以审判为中心的刑事诉讼制度改革

魏晓娜 *

内容提要：十八届四中全会决定提出“推进以审判为中心的诉讼制度改革”，这触及了中国刑事诉讼结构中一个由来已久的症结。“以审判为中心”观念的缺失，造成了同一审级诉讼流程中审判的“离心化”和实际上的“侦查中心主义”，进而导致垂直审级结构中第一审的“失重”，在实践中引发了较为严重的后果和特殊的政治风险。推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革，应当在两个方向上着手：在水平方向上，首先应当在宏观的侦查、审查起诉和审判的关系上实现“以审判为中心”，其中的关键在于抑制案卷移送制度的不良影响，同时为“审判中心主义”发掘更大的制度空间；其次在审判阶段应当做到“以庭审为中心”，其核心要求是保护被告方的对质权；法院判决的权威性来自公正的庭审，法院自身也不能脱离庭审来进行事实认定。在纵向的审级结构上，在打造坚实的第一审的基础上，确立第一审在事实认定方面的权威地位，同时合理界定和调整第二审和死刑复核程序的功能，确保第一审在整个刑事程序体系中居于“重心”地位。

关键词：诉讼阶段　以审判为中心　侦查案卷　以庭审为中心　对质权

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》（以下简称十八届四中全会决定）提出了“严格司法”的概念。从实现司法公正和进一步完善司法体制机制的角度，十八届四中全会决定对“严格司法”提出了一系列具体任务和举措，其中之一便是“推进以审判为中心的诉讼制度改革”。在党的重要文件中对司法工作和诉讼制度改革做如此具体、明确的部署，实属罕见，也使得“以审判为中心”尤为引人注目。然而，“以审判为中心”究竟所指为何，目前尚未形成统一的见解。为顺利推行十八届四中全会决定提出的各项诉讼制度改革措施，贯彻“严格司法”的要求，从理论角度厘清“以审判为中心”的内涵就显得十分必要；而如何推进“以审判为中心”，也需要从制度层面破题。

* 中国人民大学刑事法律科学研究中心副教授。
本文为国家“2011 计划”司法文明协同创新中心的研究成果。

一、“以审判为中心”何以成为问题

本世纪初，刑事诉讼法学界即有审判中心论与诉讼阶段论之争。前者着眼于英美传统的“诉讼即审判”观念，认为审判是整个诉讼程序当之无愧的中心；后者则认为，随着诉讼职能的不断分化，刑事诉讼的阶段逐渐增多，因此，传统的审判中心论应为诉讼阶段论所取代。[1] 从历史的视角看，诉讼阶段论的确描述了一个事实：近代以来，欧洲大陆和英美的刑事司法虽然路径不同，但殊途同归，都经历了诉讼阶段从无到有，逐渐分化、成形的过程。然而，需要追问的是，在审判和审前各阶段分化、成形之后，它们之间是什么样的关系？是相互平行，还是“以审判为中心”？

在西方发达国家的学术语境中，很少有“以审判为中心”或者“审判中心主义”之类的表述。[2] 但是，专业术语的厥如并不必然意味着制度实践的缺失。[3] 换言之，“以审判为中心”术语的缺失，并不代表西方不存在“以审判为中心”的制度实践。[4] 相反，更可能的情况是，因为“以审判为中心”已经内化为日积月累的制度实践，所以，“以审判为中心”早已不成为问题。

然而，在中国，无论立法还是司法，无论宏观的诉讼结构，还是微观的制度和技术，“以审判为中心”的观念基本上是缺失的。在立法层面，例如对“证据”一词的理解，2012 年刑事诉讼法第 48 条规定：“可以用于证明案件事实的材料，都是证据。”这一证据定义贯穿于该法总则第 5 章，也贯穿于立案、侦查、审查起诉、审判等整个诉讼过程。2012 年刑事诉讼法第 50 条的规定更为明显：“审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。”由此可见，“证据”概念在中国的立法上并非局限于审判阶段，也并非仅针对法庭或法官。在诉讼的纵向结构上，宪法和刑事诉讼法确定的公检法三机关分工负责、互相配合、互相制约的原则，落实成了侦查、审查起诉、审判等诉讼阶段相互平行、首尾相继的“流水线”型诉讼结构，审判只是在侦查、审查起诉阶段工作的基础上对案件的“深加工”，对案件事实的“再认识”。在制度和技术层面，如 2012 年刑事诉讼法第 54 条第 2 款规定：“在侦查、审查起诉、审判时发现有应当排除的证据的，应当依法予以排除，不得作为起诉意见、起诉决定和判决的依据。”即非法证据排除规则的适用不限于审判阶段，适用主体也不限于法官。“以审判为中心”的观念在立法、诉讼结构、制度和技术层面的缺失，其实际效果是审判偏离了整个诉讼程序的“中心”位置，呈现出“离心化”的倾向。

---

〔1〕 关于审判中心论与诉讼阶段论之争，参见陈瑞华：《刑事诉讼的前沿问题》，中国人民大学出版社 2000 年版，第 132 页以下。

〔2〕 本文所谓“审判中心主义”皆在“以审判为中心”的意义上使用。

〔3〕 例如，英国没有“自由心证”概念，却一直有自由心证的实践。法国大革命后，议员杜波儿在第一届国会上提出“自由心证（l’intime conviction）”概念，即是借自英国的制度实践。此前法国盛行法定证据制度，为了与旧制度决裂，有必要创造出新的术语，“自由心证”一词就此而生。

〔4〕 例如，德国刑事诉讼法第 261 条规定，法庭应当根据审判全过程确立自由心证，根据由此得出的证据调查结果作出判决（参见《德国刑事诉讼法典》，李昌珂译，中国政法大学出版社 1995 年版，第 106 页）。又如，意大利刑事诉讼法第 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（参见《意大利刑事诉讼法典》，黄风译，中国政法大学出版社 1994 年版，第 186 页）。

审判的“离心化”倾向在司法实践中产生了一定的后果。以侦查、审查起诉、审判之间相互平行、首尾相继的“流水线”型诉讼结构为例。一旦进入公安机关在中国政法系统中居于强势地位的法制传统，再结合公检法三机关内部不尽合理的考评机制，这一结构在实践中就异化为“侦查中心主义”。对于侦查中犯下的错误，很难期待通过法庭审判予以纠正。比如，中国近年来披露的一系列冤假错案，究其原因，公安机关在侦查过程中的行为偏差固然是祸首，但根据分工负责、互相配合、互相制约的结构设计，如果审判的制约机制能够有效发挥作用，即使侦查结论错误，也不至于最终导致冤假错案的发生。因此，冤假错案的发生很大程度上是审判对侦查的制约作用失灵所致。

“流水线”型诉讼结构之所以能够形成，关键在于诉讼案卷在侦查、审查起诉、审判三个诉讼阶段之间发挥勾连作用。这意味着侦查案卷可以无障碍地进入审判；如果不对侦查案卷的使用有意识地施加限制，侦查案卷势必会对法庭裁判产生实质影响。这样一来，法庭裁判并非完全建立在法庭出示的证据的基础之上，法庭审判也难以在查明事实、认定证据上发挥决定性作用，审判中的辩护活动也很难得到法庭的足够重视，质证权也没有机会充分发育，证人、鉴定人出庭率低的问题也不可能得到根本解决。此外，在法庭审判中，一旦辩护律师对事实、证据提出不同意见，则不仅是挑战公诉人，也是对法官依据侦查案卷所形成的“先见”提出挑战，法官与律师就难免关系紧张。

与上述审判“离心化”的倾向相应，在垂直的一审、二审以及死刑复核程序的关系中，出现了一审“失重”的现象。这是因为，第二审程序和死刑复核程序均实行全面审查原则，〔5〕这意味着第二审法院或者死刑复核法院可以在事实认定、法律适用或者刑罚量定中的任何一个方面否定前一审级的判决。由此可见，中国的刑事程序体系中存在着一种上行的权威：审级越高，权威越大；整个程序体系的重心也经由第二审程序、死刑复核程序而逐级上行。其结果是第一审程序失去了“重心”地位。

因此，“以审判为中心”观念的提出，触及了中国刑事诉讼结构中一个由来已久的症结。正是因为中国刑事司法在不同层面、不同方向上存在不同程度的“离心”和“失重”现象，所以，在中国当前的语境下，“以审判为中心”观念的提倡仍然是有意义的。基于同样的原因，推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革也需要在不同的层面、不同的方向上展开。

二、侦查、审查起诉与审判之关系：实现“审判中心主义”

