

民事诉讼证人当庭询问程序研究

蒋剑鸣*

内容摘要:在民事证据调查程序中,对证人证言的调查有两种最为基本的方式,一种是交叉式询问,即由双方当事人对证人进行主询问和反询问的方式,这是当事人进行主义诉讼模式对证人调查的主要方式;另一种是职权式询问,即由法官直接询问,这是职权调查诉讼模式对证人调查的主要方式。而在日本民事诉讼庭审调查中,则呈现出当事人交叉询问和法官职权询问结合的状态,可称作结合式询问。此外,针对一些特殊情况,询问也有一些特殊的方式,这可称作特殊式询问。

关键词:询问证人 交叉式询问 职权式询问

在民事证据调查程序中,对证人证言的调查有两种最为基本的方式,一种是交叉询问,即由双方当事人对证人进行主询问和反询问的方式,这是“当事人主控型”证据调查程序中对证人调查的主要方式;另一种是职权式询问,即由法官直接询问,这是“法官主控型”证据调查程序中对证人调查的主要方式。两者的区别是一种对抗与非对抗的区别。从世界各国的民事诉讼司法实践来看,英美法系国家多实施交叉式询问,大陆法系国家则多实施职权式询问。日本民事诉讼庭审调查中,呈现出当事人交叉询问和法官职权询问结合的状态,不是单纯地交叉询问,也不是单纯地职权询问,可称作结合式询问。此外,针对一些特殊情况,询问也有一些特殊的方式,可称作特殊式询问。这四种询问方式,各有不同的询问程序。

一、交叉式询问程序

交叉式询问一般有广义和狭义两种理解。狭义的交叉询问仅指英文中的 cross-examination,是指一方当事人对对方当事人申请传唤的证人进行的询问,也可叫作反询问。而广义的交叉询问则泛指当事人轮流对证人进行相互询问,包括申请传唤证人的当事人一方对该证人进行的主询问(direct-examination/examination-in-chief)、对方当事人对该证人进行的反询问(cross-examination)、传唤方进行的再主询问(redirect-examination)以及对方当事人进行的再反询问(recross-examination)这一连串的询问活动。一般情况下是在广义的基础上来理解交叉询问。

* 四川省成都市中级人民法院法官,四川大学法学院诉讼法专业博士研究生。

本文系国家社科基金项目“民事证据调查程序研究”(项目编号:06BFX052)的阶段性研究成果。

交叉式询问是英美国家对证人实施证言调查的主要方式,它被美国著名证据法学家威格莫尔誉为发现案件事实真相的最有效装置。究其原因,正如有学者所言,是因为交叉询问采取了两种特殊的方式,一是对证人证言进行多角度观察,有助于法官从同一证据源上观察到证言的深刻性和全面性。根据诉讼的性质,需传唤何人为证人及如何对其进行询问,当事人最清楚,同时,如何识破证人所供述之虚伪与否,则以对方当事人最清楚。二是对证人证言可以全方位地,即通过对立面的设置和反询问的运用进行质证。反询问者对于对方证人的作何证言,都注意其薄弱环节和各种可抨击之处。而主询问者则努力开掘本方证人的证据信息,捍卫本方证人的证明能力。质疑方法就是力图在这种争辩对抗之中把握案件的真实。^[1]

交叉询问的对象是证人,在英美国家证人是一个广义的概念,包括当事人和鉴定专家。交叉询问的一般程序:由申请传唤证人的一方当事人对该证人进行主询问→由对方当事人进行反询问→由申请传唤证人的一方当事人对该证人进行再主询问→由对方当事人进行再反询问。主询问、反询问、再主询问、再反询问的范围,与其询问的性质和目的有着直接的关系。主询问的性质是一种举证,当事人希望通过询问证人获得对自己事实主张有利的证言,并非为了责难证人,因而凡与案件事实有关而不属于证据排除的情况,均在主询问的范围之内。而反询问的目的则是为了暴露证言的不可靠或者证人的不可信,从而动摇对方当事人事实主张的证据基础。所以对反询问的范围可从两方面来分析:一方面是在事实方面,反询问以主询问的询问范围为限,没有经过主询问的案件事实,不能对其进行反询问;另一方面是在方法上,反询问主要针对证人作证资格或者证言的证明力,包括证人品格、重罪前科、感觉缺陷、心理状态、以前自相矛盾的陈述等各个方面。^[2]再主询问则是主询问方为了维护和恢复主询问时证人的证明能力、澄清或者解释对方当事人反询问提出的问题,抵销反询问带来的不利影响,因而再主询问的范围以反询问的范围为限。再反询问的作用与再主询问类似,因而其范围以再主询问的范围为限。依循主询问、反询问、再主询问及再反询问的顺序,询问范围逐渐得到限制和缩小,如果在某一特定阶段超越询问范围,则属于不当询问,对方当事人可以打断询问,声明异议,法院应就此作出裁定。

