

# 被追诉人的权利处分： 基础规范与制度构建

郭 松 \*

---

**内容提要：**被追诉人处分权利是现代刑事诉讼维系协商性乃至行政式案件处理方式正当性的关键机制。我国在制度层面明确确立被追诉人权利处分机制，既有现实必要，也有理论根据。当然，认可被追诉人处分权利，并不等于任何条件下的权利处分都具有正当性，更不意味着权利处分可以不受任何限制。相反，被追诉人处分权利必须满足特定的程序与实体要件，并受他人权利、法律优位与公共利益等因素的制约。鉴于权利处分必然减损被追诉人受法律保护的程度，再加上我国保障被追诉人权利处分合法性的相关机制存在较多疏漏，当前在制度构建方面最为紧要的工作是明确权利处分的构成要件与可处分的权利范围，并确立必要的核查机制，以防止被追诉人的权利处分沦为公权力主体实现特定目的的工具。

**关键词：**权利处分 程序选择 处分限度

---

## 一、问题的提出

纵观当代西方法治国家的刑事诉讼实践，其程序展开及具体形态，在很大程度上取决于被追诉人意思自由下的程序选择或者行为选择。被追诉人处分权利就是其中的重要机制之一。这是指被追诉人在刑事诉讼过程中，依其自愿的意思表示主动放弃某种权利。从法律后果上讲，这种处分，尤其是对某些宪法性权利的放弃，必然造成被追诉人受法律保护程度的减损，甚至可能导致权利本身的灭失。

诚然，受法律传统与诉讼理念的影响，有关被追诉人处分权利的制度设计与程序功能，主要见诸传统英美法系国家的刑事诉讼制度与实践，这尤其体现在罪状认否与辩诉交易等制度中。在美国，被追诉人被赋予诸多针对国家追诉的防御权，但是否主张以及如何行使这些权利，几乎完全取决于被追诉人自己的意愿。而被追诉人放弃包括宪法性权利在内的各种权利，可谓司空见惯，公权力主体也甚少主动干涉合法的权利处分。比如，有实证研

---

\* 四川大学法学院副教授。

本文得到四川大学“创新火花项目库项目”（2018hhf-03）的资助。

究发现,几乎所有犯罪嫌疑人在审讯中都放弃了他们的“米兰达规则权利”。〔1〕

在传统大陆法系国家,虽然实体真实主义与法定主义在很大程度上制约着被追诉人的权利处分,但司法实践还是为权利处分留出了一定的空间,〔2〕比如以同意为前提的测谎、经辩方同意在法庭宣读侦查阶段所制作的书面笔录等。而日渐勃兴的协商性司法实践与刑事诉讼契约观念,更是将被追诉人的权利处分推到了显要位置,并大幅扩张可处分的权利范围。正是在此背景下,魏根特在谈到德国刑事诉讼法中不可放弃的原则时指出,“相对简单的是被告人的权利:因为只要涉及他的法律地位,他虽然不能放弃一般的权利保护,但可以根据自主决定权在针对他的刑事程序中放弃行使权利”。〔3〕与此类似,日本在近年的刑事诉讼制度改革中,通过强化当事人主义而不断扩大被追诉人的处分权;被追诉人不仅可以放弃一般性的程序权利,还能对与证据、争点以及诉因等相关的问题行使处分权。对此,田口守一指出:“有关这种犯罪嫌疑人和被告人的程序处分权制度,得到了修改后的《刑事诉讼法》广泛的承认。”〔4〕

在我国,根据刑事诉讼法(2012)第208条的规定,“被告人承认自己所犯罪行,对指控的犯罪事实没有异议”,是适用简易程序的基本条件。这意味着法律已经在一定程度上允许被告人放弃无罪推定的权利,并可以处分接受普通程序审理的权利。这无疑刑事诉讼法在处理被追诉人权利处分问题上的重大发展。2014年展开的刑事速裁程序试点,事实上也在相当程度上承认被追诉人对获得正式审判权的放弃,并进一步扩大了权利处分范围。比如,刑事速裁程序的适用,不仅需要犯罪嫌疑人、被告人“同意适用速裁程序”,“承认自己所犯罪行”,还要求其“对适用法律没有争议”,并“同意人民检察院提出的量刑建议”。〔5〕有学者认为,这意味着被追诉人可以放弃部分审判权、辩护权、一定的量刑上诉权以及其他与之相关的诉讼权利,如申请证人出庭作证权、申请鉴定权等。〔6〕2016年推行的认罪认罚从宽制度改革试点,在某种程度上允许甚至鼓励被追诉人为了获得实体上更大的从宽处理而与公权力主体协商放弃更多的权利,而这一改革试点的成果也得到刑事诉讼法(2018)的确认。尤其值得关注的是,最高人民法院2017年发布的《人民法院办理刑事案件庭前会议规程(试行)》第19条、第20条,在某种意义上认可被追诉人可以在庭前会议中对相关证据与事实争点进行处分,〔7〕即被告人可以自愿放弃对证据能力与争议事实的

〔1〕 参见[美]理查德·A.利奥:《警察审讯与美国刑事司法》,刘方权、朱奎彬译,中国政法大学出版社2012年版,第107页。

〔2〕 在大陆法系国家公法领域,一直都有权利处分与放弃的理论讨论与制度实践。比如,在刑法上,法益主体不仅可以基于“自愿不构成侵害”的原理自由处分相关法益,还享有决定是否放弃法益保护的权限。在宪法上,也有关于基本权利能否抛弃及其合法性的学术争论。相关介绍参见陈敏:《行政法总论》,台湾新学林出版股份有限公司2009年版,第170页以下。

〔3〕 [德]托马斯·魏根特:《刑事诉讼法中不可放弃的原则》,樊文译, <http://www.iolaw.org.cn/showarticle.asp?id=1973>, 2018年8月25日最后访问。

〔4〕 [日]田口守一:《刑事诉讼的目的》,张凌、于秀峰译,中国政法大学出版社2011年版,第214页。

〔5〕 最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合发布的《关于在部分地区开展刑事案件速裁程序试点工作的办法》第1条。

〔6〕 参见赵恒:《论从宽的正当性基础》,《政治与法律》2017年第11期,第132页。

〔7〕 《人民法院办理刑事案件庭前会议规程(试行)》第19条规定,“对于控辩双方在庭前会议中没有争议的证据材料,庭审时举证、质证可以简化”。第20条规定,“人民法院可以在庭前会议中归纳控辩双方的争议焦点。对控辩双方没有争议或者达成一致意见的事项,可以在庭审中简化审理”。这两条规定在很大程度上意味着,一旦被告人认可某些证据材料与案件事实,就放弃了通过庭审程序争辩证据能力与调查案件事实的权利。

诘问权与辩论权。这意味着，被追诉人处分权利的范围已不再局限于程序权利，而是扩大到与证据和事实认定相关的权利。

从上述有关规定可以看出，相比于西方法治国家，我国虽然未在法律层面明确确立被追诉人权利处分制度，但实质意义上的权利处分实践已经在不同程度上、在一定范围内存在，且呈扩大化趋势。当然，这些实质上的权利处分也深刻地影响着诉讼程序的展开及具体形态。几乎可以肯定的是，由于权利处分必然会减损被追诉人受法律保护的程度，降低国家追诉的难度，并能节约相当的司法资源，故公权力主体不太可能会阻止被追诉人处分或者放弃权利，反而会以各种方式鼓励其处分或者放弃权利。<sup>〔8〕</sup>被追诉人也会在权衡利害关系、实体与程序利益的基础上，选择以协商形式或单独自愿的方式放弃某些权利。

