

刑事合意证明模式研究*

宋志军

【提要】证明模式与诉讼模式密切相关,诉讼模式的转型必然引起证明模式的变革。随着体现控辩双方合作、协商与合意的协商型刑事诉讼模式成为一种独立的制度形态,刑事证明模式也相应地呈现出合意取向。控辩双方在取证、举证等证明环节上开展一定程度的合作与协商,形成一种新型证明模式,即合意证明模式。合意证明模式与传统分立证明模式在证明目的、证明主体的地位、事实认定结构、证明方式等方面具有较大差异。刑事合意证明模式为刑事证据契约提供了理念支撑及制度依托,刑事证据契约是合意证明模式的实现途径。

【关键词】刑事诉讼 协商型刑事诉讼 合意证明模式 刑事证据契约

(中图分类号) D915.3 (文献标识码) A (文章编号) 1000-2952(2012)02-0067-05

一、刑事证明模式的划分标准

何谓证明模式?有学者认为,证明模式,是指实现诉讼证明的基本方式,即人们在诉讼中以何种方式达到证明标准,实现诉讼证明的目的。^①笔者认为,证明模式比证明的基本方式涵盖的范围要广,是更为抽象和宏观的理论模型。划分刑事证明模式,或者界定一种新型证明模式应参考以下标准:(1)作为其制度基础的刑事诉讼模式的样态。诉讼模式与证明模式密切相关,诉讼模式的变化必然引起证明模式的变革。以事实认定为核心的证明模式受诉讼模式的影响,不同的诉讼模式决定了与之相适应的证据原则和规则,进而形成不同类型的事实认定模式,而事实认定模式的变化直接导致证明模式的改变。(2)证明目的和证明原则。证明目的和证明原则随着诉讼模式的演变和转型而有所变化。例如,在协商型刑事诉讼模式下,查明案件事实尽管仍然占有非常重要的地位,但是并不是诉讼的唯一目标,而解决当事人之间纠纷成为首要任务,因此其着眼点就不再是加强诉讼程序上形式化的对抗性,实现证明上的合意成为重要的证明原则。正是在这个层面上,开始出现了合意证明模式与传统证明模式的分野。(3)证明主体的地位和作用。在不同的证明模式下,控辩双方在事实认定中所

发挥的作用有别,因而双方对法官裁量权范围的影响有重大差异。(4)事实认定结构。控辩双方对刑事证明事项的控制程度,以及事实认定者对事实的认定主要来自双方对证明事项的合意还是法官对证据的独立判断,反映了不同证明模式的事实认定结构。(5)证明方式。在不同的证明模式下,控辩双方说服裁判者的方式明显不同,控辩双方向法官输入证据信息的路径也有根本差异。按照上述标准,笔者将证明模式分为两种:以传统对抗型刑事诉讼模式为基础的“分立式刑事证明模式”和以协商型刑事诉讼模式为基础的“合意式刑事证明模式。”两种证明模式在诉讼模式的宏观层面和证明构造的微观层面上都具有根本性的差异。

