

“作证却免于强制出庭” 抑或“免于强制作证”？

《刑事诉讼法》第188条第1款的 法教义学分析

李奋飞^{*}

摘 要 大多数法律人认为,《刑事诉讼法》第188条第1款应被解释为亲属证人“作证却免于强制出庭的权利”。本文基于法教义学的立场和方法,从第188条第1款存在的两种不同解释出发,论证了“作证却免于强制出庭的权利”并不能真正实现立法目的,也直接剥夺了作为被告人辩护权应有之义的对质权。第188条第1款应被解释为亲属证人“免于强制作证的权利”,而非“作证却免于强制出庭的权利”,即亲属证人在审前未向控方作证的,法庭不得强制其到庭作证。如其已在审前向控方作证,且符合出庭作证条件,经法院通知没有正当理由拒不出庭作证的,法院非但不能强制其出庭作证,还应将其庭前书面证言予以排除。

关 键 词 刑事诉讼法 第188条第1款 目的解释 亲属证人 对质权

一、问题的提出

假如被告人的配偶、父母、子女(以下简称亲属证人)曾于审前向控方作证,又假如按照法律规定其应当出庭作证,那么在其明确拒绝出庭作证的情况下,法院是否可以强制其出庭作证?若法院不强制其出庭作证,其审前向控方所作书面证言是否应予排除?表面上看,上述问

^{*} 中国人民大学法学院副教授。本研究得到中国人民大学“明德青年学者计划”基金项目“刑事错案的制度性治理”(项目编号14XNJ003)支持。

题并不难回答。因为,2012年修正后的《刑事诉讼法》(以下简称新法)第188条第1款明确规定,“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”。而且,新法也并未明确规定证人应出庭作证而拒不出庭的后果。但是,规范的真实含义不仅取决于文本,还取决于文本之外的制定者的目的。以法理学上最著名的规则“禁止车辆进入公园”为例。根据此规则,可以禁止汽车、卡车进入公园,但救护车、警车、自行车、儿童推车、玩具车、滑轮车是否也在禁止之列呢?如果有人欲将二战时留下的坦克开进公园做成纪念物,这是否也违反了该规则呢?〔1〕显然,要准确适用该规则,必须把握规则制定者的目的。毕竟语言只是为规则的含义设立了边界,而目的却约束着其可能的语义范围。规则适用者应按照规则创制者的目的阐释规则并在诸种阐释结果之间进行衡量。

鉴于目前法律界对《刑事诉讼法》第188条第1款(下文简称第188条第1款)的理解和适用问题存在着不同认识,也鉴于法律学人的主要任务就是探究法律规范可能具有的意义并就其给出合理的解释,尤其鉴于法教义学方法在刑事诉讼法学研究领域中的运用才刚刚开始,本文尝试以法教义学方法探求第188条第1款的真实含义。本文首先将分析第188条第1款存在着两种不同解释,其次将论证亲属证人“作证却免于强制出庭”的解释并不能实现立法目的,接着将在简要介绍作证而不出庭的域外实践的基础上,解决被告人的对质权和亲属证人“作证却免于强制出庭”的权利之间的权利冲突。其目的都是为了论证第188条第1款应被解释为亲属证人“免于强制作证的权利”,而非“作证却免于强制出庭的权利”。当然,本文的目的并不仅仅是为了探究这个极具争议条款的含义,也是为了藉此倡导刑事诉讼法学研习中的法教义学方法。由于法教义学乃是一门将现行实在法秩序作为坚定信奉而不加怀疑的前提,并以此为出发点开展体系化与解释工作的规范科学,〔2〕因此,这类研究对保障《刑事诉讼法》被严格遵守和执行,进而对解决中国刑事诉讼制度面临的最大挑战——程序失灵问题——无疑具有积极意义。

二、第188条第1款的两种解释

“即使表达清楚的条文也需要解释”,〔3〕因为,“对任何一个法条都可能作两种以上的解释”,〔4〕第188条第1款也不例外。换句话说,该条关于强制证人出庭作证的例外规定,究竟是免除了亲属证人的出庭作证义务还是完全免除了他们的作证义务?在很多专家学者看来,该条的例外设计免除的仅仅是出庭作证的义务,仅指这些人不能被强制出庭作证,而并非免除

〔1〕 参见刘翀:“论目的主义的制定法解释方法:以美国法律过程学派的目的主义版本为中心的分析”,《法律科学》2013年第2期。

〔2〕 参见白斌:“论法教义学:源流、特征及其功能”,《环球法律评论》2010年第3期。

〔3〕 (德)汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,页190。

〔4〕 张明楷:“实质解释论的再提倡”,《中国法学》2010年第4期。

了他们的作证义务。^{〔5〕}其依据除第188条第1款外,主要是新法第60条。该条规定,“凡是知道案件情况的人,都有作证的义务”。因此,在其看来,即使是亲属证人,如果了解案件情况,也有作证的义务。而第188条第1款只涉及强制出庭作证的问题,而非有关提供证据义务的问题,因而其例外的效力,也只应当涉及强制出庭作证,而不能包括一般作证义务。^{〔6〕}

显然,上述解释采取的是字面解释方法。字面解释虽是法律解释的首选规则,但却是最简单、朴素和初级的法律技艺,“……单纯的字面解释很容易引起法律条文之间的矛盾,甚至出现荒谬的结论……法律条款中的文字不同于字典上的文字,它是镶嵌在具体条款和章节中的文字,因此对法律文字所谓字面含义的解释,就必须放在整个法律文本中,这种法律解释的技艺就被称为文本解释。”^{〔7〕}如果对第188条第1款的例外规定进行文本解释,完全可以作出不同的理解。尽管按照新法第60条的规定,包括亲属证人在内的所有知道案件情况的人都有向公安司法机关作证的义务,尽管按照新法第52条第1款的规定,人民法院、人民检察院和公安机关有权向有关单位和个人收集、调取证据,有关单位和个人应当如实提供证据,但是立法并没有明确规定,证人不向控方履行作证义务的应当承担何种法律后果。对控方而言,如果证人不愿作证,除了说服教育之外通常别无他法。虽然法律明确规定,“任何证人都负有作证的义务”,但是证人有作证的义务并不意味着控方就因此拥有了强迫证人作证的权力,就如同犯罪嫌疑人有如实回答问题的义务并不等于控方有权强迫其自证其罪一样。尽管如此,在实践中证人却鲜有不向控方作证的。这是因为,虽然在法律上控方并没有强迫证人作证的权力,但在实践中其却拥有着“强制性力量”,并且可以采用多种方式使这种强制变为现实,足以使任何公民感受到威慑。^{〔8〕}这种“强制性力量”实际就是学者吴思在《潜规则》一书中提出的“合法伤害权”,即掌握权力的人可以凭借合法的名义来伤害别人。不过,随着侦查监督制度的日益健全,“合法伤害权”的生存空间将越来越小甚至将不再“合法”。在公民的法律意识尤其是作证意识短期内不太可能提高的情况下,证人不愿作证的情况很可能会有所增多。

不过,对于那些审前未向控方作证的证人,控辩双方如果认为有必要,完全可以提请审判长通知其出庭作证。或许有人会说,既然在该证人没有作证的情况下检察机关已向法院提起公诉,那就意味着即使该证人不出庭作证,案件也已经“事实清楚、证据确实充分”,否则,检察机关是不能提起公诉的。因此,该证人出庭作证的必要性已不存在。笔者认为这种说法显然不符合实际。且不说《刑事诉讼法》明确规定了当事人和辩护人、诉讼代理人有权在法庭审理过程中申请通知新的证人到庭,单从保障有效追诉的角度来看,检察机关也需要申请法院通知新的证人出庭。虽然《刑事诉讼法》对提起公诉和认定被告人有罪作了大致相同的要求(即“事实清楚、证据确实充分”),但是检察机关提起公诉时对案件是否达到“事实已经查清、证据确实充分”的判断只是基于审查起诉时的证据状况,而此时证据尚未经法庭质证,能否经过证明力

〔5〕 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。

〔6〕 参见吴光升:“论强制证人出庭作证制度的风险控制”,《证据科学》2012年第6期。

〔7〕 强世功:“文本、结构与立法原意——‘人大释法’的法律技艺”,《中国社会科学》2007年第5期。

〔8〕 参见龙宗智:“中国作证制度之三大怪现状评析”,《中国律师》2001年第1期。

和证据能力的检验转化为定案的根据还未可知。因此,检察机关作出的“事实已经查清、证据确实、充分”的判断必然具有很大的局限性。而且,根据客观认识规律和刑事犯罪基本理论,刑事起诉证明标准本来就不应等同于审判证明标准。在证据经过法庭上控辩双方质证后,指控能否最终达到尤其是能否被法庭认为达到定罪的要求将带有很大的不确定性。在法庭审理过程中,有些案件会发现事实不清、证据不足需要补充侦查或者补充提供证据,有些案件则需要申请法院通知证人出庭陈述,因此刑诉法及其司法解释才明确规定了补充侦查制度和延期审理制度。在控辩双方申请法院通知证人尤其是审前未曾作证的证人出庭的情况下,如果其不是亲属证人,并且符合法律规定的强制证人出庭作证的两个条件(其一,证人有出庭作证的必要性;其二,证人经法院通知无正当理由不出庭作证),法院不仅可以强制其出庭作证,还可以对其进行当庭训诫甚至予以拘留。这说明法院在传召证人作证方面已拥有控方并不拥有的法律上的强制力。当然,如果是亲属证人,即使符合法律规定的强制证人出庭作证的两个条件,法院也不能强制其出庭作证。这意味着第 188 条第 1 款至少是不反对免除亲属证人的作证义务的。与明确规定亲属拒证权的立法模式相比,现行立法模式尽管容易引发争议,但也并非一无是处。如果能够对其进行准确解读,则不仅可以维系家庭关系和建构和谐社会,从而彰显和强化刑事诉讼中的人文关怀,而且也不至于让社会公众以为中国已确立“亲亲相隐”,或者要颠覆长期以来大力提倡的“大义灭亲”的司法政策,从而避免对犯罪控制产生消极影响。

