

# 论辩诉交易制度的生命基础

冀祥德

(中国社会科学院法学研究所,北京 100732)

**摘要:**以辩诉交易为代表的控辩合作纠纷解决机制是近年来世界范围内刑事案件处理的一种新型模式,越来越展现出其强大的生命力。司法效益观是辩诉交易制度产生与发展之本体因素,契约观是辩诉交易制度产生与发展之基础因素,实用主义思想观是辩诉交易制度产生与发展之动力因素,抗辩式诉讼结构是辩诉交易制度之支持因素,沉默权与证据开示是辩诉交易制度之促成因素,发达的辩护制度是辩诉交易之保障因素。

**关键词:**辩诉交易;法律文化;社会制度;诉讼结构;价值蕴涵

**中图分类号:**DF71 **文献标识码:**A **文章编号:**1002-3933(2009)11-0065-07

## On the Basic Factor of Plea Bargaining System

J I Xiang-de

(Institute of Law, Chinese Academy of Social Sciences, Beijing 100732 China)

**Abstract:**Dispute settlement mechanism merged by the cooperation between the prosecution and the defense, which is represented by plea bargaining, is a new model to deal with the criminal cases in the world and is showing great vitality increasingly. In my opinion, in the emergence and development of plea bargaining, the judicial efficiency conception is the essential factor, the civil contractual conception is the basic factor, the philosophic viewpoint of pragmatism is the dynamical factor, the adversary system litigation structure is the supporting factor of plea bargaining, the right to silence and evidential discovery system are promoting factors of plea bargaining; the developed defense system is the safeguarding factor of plea bargaining.

**Key words:**plea bargaining; the culture of law; social system; litigation structure; value implication

在我国当下深化司法体制改革与刑事诉讼法再修改的讨论中,围绕公正与效率的主题,如何在保证诉讼公正的前提下,节约司法资源,提高诉讼效率,成为研讨之重点与难点。这是因为:一方面,犯罪率不断上升,司法资源严重短缺的现实,导致案件大量积压,办案效率低下;另一方面,抗辩式诉讼机制的引入和疑罪从无等被告人权利保障规则的建立,使得诉讼成本增加,检察官指控的风险加大。如何解决这些问题,是司法制度设计者所不得不面临的现实。于是,以辩诉交易为代表的控辩合作纠纷解决机制,以其合意性迅速解决犯罪案件的优势进入了法学界和法律界的视野,成为我国司法改革论争之热点。

在我看来,辩诉交易这一最早生成于美国社会的法律制度,从 19 世纪后半期自发产生并得到判例及《美国联邦地区法院刑事诉讼规则》确认以来,以惊人的速度,不仅在加拿大、英国等普通法系国家广为传播,用以迅速解决这些国家至少 70% 以上的刑事案件,而且很快在德国、法国等大陆法系国家得以实践,并在短短十几年的时间内,成为意大利、日本、俄罗斯等两大法系融合国家司法制度的重要组

成部分。其之所以在不断的批评与责难声中,依然成功穿越两大法系并且一直保持着旺盛的生命力,无疑证明这一制度的生成与发展,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链接。究其原因是多方面的,但其中有一点是极其重要且不容忽视的,即孕育、滋润、支撑辩诉交易的文化土壤、制度结构和价值基础。本文试图以辩诉交易制度为范例,从法律文化、社会制度、诉讼结构、价值蕴涵等方面解读其生成与发展的生命基础,以期在深化中国刑事司法体制改革中,在理性完善控辩对抗制度的同时,科学构建控辩合作纠纷解决机制,为探索适合中国国情的刑事诉讼模式找寻一条进路。

### 一、司法效益观是辩诉交易制度产生与发展的本体因素

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。而刑事司法资源的的增长,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,控制犯罪率的增长,维持社会秩序的基本平

收稿日期:2009-06-15

基金项目:2008 年度中国社会科学院重点课题“建立中国刑事辩护准入制度研究”(YZDN)之阶段性研究成果

作者简介:冀祥德,法学博士,中国社会科学院法学研究所研究员,法学系常务副主任、教授。

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,即寻求在不突破公正底线的前提下,提高刑事司法的效率。而在国家追诉活动中,为保障被追诉人的基本权利,一方面,赋予了被告人不被强迫自证其罪特权、辩护权等权利;另一方面,又对控方的指控行为作了严格的规范,如无罪推定的基本原则,排除合理怀疑的刑事证明标准,非法证据排除规则等。控方为求得对被告人的追诉,在投入了大量的金钱和精力后,能否达到追诉的成功,还要“摸着石头过河”。辩诉交易就是在这样一种情势之下,悄悄地自发产生于美国的司法制度之中,并很快成为支撑美国司法大厦的根基。

