

从关键证人回归必要证人： 关键证人出庭作证逻辑反思

陈卫东*

内容提要：当下我国刑事司法实践中存在一种关键证人出庭作证逻辑，这种逻辑认为：证人并非原则上必须出庭作证，只有关键的少数证人才有必要出庭作证；关键证人的判断标准是证人出庭的不可或缺性或者不可替代性，是否属于关键证人的判断方式是法官预先审查庭前证言的证明力。关键证人出庭作证逻辑容易导致被告人对质证保障不力、虚假事实无法辨别、庭审虚化及侦查权控制失灵等问题。关键证人出庭作证逻辑的产生与司法实践中法官对证人出庭作证的消极态度、侦查中心主义、印证证明方式等有着密切关联。在我国推进以审判为中心的诉讼制度改革、加强庭审实质化的背景下，应积极通过法律解释路径，摒弃关键证人出庭作证逻辑，回归必要证人出庭作证逻辑，合理界定2018年刑事诉讼法第192条第1款的构造和内涵。

关键词：以审判为中心 庭审实质化 证人出庭作证 关键证人 必要证人

一、问题的提出

在我国司法实践中，证人不出庭作证是刑事庭审活动多年来一个顽疾。据统计，实践中证人实际出庭率非常低。例如，有学者随机抽取了100个样本案例发现，仅有3个案件有证人、鉴定人出庭，证人出庭率仅为3%。^{〔1〕}另有学者的实证研究显示，以审判为中心的诉讼制度改革中，证人出庭问题并未有实质改变，证人出庭率2014年为0.67%，2018年为0.33%。^{〔2〕}申请证人出庭作证是律师进行程序性辩护、证据辩护的一项重要内容，往往也会成为上诉或者申请再审的重要事由。证人不出庭作证是导致辩审冲突的重要原因，也是制约审判公正、庭审质量的重要因素。

学界对证人不出庭作证的原因已经作了较为全面的分析，但是，对于法官在处理证人出庭

* 中国人民大学刑事法律科学研究中心教授。

〔1〕 参见韩旭、王剑波：《刑事庭审质证运行状况实证研究——以100个庭审案例为样本》，《法治研究》2016年第6期，第47页。

〔2〕 参见魏晓娜：《以审判为中心的诉讼制度改革：实效、瓶颈与出路》，《政法论坛》2020年第2期，第159页。

作证问题上的理由及其逻辑却鲜有深入分析。为了探寻法官拒绝证人出庭作证的逻辑，笔者利用中国裁判文书网进行检索，案件类型为“刑事案件”，裁判年份为“2019年”，〔3〕关键词为“证人出庭”，共遴选出282个案例，剔除部分不相关案例后，〔4〕共检索到160个案例涉及证人出庭申请及其处理。其中，一审案件48个、二审案件95个、再审案件17个，占比分别为30%、59%和11%。

在这些案件中，不同意证人出庭，或者认为原审不通知证人出庭的做法正确的，为138个，占比86.25%；同意证人出庭，或者认为原审不通知证人出庭的做法错误的，为22个，占比13.75%。不同意证人出庭作证的理由，主要包括：〔5〕（1）证人证言与在案证据相互印证。出现54次，占比36%。（2）证人证言不能推翻案件事实。出现27次，占比18%。（3）证人证言已经查证属实。出现19次，占比12%。（4）与案件没有关联。出现14次，占比9%。（5）申请证人出庭不符合法律规定。出现10次，占比6.6%。（6）证人证言所证明的事实已经被其他证据证实。出现7次，占比4.6%。（7）证人已经向公安司法机关作证，有书面证人证言笔录。出现6次，占比3.9%。（8）证人远在国外、无法联系或服刑等。出现4次，占比2%。此外还有：（1）未阐明不同意证人出庭作证的理由。出现5次，占比3%。（2）证人拒绝出庭。出现3次，占比2%。（3）证人证言未被采信。出现4次，占比3%。

根据上述统计，法官同意证人出庭作证的比例并不高。不同意证人出庭作证的理由中，证人证言与在案证据相互印证，证人证言不能推翻案件事实，证人证言已经查证属实，证人已经向公安司法机关作证等四种理由的占比就达到了70%。上述四种拒绝证人出庭作证的理由，整体上代表了司法实践中法官对待证人出庭作证的逻辑认识，即下文所概括和阐述的关键证人出庭作证逻辑，也可称之为不可替代的证人出庭作证逻辑。在法官看来，只有极少数“关键证人”才属于2018年刑事诉讼法第192条第1款规定的对案件定罪量刑有重大影响的证人，才有必要出庭作证。而关键证人的特点是，对通过其他方式不能查证属实的案件事实能够起到证明作用，即证人必须对案件定罪量刑起到不可替代的关键性作用才可出庭作证，那些对定罪量刑虽然有作用却并非不可替代的关键性作用的证人，则没有出庭作证的必要。因此，在关键证人出庭作证逻辑看来，关键证人出庭作证属于查明案件事实迫不得已的最后手段。比如，证人只要向公安司法机关提供了证言笔录，笔录本身稳定，或者与在案证据相互印证，证人证言就被认定为真实。证人证言不会对案件定罪量刑造成障碍，也就不需要证人出庭作证，该证人不属于对案件定罪量刑有重大影响的证人。通过检索裁判文书发现，秉持关键证人出庭作证逻辑并非个别现象，也不只是地方实践，从基层人民法院到高级人民法院乃至最高人民法院，都对该逻辑一以贯之。

〔3〕 本文的研究重点是法官不允许证人出庭作证的逻辑认识问题，而非证人出庭作证与否的现实状况；而且，证人出庭作证逻辑属于认识层面的问题，一段时间内具有稳定性；刑事司法活动自2020年开始受到新冠疫情的影响，这一期间的裁判文书较少且不一定具有代表性；此外，2022年后裁判文书上网的比例大幅下降，该年度以后的裁判文书也不具有代表性。基于上述原因，笔者选取了新冠疫情发生前2019年全年的案例作为研究对象，所有案例均按照统一标准遴选，整体上代表了2019年刑事司法实践中法官对证人出庭作证问题的逻辑认识。

〔4〕 考虑到减刑、假释案件的特殊性，证人出庭作证更容易被接受，这类案件对于考察法官处理证人出庭作证问题的逻辑认知不具有代表性，故本文剔除了这类案件。

〔5〕 一审、二审以及再审程序中法官处理证人是否出庭作证问题的逻辑是一致的，而且我国二审、再审程序同样强调事实审，因此，程序性质的不同不会影响法官对证人出庭作证问题的认知。因此，本文未区分一审、二审、再审程序中法官拒绝证人出庭作证的理由。

应该说,2012年刑事诉讼法修改时在第187条第1款(2018年刑事诉讼法第192条第1款)确定了证人必须出庭作证的情形,意图鼓励那些有出庭必要的证人出庭作证,改变证人应当出庭而不出庭的状况。^{〔6〕}该立法具有积极意义,但司法实践中法官在对该款条文的解释上普遍秉持关键证人出庭作证逻辑,使得立法鼓励必要证人出庭的逻辑转变为限制证人出庭的关键证人出庭作证逻辑。这可能是立法者始料未及的。当前,通过庭审实质化推进以审判为中心的诉讼制度改革,未能取得实质性突破,加之认罪认罚从宽成为刑事诉讼改革和实践的核心课题,审判中心主义略显边缘。然而,一个有趣的现象值得我们深思:在辩诉交易发达的美国,尽管90%以上的案件是通过辩诉交易结案的,但主流话语关注的仍然是完整的审判程序如何更加公正,强调的仍然是如何强化审判中心主义。没有以审判为中心,被追诉人的权利保障就无从谈起,所谓的协商性司法也就徒具虚名。因此,有必要对司法实践中的关键证人出庭作证逻辑进行深刻反思,并寻求可能的破解路径。有鉴于此,本文拟首先从司法实践中提炼出关键证人出庭作证逻辑,进而分析这种逻辑的弊端和成因,最后探讨如何从法律解释路径实现从关键证人出庭作证逻辑向必要证人出庭作证逻辑的转变。

