

全案移送背景下控方卷宗笔录 在审判阶段的使用

孙 远^{*}

内容提要：2012年刑事诉讼法重新确立了全案移送制度，这表明我国刑事诉讼程序改革的目标向着更为务实的方向调整。但是，2012年刑事诉讼法并未明示控方全案移送的卷宗笔录在审判阶段应如何使用。正确的做法是：庭前审查与庭前准备这两个程序环节，应主要依托控方卷宗材料来展开，强化庭前审查的实质性与庭前准备的充分性；而法庭审判一旦正式开启，则应严格贯彻直接审理原则，控方卷宗笔录仅能在有限范围内发挥作用。当前需要极力避免的一种错误做法是：在开庭之前禁止法官阅卷，在庭审过程中则对包括2012年刑事诉讼法第187条第1款在内的诸多彰显直接审理原则之要求的规定作限缩解释，从而将卷宗笔录作为法庭调查的主要对象。

关键词：全案移送 预断排除 庭前审查 庭前准备 直接审理

一、问题之提出

我国刑事诉讼法中的卷宗移送制度经历了两次修改。1996年刑事诉讼法改全案移送为部分移送：根据第150条，检察院向法院提起公诉时，仅需移送起诉书、证据目录、证人名单和主要证据复印件或照片。2012年刑事诉讼法则回归全案移送：第172条要求，检察院提起公诉的，应当“将案卷材料、证据”移送法院。对于“案卷材料、证据”，官方解释认为是指“全案的证据材料，既包括指控犯罪事实以及表明罪行严重等对犯罪嫌疑人不利的证据，也包括有从轻、减轻处罚情节等对犯罪嫌疑人有利的证据。”〔1〕1996年修法的原初意图在于吸收英美法系起诉书一本主义之精神，防止法官在全案移送制度之下于庭前阅卷，

* 中国青年政治学院法学院副教授。

本文是中国法学会部级法学研究一般项目“审判中心主义视角下的行政执法证据准入问题研究”（CLS（2015）C50）的成果之一。

〔1〕全国人大常委会法制工作委员会刑法室编：《〈关于修改《中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定〉条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社2012年版，第207页。

产生被告人有罪之预断,从而导致法庭审判流于形式。以此为依据,法院对公诉案件的庭前审查亦从实质性审查改为程序性审查。^[2]而2012年修法向全案移送的回归,其立法意图以及理论基础却一直暧昧不明。详言之,至少有以下两个问题亟需在理论上予以澄清:

第一,向全案移送回归是否明智。一种较具代表性的观点是对回归全案移送持完全的批判态度。如有学者认为:2012年刑事诉讼法“恢复了1979年刑事诉讼法规定的全卷移送主义,近乎宣告1996年侧重于开庭前进行程序性审查、减少预断的改革努力归于失败,为审判中心主义改革布上一层阴影”。^[3]笔者的看法颇为不同。侦查卷宗在审判阶段的运用问题所涉内容较为复杂,法官庭前阅卷与否并非仅有一种绝对正确的方案。长期以来,庭前阅卷对庭审实质化造成的负面影响在很大程度上被我国学界夸大了;从庭前阅卷到预断产生,再到庭审走过场这一因果链条,实际上存在非常大的跳跃,其解释力甚为可疑。本文试图在立法论层面对卷宗移送制度的各项决定因素作一系统考察,以揭示全案移送制度与我国刑事审判模式之间的内在关联。

第二,在全案移送已成定局的情况下,检察院向法院移送的全部案卷材料在审判阶段应如何使用。对这个问题的回答更具现实意义,尤其是十八届四中全会决定提出“推动以审判为中心的诉讼制度改革”之后,其意义更为迫切。主流意见认为,审判中心主义改革的关键环节之一,即在于扭转法庭审判受制于卷宗笔录的传统格局,确立直接言词原则在庭审环节的主导地位。^[4]因此,控方卷宗在庭审环节的不当使用,很可能导致审判中心主义改革功亏一篑。本文将结合2012年刑事诉讼法的一系列具体规定,深入探讨控方卷宗笔录在审判阶段各具体环节的使用问题,寻求符合审判中心主义之要求的方案。同时,鉴于2012年刑事诉讼法第187条第1款有关证人“应当”出庭作证的条件的规定与控方卷宗笔录之使用乃至审判中心主义的关系极为密切,笔者还将针对该款的解释适用作专门探讨。

在展开正式探讨之前,尚有两个与本文论题密切相关的要点需先行予以明确。

第一,刑事诉讼中的卷宗笔录种类繁多,根据左卫民的研究,在各类卷宗中,对案件的实体处置发挥实质作用的是“证据卷”,而包括文书卷、工作卷等在内的其他卷宗之功能则更多体现在诉讼管理方面,可被称为“管理卷”。^[5]证据卷是对侦查追诉阶段所获各种证据予以汇总固定之后的成果。庭前阅卷问题主要指的是法官庭前对证据卷的查阅。从前文所引全国人大常委会法工委的官方解释亦不难看出,全案卷宗移送所关注的恰恰也是证据卷中的内容。因此,笔者探讨控方卷宗笔录在审判阶段的使用,便是探讨证据卷在审判阶段的使用,而不涉及其他种类的卷宗。此外,证据卷的内容包含各个证据种类,本文限于篇幅,主要围绕其中最重要也最具典型意义的证人证言展开探讨。

第二,本文所称“审判阶段”特指普通程序的一审阶段,不包括简易程序和上诉审程序。首先,根据2012年刑事诉讼法第213条的规定,适用简易程序审理案件,不受该法有关普通程序中讯问被告人、询问证人、鉴定人、出示证据等程序规定的限制。由此可知,

[2] 参见宋英辉:《刑事诉讼法学研究综述》,北京师范大学出版社2009年版,第308页。

[3] 张建伟:《审判中心主义的实质内涵与实现途径》,《中外法学》2015年第4期,第872页。

[4] 参见陈光中、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2期;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;汪海燕:《论刑事庭审实质化》,《中国社会科学》2015年第2期。

[5] 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,第95页。

在法庭证据调查的规则上,普通程序与简易程序是“A与非A”的关系。即法律需要明确者仅为普通程序的证据调查规则,简易程序则以便宜为主;法律只需对简易程序的适用条件作出规定,而对该程序中的证据调查规则并无硬性要求。其次,卷宗笔录在上诉审程序中可否使用以及如何使用,应视上诉审构造的不同类型而定;它更多是不同上诉审构造之下的审理方式问题,其关注点在于如何维系上诉审与初审的关系。^[6]而本文探讨控方卷宗在一审阶段的使用,意在促进控审关系良性运转,强化法庭审判对控方证据的实质审查。二者的侧重点各有不同。

二、卷宗移送与庭审实质化的关系之立法论考察

如前所述,学界惯常的论证模式是:检察官全案移送导致法官庭前阅卷,庭前阅卷导致法官产生预断,法官预断导致法庭审判走过场;因此,要防止法庭审判走过场,就必须否定全案移送制度,改采起诉书一本主义。但是,上述论证存在如下疑问:第一,起诉书一本主义对庭审实质化的保障作用是否如主流观点所认为的那么重要,这颇为可疑;第二,法官通过庭前阅卷产生的预断是否必然导致法庭审判走过场,此亦存在疑问。

(一) 起诉书一本主义的两种含义

从比较法上看,起诉书一本主义具有两种不同的含义,一种是以日本为代表的作为规范的起诉书一本主义,一种则是以美国为代表的作为事实的起诉书一本主义。国内以往针对卷宗移送问题的讨论常常将二者混淆,以致引发诸多误解。“起诉书一本主义”作为法学上的概念,是日本学界在本国刑事诉讼由职权主义向当事人主义转变的过程中发明的。尽管日本学界在理论上普遍赋予其极高的重要性,但该国学者亦承认:“‘起诉书一本主义’是在日本法中产生的概念,很难找到相对应的外语。之所以美国没有‘起诉书一本主义’的用语,是因为这在美国是理所当然的事情。”^[7]日本学者的上述说法恰恰反映了起诉书一本主义所可能具有的规范与事实之两种含义。所谓“起诉书一本主义在美国是理所当然的事情”,其实意味着此种做法在美国仅仅是司法实践中客观存在的一种常态,而非立法的明确规定。但日本刑事诉讼法第256条明确要求,检察官提起公诉时,仅向法院提出起诉书,且“起诉书中不附带可能使法官对案件产生先入观念的文书及其他物品,也不引用证据内容”。除了判例法与成文法的传统,造成美日差异的原因还可作进一步的分析。

一般而言,法律规范之所以必要,是因为法律规范所要求的行为方式有被违反的可能。站在这一角度看,产生差异的原因恐怕在于,日本检察官在实践中极有可能倾向于在提起公诉时,向法院移交除起诉书之外的其他卷宗材料,在美国则不存在这种可能性。由此,在美国,起诉书一本主义是理所当然,在日本则必须将其上升到法律层面予以规范化。那么,又是什么原因导致了日美两国在这一点上的差别?答案的关键在于,因具体诉讼制度的不同,美国检察官不可能通过起诉时向法院移送卷宗材料而获取控诉方面的利益;日本正好相反,检察官若采取此种做法则很可能给指控带来利益,而此种利益被立法者认为有

