

內地與澳門刑事訴訟證人出庭作證制度比較研究

陳石、趙璇*

一、引言

2012年3月14日，第十一屆全國人民代表大會第五次會議通過了《全國人民代表大會關於修改〈中華人民共和國刑事訴訟法〉的決定》，對《刑事訴訟法》進行了全面的修改，修改比例佔總條文的一半以上。修改後的《刑事訴訟法》更加符合中國的國情和司法實際，這對中國刑事訴訟制度的發展和完善乃至法治建設無疑都具有里程碑式的意義。而在2012年4月澳門法律改革及國際法事務局、法律改革諮詢委員會也做出了修改《刑事訴訟法典》諮詢總結報告。本文借此契機，欲針對內地與澳門刑事案件證人出庭作證制度進行比較研究，探討現階段內地及澳門的法律已經對哪些事項進行了改進，且可以相互借鑒，但是否仍有進一步完善的必要。

目前，證人出庭作證難的問題仍困擾着司法界。據瞭解，深圳中院證人的出庭率維持在2-5%左右；煙台中院審理的刑事案件中，證人出庭率通常不到1%；長春市二道區檢察院1997年出庭率4.3%，1998年出庭率5%；上海黃浦區法院統計表明，今年來該法院審理的刑事案件中證人出庭率只有5%。¹ 證人不出庭作證不利於法院、檢察院及公安機關正確查明和認定案件事實，容易導致證人庭審前的陳述在庭審中直接使用，不僅使立法者欲通過證人出庭的方式增強法庭抗辯性的目的無法實現，也使得法官難以通過證人出庭作證的方式來判斷證人證言的有效性和證明力，不利於打擊犯罪。不過這裏應注意一點，應該區分對待“必要證人”，其是指當事人對證人證言有疑問，從而要對其在法庭上進行交叉詢問的證人。² 大部分案件中，由於被告人並未提出爭議，因此概況地以證人出庭率低來判斷中國刑事司法實踐並不合理，應該以必要證人的出庭率為判斷標準。

二、證人出庭作證的必要性及其困境

(一) 證人出庭作證的必要性

1. 證人出庭作證是被告人行使質證權的前提

必要證人的證詞往往對被告人此罪還是彼罪、量刑的判斷起着關鍵的作用，因此證人的言詞需要與被告人進行對質，以此來確定證詞的真偽，同時也保障了在公訴案件中處於弱勢地位的被告人為自己辯訴的權利。根據聯合國《公民權利和政治權利國際公約》第14條第3款(戊)項的規定，“三、在判定對他提出的任何刑事指控時，人人完全平等地有資格享受以下的最低限度的保證：……(戊)訊問或業已訊問對他不利的證人，並使對他有利的證人在與對他不利的證人相同的條件下出庭和受訊問”。可知，質證權為公正審判權的一項重要內容。中國作為該公約的締約國家之一，應該積極保障這項權利的實現。

2. 證人出庭作證是刑事訴訟直接原則的要求

在刑事訴訟中，證人出庭作證是刑事證據制度的重要組成部分，是法庭審判中查明案件真實情況的關鍵環節。作為審判主體的法官，需要去判斷證人證言的真偽，由於受到法官職責權限被動性和中立性的制約，其無法走出法庭，親自進行調查。因此，刑事訴訟直接原則要求法官、陪審人員必須親自接觸案件的所有材料，在庭審上直接審查證據，聽取當事人、證人、鑒定人在庭審上的口頭陳述及法庭辯論，然後據此對案件的實質問題做出判斷。若證人證詞自相矛盾或與其他證人的證詞產生矛盾，法官可以要求其作出解釋，甚至可以在各個證人陳述完畢後，傳喚他們入庭就證詞相互對質。至中國古代西周起，司法官吏在審理案件時就開始採用“五聽”的作法，即在庭審上通過辭聽、色聽、氣聽、耳聽及目聽來觀察當事人的心理活動，由此來判斷當事人言詞的真偽。證人若不

* 前者為澳門大學法學院博士研究生，後者為澳門大學法學院碩士研究生

出庭作證，法官僅能面對案卷和書面證言，而無法在庭審上親自感受證人作證的真實動機，從而無法判斷證詞內容的真偽。

3. 證人出庭作證是實現實體公正和程序公正的雙重要求

就程序公正而言，法官往往需要通過證人在庭上的言行舉止及其與被告人的對質來判斷證人證詞的真偽，而不能以證人的書面證詞作為判斷被告人是否有罪及量刑的證據，因為這樣的證據是不合法的。如果證人製作偽證，而沒有出庭對質，法官則無法判斷證人證詞的真偽，若仍堅持採納這一面之詞，一方面會剝奪被告人為自己申辯的權利，另一方面甚至可能導致冤假錯案的發生。就實體公正而言，沒有合法的證人證詞為基礎，且證人不出庭作證導致法庭上控辯雙方對抗力度減弱，法官則很難以此查明案件事實真相，這會影響到他們作出公正的判決。

(二) 證人出庭作證的困境

2012年內地《刑事訴訟法》及澳門《刑事訴訟法典》修改之前，長期以來，在中國的刑事審判中，證人不出庭成為一種常態，證人出庭率普遍較低，即便是出庭了也有許多是敷衍了事，而沒有認真履行作證的義務。證人不出庭現象之所以如此普遍，是由多方面原因共同造成的。

