

刑事证人出庭作证问题研究 PDF转换可能丢失图片或格式，  
建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/480/2021\\_2022\\_\\_E5\\_88\\_91\\_E4\\_BA\\_8B\\_E8\\_AF\\_81\\_E4\\_c122\\_480465.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/480/2021_2022__E5_88_91_E4_BA_8B_E8_AF_81_E4_c122_480465.htm)

引言 直接言词原则是人类理性和正义观念在司法领域发展的产物。它不仅是一项调整诉讼程序的基本原则，也是一项调整诉讼证明活动的基本原则。该原则所体现的思想和精神在两大法系国家已被普遍接受和采用。我国1979年颁布的刑事诉讼法采纳了直接言词原则的一些内容，但是这部法律并没有确立一系列与直接言词原则的实施密切相关的程序保障规则，如证人、鉴定人出庭作证的保障规则。这一立法缺陷在1996年刑事诉讼法修改时，几乎没有得到任何有效的纠正和克服。加之，我国司法实务界受“阶级专政理论”影响颇深，普遍将刑事诉讼主要任务定格为：对“阶级敌人”实行专政，以保障人民民主专政政权的巩固和社会公共秩序的稳定。公、检、法分工负责，相互配合，在追究犯罪这一点上达到空前的默契与统一，“互相制约”变得无关轻重，导致刑事诉讼中提供证人证言笔录成为证人作证的常态，证人出庭作证反成为例外。这不仅违背了刑事诉讼的基本原则，而且严重损害了司法公正和法院裁判的权威，与世界人权发展与保障的客观要求极不相称。同时，也极大阻碍了我国刑事审判方式由纠问式向抗辩式转变这一司法改革进程的深入。刑事证人不出庭作证这一问题如不能得到纠正，我国刑事审判方式改革就不可能取得真正的成功。本文拟通过对我国刑事证人作证制度的实证分析，以探究该制度在实施中存在的问题以及制度设计本身存在的缺陷。并采用比较研究的方法对两大法系主要国

家相关制度予以类比评述，吸收、借鉴其优秀法律成果，同时结合我国的具体国情和司法实践经验，提出解决我国刑事证人出庭作证率低下具体立法构想。

### 一、证人应当出庭作证的法理依据。

#### （一）直接言词原则对证人作证形式的内在要求。

#### 1、直接言词原则的基本含义。

直接言词原则的基本含义是法官必须在法庭上亲自听取被告人、证人以及其他诉讼参与人的陈述，案件事实和证据必须以口头方式向法庭提出，调查须以控辩双方口头辩论、质证的方式进行。“直接言词原则作为一项基本法律准则，在刑事审判活动中表现为以下两项具体要求：一是对法庭据以作出裁判的证据在法律效力上的要求，即一切证据必须在法庭上由审判人员亲自接触并赋予控辩双方对其以言词陈述方式进行质证的机会，然后才能作为法庭据以定案的根据；二是对法庭审判程序的要求，即法庭只有以直接言词方式对案件事实进行调查和辩论，它所作出的裁判才能具有法律上的效力，否则审判程序与法庭的裁判均将失去法律效力。”

在大陆法系国家，直接言词原则是经过对中世纪纠问式审判模式的改革和扬弃而确立下来的。在普通法系国家尽管没有直接言词原则，但却设有与之相关的“传闻证据规则”。根据这一规则，某一证人在法庭外就案件事实所作的陈述内容被他人以书面方式提交给法庭，或者被另一证人向法庭转述或复述出来，这种书面证言和“转述证言”均为“传闻证据”，其既不能在法庭上提出，也不能成为法庭据以对被告人定罪的根据。不论大陆法系的直接言词原则还是普通法系的“传闻证据规则”，两者性质尽管不完全相同，但却具有相似的要求和功能。两者均不承认证人在法庭之外就案件事实所作的言词证言具有证

