刑事诉讼中证人制度的比较研究

霍　震

刑事诉讼中的证人证言是证据形式之一。各国在法典上都有明文规定，由于国家性质和诉讼制度不同，有关证人的制度及规则也各有异。就它们的特点进行比较研究，对进一步阐明我国刑事讼诉中的证人制度并使之完善，不无裨益。

一、证人的法定资格

证人的法定资格就是指法律上什么人能够作证人的问题。各国的法律规定不尽相同，

我国刑事诉讼法第三十七条第一款规定"凡是知道案件情况的人，都有作证的义务。"就是说，任何自然人如果由于被告人的犯罪行为同他产生了特定的法律关系，他就成为知悉案件情况或被告人身分情况的人，即成为案件的证人。其证人身分不能更换或代替，这是由犯罪事实决定的，他是能够以其自身体验、感受向司法机关提供证明情况的诉讼主体以外的第三人，应当充当证人，有义务提供证言。但是，该条第二款又规定："生理上、精神上有缺陷或者年幼，不能辨别是非、不能正确表达的人不能作证人。"这里所说的"生理上、精神上有缺陷或者年幼"必须与能否"辨别是非、正确表达"联系起来，如果虽有某种缺陷或者年幼，但能辨别是非、正确表达，就是有证人能力，不能免除其作证义务。此外，在司法实践中，为了充分保障被告人的辩护权，某些人不能充当本案的证人，即：

（一）同案被告人不能作为本案证人；

（二）充当辩护人的近亲属不能作为证人；

（三）主持本案的司法人员不能当本案的证人。

我国刑诉法规定哪些人不具有证人资格，是基于生理上的实际障碍和法律上的诉讼关系的考虑，是从保护当事人的合法权益和国家利益出发的，其目的在于保证司法机关能够获得客观真实的证据材料，作出正确的裁判。

大陆法系国家的诉讼理论认为，证人是指在诉讼上应司法机关的传唤，就其曾见闻的案件事实情况进行陈述的人，证人不但是以自己所体验的事实提供陈述，并且必须是现阶段诉讼程序上诉讼关系以外的第三人。惟独日本刑事诉讼法规定，证人是指在法院或裁判官面前陈述的人，而在侦查机关陈述者称之为参考人。

大陆法系各国实行职权主义，司法机关除听取当事人提证外，不仅可以主动调取证据，而且证据力要由法官以其自由心证加以判断。在证人制度上，由于证人是陈述其过去体验的事实，具有不可代替和更换的性质，所以对证人资格很少加以限制，任何自然人不问其性别、年龄、职业、职务、文化程度、宗教信仰、精神状态等如何，均不妨碍其为证人的能力。

例如，法国刑事诉讼法第一〇一条规定："预审法官应派法警或警察代理人传唤任何他认为有助于查明事实的人到庭作证。"日本刑事诉讼法第一四三条规定："裁判所除本法有特别规定的某些场合下，对任何人均可作为证人进行询问。"

英美法理论认为，证人是凭其五官所观察的事实而提供陈述的人。由于其诉讼制度采取当事人主义，证据的收集与调查，属于当事人的责任，并重视保障当事人的反对发问权。

关于证人的法定资格问题，英美法理论一般来说，几乎任何人，包括当事人，鉴定人，甚至精神病患者，儿童以及重罪罪犯，不管是成年人还是未成年人，只要能表达亲自所体验之事实和具结、宣誓的责任，就具有做证人的法定资格。具体地说，作为证人要具备四个条件：（1）有感受、记忆能力；（2）有正确表达能力；（3）亲自耳闻目睹了解事实；（4）理解宣誓作证的法律义务。不过，在美国，还有少数州仍认为犯不名誉罪和伪证罪（包括伪证教唆罪）者无作证资格。此外，有些州由于历史上的影响，关于法定资格和特权问题，仍保留着一些古老的、繁琐的形式主义的特别规定。例如，加利福尼亚州证据法典及其他法例在一般原则之外，还有些特别规定：