辩诉交易的产生,就是司法效益最大化的实现。在侦查阶段将会缩减警方调查取证以及为破案而付出的各种人力、物力和其他成本,缩短侦查周期;在审查起诉阶段,可以减轻检察官的胜诉压力以及为获取胜利而付出的诸多精力;在审判阶段,法院不需要主持开庭程序,控辩双方不需要出庭对抗,证人不需要出庭作证,周而复始的举证、质证、交叉询问等一概免除。因此辩诉交易使得司法机关及时地了结案件,及时地将犯罪与处罚联系起来,其结果并不是因此而牺牲了公正,而恰恰反映了一种动态的公正,因为真正的司法公正应当具备效率的司法公正。而漫长的诉讼期间既拖累了被告及其家庭成员,也导致司法机关不堪重负,同时也导致社会公众对公正程序的失望,副作用随之产生。即使经过漫长审判之后,判决给了被告人所谓的公正,但是被告所受的身体和精神的磨难都已经无法挽回,刑法特殊预防和一般预防的功能收效甚微,正所谓“迟到的正义为非正义”。辩诉交易的结果是使得司法机关、被告人以及被害人在自愿明智的前提下都得到了满意的结果,无疑是诉讼效益显著的一项司法制度。从经济学中的效益观而言,只有以较低的投入收到较高的产出,才是合理的,也才是合乎经济正义的,而高投入低产出,则是对资源的浪费,有违于满足最大多数人的最大利益的基本功利原则。

辩诉交易的司法效益价值不仅在理论上是成立的,而且在现实中也得到了印证。美国通过辩诉交易制度解决了90%左右的刑事案件,这已经不再是鲜为人知的事情了,但是在这个百分比里面增减一定的幅度将会带来的后果可能是很多人都无法预计的。美国联邦法院就在 *Santobell v. New York* 一案的判决中认为:“如果每一项刑事指控均要经受完整的司法审判,那么州政府和联邦政府需要将其法官的数量和法院的设施增加不知多少倍。”美国前最高法院首席大法官沃伦·伯格甚至指出,“即使将适用辩诉交易的案件比例从目前的90%降到80%,用于正式审判所需要的人力、物力等司法资源的投入也要增加一倍。”从辩诉交易在美国自发产生到今天30多年的实践看来,辩诉交易不仅已经彻底融入美国的司法制度,而且已经成为确保美国刑事司法制度得以正常运转的重要保障。所以,有学者预言:如果没有了辩诉交易制度,“整个美国的刑事司法制度就会面临崩溃的危险。”<sup>[1]</sup>这决不是危言耸听。同样的情况还有加拿大的例证。

在加拿大,一段时间以来,辩诉交易成为其刑事司法制度中最矛盾、最难以理解的一部分。1975年加拿大法律改革委员会评论它是“对于庄重的刑事司法制度而言没有地位的事物”。然而,在关于这种实践极其否定的评论发表后不到10年时间,法律改革委员会1984年在其一篇工作报告中将辩诉交易几乎当成了刑事诉讼程序的日常部分,而且到1989年,委员会评论“辩诉交易不是内在令人耻辱的实践”,且建议这一实践应变得更加公开和更具有责任性<sup>[2]</sup>。

与美国的辩诉交易相同的是,加拿大的辩诉交易适用于所有的刑事案件,控辩双方就罪名、罪数和量刑均可交易。但是,加拿大的辩诉交易比美国的辩诉交易更加灵活,控辩双方不仅在案件庭审前可以协商,而且在案件进入开庭程序后,控辩双方均可要求法官暂停审判而交易协商,这一点与德国刑事诉讼中的协商十分相像。在认罪案件的庭审中,加拿大的法官有绝对自主的裁量权,对于控辩双方的协商,法官的最后量刑通常不会超重,并且经常出现法官的量刑判决轻于控辩协商意见的情形。加拿大的刑事案件只有5%左右进入正式的开庭审判程序,95%的案件是以辩诉交易、代替性惩罚和主控官撤销案件而被处理的。

虽然辩诉交易在加拿大的刑事司法中占有相当重要的成份,但加拿大的成文法与判例法中均没有明确确认。多伦多大学法学院 Hamish Stewart Associate Professor 回答笔者对于该问题的提问时说,辩诉交易在加拿大的司法实践中已经生存了几十年的时间,立法确认辩诉交易的意义不大。

笔者在加拿大安大略省法院 (Ontario Court of Justice) 旁观了一个刑事案件的“审前会议”,其实质内容就是法官主持下的辩诉交易。辩护律师 Heather Perkins Mevey 女士与笔者交谈时说,如果被告人不同意交易,一旦检察官的全部指控成立,被告人可能被判处最高刑10年有期徒刑;通过辩诉交易方式解决此案,被告人只须90天的监禁,现在被告人已被羁押28天,按照法律规定可以折抵刑期56天,15天后开审,又可折抵刑期30天,等于庭审后被告人即可被释放。

