

# 博弈论思维下证人出庭条件的法律修改

章礼明

**摘要:**立足于实现庭审实质化的刑事诉讼制度改革目标,通过立法改善证人出庭作证率畸低的现状,一直是法学界长期努力的基本方向。在刑事诉讼证人出庭的法定条件上,基于司法实践中有的法官滥用自由裁量权的现实,在理论上出现两种修改方法:一是限制三个法定条件中的“必要”条件,二是取消该“必要”条件。从诉讼参与人行为角度出发,运用博弈论分析程序运作中审判方和辩护方之间的利益关系后可见,这两种方法均缺乏可行性。一种可替代的方法是,重构证人出庭的法定条件,即赋予辩护方证人出庭的决定权;同时,辩护方必须向法院预缴证人出庭费作为担保,以此防止权利的滥用。

**关键词:** 博弈论; 法律修改; 证人出庭; 囚徒困境; 证人出庭条件; 证人出庭费

**DOI:** 10.19836/j.cnki.37-1100/c.2025.04.005

## 一、引言

长期以来,在刑事诉讼庭审中,证人出庭作证率处于畸低状态<sup>①</sup>。对此,法学界将期望寄托于国家立法机关,试图通过《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称刑事诉讼法)的修改提高证人出庭作证率。1990年代之后,这个议题在改革庭审程序、编纂证据法典、构建以审判为中心的诉讼结构等宏观主题之下频繁出现。当前,在刑事诉讼法法典化的讨论中,这一议题再次被提及。显然,这些宏观主题都涉及司法实践中存在的所谓庭审“虚化”问题,而证人出庭作证则有助于实现庭审的实质化。在早期,学者们普遍认为,证人不出庭是因为证人不愿意出庭,而不愿意出庭又是因为证人害怕遭到报复,或者没有得到适当的经济补偿。同时,法院也没有强制证人出庭的法定权力。因此,必须从证人角度完善法律规则。正是为了回应这类呼吁,2012年修正的刑事诉讼法增补了相关条款<sup>②</sup>。然而,在此次修法之后,证人出庭的状况并没有发生明显的变化<sup>③</sup>。在司法实践中,一种常见现象是,针对辩护律师提出的证人出庭申请,法官通常作出不批准的决定<sup>④</sup>。由此,人们进一步认识到,形成这种状态的直接

---

**作者简介:** 章礼明,广州大学法学院教授,硕士生导师(广州 510006; liming-zhang@163.com)。作者衷心感谢匿名审稿专家给予的宝贵建议,文中观点与不足均由作者本人负责。

① 左卫民、马静华:《刑事证人出庭率:一种基于实证研究的理论阐述》,《中国法学》2005年第6期;陈卫东、赵恒:《刑事证据制度重点问题实施状况调研报告》,《证据科学》2014年第6期;汪海燕:《刑事审判制度改革实证研究》,《中国刑事法杂志》2018年第6期。

② 刑事诉讼法(2012年修正版)第62条、第63条、第187条和第188条。

③ 黄伯青、伍天翼:《“需求侧”改革:刑事证人出庭作证实证分析》,《法律适用》2017年第3期;赵飞龙、娄颖龄:《刑事证人出庭制度改革的困境和出路——以Z市B区人民法院为例》,《应用法学评论》2023年第1辑;余为青:《刑事证人出庭作证实施问题研究》,《西南民族大学学报(人文社会科学版)》2017年第10期。

④ 杨宇冠、吴小军:《以审判为中心视域下的证人出庭作证制度》,《法治现代化研究》2017年第3期;陈卫东、赵恒:《刑事证据制度重点问题实施状况调研报告》,《证据科学》2014年第6期;尹冷然:《刑事证人出庭作证与庭审实质化》,《华东政法大学学报》2018年第1期。

原因并不是来自证人的阻力,而是来自法官的阻碍。这种认知不仅与相关的试验数据相符<sup>①</sup>,而且在逻辑关系上也能成立。证人能否出庭直接取决于法官的意愿。若法官不同意,即使证人愿意出庭也是枉然。相反地,在证人不愿意出庭时,法官可以强制其出庭。因此,通过修改法定的证人出庭条件,控制或禁止法官滥用自由裁量权成为理论最新关注的焦点。就此,一些学者提出了各自的修改方法。概括起来大致可以分为两种:一种是限制证人出庭三个法定条件中的“必要”条件,以此堵塞法官滥用权力的渠道<sup>②</sup>;另一种是取消这个易于引起歧义的“必要”条件,以此消除法官滥用权力的依据<sup>③</sup>。

无疑,当下的理论关注点及其立法建议具有积极意义,但综合来看,研究的深度尚有不足。为何法官会滥用裁量权?这与辩护律师过度追求自身利益是否有关?控制法官裁量权何以实现?取消法官裁量权会产生什么后果?这些问题在迄今的讨论中都未得到深入剖析。由此,相关修法方法的可行性不免令人存疑。声称法官滥用裁量权,其隐含的基本前提是,法官不顾法律预设的价值目标,即公共利益,而追求其私人利益。这种滥权行为针对的对象是辩护律师,基于诉讼角色的定位,辩护律师可能因片面追求其私人利益,而使自身行为导向与公共利益产生偏差。因此,有关证人出庭的程序运作必然蕴含着审判方和辩护方私人利益之间的冲突,以及各自私人利益与公共利益之间的矛盾。着眼于抑制私人利益以促进公共利益的实现,并为此提出切实可行的解决方法,勃兴于当代的博弈理论提供了一种极为实用的思考方法。据此,可以运用博弈论探讨证人出庭法定条件的修改问题。