（1）法官、陪审官作为证人的问题。如果一方当事人提出异议，主持案件审理的法官在该案的审理中不能作为证人作证，反之，在没有一方当事人的异议的情况下，可以在该案审理中作为证人作证。

（2）代办律师作为证人问题。代办律师在作为辩护律师承办的案件中，是否可以出庭作证的问题，涉及两个问题：一个是证据法问题；一个是职业道德问题。他不应该作证，是个法律道德问题。如果他受传唤对一个具体问题作证的话，就应立即退出审判，将案件交由已经聘请的其他律师处理，或者更换新的承办律师。但是，在证据法中并无关于他无作证资格的规定。

（3）精神上的能力。通常，证人被推定具有精神上的作证能力。但是，对作证能力问题，可能在证人是幼年人、精神病人和醉汉三种情况下，提出异议，这时由承审法官来解决。就幼年证人来说，法院允许他作证之前，应确认两个问题：他理解宣誓的性质和说谎可能产生的后果；他具有观察、记忆和表达的能力。美国现制，实际上很少听取七岁以下儿童提供证言，就是说推定其为无作证能力。

（4）婚姻关系。根据普通法，夫或妻为诉讼当事人时，如果没有得到对方当事人的同意，夫妻之他方不得作证人。目前，除个别管辖区外，多数管辖区已取消这条规则。但是，丈夫使用暴力殴打她的犯罪或提起离婚之诉者不在此限。夫妻双方均非当事人，而夫妻之一方为证人时，则他方就夫妻间的信件往来得拒绝泄露。

（5）在刑事案件中，被告人不得为证人，但是，被告自愿为证人，则应如同一般证人受交互诘问和不合格的诘责。

二、证人证言的特性

证人证言的内容和性质，就是知悉犯罪事实的诉讼上的第三人就其所观察、感知的犯罪事实情况向司法机关所作的陈述。这个问题各国的诉讼理论基本一致，但不尽相同。

我国的诉讼理论，认为证人证言的特性：

（一）证言是知道案件情况的诉讼主体以外的第三人的陈述；

（二）证言是证人亲自体验和感知的案件情况，它既指亲自耳闻目睹的直接体验的事

实，也包括通过第三者间接感受的事实。

（三）证言的内容是客观地传述其所知道的情况，反映犯罪事实发生的情景，而不要求对所感受的事实提供判断和意见。

证人提供证言可能具有主观上推测和判断的因素和性质。这种判断因素是指必须是以一般人的生活经验为基础的。这种情况下，不应完全排斥判断因素，因为它是具有思维能力的人表达观察事物的一种逻辑形式。当然，应要求证人阐明其推断所根据的事实和理由。这对司法人员判断证言可能会有参考价值，不能一律加以排斥。

资产阶级国家的证据理论分人的证据方法和物的证据方法。人的证据就是基于人的知识经验而陈述其思想内容作为证据的方法。由于其陈述内容之不同又分体验供述和意见供述两种。证人提供证言是将自己知觉所体验的事实，提出报告，属验体供述的一种，其特性就在于所陈述的内容是自己所体验的事实。鉴定人提供意见属意见供述的一种，其特性是对非由自己体验的材料，依据其特别的专门知识就某一事项提供推理和判断意见。

证人可否提供与体验无关的个人意见或推测之词作为证据呢？各国的立法不同。一般是证人的意见供述不被认为具有证据能力。因为由事实而进行推测与判断是属于裁判官的职能。如果准许证人提供其判断意见，无疑是超越了其传述范围，取代了裁判官的职能；同时，在内容上可能发生立证混乱、提供偏见或预测资料的危险。例如，台湾现行的刑事诉讼法第一六六条规定："证人个人意见或推测之词，不得作为证据。"由此可见，证人所作的意见供述，不得认为具有证据力。

