

# “辩诉交易”及其借鉴分析

王敏远

(中国社会科学院,北京 100720)

**摘要:**“辩诉交易”在美国的刑事诉讼制度中所以产生其相应的积极意义,是由其特定的状况所决定的。我国在考虑是否借鉴及如何借鉴“辩诉交易”时,应当结合诸如参与“辩诉交易”的主体及其权利、义务的特点、“辩诉交易”的筹码等情况,否则,难以达到预期的目的。

**关键词:**辩诉交易;主体;筹码

**中图分类号:**DF73 **文献标识码:**A **文章编号:**1000-0208(2002)06-034-05

时下,法律界一些人士对美国的“辩诉交易”为其刑事诉讼的效率所带来的好处羡慕不已,进而有人主张我国应予以仿效。这与以前我国法学界对美国“辩诉交易”的猛烈抨击,形成了巨大的反差。

当初我们猛烈抨击“辩诉交易”,认为这种做法是对司法严肃性的严重亵渎,对司法公正性的毁灭性破坏。如果说这种认识、批判大都基于想象,而与美国“辩诉交易”的实际情况并不相符,那么,现在对“辩诉交易”由羡慕而生仿效之意,是否是从一个极端走向了另一个极端,但却犯了相同的“过于冒失”的毛病?基于这种担心,笔者产生了欲对“辩诉交易”予以辨析的动机,以期有助于预防这种毛病。本文将就“辩诉交易”的发源地美国为例,从“辩诉交易”的内容、“辩诉交易”的主体、“辩诉交易”的动机这三个方面,对“辩诉交易”进行分析,以期明确“辩诉交易”存在的若干重要前提及其对我们的启示。

## 一、“辩诉交易”的内容

关于“辩诉交易”的内容,即(控诉与辩护)交易双方到底在交易什么,我们可以从控辩两个方面所掌握的交易筹码予以分析:

### (一) 控方的交易筹码

控方可以用来与辩方进行交易的筹码不外乎两个,一是指控的罪,二是要求判处的刑。

从有关资料来看,就指控的罪来说,控方可以用来与辩方进行交易的筹码包括:在被告人(涉嫌)犯

收稿日期:2002-09-28

作者简介:王敏远(1959—),男,浙江省杭州市人,中国社会科学院法学研究所研究员。

听说辩诉交易现在已不仅是我国学术界某些人的一种主张,个别地方的司法机关甚至已开始进行类似于辩诉交易的“试点”。例如,据2002年4月19日的《法制日报》报道,牡丹江铁路运输法院已开始运用“辩诉交易”的方式审理案件。

美国人自己对此的分析和研究表明,辩诉交易虽与司法的严肃性不符,表面上也有悖于公正,但实践却表明,辩诉交易的结果基本符合司法实体公正的要求。参见(美)艾伦·德肖微茨:《最好的辩护》,法律出版社1994年出版,唐交东译,第7-8页。

虽说其他个别国家(如意大利)也存在辩诉交易,但因其不典型,故而不在于本文论述的范围内。

在某些情况下,甚至于(在数个被告人之间有共同的利益时)可以选择对被告人中的一部分人予以指控,以便于辩诉交易。参见(美)艾伦·德肖微茨:《最好的辩护》,第153页。

有数罪时,可以选择指控其中的部分犯罪;在被告人(涉嫌)犯的罪较重时,可以选择以较轻的罪名予以指控。就要求判处的刑而言,包括两种方法。一种是指控诉方提请法官判处较轻的刑期;另一种则是指控诉方提请法官对所判处之刑予以缓刑处理<sup>[1](P.410)[2](P.189-191)</sup>。

需要说明的是,在控方的这两个交易筹码中,对被告人而言,主要并真正有意义的是关于刑的筹码。显然,控方所掌握的可以用来与辩方进行交易的关于罪的筹码若最终不能反映在刑事责任的减轻上,对被告人来说,辩诉交易几乎就可以说毫无意义。

## (二) 辩方的交易筹码

辩方可以用来与控方进行交易的筹码则是其自认其罪,放弃宪法所规定的接受陪审团审判的权利。通过对“辩诉交易”内容的分析,可以看到“辩诉交易”在内容方面存在的若干前提条件:

首先,检察官因对起诉拥有较大的裁量权,故可在“起诉什么罪”(以及在“起诉谁”)等问题上握有与辩护方进行讨价还价的筹码。

其次,控诉方因拥有量刑建议权,故可在提请法官判处的刑罚问题上握有与辩护方进行讨价还价的筹码。

再次,被告人因为可以自认其罪而放弃宪法所规定的接受陪审团审判的权利,这是其可以与控诉方讨价还价的筹码。

由这三个前提条件,我们可以得到如下几方面的启示:

我国的控诉机关现在并不拥有如此大的自由裁量权,而为了辩诉交易的需要,就应当赋予其在起诉权行使上的相应的自由裁量权,但这有现实的可能性吗?

