

刑事证人作证制度之反思*

——以对质权为中心的分析

熊秋红

[摘要] 证人出庭作证是现代刑事审判的基本特征之一。在我国关于刑事证人作证问题的讨论中,证人出庭率低不是问题的关键,被告人的对质权没有得到保障才是我国刑事审判中真正的问题之所在。以确立对质权解决证人出庭问题,应当成为改革和完善我国刑事证人作证制度的基本思路。沿着这一思路,我们对证人的概念与分类、证言特免权、关键证人出庭、特殊证人出庭、证人保护等诸多问题,将会有全新的认识。以法律的正当程序、公正审判权为依托的对质权,为我国刑事证人作证制度的未来走向以及具体规范提供了强有力的理论支持,也为我国刑事审判程序的改革提供了更加广阔的视野。

[关键词] 对质权 证人出庭 发现真实 公正审判

[作者] 熊秋红(1965—),女,湖北天门人,中国社会科学院法学研究所研究员、博士生导师、诉讼法室主任,研究方向为刑事诉讼法。

一、引言

人类社会自从有审判以来,证人证言就在其中扮演极为重要的角色。“证人证言是一种古老的证据”,据我国学者考证,在周朝的诉讼中,可能已使用证人证言。^{〔1〕}此后,历代的法律对证人证言作了一些规定,如对证人可拷问、一定情况下不得作证、伪证有罪、据众证定罪等。^{〔2〕}由于古代法官多采用“坐堂问案”的审讯方式,证人出庭作证成为一种常见的形态。在英国,早期的陪审团由知晓案件情况的人组成,必要时陪审团可以向了解案情的其他人进行非正式的调查。陪审团的产生至少可以追溯到公元12世纪,但是,传唤证人到庭就所发生的事实向陪审团作出公开说明的做法直到15世纪才广为流行。到了16世纪,证人出庭作证虽然不是唯一的证据来源,但已经是最常见、最重要的证据来源。在16世纪初至17世纪中叶英国的刑事诉讼中,控诉方所依

* 本文系作者主持的国家社会科学基金项目“刑事诉讼法修改与被指控人权利保护”(项目批准号:05BFX043)的阶段性研究成果之一。

〔1〕 参见陈光中、沈国峰著:《中国古代司法制度》,群众出版社1984年版,第94页。

〔2〕 陈光中、沈国峰著:《中国古代司法制度》,第94—96页。

靠的主要是笔录证言。1675年到1690年,传闻证据规则得以具体化。笔录证言由于缺乏交叉询问以及观察行为人举止的机会,被视为传闻证据,原则上禁止使用。^{〔3〕}在欧洲大陆法系国家,19世纪废除了纠问制度以及间接、书面及秘密审理方式,直接审理原则与控诉原则以及言词、公开审理原则并列为改革的刑事诉讼的基本要求。^{〔4〕}随着直接言词原则的确立,证人出庭作证成为必然的要求。可以说,现代刑事审判以证人出庭作证为基本特征之一。

在我国,刑事证人出庭作证问题受到广泛的关注。1979年和1996年刑事诉讼法均规定:“证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方讯问、质证,听取各方证人的证言并且经过查实以后,才能作为定案的根据。”但在司法实践中,“案卷笔录中心主义”的审判方式大行其道,证人不出庭作证成为常态。根据最高人民法院综合统计得出的数据,全国法院一审刑事案件中,证人出庭率不超过10%;二审刑事案件中,证人出庭率不超过5%。^{〔5〕}宁夏高级人民法院有关统计数字显示,2002年至2007年,在一审刑事案件中,证人出庭率分别为11.24%、3.15%、6.7%、5.68%、5.07%、5.57%。在刑事案件审判中,证人出庭率呈现出逐年下降的趋势,证人出庭率年均仅为5%。但就是这样一个低比率,也高于全国平均水平。^{〔6〕}据北京市第一中级人民法院统计,该院辖区2005年度审结的刑事案件共5500件,其中证人出庭案件只有29件,所占比例不到1%。^{〔7〕}证人不出庭作证成为困扰我国刑事审判方式改革的一个瓶颈问题。长期以来,我国学者在研究刑事证人作证问题时,往往习惯于从证人本身出发进行研究,如分析证人不出庭作证的原因、证人的权利和义务,并从保障与惩罚两方面寻找解决证人出庭作证难的对策。^{〔8〕}本文试图转换视角,从犯罪嫌疑人、被告人的角度去看证人作证问题。因为司法机关依照正当程序,查明案件事实,在此基础上解决被追诉者的刑事责任,是刑事诉讼活动的根本任务。证人是否出庭作证,不仅关系到刑事诉讼中对案件事实真相的查明,而且关系到被追诉者诉讼权利的实现。以被告人的对质权为中心审视和反思我国刑事证人作证制度,我们对“证人”的界定、证言特免权的范围、哪些证人应当出庭作证、证人的权利与义务、证人接受询问的方式、证人出庭作证的意义、证人保护与被告人保护之间的冲突及平衡等问题将会有新的认识。

二、研究刑事证人作证制度的两种路径

我国刑事诉讼法在“证据”章中对证人作证问题作了三条规定。^{〔9〕}其一是规定了证人出庭作证的原则,即证人证言必须在法庭上经过控辩双方的讯问、质证,并经查实后,才能作为定案的根据。其二是从正反两方面规定了证人资格,即“凡是知道案件情况的人,都有作证的义务。生

〔3〕 约翰·W. 斯特龙主编:《麦考密克论证据》,汤维建等译,中国政法大学出版社2004年版,第479—480页。

〔4〕 Vgl. Roxin, *Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben der Staatsanwaltschaft*, DRiZ 1969,385. 转引自林钰雄著:《严格证明与刑事证据》,台湾学林文化事业有限公司2002年版,第52页。

〔5〕 毛立军:《全国政协在青海专题调研 证人出庭率低症结何在》,《人民政协报》2007年7月31日。

〔6〕 周崇华、张怀民:《宁夏年均证人出庭率仅为5% 刑案证人出庭缺失法律保障》,《法制日报》2009年1月15日第8版。

〔7〕 李郁:《缺少强制性规定 北京刑案证人出庭作证率不到1%》,中国新闻网2007年4月17日, <http://news.qq.com/a/20070417/001609.htm>,2009-6-23。

〔8〕 参见胡云腾:《证人出庭作证难及其解决思路》,《环球法律评论》2006年第5期;陈光中主编:《刑事诉讼法实施问题研究》,中国法制出版社2000年版,第64—69页;宋英辉主编:《刑事诉讼法修改问题研究》,中国人民公安大学出版社2007年版,第174—189页。

〔9〕 见刑事诉讼法第47条、第48条和第49条。

理上、精神上有缺陷或者年幼,不能辨别是非、不能正确表达的人,不能作证人。”其三是规定了证人保护,即公安司法机关有义务保障证人及其近亲属的安全。此外,在“侦查”章中,将“询问证人”作为一种侦查行为加以规定,询问笔录或者证人亲笔书写的证言被视为一种证据。在“第一审程序”章中,一方面规定,控辩双方经审判长许可,可以对证人、鉴定人发问;审判人员可以询问证人、鉴定人;另一方面又规定,对未到庭的证人的证言笔录、鉴定人的鉴定结论、勘验笔录和其他作为证据的文书,应当当庭宣读;审判人员应当听取控辩双方的意见。在法庭审理过程中,控辩双方均有权申请通知新的证人到庭,法庭应当作出是否同意的决定。

刑事诉讼法的上述规定成为我国学者研究刑事证人作证制度的基本线索。一般认为,现行规定体现了直接言词原则的精神,但有很大的局限性,主要是较为宽泛地允许采用证言笔录,导致司法实践中“例外成为原则、原则成为例外”。1996年修改后的刑事诉讼法在原有的大陆法系职权主义审判方式的基础上吸收了英美当事人主义的一些因素,突出了庭审中的控辩式色彩,但由于司法实践中证人基本上不出庭,导致审判方式改革的意旨难以实现。刑事证人出庭作证因而成为理论和实务界关注的热点和难点问题。

研究刑事证人作证制度大体上有两种路径:证据法学的角度或正当程序的角度进行研究。

从证据法学的角度看,证人证言是我国刑事诉讼法规定的七种证据之一,它服务于查明案件事实真相的目的。而证人以何种方式作证更有利于案件实体真实的发现,是一个存在争议的问题。在英美法传统中,将交叉询问视为发现真实的发动机。^[10]证据法大师威格莫尔主张,对质权的唯一功能在于发现真实,利用对证人的对质,确保其陈述的真实性,是证据法的目的。^[11]美国联邦最高法院曾经写到:“被对质条款保护的交叉询问权,本质上是一种‘功能性’的权利,旨在促进刑事审判在发现真实方面的可靠性。”^[12]在英美法证据法中确立了“传闻证据规则”。根据这一规则,某一证人在法庭外就案件事实所作的陈述内容被他人以书面方式提交给法庭,或者被另一证人向法庭转述或复述出来,这种书面证言和“转述证言”均为传闻证据。这种“传闻证据”既不能在法庭上提出,也不能成为法庭据以对被告人定罪的根据。排除传闻证据的原因主要在于这种证据不可靠和不可信;同时“在许多审判中,采纳传闻证据容易拖延诉讼过程”;“由于传播过程中的错误以及人为的欺骗,传闻证据很容易被歪曲:它来源于不在场的证人,该证人既不能对其证言起誓,也不会受到质证,因而其可信程度得不到检验。”^[13]在大陆法系国家确立了直接言词原则,该原则包含证人出庭规则,即所有提供言词证据的人必须出席法庭接受询问,以便使其陈述的真实性、可靠性受到法庭的检验。未经法庭直接质证的被告人口供、证人证言、被害人陈述、鉴定结论不得作为认定被告人有罪的证据。“直接审理原则的法理基础何在?一言以蔽之,就是为了达到刑事诉讼追求法治程序与发现实体真实的根本目的。”^[14]

但是,一个世纪以来,交叉询问的缺陷和弱势也为一些学者所诟病,如它会使诚实但是腼腆的证人比那些恶棍更容易在交叉询问的攻击面前倒下。对传闻证据规则提出的一个很有说服力的异议是,清新的记忆使得先前陈述形成了更加优越的可信性。先前陈述往往比法庭证言更接近事

[10] 参见约翰·W·斯特龙主编:《麦考密克论证据》,第62页。

[11] 转引自王兆鹏著:《美国刑事诉讼法》,台湾元照出版有限公司2004版,第380页。

[12] *Kentucky v. Stincer*, 482 U. S. 730, 737 (1987).