在此背景下，我们已无法全然否定被追诉人自行放弃或同意处分某些权利的现实。正如林钰雄所言：“既然许多基本权的权利人得为基本权之舍弃，例如抛弃财产，那么，刑事诉讼法上似乎并无必要禁止同意之强制处分。”<sup>〔9〕</sup>但另一方面，被追诉人的很多权利在性质上属于对抗国家追诉权的防御权，它们划定了公权力主体的行为边界；有些权利还是维系现代程序法治所必需的权利，具有强烈的公共属性，不纯粹是个人权利。这不仅意味着，我们需要防范实践中可能存在的各种正当化程度不足的权利处分，尤其要防止权利处分成为公权力主体“合法”干预或侵害被追诉人权利的“后门”；这也表明，被追诉人并非可以任意处分所有权利，权利处分存在相应的界限。

综上所述，当前的重要课题已不是被追诉人应否或能否处分权利，而毋宁是结合我国刑事诉讼的具体情况，论析确立被追诉人权利处分的正当基础，并进一步明确权利处分的构成要件与界限，最终构建相对完整的被追诉人权利处分制度。

## 二、被追诉人权利处分的确立

从比较法的角度看，被追诉人处分权利有两种类型：一是被追诉人主动放弃权利，如美国刑事诉讼中犯罪嫌疑人放弃“米兰达规则权利”；二是被追诉人与公权力主体达成合意而放弃权利，最典型的的就是控辩协商中被告人放弃适用普通程序进行审判的权利。前者更多源于个人自决权下自己决定自己案件的理念，<sup>〔10〕</sup>后者则与多种因素促成的互惠性、协商性司法理念和实践紧密相关。此外，公法、私法之分不再泾渭分明，私法的一些方法、理念对刑事司法领域的渗透，也是被追诉人处分权利获得极大发展的重要原因。<sup>〔11〕</sup>就我国而言，确立被追诉人权利处分制度具有特殊的制度背景与现实意义。

第一，协商性司法的扩展与被追诉人的权利处分。协商性司法是指，诉讼主体通过对

〔8〕 美国学者在评价美国的轻罪裁判制度时指出，“每一个独特的轻罪案件处理体系都会设置自己的激励与惩罚机制，以确保被告只能保守地并代价高昂地利用正当程序模式（尽管这一模式普遍适用）。”〔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，法律出版社2016年版，第9页。

〔9〕 林钰雄：《刑事诉讼法（上册·总论编）》，中国人民大学出版社2005年版，第235页。

〔10〕 参见前引〔4〕，田口守一，第236页。

〔11〕 参见马明亮：《协商性司法——一种新程序主义理念》，法律出版社2007年版，第100页。

话与相互磋商,达成互惠协议,以此解决刑事争端的一种司法方式。<sup>[12]</sup>目前,协商性司法已超越法系界限成为西方法治国家日常性的司法实践,以至于王兆鹏感慨道:“执法者利用各种方式与被告协商,与被告为某种条件之交换,以求对刑事案件快速解决,俾减少法院的负荷,似已成为世界性的刑事诉讼新潮流。”<sup>[13]</sup>然而,这种看似充分尊重被追诉人程序选择与价值诉求的合意式案件处理方式,在很多场景下却是以程序简省和权利克减为外观的。这使得协商性司法并非具有天然的合法性,而是需要某种正当化机制作为其合法性的保障。

就比较法上的经验而言,这种合法性保障主要是引入权利处分制度,明确被追诉人可以在满足特定条件的情况下放弃相关权利。亦即程序简化的正当性源于被追诉人自愿放弃权利,<sup>[14]</sup>即以被追诉人自主的权利处分来担保案件处理过程与结果的可接受性。例如,美国的辩诉交易之所以能“合法”地省略审判程序而不致引发正当性质疑,原因就在于它有两个方面的弃权机制:一是程序方面,被告人必须自愿、明智地放弃宪法所保障的获得充分审判的权利及其涵盖的陪审团审判、与不利证人对质、反对强迫自证其罪等一系列权利;二是实体方面,被告人通过在审前传讯程序中认罪,放弃获得无罪判决的机会。<sup>[15]</sup>

应该说,促成协商性司法在西方法治国家兴起的诸多因素,都不同程度地存在于我国的刑事司法实践中。正因为如此,我国部分检察机关和法院早在本世纪初就开始试水不同形式的协商性司法活动,如刑事和解、辩诉交易、污点证人作证豁免等。虽然这些实践探索大多未形成规模化的制度变迁效应,有的甚至很快就偃旗息鼓,但它们背后“所固有的实体合意和程序合意机制却逐渐为学界与实务界所理解和接受”。<sup>[16]</sup>与上述实践探索相应,2012年修改刑事诉讼法时所确立的简易程序与刑事和解制度,都不同程度地蕴含着协商、合意的精神。2014年启动的刑事速裁程序试点,虽然没有提及任何与协商有关的字眼,试点方案却明显体现了协商、合作的因素。随后开始的认罪认罚从宽制度改革试点,不仅重申了上述精神,还将速裁程序的适用范围扩大到“可能判处3年有期徒刑以下刑罚的案件”,为控辩协商的展开创造了更大的空间。可以预计,借助全面推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的东风,在“完善繁简分流机制,优化司法资源配置”的理念下,以被追诉人合作为前提的认罪认罚从宽制度将获得更大的发展,进而可能带动其他形态的协商性、合意式司法实践深入展开。从某种意义上讲,“未来以认罪认罚案件为代表的合作性刑事司法将会成为中国刑事司法的主流,将来的刑事司法实践会形成合意式刑事诉讼与对审式刑事诉讼两种刑事诉讼并驾齐驱的场景”。<sup>[17]</sup>在此背景下,对于作为这种协商性、合意式司法实践重要的正当性保障机制的被追诉人自愿弃权,是否需要在制度层面予以明确确立,就成为亟待解决的问题。

值得注意的是,改革决策者在通过同意、协商等方式降低诉讼成本、缩减程序环节的

[12] 参见马明亮:《协商性司法:一种新型的司法模式》,载陈兴良主编:《刑事法评论》第17卷,中国政法大学出版社2006年版,第211页。

[13] 王兆鹏:《美国刑事诉讼法》,北京大学出版社2014年版,第675页。

[14] 参见熊秋红:《认罪认罚从宽的理论审视与制度完善》,《法学》2016年第10期,第104页。

[15] 参见魏晓娜:《完善认罪认罚从宽制度:中国语境下的关键词展开》,《法学研究》2016年第4期,第85页。

[16] 同上文,第86页。

[17] 李训虎:《无社会危险性被追诉人羁押替代性措施强制适用之反思》,《政治与法律》2018年第7期,第158页。

同时，却未要求构建相应的正当化保障机制，只是以实体利益的让与来换取被追诉人所节省的程序耗费，或者是在制度层面简单强调合意达成的自愿性，以至于在很多简便化的案件处理实践中，诉讼程序简化与被追诉人权利克减实际上处于对立状态。显然，这样的改革秉持的是繁简分流的效率理念、以实体让利换取程序简省的“施恩”心理，而未能体现对被追诉人主体地位及自主选择的充分尊重。在笔者看来，如果不从被追诉人主体地位的角度确立权利处分机制，明确承认被追诉人在刑事诉讼中可以自由、自主地放弃权利，各种针对协商性司法简省程序的质疑将始终存在，特别是难以消除对被追诉人认罪认罚可能会受到公权力主体强迫的担忧。那么，被追诉人可以处分哪些权利，这样的处分应满足怎样的条件，界限为何？这些问题都值得深入研究，也需要在制度层面予以明确。

