

控辩平等之现代内涵解读^{*}

冀祥德

(中国社会科学院, 北京 100720)

摘要: 社会形态的不断变化必然引至社会规范的发展演进,而在无数种社会规范演进中,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。控辩平等之立论,源于“平等武装 (equality of arms) 理论。长期以来,国内外学术界也都是从平等武装与平等对抗的层面认识和剖析控辩平等的内涵。然而,在现代刑事诉讼中,控辩平等的内涵已经有了新的丰富的发展。

关键词: 辩护制度;控辩平等;权利配置

中图分类号: DF73 **文献标识码:** A **文章编号:** 1000-0208 (2007) 06-089-13

目前,中国的司法改革正在如火如荼地进行,在诸多刑事司法制度改革中,控辩平等原则的导入是一条必须贯通其中的理念主线。而当下国人对于控辩平等的解读却并不深刻。多数研究者将控辩平等的内涵仅仅界定于平等武装与平等对抗,尚未解读出控辩平等中平等保护与平等合作的现代内涵。

笔者以为,控辩平等从内在的权力(利)配置原则上要求,应当具备平等武装和同等保护,其中,平等武装所追求的是一种实质的平等,同等保护所追求的是一种形式的平等;控辩平等从外在的权力(利)行使目的上规范,应当包涵平等对抗和同等合作,其中平等对抗是手段和现象,同等合作是目标和本质。平等武装、同等保护、平等对抗和同等合作是控辩平等的应有之意。该种意义上之控辩平等原则的确立,关系着现代法治的进程,是现代诉讼法治文明与进步的重要标志之一。但是,我们必须看到,在控辩关系的对立统一中,找寻控辩双方平等武装与同等保护、平等对抗与同等合作的平衡点,则是一项系统而久远的工程,各国立法变动的空间依然很大,尚需不断地进行理论与实践的探索。当前我国正处在修改刑事诉讼法的关键时期,以辩护制度改革为主要内容的控辩双方权力(利)与义务关系的重构,被认为是修改刑事诉讼法的核心问题。

一、控辩平等内在权力(利)配置之平等武装

“平衡方能永葆公正”(A just balance preserves justice)。而确保平衡的最直接的途径是确认平等武装原则。“平等武装 (equality of arms) 这一概念,最早为欧洲人权委员会所使用。其后,1972年举行的第 12 届国际刑法学大会上首次以“平等武装”为题对在刑事诉讼中控辩双方诉讼地位的平衡问题进行了探讨。而现在,“平等武装”一词已被广泛用来描述控辩双方之间对等的程序权利义务关系。平等武

收稿日期: 2007-08-20

作者简介:冀祥德(1964—),男,山东青州人,中国社会科学院法学研究所教授,法学博士后。

* 本文系作者主持之 2007 年度国家社会科学基金项目“构建我国刑事诉讼中的控辩平等”之阶段性研究成果,项目批准号: 07BFX061。

Lat in proverb, reprinted in W. BENHAM, BOOK OF QUOTATIONS ? 6126 (1948).

装是从立法上对控辩双方之权力以及权利的配置层面而言的,它要求在立法上赋予控辩双方平等的诉讼权利和攻防手段。

在现代诉讼制度之下,当事人之间的“平等武装”应当是完全的、不存在任何例外的平等。但是由于刑事诉讼自身的特性,决定了参与其中的当事人之间地位上本质的不平等。从诉讼的法治理念上讲,控辩平等不应当受到质疑。但国家控诉权的出现使得控辩平等观念受到了严重挑战。从根源上看,国家控诉权一方面源于犯罪行为上升为对社会的危害,国家成为实质上的原告;另一方面源于犯罪活动具有极强的隐蔽性与报复性,需要国家依据强大的力量查明犯罪人,采取强有力的控制措施。基于此,在控辩双方的地位上,认为公诉高于辩护的主要理由有二:其一,国家利益高于个人利益的前提决定了代表国家利益的控诉权高于代表个人利益的辩护权;其二,控诉方代表国家为了有效发现控制犯罪所必须拥有的庞大资源是被告方无法、也不可能拥有的。

由国家利益高于个人利益的前提推导出代表国家利益的控诉权高于代表个人利益的辩护权结论,显然是一个悖论。控辩关系设计是一个程序问题,国家利益与个人利益之孰高孰低是一个实体问题。程序设计只考虑如何在排除程序义务人主观随意性和各种外在关系的影响的前提下,实现证据判断、认定事实和适用法律的客观、公正,而不考虑程序义务人背后代表的是谁的利益。而且从另外一个意义讲,如果程序按照义务人代表的利益设计,那程序法定就变得毫无意义了。除此之外,由控诉方代表国家为了有效发现控制犯罪所必须拥有的庞大资源是被告方无法拥有的,而推定出控诉权高于辩护权则更为荒谬。犯罪活动的隐蔽性与复杂性使得需要赋予控诉机关强有力的司法资源和权力是必要的,基于对犯罪的控制而对犯罪嫌疑人采取强制措施(包括羁押)也是所需,然而,此均不能成为控诉方高于辩护方的理由。而且,恰恰相反,正是因为行使追诉权的一方是以国家强制力为后盾并掌握巨大司法资源的国家机关,被追诉人处于极端不利的地位,而且往往被羁押,双方力量对比悬殊,所以才扩大被追诉人的权利,减少其义务,同时加大控诉方的义务,限制其一定权力,以实现二者的均衡。

从诉讼构造之本源上考察,控诉方诉讼力量具有先天强大,被追诉人诉讼地位具有“先天不足”的特征:

第一,刑事追诉活动中原始的有罪推定观念,决定了被追诉人诉讼地位的“先天不足”。有罪推定与无罪推定是相对而言的。在贝卡利亚没有提出无罪推定原则之前的漫长岁月中,刑事追诉活动中有罪推定占据中心和主导地位。即使在资产阶级革命胜利后,无罪推定原则被写进了宪法、法律甚至联合国文件后的若干时期,人们对有罪推定也仍然是念念不忘。我国1996年刑事诉讼法修改前关于无罪推定原则的几次大讨论、修改中关于是否规定无罪推定原则的激烈争论以及修改后的刑事诉讼法第12条“未经人民法院依法判决,对任何人都不得确定有罪”是否是无罪推定原则的争议,即是例证。几千年来,在人们的固有观念中,警察是“无事不登三宝殿”,“为什么不抓别人就抓你”,调查、讯问似乎是证明被追诉人有罪而进行的补充性活动。在这种根深蒂固的有罪推定观念之下,警察抓“小偷”就像“老鹰抓小鸡一样”,被追诉人的诉讼地位谈何平等?