“以审判为中心”，其核心要求是作为裁判根据的案件信息形成于审判程序。“以审判为中心”并非忽视侦查、审查起诉程序，侦查和审查起诉是审判的准备，其收集和运用证据的质量关乎审判公正，高质量的侦查和起诉可以从源头防范冤假错案。然而，从诉讼结构的角度考虑，为了保证作为裁判基础的案件信息形成于审判，需人为割断侦查和起诉信息顺利进入审

〔5〕 对于死刑复核程序的审查范围，2012 年刑事诉讼法没有明确规定，但《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》第 348 条规定：“复核死刑、死刑缓期执行案件，应当全面审查以下内容：（一）被告人的年龄，被告人有无刑事责任能力、是否系怀孕的妇女；（二）原判认定的事实是否清楚，证据是否确实、充分；（三）犯罪情节、后果及危害程度；（四）原判适用法律是否正确，是否必须判处死刑，是否必须立即执行；（五）有无法定、酌定从重、从轻或者减轻处罚的情节；（六）诉讼程序是否合法；（七）应当审查的其他情况。”可见，死刑复核程序奉行的实际上也是全面审查原则。

判程序的通道。仅就“以审判为中心”而言，对抗制诉讼结构较之非对抗制诉讼结构更为成功。因为在对抗制结构之下，由于一系列制度和规则的存在，阻断审前信息的流动显得更为卓有成效。〔6〕这一点在由非对抗制诉讼传统转向对抗制诉讼结构的国家表现得尤其明显，因为这一转型是否成功，在很大程度上取决于能否成功地阻断审前信息顺利进入审判程序。

以日本为例。日本二战之前在法国法和德国法的影响下确立了职权主义的诉讼结构，二战后则在美国的影响下转向对抗制诉讼结构。为此，日本采取了一系列举措以阻断审前信息向审判阶段的自由流动。例如，实行“起诉状一本主义”，禁止起诉时移送案卷和证据，也不得在起诉书中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。〔7〕又如，在提起公诉后到第一次公审期日前，关于羁押的处分必须由负责审判的法官以外的法官作出，以防止有关法官通过羁押处分对案情产生预断。〔8〕再如，确立传闻证据排除规则，排除形成于法庭之外的陈述成为证据。〔9〕

1988 年，立足于职权主义诉讼传统的意大利通过新刑事诉讼法典，开始向对抗制全面转型。在欧洲大陆传统中，警察和当事人在审前侦查阶段收集的所有证据都被放入一个官方案卷，该案卷会对审判产生非常重要的影响。1988 年以前，审判形同对审前收集的证据进行确认，新刑事诉讼法典则有意对案卷的作用作出限制。审判法官根本不接触侦查案卷，侦查案卷的作用是供对立双方查阅。法官受理案件后要准备一个新的审判案卷，在开庭前审判案卷应当是空白的；只有在法庭上出示和调查过的证据才能记入审判案卷，审判法官也只能根据审判案卷中有记载的证据作出判决。这就是意大利独特的“双重案卷”制度。〔10〕新刑事诉讼法典严格限制自动提交审判法官的案卷材料的范围，任何一方当事人想要审判法官接触一项额外证据，就要由另一负责预备聆讯的法官举行听证，由其决定是否将证据提交给审判法官。以上种种表明，1988 年以后，审判成为整个意大利刑事诉讼的核心。

中国 1996 年刑事诉讼法也曾有过向控辩式审判转型的努力。该法借鉴日本的“起诉状一本主义”，改革起诉方式和公诉审查方式，从原来的“案卷移送主义”的起诉方式和实体性审查的公诉审查方式，〔11〕转向了“复印件主义”和以程序性审查为主，〔12〕以尽量控制

〔6〕 例如，对抗制造成了控辩双方之间的信息隔绝，因为“对抗”的前提假设阻断了自愿的审前信息交流。又如，“禁止单方接触”原则阻断了法官单方面通过当事人来获取案件信息。所谓“单方接触（Ex Parte Communications）”是指，在正式审判之前，一方当事人在另一方当事人不在场的情况下与法官单独接触。See Michael D. Bayles, *Procedural Justice*, Boston: Kluwer Academic Publishers, 1990, p. 35.

〔7〕 日本刑事诉讼法第 256 条第 6 款。参见《日本刑事诉讼法》，宋英辉译，中国政法大学出版社 2000 年版，第 60 页。

〔8〕 参见铃木茂嗣：《日本刑事诉讼法的特色及解释上的诸问题》，载［日］西原春夫主编：《日本刑事法的形成与特色》，李海东等译，法律出版社（中国）、成文堂（日本）1997 年版，第 54 页。

〔9〕 日本刑事诉讼法第 320 条规定，除第 321 条至 328 条规定的以外，不得以书面材料作为证据代替公审期日的供述，或者将以公审期日外其他人的供述为内容所作的供述作为证据。参见前引〔7〕，《日本刑事诉讼法》，第 73 页。

〔10〕 See Antoinette Perrodet, *The Italian System*, in Mireille Delmas-Marty and J. R. Spencer (eds.), *European Criminal Procedures*, New York: Cambridge University Press, 2002, p. 369.

〔11〕 1979 年刑事诉讼法第 108 条规定，“人民法院对提起公诉的案件进行审查后，对于犯罪事实清楚、证据充分的，应当决定开庭审判；对于主要事实不清、证据不足的，可以退回人民检察院补充侦查；对于不需要判刑的，可以要求人民检察院撤回起诉。”法院在开庭前的公诉审查环节即对证据的充分性作初步判断，这是一种实体性的公诉审查方式。

〔12〕 1996 年刑事诉讼法第 150 条规定，“人民法院对提起公诉的案件进行审查后，对于起诉书中有明确的指控犯罪事实并且附有证据目录、证人名单和主要证据复印件或者照片的，应当决定开庭审判。”

审前信息向审判程序的流动。然而，由于制度环境不相契合，其实施效果并不理想。[13] 2012 年刑事诉讼法放弃了向“起诉状一本主义”转型的努力，而重回“案卷移送主义”。[14] 综合上述，无论过去十几年里立法如何规定，在实务层面，法官在开庭前或者第一次开庭后均有机会阅览全卷。[15]

表 1　某市检察机关 2004—2013 年起诉、不起诉和移送单位撤回案件情况统计

年份	起诉受案（人）	起诉（人）	起诉率（%）	不起诉（人）	移送单位撤回（人）	不起诉率（%）	不起诉和移送单位撤回率（%）
2004	31543	28261	89.6	443	1574	1.40	6.39
2005	28669	25108	87.6	466	1601	1.63	7.21
2006	29922	26581	88.8	522	1751	1.74	7.60
2007	31054	28541	91.9	666	1686	2.14	7.57
2008	28967	26793	92.5	481	898	1.66	4.76
2009	28850	27383	94.9	524	790	1.82	4.55
2010	28839	26485	91.8	695	734	2.41	4.96
2011	28398	26058	91.8	955	742	3.36	5.98
2012	31504	27361	86.8	1527	1707	4.85	10.30
2013	26165	22178	84.8	2302	15	8.80	8.86
总计	293911	264749	90.1	8581	11498	2.92	6.83

表 1 是笔者在某市检察机关调研得到的该市检察机关起诉、不起诉、移送单位撤回案件情况的统计数据。如该表所示，2004—2013 年该市检察机关受案人数整体稳定，维持在年均 29000 人左右；其中，2013 年起诉受案人数有较为明显的下降，比上一年减少了 5339 人，下降了 16.95%。2004—2013 年，该市检察机关起诉率、不起诉和移送单位撤回率等核心数据则波动明显。这种波动一方面反映了该市检察机关不同时期对维护社会稳定的需求在起诉政策上的回应，另一方面反映了实体法在罪名设置上的变化。例如，2008 年、2009 年由于要为奥运会、国庆 60 周年营造稳定的社会环境，这两年的起诉率明显较高，不起诉率明显较低。2009 年后，这种适度从严的执法尺度得到逐步调整，起诉率开始走低。又如，《刑法修正案（八）》降低了盗窃罪的入罪门槛，将醉驾、飙车、拒不支付劳动报酬等行为入刑。该修正案于 2011 年 5 月 1 日生效，这一立法变化导致 2012 年、2013 年该市

〔13〕 比较权威的说法是，这一改革在司法实践中的效果并不好，主要是法官在庭前对大部分案卷材料并不熟悉，不了解案件主要的争议问题，难以更好地主持、把握庭审活动；而且由于检察机关不在庭前移送全部案卷材料，辩护律师也无法通过到法院阅卷来了解全案证据，特别是对被告人有利的证据。参见王尚新、李寿伟主编：《〈关于修改刑事诉讼法的决定〉释解与适用》，人民法院出版社 2012 年版，第 175 页。

