的证人、证据；有的被告人接到抗诉书后，推翻了在第一审法庭上所供认的犯罪事实等等。在这种情况下，公诉人必须担负起揭露犯罪，证实犯罪的职责，以达到继续支持公诉的目的。

从检察人员在第二审法庭上的活动看，也肩负着支持公诉和进行审判监督的双重任务。《刑事诉讼法》第一百四十一条规定："第二审人民法院审判上诉或者抗诉案件的程序，除本章已有规定的以外，参照第一审的程序进行。"第二审程序和第一审程序基本一致，检察人员在第二审法庭上，要参加法庭调查，揭露、证实犯罪；在公诉发言中，不仅要对上诉理由作出评议（抗诉案件则对第一审判决认定的犯罪事实和适用法律作出评议），而且对法庭调查确认的犯罪事实加以概括，指明其犯罪性质、对社会造成的危害以及应负的法律责任；在法庭辩论中，对被告人及其辩护人有理的辩护要予以肯定，对其无理的辩护要予以批驳，以支持检察机关的起诉。而被告人及其辩护人，在二审法庭上必然运用法律赋予他们的各种权利为其合法的权益进行辩护。这样，在二审法庭上就会形成控告一方与辩护一方的对立活动。检察人员显然处于支持公诉的地位，同时也是处于审判监督的地位，两项任务兼而有之，缺一不可。

试论刑事庭审中对证人的传询质证

马进保

在刑事案件的审理过程中，法庭传唤证人到庭作证，并由诉讼各方对证人的陈述进行询问、质疑，以及让证人之间、证人与当事人之间互相对质，以审查判断证言的证明力。我国刑事诉讼法第36条规定："证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方讯问、质证，听取各方证人的证言并经过查实以后，才能作为定案的根据。"究竟在庭审中如何传询证人，质证证言，本文试就这方面的问题发表管见，以求教于法学界的同志们。

一、对证人的传询质证是保证证言真实可靠的重要手段

证人由于主观和客观方面的原因，就其所了解的案件情况提供的证言，有可能出现不真实或不完全真实的情况，有时甚至是错误的或纯属伪证，如果我们不经查证核实，便据以认定案件事实，就有可能铸成错误。为了避免出现上述情况，法学界认为证人作证必须坚持直接原则和言辞原则，即证人必须亲自出庭用言辞方式陈述自己所要证明的案件事实，并接受审判长的询问和公诉人、当事人、辩护人的质证。经过一系列的审查判断，求得矛盾的统一，把能够反映事物本来面目的内容认定为证据，用作最后定案的依据。

在庭审中质证证人证言，究竟应采取什么形式，目前世界各国刑事诉讼法都有类似规定，但在具体作法上又各有特色。英美法系国家实行当事人主义，即证人主要由原被告双方和律师提出。经法官同意被传唤的证

人，应首先接受传唤一方当事人和律师的询问，称之为主询问。主询问完毕后，由对方当事人和律师询问，称为交叉询问。此后提出证人一方复得再行询问，谓之重行直接询问。双方如此对自己提出或对方提出的证人进行质证后，由法官作出最后裁决。一般说来，只要不是询问的与案件无关的问题或有重复、引诱、狡辩的现象，法官就不得随便打断和制止这种询问。大陆法系国家采用的是职权主义，即询问证人是由法官主持进行。首先由法官传唤证人到庭陈述，完毕后回答法官的提问，然后再由双方当事人和律师按提出的先后顺序进行询问。法国刑诉法规定，证人每次陈述后，审判长可询问证人问题。公设律师、被告人和当事人的律师均有权向证人提出问题(332条)。联邦德国刑诉法规定，审判长询问证人后，应当允许检察官和辩护人及被告人发问。检察官提名传唤的证人先由检察官询问，次由辩护人询问；被告提名传唤的证人先由辩护人询问，次由检察官询问(239条)。日本刑诉法第304条也有类似的规定。苏联和东欧各国，则实行由当事人提请传唤并直接询问，然后由法官发问的顺序，只有在特殊情况下才由控诉和辩护双方对同一证人或就一种情况交错发问，亦称为“盘问”。苏俄刑诉法第287条规定：“讯问证人，应当先由申请传唤的当事人发问，以后再由其他当事人发问。法院以职权主动传唤的证人，应当由公诉人发问，以后再由其他当事人发问。”第289条规定：“审判长和审判员在当事人质问证人前或质问证人后，可以随时向证人提出问题，直到询问详尽为止。”

