



中国法学会优秀课题成果文库

ZHONGGUO FAXUEHUI YOUXIU KETI CHENGGUO WENKU

胡 铭◎著

# 审判中心与刑事诉讼

SHENPAN ZHONGXIN YU XINGSHI SUSONG

中国法学会优秀课题成果文库

ZHONGGUO FAXUEHUI YOUXU KETI CHENGGUO WENKU

胡 铭◎著

# 审判中心与刑事诉讼

SHENPAN ZHONGXIN YU XINGSHI SUSONG



本书是中国法学会“深入研究党的十八届四中全会精神”重点专项课题“审判中心主义视野下的诉讼制度完善”【课题编号CLS(2015)ZDZX14, 主持人胡铭教授】的主要成果, 课题鉴定等级为优秀。

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

## 图书在版编目 ( CIP ) 数据

审判中心与刑事诉讼 / 胡铭著. —北京: 中国法制出版社, 2017. 12

ISBN 978-7-5093-8556-2

I. ①审… II. ①胡… III. ①诉讼—司法制度—研究—中国 IV. ①D925.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 104817 号

策划编辑 舒丹

责任编辑 马颖 王雯汀

封面设计 李宁

---

### 审判中心与刑事诉讼

SHENPAN ZHONGXIN YU XINGSHI SUSONG

著者 / 胡铭

经销 / 新华书店

印刷 / 北京京华虎彩印刷有限公司

开本 / 787 毫米 × 960 毫米 16 开

版次 / 2017 年 12 月第 1 版

印张 / 29 字数 / 388 千

2017 年 12 月第 1 次印刷

---

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-8556-2

定价: 79.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码: 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 010-66033393

值班电话: 010-66026508

传真: 010-66031119

编辑部电话: 010-66060794

邮购部电话: 010-66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)



编委会



顾 问：王乐泉

主 任：陈冀平

副主任：鲍绍坤 张鸣起 张文显（常务） 王其江 张苏军

委 员：（按姓名拼音排序）

卞建林	蔡守秋	陈卫东	陈兴良	陈泽宪	付子堂
公丕祥	韩大元	何勤华	胡建淼	黄 进	怀效锋
贾 宇	李 浩	李 林	李 龙	李明德	李仕春
梁慧星	林 嘉	刘春田	马怀德	莫纪宏	沈国明
沈四宝	孙宪忠	王利明	王振民	吴汉东	吴志攀
姚建宗	叶 青	应松年	张保生	张庆福	张守文
张卫平	张新宝	赵秉志	赵旭东	郑成良	周叶中
朱孝清	朱 勇				

编辑部主任：李仕春

编辑部副主任：李存捧 彭 伶 张 涛

编 辑：曹 菲 姚国艳

## 中国法学会优秀课题成果文库

# 出版说明

为了全面推进课题研究成果的应用转化，繁荣法学研究，服务法治实践，推进法治中国建设，中国法学会特设立“中国法学会优秀课题成果文库”，集中推出反映当前我国法学研究前沿水平，具有重大理论价值、重大学术价值、重大应用价值的学术精品，充分发挥优秀成果和优秀人才的示范引领作用。凡入选成果文库的作品，均为中国法学会年度招标课题或委托课题中鉴定等级原则上为“优秀”，选题价值较大，创新性较强，对重要领域或重要问题有较为系统深入的研究，具有较高学术价值或应用价值，文风严谨，符合学术规范和出版形式要求。从2016年开始，每年从当年结项的课题成果中精选出符合上述条件的作品，纳入“中国法学会优秀课题成果文库”，予以出版。

中国法学会

2016年12月

## 序 言

2014年10月，中国共产党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《决定》）中指出：“公正是法治的生命线。司法公正对社会公正具有重要引领作用，司法不公对社会公正具有致命破坏作用。”为了实现司法公正，需要“推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，确保庭审在查明事实、认定证据、保护诉权、公正裁判中发挥决定性作用。“《决定》和习近平总书记的讲话向全党全国人民释放出正确而明确的信号，指明了全面推进依法治国的正确方向，这对于进一步统一全党全国人民的认识和行动具有十分重要的意义。”<sup>①</sup>这是我们党从全面推进依法治国，加快建设社会主义法治国家，坚持严格司法，确保刑事司法公正的现实需要和长久考虑所作出的重大改革部署。<sup>②</sup>

审判中心主义成为当前我国的一项基本共识，这对于刑事诉讼理论研究来说是一个极大的鼓舞，然而，对于我国刑事司法制度的完善而言，这仅仅是一个新的开端。如果不能从理论上深刻解释审判中心主义的正当

---

<sup>①</sup> 张文显：“全面推进依法治国的伟大纲领——对十八届四中全会精神的认知与解读”，《法制与社会发展》2015年第1期。

<sup>②</sup> 沈德咏：“论以审判为中心的诉讼制度改革”，《中国法学》2015年第3期。

性和必要性，如果不能从经验层面深入解读我国刑事司法实践的现况与问题，以审判为中心很容易沦为一种新的口号而很难在刑事司法改革的实践中真正起到引领的作用。所以，深刻认识、正确理解、有效落实《决定》中有关审判中心主义的改革，是当前和今后一段时期必须认真解决好的一个重大理论问题和实践课题。

《决定》的出台也有其深刻的时代背景。从宏观层面来说，建设中国特色社会主义法律体系和中国特色社会主义法治国家，保证司法公正，提高司法的公信力，必然要进行诉讼制度的改革，使刑事诉讼走科学发展之路。我国司法体制改革的未来方向，是以现有制度为基础，实现司法体制的进一步现代化，这是实现国家治理体系和治理能力现代化的重要一环。<sup>①</sup>当前，我国正值司法改革关键时期，如果司法公信力不高，司法裁判就很难得到普遍的尊重和服从。<sup>②</sup>深化司法体制改革，必须在坚守法治理念与司法规律的基础上，坚持通过制度完善来促进司法公正的实现。

从具体层面来说，近年来我国司法实践中“存在办案人员对法庭审判重视不够，常常出现一些关键证据没有收集或没有依法收集，进入庭审的案件没有达到案件事实清楚、证据确实充分的要求，使审判无法进行”<sup>③</sup>。而且，以呼格吉勒图案案、念斌案、张氏叔侄案为典型的一系列冤假错案也对我国刑事司法体制提出了严峻的质疑和挑战，亟待“以审判为中心”的诉讼制度改革来“促使办案人员增强责任意识，通过法庭审判的程序公正实现案件裁判的实体公正，有效防范冤假错案的发生”<sup>④</sup>。

---

① 陈光中、魏晓娜：“论我国司法体制的现代化改革”，《中国法学》2015年第1期。

② 胡铭：“司法公信力的理性解释与建构”，《中国社会科学》2015年第4期。

③ 习近平：《关于〈中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定〉的说明》，人民出版社2014年版，第58页。

④ 习近平：《关于〈中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定〉的说明》，人民出版社2014年版，第59页。

