

刑事被告人对质权的制度保障

——以刑事诉讼法第四次修改为背景

成小爱

内容提要:对质权是刑事诉讼中的一项基本权利,其核心价值在于保障公正审判。然而,在我国司法实践中,证人未出庭而其庭外陈述被作为裁判依据的现象较为普遍,严重影响被告人的对质权。不仅如此,现行对质权保障机制呈现“职权主导”特征,过度强调法官查明事实的需要,忽视对被告人对质权的保障,导致权利弱化。尽管近年来通过零散的立法和试点实践,刑事被告人对质权的保障有所推进,但未能从根本上解决问题。为此,应以刑事诉讼法第四次修改为契机,重构对质权保障体系,即确立被告人对质权、强化法官通知证人出庭作证义务、建立证人未出庭作证之证据能力否定规则、优化法庭发问规则以及提升辩方有效对质能力,进而推动对质权保障模式从“职权主导”向“权利保障”转型。

关键词:刑事诉讼法修改 对质权 职权主导 权利保障 庭审实质化

成小爱,华东政法大学中国法治战略研究院助理研究员。

一 问题的提出

2023年9月,全国人大常委会公布了十四届全国人大常委会立法规划,将刑事诉讼法的修改列为第一类项目,即“条件比较成熟、任期内拟提请审议的法律草案”。这标志着刑事诉讼法自1979年制定以来将迎来第四次修改。在此背景下,如何在修法过程中强化对刑事被告人对质权的保障,成为亟待解决的问题。^[1] 对质权作为被告人面对面盘问不利证人的权利,是确保刑事审判对抗性的重要机制。^[2] 当前,我国法律并未明确赋予

[1] 参见张保生:《〈刑事诉讼法〉再修改之证据制度完善》,《中国法学》2024年第4期,第12页。

[2] See Randolph N. Jonakait, The Origins of the Confrontation Clause: An Alternative History, 27 Rutgers Law Journal 77, 168 (1995).

被告人对质权,对该权利的保障主要依赖于司法解释和法院的实际操作。^[3] 尽管现行立法和司法存在一些零散的对质权规范和实践探索,但对该项权利的保障机制整体上仍呈现为典型的“职权主导”特征,忽视其作为被告人防御权的重要本质。这种功能主义的解释误读了对质权的真正意义,^[4]而且,由于缺乏明确的法律规定,权利侵害难以从法律层面得到认定,导致其形式化和弱化问题较为严重。

需要强调的是,质证与对质在我国虽常被交替使用,但二者存在本质区别。作为我国特有的法律概念,质证主要指当事人对证据的质疑与反驳,涵盖实物证据和言词证据。而对质则是一项程序性活动,强调被告人有权面对面质问指控其有罪之人,^[5]具有独立的程序价值。^[6] 对质权源于对秘密审判的反抗,1603年沃特·罗利爵士(Sir Walter Raleigh)因密谋推翻英格兰国王受审案即为典型例证。该案通过对抗秘密询问证人,确立了对质权的重要性,为现代刑事诉讼奠定了重要基石。^[7] 从范围上看,质证包含对质但不限于对质,对质主要针对言词证据,其核心价值不仅在于提高事实认定的准确性,更在于保障被告人直接对抗指控的权利,确保程序公正。我国长期将质证与对质混用,该现象在规范性文件中亦有出现,为了与现行规范保持协调,下文中的“质证”“质证权”,若无特别说明,亦包括且主要指向对质或对质权。此外,对质具有层级化分类,狭义上,对质是指被告人对不利于己的证人进行质问的活动。广义上,对质则涵盖对矛盾或存在实质性差异的言词证据的审查判断。为便于讨论,本文主要采狭义上的对质概念。

近年来,我国刑事诉讼围绕对质权保障的立法调整、司法改革和实践探索已取得不小的进展。2018年施行的《人民法院办理刑事案件第一审普通程序法庭调查规程(试行)》(下称“《法庭调查规程》”)第8条和第24条明确了共同被告人、被告人与证人、被告人与被害人、证人与证人之间的对质,2021年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》(下称“《刑事诉讼法解释》”)第269条进一步规范了同案被告人、分案审理的共同犯罪或者关联犯罪案件的被告人之间的对质情形,而部分地方的司法实践亦在庭审实质化改革框架下展开试点,为对质权保障积累了宝贵经验。^[8] 然而,现有研究仍主要停留于2018年刑事诉讼法修改之前,且多侧重于理论探讨,未能全面回应上述立法与实践的最新发展。

面对这一现实困境,本文拟基于现行法律规范与实践样本,梳理被告人对质权的立法变迁与司法创新,提炼具有解释力的理论,推动对质权保障体系的完善。具体将从三个方

[3] 参见魏晓娜:《审判中心视角下的有效辩护问题》,《当代法学》2017年第3期,第105-106页。

[4] See Randolph N. Jonakait, The Right to Confrontation: Not a Mere Restraint on Government, 76 *Minnesota Law Review* 615, 615 (1992).

[5] See Eoin O'Connor, The Right to Confrontation, Hearsay, and the European Court of Human Rights, 14 *University College Dublin Law Review* 78, 81 (2014).

[6] 参见史立梅:《美国对质权条款与传闻证据规则关系之考察》,《环球法律评论》2010年第6期,第105页。

[7] 该案中,证人科巴姆勋爵(Lord Cobham)未在陪审团前作证,检方依赖其书面陈述作为主要证据,而被告人罗利强烈反对,主张其有权与证人对质。See Margaret A. Berger, The Deconstitutionalization of the Confrontation Clause: A Proposal for a Prosecutorial Restraint Model, 76 *Minnesota Law Review* 557, 570-571 (1992).

