

# 辩诉交易中的检察权基础

金涛,李益明

(杭州市江干区人民检察院,浙江杭州 310020)

**摘要:**辩诉交易制度在美国经历了百余年的发展,形成了一整套行之有效的司法制度体系。该文认为,辩诉交易在美国绝非是检察官和辩护律师之间的讨价还价,但检察官和辩护律师之间的交易是辩诉交易的核心环节,而此时检察官手中的权力对辩诉交易的形成和发展则有着决定性的影响。

**关键词:** 辩诉交易;不起诉权;量刑建议权

**中图分类号:** D925.2   **文献标识码:** A   **文章编号:** 1671-2404(2008)29-0039-07

辩诉交易(Plea Bargaining)制度发源于美国,是指在刑事诉讼过程中作为控方的检察官和代表被告人的辩护律师进行协商,以检察官撤销指控、降格指控或要求法官从轻判处刑罚为条件,换取被告人的有罪答辩(plea of Guilty)。辩诉交易是一项备受争议的制度,虽然其从萌芽到发展在美国已经有百多年历史,但直到1970年,美国联邦最高法院才正式确认了辩诉交易的合法性。美国1974年修订施行的《联邦刑事诉讼规则》明确地将辩诉交易作为一项诉讼制度确立下来。目前,联邦和各州90%的案件是以辩诉交易结案的。由于辩诉交易的高效性和有效性,世界各国都纷纷对其进行考查、学习乃至仿效。目前中国尚于工业化进程中,社会结构变化剧烈,各种矛盾突显,随之而来的就是犯罪数量的多增。而目前中国的刑事司法体制却存在着效率不高的弊病,因此近年来主张引入辩诉交易制度的呼声不断,但一项法律制度的移植却并不是一件朝夕可就的事情,辩诉交易在美国经过了百余年的发展,已形成一个从侦查到矫正的完整制度体系,而其中当属检察官和律师之间就定罪与量刑的协商过程最为关键。辩诉交易是一项与检察权联系极为紧密的刑事司法制度,从某种程度上讲检察机关的自由裁量权就是这一制度的灵魂。正因如此,辩诉交易制度首先在赋予检察官较大自由裁量权的英美法系国家

得以产生和发展,而严格奉行起诉法定主义的大陆法系国家一般并不承认检察官拥有辩诉交易权。近年来,基于司法实践的需要,一些大陆法系国家诸如德国、意大利也吸收了辩诉交易制度,赋予检察官一定的辩诉交易权,与之相适应地德、意等国的检察权也在原来的基础上作了相应的扩大。下面来分析一下有关国家辩诉交易制度中的检察权基础。

## 1 美国辩诉交易中的检察权基础

美国是采取起诉便宜主义的国家,其检察职能以个人负责制为基础,而且检察官在行使其主要职能——起诉职能的过程中享有极大自由裁量权,这种权力的集中表现形式就是“辩诉交易”。可以毫不夸张地说美国辩诉交易制度的基础就是检察官广泛的自由裁量权,正是由于嫌疑人知道其自愿的、明知的、理智的有罪答辩可以换来可观的量刑妥协<sup>①</sup>,进而对辩诉交易持积极参与的态度,从而使辩诉交易制度体现出旺盛的生命力。具体而言,美国的检察官在辩诉交易中享有以下自由裁量权:

### 1.1 不起诉权和指控选择权

不起诉权是指检察机关或检察官对案件进行审查后,认为不具备起诉条件或者不适宜提起公诉时,享有做出不将案件移送法院进行审判而终止诉讼的权力。美国的检察官享有几乎不受约束的不起诉裁量权,其中最主要的体现就是检察官的不起诉权和指控选择权。

收稿日期:2008-06-26

作者简介:金涛(1982-),助理检察员,主要从事刑事法学等方面的研究。E-mail:jintao0325@hotmail.com

<sup>①</sup>此处的量刑妥协是就广义上而言的,既包括量刑上的妥协,也包括定罪上的妥协,相对应的即是辩诉交易中的量刑交易和指控交易。但从终级目标而言,无论是量刑交易还是指控交易,二者都指向量刑的妥协。