〔14〕 2012 年刑事诉讼法第 172 条规定，“人民检察院认为犯罪嫌疑人的犯罪事实已经查清，证据确实、充分，依法应当追究刑事责任的，应当作出起诉决定，按照审判管辖的规定，向人民法院提起公诉，并将案卷材料、证据移送人民法院。”

〔15〕 1996 年刑事诉讼法修正后，最高人民法院 1998 年据此发布了司法解释，其第 152 条规定，“对于公诉人在法庭上宣读、播放未到庭证人的证言的，如果该证人提供过不同的证言，法庭应当要求公诉人将该证人的全部证言在休庭后三日内移交。”此条规定在实践中演变成了第一次开庭后移送卷证。

检察机关的起诉率有比较明显的下降。总体而言，10 年间该市检察机关不起诉和移送单位撤回率虽有波动（最低 4.55%，最高 10.3%），但整体上维持在较低比率。同时，起诉率基本保持在较高水平，尤其是 2007—2011 年间起诉率都保持在 91% 以上的高位。这意味着，侦查机关移送审查起诉的案件中，绝大多数都作出了提起公诉的决定。

表 2　某市检察机关 2006—2013 年提起公诉、得到无罪判决、撤回起诉情况统计

年份	提起公诉(人)	无罪判决(人)	撤回起诉(人)	无罪判决(含撤回起诉)率(%)
2006	26581	3	120	0.46
2007	28541	5	64	0.24
2008	26793	4	26	0.11
2009	27383	7	36	0.16
2010	26485	6	39	0.17
2011	26058	11	65	0.29
2012	27361	11	38	0.18
2013	22178	13	42	0.25
合计	211380	60	430	0.23

表 2 是笔者在该市检察机关调研得到的 2006—2013 年该市检察机关提起公诉、得到无罪判决等情况的统计数据。鉴于司法实践中法院在不认可检察机关的起诉时，往往会商请检察机关撤回起诉的做法，笔者也收集了相应年份该市检察机关在审判阶段撤回起诉的数据。因此，本表统计的无罪判决率属于广义的无罪判决率，即将撤回起诉的案件数量也计算在内。从表 2 反映的情况看，该市检察机关起诉到人民法院的案件中，被判决无罪（含撤回起诉）的比率在 2006—2013 年间有一定的波动。例如 2008 年、2009 年无罪判决和撤回起诉的比率最低，只占 0.11%，这在一定程度上反映了奥运会和国庆 60 周年期间维护社会稳定的需要。但总体而言，无罪判决（含撤回起诉）率一直徘徊在很低的水平，平均只有 0.23%。这意味着，检察机关起诉到人民法院的案件中，绝大多数都作出了有罪判决，无罪判决（含撤回起诉）只是少见的例外。

综合表 1 和表 2 反映的情况，在 2004—2013 年间，该市检察机关接受侦查机关移送审查起诉的犯罪嫌疑人，绝大多数（90.1%）都被作出了起诉决定；在 2006—2013 年间，由该市检察机关向人民法院提起公诉的被告人中，绝大多数（99.77%）都被作出了有罪判决，被作出无罪判决或者撤回起诉的只是少见的例外（0.23%）。鉴于该市检察机关、法院在执法理念和执法规范性方面在全国都属先进，由此推测全国的起诉率、有罪判决率只会更高，不会更低。[16] 以表 1 和表 2 反映的情况为基础，基本可以得出结论：一旦侦查机关

〔16〕 直接统计全国检察机关的起诉率以及法院的无罪判决率，存在一个技术上的障碍：无论中国法律年鉴，还是历年最高人民法院、最高人民检察院的工作报告，均不反映移送审查起诉后侦查机关又撤回案件的数量，以及审判阶段检察机关撤回起诉的数量。根据最高人民法院 2015 年 5 月 7 日在《人民法院报》发布的《2014 年全国法院审理刑事案件情况分析》，2014 年全国法院判决发生法律效力被告人 118.4 万人，宣告无罪 778 人，占比 0.07%。而根据常识，审查起诉阶段侦查机关撤回案件的数量远高于作出不起诉决定的数量，审判阶段检察机关撤回起诉的数量也远高于作出无罪判决的数量。表 1 和表 2 提供的数据反映了这一点。

作出犯罪嫌疑人有罪的认定，绝大多数都会被检察机关提起公诉；一旦检察机关提起公诉，绝大多数都会被法院判决有罪。二者联动的结果是，侦查结论在某种程度上决定着判决的结果。因此，中国刑事诉讼的实践状况更接近“侦查中心主义”，高企不下的有罪判决率反映了审判阶段的尴尬地位：不是“以审判为中心”，相反，审判处于“离心”地位。

究其原因，人们经常会提及诉讼机制之外的司法体制问题：法院、检察院、公安机关配合有余，制约不足；检察院和公安机关内部片面追求起诉率；有罪判决率的考评指标设置不尽合理，违背诉讼规律。对于高起诉率、高有罪判决率，这些因素当然会起到推波助澜的作用。但是，如前文所述，从历史上看，诉讼阶段分化的根本原因在于诉讼职能的分化，因此，各诉讼阶段之间的关系在一定程度上也折射出各诉讼职能执掌主体之间的关系。在中国的刑事诉讼中，公安机关由于历史原因成为政法系统的“龙头老大”，检察机关则稳居法律监督机关的宪法地位，其监督对象也包括法院。因此，长期以来，公安机关、检察机关在中国现实政治生态中的地位均高于法院。也由于在刑事诉讼流程中居后的机关处于相对弱势的位置，其对前一诉讼流程的制约不免乏力，于是形成了“以和为贵”的局面。这一法院、检察院、公安机关“和谐”共生的关系，在一定程度上已经通过表 1 和表 2 所记载的审查起诉阶段移送机关撤回案件和审判阶段检察机关撤回起诉等“灰色”司法实践得到体现。但进一步的问题是，中国法院系统超高的有罪判决率是否可以完全归咎于司法体制，诉讼内的案卷移送制度在这个过程中又起到了什么作用。

德国学者许乃曼曾在 1979—1986 年间主持过一项检验案卷信息对判决的影响的实证研究。[17] 该研究试图解决的问题是，德国刑事诉讼程序允许职业法官审前获知案卷信息，这是否会妨碍法官在审判程序中不带偏见地加工信息。一共 35 位刑事法官参与了此项研究，他们被随机分配到不同的实验条件：（1）知道案卷信息/有机会询问证人；（2）不知道案卷信息/有机会询问证人；（3）知道案卷信息/没有机会询问证人；（4）不知道案卷信息/没有机会询问证人。供受试者评判的案卷是基于 20 世纪 70 年代末慕尼黑法院审理的一个真实案件。研究针对每个受试者单独进行，向受试者呈现相同的审判记录。在具备询问证人机会的实验条件下，受试者可以从出庭的 7 位证人中选择 2 位，在他们作完陈述后对他们提出有关案情的问题。受试者不知道的是，他们可以询问的永远是案件中的第 1 位和第 3 位证人。所有受试者没有通过亲自提问获得的信息，都会在之后的检察官和辩护人对证人的询问中出现。也就是说，无论受试者是否有询问证人的机会，他们获得的有关案情的信息量其实是相同的。表 3 反映了受试者在不同实验条件下的分布，表 4 提供了法官在不同实验条件下判决行为的概况。[18]

表 4 呈现的实验结果令人惊异：接触侦查案卷的所有法官都作出了有罪判决，无论其是否具备询问证人的机会。相反，当法官不接触侦查案卷，仅知道审判程序中出现的信息时，在没有机会询问证人的情况下，大部分法官还是判决被告人有罪，但在有机会询问证人的情况下，大部分法官作出了无罪判决。在有机会询问证人的情况下，就能否看到侦查案卷

〔17〕 关于该项实证研究的详细介绍，参见［德］贝恩德·许乃曼等：《案卷信息导致的法官偏见：关于与英美模式比较下德国刑事诉讼程序优缺点的实证研究》，刘昶译，载何挺等编译：《外国刑事司法实证研究》，北京大学出版社 2014 年版，第 74 页。