[8] 参见马静华:《刑事庭审对质方式实证研究》,《中国刑事法杂志》2024年第3期,第24页。

面展开研究:一是归纳并揭示我国当前刑事被告人对质权保障不足的现状;二是剖析刑事被告人对质权保障不足的原因;三是提出以“权利保障”为核心的完善路径,推动对质权保障机制从“职权主导”向“权利保障”转型。

二 我国刑事被告人对质权保障的不足

我国刑事被告人对质权的实践样态主要表现为两方面:一是证人不出庭作证,直接或间接剥夺了被告人对质权;二是“职权主导”式的保障机制未能充分发挥对质权的功能,反而制约了该项权利的有效行使。前者突出对质权在具体案件中的受限情形,后者主要揭示制度设计上的不足,这些情况共同导致了我国刑事被告人对质权的保障难以在实践中被真正落实。

(一) 证人不出庭导致被告人对质权弱化

证人不出庭作证是我国刑事诉讼长期面临的难题,其直接后果是被告人无法行使对质权,可能影响案件审理的公正性。统计数据显示,刑事案件证人出庭率整体偏低。即便在试行庭审实质化改革的法院,证人出庭情况仍未得到根本改善。如有研究表明,在以审判为中心的诉讼制度改革背景下,所选取的样本案件中证人出庭率仅为 0.33%;在庭审实质化改革中,关键且具争议的证人出庭率仅达 37.5%。^[9] 部分案件甚至完全依赖庭外陈述认定事实。调研中还发现,实践中证人常借助各种事由拒绝出庭,而部分司法机关未能采取有效措施保障对质权,导致被告人对质权的弱化。^[10]

其一,证人通过“配偶等证人出庭例外条款”拒绝出庭。例如,在一起受贿案件中,证人甲(被告人乙之妻子)在庭前笔录中承认被告人乙受贿。庭审中,被告人乙申请甲出庭作证,但甲依据《刑事诉讼法》第 193 条“配偶等证人出庭例外条款”拒绝出庭作证,法庭直接宣读甲的庭前笔录并判决乙有罪。由于证人甲未出庭作证,被告人乙对其证言无法进行对质,导致对质权难以被有效行使。从对质权的角度审视,该案暴露了刑事诉讼法的内在不足。尽管法律规定证人有出庭作证的义务,并设定了拒绝出庭的处罚条款(如训诫、拘留等),但也规定了证人不出庭的各种例外条款,对于证人缺席情况下其庭外陈述的证据效力也未作否定性规定,《刑事诉讼法》第 195 条甚至允许未出庭证人的庭外陈述(庭前笔录)进入庭审,致使被告人对质权失去其应有保障。

其二,司法机关通过分案审理的方式影响证人出庭。例如,在一起共同犯罪案件中,五名被告人被分至五个案件,分别由五个不同的基层法院审理。有四名被告人先后认罪,所涉案件分别于 2020 年 7 月至 11 月相继开庭审理,法院据此认定四名被告人构成诈骗罪并进行宣判。而第五名被告人(主犯)坚持无罪罪轻辩解,主张其行为应定性为非法经营而非诈骗罪,该案于 2020 年 9 月开庭后法院宣布择日宣判。直到 2020 年 12 月重新开

[9] 参见魏晓娜:《以审判为中心的诉讼制度改革:实效、瓶颈与出路》,《政法论坛》2020 年第 2 期,第 159 页;左卫民:《地方法院庭审实质化改革实证研究》,《中国社会科学》2018 年第 6 期,第 115 页。

[10] 需要说明的是,本部分两则案例均为真实案例改编。为便于学术讨论,均已隐去个人信息。

庭,公诉机关又补充提供了其他分案审理的四份判决中的被告人供述作为指控证据,法院因此直接采纳这些供述作为关键证据,认定主犯构成诈骗罪。此时由于其他案件已经审理完毕,已生效裁判确认的案件事实对本案产生影响,法庭直接采纳未经对质的证据,剥夺了后案审理被告人的对质权。^[11] 根据《刑事诉讼法解释》第220条的规定,对被告人人数众多、案情复杂,分案审理更有利于保障庭审质量和效率的,可以分案审理,但不得影响被告人的质证权。然而,司法实践中法官依职权分案所带来的对质权虚置现象并不少见。^[12] 此外,《刑事诉讼法解释》第269条虽赋予法庭传唤同案被告人等到庭对质的权限,但将决定权置于法官裁量之下,法官一般不会传唤分案审理的被告人到庭对质,这种做法不仅使被告人失去对质的机会,也可能导致裁判结果受制于未被充分检验的证据,从而影响司法公正。若类似案件并案审理,既可实现同案被告人面对面对质,又有助于避免庭外陈述被直接作为定案依据,提高程序的公正性,辩护人也容易在庭审中提供助力,被告人的诉讼权利也将得到更为有效的保障。可见,司法实践中法官行使分案的裁量权进一步削弱了对质权的保障。

上述案例反映出因证人不出庭导致对质权弱化的两种样态:一是证人不出庭,庭外陈述未经当庭质证即被采信;二是司法机关通过分案审理,使不同案件的裁判结果形成“既定事实”,对后审案件产生约束力,进而影响被告人对关键言词证据行使对质权。

(二)“职权主导”式保障机制的不足加剧被告人对质权弱化

对质权的有效行使不仅依赖证人出庭作证,更需要制度上的保障。从实践情况看,对质权保障机制呈现“职权主导”特征,法官的职权裁量对证人出庭及程序启动具有决定性影响,且实践中普遍以“没有必要”为由拒绝证人出庭,这种过大的裁量权致使对质权受限,削弱了对质权作为程序性权利而具备的独立性。对此,笔者通过对试点地区刑事案件进行系统检索,选取了8起样本案例展开进一步的个案类型化研究。^[13]

1. 实质真实成为程序最高价值

实质真实至上的司法理念为“职权主导”模式的主要特征,整个诉讼过程中,事实认定对程序设置起决定性作用。法官承担发现案件真相的职责,主导证据调查并决定程序安排。其理论基础在于,法院必须掌握(主动寻找)完整且准确的信息,才能作出公正裁判,这体现了对实体正义的高度偏重。但这种单向度的价值取向往往忽视了程序正义与权利保障之间的平衡。

其一,从对质程序的启动目的来看,其主要服务于查明事实的需要。在8起样本案例中,仅有1起明确指出对质程序的启动目的为“还原真相,保障被告人基本权利”,其余案件则多以“查明案件事实”为由。这说明实践中对质程序的核心功能更多服务于满足审

