

辩诉交易中国化理论辨析 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E8_BE_A9_E8_AF_89_E4_BA_A4_E6_c122_483831.htm 东西方毕竟有着太多不同的历史渊源与文化积淀，所以当任何一项西方的制度将要影响到东方之时，都必将会引起学术界、实务界不可避免的沸反盈天与轩然大波，人们津津乐道，但又众说纷纭。历史又总是这样有着惊人的相似：当问题的讨论仅限于理论层面时，人们往往并不真正的用心关注；但当事物的发展一旦触及到实际的生活时，人们就不得不群起而“攻”，如临大“敌”1999年，上海青浦县人民法院一起丈夫强奸妻子犯罪化的判决(号称中国“婚内强奸”第一案)，引起了有关婚内强奸的争论至今尘埃未定；2000年，辽宁省抚顺市顺城区人民检察院关于办案零口供规则的实践(号称中国沉默权规则第一案)，激起了有关沉默权的论战仍在硝烟弥漫；2002年，牡丹江铁路运输法院判决的一起控辩协商案件(号称中国“辩诉交易”第一案)，又一次引发了国内关于“辩诉交易”的“华山论剑”。一、辩诉交易中国化的理论之争 时下，学仁们对于辩诉交易这一“舶来品”到底能否洋为中用，见仁见智，莫衷一是。主流观点主要有两种：(一)辩诉交易在中国具有可借鉴性，辩诉交易中国化是司法改革之必然 1、中国目前控制犯罪的司法现状需求辩诉交易 前已述及，辩诉交易是在社会控制犯罪的刑事司法制度的强烈需求下诞生的。我国目前正处在如同辩诉交易当年在美国产生之时的社会境况：一方面，我们面临着正在进行的社会转型，社会主义市场经济体制的建立尚不完善，各种社会矛盾日益显现，大案、要

案有增无减，刑事犯罪日趋猖獗；另一方面，司法资源难能在较短时间内增加，司法机关超负荷运转，多数情况下只能疲于应付。辩诉交易已经成为时势所需。

2、辩诉交易有利于维护司法公正。因为“公正在法律中的第二个涵义就是效益”，“处罚犯罪的刑罚越是及时和迅速，就越是公正有益”，“推迟刑罚尽管也给人们以惩罚犯罪的印象，然而它造成的印象不像是惩罚，倒像表演”。如果案件久拖不决，对于受害者来说，“迟来的正义就是非正义”，因为他在最痛苦的时候得不到补偿和抚慰。对社会来说，有损于司法公正人们在人们心目中的崇高地位。辩诉交易至少实现了上述两种情况对司法公正的要求。

3、辩诉交易可以有效的节约诉讼成本。辩诉交易可以节约大量的人力、物力和财力，对此毋庸讳言。有学者进一步认为，对于可能判处3年以下有期徒刑的案件或者自诉案件，依照刑事诉讼法的规定，可以适用简易程序，并应当在20日内结案(审判阶段)，这比适用普通程序可以在1个月至1个半月结案，可谓较大幅度地降低了诉讼成本和节省了诉讼时间。但是，根据刑事诉讼法第174条至179条的规定，其程序其实也并不太简单。例如：法庭开庭审理前，也要向被告送达起诉书副本；先期公布案由、被告人姓名、开庭时间、地点；法庭上必须听取被告人陈述等。尤其在决定是否适用该程序时，还要经过公诉机关提出经法院同意或由法院决定征得公诉机关同意等程序，有的案件发现不宜适用简易程序的，还应当恢复普通程序重新审理。客观上需求确立一种更为简便而又不致影响案件公正审理的程序，而辩诉交易即是有效减少诉讼成本的制度设计。

4、辩诉交易有利于保护被害人、保障被告人的合法权益。被害人基

于其受侵害的诉讼地位和切身利益，一般都有迅速审结案件、尽快得到赔偿的愿望。案件未决的时间越长，被害人的损失和伤害越大。确立辩诉交易程序，使得案件审结的时间大大缩短，此对被害人利益的维护是十分有利的。对于犯罪嫌疑人、被告人而言，国家刑事追诉的压力的痛苦是极其沉重的。尤其对于被采取了羁押措施的行为人，无论是刑事拘留还是逮捕，被剥夺的不仅仅是人身的自由，条件的反差，精神的禁锢，定罪量刑结果的恐慌，还有可能随时发生的种种不人道的“待遇”，无不使其盼望尽快结案。辩诉交易的轻刑化，无疑会给国家罪犯的改造降低大量的经济成本。

