

认罪认罚背景下屈从型自愿的防范

——以确立供述失权规则为例

郭 烁^{*}

摘 要:虽然行政主导下的认罪认罚从宽制度的适用率在大幅提高,但是其中隐含着诸多制度性风险。在我国刑事司法强职权主义的传统下,需要特别注意避免在“认罪认罚从宽”名义下基于屈从型自愿而达成的认罪具结。除此之外,轻罪羁押率高企、及时证据开示制度阙如以及值班/辩护律师的作用不能实质性发挥都或多或少地成为影响屈从型自愿形成的因素。尽快确立认罪认罚程序下的“供述失权规则”极具现实意义。

关键词:认罪认罚 屈从型自愿 证据开示制度 供述失权规则

一、问题的提出

当下,全球犯罪整体形势呈现出一种高频化、隐蔽化的态势,传统刑事审判资源耗费高和诉讼效率低的缺陷使得其已无法满足社会治理的需要。在这一背景下,以“辩诉交易”为代表的协商性司法在全球范围内正式兴起,^①并逐步开始对我国的刑事司法产生影响。^②协商性司法的要旨在于,控辩双方基于合意而放弃诸多庭审对抗、走向合作,从而达致更优的司法效果与社会效果。合作而非对抗是协商性司法的基本特征,而合作的基础乃控辩均衡下的平等对话。2018年《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)正式确立的认罪认罚从宽制度在既有职权主义模式下引入了当事人因素。^③对此,有学者认为,我国刑事诉讼的“第四范式”已逐渐成型。^④伴随认罪认罚从宽制度的持续推进与深化,“权利保障/效率提升”的双重价值定位已成为理论研究与制度建构的核心内容,学界亦达成如下共识:保障犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚的自愿性既是协商性司法的正当性基础,也是

* 北京交通大学法学院教授、博士生导师

基金项目:华东政法大学上海高水平地方高校创新团队项目、国家社会科学基金项目(19AZD024)

① See Andrew Hammel, The Difficult Birth of the Criminal Plea Bargain in Germany, <https://hammeltranslations.com/2019/05/22/the-difficult-birth-of-the-criminal-plea-bargain-in-germany/>, 2020-02-05.

② 参见陈瑞华:《刑事诉讼的公力合作模式——量刑协商制度在中国的兴起》,《法学论坛》2019年第4期。

③ 参见卞建林:《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》,《政法论坛》2019年第1期。

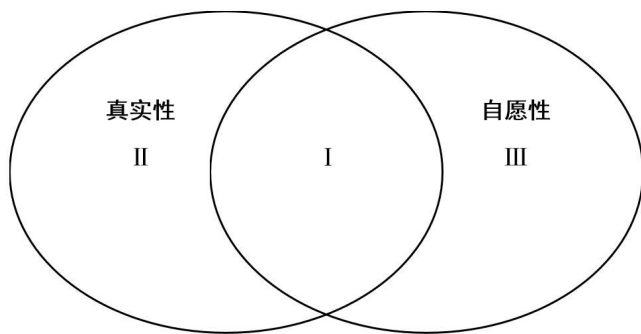
④ 参见熊秋红:《比较法视野下的认罪认罚从宽制度——兼论刑事诉讼“第四范式”》,《比较法研究》2019年第5期。

认罪认罚从宽制度适用的基本前提。^①

根据我国刑事诉讼法的相关规定,对于认罪认罚具结效力的认定需同时满足真实性与自愿性两大核心要素。其中,如何理解“自愿”的含义是司法认定的前提。根据通常的理解,自愿是行为人得在不受任何强迫的情况下遵照内心自由进行选择。有学者指出,在刑事司法语境下,“自愿”不能以上述定义为基准,因为在刑事追诉的过程中,犯罪嫌疑人尤其是处于被羁押状态下的犯罪嫌疑人,内心都是不安与恐惧的,且从利益衡量的角度看,没有人会愿意认罪并接受刑事处罚,任何形式的认罪必然伴随强制的色彩。^② 笔者认为,该说法并不深刻。个体置身于具体的社会生活中,很难真正做到超脱与绝对独立,即便是在日常生活中人们的“自愿”选择,也会受到公共道德、价值评判与社会责任等诸多外部因素的影响。在刑事司法的过程中,“自愿”认罪都是以被追诉人的内在信念为基准的,有的学者追求的“无差别强迫”似乎只是一种观念上的存在。

对刑事司法语境下的“自愿”存在认识偏差,可能使得对自愿性的认定误入歧途:一方面,低估乃至无视羁押、讯问以及指控刑期等对被追诉人认罪认罚自愿性造成的潜在影响;另一方面,在认定自愿性的审查过程中,偏好于以是否存在明显的客观违法事实作为判断标准,而忽略被追诉人认罪时的主观心理状态。以此为基准,并融入认罪认罚的真实性维度,认罪认罚从宽制度在实践中受到司法确认的“自愿”,大致可以形成“主动型自愿”与“屈从型自愿”的分野。具体类型如下图所示:

图 1 根据是否具备真实性与自愿性要素划分的认罪认罚具结类型图^③



首先需要明确何为主动型自愿。在认罪认罚案件中,主动型自愿同样可细分为两种类型。理想图景当然是,案发后犯罪嫌疑人能够正确认知犯罪事实及其行为的违法性,愿意真诚悔罪,不以获得刑事处分上的优待为主观目的而自觉接受处罚。在这种情况下,司法机关对犯罪嫌疑人的量刑减让主要是基于后者真诚悔罪而体现出的人身危险性的大幅降低。这种认罪认罚显属主动型自愿类型。除此以外,更常见的一类主动型自愿乃犯罪嫌疑人基于协商性司法的合作框架,以主动提供证据及同意程序简化为合作筹码,自主选择通过认罪认罚来实现其实体及程序上的利益诉求。申言之,这种自愿以获得法律处分上的利益作为直接驱动力,控辩双方的合意是其形成的基础,一旦犯罪嫌疑人在达成合意时所预设的利益期待于后续阶段落空,那么认罪认罚的自愿性便随之消失。

