

# 刑事庭审实质化与审判方式改革

熊秋红\*

**摘要:** 庭审实质化是刑事审判活动的应然要求,但庭审虚化是我国刑事司法实践中长期存在的突出问题。将审判方式从审问式转为控辩式,为摆脱庭审虚化现象、推进庭审实质化奠定了基础。为了保证庭审在查明事实、认定证据、保护诉权、公正裁判中发挥决定性作用,需要完善举证、质证和认证规则,充实法庭调查和辩论程序。与此同时,还需推动刑事审判模式从传统型向现代型、从“伞形结构”向“三角形结构”转变。我国的刑事审判方式兼具职权主义与当事人主义色彩,但它并非当事人主义和职权主义的简单相加,而是受到文化传统、司法体制、刑事政策、资源状况等多重因素限制,体现出明显的混合性、过渡性和变动性。综合考虑制度路径、立法技术、法治环境等方面因素,我国宜确立直接言词原则和维持卷宗移送主义,并借鉴大陆法系国家的经验,细化直接言词原则的例外情形和加强案卷移送制度自身的正当性。

**关键词:** 庭审实质化 审判方式 职权主义 当事人主义

我国在1979年的刑事诉讼法中确立了职权主义或曰超职权主义<sup>(1)</sup>的审判方式。1996年的刑事诉讼法修改,审判方式改革是其中的亮点之一。审判方式从审问式转为控辩式,被视为是对英美当事人主义审判方式的合理借鉴。但是,以推进庭审实质化为目标的审判方式改革并未有效解决司法实践中的庭审虚化问题,尤其是证人出庭率相比改革之前并无明显上升,据此,有学者断言:审判方式改革基本上归于失败。<sup>(2)</sup> 2012年的刑事诉讼法修改,在审判方式的选择上,表现出摇摆不定的状态:一方面,在卷宗移送问题上,摒弃了1996年刑事诉讼法所确立的“复印件移送主义”,回归到1979年刑事诉讼法所规定的全案卷宗移送主义;另一方面,借鉴英美法系国家被告人有罪答辩的程序分流功能,对于简易程序的适用范围作了重大扩展,规定基层法院审理的案件,如果事实清楚、证据充分,被告人承认自己所犯罪行,对起诉书指控的犯罪事实和适用简易程序没有异议的,都可以适用简易程序;此外,还建立了公诉案件刑事和解程序,形成了协商型刑事司法模式。在新一轮的司法体制改革中,国家决策层提出要建立“以审判为中心的诉讼制度”,强调要实现庭审实质化,在此背景下,学术界再次出现了引进日本“起诉书一本主义”的呼声,此外,在完善认罪认罚从宽制度和刑事速裁程序试点以及立法问题的讨论中,不少学者所持主张体现出我国的刑事审判方式应当继续向当事人主义方向改革的倾向。在本文中,笔者拟着重探讨审判方式改革与庭审实质化之间的关系,以便回答以审判为中心的诉讼制度改革中所涉及的相关理论和实践问题。

\* 中国社会科学院法学研究所研究员,法学博士。

(1) 超职权主义又称“强职权主义”,主要表现为:较之于大陆法系职权主义国家,控诉权更为强大、被告人主体地位弱化以及审判权的泛行政化。参见汪海燕《刑事诉讼模式的演进》,中国人民公安大学出版社2004年版,第427-431页。

(2) 参见陈瑞华《司法的性质与改革之路》,http://www.aisixiang.com/data/1818.html,2016年6月19日访问。

## 一、刑事审判模式的选择困境与选择前提

我国的刑事审判方式改革是继续向英美法系当事人主义模式靠拢,还是在更高层次上回归大陆法系职权主义模式,这一带有方向性和根本性的问题一直困扰着我国刑事法学的研究者。在1996年刑事诉讼法修改的讨论中,出现了审判方式改革研究的热潮,当时的主流观点认为:我国的刑事审判方式应当向英美当事人主义方向发展,因为原有的审判方式有一定弊端,主要是法官充当调查证据、审问被告人的主角,控辩双方作用发挥不够,容易造成法官与被告人的直接对抗,不利于客观公正地处理案件。<sup>(3)</sup>这种主张为1996年修改后的刑事诉讼法所采纳,主要表现为:为了防止法官“先定后审”,庭前审查改实质性审查为程序性审查;为保证法官在庭审中的中立性、客观性,吸收直接询问和交叉询问制,增强了诉讼的对抗性,将控辩双方的举证和辩论作为庭审中查明案情的主要方式,形成了“控辩式”的庭审方式。

在2012年刑事诉讼法修改的讨论中,关于审判模式的选择,出现了莫衷一是的局面。一种观点认为,我国的刑事审判方式应当继续向当事人主义方向推进,主要理由包括:它有利于实现程序公正,更符合法治原则下对冲突解决方式以及法院角色的要求;它代表了当今诉讼文化的发展方向;逆传统文化改造诉讼结构,是一剂对症良药,有利于克服我国刑事诉讼制度及其运作的固有弊端;实践证明已实施的改革取得了一定成效,利大于弊,应当继续推进改革而不能倒退。<sup>(4)</sup>另一种观点则认为,我国刑事司法改革应当坚持走职权主义道路,主要原因包括:国家权力主导的制度背景;追求客观真实的司法传统;原有职权主义诉讼的基本构架。<sup>(5)</sup>还有一种观点认为,我国的审判方式改革应当走混合式的道路,这其中又有以当事人主义为基调兼采职权主义或者以职权主义为基调兼采当事人主义之别。<sup>(6)</sup>

一般认为,理想的做法是采取“折衷式”或“混合式”,即取职权主义和当事人主义各自之所长,避其所短,嫁接出一套立足于中国国情,同时又兼有两种模式优越性的刑事审判制度。然而,这种理想化的制度是否存在,即便存在,它在运行过程中是否会因为客观环境的制约而走形,则很少有人对其进行深入的研究。比如,如何判断这种“混合式”必是集两种模式之利,而非集二者之弊,就是一个相当困难的问题。因此,可以说,在刑事审判模式问题上,我们面临着选择的困境。这种选择困境导致我们容易“迷失在主义的丛林中”,难以就刑事审判制度改革的总体方向达成共识。

当前,需要明确的是,我国刑事审判方式改革中的模式选择,应当遵循两个基本前提:

其一,它应当是一种遵循刑事司法国际标准之下的模式选择。无论英美的当事人主义,还是法德的职权主义,都是一种现代型的刑事诉讼制度,二者的共性首先是我们必须予以关注的,这种共性集中地体现为刑事司法国际标准。联合国自1945年创建以来在刑事司法与犯罪预防领域中制定和发布了大量的法律文书,形成了刑事司法国际标准。它包括相互联系的六个体系:一是由《联合国宪章》以及《世界人权宣言》、《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》为主的《国际人权宪章》中的有关规定构成的刑事司法根本性准则体系;二是由关于国际犯罪的联合国公约