E Muller指出,对刑事诉讼中的平等概念不能做绝对的理解,否则就会得出荒谬的结论,这一点我完全同意。例如,完全的“平等武装”将意味着,如果允许警察在调查中使用秘密调查员或调查机构,那么被告人也应当可以选择同样的方式,这在现实中是不可想象的。Malgorzata Wasek - Wiaderek, Principle of “Equality of Arms” in Criminal Procedure Under Article 6 of the European Convention on Human Rights & its Function in Criminal Justice of Selected European Countries, December 2000 Leuven University Press

只要看一下当时国家重要报纸、期刊上登载的一些著名学者的文章的标题,无罪推定原则在中国的道路是何等艰辛即可略见一斑。1957年12月13日,《光明日报》刊登了吴磊、王华两位学者的文章,题目是《驳“无罪推定”论》;1958年《法学》第1期,刊登了张子培先生的文章,题目是《驳资产阶级“无罪推定”原则》;1980年《法学研究》第4期,刊登了陈光中先生的文章,题目是《应当批判地继承无罪推定原则》;1982年《中国社会科学》第4期刊登了宁汉林先生的文章,题目是《论无罪推定》;1983年《中国社会科学》第5期刊登了林欣先生的文章,题目是《“无罪推定”还是“无罪假定”》;1990年《争鸣》第2期,刊登了沈德咏先生的文章,题目是《关于无罪推定原则的新思考》;1997年《法论》第3期,刊登了杨安军等的文章,题目是《修改后的刑事诉讼法确立了无罪推定原则吗》。关于此问题的专论详见王敏远:《刑事司法理论与实践检讨》,中国政法大学出版社1999年10月第1版,第3-33页。

第二,刑事诉讼证明活动的复杂性,决定了控诉方诉讼力量的先天强大。要解决纠纷,就要查明事由,尤其是通过诉讼方式处理纠纷,其诉讼证明过程是一个必然,而这个诉讼证明过程显然具有相当的复杂性,刑事追诉活动的诉讼证明尤其如是。刑事诉讼活动追诉犯罪的复杂性就必然要求控诉方拥有强大的力量,以保证刑事追诉活动的成功。

第三,控制犯罪行为的现实危害性和预防犯罪人的潜在危险性,决定了被追诉人诉讼地位的“先天不足”和控诉方诉讼力量的先天强大的二元现象并存。国家追诉活动的目的是为了控制犯罪和预防犯罪。由于犯罪行为发生后的现实危害性,以及被害方惩罚犯罪的强烈欲望,加之犯罪人继续犯罪、隐匿证据、逃避处罚等潜在危险性的存在,国家追诉机关对犯罪嫌疑人、被告人采取未决羁押措施就有了一系列的正当化理由,而正是控诉方对被追诉人强制措施的使用,直接造成了双方诉讼地位的先天失衡。当今世界多数法治国家对被追诉人的羁押措施是由法官批准决定的,如我国尚由控诉方批准决定对被追诉方采取强制措施,且将被追诉人羁押在侦查机关管辖之拘禁场所,控诉方与被追诉人双方诉讼地位的先天失衡尤为剧之。

因此,笔者认为,纠正和改变控辩力量先天失衡状况的径路惟有刑事诉讼权力(利)和义务的理性配置——平等武装。仅仅从形式意义上看,平等武装并不是现代刑事诉讼的专利。在古代的弹劾式诉讼模式之下,甚至在原始的纠纷解决方式中,就已经有了平等武装的雏形:

在这一天当中,我既没吃的、喝的,手上也没有骨头、石头、野草,也不会施任何的魔法与巫术……。正是这样,原告与被告身穿铠甲,手中挥舞着短棒,骑上各自最好的战马向对方冲去,为了各自的生命而搏击。比赛开始于破晓,直到其中的一位被杀而停止。在宣布“胆小鬼”这个象征着耻辱与谩骂的词或等“星星出现在夜空之后”,正义终得到实现,主审法官遂作出适当判决。

与我们现有体制一样,通过搏击方式进行的远古时期的普通法审判其实是一种对抗制的发现事实真相的过程:在搏击过程当中,神父的介入是为确保对作伪证一方进行惩罚。一系列刚性规则确保任何一方竞争者都不会拥有相较于另外一方更好的装备优势。任何一方均“身穿铠甲,脚穿红色的便鞋,膝盖以下光腿,头上不戴任何东西,从手至肘皆为裸露,每人均手持一厄尔长的木棍以及一个四角的皮耙子……”

文明的司法制度最终代替了搏击及其他的严酷考验,但作为原始的搏击审判(trial by battle)补偿特征(redeeming feature)的平等武装原则(the principle of equality of arms)则被保留下来,该项原则要求,在法庭上进行辩论的双方并不要求具有同样的技巧与智力,但从赋予双方形成并陈述各自立场的程序正当性权利而言,双方均须得到平等的武装。对抗制诉讼中的此项公正和效率的根本要求在过去并未能被人们清楚认识。就像我们前面所提到的搏斗双方应当全副武装一样,参与庭审的控辩双方也应具有平等的法律武器(be equally armed for combat)。假如没有的话,司法正义将会是第一个牺牲品。当然,这种司法制度是建立在以下这种假设之上的:真相极易通过积极的辩论者之间的较量而得到澄清。

“胆小鬼”一词意为乞示宽恕,在崇尚骑士精神的时代是为人所看不起的。Jay Sterling Silver, Equality of Arms and The Adversarial Process: A New Constitutional Right, Copyright (c) 1990 University of Wisconsin Law School, Wisconsin Law Review, July, 1990/August, 1990, p19.

W. 霍兹伍兹著:英国法史(1969年版),第310页。诺曼征服者将这种早期的审判形式引入到盎格鲁-撒克逊(Anglo-Saxon law)司法体系中。(Anglo-Saxon law是指从6世纪直到诺曼征服英国(1066)后在英国流行的一批法律。)决斗是一种检验当事人双方或证人诚实与否的一种手段,通常用于重罪及所有权的纠纷上。此种决斗式的审判方式直到十九世纪才正式消失。参见G. 尼尔森:决斗型审判(1890年版)第31-32页。

棍棒在底部有一挂钩,挂钩要么由动物头角构成,要么由铁器构成。此种棍棒形似战斧,长度超过一额尔(此为旧时的量布单位,约合三英尺)。参见F. 梅兰德著:最后的审判日。皮耙子则为一皮盾。参见G. 尼尔森著:决斗型审判(1890年版)第158页。

Jay Sterling Silver, Equality of Arms and The Adversarial Process: A New Constitutional Right, Copyright (c) 1990 University of Wisconsin Law School, Wisconsin Law Review, July, 1990/August, 1990, p19.