### 1.1.1 不起诉权

美国的起诉制度主要有两种形式：②大陪审团审查模式。检察官将案件提交大陪审团，由其决定是否起诉，如决定起诉，则以大陪审团的名义向法院提交检察官起草的大陪审团起诉书；③检察官起诉模式。检察官将案件直接提交法院，由预审法官举行预审听证会，审查案件和证据，决定是否起诉，如起诉，则检察官向法院提交检察官起诉书。相应地，不起诉也可以分为两种形式：在大陪审团审查模式下，先由检察官向大陪审团提交一份罪行控诉状（公诉书草案），经大陪审团调查取证，如果大陪审团认为证据不足以支持公诉，则做出不起诉决定，撤销诉讼；在检察官起诉模式下经检察官审查后，认为被指控人不构成犯罪，或者认为采取其他处理方案更为合适时，可以决定不予起诉，撤销诉讼。④

虽然在这两种模式中分别有大陪审团和预审法官对检察官的起诉裁量权进行限制，但这仅是针对检察官的起诉裁量权，对不起诉权的限制则几乎是空白的。首先，大陪审团和预审程序的启动权在检察官手中，若检察官决定不启动上述程序而直接将案件终结于侦查阶段，则大陪审团和预审法官都将无所作为。其次，预审程序或大陪审团审查的证据范围的决定权在检察官手中。特别是在大陪审团审查中，其调查是秘密进行的，大陪审团讨论案件除检察官和证人外，他人不得入内，同样值得注意的一点

是大陪审团成员都不是法律执业者，其仅听取检察官一方的证据，在说服大陪审团是否应当起诉被告人一事上，检察官起着举足轻重的作用，因此在实践中大陪审团反对检察官起诉意见的情况极为罕见。由此可见，美国的检察官在对案件是否指控、如何指控及提出何种指控上享有广泛的决定性的自由裁量权。

### 1.1.2 指控选择权 ⑤

在起诉便宜主义的框架下，美国检察官享有广泛的不起诉裁量权。在此基础上又派生出美国检察官们的指控选择权。他们可以对同一被告人的犯罪行为决定是否提起重罪起诉；可以对犯有多项罪行、触犯多项罪名的被告人决定以一罪还是数罪起诉；并且由于美国法律的繁杂，被告人的同一犯罪行为可能被不同的法律规定为不同的罪名，此时检察官还有权选择对被告人提出何种罪名的指控。⑥

美国检察官所享有的上述两种检察权使其在对被告方的辩诉交易中享有极大的裁量权和让步空间，使其做出有效的让步和妥协成为可能，并促成了辩诉交易之一的指控交易的形成。美国的指控交易可以分为两种类型：减轻指控交易和撤消指控交易。在减轻指控交易中，检察官基于指控选择权，可以与被告方达成协议，若其作有罪答辩，则控方将放弃对其重罪行为的指控而改作轻罪指控，如检察官已掌

② 辩诉交易制度自其诞生的第一天起就面临着反对者的口诛笔伐，反对者们担心这一以牺牲部分公正来换取效率的司法制度会导致正义的土崩瓦解。但是辩诉交易制度的高效性却是任何刑事司法活动参与者都无法抵挡的诱惑，有资料显示1990年的纽约有300名法官、500名检察官和1000名律师，该年因犯重罪被逮捕的人118000人次，轻罪达158000人次，重罪案件中有64000人在侦查阶段就以交易解决了，占54.24%；有54000人按重罪起诉到法院，占45.76%。在起诉到法院的54000人中，45000人是按辩诉交易解决的，占83.33%；5000人因证据不足而撤销案件，占9.26%；仅4000人按正式程序开庭审判，占7.41%。辩诉交易的有效性具体而言就是定罪的有效性的终局性，除了少数的例外情况，一般而言通过辩诉交易程序解决的案件既不能上诉也不能申诉，辩诉交易的这种特性对控方而言尤其是具有诱惑力的。