[6] 关于上诉审构造之含义及与审理方式的关系,参见孙远:《论刑事上诉审构造》,《法学家》2012年第4期。

[7] [日]松尾浩也:《日本刑事诉讼法》下卷,张凌译,中国人民大学出版社2005年版,第362页。

悖程序公正,因此不得不借助专门的规则禁止移送卷宗材料。进一步言之,此种差异背后的深层次原因主要是两国的裁判主体不同。美国采陪审团制,法官不负责案件事实的认定,而仅负责量刑以及审判过程中程序性争议的裁决。由此不难想象,美国检察官即使把全部卷宗材料于庭前送至法院,也不会为自己带来实质性好处。首先,法官没有庭前阅卷的必要,因为法官既不负责认定事实,也不负责主导法庭审判进程;其次,即便法官庭前阅览了全部卷宗,并对案件事实形成了所谓预断,基于与上述同样的原因,也不会对审判的公正性产生实质影响。因此,美国检察官不可能萌发向法院移送全部卷宗的动机,此种做法于其并无实益。日本的情况则恰恰相反,当起诉书一本主义于1948年在日本实行之际,陪审团审判的改革尚未全面推行,^[8]职业法官依然同时肩负事实认定与法律适用的双重任务。而且,向当事人主义转向之前的日本刑事诉讼尽管亦属职权主义模式,但无论在人权保障的程度,还是对直接审理等原则的贯彻方面,与当今以德国为代表的欧陆职权主义诉讼远不可同日而语,盖其还夹杂着不少诘问式色彩,庶几可被称为职权主义的低级发展阶段。^[9]在这一情形之下,若法官庭前阅卷并随之产生预断,确有导致法庭审判空洞化之可能,因此,若无法律明文禁止,检察官自然倾向于尽早将其一面之词呈送法院。

由此可知,作为规范的起诉书一本主义之产生,以两个条件同时具备为前提。第一,职业法官主审的一元式法庭,即由职业法官同时承担事实认定和法律适用的双重职责。第二,直接审理这一确保“心证出于审判庭”的机制尚未建立。上述两点为必备条件,是因为:当第一点缺失时,即在职业法官与陪审团共同组成的二元式庭审格局下,起诉书一本主义尽管依然会作为程序运行的实然状况而存在,但其已不需要凭借法律规则的强制性要求,而是成为了“理所当然的事情”。当第二点缺失时,即法庭若已经严格贯彻了直接审理原则,就不再需要将起诉书一本主义作为防止法庭审判空洞化的机制,因为直接审理原则要求法官必须将诉讼重心放在庭审过程中,卷宗笔录不得作为裁判之依据成为明确的法律规则。换言之,直接审理原则的贯彻,将使法官通过庭前阅卷而形成的预断无法冲击法庭审判的实质性。

总之,作为规范的起诉书一本主义是日本特定历史条件下的产物,是日本从职权主义诉讼模式的低级发展阶段向当事人主义转变的过程中一个非常态化的现象。可以预计,随着日本刑事诉讼当事人主义转型的逐步完成,特别是随着该国于2009年开始全面实施裁判员法,起诉书一本主义的规范色彩或将逐渐淡化,而最终如美国一般变成司法实践中理所当然的事实状态。

(二) 全案移送、庭前阅卷与预断之关系

与起诉书一本主义在美国作为一种事实状态不同,作为规范而存在的全案移送制度是传统职权主义诉讼国家的常态。德国即为典型代表,其刑事诉讼法第173条第1款规定,在提起公诉之后,“依法院要求,检察院应当向法院移送迄今为止由它掌握的案件材料、证

[8] 关于陪审制在日本的起起落落,参见丁相顺:《日本“裁判员”制度建立的背景、过程及其特征》,《法学家》2007年第3期;[日]田口守一:《刑事诉讼的目的》,张凌、于秀峰译,中国政法大学出版社2011年版,第273页。

[9] 日本彻底采取起诉书一本主义是在1948年刑事诉讼法中实现的,而在此前的1922年刑事诉讼法中,尽管基本上亦秉承控辩式刑事程序制度,但实际上该法中违反人权保护或侵犯人权的内容还有很多。参见[日]田口守一:《刑事诉讼法》,张凌、于秀峰译,中国政法大学出版社2010年版,第4页。

据。”那么，为什么德国不担心全案移送制度会导致庭审空洞化？其实，只要对其程序规则有一个整体把握，便可发现这一担心基本上是没有必要的。德国法庭审判中的裁判者包括职业法官和非职业法官，^[10]对于检察官移送的全部卷宗材料，仅有职业法官可于庭前阅览，非职业法官不得接触案卷材料，只能通过听审形成自己的判断。^[11]从心理层面看，无论是职业法官还是非职业法官，通过庭前阅览卷宗均可能对案件事实形成自己的预判，但德国依然作出上述区分，乃是基于以下理由：

第一，职业法官所须履行的各项法定职责中，有相当一部分必须凭借卷宗材料始能完成。比如，根据德国刑事诉讼法，在正式开庭审理之前，须由法官对检察官起诉的案件是否达到法定起诉条件予以司法审查。与我国司法解释规定的程序性审查不同，德国的此种审查是实质性审查，审查的对象主要是控方移送的全部卷宗材料。又如，在法庭审判之前的准备阶段，亦有一系列关键性工作基本是建立在对卷宗的整理与调查之上的。若一味以防止预判为由禁止法官庭前阅卷，这一系列重要职责便无法完成。

第二，职业法官通过庭前阅卷而形成的预判不会严重影响法庭审判的实质性。这一方面是因为，预判导致法庭审判流于形式的危险主要体现在非职业法官身上。对于职业法官来说，辨明卷宗内容与审判程序中所获信息之间的区别，应当是必备的专业技能；非职业法官欠缺此种能力，从而导致其基于阅卷而获得的预判很可能变为根深蒂固的偏见。另一方面是因为，德国法上的一系列具体制度，如证据调查中的预判禁止法则、直接审理原则等，均可有力防止法官的审判活动受到预判的影响；此外，德国法要求法官在判决书中对事实认定理由予以详细论证，此举亦可对法官裁判是否受到预判的影响予以有效检验。总之，庭审环节的一系列程序规则可对法官庭前预判可能造成的不利影响形成强大的抵抗力。

由此，可以进一步窥见长期以来在我国法学界引起极大关注的所谓“预判”之本来面目。预判无非是人们在现有认识的基础上形成的一种“成见”。其实，我们当下掌握的任何知识，相对于未来而言都是一种成见。甚至可以说，我们的任何一项决策都是建立在预判的基础上的。尽管法庭审判一贯视预判或成见为大忌，但不得不承认的是，最终的裁判其实也是一种成见。说到底，预判本身并不可怕，对待预判应有的态度是：在出现有可能改变此种成见的信息和机会时，不要草率拒绝。一概拒绝预判并不是正确的做法，因为真正拒绝预判的唯一办法只能是不进行任何认知活动，而这也意味着无法作出任何理性的决策。因此，审判活动对于预判的恰当态度应是，在这种成见获得法律赋予的确定力之前，不得拒绝依然存在的可能的调查方法。^[12]德国法上亦有预判禁止法则，其含义并非完全杜绝法官预判之产生，而是要求法院不得将其他证据之调查结果列入判断证据价值之依据，从而省略证据调查程序。^[13]因此，我国法庭审判形式化的真正原因，恐怕并不是法官通过庭前阅卷产生了预判，而毋宁是法官在审判过程中为预判所左右，在依然存在大量可能的调查手段时，便过早地终止了法庭调查。比如，被告申请法庭调取新的证据时，法官基于阅卷产生的预判判定该申请不具有必要性而予以驳回；证人有可能出庭接受询问时，法官基于

[10] See Michael Bohlander, *Principles of German Criminal Procedure*, Hart Publishing Ltd., 2012, p. 157.

[11] See Volker Krey, *German Criminal Procedure Law*, W. Kohlhammer Publishing Company, 2009, p. 68.

