

借鉴域外经验,建立控辩协商制度

——兼与陈国庆先生商榷

冀祥德

内容提要:辩诉交易源于美国,其在德国的传播实践叫“刑事协商”,在意大利刑事诉讼法典中被规定为“依当事人要求适用刑罚程序”,在俄罗斯刑事诉讼制度中被称为认罪程序,日本学者建议在对其简略程序改造时增加该程序叫做“司法交易”,而在英国、加拿大等国家中仍然习惯称之为“辩诉交易”。辩诉交易从在美国之发端,到在加拿大、英国、德国之实践,再到意大利、俄罗斯、日本等国家之广为传播,其之所以在一片抨击与责难声中,仍能保持如此旺盛的生命力,根源于该制度之生成与发展所独具的、其他诸多刑事司法制度所无法媲美的价值蕴涵。我国司法体制改革中,有必要予以借鉴,建立中国的控辩协商制度。

关键词:辩诉交易 本原溯求 传播发展 移植借鉴

冀祥德,中国社会科学院法学研究所副研究员,法学博士。

本刊 2006 年第 5 期发表了陈国庆先生题为“试论构建中国的认罪协商制度”的文章。陈先生提出了在当下犯罪激增、司法资源紧缺而又要维护司法公正、维护当事人正当权益的形势下,借鉴美国的辩诉交易制度,大胆改革我国的刑事简易程序,构建中国的认罪协商制度,并就认罪协商程序的价值及其适用范围、起止期限、提起主体、协商内容等作了系统的阐述。^[1] 笔者读后很以为然且感悟良多。在时下学风虚夸浮躁、鱼龙混杂的学术环境中,这种追求学术研究立足服务于国家法治建设与社会进步的研究方法,正是笔者从法律实务界转向理论研究领域确立的学术立场。同时,陈先生作为一名检察系统的法学专家,不仅注重制度构建中本位权力的理性扩张,而且重视被害人权利的保护,尤其关注被追诉人的权利保障,力求在一项制度的创新中,合理配置利益各方之权力(利)义务关系,实现犯罪控制与人权保障的平衡以及公正与效率的统一。这是难能可贵的。

笔者近年来一直致力于辩诉交易问题之研究。这项发端于美国的司法制度,为什么能够从其产生的那一天起,就在种种的批评、责难甚至谩骂声中仍然表现出旺盛的生命力且对许多其他国家的刑事诉讼制度产生深远的影响,用以解决美国、加拿大等国家 90%左右的刑事案件,以至于有学者认为,“如果明令禁止辩诉交易,美国刑事审判体系就会崩溃,因为交易不会就此消失,它将会以一种更为隐蔽的方式继续存在而且比现在更缺少法律保障”,^[2] 这的确是需要进行认真思考的一个问题。当下,我国司法制度正在面临百年一遇的变革。围绕公正与效率的主题,如何在保证诉讼公正的前提之下,节约司法

[1] 参见陈国庆:“试论构建中国的认罪协商制度”,载《环球法律评论》2006年第5期。

[2] Dawn Reddy, Guilty Pleas and Practice, 30 *Am. Crim. L. Rev.* 1118 (1993).

资源,提高诉讼效率,成为改革之中心,尤其成为本次刑事诉讼法再修改关注之焦点。而辩诉交易的引进与移植,则成为能否解决该问题之争点。

法律社会学的理论告诉我们,历史从远古的洪荒一步步演变到当今灿烂的文明,无论是物质文化高度发达的国家,还是行进度相对滞后的族园,人们都无一例外地不能超脱其最基本的社会性质所产生的必然状态:在一定规范中生存。尽管社会形态的不同变化必然引致社会规范的迥异演进,而在无数种社会规范差异中,法律文化往往有着最后共同的归宿,即用法律制度凝聚和表达法律的进步与文明。辩诉交易,这一最早生成于大洋彼岸美国土壤的法律制度,如何成为东方中国司法改革中一个炙手可热的法学焦点?它究竟是一项什么样的制度?中国现实的刑事司法环境适宜于辩诉交易制度的引进与移植吗?陈国庆先生构想的“认罪协商 制度合适吗?若想得到令人信服的结论,就必须弄清辩诉交易的本原。