主动型自愿的两种类型均是认罪认罚的应然表现形式,对此应形成共识。前一种自愿顺应一般

① 参见陈卫东:《认罪认罚从宽制度研究》,《中国法学》2016年第2期。

② 参见杨帆:《认罪自愿性的边界与保障》,《法学杂志》2019年第10期。

③ I型指主动型自愿,II型指屈从型自愿,III型指“顶包”型自愿。

公众最朴素的法感情,系最本源的自愿形式,无论是在道德层面还是在法律层面均具备合理性;后者则契合协商性司法的基本理念,以认罪认罚从宽制度在立法层面的确立而取得正当性。区分主动型自愿的类型,同样有助于揭示二者在证据使用上的差异,即由于主动型自愿的正当性来源不同,与之对应的口供自愿性审查路径自然也存在差异。事实上,关于主动型自愿的议题研究,在英美法系国家更多地转化为证据的关联性、真实性与充分性问题,相当复杂且有启发意义。^①关于这一问题需另撰文阐述。

笔者写作本文旨在对认罪认罚具结的另一种关键类型——屈从型自愿——展开研究。与主动型自愿相对应,基于协商性基础的欠缺,屈从型自愿并不具有明确的正当性来源,然而,探讨这一问题于我国而言却具有深刻的现实意义。可以明确的是,认罪认罚从宽制度无论是在规范文本中还是在当下的司法实践中,都凸显一种司法机关尤其是检察机关主导下的权力属性。在“权力主导模式”的制度设置与实践,检察机关对强制措施的适用、罪名的确定以及量刑的选择都具有事实上的决定权力,而被追诉方仅处于被动回应的处境当中。作为协商性司法的中国方案,认罪认罚从宽制度保留了既往的强职权主义色彩及近乎压制性的权力属性,本应平等对话的控辩双方也就不可避免地滑向“权力主导权利”的境地。受制于“信息不对称”与“地位不对等”的制度语境,检察官在与犯罪嫌疑人达成具结书的过程中掌握着绝对的话语权,犯罪嫌疑人本应受到尊重的个体自主权付之阙如,从宽结果俨然成为检察机关赐予被追诉人的“恩惠”。权力主导模式压缩了被告人自由选择的空间,而多重压力下的“屈从型自愿”尤其值得警惕。^②

二、屈从型自愿的形态与风险

(一) 屈从型自愿的形态

以是否具备真实性与自愿性要素为根据,认罪认罚具结可以进一步划分为主动型、屈从型、“顶包型”3种自愿类型。如果说主动型自愿的认罪认罚至少是被追诉人主动、积极追求的结果的话,那么屈从型自愿则是被追诉人被动、迫于无奈的选择。

屈从型自愿最极端的表现形式,是被称作“魔鬼契约极致形态”的阿尔弗德答辩。1970年,美国联邦最高法院在“北卡罗来纳州诉阿尔弗德案”^③中确认了一种特殊形态的有罪答辩——允许被告人作出有罪答辩的同时不承认被指控之犯罪事实。在该案中,阿尔弗德与检方达成二级谋杀的有罪答辩,但在庭审中阿尔弗德却站在证人席上声明被害人并非他所杀。当时的情况是,如果他不作有罪答辩,那么一级谋杀的指控将会让他承担被判处死刑的风险。因此,阿尔弗德最终选择作出有罪答辩,同时否认指控事实。第四巡回上诉法院在上诉审中认为阿尔弗德作出有罪答辩的根本动机是消除被判处死刑的可能性,法院接受二级谋杀的有罪答辩将不正当地引发被告人借此逃避死刑的欲望,认定该答辩不具自愿性,进而否定其答辩的有效性。即便是最终认可该种答辩自愿性的美国联邦最高法院也指出,“当然,任何这类条款不可避免的后果是,不鼓励被告人行使宪法第五修正案规定的不自认罪

^① See Ronald J. Allen, Richard B. Kuhns, and Eleanor Swift, *Evidence: Text, Problems, and Cases*, Third Edition, Aspen Publishers Inc., 2002, p.429.

^② 即便是在西方法治发达国家,“屈从型认罪”的情况也多有发生,导致出现无辜者认罪的问题。See Blume, John H. & Helm, Rebecca K., *The Unexonerated: Factually Innocent Defendants Who Plead Guilty*, Cornell Law Faculty Working Papers, 113(2014).

^③ See *North Carolina v. Alford*, 400 U.S. 25 (1970).

的权利,以及阻止被告人行使宪法第六修正案规定的主张陪审团审判的权利”。^①对阿尔弗德答辩有效性之司法确认,实际上是美国联邦最高法院为巩固辩诉交易成果所做出的妥协,使得此类答辩的自愿性必然裹挟着被告人迫于无奈的“屈从”。^②

就认罪认罚从宽制度而言,相关规范性文件始终以具结自愿性与事实真实性的高度统一作为该制度适用的前提。最高人民检察院、最高人民法院、公安部、国家安全部、司法部发布的《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6条明确将“认罪”界定为犯罪嫌疑人、被告人自愿如实供述自己的罪行,对指控的犯罪事实没有异议。这使得类似“阿尔弗德答辩”的情形在我国失去存在的制度空间;相应地,屈从性自愿在我国呈现为“事实上有罪之人无奈选择认罪认罚”的问题形态。虽然在是否承认犯罪事实这一要素上,“事实上有罪之人无奈选择认罪认罚”这一屈从型自愿的子类型与“阿尔弗德答辩”有所不同,然而,就被追诉人面临的“屈从”境地而言,二者不存在本质的区别,被追诉人仍然在迫于无奈的情况下,从根本上放弃可以捍卫自身利益的程序权利,与公权力机关签订决定生死的“魔鬼契约”。