[11] 类似的案例在其他研究中也出现。参见赵常成:《刑事诉讼中已决事实的预决效力》,《中国刑事法杂志》2024年第6期,第159页。

[12] 参见亢晶晶:《“职权主导型”刑事分案模式研究》,《中外法学》2022年第4期,第1047页。

[13] 本研究聚焦C市刑事庭审对质试点改革。2021年2月,C市启动了“刑事庭审实质化背景下刑事对质程序试点改革”,为被告人对质权保障提供了重要经验。为了评估改革效果,笔者选取了相关案例进行研究。需要说明的是,尽管数据仅覆盖部分地区,且试点改革具有特殊性,但C市改革的代表性使得样本具有较高参考价值。

判阶段查明事实的需求,而非优先考虑被告人权利保障。这一导向反映出司法实践对实体正义的高度关注,但也透露着程序正义可能被弱化的隐忧。因此,如何平衡事实查明与权利保障,成为对质程序设计与应用的重要问题。

其二,从对质的类型来看,实践中的对质已超出传统对质权的保障范畴,涵盖了证人与证人、证人与鉴定人、鉴定人与专家证人等多种形式。在此情形下,对质更多被视为一种证据调查手段,而非专门保障被告人权利的手段。从选取的 8 起样本案例来看,共涉及六种主要对质形式:证人与鉴定人、鉴定人与专家证人、共同被告、被告人与被害人、被告人与证人、被害人与被害人。同时,试点改革引入了“人证”概念,拓宽了对质主体范围,涉及被告人、被害人、证人、侦查人员、鉴定人等多方。但这些对质形式更多用于评估证据效力,而非直接保障被告人权利。根据《德国刑事诉讼法》第 58 条第 2 款的规定,“如果对质对嗣后程序看来有必要,准许在侦查程序中让证人与其他证人或被指控人对质。”^[14]可见,德国也允许证人间进行对质。这种广义的“对质”实际上更类似于一种事实“查证”机制,用于审查相互矛盾或实质性差异的证言。

2. 法官职权成为程序主导力量

实践中,对质程序通常被设计为辅助法官查明案件事实的工具,这一职权导向的定位使对质被纳入事实查明的框架之中,而非作为被告人质疑证据、抗辩指控的权利。在此模式下,法官不仅在庭审中拥有强大的诉讼指挥权,主导并决定程序的启动与推进,还在追求实体真实的过程中广泛行使职权,这一权力特点强化了法官对庭审程序的全面掌控,影响了检察官和当事人的庭审地位。在这一框架下,对质程序的具体运行机制也体现出以法官职权为中心的特征,主要体现在以下几个方面。

其一,从启动方式来看,通常由法官依职权启动,且以“法官认为必要”为前提,导致被告方申请启动对质的成功率较低。在选取的样本案例中,绝大多数对质程序由法院依职权启动,缺乏有效的当事人申请机制。此外,法官在启动程序时拥有强大的控制权。例如,在陆某某贩卖毒品案中,被告方要求证人出庭对质,法院未回应;^[15]在吴某某过失致人死亡案中,被告方请求通知证人出庭对质,法官以证人在侦查阶段已作证且不符合“新证人”条件为由拒绝。^[16]上述案例反映了被告方申请启动对质程序时面临的障碍,表明法官的判断对程序启动有较大影响。

其二,从法官通知证人出庭作证来看,我国当前司法实践中,通知证人出庭作证并无强制性,只有法官认为必要时才会通知证人出庭,法官的裁量权较大,缺乏必要约束。然而,证人出庭本是对质的前提,法院应依法履行通知义务。此义务并非能由法院自由裁量,而是强制性地附加于法院,要求其主动通知证人并采取一切可能手段保障对质权。在我国现行体制下,证人是否出庭由法院决定,而非被告人申请即可保障。即便《刑事诉讼法》第 62 条规定证人有出庭义务,并设定了相应的法律责任,但由于对未出庭证人庭外陈

[14] 《德国刑事诉讼法典》,宗玉琨译注,知识产权出版社 2013 年版,第 30-31 页。

[15] 参见江苏省兴化市人民法院(2021)苏 1281 刑初 445 号刑事判决书。

[16] 参见江西省抚州市临川区人民法院(2021)赣 1002 刑初 91 号刑事判决书。

述的使用未作严格限制,导致证人不出庭的负面后果并未有效传导至法庭裁判环节,从而降低了法院积极通知证人出庭作证的动力。

其三,从对质程序的具体流程看,法官承担组织与协调责任,主导程序推进。选取的8起样本案例基本遵循“直接询问→交叉询问→根据审判需求启动对质”的顺序,法官全程引导,体现其主导地位。法官负责询问证人,而非当事人或律师,这一职权主义审判模式可追溯至18世纪初普通刑事审判。当时缺乏律师支持,法官不仅审理案件,还兼任程序推动者,承担着律师的职能。^[17] 在此模式下,即便被告人享有免于自证其罪的权利,仍无法拒绝法官提问。^[18] 该模式将权力集中于法官,使其一直控制主导着庭审,^[19] 不断强化其查明事实和控制程序的核心作用。我国现行对质程序更多依赖法官职权,虽提高了庭审效率,但可能削弱当事人行使权利的主动性。不仅如此,法官的主导地位使对质程序更多服务于证据调查和事实认定,以对质权为代表的被告人防御权可能被漠视。

三 刑事被告人对质权保障不足的原因

当前,我国在保障被告人对质权方面存在不足,其形成原因复杂多元,既涉及制度层面的缺陷,也涉及司法体制层面的问题。从制度层面看,我国法律尚未明确赋予被告人对质权,且在证人未出庭时认可其庭外陈述的证据效力。在司法实践中,“案卷笔录中心主义”的裁判倾向以及控辩双方对抗机制的不足,严重制约了对质权的有效落实。此外,“重实体、轻程序”的传统司法观念依然根深蒂固,对程序正义的重视不足,进一步限制了对质权的充分保障。

(一) 制度性原因:对质权规范不完善

我国尚未形成系统完善的对质权规范体系,现行法律未赋予被告人对质权,有“对质”条款的各规范性文件在适用上也存在不一致乃至冲突的情况。这是刑事被告人对质权保障不足的制度性原因。

1. 对质权未被确立为法定的被告人权利

在我国现行立法规范中,对质未被视为被告人享有的一项独立的、明确的程序性权利,而是作为程序运行中的一部分,由法庭根据需要决定是否启动。这种模糊定位削弱了被告人通过对质行使防御权的可能性,使对质的启动和实施更依赖于法官的职权。

首先,从立法层面看,中国现行法律尚未明确提出“对质”概念。《刑事诉讼法》第61条虽为证人证言的质证规则,但仅以默示方式规定了对质权,“证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方质证并且查实以后,才能作为定案的根据。”根据

[17] 参见[美]兰博约著:《对抗式刑事审判的起源》,王志强译,复旦大学出版社2010年版,第12-13页。

[18] 兰博约(John H. Langbein)审查了十七世纪七十年代至十八世纪三十年代中期的案件,未发现任何被告人以特权为由拒绝发言,或提及反对自证其罪的特权。被告人的特权实际上等同于放弃所有辩护权。See John H. Langbein, *The Criminal Trial before the Lawyers*, 45 *University of Chicago Law Review* 263, 283 (1978).

