

# 庭审实质化的路径和方法

龙宗智<sup>\*</sup>

---

---

**内容提要：**在我国，推动庭审实质化是刑事审判方式的重大变革，与刑事司法的体制、机制、制度、理念的变革紧密相关。实现庭审实质化，需适度阻断侦审联结，直接、有效地审查证据，包括完善证人出庭作证制度和非法证据排除程序；需充实庭审调查，改善举证、质证与认证；需完善庭审调查规则，调整审判节奏，加强释明权的运用，改革裁判方式；需充实二审庭审，明确检察官在二审法庭的职能定位，发挥其诉讼功能，合议庭则应当运用职权推动二审审理的精细化和庭审实质化。为适应庭审实质化要求，应改善庭审准备、加强辩护权保障、推动案件繁简分流以及建立、完善司法责任制。

**关键词：**以审判为中心 庭审实质化 司法改革 司法权

---

---

庭审实质化是“以审判为中心”的诉讼制度改革的重要内容，其基本目标是“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”，〔1〕“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”。〔2〕在我国现今的制度框架和实践背景下，如何推进庭审实质化，尚需立足现实参酌相关因素进行深入研析。

## 一、庭审实质化是刑事审判方式的重大变革

通过庭审实质化实现“以庭审为中心”，集中体现了司法规律的要求，也是优化我国刑事诉讼运行机制的重要举措。首先，“以庭审为中心”是司法权行使的必然要求。司法的根本特性是判断性，司法判断的前提是亲历性，即亲身经历程序、直接审查证据。而只有法

---

\* 四川大学法学院教授。

本文受四川大学中央高校基本科研业务费研究专项（哲学社会科学项目）“学科前沿与交叉创新重点项目”资助。

〔1〕 参见《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》。

〔2〕 法院系统将之简称为“四个在法庭”。

庭审判能全面、有效地提供亲历性条件,使法官得到鲜活、丰富的案件信息,从而获得正确作出司法判断的基础和条件。其次,“以庭审为中心”是“以审判为中心”的逻辑推演。刑事诉讼应当“以审判为中心”,即在事实认定与法律适用上,审判应发挥决定性作用。这是因为审判具有中立性与独立性,采取兼听和辩论的方法,采用公开的方式、严格的程序与合理的技术,具备正确判定事实和适用法律的最佳条件,而审判的这些特性及方法主要是通过庭审体现的。反之,如以庭下阅卷的方式实施审判,不仅不可避免地导致“案卷笔录中心主义”、“侦审联结”与“侦查中心主义”,而且其运作方式实与侦查终结、审查起诉等活动无本质区别,难以支撑审判的优越地位和决定性作用。〔3〕

推动庭审实质化是一项十分艰巨的任务。1996年修改刑事诉讼法的任务之一就是克服“庭前实体审,庭审走过场”的弊端,实现庭审实质化。因此,立法限制审前案卷移送(仅移送主要证据复印件或者照片),实行由控辩双方向法庭举证并展开质证的控辩式审判。但是,审判方式虽变,庭审虚化的问题却未根本解决。法官变审前阅卷为庭后阅卷,仍以阅卷而非庭审作为心证的主要来源。2012年刑事诉讼法恢复了检察机关提起公诉时向法院移送全部案卷材料的方式。此种恢复虽然有利于法官全面了解案件情况,提高其庭审掌控能力,却使庭前实体审现象更易发生。此外,2012年刑事诉讼法完善了证人作证制度,意图强化庭审对证人证言的实质审查,但从实践看,证人出庭率并无明显变化,加强证人出庭以推动庭审实质化的立法目的显然未能实现。〔4〕

以上情况表明,庭审虚化是长期存在而未能有效解决的制度性问题。〔5〕而从实践操作的角度看,这种虚化主要表现在两个方面:一是庭审调查未贯彻直接审理原则,证据审查趋于形式化。在我国的刑事审判中,证人证言通常是定案所依据的主要证据种类,但庭审调查时证人一般不出庭,而以侦查阶段的书面证言代替原始人证;由于书面证言的形成原因并不清楚,而且不能对陈述者进行质证,此类证言实属典型的传闻证据,原则上不应具备证据能力,只能在符合特定条件的情况下例外使用。〔6〕但是,我国刑事诉讼长期以来基于对侦查公正性的高度信任,赋予传闻证据以证据能力,形成了以例外为常态的怪异现象。〔7〕而且,对于被告人的口供,主要使用庭前供述笔录作为定案依据,同时对庭前供述的形成一直缺乏有效的监督审查手段。〔8〕此外,我国刑事诉讼将勘验、检查、辨认、侦查

〔3〕 参见龙宗智:《建立以一审庭审为中心的事实认定机制》,《中国法学》2010年第2期,第145页。

〔4〕 2012年刑事诉讼法实施后,关于证人出庭,有的资料称出庭率不足5%,有些地方低于1%,但都不是基于准确的统计数据。部分官网上的调研资料则反映,不少基层法院刑事案件的证人出庭率低于1%,中级法院的证人出庭率也很低。参见吴惠玲:《刑诉法修改后证人保护存在的问题及建议》, <http://tjfy.chinacourt.org/article/detail/2012/10/id/1190871.shtml>; 张敏:《当前刑事诉讼中证人不出庭问题分析》, [http://www.cdzw.gov.cn/art/2014/7/11/art\\_12674\\_1510217.html](http://www.cdzw.gov.cn/art/2014/7/11/art_12674_1510217.html); 田源、杨继伟:《新刑诉法实施后证人出庭率低的原因分析》, <http://www.chinacourt.org/article/detail/2014/04/id/1285118.shtml>; 姜淑艳:《刑诉法修改后证人出庭的相关问题》, <http://court.gmw.cn/html/article/201303/06/121737.shtml>。以上资料均于2015年5月24日访问。

〔5〕 何家弘曾将我国刑事庭审虚化现象概括为举证的虚化、质证的虚化、认证的虚化、裁判的虚化四个方面。参见何家弘:《刑事庭审虚化的实证研究》,《法学家》2011年第6期,第125页以下。

〔6〕 传闻证据是指“审判外所为之陈述或所发生之叙述性动作,而提出于法庭用来证明该叙述事项之真实性之证据”。见王兆鹏等:《传闻法则理论与实践》,台湾元照出版社2003年版,第47页。

〔7〕 参见龙宗智:《中国作证制度之三大怪现状评析》,《中国律师》2001年第1期,第66页。

〔8〕 因长期未建立非法证据尤其是非法口供的排除规则,故不对口供来源进行实质审查。目前虽已初步建立非法证据排除规则,但受各方面因素制约,其实效性还十分不足。

实验等侦查行为形成的笔录材料，作为当然具有证据能力的信息载体，却忽略了此类证据材料的可错性，以及在有疑问、有争议的情况下对制作者进行法庭质证的必要性。如此种种违反直接审理原则的证据调查方式，最终造成了法庭证据审查的形式化。二是庭审举证、质证趋于简化，造成普遍的庭审不充分。由于对庭审效率的追求，公诉和审判方均力求快速完成法庭审判。因为双方均认为，法院审判主要基于案卷材料而非庭审，只要案卷中证据充分，就不能不确认控罪。由此，简略举证、质证成为普遍的庭审风格。公诉人大量使用批量举证、概括举证方法，较少一证一举、一证一质。法官也总是希望尽快完成审判，然后在庭审后通过阅卷形成判决。由此实际形成“以阅卷为中心”、庭审走形式的审判模式。刑事案件往往庭审时间很短，审后阅卷、制作法律文书的时间较长。<sup>〔9〕</sup>

