

从检察主导型到控辩平等型： 认罪认罚案件量刑协商模式的转型

钟达玮

(西北政法大学 刑事法学院, 西安 710063)

摘要: 量刑协商在认罪认罚从宽制度适用中居于核心地位, 发挥着承上启下的关键性作用。随着检察主导作用在刑事诉讼进程中的发挥, 从量刑协商的启动、过程和结果三个维度看, 其在司法实践中渐次显现出检察主导型协商样态。检察主导型协商固然有其正向功用, 但也可能异化诉讼构造抑或增加冤假错案的风险。故此, 文章沿着深化检察主导作用的张弛发挥、强化辩护作用的有效发挥和助推裁判作用的实然发挥三重进路, 试图将检察主导型协商的风险予以消弭, 并对我国本土化刑事司法语境下的控辩平等型协商进行思考, 以期契合新型合作式刑事诉讼模式的应然发展。

关键词: 认罪认罚从宽制度; 检察主导; 主导型协商; 平等型协商

中图分类号: D925.2 **文献标志码:** A **文章编号:** 1672-349X(2022)01-0052-11

DOI: 10.16160/j.cnki.tsxyxb.2022.01.007

From the Procuratorial Dominance to the Equality of Procurator and Defense: the Mode Transformation of Sentencing Negotiation for the Cases Concerning Pleading Guilty and Accepting Punishments

ZHONG Da-wei

(School of Criminal Law, Northwest University of Political Science and Law, Xi'an 710063, China)

Abstract: Sentencing negotiation occupies a core position in the leniency system for pleading guilty and accepting punishment, which forms the link between the preceding and the following. With the procuratorial dominance playing its role in the criminal procedure, the sentencing negotiation in the judicial practice has gradually shown the state of procuratorial-dominance one from three dimensions of its initiation, process and result. Although this kind of negotiation can bring some positive functions, it may also dissimilate the litigation structure or increase the risk of unjust, false and wrong cases. Therefore, it is hoped that the triple approach should be followed to deepen the relaxation of procuratorial-dominance role, to strengthen the effective play of the defense role and to boost the actual role of the adjudication, so as to eliminate the risks of this negotiation. And moreover, this paper contemplates the equal negotiation in the context of China's localized criminal justice, which expects to fit the development of the new type of cooperative criminal litigation model.

Key Words: leniency system for pleading guilty and accepting punishment; procuratorial dominance; dominant negotiation; equal negotiation

作者简介: 钟达玮(1997—), 男, 陕西榆林人, 硕士研究生, 研究方向为刑事诉讼法学。

认罪认罚从宽制度作为刑事司法改革的一项重要举措,不仅能够促使我国刑事简化审理程序的进一步完善,而且能够助推刑事诉讼模式的转型发展。樊崇义教授认为,认罪认罚从宽制度进入我国刑事诉讼法典意味着我国刑事诉讼类型已经由权利型诉讼转为协商型诉讼^[1]。当下,协商因素进入诉讼模式就必然无法绕开量刑协商这一议题,用规范分析的研究方法梳理现行规范的既定框架得知,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部和司法部联合制定的《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》(以下简称《指导意见》)第33条中出现了“协商”字样。虽然其他规范中并未直接使用“协商”一词,但有学者指出:“刑事诉讼法对认罪认罚从宽制度的表述,一方面竭力避免使用‘协商’‘协议’‘合意’等与‘协商’关联度较高的措辞,以与辩诉交易划清界限;另一方面又有意无意地在法条结构中植入‘协商’的逻辑。”^[2]故此,目前我国刑事诉讼法典中虽没有“协商”的直接表述,但在其条文以及其他规范性法律文件中却或多或少地蕴含着“协商”意味,在一些试点地区的实施细则中则直接使用了“量刑协商”一词^[3]。综观理论界与实务界,对于我国认罪认罚从宽制度在司法适用中是否存在“协商”这一议题,持赞同观点的专家学者居多,并提出我国的协商机制仅限于案件的量刑部分^[4-7]。从量刑协商的价值功用来看,其在整个认罪认罚从宽制度适用中发挥着承上启下的关键性作用,不论是对国家专门机关还是对被追诉人而言都具有举足轻重的影响。有鉴于此,本文以认罪认罚从宽制度适用中的协商作为研究起点,厘清量刑协商在认罪认罚从宽制度适用中的现状,进而探索符合我国本土化刑事司法语境的量刑协商模式,以期对认罪认罚从宽制度理论的深入研究和司法实务的准确适用提供些许正向功用。

一、检察主导型:认罪认罚案件协商模式的实然样态

2019年,最高人民检察院检察长张军在最高人民检察院领导干部业务讲座第一讲中明确提出检察官的“主导作用”,高度概括出检察官在新时代刑事诉讼过程中所应发挥的作用。在2021年3月8日召开的第十三届全国人民代表大会第四次会议上,张军检察长在《最高人民检察院工作报告》“深入落实认罪认罚从宽制度”部分也谈到“检察机关在刑事诉讼中承前启后,积极履行主导责任……该用尽用、规范适用”^[8]。显然,在新时代检察工作的语义下,检察官在认罪认罚案件诉讼进程中发挥主导作用已是检察职权范围内的应有之义。检察官在审前阶段发挥的主导作用根据参与主体的不同呈现出“公—公”和“公—私”两个维度^①,量刑协商是在控辩双方之间进行的,即呈现“公—私”维度。通过考察量刑协商的启动、过程和结果三个层面,发现其在司法实践中渐显检察主导型模式。

