

• 法学探索 •

证人保护制度构建之法律思考

孙南申 彭 岳

(复旦大学 法学院, 上海 200433; 南京大学 法学院, 南京 210093)

[摘要] 完善的证人保护机制是推行对抗制的刑事诉讼制度的基石。证人能否得到切实保护, 不仅在于他们对国家社会秩序稳定的维护作出了多少贡献, 更在于因其特殊身份所遭致的特殊风险需要国家的介入。现行的法律未能建构完善的证人保护制度, 造成许多刑事案件中没有证人的庭审现状, 实有必要明确证人保护的對象和范围、保护机关以及保护程序等, 并逐步扩大保护范围, 强化对证人权利的救济。

[关键词] 证人保护 对象和范围 保护机关 保护程序 权利救济

与此前纠问制有所不同, 1997年的《刑事诉讼法》具有对抗制色彩, 突出了对被告人权利的保护, 并特别强调当庭对证人证言进行双方询问、质证。^①然而, 该法并未强调对证人权利的保护, 这在实践中使证人作证和出庭成为某种庭审策略。事实上, 如果被告相对强势, 则可能无人作证, 即使作证也很少有人愿意出庭作证, 而一旦证人出庭被辨明身份后, 极有可能遭到打击报复;^②如果被告相对弱势, 则检控机关可能获得证人证言。由于证人证言可以通过两种方式出现在法庭之内——一是通过证人亲自出庭来口头陈述证人证言; 二是通过公诉人、辩护人当庭宣读未到庭证人的书面证言^③——而关于这两种形式出现的证人证言其法律效力相同。^④或是出于保护证人考虑, 或是出于免受质证考虑, 检控机关往往倾向于使用书面证人证言, 从而使对抗制转换为纠问制。可见, 缺少证人出庭将从正反两方面影响到被告人的权益, 无论是控方还是辩方均存在舞弊弄权的条件和动力。

在中国相关法律仅仅“鼓励”证人出庭, 而非“强制”证人出庭的大背景之下, 还是有不少的证人主动出庭作证, 这对打击犯罪、维护社会秩序起到了至关重要的作用。^⑤但是, 很多证人却因此陷入窘境: 他们或与其有密切关系的人的生命、身体、名誉、财产乃至职业受到犯罪嫌疑人或与其有密切

[收稿日期] 2007-10-08

[作者简介] 孙南申, 复旦大学法学院院长, 教授, 博士生导师。

彭 岳, 法学博士, 南京大学法学院教师。

① 参见《刑事诉讼法》第47条。

② 在《法制日报》2007年6月7日刊登的“一个‘逃亡证人’的真实故事”一文中, 当证人被被告威胁后, 曾多次向公安机关致电求助。但公安机关认为, 现在的证人保护仅限于一些警方自己能处理的治安行政案件, 一旦涉及刑事犯罪, 证人的保护就不受警方控制了。即便在检察机关审查起诉阶段不暴露, 到了法院庭审质证和判决时, 为了体现司法公正, 证人的名字和证词的内容是一定要公开的。这就使审后证人保护处于空白地带。

③ 参见《刑事诉讼法》第157条。

④ 最高人民法院关于执行《中华人民共和国刑事诉讼法》第58条明确规定: “对于出庭作证的证人, 必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人等双方询问、质证, 其证言经过审查确实的, 才能作为定案的根据; 未出庭证人的证言宣读后当庭查证属实的, 可以作为定案的根据。”

⑤ 需要注意的是, 尽管《民事诉讼法》第70条和《行政诉讼法》规定证人应出庭作证, 但是并没有规定相应的法律后果, 从而使这些规定成为一种规劝, 并无强制施行的可行性。

关系的人的威胁或破坏。这种情况如果难以有效抑制,将形成“寒蝉效应”,使越来越多的证人逃避作证义务,不仅社会正义难以伸张,也会渐次造成公民道德感麻木,最终使刑事诉讼的对抗制成为一纸空文,而不得不依赖于由国家绝对主导的纠问制来完成诉讼程序。然而,在证人不出庭作证的情况下,仅通过纠问当事人很可能直接影响刑事案件庭审质量,并影响到司法权威的树立。^①