从本原意义上讲,平等武装意味着立法应当为控辩双方提供同等或者对等的攻防手段,这就要求法律赋予控辩双方同等或者对等的诉讼权利和义务,以使控辩双方能够真正平等、有效的参与诉讼,促进纠纷的解决。这种平等性具体表现在,在侦查阶段,侦控方可以调查、收集证据,犯罪嫌疑人及其辩护律师也有权调查、收集对自己有利的证据;在审判阶段,控方有权向法庭提供物证、询问证人、质证,被告人及其辩护律师也有权向法庭出示物证、询问证人、质证。但是,以调查取证权为例,我们到现在也还无法要求为确保控辩平等而专门设置一个以国家资源为保证、以强制力为后盾的为辩护服务的侦查机构(这并非代表将来),所以,就产生了另外一种思维下的平等武装模式——增加控诉方的义务,加大控诉方的控诉难度,扩张被追诉方的权利,减少被追诉方的义务。于是,无罪推定、沉默权、证据开示、非法证据排除规则等就产生了,构成了控辩平等的系列配套规则和制度。

平等武装不仅适用于审判程序,而且必须适用于审前程序。因为审前程序是审判程序的基础,且审前程序较审判程序被追诉人的诉讼地位更容易受到漠视,控辩双方的力量对比差异更大。

需要指出的是,平等武装既不是一项完美的原则,也不是绝对意义上的给控方“一支卡宾枪”,同时也给辩方“一支卡宾枪”,而是力量的一种相对均衡。美国联邦法院第二巡回法庭在 *United States v. Turkish* 一案中,已经注意到了平等武装相对性问题。在 *Turkish* 一案中,控方通过免责授权而获取了证言,但潜在的辩方证人却未能得到此种授权。被告对此进行上诉,认为此种不平等授权侵犯了其所享有的宪法第五条修正案所赋予的权利。在维持原判时,第二巡回法庭声称,“刑事诉讼不同于民事诉讼,它并非是一次对等的诉讼”。法院解释说,控辩双方都各有其独特优势,因此互相抵销。例如一方面,控方拥有广泛的国家调查资源是辩方不可能享有的,另一方面,辩方依据宪法所受到的保护对于控方来说是不可能享有的。法院认为,“在刑事调查与刑事审判中,控方与辩方扮演着天然不同的角色,拥有着不同的权力及权利,平等武装并非一项完美的原则。”

有学者针对 *Turkish* 一案也认为:没有人会对刑事审判中双方应受到平等对待而持异议。但是那种认为我们现有的刑事审判制度已经能够给予控辩双方平等的观点是站不住脚的。现有的制度虽然是对抗制,但它的运作只是基于这样一种假设:通过承认控辩双方所存在的不同点即可实现公正。依据逻辑及第二巡回法庭的裁决,我们制度中的公正是靠控方所拥有的广泛资源与辩方所享有的宪法性保护之间的总平衡所造就的。要想在每项程序性权利之中为控辩双方寻求平衡,既不可行,也无必要。诚然,控辩双方确实是享有各自的独特优势,且公正的实现也并非完全是依靠整体上的平衡,然而平等武装原则并不是寻求改变此种平衡。例如,如果给控方反对自证其罪的权利很显然是不符合逻辑的,且剥夺被告的此种权利也是不公正的。同时,为每位被告提供一位侦探或是犯罪实验室是不可行的。同样,对控方使用此种资源进行限制也是不能为社会所接受的。然而平等武装权所适用的领域并非是一些为与控方享有广泛资源相抗衡而设置的交叉性宪法性权利。相反,它的适用目的在于使双方具有平等的陈述案件的权利。所以,任何一种不平衡都将是漫无目的与令人难以忍受的,就像如何打动陪审团、交叉质证、出示证据等,这些程序性权利设置都应当在对抗平衡中得以体现。

二、控辩平等内在权力(利)配置之平等保护

从逻辑关系上看,平等武装作为一项立法要求,为实现控辩平等制定了平等的条件,而平等保护作

United States v. Turkish, 623 F.2d Q769, 774 (2d Cir. 1980).

最高法院一再注意到单方优势的存在及对全面平衡的需要。*Lee v. Illinois*, 476 U.S. 530, 540 (1986); *Williams v. Florida*, 399 U.S. 78, 111-12 (1970); *United States v. Ash*, 413 U.S. 300, 309 (1973)等案件。

Turkish, 623 F.2d at 774-75.

Goldwasser, *Limiting a Criminal Defendant's Use of Peremptory Challenges: On Symmetry and the Jury in a Criminal Trial*, 102 HARV. L. REV. 808, 825-26 (1989).

Jay Sterling Silver, *Equality of Arms and The Adversarial Process: A New Constitutional Right*, Copyright (c) 1990 University of Wisconsin Law School, *Wisconsin Law Review*, July, 1990/August, 1990.

为一项司法原则,为控辩平等的真正实现提供了均等的机会。控辩平等原则在刑事诉讼大厦中之架构,必须依靠立法上之平等武装和司法上之平等保护的紧密配合与链接。

古罗马时期指导诉讼进行的“自然正义”原则主要包含两个方面的内容,其一是指“任何人不得作为自己案件的法官”(memo iudex in parte sua),其二是“应当听取双方当事人的意见”(audi drem bant)。在笔者看来,“应当听取双方当事人的意见”就是对平等保护原则的直接阐述。美国学者戈尔丁也指出“纠纷解决者不应有支持或反对某一方的偏见”^{[1](P.240)}。纠纷解决者“应当听取双方当事人的意见”与“纠纷解决者不应有支持或反对某一方的偏见”,是从正反两个方面描述了平等保护的要求。由此可见,平等保护历来是程序公正理念的源泉,也是衡量程序公正性的基本标准。

在刑事诉讼活动中,纠纷的裁判者是适用法律的主体,控辩双方在法律面前的平等实际上在很大程度上是通过控辩双方在纠纷裁判者面前的平等而实现,这就要求裁判者在诉讼中必须保持客观中立、不偏不倚地对待控辩双方,对控辩双方加以平等的保护。具体而言,裁判者在诉讼中应当尽力抑制自己的偏见,并给予双方平等参与诉讼的机会,对于控辩双方向法庭提供的意见和证据,裁判者应当加以同等的关注和评断,并要在充分考虑控辩双方意见的基础之上作出裁断^{[2](P.227)}。

裁判者对控辩双方平等保护的实现,至少需要如下几个原则的保障:

1. 司法独立原则

司法中立是维持刑事诉讼构造、实现诉讼公正、做到平等保护的根保证。根据联合国公民权利与政治权利公约第 14 条第 1 款的规定:所有的人在法庭和裁判所前一律平等。在判定对任何人提出的任何刑事指控或确定他在一件诉讼案件中的权利和义务时,人人有资格由一个依法设立的合格的、独立的和无偏倚的法庭进行公正的和公开的审讯。关于司法独立,卡坡里蒂(Mauro Cappelletti)教授认为:“司法独立——尤其独立于行政机关——本身不具有终极的价值;它本身不是一种目的,而只具有一种工具性价值,它的最终目的是确保另一项价值的实现——法官公正而无偏私的解决争端。”西蒙·斯特里特(Shimon Shetreet)教授也认为:

现代意义上的司法独立概念不仅仅局限于法官的个体独立,即法官的身份独立和实质独立,它还应包括司法机关整体上的独立。同样,司法独立也不仅仅旨在确保法官免受行政机关的压力或立法机关的干涉,它也应包括法院的内部独立,即法官独立于其同事或上级。

