

[优秀论文]：建立我国刑事证人保护制度的思考 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/485/2021\\_2022\\_\\_5B\\_E4\\_BC\\_98\\_E7\\_A7\\_80\\_E8\\_AE\\_BA\\_c122\\_485016.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__5B_E4_BC_98_E7_A7_80_E8_AE_BA_c122_485016.htm)

摘要：长期以来，证人出庭率偏低。现行立法对证人及其近亲属的人身安全和经济利益保护乏力、证人权利与义务严重脱节是证人拒证的重要原因之一。为了提高证人的出庭作证率，必须建立切实可行的证人及其近亲属的人身安全保障制度和经济利益补偿制度，从制度上解决证人出庭难这一问题 关键词：证人出庭率 事前保护 人身安全 经济补偿 我国刑事诉讼法明确规定：

“凡是知道案件情况的人都有作证的义务。”（第48条第1款）；“证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方询问、质证，听取各方证人的证言并且经过查证属实以后，才能作为定案的根据。……”（第47条），但是，司法实践中，证人的出庭率很低，拒证问题普遍存在。据宁夏回族自治区某基层法院反映的材料，2002年该院审结的刑事案件中，证人的出庭率不足2%，就全国范围而言，刑事案件的证人出庭率也只在5%左右。证人不作证，尤其是不出庭接受质证，究其原因，固然与有的证人缺乏对社会的关切，事不关己，高高挂起、息讼、厌讼的心理以及我国现行法律缺乏对证人拒绝出庭作证的制裁制度等不无关系。但是，现实生活中，也不乏有正义感、道德感、义务感的广大群众，为了社会利益和国家利益，他们也愿意主持正义，愿意为公道说话。然而，由于我国现行立法上的缺陷，尤其是现行立法对证人及其近亲属的人身和财产保护乏力，使得他们因为自身安全以及其他合法权益得不到保护而不得已而为之

，拒绝作证。现阶段我国正在大力推行审判方式改革，证人出庭率低，已成为法律界人士公认的阻滞审判方式改革的障碍，直接影响着审判程序的科学化和规范化。因此，建立切实可行的证人及其近亲属的人身安全保障制度和经济利益补偿制度，从制度上解决证人出庭难这一问题已是当务之急。

一、我国目前对证人保护的立法、司法缺陷（一）、现行立法对证人及其近亲属的人身安全保障不力 证人作证总有可能对当事人一方产生不利，也可能会因此而面临着来自各方面的危险。而且随着目前的毒品犯罪、有组织犯罪的数量的增加，证人遭受打击报复的可能性会更大，后果可能会更加严重。更为严重的是这种危害，不仅威胁着证人，而且可能会殃及证人的父母、子女等近亲属。虽然我国刑事诉讼法、刑法及相关的司法解释对保护证人及其近亲属的人身安全都作了规定，但是，我国没有专门的关于证人作证和证人保护的法律规定，就是现有的有关法律规定，也由于立法线条过粗，过于笼统，不易操作，难以在实践中得到进一步的具体落实。

1. 就我国现有的证人保护制度来看，目前的证人保护仅限于事后保护，也就是说只有在证人实际被打击报复或者因为作证已经付出了惨痛的代价后，才能获得法律的保护 证人及其近亲属对因作证而可能受到的不法侵犯，理应受到特殊保护。客观地说，我国现行法律对证人的的人身安全保障还是重视的。刑事诉讼法第49条明确规定：“ 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人身安全。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。” 1998年5月公安部发布实施的《公安机关办理刑事

