

论取供模式的转向

周长军

内容提要:刑讯逼供是当下中国刑事司法实践的痼疾,学者们对此提出了不少解决方案,虽初见成效,但要达到根治目的,尚须艰苦的努力。本文认为,要彻底遏制刑讯行为,必须使取供模式从刑讯转向协商。与此同时,还应完善侦讯和羁押的程序规定,以构建堵疏并举的反刑讯体制。

关键词:取供模式 刑讯 协商 转向

周长军,法学博士,山东大学法学院教授,中国政法大学博士后研究人员。

我国刑事诉讼法虽然规定司法人员应当重证据,重调查研究,不轻信口供,但在绝大多数案件的侦查中,侦查人员仍然将获取犯罪嫌疑人的有罪供述作为“重中之重”,有罪供述不仅是“证据之王”,而且是“破案捷径”。于是,对犯罪嫌疑人实施“突击审讯”,就成为侦查人员的优先选择。^[1]据学者的专门调查,公安、司法人员以及律师界几乎无人否认刑讯逼供的普遍存在。^[2]普通百姓对所谓“公安打人”的现象也习以为常,甚至不少人对此并不反感,认为这些“犯罪分子”该打。^[3]这无形中进一步助长了刑讯行为的滋生和泛滥。刑讯逼供的危害不仅在于侵犯了犯罪嫌疑人、被告人的人格尊严、健康乃至生命,而且在于极易酿成冤假错案,^[4]败坏司法机关和政府的形象,毒化社会的精神空间。

一 刑讯的深层根源

近年来,学界对刑讯逼供的原因以及如何解决刑讯逼供问题进行了深入探讨,提出了不少立法建议和司法改革主张。比如,立法赋予犯罪嫌疑人、被告人沉默权;讯问只能在法定的羁押场所进行,且羁押场所应独立于侦查机关;实行侦查讯问的全程录音录像、律师在场等制度;实行严格的、进入羁押场所的、与审讯日期对应的身体检查制度;建构明确的非自愿口供排除规则;对于犯罪嫌疑人、被告人提出的刑讯指控实行举证责任倒置原则;不予证明或者证明不力的,应由法庭排除该口供,等等。这些建议试图通过对讯问程序和证明机制的精心设计来阻却刑讯,从理论上看似是水到渠成的。但细细推敲即可发现,这些理论解决方案存在着致命缺陷,即轻忽了如下问题:在我国当前的语境中,完全祛除刑讯行为后,司法机关如何履行其基本的诉讼职能和社会使命?能否有效开展侦查活动和犯罪追诉活动,进而给社会公众提供基本的安全保障与社会秩序?

[1] 参见陈瑞华:《程序性制裁理论》,中国法制出版社2005年版,第54-55页。

[2] 参见王敏远:“刑事被告人权利研究”,载夏勇主编:《走向权利的时代》,中国政法大学出版社1995年版,第538页。

[3] 参见宁杰:“未决羁押状态下的讯问”,载陈瑞华主编:《未决羁押制度的实证研究》,北京大学出版社2004年版,第395页。

[4] 有学者曾对实际发生的300多个冤假错案作过一个统计分析,发现其中有95%的冤假错案与刑讯逼供直接相关,而刑讯又多发生在基层公安和检察部门,尤以派出所干警为多。参见刘斌主编:《20世纪末平反冤假错案案例纪实》,珠海出版社2001年版,序言。

倘若直面现实,不难发现,当下中国正处于经济变革和社会转型时期,司法实践中存在着突出的“三高”对“三低”现象。“三高”是指:(1)犯罪率高。由于转型时期各种冲突利益难以平等兼顾,各种社会矛盾突出,犯罪的诱发因素增多,犯罪率一直呈上升态势。(2)犯罪复杂程度高。诸如智能犯罪、有组织犯罪、官商勾结犯罪、恐怖活动犯罪等多元、复杂的犯罪形态开始出现。(3)民众的期望值高。社会治安状况越差,腐败犯罪越猖獗,民众对公共安全和吏治清明的期望值也越高,对刑事司法活动在应对和控制犯罪方面的成效也会提出更高的期望,司法机关因而面临着越来越大的办案压力。“三低”则是指:(1)司法人员的业务素质和法律意识低。由于长期以来司法的自治性不足,司法没有被当政者视为具有自身特殊属性的专门领域,因此对司法人员特别是一线侦查人员的任用资格要求相当低。(2)侦查手段的科技含量低。诸如 DNA 技术、指纹比对技术等在基层侦查机关很少使用。(3)司法资源的投入低。据统计,全国每年的司法费用大致为 15 亿,其中用于监狱的费用就占 8 亿左右,剩余 7 亿分到全国各级司法机关的费用实际上已经十分有限。^[5] 不仅如此,随着刑事诉讼正当化改革的不断推进,犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利逐步扩张,可以想见,未来司法机关的负担将会更加沉重。

