



法大诉讼法学博士文库

总主编 卞建林



**WUDIAN ZHENGREN
ZHIDU YANJIU**

——YI MEIGUO WEI LANBEN

JIANJI ZHONGGUO WUDIAN ZHENGREN
ZHIDU GOUJIAN

徐磊◎著

污点证人制度研究

——以美国为蓝本兼及中国污点证人制度构建



中国人民公安大学出版社

法大诉讼法学博士文库

总主编 卞建林

污点证人制度研究

——以美国为蓝本兼及中国污点证人制度构建

徐 磊 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

污点证人制度研究/徐磊著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2016. 11

(法大诉讼法学博士文库/卞建林主编)

ISBN 978-7-5653-2800-8

I. ①污… II. ①徐… III. ①证人—司法制度—研究—中国

IV. ①D925.013

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 282137 号

污点证人制度研究

——以美国为蓝本兼及中国污点证人制度构建

徐磊著

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: 北京兴华昌盛印刷有限公司

版 次: 2016 年 11 月第 1 版

印 次: 2016 年 11 月第 1 次

印 张: 11.375

开 本: 880 毫米×1230 毫米 1/32

字 数: 306 千字

书 号: ISBN 978-7-5653-2800-8

定 价: 42.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: zbs@cppsup.com zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话: 010-83903254

读者服务部电话 (门市): 010-83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010-83903253

法律图书分社电话: 010-83905745

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究

法大诉讼法学博士文库

编 委 会

顾 问：陈光中

主 任：卞建林

副主任：李本森 王万华

委 员：（按姓氏笔画为序）

卫跃宁 卞建林 王万华 王敬波

毕玉谦 刘 玫 杨宇冠 李本森

汪海燕 吴宏耀 肖建华 宋朝武

顾永忠 高家伟 栗 峥 谭秋桂

总主编：卞建林

编 辑：高伟佳 王贞会

总 序

21 世纪的中国诉讼法学将向何处去？这是每一位诉讼法学者都应当关心的重要问题。历史是昭示未来的一面镜子。我们不妨先从历史的角度来考察一下我国诉讼法学发展的轨迹和趋势。

我国近代诉讼法学肇始于一百多年前的清末修律。1906 年，清政府创办了京师法律学堂，由沈家本亲自制定的法律学堂章程将刑事诉讼法与民事诉讼法均列为主要课程，这标志着诉讼法学作为一门新兴的学科开始独立存在。之后，夏勤、陈瑾昆、蔡枢衡、熊元襄、石志泉、邵勋、邵锋等学者在翻译和介绍日本、德国等国诉讼法律与诉讼理论方面都作出了杰出贡献，并在此基础上对诉讼法学基本原理进行了可贵的探索。至 20 世纪 40 年代，旧中国的诉讼法学理论体系得以初步形成。

新中国成立以后，随着旧中国的“六法全书”被废除，原有的诉讼法学理论体系和研究成果也被抛弃。受当时的政治环境影响，中国的法学理论工作者开始将目光转向苏联。在 20 世纪 50 年代，伴随着苏联法学教授来华授课，一批苏联的诉讼法学著作被翻译推介到我国。我国学者开始在学习苏联诉讼法律制度与法学理论的同时，结合中国无产阶级专政的实际经验与需要，尝试创建我国的诉讼法学理论体系。然而，不久后的“反右”运动和“文化大革命”动乱，法律虚无主义甚嚣尘上，诉讼法学研究长期陷入停滞。这种状况一直持续到 20 世纪 70 年代末期。