司法独立仅为法官创造了一个能够依法审理、合理裁判的外部制度环境,而法官独立行使裁判权也仅是对控辩双方平等保护的一个方面。还必须注意到,平等保护要求充分保障法官在控辩双方之间保持中立的态度和地位,避免法官偏向一方。这是因为,法官保持中立地位对于他公正地从事审判活动、彻底摆脱追诉的义务或心理负担是十分必要的。法官的中立地位源于这样一个判断:他与审判结局没有任何利害关系,他没有自己独立的诉讼请求,也无须对诉讼的结局承担任何直接的后果。只有保持这种地位,法官才能避免承担那些与其公正审判职责相背离的诉讼义务,避免控诉职能的集中或混淆,使被告人受到公正的对待。

2 公正审判原则

联合国关于司法机关独立的基本原则第 6 条规定:司法机关独立的原则授权并要求司法机关确保

Mauro Cappelletti, "Who Watches the Watchmen? — A Comparative Study on Judicial Independence," in *Judicial Independence*, 1985 by Martinus Nijhoff Publishers

Shimon Shetreet, "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges", in *Judicial Independence*, 1985 by Martinus Nijhoff Publishers

联合国人权委员会 1988 年《关于审判人员陪审员和陪审技术顾问的独立性和律师的独立性的宣言》(草案)规定:法官个人应当自由地履行其职责,根据他们对事实的分析和法律的理解公正地裁决其所受理的案件,而不应有任何约束,也不应为任何直接或间接的不当影响、恫吓、压力、威胁或干涉所左右,不论其来自何方或出于何种理由。陈瑞华:《刑事审判理论》,北京大学出版社 1997 年版,第 243 页。

司法程序公平进行以及各当事方的权利得到尊重。

从最基本的意义上讲,刑事司法程序乃是由法院对控诉方的指控予以查验和裁断,法庭面对的是控诉者和被告人两方。所谓公平,就应是针对法庭所面对的两方而言的。这样来理解公正的程序,并不意味着公正程序只有在法庭审判中才存在。从外延上看,这种程序应当包括从侦查到起诉和审判的整个刑事司法过程^{[3](P.317-318)}。

王敏远教授同时认为,一切有利于控辩双方公平参加诉讼的规则,“包括辩护权原则、法庭组成的公正性等一系列内容”,都属于公正程序范围。

3. 程序均等原则

程序均等原则是对裁判者主观态度的规范。要求在刑事诉讼活动中,裁判者极力避免或者克服自己的先入为主或者偏见,应当具有给予控辩双方同等对待的意识,对控辩双方的询问、举证、质证以及其他有关诉讼活动的意见和建议,给予同等条件、同等机会、同等处理。一方面通过程序均等原则的实现达到保障实体公正的结果,另一方面追求程序均等原则独立于程序结果的内在价值,让控辩双方尤其是辩护方实现“看得见的正义”。

有论者认为,平等保护原则使裁判者(法院)面临着严重的心理冲突。由于作为裁判者的法院和控诉方都是代表国家参与刑事诉讼的国家机构,法官在审判中往往容易倾向于听取控诉方的意见,对于控诉方提交的证据,法官也更容易采信。而这事实上将造成对被告人的歧视,从而违背了平等保护的基本要求^{[2](P.228)}。更有甚者,法官内心对于辩护律师的看法也会影响到其能否保持中立地位,进而影响到能否对控辩双方给与平等保护。这种担忧不无道理。

正如德国学者赫尔曼所言:在开庭审理程序中,尽管从法律角度更加注重到实现手段同等性,但由于实际上的原因,特别是由于程序心理学方面的原因,手段同等性原则在这里受到严重限制^[4]。由此观之,平等保护要求裁判者在司法活动过程中,必须突破心理上的定式和倾向,努力保持对控辩双方的不偏不倚、客观中立,对控辩双方的意见和证据的必须平等关注和评断,否则,控辩之间的平等就无从谈起。

“保护”意为“尽力照顾,使不受损害”^{[5](P.47)}。平等保护意为平等照顾,即裁判者在刑事诉讼活动中,对控辩双方做到平等关照,使双方均不受损害。由此,笔者认为,刑事诉讼活动中的平等保护至少应当包括:

1. 诉讼机会平等。所谓当事人机会平等系指裁判者应当给予控辩双方参与诉讼的同等时候与时机。原告有此机会,被告亦得有之。

2. 诉讼态度平等。“态度”是指“人的举止神情”或者“对于事情看法和采取的行动”^{[5](P.1320)}。所谓诉讼态度即裁判者在诉讼过程中的举止神情以及对控辩双方诉讼行为的看法和采取的行动。诉讼态度平等要求在刑事诉讼过程中,裁判者对待控诉方、被告人及其辩护人的举止神情,包括语言、动作、气色等,以及要求控诉方、被告人及其辩护人在诉讼活动中的语言、动作、形体规范等,以及对于控辩双方诉讼行为的看法和采取的行动应当保持一致。

3. 诉讼条件平等。在现代汉语词典中,“条件”具有两方面的含义:其一是指“影响事物发生、存在或发展的因素”;其二是指“为某事而提出的要求或定出的标准”^{[5](P.1352)}。所谓诉讼条件系指影响诉讼活动发生、存在或发展的因素或者为诉讼活动的进行而提出的要求或定出的标准。在刑事诉讼活动中,诉讼条件平等即指裁判者及其相关部门应当为控辩双方参与诉讼活动提供同等的时间和空间条件。如控辩双方有权在相同的时间条件和设备条件下举证、质证,控辩双方的证人作证的条件应当相同等。

4. 诉讼标准平等。诉讼标准是指裁判者认定诉讼行为、判断诉讼活动、衡量诉讼价值的准则。从该意义上讲,诉讼标准平等即要求在刑事诉讼活动中,裁判者对于控辩双方的所有诉讼行为,主要包括出示的证据以及发表的意见等应当予以同等关注,适用同样标准予以判断。用同一诉讼标准规范、判断控

辩双方的诉讼行为。

在对平等保护的分析中,必须看到,控辩作为一种典型的矛盾关系,表现出天然攻击与防御的特性:控诉权是积极的,辩护权是消极的;控诉权是主动的,辩护权是被动的;控诉权是自由的,辩护权是继受的。控辩双方进攻与防御的地位天然失衡。同时,控辩双方攻防矛盾的天然失衡,还进一步表现为可供利用的司法资源的不平等:控方有作为国家机器的警察(侦查机关)作后盾,既可以自由的采取强有力的侦查手段调查收集证据,又可充分使用搜查、扣押、逮捕、羁押等强制措施,而辩护方却只能在有限的条件下收集证据,且没有任何强制力作保障;等等。因此,必须强调对被追诉人的特殊保护,赋予其一系列的“特权”(privileges)或保障,同时相应的给予控诉方一系列的特殊义务或负担。

