



南岭法学学术文库

周成泓/著

民事证人调查研究



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



南岭法学学术文库

周成泓/著

民事证人调查研究



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民事证人调查研究 / 周成泓著. —北京: 法律出版社, 2012. 6

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3720 - 2

I. ①民… II. ①周… III. ①民事诉讼—证人—研究
IV. ①D915.213

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 152813 号

民事证人调查研究

周成泓 著

责任编辑 董 飞

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 8.25 字数 215 千

版本 2012 年 6 月第 1 版

印次 2012 年 6 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京中科印刷有限公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 3720 - 2

定价:30.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

导论 / 1

一、论题的意义 / 2

二、域内外研究现状 / 5

（一）域外研究现状 / 5

（二）域内研究现状 / 7

三、“证据”和“证据调查”界说 / 12

（一）“证据”界说 / 12

（二）“证据调查”界说 / 15

四、本书的立场、研究目标及研究方法 / 19

第一章 证人资格 / 22

一、两大法系的证人资格 / 23

（一）英美法系的证人资格 / 23

（二）大陆法系的证人资格 / 26

二、我国的证人资格 / 30

（一）我国历史上的证人资格 / 30

（二）我国现行立法关于证人资格的规定 / 33

（三）我国现行证人资格制度存在的主要问题 / 35

三、几类特殊证人的证人资格 / 36

(一) 儿童的证人资格 / 36

(二) 司法工作人员和律师的证人资格 / 40

(三) 利害关系人的证人资格 / 45

四、职业目击证人 / 49

五、我国证人资格制度的完善 / 52

六、证人证言的含义 / 53

(一) 证人证言的概念 / 53

(二) 证人证言的特点 / 55

第二章 民事诉讼证人证言的一般调查方法 / 58

一、证据调查的一般理论 / 58

(一) 两大法系的证据调查模式 / 58

(二) 我国现行的证据调查模式 / 61

二、证人询问的申请 / 63

(一) 证人的申请及其决定 / 64

(二) 立证计划协议 / 70

三、证人的出庭 / 72

(一) 证人出庭作证的必要性 / 72

(二) 证人出庭作证的例外 / 74

(三) 证人出庭程序 / 76

四、两大法系的证人询问制度 / 84

(一) 英美法系的证人询问制度 / 84

(二) 大陆法系的证人询问制度 / 95

(三) 证人的对质 / 97

(四) 两大法系证人询问制度的比较 / 99

五、我国现行的证人询问制度 / 101

(一) 我国现行的证人询问制度及其缺陷 / 101

(二) 我国现行证人询问制度的完善 / 108

六、证人调查制度的保障之一: 证人出庭的确保 / 122

(一)我国民事诉讼中证人出庭率的现状及其原因 / 122

(二)如何确保证人出庭 / 127

七、证人调查制度的保障之二:证据庭前开示制度 / 143

(一)证据庭前开示制度的一般理论 / 143

(二)我国现行证据交换制度及其评价 / 145

(三)我国证人证言庭前开示制度的完善 / 147

第三章 民事证人的特殊调查方法 / 152

一、秘密作证 / 153

二、通过双向视听传输技术作证 / 154

(一)电视会议作证 / 156

(二)电话会议作证 / 159

(三)通过互联网作证 / 161

三、书面询问 / 163

(一)书面询问的条件 / 164

(二)书面询问的程序 / 166

四、受命法官或受托法官对证人的调查 / 168

(一)适用条件 / 169

(二)调查程序 / 171

五、证人证言的保全 / 173

(一)证据保全的概念、性质和意义 / 174