在“三高”对“三低”的现实制约下,侦查机关为了完成诉讼职能和社会使命,似乎也只有刑讯一途了。当然,刑讯可能会造成错案,但作为侦查人员的办案手段,刑讯方便、省事,以刑讯获取口供的成本低,口供的证明价值却相对较高。这也是刑讯逼供屡禁不止,法院几乎不排除刑讯所得口供的重要原因。由此,倘若其他条件不变,即便立法全面吸纳了学者提出的改革方案,这种立法的实践命运也是可想而知的,那就是,由于别无选择,因而必然会将立法虚置起来,与此同时,调动其实践智慧,创造出各种变通的规避方法,隐形程序会由此滋生出来。正如德国学者伯恩特·舒勒曼(Bernd Schuenemann)所指出的,“富于成效的刑事追诉也是法治原则的要求”。^[6] 司法部门要生存,要确保基本的公共安全和社会秩序,满足社会公众和刑事被害人惩治犯罪的要求,就只能通过起诉犯罪并有效清理犯罪得以实现。我们必须直面这个无奈的困境。

二 以人证为中心到以物证为中心

当然,在对侦讯与证明机制进行精心设计以封堵刑讯的同时,有学者认为,当务之急应当是弱化对口供的重视,大力推进科技手段在侦查取证中的应用,实现从以人证为中心向以物证为中心的转变。受此影响,某些基层检察机关正在尝试所谓“零口供”的审查起诉模式,按照这种模式,检察机关在审查移送的案件时,将口供证据视为不存在,只根据其他证据来判断案件是否达到起诉标准,引导侦查人员更为关注口供以外证据的调查和收集。笔者认为,这种观点具有明显的乌托邦色彩,在当下中国基本不具有现实可行性。究其原因,主要表现为两方面:(1)中国当前的经济发展水平比较低,能够投入侦查活动中的司法资源必然是相当有限的,因而期望在短时间内侦查技术手段和水平有根本性的提升是不可能的。(2)以物证为中心的定案方式不仅在中国不具有可行性,在当今西方法治发达的国家也不是一种现实图景。笔者发现,尽管诉讼观念、诉讼模式存在着一定的差异,但无论是英美法系国家,还是大陆法系国家,它们在成功遏制刑讯行为的同时,其理论与实务都重视被告人的自白和认罪答辩在刑事诉讼中的重要意义。“零口供”定案在西方国家不属于常态,只是出现于少数案件中。

(一)英美法系国家

在英美等国,自白在整个证据价值体系中居于核心地位。较之于其他证据,自白作为有罪认定的证据具有更大的证明力。美国著名法学家威格摩尔(John H. Wigmore)曾引用数位权威法学家的观点说:

[5] 参见刘家琛:《刑事司法制度改革报告》,中国诉讼法学研究会 2002 年年会上的讲话。

[6] [德]伯恩特·舒勒曼:“刑事侦查中讯问嫌疑人时律师在场权及录音、录像制度的必要性及可行性”,中国政法大学诉讼法学研究中心编:《侦查讯问程序改革国际研讨会会议资料》,2006 年,第 4 页。

“他们确信自白归入绝对最有影响的一种证据”。^[7] 在多数刑事案件中,自白对指控有着重要意义,往往是其胜诉的关键证据。1966年美国洛杉矶郡代理地方检察官的调查显示,在被调查的4000宗案件中,有自白的案件占47%左右,而同期纽约市地方检察官的调查表明,在多年受理的杀人案件中,有自白的案件占68%。在英国伦敦和伯明翰,1980年所调查的刑事案件中,自白证据占50%,在1978年Worcester刑事法院对394名被告人案件的调查中,被告人向警察做出自白的人数达70%。^[8]