庭审虚化的形成原因是多方面的。一是同庭审本身的特性有关。庭审具有集中性，即在一个有限的时空中汇聚全部有意义的案件信息，以形成裁判基础。但庭审时空的有限性也使得部分有意义的案件信息在一次庭审中不能反映出来，从而需要多次开庭，由此降低了审判效率；这容易使法官对庭审实质化缺乏积极性，尤其是在案件负担重的情况下。庭审的另一特性是角色依赖性，即庭审对抗有赖于双方的“角色表演”。如果一方或双方因能力或责任心不足而不能有效履行其角色，全面有效的审理就难以实现，法官也就不得不从案卷中获得庭审时未能获得的信息。二是同刑事诉讼程序机制的设置有关，其中的关键是案卷制度。我国刑事诉讼中的案卷承载了侦查取证获得的基本信息，<sup>〔10〕</sup>而案卷的传递和应用对公诉乃至审判通常发挥着决定性影响，尤其是其中的人证作用重大。但是，证人不出庭，以案卷中的书面证言代替作证，却是长期形成的普遍实践，而相关法律规定则保障和强化了案卷笔录的作用。如2012年刑事诉讼法第190条规定：对未到庭证人的证言笔录，“应当当庭宣读”。即证人如不应召出庭，可用书面证言代替作证。此外，对于“勘验笔录和其他作为证据的文书”，亦无需制作人出庭作证，而只需“当庭宣读”诉讼案卷中的记载。正是案卷的形成和流转实现了从侦查到审判的紧密联结，导致法庭审判的直接性、实质性与实效性明显不足。三是同司法体制、机制和理念有关。在公检法三机关分工负责、互相配合、互相制约的司法体制和机制之下，法院对侦查、公诉机关有配合的责任；而且长期形成的“重打击、轻保护”的刑事司法理念，使得对侦查高度信任，对侦查的偏向性与可错性也较能容忍，以致侦查结论及其依据常被审判照单全收，庭审形式化也就不可避免。

庭审实质化是刑事审判方式的重大变革，这一变革与刑事司法体制、机制、制度、理念的变革紧密相关。为了保证刑事案件办案质量，实现司法公正，应当在对司法体制、机制和制度进行总体性改革的背景下推动庭审实质化，同时抓住一些重点问题，采取务实、有效的应对措施，切实推动这一改革。

## 二、适度阻断侦审联结，直接有效审查证据

庭审实质化改革需要重点确立“以审判为中心”而非“以侦查为中心”，为此需保证庭

〔9〕 相关例证，参见左为民等：《中国刑事诉讼运行机制实证研究（五）》，法律出版社2012年版，第208页。

〔10〕 《公安机关办理刑事案件程序规定》第277条第1款规定：“侦查终结后，应当将全部案卷材料按照要求装订立卷。”由此形成正式的诉讼卷宗，并成为侦查终结、移送起诉、审查起诉以及法庭审判的基本依据。

审对证据的有效审查。为适应这一要求,首先需要限制案卷对法官心证形成的作用,适度阻断由案卷笔录形成的侦审联结,由法庭直接审查原始人证,辨析书面供述的来源。

### (一) 强化证人出庭作证

完善证人、鉴定人出庭制度是推动“以审判为中心”的诉讼制度改革的重要内容。庭审实质化首先需要解决证人出庭作证的问题,这是针对我国刑事诉讼的突出弊端所应采取的最重要的应对措施之一。为推动证人出庭作证,需注意以下几点:

#### 1. 完善相关制度,体现传闻证据排除规则的要求

在现代刑事诉讼中,传闻证据排除以及非法证据排除这两项规则是程序正当化的重要标志,亦为最难推动实施的证据规则。2012年刑事诉讼法在建立非法证据排除的法律规则方面进了一步,但就直接言词原则的贯彻,虽规定了促进证人出庭作证的相关措施,如证人保护、证人补偿及强制出庭等,但因未建立传闻(书面证言)证据排除规则,证人不出庭依然如故,书面证言仍然是基本的定案依据。

在我国特定的制度背景下,证人不出庭的一个很重要的原因是控方没有促使证人出庭的积极性,而传闻证据排除规则的缺位又为控方怠于敦促证人出庭提供了理由。从控诉的角度看,控方审前搜集的书面证言与起诉指控一致,与其他有罪证据如犯罪嫌疑人、被告人供述相印证,是指控证据体系的重要组成部分。而有争议证言的提供者一旦出庭,就可能经不起质证,露出作证破绽甚至暴露证言的虚假性,由此可能动摇指控体系。因此,即使证人有出庭的条件,也常常不被允许出庭作证,尤其是在以人证为主导的职务犯罪案件中。<sup>[11]</sup>然而,无论从诉讼原理还是从司法实践进行分析,证人不出庭,仅依靠有争议的书面证言定案是极不可靠的,其已成为发生冤假错案的重要原因。因此,限制书面证言,敦促证人出庭作证并接受质证,是保证案件质量、防止冤假错案的主要措施之一。<sup>[12]</sup>

推动证人出庭作证的关键性举措是限制书面证言的效力。为此,应当配合司法改革,修改刑事诉讼法。参照2012年刑事诉讼法第187条第3款关于鉴定人经法院通知拒不出庭,鉴定意见不得作为定案根据的规定,应明确规定:“经人民法院通知,证人拒不出庭作证的,其书面证言不得作为定案的根据。”在法律修改之前,在司法实践中,包括各地庭审实质化的试点过程中,为促使证人出庭,可以严格解释和把握《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》(以下简称《刑事诉讼法解释》)第78条第3款的规定,适度贯彻排除传闻证据的要求。即,将应出庭而未出庭证人证言真实性的审查确认解释为,只有该书面证言“特别可信”或有“可靠性的情况保障”时,才能确认其真实性,将其作为定案的根据。<sup>[13]</sup>

[11] 例如,成都市中级法院等庭审实质化试点法院,也绝不以有争议的职务犯罪案件作为强化证人出庭、实现庭审实质化的试点案件。

[12] 在证人出庭的情况下,可通过四项措施确认证言的真实性:其一,具有科以伪证效果之保证或宣誓;其二,可由认定事实者直接观察其言谈举止;其三,可要求到庭证人就其认知事实之背景作更为详细之说明(以判断证言可靠性);其四,因该证言而受不利认定之对方当事人对其进行交叉诘问。参见前引〔6〕,王兆鹏等书,第46页。

[13] “特别可信”即有“可靠性的情况保障”,如庭前在中立的法官面前作证、在公证人员处作证、书面证言有全程录音录像资料佐证等。这一要求就是对传闻证据例外使用的一般法理要求。

## 2. 适当把握证人出庭条件，防止滥用酌定权

2012年刑事诉讼法第187条对证人出庭规定了三项条件，即控方或辩方对证人证言有异议，该证人证言对案件定罪量刑有重大影响，法院认为证人有必要出庭作证。其中，“有异议”和“有重大影响”是实质性要件，“有必要”则是主要基于诉讼经济的考虑而赋予法院的酌定权。然而，实践中法院有时不适当地运用这一酌定权，不传召某些有争议的重要证人出庭。为此，需限制此项酌定权。即在出庭条件的把握上，只要符合两项实质性条件，而控辩一方或双方坚决要求证人出庭的，法院应当同意传召该证人出庭作证。<sup>[14]</sup>

## 3. 运用强制权保证证人出庭

根据2012年刑事诉讼法第188条的规定，经法院通知，证人没有正当理由不出庭作证的，法院可以强制其到庭；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10日以下的拘留。然而，这一规定实施以来，法院强制证人出庭的措施在实践中基本未被采用。一些法官认为，证人出庭作证属于控方或辩方的证据措施，不是法院自身的责任，因此对敦促证人出庭缺乏积极性。然而，证人是向法院作证，故证人应当由法院传召，传召不到时可以强制其到庭，甚至采取强制性处罚措施。因此，为保证庭审实质化，法院应当根据2012年刑事诉讼法第188条以及《刑事诉讼法解释》第208条，依法运用强制证人出庭的方法，而不应当推诿责任，放任证人不出庭。同时，对某些有证人保护必要的案件，法院也应配合公安机关，落实证人保护措施。

### （二）促使侦查人员、其他取证相关人员以及目击犯罪的警察出庭作证

根据2012年刑事诉讼法第57条第2款的规定，现有证据材料不能证明证据收集的合法性的，经检察机关提请，法院可以通知侦查人员或其他人员出庭说明情况；经法院通知，有关人员应当出庭。根据该法第187条第2款的规定，警察就其执行职务时目击的犯罪情况作为证人出庭作证，适用该条第1款关于普通证人出庭条件的规定。上述作证人员属于特殊类型的证人，其作证义务及作证内容与其职务或侦查取证活动相关。在他们查证犯罪的责任或其他执法责任中，含有证实犯罪的责任以及证明执法行为合法性的责任。因此，为实现对证据的实质审查，应当促使上述人员增强出庭作证的责任意识，保证他们能够依法出庭作证。