首先,在认罪认罚案件量刑协商的启动阶段,检察官居于主动地位,被追诉人则处于被动地位。从现行法的既定框架来考察,虽然可以将被追诉人作出的认罪认罚意思表示视作量刑协商启动的前提条件,但量刑协商的启动与否、启动的具体时间和详尽程序均由检察机关依职权决定而非取决于控辩双方意思一致,而且立法层面并没有赋予被追诉人启动量刑协商程序的申请权,所以量刑协商程序是由检察机关单方面依职权启动的。因此,我国刑事诉讼的现实情境难以充分保障被追诉人在审前阶段的主体地位。一方面,控辩双方掌握的相关诉讼信息天然失衡,尤其在律师缺位或者欠缺律师实质参与的情形下,控辩双方获取诉讼信息的能力更是无法相提并论,加之被追诉人处在羁押环境中还有可能产生生理不适或心理压力等,

^① 两个维度:一是体现在检察机关与侦查机关之间的“公—公”维度;二是体现在检察机关与被追诉人之间的“公—私”维度。

这些均使被追诉人既无权利也无能力向检察机关主动提出量刑协商。另一方面,被追诉人认罪认罚的目的是追求“从宽”处理,即希冀最终得到较轻的刑罚,而无暇过多考虑协商过程及协商“筹码”等问题,因此绝大多数情况下检察官一旦提出量刑协商即能顺利启动协商程序。据此可以判定,量刑协商的启动主要依赖于检察官在这一阶段发挥的主导作用。

其次,从量刑协商过程来看,多数情况下是在检察机关职权主导的讯问中进行的,即检察机关作为主导者以讯问的姿态与被追诉人进行量刑协商^[9]。换言之,虽然被追诉人对涉案事实、罪名以及量刑等问题有表达的权利,但量刑协商程序是由检察官依职权主导推进的,实践中被追诉人的意见取决于检察官在讯问过程中的发问,量刑协商过程有时表现为检察官用事先制定的量刑建议来讯问被追诉人是否同意,被追诉人只需在较短时间内作出对该种处理建议同意与否的意思表示即可。当然,有人会指出在此过程中有辩护人或者值班律师的参与,应当明确的是,正是基于还无法实现辩护律师刑事辩护全覆盖的考量,立法者才在刑事诉讼法中引入了值班律师制度,而目前值班律师制度本体仍亟待完善,值班律师尚无法有效发挥立法预期的价值功用。囿于量刑协商过程中被追诉人缺乏律师有效帮助的现实情境,控辩双方难以形成“理性观点和理性说服的交流形式”^[10],即量刑协商过程呈现的是检察机关的“权力适用”行为而非控辩双方的“权力—权利”交互行为。换言之,被追诉人在协商过程中既没有提出协商的时机,也没有提出协商的资本,无法在实质意义上主动参与量刑协商过程,控辩双方在此情形下就量刑建议达成的合意,与其说是控辩双方经过理性交互商议的结果,毋宁说多数都是被追诉人在检察官主导下的结果确认。故而,检察官在一定程度上掌握着量刑协商过程实质的决断权,甚至主导着量刑协商的结果^[11]。

最后,从结果意义的角度看,控辩双方针对量刑问题达成一致意见即产生协商结果,意味

着除法定情形外控辩双方须签署认罪认罚具结书,此处同样体现着检察主导作用。在认罪认罚具结书的内容涵盖上,《指导意见》第 31 条和《人民检察院刑事诉讼规则》(以下简称《高检规则》)第 272 条均规定应当包括犯罪嫌疑人如实供述罪行、同意量刑建议和程序适用等。故而,认罪认罚具结书可看作是控辩双方协商后,被追诉人签署的一种对被指控犯罪事实、罪名和量刑建议没有异议的真实意思表示的书面文本,目的是为检察机关认定的犯罪事实和情节起固定作用,同时旨在以书面形式确定被追诉人认罪悔罪的主观态度^[12]。但实践中签署认罪认罚具结书时,多数情况下是由检察机关出具一份内容已事先确定的认罪认罚具结书,被追诉人只需签字确认即可,更像是检察机关单方面给出固定的认罪认罚利益^[13]。换言之,虽然在形式方面看似有与量刑协商情形相类似的协商过程及行为,但被追诉人在签署认罪认罚具结书时还是难以提出实质性的看法、观点或意见。另外需要注意的是,虽然认罪认罚具结书和量刑建议书中均含有某种意义上“要约”和“承诺”的蕴涵,但终究不属于法律意义上正式的协议文本,即认罪认罚具结书对于检察机关的约束力是有限的,特别是认罪认罚案件的最终量刑决定权仍在法院,检察机关在特定情境下可以不受认罪认罚具结书的约束来调整量刑建议,所以从某种意义上来说,认罪认罚具结书更像是被追诉人单方的承诺^[14]。

通过考察目前量刑协商的启动、过程及结果运行机制,不难发现量刑协商程序中更多地体现着检察主导作用下的职权性与行政性,司法实践中渐次显现出检察主导型协商模式。固然应当正视检察主导型协商程序在认罪认罚从宽制度适用中所发挥的宏观、中观和微观层面的作用,但值得注意的是,我们同样需要关注检察主导型协商模式的另一面。

