

DOI:10.13216/j.cnki.upcjess.2015.03.0008

# 论刑事庭审中心主义视野中的直接言词原则

毕亮杰

(山东大学法学院,山东 济南 250100)

**[摘要]** 庭审中心主义改革是当前刑事司法改革的重要内容之一,其目的是实现庭审实质化,为推进审判中心主义改革奠定基础。确立和落实直接言词原则是庭审中心主义改革的必然路径,同时也有助于提升审判阶段在刑事诉讼中的地位。直接言词原则在中国立法上有间接体现,但在目前司法实践中存在与直接言词原则相违背以及不完全吻合之处。因此,应调整案卷笔录的诉讼地位,完善证人出庭作证制度,坚持和完善主审法官责任制,明确集中、连续审理原则,以使直接言词原则在中国尽快确立并得到贯彻。

**[关键词]** 庭审中心;审判中心;直接言词原则;案卷笔录;主审法官

**[中图分类号]** D925.2 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1673-5595(2015)03-0039-09

## 一、庭审中心主义的产生背景及其适用范围

2013年10月召开的第六次全国刑事审判工作会议提出“庭审中心主义”,具体内涵为“事实证据调查在法庭,定罪量刑辩论在法庭,裁判结果形成于法庭,全面落实直接言词原则,严格执行非法证据排除制度”;其后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》提出推进以审判为中心的诉讼制度改革,预示着未来刑事诉讼向审判中心主义改革的目标;2015年最高人民法院发布《关于全面深化人民法院改革的意见》,即修订后的《人民法院第四个五年改革纲要(2014—2018)》进一步明确到2016年底推动建立以审判为中心的诉讼制度,强化庭审中心意识,落实直接言词原则。上述一系列法律文件表明审判中心主义与庭审中心主义几乎形影不离,但两者并不完全相同。前者是长远目标,侧重于诉讼结构的纵向调整,在侦、诉、审三者之间打破既有的不分伯仲、相互平齐的关系,突出审判的中心地位,进而使侦查成为为审判进行准备的活动,起诉成为开启审判程序的活动,<sup>[1]</sup>刑事诉讼活动围绕审判展开;而后者是近期目标,强调审判以庭审为中心,从而解决庭审流于形式的问题,最终实现庭审的实质化。但庭审中心主义与审判中心主义有着内在的密切关系,庭审中心主义改革是审判中心主义改革的重要组成部分,只

有真正实现了证据出示、辨认、质证在法庭,案件事实调查在法庭,控辩双方在法庭上进行辩论,法官或合议庭根据其所参与的庭审得出裁判结果,主审法官严格按照法定程序进行审理,才能发挥刑事庭审对侦查、起诉程序的制约和引导作用,纠正中国目前刑事诉讼“侦查中心主义”的倾向。因此缺乏以庭审中心主义为基础的审判活动,审判中心主义的诉讼地位不可能确立,现阶段着重推行庭审中心主义改革是进行审判中心主义改革的一部分,也为审判中心主义日后的改革奠定基础,因为以审判为中心的诉讼制度是庭审中心主义的最终目标和必然趋势。在司法界推行庭审中心主义、审判中心主义改革的同时,学界也开始加强对庭审中心、审判中心及直接言词原则的研究。2014年12月在北京召开的“审判中心与直接言词原则研讨会”上学界对审判中心主义与直接言词原则的关系进行了理顺,指出刑事诉讼应当以审判为中心,审判应当以庭审为中心,庭审应当以质证为中心,完善质证程序必须贯彻直接言词原则,直接言词原则有利于保障程序的正当性、有利于发现实体真实。<sup>[2]</sup>

庭审中心主义要实现的是庭审的实质化,其在诉讼理念上更侧重于追求实体真实,保证程序公正,但公正与效率在诉讼价值上存在一定的对立,推进庭审中心主义、确立直接言词原则在追求公正的同

**[收稿日期]** 2015-03-13

**[作者简介]** 毕亮杰(1991-),女,山东淄博人,山东大学法学院硕士研究生,研究方向为刑事诉讼法、刑法。

时不可避免地会导致诉讼效率相对较低。因此,应协调好庭审中心主义与诉讼资源的关系,将庭审中心主义的实施限定在司法资源能够承受的范围内。深言之,庭审中心主义应主要存在于一审程序重大、复杂、疑难的案件中,在其视野范围内确立的直接言词原则适用范围也应与此相对应。在此范围外,如上诉程序等案件中,中国目前难以推行真正的庭审中心主义。

## 二、确立直接言词原则是庭审中心主义改革的必然路径

### (一)直接言词原则的法理依据

首先,直接言词原则符合刑事被告人主体性理论。在现代法治社会刑事庭审中,根据保障人权、尊重被告人人格尊严的诉讼理念,被告人不再只是被追诉的客体,而应被赋予诉讼主体地位,即被告人与其他诉讼参与人具有平等的地位,这是被告人行使其诉讼权利的基础。其主要体现在“被告人在诉讼过程中与检察官和法官拥有同等的人格尊严,而没有身份、地位上的高低贵贱之分;法官、检察官应将被告人视为平等的诉讼参与者、协商者、对话者,同他一起进行平等的理性交涉活动;被告人在诉讼中应拥有行为上的自主性和自愿性,并受到人道的对待”。<sup>[3]</sup>然而理论上被告人所应具备的与控诉方平等的主体地位,在中国当前的刑事诉讼中很难真正实现,其中最容易受到侵害的是被告人及其律师的辩护权利,专门机关权力的扩张很可能导致辩护权利萎缩甚至消失,例如法官直接采纳控诉方提交的案卷笔录材料而忽视被告人的当庭陈述,被告人及其辩护人无法当庭进行实质性辩护却被要求庭后提交书面辩论意见。直接言词原则要求被告人须亲自到庭出席审判,在庭审中接受法官、检察官及其他诉讼参与人的讯问(形式的直接审理原则),并以言词方式行使自己的辩护权、对质权等权利,没有在法庭审判过程中以言词或口头的方式进行的诉讼行为,应视同没有发生(言词原则),法官裁决须建立在诉讼双方出示的直接来源于案件事实的证据及以言词方式进行的质证及辩论上(实质的直接审理原则)。这样首先从形式上保证了被告人庭审的“在场权”。但由于中国刑事庭审中不存在被告缺席审判,因此,此理论支撑下的直接言词原则实际上更充分体现于保障被告人自愿、平等、充分地与被告及其他诉讼参与人进行质证、辩论的权利。

