

“十一五”国家重点图书出版规划项目



3

【2009】

总主编 樊崇义

A STUDY ON RIGHT TO CONFRONTATION

对质权制度研究

◎ 廖耘平 著



中国人民公安大学出版社

“十一五”国家重点图书出版规划项目

●诉讼法学文库 2009 (3)

总主编 樊崇义

对质权制度研究

A Study on Rights to Confrontation

廖耘平 著

中国人民公安大学出版社

·北 京·

图书在版编目 (CIP) 数据

对质权制度研究/廖耘平著. —北京: 中国人民公安大学出版社,
2009.3

(诉讼法学文库 2009; 3)

ISBN 978 - 7 - 81139 - 462 - 7

I. 对… II. 廖… III. 证人—司法制度—研究—中国
IV. D925.013

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 017516 号

诉讼法学文库 2009
对质权制度研究
A Study on Rights to Confrontation
廖耘平 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社
地 址: 北京市西城区木樨地南里
邮政编码: 100038
经 销: 新华书店
印 刷: 河北省昌黎县第一印刷厂

版 次: 2009 年 3 月第 1 版
印 次: 2009 年 3 月第 1 次
印 张: 13.125
开 本: 880 毫米×1230 毫米 1/32
字 数: 353 千字
印 数: 1~3000 册

书 号: ISBN 978 - 7 - 81139 - 462 - 7/D · 384
定 价: 32.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn
电子邮箱: cpep@public.bta.net.cn zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话 (批销): (010) 83903254
警官读者俱乐部电话 (邮购): (010) 83903253
读者服务部电话 (书店): (010) 83903257
教材分社电话: (010) 83903259
公安图书分社电话: (010) 83905672
法律图书分社电话: (010) 83905637
公安文艺分社电话: (010) 83903973
杂志分社电话: (010) 83903239
电子音像分社电话: (010) 83905727

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究

“诉讼法学文库”总序

诉讼法制是现代法治的重要内容和标志之一，也是依法治国的重要保障。我国法制建设的历程已经证明，诉讼制度是否健全与完善，直接决定着实体法律的实际效力：没有相应的诉讼制度作为依托，实体权利只能是“镜中花、水中月”；没有完善的诉讼制度予以保障，实体法律将无法如其所愿地实现其追求的立法目的。更为重要的是，诉讼法制的完善程度如何，还直接反映和体现着一个国家、一个民族进步、文明、民主和法治的程度，是区分进步与落后、民主与专制、法治与人治、文明与野蛮的标志。在现代法治国家，诉讼制度作为法治的一个重要环节，受到了前所未有的重视。美国联邦最高法院法官威廉·道格拉斯曾谈道：“权利法案的大多数规定都是程序性条款，这一事实绝不是无意义的。正是程序决定了法治与恣意的人治之间的基本区别”。^①

我国 1999 年宪法修正案正式确立了“依法治国，建设社会主义法治国家”的治国方略，为推进我国社会主义民主、法制建设，完善我国司法体制，提出了新的纲领和目标。而社会主义市场经济的初步发展则培育了公众的权利观念，并由此对司法公正提出了更高的要求。在此大背景下，通过增设新的诉讼制度以充实公民实体权利的实现途径，通过完善现行诉讼制度以保障实体法律的公正实施，从而推进依法治国，加快社会主义民主与法制建设的步伐，已经成为我国法治建设的关键所在。

诉讼制度的构建，与人们对诉讼原理的认识和把握有着密切的关系。诉讼原理是人类在长期的诉讼实践中，在大量经验教训的基

^① 转引自季卫东：《法律程序的意义》，载《比较法研究》总第 25 期。

础上总结出来的、对有关诉讼活动的规律性认识。诉讼原理在诉讼制度的构建及运作中发挥着高屋建瓴的作用。只有正确认识和准确把握诉讼原理，才能构建较为完善的诉讼制度，才能推动诉讼活动向良性运作的状态发展。我国在改革与完善诉讼法律制度时，对于人类经过长期理论与实践探索获得的原理性认识，不能不予以重视，也不能不认真加以借鉴、吸收。