③ 最高人民法院历年来的工作报告显示中国检察机关处理的犯罪数量每年都以较大的幅度在增长，以2004年为例，该年度内全国检察机关批准逮捕的人数有811102人，提起公诉的有867186人，分别比上年增长8.3%和9.3%；2005年这一比例又比上年增长6.1%和9.6%；2006年这一数字又分别比上年增长3.63%和5.09%；根据2008年3月10日贾春旺检察长在第十一届全国人民代表大会第一次会议上所做的工作报告显示，2003年至2007年，共批准逮捕各类刑事犯罪嫌疑人4232616人，提起公诉4692655人，比前五年分别上升20.5%和32.8%。

④ 根据美国法律规定，检察官在审查决定是否起诉时，应当考虑以下内容：（1）是否有充分法律根据；（2）考虑案件处理的效率，是否存在辩诉交易、不起诉、撤诉等可能性；（3）是否有利于被告人进行改造；（4）有无充分理由交付审判。参见《美国检察官研究》，[美]琼·雅各比著，周叶谦等译，中国检察出版社1990年版，第249-253页。

⑤ 在检察权理论上并没有对指控选择权作为一种独立权力进行分类，笔者在此并无突破传统理论以标新立异之意，提出这一说法仅是为了行为之便。事实上指控选择权在其权能属性上完全依赖于不起诉权，检察官对指控进行选择的权利仅是起诉权在辩诉交易中的具体表现形式。

⑥ 对于该项权利，美国的上诉法院一贯认为，如果一行为触犯两个以上的刑法条文，检察官可以根据其中的一条起诉，只要不构成对被告人或者某一阶层社会成员的歧视，且不会导致不公正的审判，则是否起诉，起诉何罪以及是否交由大陪审团提起大陪审团起诉书属于检察官自由裁量的范围。并且在某些州的辩诉交易中甚至允许检察官的指控可以与被告人犯罪毫不相干。

握了被告人贩卖毒品的证据,若被告人就非法持有毒品罪作有罪答辩,则检察官就放弃对其贩卖毒品的指控。在撤消指控交易中,检察官基于不起诉权和指控选择权,可以对被告人的犯罪行为不进行彻底的控诉,仅对其主要犯罪行为进行指控。如非法使用信用卡的个人可以同时被控故意伪造及持有偷窃的信用卡的罪行,被告可以承认犯非法使用信用卡罪以换取对伪造行为的指控。

## 1.2 量刑建议权

量刑建议权是美国检察官所拥有的与被告方进行辩诉交易的又一重要法码,是检察机关求刑权的重要组成部分。在美国,法庭确定被告人有罪后,检察官可以就被告人的量刑提出建议,供法官在量刑时参考。在20世纪60年代末休斯敦曾经有场关于辩诉交易的讨论,其核心问题就是关于检察官的量刑建议权,认为量刑建议对法院的审判权力不具有当然的约束力。在理论上这种结论是完全站得住脚的。在三权分立的制度架构下,司法权完全独立,而法官作为行使司法权的主体其量刑权当然也不受除法律之外的干涉。

但理论的合理性并不意味着实践的遵行,其时辩诉交易在美国的司法实践中已广为流行。任何被告人的认罪无非是希望检察官的量刑建议能得到法官的认同以获得量刑上的宽大,如果检察官的建议总得不到法官的支持那么量刑交易也就很难发展起来。就法官而言量刑交易也并非一无是处,其最大的得益就是提高了案件的处理效率,减少了积案,节约了司法资源。而且不可忽视的一点就是在辩诉交易已成主流的时代,法官坚持履行其审判职责过多地否决检察官的量刑建议,一方面有可能会恶化与检察官的关系,另一方面也会招致辩护律师和被告人的厌恶,这在无形之中或多或少也会对法官产生一定的心理强制从而使其接受量刑建议。事实上,在量刑交易中控、辩、审、被各方均能各取所需,都是交易的受益者。因此,检察官大部分的量刑建议还是得到了法官的尊重,检察官裁量权扩大,法官的审判权则退让<sup>⑦</sup>,促进了辩诉交易的发展。不过值得回味的是,检察官和辩护人达成的辩诉交易及检察官的量刑建议最终还必须通过法院的审查,总有那