案件程序的规定》第55条也明确规定：“公安机关应当保障证人及近亲属的安全”。新刑法第308条又专门规定了打击报复证人罪，以加强对证人的保护。但是，这些保护都是事后保护，且在实施过程中有许多不尽人意的地方。事不管己，高高挂起，固然与社会主义道德规范不符，但是，对自身安全都得不到保障、权利与义务脱节的证人来说，在他们心存疑虑时如何能要求他们能大胆地作证呢？尤其在目前社会治安形式比较严峻，流氓恶势力以及带有黑社会性质的犯罪猖獗的情况下，证人背着好人怕坏人的思想包袱，心有余悸，又有谁愿意自讨苦吃、引火烧身呢？因此，这种没有将证人因作证而遭受的各种风险降低到最低程度，而仅仅在现实的侵害发生后采取一些补救措施的事后保护制度存在着很大的缺陷：客观上不能防止证人可能面临的危险，当然也远远不足以彻底消除证人主观上的恐惧心理和后顾之忧。笔者认为，现实中证人拒证、不愿勇敢走向法庭澄清案件事实，与这种仅仅事后救济式的法律保障措施具有直接的、必然的联系。

2. 现行法律有关证人保护的规定过于原则，缺乏具体的可操作性的保护措施 我国刑事诉讼法及相关的司法解释只原则性地规定保障证人及近亲属的人身安全，却没有详尽地规定保护证人的具体措施和经费来源，可操作性差。如：对证人怎么保护、保护的期限、保护的度如何？公、检、法如果不去保护证人，或者证人要求保护而这些部门动作迟缓、保障无力，造成证人合法权益受到伤害怎么办？上述机关由于故意、重大过失造成重要证人丢失、被劫持、被杀害，其直接责任人员应负什么样的责任、承担什么样的法律后果等等，全是一片空白。不仅公安、司法机关难以操作，而且证人要

求保护时也难以提出具体合乎法律的具体要求。即便证人提出一些具体的要求，也由于没有相应的法律规定，尤其是有的司法机关及其工作人员对证人保护重视不够，执行不力，法律又没有设置追究这方面渎职行为的责任条款，公安、司法机关难以或者不采取及时、有效的保护措施，致使打击报复证人及其近亲属的案件屡屡发生，证人及其近亲属的人身安全、人格名誉和财产利益等因作证经常受到不法侵害。 3

· 无统一的证人保护机关或机构 尽管法律上规定公、检、法都有权对证人的侵害进行处理，但是，真正出现问题时，往往是三家都有权、三家都不“主管”，司法实践中经常出现公、检、法三机关相互推诿的现象。这既不利于及时、有效地保护证人，也给那些打击报复证人的不法分子留下了可乘之机，让打击报复证人的行为屡屡得逞，证人的拒证率也越来越高。 4 . 刑法第308条存在着严重的立法缺陷 我国1979年刑法没有专门的保护证人的条款。为了保证证人的安全，消除作证的顾虑，以便使证人能顺利地配合司法机关的诉讼活动，诉讼法中有关证人出庭作证的规定得以顺利实施，新刑法规定了打击报复证人罪。刑法第308条明确规定：“对证人打击报复的，处3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。”该法条对于保障证人的人身安全是一个重大进步，但由于其自身的缺陷，难以在实践中得到进一步的具体落实，立法的初衷也基本上没有实现。第一，证人作证，不仅证人自己可能会受到来自各方面得打击报复，证人的配偶、父母、子女等近亲属也可能会受到株连，成为打击报复的对象。实践中经常发生行为人为报复证人而对证人近亲属实施打击报复的案件，因证人作证，其父母

受到威胁、恫吓，配偶被无端下岗、影响正常的升迁，子女被绑架等事件也经常见诸报端。事实上，打击报复证人的近亲属只是一种手段，最终的目的是打击报复证人，而其犯罪的动机是因为证人作证引起的，并且在某些情况下，打击报复证人的近亲属比直接打击报复证人所起到的妨害司法机关正常活动秩序的作用还要大，必须依法严惩。但是作为我国实体法唯一惩处打击报复证人犯罪行为的刑法第308条却将保护的主体仅限于证人，形成了证人近亲属保护的立法真空，致使证人的近亲属受到打击报复而求诉无门，也使得为打击报复证人而打击报复证人近亲属的不法分子常常逃避法律的制裁。这不能不说是刑法第308条的一个缺陷。