(3) 参见陈光中、熊秋红《刑事诉讼法修改刍议(下)》,载《中国法学》1995年第5期。

(4) 参见龙宗智主编《徘徊于传统与现代之间——中国刑事诉讼法再修改研究》,法律出版社2005年版,第270-273页。

(5) 参见施鹏鹏《为职权主义辩护》,载《中国法学》2014年第2期。

(6) 参见汪海燕《刑事诉讼模式的演进》,中国人民公安大学出版社2004年版,第513页。

规定为主构成的国际刑法体系;三是关于囚犯待遇、非拘禁措施、刑罚和少年犯待遇的联合国准则体系;四是关于执法、司法机关和官员以及律师守则的联合国准则体系;五是关于被害人权利的联合国准则体系;六是关于开展刑事司法国际合作以打击犯罪尤其是跨国犯罪的联合国准则体系。<sup>(7)</sup>我国已经在1998年签署了《公民权利和政治权利国际公约》(以下简称《公约》)此外,还参加了刑事司法领域大量国际性文件(如《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》、《联合国少年司法最低限度标准规则》)的签署。2009年4月13日国务院新闻办发布了《国家人权行动计划(2009-2010年)》,其中谈到:中国“将继续进行立法和司法、行政改革,使国内法更好地与公约规定相衔接,为尽早批约创造条件”;2012年6月国务院新闻办在《国家人权行动计划(2012-2015年)》中重申:中国将“继续稳妥推进行政和司法改革,为批准《公民权利和政治权利国际公约》做准备”。中国政府拟制定新一期国家人权行动计划——《国家人权行动计划(2016-2020年)》。《公约》中包含着公正审判权国际标准的核心内容,以此为核心形成的刑事司法国际标准,无疑将为我国刑事审判方式的改革起到导向作用。

其二,它应当建立在对我国现行刑事审判方式准确认知的基础之上。有学者对现行刑事诉讼模式进行反思,提出了关于刑事诉讼模式的否定性判断和肯定性判断。关于否定性判断,主要认为:(1)现行模式不是封建社会的纠问式;(2)现行模式不是大陆法系的职权主义;(3)现行模式不是英美法系的当事人主义;(4)现行模式既不是传统的混和式(即在纠问式的基础上,借鉴当事人主义而形成的现代职权主义),也不是现代的混合式(即现代职权主义国家在职权主义基础上吸收当事人主义因素而形成的混合模式)。关于肯定性判断,主要认为:(1)现行模式带有一定的传统因素,如司法权力体系内部的行政化色彩严重,侦查、起诉、审判机构的“流水线作业”,控、审职能界线不能完全划清等;(2)现行模式带有社会主义因素,如遵循党对司法机关的领导和管理,审委会和检委会的存在,司法认知上的唯物主义认识论等;(3)现行模式受到域外法制影响较大,尤其是大陆法系的影响,英美法系的影响正在不断增强;(4)现行模式受制于诸多现实因素,受不同阶段国家发展战略、发展目标的影响,呈现多样性、变动性与矛盾性。总体而言,现行模式是一种国家本位主义的模式,是一种过渡式的诉讼模式,既包括职权主义的一些成分,也包括当事人主义的点滴因素,还包括传统诉讼制度的一些因素,不能理解为职权主义与当事人主义的简单相加,该模式有待向现代型诉讼模式转型。<sup>(8)</sup>

我国的刑事审判模式应当从传统型向现代型转变,这或许是在思考模式选择问题时可以达成的基本共识。我国现行刑事审判模式无论是与职权主义还是当事人主义,抑或是混合式相比,在权利保障方面的缺憾是明显的,刑事司法国际标准中的一些要求在我国还没有完全实现,如司法独立原则并未得到充分的保障、未明确肯定无罪推定原则、辩护权的保障尚不到位、保留了被追诉者的如实陈述义务、未确立禁止双重危险原则等等。鉴于我国已成为联合国人权理事会的成员国并要接受对人权状况的普遍定期审议,我国在刑事司法改革中,应当注意兑现我们的国际承诺,同时对于各国刑事司法的一些经验加以吸收,以使刑事诉讼立法与国际社会公认的刑事司法准则和国际惯例相接轨,既提升本国的刑事司法人权保障水平,又缓解在对外交往中所承受的国际压力,从而实现国家内政与外交的良性互动。在经济全球化、人权普遍化、法律世界化的时代,加强刑事司法中的人权保障,是我国刑事审判模式从传统型迈向现代型的题中应有之义,因为“在全球化的、现代整体社会发展的视野

(7) 参见陈光中、[加]丹尼尔·普瑞方廷主编《联合国刑事司法准则与中国刑事法制》,法律出版社1998年版,第12-15页。

(8) 参见左卫民《中国刑事诉讼模式的本土构建》,载《法学研究》2009年第2期。

下,现代化的刑事司法所应体现的品质有二,一是对人权的尊重,二是对程序正义的强调”。<sup>(9)</sup>

从世界范围内刑事审判模式的演进历史看,解决纠纷、社会控制与规范权力是其中的直接目的,<sup>(10)</sup>在不同的模式下,三者的比重存在差异,刑事审判模式从传统向现代转型,更多意味着要强化规范权力的诉讼目的。这是因为:在弹劾式诉讼中,将解决纠纷作为刑事诉讼的首要目的;在纠问式诉讼中,倾向于强调社会控制;在近现代刑事诉讼中,由于奉行民主和法治原则,才会将规范权力放在举足轻重的位置上加以考虑。有学者认为,我国现行刑事审判结构实际体现为一种“伞形结构”,主要表现为:(1)审判人员不是消极、中立的听证者,他既是庭审程序的“主持者”,也是案件实体真实的“发现者”,拥有几乎不受限制的法庭调查权;(2)检察机关在庭审中不是与辩护主体平等对抗的一方当事人,而是处于与审判机关共同作为国家专门机关追查犯罪并且又对审判活动进行监督的特殊诉讼地位;(3)被害人作为当事人参与法庭审判,与公诉机关相互配合、补充,构成公诉案件控诉主体的二元化,导致控、辩力量对比失衡;(4)在法庭上,辩护人席与被告人席分隔设置,辩护人作为被告人合法利益的维护者在整个庭审过程中不能与被告人及时交流、沟通和协商;(5)被告人在法庭审判中不享有沉默权,必须接受审判人员、公诉人、被害人及其诉讼代理人乃至辩护人对其展开的轮番讯问,成为“讯问的对象”。这种结构存在如下弊端:控、审职能有所混淆,法官中立无法实现;检察机关“一身二任”,背离了其当事人属性,削弱了审判的权威;辩护权受到抑制,控、辩难以形成平等对抗;控诉主体的二元化违背公诉机制并导致控、辩力量对比进一步失衡。因此,应当以“三角形结构”为目标,改革和完善我国刑事审判构造。<sup>(11)</sup>将“伞形结构”改造为“三角形结构”,其中的关键就是以权力制约权力和以权利抗衡权力,规范司法权力的运行,构建符合刑事诉讼规律和特点的审判模式。

