华南农业大学学报(社会科学版)
2004年第3期 JOURNAL OF SOUTH CHINA AGRICULTURAL UNIVERSITY No.3 2004
(第3卷) (SOCIAL SCIENCE EDITION) (Vol.3)

诉讼证人免证特权探讨

林镜兰,陈 友

(华南农业大学 人文学院,广东 广州 510642)

摘 要:证人免证特权是大陆法系和英美法系国家诉讼证据法律中的一项重要内容,其理论基础是防止公共权力侵犯个人权利,尊重个人价值,维护和谐稳定的家庭关系,保护特定的社会关系和重大公共利益。证人免证特权包括拒绝强迫自证其罪特权、"亲亲相隐"特权、职业上的特权、公务秘密特权等。

关键词:诉讼;证人;免证特权;程序正义;制度建构

中图分类号:D925 文献标识码:A 文章编号:1672-0202(2004)03-0145-06

一、证人免证特权与其理论基础

证人免证特权,又称证人拒绝作证的权利,也称保密特权、证人特权、证人作证特免权,是指在法定的条件下,证人享有的拒绝提供证据,或阻止他人提供证据的权利。享有免证特权者,可以免除出庭作证和就特权事项提供证明,可以阻止他人提供特权范围内的信息。

证人免证特权制度是英美法系和大陆法系的一项传统的证据制度,两大法系国家都在其宪法或者诉讼证据法律中详细地规定了证人免证特权。作为英美法系的代表国家之一,英国诉讼证据法律很早就有了证人免证特权的相关内容,并在1898年的《英国刑事诉讼证据法》和《1984年警察与刑事诉讼法》等诉讼证据法律中有明确的规定,在普通刑法案中被告人的配偶可以作证但只能当辩护人,不能强迫作证,如果被告人的配偶不出庭作证,控方也不得加以评论[1]。证人免证特权在美国被称为特免权,美国宪法规定,任何人在刑事诉讼中不得被强迫作为反对自己的证人,即被告人不能自证其罪。除了宪法规定之外,美国联邦与及其一些州的法律都对证人免证特权进行了详细的规定。大陆法系的证人免证特权制度与英美法系的证人免证特权制度有所不同,两者在立法体例和诉讼价值取向上各具特色。大陆法系国家中,德国、意大利、日本的诉讼证据法律都规定了比较详细完备的证人免证特权制度,德国的《民事诉讼法》和《刑事诉讼法》等法律对证人免证特权制度的内容作了详细具体的规定,其范围之广,制度之完备是大陆法系其他国家的证人免证特权制度不能比拟的。除此之外,俄罗斯的《刑事诉讼法》、澳大利亚的《1995年证据法》、新西兰《1908年证据法》、奥地利的《民事诉讼法》、加拿大的《证据法》、印度的《1872年证据法》、爱尔兰的《1992年刑事诉讼法》、阿尔巴尼亚的《刑事诉讼法》、爱沙尼亚的《民事诉讼法典》、菲律宾的《证据规则》等等以及我国的台湾地区、香港特区、澳门特区的诉讼证据法律都对证人免证特权作了不同的规定。证人的免证特权制度已经得到世界各国的广泛认可,成为现代国家的一项重要证据制度。

证人免证特权具有以下特点:第一,特权享有主体必须是知道案件真实情况的人,具有法律上证人的资格。第二,免证特权享有主体必须是与案件的被告人有着某种特殊关系,如律师与委托人之间,配偶之间,医生与病人之间等等。例如《日本刑事诉讼法》第149条规 定:医生、护士、助产

收稿日期:2004-03-11

作者简介:林镜兰(1970-),男,江西人,华南农业大学人文学院讲师,主要研究方向为诉讼法.

士、律师、代办人、公证人、宗教人士(不论在职与否)对因受业务上的委托而知悉的有关他人秘密的事实有权拒绝作证[2]。第三,特权享有人拒绝陈述的内容,必须是基于双方信赖所得到的消息,而这种信赖关系,是维护双方关系的重要因素,其泄露结果必然会给双方关系造成重大损害;或者是关于国家机密等公共利益的消息,其泄漏的结果必然给国家和社会带来重大的伤害。例如《德国刑事诉讼法》第55条规定:询问法官、公务员和其他人员,以及议会、政府成员(无论在职与否)职务保密事项需经特别许可[3]。第四,证人免证特权的范围及内容由法律明确规定,不得滥用。除此之外,便是法律的普遍性规定,即知道案件情况的人原则上都有作证的义务。可见,证人免证特权是证人作证义务的例外性规定,它是一国立法对各种法律价值进行理性选择后的结果,也是证据制度中极有特色的内容之一。