第二，刑事诉讼法制度弹性的增强与被追诉人的权利处分。经过几次立法、修法，我国逐步形成了一部初具法治化意味的刑事诉讼法典，但多年的实践也表明，我国的刑事诉讼法缺乏必要的制度弹性。<sup>[18]</sup>这集中体现在两个方面：其一，刑事诉讼法应对多样、复杂问题的方式较为单一，难以满足司法实践对公正与效率的多元需求。比如，面对案件数量骤增与司法资源有限之间的矛盾，刑事诉讼法规定的简易程序却非常单一，不同类型案件处理的简化程度没有明显区别，差异化、层次化不够。<sup>[19]</sup>由此导致的结果是，既不能高效、合理地处理错综复杂的各类案件，也未能真正起到繁简分流、区别对待的作用。其二，刑事诉讼法对法的确定性与刚性的追求过于机械，程序制度没有容纳必要的灵活性因素，导致程序制度呈现出不同程度的反功能定位倾向。“法律在处理社会生活事件的时候，不可能为了手段而牺牲目的，基于合目的性考虑，法律制度中总是会容纳一定的灵活性因素。”<sup>[20]</sup>然而，刑事诉讼法的很多制度规则设计忽视了多元的社会事实与制度参与者不同的价值诉求，使得部分程序制度在实践中显得确定性有余而灵活性不足，并逐渐在鲜活的实践面前丧失合理性。这样一来，一旦程序规则不能为制度参与者提供合理的延展腾挪空间，他们就会设法回避规则的约束，或者在制度空间内寻求能为各方所接受的替代方案，最终可能形成对正式制度具有极强解构作用的“潜规则”和所谓的非正式司法。

应该说，程序规则的制度弹性不足并不是我国独有的问题，西方法治国家的刑事诉讼中也不同程度地存在类似问题。事实上，这些国家的刑事程序运行由竞技式对抗举证和质证向协商式理性对话、妥协与合作嬗变，<sup>[21]</sup>在很大程度上就是为了解决程序正义模式下制度规则过于刚性与僵化的问题。此外，在制度层面针对上述问题的另一重要策略是，赋予被追诉人不同程度的处分权，认可其为了实现自己的利益诉求而主动放弃或者与公权力主体协商放弃某些权利。这等于是在传统的强制性程序之外，另行构筑以自愿、契约和合作为特质的程序装置，从而既为制度参与者提供了适应不同任务环境与满足多元利益诉求的策略选择，也为“刚性却无常的制度带来一定的确定性与灵活性”。<sup>[22]</sup>

[18] 这里所说的制度弹性是针对制度僵化与反功能定位而言的，表征的是制度对外部环境的适应性以及对问题的灵活反应能力。具体是指在既定的权力结构内，制度适应历时性场域环境变化，包容共时性多元制度需求，并由此维持组织结构稳定与实现制度目标的能力。

[19] 参见熊秋红：《废止劳教之后的法律制度建设》，《中国法律评论》2014年第2期，第250页。

[20] 周少华：《刑法之灵活性及其意义》，《现代法学》2011年第1期，第112页。

[21] 参见韩德明：《竞技主义到商谈合作：诉讼哲学的演进和转型》，《法学论坛》2010年第3期，第77页。

[22] 前引〔11〕，马明亮书，第324页。

更为重要的是,由于被追诉人自愿放弃权利,公权力主体可以打破原先严格的程序设置与流转环节,按照具体情况与实际需要合理调节程序运行。这样处理显然已将被追诉人的利益纳入了程序运行系统,他们的选择在很大程度上成为程序展开的决定性因素之一,从而大大增加了程序制度的灵活性与回应性。这其实也是被追诉人的权利处分之所以能增强刑事诉讼法制度弹性的内在缘由。

在我国试图通过认罪认罚从宽制度改革试点来带动更大范围内协商性、合意式司法机制的构建,以及程序规则确实存在僵硬、灵活性不足等问题的背景下,在制度层面确立被追诉人权利处分机制,既可以适时回避僵硬且繁复的程序规则,在既定法律框架内利用被追诉人的自我选择及其与公权力主体的协商来解决案件,也有助于应对实践中错综复杂的案件类型,满足当事人不同价值诉求所提出的多样化需求,从而增强程序制度回应复杂现实的能力,最终提高刑事诉讼法的制度弹性。质言之,在确立被追诉人权利处分机制的基础上,应当以可选择、多元化的程序制度代替僵化、层次单一的程序设计,从而最大限度地满足制度参与者对灵活与合意的制度需求。

第三,自我决定权的充分实现与被追诉人的权利处分。自我决定权是指,个人按自己的意愿自由支配自己利益的权利,它意味着个人是自己命运的决定者和自己生活的作者。<sup>[23]</sup>在现代社会,自我决定权的观念不仅具有深厚的思想基础,也有规范意义上的宪法依据,因而受到西方法治国家的高度重视。虽然自我决定权更多适用于私法领域,而刑事诉讼法传统上被归为公法,但它所保护的利益具有多元性,除公共利益之外,还有个人利益,因此,自我决定权在刑事诉讼中也有适用的空间。具体而言,自我决定权意味着被追诉人可以按照自己的意愿在既定的程序空间内自由抉择与行动,自主决定与自身利益攸关的问题与事项。显而易见,自我决定权与程序主体理论下的程序选择权紧密相关,甚至可以说,被追诉人的主体地位在很大程度上是通过自我决定权来体现的。正是在此意义上,陈瑞华指出:“考察犯罪嫌疑人、被告人的主体性之有无或大小强弱,应当看他们在诉讼中是否有基本的人格尊严,能否在涉及个人基本权益的事项上拥有影响力和选择权,能否积极主动地决定自己的诉讼命运。”<sup>[24]</sup>从某种意义上讲,只有被追诉人能够摆脱外界的控制性干预,自由地按照自己的意志与利益决定诉讼中的相关事项,被追诉人才可能是真正自由的主体。正因为如此,西方法治国家的刑事诉讼法都竭力保障被追诉人享有参与诉讼进程、影响诉讼结局以及自主选择个人命运的权利与能力,<sup>[25]</sup>并在此基础上认可被追诉人可以合理处分相关权利,从而便于其作出符合自己意愿的选择,最大限度地满足不同的利益偏好。

我国宪法虽然没有明确直接规定公民的自我决定权,但根据宪法第24条、第38条、第51条可以推导出,宪法实际上认可公民对自己事务的处理具有自我决定权。<sup>[26]</sup>然而,尽管被追诉人的程序主体地位在刑事诉讼法中得到确认,但宪法所认可自我决定权在刑事司法实践中却很难充分实现。这不仅体现在被追诉人无法完全按照自己的意愿自由支配个人利益,也表现为制度规则为被追诉人提供的程序选择较为有限。在此情况下,如果承认被