刑事诉讼法第141条规定:“人民检察院认为犯罪嫌疑人的犯罪事实已经查清,证据确实、充分,依法应当追究刑事责任的,应当作出起诉决定,按照审判管辖的规定,向人民法院提起公诉。”而案件若证据不足,按照刑事诉讼法第140条的规定,可以退回公安机关补充侦查,也可以自行侦查;对于补充侦查的案件,人民检察院仍然认为证据不足,不符合起诉条件的,可以作出不起诉的决定。在这样的公诉制度中,检察机关对起诉与否根本就没有自由裁量权,更不用说对何种罪的起诉有选择权了。至于量刑问题,在我国的刑事诉讼法律制度中,本不属于公诉的范畴。虽然刑事诉讼法第142条第2款规定了“对于犯罪情节轻微,依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的,人民检察院可以作出不起诉决定”,似乎在量刑问题上赋予了检察机关的一定的自由裁量权,但这种自由裁量权仅限于“依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的”情况,几无“自由”的空间。因此,在绝大多数的刑事案件中,检察机关在量刑问题上根本不可能拥有交易的筹码。

当然,制度是可以应时、应势而变的。现行刑事诉讼法律制度使检察机关几乎不可能拥有交易的筹码,并不意味着以后不能拥有。然而,我国的检察机关在自由裁量权方面的重大变化,可能是个十分困难的问题。且不说前些年备受争议的检察机关所拥有的“免于起诉”权在几经反复争论后被废除,表明了相当一部分人以往对检察机关所拥有的自由裁量权怀有疑义,即使是前段时间曾经引人注目的“量刑建议权”问题的讨论,也因为牵涉的问题太多而未能达成共识,处于搁置状态。这使我们有理由对今后扩大我国检察机关自由裁量权的可能性产生怀疑。

在讨论这个交易筹码时,有必要指出,中国刑法中的数罪并罚制度使竞合犯、牵连犯等犯罪形态在起诉和审判时按一罪来处理,而美国刑法则不然,秉承英国的传统,基于相同的事实,可以提起数个指控。这种刑法制度使美国的检察官在辩诉交易中握有中国的检察官不可能掌握的丰富多样的筹码。对英国刑法的这个特征有兴趣的读者,可参见[美]J. W. 塞西尔·特纳:《肯尼刑法原理》,王国庆等译,华夏出版社1989年出版,第266页。

当然,由于检察官并不对有关刑的问题都拥有自由裁量权,因此,检察官掌握的有关刑的交易筹码并非无限。参见[美]爱伦·豪切斯勒·斯黛丽、南希·弗兰克《美国刑事法院诉讼程序》,第428页。

笔者猜测,法院对此并不热心,甚至因为担心引起与检察机关产生矛盾而不予支持,大概是“量刑建议权”难以被认可的主要原因。

由于交易是双方的事情,因此,上述困难还只是控诉方所面临的问题。就辩护方而言,被告人因为可以自认其罪而拥有的与控诉方讨价还价的筹码,在我国是否会有意义也同样是问题。另一方面,被告人的自认其罪作为交易筹码即使有意义,那末,会有多少意义则是另一个问题。对此,后文还将涉及。

## 二、“辩诉交易”的主体

“辩诉交易”的主体,顾名思义,就是辩护方和起诉方。然而,事情远不是这么简单。“辩护方”包括刑事被告人和辩护人,因此,并非单一主体。在“辩诉交易”的主体并非单一主体的情况下,事情将显得比单一主体要复杂得多。

首先,在“辩诉交易”中,刑事被告人的自认罪罪虽然是辩护方的交易筹码,但这是以控诉方能保障刑事被告人认罪的自愿性为前提的。在我国,基于刑孳审判中相当数量的被告人在法庭上翻供这个事实,刑事被告人认罪的非自愿性,显然是个严重的问题。如果这个问题不解决,指望“辩诉交易”在我国的大规模采用是不现实的,即使大规模采用,也将因缺少刑事被告人认罪的自愿性这个基础,而仅有提高诉讼效率之利,却要付出严重损害公正的代价。这当然不可能是主张在我国大规模采用“辩诉交易”的人所期望的。

其次,律师作为刑事辩护人的参与是必不可少的。如果考虑到“辩诉交易”过程中的讨价还价及所要求的法律知识、实践经验等,如果没有辩护律师的参加,几乎不可能成功,那么,我们对“辩诉交易”必需有辩护律师的参加就很容易理解了。