二、司法实践中的关键证人出庭作证逻辑

“关键证人”概念早已有之,20世纪末至21世纪初便有学者区分了关键证人和非关键证人,并就关键证人出庭作证问题进行了研究。此时的关键证人属于能够提供涉及犯罪构成要件事实是否存在的证言的人,证人原则上应当出庭作证也未遭到否定。^{〔7〕}其后,有学者将关键证人界定为,存在事实争议的案件中,能对争议事实起到直接证明作用的证人。^{〔8〕}此时的关键证人范围有所限缩,但这一理解是以保障被告人的对质权为目的的。与理论上的界定不同,司法实践中盛行的关键证人概念则主要以限制证人出庭为出发点,关键证人范围狭窄,仅指具有不可或缺性或者不可替代性的证人,由此形成了指导司法实践的关键证人出庭作证逻辑。关键证人出庭作证逻辑具有三项基本内涵:第一,只要有证人证言即可,不要求证人必须通过出庭方式提供证言,只有极少数关键证人才有必要出庭作证;第二,判断是否属于关键证人的核心标准是证人出庭具有不可或缺性或者不可替代性,如果已经存在证人证言笔录,或者证人证言已经通过印证或其他方式查证属实,证人就不属于不可或缺或者不可替代的证人;第三,判断是否属于关键证人的方式是,由法官预先审查庭前证人证言的证明力,进而判断证人是否属于不可或缺或者不可替代的证人。以下详加论述。

(一) 逻辑一:不要求证人必须通过出庭方式提供证言,需要出庭作证的证人属于极少数

在关键证人出庭作证逻辑看来,只要有证人证言笔录在案即可,不要求证人必须通过出庭方式提供证言,需要证人出庭作证的只是极少数例外情形。2012年刑事诉讼法修改后,第187条第1款(2018年刑事诉讼法第192条第1款)规定:“公诉人、当事人或者辩护人、诉

〔6〕 参见郎胜主编:《中华人民共和国刑事诉讼法修改与适用》,新华出版社2012年版,第334页。

〔7〕 参见周国均:《刑事案件证人出庭作证制度研究》,《中国刑事法杂志》2002年第2期,第14页以下。

〔8〕 参见熊秋红:《刑事证人作证制度之反思——以对质权为中心的分析》,《中国政法大学学报》2009年第5期,第68页。

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，证人出庭作证需要满足三项条件：其一，对证人证言有异议；其二，该证人证言对案件定罪量刑有重大影响；其三，法院认为证人有必要出庭作证。全国人大法工委权威人士在解读该立法时指出，在同时符合上述三项条件的情况下，证人应当以出庭的方式作证。^{〔9〕}鉴于司法实践中法院对“人民法院认为证人有必要出庭作证”内涵的理解较为混乱，在推进以审判为中心的诉讼制度改革的过程中，有关规范性文件如2017年最高人民法院《人民法院办理刑事案件第一审普通程序法庭调查规程（试行）》（以下称“法庭调查规程”）将证人出庭作证的条件解释为两项——对证人证言有异议和法院认为该证人证言对案件定罪量刑有重大影响，即将“有必要”的判断要素限定在对案件定罪量刑有重大影响。在当事人等对证人证言有异议的情况下，只要法院认为证人证言对案件定罪量刑有重大影响，证人就属于“有必要出庭作证”。

但司法实践中，法官普遍将刑事诉讼法规定的上述证人出庭作证制度理解为关键证人出庭作证制度，^{〔10〕}压缩“对案件定罪量刑有重大影响”的证人范围，仅将极少数不可或缺或者不可替代的证人证言认定为“对案件定罪量刑有重大影响”。在司法机关看来，只要有庭前书面证人证言在案或者庭前书面证人证言具有较高证明力即可，至于是出庭作证还是庭下作证则在所不问，即不要求证人原则上应当出庭作证。通过法官拒绝证人出庭作证的裁判理由即可见其中端倪。如前所述，法官拒绝证人出庭作证的一项常见理由便是“证人已经向公安司法机关作证，有书面证人证言笔录”。换言之，在法官看来，只要有庭前书面证人证言在案即可，并不要求证人必须通过出庭方式提供证言。又如，在申诉人李某涉嫌诈骗案中，对申诉人李某所称的证人未出庭问题，最高人民法院指出，“证人出庭不是刑事诉讼法的强制性要求”。^{〔11〕}在申诉人李某、张某涉嫌寻衅滋事案中，最高人民法院在驳回申诉通知书中也坚持了证人不是必须出庭的观点，同时进一步指出：“证人证言只要在法庭上经过控辩双方质证并且查证属实，均可以作为定案的根据”。^{〔12〕}换言之，在最高人民法院看来，证人出庭作证并非基本原则，不论是书面证言还是当庭口头证言，只要查证属实均可作为定案根据，二者没有哪一种证据形式更适格或孰优孰劣的问题。在上诉人蒲某涉嫌走私、贩卖、运输、制造毒品案中，四川省高级人民法院在二审刑事裁定书中阐明：“证人证言是证据的一种形式，在证人因各种原因不能出庭作证的情况下，人民法院综合案件各种情节，对证人证言予以采信并无不当。”^{〔13〕}其潜在的认识是，证人是否出庭作证并不是法院关心的核心问题，法院只在乎有无证人证言、证人证言是否查证属实。据统计，司法实践中未出庭证人庭前证言的采纳率较高，86.7%的未出庭证人的庭前证言得到了完全采纳，而只有13.3%的未出庭证人的庭前证言完全或部分未被采纳。^{〔14〕}前述法官拒绝证人出庭作证的理由以及证人庭前证言的高采纳率反映出，在实践

〔9〕 参见前引〔6〕，郎胜主编书，第335页。

〔10〕 参见“关键证人出庭问题研究”课题组：《我国关键证人出庭作证制度研究》，《安徽大学法律评论》2012年第1辑，第162页。也有学者称之为“有限证人作证原则”。参见叶青：《构建刑事诉讼证人、鉴定人出庭作证保障机制的思考》，《中国刑事司法鉴定》2015年第2期，第3页。