么一部分量刑建议未被法官采纳,这暗示着量刑权最终并未脱离法官的掌控,反而成为一把达摩克利斯之剑,时时警醒着检察官慎用手中心权力。

除此之外,还需要强调的是在研究辩诉交易过程中容易忽视但却十分重要的一点,即美国深入人心的私法观念。崇尚交易的美国人将私法自治的精神甚至贯彻到了作为公法典型的刑事法领域。作为控辩双方,检察官和辩护律师充分运用各自手中的权力(利)以求在刑事领域达成协议,而中立的法官从整体上是尊重控辩双方的博弈结果的,一般并不干涉检察官对控方权力的处理,仅对辩诉协议的自愿性进行审查。检察官广泛地几乎不受限制的起诉权促成了指控交易的形成和发展,而其量刑建议权则促成了量刑交易的繁荣,而法官对检察官自由裁量权的尊重最终成就了辩诉交易的繁荣。

## 2 意、德等国辩诉交易中的检察权基础

意、德等国系传统的大陆法系国家,19世纪以前均采取起诉法定主义,检察官只要有足够的证据,具备起诉条件的就必须起诉。演化至近代,在起诉法定主义的基础上,兼采起诉便宜主义。但即使有此变化,检察官享有的自由裁量权仍较小,且各国法律都不承认检察官拥有辩诉交易权。近年来,基于积案压力等诸多因素,意、德等国也相继吸收了辩诉交易制度,适当扩大了检察官的自由裁量权,并赋予检察官进行辩诉交易的权力。但大陆法系各国的辩诉交易与美国的辩诉交易相比却是存在较大差异的。

### 2.1 意大利辩诉交易中的检察权基础

意大利的新《刑事诉讼法典》于1988年9月22日颁行,该法典将刑事诉讼程序分成普通程序和特别程序。特别程序又规定了五种程序:简易审判程序、依当事人的要求适用刑罚程序、快速审判程序、立即审判程序和处罚令程序。一般认为依当事人的要求适用刑罚程序就是意大利式的辩诉交易程序,其基本构架是在第一审法庭开庭审理之前,未提出适用简易审判程序申请的被告人和检察官可以要求法官按照双方协议的刑罚种类和标准适用替代或者

<sup>⑦</sup> 休斯顿到1972年,随机抽样调查的数据表明,在休斯敦大约80%的案件中,法官完全接受了量刑建议,在其他两成案件中,法官的量刑重于量刑建议,所谓重,具体而言是指所判处的缓刑刑期长于检察官的建议。

减轻财产刑、监禁刑,法官即以判决的形式确认双方协议。在这里检察官用其所拥有的量刑建议权在影响法官的判决从而与被告人达成协议。但在这种程序中检察官并不就是否起诉及选择何种罪名起诉享有控制权。也就是说,在意大利的辩诉交易中,只存在量刑交易而不存在指控交易。

这里需要予以强调的是,意大利的简易审判程序中也存在着辩诉交易的影子。意大利的简易审判程序指对除可能判处无期徒刑案件外的所有刑事案件,被告人为获取刑罚的减轻,在征得检察官同意后可以向法院提出适用简易审判程序的申请,法官接受申请后仅根据侦查案卷就可以对案件作出迅速的判决。由此可见,适用这一程序的结果是被告人获得刑罚的减轻,必要条件是获得检察官的同意,而其中还隐含着两个前提条件,即被告人的认罪。以认罪为前提,以检察官同意为要件,以减轻刑罚为条件,双方均做出一定的让步以换取各自所追求的利益,这种简易审判程序和辩诉交易也颇为神似,不妨将其看作是大陆法系国家辩诉交易的雏形。

