。但无论是证据能力抑或是证明力,侦查人员应当出庭而未出

庭时的书面证言,其可信性都存在可以攻击的缺陷,故而能够成为弹劾之理由。

不仅如此,根据《排除非法证据规定》第7、11条之规定,在审查取证行为的合法性时,公诉人可以提请法庭通知讯问人员出庭作证,虽然法律规定经依法通知讯问人员应当出庭作证,但没有规定仍不出庭的法律后果。是否得因侦查人员不出庭作证而直接排除非法证据,立法当时对此不置可否。但在《最高法解释》第101条第2款明确规定,“未经有关侦查人员签名的,不得作为证据使用。上述说明材料不能单独作为证明取证过程合法的根据”。要求有关侦查人员签名,有助于强化侦查人员的责任意识,增强说明材料的真实性,也为通知侦查人员出庭做好了基础工作^{[10][106]}。虽然这种说明材料只是在证据能力上存在瑕疵,但也存在危及侦查人员证言的可信性和最终的事实认定,无论是否最终强制性地将其排除于法庭之外,律师此时即可利用这种材料的形式瑕疵和存在的错误风险,来对证据进行弹劾。

四、弹劾的方式

(一) 英美法中的弹劾方式

一般来说,可以通过两种方式进行弹劾,一是交叉询问证人,二是提出旁证(extrinsic evidence)。普通法法官和律师已经把获得交叉询问的机会作为确保证人证言准确、完整的一项重要措施。这项权利适用于庭审中对证人的询问,也同样适用于收集庭外证言^{[5]45-46}。旁证是指非通过对证人的直接询问或交叉询问而导出的任何证据。它可以是示意证据,也可以是另一个证人弹劾第一个证人的证言^{[11]391}。提出旁证的方式受到严格的限制,其理由在于,“如果允许弹劾方引入旁证,其证人遭到弹劾的当事人应当有机会反对该证据,如果存在这样的机会,则大量的时间和精力将消耗在某些事实是真是假的讼争上,而这些事实的价值仅仅在于弹劾证人的可信性。此外,对每个证人而言都可能存在这种类型的微型审判”^{[11]401}。

表 1 弹劾理由和方式对照表

		交叉询问	旁 证
1	偏见/利益	允 许	附铺垫的允许; 适用联邦证据规则 403 条
2	感官/精神缺陷	允 许	允许; 适用联邦证据规则 403 条
3	不诚实的品格		
	——声誉 608 条(a)	不适用	允许 品格证人
	——意见 608 条(a)	不适用	允许 品格证人
	——先前定罪 609 条	允 许	允许 定罪记录
	——先前行为 609 条(b)	允 许	不允许
4	先前不一致陈述	允 许	附铺垫有时允许(普通法:如果不是“间接的”); 613 条(b) 不需要铺垫 & 根据 403 条衡量旁证
5	具体矛盾	不适用	有时允许(普通法:如果不是“间接的”); 适用联邦证据规则 403 条

(二) 我国的弹劾方式

尽管交叉询问制度是“发现事实真相的引擎”,但这没有在我国得到完全确立,对于证人的调查主要是通过举证质证的方式,而仅在质证过程中带有一定的交叉询问色彩。我们以一位律师对庭审过程的记录为例,来看看这种质证方式在实践中的常态:

审判长: 侦查人员某某,你在审讯被告人过程中有没有实施刑讯逼供行为?

侦查人员: 没有。

审判长: 控辩双方可以发问。

公诉人: 你在审讯过程中是否遵守刑事诉讼法的规定?

侦查人员: 是的,我是严格依法审讯的。

辩护人:你说没有刑讯逼供,那么被告人身上的伤是怎么形成的?

侦查人员:我怎么知道?反正不是我打的。

辩护人:其他审讯人员有没有打?

