

日本起诉书一本主义的利与弊

章礼明

内容提要:在近代刑事诉讼发展史上,日本从卷证移送主义转向了起诉书一本主义。在排除预断、防止偏见和构造庭审当事人主义两大预定目标上,日本起诉书一本主义的确发挥了作用,但作用有限。其作用的有限性体现在这种转向以损害实体真实和诉讼效率为代价,而为此进行的改革仍然存在两难境遇方面。由此,日本在移植起诉书一本主义中的经验和教训对我国公诉方式改革是有启发意义的。

关键词:起诉书一本主义 卷证移送主义 实体真实 程序公平

章礼明,广州大学法学院副教授,法学博士。

“起诉书一本主义”与“卷证移送主义”是两种不同的提起公诉方式,也是英美法系与大陆法系刑事诉讼程序区别的重要特征。我国传统上属于大陆法系国家,相应地,采用卷证移送主义。1996年,我国通过《刑事诉讼法》的修改对提起公诉的方式作出了改革。在此之前,公诉机关依法应当移送全部卷宗证据材料,而在此之后,只能移送“主要证据”复印件等部分证据信息材料。由此,我国提起公诉的方式既不同于卷证移送主义,也不同于起诉书一本主义,而是处于两者之间的一种状态。按照立法机关的意图,这项改革的目的在于弱化法院庭审前的实体性事实的审查功能,从而强化庭审在查明案件事实中的突出作用。^[1]然而,在新的法律实施之后,人们发现,法官仍然没有放弃依赖卷宗证据的老习惯,改革并没有出现预期的效果。^[2]分析这种状况形成的原因,法学界一些学者将其归咎于这种改革的不彻底,并主张进一步的改革,采用“起诉书一本主义”。^[3]

纵观近代以来的刑事诉讼发展史,作为大陆法系传统国家,从卷证移送主义完全转向起诉书一本主义只有我们的东邻日本这个特例。尽管是特例,如果能够实现其理想,并解决了实际问题,这种改革也应当值得我们认真地对待。因此,通过考察日本起诉书一本主义的

[1] 参见《关于〈中华人民共和国刑事诉讼法修正案(草案)的说明〉》第三点。

[2] 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》,载《法学研究》2006年第4期。

[3] 持这种观点的文章例见,陈卫东、郝银钟:《我国公诉方式的结构缺陷及其矫正》,载《法学研究》2000年第4期;张泽涛:《我国现行〈刑事诉讼法〉第150条亟需完善》,载《法商研究》2001年第1期;邓思清:《对我国案件移送方式的检讨》,载《法学杂志》2002年第4期;王艳:《对复印件主义公诉方式的反思》,载《国家检察官学院学报》2002年第6期;李奋飞:《从“复印件主义”走向“起诉状一本主义”——对我国刑事公诉方式改革的一种思考》,载《国家检察官学院学报》2003年第2期;吴宏耀:《我国刑事公诉制度的定位与改革——以公诉权与审判权的关系为切入点》,载《法商研究》2004年第5期。

实际作用对于我国提起公诉方式的改革具有重要的参考价值。需要指出的是,我国法学界早些年已经有人做过初步的介绍和研究。^[4]但从现时来看,这些研究有些简单化,其主要反映在深度和力度上尚欠缺。本文将在前人已有研究的基础上推进该项研究。

一 起诉书一本主义的背景和內容

两大法系传统国家采用不同的提起公诉方式与各自的程序结构紧密相联。大陆法系国家实行分段式诉讼和庭审职权主义,侦查官员和审判官员分别在侦查阶段和审判阶段负责查明案件事实。审判是在侦查官员调查案件事实的基础上进一步查清事实真相的活动。为此,审判法官要充分了解侦查阶段取得的证据材料,而作为连接侦查和审判诉讼环节的生命线,卷宗证据材料提供了有效的保障。因此,检察院在提起公诉时,必须将侦查阶段获得的各种书面笔录证据汇集成卷宗,并连同实物证据移送法院。英美法系国家实行集中式诉讼和庭审当事人主义,查明案件真相是控、辩双方的责任,在庭审之前,由控、辩双方各自调查案件事实,只有当双方就事实发生争议时,由陪审团或法官在法庭上集中加以裁决。为保障控、辩双方之间的公平竞争,程序规则要求双方当事人在庭审时以言词方式提出证据,而事先收集的书面证据被视为不可靠的传闻证据,通常不允许在法庭上提出。因此,控诉方在提起公诉时只能提交起诉书,不能移送卷宗证据材料。^[5]

