

试论刑事公诉案件

开庭审理阶段的举证责任

王策来

在探索提高人民法院刑事审判工作效率和刑事案件办案质量途径时，有些司法实际工作者提出改进刑事诉讼法规中规定的由人民法院审判人员在开庭审理（一审程序，下同）时出示证据的做法的意见，认为由国家公诉人出示证据更为有利。现就刑事公诉案件开庭审理阶段由公诉人承担举证责任的可行性问题作一粗浅探讨。

在刑事诉讼理论中，虽然有的学者已提出过应当由控诉一方承担举证责任的意见^①，但未予深入探讨。关于刑事公诉案件开庭审理阶段的举证责任更是个悬而未决的课题，有必要先探讨一下提出这一问题是否立得住脚。

我国刑诉学界普遍认可刑事诉讼理论中一般意义上的举证责任，并基本上形成这样的共识：刑事公诉案件由国家司法机关承担举证责任，被告人没有证明自己无罪的义务。根据这一命题，我们可以进一步研究以下两个问题：

（一）命题中“举证责任”所指的证据性质。证据根据证明结果不同，可以分有罪证据和无罪证据，也称控诉证据和辩护证据。笔者认为，命题中“举证责任”所指的证据必须是有罪证据或曰控诉证据，并不指无罪证据或辩护证据。因为：1. 司法机关如果认为某人无罪，就不可能被列为刑事被告人，因此不存在国家司法机关证明被告人无罪的问题。2. 揭露惩治犯罪是法律赋予国家司法机关的职责，在具体诉讼活动中即表现为发现、收集、调取、提供证明刑事被告人有罪的各种证据。司法机关没有任何证明某一公民无罪的法律义务。3. 司法机关认为被告人有罪，就必须提供充分的证据，反之，如果司法机关认为被告无罪，均无须提供被告人无罪的证据。如果不能证明被告人有罪，即认为被告人无罪。提供无罪证据并不是每个宣告无罪的案件都可以做到的。理论界有同志提出司法机关的举证责任也包括证明被告人无罪的观点有考虑欠周之处。实际上，它并不是刑事诉讼原则的要求，而是实体法上实事求是原则的要求。

揭示举证责任的这种要求举证责任承担者提供有罪证据的特点，不仅为举证责任问题研究的深化和具体化铺平道路，而且为我们确定合适的具体诉讼阶段承担举证责任的国家机关指明了方向。

^① 参见王國樞主编《刑事诉讼法概论》，北京大学出版社1981年版。

(二) 认可抽象意义上国家司法机关的举证责任, 就应认可具体司法机关的举证责任。由于刑事公诉案件一般要由公安、检察、法院三机关参与诉讼活动, 部分案件还有不同审级的法院参与诉讼, 且要经过侦查、起诉、审判、执行等诉讼阶段。参与刑事诉讼活动的司法机关不可能自始至终对各诉讼阶段共同承担举证义务。所以, 所谓由国家司法机关承担刑事公诉案件的举证责任, 这是指抽象的、一般意义上的举证责任, 在各不同诉讼阶段还有其具体内容, 即特定诉讼阶段具体司法机关的举证责任。因此, 认可了抽象的, 一般意义上的举证责任, 就既有可能也有必要深入探讨具体诉讼阶段的举证责任, 尤其是开庭审理这一十分重要的刑事诉讼活动阶段的举证责任问题。

