

控辩平等原则下证据开示制度之反思

Rethinking About The Proof Lodging System With Equality Between The Prosecution And The Defense

苑宁宁

(中国政法大学 北京 100088)

内容提要:控辩平等原则作为现代刑事诉讼的基本理念之一,已为大多数法治发达国家所吸收。当前,中国《刑事诉讼法》面临再次修改,在考虑我国国情的基础上,应当借鉴吸收控辩平等原则的合理内涵。由于人们对其确切涵义的认识并不完全一致,导致在设计控辩关系的一些具体问题上出现违背控辩平等的主张或做法。本文拟对控辩平等的涵义进行探讨,继而反思证据开示制度,以正本清源回归理性。

关键词:控辩平等 不对等 证据开示 阅卷制度

一、控辩平等原则的内涵

所谓控辩平等原则,又称为控辩平衡原则或“手段同等原则”,是指“对待被告人,在原则上应当如同对待刑事追究机关一样予以平等地对待”,^①“当事人在刑事诉讼进行过程中,其攻击防御方法及其他权利义务,并无差等之主义”。^②控辩平等不仅是一项立法原则,而且还是一项司法原则。具体而言,控辩平等原则的内涵包括以下两个方面:

(一) 平等武装——控辩平等原则的立法要求

控辩平等原则是平等价值在刑事诉讼领域的直接反映,人类对平等价值的认识直接关系到控辩平等原则内涵的建构。从本源上讲,平等就是同等情况同等对待,它包括两层含义:形式的平等和实质的平等。^③因此,控辩平等原则既要追求一种无差别的形式平等,又要充分体现按比例分配权利义务的实质平等精神。^④具体到立法层面上,不仅要赋予控辩双方平等的法律地位以及配备同等

的攻防手段,而且还要考虑到国家作为控方在实力上远远优于辩方的现实差别,人为地规范和限制控方的权力,在制度层面上对辩方的权利配置予以适当倾斜。这就是控辩平等原则的立法要求——平等武装(equality of arms),即“在立法层面赋予控辩双方平等的诉讼权利和攻防手段,以保障双方平等参与诉讼并最终赢得宿舍那个的机会和能力”。^⑤作为一项立法原则,平等武装原则包括以下两个层面的含义:

1. 控辩双方具有平等的法律地位

控方的控诉权是一种带有国家强制力色彩的程序性权力,是刑罚请求权。辩方的辩护权旨在防御和对抗控诉权,日本学者称之为“应诉权”。^⑥控诉权和应诉权,本质上都是一种诉权,即请求法院对纠纷予以裁判的权利。^⑦既然如此,作为诉权主体的控辩双方在诉讼的法律地位应当是完全平等的,代表国家的检察机关应当与作为个人的被追诉人在法律地位上不应存在任何差别。一方

作者简介:苑宁宁(1984—),男,汉族,河北保定人,中国政法大学刑事诉讼法学博士研究生。

① [德]赫尔曼《德国刑事诉讼法》中译本序言,载[德]赫尔曼《德国刑事诉讼法典》李昌柯译,中国政法大学出版社1995年版,第12页。

② 郑竟毅、彭时编《法律大辞书》,商务印书馆1936年版,第644页。

③ 所谓形式的平等,指的是每个人均应受到同等的对待,不因身份、年龄、性别、人格、民族等因素的差异而受到歧视。所谓实质的平等,指的是基于人类社会的个体差异将人类划分为不同的范畴和层次,实行不同的待遇,即按照比例实行差别对待。

④ 参见谢佑平、万毅《理想与现实:控辩平等的宏观考察》,载《西南师范大学学报(人文社会科学版)》2004年第3期。

⑤ 樊崇义《刑事诉讼法学》,中国政法大学出版社2009年版,第94页。

⑥ [日]田口守一:《刑事诉讼法》,刘迪等译,卞建林校,法律出版社2000年版,第114页。

⑦ 陈瑞华《刑事审判理论》,北京大学出版社1996年版,第261页。

面,作为国家代表的检察机关不应当具有比必要的特权和豁免权。另一方面,确认被追诉人在诉讼中的地位主体化,“作为个人的被告人与代表国家起诉的检察院均被视为诉讼的主体,是平等对抗的双方当事人”,^⑧平等地位于等腰三角形诉讼结构的两端。