据能力，不论这种证言是以书面方式还是以他人转述的方式在法庭提出。

2、直接言词原则对于刑事诉讼的意义。直接言词原则的意义在于割断控诉方书面卷宗笔录与法院裁判之间的必然联系，确保法官与证据之间建立直接联系，并将其裁判直接建立在法庭调查所得的证据基础之上，从而保障程序和裁判结果的公正。主要表现在以下几个方面：一、要求所有作为定案根据的证据均需以最原始的方式展示在法庭上，使法官五官直接与证据接触，有利于形成对证据真伪的感性和理性认识，减少法官的预断和偏见；二、要求证人必须亲自向法庭陈述证言，并接受控辩双方的询问质证，通过交叉的询问质证，使得证人证言的虚假成分得以揭穿，真实成分得以肯定，证人证言的证明力得到强化；三、切断控诉方卷宗材料与法官裁判之间的必然联系，有助于防止法官受控诉方观点的影响，对被告人作出错误的定罪和判刑。

3、直接言词原则在我国刑事诉讼中的适用。我国立法没有明确规定直接言词原则，但立法的众多条款均体现了该原则的基本精神。我国刑诉法第47条规定，“证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方讯问、质证，听取各方证人的证言并经过查实以后，才能作为定案的根据。”第156条规定，“证人作证，审判人员应当告知他要如实提供证言和有意作伪证或者隐匿罪证要负的法律后果。公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人经审判长许可，可以对证人、鉴定人发问。”都集中体现了直接言词原则的精神内涵。虽然刑事诉讼法第157条也规定了未到庭作证证人的书面证言经宣读也可作为证据使用，但最高人民法院司法解释第141条对此作了明确规定，仅限于：未成年人、庭审期间身患严重

疾病或者行动极为不便、其证言对案件的审判不起直接决定作用及其他原因四种情形。（二）《公民权利和政治权利国际公约》“平等武装”原则与司法公正理念应有之意。“在联合国191个会员国中，迄今（2004年8月15日）已有152个国家批准、加入或继承了《公民权利和政治权利国际公约》（下称《公约》），还有包括中国在内的8个国家签署了《公约》尚待批准。”我国政府于1998年10月5日签署《公约》，但由于《公约》的履行涉及到政治、经济、文化、法律等各个方面制度的修改和完善，因此我国至今尚未批准该《公约》，不过从长远来看，拖延批准并不见得有利。随着时间的推移，我国政府将面临越来越大的人权保护压力，同国际社会加强合作，积极推进本国与人权相关制度的改革与完善才是出路，批准《公约》并履行《公约》义务，已成为必然的选择。《公约》第十四条第三款规定“在判定对他提出的任何刑事指控时，人人完全平等地有资格享受以下的最低限度的保证：……（戊）讯问或业已讯问对他不利的证人，并使对他有利的证人在与对他不利的证人相同的条件下出庭和受讯问”。这一规定要求证人作证应当出庭，并接受控辩双方平等的质证询问。对于被告人而言，其权利的一个重要方面就是亲自与控诉方提出的对其不利的证人进行质证，或者由其辩护人对这些证人实施反询问，审查或反驳其证言的证明力或证据效力，从而保障被告人拥有与检察官相同的权利和机会，这正是《公约》“平等武装”原则（the principle of equality of arms）的实质内涵。《公约》第十四条第一款规定“所有的人在法庭和裁判所前一律平等。在判定对任何人提出的任何刑事指控或确定他在一件诉讼案中的权利和义务时