[12] 参见孙远：《论证据申请及其裁决》，《现代法学》2011年第5期，第113页。

[13] 参见吴祚丞、许辰舟：《刑事证据法则理论体系与实务之研究》，台湾“司法院”2003年版，第64页。

阅卷产生的预断而仅以宣读询问笔录的方式予以调查。诸如此类的现象之所以出现,乃肇因于直接审理原则、全面调查证据义务等诸多规范未能贯彻,而并非法官庭前阅卷导致预断。

总之,尽管法官通过阅卷而获得的信息确有可能使其对案件事实产生某种预断,但此种预断对于刑事程序的运转恰恰是必需的,这些预断将在诉讼中适当的环节被使用;如果说预断有危险,也只是意味着这些预断被用在了不适当的场合,这个不适当的场合就是法庭审判过程。因此,法律应当凭借完备的规则,使法官通过庭前阅卷而获得的预断被用在其应当发挥作用的程序阶段,杜绝其在不适当的场合发挥作用,而绝不当通过禁止法官庭前阅卷一概消灭产生预断的可能性。后一做法将使诸多程序环节无法发挥其应有之作用。以德国为代表的职权主义诉讼之所以采行全案移送制度,其必要性与合理性即在于此。

(三) 向全案移送制度回归之意义

上述比较法分析表明,在卷宗移送的问题上,起诉书一本主义与全案移送这种简单的二分法,其实并不完全确切。真实情况毋宁是存在如下三种不同的模式:1. 作为事实的起诉书一本主义;2. 作为规范的起诉书一本主义;3. 作为规范的全案移送模式。其中,第一种和第三种模式分属当事人主义与职权主义诉讼下的常态,而第二种模式是较为另类的选择。此种做法的出现,以一国刑事诉讼由职权主义向当事人主义转向为契机。这一规律即使在我国刑事诉讼法的修改过程中亦不难发现。1996年刑事诉讼法确立部分移送制度,便是以对抗制诉讼制度改革为大背景的。该法出台前后的代表性观点认为,起诉书一本主义是對抗制诉讼的基石,部分移送实质上仅为过渡手段,下一步应当建立更为彻底的起诉书一本主义,以符合对抗制诉讼的要求。^[14]

但实际上,起诉书一本主义之于对抗制,根本谈不上“基石”二字,它充其量仅仅是诉讼模式转型过程中的一个推手而已。须知,日本在将起诉书一本主义规范化之后,旋即有控辩双方主导法庭审判以及建立陪审制等诸多重大举措,而这才是对抗制诉讼模式更为重要的组成部分。反观我国自1996年刑事诉讼法颁布之后十余年的执行情况,部分移送不仅未能成为促进对抗制诉讼制度改革的因素,反而在司法实践中沦为被利用和规避的对象。所谓“利用”,典型者如检察院可能凭借其对“主要证据”的决定权,仅向法院移送最有利于指控的证据材料,这反倒进一步强化了法官的庭前预断。^[15]所谓“规避”,主要体现在1996年修法之后不久,司法实践中就已出现改庭前阅卷为庭后阅卷的现象,即检察机关在合议庭审理结束之前,将全案卷宗材料移送法院,然后由合议庭进行闭庭阅卷。^[16]凡此种种,均导致卷宗笔录对法庭审判的控制作用并无丝毫消减。

如果沿用笔者在前文采用的模式区分标准,此种以庭后阅卷规避卷宗移送制度的做法,甚至可被称为“作为事实的全案移送模式”。其产生亦有特定条件:一方面,立法者怀有向对抗制诉讼模式转变的良好愿望,并率先对控方移送卷宗作出限制;但另一方面,却未能进一步强化控辩双方对抗,弱化法官主导庭审以及事实认定方面的职权,即在对抗制程序的具体制度建设方面缺乏实质举措。此种情况下,法官对卷宗的强烈依赖依然客观存在,

[14] 参见张泽涛:《我国现行〈刑事诉讼法〉第150条亟需完善》,《法商研究》2001年第1期,第130页。

[15] 参见孙远:《卷宗移送制度改革之反思》,《政法论坛》2009年第1期,第169页。

[16] 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379页。

实践层面出现对部分移送制度的规避乃属必然。

从上述分析可以推知，对于 2012 年刑事诉讼法回归全案移送的意义，应作如下认识：它表明我国刑事诉讼程序改革的目标向着更为务实的方向调整。对抗制诉讼模式的建立，相对于我国制度建设的现实状况而言，是过于宏大的规划。与其追求诉讼模式的根本变革，不如在现有基础上选择更具现实操作性的道路。显然，我国现阶段对于庭审实质化的需求更为急迫，因此，以审判为中心的刑事诉讼制度改革无疑是更为务实且具有现实操作性的目标。前文论述表明，即使在采全案移送制度的职权主义诉讼模式下，亦可有效防止法官预断对庭审的不利影响，实现法庭审判的实质化，从而确保审判在整个刑事诉讼中的中心地位。而且，此种模式所赖以存在的制度基础我国亦基本具备，所需完善者仅为一系列法庭审判环节的程序规则，这无疑是一种成本小、收益大的改革方案。因此，应当以积极的心态看待此次卷宗移送制度改革。接下来需要解决的问题是，在制度建设上应如何充分发挥全案移送所可能具有的积极功能，并将其不利影响降至最低。而这一问题的核心便是，审判阶段的各诉讼环节究竟应以何种方式使用控方移送的卷宗笔录，2012 年刑事诉讼法对此并未给出足够明确的解答。接下来，笔者将针对审判阶段的各个具体环节，逐一探讨卷宗笔录之使用问题。

三、控方卷宗在庭前环节之使用

检察院提起公诉之后，在法院正式开庭审理之前，共有两个程序环节，一为庭前审查，二为庭前准备。2012 年刑事诉讼法第 181 条、第 182 条分别为这两个环节提供了基本的法律依据；2012 年《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”），又在此基础之上，作出了更为细致的规定。在这两个环节，卷宗均应发挥重要作用。

（一）庭前审查

根据 2012 年刑事诉讼法第 172 条的规定，提起公诉的条件为“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”。然而，尽管我国法律对起诉条件有实质性要求，但在具体个案中，检察官的起诉是否达到该条件则无需接受来自司法机关的实质性审查，法院仅需依据“刑事诉讼法解释”第 180 条进行程序性审查。但无论是大陆法系还是英美法系国家，在检察官提交起诉书之后，均需接受来自司法机关的实质审查，以决定是否开启正式审判程序，此种实质审查环节可被称为起诉审查程序。美国的起诉审查的具体模式在各州或有不同，大致可分为两种：一为预审法官审查，二为大陪审团审查。^{〔17〕}而德国刑事诉讼中发挥起诉审查功能的环节被称为“中间程序”，审查主体为受诉法院的职业法官。德国的中间程序是指，“由一独立的法官或法官们组成的委员会，以不公开审理的方式，决定对案件再行侦查的合法性及必要性，并且尽量避免使得当事人受到不平等的审判程序。”^{〔18〕}该程序审查的内容主要包括两个方面：其一，检察官提交的证据是否达到法

〔17〕 参见〔美〕约书亚·德雷斯勒、艾伦·C. 迈克斯：《美国刑事诉讼法精解》第 2 卷，魏晓娜译，北京大学出版社 2009 年版，第 124 页。

〔18〕 〔德〕克劳斯·罗科信：《刑事诉讼法》，吴丽琪译，法律出版社 2003 年版，第 377 页。

定起诉标准；其二，诉讼要件是否齐备。此二者共同构成提起公诉的法定条件，若法院审查发现上述两方面的要件欠缺，检察官的起诉将被驳回。

起诉审查程序的功能有二：第一，防止检察官滥诉，即检察官将实质上未达起诉条件的案件率行起诉；第二，在职权主义诉讼中，起诉审查程序还可确保控审分离的诉讼架构得以维系。关于第二点需稍作解释：如前所述，起诉审查程序要审查的重要内容之一为提起公诉的案件是否达到法定证明标准，而且该标准之达成须由检察官负完全的证明责任，法官的调查职权在此环节不得启动。此种安排是为了使检察官承担名副其实的控诉职责。当这一道关卡失守，检察官若将未达法定条件的案件提起公诉，则意味着一系列原本应当由控诉机关履行的调查取证工作将不得留至审判阶段由法院负责。如此一来，本应居中裁判的法官实质上蜕变为控诉一方，因为若法院过分投入证据调查活动，则案件将从“控方的案件”转变为“法院的案件”，法官或将面临“审判自己案件”的尴尬局面。因此，庭前审查必须是实质性的。

然而，需要注意的是，尽管庭前审查与庭审从性质上看均为实质性审查，但二者的目的为一为审查法定起诉条件是否满足，一为审查被告人有罪与否，故在具体程序上应存在以下重要差别。第一，起诉审查程序的调查范围原则上仅限于控方提交的证据，法院不会像法庭审判阶段那样主动依职权调取证据，辩方此时亦无需向法庭举证。第二，起诉审查程序中对控方证据的调查以书面调查为主，无需践行法庭审判过程中证人亲自出庭的直接审理原则。上述调查范围与调查方式上的特点，决定了在此种实质性的庭前审查环节，控方卷宗必然居于核心地位。所谓审查，实质是对控方卷宗的审查。若从控方单方面提交的卷宗衡量，起诉书指控的事实具有实质证据支持，且能自圆其说，则案件符合开庭审理之条件。

由于我国长期固守庭前程序性审查的观念，使得我国刑事诉讼程序在防止滥诉以及维系控审实质分离这两方面，存在严重的功能欠缺。当前立法与实践层面只能依赖诸如补充侦查、撤诉之类的替代性方案，在一定程度上发挥前述功能，但由此造成的代价甚巨。^[19]因此，我国刑事诉讼的庭前审查环节必须从形式走向实质，否则刑事审判的功能不可能完整，2012年刑事诉讼法第172条有关起诉条件的规定也难以有效贯彻。向全案移送制度的回归，实际上已经为此种实质性庭前审查程序之建立，提供了必要条件。^[20]