本书系中国法学会部级重点项目“审判中心主义视野下的诉讼制度完善”的最终成果。书稿经中国法学会组织的专家鉴定，评定为“优秀”，这是对课题组和我本人的极大鼓励。项目结项后，课题组又结合刑事司法改革的新动向和地方司法改革试点的新进展，如认罪认罚从宽制度的完善、电子数据证据规则的实施等，以及新出台的司法解释，如2016年7月最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合出台的《关于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的意见》，2017年2月最高人民法院颁布的《关于全面推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的实施意见》等，对本书稿进行了修改、完善。总体而言，本研究紧扣“以审判为中心”的改革，针对目前法律规定和司法实务中比较突出的问题，通过理论分析和实证研究相结合的方式，旨在提出一套针对性强、论证详实、体系缜密的解释性理论和完善意见。“以审判为中心”的诉讼制度改革，其重大意义可以从多角度、多层面进行阐释，本研究以专题形式展开，主要包括以下内容：

第一，厘清审判中心主义的内涵，建立制约和监督均衡的刑事司法体系设计框架。按照《决定》的基本精神，探索结构合理、配置科学的“以审判为中心”的司法权力结构理论，用理论创新指导和推进实践创新。诉讼制度的完善需要有坚实的理论基础作为指导，因此，本课题的研究旨在厘清审判中心主义的概念特征，明确其价值意义，为分析考察我国的诉讼制度现状提供坚实的理论依据。

第二，研究审判中心主义视角下的诉讼制度，有利于破解当前制约刑事司法公正的难题。我们以明确的“问题意识”为导向，针对实践中暴露出来的公检法三机关“配合有余、制约不足”“疑罪从轻”或“疑罪从挂”以及其他严重侵犯人权、严重损害司法公正的问题，从历史传统、执法理念和制度漏洞等方面深入剖析问题的成因，以期为解决问题、推进改革打下坚实的基础。



第三，本研究充分贯彻并有效推进了诉讼规律、司法规律和法治规律。我国实践中长期存在的以侦查为中心的运作机制，不仅容易导致庭审的虚化，更使得侦查程序中出现的违法行为和错误结论无法弥补和纠正。<sup>①</sup>坚持审判中心主义，根本上讲是由司法审判的最终裁判性质所决定的，这不取决于人为好恶，也不涉及各专门机关地位高低、作用大小等问题，而是为了更好地落实公检法三机关分工负责、互相配合、互相制约的诉讼原则，更好地实现惩罚犯罪、保障人权的诉讼目的。<sup>②</sup>

第四，本研究也体现了刑事司法改革在整个“以审判为中心”的诉讼制度改革中的中枢地位。之所以说推进以审判为中心的改革是司法改革的一个重点，不仅仅是《决定》以及最高人民法院“四五改革纲要”专门提到了这项改革，更主要的是这项改革是刑事司法改革的关键所在。<sup>③</sup>自2012年新刑事诉讼法公布以来，制度修改没有产生应有的效果，刑事司法制度遭遇到了瓶颈，按照审判中心主义的要求推进改革不仅契合现代刑事诉讼发展的潮流，更是破除瓶颈、深化刑事司法革新的关键。

该研究依托国家“2011计划”司法文明创新中心、浙江大学光华法学院和浙江大学诉讼法学科，得到了多地法院、检察院和公安机关的大力支持，展开了广泛而深入的理论研讨和学术调研，旨在通过理论界和实务界的讨论交流，推进在审判中心主义中开阔思路、形塑共识。全书的主要内容分为十六章，具体而言：

第一章对“以审判为中心”的诉讼制度改革进行了理论解读。以实现“看得见的公正司法”为目标，从典型个案审视我国的刑事司法实践，可以发现司法职权配置、证据裁判原则、质证权保障、庭审程序等存在诸多问题，并提出实现以审判为中心的基本路径，在于优化司法职权配置，基

① 陈光中、步洋洋：“审判中心与相关诉讼制度改革初探”，《政法论坛》2015年第3期。

② 沈德咏：“论以审判为中心的诉讼制度改革”，《中国法学》2015年第3期。

③ 王敏远：“以审判为中心的诉讼制度改革问题初步研究”，《法律适用》2015年第6期。

础是贯彻证据裁判原则，重心是对质权保障，基本方式是完善庭审程序。

第二章的理论基石是司法公正，围绕裁判的可接受性、裁判的社会效果以及司法公正的评估体系，对法院绩效考核和案件质量评估体系进行了结构性的分析和前瞻性的建构，以期“让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义”。司法公正评估体系是量化评估理论在司法领域应用的一种新型实践。根据司法公正的具体内涵和要素设置一系列反映司法公正情况的评估指标，运用量化评估理论，建立司法公正评估体系模型，利用法律数据和社会调查数据，测度司法公正的情况并呈现量化式评估结果。司法公正评估体系的建构和应用有助于反映司法公正的实际情况，以及实现以审判为中心的刑事司法改革目标的落地。

第三章关注司法公开和司法透明，强调推进新媒体的司法公开对于司法改革具有“突破口”的意义，新媒体既能提升司法公信力、消除司法腐败，更能减少乃至防止冤假错案，并最终实现“让审理者裁判，由裁判者负责”。司法透明指数以量化评估的方法推动司法的公开透明，已成为当下各地完善司法的主要抓手之一。司法透明指数的正当性基础应当建立在程序公开与遵循司法规律之上，而不是行政化的内部绩效考核。以浙江法院司法透明指数的实践作为分析样本，通过文献梳理、调研、访谈和座谈等方法，发现地方司法透明指数的实践探索中存在主客观指标失衡、方法论的局限等问题。针对缺陷，司法透明指数的优化应处理好司法公开顶层设计与地方司法透明指数的关系，遵循社会科学量化评估的一般方法，注重以审判为中心构建相对科学的指标体系，并强调对新媒体公开与裁判文书释法说理的评估等，以期构建科学的司法透明指数评估体系。

第四章围绕庭审实质化展开。审判中心主义必然要求以庭审为中心，以法庭作为基本的场域，实现看得见的正义。从法教义学层面来看，我国刑事诉讼法已经初步确立了对抗式庭审模式，且在审判中心主义指导思想之下，确立实质性的对抗式诉讼应成为当前改革的走向。采用社会科学实

验方法，基于网络庭审实录的实证分析和比较显示，我国刑事审判构造并非规范层面的对抗式诉讼，在当事人进行主义的表象之下是实体真实发现主义之趋向，而刑事庭审实质上却又无法承载实体真实发现之重任。当前，在司法改革的大背景下，应从技术性改良入手，逐步完善对抗式诉讼并迈向庭审实质化。

第五章从法律援助入手，尤其是关注律师的有效辩护在审判中心主义下的重要作用和法律援助模式的转型。政府主导下的“政府责任、律师义务、社会参与”，构成了法律援助的中国模式，通过政府的行政主导推动了我国法律援助从无到有的跨越式发展。然而，实证研究显示，该模式存在显著缺陷：单纯依靠财政增加投入无法突破公共服务的成本限制；法律服务市场逐利性与法律援助公益性的矛盾使得律师免费法律服务的资源输入方式具有不可持续性；政府对法律援助大包大揽，导致法律援助行政效率低、供给结构失衡、社会参与不足。以上缺陷导致我国法律援助陷入供需矛盾的陷阱：供给无法满足需求、供给质量不高等。围绕“不断扩大法律援助范围，提高援助质量”的改革目标，应当将法律援助的政府责任转变为国家责任，构建政府、市场、社会多元协同治理的法律援助新模式。

第六章采用法解释学的方法，解读审判中心背景下的专家辅助人制度。在短缺证据的现况之下，专家辅助人制度作为我国新刑事诉讼法确立的一种新制度，对于刑事庭审程序和证据法具有重要影响。从新刑事诉讼法司法解释来看，专家辅助人的身份具有模糊性；专家辅助人意见既与鉴定意见有差别，又不同于辩护人的质证意见；定位的模糊性又使得关于专家辅助人的程序规范有待完善。立法所追求的专家辅助人制度的独特作用，则受到抑制。

