

论量刑协商机制的实质化

陈 瑞 华*

摘 要:随着认罪认罚从宽制度的确立和实施,一种由控辩双方就量刑问题展开协商的程序机制,已经出现在我国司法实践之中。然而,这种认罪认罚从宽制度具有较为浓重的“职权宽恕”色彩,被追诉方也缺乏参与量刑协商的基本能力,在很多案件中只能被动地选择是否接受检察机关单方面提出的量刑方案。这就造成量刑协商的平等性、充分性和有效性无法得到保障,在认罪认罚案件中经常形成一种“只有合意,没有协商”的局面。为全面激活量刑协商机制,实现量刑协商的实质化,有必要确立“认罪认罚程序的去职权化”与“被追诉人参与协商能力的提升”的立法思路,为量刑协商机制的实施消除障碍,创造条件。在此基础上,可以考虑对认罪认罚从宽制度作出实质性的改革,实现从“合意性司法”向“协商性司法”的制度转型。

关键词:量刑协商 职权宽恕 合意性司法 协商性司法

一、问题的提出

按照法学界的主流观点,2018年修订的《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)确立了认罪认罚从宽制度,标志着一种控辩协商机制被引入我国刑事诉讼制度之中。这种协商机制不同于美国的辩诉交易程序,因为其控辩双方不能就指控的犯罪事实、认定的罪名、设定的犯罪数量等问题进行协商和达成合意,双方就量刑问题的协商也受到较为严格的限制。法院对控辩双方达成诉讼合意的案件进行司法审查时,仍然要遵循包括实体真实、罪刑法定、罪责刑相适应等在内的一系列法律原则,对认罪认罚的被告人所作的宽大刑事处理,不能突破从轻处罚的幅度。因此,我国刑事诉讼不可能完全走向“民事诉讼化”,当事人处分原则在我国刑事诉讼法中的引入也受到很大程度的限制。我国所确立的这种控辩协商机制,与意大利、法国、德国等

* 北京大学法学院教授

大陆法系国家的刑事协商机制具有较大相似性,通常被称为量刑协商机制。^①

但迄今为止,“量刑协商”尚未被明文写入我国《刑事诉讼法》之中。即便是最高人民法院、最高人民检察院通过的司法解释,也未明文确立专门的量刑协商程序。无论是刑事诉讼法还是相关的司法解释,都确立了检察机关的听取意见程序。根据这些司法解释,检察机关在审查起诉过程中,对于犯罪嫌疑人认罪认罚的,应当听取犯罪嫌疑人、辩护人或者值班律师、被害人及其诉讼代理人的意见,并记录在案。检察机关听取意见的内容既包括犯罪嫌疑人涉嫌的犯罪事实、罪名、适用法律,也包括有关从宽刑事处罚的建议。2020年最高人民检察院发布《人民检察院办理认罪认罚案件监督管理办法》,提出更加明确的要求:检察机关在提出量刑建议前,应当充分听取犯罪嫌疑人、辩护人或值班律师的意见,尽量协商一致。这实际上认可了检察官与被追诉方开展量刑协商的合法性,并要求检察官的量刑建议应体现控辩双方量刑协商的合意。为确保这种听取意见程序具有可操作性,最高人民检察院又连续发布了若干具有司法解释效力的规范性文件,要求检察官在听取意见时,切实开展量刑协商工作,保证量刑建议依法从宽、适当,并在协商一致后由犯罪嫌疑人签署认罪认罚具结书。^②与此同时,最高人民检察院还要求控辩双方充分开展量刑协商,对听取意见过程进行同步录音录像;录音录像一般应在羁押场所或者检察机关办案区进行;听取意见程序由检察官主持,被追诉人、辩护人或值班律师同时在场参与;检察机关应当为辩护人或值班律师会见和阅卷提供必要便利。^③

但是,根据众所周知的事实,我国刑事诉讼法尚未建立完善的法律援助制度,除了那些可能判处无期徒刑以上刑罚的案件以及其他少数法定案件以外,被追诉人在审判前阶段没有委托人的,通常难以获得被指定辩护的机会。这些被追诉人一旦选择认罪认罚程序,就只能获得法律援助值班律师的帮助。而值班律师既不具备辩护人的诉讼地位,无法行使辩护人所享有的诉讼权利,也大多无法为被追诉人提供有效的法律帮助,仅能充当被追诉人签署认罪认罚具结书的见证人。可以说,在这些案件中,值班律师难以充分参与量刑协商过程之中,这种量刑协商常常沦为检察官与被追诉人之间不对称的协商。^④与此同时,在司法实践中,很多检察官利用其在诉讼资源和信息资源上的绝对优势,在听取意见过程中提出一揽子量刑方案,要求被追诉人作出“要么全部,要么没有”的选择,对于不接受其单方面量刑方案的被追诉人,可能发出提起公诉、提出从重量刑建议的威胁。而对于被追诉人、辩护律师或值班律师提出的量刑异议,或者提出的新的量刑意见,检察官经常不予理会,这在一定程度上造成“只有合意,没有协商”的局面。甚至在部分认罪认罚案件中,检察官还提出“你来认罪,我来提出量刑建议”的观点,不给予后者就量刑问题发表意见的机会。^⑤不仅如此,我国法院仍然坚持实质真实、罪刑法定、罪责刑相适应的原则,对于刑事诉讼的“民事诉讼化”拒绝接受,对于控辩双方的实体处分权不予承认。法院仍然将检察机关依据量刑协商所形成的量刑建议视为一种检察机关“求刑权”的方式,坚持从证据采纳、事实证明、罪名认定和刑罚适用等方面进行全面客观的实质审查,而不对控辩双方达成量刑协议给予

① 参见施鹏鹏:《意大利刑事协商程序及其启示》,《人民检察》2022年第7期。

② 参见《人民检察院办理认罪认罚案件监督管理办法》第5条。

③ 参见《人民检察院办理认罪认罚案件听取意见同步录音录像规定》第2条、第5~7条。

④ 参见陈文聪:《论我国量刑协商机制的非对称性问题》,《法学论坛》2021年第6期。

⑤ 参见山东省高级人民法院刑庭课题组:《关于认罪认罚从宽制度适用问题的调研报告》,《山东法官培训学院学报》2024年第6期。

特别考量,最多将被告人认罪认罚作为一种从轻量刑情节。^①显然,我国法院仍然遵循传统的“职权宽恕”逻辑,尚未树立在平等对话、理性妥协和信守契约等原则基础上的“协商处分”观念。

笔者认为,从法律发展和司法实践的情况来看,我国现行的认罪认罚从宽制度已经初步确立量刑协商机制。然而,由于这一制度保留了较大程度的“职权宽恕”因素,被追诉方缺乏有效参与量刑协商的能力,因而无法保证量刑协商的充分性、有效性和实质性。这种状况造成量刑协商机制在部分认罪认罚案件中处于“休眠”状态,存在流于形式的问题,既不具备最低限度的量刑协商要件,也难以发挥量刑协商的应有诉讼功能。有鉴于此,本文拟对我国量刑协商机制所面临的困境作出分析,并提出改革这一机制的整体思路。笔者的基本观点是,唯有对认罪认罚从宽制度作出结构性调整,实现量刑协商机制的去职权化,提升被追诉人参与量刑协商的能力,才能走出当前的制度困境,真正激活量刑协商机制。

二、对三个基本概念厘清

在研究我国认罪认罚从宽制度时,法学界经常发生一些分歧和争论,对一些基本概念存在不同的认识。例如,有学者根据认罪认罚从宽制度的条文表述,认为该制度与控辩双方通过协商、对话和妥协达成协议的协商性司法格格不入,最多属于一种“职权宽恕”,而缺乏协商成分。即便是在检察机关主持下的听取意见环节,也有学者认为这种面向诉讼各方听取意见的过程,属于检察机关依据职权说服被追诉方接受量刑方案的过程,充其量属于“职权宽恕”的另一种表现形式。^②还有学者针对被追诉人接受检察机关的量刑方案、签署认罪认罚具结书的制度安排,认为这里并不存在平等协商的成分,充其量属于一种缺乏协商成分的量刑合意而已。甚至有学者认为,由于法院对检察机关的量刑建议要进行实质性审查,对于不符合法定条件的量刑建议将拒绝采纳,因此即便控辩双方在庭审前达成量刑合意,对法院判决也没有绝对的法律拘束力。这种制度设计最多只提供了一种“形式上的量刑协商”,而无法容纳“实质上的量刑协商”。^③

为了准确认识我国的认罪认罚从宽制度,也为了揭示量刑协商机制真正存在的问题,我们需要对若干基本概念作出厘清。本文将简要讨论“职权宽恕”“合意性司法”和“量刑协商”的内涵和外延,对其属性作出准确界定。在此基础上,我们可以运用这些概念来重新认识我国的认罪认罚从宽制度,讨论其是否包含量刑协商机制,并进一步分析量刑协商机制的健全和完善问题。