除上述明确的规定外，根据证明法理和庭审实质化的需要，在必要时，侦查人员在另外两种情况下也应出庭作证。一是在发生争议时，就被告人归案的情况出庭作证，证明被告人是否主动投案、是否有自首情节等。二是在辩方对侦查活动笔录提出有一定根据的异议时，就勘验、检查、辨认、侦查实验等侦查活动情况作证，以澄清侦查笔录记载中的问题，帮助合议庭正确判断侦查笔录记载的准确性和全面性。从法理上分析，勘验、检查、辨认、侦查实验等侦查活动形成的书面记录，在本质上仍系传闻证据；为有效审查这些证据，必要时法庭仍需对其制作者进行质证。不过，这些证据具有较大的可信度，辩方如不能提出有根据的质疑，制作人可以不出庭作证。

[14] 有学者指出：“为了体现程序公正、赢得审判公信，取得更好效果，笔者认为，如果控辩双方对证人证言有异议，且该证人证言对案件定罪量刑有重大影响，当事人强烈要求证人出庭的，原则上应当通知该证人出庭作证。”见胡云腾、喻海松：《刑事一审普通程序修改解读》，《法律适用》2012年第9期，第4页。

### （三）适当处理庭前书面证言与法庭证言的关系

证人出庭在陈述事实或经质证后陈述事实时，可能提供与庭前书面证言不同的证言，这在司法实践中经常出现。虽然这种不一致增大了裁判的难度，但也正是证人出庭的意义所在，即通过出庭作证和质证检验书面证言，发现其中的矛盾和不实之处。然而，一旦法庭证言与庭前证言发生实质性矛盾，法庭认证时如何对证言进行取舍，则直接关系到证人出庭作证的功用，对庭审实质化也将发生影响：如重视法庭证言，则将促进出庭作证；反之，则因出庭作证无效的预期而妨碍证人出庭。因此，在促使和保证证人出庭的制度安排中，需要妥善处理矛盾证言的取舍问题。

《刑事诉讼法解释》第78条规定：“证人当庭作出的证言，经控辩双方质证、法庭查证属实的，应当作为定案的根据”（第1款）；“证人当庭作出的证言与其庭前证言矛盾，证人能够作出合理解释，并有相关证据印证的，应当采信其庭审证言；不能作出合理解释，而其庭前证言有相关证据印证的，可以采信其庭前证言”（第2款）。上述第1款强调，当庭证言查证属实的，应当作为定案根据；第2款则以“应当采信”和“可以采信”的区别，进一步体现了当庭证言证明力从优的原则。在这个意义上，该条规定符合证据法理以及“以庭审为中心”的诉讼原则。但是，该条规定就证言矛盾时的取舍标准，除了“合理解释”外，还强调了证据印证。但是，案卷中的证言笔录通常都是有印证的（否则这些证言不会入卷并作为定案根据），相反，法庭证言则可能由于辩方取证能力的限制，其印证性不如庭前证言；因此，如果单纯适用印证规则，证人出庭作证的意义并不大。而且，如果证人出庭证言与庭前证言均有印证，如何取舍更是一大难题。

笔者认为，为体现“以审判为中心”、“以庭审为中心”，应当进一步明确法庭证言证明力从优的原则。鉴于庭前证言产生的背景和程序不清，其证明力应予以适当限制。如果庭前证言和法庭证言相矛盾，应十分谨慎地确定庭前证言的证明效力。即只有在庭前书面证言确实真实可信，且能排除对其可靠性的合理怀疑的情况下，才能采信书面证言而否定庭审证言。<sup>[15]</sup>这一采信原则应当通过司法解释予以确认。据此，在操作中如遇法庭证言缺乏印证而庭前证言有印证的，也应当审查其翻证的合理性，包括翻证的理由是否合理、翻证陈述的事实是否符合情理。如果其翻证的原因和翻证陈述的事实均具有合理性，即构成对原证言所陈述事实的合理怀疑，那么，即使原证言有证据印证，也因对其真实性存在合理怀疑，而不能认定该事实。而在庭前证言和法庭证言均有印证的情况下，原则上应当采信法庭证言，除非证人对翻证不能作出合理解释，且发现证人有作伪证的明显迹象。

### （四）完善非法证据排除程序，有效审查证据来源

尽管非法证据的范围界定等实体问题以及审前阶段排除非法证据问题，并不属于审判中心主义的逻辑范畴，但是，法庭审判对非法证据排除的程序设置，如关系到对非法证据的法庭审查是否有效，即属于对证据来源的实质审查，并且影响相关证据的侦审联结，则属于庭审实质化的实践命题。

2012年刑事诉讼法对庭审中非法证据调查的启动，采取了较灵活的态度，并未规定必

[15] 确定是否真实可信并且排除合理怀疑，应当看其取证时是否有前述“可靠性的情况保障”，同时使用证据印证审查、证人及证言产生背景审查以及以经验法则对证言内容进行合情理性审查等方法。

须在排除非法证据申请提出后即启动。《刑事诉讼法解释》第100条第2款规定：“对证据收集合法性的调查，根据具体情况，可以在当事人及其辩护人、诉讼代理人提出排除非法证据的申请后进行，也可以在法庭调查结束前一并进行。”该条第3款继而规定，当事人及其辩护人、诉讼代理人未在庭前根据法院告知申请排除非法证据，而是当庭提出申请，且不属于庭审期间才发现相关线索或者材料的情况，法院应当在法庭调查结束前一并进行审查，并决定是否进行证据收集合法性的调查。据此，法院可以在法庭调查结束前才进行非法证据排除的审查，并决定启动合法性调查程序。然而，灵活的程序安排却存在一项规范缺失：如果未对已申请排除的证据进行合法性调查，该证据及相关证据能否举证、质证？由于法律和司法解释没有禁止性规定，所以，实践中先举证后进行合法性调查的情况时有发生。但是，这一做法违背了证据调查应当首先解决证据能力问题，再解决证明力问题的证明活动规律。这是因为不具备证据能力的证据是不允许进入诉讼、影响心证的，否则，庭审的证据能力审查就在一定程度上失去了意义。因此，相关司法解释应当补充规定：对于已经被提出排除申请并可能被启动合法性调查的证据，不得在合法性调查之前进行举证、质证。

### 三、充实庭审调查，改善举证、质证与认证

庭审虚化的另一个重要原因是法庭举证过于简略，对于案件中影响定罪量刑的必要信息，在法庭上披露不够、质辩不足；由此，法官很难在法庭上获得全面、准确的信息，而只能在庭下通过阅卷了解案件相关信息，研析其内容，形成裁判意见。同时，与庭下实体审相配合，法官当庭认证不足，其基本上仅在裁判文书中对证据进行分析认证，这进一步消解了庭审的证据审查功能。因此，通过改善庭审举证、质证、认证方式，充实庭审，使庭审成为法官形成心证和裁判意见的主要渠道，也是庭审实质化改革的重要内容。

#### （一）改善举证，充实庭审调查

从公诉实践看，普遍存在过度批量举证，而重点举证尤其是一证一举、一证一质严重不足。所谓批量举证是指将与某一犯罪事实相关的证据，按供述、证言、书证、物证、鉴定意见等证据分类，成批地向法庭举示；举证时并不宣读每份证据的具体内容，而只是说明举证要旨即证明目的，概括介绍这批证据的内容；仅对某些重要证据，进行个别举示。

批量举证方式并无法律与司法解释依据，而是在公诉实践中产生并被普遍应用的举证方式。应当说，为了实现诉讼效率，此种举证方式不仅无可厚非，而且常常是必须采用的。例如，2014年在湖北省咸宁市中级法院审判的刘汉等人黑社会性质组织犯罪案件，全案卷宗1300余本，如果不采取批量举证，而是一证一举一质，庭审势必旷日持久。但是，批量举证有其适用的证明对象范围，不能随意扩大，即一般用于无争议事实（包括无争议的案件主要事实）以及辅助事实（如关于被告人身份的事实）的举证。在案件事实有争议的情况下，对于影响定罪量刑的主要证据，应当重点举证并展开质证。其基本要求是，使合议庭成员能够通过听证全面了解与定罪量刑有关的证据信息，由此形成裁判的认识基础。为此，需要改善公诉举证方式，加强重点举证乃至一证一举、一证一质，充实和细化庭审证据调查。