二、协商型刑事诉讼模式是合意证明模式的制度基础

我国自1996年修订《刑事诉讼法》以来,当事人主

* 项目资助: 本文是陕西省教育厅人文社会科学重点研究基地建设项目《刑事诉讼契约原理研究》(项目批准号09JZ006)的阶段性成果。

① 龙宗智:《印证与自由心证——我国刑事诉讼证明模式》,《法学研究》2004年第2期。

义已经成为刑事诉讼制度的理念基础和发展方向,并且日益朝着实现实质意义上的控辩平等的目标前进。然而问题是,我们至今仍未深刻领会对抗制刑事诉讼的精神。随着社会的发展以及人们思想观念的变化,诉讼观和正义观也在发生变化。首先,尽管两大法系在刑事证明目标上存在差异,但是,诉讼的首要目标在于解决当事人之间矛盾纠纷的观念渐成共识。其次,传统的报应刑罚观已经为目的刑罚观所取代。尤其是宽严相济刑事政策的贯彻实施,我国刑事司法领域更重视通过恰当形式对被害人所受伤害进行有效地修复,以及有利于犯罪人重新回归社会。最后,实现构建和谐社会的目标需要充分发挥控辩合作在化解社会矛盾、修复被犯罪所破坏的社会关系方面的重要作用。近年来,司法实务部门推行的认罪简易程序、附条件不起诉以及刑事和解等多种新型的制度实践,显示出控辩双方从你死我活的白热化的激烈对抗状态下解放出来,越来越多地走向了协商与合作。协商型刑事司法制度契合了契约正义的精神,具有发展壮大的巨大潜力。在诉讼观念层面,一种“合作型司法”的理念打破了“对抗型司法观”一统天下的局面,进一步推动了实践层面控辩合作与协商的制度化 and 体系化,一种新型的合作型刑事司法模式逐渐形成一种相对独立的诉讼模式,成为对抗式刑事诉讼模式的重要伙伴,这就使刑事诉讼模式实现从单一的对抗制模式向对抗与合作并存模式的转变。

如果刑事证明模式与刑事诉讼模式的变革不同步,那么现行基于激烈对抗的证明模式中的许多问题就会成为协商型诉讼模式运行的障碍。有学者认为,刑事证明中的合作与协商,将使刑事证明制度更接近于“辩证的证明方法”,从而最大限度地避免事实认定者形成预断,同时也可以使得事实发现程序更有效率。^①笔者认为,这种观点是合理的。如果警察和检察官能够从利益根本对立的当事人一方的立场转向更中立、更客观的立场,并且与辩方坦诚合作,那么对抗式诉讼中的对立因素将逐渐减弱,而合意与协商的特点更加突出。如果当事人能够尽早以合作的态度介入调查程序,就会营造出更加合作的气氛,在审判开始之前就已经通过证据交换或者审前准备程序相互承认或者排除证据,通过双方合意的的方法处理证据问题所形成的合作氛围逐渐浓厚并且更加制度化,这必将推动传统的控辩双方对立与分立的证明模式逐渐转向合意证明模式,渐渐远离纯粹的、单一的对抗式诉讼程序和证明模式而走向丰富与多元。笔者认为,在合作诉讼观的指导下,刑事诉讼模式和证明模式将会从单一的对抗走向对抗与合意并存。由此,协商型刑事诉讼为合意证明模式奠定了制度基础。

三、比较视野下合意证明模式之构造解析

传统的对抗型刑事诉讼模式下的证明模式为“分立证明模式”,合意证明模式与分立证明模式在证明目的、证明主体的地位和作用、事实认定结构和证明方式等四个方面存在较大差异。通过比较两种证明模式,可以更加清晰地揭示合意证明模式的构造。

(一) 证明目的不同

笔者认为,传统证明概念将证明作为一种认识案件事实的活动,主要体现为对未知或者争议事实的查明、阐明或者确定,而未重视证明本身的特性。从本质上来说,法院判决必须依据事实以适用法律,这一事实的认定,通过双方的对抗争论可以完成,通过双方对证据方法、证据能力和证明对象达成合意的方式得到法庭认可同样也可以实现。传统证明概念中所包含的“查明”、“认定”的含义适用于对抗性司法模式没有任何问题,而在协商型刑事诉讼模式下,其适用性受到很多限制,并且在理论上存在很大的障碍。因此,应当赋予证明以新的含义。笔者认为,刑事证明是一个动态过程和静态结果的有机结合,随着刑事诉讼程序的推进而不断丰富和深化,结果意义上证明的实现形式是多样的,既有对抗,也有合意。合意证明是指控辩双方在平等协商的基础上,对证据程序和证明事项达成合意,为裁判提供事实基础的活动,它是一种适应协商型刑事诉讼而产生的新型证明形式。传统的对抗型刑事诉讼模式下的证明模式为“分立证明模式”,与之相对的是协商型刑事诉讼模式下的“合意证明模式”。刑事合意证明从属于刑事证明这一范畴,是刑事证明的一种新形式。合意证明模式是控辩双方在平等协商的基础上,对证据程序和证明事项达成合意,协助事实认定者完成事实认定任务,并为裁判提供事实基础的活动,它是一种适应协商型诉讼模式而产生的新型证明模式。