第二，打击报复证人，虽然伤害的是特定的证人，但人们会通过具体的案例看到作证潜在的危险，产生恐惧感（事实上，因为畏惧打击报复已经成为我国目前证人拒证的一个主要原因），而且这种负面效应在一定程度要比打击报复证人的个案犯罪对社会产生的危害性更大，尤其在对打击报复证人的犯罪惩处不力的情况下更为严重。因为它破坏的是国家的法治基础，直接影响着审判程序的科学化和规范化，阻碍着我国目前正在进行的审判方式的改革。同时，我国法律虽然规定证人有作证的义务，但却没有强制性的规定，证人可以作证，也可以不作证，尤其是那些与诉讼结果没有任何利害关系的证人。对于为了国家利益和社会利益作证，而自己得不到丝毫直接好处（相反证人作证还要花费时间和精力）的证人来说，仅仅因为作证就遭到打击报复，招致杀身之祸，而又得不到特殊保护，显然会挫伤他们作证的主动性和积极性。这样，既不利于保护证人，也违背了第308条的立法本意。因此，无论

从打击犯罪的需要出发，还是从保障证人人身安全的目的出发，对打击报复证人的犯罪都应当予以重惩，对证人有一种特殊保护，尤其在目前证人拒证已经成为阻滞审判方式改革障碍的情况下更应当如此。对此，刑法308条虽有所体现，但问题是在打击报复证人罪和其他的故意犯罪形成交互竞合时，比如，以打击报复证人为目的故意伤害证人的，当致证人死亡或者以特别残忍手段致证人重伤造成严重残疾时，按照刑法学理论，在选择法条时，从一重者适用，按故意伤害罪处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，但也仅仅是按一般的故意伤害罪定罪量刑，而不将其以打击报复证人的犯罪动机作为法定从重的情节。显然，在这种情况下，对此行为的量刑过轻，没有体现刑法对证人的特殊保护。（二）、在我国法律法规以及有关的司法解释中，对刑事证人因作证而遭受的经济损失如何进行补偿的问题没有任何规定。证人作证，尤其是出庭作证，不仅要承担人身风险，而且要花费时间和精力，影响其工作和生活，客观上会不可避免地产生诸如交通费、误工费、住宿费、餐饮费等相关费用。从世界各国的司法实践来看，一些国家和地区都规定对必须到庭的证人，在经传唤到庭作证后，由传唤法院给予一笔费用作为补偿。有的国家还规定，如果证人没有事先得到这笔费用而不到庭作证时，不以拒证罪论处。近年来，我国对民事证人的经济补偿作了一些有意的尝试，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第五十四条第3款明确规定：“证人因出庭作证而支出的合理费用，由提供证人的一方当事人先行支付，由败诉一方当事人承担。”厦门市思明区法院最近又出台了《关于证人作证费用补偿和负担的暂行规定》。该《规定》

规定：今后该院受理的民事、商事、行政、再审等案件，如果当事人申请证人作证得到法院审查认可，当事人要在指定期限内向法院预交证人出庭作证的误工补贴、交通费、住宿费等。证人在履行作证义务后，有权向法院领取因作证而支出的合理费用。这笔费用原则上由败诉一方当事人承担，在操作上将根据证人证言被法院采信的情况而判断由诉讼的哪一方负担。这些规定尽管还不是很完善，但毕竟是一个突破。相比较而言，我国立法对刑事证人的经济补偿尚属空白，证人要求补偿于法无据，公、检、法也常常以作证是公民应尽的义务为由拒绝证人的补偿要求，客观上形成了不平等的证人。这肯定会影响了证人作证，尤其是出庭作证的主动性和积极性。在市场经济的场景下，更是证人拒证的主要原因之一。

## 二、完善证人保护的若干立法建议

通过以上分析，不难看出，我国目前对证人保护方面的立法还很薄弱，保护的机制还不健全，具体的可操作性的措施也十分匮乏，证人权利与义务严重脱节。如果不规定和完善有效的证人保护制度，不彻底消除证人的恐惧心理和精神障碍，这种不良状况将永远不会自动消除。因此，构筑一个完整的证人保护法律框架，完善证人的权利保障机制已成为当务之急。在第九届全国人民代表大会第三次会议上，阜阳市中级人民法院院长助理戴琦呼吁制定《证人保障法》，北京市律师协会委托部分律师研究、起草了《关于尽快制定 证人保护法 的建议》，通过人大代表分别以议案的形式向人大常委会和人代会提交。笔者也力主我国目前迫切需要制定《证人保护法》，对以下几个问题作出明确规定：（一）、明确证人保护制度的保护对象范围 证人保护制度的保护对象应当是证人及其近亲