〔18〕 表 3 和表 4 均根据许乃曼主持的该项研究所提供的数据整理而成。参见上引许乃曼等文，第 91 页以下。

表 3　受试法官分布

	具备询问证人的机会	不具备询问证人的机会
侦查案卷 + 审判程序	8	9
只有审判程序	11	7

表 4　受试法官的判决行为

		具备询问证人的机会	不具备询问证人的机会
侦查案卷 + 审判程序	有罪判决	8	9
	无罪判决	0	0
只有审判程序	有罪判决	3	5
	无罪判决	8	2

而言，两组之间的差别非常显著（有侦查案卷：8 人判决有罪/无人判决无罪；无侦查案卷：3 人判决有罪/8 人判决无罪）。在不能询问证人的情况下，侦查案卷信息对判决结果的影响没有特别显著地表现出来，因为即使没有侦查案卷信息，大部分法官也作出了有罪判决（5 人判决有罪/2 人判决无罪）。但引人注意的是，在不接触侦查案卷的条件下，比较有机会和没有机会询问证人的两组：有机会询问证人的一组里，更多法官判决被告人无罪（3 人判决有罪/8 人判决无罪）；没有机会询问证人的一组中，更多法官判决被告人有罪（5 人判决有罪/2 人判决无罪）。

上述结果告诉我们一个结论：侦查案卷信息对法官判决行为的影响之大超出了我们的想象，即使法官有机会亲自询问证人，也很难修正侦查案卷信息带来的决定性影响；只有在没有条件接触侦查案卷的情况下，是否有机会询问证人才会对法官的判决行为产生重要影响。如果上述结论成立，回到中国刑事诉讼的语境中，在过去或明或暗的案卷移送实践之下，实难期待法官在如此强大的有罪提示面前会作出其他判决选择，更遑论法庭上绝大多数证人都不出庭，法官根本没有询问证人的机会。所以，中国超高的有罪判决率的背后，或许有司法体制方面的问题作为推手；但是，如果不改变传统案卷移送制度下案件信息的呈现方式，超高的有罪判决率就不可能有实质性改变，侦查决定起诉、起诉决定审判的联动所造成的“侦查中心主义”就不可能松动，“以审判为中心”也就成了一句空话。因此，回归“审判中心主义”的根本解决之道仍是对侦查案卷信息与裁判信息进行必要的切割；要么走向“起诉状一本主义”，要么对公诉审查主体和审判主体进行适当的分离，何去何从，只能依赖未来的立法修正作出选择。然而，在刑事诉讼法刚刚修正不久，立即启动再修正不太现实的情况下，可以考虑充分利用现有的制度资源，强化法律实施，为“审判中心主义”发掘更大的制度空间。

例如，从 2012 年刑事诉讼法第 159 条和第 170 条的规定，[19] 可以推知立法者的用

〔19〕 2012 年刑事诉讼法第 159 条规定：在案件侦查终结前，辩护律师提出要求的，侦查机关应当听取辩护律师的意见，并记录在案；辩护律师提出书面意见的，应当附卷。同法第 170 条规定：检察院审查案件，应当讯问犯罪嫌疑人，听取辩护人、被害人及其诉讼代理人的意见，并记录在案；辩护人、被害人及其诉讼代理人提出书面意见的，应当附卷。

意，即本次刑事诉讼法修正虽然重拾案卷移送制度，但案卷所包含的信息之结构已悄然发生变化。以往的案卷基本上是对犯罪嫌疑人、被告人不利的信息，现在的案卷则同时包含了辩方的意见。但是，这种设计要真正发挥作用，在很大程度上依赖于审前阶段——尤其是侦查阶段——辩护律师参与的常态化和实质化，最终则取决于侦查、审查起诉阶段辩护律师合法权益的保障。当然，实践中如果按照这种思路继续推进，则可以考虑借鉴意大利单独设立辩护律师案卷的做法，[20] 将辩护律师的调查取证和辩护意见单独立卷，待案件将来提起公诉后与公诉案卷一起移送法院。

此外，还可以借鉴欧洲大陆国家为限制侦查案卷对审判的影响而采取的一系列措施。在法国，其刑事诉讼法第 347 条规定，重罪法庭不能将案卷带入评议室。[21] 在德国，虽然采取案卷移送制度，但案卷内容原则上不得用作裁判之根据。[22] 在阅览案卷的主体方面，立法也有严格的限制：由于担心陪审员不自觉地受到影响，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“询问本人原则”，即其刑事诉讼法第 250 条规定，对事实的证明如果是建立在一个人的感觉之上，则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来代替询问。这些规定未来如果能够以司法解释乃至立法的形式被引入中国的刑事司法实践，则可以在一定程度上限制侦查案卷信息对审判的影响。

三、审判：实现“庭审中心主义”

“以审判为中心”表述了审判与其他诉讼阶段的基本关系。在刑事案件的办理过程中，法院、检察院和公安机关都对案件进行认识，都依法对案件作出处理，如此才能推进诉讼活动的深入和发展。然而，为何只是“以审判为中心”，更为何“未经人民法院依法判决，对任何人都不得确定有罪”？换句话说，何以法院对案件的认识、对案件的处理具有高于检察院、公安机关的权威性？一言以蔽之，因为法院主持的庭审活动具备程序正义的最完整形态，法院对案件的认识和处理是建立在庭审中控辩双方对证据、法律意见的充分讨论和辩驳之上的。在庭审中，被告人的程序参与权、辩护权得到了最有效的保障，公开审判、直接言词、集中审理等基本原则得到了最充分的贯彻和体现，各种证据、主张、观点、意见都得到了来自正反两方面的充分讨论和辩驳，在此基础上形成的事实认定和法律适用是最科学和最公正的。

然而，这也说明，“以审判为中心”不能等同于以法院为中心。法院判决的权威性来自于公正的庭审，法院自身也不能游离于庭审之外进行事实认定。相反，法院对于案件事实的认识应该“以庭审为中心”，[23] 从而限制、杜绝开庭之前、法庭之外的信息对判决产生影响。例如，2012 年刑事诉讼法对开庭前的准备程序作了修改，增加了“在开庭以前，审判人员可以召集公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人，对回避、出庭证人名单、非法证

〔20〕 根据 2000 年第 397 号法律，意大利开始设立单独的辩护律师案卷。参见前引〔10〕，Perrodet 文，第 369 页。
〔21〕 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。
〔22〕 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 430 页。
〔23〕 本文在相同的意义上使用“以庭审为中心”和“庭审中心主义”的表述。

据排除等与审判相关的问题，了解情况，听取意见”的规定，[24] 这成为召开庭前会议的基本法律依据。庭前会议制度的基本功能在于为庭审的集中、顺利进行做充分准备，明确控辩双方争议的焦点，解决案件中的程序性问题。然而，这种“充分”是有限度的，即庭前会议不得损害被告人获得公正审判的权利。因为庭前会议虽然是控辩审三方到场的场合，但毕竟与正式的审判程序不同，缺乏正式的审判程序所提供的诸多程序性保障。因此，与被告人的定罪量刑密切相关的实质性问题不应在庭前会议中讨论。此外，中国的立法目前尚未完全贯彻“以庭审为中心”的原则，在一定的条件下会赋予合议庭庭外调查权。[25] 为强化“以庭审为中心”，最高人民法院作出了两点解释对此加以限制和补充：一是如果庭外调查作为取证手段，则“法庭庭外调查核实取得的证据，应当经过当庭质证才能作为定案的根据”，除非经庭外征求意见，控辩双方均没有异议；[26] 二是如果将庭外调查作为核实证据的手段，则“必要时，可以通知检察人员、辩护人、自诉人及其法定代理人到场。”[27] 如此解释具有将庭外调查在一定程度上转化为法庭调查的效果，即在合议庭对证据有疑问，需要通过勘验、检查、查封、扣押、鉴定、查询、冻结等手段对证据进行调查、核实时，事先通知控辩双方到场，对所调查、核实的证据发表意见。如此解释之所以能够成立，是因为庭审并非一个地理概念，其本质上是一个场合概念，即在控辩审三方到场的场合下解决争议。但是，实践中应进一步强化这一解释的刚性，将法庭调查、核实证据时“通知检察人员、辩护人、自诉人及其法定代理人到场”作为一般原则，只有在例外的情况下，才可以不通知控辩双方到场。

“以庭审为中心”是西方发达国家刑事诉讼的基本惯例。英美对抗制审判借助陪审团认定案件事实，即使不特设规则，也足以保证判决信息基本上出自庭审。欧洲大陆由于在中世纪有比较悠久的书面审传统，且进入现代后仍实行案卷移送制度，所以立法上需特设规则以防范庭外信息影响判决。比较典型的如德国刑事诉讼法第 261 条规定，法庭应当根据审判全过程确立自由心证，决定证据调查的结果；[28] 意大利刑事诉讼法第 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。[29] 此外，若法官私下对犯罪行为有所知悉，则只能以证人身份接受询问，而不能在本案中继续担任法官职务，也不能将该私下知悉径行用作判决之根据；在其他诉讼程序中获得的证据结果，也不能径用为证据。[30]

