

教育部
人文社会科学重点研究基地基金资助

诉讼法学文库 VI

总主编 樊崇义

SUSONG FAXUE WENKU

XINGSHI
ZHENGREN
ZHENGYAN
LUN

刑事证人证言论

◎王进喜 著

中国人民公安大学出版社

● 诉讼法学文库(6)

刑事证人证言论

王进喜 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目(CIP)数据

刑事证人证言论/王进喜著. —北京:中国人民公安大学出版社,
2002.4

(诉讼法学文库:6/樊崇义主编)

ISBN 7-81059-982-8

I. 刑... II. 王... III. 刑事诉讼—证人—研究

IV. D915.313

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 024710 号

刑事证人证言论

XINGSHI ZHENGREN ZHENGYAN LUN

王进喜 著

出版发行:中国人民公安大学出版社

地 址:北京市西城区木樨地南里

邮政编码:100038

经 销:新华书店

印 刷:北京公大印刷厂

版 次:2002年4月第1版

印 次:2002年4月第1次

印 张:12.375

开 本:880毫米×1230毫米 1/32

字 数:342千字

印 数:0001~3000册

ISBN 7-81059-982-8/D·835

定 价:25.00元

本社图书出现印装质量问题,由发行部负责调换

联系电话:(010) 83905728

版权所有 翻印必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

《诉讼法学文库》编辑委员会

主 任：陈光中

副主任：樊崇义 杨荣馨 应松年

委 员：（按姓氏笔画排列）

马怀德 卞建林 李 浩 宋英辉 汪建成

江必新 陈光中 陈桂明 陈卫东 应松年

杨荣馨 张树义 张卫平 樊崇义

主 编： 樊崇义

副主编： 宋英辉 马怀德

学术秘书：吴宏耀

电子邮箱：ssfxyj@sina.com.cn

《诉讼法学文库》总序

诉讼法制是现代法治的重要内容和标志之一,也是依法治国的重要保障。我国法制建设的历程已经证明,诉讼制度是否存在、是否完善,直接决定着实体法律的实际效力:没有相应的诉讼制度作为依托,实体权利只能是“水中花、镜中月”;没有完善的诉讼制度予以保障,实体法律将无法如期所愿地实现其追求的立法目的。更为重要的是,诉讼法制的完善程度如何,将直接反映和体现着一个国家、一个民族进步、文明、民主和法治的程度,是区分进步与落后、民主与专制、法治与人治的标志。在现代法治国家,诉讼制度作为法治的一个重要环节,受到了前所未有的重视。美国联邦最高法院法官威廉·道格拉斯曾谈到,“权利法案的大多数规定都是程序性条款,这一事实绝不是无意义的。正是程序决定了法治与恣意的人治之间的基本区别。”^①

我国 1998 年宪法修正案正式确立了“依法治国,建设社会主义法治国家”的治国方略,为推进我国社会主义民主、法制建设,完善我国司法体制,提出了新的纲领和目标。而社会主义市场经济的初步发展则培育了公众的权利观念,并由此对司法公正提出了更高的要求。在此大背景下,通过增设新的诉讼制度以充实公民实体权利的兑现途径,通过完善现行诉讼制度以保障实体法律的公正实现,以推进依法治国,加快社会主义民主与法制建设的步伐,已经成为我国法治建设的关键所在。

诉讼制度的构建,与人们对诉讼原理的认识和把握有着密切的

^① 转引自季卫东著:《法律程序的意义》,载《比较法研究》总第 25 期。

关系。诉讼原理是人类在长期的诉讼实践中,在大量的经验教训的基础上总结出来的、对有关诉讼活动的规律性认识。诉讼原理在诉讼制度的构建及运作中起到的是高屋建瓴的作用,正确认识和准确把握了诉讼原理,才能构建较为完善的诉讼制度,才能够推动诉讼活动向良性运作的状态发展。我国在大力发展诉讼法律制度时,对于人们经过长期的理论和实践探索获得的原理性认识,不能不予以重视,也不能不认真加以借鉴、吸收。