综上所述，可以看出，英美法系国家对证人的传询质证是由当事人双方自由提出，交互进行，法官只是处于被动听询和仲裁的地位。大陆法系国家的法官对传唤证人进行询问质证则处于主导地位，当事人双方的询问按次序进行。东欧各国实行主要由当事人提请传唤询问，审判官可在任何时候发问。这三种情况在表现形式上虽略有不同，但从实质上看都是倾向于尽量满足当事人及其他诉讼主体的要求，自由地对证人证言进行质证，以形式的真实来保证内容的真实。

二、我国的传询证人质证证言

目前，在我国司法实践中，社会主义的民主原则和法制原则，使司法工作者对证人证言的收集、判断、使用持十分慎重的态度。法律规定，调查证人时，司法人员一般应到证人的住地直接询问，记录力求原话、准确，禁止采用引诱胁迫、欺骗和开调查会的方法。在法庭审理阶段，还要求证人当庭陈述，对几经审查核实的证言进行再次的询问质证。这样做的好处是，在侦查、检察阶段取得的证言都是证人对司法人员的个别陈述，有可能出现隐瞒主要情节或错误判断的情况。而在严肃的法庭上陈述证言，是当着被告人、被害人和其他诉讼参予人以及旁听者的面，证人介于作伪证要承担法律责任的考虑，就可能通过仔细回忆而陈述得比较客观。如果仍有虚假，就不可能不露出破绽，再经过几方的质询，便能够辨明是非真伪。“谎言经不住三句问”，“人怕三对头”就是这样的道理。具体作法有以下三种：

（一）审判长、公诉人提名传唤证人出庭作证。首先由审判长对传唤到庭的证人进行查认，并告知故意作伪证的责任后，证人用言辞形式陈述自己所了解的案件情况。只要陈述的不是与案件无关的情节或故意延误时间，审判人员便不能随便制止。证人陈述之后，审判人员和公诉人可以发问，此后再由被告人和辩护人发问，证人必须如实回答，除与案情无关者外，不得随意拒绝。作证完毕，由审判长指令退庭，等候再次传唤。这种直接传唤陈述的方式可以把案情事实当庭公诸于众，有助于各方对案件进行全

面的分析评判。

（二）诉讼双方当事人和辩护人提请审判长传唤证人到庭质证。首先由提出方进行询问，然后对方经审判长许可也可以发问。一般情况是发问方都尽量让证人陈述对自己有利的案件事实，就不利的方面提出质询，要求证人介绍耳闻目睹案件发生时的天气、风向、方位、距离、光线等情节，以便从中发现矛盾。如对一重大责任事故案件中证人证言的质证就是如此。一九八三年某火车站在进行卸货作业时，引起农药原油燃烧。在场作业的八名装卸工有七名证明是原油溅到马灯上引燃的，另一人证明是（野蛮装卸震掉马灯）马灯掉到原油处引燃的。经质证发现，七人中三人是在车箱外作业，车箱内的四人中两人背向马灯，根本不会看见一瞬间起火的情况，而是为了推卸责任给货运值班员而事先串证的结果。从而确认另一人的证言是真实的，避免了一起错案。由此可见，当事人主动质询，可以就其亲身感受的事实提供间接知道案情的人靠想象和逻辑推理无法理解的情况，对确认证言是否真实可靠具有重要作用。

（三）必要时，经公诉人或当事人提出或审判人员决定，让证人与证人、证人与当事人当庭对质。在多个证人单独出庭作证，就一个事实或情节所作证言不相一致，或者存在原则分歧时，审判人员可以直接传唤或诉讼双方主动提出，要求有矛盾的双方当庭对质，或加入当事人对质，从而使矛盾统一，是非分明。如有一通奸案件被某甲偶然撞见，行为人为掩盖丑行，便倒打一耙，奸妇作原告，奸夫当证人，把某甲诬陷成强奸（未遂）犯。在庭审中，经过三方对质，才使案情大白。对质是一种十分严肃的质证方式，一般情况下，不常采用，它需要审判人员具有较高的组织指挥艺术，具有广泛的法律知识和丰富的实践经验，有沉着干练、善于应变的战略气质，才能对有关人员的传退、答问作到镇定从容，恰到好处。

