

Research on
the Confrontation Right
of the Criminal Defendant

刑事被告人 对质询问权研究

沈源洲◎著



中国政法大学出版社

Research on
the Confrontation Right
of the Criminal Defendant

刑事被告人 对质询问权研究

沈源洲◎著



 中国政法大学出版社

2012·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事被告人对质询问权研究 / 沈源洲著. —北京: 中国政法大学出版社, 2012. 2

ISBN 978-7-5620-4157-3

I. ①刑… II. ①沈… III. ①刑事诉讼-当事人-权利-研究-中国 IV. ①D925.212.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第010113号

书 名 刑事被告人对质询问权研究 XINGSHI BEIGAOREN DUIZHI XUNWENQUAN YANJIU

出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)

北京100088 信箱8034分箱 邮编100088

<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)

010-58908325(发行部) 58908334(邮购部)

编辑统筹 综合编辑部 010-58908524 dh93@sina.com

规 格 720mm×960mm 16开本 20.75印张 395千字

版 本 2012年3月第1版 2013年3月第2次印刷

书 号 ISBN 978-7-5620-4157-3/D·4117

定 价 46.00元

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

序

呈现在读者面前的这部《刑事被告人对质询问权研究》，是本人指导的博士研究生沈源洲先生在其博士学位论文的基础上修改而成的。刑事被告人对质询问权问题既是一个具有宪法性地位的深层理论问题，又是一个法庭质证科学技术层面的问题。因此研究这一问题对于保障刑事被告人的程序基本权，推动对抗式刑事审判程序的科学构建既有重大的理论意义，又有现实针对性。

本书以刑事被告人对质询问权为研究对象，研究目标是为构建我国刑事被告人对质询问权提供理论支撑。刑事被告人对质询问权是指在刑事诉讼中被告人与不利于己的证人面对面对质并对其进行对抗性询问的权利。对质询问权是法治国家宪法和国际人权公约赋予刑事被告人的程序基本权，是刑事被告人获得公正审判的最低限度的程序保障，是保证不利证人出庭作证的宪法要求。鉴于我国严峻的刑事司法现状，对质询问权制度的研究无论在理论上还是实践中都显得必要和紧迫。作者从宪政的角度阐释了刑事被告人对质询问权的宪法权利性质，澄清了目前研究中出现的一些理论偏差，结合现状，为解决我国刑事司法实践中存在的被告人权利保护不足和证人不出庭作证，法庭审判流于形式的问题提供了一种新的思路。

博士学位论文的生命力在于创新性，根据本人的观察，本书的创新之处主要体现在以下几个方面：

第一，从宪政的角度阐释了刑事被告人对质询问权作为刑事被告人基本人权的性质，从而澄清了将刑事被告人对质询问权的功能和价值定位在发现真实和保障言词证据的可靠性上的错误认识。指出对质询问权的主要价值是保障公正审判和保护刑事被告人权利，发现真实是其次级价值。

第二，推翻将刑事被告人对质询问权作为传闻证据规则的宪法基础或者正当性基础的观点。通过对美国联邦最高法院判例的研究，分析我国刑事诉讼中引进传闻证据规则主张的认识偏差，指出刑事被告人对质询问权并不是

II 刑事被告人对质询问权研究

传闻证据规则的宪法基础和正当性根据，传闻证据规则的功能主要在于发现真实，对质询问权保障的是更为重要的价值，即保护人权和公正审判。基本厘清了传闻证据规则和刑事被告人对质询问权的关系。

第三，从保障刑事被告人对质询问权的角度阐释强制证人出庭作证的正当性，以解决我国刑事诉讼中证人出庭作证的问题。从宪法层面赋予刑事被告人对质询问权是保证公正审判的基本要求，是强制证人出庭作证的正当性根据。

第四，解决了关于刑事被告人对质询问权与交叉询问规则的关系问题。在当前的研究中，对于刑事被告人对质询问权与交叉询问规则的关系上，有学者认为对质询问权是交叉询问的理论基础，本书通过对二者的比较研究澄清了这样的误解，指出二者虽然关系密切，但是分属于不同的体系。同时通过对交叉询问规则的分析，认为交叉询问规则并不是中国刑事审判法庭调查规则的唯一选择，应当建立有中国特色的法庭调查规则。