当然,立法上认同亲属证人享有“不被强迫作证的权利”是一回事,而其权利能否在实践中实现是另一回事。司法实践表明,在不少贪污受贿案件中,亲属证人都曾在审前向控方作了对被告人不利的证言。对于这些于己方不利的证言,辩方有时是有不同意见的。按照《刑事诉讼法》第 187 条的规定,如果该证言对案件定罪量刑有重大影响且辩方也有异议,那么在法院认为证人有必要出庭作证的情况下是应当通知其出庭作证的,只是出庭与不出庭全凭亲属证人的自愿。而根据第 188 条第 1 款的规定,在其拒绝出庭作证的情况下,法院既不能对其采取强制手段,也不能对其适用拘留措施。而且即使其不出庭,只要其审前书面证词能够和其他证据相互印证,同样可以作为定案的根据。现在不少法律人就是这样解读该条款的。如是解读尽管很难说是错误的,但却有过于简单化之嫌。而且,如果这样解读,那么第 188 条第 1 款确立这个例外就没有什么实质意义了。因为即使没有这个例外,法院也不会强制亲属证人出庭作证。一个尽管不够充分但却较有说服力的例证就是,在新法生效实施之前,亲属证人审前向控方作证的情况屡见不鲜,而出庭作证的案例却未发现。这些亲属证人之所以没有出庭作证,很多时候并不是真的不愿意,而是得不到法院的准许。基本的社会常识和实证调查结果都告诉我们,绝大多数亲属证人是愿意证明被告人有罪的〔9〕。其之所以会在审前向控方作证,多多少少有被“强迫”的因素,只有出庭才有机会“推翻”之前向控方作出的不利于被告人的证词。

〔9〕 分布在不同年龄阶段、学历层次的 500 份问卷中,有 43.5% 的人选择了不愿意为父母做不利于他们的证言,30.6% 的人选择了要作伪证,为父母开脱罪名。参见张艳馨、张风荣:“情与法的共存”,《山西高等学校社会科学学报》2005 年第 10 期。

但是从律师们反映的情况来看,其出庭要求通常都无法得到法庭准许。^[10] 因为,在法庭看来,亲属证人出庭作证容易发生“翻证”的情况,从而既给庭审增加难度,也会增加许多“变数”。在个别情况下,即使其出庭要求获得准许并作出新的陈述,也难以为法庭所采信。因此,对于证人(包括但不限于亲属证人)的作证问题,当下最需要解决的依旧是出庭作证难这个老生常谈的问题。

为了解决证人出庭作证难问题,新法从证人出庭保护、证人作证费用补助、证人拒不出庭作证的制裁措施、证人强制出庭及例外等方面构建了颇具中国特色的证人制度。客观地说,上述制度设计对于促进和保障证人出庭作证还是有积极作用的。但是,从新法实施以来的情况来看,证人出庭作证难的问题并未得到有效解决。这在很大程度上是因为,新法关于证人出庭作证的制度设计并未触及证人出庭作证难的深层次原因。从1996年刑事审判方式的改革,到2010年刑事证据规则的颁行,再到2013年新法的实施,中国刑事审判制度确实发生了某些变化。但是,由于裁判结论不是产生于庭上而是产生于庭外甚至庭前,加上那种通过行政审批进行司法决策的惯常作法依然盛行不衰,刑事庭审虚化问题至今未能得到有效解决。在刑事庭审流于形式的情况下,证人出庭作证的价值和意义被严重消解。或许,如果第一审程序不能实现有学者所主张的“彻底的事实审”,^[11]那些旨在以提高证人出庭作证率为目标的司法改革方案就很难取得明显成效。

三、第188条第1款的目的解释

(一)目的解释的关键问题

虽然法律解释学早已为法律适用者提供了一份包含各种解释方法的清单(如文义解释、上下文解释、体系解释、法意解释、目的解释、比较法解释、社会学解释等等),但是在诸多解释方法中的目的解释却占据着决定性的地位,其他解释方法最终都要服从于目的解释。耶林就曾指出:“目的是全部法律的创造者,每条法律规则的产生都源于一个目的,即一种实际的动机。”^[12]拉伦兹也曾指出,假使法律的字义及其意义脉络有作不同解释的空间,则应优先采纳最能符合立法者的规定意向及规范目的之解释。^[13] 澳大利亚《法律解释法》第15条甚至明确规定:“在对某部法律的某条文进行解释的过程中,一个能有助实现法律之内在目的、目标(无论此种目的、目标是否在该条文中明确说明了)的解释,应优先于那些不利于促进法律目的实现的解释”。目的解释的适用条件是,法律出现漏洞需要进行目的性补充,或者文义解释得出的结论与法的基本价值发生重大冲突(即出现所谓恶的解释结果)时,以目的作为衡量标准。

[10] 参见李奋飞:“从‘近亲属出庭作证豁免’说开去”,载《法制日报》2012年3月14日,第10版。

[11] 参见陈瑞华:“论彻底的事实审——重构我国刑事第一审程序的一种理论思路”,《中外法学》2013年第3期。

[12] 鲁道夫·冯·耶林语,转引自(美)E·博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来译,华夏出版社1987年版,页109。

[13] (德)卡尔·拉伦兹:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,页220。

目的解释涉及解释者、立法者、法律文本三方之间的互动。解释者“现在”解释的这个法律文本是立法者“过去”完成的。解释者(往往也是法律适用者)之所以要解释这个“过去”完成的文本,是希望在解释之后能够处理好“现在”的案件。解释者需要做的是,判断立法者经由法律文本所展现的立法意图。而立法意图的确定又无法完全摆脱解释者的价值判断的影响。^{〔14〕}这也可以解释为什么法律文本会存在不同甚至完全相反的解释。就此来看,目的解释大体上可以被看作是解释者对法律文本的“再创作”。但是,解释者的这种“再创作”并不是任意的。解释者必须设身处地地推想,立法者如此规定的目的和意图究竟是什么,或者说立法者在制定法律时,准备如何回应历史发展所带来的新变化。进一步讲,假如当年的立法者面对今天出现的新情况,他们会怎么想这些新问题,他们会如何把自己的立法意图展现出来,他们会如何解释他们自己制定出来的法律?这样的法律解释方法实际上将法律解释者虚拟为立法者,并根据整个法律所体现出来的完整法律意图和法律精神来推定在当前新情况下,立法者如何来解决眼前的问题。^{〔15〕}但是,解释者毕竟不是立法者。因此,目的解释的关键问题是,除了借助法律文本,解释者还可以通过哪些途径来确定立法者的意图,或者说解释者用什么材料来证明某个意图就是立法者的意图。通常而言,能够证明立法者意图的材料还包括:立法当时的社会环境、政治、经济、文化状况、立法者在起草法律过程中通过合法程序保留下来的具有证明力的权威文本、立法者在起草法律过程中发表的言论、立法者自身对于法律的理解和说明、参与立法讨论的专家学者以及相关职能部门负责同志对法律修改的解读等等。^{〔16〕}但是,正如拉伦茨指出的那样,这些材料“通常并非就是真正的立法者意志之表现,此即何以其不能拘束解释者之原因。此外,他们经常只及于规范及其适用情况的部分,而未包含全部角度,仅因此,解释者即不得不超越他们”。^{〔17〕}

(二)第 188 条第 1 款所表达的意图

如果认同上述观点,那么接下来的问题便是,立法者通过第 188 条第 1 款表达的意图究竟是什么?即对于亲属证人,该条款究竟是赋予了其“免于强制作证的权利”,还是赋予了其“作证却免于强制出庭的权利”?全国人民代表大会常务委员会副委员长王兆国在对《中华人民共和国刑事诉讼法修正案(草案)》作说明时只是指出,“考虑到强制配偶、父母、子女在法庭上对被告人进行指证,不利于家庭关系的维系,规定被告人的配偶、父母、子女除外”。这是具有法律效力的立法理由说明。另外,曾参与此次刑法修改的立法专家黄太云先生也认为,立法机关考虑到将不愿意出庭作证的被告人的配偶、父母、子女押到庭上,强迫他们作证,不利于家庭关系的维系。因此,第 188 条规定对拒不出庭作证的亲属证人不采取强制到庭措施,体现了人

〔14〕 参见劳东燕:“刑事政策与刑法解释中的价值判断——兼论解释论上的‘以刑制罪’现象”,《政法论坛》2012 年第 4 期。

〔15〕 强世功,见前注〔7〕。

〔16〕 参见陈卫东:“立法原意应当如何探寻——对《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》的整体评价”,《当代法学》2013 年第 3 期。

