

doi:10.11835/j.issn.1008-5831.2017.02.010

欢迎按以下格式引用:孙志伟.关键证人出庭作证的欧洲模式及其借鉴意义[J].重庆大学学报(社会科学),2017(2):97-106.

Citation Format: SUN Zhiwei. On the attendance of key witnesses under the European model and its value[J]. Journal of Chongqing University( Social Science Edition),2017(2):97-106.

# 关键证人出庭作证的欧洲模式 及其借鉴意义

孙志伟

(广东财经大学 法学院,广东 广州 510320)

**摘要:**《欧洲保障人权和基本自由公约》第6条的起草过程表明该条具有对抗制内核。欧洲法院对质权判例的发展过程,就是深植于第6条的对抗制内核的缓慢展开过程。欧洲人权法院在处理对质权问题时采取双层分析模式。经由双层分析模式,将对质权的保障纳入公正审判权的视野中予以考虑。为贯彻双层分析模式,欧洲法院创设了三步检测方法,即先后审查证人不出庭的合理根据、书面证言是否是不利于被告人的唯一或决定性证据、是否存在其他平衡因素抵消书面证言给被告人造成的不利影响。借鉴欧洲人权法院判例,中国应当明确关键证人出庭作证的实体必要性要素和程序必要性要素,同时应当明确关键证人不出庭作证的情形及判断标准。

**关键词:**关键证人;欧洲模式;对质权**中图分类号:**D925**文献标志码:**A**文章编号:**1008-5831(2017)02-0097-10

证人不出庭作证问题一直是困扰中国刑事审判的痼疾。《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)为改变司法实践中证人出庭率低的问题,规定了包括关键证人出庭作证制度、证人保护制度、证人补偿制度在内的数项措施,但实施效果并不明显<sup>[1]</sup>。实践中证人出庭率仍“低空飞行”,刑事审判实践仍秉持“书面证言中心主义”。2014年,中国共产党第十八届中央委员会第四次会议通过《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》(以下简称《决定》),明确提出完善证人、鉴定人出庭制度。《决定》的出台表明,证人出庭作证比率不再仅是一个技术问题,而是检验诉讼是否以审判为中心、司法是否公正的一项重要标准。

放眼寰宇,证人不出庭作证问题并非中国独有,在欧洲一些国家也不同程度地存在。有鉴于此,考察欧洲国家如何应对可以为中国解决此问题提供帮助。

《欧洲保障人权和基本自由公约》(以下简称《公约》)中涉及证人出庭作证问题的条款主要有两条。《公约》第6条第1款规定:“在决定某人的公民权利和义务或针对某人的刑事审判时,任何人有权在合理期限内受到依法设立的独立且公正的法院的公正且公开的审理……”这一条款又被称为公正审判权条款。第6条第3款(d)项规定:“凡受刑事追诉者享有下列最低限度的权利……(d)询问或让人询问不利于他的证

人,且在与不利于他的证人相同条件下,让有利于他的证人出庭接受询问。”这一条款又被称为对质权条款。从1963年有关对质权条款的第一个判例算起,经过半个世纪的建构,欧洲已发展出处理对质权问题的复杂判例体系,这些判例不仅影响着《公约》各成员国及其居民,也在世界范围内产生着与日俱增的影响。

### 一、简史:对抗制内核及其展开

1948年12月10日,联合国大会通过第217A(II)号决议并颁布《世界人权宣言》。受此文件影响,1949年5月5日成立的欧洲委员会矢志制定一部适用于欧洲的人权条约,即后来的《公约》。据《公约》的准备性文件所载,第6条的起草过程可谓一波三折。

1949年8月,在欧洲委员会的咨询大会上,作为报告人的法国代表皮埃尔·亨利·特良向法律和行政问题委员会提出议案,认为公约中应当包含保障基本权利和自由的条款,居住于欧洲委员会成员国领土范围内的所有人,“根据《世界人权宣言》第9条、第10条、第11条,应当免于任意逮捕、羁押与放逐”。据此,1949年9月5日,法律和行政问题委员会向咨询大会提交的《公约》草案第2条第3款规定:“根据本公约,成员国应当确保居住于其领土范围内的所有人……根据《世界人权宣言》第9条、第10条、第11条,免于任意逮捕、羁押与放逐或其他措施。”1950年2月2日至8日,在斯特拉斯堡举行的专家委员会第一次会议上,由专家委员会拟定的公约初步草案,采取了与《世界人权宣言》第9条、第10条完全相同的措辞。该草案第2条第3款规定:“a. 任何人不得加以任意逮捕、拘禁或放逐。b. 人人完全平等地有权由一个独立而无偏倚的法庭进行公正的和公开的审讯,以确定他的权利和义务并判定对他提出的任何刑事指控。”草案上述条文将羁押的合法性与公正审判权糅合在一起,文字表述也相对模糊。英国代表奥斯卡·道森爵士对该草案十分不满,认为专家委员会草案没有“尽可能精准地对权利进行定义”。因此,英国政府向专家委员会提交了一份“精准的议案”,这一议案的内容与《公约》第6条的内容大致相同。

