

被告人认罪认罚自愿性的界定及保障

——基于“被告人同意理论”的分析

孔 令 勇*

摘要:如何界定及保障被告人认罪认罚的自愿性是近期我国刑事诉讼法学界谈论的热门话题,但该问题并未随着我国刑事速裁程序与认罪认罚从宽制度的试点以及 2018 年《中华人民共和国刑事诉讼法》的修正得到解决,因此需要借助新的刑事诉讼理论加以分析。“被告人同意理论”是对刑事诉讼中被告人同意行为的抽象,由同意的功能、同意的对象、同意能力的界定以及同意能力的保障构成。在这一理论中,被告人认罪认罚是对指控事实及罪名的同意,属于被告人同意的对象之一;认罪认罚的自愿性则是评价认罪认罚同意能力的重要指标,由于其关涉被告人重大实体性权利和程序性权利,因此需要按照自愿性、明智性及事实基础的标准进行界定;对认罪认罚自愿性的保障实际上是对认罪认罚同意能力的保障,可以从审前保障、庭审保障及司法证明保障 3 个方面具体展开。“被告人同意理论”不仅可以适用于妥当解决被告人认罪认罚自愿性的界定及保障问题,而且还可以拓展适用于解决其他同意对象之同意能力的界定及保障问题。

关键词:被告人同意理论 刑事速裁程序 认罪认罚从宽制度 自愿性

一、导言:研究背景及必要性

在 2012 年《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)中,有关某一诉讼主体或者诉讼参与人是否“同意”某种要求,或者对某一事实、证据或者决定是否存在“异议”的共有 10 个条文。^① 其中,以犯罪嫌疑人、被告人作为决定主体的“同意”或者“无异议”情形,主要体现在其对证人证言、鉴定意见是否存在异议,对一审法院认定的事实与证据是否存在异议,是否认罪并同意适用简易程序审理案件,未成年被告人是否同意特定机构派代表旁听庭审以及是否对检察机关附条件不起诉之决定存在异议等方面。从文义看,刑事诉讼中被告人的“同意”或者“无异议”往往指代一种由其本人作出的、用以处分其自身利益的授权性意思表示。从研究成果看,刑事诉讼法学界有关“被告人同意”的论述内容较为零散,现有的研究成果多是对法条的注释,尚不具有独立的理论品格。反观刑法学界,滥觞于外国刑法学的“被害人同意(承诺)理论”已经在我国受到越来越多的关注,逐渐成为显学。例如,被害人同意能否在我国成为独立

* 安徽大学法学院讲师

基金项目:国家社会科学基金项目(17BFX061)

① 该 10 个条文分别为:证人、被害人、有关单位同意辩护律师调查取证的要求(第 41 条);公、检、法机关是否同意犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、近亲属或者辩护人申请变更强制措施的要求(第 95 条);公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对证人证言或者鉴定意见是否存在异议(第 187 条);法庭是否同意当事人和辩护人、诉讼代理人申请通知新的证人到庭,调取新的物证,申请重新鉴定或者勘验的要求,以及是否同意公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人申请专家辅助人出庭的要求(第 192 条);被告人是否认罪并同意适用简易程序审理案件(第 211 条);被告人是否同意辩护人和近亲属提出上诉的要求(第 216 条);被告人、自诉人及其法定代理人是否对一审认定的事实与证据存在异议(第 223 条);高级人民法院经过复核后是否同意中级人民法院一审判处死刑的决定(第 236 条);未成年犯罪嫌疑人及其法定代理人是否对人民检察院附条件不起诉之决定有异议(第 271 条);未成年被告人及其法定代理人是否同意未成年被告人所在学校和未成年人保护组织派代表至庭审现场(第 274 条)。

的排除犯罪性事由,^①如何将其从外国犯罪论体系移植到我国特有的犯罪论体系之中,^②如何运用这一理论分析个罪中的问题,^③均已出现有一定理论深度的研究成果。同为刑事司法现象的“被告人同意”与“被害人同意”在理论研究方面的明显差距,似乎表明前者并不具有生成理论的必要性。

同理论匮乏形成鲜明对比的是,随着刑事速裁程序以及认罪认罚从宽制度的先后试点,“被告人同意”已经被相关试点文件多次提及,并且在司法实践中得到普遍适用。在最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部发布的《关于在部分地区开展刑事案件速裁程序试点工作的办法》(以下简称《刑事速裁程序试点办法》)18个条文中,与犯罪嫌疑人、被告人是否对指控事实存有异议,是否同意检察机关的量刑建议,是否同意适用刑事速裁程序相关的就有5条。而在最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部发布的《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》(以下简称《认罪认罚从宽制度试点办法》)中,犯罪嫌疑人、被告人是否自愿认罪认罚,司法机关应当如何对被告人认罪认罚的自愿性进行保障与审查,更是被多次强调。此外,早在2012年,相关司法解释就已经对公安司法机关“迫使被告人违背意愿”的非法取供行为进行规制,凸显了被告人意愿对于取证合法性的影响。^④这些条文表明,以“自愿”“同意”以及“无异议”为主要表现形态的“被告人同意”现象,既可以成为被告人认罪认罚正当性的评价标准,也可以成为适用简易、速裁程序的必要条件,还可能成为“阻却”程序性制裁的法定事由。就理论贡献与司法适用的潜力而言,刑事诉讼中的“被告人同意”并不亚于刑法中的“被害人同意”。