日本采用起诉书一本主义与其程序结构的转变相关。历史上,日本刑事诉讼法的发展受到多国影响。自明治维新之后,先后以法国和德国为学习的榜样。尽管这两个国家的刑事诉讼程序在历史变迁中不尽相同,但均为大陆法系传统的典型代表国家,因而日本在较长时期内采用大陆法系诉讼程序。相应地,在提起公诉方式上,实行卷证移送主义。自“二战”之后,在美国占领军的强制下,日本刑事诉讼法成为改造的主要对象,被迫转向美国法律。作为英美法系传统的国家,美国刑事诉讼结构模式属于以庭审为中心的当事人主义,与之相适应,采用起诉书一本主义。日本刑事程序结构在转向美国时,抛弃了传统上的卷证移送主义,改为起诉书一本主义。^[6]

日本起诉书一本主义的要旨主要反映在现行《刑事诉讼法》第256条之中。该法条规定:“提起公诉,应当提出起诉书。起诉书,应当记载下列事项:一、被告人的姓名或其他足以特定为被告人的事项;二、公诉事实;三、罪名。……起诉书,不得添附可能使法官对案件产生预断的文书及其他物品,或者引用该文书等的内容。”由此可见,起诉书一本主义有两项基本要求。一是关于“添附”。“添附”是对起诉书的外在规制,它要求检察机关在提起公诉时,只能移送起诉书,不能附加卷宗及证据物。二是关于“引用”。“引用”是对起诉书本身的规制。起诉书内容只能记载三个事项,即被告人的姓名或其他足以特定为被告人的事项,公诉事实以及罪名。按照日本司法实务上的要求,“足以特定为被告人的事项”只能记

[4] 这方面的文章有,陈岚:《日本起诉状一本主义评介》,载《国家检察官学院学报》,1993年第1期;孙长永:《日本起诉状一本主义研究》,载《中国法学》1994年第1期;谭存灵:《借鉴日本起诉状一本主义改革我国公诉运行机制》,载《现代法学》1994年第3期;莫丹宜:《试析日本刑事诉讼中的预断排除原则》,载《现代法学》1996年第4期;刘磊:《“起诉书一本主义”省思》,载《环球法律评论》2007年第2期。

[5] 参见[美]米尔建·R.达马斯卡:《漂移的证据法》,李学军等译,中国政法大学出版社,第94页以下。

[6] 参见[日]松尾浩也:《日本刑事诉讼法》(上卷),丁相顺译,中国人民大学出版社2005年版,第90页以下。

载被告人的年龄、职业、住所、籍贯以及是否处于逮捕、羁押状态的信息；“公诉事实”原则上不能直接援引控诉方已经掌握的证据信息，否则可能导致起诉的无效。^[7]

日本起诉书一本主义并非适用于所有案件。该国刑事审判的第一审分为正式程序和简易程序，后者包括简易命令程序和交通案件即决裁判程序。根据日本刑事诉讼法的规定，对于简易程序，检察机关提起公诉时应当移送全部卷证材料，适用卷证移送主义。^[8] 只有按照正式程序审判的案件才适用起诉书一本主义。另外，对于适用简易程序的案件，在审理过程中，当法官认为不能或不适宜适用该程序时，可以转化为正式审判程序。为此，法院要向检察院返还起诉书和卷宗证据，并按照起诉书一本主义的要求重新提起公诉。^[9]

按照日本学者的说法，之所以采用起诉书一本主义，其目的有二：一是排除预断、防止偏见。起诉书一本主义不允许控诉方在提起公诉时移送案卷及证据物，并且对起诉书中所包含的证据信息严加限制，使审判法官的心智在庭审之前保持白纸状态，防止法官受控诉方单方提供的证据材料的影响而对案件事实形成预断和偏见。二是构建庭审当事人主义。起诉书一本主义将卷证移送主义条件下的犯罪指控和举证两种合二而一的诉讼行为分开，使庭审中的举证行为由法官转移给控诉方，法官在控、辩双方之间处于中立地位，作出公平裁判。^[10] 两项目的在价值取向上并不相同。前者强调刑事诉讼的“实体真实”，后者突出“程序公平”。在以下两部分，本文将分别从功能上作考察和评析。