为了达到询问目的,主询问、反询问、再主询问和再反询问具有一些基本规则。对于主询问,较重要的询问规则有四项:

(1)禁止进行责难性询问。责难性询问是指主询问方对传唤的证人证言的可信性进行质疑。其根本理由在于己方证人一般都是友性证人,主询问方应当对证人的诚信性或者证言的可靠性作担保。而责难性询问则会影响证人供述的自由意志,具有迎合询问者意思而进行回答的危险。因而一般情况下禁止主询问方质疑己方证人。

(2)禁止进行诱导性询问。诱导性问题,是在提问中明示可能的答案,从而强烈地暗示证人按提问者的答案作出回答的问题。如损害赔偿案件中,律师问被告:“你根本没有动那把刀,这是不是事实?”这是典型的可能产生误导的诱导性提问,又如询问证人:“你是否干了……?”这是貌似中性的诱导性提问。^[3]之所以要在主询问中禁止诱导性问题,是因为己方证人一般都是友性证人,极有可能迎合主询问者的意思进行回答,这样就有歪曲案件事实真相的危险。如果不存在这种危险或者出于证明效率的考虑,禁止主询问方进行诱导性询问也有例外。

(3)禁止提出与本案无关、重复或者可能造成误解的问题。相关性是指证人证言所涉及的证据事实与本案无关或者证人证言对证据事实没有证明力。提出不相关或者重复的问题,既浪费诉讼时间,也不利于查明案件真相。而可能造成误解的问题主要指复合式问题、否定式问题和未经证明的问题等等。复合式问题,是一次提出两个以上的问题要求回答,而且这种多重提问容易使问题模糊,证人也难

[1]龙宗智:《刑事庭审制度研究》,中国政法大学出版社2001年版,第300页。

[2]同上书,第292页。

[3]同上书,第294页。

以记住全部问题。例如问：“告诉法官和陪审团当时你在何处以及你是否和利什尼斯先生交谈——他的首名叫什么？——而且，如果是这样的话，告诉他们那谈话是关于什么内容的。”答：“好的。他说他的首名叫莫顿，还有……我忘了你问题的其他部分是关于什么内容的。”否定式提问也易引起混乱，如问：“事实上，你并不知道被告当时是否在那里，对不对？”答：“是的。”法官说：“稍等一下。该证人的意思是‘是的，我知道’，或者‘是的，实际上我不知道’，还是‘是的，被告是在那里？’”假定未经证明之事实的问题是指将未经证明、对方也尚未承认的事实作为逻辑前提发问，在美国把这称为“别有用意的问题”，如问“你什么时候不再吸毒？”而被告人并未承认其吸过毒。这种询问中实有误导和强迫就范因素，因此亦被法律禁止。^[4]

(4)禁止进行观点的询问。观点也称作意见，是指陈述人依其特别知识和经验而作出的判断。它与体验事实相对。禁止进行观点的询问要求证人作证只能陈述自己体验的过去的事实，而不能将自己的判断意见和推测作为证言的内容。美国《联邦证据规则》第602条规定：“除非有证据足以确定证人对待证事项具有亲身体验，否则其不能作证。”这也可称为意见规则。其确立理由在于意见和推测并非证人的体验，因此在证据上并无用途，且容易导致立证混乱，还可能会因提供有偏见的推测意见而影响法官客观公正地认定案件事实。其适用前提是区分事实和意见。一般说来，观察体验的情况为事实，推测、判断的陈述为意见。但在某些情况下，两者关系密切，难以完全分开，因此，对于直接基于经验事实的某些常识性判断，不作为意见证据予以排除。例如：a. 相比较事物的同一性和相似性；b. 某种状态。如车辆的快慢，人的感情等心理状态；c. 年龄与容貌；d. 气候；e. 物品的价值、数量、性质及色彩；f. 精神正常与否；g. 物的占有和所有等。美国《联邦证据规则》701条规定：“如果证人不属于专家，则其以意见或推理形式作出证词仅限于以下情况：(a) 合理建立在证人的感觉之上；(b) 对清楚理解该证人的证词或确定争议中的事实有益。”^[5]

