

论拒绝作证权*

——兼评《中华人民共和国民事诉讼法证据法》专家建议稿(第四稿)的有关规定

邵薇薇

(厦门大学法学院 福建 厦门 361005)

[摘要] 建国以来,我国的法律一直把作证作为证人应尽的法定义务。而提交全国人大审议的《中华人民共和国民事诉讼法证据法》专家建议稿(第四稿),则对这一义务提出了挑战,首次规定了“拒绝作证权”。本文分析了“拒绝作证权”的合理性基础,指出我国在迈向法治社会的进程中,引入拒绝作证权的必要性,并评述了专家建议稿对这一制度的设计,试提出相应的如何完善的建议。

[关键词] 拒绝作证权;作证义务;合理性基础;必要性;立法建议

[中图分类号]D915.13 [文献标识码]A [文章编号]1672-1071(2004)03-0055-05

建国以来,我国的法律一直把作证作为证人应尽的法定义务。《民事诉讼法》第70条规定,凡是知道案件情况的单位和个人,都有义务出庭作证。而提交全国人大审议的《中华人民共和国民事诉讼法证据法》专家建议稿(第四稿),则对公民的作证义务提出了挑战,首次规定了“拒绝作证权”。

一、拒绝作证权概述

拒绝作证权,指的是与案件当事人具有婚姻血缘关系或者从事特定职业的人可以拒绝作证,享有保密的特权(privilege)。例如妻子可以拒绝做出不利丈夫或前夫的证词,父亲或母亲可以拒绝做出不利子女的证词;编辑对作者的个人情况及活动内情,有权拒绝作证等等。

在大陆法系国家,拒绝作证权又称为“证言拒绝权”,其内涵是指负有作证义务的证人被法院要求提供证言时,基于法律规定对此加以拒绝的公法上的抗辩权。^[1]也就是说,在法律规定的可以拒绝作证的情形发生时,证人可以自主决定是否行使该项权利,无须法官的进一步决断。

在英美法系国家,与拒绝作证权相对应的是“保密特权(privilege)”,它是为成文法和司法判例所承认的一系列重要的证据规则。在诉讼中,证人有权援引具体的特权规则,主张不回答特定的问题。但

他是否必须作证则由法官来做最终的决定,也就是说,证人仍有可能被强迫作证(compellable to give evidence)。

自从国外的立法和判例确立了拒绝作证权以来,该项权利(或者说,证据规则)在实践中,便不断地被主张和援引。例如,1986年美国爆发的“伊朗门”丑闻,参与此事的两位关键性人物奥利弗·诺思中校和波因德克斯特,就援引了美国宪法第五修正案“任何人可以不证其罪”的原则,拒绝作证。在近来美国的一系列公司丑闻中,多位重要的证人,如世界通信公司前首席执行官伯纳德·埃贝斯和前首席财务官斯科特·沙利文以及安龙公司前主审审计师、安龙公司破产案的关键证人、前安达信会计师事务所合伙人邓肯,也援引了特权规则,拒绝在国会的听证会上作证。

二、拒绝作证权的合理性基础

(一) 强制作证义务之正当性基础的缺失

强制证人作证,很大程度上是国家希望通过证人的作证,简化纠纷解决的难度,或者加快纠纷解决的速度,以尽快恢复被破坏的民事生活秩序。在某种程度上,也可以视为社会成员为了解决民事纠纷,维护民事生活的安定性,对自己的自由所做的某种让步。^[2]简言之,证人作证义务的正当性基础在于,

* [收稿日期] 2004-4-2

[作者简介] 邵薇薇(1978—),女,福建厦门人,厦门大学法学院硕士研究生。

作证有利于查明事实,解决纠纷,实现民事生活的安定。

但是,当证人与当事人具有婚姻血缘关系时,这种正当性基础是否存在?