但是，推测事项与体验事实相关联的，证言常含有推测的因素，这时就认为具有证据力。所以日本刑事诉讼法第一五六条规定，证人可供述依其经验的事实所推测的事项。

英美法不同于大陆法，没有把证人同鉴定人加以区别，而把鉴定人看作是证人的一种。它把证人分为普通证人与专家证人。普通证人和专家证人（鉴定人）都是人的证据方法，都是协助法院认定事实的第三人。他们之间只不过是知识数量上的差别，普通证人仅具有一般经验，是报告其凭自己五官体验的事实情况。不许其基于观察事实而陈述自己的推测或意见。这叫体验供述证据；专家证人是从事于特别职业、商业、美术、科技等活动才具有特别经验的人。他们是以特别科学经验为其立证对象提供经验原理，这叫意见供述证据。英美法理论认为普通证人的意见证据无证据力，采取排斥意见的法则。但是，如果其推测是以客观资料为根据，也认为具有证据的容许性。

英美法理论没有证人与鉴定人之分，强调鉴定人的意见实质上就是专家证人的证言。显然给有产者胜诉提供更有利的条件。

三、证人的作证义务

各国的刑事证据法都有关于证人提供证言作证是法律义务的规定。

（一）到场的义务。

大陆法系国家的刑事诉讼法采职权主义，对证人有无传唤调查的必要由法院裁量决定。传唤证人的费用由国家负担。而英美法系的刑诉法采当事人主义，刑事被告人有强制法院传唤证人到场作证之权，并且这种权利为绝对权，不得加以剥夺。传唤证人的费用由被告人负担，但可以请求以公费传唤。

各国的刑事诉讼法都有关于证人经合法传唤，应负有到场提供证言的义务，除有正当理

由者外，不得逃避或者拒绝作证的规定。例如，法国刑诉法第一〇九条规定，凡被传唤作证的人皆须到案，宣誓并作证词。如证人不到案，预审法官可依据检察官要求派警察将其押来作证，并判400～1000新法郎的罚款。对虽然到案但拒绝宣誓和作证的证人，可判处同样的罚款。

英美法采当事人主义，重视当事人提出证人。为贯彻这一原则，在传唤证人的制度上，可发给空白传票，由当事人填写其所欲传唤的证人姓名。同时，也有关于强制传唤证人到案的规定。如英国法律规定，经传唤而不到庭的证人，法院认为他无正当理由时，可以签发逮捕证将其羁押。对有作证义务而拒不作证的人，法院可以以"蔑视法庭罪"论处。

我国刑事诉讼法关于证人应到场作证的问题，只作了笼统性的规定。该法第六十七条规定："侦查人员询问证人，可以到证人的所在单位或者住处进行，……。在必要的时候，也可以通知证人到人民检察院或者公安机关提供证言。"公民是否履行这项义务，故意逃避或者拒绝作证，法律没有明确地强制性规定。司法实践中，都是采用说服动员，耐心教育，提高觉悟，端正认识的办法，要求证人出庭作证。但是，仍有少数案件不可缺少的证人拒不到案作证。看来，采用一定的法律强制手段，确保社会主义法制的严肃性是十分必要的。

（二）具结、宣誓的义务

具结与宣誓，都是用以使证人对其证言的真实性和可信性的担保形式。

宣誓制度起源于宗教信仰，用宗教迷信的力量桎梏人们的思想忠诚于神，即请求上帝来证明宣誓人所说的话是真的，或证明他作出的诺言是一定会履行的。在法庭作证之前应先宣誓，否则，他所作的供词就没有力量。信奉天主教或基督教的国家都采用这种制度。如联邦德国的宣誓制度，是在询问证人前应预先告知他必须据实陈述并告知他在法院命令他宣誓的时候，他就应当宣誓。证人的宣誓应当在对他们询问后，分别进行。

证人无正当理由拒绝宣誓的，可以命令他偿付由于他的拒绝所用去的费用，并判处罚金。在他不能交纳罚金时，可以判处六个星期以下的拘役。

我国刑事诉讼法第一条阐明了它的根本指导思想是马克思列宁主义毛泽东思想。当然不会规定信奉于神的宣誓制度 .但是，该法明确规定"询问证人，应该告知他应当如实地提供证据、证言和有意作伪证或者隐匿罪证要负的法律责任。"询问笔录，证人承认没有记录错误后，应当签名或者盖章。（第六十八条、第六十九条）以上条文表明了要求证人对自己的作证行为负责，如有意伪证、隐匿罪证甘愿负刑法第一四八条所规定的法律责任。在司法实践中，也有要求证人先行具结的，用以警告伪证或隐匿罪证的法律后果。