## 二、刑事审判模式选择应当考虑的因素

围绕刑事审判方式改革中的模式选择,我国刑事民事诉讼法学界存在四种主张:当事人主义派、职权主义派、混合主义派、国情派。<sup>(12)</sup>尽管持不同主张者所提出的改革方案不尽一致甚至大相径庭,但是“改”已经在理论界和实务界取得了共识。新一轮的司法体制改革,举起“全面推进依法治国”的大旗,更是使得审判方式改革成为大势所趋。尽管从传统型向现代型转变是我国刑事审判制度发展的总体方向,但是,在遵循刑事司法国际标准和准确认知我国现行刑事审判方式的前提下,我们仍然无法避开刑事审判模式的选择问题。

一个国家刑事审判模式的选择大体应当考虑两方面的因素:其一是世界范围内刑事审判制度发展的总体趋势;其二是该国刑事审判制度发展的现实需要。前者体现出对司法规律的尊重,而后者则体现了从国情实际出发的改革原则。“正确处理按司法规律办事和从中国国情出发的关系,确保走出一条中国特色的司法体制改革之路”,这是新一轮的司法体制改革必须坚持的基本遵循之一。<sup>(13)</sup>

从世界范围内刑事审判制度发展的总体趋势看,西方两大法系的刑事诉讼模式——职权主义和

(9) 卞建林《刑事诉讼的现代化》,中国法制出版社2003年版,第46页。

(10) 参见汪海燕《刑事诉讼模式的演进》,中国人民公安大学出版社2004年版,第462页。

(11) 参见卞建林、李菁菁《从刑事法庭设置看刑事审判构造的完善》,载《法学研究》2004年第3期。

(12) 持该主张的学者认为,“一个国家的诉讼法律制度向哪一个方向发展不是由哪几个专家学者所决定的,它取决于国家综合制度因素”。刘广三、庄乾龙《对传闻证据规则的反思——基于对规则本身与引进论者的考察》,载《证据科学》2009年第6期。

(13) 孟建柱《完善司法管理体制和司法权力运行机制》,载《党的十八届四中全会〈决定〉学习辅导百问》,学习出版社、党建读物出版社2014年版,第115页。

当事人主义——一直处于相互融合、相互吸收的发展过程之中。但是,从20世纪40年代以来,这种趋势的主流是大陆法系国家纷纷移植英美法系国家的当事人主义诉讼程序,或者采纳当事人主义诉讼程序中的某些因素。且不说20世纪40年代的日本、80年代末的意大利,观察近十多年来大陆法系的代表性国家德国和法国的刑事司法改革,可以看到其明显地受到了英美当事人主义的影响。如2009年在德国确立了量刑协商制度,《德国刑事诉讼法典》第257b条规定“如果有利于推进诉讼程序,庭审中法庭可以与程序参加人就诉讼程序的进程进行讨论。”法庭可以与诉讼参加人就程序的进一步发展和程序的结果进行协商;任一协商都应当含有认罪内容;法院可以基于案件的所有情况及综合量刑考量,自由裁量给出刑罚的上限和下限;诉讼参与人有机会提出意见;如果被告人和检察院同意法院提出的建议,则协议成立。<sup>(14)</sup>2004年法国创设了庭前认罪答辩程序,允许被告人在某些轻罪案件中以认罪为前提与检察官进行量刑交易;该程序适用于主刑为罚金刑或者5年及以下监禁刑的犯罪;程序运作分为被告人认罪、检察官提出量刑建议、被告人接受或拒绝量刑建议、法官审核四个阶段;被告人如不服法官裁定,可以提出上诉。<sup>(15)</sup>德国和法国所发生的这种新变化,主要受以下几个方面因素的影响:对刑事司法功能的重新认识、对刑事司法经济性的考量以及《欧洲人权公约》的要求,<sup>(16)</sup>其中,重视刑事司法的经济性成为占主流的趋势。有德国学者评论说“这是一个将主要由成本效益考量及实用主义所引导的程序”;“很明显辩诉交易制度造成了与刑事诉讼程序基本标准之间难以调和的矛盾。辩诉交易制度造成与实质真实、调查原则以及平等对待原则的冲突”。<sup>(17)</sup>

遵循刑事司法国际标准改革刑事审判制度是一种世界性的趋势。考察刑事司法国际标准产生和发展的历史过程,可以看到《公约》和《欧洲人权公约》中所规定的“公正审判权”,从理论依据上看,源于英美法中的“法律的正当程序”;从具体内容上看,主要体现了英美的刑事程序规则。在欧洲,怎样将英美的正当程序原则及构成公正审判权的特殊规则适用于大陆法引发了很多争议,如怎样解释《公约》第14条和《欧洲人权公约》第6条中的“民事权利和义务”、“刑事指控”、“法庭”、“公正审判”等。这些概念在英美法中比较容易界定,但在大陆法中则需对其含义重新进行解释。<sup>(18)</sup>随着对人权保护重视程度的日渐提高,欧洲人权法院对刑事司法中公正审判权的要求呈逐步增强的趋势,客观上导致了大陆法系的职权主义诉讼制度进一步向当事人主义诉讼制度靠拢。

我国的刑事司法改革大体上经历了庭审方式改革、审判方式改革、诉讼制度改革、司法体制改革的发展路径。庭审方式改革最初是由司法实践推动的,并从民事诉讼扩展到刑事诉讼。根据1982年《民事诉讼法(试行)》第56条的规定,当事人对自己提出的主张,有责任提供证据,但是,法院在民事诉讼中有“全面地、客观地收集和调查证据”的义务。由于办案经费不足,法院在收集和调查证据过程中出现了由当事人包吃包住的现象,严重损害了法院的公正形象,引起了社会的严厉批评。因此,1991年修改后的民事诉讼法强化了当事人的举证责任,减轻了法院收集和调查证据的责任,规定:“当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据,或者人民法院认为审理案件需要的证据,人民法院应当调查收集”法院的责任主要是审查核实证据(第64条)。从举证责任的分担开始,当事人与法院之间的位移逐渐扩大,进而推动了审判方式的改革,即从过去的大陆法系职权主义方式向吸

(14) 参见《德国刑事诉讼法典》第257c条,岳礼玲、林静译,中国检察出版社2016年版,第110页。

(15) 参见施鹏鹏《法律改革,走向新的程序平衡?》,中国政法大学出版社2013年版,第149-158页。

(16) 《欧洲人权公约》第5条第3款规定“被逮捕或拘留的任何人,应立即送交法官或其他经法律授权行使司法权的官员,并应有权在合理的时间内受审或在审判前释放。”