以上介绍的三种质证方式，只是依据使用的重点归纳分类的，而在实际运用中，往往是根据情况或单一使用，或两项三项依次进行，以达到弄清事实，辨明是非的目的。

三、对传询质证问题的几点看法

由于我国社会主义法制还不够健全，虽然两法颁布实施已经五年，法制宣传工作已取得了很大成绩，但是人们对证人应该出庭作证并接受质询的认识还不尽一致，公民中轻视法律、藐视法庭的现象还不能说已完全绝迹，人民法院的审判工作也并非尽善尽美。针对以上问题，笔者试提出以下几点意见。

（一）凡是必须出庭，而又有条件出庭的证人，应该毫无例外地接受传唤，出庭作证，接受质询。

我们社会主义的审判原则是实事求是，依法办事。坚决反对为摆样子而滥传证人，脱离群众，劳民伤财的形式主义。根据实际需要，只有非到庭不可的证人才能传唤。在具体案件中究竟该传哪些人，必须由合议庭在预备庭上，经过讨论作出决定，有些还要请示和协商，以昭慎重。同时我国法律规定被告人享有广泛的诉讼权利。在法庭上对证人的询问和对证人的质证是被告人行使辩护权的一个重要方面。如果证人的证言在客观上是可靠的，它一定经得起当事人的反驳，使事实成为群众公认的真理。反之，如果不让证人到庭接受质证，那就是剥夺被告人的合法权利，一旦证言不实就有可能作出枉法裁判。据此，我们说，必须出庭的证人都应该出庭，履行法律赋予自己的责任。

证人出庭作证本来是一件十分正常的事情。然而在十年浩劫后的今天，人们对“四人帮”大搞冤假错案，向干部群众刑讯逼供、刑讯逼证的往事还记忆犹新，使本来积极协助

专政机关抓坏人，指认罪犯的群众，对司法机关的传唤产生惧怕心理，一些案件的知情人躲躲闪闪，不愿到庭作证。遇到这种情况，我们只要依靠党的政策，作耐心细致的思想工作，启发他们的爱国热情，唤起他们同犯罪分子作斗争的积极性，绝大部分群众是会勇敢地站在正义一边，坚决维护法律的尊严，自觉出庭作证的。个别敷衍塞责的人可以通过当地政府、所在单位的领导出面作工作，并妥善解决有关问题，他们也会丢掉包袱，接受传唤的。但是，司法实践中也确有极个别的知情人经合法传唤和多方工作，仍拒不到庭作证。我国的刑事诉讼法和其它法律对此没有明确规定，学术界又各有见解。笔者认为，在必要的时候可以对拒不服传的证人，采用适当的方式，强制到案。这是因为：

第一，出庭作证是知情公民应尽的义务。我国刑诉法第37条规定："凡是知道案件情况的人，都有作证的义务。"所谓义务就是法律规定人们必须履行的责任，也就是国家要求公民必须作某种行为或禁止作某种行为。这种作为和不作为是带强制性的。既然法律规定知情人有作证的义务，那么对拒不履行义务的人国家机关就有权对其采取强制手段，强迫其到庭作证。这说明说服教育不是万能的，需要强制手段与之相辅相成。

第二，敢于抗拒法庭的人大都有一定的背景。从拒证者的情况考察，绝大部分是和当事人有利害关系的人。如被告人的同伙、近亲属（有些被告人的父母兄弟自恃有权有势，认为法院也奈何他不得）、关系人，或抗拒者本身就是栽赃陷害和嫁祸于人者。前几种人已事前事后同被告人订立了攻守同盟，后几种人嘴硬心虚，是怕当庭对质。所以他们或拒不服传，或传而不证，我们手中又缺乏足够的证据，追究他们的包庇罪和诬陷罪。对这些人采取强制手段就能使案件有所突破。

第三，这种强制手段同我国刑事诉讼法规定的施用于被告人的强制措施有本质的不同。首先施用的主体不同，前者是施用于与案件无直接关系的第三者，后者是施用于现行犯和有重大犯罪嫌疑的人；其次，施用的目的不同，前者只要求知情人到庭作证，后者是为了防止被告人继续犯罪或自杀、逃跑、串供等；再次，施用的结果不同，前者一般不会带来法律上的后果，后者大部分要导致刑法等实体上的处罚。