[13] 特纳著:《肯尼刑法原理》,华夏出版社1989年版,第487页。

[14] 林钰雄著:《严格证明与刑事证据》,第52页。

实发生的真相,而且通常情况下几乎就是事实发生的真相。因此,先前陈述更清新、更完整也就更具有准确性。〔15〕“交叉询问作为一项发现真实的手段,应该被认为是有益的,而非必不可少的”。〔16〕“从总体上而言,交叉询问不是确保证据可靠性的唯一的或最好的方式”。〔17〕交叉询问对于发现案件事实真相的重要性,是一个难以证明的问题,它更多地来自于法律职业者的经验。由此,我们不难理解,在非常重视发现案件实体真实的我国刑事诉讼中,对于证人出庭作证问题为何呈现出一种“犹抱琵琶半遮面”的状态。一方面,在理论上强调证人出庭作证对于正确认定事实事实的重要性;另一方面,在实践中司法人员在很大程度上却对证人出庭作证持消极态度。〔18〕

综上,仅从发现案件实体真实出发尚不足以对证人出庭作证的必要性、重要性提供充分支持。

研究刑事证人作证制度,还存在另外一种路径,那就是从法律的正当程序、被告人的公正审判权以及包含其中的对质权出发,来探讨刑事证人作证制度的相关问题。现代社会是“按照民有、民治、民享原则构筑而成的法治社会”,“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”。〔19〕刑事诉讼以追诉犯罪为开端、以实现国家刑罚权为目的,这是不言而喻的要求。现代刑事程序的重点在于建立防止国家刑事追诉权、惩罚权被滥用、防止公民权利被侵害的装置。在公法领域,从任意司法到程序司法的演进被认为是法制史上的重大变革,而刑事程序本身以保障被追诉者的人权为基本内核。因此,权利视角应当成为我们考察和分析刑事诉讼中具体制度的一条基本路径。近年来,被告人的对质权逐步引起了我国学界的关注,也出现了一些研究成果。〔20〕但是,现有的研究偏重于对对质权本身的研究,对于对质权与刑事证人作证制度之间的关联性缺乏系统深入的分析,未能以对质权为切入点系统探讨我国刑事证人作证制度的相关问题,对被告人对质权的研究与对刑事证人作证制度的研究总体上处于一种相互割裂的状态,比如如何协调保护被告人与保护证人之间的关系,就是一个未能予以足够重视的问题。与此同时,目前对于对质权本身的研究也较为薄弱,有待进一步梳理和展开,所需探讨的问题包括:国际层面对于对质权的基本要求,比较法视野中对质权的理论、规范与实践,以及在中国语境下应当如何保障被告人的对质权。

关于刑事证人作证制度,也有一些新的问题值得关注。从历史发展的角度看,证人作证在刑事审判中的意义悄然发生着变迁。第一,科学技术的进步,推动了刑事证明方法由以“人证”为主的证明方法向以“物证”为主的证明方法转变,科技手段在人类司法证明活动中起着越来越重

〔15〕 参见约翰·W·斯特龙主编:《麦考密克论证据》,第495页。

〔16〕 约翰·W·斯特龙主编:《麦考密克论证据》,第62页。

〔17〕 Lindsay Hoopes: “The Right to a Fair Trial and the Confrontation Clause: Overruling Crawford to Rebalance the U.S. Criminal Justice Equilibrium”, 32 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 305, Winter, 2009, p.321.

〔18〕 参见左卫民、马静华:《证人出庭率:一种基于实证研究的理论阐述》,《中国法学》2005年第6期。白明、李岫生、姚晓滨:《证人出庭率低的原因及对策》,《辽宁检察实务研究》2009年第1期。

〔19〕 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。

〔20〕 参见廖耘平著:《对质权制度研究》,中国人民公安大学出版社2009年版;樊崇义、王国忠:《刑事被告人质证权简要探析》,《河南省政法管理干部学院学报》2006年第5期;陈永生:《论辩护方到庭质证的权利》,《法商研究》2005年第5期;屈新:《刑事被告人质证权的程序保障》,《中国政法大学学报》2009年第1期;龙宗智:《论刑事对质制度及其改革完善》,《法学》2008年第5期。

要的作用。在此背景下,普通证人证言的重要性正在逐渐削弱,而专家证言的作用则日益明显。在我国,需要重新审视鉴定人在刑事诉讼中的地位,将鉴定人纳入刑事证人作证制度的总体框架中予以考虑。第二,传统的刑事诉讼建立在国家与被告人具有相互对立的诉讼立场的基础之上,凸显了证人出庭作证的必要性。而目前刑事诉讼中辩诉交易的蔓延、刑事和解的勃兴以及恢复性司法理念的倡导,促进了合作性司法模式的形成与发展,^[21]从而在较大程度上降低了刑事诉讼对于实体真实的追求,同时也消解了证人出庭作证的重要性。在此背景下,如何保障被告人最低限度的对质权以及满足诉讼公正的基本要求,就成为不得不予以认真考虑的一个重要问题。第三,在早期刑事诉讼法的文本中,对于秘密侦查方法未作规定,因为刑事侦查被假定为以侦查人员和被追诉对象之间的坦诚接触为基础,尽管自古就有的卧底侦查、诱惑侦查等秘密侦查方法在刑事诉讼实践中被少量运用。而在现代刑事诉讼中,与科学技术的发展以及犯罪的复杂化相适应,秘密录音、秘密录像、电话窃听、互联网上信息拦截、卧底侦查、诱惑侦查等秘密侦查方法在刑事侦查中扮演着日益重要的角色。警察、卧底警探、卧底者、线民等特殊证人如何作证,也是我国在构建和完善刑事证人作证制度时应当予以考虑的问题。第四,被害人是一种广义上的证人,作为刑事案件的亲历者,其陈述对于案件事实的准确认定起着举足轻重的作用。但是,被害人参与刑事司法活动尤其是当庭提供证言、接受控辩双方的质证,则可能遭受额外的艰难、伤害和损失。在传统的刑事诉讼中,被害人的安全、隐私以及恢复权等未受到充分的尊重。随着被害人权利保护运动的兴起,在保障被告人对质权的同时,如何防止被害人再次受害就成了应予关注的问题。

以上情况表明,刑事证人作证制度并非简单的技术性问题,科学技术的发展、诉讼理念的更新、社会的多元化与复杂化、各种利益的重新调整,为刑事证人作证制度的现代形态注入了新的内涵,因此,从总体上看,对于刑事证人作证制度的研究,需要有一种动态分析的眼光,应当将其置于刑事诉讼制度发展的整体社会背景下予以考量,而不应仅仅停留于对中国与外国诉讼制度、证据制度简单的对比分析。当然,这种动态分析和系统分析,离不开一条主线,那就是刑事被告人的权利保护,因为它是现代刑事诉讼中的核心命题,但在我国学界关于刑事证人作证制度的研究中未能突出这一主线,甚至忽视、缺失了这一主线,而更多地强调了证人出庭作证对于查明案件事实真相的意义。这也正是笔者在研究刑事证人作证制度时选择第二种路径的主要原因。

三、关于对质权历史与现状的比较法考察

对质权的起源最早可以追溯到古罗马时代,《圣经·新约》中有这样一段话:“在被告人有机会与他的指控者面对面进行质证并为自己进行答辩之前,就将一个人处死,是不符合罗马人的习惯的。”^[22]公元539年颁布的《查士丁尼新律》明确规定,在刑事诉讼中,控方证人必须亲自出庭,在事实审理者面前作证;在控方证人作证时,被告人应当有机会在场。不仅如此,该法还明确规定,除非被告人在场,否则,证人即使在司法官员面前作证,其证言也是无效的。^[23]

欧洲于12世纪晚期,宗教法庭或普通世俗法庭,刑事审判的事务皆由法官秘密询问证人,当事人双方于法官询问时皆不在场。秘密询问证人的目的在于防止当事人与证人串供,若被告于审

[21] 参见陈瑞华:《司法过程中的对抗与合作——一种新的刑事诉讼模式理论》,《法学研究》2007年第5期。

[22] Acts 25:16 (King James); see also *Greene v. McElroy*, 360 U. S. 474, 496 n.25(1959).