给予辩方以某种“特权”和控方以某种“特殊义务”表面上似乎会造成一种不平等印象:法官将天平一端倾向被追诉人,并使其处于受保护的优越地位。有学者分析认为,这是为克服控辩双方实质上的地位不平等而采取的措施,即以形式上的不平等换实质的平等。尤其是当我们注意到检察官地位的公正性、客观性和中立性会有一种不可避免的限度时,加强对被追诉人的特殊保护就更应被视为一种对控辩双方地位的主要平衡手段。尽管检察官地位的中立化和公正化是西方各国刑事诉讼程序的一项共同发展趋势,但在司法实务中,各国检察官几乎都倾向于通过追求对被告人定罪这一结果,证明自己控诉的成功,并以此为自己的事业和前途开辟道路,要求检察官公正客观的从事追诉往往流于一句空话。同时,我们只能要求检察官在追诉犯罪过程中尊重事实真相并维护被告人的人格尊严,使被告人受到公正的定罪,但不能要他放弃追诉这一职责,或削弱其追诉效果。这样,检察官的地位就必然存在一种内在的局限性,他所处的与被告人对立的地位是一种更基本的现实^{[6](P.262)}。

还必须指出,与“平等武装”原则一样,平等保护原则不仅体现在审判阶段,也表现在审前阶段。从国外的做法来看,由于在审前程序中贯彻了司法审查原则,因此,侦查程序实际上是由预审法官来控制的,强制侦查措施的采用必须获得法官的审批,而平等保护原则要求法官在对强制侦查措施特别是羁押措施的采用进行审查时,必须注意在国家控制犯罪的需要和保障被追诉人人权的要求之间保持平衡,对侦控方与被追诉方的利益予以平等的关注。德国学者在评价其本国法律制度时认为,“按照当今德国的法学思想,对于国家权力,必须进行划分和限制,同时对于公民,必须给予他可以要求法院审查的权利;以这种双重方式,使公民不仅在国家权力的强制性措施面前得到保护,而且还在任何的,也就是说包括国家权力对其权利的非强制性面前得到保护。”^[4]在我国,审前程序中还没有构建司法审查制度,所以,审前程序中的平等保护还有很长的路要走。

三、控辩平等外在权力(利)行使之平等对抗

与私力纠纷解决、弹劾式诉讼以及纠问式诉讼纠纷解决方式不同的是,现代刑事诉讼程序是在中立法官的主持下,通过控辩双方的平等对抗进行的,刑事诉讼的价值是在控辩双方的平等对抗中实现的:通过控辩双方有秩有序的良好对抗,使得纠纷在受到理性控制的、看得见条件下得到解决。

“要想熟知真相,首先就得对其进行争论。”(To become properly acquainted with a truth we must first have . . . disputed against it) 美国大法官 Eldon 认为,“通过互问强有力的问题是发现事实真相的最好办法。”而公平审判、正当程序和事实发现趋于真确,共同构成平等对抗原则的根据。

1. 公平审判

审判公平与否是相对而言的。在纠问制程序下,控诉者兼审判者之职,被追诉人只是程序进行之客体与对象,两造地位并不相等。在该种情形下,控诉方为搜集调查证据需要对被追诉人实施强制处分,

Novalis, reprinted in *Fragments* (Carlyle, late eighteenth century). Novalis was the pseudonym of eighteenth - century German poet Friedrich von Hardenberg

Kaufman, Does the Judge Have a Right to Qualified Counsel?, 61 A. B. A. J. 569, 569 (1975), quoted in *United States v. Cronin*, 466 U. S. 648, 655 (1984).

而被追诉方并未被赋予任何权利与控诉方相抗衡。追诉方为证明其追诉之发动并无不当,必定着重于对被追诉者不利证据之搜集,同时在审判时因早已对被告人存有成见,所以无法客观地进行裁判。现代刑事诉讼程序强调控审职能分离,裁判者居于完全中立之地位,在控辩平等原则之下,构造攻击与防御的刑事程序。控方拥有国家所赋予的强制处分权,被追诉方亦有国家法律所赋予之防御权,中立的裁判者能够慎重地关注争执双方之观点,使双方之主张均能获得相同的重视与评判,符合法治国家之公平审判要求。因此,在该种意义上看,控辩平等对抗是公平审判结果不可或缺的条件,公平审判则是确保控辩平等对抗实现的根据。

2 正当程序

刑事正当程序意指刑事程序中的侦查、起诉、审判与执行等活动,必须依据法律所明定的程序规范进行,而且所有法定程序规定之内容必须是公平而正当合理的,一方面使国家机关受到程序规范之拘束与限制,而能够透过此等法定程序,得以兼顾发现真实与保障人权,正确无误而公平地行使刑罚权;另一方面则使所有参与刑事程序之诉讼主体彼此间具有“武器对等性”,而能处于平等之地位以参与刑事程序,并使公民得以依据法定程序参与刑事程序,行使宪法所保障之诉讼权,而受到公平之追诉与审判^{[7](P.72)}。正当法律程序的本质是为了防止政府滥权,以“正当”的“法律程序”对政府权力加以限制,以保障人民基本权利。刑事诉讼正当法律程序之基本意义在于认为刑事诉讼之目的不仅在于发现真实,而且必须保证以维持正义、公平及不违背国民感情之方法发现真实。所以正当法律程序不仅在于避免处罚无辜,而且更在于维持法的正当程序,以确保人权免于受到侵害^{[8](P.20)}。例如,日本刑事诉讼法第1条规定“准确地适用刑罚法令”,即包含“正当法律程序”之意旨^{[9](P.15-26)}。

3 事实发现趋于真确

英美对抗制诉讼遵循着一条基本原则:真相往往是通过平等武装的控辩双方强有力的辩论而最终浮出水面的(the truth will most often and most completely emerge through the tension between two equally armed advocates aggressively asserting their strongest positions)。即控辩双方的平等对抗是发现真实最有效的审判方式。而在控辩平等对抗原则之下,则必须通过辩护制度赋予犯罪嫌疑人、被告人法律专业上的对等,方可与具有法律知识素养的侦控方相抗衡。但是,在刑事程序中,被追诉人常是被动而参与刑事诉讼者。只有赋予被追诉人各种诉讼权利,使得控辩双方平等对抗,各为攻击与防御行为,方才使事实发现趋于真确,并符合公平与正义的要求。从这个意义上讲,控辩双方平等对抗是发现事实真相最为理想的手段,其本身也是正当程序的基本要求。

刑事诉讼程序中的平等对抗主要表现为控诉权与辩护权的对抗,而控诉权与辩护权的对抗是通过控方的攻击(以下通称强制处分权)和辩方的防御(以下通称防御权)来完成的,呈现出“对权力的限制”以及“以权利制约权力”的本质特征。至少包括如下对应关系:控方的追诉处分权与辩方的辩护权;控方的强制侦查权与程序法定和司法审查制度;控方的讯问权与被追诉人的沉默权和律师在场权;控方的逮捕、拘禁权与司法审查制度、保释权;控方的调查取证权与辩方的调查取证权以及非法证据排除规则;控方的司法资源使用权与证明责任、证据开示、举证质证规则。

控方的强制处分权和辩方的防御权是刑事诉讼程序中的平等对抗的主要内容:

首先,赋予控方以强制处分权,从目的上看,具有刑事诉讼的程序性目的与社会保障的现实性目的

在美国,长期以来存在着一种争论,即客观真实能否被发现。一些人认为事实争议没必要通过审判来解决,因为最终会有了解真相的人将真相说出来。而真正需要提交法庭解决的事实争议往往是那些极为模糊不清的。B. RUSSELL, *An Outline of Intellectual Rubbish*, UNPOPULAR ESSAYS 104 (1950).