英国的议案在专家委员会内部引起广泛争议,导致专家委员会无法达成一致意见。最后,专家委员会认为,无法在英国政府议案与专家议案之间进行调和,因为这两个版本的草案基于完全不同的制度而设计。但专家委员会感到,在这两种制度之间进行选择与其说是法律考量,毋宁说是政治考量,因此决定将两份议案都提交部长委员会。在部长委员会讨论时,英国代表霍尔认为英国政府的议案有两个主要依据。首先,公约会对实施该公约的成员国创设义务,成员国应当在精准的层面上知晓其义务。其次,如果公约权利以宽泛的措辞定义,则各成员国可以轻易不遵守公约权利。接下来的讨论基本围绕上述依据展开。最终采纳的文本,除对措辞进行细微修改外,基本采纳了英国代表的意见<sup>[2]</sup>。

《公约》第6条的起草过程表明,英国在战后的崇高地位及其在第6条起草过程中的重要作用,使得依据英国政府议案起草的第6条具有了对抗制的内核<sup>①</sup>。

1950年11月4日《公约》签署。1954年《公约》生效。在1998年《公约》第11议定书实施之前,实行的是欧洲人权法院和欧洲人权委员会的双层审查机制。欧洲人权委员会的审查具有过滤功能,只有经过欧洲人权委员会审查决定受理的案件才交由欧洲人权法院裁决。

1963年12月16日,欧洲人权委员会做出有关对质权的第一个判例。本案中,欧洲人权委员会认为,传唤专家证人属于《公约》第6条第3款(d)项规范事项。但这一条款并非允许被告人传唤任何人出庭,特别是那些其证言不能帮助法院发现真实的证人。换言之,这一条款并不一律禁止法院拒绝传唤任何证人。因此,欧洲人权委员会决定不受理该申诉<sup>②</sup>。这一判决非常具有典型意义,此后长达20多年的时间,欧洲人权委员会及欧洲人权法院都没有判决成员国侵犯申诉人的对质权。欧洲人权委员会反复重申的观点是,《公

①“作为唯一一个没有屈服于法西斯的欧洲大国,英国在制定《公约》时具有无与伦比的声望,普通法的法律人在公约起草过程中的主导地位自然也是意料之中。因此《公约》的条文尽管表面上对欧洲存在的对抗制与审问制刑事诉讼持不偏不倚态度,其实体现了对对抗制的偏爱。”R. Vogler & B. Huber(eds.), *Criminal Procedure in Europe*, Duncker & Humblot, 2008, p. 15.

②European Commission on Human Rights, X and the German Association of Z v. The Federal Republic of Germany, no. 1167/61, 16/12/1963.

约》第6条第3款(d)项并未赋予被告人一项传唤有利于他的证人的普遍权利<sup>③</sup>。

1986年11月24日,欧洲人权法院在“安特派庭格诉奥地利案”中第一次做出有关成员国侵犯被告人对质权的判例。在该案中,欧洲人权法院认为,鉴于对对质权的保障是公正审判的一个具体方面,有必要将对质权与公正审判权结合起来考察。宣读书面陈述并不必然与《公约》规定的公正审判权和对质权冲突,但使用该书面陈述应当不侵犯被告人的权利。当刑事被告根据公约第6条第3款(d)项享有“询问或让人询问不利于他的证人的权利”,却在诉讼任何阶段都没有机会询问做出书面陈述的证人时,尤为如此。固然,本案中两被害人书面陈述不是法院采纳的唯一证据。但很明显上诉法院对申诉人的有罪判决主要基于两被害人向警察所作书面陈述<sup>④</sup>。

3年后,欧洲人权法院在“科斯托夫斯基诉荷兰案”中进一步阐释了上述观点。该案中,科斯托夫斯基的有罪判决基于两个未出庭的匿名证人的书面陈述。法院认为,证据的可采性主要由国内法规范,原则上欧洲人权法院不对采纳和采信书面陈述正确与否作出评价,而只确定包括证据取得方式在内的作为整体的诉讼程序是否公正,因为对质权是公正审判权的一个具体方面。原则上,所有的证据都应当在被告人在场时在公开的法庭上以对抗辩论的方式提出。但这并不意味着作为证据使用的证人陈述一定要在公开的法庭形成,只要辩方的权利被尊重,将审前阶段获得的书面陈述作为证据使用并不必然与《公约》保障的对质权和公正审判权冲突。一般来说,上述权利要求被告人应被给予充足且恰当的机会去质疑和询问不利于他的证人,要么是在证人陈述之时,要么在之后的诉讼阶段。如果被告人不清楚他要询问的证人的身份,则他就可能无法证明证人有偏见、有敌意或不可靠。虚假或错误的不利于被告人的陈述可以被设计得滴水不漏,如果被告人缺乏足以质疑陈述作出者可信性或可靠性的信息,则其很难将上述陈述的问题公之于众。上述情形所固有的危险显而易见。并且,审判案件的法庭也因匿名证人不出庭而无法观察他们的举止及形成对证人可信性的印象。考虑到申诉人的有罪判决性地基于匿名证人的书面证言,不能认为由此对被告人造成的不利影响被其他平衡因素抵消<sup>⑤</sup>。科斯托夫斯基案第一次展示了欧洲人权法院在对质权问题上的完整立场,为欧洲人权法院后来的判决奠定了基调。

