

证人作证：是权利还是义务? PDF转换可能丢失图片或格式，  
建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/484/2021\\_2022\\_\\_E8\\_AF\\_81\\_E4\\_BA\\_BA\\_E4\\_BD\\_9C\\_E8\\_c122\\_484328.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E8_AF_81_E4_BA_BA_E4_BD_9C_E8_c122_484328.htm) 论我国刑事诉讼中证人作证行为的法律性质 问题的缘起 证人不作证的现状在我国刑事诉讼中已经严重地影响到我国司法公正目标的实现，它提高了诉讼成本并增加了诉讼结果的不确定性。“（而）一个没证人的社会，绝不可能是一个法治社会；无人作证，一个人根本不可能通过司法过程最终获得正义。”导致我国证人不作证的原因是很复杂的，笔者将其归结为以下三类原因：一、司法工作人员的观念陈旧，不重视对证人权利的保障和轻视证人作用、不走群众路线的主观原因；二、群众法律意识不高、普遍的厌讼避讼心理是导致不愿作证的现实原因；三、法律规定粗疏，没能规定充分的对证人权利保障措施的法律原因。以上原因引起了法学界的特别重视，为此法学家们做了许多的探讨，提出了很多优秀的方案和建议，也当然包括许多的论争。法学家们对症下药，认为从法律角度解决证人不作证问题的关键就是要求加强对证人权利保障性规则的规定。为此法学家们设计了两类方案：第一类方案，将证人作证行为当成法律义务来理解，从权利义务相对等的角度设计证人权利的保障制度（义务说）；第二类方案，将证人作证行为当作权利来理解，认为证人作不作证是证人的权利，所以证人的权利保障就是对证人行使作证权利的保障（权利说）。虽然学者们无一例外地提倡要加强对证人权利的保障以鼓励证人积极作证，但这两种方案所坚持的法律原理不同，各自实际操作的司法效果也会不同，对国家整个法

律体制的影响也会不同。而要区分上面两种方案的优劣，就必须探讨证人作证行为的法律性质，必须明确证人作证行为性质确定的合理性所在，为我国《刑事诉讼法》修改时准确设定证人权利义务规则提供理论上的依据。对“权利说”的批判坚持权利说的学者大致有以下依据：（1）“将作证定位为证人的义务，因缺乏法理上的依据而不具有正当性，将作证定位为证人的义务，其实就是强迫证人作证，也就是要证人承担举证和证明的责任”、“追究证人的法律责任缺乏可操作性”；（2）“从经济学的角度看，（证人作证的成本大于收益）强行将作证定位为证人的义务是不合理的”、“从权利义务具有对应性的角度来看，作证不应该定位为证人的义务”；1、对证人作证义务的规定并非强加了证人的举证责任，也非等于直接强制证人作证，更不能以为鼓励作证就是权利。笔者以为证人作证义务的承担与举证责任无关，举证责任的内涵包括提供证据的责任、说服的责任、证明不能的责任。举证责任的分担是从诉讼职能的区分和控辩对等角度入手而设计的诉讼制度，是以诉讼的结果为导引的制度设计，即根据诉讼主体与诉讼结局上的法律利害关系为抓手并结合举证的难易程度来平衡控辩双方在诉讼中力量的抗衡程度。而证人作证并不在意诉讼的结局，诉讼的结局如何与证人不相干，证人以提供其知晓的案件信息为己任，并不承担说服责任和证明不能的消极责任，证人作证的意义在于它为诉讼的进行提供了协助，所以证人作证并不是承担举证责任，只是协助诉讼的义务。而将证人的作证义务简单地等同于强迫证人作证也失于偏颇，从表面来看作证义务最终要通过法律的强制力来加以保障，强迫证人作证的力度越大作证

的风险就越大，证人逃避风险的欲望就越强，证人逃避作证是证人向国家提出抗议的方式。法律设定作证义务的根本出发点是为了加强诉讼的国家控制力，让社会配合诉讼的进行，而法律分配作证义务时不能单纯从证人作为国家公民与国家之间的关系出发来考虑问题，证人同时还是家庭的成员、单位的成员、社区的成员。国家在介入到对证人作证义务分配时要充分考虑到证人作证时可能带来的多元价值冲突问题，所以绝对的强制证人作证是不可能实现法律对和谐社会的创建作用的。因为“任何法律制度和司法初衷的根本目的都不应当是为了确立一种威权化思想，而是为了解决实际问题，调整社会关系，使人们比较协调，达到一种制度上的正义”。因此法律设计了一套证人作证义务的例外规则来平衡由此带来的价值冲突问题，学者们称之为证言特免权（privilege of witness）规则。“证言特免权存在的一个基本理由是：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。”所以证人的作证义务可以通过特免权的方式加以开释，那些认为作证义务必定带来强制作证的观点很显然没有看见这一点。至于认为鼓励作证就是把作证行为当作权利来理解的观点就更显草率，作证行为作为义务也必须通过法的宣传和模范实施来唤起证人履行义务的自觉性，否则建立在证人的对抗基础上的作证义务之实现将成为空谈。至于司法机关向社会发出征集证人的“悬赏广告”更不具备否定证人作证的义务性质作用，发布悬赏广告是否符合《刑事诉讼法》尚且不论，目前解决悬赏广告的法律关系在《刑事诉讼法》中未见任何规定，而只能通过民法来解决，所以关于悬