1978 年改革开放以来的 30 余年，是我国诉讼法学的恢复和迅

速发展时期。随着 1979 年中国第一部刑事诉讼法的颁布实施,我国诉讼法学开始全面“复苏”。在“解放思想、实事求是”方针的指引下,诉讼法学的学术研究变得活跃起来,关于刑事诉讼、民事诉讼、证据理论、司法制度方面的多本专著先后问世。特别是 20 世纪 80 年代初、中期,国家统一组织编写刑事诉讼法学、民事诉讼法学、证据法学教材。这些统编教材,发行量大,适用面广,读者群众,影响力巨,基本确立了诉讼法学与证据学的理论框架与教学体系。诚然,此时的诉讼法学仍不够成熟,大多停留在注释法学的阶段,教学和研究的目的是解释法律、宣讲法律,先进的诉讼理念尚未确立。至 20 世纪 90 年代,此种状况得到很大改善。“刑事诉讼法学的研究登上了一个新的台阶……在理论方面,对刑事诉讼基础理论的研究开始起步并初有成就。”^① 其标志性成果是一系列有关诉讼目的、诉讼构造、起诉制度、审判原理等基本理论问题的学术专著陆续出版。随着我国政治、经济、社会、文化等各个方面日新月异的发展与进步,随着“依法治国,建立社会主义法治国家”基本治国方略的确立与实施,我国社会主义民主与法治建设取得巨大成就。在此大背景下诉讼立法进程加快,诉讼制度日臻完善,诉讼法学理论研究也在不断深入。“程序正义”、“人权保障”等先进的诉讼价值观念得到大力弘扬和广泛传播,公平、正义、人权、自由、秩序、效率等价值观不仅是诉讼理论界热衷探讨的命题,并逐步得到立法和司法实务部门的理解和认同,甚至成为普通百姓耳熟能详的大众话语。进入 21 世纪以来,诉讼法学研究方面最显著的进展莫过于研究方法的转型。不仅实证研究方法受到重视,多元化、跨学科的研究方法也得到了提倡,哲学、社会学、逻辑学、经济学等多学科的研究方法被广泛地应用于诉讼法学和证据法学研究。甚至文理汇聚、社会科学与自然科学交融的现象

^① 陈光中、卞建林:《刑事诉讼法学研究现状与发展趋势》,载《法学家》1996 年第 2 期。

也已出现，国家自然科学实验基地中国政法大学证据科学研究院的成立就是明证。通过研究方法上跨学科、多学科的融通交汇，我国诉讼法学研究的广度和深度得到进一步拓展。

不同于单纯的理论法学研究，诉讼法学研究还具有时代性和实践性的鲜明特点，在研究基础理论的同时，应当及时反映司法现实、回应社会关切。随着“全面建成小康社会、全面深化改革、全面依法治国、全面从严治党”战略布局的提出与落实，政治、经济、社会、文化、军事等各个领域的全面改革成为我国现代化进程中的主旋律。司法体制改革是全面深化改革的重要一环，是全面推进依法治国的主要抓手。一系列司法改革重大举措的制定并落地，推进中国特色社会主义诉讼制度和司法体系日趋成熟完善。在此背景下，我国诉讼法学研究也愈加关注司法体制改革与社会现实问题，探求司法规律，彰显中国特色，研究成果更加务实、更加中肯、更具实际参考和应用转化价值。

回顾历史，笔者在为我国诉讼法学发展历程的艰难曲折而感叹的同时，也为当前诉讼法学研究所取得的巨大成就感到欢欣鼓舞。然而，值得注意的是，从历史上看，我国诉讼法学的成长始终伴随着对外来法律文化的学习：从萌芽与初创阶段对日、德等国诉讼理论的借鉴，到重建与停滞阶段对苏联诉讼理论的模仿，再到恢复与提升阶段对美、英等国诉讼理论的引入。达马斯卡曾经告诫我们：“与私法领域相比，程序法的意义和效果更加依赖于外部环境——尤其是直接依赖于所在国家司法制度运行的制度背景。”^① 诉讼法对其制度背景的依赖使得这门学科较之其他学科具有更强的地域性特征。所以，我们需要思考的一个问题是：我们仿效外国经验而建构起来的理论，我们从西方国家那里所引入的理念以及我们参考国外做法而采用的研究方法，是否真的适合于我国？即使这些理论、