存在于立法、司法解释与相关规定中的“被告人同意”具有以下理论特征:首先,同意的主体具有不可替代性,除未成年人犯罪案件以外,无论是法定代理人还是辩护律师均不能代替被告人“同意”任何事项;其次,同意的内容往往对被告人“不利”,如被告人认罪认罚以及自愿作出有罪供述无疑是一种“自证其罪”的行为,而同意适用简易、速裁程序也就意味着放弃了接受普通程序审理的权利;最后,同意本身往往能够起到“阻却”程序性制裁的效果,被告人明确表示作出有罪供述或者接受强制侦查手段具有自愿性,取证主体若再对此加以适当证明,就足以表明取证行为的合法性,程序性裁判也就无需展开。

因此,在刑事诉讼中构建“被告人同意理论”具有充分的必要性:其一,被告人同意可以为某些特殊诉讼行为或者诉讼决定提供合理性基础,阻却程序性裁判的展开,进而节约司法资源,提高诉讼效率;其二,鉴于被告人同意可能产生对其不利的影响,需要在理论上明确“同意”的认定标准,保障被告人的真实意愿,维持控辩平等武装,维护程序公正。

2018年《刑事诉讼法》在2012年《刑事诉讼法》的基础上新增第15条,^⑤被告人认罪认罚的自愿性标准首次以法律条文的形式出现。但迄今为止,学界对这一标准的讨论尚不充分,有可能影响该标准在司法实践中的准确适用。鉴此,笔者拟将“被告人同意理论”作为分析框架,结合立法与相关试点办法,先剖析被告人认罪认罚自愿性的界定标准,再探讨认罪认罚自愿性的保障措施,并将“被告人同意理论”具体化为被告人认罪认罚自愿性的评价及保障体系,以期达到经验分析与理论研究相互促进的目的。

二、认罪认罚自愿性的界定

“同意”是一种授权他人对自己的利益或者权利进行处分的意思表示。根据民事诉讼处分原则,当事人只要不损害国家、社会和他人的合法权益,有权在法律规定的范围内自主决定是否行使诉讼权利和实体权利。^⑥但是,由于刑事诉讼具有社会与国家属性,不能仅凭被告人意愿处分利益或权利,因此,被告人同意内含一定的成立条件,涉及被告人的同意能力问题。以刑事速裁程序为例,唯有被告人自愿认罪认罚,

① 参见黎宏:《被害人承诺问题研究》,《法学研究》2007年第1期。

② 参见车浩:《论被害人同意的体系性地位——一个中国语境下的“德国问题”》,《中国法学》2008年第4期。

③ 参见车浩:《盗窃罪中的被害人同意》,《法学研究》2012年第2期。

④ 参见2012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》第95条第1款、2012年《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》第65条。

⑤ 该条内容为:“犯罪嫌疑人、被告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,可以依法从宽处理。”

⑥ 参见江伟主编:《民事诉讼法学》,北京大学出版社2014年第2版,第53页。

且司法机关已经对其自愿性进行确认,速裁程序才能适用,认罪认罚从宽机制才能运转,诉讼程序才能简化。因此,从某种意义上讲,自愿性是评价被告人认罪认罚同意能力的一项重要指标。^①

(一)自愿性的内涵

《布莱克法律词典》对自愿性的解释是“一种不受强迫的自愿与自由的特性。不受外界的干涉和他人的影响;自发的;自主的。”^②该定义表明,自愿性是一种主观感受。而在刑事司法体系中,自愿性不仅决定被告人认罪认罚行为的可靠性与合法性,而且还影响被告人自由与财产处分的正当性,因此需要进行准确的界定。就刑事司法中自愿性的界定标准而言,美国在刑事司法实践中探索的经验可资借鉴。

首先需要明确,美国司法实务界同样认为界定自愿性是一件难事。因为自愿性本身就具有双重品格,一面用于形容被告人的内心状态,另一面则是表达政策目的。^③然而,美国却在尊重被告人真实意愿与兼顾政策效应的过程中将自愿性审查标准逐步建立在合理的基础之上:一是用于判断讯问所得供述之可采性的供述自愿性规则,二是用于判断有罪答辩之有效性的认罪自愿性规则。