在笔者对加拿大辩诉交易的考察访问中了解到,加拿大辩诉交易的另一个特点是无论是检察官、法官、警察和律师,还是学者、公众与政府官员,对于辩诉交易在加拿大30多年的实践均表示出很大程度的赞同,认为如果没有辩诉交易存在,加拿大的刑事司法将会无法运转。只有少数学者表示出对辩诉交易的批评,认为辩诉交易漠视了被害人的权益,存在权利(力)分配的不平均;辩诉交易致使有些证据隐瞒,故意不向对方展示;辩诉交易完全由主控官与辩护律师主导,公众怀疑双方交易的诚意。

另据笔者研究,辩诉交易在英国、法国、德国、意大利、俄罗斯、日本等国家的发展和实践情况也与美国、加拿大类同<sup>[1]</sup>。可见,辩诉交易在解决有限的司法资源与大量的刑事案件之间的矛盾时所显示出来的巨大作用,体现了其追求司法效益的内在价值。由此可见,这种以较低的诉讼成本获取较高的诉讼效益的刑事诉讼中的司法效益观,是辩

诉交易产生与发展的本体因素。

## 二、契约观是辩诉交易制度产生与发展的基础因素

一般认为,从法律意义上讲的契约观念的思想始于古罗马法。社会交往被看作是“一种至少是两个人之间的交换活动”。人们到处可以看到交换,“不仅在市场关系中,而且在友谊中,甚至在爱情中,以及在这些以亲密性形式出现的多种社会关系中——邻居们交换恩惠,儿童们交换玩具,同事们交换帮助,熟人们交换礼貌,政治家们交换让步,讨论者们交换观点,家庭主妇们交换烹饪诀窍。”<sup>[3]</sup>经济契约关系的扩展,促进契约观念的深化,促进人们对合乎意愿的公平正义秩序的渴望,促进契约自由的法律原则化。从政治体制上看,资产阶级革命胜利以后,英、美、法等资产阶级国家相继建立,他们按照社会契约理论建立代议制民主政治体制,因此在人们的心目中,国家和政府产生的基础是老百姓共同订立的社会契约,国家和政府的权力来自于人们自然权利的让渡。所以,在代议制政体中,捍卫契约自由是政府的职责,这个原则不仅属于私法,也是构建代议制政体的宪法基础,契约自由成了市民社会和政治国家的“共同纲领”<sup>[4]</sup>,契约观念从社会经济生活和私法领域进入了政治法律制度的视野。

在年轻的资本主义国家美国,虽然契约观念的历史并不悠久,但是却从英国继承了契约的理论和实践,并结合自由经济为主导的社会实际渐渐独立,形成了自己的特色。美国的社会制度按照契约宪政的方式运作,奠定了其传统文化的根基。同时,古典自然法思想和自由主义的哲学思潮在美国广泛传播,不仅对法官们产生了深刻的影响,而且,自由主义和意思自治理念深深根植于美国人的生活观念和法律价值观念之中,并渗透到了司法领域,法律表现出对个人意思自由的前所未有的尊重和保护,契约自由成为公法和私法的连接点<sup>[5]</sup>,导致各种公权(力)利处理的私权化,刑事权力(利)处理民事化<sup>[6]</sup>。在刑事诉讼中,面对由经济飞速发展、工业化和移民等所带来的矛盾积聚和冲突而导致犯罪率居高不下,有限的司法资源不堪过重的案件负担,一些大城市的检察官开始尝试定罪量刑的“契约交易”,在法院的走廊内,甚至咖啡厅内,检察官和律师经过短暂的交谈,无须证人到场,而直接将交谈达成的协议交给法官,法官不组织正式开庭而直接做出判决。这种特殊的契约交易把社会矛盾吸收到诉讼领域进行解决,阻止了民众的不满和冤屈流向社会,而且还在尊重被告人意愿的基础上于开庭之前予以解决。这种做法得到了拥有深刻契约观念的美国民众的理解和支持。无法想象在一个契约观念并不发达的国度,被告人的判罪处刑问题可以用来交易,国家的司法权力可以用来交易,无价的正义可以用来交易,而在美国,当事人可以自由处分诉讼中的请求和标的,检察官享有独立的裁量权,检察官和代表被告人利益的律师可以进行协商,协商的结果可以得到法官的确认。分析比较世界上那些确立辩诉交易制度的国家,其共性之一就是契约观念在这些国家有着深厚的基础。因为辩诉交易本身是一种契约,是一种“典型的增加价值的协议”<sup>[7]</sup>,由是观之,契