〔11〕 参见最高人民法院（2018）最高法刑申764号驳回申诉通知书。

〔12〕 参见最高人民法院（2018）最高法刑申777号驳回申诉通知书。

〔13〕 参见四川省高级人民法院（2018）川刑终75号刑事裁定书。

〔14〕 参见周莹莹：《未出庭证人庭前证言审查之实证分析——以“北大法宝”的数据为基础》，《社会科学动态》2019年第7期，第83页。

中盛行只要证人提供庭前证言即可，并不原则上要求证人必须出庭作证的逻辑。

(二) 逻辑二：判断是否属于关键证人的标准是证人是否具有不可或缺性或者不可替代性

在关键证人出庭作证逻辑看来，判断证人出庭作证必要性的核心标准是证人具有不可或缺性或者不可替代性。即如果证人有庭前证言，且庭前证言已经举证质证并查证属实，证人不出庭不影响案件事实认定的，就不属于不可或缺或者不可替代的证人，就不是关键证人；反之，如果证人庭前证言没有查证属实，导致案件事实没有查清，证人出庭对查清案件事实具有不可替代的作用的，就是关键证人。例如，在申诉人毕某涉嫌受贿案中，申诉人对证人未出庭提出异议，广东省高级人民法院在驳回申诉通知书中指出：“本案中，虽然你对证人证言提出异议，但本案证人证言与你的供述相印证，且相关证言已均在一审庭审中当庭出示、质证，故原审法院认为证人并没有出庭作证的必要而未通知证人出庭，并无不当。”^{〔15〕}在上诉人于某、刘某涉嫌受贿案二审中，针对上诉人提出的未通知对本案定罪量刑有重大影响的证人出庭作证属程序违法的问题，山东省高级人民法院指出：“关于证人丛某甲、丛某乙、鞠某等人虽未在一审出庭接受质证，但其书面证言经一审当庭出示、并经控辩双方质证，其所证内容与在案其他证据能够相互印证，足以确认相关证言内容的真实性，可以作为定案根据。”^{〔16〕}可见，在法官看来，如果证人庭前证言在庭审中已经质证并查证属实，即便证人不出庭，也不会影响案件事实查明。因此，上述案件不属于证人不出庭就无法查清案件事实的情况，即证人不具有不可或缺性或者不可替代性。

一些地方出台的规范性文件，也充分体现了只有不可或缺或者不可替代的证人才需要出庭作证的逻辑。例如，2018年辽宁省发布的《关于刑事案件证人、鉴定人出庭作证若干问题的联席会议纪要》便指出：“具有下列情形之一，公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对证人证言有异议，人民法院认为有必要的，证人应当出庭作证：（一）证人证言直接涉及案件定罪量刑，或者对案件证据链的形成具有关键作用，且证言与在案其他证据存在难以排除的矛盾的；（二）证人证言直接涉及案件定罪量刑，或者对案件证据链的形成具有关键作用，且在侦查、审查起诉阶段多次反复，存在较大矛盾，证人未能作出合理解释的；（三）证人证言可能影响到被告人自首、立功等量刑情节的认定，但该证人证言未涉及或所证明的内容不明确，需要进一步核实的；（四）被告人、辩护人提供的可能证明被告人无罪的证人，公安机关、检察机关虽收到申请证人出庭作证的申请，但均未向其取证，且被告人、辩护人能说明该证人证明的事实及相关理由，并能提供具体的联系方式的；（五）对定罪量刑有重大影响的其他情形。”据此，在明确证人是否关键的判断要素中，除了证人证言直接涉及案件定罪量刑，或者对于案件证据链的形成具有关键作用之外，最重要的是庭前证人证言的真实性存疑，比如证言与在案其他证据存在难以排除的矛盾的，或者证人证言在侦查、审查起诉阶段多次反复，存在较大矛盾，证人未能作出合理解释的，等等。此时证人不出庭就无法查明证言内容，证人出庭具有不可或缺性、不可替代性。

(三) 逻辑三：判断是否属于关键证人的方式是预先审查庭前证人证言的证明力

按照关键证人出庭作证逻辑，在判断是否属于关键证人时，应当着重审查庭前证人证言的

〔15〕 参见广东省高级人民法院（2018）粤刑申178号驳回申诉通知书。

〔16〕 参见山东省高级人民法院（2015）鲁刑二终字第49号刑事裁定书。

证明力。在绝大多数拒绝证人出庭作证的理由中，均体现了这一判断逻辑。具体而言，法官以证人证言与在案证据相互印证、证人证言已经查证属实、证人证言不能推翻案件事实等理由否定证人的关键性，意味着法官在决定是否让证人出庭时，已经预先审查了庭前证人证言的证明力。在前述上诉人于某、刘某涉嫌受贿案的二审中，山东省高级人民法院的判断逻辑也是预先判定庭前书面证人证言真实可靠即证人证言的证明力，进而确定证人不属于关键证人，证人不出庭作证自然也就不违法了。而且，前述辽宁省的规范性文件还将这一判断逻辑规则化了。“证言与在案其他证据存在难以排除的矛盾”“证人证言在侦查、审查起诉阶段多次反复，存在较大矛盾，证人未能作出合理解释”“证人证言未涉及或所证明的内容不明确，需要进一步核实”等表述所彰显的逻辑是，要预先审查庭前证人证言的证明力，在此基础上再决定证人是否属于关键证人，进而决定证人是否需要出庭作证。

三、关键证人出庭作证逻辑的弊端

关键证人出庭作证逻辑在司法实践中具有强大影响力，主导着刑事程序中决定证人出庭与否的思维方式。看似关键证人出庭作证逻辑划定了证人必须出庭作证的范围，但因其标准之高、标准之严格而往往无法促成证人出庭作证，其实乃不鼓励证人出庭作证的逻辑。关键证人出庭作证逻辑与被告人的权利保障要求、刑事审判程序的正当性要求、刑事诉讼构造的科学性要求等背道而驰。尽管我国证人不出庭作证、证人出庭作证率低的原因是多方面的，不能将所有问题都归责于关键证人出庭作证逻辑，但毋庸置疑的是，法官秉持的关键证人出庭作证逻辑是很重要的原因。对此，需要理论界和实务界给予清醒认识和足够重视。

（一）关键证人出庭作证逻辑进一步限制了被告人的对质权

从世界范围看，对质权是被告人享有的一项基本权利，任何人在面对刑事追诉时，都有要求与证人当面对质的权利。^{〔17〕}对质权对于促进审判公正、发现真实、保障无辜人的权益、提升裁判的正当性，均具有积极意义。^{〔18〕}我国宪法第130条规定，“被告人有权获得辩护”。与证人当面对质则是被告人辩护的最好方式。通过证人出庭并与其对质，不仅满足了被告人的基本需求，也可以发现案件的疑点或者澄清事实。因此，被告人的辩护权本身就包含着与证人对质的权利，对质权是被告人辩护权的重要组成部分。^{〔19〕}与证人当面对质亦是确保程序公开公正进行的重要保障，因此，对质权也是被告人获得公正审判权的重要内涵。

当然，被告人对质权保障不足的原因有很多，包括现行刑事诉讼法在被告人对质权的保障方面仍存在立法上的不足，比如允许卷宗材料毫无限制地作为证据使用，但法官从关键证人出庭作证逻辑出发对2018年刑事诉讼法第192条第1款进行解释适用，则进一步加剧了被告人对质权保障不力的状况。关键证人出庭作证逻辑认为，只要有书面证人证言即可，证人不是必须通过出庭方式提供证言，这首先就是一种限制证人出庭作证的逻辑。这与对质权所要求的与所有不利证人当面对质的主张相冲突，其本身就是对对质权的不当限制。而且，关键证人出庭作证逻辑还认为：如果庭前书面证人证言已经查证属实，或者与在案证据相互印证，证据之间