（三）提供证言的义务

证人向司法机关陈述其所体验、感知的事实是公民应履行的强制性义务。在我国，刑事法律不仅规定了证人有作证的义务，而且有如实作证的义务，如有意伪证或者隐匿罪证要负法律责任。

我国法律对某些特定的国家工作人员，对特定案件必须履行如实作证的义务作了特别规定。全国人大常委会《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》中规定，对犯罪人员和犯罪事实知情的直接主管人员，或者仅有的知情的工作人员，不依法报案和不如实作证的，比照刑法第一八八条所规定的渎职罪论处。

外国的刑事诉讼法也都规定了证人有如实提供证言的义务，并且是强制性义务，不得拒绝。如果无故拒绝提供证言，要依据相应条款予以处罚。如法国刑事诉讼法规定，对于无正

当理由拒绝作证的证人，可判处400～1000新法郎的罚款（第一〇九条）

但是，各资本主义国家的刑事诉讼法又定有关于特权的证据规则，即证人据此规则有权拒绝答问或拒绝出示文件。这是所谓对某些证人规定的防止其被迫作证的法律保护。这个规则，大陆法称为拒绝作证权，英美法理论称为拒绝作证的特权。

拒绝作证的特权与无作证资格不同，因为无作证资格是无作证能力，自动生效，不许作证人；而拒绝作证的特权是证人享有证人资格，只是有权拒绝提供证言，该特权可以请求行使，也可以放弃。

特权的证据规则，大陆法表现为两个方面：（一）涉及特定的公务和业务秘密关系；（二）涉及特定的身份关系。英美法所谓特权事项与特权关系与之相近似。

关于所谓公务和业务秘密问题

属于公务上秘密的证言拒绝权的范围，大陆法与英美法大致相同。公务员或曾为公务员之人知悉公务上的秘密者，在一定条件下有拒绝就其职务上应守秘密事项提供证言的权利。例如，联邦德国刑事诉讼法第五十四条规定，无论在职离职的公务人员，有保守公务秘密的义务，未得主管官署的许可，不得询问。

属于业务上秘密的问题，就是指从事一定业务的人因其业务受他人之委托得知他人之秘密者。就其业务上所知悉的有关他人秘密的事项有拒绝证言权。联邦德国规定的范围较广：除律师、医师、牧师等人外，还包括他们的业务辅助人员等。英美法系国家的规定，主要是指律师，美国部分州的法律，扩及牧师、医师、记者等人。该项特权规则的目的，是为了保护依赖者和被依赖者的依赖关系。

关于所谓身份关系的问题

这是以人的关系为准的特权规则，证人基于个人身分关系享有拒绝证言权。身份关系包括亲属关系和个人关系。

属于亲属关系的情况，就是指证人因提供证言会使自己的配偶、近亲属受到刑事追究、遭受财产损失或蒙受耻辱的得拒绝作证。联邦德国、日本、均有明文规定。英美法系国家规定有夫妻关系的特权。现今保留的，主要是指夫妻在婚姻期间的通信，可拒绝公开作证。

属于自己关系者，就是指证人恐因陈述致使自己受到刑事追诉或处罚者，可拒绝作证。美国宪法修正第五条规定，不得强制任何人为自己犯罪事实之证人。这种禁止称之为反对自我牵连负刑事责任之特权。英国、联邦德国、日本都有这种特权的规定。这种特权规则是具有资产阶级性质的诉讼制度。

我国诉讼法确认，证人作证是公民的光荣义务，没有关于拒绝作证的规定。这反映了国家利益高于个人利益的社会主义原则。

四、证人的询问程序

法院询问证人是获得审判证据材料的重要方法。证人的证言只有在法庭调查中经过审查和检证之后，才能作为判决的根据。各国诉讼法不仅确认法庭上调查属实的证言是判决的基础，而且对询问证人的制度与程序也都作了明确规定。