[23] 参见陈永生:《论辩护方到庭质证的权利》。

判前知悉证人的证词，可能有针对性地进行狡辩，当时的法学者认为秘密询问证人，是发现真实最理想的方式。^[24]在漫长的欧洲中世纪，刑事诉讼中盛行刑讯逼供，被告人的对质权无从谈起。

（一）英美法中的对质权

英美法一直到17世纪初，被告人无权与证人进行对质，审判中的证明方式，多为宣读审判外的陈述。司法实践中，被告人常常强烈要求与证人进行对质。在1603年的瓦尔特·拉雷(Sir Walter Raleigh)一案中，被告人拉雷(英国著名的政治及文学家)被指控共谋推翻王室。主要证据为科本勋爵(Lord Cobham)的证词，但科本从未在审判中向陪审团作证，检察官完全依赖审判外对科本的讯问笔录。被告人拉雷要求传唤证人并与其对质，为法庭所拒绝。拉雷被判处死刑。

17世纪前，证人证言的真实性主要依靠宣誓制度予以保障；17世纪后，随着被告人获得律师帮助权的确立，对质成为保障证人证言真实性的另一方式。英国1836年的立法规定，所有重罪案件，被告人均有获得律师帮助的权利，而律师对证人的质证权进一步得到法律的保障。^[25]

美国建国后，在《权利法案》中明确将对质权规定为公民的一项宪法性权利。美国联邦宪法修正案第6条规定：“在一切刑事诉讼中，被告得享受下列权利：由发生罪案之州或地方的公正陪审团迅即予以公开审判，该地方应事先根据法律加以确定；取得关于告发事件的性质和理由的通知；准与对方的证人对质；理应获得对本人有利的证人为其作证，并受辩护律师的协助。”

根据《布莱克法律辞典》的解释，“对质(confrontation)指在刑法中，提出一个证人与犯罪人面对面的行为，为了被告人能够针对证人提出异议。对质的宪法权利(第6条修正案)不仅意味着证人可为被告人所见，而且含有对证人进行交叉询问的宪法特权。事实上，对质权的实质是交叉询问权(*Davis v. Alaska*, 415 U.S. 308, 94 S.Ct.1105, 39 L.Ed.2d 347)。然而，一个引起混乱的被告人将会失去他的法庭在场权，因此，他也将失去对证人进行对质的权利(*Illinois v. Allen*, 397 U.S.337, 90 S.Ct.1057, 25 L.Ed.2d 353)。”^[26]

要求证人宣誓后作证、使被告人有机会询问证人、使陪审团能够亲自观察评估证人的行为举止，是法律保障对质权的三个目的。^[27]对质权要求将证人带到公开的法庭之上并须宣誓，这样也就使证人被置于伪证罪的威胁之下。他们的证词连同他们的举止、态度都要在法庭上受到审查。对质权允许被告人向对其不利的证据提出挑战，以便在可能的范围内对于案件事实作出最有利于己的辩护。因而，被指控者被赋予出席所有对其不利的诉讼过程的机会，并且可以利用一种相对而言不加限制的直接询问和交叉询问程序。美国联邦最高法院在波因特诉得克萨斯(*Pointer v. Texas*, 380 U.S. 400, 1965)案中确认对质权为基本权利，同时通过联邦宪法第14条修正案而适用于各州的案件。^[28]

在美国的司法实践中，通过一系列的判例，确立了有关对质权的法律规则，具体包括：(1)为保护少年证人或性犯罪的被害人，根据个案的特殊情形，可以限制被告人与证人对质的权利。如证人在法庭外作证，透过电视传讯，将证人的陈述现场转播至法庭，被告人直接听取、观看证人作证，并透过电视对证人进行询问或者通过辩护律师对证人进行询问。但是，如果州法律不论具

[24] 参见王兆鹏著：《美国刑事诉讼法》，台湾元照出版有限公司2004版，第369页。

[25] 参见王兆鹏著：《美国刑事诉讼法》，第370—372页。

[26] *Black's Law Dictionary*, fifth edition, West Publishing Co., 1979, p.272.

[27] 参见王兆鹏著：《美国刑事诉讼法》，第383页。

[28] 彼得·G. 伦斯特洛姆编：《美国法律辞典》，贺卫方等译，中国政法大学出版社1998年版，第150—151页。

体案件的情形如何,一律准许所有性犯罪的少年被害人在作证时使用屏障,概括性地剥夺被告人权利,则属违宪。(2)若证人有受保护的必要,且不告知真实姓名地址对案件无影响时,可以限制辩护律师对证人进行询问。如为了保护线民的安全,可以限制被告方询问证人真实的姓名和地址。(3)法官原则上不得禁止被告方询问证人与被害人的关系。(4)当被告人的对质权与少年的前科保密发生冲突时,保障被告人的对质权更为重要。(5)审判外的陈述者如果在审判中作证,而且被告人可以对其进行对质,则允许使用审判外的陈述作为证据。(6)被告人如果在先前的程序中已对证人进行质证(证人宣誓后作证且被告人有询问的机会),且证人有未能作证的情形〔29〕时,则证人先前的证言,可以作为证据。(7)违反对质权,将导致证人证言的排除或者审判无效。〔30〕

关于对质权与传闻证据规则之间的关系,很长时间内一直以1980年的俄亥俄诉罗伯特(*Ohio v. Roberts*)案作为分析框架。在该案中,联邦最高法院指出:“在传闻的陈述者没有出席法庭以接受交叉询问的场合,对质权条款通常要求证明该陈述者已经无法寻获;即便如此,他的陈述也只有在显示出足够的‘可靠性迹象’时才具有可采性;在传闻的例外具有牢固基础的案件中,可靠性不必通过更多的证明即可推断;但是在其他案件中,至少在缺乏可靠性的特别保证之证明的情况下,其陈述应当被排除。”〔31〕通过该案,确立了采纳传闻的“可靠性理论(Reliability Theory)”。但是,2004年的克劳福德诉华盛顿(*Crawford v. Washington*)案改采“程序性权利理论(Procedural Rights Theory)”。在该案中,联邦最高法院指出:“对质条款的最终目的是为了确保证据的可靠性,而所谓的可靠性,指的是程序上的而非实体上的保证。要确保证据的可靠性,必须以特定的方式进行评定,而这一方式就是通过交叉询问的严峻考验进行测试。”〔32〕根据该理论,证人在预审中的陈述、在大陪审团面前的陈述、其他审判中的陈述、警察询问中的陈述等,不得作为证据,除非证人有未能作证的情形,且被告人先前有对质的机会。有学者评论说,罗伯特案在适用传闻方面太宽了,而克劳福德案太窄了,该学者建议将“可靠性理论”作为“程序性权利理论”的补充。〔33〕

在美国,有关对质权价值的理论多达十余种,其中影响最为深远的有以下四种:(1)防御权理论。该理论认为,保障被告方的对质权是对抗式诉讼制度下保护被告人防御权的需要,它保护被告人免受匿名控告者的侵害。至于发现真实,只是对质权的附带产品。(2)真实性理论。该理论认为,对质权的唯一目的在于发现案件真实,在于通过对证人的质证来确保证人证言的真实性。(3)防止政府滥用权力理论。该理论认为,在诉讼过程中,控诉方往往有着强烈的动机与权力使证人按照自己的预期来回答问题,实务也证明,侦查与起诉人员在诉讼过程中确实经常采用威胁、引诱、欺骗等非法方法询问证人,对质权的目的是为了遏制以上滥用权力的行为。(4)增进对国家权力的信任理论。该理论认为,赋予被告方以对质权有利于增进社会公众对案件裁判、作出裁判的程序以及法律的信任。〔34〕

〔29〕“不能作证的情形”包括:(1)合法行使拒绝证言权;(2)坚持拒绝作证;(3)对于待证事实无记忆;因死亡、生理或心理之疾病不能出庭或未能作证;(5)经合法传唤不到庭。参见《美国联邦证据规则》第804条。

〔30〕参见王兆鹏著:《美国刑事诉讼法》,第372—388页。

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

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

〔33〕Robert P. Mosteller, “Confrontation as Constitutional Criminal Procedure: Crawford’s Birth didn’t Require that Roberts had to Die”, 15 *J. L. & Pol’y* 685, 2007, p.723.

〔34〕参见陈永生:《论辩护方到庭质证的权利》。

（二）大陆法中的对质权

“对质权”传统上是英美法中的概念，它对于被告人的权利保障具有直接的针对性。在大陆法系国家，通过直接言词原则的确立，实质性地保障了被告人的对质权。

直接言词原则由两项原则组成，即直接原则和言词原则。由于二者均以有关诉讼主体在场为先决条件且密不可分，故学界通常将两者视为一项原则。它受到以下理由的支持：它使法庭对相关事实形成生动的印象；较之书面表述更能发挥被告人的积极作用；同时也允许公众的参与。^{〔35〕}

在大陆法系国家的刑事诉讼法中，对直接言词原则有明确的规定。如德国刑事诉讼法典第261条规定：“对证据调查的结果，由法庭根据它在审理的全过程中建立起来的内心确信而决定。”法国刑事诉讼法典第427条第2款规定：“法官只能以在审理过程中向其提出的、并在其当面经对席辩论的证据为其做出裁判决定的依据。”意大利刑事诉讼法典第526条规定：“法官在评议中不得采用不是依法在法庭审理中调取的证据。”我国台湾刑事诉讼法第155条第2款规定：“无证据能力、未经合法调查之证据，不得作为判断之依据。”