赏广告这一问题,可以将它放在刑事诉讼法律规范之外来对待。正如交税是公民的基本义务,税务部门为了鼓励公民积极主动交税而在发票上标注中奖号码一样,决不能因为某公民中奖了而否定其交税是法律义务。

2、认为证人承担作证义务就会违反比例原则,导致权利义务不对等的说法是站不住的。导致证人权利义务不平衡的根本原因不在于证人承担的作证义务,而在于我国法律规定的粗疏,即只笼统地规定了证人的作证义务,对于证人的权利保障规定太少而且缺乏操作性,外加司法实践中对证人权益的漠视,从而导致证人的权利义务严重失衡。所以笔者建议以义务说为理论架构,从权利义务对等的角度出发来谈证人的权利保障,而不是一谈证人权利保障就否定证人作证行为的义务性质。在刑事诉讼中证人的权利应当依据证人在刑事诉讼中所承担的义务为基础来加以设计,当然有人可能会提出这样设计就没能坚持权利本位理论。权利说的学者认为证人与案件没有实体关系,证人在诉讼中缺乏承担作证义务的前提,所以将证人作证行为设定为权利,以为这样就坚持了法律原理,实现了权利本位的理论。虽然证人作证不是因为他自己涉案而与案件有实体上的关系,但是因为证人作为社会的成员和国家的公民,在国家启动刑事诉讼程序而运用刑罚权时,也享受到刑事诉讼控制犯罪、维持社会秩序、实现社会正义的福利,所以法律分配了证人承担作证义务,将证人的作证义务放在社会的实体权利义务领域内进行分配。正是基于这样的认识,有学者才坚持要制定独立的《证人法》或者《证人保护法》,而不是将证人的权利义务问题仅仅局限在程序规则内来研究。所以证人承担作证义务符合“当法律分配义务时,这些义务

必须从权利中合理地引申出来”的权利本位理论。有些坚持权利说的学者更极端，以市场经济规则为依据，认为保障证人的权利就应当把证人所掌握的信息当成一种市场资源，通过市场化运作来确定证人的权利保障，将证据信息当成证人要求权利保障的交易媒介。认为“（证据）既然是一种资源，自然应反映出资源拥有者的利益关系，因为利益的大小取决于对资源控制的多少。不管该资源取得的渠道获取的方式如何，控辩双方对该资源的利用，自然要尊重资源拥有者的意愿，在市场经济的社会体制中，……控辩双方都不能强制性地无偿消费，……（这）不但违背了市场经济的规律，也缺乏设立该义务（作证义务：笔者加）的法理逻辑。”这种观点是非常危险的，因为绝大多数证人是唯一的、不可替代的，无法引入竞争机制，所以，如果以市场规则来解决证人的权利保障将使诉讼无法进行，因为证人的要价将无可参照也无法限制，往往一个大案中的侦破和审结依赖于某一个证人，证人在此可以漫天要价。建立在证人与司法机关、当事人之间交易基础上的诉讼，主动权将完全掌握在证人的手中，长此下去，国家的利益、社会的公共空间将不复存在，更别谈对市民社会和公共精神的培育了，社会公共体将很快崩塌。即使顺着这类学者的观点，如果证人不承担作证义务，那么证人的权利又与证人的什么义务相对应呢？当然，笔者肯定证人作证义务的存在并不是就不关注对证人权利的保障，在坚持权利与义务对等的原理下，我国《刑事诉讼法》要大力加强对证人的权利保障规定，对于证人的的人身财产安全的保障、因作证而受到的经济损失的补偿、在特定情况下的拒绝作证的特权等都要做出充分的规定。作证是证人义不

容辞的法律义务 1、作证是证人作为市民社会成员应尽的责任。市民社会是指存在于国家政治架构之外的民间社会生活，它是对人类在不受政治统领状态下社会生活的抽象。市民社会中人是自主的、独立的、自由的、自利的，在不受政治统领的情况下，市民社会在最原始情况下是一个“一切人对一切人的战场”。为了防止人类在争斗中而消灭自己，市民社会生产出了许多共存共荣的基本原则来调整市民之间的关系。人们在生活中总结出了社会契约理念，认为人在自利的同时不能损害他人的利益，社会是一个复杂的连带体，人人善待他人就是善待自己，人是社会的人，在社会中活同时又为社会而活。人在市民社会中必须为创建一定的公共生活空间而尽义务，当市民社会成员因利益发生纠纷时，其他成员就有义务为解决该纠纷提供协助，其中为纠纷解决而作证就是一个重要的义务，不过只是伦理性义务而已。所以市民社会成员之间相互承担作证的义务是市民社会的秩序得以维系并形成必要公共生活空间的必要条件。有学者提出“证人作证，并愿作证，……就应缘出社会契约论的社会义务”。