〔17〕 拉伦茨,见前注〔13〕,页 220。

道主义精神。^{〔18〕} 据此可以认定,立法设置该条款目的是为了维系亲属证人与被告人的家庭关系。这个目的不仅具有宪法上根据(“家庭受国家的保护”是《宪法》第96条第2款的明确规定),也具有正当性基础。

作为社会的基本组织形式,家庭被认为是人类存在和发展的基础和条件。既然社会是由诸多家庭组成的,那么家庭关系的和谐与否,就不再仅仅关系到每个家庭成员的幸福和家庭积极功能的充分发挥,也直接关乎到整个社会的和谐。如果家庭不能和谐地得以维系和发展,势必会对社会产生负面影响,造成社会的不和谐。因此,要构建和谐社会,首要任务就是建设和谐家庭。而和谐家庭是建立在家庭成员之间彼此信任和忠诚的基础上的。家庭关系是人类最密切的社会关系,主要包括以爱情为基础的婚姻关系和以血缘或收养关系为基础的亲子关系。“而密切的概念则包含相互理解、共同享有的特殊信息史以及情感的交流。这一密切性和共同享有特殊信息的历史显然包含着信任,即不会在公众场合将相互袒露的信息和情感用来损害家庭生活。”^{〔19〕}1963年,汉密尔顿(W.D. Hamilton, 1936—2000)在《社会行为的遗传进化》一文中研究了近亲个体间的利他行为,指出利他行为存在于具有亲缘关系的个体间,并且与亲近程度成正比,即个体之间的亲缘关系越近,彼此之间的利他倾向越强。^{〔20〕} 这种亲属间的“利他”尽管有情感因素的支撑,但本质上仍可归结为“利己”。在刑事诉讼中,亲属证人大都与案件的处理结果存在利害关系。尽管罪责自负,被告人被定罪后,罪名和刑罚由其本人承担,但由于人的社会性,即与他人(尤其是近亲属)的千丝万缕难以割断有时也不应割断的联系,在经验层面,刑罚还是可能,甚至难以避免波及、连累、冲击直至殃及无辜的他人(包括在本案中作了不利于被告人证言的亲属证人)。^{〔21〕} 在法律上,我们早已告别株连的时代。但在感情上,不少人还是时常把对罪犯的仇恨转移到其亲属身上,让亲属承受本不该承受的压力。例如,马加爵在被执行死刑后其家人连把骨灰领回来都怕被人“指脊梁骨”。^{〔22〕} 再如,“杀人恶魔”邱兴华的妻子何冉凤搬家后,找了3所中学才勉强让儿子东东上了学,某些学校负责人认为孩子的父亲是“杀人魔”,对其他学生的成长会造成不良影响。^{〔23〕} 实际上,不仅刑罚处罚具有“殃及效果”,就是刑事诉讼本身也有“殃及效果”。因为,刑事诉讼的启动和推进,不仅会对被追诉者的人身权利、财产权利和其他权利产生重大而直接的影响,也会对其近亲属(尤其是家庭成员)的相应权利产生间接的(有时甚至是直接的)影响。^{〔24〕} 即使抛开各种情感因素,仅仅基于这些“殃及效果”的考虑,亲属证人在被要求提供不利于被告人的证据时,也大都表现出较为

〔18〕 参见黄太云:“刑事诉讼法修改释义”,《人民检察》2012年第8期。

〔19〕 (澳)唐·埃德加、海伦·格莱泽:“家庭和亲密关系:家庭生活历程与私生活的重建”,仕琦译,《国家社会科学杂志》1995年第1期。

〔20〕 参见刘鹤玲:“亲缘选择理论:生物有机体的亲缘利他行为及其基因机制”,《华中师范大学学报(自然科学版)》第42卷第1期。

〔21〕 参见苏力:“从药家鑫案看刑罚的殃及效果和罪责自负”,《法学》2011年第6期。

〔22〕 参见李曙明:“让马加爵的骨灰早日回家”,载《检察日报》2007年4月28日。

〔23〕 参见蒋伟:“邱兴华之妻怕受歧视为孩子改姓”,载《重庆晨报》2007年7月14日,第27版。

〔24〕 参见李奋飞:“刑事诉讼应减少‘殃及效果’”,载《法制日报》2012年4月11日,第10版。

明显的抗拒心理。美国行为主义法学派代表人物布莱克教授指出，“一个人指控与之关系密切的亲属的可能性最小，其次是朋友、熟人、邻居、同乡等等；这种可能性随关系距离而增加，直至每个人的世界尽头……因此，关系密切的人不大可能因对方而报警……他们不大可能协助警方调查违法；他们更可能为他说谎，更有可能把他藏起来……。”〔25〕

如强制亲属证人提供不利于被告人的证言，必然会对其与被告人的关系尤其是信任关系造成严重破坏。这种破坏的负面效应还可能从亲属开始逐渐向朋友、熟人扩展，从而对整个社会的信任体系的形成产生更为广泛的消极效应，并最终导致弱化社会控制及秩序维持的后果。〔26〕在社会控制中，权力若要充分或者最大程度的有效，就必须有信任在其中。〔27〕然而，目前中国社会正面临着严重的信用缺失和信任危机。由零点指标数据委托“零点调查”进行的《2002 年度中国生活指数调查》结果显示，城市居民未来最愿意依靠的人是自己（42%），家人被排到了第二位，占 40.7%，而朋友的可信赖程度迅速降低，只有 3.6%，陌生人之间的信赖几近于无。而根据 2004 年 3 月对烟台市 3 个看守所被羁押的 303 名犯罪嫌疑人、被告人的调查，回答“信任辩护律师”的为 61 人，仅占总人数的 20.13%。〔28〕在这样的社会背景下，通过赋予亲属证人拒证权来维护其与被告人的信任关系就显得极为必要。在本次刑法修改过程中，不少学者都撰文呼吁确立亲属拒证权。《刑事诉讼法修正案（草案）》出台后，有学者甚至上书全国人大法工委，建议将第 188 条中的“但是被告人的配偶、父母、子女除外”之规定，移至新法第 60 条第 1 款，即“凡是知道案件情况的人，都有作证的义务。但是犯罪嫌疑人、被告人的配偶、父母、子女、兄弟姐妹除外”，由此构建起真正意义上的近亲属拒绝作证权。〔29〕确立亲属拒证权无疑有助于增进家庭成员之间的信任。只有家庭成员之间能够相互信任，不再担心被国家强制相互揭发，以至于夫妻反目，父子成仇，社会信任机制才能逐步建立起来。而社会信任度越高，就会越稳定、和谐。在这方面，中国是有着深刻教训的。“在十年‘文革’中，亲情被阶级斗争所代替，父子、夫妇之间相互揭发，人人自危，那正是整个社会政治伦理和家庭伦理出现大问题大危机的时候。”〔30〕

（三）亲属证人免于强制作证才能实现立法目的

虽然很多人都主张《刑事诉讼法》修改时应明确规定亲属拒证权，但是令人失望的是新法并没有直接规定该项权利，而是在第 188 条第 1 款中规定了“但是被告人的配偶、父母、子女除外”。尽管笔者也赞成将第 188 条第 1 款中的“但是被告人的配偶、父母、子女除外”的规定移至第 60 条第 1 款中，但是既然立法者作了如是安排，就不应简单轻率地批评立法不伦不类、模糊不清，而须根据立法目的作出合理的解释。这里要特别指出的是，新法通过后，全国人大常委会法制工作委员会参加刑法修改的人士撰写了《关于修改中华人民共和国刑事诉讼法的

〔25〕（美）唐纳德·布莱克：《法律的运作行为》，唐越、苏力译，中国政法大学出版社 2004 年版，页 49 以下。

〔26〕参见王剑虹：《亲属拒证特权研究》，法律出版社 2010 年版，页 176。

〔27〕参见（美）纳德·巴伯：《信任：信任的逻辑与局限》，牟斌等译，福建人民出版社 1989 年版，页 22。

〔28〕参见朱虹：“转型时期社会信任的状况与特征——一项实证研究”，《贵州社会科学》2011 年第 10 期。

〔29〕万毅，见前注〔5〕。

〔30〕参见郭齐勇：“也谈‘子为父隐’与孟子论舜——兼与刘清平先生商榷”，《哲学研究》2002 年第 10 期。

决定——条文说明、立法理由及相关规定》一书。该书对第188条第1款的解释是,“这里的规定是免于强制出庭,不是拒证权。拒证权一般是指在特定情形下,负有作证义务的证人被司法机关要求提供证言时,因其特殊身份或者法律的规定而享有的拒绝作证的权利,通常贯穿侦查、起诉、审判等诉讼阶段。……本款规定并没有免除其作证的义务,只是规定在庭审阶段可以免于强制到庭。”^{〔31〕}全国人大常委会法制工作委员会副主任郎胜主编的《中华人民共和国刑事诉讼法释义》也作了基本相同的解释。^{〔32〕}