理论上现有的两种修法方法均缺乏可行性,一种可以替代的方法是,将辩护方证人出庭的申请权变更为决定权,同时采用适当方法限制其权利的滥用。对于这一观点的论证路径如下:第二部分厘清证人出庭法定条件的发生原因及其实质含义,以此奠定讨论的前提和范围。第三部分构建一个囚徒困境博弈应用模型,用以解释为何会形成证人出庭率畸低的现状,并建立后文博弈分析的理论框架。第四部分、第五部分分别运用这个博弈模型分析理论上已经出现的两种修法方法,以说明两者均缺乏实践可操作性。第六部分通过修正的博弈模型,提出并论证一种新的修法方法。第七部分对全文作总结。

## 二、证人出庭法定条件的缘由和实义

### (一)证人出庭的法定条件与出庭作证的目的

实体真实和程序公平是刑事诉讼的两大价值,也是法院裁判的正当性赖以存在的基础<sup>④</sup>。证人出庭作证对实现这两大价值均有积极作用。然而,作为一项程序性制度,证人出庭作证的实施受到司法资源的制约,因此既不可能也无必要要求所有证人都出庭作证。现代刑事诉讼中,在证人已经提供

① 为了提高证人出庭率,在2012年刑事诉讼法修正前后,一些地方法院开展改革试验。在修正之前,据一项实验调查,SC省和C市法院系统曾通知34人出庭作证,实际到庭29人,占比85.29%。数据出自左卫民:《刑事证人出庭作证程序:实证研究与理论阐释》,《中外法学》2005年第6期。在修正之后,据一项实验调查,浙江省温州市法院系统2016年度通知642人出庭作证,实际到庭证人469人,到庭率为73.05%;2017年度通知886人出庭作证,实际到庭694人,到庭率为80.14%。数据出自程银、朱若荪、谢丽珍:《论证人出庭“温州经验”的新挑战与实务应对》,《法律适用》2019年第1期。这些数据说明,在法院没有采取强制方法的前提下,证人出庭率仍然能够达到较高水平。

② 持此观点的文章较多,例见李奋飞、匡旭东:《证人出庭作证“必要性条款”解释适用研究》,《法学杂志》2023年第5期;安琪:《刑事证人出庭问题实证研究——基于A市“庭审实质化”示范庭为分析样本》,《河南财经政法大学学报》2018年第2期;叶青、徐明敏:《以审判为中心的证人、鉴定人出庭作证制度的实践思考》,《中国司法鉴定》2017年第4期;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。

③ 持此观点的文章较多,例见陈光中、郑曦、谢丽珍:《完善证人出庭制度的若干问题探析——基于实证试点和调研的研究》,《政法论坛》2017年第4期;张泽涛:《“以审判为中心”的内涵及其制度完善》,《法学》2016年第11期;顾永忠:《以审判为中心背景下的刑事辩护突出问题研究》,《中国法学》2016年第2期。

④ 米尔安·R·达玛什卡:《司法和国家权力的多种面孔——比较视野中的法律程序》,郑戈译,北京:中国政法大学出版社,2015年,第100—114页。

书面证言的情况下,法律通常不要求证人再以口头形式出庭作证。在英美法系国家和地区,绝大多数案件通过辩诉交易等庭审前认罪认罚程序处理,这些案件中的证人不必出庭。在大陆法系国家和地区,大多数案件通过辩诉协商、轻罪特别处理等简易程序处理,证人也无须出庭。因此,证人出庭作证仅仅发生在最完整的庭审程序当中。尽管如此,由于司法资源的制约,仍需优化资源配置,尽可能减少证人出庭作证。仅在必要之时,证人才会被传唤到庭作证。在此背景下,法律需要设定证人出庭的条件,以确定哪些证人应当出庭。至于如何设定,则与出庭作证的目的直接相关。

理论上,证人出庭作证的目的有二,即查明事实和保障被告人的对质权。这两种目的与实体真实和程序公平两大诉讼价值分别对应。这在诉讼结构类型中易于识别。在职权主义诉讼中,法律程序实行“卷证移送主义”。在侦查阶段,侦查人员已经取得证人的书面证言;在审判阶段,法官可以通过阅读卷宗证据材料知悉和审查这种证言的内容。由于这类诉讼的裁判正当性建立在实体真实价值观基础之上,法官负有查明事实真相的职责,因此法官对于证人是否出庭享有决定权。当法官认为某个证人出庭作证有必要时,他有权传唤该证人到庭作证;反之,他也有权不传唤该证人到庭作证。而出庭作证必要性的决策取决于个案情况,只能交由法官自由裁量,法律不宜限制。在当事人主义诉讼中,法律程序实行“起诉状一本主义”。虽然侦查人员在侦查阶段取得了书面的证人证言,但在审判阶段的庭审中,控诉方必须以口头形式提供证言。这是因为,证人出庭作证是保障被告人对质权或交叉询问权的基本条件。由于这类诉讼的裁判正当性建立在程序公平价值观基础之上,辩护方对于证人是否出庭享有决定权。当辩护方认为某个证人有出庭必要时,他可以要求该证人出庭,并由法官提供强制作证的程序保障。而出庭作证必要性的决策取决于个案的具体情况,由辩护方自由裁量,法律不宜施加限制。