See, e.g., Golding, *On the Adversary System and Justice*, PHILLOSOPHICAL LAW 98, 106 (R. Bronaugh ed. 1978); see also *Polk County v. Dodson*, 454 U. S. 312, 318 (1981); *Herring v. New York*, 422 U. S. 853, 862 (1975); Resnick, *The Declining Faith in the Adversary System*, 13 LITIGATOR 1, 4 (1986).

之双重性。强制处分权之诉讼程序性目的主要体现在保证被追诉人到案、证据保全和保障刑罚执行三个方面;强制处分权之社会保障的现实性目的则包括制止犯罪和预防犯罪两个方面。

有台湾学者指出,关于强制处分权之性质,尤其侦查程序中,实务与理论之看法似乎有所不同。实务上有认为基于办案之效率性与维护社会安全,在强制处分权力行使时,人民负有忍受之义务,这种容忍之义务绝对不是单纯法定的“阻却违法事由”可以解释的,它是一种公的权力。而理论之看法,则有认为其本质就是侵害人民自由权利的行为。如果没有严格的条件限制,将使人民在刑事诉讼程序中处于客体的地位,那样刑事程序将停留在纠问制度时代,而不是法治国家的刑事诉讼程序。因此认为对于不当的、过度的、无必要的强制处分行为,无法构成刑事程序机关强制处分行为的违法阻却^{[10](P.15)}。

对于前述之不同见解,基于平等对抗原则之考量,如果认为强制处分权是公的权力,人民负有忍受之义务,则具有强制处分权之司法者,对人民之权利将有造成严重威胁与侵害之虞。相反,如果认为其是一种“阻却违法事由”的行为,一切的强制行为必须依照法律所明文规定之要件及程序而实施,不但能避免国家机关滥权而侵害人民自由,控辩平等的原则亦较能受到保障。

强制处分依对象及处分本身是否具有强制效力,可分为对人之强制处分与对物之强制处分。对人之强制处分包括传唤、拘留、逮捕、羁押等;对物之强制处分包括搜查、扣押、查封等。在法治视野下,控方之强制处分行为必须遵循如下原则:第一,合法性原则。强制处分带有一定的“预期惩罚”的意味,从宪法观点看,剥夺公民之自由必须有法律所明文规定之程序,否则即属违法。可见合法性原则支配所有之强制处分行为。第二,相当性原则。强制处分系法律所赋予对受处分者行使强制力并使其负担义务的制度,虽具有合法性,但因其极易引起对人权的侵犯,故赋予控方行使该权力时,不可不加以相当之限制,以符合比例原则。包括强制处分之行使不得逾越必要之限度,强制处分无必要时应即撤销,强制处分时应注意受处分人之身体及名誉等。第三,选择性原则。即对于决定强制处分与否,能不用的则尽量不用;对于强制处分种类的使用,先考虑对于被追诉人无负担的强制处分行为,依序才是负担较轻的、负担较重的和负担最重的。

其次,关于辩方的防御权,有学者认为,被告方行使之防御权与检察官所行使之公诉权是推动刑事诉讼程序之原动力。

辩方之防御权可以区分为积极防御权与消极防御权两种。积极防御权包括辩护权(包括获得律师帮助权与自我辩护权),陈述权(包括辩解权),证据调查请求权,诘问权(包括对证人、鉴定人),辩论权,回避声请权,救济权等。消极防御权包括沉默权,在庭权,人身自由和财产等不被非法剥夺等权利。为使被追诉人在诉讼上受到平等审判之对待,法律有必要赋予其一系列防御权利以便与控诉权相抗衡。

应当看到,赋予控方以强制处分权是为达到发现真实、控制犯罪之目的,赋予被追诉人以相当之防御权是为落实人权保障之目的。为奠定公平审判的基础,求得正确之裁判,以实现刑事诉讼公平正义之目标,国家强制处分权与被追诉人防御权间之差距必须尽可能地缩小。

四、控辩平等外在权力(利)行使之平等合作

公正和效率是现代司法制度的两大价值目标。随着社会的飞速发展,科技的日新月异,进入刑事司法视野的社会矛盾也愈来愈多、愈来愈复杂化。而刑事司法的资源的增长,无论是人力还是物力均具有明显的滞后性。因此刑事司法面临着这样一个必须解决的重大课题:如何在现有的司法资源配置下,有效解决刑事司法视野中日益增多的问题,控制犯罪的恶化,维持社会秩序的基本平衡。此时,效率的价值目标便与刑事司法的价值追求统一起来,即在追求公正的同时,在刑事诉讼程序中引入司法效益

参阅财团法人华冈法学基金会举办,杨建华主持之“检察官强制处分权争议”研讨会(发言摘要),载《月旦法学杂志》1995年10月第6期,第9页。

日本学者高田卓尔认为“防御权是对应检察官之公诉权,公判程序就是检察官公诉权与被告防御权之对立与抗争的场所,因其抗争,而使诉讼程序推行进展。参见蔡墩铭:《刑事诉讼法论》,台湾五南图书出版公司1999年6月版,第82页。

观。

控辩双方的平等对抗无疑既有利于实现实体公正,又有利于保证程序公正,同时也有利于保障人权。但是对抗的前提必然是国家司法资源的大量占用和司法成本的高昂投入,同时包括辩方(被追诉人)时间、精力、物质的大量耗费,结果必然是诉讼效率的降低。这就迫切需要一种控辩合作机制的存在,通过这一机制既可以使大量的刑事案件在动用正规的审判程序之前就已经得到解决,又可以使控辩双方对诉讼结果有着相对确定的心理把握,即同时解决当事人主义诉讼中的高投入和高风险双重难题。所以,世界法治国家刑事诉讼中的控辩关系,不断地从控辩平等对抗一步步走向控辩平等合作。

这种控辩合作机制也即本文所讲的平等合作应当是建立在以下基础之上的:

1. 平等

“平等”是控辩合作得以进行的前提,刑事诉讼活动是在当事人双方权利对等、义务对等、地位对等的情况下进行的,并且这种平等性要得到对方的认可。平等合作中“平等”就体现为控辩双方人格和地位的平等,这种平等可以说是刑事诉讼中的强权和特权的否定。控辩平等为控辩合作提供了主体条件。