一 辩诉交易的源流溯求

辩诉交易制度发端于美国,意即刑事诉讼中控辩双方的讨价还价。辩诉交易的前提是被告人的有罪答辩。关于有罪答辩的最早的报告可以追溯到美国建国之初。有资料证明,一个被指控犯有一级犯罪的被告人向初级法院作了有罪答辩,法院在给被告人一天的时间进行深思熟虑后,又询问了当时的州长、狱长等人,借以查清被告人在作有罪答辩之时神志是否清楚,是否曾经受到虐待,或者是否得到某种承诺或希望。这反映了当时法院对有罪答辩的抵触情绪。^[3]正是由于这一原因,辩诉交易开始只在一些大城市的刑事司法中使用,处于不公开状态。19世纪后半期,包含明示辩诉交易内容的案件开始在上诉法院出现。^[4]直至1970年,美国联邦最高法院在 *Brady v. U. S.* 一案的判决中才正式确认了辩诉交易的合法性。^[5]1971年,最高法院在对 *Santobell v. New York* 一案的判决中,再次强调了它的合法性。判决称:“如果每一项刑事指控均要经历完整的司法审判,那么州政府和联邦政府需要将其法官的数量和法庭设施增加许多倍。判决明确指出,“辩诉交易是(美国)刑事司法制度的基本组成部分,如果运用得当,它应当受到鼓励”。^[6]1974年4月,美国修订的《联邦地区法院刑事诉讼规则》以立法的形式确认了辩诉交易在司法制度中的法律地位。目前,辩诉交易制度已历经几十年的风雨历程,尽管褒贬不一,责难声声,但其表现出的顽强生命力和影响力,却是始料不及的。

二 辩诉交易的基本内容

辩诉交易是指刑事案件在法院开庭审理之前,指控检察官通过被告人之辩护人与被告人达成的被告人一方作有罪答辩,检察官一方作降格指控、减少指控、或者允诺向法官提出有利于被告人量刑建议的协议的一项司法制度。美国《布莱克法律大辞典》称:“辩诉交易是指在刑事被告人就较轻的罪名或者数项指控中的一项或几项做出有罪答辩以换取检察官的某种让步,通常是获得较轻的判决或者是撤销其他指控的情况下,检察官和被告人之间经过协商达成的协议。”^[7]辩诉双方达成协议之后,法院便不再对该案件进行实质性审判,而仅在形式上确认双方协议的内容。只有当法院认为辩诉交易的内容违反了正义和公正的原则时,才可以拒绝接受双方辩诉交易的协议。但是该种情形在司法实践中极为罕见。在通常情况下,法官对控方检察官的量刑建议承诺也会给予充分尊重。

在英美刑事诉讼中存在罪状认否程序,法官传讯被告人时,要求他对起诉书做出是否有罪的答辩。如果他做出有罪答辩,而且法官确信这种答辩是在被告人自愿、知道后果并通过律师帮助的情况下做出

[3] *Commonwealth v. Battis*, 1 Mass. 95 (1804).

[4] 参见 *State v. Richardson*, 12 S.W. 245 (Mo. 1889); *State v. Kring*, 8 Mo. App. 597 (1880).

[5] *Brady v. United States*, 379, U.S. 742, 752 - 53 (1970).

[6] *Santobell v. New York*, 404 U.S. 25, 260 (1971).

[7] BLACK'S LAW DICTIONARY 7th Ed., P. 1173, West Group, 2000.