二、认罪认罚案件检察主导型协商模式的内生风险

目前在我国认罪认罚案件中呈现的检察主

导型协商模式有助于在刑事诉讼程序中贯彻落实认罪认罚从宽制度的各项要求,并可使国家、社会的公共利益与私权利主体的利益得到平衡,尤其是可以在被害人和被追诉人之间寻找利益平衡点^[15],进而有助于恢复性司法理念在刑事诉讼中的落实。但值得关注的是,在我国当下的诉讼构造中,检察主导作用的过度发挥有可能异化控辩审三方之间的诉讼构造;另外,在证据审查过程中,若检察官未发挥应然的主导作用抑或法官未发挥实然的审查作用,又可能会引发认罪认罚场域下的冤假错案。故而,为更好地完善我国本土化刑事司法语境下的量刑协商模式,亟须剖析检察主导型协商模式的风险所在。

(一) 异化诉讼构造的风险

我国的诉讼模式根植于职权主义传统,而一国之诉讼构造又会受到诉讼模式的影响。在职权主义诉讼模式的影响下,我国刑事诉讼中一度出现公检法三机关“只配合、不制约”的现象,有学者称之为“线形构造”^①,这种“线形构造”引来诸多学者的质疑、否定和批判。随着学界对国外“三角构造”理论研究的逐渐成熟,立法者在1996年和2012年修改《刑事诉讼法》时吸收借鉴了“三角构造”理论的部分内容,期冀通过赋予被追诉人较多的程序参与权和强化公检法三机关之间的职能分工来调整控辩审三方的关系,从而摆脱“线形构造”的羁绊,实现诉讼构造上的平衡,以走向审判居中、控辩平等的等腰三角构造^[16](如图1所示)。这种诉讼构造

符合诉讼活动的客观规律,有利于发挥控诉、辩护和审判的诉讼职能。然而,我国刑事诉讼赖以存在的根基尚未改变,在等腰三角构造与职权主义诉讼模式原本就有冲突的前提下,若在认罪认罚从宽制度适用中形成检察主导型协商,就难免引起原有诉讼构造的“排异反应”。

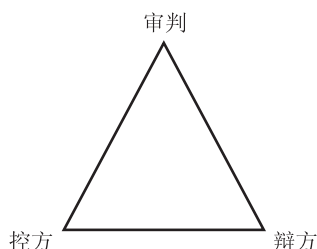


图1 平衡的诉讼结构

其一,可能异化“控—审”之间的诉讼构造。虽然我国1979年《刑事诉讼法》第5条确立了公检法三机关“分工负责、互相配合、互相制约”原则^②,但不容忽视的是,检察机关在我国的刑事司法语境下不仅仅是控诉机关,《宪法》《刑事诉讼法》均赋予检察机关法律监督职责,所以检察机关在刑事诉讼中既承担控诉职能,也承担法律监督职能,不仅监督公安机关的侦查活动,而且监督审判机关的司法裁判。据此,不得不思考这样一个问题——检法之间除监督与被监督关系外还有制约关系的生存空间吗?其实,从权利属性的角度来讲,起诉权当属请求权,而审判权则属决定权,两者本来互不僭越。但在当下的司法体制改革中,一方面围绕“以审判为中心”进行相应的诉讼制度改革,另一方面又强

① 线形结构(构造):将诉讼视为一种“双方组合”,一方是作为整体的国家司法机关,另一方为犯罪嫌疑人、被告人,诉讼活动的基本内容就是司法机关积极的进攻性的司法活动。引自左卫民《刑事诉讼基本结构论纲》,载《上海社会科学院学术季刊》1993年第1期第140页。

② 资料显示,“分工负责、互相配合、互相制约”的刑事诉讼原则雏形最早由彭真提出。1953年11月,彭真签发了报送中央的有关加强检察工作的建议,认为“法院、公安、检察署通过一系列的互相配合、互相制约的比较完善的司法制度的保证,错捕、错押、错判的现象自然会减少到极小的限度”。引自《彭真传》(第2卷),中央文献出版社2012年版第886页。1954年6月,彭真在第六次全国公安会议上明确提出,公检法“这三个机关是互相配合、互相监督、互相制约的,目的是建立一种制度,以便在处理案子时少犯错误”。引自彭真《论新中国的政法工作》,中央文献出版社1992年版第99页。以上转引自刘忠《从公安中心到分工、配合、制约——历史与社会叙事内的刑事诉讼结构》,载《法学家》2017年第4期第1—16页。

化检察机关在刑事诉讼中的主导作用,尤其是这种主导作用要体现在刑事诉讼的审前、审中和审后全过程,致使检察机关的起诉权愈发具有“准决定权”的性质,检察官成为法官之前的“法官”。在认罪认罚案件当中,被追诉人同意量刑建议并签署认罪认罚具结书更多情况下是检察机关职权主导讯问模式下的单方承诺,而检察机关则以“控辩合意”的合法程序将案件移送至人民法院,提请人民法院依据《刑事诉讼法》第 201 条进行依法判处,以致于有论者依据我国《刑事诉讼法》第 201 条中“一般应当”的规定,指出法官有沦为“橡皮图章”的风险。在此种现实情境下,如检察官将主导作用和监督作用形成合力,其诉讼一造的地位就会骤升,甚至超过法官的裁判地位,倘若法官又未发挥实质性的司法审查作用,便会异化“控一审”诉讼构造。