，人人有资格由一个依法设立的合格的、独立的和无偏倚的法庭进行公正的和公开的审讯。”此即我们所讲的“司法公正理念”，它要求法庭审判应当中立、公正、公开。证人不出庭作证，法官便以控诉方提供的证人书面证言笔录作为裁判依据，不但使被告人失去了当面质证询问证人的机会和权利，而且大大降低了法官甄别证人证言虚假成分的几率，致使法官对证人证言的采信，往往带有片面性和倾向性，严重影响裁判的公正。（三）保障证人证言真实性的有效程序措施之一。证人证言作为七种法定证据之一，在我国刑事证据体系中居于十分重要地位。证人证言因其本身的特殊性，常常成为查明案件事实最直接、最快捷、最有力的手段和工具，在刑事司法实践中被广泛采用，其对查明案件事实的重要作用显而易见地，尤其像在侵犯人身权、财产权之类的刑事案件中，证人证言往往是关键的证据，甚至是唯一的证据。但是证人证言作为一种证据，也有其固有的缺陷，它的主观性、易受干扰性、易变性和可编造性，使得其可靠性大打折扣。因而在发挥证人证言积极作用的同时，如何避免其消极影响，成为不容回避的现实问题。国内外刑事司法实践无不证明，证人出庭作证并接受控辩双方的交叉询问和质证，是避免证人提供虚假证言的有效程序措施之一。证人出庭当着控辩双方的面直接向法庭作证，并接受控辩双方的询问质证，可以有效避免证人在面对不同取证对象时，因受到感情、舆论、心理等各种压力，而作出不同的证言，也可以有效避免取证过程中刑讯逼供和骗证诱证的可能，从而保障证人作证能完全从客观立场出发，而不受主观因素的影响。同时通过控辩双方的询问质证也可以有效排除证人证言中的一

些“假象事实”，最大限度获取证人证言所反映的客观事实。

## 二、刑事证人出庭作证率低的原因分析

### （一）政治、经济、文化背景及观念的影响

#### 1、政治方面：

中国几千年的集权专制传统和近现代国内斗争形成的阶级斗争观念，对建国后我国政治体制确立产生了深远的影响。社会主义改造结束后，出现的“反右倾扩大化”以及后来发展到“文化大革命”，再到“两个凡是”与“真理标准问题”的争论，无不反映出阶级斗争观念之深，尽管十一届三中全会确立了以经济建设为中心的基本路线，在很大程度上扭转了“阶级斗争为纲”的极左思潮，但是并没有从根本上改变人们的意识形态。“阶级分析法”不论在司法实践中还是在法学研究中，都还占有相当大的“市场”，这一点在刑事诉讼领域反映比较突出。公诉机关始终代表正义一方，是国家专政机关，在行使控诉职能时与被告人之间是专政与被专政的关系，公检法三机关按照法律规定“分工负责，互相配合，互相制约”，在打击犯罪这一政治任务上，利益和立场达到空前一致，“保护犯罪分子人权”成为职业忌语。证人出庭作证可能出现“翻证”，进而造成证据不足的风险，使得公诉机关和法院有所顾忌，而持消极甚至否定态度。

#### 2、经济方面：

商品经济不发达，生活水平低下，农民在人口中占有绝对比例。虽说经过二十多年的改革开放，我国经济水准已发生了翻天覆地的变化，但是由于经济基础的薄弱和地区经济环境的巨大差异，使得我国绝大多数人口还处于解决“温饱”争“小康”的低生活水平，“吃穿用度”仍然是人们生活的主要部分，人们对“平等、自由、公平、正义”的追求和对社会生活关心的积极性不高，“出力不讨好”的事情没人愿意去做。再

加上改革过程中出现的“信誉缺失”、“尔虞我诈”、“惟利是图”等不良社会风气的侵蚀，人们对正义和社会责任日渐漠视，“事不关己、高高挂起”，“明哲保身、但求无过”成为处事哲学。3、文化方面：儒家文化影响深远，“贱讼”、“耻讼”传统法律观念根深蒂固，“中庸之道”、“仁义”、“和为贵”思想严重，崇尚“内敛”、“忍让”、“以德报怨”。另一方面，尽管中央提出建设“民主法制”、“依法治国”已多年，国家开展的大型普法活动也不是不多、声势也不可谓不浩大，但我国公民真正接受法制教育的机会还十分有限，法律意识还十分淡薄，依法行事的习惯还不是很浓厚。当然思想观念和意识形态的转变本身就需要一个长期引导的过程，不可能一蹴而就。（二）法律制度设计本身存在缺陷