第五，在直接言词原则、律师辩护制度、强制取证权与被告人对质询问权的关系上，进行了较为深入的研究，分析了这些原则和权利与刑事被告人对质询问权的密切关系及其在保障对质询问权实现方面的价值和问题。

第六，通过对现行的刑事被告人程序基本权制度和证人作证制度的分析研究，提出了在中国确立刑事被告人对质询问权的本体构建及相关保障制度和程序的初步设想，以探求对质询问权在中国实现的最佳路径。在刑事被告人对质询问权的本体方面，作者提出应当从七个方面加以构建：一是确立实质性的证人概念与范围，明确对质询问权的适用对象；二是建立证人证言证据能力规则；三是明确规定辩方询问不利证人的权利；四是完善特殊证言的证据补强规则；五是建立共同被告人的对质询问规则；六是重构法庭证人询问规则；七是建立对质询问权的救济规则。刑事被告人对质询问权的制度和程序保障应当从六个方面完善：一是确立无罪推定原则；二是完善现代辩护制度；三是建立强制证人出庭作证制度和证人拒证特权制度；四是完善证人保护制度和证人补偿制度；五是建立强制取证程序；六是完善证据开示制度。上述六个加以保障的几乎空白的权利制度，这些想法还是有失简单，仍需要进一步完善。

源洲是我指导的博士研究生中年龄比较大的，入学前他已经是内蒙古财经学院法学院的副教授。他非常珍惜来北大读博的难得机会，在北大学习的四年时间里，他努力学习、刻苦钻研、虚心求教、勤于笔耕，终于完成了这篇颇为厚重的著作。作为他的导师，本人十分欣慰。

博士学位论文的出版，是源洲学术道路上的一个里程碑。我衷心希望源洲以此为契机，学术之路越走越宽，是为序！

汪建成

2011年9月23日于燕园书斋

内容提要

刑事被告人对质询问权是法治国家宪法和国际人权公约赋予刑事被告人在刑事诉讼中享有的程序基本权，也是刑事被告人获得公正审判的最低限度的程序保障。对质询问权的基本要求是刑事被告人在刑事诉讼中有权与不利于自己的证人对质并进行对抗性询问，目的在于防止国家追诉机关滥用权力，使用法庭外单方获取的书面证言对刑事被告人任意追诉，以保证审判公正。根据宪政国家和国际人权组织的理论与实践，刑事被告人对质询问权的内容主要包括对质权和询问权两部分。在中国刑事诉讼中，侦查中秘密取得的证人证言可以直接作为定罪依据，证人不出庭作证成为法庭审判的常态，这种做法破坏了审判的公正，成为冤假错案滋生的重要原因，与宪法性刑事诉讼的基本要求和现代刑事诉讼发展趋势严重背离。在人权保障入宪和刑事诉讼改革的背景下，保障刑事被告人的基本权利成为中国刑事诉讼法完善的重要内容，具有宪政基础的要求不利证人出庭作证的刑事被告人对质询问权的确立，对于推动中国目前形式化的刑事审判向实质性的公正审判转变具有重要作用。

对质询问权作为刑事被告人获得公正审判的宪法权利，来源于现代英美法，作为一种具有普适价值的超越法系和诉讼构造的基本人权，已经在世界范围内得到普遍承认。对质询问权是强化刑事被告人诉讼主体地位的保障，也是抑制公权力侵权的手段。刑事被告人对质询问权理论基础源于宪政理论中的权力制衡理论、维护人的尊严的诉讼主体性理论和程序正义理论。无罪推定原则、现代辩护制度和强制取证程序是对质询问权得以实现的主要制度保障。刑事被告人对质询问权具有保障基本人权、保证审判公正、实现控辩平衡和促进发现真实的多元价值，发现真实是对质询问权的次级价值，不宜过分夸大发现真实的工具性价值。美国宪法和欧洲人权公约对刑事被告人对质询问权的发展作出了巨大贡献并且对世界各国刑事诉讼产生了积极影响。美国联邦最高法院和欧洲人权法院的判例对刑事被告人对质询问权的理论和

