

证据开示 · 沉默权 · 辩诉交易关系论

——兼评中国司法改革若干问题

冀祥德

(中国社会科学院, 100720)

摘 要:任何一项法律制度的构建,不仅要考虑该制度与现行法律制度的配套与衔接,而且还要研究与该制度相关的共生制度的设计与协调。“辩诉交易”、“证据开示”和“沉默权”是刑事诉讼程序构建的三个孪生兄弟,中国控辩协商制度的构建要求必须建立完善的证据开示制度和明示的沉默权制度,否则,辩诉交易的引进与移植,就如同澳大利亚的牧场主开始从南美洲只引进了“仙人掌”而忽视了“夜蝴蝶”一般。

关键词:证据开示;沉默权;辩诉交易;共生关系

中图分类号:DF73 **文献标识码:**A **文章编号:**1000-0208(2006)03-159-09

20世纪乃英美法之迅速发展时期。以美国为例,1935年、1966年和1970年的三个判例分别确立了证据开示、沉默权和辩诉交易制度。莫尼案件是有关证据开示的第一个判例;米兰达案件是有关沉默权的第一个判例;布雷迪案件是有关辩诉交易的第一个判例。也许这些判例的创制者们并没有意识到这些判例之间的逻辑联系,但当这些判例在后世刑事诉讼中发挥作用时,人们已经惊奇的发现,三个判例分别确立的证据开示制度、沉默权制度和辩诉交易制度精巧地结合在一起,形成了一种难以割舍的共生关系。

一、证据开示、沉默权和辩诉交易共生本性之比较

(一) 当事人主义对抗制土壤

在英美刑事诉讼中,不论是控辩双方在开庭审判前或者审判过程中按照法定的程序和方式相互披露各自掌握或控制的诉讼证据和有关资料的证据开示活动,还是控辩双方就罪名和刑罚进行协商与讨价还价的辩诉交易活动,均根源于当事人主义对抗制的土壤,对抗制为控辩双方交流,甚至交易创造了天然的自由空间,当事人主义所蕴涵着的个人本位理念也深深地扎根于两项诉讼制度之中。具体而言,

收稿日期:2006-02-03

作者简介:冀祥德(1964—),男,山东青州人,法学博士,中国社会科学院法学研究所博士后研究人员,副研究员。

Mooney V. Hokhan, 294, U. S. 103, 55(1935).

Miranda V. Arizona, 384, U. S. 436, 478 - 79(1966).

Brady V. United States, 379, U. S. 742, 752 - 53(1970).

一方面,当事人主义的诉讼结构形式对辩诉交易与证据开示制度具有更为强烈的需要;另一方面,当事人主义的诉讼结构形式又为辩诉交易与证据开示制度的产生和良性运行提供了必不可少的条件。

众所周知,在职权主义的刑事诉讼结构中,诉讼参与各方均围绕案件的实体真实来展开诉讼活动,不仅参与案件调查的控诉方独揽证据调查和保全的权力,而且,作为裁判者的法官往往也不受控辩双方法庭上举证范围的限制,直接为案件判决寻找事实根据。为了保障被告人的辩护权,法律一般赋予其查阅、摘抄或复制案卷的权利,要求检察官在侦查终结时或者决定起诉后向被告人或者他的辩护律师公开全部案卷。即使到了庭前审查阶段,辩护人仍然可以到法院继续查阅控方起诉时向法院一并移送侦查阶段形成的案卷,这种以职权裁量所维系的案卷先悉权替代了当事人主义诉讼下的证据开示程序。

当然,证据开示程序并非伴随当事人主义诉讼形式而与生俱来,它是当事人主义发展到一定历史阶段的产物。在19世纪早期,“竞技性司法(Judicial Sports)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,任何一方没有帮助对方的责任。这种形式化的当事人主义诉讼理念带来的不仅只是当事人之间的抽象平等,而且,往往由于当事人自身诉讼利益的影响,导致“证据偷袭”,妨碍作为事实裁判者的陪审团依法作出公正的裁决。因此,当事人主义实质化成为历史的必然,从19世纪中叶以来,诉讼形式的教条化倾向逐渐淡化,在当事人平等武装下寻求真实的理念发扬光大。证据开示理所当然成为当事人主义诉讼实质化所不可缺少的制度之一。

