

麦读 MyRead

庭审之外的 辩诉交易

STEPHANOS BIBAS

〔美〕斯蒂芬诺斯·毕贝斯 著

杨先德 廖钰 译

PLEA
BARGAINING
OUTSIDE
THE SHADOW
OF TRIAL

非
外
借

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

◎ 次文化語言

追車之外的 附帶反應

Lawrence S. Cunningham

香港大學社會科學院社會學系
社會學系 教授

Lawrence S. Cunningham
1947年10月
1968年獲美國
社會學系博士
1970年獲美國
社會學系博士

次文化語言

庭审之外的 辩诉交易

S T E P H A N O S B I B A S

PLEA

BARGAINING

OUTSIDE

THE SHADOW

OF TRIAL

[美] 斯蒂芬诺斯·毕贝斯 著

杨先德 廖钰 译

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

庭审之外的辩诉交易/ (美) 斯蒂芬诺斯·毕贝斯
(Stephanos Bibas) 著; 杨先德, 廖钰译. —北京:
中国法制出版社, 2018. 2

书名原文: Plea Bargaining outside the Shadow of Trial
ISBN 978-7-5093-9254-6

I. ①庭… II. ①斯…②杨…③廖… III. ①辩护制
度-研究-美国②诉讼-制度-研究-美国 IV. ①D971.25

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 031965 号

版权登记号: 图字 01-2018-0266

Plea Bargaining outside the Shadow of Trial

Copyright © 2004 by Stephanos Bibas

本书中文简体版经过版权所有人授权北京麦读文化有限责任公司, 由中国法制出版社出版。

策划人 曾 健

责任编辑 靳晓婷

封面设计 宋 涛

庭审之外的辩诉交易

TINGSHEN ZHIWAI DE BIANSU JIAOYI

著者/ [美] 斯蒂芬诺斯·毕贝斯

译者/ 杨先德、廖钰

经销/ 新华书店

印刷/ 三河市紫恒印装有限公司

开本/ 880 毫米 × 1230 毫米 32 开

版次/ 2018 年 3 月第 1 版

印张/ 9 字数/ 228 千
2018 年 3 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-9254-6

定价: 39.00 元

北京西单横二条 2 号

值班电话: 010-66026508

邮政编码: 100031

传真: 010-66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 010-66034242

市场营销部电话: 010-66033393

邮购部电话: 010-66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

/ 作者简介

斯蒂芬诺斯·毕贝斯 (Stephanos Bibas)，美国联邦第三巡回上诉法院法官 (2017 年 6 月特朗普总统提名，同年 11 月参议院批准任命)。先后毕业于哥伦比亚大学、牛津大学和耶鲁大学。曾任美国最高法院肯尼迪大法官助理，纽约南区联邦检察官办公室检察官，宾夕法尼亚大学法学院教授，讲授刑法、刑事诉讼法等。著有《刑事司法机器》(*The Machinery of Criminal Justice*) 等著作，在《哈佛法律评论》等期刊上发表多篇文章，是美国国内著名的刑事法学者。本译著是其 2004 年发表在《哈佛法律评论》的长篇论文，作者长期研究美国辩诉交易理论和实践，是辩诉交易改良主义者。

/ 译者简介

杨先德，安徽金寨人，毕业于中国政法大学中欧法学院，获得宪法学 - 行政法学 / 欧洲法 - 国际法双硕士学位。现就职于北京市人民检察院职务犯罪检察部。曾在《政法论坛》《法学家茶座》《检察日报》等刊物上发表文章十余篇，出版译著《跨国视角下的检察官》(法律出版社 2016 年 6 月版)。

廖 钰，广东人，中国人民大学民商法学博士，最高人民法院应用法学研究所博士后 (在站)。现为北京市海淀区人民法院法官、研究室负责人。在《法律适用》等刊物上发表文章数篇，参与合著四本，曾两次获得“全国法院系统学术讨论会”论文一等奖。

推荐语

辩诉交易是基于英美法对抗制土壤生长出来的案件处理方式，相对于成本高昂的正式审判程序，辩诉交易提供了便宜的诉讼工具。律师与检察官针对手头的个案，用法庭下的交易替代法庭上的审判，伴随着辩论与说服的过程，既是博弈，又是互利，同时带有几分不为外人所知的隐秘色彩。《庭审之外的辩诉交易》从扪心自问的角度，为我们展开了影响甚至决定这场“交易”的各种因素，提供了一条审视、借鉴的路径。