1. 認知束縛

趨利避害是人的天性，出庭作證行為的決定過程同時也是利益的選擇過程。第一，公民法律意識相對淡薄，很多人從觀念上都不願意介入訴訟。近年來，中國公民的法律意識雖然有很大提高，但仍不能達到法治社會對公民的要求。而西方國家公民的法律意識較強，普遍將出庭作證作為一項公民的基本義務看待。第二，“怕麻煩”、“怕報復”和“怕損失”的心理，導致公民“多一事不如少一事”、“事不關己高高掛起”、“各掃門前雪”等消極態度的產生，使其成為阻礙證人出庭的關鍵原因。曾有學者對證人拒絕作證的心理進行了分析，認為“證人害怕受到威脅或人身報復，為安全考慮而不願作證”的佔到了78.3%。³ 第三，有的證人基於被告人是自己的親屬，或是受到工作性質的要求，負有對被告人信息保密的義務，例如律師、醫生等，從而拒絕出庭作證。第四，不願意當面作證的傳統心理仍有市場，很多人證礙於情面而不出庭作證。

2. 制度規定不完善

(1) 證人出庭作證的規則設計存在邏輯漏洞

由於此前法律規定書面證言同樣有效，從而未使證人出庭成為審判制度的實際需要。內地修改前的《刑事訴訟法》第157條規定，對未到庭證人的證言可以當庭宣讀。最高法院司法解釋第58條規定，“證據必須經過當庭出示、辨認、質證等法庭調查程序查證屬實，否則不能作為定案的根據。對於出庭作證的證人，必須在法庭上經過公訴人、被害人和被告人、辯護人等雙方詢問、質證，其證言經過審查確定的，才能作為定案的根據；未出庭證人的證言宣讀後經當庭查證屬實的可以作為定案的根據。”可知，法律既要求了證人證言只有經過庭審上的詢問、質證，才能成為定案的根據，卻又規定了未到庭證人的證言可以當庭宣讀後查證屬實就可以成為判案證據。這種書面審判的規定給證人是否出庭作證提供了選擇權，為證人不出庭打開了方便之門。

(2) 證人保護制度有待完善

儘管內地《刑事訴訟法》明文規定了公檢法機關要保障證人的安全，但如何保障，則沒有具體規定，導致在實踐中，證人被威脅、打擊乃至殺害的情況時有發生。往往被告人或是受害者一方會感性地将自己在訴訟中不利的處境或是定罪判刑的後果遷怒於證人，從而使打擊報復證人的事件隨之發生。有學者認為，如果說證人的社會安全經常因為利害關係人的加害而面臨威脅的話，那麼，對證人法律安全的威脅則主要來自公安、檢察機關的任意追訴問題。⁴ 由此可見，除了違法、犯罪行為可能會破壞證人的社會安全，公安機關、檢察機關也可能濫用刑事追訴權力使證人失去基本的法律安全。這使得很多證人由於人身財產安全得不到保障、害怕被打擊報復而不敢出庭作證。如果證人的安全不能得到應有的保護，則會影響到證人作證的主動性與積極性以及證言的客觀性與真實性。因此，應該完善證人保護制度，這樣才能使其無後顧之憂地出庭作證。證人保護可分為庭審前、庭審時和庭審後三個階段，其不僅要對源自當事人的打擊報復予以保護，還要對公安、檢察機關的侵害予以保護。保護的對象應該是證人及其近親屬，保護的內容應是人身及財產權的侵害。

(3) 缺乏證人經濟補償制度

內地此前的法律並沒有對證人的經濟補償予以規定，更沒有確定證人的損失由誰來承擔；而澳門《刑事訴訟法典》僅是籠統地規定了按訓令所核准的收費表給證人予以補償，但未明確收費表的內容。對於證

人作證而支付的交通費、住宿費以及所造成的誤工費等合理費用，證人都應有權向國家申請並予以補償。因為國家既然賦予證人出庭作證的義務，就應明確證人因此而享有的補償權利，否則會使證人的權利義務失衡，將嚴重影響證人出庭的決定。

(4) 缺乏強制證人出庭的制度

此前內地和澳門對證人拒不出庭的強制和懲罰措施都沒有進行規定。由於沒有相關的強制和懲罰措施，使得不出庭作證的證人不會因此承擔不利的法律後果，這就使得證人應當出庭作證的法律規定形同虛設。

3. 司法機關對於證人出庭缺乏積極性和主動性

有的司法人員沒有詳細記明證人的身份、住址、通訊方式等聯繫信息，因此造成部分案件無法通知證人出庭作證。一些公訴機關為了避免出現有利於被告人的證人出庭作證推翻被告人的有罪認定，而從中對其出庭作證予以阻礙。此外，由於中國刑事案件的高開庭率制約了證人出庭率的提高，法院基於人手和精力的有限，面對高額的工作量，更傾向於書面證言的簡便，而不願選擇複雜繁瑣的證人出庭作證的審理方式，甚至有意無意地暗示證人不需出庭作證。