诚然,笔者并不主张用合意证明形式完全取代传统分立式的证明形式,而是在某些案件的证明问题上形成了与传统证明不同的样式,是对传统证明模式的补充。在证明模式上形成以分立式证明为主导、以合意证明为补充的良好态势,势必会大大增强证明对复杂多样的刑事案件的适应性。

(二) 证明主体的地位和作用不同

1. 控辩双方在事实认定中所发挥的作用有别

合意证明模式中,控辩双方对法官心证和裁判结果

^① [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370页。

的影响是直接的，在案件事实认定中所发挥的作用大于对立式证明。在分立证明模式中，控辩双方对证明过程的参与程度尽管也很高，尤其是在当事人主义诉讼模式下，控辩双方享有充分的诉讼权利，通过提供证据、参加质证和论辩，说服法官采纳本方的证明主张和证据。但是，控辩双方只是证明过程的参与者，他们提供的事实与证据信息仅是事实认定者获得心证的信息来源，最终如何认定事实和采纳证据，都由事实认定者自由裁量，在判决结果上双方当事人并没有实质性决定作用。

2. 双方当事人对法官裁量权范围的影响有别

在合意证明模式中，尽管事实认定者仍然拥有很大的自由裁量权，但是自由裁量权的范围在一定程度上受到双方合意的限定。虽然自由心证是现代证据制度的普遍原则，然而，自由裁量权并不是绝对的，只局限在对证据证明力大小以及证据能力某些要件的评断上。根据法官中立和不告不理原则，只有双方争议的事项才属于法院审理的范围，证据也是如此。如果控辩双方不把证据提交法庭，那么法庭将无法见到这些证据，也就谈不上自由裁量。对于双方协议认可的证据，法官也不能不顾双方当事人的合意而强行进行质证或者作出与双方当事人合意不一致的认定。相反，那些本来不具有证据能力的证据，通过双方当事人的合意赋予其证据能力，使其得以进入事实认定者的视野，扩大了其自由裁量的范围。控辩双方通过对证据的取得、事实争点、证据能力和证据方法达成合意，扩大或者缩小事实认定者自由裁量的量与度，发挥对事实认定和判决结果的实质影响力。

(三) 事实认定结构不同

合意证明模式中的事实认定结构特性，是与分立证明模式相比较而言的。从两种证明模式在事实认定结构上的差异，可以清晰看到刑事合意证明模式特殊的事实认定结构。

1. 分立证明模式的事实认定结构

(1) “人”字形结构——法院单方认定型。这种类型主要存在于特殊案件事实的认定中。例如科学证据的认定、免证事实的认定以及司法认知。在这种类型的事实认定模式中，事实认定依据不是来源于当事人双方提交的证据，而是来自科学原理和法律规定的法官得以直接认知的事实。总体来说，认定的依据是自然科学知识、社会科学知识及自然规律。

(2) “介”字形结构——法官控制的事实认定（法官主导型）模式。这种事实认定模式以职权主义为典型代表。“介”字下半部分中的左边的“丿”代表控方，右边的“丨”代表辩护一方。控辩双方主张的事实和提供的证据只是裁判者认定事实的信息来源，法官拥有一定程度上独立的证据调查权，法官依据自己对证据与事

实的判断所形成的心证来认定事实。在这种模式下，可能会出现三方各自拥有一个独立的事实判断的情况，法官认定的事实可能和各方的事实主张都不一致。在审判中，认定事实仍然是法官的主要事务，尽管职权主义诉讼模式开始向当事人主义方向改革，但是对证据的审查判断仍然是有组织的一体化活动，而不像英美法系国家那样有正式的证明次序。