1988年,美国司法部的一个调查报告表明,在警察因重罪而逮捕的100个案件中,除去被法院驳回的案件和转交其他机关处理的案件外,由法院继续审理的55件,其中只有3件正式审判,54件定罪,52件以认罪协商结案,占定罪案件的96.2%。而在检察机关因重罪起诉的100个案件中,除去被法院驳回的案件和转交其他机关处理的案件外,由法院继续审理的84件,只有9件通过正式审判,82件定罪,75件以认罪协商结案,占定罪案件的91.5%。^[9] 另据统计,1994年,美国各州事实审法院的有罪判决,有89%是通过认罪协商的方式做成的,5%是法官审判做成的,其余6%才是以陪审团的方式做成的。^[10] 而在被告人没有自白或者认罪因而由法庭以普通程序审理的案件中,其主要的定罪根据是情况证据或者间接证据,也就是证人的证据。^[11] 申言之,连美国这么经济发达和格外注重被告人正当权利的国家,在被告人不认罪的案件审判中,裁判者赖以定罪的主要证据类型是证人证言,是人证而非物证,更不要说强调案件实体真实的欧陆职权主义国家了。

至于英国,19世纪时,警察讯问犯罪嫌疑人曾被认为违宪因而遭到禁止,侦查人员不得不主要根据口供以外的证据定案,但到了20世纪,法律慢慢地开始允许讯问并予以相应的规制,讯问的重要性也得到了越来越多的强调。及至20世纪80年代,英国皇家委员会甚至认为,在侦查中,最终在犯罪起诉中,没有任何措施能够替代讯问,1984年《警察与刑事证据法》因而认可了仅为讯问而拘留嫌疑人的做法。^[12] 此外,英国治安法院审理即决的轻微刑事案件大多是通过认罪请求解决的案件,大多数刑事法院审理的案件也都以被告人认罪而结案。一项调查表明,1978年,60%的案件是被告人认罪,1985年,被告人认罪率增加到70%,现在一直保持这一水平。^[13] 根据英国的司法惯例,作出有罪答辩的一般会给予1/3的量刑折扣,这对犯罪嫌疑人是颇有吸引力的。

(二)大陆法系国家

正如达马斯卡(Mirjan R. Damaska)所指出的,虽然所有的刑事司法系统都会采用某些机制来撬开被告的嘴,但这些机制在欧陆国家显得尤其有效。与普通法系统中的刑事被告不同,欧陆刑事被告不能选择是否接受司法讯问,而只有权一般性地拒绝回答或者拒绝回答某一特定的问题,但在实践当中,即使这种有限的权利也是很不可靠并常常被放弃的。^[14] 以德国为例,德国侦查人员较为重视口供的获取。依照1877年生效且迄今已修改160多次的德国刑事诉讼法,讯问嫌疑人时律师在场权及录音录像制度均未作规定,就体现了立法者的这一倾向。因此,对嫌疑人进行聆讯时并不必须有律师陪同。当然对这种陈述也不是必须进行录音或录像。实践中,在大多数案件中嫌疑人都没有坚持要求律师在场。^[15] 德国学者汤玛

[7] Lawrence S. Wrightsman & Saul M. Kassir, *Confession in Courtroom*, Sage Publication, Inc., 1993, p. 1. 转引自牟军:《自白制度研究》,中国人民公安大学出版社2006年版,第44页。

[8] Lawrence S. Wrightsman & Saul M. Kassir, *Confession in Courtroom*, Sage Publication, Inc., 1993, p. 1. 转引自牟军:《自白制度研究》,中国人民公安大学出版社2006年版,第44页。

[9] The United States Department Justice, Office of Justice Programs, Bureau of Justice Statistics, February, 1992.

[10] 参见[美]丹尼尔·傅特:“美国如何处理刑事司法负荷问题”,蔡秋明译,载《法学丛刊》第178期。

[11] 参见[日]堀内国宏:“日本刑事审判有罪率奇高的相关因素”,蔡秋明译,载《法学丛刊》第178期。当然,这部分证人的证据中包含了根据刑事豁免规则而作证的“污点证人”的证言,而刑事豁免制度其实也是诱惑被告人供述的机制之一。

[12] 参见[英]麦高伟等主编:《英国刑事司法程序》,姚永吉等译,法律出版社2003年版,第43-49页。

[13] Michael McConville & John Balidwin, *Courts, Prosecution, Conviction*, Oxford: Clarendon Press, 1981, p. 6.