基於以上種種原因，共同導致了中國證人出庭率低的現狀。不論是甚麼原因，總有優先考慮順位之別。經過上述分析及常理推測，證人更多是害怕自己或家人可能會因為出庭作證而遭受打擊報復而拒絕出庭作證；或考慮到自己的親屬為被告人、因自己的職業負有對被告人的保密義務，而不能出庭作證；其次考慮到交通費、誤工費等補償問題。因為這些顧慮引發了證人怕麻煩等心理而導致證人不願意出庭作證。而對於法律明確規定證人出庭的義務及其不出庭將遭受的強制和懲罰制度，應該是建立在完善的證人保護、補償等保障制度的基礎之上的。即便是法律上有強制證人出庭的規定，也不能期待公民在其及親屬都無法保障自身安全的情況下，挺身為他人的人身及財產權出庭作證，這樣往往會致使證人否認自己曾目睹或參與某些活動的經歷，以此來規避法律的強制出庭義務。若國家無法保障證人及其親屬的人身、財產安全，則也不能要求證人以自己的性命換取他人的性命，因為生命健康權是公民的基本權利，是不能交換和取代的，法律不能強人所難。因此，中國刑事案件證人出庭制度，首要完善的應是證人保護制度及豁免出庭制度，其次到證人補償制度，最後才是強制證人出庭制度。只有將對證人的基礎保障措施完善好，才能要求證人克服心理障礙，走進法庭作證。

三、內地與澳門刑事訴訟證人出庭制度比較

內地新修改的《刑事訴訟法》與澳門的《刑事訴訟法典》在證人出庭制度方面，既存在着異曲同工之妙，但又有部分差異。在中國這個大的社會環境下，通過比較內地和澳門這兩部法律，可以相互借鑒，從而取長補短，不斷完善刑事訴訟證人出庭制度。

(一) 拒絕作證權

證人出庭作證是法律規定的一般情況，但為了維護各權益之間的平衡，拒絕作證權是法律規定證人出庭作證的例外情況。內地修改後的《刑事訴訟法》中首次新增了關於拒絕作證權的規定，第 188 條規定，“經人民法院通知，證人沒有正當理由不出庭作證的，人民法院可以強制其到庭，但是被告人的配偶、父母、子女除外。”可見，被告人的配偶、父母和子女被排除在強制出庭作證的範圍之外，享有拒絕作證權。澳門《刑事訴訟法典》第 121 條(血親及姻親之拒絕)規定，“一、下列之人得拒絕以證人身分作證言：a) 嫌犯之直系血親卑親屬、直系血親尊親屬、兄弟姊妹、二親等內之姻親、收養人、嫌犯所收養之人及嫌犯之配偶，以及與嫌犯在類似配偶狀況下共同生活之人；b) 曾為嫌犯之配偶或曾與嫌犯在類似配偶狀況下共同生活之人，就婚姻或同居續存期間所發生之事實。二、有權限接收該證言之實體，須提醒上款所指之人有權能拒絕作證言，否則所作證言無效。”第 122 條(職業秘密)規定，“一、律師、醫生、新聞工作者、信用機構之成員、宗教司祭及法律容許或規定須保守職業秘密之其他人，得推辭就屬職業秘密之事實作證言。二、如果有理由懷疑推辭之正當性，處理該附隨事項之司法當局須進行必需之調查；如在調查後結論係該推辭屬不正當，則該司法當局須命令作證言或聲請法院命令作證言。三、處理該附隨事項之法院之上級法院，或如該附隨事項係向高等法院提出者，則高等法院之全會，得決定無需保守職業秘密而作證言，只要顯示出按照刑法之適用規定及原則此為合理者。四、上款所指之介入，須由法官依職權或應聲請提出，而介入前得先聽取涉及該職業秘密之有關職業之代表機構意見。五、第三款及第四款之規定，不適用於宗教秘密。”第 124 條(澳門特別行政區機密)規定，“一、關於構成澳門特別行政區機密之事實之證言，由特別法規之。二、澳門特別行政區機密尤其包括即使透露並不構成犯罪，但一旦透露仍可能對澳門特別行政區內部或對外安全又或對澳門特

別行政區基本原則之維護造成損害之事實。三、如證人提出有關事實係構成澳門特別行政區機密，則此機密應在三十日期間內透過有權限之當局確認；如經過三十日而未獲確認，則應作證。”澳門《刑事訴訟法典》沿襲了葡萄牙佔領時期的規定，相對比較全面及詳細。其除了規定被告人的血親享有拒絕作證權外，連姻親也享有此權利，同時還規定了具有保密義務的職業者及知曉本地區機密者享有限制性的拒絕作證權，即需要由有關機構對其拒絕作證的合理性進行確認。澳門相對於內地的規定而言，拒絕作證權的主體範圍更寬、更詳細，且符合世界各國的普遍趨勢。

近現代法律上的拒絕作證權是由傳統法律文化中“親親相隱”⁵制度演化而來，是國家對個人權利的必要讓步，它對基於人性而生的對家庭親情、人倫的維護以及“法律不強人所難”、“期待可能性”等理念和精神方面有其合理性。國家在設計法律制度時須衡量：當整個社會公義與秩序高於親情與家庭穩定時，應當要求親屬間舉報犯罪或出庭作證；然而舉報親屬，雖實現了一時之公正，但泯滅了人類最美好的親情，從久遠的示範效應來看，損害了人類自身，所產生的實際效果也並非為法律所要達到的目的，則應允許親屬間的相隱行為。⁶國家的長久利益就在於民眾淳厚、社會和諧、百姓親法，如此才能長治久安。要達到這一目的，法律必須立於人情，必不能逆眾情眾心，必不能強人所難。⁷法律必須照顧到人性的一般弱點。大凡“凡夫俗子”無不有“護短”的心理，因而要求人們在自己親屬犯罪後主動告發，不隱匿、不幫助毀滅、偽造證據，顯然是勉為其難。⁸立法者在制定法律或制度設計之時，不得不考慮其現實可行性。法律只要求也只應要求人們為其可為之事而不能期待人們去完成“不可能的任務”，即“法律不強人所難”。借用刑法學上的術語，也就是無“期待可能性”。如果法律無視有無期待可能性問題，強制人們為不可為之事，必然導致法律規定的虛置現象。⁹據武漢市公安局1997年對連續3年所抓獲的越獄逃犯的調查結果顯示：81.5%的逃犯都被窩藏過。¹⁰由此可見，親屬的拒絕作證權完全有法律規定的必要性。