（二）庭前准备

庭前准备对于确保庭审有序高效运行可发挥重要作用，但我国刑事诉讼法一直未充分开发此一阶段的功能，法律明确提及者仅限于送达文书、通知开庭、公告等事务性工作，直至2012年刑事诉讼法新增有关庭前会议的规定，庭前准备环节的实质意义才得以强化。在2012年刑事诉讼法第182条第2款的原则性规定的基础上，“刑事诉讼法解释”第184

[19] 参见孙远：《论检察官审判阶段强制取证权的废除》，《烟台大学学报（哲学社会科学版）》2007年第3期；孙远：《论撤回公诉》，《刑事法判解》第10卷，北京大学出版社2009年版，第266页以下。

[20] 或有反对意见认为，在2012年刑事诉讼法下，主张实质性的庭前审查程序于法无据。实际上，此种观点是对2012年刑事诉讼法的误读。该法从来没有哪一个条文明确规定庭前审查只能是程序性审查，该法第181条只是确立了这一程序环节，至于其性质如何则并未言明。庭前审查应为程序性审查的看法只是一种学说，如果说有规范层面的依据，也仅为“刑事诉讼法解释”第180条，但此种学说以及“刑事诉讼法解释”第180条实际上是对2012年刑事诉讼法的错误解释。盖其与立法目的多有不合，与控审分离、起诉法定等原则存在抵触，故理应抛弃。

条进一步明确庭前会议可涉及的问题有：管辖异议，回避申请，证据调取申请，提供新证据，证人、鉴定人名单之异议，非法证据排除申请，不公开审理申请，证据争点之整理，附带民事诉讼之调解。除最后一项外，其他均属程序性事项。不难看出，在控辩裁三方围绕上述事项交换意见的过程中，卷宗笔录的重要性毋庸置疑——当法庭尚未展开直接审理之时，前述问题的提出与辩论当然应以控方全案移交的证据材料为依托而展开。特别是，若依据当前学界一种强有力的意见，增加庭前会议程序的裁判功能，^[21] 则法官在此一阶段接触卷宗更属必不可少。

庭前准备环节对卷宗的依赖，即使在将起诉书一本主义作为法律明文规定的日本也不例外。在日本，起诉书一本主义的要旨并非绝对禁止法院审前接触卷宗，而在于禁止法院独自接触有关案件之证据而产生预断。“在审前整理程序中，法院必须仔细审酌举证意旨及其与证据间之关系后，方能确定是否有调查必要。惟由两造当事人‘对等参与’之审前整理程序，其主要目的在于整理两造当事人之主张及争点以决定证据采用与否，并非法院单独接触证据并直接作为心证之用，所以理论上并不认为抵触起诉状一本主义即预断排除原则。”^[22]

而从卷宗移送制度对庭前准备程序之影响的角度看，我国的立法经历了以下三个阶段：

第一，1979年刑事诉讼法采全案移送制度，这意味着法官在庭前可充分接触卷宗，并依据其阅卷之结果拟定庭审方案。同时，至少从立法来看，辩方庭前阅卷权亦有较充分的保障，可在阅卷之后为庭审做准备。唯此一阶段较明显的问题是，控辩裁三方尽管理论上对卷宗均有较充分之了解，但他们基于卷宗所做的庭前准备工作却是分别展开的。诸如庭前会议这种三方沟通机制尚未建立，因此准备工作的针对性与有效性存在不足。

第二，1996年刑事诉讼法将全案移送改为部分移送，由此导致两方面的后果。其一，法官在对指控材料所知极为有限的情况下，难以为法庭审判做有针对性的准备；其二，随着卷宗移送制度的改革，辩方在审判开启之前的阅卷范围也在实务中受到极大限制。^[23] 上述两点意味着在控辩裁三方之中，唯有控方掌握指控的全面信息。如果再考虑到我国法庭审判一直带有极为浓厚的卷宗笔录式审判色彩，直接审理原则尚未确立，则不难想见此种格局的危险性。盖此种情况下，无异于控方实际掌握了法庭审判的主导权。^[24]

第三，2012年刑事诉讼法回归全案移送，同时增设庭前会议制度，为庭前准备环节功能的有效发挥提供了极为有利的条件。一方面，法院可较完整地审阅控方案卷材料，此为其得以有效主导庭审进程的必备前提；另一方面，辩方在充分阅卷的基础上，辅之以庭前会议的程序设置，亦可与控方共同参与各项准备工作。可以说，在现行法下，庭前准备程序之功能若能充分发挥，将在很大程度上推动控辩平等、法官中立的审判格局之形成，而在这一过程中，卷宗笔录的充分运用乃是一至关重要的因素。

另需指出，当前学界关于庭前会议的讨论存在一个明显的偏差，即着眼点往往放在“会议”二字上，似乎唯有通过这种各方主体到场的会议方式，方可为审判做准备。实际

[21] 参见魏晓娜：《庭前会议制度之功能“缺省”与“溢出”——以审判为中心的考察》，《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2016年第1期，第71页。

[22] 林裕顺：《“起诉状一本主义”再考——厘清“剪不断、理还乱”的审检互动》，台湾《月旦法学》总第177卷（2010年2月），第188页。

[23] 参见前引〔14〕，张泽涛文，第127页。

[24] 参见前引〔15〕，孙远文，第173页。

上,庭前会议仅仅是庭审准备的一种形式。2012年刑事诉讼法第182条第2款规定,在开庭以前,审判人员“可以”召集相关人等了解情况,听取意见。其中“可以”二字仅仅意味着法院可根据个案中审判准备工作的具体需要,决定是否采用庭前会议的形式,而绝非意味着法院可以在个案中决定是否进行准备工作。准备工作对于庭审的有效进行乃属必不可少,即便不以召集庭前会议的形式进行,亦须以其他方式为之。^[25]增设庭前会议制度,其意义不仅在于创设了这样一种解决预备性程序问题的程序形式,更在于明示了为法庭审判进行准备的必要性,以及在此项工作中赋予控辩双方参与机会的必要性。至于此种参与是否必须采用各方到庭的会议形式,则并非一定。而无论庭前准备工作采用何种方式,保障法官与辩方对控方卷宗的充分接触,均属庭前准备环节最低限度的要求之一。

(三) 小结

在提起公诉之后、法庭正式审判之前的庭前审查与庭前准备这两个阶段,卷宗笔录均发挥着难以替代的作用,卷宗是庭前审查的主要对象和庭前准备的重要工具。可以说,2012年刑事诉讼法重新要求控方全案移送证据材料,其主要价值便是满足这两个环节的需求,以弥补我国审判程序在庭前审查与准备这两个重要功能上的不足。而对这两个不足的有效弥补,对于维护法庭审判环节在整个刑事诉讼中的中心地位,起着至关重要的作用。

但是,必须强调的一点是,庭前环节对控方卷宗笔录的审查与使用,是专就职业法官而言的。包括陪审员在内的各种非职业法官不得接触卷宗材料乃各国通例,即使欧陆各国参审制之下的陪审员亦无不同,因为非职业法官对于阅览卷宗一无技术、二无经验,极易受卷宗笔录的不良影响而形成偏见。2015年4月,最高人民法院、司法部联合下发《人民陪审员制度改革试点方案》,该方案要求“健全人民陪审员提前阅卷机制,人民法院应当在开庭前安排人民陪审员阅卷,为人民陪审员查阅案卷、参加审判活动提供便利。”这一要求显然与卷宗使用的基本原理背道而驰,若如此,必将严重危及法庭审判的实质性以及陪审制功能的有效发挥。

四、控方卷宗在庭审环节之使用

(一) 控方卷宗原则上用于程序性事实之证明

尽管在庭前审查与准备环节,程序进行主要依托卷宗笔录展开,但法庭审判一旦正式开启,卷宗笔录的使用便立即受到重大限制,因为法庭审判原则上应以直接审理的方式展开证据调查。直接审理原则要求法官于审判过程中,将最原始的证据材料作为调查对象,即采用“直接证据方法”,而不得使用“证据替代品”;所谓“证据替代品”即第二手或第二手以上的证据材料。^[26]比如,直接感知案件事实的证人亲自出庭作证属于直接证据方法,证言笔录属于证据替代品;负责勘验、检查、搜查等侦查行为的侦查人员亲自出庭陈述其侦查行为的过程与结果属于直接证据方法,勘验、检查、搜查笔录属于证据替代品;

[25] 这就好比根据2012年刑事诉讼法第223条的规定,二审审理方式有开庭与不开庭两种,所谓“不开庭”显然并非意味着可以不用审理,而仅仅是无需以开庭的方式审理;即使采用不开庭审理的方式,亦须充分保障各方当事人各项诉讼权利之行使。

[26] 参见林钰雄:《严格证明与刑事证据》,法律出版社2008年版,第43页。

实物证据的原物、原件属于直接证据方法，其复制品、复制件属于证据替代品，等等。若法庭调查过程中违背直接审理原则，以证据替代品为调查对象，则属审判程序违法，其判决有可能被上诉审法院撤销。