二 排除预断和防止偏见

日本起诉书一本主义的第一个目标，即以实体真实为价值取向的排除预断、防止偏见。在此之前，需要澄清大陆法系传统国家刑事诉讼中有关预断、偏见的问题。在大陆法系分段式诉讼中，案件在经历完整的侦查阶段之后，检察院提起公诉时必须向法院移送卷宗证据，法律要求庭审法官在开庭前通过审阅案卷进行预先审查，只有在法官认为指控的犯罪事实有充分证据证明的状态下才决定开庭审判。其目的在于防止不当审判，将不该进入庭审程序的案件阻挡在庭审大门之外。而在英美法系集中式诉讼中，案件在进入庭审之前也要经过大陪审团或治安法官的预审，防止不当追诉，但这种预审发生于侦查阶段的早期，不必等待所有侦查工作完毕，也因此，通过预审的案件事实证明标准较低，只需具备犯罪嫌疑即可，而在完成所有侦查工作后，正式法庭审判之前则不再预审，起诉书以原起诉书内容为准或者加以适当修改。^[11] 比较起来，分段式诉讼比集中式诉讼更有利于阻止不当审判，正因为如此，大陆法系国家庭审通常没有戏剧性的变化，有罪判决率也较高。但是，从审判中心的角度来看，大陆法系国家庭审前的严格审查产生一个缺陷，因为它要求庭前法官事先仔细审阅案卷证据材料，只有在证据充分的前提下才能决定开庭。这样，庭审法官不可避免地对案件事实形成自己的预先判断。心理学常识告诉我们，当一个人对某个事物的认知已经形成了预断，以后要想改变这种判断就比较困难。因而在正式庭审中，法官势必带着以往的成见审

[7] 参见前引注[6]，[日]松尾浩也书，第185页以下。

[8] 参见《日本刑事诉讼规则》第289条。

[9] 参见《日本刑事诉讼法》第463条第3款、第465条第2款；《日本刑事诉讼规则》第293条。

[10] [日]田口守一：《刑事诉讼法》，刘迪、穆津译，法律出版社2000年版，第141页。

[11] 在庭审之前，控诉方可以基于辩诉交易或者进一步的侦查所获得的证据力度撤消某项或某些犯罪指控。

理该案件。这就是所谓的因预断而产生的“偏见”问题。

日本采用起诉书一本主义的直接目的在于克服这种缺陷。首先,应当承认,起诉状一本主义的推行有助于防止法官在庭审之前对案件事实形成预断。在卷证移送主义条件下,控诉方在提起公诉时提供案卷证据材料,法官决定是否开庭必须在庭审前对这些证据材料作全面、细致的审查,因而知悉了案件的所有证据信息,而采用起诉书一本主义后,控诉方只能在庭审前移送起诉书,提出指控内容,而不允许移送卷宗及相关物证。这实际上切断了庭审法官事先获得证据信息的重要渠道。显然,在这种状况下,法官在庭审之前对案情的预断失去了坚实、可靠的支撑,因而有利于排除预断。然而,需要我们细察的是,在日本刑事诉讼制度环境下,能否完全切断法官来自于控诉方的证据信息?这实际上不可能。通过考察日本刑事诉讼相关程序,我们可以认为,法官仍然受到控诉方证据信息直接或间接的影响。日本对强制措施实行司法审查,羁押采用令状主义。依照日本法律,在检察院提起公诉之后,对于是否羁押和保释的处分由法官审查并决定,而在这种审查过程中,法官必须要接触控诉方提供的证据材料。虽然法律规定负责决定羁押的法官和负责审判的法官原则上应当分离,但法律同时也规定,“在情况紧急或者同一地区没有能够请求的其他法院的法官时”,可以不受这种限制。^[12] 由于缺乏日本实务方面的资料,我们不能确定是否实现了羁押法官与庭审法官的分离。如果没有,这说明庭审法官仍然能够直接接触控诉方的证据信息。然而,即使是实现了这种分离,也难免庭审法官受到间接的影响。证据信息的获得可以通过已有的背景知识,对于经由其他法官决定羁押的案件,由于在起诉中允许有此项记载,庭审法官在审阅后必然意识到案件事实是有相当充分的证据证明;证据信息的获得还可以通过口头交流,在同一个法院的司法同僚中,难以完全割开可能出现的证据信息的私下传播。那么,在什么情况下才有可能使事实认定者完全免受控诉方证据信息的影响呢?这只有在英美法系国家“二元制”审判组织形式中方才具有可能性。法官负责羁押等程序性问题的裁决;陪审团负责实体性问题的裁决。在实体性问题裁决中,陪审团当庭听取口头证据,无需在庭审之前接触控诉方的证据。陪审团成员从社会民众中临时召集而来,与法官没有私下交流的机会,同时,作为业余法官,他们与职业法官之间也没有同质性。这样,陪审团不仅可以不受控诉方证据信息的直接影响,也能免受法官事先可能获得的证据信息的间接影响。