[14] 参见[美]米尔伊安·R. 达马斯卡:《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194页。

[15] [德]伯恩特·舒勒曼:“刑事侦查中讯问嫌疑人时律师在场权及录音、录像制度的必要性及可行性”,中国政法大学诉讼法学研究中心编:《侦查讯问程序改革国际研讨会会议资料》,2006年,第4页。

斯·魏根特也明确指出,在很多情况下,事实上最重要的证据方法就是嫌犯本人,因为他通常最了解案件的事实真相,执法人员及法院都非常希望从被告处取得自白或陈述。^[16] 德国检察官决定追诉的案件中,以书面定罪的刑事处罚令程序占了大多数。1997 年,检察官申请刑事处罚令程序的案件有 68 万件,这个数目占有追诉案件的 57%,即以正式起诉方式追诉的案件只占 43%。^[17] 由此,刑事处罚令程序已经成为检察机关不可或缺的简易案件处理工具,而这种程序的适用是以被告人认罪为前提的。此外,在德国的刑事审判过程中,存在着大量的经审辩双方协商后被告人默示认罪的案件。

(三) 日本

在日本,被告人自白率高是日本高定罪率的重要原因之一。日本的侦查与起诉都依赖口供,在被告人对起诉书的“认可与否”程序中,只有 7% - 8% 的不认罪。在起诉的案件中,80% - 90% 的案件都是嫌疑人自白的,只有 10% 或者百分之十几的案件是被告否认犯罪,必须由法庭依通常审判程序来决定被告是否有罪。^[18] 不仅如此,日本的刑事审判也非常依赖自白,在某种意义上可以说是具有“无供不定案”的色彩。这是因为,没有被告人的自白,不仅检方不敢轻易起诉,法官也不敢轻易作有罪判决。正如一位美国学者所说,在日本,如果没有自白的话,法官将被告人无罪开释的可能性非常高。^[19] 此外,调查显示,在检察官起诉的案件中,每年有 90% 以上的案件是依照以被告人认罪为前提的略式程序处理的,略式程序具有作为日本“刑事审判之脸面”的重要意义。^[20]

综上所述,被告人的自白或者认罪在西方国家的刑事案件处理过程中相当普遍,对于确定被告人有罪的案件发挥着至关重要的作用。

三 协商取供:刑讯逼供的功能替代机制

可见,一方面,刑事司法要尽快祛除刑讯逼供行为;另一方面,刑事司法又要充分重视被告人的自白和认罪在定案中的价值。这似乎是相互冲突、难以两全的要求。不过,西方国家近代以来,特别是 20 世纪以来的刑事诉讼发展,为我们提供了合理协调上述两方面要求的经验,这就是,把协商取供^[21] 作为刑讯逼供的功能替代机制,既可以由此获取足够的赖以定罪的犯罪嫌疑人、被告人的自白或者认罪,又确保了刑事司法活动的民主化、文明化。西方国家刑事司法协商取供的形态是多种多样的。不同的国家基于各自的历史传统和现实制约条件选择了不同的协商取供形式,主要有自白协商型与认罪协商型。前者指辩方与控方或者审判方经明示或者默示协商后作出自白;后者则是指辩方与控方或者审判方经明示或者默示协商后,对控方指控的犯罪表示承认或认可,由此直接适用简易程序定罪量刑。

(一) 自白协商型

侦查阶段的自白协商型主要存在于大陆法国家和日本。这是因为,受制于诉讼理念的制约,英美国家虽然承认起诉、审判阶段控方对被告人的许诺、诱惑行为的合法性,但禁止侦查阶段对犯罪嫌疑人给予许诺或者进行诱惑的做法。与之相比,由于大陆法国家和日本的刑事诉讼不以“纠纷解决”为已足,而是具有较强的“政策实施型”色彩,追求实体真实是其主要目的之一,因而注重通过量刑制度的设计鼓励犯罪嫌疑

[16] 参见[德]汤玛斯·魏根特:“德国刑事诉讼程序的审前程序与证据调查:参与的主体与程序进行的原则”,载《法学丛刊》第 177 期,第 16 - 17 页。此处的汤玛斯·魏根特与下文的魏根德、托马斯·魏根特是同一位德国学者。

[17] [德]魏根德:“德国刑事案件快速处理程序”,载《法学丛刊》第 178 期。

[18] 参见[日]堀内国宏:“日本刑事审判有罪率奇高的相关因素”,载《法学丛刊》第 178 期。

[19] 参见[日]堀内国宏:“日本刑事审判有罪率奇高的相关因素”,载《法学丛刊》第 178 期。

[20] 参见[日]田宫裕:“刑事程序的简易化”,载西原春夫主编:《日本刑事法的形成与特色》,李海东等译,中国法律出版社、日本成文堂 1997 年版,第 408 页。

[21] 此处的取供既包括取得被告人的自白,也包括取得被告人的认罪答辩和对控方指控的同意。前者是指犯罪嫌疑人、被告人陈述不利于己的事实,因而具有证据属性;后者则是双方或者多方协商后的结果,其意义是程序上的,而非证据上的,它直接导致简易程序的适用。尽管如此,二者的本质是相同的,都是被告人自愿认罪。参见牟军:《自白制度研究》,中国人民公安大学出版社 2006 年版,第 70 - 80 页。