直接审理原则在审判活动中的重要意义已为我国学界普遍认同，而该原则与卷宗笔录式审判存在天然的对立关系，其第一位要求即“卷宗之内容原则上不得用为裁判之依据”。^[27]对于审判中心主义改革而言，直接审理原则的作用举足轻重。但是，这并非意味着控方卷宗在法庭审判阶段全无价值，盖直接审理原则作为一项成本高昂的要求，有其特定的适用范围；在该范围之外，卷宗笔录依然可以成为法庭直接调查的对象。因此，要明确控方卷宗在庭审阶段的功能，首先应明确直接审理原则的适用范围。

在以德国为代表的职权主义诉讼规则体系之下，直接审理原则属严格证明法则的重要一环，而二者的适用范围是一致的。所谓严格证明是指，在证据方法以及证据调查程序两个方面均受法律严格规制的证据调查方式。^[28]与严格证明相对的是自由证明，自由证明在证据方法与证据调查程序两方面并无严格限制，法院“可不拘任何方式来获取可信性（例如以查阅卷宗或电话询问之方式）”。^[29]就适用范围而言，原则上严格证明适用于实体性事项，即与定罪量刑有关的事项；而对于程序法事实的证明，以自由证明为已足。^[30]由此可知，至少在程序性事实的证明问题上，控方卷宗应有发挥作用的空间。

之所以对程序性事实不做严格证明之要求，主要是基于两方面原因：第一，不必要。实体法原则上被视为对被告不利的法律，而程序法意在保障公正司法，所以这类法律原则上被看成是对被告有利的法律。^[31]因此，实体法事实的认定必须赋予被告针对不利证人的充分质证权，^[32]这一点唯有在严格证明、直接审理原则之下才能确保。^[33]程序法事实由于原则上不涉及对不利证人的质证问题，以自由证明的方式调查即可。第二，不可能。在一起案件的处理过程中，所涉及的实体法事实与程序法事实相比完全不成比例，后者的数量远远大于前者。任何一起案件在审判对象确定之后，所需查明的实体法事实往往仅限于起诉状中援引的某些具体刑法条文所规定的要件事实，而程序法事实则涉及诉讼的各个环节，若将上诉审也考虑进来，则几乎涉及整部刑事诉讼法，故各诉讼环节的程序性事实之调查均须固守严格证明法则在客观上是不可能的。^[34]因此，在程序性事实的证明上，可以参酌包括控方卷宗笔录在内的一切证据材料。不仅如此，程序性事实在无异议的情况下甚至可

[27] 前引〔18〕，罗科信书，第430页。

[28] 参见林钰雄：《刑事诉讼法》上，台湾元照出版有限公司2013年版，第478页。

[29] 前引〔18〕，罗科信书，第208页。

[30] 参见前引〔11〕，Krey书，第6页。

[31] 参见〔法〕卡斯东·斯特法尼、乔治·勒瓦索、贝尔纳·布洛克：《法国刑事诉讼法精义》上，罗结珍译，中国政法大学出版社1998年版，第10页。

[32] See Ben Emmerson & Andrew Ashworth, *Human Rights and Criminal Justice*, Sweet & Maxwell, 2001, p. 462.

[33] 参见前引〔26〕，林钰雄书，第49页。

[34] 对一个刑事案件，刑法只不过适用其中有关的几个条文而已，绝不至于有适用刑法之全部或大部分条文之情形发生。然而，刑事诉讼法即使对一个刑事案件，虽不至于动用全部条文，但仍难免动用大部分条文，而且动用之方式系连续性、有机性而非个别性、无机性。参见黄东熊：《刑事诉讼法论》，台湾三民书局1987年版，第2页。

以不待质证,而依卷宗记载直接认定。^[35]但须注意的是,“应经严格证明之事项,固然不得仅经自由证明程序,但反之则不然:仅须经自由证明之待证事项,法院亦得慎重其事而以严格证明的程序来证明。”^[36]这一点在2012年刑事诉讼法中亦有相应体现,根据该法第57条第2款的规定,法院可以通过对控方卷宗中的材料进行调查以确定证据之合法性,此种方式应属自由证明;但在必要时,法院亦可通知侦查人员出庭作证,这显然属于严格证明。^[37]

(二) 控方卷宗在实体性事实之证明中可能发挥的功能

法庭审判实质化在我国多年来难以实现,其症结便是在实体性事实的证明过程中,大量使用控方卷宗笔录以替代直接证据方法,从而形成所谓卷宗笔录式审判模式。^[38]以审判为中心的刑事诉讼制度改革要扭转的正是此种局面。但是,即使在直接审理原则之下,控方卷宗笔录于实体性事实的调查过程中亦非全无使用的空间,其具体情形可以大致分为两种:第一种是在直接审理原则之下原本即可使用;第二种则是作为直接审理原则的例外而使用。第一种情形相对较为简单,它指的是:在控方移交的卷宗笔录中,某些内容本身即属直接证据方法,比如,将书证的原件入卷。此时,法庭以当庭宣读的形式对该书证展开调查并不违背直接审理原则。^[39]但须注意的是,该书证本身作为实物证据并不具有自己证明自己的功能,必须有其他证据能够证明该书证与案件之间的联系。^[40]而那些用于证明书证与案件之间联系的证据,则须经受直接审理原则的检验,亦即对这些证据材料的调查必须运用直接证据方法。^[41]与此种情况相比,第二种情形更为复杂。由于本文讨论的重点是证人证言笔录之使用问题,接下来笔者逐一对证人证言之调查程序中直接审理原则的例外情形予以探讨。

1. 证人已出庭作证情况下卷宗笔录的使用

一般情况下,若证人已出庭作证,则不再有使用卷宗笔录的必要,但使用的可能性并不能完全排除,在作证与质证的过程中,卷宗笔录亦能发挥一定的作用。此类情形较为简单,以下简述之。第一,在证人作证的过程中,当证人的记忆力出现暂时性“枯竭”时,卷宗笔录可用于恢复其记忆。如德国刑事诉讼法第253条第1款规定:“证人、鉴定人表示对某事实不再记得的,可以宣读过去其询问笔录中对此有关的部分,帮助其回忆。”第二,在调查证言的过程中,卷宗笔录中记载的该证人审前证言可起到弹劾或支持其庭审证言的作用。根据德国刑事诉讼法第253条第2款的规定,当法庭询问中出现与过去陈述相矛盾的

[35] 根据2012年《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》第437条第4项,“在法庭审理中不存在异议的程序事实”属于“不必提出证据进行证明”的事项。

[36] 林钰雄:《最高法院刑事裁判评释》,台湾元照出版公司2013年版,第47页。

[37] 2012年刑事诉讼法第57条第2款规定:“现有证据材料不能证明证据收集的合法性的,人民检察院可以提请人民法院通知有关侦查人员或者其他人员出庭说明情况;人民法院可以通知有关侦查人员或者其他人员出庭说明情况。有关侦查人员或者其他人员也可以要求出庭说明情况。经人民法院通知,有关人员应当出庭。”

[38] 参见陈瑞华:《案卷笔录中心主义——对中国刑事审判方式的重新考察》,《法学研究》2006年第4期,第64页。

[39] 参见前引[28],林钰雄书,第576页。

[40] 参见前引[10],Bohlander书,第157页。

[41] 比如,根据“刑事诉讼法解释”第69条第2项的规定,如果是经搜查提取、扣押的书证,应着重审查是否附有相关笔录、清单,笔录、清单是否经侦查人员、物品持有人、见证人签名,没有物品持有人签名的,是否注明原因。该规定中所指附有相关人员签名的笔录、清单,即可起到证明该书证与案件之间联系的功能,但此种方式是典型的间接证据方法,违背直接审理原则。在直接审理原则之下,恰当的做法是由亲自实施该搜查、扣押活动的侦查人员出庭作证,证明该书证的来源。

证言，不能以其他不中断法庭审理的方式予以确定、澄清情况时，亦可宣读过去询问笔录中与此有关的部分。但是，此种情形下，对卷宗笔录的宣读不能替代庭审证言，其价值仅在于证明该证人曾于庭审之外作出过与庭审证言不一致的陈述。^[42] 在英美证据法上，此种做法亦属常见。^[43]

2. 证人出庭存在客观上难以克服的重大困难或风险时，将卷宗笔录作为实体证据

直接审理原则所欲维护的利益主要有两点，一为确保法官对证据材料形成直接印象，二为确保被告对不利证人行使面对面的质证权。但是，这两方面利益在刑事诉讼中并非始终具有优先性，当证人出庭存在客观上难以克服的重大困难或风险时，直接审理原则的适用有其例外。总体而言，此种例外主要有两种情形：第一，证人出庭，但对其作证方式采取有别于普通证人的方式。此种情形主要适用于某些特殊类型的证人，这些证人客观上虽有出庭作证之可能，但若采用与普通证人相同的公开、当面质证方式，则有可能损害某些法律所应保护的重大利益。此时，法律允许对其出庭作证的具体方式做一变通，如采用蒙面、变声、视讯、匿名等特殊方式接受法庭调查。此种做法在我国现行法中亦有体现，如2012年刑事诉讼法第62条第1款中规定的“不公开真实姓名、住址和工作单位等个人信息”、“采取不暴露外貌、真实声音等出庭作证措施”，第152条中规定的“不暴露有关人员身份、技术方法等保护措施”等，均属此类。^[44] 从比较法上看，此种做法还广泛适用于诸如性犯罪的被害人、未成年人等所谓“脆弱证人”。^[45] 第二，证人不再亲自出庭，而以宣读其庭外证言笔录的方式展开法庭调查。本文主旨在于探讨卷宗笔录的使用，因此仅针对这种情形展开阐述。