内涵的详细阐释为中国确立刑事被告人对质询问权提供了有益借鉴。中国刑事诉讼中对刑事被告人程序基本权的保障严重不足，刑事被告人对质询问权未能确立，严重损害了审判的公正性。随着中国社会的进步，出于限制政府权力和保障基本人权的现代宪政的基本要求，刑事被告人对质询问权在中国的确立不仅有其内在的必要性，而且已经具有可行性。对质询问权应当作为刑事被告人程序基本权的一个重要部分加以确立，否则不能达到实现宪法性刑事诉讼的目的。刑事被告人对质询问权的确立将有利于推动中国宪法性刑事诉讼发展的进程。本书的最后部分为确立中国的刑事被告人对质询问权提出了一些初步设想。笔者认为，构建中国的对质询问权制度应当从两个方面着手：一是构建刑事被告人对质询问权制度本体；二是建立和完善与刑事被告人对质询问权相关的保障制度和程序。

目 录

序 | I

内容提要 | IV

导 论 | 1

- 一、问题的提出 | 1
- 二、研究进路和研究现状 | 4
- 三、研究方法 | 9
- 四、研究目的 | 10

第一章 刑事被告人对质询问权的理论述说 | 12

- 一、刑事被告人对质询问权的相关术语界定 | 12
- 二、刑事被告人对质询问权的内涵 | 16
- 三、刑事被告人对质询问权的性质 | 38
- 四、刑事被告人对质询问权的功能 | 46
- 五、刑事被告人对质询问权的基本理论及评价 | 51
- 小 结 | 60

第二章 刑事被告人对质询问权的正当性根据 | 63

- 一、刑事被告人对质询问权的理论基础 | 63
- 二、刑事被告人对质询问权的制度基础 | 83
- 三、刑事被告人对质询问权的价值 | 95
- 小 结 | 107

第三章 比较法考察 I——以美国法为范本的研究 | 110

- 一、刑事被告人对质询问权的适用对象 | 110
- 二、刑事被告人对质询问权的适用程序 | 113
- 三、美国宪法判例中的刑事被告人对质询问权 | 117

2 刑事被告人对质询问权研究

- 四、克劳福德案的权利界限：证言性陈述 | 137
- 五、对质询问权与传闻证据规则 | 141
- 六、刑事被告人对质询问权的放弃和丧失 | 149
- 七、对质询问权与交叉询问规则 | 154
- 八、刑事被告人对质询问权的救济 | 158
- 小 结 | 161

第四章 比较法考察 II——以欧洲人权公约为扩展的研究 | 163

- 一、欧洲人权公约和刑事被告人程序基本权 | 163
- 二、欧洲人权公约中的证人 | 168
- 三、欧洲人权法院判例中的刑事被告人对质询问权 | 174
- 四、刑事被告人对质询问权适用范围和程序 | 182
- 五、证人保护与刑事被告人对质询问权的平衡 | 185
- 六、刑事被告人对质询问权的救济 | 199
- 小 结 | 202

第五章 中国确立刑事被告人对质询问权的必要性与可行性 | 204

- 一、中国刑事诉讼中被告人对质询问权的现状 | 204
- 二、中国确立刑事被告人对质询问权的必要性 | 217
- 三、中国确立刑事被告人对质询问权的可行性 | 232
- 小 结 | 241