[19] See Stephan Landsman, *Rise of the Contentious Spirit: Adversary Procedure in Eighteenth Century England*, 75 *Cornell Law Review* 496, 502 (1990).

该条文,被告人被赋予对证人证言当庭进行质证的权利,而被告人对证人的质证实际上构成对质。可见,“对质”在立法上已初具雏形,司法实践中也存在一定程度的实质上的对质情形,但由于实际操作中未能严格区分对质与质证,导致二者混淆不清,界限模糊,且由于缺乏具体指导规则,该条文难以为被告人对质权保障提供有力的法律依据。

其次,从司法解释层面看,尽管司法解释确立了对质权的保护理念,但尚未将其明确界定为被告人的法定权利。一方面,《刑事诉讼法解释》通过两个条文确立了对质权的保护原则。第 220 条明确规定分案审理不得影响当事人质证权的行使,理论上包含对对质权的保护;第 269 条进一步规定,法庭认为有必要时,可传唤同案或分案审理的被告人对质。然而,这些规定将对质权的保护范围仅限于特定情形,并未充分体现其作为一项国际通行权利的广泛适用性。将对质的启动条件严格限定为“法庭认为有必要”,意味着即使被告人申请不利于己的证人出庭,法官也未必重视。在法庭认定无必要时,可不通知证人到庭对质,这在一定程度上削弱了对质权的保障力度。另一方面,2019 年《人民检察院刑事诉讼规则》(下称“《刑事诉讼规则》”)第 402 条将对质视为审查证据的工具,尤其是证人与证人之间的对质,更多体现了司法解释对对质权的保护侧重其工具性价值,而未能将对质权确立为被告人的一项基本诉讼权利。

最后,从最高人民法院发布的其他相关文件来看,尽管提出了被告人对质权的保护原则,但仍未将其明确作为一项独立权利加以保障。2017 年发布的《关于全面推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的实施意见》首次提出了“保障质证权”的概念。^[20] 其第 11 条第 1 款明确要求,“证明被告人有罪或者无罪、罪轻或者罪重的证据,都应当在法庭上出示,依法保障控辩双方的质证权”,这为被告人对质权的保障提供了重要依据。此外,2018 年发布的《法庭调查规程》第 8 条和第 24 条都明确规定了共同被告人、被告人与证人、被告人与被害人以及证人与证人之间的对质情形,成为迄今为止保障被告人对质权最为详细和全面的规范。但由于该《法庭调查规程》主要为法院内部操作规程,其规范效力有限,难以为对质权提供更为坚实的制度保障。

值得注意的是,自 2021 年 2 月起,成都市中级人民法院启动了刑事对质程序试点改革,并发布了《刑事庭审对质规则(试行)》(成中法发〔2021〕12 号),首次从对质的概念、目的、适用范围和程序等方面作出系统规定,为完善被告人对质权保障机制发挥了重要推动作用。但该规则仍以“职权主导”为主,并未将对质权确立为被告人的程序性权利。

上述一系列规范性文件初步构建了我国刑事被告人对质权的规范框架。但遗憾的是,刑事诉讼法未明确赋予对质权应有的法律地位。正如有观点指出,现行法律对对质权的重要性认识不足,导致该权利长期处于法律体系的边缘。^[21] 实践中,由于缺乏明确的法律宣示,法官对被告人提出的对质申请往往重视不够,甚至视而不见,当对质权遭侵害时,也缺乏有效的救济机制。^[22]

[20] 参见张保生、王旭:《中国证据法治前进步伐(2017-2018 年)》,《证据科学》2020 年第 1 期,第 5 页。

[21] 参见张建伟:《审判的实质化:以辩方的视角观察》,《法律适用》2015 年第 6 期,第 8 页。

[22] 参见易延友:《证人出庭与刑事被告人对质权的保障》,《中国社会科学》2010 年第 2 期,第 164 页。

2. 现行规范不一致和适用冲突

现行规范之间不一致和适用冲突也直接影响到对质权的落实,削弱其保障力度。例如,《刑事诉讼法解释》第269条限制了对质适用范围,仅限于“同案被告人、分案审理的共同犯罪或者关联犯罪案件的被告人”,而《刑事诉讼规则》第402条则扩大至“被告人、证人、被害人对同一事实的陈述存在矛盾的”,允许公诉人建议法庭传唤或通知相关人员进行对质。这种差异使得对质范围模糊、实践中标准不统一。再如,关于对质的适用前提,《刑事诉讼法解释》第269条规定为“法庭认为有必要”,而《刑事诉讼规则》第402条则要求“对同一事实的陈述存在矛盾的”,这带来了是“陈述矛盾”还是“法庭认为有必要”决定对质的问题。^[23]实际上,我国司法实践中对质通常由法院决定,法院享有较大的自由裁量权,但这种判断是否足以成为一项标准仍有待明确。尽管《法庭调查规程》对对质程序进行了更为详细的规定,但其作为法院内部文件,效力较低,无法根本解决法律文件之间的冲突和标准模糊的问题。

(二) 程序性原因:证人出庭制度不完善

证人出庭作证是保障对质权有效行使的关键程序设计。然而实践中证人出庭率不高,降低了被告人行使对质权的可能性。但与此同时,不出庭证人的庭外陈述却被法庭采信,进一步弱化了对其行使效果。这是刑事被告人对质权保障不足的程序性原因。