再次,控辩双方地位的平等是“辩诉交易”得以进行的必要条件。如同商品经济中的交易一样,双方地位平等是公平交易的前提条件。在“辩诉交易”中,如果交易双方的地位不平等,一方(如控方)若占据绝对优势,“交易”就很难发生;即使有所谓的交易,也会因辩护方在刑事诉讼中的作用、地位、实力与检察官相差悬殊,对控方开出的交易条件只能被动地接受,为交易而进行的讨价还价当然也就不可能发生,所谓“交易”的公正性也就因此而不可能存在。

对“辩诉交易”主体的这几点分析,可以给我们提供这样的启示:

虽然“辩诉交易”的达成必需既有刑事被告人的自认罪罪,又要公诉人的同意,然而,“辩诉交易”的主体绝不仅仅是刑事被告人与公诉人,还包括辩护律师。由于我国的刑事辩护率较低,因此,在刑事被告人获得辩护律师帮助并非普遍的情况下,“辩诉交易”在刑事诉讼中是难以普遍存在的。不仅如此,我国的辩护律师在刑事诉讼中的地位和作用有限,难以与公诉人在平等的前提下进行只有平等主体之间才有可能进行的讨价还价,这也使我国的“辩诉交易”难以在公正的基础上生存和发展。显然,缺少“辩诉交易”的这两个必要条件,将使“辩诉交易”难以在我国立足。

当然,通过发展“辩诉交易”以提高刑事辩护率、提高刑事辩护律师在刑事诉讼中的地位,以使两者因果倒置,不无可能。因此,“辩诉交易”与较高的刑事辩护率、辩护律师与公诉人的平等地位这两个因素之间,究竟何为因、何为果,很可能是个难以争论出结果的问题。但可以肯定的是,“辩诉交易”与较高的刑事辩护率、辩护律师与公诉人的平等地位具有正相关的关系,两者的互动关系或许会有时间差,但我们不可能在持续缺乏较高的刑事辩护率、辩护律师与公诉人的平等地位这两个必要条件的情况下,长期使“辩诉交易”普遍存在并真正有效地发挥作用。

以上所述的只是人们看得见的参与“辩诉交易”的主体以及由此而来的问题,此外,还应当看到在我

---

事实上,辩诉交易得以成功,绝对离不开法院的支持。因此,还须涉及法院在辩诉交易中的地位和作用及其与检察机关的关系等可能更为复杂的问题。

正是这种时间差的存在,使我们对两者的关系何为因、何为果兴趣不大。

国刑事诉讼中发挥着重要作用的其他主体(例如被害人)以及与其相关的各种问题。

自1996年修改刑事诉讼法以后,在我国的刑事诉讼中,即使是公诉案件,被害人的诉讼地位也与被告人相同,均为诉讼主体。被害人除了对公诉案件的一审裁判无上诉权之外,在刑事审判期间享有与刑事被告人几乎相同的诉讼权利。从被害人在我国刑事诉讼中的地位和作用来看,“辩诉交易”想要忽视被害人的存在是不可能的。然而,“辩诉交易”制度中如何容纳被害人,被害人在其中的地位和作用如何,却是个难以解决的棘手的问题。“辩诉交易”或者意味着对刑事被告人的指控罪名之减等或罪数之减少,“辩诉交易”或者意味着要求所判之刑罚从轻甚至减轻,如何让被害人同意这种结果或者至少不提出异议,以使“辩诉交易”能够顺利进行,是我们必需面对的问题。

如果说被害人的问题虽然棘手,但尚是一个通过制度设计或许可予以解决的问题,那么,另一种非制度性的问题,对“辩诉交易”在我国的生存可能影响更大,即普通民众的观念问题。在“辩诉交易”制度中,普通民众显然不是主体之一,但我们却不应因此而忽视其作为社会生活中的主体对“辩诉交易”可能产生的影响。这种影响源于“辩诉交易”对传统且被社会普遍认可的刑罚观念所造成的冲击。由于“辩诉交易”必然导致指控罪名之减等或罪数之减少,或对被告人所判之刑罚从轻甚至减轻,因此,肯定会对有罪必罚、罚当其罪等一系列观念形成冲击。并且,更重要的是,这种结果又是基于“辩诉交易”而产生的,刑事实体法的(刑罚)原则因刑事诉讼法中的“辩诉交易”而受到破坏,其正当性将十分可疑。因此,能否以及如何使普通民众接受“辩诉交易”,是个必须却又难以解决的问题。

### 三、“辩诉交易”的动机

“辩诉交易”作为人的一种有意识的活动,应当是为了满足相应主体一定的需求而进行的,因此,主体的动机问题应引起研究者的重视。众所周知,经济活动中的交易一般总是因为经济利益的驱动,那么,“辩诉交易”的动机是什么呢?由于不同的主体动机各有不同,因此,对其动机需要分别说明。对此,美国的德肖微茨教授曾有生动的论述。