(二) 屈从型自愿的风险透析

在我国认罪认罚从宽的制度语境下,由于认罪被赋予“既认罪名,又认罪行”的严格意义,因此,即便被追诉人出于屈从性自愿而选择认罪认罚,仍不必然在实体上导致于其不利的后果。换言之,我们无需否认的是,被追诉人很可能是“事实上有罪之人”。然而,正是这一判断,引发了屈从型自愿的第一重法律风险,即程序选择自由的边缘化。

程序选择自由的边缘化在“阿尔弗德案”中已得到体现。该案判决在进行自愿性确认时即引入一个标准——“有效辩护下的明智选择”,即以结果论,被告人做出认罪答辩的选择是否明智。类似以实体结果评价程序过程的价值倾向,在我国认罪认罚从宽制度的实践中似乎也已开始显现。从制度创设的动因看,认罪认罚从宽制度是因在速裁程序试点过程中对被告人的激励机制不足而提出的改革方案,^③与此同时,在“简者速审”的效率导向下,该制度被立法者要求全面推广。对被追诉人而言,最具吸引力的激励机制莫过于实体处理结果的轻缓化,而司法机关为实现认罪认罚从宽的高适用率以及最终的定罪率,也将充分考虑被告人的这一动机。因此,一幅侧重于关注被追诉人实体结果上的从宽优待而搁置程序过程中选择自由的实践图景被描绘出来。

然而,恰恰是被边缘化的程序选择自由构成实体结果上从宽优待的前置要件。有论者认为,趋利避害是人之天性,在强制措施能够变更、量刑得以减免的情况下,犯罪嫌疑人自然愿意选择以认罪认罚来换取这样的机会。^④上述自愿性评价机制的内在逻辑大致是,将要被定罪之人推定为事实上的犯罪行为人,即便让其自由选择普通庭审程序也将难以逃脱被刑事制裁的命运,不如让其在认罪认罚中获取最终的从宽处理。显然,该论者忽略了对强制措施是否适当、量刑建议是否与控方掌握的证据相匹配的考察。

程序进程中的关键环节均会对被追诉人认罪认罚的自愿性产生重大影响,自愿性问题的本质是

① North Carolina v. Alford, 400 U.S. 25(1970).

② 参见郭烁:《在自愿与真实之间:美国阿尔弗德答辩的启示》,《当代法学》2020年第4期。

③ 参见魏晓娜:《结构视角下的认罪认罚从宽制度》,《法学家》2019年第2期。

④ 参见徐磊:《认罪认罚从宽制度视角下供述自愿性激励保障模式研究》,《广西民族大学学报》(哲学社会科学版)2018年第2期。

一种程序面向的选择问题,一种关涉供述可采性的证据问题,也是一种被追诉人能否根据内心意愿自由选择弃权程序或以普通程序继续进行刑事诉讼的问题。换取刑罚的轻缓化只是被追诉人选择认罪认罚众多动因中的一项,因此,以最终实体结果作为评判自愿性的标准显然有一叶障目之嫌。更重要的是,将目光聚焦于实体处分结果的自愿性评价机制潜藏着巨大的制度风险,极易让“从宽优待”成为公安司法机关掩饰供述非自愿性的借口。应当指出,这种评价机制以实用主义、工具主义作为最高指导准则,在实质上坚持了程序依附于实体的旧有思维惯习,于“犯罪控制模式”与“正当程序模式”中全面倒向了前者,既不符合认罪认罚从宽之协商性司法的立法宗旨,也与刑事诉讼法保障人权的目的背道而驰。

三、屈从型自愿产生的原因

认罪认罚从宽制度以“效率提升—权利保障”的双重价值定位作为制度确立的逻辑起点,两者分别从国家与个人两个方面指明了协商性司法的核心要义。毋庸讳言,追诉机关与被追诉者的利益诉求无法达到完全统一,两项价值实现的内在机理更是存在不可调和的冲突。在权力主导模式下,认罪认罚从宽制度的运作将不可避免地朝着效率提升的方向偏离。在实践中,司法机关对于屈从型自愿的司法认可,正是“权力主导权利”的产物。虽然在宏观上可作此论断,但是在微观制度运行层面,为了弄清问题之症结,仍须深究屈从型自愿产生的原因,即被追诉人的权利究竟是如何被权力主导的?

(一)行政主导下的认罪认罚从宽制度的适用率大幅提升

我国认罪认罚从宽制度适用率的不断攀升,从客观上讲与我国检察机关自上而下的推动密切相关。2019年1月至4月,全国检察机关办理的刑事案件认罪认罚从宽制度平均适用率为27.33%;^①2019年8月在全国检察机关刑事检察工作会上,“最高人民检察院提出,到年底,认罪认罚从宽制度的当月适用率要提升至70%左右”;^②2020年5月,最高人民检察院的工作报告指出,2019年12月份认罪认罚从宽制度的适用率已超过80%。^③不难看出,自2018年10月认罪认罚从宽制度被正式写入我国刑事诉讼法并开始普遍实行以来,该制度适用“低开高走”的趋势与最高人民检察院的强力主导有着直接、必然的联系。2020年4月最高人民检察院印发的《检察机关案件质量主要评价指标》更是明确地将认罪认罚适用率作为一项考核指标,进一步强化了上述联系。最高人民检察院相关部门的负责人就在发布此文件时答记者问中直接指出:“通过选取……认罪认罚适用率、提出量刑建议情况等一些特定指标的组合,可以实现对相关办案情况的评价,从而掌握检察机关落实平等保护民营经济、推进扫黑除恶专项斗争的开展情况。”^④

切忌在司法中以冰冷的数字和固化的指标来应对治理难题。例如,以“陪审率”指标为代表的

① 参见樊崇义:《刑事诉讼模式的转型——评〈关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见〉》,《中国法律评论》2019年第6期。

② 于潇:《最高检:认罪认罚从宽制度适用率达70%左右是合理目标》,http://news.jcrb.com/jszx/201910/t20191024_2068619.html,2020-06-03。

③ 参见张军:《最高人民检察院工作报告》(第十三届全国人民代表大会第三次会议),https://www.spp.gov.cn/spp/gzbg/202006/t20200601_463798.shtml,2020-06-03。