〔17〕 参见王兆鹏：《刑事诉讼讲义》，中国台湾元照出版公司2005年版，第603页。

〔18〕 参见易延友：《“眼球对眼球的权利”——对质权制度比较研究》，《比较法研究》2010年第1期，第65页以下。

〔19〕 参见孙远：《全案移送背景下控方卷宗笔录在审判阶段的使用》，《法学研究》2016年第6期，第169页。

的矛盾可以排除,即在法官看来庭前证人证言的证明力已经得到保证,证人就没有出庭作证的必要;只有在庭前书面证人证言的证明力无法得到保证,比如与在案证据存在难以排除的矛盾,证人出庭具有不可或缺性、不可替代性时,证人出庭作证的申请才会得到支持。可见,在关键证人出庭作证逻辑之下,法官关心的核心问题始终是证人证言有无证明力,至于证人证言的审查判断过程以及被告人的对质权均在所不问。换言之,被告人的对质权不具有独立性,而只能依附于法官的办案需要。令人唏嘘的是,2018年刑事诉讼法第192条第1款的立法本意是强调对被告人对质权的保障,却因法官普遍奉行关键证人出庭作证逻辑而蜕变为限制被告人对质权的制度依据。

(二) 关键证人出庭作证逻辑增加了庭审排除虚假事实的难度

关键证人出庭作证逻辑限制了证人出庭作证的条件和范围,同时也使得可信性担保不足的证据进入法庭,抬高了错误认定案件事实的风险。隐藏在关键证人出庭作证逻辑背后的是,法官认为只要证人证言有证明力,比如证人证言已经查证属实或者与在案证据相互印证,就可以担保证人证言的可信性。但这种可信性担保机制恰恰是不可靠的,只有对质与诘问才是证人证言可信性的最佳担保。威格摩尔曾言,诘问制度是人类为发现真实所发展出的最伟大的法律工具,^[20]其原因即在此。正因为庭前证言与在案证据相互印证并不足以担保证人证言的真实性,美国最高法院才认为与在案证据相印证的庭前证言不属于传闻规则的例外。在克劳福德诉华盛顿州案中,州法院以证据与在案证据相印证来主张可以使用证人庭外的传闻证据。^[21]在该案中,被告人被控犯伤害罪,警方在询问其妻时全程录音,审判中地方法院裁定该陈述虽不属于根深蒂固的传闻规则的例外,但该陈述与被告人的供述几乎完全一致,具备“特殊的可信性担保”,可以作为审判中的证据来使用。州法院也赞同地方法院的做法。但是,美国最高法院最终推翻了州法院的裁判,其理由是使用该证据违反了被告人的对质诘问权。^[22]在该案中,美国最高法院正确地指出了对质权的目的是确保证据的可信性,特别是程序上有可信性的担保,即必须经过特定的方式对证据的可信性进行评估,而最佳的评估方式就是反诘问。^[23]

在关键证人出庭作证逻辑之下,对庭前证言的可信性担保往往是通过证据印证实现的,但该机制蕴藏着极大的虚假风险,加剧了识别虚假事实的难度。按照证据印证规则,证据之间相互印证才能验证其中某一证据的证明力。实践中,公诉方通常是将一组证据组合在一起出示,这些证据往往是相互印证的。辩护人往往会指出其中有证据不能相互印证,以质疑证据的真实性、可靠性,法官则会进行综合认证,而非对每一个证据进行单独认证。^[24]这实际上会导致一种循环论证的逻辑怪圈:证据A的证明力需要依靠证据B来印证,而证据B又反向得到证据A的印证。如此循环论证无从排除虚假的事实认定,因为在印证证明模式之下,很难识别出这些不同种类的证据在信息源上是同一的还是不同一的,从而无法识别出哪些证据是可靠的,哪些证据是不可靠的。

[20] 转引自 [美] 约翰·W. 斯特龙主编:《麦考密克论证据》,汤维建等译,中国政法大学出版社2004年版,第482页。

[21] Crawford v. Washington, 541 U. S. 36 (2004).

[22] 参见前引 [17], 王兆鹏书, 第617页。

[23] 124 S. Ct. 1354, 158 L. Ed. 2d 177, 2004 U. S. LEXIS 1838 (2004).

[24] 参见谢小剑:《我国刑事诉讼相互印证的证明模式》,《现代法学》2004年第6期,第72页。

的证据供给,就可以影响法官的事实认定结果。因此,在关键证人出庭作证逻辑之下,侦查中心主义很难得到改变。反之,侦查中心主义也使得证人出庭作证变得没有必要,促成了关键证人出庭作证逻辑的形成,而关键证人出庭作证逻辑又进一步加剧了证人不出庭作证的现象。

在关键证人出庭作证逻辑之下,审判的客观中立性也颇成问题。其一,在证人出庭作证的问题上,法官本来应当是客观中立的裁决者,但由于法官奉行以限制证人出庭作证为依归的关键证人出庭作证逻辑,当面对被告人提出的证人出庭申请时,往往会拒绝被告人的申请,这给法官的客观公正性蒙上了一层阴影。其二,在判断是否属于关键证人的方式上,法官预先审查庭前证人证言的证明力,这种审查往往是借助包括书面证人证言在内的卷宗材料而进行的印证判断。换言之,法官在法庭上正式审查证据之前,其已经对书面证人证言以及整个案件事实形成了预断,即便允许证人出庭作证,这种预断也很难被彻底消除。根据德国学者的实证研究,侦查案卷中蕴含的信息对法官裁判的形成发挥着巨大影响,尽管法官有机会询问证人,也很难推翻侦查卷宗的实质性影响。^[28]更为严峻的是,法官接触到的案件事实常以控诉为导向,具有片面性,这违背了无罪推定、正当程序等正义理念和原则,使得庭审无法发挥防范与纠正冤假错案的功能,给刑事诉讼的正当化带来了冲击,也导致法官事实上不中立。^[29]

四、关键证人出庭作证逻辑的成因

关键证人出庭作证逻辑与刑事诉讼的正当化要求不符,却又在司法实践中大行其道,这表明关键证人出庭作证逻辑与既有的刑事诉讼体制和实践密切关联,是既有刑事诉讼体制和制度下的必然产物。

(一) 法官对证人出庭作证普遍抱有排斥心理

毫无疑问,法官承担着查明案件事实的职责,并为此承担着严格的司法责任。但是,在当前的法治背景下,法官也面临诸多办案压力,这使得法官不得不选择一种“妥协”的办案方式,既要照顾到法官查明案件事实的职责,也要考虑到法官的办案压力。即法官判断证人是否需要出庭作证时,往往是以案件处理结果为中心的,而不关心结果实现的过程是否公正、可靠,也不以满足被告人权利保障的需求为中心。因此,从妥协性的办案方式上讲,法官与证人出庭作证存在一定的利益冲突。

当前司法机关的工作考核强调结案率,而案多人少、司法资源紧张等现实客观上要求法官提高庭审效率,用最少的时间审理最多的案件。证人出庭必然会加重检察官、法官的工作负担,加剧司法资源的紧张状况。^[30]比如,通知证人出庭作证往往意味着手续增多,程序延长,诉讼成本增加。在我国,证人的出庭意愿原本就不高,通知证人出庭作证难度较大,需要做大量的动员工作,即便出庭也需要协调出庭时间,费时耗力。而且,证人出庭作证意味着要增加通知证人出庭作证环节,诉讼环节增加,工作量也随之增加,庭审时间也必然延长。本来

[28] 参见[德]贝恩德·许乃曼等:《案卷信息导致的法官偏见:关于与英美模式比较下德国刑事诉讼程序优缺点的实证研究》,刘昶译,载何挺等编译:《外国刑事司法实证研究》,北京大学出版社2014年版,第74页。