另一方面,滥觞于安特派庭格案的唯一或决定性规则在科斯托夫斯基案中也被重申,但在“道森诉荷兰案”中,欧洲人权法院才正式提出该规则。在道森案中,欧洲人权法院认为,即使审判中的平衡因素足以抵消剥夺对质权给被告人带来的不利影响,有罪判决也不应当完全或决定性地基于匿名证人的陈述<sup>⑥</sup>。在“路加诉意大利案”中,欧洲人权法院完整提出了正反方面的论断,进一步明确了唯一或决定性规则的内涵<sup>⑦</sup>。对唯一或决定性规则是否是没有例外的绝对规则曾产生过争议。欧洲人权法院在“艾尔·卡瓦贾和泰合瑞诉英国案”中认为如果书面陈述是不利于被告人的唯一或决定性证据,这并不会自动导致侵犯《公约》第6条第1款规定的公正审判权。同时,当有罪判决完全或决定性地基于不出庭证人的书面陈述,欧洲人权法院必须对诉讼程序进行最严苛的审查,以确保被告人的公正审判权未被侵犯<sup>⑧</sup>。

欧洲人权法院在对质权问题上的立场经历了缓慢的变迁过程。

首先,证据采纳问题上,从袖手旁观到大胆介入。早期的欧洲人权法院,在处理有关侵犯对质权获得证据的证据能力问题时,采取极为审慎的态度。这种态度体现在欧洲人权法院经常重申的一句话:证据的采纳主要由国内法规范,原则上欧洲人权法院不对采纳和采信具体证据正确与否作出评价,有管辖权的国内法院可以自由决定不传唤辩方证人出庭,只要其认为该证人出庭无助于发现真实。究其原因,部分是因为

<sup>③</sup>European Commission on Human Rights, X v. The Netherlands, no. 2383/64, 03/04/1967.

<sup>④</sup>ECHR, Unterperntinger v. Austria, no. 9120/80, 24/11/1986.

<sup>⑤</sup>ECHR, Kostovski v. The Netherlands, no. 11454/85, 20/11/1989.

<sup>⑥</sup>ECHR, Doorson v. The Netherlands, no. 20524/92, 26/03/1996.

<sup>⑦</sup>ECHR, Lucà v. Italy, no. 33354/96, 27/02/2001.

<sup>⑧</sup>ECHR, Al - Khawaja and Tahery v. the United Kingdom, nos. 26766/05;22228/06, 20/1/2009.

欧洲人权法院一贯将实施公约的主要责任交给各成员国,并将自身限定为辅助性的角色,避免成为横亘在各成员国之上的“第四审法院”<sup>[3]84</sup>。但更重要的原因恐怕在于,彼时的欧洲人权法院没有足够的权威去否定成员国的相关规定或做法。只有经过足够长时间的积累,欧洲人权法院才能通过判例聚集起足够的权威去对抗各成员国,才敢于判决成员国违反《公约》规定。安特派庭格案后,欧洲人权法院在处理成员国违反公约问题时,越来越从容,越来越大胆。如在“德尔塔诉法国案”中,法国政府辩称,《公约》规定的对质权并没有给予被告人不受限制的传唤证人的权利,决定是否传唤证人是国内法院根据是否有助于真实发现自由裁量的事项。其实这也是欧洲人权法院早期一再重申的观点。但欧洲人权法院认为自身的任务是确定包括证据取得方式在内的诉讼的整体是否公正,并依据唯一或决定性规则判处法国败诉<sup>⑨</sup>。

其次,保障价值问题上,从真实发现到公正审判。尽管在早期判例中,欧洲人权委员会和欧洲人权法院经常在裁决中把控辩平等列为对质权的保障价值,但裁决的结果通常是赋予国内法院决定是否传唤证人的自由裁量权,而裁决的标准则是“是否有助于发现真实”。这种状况直到安特派庭格案才彻底改变。正是在该案中,欧洲人权法院鉴于对对质权的保障是公正审判的一个具体方面,将对质权与公正审判权结合起来考察。此后,在欧洲人权法院的判例中,对对质权的保障都是从公正审判角度进行审查。以“萨伊迪诉法国案”为例,法国政府辩称,本案中卷宗是完备的,这使得对质对真实发现而言几乎起不到什么作用。因为在警察调查阶段和预审阶段收集的书面陈述准确且前后一致、互相印证,有根据认为实体真实已被发现。但欧洲人权法院抛开了真实发现问题,认为书面陈述本身构成有罪判决的唯一基础,而被告人及其律师在诉讼的任何阶段都没有机会询问证人。不能对质使得被告人的公正审判权被侵犯<sup>⑩</sup>。

综上,欧洲人权法院对质权判例的发展过程,就是深植于《公约》第6条的对抗制内核的缓慢展开过程。在早期的判例中,《公约》第6条的对抗制内核韬光养晦,并未被认真对待,伴随着欧洲人权法院权威的逐渐确立,这一对抗制内核渐渐展开,并持续发力。《公约》第6条的对抗制内核,不仅使欧洲人权法院通过公正审判权保障对质权,也使欧洲人权法院在处理这一问题上采取双层分析模式。

## 二、内涵:双层分析模式

双层分析模式是欧洲人权法院在处理公正使用证据问题时的分析路径。经由第一层分析,欧洲人权法院确定被告人受《公约》保障的权利是否被侵犯。这些权利自然包括《公约》第6条第3款(d)项规定的对质权,同时也包括《公约》第3条规定的不受酷刑不人道有辱人格待遇权、第8条规定的隐私权、第6条第3款(c)项规定的律师帮助权等。如果通过第一层分析,受《公约》保障的对质权等权利被侵犯,则进入第二层分析。经由第二层分析,欧洲人权法院确定,使用侵犯第一层分析中的权利获得的证据,是否会侵犯被告人受《公约》第6条第1款保障的公正审判权。在进行第二层分析时,欧洲人权法院采取总体平衡检测标准,即只要作为一个整体的诉讼程序是公正的,则允许限制第一层分析中的权利。由于《公约》第6条内部的复杂结构,在进行总体平衡检测时,不可能提出清晰的一成不变的规则,而必须视具体案件情况进行个案分析。并且欧洲人权法院在分析案件中,考虑的权衡因素也不一定,可能在某些案件中考虑这些因素,在另外案件中考虑那些因素。总体而言,侵犯第一层权利对公正审判造成的威胁越大,考虑的权衡因素越多。换言之,使程序达到总体平衡需要补偿的因素越多<sup>[4]</sup>。