在证据开示等诉讼制度所维系的当事人主义诉讼结构形式中,刑事诉讼的控辩双方向来以高度对抗的方式来推进诉讼进程。这种当事人主义的运行机制给控辩双方带来了高投入和高风险双重难题^[1]。具体而言,一方面是诉讼各方(包括国家在内)需要为诉讼投入更多的资源,因为对抗会使每一个案件的处理程序变得冗长和复杂,时间、精力和财力的增加便是不可避免的。另一方面是诉讼的结果更加具有不确定性,控辩双方在诉讼过程中所面临的败诉风险更大。在高投入和高风险这两种诉讼状态的激励之下,迫切需要一种控辩双方诉前协商机制的存在,这样,逃避风险与成本的另一种纠纷解决机制——辩诉交易制度应运而生了。它在很大程度上弱化当事人主义诉讼的过分对抗化和竞技化所带来的弊端。

沉默权起源于17世纪英国的利尔伯恩案件。1966年美国联邦最高法院在米兰达诉亚利桑那州(Miranda v. Arizona)一案的裁决中确立的“米兰达规则”(Miranda warnings),将原来的“默示沉默权”正式升格为“明示沉默权”。其后,法国、德国、意大利、日本等国家的刑事诉讼法也先后有了相关规定,至1993年,已有110多个国家先后加入了《公民权利和政治权利国际公约》,其中绝大多数国家先后确认了沉默权。在对沉默权从产生到发展的历史过程分析中,可以发现,沉默权是纠问式诉讼向弹劾式诉讼模式转变后的产物。这是因为,在纠问式的诉讼中,犯罪嫌疑人、被告人是刑事诉讼的客体,当然也是被讯问的客体,负有如实陈述的义务,所以在纠问式诉讼模式下,不可能存在犯罪嫌疑人、被告人的沉默权。只有在弹劾式的诉讼模式之下,犯罪嫌疑人、被告人成了刑事诉讼中的当事人,在诉讼中拥有防御权。正是由于当事人的防御权才进一步产生了沉默权,有权做有利于自己或不利于自己的陈述。

辩诉交易这种异样的诉讼分流途径运行起来,之所以如此顺畅,适用面也如此之广泛,根本上都有赖于当事人主义对抗制为其提供了一系列天然的良好条件。诸如,观念层面上的诉讼“纠纷解决观”(即当事人主义诉讼将刑事诉讼同民事诉讼一样视为国家与公民个人之间的纠纷)使得以协商、合意的方法来解决纠纷理所应当成为一种基本方式;再者,当事人主义结构下的控辩平等以及双方很大的自由裁量权、处分权为辩诉交易的进行提供了必不可少的前提;此外,司法令状主义、严格的羁押制度、警察

持不同意见的学者认为,在17世纪的英国不可能产生沉默权。因为在整个17世纪,英国采取的是“让被告人说话”的模式,直到18世纪后期,辩护律师大量介入导致刑事诉讼对抗化后,英国才正式确立了沉默权制度。见孙长永:《侦查程序与人权》,中国方正出版社2000年9月第1版,第283-285页。

讯问时的律师在场权以及各种证据规则所形成的完善诉讼机制和高度发达的律师制度有效保证了被告人的认罪答辩能够在真正自愿的基础上进行。这从根本上确保了被告人在辩诉交易中基本诉讼权利的实现,最终使辩诉交易不至于突破诉讼的最低公正标准。

(二) 诉讼自治与民主精神

证据开示、沉默权与辩诉交易中渗透着诉讼的自治与民主精神。在传统的国家意识形态中,刑事诉讼本身作为最为强硬的治理手段而出现,比如在纠问式的诉讼形态下,刑事审判往往以压服的形式来表达。即使在诉讼学上所归纳的混合式诉讼形态中,这种痕迹仍清晰可见,裁决者往往在各种制约机制下,扮演父母官的角色,包办一切与诉讼相关的事实和法律问题;当事人,特别是被告人难以成为被尊重的诉讼主体,其意愿自然无法得以理性地表达。

随着民权意识的觉醒,国家的强势地位逐渐削弱,社会及个人的角色越发凸现。这一点首先表现在经济领域中,后来逐渐渗入政治领域中。在作为纠纷解决重要途径的司法活动中,民事诉讼率先从强职权的国家权力阴影中解放出来,不论是起诉、撤诉,抑或地域管辖、裁决者的选择,均掌控于当事人手中,整个诉讼进程很大程度上取决于当事人自身的意思自治,除非有碍于诉讼的正常进行。这一点几乎成为现代法治国家的共识。

在解决被告人刑事责任问题的刑事诉讼活动中,作为正义化身的法官退居消极裁判者的位置,侦控方也只能担当理性的说服者。依据德国著名刑诉法学家赫尔曼的观点:“根据对抗制进行的公判审理,是以当事人为中心的类型。……双方当事人可以根据起诉、交换诉状以及承认不利事实,来限定辩论的焦点,并由他们决定提出证据和询问证人的顺序。”可见,类似于民事诉讼中的当事人决策权在刑事诉讼中也理应有其存在的空间。