侦查人员:那我就不清楚了。

被告人:就是你打的,你还怎么样怎么样打我。

侦查人员:你胡说,你这是为了推脱罪责瞎编乱造。

审判长:如果控辩双方没有别的问题,侦查人员可以退庭了。^①

与典型的问答式的交叉询问制度相比,这更多体现出一种叙述式的特征,只要侦查人员矢口否认,辩护律师则无计可施,整个质证的过程本质上类似于侦查人员出庭再将事实重新叙述一遍。其后果是,不仅无法弹劾侦查人员及其证言的可信性,反而会强化法庭对于取证合法性的认定,增加了错误认定事实之风险。故通过质证的方式来达到弹劾之目的,就目前情况来说是不容乐观的。

相比之下,我国律师经常通过引入旁证的方式来证明侦查人员证言存在具体的矛盾或者与先前陈述不一致。第一,就证言的具体矛盾而言,当侦查人员否认存在刑讯逼供等非法取证行为时,律师会提供被告人可能遭受刑讯逼供的相关证据,以此来攻击侦查人员的证言的可信性。例如,在杜培武案件中,律师在二审时首先就强调杜培武身上的伤痕和被打烂的衣服,来攻击侦查人员证言的可信性和审前口供之证据能力,这对于杜培武被“留有余地”地判处死缓起到了很大影响^{[18]207}。此外,在两个证据规定颁布后,号称全国“因排除非法证据而获得无罪判决第一案”的广东程镇捷案中,法庭通过庭外调查获取的证据也是弹劾侦查人员证言可信性并最终排除非法证据、宣告无罪的重要旁证^[19]。

第二,就先前不一致的陈述而言,典型的情形就是公诉方先后提供了两份前后不一致的情

况说明,这种自相矛盾的证言即可证明侦查人员证言的可信性值得怀疑。某位律师提供了这样一个案子,案情大致是侦查人员提供的先后两次情况说明就被告人是否构成自首存在矛盾。理论上说,无论哪一次证言是真的,即被告人的行为是否构成自首,都至少能够表明两次证言中至少有一次是错误的,就构成了攻击证言可信性的理由。

其实,利用具体矛盾和先前不一致的陈述来弹劾都需要进行一定的铺垫,以此来防止因引入旁证而有拖延诉讼、混淆争点之虞。但我国法律并未无具体规定,法庭也对证据准入资格持比较开放的态度,只要不是明显的非法证据都能够顺利进入法庭,这对辩护方提出旁证来说或多或少是有利的。唯此时律师务必事先进行充分准备,在庭审之前就应对侦查人员及其证言的可信性有合理的预测和评估,对于可能存在的缺陷制定不同的弹劾策略,与其要求在交叉询问技巧上有突飞猛进,扎实地做好庭前准备和防御工作更具现实意义。

五、法庭审查

(一) 审查的内容

法庭的审查分为两个方面,一是对侦查人员证言可信性的审查,二是对于弹劾证据本身的审查。以律师弹劾侦查人员证言之可信性为例,法庭一方面需要对关于被告人遭受刑讯逼供的证据进行审查,以判断是否满足启动非法证据排除程序之门槛标准;另一方面则是对侦查人员证言本身的审查,审查其与弹劾证据或者本案其他证据之间的矛盾,审查其是否存在虚假陈述的动机、理由等,必要时当然还可以要求其出庭作证。

对于每个证据的审查又可分为证据能力和证明力两个方面。就证据能力而言,对侦查人员证言和弹劾证据的审查需要围绕取证主体、证据的表现形式、取证手段和调查证据的程序这四个方面展开^{[20]86-89}。《办理死刑案件证据

① 四川省律师网 http://www.scxsls.com/article_35121.htm

规则》第11至15条和《最高法解释》第75至79条集中对此作出了明确的规定,可以成为法庭审查的重要依据。但由于弹劾证据之形式并不确定,故需要法庭区别对待,惟弹劾证据之弹劾效果有限,法律也因此对于其证据能力要求并不严格^{[1]268[2]26}。尤其是相对于被弹劾的侦查人员证言来说,更应当得到额外的关照。

就证明力而言,控辩双方经常会围绕证据的真实性和相关性两个方面存在争议^{[20]80},而无论是侦查人员的证言抑或是弹劾证据,其真实性都是法庭审查之重点,因为弹劾之目的就是在于通过争辩证明力来辅助法庭发现事实真相。侦查人员之证言是认定犯罪构成要件事实或案件主要事实、程序事实是否成立的实质证据,其真实性将直接影响最终的事实认定;而弹劾证据有助于审查判断侦查人员证言之可信性,若排除不可信或者可信性低的证言则可以减少错误认定事实的风险,若经弹劾维持了证言之证明力,则也可间接强化法庭认定事实的能力。所以,审查证据之真实性既是弹劾规则之目的,更是准确认定事实之根本保障。