其二,可能异化“控一辩”之间的诉讼构造。正如前文所述,检察官在认罪认罚案件审前阶段发挥主导作用主要体现在量刑协商的启动、量刑协商的过程、认罪认罚具结书的签署和简化审理程序的选择适用等方面。尽管我国《刑事诉讼法》在历次修法中不断吸收借鉴“三角构造”的有益之处,但是在职权主义诉讼模式下的诉讼活动中更多体现的仍是“权力本位”而非“权利本位”。由于我国在规范层面尚未明确认罪认罚案件的量刑协商制度,因此,检察官在职权主义诉讼模式中“权力本位”理念和新时代检察主导责任的影响下,检察主导量刑协商便成了必然选择、趋势和逻辑^[15]。反观大多被追诉人则无法为自己提出有效辩护意见,加之部分律师在诉讼进程中的某些阶段由于主客观因素的限制,无法在实质意义上立足于被追诉人的角度为其提供最优化的法律帮助,导致控辩两造之间趋向于平等的地位可能会再次失衡。诚然,在认罪认罚从宽制度适用中控辩失衡的成因不仅有量刑协商制度本体问题,其配套制度也存在亟须完善的问题。以值班律师制度为例,囿于人员、经费和场所等资源的诸多限制,一些地方的值班律师无法发挥立法预设的价值

与功能,往往都是在被追诉人签署认罪认罚具结书时才参与,只在形式上充当认罪认罚的“见证人”,有时甚至配合检察官发挥“劝降者”的作用^[17-18]。此外,实践中还出现了被追诉人的辩护律师无法介入案件导致辩护权失位的现象。换言之,检察官知晓被追诉人已委托律师或法律援助机构已指派律师,但在签署认罪认罚具结书时却只通知值班律师在场见证,即被追诉人是在其律师不知情的情况下完成的认罪认罚。显然,检察官发挥过度的主导作用以及律师发挥弱勢的辩护作用导致控辩双方诉讼地位异化,带来的结果便是量刑协商的合意性阙如。

诚如前文所述,检察机关的主导作用、被追诉方的辩护作用以及法官的审查作用等在认罪认罚从宽制度适用中的交叉发挥,不但可能异化“控一审”之间的诉讼构造,还可能异化“控一辩”之间的诉讼构造。基于此,当检察机关在诉讼构造中的地位达到“高点”(如图 2 所示)时,就可能影响审判作用与辩护作用的应然发挥,致使法官成为单纯的复核者,甚至沦为“橡皮图章”,而控辩之间的平等地位再次失衡便会进一步挤压辩护空间。

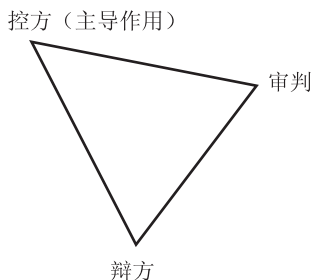


图 2 失衡的诉讼结构

(二)增加冤假错案的风险

“保证准确、及时地查明犯罪事实”是我国《刑事诉讼法》确立的一项基本任务。换言之,依法进行刑事诉讼极为重要的任务之一便是防止冤假错案的出现。习近平总书记指出:“一个错案的负面影响足以摧毁九十九个公正裁判积累起来的良好形象。”其实,冤假错案都是在认定事实事实上出现了问题,而认定事实的依据是涉案证据,所以涉案证据的真实合法与否直接影响案件处理的结果。在认罪认罚的场

域下,审查涉案证据是一个不可忽视但又易被检察官和法官忽视的问题,尤其是对被追诉人的有罪供述。因为在认罪认罚案件中,自愿认罪既是认罪认罚的逻辑起点,也是适用认罪认罚从宽制度的先决条件,所以检察官理应在审前阶段着重审查被追诉人在侦查机关作出有罪供述的自愿性、真实性与合法性。但是,就目前检察主导型协商模式的实然样态而言,更多的是强化了检察职权的行政性而非司法性,检察官对于被追诉人有罪供述的“三性”审查多未侧重,且在审查起诉阶段又因受到被追诉人“自愿认罪”的影响而忽视了其权利保障和程序参与。

一方面,侦控机关均希冀得到被追诉人的认罪允诺。虽然《刑事诉讼法》第55条明定“重证据,轻口供”,但是在认罪认罚的场域下,侦查机关又不得不重视被追诉人的认罪口供,因为认罪口供在刑事案件中不仅占据证据体系的关键地位,而且是被追诉人主观意愿上认罪认罚的客观表现,事实上侦查机关通过被追诉人的认罪口供也会大概率得到与案件相关的事实信息和证据信息。因此,认罪口供对于认定案件事实和搜集其他证据而言具有不可或缺的作用,侦控机关迫切希望得到有罪供述也就成为必然。故而,检察官为了后期审查起诉乃至主导量刑协商得以顺利展开也期盼能尽快尽早得到被追诉人的有罪供述。就获取有罪供述的方法而言,除被追诉人自愿供述外最快途径无外乎刑讯逼供。固然立法层面已确立诸多禁止性规范,但不可否认的是,刑讯逼供在我国的侦查实践中仍有“夹缝生存”的条件。刑讯逼供对于被追诉人而言,尤其对于事实上或法律上无罪的人而言属于无端陷入一种进退维谷的境地,“进”要忍受各种摧残和折磨,“退”则极有可能背上莫须有的罪名进而被迫接受法律制裁。现实情况是多数人遭遇刑讯逼供最终都会选择

“退”,以避免身心备受煎熬与折磨。由于侦控机关均有得到被追诉人有罪供述的现实需求,加之检察官在办理认罪认罚案件时侧重于推进认罪认罚从宽程序的适用,因此可能未在证据审查方面发挥其应有的主导作用以审查有罪供述的真实合法与否,基于此,倘若法官亦忽视审查有罪证据的此一核心问题,便易引发冤假错案。