(3) “众”字形结构——当事人控制的事实认定（当事人主导型）模式。上面的“人”代表事实认定者（法官或者陪审团），下半部分左边的“人”代表控方，右边的“人”代表辩方。这种模式以英美法系当事人主义事实认定模式为原型。它与上述“介”字型最大的区别在于：在当事人主义诉讼模式下，控辩双方的主体性较强，享有完全独立的诉讼地位，当事人独立叙述自己的事实，在裁判者面前展开竞争，哪方说服裁判者，则裁判者认定哪方的事实。当事人主义诉讼模式在正当法律程序原则之下突出当事人对事实认定的控制力和影响力，这种控制是通过当事人对诉讼事由和证据的控制来实现的。

2. 合意证明模式的事实认定结构

合意证明模式可以用“个”字形结构来表示。“个”字中的“丨”表示双方当事人的合意，“人”表示法院在进行审查以后，结合法院对案件事实、证据证明力等的综合判断形成心证。在合意证明模式下，事实认定和裁判结果是在裁判者与双方合意的合力作用下形成的，基础是双方当事人合意，在此基础上形成法院的裁决。事实认定者对事实的认定主要来自双方对证明事项的合意。

当事人对刑事证明事项的控制，即诉讼参与者在已选定的诉因范围内确定诉讼的事实轮廓的权力，对事实认定方式也有较大的影响。尽管决定什么事实将有待证明的权力区别于证明活动本身，然而对证明对象确定权的分配对证明活动有着一定的影响。当事人在他们的事实基础尚未明了的情况下签订契约时，英美法系国家和大陆法系国家的证明程序对此契约的态度和处理是有较大区别的。在英美法系国家，尽管有时法官可以拒绝接受当事人双方所签订的证据契约并坚持将双方无异议的事实继续在法庭上进行证实，但是事实上，强迫当事人去争执没有争议的事实是没有必要的。

在大陆法系国家，由于法官的职权在刑事证明中发挥重要的决定性作用，导致控辩双方对证明进程的影响程度比较低。在典型的职权主义证明模式下，即使被告人对指控的犯罪事实予以承认或者不予辩解，然而，事实认定者仍然要通过既定的证明程序进行事实和证据调查，所有的证据仍然需要在法庭上接受调查。在控方就犯罪事实所作指控范围内，只要法官认为某项证明活动对案件真实发现具有重要作用，他就有权力和责任提出

需要证明的事实问题和证据问题并加以印证。在这种情况下,控辩双方通过自主协商与合意控制证明进程的可能性和空间都比较小。近年来,由于刑事案件积压案件逐渐增多给刑事司法提高效率提出了新的课题,在罪行较轻的案件的审理程序中,法官对诉讼进程和证明事务的控制力有所减轻,控辩双方相应得到一些可以影响证明进程的重要权利。控辩双方的交易也从英美法系国家扩展到传统上的大陆法系国家,通过辩诉交易以及其它类似制度,被告人常常能获得量刑减让的优惠。

(四) 证明方式不同

1. 控辩双方说服裁判者的方式不同

从上面论述可以看出,合意证明与分立式证明最大的区别就在于说服裁判者的方式不同。合意证明是控辩双方就证明事项达成合意之后,说服法官依据合意进行裁判。但是,法官在合意证明模式中仍然享有对证明事项的自由裁量权和审查权。同时,为了保障处于弱势地位的被告方在达成证明合意中的自愿性,法官要行使权利告知和对合意自愿性进行审查的权力。即使是在美国的辩诉交易中,法官仍然要对双方的合意进行审查。有资料显示,在控辩双方达成合意之后,法官或者陪审团对有罪答辩不再审理,为了防止错案,法官在接受有罪答辩或不争辩答辩之前,必须在公开的法庭上与被告人对话,告知被告人并确信被告人理解有关的实体问题和程序权利的事项。法官还要审查公诉方的案卷,以保证公诉方确有其他证据证明被告人有罪;如果法官接受了答辩协议,法官可以直接根据答辩中承认有罪的指控进行量刑。^①

在分立证明模式中,尽管不同的诉讼构造中的当事人双方对抗的激烈程度不同、事实认定者在证明过程中的主动性有异,但是证明方式的共同点都是由控辩双方互相攻击彼此提供的证据材料的真实性和证明力,并以此使得裁判者做出有利于己方的事实认定。