[23] 参见车浩:《自我决定权与刑法家长主义》,《中国法学》2012年第1期,第89页。

[24] 陈瑞华:《刑事诉讼的前沿问题》,中国人民大学出版社2000年版,第158页。

[25] 参见陈卫东、胡之方:《关于刑事诉讼当事人处分权的思考》,《政治与法律》2004年第4期,第122页。

[26] 参见前引[23],车浩文,第92页。

追诉人可以自由处分相关权利，等于是从消极层面确认了自我决定权。被追诉人可以按照自己的意愿合理选择诉讼推进方式，乃至自我决定案件的处理结果，从而能大大彰显其程序主体地位。当然，这也能促进被追诉人多元利益诉求的实现。此外，在认罪认罚从宽制度改革试点的背景下，“建构多元化、层次化的诉讼程序体系以满足合理、有效地处理复杂多样案件的需要，必然应建立在提升被追诉人诉讼主体地位、丰富其自主选择权利的基础之上”。〔27〕这也需要强化被追诉人的自我决定权，并在此基础上赋予其相应的处分权，“允许辩方放弃部分程序性权利作为协商的筹码”，〔28〕为构建多元化的程序规则体系拓展所需的制度空间与资源。

### 三、被追诉人权利处分的构成要件

从实践来看，被追诉人选择放弃某些权利，确实带来了相应的程序与实体收益，但其自身权利受损与程序保障水平下降也是不争的事实，从而可能损害整个刑事诉讼体系的正当性。这在很大程度上意味着，并不是任何情形下的权利处分都是正当的。相反，只有符合相关要求、具备特定要件，被追诉人处分权利才是合法、有效的。在笔者看来，这样的要件包括实体与程序两个方面，其中实体要件是指被追诉人具备处分能力以及处分系自愿，程序要件则是公权力主体必须履行告知义务。事实上，西方法治国家对被追诉人处分权利也有类似要求。权利放弃只有满足特定条件，才被认为是可接受的。〔29〕

第一，被追诉人具备处分能力。详言之，被追诉人需具备相应的处分能力，才能通过自己的行为表示放弃权利，从而自愿且理智地作出符合自己利益的选择。如果被追诉人欠缺处分能力，权利处分即使“受自由意志支配，但也仅仅是一种‘虚假’的自愿，缺少最起码的信息基础和智力支持，”〔30〕因而不具有正当性。而所谓处分能力，是指被追诉人必须具备相当的辨识与理解能力，能够完全理解所要处分之权利的内涵与处分结果。具体而言，被追诉人在处分权利时不仅要具备一定的理性判断能力，足以权衡权利行使与放弃的利弊，还需要有相当的认识能力，能理解所欲处分的权利的意义、当时的情境与弃权的后果。至于处分行为是否须符合一般理性要求，则在所不问，只要其出于被追诉人自己的理性决定即可。就此而言，处分能力体现的是被追诉人作为独立意志主体的自我决定与自主选择，它与刑法上的责任能力、民法上的行为能力有实质区别，没有必要也不可能以责任能力、行为能力作为有无处分能力的基础或标准，它们至多是判断是否具备处分能力的参考因素。也因此，未成年被追诉人有无处分能力，需要根据个案的具体情况，综合考察其辨识能力、认识能力与理解能力来作出判断。至于人身自由受限的被追诉人，原则上也不

〔27〕 周新：《我国刑事诉讼程序类型体系化探究——以认罪认罚从宽制度的改革为切入点》，《法商研究》2018年第1期，第110页。

〔28〕 向燕：《我国认罪认罚从宽制度的两难困境及其破解》，《法制与社会发展》2018年第4期，第95页。

〔29〕 为确保权利处分或者放弃的正当性，西方法治国家强化了法院的审查义务。对此，达玛什卡指出，“弃权，无论是真正基于单方意愿的还是由双方谈判所导致的，现在越来越常规地受到法官的审查”（〔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2004年版，第149页）。

〔30〕 孔冠颖：《认罪认罚自愿性判断标准及其保障》，《国家检察官学院学报》2017年第1期，第21页。

能因此就断定其丧失上述种种能力,除非羁押状态已经造成被追诉人的理性判断能力严重受损,难以充分理解权利处分意义与后果。

其实,笔者界定的处分能力与各种形式的认罪协商中放弃适用普通程序所要求的“明知性”具有共通之处。在美国的辩诉交易中,初审法庭必须在公开的法庭上亲自告知被告人,并确定被告人理解与其所答辩的指控有关的一系列问题、答辩的后果以及要放弃的宪法权利。<sup>[31]</sup>这实际上是由初审法庭确认被告人具有弃权的处分能力与答辩能力。“在任何时候,只要法官有合理的根据怀疑被追诉人的能力,他就必须推迟接受该被追诉人作出的有罪答辩或者对指控不持异议的答辩,同时提议举行相关程序,对该被追诉人的精神状况进行审查并作出判断。”<sup>[32]</sup>在日本的简易命令程序中,为确保被告人自愿认罪,检察官必须对其说明各种事项,使被告人理解简易程序的含义,告知其也可以按通常规定接受审判以及接受简易程序将会产生何种后果;相关“说明”与“告知”程序的文书,是法院审查认罪“明知性”的基础。只有经过上述审查,确认被告人“明知”,法院才会签发简易命令。<sup>[33]</sup>不过,由于“明知性”在很大程度上属于内心的主观认知,很难从客观层面判断被告人是否真正理解权利放弃的意义,所以,西方法治国家虽然在规则层面尽力发展相对客观的判断标准,但实务中对“明知性”的审查还是采取综合标准,即除了考察是否满足客观标准,还关注被追诉人的精神状况、智力水平、背景经历以及当时的客观情境等因素。事实上,在放弃隐私权与住宅权的同意搜查中,对相对人是否具备同意能力也是“综合一切情况”进行判断,主要关注相对人的精神状况、教育程度、智商、年龄、征求同意的方式与地点等。<sup>[34]</sup>鉴于处分能力的有无更多取决于个人情况和主观条件,很难形成统一的客观认定标准,这就决定了实务中对处分能力的判断,也只能采取类似上述“明知性”审查的综合标准。

此前我国刑事诉讼的相关规定并未充分注意被追诉人的处分能力问题,更未形成相应的制度规范。在刑事诉讼法与认罪认罚从宽制度改革试点实质上扩张了权利处分范围后,相关规定仍付之阙如。考虑到被追诉人处分权利特别是放弃防御权,会更加有利于指控犯罪,从而会无形中增加发生错案的几率;以及目前实践中的权利处分大多属于被追诉人单方主动弃权,公权力主体甚少关注被追诉人的选择是否“明智”;而且,在认罪认罚从宽制度、刑事速裁程序中,被追诉人很难与公权力主体展开英美式的控辩协商,后者也无确认被追诉人有无处分能力的义务,因此,非常有必要在制度规范层面强调,只有在被追诉人具备处分能力的情况下,相应的权利处分才具有合法性,并应进一步明确,处分能力是指被追诉人能够完整理解自身处境、放弃的权利以及法律后果,且能理性权衡不同选择的利弊。此外,还要施与法院相应的审查义务,由法院确认被追诉人是否具备处分能力,具体判断标准可采取前述综合标准。

第二,被追诉人的意思表示系自愿。如前所述,权利处分可能导致被追诉人受法律保

[31] 参见[美]约书亚·德雷斯勒、艾伦·C.迈克尔斯:《美国刑事诉讼法精解》第2卷,魏晓娜译,北京大学出版社2009年版,第179页。

[32] [美]伟恩·R.拉费弗、杰罗德·H.伊斯雷尔、南西·J.金:《刑事诉讼法》下,卞建林、沙丽金等译,中国政法大学出版社2003年版,第1083页。

[33] 参见[日]松尾浩也:《日本刑事诉讼法》下,张凌译,中国人民大学出版社2005年版,第325页。

[34] 参见陈运财:《侦查与人权》,台湾元照出版公司2014年版,第318页。



护的程度受到减损。在这样的法律效果下，被追诉人处分权利当然必须基于自愿的意思表示，且须以明示的方式作出。而所谓自愿性，是指被追诉人的意思表示是自由作出的，没有受到外在的强迫或者诱惑。如果被追诉人受到利诱、欺诈或者在压力下作出弃权表示，则不构成自愿的权利处分。

