



诉讼与仲裁论丛
Litigation & Arbitration



北京市社会科学理论著作出版基金资助

A Study on Privilege 特免权制度研究

◇ 吴丹红 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



A Study on Privilege
特免权制度研究

◇ 吴丹红 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

北京市社会科学理论著作出版基金资助

图书在版编目(CIP)数据

特免权制度研究/吴丹红著. —北京:北京大学出版社, 2008. 11

(诉讼与仲裁论丛)

ISBN 978 - 7 - 301 - 14338 - 4

I. 特… II. 吴… III. 证人 - 司法制度 - 研究 IV. D915.130.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 159045 号

书 名: 特免权制度研究

著作责任者: 吴丹红 著

责任编辑: 王 晶

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 14338 - 4/D · 2165

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 三河市新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米 × 980 毫米 16 开本 19 印张 321 千字

2008 年 11 月第 1 版 2008 年 11 月第 1 次印刷

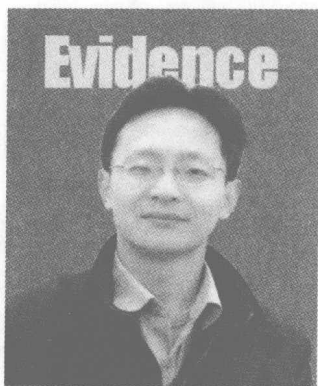
定 价: 33.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话: 010 - 62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

作者简介



吴丹红,男,1978 年生于浙江义乌,先后于中南财经政法大学获得法学学士、法学硕士学位,于中国人民大学获得法学博士学位。2005 年至 2007 年在北京大学法学院从事博士后研究,2007 年 7 月起任教于中国政法大学。现为证据科学教育部重点实验室(中国政法大学)专职研究人员,中国人民大学证据学研究所兼职研究员,燕山大学文法学院兼职教授。

主要研究兴趣在证据法学、诉讼法学与司法制度。先后在《中外法学》、《法商研究》、《政法论坛》、《现代法学》等刊物发表学术论文六十余篇;在《法制日报》、《检察日报》、《人民法院报》发表法学短评、随笔百余篇。合著、参编有《证人制度研究》、《刑事司法大趋势》、《简明证据法学》、《证据法学研究》、《检察制度比较研究》等多部;合译、独译有《英国刑事司法程序》、《娃娃屋谋杀案》等。相继获得“君合人才奖”、“吴玉章奖”、“中国人民大学优秀博士论文奖”、“中国博士后科学基金奖”、“第一届全国中青年刑诉科研成果奖”等。

个人主页:www.wudanhong.com

序

吴丹红是个学者，而学者就要先求学后有学。

初识丹红君是在2001年的秋天。我应邀到中南财经政法大学做学术报告。报告结束之后，一个年轻人过来对我说，他想报考我的博士生。坦率地说，他当时给我留下的印象并不深刻，我只是觉得他挺勇敢的，因为当时在我的身边还有许多该校的老师和学生。后来，我果然在博士生的报名表上看到了那个略有些女性化的名字。面试的时候，我见到了他，虽然他和许多考生一样显得有些紧张，但是我感觉他是一个真正想认真研习证据法的青年。2002年的初夏，我再次应邀到中南财经政法大学去演讲，又见到了已经被录取为中国人民大学博士生的丹红。讲演结束之后，他和另一位同时考上中国人民大学博士生的刘为军同学送我去机场。途中，我们游览了背靠龟山面临月湖的古琴台。

古琴台又名伯牙台。根据传说，春秋时期楚国著名琴师俞伯牙曾在此抚琴，突然弦断，猜知有人旁听，便请出，却是一位樵夫。此人名叫钟子期，竟能识其音律，知其志在高山流水。伯牙遂视子期为知己。次年，伯牙又过龟山，得知子期已然病故。伯牙悲痛万分，随即破琴绝弦，终身不再抚琴。后人感其情谊深厚，特筑台纪念，并把诚挚的友谊称为“知音”。那一天，细雨蒙蒙，我们眼前的湖光山色另有一番景致。我记得，丹红君当时很诚恳地对我说，“何老师，我绝不会让您失望的！”六年过去了，我想，他一直在践行自己的诺言。