[29] 参见秦宗文:《证人、鉴定人、专家证人出庭作证问题研究》, <https://mp.weixin.qq.com/s/nxhMIXAnnIgpEGCn4rolqA>, 2023年11月15日最后访问。

[30] 参见左卫民、马静华:《刑事证人出庭率:一种基于实证研究的理论阐述》,《中国法学》2005年第6期,第174页。

对书面证言举证质证就要比证人出庭作证耗时短，更何况实践中证人出庭后作证的情况不可控，可能不仅无助于解决争议反而会增加更多的争议点，需要出示更多的证据，占用更多的庭审时间作进一步调查。^[31]因而，法官对证人出庭抱有排斥态度就不难理解了。

特别是，通知证人出庭作证往往导致诉讼程序超出法官的控制。书面证言属于固定好了的证据，在法庭上使用不会存在变数。与之不同，证人受记忆、表达等方面因素的影响，出庭作证时可能会出现证言发生变动、证言模糊等情况，也可能引入新的事实和争点，从而影响法官对庭审节奏的把控以及对案件事实的认定。而且，证人出庭后，也可能引发控辩双方在程序问题上的对抗，使得法官无法顺利推进诉讼程序。因此，证人出庭作证往往意味着法庭审理程序不确定性的增加，这些不确定性因素对法官的庭审控制能力带来了挑战，也加剧了法官对证人出庭作证的抗拒心理。

因此，从主观方面看，法官往往是不希望证人出庭作证的，或者说证人出庭作证的范围越小越好。实证研究已经显示出这一点：在法官、检察官和律师对待证人出庭的态度上，检察官的态度最不积极，律师的态度最积极，法官的态度则居于二者之间；法官对检察官书面举证方式的默认，是导致证人出庭率低的一个重要原因。^[32]法官对证人出庭作证的消极态度，是关键证人出庭作证逻辑的主观思想基础，除非是不得已的情况，法官通常不会允许证人出庭作证。即便被追诉人因此提出上诉，也会因为上级法院同样奉行关键证人出庭作证逻辑而对证人出庭作证持消极态度。

（二）侦查中心主义的诉讼构造

我国司法实践中，实际施行的是一种被称为“侦查中心主义”的诉讼构造。侦查主导并决定着诉讼走向，刑事诉讼活动不过是对侦查活动所收集的证据材料进行审查和加工，是对侦查结论的确认过程；即便侦查结论在事实与证据方面可能存在瑕疵，法院通常也会接受侦查机关的结论。^[33]在侦查中心主义之下，公检法三机关的地位体现出以公安机关为中心的司法一体化特色。^[34]

侦查中心主义是通过以下几个制度机制实现的：第一，侦查机关垄断着案件的证据供给并决定案件事实。刑事案件中的证据供给集中体现在案卷中的证据卷，包括了讯问笔录、证人证言笔录、勘验、检查笔录等各种书面证据材料；其中，讯问笔录和证人证言笔录占到整个证据卷的80%左右，而讯问笔录占到整个证据卷的30%左右。^[35]证据卷涵盖了侦查阶段获得的全部证据，这些证据通常不仅可以满足检察机关审查起诉的需要，也能够满足法官审理案件的需要，法官借助案卷便足以认定案件事实。司法实践中，证据卷由侦查机关负责组卷、装卷，而检察机关、审判机关通常沿用侦查机关的证据卷。因此，由侦查机关事实上掌握案件的证据供给，案件的事实走向是由侦查机关提供的证据所决定的。

第二，侦查机关对案件事实认定的意见，可以通过卷宗畅通无阻地传递给检察机关、审判机关。在我国，卷宗不仅可以提供办案所需的全部证据信息，卷宗还可以名正言顺地流通到检

[31] 参见黄伯青、伍天翼：《“需求侧”改革：刑事证人出庭作证实证分析》，《法律适用》2017年第3期，第8页。

[32] 参见前引[30]，左卫民等文，第170页。

[33] 学者将此称为“程序内的侦查中心主义”。参见陈瑞华：《论侦查中心主义》，《政法论坛》2017年第2期，第4页。

[34] 参见前引[30]，左卫民等文，第174页。

[35] 参见左卫民：《中国刑事案卷制度研究——以证据卷为重心》，《法学研究》2007年第6期，第102页。

察官、法官手中,从而极大地影响法官的事实认定。在1996年刑事诉讼法实施期间,尽管在立法上确立了主要证据复印件主义,试图解决法官庭前阅卷进而形成预断的问题,但实践中仍难阻止卷宗在庭前移送给法官。2012年刑事诉讼法修改后又改行全卷移送制度,卷宗移送给法官在制度上更加不存在障碍。因此,侦查机关对案件事实的意见可以借助卷宗自由地在公检法三机关之间传递。

第三,卷宗往往决定着法官的案件事实认定。我国法庭的审判活动是建立在卷宗基础之上的,法官在庭前通过阅卷的方式为庭审做准备;法庭上,证人不出庭,法官通过卷宗中记载的书面证人证言进行裁判;法官在裁判过程中往往会引用侦查卷宗中的笔录类证据作为裁判的基础。^[36]这种决定性影响是通过以下两个实践通例来实现的:一是卷宗笔录的证据能力不受限制。这使得卷宗不仅可以在庭前促成法官的预断,还可以在法庭上作为证据印证法官的预断,反驳辩方的辩护意见。二是卷宗笔录通常会被认为更具可信性和证明力。即便是在证据的证据能力和证明力遇到挑战时,法官通常也会认为侦查卷宗的证据能力不容质疑,也更容易采信侦查阶段的书面证据。

总之,在侦查中心主义的诉讼构造之下,审判活动的实质意义不大,因为侦查阶段已经提供了一个初步且往往也是“正确”的结论,审判活动不过是对这一结论的确认而已。审查认可一个通常是正确的结论往往不需要繁杂、实质的程序,证人出庭作证既不能提供新的证据,也无法推翻原来的结论,相反可能带来诸如证言前后不一、延宕诉讼等不必要的麻烦,因此没有必要让太多证人出庭作证。而且,对于被告人及其辩护人提出的证人出庭作证申请,一方面,法官会认为没有必要;另一方面,受制于司法一体化的现状,法官也无法保持自身客观中立,往往倾向于采纳控方的证据和观点,从而拒绝证人出庭作证的申请。只有在法官基于各种因素的考量,认为侦查阶段的结论可能是错误的以至于不可接受的情况下,才会认为证人有必要出庭作证,也才会不偏向于侦控机关。

(三) 印证证明模式

印证证明是我国刑事司法中的一项重要实践。^[37]在印证证明模式下,单个证据不足以定案,必须获得相互支持的其他证据,即内含信息同一性的其他证据,^[38]才能认定案件事实。这些证据指向共同的犯罪构成要件事实和从重、从轻、减轻、免除刑罚理由的事实。^[39]印证证明既是一种证明力判断规则、证明标准,也是一种证明方式。^[40]

在印证证明模式下,审查证据的关键是证据之间是否相互印证,而不是单个证据的审查判断。比如,对证言的审查判断,必须有内容基本一致的口供的支持,或者其他证言的支持,或者物证、书证等其他证据的佐证,通常不会要求证人出庭作证,或者对证人进行交叉询问,或者对证人的品格进行调查,以判断证人证言的可靠性,更不会调查证人的感知能力和表达能力