④ 董桂文:《案件质量:检察司法办案的生命线》http://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202004/t20200426_459753.shtml#2,2020-06-03。

合理考核指标因完全违背司法规律曾饱受批评,在此方面早已留下深刻的教训。^①认罪认罚从宽制度作为一项新生的司法制度,本身难以诉诸价值论意义上的“好”与“坏”。通过行政命令式的“定指标、算考核”实现的“推行”则更令人怀疑其效果。即便决策者用意良善,但历史经验反复证明,一旦人为地划定某些“定时定量”的任务,那么在司法实践中就会出现诸多扭曲与变形——在刑事诉讼中主要体现为侵犯人权、办冤假错案之类,效果很可能适得其反。

就认罪认罚从宽制度的适用而言,单纯依据刑事案件最终判决的轻重罪结构来设定制度适用率并提出命令式要求,^②显然不合理,势必影响认罪的自愿性,造成屈从型自愿的大幅增加。从宏观层面看,在配套改革包括人员意识没有到位的情况下,人为地在短时间内扩张认罪认罚从宽制度的适用范围,将直接压缩轻罪嫌疑人自由选择普通程序的空间。这意味着绝大多数轻罪嫌疑人有且只有认罪认罚一个选项,否则面临的很可能是继续羁押或更重的量刑建议(关于该问题后文另述)。一旦犯罪嫌疑人不愿意认罪认罚,检察官在无法满足硬性考核指标的制度性压力下,是依法尊重其意愿还是尽可能令其认罪认罚,答案不难想象。同时,在从宽优待的掩饰下,这种屈从型自愿往往还能顺利通过以实体处分结果为评价核心的系统内审核机制。

应当重申,认罪认罚作为协商性司法的中国表现形式,其适用与否取决于被追诉方自身的合作意愿。协商性司法正当性的主要来源之一,便是它能够最大限度地尊重个体自主权,而其确立过程与当事人主义的诉讼结构密不可分。^③当事人主义诉讼模式以控辩平等对抗为基本特征,被追诉人在刑事诉讼中拥有不可动摇的主体地位,因此他们得以主动积极地行使一系列法律明定或默示的诉讼权利。在认罪协商的过程中,被追诉人能够根据自己的自由意志,自主地在有罪答辩或无罪答辩之间进行选择。以行政命令式的硬指标确定认罪认罚的适用率,其本质乃基于权力运作来提升司法效率,否认被追诉人的程序主体地位,而这已背离协商性司法的基础。在绩效考核的压力下,可以预见司法机关适用认罪认罚从宽制度所欲追求的价值将全面转向效率提升而非权利保障。这样的认罪认罚,在很大程度上置被追诉方处于被动的诉讼客体地位,显然并非现代刑事诉讼所应追求的效果。

(二)审前羁押率高

审前羁押率高尤其是轻罪羁押率居高不下,一直是我国刑事司法实践的一项结构性顽疾。虽然相关实证数据显示,全国普通刑事案件的审前羁押率已从2005年的90%下降到2016年的59%左右,^④但是与其他法治发达国家普遍维持在10%至30%的未决羁押率相比,^⑤这一比例仍然畸高。需要注意的是,近年来审前羁押率的下降在很大程度上要归因于法定刑为拘役的危险驾驶罪数量的大

① 参见苗炎:《人民陪审员制度启动模式研究》,《当代法学》2015年第4期。

② 2019年10月,最高人民检察院副检察长陈国庆在最高人民检察院举行的“准确适用认罪认罚从宽制度”新闻发布会上表示,到2019年底认罪认罚从宽制度的当月适用率提升至70%左右的目标,是基于我国刑事案件结构和司法实践而提出的合理目标要求,原因是“当前我国判处3年有期徒刑以下刑罚的案件比例达到80%以上,且呈逐年上升趋势”。参见于潇:《最高检:认罪认罚从宽制度适用率达70%左右是合理目标》, http://news.jcrb.com/jszx/201910/t20191024_2068619.html, 2020-06-03。

③ 参见汪建成:《辩诉交易的理论基础》,《政法论坛》2002年第6期。

④ 参见孙谦:《司法改革背景下逮捕的若干问题研究》,《中国法学》2017年第3期。

⑤ 参见陈永生:《逮捕的中国问题与制度应对——以2012年刑事诉讼法对逮捕制度的修改为中心》,《政法论坛》2013年第4期。

幅增加,已成为以法院判决数量论的“第一大罪”。^①而以“可能被判处有期徒刑以上刑罚”为要件的逮捕措施无法适用于此类案件,进而降低了审前羁押率的整体水平。

逮捕被普遍适用的症结在于,其被赋予了惩罚教育、刑罚预支、证据发现与犯罪预防的效用。^②然而,强制措施之应然定位在于保障诉讼的顺利进行,其本身并不具备侦查取证等其他功能。遗憾的是,视逮捕为案件推进工具的追诉理念至今仍未得到根本的转变,以非法证据排除为代表的程序性制裁手段在现实中长期遇冷,更加纵容了“以捕代侦”尤其是以逮捕获取口供的盛行。随着认罪认罚从宽制度的全面推进,刑事案件的处理模式面临转型,促成案件快速侦办的有效策略也相应地从以往的“快捕快诉”过渡为“以逮捕敦促认罪认罚”。一组关联数据可以佐证这一观点:在试点过程中,全国各级人民法院适用认罪认罚从宽制度审结的刑事案件 91 121 件,共计 103 496 人,有 42.2% 的认罪认罚犯罪嫌疑人被取保候审、监视居住。^③这一数据表明,仍有超过半数的认罪认罚犯罪嫌疑人被采取了羁押性强制措施。