^① [美] 米尔吉安·R. 达马斯卡著：《比较法视野中的证据制度》，吴宏耀等译，中国人民公安大学出版社2006年版，第231~232页。

理念和方法能够适合于我国，中国学者对人类法治文明的独特贡献又何在？

笔者认为，21 世纪的中国诉讼法学应当以创建中国特色、中国风格的诉讼法学理论体系为努力方向。回首过去的一个多世纪，中国诉讼法学在对国外诉讼理论持续不断的“效仿”过程中渐渐迷失了自我，始终未能确立起自身的独立品格。因此，我国学者应当从中国实际出发，在了解和借鉴他国诉讼理论的同时，着力构建具有中国特色、中国风格的诉讼法学理论。这是一项艰巨而长期的历史任务。其艰巨性在于，曾经在世界法制发展史上占有一席之地中华法系早已风光不再，一百多年来我国所进行的各项法制改革大多是跟在西方国家后面亦步亦趋，我国法学理论缺乏自主发展的传统。其长期性在于，我国民众存在着根深蒂固的“重实体、轻程序”观念，而观念的转变绝非一朝一夕可以实现的。昂格尔就曾经针对我国古代法律评论道，与其他非欧洲的法相比较，中国法是离“法治”（rule of law）理念最为遥远的一极。^①当然，伴随着我国全面推进依法治国和大力深化司法体制改革，我国诉讼法学研究已经开始摆脱西方话语体系、西方逻辑的研究“窠臼”，逐步走向自醒自觉，探索建立符合中国国情和司法规律二元目标的社会主义诉讼法学理论体系已经起步。同时也要认识到，建成体现中国特色、中国风格的具有独立思维和独立话语体系的社会主义诉讼法学理论体系非一时之功，可能需要几代学人的共同努力。

历史的经验告诉我们，对于任何事业来讲，人才都是关键。从我国京师法律学堂的创办与诉讼法学的诞生可以看出，诉讼法学学科的发展与诉讼法学人才的培养是分不开的。因此，针对我国诉讼法学研究任务的艰巨性和长期性，我们应当进一步加大对青年诉讼法学高级人才，尤其是对诉讼法学博士生的培养力度。法学博士生

^① [日] 滋贺秀三：《中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材》，载《明清时期的民事审判与民间契约》，王亚新等编译，法律出版社 1998 年版，第 3 页。

群体是一支重要的科研力量。博士生们大多风华正茂，正处于人生创造力最为旺盛的时期，有可能提出富有原创性的学术观点；博士生们思维活跃，较少受到成见的束缚，有利于发掘新思维、新视角，不断推陈出新；博士生们拥有最有利的学习环境和条件，有足够的时间和精力就某些专门问题深入钻研。也正是基于这些原因，有人认为，博士学位论文常常能够代表学者一生的最高学术成就。

中国政法大学是全国最早获得诉讼法学博士学位授予资格的高等学府，由于师资队伍、培养模式、图书资料、学术交流等诸多方面的优势，法大培养的诉讼法学博士人数众多，质量上乘，为我国诉讼法学的学科发展作出过重要贡献。早在 20 世纪 80 年代末期，中国政法大学前校长、诉讼法学学科带头人陈光中先生就呼吁学界进一步加强对刑事诉讼法学基本理论的研究和创新，并引进自然科学和其他社会科学中的相关学科的成果，开拓刑事诉讼法学研究的新领域。^① 在法大导师们的指引下，一批优秀的法大诉讼法学博士生开始对诉讼法学基础理论进行了大胆探索，取得了很多填补空白的开拓性研究成果。我国诉讼法学界在 20 世纪 90 年代出版的具有代表性的基础理论著作大多是在他们的博士学位论文基础上完成的。曾经取得的辉煌成就使中国政法大学的诉讼法学学科在全国享有盛誉。1999 年，中国政法大学诉讼法学研究中心（2006 年更名为中国政法大学诉讼法学研究院）成立，这是诉讼法学专业唯一入选全国普通高等学校人文社会科学百所重点研究基地的研究实体。2013 年，由中国政法大学牵头，以中国政法大学诉讼法学研究院和证据科学研究院为科研依托平台，联合吉林大学理论法学研究中心（教育部人文社会科学重点研究基地）和武汉大学环境法研究所（教育部人文社会科学重点研究基地）申报的司法文明协同创新中心顺利通过教育部和财政部的认定，成为全国首批 14 家“2011 计划”协同创新中心之一。自此，中国政法大学在诉讼法学

