

刑事诉讼中亲属拒证特权

张则超

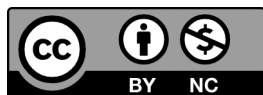
中南财经政法大学法律硕士教育中心，武汉

摘 要 | 当前我国刑事诉讼法并没有赋予亲属有拒证的特权，仅规定了亲属享有出庭作证的权利，这导致了情理和法理的冲突。因此，本文通过对亲属拒证特权的概述，分析亲属拒证特权制度缺位的原因和亲属举证特权建立的必要性，提出明确权利行使主体、界定“亲属”的范围、设置亲属拒证特权的例外的设计方案。

关键词 | 亲属拒证特权；刑事诉讼；亲属

Copyright © 2021 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License. <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



我国刑事诉讼法第一百九十三条第一款^①规定了强制证人到庭及例外，即赋予被告人的父母、配偶、子女不用出庭作证的权利，但仍有作证的义务。可身为被告人的父母、配偶、子女和被告人具有直接利害关系，从情理上讲，往往不愿提供不利于被告人的证言，而从法理上讲，我国的法律却鼓励“大义灭亲”，于是便出现了情理和法理的冲突。在这种冲突的背景下，会产生许多社会问题，如为了维护亲情违反法律做了虚假的证言、罔顾亲情关系大义灭亲等情况。因此，需要在刑事诉讼法中构建亲属拒证特权制度。

作者简介：张则超，中南财经政法大学法律硕士教育中心，硕士，研究方向：刑事诉讼法。

文章引用：张则超. 论刑事诉讼中亲属拒证特权[J]. 法学进展, 2021, 3(3): 236-243.

<https://doi.org/10.35534/al.0303025>

① 刑事诉讼法第一百九十三条第一款规定：“经人民法院通知，证人没有正当理由不出庭作证的，人民法院可以强制其到庭，但是被告人的配偶、父母、子女除外”。

一、亲属拒证特权的概述

亲属拒证特权是指具有证人资格的人由于和被告或犯罪嫌疑人有法定亲属关系而享有的拒绝作证的权利。从定义可以看出,对该权利应从三个方面来分析:

首先,亲属拒证特权的行使主体必须是具有证人资格的人,不具有该资格的人没有该项权利。在我国证人不同于英美法系国家,证人在我国不包含当事人和鉴定人。其次,证人需要与被告人或者犯罪嫌疑人具有亲属关系。这种关系在某种程度上讲是可以无限扩大,当然在实际中是不可能的。根据我国传统丧服制度,通常情况下,是将亲属关系限缩为五服^①,一旦出了五服,就不再视为亲属关系。而根据强制证人到庭及例外,可以看出我国刑事诉讼法将亲属关系限制在父母、配偶、子女间,其他如兄弟姐妹、祖父母、外祖父母等皆不是这里所讲的亲属关系。最后,作为亲属的证人实施的是作证行为。即知道案件情况的证人通过案件审理过程中陈述证人证言而引起法律关系变动的行为。

亲属拒证特权是一种权利,享有该权利的公民面对办案机关的作证要求,可以通过行使亲属拒证特权来拒绝作证或者选择放弃拒证权而进行作证。其实质上就是享有亲属拒证特权的证人可以自由选择作证与否的权利。

二、亲属拒证特权制度缺位的原因

亲亲相隐制度作为一项稳定的法律制度,在我国存续时间久矣。一般认为亲亲相隐制度其立法起源于汉宣帝地节四年,汉宣帝在其诏书^②中对该制度进行规范化,给予该制度法律正当性。其最后一次出现在法律条文中是在1935年《中华民国刑事诉讼法》第167条^③,该条文对亲属拒绝作证的范围进行规定。但在

① 五服是指:“斩衰、齐衰、大功、小功、缌麻”。

② 诏书指出:“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,罪殊死,皆上请廷尉以闻。”

