

# 论证人证言的诉讼形成

王 伟

(四川外语学院 国际法商学院,重庆 400031)

**摘要:**证人证言制度的设计目的在于通过证人提供的证言最大限度地揭示过去发生的事实真相,从而明晰当事人的权利义务,使法官能公正裁判。但中国无论立法规定或司法操作均将关注的中心集中在证人作证后对其证言内容的判断上,忽视了证人作证形式对实现证人证言制度目的的重要意义。文章用认识论与心理学相关理论阐释证人作证形式对法官正确心证形成的重要性,并试图提出相关的制度构建。

**关键词:**证人证言;作证形式;制度构建

中图分类号:D915.1 文献标志码:A 文章编号:1008-5831(2008)02-0096-04

中国民事诉讼法第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。有关单位的负责人应当支持证人作证。证人确有困难不能出庭的,经人民法院许可,可以提交书面证言。”从该规定字面看,中国的法律也确立了证人应当出庭作证,并将其作为证人义务看待。但在司法实务中,该法律并没有得到真正的施行。由于书中规定“证人确有困难不能出庭的”可以提交书面证言,“在诉讼实践中证人总会找到合适的‘理由’强调自己‘确有困难’而不出庭作证,再加上法律允许以书面证词取而代之,所以常常是由当事人或律师将证人证言提交法庭”。

由上可知,中国立法与司法实践对证人作证形式的要求并不严格。而法官在对证人证言认证时也没有对出庭口头作证形成的证言与证人庭外制作而由当事人或其诉讼代理人提交的书面证言之证明作出区别,因此造成多数法官与当事人认为这两种作证形式并不影响证言的证明力的普遍观点。笔者研究后认为,这两种作证形式是如此地不同,以至于如果不作区分,将直接使中国证据制度设计中通过证人证言揭示过去发生事实的证人证言制度目的落空。

## 一、书面证言形式的批判

在笔者看来,将书面证言与口头证言二者混同或效力上视为同一的法律规定和司法实务操作有两个假设的理论作为其合理性前提。

### (一)书面证言与口头证言

人类书面语言与口头表达语言的沟通不存在任何意思传递上的阻滞与障碍,也就是说,对于语言表达的对方来说,书面语言与口头表达语言提供给他的信息量是一样的。而从语言学角度看,这种观点无疑是非常荒谬的。语言学证明:“口语表达是以有声语言为主要表现手段,通过对声音各要素的使用提高口语表达效果。口语表达是一个综合性极强的表达方式,它不仅涉及到有声语言的各种技巧的使用,还涉及到一些非有声语言因素的使用。”

在语言学家眼里,通过口头表达进行交流的行为状态中,至少以下的非语言因素同样为受体传递着信息。

收稿日期:2008-02-25

基金项目:重庆市高等教育教学改革研究项目“外语院校法学人才培养模式与实践”(0631004)

作者简介:王伟(1975-),男,山西长治人,四川外语学院国际法商学院讲师,西南政法大学民事诉讼法  
博士研究生,主要从事诉讼法研究。

欢迎访问重庆大学期刊网 <http://qks.cqu.edu.cn>

第一,眼光。俗话说,眼睛是心灵的窗户。语言学实验表明:“传达到人大脑中的信息 87% 都是通过眼睛获得的,耳朵只占 9%,其他占 4%。”美国学者亚兰·皮兹研究认为:“眼睛是人与人沟通中最清楚、最正确的信号,因为它是人们身上的焦点。而且,瞳孔是人们不能自主控制的,在光亮的情况下,瞳孔的放大和收缩表示一个人的态度和心情。”通常证人在口头作证过程中,能够通过眼光给法官传递信息的方式有:目光注视时间、目光注视区域、特定情况下闭眼以及眼光的游移等。这些眼光的表现均可以使法官依照经验法则对证人证言的证明力作出递增或递减的内心理反映,而这些信息在书面证言中无法获得。