以上从“排除预断”问题上作分析,没有涉及“防止偏见”。预断是偏见形成的前提,排除预断是为了防止可能产生的偏见,因而“防止偏见”应当成为我们考察的重心。表面上看,排除预断与防止偏见是认识事物的同一过程,但实际上两者可以分开。“排除预断”在于通过阻止控诉方的抢先举证而实现,但在诉讼过程中,控、辩双方的举证行为必然有先有后。对于首先举证的一方,法官在听证后也势必形成一种预先判断。关键在于如何阻止法官仅仅因为接触控诉方的单方证据而形成的认知偏差,造成偏听偏信。因此,所谓“防止偏见”,实质上是预防法官的心证建立在以控诉方单方提供的书面证据的基础之上。据此,考察日本起诉书一本主义能否解决“偏见”问题就不能局限于庭审之前,还必须结合法庭上的表现状况予以考察。那么,日本的庭审状况又如何呢?实际情况是,日本刑事审判通常没有传唤证人作证,而以侦查中证人笔录代替是一种普通现象,律师对此通常表示同意,没有异议。^[13] 一位日本学者描述道:“在审判中,经常是征得对方同意的前提下,或者以证人丧失记忆、陈述矛盾为理由,使用侦查过程中

[12] 参见《日本刑事诉讼规则》第 187 条第 2 款。

[13] 参见王兆鹏:《美国刑事诉讼法》,北京大学出版社 2005 年版,第 490 页。

制作的陈述笔录作为证据。在许多案件中,‘口头辩论’在很大程度上被用来朗读证据文书(或者是叙述主旨)。”^[14]一项实证研究显示,四分之三的律师从未要求法官调查证据,对于检察官引用侦查中获得的证人笔录,几乎三分之二的律师从未表示过异议。^[15]由此可见,法官的心证仍然受控诉方单方提供的书面笔录证据的主导,在绝大多数情况下只不过将以往的庭审前书面举证改为当庭的书面举证。这种状况与英美法系国家大相径庭。一如我们所知,在英美法系国家的法庭上,控诉方的证人通常必须出庭,并以口头方式作证,而且辩护方的当庭举证也非常积极。据此,我们可以说,日本起诉书一本主义的实施在解决“偏见”问题上的作用很有限。就此,我们还可以从刑事案件的定罪率上发现端倪。据相关的统计数据,自1949年实施新刑事诉讼法,采用起诉书一本主义之后,日本法院的有罪判决率除个别年份外,每年都在99%以上,接近100%,且与新刑事诉讼法实施之前的年份相比大致相当,不少年份甚至略高。^[16]在日本,有法学家将高定罪率归因于侦查阶段警察官员“精密侦查”和检察官基于自由裁量权审慎决定起诉,^[17]这种解释是有道理的,但又不够充分,问题表现在,为什么在新刑事诉讼法实施前后有罪判决率大致相当或更高?而且我们不应忽略的一点是,日本在实行起诉书一本主义的同时,废除了以往侦查阶段由预审法官主持的预审程序,^[18]也没有审判阶段法官在庭审前的实体性审查的制度设计,庭审的大门已经向控诉方敞开。在这种状况下,有罪判决率如此之高,至少说明法官对控诉方指控犯罪事实所依据的单方书面证据的高度采信。