1. 在判断供述自愿性方面,早期的普通法未对被告人庭外供述的可采性做任何限制,直到18世纪晚期,英国法官基于提高程序可靠性的目的,才开始强调可采的庭外供述必须是被告人自愿作出的。^④但在这一时期,除了刑讯逼供之外,非自愿供述的标准并不明确,用于评价供述自愿性的“自愿性检测”也未成形,使得评价标准反复无常。在19世纪以前,自愿性检测采用极为严格的标准,近乎排除所有庭外供述,严重偏离了提高程序可靠性的初衷。直到20世纪初,美国法院才开始逐渐摒弃普通法评价供述自愿性的标准,将其由纯粹的证据评价体系带入合宪性评价体系,试图通过发布判例创设具体标准。在早期的判例中,美国联邦最高法院认定,那些采用对被告人产生任何影响的手段所获取的供述都不具有可采性。^⑤如果坚持这一标准,那么几乎所有由讯问产生的供述都应当被排除,而这显然不切实际。后来,综合全案的情形、考虑讯问活动细节的标准开始被法官强调。^⑥只要在讯问过程中,被告人遭受了暴力、^⑦威胁、^⑧心理压力、^⑨欺骗、^⑩律师帮助权被剥夺等非法行为或者不当待遇,^⑪供述就会被认定为非自愿。但此后不久,在司法实践中暴露出新的问题:鉴于个案与个案之间的差异,先例中导致供述非自愿的情形无法完全一致的在后案中出现,实务部门仍然难以对此进行准确把握,甚至需要进行多次调查,这就促成了“米兰达规则”的出现。在“米兰达案”^⑫以及之后的任何刑事案件(常规交通拦截除外)中,美国联邦最高法院的态度是,基于美国宪法第五、第六修正案的精神,警察必须在拘留讯问前向犯罪嫌疑人宣读米兰达警告,告知其享有不自证其罪以及获得律师帮助的权利。在这种情况下,法官只需当庭询问被告人三个问题即可判断供述是否具有可采性。这也被称为“三问题标准”。^⑬此项标准增强了供述可采性审查的可操作性,减少了

① 这种观点并非笔者臆断,除有我国的司法实践经验支持外,美国联邦最高法院也将自愿性作为判断被告人同意接受警方搜查场所之决定是否有有效的标准,并指出同意必须出自同意人之自愿,而不是强制或胁迫的产物。参见王兆鹏:《美国刑事诉讼法》,北京大学出版社2014年第2版,第109页。我国台湾地区的学者也认为,强制处分中的“同意”,必须是出于自由意思的、自愿的同意。参见林钰雄:《刑事诉讼法》(上册·总论编),中国人民大学出版社2005年版,第236页。

② Henry Campbell Black, Black's Law Dictionary, 5th ed, West Publishing Co., 1979, pp. 1412—1413.

③ See *Culombe v. Connecticut*, 367 U.S. 568 (1961).

④ See *The King v. Warickshall*, 168 Eng. Rep. 234 (K.B. 1783).

⑤ See *Bram v. United States*, 168 U.S. 532 (1897).

⑥ See *Dickenson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000).

⑦ See *Brown v. Mississippi*, 297 U.S. 278 (1936).

⑧ 包括以暴力相威胁,以剥夺饮食、睡眠等基本生活保障相威胁,以取证过程中可能遭受身体痛苦相威胁,以对其亲属采取强制措施相威胁。

⑨ 主要指长时间羁押与讯问给被告人带来的心理压力。See *Chambers v. Florida*, 309 U.S. 227 (1940).

⑩ 主要指严重违法正当程序或者基本人伦的欺骗。See *Leyra v. Denno*, 347 U.S. 556 (1954); *Lynum v. Illinois*, 372 U.S. 528 (1963).

⑪ See *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 748 (1964).

⑫ See *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

⑬ “三个问题”是指:(1)讯问前相关人员是否向犯罪嫌疑人宣读了米兰达警告?(2)如果已经宣读米兰达警告,那么犯罪嫌疑人是否声明弃权?(3)犯罪嫌疑人是否在头脑清醒和自愿的情形下做出声明弃权的决定?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408页。

法官对供述的特别调查,被沿用至今。

2. 在判断有罪答辩自愿性方面,美国联邦最高法院曾经在判决中明确指出,根据《美国宪法》第十四修正案正当程序条款,应有记录证明有罪答辩既是明知后果的,也是自愿的。^①至于何为有罪答辩中的自愿性,美国联邦最高法院并未做出合理的界定,而只是在判例中载明被告人受到政府机构或者检察官威胁、误导、诱导所作出的有罪答辩是不具有自愿性的,法院在判断答辩的自愿性时,应当对所有情形进行评估。^②此外,《美国联邦刑事诉讼规则》第11(b)(2)条还明确规定了法庭在接受有罪答辩以及既不辩护也不认罪的答辩前,应当通过开庭询问被告人以明确答辩具有自愿性,即不是强迫、威胁以及超出答辩协议范围承诺的结果。尽管如此,法院对答辩自愿性进行判断仍然十分困难,尤其是在那些存在辩诉交易的案件中,如何判断被告人为了避免检察官威胁的额外指控而作出的答辩是否受到强迫,^③更是难以把握。

综观上述两个方面可知,美国联邦最高法院至今未对被告人供述或者认罪自愿性作出明确的规定,而是通过发布判例与制定规则,使得判断标准日益客观化且具有可操作性。这给我们的启示是,与其执着于探究自愿性的标准,不如弄清其所要保障的对象,而无论政策发生何种转变,供述的可靠性以及被告人的诉讼权利始终都是需要保障的。这两者便是刑事司法中自愿性应当具有的内涵。