据我所知，译者之一廖钰女士原来在学校学的是民商法，到海淀法院以后也长期从事民商事审判，这使她对于民商事活动中的“交易”有着比一般刑事法官更深刻的理解，因而她的翻译虽然是“跨界”了，但进入的门槛似乎并不陌生，甚至是游刃有余地为海淀法院速裁程序试点工作中的“量刑协商”提供了不少有益的借鉴。应当说，此书中对于美国“辩诉交易”制度反思时所关注的问题，也是我们在研究本土化的“量刑协商”中需要引以为鉴的内容，让“协商”给认罪认罚从宽注入有益的因子，同时也要让风险管控的制度设计避免有悖于公平正义的灰色“交易”。只有在深入分析新制度对司法实践可能造成的各种影响以后，我们才能更好地开始新时代大背景下的刑事司法制度的改革。这里每一步的探究，都凝聚着基层司法部门对理论的渴望、对改革的

呼声、对公正的坚守。一部译作，代表了一种理论的高度；几点问题，反映了几许实践的深度。这部书实现了理论与实践的对话，发人深省，值得一读，让我们期待回应！

——樊崇义（中国政法大学）

一般认为，被告人及其辩护人出于对庭审结果的预测，因为趋利避害而选择和控方进行协商、交易，本书在此基础上大大丰富了辩诉交易的运作机理，有助于读者全面了解美国最新的刑事法发展动向，开展相关比较研究；也有助于我国推进认罪认罚从宽改革时借鉴国外相关制度的合理因素，使我国司法改革能够用世界眼光思考中国问题。

——周光权（清华大学）

制度由历史铸就，也是理论推演和实用主义的产物。但是，历史不断演进，理论不会恒久，变化决定需求，“完美”的诉讼制度永远只是未来时。辩诉交易制度历经争议，逐步成型，但也受制于量刑指南、证据开示、诉辩成本、诉讼心理等主客观因素。本书回应时代之变，采用多学科、多视角方法，探讨了完善辩诉交易制度的路径，对于我们深化以审判为中心的刑事诉讼制度改革亦有重要参考价值。

——何帆（最高人民法院）

序 言

欣闻美国著名刑事法学者毕贝斯教授的《庭审之外的辩诉交易》一书的中文版即将面世，该书的译者廖钰博士请我为该书写一篇序言，我很高兴地答应了。

这部著作运用社会科学的基本方法，对影响美国辩诉交易公正性的因素做出了独到而深入的分析，提出了改进辩诉交易的若干思路。作者对传统的“庭审结果预期”理论作出了全面的反思。根据传统的观点，控辩双方在庭审结果预期的影响下，会通过谈判达成和解。在这一理想模型之下，理性的双方预测判决结果，共同节约庭审给双方带来的成本，达成双赢的交易。传统的庭审阴影模型预言，庭审的定罪可能性以及可能的审后量刑，在很大程度上决定了辩诉交易的结果。

然而，本书作者认为，庭审阴影模型还是过于简单化了。这一理论忽略了结构性扭曲因素对于交易结果的影响，例如代理成本、代理人的能力、赔偿数额、工作量、双方所占有的资源、量刑以及保释规则甚至信息匮乏等因素。此外，心理偏差、启发式判断也会扭曲交易的内容，比如过于自信、心理否认机制、风险

偏好、损失规避、框架效应和锚定效应等都将影响交易决定。有经验的律师有时能克服上述问题，有时也会适得其反。因此，这种过于简单化的“庭审阴影下”的辩诉交易模型应该通过结构化—心理学视角进行修正补充。在这一新的视角下，不确定性、金钱、自利的特性等都将极大影响辩诉交易的结果。

作者认为，关于辩诉交易的大多数著作都是在量刑指南和法定刑制度改革之前出现的，但随着法定刑期和量刑指南制度的扩张，受到结构性因素影响的交易在过去二十多年不断增长。因此，在辩诉交易研究领域迫切需要一个全新的视角。作者在总结辩诉交易制约因素过程中，并没有简单地否定庭审阴影模型，而是对其作出了改进和修正，使之更加符合辩诉交易的现实。沿着这一思路，作者认为，辩诉交易的制度和实践也需要进行更多的改革，才能使之与修正后的庭审阴影模型更为一致，并消除辩诉交易实践中的不公现象。