的,法院将不再召集陪审团,也不经听证和辩论,由法官直接判决;如果被告人作无罪答辩,法院将进行开庭审判。被告人选择有罪答辩,意味着他将放弃由陪审团审判、对不利于他的证人进行质证、反对自我归罪三项重要权利。在英国的治安法院,有罪答辩率为90%左右,刑事法院大约为65%;在美国,被告人有罪答辩的比例更高,“在州和联邦两级,全部刑事案件至少有90%没有进入审理阶段”。有罪答辩及以此为基础的速决程序是英美法系国家处理大量刑事案件、提高诉讼效率的重要途径。有罪答辩一般有两种方式:一种为无争议的答辩,即被告人无条件地做出有罪答辩;一种为有条件的答辩,即辩诉交易。

美国的辩诉交易主要包括两类:其一是指控交易,即被告人作有罪答辩,控方检察官作降格指控或减少指控。此又分为两种情况,第一种情况是降格指控,即检察官将指控减至证据所支持的控诉,将指控的罪名由较重罪名降为较轻罪名。如将强奸罪降格为猥亵罪,将夜盗罪降格为盗窃罪,将醉酒驾驶降格为鲁莽驾驶,将贩卖毒品降格为拥有毒品等。第二种情况是减少指控,在被告人犯有数罪的情况下,检察官仅指控其中一种或几种罪行,其余罪行不予指控。此种情形一般发生于被告人同一犯罪行为涉及多种罪名或者涉及有关的多重犯罪的情况。其二是量刑交易,即被告人作有罪答辩,以换取检察官同意请求法官判处较轻的刑罚,保证或承诺向法官建议判处被告人较轻的刑罚或不阻止法官判处被告人较轻的刑罚。如,应当判处长期监禁的判为短期监禁,应当判处短期监禁的判为缓刑或者罚金等。

依照《美国联邦刑事诉讼规则》的规定,辩诉交易主要包括辩诉协议的形成与告知程序、法官询问被告人程序、被告人接受或者拒绝答辩协议程序、被告人撤回有罪答辩程序、法官量刑程序违反答辩协议救济程序和例外上诉程序等。从《美国联邦刑事诉讼规则》对辩诉交易的规定,可以看出美国的辩诉交易主要有如下六个特征:

其一,辩诉交易的主体是检察官与被告人及其辩护律师。法官不参与辩诉交易过程,也不对协议内容作实质性审查,法官只要认为交易出自于被告人的真实意思表示,且对交易协议之内容以及可能得到的判决结果知晓,有罪答辩具有“事实上的基础”,法官即会完全依据起诉书的指控罪名和量刑建议判决。

其二,辩诉交易的内容是围绕着交易协议进行。检察官关心的是被告人能否作有罪答辩,被告人及其辩护律师则注重检察官是否同意指控或量刑交易,双方讨价还价的结果即为交易协议之内容。

其三,辩诉交易的时间无具体之限制。虽然原则上只要在一审结束前即可,但绝大多数是在罪状答辩程序中提出。由于其通常发生于开庭前审判庭的走廊中,所以有的人还把辩诉交易称之为“走廊交易”。

其四,辩诉交易案件的范围少有限制。在美国,无论案件之性质如何,亦无论可能处刑罚之轻重,皆可进行辩诉交易。

其五,辩诉交易的方式灵活多样。可以是控辩双方的电话交易,也可以是约谈交易;可以是口头交易,也可以是书面交易;可以是被告人当面承诺的交易,也可以是律师代表被告人的交易。

其六,辩诉交易案件的结局是不经过陪审团审判,而是由法官直接定罪量刑,控辩双方均不能上诉。辩诉交易的结果是被告人放弃了经过陪审团审判的权利,法官直接对其定罪,案件即告终结。如果检察官不履行协议而使被告人没有得到较轻的刑罚,被告人可以翻供,拒绝认罪。案件已经判决的,被告人可以上诉,上诉法院可以撤销原判,发回重审。^[8]

三 辩诉交易在美国的运行

在美国,辩诉交易的产生有其深刻的社会根源。当时,美国资本主义经济完成了由自由时期向垄断时期的转变。随着垄断资本主义经济的高速发展,社会矛盾日益尖锐复杂,刑事犯罪率急剧上升,而美国奉行正当程序正义,刑事诉讼中以追求程序正义为第一要义。正当程序赋予被告人诸多的诉讼权利

