

试论证据立法中的证据开示制度

□车丽华 魏建文

证据开示制度是当事人主义或类当事人主义诉讼程度中一个十分重要的司法制度,对于维护诉讼公正、提高诉讼效率具有不容忽视的重要意义。证据开示制度最早发端于英美法国家,现已发展得甚为完善。这一制度对我国正在拟议中的证据立法而言意味着什么?本文拟就此做一粗浅的探讨。

一、证据开示制度的含义

证据开示(Discovery 或 Disclose),又译为证据展示、证据再现、证据先悉。证据开示的基本涵意是庭前调查前在双方当事人之间相互获取有关案件的信息。《布莱克法律辞典》将之定义为“了解原先所不知道的,揭露和展示原先隐藏起来的東西”,而在审判制度中,它是一种审判前的程序和机制,用于诉讼一方从另一方获得与案件有关的事实情况和其他信息,从而为审判作准备。证据开示制度产生于英美对抗制刑事诉讼中,其运作的法律机理是:在辩方提出合理申请的情况下,法庭可要求控方在审判前允许辩方查阅或得到其掌握的证据材料;同时,在法律规定的特殊情况下,法庭也可以要求辩方将其准备在审判中提出的证据材料向控方予以公开。

从法史上看,证据开示制度也并不是当事人主义诉讼一开始就有的。在19世纪早期,“竞技性司法理论”长期支配英美诉讼程序,当事人主义被解释为当事人自由竞争,因此,当事人双方在审判过程中,利用本方掌握的证据向对方进行突然袭击都是合法的。因而,对于这样一种诉讼结果,往往不取决于案件的真实情况,而决定于起诉律师或辩护律师运用形式主义的程序规则的技巧。但从19世纪中期特别是进入20世纪以来,当事人主义诉讼在公正程序下寻求真实的理论逐渐取代司法竞技论而成为指导司法过程的基本理念,即正当程序的要求不只是程序公正,而且程序公正必须有助于引导出实质公正的结果。这种结果的实现除了向被告提出律师帮助外,还必须借用于广泛的证据开示。有基于此,证据开示制度逐步通过判例、成文法、法院规则和行政法规建立和发展起来。90年代以后,证据开示甚至被解释为国际刑事司法标准,如欧洲人权法院就曾在其判决中指出,控方开示“有利和不利于被告人的一切实质证据”是《欧洲人权公约》第6条公正审判原则的要求。由此看来,证据开

示制度的建立和发展是当事人主义由追求形式公正走向寻求程序公正与实质公正相统一的历史必然,是其诉讼实质化所不可缺少的制度。

在证据开示程序中,就其内容来说,被开示的信息主要有如下三种:(1)是一方当事人(在英美法系中将检察官亦称为当事人,我国刑事诉讼中未有类似规定,但学界有“官方当事人”之谓)已经获得的或将在诉讼中使用的证据材料,比如鉴定结论,检查、勘验笔录,已收集的物证、书证,及拟出庭的证人等;(2)是与案件相关的信息。例如为被告人作不在犯罪现场的辩护时,必须将这一辩护的内容以及与这一辩护有关的事实和证据事先通知检察官。(3)不是直接提供有关的证据和其他信息,而只为诉讼对方提供搜集己方掌握和控制的某些情况的机会。笔者在此着重探讨的是(1)和(2)两种情况。

在证据开示程序中,就开示的方式来说,其还可区分为正式的开示或非正式的开示。前者是制度化的,按法律要求所进行的开示,即是法定的。如庭审前在法官主持下诉讼双方进行的证据集中交换及展示。而后者则是由诉讼双方在诉讼过程中对己方掌握的有关信息向对方作的择机性介绍和透露。例如在美国刑事诉讼中采用“辩诉交易”(也称答辩交易,即审判外达成妥协)即是。笔者在此主要论及的亦将是正式的证据开示。