约自由的观念是辩诉交易得以产生和发展的基础因素和坚强支撑。

同时,必须看到,不但辩诉交易制度的产生和发展是以契约观为理论基础的,而且辩诉交易制度本身就包含着契约观的内容。例如平等、自愿、合意、互利、诚信等。辩诉交易中的契约观念体现了刑事诉讼中人权的观念和民主的精神。契约观念使得被告人可以和民事诉讼的当事人一样自由处分诉讼权利,被告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。在以契约观念为基础的辩诉交易中,可以实现被告人作为参与者的主体性和能动性,政府与公民在人格上是平等的,并且这种平等可以通过协商机制得到实现。

## 三、实用主义思想观是辩诉交易制度产生与发展的动力因素

辩诉交易是在美国的司法制度中自发产生的,且从产生之日起就伴随着褒贬不一的评价,尤其是被反对者批评为牺牲正义的一项制度<sup>[8]</sup>。但是,辩诉交易并没有衰落,反而持续稳定地发展,并传播到其他许多国家。究其原因之一,恐怕要归功于美利坚民族深厚的实用主义思想观,正是这种实用主义哲学观奠定了辩诉交易制度坚实的思想基础,成为其产生与发展的动力因素。

在实用主义哲学产生之前,美国人已经有了实用主义的思维方式。托克维尔曾谈到,没有一个国家像美国那样最不注重哲学了。但是,我们又不难发现,几乎所有的美国居民,都在用同样的方法,根据同样的准则来指导他们的大脑,虽然他们从未下功夫总结出他们的准则<sup>[9]</sup>。美国人在受英国殖民统治的过程中,积累了个人自由和物质至上的价值追求。19世纪80年代,美国一跃而成世界第一大工业国家,富裕的经济水平迅速提升了美国及美国人的地位,有用、有利、有钱成了美国人追求的标准,就是在这样的背景下,实用主义哲学逐渐成型。按照美国实用主义哲学家的主要代表人物杜威的观点,思想、概念和理论只不过是人为达到了目的的工具,只要它们对机体适应环境有用,它们就是真理<sup>[10]</sup>。20世纪初期,在哥伦比亚法学院卢埃林教授等学者和霍尔姆斯法官等法学家的领导下,一种新的现实主义思想也影响了律师,带动了法律界和民众接受评价事物乃至法律制度的好坏标准,这些标准不是传统,不是历史,而是是否实用。辩诉交易制度以其独特的实用性,迎合了美国司法与民众的实用主义价值观。该种实用性具体表现在以下几个方面:

1. 对于检察官而言,辩诉交易可以避免无罪判决的风险。美国的检察官是一种政治型检察官,他们所指控的案件的胜诉率代表着其业绩,影响着其在业界的声誉,制约着其政治生涯的变迁。在正式的对抗式程序中,检察官的指控证明必须达到“排除一切合理怀疑”的标准,才能使法官或陪审团认定被告人有罪。检察官的指控能否成功,一方面取决于其有罪证据的证据力,另一方面取决于裁判者对控辩双方意见的采信比。一个律师的精巧辩护完全有可能使得一个本来有罪的被告人被无罪释放。辩诉交易则降低

了检察官的指控标准,虽然存在被告人通过辩诉交易最终受到之惩罚要比应得之惩罚要轻之可能,但是“半块面包”总胜过“没有面包”。这也是检察官愿意采取辩诉交易形式结案的重要动因。

2 对于被告人而言,辩诉交易可以解除其由于拒绝认罪而受到严厉惩罚之虞。因为在对抗制庭审中,如果控方的证据足够充分,而辩护律师无力加以推翻的话,那么被告人只能接受败诉的结果。况且,对抗制追求的绝对的公正和正义永远只能是一个目标,被告人还必须承担轻罪重判、甚至无罪而被定罪之风险。辩诉交易赋予被告人以主体地位,可以使其快速摆脱长期羁押、名誉损失和等待不确定审判结果所带来的精神之苦。不仅如此,对于本来有罪之被告人,更大的实用是,可以通过辩诉交易以有罪答辩换取较轻的处罚。

3 对于政府而言,辩诉交易一方面能够节约稀缺的司法资源,解决案件积压、矛盾积聚等问题,将节省下来的司法资源用于重大、复杂、疑难的案件。同时,由于辩诉交易的条件之一就是被告人认罪,这就减少了因当事人不满而可能引起的上诉、抗诉等程序,避免了由于没有彻底解决纠纷而带来的新的纠纷。与正当程序是为了维护绝对公正而可能牺牲国家和政府的利益相反,辩诉交易在某些法律束手无策的时候,还可以通过促成被告人的主动认罪,以尽量减少因其充分行使权利如沉默权等,而给政府带来的诉讼成本的增加。