总而言之,由于证人保护制度的缺失,在非强制出庭作证的制度下必然会导致多数情况下证人不愿作证、不敢作证,即使勉强作证,也不愿或不敢出庭作证。强制证人出庭作证与证人保护是两个并行不悖、相辅相成的制度,从保护个人权利的角度出发,证人保护制度具有根本意义。本文拟对之进行分析,确定证人保护制度的理论基础,廓清目前证人保护立法现状并对构建符合中国国情的证人保护制度提出若干建议。

一、证人保护制度的理论基础

证人保护制度建构在这样一个理论问题之上,即为什么要对证人进行保护?对这一问题的回答影响到如下三个附属性问题:其一,证人保护的對象和范围;其二,证人获得保护的條件;其三:证人保护的措施。

一种观点立基于功能论。功能论具有明显的集体主义风格。^②这一观点将证人保护的必要性建立在证人作证的社会收益之上。^③易言之,如果证人有利于犯罪的侦察、审判,则应提供相应保护。社会收益越大,保护范围越大,保护措施越缜密。功能论的最大问题在于,证人保护工作要分为庭审前保护、庭审中保护和庭审后保护,应由哪个或哪几个权威单位负责进行成本和收益的比较呢?中国《刑事诉讼法》确定了公、检、法“分工负责、相互配合、相互制约”的基本原则,因此,从立法精神上讲,必须由公、检、法三家共同完成。但是,在现代侦察、公诉和审判分离的格局之下,各个主管机关对具体证人作用的评价有所不同。不同的评价标准将很有可能将一些重要证人排除在证人保护计划之外;^④或者即使可以申请证人保护,也很难达到相关主管机关的具体要求;即使获得了保护,也可能存在保护手段不足的问题。

一种观点立基于规范论。规范论具有鲜明的个人主义风格。这一观点将证人保护的必要性建立在证人自身固有的特征之上。直观上,证人作证是为国家作出贡献,因此他们应该得到保护。但是如果认为这是证人受到保护的全部理由,就有将证人视为制度工具的危险。作为普通公民,当证人的基本生命、自由和财产安全受到威胁或破坏时,国家就应提供基本保护;作为具有特殊法律身份的证人,当其基本安全受到来源明确的威胁或破坏时,国家更应提供具有针对性的特殊保护。因此,证人之所以受到特殊保护与其对国家的贡献仅有间接、偶然的联系,而与其因特殊身份而受到的特定伤害有必然、直接的联系。在现代人权理念下,如果将罪犯绳之以法的代价是牺牲证人的安全,即使国家收益再大也不应强迫证人出庭作证。由此,“证人”一词只是一种统称,它不仅包括举报人、控告人和证人,还包括与举报人、控告人和证人有密切联系的人,甚至还包括作为证人的特定身份人员,如警察、受害人、“污点”证人等等。证人获得保护的條件将限于其因作证而受到伤害且无须进行贡献评估,相应的保护措施也应以保证证人安全为限。

当然,理论模型是极端简化的逻辑组合,功能论注重证人作证和出庭对社会的正面收益,而规

① 何家弘主编:《证人制度研究》,北京:人民法院出版社,2004年,第98—99页。

② [英]马丁·洛克林著,郑戈译:《公法与政治理论》,北京:商务印书馆,2002年,第146页。

③ 如丹宁法官认为:“假如案件一结束,证人就要受到那些不喜欢他作证的人的报复,那么还怎能指望证人自由地和坦率地提供他们应当提供的证据呢?……如果在某个案件中发生了这类事又未受到惩罚,消息就会很快传开,其他案件的证人就会拒绝作证。”(1963) 1 QB 696 at 717. 转引自[英]丹宁勋爵著,李克强、杨百揆、刘庸安译:《法律的正当程序》,北京:法律出版社,1999年,第21页。