(二)证据保全的范围与要件 / 176

(三)证据保全的程序 / 178

(四)证据保全的效力 / 185

(五)证据保全的费用 / 185

六、证人的嘱托调查 / 186

第四章 民事证人证言的认证 / 189

一、认证的一般原理 / 189

4 民事证人调查研究

二、证人证言的证据能力和证明力 / 192

三、证人证言的关联性 / 195

(一) 偏见、误导和浪费时间 / 196

(二) 品格证据和习惯证据 / 197

(三) 特定诉讼行为与事项的关联性 / 202

四、证人的偏见和具体矛盾 / 205

(一) 证人的偏见 / 205

(二) 具体矛盾 / 206

五、证人证言的合法性 / 208

(一) 非法证据排除规则 / 208

(二) 意见证据规则 / 210

(三) 传闻证据规则 / 213

(四) 我国民事诉讼中书面证言的运用 / 215

六、证人证言证明力的认定 / 218

(一) 自由心证原则 / 218

(二) 判断证人证言真实性的标准 / 220

(三) 证人证言的补强规则 / 221

(四) 判断证人证言真实性的优先证据规则 / 224

(五) 排除不具有真实性的证人证言 / 226

附录 I 民事证人调查制度调查问卷及统计表 / 228

附录 II 民事证人出庭作证案例 / 232

参考文献 / 241

导 论

证人证言大概可谓最为古老、同时也是最为复杂的证据种类,但由于学理研究的不够深入、系统与相关立法的不尽完善、科学,在司法实践中,该证据的运用存在诸多问题,主要表现在:(1)证人出庭作证率低,书面证言使用普遍。虽然我国民事诉讼法要求证人原则上应当出庭作证,但司法中的现实情况与此大相径庭。根据目前的司法统计、学者的调查以及笔者的调查,目前我国民事诉讼中证人出庭率相当低。(2)证人伪证现象较为普遍。由于我国法律对民事伪证没有规定有效的处罚措施,加之司法实务中对伪证很少处罚,一般只是批评教育了事,导致伪证现象屡见不鲜。(3)证言在诉讼中发挥的作用不大。通过调查,有学者发现,证人证言极少成为案卷里唯一的证据种类,绝大多数情况下总是与其他种类的证据(尤其是书证)一起出现,并且一般只是起着印证其他证据的作用,证人证言被法官采信的比例及采信的程度远不及物证、鉴定结论等证据种类。(4)证人的权利得不到应有的保

障。我国现行民事诉讼立法没有赋予证人一定条件下的免证权,而是一律要求证人如实作证,这样就将证人置于法律与道德的两难境地。另外,对证人的经济补偿,立法规定也是过于原则,难收实效。再次,对证人的安全保障没有给予充分的重视,致使一些证人因为害怕打击报复而不敢作证。

民事审判方式改革的重要内容之一就是强化庭审功能,而强化庭审功能的一个重要方面是加强当事人双方的对抗,这就要求所有证据材料包括证人证言都应当在开庭时出示,并经双方当事人质证,否则不得作为定案的根据。但证人不出庭致使大量的书面证言充斥法庭,使诉辩双方的质证难以展开,这既未能保障当事人质证权的充分行使,也影响了法院对事实的认定,对诉讼公正和诉讼效率的实现都产生了不良影响。因此,改革和完善我国的民事证人制度成为一项具有紧迫性和现实性的重大课题。此外,现行民事诉讼法典的修订工作正在如火如荼地进行,要使修改后的民事诉讼法典更具科学性、可行性和前瞻性,必然要求诉讼理念的更新和诉讼制度、证据制度的改革深化,这也要求对证人制度进行深入研究和制度创新。由于证人制度的涉及面十分广泛,也鉴于相关研究已经甚是丰富,笔者在本书中仅选取证人制度的核心——证据调查制度作为本书的论题,这正是我国目前研究得还不够充分的领域。

一、论题的意义

我国民事诉讼体制的改革从根本上讲就是实现从职权主义模式向当事人主义模式的转换。始于20世纪80年代末期的审判方式改革将强化当事人举证责任、强化庭审功能作为改革的突破口,这一突破口的选择可谓切中要害。^{〔1〕}强化当事人举证责任就是改变过去法院大包大揽的做法,将收集、提出证据、主张事实以及因证据不足而败诉的风

〔1〕“强化当事人举证责任”最初的动机只是为了解决法院、法官的工作压力,减轻法院积案过多的实际问题,但在客观效果上它引领了整个民事审判方式改革。

险转由当事人负担。而强化庭审功能更是直接要求重新分配法院与当事人的权责,使庭审真正成为裁判的决定场所。法院居中裁判、当事人平等对抗的等腰三角形是法庭审判的经典描绘,它要求当事人双方“有证举在法庭,有理说在法庭”,原则上,凡是没有在法庭上出示、没有经过双方质证辩论的证据,一律不得作为法院裁判的资料。作为七种法定证据之重要一种的证人证言,围绕着其取证、质证和审查认证而进行的法院和当事人的诉讼行为和诉讼过程自然也就成为转换诉讼模式的重要一环和重要课题。

