

论“认罪程序”的构建从辩护人的路径切入 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/479/2021_2022__E8_AE_BA_E2_80_9C_E8_AE_A4_E7_c122_479499.htm

最高人民法院、最高人民检察院、司法部于三月十四日颁布了《关于适用普通程序审理“被告人认罪案件”的若干意见（试行）》，同时颁布的还有《关于适用简易程序审理公诉案件的若干意见》。

两个“若干意见”从普通程序和简易程序两方面对一定范围内被告人认罪的案件审理设定了快速程序（为行文方便，笔者以下将两个意见规定的快速程序简称为“认罪程序”）

，“认罪程序”有如下的共同点：1、被告人认罪；2、庭审程序简化；3、法院酌情从轻处罚认罪被告人。从上述特点

看，认罪程序显然受到了西方“辩诉交易”制度的影响，或者说，两高一部正试图在不与我国归属于大陆法系的刑事诉讼原则产生冲突的前提下，汲取西方“辩诉交易”制度的精髓，建立中国特色的“认罪程序”制度。但是笔者注意到，

目前出台的“认罪程序”具有强烈的倾向性，该程序关注于提高诉讼效率，节约司法成本，至于在此程序中如何有效保障被告人应有的诉讼权利，却没有构建相应的机制。为此，

笔者将在本文中把“认罪程序”与西方的“辩诉交易”制度作一比较，并从辩护人的路径切入，针对如何有效保障被告

人在“认罪程序”中的诉讼权利提出自己的构建设计。一、

“辩诉交易”的特点 辩诉交易（Plea Bargaining），是指检察官和辩护律师在法院开庭审判之前，对被告人的定罪和量刑

问题进行协商和讨价还价，检察官通过降低指控或者向法官提出减轻量刑的建议来换取被告人作有罪答辩的一种活动。

辩诉交易溯源于美国，并在英美法系国家得到广泛运用。在美国，被判有罪的刑事案件有90%没有经过审判，而是通过“辩诉交易”制度解决。源于美国的“辩诉交易”有如下特点：

- 1、检察官在辩诉交易中拥有独立而广泛的权力。检察官在辩诉交易中，可以和被告人以及辩护人进行三个方面的交易：一是“罪名的交易”，包括（1）检察官允诺以比本应指控的涉嫌罪名要轻的另一罪名以换得被告人认罪；（2）当被告人犯有某些在社会上影响更为恶劣的犯罪并害怕从此声名狼藉，影响其今后的生活时，检察官允诺以其他罪名起诉而换取被告人认罪。二是“罪数的交易”，当被告人犯有数罪时，检察官为争取嫌疑人承认有罪，许诺将本应指控的数个犯罪改为仅指控其中的一个罪行；三是“刑罚的交易”，即检察官允诺建议法官对被告人适用较低幅度刑罚，以换取被告人的认罪。
- 2、被告人的有罪答辩必须是“自愿的” (voluntary)、 “理智的” (intelligent)和“明知的” (knowingly)。一次有效的辩诉交易，其产生的前提是应当确保被告人的有罪答辩必须是“自愿的” (voluntary)、 “理智的” (intelligent)和“明知的” (knowingly)。被告人应当能够了解“被指控的真实本质”，作出的有罪答辩是其自由意志的体现，没有任何的强制因素。辩护律师要从被告人的利益出发，认真分析指控的性质、控方掌握的证据，比较接受协议和接受审判的利弊，帮助被告人作出明智的选择。
- 3、法官不参与控辩双方的谈判，但有权拒绝交易协议。辩诉交易实践中，法官居于中立地位，不介入辩诉双方的谈判，但对于交易的协议有否决权。法官在决定有罪答辩时要基于一定的“事实基础” (factual basis)，要确定答辩的准确性，虽然接受

有罪答辩，但法庭不能未作调查查明答辩存在的事实基础，便单纯依据答辩作出判决。如果法庭拒绝答辩协议，应当通知被告人不接受协议并记录在案。法庭还应向被告人提供机会以撤回答辩。

4、辩诉交易成立后通常具有终局效力。美国联邦最高法院认为，被告人作出一项自愿的和理智的有罪答辩，就意味着他对自己有罪的答辩和所有申诉权利的放弃。所以，在判决作出前，如果被告人申请撤回有罪答辩，法庭根据被告人说明的正当理由，可以允许撤回答辩；而辩诉交易一旦被法院接受，通常具有终局效力。除非有特别的理由，否则被告人很难在上诉程序中翻案，并且还面临重新审判加重刑罚的风险。