1996年,我国立法机关第一次修订《刑事诉讼法》,首次确立了刑事简易程序。其后,经过数次立法修订,立法机关逐步对这种特别程序进行了调整和完善。目前,刑事简易程序保持一种“认罪从宽”的制度格局:对于那些“事实清楚、证据充分”的刑事案件,被告人“承认自己所犯罪行为,对指控的犯罪事实没有异议”“对适用简易程序没有异议”的,基层法院可以适用简易程序。对于适用简易程序的案件,刑事诉讼法和司法解释都没有明文规定宽大处理的后果。但在司法实践中,对于被告人同意适用简易程序的案件,法院通常将其作为一种酌定从轻量刑情节,

^① 参见最高人民法院咨询委员会第八调研组:《完善认罪认罚从宽制度研究的调研报告》,《中国应用法学》2024年第2期。

^② 参见陈卫东:《认罪认罚从宽制度研究》,《中国法学》2016年第2期。

^③ 参见聂友伦:《认罪认罚从宽:中国化的协商性司法?》,《上海政法学院学报》(法治论丛)2023年第5期。

对被告人作出与“坦白”大体相当的从轻处罚。^①

在一定程度上,刑事简易程序引入了一种“职权宽恕”的裁判逻辑。具体而言,对于自愿认罪并同意适用简易程序的被告人,司法机关依据职权作出适度的从宽刑事处罚,以此作为对该被告人的一种奖励。但是,对于究竟如何宽大处罚,则完全由法院加以裁断。无论是检察机关还是被告人,都不能提出具体量刑方案。即便提出量刑方案,对于法院也没有约束力。因此,所谓“职权宽恕”,其实是指司法机关对于自愿认罪、同意选择或接受某种特别诉讼程序的被追诉人,依据职权作出宽大刑事处理的制度。在很大程度上,这种“职权宽恕”逻辑与传统的职权主义的诉讼构造密切相关,带有明显的国家主义色彩,与那种建立在当事人意思自治和诉讼处分基础上的协商性司法机制,具有实质性的区别。^②

与“职权宽恕”不同,“合意性司法”是指司法机关对于自愿认罪和选择某一特别程序的被告人,提供一种宽大的量刑方案,然后交由被告人进行选择,被告人只有接受或者不接受的权利,而没有对该量刑方案提出异议或者提出更轻缓量刑意见的权利。换言之,这种程序“只有合意,没有协商”,没有赋予被追诉方与检察官就量刑问题开展讨价还价的机会,没有控辩双方开展协商、达成妥协的余地。对于司法机关提供的“宽大量刑方案”,被告人予以接受的,司法机关就会选择特别程序,对被告人作出宽大刑事处理,否则司法机关就会依据职权适用普通程序,对被告人作出相应的严厉处罚。从比较法的角度看,法国的庭前协商机制、^③葡萄牙的“最简易程序”,^④尽管被法学界命名为一种量刑协商机制,但其实更符合这种“合意性司法”的特征。在一些大陆法国家的处罚令程序中,检察官对于那些可能适用罚金刑的轻微刑事案件,在征得被告人同意的前提下,提出一种记载具体罚金幅度的处罚命令,法院对提交来的该项书面命令,可以通过书面审理方式,直接作出批准或不批准的裁决。这种处罚令程序其实也属于一种具有“合意性司法”因素的刑事速决程序。^⑤

在我国刑事司法实践中,检察机关对于被追诉人认罪认罚的案件,在听取诉讼各方的意见时,如果被追诉人及其辩护律师提不出强有力的协商筹码,或者没有委托辩护律师,而仅仅是获得值班律师的帮助,那么这种“听取意见”就可能变成一种“合意性司法”程序。在这种情况下,检察官提出一种自认为较为宽大的量刑方案,值班律师在没有掌握更多案件信息、没有协商筹码、缺乏参与协商动力的情况下,往往只能说服被追诉人接受上述量刑方案。通常而言,被追诉人由于缺乏有效的法律帮助,难以对检察官的量刑方案提出强有力的疑问,也难以提出令人信服的轻缓量刑意见。因此,他们往往陷入“要么接受检察官的量刑方案,要么承受更严厉处罚”的两难境地。

相对于“职权宽恕”程序而言,“合意性司法”机制由于为被追诉方提供较为明确的定罪量刑方案,以公开透明的方式体现了宽大刑事处理的理念,给予被追诉人进行程序选择的机会,因此

^① 参见姜远斌、缪淑妮、王圣斌:《重罪案件适用认罪认罚从宽制度的实践困境及完善路径》,《山东警察学院学报》2023年第1期。

^② 参见杜磊:《认罪认罚从宽制度适用中的职权性逻辑和协商性逻辑》,《中国法学》2020年第4期。

^③ 参见施鹏鹏:《法、意辩诉交易制度比较研究——兼论美国经验在欧陆的推行与阻碍》,《中国刑事法杂志》2007年第5期。

^④ 参见施鹏鹏:《从合意型司法走向协商型司法?——葡萄牙最简易程序研究》,《人民检察》2020年第21期。

^⑤ 参见施鹏鹏:《意大利刑事协商程序及其启示》,《人民检察》2022年第7期。

对于涉案被追诉人可以产生程度不同的吸引力,对于那些潜在的被追诉人也会产生一定的程序激励作用。但是,由于这种宽大处理方案是由司法机关单方面提出的,没有经过控辩双方的协商、质疑和讨价还价,尤其是没有给予被追诉方选择处理方案的机会,因此这种“合意性司法”机制仍然带有极为浓厚的职权主义色彩,属于“家长式诉讼程序”的残留物。从程序上看,这种机制没有给予被追诉人参与协商和对话的机会,难以体现对其诉讼主体地位的尊重。从实体上看,由于司法机关所提供的宽大处理方案,只是一种单方面提供的定罪或量刑优惠,无法充分兼顾被追诉人的利益,难以满足其诉讼需求,因而可能无法产生充分的吸引力。

不同于其他刑事宽大处理机制,量刑协商机制虽然也建立在被追诉人自愿认罪和同意放弃普通程序的基础上,但是被追诉方不仅可以自行提出宽大量刑方案,还可以对司法机关提出的宽大量刑方案提出异议,也就是通过提出新的证据、事实、法律适用观点、类似案例等协商筹码,来迫使司法机关继续降低量刑幅度,双方经过讨价还价,相互调整量刑方案,达成让步和妥协,形成量刑合意,司法机关最终根据这一诉讼合意作出量刑裁决。与“职权宽恕”不同的是,“量刑协商”不是一种司法机关依据职权向被追诉人展示慈悲情怀和法外开恩的方式,而是被追诉方与司法机关基于平等协商和理性选择达成有约束力的司法协议的诉讼机制。与“合意性司法”也不同的是,“量刑协商”并非司法机关依据职权单方面提供一种具体宽大处理方案的过程,而是在不设定确定结果的前提下,由被追诉方与司法机关通过对话、协商和妥协来塑造、影响和调整刑事诉讼的结果,这种机制在一定程度上体现了“纯粹的程序正义”理念。^①

从制度构成上看,作为最低限度的协商性司法机制,“量刑协商”至少应当具备以下6个构成要素:(1)被追诉人自愿认罪,并自愿选择量刑协商机制;(2)检察官与被追诉方就量刑问题开展协商和对话,各自提出较为宽大的量刑方案;(3)控辩双方就量刑问题进行讨价还价,既可以对对方的量刑方案提出异议,也可以通过提出新的证据、事实、相似案例、法律适用观点等协商筹码,提出新的量刑意见;(4)控辩双方就调整后的量刑方案达成妥协或让步,建立共识,形成诉讼合意;(5)控辩双方根据所达成的量刑合意,签署量刑协议或其他类似文件,形成对双方有约束力的合约;(6)法院对控辩双方的量刑合约进行司法审核,对于具有事实基础和法律根据的量刑合约,在确认量刑协商程序具备合法性的前提下,采纳为量刑裁决的依据。

从我国刑事司法实践来看,在被追诉人委托辩护律师的认罪认罚案件中,检察机关的听取意见程序已经初步具备量刑协商机制的基本特征:被追诉人自愿认罪,愿意选择认罪认罚程序;检察官提交初步的量刑方案;被追诉方可以对量刑方案提出异议,通过提出新的证据、事实、情节或法律适用观点,来提出更为轻缓的量刑意见;控辩双方可以经过一轮或多轮“讨价还价”,达成妥协,找到共同接受的量刑方案,形成量刑合意;被追诉人在值班律师或辩护律师见证下,签署认罪认罚具结书,检察机关依据该具结书,向法院提出量刑建议。根据学术共识,被追诉人在与检察官协商一致后所签署的认罪认罚具结书,尽管具有“悔罪书”和“保证书”的性质,但仍然属于“量刑协商合意书”的范畴,属于控辩双方所达成的书面协议。对于该项协议,被追诉人应当通过继续认罪认罚、放弃无罪辩护以及放弃上诉等方式予以遵守,否则就可能构成程序反悔,检察机关会终止认罪认罚程序,按照普通程序提起公诉,并建议法院不再按照协议的约定给予宽大处理。对于该项协议,检察机关基于司法诚信原则,也负有信守承诺的义务,其向法院提出的量刑建议