对反询问，其询问规则正好与主询问相反，一般主询问所禁止询问的法则，反询问则允许进行。包括可以进行诱导性询问，可以质疑对方证人的作证资格和证言的可信性，为了攻击证人（鉴定人）所作的不实陈述或者证明对方证人对反询问的敌性，甚至允许反询问方提出与本案无关的问题或者进行重复发问。^[6]对一些特殊证人，反询问也具有特殊的法则。例如，专家证人的意见一般人难对其进行评价，美国联邦法院在1921年通过弗赖依规则明确“普遍接受”是采信专家意见的主要尺度，但“普遍接受”的实质是将法官采信证据的权力交给了一群“不懂行”的专家，因而美国联邦法院通过多伯特案确定法官可以直接审查专家意见所依赖的事实资料和基本原理，这样在反询问中不仅允许进行观点的提问，还可以就观点产生的事实和科学背景进行提问，以保证专家意见的可信性。在刑事案件中，对于性侵害犯罪案件中的反询问，一般还不允许被告人提出被害人过去性行为性和性倾向的证据，以免在法庭调查中再一次使被害人受到伤害，不过此项法则仍有三项例外。(1)“宪法规定应采用的”，这主要是基于保护被告人的通过“正当程序”受审的权利；(2)为了间接说明不是被告人本人强奸了被害人，允许使用在侦查或审查过程中发现该被告不是该精液来源的证据或该被告人并没有造成被害人伤害的证据；(3)为说明性行为是经被害人同意的，被告人可提出他自己过去与被害人具有性关系的证据。^[7]

这里还需注意，对于证人先前一致或者不一致的陈述，主询问与反询问的做法也截然相反。在主询问中不允许主询问方引用证人在庭审前具有相同的陈述来证明证人在庭审中陈述的可信性。简言之，不允许主询问方提供先前一致证言，主要原因在于这种做法是“自我服务”和重复证明，同时也是“早熟的行为”，“在对方还根本没有攻击证人证言真实性时，绝无必要去进一步证实之”。^[8]但是在反

[4][美]乔恩·R. 华尔兹：《刑事证据大全》，何家弘等译，中国人民公安大学出版社1993年版，第37—42页。

[5]前引[1]，第297—298页。

[6]张丽卿：《交互诘问之新规定》，《东海大学法学研究》2003年第18期。

[7]前引[4]，华尔兹书，第72—74页。

[8]同上书，第160页。

询问中则可以质疑证人以前曾有过的自相矛盾的口头或书面证据,简言之,允许反询问提供证人先前不一致的证言,以攻击其证言的可信性。

再主询问的基本规则与主询问相似,再反询问的基本规则与反询问相似。除此之外,再主询问还有两项重要规则:(1)如果反询问攻击证人证言的可靠性,主询问方提出先前一致证言,以证明该证人在主询问时作证并非虚构;(2)为了澄清和解释反询问中提出的疑点,可以适当扩大反询问的范围,就反询问没有涉及的附带事项进行再主询问。例如,反询问方以文书或记录的一部分进行反询问,那么主询问方可以就文书或记录的其他部分进行再主询问,这样可以防止反询问人利用询问技巧断章取义。

根据上述分析,交叉式询问程序设立的主要目的是:旨在暴露对方证人的证言矛盾、错误或者不实之处,以降低其证据的证明效力,或者证明这个证人是不可信的。另一目的还在于使对方证人承认那些对本方有利的有关事实。其程序功能的优点主要体现在两点:一是自动检索。证人与本案是否存在某种利害关系,是否存在某种偏见、成见,对客观事物的感知能力如何(如听觉、视觉、嗅觉、记忆力等)以及精神状态是否异常(如酗酒、吸毒)等,在以诉讼利己主义为假设前提的交叉询问程序设计中,当事人和律师为追逐诉讼利益避免陷入于己不利,会尽其可能地来维护或消除证人的适格和证言的可靠性,通过交叉询问程序,证人的适格能力、证言的可靠性便可自动检索出来。二是对抗显现。交叉询问程序设计的发现真实的主体是当事人而不是法官,构成了强对抗。当事人通常是原事实的参与者,且与诉讼利益直接相关,故在诉讼中具有强烈的主动性;法官虽然也会为发现真实尽到自己的责任,但法官作为事实的“局外人”且裁判者中立角色决定了其具有一定的限制性。交叉询问程序设计的诉讼结构是双方当事人针对证人,而不是法官单方向证人,因此双方当事人、证人必须同时在场,构成了对证人询问的强对抗性。在这种对抗中,必然会在询问方式和内容上激励当事人及其代理人尽其所有地施展询问技巧,以戳穿对方证人的谎言。通常证人不是“说谎专家”,在双方几乎刻薄的询问中谎言终究会被戳穿,真相得以显现。