二、国外证据开示制度的构成与述评

证据开示制度作为对抗制刑事诉讼中一项重要的程序司法制度,其具有不可忽视的诉讼价值,因而自英美肇始,后至法、意大利、加拿大及日本等国日臻完善。

(一)证据开示的构成

1. 证据开示的责任。是指诉讼双方依法承担的向对方展示证据的义务。在英国,长期以来证据开示责任几乎都是强调控诉一方向辩方展示证据。1996年制定的《刑事诉讼与侦查法》增加了辩方向控方开示证据的义务,而且还对辩方违反开示义务应承担的不利后果作了明确的规定。美国的证据开示制度在此基础上目前基本趋向于强化辩护方的证据开示责任。

2. 证据开示的范围。在英国,除了法定的例外情况,原则上控方向辩方开示其所掌握的全部证据信息。即包括将在法庭上用以指控被告人犯罪的证据和控方不

准备在法庭中使用的证据两部分。相对于控方来说,辩方的开示范围就小得多。他们需要开示的只是关于被告人案件性质方面的信息。即通常载明在辩护陈述(又译抗辩声明)中的本方与控方争议的焦点和本方的辩护要点及理由。具体内容包括:辩方提出辩护的一般性质;辩方与控方发生分歧的事项与理由。如果辩方把不在犯罪现场作为辩护理由,它必须把支持这一辩护的证据细节,如证明被告人不在犯罪现场的证人的姓名和地址以及可用来发现姓名或地址不明的这种证人的信息载明在辩护陈述之中。

3. 证据开示的程序。以英国为例,证据开示主要是通过集中开示进行的。集中开示分为两个阶段:第一是初次开示;第二是二次开示。在初次开示阶段开示的主要是控方不准备在庭审中使用的证据材料。在英国的警察机构中设有专门的证据开示官,他们的职责就是把可能准备用做控诉证据的材料制成卷宗,连同不准备用做指控证据材料的目录一并移送检察官。在控方完成上述证据初次开示后,辩方应向控方开示其证据。也即将辩护方的辩护陈述提交给检察官。检察官对此审阅后,将其交给证据开示官,证据开示官在对辩护陈述阅览分析的基础上,对其所保存的证据材料进行检查,以决定提请检察官注意哪些材料应在第二次开示中使用。在这里,控方的二次开示,是以辩方的开示辩护陈述为前提的。同时,无论是在初次开示还是在二次开示中,控方都有可能以某项“公共利益豁免”为由对某份证据材料拒绝开示。而辩方如果不同意这一意见,它有权请求法院发布命令要求控方向辩方开示该争议证据。如果法院认为辩方请求合理,则会向控方发布开示证据的命令,控方必须遵守该项命令。

4. 违反证据开示义务的法律后果。以英国为例,对于控方违反证据开示义务的后果,法虽无定论,但法院判例却确立了一些规则,比如对于控方无故拒绝向辩方开示的证据,法院可以采用证据排除手段使该证据失去证明效力。同时,对于控方以“公共利益豁免”原则为由拒绝开示某份证据的行为,法院有权对其理由进行审查,如果控方拒绝提交审查,该案件将被撤销。就辩方而言,如果在控方履行初次开示义务后,不履行开示辩护陈述的义务,它将丧失要求控方二次开示的权利,从而受到程序性制裁,而且,法院陪审团还会因此作出对被告人不利的推论。可见,辩方虽承担证据开示的义务要少,但法律对其违反这一义务的制裁却并不轻缓。

(二) 证据开示的共同法理分析

由上可知,虽然几个最具典型的国家在证据开示的具体运行上有所差异,但却都具有法理上的共同点:

1. 在证据开示责任上:(1) 证据开示制度确立了当事人的证据开据责任;(2) 证据开示经历了由单方开示向双方开示的发展历程,即表现出开示的相互性;(3) 立法和判例都坚持控辩双方实质而非形式上的平等,具体表现在占

制度性优势的控方要负担比辩方大得多的开示义务。

2. 在证据开示的时间上,英美都是在诉前就开始开示证据。这里,有如下原因:(1) 提高起诉质量。通过证据开示,避免了控方在起诉前单凭己方的证据和判断就提起公诉的片面性,从而避免浪费司法资源;(2) 有利于辩论交易的进行。控辩双方要想达成审判外妥协,如果双方都实行证据封闭,那么对案件和证据的认识就只能“盲人摸象”。