4 对于被害人而言,辩诉交易同样能够通过对抗制程序解决案件的结果的不确定性问题。虽然辩诉交易的结果可能使被告人承受较轻的刑罚,但是,这种较轻的惩罚结果是没有风险的,并且是快速的。而且,辩诉交易免除了被害人在法庭上不愉快的作证经历,即所谓的“二度伤害”。同时,被告人为了与检察官尽早达成协议,往往给付被害人相应的金钱赔偿,这样也会使得被害人从精神和物质上都得到安抚与慰藉。因此,即使被害人对被告人深恶痛绝也常常会选择辩诉交易的方式得到实惠。虽然辩诉交易具体是由检察官和辩护律师进行操作的,但它实际上反映了被害人和被告人的共同愿望。辩诉交易制度通过允许犯罪人在诉讼的早期阶段,以向被害人和社会表达愧疚的方式,来促进正常关系的恢复,避免因不得不在法庭上作证,而给被害人造成不必要的精神创伤。

正是美国人崇尚的实用主义思想,使得辩诉交易制度能够在美国这片特殊的土地上生根发芽,且能够为美国民众所接受,并在司法实践中发挥着不可替代的作用。今天,辩诉交易制度已经越过法系的界限,成为许多国家的共同实践,在我们可以找到的这些国度的共同点中,重要的一点就是实用主义思想观的深入人心。缺乏该种思想观念的支持,辩诉交易制度则难以产生、被接受、发展和传播。

#### 四、对抗式诉讼结构是辩诉交易制度的支持因素

辩诉交易最早生成于实行对抗式诉讼的英美国家,传统上实行职权主义的大陆法系国家,在诉讼中引入对抗制后,才引进和借鉴了辩诉交易。这种现象表明,辩诉交易

与对抗式诉讼结构之间有着天然的制度契合。对抗式诉讼是损失效益的一种诉讼模式,因为真正的对抗式诉讼冗长而繁琐,纵然当事人的诸多权利受到了保护和体现,但是其加大了诉讼各方的讼累,更重要的是耗费了大量的司法资源。如果所有的犯罪案件都采用完全的对抗式诉讼程序处理的话,那么,没有哪一个国家的司法系统和财政资源能够承受得了。辩诉交易制度弥补了这方面的不足,表现出对案件处理的独特的简便性和经济性。因此,以正当程序为精神的对抗式诉讼结构,十分需要与辩诉交易制度的相得益彰;而对抗式诉讼中的当事人主义,又为辩诉交易制度的良性运行提供了支持因素。这些支持因素主要包括如下几个方面:

1. 控辩平等的结构。辩诉交易制度的正常运作以及发挥其独特的功能,关键在于交易双方平等性的保障。在对抗式诉讼结构中,控辩双方的地位是平等的,刑事诉讼中的当事人类似于民事诉讼中的当事人,控辩双方都有自由处分诉讼中的请求或标的的权利。在这种诉讼结构之下,控方不是享有特权的诉讼主体,被告人也不是没有主体权利的诉讼客体,被告人有自愿选择是否供述的权利,也有自由选择何种程序结案的权利。这就为控辩双方进行平等和自愿的交易奠定了制度基础。

2 检察官的自由裁量权。“美国实行辩诉交易的基本原因之一就是检察官在决定是否提起指控上享有很大的自主权。试想,如果检察官不具有撤销控诉或降格指控的权力,符合起诉条件的就必须起诉并且要将诉讼进行到底的话,那么他拿什么去和被告人作交易,凭什么筹码去换取被告人心甘情愿地作‘有罪答辩’,自认犯罪,俯首听罚。”<sup>[11]</sup>美国检察官不仅享有是否起诉的自由裁量权,而且,法律对为什么不起诉的理由也没有特殊的要求,甚至在审判前,检察官也有权随时撤回起诉。美国检察官如此大的自由裁量权根源于其独立检察官体制。在美国,各检察官独立办案,不必接受来自上级检察院的监督。因为美国的检察官是行政检察官,由选举产生,联邦和州之间不存在隶属关系。与检察官广泛的自由裁量权相适应,刑事诉讼过程中,控方和辩方自由进行协商,达成关于被告人有罪答辩的协议,便成了毫无疑问的常事。

3. 被告人的当事人地位及其保障。对抗式诉讼结构必然要求控辩双方不仅在形式上平等,而且在实质上平等。美国刑事诉讼法通过一系列制度来保障被告人的当事人地位,包括沉默权的赋予、完善的证据开示制度以及发达的辩护律师队伍等。其中,对被告人在辩诉交易中做出自愿而明智的有罪答辩起着重要作用的是辩护律师的帮助,没有辩护律师的参与,辩诉交易不得进行。因为被告人往往缺乏专业的法律知识,对交易的结果难有充分的认识。美国的辩护制度是目前世界上最为发达的辩护制度之一,表现在接受辩护的范围、辩护人的数量 and 专业化程度等各方面。这些因素决定了美国拥有世界上最发达的辩诉交易制度。