③ 1935年《中华民国刑事诉讼法》第167条规定:“证人有左列情形之一者,得拒绝证言:(1)现为或曾为被告或自诉人之配偶、五亲等内之血亲、三亲等内之姻亲或家长家属者;(2)与被告或自诉人订有婚约者;(3)现为或曾为被告或自诉人之法定代理人或现由或曾由被告或自诉人为其法定代理人者。”

1949年新中国成立后,亲属拒证特权就消失在我国法律条文中,其背后的原因是多方面的。

(一) 对“六法全书”的全盘否定

虽然六法全书是维护国民党统治的工具,其立法目的是为了大地主、大资产阶级的利益,而非广大无产阶级。但六法全书脱胎于封建律法,吸收借鉴欧洲先进立法技术和立法经验,历经晚清、北洋政府、国民党政府近半个世纪法制研究,具有一定的合理性和可借鉴性。新中国成立后,废除一切不符合历史潮流的腐朽制度。但1949年10月,《共同纲领》中第17条^①对旧政权的法律做了明确废除的规定。自此,六法全书的所有内容被全盘抛弃,导致“旧法很多优秀的法律经验、正确的法律原则,都随之付诸东流,甚至绵延至今的传统文化也被人为地切断了”。^②故在当时的历史条件下,存在于六法全书中的亲属拒证特权便在法律文本中失去了踪迹。

新中国成立后,六法全书遭到了“政治清算”,受到全方位的批判。更为极端的是,在司法实践中,对于存在于该书中的法律术语都受到了抵制使用。如无因管理、诉讼标的等出现在六法全书中术语不再沿用。^③因此作为六法全书中特有的术语亲属拒证权毫无例外地也受到批判,不存在立法的可能性。

(二) 对苏联诉讼模式的盲从

建国之后废除了之前适用的法律,在进行新的法律尤其是诉讼模式的构建时,对当时“老大哥”苏联的诉讼理论及制度采取“拿来”主义,直接照搬照抄。对于证人制度方面的理论及设计同样全部采用苏联的方法,在有关亲属证人的拒证权的问题上,苏联《刑事诉讼法典》并没有对亲属证人赋予拒绝作证的特

① 《中国人民政治协商会议共同纲领》第十七条规定:“废除国民党反动政府一切压迫人民的法律、法令和司法制度,制定保护人民的法律、法令,建立人民司法制度。”

② 吴丹红. 特免权制度研究[M]. 北京:北京大学出版社,2008:34.

③ 李龙,刘连泰. 废除“六法全书”的回顾与反思[J]. 河南省政法管理干部学院学,2003,18(5):39-50.

权。^①另外,在苏联证据理论中,认为苏维埃人民具有崇高的社会觉悟能力,向法院作证是光荣的义务和责任。^②所以在理论上,对亲属拒证权特权排除态度。

(三) 政治运动的破坏

新中国成立后,我国经历了数次政治运动,法制建设受到严重破坏,中华传统的亲属关系同样受到了冲击。比如在文化大革命中,以阶级斗争为纲,极左主义盛行,如果家庭中有被打为“右派”的成员,其他成员为了自身安全不得不选择同其划清界限。在政治运动达到高潮时,揭发批判父母、兄弟阋墙、夫妻反目的比比皆是。在那个年代,揪斗自己的父母是被赞许、鼓励的行为,亲属之间亦应该互相批判、互相举报,亲属拒证特权不具有其存在的社会环境基础。

三、亲属举证特权建立的必要性

我国长期以来亲属举证特权制度失位,似乎对我们的生活并没有什么影响。但仔细分析就会发现该项制度的缺失带来的蝴蝶效应。

(一) 对家庭成员个人产生不利影响

一方面,被告人的亲属提出对被告人不利的证据,加重被告的量刑,毫无疑问,这会对被告情感上造成伤害。如果人受的伤害可以分级评价的话,那来自亲属的背叛所带来的伦理亲情上的伤害一定是在最重的档次。从短期来看,罪犯改造的最大的希望通常是“恢复自由、重返社会,与家人尽快团聚”,^③但当家人是那个加重自己量刑的人时,出狱之后如何面对这样已经产生隔阂的亲属关系成为需要忧虑的问题。恐怕作为支持罪犯改造的动力——

① 苏联《刑事诉讼法典》规定:“法律不禁止由于同刑事被告人有亲属关系、朋友关系、敌对关系和职务关系而对案件结局有利害关系的人作为证人进行询问。”

② 拉泽诺夫. 苏维埃刑事诉讼中证人的证言[M]. 董镜苹,等,译. 北京:法律出版社,1956: 53.