第七章采用个案分析的方法，以一起典型案例为分析样本，来看有争议的重大刑事案件的审判问题。吴英案作为有重大争议的死刑案件，引起了民众的广泛热议并迅速转化为一起公共案件。从刑事实体法的角度来看

吴英案，我们很容易陷入困局。从刑事程序法的角度，通过构建民众直接参与刑事审判的机制，引入作为例外的“疑罪从轻”规则，推行死刑复核程序的诉讼化回归，将为我们解决有重大争议的死刑案件中的现实问题提供新的思路。

第八章旨在通过研究认罪认罚从宽制度，为审判中心提供支持。审判中心主义及相关改革对司法资源提出了极高的要求，案件的繁简分流和鼓励被告人认罪，是重要的配套措施。我国正在以顶层设计的方式推动认罪认罚从宽制度的完善。从刑事诉讼程序创新的角度来看，便需要构建中国式的认罪协商程序，但理论层面的共识和技术层面的准备是不足的。从实践来看，我国刑事司法早已自下而上在践行认罪协商，并呈现为四种典型模式。认罪协商程序并非一种完美的制度，其与正当法律程序可能出现激烈冲突，在底线正义理念之下，应当在尊重我国职权主义传统的基础上，审慎对待认罪协商的模式选择和认罪认罚从宽制度的具体构建。

第九章围绕刑事诉讼中的法律监督，以三个问题为例展开讨论。一是强制性侦查措施的法律监督。新刑事诉讼法对强制性侦查措施的法律监督作出了新的规定，实践中却出现了检警关系紧张、司法权和行政权有所冲突等问题，这便需要找到侦查权与检察权制约平衡的有效结点。二是作为一种法律监督措施的羁押必要性审查。从本质属性来看，新刑事诉讼法确立的羁押必要性审查制度，是一种法律监督措施。但无论是从审查主体，还是启动方式，以及审查的法律效果，羁押必要性审查的实践与该制度的设计初衷尚存较大差距。三是认罪认罚从宽制度中的法律监督。认罪认罚从宽制度面临侦查惰性、滥用诉权、强迫认罪、权钱交易等法律风险，法律监督的有效介入，是防范上述法律风险的必要措施。

第十章研究了技术侦查问题。技术侦查写入我国新刑事诉讼法及相关司法解释的出台，可谓技术侦查法治化的新开端。但以《人民检察院刑事诉讼规则（试行）》第263条为典型代表，司法解释仍然采用了模糊授

权的做法，对于技术侦查适用范围和对象，何为“经过严格的批准手续”，什么是执行中的“有关机关”等问题需要深入思考。技术侦查的特殊性决定了相对模糊的规定具有现实合理性，但严格规制又是技术侦查法治化的必然要求。在两者权衡之下，结合国际上技术侦查的走向与我国的司法现况，应进一步明确并限缩技术侦查的适用对象，授权检察机关技术侦查执行权，改革技术侦查的审批程序，完善技术侦查的法律监督。

第十一章关注电子取证的规范、实践及其完善。从规范层面看，我国刑事诉讼法对电子数据的搜查并未作明确规定，电子数据提交原则以“原始载体说”为主。基于裁判文书的实证分析显示，实践中对电子数据的提取主要以勘验、检查、鉴定的形式进行，但这些控权较为宽松的取证措施并不能承担起公民隐私权益保护的重任；实践中以书面形式代替电子证据“原件”展示的做法，实质上限制了被告方辩护权的行使。完善电子数据搜查制度和展示制度，完善非法证据排除规则和最佳证据规则等在电子取证中的运用，应是未来电子证据制度改革的重点。

第十二章讨论了错案责任追究问题。让审理者裁判、让裁判者负责，是审判中心的必然要求。错案追究责任制作为一项“中国特色”法官问责机制，适用不当会引发诸多负面效应。我们需要反思错案的内涵和问责的范围，在制度构建的层面上界定错案概念，并以此为基础从理性与现实两个角度论证错案不可避免之命题。司法实践中以上级法院裁判结果作为认定错案的标准不够科学，并亟待厘清错案与问责之关系。鉴于我国目前审判独立不够完善等现状，对错案追究制的改革可以分两步走。

第十三章从纠纷解决的角度，引入了公共选择理论来解释通过司法的社会治理。社会矛盾在局部地区激化的现实，暴露出我国现行刑事司法制度存在难以回避的缺陷，并对我国刑事司法提出了新的挑战。如何缓解极端社会矛盾、有效解决社会纠纷，成为当前我国司法改革的一个核心问题。公共选择理论能从社会良性治理的角度为我们的刑事司法理论与制度

研究所借鉴。特别是理性选择理论、自主治理理论和多中心治理理论，能为我们解释极端社会矛盾和解决社会冲突提供思路，并为相关具体制度建设奠定理论基础。

第十四章从民众参与、问题解决型司法和裁判的可接受性来审视刑事审判相关问题。运用大众心理理论和交往行为与商谈理论分析民众参与刑事司法的过程，展开民众参与刑事司法的心理学分析。以我国台湾地区的实践为例，讨论了民众参与在刑事司法改革中的独特作用。以美国的刑事司法实践为例，讨论了问题解决型司法，不同于对抗式庭审模式，问题解决型司法为我们提供了新的视野。裁判的可接受性应成为刑事司法公正的立基点之一，提升裁判的可接受性是解决社会纠纷和树立司法权威所应当认真考量的问题。

第十五章关注审判中心下的刑事被害人问题。被害人人权保障并非通过立法或司法加以强化，就能解决刑事诉讼中的被害人问题。作为与被告人直接相对应的被害人，在刑事诉讼中具有特殊的地位，这种地位既不同于被告人又不同于证人。准确定位被害人在刑事诉讼中的地位，是我国被害人人权保障问题的关键之所在。以问题为导向，从诉讼内权利和诉讼外权利两个不同的视角切入，可以看到不同的侧重点，这对于刑事诉讼构造的平衡具有非常重要的意义。

第十六章在数据化、信息化的新时代背景下审视我国刑事司法的机遇与挑战，可以看到我国刑事司法活动在各个环节出现了主动适应信息时代的变化，呈现出科技化、宽容化等趋势。在侦查手段、证据制度、强制措施、庭审程序等具体环节中，表现出信息时代的新特点以及刑事司法活动中出现的新难题，对我国传统的刑事司法理念与制度变革将产生深刻影响。刑事司法应在理想、理性和执着的指引下，在坚守人权保障、正当程序的前提下，以更加开放的姿态来迎接数据科学、信息技术带来的变革。

最后，谨以此书稿感谢中国法学会对项目研究提供的支持和帮助，感

谢参加了本项研究的老师和同学们的倾力配合与协助，也希望本书能够为我国“以审判为中心”的诉讼制度改革贡献绵薄之力。我指导的博士后牟绿叶，博士生自正法、冯姣、王廷婷、王震、陈喆、宋善铭、秦汉等，硕士生郑昕、黄思雯、项运来、王林、张传玺等参与了资料收集、数据统计、初稿整理、文稿讨论等工作，为本书的出版做出了诸多贡献。此外，还要感谢本书编辑王雯汀高效而又细致的工作。当然，文责由我承担，欢迎批评指正。