证人的调查与民事诉讼的各项原则都有着或远或近,或直接或间接的联系,但与直接言词、集中审理和公开审理三项诉讼原则联系较为密切。要使证人的调查顺利进行,证人原则上必须出庭,当事人和法官对证人进行询问、证人进行陈述、当事人对证言的质证都必须当庭在法官面前进行。这与直接言词原则的要求是一致的。虽然我国《民事诉讼法》的某些条文体现了直接言词原则的精神,^{〔1〕}但总体而言,该原则在我国仍没有正式确立,而要求证人出庭作证,是确立直接言词原则的关键。

集中审理又称不间断审理,是指法官在处理案件时,应当持续地、集中地进行言词辩论,待该案审结后再审理其他案件的一种方式。^{〔2〕}从我国现行民事诉讼立法的规定来看,我国采取的是间断审理原则,准备程序与开庭审理界限不清,审前程序的功能未得到充分发挥,使得庭审审理的效果不够理想。^{〔3〕}另外,在间断审理原则下,法官同时处理几个案件,在案件较少时问题还不突出,但在案件较多时,问题就凸显

〔1〕 如我国《民事诉讼法》第66条规定:证据应当在法庭上出示,并由当事人互相质证。第70条规定:凡是知道案件情况的单位和个人,都有义务出庭作证。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》的一些条款亦体现了直接言词原则的要求,如第47、50、51、52、54、55、56、57、58、59、60条。

〔2〕 〔日〕三ヶ月章:《日本民事诉讼法》,汪一凡译,台湾五南图书出版公司1997年版,第395页。

〔3〕 常怡主编:《比较民事诉讼法》,中国政法大学出版社2002年版,第320页。

出来:由于案件较多导致同一案件两次开庭相隔时间较长,相关人员对庭审信息的记忆已经模糊,法官不得不重复进行以前做过的诉讼行为,并且法官往往倾向于法庭笔录形成的主张或证据,这与直接言词原则的要求相去甚远。对证人调查制度进行研究和做相关制度设计,有助于进一步认识集中审理原则的特征与重大意义,对尽早确立该原则大有裨益。

公开审理原则与直接言词原则有着天然的联系。包括证人证言在内的所有证据和主张均应以直接言词方式提出、质证或辩论,这为当事人和社会公众全面了解审判过程创造了条件,有利于实现审判公正。所以,改革和完善证人证言调查制度也有利于公开审理原则的具体落实。

诉讼公正和诉讼效率是人民法院司法工作追求的目标,民事诉讼的每一项具体制度都应该有助于实现这一目标,证人调查制度自然如此。在当事人主义诉讼模式下,当事人应当积极收集对己方有力的证人证言,在法庭调查中,当事人应当以言词方式对证人证言进行充分、有效地辩驳、质证,法官应当根据当事人的辩论过程和辩论结果对案情进行判断。藉此,当事人获得了充分参与诉讼的机会,其诉讼权利得到了充分保障,再加上法官公正地行使审判权,则诉讼公正可望得以实现。衡量诉讼制度是否富有效率,一看诉讼所耗费的人力、物力和财力,二看诉讼所花费的时间。现代诉讼制度要求证人原则上应当出庭作证,以言词的方式“面对面”地陈述案情,当事人对之可以当庭进行辩论、质证,法官可以当庭听取证人陈述和当事人的辩论、质证,这样就能够最大限度地实现当庭审查认证,^[1]从而减少诉讼所花时间和所占用的资源,十分有益于诉讼效率的提高。

[1] 我国有一位学者型法官高度评价当庭宣判。由于能否实现当庭宣判,主要是看能否做到当庭认证。因此,笔者以为该学者自然也是在高度评价当庭认证。笔者较为赞同其观点。参见景汉朝:《中国司法改革策论》,中国检察出版社2002年版,第176页以下。

