

# 辩诉交易制度兴起的偶然与必然

——评费希尔教授《辩诉交易的胜利》

陈文聪

(中国政法大学刑事司法学院,北京 100088)

**摘要:**辩诉交易制度是美国刑事诉讼制度的重要组成部分,并长期受到我国法学界的关注。认罪认罚从宽制度的确立,为我们重新审视辩诉交易制度提供了契机。我国法学界尽管已经对辩诉交易制度的现状展开了充分的研究,但对其具体发展的历程和制约因素认识不足。乔治·费希尔教授的著作《辩诉交易的胜利——美国辩诉交易史》揭示了,辩诉交易制度经历了兴起、发展和彻底胜利三个发展阶段,是多方主体长期共同塑造的结果,而非顶层设计的产物。“激励机制”和“权力选择”共同作用,使得各方诉讼主体深入参与到辩诉交易之中,为该制度提供了持久的生命力。费希尔教授的研究,有助于我们更为审慎地看待刑事协商制度,更加深入地分析诉讼制度对诉讼主体的影响,产生了有益的方法论启示。

**关键词:**辩诉交易;认罪认罚从宽;制度变迁;因果关系

**中图分类号:**D915.3 **文献标志码:**A **文章编号:**1009-1505(2023)02-0159-10

**DOI:**10.14134/j.cnki.cn33-1337/c.2023.02.014

自20世纪90年代以来,我国法学界逐渐开始对美国辩诉交易制度展开研究,探讨了该制度的性质、构造、功能及其对我国相关立法的借鉴意义,可谓著述颇丰,成果斐然<sup>[1-3]</sup>。2002年,我国黑龙江省发生的“辩诉交易第一案”,在社会各界引发了一场关于我国是否引入辩诉交易制度讨论热潮<sup>[4]</sup>。2014年以后,随着相关司法改革工作的推进,认罪认罚从宽制度的立法工作被改革者提上日程,我国法学界以此为契机,再次对辩诉交易制度进行了反思性研究<sup>[5-7]</sup>。

上述研究虽然对美国辩诉交易制度进行了较为全面的分析,但或许由于受到研究资料、研究方法等方面的限制,未能深入讨论以下两个问题。第一,辩诉交易制度如何从一种“非正式制度”逐渐发展为一种受到诉讼各方认可,并被立法者接受的正式制度,其背后的制约因素又是什么?这涉及辩诉交易制度在适用率上远远超过普通程序的根本原因。相较于改革者通过顶层设计确立一项制度而言,一些被我们忽视的潜在因素,或许对辩诉交易制度产生了更为深远的影响。第二,同样是检察官主导下的诉讼制度,为何我国的量刑协商机制未能得到法官的充分认可,而辩诉交易制度在美国却得到了法官的广泛支持?这对我国来说是一个亟待解答的现实问题。自我国认罪认罚从宽制度确立以来,法院对检察机关和被追诉方达成的量刑协议不予采纳的情况时有发生,如北京某法院对余金平案作出的

收稿日期:2022-09-21

作者简介:陈文聪,男,中国政法大学刑事司法学院博士研究生,主要从事刑事诉讼法学研究。

判决,便是一个显著的例证<sup>[8]</sup>。尽管法学界已经对“检察主导”这一现象进行了反思,但在诸多问题上尚未达成共识<sup>[9]</sup>。在美国,对于控辩双方通过辩诉交易所达成的认罪或量刑协议,法官经过形式上的审查后,几乎全都加以接受,这值得我们进行更为深入的思考。对于上述问题,费希尔教授(George Fisher)的著作《辩诉交易的胜利——美国辩诉交易史》(以下简称《辩诉交易的胜利》)从一个新的角度,对辩诉交易制度进行了讨论,提出了一些颇有新意的见解。

本文首先从历史的角度,考察了辩诉交易制度兴起、发展和取得胜利的总体过程,揭示了辩诉交易制度背后的两个重要制约因素:一是各诉讼主体所受到的激励机制;二是各诉讼主体运用其权力所进行的选择。在此基础上,本文将反思我们在借鉴辩诉交易制度时应当注意的几个问题,特别是要从历史和发展的角度看待量刑协商制度,慎重处理诉讼各方的关系,重新审视值班律师制度。

## 一、历史:辩诉交易制度何以“胜利”?

在美国,辩诉交易制度是一项产生于司法实践,并逐步为诉讼各方所接受的诉讼制度。那么该制度是何时出现,又是如何演变的?对此,费希尔教授结合前人的研究成果和自己从事检察官工作的经历,以美国马萨诸塞州米德尔塞克斯郡的司法案例为主要研究对象,充分利用当地法院和检察院等官方机构留存的司法资料,对辩诉交易制度的兴起和发展历程进行了溯源研究。在该书中,费希尔教授运用了历史实证主义的研究方法,深度分析辩诉交易制度兴起和发展的过程。该书的研究以官方机构保存的一手文献为基础,同时充分运用了包括接受审判的被告人数量、有罪答辩比率、案件审判结果等在内的统计数据,这使得该书的很多结论具有较高的可信度。透过该书的论述,我们可以大致将辩诉交易制度的发展历程划分为“兴起”“发展”和“胜利”三个主要阶段。