1、就查明事实而言,强制此类证人作证往往不利于查明事实真相

由于证人与当事人具有婚姻血缘关系,证人在情感和伦理压力的驱使下,很可能有意识或者无意识地做出偏袒当事人的证言。这也是我国司法解释中,规定证人做出有利于与其有亲属关系的当事人的证言的证明力小于其他证人证言的缘故。证人在情与法之间艰难地选择,往往出现证言反复或者虚假证言。这不但不利于查明真相,还可能起到误导作用和减损司法审判效率的后果。

2、即便证人遵守法律规定,如实作证,并不意味着达到了解决纠纷的目的

狭义上看,所涉案件的纠纷可能得到了解决;但广义而言,伴随着案件纠纷的解决,新的“纠纷”也随之而起。例如,妻子在做出不利丈夫的证言后,很难想象他们还能像以前那样和睦相处。夫妻之间心灵上的创痛是难以化解的,这种隔阂、矛盾也是广义上的“纠纷”。民事案件是私权纠纷,他人的利益是一种私权,而证人的私人利益也是一种私权,二者的地位是平等的,没有必要强制证人放弃自己的私权去保护另外的私权。^[3]法律的初衷在于定纷止争、各得其所,而强制证人做出不利于亲人的证言,并没有真正解决纠纷,它只是转移了矛盾,使纠纷以另一种形式表现出来,无异于“将鸡蛋从左口袋放到了右口袋”。

3、强制此类证人作证,还将有损社会生活的安定

家庭生活是社会生活的一部分。强制有着婚姻血缘关系的证人作证,势必影响家庭生活的融洽,甚至破坏其稳定,继而可能引起一系列不良的连锁反应,如未成年子女的健康成长问题等等。根本上说,这不利于社会生活的安定。

因此,对于与案件当事人有着婚姻血缘关系的证人来说,强制其作证的正当性基础——查明事实、解决纠纷、维护社会生活的安定——并不存在。这种缺失使作证义务失去了必要的合理性支撑。若强

制其作证,并不能实现作证义务设定的初衷,不能带来社会效益在总量上的增加,反而可能带来负面的影响。

(二)拒绝作证权以亲情维护、信任维持为追求

法律通过赋予证人作证的义务,牺牲人们一部分的自由,以获得对真相的查明,这是民事司法中求“真”的表现。但是,“真”并非是民事司法的唯一追求。在社会价值体系中,“善”和“美”同样为人们所珍视。当发现案件真相的价值与人们同样珍视的社会生活中的其他价值发生矛盾时,法律在这些价值之间进行权衡并做出相应的取舍。拒绝作证权正是这种取舍的结果。

1、拒绝作证权以亲情的维护为追求

亲情是维系家庭的纽带,它不仅对个人,也对社会有着重要的意义。就个人而言,渴望亲情乃源于人类固有的本能和天性,因此,对亲情的维护,体现了法律对人性的尊重,是人权的彰显。

对社会而言,维护亲情,遵从伦理道德,有助于家庭关系的稳固。而家庭是社会的细胞,其稳固是社会和谐稳定的基础。倘若漠视亲情,任意破坏亲情关系,则可能导致家庭的破裂,势必引起一系列的社会问题,例如未成年子女身心健康成长的问题、犯罪问题(特别是未成年人的犯罪)等等。因此以牺牲亲情为代价,来换取对真相的了解,得不偿失。

2、拒绝作证权以信任的维持为追求

信任,是建立、发展人与人之间关系的根本前提。人们往往基于对某些职业的信任,如客户对律师、病人对医生,忏悔者对神父,而将个人隐私告诉相关的从业者。如果强制这些领域的从业者作证,将会严重破坏从业者与被服务者之间的信任关系,使这些职业的存在基础发生动摇,甚至影响社会的健康发展。因为这些职业往往是一个社会正常运转所不可或缺的,如律师、医生等。另一方面,在法律上维护这种信任关系,也是对人权的深切关怀。它旨在营造一种无拘无束、自由倾吐的关系,使人们在某些社会交往中获得心理安全感,不致担心隐私被泄漏。

可见,亲情、信任之于人和社会的价值,远胜于发现真相的价值。为了维护亲情与信任,法律对特定人群的作证义务做出豁免,“社会期望通过保守秘

密来促进某种关系。社会极度重视某些关系,宁愿为捍卫保守秘密的性质,甚至不惜失去与案件结局关系重大的情报。”^[4]