其一,对质权的行使受证人出庭规范的影响。《刑事诉讼法》第62条规定,凡是知道案件情况的人都有作证义务,这为证人出庭作证提供了规范依据,但该义务的实际履行受限于多种条件。一方面,根据《刑事诉讼法》第192条“证人出庭条件”之规定,法院可在公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对证人证言提出异议,且该证言对案件定罪量刑有重大影响时,决定证人是否有必要出庭。这一规定赋予法院较大的裁量权。实际操作中,证人出庭依赖于法院对“有必要”这一标准的理解,法官常常以“没有必要”为理由,导致证人不出庭现象较为普遍,从而妨碍了被告人行使对质权。另一方面,《刑事诉讼法》第193条虽赋予法院强制证人出庭的职权,但实践中法院很少行使此权力。受证人出庭成本高、保护机制不完善以及社会对作证的接受度低等因素影响,法院通常选择更为便捷的方式推进庭审,而不主动采取该强制性手段。

其二,对庭外陈述证据效力的普遍认可制约对质权的行使。在我国刑事诉讼实践中,尽管多轮司法改革已建立了证人出庭作证制度,并设定了证人不出庭的惩戒措施,但法庭仍允许宣读证人庭前书面陈述并将其作为裁判依据。这一做法实质上弱化了对其行使的功能,限制了被告人对不利证据的有效对抗。一方面,《刑事诉讼法》第193条规定了证人不出庭的惩戒措施,表面上似乎推动了直接言词原则的实施,但第195条却允许证人不出庭时宣读其庭前所作的证言笔录,从而承认了庭外陈述的证据资格。此种法律上的自相矛盾,不仅未能有效保障对质权,反而通过合法化庭外陈述的使用,使得被告人向证人面

[23] 参见马静华、蒲劲宏:《庭审实质化改革背景下对质程序的适用与完善》,载杜金主编《中山大学法律评论》(第19卷第2辑),社会科学文献出版社2022年版,第232页。

对面对质的权利被剥夺。另一方面,法律在证人作证特免权的适用上存在明显漏洞。《刑事诉讼法》第 193 条虽规定强制证人出庭作证,但对部分证人设有多项例外,尤其是被告人的配偶、父母和子女可不被强制出庭。该规定基于社会伦理与家庭保护的考虑,虽免除其出庭义务,但未彻底赋予其拒绝作证的权利,^[24]庭外陈述仍可作为控方指控依据。近亲属虽不出庭,但法庭通常要求其提供书面证言,这些证言常常成为控方的重要证据。由于证人未出庭作证,被告人无法当庭对质,这不仅违反了程序公正原则,还使对质权丧失了其防御性权利的实质意义。

(三)司法实践的惯性问题:卷宗中心主义倾向

在我国刑事诉讼中,卷宗中心主义是阻碍被告人对质权实现的重要原因。尽管 2012 年刑事诉讼法修订后确立了证人、鉴定人和侦查人员出庭作证的制度,为被告人对质权提供了一定保障,但由于庭外陈述仍可被视为定案依据,导致证人出庭制度的实际效力受限。这背后,卷宗中心主义的根深蒂固,尤其是“线型诉讼构造”和法官的庭前预判,已成为对质权实现的主要障碍。^[25]

第一,中国刑事诉讼的“线型诉讼构造”存在不足。美国学者帕克(Herbert L. Packer)曾提出“犯罪控制模式”和“正当程序模式”两种刑事诉讼模式,其中“犯罪控制模式”类似“流水线”,^[26]形成了侦查、审查起诉和审判之间顺推的流程。中国现行刑事诉讼构造正是这一典型模式,侦查机关、公诉机关和审判机关的“互相配合”使侦查材料在被公诉机关“加工”后直接进入审判阶段,成为庭审的主要依据。在此模式下,控方掌握的证据材料在庭审中占据主导地位,被告方则处于天然的劣势。^[27]因此,证人不出庭也不难理解,甚至即便证人出庭,其证言也常常难以成为法庭裁判的基础,更遑论保障被告人的对质权。

第二,法官庭前阅卷的方式进一步加剧了对质权的弱化。司法实践中,法官通常在审前大量查阅案件卷宗材料并形成对案件事实的初步判断,这种庭前阅卷的办案方式使得法官对案件事实可能有了先入为主的理解,导致证据审查和事实认定依赖于卷宗材料,而非庭审中的言词和实物证据。这种先入为主的判断可能阻碍法官对被告方辩护意见和无罪证据的充分接受,即使被告人在庭审中提出新的辩护理由或证据,也很难撼动法官基于卷宗材料形成的初步结论。

卷宗中心主义的另一个突出表现是庭外陈述的优先地位,甚至在证人出庭作证时,庭外陈述仍被作为定案依据。这使得证人出庭可能成为形式上的程序安排,失去了其应有的实质功能。证人出庭作证制度本应为被告人提供直接对质的机会,以验证证言的真实可靠性。然而,在卷宗中心主义的影响下,庭外陈述往往比庭上言词证据更具证据分量,

[24] 参见张翔:《“近亲属证人免于强制出庭”之合宪性限缩》,《华东政法大学学报》2016 年第 1 期,第 61-62 页。

[25] 参见吕化强、余韵洁:《审判中心主义与卷宗制度的前世今生》,《法学家》2020 年第 6 期,第 97-98 页。

[26] 参见[美]赫伯特·L. 帕克:《刑事诉讼的两种模式》,梁根林译,载[美]虞平、郭志媛编译《争鸣与思辨:刑事诉讼模式经典论文选译》,北京大学出版社 2013 年版,第 10 页。

[27] 参见陈瑞华:《新闻接审理主义——“庭审中心主义改革”的主要障碍》,《中外法学》2016 年第 4 期,第 855 页。

不仅直接削弱了证人出庭作证制度的效力,也影响了对质权的保障。

(四) 诉讼结构的问题:控辩关系不平等

控辩关系的失衡直接影响了被告人对质权的有效行使。辩护制度作为对质权的外部保障,本应在对抗式庭审中为被告人提供平等抗衡的机会。在理想的对抗式审判中,控辩双方应平等对抗,法官居中裁判。然而,当前控辩关系并不对等,特别是在公诉方主导的庭审调查模式下,辩方的抗辩能力受到削弱,从而使得对质权的实质行使面临重大困难。