[8] 参见《美国联邦刑事诉讼规则》第11条。

势必影响司法机关办案效率和控制犯罪的能力。有人统计,美国人每年花去 260亿美元与犯罪做斗争,然而斗争却一直失败。^[9] 由于辩诉交易具有减少积案、提高效率并且对控辩双方以及被告人都有可得利益之功效,所以其一经问世便显出了勃勃生机,由开始适用于个别州、个别案件发展到运用于整个美国。辩诉交易被称之为“非常令人向往的”“司法的重要组成部分”,“如今辩诉交易被 85%—90%的刑事案件采用”。^[10] 如纽约市 1990年有 300名法官、500名检察官和 1000名律师,1990年该市刑事犯罪和运用辩诉交易的情况如下:犯重罪而被逮捕的有 118 000人次,轻罪达 158 000人次,重罪案件中有 64 000人在侦查阶段就做交易解决了,占 54.24%;有 54 000人按重罪起诉到法院,有占 45.76%,即不足一半。在起诉到法院的 54 000人中,有 45 000人是按辩诉交易解决的,占 83.33%;5 000人因证据不足而撤销案件,占 9.26%;仅 4 000人按正式程序开庭审判,占 7.41%。^[11]

美国的辩诉交易有一个重要的内容,即辩诉交易必须以有罪答辩为前提,而且被告人的有罪答辩必须是“自愿的”和“理智的”。法官在接受有罪答辩时必须确信:被告人在接受有罪答辩前知晓其选择后果;被告人理解指控的性质和对权利的放弃;被告人的有罪答辩是自愿的;案件有有罪答辩的事实基础(被告人不允许参加答辩交易,他必须依靠他的律师的技巧)。美国在辩诉交易实践之始,法官不参加控辩双方的交易,但是现在,美国的一些司法区开始允许法官参与交易。现在,美国所有的司法区都已制定了规范辩诉交易的法律和法庭规则,首先要求把辩诉协议公诸法庭并记入正式的法庭记录;辩诉交易在公开的法庭上结束后,必须由法官决定是否接受答辩。法官在做出这一决定时,必须确认答辩是否符合用于规范认罪答辩的所有宪法、法律规范。如果不符合规范,法官也可以选择是否拒绝认罪答辩,法官对判决负责,他无须遵守检察官与被告人达成的协议。如果法官拒绝接受认罪答辩,他必须通知被告人并给他一个撤回认罪答辩的机会。如果法官决定接受答辩,会将他的判决通知被告人。^[12]

美国的辩诉交易从产生之日起就处在一片褒贬声中。阿拉斯加州检察长在 1973年命令全州所有检察官停止参加辩诉交易,“全国刑事审判标准及目标咨询委员会”在全国呼吁,争取在 1978年之前废除辩诉交易。但是支持派认为,在美国司法制度中,取消辩诉交易是不可能实现的事情。有资料表明,1998财政年度,美国 50个州的各级法院共办理各类案件 8 905.5万件,然而各州法院系统共有法官 16 000余名,还有 9 000余名非职业化的治安法官,法院年人均办案 3 500余件。这一年,联邦地区法院共办理各类案件 181.6万件,而全美国仅有 1 131名各级联邦法官(此尚含 359名可以享受退休待遇但仍在办案的资深法官),以及 837名事务性法官,每个法官年均办案近千件。有学者指出,没有辩诉交易,“整个美国刑事司法制度就会面临崩溃的危险”。辩诉交易已是美国刑事司法制度得以正常运转的基本保障。^[13]

研究发现,尽管在美国反对辩诉交易的声音一直不绝于耳,但是,美国司法界目前大多数人却并不倾向于废除这一制度,而是主张在努力抑制其弊端和不断改良中,进一步发挥这项制度无法替代的功能。辩诉交易的理论与实践是在啧啧“骂声”中,我行我素、跌跌撞撞地成熟与发展起来的,它由秘密到公开再到合法化的成长历程,完全合乎达尔文“适者生存”的生物进化理论。可以预见,辩诉交易在美国,还将会在激烈的批评声中日臻合理与完善,并将继续在美国的刑事司法体制中发挥积极作用。