2. 控辩双方的诉讼权利(力)义务具有不对等性

所谓对等,一般来说,是指某一关系的双方在某些方面的相等或者相当。这里所说的“某些方面的相等或者相当”,既可以指方式方面的对等,即我以某种方式对待你,你也以同样方式对待我,又可以指内容方面的对等,即我把某物给了你,你也把相同的东西给我,如《旧约》中的“以命偿命,以眼还眼,以牙还牙,以脚还脚,以烙还烙,以伤还伤,以打还打”就是如此。^⑨所谓平等包括着形式平等和实质平等两个层面,既要关注形式上的无差别对待,又要“为了平等地对待所有人,提供真正同等的机会,社会必须更多地注意哪些天赋较低和出生于较不利的社会地位的人们”。^⑩因此,为了实现真正的平等,有时候需要人为地设置不对等情形。简言之,不对等可以实现平等。

(二) 平等保护——控辩平等原则的司法要求

所谓平等保护,是指“裁判者在诉讼中应当尽力抑制自己的偏见,并给予双方平等参与诉讼的机会,对于控辩双方向法庭提供的意见和证据,裁判者应当加以同等的关注和评断,并要在充分考虑控辩双方意见的基础上作出裁断”。^⑪根据古罗马时期指导诉讼进行的“自然正义”原则,任何人不得作为自己的法官,并且法官应当听取双方当事人的意见。^⑫由于控辩平等实际上在很大程度上是控辩双方在法官面前的平等,这就要求法官既不“应有支持或反对某一方的偏见”,^⑬在诉讼中保持客观中立,不偏不倚地对待控辩双方,又要给予控辩双方参与诉讼的同等机会,综合考虑和重视控辩双方出示的证据和提供的意见。

二、控辩平等原则下证据开示制度之反思

证据开示制度是在对抗是诉讼的土壤里成长起来的。对抗制是“一种盛行于英美法系国家程序模式,争议

双方积极主动地利用广泛的权利进行对抗,在中立的裁决者面前推动诉讼进程。”^⑭对抗制强调贯彻严格的当事人主义理念,着力推崇控辩双方作为平等当事人在中立的裁判者面前进行平等的理性争斗,因此对抗制下辩方的权利体系甚为发达。案件基本上是由当事人通过其法律代理人进行诉讼,审判是互相对立的事实陈述和法律理论之间的竞争。^⑮一方面,诉讼过程具有两面性。这就是说,每一方当事人都有同等的机会对案件进行调查并通过证据和辩论在审判中提取他或她的“一面之词”。^⑯因此,当事人依靠自己对信息来源的占有发挥优势,^⑰证据偷袭的策略诉讼大为盛行,胜诉与否在很大程度上取决于律师运用形式主义的程序规则的技巧;^⑱另一方面,在实行国家追诉主义的现代刑事诉讼中,控辩双方在实力与资源上严重失衡,对抗式程序的“双臂平等”的原则受到严重破坏。历史是沿着解决问题的轨迹前行的。从19世纪中期以后特别是进入20世纪以来,对抗制诉讼理念从“竞技论”转变为“真实论”,控辩双方的平衡从追求“形式平等”转变为“实质平等”。在这种背景下,证据开示制度应然而生,成为当事人主义诉讼实质化所不可缺少的部分。允许被告人使用检察官的信息就是大致恢复平衡关系最容易也是最经济的手段:由于控方有义务开示所有有利于被告方的证据,资源的不平等由此得到改善。^⑲因此,英国、美国起初建立的证据开示制度均是单向性的,即控方负有向辩方开示证据的责任,辩方没有义务向控方开示任何证据。普通法诉讼实践表明,单向证据开示不但不利于控方履行证据开示义务,反而会将降低其证据开示的积极性,并且会增加辩方对控诉方的依赖性,这也与当事人主义的诉讼结构不适应;同时,单向的证据开示制度有矫枉过正的嫌疑,控方因常常受到辩方的突袭辩护而处于被动,这与“当事人公平对抗”的理念格格不入。因此,英美法系国家通过一系列的判例确立了有关辩护方在审判前向控方开示特定证据的规则,形成双向但不对等的证据开示模式。英美法系的证据开示正经历着一个由单向开示向双向开示的发展过程,只