5、针对辩诉交易的救济。辩诉交易中，被告人已经作出有罪答辩，但法院不予认可，或者如果辩诉交易的一方反悔，另一方如何寻求法律救济？在美国司法实践中，通常有如下的救济方式：

- （1）一旦辩诉交易不为法官所接受，则被告人在有罪答辩中所做的陈述不得在随后的审理中作为证据采用。
- （2）检察官违反答辩协议时的救济：美国联邦最高法院认为，不论检察官故意或非故意地违反辩诉交易达成的协议，都是不可接受的。诉讼中发现此情况后，案件会发回重审，以便让法院在允许被告人撤回答辩和由另一名法官进行一项新的量刑程序之间进行选择。
- （3）被告人违反答辩协议的救济：尽管基本公正的一般原则并不禁止每一项指控，但是检察官的报复性指控行为也会动摇正当程序的基础。如果检察官仅仅是恢复在答辩协议达成以前已经实际存在的起诉，那么法院是予以许可的。

二、我国“认罪程序”的特点。和美国的辩诉交易制度相比，我国的“认罪程序”有如下特点：1、适用案件范围有限。综合两

个若干意见的规定，以下案件都不适用“认罪程序”审理：被告人作无罪辩护的；被告人系盲、聋、哑人的；可能判处死刑的；外国人犯罪的；有重大社会影响的；被告人认罪但经审查认为可能不构成犯罪的；比较复杂的共同犯罪案件；共同犯罪案件中，有的被告人不认罪或者不同意适用本意见审理的；其他情形。

2、检察官的权力有限。检察官在“认罪程序”中只有程序建议权：对于认为可适用“认罪程序”审理的案件，检察官可在提起公诉时书面建议法院适用该程序。近来在实践中适用得较多的求刑权，在“认罪程序”中并未得到明确认可。至于交易建议，则更无从提起。

3、法官在程序中能充分地发挥主动作用。法官在“认罪程序”中的能动作用，表现在：（1）在检察官未提起“认罪程序”的情况下，法官可建议提起“认罪程序”；（2）法官有义务向被告讲明有关法律规定、认罪和适用“认罪程序”审理可能导致的法律后果，确认被告人自愿同意适用“认罪程序”；（3）法官可在庭审前审阅案件证据；（4）法官拥有从轻处罚决定权。

4、被告人的诉讼权利未能得到充分保障。《关于适用普通程序审理“被告人认罪案件”的若干意见（试行）》第八条规定：“适用本意见审理案件，应当严格执行刑事诉讼法规定的基本原则和程序，做到事实清楚、证据确实充分，切实保障被告人的诉讼权利。”但如何从制度上落实，则没有明文规定。

三、我国的“认罪程序”是法官控制下的快速量刑程序。通过如上比较，我们可以发现，在美国实行的当事人主义诉讼模式下，刑事被告人与检察官之间不再存在位阶上的差别，双方地位渐趋平等，由此扫清了检察官与刑事被告人位阶不平等这一契约形成的主体形态上的障

碍。此外，随着任何人不受强迫自证其罪、无罪推定、公平对抗等现代刑事诉讼理念的确立，为检察官与刑事被告人之间达成合意，形成契约提供了现实可能。有罪答辩、辩诉交易的存在，标志着被告人积极地参与到刑事诉讼中来，在一定程度上能够自主地决定自己的命运，它是被告人在刑事诉讼中享有程序主体地位的一种体现。正如德国学者赫尔曼教授指出：“有罪答辩和辩诉交易均扎根于个人自由和独立的观念。”尽管我国的刑事诉讼乃至整个大陆法系的刑事诉讼都在向英美靠拢，但中国刑法的理论体系、原则上还是经典的大陆法系。我国刑法三大原则从根本上是和“辩诉交易”相悖的，罪刑法定原则要求疑罪必然从无，而罪责刑相适应则反对因“辩诉交易”造成的同罪异刑。此外，从提起公诉的条件看，我国的“认罪程序”也不可能允许检察官与被告人进行辩诉交易。美国“辩诉交易”的前提是辩诉双方都未掌握足够的证据，控方为了换取辩方的有罪答辩，降低起诉罪行。而我国刑诉法对提起公诉规定了严格的证据标准：从主观上看，必须是人民检察院认为犯罪嫌疑人的犯罪事实已经查清，对是否犯罪，所犯何罪，如何犯罪已经查清；从客观上看，必须收集到确实充分的证据，并且要求环环相扣，排除合理怀疑。这说明我国对起诉的证据标准要求近似于审判标准，是不允许以减轻起诉标准来换取犯罪嫌疑人有罪答辩。所以，我国的“认罪程序”与源于美国的“辩诉交易”制度还是有本质区别的。与美国的“辩诉交易”相比，我国的“认罪程序”仍然坚持传统刑事诉讼理念的基本原则，即国家的公权利不可以作交易。在“认罪程序”中，检察官并不具有独立而广泛的权力，甚至连前段时间在司法实务中大量试用的