我国诉讼活动曾十分严重地受到“左”倾思潮和法律虚无主义的影响,诉讼规律和诉讼原理长期被忽视、被冷落。由此造成的后果之一是:司法机关和诉讼制度的功能被狭隘化。例如,刑事司法机关和刑事诉讼法律仅仅被视为镇压敌人、惩罚犯罪并通过镇压敌人、惩罚犯罪来保护人民的功能单一的工具,忽视了司法机关和诉讼法制所具有的制约国家权力使之不被滥用和保护包括犯罪嫌疑人、被告人在内的公民基本人权的作用。对诉讼原理、诉讼规律认识的片面和浅陋,已经严重地制约了我国诉讼法制发展的步伐,而且直接对公正、文明地进行诉讼活动产生了相当消极的影响。要扭转这一局面,必须在总的法律观念上作一个大的转变,同时大力借鉴、吸收法制发达国家丰富的研究成果和宝贵的实践经验,加强对诉讼原理、诉讼规律的研究。

对诉讼原理的正确认识是诉讼立法科学化的前提条件。正确把握了诉讼原理,可以帮助我们全面地认识司法机关的功能,并对各种不同的诉讼模式、规则进行正确的取舍,或者在一定的诉讼原理的指导下构建较为科学和更适用“本土国情”的诉讼模式、规则,由此形成的法律,容易具有较强的民主性、文明性和科学性。反之,如果不能正确把握诉讼原理,对于存在着内在价值冲突的各种可供选择的立法方案就可能难以作出正确的选择,立法活动就可能要多走许多弯路,甚至要付出沉重的代价,才能重新找到一条民主、文明、科学的道路。

对诉讼原理的正确认识对于司法活动同样具有重要的积极价值。对诉讼原理的认识可以在一定程度上弥补立法的不足。法律永远是抽象的。为了将抽象的法律适用于具体的案件,就必须有一个科学的观念作为指导。对基本诉讼原理的正确认识,在很大程度上可以

指导人们对司法活动中必然存在的种种法律适用问题作出科学的解释,从而使法律规定本身存在的不足得到补救。在现代社会,由于法律稳定性与现实生活千变万化之间的不协调关系只能通过赋予司法人员裁量权的途径予以调和,因此,对基本诉讼原理的认识,还直接关系到司法人员在行使法律赋予的自由裁量权时,能否作出符合公正标准的决定或者裁判。

要贯彻“依法治国,建设社会主义法治国家”的治国方略,保障诉讼活动公正进行,就必须认真研究诉讼原理,把握诉讼规律。当前,我国已有不少学者开始探索一些司法原理性的问题,如诉讼法律观、诉讼法学、诉讼目的、诉讼职能、诉讼价值、诉讼法律关系等,并已取得了相当大的进展,有力地推动了人们法律观念的变化,并对立法和司法活动发挥了指导作用。但总的看来,我国诉讼法学界对诉讼原理问题的研究距离立法、司法实践的需求还有很大差距,还需要继续深入。尤其是现有的研究成果一般只是就诉讼的某一方面进行的研究,缺乏对一般性诉讼原理的全面、系统的探讨。因此,随着我国法制进程的推进,探讨一般性诉讼原理,如对证据法学理论基础的研究以及对宪法诉讼、集团诉讼、小额诉讼等新型诉讼制度的研究,已经成为我国诉讼法学界必须研究的课题。

中国政法大学诉讼法学研究中心是以诉讼法学为研究领域的国家重点学术研究机构,系2000年10月经教育部专家评审并批准的6个普通高等学校人文社会科学重点研究基地之一。该中心以中国政法大学诉讼法学部分专家、学者为专职研究人员,同时聘请国内外一些知名诉讼法学专家、学者作为兼职研究人员。中心主任由樊崇义教授(博士研究生导师)担任,著名的法学家陈光中教授(博士研究生导师)为名誉主任,著名的民事诉讼法学专家杨荣新教授(博士研究生导师)担任中心顾问,知名的中青年学者宋英辉教授(博士研究生导师)任中心常务副主任,知名的中青年学者马怀德教授(博士研究生导师)任中心副主任。知名的中青年学者卞建林教授(博士研究生导师)、陈桂明教授(博士研究生导师)、张树义教授为兼职副主任。中心的学术研究的范围和布局,涵盖整个诉讼法学,下设四个研究机构和研究方向:刑事民事诉讼法研究室、民事诉讼法研究室、行政诉讼