另一方面,被追诉人在审前阶段的主体地位难以保障。虽然《刑事诉讼法》在历次修改时都不断提升被追诉人的主体地位以及强化其权利保障,但迄今为止,被追诉人在侦查阶段的主体地位并不明显,其面对侦查人员的发问不享有沉默权而有如实回答的义务,况且规范层面尚未确立讯问时的律师在场权,被追诉人的私权利无法对公权力进行有效防御与应对,以致于因公权力滥用而衍生出刑讯逼供现象。刑讯逼供对被追诉人的身心影响巨大,不仅身体上要遭受皮肉之苦,心理上也会受到严重创伤。比如,聂树斌在受到刑讯后选择认罪、供认不讳、永不翻供;钱仁凤在平反后称其在17岁时被逼着认罪,“当时的心情就是感觉很黑暗很绝望,没希望”^[19]。并且,我国的审前羁押率虽有下降趋势,但总体而言还是较高^①,即使在认罪认罚案件中非羁押强制措施适用比率也仍然不高。由于大多数被追诉人不能准确区分拘留逮捕与监禁刑罚的区别,或曰不清楚看守所与监狱之间的性质区别和功能定位,以致于部分被追诉人在观念上秉持“不管怎么样,能出去就行”的想法,倘若检察官提出“认罪出狱”^②时,被追诉人出于本能反应也会毫不犹豫地检察官主导下同意适用认罪认罚从宽程序。故而,基于被追诉人在审前阶段的主体地位弱化和检察主导量刑协商的现实情境,加之检察官起诉时审查涉案有罪证据程序阙如,检察官便像是

① 我国审前羁押率从2000年的96.8%降至2020年的53%。数据来源于2021年《最高人民检察院工作报告》。

② “认罪出狱”:法院判决被告人执行刑罚的方式是缓刑,或是判处刑罚的刑期与被告人审前在看守所的羁押时间正好相抵,法院有罪判决书一旦作出,被告人即可被释放。

“流水线”上的工人,将一件件在侦查阶段已获得有罪供述的“工件”经过主导量刑协商诉至法院,这样就可能为侦查阶段通过刑讯逼供得到的有罪供述附上合法背书,进而增加冤错案件的风险。

三、控辩平等型:认罪认罚案件协商模式的应然走向

为消弭认罪认罚从宽制度适用中检察主导型协商模式的内生风险,以及化解协商因素与我国固有诉讼模式之间产生的抵牾,理应对我国刑事司法语境下的量刑协商模式加以省思,上述问题均直接关涉认罪认罚从宽制度适用时能否准确发挥其立法的价值预设,所以亟待解决。一般来讲,解决问题的路径包含从根源上进行解构重塑和对现状进行相应完善两种。就既定的规范现状而言,由于刑事诉讼法将追求案件事实真相确立为基本任务,并且在此任务视阈下构筑了刑事诉讼的各项制度,因此,企图通过解构重塑刑事诉讼现有制度的途径来消弭检察主导型协商的内生风险抑或化解量刑协商与诉讼模式的固有冲突,既是不现实的,也是不可能的。故此,总体上沿着对现状进行相应完善的路径来解决问题,而解决如此错综复杂的问题当然需要采用系统化的方法措施。具体而言,旨在通过张弛发挥检察主导作用、有效发挥辩护作用和实然发挥裁判作用三重进路,促使权力和权利回归刑事诉讼职能本位。希冀在认罪认罚从宽制度适用中沿着上述三重进路不断完善量刑协商,逐步形成符合我国国情且具有中国特色的平等型协商模式,以期契合新型合作式刑事诉讼模式的应然发展。

(一)张弛发挥检察主导作用

由于检察机关在认罪认罚从宽制度适用过程中居于至关重要的核心地位,其主导责任落在刑事诉讼全过程自然无可厚非,但检察官应根据不同情形来调整发挥主导作用的相应限度。如前文所述,在目前的司法实践中,检察官一方面在量刑协商时发挥主导作用过度可能导致控辩协商层面上的合意性阙如,另一方面在

证据审查时发挥主导作用阙如则可能引发实质层面上案件真实性存疑,所以检察主导作用不应固化于过度抑或阙如的某种极端状态,而应根据不同诉讼阶段的特点来把控主导作用的维度或力度。

一方面,在量刑协商时应扩展检察主导作用的维度。换言之,检察主导作用不应当仅局限于量刑协商启动、过程和结果生成逻辑的这一维度,检察官还应在具体的诉讼进程中根据不同阶段的特点有针对性地发挥主导作用。在此过程中检察官当然须秉持神圣的使命感和高度的责任感。具体而言:首先,在量刑协商的启动中,检察官应确保被追诉人的主体地位,对于被追诉人提出的认罪认罚相关疑问应细致回答;可通过加强沟通交流以听取辩护方关于启动量刑协商的看法及意见,对于辩护人就启动量刑协商提出的书面意见应当附卷;尤其是对被追诉人已作出认罪认罚允诺并有意于量刑协商的,检察官应继续致力于将主导作用发挥至量刑协商过程,进一步打造量刑协商的适宜平台。其次,在扩展检察主导作用维度的指向下,检察官应在具体案件的量刑协商过程中重视辩护方提出的意见及观点,给予辩护方发挥辩护作用的时空条件,促使控辩两造居于平等的诉讼地位。譬如,规范层面可以通过发布规范性文件确立检察机关的证据开示制度,要求检察机关在量刑协商过程中使用证据开示文书等书面化形式将现有全部证据向辩护方开示,控方起诉时提交法庭的证据以量刑协商阶段已开示的为准,除在量刑协商程序后发现的新证据外,未向辩护方开示的证据一律不得进入法庭。同时要求检察官应以书面形式记载控辩双方针对量刑问题的交涉过程,尤其是记载辩护律师对案件事实和证据方面提出的意见和观点,该份文书经被追诉人及其律师共同签字后方可附入检察案卷。此外,对于已配备执法记录仪等电子设备的地区应要求检察官对控辩量刑协商过程予以同步录音录像,以真实记录量刑协商过程,且方便后续司法审查。