第六章 中国确立刑事被告人对质询问权的基本设想 | 243

- 一、中国刑事被告人对质询问权的本体构造 | 245
- 二、中国刑事被告人对质询问权的制度和程序依赖 | 268
- 小 结 | 296

结 论 | 299

参考文献 | 302

后 记 | 315

导 论

一、问题的提出

1996年我国刑事诉讼法修改的主旨之一在于促使刑事诉讼模式尤其是庭审模式向当事人主义转变。主要是想通过控辩双方在法庭上平等举证、质证并在对抗辩论中查明案件事实真实的方式,充分发挥当事人的作用,走审判中心主义的道路,实现法庭审判的实质化,以消除以前存在的先定后审、法庭审判流于形式及刑事审判规范形同虚设的问题。但是由于刑事被告人缺乏必要的程序权利保障导致实践中的对抗不足,庭审方式的改革没有取得预期效果,公正审判亦未真正实现。证人不出庭作证的制度缺陷无疑是形成这种结果的重要原因。在审判中,刑事被告人没有权利要求证人出庭作证,审前程序中作出的证人证言、被害人陈述等言词证据以检察机关案卷笔录甚至侦查机关案卷笔录的形式出现在法庭上,通过当庭宣读案卷笔录的方式进行法庭调查,并作为法官裁判的依据,形成了一种以案卷笔录为中心的裁判方式。这种裁判方式进一步加重了法庭审判流于形式的问题,导致审判不公正,也成为冤假错案发生的重要原因。因此,如何从完善现行证人出庭作证制度入手实现公正审判,就成为进一步深化庭审方式改革急需解决的问题。

在完善证人出庭作证制度的问题上,学者们从证人本身出发进行研究,分析证人不出庭作证的原因,提出了完善证人出庭作证制度的很多构想:比如贯彻大陆法系的直接言词原则,引进英美法系的传闻证据规则,完善证人保护和补偿制度以及建立强制证人出庭作证制度等。这些主张虽然都有一定的积极意义,有助于推动证人出庭,但没有抓住问题的本质,不可能从根本上解决证人出庭的问题。中国刑事诉讼中存在的各种问题与被告人没有宪法和法律赋予的基本权利确保其主体地位,处于被动的被追诉地位都有着密不可分的关系,在证人出庭作证制度方面亦是如此。审判机关审判案件的目的在于通过查明案件事实来解决刑事被告人的刑事责任问题,审判结果直接关系到被告人的利益。因此证人是否出庭作证,并不仅仅关系到是否能查明案件真相的问题,而且关系到审判是否公正,刑事被告人宪法权利能否得到保障和程序正义能否实现的问题。刑事被告人对质询问权正是从发现真实之外保证审判公正的视角出发找到了要求证人出庭作证的正当性根据。按照宪政国家的通行做法,要求不利证人出庭作证并进行对抗性询问是公正审判的基本要求,通过宪法赋予刑事被告人对质询问权的方式来实现。

从对质询问权的内涵来看,其包含的内容远远超过了要求证人出庭作证的要求,不仅体现了刑事被告人的诉讼主体地位,而且要求与不利证人面对面并对其进行对抗性询问,从而揭露证言的虚伪性及侦控机关在证言产生过程中的滥用权力行为,其根本目的在于保证被告人获得公正审判。因此,从刑事被告人宪法权利的角度对证人出庭作证制度进行考察,不仅是保障被告人基本权利的要求,也可以为解决中国目前实质审判和公正审判缺位难题提供一条有益的思路。

刑事被告人对质询问权起源于英美法的一项被告人程序基本权。其经典的法律表述是1791年美国宪法第六修正案的规定:“在所有刑事诉讼中,被告人应当享有与不利于己的证人对质的权利”。该权利的基本含义是刑事被告人有权要求和不利于己的证人面对面对质并对其进行对抗性询问。第二次世界大战之后,体现保障刑事被告人权利和促进公正审判价值的对质询问权已经超越法系和诉讼构造的差异,成为具有普适价值的基本人权,不仅得到两大法系国家的普遍承认,也成为国际人权公约保证公正审判的最低限度的标准。如联合国《公民权利和政治权利国际公约》第14条第3款(戊)项规定,任何人在对他的刑事指控中,有“询问或者已经询问对他不利的证人,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询问”的权利,作为被告人接受公正审判的最低限度的程序保障。《联合国少年司法最低限度标准规则(北京规则)》等其他国际人权公约也作了基本相同的规定。对质询问权在区域性国际人权公约中也得到普遍确立,《欧洲人权公约》和《美洲人权公约》都明确规定了刑事被告人对质询问权作为公正审判的最低限度的程序保障。特别是根据《欧洲人权公约》设立的欧洲人权法院还将对质询问权的规定在整个欧洲大陆付诸实施。美国联邦最高法院和欧洲人权法院的判例将对质询问权所具有的保障人权、公正审判和发现真实的价值完整地展示出来,为其他国家的人权保障提供了合理的参照,同时对质询问权也逐渐明晰自己的权利边界并走向成熟。