二、域内外^[1]研究现状

(一)域外研究现状

英美法系的证据法体系是在司法实践中不断发展起来的,^[2]其证据法学十分庞杂,而理论体系并不是十分严整。“可采性”是贯穿英美证据法的一条“金线”,相应地,可采性规则是英美证据规则体系的核心。由于英美采证人中心主义,因此,证人证言的作用十分重要。就其调查而言,一般采交叉询问方式,由当事人对证人进行询问。为保证证人陈述的真实性,英美法系通过一系列证据规则,如证人适格规则、证人弹劾规则、传闻证据规则、意见证据规则、品格证据规则、非法证据排除规则以及类似事实规则等对证人的调查进行规制。同时,为保证庭审调查的顺利进行,英美一般设置有庭前程序,其重要任务之一是开示证据。再则,出于矫正对抗制的弊端,近年来,英美国家普遍加强了法官对庭审程序的管理权,表现在证人询问上,就是法官可以决定询问顺序,指挥、监督询问程序,制止不当询问。此外,为了平衡证人的权利义务,英美法还对证人的权利作了详尽的规定,如安全受保护权、经济补偿权,尤其是免证权(英美称“特权”)。至于证言的评估,由陪审团或职业法官进行,采用陪审团时,法官可以对其进行指示,陪审团就事实的裁判无须说明理由。学者们的研究正是围绕着以上内容进行。总体而言,有关证人证言调查的研究成果非常丰富,研究也相当深入、细致,^[3]现在研究多是从保障人权的角度,围绕具体案例中出现的问

[1] 此处的“域内”指我国大陆地区,“域外”则指我国大陆以外的地区。作这种划分主要是考虑到,虽然港、澳、台在主权上属于我国,但是其法律体系与大陆地区存在较大差别,而是可以分别归入英美法系和大陆法系。

[2] 如美国联邦证据法自1974年生效以来,至今已积累了近50,000个判例。除此以外,还有浩如烟海的1974年以前的联邦法院判例和各州的判例。参见田中和夫『証拠法の基礎理論』[1953],日本評論新社,頁23。

[3] 这方面较为突出的是美国学者威格摩尔所著《普通法审判中的英美证据法专论》、麦考密克所著《麦考密克论证据》、乔恩·R. 华尔兹所著《刑事证据大全》等等。

题而对相关规则进行检讨。^{〔1〕}当然,也有一些通过比较研究等方法就证据法学的基础理论进行反思的论著。^{〔2〕}近年来还出现了一些从经济学角度对证据问题,包括对证人证言调查进行研究的论著。^{〔3〕}

就大陆法系来说,与英美的可采性相对,证据能力是大陆法系证据规则体系的核心。不过,大陆法系的证据学理论并不像英美法那样体系庞杂,而是与程序法“难分难舍”,证据在诉讼中的运用虽然有不少规则可以依凭,但是更多的是付诸法官的自由裁量,对法官的制约也不像英美法系那样依靠严密的程序,而是诉诸等级官僚体系的责任制。^{〔4〕}就证人证言的调查而言,首先是证据能力问题。与英美法系设置众多的排除规则不同,在大陆法系,证言是否具有证据能力,主要由法官自由裁量,应当考虑的因素主要有:证人资格,只有具有证人资格之人所作证言才可能具有证据能力;是否遵循了直接言词原则,一般而言,证人必须在公开的法庭上以言词方式提供证言,否则不能进入诉讼;证言收集程序是否合法,非法证据可能被排除;此外,社会政策,如免证权也可能影响到证据能力。证言的法庭调查,大陆法系一般采用职权审问制,即使已经引入交叉询问制度的国家,其证言调查的职权色彩也仍然难以退去。与英美法系一样,大陆法系国家对证言证明力的评估亦采自由心证主义,但由于大陆法系的证据规则较少,对法官自由心证的控制主要依赖于公开原则、直接言词原则和辩论主义以及法官

〔1〕 如 Richard D. Friedman, *Confrontation: The Search for Basic Principles*, 86 *Geo. L. J.* 1011, (1998). Frank R. Herrmann, *The Establishment of a Rule Against Hearsay in Romano - Canonical Procedure*, 36 *Va. J. Int'l L.* 2. (1995). Stephan Landsman, *The Rise of the Contentious Spirit: Adversary Procedure in Eighteenth Century England*, 75 *Cornell L. Rev.* 497, (1990).

〔2〕 其典型者如美国学者米尔建·R. 达马斯卡所著《漂移的证据法》,英国学者詹妮·麦克埃文所著《现代证据法与对抗式程序》等。

〔3〕 这方面的代表作是美国学者理查德·A·波斯纳所著《证据法的经济分析》。

〔4〕 这方面的精彩分析可以参见[美]米尔建·R. 达马斯卡所著的《司法和国家权力的多种面孔》。

的说理义务等职业责任和道德。一般而言,大陆法系没有专门、系统的证据法学论著,但这并不代表大陆法系没有系统的证据学理论,只是不如英美法系那样突出罢了。大陆法系关于证人证言调查的研究,主要的理论脉络和观点如上。整体而言,研究已经超越了理念价值层面,而是深入到具体而微的制度层面,也有一些论著通过对两大法系证人制度的历史考察和比较分析,意图探析二者的异同乃至未来的发展趋势。^{〔1〕}与大陆法系的司法改革相匹配,关于证人调查近来研究较多的是调查的进一步充实和合理化,如为避免诉讼拖延提高诉讼效率而强调集中调查,以及如何应对现代科技带来的变化。