其次,直接言词原则是庭审中心主义的集中体现,有利于发现案件真实,防范冤假错案。如果不规定直接言词原则,则“事实证据调查在法庭、定罪量

刑辩论在法庭、裁判结果形成在法庭”此类规定只能停留在纸面,无法真正贯彻实施。因为中国目前刑事庭审实际上大多是以案卷笔录为中心展开,法院几乎所有的案件都在根本上依赖于、取决于侦查卷宗中的书面材料(案卷笔录),<sup>[4]</sup><sup>102</sup>事实认定、证据调查、控辩双方的辩论这些活动形式上是在法庭进行,但主要围绕审前阶段形成的卷宗笔录展开。这样表面上满足“事实证据调查在法庭、定罪量刑辩论在法庭”,但实际上法官及诉讼参与人无法直接接触证据,取而代之的是以各种笔录为代表的“二手证据”,庭审现场不是以“鲜活生动的语言”辩论而是以宣读案卷的形式展现出来,<sup>[5]</sup>被告人及其辩护人有效辩护往往被弱化甚至省略。这种走过场性质的法庭审判不利于查明案件事实,法官依赖于案卷笔录形成的裁决实际上是侦查活动形成结果的延伸,侦查阶段的错误根本无法在庭审当中得到纠正,冤假错案的产生在所难免。直接言词原则一方面体现并保障作为基本司法规律的“亲历性”,<sup>[6]</sup>法官通过直接接触证据而具有对案件事实的真正裁决权;另一方面,直接言词原则要求未在法庭上以言词方式提出并经过调查的证据均不得作为裁判的根据,进而使得侦查阶段用以作为证据载体的各种书面材料对案件结果的作用力削弱,间接减少了侦查机关对刑讯逼供、暴力取证等手段的采用,倒逼侦查规范化,对冤假错案的防范产生独特的作用。由此看来,在庭审中心主义改革中确立直接言词原则的重要意义不言而喻。

再次,直接言词原则有权力制约的功能。对审前阶段形成的笔录材料的天然排斥是影响刑事诉讼权力配置的集中体现,而其他例如集中审理、完善证人出庭等要求则与制约诉讼权力关系不大。“过分依赖于案卷笔录之流弊不仅在于妨碍法官正确认定事实,更在于政府追诉权力通过卷宗潜入审判形成过程的核心领域,僭越裁判者位置,成为实际的‘法官’”。<sup>[7]</sup>特别是在中国侦、诉、审三机关“分工负责、互相配合、互相制约”的流水线诉讼模式下,如果法庭审判成为对侦查机关所收集的书面证据材料的审查,则决定被告人是否有罪及是否应承担刑事责任的权力实际上被侦查机关掌握,造成“公安机关做饭,检察机关端饭,审判机关吃饭”的局面,这显然违背现代法治国家的诉讼原则。直接言词原则反对使用庭外讯(询)问笔录,有效地切断了“侦审连接”,即侦查阶段形成的证据不能再不受审查地直入审判并取得定案依据资格,侦查结果主要为侦查机关决定移送审查起诉以及公诉机关决定提起公诉

提供依据,不再具有“预审”、“代审”的功能。在庭审过程中,控辩双方原则上必须提供原始性证据,以便能够有效质证,审判者亲自直接接触证据而不只是审查以各种笔录为代表的“二手证据”。侦查阶段对审判及司法裁判的影响由原来的具备预定效力转变为不确定状态,从而使审判阶段成为刑事诉讼中的核心场域,法官具有不受干预的裁决权。这满足审判中心主义的要求,只有在审判阶段才能最终决定特定被告人的刑事责任问题,侦查、起诉、预审等程序中,侦诉部门对于犯罪嫌疑人罪责的认定仅具有程序内的意义,对外不产生有罪的法律效果。<sup>[8]</sup>所以,确立直接言词原则符合庭审中心主义改革和以审判为中心的诉讼制度改革的要求。

## (二) 直接言词原则与传闻证据规则

与大陆法系直接言词原则相呼应的是英美法国家的传闻证据规则。两者在对待庭前陈述的态度上相契合,但在诉讼模式、调整对象、规制程度上有所区别。当前中国庭审中心主义改革应该确立直接言词原则而不是传闻证据规则,主要基于以下理由:

第一,传闻证据规则例外众多,其合理性受到强烈的质疑。传闻证据规则要求不得采纳庭审中非陈述者亲自作出的言词证据,因此也称反传闻证据规则。英美法系国家刑事诉讼采当事人主义的对抗制模式,传闻证据并非由陈述者在审判或者听证中作证时作出的陈述,这样使当事人丧失了交叉询问的机会,无法在庭审当中形成实质性的对抗,并且传闻证据的真实性不高,因此英美国家确立了传闻证据规则。但传闻证据规则存在大量的例外情形,例如,《美国联邦证据规则》第803条规定了20余种不需要出庭之例外,第804条又规定了不能出庭之例外,并且英美法系国家还通过判例确立了很多传闻证据规则的例外情形。在这种情况下,例外成为传闻证据规则体系的重点规制内容,正如台湾学者所言,“传闻法则已经成为例外,而例外容许才是真正的法则”。<sup>[9]</sup>因此目前美国大多数学者都呼吁改革或废止传闻证据规则。“普通法传闻规则的未来是罪有应得地黯淡”。<sup>[10]</sup>传闻证据规则的合理性在完全采用对抗制诉讼模式的英美法系国家尚且无法得到认可,我们没有理由期待其在中国能够贯彻实施。