### (一) 辩诉交易制度的兴起

辩诉交易制度兴起于19世纪的第一个十年,最初主要适用于禁酒案件。在这个时期,检察官运用其起诉裁量权,与被告追诉人展开协商,以不起诉部分罪名为筹码,换取被追诉人作出有罪答辩并缴纳一定的罚金。上述协商的结果被记录在法院的文书中。在费希尔教授看来,这是明示辩诉交易首次在美国出现的标志,这种辩诉交易主要表现为“指控交易”(Charge Bargaining)<sup>[10]4</sup>。后来,“指控交易”又被适用于谋杀案件。在1841年前后,检察官开始在谋杀案件中通过降格指控罪名的方式换取被追诉人认罪,并得到了法院的承认。在此后的时间里,谋杀案件中辩诉交易的适用更为频繁,从19世纪50年代的17%增长到19世纪60年代的47%<sup>[10]21</sup>。其后,以禁酒案件为代表的轻罪案件,是辩诉交易制度发展与变迁的主要舞台。尽管谋杀案件与禁酒案件的“交易筹码”存在相似的特征,但两种辩诉交易制度的发展轨迹并不相同。在19世纪50年代末期,受到犯罪分级制度确立、警察侦查能力提高等因素的影响,那些被指控犯有谋杀罪名的被追诉人,通过陪审团裁判寻求无罪判决的可能性降低了,这使得被追诉方寻求达成控辩协议的积极性有所提高,辩诉交易在此类案件中的适用比例有所上升。

### (二) 辩诉交易制度的进一步发展

面对禁酒案件中辩诉交易适用比率不断上升的情形,美国立法机关多次出台法案,试图对检察官发起辩诉交易的权力进行限制。但在这一阶段中,一直与辩诉交易制度保持距离的法官基于种种原因,逐渐接纳了辩诉交易制度,这使得该制度焕发出新的生机。同时,随着诉讼制度,特别是辩护制度和被告人出庭作证制度的发展,被追诉人也积极参与到了辩诉交易之中。

首先,检察官不断探索新的辩诉交易形式,创造出了“中止诉讼辩诉交易”(On-file Plea Bargaining)的做法。由检察官发起的禁酒案件“指控交易”,排除了法院在特定案件中的参与权,而立法机关

并不赞同这种做法。马萨诸塞州立法机关在1852年新颁布的禁酒法案中剥夺了检察官单方面作出部分不起诉的权力,并要求检察官在作出这种不起诉决定时,必须经过法院同意,而当时的法院并没有支持辩诉交易的积极性,这无疑剥夺了检察官的谈判筹码。但是,检察官不仅找到了新的筹码,而且将辩诉交易拓展到其他类型的刑事案件中。费希尔教授考察史料后发现,自19世纪30年代以来的一系列法院判例,为检察官提供了一种在轻罪案件中“中止诉讼”的权力。所谓中止诉讼,是指在一些轻罪案件中,检察官在被追诉人作出有罪答辩,并保证未来遵纪守法的前提下,搁置当前刑事诉讼程序的做法。与上文中的“指控交易”不同,由于检察官在达成“中止诉讼辩诉交易”后并未行使求刑权,因此法院无权介入其中。在费希尔教授看来,这种“中止诉讼辩诉交易”,就是美国缓刑制度的前身。在该制度下,检察官无须动用其不起诉权,只需将当前案件的追诉活动无限期暂停即可,并保留对被追诉人恢复刑事追诉的权力。一旦检察官选择恢复追诉程序,法院就应当对案件作出裁决,而无权再次中止诉讼。很显然,检察官拥有排他性的中止诉讼决定权和程序恢复权。初次触犯轻罪的被追诉人可以在作出有罪答辩后免受刑事处罚。“中止诉讼辩诉交易”为控辩双方提供了可观的协商筹码,并且在很大程度上杜绝了法官单方面更改协议内容的可能性。

其次,法官逐渐参与到辩诉交易活动中。为了限制检察官发起辩诉交易的权力,马萨诸塞州的立法机关于1865年出台了《防止规避法》,再次引入以法官制约检察官的制度模式,剥夺了检察官单方面中止诉讼的权力。然而,费希尔教授发现,这部法律并未起到立法者预期的效果。在检察官发起辩诉交易受到限制的情况下,被追诉人的有罪答辩率在1870年以后仍不断上升,中止诉讼辩诉交易数量更是不降反升。在排除其他可能性之后,费希尔教授认为,民事案件“诉讼爆炸”、缓刑调查官的设立、假释制度的确立以及答辩撤回规则的确立,促使美国法官对待辩诉交易制度的态度逐渐由抗拒变为欢迎,开始主动参与到辩诉交易之中。而当法官也参与到辩诉交易制度之中时,立法机关为检察官设置的制约机制便失去了意义。