对质询问权经历了曲折的发展过程,这为对质询问权在中国的研究和确立提供了有益的经验。由于对权利价值的认识不同,刑事被告人对质询问权在现代法律发展过程中经历了两条不同的道路。对质询问权作为刑事诉讼两大基本目的之一保障人权的重要内容,始终存在和犯罪控制目的之间的冲突与平衡的问题。美国作为现代被告人对质询问权的发祥地,从1791年宪法修正案通过之后的近两百年的时间里,对质条款仅适用于少数联邦案件,几乎没有引起什么特别的关注,直到1965年的波恩特诉得克萨斯州案^[1],美国联邦最高法院通过宪法第十

[1] *Pointer v. Texas*, 380 U. S. 400 (1965).

四修正案正当程序条款将第六修正案对质条款合并适用到州，对质询问权这一基础性的程序保障，才开始全面适用于美国的州和联邦的刑事诉讼中，并逐渐开始发挥其应有的作用。随之，学者们对该条款的起源和历史背景进行了大量的研究，但由于联邦最高法院在案例中认识上的偏差，对质询问权始终和保证证据可靠性的传闻证据规则纠缠在一起，基本的传闻规则被假定为对质条款的要求，有学者甚至认为对质询问权在宪法上表现为对质条款，在证据法上则以传闻证据规则的面目出现。这种以传闻证据的真实性作为检验对质询问权标准的做法在1980年的俄亥俄州诉罗伯茨案^{〔1〕}达到了顶峰，随后一直延续。在该案中确立的罗伯茨标准，即当传闻的陈述人不能出庭作证时，如果该陈述具有足够的可信性标记或者满足根深蒂固的传闻例外，则证言具有可采性，自动满足对质询问权的要求，而不论是否接受了对质和交叉询问。尽管有学者提出异议，但是下级法院和多数学者仍然跟在联邦最高法院之后亦步亦趋。这种规则虽然从表面上反映为证据规则和被告人对质询问权的关系问题，但其本质是犯罪控制和保障基本人权的冲突，审判者为了保证有效地惩罚犯罪，并不愿意放弃有证明力的证据，即使按照宪法的要求证据并不具有证据能力时也是如此，严重侵犯了刑事被告人的宪法权利。这种违反对质询问权的本质的做法直到2004年克劳福德诉华盛顿州案^{〔2〕}后才发生改变。在该案中美国联邦最高法院推翻了罗伯茨标准，法院在审查了对质条款的历史背景后得出结论：宪法制定者不会允许采纳未出庭证人的证言性陈述，除非他不能出庭作证，并且被告人在先前已经有机会进行交叉询问。即任何证言性陈述，无论是否有其他的根据认为该陈述是“可信的”，只要不满足上述例外，都禁止采用。至此，对质询问权回归了它保障公正审判的程序基本权的本来面目，在庭外陈述的可采性问题上，权利是为了保障公正审判和保护被告人权利而存在，而不仅仅是发现真实，尽管它具有这样的功能。克劳福德案恢复了对质条款的本源，有美国学者认为，这“不仅是对被告人权利的阐明，更是忠实于宪法文本和内在涵义的胜利，是在长时间的歧路后回归了正轨，使得法院在考虑陈述的时候不再去想它是不是足够的可靠，而是能够思考对此种证据的认可会破坏宪法对被告对质不利于己证人并进行询问的权利之保护”。^{〔3〕}总之，克劳福德案的判决不仅重新确立了对质询问权的宪法地位，初步厘清了传闻证据规则与对质询问权的关系，也对美国和国际的对质询问权理论和实践的发展产生了巨大影

〔1〕 *Ohio v. Roberts*, 448 U. S. 56 (1980).

〔2〕 *Crawford v. Washington*, 541 U. S. 36 (2004).

〔3〕 Richard D. Friedman, "The Confrontation Clause Re-Rooted and Transformed", *Cato Sup. Ct. Rev.* 2003 ~ 2004, 439 (2004).