羁押尤其是轻罪羁押给被追诉方带来的心理、身体压力显而易见,不少被羁押者为了摆脱审前的羁押状态,不得不违心地实施某些行为。^④在羁押状态下,密闭高压的羁押环境令认罪认罚从宽制度成为办案机关完全占据主动和掌握话语权的法宝;《指导意见》更是明确地将认罪认罚与否同逮捕的变更直接挂钩。^⑤被羁押人为了尽快结束审前羁押状态而对追诉机关作出违心的“自愿性”认罪认罚,是基于实际的判断。至于办案机关,因其面临业绩指标的考核、办案时限的紧张以及被害人信访等诸多压力因素,选择继续沿用“羁押”以快速敦促被告人认罪认罚完全符合制度逻辑。质言之,认罪认罚从宽制度的确立,在实践中很容易异化成为案件追诉工作顺利推进而服务的工具,而在这种以“完成案件侦办任务”为首位的制度实施过程中,“羁押措施工具化”在认罪认罚从宽制度的实践中继续存在几乎不可避免。

毫无例外地规定在认罪认罚案件中对被追诉人不进行审前羁押并不科学,但在当前的制度实施过程中,突出强调强制措施的适用应客观中立更具有现实紧迫性,既不能以便利侦查作为实施羁押的实质理由,也不能为了促成认罪认罚的达成而多捕滥押。只有在合目的、合比例的羁押场合,被追诉人内心所受到的压力才较小,作出的认罪认罚表示才是真实自愿的。^⑥

(三)证据信息偏颇与律师作用缺失

认罪认罚决定的作出需要经历“认知—意志—行为”3 阶段递进的过程,其中,自愿属于意志层面,人们通常说的自愿行为即为在自由意志支配下的行为。合乎逻辑地审查自愿性时更侧重于关注

① 参见蔡长春等:《“醉驾入刑”紧箍咒降服“马路杀手”》,《法制日报》2020 年 5 月 7 日。

② 参见卞建林:《刑事强制措施的功能回归与制度完善》,《中国法学》2011 年第 6 期。

③ 参见最高人民法院院长周强 2017 年 12 月 23 日在第十二届全国人大常委会第三十一次会议上所作的《最高人民法院、最高人民检察院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情况的中期报告》,http://npc.people.com.cn/n1/2017/1225/c14576-29726965.html, 2020-06-05。

④ 参见陈瑞华:《“认罪认罚从宽”改革的理论反思——基于刑事速裁程序运行经验的考察》,《当代法学》2016 年第 4 期。

⑤ 《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》第 21 条规定:“逮捕的变更:已经逮捕的犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚的,人民法院、人民检察院应当及时审查羁押的必要性,经审查认为没有继续羁押必要的,应当变更为取保候审或者监视居住。”

⑥ 参见樊崇义、何东青:《刑事诉讼模式转型下的速裁程序》,《国家检察官学院学报》2020 年第 3 期。

被追诉人的意志。人们对事物的认知源于其长期生活经验的积累,而社会生活的开放性让这种经验获取自由而便捷,因此社会生活意义上的“自愿”并未过多地关注认知层面。这种惯性一直延续到刑事司法领域,使人们容易忽略“认知”因素在整个认罪认罚过程中所处的关键地位。一旦被追诉人进入刑事诉讼场域,单凭其日常生活经验很难对诉讼事项形成准确的认知。同时,因为控方收集证据具有封闭性而被追诉人自行收集证据困难,更是让后者获取信息的渠道闭塞。

认知不能的窘境让被追诉人极易受到办案机关恐吓、欺骗与利诱的影响,从而陷入错误认识并作出认罪表示。对于那些希望通过认罪认罚实现刑罚轻缓化的被追诉人而言,也即前述主动型自愿的第二种情形,他们是否选择认罪认罚(或者比较法意义上“认罪答辩”)是在未来庭审预期的影响之下进行的,^①此时要想满足这种自愿性,必须首先能让其预测到庭审的可能结果,而不充分的证据信息将导致这些被追诉人难以进行预测并陷于盲目。一旦失去准确认知的前提性基础,认罪认罚的自愿性又何从谈起?

域外相关研究成果表明,在没有控方证据开示的情况下,被告人及其辩护人更容易被说服,使之认为有罪判决的风险大于无罪释放的希望,因此,被告人可能会被诱导接受认罪答辩,尽管其实际上是无辜的。^②即使不存在无辜者认假罪的风险,全面的证据开示也能有效提升辩诉协议的精确性与自愿性,使之更趋近于应然的审判结果。^③充分的证据开示对于保障自愿认罪认罚的重要性不言而喻,遗憾的是,我国的认罪认罚从宽制度无论是在规则建构层面还是在制度运行层面,均未形成有效的证据开示方案,使得认罪认罚从宽制度在适用过程中出现了非常严重的控辩失衡问题。^④

根据《指导意见》的相关规定,被追诉人在作出认罪认罚具结前享有的知情权范围仅限于所涉罪名、认罪认罚性质和法律后果及其享有的诉讼权利,证据开示与否则完全取决于检察机关的自由裁量。^⑤同时,值班律师在提高被追诉人关于案情认知方面的作用也十分有限。我国值班律师制度的创设肇始于实现认罪认罚从宽制度“权利保障”面向的需求,被多数学者视为改革成败的关键。^⑥作为大多数认罪认罚被告人唯一的法律帮助者,由于在实践中面临“权利保障者与权力合法见证者交织”“大作用与少权利不匹配”“职责与收益风险不对等”三重悖离,^⑦值班律师往往不敢、不能也不愿对在案证据进行详细的阅览,实质性地影响到其深度参与案件并为被追诉人认罪认罚提供有价值参考信息的能力,从而严重制约该制度保障认罪认罚具结自愿性功效的发挥。^⑧为此,有学者提出应当将值班律师制度改造为真正的指定辩护制度,^⑨也有学者明确提出应将值班律师定位为辩护人,^⑩还

① 域外对于有罪答辩与被告人行为选择的讨论已经非常广泛。See Gregory Ahlgren and Stephen Monier, *Crime of the Century: The Lindbergh Kidnapping Hoax*, Branden Books, 1993.

② See Stephanos Bibas, *Plea Bargaining Outside the Shadow of Trial*, 117 *Harvard Law Review*, 2463 (2004).