最后,在诉讼制度的变革过程中,被追诉人也逐渐参与到辩诉交易活动中。自19世纪上半叶开始,美国刑事案件的辩护率稳步上升。在那些证据和事实存在较大争议的案件中,被追诉人可以在律师的帮助下寻求无罪辩护。而在那些事实较为清楚、证据较为充分的案件中,辩护律师既起到了说服被追诉人作出有罪答辩的作用,又间接增强了被追诉方的协商能力。办案压力日渐增大的检察官也开始寻求和辩护律师进行辩诉交易,以快速处理案件。在19世纪下半叶,《被告人作证法》(Defendant Testimony Laws)的确立,使得那些在法庭上保持沉默的被追诉人更容易被陪审团裁决有罪,这进一步激发了被追诉人与检察官进行辩诉交易的积极性,使得控辩双方的协商活动变得更为复杂和频繁。

### (三) 辩诉交易制度的“彻底胜利”

《辩诉交易的胜利》一书主要着眼于辩诉交易制度兴起和发展的早期情况,且该书的史料研究工作截止到20世纪10年代。进入20世纪以后,辩诉交易制度的发展历程更加清晰且有迹可循,不像其最初兴起时那般扑朔迷离。在该书的最后两章中,费希尔教授简要总结了辩诉交易制度自20世纪以来的发展趋势。在他看来,尽管美国各界都在尝试推行新的改革措施,以从各个方面制约辩诉交易制度的发展,但无论是公设辩护人制度(Public Defender)改革、不定期刑(Indeterminate Sentencing)改革,还是20世纪60年代由沃伦法院推动的正当程序革命,都没能达到改革者所预期的效果。辩诉交易制度的参与者们不断寻求发展辩诉交易制度的可能性,这要么导致包括“不定期刑运动”等在内的改革活动宣告失败,要么继续发展了辩诉交易制度,使得辩诉交易最终在美国的刑事司法程序中占据了主导地位。美国在1987年颁布的《联邦量刑指南》(Federal Sentencing Guidelines),尽管赋予了法官更广泛的刑罚裁量权,但又严格限制了法官从轻判处刑罚的权力,这反而进一步促使被追诉方和检察官在审前阶

段进行辩诉交易,以获得更为宽缓的量刑,这也导致美国的有罪答辩率进一步攀升。与此同时,随着《联邦量刑指南》的颁布,所有参与到辩诉交易活动中的主体——法官、检察官和辩护方——都找到了进行辩诉交易的制度空间。例如,对于那些选择陪审团审判的被追诉人,法官极少赋予其量刑折扣,这间接鼓励了被追诉人进行有罪答辩。又如,检察官和辩护律师以《联邦量刑指南》为依据,在“指控交易”的基础上,进一步创设了“事实交易”“量刑幅度交易”“指南因素交易”和“实质性协助交易”等灵活多变的交易方式。可以说,《联邦量刑指南》以一种偏离改革者本意的方式,为辩诉交易制度注入了新的活力。根据统计数据,从1987年到2001年,美国联邦地方法院的辩诉交易比例从85%逐年提升到94%<sup>[11]</sup>。据此,费希尔教授得出“《联邦量刑指南》掀起了辩诉交易的狂潮”,“辩诉交易已经获胜”等结论,也就不足为奇了<sup>[10]233</sup>。

## 二、启示:辩诉交易制度的“激励机制”和“权力选择”

在《辩诉交易的胜利》一书中,费希尔教授不仅详细还原了辩诉交易制度的兴起过程,还对辩诉交易制度兴起的原因进行了深入分析。尽管美国学界广泛承认,辩诉交易制度的蓬勃发展,与美国司法系统面临“案多人少”的困境是分不开的,是美国司法界追求效率价值的结果,这无疑是准确的。但在费希尔教授看来,这种分析和论证不足以解释辩诉交易制度兴起的根本原因。我们既要关注辩诉交易制度对各个诉讼主体的“激励机制”,也要深入探寻他们参加辩诉交易的“权力选择”。所谓“激励机制”,是指辩诉交易能够满足各方诉讼主体的利益诉求,使各方具有积极参与辩诉交易的意愿和动力。对于这一点,美国辩诉交易制度的研究者已经作出过理论阐释。但是,费希尔教授的贡献在于,他揭示了美国的法律制度为法官、检察官和被追诉人提供了发起、参与并接受辩诉交易的制度资源,使各方在客观上具有了选择辩诉交易的现实可能性。辩诉交易制度的胜利,是上述两个因素共同作用的结果。而其中的“权力选择”因素,往往受到了过往研究者的忽略。

### (一) 检察官为何发起辩诉交易?

毫无疑问,检察官是美国辩诉交易制度的最初发起者,他们率先运用“对部分罪名进行不起诉”(也称“部分不起诉”)的权力,换取被追诉人的有罪答辩,并使被追诉人免于缴纳部分罚金或免于死刑。那么,为什么美国的检察官要这样做?对此,费希尔教授从两个层面进行了揭示。

首先,检察官发起辩诉交易,源于受到了案件压力、经济压力和政治利益的驱使。费希尔教授通过实证研究发现,在19世纪初期,美国的人口出现了大幅度增长,犯罪数量也随之陡增。与此同时,随着立法机关将刑事案件的管辖权下放给下级法院,导致检察官面临着巨大的诉讼压力。此外,19世纪初的美国检察官大都为兼职,需要在法院开庭期间代理民事案件以补贴收入,而他们只有在完成检察官的职责后才能从事“副业”。上述案件压力与经济压力导致检察官普遍具有快速处理刑事案件的动力。在此基础上,通过辩诉交易,检察官可以在大量刑事案件中迅速且容易地获得胜诉结果,取得值得夸耀的政绩,这将为其实选提供很大的助力。面对以上种种因素,检察官难以抗拒辩诉交易的诱惑。