证人拒绝作证权的设置基于一种理念:案件的客观真实不是人们追求的唯一价值,不能为了案件的客观真实而损害其他更高的价值,有时候法律的真实比客观真实更重要。拒绝作证权反映了一种防止公共权利对个人权利过度侵犯的理念,充分维护了个人的尊严,保障了个人的价值,是一种更加人性化的规定,也符合程序正义的要求。程序正义理论认为:保护公民的个人权利免受公共权力的侵害是法律的基本职能,法律确保每个人在个性、精神、道德和其他方面的独立获得最充分、最自由的发展,个人价值的崇高地位应该在法律上得到充分反映,而法律对个人价值的保护必须通过一定的程序来保障,也就是通过程序来追求公平和正义,程序正义应该成为了人们对法律的最高追求。证人免证特权制度在西方国家的确立,首先肇始于沉默权(拒绝强迫自证其罪的特权)的确立,而沉默权正是从由程序正义理论出发提出来的带有明显经验倾向的无罪推定原则逻辑演绎的必然结果,源于人们对个人价值、个人权利的无限追求,代表着个人主义和自由主义的精神,是对个人的自由、尊严、天性和良心的尊重,是人们对诉讼活动和个人价值保护关系的探究成果[4]。

证人免证特权制度除了体现对个人价值和个人权利的保护以及对公共权力的限制之外,还体现了对一定社会关系和重大的社会利益的保护,西方国家之所以普遍采用证人免证特权制度,其另一个理论基础在于通过该制度保护隐藏于规则背后的特定社会关系和公共利益[5]。一些社会关系、比方说,律师与当事人、医生与病人、神职人员与信徒等,是以良好的信任关系为基础的,一旦动摇了此种信任关系,这些职业将难以获得正常的发展。除此之外,这些职业还涉及到一些人的隐私,其存在对一个社会的和谐、文明、稳定都起到了重要的作用。法律设定职业秘密特权对其进行保护,除作为隐私权进行保护依法有据外,法律在这里还特别关注泄密后的间接社会效果,即对一个和谐、稳定的社会关系的破坏。正如乔恩·R·华尔慈所言:“社会期望通过保守秘密来促进某种关系,社会极度重视某种社会关系,宁愿为其捍卫保守秘密的性质,不惜失去与案件结局关系重大的情报。”[6]

二、证人免证特权的分类

由于不同的国家采取不同的立法体例,各国诉讼证据法律中证人免证特权制度的价值取向不同,各国的历史、文化传统以及各国的政治经济制度等的不同,各国的证人免证特权制度包括不同的内容。从大陆法系和英美法系这些国家的诉讼证据法律看来,证人的免证特权大概包括四项。

(一)、拒绝强迫自证其罪特权

拒绝强迫自证其罪特权是证人免证特权的一个重要方面,是现代法治国家的一项重要的刑事诉讼法律制度。联合国《公民权利和政治权利国际公约》专门作了规定。拒绝强迫自证其罪特权中的沉默权是现代法治国家的一个重要的标志,美国、菲律宾等国家甚至在宪法中予以明文规定,把它上升为宪法权利。拒绝强迫自证其罪特权起源于英国普通法,为美国宪法所吸收,随后在法

国、德国、意大利等国的宪法性文件或诉讼证据法律中也得到了确认。

英国诉讼证据法律规定,除刑事诉讼程序另有规定除外,一个人在任何其他法律诉讼程序中,有权拒绝回答任何问题或提供任何文件或物品。《日本刑事诉讼法》第 146 条规定:任何人都有权拒绝提供可能使自己受到刑事诉讼追诉或者有罪裁判的证言[2]。《法国刑事诉讼法》第 198 条规定:证人无义务就他可能因之承担刑事责任的事实作证[7]。德国《民事诉讼法》第 384 条规定:当对某些问题的回答,将会对证人或者证人的有关亲属引起不名誉或使其因犯罪或违警行为而有受追诉的危险时,该证人有权拒绝作证[3]。

(二)、“亲亲相隐”特权

“亲亲相隐”是指配偶之间(或者曾经是配偶),亲属(包括血亲和姻亲)之间有权拒绝提供从对方获得的可能使对方受到刑事追诉或者有罪裁判等不利法律后果的信息。无论在东方还是在西方,“亲亲相隐”特权都有悠久的历史。在古罗马法中,就有很多相类似于“亲亲相隐”的规定,如尊卑亲属之间互相告发要丧失继承权的规定,父亲不宜作为儿子的证人,儿子也不宜作为父亲的证人的规定等等[8]。