属。（二）、建立、健全对证人及其近亲属的人身保护，尤其是事前人身保护制度 证人保护,尤其是人身权的保护问题在 世界各国法律都有规定。美国规定了《被害人及证人保护法》，专设机关进行工作，并制定一套证人保护措施。如:证人整容制度,姓名更改制度，居所乔迁，工作变动等。菲律宾颁布了《证人保护安全和利益法》。在英国，法律也设立了证人保护制度，“尤其是对一些威胁警方侦破毒品、恐怖等案件的证人更是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。”在香港，1995年4月28日，皇家香港警务处宣告成立证人保护小组，该小组能为证人提供广泛的保护措施，以切合证人的需要，同时防范任何形式的威胁。保护小组由34名经特别训练的全职人员组成，另由额外的64名人员作为辅助人员，通常他们执行其他任务，在需要时可增派执行保护证人的任务。保护的具体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等等，以切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。必须指出,国外证人保护制度分作两种：事前保护和事后保护。所谓事前保护是指证人受到损害(伤害)前对证人提供的人身安全方面的保护。这里，可以由证人保护机关主动采取，也可由证人申请而采取。国外广为采用的事前保护措施主要有证人整容制度、姓名更改制度或居住变迁制度等。所谓事后保护，只是在诉讼进行中或判决生效后，或是证人受到侵害时对证人提供的必要的保护。从国外的立法经验来看，对证人的事前保护远比单纯的事后保护更具有可信度而更能吸引证人作证，对预防和减少作证风险有重大意义，有利于提高证人出庭作证的积极性和主动性。为了



提高证人的出庭率，我国必须逐步引入和建立证人事前保护制度。从我国的国情来看，我国证人保护的對象应当包括证人及其近亲属。在保护方法上必须注重预防工作，我国应当建立专门性的证人保护组织，明确证人保护的实施程序。我国的事前保护制度应主要包括为证人保密，使其姓名、住址、身份在出庭前不被公开，也可以是及时、有效地排除威胁的手段或者为避免不法侵害行为所采取的必要的防范措施，如将证人转移到安全地点或派人守护等。对重大案件的重要证人，可采取贴身保护、跟踪保护等方法，有的可根据案件的具体情况，对证人实行24小时不间断保护。1998年11月花都市检察院对一起职务侵占案的主要证人--一位香港商人实施的证人保护行动是司法实践中保障证人人身安全的一起成功案例，值得大力推广。当然，对证人的事前保护，无论是程序上，还是具体操作上都有一定的难度，尤其是国外现行的诸如对证人整容、变迁居住地等措施，由于我国目前国家财力有限，司法资源匮乏，在实际实施过程中肯定会遇到很多困难。但是，为了提高证人的出庭作证率，为了使得我国目前正在进行的审判方式的改革得以顺利进行，更为了司法公正，这是我们必须付出的代价，也是我们的唯一选择！（三）、加大对打击报复证人犯罪的惩处力度 打击报复证人，不仅可能会侵害证人及其近亲属的人身安全或其他合法权益，更是对国家正常司法活动的严重侵害，理应重惩。同时，证人作证，在大多数情况下是为了国家利益和社会利益，理应得到特殊的保护，尤其是在目前证人拒证率居高不下，已成为公认的阻滞审判方式改革的障碍的情况下，更应该对证人有一种特殊的保护，为证人作证创造良好的法制环境。为此

，笔者建议，应对刑法第308条进行适当的修改。首先，应当将证人及其近亲属共同作为打击报复证人罪的犯罪对象，以体现对证人近亲属的保护。同时，在打击报复证人罪和其他犯罪形成交互竞合时，应将打击报复证人的犯罪动机作为从重处罚的法定情节。（四）、完善对证人经济补偿的相关立法