第四，世界各国法律都有此类规定。对无正当理由拒绝到庭作证的人，世界多数国家的法律都有采取强制手段和处罚措施的严格规定，如美国、联邦德国、日本等国都规定可以拘留和罚款。法国刑诉法第109条规定："如证人不到案，预审法官可依据检察官要求将其押来并判100到1000新法朗的罚款。"英国则规定对无正当理由不到庭者，可以对其签发逮捕证，必要时，可按藐视法庭罪论处。苏俄刑诉法规定，对无正当理由不到庭的证人可以拘传（第62条）。被法院传唤的证人在法庭上拒绝作证时，由该法院直接处以相当的刑罚（第60条）。对拒不出庭作证的证人得处以三个月以下的劳动改造工作或100卢布以下的罚金（刑法典）。

根据我国的历史原因和现实情况，一般不宜采取过于严厉的强制手段，可以适用比较缓和而有约束力的方式。如承担延误开庭所造成的经济损失；由法警和基层治保干部或单位保卫人员协同证人到庭；在特殊情况下，经有关领导批准，也可以施用拘传的方式。但是任何强制手段都不能免除证人作证的义务，而只能促其按时到庭，如实作证，如果证人作伪证，就应该依照我国刑法第148条规定的伪证罪论处。

（二）对于因正当理由无法到庭的证人的书面证言，当庭宣读后，也要经受质疑。

客观上不具备出庭条件的证人，如因生病住院，已入国外学习、工作，在国内正从

事一项重要工作而不能脱身，或因其他原因不能亲自到庭作证的，应该由本人接受司法机关的调查（包括函调），出具签名的书面证明材料到案（必要时由司法部门代调或外交部门鉴证）。庭审中，应将该证明材料当庭宣读，交当事人辨认，听取各方意见，经受诉讼参予人的质疑。并同各方面的证人证言相验证，经法庭查证属实后，才能作为定案的依据。不管哪一方，如果能够指出该证言的部分是不真实的或全部是虚假的，而且有足够的理由和事实证明这种判断是正确的，那么合议庭就应该对此证言进行分析研究，查证核实。事实证明上述意见正确时，就应该对此证言摒弃不用或重新调查取证。

此外，对几种特殊证人的出庭作证的问题，应具体问题，具体分析，实事求是，妥善处理。一种是当事人在法庭上举出的新证人，提请法庭合法传唤到庭作证。对此，合议庭应该慎重对待，经审查需要出庭，且具备立即出庭条件的（如辩护人调查中发现为新证人而预先邀请的），就应该传唤到庭作证。如果证人不能立即出庭，根据需要可以暂时休庭（或待庭审结束后）进行补充调查。认为该证言有重要证明意义，应在重新开庭时传唤到庭陈述，或宣读证言，经受质疑。另一种是在侦查阶段提供了重要的破案线索，在审理阶段不能或不愿公开自己姓名的证人，一般应不传唤到庭，他的证言也不作证据使用。必要时，应把他证明的事实通过其他物证等合法证据予以证明。再一种是强奸案、流氓案、侮辱案的被害人（被害人的陈述随着在公诉案件中其地位的变化，应按证人证言处理）和其他不宜出庭的证人，一般不应到庭，在经过慎重考虑后，认为确有必要时，应采取稳妥的方式，以免带来不良后果。还有一种是没有行为能力和限制行为能力的证人，也是以不出庭为好，因为他们年龄尚幼或精神不够正常，经受不了法庭这种场合的严肃气氛而影响证言的真实。当然，可以出庭而不产生副作用的应该义不容辞。最后一种是另案处理的在押被告人和已交付执行的另案犯人充当本案的证人时，应根据具体情况而定。有条件时，可以让其出庭陈述，因为这类证人往往是最了解案件情况的人。上述几种证人，凡不能出庭作证、不该出庭作证或没有出庭必要的，其书面证言都应该当庭宣读，经过质疑后，才具有法律效力，得用作定案的根据。

