

## 中国法学会邮件系统

用户名 密 码 

## 信息检索

包含字符 检索内容 检索字段 排序字段 排序方式 

一月信息排行

Commun

法学论坛 >> 论坛专题 >> [探索争鸣](#)本层分类: | [法制史](#) | [行政法学](#) | [刑法学](#) | [民商法学](#) | [诉讼法学](#) | [法理学](#) | [宪法学](#) | [劳动法](#) | [知识产权法](#) | [投稿须知](#) | [经济法](#) | [探索争鸣](#) | [国际法](#)[→ 探索争鸣](#)

## 胡贤生/梁亚琴：证人作证义务的特免权之我见

阅读次数: 672 2007-8-27 13:55:00

如果父亲不小心目睹了儿子犯罪的过程,而检察官希望他作为控方证人,在法庭上指认自己的孩子,他是否有权拒绝?中国的法律答案是:不行.因为与犯罪分子作斗争是每一个公民应尽的义务,我们提倡的是大义灭亲.而按西方的法律规定,他完全可以援引法律中作证义务特免权的规定,理直气壮地拒绝检察官的要求.从上面的二种不同的结果看,这里涉及一个明显的法律问题.为此,笔者就证人作证义务特免权的问题,谈一点肤浅的看法.

### 一.基本概念.

证人作证特免权又称证人特权、证人免证权、证人拒证权,是指在法定情形下,特定公民享有的拒绝作证或制止他人作证的权利.所谓特权是指基于自己身份、地位或者是职务而取得的特别的权益或豁免权,即在调查程序中,凡依法享有特权的人,包括当事人和第三人在内除非其主动放弃特权保护,都有权拒绝被调查的权利.证人作证的特免权也正是证人具有法定情形而享有的拒绝陈述的权利.其,证人作证特免权是对证人作证义务的免除而不是对其作证资格的剥夺.享有作证特免权的主体首先应该具有作证的资格,因此许多国家才规定即使是援引特免权的证人也应该接受法庭的传唤并进行宣誓,因为是否享有作证特免权是法官自由裁量的结果.在英美法系和大陆法系,出于历史传统和政策性的考虑都建立了证人作证特免权制度,并随着社会的发展而不断完善,而在中国作为一个国家本位主义的国家,证人作证仍然是宪法中规定的公民的一项基本义务而不是一项可由公民自主决定的义务.

### 二.历史渊源

1. 古代的特免权制度. “亲亲相隐”是我国古代封建制法中一项特殊的制度,它禁止亲属之间互相告诉或者作证,以保护传统的伦理秩序,因此笔者将它视为中国古代的特免权制度.亲亲相隐可以追溯到春秋时代.孔子最早在《论语·子路》中提出了“子为父隐,父为子隐”.而秦律规定的“子告父母,臣妾告主,非公室,勿听.而行告,

告者罪。”标志着我国早期亲亲相隐法律制度的形成。汉宣帝地节四年（公元前66年）诏：“父子之亲，夫妇之道，天性也。”肯定了容隐的道德正当性。到了唐代，基于“屈法以伸伦理”的观念，《唐律疏议》确立了同居相隐不为罪原则，其相容隐的范围较之汉朝进一步扩大，形成了一个完备的规范系统。《名例律》规定：“诸同居，若大功以上亲及外祖父母外孙，若孙之妇，夫之兄弟及兄弟妻，有罪相为隐。……其小功以下相隐，减凡人三等。”即所有同居亲属（不论服制）均可相隐，不同居的大功以上亲属亦可相隐，不同居小功以下相隐也减轻处罚。此后“亲亲相隐”原则被历代所遵循，其要有三：一是亲属有罪相隐，不论罪或减刑；二是告发应相隐的亲属有罪，唐至明清的法律甚至规定，审案时如果命令得相容隐的亲属作证，涉案官员处刑；三是两类罪行例外，首先是谋反、谋大逆、谋叛等重罪，因为这类罪或直接侵犯皇权，或严重破坏社会秩序，其次是亲属互相伤害罪，因为如果不容许告诉，被告人失去自我保护权利，家族关系也难以维护。