经由双层分析模式,对质权的保障被纳入公正审判权的视野中予以考虑。因此,有必要分别阐释《公约》规定的对质权与公正审判权的内涵。

### (一)对质权及其内涵

《公约》第6条第3款(d)项规定:“凡受刑事追诉者享有下列最低限度的权利……(d)询问或让人询问不利于他的证人,且在与不利于他的证人相同条件下,让有利于他的证人出庭接受询问。”从《公约》规定内

⑨ECHR, *Delta v. France*, no. 11444/85, 19/12/1990.

⑩ECHR, *Saïdi v. Franc*, no. 14647/89, 20/09/1993.

容看,本款规定了两项权利,一是询问证人的权利,二是传唤证人出庭的权利。

从其判例可以发现,欧洲人权法院很少干涉法官在传唤证人问题上的裁量权,因为国内法院在真实发现问题上处于远比欧洲人权法院更为有利的位置。在“索拉科夫诉前南斯拉夫马其顿共和国案”中,欧洲人权法院直接宣称,一般来说,对证据的评价以及对被告人试图引入法庭的证据的相关性的评价,乃是国内法院的任务。具体而言,《公约》第6条第3款(d)项将传唤证人出庭是否恰当的评价权交给国内法院行使<sup>①</sup>。但在2006年的“波波夫诉俄国案”中,欧洲人权法院认为,即使通常应由国内法院来决定传唤证人出庭是否有必要及明智,但在例外情形下欧洲人权法院也可能认为不传唤特定证人与公正审判权相冲突。考虑到申诉人的有罪判决是依据相互冲突的证据作出,欧洲人权法院认为国内法院拒绝传唤被告人提出的不在场证人的行为与公正审判权相冲突<sup>②</sup>。因此,在极为例外的情形下,欧洲人权法院才会因被告人无法传唤证人出庭判决成员国违反公约规定。

询问证人权利历来是欧洲人权法院关注的重点。具体而言,有三个相互关联的问题:如何理解“证人”?如何理解“询问或让人询问”?询问应在何时进行?这分别涉及询问谁、谁来询问、何时询问三个问题。

欧洲人权法院一再重申,《公约》第6条第3款(d)项的“证人”一词,在《公约》体系下拥有“特定的”含义,即只要其陈述对有罪判决有实质作用,不论是由法庭内外的证人作出,还是共同被告人作出,其都属于“证人”<sup>③</sup>。可以认为,《公约》意义上的“证人”包括任何向司法机关作出正式陈述且其陈述在法庭上被用作不利于被告人证据的人<sup>[5]</sup>。据此,专家证人<sup>④</sup>、被害人<sup>⑤</sup>、共同被告人<sup>⑥</sup>都可以成为《公约》意义上的“证人”。

《公约》使用“询问或让人询问”的措辞,表明询问证人的主体不仅包括被告人,也包括被告人的律师。欧洲人权法院在“伊斯格罗诉意大利案”中认定对质时只有被告人在场没有其律师在场不违反《公约》规定<sup>⑦</sup>。另一方面,欧洲人权法院在“卡马辛斯基诉奥地利案”中认定只有律师在场没有被告人在场的对质不违反《公约》规定<sup>⑧</sup>。另外,在某些《公约》的成员国,通常由法官对证人进行发问,如果被告人的问题可以借由法官之口提出,则也不会侵犯被告人的对质权。在这种情况下,“让人询问”自然也包括让法官询问<sup>[6]</sup>。

被告人可以在诉讼的不同阶段询问证人。在审前阶段保证了被告人询问证人的权利,尽管被告人在法庭上不能询问证人,仍然不会侵犯被告人的对质权<sup>⑨</sup>。以“N. F. B. 诉德国案”为例,欧洲人权法院认为,申诉人的律师确实未能当庭询问被害人。但正如地区法院在1995年7月6日的判决中所言,该律师在1989年2月25日侦查法官询问被害人时提出了大量问题,询问持续了几个小时。可以认为申诉人的对质权通过这种方式得到保障<sup>⑩</sup>。

## (二)公正审判权及其内涵

《公约》第6条第1款规定:“在决定某人的公民权利和义务或针对某人的刑事审判时,任何人有权在合理期限内受到依法设立的独立且公正的法院的公正且公开的审理……”此即公正审判权条款。欧洲人权法院在“拜祖科诉波兰案”中,揭示了公正审判的内涵,“平等武装原则只是公正审判概念的一部分,公正审判还包括对抗式审判的基本权利”<sup>⑪</sup>。

对抗式审判权,根据欧洲人权法院的定义,是指在刑事诉讼中,控辩双方必须给予另一方提交的意见和提出的证据知晓和评论的机会<sup>[17]</sup>。无论另一方当事人提交的材料是有关案件事实、案件涉及的实体法律还是程序法事项,这一权利都适用<sup>[15]</sup>。平等武装原则,根据欧洲人权法院的定义,是指每方当事人都应当被给予合理的机会呈现他的证据和意见,以避免与对方相比处于不利境地。两个概念之间并不好区分,有些案

①ECHR, Solakov v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia, no. 47023/99, 31/10/99.