须要指出的是, 笔者认为, 举证责任较“证明责任”的表述更为合适, 因为: (1) 举证责任, 虽然也有证明被告人犯罪事实之功能, 但乃强调“举”, 即提出或提供(当然包括收集、调取)证据; 证明责任, 则侧重于表明运用现有证据进行逻辑思维的定案过程。相对来说, 后者容易完成, 而前者不仅难度大, 也更为重要。因此, 举证责任的提法更准确地揭示了“责任”的要义; (2) 各司法机关在处理刑事公诉案件时既有举证的问题、也有证明的问题。一般来说, 公安机关、检察院在案件移送时比较容易看出“举证”的要求。法院则“证明”的份量较大, 但在宣告被告人有罪的刑事判决书中, 也有举证的问题。从整体上看, 司法机关举证的份量大于证明的份量。(3) “举证”的提法具有控诉性质, 反映了举证者试图证实被告犯罪的主观意向。而证明则是中性词, 证明者在主观上不偏不倚, 公正平允。只需要逻辑思维的正确性, 不允许带有主观意向。有什么证据就下什么结论, 既证明被告人有罪, 也证明被告人无罪。但已如前述, 虽然因缺乏证据“不能证明被告人有罪”的可以认为是经证明而得出的结论, 但司法机关是以追究被告人刑事责任为目的而进入刑事诉讼程序, 最后因举证不能得出“不能证明被告人有罪”的结论。若仍将这种证明视为司法机关的“责任”, 前后显得很失调。“不能证明被告人有罪”的证明过程不宜视为司法机关的“责任”。(4) 刑事公诉案件开庭审理阶段, “举证责任”的提法明确具体, 其内涵、要求及责任等都容易界定。而“证明责任”的提法, 无法确定具体承担证明责任的司法机关。公诉人、审判人员甚至辩护人可以说都有责任证明案件事实, 都有责任也就无责任可言。

理论界还有一种“司法机关共同承担举证责任”的观点^①, 相对于被告人的举证而言, 这是无可非议的。如果以此否定具体诉讼阶段具体司法机关的举证责任, 这是值得商榷的。因为, 1. 分工负责、互相制约、互相配合的刑事诉讼原则告诉我们, 没有明确的分工, 也就不可能进行有效的制约和密切的配合, 因而不能排除证据问题上的分工和制约; 2. 无可操作性。举证是刑事诉讼活动中的具体行为, 不落实到具体司法机关, 往往会有“举证”而无“责任”, 举证责任理论也失去了对司法实际工作应有的指导作用。3. 由于举证责任具有控诉性质, 在开庭审理中, 司法机关共同举证的要求构成了检察、法院两家共同对付被告一方的显失程序公正的画面, 在法治国家中是不应该出现的。

从我国的立法情况看, 刑事自诉、民事诉讼案件法律均有相对明确的规范反映了举证责任。唯刑事公诉缺乏明确的规定。由于法律规定不明确, 只规定了在开庭审理中出示证据的问题, 而且是规定由法院的审判人员出示, 在司法实践中容易出现推诿、扯皮现象。例如, 被告人使用的凶器较多, 检察院未向法院移送。开庭时, 律师要求当庭出示凶器, 审判人员

① 陈光中等:《刑事诉讼中证明责任问题新探》,《法学研究》1991年第2期。

就请公诉人出示。公诉人说,凶器存放于某地,请法庭派车去拉来。公诉人认为,法律规定开庭时出示证据是审判人员的职责。审判人员认为,检察院没有将凶器作为证据随案移送,自己应当承担由此造成的后果。双方互相指责,当庭闹僵。实践中还有在开庭过程中,当被告人、辩护人对证据的可靠性或证明力提出疑问要求解答,审判人员请公诉人予以解答时,有的公诉人表示,证据早已移送法院,并经审判人员审查,还是请审判人员自己回答,当庭将皮球踢回。如果明确开庭审理中承担举证责任的机关,推诿、扯皮现象完全可以避免。

可见,提出开庭审理阶段的举证责任问题不仅在理论上是成立的,而且也是审判实践中的确有必要研究解决的现实问题。

二

我国刑诉立法上关于出示证据主要有两条规定,刑诉法第110条第(4)项规定了决定开庭后由人民法院通知证人、鉴定人到庭作证,第116条规定在开庭审理时,由审判人员向被告人出示物证并当庭宣读未到庭证人证言笔录、鉴定人的鉴定结论、勘验笔录及其他书证。这些规定反映了法院审判案件奉行积极主义的特色。实践表明,这种做法有一定的长处,主要有:(1)由于证据由审判人员出示,庭前证据都经审判人员认真审查,一旦发现问题,既可退回检察院补证,也可由法院自行调查取证,庭上出示的证据的可靠性和证明力大都能经得起法庭调查。开庭审理一般比较顺利,因案件事实或证据上存有问题而需要休庭的情况很少。(2)由于审判人员在证据上的积极作用,辩护律师和公诉人在事实、证据上容易取得一致意见,开庭审理时一般不会就案件事实证据争论不休;(3)审判人员有可能选取关键证据在庭上有条不紊地出示,并能迅速切中要害,使庭审紧凑、集中、有条理。