③ 王栖霞,刘灿璞,刘孟芬,等. 刑事司法心理学[M]. 北京:群众出版社,1991: 284.

和家人团聚,将变得不再那么有力。因此,从短期看,亲属作证不利于罪犯的顺利改造。从长期看,当罪犯重获自由,面对不良的亲属关系,可能会诱发罪犯的绝望心理,而这种心理恰恰是其再次犯罪甚至是更严重犯罪的诱因。因此,从长期看,亲属举证特权的缺位将不利于罪犯重返社会,不利于社会秩序的稳定。

另一方面,这也会给作为证人的亲属产生不利影响。当证人去给和自己朝夕相处的亲属做不利证据,目的是加重其量刑时,其面对的是法律和道德的双重压力。当被告因此被定罪量刑,证人常常将被告所受的刑罚惩罚归结于自己身上,证人会产生一定程度的自责与内疚。同时,我国传统格外重视亲属关系,因此,亲属作证的行为往往被表面上叫好,私下里被视为背叛。这会导致证人社会评价的降低,人们难以信任一个举报自己亲人的人。

(二) 对社会带来不利影响

首先,人与人之间的信任产生于熟悉,在熟悉的基础上人们建立其“人格信任”。^①拥有血缘关系的亲属是最熟悉的人,因此亲属之间的信任程度通常是最高级的。而亲属举证特权的缺位,使得证人在冷冰冰的法律的镣铐下去提供不利于与其朝夕相处的亲属的证据,最高级的信任关系在合法的背景下惨遭撕裂。当最信任的人不再可靠,时时刻刻面临被背叛的风险,普通人之间的信任关系又该何去何从?在某种程度上,当下社会仿佛又回到了上文提到的政治动乱、信任崩塌的时代。因此,亲属举证特权的缺位将会给社会信任带来负面影响。

其次,作为社会基本单位的一个个家庭,就像一个个细胞组成人体一样组成整个社会。当人体的细胞不稳定达到一定数量时,人体会产生病变;当家庭不稳定达到一定规模时,整个社会也会发生动荡。当社会的主流观点鼓励罪犯的亲人“大义灭亲”时,家庭不再是温暖的港湾,家庭关系将变得紧张。当这种紧张关系不再是一个、两个家庭,而是一种普遍现象时,社会秩序的和谐与

^① 郑也夫. 信任论 [M]. 北京: 中国广播电视出版社, 2006: 222.

稳定将受到严重的冲击。

最后,亲属拒证权的缺失会有损司法权威。正如罗尔斯在《正义论》所说的,法治不能给人们提出一种不可能做到的义务。要求亲属作证这种义务实际上在大多数情况下都是难以真正完成的。当证人迫于法律的压力如实作证,将会给社会大众传递一种证人制度高于亲属亲情的观点,这种观点有违人伦常理难以获得大众的认可,因此,从这个方面讲是有损司法权威的;另外,当证人基于亲情关系而做伪证或者拒绝作证,那么证人就构成了违法行为,当这种违法行为成为一种普遍现象,就必然会导致司法权威的降低。