此前拒絕作證權在內地《刑事訴訟法》中的缺失主要是基於其歷史原因和社會根源：第一，堅持馬克思實事求是的指導思想和刑法面前人人平等的法制原則。第二，基於對馬克思主義階級觀的簡單認識，認為保留此制即保留封建宗法殘餘，是向封建主義妥協。第三，奉行國家利益至上的觀念，國家利益高於公民個人利益和私人感情，因此一直宣傳大公無私，

鼓勵公民大義滅親。第四，重實體輕程序，即查清案情真相比保護人倫更重要。如今拒絕作證權在內地《刑事訴訟法》中的確立無疑避免了“必犯之法”的出現及國家刑罰權與人類親情的直接、正面的衝突，是對人類最基本的愛護親屬之情感的正視和寬容，有利於家庭的和睦與穩定，則有利於社會的和平與有序，更有利於國家統治的穩固與安全。

內地修改後的《刑事訴訟法》仍尚未對保密義務的職業者及知曉本地區機密者享有拒絕作證權予以規定。對於具有保密義務的職業者而言，由於其職務上或業務上的保密義務，需要法律對特定職務上的社會關係進行保護，且為了保護律師、醫生、新聞工作者等從業人員的行業發展，應該予以其一定的拒絕作證權。就律師而言，其只有在取得當事人的信任之下，才能打開當事人的心扉，瞭解當事人案發時所處的情況，以便為當事人做無罪或減刑辯護。即便是罪惡深重的犯人，也應享有程序上的正義。若規定律師有強制出庭作證的義務，則當事人向律師透露的行為就相當於是自認，那麼一方面當事人會因此對自己的行為守口如瓶，拒絕接受律師的幫助，這樣會損害當事人維護自身合法性的權益，另一方面，不會再有當事人尋求律師的幫助，以至於律師行業的沒落，律師集體失業。但誰會為了自己失業而出庭作證？要求律師強制出庭作證只能讓其陷入幫當事人做偽證或受到法律懲罰的惡性循環。對從事公務的人員在職業活動中獲取的秘密予以特殊保護，是為了保護國家及地區的機密不外洩和維護特定的公共利益，故應該賦予知曉機密的人享有拒絕作證權。強制出庭作證主要是為了保障被告人的質證權、證據的合法性及法官能更好的查明案情，從而作出正確的裁判，但這些與維護國家或地區的安全相比是微不足道的。強制出庭作證是維護國家或地區司法秩序穩定的手段，而當用自己規定的強制“手段”來要求知曉國家或地區機密者洩露機密以此可能會危害到國家或地區的安全，這種本末倒置的作法則相當於“自殘”。綜上所述，免除具有保密義務的職業者及知曉國家或地區機密者出庭作證的義務才是正確的選擇。

(二) 證人保護措施

內地修改前的《刑事訴訟法》對保護證人的規定僅有第61條，“人民法院、人民檢察院和公安機關應當保障證人及其近親屬的安全。對證人及其近親屬進行威脅、侮辱、毆打或者打擊報復，構成犯罪的，依法追究刑事責任；尚不夠刑事處罰的，依法給予治

安管理處罰。”此條第1款只是規定了人民法院、人民檢察院和公安機關有保護證人及其近親屬的義務，但對如何保護沒有相關規定。第2款對已經進行了威脅、侮辱、毆打或者打擊報復的加害人用《刑法》或《治安管理處罰法》予以規範。《刑法》第308條規定，“對證人進行打擊報復的，處三年以下有期徒刑；情節嚴重的，處三年以上七年以下有期徒刑。”第307條規定，“以暴力、威脅、賄買等方法阻止證人作證或者指使他人作偽證的，處三年以下有期徒刑或者拘役；情節嚴重的，處三年以上七年以下有期徒刑。”《治安管理處罰條例》第17條規定，“對檢舉人、證人打擊報復而違反治安管理處罰條例的，可以從重處罰。”修改後的《刑事訴訟法》新增了第62條的規定，“對於危害國家安全罪、恐怖活動犯罪、黑社會性質的組織犯罪、毒品犯罪等案件，證人、鑑定人、被害人因在訴訟中作證，本人或其近親屬的人身安全面臨危險的，人民法院、人民檢察院和公安機關應當採取以下一項或者多項保護措施：(一)不公開真實姓名、住址和工作單位等個人信息；(二)採取不暴露外貌、真實聲音等出庭作證措施；(三)禁止特定的人員接觸證人、鑑定人被害人及其近親屬；(四)對人身和住宅採取專門性保護措施；(五)其他的保護措施。證人、鑑定人、被害人認為因在訴訟中作證，本人或者其近親屬的人身安全面臨危險的，可以向人民法院、人民檢察院、公安機關請求予以保護。人民法院、人民檢察院、公安機關依法採取保護措施，有關單位和個人應當配合。”此條規定了對於危害國家安全罪、恐怖活動犯罪、黑社會性質的組織犯罪、毒品犯罪等這類高危險性、高報復性的案件中的證人具體的保護措施。相對於第61條而言，第62條相當於是證人規定的特別條款，以此可以將證人保護制度分為證人一般保護制度及證人特殊保護制度。證人一般保護制度適用於所有案件中的證人，證人特殊保護制度僅針對國家安全罪、恐怖活動犯罪、黑社會性質的組織犯罪、毒品犯罪等案件的證人予以特殊的保護。以上條款基本是中國證人保護制度的內容，雖然相比《刑事訴訟法》修改之前，完善了許多，但是仍存在一些問題值得思考：在對證人一般保護中，只立足於對已實施的報復進行事後懲罰，缺乏預防性保護；僅對證人的人身和名譽進行保護，而忽略了對證人財產權利的保護；《刑法》關於“打擊報復證人罪”和“妨害證人作證罪”的規定，其保護對象僅限於證人，而對證人近親屬的保護沒進行規定等等。