法学研究室和证据法学研究室。其研究内容、结构和研究人员的合理组合,乃是中心优势互补之特色的鲜明体现。本中心的整体科研水平和参与重大决策的能力,以及其科研成果、人才培养、国内外学术交流、资料信息和参与国家立法等方面,均居全国同行的领先地位。按照教育部的要求,本中心正以学术研究为核心,深化科研体制改革,实行全面开放,注重高层次人才培养,加强学术交流,引导和推动诉讼法学的发展,为建设全国一流的、名副其实的重点研究基地而努力拼搏!

为吸引更多的诉讼法学者致力于诉讼原理的研究,同时也为了能够促使诉讼原理研究及时对立法、司法、学理研究等多个领域产生积极的影响,并对司法实际工作有所帮助,我中心特意组织力量进行此项题为“诉讼法学文库”的大型丛书的编辑出版工作。“诉讼法学文库”是我中心的一项长期出版项目,面向国内外专家、学者开放,凡以诉讼原理、诉讼规律为内容且有新意、有深度、有分量的专著、译著,以及对公安、司法工作有指导意义,对立法工作有参考价值的著作均可入选。

中国政法大学诉讼法学研究中心主任

樊崇义

2001年3月北京

目 录

导论	(1)
一、证人之概念	(1)
二、证人证言的性质与特点	(3)
三、我国证人作证的司法现状	(9)
四、本书的结构和研究方法	(12)

上编 证人论

第一章 证人的适格性	(17)
第一节 证人适格性的历史演变：证人适格性的个体意义	(17)
一、证人适格性的历史和现状	(17)
二、儿童作证的适格性	(25)
三、我国关于证人适格性的规定	(29)
第二节 司法工作人员和律师作证的适格性：证人适格性的系统意义	(35)
一、法官、陪审员作证的适格性	(35)
二、辩护人、公诉人作证的适格性	(38)
三、侦查人员作证的适格性	(40)
第三节 被告人作证的适格性	(42)
一、被告人作证的适格性概述	(42)
二、我国关于被告人供述的规定	(47)

第二章 证人的义务与权利·····	(56)
第一节 证人的义务·····	(56)
一、证人作证行为的性质·····	(56)
二、证人义务的主要内容·····	(58)
三、我国证人的义务·····	(66)
第二节 证人的权利:一般规定·····	(78)
一、证人权利概述·····	(78)
二、费用补偿权·····	(79)
三、证人特权·····	(83)
四、证人的公共利益豁免·····	(89)
第三章 职业特权——以律师职业特权为中心·····	(94)
第一节 律师职业特权·····	(94)
一、律师职业特权的模式·····	(94)
二、律师——委托人特权·····	(97)
三、律师——第三人特权·····	(103)
四、我国关于律师职业秘密的立法现状与完善·····	(107)
第二节 医生——患者特权·····	(128)
一、医生——患者特权概述·····	(128)
二、医生——患者特权的适用条件·····	(133)
三、我国对医生——患者特权应当采取的态度·····	(135)
第三节 宗教交流特权·····	(137)
一、宗教交流特权概述·····	(137)
二、我国对于宗教交流特权应当采取的态度·····	(141)
第四章 反对被迫自我归罪的特权·····	(143)
第一节 反对被迫自我归罪的特权·····	(143)
一、反对被迫自我归罪特权的起源和发展·····	(143)
二、反对被迫自我归罪特权的两个分支·····	(144)
第二节 证人豁免制度·····	(148)