响,因此成为本书重点考察的对象。

与美国受证据规则影响的曲折发展经历不同,吸收了美国理论的《公民权利和政治权利国际公约》、《欧洲人权公约》等国际人权公约没有受到传闻证据规则的影响,明确规定被告人对质询问权是公正审判的最低标准,是刑事被告人的基本权利,走出了证据规则的阴影。通过这些公约的影响,多数大陆法系国家在自己的宪法或者刑事诉讼法中明确规定了对质询问权是刑事被告人的程序基本权,而不仅仅是检验传闻证据可靠性的宪法依据。特别是欧洲大陆国家在欧洲人权法院判例的影响下,通过各种方式满足公约的要求,以保障刑事被告人的对质询问权,这些实践为在超越法系和诉讼构造的基础上保障被告人对质询问权进行研究具有深远意义。但是在欧洲人权法院对质询问权发展过程中,出现的一个主要问题是证人保护,也就是证人利益和被告人权利的平衡问题,也就是说,对质询问权作为刑事被告人的程序基本权并不是一种绝对的权利,除了要防范国家权力的任意侵犯之外,同时要受到具有同等价值的其他权利的制约,其中特殊证人的利益和正常的社会关系保护是主要因素,这也是本书研究的一个主要问题,因为无约束行使权利的结果只能使权利遭到破坏,对质询问权应当受到合理的限制,在保证刑事被告人得到公正审判的同时要注重证人利益的保护。当然,应当说明的是,在法治国家宪法或国际人权公约规定之下保障刑事被告人获得公正审判是本书贯穿始终的研究对质询问权的主线。正是基于中国目前存在的问题导致缺乏实质性的审判,审判的公正性更是常受到质疑,宪法权利位阶上的对质询问权缺失是一个重要原因。因此,本书拟以对质询问权的研究作为中国将来制度完善的一个基础方面,故必须对外国理论和实践进行深入的分析,以期有益于我国宪法和刑事诉讼法的完善、公正审判的实现和被告人权利的保障。

二、研究进路和研究现状

(一) 研究进路

本书是从宪政的角度出发对刑事被告人对质询问权进行研究。之所以在宪政视野下研究对质询问权是由其本身具有的宪法基本权利的属性决定的。对质询问权属于宪政国家宪法赋予刑事被告人在刑事诉讼中享有的程序基本权,而宪政国家宪法和刑事诉讼法有着紧密的联系,研究刑事诉讼法中具体的制度和权利不仅不能脱离宪法的视野,而且必须在宪政实践中加以考察。

首先,从宪法和刑事诉讼法的关系来看,对质询问权是刑事被告人宪法权利在刑事诉讼法中的直接体现。宪法不仅决定着刑事诉讼制度的构建,而且还规范着刑事诉讼法的具体实施。在宪政国家中,刑事诉讼法与宪法有着不可分割的联系。对于宪法和刑事诉讼法的重要关系,中外学者都曾经作过精确的阐释。德国

学者罗科信（Roxin）指出：“刑罚是国家对国民自由的侵害方式中最为严峻的一项，也因此其被视为最受争议的一项；该项刑罚之执行亦正意味着，为了大众之安全利益而完全地忽视了犯罪行为人之自由利益。也正因为如此，使得团体与个人之利益绝无疑见地只有在刑事诉讼上才有如此重大的冲突，而这种在法律上所做之利益权衡正象征性地说明了在一般公共事务中考量国家与个人间的关系时，刑事诉讼法就成了国家基本法的测震器。”〔1〕中国台湾学者林钰雄也认为：“刑事诉讼法与宪法——尤其是基本权——之合致性问题，远比其他法律领域急切而严重。其实，刑事诉讼之立法及实务如何反应、实践宪法的抽象规范，才是检验一国宪法实行实情的关键指标；国家机关在刑事程序中的滥权，可能使得宪法保障的基本权规范成为具文，是以，刑事诉讼法又称为应用之宪法、宪法之施行法、宪法的测震仪或法治国的大宪章。”〔2〕上述观点不仅说明了宪法与刑事诉讼法的密切关系，而且说明二者的关系是以被告人的基本权利为纽带连接起来的。对国家权力进行规范和限制的最终目的是为了保护公民个人的权利。“宪法对当今政府的主要限制，就是政府必须尊重个人权利。当下，宪政事实上已经成为保护个人权利的同义词，而且保护个人权利已成为我们宪法法理学中的最为主要的部分。”〔3〕可见，在整个刑事诉讼领域中，国家权力的行使与公民权利的保障都必须由国家宪法给予直接的规范，主要目的在于防止这一领域国家权力滥用造成对公民权利的任意侵犯。对质询问权正是宪法与刑事诉讼法这种密切关系的直接反映，作为宪法明确规定的被告人程序基本权，是在刑事诉讼中直接实施的权利，充分反映了刑事诉讼所具有的“应用宪法”的性质。其目的在于限制国家侦控机关滥用权力任意提出审判外单方秘密制造的证据作为追诉的工具，体现了宪法所具有保障公民权利和限制政府权力的作用。因此，研究刑事被告人对质询问权必须在宪法的视野下进行，脱离宪法保障基本人权背景的对质询问权不仅会丧失其基本权利的本质，而且会沦为普通的程序和证据规则而失去其本来应有的作用。