首先,公诉人的动机在于通过减轻被告人的刑事责任换取庭外协议。然而,“检察官并不是宽宏大量的善人。他们只在看准了从庭外协议中能捞到好处的情况下才会建议或接受这种交易。这种预料之中的好处可能以各种形式出现,在有些情况下并不是很体面的。庭外协议在这种情况下对检察方面最大的好处是使他们心中有数。用这种交易可以使被告至少先承认某些方面有罪,这样检察官就不至两手空空白干一场。如果没有庭外协议,他对这场诉讼的结果一点也没有把握,陪审团、法官和上诉程序这一切都是千变万化难以预测的。”<sup>[1](P. 154)</sup>

其次,对刑事被告而言,“也能从庭外协议中得到好处……只要一个案子一经陪审团审判结果就难说了。被告和检察官一样,希望对案子的结果有把握,尽管这么一来可能会判那么短短的一段徒刑也在所不惜。”另外,诉讼、审判过程是相当费钱的,这也是许多被告决意进行庭外交易的原因<sup>[1](P. 155)</sup>。

再次,辩护律师鼓动刑事被告进行辩诉交易的理由一般是因为这对刑事被告有利,但“有时出于自己的需要而非委托人的最大利益,刑事被告的辩护律师会鼓动他进行庭外交易。在这种情况下,不是别人而是辩护律师从庭外协议中得到好处。”<sup>[1](P. 155)</sup>

通过以上对动机的这些分析,我们可以得到这样一些启示:

由于在中国的刑事审判结果,远没有像美国那样大的不确定性,即我国的刑事审判,不论是否有陪

被害人虽然对公诉案件的一审裁判并不享有如同被告人那样的上诉权,但根据刑事诉讼法第182条的规定,有权请求人民检察院提出抗诉,因而对一审裁判仍有不容忽视的一定的影响力。

审员参加,无罪判决率极低,几近于无,因此,被告人自认其罪,对我国检察官来说,意义完全不同于美国的同行,意义十分有限,主要在于可以因此适用简易程序。由于被告人自认其罪对检察机关的公诉效果影响有限,即使从主观愿望而言,检察机关可以对被告人的自认其罪予以回报的好处也不可能丰厚。

与此相应,被告人因为从自认其罪而得到的好处十分有限,其参与“辩诉交易”的积极性到底会有多少,也将十分可疑。由于“坦白从宽,牢底坐穿”在现实中并不纯属戏言,而从中人们能深切地感受到自认其罪对被告人而言好处即使会有,也十分有限。显然,如果没有参与者的利益就不会有其参与的积极性,而若缺乏被告人的积极性,“辩诉交易”在我国大概很难会有可观的前景。

### 小 结

由此看来,“辩诉交易”对我国的积极意义可能很有限。不仅如此,我们还应当警惕“辩诉交易”可能引发的一些弊病。因为“辩诉交易”可能会给有关方面的人带来一些如同德肖微茨教授所揭示的放不到台面上的、并不体面的好处,而这将给我国司法的公正造成损伤。因此,不能不防。

当然,“辩诉交易”对刑事诉讼(起诉、审判)效率的积极意义确实存在,并应当引起我们充分重视。以上的分析旨在说明:美国的辩诉交易对其所产生的积极作用,是与其刑事法律制度的整体情况相配套的;至于其诉讼观念、陪审制、证据制度以及司法中各方的关系等等本文尚未涉及的诸多因素,与其辩诉交易制度的协调性,也应引起我们的注意。我们若想要吸收辩诉交易制度所能带来的好处,就必须在刑事法律制度及刑事法律观念等诸多的方面进行相应的调整。从这个意义上说,需要进一步探讨并应予以解决的问题还很多。

### 参考文献

- [1] [美]爱伦·豪切斯勒·斯黛丽·南希·弗兰克·美国刑事法院诉讼程序[M]. 陈卫东,徐美君译. 北京:中国人民大学出版社,2002.
- [2] [美]彼得·G·伦斯特洛姆编·美国法律辞典[Z]. 贺卫方等译. 北京:中国政法大学出版社,1998.
- [3] [美]艾伦·德肖微茨·最好的辩护[M]. 唐交东译. 北京:法律出版社,1994.

**Abstract :** That “plea bargaining” has had the corresponding positive significance in the system of criminal proceedings in the United States is decided by its particular situation. When China thinks about whether to use plea bargaining for reference or how to use it for reference, the subjects participating the plea bargaining, the characteristics of their rights and obligations, the jetton of “plea bargaining” should also be taken into consideration. Otherwise, it’s hard to reach the anticipated aim.

**Key Words :** Plea Bargaining ; Subject ; Jetton

(责任编辑 于贺清)