直接言词原则包含着以下几个具体规则：（1）在场原则。直接言词原则要求法庭审判必须在被告人、检察官等亲自在场的情况下进行，因此，从被告人的角度讲，直接言词原则要求赋予被告人审判时在场的权利，原则上不允许对被告人进行缺席审判。如德国刑诉法第250条规定了“讯问本人的原则”，第230条规定：“公诉被告人在审判期日不到庭的，不得审判”；日本刑诉法第286条也规定：“除……以外，被告人在公审期日不到场时，不得开庭。”（2）证人出庭规则。直接言词原则要求，所有提供言词证据的人必须出席法庭接受询问，以便使其陈述的真实性、可靠性受到法庭的检验。未经法庭直接质证的被告人口供、证人证言、被害人陈述、鉴定结论不得作为认定被告人有罪的证据。（3）直接采证规则。直接言词原则要求证据的调查和采用，应当以直接、言词的形式进行。该原则要求法官亲自采证，一般情况下不可委托其他法官或法院帮助采证；只有法官亲自直接获得的证据，才能作为判决的依据。行政机关的调查报告、传闻证据等，原则上不得采证作为判决的依据。（4）审理不间断规则。直接言词原则要求，审判一旦开始，必须持续、不间断地进行，以便对证据进行整体性的展示，避免中断法官与证据之间的直接联系，促进法官正确心证的形成。如德国刑诉法第229条规定：“中断审判期间总计不超过十日的，可以恢复审判的进行；中断期间超过十日的，法庭应重新开始审判程序。”（5）法官不更换规则。负责审判案件的法官一经确定，原则上不得更换，以维持法官与证据之间的直接联系，保证法官对案件证据形成全面的、充分的感性认识。如德国刑诉法第226条规定：“进行审判的时候，负责审判的审判官及检察官和法院书记处的书记官应当始终出席，不得中途退庭”；日本刑诉法第315条规定：“在开庭后更易审判官时，应当更新公审程序”。

直接言词原则主要适用于法庭审判阶段，但其中的基本精神也贯穿在审判前程序之中。如警察在刑事侦查过程中进行证据收集和调查时，应当力求与被告人、证人、被害人面对面进行调查；检察官在审查起诉过程中，应当直接讯问犯罪嫌疑人，并将犯罪嫌疑人陈述与其他证据相互对照后，才能作出是否起诉的决定。

根据直接言词原则，卷宗之内容原则上不能作为裁判的依据，提供证言的人应当出庭接受讯

〔35〕 托马斯·魏根特著：《德国刑事诉讼程序》，岳礼玲、温小洁译，中国政法大学出版社2004年版，第133—137页。

问。但是,该原则也有例外。根据德国刑事诉讼法的规定,直接言词原则的例外包括:(1)证人、鉴定人或共同被告人无可避免地不能到庭接受询问时,其以往接受法官询问所作的笔录,或者接受非法官询问时所作的笔录,以及其他的书面说明等,可被宣读;(2)法官询问证人、鉴定人或共同被告人时所作的笔录,如果检察官、辩护人及被告人均同意宣读,则可被宣读;(3)为帮助证人或者鉴定人恢复记忆或者消除其证言中的矛盾时,其书面证言或鉴定结论可被宣读;(4)为对被告人的一些特定记忆进行调查或者其新旧记忆之间的矛盾进行澄清时,其在法官讯问时所作的讯问笔录可被宣读;(5)证人以前所作书面说明如警察制作的检举告发书状等可被引入诉讼程序中;(6)公共机构的证书或鉴定书(如聘任证书、缴税证明、刑罚记录摘录、考试及格证书等)以及医生在履行法医职责时出具的鉴定书或证书,可被宣读;(7)医生就不属刑法第224条所规定之重伤的其他身体伤害所做的证明书;(8)例行的鉴定报告(如汽车记录器的摘要记录、血型检验、血液中酒精含量及其回溯计算之结果、医生就血液测验所做报告等),可被宣读。〔36〕

(三) 比较分析

英美法中的对质权与大陆法中的直接言词原则二者殊途同归,在保障被告人与不利于己的证人进行对质方面,达到了相同或相似的效果。直接言词原则可以在很大程度上保障证人出庭,从而为被告人对证人进行质证提供了便利和可能。但是,二者之间的区别也是较为明显的。

首先,英美法中将对质权作为公正审判权的组成部分,规定于宪法之中,体现出鲜明的权利视角。尽管在理论上也声称对质权的目的在于保障发现真实,但这里的“真实发现”更多地带有“消极性实体真实发现主义”的意蕴,侧重于保障无辜者不受错误追究,“宁可放纵十个有罪者,亦不可误罚一个无辜”是消极性实体真实发现主义的象征性指标。法的正当程序主义由消极性实体真实主义发展而来,它的基本思想仍不离避免误罚无辜,法的正当程序成为实现此思想的手段,并且它为消极性实体真实主义提供了理论注释。对质权的核心在于保障被告人与证人面对面进行对质的权利以及对证人进行交叉询问的权利。大陆法中的直接言词原则,其核心在于保障法院发现真实,这里的“真实发现”立足于“不枉不纵”的价值追求,即使有罪者受到定罪和适当的处罚,使无辜者免受追究并尽快洗清嫌疑。直接言词原则是确保法官形成可靠的内心确信的一种手段。

其次,从例外的规定来看,英美法中,对例外进行了严格限制,使其原则精神不被动摇。在保障被告人的对质权与保障证人、被害人权利发生冲突时,往往侧重于前者。在采纳传闻方面,“可靠性理论”与“程序性权利理论”进行博弈,最终后者占了上峰,体现出英美法传统中对被告人权利根深蒂固的重视。相比较而言,在大陆法中,虽然在摒弃书面审理主义的基础上,确立了直接言词原则,但同时,设置了大量的例外,其总体思路仍然未偏离以发现真实为核心的传统。

再次,英美法中的对质权与大陆法中的直接言词原则,在规范的具体内容上并不能完全重合或对接。对质权的主体是被告人,强调对不利于己的证人进行质证,而直接言词原则主要针对法官而言,强调法官接触证据的亲历性。出发点的不同,必然导致具体规范上的差异。

英美法中,对质权与传闻证据规则密不可分。根据传闻证据规则,某一证人在法庭外就案件事实所作的陈述内容被他人以书面方式提交给法庭,或者被另一证人向法庭转述或复述出来,这种书面证言和“转述证言”均为传闻证据。这种“传闻证据”既不能在法庭上提出,也不能成为法庭据以对被告人定罪的根据。这主要在于这种证据不可靠和不可信;同时“在许多审判中,采纳传闻证

〔36〕 参见克劳思·罗科信著:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,第433—434页。

据容易拖延诉讼过程”；“由于传播过程中的错误以及人为的欺骗，传闻证据很容易被歪曲：它来源于不在场的证人，该证人既不能对其证言起誓，也不会受到质证，因而其可信程度得不到检验”。〔37〕传闻证据规则旨在保障证人能够受到控辩双方的直接质证。英美法中还有“最佳证据规则”：“原始文字材料作为证据有优先权的简单原则”，现在该原则也适用于录音和照片。〔38〕

大陆法中的直接言词原则融合了英美法中的对质权、传闻证据规则、最佳证据规则等，是一个糅杂了多种因素的混合体。直接言词原则既是一项诉讼原则，也是一项证据原则。

四、作为刑事司法国际标准的对质权

公正审判权是现代刑事司法中的一个核心概念。获得公正审判作为被告人的一项权利，其在国际人权法中的确立已逾40年，它以英美法中的“法律的正当程序”为直接的理论依据。公正审判权用来保护受刑事指控者免遭不合法、不公正的定罪。国际人权公约从司法组织和司法程序两个方面规定了公正审判的保障措施。根据《公民权利和政治权利国际公约》（以下简称《公约》）第14条的规定，程序公正通过无罪推定、最低限度的程序保障、少年案件的特殊程序、上诉制度、刑事错案赔偿制度、禁止双重受罚等得到体现；而“最低限度的保障”，包括迅速获知指控、辩护权、不迟延地被审判、法律援助、询问证人、免费获得翻译、不得被迫自证其罪等7项权利。〔39〕

关于询问证人的权利（对质权），《公约》第14条第3款（戊）项规定：被指控人有权“讯问或业已讯问对他不利的证人，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讯问”。国际刑事法院的《罗马规约》、1949年的日内瓦公约和1977年的议定书均有类似规定。〔40〕《欧洲人权公约》第6条第3款（丁）项和《美洲人权公约》第8条第2款（己）项也有类似规定。

《联合国少年司法最低限度标准规则》（《北京规则》）第7条规定：“在诉讼的各个阶段，应保证基本程序方面的保障措施，诸如假定无罪、指控罪状通知本人的权利、保持缄默的权利、请律师的权利、要求父母或监护人在场的权利、与证人对质和盘诘证人的权利和向上级机关上诉的权利。”

联合国人权事务委员会的第32号一般性意见认为，《公约》第14条第3款（戊）项保证被告人对其不利证人的询问权，享有对其有利的证人在与对其不利的证人同等的条件下出庭和受询问权。作为诉讼手段平等原则的适用，此保障对确保被告人、律师的有效辩护非常重要，从而保证被告人依法享有同等的强迫证人出庭、对检察官提供的证人进行询问或交叉询问权。但是，此保障并未提供给被告人或其律师请求证人出庭的无限制的权利，而只是提供在诉讼过程中对不利于其的证人进行质证的机会。〔41〕即在询问证人方面，被告方与控诉方有同等的权利，他可以要求证人出庭以及询问证人，包括询问对他不利的证人和对他有利的证人。

《公约》所规定的对质权包括两个方面的内容：

其一是询问对己不利的证人。在《公约》中，询问或通过他人询问控方证人的权利的表述是

〔37〕 特纳著：《肯尼刑法原理》，华夏出版社1989年版，第487页。

〔38〕 乔恩·R·华尔兹著：《刑事证据大全》，何家弘等译，中国人民公安大学出版社1993年版，第335页。

〔39〕 参见熊秋红：《解读公正审判权——从刑事司法角度的考察》，《法学研究》2001年第6期。

〔40〕 See Lindsay Hoopes: "The Right to a Fair Trial and the Confrontation Clause: Overruling Crawford to Rebalance the U.S. Criminal Justice Equilibrium", 32 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 305, Winter, 2009, p.306.