在澳門《刑事訴訟法典》中，並未找到關於證人

保護的相關規定。即便是澳門的證人都從未因出庭作證而遭受打擊報復，法律也應該對存在的危害作出相關的規定，以便防範於未然及避免發生此類事情時因法律空白導致的措手不及。隨着犯罪的國際化、有組織化、智能化和暴力化的發展，指控犯罪團夥的證人面臨的危險和威脅越來越大，逃避作證的情況逐日增多。因此許多國家都開始建立符合自己國情的旨在更徹底保護證人權利的特殊保護辦法。關於特殊證人保護制度的建立，內地還處在起步階段，而澳門對此沒有相關的規定，因此，可以參考一下特殊證人保護制度成熟的國家或地區的作法。美國1970年制定的《有組織犯罪控制法》就授予司法部長保護證人避免危險的權力及特別費用開支，並設了一個遍佈美國的組織。1971年出台了《證人安全方案》，由美國司法部警察署負責實施，並成立了專門的證人保護局。由160位受過專門訓練的人證安全督察官組成一個工作網，分佈在全美國。他們惟一的任務是保護並協助遇到危險的證人及其家屬。香港1995年成立了由助理警務處長直接領導的中央保護證人組(簡稱WPU)，專門負責保護證人工作。WPU向證人提供的保護程度依不同人和不同案件有所不同。通常有：24小時貼身保護，替證人更換名字、身份、整容，案件審判完畢後的繼續保護及對證人家屬的保護等。在必要的時候，還會協助證人移居其他國家或地區。¹¹在庭審時，對於特殊保護的證人，經陪審團許可，可以在特殊屏幕之後，指認罪犯，提供證言，接受質證，還可以應證人的要求通過特殊的儀器改變聲音回答問題。

(三) 經濟補償制度

內地修改後的《刑事訴訟法》新增了證人的經濟補償制度，其第63條規定，“證人因履行作證義務而支出的交通、住宿、就餐等費用，應當給予補助。證人作證的補助列入司法機關業務經費，由同級政府財政予以保障。有工作單位的證人作證，所在單位不得剋扣或者變相剋扣其工資、獎金及其他福利。”此條保障了證人在出庭作證期間，所支出的交通費、住宿費及就餐費和誤工費，前三類費用均由國家承擔，而誤工費則規定證人所在單位不能因其出庭作證期間耽誤工作而剋扣工資、獎金及其他福利。

根據澳門《刑事訴訟法典》第299條(對證人及鑑定人之通知及補償)規定，“一、如證人及鑑定人被指定，而指定之人未承諾在聽證時帶同證人及鑑定人到場者，則須通知該等證人及鑑定人到場。二、應出席聽證之上款所指之人或其代位人之聲請，法官得

對該等人裁定給予一定金額，該金額係按訓令所核准之收費表計得，作為補償該等人已作之開支；裁定給予之金額算入訴訟費用內。三、對於裁定給予上款所指金額及就其金額之數目而作之裁判，不得提起上訴。”可知，第一，在澳門對證人的經濟補償是包含在敗訴一方應繳納的訴訟費用中，即由敗訴方支付證人的經濟補償。第二，補償的金額按訓令所核准的收費表計算，但在法典中並未將此收費表列出，即並未明確規定證人經濟補償的範圍。雖然證人出庭作證前首要考慮的是自己和親屬的人身安危問題，但是也會基於經濟上的損失得不到賠償，而不出庭作證。將賠償義務負於敗訴方，證人需自己承擔因為敗訴方經濟能力不足難以支付補償金的風險，使證人因出庭作證而導致的經濟上的損失無法得到穩定的保障。證人出庭作證主要是為了維護國家或地區司法上的正義，因此由國家或地區來承擔補償證人經濟損失的義務比較合理。

