

陈有西：切实保护刑事证人权利 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E9_99_88_E6_9C_89_E8_A5_BF_EF_c122_485973.htm 国外警匪片中，刑事证人往往遭到被告方追杀，而国家司法机关则会尽全力保护证人。因为在陪审团决定一切的审判模式下，证人是公诉方的宝贝。但在我国，证人的情况则更为糟糕一些，不但被告可能会找麻烦，公权力机关对证人带来的危险甚至更大些。原因是我国刑事审判大量靠封闭取证的证人笔录，而不需要出庭的证言。证据是法院审判各类案件的核心。证人权利问题一直是刑事律师和检察机关争论很大的问题。《刑事诉讼法》强调控辩平衡，法院要平等地审查和采信控辩双方的证据。但实际上，大量的刑事案件，特别是受贿等犯罪手段具有秘密性、靠言辞证据定罪的案件，控制证人的优势完全在有抓人权的检察机关一方。律师根本没有保护证人的权力和能力，有时自己也会被卷进引诱伪证的指控中去，自己都保不住。我国检察机关享有自侦权以后，侦、诉其实已经合一，控方把侦查捕人的权力带入控告权力，法庭上控告遇阻就退查抓证人的现象经常发生。被告和律师根本不可能得到平等的举证权。法院对辩方证据往往也只是罗列而不采信，甚至对证人当庭作证也不采信，反而相信侦查时刑讯逼供形成的证据。我国刑事诉讼模式是公、检、法密切配合，检察长可以列席审判委员会了解审判绝密内幕，政法委员会中常委公安局长可以召集检察长、法院院长研究决定案件，检察和法院可以经常沟通共同研究用什么样的方式对付被告。而律师如果同法官进行这样的沟通打听一下情况，就属于违反执

业纪律甚至是犯罪行为。中国百姓总以外国电影电视剧中的控辩角色来要求中国律师，这实际上是不可能的。因为外国的国家公诉人也是律师担任的，他并没有权抓对方的律师。辩方律师尽可以没有顾忌地进行抗辩，保护证人和被告。在我国的不平衡的刑诉模式下，控辩证据是不平等的，产生很多明显的错案是毫不奇怪的。社会主义法治理念教育，不但要研究宏观上问题，更要重视这种实质性的具体问题。为保证办案质量实现司法公平，以下的问题是需要所有从事法律职业的人加以注意的。

一、不能用控制证人的方式取证。国家法律设定取证模式，是要证人还原真相，不受任何因素干扰。因此律师不能引诱和收买证人，公安机关不能威胁控制证人。因为这样的取证会使证言失真，丧失客观性。必须让证人在一个比较宽松的环境下，把事实真相讲出来。侦查人员不能象对待罪犯一样对待证人，不能带着先入为主的观念去对待证人，不能以有罪推定的观念去对待证人。比如说检察机关侦查受贿案，嫌疑人供称有人送钱，而送的人说没有送过。大多数情况下，是送钱的人为了逃避行贿罪和包庇受贿者而不作真实陈述。但也有一些确实是没有送过，嫌疑人由于被逼供诱供作了假供，而这个证人可能确实是无辜的。但我们的侦查人员往往相信行贿事实，判断是证人不老实所以不作证。于是把他抓起来，有的罪名是行贿，有的罪名是伪证，对证人进行逼供诱供，长期关押，最终证明确实是冤枉的。因此，要把证人和犯罪嫌疑人严格区分开来，不能对证人实施高压政策，满我的意就放过你，不按我的要求作证就是不老实，这样取得的证言会导致错案。因此不能用胁迫证人、控制证人的方式来取证。