其次，从宪法与宪政的关系来看，刑事被告人对质询问权正是将宪法保障人权的内容付诸实施的重要方式。徒法不足以自行，宪法只有通过宪政实践才能达至其根本目的。宪政的根本目的在于限制政府权力和保障公民权利。对于宪政，不同学者有不同的表达方式，但在本质上都没有脱离这两个范畴。在限制国家权力方面，英国学者惠尔（Wheare）认为：“宪政意味着政府依照与专横的政府相

〔1〕〔德〕克劳思·罗科信：《刑事诉讼法》，吴丽琪译，法律出版社2003年版，第13页。

〔2〕林钰雄：《刑事诉讼法》（上册），中国人民大学出版社2005年版，第18页。

〔3〕〔美〕路易斯·亨金：《宪政·民主·对外事务》，邓正来译，三联书店1996年版，第136页。

反的规则来统治；它意味着政府由宪法来限制，而不仅仅只凭那些行使权力的人的愿望和能力来限制。”^{〔1〕} 在保护公民权利方面，美国学者埃尔金（Elkin）指出：“宪政思想传统上关注于最大限度地‘保护社会成员彼此不受侵害，同时将政府侵犯其公民的机会降至最小程度’。它的目标就是‘避免暴政’。”^{〔2〕} 中国有学者认为，所谓宪政，就是以控制国家权力为核心，以保障人权为宗旨，以法治为手段的一种政治制度。^{〔3〕} 在宪法与宪政的关系上，宪法是宪政的前提，没有宪法就不可能建立宪政制度，因为宪政的核心是控制国家权力，如果不对国家权力加以严格的控制，就会逾越法定的界限，对公民权利造成侵犯。但是，并不是有宪法就必然会有宪政，现代社会几乎所有国家都有宪法，但并非所有国家都是宪政国家。要实现宪政必须有一部符合严格约束国家权力和有效保障人民权利的宪法，并且这部宪法能够得到充分地实施。宪政的实现依赖于宪法的充分实施。宪法制定得再好，如果制宪者并无实施的诚意，或者没有建立有效的保障机制，宪政就是一个梦想。刑事诉讼法作为应用之宪法和宪法的施行法，是宪法精神和内容的具体体现，也就是宪政实现的制度保障，所有刑事诉讼领域内需要保护的人权都应当反映在刑事诉讼法中，并在司法实践中得以践行，对司法机关的权力加以有效限制，阻止了其任意侵犯被告人权利，这才能够说实现了宪法化的刑事诉讼，也才能够说在刑事诉讼领域实现了宪政。对质询问权是宪政国家宪法明确规定的被告人宪法权利，如果只体现在宪法文本中，就只有口号和宣示的作用，只有在刑事诉讼中得到充分贯彻，被告人权利得到有效保护，才能构成宪政的内容。因此，对质询问权能够作为宪法权利得以实现，是现代宪政的内容和要求。基于对质询问权具有的宪法权利的属性，其研究应当在宪政视野下展开。