②ECHR, Popov v. Russia, no. 26853/04, 13/07/2006.

③ECHR, Haas v. Germany, no. 73047/01, 17/11/2005.

④ECHR, Isgrò v. Italy, no. 11339/85, 19/02/1991.

⑤ECHR, Kamasinski v. Austria, no. 9783/82, 19/12/1989.

⑥ECHR, N. F. B. v. Germany, no. 37225/97, 18/10/2001.

⑦ECHR, Belziuk v. Poland, no. 23103/93, 25/03/1998.

件中欧洲人权法院宣称依据平等武装原则做出判决,但争议的问题实际是程序的对抗性。正如“平等武装”一词所暗示,这一标准是相对标准,需要比较控辩双方在诉讼中所受待遇才能得出结论。相对而言,“对抗式审判”以“对抗”为前提,其概念更为明确<sup>[3]85</sup>。

具体到对质权,欧洲人权法院在其处理的有关对质权的第一个案件中,并未将其与公正审判权联合起来考察。但已认为该条款的本质目的,正如条文所用词组“相同条件下”所示,在于确保控辩双方平等武装<sup>⑧</sup>。真正将对质权与公正审判权结合起来考察的,是安特派庭格案<sup>④</sup>。此后,安特派庭格案的模式被之后所有案例沿用。通过公正审判权保障对质权也很容易理解,因为《公约》对质权的两个方面分别涉及公正审判权的两个方面。被告人询问不利于他的证人的权利,可以促使审判以对抗式方式进行;在“相同条件下”让有利于他的证人出庭的权利,可以确保控辩双方平等武装。

### 三、适用:三步检测方法

欧洲人权法院如何运用双层分析模式进行分析呢?在“艾尔·卡瓦贾和泰合瑞诉英国案”中,欧洲人权法院提出了“三步检测方法”<sup>⑨</sup>。根据三步检测方法,在确定侵犯对质权是否导致侵犯公正审判权时,欧洲人权法院首先审查证人不出庭是否有合理根据。如果有合理根据,再审查有罪判决是否完全或决定性地基于证人的书面陈述作出。如果基于书面陈述作出,则需审查其他平衡因素是否足以抵消使用书面陈述给被告人带来的不利影响。

#### (一)证人不出庭的合理根据

欧洲人权法院在道森案中认为,尽管《公约》第6条没有保障证人和作证的被害人利益的规定。但作证时,他们的生命、自由或人身安全也可能面临危险。证人和被害人的上述利益为《公约》的其他条文所保障,《公约》成员国在进行刑事诉讼活动时,不应不合理危及他们的利益。就此,公正审判原则要求在特定案件中,被告人的利益要与证人和作证的被害人的利益相互权衡<sup>⑩</sup>。因此,尽管欧洲人权法院一再重申原则上证人在审判时应当出庭,为确保其出庭要穷尽所有合理的努力,但这也认可在具有合理根据时证人不出庭。

首先,证人因客观原因不能出庭。如证人因死亡<sup>⑪</sup>、下落不明<sup>⑫</sup>、身在国外<sup>[13]</sup>等客观原因无法出庭时,欧洲人权法院通常认为属于不出庭的合理根据。当然,身在国外不必然是证人不出庭的合理根据。在“罗曼诺夫诉俄国案”中,法庭审理时被害人因公务不在俄国内,俄国国内法院宣读了被害人向警察作出的书面陈述。欧洲人权法院认为,俄国国内法院完全可以将审判推迟,等5天后证人回国时,让证人出庭。俄国国内法院违反《公约》规定<sup>⑬</sup>。综上,在确定证人不出庭的客观原因是否具有合理根据时,欧洲人权法院要审查上述客观原因是否构成不能克服的阻碍<sup>[20]</sup>。只有确系不能克服的客观阻碍,才能成为证人不出庭的合理根据。

其次,证人因恐惧不愿出庭。证人因恐惧不出庭有时可以成为不出庭的合理根据,但要区分情形。有必要区分两种类型的恐惧:由被告人或为被告人利益行事之人的威胁行为或其他行为导致的恐惧,以及一般性恐惧。当证人的恐惧是由被告人或为被告人利益行事之人的行为导致的,允许证人的书面陈述进入法庭就是恰当的,即使该证据是不利于被告人的唯一或决定性证据。因为允许被告人从恐吓证人中获益,将与被害人和证人的权利相冲突,没有法院愿意其审判的公正性被这种行为玷污。此时,被告人应当被视为已经放弃了《公约》赋予的询问证人的权利。但欧洲人权法院的判例却显示,证人不出庭更为常见的原因是证人对作证的一般性恐惧。比如在许多案件中,证人的恐惧来自于被告人及其同伙的恶名昭著<sup>⑭</sup>。在确定证人是否应当出庭提供口头证言时,要考虑包括证人对死亡、他人伤害、财产损失的恐惧在内的所有相关因素。但在允许证人因恐惧不出庭前,审判法庭必须确信其他的诸如匿名作证或特别措施等替代性选择,要

<sup>⑧</sup>ECHR, Engel and others v. The Netherlands, nos. 5100/71;5101/71;5102/71;5354/72;5370/72, 8/6/1976.

<sup>⑨</sup>ECHR, Artner v. Austria, no. 13161/87, 28/08/1992.

<sup>⑩</sup>ECHR, Romanov v. Russia, no. 41461/02, 24/07/2008.