(17) [德]汉斯-约格·阿尔布莱希特《德国刑事诉讼法典》,中国检察出版社2016年版,“引言”,第15页。

(18) 详见熊秋红《解读公正审判权——从刑事司法角度的考察》,载《法学研究》2001年第6期。

收英美法系当事人主义的一些因素的方向转变,庭审活动更多地由当事人双方主导,法官的作用变得越来越消极。审判方式改革从民事诉讼扩展到了刑事诉讼。1979年刑事诉讼法所确立的审判方式是一种强调法官审理职权的模式,法官在庭前为查明案情、核实证据可以进行调查;在庭前审查乃至庭审时发现案件事实不清、证据不足,有权将案件退回检察机关补充侦查;在庭审中,法官直接实施证据调查并推动审判进行。在旧的审判方式下,法官既当“运动员”,又当“裁判者”,难以保持其客观、中立的地位。正因为如此,1996年刑事诉讼法修改,决定采用新的审判方式。在新的审判方式下,庭审活动更多地由控辩双方主导,法官从积极查证变为被动听证,中立性明显增强。审判方式改革最初由司法实践推动,并非出自学者的呼吁或者决策层的顶层设计,这或许能够说明在我国推行当事人主义诉讼模式存在着一定的现实土壤。与此同时,我国对《公约》的签署以及积极为批约创造条件,也意味着当事人主义的因素将在我国刑事司法中得到进一步加强。

从目前正在进行的司法体制改革看,2015年2月最高人民法院发布了《人民法院第四个五年改革纲要》,其中与审判方式相关的刑事司法改革的内容主要包括:(1)全面贯彻证据裁判原则,强化庭审中心意识,落实直接言词原则,严格落实证人、鉴定人出庭制度,严格实行非法证据排除规则;(2)强化人权司法保障,强化控辩对等诉讼理念,完善对限制人身自由司法措施和侦查手段的司法监督;(3)健全轻微刑事案件快速办理机制,有序推进刑事案件速裁程序改革;(4)完善刑事诉讼中认罪认罚从宽制度,构建被告人认罪案件和不认罪案件的分流机制。从上述改革举措看,既包括对刑事司法国际标准的遵循,对审判程序正当化的推进,如落实直接言词原则、强化控辩对等诉讼理念;也包括进一步借鉴当事人主义的某些技术性设置,如完善认罪认罚从宽制度。提高刑事审判程序的正当化程度与注重司法资源的合理配置,既符合世界范围内刑事审判制度发展的总体趋势,又符合我国刑事审判制度发展的现实需要。预防冤假错案,要求加强庭审实质化;而化解案多人少的矛盾,要求扩大对简易程序的适用。

可以预见的是,尽管我国的刑事审判方式有向英美当事人主义方向继续发展的迹象,但未来我国的刑事审判模式不会是典型的当事人主义,因为当事人主义所赖以生存的判例法制度、陪审团审判、别具特色的律师行业等条件是我国的司法环境所难以达致的。我国刑事审判方式的发展将会受到文化传统、司法体制、刑事政策、资源状况等多种因素的限制,因此,未来的刑事审判模式不会是纯粹的当事人主义,也不会是纯粹的职权主义,而是一种立足于中国现实国情,各种力量相互博弈,演进、建构与创造并行的刑事审判模式。<sup>(19)</sup>从我国现行审判方式所具有的特征以及所处的历史阶段看,进一步改革和完善我国的刑事审判方式是极为必要的。

### 三、从庭审虚化到庭审实质化

庭审虚化是我国刑事司法实践中长期存在的突出问题。所谓“庭审虚化”,是指法官对案件事实的认定和对法律的适用主要不是通过法庭调查和辩论来完成的,而是通过庭审之前或之后对案卷的审查来完成的,或者说,法院的判决主要不是由主持庭审的法官作出的,而是由“法官背后的法官”作出的,即庭审在刑事诉讼过程中没有起到实质性作用,法院不经过庭审程序也照样可以作出判决。中国人民大学法学院“刑事庭审实证研究”课题组于2009年曾就我国刑事庭审的现状和问题进行了实

(19) 参见左卫民《中国刑事诉讼模式的本土构建》,载《法学研究》2009年第2期。

证调查 结果发现 庭审虚化在刑事诉讼中具有相当的普遍性 主要表现为法庭上举证的虚化、质证的虚化、认证的虚化以及合议庭的裁判虚化。<sup>(20)</sup>

造成庭审虚化的原因大致有以下几个方面:第一 证人、鉴定人等不出庭 对书面证言使用没有任何限制 作为对抗制核心的当庭质证难以展开 导致庭审走过场。庭审法官主要通过庭前和庭后在办公室研究案卷来达致对案件事实和法律适用的判断 形成了一种“案卷笔录中心主义”的审判方式。第二 法官庭前或者庭后阅卷 造成“先定后审”或者“审而不定”。1996年的刑事诉讼法修改 对公诉案件的庭前审查 改实质性审查为程序性审查 同时采取了限制案卷移送范围(仅限于移送证据目录、证人名单和主要证据复印件或者照片)的做法。从理论上分析 这种折衷有利有弊 其优点在于除了程序性审查之外 法官能够在一定程度上做到对案件心中有数 便于法庭指挥 同时也是对庭前预审程序缺乏的一种弥补;其缺点在于它使程序性审查不可能真正实现 法官在对移送的案卷进行审查时 不可避免地要进行一定程度的实体审查 这就削弱了审判方式改革要求庭审实质化和防止先入为主的旨意。在操作过程中 法院、检察院两家在对“主要证据”的理解上产生了很大分歧 同时“复印件移送主义”也导致了诉讼成本的显著增加 还产生了限制辩护律师阅卷范围的意外情况 法官往往通过庭后阅卷决定案件的最终处理。<sup>(21)</sup> 这种折衷式的改革方案终为2012年修改后的刑事诉讼法所抛弃。回到法官全面阅卷的传统做法之后 法官“先入为主”的问题更为凸显。第三 由于院长长审批案件、审判委员会讨论决定案件和一审法院就具体案件事先向上级法院请示等造成“审者不判”、“判者不审”、“上批下判” 从而导致庭审虚化成为常态。第四 “重配合、轻制约”的刑事司法体制导致庭审的决定性作用丧失 强势公安、优势检察院、弱势法院的刑事司法格局 造成司法实践中的“侦查中心主义” 庭审演变为一种检验或复核程序 突出表现在疑罪难以从无 而是作出所谓“留有余地”的判决。

庭审实质化与庭审虚化针锋相对 是刑事审判活动的应然要求 其核心是被告人的刑事责任应当在审判阶段通过庭审方式决定。审判是防范冤假错案、保障司法公正的最后一道防线 它理应起到实质性的把关作用。庭审是审判的关键环节 庭审实质化要求通过法庭审理发现疑点、理清事实、查明真相 在此基础上正确适用法律 因此必须力戒形式主义 防止庭审“走过场”。