中国法学会优秀课题成果文库

ZHONG GUO FA XUE HUI YOU XU KE TI CHENG GUO WEN KU

· 2016 ·

刑事诉讼法修改后的司法解释研究 王敏远等著

农村土地股权制改革：现实表达与法律应对 刘云生著

技术侦查制度中的隐私权保障问题研究 胡忠惠等著

社会保险基金信托法研究 黎建飞主编

继承法修订入典之重点问题 杨立新主编

证券欺诈规制的实证研究 邢会强著

审判人员职能配置与分类管理研究 江必新主编

中国特色社会主义法治发展道路 李林主编

强化虚拟社会管理与健全网络立法研究 常健等著

· 2017 ·

食品安全风险交流的法律制度研究 孙颖著

财政责任视野下的地方政府债务治理研究 王婷婷著

减刑、假释案件审理程序规范化研究 茅仲华等著

中国反腐败立法研究 刘艳红等著

新刑事诉讼法实施问题研究 卞建林 陈卫东等著

非法经营罪适用问题研究 王安异著

《政府信息公开条例》评估报告 叶必丰等著

审判中心与刑事诉讼 胡铭著



# 目 录

---

## Contents

序 言	1
第一章 以审判为中心实现看得见的公正司法	1
一、以审判为中心的内涵与定位	3
二、作为一种刑事诉讼构造的以审判为中心	5
三、我国刑事诉讼构造的现状：基于典型个案的分析	6
四、以审判为中心实现看得见的公正司法之基本路径	15
五、小结	22
第二章 司法公正评估体系的建构与应用	23
一、司法公正评价：着眼司法体制改革的原点	25
二、司法公正评估体系：司法公正评价的方式	30
三、司法公正评估体系的建构	36
四、司法公正评估体系应用之展望	42
五、小结	44

第三章 司法透明指数的理论、局限与完善·····	47
一、提出问题·····	49
二、司法透明指数的正当性基础·····	51
三、司法透明指数之实践局限性·····	56
四、司法透明指数之优化设计与应用·····	64
五、小结·····	71
第四章 对抗式诉讼与刑事庭审实质化·····	73
一、法教义学层面的刑事庭审构造·····	75
二、网络庭审实录所透视出的刑事审判构造·····	83
三、缺乏庭审实质化的中国式对抗制刑事诉讼·····	88
四、对抗制与刑事庭审实质化的未来走向·····	91
五、小结·····	93
第五章 法律援助的中国模式及其改革·····	95
一、法律援助中国模式的实证分析·····	99
二、法律援助中国模式的缺陷分析·····	107
三、法律援助多元协同治理模式的构建·····	114
四、小结·····	125
第六章 专家辅助人：模糊身份与短缺证据·····	127
一、导言·····	129
二、专家辅助人的模糊身份·····	130

三、专家辅助人意见是一种证据吗 .....	135
四、关于专家辅助人的程序规范 .....	139
五、小结：模糊身份与短缺证据之间 .....	142
第七章 程序法视域中的争议性死刑案件 .....	145
一、导言：吴英案引发的思考 .....	147
二、从实体上很难否定吴英案的判决 .....	148
三、死刑案件量刑程序中的民众参与 .....	151
四、能在量刑中适用“疑罪从轻”吗 .....	157
五、透过吴英案审视死刑复核程序 .....	163
六、小结 .....	168
第八章 认罪协商程序：模式、问题与底线 .....	171
一、认罪协商：共识与争议 .....	173
二、我国刑事司法实践中认罪协商的四种模式 .....	177
三、中国式认罪协商程序面临的难题 .....	182
四、认罪协商程序中的底线正义及其体现 .....	186
五、未来之展望 .....	189
第九章 刑事诉讼中法律监督三例 .....	191
一、强制性侦查措施的法律监督 .....	193
二、作为一种法律监督措施的羁押必要性审查 .....	204
三、认罪认罚从宽制度中的法律监督 .....	213

第十章 技术侦查中的模糊授权及其规制	225
一、提出问题	227
二、技术侦查适用对象的模糊性	228
三、什么是经过严格的批准手续	233
四、技术侦查应如何执行	238
五、小结：在模糊授权与严格规制之间	241
第十一章 刑事案件中的电子取证：规则、实践及其完善	245
一、我国电子取证的规范基础	248
二、关于电子取证的实证分析	252
三、电子取证中的现实问题：规避与替代	258
四、完善我国电子取证制度的路径	265
第十二章 错案追究制的法理思考与制度构建	269
一、提出问题	271
二、重新审视错案的概念	272
三、作为一种不可避免的司法现象的错案	274
四、完善错案追究制的两步走战略	280
第十三章 公共选择理论与极端社会矛盾的化解	285
一、提出问题	287
二、公共选择理论的引入：以奥斯特罗姆的研究为例	290
三、理性选择与社会矛盾解决	292

四、自主治理与社会矛盾解决 .....	296
五、多中心治理与社会矛盾解决 .....	300
六、小结 .....	303
第十四章 民众参与、问题解决型司法与裁判可接受性.....	311
一、民众参与刑事司法的心理学分析 .....	313
二、民众参与在刑事司法改革中的作用：以台湾地区的实践为例 ..	322
三、问题解决型司法：以美国的实践为例 .....	332
四、裁判可接受性：刑事司法公正的立基点 .....	340
第十五章 审判中心与被害人权利保障中的利益衡量.....	355
一、提出问题 .....	357
二、被害人权利保障中的利益结构 .....	358
三、利益衡量的基础：被害人的双重诉讼地位 .....	365
四、利益衡量的原则与相关利益的取舍 .....	371
五、小结 .....	381
第十六章 大数据、信息社会与刑事司法变革.....	383
一、数据科学改变刑事侦查的逻辑 .....	385
二、监控技术对私人空间的深度入侵 .....	388
三、重视证据证明力的传统在信息时代的改良 .....	391
四、强制措施与刑事司法宽容性的增强 .....	394
五、信息不对称效应与刑事司法沟通化变革 .....	396

六、小结 .....	400
总结 初步的结论和未来研究的展望 .....	403
一、“审判中心主义”的理解与解读 .....	405
二、本研究中发现的问题 .....	409
三、以审判为中心完善我国诉讼制度的改革建议 .....	416
四、未来研究的方向 .....	428
参考文献 .....	433

第  
一  
章

以审判为中心实现看得见的公正司法





以审判为中心是现代法治国家所遵循的基本刑事诉讼原则。2014年10月，党的十八届四中全会通过的《决定》中提出要“推进以审判为中心的诉讼制度改革”，为优化司法职权配置，构建以审判为中心的刑事诉讼制度，实现看得见的公正司法提供了绝佳的契机。习近平总书记强调指出，司法活动具有特殊的性质和规律，司法权是对案件事实和法律的判断权和裁决权。在刑事诉讼中坚持以审判为中心，归根结底是由司法审判的最终裁判性质所决定的，是司法规律的内在要求。<sup>①</sup>在此，本章在四中全会文本分析的基础上解读以审判为中心的内涵与定位，以刑事诉讼构造理论为学理支撑，透过典型个案来审视我国刑事诉讼构造之现状，并在此基础上提出渐次展开以审判为中心的改革路径。

## 一、以审判为中心的内涵与定位

《决定》在“保证公正司法，提高司法公信力”一节中明确提出了“优化司法职权配置”和“推进以审判为中心的诉讼制度改革”，提到要“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、