另一方面,在证据审查时应强化检察主导

作用的力度。在刑事诉讼中,国家专门机关所查明的事实是根据现有证据体系加以一定程度上的逻辑推理得出的事实,这一事实与案件的客观事实之间可能“失之毫厘”亦可能“谬以千里”。即使通过侦查员使用合法的侦查措施以及检察官适用系统的证据审查规则也不能保证查明事实与客观事实完全一致,但迄今为止,上述途径仍是保证查明事实最接近客观事实的不二法门。为了进一步缩小查明事实与客观事实的差距,检察官可通过形式审查和实质审查相结合的方式强化对证据的审查力度,尤其是对被追诉人有罪供述的审查力度。申言之:第一,形式审查方式,即书面审查证据材料形式要件的合法性。如不符合证据规则对证据形式的具体要求应予以分类处置:可以补正解释的证据应通知侦查机关予以补正解释,必要时检察官可介入案件引导侦查机关全面、客观地收集证据,而非只仰赖于被追诉人的有罪供述;不能补正解释的非法证据应当坚决予以排除,通过对非法证据的不利评价来反向鞭策侦查机关取证活动趋于合法化。第二,实质审查方式,即通过形式审查未发现涉案证据的不当之处后所进行的后续审查。如可以通过询问被追诉人来审查其在侦查阶段作出有罪供述的自愿性和真实性。检察官询问之前可通过形象举例等方式充分告知被追诉人在诉讼中享有的权利,并且要与实务中既有的形式化《犯罪嫌疑人、被告人权利义务告知书》相区别;另外要向被追诉人告知检察机关在我国刑事诉讼中行使的控诉与法律监督的多元职能,以降低其对检察官的心理防备,有利于其陈述在侦查阶段作出有罪供述的真实意愿。检察主导作用的张弛发挥,使有罪供述能否与其他涉案证据互相印证及控诉证据是否已经形成完整的证据链条得到进一步审查,进而使有罪供述在审查起诉程序中达到法定证明标准的高度。

(二)有效发挥辩护作用

在刑事诉讼活动中,缺少控辩任何一造的正向努力都难以实现控辩诉讼地位平等的理想构造。在美国的辩诉交易中,“律师帮助权是美国宪法赋予被告人的法定权利。律师在辩诉交易中应确保被告人获得充分的有效辩护,否则被告人可以主张撤销交易。辩护律师被认为是辩诉交易体系公正性的关键,一方面为被告人提供专业有效的帮助,另一方面可以制约警方和检察官的不当行为”^①。在我国认罪认罚案件量刑协商过程中,律师同样可发挥有效的法律帮助以维护被追诉人的诉讼权利和其他合法权益。为了有效发挥律师的辩护作用,助力诉讼构造的复位和冤假错案的防范,须理顺辩护律师与值班律师之间提供法律帮助的时间、限度和次序等现实问题,实现以辩护律师参与为核心的有效辩护和值班律师提供有效法律帮助两种制度之间的圆融自治。

其一,辩护律师的全程参与和实质参与。全程参与是指辩护律师从侦查到审判阶段不间断地参与,这是辩护律师实质参与量刑协商的前提条件。在司法实践中,辩护律师参与认罪认罚诉讼进程的时间大多较晚,由于认罪认罚案件的审前阶段是被追诉人有罪供述的形成期、确定期,也是关键期,且在被追诉人作出认罪允诺后控辩双方继而进行量刑协商活动,若辩护律师只有在签署认罪认罚具结书时才参与,可想而知,其对量刑协商的影响微乎其微^[20]。故此,应提升辩护律师在侦查和审查起诉阶段的参与度。首先,在立法层面赋予认罪认罚案件中被追诉人作出有罪供述时辩护律师的在场权。从正向来讲,可增强有罪供述的自愿性、真实性、合法性;从反向来讲,可促成公安司法机关办案程序的合法、合规、合理。其次,在实践层面应切实保障辩护律师的阅卷和会见

^① 详见斯蒂芬诺斯·毕贝斯《庭审之外的辩诉交易》,杨先德、廖钰译,中国法制出版社2018年版第10—11页,转引自郭华、高涵《认罪认罚从宽制度实施风险及程序控制》,载《法学论坛》2021年第36卷第1期第153—160页。

等权利。辩护律师通过积极阅卷和亲自会见就可为以证据为主的辩护路径提供现实基础,即一方面可知悉侦控机关已收集的有罪证据,另一方面可从侦控机关和被追诉人两个维度了解案情,从而在量刑协商时有可能从证据存在非法取证或程序瑕疵等证据能力方面的问题、证据存在证明力不足的缺陷、全案证据链条尚未形成闭环状态或者未达到法定证明标准要求的排除合理怀疑程度等方面提出协商“筹码”。此外,还需通过行业规范激励或说规制辩护律师参与量刑协商的积极性,以促使律师通过提出类似上述证据方面的协商“筹码”来参与量刑协商过程,从而使辩护方具有与检察机关展开平等协商的“资本”,检察官基于理性分析就有可能提出更大幅度从宽的量刑建议,进而使被追诉人得到更大的量刑福利^[7]。