大陆法系国家，询问证人采取法官询问制，当事人（指公诉人和被告人）或辩护人诘问为补充。例如，法国刑事诉讼法规定，审判长有责任指导审判，（第三〇九条）各证人应按审判长规定顺序依次个别作证。审判长应询问证人的姓名、教名、年龄、职业、居住所以及

是否与被告人有血亲或姻亲关系等等。证人宣誓后，口头陈述证言。（第三三一条）然后，审判长可询问证人问题。（第三三二条）公设律师有权直接询问证人，被告人及其律师可通过审判长向证人提出问题。（第三一二条）

英美法理论认为证据的提出与调查是属于当事人的职责。询问证人，采取双方当事人询问制，交互发问，以保证对方的反对发问权。对证人的询问分三个步骤：主询问、反询问和再询问。主询问也称直接询问，是由要求传唤证人的一方提问，其内容限于与诉讼争议有关的问题，提问人不能诱证。反询问，又称交叉询问，是证人作证后应受对方当事人或律师诘问，以检证证言的真实性。向对方证人作反询问的目的是：（1）使对方证人承认本方的某些主张；（2）暴露对方证人证言中某些矛盾、错误或不实之处，以减弱其证据价值或者证明证人不可靠。反询问中可以诱证。在反询问后，双方还可以对证人进行再询问，其内容只限于要求证人澄清和解释反询问时所作的回答。未经法官的许可，不能提出本应在主询问和反询问中提出的问题。再询问中也不许诱证。当然，法院为查明真实情况，也可依其诉讼指挥权自行适当发问。

我国刑事诉讼法规定，在询问证人的程序中，人民法院起积极主导作用。对证人的询问先由审判人员进行。国家公诉人负有积极查明案情，支持公诉的职责，可通过审判长的同意对证人发问，并且同审判人员一样，有权告知证人要如实提供证言和有意伪证或者隐匿罪证要负的法律责任。然后，当事人和辩护人可申请审判长对证人发问，或者请求审判长许可直接发问。（第一一五条）我国关于询问证人的立法旨在审判人员起积极主导作用，负责查明全部案情；国家公诉人积极询问证人，负责支持公诉，但必须实事求是兼顾全面情况；当事人和其他诉讼参与人对证人的发问，对人民法院来说，具有补充性质。

基于上述，我国的询问证人制度与资产阶级国家特别是英美法系国家的询问证人制度不同。英美法采取交互发问制，似乎是为了避免当事人自行调查其所提出的证据，会有所偏重，利用反对发问的机会，发现、确认证据的真实性。这只不过是形式主义。我国刑事诉讼制度是奠基于辩证唯物主义之上的，司法机关负有全面查明案情的责任，同时给予当事人充分的提问机会，发挥其积极作用，以便法院全面考虑正反两方面的证据材料，作出正确裁判。

简讯

青年法学工作者理论讨论会在西安召开

青年法学工作者理论讨论会于1985年10月16日至20日在西安市召开。十八个省市自治区的六十多位代表出席了讨论会并提交了论文。代表分别来自政法机关、法律院系、社会科学研究单位和党政、经济部门。中国法学会发了贺信。这是建国以来首次举行的全国性青年法学工作者讨论会。

与会代表对法学基础理论、各部门法理论以及我国经济体制改革中提出的一些法律问题进行了讨论。代表们发言热烈、直率，讨论气氛活跃。不少代表的发言具有一定的创见和理论深度。会议显示了青年法学工作者朝气勃勃、勇于探索、敢于创新的特点。

与会代表呼吁全国青年法学工作者加强协作和交流，坚持四项基本原则，密切联系经济体制改革的实际，在老一辈法学家的扶植下，为创建有中国特色的马克思主义法学理论体系，作出应有的贡献。

讨论会是由陕西省法学会、西北政法学院、《法学研究》编辑部等八个单位联合发起召开的。（章）