虽然上述解释比较权威,甚至在很大程度上影响着法律的实施与执行,但却不能因此就不加分析地认为上述解释就是符合立法原意的解释,更不能说上述解释具有了法律上的约束力。无论立法者当初是否意识到,也无论参与刑法修改的权威人士是否承认,第188条第1款中“但是被告人的配偶、父母、子女除外”的规定已经确认了亲属证人的拒证权。如果该条款没有免除亲属证人的作证义务,而只是免除其强制出庭义务的话,则根本无法实现立法者希望通过该条款实现的维系家庭关系的目的。因为,这些被免除了强制出庭义务的亲属证人通常已在审前向控方作了不利于被告人的陈述。如果在其应出庭而拒绝出庭的情况下,审前书面证言可以畅通无阻地在法庭上被宣读,并可以在被告方提出严重质疑的情况下作为定案的根据,那么免除其出庭作证义务的意义只是避免了与被告人在法庭上直接对峙的表面尴尬,却根本无助于消除其指证被告人有罪这一对家庭关系威胁甚大的因素。尽管亲属证人没有出庭作证,但在其证言被作为指控证据之后,不仅要承受情感和心理学上的煎熬和折磨,其与被告人及其他家庭成员之间的关系也将变得紧张而脆弱,甚至整个家庭都将因此充满猜疑与敌意并失去往日的和谐和融洽。同时,这种亲属证人指证却不出庭的做法也无法让社会公众感受到法律的宽容和人性,他们可能从内心对这种做法产生排斥和抵制,甚至可能因此对亲属证人乃至被告人充满同情和怜悯。毕竟,“很多人可能对社会、国家的观念都很淡薄,但却始终坚持家庭才是思想和行动的中心。”^{〔33〕}这种同情和怜悯,不仅会冲淡刑罚的教育功能,也会影响刑罚的预防功能。正如贝卡利亚指出的那样,“一向自相矛盾的立法者,一方面把人猜疑的心灵引向信任,另一方面却在大家心中挑拨离间。它不是在预防犯罪,相反,倒是在增加犯罪”。^{〔34〕}另外,家庭关系被破坏后,如被告人最终被定罪,也会对其改造带来负面影响。若达不到应有的改造效果,其将来重返社会后又可能成为新的影响社会和谐的因素。因此,让亲属证人作证而不出庭并不能实现立法目的。换句话说,只有将第188条第1款理解为亲属证人“免于强制作证的权利”,才能实现立法目的。

这里需要特别指出的是,在探究第188条第1款的立法目的时,还要考虑《刑事诉讼法》的整体目的。因为个别法律规定之目的,总是受制于整体法秩序之目的。正如有学者所指出的

〔31〕 全国人大常委会法制工作委员会刑法室编:《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》,北京大学出版社2012年版,页226。

〔32〕 参见郎胜:《中华人民共和国刑事诉讼法释义》(最新修正版),法律出版社2012年版,页406。

〔33〕 段江丽:《礼法与人情》,中华书局2006年版,页43。

〔34〕 (意)贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1997年版,页78。

那样,“解释者只有在把握整体法秩序之目的的前提下,在个别目的与整体目的之循环互动中,理解法律的具体目的与抽象的终极目的之间的关系,同时根据法律伦理性原则去理解法律规定的客观意涵,以使之‘适合事理’,才能真正把握目的解释方法之真谛。”^{〔35〕}《刑事诉讼法》的整体目的规定在该法第1条之中。第1条规定:“为了保证刑法的正确实施,惩罚犯罪,保护人民,保障国家安全和社会公共安全,维护社会主义秩序,根据宪法,制定本法。”因此,“刑事诉讼法整体目的可以归结为正确地实施刑事实体法,其他内容都可以被解释为正确实施刑事实体法的结果,都可以为正确实施刑事实体法的目的所包涵。”^{〔36〕}而正确实施刑事实体法的前提是,确保“作为裁判基础的事实”能够反映“原发的案件事实”。这种反映是建立在对证据的获取、审查判断和认定基础之上的。作为一种法定证据形式,证人证言对于刑事案件的事实认定无疑具有非常重要的作用。同时,作为一种主观性很强的证据,证人证言的准确性和可靠性又受多种因素的影响。有研究显示,“目击证人的证言在教室实验中被证明是不可信赖的。在一项研究中,141名学生目睹了对一名教授的表演性攻击。7周以后,学生们被要求从6张照片中辨认出攻击者。尽管事件的发生具有高度的戏剧性,仍然有60%的目击者——包括教授本人——认错了人。不仅如此,25%的学生还将‘犯罪’现场的一名无辜的旁观者误认为攻击者。”^{〔37〕}尤其是在中国,“刑事侦查程序带有明显的封闭性、秘密性与单方性特征,证人在向刑事追诉官员提供证言时,并不存在控辩双方的质证程序,也没有中立司法机关的居中裁判,因此,其完全有可能作出不可靠的陈述。”^{〔38〕}而且,“证人的可信度应该随着他与罪犯间存在的仇恨、友谊和其他密切关系而降低。”^{〔39〕}这意味着,亲属证人(很多情况下也是污点证人)由于与被告人或者案件的处理结果存在特殊关系,很可能人为地作出偏袒被告人的证言,或者故意提供不利于被告人的证言。^{〔40〕}因此,对证人证言尤其是亲属证人审前向控方所作的书面证言必须进行认真地审查。相对于其他证词检验方法而言,让证人出庭接受控辩双方的交叉询问是最为有效的方法。^{〔41〕}如果证人不出庭作证,而任由控方在法庭上宣读其单方面制作的证言笔录,并由法庭靠证据相互印证的证明方法,^{〔42〕}是难以甚至根本无法辨别和判断证人的诚实性、证人感知和记忆的准确性等内容的。证据相互印证规则强调根据两个以上具有独立

〔35〕 刘国:“目的解释之真谛——目的解释方法中的目的辩考”,《浙江社会科学》2012年第1期。

〔36〕 宋振武:“重返刑事诉讼目的单一论”,《烟台师范学院学报》第21卷第2期。

〔37〕 转引自张建伟:“证据法学的理论基础”,《当代法学》2002年第2期。

〔38〕 陈瑞华:“论证人证言规则”,《苏州大学学报》2012年第2期。

〔39〕 贝卡利亚,见前注〔34〕,页78。

〔40〕 陈瑞华,见前注〔38〕。

〔41〕 有学者认为,这有几个方面的原因:第一,被告人始终出席法庭审判,对于存心作伪证的证人是一种天然的威慑;第二,控辩双方、审判法官均可对证人作证时的神情、举止进行现场观察,从而有助于判断证言的真假;第三,通过证人亲自在法庭上作证,控辩双方均可向证人发问,以发现证人证言中的虚假成分、漏洞和矛盾,从而辨明真相,去伪存真。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。

〔42〕 有关该问题的研究,参加龙宗智:“印证与自由心证——我国刑事诉讼证明模式”,《法学研究》2004年第2期。

信息源的证据加以认定,注重证据信息的相互验证,避免仅凭孤证定案,从而有利于防止伪证、避免事实误判的发生。然而,证据相互印证规则的适用也会带来一些负面的效果,^[43]尤其是在证据虚假的情况下,相互印证的证据越多,事实认定错误的可能性就越大。此时,证据能够相互印证的结果不仅使法官难以发现证据的虚假成分,反而增强了虚假证据的证明力,导致法官产生错误的心证。^[44]可见,在证人的审前书面证言被提出质疑的情况下,如果不让其出庭作证,仅靠证据之间的相互印证来审查判断证言的真伪,会大大增加法官事实误判的风险。换句话说,证人作证而不出庭的做法是不利于刑法的正确实施的。对此,立法者也是有着清醒认识的。全国人大副委员长王兆国在第十一届全国人民代表大会第五次会议所作的《关于〈中华人民共和国刑事诉讼法修正案(草案)〉的说明》就明确指出:“证人出庭作证,对于核实证据、查明案情、正确判决具有重要意义”。新法之所以要规定证人出庭保护、证人作证费用补助、强制证人出庭等制度,其目的正是为了让证人向法庭作证,以加强庭审功能,并保证刑法的正确实施。因此,第188条第1款应被解释为“免予强制作证的权利”,而不应是“作证却免于强制出庭的权利”。具体而言就是,如果亲属证人在审前未向控方作证,那么法庭不得强制其到庭作证。如果其已在审前作证,且应当出庭作证,经人民法院通知没有正当理由不出庭作证的,法院固然不能强制其出庭,但其审前书面证言也不应再作为定案的根据。

这样解释第188条第1款是符合、至少并不违背刑法精神的。虽然新法并未就证人应出庭而未出庭的审前证言笔录的证据能力和证明力的取舍作出明确的规定,而且司法实践中法院采纳的证人证言基本都是在证人不出庭的情况下向控方作出的。但是,根据新法第190条的规定,对未到庭的证人的证言笔录,应当当庭宣读。审判人员应当听取公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人的意见。如果被告方对未到庭证人的审前书面证言没有异议,证人出庭与否确实无关紧要。不过,如被告方已对某证人的审前书面证言提出了异议,并强烈要求其出庭作证,且其也符合出庭作证条件但却拒绝出庭的话,问题就比较明显了。考虑到如果证人作证而不出庭其审前书面证言的真实性和可靠性无法受到实质检验因而容易在证明案件事实方面出现错误,也考虑到《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》第63条已经明确规定的未经质证等法庭调查程序查证属实的证据不得作为定案的根据,^[45]尤其是考虑到新法已明确要求法院在鉴定人应当出庭作证而拒绝出庭的情况下不得将鉴定意见作为定