⑧ 谢佑平、万毅《刑事诉讼法原则:程序正义的基石》,法律出版社2002年版,第220页。

⑨ 彭定光《论对等原则——不平等的合理性限度》,载《襄樊学院学报》2002年第23卷第1期。

⑩ [美]约翰·罗尔斯《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社1988年版,第101页。

⑪ 谢佑平、万毅《刑事诉讼法原则:程序正义的基石》,法律出版社2002年版,第227页。

⑫ 相关论述参见宋英辉、吴宏耀《刑事审判前程序研究》,中国政法大学出版社2002年版,第28页;樊崇义主编《刑事诉讼法学》,中国政法大学出版社2009年版,第95页;冀祥德《控辩平等之现代内涵解读》,载《政法论坛》2007年第6期。

⑬ [美]戈尔丁:《法律哲学》,齐海滨译,生活·读书·新知三联书店1987年版,第240页。

⑭ Black's Law Dictionary (7th ed. 1999), p. 54.

⑮ [美]乔恩·R·华尔兹《刑事证据大全》,何家弘等译,中国人民公安大学出版社2004年版,第9页。

⑯ [美]乔恩·R·华尔兹《刑事证据大全》,何家弘等译,中国人民公安大学出版社2004年版,第10页。

⑰ Mirjan. R Damaska, "Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study", 121 University of Pennsylvania Law Review, 1973, p. 506.

⑱ 参见 M. Green, The Business of the Trial Court, in The Court, the Public and the Law Explosion, Jones ed., 1965, pp. 721-722.

⑲ [英]詹妮·麦克埃文《现代证据法与对抗式程序》,蔡巍译,法律出版社2006年版,第24页。

是考虑到控诉方掌握有充足的诉讼资源,而辩护方则不具有控诉方那么强大的调查取证能力,才要求控诉方承担主要证据开示义务。拨开这些表面现象,英美法系证据开示制度产生和发展的根本动因在于追求控辩平等,只不过这个过程遵循着“否定之否定”的上升规律,即在考虑真实与效率价值的更高层面上追求控辩双方的平衡。

传统的大陆法系国家普遍实行职权主义,并不存在证据开示制度,而存在着与之在某种程度上相似的律师阅卷制度。为何?从表面看来,最直接的原因在于两大法系诉讼传统与诉讼模式的差异;但究其根源,笔者认为两大法系中控辩关系不同的格局才是导致这一差异的深层次原因。在现代诉讼理念普遍化的今天,两大法系都将控辩平等作为刑事诉讼的基本原则,只不过追求和实现控辩平等的方式存在差异。职权主义诉讼模式下,诉讼主要由国家机关主导并依据职权推进的,如美国加利福尼亚大学洛杉矶分校的朗格教授所形容,它是“一个所有诉讼参加者共同努力而进行的官方调查程序”。一方面,侦查程序由侦查法官和检察官控制,证据大量集中于侦查机关的卷宗中,辩护方调查取证的权利和能力十分有限,辩护方的辩护在很大程度上仰赖与控方赋予的阅卷机会。因而阅卷权之设偏重于保障辩护方获取案件信息的权利,而不大计较辩方是否透露证据。^⑩另一方面,在职权主义诉讼模式下,检察官负有客观公正的义务,即对被告有利与不利的因素均予以注意和斟酌,这相当于对检察官在职务行使中提出了超当事人的要求。^⑪这要求控方不能单纯地从当事人的角度来准备卷宗。在侦查程序中处于领导地位的检察官或预审法官负有客观、公正地调查取证的义务,同时,辩护律师有权申请他们调查或保全特定的有利于被告人的证据;到了审判阶段,辩护律师可以申请审判法院命令进行补充调查。如此一来,控方制作的卷宗已经包含了进行公正审判所必要的一切证据,辩护一方的证据调查要求和辩护意见实践上已经反映在卷宗中。因此,在职权主义诉讼模式下为辩方设定开示义务,既强人所难,又毫无必要。由上可知,职权主义模式下单向性的阅卷制度旨在平衡公权色彩浓重的控方与防御能力偏弱的辩方之间的力量对比。