《庭审之外的辩诉交易》一书除了对辩诉交易的影响因素作出了全新分析以外，还提出了一些规范性的改革建议。作者试图尽可能提供可行性解决方案，使辩诉交易既能产生让双方满意的结果，又不至于过于偏离庭审结果。例如，梯度平缓的量刑指南、完善的证据开示规则都可以降低交易时的不确定性，而不是制造更多障碍等。经常从事指定代理的公设辩护人在交易时的表现可能比法庭临时指定的私人律师更好。此外，如果检察官和辩护人的报酬，至少一定程度上与他们付出的时间和努力挂钩，他们也能表现得更好。第三部分的第二小部分同时介绍了一些目前

流行的辩诉交易改革措施，比如大幅度的固定量刑折扣，是如何加剧辩诉交易与庭审预期结果之间的鸿沟的。该书在结论部分认为，由于风险和参与者角色的不同，用民事和解模型去对比辩诉交易有一定的局限性。

毫无疑问，这部关于辩诉交易研究的著作，无论是在研究方法还是在思想深度上，都是不可忽视的，取得了令人瞩目的学术进展。该书中文版的出版，有助于中国读者开阔视野，了解美国最前沿的刑事法理论，尤其是了解美国刑事法的研究方法。该书对于庭审阴影模型理论并没有予以抛弃，而是从基本的辩诉交易经验事实出发，对该理论做出了修正和发展，使之具有更加令人信服的解释力。这种对社会科学方法的熟练运用，对于习惯于动辄提出价值判断、动辄强调移植西方制度、动辄进行制度建构的中国部门法学者而言，无疑是具有极大启发意义的。

当前，我国正在进行司法制度的全面改革。在推进以审判为中心的诉讼制度改革过程中，如何贯彻“认罪认罚从宽”的刑事政策，尤其是在轻微刑事案件中全面推行刑事速裁程序的试点和推广，将是一项极为重要的刑事司法改革措施。而要确保越来越多的案件获得快速审理，确保控辩双方在被告人自愿认罪的前提下进行平等的协商，使得认罪的被告人获得适度的宽大量刑处罚，是这项改革的画龙点睛之笔。在控辩协商的构建方面，如何吸收和引入美国辩诉交易的合理因素，也是不可回避的改革课题。

可以说，对于正在推进刑事司法改革的中国决策者来说，该

书的出版打开了一扇了解美国辩诉交易制度最新发展的窗户；对于正在探索“认罪认罚从宽”制度改革的司法实务界而言，该书的面世将具有极大的参考价值；而对于正在总结改革经验、推进法学理论研究的法学研究者而言，该书也提供了一次了解美国刑事法研究最新理论成果的机会。

翻译西方优秀法学著作是一件功德无量的事业，却也是一件“为他人作嫁衣”的苦差事。本书的两位译者杨先德先生和廖钰女士，都受过系统的法学研究训练，具有良好的中文和英文书面表达能力。他们以高度负责的态度，精益求精的精神，一丝不苟的作风，准确而流畅地完成了翻译工作。不仅如此，他们还将美国联邦最高法院在辩诉交易领域的五个经典判例也翻译出来，作为附录，一并放在这部著作的最后，从而为中国读者提供了宝贵的资料。

祝愿这部著作的出版，能够给中国读者带来阅读上的愉悦，并带来新的启发。

是为序。

陈瑞华

2018年3月于北京大学

译者序

诉讼参与者视角下的辩诉交易

引论：作为美国刑事司法常态的辩诉交易

不知道从何时起，英美律政剧成了中国法律人的流行文化大餐。如果法学院毕业生不知道 Alicia（《傲骨贤妻》主角）、Alan Shore（《波士顿法律》主角），大概会被人笑话。《十二怒汉》《控方证人》《杀死一只知更鸟》这些经典法律题材影片，也是法学院老师经常推荐给学生了解英美法律文化的窗口。这些作品的共同特点是，核心舞台是法庭，法庭的核心是由十二个没有专业法律知识的普通人组成的陪审团。为了影响和说服陪审团，检察官和律师分庭抗礼、唇枪舌剑，语言表达艺术和情绪渲染效果被发挥到极致，庭审扣人心弦、跌宕起伏，极具戏剧性和可观赏性。这些影视作品之所以脍炙人口、备受欢迎，与英美法系刑事司法活动的对抗性特征不无关系。对抗制体系下，整个刑事诉讼