(二)事实基础、明智性与自愿性的关系

美国联邦最高法院在设立“米兰达规则”之后,并未就此放弃对供述与答辩自愿性的审查,而是尝试以正当程序条款为指引,进一步明确自愿性检测的合宪性标准。一般认为,供述的可靠性、警察获取供述的合法性以及被告人作出理性选择的能力是这一标准的具体要素。^④

在供述的可靠性方面,美国法庭最早认定,那些通过刑讯获得的供述是存在可靠性风险的,^⑤如果这些供述具有可采性,那么冤假错案也就极易产生。^⑥其言下之意是,如果供述连可靠性或者真实性都无法保障,那么即使其系被告人自愿作出,也是不可采的。正因如此,可靠性被视为供述自愿性的理论基础之一。^⑦在有罪答辩的可靠性方面,尽管被告人是在公开的聆训阶段就起诉书或控告书的内容进行答辩,但是被告人作出何种答辩的决定完全可能受到审前讯问或者辩诉交易的影响,加上被告人也可能站在利益最大化的立场上对指控进行选择性的认同,^⑧在这些情况下,法官接受有罪答辩的前提就不仅是自愿性的,而是还需要案件存在强有力的事实基础。^⑨《美国联邦刑事诉讼规则》第11(b)(3)条对此作出了规定,但并没有明确案件“事实基础”的具体要求。^⑩而在司法实务中,法官可以通过询问被告人、检察官、审查有关报告或者综合使用这些方法建立案件的事实基础。^⑪这些事实基础需要涵盖指控内容的各项要素、量刑事实以及前科。^⑫因此,案件事实基础足以对供述以及认罪答辩的可靠性进行诠释,尤其是对那些尚未意识到自己并未构成犯罪就自愿认罪的被告人来说,无疑是避免错判的保障。^⑬

① See *Boykin v. Alabama*, 395 U.S. 238(1969).

② See *Brady v. United States*, 397 U.S. 742, 749, 755(1970).

③ See *Bordenkircher v. Hayes*, 434 U.S. 357(1978).

④ See David Rossman, *Criminal Law Advocacy: Guilty Pleas*, Volume 2, Lexis Nexis Press, 2013, p. 31.

⑤ See *Brown v. Mississippi*, 297 U.S. 278 (1936).

⑥ See *Spano v. New York*, 360 U.S. 315, 320 (1959).

⑦ 参见[美]约书亚·德雷斯勒、[美]艾伦·C. 迈克尔斯:《美国刑事诉讼法精解》(第1卷·刑事侦查),吴宏耀译,北京大学出版社2009年第4版,第435页。

⑧ 例如,被告人为了避免一级谋杀指控可能带来的死刑结果而对二级谋杀指控作有罪答辩,但在庭审中向法官主张其没有实施犯罪行为。See *North Carolina v. Alford*, 400 U.S. 25 (1970).

⑨ 参见[美]爱伦·豪切斯泰勒·斯黛丽、[美]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450页。

⑩ 参见陈瑞华:《比较刑事诉讼法》,中国人民大学出版社2010年版,第420页。

⑪ See Wayne R. LaFare, Jerold H. Israel, Nancy J. King, Orin S. Kerr, *Criminal Procedure*, 5th ed, West Press, 2009, p. 1049.

⑫ See David Rossman, *Criminal Law Advocacy: Guilty Pleas*, Volume 2, Lexis Nexis Press, 2013, p. 33.

⑬ 虽然美国的有罪答辩率高达90%以上,但是其中不乏无辜者声明有罪的情况。以性犯罪为例,自1989年以来,有25%左右声称有罪的首要犯罪嫌疑人被脱氧核糖核酸测试排除犯罪嫌疑。See David Rossman, *Criminal Law Advocacy: Guilty Pleas*, Volume 2, Lexis Nexis Press, 2013, p. 33.

除了自愿性与事实基础之外,被告人作出有罪答辩还应当具有明智性,否则亦会被认定无效。^① 美国相关判例也认定,除非被告人具有明智性,否则答辩不能被认定为自愿作出。^② 所谓明智性,是指被告人对自己作出某种决定的前提、依据及后果有充分的了解。《美国联邦刑事诉讼规则》第 11(b)(1)条规定,法庭需要询问、告知并确定被告人理解一些特定事项,才能接受被告人的有罪答辩。归纳起来,这些事项主要包括指控的性质、答辩的刑罚后果以及做有罪答辩所放弃的权利性质。此外,被告人放弃米兰达警告所包含之沉默权或者律师帮助权的过程,也需要由检察机关证明其理智且自愿,^③ 否则供述亦不可采。为了确保被告人的答辩能力,法庭有义务对其精神状态进行审查,并且判断其是否有能力与律师进行沟通,以及能否正确理解正在进行的这场对其不利的诉讼程序。^④ 这也是一项进行明智性审查的指标。