2 自愿

“自愿”是合作得以达成的前提,在控辩合作中被告人作出的有罪答辩必须是出于自愿,否则控辩合作不能成立。在美国,一旦被告对控方的指控作有罪答辩,就意味着被告自动放弃了宪法中规定的三项权利:反对自证其罪的权利、要求陪审团审判的权利和对不利于自己的证人的质证权利。因此,法官在接受有罪答辩前,必须询问被告,确认被告是出于真正的自愿,并且告知被告作出有罪答辩的后果,一旦得知被告的意思表示是非自愿的,法官不得接受有罪答辩。在美国还有一系列的诉讼制度保障被告在作有罪答辩时是出于完全的自愿,而非检察官的威逼利诱,如沉默权的赋予、证据开示和律师辩护等。

3 合意

控辩合作是建立在相互意见一致的合意基础之上的,每个人只对自己的行为负责,只有在这样的基础上建立起来的关系才对所有当事人有约束力,并导出合作协议必须信守的结论。控辩合作本质上是控辩双方在利益驱动之下与对方达成的一种合意,合意的内容是进行风险的交换,就控方而言,是减轻指控罪名、减少指控罪数及减轻量刑等;就辩方而言,是承认有罪。若是控辩两方达不成合意,那么控辩合作和一般民事合同一样无法成立。

4 互利

从制度和功能的角度来说,合作是当事人认为对自己有利,对对方也有利的一种交易,没有这一点,双方当事人无法进入合作关系。在控辩合作中,互利是促使控辩双方进行合作的动力。在普通的刑事程序中,审判的结果是非赢即输,而通过控辩合作可以使控辩双方达到“双赢”,检察官避免了昂贵诉讼成本之下的无罪判决的风险,节约了司法成本并达到尽快惩罚的目的;被告避免了受到最严重惩罚的风险。同时,被害人还可能在这一合作中获得更多的经济补偿。

5 诚信

诚信是控辩平等合作的要素之一,控辩合作本身是在当事人合意的基础上建立的,当事人的合意自然导出“约定必须遵守”的规则,而控辩合作反过来又使诚信制度化,使得诚信通过制度化的手段明确下来。例如,在辩诉交易中控辩双方达成交易协议,被告不得随意撤回答辩,检察官不得随意反悔。根据美国联邦刑事诉讼规则第32条(d)项规定,只有被告人说明理由,法庭才允许其撤回有罪答辩。作为控诉机关,也要在交易达成以后兑现承诺,被告人与政府有了答辩交易,法庭应该确保被告人获得“应得物”,同时在确定政府是否履约时,可以适用控辩合作的基本原理,即,如果被告人履行了协议中的义务,那么政府必须受协议的约束。如果被告从政府那里得不到充分的回报,那么控辩合作就会存在潜在的不公平。

控辩平等合作在刑事诉讼中的运用有利于贯彻人权的观念和民主的精神。平等合作下的合意使得被追诉人可以 and 民事诉讼的当事人一样自由处分诉讼权利,被追诉人在某种程度上掌握了自己的命运,而不是被动地成为追诉和审判的客体。另一方面,我们通过控辩平等合作还可以看到,在最严肃的刑事诉讼领域内,政府与公民在人格上是平等的,并且这种平等通过协商机制得到实现,这是民主精神高度发达的表现,也对整个诉讼制度乃至公权领域弘扬民主精神起着典范和促进的作用。这种平等合作的具体表现形式,主要有以下几种:

1. 强制措施之同意行为

强制措施的同意行为是指追诉机关为了避免繁琐的程序给追诉犯罪带来的困难,被追诉人为了排除自身的犯罪嫌疑或者避免时间的耗费,同意追诉机关对其有关搜查、扣押、盘查、监听、测谎、身体检查等强制措施的适用,而法律也认可这种经过同意而采取的强制措施行为。

强制措施的同意行为作为控辩双方在侦查程序中合作的一种形式,从本质上看是控辩双方就强制措施适用的一种合意。被追诉人通过意思表示,表明其愿意接受追诉机关对于自己权利的干预,该种意思表示作为一种权利上的放弃,是通过自愿来支配或者行使自己的权利与自由。在强制措施的同意行为适用比较典型的美国 and 德国,同意行为的正当化构成必须同时满足三个条件:其一,同意者必须具有同意的能力,即具备理性判断的能力,正确认识事物的能力,独立自我决定的能力等,对同意事项的内容、范围、意义、后果有正确的理解与把握,避免因自身能力的缺陷而受到控方权力的侵害;其二,同意者的自愿性,即任何强制措施中的同意行为,都必须是出于自由意志的、自愿的同意,否则就不能援引同意作为干预措施的合法性基础^[11](P. 254);其三,追诉机关必须履行规范的告知程序,保证被追诉人同意行为的自愿性。这主要是从国家诉讼义务的角度,平衡国家追诉机关和被追诉者个人之间的权力(利)落差,避免强制措施的错误风险。在美国,不仅学者主张事前告知(informing or warning)受干预者有拒绝同意的权利,甚至法院也认为警察必须事前告知被搜查人在自愿同意搜查之前有权合法地自由离开(legally free to go)。如果同意行为未具备上述条件,将会导致同意无效,追诉机关凭借该同意所发动的强制措施,也就相应地不具备合法性和正当性。

2 暂缓起诉

从某种意义上讲,暂缓起诉从形式上看似乎只是检察官自由裁量权的行使,但其却蕴涵了控辩平等合作的丰富内容。暂缓起诉权是指检察机关对于犯罪嫌疑人,根据其犯罪性质、年龄、处境、危害程度及犯罪情节、悔罪表现等情况,依法认为没有立即追究其刑事责任之必要而作出的暂时不予提起公诉的权利。其内涵是:要求犯罪嫌疑人在一定期限内履行一定义务,如果犯罪嫌疑人在期限内经考察确实履行了规定的义务,检察机关就作出不再予以起诉的决定,诉讼程序终止;如果犯罪嫌疑人在期限内经考察没有履行规定的义务,检察机关就作出提起公诉的决定,依法请求法院进行审判。暂缓起诉制度是起诉与不起诉之间的一种过度性措施,确立它本身就体现了保障犯罪嫌疑人合法权益的精神。

3 辩诉交易

辩诉交易(Plea Bargaining)源于美国,是一种典型意义的控辩平等合作。19世纪的美国,资本主义经济蓬勃发展,犯罪率出现了惊人的增长,刑事案件成倍上升,案件积压严重。为了在有限的司法资源条件下及时处理这些积案,一些大城市的检察官开始采用与被告人及其辩护人协商和交易的方式结案。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。近年来,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,进一步发挥其任何其它制度所无法

Ohio v. Robinette, 519 U. S. 33(1996).