实际上,现代的庭审结构均不属于这种理论上的纯粹类型,而是一定程度上的混合型。在这方面,大陆法系国家和地区较为明显。历史上,受英国法影响,以法国为先锋,大陆法系各国和地区在传统职权主义基础上吸收了一些当事人主义因素。如今,这些国家和地区的庭审结构已经成为不同比例的混合型<sup>①</sup>。我国经过1997年刑事诉讼法的修改,已经确立了混合型庭审结构。在此背景之下,证人出庭作证的两种目的必然需要同时顾及。一方面,职权主义要求庭审保持传统上对事实真相的追求;另一方面,当事人主义又要求保障被告人的对质权。然而,被告人权利的实现是以公共资源的付出为代价的<sup>②</sup>,法院为此必须承担相应的审判成本。在审判资源有限的前提下,通过立法设定证人出庭的条件,限制出庭作证证人的范围势在必行。由此,证人出庭的法定条件实质上是因应保障被告人对质权而发生。然而,由于程序公平与实体真实在价值层面存在冲突,保障被告人对质权与查明事实存在程序层面也存在冲突<sup>③</sup>。传统上,实体真实是大陆法系刑事裁判正当性的基础,查明事实是证人出庭作证的首要目的。因此,在变迁后的混合型庭审结构中,当这两种冲突目的在有限的审判资源面前发生竞争时,查明事实自然胜出,成为主要目的,而保障被告人对质权则成为依附前者的次要目的。我国证人出庭法定条件的设置正是对这种关系的反映。

## (二)证人出庭的三个条件及其含义

证人出庭法定条件最初表述于2012年修正的刑事诉讼法第187条第1款,现该条款已更新为2018年修正的刑事诉讼法第192条第1款,且内容保持不变。此条款规定:“公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对证人证言有异议,且该证人证言对案件定罪量刑有重大影响,人民法院认为证人有必要出庭作证的,证人应当出庭作证。”显然,这一规定界定了有资格出庭作证证人的范围。此类证人

① 米尔安·R.达玛什卡:《司法和国家权力的多种面孔——比较视野中的法律程序》,第242—251页。

② 史蒂芬·霍尔姆斯、凯斯·R.桑斯坦:《权利的成本:为什么自由依赖于税》,毕竟悦译,北京:北京大学出版社,2011年,第78—81页。

③ 米尔安·R.达玛什卡:《司法和国家权力的多种面孔——比较视野中的法律程序》,第155—164、208—214页。

必须是已提供书面证言的证人,不同于法律另有规定的“新的证人”<sup>①</sup>。从字面解读此法条,有资格出庭的证人需满足三个条件:第一,辩护方或控诉方对已有书面证言提出异议;第二,该证人的证言对于案件定罪或量刑有重大影响;第三,法院认为该证人有必要出庭提供口头证言。为表达简便,本文将其中第三个条件简称为“必要”条件。关于这三者关系,依据权威立法信息,“必要”条件要求法院根据前两个条件行使裁量权<sup>②</sup>。换言之,法院对“必要”条件的把握取决于前两个条件是否满足。这意味着,“必要”条件实质上并非独立存在的条件。基于此,有必要进一步明确前两个条件在实践操作中的具体含义及其相互关系。

第一个条件是前提性条件。它将证人出庭的动因设置为书面证言引发的异议。在实践中,这种异议通常是由辩护律师针对书面证言的可信性提出,并伴随申请证人出庭的请求。辩护律师根据异议拟定出庭证人的名单,这是法院决定证人能否出庭的前置程序。这也表明,这里的证人出庭条件仅适用于辩护方申请与法院批准的方式,不适用于法院依据职权直接决定的方式。第二个条件是实质性条件。它要求证人出庭口头作证对案件的定罪或量刑能够产生重大影响。此条件隐含了对审判资源进行约束的考量,并赋予了法院自由裁量权。这是法院决定证人能否出庭的最终依据,因而这是一个实质性标准。因此,凡能够满足这个条件的证人就有必要出庭,否则就没有必要出庭。为便于表达,下文将这两种证人分别称作“必要证人”和“非必要证人”。综合来看,法律设定前两个条件的目的分别是保障被告人对质权和查明案件事实。由于两者性质不同,查明事实应优于保障对质权,法院只能在努力实现前者的基础上适当兼顾后者。

### 三、理论框架:证人出庭作证的囚徒困境

#### (一)囚徒困境模型的应用模型

本文采用的博弈模型是囚徒困境。这种模型有其理论原型<sup>③</sup>,笔者根据原型模拟一个可以直接运用于本文分析的应用模型,并介绍其具体含义(见表1)。

表1 囚徒困境应用模型

		审判方	
		慎权	滥权
辩护方	慎权	4, 4	-2, <u>6</u>
	滥权	<u>6</u> , -2	<u>0</u> , <u>0</u>

表1是模拟的应用模型博弈结构。在这个博弈中,双方分别是辩护方和审判方。辩护方指的是被告人或其辩护人,实践中主要是辩护律师;审判方则是指代表法院审理案件的法官。囚徒困境是一种具有完全但不完美信息的静态博弈模型。完全信息是指双方选择的策略是有限的,一方在行动时另一方知道。不完美信息则是指双方在行动时一方不知道另一方在有限策略中已经选择何种策略。在静态博弈中,由于双方同时开展行动,一方在行动时不知道对方选择了何种策略,因此策略和行动可以被视为等同。在证人出庭问题上,辩护方在行使申请权时,以及审判方在行使决定权时,都面临

① 刑事诉讼法第197条第1款。

② 全国人大常委会法制工作委员会刑法室编著:《〈中华人民共和国刑事诉讼法〉释义及实用指南》,北京:中国民主法制出版社,2012年,第357—358页。

③ 囚徒困境是有关双方当事人之间是否合作问题的博弈模型。如果用R代表对方合作、本方不合作,用T代表双方都合作,用P代表双方都不合作,用S代表本方合作、对方不合作,那么,任何一个囚徒困境应用模型必须满足两个条件,即 $R > T > P > S$ ,且 $T + T > R + S$ 。参见张维迎:《博弈与社会讲义》,北京:北京大学出版社,2014年,第38—39页。