人、被告人自白。正如达马斯卡所指出的,欧陆对合作的被告可单方让步,通常例行化地“奖励”主动认罪的被告。^[22] 在日本的实践中,被告人多以自白表示悔意,以期得到轻刑判决,法律同时赋予法官较大的量刑裁量权,以便区别被告人的认罪态度科处不同的刑罚。^[23] 这些都可以视为默示的自白协商现象。

当然,实践中,司法人员也会利用法律的规定和司法政策明示地与被告方协商,以取得被告人的自白。比如,在美、德等国普遍确立的污点证人豁免制度中,对于恐怖活动犯罪、有组织犯罪、毒品犯罪等重罪案件,如果被告人对正在进行的犯罪活动拥有重要信息,能够帮助执法机关制裁更重大的犯罪活动,警方往往要求检察官不对犯罪嫌疑人进行起诉,或者提供不起诉的保证,以换取被告人的自白。

(二)认罪协商型

认罪协商的典型是美国的辩诉交易制度。通过辩诉交易以换取被告认罪,是美国处理刑事案件的最主要方式。辩诉交易是指刑事案件中被告方与检察官经协商达成的并经法院同意的相互满意的解决过程。辩诉交易不受罪行轻重的限制,控辩双方可就定罪和量刑进行全面协商。根据交易的内容,可以分为指控交易和量刑交易两种形式。美国辩诉交易的适用广泛,是因为检察官审查后可能认为定罪证据不足、起诉有风险,于是常常倾向于通过辩诉交易予以解决;对于组织性犯罪,检察官可与“小弟”协商来换取追诉幕后老板的证词。^[24]

在英国,根据1985年内政部发布的警告准则以及1990年发布的警告准则补充,为了避免有犯罪前科和记录,警方可以对犯罪行为进行警告。如果该罪犯承认其罪行,警察对其提出正式的警告就可能成为其免上法庭的替代方式。在2000年,除了机动车犯罪外,英格兰和威尔士所有的犯罪案件中,共有23.9万犯罪者被处以告诫。^[25] 告诫决定作为一种行政措施,其适用是以犯罪嫌疑人认罪为前提条件的。此外,在英国的刑事诉讼中,还存在着类似美国辩诉交易的认罪请求制度。即在进入正式庭审程序之前,法官询问被告人是否承认有罪,如果不承认有罪,则进入正式的审判程序;如果承认有罪,则进入认罪请求的程序,被告人由此放弃了审判的权利。^[26]

不仅如此,美国式的辩诉交易制度正呈现出全球扩张的态势,包括德国、法国、意大利等在内的许多大陆法系国家,在犯罪案件的压力下,出于提高诉讼效率和解决疑难案件的考虑,逐渐借鉴和创制了本国的辩诉交易制度。以德国为例,近20多年来,辩诉交易制度已被接受。就其运作形式而言,主要表现为以下三种:一是缓起诉中的辩诉交易。由于法律对于缓起诉的条件等方面缺乏明确的规定,因而自然委之于控辩双方的协定。有些德国学者指出:《刑事诉讼法》第153条(1)款这种类型的终止诉讼可被视为公诉人与那些必须预见到进一步提出指控的利益与风险的犯罪嫌疑人之间的一种交易。^[27] 二是刑事处罚令程序中的辩诉交易。如果经审判认定有罪,处罚往往会比刑事处罚令的处罚更重,因而实践中,辩护方与检察官就刑事处罚令及其内容进行讨论已成为普遍做法。三是庭审认罪交易制度。即法院以较轻的量刑换取被告人在程序上的合作,以减少辩护人提出调查大量证据的申请或者其他妨碍诉讼顺利进行的申请,加快审判进程。据统计,在德国,每四个审判案件就会有一件是经由协商后判决的,在有些办理白领犯罪的法庭,协商已变为常态,不协商反而变成例外。^[28]

日本也存在着多种协商取供形式,比如,占到90%以上的略式审判程序就是一种以被告人认罪为前提的轻罪案件处理程序。其中,简易法院根据检察官的请求,对于所管辖的轻微案件不开庭审理,类似于德国的刑事处罚令程序。又比如,适用于死刑、无期或者一年以上惩役、禁锢的重罪以外案件的简

[22] 参见[美]米尔伊安·R.达马斯卡:《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287页。

[23] 参见[日]堀内国宏:“日本刑事审判有罪率奇高的相关因素”,载《法学丛刊》第178期。

[24] 参见吴巡龙:《新刑事诉讼制度与证据法则》,台湾新学林出版股份有限公司2003年版,第92页。

[25] Michael McConville & John Balidwin, *Courts, Prosecution, Conviction*, Oxford: Clarendon Press, 1981, pp. 158-161.