对自愿性的强调，也是西方法治国家保障被追诉人权利处分正当性与可接受性的重要机制。比如，在美国，由于答辩有罪的被告人事实上放弃了反对强迫自证其罪的特权、获得无罪判决的权利、由陪审团进行迅速与公开审判的权利、与不利证人对质的权利以及律师帮助权等一系列权利，所以，必须确保取得有罪答辩的程序足以保证被告人自愿且明知其后果地弃权，而不是被强迫或由于无知而弃权。<sup>[35]</sup> 在德国的量刑协商中，对被告人放弃有完整正当程序保障的审判权的自愿性要求非常严格：一方面，协商的内容与结果必须在主审判程序中公开揭示且记明于笔录；另一方面，为了避免量刑协商沦为“买卖正义”从而对被告人的“自愿性”产生不利影响，禁止法院许诺特定的量刑与宣告缓刑。<sup>[36]</sup>

不过，虽然西方法治国家都强调权利处分的自愿性，但实务上并未形成何种处分是未受强迫、欺诈或利诱从而系属自愿的标准，总体上还是依据个案的主客观情况作综合判断。从某种意义上讲，权利处分是利益权衡与选择的结果。被追诉人面临的各种局面，是其成为追诉对象后原本就存在的，此时利害关系的选择是作出权利处分决定的重要考量因素，即为了获得在被追诉人看来更为重要的利益或避免招致更多不利后果，自愿放弃某些权利。质言之，被追诉人并未受到法律上不利益的压迫，仍有相当的选择自由。正如林钰雄在评述同意搜查时所指出的，自愿并不等于搜查相对人心甘情愿地接受搜查，其自愿的实质原因往往在于“趋利避害”，尤其是为了避免更大的合法干预。<sup>[37]</sup> 美国联邦最高法院也认为，“只要被告人是从可供选择项中自由作出选择，有罪答辩都是自愿的——不管被告人的选择如何令人不喜欢。”<sup>[38]</sup> 由此可见，判断自愿与否的关键在于，被追诉人有无自主选择自由，而不论选择的结果为何。这也是在威胁、欺诈或利诱下被追诉人所作的权利处分不具有自愿性的本质原因——选择本身并不自主。依此标准，人身被控制的被追诉人并非完全不能自愿处分相关权利。问题的关键不在于被追诉人的人身状况，而在于作出权利处分决定时是否受到不当干预。只要被追诉人没有遭受不法强迫，甚至被追诉人虽然受到强迫，但其权利处分与受强迫并无因果关系，权利处分也都可能为自愿。

从我国目前的相关规定看，被追诉人处分权利的自愿性要求仅明确体现在刑事速裁程序、简易程序与认罪认罚从宽制度之中，但也只是在规范语言上要求被告人“自愿认罪”，而未就被追诉人答辩的自愿性明确任何具体的认定要求或判断标准。<sup>[39]</sup> 除此之外，对于其他本质上属于权利处分的行为，都未要求必须出自被追诉人自愿的意思表示。这意味着目前的制度在保障被追诉人自由、自主的意思决定方面存在不少问题，这势必会影响权利处分的正当性。因此，在制度层面应明确，欠缺自愿性的权利处分无效。至于自愿性的判断

[35] 参见前引〔31〕，德雷斯勒等书，第168页。

[36] 参见林钰雄：《干预处分与刑事证据》，北京大学出版社2010年版，第157页。

[37] 参见林钰雄：《搜索扣押注释书》，台湾元照出版公司2001年版，第168页。

[38] [美]爱伦·豪切斯泰勒·斯黛丽、南希·弗兰克：《美国刑事法院诉讼程序》，陈卫东、徐美君译，中国人民大学出版社2002年版，第452页。

[39] 参见欧卫安：《刑事被告人答辩制度之构建》，《法学研究》2017年第6期，第176页。

标准,可以采用程序法意义上的无身体上的强制、精神上的胁迫与利益上的引诱等为标准,即被追诉人行为选择的意思表示没有受到任何肉体强迫、精神痛苦与利益诱惑的影响。当然,在程序上也要强化公权力主体的告知义务与律师的法律帮助,并严格规范权利放弃的“激励机制”。

第三,公权力主体必须履行相应的告知义务。魏根特曾言:“对于嫌疑人就自己供述行为(的选择)的自由决定来说,不可放弃的前提是他对权利状况(规定)充分而全面的信息。”<sup>[40]</sup>同样,为确保被追诉人权利处分的明知、自愿以及决策的理性化,必须充分满足被追诉人的知情权,让其尽可能获知与自己利益相关的各种信息。鉴于公权力主体与被追诉人之间存在较大的实力差距与资讯落差,保障被追诉人知情权的基本策略是课以公权力主体相应的告知义务。

在很多国家与地区的控辩协商中,这种告知义务被认为是确保被告人有罪答辩自愿性的前置要求与必备条件。在美国,法官必须亲自提醒并告知被告人答辩所针对的指控的性质与要素、指控所依据的量刑条款以及答辩有罪将导致放弃何种宪法权利。<sup>[41]</sup>在我国台湾,法院应于接受协商程序之声请后10日内,讯问被告人并告知所认罪名、法定刑及丧失之权利;法院依协商合意而为判决时,除有特殊情形不得上诉,法院必须确认被告人系自愿放弃前述权利后,始得作成协商判决。<sup>[42]</sup>在德国,联邦宪法法院扩充了刑事诉讼法所规定的协商记录与告知制度,将透明、告知与记录作为法院必须遵守的强制性义务。<sup>[43]</sup>由于认罪协商本身就意味着被追诉人放弃诸多诉讼权利,上述规定在相当程度上表明,被追诉人的权利处分(至少是对与审判相关权利的放弃)需要由法官作必要的告知。其实,考虑到权利处分决定建基于被追诉人的自由意志,被追诉人在放弃权利之前需要了解自身的权利状况、现实处境以及相应选择,公权力主体也须主动告知所掌握的与犯罪指控相关的信息资讯及法律问题,尤其要告知被追诉人可以主张权利而不是必须放弃权利。<sup>[44]</sup>否则,不仅很难使被追诉人清晰认识自己所处的状态,还可能导致权利处分出现合法性瑕疵。

在权利处分制度中对公权力主体课以告知义务,并将之作为必备程序要件,除了有助于被追诉人理性决定自己的选择,其更重要的意义在于可以避免基于错误认识而作出权利处分。所谓错误认识,是指被追诉人误以为自己必须放弃权利而作出权利处分的意思表示。在同意型弃权中,容易出现此种情况。比如,面对侦查机关的搜查请求,被追诉人误以为自己负有忍受义务从而放弃隐私权与住宅权,同意侦查人员入室搜查。毫无疑问,类似这样的认识显属错误,但由此作出的处分是否系自愿作出以及该错误认识的风险应由谁承担,却未形成定论。这一风险无论是由被追诉人承担,还是由公权力主体承担,似乎都不合理,