综上所述,事实基础、明智性是美国法庭判断被告人审前供述以及认罪认罚自愿性的重要参考指标,但三者的内涵并不完全相同。实际上,在不清楚案件事实或者不了解自己所应享有的权利以及作出相应决定之后果的前提下,被告人是难以“自愿”供述或者认罪的,因为这不符合理性人的行为方式。因此,事实基础与明智性应理解为从不同方面对自愿性进行的诠释或者补充,使得供述或者认罪的自愿性更易于审查判断。从此种意义上讲,事实基础、明智性与自愿性之间呈现一定的交叉关系。自愿性的内涵可以借助案件的事实基础以及被告人对供述与认罪认罚的明智性加以厘定,而自愿性的外延则可以通过个案中被告人供述或认罪认罚事实基础的可靠程度以及被告人对特定诉讼行为的理解程度进行判断。

(三)认罪认罚自愿性及其他同意对象自愿性的认定标准

结合美国刑事司法中自愿性、明智性、事实基础的内涵及相互关系,笔者认为,所谓自愿的认罪认罚决定,是被告人基于案件事实,在未受到暴力、威胁、引诱、欺骗等身体强制或者精神强制的前提下,通过理性的权衡与选择,加上有效的律师帮助,所作出的同意指控罪名与量刑意见的决定。

在刑事速裁与认罪认罚案件中,一般来说,只要被告人在自愿、明智且具有事实根据的情况下作出认罪认罚的决定,并且同意适用简化的诉讼程序,法庭一般都会按照特定的简易程序审理案件,并且根据起诉书与量刑建议的内容对被告人予以从宽处罚。需要注意的是,程序简化的决定以及量刑从宽的结论并非因被告人具有同意能力并且明确处分自己的程序权利(接受完整庭审过程的权利)与实体权利(不自证其罪的权利)之后自动形成的,而是需要经过检察机关的证明以及法庭的审查与认定后才最终成立。换言之,以自愿性为内核的被告人同意能力,只是法院认定被告人同意或者处分行为正当性的标准,至于被告人的同意能力能否让处分行为生效还需要考虑其他因素,如同意对象的类型就是其中的一项重要因素。

1. 以指控事实与罪名作为同意对象。由于被告人供述与认罪认罚决定的真实性直接影响裁判结论的准确性,并且与被告人的人身权利密切相关,因此法庭需要通过司法审查以及司法裁判对被告人的同意能力进行严格确认,才能够最终裁断这种处分行为是否有效。一旦法庭认定被告人的供述或者被告人的认罪认罚决定是在自愿、明智并且有事实基础的情况下作出的,侦查讯问过程潜在的违法性就会被被告人的同意行为所阻却,检察机关与被告人协商过程的正当性亦会被被告人的同意行为所确认。此外,由于涉及被告人重大程序性权利,因此被告人同意适用简易程序或者速裁程序的自愿性也应当按照这一标准进行审查。

2. 以任意侦查行为作为同意对象。在域外,任意侦查与强制侦查是两种不同的侦查类型,主要区别在于后者存在侵害个人重要权益的可能,故须采用法定主义与令状主义。^⑤ 当被告人同意的对象是那些不会侵害个人重要权益且不适用强制措施的任意侦查行为时,法庭并不需要按照自愿性、明智性及存在事实

① 参见[美]约书亚·德雷斯勒、[美]艾伦·C. 迈克尔斯:《美国刑事诉讼法精解》(第2卷·刑事审判),魏晓娜译,北京大学出版社2009年第4版,第21页。

② See Henderson v. Morgan, 426 U.S. 637 (1976).

③ 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419页。

④ See Dusky v. United States, 362 U.S. 402 (1960).

⑤ 参见[日]田口守一:《刑事诉讼法》,张凌、于秀峰译,中国政法大学出版社2010年第5版,第33页。

基础这一严格标准对被告人的同意能力进行确认。如果被告人自愿接受这种类型的侦查行为,那么侦查行为被推定为合法。例如,美国警察在道路上就某一犯罪事实询问路人是否愿意共同去往他处,^①如果得到其自愿的同意,那么要求询问与同行就不构成对人身自由的侵犯。此侦查行为事前无需申请令状,而被告人事后亦不可主张该行为违法。又如,德国的侦查人员只需征得所有人同意,^②即可保全对侦查有意义的、可作为证据材料的标的。^③即使同意的主体并非最终认定的被告人,侦查人员实施的这种临时询问或者保全行为,也没有达到侵犯个人重要权益的程度。

3. 以强制侦查行为作为同意对象。在这种情况下,法庭需要对强制侦查活动中的被告人同意能力(自愿性)进行审查判断,才能确认侦查行为是否合法以及同意的内容是否有效。例如,“同意搜查”是《美国宪法》第四修正案规定的“令状搜查”的例外,指搜查在得到被告人同意后无需申请令状,只需具有相当的理由即可进行。^④又如,政府人员对公民住宅进行的行政搜查本应依照当时的事实或者情状达到合理性的标准,^⑤可基于同意搜查理论,只要被检查人自愿同意,^⑥搜查亦属合法。但是,与在任意侦查中只要被告人同意即可阻却侦查行为违法有所不同的是,对于搜查、扣押、身体采样这类强制侦查行为,即使经过被告人的同意,侦查机关也需要实施一定的行为,如事先告知被告人其并无配合或忍受之义务,^⑦法庭同样需要综合判断被告人同意上述行为的自愿性与明智性等因素,如此才能最终认定被告人具有同意能力,只不过无需达到认定供述与有罪答辩自愿性那样严格的程度。由于我国所有的侦查措施几乎都属于强制侦查,^⑧因此即使犯罪嫌疑人同意并且配合侦查机关实施侦查行为,人民法院原则上仍应对此进行全面的司法审查。