<sup>⑪</sup>ECHR, Dzelli v. Germany, no. 15065/05, 29/09/2009.

么不恰当,要么不可行<sup>②</sup>。

再次,性侵害案件被害人可不出庭。性侵害案件的被害人也被称为“脆弱证人”。欧洲人权法院认为,对性侵害案件的被害人而言,刑事审判经常是一种折磨,特别是当其要与被告人对质时。在涉及未成年被害人时尤为如此。因此,在性侵害案件的刑事审判中,可以采取以保护被害人为目的的特殊措施,只要该措施与被告人充分有效行使权利不冲突<sup>③</sup>。

## (二)唯一或决定性规则

欧洲人权法院认为,如果在书面陈述作出的诉讼阶段或之后的诉讼阶段,被告被给予充分且恰当的机会质疑该书面陈述,则采纳该书面陈述本身与《公约》规定的对质权和公正审判权并不冲突。这一结论的推论是,如果有罪判决完全或决定性地基于书面陈述,而被告人在侦查阶段或审判阶段都没有机会询问或让人询问作出该陈述的证人,被告的权利就被限制到与《公约》第6条保障的公正审判权相冲突的地步<sup>④</sup>。此即唯一或决定性规则。

根据欧洲人权法院对唯一或决定性证据的解释,“唯一证据”,就是仅有的不利于被告人的证据。“决定性证据”则应当被狭义地理解为,证据如此重要以至于可能决定案件的结果。“决定性”不应被理解为没有该项证据有罪判决的可能性减少,无罪判决的可能性增加。如果不出庭证人的书面陈述被其他证据印证,则对证据是否具有“决定性”的评价取决于印证证据的强度:印证的证据越强,该书面陈述对案件的“决定性”就越弱<sup>⑤</sup>。

唯一或决定性规则并非无例外的绝对规则。欧洲人权法院认为,如果书面陈述是不利于被告人的唯一或决定性证据,这并不会自动侵犯《公约》第6条第1款规定的公正审判权。同时,当有罪判决完全或决定性地基于不出庭证人的书面陈述,欧洲人权法院必须对诉讼程序进行最严格的审查。因为采纳书面陈述的风险是影响审判平衡的一个非常重要的因素,必须要求包括足够的程序保障在内的充足的平衡因素来使审判达到总体平衡。

## (三)其他平衡因素

在确定书面陈述是有罪判决的唯一或决定证据后,欧洲人权法院会审查本案中是否存在平衡因素,以抵消该书面陈述对被告人造成的不利影响。在此阶段,欧洲人权法院可能考虑下述因素。

首先,制度因素。在“艾尔·卡瓦贾和泰合瑞诉英国案”中,欧洲人权法院认为,原则上,包含于英国《1988年刑事审判法》《2003年刑事审判法》《1984年警察与刑事证据法》第78条及普通法中的程序保障,足以抵消唯一或决定性证据给被告人带来的不利影响,确保审判的总体公正<sup>⑥</sup>。这是欧洲人权法院第一次也是唯一一次为成员国的刑事诉讼制度的整体公正性“背书”。因此,尽管这一平衡因素很重要,但仅可在英国适用。

其次,主体因素。刑事诉讼中的主体在具体案件中的表现也会成为平衡因素。在法院方面,法院为确保证人出庭是否履行勤勉义务会被欧洲人权法院考虑在内。在“卡拉布罗诉意大利案”中,欧洲人权法院认为,为了让证人出庭,意大利国内法院已经签发国际证据协助请求,考虑到除了依靠从德国有关部门获得信息外别无他法,因此不能认为意大利国内法院未能勤勉履行《公约》赋予的义务<sup>⑦</sup>。另一方面,被告人不积极行使自己的权利也会成为平衡因素。在“马格努森诉瑞典案”中,欧洲人权法院认为,被告人有许多机会提出动议反对警察询问被害人的录像和笔录,但他没有向法院提出任何进一步调查证据的请求,比如受害人的言词证据、对警察询问证人和鉴定意见的补充侦查等。因此,欧洲人权法院很难接受被告人所持有的其对质权被侵犯的观点<sup>⑧</sup>。

<sup>②</sup>ECHR, *S. N. v. Sweden*, no. 34209/96, 02/07/2002.

<sup>③</sup>ECHR, *Calabrò v. Italy and Germany*, no. 59895, 21/03/2002.

<sup>④</sup>ECHR, *Magnusson v. Sweden*, no. 53972/00, 16/12/2003.

再次,案件因素。如上文所述,性侵害案件,尤其是针对未成年人实施的性侵害案件,是一个重要的平衡因素。比如欧洲人权法院在“马格努森诉瑞典案”中说,考虑到性侵害案件尤其是针对未成年的性侵害案件的特殊性,申诉人询问未成年被害人的机会必须被视为充分保障<sup>[24]</sup>。另外,案件的严重程度也可能成为平衡因素。在科斯托夫斯基案中,欧洲人权法院承认政府在应对有组织犯罪时可以在刑事诉讼中引入特殊措施。但同时也强调,公正审判权地位如此显赫,以至于不能因权宜而被舍弃<sup>⑤</sup>。因此,作为平衡因素,案件的严重程度对被告人对质权可能的限制作用有限。正如欧洲人权法院所言,限制被告人权利的措施,应当以严格必要为限,尽可能采取限制性更少的措施<sup>⑥</sup>。