我国诉讼的立法和实践曾十分严重地受到“左”倾思潮和法律虚无主义的影响，诉讼规律和诉讼原理长期被忽视、被冷落。由此造成的后果之一是：司法机关和诉讼制度的功能被狭隘化。例如，刑事司法机关和刑事诉讼法律仅仅被视为镇压敌人、惩罚犯罪并通过镇压敌人、惩罚犯罪来维护社会秩序的功能单一的工具，忽视了司法机关和诉讼法制所具有的制约国家权力使之不被滥用和保护包括犯罪嫌疑人、被告人在内的公民基本人权的作用，忽视了刑事诉讼所具有的独立品格和价值。对诉讼原理、诉讼规律认识的片面和浅陋，已经严重地制约了我国诉讼法制发展的步伐，而且直接对公正、文明地进行诉讼活动产生了非常消极的影响。要扭转这一局面，必须在宏观法律观念上作一个大的转变，同时大力借鉴、吸收法治发达国家丰富的研究成果和宝贵的实践经验，加强对诉讼原理、诉讼规律的研究。

对诉讼原理的正确认识是诉讼立法科学化的前提条件。正确把握诉讼原理，可以帮助我们全面地认识司法机关的功能，并对各种不同的诉讼模式、规则进行正确的取舍，从而在一定的诉讼原理的指导下构建更为科学和更适合“本土资源”的诉讼模式、规则。由此制定的法律，将具有更强的民主性、文明性和科学性。反之，如果不能正确把握诉讼原理，对于存在着内在价值冲突的各种可供选择的立法方案就可能难以作出正确的选择，立法活动就可能要多走许多弯路，甚至要付出沉重的代价。

对诉讼原理的正确认识对于司法活动同样具有重要的积极价值。对诉讼原理的正确把握可以在一定程度上弥补立法的不足。法

律永远是抽象的。要将抽象的法律适用于具体的案件，就必须有科学的观念作为指导。对基本诉讼原理的正确认识，将有利于指导人们对司法活动中必然存在的种种法律适用问题作出科学的解释，从而使法律文本本身存在的不足得到补救。在现代社会，由于法律的稳定性与现实生活千变万化之间的落差只能通过赋予司法人员自由裁量权的途径予以调和，因此对基本诉讼原理的认识，还直接决定着司法人员在行使法律赋予的自由裁量权时，能否作出符合公正标准的决定或者裁判。

要贯彻“依法治国，建设社会主义法治国家”的治国方略，保障诉讼活动的公正进行，也必须认真研究诉讼原理，把握诉讼规律。当前，我国已有不少学者开始探索一些诉讼原理性的问题，如诉讼法律观、诉讼法哲学、诉讼目的、诉讼职能、诉讼价值、诉讼法律关系等，并已取得了一定的研究成果，这有力地推动了人们法律观念的变化，并对立法和司法活动发挥着积极的影响作用。但总的看来，我国诉讼法学界对诉讼原理问题的研究距离立法、司法实践的需求还有很大差距，还需要继续深入。尤其是现有的研究成果一般只是就诉讼的某一方面进行探讨，缺乏对一般性诉讼原理的全面、系统的探讨。因此，随着我国法治进程的推进，探讨一般性诉讼原理已经成为我国诉讼法学界必须研究的课题。

为吸引更多的诉讼法学者致力于诉讼原理的研究，同时也为了能够促使诉讼原理研究及时对立法、司法、学理研究等多个领域产生积极的影响，并对司法实际工作有所帮助，中国政法大学诉讼法学研究中心特意组织力量进行此项题为“诉讼法学文库”的大型丛书的编辑出版工作。“诉讼法学文库”是研究中心的一项长期出版项目，面向国内外专家、学者开放，凡以诉讼原理、诉讼规律为内容且有新意、有深度、有分量的专著、译著，以及对公安、司法工作有指导意义，对立法工作有参考价值的其他诉讼法学著作均可入选。

“诉讼法学文库”自2001年面世以来，得到了诉讼法学界专

家、学者、实务工作者的热情支持，现已出版发行专著 60 多部，这些成果深受广大读者的青睐，已有多部著作获省部级以上的奖励，在这里特向广大读者和作者致以诚恳的谢意！由于编辑工作的需要，该文库从 2006 年起，每年以入选先后，另行排序。特此说明。

中国政法大学诉讼法学研究中心名誉主任

A handwritten signature in black ink, consisting of three characters: '樊', '崇', and '新' (Fan Chengxi).