[26] Michael McConville & John Balidwin (1979), *Plea Bargaining and Plea Negotiation in England*, 13 *Law & Review* 287.

[27] 陈光中、[德]汉斯-约格、[德]阿尔布莱希特主编:《中德不起诉制度比较研究》,中国检察出版社2002年版,第120页。

[28] Thomas Swenson, *The German "Plea Bargaining" Debate*, 7 *Pace Int'l L. Rev.* 373, 381-382 (1995).

易公审程序则类似于美国的有罪答辩,被告人只要在审理开始程序承认被指控的罪状,法院就可以简化庭审调查程序,并且原则上不受传闻证据原则的限制。^[29]

(三)小结

反刑讯是现代文明社会的共同课题,西方法治发达国家的一些成熟的经验和做法,值得我国在反刑讯制度的设计中参考。具体而言,至少可以得出如下三点结论:一是西方国家在反刑讯的同时都没有完全抛弃犯罪嫌疑人、被告人的自白和认罪。二是在反刑讯的同时必须寻求刑讯的功能替代措施,以争取犯罪嫌疑人、被告人的继续合作。三是在当今西方国家,绝大多数犯罪嫌疑人、被告人作出自白或者认罪仍然是刑事司法制度得以正常运作的必要条件,是基于控辩双方协商的一种双赢结果。

四 从刑讯到协商:中国刑事取供模式的应然转向

(一)从刑讯到协商的转向是中国刑事诉讼正当化策略调整的内在要求

改革开放初期,控制犯罪的效率是当时刑事司法制度获取正当性的基础,刑事诉讼实践对刑讯逼供“阳违阴奉”自然就不难理解了。现在“依法治国,建设社会主义法治国家”、“国家应尊重和保障人权”等业已写入宪法,显然不可能再靠以暴力取供为中心的办案方式来维持刑事司法制度的正当性。在新的时代条件下,伴随着社会治理的转型,^[30]中国刑事诉讼必须调整其正当化策略,实现从刑讯到协商的转向。其内在逻辑机理是:刑讯是单向的、暴力的、问答式的,是权力意志支配下的产物,它展示的是国家权力的压制性和被告人的程序客体性,犯罪嫌疑人、被告人对由此产生的裁判结果自然怀有一种抗拒和排斥心理;协商则是双向的、合意的、互动交涉的,是诉讼民主自治的体现,它彰显了司法权力运作的文明性和被告人的程序主体性,犯罪嫌疑人、被告人自然会认同和服从由此产生的裁判结果。

(二)协商取供模式的正义性

协商取供容易被社会公众批评为出卖正义,认为其违背了有罪必罚、罚当其罪的刑事法律原则,与正义的不可交易性理念以及探求真实的职权主义诉讼相冲突。但笔者认为,从刑讯到协商的转化,在深层次上契合了法律的本质,即以公正的逻辑代替武力的逻辑,^[31]协商取供可以说是现实条件制约下能够采取的“最”正义的刑事执法模式。它的正义性主要体现在:

1. 在这种模式中,诉讼主体能够自主、平等、充分地进行对话和协商,进而达成共识性合意,以决定案件的处理结果,这就大大增强了刑事诉讼程序的价值负载能力,从而能够更有效地回应刑讯清除以后社会对刑事诉讼的多元化需求。这一过程本质上体现了哈贝马斯所倡导的沟通理性精神,并因此实现了一种极具理性色彩的“协商性正义”。

2. 这种执法模式奉行的是现实性的而非理想化的正义观。在刑事诉讼领域,最理想的做法是国家对刑事诉讼活动投入足够的司法资源和先进的刑侦技术力量,从而使所有的刑事案件都能经过正当程序予以审判且在发现案件真相后做出相应的裁判,以达致不枉不纵的境界。但就人类刑事诉讼的发展历史看,这种理想化的正义注定是不可能实现的。由于法律实施的需要与保护公民自由的需要始终存在根本上的冲突,因此就人类社会实践的层面而言,刑事司法制度能够实现的都只能是现实化的、相对的正义,绝对的正义只存在于理想中。