审判程序有普通审与简易审之分 审判方式有开庭审与书面审之别 无论采取普通审还是简易审、开庭审还是书面审 抑或采取折衷主义的调查讯问式 审判程序均不应“空转” 这是“法官保留原则”的基本要求 否则就变成了“检察官司法”。采取普通程序进行开庭审理的案件 多为被告人不认罪的案件 多为重大、复杂、疑难案件 在这些案件中 固然需要强调庭审实质化的重要性;但这并不意味着适用简易程序审理的案件 就允许庭审走过场 尤其在适用刑事速决程序时 更要注意防止审判因程序简化完全沦为“橡皮图章” 仅仅起到对侦查和审查起诉程序的结论进行确认的作用。

党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出 要“推

(20) 参见何家弘《从“庭审虚化”走向“审判中心”》,载《法制日报》2014年11月5日,第10版;何家弘《刑事庭审虚化的实证研究》,载《法学家》2011年第6期。

(21) 1998年1月19日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法制工作委员会《关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》第42条规定“人民检察院对于在法庭上出示、宣读、播放的证据材料应当当庭移交人民法院,确实无法当庭移交的,应当在休庭后3日内移交。对于在法庭上出示、宣读、播放未到庭证人的证言的,如果该证人提供过不同的证言,人民检察院应当将该证人的全部证言在休庭后3日内移交。”实践中的做法是庭前部分移送和庭后全部移送案卷材料,法官裁判时主要依据案卷中的证据材料,而不是庭审中的举证。参见何家弘《刑事庭审虚化的实证研究》,载《法学家》2011年第6期。

进以审判为中心的诉讼制度改革,确保侦查、审查起诉的案件事实证据经得起法律的检验。全面贯彻证据裁判规则,严格依法收集、固定、保存、审查、运用证据,完善证人、鉴定人出庭制度,保证庭审在查明事实、认定证据、保护诉权、公正裁判中发挥决定性作用”。《人民法院第四个五年改革纲要》指出,要“实现诉讼证据质证在法庭、案件事实查明在法庭、诉辩意见发表在法庭、裁判理由形成在法庭。到2016年底,推动建立以审判为中心的诉讼制度,促使侦查、审查起诉活动始终围绕审判程序进行”。以审判为中心的诉讼制度改革突出了“庭审实质化”这一核心要求,有助于缓解长期困扰我国刑事司法实践的庭审虚化问题。2016年8月最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部发布的《关于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的意见》提出了下列要求:完善庭前会议程序;规范法庭调查程序;完善对证人、鉴定人的法庭质证规则;完善法庭辩论规则;完善当庭宣判制度;严格依法裁判;健全当事人、辩护人和其他诉讼参与人的权利保障制度;建立法律援助值班律师制度;等等。上述举措旨在改变法庭举证、质证、认证过于简化,庭审不充分的状况,保障庭审的实质性与有效性。

我国当前围绕庭审实质化推出的一系列改革举措与保障公正审判权的国际标准相契合,也与我国的近邻日本、韩国的刑事司法改革有共通之处。日本于2011年展开了以构建“符合时代要求的新刑事司法制度”为主题的司法改革,采取的改革举措包括增强辩护方的防御能力,完善证人出庭作证制度,强化对被害人、证人的保护等,目的是为了改变法官过度依赖侦查案卷笔录的现象,促进庭审实质化,体现审判中心主义。<sup>(22)</sup> 韩国在2000年以前,检察官或者司法警察制作的各种笔录,在刑事审判中可以作为证据被采用;2000年之后,强调实质的直接审理主义,法庭陈述的重要性得到加强;2007年刑事诉讼法修订之后,将保障被告人的对质权从证明力的问题上上升到证据能力问题。<sup>(23)</sup> “自2007年修订刑事诉讼法起,可以说此前形式性的证据调查程序成功转换为以发现实体真相为目标的实质性证据调查程序”。<sup>(24)</sup> 可见,庭审虚化并非是我国独有的问题,日本和韩国也将推进庭审实质化作为刑事司法制度的改革目标之一。

#### 四、审判方式改革对庭审实质化的促进

对于我国正在进行的以审判为中心的诉讼制度改革,理论界和实务界有不同的解读,学术界内部也存在着不同观点的争论。但此项改革对于促进庭审实质化的积极意义,则已成为共识。围绕着如何加强庭审功能,诸多改革举措被纳入讨论范围。我国的审判方式改革首先需要解决一些基础性问题或者审判模式选择的前提性问题,即审判程序的正当化或现代化问题,其中包括:确立、尊重被告人的主体地位(如肯定无罪推定原则、赋予被追诉者沉默权、厉行疑罪从无规则);促进控辩平等(如扩大法律援助的范围、提高律师辩护率和辩护质量、加强对辩护律师诉讼权利的保障);塑造独立、公正、权威的法院体制和法官形象(如严格执行非法证据排除规则,有效制约侦查权、控诉权,改变公、检、法三机关重配合、轻制约的现状);完善刑事证据规则、量刑规则;等等。这些基础性的问题不解决,审判方式改革在促进庭审实质化方面将难以取得突破性的进展。

从两大法系国家的刑事审判看,庭审实质化至少需要具备裁判者的亲历性和证人亲自出庭两大

(22) 参见董林涛《日本审判中心改革动向与评析》,载《中国刑事诉讼法学研究会2016年年会论文集》2016年8月,第42-46页。

(23) 参见[韩]李柱元《对证人的反对审问权》,载《第九届中韩刑事司法学术研讨会论文集》2016年7月,第24-27页。

(24) 参见[韩]吴庆植《对韩国刑事审判证据调查程序的省思》,载《第九届中韩刑事司法学术研讨会论文集》2016年7月,第54页。



要素,但在大陆法系和英美法系国家,庭审实质化的路径存在一定的差异。在思考我国的审判方式改革以及庭审实质化问题时,需要对以下两大争议问题作出回答:其一是我国应采直接言词原则还是传闻证据规则;其二是我国应采卷宗移送主义还是起诉书一本主义。

### (一) 直接言词原则与传闻证据规则

关于直接言词原则与传闻证据规则的关系,我国学者存在不同的看法。有学者认为,建立传闻证据排除规则是贯彻直接言词原则的体现,二者均应在我国刑事诉讼中予以确立。<sup>(25)</sup>从刑事诉讼法以及证据法的完善而言,直接言词原则与传闻证据规则均为有效概念;直接言词原则为指导性的法律精神,传闻证据规则为操作性规范;应当在肯定直接言词原则的前提下,建立以传闻证据规则处理书面证言之模式。<sup>(26)</sup>也有学者认为,直接言词原则与传闻证据规则既有联系,又有区别,我国应当确立直接言词原则,而不宜采传闻证据规则。<sup>(27)</sup>