着慎重使用和泛滥使用两种策略或行动。表1中分别将这两种策略简称为“慎权”和“滥权”。两种策略的定义是,在双方行使各自权利时,凡出于公共利益、有利于查明事实的申请或批准即为“慎权”。反之,凡出于私人利益、不利于查明事实的申请或批准,则为“滥权”。审判方和辩护方“慎权”的内涵相同,均指向查明事实的公共利益,但“滥权”的内涵则不同,这一点需要略作展开说明。

辩护方的私人利益表现在偏离查明事实的目标、过度追求利己胜诉的结果。由于对案件处理结果有着强烈的利益关切,辩护方有充足的动力争取本方利益的最大化。这种利益既包括公共利益,也包括私人利益。在某些情况下,这两种利益是兼容的。例如,通过当庭口头质证辨别出证人之前作出的书面伪证。然而,在某些情形下,这两种利益又是不兼容的,辩护方可以在法庭质证中利用诱导、吹毛求疵等技巧对证人提出不适当的问题,而证人可能因为缺乏法庭应诉经验或记忆能力尚有不足等因素,错误地回答问题,或出现前后证言不一致,甚至是作出矛盾证言的情形。特别是,证人亦可能受賄买、人情等因素的影响而改变原先的书面证言<sup>①</sup>。这将导致事实混淆,真正的罪犯可能由于事实不清而被放纵。

审判方的私人利益表现在背离查明事实的责任、过度节省劳动力成本。法官负有查明事实真相的职业责任,这要求他在办案时必须付出相应的时间、精力等劳动力成本。然而,作为理性的个人,法官也有动机尽量节省其劳动力成本。在司法实践中,法官在审阅案卷后通常不会对书面证词的可信性产生怀疑,因而没有必要传唤证人到庭作证。即使偶尔产生怀疑,法官可以依据职权直接传唤证人出庭,而不依赖于辩护方的出庭申请。但是,法官的这种“没有怀疑”可能出于盲目的自信<sup>②</sup>。由于习惯于传统的书面审理方式,法官对卷宗证据产生了依赖性。而证人出庭对法官掌控庭审程序的能力有着较高的要求,并可能增加其应对各种意外的预期成本<sup>③</sup>。当口头证言与书面证言出现不一致或矛盾时,就需要法官进行深入研判,从而耗费更多的时间和精力。因此,面对辩护方的证人出庭申请,法官自然感到“非常麻烦”,不予批准<sup>④</sup>,尽管这种“麻烦”是基于司法职责应当付出的成本。由此可能导致相关事实没有得到应有的澄清,进而引发案件的错判。

根据上述“慎权”和“滥权”策略的界定以及公私利益取向的不同,可对辩护方和审判方的具体行为作如下分类:辩护方的“慎权”行为表现为,出于公共利益考虑,申请必要证人出庭;“滥权”行为表现为,出于私人利益考虑,申请非必要证人出庭。审判方的“慎权”行为表现为,出于公共利益考虑,无论辩护方申请出庭的是必要证人,还是非必要证人,一律予以批准;“滥权”行为表现为,出于私人利益考虑,无论辩护方申请出庭的是必要证人,还是非必要证人,一律不予批准。

在模型中,数字代表辩护方和审判方在策略选择之后各自通过行为得到的收益。在每一组数字中,前一个数字代表辩护方的收益,后一个数字代表审判方的收益。这里的收益既包含私人利益,也包含公共利益或共同利益。在双方都选择“慎权”策略的情形下,各有4个单位的收益。在一方选择“慎权”、另一方选择“滥权”的情形下,前者有-2个单位的收益,后者有6个单位的收益。在双方都选择“滥权”的情形下,各有0个单位的收益。表1模型将收益直观等同于“利益”,并用负值形象地表示利益处于亏损状态,零值表示既无所得也无所失地维持现状。

## (二)囚徒困境中的证人出庭状态

根据这个囚徒困境模型,可以对证人出庭作证的现状作如下解释。在这种博弈结构中,若审判方

① 尹冷然:《刑事证人出庭作证与庭审实质化》,《华东政法大学学报》2018年第1期。

② 据学者的访谈调查,有的法官认为,先前的书面笔录证据比后来的口头证言具有更强的“证明力”或“真实性”。参见吴丹红:《司法场景中的证人作证》,《国家检察官学院学报》2006年第3期;汪海燕:《刑事审判制度改革实证研究》,《中国刑事法杂志》2018年第6期。根据职业经验,有关书面证言的可信性通常如此,但并非一律如此。这反映了有些法官的认知偏见。

③ 黄伯青、伍天翼:《“需求侧”改革:刑事证人出庭作证实证分析》,《法律适用》2017年第3期。

④ 尹冷然:《刑事证人出庭作证与庭审实质化》,《华东政法大学学报》2018年第1期。

和辩护方都选择慎权策略,将形成左上的策略组合(慎权,慎权),双方共有8个单位的收益。若一方选择慎权,另一方选择滥权,将形成左下策略组合(滥权,慎权),或者右上的策略组合(慎权,滥权),双方共有4个单位的收益。若双方都选择滥权,将形成右下的策略组合(滥权,滥权),双方共有0个单位的收益。比较这几种策略组合,我们可以看出,共有最高的收益是左上,其次是左下和右上,最差的是右下。因此,左上策略组合产生的结果处于帕累托最优状态,是双方最理想的结局。然而,现实却是,右下的策略组合被双方共同选择,形成一个纳什均衡,这也是最不理想的状态。证人出庭作证的现状正是这种状态的反映。为了论证这个观点,可以采用排除法,先将左下、右上和左上这三种策略组合分别剔除,那么,剩下的右下策略组合将成为必然的选择。