（四）出庭義務及其懲罰措施

內地修改後的《刑事訴訟法》第 60 條第 1 款規定，“凡是知道案件情況的人，都有作證的義務。”第 188 條規定，“經人民法院通知，證人沒有正當理由不出庭作證的，人民法院可以強制其到庭，但是被告人的配偶、父母、子女除外。證人沒有正當理由拒絕出庭或是出庭後拒絕作證的，予以訓誡，情節嚴重的，經院長批准，處以十日以下的拘留。被處罰人對拘留決定不服的，可以向上一級人民法院申請複議。複議期間不停止執行。”內地在修改後的《刑事訴訟法》中新增了證人無正當理由不出庭作證的懲罰措施。其一，該條第 1 款首先規定，證人沒有正當理由不按人民法院通知出庭作證的，人民法院可以強制其到庭。這是該條的核心內容，該規定賦予了人民法院強制證人出庭作證的權力，如果證人不履行其出庭作證的義務，人民法院可以強制其履行。強制手段的存在使得出庭作證的義務不再是形同虛設，而是由具體制度作為保障。該條第 2 款首先規定，證人沒有正當理由拒絕出庭或者出庭後拒絕作證的，予以訓誡，情節嚴重的，經院長批准，處以 10 日以下的拘留。該規定確立了對證人不依法履行出庭作證義務的懲罰措施，並具體規定了採取懲罰措施的程序和尺度。該規定必將產生一定的威懾力，使得一些不願出庭作證的證人出於法律的威懾，而依法履行出庭作證的義務。該條第 2 款還規定，被處罰人對拘留決定不服的，可以向上一級人民法院申請複議。複議期間不停止執

行。該規定為因不履行出庭作證義務而受到處罰的證人提供了救濟途徑，向上一級人民法院申請複議，也體現了該制度設計的科學性和合理性。同時，複議期間不停止執行也符合法律程序的一般規則。

而澳門《刑事訴訟法典》僅規定了證人的一般義務，第 119 條規定：“一、證人負有下列義務，但法律另有規定者除外：a)在所定之時間及地方向已對其作出正當傳召或通知之當局報到，並聽後其安排，直至該當局解除其義務為止；b)宣誓，如屬向司法當局作證言；c)遵守向其正當指出、與作證言之方式有關之指示；d)據實回答向其提出之問題。二、如證人提出回答有關問題將導致其須負刑事責任，則無需回答該等問題。”此條主要是明確了證人的一般義務包括：按時報到、宣誓、遵守作證指示和據實以答，並沒有規定證人若是違反義務應該受到甚麼懲罰措施。法律上沒有規定後果的義務，一般對公民都難以有威懾力，因為公民都知道，即便是違反了義務也不會遭受甚麼懲罰和損害。因此，在法律上除了應規定證人具有出庭作證的義務，還應該規定違反此義務將遭受的後果。

四、完善證人出庭作證制度的建議

雖然內地新修改的《刑事訴訟法》已經在很大的程度上對證人出庭制度進行了較全面的規定，但仍有些細節需要補充和改進。而就澳門《刑事訴訟法典》中證人出庭制度部分規定詳細，部分又處於空白的立法狀況而言，更有不斷完善的空間。本文參考中國內地、澳門及各國的作法構建了證人出庭制度，旨在為內地及澳門對該制度的完善提供些許建議。一個完備的證人出庭作證制度應該包括三個部分：證人出庭作證的範圍、證人出庭作證的保障措施及證人出庭作證程序。而證人出庭作證的保障措施主要是包括：證人保護措施、證人經濟補償措施及強制證人出庭措施。

（一）證人出庭作證的範圍

1. 證人可以不出庭作證

參照最高人民法院《關於執行〈中華人民共和國刑事訴訟法〉若干問題的解釋》第 141 條的規定，“證人應當出庭作證。符合下列情形，經人民法院准許的，證人可以不出庭作證：（一）未成年人；（二）庭審期間身患嚴重疾病或者行動極為不便的；（三）其證言對案件的審判不起直接決定作用的；（四）有其他原因

的。”證人在符合以下情況時，可以不用出庭作證，即沒有強制出庭義務。①證人是未成年人。②庭審期間身患嚴重疾病或者行動極其不便的，或者不在境內導致證人，或其他不可抗力原因導致證人客觀上無法出庭作證的。③同一案件有多名證人，經控辯雙方同意不必要全部出庭的。④其證言對案件的審判不起直接決定作用的。⑤控辯雙方對證人證言的真實性沒有異議。

2. 證人主張拒絕作證權不出庭作證

即便證人是必要證人，且不符合法定可以不出庭作證的情況，仍可主張拒絕作證權而不出庭作證。若證人是被告人的近親屬，或是具有保密義務的職業者及知曉國家或地區機密者應當享有拒絕作證權。近親屬參考內地修改後的《刑事訴訟法》第106條第6款規定，“夫、妻、父、母、子、女、同胞兄弟姊妹。”具有保密義務的職業者，例如：律師、醫生、記者、牧師等及知曉國家或地區機密者需要由有關機構對其拒絕作證的合理性進行確認，對於保密義務的職業者還應聽取涉及該職業秘密之有關職業代表機構意見。

雖然法律出於考慮社會其他方面的利益從而規定了拒絕作證權，但是必須有一定的限制。第一，近親屬的拒絕作證權在對於親屬的犯罪中不能適用。規定近親屬的拒絕作證權目的是為了維護特定親屬之間的基本人倫關係，若是針對親屬的犯罪，其本身就破壞了親情，違背了近親屬拒絕作證權的立法意義。第二，近親屬和有保密義務的職業者對於危害國家安全的犯罪不能適用拒絕作證權。因為國家安全涉及到國家主權、領土完整等重大因素，關係着國家、民族的命運，社會危害性極大。對於知曉國家或地區的機密者就危害國家安全罪而言，應該由涉及機密的相關機構與法官共同衡量國家或地區的機密及出庭作證對打擊危害國家安全罪的效果，從而確定知曉國家或地區的機密者是否應該出庭作證。

從出於保護證人及其親屬人身安全的角度出發，應當允許存在嚴重安全隱患的證人不直接出庭作證，而是利用遠程視頻、變聲設備、單向玻璃製成的作證室等高科技幫助證人在不暴露自己的真實面貌的情況下進行作證。