③ See R. Michael Cassidy, *Plea Bargaining, Discovery, and the Intractable Problem of Impeachment Disclosures*, 64 *Vanderbilt Law Review*, 1427, 1466 (2011).

④ 参见龙宗智:《完善认罪认罚从宽制度的关键是控辩平衡》,《环球法律评论》2020年第2期。

⑤ 《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》第29条规定:“证据开示。人民检察院可以针对案件具体情况,探索证据开示制度,保障犯罪嫌疑人的知情权和认罪认罚的真实性及自愿性。”

⑥ 参见姚莉:《认罪认罚程序中值班律师的角色与功能》,《法商研究》2017年第6期。

⑦ 参见汪海燕:《三重悖离:认罪认罚从宽程序中值班律师制度的困境》,《法学杂志》2019年第12期。

⑧ 参见孙长永:《认罪认罚从宽制度的基本内涵》,《中国法学》2019年第3期。

⑨ 参见陈瑞华:《认罪认罚从宽制度的若干争议问题》,《中国法学》2017年第1期。

⑩ 参见顾永忠:《追本溯源:再论值班律师的应然定位》,《法学杂志》2018年第9期。

有学者将值班律师制度定位为一种特殊的法律援助制度。^①

需要指出的是,辩护律师实质性地提供法律帮助的空间同样不大:其阅卷要在审查起诉之后,而认罪认罚在侦查阶段便能实施。^② 不合理的阅卷时间节点,让屈从型自愿的风险防范错失了最佳时机。由于辩护律师及值班律师发挥的作用有限,我国的量刑协商基本上被塑造成“检察官与犯罪嫌疑人协商”的面貌。^③ 在要求办案机关主动开示证据无门,而被追诉人被动收集证据不能的现状下,证据信息偏颇问题只会愈加严重,从而加剧了被告人屈从型自愿认罪的风险。

四、屈从型自愿变革的逻辑

(一)降低轻罪羁押率并实现羁押替代措施的技术化

不合比例的审前羁押不仅有侵害公民基本权利之虞,还将导致大量司法资源被消耗。实际上,无论是从犯罪嫌疑人的社会危险性看,还是从协商性司法“非对抗性”的基本理念看,在认罪认罚案件中均应以“非羁押”作为常态化的处理模式。

破解我国刑事诉讼羁押率高的困境,首先要让逮捕回归其应然立法定位,并围绕这一定位提高羁押替代性措施的适用率。强制措施的核心功能在于保障刑事诉讼程序的顺利进行,本身不应承载敦促犯罪嫌疑人认罪认罚、维持认罪认罚稳定性等功能,更不能以羁押性强制措施作为认罪认罚程序中向犯罪嫌疑人施压的辅助工具。在既往“强制型取供机制”的阴影之下,认罪认罚程序中羁押性强制措施也持续性地处于功能异化的状态,并且有演变为“强制认罪认罚机制”之可能性。^④

除了希望借助羁押措施向犯罪嫌疑人施压外,在司法实践中办案机关不愿采用非羁押强制措施的另一个重要原因就是“控制感”的缺失。若采取取保候审,则由于缺少有效的监督手段,存在犯罪嫌疑人翻供、逃匿、毁灭罪证的可能,并且这种风险在办案周期较短的认罪认罚案件中更大。毫无疑问,这是制约办案机关对认罪认罚案件中的犯罪嫌疑人适用非羁押措施的重要因素。

以大数据信息网络为依托的电子手铐在有效防范非羁押带来的风险的同时极大地节约了司法资源,有可能成为解决普遍羁押问题的突破口。随着5G技术的广泛应用,集GPS定位、电子栅栏、及时报警等功能于一身的电子手铐普遍推行的技术条件日益成熟。^⑤ 电子手铐可以在远程操控下发挥人机分离报警、破坏报警、越界设置、越界报警、特殊场所接近报警、自动巡检、巡检频率设置、实时查询、轨迹查询等多重功能,实现明确的区域活动限制管理功能。如此,犯罪嫌疑人既能够回归日常生活,又能够确保其行为的随时管控,即使发生任何突发状态,也能够第一时间做出应急反应,从而有效解决上述问题,增强非羁押强制措施的可管控性,实现人权保障与司法效率的双赢。^⑥

(二)刑事证据知悉的开放化

赋予被追诉人充分的证据知悉权能让其对案件情况及自身处境形成较为清晰的认知,从而对办案机关发出的认罪认罚邀约进行权衡并选择是否做出认罪认罚的决定。这是保障被追诉人认罪认罚自愿性的重要基础。如前所述,在我国目前的司法实践中,控辩双方面临严重的信息资源不对称的问

① 参见吴宏耀:《我国值班律师制度的法律定位及其制度构建》,《法学杂志》2018年第9期。

② 参见陈光中、马康:《认罪认罚从宽制度若干重要问题探讨》,《法学》2016年第8期。

③ 参见闵春雷:《回归权利:认罪认罚从宽制度的适用困境及理论反思》,《法学杂志》2019年第12期。

④ 参见郭烁:《二审上诉问题重述:以认罪认罚案件为例》,《中国法学》2020年第3期。

⑤ 参见许全勇、陈星亮:《构建非羁押诉讼的智能支持体系》,《人民检察》2016年第23期。

⑥ 参见高一飞、刘博楠:《限制自由强制措施中的电子监控》,《南通大学学报》(社会科学版)2014年第1期。

题,大部分被追诉人在办案机关的单方叙事下选择认罪认罚。由于控辩双方的立场与诉求存在实质性的对立,出于趋利避害的天性,不难想象这种单方叙事将或多或少地带有威胁、利诱、欺骗之可能,不正当地影响了被追诉人对认罪认罚与否的自由选择。在此背景下,以《指导意见》提出的“探索证据开示制度”为契机,在我国认罪认罚从宽制度的适用中构建专门的证据开示制度意义重大。^①