第二,传闻证据规则与直接言词原则对被告人庭前供述、传闻证言规制程度不同,中国目前宜借鉴直接言词原则模式。被告人庭前供述是传闻证据规则中的一项例外,在英国刑事诉讼中被告人庭前供述在具备非强制等条件时一律具有可采性,《美国联邦证据规则》第801条(d)款(2)项规定,非传闻

陈述包括对立当事人的承认,被告人供述是一种特殊的承认,也属于非传闻。<sup>[11]</sup>大陆法系国家在被告人庭前供述的可采性方面做了限制,《德国刑事诉讼法》第250条规定法庭讯问不允许以宣读以前的讯问笔录代替,261条规定法官从对被告之讯问及证据调查所得之结果、印象,才得作为其裁判之基础。<sup>[12]</sup><sup>117</sup>在中国目前刑事庭审中,法官大量采信被告人的庭前供述,即使被告人当庭翻供,如果无法做出合理说明、无法与其他证据相互印证,则法官通常会采信庭前供述。在侦查阶段已经形成相互辅佐的证据链条的情况下,被告人当庭陈述很难再与其他对自己有利的证据有所印证。这种做法在一定程度上纵容了侦查机关采用刑讯逼供等非法取证手段,不利于防范冤假错案。因此,中国应借鉴直接言词原则模式,以被告人当庭陈述优先,对被告人庭前供述的可采性进行相关限制。另外,直接言词原则不排除传闻证人出庭作证的情况。所谓传闻证人是指并非案件最原始的接触者,但与案件原始接触者之间存在某种联系,在传闻证言的证明力上法官应该审慎审核。传闻证据规则对待传闻证言采取一律排除的态度,不允许传闻证人出庭作证。中国目前刑事证人出庭率在新刑事诉讼法强化了证人作证义务、增强了证人保护的情况下仍然不容乐观,因此对于传闻证人亦应鼓励其出庭,只是对其所作证言的证明力大小法官应谨慎判断,这样一方面会打破中国证人出庭作证难的僵局,另一方面对于了解案件情况、查明案件事实也会有所帮助。

第三,中国刑事诉讼模式与大陆法系更加接近,传闻证据规则在中国不具备制度基础。首先,传闻证据规则建立的初衷是避免因提出某些不适当的证据材料误导陪审团对事实的裁断,<sup>[13]</sup>但中国并未采用陪审团制度,具备职业能力的法官不会轻易对传闻证据形成偏见,并且在当前推行主审法官办案责任制及法院员额制改革的背景下,法官进行居中裁判的法律素养会日益加强。其次,传闻证据规则产生于英美法系国家对抗制的诉讼模式中,虽然中国1996年刑事诉讼法修改时加入了一些对抗制因素,但在司法实践中并没有得到良好运行,控辩双方在刑事诉讼活动中力量对比悬殊,辩方对原始证据掌握较少导致其无法与辩方真正平等抗衡,所以总体上仍然是职权主义诉讼模式,在这种诉讼土壤中移植传闻证据规则,其“成活率”不禁让人担忧。再者,英美法系国家在案卷移送方面采用的是起诉状一本主义,而中国刑事诉讼法在2012年修订时恢复了全案移送制度,德国等大陆法系国家与中国相类

似,奉行全案移送制度,法官在庭前可以接触案卷,但其没有出现严重的庭审走过场现象,因此不可否认的是直接言词原则在大陆法系职权主义刑事诉讼模式下发挥着独特作用。最后,传闻证据规则是一项诉讼证据规则,只是禁止传闻证据进入庭审,但并不涉及法官的具体审判行为的规范,直接言词原则除了是证据规则以外,还是规范审判程序的基本原则。<sup>[14]</sup>庭审中心主义改革着眼于庭审的实质化,因此其需要的不仅仅是具体的证据规则,还要有覆盖整个庭审的审判原则。

### 三、以案卷笔录为中心的司法现状对直接言词原则的悖反

直接言词原则在中国立法中有间接体现,但始终未真正确立。如《刑事诉讼法》第59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、辩护人双方质证并且查实以后,才能作为定案的根据。但第190条允许当庭宣读未到庭的证人的证言笔录、鉴定人的鉴定意见、勘验笔录和其他作为证据的文书,实际上是对直接言词原则的背离。在中国确立及贯彻直接言词原则的障碍涉及很多方面,例如法官不独立、辩护人无法进行实质辩护、证人不出庭等,但其中阻碍力量最大、制约最严重的是以案卷笔录为中心的庭审。

#### (一)案卷笔录可采性的预决力

案卷笔录的证据属性是值得探讨的,特别是讯问笔录、询问笔录此类直接涉及被告人、证人等言词的笔录材料。“案卷笔录是侦查取证人员对直接认证提供情况的一种转述,它不可避免地被过滤或加工,不仅一部分陈述的内容被直接过滤掉,而且陈述时的语调、表情等丰富的信息(情态证据)也无以存在”。<sup>[15]</sup>案卷笔录仅仅是被告人、证人在侦查阶段特定氛围下向侦查人员单方面言语表达的一种载体和固定方式,并且侦查人员由于破案等压力,在制作笔录的过程中往往带有追诉犯罪的主观倾向,在讯问、询问过程中很可能出现引诱、欺骗甚至逼供现象,因此,笔录材料与被告人供述和辩解、证人证言等独立的证据种类不可完全等同。