④ 如侦察阶段的“检举人、控告人”并不必然是审判阶段的证人。

范论注重证人作证和出庭对证人自身的负面风险,两者均有其存在的合理性。基于保障人权这一国家契约论思想,本文认为应将证人保护制度建构在规范论的基础之上,即证人得到保护是自身固有的权利,而非其所得的补偿。考虑到制度渐进的特征,应辅之以功能论的成本收益分析来逐步确立符合社会发展的证人保护制度。

二、中国关于证人保护的立法现状和问题

1. 立法现状

关于对证人的保护问题,现行实体法规定较为原则,如《宪法》第41条第2款规定:“对于公民的申诉、控告或者检举,有关国家机关必须查清事实,负责处理。任何人不得压制和打击报复。”《刑法》第307条规定了以暴力、威胁、贿买等方法阻止证人作证或者指使他人作伪证应负的法律責任,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。《治安管理处罚法》第42条也规定了对证人及其近亲属进行威胁、侮辱、殴打或者打击报复的处罚方式和力度。

与实体法相比,诉讼法的规定相对详细。首先,《刑事诉讼法》第43条强调,审判人员、检查人员、侦察人员必须保证一切与案件有关或了解案情的公民,有客观地、充分地提供证据的条件。其次,第49条进一步明确:“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。”^①再次,该法第56条、57条规定,被取保候审、监视居住的犯罪嫌疑人和被告人不得以任何方式干扰证人作证。最后,该法第85条规定,公安机关、人民检察院或者人民法院应保障报案人、控告人、举报人及其近亲属的安全。报案人、控告人、举报人如果不愿公开自己姓名和保安、控告、举报的行为,应当为他保守秘密。^②

相关部门规章并没有突破上述法律规定,如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条规定,“公安机关应当保障证人及近亲属的安全”。这只是对《刑事诉讼法》第49条的简单重复。然而,在实践中,作为个案,一些单位尝试通过自身资源来对证人提供保护,从而有所突破,使得证人保护计划具有相当的可操作性。如深圳宝安区检察院于2004年8月份出台的《自侦案件证人保护工作规定》,涉及证人保护工作程序、保护内容和措施并明确了保护责任,推进了证人保护工作的制度化和规范化,并将保护方式向事前预防保护转变,保护范围和内容向多元化拓展。但是,以一个单位之力而行证人保护之事必然有其限界所在,不仅在人力、物力和财力方面有所欠缺,更有可能与现行制度相抵触。^③因此,本文仍只分析立法层面的问题。

2. 问题

尽管宪法、刑法和刑事诉讼法均涉及证人保护问题,但均较为零散,并未形成一定的体系。

其一,就证人保护的範圍而言,作为实体法的《刑法》的保护仅限于证人本人,即《刑法》第307条和308条规定的妨害作证罪和打击报复证人罪。这一狭小的保护范围使得作为实体法的《刑法》没有和作为程序法的《刑事诉讼法》衔接起来,也使得作为刑事法的《刑法》和作为行政法的《治安管理处罚法》相脱节。这必然会使那些对证人近亲属打击报复的行为逃脱应有的惩罚,或者即使惩罚了,力度也是不够的。实际上,对于证人近亲属,甚至是具有密切关系的人(如订有婚约的另一方)进行威胁、打击可以起到同样的效果。此外,现行法律过于注重对身体安全的保护,而没有涉及财产、名誉、职业等方面,这不能不说是一个漏洞。

其二,就保护方式而言,主要限于对证人遭受打击报复后的事后补救。审判是一个系统工程,

① 与之相对应,《民事诉讼法》第102条也有类似规定。

② 仍需强调的是,此处的检举人、控告人和报案人并非严格证据法意义上的证人。

③ 如在当事人要求当庭询问、质证时,检察院是否有权利掩饰证人身份?这种掩饰是否侵犯了被告人的权利?特别是在“辩诉交易”没有制度化之前,如何处理所谓的“污点证人”问题?