^① 参见陈瑞华:《论协商性的程序正义》,《比较法研究》2021年第1期。

应当与具结书的内容保持一致,未经重新协商,不得自行调整量刑建议。

最高人民法院 2020 年曾经发布一份刑事指导性案例,要求检察机关在办理认罪认罚案件时,应与被追诉人、辩护人或值班律师进行充分有效的量刑协商,“检察官可以通过出示证据、释法说理等形式,说明量刑建议的理由和依据,保障协商的充分性;被追诉人、辩护人或值班律师提出新的证据材料或者不同意见的,检察官应当重视,并进行认真审查,及时反馈是否采纳并说明理由,需要进一步核实的,可以在充分准备后再次开展量刑协商”。^①由此可见,在部分认罪认罚案件的司法实践中,量刑协商机制已经得到初步确立。

三、认罪认罚从宽制度中的职权因素

2018 年,我国立法机关通过修订《刑事诉讼法》,确立了认罪认罚从宽制度。根据这一制度,被追诉人自愿如实供述自己的罪行,承认指控的犯罪事实,愿意接受处罚的,司法机关可以依法从宽处理。但是,从这一条文表述来看,似乎看不出这一制度包含“量刑协商”因素,甚至连基本的“合意司法”因素也没有得到体现。对于认罪认罚从宽制度,最高人民法院和最高人民检察院都先后发布了多项司法解释,理论和实务界对此也作了大量的学理解释。经过数年的争论和调整,司法机关的权威人士坚持认为我国认罪认罚从宽制度中已经包含“量刑协商”因素。^②尽管如此,现行认罪认罚从宽制度也确实包含多方面的“职权宽恕”因素,这些因素对于量刑协商机制的适用造成不同程度的障碍。

(一)“认罪认罚”机制中的职权因素

作为一项具有创新性的诉讼制度,被追诉人“认罪”只是适用认罪认罚从宽制度的前提条件,而“认罪认罚”才是这一制度的核心要素。假如仅将其解读为“认罪从宽”,那么认罪认罚从宽制度与 1996 年以来得到确立的刑事简易程序就没有实质性区别。

对于“认罪认罚”问题,我国刑事诉讼法和相关司法解释作出权威的解读。所谓“认罪”,是指被追诉人真诚悔罪,愿意接受处罚。这种“认罪”可以发生在刑事诉讼的各个阶段:在侦查阶段表现为表示愿意接受处罚;在审查起诉阶段表现为接受人民检察院拟作出的起诉或不起诉决定,认可人民检察院的量刑建议,签署认罪认罚具结书;在审判阶段表现为当庭自愿签署具结书,愿意接受刑罚处罚。^③

对于被追诉人认罪认罚的案件,司法机关如何做到“从宽”处理?根据刑事诉讼法和司法解释,所谓“从宽”,可以包括“实体上从宽处罚”和“程序上从简处理”这两个方面。对于被追诉人而言,司法机关作出“实体上从宽处理”,可以对其产生较大的激励作用。本质上,对认罪认罚案件的实体从宽处理,意味着刑事诉讼法将被追诉人认罪认罚确立为一项独立的法定从轻量刑情节,在没有其他情节的情况下,司法机关对这类被追诉人应当在法定幅度内提出从轻量刑的建议或

^① 根据最高人民法院 2020 年 12 月 8 日发布的检例第 82 号指导性案例(“钱某故意伤害案”),检察机关应健全量刑协商机制,规范认罪认罚案件量刑建议的形成过程,在听取意见程序中,应通过出示有关证据、释法说理等方式,结合案件事实和情节开展量刑协商,促进协商一致。

^② 参见陈国庆:《量刑建议的若干问题》,《中国刑事法杂志》2019 年第 5 期。

^③ 参见《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》第 7 条。

者作出从轻量刑的裁决。为控制实体上从宽的幅度,刑事诉讼法和司法解释明确强调,作为一种法定情节,认罪认罚的从宽幅度一般应当大于仅有坦白,或者虽认罪但不认罚的从宽幅度;被追诉人已经具有自首、坦白情节,同时又认罪认罚的,可以在法定刑幅度内给予更大的从宽幅度,但对于这三种量刑情节不作重复评价。不仅如此,对于认罪认罚的被追诉人作出宽大处理的幅度,还应当遵循“主动认罪优于被动认罪”“早认罪优于晚认罪”“彻底认罪优于不彻底认罪”和“稳定认罪优于不稳定认罪”的原则。在司法实践中,一些地方司法机关为鼓励被追诉人尽早认罪认罚,还探索出了一种“阶梯式从宽”机制,根据被追诉人在侦查、审查起诉和审判阶段认罪认罚的情况,在法定刑幅度内分别给予30%、20%和10%的从轻量刑幅度。^①

从本质上说,认罪认罚从宽制度并没有脱离我国刑事司法的基本政策,而属于传统的“坦白从宽”“宽严相济”等刑事政策的延续。与1996年以来通过刑事简易程序所体现的“认罪从宽”相比,“认罪认罚从宽”发生了三个方面的变化:一是将“认罪”从原来的酌定量刑情节变成现在的法定从轻量刑情节;二是将“认罚”与“认罪”作为不可分割的独立法定量刑情节;三是对认罪认罚的被追诉人确立了相对明确的从宽量刑幅度。

从“认罚从宽”的法律表述来看,对于被追诉人在不同诉讼阶段“认罚”的案件,法律都赋予司法机关依据职权作出相应从宽处罚的权力。其中,对于被追诉人在侦查阶段的“认罚”,也就是作出愿意接受处罚的表示,司法机关可以给予最大幅度的宽大量刑。对于被追诉人在第一审程序中认罪认罚的案件,法院可以不再通知检察机关提出量刑建议,而是在听取控辩双方意见的基础上,直接作出是否宽大量刑的裁决。对于被追诉人在第二审程序中认罪认罚的案件,二审法院可以根据其认罪认罚的具体情况决定是否从宽,确定从宽幅度时应与第一审程序认罪认罚有所区别。

由此看来,对于被追诉人认罪认罚的案件,无论是侦查机关还是法院,都大体遵循一种职权宽恕的逻辑,将被追诉人认罪并作出愿意接受处罚的表示,作为一种从轻量刑情节,并根据认罪认罚的诉讼阶段和其他相关情况,作出程度不同的宽大处理。这种逻辑与1996年以来确立的刑事简易程序的逻辑如出一辙:司法机关对于自愿认罪并同意适用特别程序的被追诉人,依据职权给予宽大刑事处理,并单方面决定宽大处理的幅度,而无须与被追诉人进行协商,也不必征得被追诉人的同意。

与侦查和审判阶段的认罪认罚不同的是,审查起诉阶段的认罪认罚不仅意味着被追诉人作出愿意接受处罚的表示,而且要求其认可人民检察院的量刑建议,签署认罪认罚具结书。这种发生在审查起诉阶段的“认罚”,要经过检察机关听取意见程序,既可能包含着控辩双方开展量刑协商的过程,也包含着控辩双方达成量刑合意的结果,其重要标志是被追诉人签署检察机关出具的认罪认罚具结书。这相当于在较为浓重的职权主义构造中引入量刑协商的因素。但是,控辩双方就量刑问题所开展的协商过程以及所达成的诉讼合意,对于法院没有法定拘束力。法院所关注的仍然只是被追诉人在审查起诉阶段认罪认罚这一情节,并依据职权作出是否采纳检察机关量刑建议的决定。

(二) 听取意见程序中的职权因素

在审查起诉阶段,检察机关主持下的听取意见程序通常被视为一种引入量刑协商机制的过

^① 参见最高人民法院咨询委员会第八调研组:《完善认罪认罚从宽制度研究的调研报告》,《中国应用法学》2024年第2期。

程。这种听取意见程序以及同步录音录像制度等配套措施的设置,能够保证量刑协商机制的正常运行,被追诉方既可以对检察官的初步量刑方案提出异议,也可以提出新的证据材料,并据此提出更为轻缓的量刑意见。如此,不仅可以容纳量刑协商的“协商”“妥协”“讨价还价”等因素,还可以在各方参与的情况下确保各方达成实质上的“量刑合意”。但是,这种听取意见程序并不是一种“田园牧歌”式的理想机制,而是深嵌于审查起诉程序之中。在审查起诉程序没有发生实质性变化的情况下,真正的量刑合意往往发生在检察机关单方面主持的讯问嫌疑人程序之中,而事后举行的“听取意见程序”经常流于形式,变成一种签署具结书的“仪式”。