诚然,刑事诉讼过程中伴随着国家职能的行使,作为政府代言人的侦控方必须贯彻国家的刑事政策,甚至政治决策。公诉权的公权性质决定了它有别于私权的处分随意性,当然,在一定的限度内,这种权力仍然有其裁量的空间。认识到这一点,刑事诉讼中的自治与民主精神才有可能彰显。

证据开示、沉默权和辩诉交易就是这种利益权衡的结果,蕴涵着相当的诉讼自治与民主的精神:一方面,为防止国家公共权力强迫被告人承认犯罪,应当赋予被告人沉默权。另一方面,是否表白自己的内心和阐述自己的行为是个人自由,无罪推定之下的不得自证其罪要求被告人应当有沉默权。而辩诉交易内涵则是,控方检察官与被告人及其辩护人经过协商与讨价还价达成一份协议,以被告人承认某些罪名来换取检控方不予追究或以较轻罪名、较轻刑罚予以追究的承诺。而证据开示制度也通过控辩双方在开庭审判前或者审判过程中按照法定的程序和方式相互披露各自掌握或控制的诉讼证据和有关资料,充分调动了控辩双方参与的积极性。刑事证据开示的发展史显示,不论是始于 1963 年布雷迪诉马里兰州案的美国证据开示制度,还是在 20 世纪 90 年代才发达起来的英国证据开示制度,都有着下列两个基本共同点,即:其一,都确立当事人的证据开示责任;其二,证据开示由单方开示向双方开示发展。

由此可见,不论在刑事审判前程序中,抑或刑事审判程序中,不再是某个诉讼主体单独的游戏,而是控辩双方自身决定判决结果的过程,在这一过程中,诉讼交流、自治代替了过分纯形式上的对抗。在某种意义上,证据开示、沉默权以及辩诉交易中所贯穿的诉讼自治与民主精神,更加有利于吸纳诉讼参与主体的不满情绪,使之易于接受对其不利的判决结果。

(三) 效率与公正双重价值

证据开示、沉默权与辩诉交易中所蕴涵效率与公正的双重价值存在互补性。刑事程序的公正性和效率性在现代社会已经成为各国司法所追求的目标,如同民事诉讼程序中的简易程序、ADR、调解等分流途径一样,刑事诉讼中的和解程序、不起诉程序、简易程序和辩诉交易等分流途径同样将案件消解到

参见 [德] 赫尔曼:《刑事诉讼的两个模式》,西南政法学院编:《国外法学参考》1982年版,第 2 期。

社会的各个子系统之中。当然,任何繁杂的普通程序都无法忽视诉讼的效率性,而每种简易的分流程序也同样要保证诉讼的最低公正标准,否则,任何一种“杀鸡取卵”的做法最终都会伤及程序自身的理性。

辩诉交易在美国早期就是为了在有限的司法资源条件下及时处理诉讼积案而诞生的。这种方便快捷的结案方式不仅帮助双方从审判的非确定性和不可预测的风险中得以解脱,并且使被追诉者避免了被指控、庭审活动、判决甚而上诉的冗长而复杂的程序,而且使得法院也因此可以节约大量人力、物力和财力。正如美国联邦最高法院前首席大法官沃伦·伯格所说的那样,倘若辩诉交易从90%的比例降为80%,将会使法院付出双倍的人、财、物。辩诉交易所带来的诉讼程序效率纬度上优势恰恰印证了波斯纳的那句名言,“公正的第二要义即效率^[21]”。

此外,辩诉交易本身也直接体现了诉讼的公正价值。它不仅与供述自愿和沉默权等诉讼制度的初衷相吻合,而且法庭可以根据个案给予相应的刑罚处罚,而避免虽然依法但却过分严厉的处罚。

当然,辩诉交易在追求效率价值的同时,引起了西方学者对其道德性质的论争。许多人认为辩诉交易违背了传统的罪刑法定原则,甚至,被告的量刑可能不是建立在犯罪的基础上,对罪犯的量刑可能就与案件的具体事实、改造罪犯的需要或与社会期望对罪犯提出强有力控诉的合法利益毫无关系,与刑法的罪刑相适原则违背。极端情况下,辩诉交易使得无罪的被告人为了避免严厉的惩罚而答辩有罪,允许有罪的被告人逃脱了对其罪行的完全惩罚。这些批评足以表明,辩诉交易本身在实现诉讼的实体公正价值层面存在一定的局限性。此外,在英美诉讼实践中,辩诉交易可能带来程序的非正义,譬如,其操作的低透明度,违背了诉讼的公开原则。检察官与辩护律师之间的辩诉交易可能并不是由一名公正的法官主持并在众目睽睽之下的法庭上进行,他们更可能像商人谈判似的在一些非正式场合完成等。