四 辩诉交易在美国域外的传播发展

美国的辩诉交易不仅包括定罪,也包括量刑,它给美国的司法实践带来了极大的“好处”,也引起

[9] [美] 特德·杰斯特:“我们同犯罪作斗争一直失败”,载《国外法学》1982年第3期。

[10] [美] 文伦·豪切斯泰勒·斯黛丽、南希·弗兰克著:《美国刑事诉讼程序》,陈卫东等译,中国人民大学出版社 2002年版,第 413页。

[11] 美国纽约大学教授哈里·苏宾(Harry I. Subin) 1993年 7月在中国政法大学讲演时提供的数字,转引自程味秋:“两大法系刑事司法模式之比较”,载《比较法研究》1997年第2期。

[12] 甄贞:《刑事诉讼法学研究综述》,法律出版社 2002年版,第 389页。

[13] 陈瑞华:“美国辩诉交易与意大利刑事特别程序之比较”(上),载《政法论坛》1995年第3期。

英、意、德、俄、法等其他国家的兴趣,进而纷纷效仿。

英国与美国在辩诉交易所适用的案件范围上相同,轻罪案件和重罪案件都可以适用辩诉交易程序进行处理。但是英国辩诉交易的做法是,检察官只可以与被告人及其辩护律师就减轻指控进行交易,不能对量刑问题交易,量刑的轻与重完全取决于法官。同时辩护律师可以直接与法官进行交易,但检察官应当在场,被告人的有罪答辩可以导致法官将刑期轻判 $1/4 - 1/3$ 。

辩诉交易在意大利的实践发生了较大变化。在意大利刑事诉讼中,依当事人要求适用刑罚的程序与英美普通法的辩诉交易较为相似,即都是由起诉方、被告方同法官之间对量刑进行的商讨,从而使量刑不仅仅是法官的专有职权;都需要根据当事人提出的要求进行,法官不是根据职权进行;对被告方的刑罚都有一定的减轻。但是,意大利式辩诉交易并非照搬英美辩诉交易程序,而是具有自己的特点。例如,程序适用的范围更加广泛;当事人的请求权更容易行使;法官的作用更加积极;请求涉及的实体内容有所限制等。另外,美国的辩诉交易内容可以涉及定罪和量刑,而意大利的辩诉交易内容只涉及刑罚而不能涉及定罪,只允许控辩双方对施用刑罚进行磋商,不能对指控的罪名进行讨论。

德国的刑事诉讼中没有正式的辩诉交易规定,但在实际操作中有协商、协议、谅解,说法不同,但实质一致。与美意不同的是,这种协商是以程序的结束为目的的。在德国的实践中,逐步形成了以下三种形式:1. 控辩双方在诉前程序中协商(有时还有法官),被告人承认有罪,检察官不提出起诉,而使诉讼程序在被告人支付一笔罚金的情况下终止;2. 控辩双方在诉前程序中协商,被告人认罪,检察官向法院申请发布一项惩罚令,被告人接受该惩罚,从而结束该程序。这种协商可以不经主审判程序的审理;3. 控辩双方在主审判程序或先前的程序步骤中协商,如果被告人被允诺判处轻微的刑罚作为回报,他就承认自己的罪行。经过曲折的发展,协商不仅已在德国的刑事诉讼中建立起来,并且还得到了法律上的承认。

俄罗斯联邦国家杜马于 2001 年 11 月 22 日通过了新《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》,该法典于 2001 年 12 月 5 日经联邦委员会批准,于 2002 年 7 月 1 日生效。该法典借鉴美国之辩诉交易以及意大利等国家实行简易程序迅速处理刑事案件的经验,规定了三种特别程序:一是因双方和解而终止刑事案件或因积极悔过而终止刑事追究程序,二是和解法官审理案件的程序,三是在刑事被告人同意对他提出的指控时做出法院判决的特别程序,即俄罗斯式辩诉交易程序。适用于刑罚为不超过 5 年剥夺自由的案件,交易后的刑罚不得超过所实施犯罪法定最高刑种最高刑期或数额的 $2/3$ 。^[14]

法国在 2004 年 8 月通过的司法改革议案中,正式确立了辩诉交易的合法性。

目前,除上述国家之外,辩诉交易在加拿大、西班牙、日本、以色列以及我国澳门、台湾等国家和地区也有不同程度的传播与发展。

五 辩诉交易能否中国化?