〔41〕 U. N. Doc. CCPR/C/GC/32 (2007).

没有限制的。“讯问或通过他人讯问”的措辞表述考虑到了各种不同的法律制度之间的区别,特别是对抗式和审问式审判的区别。此处最重要的是,就通过询问证人而提出证据而言,各方当事人必须被平等对待。在皮尔特诉牙买加案中,人权事务委员会认为,警方没能向被告方提供控方证人所作的有利于警方的声明,而这严重妨碍了被告方对证人的交叉询问,因此构成了对《公约》第14条第3款(戊)项的违反。

其二是询问有利于己的证人。该权利在《公约》中不是一项绝对性的权利。在1949年的《公约》草案中,曾将“被告人有权要求传唤和询问证人”规定为不受限制的权利,即被告人可要求有利于己的证人强制性出庭。但1952年最终确定下来的条款放宽了要求,采取了与《欧洲人权公约》相一致的表述:有利于己的证人与不利于己的证人应在相同的条件下出庭和接受询问。这就赋予了法庭相当广泛的自由裁量权。在森迪克诉乌拉圭案中,被告人在缺席和秘密审判下被一个军事法庭判处30年监禁,无机会传唤有利于己的证人。联合国人权事务委员会认为,该案的处理违反了《公约》第14条第3款(戊)项的规定。在福恩扎利达诉厄瓜多尔案中,法院拒绝命令专家提供对申诉人至关重要的证言,也就是拒绝对其血液和精液的鉴定,人权事务委员会认为,这构成了对《公约》第14条第3款(戊)项的违反。

在死刑案件中,人权事务委员会适用了相当严格的标准,这也使国家承担了确保对被告有利的证人出庭的极为广泛的积极义务。在格兰特诉牙买加案中,被告的女友在一份书面证词中声称,案发时被告整晚都和她在一起,但她由于无力支付路费而不能出庭。人权事务委员会认为,法官应当延期审理案件并发出传票以确保她出庭,而警方应为她提供车票,据此,委员会认定该案的处理违反了第14条第1款和第14条第3款(戊)项的规定。^[42]

《欧洲人权公约》第6条第3款(丁)项规定了被告人“询问或再询问不利于他的证人”的权利。根据判例法,规定中“证人”一词指的是其陈述由法庭审查并加以评估的任何人;对“不利于他的证人”一词应当理解为那些其关于被告人有罪的陈述被记录或被报告的人,被告人原则上应有对其进行有效的交叉询问的权利。

欧洲人权法院的判例法表明,人权法院对未经检验的证据的可靠性持不信任态度。但是,未经检验的传闻未能被全面排除,这种情况显而易见。在欧洲许多国家程度不同地允许在刑事诉讼中使用传闻证据,尤其在大陆法系的审问式制度中这种情况确实存在。案卷成为提交法庭的证据的组成部分,在起诉前的阶段由调查法官加以编辑,它的结论通常带给法庭相当大的影响。案卷中常常包括不出庭的证人的陈述,有时,对证人不出庭的原因,有相当有效的理由加以说明。议会的和家庭成员特权,以及对在国家中身居高位的人进行审查的特殊程序中的限制,这些理由均被欧洲公约机构所接受,认为其原则上与《欧洲人权公约》第6条的要求是相符合的。公约机构在判例法中作了持续性的努力,试图在有效地起诉犯罪的公共利益——由允许最大范围地采纳有罪证据来加以支持,与被告入有效地质疑被起诉的案件的权力之间达成合理的妥协。

欧洲人权法院在一系列的判例中表达了下述立场:(1)如果起诉方证人和被告方证人均被排除(如依家庭成员特权),则可认为武器平等的原则已受到尊重。(2)假如被告人在任何诉讼阶段均没有机会质证证人,而该证人提供的证据是定罪的主要依据,这样做是违反公约规定的。(3)对

[42] 参见曼弗雷德·诺瓦克著:《公民权利和政治权利国际公约 评注》,孙世彦、毕小青译,三联书店2008年版,第356—358页。

未经检验的证据,应当提供充分的补强;被告人有罪的结论不能建立在“不利于被告人的证人”所提供的未经检验的证言的基础之上,禁止国内法院主要依靠未经检验的证言判定被告人有罪。(4)如果在审判前的阶段,被告人已被给予机会询问证人,这样的询问可以对证人不出庭进行弥补。〔43〕

欧洲人权法院认为:“在民主社会中,公正审判的权利不能屈服于功利主义。公约没有排除在刑事程序的侦查阶段,依靠匿名的告密者提供信息。但是,这与后来将匿名陈述作为认定被告人有罪的充分证据来加以使用……是不同的事情,后者涉及到对被告人权利的限制,这些限制与《欧洲人权公约》第6条所规定的保障不能相容。”〔44〕

卧底警探、卧底者、线民等如果不在公开的法庭上作证,即可能构成对公约的违反。欧洲人权法院在温迪奇诉奥地利(*Windisch v. Austria*)〔45〕、莫歇伦诉荷兰(*Van Mechelen and Others v. the Netherlands*)〔46〕等案件中的判决表明了这一立场。人权法院在莫歇伦诉荷兰案的评论中指出:负责逮捕的警察原则上应当在公开的法庭上作证,应当给予被告人充分的机会对证人进行质证。只在例外情形下,才允许证人匿名作证。比如,有充分理由相信匿名作证的目的是为了保护警察和他的家庭或者避免对其未来行动造成损害。匿名证人的证言不能作为判决被告人有罪的唯一证据或者决定性证据。在该案中,警察单独接受预审法官的询问,被告人及其律师被排除在外,他们未被告知警察的身份,未能通过直接询问观察证人的举止,检验其证言可靠性。关于匿名作证的正当性,未作充分解释,而且匿名警察的陈述是判决被告人有罪的唯一依据。据此,人权法院认为,该案构成对《欧洲人权公约》第6条第1款和第3款(丁)项的违反。

由上可见,英美法中的对质权,通过国际人权公约和区域性人权公约的规定,已经获得了超越国界的认可。除了美国之外,当今世界一些国家也将对质权规定为公民的一项宪法权利。如《日本宪法》第37条第2款规定:“刑事被告人享有询问所有证人的充分机会,并享有使用公费依强制程序为自己寻求证人的权利。”《墨西哥宪法》第20条第4款、《菲律宾宪法》第3章第14条第2款等也对对质权作出了规定。在英美法系国家,询问和交叉询问被视为确保控辩双方控制法庭调查、法庭发现真相的有效手段。大陆法系国家尽管没有确立询问和交叉询问制度,但仍承认被告人拥有向证人提出质证和询问的权利,强调证人证言必须经过法官的询问和控辩双方的质证,才能作为法庭裁判的根据。由于英美法系与大陆法系审判方式的差异,对被告方对质权的保障程度有所不同。在对质权的保障方面,最重要的是保障双方当事人在通过询问证人介绍证据方面获得平等对待,被告方的质证是揭露伪证、检验控诉方的举证是否达到证明标准的有力武器。

〔43〕 See Stephanos Stavros, *The Guarantees for Accused Persons under Article 6 of the European Convention on Human Rights: An Analysis of the Application of the Convention and a Comparison with Other Instruments*, Martinus Nijhoff Publishers 1993, pp.222-252. 另见史蒂芬洛斯·斯塔罗斯:《刑事被告人的权利保障与证据法——欧洲人权公约的视角》,熊秋红译,载王敏远主编:《刑事证据法中的权利保护》,中国人民大学出版社2006年版,第179—188页。

〔44〕 *Kostorski v. Netherlands*, 20.11.89, Series A, No.166, para.44; see also examination of the reports of Chile under the Covenant, A/39/40 and A/40/40.

〔45〕 *Windisch v. Austria*, 1993 ECHR 31.在该案中,两名匿名证人未在一审程序中接受公开质证,但其证言被作为判决被告人有罪的依据。

〔46〕 *Van Mechelen and Others v. the Netherlands*, 1997 ECHR 90.在该案中,负责追捕被告人的警察匿名作证,且警察的证言被作为判决被告人有罪的唯一证据。

五、在我国确立对质权的意义

在国际人权公约和区域性人权公约及其相关解释中,并未明确使用“对质权”(the Confrontation Right)的概念。台湾学者林钰雄将其称之为“质询权”。^[47]在我国台湾地区,将“对质诘问权”视为宪法所保障之基本人权。^[48]在刑事诉讼制度改革中,采“改良式当事人进行主义”之诉讼模式,实施“检察官专责全程到庭实行公诉”,并“落实及强化交互诘问之要求”。^[49]“对质诘问权”与我国大陆学者所称的英美法中的“对质权”具有相同的内涵。有学者将“对质诘问权”分解为“对质权”和“诘问权”两项权利,前者强调被告人与证人“面对面”对质的权利,后者强调对证人的询问和交叉询问。^[50]我国学者还使用“质证权”的概念,此源于刑事诉讼法第47条关于证人证言必须在法庭上经过控辩双方讯问、质证的规定。

本文中,笔者选择使用“对质权”这一概念,其理由在于:从法律发展的源流关系来看,国际人权法中的公正审判权,其理论依据源于英美法中的“法律的正当程序”(due process of law)。在《公约》第14条形成过程中,英美法系国家所起作用相对要大一些,特别是美国,由于其宪法中规定了法律的正当程序,对第14条草案的形成起了重要作用。第14条的形成虽然从总体上可视为英美法系国家、大陆法系国家以及社会主义国家共同起作用的结果,但从第14条的具体内容看,公正审判的国际标准较大程度上表现为与英美法系国家的法律规范合一。^[51]将《公约》第14条第3款(戊)项的规定简称为“对质权”,能够突出地体现该项规定的立法宗旨——保障被告人能够与证人面对面进行对质,保障被告人获得公正的审判。