任何一个制度本身都非十全十美,但是,每个存在有机联系的具体制度之间可能互相弥补着对方的缺陷。如果从整体的眼光观察诉讼程序,可以发现,实际上,证据开示的展开、沉默权制度的存在就有助于弥补上述辩诉交易运行中的实质正义和程序正义之不足。

一般认为,证据开示制度设置的目的是三点,一是确认对立当事人之间的争议点即诉讼的焦点;二是得到与案件有关且为诉讼准备所必要的证据信息;三是获取在正式审理(trial)中可能难以取得的相关信息。而达到这些具体的诉讼目的所欲实现的政策性目标,也就是设立证据开示制度的基本意义之所在,是保证诉讼的公正和效率^[31]。证据开示制度本身为普通审判程序和包括辩诉交易在内的简易程序确立争议焦点,防止审判程序漫无目的,显然有助于诉讼效率的提高。从公正的纬度来看,证据开示不仅防止了“证据突袭”现象的出现所引起的实质正义的流失,而且,它所带来的最为关键的价值是从信息占有的角度保障了控辩双方的平等。因为,诉讼实践中控辩双方地位的不平等,归根结底系对事实和相关法律信息占有的不均衡,而证据开示很大程度上能够弥合双方信息占有上的不对称,为控辩双方诉讼地位的平等奠定了坚实的基础。

沉默权存在的合理性可以从三个方面阐述,一是为了维护刑事诉讼对抗制即弹劾制的构架和机能,必须保障被告人作为一方诉讼主体所享有的沉默权。二是由人道主义的观点出发,认为公共权力强迫被告人承认犯罪,无异于强迫被告人自戴枷锁,属于过于残酷的不人道行为,所以应当赋予被告人沉默权。三是从隐私权和自由意志出发来解释沉默权的合理性。认为公民享有人格尊严及自由,享有个人生活不受外界干涉的权利,而惟有自己才可自由支配处理属于个人生活领域的问题。是否向外界沟通自己的生活内部,属于个人的自由,即人格的尊严。而沉默权的确立,可以限制政府窥视个人的精神领域,它体现了对个人人格和每个人有权从事自己的生活的尊重,它也提供给人们在面对刑事指控时的一种自由选择:选择是否协助政府以确定自己有罪。从此种意义上讲,沉默权的存在在促进证据开示和保

Yale Kamisar, Wayne R. LaFare & Jeold H. Israel, Modern Criminal Procedure: Cases, Comments and Questions, 8th ed. St. Paul, Mini., West Publishing Co. 1994.

障被告人有罪答辩的自愿性上是不可或缺的。如 1970 年美国联邦最高法院在 Brady v. U. S 判例中不仅确认了辩诉交易的合法性,而且对辩诉交易的基本法律规则作出了规定,特别是确立了被追诉者的认罪必须是“自愿和知晓(voluntarily and knowingly)的原则。美国《联邦刑事诉讼规则》第 11 条也要求法官在接受被告人作出有罪答辩时,必须审查被告人的选择是否是“自愿和理智的”。

二、证据开示、沉默权和辩诉交易互动关系分析

(一)辩诉交易对证据开示的制度依赖

在当事人主义的刑事诉讼中,证据开示系辩诉交易赖以生存的制度基础。当事人主义诉讼结构之下,事实裁判者和法律裁判者都处于消极的地位。控辩双方引进事实和法律的争点和论据,交给裁判者予以裁决。这就需要控辩双方具备对等的手段来获得证据和法律的支持,即“平等武装”(equality of arms)。相对于控方的资源优势而言,被告人往往处于劣势地位,法律需要赋予其更多的权利和手段上的支持,使其能够与控方展开较量,否则,只是形式上的平等,实质上的不平等。

人们都很容易明白,在英美法系的普通程序中,由于不采用案卷移送制度和实行控辩双方向法庭举证的审判模式,为了保护被告方的阅卷权以及相关信息的获取权,证据开示的存在尤为必要。实际上,在辩诉交易这种简易程序中,为了保证控辩协商的公正性,辩方必须有足够的信息作为基础,来权衡自身是否作出有罪的答辩,因为,辩诉交易在某种意义上就是利益的交换和博弈的过程,为了保证该过程真正反映各方的真实意愿,最为关键的就是交易双方具有均衡的交涉能力,而其中的前提是双方要拥有对等的信息量,因为信息的不对称必然导致谈判能力的不对等。

具体而言,只有在被告人了解控诉方掌握的事实证据并理解与事实有关的法律的情况下,其所作出的对控方指控罪行的所有犯罪要素的承认,才能说是一种自愿的表达。欲保障辩诉交易的自愿性前提,必须有专业律师的协助与完善的证据展示制度相配套。否则,在信息不对称的条件下,被告人因蒙蔽而错误作出了认罪的答辩,也是在根本上违背辩诉交易的自愿原则的。