(二) 审查方式

审查方式因审查对象不同而有所区别。首先,由于法律规定了审查判断证据的证据能力的明确规则,故对于侦查人员证言和弹劾证据之证据能力的审查有章可循。其次,对于证明力的审查,原则上留由法官自由心证来进行评价。唯我国证据法在规范证据的法律资格之际,还对证据的证明力问题作出了明确的限制。两个证据规定对单个证据的证明力大小强弱作出了区分,甚至在证明同一案件事实的不同证据出现矛盾的情况下,还就不同种类证据的证明力确立了优先采信的标准^{[20]319}。这种“新法定证据主义”理念对于审查侦查人员证言和弹劾证据之证明力带来了两方面的影响。

第一,明确区分不同的证据证明力。根据《办理死刑案件证据规定》第15条第3款,在法定情形下,当庭证言的证明力优先于庭前证言的证明力。但问题在于,如果翻证得不到解释或其他证据的印证,法庭采信应当采信哪一份证言呢?不过,按照弹劾规则之一般原理,律师也不用证明究竟哪一份证言是真实的,只需指

明两者之间的矛盾即可达到弹劾目的。但即使证言确实经弹劾而表明存在虚假之风险,为了查明真相,法律仍要求法庭必须就采信哪一份证据作出裁决,这就又回到了自由心证之范畴。

第二,相互印证规则的确立。如前所述,它既是对单个证据真实性的客观验证,又是法官正确认定案件事实的制度保障。在自由心证法则之外,立法又要求法官同时遵守相互印证这种客观性的评价标准。根据《办理死刑案件证据规定》第15条第2、3款以及第11条第5款和《最高法解释》第74条第8款以及第78条第2款的规定,侦查人员证言遭受弹劾之后,需要结合全案证据综合评价其证明力,特别是在侦查人员提交书面证言而未出庭作证的情况下,更要注意审查证言是否与其他证据存在矛盾,而且能否与本案其他证据相互印证。如果矛盾不能排除或者不能得到印证,则不得作为定案根据,也就间接地达到了弹劾目的。

六、弹劾的法律效果

(一) 弹劾证据不得作为实质证据使用

上文中所引用的程镇捷案件中用以弹劾侦查人员证言可信性的证据,如体检表、录音录像资料或伤情鉴定,是否能够用以证明侦查人员存在非法取证行为并追究其刑讯逼供罪的责任呢?答案是否定的,这就是弹劾证据在其使用效果上的限制,即弹劾证据不得作为实质证据使用^{[1]328,[2]26,[5]35}。因为那些与案件构成要件有关的证据事实,都可能会影响到裁判者对证人作为可信赖的知识来源的评估,而与使用证据具有实质相关性的推理链条相比,对证据的弹劾性使用不可避免地要求其推理链条更为迂回^{[11]389},故而弹劾证据以实质目的使用时其相关性必须受到严格控制。

当证据仅仅为弹劾证人的可信性而具有可采性时,证据提出者不能凭借弹劾证据对争议事实作实质证明^{[11]390-391}。区分证据基于“弹劾”目的还是“实质”目的使用的简单标准在于,最终目的指向上的相关性理论不同,即对某些要素性事实进行证明还是反驳。但是,反对的观点认为,期望陪审团在证据的弹劾使用和

实质使用之间作出极其精细的区别,是很荒谬的^{[11]451}。因为在证据的最终相关性问题上让证人迂回前进而非走直线,这是对人类经验理性的一种违背和挑战。这就对于我国的裁判者提出了略显苛刻的要求,既要审查判断侦查人员证言之可信性,又要将其局限于弹劾目的,也就难以存在明确的关于“弹劾目的”和“实质目的”之区分。比较可行的思路是,法庭根据辩护方的诉讼主张来考虑证据之使用目的,如果辩护方旨在攻击证言之可信性,证明可能存在非法取证,则将证据限于弹劾目的使用;相反,如果辩护方不仅要求排除非法证据,还要求追究侦查人员之责任,则需要在实质层面上来审查判断证据。

(二) 弹劾成功和失败

弹劾证据之效果在于攻击证人证言之可信性,如果对某个证言之可信性成功地予以弹劾,那么裁判者在衡量评估其证言甚至来源于他/她的其他证据的证明力时就会格外审慎,因为一个存在偏见、不诚实、会撒谎的证人更可能比其他证人存在虚假陈述之风险。反之,对于某个证人证言弹劾的失败,则宣告弹劾策略的终止,因为证人关于这些间接事项的答复是终局性的。有时候,不成功的弹劾反而会适得其反,可能会间接强化法庭对证言可信性的心证,使得其越发相信侦查人员说的是真话。这也就是律师应当慎重主动进行弹劾之理由所在。