既然正义的审判、公平的法庭、经济的司法等多元化的诉讼价值在任何刑事诉讼中都不可能全部且充

[29] 参见[日]田宫裕:“刑事程序的简易化”,载西原春夫主编:《日本刑事法的形成与特色》,李海东等译,中国法律出版社、日本成文堂1997年版,第418页。

[30] 英国学者芬纳指出:20世纪后期主要的政体形式就是论坛国家,论坛政体的主要原则是可解释性,即进行劝说,而不是强制实施它的主要措施。参见“世界是如何被统治的——评芬纳《政府发展通史》”,《现代外国哲学社会科学文摘》1998年第4期。

[31] 参见[斯洛文尼亚]卜思天儒佩基奇:“从刑事诉讼法治透视反对自证有罪原则”,载于《刑事诉讼法论文选萃》,中国法制出版社2004年版,第244页。

分地予以实现,而任何价值偏一的选择也肯定是非理性的,那么合理的做法就是不同价值利益的协商、妥协与兼顾。现实的正义观就是基于对人类刑事诉讼制度不完美性的清醒认识而提出的,具有科学的代价意识。在当今社会,我们既不能延续传统的以刑讯为特征的刑事办案方式,又不具备完全依靠物证定案的现实条件,于是现实的理性做法就只能注重通过协商方式取供了。允许协商认罪,并进而有选择地轻纵某些犯罪人,虽然打破了“不枉不纵”的公众理想,但属于一种整体意义上的理性行为,符合“以退为进”、“没有舍弃就没有获取”的哲学思想,其实现的是一种符合国情也不违背诉讼规律的现实化正义。

与我国诉讼传统较为接近的大陆法系国家,协商性司法之所以为许多学者批评的同时,在实践中却得到了越来越广泛的适用,原因也是现实正义观的强大影响力。面对着协商性司法的兴起,现实与理想之间的冲突激烈地撕咬着欧陆学者和立法者的心理,斗争的结果是理论向实践作出了妥协与让步。德国著名比较刑事诉讼法学家魏根特教授的观念转变就是这方面的一个标本。1980年之前他一直认为,辩诉交易不可能出现于德国,因为大陆法系在意识形态上反对辩诉交易,这种商业化司法的理念与德国法律传统与真实发现理论都格格不入,^[32]但后来他又无奈地认同了协商性司法在德国产生与扩张的现实。^[33]

3. 协商取供体现了一种“比较性正义”。从哲学上讲,刑讯与协商都属于实用主义、功利主义的做法,但其正当性程度有别。刑讯有助于实体正义和诉讼效率的提高;协商则不仅有助于实体正义和诉讼效率的提高,更重要的是符合程序正义的基本要求,体现了对人权的充分尊重和保障。因此,较之于刑讯逼供,协商取供显然更为文明,体现了一种“比较性正义”。

4. 协商取供有助于两极化刑事政策的实现,因而还体现为一种“政策性正义”。具体而言,对于经协商答辩有罪、诚信悔过或者犯罪情节较轻、社会危害性不大的犯罪嫌疑人、被告人,在给予从宽对待的同时,适用简易程序处理,从而能够集中有限的司法资源应对重大、复杂、疑难的刑事犯罪案件,这符合世界范围内“重罪轻刑”的两极化刑事政策潮流。

(三)我国协商取供制度的立法构想

从我国当下的刑事法律实践来看,事实上已经存在着一些协商取供的做法。主要表现在:(1)为取得犯罪嫌疑人、被告人的认可或合作,酌定不起诉、普通程序简化审程序;(2)毒品犯罪、贿赂犯罪的污点证人豁免,以及一些共同犯罪案件中为集中力量打击主犯,往往会提出减轻指控甚至是不起诉,以换取从犯对主犯罪行的揭发;对于轻微犯罪的未成年人或者大学生,一些地方检察机关经与犯罪嫌疑人协商后采取的缓起诉措施;一些地方检察机关为了更合理地处理故意伤害犯罪案件和交通肇事犯罪案件,往往通过调解促使加害人与被害人达成赔偿协议,然后将案件退回公安机关作撤案处理;“坦白从宽,抗拒从严”政策的适用实践也普遍伴随着协商取供的活动。

笔者认为,将来刑事诉讼法修正时,在赋予犯罪嫌疑人、被告人沉默权的同时,应当进一步完善关于协商取供制度的规定。由于协商取供模式是一种具有较强行政风格的诉讼程序,要求从事协商的司法人员具有较高的司法公信力,因此未来中国协商取供制度的构建应当坚持如下两项基本准则:其一,考虑到诉讼文化传统的近似性等因素,应以借鉴德国日本为主,多设置一些默示协商取供型的制度;其二,尽可能地采取由法院介入或者审查的协商取供程序,严格限制只由控辩双方参与的协商取供程序的适用范围,同时注意通过立法减少司法人员在协商取供中的裁量空间。据此,笔者提出如下具体建议:

1. 废除普通程序简化审,重构刑事简易程序。一是扩大公诉案件中简易程序的适用范围,考虑对有可能被判处10年以下有期徒刑的公诉案件适用简易程序;二是赋予被告人对简易程序适用与否的选择权。法律应明确规定,只要被告人不同意,就不能适用简易程序;三是以被告人认罪为前提;四是检察官必须出庭;五是鼓励被告人认罪,同时为减少法官滥用刑罚裁量权的可能性,由法律明确规定减刑的幅度。可借鉴意大利简易程序的规定,对于被告人认罪的,应减轻其法定刑的1/3或者1/4。

[32] Thomas Weigend, *Continental Cures for American Ailments: European Criminal Procedure as a Model for Law Reform*, 2 CRIME & JUST. 381, 386, 415(1980).

[33] 参见[德]魏根德:“德国刑事案件快速处理程序”,载《法学丛刊》第178期。

2. 引入日本的略式程序,用以处理那些被告人可能判处有期徒刑缓刑、罚金等微罪案件。
3. 增设缓起诉制度,但应当将其适用范围限定为青少年犯罪案件。同时应明确缓起诉的标准,以减少检察裁量的空间。
4. 原则上应当扩大酌定不起诉的适用范围,但必须慎重进行。最多只能扩大到犯罪嫌疑人可能判处3年以下有期徒刑、拘役、管制等刑罚的案件。
5. 构建污点证人的刑事责任豁免制度。但目前应主要限于有组织犯罪、毒品犯罪、贿赂犯罪等特殊案件中,且程序要严格化,比如必须经检察委员会讨论通过等。
6. 完善相关的配套制度:一是刑事证明标准应当分层次化,使得侦查终结移送起诉的证明标准适当低于检察起诉和法院定罪的证明标准;二是应加强律师法律援助制度,至少应保证自审查起诉阶段开始的被追诉人都应有律师辩护,以确保犯罪嫌疑人、被告人自白或者认罪的自愿性、真实性;三是为防止协商中的司法权力滥用,必须完善相关的法律制度和司法职业伦理制度。

五 余论:构筑堵疏并举的反刑讯体制

在加强对侦查讯问与羁押管理活动的规制,以封堵侦查人员的刑讯行为之同时,必须给其另外的可行出路。以物证为中心的改革思路不失为一种理论探索,但因过于超越现实而不具有可行性。由于犯罪嫌疑人、被告人的自白或者认罪对当下中国刑事执法体系具有极其重要的意义,因此,笔者主张以协商取供作为刑讯逼供的合理的功能替代机制,实现取供模式的转向。当然,反刑讯是一项结构复杂、环环相扣的系统工程,“疏导”与“封堵”两方面的工作应当同时开展,才能取得预期的成效。否则,一味追求通过协商与妥协来疏导侦查人员的侦讯活动,将可能导致新旧弊病相生,不仅刑讯不能根除,而且还会因协商取供的做法产生新的问题。

为此,在加快中国刑事诉讼由刑讯逼供转向协商取供的过程中,必须同时建构相关的“封堵”性制度,本文开头所引学者的相关建议可供参考,不再予以赘述。此外,需要明确的是,“疏导”的办法也不只协商取供一种,根据具体案件情况,今后还应通过相关的立法完善,确立或者适用以下一些辅助性“疏导”措施:在腐败犯罪、有组织犯罪等案件中,有关犯罪的故意、明知、目的等主观心理可以根据案件客观情况予以推定,以降低检察官的证明难度,提高对此类犯罪的打击力度;对于危害国家安全犯罪、有组织犯罪、毒品犯罪、恐怖犯罪等严重犯罪案件,可以适用卧底侦查、诱惑侦查等特殊侦查手段。总之,通过科学的制度设计,达到使侦查人员不愿也不敢实施刑讯行为的效果。当然,作为其必要保障,今后还应当采取各种有效措施,转变司法人员和社会公众的诉讼理念,使其清醒地认识到法治是有代价的,并逐步抛弃那种一味追求绝对正义的理想化思想,型塑成熟的容认诉讼协商与妥协的现实正义观。

[Abstract] Extorting confessions by torture is a long existing problem in criminal justice system in China. Scholars have put forward many solutions to this problem, most of which are of limited effect and unable to eradicate the practice. The author believes that, in order to eradicate torture, China must change the method of taking confessions from that by torture to that by negotiation. Meanwhile China should also improve the rules and procedures of interrogation and detention so as to establish a mechanism of prevention of torture.

(责任编辑:王雪梅)