(二)证据开示对辩诉交易的催生作用

简单地说,证据开示制度催生了辩诉交易的开展。从美国判例发展史中,可以看出,在证据开示制度产生之后的几十年时间内,辩诉交易的实践以不可阻挡的迅猛之势展开。排除社会文化因素和价值观念因素的影响,单就证据开示制度而言,它就使得辩诉交易的需求更加现实和具体。

一方面,在审判前程序中,控辩双方通过证据开示分别掌握了对方有可能在庭审中陷己方于尴尬的证据,诉讼的风险意识在个案中得到急速的增强,随着诉讼的逐步深入,双方实力的此消彼长,从而增加了整个审判程序的诡秘性;而且作为事实裁判者的陪审团还有可能因流审而被宣布解散;此外,英美法系诸多涉及证据可采性的证据规则严格且过于繁琐。种种原因都可能增加诉讼参与人的败诉风险性和诉讼成本。不论是作为理性人的控方还是辩方,基于趋利避害的本性,均不愿意陷入冗长、高成本,且结果难以预料的陪审团审判之中,因为案件的成败往往事关控方检察官的职业前途以及被告人的命运;另一方面在证据开示过程中,双方实际上也在预测着自己的胜诉机会,掂量着本方的谈判筹码。这两方面心理态势的一致性,使得双方更加愿意寻求对抗中的“合作”,从而,经过证据开示过程中所形成的合作与协商的和谐环境的催化,由证据开示走向辩诉交易,便是一件再自然不过的事情了^[1]。

(三)辩诉交易对证据开示的推动完善

在辩诉交易实践展开的同时,控辩双方的契约意识和诚信意识进一步增强,双方都在基于自身追求的诉讼目标寻求更为广泛的“合作”。这种合作意识促进着证据开示制度的成长,推动了证据开示制度的逐步完善。

这其中包括证据开示主体、范围和违法后果等诸方面的进步。美国历史上证据开示制度由单向走

向双向的历史过程,实际上也是一个辩诉交易制度不断发展和完善的过程。美国早期的证据开示是单向的,即只有控方的检察官向辩方开示证据,但后来逐渐演变为双向开示,即不仅检察官应向辩方开示证据,辩护律师也应当向控方的检察官开示证据,当然双方开示的范围略有不同^[4]。这种双向的开示不仅刺激了检察官向被告方的开示积极性,从而保障被告人作出自愿认罪答辩的需要,而且也是控方基于客观公正性的原则,以及刑事政策的考虑,提出合理而正当的交易条件的前提。

此外,证据开示的范围逐步扩大也是一个典型的例证。特别是控方的开示范围扩大,这项义务在美国已经上升到保障被告人宪法权利的高度。1963年,联邦最高法院在“布雷迪诉马里兰州”一案中依据联邦宪法的“正当程序”与“公正程序”条款指出,控方在辩方提出请求的情况下隐瞒在定罪或量刑上有利于被告人的证据,同样是违反正当程序的。据此,检察官依法开示一切与定罪量刑有关的证据成为其在宪法上的义务。1985年,联邦最高法院又将该义务的范围扩大到开示对控方证据的弹劾证据。1970年,美国联邦最高法院在“威廉诉佛罗里达州”(William v. Florida)一案中判定这一要求符合联邦宪法。1974年以后修改《联邦刑事诉讼规则》的过程中,在确认联邦法院也实施“不在犯罪现场的证据”开示的同时,又陆续增加了关于辩方主张患精神病或依法行使公共权力的开示规定,其中1979年修改时,把国会于1957年制定的“简克斯法”(Jencks Act)中关于控方在审判中开示证人证言的单方面规定扩充到对辩方作出对等的要求。法院关于证据开示的令权力和制裁权也逐步得到加强^[5]。

在英国,也逐步扩大了控辩双方开示证据的范围,就辩方而言,英国自1967年刑事审判法开始,要求辩方必须在开庭审理之前向控方开示“不在犯罪现场”的证据,1987年刑事法院规则中进一步确认了辩方开示专家证据的义务;根据1987年刑事审判法的规定,在严重欺诈案件中,辩护方在控方开示证据之后有开示辩护要点的义务;1996年刑事诉讼和侦查法更加严格地确立了辩方开示辩护要点和有关证据的义务,其范围不再限于“不在犯罪现场”的证据和专家证据。