2007 年元月于北京

序

《对质权制度研究》一书是廖耘平在其博士毕业论文的基础上修改而成的。

对质权，即被告人面对并质询不利于自己的证人的权利，虽然源于当事人对抗式刑事司法制度，但其近年来被认为是公平刑事审判的普遍特征和被告人的基本权利，得到国际公约和两大法系国家的广泛认同。对质权既是有效质证、辨别真伪的需要，也是使被告人受到公平审判的最低保障标准之一，还是超越法系和诉讼构造差异的基本人权。然而，这项权利要求的理论和具体司法实践，却有很多需要探讨和解决的问题。

目前，作为普遍承认的基本权利和公平审判最低保障标准之一的对质权在我国需要确立并贯彻落实，而学界对这一制度的研究也需要加强。作者在这方面进行了有益的探索。本书以权利保护为视角，从基本概念入手，概括了对质权的核心要素；揭示了对质权发展演变的基本过程；探讨了对质权的正当根据、理论基础和诉讼价值；对有代表性的司法辖区关于对质权的理论和实践进行了分析比较，探究其间的异同及产生差别的深层次原因；通过对对质权制度进行比较系统、全面的研究，探讨如何对其合理内容进行很好的借鉴，如何在中国坚持贯彻最低限度的刑事司法国际标准，实现一种最低限度的基本人权保障。这种探索对我国对质权制度的确立有一定参考价值。

应当说，作者就对质权制度的一些重要问题作了比较深入的探

讨，搜集并运用了较丰富的资料，从而为我们提供了许多有用的知识，作者也提出了一些有创见性的观点并作了论证。因此，本书有一定的学术价值和实用意义。不过，一些观点在论证上仍感不够有力，对某些问题的把握也不一定十分准确。作为作者攻读博士学位的指导教师，我希望他继续努力，通过扎实严谨的研究获得更突出的成果。

龙宇翔

2008 年 10 月 18 日

前 言

自 1948 年《世界人权宣言》发布以来，权利话语便开始渗透到社会生活的每一个角落，以权利视角对具体社会制度进行审视便成为一种常见的做法。正如有的学者所言，“如果把现代社会视为一种宏大的构造，那么贯穿其始终的基本设计思想，则是维护和实现民权。从这个意义上说，现代社会的一切制度设计，在根本上都可以、也应该以民权为基本衡量尺度。”^① 刑事诉讼中的基本矛盾是惩罚犯罪与保障人权的矛盾，秩序、自由、公正、效率、效益等价值目标的冲突也大体可以归结为刑事诉讼中惩罚犯罪与保障人权的冲突。刑事程序和证据制度中的诸多问题，如证据能力问题、证人作证问题等，都或多或少地体现出上述基本矛盾。如果从广义的角度理解权利保护，则可把刑事诉讼中的冲突视为不同主体间在利益保护方面的冲突。从权利保护角度来分析刑事证据制度，直接关系到权利保护的范围、方式、限度以及权利保护中的冲突等问题，这些问题直接关系到刑事程序和证据制度的具体设计，从而能够紧紧围绕刑事程序和证据制度设计中的核心问题，具有直接的针对性。因此，权利保护可以作为认识不同刑事证据制度的一个重要

① 张志铭：《当代中国的律师业——以民权为基本尺度》，载夏勇主编：《走向权利的时代》（修订本），中国政法大学出版社 2000 年版，第 110 页。

视角。^①

对质权，即被告人面对并质询不利于自己的证人的权利，虽然源于当事人对抗式刑事司法制度，但其近年来被认为是公平刑事审判的普遍特征和被告人的基本权利，得到两大法系国家的广泛认同。对质权被联合国《公民权利和政治权利国际公约》第14条第3项确立为被指控人在刑事诉讼中所具有的“最低限度程序保障”之一，也被《保护人权和基本自由欧洲公约》第6条第3项及《美洲人权公约》第8条规定为被指控人在刑事诉讼中具有“最低限度权利”之一，在一些国家还被宣告为宪法性基本权利。因为，刑事诉讼是国家权力的集中体现，必须采取措施控制公权力的运作并防范对基本权利的“合法”侵入。尽管体现在这个简单陈述中的观念可以说是现代社会的共识，但被告人基本权利的保障水平却相差很大，对质权亦是如此。之所以如此的原因很简单，虽然在国际性条约和各司法辖区，对质权以几乎相同的措辞被宣告，但其实施方式和保障程度依赖于各辖区刑事程序和证据法规的技术细节。恰恰是在这些方面，不同司法辖区的刑事程序和证据法基于各自独立的观念和不同的法律传统而相当不同，这种情况直接影响到证人证言的收集、提出、采纳和评价，从而直接影响着对质权的保障。如果对质权是一项绝对的权利，每一个控方证人应当宣誓后当庭接受质疑，与被告人面对面地进行。但是，没有任何刑事司法制度——无论是历史上的弹劾式与纠问式，还是现代的职权主义诉讼与当事人主义诉讼制度——将所有不利于被告人的审前证词排除。即使在宪法性对质权的诞生地美国，以特定传闻例外形式存在的权利限制仍被容忍；此外，即使被告人在面对不利证人行使此权利时，也都可能存在特定限制。这是因为，人们认为存在一些竞争