但是,实践同样表明,目前这种由审判人员在开庭审理阶段出示证据的做法存在着不少弊端,主要有:

(一)容易滋长审判人员有罪推定的审判意识。根据刑诉法第108条之规定,人民法院决定开庭审理的案件,都需经审判人员审查,认为犯罪事实清楚,证据充分的。才能决定开庭。审判人员在开庭审理阶段出示的正是经过自己审查并认为已经充分、能够证明被告人犯罪事实的证据。因此,在开庭时审判人员在证据上有较重的包袱,即其出示的证据不足以证明犯罪事实或其出示的主要证据被推翻,就说明其审查证据不严,决定开庭审理不当。因此审判人员接受庭审中针对自己出示的证据而提出不同的意见,要有很大勇气和宽阔的襟怀。实际上确有少数审判人员不愿看到自己出示的证据被否定,他们往往对被告人或辩护人就有罪证据提出的疑点不予理睬,对推翻有罪证据的理由不予重视,对要求调取新的证据或要求重新鉴定的申请不予支持。个别审判人员还当庭斥责提出不同意见的辩护律师,甚至还出现过将正在执行职务的辩护律师逐出法庭的情况。有的审判人员在法庭上出示证据,其主观愿望不在于通过开庭审理来审查已由自己审查过的证据,而是碍于法律的明文规定或是为了运用证据制服被告人,使之认罪服判。如果被告人在开庭时翻供、辩解,就认为是抵赖、狡辩、抗拒、不老实。在主观上,早已把庭审中的被告看作是罪犯。

审判人员产生有罪推定意识,虽然主要是由自身法律素质修养决定,但与刑诉法的某些规定显然相关。在刑事诉讼中,有罪推定是一种愚昧落后、早已被历史唾弃的法律观念,在法治国家中,必须创造一个使有罪推定无法立足的法制环境。

(二)不利于充分发挥国家公诉人在法庭审理中的积极作用。根据现行法律规定,公诉人

在开庭审理阶段的主要任务是宣读起诉书,发表公诉词,参与法庭辩论等。总的来说,还缺乏表现公诉人在开庭审理中重要作用的机制。查明案件事实是庭审阶段的主要任务,目前审问被告人,出示证据都由审判人员进行。法庭辩论也因事实、证据均在开庭前经审判人员审查,辩护人即使提出事实、证据方面的不同看法,公诉人也可能觉得用不着执着地去争辩,他们很可能认为,审判人员一般不会否定自己而采纳辩护人的意见。公诉人出庭时往往缺乏对案件事实、证据上的责任心。例如,一次开庭,审判人员宣读了内容截然相反的两份证据材料,问公诉人有何意见,该公诉人竟回答“没有意见”。由于公诉人在开庭时无精神负担和工作压力,因此,庭前在证据上下的功夫也欠深。不少公诉人只起到“转运工”的作用,没有真正起到“二传手”的作用。因此,公诉人在公安机关和人民法院之间,扮演了一个无关轻重的角色。这与“文革”后检察院恢复不久颁布的现行刑事诉讼法,尚未及考虑给这个与法院并列的国家机关建立充分发挥其刑事诉讼职能的机制不无关系。因此,未来的刑诉立法中,很有必要为公诉人在开庭审理阶段提供更广阔的活动舞台,加重他们的担子,充分发挥其应有的作用。

(三)有碍于人民法院依法正确地行使审判职能。根据公安、检察、法院三机关分工负责的刑事诉讼原则,案件事实、证据应当着重由公安、检察两机关负责。人民法院是行使审判职能的国家机关,在刑事案件中应在审查核实犯罪事实的基础上,着重发挥其正确适用法律、适当裁量刑罚的职能作用。由于刑事诉讼法中关于庭审时由审判人员出示证据的立法及实践,导致以下一些问题:

1.淡化分工负责原则,弱化审判职能作用。审判人员为了适应在庭上出示证据的要求,在办案过程中主要精力集中于庭前对案件事实的全面审查,花很大的精力核对事实、证据,以保证开庭的顺利进行。这种严肃认真的态度及对案件事实高度负责的精神有其可贵的积极意义,法院也长期以来都褒奖这种做法。问题在于这种对案件质量全面大包大揽的做法产生了不可忽视的消极作用:其一,天长日久使其他职能部门产生事实认定、证据审查方面的依赖心理,进而形成了由法院全面负责案件质量的习惯做法,三机关关于分工负责的法律规定得不到认真贯彻。其二,由于案件事实的极端重要性,使法院不得不把大量精力和工作重点放到事实和证据的审查、认定甚至庭前调查、补证等工作上。种了人家地,势必要荒了自己田,对于审判职能要求的正确适用法律,适当裁量刑罚等方面工作重视不够。其三,大大增加了法院的工作量,不仅不利于提高工作效率,也不利于提高法院的自身素质,更不利于提高整个司法队伍的素质。

2.不利于人民法院公正审判的形象。依法公正审判是人民法院威信及其裁判严肃性的内在生命。程序公正是法院公正审判的一个方面,也是实体公正的保证。但审判人员在庭上出示证据的做法,却给法院审判程序公正蒙上阴影。开庭时,辩护人或被告人对出示的证据一旦提出疑点,从逻辑上讲应当由出示证据的审判人员予以解答。这样,审判人员实际上是在为自己出示的有罪证据的证明力和可靠性进行辩解,自觉不自觉地进入控诉一方的角色,成为辩护人或被告人的对立面。而在庭上出示有罪证据则是不折不扣的控诉者的角色,这与审判人员在法庭上依法公正地主持案件审判的身份很不相称,并且完全有可能影响到案件实体问题的公正处理。

3.不利于审判人员组织、指挥开庭审判。在开庭时宣读各种言词证据是审判人员在庭上出示证据的重要内容。一般都由审判人员在法庭调查阶段选取有关内容主动宣读。进入辩论

阶段后，控辩双方为了证实自己观点的正确，往往要求审判人员宣读有利于自己观点的各种言词证据。审判人员既不能拒绝，又不能由控辩双方自己宣读，只得听从控辩双方的指挥逐一宣读。审判人员由名义上的组织指挥者，实际上成了被动应对者。开庭审理时这种不正常现象的出现，直接源于由审判人员出示证据的不科学规定。

4. 导致在少数案件中法院的审判权软弱无力，审判人员在庭上出示证据再加上可以调查补证的规定，产生了中外法制史上少见的而在我国却习以为常的退回补充侦查退不回去的问题。法院认为证据尚须补充，予以退回；检察院认为证据已经充分，坚持起诉；法院要求检察院补查证据，检察院认为法院也可以调查补证。目前，上述问题虽有改观，但实质问题仍未解决。

有的同志认为，法院运用审判权对缺乏证据的案件宣告无罪就是了。其实，问题并非如此简单，因为在开庭时，还得由法院审判人员出示有罪证据。始则出示部分有罪证据，继而认为证据不足否定自己出示证据的证明力，审判人员的处境十分尴尬。而且，出示的有罪证据因其不足还要受辩护人责难。审理这类案件，既强审判人员所难，也有损于法院形象。由审判人员出示证据，是造成这类案件难办的根本原因。