从比较法上看，在允许以证人庭外证言笔录作为实体证据的立法例中，普遍有以下几个方面的要求：

第一，可以适用此种调查方式的情形须由法律予以严格限制，若适用范围过于宽松，则有颠倒原则与例外的危险。在采取直接审理原则的立法例中，可当庭宣读证言笔录以替代证人出庭的情形主要包括：证人死亡、罹患精神疾病、所在不明根本无法传讯，或远居外国并在可预见的时间内难以期待其出庭作证等。^[46]

第二，即使在法律明定承认卷宗笔录之证据资格的特定情形下，直接审理原则的要求亦非被完全抛弃。其本质毋宁是在存在利益冲突的情况下，对直接审理原则的适用作出一定程度的限缩。

须说明的是，即使法律明定允许采用庭前证言笔录，其所指的笔录亦非我国刑事司法实务中习以为常的那种由控诉机关单方面制作的证言笔录，而是有其最低限度的公正要求。从比较法上看，可对最终在法庭宣读以替代证人出庭证言的笔录作出区分。

其一，司法笔录与非司法笔录。所谓非司法笔录是指控方于侦查追诉过程中单方面询问证人而制作的笔录；司法笔录则指当控方预料某证人于未来的法庭审判过程中可能难以

[42] 参见前引 [10]，Bohlander 书，第 159 页。

[43] See Arthur Best, *Evidence*, Wolters Kluwer Law & Business, 2015, pp. 165 - 166.

[44] 直接审理原则要求质证以“全方位”、“面对面”等形式展开，因此，此种变通性的作证措施均属对质证权的限缩。

[45] 参见张吉喜：《论脆弱证人作证制度》，《比较法研究》2016年第3期。

[46] 参见前引 [26]，林钰雄书，第 52 页。

出庭，而在正式审判开启之前，预先申请法官听审该证人作证而制作的笔录。后者尽管依然属于指控卷宗的内容，但因加入了法官听审这一因素，而至少部分体现了直接审理原则的要求，其在法庭审判过程中的使用余地要大于非司法笔录。^[47]德国法上广泛采用此种做法，甚至为此专门设置了侦查法官的角色。^[48]原则上，经侦查法官听审而制作的证言笔录，具有在庭审过程中被宣读的资格。

其二，对于非司法笔录，根据其是否赋予被告面对面质证的机会，又可区分为经质证的笔录与非经质证的笔录。欧洲人权法院近年来的判例承认，侦查阶段已经被告充分质证的证言，于审判环节可以宣读该证言笔录的方式展开调查，从而免除证人亲自出庭的负担。如前所述，直接审理原则的意义之一在于赋予被告与不利证人面对面质证的机会。在各国审前阶段被告的程序保障已相当充分的情况下，欧洲人权法院认为，此种质证未必一定要在审判阶段进行，如果在审前的侦查阶段已赋予被告充分的质证机会，则控诉机关制作的询问笔录可以在庭审中作为证据使用。欧洲人权法院在这一问题上的理论被归纳为“至少一次原则”，即只要在包括侦查和审判阶段在内的整个刑事诉讼过程中，为辩方提供了一次充分的质证机会，便可将该证言在审判中作为证据使用。^[49]上述理论体现了欧洲人权法院在公正审判标准问题上一贯采用的“整体观察法”，即将刑事诉讼程序当作一个整体予以衡量，而非仅仅关注某一具体问题或阶段。^[50]就质证权保障而言，其“重点是有无保障辩方质问的机会，至于这个保障是在审判中或侦查中践行，则是次要的问题。虽然原则上质问应在审判时进行，但这是因为审判程序通常有相当的程序保障，所以，关键是程序保障，而非审判或侦查程序……只要履行程序保障，侦查中经过质问的证词，也有可能合法地引入审判程序。”^[51]

总之，当客观上存在与直接审理原则之践行相冲突的利益的情况下，从立法与司法两个层面须展开利益衡量。若不存在此一冲突，则应以证人出庭为原则。而即使存在冲突，直接审理原则所欲实现的利益亦不能完全放弃。从比较法上看，原则上，在法官直接听审或被告充分质证这两者至少具备一个的情况下，方有在庭上宣读笔录的可能性。

第三，至于未经质证的非司法笔录，原则上不得使用，仅在少数法定的极其例外的情形下，方有在法庭宣读的可能。而且，由于此种笔录中已不包含直接审理原则的任何因素，法律对此种笔录的使用条件往往设定更为严格的标准。其一，此种笔录的使用应为“最后手段”，即唯有在穷尽一切法律允许的合法手段，该证人依然无法出庭的情况下，此种笔录方有被使用的可能。若法院未尽传唤保障证人出庭义务，或因其他可归责于公权力机关之原因而导致证人无法出庭，则该笔录原则上不得用于证明犯罪成立、刑罚适用等实体性事实。^[52]此外，即使证人无法出庭，但当存在其他较宣读笔录更有效的质证手段时，亦不得率行以宣读笔录的方式进行调查。如果客观上具备视讯作证的条件，则应优先采用此种方式。其二，此种笔录因不符合直接审理原则之要求，尽管可在审判过程中宣读，但不得作

[47] 参见前引〔10〕，Bohlander书，第159页。

[48] 参见林钰雄：《刑事法理论与实践》，中国人民大学出版社2008年版，第24页。

[49] 参见前引〔36〕，林钰雄书，第158页。

[50] See Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, 2005, p. 86.

[51] 林钰雄：《刑事程序与国际人权（二）》，台湾元照出版公司2012年版，第418页。

[52] 参见前引〔36〕，林钰雄书，第187页。

为认定犯罪的唯一证据，而应有其他证据补强其证明力。根据欧洲人权法院设定的标准，如果一项有罪判决“完全或主要”建立在此种证言笔录之上，则该判决不符合公正审判的要求。^[53]

从上述原理来看，我国司法解释中的相关规定存在不足。首先，“刑事诉讼法解释”第206条第1款所列证人可以不出庭的情况，基本与上述证人因客观原因无法出庭的情形相符，所不同的是该款最后还附有“有其他客观原因，确实无法出庭的”这一兜底性规定。学界往往从导致原则与例外颠倒这一点对该规定提出批评。其实，即使不考虑对实践可能造成的后果，单从法解释论的基本原理看，此种条款亦可能违背宪法相关规定之精神。盖证人不出庭乃是对被告质证权的限制，质证权当属辩护权的重要组成部分，而依据宪法第125条的规定，辩护权应属公民的一项基本权利。因此，允许证人不出庭在性质上属于一种基本权干预行为，而基本权干预应以明确的法律授权为条件。显而易见，“刑事诉讼法解释”第206条第1款中的兜底性规定无论在效力位阶上，还是在明确性上，均存在明显的缺陷。其次，由于上述条款的规定过于简略，实践中出现该款规定的情形时，往往意味着控方卷宗笔录直接在法庭审判过程中具备证据资格，于此既未区分司法笔录与非司法笔录，亦未对控方卷宗笔录的宣读作“最后手段”之严格要求，更未明确此种证言笔录在补强证据规则方面的要求。凡此种种，均造成控方卷宗笔录接管法庭调查程序的局面。

3. 准用简易程序法理下的卷宗笔录之使用

在普通程序中准用简易程序法理使用控方卷宗的情形，与直接审理原则的例外情形，从实际情况来看并无不同，即卷宗笔录均被作为证明实体性事实的证据接受法庭调查，直接审理原则均被舍弃。二者的差别体现在达致此一结果的规范路径不尽相同。在直接审理原则的例外情形之下，发挥主要作用的是法官职权。换言之，它是依托于法官主导庭审的职权主义诉讼模式之法理而运作的，法官需秉其职权在直接审理原则的立法目的和与之冲突的其他利益之间作出实质性权衡，以决定是否可以采用证人的审前证言。而简易程序是将正当性主要建立于辩方弃权基础之上的制度安排。申言之，法庭审判应为被追诉者所享有的一项基本权利，审判程序简化之实质为被告质证权之简化，因此简易程序的适用应以被告同意为前提。依据简易程序的上述原理，被告主动放弃质证权可作为独立理由赋予控方卷宗以证据资格。在此一法理之下，直接审理的若干价值不再作为司法考量的因素之一，^[54]简易程序之适用亦不以证人出庭存在难以克服的重大困难或风险为前提。从本质上讲，简易程序的法理契合于控辩双方主导的当事人主义诉讼模式，而与职权主义模式多有不合。因此，在以德国为代表的职权主义模式中，对简易程序的适用范围在立法上一直予以相对严格的控制。^[55]