关于辩诉交易的利弊存废之争,从辩诉交易的产生之始即已拉开帷幕,但是,作为一项可以有效解决司法资源与效率问题的制度,其走过了几十年的风雨历程,得到了众多法治国家的青睐。然而,辩诉交易能否引进中国,尽管争论已久,但在当下却还是见仁见智。

支持派的基本理由是:辩诉交易有利于节省司法资源,提高办案效率;辩诉交易有利于控、辩、审各方利益的实现;辩诉交易有利于司法公正的实现;辩诉交易有利于尊重个人的自由与民主,实现更高层次的社会利益;辩诉交易有利于犯罪人的矫正改造。反对派的主要观点是:辩诉交易有损司法权威;辩诉交易有违司法公正;辩诉交易忽视了被害人的利益,侵害了被告人的权利;辩诉交易在中国缺乏证据开示、沉默权等制度基础,容易形成新的司法腐败。

笔者认为,辩诉交易从在美国之发端,到在加拿大、英国、德国之实践,再到意大利、俄罗斯、法国等国家之广为传播,其之所以在一片抨击与责难声中,仍能保持如此旺盛的生命力,根源于该制度之生成

[14] 《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》,黄道秀译,中国政法大学出版社 2003 年版,第 216 - 218 页。

与发展所独具的、其他诸多刑事司法制度所无法媲美的价值蕴涵。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。虽然东西方有着诸多不同的历史渊源、文化积淀和制度结构,但在诉讼的价值追求与法律理念的建构上,是日趋统一的。美国的辩诉交易,从控辩双方自发的、地下的悄悄产生,到被法院以判例的形式确认其合法性,有长达十几年的时间,但其仍然是在一片责难声中,不断修正,不断完善,顽强向前。我们所处的是一个伟大的变革时代,既然辩诉交易已经在中国刑事司法实践中占有一席之地,中国的刑事司法情状也需要“辩诉交易”的引进,为什么我们还要坐等其像在美国的从“自发”到“合法”一般,经历一个十几年的等待历程?我们为什么不可以在推进中国刑事司法改革的大潮中,同时筑坝修堤,疏淤导流,引进与借鉴国外辩诉交易的优势,建立中国的控辩协商制度?

否定论者关于建立辩诉交易制度会有损司法权威的观点,缘于有罪推定和程序工具主义观念的桎梏。认为我国刑事诉讼法是人民民主专政的工具,其基本功能是从诉讼程序方面保证刑法的正确实施。因此,保证正确有效地揭露犯罪、惩罚犯罪是刑事诉讼法的首要任务。在这种程序工具主义理念的支配下,检察官是代表国家庄严地依法行使追诉权,被告人绝对是处于下位的,诉讼实践中不可能接受这种检察官与被告人的“讨价还价”。其逻辑前提为,犯罪嫌疑人从被警察抓走的那一刻开始,就是“只许老老实实,不许乱说乱动”的“坏蛋”,所以必然得出如果犯罪嫌疑人与检察官平起平坐,讨价还价,就会有损司法权威的结论。

否定论者关于辩诉交易有违司法公正的观点是片面的。因为,“公正法律中的第二个含义就是效益”,^[15]“诉讼本身应该在尽可能短的时间结束”,“处罚犯罪的刑罚越是及时和迅速,就越是公正有益”,“推迟刑罚尽管也给人们以惩罚犯罪的印象,然而它造成的印象不像是惩罚,倒像表演”。^[16]如果案件久拖不决,对于受害者来说,“迟来的正义就是非正义”,因为他在最痛苦的时候得不到补偿和抚慰。对于社会来说,有损于司法公正人们在人们心目中的崇高地位。辩诉交易至少实现了上述两种情况对司法公正的要求。