在大陆法系国家的刑事诉讼中,确立了直接言词原则。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。直接言词原则包含着以下几个具体规则:在场原则、证人出庭规则、直接采证规则、审理不间断规则、法官不更换规则。

在英美刑事诉讼中,将对质权视为公民的一项宪法性权利。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。<sup>(28)</sup>对质权要求将证人带到公开的法庭上并须宣誓,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案件事实作出最有利于己的辩护。因而,被追诉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。

在英美法中,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。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”。<sup>(29)</sup>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”,它是一项规定“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。<sup>(30)</sup>

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物。大陆法中的直接言词原则与英美法中的传闻证据规则的根本差异在于:直接言词原则以规范法官审理行为为核心,而传闻证据规则以规范证据资格为核心,在规范书面证言的处理方面分别形成了各自的完整体系,而不是只有传闻证据的排除规则和直接言词的抽象原则这一

(25) 参见龙宗智《庭审实质化的路径与方法》,载《法学研究》2015年第5期。

(26) 参见龙宗智《论书面证言及其应用》,载《中国法学》2008年第4期。

(27) 参见刘玫、陈衍《论直接言词原则》,载《审判中心与直接言词原则研讨会论文集》2014年12月,第51-56页。

(28) 参见王兆鹏《美国刑事诉讼法》,台湾元照出版有限公司2004年版,第383页。

(29) [英]特纳《肯尼刑法原理》,华夏出版社1989年版,第487页。

(30) [美]乔恩·R.华尔兹《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。

简单事实。英美法系国家有传闻证据规则应用于对抗制和陪审制的完备理念,而直接言词原则也有详尽的证人不出庭的具体规定服务于大陆法系的职权主义审判方式,二者的非契合性非常明显,难以实现真正的融合。<sup>(31)</sup>在英美对抗制和陪审制下,为保障陪审团进行不偏不倚的审判,必须设定证据可采性标准,排除情感因素和不可靠证据的影响,传闻证据规则因此成为证据规则体系中的一项重要内容,“被认为是英美证据法体系的核心与灵魂”。<sup>(32)</sup>在大陆法系职权主义诉讼模式下,奉行证据形式自由和评估自由原则,如果规定原则上排除传闻证据,将会构成对法官自由心证的妨碍;直接言词原则从规范法官审理行为出发,要求法官的证据调查采取直接和言词方式,仅在例外情形下允许采用书面证言。深入分析我国的刑事诉讼传统和制度,尽管1996年刑事诉讼法确立了控辩式庭审方式,但是有关事实认定的主轴仍然表现为对法官审理行为的规范,而非对证据资格的规范,因此,从制度路径上分析,引进大陆法系的直接言词原则当是更佳选择。

从立法技术上看,传闻证据规则起初只是一项简单的排除性规则,即在诉讼中排除庭外陈述,以避免不可靠的传闻干扰诉讼。然而,实践证明,对传闻的证据价值不能一概地、绝对地予以否定,因此,英美法系国家都对传闻证据规则进行例外性规定,这些例外性规定越来越多,加上浩如烟海的普通法案例,形成了一个错综复杂、难以理解的体系,进而造成了法律适用中的混乱。为此,进入21世纪以来,英美法系国家对传闻证据规则进行了法典化和简化,但是,传闻证据规则的基本理念和原则在英美法系国家发生了明显的分化,英国的传闻证据规则日益宽松,其基本原则由排除变成采纳;美国限制了法官对传闻证据可采性的自由裁量权,从自由化向严格排除规则回归;澳大利亚的传闻证据排除体现出一定的折衷性,保留了排除性的传闻证据规则,但倾向于将传闻证据的可信性作为采纳的依据,同时在法官的自由裁量权方面,采取了较为宽松的规则,但法官无权根据公平正义的精神采纳传闻,表明澳大利亚对传闻证据的采纳仍然采取较为谨慎的态度。以上情况表明,我国如果引进传闻证据规则,从基本原则到具体规则均存在取舍上的困难,因为英、美、澳的传闻证据规则越来越呈现出明显的差异性。

与英美传闻证据规则相比,大陆法系国家对于直接言词原则所设定的例外相对简明、易行,有利于保障法律适用的确定性。以德国为例,直接言词原则的例外包括以下几个方面:(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)为了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)为了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)证人以前所作的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(例如聘任证书、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的报告等),可被宣读。<sup>(33)</sup>可见,从立法技术上看,我国确立大陆法系的直接言词原则更具可行性。

(31) 参见李峰《传闻证据规则抑或直接言词原则?——民事诉讼书面证言处理的路径选择》,载《法律科学》2012年第4期。

(32) [美]约翰·W.斯特龙主编《麦考密克论证据》(第5版),汤维建等译,中国政法大学出版社2003年版,“代译序”第9页。

(33) 参见[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433-434页。

## (二) 卷宗移送主义与起诉书一本主义

为了保障庭审实质化,需要适度阻断侦审联结,对侦查案卷信息与裁判信息进行必要的切割,以防止法官产生预断。为此,在审判方式改革的讨论中,采日本起诉书一本主义为我国不少学者所主张。<sup>(34)</sup>在我国台湾地区,由卷证并送主义改为起诉书一本主义的讨论也由来已久。<sup>(35)</sup>

从世界各国的情况看,在阻断侦审联结上,主要采取了三种方式:

其一是采起诉书一本主义,以日本为代表。《日本刑事诉讼法》第256条明确规定“起诉书,不得添附可能使法官对案件产生预断的文书及其他物品,或者引用该文书等的内容。”检察官在提起公诉时,关于案件的实体内容只能提交一纸起诉书,而且起诉书中只能记载被告人的身份事项、诉因、罪名和罚条等表明控诉主张所必要的法定事项,禁止起诉书中写明证据或引用证据材料的内容,以免控诉方抢先一步举证而使法官在开庭前形成有利于控诉方的预断。在起诉书一本主义之下,诉讼由当事人双方主导,法院处于公正的裁判者地位,这被视为当事人主义的重要特征。在英美法中,基本上没有起诉书一本主义的概念,但在英美法系架构下审判并不依照卷证而进行,实际上相当于采起诉书一本主义。但美国不论审判是否采陪审团或由职业法官审判,法官审判前均可调阅起诉审查(preliminary hearing)或大陪审团(grand jury)的记录,这些记录包括有证据能力及无证据能力的证据,以方便法官有效率地指挥诉讼,美国法官审判前之心证并非一张白纸。<sup>(36)</sup>

其二是对公诉审查主体和审判主体进行适当的分离。第15届国际刑法大会决议在专题三“刑事诉讼改革运动与人权保护”第4条中指出“在审理和判决时,无罪推定原则要求法官公正不倚。为了实现这种公正不倚,必须在起诉职能和审判职能之间作出明确的区分。此外,作出判决的法官不得参与预审阶段的工作。作出判决的法官与对嫌疑人的起诉予以受理的法官不是同一人,这是非常可取的。”<sup>(37)</sup>在英美法系国家,采取陪审团审判制度,将诉讼指挥者与事实认定(裁判)者分离,即便诉讼指挥者被证据污染,也与事实裁判者是否产生偏见无关。