---

<sup>①</sup> 沈德咏：“加快推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革”，载《人民法院报》2017年3月8日，第2版。

公正裁判中发挥决定性作用”。透过上述内容，可以对以审判为中心的内涵和价值定位有一个基本的认识。

首先，推进以审判为中心的诉讼制度改革，涉及侦查、起诉、审判各阶段与公检法三机关的司法职权配置有着密切的联系。《决定》指出要“健全公安机关、检察机关、审判机关、司法行政机关各司其职，侦查权、检察权、审判权、执行权相互配合、相互制约的体制机制”。习近平同志在对《决定》进行说明时亦指出，“公检法三机关在刑事诉讼活动中各司其职、互相配合、互相制约的诉讼制度符合中国国情、具有中国特色，必须坚持”。需要注意的是，坚持“分工负责、互相配合、互相制约”原则，并不意味着该原则在我国的实施是合理、有效的，重新审视该原则的内涵并适时调整和理顺三机关关系，是实现以审判为中心的根本保障。其次，《决定》中强调了证据的作用，要求侦查、审查起诉的案件事实证据经得起法律的检验，这背后是当下存在着一些关键证据没有收集或者没有依法收集的问题，也正因如此，《决定》强调了贯彻证据裁判原则的重要性。再次，《决定》中指出的证人、鉴定人出庭制度的完善和保护诉权的要求都是对对质权的保障，而这也是实现以审判为中心的重心。最后，《决定》中突出了庭审的决定性作用，要求通过法庭审判的程序公正来实现案件裁判的实体公正，而庭审程序正是展示司法公正的主要场域，体现正当法律程序的庭审的实质化是以审判为中心的重要表征。

综合来看，以审判为中心就是司法职权配置体现司法裁判权的中立性、终局性和独立行使，证据裁判原则得到有效贯彻，被追诉人的对质权得到充分保障，体现正当法律程序的法庭审判成为实现看得见的公正的核心场域的一种诉讼构造。

同时，我们应关注《决定》对以审判为中心的价值定位。《决定》将优化司法职权配置和推进以审判为中心的诉讼制度改革置于“保证公正司法，提高司法公信力”一节，并指明了司法公正对社会公正具有重要的引

引领作用，提出了“努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”的要求。因此，推进以审判为中心的诉讼制度改革，是公正司法的要求，是实现公正司法这一司法改革核心目标的必经之路。可见，以审判为中心推动诉讼制度完善是当前司法改革的重点内容和主要突破口，需要深入研究以审判为中心优化司法职权配置完善诉讼制度的可行路径。

## 二、作为一种刑事诉讼构造的以审判为中心

以审判为中心从本质来看是一种诉讼构造。刑事诉讼构造，简言之，就是刑事诉讼中控诉、辩护、裁判三方的诉讼法律关系。刑事诉讼构造，可分为横向构造和纵向构造：横向构造指的是控诉、辩护和裁判三方在各个诉讼阶段中的法律关系；纵向构造着眼于控诉、辩护和裁判三方在整个刑事诉讼流程中的动态关系。因此，我们在把握刑事诉讼构造时，既要关注侦查、审查起诉和审判三阶段的动态过程，还要把握每一阶段中控辩裁三方的关系。

从现代法治国家的诉讼构造的演进来看，虽然进程和表现有所差异，但以审判为中心的诉讼构造已经成为一种共同的特征。一般认为，英美法系国家的刑事诉讼构造是当事人主义，注重控方和辩方（当事人）在诉讼中的平等、主导地位，在审判前阶段，除了警察代表政府收集证据之外，被告人也可以在辩护人的帮助下收集有利于自己的证据，庭审中的控辩平等、交叉询问以及审判对审前程序的合法性审查，使得审判显然成为刑事诉讼的中心环节。在大陆法系国家，通过对纠问式诉讼的革新，逐渐形成了职权主义构造。在这一构造下，法庭审判是法院判决的基础，要根据审问被告人和审查全部证据所得的直接印象作出裁判，取代了根据现有案卷作出裁判的制度，但仍然强调作为国家专门机关的控方和裁方在诉讼中的主导作用，并有着较为完整、发达的审判前程序。<sup>①</sup>而随着大陆法系国家

<sup>①</sup> 参见陈瑞华：《比较刑事诉讼法》，中国人民大学出版社2010年版，第278页。

和英美法系国家的法律文化交流，互相吸收对方之长，大陆法系国家在审判前阶段也由不负有追诉职能的司法机关来决定对公民基本权益限制或剥夺的相关问题，法庭审判阶段亦需要就审判前追诉活动的合法性进行司法审查。因此，大陆法系也大体上具有了以审判为中心的诉讼构造。同时，两大法系都对第一审程序委以重任，将裁判正当性放在第一审程序中解决，而将定罪后的上诉、抗诉、抗告等制度作为第一审加强裁判正当性的补充手段。<sup>①</sup>

从现代法治国家的诉讼构造的特点来看，以审判为中心表现出如下特征：第一，审判程序是整个刑事程序的中心，侦查、起诉等程序中主管机关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，审判通过非法证据排除等对审前程序形塑司法审查之效力；第二，在审理、裁判的多种行为中，应当以法庭审判为中心和决定性环节，通过体现控辩平等对抗，被追诉方充分、有效参与的庭审，展示看得见的公正司法；第三，在全部审判程序中，应以第一审程序为重心，打造符合正当法律程序的第一审程序是实现审判中心主义的关键所在。<sup>②</sup>

从学理来看，理想的刑事诉讼构造应以审判为中心，使国家惩治犯罪的活动被纳入法定的程序中，作为国家专门机关的控方通过与辩方在中立的司法裁判机构面前进行理性的论争，从而由中立的裁判机构来进行最后的判断，使刑事诉讼可以真正成为一种诉讼活动而不是行政治罪活动，<sup>③</sup> 有助于实现看得见的公正司法，进而实现程序法治的目标。

### 三、我国刑事诉讼构造的现状：基于典型个案的分析

为了对我国当下的诉讼构造及其实践有深入的解读和认识，在此，笔

<sup>①</sup> 参见易延友：“我国刑事审级制度的建构与反思”，《法学研究》2009年第3期。

<sup>②</sup> 参见龙宗智：“论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。

<sup>③</sup> 参见孙长永：“审判中心主义及其对刑事程序的影响”，《现代法学》1991年第4期。

者以呼格吉勒图案<sup>①</sup>、念斌案<sup>②</sup>、张氏叔侄案<sup>③</sup>、北海案<sup>④</sup>、李天一案<sup>⑤</sup>这五个在社会上引发广泛关注的案件为例<sup>⑥</sup>，运用刑事诉讼构造理论，对这些案件中侦查、起诉、审判以及辩护四大关系进行分析，以审视和归纳现行刑事诉讼构造中存在的问题。