关于左下的策略组合(滥权,慎权),即辩护方选择滥权、审判方选择慎权。具体表现为:辩护方申请非必要证人出庭;审判方无论所申请证人是否必要,一律予以批准。由此,证人能够出庭。在此情形下,辩护方和审判方的收益分别是6和-2。相对而言,前者收益较高,后者收益为负。这是因为,一方面,辩护方滥权使非必要证人能够出庭,案件结果朝着自身追求的方向发展,其私人利益得到满足;另一方面,辩护方滥权产生了负效应,在后续的法庭审理中,审判方发现出庭的证人不是必要证人,而是非必要证人,但此时,审判方已经付出了相应的审判成本。预计这种不利于己的状况可能发生,审判方必然放弃慎权策略,不会批准辩护方提出的必要证人或非必要证人的出庭申请。因此,这种策略组合不被选择。

关于右上的策略组合(慎权,滥权),即辩护方选择慎权、审判方选择滥权。具体表现为:辩护方申请必要证人出庭;审判方无论所申请证人是否必要,一律不予批准。由此,证人不能出庭。在此情形下,辩护方和审判方的收益分别是-2和6。相对而言,前者收益为负,后者收益较高。这是因为,一方面,审判方滥权使必要证人不能出庭,损害了辩护方的预期收益。另一方面,审判方滥权产生了负效应,在后续庭审中,必要证人不到庭节省了法官劳动力成本,满足了其私人利益。意识到这种于己不利的状况可能出现,辩护方自然放弃慎权策略,不提出必要证人出庭申请。所以,这种策略组合也不被选择。

关于左上的策略组合(慎权,慎权),即辩护方和审判方均选择慎权。具体表现为:辩护方申请必要证人出庭;审判方无论所申请证人是否必要,一律予以批准。由此,证人能够出庭。在此情形下,辩护方和审判方的收益各是4,这是比较理想的结果。然而,由于双方计较自身利益得失,这种策略组合也不会被选择。这是在信息不完美情况下双方权衡利弊的结果。对辩护方而言,若其选择慎权,审判方很可能选择滥权,因为审判方收益6大于辩护方-2。这意味着,无论证人是否必要,审判方一律不予批准。预计到这种不利于己的后果,辩护方不会选择慎权策略。对审判方而言,若其选择慎权,辩护方很可能选择滥权,因为辩护方收益6大于审判方-2。这意味着,辩护方申请非必要证人出庭。考虑到这种于己不利的后果,审判方不会选择慎权策略。

据上述分析,右下的策略组合(滥权,滥权)被辩护方和审判方共同选择。在证人出庭状态上,其具体表现为,辩护方可能申请非必要证人出庭,而审判方无论辩护方申请的是必要证人还是非必要证人一律不予批准。由此导致的结果是,法庭上没有证人到庭作证<sup>①</sup>。

#### 四、理论上的方法之一:限制“必要”条件

显然,“必要”条件的表述过于笼统,这为有的法官滥用自由裁量权创造了机会。为此,一些学者提出的修法方法是限制这个条件,其基本做法是明确法律规则的含义。这种方法以追求法律规则的确定性为导向。然而,这里存在一个前提性问题,即这种确定性何以可能?在一般意义上,法律规则

<sup>①</sup> 现实中仍有极少量的证人能够出庭作证,这是因为模型只能解释一类现象的基本特征或状态,难以涵盖其全部细节。这与模型的理性人假设有关,实践中难免出现对这种假设的背离。

难以保证其确定性。这是因为,法律规则是以语词这种一般化形式概括社会事实,而语词具有“开放结构”(open texture)的特点,有些社会事实由于预见不足、情势变化等原因不能被已经使用的语词所涵盖,因而在司法适用中存在不确定性<sup>①</sup>。不过,当人们对于某个法律规则的含义已经形成共识时,这就具有交流意义上的客观性,因而具有确定性<sup>②</sup>。针对这种方法,可以结合已有的研究略作分析。

根据立法意图,“必要”条件要求审判方根据前两个条件行使裁量权。其中的实质性条件是证人能否出庭的判断标准,因而限制“必要”条件实际上就是限制这个实质性条件,即明确规则表述中“对案件定罪量刑有重大影响”的含义<sup>③</sup>。对此,一些学者对如何明确法律规则表述中的“定罪量刑”提出了具体建议<sup>④</sup>。实际上,作为证明对象,“定罪量刑”的含义在司法实践中一般不存在争议,明确其含义的意义不大。而真正需要明确的是其中的“重大影响”的含义。对此,未见有人作深入探讨。这里的“重大影响”应当理解为“足以影响”。这暗示着,这个语词的解释是有限度的,必须结合个案的具体情境才能作出判断。因此,法官必然需要行使其自由裁量权<sup>⑤</sup>,权力滥用问题便可能与之相伴。正是意识到这一点,有学者主张,必须辅之以程序上的强化措施,即辩护方可针对法官滥用裁量权的行为提出上诉,获得针对性的救济<sup>⑥</sup>。这是试图利用法官同行之间的共识获得规则意图的一体化遵从,以及通过审级管辖上的权威性统一约束下级法官,从而遏制裁量权的滥用。这个主张有相对周全的考虑,由此形成的修法方法值得进一步探讨。