弹劾成功只会导致法庭谨慎地采纳相关证人之证言,但这并不意味着其提出弹劾一方的主张最终会被接受。例如前文中所引侦查人员出具了两份关于被告人是否构成自首的情况说明,虽然律师此时能够攻击侦查人员证言的可信性,但无法以此来替代自己所需承担之证明责任。即使法庭对证言之可信性产生了重大怀疑,律师仍需要提供相关证据来就被告人的自首情节进行证明,而且这种自首情节是否得以证明与被告人是否有罪这一最终证明事项之间,也没有必然的联系。

(三) 证人证言的担保和正誉

在普通法上,当事人不能就己方证人的可信性进行弹劾。这种保证规则(voucher rule)有其厚重的理论基础^{[21]168},但美国联邦证据规则

没有将之采纳,也就意味着当事人在自己提出的证人证言对其有害的情况下,可以对其自由地弹劾而无需受制于提出证据的“束缚”。质言之,在侦查人员证言可信性受到质疑时,譬如律师指出其前后陈述存在明显的不一致,公诉方就可以对此进行辩驳或者解释,或者调取先前陈述来表明当庭证言虽然与之存在不一致处,但因时间久远、记忆衰退等因素造成了一定的差异,或者直接对律师提出的弹劾证据进行反驳,可能存在伪造和错误的风险。在迫不得已的情况下,甚至可以放弃该证言,转而对其进行弹劾,这就是所谓诉讼策略中“拔出那根刺”,使得其对裁判者可能造成的不利影响降至最低。

当证人可信性受到弹劾时,提出证人的一方就可以对其进行正誉(rehabilitation),也就是恢复证人的可信性。作为一般性的规则,恢复证人可信性的证据必须直接回应弹劾证据。司法实践中,正誉的方法主要有以下几种:(一)在直接质证的过程中通过解释或者澄清某些事实的方法恢复证人的可信性;(二)当事人的品格受到弹劾时,当事人可以传唤其他证人以名誉或者意见证据的形式恢复自己证人的可信性^{[22]122-123}。当我们在弹劾之后进入正誉阶段时,我们已经离案件的实体事实相当远了,此时法官会合理的要求当事人证明有非常大的相关性以减少陪审团的注意力从案件的实体事实上移开的风险。作为一项基本原则,法官会命令正誉要与弹劾在种类上对应^{[5]95}。例如,对于前后不一致的陈述来说,即使侦查人员证言因此遭到弹劾,此时也不能再通过前后一致的陈述来进行正誉,因为矛盾已然存在,这种可信性的危机无法通过事后的补救措施来弥补,只能通过合理的解释来降低其不利影响。

七、弹劾规则路在何方?(代结语)

比较法的确是一件强有力的武器,但同时也是一件极其危险的武器。作为英美证据法的独特产物,弹劾证据规则赖以生长之基础即在于对抗式的诉讼构造。将一种舶来品引入我国的证据法理论和实务,我们将面临一个比较法

层面的难题。人们不仅必须对比较法的局限性始终保持清醒的认识,而且必须始终把比较法与国内法律的研究密切结合起来,这就是西班牙诗人胡安·雷蒙·西门内斯那传世箴言之精髓,“立足于祖国的土地,而把你的思想和心灵至于世界的天空之中。”^{[23]58}行文将毕,如何淡化英美弹劾规则之烙印,尤其是在弹劾侦查人员及其证言的层面上,需要反思和探索的理论和制度尚有很多。不能因为迎合理论之需要而剪裁实践来“削足适履”,也不能枉顾理论之指导价值而彻底投入实用主义的怀抱,故只得在以下几个方面略有反思,以为弹劾规则在中国的命运铺路。