证人出庭作证，必然在经济上会付出代价，理应得到补偿。在国外，无论是英美法系国家还是大陆法系国家，对证人的经济补偿都有明确的立法。在英国有证人酬金制度。证人酬金是指向证人支付的、补偿其来去审判地点及其居留期间花费的款项。在美国，无论是以政府的名义传唤的证人，还是根据无经济能力的当事人的申请传唤的证人，证人都可以领取由政府支付费用，即获得经济补偿的权利。在德国，则专门制定《证人补偿法》，对出庭证人的补偿费用规定的非常具体。并且，德国刑事诉讼法第71条“对证人的补偿”中规定：“对证人要依照《法人、鉴定人补偿法》予以补偿。

”日本在刑事诉讼法164条中明确规定：“证人可以请求支付交通费、日津贴费和住宿费……”。为了保障证人应有的物质利益，解决证人的实际困难，我国应借鉴上述国家的立法经验，制定《证人保护法》，对证人的经济补偿作出明确规定。目前，在制定《证人保护法》等法律的条件尚不成熟的情况下，应立足于我国现实，尤其应当参照我国有关民事证人经济补偿的相关规定，由最高人民法院先行作出司法解释，对刑事证人的经济补偿作出规定，以此来弥补立法的不足。需要说明的是，和民事、经济、行政案件不同，刑事证人的经济补偿只能由国家承担而不能由控辩双方或当事人承担。这是因为：刑事案件的判决结果直接关系到公民的人身权

力，甚至生命，并且这些权利一旦被错误剥夺，将无法进行补救。这就对刑事案件的判决提出了比民事、经济案件更高的证明要求，证人作证、出庭接受质证就显得更为必要。如果证人的出庭费用由当事人承担，一方面可能会出现变相收买证人，另一方面又可能会由于当事人没有能力补偿证人而导致证人不出庭，这两种情况都可能会危及司法公正。更为重要的是在刑事案件中，除自诉案件外，当事人一方总是代表国家的检察机关，另一方是即将被剥夺人权权利甚至生命的被告人，案件的处理结果也不存在败诉的一方，证人的补偿费用自然也不能象民事、经济、行政案件一样由败诉方承担。正因为如此，刑事案件的证人经济补偿，其责任是国家。为此，笔者认为，应当设立证人专项基金，用以证人保护和出庭的补偿。证人作证的经济补偿项目应当包括交通费、住宿费、餐饮费、误工费等。有条件的地方还可以适当补偿间接经济损失。对重大有影响的案件，证人出庭作证的，可给予其一定的物质奖励。在操作上，则应由公安、司法机关出具证明证人提供证言或者出庭作证的必要性、作证的事实、证人因此而受到的经济损失等相关材料，从证人基金中统一支出。该基金应由国家负担，列入国家财政预算，专款专用，严禁滥用和挪作他用。当然，在我们这样一个人口众多且目前正处于社会转型时期的大国，证人作证的经济补偿费用确实是一笔巨大的开支，但证人的经济补偿问题不单单是一个单纯的经济问题，更是一个国家和民族的政治、道德、文化价值趋向问题。对证人的经济补偿也并不仅仅意味着简单的金钱方面的弥补，更体现着国家和社会对证人作证行为的肯定、尊重和褒奖。如果对证人为了社会利益、国家利益

而进行的作证行为不给予及时、有效、合理的经济补偿，将意味着对这种行为的否定性评价必将从根本上挫伤证人作证的积极性，严重影响司法活动在公众心目中的公正形象。因此，笔者认为不应当过分强调我国的社会经济条件等原因而忽略、漠视证人的经济权利，不能因为花费太大就以牺牲社会的良好风气为代价，建立切实可行的证人经济补偿制度已是势在必行！