[40] [德] 托马斯·魏根特:《刑事讯问程序中被嫌疑人自主权的保护》,樊文译,载陈兴良主编:《刑事法评论》第22卷,北京大学出版社2008年版,第249页。

[41] 参见前引[32],拉费弗等书,第1084页以下。

[42] 参见张丽卿:《验证刑诉改革新脉动》,台湾五南图书出版股份有限公司2009年版,第299页。

[43] 参见高通:《德国刑事协商制度的新发展及其启示》,《环球法律评论》2017年第3期,第159页。

[44] 比如,在我国台湾的同意测谎中,犯罪嫌疑人同意后,侦查机关与测试主体仍要告知受测者并无接受测谎的义务,并要向其说明测谎机器操作之原理及检测的程序、目的、用途与效果。参见王兆鹏:《辩护权与诘问权》,华中科技大学出版社2010年版,第234页。

根本的解决之道是公权力主体切实践行告知义务。<sup>[45]</sup>换言之，通过公权力主体的积极介入与告知，让被追诉人清楚知悉自己的权益与境遇，从而理性、自主地权衡考量与选择决定，最终减少乃至消除错误认识。就此而言，公权力主体的告知义务其实是一种担保机制，既可以保障被追诉人决定的自愿性，还能保证决策选择的正确性。因此，确有必要将告知义务作为被追诉人权利处分的必备要件，亦即被追诉人在放弃权利时，公权力主体应主动告知相关事项。唯有如此，才能有效避免错误的、有瑕疵的权利处分以及公权力主体滥用被追诉人权利处分的可能性。

在认罪认罚从宽制度改革试点之前，我国刑事诉讼的相关规范并未明确规定公权力主体负有告知义务。此问题也未引起各界重视，很多事实上的权利处分都未经过任何告知与提示。或许是因为认罪认罚从宽制度涉及放弃与审判权相关的权利，改革决策者认为必须确保权利处分的自愿性与明知性，从而要求在侦查与起诉阶段应告知与认罪有关的法律问题，在审判阶段应告知被告人享有的诉讼权利以及认罪认罚可能导致的法律后果。<sup>[46]</sup>这也是目前仅有的涉及公权力主体告知义务的明确规定。显而易见，目前所要求的告知内容较为有限，仅限于指控涉及的法律问题、被告人享有的权利以及认罪认罚可能导致的后果，而“未明确要求法院需告知被告人特殊的程序设置——主要是速裁程序中‘不再进行法庭调查、法庭辩论’——对其程序权利的重大影响”。<sup>[47]</sup>这样的制度设计难以起到保障被追诉人权利处分的自愿性，甚至很难满足被追诉人基本的信息需求，更遑论从整体上保障权利处分的正当性。因此，有必要在制度层面根据不同类型权利处分所可能导致的法律后果，细化公权力主体的告知义务与告知内容，并明确被追诉人享有咨询公权力主体的权利，从而帮助其更好地进行理性权衡与自由抉择。

#### 四、被追诉人权利处分的界限

“无论是从保障被告人权利的角度，还是从与刑事司法内在的真实主义相协调的角度，被告人的处分权都必须正确而公正的行使。有时不允许被告人以不懂法律为理由放弃主张正当的权利；有时不允许被告人和追诉方对正当的权利进行不公正交易。”<sup>[48]</sup>然而，从西方法治国家的实践看，被追诉人时常为了实现某种利益而不当处分权利。<sup>[49]</sup>其实，作为一种自我决定权，被追诉人处分权利并不是无界限的自由，而是应受必要的约束，否则“就

[45] 参见李瑞敏：《论强制处分之同意》，台湾政治大学硕士论文（2003年），第54页。

[46] 最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合发布的《关于在部分地区开展刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作的办法》第8条、第10条与第15条。2017年最高人民法院印发的《关于全面推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的实施意见》也强调：“推进认罪认罚从宽制度改革，对适用速裁程序、简易程序或者普通程序简化审理的被告人认罪案件，法庭应当告知被告人享有的诉讼权利，依法审查被告人认罪认罚的自愿性和真实性，确认被告人了解认罪认罚的性质和法律后果。”

[47] 前引〔39〕，欧卫安文，第177页。

[48] 前引〔4〕，田口守一，第217页。

[49] 比如，德国联邦宪法法院与联邦最高法院都禁止被追诉人在认罪协商中放弃上诉权，但实际情况却是被告人经常为了获得更大的量刑优惠而放弃上诉权。参见李昌盛：《德国刑事协商制度研究》，《现代法学》2011年第6期，第153页以下。

走向了自由的自我否定,并动摇自由民主社会的政治基础”。<sup>[50]</sup>不仅如此,由于被追诉人放弃权利确实有利于案件处理,公权力主体乐于参与一些可能并不足够合理的权利放弃协商;甚至原本作为权利处分合法性“守门人”的法院,也暗中鼓励欠缺正当性的弃权。<sup>[51]</sup>而这些很可能导致被追诉人的权利处分演变成公权力主体规避正当程序保障的工具,或者沦为公权力主体实现特定目的的手段。因此,为了达成权利处分、资源节约与程序正当之间的平衡,必须适当限制被追诉人的权利处分,合理设置处分界限,明确权利放弃的限度。

第一,权利处分应受他人权利的限制。被追诉人处分权利是自我决定权的体现,故其在自我意志支配下所处分的权利只能是属于自己的权利。一旦处分对象超出此范围,被追诉人就无放弃权利的自由。从法理上讲,每个人都不能行使超出自己权利以外的权利,更不能自由处分不属于自己的权利,“如果涉及第三人的权利,则要取得第三人同意,否则这样的处分便属无效”。<sup>[52]</sup>因此,如果被追诉人处分的权利并非完全由自己所拥有或者存在共有等情况,相应的权利处分就可能不合法。不仅如此,在权利或权限共有的情况下,每个共有人都有权对抗公权力和他人,要求其拥有的权利不受侵害。因此,倘若共有权人的权利处分侵犯了其他共有权人的权利,就应限制甚至直接否定这样的权利处分。比如,有些国家之所以禁止所谓的经通讯一方同意的监听,就是因为通讯由通讯双方共同缔造,通讯秘密权由双方共同享有,权利行使也需双方共同为之,而通讯一方的同意无疑是在放弃并不完全属于自己的权利,从而侵害了另一方主体的隐私权与人格权。<sup>[53]</sup>换言之,通讯秘密权涉及通讯双方,其中一方不能任意放弃该权利,许可没有令状的监听行为。再比如,在美国的同意搜查中,除非经过明确授权,雇员不能同意搜查雇主的办公室,虽然受雇人可能有机会接近财产,但其并不拥有财产的所有权。<sup>[54]</sup>

需要注意的是,以他人权利作为被追诉人处分权利的界限,并不意味着只要权利或权限涉及共有,被追诉人就绝对不能处分,更不表明类似情形下的权利放弃需要所有共有人的意思表示一致或全体同意。比如,有学者指出,在多人共同居住的场合,任一共同居住者都可以放弃住宅权,同意侦查机关在没有令状的情况下入室搜查。这种同意搜查之所以被认为是合法的,主要是因为:个别人行使住宅权对其他人的权利并不会直接造成侵害与破坏;住宅权也无必须全体共同行使的属性,不会因个别主体的放弃而导致整体住宅权的消减与破坏。<sup>[55]</sup>这个例子表明,在多人共有或共有权限的情况下,被追诉人处分权利的合法性或者界限,在很大程度上取决于共有权利的类型与性质。详言之,如果个别共有人的权利处分不会导致整个共有权利的破坏与消灭,其他共有人的权利也不会因此被损害殆尽,个别共有人就可以不受他人权利的限制而处分自己的权利。这样的权利处分不会被认为严