二、职权式询问程序

职权式询问则是由法官直接向证人进行发问,这是大陆法系国家尤其是法国、意大利民事诉讼中对证人进行证言调查的主要方式。在法国与意大利,禁止当事人直接向证人进行发问,如果当事人在法官询问以后还有疑问,可以把这些问题交由法官来进行。意大利《民事诉讼法》第253条规定:“事实审法官可就事实询问被传唤作证的证人。并且法官可以依职权或当事人的请求向证人提出其认为有利于查明案件事实真相的一切问题。禁止当事人或检察官直接询问证人。”法国《新民事诉讼法》第214条规定:“当事人不得打断、责问或试图影响证人作证,亦不得直接向证人发问、说话,否则,驱逐之。法官如认为有必要,可以提出询问证人之后当事人向其提交的问题。”

法官直接向证人发问是否能够发现案件事实真相,存在着正反两种不同的观点。支持者认为,法官最了解自己需要什么信息以及应对证人提出哪些询问,因此这种询问方式直接而且有利于案件真实的发现。法官主持询问,在采用自己认为有益于发现真相的方式同时,还清楚哪些是违背法律的证明方式,从而有利于避免交叉式询问当事人运用诉讼技能对裁判者进行误导的情况出现。与此相对照的是在交叉式询问中,裁判者的思维视野在诉讼时间和空间上都受到一定的限制。反对者认为,法官要同时承担几项任务,审查证人、专家证人的陈述,进行直接询问,同时又进行交叉询问,由于这些任务的性质不同,可能会对法官造成很重的心理负担,从而不能正确地评价案件事实。在一份著名的判决意见书中,英国上诉法院指出:“亲自进行询问的法官……可以这么说,是屈尊降至竞技场中,容易被冲突的灰尘遮住视线,他不知不觉地丧失了自己冷静和不带偏见观察的优势。”只有对抗制中的交叉询问才能有效地发现案件真相,在这一制度下,双方当事人为了自己的利益,会尽力地挖掘对己方

有利的论点和论据,这使得处于中立地位的第三方可以全面掌握案件的有关材料,从而得出可能最完全的事实真相。^[9]

实际上,职权式的询问方式能够发现案件事实真相,这一点早有定论。从心理学的角度来讲,认识主体根据自身的认识需要有针对性对证据信息性展开调查,可以不为诉讼技巧以及证言引出方式所误导。不过,对于职权式询问和交叉式询问在发现案件事实真相方面的优劣,学者的观点分歧很大。交叉式询问向法官所呈现的,如同有学者所指出的那样,是“两组截然不同的案件事实,这两组案件事实如同黑夜中行驶的汽车,散发出两柱光亮,法官需要判断的,是这两柱光亮哪一柱更亮。”^[10]因而,交叉式询问方式更容易遭受“强烈的党派性、将寻求正义歪曲为智力游戏以及赋予富裕的当事人和‘重复的游戏者’不公平的优势”这三个方面的批评。^[11]不过,在充斥着个人主义、自由竞争以及与其相适应的道德观念和法治政治的美国文化中,这样一种竞争式的事实认定方式是适合的。而且在尊重当事人诉权和主体地位方面,交叉式询问似乎比职权式更容易受到认同和公众的接受。鉴于交叉式询问法官作用过于消极的情况,美国更加强调在庭审中作为“诉讼管理者”的作用。例如,《联邦证据规则》第611条(A)款规定:“法庭应当对询问和提证的方式和顺序进行合理的控制,以便于(1)使得询问和提证的效果有利于发现真实,(2)避免不必要的时间耗费,(3)保护证人免遭骚扰和免受不适当之尴尬。”这些做法有效地提高了诉讼效率,控制了当事人举证活动的任意性。