(三)拒绝作证权并不否定对真相的探求

拒绝作证权使特定的人群获得作证义务的豁免,但这并不等同于对真相探求的停止和对违法行为的纵容。

不可否认,拒绝作证权限制了证据的来源,可能为法官认定事实增加了难度。但是证据的途径、种类和来源多种多样,某些证人被豁免作证并不意味着相关当事人无证据可用,它只是表明司法过程中只能按照某种符合特定价值观念的特定途径来对案件事实进行揭示和认识,而决不能为了查明事实不择手段,或者不考虑任何代价。它从人性的角度和社会生活的整体以及社会的连动关系中来把握案件事实的查明,使法律的立足点更高,视野更广阔,考虑更全面。

实际上,现代诉讼与古代野蛮诉讼都追求案件事实的查明,但是二者的最大区别就在于如何或者以什么方式来查明事实真相。赋予特定的人群拒绝作证权,是现代诉讼的进步。

三、我国引入拒绝作证权的必要性

(一)《民事诉讼法》片面强调作证义务,脱离生活实际,致使法律难以被有效遵守,故有必要引入拒绝作证权,使法律规定更趋科学合理。

法律应当是在现实生活中“发现”的,而不应是“创造”的;法律应体现对现实的尊重。罗尔斯在《正义论》中表明:“法治所要求和禁止的行为应该是人们合理地被期望去做或不做的行为……它不能提出一种不可能做到的义务。”富勒也指出,“法律的可行性原则”是“法律的内在道德”之一,即法律的规定是社会中的人们可以遵循的规范,而不是人们不可能做到的事。^[5]

我国《民事诉讼法》规定,凡是知情人都有义务作证。其预设前提是,证人是作证的“机器”,没有情感、伦理道德的需要。这种高度的抽象,忽视了证人是现实生活中有情有义、受伦理道德约束的完整的丰满的“人”,这样的假设本身背离了生活实际。并且,法律在生活中运行的现实是,当法律遭遇情感和伦理道德时,法律并不总能占上风。作不作证,如何

作证,证人更多考虑的是作证以后将带来什么社会后果,社会道德对其如何评价等等。^[6]结果,证人往往选择不作证,或者在作证的过程中,证言反复,这在某种程度上体现了证人矛盾的内心世界。更有甚者,隐瞒实情,做出虚假的证言。这些证词,不但证明力不高,还可能降低司法审判的效率,甚至影响案件的公正审理。

因此,片面强调作证义务,对某些特定人群而言,是极难做到或者说“不可能做到”的。其结果是法律得不到严格的遵守,这势必削弱法律的权威性和严肃性,与法治的目标相去甚远。所以,有必要引入拒绝作证权制度,使这些特定人群在法律上现实地享有拒绝作证的权利,避免法律规定的极端和僵化,从而使法律规定更具科学性和合理性。

(二)《民事诉讼法》片面强调作证义务,与某些特定行业的职业道德规范相冲突,故有必要引入拒绝作证权,以协调、化解法律规范内部的矛盾。

在法律体系的现有框架内,民事诉讼法关于作证义务的规定与某些特定行业的职业道德规范相冲突。例如,我国《执业医师法》中明确规定,医生应对所掌握的病人的隐私保密。《律师法》第33条亦规定:“律师应当保守在执业行动中知悉的国家秘密和当事人的商业秘密,不得泄露当事人的隐私。”《注册会计师法》第19条也规定:“注册会计师对在执行业务中知悉的商业秘密,负有保密义务。”显然,作证义务与从业者的保密义务是矛盾的,这种“内耗”必然会降低法律在社会中的威信,不利于法治的实现。倘若不赋予这些特定职业的从业人员拒绝作证权,就意味着,允许甚至鼓励他们背弃职业道德,这会动摇人们对这些职业的信赖基础,影响行业的发展。因此,有必要引入拒绝作证权来协调这种矛盾。

综上所述,法律如果脱离了人伦常理、职业道德的生活现实,便会受到人们自觉或不自觉的抵制,形同虚设,这既影响了法律的权威,也动摇了人们对法律的信仰。而一个没有法律权威和法律信仰的社会,很难建设法治。因此,当我们的社会在朝着法治目标前进时,引入拒绝作证权也就有了相当的必要性。