根据我国刑事诉讼法和司法实践惯例,检察机关在决定是否提起公诉之前应当对案件进行审查,审查案件时应当讯问犯罪嫌疑人。通常而言,这种讯问犯罪嫌疑人活动被设计成检察机关单方面“坐堂问案”的程序:检察官提讯犯罪嫌疑人,审查“犯罪事实、情节是否清楚,证据是否确实、充分,犯罪性质和罪名的认定是否正确”“有无遗漏罪行或其他应当追究刑事责任的人”“是否属于不应追究刑事责任的情况”“有无附带民事诉讼”以及“侦查活动是否合法”等。这种审查发生在检察官与犯罪嫌疑人之间,不允许辩护人或值班律师到场,也不允许其他当事人或诉讼代理人参与。通过这种带有强烈职权主义性质的讯问活动,检察机关既要完成审查核实犯罪事实和量刑情节的任务,也会了解犯罪嫌疑人是否承认所涉嫌的犯罪事实,是否愿意选择认罪认罚程序。

在司法实践中,检察官在讯问过程中了解到犯罪嫌疑人具有认罪认罚意愿的,通常会单方面告知其所认定的基本犯罪事实和量刑情节以及可能适用的刑法条文。为促使后者尽快签署认罪认罚具结书,检察官有时会直接告知其可能适用的法定刑,并对其认罚后可能得到的宽大量刑幅度给出一定的预测。至少在部分认罪认罚案件中,检察官可以利用讯问程序所提供的诉讼便利,结合其掌握的优势诉讼资源,在犯罪嫌疑人没有律师帮助、受到未决羁押、无法了解案情甚至“孤立无援”的情况下,促使其接受检察官初步提出的貌似“宽大”的量刑方案。从司法理性的角度看,任何一个意图提高认罪认罚适用率的检察官,都会看中讯问嫌疑人的诉讼时机,利用控辩双方信息不对称的优势,尽量说服后者接受其单方面提出的量刑方案。至于事后设置的在同步录音录像制度保障下的听取意见程序,由于有辩护人或值班律师的参与,检察官的量刑方案会受到程度不同的审查或过滤,因此检察官通常会本能地加以规避,或者将其变成一种“签订城下之盟”的仪式。

最高人民检察院的司法解释将“讯问嫌疑人”与“听取意见”设计成两个相对独立的程序。前者保持了检察官单方面坐堂问案的形式,具有典型的职权主义构造特征。后者则具有检察官与被追诉人及其辩护人或值班律师同时参与的诉讼形式。通常而言,检察机关只对听取意见过程进行同步录像,对讯问嫌疑人过程则不予同步录像。在例外情况下,讯问与听取意见、签署具结书同时进行的,检察官也可以一并录制。但是,检察官多次听取意见的,可以只对量刑建议形成、确认以及最后的具结书签署过程进行录音录像。这就意味着只要检察官在讯问程序中单方面提出量刑方案,并促使被追诉人接受这一方案,那么随后进行的听取意见程序,就会变成辩护人或值班律师对该量刑方案继续审查或进行质疑的过程。但是,如前所述,值班律师一般无法提供有效的法律帮助,在听取意见程序中难以提出强有力的异议。辩护人唯有提出强有力的协商筹码,足以动摇检察官与被追诉人达成的初步量刑合意,才有可能为被追诉人争取到更为轻缓的量刑幅度。

由此看来,我国法律尽管在认罪认罚程序中引入了带有协商性司法性质的听取意见程序,但在讯问程序与听取意见程序相对独立的情况下,检察机关通常会利用讯问程序为其提供诉讼便利,促使被追诉人接受其量刑方案,甚至达成初步的诉讼合意。在值班律师参与的大多数案件中,听取意见程序变成一种对控辩双方所达成的初步量刑合意的确认过程,即一种仅具有象征意义的签字仪式。即便追诉人获得辩护人的帮助,但假如后者无法提出有力的协商筹码,也难以对上述局面作出实质性改变。

(三)法院职权裁判的逻辑

在认罪认罚从宽制度的实施过程中,关于检察机关提出的量刑建议是否对法院具有拘束力的问题,司法实务界存在较大的争议,法学界也存在不同的认识。针对这一问题,2018年修订的《刑事诉讼法》确立了法院“一般应当采纳”条款,试图促使法院尊重检察机关量刑建议的法律效力,但也列举了若干不应采纳量刑建议的法定情形。从司法实践的效果看,这种似是而非的模糊法律条款难以解决法院与检察机关之间的相关争论。^①与其他刑事案件一样,法院仍然坚守“职权审查”的逻辑,即便对于检察机关与被追诉方达成量刑合意的案件,仍然要举行开庭审理,仍然要对定罪量刑问题进行实质性审查。法院即便对认罪认罚的被告人作出宽大刑事处理,也要遵循“职权宽恕”的基本逻辑。

与大陆法国家一样,我国在引入量刑协商机制的过程中,保留了法官对检察机关量刑建议的实质审查权。^②这一方面体现了一种一以贯之的职权主义裁判逻辑,另一方面也显示出法院对实质真实原则、罪刑法定主义、罪责刑相适应原则、适用刑法一律平等原则的严格遵守。不仅如此,对刑事诉讼“民事诉讼化”的警惕,以及对当事人处分原则的质疑,也是建立这种实质审查制度的重要原因。根据这一制度,检察机关无论是依据职权提出的量刑建议,还是根据控辩双方达成的量刑合意所提出的量刑建议,都属于代表国家行使求刑权的性质,最终的量刑裁判权仍然归属法院;认罪认罚从宽制度的实施没有改变这一诉讼权力配置,法院依法独立行使审判权原则也没有发生任何改变。^③

检察机关的量刑建议尽管是根据被追诉人所签署的认罪认罚具结书而提出的,但这种具结书对于法院的司法裁决没有法定约束力。尽管现行刑事诉讼法确立了表述极为模糊的“一般应当采纳”条款,但同时也允许法院拒绝采纳事实不清、适用法律有误、量刑不当的协商性量刑建议。根据最高人民检察院的官方统计,2024年全国法院对于检察机关就认罪认罚案件所提出的量刑建议,没有采纳并建议调整量刑的案件占比高达11.22%以上。^④这说明,无论是被追诉人签署的认罪认罚具结书,还是检察机关据此提出的量刑建议,对法院都没有强制拘束力,法院具有拒绝采纳的裁判权。

在最高人民法院的法官看来,认罪认罚具结书在形式上属于被追诉人的“单方声明”,是任何

^① 参见孙长永:《论废止认罪认罚案件量刑建议的“一般应当采纳”条款》,《法学家》2024年第6期。

^② 参见陈瑞华:《美国辩诉交易程序与意大利刑事特别程序之比较(上)》,《政法论坛》1995年第3期。

^③ 参见最高人民法院刑一庭课题组:《刑事诉讼中认罪认罚从宽制度的适用》,载最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭编:《刑事审判参考(总第127辑)》,人民法院出版社2021年版,第251~271页。

^④ 2024年,全国检察机关对认罪认罚案件提出量刑建议141.28万余人,其中确定刑量刑建议占95.6%。审判阶段法院建议调整量刑建议15.86万人。参见《最高检发布2024年“四大检察”工作白皮书:透过数据和案例看“2024检察答卷”》, https://www.spp.gov.cn/spp/zdgz/202503/t20250310_689181.shtml, 2025-03-10。

控方指控犯罪事实和罪名、建议刑罚的适用审理程序的声明。而从实质上看,这种具结书属于控辩双方就量刑进行协商后达成的合意,对被追诉人具有拘束力,对法院没有当然的约束力。之所以如此,是因为法院既没有参与这种量刑合意的达成过程,对有关量刑协商的过程、达成合意的根据和理由一无所知,也无从了解其真实性、合法性和合理性。对于这种具结书以及由此提出的量刑建议,法院要审查被追诉人认罪认罚的自愿性以及签署具结书的真实性、合法性,也要对指控的犯罪事实、罪名,建议的刑罚种类和幅度等进行全面客观的审查。法院既不能降低认定犯罪事实的证明标准,也要遵循罪责刑相适应原则,考虑类案同判、法律统一适用、主观司法正义等方面的要求。^① 对于明显违背上述原则或者不符合法定要求的不当量刑建议,法院可以拒绝采纳。

当然,很多法官也承认,检察机关对认罪认罚案件所提出的量刑建议,不仅体现控辩双方经过量刑协商所达成的诉讼合意,也体现代表国家的检察机关基于被告人的认罪认罚在实体上作出量刑减让的一种承诺,可以保证被告人对认罪认罚后果具有合理的预期。尽管如此,法院仍然要对这种量刑建议以及协商过程进行实质性审查,一旦发现量刑建议明显违反罪责刑相适应原则,违反类案同判和法律统一适用、背离司法公正或者人民群众公平正义观念、违背一般司法认知等明显不当情形,就不应对该量刑建议予以采纳。^② 最多,法院就像对被告人自愿认罪并选择简易程序的案件一样,对于被告人选择认罪认罚程序的案件,将被告人认罪认罚的事实视为一种独立的从轻量刑情节,根据被告人认罪认罚的阶段,所涉嫌犯罪的性质和后果,被告人悔罪、退赃退赔以及与被害方是否达成和解协议等方面的情况,对被告人选择适用一种相对合理的宽大量刑幅度。换言之,控辩双方就量刑问题所达成的诉讼合意,只是法院作出量刑裁决的参考因素,而不具有法定的约束力。