但是,费希尔教授也准确地指出,上述动机并不能充分揭示检察官发起辩诉交易的理由。在他看来,检察官发起辩诉交易的根本原因,在于实体法中的罪名设置方式和程序法中的起诉裁量权赋予了检察官发起辩诉交易的权力。

在实体法层面,美国19世纪的罪状设置赋予了检察官进行辩诉交易的“筹码”。对于禁酒案件,美国的法律为实现禁酒政策而设置了多种罪名,如“惯常贩卖酒类”“无许可证销售酒类”以及“贩卖酒类并允许购买者在其经营场所内饮酒”等。其中,为限制法官的裁量权,立法机关特别为“惯常贩卖酒

类”犯罪设置了20英镑的法定罚金,而贩卖酒类的被告人,往往需要接受数罪并罚,仅“惯常贩卖酒类”一项犯罪的罚金便高于其他禁酒犯罪的罚金总和。这意味着行为人一旦被法院认定从事上述行为,就不可避免地被处以高额罚金。对于部分死刑案件,由于美国刑法设置了较为严格的最低法定刑,如谋杀、强奸等犯罪法定最低刑为死刑,而过失杀人、强奸未遂等罪名的法定刑期则较为宽泛。这种罪刑设置方式,为检察官提供了足够的协商筹码。

在程序法层面,对于禁酒案件,检察官可以有选择地起诉部分罪状,而对“惯常贩卖酒类”等犯罪进行不起诉处理。对于死刑案件,检察官有权根据案件证据和事实,以降格指控为筹码换取被追诉人认罪,如将谋杀降格为过失杀人,将强奸降格为强奸未遂等。

很显然,在禁酒案件和谋杀案件中,立法机关为特定罪名设置了严苛的法定最低刑,这为检察官发起辩诉交易提供了实体法空间,而检察官的不起诉裁量权为其提供了兑现承诺的程序手段。上述两个因素相辅相成,缺一不可,共同构成了检察官将其协商意愿付诸实践的制度基础。

在之后的时间里,虽然美国的检察官获得了更加丰厚的薪水,队伍也更具专业化,无须在开庭期代理民事案件。但在办案效率的激励下,检察官依然充分运用其权力,不断从事辩诉交易活动。尽管检察官发起辩诉交易的权力受到了立法机关不同程度的制约,但是检察官总是能灵活地行使其裁量权,从实体和程序规范中寻找辩诉交易的筹码。例如,在立法机关禁止检察官单方面行使不起诉权后,检察官转而运用中止诉讼的方式以规避立法机关的限制。又如,在《联邦量刑指南》出台后,检察官发展出了多样化的协商方式。因此,在辩诉交易制度诞生后,只要有合法的协商筹码存在,检察官就总是能够发起辩诉交易。

## (二) 法官为何支持辩诉交易?

与检察官不同,美国法官对待辩诉交易的态度曾经出现重大的转变。费希尔教授指出,在19世纪70年代以前,法官并没有充分参与到辩诉交易之中,往往对其采取一种敬而远之甚至略显排斥的态度。这种局面是由三个原因导致的。第一,法官并未像检察官那样面临巨大的案件压力、经济压力和政治压力,他们亦无须参与选举,仅从事全职工作便能领取高昂的薪水,且办理案件的数量尚在可承受范围之内,因而缺乏主动提高办案效率的需求。第二,基于职业司法责任伦理准则,法官不能在尚未全面掌握案件信息的情况下作出量刑裁决。一般而言,对于那些出现在法庭上的被告人,即便他们当庭作出有罪答辩,法官依然要在量刑听证程序中审慎地决定量刑期限。如果被告人在参加庭审之前就与检察官达成了协议,那么法官将难以对量刑问题进行全面而细致的审查。第三,在一些法官看来,检察官向被追诉人许诺减免量刑的做法,侵犯了本应属于法院的量刑权。

但是,随着社会的发展和司法制度的变革,美国法官的上述态度逐渐发生了转变,并开始接受辩诉交易制度。首先,民事案件的“诉讼爆炸”现象,使得法官面临急剧增大的办案压力,这直接催生了他们快速办理刑事案件的意愿。将法官的案件压力问题归因于民事案件而非刑事案件,是该书的重要贡献之一。费希尔教授深入考察了19世纪马萨诸塞州法官办理案件的情况,认为在这一时期,没有迹象表明单一庭审的时间显著增长,或者刑事案件数量出现显著的变化,反而是民事案件大大增多。随着商品经济的发展和工业化进程的不断加深,个人与企业之间的民事侵权纠纷数量激增,如仅在波士顿法院,1880年至1900年受理的侵权诉讼的案件就从120件陡增至3300件,足足增加了20倍有余<sup>[10]116</sup>。而从1859年到1900年,在司法资源没有显著增长的情况下,法官处理刑事案件的效率却大大提升了——从平均每天处理3.3个案件到平均每天处理12.4个案件<sup>[10]114-115</sup>。这足以表明,为了办理民事案件,法官不得不想方设法提高办理刑事案件的效率。此外,在那个时期,美国法官在民事案件中对当事人的控制力,并不像其在刑事案件中那般强势。在民事侵权案件中,法官无权以增加或减少赔偿金额为筹