其三是采卷宗移送主义,同时采取措施限制侦查案卷对审判的影响。采卷宗移送主义的大陆法系国家,为了限制侦查案卷对审判的影响,采取了一系列措施。如在法国,刑法第347条规定重罪法庭不能将案卷带入评议室。<sup>(38)</sup>在德国,虽然采案卷移送制度,但案卷之内容原则上不得用为裁判之根据。<sup>(39)</sup>在阅览案卷的主体方面,规定陪审员原则上不得接触案卷;审判长和制作裁判文书的法官也不得阅览案卷。德国还有所谓的“询问本人原则”,即刑法第250条规定的,对事实的证明如果是建立在一个人的感觉之上,要在审判中对他进行询问。不允许以宣读以前的询问笔录或者书面证言代替询问。<sup>(40)</sup>

采起诉书一本主义,有利于排除法官预断,但该制度的建立需要以诉因制度、证据开示制度等作

(34) 如陈卫东、郝银钟《我国公诉方式的结构性缺陷及其矫正》载《法学研究》2000年第4期;张泽涛《我国现行〈刑事诉讼法〉第150条亟需完善》载《法商研究》2001年第1期;李奋飞《从“复印件主义”走向“起诉状一本主义”——对我国刑事诉讼方式改革的一种思考》载《国家检察官学院学报》2003年第2期;吴宏耀《我国刑事诉讼制度的定位与改革——以公诉权与审判权的关系为切入点》载《法商研究》2004年第5期。

(35) 参见洪维德《卷证不并送下我国刑事诉讼审前程序之修正刍议——以证据开示为中心》载台湾《检察新论》2014年第15期,第33页。

(36) 参见吴巡龙《卷证不并送下审判程序的论理——我国应否采起诉状一本主义》载台湾《检察新论》2014年第15期,第62页。

(37) 《国际刑法大会决议》,赵秉志等译,中国法制出版社2011年版,第120-121页。

(38) 参见[法]贝尔纳·布洛克《法国刑事诉讼法》,罗结珍译,中国政法大学出版社2009年版,第487页。

(39) [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430页。

(40) 参见魏晓娜《以审判为中心的刑事诉讼制度改革》,载《法学研究》2015年第4期。

为配套,牵涉甚广。“如无搭配诉因制度以及证据开示制度,则纵然采用起诉状一本制度,则不但无法达到原先期待之目的,反而有导致审理程序杂乱无效率且被告无法充分行使诉讼权之虞”。<sup>(41)</sup> 英美法系国家传统上实行诉因(count)制度,要求检察官明确告知法院或被告人其所起诉之犯罪,使其与同种犯罪有显著区别,使被告方得以为防御作准备,而起诉的原因决定着起诉的效力、审判的范围和既判力所及。英美法系的诉因制度区别于大陆法系的公诉事实制度。但日本刑事诉讼法在采用诉因制度的同时还保留了公诉事实的概念,并且允许在“不破坏公诉事实同一性限度内”变更诉因,还对诉因变更的种类、根据、具体情形、客观界限、程序、诉因变更命令等作了详细规定,这与原则上不允许变更诉因的英美法的诉因制度有异。在日本,关于公诉事实的同一性判断基准,提出了基本事实同一说、罪质同一说、构成要件共通说、诉因共通说、社会嫌疑同一说、刑罚指向同一说、综合评价说等多种观点。<sup>(42)</sup> 总体而言,起诉书一本主义和诉因制度相互配套,共同保障法官的中立地位和被告人辩护权的充分行使。<sup>(43)</sup> 起诉书一本主义大大加重了控辩双方在审判中的责任,因此,控辩双方必须在开庭前就案件的实体问题和程序问题做好充分的准备,特别是必须对拟提交法庭的证据材料进行认真的研究,以便在庭审中充分论证本方的主张,为此,必须建立证据开示制度,控辩双方相互向对方事先公开本方请求法庭调查的证据材料。<sup>(44)</sup> 在日本的司法实践中,出现了控诉方不向辩护方全面开示证据的现象,因而对查明案件事实真相造成妨害。为了完善证据开示制度,《刑事诉讼法等部分条文改正法律案要纲》引入了证据一览表交付程序,赋予了控辩双方整理程序请求权,扩大了类型证据开示范围,这些改革举措无论是对于辩护方的防御,还是庭审的实质化,均具有积极意义。但是,审前整理程序中,在针对当事人证据调查请求、证据开示请求作出裁定时,法官被要求接触证据,如此一来,法官极有可能形成庭前预断。<sup>(45)</sup> 这与确立起诉书一本主义的初衷背道而驰。

我国如果采起诉书一本主义,将会面临诉因制度和证据开示制度如何建立以及法官在其中的角色担当问题,该问题的解决难以一蹴而就。我国立法在案卷移送问题上出现的反复,表明如果采起诉书一本主义,在实践中遇到的困难可能比采复印件主义更大,如辩护律师的阅卷权更难得到保障;法官不敢当庭认证、内心确信依赖于庭后阅卷,庭审更加虚化。“诸多因素的存在决定了在相当长的时期内,法官仍然需要依赖卷宗才能作出相对准确的司法裁判。”<sup>(46)</sup> 采卷宗移送主义,虽然会影响法官心证,但它可使审判者迅速了解案件争点,加速审判进程,避免控辩双方漫长表演、拖延诉讼,有利于节省司法资源。在国际刑事法庭的审判中,也曾就采案卷移送主义或起诉书一本主义产生争议,目前,已就法官开庭前阅览有关证据材料形成制度,并写入了《程序与证据规则》之中,因为案卷移送主义的益处是显而易见的。“法官事先阅览有关材料,是为了对整个案件的方向在审理前有个大致的了解,而不是为了在这个阶段上就裁定这些证据的真实性。”<sup>(47)</sup> 鉴于上述情况,我国暂不宜采起诉书一本主义。

(41) 洪维德《卷证不并送下我国刑事诉讼审前程序之修正刍议——以证据开示为中心》,载台湾《检察新论》2014年第15期,第37页。

(42) 参见[日]松尾浩也《刑事诉讼法》(上卷),丁相顺译,中国人民大学出版社2005年版,第285页。

(43) 参见刘少军《日本诉因制度评介》,载《中国刑事法杂志》2004年第4期。

(44) 参见孙长永《日本起诉状一本主义研究》,载《中国法学》1994年第1期。

(45) 参见董林涛《日本审判中心改革动向与评析》,载《中国刑事诉讼法学研究会2016年年会论文集》2016年8月,第42-43页。

(46) 胡莲芳《卷宗移送主义:对理想的妥协还是对现实的尊重——2012年刑事诉讼法确立卷宗移送的正当性》,载《西北大学学报》(哲学社会科学版)2013年第3期。