否定论者关于辩诉交易既忽视了被害人的利益、又侵害了被告人的权利的观点是可以商榷的。在笔者看来,一方面,辩诉交易本身是有益于保护被害人、保障被告人合法权益的。表现为被害人基于其受侵害的诉讼地位和切身利益,一般都有迅速审结案件、尽快得到赔偿的愿望。特别是在刑事附带民事案件中,被害人的这种心情更为迫切。案件未决的时间越长,被害人的损失和伤害越大。确立辩诉交易程序,使得案件审结的时间大大缩短,此对被害人利益的维护是十分有利的。对于犯罪嫌疑人、被告人而言,国家刑事追诉的压力是极其沉重的。尤其对于被采取了羁押措施的行为人,无论是刑事拘留还是逮捕,被剥夺的不仅仅是人身的自由,条件的反差,精神的禁锢,定罪量刑结果的恐慌,还有可能随时发生的种种不人道的“待遇”,无不使其盼望尽快结案。辩诉交易既“迅速而彻底地处理了绝大部分的刑事案件,避免了审前羁押阶段由于迫不得已的拖延所造成的不良影响”,^[17]“由于缩短了从控制到处置阶段的时间,就使得有罪的被告人最终被监禁时,也有更大的可能复归社会”,又有利于被告人积极参与从而保持道德主体地位。同时,辩诉交易的轻刑化,无疑会给国家罪犯的改造降低大量的经济成本。另一方面,在我国借鉴辩诉交易的过程中,对于域外辩诉交易制度中的忽视被害人的利益和侵害被告人权利的缺陷,可以在制度构建中予以完善。

对于否定论者关于辩诉交易在中国缺乏证据开示、沉默权等制度基础,容易形成新的司法腐败的观

[15] [美]波斯纳:《法律之经济分析》,台湾商务印书馆1987年版,第18页。

[16] [意]贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,第56页。

[17] 左卫民、周长军:《刑事诉讼的理念》,法律出版社1999年版,第163页。

点,笔者认为,证据开示、沉默权是辩诉交易的制度基础,三者之间应当有着共生共长的关系,^[18]在当下中国法制改革的进程中,我们不能孤立地看待辩诉交易经验的借鉴,更不能坐等辩诉交易中国化的“水到渠成”。近代意义上的法治在西方世界已经实践了三百余载,而在我国严格来说不过改革开放后的二十几年时间。因此,在中国如何推进和完善法治,需要全体人民不断地思考和不停地探索。从这个意义上讲,中国司法改革的捷径当是建立中国式辩诉交易与证据开示、沉默权一体的刑事诉讼制度。至于以会引起新的司法腐败为由而拒绝引进辩诉交易,笔者认为此无异于因噎废食。这是因为,司法腐败源于整个社会制度的痼疾,根由在于自由裁量权过大和权力过于集中,有无辩诉交易,司法腐败都会存在,有无辩诉交易,司法腐败的问题都要面对和解决。况且,中国目前控制犯罪的司法现状需求辩诉交易,辩诉交易经验的借鉴也顺应了对刑事案件迅速处理的国际趋势。

六 构建中国的控辩协商制度

社会生活关系的纵横交错,冲突的发生是必然而不是偶然。犯罪只不过是一种冲突的升级。对于冲突可以有下列几种不同的反应模式:一是容忍;二是用新的冲突解决原来的冲突,以眼还眼,以牙还牙;三是通过冲突双方的协商解决冲突,即冲突中的双方由对立转向对话,共同探讨冲突产生的根源,开诚布公地讨论双方在冲突中的责任分担,并找到解决冲突的办法;四是通过冲突双方之外的第三方解决冲突,如仲裁、诉讼等方式。上述第三种方式和第四种方式分别被日本法学家棚濑孝雄称为合意型的冲突解决方式和决定型的冲突解决方式,在棚濑孝雄看来,合意型方式更能适应不同主体的独特状况。而辩诉交易就是一种比较典型的合意型解决犯罪案件的方式。