检察官举证还应当注意的一个问题是，如何处理案卷材料中不利于控诉的证据。实践中，检察官基于控诉职责，通常对这部分证据少予提及或一语带过，以避免妨碍控诉。例

如,被告人在案卷中的多次供述,既有认罪供述也有无罪辩解,但检察官举证时,通常以认罪供述是真实供述,无罪辩解系无理狡辩为由,仅举其认罪供述作为指控依据。这种“片面举证”显然不利于合议庭全面了解证据信息。加之,虽然也常有辩护律师在质证或辩护举证中提出有利于被告人的证据,但是,如果被告人没有律师或者辩护律师的能力及责任心不足,这种片面性就将妨碍庭审查明案件事实。因此,笔者认为,为保证庭审能够有效查明案件事实,检察官基于客观义务,在支持公诉时,在重点就控诉证据体系进行举证时,也应当对案卷材料中不利于控诉的证据予以举示或说明。据笔者的考察,这种有重点的全面举证方式已在实践中为部分检察官所采用。尤其是在考虑到辩方会利用这些辩护证据的情况下,检察官首先举示并对其证据意义予以说明,既有利于合议庭全面了解案情,又能在诉讼对抗中先发制人,也显示出检察官立场的客观公正。

## (二) 改善质证控制,保证辩方质证权

从当前庭审实践看,对辩方质证权的保障还存在一些问题。一是成批举证时,被告人的质证权不能得到保障。由于被告人事先不知道检察官举证的方式和内容,一旦检察官成批举证,被告人常常不能做出有效反应,记不全乃至记不住检察官所举证据及其内容,而只能就记住的某些内容发表意见。有的被告人则直接提出请律师代其质证。二是在辩护人发表质证意见时,合议庭有时不适当地限制质证。例如,一般说来,对证据的真实性、合法性以及证据能力问题进行质证,合议庭通常能够允许辩方较为充分地质证,但是,对于证明力问题,辩护人稍作展开,合议庭就可能以这属于法庭辩论阶段的问题为由而予以制止,要求其在辩论阶段再发表意见。但是,在辩论阶段,控辩双方通常是就案件适用法律和案件事实是否清楚的总体情况发表意见,不再就个别证据进行质证性辩论。因此,最终可能的结局就是对某些证据的证明力质证不足。

鉴于上述问题,笔者建议采取以下保证质证权的措施:一是在检察官批量举证的情况下,应当支持辩方加强庭前准备,以保证庭审中辩方有效地发表质证意见。首先,对于较为重大复杂以及多罪名、多被告人的案件,应当通过庭前会议明确检察官举证的方式和内容,或将检察官的举证提纲事先交给辩护律师,以使其做好质证准备;<sup>[16]</sup>其次,允许辩护律师在庭审前向被告人核实证据,包括核实人证,<sup>[17]</sup>以使辩方能够做必要的庭审准备。通过上述具体措施,在保障庭审效率的同时,保证法庭质证的针对性和全面性。

二是适当区分庭审中的“小辩论”和“大辩论”,落实质证权。庭审调查中的质证包括对质证意见的回应,此系质证性辩论,俗称“小辩论”;庭审调查结束后在法庭辩论阶段,对案件的事实认定和法律适用,控辩双方发表意见并展开辩论,俗称“大辩论”。凡是针对单个证据或证据群组进行的质证性辩论,无论是争辩其客观性、合法性,还是争辩其相关

[16] 2014年湖北省咸宁市中级法院审理刘汉等人黑社会性质组织犯罪案件,检察官将全部举证提纲庭前交给辩护律师,律师在庭前向被告核实证据,而后检察官在法庭上大量使用成批举证的举证方式,既减少了庭审举证时间,又保证了辩方的质证权。这是值得推广的做法。

[17] 就律师能否向当事人核实人证,有的机关以防止翻供为由,反对律师向当事人核实人证。但是,此种意见与2012年刑事诉讼法的规定及立法精神相悖,也不符合刑事诉讼的现实状况。因为,基于质证权,被告人有权当庭听取和查看每一份人证并发表意见;如果庭前被告人不知情,全部人证信息就只能通过庭审了解,庭审势必十分冗长,庭审效率无法保障。参见龙宗智:《辩护律师有权向当事人核实人证》,《法学》2015年第5期,第144页以下。



性即证明力，均应在庭审调查阶段展开。只有在调查阶段因主观或客观原因未能对某项证据充分发表意见，而该证据对定罪量刑又十分重要的，才能在辩论阶段作为例外情况对其补充发表质证性意见。法庭辩论阶段对证据问题的分析应当着眼于证据体系，着眼于指控的事实或量刑的情节能否得到认定。因此，法庭掌控庭审质证时，不应不适当地抑制辩方质证时发表关于证据证明力的意见。<sup>[18]</sup>

### （三）加强当庭认证

提高当庭裁判率是庭审实质化改革的目标之一，而当庭认证是当庭裁判的重要组成部分。即使非当庭裁判，也应当进行必要的当庭认证，以明确证据的可采性，避免将不合格的证据用于审判，同时适当引导控辩双方举证、质证，以利于全面查清案件事实。

目前法庭认证的普遍情况是，对无争议证据予以当庭认证，对双方有争议的证据通常不作当庭认证。即使对于证据的可采性与真实性，只要双方存在争议，法庭就趋于不明确表示支持或反对，除非情况十分明显，以及如不当庭认证，举证、质证就难以推进。对于证据的相关性即证明力，法庭一般不作当庭认证，也仅在情况较为明显的情况下才当庭表态。比如常见的辩护人将反映被告人过去表现较好的材料、关于被告人表现的单位证明、过去的获奖奖状等作为应对被告人从轻处罚的证据材料向法庭举证，有的法官会认定其与本案事实没有相关性。此种认证方式之流行是基于审判人员的如下考虑：对有争议的证据不在庭审时表态，可以避免先期“站边”，从而维护公正形象；而且，庭审时留有余地，庭后研析案卷材料，最后以判决认定，可以避免庭审时表态因考虑不周而陷于被动；对证据的证明力进行当庭认证，往往意味着对案件事实作某种程度的预决，对此应慎之又慎。

上述认证方式是审判人员实践理性的体现，本无可厚非，但如要推进“以庭审为中心”的审判方式改革，就有必要作适当调整，以加强当庭认证，使法官心证的形成与事实的认定以“看得见的方式”呈现；并由加强当庭认证促进当庭裁判，推动庭审实质化。为此，应当进一步明确当庭认证的原则、标准和具体要求，将当庭认证的情况作为检验庭审实质化程度的一项指标。

首先，要适当扩大当庭认证的范围。证据材料的可采性问题是举证、质证的前置性问题，原则上应该当庭认证，除非还需进一步调查核实。<sup>[19]</sup>对于证据的真实性，具备认证条件的应作当庭认证。如果不足以确认，也应当说明真伪不明的理由，并提出进一步证明真实性的要求。对于证据的证明力，在当庭宣判的案件中必须当庭认证；在不当庭宣判的案件中，也应根据举证、质证情况，在庭审中进行适当的、有分寸的证据评判。<sup>[20]</sup>

[18] 在2015年8月的全国律师工作会议上，中央政法委书记孟建柱讲话提到的“新三难”，即在法庭上律师“发问难、质证难、辩论难”的问题（见罗珂：《律师事业正当时》，《人民法院报》2015年8月24日第4版），正与部分法官不适当地抑制辩护律师对证据证明力的质证有关。

[19] 我国的刑事证据法理论中，应注意区分作为诉讼证据的可采性与作为定案证据的可采性。前者是指证据材料因具备合法性、相关性及证据方法的基本可信度（指某种证据材料的证明作用机理达到了证据法的客观性标准。反之，如测谎仪鉴别、警犬鉴别结论等尚不具备证据方法的基本可信度，因此不具备证据能力），而能够作为诉讼证据；后者则需在前者的基础上具备客观真实性，从而成为法院裁判事实的根据。本文所指证据可采性认证是指前者而非后者。

[20] 要注意证据评判的适当性与分寸感，否则会导致不成熟的法庭预判，封堵控辩双方的辩论空间。例如，可以确认控辩双方有争议的某一重要证据与本案有相关性，但其能否证明或能否结合案内其他证据证明案件待证事实，则希望控辩双方或一方进行必要的论证。

其次,要妥当安排认证的节点。合议庭认证可在审判的不同节点进行。一是一质一认,这主要是针对证据的可采性,一般应在控辩双方质证后即予认证(包括确认已有证据不足以证明其可采性,需提出证据的一方进一步证明)。二是阶段性认证,即庭审时通常就不同的证据类型及不同的犯罪事实分阶段举证、质证,合议庭可以根据举证、质证的阶段性安排,进行阶段性的证据评议和认证。三是庭审调查结束前,合议庭对证据进行综合评议和认证,可重点评议某些有争议的证据。四是在判决中对证据进行认证,这是最后的直接支持判决的认证活动。庭审实质化总的要求是将基本采用裁判认证的认证方式,改变为裁判认证与当庭认证相结合。