[43] 参见陈瑞华:“论证据相互印证规则”,《法商研究》2012年第1期。

[44] 参见林劲松:“刑事审判书面印证的负效应”,《浙江大学学报》2009年第6期。

[45] 这里的关键问题是如何理解质证的含义。按照多卷本《汉语大词典》的释义,质证就是质疑、验证的意思。上海辞书出版社的《法学词典》(增订本)将“质证”解释为“对证人证言进一步提出问题要求证人作进一步的陈述以解除疑义,并确认其证明作用的诉讼活动。审查和核实证人证言的一种方式”。由此可以看出,“质证”与“反诘”或者“交叉询问”、“反询问”的意思相同。其性质属于控辩双方的一项重要的诉讼权利,即控辩双方为了充分履行攻击或防御职能,有权利对相对方提出的证人及其证言提出质疑,防止虚伪不实的证言被采纳为判决的依据。如果证人不出庭,相对方只能对证言提出质疑,但却根本无法对证人提出质疑,这样的质证必然流于形式。参见张建伟:“‘质证’的误解误用及其本义”,载《检察日报》2012年11月1日,第3版。

案的根据，^{〔46〕}为不使证人出庭制度虚置，也为了实现刑事诉讼法的根本目的，应根据刑法上的类推解释原理，把此种情况下证人尤其是那些与被告人有共犯关系的亲属证人审前向控方的不利于被告人的书面证言排除在法院的定案根据之外。^{〔47〕}毕竟类推解释在刑法和刑事诉讼法上具有不同的形式和意义。刑法基于罪刑法定原则的要求，原则上禁止类推解释，尤其是相似条文之间的类推解释。但在刑事诉讼法中，即使承认程序法定原则，也只是禁止扩张国家权力的类推解释，而不应禁止保障国民权利的类推解释。^{〔48〕}

当然，对第188条第1款作出上述解释，既不是要绝对禁止亲属证人的作证行为，也不是要一律排除审前其向控方作出的书面证言。毕竟，亲属证人的证言是许多案件尤其是贪污贿赂案件的重要证据来源，如果其能积极配合控方作证，无疑有助于查明案件的事实真相。将第188条第1款解释为“不被强迫作证的权利”其目的是将选择权赋予亲属证人，即其有权选择作证，也有权选择不作证。法律不排斥甚至欢迎其指证被告人，只是不能采取强制手段迫使其指证。允许亲属证人不被强迫充当被告人的“掘墓人”，尽管有利于维护家庭关系，但却可能对犯罪控制和被害人的权利保护产生不利影响。这是意料之中的，也再次验证了“甘蔗没有两头甜”的古老法则。此时理性的人类所能做的是“两害相权取其轻”。毕竟相对于有些罪犯逃脱法网而言，强迫亲属证人指证被告人会给社会造成更大的负面作用。而且，由于实践中真正对证人证言提出异议的被告人并不多，所占全部证人总数的比例并不大，^{〔49〕}将此情形下的证人审前书面证言排除在定案根据之外，并不会对犯罪控制和被害人的权利保护带来太大的冲击。

四、在“作证却免于强制出庭的权利”与“对质权”之间

如果将第188条第1款解释为“作证却免于强制出庭的权利”，会涉及到被告人对质权的保障问题。换句话说，保护亲属证人“作证却免于强制出庭的权利”与保障被告人的对质权两者之间存在权利冲突。^{〔50〕}有人认为，只有通过修法才能解决上述冲突。而本文则认为，解决上述冲突，并不需要再次修法，而只需要将第188条第1款解释为“免于强制作证的权利”。

（一）确保不利证人出庭是维护对质权的基本要求

在大多数西方法治国家，以被告人权利保护为中心的刑事司法格局已经基本确立。^{〔51〕}

〔46〕 有学者指出，这种对鉴定意见与证言笔录明显区别对待的制度安排，似乎没有令人信服的合理性和相当性。陈瑞华，见前注〔43〕。

〔47〕 有学者指出，这种情况下的庭外证言更是具有内在的不可靠性。因为，这些人很容易出于自身利益而背叛其他共犯者。一旦某人被指控共谋犯罪，他就可以通过对其共犯者提供入罪的证据而使自己获得开脱。参见龙宗智：“薄熙来案审判中的若干证据法问题探析”，《法学》2013年第10期。

〔48〕 参见杨文革：“刑事诉讼法上的类推解释”，《法学研究》2014年第2期。

〔49〕 有学者以样本法院为例进行了分析，“若以受到异议的证人数计算，其在全部证人总数中仅占5%（96/1905）。在这需要出庭的证人当中，又有25%的证人已经出庭”。易延友，见前注〔41〕。

〔50〕 权利冲突是法治领域中的一个世界性问题，如何解决权利冲突也就成为世界各国所要竭力面对的问题。参见刘作翔：“解决道德权利法律权利双重权利的冲突”，《甘肃社会科学》2014年第2期。

〔51〕 参见李奋飞：“刑事被害人的权利保护——以复仇愿望的实现为中心”，《政法论坛》2013年第5期。

作为被告人权利体系中的核心内容,对质权已经超越了法系和诉讼构造的差异,为世界各国普遍接受和认可,有的国家还将其上升到宪法的高度。确立对质权条款的首要目的,“就是防止以片面的宣誓书或者作证书指控被告人来取代对该证人的亲自审视和交叉询问,在后一种情况下,被告人不仅有机会考察证人的记忆力并审查其良知,而且有机会强制该证人面对面站在陪审团面前,以使陪审员能够通过观察其在证人席上的举止和行为来判断其证词是否可信。”^[52]但是,作为美国联邦宪法的基本条款,对质权要求保障被告人能够在法庭上直接面对于己不利的证人并可以向其发问。虽然宪法并未就对质权条款设置例外性规定,但是对质权条款仅仅调整那些对被告人不利的证人证言。而对被告人不利的证人证言,除受对质权条款的规制外,还要受传闻规则的约束。这意味着,二者在适用过程中很可能会产生冲突。例如,某个不利于被告人的证人证言,如刚好属于某项传闻例外,那么根据传闻规则就具有可采性。然而,法庭如采纳该传闻证据,就会剥夺被告人的对质权。如何在二者之间找到最佳的平衡点,可谓让美国联邦最高法院伤透了脑筋。这里的关键问题是,究竟在满足什么条件的时候,容许传闻证据才不会侵犯被告人的对质权?那些所谓的根深蒂固的传闻例外以及“可靠性能够得到特别保证”的传闻例外是否因其不可质疑的可靠性就可以取代被告人对不利证人的交叉询问?对这些问题,美国联邦最高法院曾在其发布的系列判例中阐明了其立场。^[53]

2004年,美国联邦最高法院又在克劳福德诉华盛顿州案中对此问题进行了重新探讨。该案的处理结果对理解第188条第1款的含义也极具参考和借鉴意义。1999年8月5日,该案的被害人肯尼思·李被发现刺死在其公寓里。警察随后逮捕了该案的被告人克劳福德以及他的妻子西尔维娅。在给了他和他妻子米兰达警告之后,警探对他们分别讯问了两次。克劳福德最终供认,因为被害人之前曾试图强奸他的妻子,他们便找到被害人家中,并与其发生了厮打,结果克劳福德刺中了被害人,而自己的手也被割伤。州检方对其提出了伤害和蓄意谋杀罪两项指控。在法庭上,被告人声称自己是正当防卫。他的妻子西尔维娅根据华盛顿州法律规定的婚姻拒证特权,没有出庭作证。但是,在华盛顿,婚姻拒证特权在传闻规则的例外下,并不涵盖配偶一方的庭外言论。于是,控诉方就向法庭提交了西尔维娅在审前讯问中的录音带。其中她承认,是自己领被告人找到被害人家中,以至于后来发生了厮打。同时,她的陈述还表明,被告人的行为并非正当防卫。被告方反驳说,采信该证据会侵犯其与不利于自己的证人进行对质的宪法权利。法庭以该陈述符合罗伯特案中法院提出的“可靠性能够得到保障”的传闻例外为由,驳回了被告人的异议。最终,陪审团认定被告有罪。被告人以其对质权被侵害为由提出上诉。华盛顿州上诉法院以被告人妻子的庭外陈述不符合“可靠性能够得到特别保证”的传闻例外为由,推翻了初审法院的判决。而华盛顿州最高法院则认为,虽然被告人妻子的庭外证言并不属于根深蒂固的传闻例外,但由于其与被告人的审前供述几乎相同,因此可靠性能够得到特别保证,据此华盛顿州最高法院又维持了原初审判决。被告人随后向联邦最高法院申请调卷令并获得许可,最终联邦最高法院以采信被告人妻子的庭外证言违反了宪法第六修正

[52] 参见史立梅:“美国对质权条款与传闻证据规则关系之考察”,《环球法律评论》2010年第6期。

[53] 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。

案所保障的对质权为由，撤销了华盛顿州最高法院的判决，并将该案发回重审。联邦最高法院指出，“对质权条款所要求的，并不是证据本身要具有可靠性，而是强调应该通过特定的程序对其可靠性加以评价，也就是通过交叉盘问程序的严格考验。保障被告人的对质权，不是为了追求可靠的证据这个结果，而是为了追求证据如何被确定具有可靠性的过程。……因此，对质权条款禁止采信未出庭证人的证言性陈述，除非陈述者不能到庭，并且被告人已在先前被给予了交叉盘问的机会”。〔54〕