第一 弹劾证据能力还是证明力?原初的弹劾证据概念旨在争辩证据的证明力,我国证据法中同样有可资用以弹劾证明力之规定,但有些却实难分辨究竟是针对证明力还是证据能力?例如,《最高法解释》第75条中关于醉酒或麻醉品中毒的证人提供的证言,其针对的是证言之证据能力,而英美证据法中这种基于感官或精神缺陷的弹劾显然是基于其证明力。这种弹劾理由的扩张可能会与其他限制证据能力的规则相重合,功能上叠床架屋难免有损弹劾证据规则之独立价值。这集中表现在其与非法证据排除规则的关系上。上述第75条就是关于证人证言的绝对排除规则,若存在法定情形,律师可直接提请法庭排除非法证据而无需再进行效果有限的弹劾,故此时弹劾规则或附属于证据禁止之申请,律师肯定愿意选择效果更好的排除规则,而不仅仅局限于弹劾证言的可信性。这就提出了一个本质上的问题,扩张弹劾理由是否会丧失其应有的独立价值?简言之,这取决于律师所掌握的证据和诉讼主张,如果证据充分即可选择效果好的排除规则,但弹劾侦查人员证言之可信性仍不失为一个明智的选择,因为成功排除非法证据之案例目前为止并不多见。

第二 侦查人员是否会出庭作证?侦查人员出庭作证是2012年刑事诉讼法的一个重要亮点,当控辩双方对侦查人员的书面证言存在异议时,其出庭作证接受控辩双方的交叉询问以及法庭的询问无疑是揭露矛盾、去伪存真并

判断其可信性的不二法门。即使是新刑事诉讼法也未要求侦查人员之证言遇有异议必须全部出庭,这项改革尚处于起步和探索的阶段。而且,影响侦查人员出庭作证的因素很多,故而将来侦查人员出庭作证的改革效果仍需拭目以待。

当侦查人员的证言对于事实认定具有关键作用而又不出庭作证时,所谓的弹劾证据规则也只得围绕他们提供的情况说明、办案经过等书面证言展开,这也就丧失了通过当庭审判察言观色并判断其可信性的机会。最典型的莫过于侦查人员被律师指出前后陈述相互矛盾之时,按照一般生活之经验法则,说谎之人必定难以圆谎,我们可以通过观察此时侦查人员的神态来直观地判断他们的可信性。但若只是围绕书面证言来举证质证,无法鲜明地了解侦查人员当时的心神状态,其通过弹劾所欲达到的判断真伪之功能也就被极大地削弱了。所以,在一定程度上,侦查人员出庭作证这项改革与弹劾证据规则的命运相辅相成,若想要最大限度地发挥弹劾证据规则之功能,就需要通过当庭询问侦查人员的方式来揭示各种矛盾、混淆和不一致的地方,否则对于书面证言的弹劾则效果必然只会差强人意。

第三 律师弹劾还是法庭弹劾?毫无疑问,对抗制诉讼构造中律师必须积极主动地弹劾对方证人之可信性,然而中国律师目前尚未熟练掌握交叉询问之技巧,让其骤然承担弹劾职责为时尚早。这就需要法庭对其给予特殊的关照,典型表现为法官的庭外调查权。无论对其利弊的争议如何,中国的弹劾规则更多体现出的是一种律师弹劾和法庭审查相结合的特征,其背后的深刻原因在于,冤假错案不能承受之轻以及对于发现事实真相的一贯青睐。此时,律师的辩护权和被告人获得公平审判的权利仰仗于中立、权威的法庭,诉权依赖于裁判权,我们只得善良地期待法庭不会与公诉方一起戮力同心地追诉犯罪,否则毋宁无法弹劾证人,就连基本的诉讼权利也会沦为具文。

第四 法庭审查的错误由谁买单?如果说实体裁判程序充斥着“案卷笔录中心主义”的色彩,那审查证人可信性的环节又是否会摆脱

这种命运呢? 错误的事实认定最终就会产生误判之问题,而这已经受到了理论和实务界的广泛关注。但是,流于形式的质证程序中对于审查证人可信性的错误又将由谁买单呢? 第一种情形,错误的审查导致最终错误的判决,那么理由由国家赔偿来买单;第二种情形,错误的审查没有造成错误的判决,即使法庭没有发现侦查人员撒谎,没有排除非法证据,但实体判决仍没有错误,此时审查的错误就由被告方自己承担了。这和以下情形相似,即法庭错误地采纳了非法证据,但最终作出了符合实体正义的判决,实体正义是否能够治愈程序的非正义呢? 至少,对于被告人来说,其接受公平、公正审判的权利遭受了侵犯,对此,无论是弹劾制度还是程序性制裁机制,都无法给出满意的答复。