最后,由于认证对裁判的影响较大,部分认证还可能对案件有预决性,所以,重要的、有争议的证据认证应当是合议庭认证而非主审法官个人认证。为此,应建立庭审中对重要的、有争议的证据在认证前进行合议的制度。

#### 四、完善庭审调查规则,改革裁判方式

庭审实质化需要与庭审效能相关的各要素配合,因此,除前述问题外,还有一系列制度与技术问题需要进行适应性调整。大致包括:

##### (一) 调整审判节奏,加强释明权的运用

庭审证据审查的实质化,包括证据调查的充实和细化,不可避免地会影响庭审节奏;即改变过去那种在短时间内迅速完成庭审的简式庭审方式,而是适当放缓庭审节奏,甚至会由一次开庭变为多次开庭,由此实现“四个在法庭”。

庭审节奏的调整及开庭次数的增加,与法官在证据调查中的能动作用有关。虽然法官作为中立、独立的裁判方,总体上应当恪守被动性原则,但为查清案件事实、正确适用法律,有必要引导控辩双方进行证据调查。在发现证明某一事实或诉讼主张的证据不充分时,应当及时提示承担证明责任的一方补充必要证据,并说明不能有效补充证据的后果。同时,在必要时,法官还应对与证据调查、事实认定有关的法律规范进行释明,对指控的罪名所需具备的法律要件进行释明。为此,需要加强法官在庭审中的释明权。

释明权本属民事诉讼中的一项制度,其功能是通过法官对证据事实和法律适用问题的解析,引导当事人举证、辩论和调整诉讼主张,以防止审理不尽,防止当事人一方因诉讼能力不足或认识偏差,未能充分利用可利用的诉讼资源和手段而败诉,同时防止法官搞突袭性裁判。在刑事诉讼中,合议庭有时也对控方或辩方进行法律释明,但未形成较为成熟的理论和制度,而且,其行使往往在庭下,采取单方联系的方式,不公开进行。如在合议庭初步合议后,要求公诉方补充某些证据等。

笔者建议,在庭审实质化的改革中,伴随着法庭认证制度的调整,可以考虑建立刑事审判中的释明制度。刑事审判中的释明可以划分为三种基本类型:一是对证据事实尤其是证据的确实性和充分性进行释明;二是对证据调查中的法律和司法解释规范进行释明;三是对案件的实体和程序问题的法律适用进行释明。其中,第一种释明在操作中与认证紧密关联,常常表现为对认证的说明,以及根据证据标准或证据规则对承担证明责任的一方提出其诉讼主张项下的证明要求,包括指出其举证尚未满足证明责任要求,并预示可能的后

果。这种释明可能导致控方或辩方的证据补充调查以及再次开庭。<sup>[21]</sup> 采取公开、公平的方式，在程序的制约下对案件相关问题进行法庭释明，较之幕后的案件协调，显然更加有利于实现司法的实体公正和程序正义，而且，对于推动细致的、实质性的庭审具有重要作用。笔者建议，法院系统可以通过试点，对刑事释明的范围、标准、方法、责任等问题进行规范，以体现我国控辩式庭审的特色和实践需要，以及庭审实质化的要求。

## （二）完善法庭证据调查规则，保证集中、有效审理

推进庭审实质化的重要举措是庭审规则尤其是庭审证据调查规则的完善。通过增强庭审调查的技术性，使庭审调查走向规范、精密，从而提高庭审的有效性。

我国的刑事庭审方式经 1996 年修改刑事诉讼法，由法官包揽庭审调查的职权主义审判方式，转变为由控辩双方向法庭举证并相互质证的控辩式审判方式。这种审判方式已经基本上离开了大陆法系的审判传统，与英美法系的对抗制审判也有重要区别。<sup>[22]</sup> 在这种具有一定独特性的审判方式下，如何规制证据调查是需要研究的问题。尤其是为适应加强直接审理的要求，实施原始人证调查，即调查被告人、证人、被害人、鉴定人、有专门知识的人等出庭作证人员，相关的法庭规则还需要进一步完善。

《刑事诉讼法解释》第 213 条对人证调查确立了四项规则：一是发问的内容应当与本案事实有关；二是不得以诱导方式发问；三是不得威胁证人；四是不得损害证人的人格尊严。并且，这些规则统一适用于对被告人、证人、被害人、附带民事诉讼当事人、鉴定人、有专门知识的人的讯问、询问。上述规则中的第一、三、四项在实践中较易操作、争议不大，但第二项是一项有争议且难以把握的规则。

诱导式问题是指“暗含询问者想要的答案的问题”。<sup>[23]</sup> 诱导式发问因其诱导性可能妨碍证据调查的客观性，而被证据调查规则所限制。但在控辩举证的审判模式中，诱导式发问又是有价值的。一是因为控辩双方发问时都希望回答人作对己方有利的回答，所以，限制条件下的诱导式发问能适应控辩式庭审的需要；二是诱导式发问具有效率性，其既可以保持问题的集中，避免证人的回答不着边际，又可以很快将证人拉入相关问题语境，使其直接对案件的有关问题进行陈述。<sup>[24]</sup> 因此，合理的证据调查规则并不一律禁止诱导式发问，而只是禁止可能妨碍司法公正的此类问题。从控辩举证的庭审制度的一般规定看，禁止诱导式发问主要针对可能发生诱导效果的己方证人，而且主要针对就案件实体问题的发问。而对于不致发生诱导效果的证人或者不影响主要事实认定的发问，一般不禁止诱导式发问。此外，有时通过发问能唤起对方的记忆，因此，在限制条件下也允许采用诱导式发问。<sup>[25]</sup>

[21] 《刑事诉讼法解释》第 220 条第 1 款规定：“法庭对证据有疑问的，可以告知公诉人、当事人及其法定代理人、辩护人、诉讼代理人补充证据或者作出说明；必要时，可以宣布休庭，对证据进行调查核实。”第 2 款规定：“对公诉人、当事人及其法定代理人、辩护人、诉讼代理人补充的和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。但是，经庭外征求意见，控辩双方没有异议的除外。”该条规定已经体现了法庭的证据释明权，只是在实践操作中，法庭常在庭下以协商方式要求控方补充证据或作出说明。而且，该条对释明权的规定过于简单，不便于操作，也不太适应庭审实质化的要求，需要完善。

[22] 参见龙宗智：《论我国刑事庭审方式》，《中国法学》1998 年第 4 期，第 88 页以下。

[23] [美] 约翰·W. 斯特龙主编：《麦考密克论证据》，汤维建等译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 15 页。

[24] 例如，“请证人描述一下当时的情况”，这是所谓开放性问题，证人的描述可能不得要领。而如果律师直接询问：“你当时看到了被告人，对吗？”或者“你看到他时，他手上拿着一把刀，是不是？”那么，这属于诱导式问题，但此种发问能使证人的回答具有相关性和实质性。

[25] 参见前引 [23]，斯特龙主编书，第 13 页以下。

但是,上述关于诱导式发问的一般规则是否适用于我国的刑事审判,需要进一步研究。上述规则的部分内容是基于对抗制审判结构,即将人证区分为控方人证和辩方人证,并在此基础上确立交叉询问规则:控辩各方对本方证人的询问为主询问,对对方证人的询问为反询问。通常在主询问中禁止诱导式发问,在反询问中则允许。因为反询问是对不利证人的询问,并不会造成诱导。我国刑事审判虽然实行控辩式举证,但并非严格意义上的对抗制庭审。就人证调查而言,虽然法律和司法解释规定了控辩双方的询问顺序,但对其性质界定也有不同意见。有的认为,由于人证由诉讼一方提出请求,由提出一方首先询问,再由另一方继后询问,已经具备了交叉询问的格局,故可以视为广义的交叉询问。但另一种意见认为,这种控辩双方先后发问的方式不是严格意义上的交叉询问,而只能称为与交叉询问有某种形式相似性但并不遵守交叉询问规则的所谓“轮替诘问”。<sup>[26]</sup>笔者认为,我国的人证调查是一种轮替式调查,且因其就人证的来源作了基本区分以及采用了轮替式发问方式,故可以归属于广义的交叉询问。<sup>[27]</sup>不过,因其不是严格意义上的交叉询问,故应当基于对我国刑事庭审人证调查特殊性的认识,建立符合这种特殊性的证据调查规范。