（三）依法传询证人，搞好法庭调查的关键在法院。

法庭是对案件审理的组织者和指挥者，按照国家赋予的职权，要最后解决实体问题而终止诉讼。开庭审判是我国的一项重要诉讼制度，法庭调查是庭审的关键程序，是揭露犯罪查明案件事实，核实证据的重要环节。因此，能否组织必须到庭的证人出庭作证，并有条不紊地进行质询，不仅是一项审理艺术的实践，也是审判作风方面的检验。在我国的司法实践中，由于各级领导的重视和工作人员的通力合作，认真工作，所办案件都能严格依法办事，经得起各方推敲和历史的考验。如果说还有些不足的话，那就是在少数案件的法庭调查中，有走过场的现象，应该出庭的证人很少出庭或全不出庭，审判人员只管宣读案内证言，不管被告人是否供认、翻供、辩解和提出新的要求，在公式般地机械地完成法庭调查中的几个特定的项目后，即宣告法庭调查结束。判决完毕，被告不服，或上诉或申诉，为上级法院增大了工作量。

为什么会出现上述情况呢？分析有以下几方面的原因：第一，对刑诉法第36条的认识不足。一种观点认为，证人证言既经公安、检察、法院几次调查核实，其真实性无可非议，在法庭上再传唤质证，是重复劳动，多此一举。这种认识的关键是没有弄清法庭这个特定环境，证人当众陈述并接受质证这种特别方式和这种审查证据的方式的特

殊作用，是其他审查方式所无法比拟的，所以法律才设专条严加规定。第二，怕麻烦，图省事。有这种思想的人认为传唤证人出庭，要送达出庭通知书，还要解决证人的车旅费，误工补助费，同基层干部交涉、单位领导协商，有时可能因特殊情况而延期审理，或工作不慎招来当事人和证人等情况，如此五次三番，传唤的人越多越麻烦，倒不如书面证言省事，卷宗一装，用时取出一读了事，及时快当，何乐而不为。第三，怕法庭上争执不下，延误审理时间。这种观点认为，证人出庭接受质询，如果陈述的内容与以前不一致，而引起争议，就可能动摇所认定案情的基础；当事人对证言反复质证，会延长法庭调查时间，甚至出现休庭调查的可能，以至打乱审理计划，不能在法定时间内结案。以上几种看法都是不妥的，不仅有悖于立法精神，而且有可能导致错认误判。为此，我们说，能否在法庭调查阶段传询证人、质证证言的关键在法院。只要合议庭作好充分准备，下决心传唤证人到案，一般的证人都能自觉地按时出庭，对极个别无故不听传唤的证人，只要略作工作，或小施强制，困难就会迎刃而解。在这里法院的周密布署、严格工作将起决定作用。

总之，立法和司法实践都告诉我们，在刑事庭审中对证人的传询和对证言的质证是一项必须严格遵守的法制原则，它有助于我们克服主观片面、先入为主的思想方法，避免出现图省事、走过场的形式主义，增强对错综复杂社会现象的应变能力，从而能够使我国的司法审判工作更好地适应新时期经济振兴的需要。

版权与版权制度

郑成思

1984年第2期《法学研究》上，刊登了邹身城同志的一则极重要的发现，即：保护版权始于我国宋代。多少年来，欧洲人谈版权之始，都与德国的古登堡在欧洲应用活字印刷相联系。而尽人皆知，活字印刷是我国宋代毕升首先发明的，却从没人提出过疑问：为什么版权不会始于我国呢？仅仅在1981年联合国教科文组织出版的“版权ABC”中，提出过这一疑问，但并未下结论。邹身城同志则拿出了具体史料，证明了“禁止翻版”之权，亦即原始意义上的“版权”，始于毕升所在的同一朝代。这不到一页的叙述，可以说是中国乃至国际版权研究领域的一个重大突破。世界知识产权组织（WIPO）及联邦德国马克斯——普兰克国际工业产权与版权研究会都订有《法学研究》，我相信这一发现很快会引起国际上的重视与讨论。

从宋《东都事略》及清《书林清话》中的史料看，版权始于中国是无疑的。从逻辑上讲，在活字印刷术应用之后，如果八百多年的时间里没有版权保护问题提到日程上来，也是不可想象的。在只能手抄作者原著的年代里，不会发生版权问题；而活字印刷