3. 在证据开示的范围上:(1) 对拟出庭的证人、鉴定人的姓名、住址应相互提供;(2) 拟提交法庭的书证、物证,检查报告、鉴定结论应当开示;(3) 为避免对抗制“竞技型”司法理论的影响,各国都将扩大证据开示范围作为发展的趋势,如尽量将其他证据纳入开示程序,控方应当向对方提供虽不属一般的证据开示范围,而事实上却有利于被告的证据材料等。

4. 在证据开示中,法官的地位非常崇高。其集中表现在:(1) 对证据开示争议的裁决权上。无论在英美还是日本,立法和判例都承认法官有权对争议进行司法审查并独立作出判断,并有权发布要求拒绝开示方开示其证据的命令,接到命令的一方必须遵照执行。(2) 在没有预审或审前程序的国家,法官还有权对证据开示的过程进行监督。对于控辩双方在证据开示中出现的问题和争议,法官可随时作出裁断和指示。(3) 法官对违反证据开示义务的任何一方保有制裁的权力。如对其证据的排除使用,甚而对违法者定罪判刑等。

三、我国证据开示的现状评析

我国刑事诉讼法没有专门的证据开示程序,但就证据信息的沟通及辩方查阅控方案卷材料分不同的诉讼阶段作了一些规定。(1) 在侦查阶段,第96条2款规定:“受委托的律师有权向侦查机关了解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名”;(2) 在审查起诉阶段,第36条1款规定:“辩护律师自人民检察院对案件审查起诉之日起,可以查阅、摘抄、复制本案的诉讼文书、技术性鉴定材料,……其他辩护人经人民检察院许可,也可以查阅、摘抄、复制上述材料……”;(3) 在审判阶段,第36条2款规定:“辩护律师自人民检察院对案件审查起诉之日起,可以查阅、摘抄、复制本案所指控的犯罪事实的材料,……。其他辩护人经人民法院许可,也可查阅、摘抄、复制上述材料。”此外,按照该法第37条、1998年1月19日最高人民法院等六部委的《关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》第13条、最高人民法院于执行刑法的司法解释(1998年6月29日通过)、最高人民检察院的刑事诉讼规则(1998年12月16日修订)等都有公诉机关向辩护方公开一定的证据,并给予辩护律师一定的调查取证和申请调查取证的权力。这些都带有一定的证据开示性质,但这不同于对抗制诉讼中严格意义上的开示制度。但是,就现行立法规定及司法实务而言,均存在证焉不详或执之无据

的被动局面,主要表现为:

第一,开示责任的不完全、片面性。在现行立法及司法解释中,仅规定了公诉方对辩护方开示,对辩护方的开示义务未做任何规定。这种状况在实务中主要表现为辩护律师会见难、阅卷难、取证难,导致辩护功能萎缩。这与各国开示制度的惯例及发展方向是相悖的。

第二,开示范围的不确定、不规范。刑法中规定的“本案所指控的犯罪事实的材料”失之严谨和规范。即是全部材料还是部分材料;是原始材料还是复印件;是有利于被告的材料还是不利于被告的材料等都无明确规定。从司法实务看,这实际是指依刑事诉讼法第150规定检察院提起公诉时移送法院的“证据目录、证人名单和重要证据复印件”,尽管学术界对此理解持有异议。不管怎样,在运用上由于诉讼角色的不同,势必造成混乱和难以操作则是公认的。

第三,开示程序的零乱、不明确。就目前来看,辩护律师到何处去查阅“本案所指控的犯罪事实的材料”,是检察院还是法院承担证据开示的责任,法无定论;而且这种对地点和义务方的规定直接影响查阅证据的范围。由于公诉方和辩护方的诉讼立场相对,但两者却并未“平等武装”;也由于检察机关改变过去移送全案卷宗的做法,现仅移送“证据目录、证人名单和证据复印件”,而法院对此只实程序性审查而非实质性审查。这样产生的结果是:(1)辩护律师所查阅到的案件事实材料过于狭窄;(2)如果查阅地点在检察院,理论上可行,实际运作中障碍重重;(3)“主要证据”属于哪些以及该移送哪些皆由检察院决定,辩护方的查阅效果实则不彰;(4)同时,辩护方在这种情形下便会封闭自己的证据,以致于当发生当庭翻供或辩方出示重要证据推翻控方起诉时,常会令公诉方措手不及。这些都会使对抗制庭审徒有虚名。