三 构造庭审当事人主义

日本起诉书一本主义的第二个目标,即以程序公平为价值取向的庭审当事人主义。同样,在考察之前,需要对大陆法系刑事诉讼中有关“程序公平”问题作简要清理,为即将展开的评析提供背景。两大法系国家刑事诉讼程序区别的一个重要特征在于各自不同的庭审结构模式,大陆法系国家属于职权主义类型;英美法系国家属于当事人主义类型。诉讼理论研究结果表明,两种诉讼类型的形成与诉讼目的相联系。立足于不同的政治传统,两大法系国家刑事诉讼的目的存在差异。在英美法系当事人主义诉讼中,诉讼的目的主要是解决控、辩双方之间产生的有限范围内的事实纠纷。作为裁判者,法院裁判结果要被控、辩双方当事人所接受,增强其权威性,必然要求其在控、辩双方当事人之间保持一种中立的状态。在庭审中,庭审法官或陪审团不能有任何举证和质证的行为。而在大陆法系职权主义诉讼中,诉讼的目的主要是查明案件真相,准确适用体现国家刑事政策的实体法。作为裁判者,法院查明事实真相是司法裁判获得其权威性的基础。在庭审中,由职业法官或由职业法官与业余法官共同组成的审判团队以查明案件的事实真相为目的,可以主动地进行各种举证和质证行为,因而控、辩双方的作用有限,也难以体现控、辩双方之间的公平竞争。相对而言,当事人主义更充分地体现了程序公平。^[19]

日本采用起诉书一本主义的目的之一在于将起诉书一本主义视为庭审当事人主义的重

[14] 参见前引[6],[日]松尾浩也书,第16页以下。

[15] 参见[美]丹尼尔·傅特:《当事人进行主义——日本与美国》,载《法学丛刊》,王兆鹏译,1999年第2期。

[16] 参见[日]松尾浩也:《关于裁量起诉主义》,载西原春夫主编《日本刑事法的形成与特色》,李海东等译,法律出版社、成文堂1997年版,第163页。

[17] 同上注,[日]松尾浩也书,第163页。

[18] 参见前引[6],[日]松尾浩也书,第8页以下。

[19] 参见前引[5],[美]米尔建·R.达马斯卡书,第153页以下。

要环节,试图以此促进审判程序的公平。首先,必须承认,日本起诉书一本主义有助于转向庭审当事人主义,进而树立法院公平裁判的形象。在卷证移送主义条件下,控诉和举证两种诉讼行为合二而一,控诉方通过庭审前的事先举证,使法官已经知悉控方的全部证据,并在此基础上展开调查,因而在庭审中,控诉方的举证作用受到极大的抑制,而起诉书一本主义将控诉方的控诉和举证两种诉讼行为分开,法官不得不将庭审程序的主导权交给控诉方,由其在法庭上履行举证责任。如此,法官在控、辩双方之间充当中立者的角色。事实上,正是因为起诉书一本主义的贯彻,促进了庭审公平规则的出现。例如,对人证的调查,日本《刑事诉讼法》最初只是采用职权主义条件下的调查方式,先由法官询问,然后由控、辩双方加以询问,但随着起诉书一本主义的实施,为了减少法官事先未接触控诉方的书面证言笔录而产生的询问证人上遇到的困难,日本最高法院很快确立了由控、辩双方主导的“主询问”和“交叉询问”的庭审规则。^[20]从司法实践来看,公平程序规则的建立使控、辩双方举证的主动性获得了提高,辩护方的意见受到尊重。^[21]