但是，随着案件数量的增加，简易程序的上述法理有逐渐向普通程序渗透的趋势。其具体表现是，在原本适用普通程序的案件中，亦对辩方弃权所可能产生的法律效力予以有

[53] 参见前引〔32〕，Emmerson等书，第465页。

[54] 但在立法确定简易程序的适用范围时，依然是重要的考量因素之一。

[55] 尽管德国刑事诉讼法规定的简易程序不得适用于判处刑期为1年以上的案件，可以说立法上已经相当克制，但此种程序依然被认为违背法治基本原则而备受批评，因此，其在实践中的适用范围远远小于立法当初的预期。近年来，简易程序的适用率更是降到了3%以下。参见前引〔10〕，Bohlander书，第139页。

限承认。详言之,尽管整体上案件仍然适用普通程序审理,但是,若被告就某一具体的证据明确放弃质证权,则可以就该证据免除直接审理原则的适用,承认卷宗笔录的证据资格。在此种情况下,被告的弃权是针对某一具体证据而非全案证据的,对于被告未明确弃权的证据,仍应贯彻直接审理的调查原则。

最高人民法院、最高人民检察院和司法部2003年曾联合出台《关于适用普通程序审理“被告人认罪案件”的若干意见(试行)》。学界普遍认为,该意见在刑事诉讼法规定的普通程序与简易程序之外,创设了新的审判程序,即普通程序简易审。但笔者以为,在制度设计上,所谓普通程序简易审不应被作为独立的程序来看待,其毋宁是一种在普通程序中对具体证据展开调查的特殊制度安排。普通程序简易审尽管亦承认被告同意的权利,^[56]但被告同意与否对于其质证权之行使而言,产生的是“全有或全无”的结果,即被告一旦同意适用该程序,其针对所有证据的质证权均将无法得到实质保障,由此导致此种程序在实质上与简易程序并无差别。2012年刑事诉讼法对简易程序的修改在很大程度上印证了笔者的上述判断,该法确立的简易程序实际上已将上述意见的规定内容几乎完全吸收。

然而,理想中的普通程序简易审应当是,在以直接审理为原则的基础之上,若被告针对某一证据明确表示放弃质证,则记载该证据的卷宗笔录可以直接获得证据资格。换言之,在此种模式之下,被告对质证权的放弃是逐个进行的,而非一揽子放弃。尽管基于此种途径在法庭审判中引入卷宗笔录,用以证明案件实体性事实,其背后的程序法理与简易程序无异,但在该法理的运作方式上,是以单个证据为单位逐一进行的。在这一点上,它又与真正的简易程序存在差别,故本文称之为对简易程序法理的准用。德国刑事诉讼法亦在一定程度上采纳了此种做法。根据德国刑事诉讼法第251条第2款的规定,经控辩双方同意,侦查阶段的证言笔录可以在法庭审判环节宣读。但是,德国学界对此规定的合理性还有争议,^[57]因其已在相当程度上突破了职权主义诉讼原理的基本框架。2012年刑事诉讼法第187条第1款规定:“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,证人应当出庭作证。”从该款规定来看,似乎证人应当出庭的必备条件之一是控辩双方“有异议”,由此可能令人以为我国已经采纳了上述简易程序法理准用模式,即当控辩双方对某一证据无异议时,该证人即无需出庭作证。但在笔者看来,上述理解过于简单化。接下来,本文将针对该款的解释适用作专门探讨。

五、2012年刑事诉讼法第187条第1款之解释

2012年刑事诉讼法第187条第1款的规定与国外立法例存在较明显的差别。盖国外立法大多将证人出庭作为一项基本原则,故其法律规范重点大多是围绕何种情况下证人可例外地不出庭而展开。该款的规范角度则反其道而行之,从正面规定证人于何种情形下必须出庭。此种相对罕见的立法方式为该款的解释工作制造了不小的困难。多数意见认为,当

[56] 根据2003年《关于适用普通程序审理“被告人认罪案件”的若干意见(试行)》第2条第6项的规定,“共同犯罪案件中,有的被告人不认罪或者不同意适用本意见审理的,不适用本意见审理。”

[57] 参见前引[18],罗科信书,第433页。

该款规定的三项条件同时具备时，方属证人必须出庭的情形。这三项条件分别是：第一，控辩双方对证人证言“有异议”；第二，该证言“对定罪量刑有重大影响”；第三，法院认为证人“有必要”出庭。^[58]此种解释从法条文字层面看似成立，但从实质层面看则存在疑问。关键在于，当控辩双方就某一对定罪量刑有重大影响的证言产生争议时，法院究竟还可基于何种理由判定该证人无出庭之必要？须知，“有必要”一词绝非意味着赋予法院在这一问题上任意裁量的权力。若法官的裁量理由违背立法目的，甚或未提供任何实质性理由，则应属对裁量权的滥用。一旦当事人对此提出上诉，于法理层面讲应有适用2012年刑事诉讼法第227条之可能。^[59]鉴于该款规定与本文论题直接相关，在本文的这一部分，笔者将在前文论述的基础上，对该款规定的解释适用作专门探讨。

（一）公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对证人证言有异议

2012年刑事诉讼法第187条第1款所称“公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对证人证言有异议”的确切含义看似清晰，实则大有可解释的余地。总体而言，至少有三点需要澄清：

第一，所谓“异议”应如何理解？证人证言作为证据之一，理应具备证据能力与证明力方可成为定案依据。该款所列人等有关某一证言的“异议”，既可能指向该证言的证据能力，亦可能指向其证明力，法庭对这两方面问题的调查方式也存在显著差别。盖证据能力之有无属程序问题，而证明力之大小属实体问题，原则上前者以自由证明为主，后者则适用严格证明法则，二者在证人出庭的必要性问题上不可等量齐观——作为必须出庭之条件的“异议”，应指对于该证言之证明力的异议。^[60]当然，这并不意味着当针对证据能力出现异议时，证人一律无需出庭，而是指此种情况下出庭与否应视具体案件中的实际需要而定。

第二，证人证言既可能是不利于被告的证据，也可能是有利于被告的证据；其中，被告对不利证据的质证权乃是直接攸关审判程序正当性的重要指标。而对于有利于被告的证据，证人出庭接受充分质证之必要性所关系者，主要在于促进判决结果的实体真实性之需要，与程序正当性并无直接关联，故法律对实体真实性问题可不作形式化的统一规制，宜将这一问题上的证人出庭必要性委诸法官个案裁量。

第三，与第二点密切相关的问题是，2012年刑事诉讼法第187条第1款所列人等，其质证权在现有法律体系下的位阶不尽相同。其中，与刑事诉讼的正当性具有最直接关系的，应当是被告针对不利证人的质证权。盖针对不利证人的质证权应为辩护权的核心内容之一，^[61]而辩护权乃是刑事诉讼中一项具有宪法位阶性的基本权利，某一不利证人若不出庭接受质证，则构成对基本权利的限制。与被告相比，该款中提及的其他主体，其质证权均

[58] 参见胡星昊：《从职权启动到诉权驱动——论证人出庭模式之转变》，《政法论坛》2015年第4期，第76页。

[59] 2012年刑事诉讼法第227条规定：第二审法院发现第一审法院的审理有下列违反法律规定的诉讼程序的情形之一的，应当裁定撤销原判，发回原审法院重新审判：1. 违反本法有关公开审判的规定的；2. 违反回避制度的；3. 剥夺或者限制了当事人的法定诉讼权利，可能影响公正审判的；4. 审判组织的组成不合法的；5. 其他违反法律规定的诉讼程序，可能影响公正审判的。

[60] 若控辩双方针对该证言的异议为证据能力方面的异议，如辩方主张该证言是通过2012年刑事诉讼法第54条所规定的非法手段取得的，则在此情况下，应首先对该证言取得过程的合法性予以调查，以确定是否应当予以排除。那么，在其证据资格被法院认可之前，该证人并非一定要出庭。另外，若该证言存在“刑事诉讼法解释”中规定的应予补正或作出合理解释之情形，那么，在瑕疵消除之前，该证人亦无出庭之必要。

[61] 参见张翔：《“近亲属证人免于强制出庭”之合宪性限缩》，《华东政法大学学报》2016年第1期，第61页。

不具备宪法位阶性。简言之，公诉人代表国家行使公诉权，且在履行此一职权的过程中须承担客观性义务。相对于辩护而言，公诉属于职权行使行为，不产生基本权利限制问题。被害人在我国刑事诉讼中的当事人地位及出庭参与法庭调查之权利，其来源亦非宪法，而是刑事诉讼法的规定。被害人的诉讼代理人的诉讼权利来源于被害人授权。辩护人尽管依法独立行使辩护权，但其质证权显然亦不具备宪法位阶性，盖辩护权的权利主体乃是被告人，辩护人的责任只是帮助被告人实现其辩护权。因此，在考虑该款中“有异议”一词的解释时，被告对不利证据的异议，理应较其他异议受到更为慎重的对待。