^① 陈光中：《中国刑事诉讼法学四十年（下）》，载《政法论坛》1989 年第 5 期。

学科建设和人才培养方面掀开了新的一页。

“法大诉讼法学博士文库”是中国政法大学诉讼法学研究院主持编选并组织出版中国政法大学诉讼法学专业（含刑事诉讼法学、民事诉讼法学、行政诉讼法学、证据法学）博士学位论文的系列丛书。这套丛书旨在搭建学术平台，推出诉讼法学新人新作，营造百家争鸣的学术氛围。此外，由于博士学位论文不仅能够反映博士生个人的勤奋和智慧，还常常凝聚了博士生导师们的辛劳和心血。因此，这套丛书的出版也是对法大诉讼法学教学成果的集中展示。我们希望能够通过丛书的出版，进一步培养和造就高素质的诉讼法学博士生，推动诉讼法学年轻学者之间的互动和交流，促进我国诉讼法学的繁荣和发展。

中国政法大学诉讼法学研究院院长 卞建林

2016年11月16日于北京

目 录

绪 论	(1)
第一节 污点证人的概念	(1)
一、既有污点证人概念：界说与评析	(3)
二、污点证人概念之界定	(5)
三、污点证人制度与相关制度之辨析	(17)
第二节 污点证人制度的法律意义	(22)
第一章 证人豁免制度的历史、现状与挑战	(26)
第一节 证人豁免制度的历史沿革	(27)
一、证人豁免制度的早期图景	(27)
二、证人豁免制度的发展时期	(30)
三、证人豁免制度的巩固时期	(34)
第二节 证人豁免制度的现状	(41)
一、交易性豁免制度	(41)
二、使用豁免制度	(42)
三、证人豁免制度的理论阐释	(47)
第三节 证人豁免制度在美国司法实践中	
所面临的挑战	(57)
一、控方证人豁免	(58)
二、辩方证人豁免	(61)
第二章 证人豁免制度的理论基础	(77)
第一节 证人豁免制度的哲学基础：实用主义	(77)
第二节 证人豁免制度的结构性基础：对抗制	(87)
一、证人豁免制度产生和发展的对抗制背景	(88)

二、证人豁免制度的对抗制内容	(97)
第三节 个人权利、公共利益以及利益衡量	(102)
一、刑事诉讼中公共利益的表现形式	(103)
二、刑事诉讼维护公共利益的主要方式	(107)
三、刑事诉讼中公共利益与个人利益的冲突	(111)
四、利益衡量：作为利益冲突的解决方案	(114)
五、利益衡量结果的程序性控制	(126)
第三章 不得强迫自证其罪特免权与证人豁免制度	(129)
第一节 证人豁免制度作为不得强迫自证其罪	
特免权的历史必然产物	(129)
一、不得强迫自证其罪特免权关键概念之厘定	(129)
二、不得强迫自证其罪特免权从美国宪法规定	
到司法实践的理论诠释	(133)
三、不得强迫自证其罪特免权对证人豁免制度	
产生和发展的影响	(141)
第二节 不得强迫自证其罪特免权的基本内涵	(144)
一、不得强迫自证其罪特免权的主体	(144)
二、“强迫”的含义	(146)
三、自证其罪	(150)
四、违反不得强迫自证其罪特免权的后果	(153)
第三节 不得强迫自证其罪特免权的行使与放弃对证人	
豁免制度的影响	(154)
一、侦查人员讯问已被羁押的犯罪嫌疑人	(154)
二、侦查人员讯问未被羁押的犯罪嫌疑人	(157)
三、大陪审团程序	(158)
四、审判程序	(161)
五、不得强迫自证其罪特免权的放弃	(164)
第四节 不得强迫自证其罪特免权的功能在证人豁免	
制度中之呈现	(167)
一、维护控辩双方诉讼地位之均衡与公允	(167)