四、简评我国《民事证据法》专家建议稿(第四稿)之拒绝作证权制度

(一)我国《民事证据法》专家建议稿(第四稿)之拒绝作证权的制度设计

我国《民事证据法》专家建议稿,突破了民事诉讼法第70条关于人人都有作证义务的规定,赋予了特定人群拒绝作证权。在几易其稿后,第四稿的拒绝作证权制度如下(参见该稿第221条——第223条):

1、基于特定身份的拒绝作证权

在涉及直系血亲卑亲属的案件中,直系血亲尊亲属可以拒绝作证,反之亦然;在涉及女婿或儿媳的案件中,岳父岳母或公婆可以拒绝作证,反之亦然;在配偶一方或前任配偶一方为当事人的案件中,配偶另一方或前任配偶另一方可以拒绝作证;现与或曾与案件中任一当事人以事实婚方式共同生活的人可以拒绝在该案件中作证。

2、基于案情原因的拒绝作证权

证人提供证言,对于证人或者与证人有前述关系的人将直接发生财产权上的损害,或者造成名誉上的损害,或者使其有受刑事追究的危险的,证人可以拒绝作证。

3、基于特定职务的拒绝作证权

由于职业上的原因,现在从事或过去曾经从事过期刊的编辑、出版或发行工作,或广播工作的人,对于文稿和资料的著作人、投稿人或提供材料的人的个人情况,以及对于这些人的活动内情,有权拒绝作证,但以它们涉及编辑工作中的文稿、资料和报道的为限;医师、药剂师、律师、公证员,或者曾经从事此类职务的人,在职务上知悉的应当保密的事实,有权拒绝作证;由于职务或职业上的关系,而知悉一定事项的人,从该事项的性质上判断或者依法律规定应当保守秘密的事项。

(二)《民事证据法》专家建议稿(第四稿)之拒绝作证权制度的特点

通过考察外国的拒绝作证权制度,我们发现,我国专家建议稿对该制度的设计有如下几个特点:

1、主要借鉴了德国和日本的《民事诉讼法》关于该制度的规定

尽管两大法系都有关于证人作证豁免的规定,但具体的豁免范围不尽相同。在英国,证据制度的发展趋势是,倾向于缩小现有的保密特权的范围,并

且,对新特权的承认与设定十分缓慢。^[7]目前,其最为重要的特权主要有四种:(1)法律职业特权(Legal Professional Privilege);(2)反对自证其罪特权(Privilege against Self-incrimination);(3)不受损害特权(Without Prejudice);(4)公共利益特权(Public Interest Privilege)。受英国法的影响,美国传统上认可的保密特权主要限于夫妻之间以及律师和当事人之间的秘密交流,除此以外的特权规则主要由各州的州法加以规定。

大陆法系除了规定夫妻及亲属之间有拒绝作证权外,在成文法典中,享有保密特权的职业的范围比较宽。除了律师职业特权外,还包括其他类型的职业特权。例如德国《民事诉讼法》第383条规定,证人因以下具体原因,有权拒绝作证:其一是由于职业上的原因,现在从事于或过去曾经从事过定期刊物的编辑、出版和发行工作,或广播工作的人,关于文稿和资料的著作人、投稿人或提供材料的人的个人情况,以及关于这些人的活动的内情,但以这些都是涉及到编辑工作中的文稿、资料和报道的为限;其二是由于职务、身份或职业上的关系,而知悉一定事项的人,关于从事情的性质上或依法律规定应保守秘密的事项。日本《民事诉讼法》第281条亦规定,现任医师、牙科医师、药剂师、药材商、助产士、律师(包括外国律师事务所的律师)、代办人、辩护人、公证人、宗教或任祭祀职务的人,或曾任此等职务的人,在职务上所获知的应当保密的事实受到询问时,证人可以拒绝证言。另外,德国《民事诉讼法》第384条还规定,当对于某些问题的回答,将会对证人或证人的有关亲属引起不名誉或使其因犯罪或违法行为而有受追诉的危险时,或者会直接发生财产权上的损害时,该证人有权拒绝作证。