四、亲属拒证特权制度设计

(一) 明确权利行使主体

在进行亲属拒证特权制度设计前,有个重要的问题需要进行明确,即该特权应由谁来行使?被告能否要求其亲属行使拒证特权?首先,法律是有温度的,设立亲属拒证特权的初衷在于保护和谐的家庭关系。当家庭友爱、和睦相处时,即使被告没有该权利,也不影响其亲属拒绝做出不利于被告的证言。在司法实践中,很多亲属证言被证明是为了使被告人出罪而编造的,恰恰说明了此点。另外,在审判中,亲属的证言不利于被告人时,往往具有很强的说服力,都能揭示被告人的行为危害性,因为亲属是与被告人朝夕相处的人,对被告人的行为最为了解。因此,如果赋予被告亲属拒证特权,可能会导致大量有效证据不具有证明力,不利于对犯罪分子的量刑,甚至放纵犯罪,最终危害的是稳定的社会秩序。故,亲属拒证特权应由具有亲属身份的人行使,才能实现设立该制度的目的。

(二) 界定“亲属”的范围

亲属享有拒证特权,那亲属的范围是什么?在中华传统法制中,我国亲属的范围一直是五服以内,但这种亲属关系是建立在以血缘关系为纽带的传统大家庭社会。随着社会的变化,传统的家庭结构也发生了变化,当前占据主导地

位的是小家庭，往往是两代人即父母子女结构。而且传统社会中，频繁走动的亲戚在当下慢慢地局限于直系三代，因此，对于“亲属”范围的界定也要做出相应的调整。

所以，对“亲属”的范围应该做出限制规定，“亲属”的本质应该是和当事人有亲属关系，密切生活在一起的人。同时，为了和“亲属拒绝出庭作证”的规定相吻合，应界定为配偶、父母、子女较为合适。

在刑法中有一类人被称为与当事人“关系密切的人”，其在刑法条文中与“近亲属”并列，如刑法第三百九十条之一第一款^①，可以看出其实质上和当事人之间的关系十分密切，不亚于当事人的近亲属。此类人是否应该纳入亲属的范围内呢？笔者认为不适当。因为亲属拒证特权的目的是维护家庭关系，首先要是家庭这个圈子里的人才行。而在实践中，“关系密切的人”可能会是战友、牌友、情人等，这些人一方面不符合家庭的范围，另一方面有些人如情人，其起着破坏家庭关系的作用，赋予这类主体亲属拒证特权，恐怕有些不合适。

（三）设置亲属拒证特权的例外

亲属被赋予拒证的特权，是否意味着面对任何作证义务，都有权利拒绝呢？现代法治社会不存在绝对的权利，亲属拒证权也不例外。毫无疑问，对于重大犯罪案件，具有严重社会危害性的案件，亲属不能拒绝作证。当前尚未有明确、清晰的标准，对其进行阐释。如何认定重大犯罪案件和具有严重的社会危害性呢，笔者认为可以从量刑幅度上来确定。最高刑为死刑的犯罪行为，说明其犯罪行为造成的社会危害极其严重，对可能判处死刑的案件认定为亲属拒证特权具有一定程度的合理性。另外，我国刑法对一些犯罪有特殊规定，对于知情不报的行为规定为犯罪，因此，对于此类犯罪，有必要将其纳入亲属拒证特权的例外中。

^① 刑法第三百九十条之一第一款规定：“为谋取不正当利益，向国家工作人员的近亲属或者其他与该国家工作人员关系密切的人，或者向离职的国家工作人员或者其他近亲属以及其他与其关系密切的人行贿的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；情节严重的，或者使国家利益遭受重大损失的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金；情节特别严重的，或者使国家利益遭受特别重大损失的，处七年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。”

On the Privilege of Refusing Testimony by Relatives in Criminal Procedure

Zhang Zechao

*Education Center for Master of Laws, Zhongnan University of Economics and
Law, Wuhan*

Abstract: The current criminal procedure law of our country does not grant relatives the privilege of refusal, but only stipulates that relatives have the right to testify in court, which leads to a conflict between reason and legal principle. Therefore, this article analyzes the reasons for the absence of the relatives' privileges of refusal to testify and the necessity of establishing the privileges of relatives' testimony by giving an overview of the privileges of relatives' refusal to testify. Exceptional design scheme.

Key words: Relatives' privilege of refusal to testify; Criminal proceedings; Relatives