替代的功能。

辩诉交易给美国的司法实践带来了极大的“好处”，也引起英国、意大利、德国、加拿大、日本、俄罗斯、西班牙、爱尔兰、以色列等其他国家的兴趣，进而纷纷效仿。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，作为控辩平等合作的一种形式。我国台湾地区在1990年修改刑事诉讼法时，增加了具有明显控辩合作成分的条款。如在简易程序的修改条款中，增加了“被告得向检察官、法官表示愿受科刑之范围”、“检察官得径向法院为具体之求刑”、“法院依检察官、被告人之请求所为之科刑判决不得上诉”等条款。我国澳门地区的刑事诉讼法在刑事诉讼程序中，也允许检察官就被告人的量刑提出交易，控辩双方平等合作^[12]。

五、结语

在本原意义上，平等指的是同等情况同等对待，它包括形式的平等和实质的平等两个方面。形式的平等指的是每个人均应受到同等的对待，是一种最基本层次的平等，它反映的是人作为人的一种基本需要，因此属于绝对的平等。但是，人的社会实践是相对复杂的，某些实践活动对作为实践主体的人的主观条件提出了特殊的要求，这就要求依据一定的标准将人划分为不同的范畴和层次，在对属于同一范畴和层次内的人实行同等对待的同时，对属于不同范畴和层次的人则根据不同的标准（如身世、性别、功绩、财产、角色、能力、国籍等）给予相称的对待即按比例实行差别对待。这种建立在差别对待基础上的平等就是实质的平等。实质的平等是一种具体的平等，而非普遍的平等，是一种按比例的平等而非无差别的平等，是一种相对平等而非绝对平等^{[2] (P. 214)}。作为一种社会规范，法律本身具有促进平等实现的功能，“由于所有社会都遵守规则或一般标准，所以通过规范性制度本身的运作，就可以在各地实现某种程度的平等。”^{[13] (P. 285)} 法律面前的人人平等是形式平等和实质平等的统一。

刑事诉讼程序必须被看作一个整体，自始至终的贯彻平等的原则，仅仅考虑其中的一个阶段中程序的公正性是不可能的。对抗制诉讼是查明真相的最理想方式，裁判者必须通过坚持某种程序或确认某些权利来确保控辩双方之间的平衡。至少，对抗制诉讼要想有效运作，就必须使辩护律师平等地为其当事人在法庭上寻求权利救济，平等武装必须得到有效的保障。但是，控辩平等并不意味着控辩双方应具有同样的辩论技巧或经验，也不意味着在宪法所提供的最小帮助以外，控辩双方需要达到某种特定的高度。

从以搏斗来查明事实真相的骑士精神时代开始，对抗制诉讼已经从单纯的身体竞赛转变为更为理性的查明事实真相过程，但同时也更加要求对被追诉人权利加以有效保护，有效保护的一项基本要求就是：对手之间的平等武装（the need for an equality of arms among opponents）。美国判例中Perry一案中初审法官对控辩双方的不同处理则完全违背了平等武装原则，反映了法院对于刑事辩护律师的偏见，此种偏见也最终导致了对刑事诉讼中控辩双方平衡的破坏。法庭的错误的分析及事实认定、对判例的曲解都值得我们去注意。法庭由于缺乏对于对抗制诉讼的信任而破坏了控辩平等诉讼模式的公正性及有效性，反过来说明赋予平等武装以宪法性地位的要求也变得越来越迫切。

刑事案件本身具有事关基本人权、案情扑朔迷离、审理周期漫长的明显特点，而为保障处于弱势的被告人能与国家追诉权平等对抗，一方面，规定了沉默权、辩护权等充分有利于被告人的刑事司法制度；另一方面，基于对于国家权力的限制，法律又对控方的取证与指控等作了严格的规范，如排除合理怀疑的刑事证明标准，非法证据排除规则等等，控方的权利行使存在有一系列的约束。控方在投入了大量的金钱和精力后，并不肯定能达到所有追诉的成功。另外，还有案件高昂的成本和巨大的司法资源投入等

See Stephen Schulhofer, Is Plea Bargaining Inevitable? 97 Harv. L. Rev. 1037 (1984).

Malgorzata Wasek - W iaderek, Principle of "Equality of Arms" in Criminal Procedure Under Article 6 of the European Convention on Human Rights & its Function in Criminal Justice of Selected European Countries December 2000 Leuven University Press

Langbein, The German Advantage in Civil Procedure. 52 U. CHI L. REV. 823, 843 (1985).

等。辩诉交易、诉讼协商、特别程序等“控辩合作”的出现,使得如此诸多的一系列问题有了解决的途径和方法。

总之,平等武装,平等保护,平等对抗,平等合作,共同构成了控辩平等理论的现代内涵——以消解国家和个人的纠纷为总目标,以控制犯罪和保障人权为基本目的,以实体正义和程序正义为根本要求,以被追诉人受到公正审判为核心,以赋予被追诉人沉默权、辩护权、知情权、上诉权等防御性权利为手段,以确立不得强迫自证其罪原则、无罪推定原则、程序法定原则、禁止双重危险原则、非法证据排除原则为保障,使控辩双方在平等武装与平等保护的基础上,以平等对抗与平等合作的方式参与刑事诉讼。

参考文献:

- [1] [美] 戈尔德丁. 法律哲学 [M]. 齐海滨,译. 北京:北京三联出版社,1987.
- [2] 谢佑平,王毅. 刑事诉讼法原则:程序正义的基石 [M]. 北京:法律出版社,2002.
- [3] 王敏远. 刑事司法理论与实践检讨 [M]. 北京:中国政法大学出版社,1999年.
- [4] [德] 约阿希姆赫尔曼. 德国刑事诉讼法典 [M]. 李昌柯,译. 北京:中国政法大学出版社,1995.
- [5] 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编. 现代汉语词典 (第 5 版) [Z]. 北京:商务印书馆,2005.
- [6] 陈瑞华. 刑事审判原理 [M]. 北京:北京大学出版社,1997.
- [7] 林山田. 论刑事程序原则 [J]. 台大法学论丛 28 (2).
- [8] 黄东熊. 刑事诉讼法论 [M]. 台北:台湾三民书局,1995.
- [9] 土本武司. 日本刑事诉讼法要义 [M]. 董 舆,宋英辉,译. 台湾五南图书公司,1997.
- [10] 陈志龙. 侦查中强制处分之决定 [J]. 月旦法学杂志,1995, (6).
- [11] 林钰雄. 刑事诉讼法 (上册) [M]. 台北:台湾学林文化出版公司,2001.
- [12] 冀祥德. 域外辩诉交易的发展及其启示 [J]. 当代法学,2007, (3).
- [13] [美] E·博登海默. 法理学:法哲学与法律方法 [M]. 邓正来,译. 北京:中国政法大学出版社,1999.

Analysis and Understanding of Modern Connotation of Equality between Prosecution and Defense

J I Xiang - de

(Chinese Academy of Social Sciences, Beijing, 100720)

Abstract: Continuous change of social forms shall of necessity lead to the development and evolution of social norms, and in the evolution of countless kinds of social norms, legal culture tends to have a final and common end - result, i e to embody and express the progress and civilization of law by legal system. The argument of equality between prosecution and defense derives from the theory of "equality of arms". For a long period of time, the academic circle both at home and abroad understands and analyzes the connotation of equality between prosecution and defense from the aspects of equality of arms and equality of confrontation. However, in modern criminal proceedings the connotation of equality between prosecution and defense has achieved new and abundant development

Key Words: System of Defense; Equality between Prosecution and Defense; Allocation of Rights

(责任编辑 于贺清)