日本的刑事诉讼虽然在人证调查中区分主询问与反询问,并且原则上禁止主询问中的诱导式发问,但并不将这种禁止固定化,而是实行更灵活的询问规则,包括允许在主询问中,当证人对主询问人表示敌意或反感时,对该证人可以进行诱导式发问。<sup>[28]</sup>这一点很值得我国借鉴。我国刑事审判中的人证,未如对抗制审判那样进行较为严格的归属区分,其中有一部分人证很难称作控方证人或辩方证人,而只能说是法庭证人。<sup>[29]</sup>但是,证人由哪一方请求出庭,以及陈述的内容对哪一方有利或不利,在一般情况下还是比较清楚的。因此,在这种较为明确的情况下,规制诱导式发问具备现实基础和合理性。而且,人证是否有利于控诉或辩护,通过案卷也可基本判明。加之法庭对人证的调查并非对抗制审判的一问一答,而通常是首先让证人对相关问题进行陈述,然后再有针对性地发问,因此,从其自然陈述中也可以大致判定其陈述的控辩属性。在这种情况下,应当禁止有利一方提出诱导式问题,但不禁止或不严格禁止反对方发问时带有一定程度的诱导性。此外,对于非实质性问题,亦不禁止诱导式发问;对于鉴定人、有专门知识的人出庭作证,禁止诱导式发问的规则也应当保持一定的灵活性;对于可能有助于提示证人记忆的问题,在法庭同意的情况下,可以提出。因此,最高人民法院可以考虑在庭审实质化的改革中,对禁止诱导式发问规则予以细化,禁止对发问人一方提请出庭并且作了有利于发问人一方的陈述的证人,提出诱导式问题;但是,这一禁止不适用于出庭作证的鉴定人和有专门知识的人,等等。<sup>[30]</sup>

[26] 轮替诘问的特征,参见林钰雄:《严格证明与刑事证据》,台湾学林文化公司2002年版,第250页。

[27] 参见龙宗智:《论我国刑事审判中的交叉询问制度》,《中国法学》2000年第4期,第85页。

[28] 英美的法庭也根据证人是否持有敌意,来确定是否允许诱导式发问。不过,日本的刑事审判更加注意这一点,因此,其不拘泥于主询问和交叉询问,对禁止诱导式发问规则的把握更为灵活。

[29] 即所谓证人的“合而不分”——即部分证人缺乏明确的控辩属性——以及“和而不争”——即询问的对抗性不强,反对询问的特征不明显。参见前引[27],龙宗智文,第87页。

[30] 另一种做法是暂不改变司法解释的规定,但在庭审实践中要求法庭区分作证的控辩属性,根据发问的背景和问题本身的性质,对诱导式发问采取较为严格或较为宽松的限制。待进一步积累经验,增强共识后,再进行制度性调整。

规制诱导式发问的另一个问题是对诱导式问题的界定，以及对其他不适当发问的规制。在多年的庭审实践中，由于对诱导式发问没有明确的界定，控辩一方有时将非诱导性问题也视为诱导式发问，从而援引证据调查规则予以反对。而法官亦因训练不足，对诉讼异议的裁判标准不清楚，从而可能造成裁决失当。例如，律师询问被告人：“当时你已经睡着了，怎么能听得见他们的谈话”。在前提性问题（被告人当时已入睡）未被确认的情况下，此种发问属于“假定事实未经证实”，此系误导询问而非诱导询问（如果是询问本方证人，则可能具有某种诱导性，但仍不属于诱导询问）。此外，内容不清晰、容易导致混乱的问题，要求证人发表意见或议论，以及对证人未曾直接经历的事实发问等，也属于非正当发问，应当予以限制。为保证证据调查的公正性与有效性，相关司法解释还可进一步修改完善，在适当限制诱导式发问的同时，禁止以假定未经证实的事实以及其他可能妨碍司法公正的方式发问。

此外，对交叉询问的轮替及相关问题，对被告人供述法庭调查的特殊性，对物证、书证、电子数据、视听资料等证据材料的法庭调查，亦需进一步规制，从而建立符合审判规律、适合我国刑事庭审制度环境的法庭证据调查规则体系，以保证庭审的公正性与实效性。

### （三）改革裁判方式，加强当庭裁判和庭审分析

庭审实质化的重要表征是当庭合议、当庭宣判。因为当庭合议、当庭宣判，再配以限制庭前阅卷，可以基本保证法官的心证形成于法庭，裁判理由产生于法庭。为此，应当明确适用当庭宣判的案件范围：被告人认罪且采用简易程序审理的案件，以普通程序审理但控辩双方争议不大、定罪量刑的事实和法律适用比较清楚的案件。<sup>[31]</sup>对于争议较大、犯罪性质严重以及刑期较重的普通程序案件，原则上不适用当庭宣判，以示在裁判上更慎重，防止考虑不周，损害司法公正和裁判权威。另外，需要审判委员会决定的案件不能当庭宣判。因此，一些特殊类型的案件，如危害国家安全、恐怖主义、黑社会性质犯罪案件，原则上不适用当庭宣判，而职务犯罪案件仅在无争议或基本无争议的情况下才适用当庭宣判。<sup>[32]</sup>

无论是否当庭宣判，刑事裁判文书的制作都需进行适当调整。即从过去那种基本着眼于案卷分析的裁判分析和说理方式，转变为“以庭审为中心”或庭审与案卷并重、<sup>[33]</sup>注重分析庭审举证质证情况的裁判论证方式。为此，裁判文书不仅要阐述和分析证言、文书、物品等实在证据，还应阐述和分析当事人和证人对证据调查的反应，包括当事人和证人可供进行真实性判断的非言词性法庭表现和表情，即所谓情态证据，以加强心证形成过程的分析。此外，合议庭的审结报告以及法官向审判委员会汇报案件，也应加强对庭审情况的分析。

## 五、充实二审庭审，推进庭审实质化

庭审中心主义是一审的审判原则，其并不适用于救济审的审理。但是，充实庭审、实

[31] 在成都市中级法院的庭审实质化试点中，基层法院开庭审理的案件均采用当庭宣判，适用的案件范围与上述界定大体一致。

[32] 职务犯罪案件的查处受反腐败协调机制的制约，很难真正做到“以审判为中心”。除非事先已经与相关方面协调好（但这种做法又有使开庭成为“走过场”之嫌），否则，开庭即判的方式基本不适用于此类案件。

[33] 目前的改革虽然限制了案卷的作用，但并未在根本上改变案卷形成、流转与使用制度，因此案卷对法官的心证仍有重要影响。在此种情况下，在案件分析上提出庭审与案卷并重的要求，可能更具现实性和可行性。

现庭审实质化的要求，仍然适用于我国的刑事二审审判。因为目前的二审，主要是指上诉审，仍然存在一定程度的庭审虚化。这主要表现在两个方面：首先，上诉审出庭检察官的定位不明确，其支持一审公诉和裁判的意识不强，在上诉审法庭不能有效发挥控诉职能，导致二审审理的控辩对抗不能有效展开，妨碍了庭审实质化。其次，二审法官对二审开庭重视不够，认为一审的侦查案卷、审判案卷、审结报告和判决已经全部移送二审，二审审理主要是研析案卷和一审的裁判文书与报告。有的法官甚至认为，因受案卷持续移送制度的影响，二审开庭是“没有意义、形同虚设的司法流程”。<sup>[34]</sup>因此，长期以来，二审审理将法律规定的例外不开庭操作为例外开庭，这一做法遭到了广泛的批评。2012年刑事诉讼法对二审开庭条件的规定更为明确，二审开庭总体看有明显增加，但即使如此，二审法官也常常认为这不过是法律形式，二审的实质审理仍主要在庭下。<sup>[35]</sup>