意大利的辩诉交易体现了在谨慎的制度制约下扩大检察官的自由裁量权发展趋势。首先,意大利《刑事诉讼法典》虽然对辩诉交易的适用范围做出了明确的限定。根据法律的规定,检察官对可能对被告人判处罚金及所受刑罚最高不超过2年监禁的案件可以适用辩诉交易。权力虽小,但毕竟给检察官的选择适用提供了裁量的空间。其次,虽然意大利并没有允许指控交易进入选择的范围,但小心地开启了量刑交易的大门。<sup>⑧</sup>从而在轻刑案件中,检察官可以用量刑建议权来换取被告人的认罪,虽然权力有限但也足以对被告人构成吸引。根据统计,从1990年至1993年,意大利一审法院中辩诉交易案件所占比例均在7%以上。

## 2.2 德国辩诉交易中的检察权基础

德国的辩诉交易制度也是在质疑声中产生与发展的,并最终形成了有其特色的辩诉交易制度。最

初在20世纪70年代时仅适用于轻微犯罪的诉讼程序,至20世纪80年代则有20%—40%的刑事诉讼是以协商的方式结案的,其适用范围也不断扩大。德国的诉讼协商不仅可以适用于轻罪案件,也可以适用于暴力犯罪和故意杀人等重罪案件,同时该程序还贯穿于刑事诉讼的始终,其启动主体既可以是检察官也可以是法官<sup>⑨</sup>。如此,较之于意大利的同行,德国的检察官则幸运许多,他们手中可支配的权力非常之丰富,在辩诉交易中德国的检察官享有暂缓起诉权、不起诉权、指控选择权、量刑建议权等广泛的自由裁量权。

检察官参与的辩诉交易在德国可以分为三类:一种是暂缓起诉程序,二是刑事处罚令程序,第三种则是类似于美国的辩诉交易制度。暂缓起诉程序适用于轻罪案件中,如果公众对追究刑事责任不存在兴趣就可考虑适用该程序,并对被告人规定特定的义务或指示<sup>⑩</sup>,并根据其完成情况决定最终撤销诉讼程序,后来该制度又扩大适用到审判开始之后<sup>⑪</sup>。这种暂缓起诉权究其实质就是不起诉权,只不过是一种附加了条件的不起诉权,检察官在是否符合附加条件及之后是否提起公诉的衡量上有绝对的权威。刑事处罚令程序是德国刑事诉讼法中对轻罪案件的另一种处理方式。这种程序是在检察官和辩诉人之间进行的。程序的启动权在检察官手中,如果被告人接受检察官的建议作有罪答辩,检察官便向法院申请发布刑事命令,法官经审查同意后签署该命令。由于该程序仅适用于对被告人的指控有充分理由的案件中,并且处罚内容仅限于判处罚金、监禁的缓刑、一年以下监禁或者禁止驾驶,因此在这种程序中检察官所享有的权力也仅仅是量刑建议权,并且这种量刑建议权被限制在了法定的范围内。德国检察官所享有的广泛的裁量权主要表现在第三种形式的辩诉交易中,根据德国《刑事诉讼法》第147条的规定,以被告人承认检察官对起诉的指控为条件,

⑧ 之所以说是小心地开启是因为意大利《刑事诉讼法典》对辩诉交易中的最高减刑幅度做了规定:为法定刑的三分之一,并且即使检察官不同意,被告人还可以越过检察官直接向法官请求适用刑罚。

⑨ 德国法官在审判过程中可以直接和辩护人进行辩诉交易。

⑩ 德国《刑事诉讼法》第153条a第1款规定,检察院可以经负责开始审理程序的法院和被指控人同意,要求被指控人作出一定的给付、弥补行为造成的损失、向某公益设施或者国库交付一笔款额、作出其他公益给付或者承担一定数额的赡养义务、或行为人根据道路交通安全法的规定参加一期劳动班的前提下,对犯轻罪的被指控人暂时不予起诉。