码,要求那些可能败诉的被告放弃诉讼。而在刑事案件中,在《联邦量刑指南》出台之前,法官享有广泛的量刑裁量权,这使得法官可以通过明示或暗示等方式,促使被追诉人作出有罪答辩。

其次,缓刑调查官制度(Probation Officer)和假释制度的设立,在一定程度上降低了法官参与辩诉交易的风险。缓刑调查官具有中立无偏私的法律立场,能够依法对被告人的性格特征、犯罪前科等事项进行调查,有权出席庭审并就应否适用缓刑等问题向法庭提出建议。缓刑调查官的出现,在一定程度上提高了量刑听证程序的效率。在中止诉讼(缓刑)辩诉交易案件中,该制度也减轻了法官审查事实和证据的压力和风险。假释制度则是美国19世纪“非确定量刑运动”的产物,该运动的核心诉求为:刑罚的目的在于改造罪犯,并使其尽早回归社会。法官无法在量刑时实现刑罚的上述目的,因此没有能力也没有资格对罪犯处以确定的服刑期限。在该运动的影响下,马萨诸塞州曾于19世纪末确立了假释制度。该制度要求法官在对被告人定罪判刑时,仅仅为被告人划定刑期的上限和下限,监狱等服刑机关可以根据罪犯的具体表现,在这个期间内择日将其释放<sup>[10][123]</sup>。尽管这一制度可以适当缩短被追诉人的服刑期限,但这种剥夺法官准确量刑责任的做法,在无形中减轻了法官的责任,降低了法官的职业风险。尽管在后来,非确定量刑运动宣告失败,假释制度也在联邦层面遭到废除,但法官早已参与到辩诉交易之中了。可以说,上述两个制度并非以促进辩诉交易制度的发展为初衷,但都间接地削弱了法官对辩诉交易的抗拒心理。

最后,“答辩撤回规则”(Plea—withdraw Rule)的设立,巧妙地消弭了法官和检察官之间关于量刑权归属问题的分歧,保障了辩诉交易的顺利进行。答辩撤回规则在美国19世纪晚期的司法实践活动中产生,逐渐为美国各州的成文法所吸纳,并最终被写入《美国联邦刑事诉讼规则》第11条之中。在这一规则下,法官有权驳回控辩双方达成的协议,但必须给予被追诉方撤回有罪答辩的机会。这一规则的精妙之处在于,它充分平衡了诉讼各方参与辩诉交易的诉求:在这一规则下,法官可以独立自主地驳回控辩双方的协议,这避免了法官在量刑问题上成为检察官的“橡皮图章”,维护了法官的职业尊严;被追诉人不会由于法官行使不受制约的协议否决权,被法官恣意加重刑罚,从而丧失参与辩诉交易的期待利益;在这一条款的保障下,检察官所许诺的量刑期限不会被法官轻易变更,其谈判信誉得以提高。尽管法官在司法实践中一般都会采纳控辩双方的协议,但答辩撤回规则的确立,无疑在法律规范层面赋予了法官审查案件并拒绝协议的全部权力,使得法官可以没有后顾之忧地参与到辩诉交易过程中。法官在司法实践中是否普遍接受控辩协议,以及法官拒绝协议的权力是否受到法律的承认,是两个性质完全不同的问题,前者只是诉讼主体的实践选择,后者则是法律对诉讼各方的制度保障。

### (三) 被追诉人为何加入辩诉交易?

被追诉人选择放弃庭审,加入辩诉交易,接受检察官所开出的条件,往往是其权衡利弊后选择的结果,毕竟检察官所做的承诺,兼具效率和确定性,有很大的吸引力。但在《辩诉交易的胜利》一书中,费希尔教授并未满足于这一相对浅显的分析,进一步揭示了被追诉人参与辩诉交易的深层原因。

第一,《被告人作证法》迫使被追诉人参与辩诉交易。1866年,马萨诸塞州颁布新法案,成为全美第三个赋予被追诉人作证权利的州。立法机关设立被追诉人作证制度的初衷,在于保障被追诉人自行辩护的权利。但是,该法案的出台,使得陪审团对于那些保持沉默的被告人存有更大的偏见,特别是对那些存在犯罪前科的被告人而言,一旦他们决定为自己作证,接受交叉询问,其“污点”会被检察官无限放大,并导致陪审团确信其实施了犯罪。尽管成文法和判例都要求法庭不得基于证据可信性以外的任何原因,采纳被告人的前科证据,但很显然陪审团并不具备这么做的能力,法官的偏见也很难就此被消除。在此情形下,很多被追诉人,特别是存在犯罪前科的被追诉人纷纷选择规避庭审,而与检察官进行辩诉交易。沉默权制度和被告人作证制度,都旨在提高被追诉人的对抗能力,但当二者同时出现时,