5、辩诉交易顺应了对刑事案件迅速处理的国际趋势。“任何因刑事指控被逮捕或拘禁的人，应被迅速带见审判官或其他经法律授权行使司法权力的官员，并有权在合理的时间内受审判或者释放。”“每一案件从一开始就应迅速处理，不应有任何不必要的拖延。”上述国际公约、规则都要求对犯罪嫌疑人应当迅速及时的结案，无论英国、美国等普通法系国家还是德国、意大利等大陆法系国家均已实行适合本国国情的速决程序，此无疑对中国司法改革是一个很大的启示。如果说上述观点仅仅是学者们课堂上的“纸上谈兵”的话，那么再听听司法实践部门“如果你要知道梨子的滋味，你就要变革梨子，亲口尝一尝”的“第一个吃螃蟹”者的感受：中国“辩诉交易”第一案指导机构黑龙江省高级人民法院刑事审判第一庭在写给院党组的报告中认为：“通过本案的审理，有以下几点收获：1、保证了司法公正。通过诉辩交易，使事实证据存有缺陷的案件以被告人做出有罪供述并接受审判结果来得以审结，从某种意义上讲，对国家、对社会、对民众

乃至对犯罪人都是一种现实的公正。2、提高了诉讼效率。一起诉辩双方对事实证据有严重分歧的案件，能用短短25分钟的时间迅速审结，充分体现了制度创新的效益，体现了诉辩交易快捷高效的特点。3、节约了诉讼成本。通过诉辩交易，案件得以迅速审结，且无上诉、抗诉、申诉，节省了大量的人力、物力、财力，使诉讼经济原则得以切实的落实。4、实现了多方满意。以本案讲，当庭宣判后，处理结果达到了公诉方、被告方、辩护方、被害方及旁听群众的‘五满意’。合议庭的法官们也从中体会到了作为一名裁判者公正、快捷执法的满足感”。该报告称，此案庭审前，根据院领导指示，他们曾就刑事审判工作中引入诉辩交易试点工作向最高人民法院刑一庭进行了请示，“最高人民法院刑一庭认为在我国引入诉辩交易是我国司法改革发展的必然趋势，建议我们先期进行个案探索”。他们在下一步工作中打算，“该案顺利审结，坚定了我们将改革推向深入的信心”。“考虑到诉辩交易制度在我国正式确立尚需一定时间，我们打算在认真总结经验的基础上，商请检察院支持配合，以个案审理的方式，扩大试点范围，拟选择基础条件好的若干中级法院进行诉辩交易专题理论研究和司法实践试点，从中总结、提炼出规律性、规范性的东西，适当时期征询最高人民法院的同意，予以全面铺开”。(二)辩诉交易在中国没有可行性，缺乏赖以存在的观念基础与制度基础

1、辩诉交易在中国没有赖以生存的观念基础 其一、“我国刑事诉讼法是人民民主专政的工具，其基本功能是从诉讼程序方面保证刑法的正确实施。因此，保证正确有效地揭露犯罪、惩罚犯罪是刑事诉讼法的首要任务”。在这种程序工具主义理念的支配下，检察官是代表国家庄

严的依法行使追诉权，被告人绝对是处于下位的，诉讼实践中不可能接受这种检察官与被告人的“讨价还价”。在中国公众的观念之中，犯罪嫌疑人从被警察抓走的那一刻开始，就是“只许老老实实，不许乱说乱动”的“坏蛋”，他们如果与检察官平起平坐，岂不是冒天下之大不韪。其二、“交易”是市场经济中商业活动的常用语，在中国的政治尤其是在严肃的打击犯罪、惩罚犯罪的法律活动中，“交易”是一个贬义词，“权钱交易”、“权色交易”、“幕后交易”、“黑色交易”等等，刑事司法活动中的“辩诉交易”为国人所难以接受。其三、辩诉交易有违依法治国思想。依法治国要求任何机关、组织和个人的一切活动必须纳入法制轨道，特别是执掌生杀大权的公安、检察、法院等机关，更应以事实为根据，依法律为准绳，定罪量刑均须依法，严禁法外定罪，法外量刑。如果引入辩诉交易，法律岂不成了保障富者、强者的保护伞。其四、辩诉交易容易助长司法腐败。司法公正一方面要求司法过程撕破封闭与神秘的面纱，增加公开性和透明性；另一方面要求司法工作人员清正廉明，秉公执法。司法实践中，我们的执法环境和执法水平还存在着诸多问题，司法队伍政治素质落后、业务素质低下的现象还很突出，以权谋私、枉法裁判的情况还较严重。在这种较低的司法环境与执法水平下，实行辩诉交易容易引发更为严重的徇私枉法和“黑箱操作”。

2、辩诉交易在中国没有赖以存在的制度基础

其一、辩诉交易是对抗式刑事诉讼司法制度的产物，其必须以平等的对抗式诉讼为基础，并以正当程序作为有力的制度保障。我国虽然进行了一些当事人主义诉讼模式的改造，但在目前的司法体制之下，职权主义依然是我国刑