证人的安全无论在审前、审中或审后均有可能遭到威胁、报复,而仅仅注重事后保护无法彻底打消证人的惧怕心理,不能完全解决问题。另外,现行法律对于证人作证前后的保密工作也很少涉及。因为缺少事前预防性保护,导致证人隐蔽自身、躲避报复的成本过高,即使证人在遭到实际的打击或报复以后能够获得法律的救济,这一矫正正义也非其所欲。^①

其三,就保护主体而言,《刑法》和《刑事诉讼法》均将公安机关、检察机关和法院相提并论,并未进行具体分工。在实践中,这种指派责任的方式或导致资源浪费,或造成相互推诿。更为重要的是,保护证人并非毫无成本。无论是事前保护,如贴身保护、为证人提供安全及隐蔽地点、特别监护、住所迁移、在法庭上改变证人的声音、隐蔽证人容貌、更改姓名等等,还是事后保护,如改变证人的身份、住址、仪容等等均需投入大量人力、物力和财力。在没有专门预算的情况下,很难期望上述三个部门会真正关注、执行证人保护计划。

上述问题表明,零散的证人保护规定不仅造成法律体系本身的矛盾,还使证人陷入求助无门的境地,法律体系所特有的确定性和可预测性并不能消除潜在证人的后顾之忧,也无以鼓励普通公民的作证意识。或许正是基于证人保护制度之缺乏,尽管《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,但并未规定相应的处罚措施。然而,如前所述,如果没有人作证,或证人作证却不出庭,控辩双方就无法有效、全面和多角度地盘问证人,互相质疑对方所提出的证据与论据。而一个没有证人的庭审程序,至少是有严重缺陷的。同样,没有质证的庭审,必然充满着“纠问式”庭审的残余,必然是重口供轻人权的庭审,也使得《刑事诉讼法》第46条的规定成为一纸具文。^②因此,证人不能得到系统保护是一个难以通过其他制度加以回避的问题,只有证人切实得到保护,现行《刑事诉讼法》的理念方可得到贯彻。

三、证人保护制度的基本框架

一般而言,系统的证人保护制度需要包括如下基本框架:

1. 证人保护的主体和范围

尽管在理论上,所有证人均应受到保护,如联合国《模范证人保护法案》、南非《1998 证人保护法》和菲律宾《证人保护、安全和利益法》均作如是要求。但考虑到保护机构的人力限制和财政约束,更多国家和地区的证人保护法均明确限定了可以得到证人保护的人选。较为典型的是我国台湾地区的“证人保护法”。该法第3条规定:“依本法保护之证人,以愿在检察官侦察中或法院审理中到场作证,陈述自己见闻之犯罪或流氓罪证,并依法接受对质及诘问之人为限。”这一规定的特色在于将受保护的证人限于出庭证人,从而可以有效贯彻庭审的对抗制。除此之外,“证人保护法”第2条还从所涉案件的性质上进行限制,即只有最轻本刑为三年以上有期徒刑之罪以及特定类型的犯罪。本文认为,我国台湾地区的做法有其可取之处,具有较强的可操作性,较为符合我国证人不愿出庭作证之现状,并且有助于推行强制证人出庭制度。当证人保护制度发展较为成熟时,可将受保护的证人扩展至未出庭作证的证人不失为稳妥之举。

证人保护的主体涉及客体问题。我国现行法律主要关注保护对象的身体健康方面,而有意无意地忽略了被保护证人的名誉、财产。至于一些特殊情况,如证人知识产权的保护、心理健康的维系等更是难以顾及。如果证人保护计划仅仅保证了证人的人身安全而未顾及证人社会状态的恢复,则在很多情况下仍无法解决证人不作证或不出庭作证的尴尬局面。所以,可借鉴我国台湾地区“证人保护法”第4条的规定,将保护范围扩展至证人的“自由和财产”。

① 当然,在《刑法》中规定具有行政法性质的证人保护制度并非妥当。刑法主要涉及事后惩治而非事先预防,刑法关于证人的规定,显然不足以有效地事先保护证人安全。但即使在事后惩治方面,《刑法》也应明确违反证人保护的法律后果。

② 《刑事诉讼法》第46条规定:“对一切案件的判处都要重证据,重调查研究,不轻信口供。只有被告人供述,没有其他证据的,不能认定被告人有罪和处以刑罚;没有被告人供述的,证据充分确实的,可以认定被告人有罪和处以刑罚。”