其一,公诉方主导的法庭调查模式限制了被告人的抗辩空间。在我国现行刑事审判程序中,检察官往往掌握完整的案卷记录,并通过宣读笔录而非逐一出示证据和接受质证的方式展示证据。这种证据展示方式使得证人不出庭成为常态,削弱了对质权的实质作用。即便被告人当庭推翻庭前供述,公诉机关仍可借助侦查阶段的侦讯笔录证明翻供不合理。^[28]此外,公诉机关凭借其掌握的资源和信息优势,不仅影响着庭审证据调查的方式、范围和顺序,还在庭审过程中处于较强势的地位。与此同时,辩方的阅卷权受到限制,辩护律师由于无法提前充分了解公诉机关所持证据材料,常常被动应对随机挑选的证据,难以提出有针对性的抗辩意见。这种不平等的控辩格局可能使法庭调查变成公诉方一方的独角戏,被告人及其辩护人在对抗过程中难以有效发声。在此模式下,即使被告人提出异议,申请控方证人出庭,也难以动摇公诉方强有力的指控,这使得被告人的对质权在一定程度上形同虚设。

其二,被告人在庭审中的地位被固化为“调查客体”,进一步削弱了其行使对质权的可能性。我国现行庭审证据调查程序中,被告人在检察官宣读起诉书后需立即陈述并接受讯问,这一调查顺序强化了其作为“有罪调查对象”的角色,而非平等的诉讼主体。根据《刑事诉讼法》第191条,公诉人在法庭上宣读起诉书后可以讯问被告人,审判人员亦可主动讯问。实践中,被告人往往是第一个被讯问的对象,这体现了“职权主导”模式下法官有“发现真实”的义务,并有权主动讯问被告人。这与“权利保障”模式下优先询问证人的做法形成鲜明对比,后者通常将对被告人的讯问置于审判的最后阶段。在强职权主义模式下,若被告人翻供,公诉方通常通过大量宣读卷宗材料和频繁发问进行反击,削弱被告人和辩护人的抗辩能力,即便被告人行使对质权,公诉方也能借助庭前材料和侦查人员证词进一步强化指控,压制辩方的有效反驳。在这种信息和资源不对等的庭审结构中,对质程序被边缘化,对质权的保障也难以落实。

四 构建“权利保障型”对质权体系

尽管刑事诉讼法及相关司法解释已体现对质权保障原则,但从实施效果看,我国当前“职权主导”式的保障机制并不利于对质权的保障。为此,应当在试点改革基础上对其进

[28] 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,第70-71页。

行模式改造,构建“权利保障型”对质权体系。正向层面,必须激励证人出庭,最大限度保障面对面对质的可能性;反向层面,应当严格限制庭外陈述的证据资格。此外,还应当优化法庭发问规则并提升辩方有效对质的能力。

需要强调的是,在刑事审判中,对质具有双重面向:“公正审判”视角下,对质是保障被告人权利的手段;而在“事实查明”逻辑下,对质是证据调查的重要手段。二者在价值位阶上存在明显差异。我国现行法律尚未充分保障对质权,尽管证人与证人、证人与鉴定人之间的对质有助于评估证据效力,但其核心目标并非专注于保障被告人权利。在构建“权利保障型”对质模式时,是否保留事实查明型对质,需根据二者关系来决定:若二者重叠或交叉,应在具体情境中平衡权利保障与事实查明的关系;若二者相互排斥,则取舍更为明晰。事实上,二者并非绝对对立,其在查明事实的目标上具有一致性,但“权利保障型”对质更加强调程序正义的独立价值与对被告人对质权的优先保障。

(一) 确立被告人对质权

我国现行刑事诉讼法尚未明确赋予被告人对质权,导致法律体系存在空白,不仅使刑事诉讼实践中对质权的保障常常被忽视,也使我国刑事诉讼的权利保障水平不足。为此,应当在法律层面明确承认被告人的对质权,在未来修改刑事诉讼法之时,对《刑事诉讼法》第 61 条作出相应调整,建议修改为:“被告人享有与证人对质的权利。证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方质证并且查实以后,才能作为定案的依据。法庭查明证人有意作伪证或者隐匿罪证的时候,应当依法处理。”之所以这样修改,主要从以下两方面考虑。

其一,将被告人的对质权确立为法定权利,是许多国家的普遍做法。对质权是被告人的核心诉讼权利,应当予以保障,这也是法治国家的基本要求。通过法律确认对质权,能够提升其法律地位,并在诉讼中形成稳定的制度保障,使被告人有效行使防御权和自我辩护权。在英美法系国家,对质权已被确立为独立的程序性权利,亦为欧洲国家所普遍承认。^[29] 正如有观点指出:“目前对质权已经成为国际刑事司法准则的一部分,在宪法与法律中确认对质权,已经成为各国法制改革的普遍趋向。”^[30] 因此,中国应通过此次刑事诉讼法的修改,明确被告人的对质权,赋予其质疑和对抗不利证人的合法权利,构建中国特色刑事诉讼体系。

其二,将对质权上升为被告人的法定权利,才能确保其得到有力的程序保障。基本权利的程序保障机制最为严格,一旦某项权利被确认为基本权利,就会有相应的保障措施,且在权利受到侵犯时,也会有必要的补偿和救济措施。基本权利具有最高的价值位阶,任何对其限制或侵犯都需要充分理由,且应遵循最小侵害原则,同时提供事后补偿和救济。^[31] 这要求法律必须建立完善的程序保障机制,以确保权利的实现,否则权利便失去

[29] 参见魏晓娜:《审判中心视角下的有效辩护问题》,《当代法学》2017 年第 3 期,第 103-104 页。

[30] 龙宗智:《论刑事对质制度及其改革完善》,《法学》2008 年第 5 期,第 22 页。

[31] See Stefano Maffei, *The European Right to Confrontation in Criminal Proceedings: Absent, Anonymous, and Vulnerable Witnesses*, Europa Law Publishing, 2006, p. 12.