### （一）上诉审出庭检察官促进庭审实质化的作用

上诉审检察官的控诉职能发挥不足，使得上诉审的开庭审理常常呈现出不平衡：由于上诉审主要围绕上诉请求进行，上诉方首先陈述上诉理由并就上诉理由进行举证；如有辩护律师出庭，通常情况下其说理与举证较充分；对此，检察官本应积极回应，在认为一审公诉和裁判正确的情况下，支持一审公诉和裁判，反驳不正确的上诉请求，同时有针对性地组织证据进行事实论证（对一审已调查的证据只需概述证据要旨）；但在实践操作中，检察官却时显消极被动，回应上诉的法理论证不足，证据的组织与论证也常常较为欠缺，甚至有时以“证据确实、充分”一语带过，导致其发表的意见缺乏足够的说服力。<sup>[36]</sup>这种状况一方面影响公开审判的效果——旁听人员易倾向于认为上诉有理，对一审判决产生质疑；另一方面，使合议庭在庭审中得到的证据信息不全面、不充分，只能退而在案卷材料和一审裁判文书中寻找裁判依据。

二审检察官在上诉审开庭时能动性不足首先与自身定位有关。二审检察官的定位始终是一个有争议的问题。<sup>[37]</sup>检察机关倾向于认为，检察官出席上诉审法庭，其主要职责是实施法律监督而非继续履行控诉职能。<sup>[38]</sup>在此种较为普遍的出庭意识的指导下，控诉职能发挥不足，支持一审公诉和裁判不够有力，就成了有一定普遍性的现象。此外，这也与二审检察官出庭支持诉讼的对象不够明确有关。由于一审判决已经作出，无论是被告人的上诉，还是二审法庭的审理，都是针对一审判决的事实认定和法律适用。在这种情况下，有的二审检察官认为，一审公诉已经被判决确认或部分确认，起诉书的法律效力已经终结，继续支持公诉难以成立。同时，一审的判决结果已由判决书作了事实认定和法律适用的说理论

[34] 参见江伟：《刑事二审上诉案件审理程序的困境与出路——对二审上诉案件开庭审理的反思》，载项明主编：《刑事二审程序难题与应对》，法律出版社2008年版，第200页。

[35] 参见任高潮等：《刑事二审开庭审理方式的现实困境与制度规范——以某中级法院二审开庭审理为样本的实证分析》，载《全国法院第25届学术讨论会获奖论文集：公正司法与行政法实施问题研究》上，第728页以下。

[36] 参见赵永红、黄晓平：《检察官出席二审法庭程序研究》，载前引[34]，项明主编书，第193页。

[37] 在理论上如有如下多种定位：法律监督者、公诉人、公诉兼法律监督的双重角色以及因案件性质不同而负担不同职能（上诉案件中检察官承担公诉和监督的双重职能，抗诉案件中出庭检察官的角色为法律监督者）。参见陈卫东、李玉华：《刑事二审程序中检察机关的职能与地位》，《法学杂志》2007年第1期，第105页。

[38] 参见天津市人民检察院第一分院课题组：《刑事二审出庭若干问题探讨》、上海市人民检察院第一分院法律政策研究室：《刑事二审程序审理方式之完善——兼谈检察机关在刑事二审中的职能作用》，均载前引[34]，项明主编书，第161页，第176页。

证,故无需二审检察官多言。而且,一旦检察机关的意见与一审判决的内容不一致,也会影响对一审判决的支持。

鉴于上述情况,有必要充实上诉审的审理。一方面,改善法庭庭审效果,使旁听人员能够对案件的事实证据及法律适用有全面了解,避免上诉审审理的片面性。另一方面,通过庭审使上诉审合议庭能够把握双方争议的焦点及各自的理由和根据,从而通过庭审基本形成对案件事实的心证以及裁判意见。尤其是在一些一审审判有疏漏或有问题,需要二审加强实体审理的案件中(如二审提出新证据、传一审应出庭而未出庭的证人出庭等),更需要加强检察官的控诉功能。

为充实上诉审,必须要让检察官认识到,二审出庭检察官虽然不再被称为公诉人,但其肩负的基本诉讼职能仍然是代表国家控诉犯罪。不过,应当注意的是:其一,这种控诉是在一审判决后,通过审查一审公诉和判决,在事实认定和法律适用上确立自身相对独立的立场,对一审公诉和判决的正确内容予以支持。其二,这种控诉不是单纯的控诉犯罪,而是在检察官客观义务的约束下,客观公正地对待上诉人及其上诉理由。对于上诉人的合理上诉,不仅不应当反对还应当支持,此即履行检察官的定罪救济责任。<sup>[39]</sup>其三,二审出庭检察官也应当履行对审判的法律监督职责,但不能实施当庭监督,因此监督职能不能成为主要职能。在法律未作特殊规定时,二审程序适用一审程序的相关规定,包括关于检察机关实施审判监督的规定。而根据2012年刑事诉讼法第203条的规定及立法意旨,对审判提出法律监督意见应当在闭庭之后,以检察机关的名义向法院提出,而不能当庭提出。因此,这种监督只是一种诉讼“监视”,即发现应监督事项,闭庭后向检察长或检察委员会报告,再以检察院的名义向法院提出监督意见。<sup>[40]</sup>

总之,只有明确了检察官在上诉审中的职能定位以及诉讼职能与监督职能的划分,才能有效维系上诉审的诉讼性质及合理的诉讼构造,才能树立审判权威、推进庭审实质化。

## (二) 二审法官推动庭审实质化的措施

案卷笔录生成、移送和利用制度不仅对一审,而且对二审的庭审实质化,都不可避免地产生了某种消极作用。正如有学者所称:“二审法官所看到的就不只是这种形式化的一审流程记录,还包括了对一审事实裁判具有实质影响的侦查案卷笔录材料。由此,侦查案卷笔录就不仅对一审法院的裁判具有决定性的影响,而且还与一审法院的审判笔录一起,对二审法院的事实认定继续发挥作用。”<sup>[41]</sup>对此,二审法官与一审法官一样,均应认识到这种通过案卷笔录而实现的侦审联结,对有效发挥法院审判活动维护司法公正的功能,具有不利影响;因此,应当通过二审开庭及其实质审理查清争议事实,避免或减少案卷中心主义的局限性甚至误导。由此,强化二审法官对二审庭审实质化意义的认识,增强其自觉性和积极性,对于推进二审庭审实质化是最为重要的。

从措施上看,二审庭审实质化应注意从合议庭的角度,重视和充实二审的证据调查。法院的审判活动,尤其是事实审,无疑应当以一审为中心,因为一审有最好的事实审审理

[39] 参见龙宗智:《检察官客观义务论》,法律出版社2014年版,第121页。

[40] 参见龙宗智:《检察官该不该在庭上监督》,《法学》1997年第7期,第47页。

[41] 陈瑞华:《侦查案卷裁判主义——对中国刑事第二审程序的重新考察》,《政法论坛》2005年第5期,第102页。

条件。<sup>[42]</sup> 但我国目前实行二审终审制,未设置三审程序,<sup>[43]</sup> 因此二审的救济功能得到突显。另一方面,由于我国部分一审法官素质不高,加之法院不独立,受地方政府和同级公安、检察机关以及其他机关的影响较大,一审的总体状况并不令人乐观,这就给二审审理提出了更高的要求。笔者认为,对于一审审理可能不充分和可能有错误的案件,二审法庭应当加强二审庭审;有必要和有条件的,甚至应实行全面复审;<sup>[44]</sup> 为了核实和查清案件事实,应支持调取乃至依职权调取新的证据,促使一审时应出庭而未出庭的证人出庭;<sup>[45]</sup> 必要时,还应重开非法证据排除的庭审调查,以有效发挥二审的救济作用。

同时,二审法官还应当注意,二审庭审实质化有赖于二审合议庭发挥更为能动的作用。因为即使强化了上诉审检察官的诉讼职能,其毕竟不再承担一审时那种全面、积极支持公诉的职能,其法庭诉讼功能仍然有限,而且检察官不一定支持一审判决的全部内容,尤其是与起诉书内容不同的部分。因此,为了查清事实,明确对一审支持与否则的理由和根据,二审合议庭较之一审在庭审控制、调查引导以及核实证据事实等方面,可能需要更加积极主动,以促进二审审理的精细化和庭审实质化。比如,对上诉人提出的部分上诉理由,在检察官未反驳或反驳不足的情况下,进行一定程度的职权调查;就案件事实及上诉理由进一步讯问上诉人;将一审裁判所依据的某些证据予以提出,请检察官和上诉方发表质证意见;对出庭证人依职权进行询问等。

## 六、提供支持条件,完善配套措施

庭审实质化是一项需要各种要素配合的系统工程。在诉讼程序上,需要庭前准备程序予以配合;在诉讼要素上,需要强化辩护功能予以支持;在司法能力上,需要案件的繁简分流予以保障;在审决机制上,需要落实司法责任制,以提供程序运行的基本条件。