由此看来,法院对检察机关量刑建议的实质审查,以及对控辩双方量刑合意法律效力的忽视,在一定程度上削弱了量刑协商的积极效果。从本质上看,法院似乎没有做好接受控辩协商机制的思想准备,也缺乏作出适度量刑妥协的动力,对于控辩双方就量刑问题开展的量刑协商以及所达成的量刑合意采取“无动于衷”“漠然视之”的态度,对其既不作专门的法律评价,也拒绝对这类案件与其他案件作出明显的区别对待。我国法院基本上沿袭审理被告人认罪案件的司法逻辑,遵循传统的“坦白从宽”“宽严相济”刑事政策,将控辩双方达成诉讼合意仅仅视为被告人认罪认罚的表现,并给予有限幅度的宽大处理。这种“认罪认罚从宽”与传统的“认罪从宽”在裁判逻辑上如出一辙,都带有“职权宽恕”的浓重痕迹。

四、被追诉人参与协商的能力

一些司法界人士认为,认罪认罚从宽制度的实施,有助于实现国家与被追诉人、被追诉人与被害人的双重和解,确保被追诉人和被害人有效参与到诉讼过程之中,对其诉讼主体地位给予充分尊重,从根本上改变了把刑事案件的当事人简单地作为刑事诉讼活动的消极主体或者旁观者

^① 参见杨立新:《关于认罪认罚从宽制度常见问题释疑》,载最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭编:《刑事审判参考》总第 127 辑,人民法院出版社 2021 年版,第 143 页。

^② 参见胡云腾:《严格把握认罪认罚从宽,保证严格公正高效司法》,载最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭编:《刑事审判参考》总第 127 辑,人民法院出版社 2021 年版,第 122 页。

的做法,彰显了刑事诉讼模式和定罪量刑结果由“国家独断型”向“协商决定型”的重大转变。^①换言之,与普通刑事诉讼程序相比,认罪认罚制度所包含的量刑协商机制,对被追诉人的诉讼主体地位可以给予更加充分的保障。

但是,通过分析我国刑事诉讼制度的现状,考察刑事司法实践的情况,我们可能会对上述论断的可信性产生合理的疑问。从法律文本上看,被追诉人在任何诉讼阶段上都不享有沉默权;被追诉人受到拘留、逮捕和延长羁押期限的法律限制较小;被追诉人获得指定辩护的范围较为狭窄;值班律师很难提供有效的法律帮助。在此背景下,被追诉人就相当于“无诉讼行为能力人”,不仅无法与检察官开展平等的量刑协商,还处于被动等待检察官处理、消极接受检察官量刑方案的状态,其诉讼主体地位难以落到实处。而在量刑协商实践中,至少在值班律师提供法律帮助的案件中,被追诉人不享有知情权,值班律师参与协商往往流于形式,被追诉方通常拿不出强有力的协商筹码,很难说服检察官改变其量刑方案。因此,量刑协商经常变成一种实质上的“合意性司法”,也就是“只有合意,没有协商”的诉讼状态。为说明这一问题,笔者拟从三个方面简要分析。

(一)有效法律帮助问题

认罪认罚从宽制度的正常运行以及量刑协商机制的有效实施,在很大程度上取决于辩护律师的充分参与。上述制度和机制的实施意味着被追诉人放弃了无罪辩护的机会,并无法获得普通程序所赋予的各项权利保障。没有辩护律师的有效帮助,被追诉人就可能会在被威胁、利诱、欺骗的情况下选择认罪认罚,其认罪的自愿性和明智性难以得到保证。没有辩护律师的帮助,被追诉人即便有机会参与量刑协商,也无法对检察官貌似宽大的量刑方案提出有力的异议,更难以说服检察官降低量刑幅度,而只能被迫接受检察官提出的量刑建议。正因为如此,一些大陆法国家在引入量刑协商机制时,普遍建立了辩护律师全程参与量刑协商过程的制度。^②法国的相关法律甚至规定,在庭前认罪答辩程序中,被告人不得放弃律师协助权。^③

我国自2014年启动新一轮司法体制改革以来,通过相关立法授权试验和立法活动,最终在认罪认罚从宽制度中引入了法律援助值班律师制度。根据这一制度,国家专门机关办理认罪认罚案件,应保障被追诉人获得有效法律帮助。被追诉人没有委托辩护人或者不符合指定辩护条件的,专门机关应当告知其有权约见值班律师,并为其约见值班律师提供便利。值班律师可以为其提供多方面的法律帮助,包括提供法律咨询、提出程序选择建议、申请变更强制措施、对定罪量刑问题提出意见等,在被追诉人签署认罪认罚具结书时在场见证并签名确认。从制度设计的初衷来看,在我国强制性指定辩护制度适用范围较为有限的情况下,在被追诉人无法获得律师辩护的案件中,值班律师可以为认罪认罚的被追诉人提供必要的法律帮助,确保其了解认罪认罚的性质和后果,维护被追诉人认罪认罚的自愿性。

法律援助值班律师制度经过数年运行,在认罪认罚案件中发挥了一定的积极作用。至少,被追诉人可以获得值班律师的一些法律咨询和程序建议,从而在选择认罪认罚程序以及参与量刑协商时避免轻率决策。然而,值班律师制度具有一些结构性难题和漏洞,在实践运行中逐渐暴露

^① 参见胡云腾:《正确把握认罪认罚从宽,保证严格公正高效司法》,《人民法院报》2019年10月24日。

^② 参见施鹏鹏:《意大利刑事协商程序及其启示》,《人民检察》2022年第7期。

^③ 参见施鹏鹏:《法律改革,走向新的程序平衡?》,中国政法大学出版社2013年版,第149~156页。

出一些根本性缺陷,导致该制度基本未达到立法初衷,成为认罪认罚从宽制度设计中的一大“败笔”。这主要表现在以下几个方面:首先,值班律师并不具有辩护人的地位,无法与被迫害人建立真正的诉讼代理关系。对于接受法律帮助的被迫害人,值班律师普遍缺乏“委托人”或“客户”观念,既不受诉讼代理人职业伦理的约束,也没有为委托人提供服务的意识。其次,值班律师无法享有辩护人所应当享有的诉讼权利。尽管我国法律和司法解释开始强调保证值班律师会见、阅卷等方面的权利,但实践中真正行使这些诉讼权利的值班律师并不多见。总体而言,值班律师在提供法律帮助方面,无法如辩护律师那般充分行使会见在押嫌疑人、查阅案卷、调查取证等方面的权利,既无法全面了解检察官所掌握的证据情况,也无法获取强有力的协商筹码。再次,值班律师的从业经验、报酬和奖惩机制存在根本问题,对其提供法律帮助行为的激励机制没有建立起来。一般说来,值班律师多为各律师事务所资历较浅的年轻律师,缺乏开展刑事辩护业务的基本经验,他们往往因缺乏案源而不得已报名成为值班律师。在接受指派为被迫害人提供法律帮助后,所获得的报酬微乎其微,加上在值班场所工作的时间十分有限,难以为某一被迫害人提供持续不断的法律服务。最后,对值班律师的法律帮助行为缺乏统一的监督和考核,对违背法律职业伦理的行为无法进行及时惩戒,导致其无法尽职尽责地为被迫害人提供法律帮助,常沦为量刑协商的见证人和旁观者,甚至容易放弃忠诚义务,变成检察官的助手,督促或诱导被迫害人签署认罪认罚具结书。

(二)知情权的保障

量刑协商机制的有效运行在很大程度上取决于被迫害方对公诉方所掌握证据情况的知情权。只有充分了解公诉方掌握的证据情况,被迫害方才能了解案件是否达到犯罪事实清楚、证据确实充分的程度,进而准确预测可能判处的刑罚,并对检察机关可能给予的宽大处理作出预先判断。保障被迫害方的知情权,可以确保被迫害人选择认罪认罚程序的自愿性,使其能够充分参与量刑协商,并在遵循理性选择原则的前提下与检察官达成量刑合意。这种合意不仅有利于提高认罪认罚程序的适用效果,还能降低程序反悔和提起上诉的可能性。

要保证被迫害方的知情权,最有效的办法是建立和完善辩护律师的阅卷权制度。迄今为止,被迫害人委托或者被指定辩护律师的,后者自案件移送审查起诉之日起,可以到检察机关行使阅卷权,这并无制度障碍。在我国刑事诉讼中,阅卷权一直被视为辩护人的“固有权利”,也是被迫害人无法行使的重要诉讼权利。在认罪认罚案件中,被迫害人一旦获得辩护人帮助,后者通常会积极地参与量刑协商过程,为被迫害人争取最大限度的量刑优惠。这种协商效果正是建立在辩护人充分查阅和研读公诉方案卷材料的基础之上。