（二）对质权是辩护权的应有之义

有学者认为，《刑事诉讼法》和司法解释中尽管存在关于对质或者质证的规定，但却没有赋予被告人与不利于己的证人进行对质的权利。〔55〕 尽管该观点有其合理性，但却并非没有商榷余地。毕竟法律或司法解释没有明确规定的权利不等于不存在，更意味着不应存在。另外，某种权利的实际存在与否也与其在实践中能否获得尊重和保障无关。以中国是否确立沉默权为例。尽管新法没有明确规定沉默权，也尽管该权利很难为犯罪嫌疑人、被告人实际行使，但由于新法增设了“不得强迫任何人证实自己有罪”条款，尤其由于犯罪嫌疑人、被告人享有辩护权，我们认为中国已经确立了沉默权。当然目前比较流行的观点是中国尚未确立沉默权。持该观点的人实际是把美国的米兰达规则当成了确立沉默权制度的标准，而这种认识是不恰当的。因为以米兰达规则为代表的美国式沉默权制度既不是沉默权制度的唯一模式，也未必是最佳模式。根据中国目前的社会状况，选择默示的沉默权制度是比较合适的，而新法第50条的规定就是这种沉默权制度的法律依据。至于新法第118条“犯罪嫌疑人对侦查人员的提问应当如实回答”的规定，其解释是：“犯罪嫌疑人对侦查人员的提问，可以选择回答，也可以选择沉默，但如果选择回答，那就要如实陈述。换言之，犯罪嫌疑人有沉默权，但是没有说谎权。”〔56〕全国人大常委会法制工作委员会副主任郎胜在十一届全国人大五次会议新闻中心举行的记者会上也曾作过类似的解释。本文完全赞同上述解释。不过，在笔者看来，即使“不得强迫任何人证实自己有罪”没有明确规定在新法之中，也可以从辩护权中解释出沉默权来。《宪法》第125条关于“被告人有权获得辩护”的规定，确立了辩护权的宪法权利地位。〔57〕 新法第11条规定：“被告人有权获得辩护，人民法院有义务保证被告人获得辩护。”第14条还规定：“人民法院、人民检察院和公安机关应当保障犯罪嫌疑人、被告人和其他诉讼参与人依法享有的辩护权和其他诉讼权利。”上述条文不仅强调了犯罪嫌疑人、被告人是刑事诉讼中诉讼权利保障的首要对象，而且还强调了辩护权在犯罪嫌疑人、被告人诉讼权利体系中的核心地位。

〔54〕 *Crawford v. Washington*, 541 U. S. 36 (2004).

〔55〕 易延友，见前注〔41〕。

〔56〕 何家弘：“中国已确立沉默权制度”，载《人民法院报》2012年8月1日，第6版。

〔57〕 对于该条规定的法解释，存在着以下争议：首先，该条规定在《宪法》的第3章“国家机构”第7节“人民法院和人民检察院”中，而非在第2章“公民的基本权利和义务”中，这是否意味着获得辩护并非被告人的基本权利而仅是人民法院的司法原则？其次，根据本条的规定，享有获得辩护权的主体仅为“被告人”，它是否可以扩大解释为也包括侦查阶段和审查起诉阶段的犯罪嫌疑人？参见熊秋红：“刑事辩护的规范体系及其运行环境”，《政法论坛》2012年第5期。

此外,该条也明确了保障犯罪嫌疑人、被告人依法享有的辩护权,不仅是人民法院的义务,而且也是人民检察院和公安机关的义务。^{〔58〕}毫无疑问,无论是按照《宪法》,还是按照《刑事诉讼法》,辩护权都是犯罪嫌疑人、被告人的一项基本诉讼权利。这意味着,一旦面临刑事指控,其就取得了包括自我辩护在内的辩护资格,就可以对指控进行辩解、申辩和反驳,并可以提出证明自己无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见,以维护自己的合法权益。但是,进行辩解、申辩和反驳乃其权利,并非义务,其既可以行使,也可以放弃。换句话说,在接受侦查人员讯问时,其既可以选择进行辩解、申辩和反驳,也可以选择保持沉默。无论选择哪种方式,都是辩护权的应有之义。^{〔59〕}而且,沉默有时还属于“最好的辩护”。由于任何人不应因行使权利而遭受处罚的法律格言,法庭既不能因其沉默作出对其不利的推定,也不应将其沉默作为定罪后从重量刑的根据。

其实,从辩护权出发,不仅可以解释出沉默权,也可以解释出对质权。因为,面对刑事指控,犯罪嫌疑人、被告人及其辩护人既可以积极辩护,也可以进行消极辩护。所谓积极辩护,就是辩护方通过主动收集和调取有利于被告人的证据,来提出被追诉人无罪、罪轻或者减轻、免除刑事责任的证据和意见;而所谓消极辩护,则是辩护方在没有提交新证据的情况下,仅仅通过攻击、反驳控方证据漏洞的方式来削弱、动摇裁判者的内心确信,以获得无罪或罪轻的判决。在无罪推定以及举证责任的保护下,被告方进行辩护更为简单也更为有效的方法,不是构建自己的案件,而是破坏控方想要证明的案件,很多时候破(消极辩护)比立(积极辩护)还更重要。因此,对被告人而言,与不利于己的证人进行面对面对质的权利比传唤有利于己的证人并对其进行主询问从而引出有利事实的权利更为重要。^{〔60〕}尤其是在当下中国,辩护律师的调查取证还极为困难甚至构成律师执业过程中的“法律陷阱”,情况更是如此。^{〔61〕}所以,如果认同《宪法》规定的“被告人有权获得辩护”中的“辩护”不是“形式辩护”而是“有效辩护”,如果认同与不利于己的证人进行面对面的对质是实现辩护目的的重要手段,又如果认同被告人是“诉讼主体”并有权获得公正审判,就应该承认并切实保障被告人的对质权。既然对质权应被看作是辩护权的有机组成部分,那么从有效保障辩护权出发,当然应该保障被告人能够与不利于己的证人进行面对面的对质。可以说,能否与不利于己的证人进行面对面的对质,这直接关系到被告人能否获得“有效辩护”。新法之所以对辩护制度作了重大修改,尤其是明确侦查阶段律师的辩护人身份,从而使律师在侦查阶段取得调查取证权,并强调公安司法机关在批准逮捕、侦查终结、审查起诉、庭前会议等程序中对律师意见的听取,其目的不单是为了保障律师在刑事诉讼中的执业权利,更是为了让刑事辩护摆脱“形式辩护”并逐步走向“有效辩护”。另外,

〔58〕 同上注。

〔59〕 参见李奋飞:“翻供不应从严”,《财经》2013年第26期。

〔60〕 参见郭天武:“论我国刑事被告人的对质权”,《政治与法律》2010年第7期。

〔61〕 针对辩护律师的调查取证,中国法律已确立了自行调查和申请调查两种模式。前者属于不具有国家强制力的民间调查,在遭遇被调查者拒绝时常面临难以获得救济的问题。后者作为律师申请检察院或法院亲自调查的取证方式,在遭到法院或检察院拒绝时也会出现救济途径不畅通的问题。参见陈瑞华:“辩护律师调查取证的三种模式”,《法商研究》2014年第1期。

既然辩护权是被告人的宪法权利,那么如果证人审前向控方作出的不利于被告人的书面证言可以在未经其对质询问的情况下作为定案的根据,实际就是侵犯了其宪法权利。立法之所以强调“证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方质证并且查实以后,才能作为定案的根据”,之所以增设“证人、鉴定人、被害人作证安全保障”、“证人作证经济补偿”等制度,之所以要明确“证人应当出庭作证的情形”和规定“强制证人出庭制度”,目的就是为了让更多的证人向法庭作证,以摆脱“案卷笔录中心主义”的审判方式,解决中国刑事庭审的虚化问题并保障被告人的辩护权乃至公正审判权(1996年修正后的《刑事诉讼法》就已将“公正审判”等命题确立在条文之中)。毕竟,“对不利于己的证人进行交叉询问对于维护刑事司法制度的基本公平是至关重要的。”〔62〕

目前新法刚颁布实施不久,通过再次修法明确被告人的对质权短期内并不现实,从有效保障被告人宪法权利的角度而言,不应再把刑事诉讼法和司法解释规定的“质证”或“对质”理解为法官审查证据和认定案件事实的必要手段,而应将其理解为辩护方特别是被告人所享有的基本权利。既然“质证”或“对质”应理解为被告方的基本权利,那么如何质证和质证到什么程度,即是否让不利于己的证人出庭以及让哪个不利于己的证人出庭,更应由控辩双方尤其是被告人及其辩护律师来决定,而不应再赋予法官过大的自由裁量权。因此,新法第187条中的“人民法院认为证人有必要出庭作证的”与另外两个条件(“控辩双方对证人证言表示异议”和“该证人证言对案件定罪量刑有重大影响”)即使可以被解释为“并列关系”,也应对“有必要”作出合理解释。原则上讲,只要“控辩双方对证人证言表示异议”且“该证人证言对案件定罪量刑有重大影响”,法院就应“认为证人有必要出庭”。如法院认为虽具备前两个条件但证人仍没有必要出庭,应当提供令人信服的理由,以最大限度地保障作为被告人辩护权应有之义的对质权。