（二）对定罪量刑有重大影响

对此一条件的解释重点应当放在“定罪量刑”之上。根据前述严格证明与自由证明适用范围的区分可知，证人出庭作证属于严格证明的要求，而严格证明的适用范围原则上限于实体性事实，即与定罪量刑有关的事实，对程序性事实则无严格证明的要求。因此，2012年刑事诉讼法第187条第1款通过“定罪量刑”一词，将应当出庭作证的证人特别限定在提供实体性证言的证人，显然是合理的。

至于该款中提及的“重大”，在解释论上不宜多作实质性限定。试问，在刑事诉讼中足以影响定罪量刑的证据，又在何种情形下可以视其为不重大？而且，当某一证据在未经充分质证的情况下，即预先判断其对定罪量刑的影响是否重大，亦属违背预断禁止原则的做法。因此笔者以为，罪刑之事，事无大小，证人原则上理应悉数出庭接受质询。

（三）法院认为有必要

综合前文论述，笔者以为，在“必要性”层面，法院的裁量权行使应遵守以下原则：
1. 若被告针对某于己不利的证言之证明力提出异议，且该证言事关定罪量刑的实体性事项，则应一律视为有出庭作证之必要。
2. 若被告针对某于己不利的证言之证据能力提出异议，且该证言事关定罪量刑的实体性事项，则法庭应首先依法启动该证据的合法性调查程序。此程序中证人是否出庭，由法官根据个案具体需要而定。但是，若调查结果为承认该证言之证据能力，则应继续适用前述第一点，传唤该证人出庭就其证言的证明力接受质证。
3. 若被告对某于己不利的证言之证据能力或证明力提出异议，且该证言事关某程序性事项，则由法庭根据个案中澄清相应事实的具体需要，决定是否传唤该证人出庭。
4. 若公诉人、被告人之外的当事人、辩护人、诉讼代理人针对某证言提出异议，无论该证言所欲证明者为实体性事项还是程序性事项，均由法庭根据个案中澄清相应事实的具体需要，决定是否传唤该证人出庭。
5. 根据前述四点可以得出结论认为，若被告对某于己不利的实体性证言之证明力提出异议，则法庭不得以不必要为由作出证人无需出庭的决定。对于控辩双方发生异议的其他情形，则由法庭根据个案具体情况予以裁量。^[62]

综上所述，在控辩双方就某一实体性证言存在异议的情况下，法庭对出庭必要性的裁量应在不侵犯被告与不利证人质证的权利的情况下展开。换言之，法庭所能裁量者并非是

[62] 基于诉讼效率的考虑，该结论应允许有例外存在。比如，尽管被告对某于己不利的实体性证言之证明力提出了异议，但若该证人此前已经出庭提供证言并接受质证，且其证言内容并无实质变化，此时即使质证权的重要性毋庸置疑，法庭显然也不可能满足被告针对某一证人反复提出的质证要求，因为证人提供证言之义务亦非意味着该证人于刑事诉讼进行过程中须承担随时待命的负担。若控辩双方对某一证人已经行使过面对面的质证权，则法庭可以“不必要”为由决定该证人无需出庭。

否应保障此种质证权，而毋宁是在未危及此项基本权利的前提下，法庭方有裁量之余地。

（四）第 187 条第 1 款的存在并不意味着承认简易程序法理的准用

最后需要考虑的问题是，2012 年刑事诉讼法第 187 条第 1 款的存在是否意味着，只有当该款规定的条件满足时，证人方有出庭作证之必要。换言之，若控辩双方未对某证言提出异议，即未明确主张质证权，是否意味着书面证言在审判中的使用均不违法。如果这一观点成立，则意味着我国在很大程度上已经采纳了前述准用简易程序法理的模式。但是，笔者以为，无论从直接审理原则的基本原理，还是 2012 年刑事诉讼法的规定看，答案均非如此。一方面，直接审理原则在保障被告质证权之外尚有其他规范目的，即提供法官直接面对证据的机会，以确保裁判的实体真实性。另一方面，2012 年刑事诉讼法第 59 条亦规定：“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。”由此可知，证言作为定案根据的前提一为“质证”，一为“查实”，二者之间是“且”的关系。这意味着，即使当事人充分行使了质证权，亦不一定属于完备的法庭调查。倘若证言存有疑点，则法官仍负有进一步调查以澄清事实的责任，而传唤证人出庭作证显然是“查实”的最有效手段。2012 年刑事诉讼法第 189 条在规定控辩双方对证人的询问之后，进一步规定“审判人员可以询问证人”，^[63]其意义亦在于此。

而且，既然在控辩双方对证人展开面对面的质证之后，法官仍有询问证人以“查实”证言的义务，那么，当控辩双方对某一证言未提出异议，即放弃当面质证权时，法院作出证人无需出庭的决定理应更为慎重。如果说在裁判者被动听审、控辩双方主导的对抗式法庭审判中，交叉询问是最伟大的揭穿谎言、发现真相之利器，^[64]那么，在职权主义诉讼中，保障直接接触证据、面对面询问证人的直接审理原则便扮演了同样的角色。因此，笔者认为，在控辩双方对某一证据提出异议的情况下，2012 年刑事诉讼法第 187 条第 1 款是决定证人是否出庭的规则；而在双方未提出异议的情况下，是否传唤证人出庭则应以该法第 59 条为判断依据。另外，上述两条款的规范内涵若要落到实处，尚需与该法第 227 条挂起钩来。简言之，第 187 条第 1 款若适用错误，上诉审应考虑是否适用“剥夺或者限制了当事人的法定诉讼权利，可能影响公正审判”而发回重审；若出现第 59 条上的裁量不当，则可能落入“其他违反法律规定的诉讼程序，可能影响公正审判”的适用范围。

总之，从 2012 年刑事诉讼法第 187 条第 1 款的规定出发，无法认为在普通程序中允许准用简易程序法理，仅以控辩双方无异议作为以证言笔录替代证人出庭作证的充分理由。当然，以上仅为法解释学上得出的结论，至于在立法论上是否可以采用此种模式，则是另外一个问题。

结 语

2012 年刑事诉讼法回归全案移送的立法举措，迄今尚未得到学界足够认真的对待。由

[63] 2012 年刑事诉讼法第 189 条规定：证人作证，审判人员应当告知他要如实地提供证言和有意作伪证或者隐匿罪证要负的法律后果。公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人经审判长许可，可以对证人、鉴定人发问。审判长认为发问的内容与案件无关的时候，应当制止。审判人员可以询问证人、鉴定人。

[64] See John H. Langbein, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford University Press, 2003, p. 246.

于主流观点长期坚信“全案移送—庭前阅卷—预断产生—庭审虚化”的因果链条，全案移送制度改革之后，对于控方卷宗在审判阶段的具体功能如何尚未形成共识。本文的研究表明，控方卷宗在审判阶段的功能会因具体诉讼环节的不同而不同。在庭前审查与庭前准备这两个环节，主要应由控辩裁三方依托卷宗笔录展开审查与准备，若三方无法充分接触卷宗笔录，将导致这两个环节的功能难以充分发挥。而实质性的庭前审查以及充分有效的庭前准备，对于维系庭审阶段在整个刑事诉讼中的中心地位至关重要。在法庭审判环节，卷宗笔录只能在有限的范围内使用，法庭调查原则上应以直接审理的方式展开。当前需要极力避免的一种错误做法是：在庭前审查与准备阶段依然固守庭前阅卷导致预断进而导致庭审虚化的错误观念，从而禁止法官阅卷；在庭审过程中则对包括2012年刑事诉讼法第187条第1款在内的诸多彰显直接审理原则之要求的规定作限缩解释，从而将卷宗笔录作为法庭调查的主要对象。

Abstract: The system of transfer of the complete dossier, which was abolished in 1996, was re-established when the Chinese Criminal Procedural Law was amended in 2012. The re-establishment of this system means that the objective of criminal procedural reform in China has shifted from the radical reform of the criminal procedure towards the more urgent and practical goal of realizing the substantiality of trial. However, the revised law does not clearly indicate how all the documentations and records provided by the prosecution should be used at the trial stage. This author believes that the proper way to deal with this problem should be the followings: both the preliminary hearing and the preparation for the trial procedure should be carried out basically on the basis of the documentations and records submitted by the prosecution and the dossier should be regarded as the main target of review in the preliminary hearing as well as the important tools for the pretrial preparation, so as to enhance the substantiality of the preliminary hearing and the sufficiency of the pretrial preparation. However, once the trial begins, all evidence should be presented directly before the judges who decide the case. As a result, the documentations and records submitted by the prosecution could be used only within a particularly limited scope. One mistake in the current practice that needs to be corrected is prohibiting the deciding judge from looking through the documentations and records before court trial while giving restrictive interpretation to the rules embodying the requirements of the principle of direct hearing, including Art. 187(1) of Chinese Criminal Procedure Law, and making the case documentations and records the main targets of investigation by the judge during the court trial.

Key Words: transfer of the complete dossier, exclusion of prejudgment, preliminary hearing, preparation for the trial procedure, direct hearing