(四)沉默权与辩诉交易互动关系分析

生态学原理告诉我们,一种生物的出现以另一种生物的存在为前提,同时,一种生物的产生是为了控制另一种生物的过分扩张。一个国家的刑事诉讼制度就如同一个生物环境之下的生态链:赋予犯罪嫌疑人(被告人)以沉默权乃刑事诉讼法治化进程之必然,然而,由此引发的问题显而易见——如果犯罪嫌疑人(被告人)都选择了沉默,必然对侦破罪案与追诉犯罪设置了诸多障碍。那么,在一方面要控制犯罪另一方面要保障人权之间,如何取舍与权衡?美国以及其他诸多国家的作法给了我们一个唾手可得的 answer,那就是在规定沉默权的同时,建立鼓励犯罪嫌疑人不沉默的法律机制;同时,从另外一个视角分析,建立辩诉交易制度,人们最为关注和担心的就是被告人承认有罪的自愿性,而沉默权制度的构建,无疑使得人们的这一担忧尽可释然。

在美国,沉默权制度是先于辩诉交易制度出现的。沉默权的要义是犯罪嫌疑人、被告人有权保持沉默或拒绝回答讯问,而辩诉交易的要义则是自愿作有罪答辩。这就意味着该两种制度设计上的“相克”性。假定犯罪嫌疑人都选择了被拒捕后的沉默,警察破案率的急剧下降而招致的社会治安状况的恶化,必然会引起人们对沉默权这一制度的纷纷责难。然而,辩诉交易以其以犯罪嫌疑人、被告人有罪答辩为条件来换取减轻处罚的有效手段,则激励和诱惑着犯罪嫌疑人、被告人放弃“沉默”的权利,而“开口供述”同司法机关密切合作——“你有权保持沉默;但是如果你愿意作有罪答辩,法官将减轻对你的处罚”。同时,由于沉默权的规定,辩诉交易的实践也使得犯罪嫌疑人、被告人毋庸担忧如果不与政府合作不作有罪答辩会导致重罚的结果——“你如果作有罪答辩,法官将减轻对你的处罚;但是,如果你不愿意认罪,你有保持沉默的权利”。按照现代法学理念,任何公民在面临司法审查之时,都有合作的义

Berger v. United States, 295 U. S. 78, 55 S. Ct. 629, 79 L. Ed. 1314 (1935).

United States v. Bagley, 473 U. S. 667, 105 S. Ct. 3375, 87 L. Ed. 2d 481 (1985).

务。但是,合作包括作为的合作与不作为的合作两种方式。在笔者看来,无论是沉默权行使抑或辩诉交易中的有罪答辩,都是犯罪嫌疑人、被告人与司法机关的合作;辩诉交易中的有罪答辩,是犯罪嫌疑人、被告人犯罪后以积极的作为与司法机关予以合作;沉默权的行使,是犯罪嫌疑人、被告人以消极的不作为与司法机关进行的合作。可见,沉默权和辩诉交易中的有罪答辩是犯罪嫌疑人、被告人两项在本质上并无矛盾但只能择其一而选择的权利。没有辩诉交易而只有沉默权的人权保障是畸形的,它至少忽略了社会控制犯罪的需要和对被害人权利的保障;没有沉默权而只有辩诉交易的人权保障是不可能实现的,没有沉默权的坚固屏障,辩诉交易的出现就如同洪水猛兽一般,将会对犯罪嫌疑人、被告人的权利带来不可想像的践踏和蹂躏。

应当看到,在辩诉交易产生和发展的各项动因之中,沉默权扮演着一个非常重要的角色。单就此二者的关系来讲,辩诉交易犹如沉默权的缓冲器,它在不危及被告人诉讼主体地位的前提之下,为他们放弃沉默提供了一个有足够吸引力的理由,从而大大缓解了控诉方的负担。我们甚至可以做出这样一个大致的估计:一个国家的辩诉交易制度越发达,沉默权的充分性也就越高;如果缺少了辩诉交易的缓冲作用,在犯罪形势日趋严峻的时候,沉默权很可能不得不做出相当程度的让步。英国 1994 年的刑事审判与公共秩序法在沉默权问题上的大倒退,究其原因,除了来自北爱尔兰共和军恐怖主义犯罪的压力之外,恐怕与其辩诉交易制度不发达不无关系。

三、中国法改革的几点启示

流传于澳大利亚之“仙人掌与夜蝴蝶”的故事给了我们这样一个深刻的启示:在固有的生物环境中,移植一个新的物种,当须认真考察该物种合理生存的生物链,否则将会破坏本域的生态平衡而贻害无穷;在一个国家现有的司法制度条件下,引入一项新的法律制度,是否也要缜密分析该项法律制度赖以“本土化”的制度链呢?答案无疑是肯定的。引进新的物种须考虑如何使之适应新的环境,而又不破坏新环境的生态平衡问题,而移植法律制度也要考虑其是否与本国的法律制度与理念相吻合,是否会破坏本国的法律精神,利弊之间亦应有个审慎考量。笔者认为,假如我们把欲之中国化的“辩诉交易”看作是“仙人掌”的话,那么,早已在学界争论久长的“证据开示”和“沉默权”就是“夜蝴蝶”。