检察官求刑权也未被认可；被告人和检察官之间也不存在主体的平等性，检察官更不可能向被告人许诺具体的量刑，被告人能得到什么样的量刑还要等待法官最后的判决。“认罪程序”仅仅是汲取了“辩诉交易”制度中快速高效的操作模式，而其本质仍然是国家审判权范围内的从快量刑，只是考虑到被告人如实供述了自己的罪行，节约了司法成本，国家才对其从轻处罚。这倒有些像是“坦白从宽”这一刑事政策的具体条文化。

四、认罪程序的完整构建。

尽管我国刑事诉讼法规定了严格的证明标准，但由于我国司法人员素质及其他因素所决定，我们仍应从程序上为被告人建立足够的救济手段。在我国，被告人相对于追诉方而言总是处于弱势地位，检察机关、警察有足够的人力和财力行使权力，而被追诉人即便再有钱有势，相对于国家而言也是不值一提。“认罪程序”侧重于效率价值，而忽略了公平价值，该程序虽规定了要“切实保障被告人的诉讼权利，”但是如何保障，并没有详细明确的规定。罗尔斯曾说：“正义所保障的各种权利，不受政治交易或社会利益的考虑所左右”。此言反映了诉讼的真谛。为了追求实质的正义，就必须设定一系列程序，对“认罪程序”中的被告人予以保护，完善“认罪程序”的构建。

1、充分的律师帮助。

诉讼是一个裁判指挥下的控辩双方的决斗，因此，保证控辩双方力量上的相称性就成为保证决斗公正的必不可少的条件。从被告人这方面来讲，由于其在法律知识或者是时间空间上所受到的限制，他需要专门的法律职业人士的帮助，律师的介入对于保护被告人的程序性权利有重要意义。我国刑事案件的律师参与率一直很低，修改后的刑事诉讼法实施以来，刑事辩护遇到的障碍越来越多。

办理刑事案件不但关卡多，收费少，而且风险大，仅在该法实施后的一年多的时间里，全国就有一百多个律师被抓被判，其罪名大多是辩护人妨害作证罪、伪证罪、包庇罪等。与此相适应，在全国范围内，刑事案件律师的参与率下降，不到30%。“认罪程序”是一种特别的快速程序，在该程序中，被告人放弃了很多自己本应在诉讼中应享有的权利，例如无罪辩护权、质证权等，加之被告人缺乏法律专业知识，或者被告人存在对法律的认识错误、或者被告人自身存在法律许可的免责条件（例如正当防卫、精神疾病、紧急避险等），在此情况下，要确保被告人选择“认罪程序”是“自愿的” (voluntary)、 “理智的” (intelligent)和“明知的” (knowingly)，就必须有律师的参与。如果被告人在连律师的帮助都得不到的情况下，独自一人面临着精通法律的检察官和法官的高压态势，很难说通过“认罪程序”得出的结论是符合公平原则的。更何况考虑到我国目前的司法人员素质结构，还存在另外的人为风险：检察官籍此快速程序将本来缺乏证据的案件诉上法庭，并蒙混过关；或者法官通过此快速程序，将本来缺乏证据的案件快速审结，从而提高结案率。“认罪程序”运用不当，不仅不能提高效率，反而破坏了司法公正，腐蚀了程序正义。因此笔者认为，凡是需要通过“认罪程序”审理的案件，都应当有律师的参与，为被告人提供法律帮助。当被告人因贫穷或其他原因无力聘请律师时，法院应为其指定承担法律援助的律师为其提供法律服务。