(二) 證人出庭作證的保障措施

1. 證人保護制度

丹寧勳爵曾言：“沒有一種法律制度有正當理由能強迫證人作證，而在發現證人作證受到侵害時又拒

絕予以救濟。採用一切可行的手段來保護證人是法庭的職責。否則，整個法律訴訟就會一錢不值。”¹²因此，對證人應該進行全面、徹底的保護，不僅要保護證人的人身不受侵犯，而且要保護證人的人格權利以及相關的財產權利不受侵犯。在證人保護的整個階段，為了不斷完善證人的特殊保護制度，需要設立一個證人保護中心，從而對危害國家安全罪、恐怖活動犯罪、黑社會性質的組織犯罪、毒品犯罪等高報復、高風險案件中的證人及其近親屬予以特殊的保護¹³，當然對於存在嚴重人身危險的普通證人也可進入證人保護中心的保護對象範圍內。其主要任務是負責證人安全的總體協調，安排專門的保護人員對具體案件中的證人予以保護，公安、司法機關應該積極配合證人保護中心的工作。

證人保護制度可以從事前保護和事後保護兩個階段予以規定。事前保護，即預防性保護，是在證人及其親屬沒有受到打擊報復之前應採取的保護措施，可以從庭審前、庭審中和庭審後訴訟的三個階段及證人一般保護和證人特殊保護兩個方面進行規制。①庭審前的保護。一般保護：需設立證人保護熱綫；應證人的實際需要，可以向證人保護中心申請保護，經批准後就危害存在的風險予以相應的保護。特殊保護：在必要的範圍內為證人身份保密；主動為證人提供安全隱蔽的住所；在偵查和起訴期間派專人對證人及其親屬進行貼身保護；禁止可能對證人進行打擊報復的人接近證人及其近親屬的住所等。②庭審中的保護。一般保護：在法庭上詢問證人時，不得隨意指責證人人格，法官應及時制止對證人人格的討論，甚至剝奪濫用詢問權者的詢問權；證人有權拒絕回答含有侵害其人格性質的詢問，並可就對方惡意誹謗其人格的行為提出控告。特殊保護：不公開證人及其近親屬的真實姓名、住址和工作單位等個人信息；採取不暴露外貌、真實聲音等出庭作證措施，例如在法庭上為證人設置由單向玻璃製成的作證室，裏面的證人可以看見外面的人，但是外面的人看不見裏面的證人；使用改變聲音的設備傳導證人的講話，使他人無法通過聲音識別證人的身份；對證人適用錄音、錄像或遠程視頻等作證方式。③庭審後的保護。特殊保護：易容；為證人改名換姓；遷移到其他地區居住並安排合適的工作等。

事後保護，即補救性保護，是在證人及其親屬受到打擊報復之後應採取的保護措施。出於保障證人的法律安全，需要設置證人申訴機制，當證人受到執法人員侵害後能有效地進行申訴，例如證人及其親屬可

就執法人員的非法行為向司法機關提出控訴；對於打擊報復證人及其近親屬和妨害證人作證的行為予以及時、嚴厲的處罰；對證人及其近親屬因受到打擊報復造成傷害而提起的訴訟，應當給予一定的法律援助，例如免去訴訟費用等。

這裏應當注意一個問題，不能光一味地保護證人，而忽略了證人權利與被告人權利之間的平衡。為了保護證人而以其他方式取代出庭作證時，應盡量採取其他措施來彌補被告人的質證權，以被告人權利盡可能小的犧牲換來訴訟整體利益的提升。¹⁴

2. 證人經濟補償措施

證人履行的是對國家而非對當事人的義務¹⁵，因此應由國家或地區對證人的損失予以補償。證人補償的範圍應該包括：①基於證人出庭作證而為此所支付的交通費、食宿費以及造成的誤工費等基本損失費用。②基於證人出庭作證而遭受到打擊報復造成證人及其近親屬損失的，國家或地區因怠於保護證人及其近親屬，存在過失，故應為此支付一定的補償費用。對於證人經濟補償的具體標準，宜由最高司法機關會同各省、自治區、直轄市，根據各地的經濟情況自行制定，其中對誤工費的補償宜考慮略高於當地同類人員的收入水平。¹⁶ 證人應當向司法機關申請補償費用，而司法機關所承擔的費用應由同級政府財政予以保障。

3. 強制證人出庭措施

法律應當規定無正當理由拒絕出庭或是出庭後拒絕作證的證人承擔一定的懲罰。否則法律僅賦予證人出庭作證的義務，而不規定違反義務所需承擔的後果，則會使此義務沒有威懾力，喪失作用。強制證人出庭措施大體可以分為以下幾種：①對拒絕出庭的證人適用傳喚、拘傳措施，強制其到庭。傳喚、拘傳措施在刑事訴訟中一般適用於被指控的犯罪嫌疑人和被告人，但許多國家如法國、德國、日本的法律均規定可以適用拒絕到庭的證人。②對無正當理由而拒絕出庭作證的證人視為犯罪，對其判處罰金或拘禁。如對拒絕到庭的證人，英美法系處藐視法庭罪、法國則判處第五級違警罪、日本判處拒絕到場罪。¹⁷ ③對沒有正當理由拒絕出庭或是出庭後拒絕作證的，予以訓誡，情節嚴重予以拘留。此為中國內地的作法。本文建議在符合出庭作證的前提下，法院可以發傳票的形式傳喚證人，如果證人無正當理由拒絕出庭，可以採取拘傳的強制措施，若證人被拘傳後，在法庭上仍拒絕作證，則可予以訓誡，情節嚴重的予以拘留。當涉及作偽證時，可用刑法上的偽證罪予以懲罰。