吴丹红是个书生，而书生就要先读书后著书。

在三年的博士生学习期间，丹红君读书是很认真的，也是很广博的。他能够以“证言特免权”为主题撰写博士论文就是一个很好的例证。古代书生之大成者，不仅要读万卷书，而且要行万里路。对当代书生来说，虽然因为有了高速代步工具而使得“行万里路”容易了许多，但“行路”依然是读书人的必修课程。在三年期间，丹红君行路过万里——我们师生的足迹留在了俄罗斯的海参崴、荷兰的阿姆斯特丹和海牙、比利时的布鲁日、德国的科隆、瑞典的斯德哥尔摩……其间，既有阅历的积累，也有知识的增长，还有感情的加深。然而，这一切都为丹红君日后的著书创造了一定的条件。



证人证言是诉讼中运用得最为普遍的证据之一,证人作证对于法官查明案件事实以及保证程序公正都有着极为重要的作用,然而在实践中,证人不愿作证却是一种司空见惯的现象。证人不作证的原因是多方面的,但无法忽视的现实是,很多不愿作证的人是出于内心情感或者伦理上的顾虑。对于这些证人,道德说教收效甚微,即使设立强制作证制度,他们可能宁愿受到法律的惩罚也依然拒绝陈述,或者会违心地作证,但作出虚假的陈述,从而误导司法机关对案件事实的查明和判决。如何解决上述困境?特免权制度为这种尴尬的局面提供了一个可以解决的策略。希望获得更多证据的愿望与社会的基本价值观念相冲突时,很多国家选择了保护后者而牺牲前者。在他们看来,维系社会运转的这些基本关系非常重要,以至于追求司法公正的价值也不能超越。

在本书中,丹红君在考察世界两大法系国家关于不自证其罪特免权、亲属特免权、职业关系特免权和公共利益特免权等制度的基础上,用大量笔墨研究了特免权制度与中国诉讼制度的契合点并探讨了在中国建立特免权制度的可能性和路径。本书的研究成果对于中国在相关领域的立法和司法都有重要的现实意义。我想,在“出书其实并不难”的今天,丹红君这本书的问世似乎有些姗姗来迟。不过,我相信,读者在阅读之后一定会认可本书的价值。

是为序。

何家弘

2008年8月于北京世纪城痴醒斋

目 录

第一章 导论	1
引 子 从一个公共事件进入	1
第一节 研究动机与研究背景	3
第二节 研究对象及概念界定	11
第三节 研究方法 with 结构体系	17
第二章 法制史上的“失踪者”	22
第一节 中国古代的容隐制	22
一、先秦的“父子相隐”观	22
二、成文法上的容隐制度	24
三、容隐制乃特免权之母	26
第二节 特免权的移植	28
一、清末修律的转变	28
二、民国立法的移植	31
第三节 “失踪”的特免权制度	34
一、1949 年之后的特免权命运	34
二、1979 年后对特免权的反思	36
三、台、港、澳地区的特免权	37
四、特免权制度的发展脉络	40
第四节 特免权缺席之后	42
一、过度的“发现真实”	42
二、不彻底的无罪推定	44
三、难有隐私权的世界	46
四、对亲情伦理的忽视	48
五、证人权利无保障	51