在努力明确法律规则含义的基础上强化上诉程序,势必使法院付出更多的审判成本。这里的审判成本包括法院投入的人力成本、因延期结案而增加的时间成本等。这种审判成本的性质直接表现为法院因审理上诉案件而付出的公共成本,而审理结果将影响一审法官的个人利益。当二审法院支持辩护方的诉求时,其结果为,案件要么因为程序不公正而被发回重审,要么因为证人在二审出庭而在澄清事实后得到改判。若是前者,法官在一审中节省的劳动力成本仍需付出;若是后者,这表示原判出错,法官将付出声誉成本。这些都反映了惩罚的效用,进而减少了审判方的滥权收益,从而遏制其滥用裁量权。那么,这种方法的实施能否实现其预期目标?这需要借助博弈模型予以具体分析。

基于惩罚的边际威慑原理<sup>⑦</sup>,只有当审判方的滥权收益小于慎权收益时,才能迫使其放弃滥权策略。为了简化模型分析,这里“小于”的取值以3个单位为例,如表2所示。

表2 方法一模型

		审判方	
		慎权	滥权
辩护方	慎权	4, 4	-2, 3[6-3]
	滥权	6, -2	0, -3[0-3]

① 哈特:《法律的概念》(第二版),许家馨、李冠宜译,北京:法律出版社,2011年,第113—118页。  
 ② 理查德·波斯纳:《法理学问题》,苏力译,北京:中国政法大学出版社,2002年,第9、159页。  
 ③ 这与后来出现的司法指导性意见一致,即最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合发布的《关于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的意见》(法发[2016]18号)第十二条。  
 ④ 李奋飞、匡旭东:《证人出庭作证“必要性条款”解释适用研究》,《法学杂志》2023年第5期;黄伯青、伍天翼:《“需求侧”改革:刑事证人出庭作证实证分析》,《法律适用》2017年第3期。  
 ⑤ 这是一种“在可容许的选择范围内作出选择”的自由裁量权。迈克尔·D·贝勒斯:《程序正义——向个人的分配》,刘海平译,北京:高等教育出版社,2005年,第78—79页。  
 ⑥ 李昌盛:《证人出庭难的应对方案》,《当代法学》2021年第3期;胡逸恬:《“事实查明”模式与“权利保障”模式的融合——论证人出庭制度的功能定位》,《法学杂志》2019年第2期;郝万爽:《完善刑事诉讼中证人出庭制度——欧洲人权法院的判例及其启示》,《烟台大学学报(哲学社会科学版)》2020年第1期。  
 ⑦ 加里·S·贝克尔:《犯罪与惩罚》,载《人类行为的经济分析》,王业宇、陈琪译,上海:格致出版社、上海人民出版社,2016年,第50—51页。

在表2中,审判方选择滥权策略的收益发生了变化:在右上的策略组合中,表1中6个单位的收益变为3个单位;在右下的策略组合中,表1中的0个单位的收益变为-3个单位。这是因为强化上诉程序增加了审判方3个单位的成本,这在审判方的滥权收益中分别予以扣减。

此时,可进一步观察这个信息结构。首先,从辩护方角度考虑,若审判方选择慎权,辩护方选择滥权的收益为6,大于其选择慎权的收益4;若审判方选择滥权,辩护方选择滥权的收益为0,大于选择慎权的收益-2。比较这两种情况下的收益,辩护方的占优策略是滥权。再从审判方角度考虑,若辩护方选择慎权,审判方选择慎权的收益为4,大于其选择滥权的收益3;若辩护方选择滥权,审判方选择慎权的收益为-2,大于选择滥权的收益-3。比较这两种情况下的收益,审判方的占优策略是慎权。因此,左下的策略组合(滥权,慎权)成为双方共同选择。这种均衡结果的寓意是,因上诉程序付出的审判成本较高,可以控制审判方的滥权行为,但同时,因为上诉程序的激励作用,辩护方的滥权行为却失控了。这意味着,若实施这种修法方法,法庭上将出现大量无必要出庭作证的证人,进而造成严重浪费司法资源的后果。由此可见,这种修法方法不具有实践可操作性。

### 五、理论上的方法之二:取消“必要”条件

针对法官滥用裁量权,另一些学者提出的修法方法是取消“必要”条件。具体而言,删除法律规则中“人民法院认为证人有必要出庭作证的”这一表述。显然,主张这种方法的学者进行了更深层的思考,他们已经意识到,若不取消“必要”条件,法官滥用裁量权问题仍然不能避免。不过,取消“必要”条件之后,“对案件定罪量刑有重大影响”这个实质性条件是否仍然由法官行使裁量权来判断?这一点需要明确。对此,有的学者没有表明态度。若主张由法官继续行使,其实质上仍类似于上一种修法方法,没有新意。而有的学者表明了态度,主张改由辩护律师行使自由裁量权,其具体意见是,只要辩护律师认为证人有出庭必要,法院就应当同意其要求。这就是说,将辩护方证人出庭的申请权转变为证人出庭的决定权。显然,这是一种独立的修法方法。明确这一点后,可借助博弈模型(见表3)考察这种方法的可行性。现将表3说明如下:

表3 方法二模型

		审判方	
		慎权	滥权
辩护方	慎权	4, 4	-2, 6
	滥权	6, -2	0, 0

对比表1,表3使用删除线取消了审判方滥权的策略选项以及收益。这是因为,根据这种修法方法,辩护方的申请权转变为决定权,可以独立决定哪些证人出庭。在此情况下,审判方被取消了批准权,进而失去了滥权的可能性,只能被动地采取慎权,即无论辩护方申请的证人是否必要,一律予以同意。观察这个信息结构可知,当辩护方选择慎权时,他可以得到4个单位的收益;当辩护方选择滥权时,他可以得到6个单位的收益。比较两种情况下的收益,辩护方选择滥权仍然是其占优策略。因此,这种方法在彻底解决审判方滥用裁量权的同时,也为辩护方创造了滥用裁量权的条件。在原先审判方享有批准权之时,辩护方的申请权受到审判方的制约。现在,审判方失去批准权,辩护方的决定权便不再受到审判方的制约。不必怀疑,在司法实践中,这种滥权情形完全可能发生。试举已经发生的二例。一个是江西南昌的周文斌受贿、挪用公款案。在庭前会议上,该案辩护律师申请本案全部证