其二,值班律师的适时参与和适度参与。适时参与主要针对值班律师的参与时间而言,从规范的语义逻辑出发,立法者将值班律师排列于委托律师和指派律师之后的“第三梯队”^①。换言之,在认罪认罚案件中,只有委托律师和指派律师缺位时,值班律师才应参与诉讼活动并为被追诉人提供法律帮助。适度参与则主要强调值班律师参与限度的问题,通过对《刑事诉讼法》《高检规则》《指导意见》等规范的解读,易知值班律师被定位为法律帮助者。那么值班律师为被追诉人提供法律帮助是否倚重于值班律师的阅卷权?有学者认为,阅卷权、证据调查请求权及对质诘问权均居于被告人防御性权利体系中核心的地位^②。阅卷本身是了解案件事实的不二法门,值班律师阅卷权的缺位就使其难以知晓案件事实,势必导致其提供法律帮助时呈现出心有余而力不足的状态,以至于沦为“见证人”,所以应当赋予值班律师实质

意义的阅卷权。就值班律师的阅卷权考察现行立法规定,《高检规则》第 47 条明确规定辩护律师可以查阅、摘抄、复制案卷材料,而在第 269 条只规定值班律师可以查阅案卷材料和了解案情,并未明确值班律师可以摘抄或复制案卷材料,这样就给检察官在实务中限制值班律师摘抄或复制案卷提供了依据。而 2021 年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》(以下简称《高法解释》)第 53 条已赋予值班律师实质意义上的阅卷权。由于量刑协商形成于审查起诉阶段,因此值班律师在审查起诉阶段是否享有实质意义的阅卷权至关重要,直接关涉能否为被追诉人在量刑协商时提供有效的法律帮助,所以在规范层面亟待明确值班律师在检察机关阅卷时可以摘抄或复制案卷材料,进而理顺司法机关之间关于值班律师实质意义阅卷权的衔接问题,为值班律师发挥应然的法律帮助作用提供现实基础。

(三) 实然发挥裁判作用

党的十八届四中全会提出“推进以审判为中心的诉讼制度改革,确保侦查、审查起诉的案件事实证据经得起法律的检验”^[21],审判作为司法行为链中的最终一环决定着案件的终极走向,理应处于整个诉讼的中心。而量刑协商在认罪认罚从宽制度适用中又是一个举足轻重的环节,审判既然是诉讼的中心便应当发挥对量刑协商司法审查的实然作用。为助推裁判作用的实然发挥,不妨通过比较域外司法审查的经验来“取其精华”,以为我国的量刑协商制度提供有益借鉴。综观两大法系的典型代表德国和美国:德国的刑事诉讼模式可视为职权主义的典范,其遵循实质真实主义;而美国的刑事诉讼模式则是当事人主义的代表,其秉承处分权主义。相对而言,由于我国和德国的刑事司法制

① 依据《刑事诉讼法》第 36 条第 1 款,律师对犯罪嫌疑人、被告人提供法律帮助形成了以委托辩护律师为首、法律援助指派律师次之、值班律师最后的三个层级梯队。

② 详见颜厥安、林钰雄《人权之跨国性司法实践:欧洲人权裁判研究(一)》,我国台湾地区元照出版公司 2007 年第 95 页,转引自龙宗智《完善认罪认罚从宽制度的关键是控辩平衡》,载《环球法律评论》2020 年第 2 期第 5—22 页。

度均根植于职权主义诉讼模式,在价值追求上都更侧重于实质真实,因此德国的刑事协商制度更具有借鉴意义。

在德国的刑事协商制度中,法官在审前阶段的程序停止中发挥的作用微弱,但在审判阶段的正式认罪协商程序中充当诉讼中最活跃的角色,被明确要求履行通知、告知和文件三项义务,如违背上述义务则会导致认罪协商违法,从而引发上诉审法院的审判监督。具体而言:第一,《德国刑事诉讼规则》第243条第4款规定了“通知义务”,即法官在庭前或庭中须向诉讼参与人通知预估刑罚的上限、下限和控辩双方对协商事宜的意见以及实体性事实是否一致,还要通知认罪协商涉及程序的部分终止等程序性事实;第二,《德国刑事诉讼规则》第257c条第5款规定了“告知义务”,法官在认罪协商实现之前要告知被告人,法院不受前期认罪协商结果约束的条件和后果,以此保障被告人在认罪协商程序中的程序选择权,防止其在非自愿前提下作出认罪自白;第三,《德国刑事诉讼规则》第273条第1(a)款规定了“文件义务”,即认罪协商下的主要流程、内容和结果必须在庭审记录中予以呈现,以保证前期协商行为和认罪协商内容的透明、完整和真实^[22]。由此可见,在德国认罪协商程序的诉讼权责和职能分配上,更强调法官在审判阶段的主导作用;并且,这一制度的目的是为取得被告人的当庭供述,当庭供述并不直接决定案件的最终走向,法官得到被告人供述后仍有义务依职权查清案件事实真相,直至形成内心确信。基于此,德国的协商制度并非属于案件处理机制,而是归于发现案件事实真相的工具,将协商制度的性质定位由案件处理机制改为发现案件事实真相的工具后,在职权主义诉讼模式下引入协商制度并不会发生冲突^[2]。

“当然,任何一种制度,无论是从本土衍生发展而来,抑或从异域借鉴甚至照搬过来,都不可能是一成不变的。”^[23]虽然我国与德国的刑事诉讼制度都建立在职权主义诉讼模式的基础之上,但是在具体诉讼制度、现实的社会需求以