4. 法官消极、中立的地位。对抗制诉讼是“处于平等地位的对立双方在有权决定争端裁决结果的法庭面前所进

行的争斗。<sup>[12]</sup>在当事人主义的对抗式诉讼中,法官处于消极中立的地位,是控辩决斗的裁判者,而决不踏入决斗场半步,更不会帮助一方去攻击另一方,这一点与纠问式诉讼模式中法官充当积极的调查官截然不同。在辩诉交易中,检察官和辩护律师在开庭前自由协商,法官不参与其中,以免影响协商的自愿性和理智性。在协商达成协议之后,法官对协议进行审查,作出最后的裁决,并且有权接受或者不接受交易结果,如果交易结果不被接受的话,法官将告知被告人有重新答辩的机会。

汪建成教授认为,当事人主义的诉讼结构是辩诉交易的制度基础。辩诉交易制度的产生,与当事人主义的诉讼结构形式具有十分密切的关系。一方面,当事人主义的诉讼结构形式对辩诉交易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制度的产生和良性运行提供了必不可少的条件。因为,当事人主义的对抗式审判是一个冗长的过程,这种模式以挥霍时间和牺牲效率为特征,所以需要高效率的辩诉交易作为补充。同时,正是当事人主义的抗辩式传统,使得检察官当事人身份的确立、被告人身份的保障、辩护制度的完善以及法官的消极、中立成为可能的现实,并且为辩诉交易的产生和发展提供了必不可少的支持因素。

### 五、沉默权是辩诉交易制度的促成因素

生态学原理告诉我们,在芸芸众生之间存在着一种共生共长和此消彼长的生态关系,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:囿于对被告人权利保障之使然,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、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做法给了我们一个唾手可得的形成答案,那就是在规范沉默权的同时,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。假定犯罪嫌疑人人都选择了被逮捕后的沉默,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”。笔者描述的上述这幅壮观的场面,无疑是法治国家人权保障的生动画卷。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象的践踏和蹂躏。

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。

### 六、证据开示与辩护制度是辩诉交易的保障因素

辩诉交易制度的正常运行离不开相关制度的配套和支持,因为辩诉交易是区别于传统对抗式诉讼的一种刑事纠纷解除模式,抗辩双方的自愿意智和“平等武装”是辩诉交易不可缺少的保障。为了保证自愿、理智与明知,完善的证据开示制度与发达的辩护制度就显得尤为重要。

在当事人主义的刑事诉讼中,证据开示首先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。

其次,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、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、具体。具体来说,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神秘性;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<sup>[13]</sup>。

概括而言,成熟的证据开示制度使得控辩双方的协商谈判、讨价还价有了知彼知己、平等对谈的可能,反过来说,辩诉交易制度必然需要证据开示的支撑,因为胸有成竹的揣测与提防无疑使辩诉交易失去了协商诚信的基础。

辩诉交易是检察官与被告人双方以合意的方式解决案件的制度,合意的特性是辩诉交易的深刻内涵。这种合意一方面包括实体的合意,即对协议内容的合意;另一方面包括程序的合意,即对解决方式的合意。辩诉交易是以充分发挥当事人作为程序主体的功能,鼓励被告人以认罪的合作换取法律的宽大处理,激发当事人自律地设定自己与社会今后关系而作的努力,并尽量将这种努力反映在控辩双方协商的程序与结果之中,以获得较之于正式审判更为积极的社会效益。面对拥有着强大检察权和全面法律知识的检察官,如何实现辩诉交易这种“交易”的自愿与平等,是保障辩诉交易公正性的底线。换言之,发达的辩护制度是