第三节 我国应确立反对被迫自我归罪特权和证人豁免制度	(156)
一、证人豁免制度与酌定不起诉制度的区别:以行贿犯罪为例	(156)
二、我国应确立证人反对被迫自我归罪的特权和证人豁免制度	(162)
第五章 亲属关系特权	(169)
第一节 婚姻关系特权的种类和特点	(169)
一、亲属关系特权概述	(169)
二、英美法系的婚姻特权	(171)
三、大陆法系的婚姻特权	(178)
四、其他近亲属关系特权	(181)
第二节 我国对亲属关系特权应当采取的态度	(182)
一、我国应当设立亲属关系特权	(182)
二、我国应当采取的立法模式	(184)
第六章 公共利益豁免	(189)
第一节 证人公共利益豁免规则的涵盖范围	(189)
第二节 公共利益豁免规则的适用程序	(196)
第三节 我国公共利益保护规则的现状与完善	(202)
一、我国公共利益保护规则的现状	(202)
二、我国公共利益保护规则的完善	(206)
第七章 证人保护	(209)
第一节 证人恐吓的基本特点	(209)
第二节 证人保护制度的产生原因	(218)
第三节 我国证人保护制度的现状与不足	(223)
一、我国证人保护制度的现状	(223)
二、我国现行证人保护制度的不足	(226)
第四节 我国证人保护制度的完善	(230)

下编 证言论

第一章 证人证言的质证模式·····	(242)
第一节 英美法系和大陆法系的证人证言质证模式 之比较·····	(242)
一、英美法系的证人证言质证模式 ·····	(242)
二、大陆法系的证人证言质证模式 ·····	(248)
三、两大法系证人证言质证模式的比较 ·····	(250)
第二节 证人证言的两种导出方式之比较·····	(253)
一、叙述式导出方式 ·····	(253)
二、问答式导出方式 ·····	(254)
三、证人证言两种导出方式之比较 ·····	(255)
第三节 我国的证人证言质证模式·····	(258)
一、我国现行的证人证言质证模式 ·····	(258)
二、我国现行证人证言质证模式的缺陷 ·····	(261)
三、我国现行证人证言质证模式的完善 ·····	(262)
第二章 证人宣誓和郑重陈述制度·····	(266)
第一节 宣誓和郑重陈述制度·····	(266)
一、宣誓和郑重陈述制度概述 ·····	(266)
二、宣誓的历史发展 ·····	(268)
三、郑重陈述制度产生的原因 ·····	(274)
第二节 具结制度·····	(280)
第三节 我国的证人保证书制度·····	(284)
一、我国证人保证书制度的性质 ·····	(284)
二、我国证人保证书制度的不足与完善 ·····	(287)
第三章 审查证人证言时的其他程序性事项·····	(294)
第一节 证人的退庭和隔离·····	(294)
第二节 刷新记忆·····	(295)
一、刷新记忆 ·····	(295)

二、过去回忆的记录	(298)
第三节 弱势证人的诉讼关照	(300)
一、弱势证人的范围	(300)
二、对弱势证人的关照措施	(300)
第四章 证人证言的审查判断	(305)
第一节 意见证据规则	(305)
一、意见证据规则概述	(305)
二、我国应当确立证人意见具有可采性的规则	(308)
第二节 对证言证明力进行评估的方法与规则	(310)
一、对证言证明力进行评估的方法	(310)
二、对可信性证据进行控制的程序	(312)
第三节 证人的品性问题	(316)
第四节 证人的偏见和具体矛盾	(322)
一、证人的偏见	(322)
二、具体矛盾	(324)
第五章 证人庭前陈述的运用	(326)
第一节 传闻规则与直接言词原则	(326)
第二节 证人不出庭情况下庭前陈述的运用	(336)
第三节 证人出庭情况下证人庭前陈述的运用	(342)
一、证人庭前陈述和证人庭上证言一致情况下的运用	(343)
二、证人证言与证人庭前陈述不一致情况下的运用	(344)
第四节 我国证人庭前陈述的运用规则及其完善	(358)
一、我国现行证人庭前陈述的运用规则的基本特点	(358)
二、证人不出庭情况下证人庭前陈述的运用	(361)
三、证人出庭情况下证人庭前陈述的运用	(366)
主要参考文献	(371)
后 记	(380)

导 论

一、证人之概念

证人证言是诉讼活动中广泛应用的证据种类。多数案件都涉及到证人证言。证人证言同其他言词证据相比,一般情况下客观性更强;与物证、书证相比,更为生动、具体。因此,证人证言在诉讼中具有重要的地位和意义。