第三章 特免权的基本理念	53
第一节 从作证义务到特免权规则	53
一、证人作证义务	53
二、作证适格和可强迫性	56
三、特免权的规则体系	58
第二节 特免权正当性之争	63
一、支持特免权制度的学说	63
二、反对特免权制度的声音	67
第三节 特免权的价值理念	70
一、发现真实的诉讼目的	70
二、发现真实的道德限制	72
三、超越实体和程序正义	74
四、特免权制度的价值取向	76
第四节 特免权中的利益权衡	79
一、特免权制度中的利益因素	79
二、特免权制度中的利益权衡	83
第四章 不自证其罪特免权	89
第一节 不自证其罪特免权的产生	89
一、不自证其罪特免权的起源	89
二、不自证其罪特免权的理论基础	93
第二节 不自证其罪特免权的基本内容	96
一、不自证其罪特免权的主体	97
二、不自证其罪特免权的客体	98
三、“强迫”与“自证其罪的风险”	99
四、不自证其罪特免权的行使	100
五、不自证其罪特免权的后果	101
六、不自证其罪特免权的放弃	102
第三节 与不自证其罪特免权相关的权利	103
一、不自证其罪特免权与沉默权	103
二、不自证其罪特免权与不受损害特免权	105



第四节 不自证其罪特免权与证人豁免制度	107
一、证人豁免制度的理论基础	108
二、证人豁免制度的起源与发展	110
三、证人豁免制度与不自证其罪特免权之关联	112
第五章 职业关系特免权	116
第一节 律师—委托人特免权	116
一、律师—委托人特免权的产生	116
二、律师—委托人特免权的主要内容	122
第二节 医生职业特免权	131
一、医生—患者特免权的产生	131
二、医生—患者特免权的内容	136
三、医生—患者特免权的例外	141
第三节 神职人员—忏悔者特免权	143
一、神职人员—忏悔者特免权的起源	143
二、神职人员—忏悔者特免权的内容	145
第四节 记者消息来源特免权	148
一、围绕记者特免权的理论纷争	148
二、美国的记者特免权	153
三、其他国家的记者特免权	160
四、记者特免权的相关问题	165
五、记者特免权的例外	169
第五节 其他职业关系特免权	172
一、会计师和委托人特免权	172
二、专利代理机构和委托人特免权	174
三、其他职业特免权	174
第六章 亲属特免权	178
第一节 亲属特免权的起源	178
一、亲属特免权的产生	178
二、亲属特免权的理论基础	180
第二节 英美法系的婚姻特免权	183
一、配偶证言特免权	184



二、婚内交流特免权	185
三、婚姻特免权的例外	186
第三节 父母—子女特免权	188
一、对父母—子女特免权的争议	188
二、父母—子女特免权的主要内容	190
第四节 大陆法系的亲属特免权	192
一、大陆法系国家亲属特免权	192
二、亲属特免权范围的差异和成因	194
第七章 公共利益特免权	198
第一节 公共利益特免权的起源	198
一、公共利益特免权的起源	198
二、公共利益特免权的理论基础	202
第二节 公共利益特免权的主要内容	204
一、公共利益特免权的范围	204
二、公共利益特免权的决定主体	209
三、公共利益特免权的判断	211
四、公共利益特免权的放弃与例外	213
第三节 与公共利益特免权相关的制度	215
一、公共利益特免权与国家保密法	215
二、公共利益特免权与公民知情权	217
第八章 特免权制度的未来	219
第一节 我国建立特免权的阻力	219
一、不自证其罪特免权的障碍	219
二、律师—委托人特免权的障碍	223
三、记者特免权的障碍	227
四、亲属特免权的障碍	234
五、公共利益特免权的障碍	237
第二节 特免权“回归”之期待	240
一、现代社会重新注重信赖感和社会关系	240
二、我国的诉讼制度正日益呈现公平对抗性	242
三、证据制度改革正在吸收国外的证据规则	243



四、诉讼的文明化和民主化成为发展趋势	244
第三节 特免权制度建构的原则	246
一、与中国的诉讼制度和证据制度相契合	246
二、立足我国社会关系的基本结构和现实状况	248
三、在学习借鉴的基础上建构特免权制度	250
第四节 特免权立法的评价	253
一、关于不自证其罪特免权	253
二、关于亲属特免权	255
三、关于职业关系特免权	258
四、关于公共利益特免权	262
五、关于特免权的例外	265
六、小结:遗憾与期待	269
附录:部分立法草案中的特免权规定	271
参考文献	283
后记	290