实际意义。鉴于上位指导理念对具体规则构建的导向作用,我国未来的首要任务是,在法律层面将对质权确立为被告人的基本权利。

(二) 强化法官通知证人出庭作证义务

各国刑事诉讼法普遍确立了证人出庭作证的义务,强调程序公正的重要性。我国《刑事诉讼法》第62条亦明确规定,证人作为案件信息的重要提供者,必须履行出庭作证的义务。出庭作证不仅是揭示案件事实的基本途径,也是确保控辩双方权利对等和案件公正审理的关键。然而,法律义务若缺乏强制执行机制,则易流于形式。因此,强制证人出庭作证的措施应当成为保障这一义务履行的必要手段。如前所述,尽管《刑事诉讼法》第193条明确赋予法院强制证人出庭作证的权力,但第192条第1款规定的“法院认为有必要”的证人出庭条件,使得法院在是否强制证人出庭方面拥有较大的自由裁量权。这种灵活性导致对被告人对质权保障不足,尤其在涉及关键证言的情况下,法官的裁量决定会削弱被告人向证人对质的机会,从而影响对质权的有效行使。

限制法官的自由裁量权、明确其在通知证人出庭中的义务边界,成为保障程序正义的迫切需要。据此,可从两个方面加以考量:一是义务履行规则。法院应当积极履行促成证人出庭的义务,当控辩双方对证言存有异议,且该证言对案件定罪量刑有重大影响时,法院应当主动通知证人出庭作证,以确保证言的真实性得以当庭对质审查;二是责任界定规则。在证人无法出庭的情况下,法院应当调查并说明未出庭的原因,明确责任归属。如果证人未能出庭系由于法院程序失误、管理不当或其他可归因于法院的情形而未能出庭,法院应承担相应责任,并不得采纳该证人未经对质的证言。

此外,限制法官自由裁量权的另一种立法路径是修改《刑事诉讼法》第192条第1款关于证人出庭作证条件的规定,删除“法院认为有必要”的表述。建议修改为:“公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对证人证言有异议,且该证人证言对案件定罪量刑有重大影响的,证人应当出庭作证。”这一调整可从根本上削减法官在证人出庭作证问题上的裁量权,确保对质权的有效落实,提升庭审的公正性与证据审查的严谨性。

(三) 建立证人不出庭作证之证据能力否定规则

单纯要求证人出庭仍不足以实现对质权的充分保障,为增强对质权的保障力度,还需从消极层面入手,明确禁止法官将庭外陈述笔录作为定案依据,从而提高对质权保障机制的刚性,即通过对违反对质权条款的行为予以程序性制裁,禁止将庭外陈述笔录作为指控被告人有罪的证据,这一点也为美国诸多判例所强调。^[32] 因此,建议将证人出庭接受对质确立为证言具备证据能力的判断条件。具体而言,在被告人请求对质的情况下,未出庭证人的庭外陈述原则上不得作为定罪依据。鉴于此,本次修法应对《刑事诉讼法》第193条第1款作出相应调整,可参考《刑事诉讼法解释》第99条关于鉴定人出庭作证的规定,

[32] 对质权与庭外陈述的对抗关系在美国经历了漫长的发展过程。从最初将对质权与传闻证据规则捆绑,到2004年克劳福德案(Crawford v. Washington)的历史性转变,最终将对质权回归为宪法性权利。在克劳福德案中,法院明确指出,对质权不再依赖证据可靠性,而是强调,无论庭外陈述的可靠性如何,未经交叉询问的证言不能作为指控被告的证据。See Richard D. Friedman, Confrontation Clause Re-Rooted and Transformed, 2003-2004 *Cato Supreme Court Review* 439, 439 (2004).

修改现行条文为:“经人民法院通知,证人没有正当理由不出庭作证的,人民法院可以强制其到庭,但是被告人的配偶、父母、子女除外。证人没有正当理由拒绝出庭或出庭后拒绝作证的,其庭外陈述不得作为定案的根据。”此举不仅强化了证人出庭作证的法律责任,确保证言的真实性和可靠性,还能有效防止庭外陈述因缺乏当庭对质而影响案件裁判的公正性。^[33]

当然,庭外陈述并非绝对禁止,特定情况下可用于弹劾证人证言的可信度,但仅限于质疑其可信性,而非直接作为定案依据。当证人当庭证言与庭外陈述明显不一致时,法庭可允许宣读庭外陈述。此时,庭外陈述仍为次要证据,只有符合法定条件才可作为证据使用。而且,即便庭外陈述被认定为真实,其证据效力仍低于当庭证言。此外,庭外陈述还可作为辅助证据,帮助恢复证人记忆,但其作用仅限于协助回忆,不可视为独立证据证明被告人有罪。^[34]

(四) 将交叉询问作为行使对质权的基本方式

交叉询问是对质权的核心构成要素,也是被告人行使对质权的关键途径。^[35]完善的法庭发问机制在一定程度上决定了对质的公正性与有效性。英美法系采当事人主导的诉讼模式,不仅赋予控辩双方平等的发问权,还形成了成熟且规范的交叉询问机制。在此模式下,对质时常出现诱导性询问现象。美国证据法学家摩根(Edmund M. Morgan)认为,禁止诱导性询问源于人易受暗示的特性,但严格禁止诱导性询问可能限制对质权的有效行使。^[36]对比我国庭审发问规则的立法文本,我国目前并不允许对证人进行诱导性询问。

《刑事诉讼法解释》第 261 条第 1 款明确规定,“向证人发问应当遵循以下规则:……(二)不得以诱导方式发问”,这在一定程度上模糊了直接询问与交叉询问的界限,忽视了两者的本质差异。直接询问的目的是确保证人独立陈述事实,因此禁止诱导性询问;而诱导性询问则是交叉询问的核心特征之一。全面禁止诱导性询问可能影响被告人的对质权。因此,必须明确区分直接询问与交叉询问的发问规则。现行规定未能充分体现两者在性质与功能上的差异,未来应在法律层面予以明确:在直接询问阶段,应严格禁止诱导性询问;而在交叉询问阶段,应适当放宽对诱导性询问的限制,允许一定程度的诱导性询问。交叉询问是对抗制诉讼中揭示案件真相的重要手段,通过精准质问,可有效揭露证人证言中的矛盾与偏见,从而提升对质的有效性。考虑到发问规则是法庭调查的操作细则,宜通过司法解释予以明确。

(五) 提升辩方有效对质能力

对质权的有效行使依赖于辩方抗辩能力的提升,完善的辩护制度为被告人行使对质

[33] 由于法益保护目的不同,证人保护与对质权保障常发生冲突。近亲属虽免于强制作证,但并不等于拥有绝对的拒绝作证权,而是仅免除强制出庭义务。作为基本权利,理应优先保障对质权。冲突发生时,应遵循比例原则,平衡被告人对质权与证人保护间的关系,必要时可通过远程视频等方式保障对质权。参见王兆鹏著:《辩护权与诘问权》,华中科技大学出版社 2010 年版,第 137 页。

[34] 参见张建伟:《审判的实质化:以辩方的视角观察》,《法律适用》2015 年第 6 期,第 8 页。

[35] See Richard D. Friedman, Forfeiture of the Confrontation Right after Crawford and Davis, 19 Regent University Law Review 489, 489 (2006).