(一)中国控辩协商制度的构建

辩诉交易从在美国发端,到在加拿大、英国再到德国、意大利、俄罗斯、日本等国家广为传播,在一片抨击与责难声中保持着旺盛的生命力。这一制度的生成与发展无疑与其所独具的其他诸多刑事司法制度所无法媲美的制度价值有着内在的连接。

中国法学界从最初对这一制度的一般性介绍,到有关该制度“进”与“不进”的理论争鸣;司法实务界从诸如“綦江虹桥案”、“污点证人作证交易豁免”的“犹抱琵琶半遮面”,到牡丹江铁路运输法院对“孟广虎故意伤害案”第一个公开“吃螃蟹”的大胆尝试,无不揭示了诉讼法学者与司法实务者对于该制度能否“洋为中用”的深切关注。

这种消极的不作为合作,表现为犯罪嫌疑人、被告人既不积极配合司法机关的审查,也不拒绝审查。他们不反抗脱逃监管,不违反羁押场所规定,但又不回答审讯者的提问,不向司法机关提供任何进一步查证之线索。

从前,澳大利亚没有仙人掌。一位牧场主去南美洲旅行时,将它带回种在了自己牧场的四周用做篱笆。可是生命力极强的仙人掌不甘于做牧场的栅栏,十年后,澳大利亚几千公顷的牧场成了仙人掌的王国。澳大利亚昆虫学家经实验发现仙人掌的天敌是一种昆虫——夜蝴蝶:它只吃仙人掌,不吃澳洲的其他的植物,尤其是农作物,同时它不会威胁澳洲本土昆虫的生活。于是将夜蝴蝶引进到澳洲,结束了仙人掌的灾难。而仙人掌少了,夜蝴蝶没有足够的食物,所以没有在澳洲造成新的灾难。于是,仙人掌与夜蝴蝶的成功引进被传为佳话。

笔者认为:构建中国控辩协商制度,必须建立在对中国文化背景、司法情状与诉讼制度等审慎考察之后,既从应然的视野系统地研究中国引进与移植辩诉交易具有的该当性,又从实然的视域理性地解读在中国目前之司法体制下尚存在障碍性因素。中国控辩协商制度的构建,当须实现中国公众之契约观念及刑事价值理念,侦查权、检察权、审判权和辩护权之模式,被告人、被害人之刑事诉讼地位,证据开示、沉默权等刑事诉讼制度等观念、权力(利)、制度的多维改造。笔者强调,诉权理论在中国刑事诉讼中之成功导入与中国政治体制改革下司法体制之深刻变革,乃构建中国控辩协商制度不可或缺的两个根本性因素。辩诉交易在两大法系之成功穿越以及中国经济体制巨大转型之实践无不在向我们昭示:中国刑事司法改革中,通过严格之制度设计完全可以吸收国外刑事诉讼制度中之合理因素,没有必要拘囿于法系之背景而坐等抑或遏制司法制度之变革。中国控辩协商制度仰赖的应当是一种当事人主义与职权主义优势并蓄的、以公正为基本法律理念兼存高效之刑事诉讼模式,而理论界学仁们之大胆探索与缜密论证,实务界决策者之锐意创新与勇于实践,皆为该模式以及中国控辩协商制度生成之近因。

(二)中国控辩协商制度构建下的沉默权

笔者认为,辩诉交易作为一个典型的舶来制度能否中国化的问题,既要缜密而全面地考查该制度在域外的实践状况、争议焦点及发展趋势,又要严谨而认真考证该制度在中国移植的社会土壤:一方面是该制度中国化运行所必需的整体制度环境;另一方面是匿于整体制度之后的中国传统文化和民族习性以及现有中国法律规范所整合的社会心理和司法理念。就制度环境而言,在中国这样一个侦查手段相对落后,对口供依赖性较大的现实条件之下,如果要引进辩诉交易,沉默权的确立是必不可少的。

然而,我国目前所面临的问题是,中国刑事诉讼中的被告人并不享有保持沉默的法定权利。一个确立了沉默权的国家可能会不存在辩诉交易,或者辩诉交易不甚发达;但是无论如何不能想像的是,在一个国家的刑事诉讼体制中,连保持沉默的权利都没有的被告人居然可以和控诉方进行平等协商,并达成协议。因为相对于参加辩诉交易而言,保持沉默无疑是被告人的一项更为基本的权利,它是被告人诉讼主体地位的重要指标之一,也是被告人与控诉方进行辩诉交易的一个最有利的资本。如果这一资本缺失,辩诉交易要么无法真正开展起来,要么会丧失其必要的平等性和自愿性,最终仅仅沦为“坦白从宽,抗拒从严”的另一种表述方式。所以,在研究中国如何引进辩诉交易的时候,有必要研究构建中国本土化的沉默权制度。