⑪ 德国《刑事诉讼法》第153条a第2款规定,即使已经开始审判,经检察院、被告人同意,法院仍可以在审判终结前停止诉讼程序,依第153条a第1款的条件对被告人处以暂缓起诉。

检察官可以和辩护方就起诉被告人众多犯罪中的某个或某些罪行,同时放弃对其他行为的追诉或者向法官提出较轻的量刑建议。在这种程序中检察官就享有不起诉权、指控选择权、量刑建议权等裁量权。

通过上述分析可以看出,和美国相比,传统的大陆法系国家在辩诉交易的引入上采取了较为谨慎的态度,对检察官的自由裁量权都进行了较为严格的限制。比如日本虽然存在某种程度上的交易,但并没有给检察官以自由的交易选择权,而德、意的刑事诉讼法中对辩诉交易的适用范围做了明确规定。同时大陆法系国家引进辩诉交易时也对其进行了符合自己国情的改造,表现出了本国的特色,最引人注目的就是他们对法官干预辩诉交易采取了积极的态度,甚至法官可以主动提出与被告人进行辩诉交易,这和美国的态度是很不相同的。同时在对检察官所达成的辩诉交易的审查上,大陆法系国家并不像美国只就被告人的自愿、明知及理性进行确认,法官还对案件负有实体审查的义务。但总体而言,在经历了多年的争执后,辩诉交易以其顽强的生命力不断地发展,并且得到了其所在国家的官方承认,辩诉交易中的检察权的扩大已然成为一种趋势。

### 3 中国引入辩诉交易的检察权基础

中国进行司法改革,应该说是从上个世纪九十年代开始的。随着改革开放的深入中国经济社会都得到了发展,各种社会矛盾也爆发出来,反应在司法上就是各类刑事案件的爆发。但中国目前的司法体制并不能适应这种情况,案多人少、办案效率不高。于是解决这一困境的各种方法逐渐成了各界研究的重点,其中尤以辩诉交易最受关注。辩诉交易最终进入大众视野成为整个社会关注的重点源于黑龙江省牡丹江市铁路运输法院审理的孟光虎故意伤害(重伤)案。在这个案件中,由于证据上的缺陷,检察机关和辩护律师达成了协议:被告人孟光虎认罪并对被害人作赔付,检察机关以故意伤害(轻伤)向法院起诉。这一案件激起了巨大的波澜,最主要的问题在于当地检察机关擅自扩展了检察权,与现行

法律发生冲突。如前文所分析,大凡辩诉交易活跃的国家,其检察官必然在一定范围内对是否起诉、怎么起诉有最终的决定权。那么如果要引入辩诉交易制度,中国是否具备相应的检察权基础呢?

#### 3.1 中国检察机关的不起诉权和指控选择权

中国现行《刑事诉讼法》赋予检察机关<sup>⑫</sup>的不起诉权有三种:绝对不起诉、相对不起诉和存疑不起诉。绝对不起诉是指犯罪嫌疑人的行为不构成犯罪或依法不应追究刑事责任的。第二种就是相对不起诉,在这种不起诉中检察机关对于犯罪情节轻微,依法不需要判刑或免除刑罚的嫌疑人可以做出不起诉决定,这种不起诉的前提是嫌疑人的行为已经构成犯罪。第三种不起诉是存疑不起诉,指据以定罪的证据不足,经补充侦查仍然认为证据不足的,应当做出不起诉决定。