现行的刑事责任理论将刑法视为国家规定的违反其生存条件的价目表,在这张价目表中,任何犯罪行为都有一定的代价,犯罪越严重,代价越大,犯罪人实施了一种具体的犯罪行为后,国家就有权按价求偿,要求犯罪接受价目表上规定的刑罚,而犯罪人一旦服刑完毕,其所负的刑事责任也就不复存在了。对辩诉交易制度解决刑事案件的评判就如同对恢复性司法的界定一般,“被视为刑事司法的一个替代模式。它被认为是对犯罪做出的一种独特反应,有别于改造性的和报复性(只是惩罚)的反应。它实行的一种办法是‘在一项具体犯罪中有利害关系的所有各方聚在一起,共同决定如何消除这项犯罪的后果及其对未来的影响’”。^[19]

从世界范围来看,缘于犯罪率的不断攀升对诉讼效率的需求,同时也因为国家追诉目的从惩罚犯罪到控制犯罪的转变,当今世界刑法的发展趋势是刑罚的人格化和轻刑化,随之引发的刑事诉讼的发展趋势就是逐步扩大以刑事速决程序处理案件的范围。我们在这样一种情势之下研究辩诉交易的借鉴与引进,其意义无疑是现实的、功利的和有价值的。

笔者认为,中国对于辩诉交易的引进与移植,目的在于构建一种中国式的辩诉交易制度。为此,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”这样人命关天的大事焉能“交易”的容忍度,以及学者关于“正义无价,如何‘上市’”^[20]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,凸显控辩双方在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。

陈国庆先生提出“认罪协商”,首先,此概念在逻辑上不够周延。在辩诉交易的本原中,被追诉人

[18] 关于此问题之专论,详见冀祥德:“辩诉交易、沉默权、证据开示关系论——兼论中国司法改革若干问题”,载《政法论坛》2006年第3期。

[19] 参见联合国第十届预防犯罪和罪犯待遇大会《讨论指南》。

[20] 参见孙长永:“正义无价,如何上市——关于我国刑事诉讼引入辩诉交易的思考”,载陈光中主编:《辩诉交易在中国》,中国检察出版社2003年版,第240页。

“认罪”(即作有罪答辩)是本方“交易”的条件,其换得控方的筹码是减少、降低或者减轻指控。在逻辑上,既然被追诉人已经“认罪”了,控辩双方则谈不上“协商”。其次,辩诉交易在美国的产生是源于证据不足的案件,其后发展为也包括事实清楚的案件,但其制度价值还是在沉默权制度的保障下,赋予被追诉人沉默与有罪答辩的二元自由选择,鼓励有罪的被追诉人不沉默而认罪,进而节省司法资源,提高诉讼效率。再次,在辩诉交易中,检察官不是“唯一有权向法院提出协商请求的主体”。既然是协商,那么主体双方即均有提出请求之资格,而且,在《意大利刑事诉讼法典》中,参加辩诉交易的主体不仅有检察官、被告人及其辩护律师,而且规定被告人可以越过检察官直接向法官请求适用刑罚,即使检察官不同意。^[21]“当法官根据材料认为当事人对行为的法律定性以及对有关情节的适用和比较正确时,以判决的形式适用所提议的刑罚,在判决书中说明当事人提出了该要求。”^[22]法官认为不正确时,可以拒绝当事人的请求。

[Abstract] The plea bargaining system first originated in the U. S , later were adopted by the U. K , Canada, and Germany, and then spread to Italy, Russia, Japan and many other countries. It has always been full of vital power in spite of being subjected to constant criticisms. This is mainly because of the unique value rooted in the origination and development of this system, which is lacking in many other criminal justice systems. China, in the process of reforming the judicial system, should draw on experience of other countries and establish its own plea bargaining system.

(责任编辑:雨 沐)

[21] 意大利新刑事诉讼法典的意图是使减轻判刑适用于所有愿意进行辩诉交易的被告人,而不论检察官是否同意。这种规定反映了对传统的检察官的自由裁量权的限制,而赞成对被告人做出相同的处置,因为过去仅仅因为检察官一时的念头而使被告人受到不同的判刑。法律之所以这样规定,只是想不管检察官会不会妥协,都要给予所有要求妥协的被告人以减刑的可能性,因为这样会提高诉讼效率。

[22] 参见《意大利刑事诉讼法典》第 444 条 2。