辩诉交易制度不可或缺的保障因素。

因为,从国家追诉权和辩护权产生的那天起,控辩双方的地位存在着天然的不平等现象。人类司法的文明进化与人权运动的崛起,才有了刑事诉讼的控辩平衡理论以及控辩审等腰三角形结构理论。这一理念的实践是通过对警察权和检察权给予必要的限制,同时赋予犯罪嫌疑人、被告人以及辩护律师各种诉讼权利而实现的。在辩诉交易产生和存在的国家,无论是英美国家还是意大利等大陆法系国家,都建立了完整的以辩护权为核心的辩护律师制度,实现了控辩双方在权利平等基础上的对抗。如在美国,犯罪嫌疑人被拒捕后在享有沉默权的同时,有权委托律师或获得免费律师的帮助。辩护律师可以参与对犯罪嫌疑人的侦查活动。包括讯问的在场权;警察不得在场和监听的会见、通讯权;申请保释权等。美国律师有证据调查请求权,辩护律师有权要求法院以强制手段传唤对本方有利的证人或要求有关人员交出对被告人有利的书证或物证<sup>[14]</sup>。英国律师在犯罪嫌疑人被捕后24小时内,至迟不超过36小时,便会接到犯罪嫌疑人委托或政府指定的律师为其提供法律帮助;律师有权尽快会见或联络犯罪嫌疑人并有权保守其秘密;有权查阅羁押警察制作的羁押记录;有权在讯问时在场;有权代被羁押的犯罪嫌疑人申请“人身保护令”;有权在侦查结束后全面阅读检察官用作指控证据的证据材料。英国律师有言论豁免权,其在刑事诉讼过程中的任何言论都不受法律追究,即使他的言论带有明显的恶意并且与他承办的案件没有关系,也同样受到这种特权的保护<sup>[15]</sup>。为保障辩护律师的知悉权,英美两国均设立证据开示制度和完善的法律援助制度。意大利现行刑事诉讼法“最大的变革便是引进英美法系当事人主义的对抗式诉讼制度”<sup>[16]</sup>。辩护律师受委托或指定后有权与被拘捕的犯罪嫌疑人及时会见和通讯;有权在其委托人被讯问时在场;有权出席司法警察搜查和扣押的场所;有权出席初步庭审、发表陈述意见并对法官作出初步的庭审结果(即提起诉讼并发出审判令或不追诉)提出上诉;有权进行辩诉交易<sup>[16]</sup>。也正是在英、美、意等有着高度发达的辩护制度特别是律师帮助传统的国家,产生或者移植了辩诉交易制度。完善的辩护制度,确保了被告人在辩诉交易过程中有罪答辩自愿性和明知性,而非检察官对其进行强迫、威胁的结果——“律师使得被告既能‘美化’他们的故事,又能避免陷阱”<sup>[17]</sup>。

## 七、结语

辩诉交易孕育生成于当事人主义诉讼模式之下,传播发展于职权主义和混合诉讼模式之中,在显现出其强大生命力的同时,又在告诉我们,辩诉交易之所以孕育和产生于美国,而不是其他国家,是因为美利坚民族浓厚的实用主义文化思想和发达的契约观念,而司法效益观作为两大法系刑事诉讼制度的共同价值追求,以及大陆法系国家司法体制改革中对英美法系国家加强被告人辩护权、沉默权、知情权等对抗性机制的不断借鉴,使得辩诉交易的传播发展成为必然。这是因为,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

高度发达的国度,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导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。辩诉交易在域外司法制度中自发生成与广为传播应用的事实,是否也在向中国刑事诉讼程序“简者更简,繁者更繁”的改革,昭示着一种必然。

#### 注释:

Santobell v. New York, 404, U. S 251, 260 (1971).

Jeffrey J. Miller, "Plea Bargaining and Its Analogues under the New Italian Criminal Procedure Code and in the United States", 22 N. Y. U. J. Int LL. & Pol. 215 (1990).

笔者在加拿大安大略省的考察访问时,曾经于2004年3月25日下午在省法院旁听了2小时的认罪庭开庭审理。在由一名法官主持的认罪庭开庭中,2小时审理并当庭判决了9个罪案,法官的最后判决全部轻于控辩双方的意见。该法官与笔者交谈时说,判决的目的不是为了单纯的惩罚,对于被告人已经认罪悔罪并已经被羁押一段时间的,应当尽量考虑社区矫正和缓刑。该法官先作了33年的辩护律师,又作了13年的法官,他介绍最多一天可处理300余件罪案。这个数字在中国是不可想象的,但加拿大的实际情况是,所谓的罪案,其中诸多是轻罪案件,如偷几片面包、酒后驾车等都构成犯罪。

当日中午,该法院法官邀请笔者所在的考察团成员在该法院餐厅共进午餐,笔者问及有关审前会议的规定时,C. Donal法官介绍说,对于控辩双方均表示同意或者正式开庭时间可能在1日以上的案件,应当在法官的主持下,召开由控辩双方(不包括被告人)参加的“审前会议”。

案件在法官C. Donal女士的主持下,在安大略省法院的一个会议室中进行,主控检察官A. rajsoy先生(联邦检察官)、R. tallin先生(安大略省检察官)和辩护律师Heather Perkins Mevey女士共同参加。控方认为被告人Roger Vasquat涉嫌10个犯罪,3个罪是运输毒品罪(Trafficking in Cocaine)和制造毒品罪(Crack Cocaine);2个罪是拥有毒品罪(Bearer of Undertaking);3个伪造文件罪(Uttering Forged Document);1个拥有盗窃物罪(Possession of Stolen Property);1个违反保护观察条件罪(Breach of Probation)。因为审前会议之前,Heather Perkins Mevey律师已经从主控官那里获得了关于本案的全部事实与证据材料,所以在审前会议上,Heather Perkins Mevey律师认为主控官对多数罪的指控不能成立,双方在法官C. Donal的主持下协商:由辩护律师与被告人沟通对1个拥有毒品罪(Bearer of Undertaking)、1个拥有盗窃物罪(Possession of Stolen Property)和1个伪造文件罪(Uttering Forged Document)作认罪供述,检察官放弃对其余7个罪的指控;3个罪分别监禁30天共90天;15天后开审。整个交易过程用了不到20分钟。