(三)为何应优先保护被告人的对质权

从目前的司法实践来看,法院显然将第188条第1款解释为“作证却免于强制出庭的权利”了。在有些案件中,亲属证人已在开庭前作出了对被告人不利的证言,该证言无疑对案件的定罪量刑具有重大影响,且被告方也多次提出异议,检法也都认为其有必要出庭作证,但却没有根据该条款强制其出庭作证,且采信了其审前的书面证言。这无疑是值得商榷的。因为检法为了保护亲属证人“作证却免于强制出庭的权利”,竟然无视“作证却免于强制出庭的权利”与被告人的对质权之间的冲突,并选择放弃了对被告人对质权的保护。受到立法者的有限理性、社会的变动性以及法律语言的模糊性等多重因素的影响,某些情形下权利的边界未被立法者清晰界定,并由此引发了法定权利之间的冲突。〔63〕权利冲突广泛地存在于刑事诉讼领域。这从根本上是因为刑事诉讼立法和刑事司法涉及到多个相互冲突的价值目标和利益诉求。例如,被告人的权利与被害人的权利往往存在着此消彼长的关系。对于事实上处于对立

〔62〕 转引自熊秋红:“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。

〔63〕 参见梁迎修:“权利冲突的司法化解”,《法学研究》2014年第2期。

地位的被害人和被告人来说,任何一方权利的扩张和行使可能就意味着另一方的义务和责任的增加。因此,无论是刑事立法,还是刑事司法,都必须对这些相互冲突的价值目标和利益诉求进行合理的权衡和取舍,并根据不同历史时期的现实需要进行适时、适当的调整。在刑事司法中,法官需要借助个案中的法益衡量来确定权利边界,进而化解权利冲突。拉伦茨指出:“对于法益衡量可以由前述裁判归纳出下述原则:首先取决于——依基本法的价值秩序——于此涉及的一种法益较他种法益是否有明显的价值优越性。……另一方面取决于:假使某种权利需让步时,其受害程度如何,最后尚需适用比例原则、最轻微伤害手段或尽可能微小限制的原则。”^{〔64〕}这意味着,法官在进行法益衡量时,可以参考权利位阶来作出判断。^{〔65〕}由于亲属证人“作证却免于强制出庭的权利”和被告人的对质权是两种位阶不同、主次有别的权利,也由于“尊重和保障人权”条款已载入新法中,刑事审判应当优先选择保护被告人的对质权。

首先,亲属证人“作证却免于强制出庭的权利”和被告人的对质权属于不同位阶上的权利。“在权利体系中,权利位阶的存在是个不争的事实。……属于不同位阶上的权利之间的冲突,其解决办法相对容易些,比如为《宪法》所规定的基本权利位阶应当优先于非基本权利,如果是这两类权利的冲突,就应优先配置基本权利”。^{〔66〕}前文已经指出,对质权是辩护权的应有之义和重要组成部分。而辩护权不仅在被告人的诉讼权利中处于核心地位,而且还是《宪法》明确规定的基本权利。因此,保障被告人的对质权,以保障其享有的辩护权,就不仅仅是对其诉讼权利的维护,也不仅仅是对特定法律价值的维护,更是对宪法权威和宪法性权利的维护。而第188条第1款的例外规定,即使被理解为亲属证人“作证却免于强制出庭的权利”,也只是刑法对亲属证人权利的保障。但是,由于亲属证人行使该权利时,法院不得强制其到庭作证,因而会限制乃至剥夺被告人的宪法性权利。为维护被告人的宪法权利,应考虑在其愿出庭作证的情况下将其审前书面证言排除在定案根据之外。

其次,亲属证人“作证却免于强制出庭的权利”和被告人的对质权属于两种主次有别的权利。不管是什么权利,本质上都是受法律保护的利益。无利益则无权利,利益的大小决定权利的轻重。“作证却免于强制出庭的权利”属于证人的权利,而证人仅仅是“其他诉讼参与人”,与案件的处理结果并无直接的利害关系。如前所述,亲属证人“作证却免于强制出庭的权利”根本维护不了立法者希望维护的家庭关系,最多只是让亲属证人摆脱了法庭上直接面对被告人的表面尴尬。而对质权则属于被告人的权利,被告人作为当事人要直接承受判决结果。何况,被告人的对质权还涉及到非常重要的利益,不仅有助于防止冤假错案,也有利于将无辜者被错误定罪的可能性降到最低。^{〔67〕}此外,对质权还有助于实现程序正义,维护公正审判,并增强裁判事实的可接受性。“裁判事实的可接受性是诉讼证明的核心问题,也是证据理论和证据规

〔64〕 拉伦茨,见前注〔13〕,页285。

〔65〕 梁迎修,见前注〔63〕。

〔66〕 刘佳:“权利冲突内涵的法理批判”,《社会科学辑刊》2010年第4期。

〔67〕 参见易延友:“保障‘眼球对眼球的权利’”,载《南方周末》2008年11月27日。

则所要解决的首要问题”。〔68〕面对上述两种相互冲突但却主次有别的权利,法官在适用第188条第1款时,只要运用利益衡量理论,就可以作出优先保护被告人对质权的选择。毕竟,在维护公正审判和消除亲属证人直面被告人的表面尴尬之间,最需要维护的还是公正审判的价值。

最后,在现代刑事诉讼中,最需要尊重和保障的是被告人的人权。长期以来,人们常常将保障人权广义地理解为:保护一般公民的合法权益,即通过惩罚犯罪来防止一般公民的利益受到犯罪的侵犯;保障无罪的人不受刑事追究;保障所有诉讼参与人,特别是被告人和被害人的诉讼权利得到充分行使;使有罪的人受到公正的惩罚。〔69〕但是,在刑事诉讼中,把保护一般公民的合法权益作为人权保障的首要组成部分,不仅模糊了保护多数人与保护少数人的区别,也冲淡了刑事诉讼人权保障的主题和重心。由于现代刑事司法制度建立在国家追诉主义的基础之上,如何通过刑事诉讼程序的合理设计和有效实施防范和约束强大的国家权力的滥用或异化,并确保处于绝对弱势地位的被追诉人拥有最基本的防御权,可以说至今也是包括中国在内的许多国家的刑事司法需要认真关注的课题。经过1996年和2012年两次《刑事诉讼法》修改,中国已在加强被追诉人权利保障方面取得了重大进展。尤其是新法还在第2条中增加规定“尊重和保障人权”,实现了从“人权入宪”到“人权入法”的突破,明显提升了保障人权在《刑事诉讼法》中的价值。〔70〕但是那些现代法治国家和国际人权公约普遍确立的诸多被追诉人的诉讼权利以及与之有关的诉讼原则都未能在新法中得到确立。即使是那些新法已经明确规定的与被追诉人权利保障有关的条款也没有得到很好的贯彻落实。因此,适当扩张和有效保障被追诉人的权利仍然是中国刑事司法迫切需要解决的问题。如果法院以保护亲属证人“作证却免于强制出庭的权利”为由直接剥夺被告人的对质权,似与“尊重和保障人权”的修法精神背道而驰。

其实,对于证人保护与被告人对质权的冲突问题,新法已在进行利益衡量后作出了选择,即不能因为保护证人的权利就直接剥夺被告人的对质权。根据新法第62条的规定,即使是对于危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪、毒品犯罪等案件,证人因在诉讼中作证,本人或者其近亲属的人身安全面临危险的,也并非可以免除出庭作证的义务,只是应当采取“不暴露外貌、真实声音等”方式出庭作证罢了。因此,第188条第1款只能被解释为是“免于强制作证的权利”,而不是“作证却免于强制出庭的权利”。如果亲属证人已在审前向控方作证,在其应该出庭而没有正当理由拒绝出庭的情况下,法庭固然不能强制其到庭作证,但应将其审前书面证词予以排除。如果法院以保护亲属证人“作证却免于强制出庭的权利”为由不强制其出庭但却采信其审前书面证言就会直接剥夺被告人的对质权,并最终会影响辩护的效果。对于此种“违反法律程序,影响公正审判”的行为,被告方有权通过第二审程序要求上级

〔68〕 易延友:“证据法学的理论基础——以裁判事实的可接受性为中心”,《法学研究》2004年第1期。

〔69〕 参见熊秋红:“修改刑事诉讼法应以保障人权为核心”,载《法制日报》2005年12月21日。

〔70〕 参见陈光中主编:《〈中华人民共和国刑事诉讼法〉修改条文释义与点评》,人民法院出版社2012年版,页15。

法院根据新法第 227 条第(三)项的规定作出第一审程序无效的宣告。只有这样,被告人的对质权才不至沦为“没有救济的权利”。

五、刑法教义学之倡导(代结语)

不少法律人已注意到,第 188 条第 1 款被法院解读为亲属证人“作证却免于强制出庭的权利”了。面对这样的结果,很多诉讼法学者恍然认识到,如果对该条款作这样的解读,那么规定该条款实在没有什么意义,因为其根本实现不了立法者追求的维护家庭关系的目的。但问题不仅在于没有意义,还在于会引发更为严重的问题,尤其是法院将以法律的名义直接剥夺被告人的对质权。于是,新法实施不久,就有学者呼吁对该条款进行修正,建议明确规定亲属拒证权。但是,如果我们真的希望维护法律的权威,那么这种建议并不可取。因为,法律权威的树立有赖于其稳定,最忌朝令夕改。而且,即使不断地修法也不可能解决所有问题。且不说立法者不可能预见到“潜藏于无尽多变的生活海洋中”的所有情况,即使能够预见也会出现法律语言不能充分表达立法意图的情况。“言不尽意是作者与作品关系中存在的普遍现象。”因此,面对不那么也不可能完美的法律,法律学者最需要做的不是评论,更不是嘲弄,而应该是解释。“解释者的任务是向我们说明他所认识到的法律实际上是什么。评论者的任务则是向我们评述法律应当是怎样的东西。”^{〔71〕}只有刑法成为法律学者解释的对象,其才能树立起“堂堂男儿的自信”并获得应有的尊重。那些动辄就批法乃至要修法的法律人实际并没有真把法律当回事。可是,如果法律人都不把法律当回事,又怎么能指望其他人把法律当回事呢?