- 1、法律确立的司法体制不合理是深层原因。

“我国长期实行的司法一体化的办案机制，使诉讼具有强烈的行政治罪的色彩，侦查、起诉、审判相互间呈现的是一种前后递进、接力互补的关系”，公检法三机关都是证明活动的主体，共同承担着“收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重”的证明任务。这一制度设计的缺陷造成法官独立身份和中立地位的丧失，控诉方与裁判者在追究犯罪方面“责任与利益”趋于统一，保持“有罪证据”的稳定、可靠，避免证人“翻证”造成的被动，成为二者共同的目标，被告人人权的保护被忽视甚至漠视，冤假错案率居高不下的现实与此种司法体制造成的弊端不无关系。这一根本问题如得不到解决，证人出庭就失去了制度的保障。

- 2、立法的不完善是直接原因。 证人作证资格标准不严谨，范围过于宽泛。我国《刑事诉讼法》第48条规定“凡是知

道案件情况的人，都有作证的义务。案件情况往往十分复杂，有主要情况也有次要情况；知道案件情况的人可能是亲眼所见亲耳所闻，也可能是道听途说，甚或是主观推测；其所知道的情况可能对案件的侦查和审判有用，也可能没用。有些无关紧要的证人出庭作证不但起不到查明案件事实的作用，反而还会节外生枝，增加查明案件事实的难度，适得其反。事实上只有那些对定罪量刑起着关键作用的证人，才有出庭作证的现实必要，不加任何区分地一概要求知道案件情况的人都出庭作证，不但会影响证人的出庭率，而且也会造成司法活动的高成本低效率，既不现实也无必要。 证人书面证言可以作为证据采纳与证人出庭作证义务的冲突。《刑事诉讼法》第四十七条规定“证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方讯问、质证，听取各方证人的证言并且经过查实以后，才能作为定案的根据。”同时《刑事诉讼法》第一百五十七条又规定“...，对未到庭的证人的证言笔录、鉴定人的鉴定结论、勘验笔录和其他作为证据的文书，应当当庭宣读。审判人员应当听取公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人的意见。”第四十七条毫无例外地要求证人证言必须在法庭上接受控辩双方的讯问、质证并且查实后才能作为定案根据。言外之意，所有证人毫无例外都必须出庭作证。而第一百五十七条，却有不加区别地规定，未出庭的证人的证言笔录经当庭宣读，并听取控辩双方意见后，亦可作为证据使用。这种前后自相矛盾的规定造成的结果常常是无关紧要的案件证人被要求出庭作证，而案件的关键证人却往往由于各种原因不能出庭作证，证言笔录反倒成为作证的主要形式。虽然最高人民法院的司法解释对证人不



出庭的情形作了限制性规定，但仍显宽泛，不够严密，弹性过大。这一立法上的冲突，被认为是导致我国当前刑事证人出庭率严重偏低的主因，已成为刑事审判方式改革进一步深化的法律瓶颈。“证人出庭作证义务”规则逻辑结构欠缺。法学基础理论告诉我们，一个完整的法律规则具有严密的逻辑结构。但对其逻辑结构的认识历来存在不同学说。主要有“三要素说”、“二要素说”和新“三要素说”三种观点。“三要素说”认为，每一法律规则通常由假定、处理和制裁三要素构成。“两要素说”认为，法律规则是由行为模式和法律后果两部分构成。而新“三要素说”则认为，任何法律规则均由假定条件、行为模式和法律后果三个部分构成。

不论哪一种学说，都认为法律规则应当含有“法律后果”这一构成要素，当然法律后果在这里既包括否定性法律后果，如“制裁”，也包括肯定性法律后果，如“奖励”。义务规则作为法律规则的一个种类同样应当具备“法律后果”这一必备要素。然而刑事诉讼法第四十八条作为一种命令式的义务性规则，却只有假定和处理部分，而没有制裁部分（或者说只有行为模式部分，而没有法律后果部分），证人违反了作证义务，司法机关却苦于找不到制裁的法律依据，致使证人作证义务形同虚设。证人保护缺乏具体制度措施。刑事诉讼法第四十九条规定：“人民法院、人民检察院和公安机关应当保障证人及其近亲属的安全。对证人及其近亲属进行威胁、侮辱、殴打或者打击报复，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不够刑事处罚的，依法给予治安管理处罚。”刑法第308条规定：“对证人进行打击报复的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的处三年以上七年以下有期徒刑