在大陆法系国家除少数国家外,通常禁止当事人对证人进行交叉询问。我国《民事诉讼法》对庭审中询问证人程序未作详细规定,仅在《民事诉讼法》第125条中规定:“当事人经法庭许可,可以向证人、鉴定人、勘验人发问。”由此可见,我国《民事诉讼法》似乎未禁止询问方式,庭审中当事人可以向证人发问,但必须首先经法庭同意。当事人除了经法庭允许直接向证人发问外,也可将自己的问题提交法官由法官询问证人。由于《民事诉讼法》没有规定证人询问程序,实务中各地询问证人的程序不尽相同,基本程序是:当事人向法院提出证人名单及身份证明→法官庭前初步审查决定证人是否出庭→通知证人出庭或告知当事人所提出的证人不符合出庭条件的理由→庭审中法官传唤证人到庭核实证人身份→告知权利义务→证人宣誓或者宣读作证保证书或口头保证→证人就知道的案件事实向法庭综述作证→证人提出方可以请求向证人发问→相对一方可以请求向证人发问→法官根据案情询问证人。根据实务运作程序看,对证人的询问主要由法官承担并由法官始终指挥询问程序进行,当事人在询问过程中的诉讼行为受法官的控制,当事人及代理人须经法庭许可才能向证人发问,询问属于补充性询问,其始终处于一种消极被动地位。因此,我国民事诉讼中当庭询问证人的操作程序更倾向于职权式询问程序的特征。

三、结合式询问程序

结合式询问是一种旨在希望同时发挥交叉询问和职权询问优势的询问方法。日本是实施结合式询问的代表国家,其民事诉讼中规定的主要程序为:法院在采纳了询问证人的申请以后,除证人到庭的情形外,应在指定期日传唤证人→在合议制审理方式下,由审判长审查出庭证人的身份→原则上证人要进行宣誓(《日本民事诉讼法》第285条)→由申请证据的当事人进行主询问→由对方当事人进行反询问(《日本民事诉讼法》第294条第1款)→在当事人询问终了之后,由审判长进行补充性询问。但是,如审判长认为必要时,可以随时自行询问或在主询问过程中准许对方当事人进行反询问(《日本民

[9]前引[1],龙宗智书,第105页。

[10]汤维建:《程序模式与证据制度的关系论纲》,载江伟主编:《比较民事诉讼法国际研讨会论文集》,中国政法大学出版社2002年版,第47页。

[11][美]杰弗里·C·哈泽德、迈克尔·塔鲁伊:《美国民事诉讼法导论》,中国政法大学出版社1998年版,第103页。

事诉讼法》第 294 条第 2、3 款),同时,基于诉讼指挥上的必要,审判长对当事人所进行的询问,可以限制其无关的、已重复的或有欠妥当的询问。

日本原先的民事诉讼询问证人方式完全照搬德国,根据德国民事诉讼法的理论,证人作证是公民对国家应尽的义务,只有法官才有权询问证人,其他任何人未经法官同意不得任意询问证人,同时禁止律师在庭审之前与证人接触。为了改变这种过分职权化的做法,日本在第二次世界大战后引入了美国的交叉询问方式,希望在民事诉讼中更加体现尊重当事人主体地位以及限制法官审判权力。不过这一做法并未达到如期的效果。其主要原因,如同有学者分析的那样,主要有三个方面,一是日本采取了单纯肢解移植的方式,并未吸收美国民事诉讼程序与此相配套的制度,因而难以发挥交叉询问在美国民事诉讼中原有的功能。二是没有设置证据开示程序,双方在询问前对彼此掌握的证据材料并不了解,因此在主询问以后,交叉询问无法正常展开。三是基于交叉询问的需要,允许律师接触证人的做法,由于缺乏相应的律师伦理规制,反而使法庭认为证人证言可能受到律师的“辅导”,而变得更不可信。^[12]