在被迫害人未获得辩护人帮助的认罪认罚案件中,我国建立了值班律师制度。为保证值班律师能为被迫害人提供有效的法律帮助,一些司法解释赋予了值班律师会见权和阅卷权。据此,值班律师可以会见在押的被迫害人;自检察机关对案件审查起诉之日起,可以查阅案卷材料,了解案情。在此基础上,值班律师可以就否认罪认罚与被迫害人进行沟通,并就定罪量刑、适用程序等问题向检察机关提出意见。但是,根据前文所述,值班律师制度存在着一些难以克服的缺陷和不足,造成值班律师的阅卷和会见流于形式。一些地方检察机关甚至在准备签署认罪认罚具结书之前的几个小时内,才将经过筛选的部分案卷材料交由值班律师阅读。值班律师既无法全面了解案情,也难以根据案件证据情况为量刑协商作出任何实质性的准备。

为确保被迫害方充分有效地参与量刑协商,有必要赋予被迫害人相对独立的阅卷权。我国

2012年修订的《刑事诉讼法》确立了辩护人在审查起诉阶段向在押被追诉人核实有关证据的制度。这曾引起法学界和司法界的广泛关注,被视为被追诉人行使阅卷权的重要标志。然而,由于缺乏相应的配套措施,这一制度安排并没有取得良好的法律效果。从比较法的角度看,一些大陆法国家已经开始确立被追诉人独立享有阅卷权的制度。例如,德国刑事诉讼法规定在被追诉人获得律师辩护的案件中,应保证辩护人享有不受限制的阅卷权,被追诉人则通过辩护人来行使知情权。但是,在被追诉人没有获得律师辩护的案件中,被追诉人享有“自行阅卷权”:自侦查终结后,被追诉人有权查阅卷宗,有权在接受监督的情况下检视证物;若卷宗以电子形式制作,被追诉人还可以获得该卷宗的复印件。^①

在我国刑事诉讼中,被追诉人尚未享有“自行阅卷权”,这对于认罪认罚从宽制度的有效运行产生了不利影响。在被追诉人未获得辩护人帮助的认罪认罚案件中,值班律师即便行使了阅卷权,也无法与被追诉人进行充分的沟通,更无法为参与量刑协商进行较为充分的准备。对于不具备辩护人身份的值班律师来说,被追诉人既无法通过了解案情对其法律帮助活动进行有效制约,也难以自行参与量刑协商。尤其在检察机关启动听取意见程序之前,检察官会进行单方面的讯问活动,那些没有阅卷、不了解案情的被追诉人,面对检察官单方面的讯问,处于地位不对等和信息不对称的状态,在选择认罪认罚程序方面只能被动地听从检察官的安排。一旦进入听取意见程序,这些不享有知情权的被追诉人,在量刑协商中便失去话语权,只能充当辩护人或值班律师发表意见的旁听者,而无法提出有说服力的观点。

(三)协商筹码问题

量刑协商机制的顺利实施,取决于被追诉方能否提出强有力的协商筹码,足以对检察官提出的量刑方案产生动摇效果,促使其对量刑方案进行不同程度的调整,作出实质性的妥协和让步。由此才能保证被追诉方对量刑方案施加积极的影响和有效的塑造作用。所谓“协商筹码”,是指被追诉方针对检察官的量刑方案,为进行有效质疑或论证新的量刑意见所提出的证据、事实、情节、法律适用意见、类似案例、学术观点等。在任何一种商谈中,参与者都需要拥有一些基本协商筹码,才能说服或者迫使对方作出让步,接受本方意见,最终达成互谅互让、妥协一致的协商效果。在一定程度上,量刑协商尽管属于发生在国家专门机关与被追诉方之间的协商活动,但要确保协商的平等性、充分性和有效性,仍应遵循协商谈判活动的基本规律。然而,与一般商谈不同,参与量刑协商的控辩双方处于信息不对称和地位不对等的状态。作为国家公诉权行使者的检察机关,占据绝对优势的诉讼地位,能够获得较为丰富的信息资源,主导认罪认罚程序,不仅可以从案卷中获得大量的协商筹码,还能够在作出一定妥协的情况下提出对本方更有利的量刑方案。相反,那些处于受刑事追诉地位的嫌疑人、被告人,即便获得辩护人或值班律师的帮助,也难以像检察官那样拥有较多的信息资源,收集新证据的能力也十分有限,他们要提出一些具有说服力的量刑筹码以质疑检察官的量刑方案,通常面临较大困难。

根据性质和效力的不同,量刑筹码可分为“制度性筹码”和“技术性筹码”。“制度性筹码”是指宪法和法律为被追诉方提供的权利保障和诉讼特权,使被追诉人可以通过不合作甚至直接诉讼对抗的方式迫使检察机关对案件处理方案作出妥协和让步。在一些西方国家,被追诉人依据

^① 参见[德]维尔纳·薄逸克、[德]萨比娜·斯沃博达:《德国刑事诉讼法教科书》(第15版),程捷译,北京大学出版社2024年版,第169、173页。

宪法和法律,享有诸如不受强迫自证其罪、获得保释、获得全程律师帮助、不受无理搜查或扣押等基本权利,可以借助非法证据排除规则、撤销起诉制度、撤销原判制度等程序性制裁措施,获得司法机关的有效司法救济。在英美法系国家,被追诉人还可以获得陪审团审判的权利,享有被推定无罪的权利,可以对没有达到排除合理怀疑的案件直接申请宣告无罪。被追诉人假如行使上述权利,就可能发挥阻碍有罪裁判形成的效果,直接削弱检察机关的公诉效果;被追诉人假如放弃上诉权利,就可能使检察机关的胜诉变得更为容易,后者可以获得因成功定罪所带来的各种诉讼利益。因此,无论是在美国辩诉交易还是在大陆法国家的量刑协商过程中,上述权利保障都可以发挥“制度性筹码”的作用。

所谓“技术性筹码”,是指被追诉方通过审核检察官所掌握的案卷材料,或者通过搜集新的证据材料,所发现的足以促使检察官在量刑方案上作出更大让步的信息或者线索。在我国量刑协商实践中,一些辩护律师针对检察官提出的初步量刑方案,提出案件具有坦白、退赃、退赔、自首、立功、刑事和解、法益修复等方面的情节,或者提出办案人员存在取证手段不合法、证据形式存在瑕疵、管辖违法、超期羁押、限制律师权利、实施犯意引诱等方面的程序错误,或者提出案件具有正当防卫、某一法定构成要件不成立、存在重大合理怀疑、存在证明起诉不成立的类似案例等方面的问题。这些足以说明指控不成立或者量刑方案不完全成立的事实信息,就有可能证明检察官量刑方案的不合理和不公正,也表明被追诉方拒绝接受其量刑方案的正当性。而检察官要说服被追诉方达成诉讼合意,就需要面对事实,拿出更大的诚意,作出更大幅度的让步,提出更为宽缓的量刑方案,以便对被追诉人产生更大吸引力,找到控辩双方都能接受的妥协方案。对于这种带有诉讼策略性质的协商筹码,我们可以称之为“技术性筹码”。

在我国量刑协商实践中,被追诉方所提出的量刑筹码大多是“技术性筹码”,很难提出具有震撼力的“制度性筹码”。在准备这些“技术性筹码”方面,被追诉方还存在保障资源匮乏、准备不足和说服力不够等方面问题。这主要是因为被追诉人不享有阅卷权,对于检察机关所掌握的案卷材料缺乏了解,他们提出量刑筹码的可能性并不大;值班律师所提供的法律帮助有限,获悉案件情况和发现筹码的能力不强,参与量刑协商的动力不足;在被追诉人获得辩护人帮助的情况下,即便辩护人能够行使会见、阅卷、调查等方面的诉讼权利,也很难获得充足的协商准备时间,他们既难以有针对性地搜集有利于被追诉人的事实信息,也无法与被追诉人进行充分沟通,形成协调一致的协商思路。在一些产生积极效果量刑协商案件中,被追诉人及其近亲属通常在较早诉讼阶段就委托了辩护律师,律师及时介入诉讼活动,与被追诉人充分沟通,作出充分的诉讼准备,找到案件在事实认定、罪名成立、量刑幅度、办案程序等方面的“硬伤”,经过积极努力促成被追诉人的退赃退赔、达成刑事和解、修复环境资源、补交税款或相应款项等,最终促使检察官调整原有的量刑方案,为被追诉人争取到较为优厚的量刑结果。而在一般的认罪认罚案件中,无论是值班律师还是辩护律师,都很难找到如此有说服力的量刑筹码,或者即便能够找到,也难以促使检察官作出较大幅度的量刑减让。

五、量刑协商的实质化

目前,对于我国认罪认罚从宽制度是否确立量刑协商机制,法学界存在不同看法,并引发一些学术争论。其实,如果我们不仅关注刑事诉讼法和司法解释的文字表述,还观察检察机关听取

意见程序的实施状况,就会发现在被追诉人委托辩护律师的案件中,控辩双方就量刑问题展开协商的程序机制已经出现在我国司法实践之中。然而,这种量刑协商机制还处于刚刚萌芽的状态,缺乏基本的诉讼程序保障。在整个认罪认罚从宽制度仍具有浓重“职权宽恕”色彩的情况下,被追诉方缺乏参与量刑协商的基本能力,在很多案件中只能被动地选择是否接受检察机关单方面提出的量刑方案,造成一种“只有合意,没有协商”的局面。因此,我们更应关注如何在认罪认罚案件中激活量刑协商机制,从而实现量刑协商的实质化。为此,我们可以针对这一机制已经显现出来的问题,提出“认罪认罚程序的去职权化”与“被追诉人参与协商能力的提升”这两条立法思路,为量刑协商机制的实施消除制度障碍,创造更加可行的条件。