却取得了截然相反的效果,这显然是制度设计者未曾料想到的。

第二, 公设辩护人制度在一定程度上使得更多的被追诉人选择有罪答辩。在费希尔教授看来, 无论公设辩护人制度的设立初衷如何, 该制度都使得更多的辩护律师和被追诉人参与到辩诉交易制度中。首先, 费希尔教授根据早期公设辩护人制度支持者的言论, 指出无论他们自愿与否, 他们都为实现其目标——促成公设辩护人制度的建立, 而公开表示该制度有利于催生更多的辩诉交易。甚至在一些学者看来, 公设辩护人制度的本质, 就是一种律师以最低成本实现有罪答辩率最大化的社会控制手段<sup>[12]</sup>。其次, 数据表明, 在司法实践中, 相较于委托辩护人, 公设辩护人促成了更多的有罪答辩<sup>[13]</sup>。最后, 公设辩护人数量少、工作压力大, 并且乐于同法官和检察官保持良好的“合作关系”, 从而积极鼓励被追诉人作出有罪答辩。当然, 与检察官保持良好关系的律师, 也更有可能在一些存有争议的案件中, 为其当事人争取更多的辩护空间。

#### (四) 制度发展的偶然和必然

在梳理辩诉交易制度的发展历程及其制约因素后, 我们不难看出, 辩诉交易并非一项由改革者自上而下立法推动建立的制度, 而是由各怀目的的诉讼参与者, 以及无心插柳的立法者共同塑造而成的。辩诉交易制度能够成为一项主导性的诉讼制度, 兼具偶然性因素和必然性因素。

辩诉交易制度取得胜利具有一定的偶然性。首先, 在辩诉交易的早期实践过程中, 检察官运用其不起诉权裁量权, 在禁酒案件中发起指控交易, 这显然不是规则设定者刻意为之的结果, 检察官也并非从一开始就有组织地参与其中。可以说, 一些富有想象力和魄力的检察官率先发现并运用了这种方法, 并将其发扬光大。其次, 尽管立法机关曾经想方设法限制检察官发起辩诉交易的权力, 但检察官总是能运用其诉讼权力, 找到制度的突破口, 为辩诉交易制度创造空间, 这种制度博弈只能是经验主义的, 而非理性主义的。最后, 立法机关基于其他目标而创设的法律制度, 出人意料地推动了辩诉交易制度的发展。非确定刑运动的推动者们绝不会预料到, 他们剥夺法官量刑裁量权的举措, 促使法官转而接纳辩诉交易制度;《被告人作证法》不仅没能加强被告人的对抗能力, 反而使其不得不与检察官进行辩诉交易, 这恐怕也是超乎立法者预料的。

与此同时, 辩诉交易制度之所以能发展成如今的模样, 也具有一定的历史必然性。首先, 在辩诉交易制度下, 法官和检察官的诉讼利益和政治利益都得到了保障。高效的、不会被轻易推翻的有罪供述和有罪判决, 使得法官和检察官对辩诉交易制度形成了严重的依赖性, 而自辩诉交易制度出现以来, 尚没有任何其他制度能够实现相同的功能。正如费希尔教授坦言, 任何受到制度主要参与者喜爱的机制都会自行积累一种持久力<sup>[10]17</sup>。其次, 被追诉人通过参与辩诉交易制度, 获得了更为宽缓的量刑, 不再受冗长诉讼程序的拖累。除非案件事实和证据存在重大争议, 否则除了参与辩诉交易, 他们没有更好的选择。最后, 费希尔教授所研究的美国马萨诸塞州并非个例, 辩诉交易制度在英国和美国的其他地区也经历了类似的发展轨迹。在该书的第7章中, 费希尔教授结合其他学者的研究成果, 分析了辩诉交易制度在英国、美国加利福尼亚州和美国纽约州的兴起过程。尽管促使各诉讼主体参与辩诉交易的具体制度存在差异, 但其背后都蕴含着“激励机制”和“权力选择”的双重制约因素。此外, 刑事案件的繁简分流, 在某种程度上维护了陪审团审判的权威性和神圣性。辩诉交易制度的强大影响力, 可以促使那些明显从事了犯罪行为的被追诉人尽早作出有罪答辩, 从而将那些在事实和证据问题上真正存在重大争议的案件, 交由陪审团裁判。在这些案件中, 陪审团制度的优势将得到集中体现, 其裁决结果也更容易被公众所接受, 其法律作用和政治作用得到了凸显, 而不至于重蹈辛普森案件的覆辙。可见, 在“激励机制”和“权力选择”的双重作用下, 辩诉交易制度获得了持久的生命力。