(二)域内研究现状

证据法学在我国,尤其是新中国的历史较为短暂。因此,与两大法系国家相比,研究水平还相去甚远。目前,我国证据法学正逐渐摆脱程序法和证据学的传统窠臼,开始迈向独立,^{〔2〕}由此也展开了对证据法学理论基础的深入思考和研究。传统上,我国只将证人证言视作为一种普通的证据种类,并且司法实务对其作用并不十分重视,证人证言在实践中也多以书面形式出现。随着司法改革进程的深入,自21世纪初学界和实务界开始较多地关注证人出庭问题,并赋予了证人出庭很高的地位,称证人不出庭作证是审判方式改革的瓶颈,其原因在于这是贯彻直接言词原则、保障当事人对质权的需要。由此,相关的研究成果也层出不穷,证人制度俨然已经成为当今诉讼法学和证据法学的一大热点。但自大概2008年开始,法律界对证人制度的关注度开始下降,然而证人出庭难的问题并未真正解决。大体而言,我国关于证人证言调查制度的研究可以分为以下几个方面:

〔1〕 如 zu Münster, *Der Zeugenbeweis im Zivilprozeß in common law und dem deutschen Recht*, 2000.

〔2〕 这方面的研究成果较典型者有易延友:“证据学是一门法学吗”,载《政法论坛》2005年第3期;陈瑞华:“从证据学走向证据法学”,载《法商研究》2006年第3期;吴丹红:“面对中国的证据法学——兼评易延友《证据学是一门法学吗》”,载《政法论坛》2006年第2期。

1. 相关的价值和理念

由于证人是否出庭被视为我国审判方式改革的瓶颈,因此,证人制度所承载的价值也较为凸显。一般认为,证人出庭作证有利于直接言词原则、审判公开原则、辩论主义等的贯彻,有利于实现诉讼公正和诉讼效率。近来,还有学者从保障当事人辩论权利的角度对证人出庭制度进行研究。^{〔1〕}

2. 证人调查制度的比较研究

虽然目前我国学界对国外证人调查制度的研究早已开始,但受制于基本概念和制度理解方面的偏差,研究并没有全面展开,基本还停留在简单介绍的水平,这种状况至今未有大的改观。就证人调查制度所作的比较研究,其中最为突出者大概要算对英美法系交叉询问制度的研析,很多学者主张引进英美法系的交叉询问制度以改造我国职权色彩浓厚的法官直询制。不过,相关研究并不深入,多是先数落我国职权主义的不是,接着将交叉询问制度的优点赞叹一番,然后就主张引进该项制度。这在研究的初级阶段是难以避免的,并且浅层次的研究总会逐步将研究引向深入。近来,有学者对英美的对抗制从精神到基本构造,再到程序和技术方法做了较为全面的阐释,在此基础上对对抗制与我国庭审方式的兼容性进行了系统论证。该书对深化人们对程序法与证据法的认识起到了积极的促进作用。^{〔2〕}不过,该书的分析不够深刻,仍流于“三段论”,没有从更高的角度,也没有自证据在诉讼如何展开这一动态过程来研究这一问题。值得一提的是,近年来,我国一位曾留学大陆法系国家的学者在其专著中对大陆法系的证据(法)学的基本原理做了系统介绍,该书有介绍,有比较,也有分析,是目前国内一本难得的了解大陆法系证据(法)学理论的书籍。但限于篇幅,该书只对