但是,起诉书一本主义这种作用的发挥在日本刑事诉讼制度环境下也不能过于夸大。日本传统上采用职权主义,刑事诉讼以追求实体真实为主要目标。改革后的刑事诉讼虽然采用当事人主义,但仍然保留着职权主义的一些因素。这首先反映在法官的证据调查权上。日本法律规定,法官在必要时可以依职权主动调查证据。法官不仅可以在法庭上询问证人,出示书证和物证,而且还可以庭外询问证人。^[22]这些程序性安排违反了当事人主义对程序公平的基本要求。在英美法系国家当事人主义诉讼中,收集证据完全是控、辩双方当事人的责任,在开庭之前,控、辩双方需要作好充分的准备,法官没有义务收集证据。在法庭上,举证也完全由控、辩双方主导,陪审团和庭审法官处于中立状态,不允许主动进行证据的调查,以维持自己公平裁判者的形象。显然,陪审团或庭审法官以自己的积极行为介入控、辩双方的纷争,必然使其在不知不觉之中倒向控诉或辩护中的某一方,使控、辩双方当事人精心准备的案件遭到破坏,由此,公平竞争的框架被打破。^[23]日本的职权主义还反映在法官的诉因变更权上。日本在采用起诉书一本主义的同时引入英美法系国家的诉因概念。诉因是指涉嫌的犯罪事实,表明控诉方的诉讼主张,法院的审判对象以此为范围,必须接受控诉方提出的诉因约束。而日本诉因制度不同于英美法系国家。日本法律规定,在庭审过程中,法官享有诉因变更的权力。法律规定,“法院鉴于审理的过程认为适当时,可以命令追加或变更诉因或者罚条。”^[24]诉因是控、辩双方共同确定的争议事实的焦点。这是控、辩双方平等对抗的前提,也是控、辩双方为此展开举证、质证的中心论题。如果法官可以变更诉因,这意味着法官改变控、辩双方平等竞争的事实框架。由于诉因作为审判对象在诉讼中起着定向的作用,相对于证据调查权,法官的诉因变更权更强烈地确立了法官可以干预控、辩双方平等竞争的机制,妨碍控、辩双方的公平竞争。以上日本职权主义因素的顽强存在使程序设计所意图发挥的控、辩双方积极主动行为受到法官的干预行为的冲击,无法实现控、辩双方之间

[20] 参见前引[6],[日]松尾浩也书,第193页。

[21] 参见[日]小杉丈夫:《美国法文化对日本法律实务的影响》,载《中外法学》1995年第4期。

[22] 参见《日本刑事诉讼法》第298、304、305、306、281条。

[23] 参见[美]米尔伊安·R·达玛什卡:《司法和国家权力的多种面孔——比较视野中的法律程序》,郑戈译,中国政法大学出版社2004年版,第185页以下。

[24] 《日本刑事诉讼法》第312条第3款。

的有效对抗,也使法官公平裁判的理想难以实现。据一位长期观察日本刑事诉讼实践运作的美国学者称,“日本并无所谓真正的当事人进行主义”,检察官及辩护人非处于对立的关系,相反,两者竟然为合作的关系。^[25]

四 起诉书一本主义的代价

日本起诉书一本主义在预期目标上似乎取得了一些效果,但实际上并未完全实现。然而,值得注意的是,即使起诉书一本主义取得了这样一些成效,这也是以牺牲一些诉讼利益作为代价的。概括起来,其主要表现在两个方面。其一,实体真实的损害。在英美法系刑事诉讼中,查明案件真相是控、辩双方的责任,法官和陪审团以解决纠纷为主要目的裁决双方之间发生的争议。在庭审中,举证行为由控、辩双方控制,作为事实认定者的陪审团只能听任由控、辩双方有选择性的证据信息。这使控诉方有机会隐藏不利己的证据信息。同时,由于受到来自于庭审当事人主义的结构性压力,为了在平等竞争中取胜,控诉方也有动机隐藏不利于己的证据信息,因而不可避免地对案件的实体真实产生一定的损害作用。^[26]而这种缺陷在日本采用起诉书一本主义之后也反映出来。当事人主义对事实真相的发现是以控、辩双方的充分对抗为前提。按照这种要求,控、辩双方在审前程序中应当收集证据,并各自准备一套案情。但是,在日本,由于受到现实条件的限制,在侦查阶段很少有辩护律师的介入。^[27]这与英美法系国家保障辩护律师在侦查程序中广泛参与以及辩护律师收集证据的异常强劲不可相提并论。作为平衡控、辩双方出现的不对等地位,英美法系国家近代以来普遍建立了庭前证据展示制度。日本也是如此。但日本证据展示制度与英美法系国家不同。日本法律规定,“在请求调查证据文书或者证物时,应当预先向对方提供阅览的机会”。^[28]依此规定,证据展示只是要求控诉方展示准备于法庭调查中使用的证据,而没有规定展示不准备用于法庭上的证据,而在这些不准备使用的证据之中,极有可能存在有利于被告人的证据信息。在日本司法实务中,控诉方往往以法律没有规定以及程序不公平为理由,拒绝向辩护方全面展示证据,控诉方的消极行为引起日本律师界的强烈不满,要求法官命令检察官展示,而法官又以没有法律授权为由不愿意这样做。^[29]在卷证移送主义条件下,辩护方可以在庭前查阅全部案卷,通过仔细研究卷证材料,发现各种证据之间可能存在的矛盾、破绽,获悉有利于被告人的证据信息,而在实行起诉书一本主义之后,辩护方失去了这样的条件和机会。也因此,日本出现了因为控诉方有意隐瞒无罪证据而导致法院错判的一些案件。^[30]其二,诉讼效率的减低。日本贯彻起诉书一本主义,将控诉行为和举证行为分开,使控诉方当