证人是重要的诉讼参与人,但由于历史传统、法律习惯等原因,英美法系和大陆法系对于证人的认识在概念上有很大的差别,这种差别主要体现在证人所指的范围上。

在英美法系国家,证人的概念是广义上的,证人通常是指经过宣誓之后在庭审过程中对案件有关事实作证的人。因此,英美法系国家的证人概念所涉及的范围非常广泛,既包括通常意义的证人,也包括当事人和鉴定人。例如,在美国,按照证人是否具有对案件的争议事实作出判断的专门知识,将证人分为两种:一种是非专家证人(lay witness),另一种是专家证人(expert witness)。非专家证人是以其感觉器官对案件事实的感知而作证的,其在诉讼中所作的证言叫做感知证言(percipient testimony)。专家证人根据其在专门学科的有关学识或经验而提供意见,因此,这种证言通常被称为意见证言(opinion testimony)。根据澳大利亚1995年证据法的规定,该法所称证人,包括作证的当事人,在刑事诉讼中包括被告人。^①

在大陆法系国家,证人是指陈述自己观察事实之第三人。既曰第三人,即当事人以外的第三人,不包括当事人和鉴定人。因此,在概念上属于狭义的理解。在大陆法系国家看来,证人是以其亲身所感知的案件事实向事实裁判者进行陈述的,其本身具有不可替代性。所以,

^① See The Evidence Act 1995 of Australia, Dictionary.

将证人与鉴定人进行了较为严格的区分。例如,日本刑事诉讼法学者田口守一认为:“证人根据自己的经历向法院叙述自己所知道的事实。证人是诉讼的第三者。”^①

产生上述区别的原因未见有所论述。笔者认为,这可能与大陆法系曾经实行的法定证据制度有关,其对于证人范围的界定可能是其法定证据制度的历史遗迹。16世纪,纠问式的诉讼制度在欧洲大陆基本确立。这种制度下案件事实的认定是通过司法官员的主动追诉活动来进行的。在纠问式诉讼制度之下,形成了法定证据制度。所谓法定证据制度,就是法律事先规定出各种证据的证明力和评断标准,法官在审判中必须严格遵守这些规则,无自由裁量权的证据制度。在这种制度下,法官的恣意得到了一定程度的抑制。将言词证据划分为证人证言、被害人陈述、被告人的供述或辩解和鉴定结论,实际上是根据审查判断这些证据证明力的一般规律所进行的分类。此外,这种做法与纠问式诉讼形式也是基本相适应的。在纠问式诉讼制度下,审判以预审形成的案卷为基础,法官对于提供言词者的适格性审查殊少。因此,根据证据在证明力判断上的一般规律来对言词证据进行形式上的划分,也有利于法官查明案件真实情况。

此外,两大法系在证人问题上的差别还反映在诉讼程序上。英美法系从当事人主义出发,强调控辩双方的平等对抗。在庭前程序中,也强调控辩双方的平等,因而认为检控方对证人在庭前并不具有强制性权力。因此,证人出庭乃对法院之义务,因而认为证人乃依照法院之命令在法院提供陈述的人。在这种情况下,证人的概念是从证明方法角度界定的,重在保障当事人,尤其是被告人的反对发问权、对审权。大陆法系则从职权主义出发,并不认为庭前控辩双方存在平等对抗,虽然辩护方并无强制传唤证人的权力,但是检控方却拥有这样的权力,以为发现案件事实创造条件。日本战后的刑事诉讼法采取了庭审中心主义(公判中心主义),称在法院或者裁判官面前陈述的人