活动的“原型是一场竞赛或纠纷：诉辩双方在一位相对被动的裁决者面前展开竞争，而后者的主要任务是要做出一项判决”，控辩方主导着大部分的诉讼活动，这也被称为“纠纷解决式”诉讼程序。^{〔1〕}但是教科书和影视作品所呈现的英美刑事司法图景绝非司法实践的常态。相反，在美国，绝大部分案件未经过完整的陪审团审判就实现了定罪量刑。替代陪审团审判的最主要的案件处理方式是辩诉交易（plea bargaining）。比如，在美国联邦犯罪案件中，每年大约有 96% 的案件通过辩诉交易结案。^{〔2〕}

（一）什么是辩诉交易

根据《布莱克法律词典》（第 9 版）的定义，辩诉交易是指“检察官和刑事被告人之间协商达成的协议，协议中被告人对较轻的指控或多项指控中的一项做有罪答辩（guilty plea），换取检察官一定让步，这些让步通常包括更宽大的量刑或者对部分指控的撤销”。^{〔3〕}辩诉交易的本质是被告人以放弃各项宪法权利为代价，与控方就指控和量刑等事项达成协议，并经法官审查和认可后，在不

〔1〕〔美〕米尔伊安·R. 达玛什卡：《司法和国家权力的多种面孔——比较视野中的法律程序》，郑戈译，中国政法大学出版社 2015 年版，第 4 页。与对抗制相对应的是欧陆的职权主义刑事司法体系。在达玛什卡看来，职权主义体系下，刑事诉讼“结构基本上类似于一项官方调查”，大多数诉讼活动是由官员们推动的，这也称为“官方调查式”诉讼程序。

〔2〕据美国量刑委员会统计的数据，2005—2009 年，在联邦犯罪中，每年大约有 96% 的案件是通过辩诉交易的方式解决的。US Sentencing Commission, “Data and Statistic”, http://www.ussc.gov/Data_and_Statistics/index.cfm, 最后访问日期：2016 年 12 月 10 日。

〔3〕Black's Law Dictionary, 9th ed. West Group, 2009.

经历完整的庭审的情况下了结案件的一种刑事诉讼程序。在美国，通过辩诉交易程序处理案件，被告人至少要放弃以下宪法权利：不得强迫自证其罪的权利、陪审团审判权、对质和交叉询问权、强制取得对自己有利的证人权、作证权、上诉权等。

《美国检察官手册》中设置了三种类型的辩诉交易形式：“指控协议”（charging agreement），是指政府同意放弃部分指控或降格指控；“量刑协议”（sentencing agreement），指政府同意一定的量刑建议；以及“混合协议”（mixed agreement），指政府同意进行指控和量刑两种交易。^{〔1〕}美国《联邦刑事诉讼规则》对辩诉交易规则进行了更为细致的规定，即在答辩协议中，只要被告人对某一项指控或者某项较轻的或相关的指控做有罪答辩或不争辩答辩（plea of nolo contendere），控辩双方可以做如下约定：（1）检察官将不提起或者将撤销其他指控；（2）检察官将就适当的特定量刑或者量刑区间，或者量刑指南的某条规定、某项刑事政策或某项量刑因素不适用于本案向法院提出建议，或者检察官同意将不会就被告人的同类要求向法庭提出反对意见，此类建议和要求对法庭没有约束力；（3）检察官同意某些具体的刑期或量刑区间对处理该案是适当的，或者同意量刑指南的某条规定、某项刑事政策或某项量刑因素不适用于本案。一旦法庭接受答辩协

〔1〕 美国联邦司法部：U. S. Attorneys' Manual § 9. 27. 400，http://www.justice.gov/usao/cousa/foia_reading_room/usam/，最后访问日期：2016年12月12日。