2、作证是证人作为国家公民应尽的义务。市民社会中的作证义务是建立在市民的良心、信仰、自觉基础上的，在市民社会的层面，这种秩序的建立具有不确定性，特别是市民社会以强调人与人之间的独立性??包括利益的独立和人格的独立为特征，所以这里即使形成了一定的秩序也不具有公共性特征，很难为社会的持续发展提供一个稳定的外部环境。在这样的环境中人的存在是片面的、孤立的、不自由的，人必须在政治社会中寻求解放。于是人类组建了政府，创立了国家，通过国家来组织公共生活。在政治社会中，人们的公共生

活必须服从国家的规则安排，人的身份由市民而转变成公民，原先仅靠人的良知为支撑的市民社会伦理性作证义务，通过构架于市民社会之上的政治力量的强制性作用转变成公民义务。

3、作证是我国法律明确规定的证人应当承担的义务。我国《刑事诉讼法》第45条规定：“人民法院、人民检察院和公安机关有权向有关单位和个人收集、调取证据。有关单位和个人应当如实提供证据。……”；第48条规定：“凡是知道案件情况的人，都有作证的义务。……”。从以上的法律规定来看，我国法律对证人作证行为的法律性质作出了明确的规定，即作证是公民的义务。当然我国法律在分配作证义务时仅仅要求证人对作为国家代表的法院、检察院、公安机关承担作证义务，而对于当事人、诉讼代理人、辩护人等，则赋予证人是否同意作证的选择权。这样的规定使得辩护方在举证能力上与控诉方形成明显的反差，不仅使控辩对等的诉讼机制无法形成，而且也违背了设定证人作证义务的目的。设定证人作证的义务在初衷上是为了使社会的公共生活得以继续，这种义务对社会成员而言是相互的，作证义务的设定是形成和谐社会机制的必要条件，在此证人必须超然于案件结果之外，不管自己的证言是有利于原告还是被告，客观地陈述自己所了解的案情，通过自己的作证行为促使社会恢复和谐，发生纠纷的双方当事人能够平等地获得证人作证的机会。从证人在市民社会中的作证义务转变到国家公民的法律义务，国家在介入这一社会关系中不能打破原先的机制，国家只能给这一机制赋以国家意志性，即当证人不承担作证义务时国家就对他的行为进行评价并且做出相应的权威化处理，使和谐社会形成机制具有稳定性。国家绝不能改变

它原有的内容，将作证义务当成是证人向代表国家的专门机关履行的义务，从作证义务中剔除证人作为社会成员而应向当事人、辩护人等承担责任的内容。如果证人的作证义务只是证人向国家机关承担的责任，那么证人就成为了控诉方的助手，他在纠纷解决中失去了超然的地位，辩护方在诉讼中就当然地成为被孤立的弱者，诉讼的人权保障机制将会失去作用，整个诉讼将成为控方对被控方的专制过程。笔者坚持认为，法律在设计证人作证义务的时候，应明确规定证人向控辩双方承担同等的责任，并且将责任的履行情况交给法院来裁判，由法院将国家意志加以实现。根据这一思路，我们应当将证人的作证义务与控辩双方的调查取证权联系起来，规定控辩双方平等的调查取证权，最起码不能对辩护方现有的调查取证权进行限制。同时规定证人如果不履行作证义务，控辩双方均可以向法院提出取证的申请，由法院向证人发出传票，在无正当理由的情况下证人不履行出庭作证的义务，法院可以依据法律处以相应法律处罚。作为义务，证人的作证义务总是与相应的法律责任联系起来的，目前我国法律还必须完善证人的法律责任规定。世界各国的刑事诉讼法律都对证人的作证义务作出了明确的规定，并规定了证人拒不作证的相应法律责任。《美国联邦刑事诉讼规则》规定法庭可向证人发出传票，“无正当理由却未按照被送达的传票执行，可以被视为蔑视签发传票的法院。”英国《刑事诉讼法》规定证人无正当理由拒绝到庭作证，可以签发逮捕令，必要时以蔑视法庭罪论处。法国则规定证人无正当理由拒绝到庭作证，由司法警察强制拘押到庭并处以罚款。德国《刑事诉讼法》规定证人不论有否拒证权均有出庭作证的义务，无



正当理由拒绝作证的可以强制其到庭作证，也可处以1千马克罚款或6个星期以下的拘禁。日本《刑事诉讼法》规定证人受传唤而无正当理由未到庭的，处以5千日元的罚金或拘留。所以我国《刑事诉讼法》设定证人的作证义务，在理论上具有逻辑自恰性。我国《刑事诉讼法》的修改工作已经展开，面对1996年刑事诉讼法所留下的缺憾，如果不从理论上和立法上加以解决，我国证人拒不作证的现象将继续存在，并将司法改革取得的成果消耗掉。只有明确规定了证人的作证义务，并在此基础上加强对证人的权利保障，使证人作证义务内化成证人的自觉行动，形成人人踊跃作证、人人尊重证人的良好司法氛围，才能为建设社会主义法治国家创建优越的法治环境。而所有这一切都有赖于证人作证义务的确立，所以说确立证人作证义务是解决证人拒不作证的唯一通途。

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)