但在中国目前的刑事庭审中,案卷笔录天然被推定为具备可采性,其证据能力往往不受限制。即使在非法证据排除规则中,也是允许案卷笔录直接进入法庭,先推定其具备证据资格,在被告人及其辩护律师或其他诉讼参与者提供相关线索或者材料,并承担初步证明责任的情况下,才会围绕案卷笔录的证据能力问题展开调查,这种调查仍然是集中于案卷笔录而非被告人、证人等诉讼参与人的当庭陈

述。因此,有学者指出:“案卷笔录的证据能力问题就犹如那种可以被推定其成立的‘免证事实’一样,被排除于公诉方需要证明的对象之外。”<sup>[16]</sup>将此类固定人证陈述的笔录材料证据呈现于法庭,则庭审现场接触到的只能是侦查活动的成果——“二手证据”,法官与直接来源于案件的证据之间受到侦、诉机关的阻隔,不利于探明案件真实。

不仅如此,案卷笔录的证明力在很多案件中也具有优先性。在此方面,上海市第一中级人民法院于书生法官对其所在法院的笔录证据适用情况进行了实证调查,选取了92份生效刑事裁判文书,涉及1468份证据材料,其中笔录证据数量946份,比例高达64.4%;被告人认罪或部分认罪供述有210份,其中147份被告人审判前供述笔录被作为定案依据,占被告人供述总数的七成,在9起案件中,被告人在庭审过程中推翻了其在侦查阶段的供述,但均未被法院认可;以询问笔录形式体现的证人证言数量最多,共有644份,占全部证据材料的43.9%,在92起案件中均无证人出庭作证;有的被害人会亲自到庭,但相关裁判文书仍然援引被害人陈述笔录作为定案依据,且不反映被害人是否当庭陈述及其陈述的内容。<sup>[17]</sup><sup>64</sup>并且相关资料表明,庭前口供定案“潜规则”在本次刑事诉讼法修改前后并无明显改变,有律师根据自己办理的案件情况举例,“一审判决所认定的十三起犯罪事实中有十一起依据的是庭前口供,庭审时犯罪嫌疑人当庭翻供但法院居然根据庭前口供认定了全部事实”。<sup>[18]</sup>由此类实证研究可以发现,在当庭供述和庭前笔录材料之间,基于原有的思维定势以及诉讼效率的考量,法官更加倾向于赋予后者优先证明力,最终采纳案卷笔录所记载的内容。在此方面大陆法系的德国不仅规定法官需亲自对被告及证人加以讯问,不得藉由将往昔讯问时所做之笔录的朗读或藉由对书面说明的朗读代替之,<sup>[12]</sup><sup>430</sup>并且也明确了证明方式之间存在优先使用的问题,在德国证人证言就比书面证据优先使用<sup>[19]</sup><sup>184</sup>。

#### (二)以案卷笔录为中心的法庭调查和法庭辩论

法庭调查和法庭辩论是查明案件事实的重要阶段。中国目前真实的法庭调查场景如下:公诉方借助在案卷资源上的优势在庭审中占有主导地位,通过宣读笔录的方式出示证据,且这种宣读并非全面、客观的,公诉方在庭审中通常只截取对于证明指控犯罪事实最为有利的部分。“其记载往往断简残篇、不一而足,单单借由朗读侦讯笔录,根本难以还

原证人当初陈述时的氛围,潜藏郢书燕悦的危险,法院难以形成对抗侦诉官员的印象与心证之裁判基础”。<sup>[20]</sup>基于公诉方案卷笔录的宣读,辩护方也不得不针对案卷笔录展开法庭调查,对案卷笔录的证明能力及证明力进行辩驳,但辩护人所接触的资源有限,很难撬动已经由侦、诉机关形成的完整的追诉被告人的证据体系。再加上节约诉讼资源的考量,法官、检察官对证人、侦查人员出庭表现出消极的态度,左卫民教授在基于刑事证人实证研究的基础上总结到:“证人方面的主客观原因不是妨碍证人出庭的主要原因,证人出庭率低下的归责主体是检察官和法官。”<sup>[21]</sup><sup>170</sup>证人、侦查人员不出庭,损害被告人及其辩护人的对质权,交叉询问难以有效进行,亦使在举证阶段几乎不受任何审查的案卷笔录再次成为质证的主要对象。因此,中国的法庭调查程序完全是一种体现“法官以案卷笔录为前提指挥诉讼、公诉人以案卷笔录为中心举证和辩护以案卷笔录为对象反证”特点的法庭调查程序。<sup>[22]</sup>

在法庭辩论中,辩护方围绕本方所主张的案件事实、影响量刑的因素以及法律适用等问题展开辩论,并且可以对案卷笔录证明能力及证明力提出质疑。从笔者旁听刑事案件的情况来看,辩护方自身所收集和提供的证据材料很少,并且这些证据材料大多集中在量刑事实方面,几乎不涉及案件的定性,其辩护主要针对案卷本身的瑕疵进行,一般不会动摇案卷笔录的证明能力,偶尔出现案卷笔录存在重大瑕疵,辩护方申请非法证据排除的情况,并且在极少数启动非法证据排除程序中,通常也会因侦查人员提供说明材料而保持原有证据。由此看来,法庭辩论也基本是依据案卷笔录进行。综观法庭调查、辩论,笔录材料具有毋庸置疑的中心地位,庭审流于形式成为必然结果。

### (三)案卷笔录对司法裁判产生作用力

前述于书生法官调查的92份法院裁判文书中,共涉及1468份证据,其中笔录证据占据64.4%,如此高的比例表明法院的判决基本上以书面的言词证据为依据作出关于是否有罪、罪状为何、罪责轻重、如何量刑等结论。<sup>[41]</sup><sup>101</sup>刑事案件中裁判结果提前被预定的现象大量存在,有法官坦言,是否参与庭审对最终判决书的制作并无太大影响。另外,无罪判决率也从侧面反映出司法裁判对侦、诉阶段所形成的证据、结论高度依赖。中国1998年至2002年间无罪判决率为0.92%,2003年至2007年间为0.34%,2008年为0.14%,2011年为0.08%,2013年则为0.07%,<sup>①</sup>且其中包括大量自诉案件。与英美法系