最后，从司法实践来看，刑事被告人对质询问权始终在宪法的维度内运行。凡是确立对质询问权的司法区域，权利的运行和保护都是以宪法为依据的，侵犯对质询问权的行为都得到违宪的司法救济。无论是在国内刑事诉讼的运行中，还是国际人权组织的刑事司法实践中都反映了这种情况，本书所分析的两个法域的对质询问权模式都可以认为是在宪政的范围内运行。在美国的刑事诉讼中，对质询问权完全是依据宪法第六修正案对质条款的规定加以保护，即使是按照传闻例外使用庭外证言时，美国联邦最高法院也认为传闻证据规则是宪法对质条款在证据法中的体现，从来没有否定过对质询问权的宪法地位，认为对质询问权是在宪政视野下加以保护没有任何异议。从欧洲人权法院的对质询问权保护模式来看，

〔1〕 [英] K. C. 惠尔：《现代宪法》，甘藏春、党晓译，宁夏人民出版社1989年版，第152页。

〔2〕 [美] 斯蒂芬·L. 埃尔金等：《新宪政论》，周叶谦译，三联书店1997年版，第27页。

〔3〕 陈永生：《刑事诉讼的宪政基础》，北京大学出版社2010年版，第27页。

虽然在形式上与普通意义上的宪政有所不同,但从本质上说与通常宪政的内容并无不同,主要目的仍然是限制国家权力任意侵犯被告人的权利。本书将欧洲人权法院的保护模式放在宪政视野下加以考察,主要出于以下三点考虑:其一,作为国际人权宪章^[1]之一的联合国《公民权利和政治权利国际公约》及其他国际人权公约明确规定了对质条款,要求对被告人的对质询问权加以保护,实际上给缔约国增加了一种国际法义务,体现了宪政的本质。其二,《欧洲人权公约》本身被称为欧洲人权宪章,保障人权的意义不言而喻,并且公约具有跨国界的支配地位,公约对质条款的规定对欧洲国家对质询问权确立和保障具有重要指导作用,与宪政的本质和内容没有二致。其三,欧洲人权法院的地位和作用决定了其属于宪政模式的正当性。欧洲人权法院被称为欧洲的准宪法法院,不仅对缔约国有强制管辖权而且其判决具有很强的约束力,缔约国都应当遵守欧洲人权法院判决的内容,这种结果事实上与宪政要求的限制国家权力和保护公民权利的目的相一致。基于以上原因,笔者认为《欧洲人权公约》和欧洲人权法院对被告人对质询问权的保护也属于在宪政视野下的考察。总之,笔者的研究是从宪政的角度出发考察刑事被告人对质询问权的内容、演进、保护、救济以及未来的发展方向,这是本书的基本研究思路。

(二) 研究现状

刑事被告人对质询问权最终在美国宪法第六修正案中得以确立,并且通过美国联邦最高法院的一系列案件得以具体化并逐渐明确其内容和边界。对质询问权的理论研究无疑以美国最为成熟。从国外的研究资料来看,美国法上的研究比较全面,关于对质询问权的论文可以说是汗牛充栋。对质询问权的研究随着美国最高法院的判例不断推进。在20世纪60年代之前,由于联邦最高法院管辖的刑事案件较少,因此涉及对质询问权的案件更是稀少,在此期间对质询问权并没有引起太多的关注,研究成果也相对较少。对质询问权研究的第一次高潮出现在1965年的波恩特诉得克萨斯州案^[2]之后。在这一时期,随着美国联邦证据规则的制定和美国最高法院判例对传闻例外使用的不断扩大,对质询问权的研究几乎出现一边倒的情况。“对于在审判中可以提供什么样的证言,最高法院一直倾向于把对质条款和联邦证据规则中规定的传闻例外相等同。换句话说,作为传闻例外采

[1] 《经济、社会、文化权利的林堡规则》(Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)第2条规定:“《经济、社会、文化权利国际公约》和《公民权利和政治权利国际公约》及其任择议定书一起,已于1976年生效。这些公约旨在详细说明《世界人权宣言》和这些文件组成国际人权宪章。”这个规则在1987年被编入联合国文件。参见 UN DocE/1987/17, Annex.

[2] *Pointer v. Texas*, 380 U. S. 400 (1965).