三、认罪认罚自愿性的审前保障

尽管由自愿性、明智性及事实基础构成的认罪认罚自愿性判定标准已经在美国的刑事司法实践中取得实效,但是该标准能否被我国所接受仍需斟酌。^⑨在刑事速裁程序与认罪认罚从宽制度试点过程中,自愿性标准不仅是一种法庭审查依据,而且是一套诉讼行为的规范措施,可操作性有所加强。这种制度设计意在预判被告人是否具备同意指控罪名与量刑意见的能力,进而保障被告人认罪认罚的真实意愿。

(一)“告知”与“听取意见”制度的产生

被告人知悉并理解认罪认罚的性质及后果,是其认罪认罚明智性的主要表现,亦是其认罪认罚自愿性的必要保障。在功能上,控方在审前告知辩方认罪认罚的性质及后果,不仅能够弥补辩方在诉讼信息占有方面的缺失,让其有足够的时间制定有利于己的诉讼策略,尽可能实现平等武装,而且能够促使双方及时交流与沟通,让控方通过听取被告人的意见尽早了解其认罪认罚的真实意愿,防止冤假错案的发生。

在规范层面,《认罪认罚从宽制度试点办法》第5条对此作出了原则性的规定,即公、检、法机关在办理认罪认罚案件过程中应当确保被告人了解认罪认罚的性质与可能产生的法律后果,并且自愿认罪认罚。具体来说,为了“确保”被告人认罪认罚的明智性,公、检、法机关不仅应“告知”被告人相应的事由,而且需要“听取”被告人的意见,以实现诉讼信息在控辩之间传达与接受的对称性。另外,该办法第5条规定,无论在刑事诉讼的任何阶段,被告人的律师帮助权都应得到保障,公、检、法机关均有义务为没有委托辩护人

① See *Florida v. Rodriguez*, 469 U.S. 1 (1984).

② 参见[德]托马斯·魏根特:《德国刑事诉讼程序》,岳礼玲、温小洁译,中国政法大学出版社2004年版,第105页。

③ 参见《德国刑事诉讼法典》,宗玉琨译注,知识产权出版社2013年版,第50页。

④ See *Amos v. United States*, 255 U.S. 313 (1921).

⑤ See *Camara v. Municipal*, 387 U.S. 523 (1967).

⑥ 参见王兆鹏:《美国刑事诉讼法》,北京大学出版社2014年第2版,第236页。

⑦ 参见林钰雄:《刑事诉讼法》(上册·总论编),中国人民大学出版社2005年版,第236页。

⑧ 参见孙长永:《强制侦查的法律控制与司法审查》,《现代法学》2005年第5期。

⑨ 在近期讨论美国自白任意性(自愿性)标准的相关研究中,我国学者多认为这一标准的可操作性不强,并不适合引入中国。参见王景龙:《中国语境下的自白任意性规则》,《法律科学》2016年第1期;纵博:《以威胁、引诱、欺骗方法获取口供的排除标准探究》,《法商研究》2016年第6期。

的被告人提供值班律师的法律帮助,并告知其有申请法律援助的权利。^①该办法第8条规定,在侦查阶段,侦查机关应当告知犯罪嫌疑人所享有的诉讼权利以及认罪认罚可能导致的后果,并且听取犯罪嫌疑人及其辩护人或者值班律师关于是否认罪认罚的意见。^②该办法第10条规定,在审查起诉阶段,检察机关除了应告知犯罪嫌疑人相应权利与后果之外,还应当就指控的罪名、从宽处罚的建议以及认罪认罚后的程序适用等事项听取辩方的意见。^③

由于“告知”和“听取意见”制度刚刚出现在速裁案件及认罪认罚案件之中,难免存在一些问题,因此需要进一步完善。从原则上讲,无论是制度先行的美国还是经验后发的中国,为了确保被告人在审前阶段认罪认罚的明智性,司法机关都应当告知辩方承认罪行的性质与构成要素、认罪认罚可能产生的后果、被告人可以获得律师帮助的权利以及其他必要权利。有所不同的是,美国主要是在聆训阶段由法官告知(讯问时除外),而我国则是在审前阶段由侦查或者检察机关告知,就告知主体的中立性与告知程度的彻底性而言,至少在审前阶段,我国的告知状况并不理想。此外,在认罪认罚可能产生的后果方面,最低与最高量刑、被害人要求的补偿等内容在美国都被视为“直接后果”而必须告知被告人,^④而我国的相关规定显然并未达到如此精细的程度。在律师帮助方面,美国被告人享有在刑事案件中获得律师帮助权这一宪法性权利,在聆训阶段也不例外,因此可获律师帮助权并不属于有罪答辩阶段告知的重点。而我国由于刑事辩护率较低,刑事法律援助制度也在不断完善之中,因此告知被告人有权获得值班律师帮助仍然是十分必要的。^⑤另外,在听取意见制度方面,公、检、法机关了解被告人意见之后,虽然应当将其记录在案并附卷,但是能否采纳该意见及具体理由在现行制度中并不明确。因此,公、检、法机关今后有必要在相应的法律文书中对是否听取被告人意见做出说明。