### （一）司法职权配置不合理

典型个案显示，在公检法职权配置中，侦查权是我国司法职权的核心。公安机关的侦查权的行使，尤其是获取口供形成有罪供述这一侦查行为在整个刑事诉讼中往往是起到决定性作用，使得整个诉讼程序实际上以公安机关为主，形成了所谓的“侦查中心主义”。在上述个案中，无一例外的以侦查阶段的口供作为主要突破口，并成为串联整个办案过程的关键之所在。在审查起诉阶段，尽管被告人多出现了翻供现象并指控公安机关的刑讯逼供行为，但并未引发检察机关的重视，如呼格吉勒图、张高平的翻供。在检察机关退回补充侦查的念斌案、张氏叔侄案和北海案中，前两起案件检察机关均在没有获得新证据的情况下就提起了公诉，而北海案中，对于检察机关所提出的疑点，公安机关仅以改变口供的方式加以解决。在案件审判阶段，由于案卷移送制度的缺陷、证人不出庭以及物证等客观证据不足，使得法官高度依赖公安机关获取的口供进行裁判，很多时候尽管案件存在疑点，但面对着重重压力法官仍会作出疑罪从轻的有

① 参见张建伟：“呼格吉勒图案件中的悲剧感”，载《法制日报》2014年12月17日，第7版。

② 参见何晓慧：“念斌为何被宣告无罪”，载《人民法院报》2014年8月23日，第3版。

③ 参见徐盈雁：“耗时5年平反张氏叔侄冤案”，载《检察日报》2014年4月11日，第1版。

④ 参见文道：“北海律师妨碍作证案始末”，载《民主与法制时报》2011年8月15日，第A01版。

⑤ 参见高鑫：“李天一等人涉嫌强奸被公诉”，载《检察日报》2013年7月9日，第1版。

⑥ 选择这五个有重要影响的刑事案件作为例子来剖析是因为这些案件我们都比较熟悉，可以减少介绍案情的笔墨成本，同时，这些案件的情况媒体披露得比较详实，为我们深入分析相关问题提供了重要的细节和资料。

罪判决。如张氏叔侄案中浙江省高院在二审对张辉改判死缓时运用了“鉴于本案的具体情况，张辉尚不属必须立即执行死刑的罪犯”这一模糊的说辞，北海案中合议庭更是表示在政法委牵头的压力下被迫再一次作出有罪判决。

侦查中心主义的背后是我国现行的检警关系和侦审关系。首先是侦查权和检察监督的关系问题。由于历史和现实的原因，尽管法律规定了检察机关对公安机关的侦查行为进行监督制约，但实践中检察机关对公安机关的制约往往被相互配合所替代，这就使得检察机关对公安机关的违法行为缺乏强有力的约束手段。同时，公安机关可以独立实施侦查活动，除了实施逮捕时需要取得检察机关的批准外，可以独立采取拘留等直接涉及公民人身自由权和财产权的强制措施或强制性措施，还可以独立实施技术侦查措施，这些都使得检察机关的监督具有明显的滞后性和被动性，从而难以有效地预防和及时纠正违法侦查行为，也不利于保障犯罪嫌疑人及其他公民的权益免受非法侵犯。

其次是法院无法对侦查行为实行司法审查。在检察机关监督不力的同时，我国的法官无法参与到审判前的诉讼活动中来，公安机关除实施逮捕需要取得检察机关的批准外，对公民实施的任何专门调查活动都无须取得法官的批准，而法院只有在侦查终结检察机关提起公诉以后才能进行司法裁判活动。在审判阶段，法院裁判的主要内容是实体问题，极少就程序性事项进行裁判，非法证据排除规则虽然已经早已确立，但实践中几乎找不到非法证据排除的有效案例。如念斌案中，虽然法院最终顶住压力，遵守了“疑案从无”的法治原则，但在非法证据排除问题上，于判决书中却是避而不谈。

此外，我国现行的司法职权配置还存在着公检法三机关分工不明的问题。这在发回重审和追诉职能不清中表现得尤为突出。如念斌案中法院以“案件事实不清、证据不足”为由将该案发回重审三次，北海案中二审

法院也有将案件发回重审的行为。这一制度设计的初衷是考虑到原审法院对案件事实和证据情况掌握比较全面，当事人的诉讼权利行使比较便利、快捷，本意是为保护当事人权益而设，希望能够节约诉讼成本提高诉讼效率，实现司法的公平正义，但实践中的二案发回重审，很多时候成为推卸来自被害人、公安机关和社会压力的借口。二案发回重审后，一审法院一般都会允许将案件退回检察机关补充侦查，案件由此又会退回到一审程序、审查起诉程序甚至侦查程序。除了二审法院的发回重审之外，法院对检察机关将案件退回公安机关补充侦查也采取了高度容忍的态度，如本章关注的五起案件中，除呼格吉勒图案外，其余四起案件都经历了退回补充侦查这一过程。这些都表明我国的法院和公安机关、检察机关一样，主要承担的是追诉犯罪的职能，司法裁判的独立性和中立性却因此被牺牲，法院沦为追究违法犯罪的接力活动中的一棒，甚至是不怎么重要的一棒，从而无法形成“以审判为中心”的诉讼制度。追诉职能的趋同化，使得法院和公安机关、检察机关天然具有联盟关系，控辩双方的平等抗辩难以得到保障，司法的公正性也就很容易受到质疑。

## （二）证据裁判原则未能得到彻底贯彻

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第61条规定的“认定案件事实，必须以证据为根据”，确立了证据裁判原则。证据裁判原则作为证据法的帝王条款，<sup>①</sup>主要是指犯罪事实的存否，取决于证据。该原则有效地支配着刑事诉讼中所有犯罪事实的认定，包含三方面的要素：一是指诉讼中司法人员认定案件事实必须以证据为依据，二是据以认定案件事实的证据必须具备证据资格，三是只有经过法庭调查的证据

---

<sup>①</sup> 参见林钰雄：《刑事诉讼法》（总论编），台湾学林文化出版社2003年版，第400页。

才能成为裁判的依据。<sup>①</sup>呼格吉勒图案、张氏叔侄案等显示，刑讯逼供得来的口供、未能排除合理怀疑的物证等都成为法庭最后裁判的依据，不难看出目前我国还未能彻底贯彻证据裁判原则。为了进一步检视我国证据裁判原则的现状，接下来将对照证据裁判原则的三个要素进行分析。

第一，在案件的侦查阶段，尤其在面临较为复杂案件时，办案人员常常会先假定案件事实，再根据所认定的所谓犯罪事实去寻找可以印证的证据。例如在念斌案中，公安人员认定念斌形色可疑而进行了抓捕，并根据念斌跟被害人因为日常纠纷存在报复心的假定事实对念斌进行了审问，获得了有罪供述，警方提供的质谱图、送检报告也都存在不同程度的疑点；张氏叔侄案中，张氏叔侄被抓的一个重要原因便是被害人在前一天曾搭过二人的便车；北海案中，在发现的尸体尚未确定是王千营的情况下，警方就根据王千营的失踪开始了相应的侦查工作，由于办案人员采用先假定事实再寻求证据的思维模式，使得侦查机关在办案时不得不依赖于犯罪嫌疑人的口供证据，甚至对于某些关键的物证也存在着伪造的情况，违背了根据证据认定案件事实的原则。

第二，许多最终认定案件事实的证据其实并不具备证据资格。证据资格要求保证取证主体的合法性、取证手段的合法性和所作证据笔录的规范性，但是我国实践中非法证据问题仍然严重，如呼格吉勒图和北海案的几名犯罪嫌疑人均不同程度地受到了警方的刑讯逼供。而在审查起诉阶段，尽管多起案件中犯罪嫌疑人都向检察机关提出自己遭到了刑讯逼供，但检察机关对此均采取了漠视的态度。在审判过程中，法院往往根据公诉方提供的经过剪辑的录像资料来否定被告方关于非法证据排除的请求，如念斌案中公安机关提供的录像带中间就有明显的剪接点，后来公安机关也承认录像中断了一个多小时，念斌则声称自己在这段时间遭受了刑讯逼供。对