很显然,我国专家建议稿关于拒绝作证权的设计,在很大程度上借鉴了大陆法系的规定,享有拒绝作证权的主体范围比较广。

2、突出了拒绝作证权的权利属性

专家建议稿中,关于拒绝作证权的措词是“可以拒绝作证”。“可以”一词,说明证人既可以作证,也可以不作证,体现了权利“可抛弃”的属性。也就是说,是否作证,完全由证人自己决定,法律不强制其作证,更不强制其不作证。这是法律对证人意愿的

充分尊重。

拒绝作证权的权利属性,使其与我国古代的“亲亲相隐”制度从根本上区别开来。亲亲相隐,明确了亲属之间互负有隐匿违法犯罪行为的义务,如果亲属之间互相告发,则无论犯罪事实是否存在,告发者必须受到惩罚。因此,亲亲相隐不是证人的权利,而是证人的义务。这种义务属性,是对证人自主意愿的剥夺,是封建伦理道德的产物,也是以义务为本位的法律的体现。

(三)对专家建议稿拒绝作证权制度的建议

1、对事实婚姻当事人享有拒绝作证权的质疑

专家建议稿第 221 条第 4 款规定:“现与或曾与案件中任一当事人以事实婚方式共同生活的人可以拒绝在该案件中作证。”也就是说,事实婚姻的当事人享有拒绝作证权。

自从 1994 年 2 月 1 日民政部的《婚姻登记管理条例》颁布以后,所有未办理结婚登记手续即以夫妻名义同居生活者,均按非法同居对待,事实婚姻不再具有民事效力,而是一种违法婚姻。那么,赋予违法婚姻当事人拒绝作证权的法理依据何在?笔者认为这一规定有损法律的严肃性,建议删去。事实婚姻的当事人只有在依法办理婚姻登记手续,取得合法的婚姻关系时,才享有法律赋予的拒绝作证权。

2、建议赋予记者拒绝作证权

目前,在各个确立了拒绝作证权制度的国家,记者通常不享有该项权利,或者不得援引特权规则。在美国,尽管记者的保密特权没有获得联邦最高法院的肯定,但是一些联邦地方法院已经做出了这方面的肯定判决,并且联邦政府也进行了长期的立法方面的努力。^[8]国际上,设在海牙的前南斯拉夫战犯法庭上诉法庭的五名法官就曾在 2002 年一致做出裁判,判定已退休的《华盛顿邮报》战地记者乔那森·兰得尔享有拒绝作证权,理由是,战地记者如果被强迫作证,他们将无法获得被采访对象的信任,另一方面也将面临生命危险。

可以说,由于记者在新闻报道、舆论监督和公众知情权方面扮演着日益重要的角色,因此,赋予记者

保密特权,以维护记者与被采访者的信赖关系,从而保证其消息来源,应当说是一个发展趋势。建议我国顺应这个趋势,赋予记者拒绝作证权。有学者也指出,如果记者享有这一权利,也就从另一方面保护了宪法中的言论自由权。^[9]

3、建议规定拒绝作证权的例外情形

建议规定拒绝作证权的例外情形,例如,在涉及家庭成员的出生、婚姻或者死亡情况,以及涉及因家庭关系而发生的财产变动的情况,家庭成员不得拒绝作证。

参考文献:

[1] 刘荣军. 论证人的证言拒绝特权[J]. 法学, 1999, (5).

[2] 程春华. 民事证据法专论[M]. 厦门: 厦门大学出版社, 2002. 426.

[3] 唐俭. 关于完善证人证言立法的一些看法[J]. 东岳论丛, 2001, (22).

[4] [美] 乔恩·R·华尔兹(何家弘译). 刑事证据大全[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 1993. 283.

[5] 刘全德. 西方法律思想史[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1996. 166.

[6] 乔晋楠. 证人作证的道德义务与法律义务[A]. 毕玉谦. 司法审判动态与研究·证据法专辑[C]. 北京: 法律出版社, 第 2 卷第 1 辑.

[7] 齐树洁. 英国证据法[M]. 厦门: 厦门大学出版社, 2002. 263.

[8] 程春华. 民事证据法专论[M]. 厦门: 厦门大学出版社, 2002. 430.

[9] 王进. 《证据法》草案将呈全国人大 六类人有权不作证[EB/OL]. <http://zgrdxw.peopledaily.com.cn/gb/paper7/26/class000700002/hwz227944.htm>.

(责任编辑:孔祥林)