第二,动作。在证人作证过程中,语言表达的同时总会伴随一定的动作,包括头部动作与手势。头部动作主要是人的面部表情。众所周知,除非发生病理性改变比如面瘫,人的面部表情会随着人是否撒谎出现一些变化。早在西周时期,法官审理案件所用的“五听”中就有“不直则恬然”的观点。《晋书·刑法志》也有记载:“情者,心神之使。心感则情动于中,而形于言,畅于四肢,发于事业。是故奸人心愧而面赤,内怖而色夺……”因此,根据证人面部表情在作证时的变化,可以结合证言判断其证言的证明力。除了面部表情外,证人的手势也会给法官传递相当的信息,其表现形式也多样。从语言学角度看,手势可以分为掩饰型、封闭型、指责支配型、厌倦型、评估型等。这些手势所传达的信息,同样可以使法官通过经验法则对其进行判断,进而决定证人证言的证明力的大小。

而书面语言是一种更高级的语言形式,其与口头语言相比至少在两个地方可以影响法官对证言证明力的判断。

第一,书面语言是一种系统学习后形成的语言体系,这种语言体系的基础有两个:一是日常生活经验;二是学习后形成的书面表达经验。人在日常经验相同的基础上由于学习能力、学习条件的差异所形成的书面表达经验会有所不同。因此书面语言比口头语言具有更强的个人特性与主观意志性。书面语言所提供的信息与口头语言相比,更具主观性。从证据学角度看,书面证言反映的事实距离比口头证言反映的事实距离更远。这无疑为法官判断书面证言的证明力设置了障碍。

第二,从常识判断,证人在用文字表述书面语言的时候,绝不会把自己写作时的神情、动作等表现于文字性描写,这无疑阻滞了法官对证言可靠性、真实性的判断,有形成心证的可能性。同时,缺失对证人写作时非语言因素情况的知晓,法官作为普通人,难免会对证人作证的非语言因素通过自己的主观想象进行臆造,这无疑使法官的心证对象扩大到自己的想象与臆造之上,心证判断的错误性难免增加。俗语说的“一千个人看《红楼梦》,就会有一千个红学家”,就是这个道理。

## (二)证人证言的证据形式设计的目的

证人证言的证据形式设计的目的仅仅是使法官通过书面语言所反映出的内容本身对事实进行判断。

事实上,从证人证言证据形式设立目的看,该证

据是让法官通过证人作证行为及其所反映的内容形成心证。因此证人证言是法官自由心证的对象。根据大陆法系自由心证原则内容,自由心证的对象“限于言词辩论意旨与调查证据结果所得出的证据资料。所谓言词辩论意旨,又称‘全辩论意旨’,是指在言词辩论时所出现的一切资料、状况与形态。其中,既包括当事人或代理人陈述的内容(例如是否前后矛盾)、陈述的态度、陈述的时间及非陈述的其他行为的态度,还包括证人的状况以及法院未作阐明处分的勘验、鉴定或委托的结果。所谓调查证据结果,系指按规定的方式所进行的证据调查的所有结果。例如,在询问证人的结果之中,不仅包含证人证言的内容,还包含证人的态度。由此可见,在大陆法系,帮助法官形成心证的证据资源,其范围广泛,内容丰富”<sup>[4]</sup>。由此可见,法官心证的对象就证人证言方面而言,绝对不限于证人所提供的证言内容本身,而是包括证人作证时的表现、态度、神情、姿势等。

总的来说,证人证言的下列因素应当成为法官心证的对象。

第一,证言反映的事实。即证人作证后所形成的对已发生事实的描述。在英美法系中这种描述是通过交叉询问制度形成的。而在大陆法系中,主要通过证人提供证词以及法官对证人的询问后形成的。

第二,证人人品格判断。西方国家中均规定了对证人人品格进行质疑的程序。例如美国《联邦证据规则》608条规定:为了证明证人可信或不可信,根据法庭的自由裁量,可以通过对该证人交叉盘问以下两个方面的事项,并通过对证人行为具体实例的调查实现:关于该证人可信或不可信的品格;关于其他证人可信或不可信的品格。因此,证人人品格在特定情况下也会成为心证的对象。

第三,证人作证行为的多因素综合判断。美国《加州证据法典》规定:对证人可靠性的考量因素包括证人作证行为的相当多因素,包括他作证时的态度和作证方式;他证言的性质;他感知、回忆或表达他证明事实的能力的大小;他感知要作证实事的机会程度;他诚实或忠厚的品格或相反情况;偏见、利益或其他动机的存在与否;由他先前所作的与他在听证上证言一致的陈述;由他先前所作的与他在听证上证言的任何部分不一致的陈述;由他证明的事实存在与否;他对他作证或将要作证诉讼的态度等。由此可见,法官心证的对象在证言内容之外,还包括相当多的有关作证行为的因素存在。