(三)中国控辩协商制度构建下的证据开示

我国1996年修订后的刑事诉讼法虽然使审判程序发生了重大的变革:律师较早地介入诉讼;检察院移送起诉时,不再移送诉讼案卷,起诉书只附送证据目录、证人名单和主要证据复印件或者照片;刑事庭审采取了主要由控诉方和辩护方举证的所谓控辩式或类似控辩式的诉讼形式,等等,这一切都使我国的审判方式朝向对抗制方向发展。但是,这种改革另一方面导致了辩护难的现象,被告方有权查阅的控方案卷相当狭小,具体而言,在侦查阶段,被告方根本无权查阅侦诉方的案卷;在起诉阶段,也只能查阅诉讼文书、技术鉴定材料等;在审判阶段,相应的只能查阅起诉书及附送的证据目录、证人名单和主要证据复印件或者照片。再加上法律尚未赋予被告方在侦查阶段的调查取证权,即使在起诉和审判阶段,被告方的调查取证仍要突破重重障碍——经过证人甚至提供证言者与检察院的双重许可,凡此种种,导致司法实践中,被告方申请法院或者检察院调查取证的权利在司法实践中由于其他人为因素的干扰很难得以保障。一句话,被告人没有有效的手段获取证据材料和相关信息,在诉讼过程中处于相当被动的地

笔者经过较长时间的慎重思考,认为“交易”一词在中国被赋予了浓重的商业化色彩,考虑到中国公众对于“杀人”“放火”这样人命关天的事焉能“交易”的容忍度,以及学者关于“正义无价,如何‘上市’”的担忧,故将辩诉交易制度在中国的借鉴,称之为“控辩协商”。一方面,可使被构建制度本身之称谓上,凸现控辩双方法治阳光下的平等与理性,避免了“交易”可能被读出的隐秘性和“讨价还价”的“和稀泥”;另一方面,顺应了国际刑法对于犯罪非刑罚化和轻刑化的发展趋势,为协商性司法在中国的驻足,奠定一个坚实的基础。

位。

在引进辩诉交易之后,被告方对于这种信息的获取更加依赖,因为它关系到被告人自身是否能够作出明白自愿地认罪答辩。若缺乏证据开示这种信息获取的制度保障,被告人也没有可以用来交易的资本和条件,剩下的,只能是被动地接受与承认了。因此,如果要引进辩诉交易制度,建立中国控辩协商制度,必须建构相关的制度与其配套,如果说,充分的律师帮助权,沉默权制度是直接保证被告人认罪答辩自愿(voluntarily)的措施的话,那么,证据开示制度则是确保被告人对证据信息和法律信息的充分掌握,能够明智地(knowingly)作出答辩选择的必要条件。易言之,如果没有证据开示制度与控辩协商的配套,中国侦查机关和检察机关的强势地位必将使得被告人的认罪没有选择的余地,控辩协商本身的公正性也就可以想见了。

参考文献:

- [1] 汪建成. 辩诉交易的理论基础[J]. 政法论坛, 2002, (6).
 [2] [美]理查德·波斯纳. 法律的经济分析[M]. 蒋兆康,译. 北京:中国大百科全书出版社, 1997.
 [3] 龙宗智. 刑事诉讼中的证据开示制度研究(上)[J]. 政法论坛, 1998, (1).
 [4] 汪建成. 证据开示的范围[N]. 法制日报, 1999-12-12.
 [5] 孙长永. 美国刑事诉讼中的证据开示[A]. 诉讼法论丛(第3卷)[C]. 北京:法律出版社, 1999.

On the Relationship: Discovery, Right of Silence and Plea Bargaining ——And on Several Issues on Chinese Law Reform

JI Xiang - de

(Chinese Academy of Social Sciences, Beijing 100720)

Abstract: In the construction of any legal system, the linkage of the system in question and the existing system should be taken account, and the design and the harmony of the system in question and relevant symbiotic systems be studies "plea bargaining", "discovery", and "right of silence" are three brothers in the construction of criminal proceedings. The construction of Chinese prosecution - defense negotiation system requires that complete discovery of evidence system and the expressed system of right of silence be established, or the introduction and transplant of plea bargaining will not be an effective system.

Key Words: Discovery; Right of Silence; Plea Bargaining; Symbiotic Relation

(责任编辑 于贺清)