---

<sup>①</sup> 参见陈瑞华：《刑事证据法学》，北京大学出版社2014年版，第34页。



于证据资格的不够重视和非法证据排除规则的无法落实,使得不具备证据资格的所谓证据仍在我国大行其道,堂而皇之地成为最后的定案依据。

第三,许多证据未经法庭调查程序便被采信。因为案卷笔录中心主义的存在,本应通过控辩双方质证来使法官作出最后裁判的庭审程序面临着被架空的风险。如在李天一案中,最后裁判认定的言词证据中多是根据证人证言笔录和同案犯的供述笔录,多数证人都没有出庭作证,而念斌案中,所谓售卖老鼠药给念斌的摊主杨云炎也从未出庭,更没有当庭指认过念斌。在这种情形下,许多证据未经当庭举证和质证程序就成为定案的根据,违背了证据裁判原则。而公诉方有时对于有利于被告人的证据甚至存在着不提交法庭的情况,如张氏叔侄案中有利于被告人的DNA报告就是在辩护律师的据理力争下才得以提交。

### (三) 质证权保障不充分

我国法律并没有明确规定被告人享有质证权,相关规定的模糊性使得实践中被告人的质证权难以得到很好的实现,在此,仍从上文的几个典型案例来看我国质证权保障中的问题。

首先是证人出庭率低。在念斌案中,本应是关键证人的所谓售卖有毒物质的摊主从未出现在法庭上;张氏叔侄案中所谓的证人是牢头狱霸袁连芳;根据披露出来的李天一案二审裁定书,该案最后认定案件事实的证据中包括20项证人证言,但只有两人出庭作出当庭供述。从中不难看出我国证人不出庭其实是一种普遍的现象。实际上,学者的实证研究已经揭示出证人出庭率较低的现实,如左卫民教授在其进行的一项实证研究中指出:以全部6810起刑事案件为基数,证人出庭率仅为0.38%。<sup>①</sup>

其次是鉴定人和专家辅助人出庭情况也不容乐观。念斌案中的物证送

<sup>①</sup> 参见左卫民、马静华:“刑事证人出庭率:一种基于实证研究的理论阐述”,《中国法学》2005年第6期。

检报告、质谱图，张氏叔侄案中的DNA报告和李天一案中的精斑检测、伤情鉴定均可以见到鉴定人的身影，而尽管对上述鉴定意见，被告人都存在着不同程度的异议，但是，在这些案件的一审、二审中，鉴定人均未出庭。鉴定人出庭率低，是实践中普遍的现象，如据浙江省司法厅统计，2013年该省办理涉及诉讼的司法鉴定36832件，但鉴定人出庭作证只有167次，出庭率仅为0.45%。<sup>①</sup>新刑事诉讼法规定的与鉴定人出庭制度相辅相成的专家辅助人制度的实践情况同样不容乐观。就笔者之前所作的关于专家辅助人制度的调查问卷来看，有近半数的法律工作者对专家辅助人制度都表示“听过，但不了解”，甚至是“没听过”。专家辅助人制度的实施在发现案件真相、保障被告人权利方面发挥着独特的价值，如念斌案终审被宣判无罪，念斌一方请到的专家辅助人起到了至关重要的作用。概言之，鉴定人、专家辅助人出庭情况不容乐观的现实，严重损害了被告人的质证权之实现。

最后是律师的权利未得到充分保障，法律援助作用有限。由于被告人不熟悉法律且人身自由多受到限制，因此，律师的存在对于被告人质证权的保障具有重要意义。根据我国刑事诉讼法的规定，犯罪嫌疑人可在侦查阶段即可以委托律师作为辩护人，律师享有职务保障权、会见通信权、阅卷权、获取证据权等权利，而实践中，这些权利并没能得到充分的落实。如在北海案中，被告人的辩护律师就称因为害怕公安机关的打击报复，自己只能根据警方提供的证据材料中的破绽来进行辩护，而不敢自行搜集证据。近年来的李庄案、北海案、贵州小河案无不反映出在追诉方面前律师权利的脆弱。为了保障被告人的质证权，我国规定了相应的法律援助制度。

---

<sup>①</sup> 参见俞世裕、潘广俊等：“鉴定人出庭作证制度实施现状及完善——以浙江省为视角”，《中国司法鉴定》2014年第5期。

上文中所列的案件均为涉嫌强奸、杀人等重大犯罪，这些案件中被告人均自行委托辩护人，然而，我们却不应忽略现实中法律援助严重缺失的状况。最高人民法院披露的信息显示：除被告人自行辩护、人民团体或被告人单位推荐的人以及被告人的监护人、亲友辩护以外，律师出庭辩护率2003年为22.35%，2007年为18.65%，其中，指定辩护占有辩护人案件的比例由2003年的21.67%上升至2007年的23.32%。<sup>①</sup>有学者统计显示：在我国刑事诉讼中，法律援助案件只占有刑事辩护案件的20%—30%。不仅如此，自2004年至2011年，法律援助案件占全部刑事辩护案件的比例还呈下滑趋势，从24.23%下降到20.98%。<sup>②</sup>刑事辩护率低，法律援助的广度和深度均不足，这些问题仍然极大地限制着被告人对质权之实现。这种现况显然是和以审判为中心的诉讼构造不相适应的，没有律师的有效帮助，法庭只能是控诉方独霸的战场。

#### （四）庭审程序不完善

庭审是各方矛盾交汇的集中点，只有完善的庭审程序才能保证以庭审为中心，进而实现以审判为中心。然而，目前我国庭审程序的不完善使我国的庭审无法实现实质化，也很难真正成为展示看得见的正义的场域。

首先是我国的案卷移送制度使得法官审判活动十分依赖阅卷，使得侦查阶段获得的案卷笔录常常成为案件审理的关键所在。如在念斌案的审理中，对中毒食物部分的证据均为检方出示的被害人陈述和证人证言，本应是该案件中的关键证人——念斌供认的售卖鼠药的卖药人杨云炎，从未出庭指证过念斌，即法院对念斌的审判主要是建立在案卷材料的基础上。同样，李天一案中也是如此，不难看出案卷材料对审判的重要影响。很多时

<sup>①</sup> 参见王胜俊：“最高人民法院关于加强刑事审判工作维护司法公正情况的报告”，《全国人民代表大会常务委员会公报》2008年第7期。

<sup>②</sup> 陈永生：“刑事法律援助的中国问题与域外经验”，《比较法研究》2014年第1期。

候,法官的庭外活动是以阅卷为主,在庭前阅卷中就形成了内心预判,造成了“先定后审”的局面。

在我国的案卷制度中,侦查、起诉和审判机关都要形成相应的案卷:侦查案卷、起诉案卷、审判案卷。起诉案卷在侦查卷宗的基础上形成,一审审判案卷也以公诉机关移送的起诉卷宗、侦查卷宗为基础,即侦查、起诉、审判阶段均使用侦查卷宗,起诉、审判阶段使用的证据卷宗基本上形成于侦查阶段。通过检察机关在提起公诉时移送的全部案件材料,使得案卷事实上成为前一程序连接后一程序的纽带,刑事诉讼的主要过程就围绕着案卷展开。<sup>①</sup>尽管法院这一审判方式可以相应地提高效率和节约资源,但法院的审判实际失去了对追诉方意见和证据进行独立审查的能力,进而失去了独立的裁判权,也使得以审判为中心成为空谈。