世界上很多国家的诉讼证据法律都有关于“亲亲相隐”特权的规定。《德国刑事诉讼法》第 52 条规定:被指控人和订婚人、配偶(无论离异与否)、直系亲属或直系姻亲及旁系二等血亲或姻亲,有权拒绝作证[3]。英国《1984 年警察与刑事诉讼法》等诉讼证据法律中明确规定,在普通刑法案中被告人的配偶可以作证但只能当辩护人,不能强迫作证[1]。《日本刑事诉讼法》第 14 条规定:对可能使自己的配偶、三代以内血亲、二代以内姻亲或曾有此类亲属关系的人、自己的监护人、监护监督人或者保佐人,以及自己所监护、监督、保佐的人受到刑事追诉或者有罪裁判的证言,证人有权拒绝提供[2]。

关于“亲亲相隐”特权的具体法律内容,各国的规定有所不同:第一,“亲亲相隐”特权的享有主体的不同,在美国和英国,特权的享有主体主要是配偶。而在日本、德国等国家,“亲亲相隐”特权的享有主体不但包括配偶、而且包括一定范围内的血亲和姻亲。第二,“亲亲相隐”特权行使方式不同,在美国和英国等英美法系国家,证人的“亲亲相隐”特权是不可以抛弃的,美国有一半以上的州承认刑事案件的被告人有阻止他或她的配偶作证的特权。而在德国、日本等国家,证人“亲亲相隐”特权可以行使也可以抛弃。《德国刑事诉讼法典》第 52 条第三款规定:每次予以询问之前,要对拥有拒绝作证权的人员和在第二款情形中要对是否行使拒绝作证权之决定权的法定代理人告知他们的权利,他们也可以在询问过程中撤回对此权利的舍弃。

(三)、职业上特权

职业上特权是指从事特定行业的人因为职业的特殊性而享有的免证特权。不同的国家对职业上免证特权的范围规定不同。《德国刑事诉讼法》第 53 条规定:神职人员、辩护人、律师、专利代理人、财会师、宣誓督察员、税务顾问、税务代理人、医生、药剂师、助产士以及特定咨询机构成员(含以上人员的助手)、联证、期刊、广播制作发行人对作者、投稿人或者提供消息人的个人情况或工作情况,有权拒绝作证[1]。《美国 1999 年统一证据规则》规定,享有职业上的免证特权主体有:律师和其当事人、医生和其病人、心里治疗人员与病人、神职人员和其忏悔人、新闻记者、告发人等[7]。而在日本,医生、牙医医生、助产士、护士、律师、代办人、公证人、宗教在职人或者担任过这些职务的人,对由于受业务上的委托而得知的有关他人的秘密的事实,有权拒绝提供证言。设定职业上免证特权是因为对于那些以良好的信任关系为基础的职业,像律师、医生、神职人员,一旦动摇了此种信任关系,这些职业将难以获得正常的发展,而它们的存在对社会的和谐稳定发展又是极为重要的,所以,许多国家的诉讼证据法律都规定了职业上负有秘密义务的从业人员享有免证特权。

(四)、公务秘密特权

公务秘密特权是指证人在法定的情况下有权就有关公务秘密的问题拒绝提供证据的权利。《德国刑事诉讼法》第55条规定:询问法官、公务员和其他公务人员,以及议会、政府成员(无论在职与否)职务保密事项需经特别许可;对证明自己、第526条所列亲属构成犯罪、违反秩序行为并可能受到追诉的问题,证人有权拒绝回答[3]。《日本刑事诉讼法》第144条规定:对公务员或者曾任公务员者知悉的事实,但该人或者该管公务机关声明属公务机密的时,非经该监督官厅的许可,不得将该人作为证人询问,但除有妨害国家利益的情形外,该监督官厅不得拒绝。第145条规定:众参议员、总理、国务大臣(无论在职与否)非经议院或者内阁许可不得作为证人进行询问,除有妨害国家重大利益者,议院内阁不得拒绝[2]。英国、加拿大、澳大利亚等国家以及我国的台湾地区的诉讼证据法律都对公务秘密特权作了规定。规定从事公务的人员享有公务秘密特权,是对国家机密和公共利益的保护,是世界上各国的普遍做法。