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

〔2〕 张建伟:《司法竞技主义》,北京大学出版社2005年版。

大陆法系证据(法)学的基本理论和大致框架做了译介和研习。^{〔1〕}

3. 我国证人调查制度的实证研究

总体而言,实证研究近年来才在我国大陆兴起,这一研究范式的转变对法学研究的深入有着积极的意义。就证人调查制度来说,实证研究主要集中在证人的出庭率。^{〔2〕}但近来出现了一些内容更为丰富、分析也更为深刻的实证研究,如清华大学王亚新教授等人就民事诉讼中证人出庭所作的调研,不但在调查的项目上较为丰富,包括了证人出庭作证比率、证言的出现率及其在不同类型案件中的分布、证言在司法中得到采信的比例、不同时期证人出庭率的对比、证人出庭的动员、证人出庭的通知等项目;而且,在所取得的调查数据的基础上,该学者就此进行了深入分析,他认为证人出庭作证在具体层面折射了我国当代社会转型期法制发展与社会变迁之间种种复杂作用的所谓“法与社会”的关系问题,期望通过对证人出庭的研究,打破程序法解释学与法社会学之间的学科壁垒,从而不但深化人们对证人出庭的认识,并为相关的解释论和立法论提供议论素材。^{〔3〕}此外,有学者就刑事诉讼中证人出庭作证程序进行了调研,虽然该调查针对的是刑事诉讼,但由于民事诉讼与刑事诉讼具有不少共性,其调研方法和研究结论可以视为丰富了对包括民事诉讼在内的证人出庭作证制度的研究。^{〔4〕}

〔1〕 陈浩然:《证据学原理》,华东理工大学出版社2002年版。

〔2〕 如马克辉:“现行证人出庭作证制度的缺陷与立法完善”,储武岳:“试论证人作证难及其对策”,均载王利明等主编:《中国民事证据的立法研究与应用》,人民法院出版社2000年版。

〔3〕 王亚新:“民事诉讼中的证人出庭作证”,载《中外法学》2005年第2期。

〔4〕 该调查采用的是试点方式,调研项目涉及案件的筛选、试点案件结构、证人出庭结构、未到庭证人对未到庭原因的解释以及其对待出庭作证应满足条件的态度、证人通知主体与证人到庭情况、证人通知方式与证人到庭情况、证人出庭动员方式与证人到庭情况、诉讼各方主体询问方式的构成、证人作证的实践区域、个案证人作证时间与庭审时间比例分布情况、各方主体询问/证人答问时间的比较、法官询问方式的构成、试点案件中证言采信情况与实际审判结果的比较。在此基础上,该学者对调查数据做了深刻、细致的分析,所得出的结论具有相当的科学性和合理性,对今后的同类研究以及司法具有重要的参考价值。参见左卫民:“刑事证人出庭作证程序:实证研究与理论阐释”,载《中外法学》2005年第6期。

此外,现在还有一些学者尝试着从经济学的角度对证人制度进行研究。如北京理工大学的徐昕教授在实证调查的基础上,运用经济学中的成本—收益分析理论对证人为什么不出庭作证以及作伪证行为进行了深刻剖析,运用博弈论对法官采信证言的机制做了富有启发意义的分析。^{〔1〕}在这方面,另有学者自资源的稀缺性和证言搜寻的有限理性对证言的价值和取得成本做了饶有趣味的分析,从人性假设和证人作证的利益驱动机制出发,对证人作证行为做了符合事理的解释,还利用新制度经济学的制度变迁理论就现行证人制度运行的不顺畅做了尝试性的解读。^{〔2〕}这些有别于传统分析路径的研究方法令人耳目一新,引导人们对证人制度进行多角度的观察,从而深化认识。另有学者从心理科学的角度对证人资格、证人的调查和审查做了颇有意义的研究。^{〔3〕}

4. 改革和完善建议

通过上述分析,学者们一般都提出了自己对完善证人制度的看法。就证人证言的调查而言,这些改革和完善的建议主要有:(1)完善证人资格制度,采取更为宽松灵活的原则确定证人资格,以尽量扩大证人范围。(2)确立直接言词原则,为要求证人出庭作证奠定基础。(3)完善证人的权利义务,一是充分保证证人的权利,如设立证人的受安全保护权、经济补偿权、免证权等项权利,同时强化出庭作证强制措施,设置证人的宣誓义务,强化证人的如实陈述义务,设置和强化拒证、伪证处罚措施等,从激励和惩罚两个角度解决证人不出庭作证问题。(4)引进交叉询问制度,以增进证言调查的民主性和公开性。(5)确立传闻证

〔1〕 徐昕:“为什么法官不相信证人 证人在转型中国司法过程中的作用”,载《中外法学》2006年第3期。

〔2〕 何家弘主编:《证人制度研究》,法律出版社2004年版,第19~27页。

〔3〕 如刘志宏、刘林:“证人证言可靠性的心理学研究”,载《中国人民公安大学学报》(社会科学版)2011年第6期;杨伟伟、罗大华:“国外心理学关于证人证言的研究及其启示”,载《证据科学》2007年第21期。