2. 控辩双方向法官输入证据信息的路径不同

在分立式的证明模式下,控辩双方向裁判者传达信息的特殊路径,是将证明活动分裂为当事人双方各自为战的单方行为。控辩双方的证明方式主要是通过攻击对方证据的真实性和证明力,降低对方证据对法官心证的影响以及对事实认定的决定作用,从而提高己方所主张的事实和提供的证据对事实认定者的实质影响力,最终获得有利于己方的判决。与此相关的诉讼制度的设计也是为了增强双方的对抗性。从取证程序到质证程序,控辩双方即充满了激烈的对抗。从本质上看,分立式证明模式本身蕴含着更深层次的支撑合意证明模式的精神及原理,即当事人享有决定诉讼争议范围的实质性的自由,从而争议事实可以通过当事人达成合意而得以终局性地解决,这既是分立式证明模式的一个特点,又是合意证明模式的基础。

在合意证明模式下,尽管控辩双方仍然处在利益冲

突的双方当事人的地位,但是双方向法庭输入事实信息的路径却是合一的。控辩双方通过协商,对本来存有争议的事实和证据达成合意,将两条并列的光柱合为一束,减少了在信息传递给法官的过程中因为对抗所带来的额外因素的干扰,使法官能够在获得案件信息方面比较完整。

四、证据契约是合意证明模式的实现形式

(一) 刑事证据契约的内涵和样态分析

归纳各国司法实践中存在的刑事证据契约,主要有以下几种类型:(1)证据能力契约。证据能力契约在国外的司法实践中体现为证据能力认同制度,其又可以分为传闻证据的认同和非法证据的认同两种。^②控辩双方同意庭外笔录作为证据使用,在日本和我国台湾地区的刑事诉讼制度中作为传闻证据排除法则的例外。在美国,证据能力认同制度表现为非法证据排除规则“污点消除的例外”。证据能力认同,是指控辩双方同意将本属于传闻的庭外笔录作为证据使用,法院认为适当,可以承认其证据能力的制度。证据能力认同是双方当事人就证据能力达成的合意,其性质是证据能力契约,在立法和实务中往往以被告人“同意”为表现形式,当然也包括控辩双方的合意形式。(2)证据方法契约。证据方法契约是指控辩双方在自愿、平等的基础上对于证人作证、鉴定人的选任及是否出庭所达成的协议。主要包括证人出庭契约、污点证人作证豁免契约和鉴定人选任契约三种。^③取证契约。取证契约是指控辩双方^④对取证行为所达成的意思表示一致的协议。取证契约的主体一般是控方和被追诉方。^④契约的内容是被追诉方自愿同意侦查机关所进行的带有强制性的取证行为,如搜查、扣押、采集身体样本等。通过双方达成取证契约,使本来具有强制性的取证行为变为双方合作进行的平和的行为,增强了侦查程序中国家与公民在取证问题上的合作,减少了不必要的对抗。(4)证明对象契约。证明对象契约是指控辩双方通过庭前的争点整理程序,对于双方没有争议的事实以及争议的焦点达成协议,或者被告人在庭前或者庭审过程中对于控方指控犯罪事实的承认,在实践中体现为刑事自认。

(二) 刑事合意证明模式与证据契约的关系

传统的证明理论未将证据作为一个动态的、由复杂

^① 杨宇冠:《非法证据排除规则研究》,中国人民公安大学出版社2002年版,第110页。

^② 关于域外证据能力契约的分析,参见宋志军《域外刑事证据能力契约制度之比较研究》,《法律科学》2011年第2期。

^③ 在侦查阶段为侦查机关和犯罪嫌疑人。

^④ 控方包含侦查阶段从事侦查取证的警察,辩方在搜查扣押中还包括与被搜查人有关的其他人员。

的人际关系构成的“证据场域”，忽视了诉讼双方在证据方法、证据能力、证明对象等问题上的合意所形成的证据契约对证明的重要作用，未将合意证明或证据契约作为证明的方法来对待。不论是发端于美国并风靡全球的辩诉交易，还是我国近年来异军突起的刑事和解与认罪简易程序中的特殊证明问题，都尚未引起学者足够的重视。在近几年的证据法学研究中，逐渐形成了一种在证明活动的动态过程中研究证据的思路，尤其是刑事证据契约问题已经进入了证据法学研究范围。^①合意证明模式为刑事证据契约制度的建立奠定了基础，同时，刑事证据契约是合意证明模式的实现路径。