四、关于我国证据立法中证据开示制度的思考

为了保证诉讼有序、有效、公正地进行,在我国庭审方式发生改革的前提下,借鉴别国的经验和教训,对于我国证据立法中证据开示制度的建立,对于相关制度和规则的进一步深化和完善,笔者试从以下几个方面作些思考。

第一,总体原则。必须通过立法措施强调检察院在提起公诉后应当全面地向辩护人直接开示一切证据,而不是现在的所谓“主要证据”。考虑到我国检察人员的实际素质及各方面条件,也考虑到辩护方在某些方面具有的优势,如其只需攻破公诉方已形成完整证据锁链的某些薄弱环节,如被追究人的辩护因受最强大利益驱动所产生的外围影响等,因此,证据开示制度要始终立足于实体真实和程序正当两方面来设定,以确保对抗制的公正和效率原则。

第二,须强调检察院对于证据开示负有主要责任,在审查起诉阶段即赋予辩护律师查阅全部案卷材料的权利。辩方在审查起诉阶段,按我国目前的做法,只能获得一些

程序性材料,而无法获得有关犯罪事实的材料,从而使法定的律师自审查起诉阶段介入刑事辩护的功能几近于无。由于公安、检察机关拥有侦查权的强大,辩护律师的调查取证受各种条件和法定权限的限制,因此,控方负有主要的证据开示责任是必要的,而赋予辩护律师查阅全部卷宗的权利则是最主要、最有效的途径。从英美等国的实际运作来看,证据开示程序也应当始于提起公诉阶段。

第三,须强调辩护方向检控方的证据开示义务。从前述实行当事人主义的英美及类当事人主义的日本等国的情况来看,为防止辩护方在关键证据上的“突袭行为”,课以其开示证据的义务也是必要的。由是观之,在辩护方获得审查起诉阶段检控方首次开示后,也就应当承担开示己方证据的义务,具体运用上应规定在检控方审查起诉完毕之前,辩护方向检察院送呈辩护意见书及其所依赖的证据,检察院据此再次审查,以决定是否提起公诉或不起诉。从而更好地凸现出辩护的功能,节省司法资源。至于开示的地点,在首次开示中,可选在检察院进行。

第四,须设置庭前二次开示程序。这是在正式开庭审判前,控辩双方再次相互开示所掌握的证据,而防止案件提起公诉后因证据开示不够而往庭审上移,也防止完全依赖于法院出面调取控方证据。在二次开示程序中主要针对新出现的证据或被遗漏而尚未开示的证据,如果没有,则双方可放弃这一程序,以更加利于缩短诉讼期限而提高效率。在此过程中,如果辩方认为控方隐瞒了有利于被告人的证据材料,则辩方有权要求庭前法官予以裁决。同时,由于受辩护律师的职责和被告人不自证其罪原则的制约,一般不存在控方请求庭前法官主持,要求辩方履行透露被告人无罪、罪轻的证据材料的义务。

第五,须明确规定证据开示的范围。这一范围应当是所有在法庭审判中使用的证据材料,但是对于控辩双方还应有所区别。

第六,须确立法院在证据开示中的裁决权和命令权。在证据开示制度中,(1)依照法律规定或法院命令,对于负有开示义务的一方没有向对方开示,经对方申请法官强制其履行后,如果仍有未开示的证据材料,则禁止其向法庭提供。如果控方经过法院批准在法庭上举证后才向辩方开示的证据材料,法庭应当依辩方的申请或依职权决定延期审理。(2)凡是控辩双方对于是否属于开示范围的证据材料发生争议,或控方从公共利益的角度认为不宜在审判前向辩方开示或不予开示的证据材料,必须申请法院作出具有约束力的决定,并且任何一方对于该决定都必须履行。法律制裁问题,总的来说是同法律的秩序作用及其增进正义的目的联系在一起的。

(作者车丽华系湖南师大法学院研究生;
魏建文系厦门大学法学院研究生)
责任编辑 界外客