国家25%、大陆法系国家5%的数据相比,中国无罪判决率明显偏低,且呈现逐年下降趋势。无罪判决率低的形成原因除了检察机关利用“撤回起诉”来避免“无罪判决”外,也与法院裁判结果基本来源于公诉机关通过案卷笔录所指控的犯罪事实相关。“投入大量司法资源制作、整理的各种笔录证据已经暗含了裁判结果,而该结果难以被被告人及辩护人在庭审过程中推翻”。<sup>[17]</sup><sup>67</sup>

## 四、确立直接言词原则以推进庭审实质化的路径

### (一)调整案卷笔录的诉讼地位

从上述分析可以看出,中国目前刑事庭审实际上是案卷笔录中心主义,笔录证据被过量运用。庭审中心主义改革首先应改变笔录材料的作用,因为即使将来完善了证人出庭作证制度,明确了集中、连续审理原则,只要庭审中案卷笔录仍然不受约束地出现,在证明力方面得到法官的青睐,甚至在判决书中被直接援用,那么以案卷笔录为中心的审判方式就难以发生实质性变化,庭审实质化也就无法真正实现。并且直接言词原则排斥案卷笔录,其只能在法庭不以公诉方案卷笔录作为直接裁判根据的前提下,才能发挥其限制证据能力的作用。

在案卷移送制度问题上,笔者认为全案移送制度无需进行重大变革。案卷笔录中心主义的审判模式虽然应被摒弃,但案卷笔录在刑事诉讼活动中的重要作用不能被轻易否定。案卷笔录能够为侦查机关决定是否移送审查起诉提供依据;其中有对侦查活动的记录,从而可在程序性事实的审理中作为证据使用;在庭审中还可以作为弹劾证据、辅助材料。前文已经明确庭审中心主义与直接言词原则并不适用于全部的刑事案件,在一审重大、复杂、疑难案件之外,案卷笔录可以起到有效的补充作用。另一方面,法官在庭前阅读案卷,有助于了解案件情况,在必要时可以召开庭前会议进而针对事实证据、程序、法律适用等问题听取双方意见,形成案件争点。充分的庭前准备才能保证庭审顺利进行且质量有所提高。有学者主张,全案移送使法官在开庭前就全面接触了案卷笔录,必然会导致先入为主、庭审流于形式等问题。但在德国刑事诉讼中也采用全案移送制度,其并未因此造成庭审走过场现象。因此,实际上两者之间并不具备必然联系。通过确立直接言词原则,规范刑事庭审程序,增强主审法官职责等,能够有效解决先定后审、庭审走过场等问题。<sup>[23]</sup>

结合中国司法现状,庭审中心主义改革不可能一蹴而就,从司法资源以及诉讼效率的角度考量,目

前应确立相对的直接言词原则。具体言之,庭审过程中笔录材料天然被推定为不具备证据能力,即法官应形成案卷笔录不可以直接适用的审判思维。在控辩双方存在异议,或属于关键、重要事实的情况下,若没有陈述人出庭陈述,则笔录材料不能直接作为证据,没有证据能力,只能是法官综合全案考虑的一种辅助性材料;若有陈述人出庭陈述,则具备证据能力,但应以当庭陈述具有优先证明力(这样才会增加侦查人员、证人等出庭作证的动力),案卷笔录作为弹劾证据、辅助材料。在控辩双方没有异议且不属于关键、重要事实的情况下,经过质证,笔录材料可以具备证据能力。以下以讯问笔录和证言笔录为例展开具体分析:

在讯问笔录方面,因为中国刑事庭审中不存在缺席审判,因此关于被告人的讯问笔录都具备证据能力,但在证明力上应优先考虑被告人当庭的供述与辩解,若被告人当庭陈述与庭前讯问笔录中记载内容一致,则直接采信被告人当庭的供述与辩解。若两者不相一致,也就是出现被告人当庭翻供的现象,则庭前讯问笔录可以作为弹劾被告人当庭供述的证据,降低其证明力,并作为辅助材料。目前中国立法上更倾向于庭前供述,一方面是因为被告人本身能作出合理说明、解释的情况较少,另一方面是因为经过不公开侦查所形成的证据体系一般情况都会相互印证,尤其是被告人“口供”此类较为重要的证据类型。直接言词原则在证明力方面更倾向于被告人当庭的供述与辩解,在德国证人证言就比书面证据优先使用。<sup>[19]184</sup>因此,应逐渐弱化被告人庭前供述和辩解的地位,优先考虑被告人的当庭陈述。

在证人证言方面,与被告人供述与辩解不同的是并不是每个刑事庭审现场都能见到证人的身影。在证人不出庭的情况下,证言笔录不具备证据能力,公诉方宣读证言笔录只是法官综合全案考虑的一类辅助材料;若证人出庭作证,在证明力上应优先考虑当庭所作证言,当庭证言与庭前证言发生实质性冲突时,即证人当庭翻证,应与上述被告人当庭翻供做类似处理。

除此之外,勘验、检查、辨认、侦查实验等笔录若控辩双方存在重大争议,或直接涉及案件定罪、量刑时,则应要求侦查人员出庭作证,否则亦应否定其证据能力。另外,不仅要调整案卷笔录在刑事庭审中的作用,也应避免案卷笔录对裁判结果直接产生影响,因此,要求法官在判决书中不能直接援用没有经过当庭质证、调查的案卷笔录。