(一)认罪认罚程序的“去职权化”

根据前文的分析,我国认罪认罚从宽制度存在诸多“职权宽恕”因素,压缩了协商性司法的适用空间,导致量刑协商的形式化和仪式化,难以充分发挥其诉讼功能。若要激活量刑协商机制,我们需要在全面反思认罪认罚制度的基础上,尽力弱化甚至消除这一制度中的职权因素,确保被追诉方具有参与量刑协商的制度空间。

首先,“认罪认罚从宽”这一法律表述蕴含较浓的“职权宽恕”色彩,与协商性司法理念难以兼容。可以考虑将这一表述改为“量刑协商从宽”,赋予司法机关对参与量刑协商、达成量刑合意的被追诉人给予宽大量刑处理机会的权力。具体而言,应撤销将认罪认罚视为独立量刑情节的制度安排,允许被追诉方在自愿认罪的前提下与检察官开展量刑协商,并达成量刑合意;控辩双方可以在法定宽大幅度内签署量刑协议;根据这一量刑协议,检察机关提出相应的量刑建议;法院经过司法审查,若接受该项量刑协议,则可据此形成量刑裁决。

其次,侦查机关和法院对于被追诉人自愿认罪的,都应当告知其诉讼权利,尤其是可以选择量刑协商的权利。在侦查阶段,被追诉人自愿认罪且表达出接受量刑协商意愿的,侦查人员可以记录在案,并尽快将案件移送检察机关审查起诉,检察机关可以据此直接启动量刑协商程序。在审判阶段,被追诉人自愿认罪且表达出接受量刑协商意愿的,法院应当记录在案,并通过检察机关与被追诉方开展量刑协商活动。法院在法庭审理中,应当主持庭审量刑协商程序,给予控辩双方就量刑问题各自发表意见、提出协商筹码的机会,尽量促成双方达成量刑合意,并最终按此合意内容作出量刑裁决。在一定程度上,侦查人员应当充当量刑协商的受理者和准备者,及时移交检察机关启动这一程序;法官应作为量刑协商的受理者和主持者,发挥其类似司法调解的功能,促使控辩双方达成量刑协议。

再次,对于存在较大争议的听取意见程序,应当改造成量刑协商程序。综合考虑我国的制度现实和实践问题,可以将这一程序设计成6个环节:(1)协商意向环节。对于被追诉人自愿认罪的,检察官在被追诉人与辩护律师同时在场的情况下,向其告知相关诉讼权利和程序选择的事项,询问其是否接受量刑协商程序。被追诉方也可以直接向检察官提出适用量刑协商的申请。只有控辩双方都同意适用量刑程序时,这一程序才可以启动。(2)协商准备环节。控辩双方都同意适用量刑协商程序的,检察官应给予被追诉方进行协商准备的合理期限,确保双方都可以开展量刑协商的准备工作。被追诉人及其辩护律师可以阅卷、沟通和调查取证,搜集各种具有说服力的量刑筹码。(3)提出初步量刑方案环节。准备程序结束后,检察官为促使被追诉人接受宽大处理,可以提出一个初步的量刑方案。对此方案,被追诉方可以直接接受,也可以提出异议和挑战,还可以提出本方的量刑方案。(4)展开协商环节。被追诉方对量刑方案提出异议后,可以提出各

种协商筹码,论证更为宽大量刑方案的合理性。在可能的情况下,控辩双方互相让步,就量刑幅度达成妥协,最终找到共同接受的量刑方案。(5)签署量刑协议书环节。控辩双方在经过讨价还价达成量刑合意后,应当共同签署量刑协议书,记录量刑协商的过程和量刑合意的内容。应当废除具有强烈职权宽恕色彩的认罪认罚具结书制度,代之以体现平等协商、理性选择理念的量刑协议书制度。(6)提出量刑建议环节。检察机关根据控辩双方所签署的量刑协议书,制作专门的量刑建议书,注明其“经过协商一致而达成”的性质,强调其特殊的诉讼效力。

最后,虽然法院可以保留对量刑协议书的实质审查权,但是这种审查权应当受到适度限制。可以考虑废止法院对检察机关量刑建议“一般应当采纳”的条款,代之以明确划定法院不采纳量刑建议的情形。例如,对于检察机关经过量刑协商所达成的量刑建议(以下简称为“协商性量刑建议”),符合以下情形之一的,法院不予采纳:(1)认定的犯罪事实和从重量刑情节没有达到法定证明标准的;(2)认定的罪名不成立的;(3)对数罪并罚的案件无根据地撤销部分罪名的;(4)违反法律规定作出减轻处罚处理的;(5)量刑协商违反法定诉讼程序的;(6)被追诉人在签署量刑协议时存在不自愿、不知情、不明智、不真实等违法情形的。

但是,在上述情形之外,对检察机关与被追诉方在法定量刑幅度范围内所作出的量刑减让,即对从轻处罚的幅度所作的实体处分,法院应当给予尊重,而不得以“量刑不当”为由,要求检察机关调整量刑建议,或者直接不予采纳。原因在于:在法定量刑幅度范围内作出适度宽大处理,这不仅属于检察官自由裁量权的合理范围,也属于被追诉人自由处分的空间。尽管我国法院要遵循实体真实原则、罪刑法定主义、罪责刑相适应原则,但如果不给予控辩双方最基本的量刑处分权,那么所谓的“量刑协商”就会完全变成一种“职权宽恕”活动而失去制度适用空间。要激活量刑协商的诉讼功能,发挥量刑协商的诉讼激励作用,使得被追诉人预测到量刑合意所带来的实际利益,就需要确立“量刑处分原则”,赋予控辩双方在法定量刑幅度内形成量刑合意的自由,并给予其最大限度的尊重。这种程序机制的确立,既不违背法律原则,也不会带来明显的负面后果,还将对被追诉人接受量刑协商机制产生较大激励效果,实属一种最大限度满足各方利益需求的改革思路。

(二)被追诉人参与协商能力的强化

从长远来看,加强刑事诉讼中的人权保障,对国家专门机关的权力实施更加严格的程序控制,是刑事诉讼制度改革的基本方向。为此,需要逐步创造条件,确立禁止强迫自证其罪原则,赋予被追诉人保持沉默的权利;改革强制措施制度,对拘留、逮捕和延长羁押期限的条件作出更加严格的限制,确保未决羁押真正成为强制措施适用的例外情形;改革刑事辩护制度,确保被追诉人在那些可能影响其利益的诉讼过程中,都能获得律师辩护的机会,扩大强制性指定辩护的适用范围,确保被追诉人在更多案件类型和诉讼阶段中获得辩护律师的有效帮助,等等。可以说,加强被追诉人的诉讼主体地位,确保其成为积极参与诉讼过程、有效影响案件结局的诉讼一方,是我国刑事诉讼制度改革的重大课题。

若要激活量刑协商机制,实现量刑协商的实质化,还需强化被追诉人参与量刑协商的能力。短时间内,在我国刑事诉讼构造不发生重大改变的情况下,可以树立“问题导向”原则,有针对性地解决当前所面临的3个重要问题:一是解决值班律师无效帮助的问题;二是解决被追诉人知情权不足的问题;三是适度保障被追诉方获得协商筹码的机会。以下依次作出简要分析:

首先,需要考虑值班律师制度的出路问题。近年来,尽管司法决策部门提出“刑事辩护全覆

盖”的改革目标,试图确保更多被追诉人在更多案件中获得法律援助值班律师的帮助。但是,经验表明,值班律师制度在现行法律框架内难以得到实质性的改善。与值班律师提供的有限帮助形成鲜明对比的是,指定辩护制度在我国刑事诉讼中已经显示出较大的生机和活力。尤其是在最高人民法院复核死刑案件的程序中,各省级法律援助部门指派资深律师担任辩护律师,并为其提供相对合理的报酬,在一定程度上激发了这些法律援助律师参与死刑辩护的积极性。与此同时,在一些经济发达的省份,司法部门开始扩大指定辩护的适用范围,使更多案件的被追诉人在刑事诉讼全过程中可以获得指定律师辩护的机会。正因为如此,法学界普遍提出将值班律师制度改革为指定辩护制度的设想。根据这一设想,可以将现行值班律师制度改造成一种临时性和紧急性的法律帮助制度。对于认罪认罚的被追诉人,在没有委托辩护人的情况下,专门机关可以为其安排值班律师提供法律咨询和程序选择的服务;值班律师的法律帮助最长不得超过48小时;值班律师应在此期限内引导、帮助被追诉人及其近亲属申请法律援助,或者向国家专门机关申请指定辩护程序,法律援助部门应尽快安排法律援助律师担任被追诉人的辩护人。被指定担任辩护人的法律援助律师,也应尽快介入认罪认罚程序,接手值班律师的法律帮助工作,并与被追诉人建立诉讼代理关系,具有辩护人的诉讼地位,行使辩护人的诉讼权利。在检察机关听取意见程序中,未经辩护律师的全程参与,所有进行的协商活动、达成的诉讼合意以及签署的具结书,都应归于无效。