长期以来,由于不少人将法教义学等同于注释法学并因而对其不屑一顾,也由于刑事程序法在实施过程中普遍存在着被规避和架空的问题,^{〔72〕}有些人据此认为法解释学研究没有多少实际意义,尤其由于价值研究的独尊以及方法论研究的缺失,刑事诉讼法学研究中的“立法中心主义”现象极为盛行,间接造就了中国刑事诉讼法学研究独具特色的“环中南海”现象。即诉讼法学者们的研究重心和学术旨趣不在于通过法律解释揭示规则的意涵,而是不断地促进规则的修订,刑事诉讼法学研究也因此异化为“刑事诉讼法修改研究”。^{〔73〕}这种以改进立法和改变规则为目的的研究,有时确实能够起到为人大立法建言献策的作用,对于提高立法质量可谓功不可没。不过,由于刑法修改涉及到诸多职能部门之间的权力配置,加上立法工作中长期存在着部门本位主义倾向,学者们提出的理论方案未必会得到立法机关的采纳,最终所立之法并非尽是良法。但是无论良与不良,法律总要适用。而法律的良与不良,是法律的改造问题,并不是法律的适用问题。^{〔74〕}随着中国特色社会主义法律体系的形成,以立法为中心的法治实践向以司法为中心的法治实践转变。相应地,也存在一个以立法为取向的法学知识向以

〔71〕 (英)边沁:《政府论》,转引自《西方法律思想史资料选编》,北京大学出版社 1983 年版,页 479。

〔72〕 参见陈瑞华:“刑事程序失灵问题的初步研究”,《中国法学》2007 年第 6 期。

〔73〕 参见万毅:“刑事诉讼法解释论”,《中国法学》2007 年第 3 期。

〔74〕 参见张明楷:“法律不是嘲笑的对象”,载《法制日报》2013 年 8 月 7 日,第 11 版。

司法为取向的法学知识的转型问题。^{〔75〕}“假使法学不想转变成一种或者以自然法,或者以历史哲学,或者以社会哲学为根据的社会理论,而想维持其法学的角色,它就必须假定现行法秩序大体看来是合理的。……它所关心的不仅是明确性及法的安定性,同时也致意于:在具体的细节上,以逐步进行的工作来实现‘更多的正义’。谁如果认为可以忽略这部分的工作,事实上他就不该与法学打交道。”^{〔76〕}

值得欣慰的是,法教义学方法在中国法学界已逐渐获得肯定。尤其是在实体法领域,法教义学方法得到了较为充分的应用。但是,在程序法领域特别是刑事诉讼法学领域,法教义学方法的运用还刚刚开始。例如,关于犯罪嫌疑人、被告人是否享有会见权的问题。尽管有学者已经认识到,将会见权定位为律师会见在押犯罪嫌疑人、被告人的权利存在多方面的局限性,会见权应当同时包括辩护律师会见在押嫌疑人、被告人与在押犯罪嫌疑人、被告人会见辩护律师这两项权利内容,但却主张增加在押犯罪嫌疑人、被告人要求会见辩护律师的内容。^{〔77〕}从法教义学的角度来看,既然我们承认犯罪嫌疑人、被告人依法有权获得辩护,既然我们承认其应获得的辩护应为“有效辩护”,那就意味着,法律并非只承认犯罪嫌疑人、被告人的“被动性辩护权”(即由辩护律师行使的辩护权)。相应地,作为辩护权的享有者,犯罪嫌疑人、被告人在会见辩护律师方面也并非只能处于消极等待和被动承受的地位。因为其如未被羁押,可以随时与辩护律师取得联系,从而实现会见辩护律师的目的。而如果其处于未决羁押状态,则可以将自己需要会见律师的要求通过看守所代为转达。此时承担着保障在押犯罪嫌疑人、被告人诉讼权利之职能的看守所接到在押人员的申请后则必须向其律师代为转达。^{〔78〕}辩护律师在得知犯罪嫌疑人、被告人提出会见自己的要求后,应尽快前往看守所与其会见。这样,在押犯罪嫌疑人、被告人就可以及时获得与辩护律师会见的机会。^{〔79〕}再如,关于犯罪嫌疑人、被告人是否拥有阅卷权的问题。新法实施后,关于犯罪嫌疑人、被告人是否已经拥有了阅卷权,也存在不同认识。这其实也是个法教义学的问题。如前所述,犯罪嫌疑人、被告人是辩护权的拥有者,除自己行使辩护权以外,还可以委托辩护人帮助自己行使辩护权。按照新法第38条的规定,辩护律师自人民检察院对案件审查起诉之日起,可以查阅、摘抄、复制本案的案卷材料。其他辩护人经人民法院、人民检察院许可,也可以查阅、摘抄、复制上述材料。既然辩护人都可以根据授权文件行使阅卷的权利,那么作为辩护权实际拥有者的犯罪嫌疑人、被告人又为何不能行使阅卷权呢?尤其是在刑事案件的律师辩护率不断下滑的司法背景下,犯罪嫌疑人、被告人的阅卷权能否得到切实保障,更是具有非常重要的现实意义。而且从新法第37条第4款的规

〔75〕 参见陈兴良:“刑法知识的教义学化”,《法学研究》2011年第6期。

〔76〕 拉伦兹,见前注〔13〕,页77。

〔77〕 参见陈瑞华:“论被告人的自主性辩护权——以‘被告人会见权’为切入的分析”,《法学家》2013年第6期。

〔78〕 有学者指出,虽然《看守所条例》中并没有明示,但实际上已经包含了保障在押人员诉讼权利的职能。顾永忠:“论看守所职能的重新定位——以新《刑事诉讼法》相关规定为分析背景”,《当代法学》2013年第4期。

〔79〕 陈瑞华,见前注〔77〕。

定来看,自案件移送审查起诉之日起,辩护律师就可以向犯罪嫌疑人、被告人核实有关证据。法律既然允许辩护律师向犯罪嫌疑人、被告人核实证据,就必然意味着律师可以携带其从检法部门那里复印的部分或者全部案卷材料进入看守所。因为该法所规定的“有关证据”,只能由辩护律师作出判断,并确定其范围。至于辩护律师是通过口头告知的方式,还是让犯罪嫌疑人、被告人查阅的方式来“核实有关证据”,这也是由律师自行掌控的事项,无论是看守所还是办案人员也都无法干预。^{〔80〕}这就是说,犯罪嫌疑人、被告人阅卷权的实现,同样不再是立法问题,而只是解释问题。虽然解释只是“再现了使这个言说得以存在的那个意图的客体”,^{〔81〕}但却有助于司法实践中不少争议问题的解决。也正因为如此,本文才希望借助对第 188 条第 1 款的分析倡导刑法研习中的法教义学。^{〔82〕}有了成熟的法解释技术,诉讼法学者就不会再轻易抱怨刑事诉讼程序过于粗疏,因为这些问题大多是可以解释得以解决的。甚至,即使是表面上的恶法,只要能进行正确解释,依然能够取得好的裁判结果。^{〔83〕}

Abstract: Most lawyers hold that paragraph 1 of article 188 should be construed as that witnesses, who are relatives of the defendant, should “testify, yet being exempted from the obligation to be forced to appear in court.” Based on the position and method of legal dogmatics, this article, stemming from the two different interpretations of first paragraph of article 188 of “a right being exempted from the obligation to testify” and “testify but have the right of being exempted from the obligation to appear in court”, this demonstrates that the latter interpretation “testify but have the right of being exempted from the obligation to appear in court” not only fails to achieve the purpose of legislation, but also directly deprive the defendant of the confrontation right which is the natural part of his right to defend. Therefore, if the defendant’s spouse, parents, children did not testify at trial, the court must not compel them to appear in court to testify. If they had testified at a pretrial hearing, but refused to testify in court without justification upon notice, although the court should not force them to testify, yet it should rule out their written pretrial testimony.

Key Words: Criminal Procedural Law; Paragraph 1 of Article 188; Teleological Interpretation; Relatives of the Defendant as Witnesses; the Confrontation Right

(责任编辑:傅郁林)

〔80〕 参见陈瑞华:“论被告人的阅卷权”,《当代法学》2013 年第 3 期。

〔81〕 (美)安德雷·马默主编:《法律与解释:法哲学论文集》,张卓明、徐宗立等译,法律出版社 2006 年版,页 8。

〔82〕 参见吉冠浩:“刑法研习中法教义学之提倡——以《相对合理主义》为切入”,《中国刑事法杂志》2013 年第 6 期。

〔83〕 纵博:“‘后修法时代’的刑事诉讼法律方法研究引论”,《中国刑事法杂志》2011 年第 12 期。