#### 四、借鉴:关键证人出庭的必要性与可行性

中国刑事审判实践中证人不出庭作证的问题一直相当严重<sup>[7]</sup>。为解决此问题,现行《刑事诉讼法》第187条规定:“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。”据此,针对那些“对案件定罪量刑有重大影响”的证人证言,在控辩双方有异议,法院认为有必要出庭作证时,证人应当出庭作证。此即关键证人出庭作证制度。有学者认为,本条实际包含了两种“必要性”。公诉人、诉讼参与人对证人证言有异议,属于证人出庭的程序必要性;证人证言对案件定罪量刑有重大影响,属于证人出庭的实体必要性<sup>[8]</sup>。但在关键证人出庭问题上,不仅要考虑关键证人出庭作证是否有必要,还要考虑关键证人出庭作证或不出庭作证是否可行。在关键证人出庭的必要性和可行性方面,欧洲人权法院的判例都可以为中国证人出庭制度的完善提供启示。

首先,明确关键证人出庭作证的实体必要性和程序必要性条件。

关键证人出庭作证的实体必要性条件是指其证言对定罪量刑具有重大影响。“重大影响”的措辞出现在《刑事诉讼法》第187条。但对“重大影响”的确切含义,法律未予明确。欧洲人权法院对唯一或决定性证据的解释对理解“重大影响”具有重要的启发意义。如上文所述,在欧洲人权法院看来,“唯一证据”就是仅有的不利于被告人的证据。“决定性证据”是指可以对案件结果产生决定性影响的证据。因此,借鉴欧洲人权法院的判例,可以将法条中“重大影响”理解为对案件定罪量刑有唯一或决定性影响。据此,法条中的“重大影响”不应被理解为单纯增加或减少定罪或某一量刑可能性的证人证言,而应当至可以帮助区分罪与非罪、此罪彼罪、量刑区间及轻重的证人证言。另一个值得注意的问题是,在欧洲人权法院看来,证言是否具有决定性是相对而言的。印证该证言的证据越多越强,该证据对案件结果的决定性就越弱,反之亦然。这一观点对于理解“重大影响”也具有重要价值。换言之,证人证言是否对定罪量刑具有重大影响,不仅要看证言内容本身是否关涉罪与非罪、此罪彼罪、量刑区间及轻重,还要考察是否有其他证据印证该证言。印证该证言的证据越多越强,该证言对定罪量刑的影响越被削弱。

关键证人出庭作证的程序必要性条件主要在于保障被告人有效质证。尽管《刑事诉讼法》第187条规定的关键证人出庭作证的条件为“公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对证人证言有异议”。但考虑到法律规定由人民检察院承担举证责任,证人通常是证明被告人有罪的不利于被告人的证人,“对证人证言有异议”的主体自然主要是被告人及其辩护人。但中国《刑事诉讼法》并未赋予被告人质证权,质证仅是法庭证据调查的一个环节。因此,关键证人出庭作证的程序意义主要是保障被告人的有效质证。在此问题上,欧洲人权法院的判例特别具有启发意义。如前文所述,欧洲人权法院一直重申,原则上所有的证据都应当在被告人在场时在公开的法庭上以对抗辩论的方式提出。但该法院也强调,如果在陈述作出的诉讼阶段或之后的诉讼阶段,被告被给予充分且恰当的机会质疑该陈述,则采纳该陈述本身与《公约》规定的对质权和公正审判权并不冲突。这意味着,在审前阶段保证了被告人询问证人的权利,尽管被告人在法庭上不能询问证人,仍然不会侵犯被告人的对质权,因被告人在庭前获得了询问和质疑证人的机会。从中国现实出发,

⑤ECHR, Van Mechelen and Others v. the Netherlands, nos. 21363/93;21364/93;21427/93;22056/93, 23/04/1997.



期待短期内迅速提高证人出庭率很难做到。但保障被告人有效质证的手段并非只有当庭质证,在审判前为被告人或其辩护律师提供询问证人的机会同样可以弥补现行法律规定之不足。具体而言,侦查人员在询问证人时,在不妨碍侦查情况下,可以预先向犯罪嫌疑人了解情况,询问其是否有关于案件的问题向证人发问。若被追诉者已经委托辩护律师,询问时可以让辩护律师在场提问,或者让辩护律师在隔壁房间或通过视频观看询问证人情况,并尽量给予辩护律师提问机会,并通过侦查人员向证人发问。在审查起诉阶段,人民检察院在依据《刑事诉讼法》第170条讯问犯罪嫌疑人、听取辩护人意见时,可以征求被追诉者及其律师对证人及证人证言笔录的看法和意见,也可以要求被告人或其辩护人针对证人及证人证言笔录提出一系列问题。据此,人民检察院可以依据《人民检察院刑事诉讼规则》第371条,再次对证人进行询问并制作笔录。在有条件情况下,人民检察院可以通过双向镜或视频监控设备让被告人观察询问证人情况,并通过人民检察院向证人发问。