## (二)完善证人出庭作证制度

证人出庭作证是作为直接言词原则内涵之一的直接采信原则的重要体现,促使刑事审判质证过程真实有效开展,保障控辩双方的质证权,有助于法官直接接触证据,查明案件事实。2012年《刑事诉讼法》在证人出庭作证制度上有所改进,但司法实践中证人出庭率并没有明显上升,刑事证人仍然是庭审中的“稀有动物”,因此笔者认为,在证人出庭作证的条件、拒不出庭作证在法律上的程序效果及证人权益保障方面亟待进一步完善。

从证人出庭作证的条件角度分析,2012年《刑事诉讼法》规定在公诉人、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三个条件同时满足的情况下要求证人出庭作证。此规定表明法官在证人出庭作证问题上享有自由裁量权,而相关实证调查结论为:证人方面的主客观原因不是妨碍证人出庭的主要原因,证人出庭率低下的归责主体是检察官和法官。<sup>[21]170</sup>在仅确立相对直接言词原则的司法目标下,若再赋予法官主动否定证人出庭作证的权力,则直接言词原则的贯彻将陷入困境。笔者认为,证人出庭作证的条件应当与相对直接言词原则适用范围相契合,即满足公诉人、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两个条件,证人就应当出庭。鉴于中国证人出庭率较低的司法现状,目前立法上采取的是关键证人出庭作证模式,即明确应当出庭作证证人的范围。但世界其他国家采用此种模式的极为少见,并且,限制出庭证人范围的方式不利于刑事诉讼的长期发展,因此,在日后证人出庭率有所提升的情况下应及时变更,采用原则加例外的模式,即明确规定不出庭作证的证人的范围,使证人出庭作证作为司法常态。

另一方面,《刑事诉讼法》对于证人不出庭作证在证言方面的程序制裁结果是应当当庭宣读未到庭证人的证言笔录。而按照直接言词原则的要求,庭外证言不具备证据能力,证言笔录不能成为证人证言的代替品。因此在控辩双方存在异议,且该证人证言对定罪量刑有重大影响时,证人若不出庭作证,应将其与鉴定人不出庭作证给予同等制裁,即否定证言笔录的证据资格,不得将其作为定案的根据。此种规定也能够促使检察机关鼓励证人出庭作证,检察机关为了避免庭前询问证人的结果付之一炬,保证控诉方证据链条的完整性,将转变对证人出庭的消极态度,主动说服其出庭。同样,法官为了查明

案件事实,使证明标准达到证据确实充分、排除合理怀疑的程度,也将积极支持证人出庭。另一方面,直接言词原则并不要求全部证人必须出庭,而仅仅针对一审普通程序重大、疑难案件中控辩双方存在异议,证人证言对定罪量刑有重大影响的情形,所以此种规定并不会因过高的实施成本丧失可行性。

完善证人出庭作证制度不容忽视的一个方面是加强证人的权益保障,这主要包括安全权益和经济权益保障。安全权益保障侧重于对证人的保护,中国当前主要存在以下问题:第一,保护的主体范围较窄。在此问题上,有学者质疑《刑事诉讼法》第62条将证人保护的进一步缩小,即第62条中列举的保护手段仅适用于危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪、毒品犯罪等案件,但笔者认为应将第62条中的“等”字作广义理解,<sup>②</sup>保护措施适用于全部案件,否则不符合司法逻辑。尽管如此,法律保护的主体范围仍然较窄,《刑事诉讼法》第61条规定“人民法院、人民检察院和公安机关应当保障证人及其近亲属的安全”,刑事诉讼中“近亲属”仅指夫、妻、父、母、子、女、同胞兄弟姊妹,而证人出庭作证牵涉到的社会关系通常较为广泛,因此建议采行政诉讼中近亲属的含义(三大诉讼法中范围最广):配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女和其他具有扶养、赡养关系的亲属。第二,保护的客体不全面。目前刑事诉讼法仅保护证人及其近亲属的人身安全,财产安全、社会名誉等内容被忽视,但这些内容无疑都是证人在衡量是否要出庭作证时所考虑的因素。第三,保护的时间较短。法律上虽规定公、检、法三机关都有保障证人人身安全的责任,但司法实践中对于证人的保护一般止于作证结束后,这时恰恰是危险刚刚开始。因此应该延长对证人保护的期间,明确三机关之间的分工,加强事前、事后保护,例如可以借鉴美国证人保护计划中的整容、更改身份等措施,消除证人的后顾之忧。保障证人的经济权益主要表现为证人的经济补助制度。在补助费用方面,目前遵循的是“填平”原则,仅补偿交通、住宿、就餐等费用,在刑事证人出庭作证不容乐观的司法现状下,若能建立经济上的奖励机制,使出庭作证的证人不仅不受损失,而且能够得到额外的补偿,则会大大激励证人出庭的积极性;在经费发放方面,目前由同级政府财政予以保障,这样容易导致证人作证费用受到地方财政限制,同时也不符合当前改革中司法部门统一管理趋势,因此,证人经济补助应由各地司法机关在中央财政统一划拨之后进行发放。

(三)坚持和完善主审法官责任制,明确集中、连续审理原则

直接审理原则要求法官亲自作为裁判主体,保证法官参与庭审的亲历性和直接性,这是主审法官责任制产生的理据之一。目前司法实践中的常态是参与主持案件庭审的法官却不是案件裁判结果的决定者,案件事实认定、法律适用以及所采用程序的决定权由未直接参与庭审的院(庭)长、审判委员会甚至上级法院行使,明显与直接言词原则相背离。