[36] 参见陈卫东:《以审判为中心:当代中国刑事司法改革的基点》,《法学家》2016年第4期,第11页。

[37] 需要指出的是,笔者并非否定印证证明,而是对实践中将印证证明作为判断证人是否必须出庭作证的做法持有异议。实际上,正如学者所指出的,印证证明在域外也是存在的。参见龙宗智:《比较法视野中的印证证明》,《比较法研究》2020年第6期,第14页以下。

[38] 参见龙宗智:《印证证明与自由心证——我国刑事诉讼证明模式》,《法学研究》2004年第2期,第111页。

[39] 参见前引[24],谢小剑文,第72页。

[40] 参见陈瑞华:《刑事证据法学》,北京大学出版社2012年版,第334页以下。

以审查其证言的可信性。^{〔41〕}由此足见在印证证明方式之下，无需证人出庭即可达到判断证人证言真实性的目的；即便证人出庭，如果证人的当庭证言没有其他证据印证，法官也不会据此定案。学者的研究显示，在印证证明方式之下，口头证言缺乏独立的证明价值，证人出庭与否对案件裁判结果的影响并不大。^{〔42〕}而且，以印证方式判断证言的可靠性，也更为经济，有利于节约司法成本。

印证也是排除证据之间矛盾的一种方式，是保证案件证据事实可靠的一种手段。^{〔43〕}如前所述，案卷通常包括办案所需的全部证据信息，在庭前，法官可以全面阅卷以了解案件事实和证据。与证人出庭作证接受交叉询问以排除证据之间的矛盾相比，通过印证的方式可以更为简便地掌握哪些证据相互印证、哪些不相印证，哪些证据之间的矛盾可以排除、哪些矛盾无法排除，只有对于那些无法排除的矛盾，才有证人出庭作证的必要。这样，整个诉讼程序不仅全部在法官的掌控之下，也可以省却繁杂的诉讼程序，对法官而言更为便捷实用。

印证证明方式与案卷笔录中心主义、口供中心主义也有密切关联。案卷笔录所包括的证据信息的全面性、丰富性为印证证明的实行提供了基础，而法官庭前阅卷为法官运用印证方法证明案件事实提供了保障。口供中心主义之下，口供具有非常突出的证据地位，突破口供是刑事侦查的首要目标，而证人证言的主要作用是印证口供的真实性。当然，口供也是印证证人证言真实性的手段。口供和包括证人证言在内的证据相互印证，是认定案件事实的前提和基础。由此可见，在印证证明方式之下，法官的审判是建立在案卷基础之上的，而在案卷笔录中心主义和口供中心主义之下，证据之间特别是被告人供述与证人证言之间不相印证的情形毕竟属于少数。因此，在法官看来，真正需要证人出庭的情形也仅限于那些极少数的证人证言与在案其他证据不相印证的情形。

五、必要证人出庭作证逻辑的法律解释路径

前文的分析表明，从长远看，破解证人出庭作证难题，让证人真正走向法庭，需要在刑事诉讼体制机制方面不断进行改革，从根本上铲除滋生关键证人出庭作证逻辑的土壤。毫无疑问，诉讼体制机制的改革是一项长期而艰巨的任务，期待一朝一夕即可实现改革目标是不现实的。因此，在笔者看来，在当前诉讼体制和立法背景下，积极寻求解决证人出庭作证难题的法律解释路径，形成理论和实践上的共识，是当下破解证人出庭作证难问题的一条有益路径。对此，笔者认为，在解释2018年刑事诉讼法第192条第1款规定的证人出庭作证条件时，应当抛弃司法实践中盛行的关键证人出庭作证逻辑，转向必要证人出庭作证逻辑。

（一）必要证人出庭作证逻辑的基本主张

必要证人出庭作证逻辑，是一种与关键证人出庭作证逻辑相对的逻辑认识。从概念上看，“关键证人”概念容易误导人们陷入认识误区，认为只有对认定案件事实具有不可或缺性或者不可替代性的证人才有必要出庭作证。正如学者所指出的，在刑事诉讼中足以影响定罪量刑的

〔41〕 参见前引〔24〕，谢小剑文，第72页。

〔42〕 参见左卫民：《刑事证人出庭作证程序：实证研究与理论阐释》，《中外法学》2005年第6期，第654页。

〔43〕 参见前引〔40〕，陈瑞华书，第335页。

证据,又怎么可谓不重大。〔44〕因此,更为妥当的做法是改采“必要证人”概念。〔45〕当然,正如下文详细阐述的,从关键证人到必要证人并非简单的称谓或者文字改变,更重要的是理念、思维方式、判断标准等方面的转变。这种转变,从根本上意味着从最大程度限制证人出庭作证,转变为最大程度鼓励证人出庭作证。

具体而言,必要证人出庭作证逻辑的基本主张是:第一,以鼓励证人出庭作证为原则。隐藏在关键证人出庭作证逻辑背后的认识是,证人几乎没有出庭作证的必要,只有有限的、不可替代的关键证人才有出庭作证的必要。因此,关键证人出庭作证逻辑本质上是不鼓励证人出庭作证,甚至限制证人出庭作证的逻辑。与之不同,必要证人出庭作证逻辑是建立在“证人出庭能出尽出”的认识基础上的,其主张只要符合证据关联性、作证必要性条件就属于有必要出庭,这是一种相对宽松的标准。因此,必要证人出庭作证逻辑是鼓励大多数证人出庭作证的逻辑。

第二,必要证人出庭作证逻辑摒弃了证人不可替代的关键证人判断标准,而采纳了符合证据关联性、作证必要性条件即属有必要出庭的判断标准,从而扩大了出庭作证证人的范围。在大陆法系证据调查范围理论上,存在所谓“三性说”,即只要证据符合关联性、必要性和可能性条件,法官就有义务进行调查。关联性是前提,证据有关联性才有调查的必要,无关联性则无调查的必要。关联性是指,“有此证据存在时,较诸无此证据存在时,更有助于待证事实存否之认定者;或者说,有该资讯存在比无该资讯存在,更能证明某一重要待证事实之真伪者,该证据资讯即具关联性”。〔46〕如果证人与案件本身没有关联性,意味着对查明案件事实没有意义,当然也就没有出庭作证的必要。原则上讲,有关联性的证人都调查的必要。当然,在考虑到诉讼迅速进行的要求时,可能会存在一些有关联性却无调查必要的情形。第二个判断标准是必要性。比如,对于免证事实,就不需要加以证明,证人也无出庭作证的必要。根据德国刑事诉讼法第244条第3款的规定,被视为“不必要”的情形包括:众所周知的事实,无收集证据必要的;待证事实对裁判无意义;待证事实已被证明;对被告人的有利推定。〔47〕第三个判断标准是可能性。可能性是对调查证据的可行性的判断,包括是否根本无法调查、是否难以调查两项内容。〔48〕前者如证人已经死亡,后者如证人逃匿不知所踪或者移居国外。当然,在证人移居国外的情况下,也并非绝对不可以调查,而只是调查的诉讼成本较高,也可能导致诉讼迟滞。此时,调查与否主要是考虑该证人的重要性,如果证人属于唯一对被告人有利的证人,进行调查的可能性就比较高。〔49〕借鉴上述“三性说”,必要证人是指满足前两项条件即证据关联性、作证必要性条件的证人,这些证人属于应然层面应当出庭作证的证人。当然,需要注意的是,必要证人并不必然出庭作证,因为还要判断是否有出庭作证的可能性,即实际出