[50] 张翔、赖伟能:《基本权利作为国家权力配置的消极规范——以监察制度改革试点中的留置措施为例》,《法律科学》2017年第6期,第38页。

[51] 相关分析参见[美]马尔科姆·M·菲利:《程序即是惩罚——基层刑事法院的案件处理》,魏晓娜译,中国政法大学出版社2014年版,第255页以下。

[52] 刘春:《行政协议中“权利处分”条款的合法性》,《政治与法律》2018年第4期,第85页。

[53] 参见[日]田口守一:《刑事诉讼法》,刘迪等译,法律出版社2000年版,第76页。

[54] 参见[美]罗纳尔多·V·戴尔卡门:《美国刑事诉讼——法律和实践》,张鸿巍等译,武汉大学出版社2006年版,第250页。

[55] 参见万毅:《同意搜查若干法律问题研究》,《法商研究》2009年第3期,第57页。

重侵害了他人权利，只要其满足权利处分的构成要件即为合法。

第二，权利处分不得突破法律优位的界限。必须承认，被追诉人处分权利在一定程度上扩张了公权力主体的行动空间。虽然这种结果源于被追诉人自愿放弃权利，但这并不意味着权利处分机制可以完全取代法律而成为公权力主体行为合法性的基础。相反，由于刑事诉讼中很多追诉行为都涉及对被追诉人权利的干预，事关正当程序保障水平，而且被追诉人处分权利，尤其是那些协商性弃权，还直接关涉国家权力与公民权利的关系配置，所以，公权力主体的行为还要受到法律保留原则的约束，甚至被追诉人处分权利本身最好都是法律授权的结果。

然而，受立法成本、理性能力以及诉讼观念的限制，立法者不可能将所有能够处分的权利逐一列明，而只能根据具体情况选择规定可以放弃的权利。比如，日本刑事诉讼法第326条就认可被告人可以放弃对陈述者的反询问权；<sup>[56]</sup>意大利刑事诉讼法第443条确认，被告人在“简易程序”中可以放弃上诉权。<sup>[57]</sup>其实，要求立法者对所有可以放弃的权利进行明确的个别授权，显然超出了法律规范的能力极限。较为恰当的处理是采用“双轨式”的规定，即除了载明能够处分的权利，还可以根据特定情况列明禁止放弃的权利。这样处理，一方面体现了被追诉人处分权利所蕴含的个体自决意味；另一方面，这些禁止性规定划定了被追诉人处分权利的界限，体现了法律优位对于权利处分的限制。总之，被追诉人处分权利应以法律的明确规定为限，权利放弃虽然可以依据授权性规范进行，但不得逾越法律的禁止性规定。

从某种意义上讲，法律优位的界限意味着与法律规定相矛盾的权利处分行为违法，或者说被追诉人的权利放弃不能与法律的限制性或禁止性规范相抵触。事实上，在基本权抛弃理论中，“合宪秩序”一直是权利抛弃的界限。所谓合宪秩序，是指符合形式与实质宪法规范的一般性法秩序，具体包括法律、行政命令与行政规章，亦即基本权主体抛弃其基本权必须完全符合形式及实质上合宪的法规范，立法者可以通过法律规范排除抛弃行为的有效性与合法性。<sup>[58]</sup>如果法律明文规定某种权利不能被处分或者放弃，则表明它本身由法律予以特别保障，立法者将之列入了较高的权利位阶，自然不能任由被追诉人依据自己的意志自由进行处分。就此而言，法律的这种优位规定自然属于被追诉人处分权利的界限，不仅被追诉人不能任意放弃为法律所特别保护的權利，公权力主体也有义务告知被追诉人该权利的不可处分性。确实，有些西方法治国家在宪法与刑事诉讼法中就若干个别、具体权利的处分设置了明确界限，或者根据法律文义可以推知某些权利被设定为不能放弃。比如，法国刑事诉讼法第495-8条第4款明确规定，被告人在认罪答辩程序中不得放弃律师协助权，律师应在程序的任何阶段现场为被告人提供咨询和帮助。<sup>[59]</sup>德国刑事诉讼法第81d条规定，对妇女身体的检查必须由妇女或医师为之，即使接受检查的妇女同意由异性为之，也应如此。这实际上否定了女性被追诉人对人身检查所涉隐私权、人性尊严的放弃。<sup>[60]</sup>

[56] 参见前引〔33〕，松尾浩也书，第74页。

[57] 参见《意大利刑事诉讼法典》第443条，载《世界各国刑事诉讼法》编译委员会：《世界各国刑事诉讼法（欧洲卷）》下，中国检察出版社2016年版，第1707页。

[58] 参见高焯辉：《基本权之抛弃自由及其界限》，台湾辅仁大学硕士论文（1995年），第152页。

[59] 参见施鹏鹏：《法国庭前认罪答辩程序评析》，《现代法学》2008年第5期，第179页。

[60] 参见前引〔36〕，林钰雄书，第49页。

需要注意的是,法律优位的界限在很大程度上意味着,个别法律规范已经排除被追诉人对相关权利的处分,亦即只有当权利处分为法律所许可,至少未被禁止时,才为合法。比如,法国刑事诉讼法第76条规定,在初步侦查阶段,非经住所内的人明示同意,不得在住所内进行搜索、察看或扣押物证。<sup>[61]</sup>这一规定实际上认可犯罪嫌疑人可以通过同意的方式处分搜查中受保护的隐私权、住宅权与财产权等。再比如,德国刑事诉讼法第302条规定,如果以协商的形式达成判决(第257c条),则不能放弃提起法律救济程序。<sup>[62]</sup>由此,被告人在认罪协商中不能放弃上诉权。但正如前文所言,真正有这方面明确规定的法律规范较少,这使得很多时候只能从法律有无直接的禁止性规定或者通过法律解释确认是否禁止放弃权利来进行观察与分析,从而判断能否处分某种权利。甚至由于刑事诉讼法的很多规范在目的与意义上都可能与权利放弃相抵触,因而更有价值的判断方法乃是对法律规范进行解释。比如,德国刑事诉讼法第136a条并未直接规定被告人享有反对强迫自证其罪的特权,但一般认为被告人实际上拥有此项权利。<sup>[63]</sup>由于该条的第3项排除了被告人对德国刑事诉讼法所禁止的审讯方法的同意,所以,它否定了被告人对反对强迫自证其罪特权的处分。质言之,德国刑事诉讼法虽然没有明确禁止被告人放弃反对强迫自证其罪的特权,但通过解释法律规定可以得出这一结论。

第三,权利处分不得突破公共利益的界限。“基本权利不仅仅是一种主观权利或仅仅具有主观上的防御功能和给付请求功能,而且也是一种客观的价值秩序,是国家公权力和全人类公共追求的价值目标,是拘束国家权力的客观法规范。”<sup>[64]</sup>同样,刑事诉讼法上的权利也具有主观权利和客观价值秩序的双重属性,何况有些权利本身就来自宪法所规定的基本权或者为宪法所保护,尽管它们很多时候都被理解为针对公权力尤其是追诉权的防御权。这意味着刑事诉讼法上的很多权利都具有公共利益的一面,并非可由个人任意支配,这就决定了被追诉人处分权利远非单纯的私人事务。不仅如此,刑事诉讼法上还有一些权利并不只有权利保障功能,也不完全为个人利益而设,其更重要的目的在于维护国家所承诺的法治秩序与正当程序,有着为履行社会任务和实现公共价值而存在的必要。从这个意义上讲,对于被追诉人处分权利,还需要考虑公共利益。否则,这样的权利处分会不同程度地损害权利本身所蕴含的公共利益面向。比如,很多国家之所以禁止被追诉人被逮捕或拘押后放弃通知家属羁押理由与地点的权利,就是因为通知规定不仅是为了保护被追诉人的权利,也包含其亲属的利益与公共利益,即禁止秘密的刑事程序,使公众确信没有人会因为公权力的恣意而无故“消失”或被秘密逮捕。美国最近若干年在理论与实务上出现了反对被告人放弃有效辩护权的声音,原因即在于很多论者认为,这“妨碍了有效辩护宪法权利确保公正司法的功能”。<sup>[65]</sup>