这三种不起诉权中存疑不起诉是绝对确定的,在符合法定条件的情况下必须做出不起诉决定。这里需要研究的是绝对不起诉。《刑事诉讼法》第十五条规定了六种绝对不起诉的情况:1. 情节显著轻微、危害不大,不认为是犯罪的;2. 犯罪已过追诉时效期限的;3. 经特赦令免除刑罚的;4. 依照刑法告诉才处理的犯罪,没有告诉或者撤回告诉的;5. 犯罪嫌疑人、被告人死亡的;6. 其他法律规定免于追究刑事责任的<sup>⑬</sup>。其中在第2-5种情况下检察机关并无进行主观判断并选择适用的余地,而第1种情况则存在着想象的空间。在第1种情况下,中国法律对什么样的情节属于显著轻微,什么样行为其危害不大并没有明确的规定,即便求诸于刑法理论所能找到的答案也仅是“严重的社会危害性”这一语焉不详的词句。同样地,在判断行为人的行为情节及危害性时所参照的行为目的、行为手段、行为后果等指标也均与个人的主观判断相关。相对不起诉则是相对不确定的,因为法律对于什么是情节轻微并没有做出细节性的规定,因此什么样的行为属于情节轻微,什么样的行为不需要判处刑罚或可以免除刑罚在很大程度上取决于检察机关的主观判断,这就给了检察机关以决定起诉与否的裁量的空间。在绝对不起

<sup>⑫</sup> 检察官在中国事实上并不享有不起诉权,因为不起诉必须经过检委会讨论及检察长决定,因此检察官个人并没有权力对嫌疑人承诺做出不起诉资格。

<sup>⑬</sup> 该条第6项的规定结合《刑法》来解读可以发现其内容包括:意外事件、不可抗力、未达刑事责任年龄、精神病人犯罪、正当防卫、紧急避险、没有造成损害的中止犯等行为。

诉和相对不起诉的这种法律上的模糊性就现实地转化成了检察机关的不起诉裁量权。检察机关在司法实践中如果遇到了看似构成犯罪(前提是这种犯罪较轻),实则情有可缘的情况下,若要做出不起诉决定大凡会使用这种裁量的权力。

总结不起诉的相关情况可以发现,中国所实行的是辅之以起诉便宜主义的起诉法定主义,在符合法定条件的情况下检察机关只能就案件提起公诉而没有选择权。即使在享有不起诉权的范围内,检察机关也必须严格适用法律,而不能出于除适用法律以外的其他目的做出不起诉决定。因此,在中国为了换取证言或被告人的有罪供述而做出不起诉决定是被禁止的,但是对一些情节较轻、甚至其行为符合传统价值观念(比如父亲为教训经常有小偷小摸行为的儿子而将其打成轻伤)的犯罪上,却有着一定的不起诉决定权。

至于指控选择权,中国的刑事法律并没有赋予检察机关或检察官类似的权利,甚至没有相关概念。建国以来中国在刑事诉讼中一直追求的是还原事实的真相,而不是追求法律真实,因此在刑事诉讼中也一直秉承着以事实为依据、以法律为准绳的原则。并且检察机关是中国宪法规定的法律监督机关,其担负着监督法律被完整而正确实施的责任。因此,检察机关就负有全面追究犯罪的义务,只要是构成犯罪的就必须追诉,既不允许轻罪重诉,也不允许重罪轻诉,更不允许法外的有罪不诉。所以中国检察官并不享有选择指控的权力。

### 3.2 中国检察机关的量刑建议权

关于中国检察机关是否享有量刑建议权学界存在否定说与肯定说两种观点。否定说认为中国检察机关或检察官并不享有量刑建议权。其主要理由:(1)法律没有赋予检察机关量刑建议权;(2)检察机关行使量刑建议权会侵犯法院的审判权;(3)检察机关行使量刑建议权会与新的庭审方式冲突;(4)检察机关行使量刑建议权可能影响法院公正判决;(5)检察机关行使量刑建议权会损害司法机关的权威;(6)检察机关行使量刑建议权会造成司法资源的浪费。但仔细分析上述理由不难发现,除了第1条之外,其他第2-6条事实上只是在论证中国是否应当承认检察机关的量刑建议权,而不能作为量刑建议权是否存在的理由。事实上中国《刑事诉讼法》已经隐含了对检察机关量刑建议权的规定。其