第一章 导 论

“中国的问题”应当是法学研究的具体对象，而“世界的眼光”则是研究者所持的思路和所要达到的境界。

——陈瑞华^①

引子 从一个公共事件进入

2006年8月19日晚，经过警方三十多天的全力追捕，重大杀人案的嫌疑人邱兴华终于落网。媒体披露的抓捕细节，引起了笔者的关注：

——围捕指挥部发动亲情攻势，将邱兴华的妻子和儿女接到案发地，每天派3名民警、2名武警护送疑犯家属上山，在疑犯可能出没或藏身的地方用扩音器喊话，试图用亲情感化疑犯。

——得知邱兴华非常疼爱小儿子，围捕指挥部立即派出4名刑警潜伏在邱兴华家中。在蹲守的一个月中，警察们不断对同在屋内居住的邱兴华的妻子、三个子女做思想工作，劝服他们要正确面对此事，邱兴华的家人均表示愿意配合警方。

——在邱兴华于家中被警察抓到的那一刻，发生了令警察们意想不到的的一幕：看到公安人员奋力抓捕自己的丈夫、父亲，邱兴华的家属受亲情影响情绪顿时激动起来，他们一拥而上，一边哭叫一边撕扯干警，试图阻止对邱兴华的抓捕……

——邱兴华的大女儿告诉记者，留给她印象最深的事，就是警察叔叔带他们上山，嗓音颤抖着一道山梁一道山梁地呼喊：“爸爸，我和妈妈还有弟弟来找你了，你已经被包围了，你快出来吧……”女儿“一想起这件事，就觉得心里特别难受”。^②

邱兴华案是近年来国内发生的最为重大的刑事案件之一，围绕该案的

^① 陈瑞华：《徘徊于问题与主义之间》，载《读书》2004年第1期，第131页。

^② 郭光东：《抓捕邱兴华不该滥用亲情牌》，新华网2006年8月23日。



讨论甚至在邱被执行死刑之后依然没有停止。罪犯认罪伏法,民众在拍手称快的同时,可能也会发出这样的疑问:犯罪嫌疑人的近亲属是否有揭发、举报、作证的义务?警方利用“亲情攻势”破案合法吗?如果读者对我国现行的刑法和刑事诉讼法熟悉的话,很快能得出肯定的结论。任何人都有揭发、举报、作证的义务,无论被揭发、举报者是否是自己的亲人,不如实揭发、检举自己亲人的,还可能构成包庇罪。

无独有偶,在大洋彼岸的美国,也发生了一件类似的案件:

美国康涅狄格州发生了一起恶性谋杀案件,犯罪嫌疑人卡那姆贝(Culombe)被警方抓获。卡那姆贝虽然要求会见律师,但并没有立即得到满足。为了破案,警察专门拜访了卡那姆贝的妻子,并要求她到警局劝说其丈夫坦白。卡那姆贝太太和其13岁女儿到警局后,她在警察的指示下与其丈夫交谈,告诉他如果那件谋杀案确实是他干的就应该向警察说出真相。卡那姆贝太太第二次去时,带了其5岁的生病的女儿,卡那姆贝希望警察能带她女儿去医院。后来,卡那姆贝做了有罪供述,并指认了凶器。卡那姆贝被判一级谋杀罪后上诉,认为警察违背了宪法第五修正案赋予的不自证其罪特免权。警察也承认,当时确实是利用了卡那姆贝的妻子来获得她丈夫的口供。最高法院认为,综合当时的情况,卡那姆贝的供述是非自愿的,警方的技巧不过是刑讯逼供的一种更高级的方式而已,目的只是通过折磨嫌疑人的精神而使他崩溃坦白。最高法院否认了因此而获得的口供。^①