构建认罪认罚中的证据开示制度主要有两大核心议题,即开示何种类型的证据以及何时开示证据。我国刑诉法学界对证据开示制度的研究与讨论随着案卷移送制度的恢复而陷入冷清,其原因在于证据开示与案卷移送具有功能上的重合性,辩护律师能够在案件移送起诉后完整地对接卷宗材料进行查阅。可以预见的是,在以审判为中心的诉讼制度改革的背景下,逐步限制刑事案卷的移送与使用应当是后续改革的必然趋势,^②在迅速提升认罪认罚从宽制度适用的同时,证据开示制度也将在未来焕发生机。

关于在协商性司法中开示何种类型的证据,美国辩诉交易制度兴起后的相关制度变迁可从比较法的视野为我们提供有益的借鉴。最初,美国的刑事司法机关并不承认被追诉人有获得证据开示的权利,^③直到20世纪中叶美国联邦最高法院在“布雷迪诉马里兰州案”^④中才确立无罪证据开示制度。随着刑事诉讼正当程序理念的深入发展,证据开示制度朝着更加开放的方向发展。以2019年美国纽约州《证据开示司法改革法案》为例,改革后的刑事诉讼程序规定控方负有主动、全面的证据材料开示义务。^⑤检察官群体对此项制度的不断推进持强烈的反对意见,认为证据开示制度极大地妨害了犯罪嫌疑人作出认罪答辩的效率。

就中国而言,这种反对声音同样值得关注。虽然在案卷移送制度的框架下,普通刑事案件开示的证据类型是全面的,但对于重视效率价值的认罪认罚程序而言,全面开示证据则面临制度障碍与实施阻力。对此,笔者认为应以“消极保留”与“正向激励”的思维妥善处理司法效率与程序正当的矛盾。所谓“消极保留”,是指证据开示范围的保留。质言之,检察机关主动履行证据开示义务不变,而非消极地等待辩方提出阅卷申请。在此基础上,兼顾程序效率与犯罪治理之需求,开示的证据仅以“主要证据”为限,即影响定罪量刑的重要证据而非全部证据,实现的目的应当是确保被告方充分而非全面的案情知悉权。^⑥而“正向激励”,即以不同的从宽幅度对犯罪嫌疑人进行激励,对于在检察机关主动开示证据前便积极认罪认罚的犯罪嫌疑人,可以认定为主动型自愿的第一种类型,根据其悔罪的真减性给予其幅度更大的从宽处理。

何时开示证据,在认罪认罚从宽的语境下意义更为重大。根据2018年《刑事诉讼法》第40条之规定,辩护律师需要自审查起诉之日起才有权查阅本案全部案卷材料,但犯罪嫌疑人的认罪表示却可能在侦查阶段便已作出。时间点设置的错位在客观上直接架空了犯罪嫌疑人的证据知悉权。同时在侦查阶段,基于秘密侦查原则等要求,目前尚不允许向辩方展示任何证据,也不允许进行实质性控辩协商,因而讨论侦查阶段证据开示的现实意义有限,较为可行的改良路径应当是限制侦查阶段的认罪

① 参见王敏远、杨帆:《认罪认罚从宽制度的新发展——〈关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见〉解析》,《国家检察官学院学报》2020年第3期。

② 参见张建伟:《审判中心主义的实质内涵与实现途径》,《中外法学》2015年第4期。

③ See *People ex rel. Lemon v. Supreme Court*, 245 N.Y. 24, 156 N.E. 84, 87 (1927).

④ See *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83, 87 (1963).

⑤ See N.Y. Crim. Proc. Law § 245.20 (2019).

⑥ 参见马明亮:《认罪认罚从宽制度的正当程序》,《苏州大学学报》(哲学社会科学版)2017年第2期。

认罪认罚。当然,更为远期的目标应当是通过侦查诉讼化改革,使之有效服务于认罪认罚从宽制度。^①

笔者赞同现阶段的证据开示制度主要适用于审查起诉阶段,并为辩方的证据评估提供相对充分的时间与空间。^②例如,可以规定在检察官向被追诉人提出适用认罪认罚从宽制度之后,检察官应当在不晚于被追诉人签署具结书前几日,向其本人及值班律师开示本案主要证据;若被追诉人已委托辩护人,则同样应向辩护人开示。证据开示情况应当如实记录,并由被追诉人、辩护人或者值班律师签名。至于证据开示时间点的设置,可以借鉴前述美国纽约州证据开示改革的经验,依据犯罪嫌疑人未决羁押的状态,对已被羁押的犯罪嫌疑人要求在签署具结书前15日便进行证据开示,对于未被羁押的犯罪嫌疑人则于签署具结书前7日开示,以此倒逼办案机关对适用认罪认罚从宽制度的犯罪嫌疑人少捕慎押,形成保障认罪认罚自愿性的良性循环。

(三) 人民法院对自愿性审查的实质化与“供述失权规则”之确立

审查被告人认罪认罚之自愿性是人民法院在认罪认罚从宽制度适用过程中承担的一项重要工作。早在认罪认罚从宽制度试点工作开始之初,便有学者指出自愿性风险防范在认罪认罚从宽制度正当性证成中的基础性地位。^③更有学者明确指出,认罪认罚具结书既是协商结果的体现,也是人民法院审理的依据。^④认罪认罚从宽制度从正式入法至今已两年有余,以检察官为主导的制度运行模式已基本成形,在控辩并不平衡的现实图景下,人民法院的自愿性审查工作的重要性愈加凸显。