人出庭作证<sup>①</sup>。而据此案辩护律师介绍,全案共有100多名证人<sup>②</sup>。另一个是浙江杭州的莫焕晶放火、盗窃案。该案辩护律师在审查起诉阶段申请控诉方取证未遂,后在审判阶段申请此案涉及的38名消防人员作为证人出庭作证<sup>③</sup>。显然,若这种滥权行为得逞,庭审程序必将旷日持久,由此增加的审判成本是法院无力承受的。因此,这种方法也不可行。

## 六、另一种可替代方法:权利的逆向配置及其限制

通过前述论证可知,理论上现有的两种修法方法均缺乏可行性。尽管如此,从中仍可获得启发。根据第一种方法,既然控制法官自由裁量权根本无法实现目标,那么,取消其自由裁量权应当是修法的思考方向。第二种方法也反映了这种意图。然而,如前所述,这种方法有一个重大缺陷,即辩护律师极可能滥用其决定权。对此而言,改善的基本思路是,通过一种有效的限制性方法,使这种滥权行为丧失发生的可能性。在此,笔者提出一种替代性修法方法。其可行性论证同样需要借助博弈模型予以说明。现将表3的收益分配变更为表4所示。

表4 替代性方法模型

		审判方	
		慎权	滥权
辩护方	慎权	4,4	-2,6
	滥权	3[6-3],-2	0,0

相对于表3,表4在选择滥权策略下的收益发生了变化,辩护方的收益由6个单位减少了3个单位,剩下3个单位。这是因为,为了防止辩护方滥权,采用了限制性方法,增加了辩护方3个单位的私人成本。基于惩罚的边际威慑原理,只有当辩护方滥权的收益小于其慎权的收益时,才能阻止辩护方的滥权行为。为简化讨论,可将辩护方的私人成本设定为3个单位。此时,在这个信息结构中,辩护方选择滥权只能得到3个单位收益,而选择慎权可以得到4个单位收益。比较两者的收益, $3 < 4$ ,选择慎权将成为辩护方的占优策略。由此,理想的结果将会出现。

亟须解决的问题是,采取怎样的限制性方法能减少辩护方滥权3个单位的收益?这可以借用信息经济学的相关理论寻找答案<sup>④</sup>。作为博弈论应用分支之一,信息经济学理论上有一种逆向选择模型。这种模型的基本假定是,在委托人与代理人互动关系中,双方处于信息非对称状态。委托人不知道代理人隐藏的信息,而代理人自己知道他隐藏的信息。在证人出庭问题上,审判方与辩护方正是在这种关系的反映。证人未出庭之前,审判方不知道辩护方在策略选择上是慎权还是滥权,而辩护方知道自己选择哪一种策略,并隐藏有利于己的策略。据此,审判方可以被视为“委托人”,辩护方可以被视为“代理人”。在这种关系中,审判方不知辩护方是否真诚合作、是否愿意选择慎权,仅决定必要证人

① 王巍:《审判长告病回避 南昌大学原校长周文斌案全案重审》, <http://www.bjnews.com.cn/inside/2015/11/10/383634.html>, 访问日期:2025年4月12日。

② 谭君:《辩护律师解读周文斌案二审:无期改判12年背后发生了什么?》, [https://www.thepaper.cn/newsDetail\\_forward\\_1584694](https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_1584694), 访问日期:2025年4月12日。

③ 罗双江:《纵火保姆辩护人要求异地管辖 开庭26分钟自行退庭》, <http://m.people.cn/n4/2017/1221/c676-10290590.html>, 访问日期:2025年4月12日。

④ 有关信息经济学的基本理论,参见张维迎:《博弈论与信息经济学》,上海:格致出版社、上海三联出版社、上海人民出版社,2012年,第5、7章内容;因内思·马可-斯达德勒、J.大卫·佩雷斯-卡斯特里罗:《信息经济学引论:激励与合约》(第二版),管毅平译,上海:上海财经大学出版社,2004年,第1、4章内容。

出庭作证。辩护方选择滥权完全可能,因为滥权的收益大于选择慎权的收益,即 $6 > 4$ 。这种滥权选择可以被理解为因为事前信息不对称而引发的逆向选择。在信息经济学上,解决逆向选择的通常方法是,通过设计合理的激励机制,促使代理人作出符合双方共同利益的理性选择<sup>①</sup>。在证人出庭作证制度上,可以作如下设计:首先,辩护方根据“定罪量刑有重大影响”这个法定条件决定某个证人是否有必要出庭作证,并向审判方提出请求,由审判方提供包括强制作证在内的程序保障<sup>②</sup>。在辩护方提出请求时,必须向法院预交一定金额的“证人出庭费”作为担保金。基于威慑效用的考量,证人出庭费的金额应当相当于因证人出庭而增加的审判公共成本。在证人出庭作证后,若审判方判定该证人的口头证言对查明事实有用,法院应当退还证人出庭费。这表示这一部分审判成本有助于公共利益,理应由法院负担。若审判方判定该证人口头证言对查明事实无用,证人出庭费不予退还,以此冲抵法院已经付出的审判成本。这表示通过没收证人出庭费发挥其惩罚的威慑功能。经由这种程序的设计,促使辩护方在事先充分考虑传唤某个证人出庭是否确有必要,并作出理性选择。对辩护方来说,这里的证人出庭费实际上是一项风险成本,不能收回这项成本必然减少其滥权收益。当滥权收益小于慎权收益时,即 $3 < 4$ ,辩护方自然放弃滥权,进而选择慎权。