2、保障律师的诉讼权利。被告人有权获得辩护作为刑事诉讼的一项基本原则，已为联合国《公民权利和政治权利国际公约》予以明确规定，并被第八届联合国预防犯罪和罪犯待

遇大会通过的《关于律师作用的基本原则》进一步细化。我国作为《公约》的签署国和《基本原则》的签字国，已经基本贯彻了这两个国际文件的主要内容，但是贯彻得还不够全面、不够彻底，律师的诉讼权利有所削弱。主要表现在三个方面：（1）在辩护人介入刑事诉讼的时间上，《关于律师作用的基本原则》第1条要求律师在“刑事诉讼的各个阶段”为指控人辩护，而我国的刑事辩护律师在公诉案件中，只有在审查起诉阶段才能参与到诉讼中来。（2）在律师的会见权方面，不论是会见的时间还是会见的保密性，律师的权利都没有按照公约的规定得到全面的保障。（3）在律师的阅卷权方面。《关于律师作用的基本原则》规定辩护人的阅卷范围是全部案卷材料，我国刑事诉讼法将辩护人查阅的范围界定为：在审查起诉阶段可以查阅案件的诉讼文书、技术性鉴定材料，在审判阶段可以查阅所指控的犯罪事实的材料。因为“诉讼文书、技术性鉴定材料”对辩护起不到多大的实质作用，“所指控犯罪事实的材料”的多少受检察机关移送法院的材料限制，致使实际上辩护人可查阅范围反而缩小了。这在诉讼中将加剧控辩双方的不平衡。在“认罪程序”中，要确保律师的诉讼权利，从而确保被告人的诉讼权利，就必须进一步解决前述三个方面的问题。关于这一点，由于涉及到对刑事诉讼法的修改，操作起来有一定难度。但是笔者认为，刑事诉讼法的完善是一个渐进的过程，“认罪程序”的出现，应对刑事诉讼法起到推动和完善作用，促使完善律师诉讼权利事宜尽快列入议事日程。“认罪程序”中，由于法官在开庭前即可审阅案件证据，因此笔者认为，律师在检察官提起公诉前应有权审阅案件证据，并有充裕的时间会见

犯罪嫌疑人，以此决定是否同意采用认罪程序。否则，在短暂的诉讼期间内，律师无法保障被告人的合法权利。

3、明确酌情从轻的幅度。适用“认罪程序”审理的案件，应给予被告人明确的从轻幅度，参考世界各国目前的通例，建议应比未适用“认罪程序”审理的同类案件偏轻 $1/4$ 至 $1/3$ 。美国对于“辩诉交易”的改革主张以及英国的“辩诉交易”实践中，减刑幅度均为 $1/4$ 至 $1/3$ ，意大利也不超过 $1/3$ ，本着借鉴的目的，笔者建议我国认罪程序的减刑幅度为 $1/4$ 至 $1/3$ 。

4、“认罪程序”中对被告人的特别救济。

(1) “认罪程序”中的被告人陈述作为证据的可采性 “认罪程序”规定了案件可因某种事由的出现而由“认罪程序”转变为普通程序审理，一旦“认罪程序”转变为普通程序，被告人所作的有罪陈述在随后的审理中是否可作为证据采用？笔者认为，可参考美国“辩诉交易”的做法，凡是被告人在“认罪程序”中作出的有罪陈述不得在随后的审理中作为证据采用。否则，检察官可以籍此诱惑被告人供认罪行，从而引发变相的诱供行为。

(2) 合议庭的变更 在由“认罪程序”向普通程序的转变中，由于法官已经事先审阅了案件证据，了解了相关案情，难免该法官在随后的普通程序中对被告人产生先入为主的偏见，在随后的普通程序中，应该另组合议庭成员，以确保法官以中立心态审理案件。

(3) 未能酌情从轻处罚的救济 被告人选择“认罪程序”接受审理，必然是有所期望的，他当然期望通过该程序的审理能给他带来较轻的处罚。司法实践中，案情是复杂多变的，被告人或许本身就具有一些从轻情节，再加之“认罪程序”可能给他带来的从轻处罚，判决的结果或许并不能达到他当初的期望值。法官的不同也会导致

同一类型的案件产生不同的量刑结果。由于“认罪程序”不同于“辩诉交易”制度，该程序中检察官也没有求刑权，被告人的期望值不可能像辩诉交易那样以契约的方式来锁定，只能完全等待法官最后的判决，因而笔者认为，以“认罪程序”审理的案件不可能像“辩诉交易”案件那样具有终局效力，被告人完全有权通过上诉程序来达到自己的期望值，包括在上诉程序中改作无罪答辩，以此来对在一审“认罪程序”中被处以较重刑罚的被告人予以救济。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com