从目前的司法实践看,认罪认罚案件在人民法院审理阶段趋向于“确认式庭审”模式,其中一项基本特征便是具结书自愿性审查的形式化。^⑤应当指出,“确认式庭审”是制度改革回应“简者速审”要求的产物,在前置程序能够保障认罪认罚真实性与合法性的情况下,既能充分优化司法资源分配,提高诉讼效率,又能最大限度地尊重控辩合意,提高认罪认罚的稳定性。但是,在当下值班律师制度作用有限、羁押措施功能异化、证据开示制度尚待构建的制度环境下,大力推进“确认式庭审”则显得有些操之过急。笔者认为,目前人民法院对认罪认罚具结书的自愿性审查仍应注重细致化与实质化,从而使得该制度在正当性方面经得起考验并得以良性发展。囿于篇幅,在此仅述及两点关键要素。例如,对于《指导意见》规定的人民法院应当重点审查“有无因受到暴力、威胁、引诱而违背意愿认罪认罚”,人民法院可以通过围绕被告人审前羁押的必要性进行审查,对于不合比例、不合目的的未决羁押,应当要求检察机关予以说明,同时应当调取相应的录音录像资料,审查是否存在以变更羁押措施、利诱等不正当手段影响被告人自由选择是否认罪认罚的情形。又如,对于证据开示制度的设计,可以将确定何为“主要证据”的裁量权赋予检察官行使,但检察官须对开示的内容负责。如果由于检察官未能开示某一证据而实质性地影响了被追诉人认罪认罚的意愿,那么人民法院应对认罪认罚具结书的有效性不予确认,并且为被告人提供恰当的救济措施,如可以让其与检察官重新达成量刑协议、保障被告人程序选择权或者上诉救济权等。^⑥

值得注意的是,我国现行立法对于人民法院否定案件认罪认罚性质后的相关规则与程序设计仍属空白。一旦人民法院基于“具结非自愿”等因素否定在审案件的认罪认罚性质,如何处理前置程序

① 参见姚莉、黎晓露:《侦查诉讼化模式再解读及其制度逻辑》,《法学杂志》2017年第7期。

② 参见叶青:《认罪认罚从宽制度的若干程序展开》,《法治研究》2018年第1期。

③ 参见樊崇义、徐歌旋:《认罪认罚从宽制度与辩诉交易制度的异同及其启示》,《中州学刊》2017年第3期。

④ 参见陈卫东:《认罪认罚从宽制度的理论问题再探讨》,《环球法律评论》2020年第2期。

⑤ 参见李奋飞:《论“确认式庭审”——以认罪认罚从宽制度的入法为契机》,《国家检察官学院学报》2020年第3期。

⑥ 参见孙远:《“一般应当采纳”条款的立法失误及解释论应对》,《法学杂志》2020年第6期。

中被告人基于认罪认罚所提供的供述及其他有罪证据是审理过程中亟须解决的问题。^①从比较法的角度看,虽然各国对不同证据种类的效力规定有所不同,^②但是就口供这一证据类型,确立“供述失权规则”已成为普遍共识。^③就我国而言,供述失权规则应当围绕“权利救济”与“违法威慑”的双重功能价值进行构建,在“权利救济”一端,人民法院除了应当排除被告人在认罪认罚框架下所作的供述外,还应依据此供述所衍生取得的有罪证据进行综合考量,根据具体情形予以量刑补偿或证据排除,应尽可能地对被告人受损权益进行弥补,避免认罪认罚从宽制度异化为一种制度性的欺骗手段。而在“违法威慑”的另一端,则应将最大限度地震慑权力违法作为着力点。办案机关大力推广认罪认罚从宽制度的动机在于借此实现“高效定罪”,由此出发,违法威慑的路径应当立足于“效率”与“定罪”进行考量。就“效率”而言,人民法院可以将否定认罪认罚性质的案件退回检察机关重新取证,这种程序回转可以遏制办案机关对不当效率的追求。

从“定罪”的角度看,有学者指出,只有坚持“程序即转”才能实质性地实现相关证据排除的目标。^④所谓程序即转,是指人民法院在否认案件认罪认罚性质后旋即转入普通刑事审判程序进行审理,消除办案机关以“公诉变更”“补充侦查”的方式重新搜集证据的可能性。笔者认为,程序回转与程序即转均能从不同面向实现“违法威慑”之效果,因此,不妨将这一后续程序的选择权交由中立的人民法院行使,以便灵活应对纷繁复杂的刑事司法实践。

五、结语

笔者再次强调,就我国刑事司法强职权主义传统而言,快速推进认罪认罚从宽制度存在巨大的制度风险。自 2012 年《刑事诉讼法》修改以来,诸如关键证人出庭、二审开庭审理等在那次修法中试图着重解决的问题究竟有无变化、有多大程度的变化,司法实务工作者心中更加有数。以审判为中心的诉讼制度改革成效如何尚待全面评估,贸然全面提升认罪认罚从宽制度的适用率的确令人疑窦丛生。

前述重点提及可能产生认罪认罚屈从型自愿的 3 个因素,即通过行政手段提高认罪认罚的适用率带来的诸多隐忧、轻罪羁押率的高企以及及时证据开示制度的阙如(亦即值班/辩护律师的作用不能实质性地发挥),其中任何一个因素发挥作用,都有可能导向“真的认了假罪”的实质冤案。笔者认为,认罪认罚从宽制度之完善应当优先考虑以上 3 个问题。同时需要说明的是,所谓“制造冤案”只是在一种极端情况下可能发生的错误,本身更多是一种实体性的判断;尤其对于包含更多协商式司法因素的认罪认罚从宽制度而言,更应该确保的是程序性公正。

责任编辑 田国宝

① 参见北京市门头沟区人民法院(2019)京 0109 刑初 138 号刑事判决书、北京市第一中级人民法院(2019)京 01 刑终 628 号刑事判决书。

② 例如,美国的辩诉交易制度排除在被追诉人反悔之前搜集的全部证据,即不得将该类证据用作指控被追诉人有罪的证据。参见马明亮、张宏宇:《认罪认罚从宽制度中被追诉人反悔问题研究》,《中国人民公安大学学报》(社会科学版)2018 年第 4 期。

③ 例如,“依《法国刑事诉讼法典》以及宪法委员会所确立的无罪推定以及不得强迫自证其罪的基本精神,交易一旦失败,则被告的口供应归于无效,不得用于后续的程序”。转引自施鹏鹏:《警察刑事交易制度研究——法国模式及其中国化改造》,《法学杂志》2017 年第 2 期。

④ 参见韩晗:《认罪认罚自愿性的法院审查难题及其破解》,《烟台大学学报》(哲学社会科学版)2019 年第 6 期。