美国式的“亲情攻势”最后以排除非法获得的证据收场。而且,可以肯定的是,只要被告人的妻子拒绝作证,警方是不可能合法地获得其证言的。那么,发生在中国侦查过程中的类似行为,有何后果呢?在邱兴华案中,我们可以看出,犯罪嫌疑人的妻子、子女其实并不愿充当抓捕自己亲人的帮手,但在警方不断地做“思想工作”的情况下,不得不违心地配合。类似邱兴华案件中利用犯罪嫌疑人配偶、子女寻找侦查突破的模式,已成为我国警方破案惯用的策略之一,甚至还一度被当做“追逃”的经验传扬。某基层检察院在总结工作时提到:

我们在工作实践中发现,犯罪嫌疑人的情人、配偶、父母、子女、兄弟姐妹、亲戚、债务人以及关系密切的老乡、老同学、老战友、老同事等

^① Culombe v. Connecticut, 367 U.S. 568 (1961).

人最有可能知道其去向、行踪或离家前的种种迹象。因此要及时向逃跑的犯罪嫌疑人的亲人及关系人调查了解,做耐心细致的思想工作,讲明刑法对自首的有关规定,窝藏包庇应负的法律责任,督促他们讲出犯罪嫌疑人的去向或提供线索,督促他们动员犯罪嫌疑人投案自首,甚至协助我们抓捕逃犯。^①

诚然,犯罪嫌疑人或者被告人的近亲属,可能知道案情或相关重要信息,在常规侦查手段难以奏效时,也是警方破案的便捷途径。但这并不意味着,为了达到打击犯罪的目的,国家可以以近乎强制性的手段“督促”他们提供证据。不可否认,发现真相是刑事诉讼追求的重要目标,国家权力可以在此目标下采取一系列强制性措施,但它的行使应当是有边界的,如果触犯了社会价值的底线,可能会造成相当负面的影响。在中国,亲情关系一向都被置于非常重要的地位,家庭的和谐也被看做是社会稳定的基础。如果为了破案的一时之效,把亲情、伦理、道德抛掷一边,可能带给当事人的是巨大的悲痛,带给民众的是困惑和迷茫。

国家是否可以要求公民配合追诉犯罪?是否所有人都有向司法机关提供证据的义务?如果我们从纵向上把时间轴拉回到一甲子前的中国,或者从横向上把视野拓展到英、美、德、法、日等国家,会惊奇地发现,在中外法律制度的历史中,存在着一种被称为特免权的制度,允许被告人或证人拒绝提供包括证言在内的重要证据。不但犯罪嫌疑人的配偶、子女可能存在的权利,而且与律师、医生、牧师等有着秘密交流的人也可以行使这样的权利。这不啻是对我国现行司法制度的一次挑战,对当下诉讼价值观念的一个颠覆。在追求真实发现的过程中,如何保护脆弱的社会关系和价值不被破坏?如何避免对社会利益的过度保护阻碍司法公正的实现?特免权制度演绎的微妙关系,足以让人们反思证据制度的理念基础、诉讼制度的价值追求乃至整个法律制度的真正目的。

第一节 研究动机与研究背景

随着审判方式改革的推进,法庭审理过程越来越成为众所关注的焦点。在新的庭审制度下,法官将更多地凭借法庭上的调查、质证结果来对案件进

^① 随州市曾都区人民检察院:《浅析职务犯罪嫌疑人潜逃的原因及应对对策》,随州市曾都区人民检察院主页(www.szzdjcy.gov.cn)“理论调研”文章。最后访问时间2008年1月6日。



行裁决,更多地关注证据的运用。证人证言是运用得最为普遍的证据之一,证人作证对于法官查明案件事实以及保证程序公正都有着极为重要的作用,对证人的交叉询问势必成为法庭审理最重要的一环。诚然,证据制度正在从所谓的“人证为主”迈向“物证为主”^①,但是由于物证的天然被动性(它需要主体去发现和提出,也需要主体去认识和认定),人证往往成为物证的线索,所以证人证言在证明案件事实的过程中仍然有着不可取代的现实意义。从理论上说,我们的法庭审判应当围绕着证人证言的提出、质证和认证进行,我们的诉讼制度应当为证人作证创造一个良好的环境。然而,在实践中,证人不出庭却是一种司空见惯的现象^②,日渐成为制约诉讼制度改革深入的一个“瓶颈”。如何促进证人出庭,成为摆在我国理论界和实务界面前的共同问题。