二、任意抓证人的现象

应该纠正。刑事诉讼法第97条，对证人作证的场所有明确的规定。即证人的住所、单位。“必要的时候”，可以通知证人到检察院和公安机关提供证言。什么叫“必要的时候”？这需要司法人员善意的理解法律。因为这是一个没有界限的抽象含义，法律又不可能完全明确界定。最高法院副院长刘家琛的解释是，如为了国家秘密和案情秘密（如涉及当事人的隐私不能让邻居知晓）、保证证人的安全，防止其单位和亲属的干扰等。因此，绝大多数的证人证言应当在其家中和单位进行取证。通知其到政法机关作证的，其身份也是证人，是来去自由的，地点应在办公室或者会议室接待室，而不能在审讯室和地下室，也不能几天几夜不让其回家变相拘留。有的侦查机关在办案中，以“监视居住”的名义关押证人，这同样是违法的。因为刑事诉讼法51条明确规定，监视居住是在“自己居住的住处”里被监视，由当地公安派出所执行监视，不能把人抓起来监视。只有对流窜犯和当地没有住处的，又无法证明有可以拘留的罪行的，才可以在指定场所“监居”。对当地有住所的人是不能另行指定场所监视居住的。更不能关在审讯室和留置室。现在大量的行贿证人不到庭作证，不是证人不愿意，而是他被取保候审，检察机关控制着他，不准他出庭，一出庭就要抓回去关起来。用逼出来的证言向法院举证，固定自己的成果。这严重影响案件真相的查明。

三、法院要平等对待控方证据和辩方证据。现在中国律师的执业风险相当大。律师没有侦查权、搜查权、传唤权、调取证据权、抓人权。而同律师相抗衡的公安、检察机关都有这些权。中国律师也没有申请法官调查令的权力。因此，要中国律师担当起真正的“抗辩制审判”中的平等一方

的重任，是不可能的。在伪证问题上，律师因为引导伪证被抓被判，在全国已经相当多了；而公安、检察向法庭提供伪证，提供刑讯逼供得到的证据被查明后，还没有一例被追究的。除非其后果到了把人搞死搞伤构成犯罪的程度。在这个问题上，公安、检察既是运动员又是裁判员，而律师永远只是个运动员，只有挨罚的份。有的法院要求律师，向法庭提供证据必须在开庭五天之前，否则证据无效。我辩护的一个案件从接到通知到正式开庭只有七天。律师阅卷取证根本来不及。这是明显错误和不公平的。因为最高人民法院的庭审规则，并不能同全国人大的《刑事诉讼法》相冲突。法院自己无权扩大解释证据无效的规则，你可以要求别人这样做，但别人不遵守你的规则，只要不违法，你都不能以此认定证据无效。刑诉法明确规定开庭时律师有当庭提供证据的权利，可以传新的证人作证。现场供证都是可以的，为什么要五天之前？法院其实巴不得律师不举一份证据。在他看来公安、检察的查明就是事实，就可以判了，律师辩一下不过是个形式，多事的都是刁难的坏律师。他不把律师看作是帮助他把好质量关的力量，而是视为敌对的力量。因为他的立场同公安、检察是一样的。你对起诉书事实挑刺，同样是在向法院的挑战。在证人证言的分析上，法庭也比较注重于相信公安机关的审讯笔录，而不大相信律师的取证。因为一般认为，侦查人是为国家行使公权力，律师是赚人家钱的私权利的代言人，拿钱总要为人家说话，因此可信性差。侦查机关把人抓起来，审了几个月半年，你律师只有几周半个月，不可能比国家机关更能发现真相。因此对侦查机关取证上的违法之处，也重视实体公正而忽视程序正义，认为即使有逼供信