日本的这种结合式询问程序,兼顾了效率与公平,克服了前两种询问程序所固有的弊端,具有值得吸取和借鉴的经验价值。我国目前实务中采取的职权式询问程序,由法官为主展开询问效率虽高,但往往不便于查明案情真相,反而有助于滋长法官先入为主、唯我独尊的积习。^[13]我国民事诉讼中在证人询问程序的模式选择上,笔者的意见是应当结合两大法系的各自长处和优点,采取兼收并蓄、趋利避害的现实做法,实行审判长指挥下的交叉式询问。由于我国《民事诉讼法》并未限制询问方式,故进行交叉询问并无法律障碍。问题是实务中在询问方式上不明显存在主询问与反询问的区别,反询问的一个显著特征是由当事人就不利于自己的证人所作证言提出诱导性询问,借以暴露证人证言的矛盾之处或者是法庭对证人证言的真实性、可靠性产生怀疑。根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的规定》第 60 条第 2 款规定:“询问证人、鉴定人、勘验人不得使用威胁、侮辱、及不适当引导证人的言语和方式。”言下之意是可以采取适当引导的言语和方式,也就是说,是可以采取诱导性询问的。对询问证人的程序,笔者提出以下建议:在证人宣誓后,由法官引导证人综述其知道的有关案件的事实→由提出证人一方当事人对证人进行主询问→由提出证人的对方当事人进行反询问→再主询问→再反询问→法官询问证人。在借鉴交叉式询问程序的同时,也应当注意发挥职权式询问程序中法官的管理优势。为此应当注意:(1)法官根据案情可以随时对证人进行询问;(2)法官应及时制止对证人进行与本案无关的询问;(3)法官应及时制止对证人进行误导、不当重复、有伤风化的询问;(4)当事人对本方证人所提供的证人,禁止诱导性询问,但该证人出现敌意的除外;(5)允许对对方当事人提出的证人进行诱导性询问;(6)对对方当事人提出的证人进行询问一般应限于证人所主动陈述的范围或与此有关的任何事项。

四、特殊式询问程序

除上述三种询问方式以外,对于法庭调查的一些特殊情况,各国民事诉讼法中还规定了一些特殊的询问程序,这可谓特殊式询问程序。根据笔者的不完全归纳,特殊式询问主要有对质式、唤醒式和关照式三种询问方式。

对质式询问是就同一事实组织两人或两人以上当面质询诘问的一种特殊询问方式,是司法人员从对质双方的陈述中取得证据或检查证据的一种补充手段。^[14]在民事诉讼中对质询问的一般情形是,两个或两个以上证人之间、证人与当事人之间对同一事实陈述存在尖锐矛盾时,法官就同一事实

[12] 毕玉谦:《民事证据法及其程序功能》,法律出版社 1997 年版,第 338 页。

[13] 同上书,第 373 页。

[14] 何家弘主编:《证人制度研究》,人民法院出版社 2004 年版,第 396 页。

组织两个或两个以上证人或证人与当事人当庭质询询问,从而审查判断证言是否具有可信性的一种方式。对质询问在各国民事诉讼法中都有规定,如德国《民事诉讼法》第394条第1款规定,证言相互矛盾的几个证人,可以使之相互对质;奥地利《民事诉讼法》第339条第4款规定,二人以上的证人相互之间存在矛盾时,可使证人进行对质。之所以称对质询问一种特殊的询问方式,主要原因在于:(1)它有别于一问一答的普通询问方式,可能是一个问题多个证人或当事人回答,称之为“一问多答”;(2)它只是在两个或两个以上证人或当事人就同一事实存在矛盾的情况下,为了澄清案件事实而使用的询问手段;(3)对质过程需要有法官的主持。从法理来讲,对质是当事人的一项质证权利,但是对质的目的是向法庭澄清矛盾的事实,因而需要有法官的主持。

唤醒式询问是一类更为特殊的询问方式,它是针对证人暂时忘记案件事实某些项目的现象,允许询问主体通过一些提示性和诱导性的问题,帮助证人恢复对案件事实的记忆。证人暂时忘记案件事实的现象,在诉讼中是很常见的。时间的流逝、记忆能力的减退、法庭审判的威严气氛都可能使得证人感到紧张,从而暂时忘记案件事实,因而需要通过提示案件事实的一些典型特征来帮助证人恢复记忆,从而向法庭准确地陈述其所知道的案件事实。这也是一种询问方式,有学者认为这叫作“刷新记忆”,^[15]笔者认为称“唤醒”更为妥当。对于唤醒式询问允许采取的材料的范围以及相关程序,不少国家作了比较详细的规定。以澳大利亚为例,在1995年《证据法》第32条规定:“(1)在作证过程中,证人不得使用文件来恢复其某事实或意见的记忆,除非得到法庭允许。(2)法庭在决定是否准许时,可以考虑但不限于下列事项(A)在不使用文件的情况下,证人是否能够足够地回忆起有关事实或意见;(B)证人准备使用的文件是否是下列文件或者下列文件的副本:(a)该文件是证人就其记载的事件的记忆清晰时,由该证人书写或者制作的,(b)证人认为在当时记录准确的文件。(3)如果证人在作证时使用了某文件来唤醒其关于某事实或意见的回忆,则经法院许可,证人可以将该文件中与该事实或者意见有关的部分作为证言的一部分当庭朗读。(4)根据当事人的要求,法院可以作出其认为适当之指示,保证将该文件与诉讼有关的部分提交给该当事人。”^[16]