(二)人身自由状态的相对实现

被告人作出认罪认罚决定时人身处于相对自由的状态,是该认罪认罚决定具有自愿性的前提。根据笔者主张的自愿性标准,导致被告人作出非自愿供述或者有罪答辩的原因,在很大程度上与被告人的不自由、难以表达真实意愿有关。

强制措施是有关机关在审前阶段限制犯罪嫌疑人、被告人人身自由的主要措施,其中以未决羁押对人身自由的限制最为严厉。从功能上讲,未决羁押措施不仅能够确保被告人及时到庭,使得侦查活动顺利开展,保障刑罚顺利执行,而且还能够预防被告人实施新的犯罪。但是,由于未决羁押会在一定程度上限制被告人的人身自由,因此,西方国家普遍将未决羁押纳入司法规范体系,借助逮捕(到案)措施与羁押分离化、羁押期限固定化、羁押场所中立化、羁押救济普遍化以及羁押审查的律师参与等措施,对未决羁押的启动、实施、延长、救济及辩护进行全面的司法审查,避免其变成一种惩罚性措施。^⑥然而,我国未决羁押制度却存在各种各样的问题,一直被人们诟病。例如,拘留、逮捕与羁押合一,羁押期限不受限制,羁押场所由公安机关管理,羁押程序缺乏必要的救济途径等问题的存在,^⑦使得未决羁押的原始功能异化,成为刑

① 此条已经被2018年《中华人民共和国刑事诉讼法》吸收。该法第36条第2款规定:“人民法院、人民检察院、看守所应当告知犯罪嫌疑人、被告人有权约见值班律师,并为犯罪嫌疑人、被告人约见值班律师提供便利。”

② 此条已被2018年《中华人民共和国刑事诉讼法》部分吸收。该法第120条第2款规定:“侦查人员在讯问犯罪嫌疑人的时候,应当告知犯罪嫌疑人享有的诉讼权利,如实供述自己罪行可以从宽处理和认罪认罚的法律规定。”

③ 此条已被2018年《中华人民共和国刑事诉讼法》吸收。该法第173条第2款规定:“犯罪嫌疑人认罪认罚的,人民检察院应当告知其享有的诉讼权利和认罪认罚的法律规定,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对下列事项的意见,并记录在案:(1)涉嫌的犯罪事实、罪名及适用的法律规定;(2)从轻、减轻或者免除处罚等从宽处罚的建议;(3)认罪认罚后案件审理适用的程序;(4)其他需要听取意见的事项。”

④ 参见[美]伟恩·R.拉弗弗等:《刑事诉讼法》(下册),卞建林、沙丽金等译,中国政法大学出版社2003年版,第1086~1088页。

⑤ 2017年最高人民法院与司法部联合发布的《关于开展刑事案件律师辩护全覆盖试点工作的办法》第2条第3款规定:“适用简易程序、速裁程序审理的案件,被告人没有辩护人的,人民法院应当通知法律援助机构派驻的值班律师为其提供法律帮助”,进而明确了律师帮助在简易、速裁案件中的全覆盖。但是,这种覆盖只局限于审判阶段,对于审前阶段的律师帮助,依然需要通过告知与通知指派律师的方式加以保障。

⑥ 参见陈瑞华:《比较刑事诉讼法》,中国人民大学出版社2010年版,第284~318页。

⑦ 参见陈瑞华:《刑事诉讼的前沿问题》(下册),中国人民大学出版社2016年第5版,第708~732页。

罚之外惩罚被告人的“法定”措施,对被告人身心都可能产生极大的威慑。

显然,我国行政司法机关在试点刑事速裁程序与认罪认罚从宽制度之前,就已经考虑到人身状态对被告人认罪认罚自愿性的影响,并将人身自由的保障措施加入到试点办法中。例如,《认罪认罚从宽制度试点办法》第6条将被告人是否认罪认罚设定为判断其社会危害性与人身危险性的重要参考因素,对于那些作出认罪认罚决定的被告人,应当采用取保候审、监视居住等非羁押性强制措施。又如,《刑事速裁程序试点办法》第3条特别强调,对于符合条件的犯罪嫌疑人、被告人,应当适用取保候审、监视居住的强制措施,除非严重影响诉讼活动,否则不应逮捕。^①通过贯彻非羁押性强制措施“优先适用”、羁押性强制措施“补充适用”的原则,大部分刑事速裁案件以及认罪认罚案件的被告人在审前阶段的人身自由相对而言都能够得到保障。