二、准确发现案件真相	(169)
三、防止刑讯	(171)
四、保障被追诉人的合法权利	(172)
第四章 我国污点证人作证之现状分析	(175)
第一节 我国污点证人作证现象之事实分析	(175)
一、贿赂犯罪案件中污点证人作证之现象分析	(175)
二、其他犯罪案件中污点证人作证之现象分析	(194)
第二节 我国污点证人作证现象之原因分析	(197)
一、贿赂犯罪案件的特殊性	(197)
二、有组织犯罪等严重共同犯罪案件的特殊性	(201)
第三节 我国污点证人作证面对的问题与机遇	(203)
一、缺乏明确的法律依据	(204)
二、不得强迫自证其罪原则面临的实践障碍	(205)
三、无法给予污点证人以等效保障的另案处理 制度和酌定不起诉制度	(211)
四、污点证人作证作为量刑情节予以考量	(222)
第五章 污点证人制度之理论质疑及其回应	(236)
第一节 污点证人制度与刑法平等原则	(236)
一、刑法平等原则的基本内涵	(236)
二、刑法平等原则与不得强迫自证其罪特免权	(240)
三、污点证人与其他被追诉人的分立	(242)
第二节 污点证人制度与无罪推定原则	(247)
一、无罪推定原则的基本含义	(247)
二、污点证人制度与证明责任分配	(250)
三、污点证人制度与证明标准	(252)
四、污点证人制度与存疑案件的处理	(255)
第三节 污点证人制度与证据裁判原则	(257)
一、证据裁判原则概述	(257)
二、污点证人制度与证据裁判原则	(261)

第四节 污点证人制度与认识论	(264)
一、认识论概览	(264)
二、污点证人制度与认识论	(268)
第六章 我国污点证人制度的构建	(272)
第一节 我国构建污点证人制度的必要性	(274)
一、犯罪率接连攀升与犯罪形态不断变化	(274)
二、破案率低位徘徊与公安司法机关面临巨大挑战	(276)
三、司法实践中事实上存在的污点证人作证现象的 经验	(278)
四、我国所承担的国际公约义务的要求	(281)
第二节 我国构建污点证人制度的现有基础	(282)
一、刑法上的现有基础	(282)
二、刑事诉讼法上的现有基础	(285)
第三节 中国污点证人制度之构建	(293)
一、刑事追诉理念的转变	(293)
二、我国污点证人制度的模式选择	(299)
三、污点证人制度在我国刑事诉讼中的确立	(310)
四、污点证人制度在我国刑事诉讼中的运行	(313)
参考文献	(329)
后 记	(345)

绪 论

第一节 污点证人的概念

污点证人的概念是污点证人制度的逻辑起点，而污点和证人又是污点证人概念的两个基础性概念。污点证人制度始于证人具有污点，终于证人污点所引起的法律后果之评判。研究污点证人制度，首先应当对污点证人制度的基本概念进行全面且明确的解构，阐明究竟何为污点证人，释清关键概念“污点”和“证人”等。可是，对于污点证人的概念而言，国外法律人并未在既有的研究成果中对此进行翔实、深刻的研究。而在国内学者以往的著述当中，污点证人概念的界定也稍显含糊。特别是在中国刑事诉讼语境下来理解污点证人的概念，更是显得艰难与混沌。因此，本文从对相关概念的分析入手，展开对污点证人制度的研究。需要注意的是，西方国家学者、法官、检察官、律师以及社会公众等普遍使用“witness immunity”来指代或描述本文的研究对象，意即证人豁免制度。而本

文以美国联邦层面的证人豁免制度^①为蓝本进行研究。笔者经过审慎考虑后认为,应当将证人豁免制度同我国的具体情境结合起来,在全球化与本土化之间构筑起中国式的证人豁免制度,因而本文称之为污点证人制度。其一,豁免是指“一个人所处的不承担某种法律后果或对其不适用某些法律规则的法律地位,它是法律不根据一般规则而给予该人的一种特别优待”^②。“豁免”一词不仅不为中国社会和法律环境所常用,而且当前公众的心理和法律意识等也无法接受法律施以某人特别优待。其二,在中国刑事诉讼语境下,污点证人制度名称的意蕴比证人豁免制度更形象、更深厚,而污点的内涵也比豁免更丰富、更妥帖,具体内容可见后文分析。其三,我国媒体舆论已经使用污点证人的概念,我国法律文化也潜移默化地受此影响。在语词惯性的作用下,污点证人具有一定的社会基础,并且顺应了时代的发展趋势。为了兼顾制度原意和制度本土化,本文在分析域外制度时使用“证人豁免制度”,而在中国移植和构建