^① 参见王敏远主编：《刑事证据法中的权利保护》，中国人民大学出版社2006年版，第101～106页。

性的价值使得对该权利的某些限制是有正当根据的。本质上，这就是主张对质权的保护对诉讼程序的效率和事实查明以及证人利益的保护有不利影响。但是，作为基本权利而得到普遍承认的对质权要有实质意义，在法律上给予其的保护必须是建立在坚实的理论基础上并切实有效的，而不是可以随意根据需要进行限缩的。

从世界范围看，刑事被告人享有质问不利证人的权利，是超越法系和诉讼构造差异、凌驾于国界之上的基本人权。然而，这项权利要求的理论和具体司法实践，却有很多需要探讨的方面和解决的问题。例如，权利保障的方式、程度，在什么条件下可以限制或承认例外等。这些都是承认对质权的国际公约和各国法律所共同面对的问题。而且，无论是内国法还是国际公约，宣告基本权利并不困难，困难的是具体的司法实践，更难的是超越各国司法主权藩篱的跨国性司法实践。在这方面，欧洲人权法院和原欧洲人权委员会作出了有益的探索。尽管从斯特拉斯堡人权机构的指导中并不能得出如何处理刑事程序中证人证言的成熟模式，尽管一些问题仍需要进一步澄清，但从普遍性权利关怀的角度看，研究欧洲人权法院和原欧洲人权委员会如何超越法系与各国诉讼的构造差异并发展、实践基本权利性质的对质权，具有深远的理论与实践意义。而在宪法性对质权的起源地美国，自2004年克劳福德案判决以来，其对质权理论与实践发生了显著变化，对其刑事审判和一般意义上的证据法产生了深远影响。总体上看，新规则特别是证言性陈述的判断标准还处于发展完善的过程中。这种变化的影响可能不会只限于普通法国家，并可能扩及其他司法辖区。由于其融合比较分析和历史分析加之可能的国际影响，克劳福德案判决及其后续判例法发展成为国际证据法评论的非常重要的对象，从而有详加考察分析的必要。

从中国的情况看，我国自改革开放以来，法治建设中的一条主线就是加强对公民权利的保障。“国家尊重和保障人权”载入宪法，更使权利保障成为关注的焦点。但是，就对质权及其保障而

言,在我国法律中可以说既没有确认更谈不上作为基本权利加以切实保障。联合国大会通过并为中国政府所签署的《公民权利和政治权利国际公约》的第14条第3项戊目规定了被告人的对质权。该权利既是有效质证、辨别真伪的需要,也是使被告人受到公平审判的最低保障标准之一。然而,我们由于对被告人权利重视不足,无论在法律上还是在实践中都未贯彻对质权制度,甚至多数司法人员可以说并未树立这一观念。作为普遍认同的基本权利,对质权在我国宪法中并没有涉及,在刑事诉讼法中也没有规定。在我国法律中,即使提到对质,也是作为法庭查明事实真相的手段,而非被告人的权利。对质权最核心的影响,即在证据能力问题上对审前证词使用的规制作用也没有得到体现。迄今为止,还没有对对质权进行过详尽的比较研究且缺乏对其深远影响的准确认识。就对质权制度进行系统、全面的研究,并探讨如何在我国对其合理内容进行很好的借鉴,从而达到“通过技术改进来实现宏大诉讼价值”的目标,具有深远的现实和理论意义。本书将以权利保障为视角,就对质权制度在有代表性的司法辖区的规定和运作进行考察研究,以期为我国相关制度的确立、完善提供有益的分析意见。