我国刑事诉讼法第47条规定:“证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方讯问、质证,听取各方证人的证言并且经过查实以后,才能作为定案的根据。”这体现了直接言词原则的精神,但并非作为被告人的一项权利予以规定。1996年的刑事诉讼法修改,初步确立了控辩式庭审模式,使得审判带有某些当事人主义色彩。但由于司法实践中证人不出庭的现象大量存在,导致有学者得出了审判方式改革基本失败的结论。理论界几乎一致认为,证人不出庭是我国刑事审判中一大顽症,“实践中,证人出庭率低是一个不争的事实。公认的看法是,证人不出庭已成为控辩式刑事庭审方式改革的瓶颈之一”。^[52]因此,提高证人出庭率成了焦点。

针对证人不出庭的问题,学术界和实务界展开了大量研究。其中较引人注目的是左卫民教授的研究。他界定了最低限度的证人出庭范围,即选择的案件是存在事实争议的案件,选择的证人是关键证人——即能够对争议事实起直接证明作用的证人。通过实证研究,他发现,证人方面的主客观因素不是妨碍证人出庭的主要因素,证人出庭率极低的主要原因是检察官的消极态度以及书面的裁判机制。^[53]这样的结论对主流观点提出了质疑。长期以来,学术界将证人出庭率低归因于证人态度——不愿或不敢作证,并提出将经济补偿、证人保护、强制作证等作为治本之策。

[47] 参见林钰雄著:《刑事程序与人权保障》,台湾元照出版有限公司2007年版,序言。

[48] 参见王兆鹏著:《搜索扣押与刑事被告的宪法权利》,台湾元照出版有限公司2003年版,第309页。

[49] 参见张丽卿著:《验证刑诉改革脉动》,台湾五南图书出版股份有限公司2004年版,第217页;台湾刑事法学会编:《交互诘问制度之理论与实践》,学林文化事业有限公司2002年版,第5页。

[50] 参见王兆鹏著:《美国刑事诉讼法》,第372—375页。

[51] 参见熊秋红:《解读公正审判权——从刑事司法角度的考察》。

[52] 参见左卫民、马静华:《证人出庭率:一种基于实证研究的理论阐述》。

[53] 参见左卫民、马静华:《证人出庭率:一种基于实证研究的理论阐述》。

从公正审判的国际标准看,在我国关于刑事证人作证制度的讨论中,证人出庭率低不是问题的关键,对质权没有得到保障才是我国刑事审判中真正的问题之所在。证人出庭作证,固然有利于发现案件的真实,它更在于保障被告方对质权的实现。证人不出庭问题的提法过于笼统,如果将这一问题转换为对质权的保障问题,则更具有直接的针对性。

美国学者认为,对质权具有保护被告人防御权、促进真实发现、防止政府滥用权力、增进对国家权力的信任等价值。在我国,确立对质权对解决司法实践中存在的问题具有以下意义:

(一) 确立对质权,有助于促进审判的实质化

“法庭审理流于形式”是我国刑事审判中长期未能解决的问题。1996年的刑事诉讼法修改试图通过限制检察机关向法院移送案卷的范围以及将庭前审查从实质审查改为形式审查,来防止法官预断的产生,解决“先定后审”、“审判走过场”的问题。但是,案卷移送的“复印件主义”不仅未能有效解决审判的形式化问题,而且增加了诉讼成本。法官不再进行庭前调查,进一步加剧了刑事诉讼中的“案卷笔录中心主义”,证人、被害人、鉴定人等不出庭,导致公、检、法三机关之间的“流水作业”畅通无阻,审判的虚化、空洞化现象未能得到有效改善。正如陈瑞华教授所言,在“案卷笔录中心主义”的作用下,侦查程序通过案卷笔录对法庭审判的绝对影响,成为整个刑事诉讼的中心,法庭审判在一定程度上变成对侦查结论的审查和确认过程,而失去了独立自主地审查证据、认定案件事实的能力。^[54]

审判的实质化仰赖于案件中的事实争议与法律争议,能够通过庭审、通过控辩双方的举证、质证、辩论得以澄清。因为,如果控辩双方意见一致,对抗性下降乃至消失,则必然导致庭审程序的大大简化。确立被告人的对质权,保障被告人对其证言持异议的证人出庭接受质询,使法庭调查与法庭辩论得以真正的展开,使庭审集中于解决案件中的争议,这无疑有助于促进审判的实质化。对质权可以有效地切断侦查与审判之间的联系,从而使“流水作业式”审判方式转变为“审判中心式”审判方式,保障审判程序独立功能的发挥。

(二) 确立对质权,有助于加强审判的公正性

在我国目前的刑事审判中,法庭审理不具有当庭产生裁判结论的能力,法庭审判成为一种可有可无的“法律仪式”。证人、被害人、鉴定人基本上不出庭,检察官当庭宣读证人证言、被害人陈述、鉴定结论,如果被告方对上述证据提出异议,无法与证人等进行对质,而法官将侦查人员制作的案卷笔录视为具有天然证据能力的证据和具有优势证明力的裁判依据,在这种状况下,审判的公正性无从谈起。“对不利于己的证人进行交叉询问对于维护刑事司法制度的基本公平是至关重要的。”^[55] 审判程序的设置是为了给予被告人公正的审判,只有确保争议案件的证人出庭,刑事审判才能实现最低限度的公正。

确立对质权,警察、检察官询问证人的笔录原则上不得作为对被告人定罪的依据;证人证言在公开的法庭上接受质证,对存心作伪证的证人产生威慑效果;法官的自由心证建立在对证人进行察言观色和听取控辩双方意见的基础之上,而非屈从于警察和检察官的心证。所有这一切,都会使被告人感到自己受到了公正对待,当面质证不利于己的证人,更会强化被告人的公平感,从而使被告人更有可能心平气和地接受法院的裁判。对质权有助于从总体上加强审判的公正性和裁

[54] 参见陈瑞华:《案卷笔录中心主义——对中国刑事审判方式的重新考察》,《法学研究》2006年第4期。

[55] Alanna Clair, “An Opportunity for Effective Cross-examination: Limits on the Confrontation Right of the Pro Se Defendant”, 42 *U. Mich. J. L. Reform* 719, Spring, 2009, p.729.

判的正当性,进而增强法院的权威,增强社会公众对刑事司法的信任和对国家法律的尊崇。

六、对质权与刑事证人作证制度的完善

在我国刑事诉讼中确立对质权,不仅具有理论上的正当性,而且具有现实上的针对性和紧迫性。但是,在我国的具体语境下应当如何确立对质权、如何处理对质权与相关制度的关系却仍然是一个需要具体研究的问题。笔者认为,以确立对质权解决证人出庭问题,是改革和完善我国刑事证人作证制度的基本路径。对此,可作如下展开分析:

(一)关于证人的概念与分类

国际人权法中采广义的“证人”概念。“证人”指的是其陈述由法庭审查并加以评估的任何人。理解“证人”概念的关键在于其陈述事实上是否在法院前呈现,“不论是侦查中、审判中、程序内或程序外的陈述,不论呈现形态是言词讯问或书面笔录,不论法院践行方式是当庭朗读书面或笔录或传讯原讯问警员作证,原陈述人都是公约所称的证人”。^[56]因此,“被害人/告诉人、共犯/共同被告,其他偶然目击犯罪事件之人”,均为《欧洲人权公约》所称的“证人”。^[57]依此,我国刑事诉讼法中所规定的证人、被害人、鉴定人均可纳入国际人权法中所指的“证人”之列;侦查人员有时也可成为法庭上的“证人”;有争议的共犯口供问题也可部分纳入证人作证问题中来解决。

采取广义的证人概念,其出发点在于:以陈述的方式对案件事实进行证明的人,其陈述应当在法庭上得到严格检验,方可作为认定被告人有罪的依据。此类证据具有言词证据的共性——它们常常具有明确的意思表述,所表述的某种活动的动机、目的或是关于案件事实的见闻等,容易为司法人员了解。特别是感受、记忆、判断、表述能力都很强而又如实陈述的人提供的言词证据,往往具有很强的证明力。但是,言词证据的客观性常常受到陈述者主客观条件的影响,如果陈述者的感受、记忆、判断、表述能力较差,以及与案件结果有利害关系等,都会影响其陈述的真实性。这就决定了以特定方式对其进行严格检验的必要性。否则,枉罚无辜的现象就不可避免。这种特定的方式就是在公开的法庭上由控、辩双方进行讯问、质证,对证人进行询问和交叉询问。

在国际人权法中,将证人分为有利于被告人的证人与不利于被告人的证人,这就突破了我国目前证据法学教科书中对于证据的一般分类——即将证据分为言词证据与实物证据、有罪证据与无罪证据、原始证据与传来证据、直接证据与间接证据、本证与反证等五类。^[58]也有个别教材增加了控诉证据与辩护证据、主要证据与补强证据的分类。^[59]还有教材新增了有利于被追诉人的证据与不利于被追诉人的证据、证明力强的证据与证明力弱的证据的分类。^[60]笔者认为,“有利于被追诉人的证据与不利于被追诉人的证据”,这种新的分类应当引起足够的关注,因为它与刑事诉讼中有利于被告人的原则具有千丝万缕的联系。