及历史观念等方面仍存在差异,所以在参考借鉴德国的三项义务之时仍需根据我国的本土化情境进行相应调整。例如,我国《高法解释》第351条已在一定程度上体现德国法官的告知义务。因此,立足于我国的现实语境,规范层面在明确将量刑协商作为认罪认罚案件查明机制的基础之上,应落实法官的通知与文件这两项义务,具体从实体保障和程序保障两个方面对量刑协商制度予以系统性优化。简要分述如下:其一,在实体保障方面,最高人民法院可通过发布规范性法律文件为法官审查量刑协商启动、过程以及结果的真实性和合法性提供制度支持和方向指引。为落实两项义务,法官需在审判阶段通过严格、规范的诉讼程序和系统、完善的审查规则,通知被追诉人相关的实体性事实和程序性事实,审查其认罪认罚的自愿性和真实性,同时审查检察机关的指控内容是否已具备基本的事实基础^[24]。其二,在程序保障方面,法官不仅需要审查检察机关告知被追诉人诉讼权利的书面或电子记录以及控辩双方针对量刑问题进行协商的具体过程,还要审查检察官不予采纳辩护方提出的意见时是否以书面形式进行论证说理并回复辩护方以落实文件义务,保障审前量刑协商行为和协商内容的透明、完整和真实。法官准确发挥上述实体和程序方面的保障作用,并严格落实两项义务,一方面有利于保障辩护方在审前阶段行使权利,促使控辩双方在量刑协商阶段居于平等的诉讼地位并展开交互协商活动,另一方面有助于查明认罪认罚案件的事实以防检察机关“带病起诉”。综上,应贯彻落实“以审判为中心”的诉讼制度改革,坚决防范认罪认罚场域下的冤假错案,从而为我国本土化刑事司法语境下认罪认罚从宽制度中的平等型协商模式提供理论与实践基础。

参考文献:

- [1] 樊崇义. 理性认识“认罪认罚从宽”[N]. 检察日报, 2019-02-16(3).
- [2] 魏晓娜. 冲突与融合:认罪认罚从宽制度的本土化[J]. 中外法学, 2020, 32(5): 1211

- 1230.
- [3] 陈卫东. 认罪认罚从宽制度的理论问题再探讨[J]. 环球法律评论, 2020, 42(2): 23 - 36.
- [4] 胡云腾. 正确把握认罪认罚从宽 保证严格公正高效司法[N]. 人民法院报, 2019-10-24(5).
- [5] 陈国庆. 适用认罪认罚从宽制度的若干问题(上)[N]. 法制日报, 2019-11-27(9).
- [6] 苗生明, 周颖. 认罪认罚从宽制度适用的基本问题:《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》的理解与适用[J]. 中国刑事法杂志, 2019(6): 3 - 29.
- [7] 陈瑞华. 论量刑协商的性质和效力[J]. 中外法学, 2020, 32(5): 1126 - 1149.
- [8] 最高人民法院. 最高人民法院工作报告[EB/OL]. (2021-03-15)[2021-04-15]. https://www.spp.gov.cn/spp/gzbg/202103/t20210315_512731.shtml.
- [9] 刘原. 认罪认罚具结书的内涵、效力及控辩应对[J]. 法律科学, 2019, 37(4): 160 - 173.
- [10] 刘彦昌. 治理现代化视角下的协商民主[M]. 杭州: 浙江大学出版社, 2017: 36.
- [11] 吴思远. 我国控辩协商模式的困境及转型: 由“确认核准模式”转向“商谈审查模式”[J]. 中国刑事法杂志, 2020(1): 148 - 159.
- [12] 马静华, 李科. 新刑事诉讼法背景下认罪认罚从宽的程序模式[J]. 四川大学学报(哲学社会科学版), 2019(2): 31 - 41.
- [13] 闫召华. 听取意见式司法的理性建构: 以认罪认罚从宽制度为中心[J]. 法制与社会发展, 2019, 25(4): 56 - 79.
- [14] 魏晓娜. 结构视角下的认罪认罚从宽制度[J]. 法学家, 2019(2): 111 - 123.
- [15] 李奋飞. 量刑协商的检察主导评析[J]. 苏州大学学报(哲学社会科学版), 2020, 41(3): 36 - 47.
- [16] 卞建林. 刑事诉讼模式的演化与流变: 以海峡两岸刑事司法改革为线索[J]. 政法论坛, 2019, 37(1): 112 - 121.
- [17] 闵春雷. 回归权利: 认罪认罚从宽制度的适用困境及理论反思[J]. 法学杂志, 2019, 40(12): 1 - 11.
- [18] 杨波. 论认罪认罚案件中值班律师制度的功能定位[J]. 浙江工商大学学报, 2018(3): 34 - 43.
- [19] 17岁少女坐冤狱13年: 被刑讯逼供时感到绝望[EB/OL]. (2015-12-22)[2021-04-01]. http://news.youth.cn/jsxw/201512/t20151222_7445592.htm.
- [20] 王敏远. 认罪认罚从宽制度疑难问题研究[J]. 中国法学, 2017(1): 17 - 34.
- [21] 中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定[N]. 人民日报, 2014-10-29(1).
- [22] 李倩. 德国认罪协商制度的历史嬗变和当代发展[J]. 比较法研究, 2020(2): 90 - 107.
- [23] 步洋洋. 因应与转型: 时代语义下的量刑建议精准化[J]. 学习与实践, 2020(2): 55 - 64.
- [24] 韩红. 认罪认罚从宽制度的内涵与边界: 兼与刑事速裁程序比较[J]. 学术交流, 2017(8): 117 - 123.

(责任编辑: 白丽娟)