① 《美国法典》第18编§6002豁免总则规定:“无论何时证人在下列机构或者其附属机构所适用的程序中,根据不得强迫自证其罪特权拒绝作证或提供其他信息:(1)美国联邦法院或者大陪审团;(2)美国联邦机构;(3)国会、两院的联合委员会、两院的委员会或者下属委员会。并且程序主持者告知证人已根据本规则签署命令,证人不得已不得强迫自证其罪特权来拒绝遵守该命令,但是根据该命令强迫证人作证的证言或者其他信息(或直接或间接源于上述证言或其他信息的任何信息)不得在刑事案件中作为对证人不利的证据,证人因伪证、虚假陈述或者未能遵守该命令而受到刑事追诉除外。”§6003法院和大陪审团程序规定:“对于在联邦法院或者联邦大陪审团所适用的程序或者附属程序中,曾经或者可能被传唤作证或提供其他信息的任何个人而言,在该程序正在进行或者可能进行的司法辖区中的美国联邦地区法院应当根据本节(b)款之规定,应该地区联邦检察长的请求签署一项命令,该命令要求那些根据不得强迫自证其罪特权而拒绝作证或提供其他信息的个人作证或者提供其他信息,该命令应符合本部分6002节之规定才得以生效。(b)当联邦检察人员认为符合下列条件时,可以根据联邦总检察长、副总检察长、任何指定的总检察长助理的批准,要求签发本节(a)款规定之命令:(1)该人提供的证言或者其他信息对于公共利益可能是必需的;并且(2)该人根据不得强迫自证其罪特权已经拒绝或者很可能拒绝作证或者提供其他信息。”参见18 U.S.C. § 6002, 6003, <http://www.gpo.gov/fdsys>, 2013年11月25日访问。

② 薛波:《元照英美法词典》,法律出版社2003年版,第663页。

中则称之为“污点证人制度”。

一、既有污点证人概念：界说与评析

关于污点证人的概念，有关学者从不同方面进行界定，由此形成了多种表达方式。将这些从不同侧面揭示污点证人内涵的观点进行梳理和提炼，对于污点证人概念的理解主要从以下几个角度展开。

首先，部分学者从形式的角度对污点证人的含义作出界定。例如，有学者认为：“污点证人是指具有犯罪污点的证人。”^① 还有学者提出，污点证人是指涉嫌犯罪的证人。^② 另有学者主张，污点证人就是具有犯罪污点且知道案件情况的人。^③ 从形式的角度界定污点证人的意蕴，言简意赅地描述出污点证人的某些外部特征。依照汉语的字词结构，将“污点证人”分解为“污点+证人”。污点证人实则归属于证人，但不同于通常意义上的证人，强调污点对证人身份和地位的影响。

其次，有学者从内容的角度来理解污点证人。例如，有学者指出：“污点证人是具有犯罪污点，但因了解案情而被公安机关、检察机关要求作证的诉讼参与人。”^④ 有学者认为：“污点证人是指有犯罪污点，本应在刑事诉讼中成为追诉的对象，但基于对整体利益的考虑而被免于追诉，转而向司法机关提供证言的证人。”^⑤ 还有

① 陈学权：《污点证人豁免制度初论》，载《国家检察官学院学报》2003年第3期。

② 徐静村、潘金贵：《作证豁免制度研究》，载《西南民族大学学报（人文社科版）》2004年第2期。

③ 周国均、刘蕾：《贿赂犯罪案件污点证人权利之保护》，载《比较法研究》2005年第5期。

④ 倪铁：《污点证人豁免及其博弈分析》，载《华东政法大学学报》2004年第1期。

⑤ 何挺：《污点证人豁免的理论基础与制度建构》，载《燕山大学学报（哲学社会科学版）》2007年第3期。