在确定证人保护的對象和範圍時,一個難點是如何界定與證人有密切關係的人的保護問題。從功能論角度出發,這些人並不是證人,並沒有為國家作出貢獻,因此,對這些人的保護應比照普通公民的保護進行。或者說,可以將這些人比擬為需要保護之證人的“財產”而加以保護。從規範論角度出發,雖然這些人並非證人,但是因為其與證人的特殊關係,並且因為證人作證行為而受到來源明確的威脅或打擊,他們自身應受到國家的特殊保護。否則,如果這些人的可保護性依賴於證人,當證人死亡或失蹤時,他們將喪失保護權而可能受到報復。因此,可借鑒加拿大的“受保護人”的概念,將證人和與證人具有特定關係或聯繫而因此受到威脅的人均列為受保護的主體。^①當然,是否將與證人具有特定關係或聯繫的人具體限定在近親屬的範圍之內是一個立法政策問題,在證人保護法草創階段應以明晰性為佳,而不應將之授予證人保護機關裁量。

2. 證人保護的機關

現行法律將證人保護任務統一授予公安機關、檢察機關和審判機關,極易造成分工不明、相互推諉現象的發生。對這一問題進行解決的方式有三種:

其一,根據《憲法》第135條和《刑事訴訟法》第7條的精神,人民法院、人民檢察院和公安機關應“分工負責,互相配合,互相制約”,以準確有效地執行法律。儘管仍然要維持目前現狀,但是應明確分工。具體而言,依據《刑事訴訟法》第3條,應由公安機關負責刑事案件偵察、拘留、執行逮捕和預審階段的證人保護,由檢察院負責自偵案件和提起公訴階段的證人保護,由法院負責審判階段的證人保護。這一解決思路直接導致兩個問題尚待解決:第一,分工保護證人沒有整體意識。這體現在:如何協調各個階段的證人保護工作?如果前後兩個機關在對證人應否受到保護以及應受到何種保護等問題的判斷上產生偏差,應以哪個機關為準?既然《刑事訴訟法》明確規定除法律特別規定之外,其他任何機關、團體和個人都無權行使這些專有權力,是否可以認為,只要進入下一階段,對於證人的保護問題就應當重新審查?第二,分工保護證人沒有前瞻意識。偵察、公訴和審判具有階段性和時效性,審判結束即告一段歷史的終結,但證人仍需繼續生活,分工保護恰恰沒有很好地解決審後的證人保護問題。

其二,在現行的三大機構中選擇某一機構統一負責證人保護工作。根據《憲法》第三章第七節,人民檢察院和人民法院並非行政機關,而公安機關則為典型的行政機關。在能動性、靈活性、針對性和前瞻性方面,作為行政機關的公安機關具有無可比擬的優勢。在偵察、公訴和庭審階段可由公安機關內部負責刑事偵察職能的機構負責證人保護,在審結案件後,如果仍有保護證人的需要,可以公安機關內部負責治安管理的機構負責證人保護。^②這種機關內部的合作和信息交流,既可以消除不同部門銜接不暢的問題,又能有效地幫助證人恢復平時的生活狀態。就一般證人保護而言,這一解決方案自然有其可資贊同之處,而且一些國家和地區的確通過警察部門進行證人保護。^③然而,在如何保護“污點證人”這一問題上顯示出由行政機關主導證人保護的弱點:“污點證人”作證的前提是法律身份轉換,即由同案被告人轉換為同案證人進行作證。為獲得“污點證人”的配合,往往需要豁免相關刑事責任,而這一權限顯然不宜授予行政機關。

其三,成立專門的證人保護機構,綜合協調公安機關、人民檢察院和人民法院的證人保護工作,並特別注重審前和審後的保護工作。這一模式將證人保護的決策和執行相對分開,由專門機關決定是否進行以及如何進行證人保護計劃,由公安機關、人民檢察院和人民法院負責具體執行。其好處在於,既可以防止各個部門相互推諉責任,又可擴展保護的時間段,並且還能很好地解決“污點證

① The Witness Protection Program Act, Statutes of Canada, 1996, Chapter 15, section 2.