不过，同样是“以庭审为中心”，欧洲大陆和英美的理论支撑点并不完全一致。欧洲大陆的刑事诉讼奉行职权主义，对参与刑事诉讼的所有机关均施以发现真相的义务；[31] 其思

〔24〕 参见 2012 年刑事诉讼法第 182 条第 2 款。

〔25〕 2012 年刑事诉讼法第 191 条规定：法庭审理过程中，合议庭对证据有疑问的，可以宣布休庭，对证据进行调查核实；人民法院调查核实证据，可以进行勘验、检查、查封、扣押、鉴定和查询、冻结。

〔26〕 参见《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》第 220 条第 2 款。

〔27〕 参见《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》第 66 条第 1 款。

〔28〕 参见前引〔4〕，《德国刑事诉讼法典》，第 106 页。

〔29〕 参见前引〔4〕，《意大利刑事诉讼法典》，第 186 页。

〔30〕 参见前引〔22〕，罗科信书，第 435 页。

〔31〕 例如，德国刑事诉讼法第 160 条第 1 款规定了检察院的职责：“通过告发或者其他途径，检察院一旦了解到有犯罪行为嫌疑时，应当对事实情况进行调查，以决定是否提起诉讼。”同法第 244 条第 2 款规定了审判法院的职责：“为了调查事实真相，法院应当依职权将证据调查延伸到所有的对于裁判具有意义的事实、证据上。”

想基础在于，有关机关在作出决定时，应当寻找和占有完整、准确的信息。[32] 因此，职权主义审判最典型的特征是，法官对实体真实的追求以及为此而享有广泛职权，检察官和当事人在审判中则居于相对次要的地位。所以，欧洲大陆的法庭审判以法官的认知结构为基础来确立规则。在诉讼中，法官对于案件事实的认识以证据为中介，形成了“法官—证据—案件”的认知结构。为了最大限度地发现案件真相，在这一认知结构的两个环节均要求无介质地具有直接关系。就“法官—证据”环节而言，要求法官以直接的方式面对被告人、证人、鉴定人和其他证据，能够实时地对被告人、证人、鉴定人进行追问和直接交流，对审判材料形成基于个人感受的印象，并在这种个人印象的基础上形成裁判。就“证据—案件”环节而言，则要求作为法官认知手段的证据必须直接产生于案件事实，或者最大限度地接近案件事实的第一手资料，以此保证发现案件真相。这两个环节中，前者基本对应于德国刑事诉讼理论上的形式的直接审理原则，后者大致对应于实质的直接审理原则。[33] 法律希望达到的效果是，法官要对被告人与见证犯罪事实的证人的“人的现实”有一种亲身体验。[34]

英美法同样严格区分法庭上和法庭外的陈述，实际上这一区分正是“传闻”概念产生的基础。所谓“传闻”是指由在审判中作证的人以外的人作出的法庭外陈述，提供该陈述的目的是为了证明陈述中所断定的事实的真实性。[35] 根据证据规则，传闻证据不可采，除非它属于传闻规则的例外。在 2004 年的克劳福德诉华盛顿州案中，[36] 美国联邦最高法院认定，如果一项庭外陈述是“证言性陈述（testimonial）”，[37] 那么，除非作出陈述的人曾经（或者现在正在法庭上）接受交叉询问，否则根据对质条款，禁止采纳该庭外陈述作为证据。由此可见，美国的“庭审中心主义”的基本立足点在于保障被告人的对质权。在美国当事人主义的背景下，这一点并不难理解。在英美的刑事诉讼中，程序推进和证据调查皆依赖于当事人，法官和陪审团相对消极，主要通过控辩双方的攻击、防御活动来获取案件信息，这是当事人主义之下形成作为判决基础的案情信息的基本结构。因而，当事人是否享有呈现有利证据、质疑对方证据，即交叉询问的机会，无论对于被告人还是裁判者都是至关重要的，以至于交叉询问一直被视为“迄今为止为发现真相而发明的最大的法律引擎”。[38] 而只有对质权得到了有效保障，才能使被告人对证人的交叉询问成为可能。美国联邦最高法院也一直认为，对质条款的主要目的是防止用书面证言“代替对证人本人的询问和交叉询问”，因此要求证人本人当庭作证。[39]

---

〔32〕 参见［德］托马斯·魏根特：《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 2 页。

〔33〕 参见李文伟：《论德国刑事诉讼中直接言词原则的理论范畴》，《山东社会科学》2013 年第 2 期，第 137 页以下。

〔34〕 参见前引〔21〕，布洛克书，第 487 页。

〔35〕 Fed. R. Evid. 801 (c).

〔36〕 Crawford v. Washington, 541 U. S. 42 (2004).

〔37〕 所谓“证言性陈述”，根据美国联邦最高法院的表述，如果一项陈述是“出于在法庭上使用它的目的而作出时”，就很可能被认定为“证言性陈述”。它至少包括在预审、大陪审团程序中作出的陈述，或者在以前的审判中作出的先前证言，也包括警察讯问。但是，911 接警员的电话录音，报案人为了让警察帮助应对正在发生的紧急情况而作的陈述，不属于“证言性陈述”。See Joshua Dressler and Alan C. Michaels, *Understanding Criminal Procedure* (Ⅱ), Matthew Bender & Company, Inc., 2006, p. 244.

〔38〕 California v. Green, 399 U. S. 158 (1970).

〔39〕 参见前引〔37〕，Dressler 等书，第 223 页。

由上述可见，虽然认知结构和立足点并不相同，但欧洲大陆和英美“以庭审为中心”的核心要求却是近似的，即强调裁判者的亲历性和证人亲自出庭这两大要素。法官的亲历性正是目前中国正在全面推进的司法体制改革和审判运行机制改革所要着重解决的问题，而证人出庭问题是中国各项诉讼制度改革能否顺利推进的关节点。

不可否认的是，长期以来，中国刑事审判的证人出庭率一直徘徊在极低的水平，即便是2012年刑事诉讼法修正后，这种局面也没有得到改观。[40] 2012年刑事诉讼法第60条第1款规定，“凡是知道案件情况的人，都有作证的义务。”但是，同法第187条第1款又把证人应当出庭作证的情况，限定为“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，人民法院认为证人有必要出庭作证的”。由此，证人是否应当出庭作证在很大程度上取决于法院对出庭必要性的判断。就这一点而言，中国刑事审判的职权主义色彩仍十分浓厚。和欧洲大陆一样，中国刑事诉讼法赋予了各专门机关以查明真相的职责，并为此赋予其较为广泛的职权，这在中国“重实体”的法律文化传统下似乎是必然之选。但是，正如我们不能把“以审判为中心”简单地归结为法院、检察院、公安机关三家之间的事，同样，我们也不能简单地认为“以庭审为中心”只是法院一家的事。“以审判为中心”的刑事诉讼制度改革如果不能最终落实到被告人的权利保障上，就不可能真正破题，也不可能走得很远，司法实践中早已常态化的超低证人出庭率就是明证。中国要真正实现“以庭审为中心”，就必须适当承认并强化被告人的对质权。

中国刑事诉讼法中涉及对质的主要条文是2012年刑事诉讼法第187条和第188条，从保护对质权的角度看，这两个条文构建的保障机制存在严重的缺陷。其一，没有明确承认对质的权利属性。相反，证人是否应当出庭在很大程度上取决于法院的裁量，即法院是否“认为证人有必要出庭作证”。而这就带来很大的随意性，被告人对质的机会可能会被轻易剥夺。其二，证人不出庭作证的，其庭外证言是否可以采用，没有明确说法。2012年刑事诉讼法第188条第2款规定了证人不出庭的后果：“证人没有正当理由拒绝出庭或者出庭后拒绝作证的，予以训诫，情节严重的，经院长批准，处以十日以下拘留”。但是，证人不出庭在诉讼法上的后果，2012年刑事诉讼法以及相关司法解释却只字未提。相反，2012年刑事诉讼法第190条规定，“对未到庭的证人的证言笔录……应当当庭宣读”，这等于变相肯定了庭外证言的证据资格。上述两个问题的存在，使得被告人的对质权基本上丧失了有效的法律保障。