(47) 朱文奇《国际刑事诉讼法》,商务印书馆2014年版,第345-347页。

在案卷移送主义下,为了防止法官在庭前形成不利于被告人的预断,应当特别关注案卷移送制度自身的正当性,主要包括案卷制作的正当性和案卷使用的正当性。在案卷制作问题上,应当进一步推进案卷制作的多方参与,打破案卷的官方性,使得案卷内容同时包含控辩信息,更为全面和客观,而非仅仅反映以有罪证据支撑的案件事实。我国2012年修改后的刑事诉讼法第159条和第170条要求将辩护律师在侦查阶段,辩护人、被害人及其诉讼代理人在审查起诉阶段提出的意见附卷移送,这在一定程度上打破了案卷制作的官方性和单方性,但尚不充分,有待进一步加以推进。在案卷使用问题上,庭审前程序和上诉程序中可充分发挥案卷的功能,但庭审程序中应当严格限制案卷笔录的证据效力;另外,在普通程序和简易程序中,对案卷的使用应当区别对待,在简易程序中,案卷发挥的作用更大,法官通过阅卷可以审查认罪案件的事实基础和定罪证据的合法性,从而有利于保障案件处理结果的公正性。<sup>(48)</sup>

## 五、结语

庭审实质化是刑事审判活动的应然要求。我国1996年和2012年的刑事诉讼法修改以及新一轮的司法体制改革均将推进庭审实质化作为改革目标。在1996年修改后的刑事诉讼法中,将审判方式从审问式转为控辩式,并通过限制案卷移送范围减轻法官的审前预断,为庭审实质化奠定了基础,但遗憾的是没能通过改革提升庭审本身“查明事实、认定证据、保护诉权、公正裁判”的功能,导致审判方式改革的预期目标未能达成。2012年修改后的刑事诉讼法重新确立了全案卷宗移送制度,学界对此褒贬不一。鉴于证人出庭率低导致控辩式庭审方式难以有效运作,修改后的刑事诉讼法明确了证人出庭作证的范围,增设了强制证人出庭作证制度和对证人的经济补偿制度,并且使证人保护措施具体化。在新一轮的司法体制改革中,提出要“推进以审判为中心的诉讼制度改革”,并采取了一系列充实法庭调查和辩论的改革举措,尤其重视庭审中举证、质证和认证规则的有效构建,为确立直接言词原则创造了条件。

在推进庭审实质化的过程中,审判方式的改革具有基础性和方向性意义。然而,在刑事审判模式的选择问题上,出现了莫衷一是、摇摆不定的局面。要走出刑事审判模式的选择困境,首先必须明确选择的前提。我国的刑事审判模式选择,应当以遵循刑事司法国际标准和准确认知我国现行刑事审判方式为基础前提。据此,推动我国刑事审判模式从传统型向现代型、从“伞形结构”向“三角形结构”转变,应当成为刑事审判方式改革的基本追求。而要回答在当事人主义、职权主义抑或折衷主义的选择中何去何从的问题,主要应当考虑两方面的因素:一方面是世界范围内刑事审判制度的总体趋势,另一方面是我国刑事审判制度发展的现实需要。由此出发,大致可以预见:我国的刑事审判方式将会朝当事人主义方向继续发展,但职权主义的底色仍然浓厚;它不会是当事人主义和职权主义的简单相加,而是受到文化传统、司法体制、刑事政策、资源状况等多重因素限制,体现出明显的混合性、过渡性和变动性。

在关于庭审实质化与审判方式改革的讨论中,有两个分歧极大的问题:一个是我国应采直接言词原则还是传闻证据规则,另一个是我国应采卷宗移送主义还是起诉书一本主义。从制度路径上分析,

(48) 参见万旭《论侦审联结的有限正当化——以当前刑事司法改革为背景的分析》,载《第九届中韩刑事司法学术研讨会论文集》,2016年7月,第344-350页。

直接言词原则以规范法官审理行为为核心,而传闻证据规则以规范证据资格为核心;从立法技术上分析,直接言词原则的例外比传闻证据规则的例外更为清晰、更易把握。鉴于我国证据运用的制度体系以证据收集和审查判断等诉讼行为规范为基本内容,同时辅之以少量的证据资格规定,事实上形成了自由心证的证据制度,在此背景下,过多、过细、过于复杂的证据资格规定将会给法官审查判断证据造成较大的困扰,采直接言词原则对于解决我国的庭审虚化问题更具现实针对性。起诉书一本主义需要以诉因制度、证据开示制度等作为配套,还需辅之以完善的控辩平等、法官中立的审判机制,在我国当前的情况下引进起诉书一本主义可能导致辩护律师的阅卷权得不到保障和法官难以作出准确裁判的后果。立足于2012年刑事诉讼法所重新确立的卷宗移送主义,我们应当将关注的重心转向案卷移送制度自身的正当性问题,应当加强案卷制作的正当性和重新审视案卷使用的正当性。

## The Materialization of Criminal Trials and the Revolution of Trial Modes

Xiong Qihong

**Abstract:** It's generally speaking that the court investigation and the court debate should be the central elements in the criminal proceedings, especially for the judges to find the facts of the case and to apply the laws and regulations, which is called "the materialization of the trial". In China, however, the trial "goes through the motions". The perennial problem, called "the trial formalism", is serious in the practice of criminal justice in China. The revolution of the trial modes, i. e. from the inquisitorial proceedings to the accusing and defending proceedings, lays the groundwork for abandoning the trial formalism and improving the materialization of the trial. In order to ensure that the trial plays a decisive role in the processes of the fact finding, the determination of evidence, the protection of the rights of action and the achievement of fair rulings, firstly, it's required to improve the rules of producing evidence, cross-examination of evidence and recognizing evidence and to materialize the process of court investigation and court debates. Secondly, it's required to revolutionize the criminal trial mode from the traditional type to the modern type, and from "the umbrella structure" to "the triangular structure". The criminal trial mode in China is characterized by both the inquisitorial system and the adversary system, whereas it's not as simple as the combination of both. It's influenced by several factors, such as the cultural traditions, the judicial system, the criminal policies, the resources status, etc.. On the accounts, the Chinese criminal trial mode shows some distinguishing features as mixture, transitivity and variability. The institutional paths, the legislative techniques as well as the law ruling environment will be taken into consideration when the decision is made. In conclusion, it's suggested that the principle of directness and verbalism ought to be established and the doctrine of the deportation of files ought to be preserved in China. Moreover, it's important to learn from the experience of the civil law countries, to detail the exceptions of the principle of directness and verbalism and to strengthen the legitimacy of the doctrine of the deportation of files.

**Keywords:** the materialization of the trial; trial modes; inquisitorial system; adversary system

(责任编辑:丁洁琳)