### (一) 适应庭审实质化要求,改善庭前准备

为了能对影响定罪量刑和程序公正的争议问题进行集中、有效且较有效率的法庭审理,需要加强诉讼各方的审前准备。同时,也要避免合议庭庭前预断,出现“庭前实体审,庭审走过场”的现象。就控方批量举证以提高效率时,应当提供条件使辩方能够做好庭前准备的问题,前文已经论及,这里还有两个问题需要分析:

第一,防止合议庭预断。集中和有效率的审理需要法庭做必要的准备,但同时应防止庭前实体审以及先入为主的预先判断。为此,有两种庭前准备方法可供选择。一是区分准备法官和庭审法官,由准备法官阅卷并安排庭审,包括主持庭前会议,但其不担任合议庭

[42] 关于一审的审理条件较好以及事实审以一审为中心的理由,参见前引[3],龙宗智文,第145页以下。

[43] 三审通常是法律审,但在实践操作中法律问题与事实问题是紧密关联的,部分与法律适用紧密联系的事实问题,实际上可以通过法律审予以救济。

[44] 根据2012年刑事诉讼法第222条的规定,二审实行全面审理原则,不受抗诉或者上诉范围限制。但在实际操作中,二审重点围绕抗诉、上诉理由进行,无争议的问题原则上不再复审。《刑事诉讼法解释》第323条也因此规定:“开庭审理上诉、抗诉案件,可以重点围绕对第一审判决、裁定有争议的问题或者有疑问的部分进行”;“法庭调查应当重点围绕对第一审判决提出异议的事实、证据以及提交的新的证据等进行;对没有异议的事实、证据和情节,可以直接确认”。

[45] 一审时有些应当出庭的证人未出庭,这可能是因为一审的侦查和公诉机关不愿意他们出庭,所以,只能通过相对客观中立的二审法院乃至检察机关来弥补。



成员，以保证合议庭成员通过庭审形成心证和裁决意见。二是指定案件承办法官为准备法官，并由其阅卷，合议庭其他成员不阅卷，完全通过庭审获取案件信息。在成都市中级法院的庭审实质化试点工作中，两种方法都试行过，但主要采取第二种方法。笔者也比较赞成第二种方法：一是区分准备法官和庭审法官并无法律和司法解释上的支持，程序根据不足。二是在目前案多人少的情况下，再设置准备法官，会使审判力量不足的问题更加严重。三是由承办法官做庭审准备，可加强准备程序与庭审程序的衔接，提高效率，另设准备法官则不具此利。<sup>[46]</sup>四是即使庭前不阅卷，庭后也可阅卷，在案卷制度不变的情况下，设立准备法官以排除预断的做法，对于实现庭审实质化意义有限。

第二，庭前会议如何适应庭审实质化改革。根据各地开展庭前会议的经验，尤其是成都市中级法院的试点经验，为适应庭审实质化的要求，有三点值得注意：其一，为加强庭审准备，保证庭审的集中和有效，对于案情较复杂和有争议的案件，均应召开庭前会议，以做好庭审准备，解决程序问题，明确争议焦点。其二，对于争点的整理，限于明确控辩双方争议的主要问题及基本观点，明确控方举证方式和基本内容，以便法官进行诉讼指挥以及辩方进行质证准备。庭前会议也可征求辩方对控方主要事实、主要证据的意见，但不能在庭前会议中进行举证和质证，否则，会妨碍审判公开和庭审实质化。其三，鉴于法律并未赋予主持庭前会议的法官或合议庭以诉讼决定权，而且有的庭前会议被告人并未参加，故可设置庭前会议情况由主持庭前会议的案件承办法官向法庭报告的程序。如果审判长也参加了庭前会议，则由审判长向其他诉讼参与人告知庭前会议情况。如此一来，就以审判公开的方式，使法庭知晓庭前会议的内容，并对庭前会议中需要决定的程序和证据事项，以合议庭决定的方式予以处理，从而使庭前会议的意见获得程序效力。<sup>[47]</sup>

## （二）加强法律援助，保障被告人辩护权

庭审实质化的前提是控辩双方的诉讼对抗及其在庭审中有效展开，因此，庭审实质化需要有效辩护予以支持。如果没有辩护律师参与，被告人由于诉讼条件及能力上的限制，难以抗衡检察官，庭审往往成为检察官的单方面立证过程。为此，一方面，法庭要保障辩护律师的辩护权。在我国目前的诉讼架构中，尽力发挥辩护律师的作用，会使诉讼结构趋于平衡。鉴于现实情况，尤其需要保证辩护人申请证人出庭的权利、调取新证据（包括未入卷证据）的权利，以及在必要时申请重新鉴定的权利。另一方面，应当进一步强化法律援助。我国目前有辩护律师参与的刑事案件的比例不高。<sup>[48]</sup>为推动庭审实质化，保证被告人的合法权利，除法律规定必须提供法律援助的案件外，应当根据条件努力扩大法律援助的范围；力求除轻微刑事案件外，逐步将法律援助推广到所有被告人没有能力自行聘请律师的案件。当然，如何促使法律援助律师有效履行职责，实现刑事辩护的实质化，也是需要进一步处理的问题。

[46] 例如，非法证据排除问题原则上在庭前会议上提出，但庭前会议没有裁决功能，只能“了解情况，听取意见”，因此，这一问题还需在庭审中审理并作出决定。如果准备法官和庭审法官分开，庭前会议所展示的情况和意见就要在庭审中再展示一遍，若此则庭前会议的作用就在相当程度上丧失了。

[47] 这是成都市中级法院试行的方法。初步的实践证明，此种方法对于衔接庭前会议和庭审，解决庭前会议效力不足的问题，是一种有益的探索。

[48] 据相关媒体报道及研究成果，我国各地刑事案件的律师辩护率大致在20%左右。参见前引〔9〕，左为民等书，第6页以下。

(三) 加强繁简分流, 以无争议案件的简略审理, 保证部分案件的庭审实质化

在提高庭审程序公正性的同时, 法庭审理的实质性展开会不可避免地导致庭审效率的下降。因此, 为推动有争议案件的庭审实质化, 需要进一步加强案件的繁简分流, 将多数无争议或争议较小的案件交付简易程序审理。2012年刑事诉讼法扩大了适用简易程序的案件范围, 体现了繁简分流、提高诉讼效率的精神。而目前作为司法改革措施之一, 正在一些法院试点的刑事速裁程序, 对控辩协商一致的轻罪案件进一步推动程序简化。这对于兼顾司法公正与诉讼效率, 保证司法资源主要集中于有争议案件的审理, 也有积极的意义。

(四) 推动审判权运行机制改革, 实现“审理者裁判, 裁判者负责”, 为庭审实质化设置运行条件

庭审实质化的前提是审理和裁判的统一, 即由合议庭或主审法官负责案件审理, 在审理的基础上作出裁判, 并对裁判的公正性负责。因此, 改革审判权运行机制, 实行司法责任制, 是庭审实质化改革必不可少的前提条件和配套措施。

---

**Abstract:** Promoting the substantiation of court hearing is a significant reform of the method of criminal trial and is closely related to the reform of the system, mechanisms, institutions and ideology of administration of criminal justice. The substantiation of court hearing requires the cutting off of the linkage between investigation and trial, so as to enable the court to examine evidence directly and effectively. China needs to limit the value of written testimony, improve the system of appearance of witnesses in court and the procedure for the exclusion of illegally obtained evidence, establish the superiority of oral testimony over written testimony, and strictly examine the source of evidence. Moreover, China should improve the procedure for the production, examination and evaluation of evidence, the rules on fact-finding in court, and the use of interpretation power of judges, so as to guarantee a continuous and effective hearing. It should also reform the method of adjudication and increase the percentage of verdicts made in court. Written judgments should focus on the reasoning and analysis of the production and examination of evidence in court, rather than on the analysis of case files. The trial of second instance should also be substantiated and the functions of public prosecutors at second-instance trial should be clarified. To be adapted to the substantiation of court hearing, China should improve the relevant supporting systems, such as improving the preparation for court hearing, further guaranteeing the right to defense, streamlining the case management system and establishing an accountability system.

**Key Words:** taking court proceedings as the center of judicial procedure, substantiation of court hearing, judicial reform, judicial power

---