。”虽然上述条款为证人及其近亲属人身安全的保护提供了法律依据，但由于这些规则本身的高度原则性和概括性，加之缺乏相应配套的保护程序和措施，使得实践中对证人及其近亲属的保护出现了随意、省略、失控的现象。加之，这些条款规定的只是证人及其近亲属人身安全遭到威胁或现实侵害之后的补救措施，而对于证人及其近亲属人身安全的预防性保护，无论立法还是司法都缺乏相应规定，导致公、检、法三机关在对证人及其近亲属人身安全保护上相互推委、扯皮，证人安全得不到有力保障，证人遭报复现象屡屡发生，已严重影响到证人出庭作证的积极性，成为证人出庭作证率低下的重要原因之一。

缺失证人作证经济补偿问题的规定。我国一直以来都没有对证人因出庭作证而遭受的经济损失进行补偿的规定，致使证人作证占用的时间、减少的收益、支出的额外费用等损失都得不到应有的补偿，如交通费、住宿费、误工费等往往由证人自己负担。证人出庭作证除了要承担遭受打击报复的安全隐患和心理压力外，还得承担因出庭作证而产生的“不应有”损失，致使证人在法律上的权利和义务严重失衡，极大挫伤了证人作证的积极性。相比较而言，民事诉讼中证人出庭作证的比率要高许多，原因在于民事诉讼当事人基于自身利益考虑，为促成证人出庭作证，往往会主动承担证人因出庭作证所支出的各项费用，以此来规避因证据不足可能造成的较大利益损失。而在刑事诉讼中，多数情况下并没有具体受益人，证人完全是履行公法上的作证义务，其遭受的经济损失在国家不予补偿的情况下，只能由证人自己承担，这与市场经济条件下人们追求的效益理念相悖。立法上没有明确规定证人作证的经济补偿问题，恐怕

是导致刑事证人出庭作证率低下的又一重要原因。三、国外刑事证人作证制度比较与评述

（一）证人的资格。美国《联邦证据规则》第601条规定：除本证据规则另有规定外，每个人都有资格作为证人。但是，在民事诉讼中，有关构成一项诉讼主张或辩解的内容需适用州法作出决定时，证人能力将按照州法确定。美国《加州证据法典》第701条规定：在以下情形下，一个人将丧失其充当证人的资格：（1）不能就有关事实表达自己的感知，以至于不能被他人所理解。这种理解或是直接为他人所知晓，或是通过理解他的人的翻译；（2）不能理解证人说真话的义务。英国《1999年青少年审判和刑事证据法》第53条规定：在刑事诉讼的每个阶段，所有的人（不管年龄）都有资格给出证据。...一个人无资格在刑事诉讼中给出证据，如果法庭查明他不能够理解向他提出的问题，并且作出能被人理解的回答。印度《1872年证据法》第118条规定：一切人均应有作证资格作证，除非法庭认为，这些人由于少不更事、垂暮之年、身体或心理疾病以及诸如此类因素、致使不能理解所提问题或者不能对这些问题给出理性回答的。澳大利亚联邦《1995年证据法》第13条规定：在作证中不能理解的人没有提供宣誓证言的资格，但有义务提供事实陈述。...对有关事实的提问不能合理回答的人，没有资格就该事实作证，但有就其他事实作证之资格。从以上各国立法例可以看出，各个国家无一例外地对证人的智力状况及理解表达能力作出了相应的要求。

（二）证人的传唤。美国《联邦证据规则》第614条规定：（a）法庭可以自己提议或者根据当事人的建议传唤证人。所有当事人均有权对传唤的证人进行交叉询问。（b）法庭可以询问证人，不管是该证