〔44〕 参见前引〔19〕,孙远文,第172页。

〔45〕 需要指出的是,本文是在不同层面使用“必要”二字的。其中,必要证人,是指符合证据关联性、作证必要性条件而应当出庭作证的证人。必要性,是认定必要证人的一个重要条件,是指待证事实需要用证人证言证明。此外,正如文中所阐述的,笔者认为,2018年刑事诉讼法第192条第1款中的“有必要”,指的就是符合证据关联性、作证必要性条件的必要证人。此外,有学者也使用了“必要证人”这一概念。但与本文不同,其所谓“必要证人”,指的是当事人对证人证言有疑问,需要在法庭上对其进行交叉询问的证人。参见易延友:《证人出庭与刑事被告人对质权的保障》,《中国社会科学》2010年第2期,第165页。

〔46〕 林钰雄:《刑事诉讼法》上册,中国台湾新学林出版股份有限公司2017年版,第66页。

〔47〕 参见〔德〕克劳思·罗科信:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,第420页。

〔48〕 参见前引〔46〕,林钰雄书,第64页以下。

〔49〕 同上书,第69页。

庭作证的证人是符合“三性”条件并最终进入证据调查范围的证人。可见，在关键证人出庭作证逻辑之下和在必要证人出庭作证逻辑之下，应当出庭作证的证人范围是不同的。关键证人只是必要证人中的一小部分，因为根据关键证人出庭作证逻辑，当证人与案件待证事实有关联时，还要判断是否有其他证据方法可以代替证人出庭作证，若有，则证人不属于关键证人，没有出庭作证的必要。

第三，在必要证人出庭作证逻辑之下，法官不预先判断庭前证人证言的证明力，而是在法庭上通过法庭调查、法庭辩论对证人证言予以查明。在关键证人出庭作证逻辑之下，法官会在庭前预先判断书面证人证言的证明力，当证人证言的证明力强时，会认为证人不属于关键证人，其客观结果就是限缩了证人出庭作证的范围。与此相反，根据必要证人出庭作证逻辑，法官在判断证人是否有必要出庭作证时，只审查证人与案件的关联性和作证的必要性，满足这两项标准即属有必要出庭作证。因此，在必要证人出庭作证逻辑之下，法官是在法庭上查明证人证言的证明力，而不会因为庭前证人证言的证明力强就限制证人出庭作证。可见，必要证人出庭作证逻辑既不会促成庭前预断，也不会把对证人证言证明力的当庭审查转移到庭下进行，进而限制证人出庭作证，架空庭审。

（二）必要证人出庭作证逻辑之下对第 192 条第 1 款的解读

1. 证人出庭作证的两种启动模式

2018 年刑事诉讼法第 192 条第 1 款规定：“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。”从文义解释和目的解释看，该款确立的是申请证人出庭作证模式。

需要注意的是，在 2012 年修改刑事诉讼法的过程中，对第 187 条第 1 款（2018 年刑事诉讼法第 192 条第 1 款）的规定出现过不同的版本。在 2011 年公布的《刑事诉讼法修正案（草案）》中，对该款的表述是：“证人证言对案件定罪量刑有重大影响，并且公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人有异议的，或者人民法院认为证人有必要出庭作证的，证人应当出庭作证。”按照草案的设计，“人民法院认为证人有必要出庭作证”是证人出庭作证的一种单独情形。也就是说，按照当初草案的设计，在证人出庭作证的启动模式上存在当事人申请启动和法院依职权启动两种模式。但是，最终通过的修正案将“或者”这一表述删除，这就使得“人民法院认为证人有必要出庭作证”成为证人出庭作证需要同时具备的三项条件中的一项。这似乎意味着法院丧失了依职权通知证人出庭作证的权力，而这违背了我国法官依职权调查取证的原则。^{〔50〕}

虽然笔者也认为 2018 年刑事诉讼法第 192 条第 1 款的规定存在纰漏，但在现行立法之下可以通过法律解释的方式加以弥补。尽管我国刑事诉讼法吸收了当事人主义的一些因素，但刑事诉讼法仍旧保留了法官职权调查原则。例如，2018 年刑事诉讼法第 196 条第 1 款规定，法庭审理过程中，合议庭对证据有疑问的，可以宣布休庭，对证据进行调查核实。由此，可以推导出法官可依职权通知证人出庭作证。或许是认识到了这一点，“法庭调查规程”第 13 条第 4 款明确了法院依职权通知证人出庭作证制度，即“为查明案件事实、调查核实证据，人民法院可以依职权通知上述人员到庭”的规定。可见，在证人出庭作证的问题上，我国实际上实行的是当事人申请启动和法院依职权启动两种模式。尽管存在两种证人出庭作证的启动模式，

〔50〕 参见万毅：《新刑诉法证人出庭制度的若干法解释问题》，《甘肃政法学院学报》2013 年第 6 期，第 3 页。

但二者的主要区别是有无申请这一程序要件，在具体的判断标准上则无二致。

2. 必要证人出庭作证逻辑之下“证人证言对案件定罪量刑有重大影响”的内涵

借鉴前述证据调查范围的“三性说”，必要证人的判断标准是证人证言与案件待证事实的关联性以及作证的必要性。据此，2018年刑事诉讼法第192条第1款的构造应当是：（1）“公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对证人证言有异议”是一项程序要件，规定的是申请证人出庭作证时所满足的程序要件。（2）“证人证言对案件定罪量刑有重大影响”包含两项标准，即证人证言必须与案件待证事实有关联，即证据关联性标准；同时，该待证事实属于有必要用证人证言证明的事实，即作证必要性标准。（3）“人民法院认为证人有必要出庭作证”中的“有必要”，指的就是“证人证言对案件定罪量刑有重大影响”。

就“证人证言对案件定罪量刑有重大影响”而言，对于其中的“有重大影响”，不应按照关键证人出庭作证逻辑，仅从字面含义进行严格限定，认为只有证人出庭作证对证明案件事实具有不可或缺性或者不可替代性时才属于“有重大影响”。从证明角度看，只要证人对案件定罪量刑方面的待证事实能够起到使之更可能成立或者更可能不成立的作用，就会影响到被告人的定罪量刑，此时毫无疑问就属于“有重大影响”。可见，“有重大影响”表明的其实就是证据关联性标准。

需要指出的是，司法实践中，关键证人出庭作证逻辑通常以证人证言不能推翻案件事实为由而拒绝证人出庭作证的申请，这种做法是错误的。“一块砖不是一堵墙”，案件事实是建立在若干证据的基础之上的，每个证据只能起到一定的证明作用，我们不能要求单个证据就能架构起整个案件事实。换言之，证据关联性标准只涉及证明力的有无问题，而不涉及证明力的大小问题。^[51]即只要求证据对案件待证事实起到一定的证明作用，而不要求该证据全面证实或者否定案件事实。因此，只要证人对案件待证事实有一定的证明作用，就意味着有关联性，即便该证人证言并不能推翻案件事实，也不能以此为由拒绝证人出庭作证的申请。

“定罪量刑”的表述表明，证人证言必须与案件的实体事实相关联，而不是与所有待证事实相关联。在刑事诉讼中，证明活动分为严格证明和自由证明，严格证明受到证据方法和证据调查方式的双重限制，而自由证明在两方面均不受限制。^[52]因此，准确来讲，只有在严格证明之下，才有强调证人出庭作证的必要；在自由证明之下，如果其他证据方法可以证明案件事实，则不必然要求证人出庭作证。因此，2018年刑事诉讼法第192条第1款中“定罪量刑”的案件待证事实，必须是实体性事实，而不能是程序性事实。^[53]