第五,“新法定证据主义”对弹劾规则的促进还是束缚? 证据法应侧重限制证据的入门资格,而将其证明力交由裁判者自由心证,而“新法定证据主义”理念却对证明力规则作出了诸多限制,有些就直接影响到了弹劾的效果。譬如,根据《最高法解释》第78条第2款之规定,“证人在法庭上的证言与其庭前证言相互矛盾,如果证人当庭能够对其翻证作出合理解释,并有相关证据印证的,应当采信庭审证言。”这不仅要求通过相互印证的规则来审查判断证明力,还确立了当庭证言证明力优先的基本原则。按照英美证据法中弹劾证据之一般理论,两个前后不一致的陈述即足以成为弹劾证言可信性的理由,而无论前后哪一个为真,哪一个为假。而上述条款却为判断证明力人为设定一个规则,要求法庭必须采信当庭证言,这就使得旨在通过前后不一致陈述的弹劾都将徒劳无功,因为结果已经确定的情况下,也就无所谓攻击孰真孰假了。

[参考文献]

- [1] [日] 田口守一. 刑事诉讼法. 张凌,等译[M]. 北京: 中国政法大学出版社 2010.
- [2] [日] 松尾浩也. 日本刑事诉讼法(下) [M]. 张凌,等译. 北京: 中国人民大学出版社 2005.
- [3] [英] 詹尼·麦克埃文. 现代证据法与对抗式程序[M]. 蔡巍,译. 北京: 法律出版社 2006.
- [4] [美] 乔恩·R. 华尔兹. 刑事证据法大全[M]. 何家弘,译. 北京: 中国人民公安大学出版社 2004.
- [5] [美] 约翰·W. 斯特龙. 麦考密克论证据[M]. 汤维建,等译. 北京: 中国政法大学出版社 2004.
- [6] [英] 理查德·梅. 刑事证据[M]. 王丽,等译. 北京: 法律出版社 2007.
- [7] Steven L. Emanuel. Evidence [M]. N. Y.: Wolters Kluwer Law & Business, 2010.
- [8] 陈瑞华. 论侦查人员的证人地位[J]. 暨南学报(哲学社会科学版), 2012 (2).
- [9] Paul C. Giannelli. Understanding Evidence [M]. N. Y.: Matthew Bender & Company, 2003.
- [10] 江必新. 《最高人民法院关于适用中华人民共和国刑事诉讼法的解释》理解与适用[M]. 北京: 中国法制出版社 2013.
- [11] [美] 罗纳德·J. 艾伦,等. 证据法: 文本、问题和案例[M]. 张保生,等译. 北京: 高等教育出版社 2006.
- [12] 张军. 刑事证据规则理解与适用[M]. 北京: 法律出版社 2010.
- [13] 陈瑞华. 论证据相互印证规则[J]. 法商研究, 2012, (1).
- [14] 牟绿叶. 论可补正的排除规则[J]. 中国刑事法杂志, 2011 (9).
- [15] 汪贻飞. 论证言笔录的证据能力[J]. 中国刑事法杂志, 2009 (8).
- [16] 陈瑞华. 留有余地的判决——一种值得反思的司法裁判方式[J]. 法学论坛, 2010 (4).
- [17] 全国人大常委会法制工作委员会刑法室. 《关于修改中华人民共和国刑事诉讼法的决定》条文说明、立法理由及相关规定[M]. 北京: 北京大学出版社 2012.
- [18] 王达人, 曾粤兴. 正义的诉求——美国辛普森案和中国杜培武案的比较[M]. 北京: 法律出版社 2003.
- [19] 赵丽. 排除非法证据后被告人获无罪判决[N]. 法制日报, [2011-10-14].
- [20] 陈瑞华. 刑事证据法学[M]. 北京: 北京大学出版社, 2012.
- [21] 王进喜. 美国《联邦证据规则》(2011年重塑版) 条解[M]. 北京: 中国法制出版社 2012.
- [22] 高忠智. 美国证据法新解——相关性证据及其排除规则[M]. 北京: 法律出版社 2004.
- [23] [德] 伯恩哈德·格罗斯菲尔特. 比较法的力量与弱点[M]. 孙世彦,等译. 北京: 中国政法大学出版社, 2012.

[责任编辑 李晶晶 责任校对 王治国]

English Abstracts

The Cultural Allegories in Nie Hualing's Novels: From Sangqing yu Taohong To Qian shan wai , Shui chang liu

LI Ya-ping

*College of Liberal Art ,Jinan University
Guangzhou 510632 , China*

Abstract: The famous overseas Chinese writer Hualing Nie created two novels *Sangqing Yu Tao-hong* and *Qian Shan Wai , Shui Chang Liu* which are great works in Overseas Chinese Literature. The essay analyzes the transitions from three aspects: the representation of protagonist's image , protagonist's identity and novel construction. Hualing Nie's cultural allegory , unfixable identity and the orientation of overseas' Chinese can be revealed clearly through those three perspectives.