通过以上分析可以得出,书面证言根本不可能完成口头当庭作证证言所具备的在法官判断证言证明力方面的任务。中国法律对证人作证形式的规定实际上使民事诉讼证人证言制度目标落空,因此需要修改。

## 二、证人证言诉讼形成的含义与相应制度构建

正是基于以上对证人适格条件的分析以及对证人证言书面形成机制的批判,笔者提出证人证言诉讼形成这一体系。

其含义是:证人必须亲自出庭,经宣誓后进行作证行为,并且经过双方当事人质证、反诘或者法官询

问后形成完整提供证言的过程与证言结果,在证人无法亲自出庭的情况下,应当根据法定的条件与程序,对证言进行固定并提交法庭。根据该体系,中国的证人证言制度应当进行以下的制度性构建。

### (一) 证人强制出庭制度建立

除了不符合证人自然条件、社会条件与伦理条件的人外,所有人都有作证的义务,证人作证除法定的条件可以庭外固定证言外,必须亲自到庭提供证言。

证人强制出庭制度是保障证人证言诉讼形成,使法官通过证人作证行为形成正确心证的首要条件,缺失该制度证言的诉讼形成无从谈起。西方发达国家普遍建立了证人强制出庭制度,而中国应当根据国情制定证人强制出庭制度。笔者认为该制度一般应当包括以下几个方面。

第一,采取对证人施以罚金或者对其人身进行强制的方式强迫证人出庭作证。如德国民事诉讼法第390条规定:证人并未提出理由,或者经宣誓确定其理由不充分时,仍拒绝作证或拒绝履行宣誓手续,即可不经过申请,命证人负担因其拒绝而产生的诉讼费,同时对证人处以违警罚款,不能缴纳罚款时,处以违警拘留。当证人再次拒绝作证时,依申请,命令拘留之,以强制其作证,但不得超过在该审级中诉讼终结之时刻。而法国也有类似的法律条文。在中国台湾,证人被认为是法院的证人,证人对法院负有公法上的义务,必须出庭参加诉讼,书面证言或代理人出庭被视为证人未出庭。同时规定:“证人受合法传唤无正当理由未到场时,法官可以科以50元以下罚款,证人已受处罚裁定后,于再传时仍不到场的,可以科以100元以下罚款,并可适用刑事诉讼法关于拘提被告的规定。”

中国民事诉讼法规定的妨害民事诉讼的强制措施中并没有对证人拒绝作证而适用的规定。笔者认为应当在适用主体中增加证人,对于无正当理由拒不作证的人,可以科处一定数额的罚金或司法拘留强制其作证。

第二,对证人无正当理由不出庭的行为定罪判处刑罚。证人拒不作证在英美法系国家被视为“藐视法庭”的行为,并按“藐视法庭罪”定罪处罚。如美国联邦地区民事诉讼规则第53条规定:如果没有充分的理由,证人不出庭或者不提供证言,将被处以藐视法庭罪,并且依照本规定第37条和第45条规定的诸种后果制裁。针对目前中国证人不出庭十分严重的现象,应当在修改中国《刑法》时增加“藐视法庭罪”法条或者在“妨害司法罪”中增加对证人不出庭作证的刑事责任的认识。

第三,国家法律规定对证人提供保护,并且对证人作证提供补偿。中国《刑事诉讼法》中规定了在刑事诉讼中,对证人及其亲属威胁、侮辱、殴打或者打击报复的,要依法追究刑事责任。而民事诉讼法中并无类似法条对民事诉讼中证人进行保护。笔者认为应当比照刑事诉讼法的规定,制定中国民事诉讼中证人保护制度。惟有如此才能解除证人作证的后顾之忧,使强制证人出庭制度具有合理性。