单就证人问题而言,将证人分为有利于被告人的证人与不利于被告人的证人,其意义在于:对于不利于被告人的证人,被告人原则上应有对其进行有效的交叉询问的权利,以防止被告人因

[56] 林钰雄著:《刑事程序与人权保障》,第210页。

[57] 林钰雄著:《刑事程序与人权保障》,第230页。

[58] 参见陈一云主编:《证据学》,中国人民大学出版社2000年版,第194—206页;何家弘主编:《证据法学》,法律出版社2000年版,第85—95页;樊崇义主编:《证据法学》,法律出版社2003年版,第220—231页。

[59] 卞建林主编:《证据法学》,中国政法大学出版社2000年版,第249—252页。

[60] 刘金友主编:《证据法学》,中国政法大学出版社2003年版,第155—161页。

证人作伪证而受害；对于有利于被告人的证人，法院应保障其履行出庭作证的义务，必要时，应强制其出庭作证，以提高被告人的辩护能力，从而获得有利于己的裁判。法律上的这种“区别对待”，尚未引起我国学者的重视。

（二）对质权与证言特免权

英美法与大陆法国家均承认有条件的证言特免权，即在一定条件下，某些人虽然了解案件情况，但不负作证义务，法律不得对他们进行任何处罚。证言特免权的规定大体可以分为三种情况：一是证人可就公务秘密、业务秘密拒绝作证。这样做是为了保护国家安全和社会公共利益。所涉资讯主要包括：较高级别的政府文件或者讨论，外交、国防、国家安全秘密，与警察工作有关的某些事项，与司法或者准司法活动有关的秘密事项，等等。二是证人可因履行某种特定职务而拒绝作证。所涉范围主要包括律师、医生、牧师等职业。这是为了保护律师与委托人、医生与患者、牧师与教徒之间的信任关系。三是证人可因某种特定关系而拒绝作证，包括亲属关系和自身利害关系。自身利害关系是指证人如提供证言将使自己遭受刑事追究，可以因此而拒绝作证，这是基于任何人不得被迫自我归罪的特权。美国学者认为，证言特免权存在的一个基本理由是“社会期望通过保守秘密来促进某种关系。社会极度重视某种关系，宁愿为捍卫保守秘密的性质，甚至不惜失去与案件结局关系重大的情报”。〔61〕

在各国刑事证据法关于证言特免权的规定中，肯定履行职务的律师享有拒绝作证权和被告人的近亲属享有拒绝作证权带有普遍性。这两种规定在一般情况下都是有利于被告人的规定，因此无损于被告人对质权的行使。但是，如果犯罪发生在家庭成员之间，如家庭暴力，则会涉及对质权与证言特免权之间的冲突。

欧洲人权委员会和欧洲人权法院曾审议安特珀庭格诉奥地利 (*Unterpertinger v. Austria*)〔62〕一案。该案中，申诉人被判定有罪，因他对其妻子和继女进行人身伤害，有罪判决基于两个被害人对警察所作陈述而作出。审判法庭未对两个被害人进行直接听审，原因是她们作为被告人的近亲属享有拒绝在法庭上作证的特权。欧洲人权委员会认为，在该案中没有发现对《欧洲人权公约》第6条第3款（丁）项的违反，因为起诉方证人和被告方证人均被排除，武器平等原则已受到尊重。欧洲人权法院赞同人权委员会的意见，认为赋予家庭成员特权没有违反《欧洲人权公约》，在此问题上存在着共同的欧洲根据。但是，被告人未能在程序的任何阶段交叉询问不利于他的主要证人，他的权利受到严重限制。因此该案在总体上违反了《欧洲人权公约》第6条第1款的规定。

此外，证人可就公务秘密、业务秘密拒绝作证或者证人因自身利害关系而拒绝作证，也会在客观上影响被告人对质权的行使。有鉴于此，法律应当对公务秘密、业务秘密的范围进行严格限定，以协调维护公共利益与保障被告人对质权之间的关系。在我国法律中未确立任何人不得被迫自证其罪的原则，目前尚不涉及证人因自身利害关系而拒绝作证的问题。

在我国刑事诉讼中，“证言特免权”的概念尚未确立。2007年10月修改后的律师法对律师与委托人特权作了规定，证言特免权所涉及的其他领域有待通过修改刑事诉讼法予以明确规范，以处理好保障被告人的对质权与保护其他利益之间的关系。

〔61〕 乔恩·R·华尔兹著：《刑事证据大全》，何家弘等译，第283页。

〔62〕 *Unterpertinger v. Austria*, 11. 10. 84, Series A, No. 110; 24. 11. 86, Series A, No. 110.

(三) 对质权与关键证人出庭

在刑事诉讼中,究竟哪些证人应当出庭作证?从对质权的角度观之,对于不利于被告人的证人,被告人有权要求其出庭作证;对有利于被告人的证人,法庭不能轻易地以其证言对定罪量刑没有太大意义而不让其出庭作证。在被告人作无罪辩护的案件中,被告人提出要求与证人当庭对质的可能性会大大增加;而在被告人作有罪辩护的案件中,被告人也仍然会在某些问题上提出质疑。在这样的场合,证人如果不出庭,就会成为一个问题。可见,在我国,问题的关键不在于无争议的案件证人不出庭,而在于大量的争议案件没有证人出庭。

无论在西方,还是在中国,刑事诉讼程序的简易化成为一种占主流的趋势。简易、速决程序主要适用于那些被告人自认有罪的案件,在这样的案件中,证人出庭作证的必要性显著下降,因为被告人对案件的主要事实并无异议。从节省司法成本和减轻被告人讼累的角度出发,采用简易、速决程序处理案件,应当说是一种明智的选择。被告人同意适用简易、速决程序处理案件,意味着被告人对当庭对质权的自愿放弃,在这种情况下,证人不出庭就具有了某种正当性。也就是说,证人不出庭的正当性来源于被告人对其对质权的自愿放弃。

在普通程序中,尤其在被告人作无罪辩护的案件中,证人出庭作证的重要性得以凸现。左卫民将证人出庭标准分为法定标准、实践标准和试点标准。^{〔63〕}我国刑事诉讼法未规定证人出庭的法定标准。最高人民法院《关于执行 中华人民共和国刑事诉讼法 若干问题的解释》第141条规定:符合下列情形,经人民法院准许的,证人可以不出庭作证:(1)未成年人;(2)庭审期间身患严重疾病或者行为极为不便的;(3)其证言对案件的审判不起直接决定作用的;(4)有其他原因的。其中,第(3)项是一个较为概括的证人出庭标准,它采取排除性规定的方式将证人出庭范围限定于其证言对案件审判有直接决定作用的证人。在司法实践中,法官所掌握的案件标准仅涉及有事实争议的案件,所限定的证人范围为直接证人、关键证人。左卫民认为,证人出庭的案件应存在案件事实争议、出庭之证人能对争议事实起到直接证明作用。这就是所谓“关键证人”。

“关键证人”是一个与案件的事实争议密切相关的概念。在司法实践中,由于证人多为控方证人,证人如果出庭作证,面对法官和被告方的发问和询问,其证言可能发生变化甚至推翻原来的证词,增加指控难度,因此,检察官对于证人出庭持消极态度,其对案件事实提出争议的可能性较小。被告方才是使案件事实出现争议的主要来源,从保障对质权出发,法官在确定“关键证人”时,显然不能忽视被告方的意见。可以说,对质权为在实践中将证人出庭范围限定为“关键证人”,提供了理论依据。死刑案件中保障被告人的对质权具有特殊的重要性,与普遍案件相比,法官在确定“关键证人”的范围时,应该严格遵循有利于被告人的原则。除了确保不利于被告人的证人出庭接受质证之外,还应确保对被告人有利的证人出庭作证。

量刑程序的改革是我国目前刑事司法改革中的一个热点问题。最高人民法院发布的《人民法院第三个五年改革纲要》指出:要“将量刑纳入法庭审理程序”,以规范法官的自由裁量权。加强量刑程序的独立性,意味着控辩双方将有更大的空间、更多的时间对量刑问题展开调查和辩论,在此过程中,控辩双方针对量刑事实的争议将会有所增加,“关键证人”的实际范围也会随之发生变化。将有利于被告人的量刑情节纳入量刑调查与辩论,将成为被告方的必然要求,被告人要求有利于己的证人出庭作证的可能性会相应增加。在这种情况下,法官在确定量刑程序中“关键证人”

〔63〕 参见左卫民、马静华:《证人出庭率:一种基于实证研究的理论阐述》。

的范围时，应当重视对被告人对质权的保护。

将证人出庭作证的范围限定为“关键证人”，保障证人出庭作证的改革措施如经济补偿、证人保护、强制作证（强制传唤与惩罚机制）等，主要针对“关键证人”而设立，这样就大大减少了刑事证人作证制度改革的难度。

（四）对质权与特殊证人出庭

这里的“特殊证人”，主要指侦查人员和鉴定人，他们显然不同于普通的证人。最高人民法院在《人民法院第三个五年改革纲要》中提出了“建立健全证人、鉴定人出庭制度和保护制度，明确侦查人员出庭作证的范围和程序”的要求。

我国刑事诉讼传统上奉行“诉讼阶段论”而非“审判中心论”，警察、检察官、法官分别为侦查、审查起诉、审判阶段三个阶段的主体，警察作为侦查程序的主导者，不承担出庭作证的义务。但是，近些年来司法实践中有一定数量的案件审判有警察出庭以证明侦查程序或侦查方法的合法性。^{〔64〕}这表明，程序性事实争议已开始被纳入证人出庭证明的范围，以契合审判改革的需要，因为，“法庭审判不仅是对案件的实体问题作出最终裁判的场合，而且还具有审查警察、检察官追诉活动合法性的功能”。^{〔65〕}在出现诸如是否存在刑讯逼供的争议时，不是以警察出具一纸否认讯问非法的“情况说明”而草率定论，而是要求警察出庭与被告人进行面对面的对质，这种变迁的核心就是保障被告人的对质权，确保程序公正。