人是法庭传唤的，还是当事人传唤的。美国《加州证据法典》第775条规定：法庭可以依职权或者基于当事人一方的申请，传唤证人并向其发问。俄罗斯《刑事诉讼法》第73条规定：证人必须依照调查人员、侦查员、检察长、法院的传唤到场、并作真实的陈述，叙说他关于案件所知悉的一切情况并回答。以色列《证据法》第31条规定：法院得依职权，或者当事人之声请，传唤任何人到场作证，并得命在场之任何人为证人。日本《刑事诉讼法》第298条规定：检察官、被告人或者辩护人，可以请求调查证据。法院认为必要时，可以依职权调查证据。上述立法例中，大多把传唤证人出庭作证的主体确定为法院，言外之意，证人只能是法院的证人，证人只有在法院所作陈述才具有证据效力，唯俄罗斯《刑事诉讼法》规定侦查员、检察长也可以传唤证人作证，这与我国《刑事诉讼法》的规定一脉相承，反映出我国法律受前苏联影响之大。

（三）证人拒证的处罚。法国《刑事诉讼法》第110条规定：如果证人没有到庭，预审法官可以对拒绝出庭的证人采取传讯措施，通过警察强制其到庭，以传讯通知书进行并处第五级违警罪的罚款。...如果证人出庭但拒绝宣誓作证，预审法官也可对其处以同样的刑罚。德国《刑事诉讼法》第70条规定：（一）证人无法定理由却拒绝作证、宣誓的，要承担因拒绝造成的费用。对他同时还要科处秩序罚款和不能交纳罚款时易处秩序羁押。（二）为了强制作证，也可以命令羁押，但羁押时间不得超过本诉讼审级程序的终结时间，也不得超过六个月。第161条a第2款规定：证人或鉴定人无正当理由缺席或者拒绝时，检察院有权采取第51条、第70条和第77条的处分措施。但是拘留权仍保留给法官；有管辖权

的法院是提请拘留的检察院所在地属地地方法院。俄罗斯《刑事诉讼法》第73条规定：证人没有正当理由而不到场时，调查人员、侦查员、检察长和法院有权加以拘传。法院还有权对证人处以劳动工资标准三分之一以下数额的罚款。日本《刑事诉讼法》第151条规定：作为证人受到传唤没有正当理由而不到场的，处以10万元以下的罚款或者拘留。犯前款罪的，可以根据情节并处罚金和拘留。从上述立法例可以看出，对拒不出庭作证证人可以予以处罚是立法通例，只是在处罚的种类和处罚主体方面略有不同。其中对于审判前侦查机关、起诉机关是否有权强制证人作证，法国规定预审法官可以强制证人作证并可以处以罚款以至监禁；德国规定检察官有权采取罚款的措施强制证人作证，但是拘留权仍然只有法官才能享有。不过应当注意的是法国的预审法官是行使侦查权的法官，由他来强制证人作证并处以一定的制裁，并不违背强制作证权应当归属于法院这一原则。至于德国的规定，则显示了其浓厚的职权主义色彩，表明检察院在德国刑事诉讼中比较重要的地位。而俄罗斯刑事诉讼法的规定则明显带有前苏联时代阶级专政理念的烙印。

（四）证人的保护。

在英国，对证人的保护主要由警察机构负责实施，在毒品、恐怖等严重刑事犯罪案件中，警方对协助侦破案件的证人提供了十分安全的保护措施，如改变姓名、身份、住址，甚至改变相貌等。在美国，当前证人保护的主要措施除了公诉人和辩护律师对被告人有关违法行为进行警告、设定高额保释金、对恐吓行为进行积极的起诉等传统措施以外，还包括紧急迁居、长期迁居、审前安全措施和庭审安全措施、对狱中的被害人和证人实行保护性监禁、社区辅助工作等措施。

港英政府统治时期的香港，于1995年4月28日在皇家香港警务处成立了证人保护小组，为证人提供广泛的保护措施。保护措施包括提供一个紧急电话号码和提供一间24小时由警方特殊保护的安全居所不等，以结合证人的需要和个别情况，并应付证人可能受到的任何威胁。