近年来,我国学术界和实务界对于证人制度改革的问题献策献议,成果颇丰。但是,人们对于证人不作证原因的分析,大多停留在证人消极心理因素、法律规定不健全等方面,对于一些亲属、特定关系人为何拒绝作证没有给出令人信服的理由,忽视了其中可能存在的道德合理性问题。

当前,学界对于作证难问题的讨论,主要着眼于证人作证的义务方面,主流观点主张应当强化证人出庭的强制性,以法律手段迫使证人作证。^③强制作证可以部分解决这个问题,但可能会产生更多的困扰:有些证人出于对自己亲人或者委托人的“良心”,可能宁愿受到法律的惩罚也依然拒绝陈述;有些证人会违心地作证,但陈述的可能是虚假的证言,从而误导司法机关对案件的查明和判决;那些不顾任何所珍视的社会关系而说出真相的证人,可能也会面临道德和感情的负疚。这些都不是仅靠强制作证能够解决的,证人作证的问题,在法律规范层面之外,还有更多现实的考量。

而实务界有些同志则认为,证人不作证是证人消极心理的反映。一位检察官在分析证人不作证的首要理由时如是说:“证人同犯罪嫌疑人有直接的利害关系,为了庇护犯罪嫌疑人而不作证,特别是犯罪嫌疑人的亲属,既害怕作伪证会受到法律的追究,又害怕自己的证词对犯罪嫌疑人不利,使犯罪人受到法律的追究。为避免这种矛盾,证人以不知情为借口拒绝作证。”

① 参见何家弘:《中国证据法前瞻》,载《检察日报》1999年9月2日。

② 实证研究表明,目前证人出庭率可能不到1%,参见吴丹红:《司法场景中的证人作证》,载《国家检察官学院学报》2006年第3期。

③ 姜发根:《关于建立强制证人制度的思考》,载陈兴良主编:《刑事法判解》第2卷,法律出版社2000年版。



该检察官提出,要解决证人不作证的问题,就要“通过教育和启发使证人提高法制观念”,“当证人与犯罪嫌疑人有某种关系时,应教育他们大义灭亲,维护法律尊严”。^①这能否真正解决问题?事实证明,这种道德教化的方式收效甚微。^②实证研究也表明,证人为了“正义”而作证的只是少数,大多数的证人都是考虑自身利益而有选择地提供证言。^③

笔者认为,证人作证难的问题,只是一个表面现象。很多人可能忽视了这样的现实,即相对于法庭上难见证人的情形,侦查阶段证人作证却贯彻得相当好。^④如果抛开“出庭率”的提法,证人的“作证率”非常之高!因此,问题的关键并不在于证人是否愿意作证,而在于公安、司法机关是否有强制力促使证人到庭。目前在侦查阶段,由于公安机关具有一定的强制力,被传唤的证人拒绝作证的情形并不多见。与犯罪嫌疑人有特殊关系而有可能了解案件信息的证人,更是侦查机关重点突破的对象,证人如果要置身事外、拒绝作证,基本上是不可能的。在证人不出庭的背后,我国的刑事诉讼实践,以侦查机关高效率地获取证人证言以及其他证据,维持着指控犯罪的成功率。由于侦查机关面对证人的天然威慑力,证人与犯罪嫌疑人之间任何交流的秘密,都不可能获得保护的认可,反而成为证据的最佳来源。