2、第一次设立了特免权.正式在我国规定特免权的是1910年《大清刑事诉讼律草案》。该法效仿日本刑事诉讼法，第一次在我国设立了特免权制度。尽管这部法律因为清政府的覆亡而没有实行，但它却成为后代立法的样本.1928年的《中华民国刑事诉讼法》洋洋洒洒五百多条，其中关于证据的规定就近百条，这个立法基本上借鉴了《大清刑事诉讼律草案》，但是却第一次把《大清刑事诉讼律草案》没有实现的目标实现了。1935年，鉴于各方面的批评意见，国民政府修正了《民事诉讼法》，其中因亲属关系而享有特免权的范围明显缩小，新法规定“证人为当事人之配偶、前配偶、未婚配偶，或四亲等内之血亲、三等亲内之姻亲或曾有此亲属关系者”，可以拒绝证言。此后修法的变动不是很大。1945年的《中华民国刑事诉讼法》第167条规定了亲属的证言特免权，第169条规定了职业关系特免权。《中华民国民事诉讼法》第306条规定了公务秘密特免权，第307条规定了配偶不利证言特免权、职业上、业务上秘密特免权和技术上秘密特免权。

3、被人为抛弃的特免权.证人特免权引进后又被抛弃，是有着特定的政治、历史和文化背景的。特免权制度在建国后的命运，也是那个时代很多法律制度的命运。新中国的成立，宣告了旧的法律体系的灭亡。建国后一系列反封建运动，特别是文革，对特免权的消失产生了决定性作用.1952年，一场声势浩大的“司法改革”运动在全国范围内展开，在这次运动中，旧法思想再一次受到清理和批判，一些便于人民的审判制度也得以确立，法律教育工作也初步开展起来。但是另一方面，很多有着丰富法学基础和实践经验的司法人员也从原来的位上撤离下来，

而被有着“高度革命热情”的工农群众取而代之，这无疑导致司法人员的业务素质整体下降，一些旧法中正确的观点，诸如“法律面前人人平等”、“司法独立”等等都受到批判，特免权制度的命运可想而知。

4、复活中的特免权.特免权的命运到二十世纪九十年代才有了改观，很多年轻学者开始关注特免权制度的价值。人们不仅重新认识到“亲亲相隐”的现代意义，而且对于英美国家的特免权制度也是赞誉有加，称之为充分体现了“人性”的制度。这时期对于特免权的研究文章的数量超过了以往所有关于这个问题的论述。不过，这种研究只停留在理论上，1996年修正的刑事诉讼法广泛地学习了西法的经验，却没有接纳更易为中国民众接受和认同的亲属作证特免权的规定。因此，即使我们的法律完善了对证人不作证的处置后果，要求这些与被告人存在特殊关系的证人都作证，也不一定会加大证明案件的力度，因为伪证的增加使得司法公正并无受益，而且潜在的危害可能是会导致一些社会关系的破坏。

### 三、理论基础

从八十年代初期对特免权“讳莫如深”到学界开始关注特免权制度，再到有关证据立法的草案中规定特免权，这短短的二十年之中，我国的诉讼法律制度发生了哪些重大的变化？这些变化是否在催生着特免权制度？在今后的诉讼法的改革中，特免权的建立是否可以期待的？笔者认为，构建和谐社会的中国，正为建立特免权制度奠定的良好理论基础。

1.和谐社会的构建.我国的传统社会是一个非常注重“关系”的社会。由于小农经济的发展，人们在一定的社会范围内结成社区，这个社区是高度熟人化社会的一个缩影。人们的关系建立在充分的信赖之上。但是，随着社会的发展，这种熟人社会开始解体。社会流动的频繁化强烈地冲击着社会固有的关系和习惯。不但亲属之间的尊卑序列和等级关系逐渐消除，人与人之间基于共同生活而建立起来的信赖关系也不复存在。在商品经济初步发展的社会，陌生人之间的投机行为普遍增加，即使是律师和医生这样的职业也可能存在着欺诈和违反义务的行为。