1. 合意证明模式为刑事证据契约提供了理念支撑及制度依托

首先，合意证明模式所彰显的合作与协商理念，促进双方当事人抛弃激烈对抗的思维模式，从争斗走向合作。合作的意向是平等协商以达成合意的前提和基础。在以合作与协商为主题的合意证明模式下，双方当事人将诉讼作为解决纠纷的平台，抛开非理性的因素，在互让与双赢的理念指导下，通过互通证据信息、实现平等武装，在证据信息相对均衡的条件下展开理性的博弈，为证据契约的达成提供了充分条件。

其次，合意证明模式在事实认定方式、证据取得方式、证据方法的运用、证据能力的裁量、证明对象的确定等方面，允许双方当事人自愿协商达成契约，在不违背法律禁止性规定和基本原则的情况下，对证明过程及案件事实认定产生实质性的效力，为证据契约的达成提供了制度基础。而在传统的分立式证明模式下，证据取得方式以强制性为主，证据方法的运用采法定主义，证据能力实行法定主义与法官裁量相结合，所有这些最基本的证明制度，没有给双方当事人协商留有必要的空间，双方当事人对上述证明事项达成合意既没有制度基础，也缺乏应有的效力，基本上

处于被法律排斥的境地。

2. 刑事证据契约是合意证明模式的实现形式

合意证明模式的良性运转及其彻底解决刑事纠纷的诉讼目标的实现，需要证据契约的推动，在这个意义上，证据契约是其具体的实现途径和手段。在刑事证据场域中，诉讼证明是一个动态的、顺序推进的、环环相扣的有机体，在每一个环节和阶段中，都离不开双方当事人的合作与协商，可以不夸张地说，证据契约是合意证明模式各组成部分的粘合剂和润滑剂。从侦查取证阶段开始，控辩双方在取证中采取合作的态度，例如同意搜查、同意人身检查、自愿供述等，为取证的顺利进行以及后续程序中的合作奠定基础。在侦查和审查起诉阶段，控辩双方可以就案件事实、证据能力甚至是刑事责任达成和解或者认罪协商，检察机关可以针对不同情况作出不起诉、缓起诉或者向法院提出降低量刑的建议，法院可以通过适用认罪简易程序进行审理，对双方达成合意、没有争议的证据简化质证和审查程序。通过庭前证据开示程序，控辩双方对案件事实争点和证据方法、证据能力等进行协商，确定提交法庭质证的证据以及无需质证的证据，对法庭审理程序和事实认定产生实质性的影响，推动合意证明模式的运转并实现解决纷争的目的。

本文作者：北京师范大学刑事法律科学研究院博士后研究人员，西北政法大学副教授、法学博士、西北政法大学证据法研究所所长
责任编辑：赵俊

^① 关于刑事证据契约的详细分析和论证，参见宋志军《刑事证据契约论》，法律出版社2010年版。

On the Consensual Mode of Criminal Proof

Song Zhijun

Abstract: The mode of procedure and the mode of proof are connected intensely. It is inevitable the convert of the mode of procedure results in the reform of the mode of proof. With the mode of procedure has become an independent system form which reflects cooperation and consultation between prosecuting party and defense party, the mode of proof has also showed the contract orientation. The prosecuting party and the defense party carry on cooperation and consultation at the segments of obtaining evidence and adducing evidence. There are many obvious differences in the consensual mode of criminal proof and the split mode of proof, such as the objective of proof, position of proof subject, the structure of determine facts, and the form of burden of proof, etc. Consensual mode of criminal proof provides a theory support for the contract of criminal evidence, while the latter is a way to practice consensual mode of criminal proof.

Key words: criminal procedure; consultative criminal procedure; consensual mode of proof; contract of criminal evidence