关照式询问是指针对一些弱势证人在询问时所采取的一些关照措施。弱势证人主要是指未成年人、因生理和精神上的疾病而在作证能力方面受到削弱的人,以及受到恐吓的证人,对于这些证人如果采用通常的询问方法,势必不利于他们的身心健康以及人身安全。在询问过程中采取特定的保护措施,不仅可维护这些弱势证人应有的权利,而且能够保证他们陈述案件的真实情况。这种在询问中针对弱势证人所采取保护措施的做法,实际上也是一种特殊询问方式,笔者将其称作关照式询问。纵观各国法律规定,关照方法多种多样,大致有8种:

(1)屏蔽关照作证,即在证人席周围采取遮蔽物,使得证人不能看见当事人,而证人本人仍然身处法庭提供证言的措施。实际上,笔者认为,经审查确认让证人带上面具进行法庭作证,可以算是屏蔽关照最为简洁和直接的关照措施。(2)网线关照作证,是指证人通过实时电视网线或者其他装置作证,而不亲自出席法庭作证的一项措施。网线关照的功能与屏蔽关照相同,即使得证人不会面对当事人。(3)录像关照作证。录像关照是指针对儿童证人使用录像证据,这样有利于提高儿童证言的全面性和精确性。对于使用录像证据的好处,国外有些学者认为可以使得证人的陈述更加接近案件的发生时间,使得证人的陈述更加完整,并且不会受到以后的提问和反复陈述所带来的污染,同时可以使法庭观察会见证人时的举止,有利于解决在提问时所提的问题是否适当的争议。^[17](4)回避关照作证。是指要求特定的人回避,以便证人能够在被要求回避的人看见的情况下进行作证。(5)角色关照作证。所谓角色关照,主要指在英国法庭中,法官可以除去假发或者法袍以减轻法庭庄严肃穆的气氛对特定证人所带来的恐惧感。笔者认为,法庭除去假发或者法袍,实际上有一定的心理学依据。心理学中有一种“角

[15]王进喜:《刑事证人证言论》,中国人民公安大学出版社2001年版,第295页。

[16]同上书,第297页。

[17]同上书,第303页。

色同化”的现象,即特定人容易对衣着、言行与其相似的人产生心理认同,消除心理障碍,从而吐出其心中的秘密。因而法庭的这种关照措施,可以称之为“角色关照”。(6)中介关照作证。即在询问中使用中介人来进行询问。询问证人时,可能会存在语言交流或者解释方面的一些问题或者障碍,因而需要使用中介人就向证人提出的问题,同证人进行交流,并在必要的情况下就提问和证人的回答向证人或者有关人员作出解释。翻译是一种中介关照,除此之外,还会碰到中介人就律师提问使用的复杂术语向证人作出说明这种中介关照。(7)陪伴关照作证。即在询问特殊证人时可以允许其法定代理人或者其他长者在场,以消除特殊证人的心理恐惧感。(8)硬件关照作证。即对于有残疾或者患病的证人由法庭提供适当的装置,使其能够回答提问或者与当事人沟通。由于这些关照措施都是针对特殊的证人、特殊的情况以及个案而言,因而也可以称作是一种特殊询问方式。

我国《民事诉讼法》中未明确上述特殊程序,可以根据国外有益经验结合我国的实际情况引进。

综上,由于我国《民事诉讼法》没有对证人的当庭询问程序作详细规定,实务中各地适用的程序不尽一致,程序公正和实体公正受到一定程度的影响。因此,对民事诉讼证人当庭询问程序的研究具有较强的理论和现实意义,可以为我国《民事诉讼法》修改中规定证人当庭询问程序提供有益的准备。