[25] 参见前引[15],[美]丹尼尔·傅特书。

[26] 有关集中式诉讼中因庭审传输证据信息方式而对案件实体真实产生不利影响的一个详尽研究,参见前引[5],[美]米尔建·R. 达马斯卡书,第105页以下。

[27] 参见[日]田口守一:《刑事辩护制度》,载西原春夫主编:《日本刑事法的形成与特色》,李海东等译,法律出版社、成文堂1997年版,第432页。

[28] 《日本刑事诉讼法》第299条第1款。

[29] 在律师界的持续努力下,法院于上个世纪70年中期开始基于职权命令控诉方展示证据,但对辩护方也提出了种种限制条件。参见前注[6]引书,第241-243页。

[30] 有较大影响的案件,例如,在日本著名的“松川车站颠覆案”,有20名被告人被错判有罪。参见[日]田中二郎等:《法庭内外的争议》,刘春兰译,群众出版社1989年版,第98页以下。又如,财田川和松山两个死刑案件的一审错判。转引自陈光中:《日本刑事诉讼法》,载《法学研究》1985年第6期。

庭举证,同时,庭审法官在庭审前不能接触卷证材料,无法进行程序性和实体性审查。因此,当控、辩双方就程序和实体问题发生争议时,就不得不完全依赖于庭审期间集中解决。可想而知,在法庭上,只要辩护方针对控诉方提出的事实指控提供某种疑问,法官获得内心确信要么听信控诉方的书面证据,要么主动调查口头证据。如果法官从公平审判出发,尊重辩护方的辩护意见,查明真相就必须调查口头证据,而这样,诉讼效率问题就会突显。就证人证言而言,相对于以书面形式保存的笔录证据,证人提供的口头证据因法官的亲历性固然对查明事实真相有益,但其最大缺陷在于易变性,特别是辩护方在庭审之前已经接触了证人的情况下,而法官为此展开的深入调查又必然使庭审难以以持续集中的方式进行,而出现经常中断的现象。从日本司法状况来看,由此引起的诉讼效率问题非常突出。据日本学者介绍,“在需要开庭两次以上的案件中,开庭间隔时间很长,通常是以周为单位,有时甚至以月为单位计算。”^[31]这种时断时续的审判被日本人形象地称之为“五月雨”式的审判。^[32]显然,在审判不能保证以集中的方式进行时,审理时间也将延长。据相关统计显示,在1974年,日本地方法院第一审开庭审理的平均时间为6.6个月。^[33]

日本近年来围绕诉讼效率问题而进行的改革,体现在2004年《修改刑事诉讼法等部分条文的法律》中。这部法律旨在实现迅速审判,对《刑事诉讼法》主要作两个方面的重要改革,一是增加庭审前的证据整理程序。日本旧《刑事诉讼法》中没有这项规定,控、辩双方出现一些程序性问题的争议往往无法得到及时解决,不得不拖延到庭审期间予以解决。现在,法律作出明确规定。在第一次开庭之前,由法庭组成人员中的受命法官主持,控、辩双方当事人参加,开展庭审前的一系列准备工作。它包括确定诉因或罚条;明确公审期日的主张;整理案件争议的争点;根据传闻证据规则确定证据有无证据能力等内容。二是改善证据展示制度。日本旧法律规定了证据展示制度,由于司法实践中控诉方消极对待自己展示义务,引起辩护方的不满,寻求法官的支持,而根据法律,证据展示属于控、辩双方之间准备的事务,没有赋予法官直接介入的权力。控、辩双方为此引起的争议无疑引起案件处理程序上的拖沓。修改后的法律规定,法官基于庭审的诉讼指挥权主持控、辩双方的证据展示程序,并可以直接命令控诉方展示相关证据,包括对控诉方不利的证据,并且将原有展示制度的内容详细化。^[34]这些改革的效果如何,还有待于将来深入的实证研究。但这不妨碍本文首先在这里作一些大致的评价。总体来说,这些改革措施仍然处于不同诉讼利益难以协调的困境之中。对于证据整理程序而言,通过确定事实争点,达到固定审判对象,以及裁定拟在法庭上所提出的证据材料的证据能力,均可以促进控、辩双方事先亮出底牌,避免法庭上可能出现的纷争,从而改善诉讼效率低下的状况。但是,这种以提高诉讼效率为导向的改革举措又不可避免地抵消起诉书一本主义的部分功能。这尤其反映在证据材料的证据能力裁决过程中。按照法律规定,当出现证据能力问题争议时,由作为审判庭组成成员的受命法官主持并作出裁决。为此,法官依法可以要求控、辩双方出示相关证据,并进行审查。问题是,法官