除此之外,国家还应当设立证人作证补偿制度来

防止证人因作证而经济利益受到减损的状况,提高证人出庭作证的积极性。西方发达国家与中国台湾地区的法律均规定了对证人进行经济补偿的制度。美国联邦证据法第706条规定:“在民事诉讼中,(证人)补偿金将由当事人根据法庭以确定其他费用类似的方式确定的比例和时间支付。”日本专门制定了《民事诉讼费用法》,在第8条第1款中规定:“证人可领取旅费、津贴及住宿费等费用。”中国台湾也规定了证人可以请求法定之日费及旅费,包括“到庭费、滞留费、在途食宿舟车费、滞留日期内食宿费等,此项费用,虽为诉讼费用之一部分,应由败诉方当事人负担,法院也可命令当事人预纳”。中国法律目前没有规定证人作证补偿制度以及相应的实施细则,在审判实务中,有些地方法院根据“谁主张,谁举证”的举证责任原则确立由申请证人作证当事人一方预交一定的费用作为证人补偿费用,结案之时由双方当事人协商或由败诉方承担。笔者认为这种做法存在以下弊端:(1)根据目前中国证人不愿作证的传统习惯与现实状况,证人的性质应当被确立为“法院的证人”而不是“当事人的证人”,因此,证人补偿费用应当列为司法财政预算,由国库支付;(2)由当事人预交费用的做法使当事人讼累增加,真正需要证人的当事人可能因为财力有限而无法预交补偿费用,致使发生举证不能而败诉的危险。

因此,笔者认为中国应当设立证人补偿专款费用,证人作证直接到法院财务领取。费用的金额性质应是补偿性的,其标准为各高级人民法院根据本司法辖区平均水平支付证人的住宿费、旅费、餐费补贴等。

### (二) 证人资格的认证规则

设置证人证言制度的目的在于通过证人作证使法官对过去发生的事实形成某种心证,而笔者认为证人证言的形成过程对法官心证的形成起着至关重要的作用。因此强制证人出庭作证属于证人证言诉讼形成体系应有的内容。但是我们必须强调强制一个证人出庭作证的必要前提是只有适格的证人才能被公权力强制出庭作证,强制出庭制度应当对无作证能力的人实行豁免。中国学者对证人适格的条件作了非常丰富的论证,在笔者看来,以静态的条件对证人是否适格进行筛选很难真正做到在个案中对某个人是否有证人资格,并能被强制出庭作证提供足够的理由。

在具体个案中,某个人是否具备证人资格的判断标准,是一种对比性的标准。这种对比体现在法官要通过对其人的表达能力、认识能力等自然条件的评断与其即将证明的待证事实的难易程度进行比时才能得出某人是否能够作证的判断。类似于中国民事诉讼法中对证人适格条件的规定“不能正确表达意志的人不能作证”。这种静态、单一的标准实际上并不能准确判断某人是否在本案中有作证的能力。以证人证言诉讼形成体系来看,笔者认为除了对证人适格的条件进行规范外,诉讼法还应建立证人资格的认证规则,其具体应包括以下内容。

第一,证人是否适格,应由法官根据证人资格的条件,依据自由裁量权确立。

第二,当事人对法官决定证人是否适格的裁量有异议的,可以在庭审中提出证人适格异议,法官应根据当事人异议,休庭举行证人适格的听证。

第三,证人适格听证中,当事人可以针对证人是否适格提出证据,并询问证人,当事人双方可对证人是否适格进行辩论,最后,由法官对证人是否适格作出裁定。

第四,当事人对证人适格自然条件有疑义的,可以申请对证人进行作证能力鉴定,由专门鉴定机关出具鉴定报告,法官根据鉴定报告内容决定证人是否适格。

### (三) 证人宣誓制度

笔者认为中国应当建立证人宣誓制度。同时应当修订《刑法》相关条文,对民事诉讼中作伪证的当事人按照伪证罪定罪处罚。笔者同意田平安教授对证人宣誓程序与誓词的设计,即“先由法警带证人到庭,然后由书记员举起右手面对国徽领誓,证人随后高声宣读誓词。宣誓毕,证人开始作证。证人宣誓的誓词,笔者认为可以作如下规定:‘我,(某某)面对法庭,我将以我的人格担保,在法庭上将作真实的陈述,如有不实,愿承担法律责任’”。