（四）不利于保障和提高刑事公诉案件质量。首先不利于保证案件的起诉质量。开庭时，被告人的犯罪事实由公诉人指控，控诉证据却由审判人员出示，就容易出现两张皮现象。有时指控的犯罪事实缺乏足够的证据；有的证据充分，却未将相应的犯罪事实提出指控。有的被告人多次犯罪的案件，起诉书中指控的犯罪事实却高度概括，给审判人员在开庭时出示证据带来困难，辩护律师也难就案件事实和证据方面的问题有针对性地进行辩护。其次，由于审判人员既是证据的出示者，又有权确定定案依据，在实践中容易出现以下一些问题：（1）对辩护人提出的有充分理由否定所出示有罪证据的意见被审判人员采纳的比例较低，挫伤了律师辩护的积极性，开庭审理中审查证据走过场的现象比较突出；（2）审判人员很可能降低对证据的要求。例如，对出示的证据提出疑问，在没有作出合理解释的情况下依然作为定案依据；存在相反证据材料时只选择单方面的证据出示，不把证据上的矛盾提交法庭审决，等等；（3）只求过得去，不求过得硬。例如，从刑诉法的规定精神看，证人证言被作为定案依据既可以由证人当庭作证并进行质证，又可以由审判人员当庭宣读听取当事人的意见。经当庭作证的证人证言作为定案依据质量高，过得硬，但困难多，风险大。实践中，审判人员往往避难就易，不通知证人到庭作证。开庭审理时很少有证人当庭作证的。刑诉法关于证人证言要经质证的规定形同虚设。

通过以上分析，我们完全可以得出以下结论：改变目前不规定举证责任、由法院审判人员在庭审中出示证据的做法很有必要，势在必行。在此前提下，也应在未来立法中尽量汲取现行做法中的合理因素，保留仍有价值的内容，如开庭前审阅案卷的做法，以熟悉案情；提请检察院补查证据的做法，以示配合；保留法院的调查补证权，以免因枝节问题而影响审判，等。

三

由公诉人在开庭时承担举证责任，不仅可以一举革除上述弊端，而且在理论上是成立的，对司法实践也是有益的。具体来说：

（一）在开庭审理阶段，公诉人既然负有指控被告人犯罪事实的责任，又提出了追究

被告人刑事责任的主张，就有义务向法庭提供充分可靠的能证明被告人犯罪事实的证据。公诉人不应当离开证据泛谈被告人的犯罪事实。

在刑事诉讼活动中，证据是查明被告人犯罪事实唯一可靠的手段。开庭审判作为刑事诉讼的中心环节，其间公诉人指控被告人的犯罪事实时也应体现犯罪事实和控诉证据不可分离的特点。在指控被告人犯罪事实的同时，向法庭提供证实被告人犯罪的证据。这样既可增强控诉的力量，有力地感染法庭听众，调动法庭气氛；又因事实和证据的紧密结合，使控诉更为扎实，更能经得起辩护律师的“挑剔”和法庭审理的考验。

此外，起诉书中公诉人还提出追究被告人刑事责任的主张，遵循“谁主张，谁举证”的通则，由公诉人承担举证责任才顺理成章。

（二）在开庭审理阶段，刑事诉讼证据有一个从控诉证据到定案依据的过程。在这一过程中，以分别由公诉人和审判人员行使出示控诉证据和确定定案依据的职责为宜。

刑事诉讼法规定，证据均应在开庭审理中出示，例如证人证言须经质证或当庭宣读；物证应当当庭出示，让被告人辨认等。证据经查证属实的，才能作为定案依据。笔者认为，证据均应在开庭审理中出示的法律规定，其出发点并不在于“制服罪犯”，也不是履行法律手续，而在于证据必须经过法庭审查，确实无误的，才能作为定案依据。审判实际表明，在法庭上出示的证据，不一定都能作为定案依据，在证据来源是否合法、证据是否有证明力、证据之间是否有矛盾、证人是否具有证人资格等诸多问题上都有可能这样那样的问题。在审查证据过程中，有一个审查与被审查的问题。虽然被审查的是控诉证据，但由于证据出示人已然融自己的倾向性意见于控诉证据之中，对被审查的控诉证据决不会无动于衷。因此，由在开庭审理中负有组织指挥责任并有定案依据确定权的审判人员出示控诉证据显然是不合适的。理性的考虑当然是强调分工与制约，以确保案件的证据质量。由公诉人和审判人员分别负责出示控诉证据和确定定案依据，就可以通过有效的制约解决以下一些问题以达到保证案件证据质量的目的：（1）作为定案依据的证据是否均已在法庭上出示，有无未在法庭上出示即作为定案依据的问题；（2）法庭上出示的证据有无提出疑问，如有，是否存在未经妥善解决就作为定案依据的问题；（3）控诉证据在庭上出示，是否有被轻易否定未作定案依据的问题，等等。上述情况表明，只有公诉人在开庭审理阶段承担举证责任，才能保证案件庭审质量，防止开庭审理的形式主义倾向。