当道德的约束不能禁止这种投机行为的时候，人们对这种交往不再感到信任，一些基本的社会关系也呈现出脆弱的特点。近年来，我国社会在呼唤着传统的信赖感的回归。近年来在全社会开展的“诚信教育”以及“和谐社会”运动就是最好的写照。在法律层面，《合同法》、

《反不正当竞争法》等更是在法律上对不信誉的投机主义进行规制，甚至连婚姻家庭法也融入了这种道德约束。例如，新《婚姻法》第4条规定“夫妻应当相互忠实”，首次将夫妻间的忠实义务纳入法律调整的轨

道。根据解释，夫妻间的忠实，除了指夫妻在性生活上互守贞操、保持专一外，也包含夫妻不得遗弃配偶他方，“不得为第三人利益牺牲、损害配偶他方利益”。那么，配偶一方作不利于另一方的证言，似乎也可以归入“为第三人利益牺牲、损害配偶他方利益的不忠诚行为之列了。因此，我们的社会依然非常重视对于交往的信赖感与社会关系的维护，而这恰恰是特免权制度的一个主要功能。

2. 国外证据规则的吸收。证据制度的完善作为我国诉讼制度改革的一个方面，也在不断地借鉴和吸收国外证据制度中精华。虽然我国三大诉讼法中对于证据制度的规定比较简略，但是近年来在最高人民法院、最高人民检察院颁布的司法解释来看，我国证据制度的改革正在学习、借鉴英美国家的一些证据规则，例如《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第67条的规定：“在诉讼中，当事人为达成调解协议或者和解的目的作出妥协所涉及的对案件事实的认可，不得在其后的诉讼中作为对其不利的证据”，就是借鉴了英国证据法中“不受损害”特免权的核心内容，尽管在内容上还比较单薄。可以看出，我国司法机关在制定这些证据规则的时候，价值取向也在悄悄地发生着变化，那种唯“客观真实”为上的观念也发生了一定程度的改变。例如，《关于民事诉讼证据的若干规定》第63条明确规定“人民法院应当以证据能够证明的案件事实为依据依法做出裁判。”这是证据裁判主义在立法上的反映，意味着法官对案件事实的认定仅要求达到“法律真实”的要求，而不再以“客观真实”作为认定案件事实的要求。这较之诉讼法的规定已经是一种明显的进步。此外，鉴于现行诉讼法对于证人作证义务缺乏规范，强化证人作证制度日益提上修法计划，制定强制证人作证制度也成为很多立法起草者的主张和建议，而证人作证制度必须规定强制作证的例外，特免权制度是一个绕不开的问题。

3. 文明化和民主化成为发展的主题。1998年，我国政府签订了《公民权利和政治权利国际公约》，昭示着我国刑事司法文明与国际标准的接轨。按照国际惯例必须遵守的原则，《公民权利和政治权利国际公约》中规定的“受刑事追诉的人不得强迫作不利于自己的证言，或者强迫承认有罪”也应该为我国诉讼法所遵守。我国《刑事诉讼法》第43条规定，严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据，最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》也规定，已经查证确实属于采用刑讯逼供或威胁、引诱、欺骗等非法手段取得的被告人供述不能作为定案根据。这在一定程度上肯定了不自证其罪原则，但是在尚缺乏可操作性的具体的程序规范，这也是未来诉讼法修改或者证据立法的努力方向。在职业关系特免权方面，同

样有一些需要遵循的国际准则。例如，联合国《关于律师作用的基本原则》第22条规定：“各国政府应确认和尊重律师及其委托人之间在其专业关系内所有联络和协商均属保密性的。”我国律师制度的改革也应当在此示范下作出回应。我国第四次宪法修正案增加了“国家尊重和保障人权”，标志着我国对“人权”的保护发展到了一个新的境界。