（五）、建立专门的证人保护机构 毋庸置疑，现行的公、检、法三机关是主要的证人保护机构，但是，因为他们在诉讼中各自承担其繁重的诉讼职能，并不是专门的证人保护机构，由其中的任何一机关全方位地承担证人的事前、事后的保护工作，也确实勉为其难。且各机关分阶段负责证人保护，既不利于证人保护的连续性和有效性，司法实践中还可能会出现相互推诿的问题，不利于证人的保护。为此，笔者建议，应建立专门的证人保护机构，具体负责证人保护的事宜，如：受理证人保护申请；审查证人需特殊保护原因、保护具体要求、保护时间等；确立证人的保护期限和等级，实施证人保护方案；与司法机关协调证人的保护工作等。同时，为增强证人保护机构及其工作人员对证人的司法保护意识，将证人保护制度、措施落到实处，还应专条制定追究这方面渎职行为的责任条款。唯其如此，才能将证人的保护制度落到实处。

（六）、赋予特定证人的证言拒绝权 证人作证有时是一柄双刃剑。一方面，它能帮助法院查明事实，分清是非，实现司法公正；另一方面，正如日本著名证据法学者松冈义正所言：“证人为原告或被告之亲属，或为原告、被告配偶之亲属时，其所以得能拒绝证言者，诚以为证言之结果，不仅有害亲属间之和谐，而且如为不利亲属之证言

，终为人情所不忍，强使为之，自有违反善良风俗及陈述不实之蔽害--”，同时，它也可能使证人本人陷入不利境地，如自证其罪，或损害其他一些社会关系，如信赖关系等。因此，世界上多数法治国家都规定了证人拒证权，即证人在法定情况下可以拒绝答复问题或者出示书面材料的权利，以期确保发现真实和保障证人及其证言所涉及国家、社会、个人权利、利益间的平衡。在我国，早在古代，汉律有“亲亲得相首匿”的原则，唐律有“同居相隐不为罪”的规定，但是，现行法律中，没有证人拒证权的规定，相反，刑事诉讼法第48条明确规定：“凡是知道案情的人，都有作证的义务。”而不论证人与当事人有何关系。这固然可以理解为是基于保护国家和公共利益的考虑，但是，良好的愿望并没有带来好的结果，由于立法没有赋予特定证人的证言拒绝权，司法实践中配偶之间、亲属之间互相提供不利于自己亲人的证言；辩护律师因职业的原因获取的不利于其当事人的信息，由于不享有拒证权，是应当为当事人保密、还是应当向司法机关揭发，不论在理论界，还是在司法实务部门都存在着争议和不同的做法。由具体案例引发的矛盾，小到家庭亲属的不和，亲情伦理的冲突，大到对国家诉讼法律、程序、制度的不信任，实属得不偿失。这种过分僵化的规定在案件事实查明的同时也可能损害了证人及其他相关公民的私人权利，其价值选择也未必合理。更为重要的是由于和犯罪嫌疑人、被告人的特殊关系，他们往往和案件的处理结果有着直接的利害关系，由于法律的规定或公安、司法机关的强大攻势，他们可能会作出不利于自己亲属的证言。但是，一旦有条件，尤其在法庭审理中，出于亲情关系，他们或推翻原来的证

言，或不出庭接受质证，这种情况在司法实践中时有发生。如此问题的出现，不仅有损于法庭的尊严，还可能会造成更多的积案、疑案，更不利于司法公正。因此，我们在通过立法确立强制作证义务的同时，应当赋予特定证人的证言拒绝权，通过近亲属免证权在惩处犯罪上做出小的牺牲和让步，以换取法律所保护的更重要的国家、社会、以及个人的价值、利益的实现。当然，关于拒证权的主体以及有关的程序问题还有待于进一步研究。证人的保护制度完善与否，在一定程度上决定着证人出庭率的高低；证人出庭率的高低，在一定程度上又决定着我国目前正在进行的审判方式改革能否成功，进而决定着司法公正。证人保护制度，在我国从无到有，从不完善到完善，将会遇到很多困难。但是，为了保证证人的安全，消除作证的顾虑，以便使证人能顺利地配合司法机关的诉讼活动、诉讼法中有关证人出庭作证的规定得以顺利实施，更为了司法公正，我们必须建立切实可行的证人人身安全保障制度和经济利益补偿制度。这是我们唯一的、明智的选择！（作者：肖进成，方和圆律师事务所律师。本文被评为第七届中国律师论坛优秀论文。）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)