^① [日]田口守一:《刑事诉讼法》,刘迪、张凌、穆津译,法律出版社,2000年1月第1版,第230页。

为证人,在侦查机关陈述的人为参考人,^①其理论依据乃证人是依照法院的命令,在诉讼中作陈述的人。

我国关于证人的理解与大陆法系对证人的理解基本上是一致的。我国刑事诉讼法第42条在证据种类上将言词证据区分为证人证言,被害人陈述,犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解,鉴定结论的规定,体现了这一点。我国有的学者也认为,“证人是指除当事人以外了解案件情况并向公安司法机关作证的诉讼参与人”。^②我国学者根据我国法律规定以及实践中的做法对证人的特点进行了探讨,如有的学者对证人和鉴定人进行了以下细致区别:(1)证人是由案件本身决定的,具有不可选择和不可替代性,而鉴定人则既可以选择,也可以更换或替代,必要时还可以组织重新鉴定和补充鉴定。(2)证人提供的证言,是陈述自己通过耳闻目睹所了解的案件事实。鉴定人事先并不了解案件事实,而是就案件事实中某些专门性问题通过鉴定得出的结论,对案件事实起证明作用。(3)证人作证并不非具有任何专门知识,只要能够辨别有关是非,能够正确表达即可,而鉴定人则必须具备相关专门知识或技能。(4)只要了解案件情况的人,依法都有作证的义务,都可以充当证人,不问他是否与案件有利害关系,这便决定了证人不存在回避问题,而鉴定人只要与本案当事人有利害关系或其他法定情况,便应当回避。(5)为了作出科学的结论,鉴定人可以要求了解有关案情或阅览有关的案卷材料,几个鉴定人共同鉴定时,可以相互讨论,而证人则无阅卷的权利,并且为了防止相互影响,导致证言失实,对证人的讯问应个别进行,证人之间不得相互接触和交往。^③这些分析对于正确认识证人及证言的特点具有重要意义。

二、证人证言的性质与特点

根据我国刑事诉讼法第42条的规定,证人证言是法定的证据种

① 在日本刑事诉讼中,参考人专指为犯罪侦查而由侦查机关调查的嫌疑人以外的人。与接受法院调查的证人不同,不得强制其到场陈述。参见程味秋主编:《外国刑事诉讼法概论》,中国政法大学出版社,1994年12月第1版,第182页,注①。

② 陈光中主编:《刑事诉讼法学》(新编),中国政法大学出版社,1996年12月第1版,第53页。

③ 参见刘金友主编:《证据理论与实务》,法律出版社,1992年版,第95~96页。

类之一。在理论上,证人证言属于言词证据之一种。“证人证言是指知道案件真实情况的人,向办案人员所做的有关案件部分或全部事实的陈述。”^①普遍的学术观点都认为,证人证言属于证据之一种。但也有观点认为,“人证首先是证明。人证包括证人证言、被害人陈述、被告人供述和辩解、民事当事人陈述等,这些都是特定人的陈述。特定人的陈述只是人作出的证明,它并不是证据本身,因而不能直接发挥出证据的作用。”^②因此,证人证言究竟属于证据,还是属于证明,有进行探讨之必要。

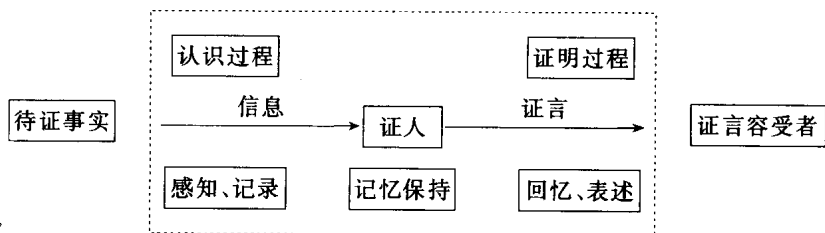


图1 证人作证的过程和阶段

从形成过程看,证人证言的形成包括认识过程和证明过程两个过程,经历了感知、记录、记忆保持、回忆和表述五个阶段。

第一个过程是证人对待证事实的认识过程。在认识过程中包含两个阶段:

1. 感知阶段。感知阶段是证人通过感觉器官等感知手段接受待证事实刺激的阶段。被感知的信息是通过作为认识活动主体的证人对待证事实进行认识的感知手段所获取的。感觉器官是最基本的感知手段。

2. 记录阶段。记录阶段是将待证事实的刺激在主体意识各种要素的参与下在大脑产生印象的阶段。主体意识要素的参与,决定了人的认识过程是一个证人对待证事实有关信息进行加工、整理的过程。换言之,记录阶段所记录的信息,并不是对待证事实原封不动的拷贝,而是包含证人对有关信息的理解。

① 樊崇义主编:《证据法学》,法律出版社,2001年3月第1版,第73页。

② 裴苍龄:《论人证》,载《现代法学》,1996年第2期。