#### 4. 法理中的根源

从一定意义上来说，制度的形成不是立法者设计的产物，而应该是源于社会成员长期博弈的均衡。因此法律强制的效力总是以社会共同体的默认为条件，否则就没有任何的强制力可言。在市民社会里，每一个人都是自主的、独立的，个体追求自己的利益和欲望的满足，这种利己的行为不可避免的会干涉到他们利益的实现，于是便产生了与他人、社会的冲突。因此，国家建立法律制度规定公民基本义务从根本上说是为了维护社会的的长远发展。具体来说，在证人作证义务的规定上，证人作证的义务是对国家而非对当事人的义务，因此当国家的利益、社会的长期稳定与当事人的个人正义发生冲突时我们理应给证人一种豁免权，让他自主的去维护国家的利益、社会的稳定，正因为如此，基于身份、地位或者是职务这些特殊事由而产生的“特权”也是法律所应允许甚至是提倡的。<1>.证人自由意志和自主法律地位保障的要求.在古代和近代诉讼制度中，证人一直是被是为视为诉讼的客体，成为发现事实、陈述事实真相的工具，特别是纠问制的时代，司法以发现事实真相为最高目标，证人和被告一样，成为调查案情事实的工具，随时接受法院的传唤，并要如实陈述，稍有偏差变会遭致惩罚，其权利毫无保障而言。在现代法律理念中虽然已经抛弃了证人作为诉讼客体的观念，但是证人在法律上自主的主题地位还是没有得到应有的保障。首先，证人作为公民应该享有社会一般公民应该享受的基本权利；其次，证人作为法律的主体，其自由意志不容被忽视；再次，由于证人对司法承担过过多的义务，因此有理由要求证人对等的权利作为回报。然而在我国的法律中对证人作证权利的规定甚为详细和明晰，但是对于他们作证豁免权却是只字不提，证人的主题地位当然难以得到实现，在这种状况下建立证人作证豁免权制度对于我过证据法制度的完善无疑具有重大的意义。（2）赋予证人作证豁免权是证人私权利得以对抗国家公权利的重要屏障.在国家的生活中，私权利与公权利是相对应的一种权利。“不认同”和“不参与”被认为是私权利的首要内容。“不认同”是指任何人有权不认同集体、组织、他人的意志，有权不认同习俗和道德观念，有权不认同他人或权威为他们设立的生活目标。“不参与”是只个人在任何情况下都有权不参与社会活动，无这种活动的目标有多么的崇高。从社会或他人

的角度来看个人的不参与权利我们可以称之为“不干涉原则”。也就是说个人的生活和思维方式是自由意志选择的结果，而只要这种选择不违反国家和法律的强制性规定。在国家公权利这一强大势力面前，私权利常常显的微不足道，在证据制度中更是如此，因此免证权作为抵抗国家司法滥用给公民造成不必要的损失的情况下，必然成为私权利对抗公权利的巨大屏障。<3>.诉讼制度的公平对抗性。1996年对《刑事诉讼法》的修订在一定程度上更多地融合了对抗制的因素。当然，在侦查制度中，已经进行的改革力度并不是很大，证据的调查和收集过程中的纠问色彩需要慢慢转变——这是我国目前正在进行的刑事诉讼法修改的一个预期目标。除了提高效率，现代程序法的最大使命就是旨在保障在诉讼中对抗的双方能够公平抗争。创造这种平等需从两方面入手，一方面国家对诉讼中的武力如逮捕、讯问、搜查等用严格的使用条件及批准程序来限制，另一方面则赋予另一方当事人拒绝作证的特免权和其他权利来对抗国家武力。在一个平等型的诉讼关系当中，诉讼权利必然是平等的，一方享有传唤证人作证的权利，另一方就有对证人作证的抗辩权，以作证内容受特免权保护而主张证人不能作证。例如，在审前证据展示过程中，辩方可以主张某证人是受特免权保护的，而不向控方展示相关证据，在法庭审理阶段，当控方传唤作证被告人的配偶或者律师对他们与被告人的秘密交谈内容作证，证人或者辩方也可以主张特免权。这就是我国诉讼法正在努力营造的控辩平等参与证据调查过程的目标之一。增强权利保障是对抗制诉讼的发展趋势。特免权制度所蕴涵的权利保障意识与我国诉讼制度的人权保障改革是完全一致的。特免权制度以正当理由的抗辩抵御强制作证义务的冲击，给予诉讼双方当事人的平等对话的空间，也为诉讼中作为弱势群体的证人增加了更多公平的因素。