其次,需要认真考虑解决被追诉人知情权不足的问题。我国认罪认罚从宽制度的实施经验表明,唯有赋予被追诉人独立的“自行阅卷权”,才能使其知情权获得保障,从而对量刑方案作出理性的选择。在制度设计上,可以参考德国刑事诉讼制度,区分被追诉人获得辩护人帮助与自行辩护的情形,建立不同的制度安排。具体而言,对于被追诉人获得辩护人帮助的认罪认罚案件,检察机关在审查起诉阶段应当及时保障辩护人查阅案卷材料的权利,并允许辩护人在会见在押或不在押的嫌疑人时,无障碍地向后者提供案卷复印件并核实有关证据,以协助被追诉人了解案情。而在被追诉人没有辩护人帮助的案件中,即使值班律师提供了法律帮助,也应赋予被追诉人“自行阅卷权”。检察机关在告知被追诉人相关权利之后,应向被追诉人提供案卷材料的复印件,给予其阅览案卷材料的时间,并为其与值班律师开展沟通和商谈提供条件。在此前提下,检察官才能启动听取意见程序。

最后,需要考虑被追诉方获得有效协商筹码的问题。在被追诉人短时间内难以取得较多“制度性筹码”的情况下,可以考虑激活被追诉方获取“技术性筹码”的能力。对于被追诉人具有协商意愿的案件,检察机关在启动量刑程序之前,应当给予其一定的协商准备时间。在此期间,被追诉人有权委托或者被指定辩护律师,并与律师进行充分的沟通和准备;辩护律师在行使阅卷权之后,应向被追诉人核实有关证据,告知其案件证据、事实及相关法律争议情况,以便协调诉讼立场;辩护律师通过阅卷、商谈、沟通,并根据情况进行调查取证工作,尽力挖掘案件中可能存在的有利事实信息,找到具有说服力的协商筹码。与此同时,在量刑协商过程中,检察官应当在辩护律师全程在场的情况下与被追诉人进行协商,允许其与律师随时进行秘密沟通;被追诉方可据此调整诉讼策略,并通过展示各项协商筹码,对检察官的量刑方案提出异议,或者提出更为宽大的量刑意见。不仅如此,即便在法庭审理过程中,法官认为检察机关提出的量刑建议“明显不当”的,检察官应与被追诉方协商一致后才能调整量刑建议,而不得未经控辩双方协商直接变更或者调整量刑建议。

六、结 论

一些大陆法系国家在引入控辩协商机制的过程中,面临“只有合意,没有协商”的难题,^①于是提出从“合意性司法”转向“协商性司法”的改革思路。^②我国在确立和实施认罪认罚从宽制度过程中,既面临究竟采纳职权宽恕模式还是量刑协商模式的观念分歧,又遭遇量刑协商不充分和形式化的难题,导致很多案件中的“量刑协商”只有检察官主导,却没有平等协商的过程。

为激活量刑协商机制,实现量刑协商的实质化,笔者提出了量刑协商机制的去职权化和提升被追诉人的协商能力这两条改革思路。但是,仅仅采取这两项改革措施远远不够。从根本上看,认罪认罚从宽制度改革是一项尚未完成的诉讼制度改革,量刑协商机制的构建也是一项有待全面展开的诉讼模式革新。要在量刑协商程序中贯彻平等对话、理性选择和充分商谈的理念,还需要推动刑事诉讼理念的转变,促成刑事诉讼构造的转型,并建立一系列配套的制度机制。

在理念转变方面,有必要对实体真实、国家追诉、罪刑法定、罪责刑相适应、法律平等适用等一系列基本原则的适用范围作出适度限制,对于刑事诉讼的“民事诉讼化”、当事人处分原则等适用空间给予适度释放。前文已经提出确立“量刑处分原则”的改革思路。其实,在犯罪事实的证明标准、罪名认定、罪数确定不被纳入协商对象,量刑协商只限于法定量刑幅度范围内的情况下,再过多地限制控辩双方量刑妥协的幅度和比例,实属多此一举。有鉴于此,笔者建议,在未来的制度改革中,有必要调整量刑协商的优惠范围,只要不突破法定的量刑幅度范围,控辩双方都可以不受宽大比例的限制。同时,也没有必要实行“阶梯式量刑从宽”制度,对于被追诉人自愿认罪案件,无论是在侦查阶段、审查起诉阶段还是审判阶段,只要其与检察官达成量刑协议,即可在法定量刑幅度范围内选择量刑方案。毕竟,一些地方法院动辄将审查起诉阶段和审判阶段的量刑优惠幅度限制在 10% 或 20% 上下,非但无法对被追诉人真正起到的程序激励作用,还会严重限制量刑协商机制的适用空间。

在构造模式转型方面,未来有必要确立法院在量刑协商方面的两种诉讼角色。一方面,对控辩双方达成量刑合意、签署量刑协议的案件,法院可以进行事后司法审查,对犯罪事实认定、罪名认定、罪数确定等方面行使实质审查权,对量刑协商的合法性、真实性和自愿性行使形式审查权,但应适度尊重控辩双方在法定量刑幅度范围内的诉讼处分权。另一方面,在审判阶段,若遇有被告人自愿认罪且具有量刑协商意愿的情况,法院应当督促控辩双方展开量刑协商,并通过公开的庭审活动,促使控辩双方当庭达成量刑合意,签署量刑协议书,并据此作出量刑裁决。在检察机关没有参与量刑协商意愿的情况下,若法院经过审查认为案件符合量刑协商适用条件,法院也可以直接与被告方进行协商,形成量刑合意,并据此作出司法裁判。目前,意大利和德国在引入量刑协商机制过程中,就确立了这种由法官直接与被告方达成量刑协议的制度,并取得了一些积极效果。我国司法实践中,一些法官在审判阶段直接与被告方进行协商,提出一种较为宽大的量刑方案,或者在被告方提出异议的情况下,对量刑方案作出适度调整;对于自愿认罪并愿意接受该

^① 参见王瑞剑:《实质真实主义的妥协——德国刑事协商制度的理论考察》,《苏州大学学报》(哲学社会科学版)2020年第3期。

^② 参见施鹏鹏:《从合意型司法走向协商型司法?——葡萄牙最简易程序研究》,《人民检察》2020年第21期。

方案的被告人,法院可以遵守约定,作出较为宽大的量刑裁决,这已经属于众所周知的实践惯例。当然,法院的这种诉讼角色也引发了一些争议,可能也会出现诸多问题。因此,有必要对法官参与量刑协商的角色定位和程序控制进行认真研究,并作出适当的制度安排。

在制度配套方面,有必要建立辩护律师全流程参与量刑协商的制度保障机制。法律援助值班律师制度的实施效果表明,这一制度仅仅属于权宜之计,而不宜作为未来的制度改革方向。在条件成熟时,应当废弃这一制度,代之以具有强制力的指定辩护制度。为此,需要逐步创造条件,扩大法律援助律师的规模,吸收具有更高职业素质的律师进入法律援助队伍,提高法律援助律师的薪酬待遇,真正建立被追诉人在刑事诉讼全流程中获得辩护律师帮助的制度。与此同时,对于自愿认罪并具有参与量刑协商意愿的被追诉人,在没有委托辩护人的情况下,应当立即指派法律援助律师担任其辩护律师。该律师不仅可以行使会见、阅卷、调查等各项辩护人所享有的权利,还可以在检察官讯问时到场,全程参与量刑协商的过程。没有辩护律师的全程参与和明确同意,任何量刑合意和量刑协议书都是无效的。

Abstract: With the establishment and implementation of the system of leniency for pleading guilty and accepting punishments, a procedural mechanism of negotiation between the prosecution and defense on sentencing issues has emerged in China's judicial practice. However, the system of leniency for pleading guilty and accepting punishments has a strong form of "power forgiveness", and defendants lack the basic ability to participate in the sentencing negotiation. In many cases, they can only passively choose whether to accept the sentencing proposal unilaterally proposed by the prosecution. This results in the inability to fully guarantee the equality, adequacy, and effectiveness of the sentencing negotiation, leading to a pattern of "only agreement, no negotiation" in many cases of confession and acceptance of punishment. In order to fully activate the sentencing negotiation mechanism and achieve substantive sentencing negotiation, it is necessary to establish two legislative ideas: "de empowerment of the process of confession and acceptance of punishment" and "improvement of the defendants' ability to participate in negotiation", so as to eliminate institutional barriers and create more feasible conditions for the implementation of the sentencing negotiation mechanism. On this basis, substantive reforms can be considered to the leniency system for confession and acceptance of punishment, achieving a transition from "consensual justice" to "negotiated justice".

Key Words: sentencing negotiation, power forgiveness, consensual justice, negotiated justice