第一百六十条规定:经审判长许可,公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人可以对证据和案件情况发表意见并且可以互相辩论。对案件情况发表意见既包括对案件事实、定性的意见,当然也包括对刑罚适用和量刑的意见。《人民检察院刑事诉讼规则》第二百八十一条进一步明确了这一规定,其第(四)项规定在制作起诉书时应当包括“起诉的根据和理由,包括被告人触犯的刑法条款、犯罪的性质、法定从轻、减轻或者从重处罚的条件,共同犯罪各被告人应负的罪责等。”这实际上就是检察官在法庭上对被告人量刑所作的建议。并且在司法实践中,检察官所做的量刑建议还是能够得到一般法官的重视,并且体现在最终的量刑之中。

但是,中国检察官所享有的量刑建议权却也是十分狭窄和虚弱的。这表现在中国《刑法》对于大部分量刑情节做了十分明确而且细致的规定,而对部分量刑情节又规定得过于粗线条,缺乏实际的操作可能性。比如,《刑法》中对自首、立功、犯罪预备、既遂、未遂、中止、从犯、胁从犯等量刑情节都做了细致的规定,如果被告人有符合法定条件的情节,检察官必须在起诉书中载明并向法院提出,而没有自由选择的权利,否则就有不正确适用法律之嫌。但对于这些法定情节的实际裁量法条的规定却又变得含糊不清,大部份仅仅冠之以“可以从轻或减轻处罚”的字眼,没有具体的裁量标准。这些情况的存在就使得形式上存在的量刑建议权在具体的操作过程中无法得到有效地实施以发挥其应有的作用。

除以上具体制度层面的问题外,中国的法学理论中也存在着辩诉交易的障碍。中国对被告人的口供采取的是“口供补强”规则,也就是说即使犯罪嫌疑人或被告人自愿认罪也必须要有其他证据予以补强。因此,纯粹的美国式辩诉交易在中国是缺乏理论支持和制度依据的。中国要构建辩诉交易制度必须结合本国的实际情况,对各国的辩诉交易制度进行批判性地借鉴和吸收方能建立起行之有效且为大众接受的刑事司法制度。

#### 参考文献

- [1] [3][8] 邓思清. 检察权研究[M]. 北京:北京大学出版社,2007. 320-323,309,340-341.
- [2] 樊崇义,吴宏耀,钟松志. 域外检察制度研究[C]. 北京:中国人民公安大学出版社,2008. 71.

- [4] 祁建建. 美国辩诉交易研究[M]. 北京: 北京大学出版社, 2007. 88-89.
- [5] 韩晓峰. 简析美国的辩诉交易制度[N]. 检察日报, 1999-06-22.
- [6] 王国枢, 项振华. 中外刑事诉讼简易程序及比较[J]. 中国法学, 1999, (3).
- [7] 马贵翔. 刑事简易程序概念的展开[M]. 北京: 中国检察出版社, 2006. 146.

## Basis of Procuratorial Power over Plea Bargaining

Jin Tao, Li Yiming

(*Jianggan District People's Procuratorate of Zhejiang Province, Hangzhou 310020, China*)

**Abstract:** The plea bargaining system, initiated from the United States, has been attached more and more importance to in recent years by domestic scholars due to its perceived convenience and effectiveness. Many advocates assert that such system should be introduced into China to alleviate the mounting pressure during the law enforcement process. However, Rome is not built in one day, and transplant of law by no means is an easy work. Plea bargaining system, which has evolved for more than a hundred years in the United States as a set of effective legal system, can not be perceived as easy as market bargaining between prosecutors and defendant attorneys. Nevertheless, the deal between prosecutors and defendant attorneys is still the key link of plea bargaining and the power of prosecutors is the decisive factor which influence the formation and development of plea bargaining.

**Key words:** plea bargaining; conditional non-prosecution; power to advising criminal penalty measurement