#### 四、发展中的特免权

从上述的论述中，我们已经可以窥见我国特免权制度的源泉和发展脉络：其一是从古代的亲亲相隐制度中发展出来的“亲亲相隐”的理念，因为其中浓厚的封建主义和宗法传统，这些制度在近代被迫进行改革，但是它为特免权制度提供了坚实的社会基础和文化基础；另一部分是从国外传入的特免权的规范，特别是职业特免权和公共利益特免权，是我国传统法律制度中所没有的，它们与亲属特免权构成了我国特免权制度的主要部分。虽然特免权制度在我国存在的时间和空间都受一定历史条件的限制，但当时的立法、司法以及学者的研究，却成为我们今日研究特免权的一个重要素材。笔者认为：

##### 1. 摒弃旧念 拓展思路

由于观念上的问题，有人认为证人作证特免权是“封建社会亲亲相

隐原则”的衍生，不符合现代诉讼法的精神，而国外有关因公务、神职人员等享有证人作证免证权的规定更是被认为是“为了维护资产阶级的工具”。我们认为这种看法本身是有偏见的，一种制度的存在不能因为它是为哪个阶级服务或者是被哪个历史阶段承认而对其进行肯定或否定，在我们看来，刑法的真正目的，是为了惩罚和挽救罪犯，并最大程度地降低犯罪行为对于社会的危害，而且，大部分的罪犯在服刑期满后，仍然将回归社会，如果法律强迫他们的亲人走上法庭指控他们有罪的话，这种对人类心灵深处所造成的创伤和隐痛是长久的，甚至还可引发更多更激烈的冲突。只有很好的把握一种制度折射出来的制度理念，分析其赖以生存的制度环境，并探究它在我国实现的合理性，才是正确的态度。对于证人作证特免权制度与发现案件事实、调查事实真相的审判目标而迟的一项制度，仍被英美和大陆法系国家接受，说明其中必定有其合理的价值观念作为支撑，是一定价值平衡和价值目标追求的结果。

## 2. 立足全局 确保平衡

法律要求证人履行作证的义务是为了保证诉讼活动的顺利进行，完成对违法犯罪的惩罚的目的；但是法律同样对这种义务作了例外的规定，是基于社会的价值考虑，考虑到婚姻家庭的稳定、律师制度的贯彻、宗教对社会的影响、个人隐私的保护以及国家安全的维护。这些都是一个社会和国家正常运转不可缺少的因素和组成部分。美国证据法专家华尔滋教授用了一个经典的解释来说明这一制度：“社会期望通过保守秘密来促进某种关系。社会极度重视这些关系，宁愿为捍卫保守秘密的性质，甚至不惜失去与案件结局有重大关系的情”。法律对价值的选择过程说到底就是人类理性对利益的权衡的过程，牺牲较小的、个别的利益乃是为了保全更大的、基本利益。