## 七、结语

如何通过修改法律规则改善证人出庭率畸低的现状,是刑事诉讼法学中存在的一个可谓“老大难”问题。基于证人出庭难的阻力直接来源于法院的认知,一些学者提出限制或取消法官裁量权的改革思路,并提出了修改证人出庭法定条件的两种方法。通过博弈模型分析发现,这两种方法均缺乏可行性。不过,基于已有研究的相关分析及其提供的有益启示,辅以信息经济学模型,可以提出并论证一种新的替代性方法。

作为一种研究方法,由于其行为分析的基本立场,博弈论已经为社会学理性一脉提供了一个“统一场”理论<sup>③</sup>。这种巨大的影响力不可避免地波及作为社会科学的法学<sup>④</sup>。在当前的中国,相对于其他学科,博弈论在法学中的应用还相对较少,在现有立法研究中更是鲜见。在法律规则的形成或选择中,博弈论可以发挥建设性作用<sup>⑤</sup>。为了实现理想的立法目标,法律规则必须注重实效性,其预期效果必须处于利益相关者通过博弈形成的均衡状态之中<sup>⑥</sup>。基于立法的这项基本原理,博弈论的应用可以带来研究方法上的创新。相对而言,立法的博弈分析有其系统性思考问题的优势。在证人出庭法定条件修改这个立法问题上,现有理论方案主要出自一些学者基于司法实践客观现象而形成的感性认识。正如本文在分析中多处指出的,这种思考方法存在考虑不周的弊端,进而影响立法建议的可行性。相反地,运用博弈论思维分析问题可以形成相对周延的结论,增强立法建议的可操作性。

① 有关激励机制设计的基本理论,参见张维迎:《博弈与社会讲义》,第261—271页。

② 这种保障受制于证人已死亡、下落不明等无法出庭的法定例外情形。

③ Aumann R. J., Hart S., *Handbook of Game Theory with Economic Applications*, North-Holland, 1992, p. xi.

④ 一个标志性事件是30多年前第一本法律博弈论教科书在美国出现,即 Baird D. G., Gertner R. H., Picker R. C., *Game Theory and the Law*, Cambridge: Harvard University Press, 1994。

⑤ 魏建:《博弈、合作与法律》,《山东社会科学》2001年第2期。

⑥ 柯华庆:《法律博弈论如何可能?》,载格若赫姆·罗珀:《博弈论导引及其应用》,柯华庆、闫静怡译,北京:中国政法大学出版社,2005年,译者序第Ⅺ—Ⅻ页。

## Legal Amendments to the Conditions for Witnesses to Appear in Court from the Perspective of Game Theory

Zhang Liming

(School of Law, Guangzhou University, Guangzhou 510006, P.R.China)

**Abstract:** In the historical evolution of the trial structure in criminal proceedings, the inquisitorial system in civil law countries has absorbed some elements of the adversarial system from common law countries. As a civil law country, China's trial structure is no exception. With the amendment of the Criminal Procedure Law of the People's Republic of China in 1997, the trial structure was designed as a hybrid of the inquisitorial and adversarial systems. Therefore, the importance of witnesses appearing in court to testify began to become prominent. However, in legal practice, there are few cases where witnesses appear in court to testify, leading to the awkward situation of nominal court trials. Analyzing the reasons behind this situation reveals a direct relationship with judges' abuse of discretionary power. Specifically, judges usually do not approve applications made by defense lawyers for witnesses to appear in court. To address this issue, some scholars have proposed amendments to the current legal conditions for witnesses to appear in court, aiming to limit or eliminate judges' discretionary power. There are three legal conditions for a witness to testify in court: First, the defense or the prosecution raises objections to the existing written testimony; Second, the witness's testimony has a significant impact on the conviction or sentencing of the case; Third, the court deems it necessary for the witness to appear in court and provide oral testimony (referred to as the "necessity" condition). In summary, two methods of legal amendment have emerged in theory: one is to restrict the "necessary" condition among the three statutory conditions, while the other is to remove this "necessary" condition altogether. From the perspective of participant's behavior, this paper uses the Prisoner's Dilemma game model to analyze the costs and benefits between the trial party and the defense party during the program operation, aiming to judge whether various methods of amending the law can achieve a Pareto-optimal equilibrium state. For the first method, to achieve the goal of restricting the judge's discretion, it is necessary to enhance the review function of the appellate trial. To this end, the trial party will inevitably incur huge trial costs. However, this will also arouse the defense party's stronger motivation to appeal, leading to the abuse of their right to apply for witnesses to appear in court. For the second method, to eliminate the judge's abuse of discretion, the defense party must be given the right to decide whether witnesses should appear in court. Similarly, this will also motivate the defense party to abuse this right. An alternative approach is to reconstruct the statutory conditions for witnesses to appear in court by granting the defense side the right to decide whether witnesses appear in court. At the same time, the defense side must pay the witness appearance fees to the court in advance as a guarantee to prevent the abuse of this right. Legislation plays a crucial role in China's current rule of law construction. Applying game theory to the study of legislative issues may be a pioneering effort in China, thus holding innovative significance in terms of methodology.

**Keywords:** Game theory; Legal amendment; Witnesses appearing in court; Prisoner's dilemma; Conditions for witnesses to appear in court; Witness appearance fees

[责任编辑:王苏苏 苏捷]