### 三、反思：我们在考察辩诉交易制度时需要注意什么？

近年来,我国法学界对辩诉交易制度给予了高度的关注,同时对刑事协商机制在全世界的兴起作出了一些比较研究。我国的认罪认罚从宽制度,尽管与辩诉交易制度存在较大的差异,但也引入了具有中国特色的刑事协商机制。对于辩诉交易制度,我国法学界既承认其在提高诉讼效率、有效配置司法资源方面发挥了积极的作用,也对其可能带来的负面作用进行了反思。而无论是立法者还是司法者,都对全盘引入辩诉交易制度有着强烈的抵触心理,对于这一制度可能带来的忽视事实真相,导致法律适用错误,甚至带来冤假错案的隐患感到深深的担忧<sup>[14]</sup>。在此背景下,我国尽管经过改革试点工作,逐步在法律层面确立了认罪认罚从宽制度,尤其是引入了刑事协商机制,但是,对控辩双方协商的对象、达成协议的程度仍然作出了严格的限制<sup>[15]</sup>。我国法学界对辩诉交易制度的研究存在一些值得注意的问题,其中最重要的是只重视辩诉交易的制度设计,而忽略了辩诉交易制度在域外历史发展过程中的诸多影响因素,尤其是来自法律之外的一些偶然因素。《辩诉交易的胜利》一书或许无法直接为我们完善认罪认罚从宽制度提供理论资源,但可以为我们进一步研究以辩诉交易为代表的刑事协商制度,提供方法论上的参考。

第一,应当从历史的和发展的角度看待刑事协商制度,而不能单纯依赖顶层设计思维。“制度形成的逻辑,并不如同后来学者构建的那样是共时性的,而更多是历时性的。制度的发生、形成和确立都在时间流逝中完成,在无数人的历史活动中形成。”<sup>[16]</sup>辩诉交易制度的兴起和发展过程表明,一项制度的发展与成熟,是各方参与者在漫长的历史过程中,基于不同的利益主张,运用各自的权能所共同塑造的结果。辩诉交易制度的胜利,既兼具偶然性和必然性,也同时具有短期性和长期性。与此同时,上述制度生成和发展的过程足以表明,那种动辄以修法的方式去解决法律实施问题的思路,可能难以取得预期的效果。一方面,操之过急的立法活动,不仅难以解决现存的问题,反而可能引发新的问题;另一方面,新制度的顺利运行,需要各方参与主体的不断适应。我们有必要保持一定的耐心,给刑事协商机制以充分运行的时间,为各方诉讼主体提供磨合的空间。

第二,应当关注刑事协商制度对各诉讼主体的影响。面对辩诉交易制度,美国的法官经历了从抗拒到接纳的过程,而法官抗拒的理由之一,就在于辩诉交易侵犯了原本属于法官的量刑权。尽管在后来,各种复杂的因素最终导致了法官转变态度,但是,对于法院和检察院之间量刑控制权之争,“答辩撤回规则”无疑为我们提供了富有启发性的研究样本。该规则并未直接对交易结果的裁判拘束力作出规定,而是在兼顾求刑权与量刑权的基础上,将其余的问题交由各诉讼主体在司法实践中解决。当法官驳回控辩双方的协议时,该制度赋予被追诉人撤回有罪答辩的权利,这既保障了法官对于量刑权的掌控能力,又不至于剥夺检察官的协商能力,大大减少了法官对辩诉交易的抵触情绪。尽管这种制度设计未能阻止“检察官司法”在美国的盛行<sup>[17]</sup>,但这种通过诉讼各方长期磨合所形成的制度共识,为辩诉交易制度的发展提供了司法土壤。很显然,一项有生命力的制度固然需要借助于立法者的强力推动,但更重要的是,这一制度能够满足诉讼各方的利益需求和价值考量,达到各方“利益兼得”的效果,并由此形成基本的价值共识<sup>[18]</sup>。这无论是研究辩诉交易问题,还是研究刑事协商机制在我国的引入问题,都是值得吸取的经验。

第三,应当高度重视律师在刑事协商机制中的参与问题。在《辩诉交易的胜利》一书中,费希尔教授尖锐地指出,公设辩护人制度的确立与发展,提升了被追诉人的有罪答辩率,在客观上促进了辩诉交易制度的进一步发展。费希尔教授特别揭示了两种现象:其一,出于职业利益的考量,很多公设辩护人愿意积极促成辩诉交易,进而与检察官保持良好的关系;其二,相较于私人辩护人,公设辩护人所代



理的被追诉人,进行有罪答辩的比率明显更高。这种分析对我们研究辩诉交易问题具有较大的启发。在刑事协商问题的研究中,法学界已经关注到了一个普遍的现象:如果没有辩护律师的参与,或者辩护律师不能提供有效的法律帮助,刑事协商就将变成检察官完全主导的治罪活动,被追诉人的认罪难以具备基本的自愿性和明智性<sup>[19]</sup>。这通常是造成刑事协商机制不均衡、不对称的重要制度诱因<sup>[20]</sup>。未来,法学界在研究刑事协商机制的发展和完善时,应当对被追诉人如何获得有效的律师帮助给予高度的重视。

#### 四、结 语

辩诉交易制度是美国刑事诉讼制度的重要组成部分,并长期受到我国法学界的关注。认罪认罚从宽制度的确立,为我们重新审视辩诉交易制度提供了契机。我国法学界尽管已经对辩诉交易制度的现状展开了充分的研究,但对其具体发展的历程和制约因素认识不足。乔治·费希尔教授的著作《辩诉交易的胜利》揭示了,辩诉交易是多方主体长期共同塑造的诉讼制度,而非顶层设计的产物,“激励机制”和“权力选择”的共同作用,使得辩诉交易制度保持着长久的生命力。费希尔教授的观点,对我们研究刑事诉讼制度产生了有益的方法论启示。