在审判活动实际围绕案卷展开、法官已经存在内心预判的情况下,显然难以做到中立审判,对于有利于被告人的证据也往往不闻不问。如张氏叔侄案二审中,面对律师提出的如果张辉是强奸者,他就是王冬死前接触的最后一位男性,为何公安机关能够从王冬的指甲中检出更早时间另一位男子的DNA,却不能检出最近时间张辉留在她指甲内的DNA的疑问,法院有意无意地回避了该问题,也没能作出有利于被告人的裁判。<sup>②</sup>

再加上我国审判程序对法庭调查顺序的严格遵守,可能会割裂庭审调查的内在逻辑联系和破坏案件证据事实的整体性,<sup>③</sup>以及公诉方任意变更起诉内容、任意撤诉等行为的存在,使得我国的庭审程序面临诸多问题,这些都阻碍着以审判为中心的实现。

<sup>①</sup> 参见左卫民:“中国刑事案卷制度研究——以证据案卷为重心”,《法学研究》2007年第6期。

<sup>②</sup> 参见胡铭等:《错案是如何发生的——转型期中国式错案的程序逻辑》,浙江大学出版社2013年版,第188—191页。

<sup>③</sup> 参见龙宗智:《刑事庭审制度研究》,中国政法大学出版社2001年版,第202页。

#### 四、以审判为中心实现看得见的公正司法之基本路径

通过前文的分析，我们可以看到，我国的公检法三机关实质上仍然是一种“接力棒”式（“流水作业”式）的构造，三机关在刑事诉讼中各自独立地实施诉讼行为，法院也具有追诉职能，侦查、审查起诉和审判的划分具有较大的弹性。审判前的诉讼活动没有法官的参与，也几乎不存在司法授权和司法审查机制，案卷笔录对法院的裁判结论仍具有至关重要的影响，刑事诉讼程序存在“逆向运行”现象。这也使我们清楚地认识到，实现以审判为中心的诉讼制度的改革目标绝非小修小补的局部改革，为了达成这一目标，需要对诉讼制度所牵涉的各个层面进行考量和探究，同时需要策略性，从不同层面渐次展开，从而推动对整个诉讼制度的全局性改革，以求实现看得见的公正司法。

##### （一）优化司法职权配置是实现以审判为中心的根本保障

我国的刑事诉讼法虽然经历了数次修改，但很少涉及对纵向诉讼结构的改革，2012年新刑事诉讼法相关修改的实施效果尚有待实践的检验和评估。而我国“接力棒”式的诉讼构造主要牵涉公检法三机关的分工问题，所以，要真正实现以审判为中心，首先需要优化司法职权配置，调整公检法在刑事诉讼中的关系，这是以审判为中心的根本保障，也符合《决定》的精神。

优化司法职权配置，首先要做好对侦查的监督，防止侦查权的滥用和遏制非法取证等程序性违法行为。要做到对侦查的有效监督，就应当发挥好检察机关的作用，由于现行体制下检察机关监督侦查行为的天然弱势以及侦控合力追诉犯罪的情形，应该使检察机关更多地参与到公安机关重大

案件的侦查活动中来，对证据的收集、提取、固定及侦查方向等提出符合起诉条件的法律意见，并且通过行使检察监督职权纠正违法侦查行为，以引导侦查活动的依法进行。<sup>①</sup>同时，法院的审判应当更多地关注到审前程序的违法行为，通过运用非法证据排除规则等程序性制裁来对审前程序进行规制。

在强化检察机关对公安机关侦查活动监督的同时，要注意理顺检察机关的法律监督职能与法院行使审判权的关系。检察机关不仅是我国的公诉机关，同时也是法律监督机关，对法院的工作可以进行监督，这就会使得法院审判时常不得不顾忌检察院的监督职能。准确定位检察机关对审判的监督，要求检察院的监督应仅是程序性的监督，并不能直接改变案件结果，同时，检察院的抗诉行为法院仍然可以判决驳回，以保证法院的独立审判地位，为实现以审判为中心奠定良好的基础。

最后，要进一步明确法院中立裁判者的地位，使得法院不再扮演追诉犯罪的角色。对于事实不清、证据不足，依法应当判处被告人无罪的案件，法院要敢于作出无罪判决，而不是通过推动程序的逆向运行来实现所谓的“不枉不纵”，更不可因舆论和政府的压力去追求所谓的社会效果而忽略案件疑点作出裁判。同时，法院还要重视并充分保障辩方的权利，严格贯彻控审分离原则，而不是与检察机关一道来追究被告人责任。

## （二）以审判为中心要以贯彻证据裁判原则为基础

证据是认定案件事实的依据，也是整个审判活动据以展开的依据，是诉讼的灵魂，而《决定》在“推进以审判为中心的诉讼制度改革”中也明确提出要“全面贯彻证据裁判规则”。切实贯彻证据裁判原则，可以发挥审判对审前活动的规制作用，能够强化公安司法人员的证据意识和程序意

<sup>①</sup> 参见陈岚：“我国检警关系的反思与重构”，《中国法学》2009年第6期。

识,有效遏制刑讯逼供,规范侦查行为,从而保障以审判为中心的实现。因此,贯彻证据裁判原则,是实现以审判为中心的基础。在我国的诉讼活动中贯彻证据裁判原则,实现司法公正,需要明确以下几个方面的问题:

首先是证据的合法性问题,要完善我国的证据能力制度,特别是非法证据排除规则。非法证据排除规则针对的是非法取得的证据,要求将非法取得的证据排除于诉讼程序之外,这是证据裁判原则的应有之义。非法证据排除规则具有重要的实践意义,如张氏叔侄案再审中正是基于对非法证据的排除推翻了原有的被告人供述,如果之前的审判中法院能切实排除非法证据,也就不会有二人的十年牢狱之灾。目前,最高人民法院正会同中央有关政法单位起草非法证据排除的实施细则,应把握好这一重要契机,在实践中真正落实非法证据排除规则。

其次是明确待证事实。证据裁判原则主要规范的是实体法上的犯罪事实,而对于程序法事实是否适用证据裁判原则应当区别对待。对于控方主张的采取强制性措施的事实需要适用证据裁判原则;相对地,辩方提出的有利于己方的程序性请求中相关事实的证明就无须受到该原则的限制。<sup>①</sup>这一区分凸显了证据裁判原则通过证据和程序来防止公权力的滥用、保障被追诉人的权利从而保障司法公正的价值。

最后是证明方式上要分清严格证明和自由证明的界限。证据裁判原则需要运用一定的证明方式来实现,依要求不同,证明方式可分为严格证明和自由证明,而证据裁判原则要求做到严格证明,即满足据以作出裁判的证据为法律规定的证据方法和证据必须经严格的司法程序进行调查这两个条件。<sup>②</sup>对于犯罪事实的证明和控方提出的限制被告人人身自由等不利于被告人的程序性事实要适用严格证明,其他程序法事实则只需自由证明。

<sup>①</sup> 参见闵春雷:“证据裁判原则的新展开”,《法学论坛》2010年第4期。

<sup>②</sup> 参见宋英辉、李哲:“证据裁判原则评介”,《政法论坛》2003年第4期。