议，此类建议或要求对法庭有约束力。^{〔1〕}

（二）辩诉交易简史

与陪审团审判的公开性、对抗性和程序复杂性相比，辩诉交易似乎是秘密的、协作式的和简易的。这种看似完全背离美国国父们的宪法设计的诉讼程序是如何发展而来的呢？辩诉交易在美国的发展史比较复杂曲折。在 19 世纪之前，辩诉交易在美国就已经出现，但那时还是比较零星和隐蔽的，到了 19 世纪其才作为一种制度实践越来越多地展现在人们面前。尤其是美国内战之后，辩诉交易在美国迅猛发展，逐渐成为一种主导诉讼程序。虽然在实践中大量运用，但在相当长一段时间，美国的法院，尤其是高级别的法院对辩诉交易的合宪性问题一直持批评、回避或迟疑不决的态度。直到 1970 年，美国联邦最高法院才在布拉迪诉美国案 [*Brady v. United States*, 397U. S. 742 (1970)] 中正式承认辩诉交易的合宪性。自此以后，辩诉交易在美国又经历了大发展。美国最高法院陆续做出了多个与辩诉交易有关的重要判例，解决了有罪答辩自愿性、辩诉交易中的律师有效帮助等焦点问题，辩诉交易的制度规则逐渐丰富和完善。如今，辩诉交易在美国刑事司法中的重要性不容小觑，正如美国学者指出的，“在很大程度上，控辩双方交易决定了谁蹲监狱以及蹲多久。这就是辩诉交易。它不是刑事司法体系的附属物，它

〔1〕 Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11c (1).

就是刑事司法体系本身”。^{〔1〕}

关于辩诉交易为何能在美国产生，众说纷纭。著名学者阿尔舒勒（Albert W. Alschuler）认为，“辩诉交易体系的发展很大程度上是环境的产物，而不是人为选择的产物”，这些环境因素包括：犯罪增加，案件量上升；刑法扩张和刑罚的严厉化；庭审程序的漫长和复杂化；司法资源的有限等。^{〔2〕} 制度总是人们在特定环境下做的有意无意的选择，在两个多世纪的发展进程中，伴随着不同诉讼参与者的角色、认知的转变，各参与者之间逐渐形成了一种“共谋”，最终共同推进辩诉交易成为一种主导诉讼程序。接下来，结合本书内容，笔者从不同诉讼参与者的角度展现这一进程，揭示影响辩诉交易发展运作的因素。

一、辩诉交易中的检察官

美国学者认为，检察官统治着美国刑事司法体系。^{〔3〕} 这句话用在辩诉交易背景下再适当不过，检察官无疑是辩诉交易程序的主要推动者和主导者。下面从动因、能力和角色冲突三个角度介

〔1〕 Scott & Stuntz, Plea Bargaining As Contract, 101 *Yale Law Journal* 1909, 1912 (1992).

〔2〕 Albert W. Alschuler, The Prosecutor's Role in the Plea Bargaining, 36 *The University of Chicago Law Review*, 50 (1968).

〔3〕 [美] 艾瑞克·卢拉、[英] 玛丽安·L. 韦德主编：《跨国视角下的检察官》，杨先德译，王新环审校，法律出版社2016年版，第1页。

绍检察官在辩诉交易中的作用。

（一）检察官进行辩诉交易的动因

关于美国检察官偏爱辩诉交易的动机，比较盛行的有两方面解释。一方面是追求效率。今天的美国检察官，尤其是大都市的检察官，案件量压力一直存在。案件量大意味着如果每个案件都要通过庭审完成指控和定罪，检察官将不堪重负。正如本书所指出的，好逸恶劳的本性也会迫使检察官寻找定罪捷径，以便减轻负担，获得更多闲暇。^{〔1〕}而如果检察官薪酬太低，报酬与付出不成比例，则会加强寻找捷径的倾向。在19世纪，美国大多数检察官是兼职的，薪水有限，美国检察官会本能地希望在指控案件上花更少的时间，以便有更多时间从事其他职业。但是，即使美国检察官的收入不断提高，专职检察官越来越多，随着案件量的增加，倾向于通过辩诉交易快速结案的趋势亦未改变，因此，从某种角度讲，辩诉交易来自检察官的人性本能。另一方面是追求定罪率。“辩诉交易给予检察官们迅速、确定且相对容易的胜诉。”^{〔2〕}在美国，虽然早期检察官（相当于检察长）非民选产生，但是定罪率仍然是重要业务指标。到了19世纪后期，随着大部分检察官由普选产生，检察官职业的政治属性更强，民选检

〔1〕 Stephanos Bibas, Plea Bargaining outside of the Shadow of Trial, 117 *Harvard Law Review*, 2470-2471 (2004).

〔2〕 [美] 乔治·费希尔：《辩诉交易的胜利》，郭志媛译，中国政法大学出版社2012年版，第36页。