② 何家弘主編:《證人制度研究》,北京:人民法院出版社,2004年,第185頁。

③ 如加拿大主要通過RCMP(the Royal Canadian Mounted Police)進行聯邦層面的證人保護工作。參見“Source-Witness Protection Program”: Don Boudria, House of Commons Debates, Volume 133, Number 072, 1994.

人”作证进行刑事责任豁免的问题。^①

本文认为,第三种观点有其合理性和可操作性。这种模式不需触及当前公安机关、人民检察院和人民法院之间的权力配置,既尊重了人民法院的审判权,又可倚重于公安机关的执行力。如前所述,如果将受保护的证人限于出庭证人,则该专门机构可以设在检察机关或法院内部,但又相对独立于检控和审判部门。^②但是,当受保护的对象扩大后,将专业证人保护机关设立于司法机关内部则有待商榷。

3. 证人保护程序

一般而言,证人保护程序可以分为启动、执行和终结三个阶段。

在启动阶段,既可由证人主动申请,也可由公安机关、人民检察院或人民法院作出要求,从而启动证人保护计划,由证人保护机关按照既定因素考量是否给予保护。^③需要明确的是,对证人保护不是国家对证人所冒风险的回报,而是证人基于其特定身份所享有的特定权利,因此,不应由证人保护机关享有最终决定权。至于由哪一个机关最终给予证人以权利救济,各国(地区)规定并不完全一致,如英国采用巡视官制度给予证人以救济,我国香港地区则成立联席会议来受理证人的复审要求。既然将证人获得保护视为一种因特定资格而固有的权利,就有必要建立证人保护的复审机制。考虑到证人保护的秘密性、专业性以及时效性,如果将复审权授予法院,则极有可能因程序复杂而造成时间拖延,因专业知识匮乏而造成司法遵从,因此,应建立类似于巡视官或联席会议的制度,从专业的角度迅速处理复审事项。

一旦证人被纳入证人保护计划,则主要应由公安机关加以执行。按各国惯例,执行的依据主要是证人与证人保护机关之间协商签订的“证人保护书”。证人保护书的内容主要包括申请人的身份特征(如姓名、性别、年龄、住所、社会关系等等)、作证的案件和事项、请求保护的理、请求保护的方式等事项。同启动阶段一样,在协商未果的情况下,证人依然可以申请复审,以维护自身的权利。

考虑到制度的初创性和人力、物力和财力的有限性,对于证人保护手段的选择应以必要性为原则,为此,需要综合平衡各种权益关系。庭审中经常面临的问题是:当证人的生命权与被告人的质证权发生冲突时,如何平衡证人隐匿身份的要求和被告人知晓证人身份的要求之间的关系?我们认为,在庭审阶段能否表明证人身份要依赖于庭审后证人能否得到安全保护为条件。如果在证人事后安全得不到保证的情况下暴露其身份,则会造成无人愿意作证的尴尬局面;如果一味地隐匿证人身份,则必然会损害被告人的权益。对此,欧洲一般采用事后改变证人住所或身份等方法来解除证人出庭作证的后顾之忧,并且也有利于保障被告人受到公平审判的权利。^④联合国《模范证人保护法案》第5条特别强调了证人身份的变更问题,涉及改变出生、死亡、婚姻登记等事项。相比之下,美国的做法更为完备,既包括证人外在社会状态的改变,如住所、身份证件、个人简历乃至面容的变更,还涉及证人融入新的社团所需的内在心理辅导等事项。^⑤

证人保护计划能够终止以及何时终止直接影响到证人的权益。终止既包括证人主动申请,也包括证人保护机关主动终止。就证人主动申请之情形,一个理论争议在于,证人保护机关是否应进行实质审查方可同意终止,还是仅仅做形式审查即告证人保护计划的终结。考虑到保护证人安全

① 在现行法律体制下,《刑法》第68条、390条和392条均可构成“污点证人”刑事豁免的基础,但必须经由人民检察院提出申请、人民法院批准方可享有此特权。

② 我国台湾地区即采用这一模式。具体参见台湾地区“证人保护法”第4条。

③ 如The Witness Protection Program Act, Statutes of Canada, 1996, Chapter 15, section 6 & 7.