此外，“证人证言对案件定罪量刑有重大影响”所隐含的一个前提是，案件事实需要证据证明，如果属于免证事实，当然无需通知证人出庭作证。正因如此，“证人证言对案件定罪量刑有重大影响”也包含了作证必要性标准。在我国，尽管刑事诉讼法没有规定免证事实，但2019年最高人民检察院《人民检察院刑事诉讼规则》第401条规定了不需要运用证据证明的情形，在这些情形下证人自然没有出庭作证的必要。除了这些免证事实之外，如果待证事实已经清楚、明了，且证人提供的证言与其他证据的证明方向一致，从诉讼经济的角度出发，也没有通知证人出庭作证的必要。需要指出的是，在待证事实是否已经清楚、明了的判断方式上，

[51] 参见易延友：《证据法学：原则 规则 案例》，法律出版社2017年版，第104页。

[52] 参见[日]田口守一：《刑事诉讼法》，张凌、于秀峰译，法律出版社2019年版，第441页。

[53] 参见前引[19]，孙远文，第172页。

必要证人出庭作证逻辑和关键证人出庭作证逻辑完全不同。关键证人出庭作证逻辑建立在法官庭前阅卷的基础上，法官预先审查庭前证人证言的证明力，进而认定待证事实是否已经清楚、明了，当证人证言的证明力较强时，就认为证人没有出庭作证的必要。与之不同，在必要证人出庭作证逻辑之下，待证事实是否已经清楚、明了是建立在其他证人已经出庭作证，或者其他证据经法庭展示使得待证事实被证实的基础上的，而非由法官预先审查庭前证人证言的证明力。

3. 必要证人出庭作证逻辑之下“人民法院认为证人有必要出庭作证”的内涵

如前所述，按照2011年《刑事诉讼法修正案（草案）》的设计，“人民法院认为证人有必要出庭作证”是证人出庭的一种单独情形，为何最终通过的修正案将“或者”一词删除，使其成为证人出庭作证所需同时具备的三项条件中的一项呢？对此，曾经参与刑事诉讼法修改的专家表示，在立法过程中对于该款出现过两种不同意见：一种意见认为，没有必要把“人民法院认为证人有必要出庭作证”作为一项条件，只要具备前两项条件证人就应当出庭，法庭没有理由不让证人出庭作证；另一种意见则认为，对于证人出庭是否对定罪量刑有重大影响，实践中认识不一，辩方认为对定罪量刑有重大影响，控方则认为对定罪量刑没有重大影响，这就产生了争议，在这种情况下，就需要由法院来判断是否对定罪量刑有重大影响。立法者认为第二种意见具有实际意义，从而采纳了该意见。^{〔54〕}由此看来，“人民法院认为证人有必要出庭作证”是控辩双方出现争议时，由法院对争议进行裁决的程序机制，本身不是创设新的证人出庭作证条件。因此，“人民法院认为证人有必要出庭作证的”中的“有必要”即必要证人的判断要素，就是指“证人证言对案件定罪量刑有重大影响”。

需要指出的是，传统上认为，“有必要”或者必要证人的一项重要判断要素是“对证人证言有异议”，如无当事人等的异议，则无证人出庭作证的必要。对此，笔者认为，不宜把“对证人证言有异议”作为判断是否属于“有必要”或者必要证人的要素，而应当将其界定为单纯的程序要件。具言之，我国存在两种证人出庭作证启动模式，一种是当事人申请启动，一种是法院依职权启动。这就意味着，当证人满足证据关联性、作证必要性两个条件时就应当出庭作证，即便当事人没有提出申请，法院也有义务通知证人出庭作证。换言之，“有必要”或者必要证人的核心判断标准始终是证人是否满足证据关联性、作证必要性这两个条件，而无论是当事人申请启动还是法院依职权启动，性质上都只是程序要件，二者不能从根本上影响对“有必要”或者必要证人的判断。实际上，“法庭调查规程”等规范性文件将“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”整合为“人民法院认为证人证言对案件定罪量刑有重大影响”，也是将“有必要”的判断限定在“证人证言对案件定罪量刑有重大影响”这一实质要件上，而不包括程序要件。可见，不宜再把“对证人证言有异议”作为判断“有必要”或者必要证人的一项要素，“人民法院认为证人有必要出庭作证”中的“有必要”指的就是“该证人证言对案件定罪量刑有重大影响”，即符合证据关联性、作证必要性的证人证言。

4. 必要证人出庭作证的可能性问题

应当说，2018年刑事诉讼法第192条第1款规定的是应当出庭作证的证人，即必要证人，但这些必要证人并不一定必然出现在法庭上。根据前述证据调查范围的“三性说”，最终出现

〔54〕 参见黄太云：《刑事诉讼法修改释义》，《人民检察》2012年第8期，第16页。

在法庭上的证人，不仅要满足证据关联性、作证必要性这两个条件，还要满足出庭作证可能性条件。在我国，刑事诉讼法没有明确可能性条件的判断标准，也没有规定相关的情形。但2021年《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》（下称“刑事诉讼法解释”）第253条明确了不可能出庭作证的判断标准及具体情形：庭审期间身患严重疾病或者行动极为不便的；居所远离开庭地点且交通极为不便的；身处国外短期无法回国的；有其他客观原因，确实无法出庭的。应当指出的是，出庭作证可能性的判断客观上会影响最终出庭作证的证人的范围，有可能会使一些必要证人在条件具备时也无法最终出现在法庭上，因此，有必要对出庭作证可能性的判断加以严格规制。具体而言，应严格解释“刑事诉讼法解释”第253条规定的不可能出庭作证的情形，不是只要符合上述情形就认为不具备出庭作证的可能性，而是必须在进行了利益衡量之后再作出是否具有出庭作证可能性的判断。如前所述，当证人在国外时，并非一概不具有证人出庭作证的可能性，而是应由法官判断询问证人对于调查真相的重要性，如果证人属于案件唯一的目击证人，此时，无论是在我国台湾地区还是在德国，都会认为该情形不属于“难以调查”或“不能寻获”的情形。^[55]在我国，也不能仅仅因为符合“刑事诉讼法解释”第253条规定的情形，就直接认定该情形下证人不具有出庭作证的可能性。

Abstract: In the current judicial practice of China, there is a logic of appearance of key witnesses in court to testify, which holds that, in principle, not all witnesses, but only a few key witnesses, need to testify in court, the judgment standard of a key witness is the indispensability or irreplaceability of the witness, and the judgment method is the pre-review of the probative force of written evidence made outside the court. This logic can easily lead to problems such as weak protection of the right of confrontation, inability to clarify the facts of the case, un-substantiation of court trial, and failure to control the power of investigation. The emergence of the logic of the appearance of key witnesses in court is closely related to the judge's negative attitude towards the appearance of witnesses in court to testify, investigative centralism, the way of corroboration, and so on in the judicial practice of China. Against the background of advancing the trial-centered reform of the litigation system and strengthening the substantiation of court trials, we should actively seek a path of legal interpretation to abandon the logic of appearance of key witnesses in court to testify, return to the logic of appearance of necessary witnesses in court to testify, and reasonably define the structure and connotation of Article 192 (1) of the 2018 Criminal Procedure Law.

Key Words: trial-centered, substantiation of criminal trial, appearance of witness in court to testify, key witness, necessary witness

[55] 参见前引 [46]，林钰雄书，第69页；前引 [47]，罗科信书，第422页。