目 录

前言	(1)
第一章 作为被告人基本权利的对质权	(1)
一、概述	(1)
二、术语和概念	(2)
(一) 对质的含义	(2)
(二) 对质权与交叉询问权	(11)
三、对质权的核心要素	(12)
(一) 面对面	(13)
(二) 接受质询者的诚实义务	(14)
(三) 对抗性质询	(16)
第二章 对质权的产生和发展	(20)
一、罗马时代的对质权	(21)
二、中世纪教会法中的对质权	(24)
三、中世纪中后期的对质权	(27)
四、在英国和美国的起源	(35)
五、在国际上和欧洲大陆的发展移植	(43)
第三章 对质权的正当根据、理论基础和诉讼价值	(46)
一、对质权的正当根据	(46)
(一) 防止政府滥权	(46)
(二) 符合人类内心的公平道德情感，体现公平审判 的象征意义	(52)

(三) 具有程序主体性原则的人本基础	(56)
二、对质权在诉讼中的理论基础	(60)
(一) 对质权的主要理论基础及其简评	(60)
(二) 建立在对基本权利全面保障基础上 的对质权理论	(66)
三、对质权的诉讼价值	(75)
(一) 发现真实, 防止错误定罪	(75)
(二) 平衡刑事诉讼中的政府权力与辩方权利, 维持 基本的程序公开、公正	(78)
(三) 维持并促进对抗审判制度, 促进庭审实质化	(79)
(四) 有助于贯彻无罪推定原则和排除合理 怀疑证明标准	(81)
第四章 对质权制度在欧洲人权法中的基本内容——以欧洲 人权法院判例为中心	(83)
一、《公约》有关刑事诉讼和证据的几个 一般原则	(84)
二、对质权在欧洲人权法上的基本内容	(87)
(一) 证人概念	(87)
(二) 对质的时机	(96)
(三) 对质的方式	(99)
(四) 对质权的范围和充分性	(101)
(五) 对质权的保障	(104)
(六) 对质权的补偿	(107)
三、对质权的限制和例外	(109)
(一) 缺席证人	(111)
(二) 匿名证人	(119)
(三) 软弱证人	(129)

第五章 对质权制度在美国的基本内容	(138)
一、对质权的权利形态	(138)
二、可以行使对质权的事实	(141)
(一) 对质权与法官根据个案情况裁量考 虑因素的关系	(142)
(二) 对质权与法律明文保护之利益、秘密 或特权之间的关系	(143)
三、对质权的适用范围(与传闻规则之关系)	(152)
(一) 克劳福德案判决前的范围	(153)
(二) 克劳福德案判决后的范围	(177)
四、证言性陈述的界定——戴维斯案判决	(188)
(一) 案件事实和州法院的判决	(190)
(二) 证言性陈述判断标准	(192)
(三) 对证言性陈述和非证言性陈述的总结	(196)
五、权利行使的时机或阶段	(198)
六、预防侵权规则	(202)
(一) 合并审判中的预防侵权	(202)
(二) 对抗诉讼程序开始后真人队列辨认中 的律师帮助权	(206)
七、侵权救济规则	(209)
(一) 排除证据	(210)
(二) 上诉	(212)
八、对质权的丧失和放弃	(221)
(一) 不法行为失权	(221)
(二) 对质权的放弃	(228)
九、对质条款适用范围的争论	(231)
(一) 对质条款的范围——通过可信性条件 适用于所有传闻	(231)

(二) 对质条款的范围——只适用于出庭证人的 证言及其功能等同物	(232)
(三) 对质条款的范围——只适用于证言性陈述或 者说只适用于“证人”	(234)
(四) 对质条款的范围——通过两种规则 适用于所有传闻	(244)
十、罗伯茨规则的存废之争	(246)
(一) 赞成废除罗伯茨规则的意见	(248)
(二) 反对废除罗伯茨规则的意见	(252)
十一、证言性陈述判断标准的争议和讨论	(256)
(一) 陈述者客观意图判断标准	(258)
(二) 官方介入判断标准	(261)
(三) 正式形式判断标准	(272)
(四) 主要目的判断标准	(277)
(五) 控诉性判断标准	(287)
(六) 相似性判断标准和“控诉加”判断标准	(294)
第六章 美国和欧洲人权法对质权制度的比较分析	(300)
一、美国对质权制度的简要总结	(300)
二、欧洲人权公约法层面的对质权	(303)
三、对两者的简要比较分析意见	(309)
第七章 对质权与中国刑事诉讼	(313)
一、对质权在我国法律制度和司法实践中 的现状和原因	(313)
(一) 对质权在我国法律制度和司法实践中的现状	(313)
(二) 原因分析	(321)
二、确立对质权制度的必要性	(327)
(一) 维护公平审判基本权利，防止公权力 滥用的需要	(327)