因此,仅仅看到证人不出庭的问题,而不去探究侦查阶段实际存在的“证人必证”现象,就不会意识到证人制度面临的困境。毫无疑问,证人不作证是各种因素对证人消极影响所造成的。我们可以抱怨证人的道德素质不高,没有作证的正义感,也可以归咎于证人的法律意识不强,没有作证的义务感,甚至还可以提到目前对证人保护不力,使得证人害怕作证,但是,一个无法忽视的现实是,很多不愿作证的证人是出于内心情感或者伦理上的顾虑,不得已而拒证。例如,让证人证明自己曾经涉嫌犯罪,让妻子证明自己的丈夫有罪,让律师证明自己的委托人有罪,都是违背人类

① 张仲夫:《浅析证人拒证的心理原因及对策》,中国法院网2004年4月6日。

② 据河南省开封市南关区人民法院的统计,该院1997年元月至1999年12月审结的345起刑事案件中,应该出庭的证人有1726人,经过审判人员耐心做工作,讲明利害和证人所承担的义务后,勉强出庭和自愿出庭的只有7人,证人出庭率仅为0.4%。参见丹波:《刑事诉讼,证人缘何难出庭》,载《人民法院报》2001年3月29日。

③ 徐昕:《法官为什么相信证人——证人在转型中国司法过程中的作用》,载《中外法学》2006年第3期。

④ 例如,笔者2005年在北京某基层法院随机调阅124个案件,发现除一起盗窃案、一起故意伤害案公安机关没有收集到证人证言外(因案件本身没有证人,但卷宗中附有被害人陈述笔录),共有证人640人,而且所有证人均接受了公安机关的询问,制作了询问笔录。参见吴丹红:《司法场景中的证人作证》,载《国家检察官学院学报》2006年第3期,第108页。



最基本的情感、道德或职业伦理的。这些人的拒绝作证与一般的拒绝作证如果“一视同仁”对待,将压抑人们在道德和伦理上的精神诉求,扩大法律惩罚的范围。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,反而受累于伪证的增加,并且潜在的危害可能会导致一些社会关系的破坏。

特免权制度可能为这种尴尬的局面提供了一个可以解决的策略——把作证义务加诸普通证人身上,而免除某些有特殊关系证人的作证义务。当希望获得更多证据的愿望和社会的基本价值观念相冲突的时候,很多国家选择了保护后者而牺牲前者。在他们看来,维系社会运转的这些基本关系非常重要,以至于追求司法公正的价值也不能超越。在特免权制度下,证人可以对可能导致自我归罪的事项拒绝作证,律师可以拒绝提供与委托人秘密交流的相关信息,医生可以拒绝提供自己的患者在接受治疗过程中的情况,妻子或丈夫可以拒绝提供自己的配偶可能涉嫌犯罪的事实,政府工作人员也可以拒绝提供涉及国家事务的文件和资料。这些证人拥有了普通证人所不具备的特权,特免权成了他们光明正大地维护自己权利的“盾牌”。在证人或者当事人主张特免权的时候,法庭不会再对证人处以拒证的惩罚,而只能通过其他的证据去查明案件事实。在强制作证制度和特免权制度的“一张一弛”下,证人制度在许多国家运转良好。

特免权制度在证人制度以及证据制度中都是一个特殊的、值得深入研究的问题。绝大多数证据规则都希望通过证人所做的真实陈述,促进事实真相的发现。而特免权规则似乎对发现真相的目标毫无帮助,甚至成为实现这一目标的重大障碍。特免权规则与其他的证据规则相比较的特殊性表现在:第一,其他证据规则是在证据开示前提下进行的,特免权规则不仅阻止在审判中使用特定的交谈信息,而且防止对方获得这些信息,特免权保护的是这些信息免于披露,所以特免权规则不仅仅是适用于诉讼的某个阶段,而是贯穿于整个诉讼;第二,它排除证据的目的和其他证据规则不同,其他证据规则往往排除不可靠的证据、引起不公正的偏见和误导的证据,特免权规则却不管证据多么可靠和真实,都不让它进入诉讼的大门,它不是促进真相而是限制真相的发现;第三,其他证据规则都是近代诉讼制度民主化和文明化的产物,是人类认知能力达到一定程度之后对审判实践的总结,而特免权制度却在