（五）证人作证的经济补偿。美国《纽约州刑事诉讼法》第610节第50条规定：刑事诉讼中被传唤的证人有权得到和民事诉讼证人同样的酬金和旅费。根据法院或者其官员发的证人证书及标明的证人实际出庭日数和路程里数，由县政府财务官付给证人费用。法国《刑事诉讼法》第281条第4款规定：根据当事人要求而传唤证人的费用，以及支付给证人的偿金，均由当事人负担。但是，被告人要求传唤的证人，如果检察院认为该证人的陈述可能有助于查明真相，不在此列。日本《刑事诉讼法》第164条规定：证人可以请求交通费、日津贴费及住宿费。从上立法例可以看出，各国对证人出庭作证支出的费用均规定给予补偿，但是对补偿的范围、标准及资金来源规定不尽相同，美国纽约州规定由财政负担，法国规定由当事人负担，而日本则没有明确规定由谁负担。

#### 四、解决我国刑事证人出庭率低的立法构想

（一）进一步明确证人作证资格，严格限制证人不出庭作证的法定情形。上文分析已知刑事诉讼法中证人概念的界定过于宽泛，司法实践中证人不出庭情形严重。因此再修改刑事诉讼法时，可以考虑参考国外的做法并结合我国的刑事司法实践，对证人资格和证人不出庭作证情形作如下重新界定：所谓刑事证人，是指知道与案件定罪量刑有关情况，具有作证能力，能够承担作证义务，并受到司法机关依法传唤的自然人。其中，知道与案件定罪量刑有关情况包

括能证明被告人有罪、无罪、罪轻、罪重等情况；具有作证能力包括感知能力、理解能力、表达能力；能够承担作证义务包括能够出庭正确表达自己的感知，能够理解控辩双方与法庭向其提出的问题、能够理解证人应说真话不作伪证的义务。刑事证人接到法庭传唤后，不得拒绝出庭作证。但具有以下情形，经法院准许可以提供书面证言的除外：（一）庭审期间患有严重疾病或行动极为不便的；（二）其证言对定罪量刑不具有实质影响的；（三）从事特殊职业或具有特殊职位，不宜出庭作证的。（二）建立证人作证传唤制度，明确通知证人出庭作证的责任主体。证人应当出庭作证，但是证人出庭作证由谁来传唤或通知，则是一个必须先解决的现实问题。由于我国刑事诉讼长期以来证人很少出庭作证，这一重要问题被忽视甚或忽略，实践中既有公诉人传唤证人出庭也有法院传唤证人出庭，还有辩护人通知证人出庭，非常不规范、不统一。从世界主要法治国家的立法情况看，证人应当作为法庭的证人，由法院统一根据当事人的申请或依职权通知证人出庭作证。我国刑事审判模式已由原来的职权主义纠问式转化为当事人主义的对抗式，在对抗式的审判模式下，公诉人不应再作为凌驾于当事人之上的司法机关代表出现于法庭，而应当回归其作为一方当事人的本来身份。证人庭前在侦查机关或公诉机关所作的证明，都不能被视为庭审证据，只有证人向法庭所作的证明才能作为法庭裁判的证据采用。因此建议刑事诉讼法修改时增加规定：法院可以根据当事人的申请或者依职权传唤证人出庭作证。当事人向法院申请传唤证人出庭作证的，应当提供拟出庭作证证人的姓名、职业、住址和向证人询问的主要事项。如果法院认为有其