通过上述分析,笔者认为采用证据开示制度还是采用阅卷制度主要取决于一国控辩关系的格局,但其宗旨是一致的,即保障控辩平等以求司法公正。原来属于大陆法系的日本和意大利,在刑事诉讼构造由职权主义转向混合主义后,控辩关系的格局发生变化,原来的阅卷制度已经难以保障作为平等当事人的控辩双方在诉讼资

讯方面的平等,遂结合本国国情在立法上设置了与自己的刑事诉讼模式相协调的证据开示制度。这一现象形象地证明了笔者得出的上述启发。

中国是否应当设立证据开示制度?如果设立,应当构建怎样的证据开示制度?借鉴上述启发,考察中国控辩关系的现状及未来走向是回答这一问题的出发点。1996年《刑事诉讼法》修改时,中国重点对起诉和庭审程序进行了改造,吸收了当事人主义的诸多因素,一定程度上增强了庭审程序的对抗性。但是,中国审前程序仍然属于职权主义甚至是超职权主义,侦查机关与检察机关的权力过大且缺乏制衡机制,公检法系统公职人员的诉讼理念落后于制度变革,被告人、犯罪嫌疑人的诉讼权利体系既不完善又缺乏保障,辩护制度距离国际标准尚有较大差距,等等。这一系列制度缺陷和观念障碍导致中国当前控辩关系处于失衡状态。因此,在中国通过修改和完善刑事诉讼立法实现控辩平等之前,中国不适宜采纳英美法系那种双向性的证据开示制度。倘若如此,只能是“雪上加霜”,原本旨在强化控辩平等的证据开示制度在中国现特定的控辩关系格局下会导致进一步的失衡。在尊重客观规律、实事求是的基础上,中国当前最紧迫的是以完善辩护制度、强化辩护权利为核心来完善阅卷制度,而不是好高骛远、一步到位地迈向证据开示制度。虽然阅卷制度具有单向性,但正是控辩双方在获取证据上权利义务的不对等性可大程度上弥补中国现今辩护方的弱势地位,促进控辩双方在信息资讯方面的平等。同时,也应该注意到,中国处在社会转型时期,刑事诉讼处在变革之中。在通过吸取当事人主义因素初步扭转了控辩失衡的局面后,具备相应了相应的制度环境和空间后可以考虑设立证据开示制度,日本和意大利即是如此。这是一个否定之否定的上升过程——在价值多元化的更高层面上实现平等,不能一蹴而就,否则会产生南辕北辙、南橘北枳的效果。至于将来建构一个怎样的证据开示制度,由于中国的国情与意大利在某些方面有类似之处,因此意大利的做法颇具借鉴意义:在保留原有的卷宗移送做法的基础上,通过“双份卷宗”的处理方法,既保障了辩护方的证据知悉权,又在一定程度上克服了法官可能由于阅卷而产生的先入为主;既兼顾大陆法系司法传统,在证据和有关资料、信息的庭前开示问题上更多的采用了律师阅卷的方式,又吸收了英美证据开示制度的精神。^⑫

(责任编辑:付强)

^⑩ 宋英辉、魏晓娜《证据开示制度的法理与构建》,载《中国刑事法杂志》2001年第4期。

^⑪ [日]松本一郎《检察官的客观义务》,载《法学译丛》1980年第2期。

^⑫ 有关意大利刑事证据开示制度的具体内容,参见《意大利刑事诉讼法典》第416-433条。