Key words: Hualing Nie; cultural allegory; overseas Chinese; national identity

“Time-Shifting” in the Cloud Computing Era: Analysis on the Optus Case

XU Yan-bing

*Law School ,Shanghai JiaoTong University
Shanghai 200240 , China*

Abstract: Before the attention of scholars and the legislative adjustment , the legality of cloud computing has been passed the judicial review by the way of legal precedent. There have been legal precedents regarding the cloud computing in United States , Singapore and Germany. But there is difference between the judgment of Optus case by the Full Court of Austrial in April 2012 and the

one of Cablevision case by the Second Circuit Court of United States in 2008. Due to the analysis on the judgment of Optus case , this paper is to discuss the evolution of “time-shifting” rule of copyright law under the cloud computing and explore the possible countermeasures for the legislation and judicature to handle the cases regarding the “cloud computing”.

Key words: Cloud Computing; Copyright; Time-Shifting

Chinese Model of Impeachment Rule ——Based on the analysis of police witness

MOU Lu-ye

*School of Law ,Peking University
Beijing 100088 , China*

Abstract: As a sort of supplementary evidences , impeachment evidence is designed to argue the reliability of witness and credibility of his/her testimony. Chinese Criminal Evidence Law absorbs four reasons for impeachment in Anglo-American Evidence Law , including (1) bias or interest , (2) sensory or mental defects , (3) specific contradiction , and (4) prior inconsistent statements. Additionally , due to the preference to fact-finding and affiliated competence of evidence , it is advisable and reasonable to impeach the competence of evidence as well as the weight of evidence. Compared with cross-examination , Chinese lawyers do better in impeachment by submitting extrinsic evidence. The court pays more attention to the credibility and truthfulness of evidence and the “new legalism on evaluating evidence” has brought great effects in profound ways. Chinese impeachment

rule is conducive to improve the defense quality and find the fact accurately.

Key words: impeachment evidence; substantive evidence; cross-examination; extrinsic evidence; new legalism of evaluating evidence

Scale Expansion , Structural Change and Chinese Economic Growth: A Production Frontier Approach

WU Jian-xin , LIU De-xue

*School college of Jinan University
Guangzhou 510632 , China*

Abstract: We decompose the output growth of China in both macroeconomic sector and industrial sub-sector into components attributable to technical efficiency change , technological progress , scale expansion and structural change of capital , scale expansion and structural change of labor via a production frontier approach. We then evaluate their contribution to the sectoral growth and growth difference. We also try to discover the determinants of labor and capital growth. The main conclusions and findings are listed as follows. (1) Both scale expansion and technological progress are major drivers of China's economic growth. However , technological progress has already replaced scale expansion as the most important one. Chinese economy has transited from the scale expansion driven to a more technology driven economy. (2) Technological efficiency is the major reason for the inter-sectoral growth differentials and its persistent decline can be explained by "appropriate technology". (3) Because of the difference in the factor allocation mechanics , the performance in structure change of labor is better than that of capital.

Key words: economic growth; technological pro-

gress; scale expansion; structural change; production frontier approach

The Contract and Management Rights' Transfer Efficiency about Mainland Rural Land: Theory and Evidence

CHEN Zhang-xi

*School of Economics of Jinan University
Guangzhou 510630 , China*

Abstract: The circulation of rural land contracted management right is an important innovation of farmland system reform in China. Along with the implementation of the national policy to the contracted management of rural land circulation step by step , land circulation efficiency is directly related to the overall implementation of national farmland transfer policy. Based on this , this paper uses the data envelopment analysis (DEA) method , using the panel data in 2000 – 2009 in China , to inspect the overall efficiency and regional operation efficiency of the right to the contracted management right of rural land circulation. Results showed that , with the implementation of the right to the contracted management of rural land circulation in china , the whole operation efficiency is improved , but there is a big difference in regional operation efficiency.

Key words: farmland contracted management right; circulation efficiency; data envelopment analysis

Tourist experience psychological structure study based on subject well-being theory

HUANG Xiang^{1 2}

1. Shenzhen Tourism college , Jinan University ,