[31] 参见前引[6],[日]松尾浩也书,第17页。

[32] 转引自宋英辉、刘兰秋:《日本1999至2005年刑事诉讼介评》,载《比较法研究》2007年第4期。

[33] 参见前引[6],[日]松尾浩也书,第219页。

[34] 参见顾永忠、薛峰、张朝霞:《日本近期刑事诉讼法的修改与刑事司法制度的改革—中国政法大学刑事法律中心赴日考察报告》,载《比较法研究》2005年第2期;张朝霞:《日本刑事司法制度改革研究》,载《人民检察》2006年第12期。

在审查时难免接触控诉方的证据信息,这与庭审法官在庭审之前保持心智的白纸状态的要求相冲突,从而影响起诉一本主义所追求的排除预断,防止偏见的效果。对于证据展示制度的改革,法官通过行使诉讼指挥权促使控诉方履行全面展示义务,这对提高诉讼效率应当具有积极作用,但仍然出现的难题是,如何促使控诉方展示有利于辩护方的证据。要做到这一点,其前提条件必须是,辩护方能够知悉控诉方手中已经掌握哪些有利于他的证据,而在起诉书一本主义条件下,辩护方通常无法获知。如果法官过于强力要求控诉方全面展示,也将可能导致控诉方在侦查阶段干脆不收集有利于辩护方证据的严重后果。^[35]

五 结 语

刑事诉讼是一个系统的运作,起诉书一本主义是与分段式诉讼、庭审当事人主义相配套的,而卷证移送主义是与集中式诉讼、庭审职权主义相协调的。本文对日本起诉书一本主义的研究表明,在一个属于职权主义传统的国家,移植起诉书一本主义必然受到来自于传统诉讼制度下诸多因素的制约。日本关于法庭组织形式、法官庭审的事实调查权以及诉因变更权,执法人员包括辩护律师的数量是其中一些重要因素。而这些因素有着更深层次的政治、经济和文化背景,不会轻易退场。由于这些制约因素的存在,它的实施不可能完全达到我们心目中的理想状况,也必然产生一些负面作用。因此,尽管日本起诉书一本主义在排除预断、防止偏见以及庭审当事人主义两大目标上取得了一些成效,但并未完全实现其预期,而且,即使是这种改革带来了一些利益,但也是以实体真实和诉讼效率的损害为代价的,由此进一步的改革措施仍然处于步履维艰的境地。这一研究结果对我国提起公诉方式的进一步改革所具有重要的启示意义在于,起诉书一本主义带来一些利益也将产生一些弊害。

[Abstract] In modern history of the development of criminal prosecution, Japan has adopted the principle of only indictment while abolishing the principle of removal of evidence. In achieving the expected objectives, such as elimination of prejudgment, prevention of bias and the establishment of adversary system, the principle of only indictment does play a positive role. However, it has its limitations. For example, the cost of encroachment on substantive truth and lack of lawsuit efficiency. The reform carried out in this respect is still facing dilemma in Japan. The Japanese experience and lessons learned in transplanting the principle of only indictment is of reference value to China in our reform of criminal prosecution mode.

(责任编辑:王雪梅)

[35] 在英美两国已有经验上,当事人主义与全面证据展示之间仍然存在不易协调的问题。关于英国的情况,参见罗杰·伦格:《信息交换与证据展示》,载麦高伟、杰弗里·威尔逊主编:《英国刑事司法程序》,姚永吉等译,法律出版社2003年版,第190页以下。关于美国的情况,参见 Paul Thagart, Adversary Problem Solving: Modeling and Opponent, 16 *Cognitive Science* no.1, 123-143 (1992)。