《辩诉交易的胜利》一书,不仅在制度发展规律、平衡诉讼主体利益等方面为我们提供了可资参考的历史经验,还为我们深刻揭示了辩诉交易及其配套制度所导致的问题。费希尔教授的研究为我们深入探讨以辩诉交易为代表的刑事协商机制提供了重要的方法论参考,包括既要高度重视刑事协商的诸多制约因素,也要关注各方诉讼主体的利益兼得和价值共识,还要高度重视刑事协商机制的结构性隐患。研究者不应过于急功近利,动辄提出诸如引进域外相关制度、完善本国刑事协商机制的构想和建议,而应重视刑事协商机制与相关法律制度的有机衔接,注重发现本国政治、历史、经济、社会和文化等方面的支持因素,以便在确立刑事协商机制整体框架的同时,使其获得诸多“本土资源”的支持和各方诉讼主体的接受。

#### 参考文献:

- [1]陈瑞华.美国辩诉交易程序与意大利刑事特别程序之比较(上)[J].政法论坛,1995(3):22-27.
- [2]刘根菊.确立中国式辩诉交易程序之研讨[J].政法论坛,2000(4):75-82.
- [3]马贵翔.辩诉交易程序结构解析[J].政法论坛,2002(6):40-44.
- [4]苟晓平.辩诉交易制度研究——由国内辩诉交易第一案引起的思考[J].行政与法,2003(5):71-73.
- [5]祁建建.美国辩诉交易中的有效辩护权[J].比较法研究,2015(6):126-142.
- [6]樊崇义,徐歌旋.认罪认罚从宽制度与辩诉交易制度的异同及其启示[J].中州学刊,2017(3):44-51.
- [7]郭华,高涵.认罪认罚从宽制度实施风险及程序控制——基于美国辩诉交易制度实施风险的展开[J].法学评论,2021(1):153-160.
- [8]龙宗智.余金平交通肇事案法理重述[J].中国法律评论,2020(3):87-96.
- [9]杨宇冠,王洋.认罪认罚案件中的“检察主导”:运作特征、归因逻辑与规范路径[J].河南师范大学学报(哲学社会科学版),2021(2):54-60.
- [10]乔治·费希尔.辩诉交易的胜利——美国辩诉交易史[M].郭志媛,译.北京:中国政法大学出版社,2012.
- [11]DEVERS L. Plea and Charge Bargaining Research Summary[R]. Bureau of Justice Assistance. Washington, D. C. : U. S. Department of Justice, 2011.
- [12]MCCONVILLE M, CHESTER L. Criminal Defense of the Poor in New York City[J]. New York University Review of Law and Social Change, 1986-1987, 15(4):581-590.

- [13] WOOD J. Necessity for Public Defender Established by Statistics[J]. *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1916, 7(2): 230-244.
- [14] 裴苍龄. 辩诉交易“易”什么[J]. *河北法学*, 2017(8): 2-13.
- [15] 陈瑞华. 刑事诉讼的公力合作模式——量刑协商制度在中国的兴起[J]. *法学论坛*, 2019(4): 5-19.
- [16] 苏力. 制度是如何形成的[M]. 北京: 北京大学出版社, 2007: 53.
- [17] 孙长永. 中国检察官司法的特点和风险——基于认罪认罚从宽制度的观察与思考[J]. *法学评论*, 2022(4): 65-80.
- [18] 李奋飞. 以审查起诉为重心: 认罪认罚从宽案件的程序格局[J]. *环球法律评论*, 2020(4): 22-38.
- [19] 夏菲. 辩诉交易强迫认罪问题对认罪认罚从宽制度的警示[J]. *东方法学*, 2021(4): 152-163.
- [20] 陈文聪. 论我国量刑协商机制的非对称性问题[J]. *法学论坛*, 2021(6): 148-157.

## Chance and Inevitability of the Rise of the Plea Bargaining System: Analysis Based on Fisher's *Plea Bargaining's Triumph*

CHEN Wencong

(*School of Criminal Justice, China University of Political Science and Law, Beijing 100088, China*)

**Abstract:** The plea bargaining system is an important part of the American criminal procedure system, and has long been concerned by the legal researchers in China. The establishment of the leniency system for admitting guilt and accepting punishment provides an opportunity for us to re-examine the plea bargaining system. Although the legal circles of our country have carried out sufficient research on the current situation of the plea bargaining system, they have insufficient understanding of its specific development process and restrictive factors. George Fisher's book *Plea Bargaining's Triumph: A History of Plea Bargaining in the America* reveals that the plea bargaining system has experienced three stages of development: rise, expansion, and complete victory, which are the result of long-term joint shaping of multiple subjects, not a product of top-level design. The "incentive mechanism" and "power selection" work together to make the parties to the litigation deeply involved in the plea bargaining, which provides the system with lasting vitality. Fisher's research helps us to look at the criminal negotiation system more carefully, analyze the impact of the litigation system on the subject of litigation more deeply, and produce useful methodological enlightenment.

**Key words:** plea bargaining; leniency system for admitting guilt and accepting punishment; institutional changes; causation



(责任编辑 张伟 张浩泽)