(三) 證人出庭作證程序

①傳喚程序。在一般情況下，法院應傳喚證人出庭作證。因此，傳喚是證人出庭作證的啟動程序。如果證人無正當理由拒絕出庭，可以採取拘傳的強制措施。②宣誓程序。許多國家和地區都採用的宣誓的程序，例如美國、澳門等，其旨在讓證人感受到法庭的威嚴，法律的嚴肅，同時當證人作出宣誓時，則意味着自己應對在庭上所說的每一句話都負有法律責任。③質證程序。控辯雙方針對有疑問的證人證言可以當庭交叉詢問證人。

五、結束語

內地此次對《刑事訴訟法》進行了大規模的修改，修改後的《刑事訴訟法》更加符合中國的國情和司法實際。其中新增了許多關於證人出庭作證的規定，雖然完善了中國證人出庭作證制度，但是仍存在改進的空間。對於拒絕作證權而言，應該將具有保密義務的職業者及知曉本地區機密者納入權利人範圍；對於證人保護措施，需要建立證人安全中心，依照法律規定的具體保護事項，負責證人安全的總體協調；在經濟補償方面，應增加當證人出庭作證而遭受到打擊報復造成證人及其近親屬損失的補償費用。

澳門《刑事訴訟法典》的修改中，並沒有涉及證人出庭作證制度的內容，因此仍存在許多不合理的方面，有待完善。其中，缺乏證人保護制度的相關規定是《刑事訴訟法典》立法上的一大缺陷；由敗訴方承擔證人的經濟補償，及未明確規定證人經濟補償的範圍，不利於證人及時獲得穩定的補償金；法典僅規定了公民有出庭作證的義務，但沒有就不履行義務應承擔的法律後果予以規定，致使此義務只是形同虛設。

證人參與到刑事訴訟中出庭作證，並不是因其與訴訟中的利益相關，而是為維護社會安全，從而協助法庭審判查明案件真實情況，便於法官作出正確的判決，以實現法律上的實體和程序公正。因此，每個國家或地區都應該注重證人出庭作證制度的建立，尤其應就證人出庭作證保障措施的三個方面，即證人保護措施、證人經濟補償措施和強制證人出庭措施，予以規定。只有履行國家或地區對證人的保障義務，防止證人因出庭作證而使其與親屬遭受損失，才能有效保障證人的合法權益，增強證人出庭作證的法律意識，促進證人自願為國家或地區的利益出庭作證的良性循環。

註釋：

- ¹ 陳衛東：《刑事訴訟法實施問題調研報告》，北京：中國方正出版社，2001年，第126頁。
- ² 易延友：《證人出庭與刑事被告人對質權的保障》，載於《中國社會科學》，2010年第2期，第165頁。
- ³ 吳丹紅：《刑事訴訟證人拒證原因探析》，載於《證據學論壇》(第三卷)，2011年第10期，第449頁。
- ⁴ 陳瑞華：《法治視野下的證人保護》，載於《法學》，2002年第3期，第30頁。
- ⁵ “親親相隱”是中國封建刑律的一項原則，親屬之間有罪應當相互隱瞞，不告發和不作證的不論罪，反之要論罪。
- ⁶ 姜虹：《“親親得相首匿”原則之析》，載於《中國社會科學院院報》，2005年5月17日，第3版。
- ⁷ 范忠信：《親親相為隱：中外法律的共同傳統——兼論其根源及其與法治的關係》，載於《比較法研究》，1997年第2期，第123頁。
- ⁸ 錢葉六：《論親親相隱制度在中國刑事法律中之重構》，載於《法學評論》，2006年第5期，第28頁。
- ⁹ 江學：《親親相隱及其現代化》，載於《法學評論》，2002年第5期，第68頁。
- ¹⁰ 《法也容情——關於“現行法律可否‘親親相隱’”研討會》，載於《法律與生活》，2001年第10期。
- ¹¹ 唐風：《國外證人權利保障概況》，載於《人民檢察》，1999年第3期，第62頁。
- ¹² [英]湯姆·丹寧：《法律的正常程序》，李克強等譯，北京：法律出版社，1999年，第25頁。
- ¹³ 由於國家的財政、經濟能力有限，而證人的數量龐大，不可能對每位證人的情況都一概而論，所以僅對危害國家安全罪、恐怖活動犯罪、黑社會性質的組織犯罪、毒品犯罪等高報復、高風險案件中的證人及其近親屬予以特殊的保護(下文稱之為特殊證人)。此類證人與香港《刑事訴訟程序條例》所規定的“恐懼證人”類似。
- ¹⁴ 何挺：《證人保護與被告人基本權利的衝突與權衡》，載於《中國刑事法雜誌》，2007年第3期，第85頁。
- ¹⁵ 唐亮、朱利江：《美國證人保護制度及其啟示》，載於《人民檢察》，2001年第12期，第56頁。
- ¹⁶ 周國均：《刑事案件證人出庭作證制度研究》，載於《中國刑事法雜誌》，2002年第2期，第23頁。
- ¹⁷ 史立梅：《證人出庭作證制度研究》，載於《國家檢察官學院學報》，2002年第2期，第63頁。