（三）由公诉人承担举证责任，可以及早把好证据关，为补查证据赢得时间，也便于敦促有关部门收集充分、可靠的证据材料、确保案件证据质量。

由于在庭上出示的证据将接受庭审调查及舆论压力的考验，意味着举证人在证据上承担主要责任，证据是否充分、可靠直接关系到起诉所指控的犯罪是否成立。由公诉人承担举证责任可以有效地激发其把好证据关的积极性，便于及早地发现证据上的问题，及早地采取补证措施，比目前由法院发现后补证可以提前一个月左右的宝贵时间。

由公诉人承担举证责任后，如果所举证据不足如何处置，是一个不容回避的问题。按照现行法律规定，可退回检察院补充侦查。笔者认为，这一规定是与没有明确的举证责任规定相适应的。由公诉人承担举证责任，其所举证据不足以证明犯罪时，不必保留开庭前以及开庭后可以退回补充侦查的做法，这样可能有三种法律后果：（1）公诉人自己认为证据不足，并认为有必要继续查证，即由公诉人撤回公诉，补查证据以后可以重新起诉；（2）如果公诉人不撤诉，法院认为可以补查取证的，由法院取证后，重新开庭审理；（3）公诉人不撤

诉，法院也无法调取证据的，就由法院宣告被告人无罪。这样做的理由在于，举证责任在公诉人，庭审中发现证据问题后是否继续查证也宜由公诉人自己确定。如果不是自己意识到或在问题揭示后撤回起诉，法院应当认为，公诉人举证已竭尽全力。

余 论

由公诉人在开庭审理阶段承担举证责任，将涉及到对现行刑诉法的多处修改。笔者不揣浅陋，对刑诉法的修改提出如下建议：

（一）刑诉法第108条拟修改为：

人民法院对提起公诉的案件审阅后，认为属自己管辖的，应当决定开庭审判。

人民法院可以根据案情向人民检察院提出补充证据和撤回起诉的建议。

（二）刑诉法第116条文拟修改为：

公诉人应当当庭出示物证及音像证据，并交被告人辨认鉴别；无法当庭出示的物证，应当拍照后当庭出示。

未到庭的证人的证言笔录，可由公诉人当庭宣读。公诉人应说明证人不能到庭的原因、证人资格以及证据形成过程等情况，并回答辩护人、被告人的提问。

鉴定人的鉴定结论必须由鉴定人当庭宣读，并回答审判人员、公诉人、辩护人、被告人的提问。

审判人员应当查明鉴定人的鉴定资格。

勘验笔录和其他文书证据，可以由公诉人当庭宣读，也可以由文书制作人当庭宣读。

而刑诉法第110条第4项的规定应取消。

（三）刑诉法第36条可作如下规定：

证人证言须经法庭质证，查证属实的才能成为定案依据。证人应当如实回答审判人员、公诉人、被害人和被告人、辩护人的提问。

无特殊情况，证人不得拒绝出庭作证。

证人拒绝出庭作证的，经法院批准，公诉人可以拘传证人到庭作证。

（四）关于律师在庭审时举证的问题。现行刑诉法中没有规定律师可以在庭上举证。为了与其他法律规定相配套，修改刑诉法时应增设关于律师可在庭审时举证的规定，拟规定为：

律师担任辩护人的，可以在开庭审判时出示有关证据。证据是否被采纳，由审判合议庭确定。

律师在庭上出示的证据的种类、数量及具体内容，应当在开庭两天前以书面形式告知审判合议庭。

（作者单位：浙江省高级人民法院）

责任编辑：王敏远