现象，真相还是可以采信。这就导致违法取证的现象得不到司法权的制约，而长期存在。律师的辩护权受到歧视，得不到应有的尊重。法院应该平等地、理性地对待国家侦查机关取得的证言和律师取得的证言。在我办理的舟山的一个受贿案件中，法官很好地处理了这个问题。对检方有罪证据和律师无罪证据都存疑，第一次带检察和律师三方一起取证，被取保候审的证人当着检察人员的面不敢说真话。第二次法院让检察、律师全部回避，二个法官单独取证，查明了真相，否定了检察院的受贿8万的有罪指控，采纳了律师的证据。但可惜这样扎实的办案作风现在已经不提倡了，法官改为“坐堂问案”了。而坐堂问案证人又不到庭，这就是现在许多案件无法查明真相出现错误的真正原因。四、要努力提高当庭作证的比例。证人证言和其他的物证、书证不同。物证书证是事先固定的，具有很强的客观性。而证人证言则是事后的陈述，有更大的主观性，容易受各种因素的影响，是复杂多变的。检察院、公安机关的人找证人，他是一种说法，而当事人、律师去找他，他可能又是另一种说法。法官的责任就是，通过审理和自己对证据的分析判断，把再接近真相的法律事实审出来，在此基础上确定法律责任。影响证人证言的因素很多，如哪一方先找他的，人情关系，利益引诱、恐惧心理、表白自己的心理、推却责任的心理、后顾之忧，都会影响其证言的真实性。因此证人证言往往是飘忽不定的。律师是有倾向性的，他的目的是被告无罪和罪轻，检察公安的取证也是有倾向性的，他的目的是证明被告有罪和罪重。虽然刑诉法要求侦查机关要平等收集被告有罪和无罪的证据，实际上这几乎是不可能的。因为无罪他就不会起诉了。不

会到法庭来交锋。真正的证人证言，应该是当庭陈述最为可靠。在特定条件下为控方作证和为辩方作证，往往都会失真。当庭作证是一个重要环节。通过当庭发问，法官、公诉人、律师都在场，都可以问，证人没有被关、被打、被抓的恐惧感，作证就会客观真实得多。我们中国现在审判中最大的问题是绝大多数证人都不出庭作证，这样就导致为了证人的说法和含义，法庭上检察和律师公说公有理、婆说婆有理，莫衷一是。完全是打口水仗。如果证人在场，你这句话到底是什么意思，法官一问就清楚了。

六、伪证罪检察无权管辖

伪证罪按刑诉管辖分工，属于公安局管辖侦查。但现在很多检察机关也以这个罪名抓证人。从降低诉讼成本的角度而言，在侦查主罪时发现其他罪名，由原侦查机关并案侦查，是有道理的。因此在“六部委”的《关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》第6条在明确公安、检察严格分工的同时，作了可以附带管辖的规定。但这种“附带”是有条件的。一是要出于正当的目的，二是犯罪构成应基本相近。如侦查贪污罪，发现了职务侵占罪；追查受贿罪，发现了行贿罪，侦查挪用公款罪，发现了挪用资金罪。但有一点，检察在侦查犯罪中，不能因为证人不按其意思作证，就以伪证罪立案抓人，自己拘留，自己审讯，自己办理取保候审放人，自己收取几万几十万“保证金”，这是明显违法的。因为《刑诉法》第51条规定：取保候审、监视居住由公安机关执行。同时，伪证罪是一种妨碍诉讼程序的犯罪，同检察机关侦查职务犯罪的职能完全不相关。检察抓证人的目的，不是真正要追究伪证，而是为了突破案件，要证人为自己的观点提供证据。有的检察机关以审讯笔录代替证人证言，取证地点也在羁

押室，有的证人被威胁不准见律师，有的证人为检察作证后被取保候审，从此不上法庭，也不敢见律师。这就严重损害了诉讼程序，妨碍了律师的辩护权。因为调查取证权是辩护权的重要组成部分，律师见不到证人，就无法查明真相，也组织不起抗辩的材料。这种程序权利完全被控方一方主宰了。这对控辩式审判是一种严重的损害。诉讼不但要保护公权利，即国家机器发现犯罪打击犯罪的权利；同时也要保护私权利，即被告的人权。法律规定任何被告，哪怕是杀人犯，也有获得公正的辩护的权利。我们要建立真正文明公平的刑事诉讼制度，减少冤假错案，证人保护的问题必须高度重视起来。甚至有必要制订《中华人民共和国证人保护法》。

陈有西：中华全国律师协会宪法与人权委员会副主任、京衡律师事务所主任、高级律师。中央财经大学法学院法律硕士导师

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com