[36] 参见[美]Edmund M. Morgan 著:《证据法之基本问题》,李学灯译,我国台湾地区世界书局 1982 年版,第 79 页。

权提供了重要的外部保障。由于被追诉人处于弱势地位,不仅无法与控方有效对抗,还因对庭审程序了解有限,难以识别证人证言中的不利于己的信息。司法实践中,直接由被告人参与对质的案件较少,大多数由辩护人代为发问,这进一步凸显了专业律师介入诉讼的重要性。当前,我国辩护制度面临“量”与“质”的双重挑战,亟需以律师辩护全覆盖改革为契机,扩大辩护适用范围,并提升辩护的专业性与有效性,进而全面保障对质权的实现。

其一,推动刑事辩护实质化。对质权的保障不仅依赖辩护的覆盖面,更需通过制度设计确保辩护的质量与实效。首先,应当加强对法律援助律师的专业化培养。目前,法律援助律师在对质能力上存在差异,必须强化实务培训,特别是在证人对质、发问策略与证据质证等核心技能方面,要通过专业化培训不断提升其业务能力,有效保障被告人对质权。其次,完善律师辩护与值班律师制度的衔接机制。值班律师提供初步法律帮助,但在正式辩护阶段衔接不畅则可能削弱对质效果。应通过案情总结、关键证人信息与对质策略共享,确保被告人能获得高效、专业的法律援助和刑事辩护。最后,健全监督与评估机制。目前,律师辩护全覆盖改革缺乏专门针对对质环节的监督与评估,应引入第三方评估并发布监督报告,重点考察辩护律师在对质中的参与深度、质询技巧与被告人权利保障情况,确保改革能够切实提升辩方的对质能力。

其二,健全刑事辩护的激励与惩戒机制。一方面,应打破现行“一揽子收费制度”,建立尽职律师的激励机制,推行按工作量和案件复杂度收费的改革,尤其对在对质环节表现出色的律师给予合理的报酬激励。这将激励律师在庭审中投入更多精力,优化对质策略,从而提升辩护的专业性和实效性。另一方面,必须完善无效辩护的惩戒机制,加强对律师在对质环节履职情况的监督。

五 结 论

当前我国法律规范并未将对质权作为被告人的一项基本诉讼权利,也未能全面回应庭审实质化改革的各项需求,不仅使被告人难以有效行使该权利,也导致程序正义受到影响。尽管近年来通过立法完善和试点改革使得对质权保障有所推进,但现行“职权主导”模式常常使程序正义屈从于实体正义,致使对质权被弱化。以刑事诉讼法第四次修改为契机,应当在制度层面确立被告人对质权,强化其在诉讼权利中的重要地位,并通过系统性改革推动保障机制从“职权主导”向“权利保障”转型。具体的路径和方式有:一是明确对质权的法律地位;二是强化法官通知证人出庭作证的义务;三是严格限制庭外陈述的证据效力;四是优化法庭发问规则;五是提升辩方对质能力。通过这些系统性改革,不仅可以更好地平衡程序正义与实体正义,还能有效促进刑事庭审的实质化,从而为完善刑事司法法制,推动中国式法治现代化发展奠定坚实基础。

[本文为作者主持的2023年度国家资助博士后研究人员计划(GZC20230819)的研究成果。]

Institutional Guarantees for the Criminal Defendant's Right of Confrontation: Against the Background of the Fourth Amendment to the Criminal Procedure Law

[**Abstract**] The right of confrontation is a fundamental right enjoyed by the accused in criminal proceedings. Its core value lies in ensuring fair trials. However, the protection of this right remains insufficient in China's judicial practice. On one hand, witnesses rarely testify in court, leaving defendants unable to confront accusers. On the other hand, under the "judge-dominated" safeguard mechanism, judges have discretion over witness appearance and the initiation of procedures and often reject it as "unnecessary". As a result, confrontation becomes merely a tool rather than an independent procedural right of the defendant. The insufficiency in the protection of the right of confrontation stems from four factors: First, the lack of explicit recognition of this right in the law, resulting in the insufficient safeguard for it. Second, weak witness testimony rules, which grant high evidentiary value to out-of-court statements. As a result, the negative consequences of the witness's non-appearance fail to be effectively conveyed to the judicial decision-making link. Third, the "dossier-centered" practice, which reduces trials to formality. Judges' pre-assessment of facts from case files weakens the adversarial nature of trial proceedings. Fourth, prosecutorial dominance, which leads to the equality relationship between the prosecution and the defense, leaving defendants in a disadvantaged position in evidence examination, thus further eroding the right of confrontation. Amid the fourth amendment to Criminal Procedure Law, how to further protect the defendant's right to confront through legislative reform and judicial adjustments has become an urgent issue to be addressed. The path to future improvement includes the following key measures: Firstly, formally establishing the right of confrontation as an independent procedural right and clarifying its fundamental status in the criminal justice system. Secondly, strengthening the judge's obligation to notify witnesses to testify and limiting their discretion in exempting witnesses from appearance, so as to maximize witness participation in trial proceedings. Thirdly, establishing rules for denying the evidential capacity of witnesses who do not appear in court to testify and strictly limiting the evidential validity of out-of-court statements. Fourthly, refining the rules of questioning in court to permit the reasonable use of leading questions during cross-examination, so as to enhance the effectiveness of confrontation. Fifthly, enhancing the defense's capacity for effective confrontation. Measures such as strengthening legal aid and improving the defense mechanism should be implemented to promote substantive criminal defense. These reforms would enhance the defendant's ability to challenge the prosecution's case, thus shifting the confrontation mechanism from a judge-dominated model to one centered on the protection of rights.

(责任编辑:董 坤)