正是辩诉交易的实用性,使得某些无罪的被告人也会愿意接受检察官的协商要求。因为庭前羁押的时间可能超过判决确定的刑期,那么“含冤接受辩诉交易比关在监狱里等待‘清白’的名声更有实际利益,这可以说是实用主义的另一种典型表现,也是辩诉交易受诟病之处。

在当事人主义诉讼结构形式中,奉行的是司法竞技(Judicial Sports)理论,刑事诉讼是以控辩双方的高度对抗向前推进的。辩诉交易制度的出现就是为了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。汪建成:《冲突与平衡——刑事程序理论的新视角》,北京大学出版社2006年版,第299页。

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。

控方代表国家行使追诉权,有强大的国家权力作后盾,能够有效获得并充分使用国家提供的各种司法资源。辩护权的行使完全是一种个人行为,既是律师的辩护也是一种没有任何强权支持的自由职业者的权利。即没有强大的权力后盾,也没有可以运用的司法资源,而不仪如此,它还有国家追诉权所没有的公众对犯罪的痛恨和仇视以及对律师职业的种种偏见、诋毁甚至是责难。

关于该问题之专论,请参见冀祥德:《刑事审判改革的基本立场:简者更简,繁者更繁》,载于《人民司法》2006年第8期。

#### 参考文献:

- [1] 冀祥德. 全球视角下的辩诉交易 [A]. 首届中国法学博士后论坛论文集——法治与和谐社会建设 [C]. 社会科学文献出版社, 2006. 298, 293 - 311.
- [2] [加拿大] 柯特·T·格雷弗斯, 西蒙·N·维登-琼斯. 当前刑事诉讼中存在的问题探讨 [A]. 江礼华, 杨诚. 外国刑事诉讼制度探微 [C]. 法律出版社, 2000. 238.
- [3] [美] 彼德·布劳, 孙非, 张黎勤译. 社会生活中的交换与权利 [M]. 华夏出版社, 1988. 1, 5, 104. 转引自龙宗智. 正义是有代价的——论我国刑事司法中的辩诉交易兼论一种新的诉讼观 [J]. 政法论坛, 2002, (6): 6.
- [4] 姚新华. 契约自由论 [J]. 比较法研究, 1997, (1): 22.
- [5] 苏号明. 论契约自由兴起的背景及其价值 [J]. 法律科学, 1999, (5): 92.
- [6] 郑丁足. 美国辩诉交易制度的无奈 [J]. 政治与法律, 2002, (5): 105.
- [7] Robert E. Scott, William J. Stuntz. Plea Bargaining as Contract [M]. Essentials of Foreign Criminal Procedure Law Press, China: 2000, p. 298.
- [8] [美] 弗来彻. 公平与效率 [A]. 宋冰. 程序、正义与现代化——外国法学家在华演讲录 [C]. 中国政法大学出版社, 1998.
- [9] 托克维尔. 美国的民主 [M]. 沈阳出版社, 1999. 518.
- [10] 邱仁宗. 20世纪哲学名著导读 [M]. 湖南出版社, 1991. 667.
- [11] 卞建林. 刑事起诉制度的理论与实践 [M]. 中国检察出版社, 1993. 170.
- [12] Jenny McEwan. Evidence and the Adversarial Process [M]. Blackwell Publishers, 1992. p. 4.
- [13] 汪建成. 冲突与平衡——刑事程序理论的新视角 [M]. 北京大学出版社, 2006. 299.
- [14] 冀祥德. 中国刑事辩护的困境与出路 [J]. 政法论坛, 2004, (2).
- [15] [英] 赫恩, 等. 陈庚生, 等译. 英国律师制度和律师法 [M]. 中国政法大学出版社, 1992. 5 - 6.
- [16] 程味秋. 《意大利刑事诉讼法典》简介 [A]. 程味秋文集——中外刑事诉讼比较与借鉴 [M]. 中国法制出版社, 2001. 294.
- [17] 罗伯特·E·司各特, 威廉姆·J·斯汤兹. 作为合同的辩诉交易 [A]. 江礼华, 杨诚. 外国刑事诉讼制度探微 [C]. 法律出版社, 2000. 286.

(全文共 17,392字)