事诉讼构造的主要特征。我国并没有建立起真正意义上的对抗式诉讼制度，程序正义也没有得到足够的重视。以故我国目前在诉讼制度条件上无法满足辩诉交易的基本需求。其二、辩诉交易要求被告人自愿而明智地对法律后果作出选择，这需要不仅有高度发达的律师制度为被告人提供有效的保护，而且还需要充分的审前程序的司法保障以及完善的证据制度，而在我国，类似相应的制度远未建立。其三、辩诉交易违反我国现行法律规定。(1)辩诉交易违反了罪刑相适应原则。罪刑相适应原则要求严格按照行为人的罪行和应当承担的刑事责任确定刑罚的轻重，做到同罪同罚，罚当其罪。而辩诉交易则是以被告人的认罪来换取对其较轻的惩罚，刑罚的轻重取决于被告人认罪与否，这显然违背了罪刑相适应的刑法原则。(2)辩诉交易违反了法院统一定罪原则。辩诉交易是控辩双方的交易，协议达成即意味着被告人不用经过法庭审判即已被定罪，甚至被确定了刑罚，法官的审判权成为空设。(3)辩诉交易违反了刑事诉讼法确定的一系列规则。辩诉交易淡化了公诉人的举证责任，降低了公诉案件的证明标准。辩诉交易不仅强调被告人有罪口供的重要性，而且使得证据不足应作无罪判决的规定成为虚无。

二、辩诉交易中国化之我见 毋庸讳言，中国是一个具有悠久历史和灿烂文化的国家。在数千年传承不辍的传统文化中，尚法、重法的精神也一直占有重要的位置。但由于古代社会法律文化的旨趣与现代社会有很大的不同，内容博大、义理精微的中国传统法律体系无法与近代社会观念相融，中国近百年的法制重建的过程仍是步履维艰。直至本世纪70年代末期，中国人开始用理性的目光重新审视自己和周围的世界，用更加冷静和理智的头

脑去思考和选择自己发展的道路，中国由此进入了非凡历史意义的改革开放时期。这种由经济改革带动的全方位民族复兴运动，也给蹉跎了近一个世纪的中国法制变革带来了前所未有的机遇和无限的发展空间。然而，儒家文化的思想毕竟根植于国人数千年之恒久，一脉传承的法律学者抑或司法官员，面对国外蓬勃发展的司法改革运动，尤其是辩诉交易从英美国家到大陆法系司法制度不断渗透的潮流涌动，其传统法律观念和现代法治理念的交织与碰撞，尽显于学术争鸣的思想与司法实践的个案之中。辩诉交易能否“洋为中用”，虽然从理论界到实务界“公说公理”、“婆说婆道”，但大多数的探讨往往是隔靴搔痒，浅尝辄止，停留于问题的表层就问题而论问题，尚缺乏广阔的理论研究视角和深度的现实制度考量。笔者认为，就像“徒法不足以自行”一样，仅仅就辩诉交易本身谈辩诉交易，是不符合系统论关于从整体上把握事物本质的逻辑的。辩诉交易作为一个典型的舶来制度能否中国化的问题，既要缜密而全面地考查该制度在域外的实践状况、争议焦点及发展趋势，又要严谨而认真考证该制度在中国移植的社会土壤：一方面是该制度中国化运行所必需的整体制度环境；另一方面是匿于整体制度之后的更深层次的中国传统文化和民族习性以及现有中国法律规范所整合的社会心理和司法理念。笔者认为，辩诉交易中国化具有该当性，但在目前之司法体制下尚不具备可行性。中国公众的刑事价值理念；侦查权、检察权、审判权、辩护权的现代模式；刑事诉讼制度的时下境况，均与辩诉交易中国化之最低要求相形见绌。诉权理论在中国刑事诉讼中的成功导入与中国政治体制改革下的司法体制的深刻变革，是辩诉交易中国化

不可或缺的两个根本性素因。其中，强调诉权理论，必须转化民众的诉讼理念，必须建立完善的被追诉者的诉权保护系统，完善的律师辩护制度和沉默权制度正是这个系统的有机组成部分：被追诉者有效的律师帮助权既是对被追诉者诉权的延伸，又是对追诉者诉权的监督；沉默权则是被追诉者诉权处分权的应有之义。同时，“隔靴搔痒”与“诸侯粉饰”的改革游戏都是“自欺欺人”般的“画饼充饥”。惟有政治体制变革之下的司法制度的“大刀阔斧”乃至“脱胎换骨”，方能带来侦查权、检察权、审判权和诉讼制度的“万紫千红”、“焕然一新”。然而，我们也不能坐等辩诉交易中国化的“水到渠成”，近代意义上的法治在西方世界已经实践了三百余载，而在我国严格来说不过改革开放后的二十几年时间。因此，在中国如何推进和完善法治，需要全体人民不断地思考和不停地探索。从这个意义上讲，无论辩诉交易中国化“第一案”的实践探求，抑或围绕着它所展开的理论之争，都是这种思考和探索的一部分。而依世界经济全球化法治一体化的态势与背景以及中国人民对法治的渴求与希冀，面对在我们这个有着五千年文明、二千年封建历史的古老国度实现法治的紧迫性和复杂性，我们有理由要求：这种思考该当更开放、更深入，这类探索当需更谨慎、更稳妥！

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