因此,坚持和完善主审法官责任制是司法改革的重要内容。《人民法院第四个五年改革纲要(2014—2018)》提出“让审理者裁判,由裁判者负责”,意旨主审法官或主审法官与其他人员组成的合议庭对承办的案件亲自进行全面审理,并作出裁判。2015年初最高人民法院发布《关于全面深化人民法院改革的意见》(以下简称《意见》)中明确提出健全主审法官、合议庭办案机制,完善主审法官、合议庭办案责任制,并指出到2015年底健全完善权责明晰、权责统一的审判权力运行机制。打破与直接言词原则相违背的“审者不判,判者不审”的司法僵局是主审法官责任制改革首当其冲的任务。

主审法官责任制目前正在进行试点,其推广实施仍面临多重现实困扰。例如,主审法官的选拔机制未明确,权责划分不清晰,主审案件范围模糊。鉴于此,笔者拟提出以下完善路径:

第一,完善主审法官选拔机制。《意见》中要求选拔政治素质好、办案能力强、专业水平高、司法经验丰富的审判人员担任主审法官,在国家和省一级分别设立法官遴选委员会,制定公开、公平、公正的选任程序,确保品行端正、经验丰富、专业水平较高的法律优秀人才成为法官。若法官遴选委员会所选拔的法官不具备专业的法学素养和较强的执法办案能力,则主审法官独立行使审判权很容易异化为司法的独裁与专横。从上海等地已经成立的法官遴选委员会进行法官筛选的现状来看,遴选委员会的组成人员及选拔标准成为建立良好的主审法官选拔机制的关键。因此,在各地的遴选委员会中应制定合理的法官代表与社会相关人员的比例,其中社会有关人员主要包括法学家、优秀律师代表、其他业务专家等,另外为保证遴选委员会的专业性,这其中不应包含过多的国家机关行政人员。在选拔标准方面,全国层面应“粗线条”地设定可以成为主审法官的基本资格条件,各地在全国基本资格条件的基础上根据自己实际情况,进一步细化选拔标准,制定适合本地司法的实施细则。除此之外,遴选的标准和选

拔程序都应该公开,使遴选在阳光下运行,接受监督。

第二,将主审法官的权责明晰化。对于主审法官的权责划分,首先应让主审法官掌握诉讼文书的签发权。目前中国诉讼文书实行分级签发,很多法院规定了审判长、庭长和分管副院长、院长签发诉讼文书的类别,<sup>[24]</sup>这使司法工作带有了行政化倾向,破坏了法官的司法独立,在推进主审法官独立行使审判权的进程中,应取消院长、庭长审批案件的权力,让主审法官掌握完整的签发文书权力。其次,应分别明确主审法官在独任制和合议庭审判中的权责。在独任制审判中,主审法官享有从审前准备到案件审理以及最终作出判决并签发的全部权力,并承担其独任审判案件的全部责任;在合议庭审理的案件中,主审法官担任审判长,对审前准备事项进行把控,主持庭审活动,在合议庭评议案件时,主审法官负责对案情进行介绍,与合议庭其他成员权力平等,“合议庭讨论意见一致,主审法官承担与合议庭组成人员同等责任,讨论意见不一致,主审法官可以决定采何种意见”。<sup>[25]</sup>

第三,明确主审法官审判案件的范围。审判委员会所讨论案件的范围与主审法官裁判案件范围密切相关,根据《刑事诉讼法》第180条规定,审判委员会对于合议庭提交的疑难、复杂、重大的案件具有讨论并作出决定的权力。但“疑难、复杂、重大”并没有确定的标准,目前司法实践中合议庭为了逃避追责,往往以“疑难、复杂、重大”为借口将案件提交审判委员会,审判委员会的成员大都不出现在庭审现场,其对案件的了解大多是通过审判法官对庭审场景的转述及各种书面材料。基于此,《意见》中指出应改革审判委员会的工作机制,弱化审判委员会审判案件的职能,将其工作重点调整为总结审判经验等宏观指导工作。根据直接言词原则,审判委员会的成员不亲历刑事庭审现场,无法直接掌握案件事实,则其讨论应主要集中于法律适用问题。当前案件或者议题是否提交审判委员会讨论是由院长或者主管副院长决定的,院长、主管副院长通常不再进行筛选,造成审判委员会审理案件数量过多。《意见》中提出建立审判委员会讨论事项的先行过滤机制。从目前主审法官办案责任制试点情况来看,对审委会审理案件进行先行过滤可以通过建立主审法官联席会议制度实现。上海市司法实践中针对主审法官承办案件中遇到的复杂、重大、难以做出决定的问题采取召开主审法官联席会议的方式进行解决,其具体启动、运行程序是,合议庭对于所审理的案件

无法形成统一意见,内部分歧较大,主审法官认为有必要时提交主审法官联席会议对案件的法律适用问题进行讨论,由此形成的意见只是一种参考,对主审法官不具有约束力。因主审法官联席会议成员皆是主审法官,其专业性较强,若召开主审法官联席会议后仍无法形成确定意见,则可将案件提交审判委员会进行解决。这样避免了审判委员会大范围审理案件,有利于推动主审法官根据直接言词原则独立行使审判权,对其所审理案件负责。

在确立了主审法官、合议庭办案机制后,在案件审理的过程中主审法官及合议庭其他成员不能任意更换,以保证审判的连续性,如有中途更换的情况,则之前的审判无效,程序应重新开始,这被称为法官同一原则,<sup>[26]</sup>也是直接言词原则亲历性的要求。在主审法官、合议庭办案机制中,承办案件的主审法官基本不会变更,但合议庭其他成员可能发生更换的情况,若按照法官同一原则重新开始程序会浪费大量的时间和司法资源,此种情况下可以由参与本案庭审的审判辅助人员在经过院长同意后进行替补,这样既符合亲历性的要求,又节约了庭审时间,提高了诉讼效率。另外,在刑事庭审的过程中,应持续、集中审理案件,实现迅速、公开审判的原则,审判尽可能连续开庭、持续审理。<sup>[27]</sup>“为了使生动的形象,那些不能用文字记载的记忆也成为判决的真实依据,必须将审理和证据调查集中在一个主审程序中,以防止在同一程序中有重复的危险,诉讼的终端最多不得超过三日”。<sup>[28]</sup>集中审理可以保证主审法官、合议庭成员对其所参与的庭审保持较清晰、完整的记忆,从而使主审法官、合议庭成员对案件的裁判直接建立于刑事庭审,落实直接言词原则。