他证据足以证明案件待证事实或当事人申请出庭作证的证人不具备作证资格的，可以拒绝当事人提出的传唤证人出庭作证的申请。（三）建立健全证人拒证责任追究制度。“有义务必有责任”，这是法理学公认的基本规则。然而由于我国刑事诉讼法中“证人出庭作证义务”规则的逻辑结构欠缺，导致在证人无法定理由而拒绝出庭作证时，司法机关显得无可奈何，没有应对措施。这一状况如不改变，势必影响证人出庭作证率的提升，也会严重阻碍审判模式的深化改革。参照世界各主要法治国家的立法经验，并结合我国国情，建议刑事诉讼法修改时作如下规定：法院对无法定理由而拒不出庭作证的证人，如认为听取其证言确有必要，可以强制其到庭，费用由其自负，并可处以一千元以下的罚款或者十五日以下的拘留。对案件审理起关键作用的证人，如果经过上述的强制手段仍拒不到庭作证的，以“拒证罪”论处，处拘役或三年以下有期徒刑，并处或单处一千元以上一万元以下罚金。（四）完善证人保护制度。刑事证人履行作证义务要承担很大风险，如果证人及其近亲属的人身财产安全不能得到有效保护，势必影响证人出庭作证的积极性。我国刑事证人保护制度同国外甚至港澳台地区相比都有很大差距，立法显得过于原则，缺乏可操作性。消极的事后救济根本无法满足证人对自身及其近亲属安全的关切。建议立法应作以下几个方面完善：（1）尽快制定事前预防性保护措施，积极主动地避免证人被侵害。借鉴国外立法，主要措施包括严格替证人保密，使其姓名、住址、单位和相关信息在出庭作证前不被公开；对作证后可能遭到报复的证人及其住所进行监护；将证人转移到安全地点；为证人更改姓名、更换职业或迁移住



址；依据证人的申请采取其他特别保护措施，等等。(2)完善事后保护措施。首先应使刑事诉讼法和刑法等法律的规定协调统一起来；其次，强化对侵害证人行为的惩罚力度，对于打击报复证人构成犯罪的，应当从重处罚；再次，要增加对证人人身及财产受侵害后的赔偿规定，侵害证人财产造成损害的，应给予双倍的赔偿。(3)加大对证人近亲属的保护力度。刑事诉讼法和刑法等相关法律应当给予证人的近亲属以同等保护。(五)建立证人作证经济补偿制度。我国法律没有关于证人作证经济补偿问题的规定，是立法上的缺憾。世界各主要法治国家无一例外地，明确规定给予出庭作证证人以经济补偿，但在补偿的具体范围、标准和资金来源方面，各不相同。从我国现有政治体制和刑事诉讼的功用看，笔者认为参照美国纽约州的作法，由地方政府设立专门帐户，提供资金保障，由人民法院根据证人的申请对其因出庭作证而支出的交通费、住宿费、误工费及误餐补助费等实际损失给予经济补偿，比较合理且具有可行性。毕竟刑事诉讼和民事诉讼不同，刑事诉讼的目的更多的是维护社会公共利益，而民事诉讼则多是维护当事人的私权益。因此民事诉讼中证人作证的经济补偿费用，由负有举证义务一方当事人承担的实践经验，在刑事诉讼中并不具有可借鉴性。参考文献 参见沈德咏主编：《刑事证据制度与理论》，法律出版社2002年版，第178页。 沈德咏主编：《刑事证据制度与理论》，法律出版社2002年版，第172页。 参见沈德咏主编：《刑事证据制度与理论》，法律出版社2002年版，第171、172页。

赵建文：《公民权利和政治权利国际公约的保留和解释性声明》，载于《法学研究》2004.5第144页。 岳礼玲、

陈瑞华：《刑事程序公正的国际标准与修正后的刑事诉讼法》，载于《政法论坛》1997年第3、4期。 王幼璋：《刑事证人到庭的法律缺陷和认识误区》，载于华东司法研究网2004年6月22日焦点论坛。 卞建林：《刑事证明观的重建与诉讼模式的转型》，载于《法学研究》2004.6第115页。 参见“2001年全国律师资格考试指定用书”《法理学&#8226;宪法》第13页。 本部份引用法条参见毕玉谦、郑旭、刘善春著：《中国证据法草案建议稿及论证》，法律出版社2003年7月第1版，第329、330、341、451页。 毕玉谦、郑旭、刘善春著：《中国证据法草案建议稿及论证》，法律出版社2003年7月第1版，第444页。 参见中国政法大学刑事法律研究中心：《英国刑事诉讼制度的新发展》，载《诉讼法论丛》第2卷，法律出版社1998年版，第372-373页。 王进喜著：《刑事证人证言论》，中国公安大学出版社2002年版，第234页。

刘玫：《“一国两制”下香港刑事诉讼制度若干问题研究》，载范崇义主编：《刑事诉讼专论》，中国方正出版社1998年版，第565-566页。 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)