社会的发展总是在矛盾中寻找一个最大的平衡，在平衡中兼顾各方利益的实现，法律的发展更是如此，权利的平衡、权益的平衡、理性的平衡，这些都在法律的发展过程中起着巨大的导向作用，如何去寻求这些平衡，这种平衡究竟被发展到哪一步则是体现一个国家法律制度完善与否的重要内容。就证人作证免证制度这一证据法上的重要制度来看，它必然在一定程度上因为证人不提供与该案件有重大关系的证据而使得当事人一方的正义和权益受到不公平的损失，使得法律所应该保护的权益没有得到有效的保护，所以从这个意义上讲证人作证特免权制度是以牺牲查明案件事实的便捷乃至唯一途径为代价。因此，作证特免制度就不能无止境的扩大，要限定在一定范围并进行严格的是审查，这样才能保证两方权利实现的最大化。

## 3. 基于国情 广纳其才

众所周知，在英美证据法历史上，对于特免权的存废曾经展开过激烈的争论，赞成者的阵营和反对者的阵营在某个时期甚至旗鼓相当，而在美国制定《联邦证据规则》的时候，也曾经就特免权的种类和范围在全国范围内长时间地征求意见，以吸纳社会各利益阶层的意见。《联邦证据规则》建议稿中的某些特免权规定在当时就受到过诸多攻击，尽管这种反对声音“来源于与具体特免权的创设和保留利益攸关者”，但至少说明特免权问题是一个牵涉到很多利益主体的问题。从目前立法草案的不尽规范的表达上看，原因似乎不难寻找。这一方面在于学术界对两大法系的特免权制度研究不够深入、考察不够细致，另一方面也在于很多学者对我国特免权制度赖以建立的社会基础和现实条件缺乏分析。近年来，虽然可以见到《沉默权制度研究》、《非法证据排除规则研究》等著作不断问世，但是尚没有学者对特免权这个大问题进行非常系统深入的研究，有限的论述只是停留在对于英美特免权规则的介绍和对我国古代亲亲相隐制度的“开发”上，对于特免权制度的很多错误认识得以谬种流传，甚至有的“指鹿为马”，有深入分析的文章凤毛麟角。几乎所有谈到“特免权制度建构”的文章，都没有实证的材料作为基础，空谈、幻想和矫揉造作大行其道。目前有关特免权制度的研究中，基本上没有学者专门对我国建立特免权制度的社会基础条件和制度条件进行详细论证，使得特免权规则仅仅停留在正当性基础上，而非落实到“可行性”层面上。这种研究现状表明了上述草案完全是在理论准备不足、实践调查不够的基础上进行的。虽然有的草案为了避免有照搬照抄之嫌，对外国的特免权规则进行了一些文字性修正，但是因为这种修正是擅意而为，所以有时适得其反，变成了不伦不类的特免权规则。在诸多立法草案的背后，是我们学术界的急功近利，媒体一厢情愿的鼓吹，似乎特免权立法已经离我们近在咫尺，但实务界的冷淡反映和普通民众的茫然表情却在提醒我们，特免权制度其实离我们太遥远，以至于我们尚不能切身感受它在证据法制度上可能引起的革命性冲击。这些现象都值得我们学术界和未来的立法者思考。

#### 【注释】

- <1> 宋朝武著：《民事证据法学》，高等教育出版社。
- <2> 何家弘著：《证人制度研究》，人民法院出版社。
- <3> 殷鼎著：《从政治审查和档案制度看私生活权利和范围》
- <4> 郭卫：《刑事诉讼法论》，上海法学编译社
- <5> 胡锡庆主编：《诉讼证据学通论》，华东理工大学出版社
- <6> 巫宇甦主编：《证据学》，群众出版社1983年版

[【返回】](#)

欢迎光临**中国法学会**官方网站

Thank you for visiting [www.chinalawsociety.org.cn](http://www.chinalawsociety.org.cn)

中国法学会 版权所有 © 2005 京ICP备05072373号 [联系方式](#)  
(浏览中国法学会网, 建议将显示器的分辨率设为1024\*768) 网站制作与维护: 北京长城宏业网络信息科技有限公司