### (四) 证人拒证特权制度

为了防止证人作证行为对社会公认的重大价值和道德体系的破坏,笔者认为中国应当建立证人拒证特权制度。但不宜简单模仿美国或西方发达国家的拒证权内容,主要是由于中国与西方发达国家整个社会伦理、道德、价值体系殊有不同。笔者认为,结合中国传统证人适格的伦理条件,中国的证人拒证特权应当限制在以下方面。

第一,近亲属相互间的拒证特权。允许近亲属间作证可能造成以下弊端:首先,破坏社会的最小组织单位——家庭的稳定,使亲属之间的亲情关系受到损害;其次,在伦常关系仍然为中国人群众中重要伦理道德的社会中,无法为作证个体提供避免受伦常秩序中潜规则不利影响的保障。

第二,在医生与病人之间的拒证特权。结合西方国家保护个人生理及心理疾病隐私的人权内容,中国应设立医生与病人之间的拒证特权。当然应当将其限定在病人心理、生理疾病方面的隐私以及与该疾病相关的个人生活方式、人格方面。

第三,律师与委托人之间的拒证特权。律师与委托人之间的关系是代理与被代理的关系,而代理制度得以存在的前提是委托人对代理人的充分信任。因

此,如果存在律师可能在将来被强制将双方之间的基于信任而交流的内容作为证言向法庭提供,使委托人陷入不利境况时,则代理制度的信任基础将被彻底摧毁。故律师与委托人之间应当享有拒证权。

第四,掌握国家秘密、商业机密之人的拒证权。在中国国家秘密包括党的秘密、军队的秘密及政府的秘密。掌握这些秘密情况的人对涉及到可能泄露相关秘密的作证行为时,可以拒绝作证。另外,掌握商业秘密的人如果可能通过作证泄露其掌握的商业秘密,也享有拒证权,当然该秘密类型仅限于国家知识产权相关法律规定的商业秘密。

### (五) 庭外证言的固定程序

为了完善中国强制证人作证制度,对于因疾病、特殊职业而无法到庭亲自作证的人,可以允许在庭外以特定程序固定证言。因此应建立庭外证言固定程序,作为强制证人作证制度的补充。笔者认为该程序应包括:固定程序的适用证人仅限于因疾病、特殊职业而无法亲自到庭作证的人;庭外证言固定应由主审法官与当事人双方或其代理人亲自到证人所在地进行;证言的固定应通过法官对证人的询问、当事人对证人分别询问的方式进行,询问内容应记入笔录。

除了以上的分析与论述外,中国证人证言制度还有许多缺陷,如包括“传闻证据排除规则”在内的具体操作层面的证人证言规则,只有通过对其证人证言操作层面规则体系的逐步建立与完善才可以使证人证言制度充分发挥证明过去发生事实的证据法目的,才能保障法官心证尽量接近真实。

### 参考文献:

- [1] 田平安. 民事诉讼证据初论[M]. 北京:中国检察出版社, 2002:183,186.
- [2] 罗文筠. 口语表达中体态语言的特点及意义初探[J]. 绵阳师范学院学报,2006(3):81-85.
- [3] 亚兰·皮兹. 人类行为语言[M]. 孙志刚,译. 哈尔滨:哈尔滨出版社,1989:154.
- [4] 刘春梅. 自由心证制度研究——以民事诉讼为中心[D]. 西南政法大学,2003.
- [5] 毕玉谦. 民事证据法判例实务研究[M]. 北京:法律出版社,2001:113.
- [7] 白绿铤. 美国联邦民事诉讼规则、证据规则[M]. 卞建林,译. 北京:中国法制出版社,2000:228.
- [8] 王甲乙,杨键华,郑键才. 民事诉讼法新论[M]. 台湾:台湾三民书局,1983:402.

## On Testifying in Court

WANG Wei

(School of Law and Business, Sichuan International Studies University, Chongqing 400031, China)

**Abstract:** The aim of the testimony system is to discover the fact that happened previous. And the realization of the aim can also make clear who tell the truth between the litigants, and this can also help the judge make a correct judgment. But what we concern in legislation and judicatory practice are the substance of the testimony. The form of the testimony is ignored. This is very pity. In this article, the author want to set forth the importance of the testimony form, using the theory of epistemology and psychology, and give some advices on how to design the relative systems.

**Key words:** testimony; form; system design

(责任编辑 胡志平)