#### 注释:

- ① 参见历届最高人民法院院长向全国人大提交的年度工作报告。
- ② 《刑事诉讼法》第62条规定:对于危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪、毒品犯罪等案件,证人、鉴定人、被害人因在诉讼中作证,本人或者其近亲属的人身安全面临危险的,人民法院、人民检察院和公安机关应当采取以下一项或者多项保护措施。其中“等”字并非语气调节词,应理解为其他犯罪案件也适用。

#### [参考文献]

- [1] 张建伟. 审判中心主义的实质与表象[N]. 人民法院报, 2014-06-20(5).
- [2] “审判中心与直接言词原则研讨会”成功举办[EB/OL]. (2015-01-9) [2015-03-10]. <http://www.lawinnovation.com/html/xjdt/13204.shtml>.
- [3] 何邦武. 刑事传闻规则研究[M]. 北京: 法律出版社,

- 2009:175.
- [4] 左卫民. 中国刑事案卷制度研究——以证据案卷为重心[J]. 法学研究, 2007(6).
- [5] 李文伟. 论德国刑事诉讼中直接言词原则的理论范畴[J]. 山东社会科学, 2013(2):137.
- [6] 陈光中, 龙宗智. 关于深化司法改革若干问题的思考[J]. 中国法学, 2013(4):7.
- [7] 初殿清. 直接言词原则的双重价值维度及其在我国的适用[J]. 法学杂志, 2014(10):122.
- [8] 孙长永. 审判中心主义及其对刑事程序的影响[J]. 现代法学, 1999(4):93.
- [9] 吴巡龙. 我国采传闻法则的检讨[J]. 月旦法学杂志, 2003(6):118-125.
- [10] 吴巡龙. 我国采传闻法则必要性探讨[M]//吴巡龙. 新刑事诉讼制度与证据法则. 台湾:学林文化事业有限公司, 2003:209.
- [11] 宋维彬. 论被告人庭前供述的证据能力[J]. 法律科学, 2014(5):139-142.
- [12] 克劳思·罗科信. 刑事诉讼法[M]. 吴丽琪, 译. 北京:法律出版社, 2003.
- [13] 宋英辉. 直接言词原则与传闻证据规则之比较[J]. 比较法研究, 2003(5):57.
- [14] 陈瑞华. 刑事证据法[M]. 北京:北京大学出版社, 2013:48.
- [15] 龙宗智. 论建立以一审庭审为中心的事实认定机制[J]. 中国法学, 2010(2):143.
- [16] 陈瑞华. 案卷笔录中心主义[J]. 法学研究, 2006(4):64-68.
- [17] 于书生. 笔录证据运用的过量与适量[J]. 法治论丛, 2011(2).
- [18] 新刑诉法实施状况调研报告(2013年3季度)[EB/OL]. (2013-11-18) [2015-03-10]. [http://www.sqxb.cn/content/details16\\_1428.html](http://www.sqxb.cn/content/details16_1428.html).
- [19] 托马斯·魏根特. 德国刑事诉讼程序[M]. 岳礼玲, 温小洁, 译. 北京:中国政法大学出版社, 2004.
- [20] 林钰雄. 刑事诉讼法:下册[M]. 北京:中国人民大学出版社, 2005:147.
- [21] 左卫民, 马静华. 刑事证人出庭率:一种基于实证研究的理论阐述[J]. 中国法学, 2005(6).
- [22] 崔全龙. 案卷笔录研究规则[D]. 重庆:西南政法大学, 2009.
- [23] 刘静坤. 庭审中心主义改革的历程和路径探索[N]. 人民法院报, 2014-05-16(5).
- [24] 叶青. 主审法官依法独立行使审判权的羁绊与出路[J]. 政治与法律, 2015(1):62.
- [25] 孙伟峰. 主审法官办案责任制的现实困扰与治理[J]. 湖南农业大学学报:社会科学版, 2014(6):107.
- [26] 李国莉. 刑事诉讼中直接言词原则研究[D]. 长春:吉林大学, 2005.
- [27] 田口守一. 刑事诉讼法[M]. 刘迪, 译. 北京:法律出版社, 2000:161.
- [28] 拉德布鲁赫. 法学导论[M]. 米健, 朱林, 译. 北京:中国大百科全书出版社, 1997:125.

[责任编辑:陈可阔]

## The Principle of Direct and Verbal Trial in the View of Tribunal Judicial Centralism

BI Liangjie

(Law School, Shandong University, Jinan, Shandong 250100, China)

**Abstract:** Tribunal judicial centralism is an important part of the current reform of criminal justice, which aims to realize the real trial and lay a foundation in order to promote the reform of principle of trial centered criminal procedure. Establishing and carrying out the principle of direct and verbal trial is the inevitable path of the reform of tribunal judicial centralism, but also helps to improve the position of the trial stage in the criminal proceedings. The principle of direct and verbal trial in our country is reflected indirectly in legislation, but in the current judicial practice there are some aspects contrary and not fully consistent with the principle existing. Therefore, we should adjust status in litigation of the files and notes, improving the system of witness, insisting and perfecting the responsibility system of trial judge, clearing the principle of focus and continuous trial, in order to establish and carry out the principle of direct and verbal as soon as possible.

**Key words:** tribunal judicial centralism; principle of trial centered criminal procedure; the principle of direct and verbal trial; the files and notes; the responsibility system of trial judge