④ 如德国、意大利、荷兰等国主要采用改变住所的方法来保护证人。至于改变身份,因涉及众多的法律问题(如与证人身份密切相关的宪法上的选举权和被选举权、婚姻家庭法和继承法上的相关权利等)而较少采用。参见Toon van der Heijden, Witness Protection Programs Compared, ICC, Durban, 3-7 December 2001.

⑤ See Attorney General Guidelines for Victim and Witness Assistance (May 2005) Art. III, Art. IV.

乃是国家的责任之一,即使证人要求终止保护计划而放弃自身的权利,保护机关也有必要进行实质审查以决定是否终止。相应地,如果一项证人保护计划由保护机关主动终止,则应赋予被保护人以复审权。

四、结语

对证人实施保护主要基于证人这一特定身份所遭致的特殊风险而需要国家积极介入,证人对于社会的贡献则是附属性的。正因为如此,在确定证人的资格条件时,保护机关应主要评估证人所遭遇风险的大小和可能受到打击报复的几率。同时,当被告人的权利同证人的权利发生冲突时,也应基于这两种权利自身进行平衡,而不能单纯考虑可能的判决结果。当然,在制度初创阶段,限于人力、物力和财力,有必要在立法层面将可受保护的证人限定在重大案件的出庭证人之上,但这绝不意味着承认只有证人为国家作出贡献,国家才提供保护的“交易理论”,同时,应逐步扩大证人保护的对象和范围。^①因此,证人一旦被纳入保护计划,保护机关应将证人保护与所待审理或已经审理的案件相对分离。如我国台湾地区“证人保护法”第6条规定了保护机关核发证人保护书时所需参酌的九个事项的第一项即“证人或与其有密切关系之人受危害之程度及迫切性”,最后一项才是“公共利益之维护”。

如果说证人自身所遭遇的特殊风险是要求证人保护的自足理由(self-sufficient reason),则建构证人保护制度无待其他证人制度的完善。即使没有推行强制证人出庭制度,也不妨碍建立独立的证人保护体系,这一点突出体现在打击犯罪活动的国际公约之中。^②顺应世界潮流,中国在法律层面建立自身证人保护制度,不仅有利于积极开展国际合作、打击犯罪,更体现了对人权的尊重,也为其他证人制度的完善提供了强有力的支持。

Legal Analysis on the Establishment of the Witness Protection System

SUN Nan-shen PENG Yue

(Law School, Fudan University, Shanghai 200433; Law School, Nanjing University, Nanjing 210093, China)

Abstract: The perfect protection of witnesses is the foundation of the rival criminal procedure system. There are reasons for the protection of witnesses, not only because of the contributions they made to the country, but also because of the special risks they suffered, which requires the intervention of the country. The effective witness protection system has not been established under the current legal system, which resulted in the reality that there are no witnesses appearing on trial in many criminal cases. Therefore, it is necessary to clarify the contents of the witness protection, including its subject-matter, scope, protection organs and procedures, so as to enlarge the scope of the protection and strengthen remedies for the rights of witnesses.

Key words: protection of witnesses; subject-matter and scope; protection organs; protection procedures; remedies for rights

[责任编辑 吕晓刚]

① 否则,一项举报难以立案或未进入审判阶段,则举报人或控告人很难受到保护。如在“李文娟事件”中,辽宁省鞍山市国税局原公务员李文娟,因实名举报当地国税局存在人为减免和少收企业巨额增值税的现象,两度被拘留,最后以“无理上访,扰乱国家机关工作秩序”为由送劳动教养。李文娟的举报,未受到任何部门的保护,反而给自己和家人带来了灾难。而很多人都说她傻,不值得那样去做,她自己也觉得付出太多。最后,李文娟的反应是:“以后,我不会举报了。”参见《李文娟:举报国税局后被2次辞退劳教1年》,《南方都市报》2006年3月29日。

② 如联合国《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第13条、联合国《预防和控制有组织犯罪准则》第11条、联合国《反腐败公约》第32条等。