为了提高证人出庭率，2012年刑事诉讼法第188条第1款规定，“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”，同时“被告人的配偶、父母、子女”可以免于强制出庭。立法者的初衷是借鉴西方的亲属免证权以维系家庭关系和谐，[41] 但由于只承认特定亲属可以免于强制出庭，而不承认其拒证权，更不承认被告人也是拒证权的主体，从而在实践中带来了意想不到的效果。以薄熙来案为例，薄熙来的妻子薄谷开来在2013年3月曾提供不利于薄熙来的证言，其作证视频在庭审过程中被当庭播放；

〔40〕 根据最高人民检察院办公厅2014年11月28日印发的《关于以十八届四中全会精神为指引进一步贯彻执行好修改后刑事诉讼法的通知》，2013年至2014年9月，全国一审公诉案件证人出庭3086件，鉴定人出庭992件，分别占起诉案件数的0.18%和0.06%。

〔41〕 参见前引〔13〕，王尚新等主编书，第189页。

薄熙来要求证人薄谷开来出庭，而合议庭以 2012 年刑事诉讼法第 188 条规定的被告人的配偶免于强制出庭为由加以拒绝。不难看出，在该案中，亲属免于强制出庭的效果是被告人对质权的落空。被告人对质权保护之薄弱，由此可见一斑。

对质权起源于一个简单的命题：被指控犯罪的人有权当面挑战、质疑指证他的人。所以，对质权的核心在于被告人与不利证人之间的关系，即被告人享有让证人当庭作证的权利。而所谓“当庭作证”必须包含四个完整的要素：（1）可以接受交叉询问；（2）在伪证罪的威慑下提供证言；（3）提供的方式使陪审团能够观察证人的情态举止；（4）证人与被告人面对面地提供证言。〔42〕对质权并非美国对抗式审判程序的专利。对质条款被《欧洲人权公约》列于第 6 条“公正审判”之下的第 3 款第 4 项，属于公平审判权的一部分，也是其最低限度的要求。近年来，欧洲人权法院结合《欧洲人权公约》第 6 条，以案例的形式确认对质权应当包含以下几个方面的保障：（1）调查证据（包括询问证人）应当在被告人在场时进行；（2）询问证人的程序必须是对审式的；（3）在不利证人陈述的当时或者稍后的程序阶段，必须赋予被告人向不利证人提问、质疑的充分且适当的机会。〔43〕美国和欧洲在对质条款的具体表述上可能有所不同，但其基本前提都是被告人享有要求不利证人出庭作证的权利。

在中国的语境下，明确赋予被告人对质权具有两个方面的意义。一是从工具主义的角度看，对质权可以赋予被告人与不利证人当庭对质的机会，可以从反面检验证人证言的可靠性，提高事实认定的准确性，从而防止冤假错案的发生。二是从程序公正的角度看，赋予被告人以充分的辩驳机会，对于可能遭受不利裁判的被告人而言，也是审判公正的基本要求。这对于提高被告人对裁判结果的接受度、实现判决的终局性，均具有现实意义。因此，为了强化对质权的法律保护，中国的立法一方面要明确承认被告人享有与不利证人对质的权利；另一方面，对于被告人无法行使对质权的庭外陈述，除符合法律明确规定的例外情况的，均应排除其成为法庭证据的资格。只有如此，对质权才能成为被告人所享有的“硬邦邦”的权利。

当然，这只是实现“以庭审为中心”的第一步。“以庭审为中心”的关键在于实现庭审的实质化，归根到底是要落实被告人的有效辩护权，而对质权只是实现有效辩护的必要环节之一。被告人在法庭上还应当享有申请有利证人出庭的权利；对于被告人的申请，除非具备法律明确列举的例外情形，法庭不得随意拒绝。〔44〕此外，中国目前的刑事审判中律师辩护率仍然比较低，大约在 30% 左右，即便发达地区一般也不超过 50%。在面临被定罪处刑的关键阶段，被告人的律师辩护权理应得到充分和有效的保障。目前 2012 年刑事诉讼法将应当提供法律援助的情形，从刑罚的角度限制于“可能被判处无期徒刑、死刑”的案件，其范围明显过窄。十八届四中全会决定提出了“完善法律援助制度，扩大援助范围”的要求，因此应尽快扩大法律援助的范围。

---

〔42〕 参见前引〔37〕，Dressler 等书，第 245 页。

〔43〕 参见林钰雄：《对质诘问与上级审》，台湾《月旦法学》总第 143 期（2007 年 4 月），第 5 页以下。

〔44〕 申请证人出庭作证的权利被规定在 2012 年刑事诉讼法第 41 条，表现为辩护律师的调查取证权。但是，由于该法对于法院可以拒绝传唤证人的具体情形没有作明确限制，导致这一权利在司法实践中形同虚设。对此，可以参考德国刑事诉讼法第 244 条的规定，该条明确规定了法庭可以驳回被告人申请的具体情形，除此之外，法庭不得拒绝被告人的调查证据申请。

四、审级构造：实现“一审重心主义”

鉴于第一审程序存在上述诸多问题，2012 年刑事诉讼法在审级制度的设计上，对第一审裁判质量也是抱持相当不信任的态度。中国刑事审判实行两审终审制，上诉程序不仅是对被告人的救济，同时也被设计成上级法院对下级法院判决进行监督、审查的机制。立法对当事人的上诉持鼓励态度，上诉被设计成一种低成本、低风险的诉讼行为——不仅上诉不需要说明理由，而且上诉审实行“上诉不加刑”原则以消除当事人的后顾之忧。在死刑案件中，在普通的两个审级之外，还设置自动启动的强制性死刑复核程序，由最高人民法院统一对死刑的适用进行审核。在审理范围方面，第二审实行全面审查，可以对第一审的事实认定、法律适用甚至量刑进行全面、综合的审查，而不受上诉范围的限制。因此，第二审不仅是对案件的重新审判，也是第一审的继续，可以接受新的证据，审理新的事实。对于死刑复核程序的审查范围，2012 年刑事诉讼法并没有明确的规定，但根据最高人民法院有关司法解释，其审查范围涵盖了案件事实、证据、情节、法律适用、诉讼程序等可能影响死刑适用的方方面面。

逐级的上行审查使得刑事案件的审判形成了一种等级化的权威结构。刑事案件的第一审、第二审程序和死刑案件的死刑复核程序，构成了不同的权威层级。同时，由于第二审和死刑复核程序均在立法上或者实践中贯彻全面审查原则，其审查范围不限于法律问题，这就意味着第二审法院或者死刑复核法院可以在事实认定、法律适用或者刑罚量定中的任何一个方面，否定前一审级的判决。因此，审级越高，权威越大，整个刑事案件程序体系的重心也随之逐级上移；相应的，第一审就失去了程序重心的地位。

第一审重心地位的失落可能带来两个方面的问题。其一，第二审法院以及死刑复核法院是否有能力纠正一审判决的事实错误。根据一般常识，在认定事实的能力方面，上诉法院并不优于初审法院。与初审法院相比，上诉法院远离犯罪的时间和地点，案发时遗留下来的痕迹和物品被损毁或者灭失的可能性更大，残存在证人记忆中的印象也会随着时间的流逝进一步淡化。这些都使得“对于发生在离犯罪时间更远的几个月后的新的审判能更好地查明事实这一点，令人怀疑”。[45] 中国台湾学者陈朴生也指出：“第二审之审理，其距离犯罪时间与场所较第一审为远，其获得之诉讼资料未必较第一审为优。加之，证据易因时间之经过失其真实性。使为重复之调查，徒增程序繁剧，证据纷乱，影响证明力之判断。”[46] 与第二审相比，死刑复核程序距发案地和发案时间更为遥远，其在事实判断方面处于更加不利的地位。另一方面，在第二审的开展方式上，除法律明确列举的“被告人、自诉人及其法定代理人对第一审认定的事实、证据提出异议，可能影响定罪量刑的上诉案件；被告人被判处死刑的上诉案件；人民检察院抗诉的案件；其他应当开庭审理的案件”等四种情形下，法院应当组成合议庭开庭审理外，其他案件均由法院裁量决定是否开庭审理。[47] 而

〔45〕 前引〔32〕，魏根特书，第 222 页。

〔46〕 陈朴生：《刑事证据法》，台湾海天印刷厂有限公司 1979 年版，第 62 页。

〔47〕 参见 2012 年刑事诉讼法第 223 条。

死刑复核程序则根本不开庭审理。总而言之，第二审和死刑复核的全面审查必然造成审判重心从第一审移向第二审和死刑复核，而第二审和死刑复核的不开庭审理又加剧了对这一重心上移的合理性质疑：第二审法院和死刑复核法院以书面案卷为基础作出的事实认定，何以优于第一审法院开庭审理所作的事实认定？