其次,明确关键证人不出庭作证的情形及判断标准。

并非所有案件中关键证人都应当出庭,某些案件中关键证人不出庭是否具有正当理由?《刑事诉讼法》第188条第1款规定:“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。”据此,被告人的配偶、父母、子女可以不出庭作证。但对此条文中不出庭的“正当理由”,《刑事诉讼法》没有明确。参照《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》第206条:“证人具有下列情形之一,无法出庭作证的,人民法院可以准许其不出庭:(1)在庭审期间身患严重疾病或者行动极为不便的;(2)居所远离开庭地点且交通极为不便的;(3)身处国外短期无法回国的;(4)有其他客观原因,确实无法出庭的。具有前款规定情形的,可以通过视频等方式作证。”可见,司法解释将证人不出庭的“正当理由”限于“客观原因”导致的“无法出庭”。实际上,欧洲人权法院判例中提到的某些理由也可以考虑作为正当理由。一个例子是证人因恐惧不出庭作证。根据《刑事诉讼法》第62条,危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪、毒品犯罪等案件中,证人本人或者其近亲属的人身安全面临危险时,可以采取不暴露外貌、真实声音等出庭作证措施。上述案件中,证人及其近亲属不仅可能面临人身危险,有时也会实际地受到被告人以及为被告人利益行事之人的恐吓、威胁。如果由于被告人及为被告人以利益行事之人的恐吓、威胁使证人产生恐惧,不肯出庭,可以视为被告人经由上述行为放弃了当庭询问证人的权利,应当算作证人不出庭的正当理由。美国联邦法院也作出过类似的判例,即所谓“过错失权”规则,如果作出书面证言的证人不出庭是由于被告人“意图阻止该证人出庭作证”的行为所导致,那么该书面证言可以采纳<sup>⑥</sup>。当然,并非证人所有对出庭的恐惧都可以成为不出庭作证的正当理由,上述情形之外的原因导致的证人对出庭的恐惧,要仔细审查证据的恐惧是否有具体的证据证明,不宜径行作为证人不出庭的正当理由。

中国并没有明确关键证人不出庭作证是否正当的判断标准。欧洲人权法院则采取总体平衡标准,即只要作为一个整体的诉讼程序是公正的则允许对被告人的对质权进行限制。这一标准对中国刑事审判具有启示意义。正如《决定》所言:“公正是司法的生命线。”通常关键证人不出庭作证会严重影响审判的公正性。因为关键证人的证言“对案件定罪量刑有重大影响”,几乎都属于前述的“唯一或决定性证据”,不仅关乎本案审判结果是否公正,也属于对被告人而言“命运攸关”的证据。原则上,司法机关应当穷尽一切合理努力确保上述关键证人出庭。正如欧洲人权法院所阐明的,书面证言越重要,对被告人而言潜在的不公正可能性越大,越需要确保证据可靠或对其可靠性进行恰当检验和评价。在运用总体平衡标准进行检测时,法院应当考虑诸如法院为保障证人出庭已经恪尽勤勉义务、被告人并未积极行使自己的权利、特定的案件类型使得证人不宜出庭、被告人在审前阶段已经获得有效对质的机会等因素,在个案中具体审查审判是否总体公正。如仍能保证总体公正,则应当依据案件中的证据下判;如不能保证总体公正,则应当尽量确保关键证

<sup>⑥</sup>Giles v. California, 554 U. S. 353 (2008)

人出庭。若关键证人仍不出庭,应强制证人出庭;若关键证人下落不明且出庭作证已成为必要时,可以中止审理。

#### 参考文献:

- [1] 陈光中,步洋洋. 审判中心与相关诉讼制度改革初探[J]. 政法论坛, 2015(2): 120 - 128.
- [2] EUROPEAN COMMISSION OF HUMAN RIGHTS. Preparatory work on article 6 of the European Convention on Human Rights [EB/OL] [2015 - 5 - 22]. [http://www.echr.coe.int/Documents/Library\\_TravPrep\\_Table\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Library_TravPrep_Table_ENG.pdf).
- [3] TRECHSEL S, SUMMERS S. Human rights in criminal proceedings[M]. Oxford University Press, 2006: 84.
- [4] F. P. ÖLÇER, The european court of human rights the fair trial analysis under article 6 of the european convention[M]// THAMAN S C. Exclusionary rules in comparative Law. Springer, 2013: 371 - 377.
- [5] Spencer J R. Hearsay evidence in criminal proceedings[M]. Hart Publishing, 2008: 43.
- [6] MAFFEI S. The european right to confrontation in criminal proceedings: Absent, anonymous and vulnerable witnesses[M]. Europa Law Publishing, 2006: 17.
- [7] 陈光中,肖沛权,王迎龙. 我国刑事审判制度改革若干问题之探讨——以《刑事诉讼法》再修改为视角[J]. 法学杂志, 2011(9): 1 - 7.
- [8] 叶青. 构建刑事诉讼证人、鉴定人出庭作证保障机制的思考[J]. 中国司法鉴定, 2015(2): 1 - 8.

## On the attendance of key witnesses under the European model and its value

SUN Zhiwei

(Law School, Guangdong University of Finance and Economics, Guangzhou 510320, P. R. China)

**Abstract:** The drafting of Article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms indicates the adversarial core of this Article. The history of the judicial precedents of European Court of Human Rights on confrontation right is the history of the slow development of its adversarial core. In dealing with problems of confrontation right, the European Court of Human Rights established a two - tiered analytical approach. Via this approach, the safeguard of confrontation right is taken back into the vision of fair trial for consideration. In order to implement the two - tiered analytical approach, the European Court of Human Rights created a three - steps test, that is, to examine step by step the reasonable basis for the witness not appearing in court, whether the written testimony is the only or conclusive evidence against the defendant, and whether there are other balance factors to offset the adverse effects caused by written testimony to the defendant. Learning from the European Court of Human Rights, China should make clear the substantive requirements and the procedural requirements for the attendance of key witnesses, the conditions of non - attendance of key witnesses and the criterion to distinguish them.

**Key words:** key witness; European model; confrontation right

(责任编辑 胡志平)