三、我国证人免证特权制度的构建

证人免证特权,在我国具有悠久的历史,它最早可追溯到周朝,大约到唐朝以后影响波及邻国,中国古代多部文献中都记载有拒绝作证权的内容。孔子在《论语·子路》中便提出"子为父隐、父为子隐,直在其中矣"的法律思想,到了封建王朝的汉朝时代,我国法律开始明确规定了"亲亲相隐"特权制度,汉宣帝曾经下诏:"父子之亲、夫妇之道,天性也。虽有祸患,犹蒙死而存之。诚爱结于心,仁厚之至也,岂能违之哉?自今子首匿父母、妻匿夫、孙匿大父母,皆勿坐。其父母匿子、夫匿妻、大父母匿孙,罪特死,皆上请廷尉以闻。"[10]这一诏令首次从人类亲情的本性出发解释"亲亲相隐"制度,首次用容许相隐的形式正面肯定妻、子、孙为夫、父、祖隐在法律上的正当性。并且进一步肯定了尊为卑隐在法律上可以从轻处罚的可能性[11]。这一特权制度为此后封建王朝法典所继承。到了我国封建时代的唐朝,证人免证特权制度得到了很大的发展,"亲亲相隐"特权的享有主体远远超过了父子、夫妻、孙祖之间,扩大到了所有同居的亲属及大功以上的亲属。唐朝《名例律》增加"同居相隐不为罪"的专条,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,以其小功以下相隐,减凡人三等……"。唐朝以后,我国封建时代的宋朝、明朝、清朝等朝代的法律都规定了与此相似的"亲亲相隐"特权制度。可见,"亲亲相隐"特权制度在我国具有悠久的历史,其在维护封建伦理道德、亲情关系,巩固和谐稳定的封建家庭关系、社会关系起了重要的作用。

中国人民共和国建立以后,由于法律工作长期受到"左"的思想的影响以及证据制度上奉行"实事求是"的政策,再加上对西方国家以及我国古代优秀法律制度的排斥和抛弃,导致了对证据法律制度的认识存在误区。我国目前没有专门的证据法,有关证据的内容都规定在相应的诉讼法以及相关的司法解释中,《中华人民共和国刑事诉讼法》第48条规定:"凡知道案情的人,都有作证的义务。生理上、精神上有缺陷或者年幼,不能辨别是非,不能正确表达的人,不能作证人。"《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(试行)》第142条规定:"证人应当出庭作证,符合下列情形,经人民法院批准许可的,证人可以不出庭作证:(一)未成年人;(二)庭审期间身患严重疾病或者行动极为不便的;(三)其证言对庭审不起直接决定作用的;(四)有其他原因的。"由此可见,我国的诉讼证据法并没有证人免证特权的制度,我国的证人免证特权制度还没有建立起来。证人免证特权制度对个人价值、个人尊严的尊重,以及对维护和谐稳定的家庭关系、社会关系所起的举足轻重的作用得到世界上绝大部分国家的认可,同时,我国历史长期存在"亲亲相隐"特权制度还在我国各个阶层人民存在根深蒂固的影响,成为人们日常生活乃至在诉讼活动中的潜规则,这使在我国确立和实施得

证人免证特权制度得到广泛的支持成为可能。我们应该借着创制新的《证据法》和进行司法改革之机,在我国新证据法中明确详细规定证人免证特权制度。

证人免证特权制度在我国诉讼法律制度中的建立,切不可草率行事。立法应该具有现实可行性,又要有一定的前瞻性。证人免证特权制度在我国的建立,应该立足于我国古代长期存在的“亲亲相隐”特权制度,对其进行吸收改造,赋予现在文明社会个人价值、个人尊严等全新内涵,再结合我国实际国情,借鉴外国特别是美国、德国、日本、意大利等国家的证人免证特权制度,建立证人免证特权制度。同时完善我国的一般证人拒证惩罚制度,在刑法中设立“证人拒证作证罪”,确保证人诉讼权利和诉讼义务的平衡。在立法过程中应该注意详细规定一套确实可行的证人免证特权实现的保障程序,从实体法和程序法两方面确保证证人免证特权的实现。

我国的免证特权制度的范围不宜过广,主要应该包括以下三个方面:

1、拒绝强迫自证其罪特权。拒绝强迫自证其罪特权主要表现为沉默权,是现代法治国家刑事法律制度的一项重要原则。由于我国已经加入了联合国《公民权利与政治权利公约》,公民拒绝强迫自证其罪是其明文规定,再加上我国司法实践中还存在“刑讯逼供”等恶行,所以,规定证人拒绝强迫自证其罪特权在我国非常紧迫,意义也非常重大。世界上很多国家把这项权利上升为宪法权利,其余大部分国家是把它规定在诉讼证据法里面,我国很多专家学者和法律工作者倾向于把其规定在新的正在起草的证据法中。

2、近亲属的免证特权。“亲亲相隐”特权在我国有着悠久的历史,在我国民众中有着根深蒂固的影响,因此,在我国诉讼证据法确定“亲亲相隐”特权符合广大民众的愿望,对维护我国新时代的和谐稳定家庭关系有着重要的意义。当前有关立法的重点应该是放在界定享有“亲亲相隐”特权的范围上,应该参照我国唐朝法律以及明清法律的规定,以及我国继承法关于继承权主体范围的规定来确定特权享有主体的范围,即享有拒绝作证权的近亲属是指夫、妻、父、母、子、女、兄弟姐妹、(外)祖父母、(外)孙子女以及其他同居的亲属。

3、职业秘密特权。职业秘密特权对于一个特定行业的发展,以及社会经济的稳定发展具有重要的意义。当前我国关于职业秘密特权的立法首先应该确立律师免证特权,我国的《律师法》、《刑事诉讼法》对律师的拒绝作证权皆未规定,只强调律师有保守职业秘密的义务。如果法律仅仅只规定律师有保守职业秘密的义务,而没有赋予其拒绝作证权,则难以避免律师因不提供对于被告人不利的材料而受到司法机关追诉的情形出现。因此,有必要在法律上明确地赋予律师拒绝作证权,以保证被指控人全面而坦率地向律师提供案情,从而使律师更好地发挥辩护作用,更加有效地保护被告人的合法权利,而律师免证特权也是联合国《公民权利与政治权利公约》的要求。除了规定律师免证特权,结合我国保密行业的情况,我国职业秘密特权立法还必须确定医生(包括心理医生)与病人秘密特权、商业秘密特权等职业秘密特权。

参考文献:

[1] 何家弘,张卫平 . 英国 1984 年警察与刑事证据法[A] . 外国证据法选译第一卷[Z] . 北京:人民法院出版社,2000 .

[2] 何家弘,张卫平 . 日本刑事诉讼法之证据部分[A] . 外国证据法选译第二卷[Z] . 北京:人民法院出版社,2000 .

[3] 何家弘,张卫平 . 德国刑事诉讼法之证据部分[A] . 外国刑事诉讼法选译第一卷[Z] . 北京:人民法院出版社,2000 .

[4] 宋英辉 . 刑事诉讼目的论[M] . 北京:中国人民公安大学出版社,1995 .

[5] 程海龙 . 你有权拒绝作证 - 证人特权制度的探讨[J] . 北京:律师世界,2001,(1) .

[6] 乔恩 . R . 华尔慈著 ,何家弘译 . 刑事诉讼证据大全[M] . 北京:中国人民公安大学出版社,1993 .
[7] 何家弘, 张卫平 . 法国刑事诉讼法之证据部分[A] . 外国证据法选译第一卷[Z] . 北京:人民法院出版社, 2000 .
[8] 冉井富,王旭东 . 刑事诉讼中的拒绝作证权[J] . 北京:中国律师,2000,(10) .
[9] 何家弘, 张卫平 . 美国1999年统一证据规则[A] . 外国证据法选译增补卷[Z] . 北京:人民法院出版社,2000 .
[10] 班固 . 汉书 . 宣帝纪 .
[11] 范忠信 . 中西法律传统中的‘亲亲相隐’[J] . 北京:中国社会科学,1997,(3) .

Research on Privilege of Refuse to Testify

LIN Jing-lan,CHEN You
(*College of Humanities & Sciencs, South China Agricultural University, Guangzhou* 510642, *China*)

Abstract: It is an important part of litigious law that testifiers have privilege to refuse to tesify in common and law systems,Which is based on the theory of preventing public power from invading human right, respecting personal value,sticking up harmonic and stable family and social relationship and protecting certain social relationship and significant social profit . Testifier 's privilege of refuse to testify includes:the privilege of refuse to the forced testimony against his innocence,the privilege of refuse to testify against family members and privilege of office,the secret privilege official duty and so on, The paper establishes the system of testifier 's privilege of refuse to testify which meets the situation of our country on the base of reference to the experience .

Key Words: Litigious; Testifier; Testifier Privilege of Refuse to Testify; Procedure Justification; System Establishment