科学的发展提高了人们认识案件事实的能力，所谓证据裁判主义进入“科学证据裁判主义”的新阶段，科技手段在刑事司法证明活动中起着越来越重要的作用。但是，应当看到，刑事证明中的科学运用有其局限性。科学本身的不确定性、伪科学、“冒牌”专家等问题的存在，均可能导致科学证据本身不科学。因此，应对科学的应用持健康的怀疑态度，使其接受不断的批评和监督，不能把鉴定人看作“科学的法官”，将“鉴定结论”视为“科学的判决”。近年，我国刑事司法中鉴定人出庭问题受到关注，但还有待进一步解决。^{〔66〕}关键是，如果被告方对鉴定结论有异议，鉴定人作为专家证人，应当和普通证人一样出庭接受讯问和质证。这是保障被告人对质权的需要。

（五）对质权与证人保护

证人保护的主要对象是普通证人和被害人。在司法实践中证人因受到威胁而被迫作伪证，他们因吐露真情而遭到报复的情况时有发生。侵害证人是犯罪人为了掩盖罪行或者发泄怨恨而常用的一种手段，这种现象如果任其蔓延，不仅会使证人的的人身权利受到严重侵害，而且会导致国家刑事司法活动无法正常进行。因此，保障证人人身安全不受威胁是完善刑事证人作证制度中不可忽视的内容。被害人是犯罪行为的直接受害者，是受犯罪行为影响最大的人。当被害人参与刑事追诉活动时，他们面临着再次受害的危险，如果被害人是妇女和儿童，这种危险更是加剧。为了保护证人和被害人，实践中往往采取通过闭路电视作证、在作证时使用屏障、匿名作证等特殊措施。

〔64〕 如根据北京市检察院第一分院的统计，在2006—2008年办理的重大刑事案件中，证人出庭的案件共计23件，其中警察出庭案件数占到17%。参见北京市检察院第一分院：《采取措施应对证人出庭率低》，《检察日报》2008年12月10日。

〔65〕 陈瑞华著：《刑事诉讼的前沿问题》，中国人民大学出版社2000年版，第228页。

〔66〕 如根据北京市检察院第一分院的统计，在2006—2008年办理的重大刑事案件中，证人出庭的案件共计23件，其中鉴定人出庭案件数占到8%。参见北京市检察院第一分院：《采取措施应对证人出庭率低》。从苏南某基层法院情况看，2007年审结刑事案件320件，涉及司法鉴定的268件，占案件总数83.75%，无一案件的鉴定人出庭作证。参见宁红：《刑事诉讼鉴定人出庭率为何低》，《江苏法制报》2008年3月20日第7版。

但是,对于证人的保护,应当有一定的限度,这个限度就是被告人的对质权。不能以保护证人为由,任意限制乃至剥夺被告人的对质权。应当考虑,对被告人对质权的限制,是否影响到审判的公正。保障被告人的对质权,是刑事诉讼中带有原则性的规定。只有在例外的情形下,才可以对这一权利进行限制。根据个案的特殊情形,可以允许证人通过闭路电视作证或者在作证时使用屏障,但不能概括性地规定某类犯罪的证人(如所有性犯罪的少年被害人),一律采取特殊的作证方式。允许卧底警探、卧底者、线民等匿名作证,必须有充分的理由相信匿名作证的目的是为了保护他们和他们的家庭或者避免对其未来行动造成损害,且匿名证人的证言不能作为判决被告人有罪的唯一证据或者决定性证据。

七、结 语

从古到今,证人证言在刑事司法中扮演着重要的角色。随着科学技术的发展、诉讼观念的演变以及社会的日益多元化与复杂化,证人作证在刑事审判中的意义悄然发生着变化。虽然审判是刑事诉讼程序的中心这一传统论断不再代表刑事诉讼的现状,^[67]但不可否认的是,证人出庭作证仍然是现代刑事审判的基本特征之一,在重大、疑难、复杂案件的审理中,证人出庭作证不可或缺,它对于刑事司法公正具有极为重要的标示作用和象征意义。

证人出庭率低是长期困扰我国刑事审判的一个瓶颈问题,该问题引起了理论界和实务界的高度关注。研究刑事证人作证制度,大体上有两种路径:一种是从证据法的角度进行研究,其侧重点在于关注证人出庭作证对于发现真实的价值;另一种是从正当程序的角度进行研究,它更为关注证人出庭作证对于保障被告人对质权的意义。笔者认为,仅从发现真实的角度出发,尚不足以对证人出庭作证的必要性、重要性提供充分的支持,因为书面证言胜于口头证言的现象是客观存在的,证人的先前陈述有时比法庭陈述更清新、更完整也更具有准确性。在保障人权成为刑事司法主流话语的今天,以对质权为中心审视刑事证人作证制度,具有特殊的和普遍的意义。从比较法的视野看,英美法中的对质权与大陆法中的直言词原则殊途同归,在保障被告人与不利于己的证人进行对质方面,达到了相同或相似的效果。从国际层面看,对质权作为公正审判权的组成部分,通过国际人权法和区域性人权法的规定,已经获得了超越国界的认可。

在我国,确立对质权,保障被告人对不利于己的证人进行当庭质证、要求有利于己的证人强制性出庭,有利于促进审判的实质化和加强审判的公正性,其现实意义十分明显。在我国刑事证人作证问题中,证人出庭率低不是问题的关键,对质权没有得到保障才是刑事审判中真正问题之所在。以确立对质权解决证人出庭问题,应当成为改革和完善我国刑事证人作证制度的基本思路。沿着这一思路,我们对证人的概念与分类、证言特免权、关键证人出庭、特殊证人出庭、证人保护等诸多问题,将会有全新的认识。可以说,对质权为我国刑事证人作证制度的未来走向以及具体规范提供了有力的理论支持,也为我国刑事审判程序的改革提供了更加广阔的视野。对质权在我国刑事审判中的真正实现,有赖于司法实践中对“案卷笔录中心主义”的摒弃,有赖于刑事司法超越“实体真实发现主义”的桎梏,迈向“法的正当程序主义”。

(责任编辑 张 灵)

[67] 参见托马斯·魏根特著:《德国刑事诉讼程序》,第134页。

Abstract : The equalization of public culture services is one crucial component of the equalization of China 's public services. The meaning of equalization in this paper is the move from relative equality toward absolute one, the means for the goals of equality promotion, and the transition from ought to be to factual world. The inequality of China 's public culture services are mainly reflected in the low level of public culture expenditure, the widening gap between rural and urban areas, and between different regions. We argue in this paper, to achieve the equalization of public culture services, we have to follow such basic principles: social justice, incremental advance, different treatment, respecting citizen 's choice, and government leading role.

Reflection on the System of Criminal Witness Appearance in Court —— an Analysis of Regarding the Right of Confrontation as a Core 52

Xiong Qihong / Researcher, Doctoral Advisor, Director of Procedural Law Department, Chinese Academy of Social Sciences.

Abstract : The system of witness appearance in court is the basic feature of modern criminal trial. In discussing the issue of criminal witness appearance in court the real issue in China 's criminal trial is that the defendant 's right to confront is not guaranteed rather than the low rate of witness appearance in court. To solve the issue of witness appearance in court the right to confront should become the basic thinking of reforming and perfecting the system of criminal witness appearance in court. Along with this idea we can have a completely new knowledge of such issues as the concept and classification of witness, testimony immunity, key witness appearance in court, special witness appearance in court and witness protection. Based on due process of law and fair trial the right to confront provides strong theoretical support for the future and specific rules for the system of criminal witness appearance in court and broadens the view of reforming criminal procedures of trial in China.

The Confucian Tendency of Administrative Law in the Qing Dynasty 71

Ai Yongming / Professor , School of Law , Suzhou University.

Abstract : In researching on the Confucian tendency of ancient Chinese law the academic community mostly concentrated on the area of criminal law and there is no discussion in other areas of law, which is in theory a grave fault. This paper tries to make an elementary discussion about the Confucian tendency of ancient Chinese administrative law from the view of administrative law in the Qing Dynasty. The basic characteristic of the ancient Chinese law is that the spirit of " relatives " — the centre of patriarchal clan system was deeply implemented. It was manifested in the administrative law of the Qing Dynasty.

On the Definition of the Constitutional Validity—from the Perspective of Habermas ' Theory of Legal Validity 84

Li Xiaoping / PhD of Law, Lecturer of Law School, Nanchang University.

Abstract : Constitution is the fundamental law with the highest validity in the domestic legal system. However, is its validity self-proclaimed or from other sources? This is a fundamental question to be answered. According to Habermas ' theory of the legal validity by discourse, the constitutional validity is rooted in the citizens ' self-understanding and consensus, that is, law-makers are also law-abiders. The validity of constitution includes force and reasonable acceptability, and it can communicate the tension as a bridge between the value, norms and achievement of constitution.

Representative Action or Group Action —— China 's Choice of Group Litigation System 103

Xue Yonghui / Lecturer, Doctor of Law, China University of Political Science and Law.

Abstract : In discussing the future of the group litigation system in China one of the main issues is whether China should replace representative action with American group action. This paper argues that group action must be confined to theoretical discussion and is far from legislative consideration because of inadequate knowledge of its negative