其二，程序重心的上移可能带来特殊的政治风险，这一点在死刑案件中表现得尤为突出。依据常识，再完美的司法制度也难以完全避免错案。团藤重光曾针对日本的司法状况指出，目前“一、二审比从前慎重多了，所以误判比以前大为减少是可以预见的。但是，谁又能断言今后就绝无误判？固然在事实认定上，法官是受有训练，且积有经验，但只要是人就不可能断言他绝不会犯错。”〔48〕中国台湾女作家张娟芬在访谈过程中发现刑事法官有“三怕”：一怕有关机关伪造证据，二怕无辜者顶包替罪，三怕阴差阳错各种巧合。尤其第三怕，各种几乎不可能发生的巧合，加上刑讯得来的认罪供述，简直就是承办法官的噩梦。〔49〕在当代世界，死刑本身就是极富争议的政治、法律议题，死刑的错判更会给国家的社会政治体系带来激烈的冲击。而中国目前刑事案件审判的权威结构，不仅把死刑案件审判的权威汇集于最高人民法院，更把错判无辜者的风险以及针对死刑本身的各种责难汇集于最高人民法院，这与刑事诉讼中设计审级制度的初衷完全背道而驰。各国司法制度设计审级制度的出发点之一是将社会矛盾分散处理，增加和增强社会不满的吸纳点和吸纳能力，尽量避免将大量社会矛盾引向中央机构。而目前中国刑事程序的“上行”权威结构，正是一种将死刑案件与生俱来的各种责难和错判风险引向中央司法机关的结构。

综观西方发达国家的审级制度，可以发现一个明显的趋势：在法律适用问题上是上行的权威结构，即审级越高，权威越大；但在事实认定问题上，则是相反的趋势，权威总体上趋于下沉。例如在美国，一审是整个刑事程序体系当仁不让的重心。在事实认定方面，一审判决有着一锤定音的效果，初审后的直接上诉原则上只能针对法律适用错误而提起，对事实问题几乎没有置喙的余地。即便是法律适用错误，在上诉审查中也未必总是能够得到救济。在美国的联邦司法系统，有三个重要的规则保护着一审判决的核心地位，许多州也遵循类似的规则：（1）如果被告人没有在初审法院对一项裁定或者程序错误提出异议，那么被告人不得在上诉中（第一次）提出，除非该错误属于“显而易见的错误（plain error）”，这就是所谓“未提出即视为放弃”规则（raise-or-waive rule）。〔50〕（2）对一审中的错误要进行“无害错误”分析（harmless error analysis）。据此，一个错误并不要求撤销定

〔48〕［日］团藤重光：《死刑废止论》，林辰彦译，台湾商鼎文化出版社 1997 年版，第 7 页。

〔49〕2010 年，中国台湾爆出“江国庆冤杀案”。当年定罪的关键证据，除了刑讯后的认罪口供，就是一张同时沾有疑犯精液与受害女童血液的面巾纸。而实际的情况可能是，江国庆在厕所里自慰，事毕用面巾纸擦拭精液，并随手丢进废纸篓；真凶奸杀女童时，鲜血恰好喷溅在这张纸上。参见张娟芬：《杀戮的艰难》，中国人民大学出版社 2013 年版，第 9 页。

〔50〕“未提出即视为放弃”规则的理论基础在于贯彻当事人主义和确保司法经济：（1）在当事人主义下，诉讼争点和证据应由当事人自行提出，然后由法院裁判。（2）下级审未发生错误，上级审不应干预。当事人在一审中从未主张并提出的问题，一审当然没有作出正确裁判的机会，如果因此指摘下级审裁判错误，于理不合。（3）如果没有该规则，败诉一方可以提出上诉，若上诉审发回重审，则造成国家和他方当事人必须负担重新审判的费用。如果当事人当初在一审中就提出主张，则可以在一审解决争点，可以节省当事人和国家上诉审、重审的费用。所以，该规则迫使当事人在一审中提出所有主张，以提升审判程序的效率。See Wayne R. LaFave, Jerold H. Israel and Nancy King, *Criminal Procedure*, 2d ed., West Publishing Co., 1992, p. 1158.

罪，除非该错误具有影响结果的充分可能性。[51]（3）二审法院只能审查原审卷宗，而不得调查卷宗以外的材料，不考虑新的事实和证据。上述规则的综合效果使得第一审成为名副其实的程序重心。在欧洲大陆传统影响下的法国、德国、意大利、日本和中国台湾，对于初审法院作出的判决，其中的事实争议也至多在第一次上诉时提起，[52]第二次上诉只能针对法律问题；因此，事实问题在初审或者第一次上诉之后即不再讨论。

在中国，享有刑事案件初审权的基层法院在数量上居于绝对优势，对死刑案件享有初审权的中级法院也有400多家，高质量的第一审程序可以成为刑事司法系统分散而坚实的支撑，可以有效缓解中央司法机关的压力。确立第一审程序的重心地位，除了以对质权为核心打造坚实的第一审，还应当合理界定和调整刑事案件第二审和死刑复核程序的功能。

（一）强化刑事案件第二审的救济功能

一般认为，上诉制度的目的有二：一是保证法院对个案的决定是根据适当的程序和实体法规定作出的，从而保障当事人的合法权利；二是籍由审级制度的运作，上级法院得以撤销、纠正下级法院的违法或者不当裁判，减少下级法院擅断、误判的机会。[53]在第二审功能的设定上，中国历来偏重借助第二审贯彻上级法院的审判监督，鼓励当事人上诉。这一定位对第二审的程序结构产生了重大影响。在第二审程序规则的设置上，也往往立足于监督功能，而不突出救济功能。比如，目前的第二审程序实行全面审查原则，即如2012年刑事诉讼法第222条所规定的，“第二审人民法院应当就第一审判决认定的事实和适用法律进行全面审查，不受上诉或者抗诉范围的限制。”这一设计造成的问题已如前述。

笔者认为，解决问题的根本之道在于突出第二审程序的救济功能，允许当事人或者检察院仅就第一审判决的一部分内容提起上诉或者抗诉，第二审受其约束，原则上其审理范围仅限于对原审判决提出上诉或者抗诉的部分。这样处理有三个理由：首先，从当事人的角度看，允许对判决的一部分内容提起上诉既合乎上诉的目的，也有利于当事人的攻击、防御。上诉既然是对原判决声明不服，那么，上级审如果集中于当事人不服而有争议的部分，当然更符合提起上诉的目的。而且，当事人可以借部分上诉突出攻击、防御的焦点，主动限定第二审的审理范围，从而增加上诉结果的可预期性，不至于发生对原判决服判的部分被第二审改判的危险。其次，从法院负担的角度看，全面审查意味着第二审必须依职权对原判决控辩双方已无争议的部分重复审理，重新调查证据、认定事实。这种做法浪费了司法资源，而且可能会对有实质争议案件的开庭审理产生消极影响，拖累第二审案件的整体审判质量。反之，以当事人部分上诉约束第二审的审理范围则可以节省司法资源，将有限的司法资源投入对一审判决确有争议的部分，从而有助于提高二审开庭的比例和审判质量。最后，从审级结构的角度看，第二审的全面审查可能会架空第一审，导致诉讼重心上移。相反，以当事人部分上诉或者检察机关部分抗诉限制第二审的审理范围，可以避免程序重心移往上级审，从而保证第一审的程序重心地位。

---

〔51〕 参见前引〔37〕，Dressler等书，第380页。

〔52〕 并非所有的案件都可以对事实问题提起上诉。例如在德国，对于州法院判决的可能判处4年以上监禁的重罪案件，只能向州高等法院提起法律审上诉。

〔53〕 参见前引〔32〕，魏根特书，第215页；林钰雄：《刑事诉讼法》下册，中国人民大学出版社2005年版，第216页。

（二）发挥死刑复核程序统一死刑适用的功能

由最高人民法院统一核准死刑，这在中国单一制的政治体制下是必要的，因为死刑的适用在同一司法体系内应保持标准的统一性。这也决定了死刑复核程序与死刑案件第一审、第二审程序的着眼点应有所不同。死刑案件第一审重在死刑适用在个案中的妥当性，包括事实认定、法律适用、诉讼程序是否合乎法律规定，适用死刑是否合法、妥当；第二审的重点则应当是在个案中对第一审判决出现的错误提供具体的救济。而统领全局的最高人民法院应当侧重于把握案与案之间在适用死刑时是否标准统一，是否合法、公平且合乎比例。