正是某些权利内涵着主观权利与客观价值秩序的双重功能,并且维系着程序法治,这就决定了被追诉人处分权利的自由必然要受到一定的限制,而这种限制应以公共利益为界,

[61] 参见《法国刑事诉讼法典》,罗结珍译,国际文化出版公司1997年版,第383页。

[62] 参见《德国刑事诉讼法典》,岳礼玲、林静译,中国检察出版社2016年版,第120页。

[63] 参见[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑事诉讼法对被告人的保护》,王世洲译,《中外法学》2007年第1期,第87页。

[64] 李建良:《宪法理论与实践》,台湾学林文化事业有限公司2003年版,第64页。

[65] 参见祁建建:《美国辩诉交易中的有效辩护权》,《比较法研究》2015年第6期,第138页以下。

即被追诉人处分权利不能损害其本身所包含的公共利益面向，更不能与之相冲突。质言之，只有当某种权利是基于排他的、优势的个人法益而被赋予个体时，才能由权利主体任意处分。而对于与公共利益具有较强关联性的权利，则不容许被追诉人自由放弃，公共利益构成了对权利处分的限制。这种限制更多是为了防范公权力主体利用自愿的权利处分损害法治秩序，最终架空各种程序保障机制，突破正当程序的底线。

当然，公共利益的内涵较为宽泛，因此不能对个人权利的公共性作任意理解。“从人类社会一切价值均根源于个人的个人主义来说，国家应对作为国家和社会最为基本的单元的个人表示最大的尊重，因而个人法益应当是基础法益。”<sup>〔66〕</sup>如果个人权利完全成为社会利益的一部分，或者随意解释个人权利的公共性，个人权利必然会失去独立品格而成为国家与社会的附属物，从而导致其所具有的限制权力与彰显个人主体性的作用化为泡影，最终的结果很可能是被追诉人无法基于自由的意思表示而处分权利。因此，以公共利益限制被追诉人处分权利也要注意限度。恰当的做法可能是，权衡比较被追诉人权利处分背后的自我决定权与宪法或法律所保护的公共法益，确定两者的位阶关系，并考虑权利处分所带来的结果能否为社会公众所接受。

上述三个方面的限制，是西方法治国家确定被追诉人权利处分限度的主要标准，也是划定权利处分合法与非法的基本界限，更是法院审查权利处分正当与否的重要基准。相比较而言，我国虽然实质上存在被追诉人处分权利的实践，却未在制度层面确立相应的处分界限与合理的处分限度，相关制度规定近乎“一穷二白”，<sup>〔67〕</sup>甚至这些问题都可能未引起理论界与实务界的足够重视。考虑到我国被追诉人获得律师帮助的现状、实际所承受的追诉压力以及权利处分构成要件的粗疏，可能更需要从制度上明确被追诉人处分权利的合理界限，并强化公权力主体尤其是法院审慎核查的义务，从而最大限度地降低被追诉人放弃权利所可能带来的危害，确保被追诉人放弃权利真正成为“一种有选择性的、有限制的，且建立在多方共识基础上并经得起审查的权利放弃”。<sup>〔68〕</sup>

显然，形成类似西方法治国家那样较为完善的被追诉人权利处分限制规则，需要长期的制度变革与点滴的规则积累，不可能顷刻间实现。在此之前，一个较为现实的替代性方案是，区分权利种类与权利对被追诉人的重要程度及其本身的制度价值，对被追诉人处分权利施以严格程度不等的限制。相应地，公权力主体更应履行必要的告知义务，尤其是法院要强化对此类权利处分正当性的审查。这是被追诉人权利处分在实践运用中所应遵循的基本准则。

按照一般的认识，刑事诉讼中的权利可以分成实体权利与程序权利，其中实体权利既有源自宪法层面基本权的权利，也有与刑事实体利益直接相关的权利。<sup>〔69〕</sup>由于这些权利的法律渊源效力等级不同，再加上权利的内容也存在实质区别，它们对于被追诉人的意义及

〔66〕 邓毅丞、申敏：《被害人承诺中的法益处分权限研究》，《法律科学》2014年第4期，第176页。

〔67〕 当然，也不能说我国完全没有限制被追诉人权利处分的规定。宪法第51条规定，“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候，不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。”此规定在一定程度上为被追诉人处分权利设定了公共利益与他人权利的界限。

〔68〕 前引〔6〕，赵恒文，第135页。

〔69〕 由于刑事诉讼中的权利类型与权利内容极为庞杂，各方的理解也不完全一致，本文对刑事诉讼所涉权利的理解可能并不准确，甚至可能只是为了论述的方便而作的一个大致分类。

其所具有的制度价值,尤其是所内涵的政治与社会意义,并不完全一样,所以,在被追诉人权利处分的具体运用中,应针对不同的权利形态作差异化处理。原则上,对于实体权利中源于基本权的人身权利,如人身自由、人格尊严等,由于其具有人身专属性,也是人作为主体所享有的最基本、最核心的权利种类,故不能任由被追诉人处分与放弃。除此之外,对于其他源于基本权的实体权利,如财产权、隐私权,其处分则不应受到较为严苛的限制,只要满足权利处分的构成要件,即可由被追诉人作适当处分。至于与刑事实体利益相关的实体权利,由于牵涉案件事实真相的发现,对这类权利的处分应作较多限制,不能任由被追诉人放弃;尤其在权利放弃可能过度地或者没有必要地损害案件真相的发现时,必须禁止或否定被追诉人处分相关权利。对于程序权利,由于它们大多只涉及被追诉人个人的程序利益与诉讼地位,属于个人自决的范围,所以,只要没有法律的禁止性规定,也不涉及公共利益或者与其关联程度较弱,就可以由被追诉人在明知后果的情况下基于自由意志进行处分。

---

---

**Abstract:** The right disposition of the accused is not only the key mechanism for modern criminal procedure to maintain the legitimacy of the negotiable or administrative case handling method, but also the inherent reason for the full flexibility and activity of criminal procedure system in the western countries under the rule of law. There are both practical demand and theoretical basis for China to clearly establish the mechanism for right disposition of the accused at the institutional level. Recognizing right disposition of the accused does not mean that the right to waive under any conditions is justified, or that right disposition can be free from any restrictions. On the contrary, right disposition of the accused must meet certain substantive and procedural requirements. The substantive requirements mean that the accused has the ability to dispose and the declaration of will of disposition is voluntary. The procedural requirements means that the public authority has the obligation of notification and that the right disposition of the accused should be limited by the rights of others, public interest and compulsory provisions of the law. In view of the fact that right disposition inevitably reduces the legal protection of the accused and is indeed convenient for public authority to handle cases and that there are many omissions in the mechanisms for guaranteeing the legality of right disposition of the accused in China, the most important task in the current system construction is to clarify the constituent elements of right disposition and the scope of the right that can be waived, and establish of the necessary verification mechanism, so as to prevent right disposition of the accused from being reduced to a tool used by the public authority for achieving specific purposes.

**Key Words:** right disposition of the accused, procedural choice, limit of disposition

---

---