上诉审理论上可以分为复审、续审和事后审查审等三种类型。[54] 目前最高人民法院在死刑复核程序中实行全面审查，但这种审查并不是复审，因为最高人民法院并不是取代原审法院自行审理案件，而是审查原审判决在事实认定、法律适用、刑罚量定和诉讼程序上是否存在重大瑕疵。如果实行复审制，上诉审法院会“一律对案件本身为审理，进而依审理之结果，对于案件本身自为判决。于自为判决外，上诉审法院认为上诉有理由时，应将原审判决经上诉部分加以撤销。”[55] 但是，2012 年刑事诉讼法第 239 条规定，“最高人民法院复核死刑案件，应当作出核准或者不核准死刑的裁定。对于不核准死刑的，最高人民法院可以发回重新审判或者予以改判。”这种先裁定不核准、再发回重审或者予以改判的做法，其实更接近事后审查审。所谓“事后审查审”是指“上诉审之审判并非针对案件本身进行审查，而是……审查该案件所为之判决妥当与否，或者审查所为判决之程序有无违误之审判方式。”[56] 德国、日本、中国台湾的第三审以及英美的上诉审，皆属事后审查审。

中国目前的死刑复核程序与典型的事后审查审相比，仍有两点不同：一是事后审查审的调查范围一般仅限于上诉理由所指摘的事项。但是，中国的死刑复核程序不待当事人提出上诉，即对死刑案件自动且强制启动，因此不存在上诉理由的问题。二是事后审查审基本上是法律审。如前所述，中国的死刑复核程序实际上奉行的是全面审查原则，而实践中死刑复核的重点仍然是事实问题。

但是，所谓的法律审并不绝对排除对事实问题的审查。在德国，如果上诉理由为违反实体法，那么第三审就要审核原审认定的事实，以确定是否正确地适用了实体法。[57] 德国联邦法院近年来的一个发展趋势是，扩大基于法律错误的上诉对原审法院事实认定的审查范围，其具体方法是，当事人主张原审法院违反了刑事诉讼法第 244 条第 2 款所规定的收集所有相关证据的义务，因而判决的事实基础并不充分。这是一种程序违法的主张。根据法律错误的上诉对原审法院事实认定进行审查的另一种方式是对判决的内在一致性进行审查，尤其是事实认定是否符合逻辑法则，以及法官在评判证据时是否考虑了全部的可能性。如果判决没有考虑其他“明显的”可能性，因而不能给判决一个一致而全面的解释，就应当撤销原判。[58] 在日本，当事人提出上告（第三审）的理由仅限于违反宪法和违反判例，但

〔54〕 参见前引〔53〕，林钰雄书，第 239 页。
〔55〕 黄朝义：《刑事第二审构造及其未来走向》，台湾《月旦法学》总第 143 期（2007 年 4 月），第 35 页。
〔56〕 同上。
〔57〕 参见前引〔22〕，罗科信书，第 515 页。
〔58〕 参见前引〔32〕，魏根特书，第 226 页以下。

是，上告审一旦发动，在“量刑显著不当”和“给判决带来影响的重大事实认定有错误”等情况下，上告审法院可以依职权撤销原判决。实践中，当事人提出上告多是为了促使法院发动这种职权，从而实现事实审查的效果。[59] 即便在美国，法律审原则也未能阻止上诉法院对事实认定进行审查。被告人在上诉中经常提出的一种主张是，支持被告人有罪判决的证据不充分。美国联邦最高法院对此确立的标准是，“从最有利于控方的角度审查全部证据后，任何理性的事实裁判者是否都会排除合理怀疑地认定犯罪要素的存在”。[60] 由此可见，法律审并不完全排除对原审判决的事实认定进行审查，但这种审查和初审法院事实认定的侧重点有所不同，即基本不触及证据的“质”的问题，而只审查证据的“量”和形式问题，即证据的充分性和事实认定的内在逻辑性。这是因为上诉审法院并没有审查证据可靠性的条件，不能调取新的证据，而只能在原审法院移送的案卷基础上作出判断。

上述国家和地区通过法律审审查事实问题的特点，对改革中国的死刑复核程序有一定的启发意义。在中国现阶段，完全排除死刑复核程序对事实问题的审查并不现实。但与原审法院相比，最高人民法院和德日等国的第三审上诉法院一样，缺少核实证据的必要手段，其在事实审查方面并不占有优势。以最高人民法院目前可以借助的调查手段而言，将审查重点集中于证据的充分性、事实认定的内在逻辑性以及死刑案件之间适用标准的一致性与统一性，则是比较合理的。其实，这种审查已无异于法律审，对于死刑复核程序统一死刑适用的功能定位来说，也已经足够。如此，既节省了时间、成本、资源和死刑复核法官的精力，又实现了死刑复核程序与死刑案件第一审、第二审程序基本功能的合理分化，也维护了第一审的程序重心地位。

当然，要将死刑复核程序改造成完全的法律审，一个必要的前提是法律援助制度必须同步跟进，其质量也必须达到更高的标准。2012 年刑事诉讼法允许辩护律师参与死刑复核程序，但对于死刑复核程序中被告人是否应当获得法律援助，则没有明确规定。在死刑案件第一审、第二审程序中能够得到保障的获得法律援助的权利，在死刑复核程序中更应该得到保障。1984 年联合国通过的《关于保护面对死刑的人的权利的保障措施》第 5 条规定：“只有在经过法律程序提供确保审判公正的各种可能的保障，至少相当于《公民权利和政治权利国际公约》第 14 条所载的各项措施，包括任何被怀疑或被控告犯了可判死刑之罪的人有权在诉讼过程的每一阶段取得适当法律协助后，才可根据主管法院的终审执行死刑。”可喜的是，中共中央办公厅、国务院办公厅近日印发了《关于完善法律援助制度的意见》，提出要在现有立法的基础上扩大法律援助范围，特别提出“建立法律援助参与……死刑复核案件办理工作机制，依法为更多的刑事诉讼当事人提供法律援助”，同时要求提高法律援助质量，推进法律援助标准化建设，“严格办理死刑、未成年人等案件承办人员资质条件，确保案件办理质量”。[61] 上述意见如果能够得到切实贯彻，中国的法律援助实践状况将会得到显著改善，也会为死刑复核程序的法律审改造营造良好的制度环境。

---

〔59〕 参见［日］松尾浩也：《日本刑事诉讼法》，张凌译，中国人民大学出版社 2005 年版，第 269 页。

〔60〕 Jackson v. Virginia, 443 U. S. 307 (1979).

〔61〕 参见中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于完善法律援助制度的意见》，http://legal. people. com. cn/n/2015/0629/c188502 - 27226467. html，2015 年 7 月 2 日访问。

结　论

十八届四中全会决定提出“推进以审判为中心的诉讼制度改革”，这在当下中国的刑事诉讼制度与实践背景下，具有重要的理论和实践意义。推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革，需要在两个方向上同时进行：在水平方向上，在侦查、审查起诉和审判阶段的关系上，应当确立审判程序的核心地位，其关键在于适当阻断侦查案卷信息对审理判决产生的影响；在审判阶段，则应当贯彻“以庭审为中心”，其关键在于确保重要证人出庭作证，强化对被告人对质权的保障。在纵向的审级结构上，应适当调整第二审和死刑复核程序的功能，确保第一审程序在事实认定的问题上居于整个程序体系的重心地位。

Abstract: The Resolution of the Fourth Plenary Session of the Eighteenth CPC Central Committee put forward the plan for “promoting the trial-centered reform of the procedural system”, which touches upon a long-standing problem in the macro structure of Chinese criminal proceedings. The absence of the notion of taking trial as center in China leads to the de-centralization of trial and actual investigation centralism in proceedings at the horizontal level, and then the weightlessness of the first instance trial at the vertical level, resulting in serious consequences in judicial practice and special political risks. “The trial-centered reform of the procedural system” should be implemented at two levels. At the horizontal level, firstly, trial should become the center of the relationship between investigation, prosecution review and trial, the key to which is to control the adverse influence of investigation dossier system and at the same time open up more institutional space for trial centralism. Secondly, at trial stage, courtroom hearing should be taken as the center. The legitimacy of a judgment comes from the fairness of courtroom hearing. The court itself cannot find fact outside court hearing. One of the essential requirements of taking courtroom hearing as the center is to safeguard the defendant's right of confrontation. At the vertical level, the authoritativeness of fact finding in the first instance trial should be established on the basis of a strong and solid first instance trial, and at the same time the functions of the second instance trial and death penalty review procedure should be re-defined and adjusted, so as to guarantee the status of the first instance trial as the gravity of the whole criminal procedure system.

Key Words: procedural stages, trial-centered, investigation dossier, hearing-centered, right of confrontation