进一步分析相关条文可知,非羁押性强制措施得以适用的原因是被告人的认罪认罚体现出其较低的社会危害性与人身危险性,既然如此,在被告人作出认罪认罚决定时,其人身状态究竟应当是相对自由还是应当受到一定限制?至少从条文内容看,并不十分明确。而刑事速裁案件大多与行为人实施危险驾驶、交通肇事、寻衅滋事等行为相关,具有行为人确定、行为明了、时空衔接等特征,^②行为人属于现行犯或者犯罪嫌疑人的可能性较大,其行为基本符合拘留的条件。而在具有被拘留的潜在可能性的情况下,被告人的精神或者身体能否处于相对自由的状态,又能否作出自愿的认罪认罚决定,值得关注。因此,在今后的制度完善过程中,应当侧重保障被告人作出认罪认罚决定时的人身自由。

(三)律师在场制度的初步探索

被告人的认罪认罚是否获得有效的律师帮助,亦是评价该行为自愿性的重要指标。在美国,被告人在聆讯阶段享有《美国宪法》第六修正案规定的律师帮助权,^③并可在辩护律师的帮助下作出最有利于己的答辩选择,充分保障其答辩的明智性。根据“米兰达规则”,警察在对被告人实施拘留讯问之前须向被告人作出米兰达警告,让其知悉其享有律师帮助或者被指定律师的权利,讯问时可以要求律师在场,^④并就是否保持沉默进行权衡;否则,讯问所得供述不得被法庭采纳。在刑事诉讼中,囿于精神、身体状态以及文化素质的差异,被告人往往难以把握自愿与强迫、理性与冲动的界限,尤其是在讯问以及答辩这些关键的诉讼节点,更是如此。如果没有一个熟悉法律的律师提供帮助,那么被告人将过于势单力薄。这也是美国将律师帮助权设定为被告人在整个诉讼过程中都享有的宪法权利的根本原因。

同样,对于我国来说,如果被告人在刑事速裁程序以及认罪认罚过程中缺少辩护律师的帮助,那么即使公安、检察机关就认罪认罚的性质及后果向被告人履行了告知义务,也很难保证被告人真正理解被告知的事项,更不用说作出明智的决定。基于此,《刑事速裁程序试点办法》第4条规定,法律援助机构应当在试点人民法院与看守所派驻值班律师,只要被告人申请法律援助,人民法院或者看守所就应当为其指派值班律师提供帮助。随后,《认罪认罚从宽制度试点办法》第5条细化了值班律师制度,增加了公、检、法机关应当为没有委托辩护人的被告人主动通知值班律师的规定。更为重要的是,该办法第10条规定,在审查起诉阶段,检察机关应当确保被告人在签署认罪认罚具结书时有辩护人或者值班律师在场。^⑤至此,通过设立驻人民法院、看守所的值班律师制度以及签署具结书时律师在场制度,我国初步构建了针对被告人认罪认罚的律师帮助制度与律师在场制度。

从形式上看,正处于探索中的我国律师在场制度既不是美国的聆讯答辩阶段被告人面对法官时的律师在场制度,也不是拘留讯问阶段面对警察时的律师在场制度,而是在审查起诉阶段面对检察人员作出认

① 该条已被2018年《中华人民共和国刑事诉讼法》部分吸收。该法第81条第2款规定:“批准或者决定逮捕,应当将犯罪嫌疑人、被告人涉嫌犯罪的性质、情节,认罪认罚等情况,作为是否可能发生社会危险性的考虑因素。”

② 参见吴宏耀:《现行犯:一个亟待解释的法律概念》,《现代法学》2016年第1期。

③ See *Michigan v. Jackson*, 475 U.S. 625 (1986).

④ 参见[美]罗纳德·V.戴卡门:《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410页。

⑤ 该条已经被2018年《中华人民共和国刑事诉讼法》吸收。该法第174条第1款规定:“犯罪嫌疑人自愿认罪,同意量刑建议和程序适用的,应当在辩护人或者值班律师在场的情况下签署认罪认罚具结书。”

罪认罚决定时的律师在场制度,是一种折中的律师在场制度。从功能上看,虽然被告人在签署认罪认罚具结书时确有律师在场,但是律师更类似于对被告人认罪认罚活动的见证人,或者说律师起一种与签字具结相配套的佐证作用,用以证明认罪认罚的形式合法性。加之法律援助律师或者值班律师的帮助形式受到一定的限制,^①律师在场制度是否能够真正为被告人认罪认罚自愿性和明智性提供有效保障,实际上难以评估。可以确定的是,我国正在探索的这种律师在场制度并未抓住被告人认罪认罚的关键时期——决定形成时期,而只是着眼于认罪认罚决定最终作出的时期。在这种情况下,被告人的同意能力能否得到切实保障值得深思。因此,今后的改革应当明确将律师在场制度提前适用于被告人认罪认罚决定的形成时期。

四、认罪认罚自愿性的庭审保障

在刑事诉讼中,被告人除了可在审前阶段同意特定事由或者处分相应权利之外,诸如认罪认罚、供述有罪、同意适用简易程序等决定,同样可以在审判阶段作出同意决定。由于审判阶段被告人同意之决定仍然以被告人具有同意能力为前提条件,因此必然涉及被告人同意能力的保障问题。与审前阶段类似,我国最高司法机关在刑事速裁案件及认罪认罚案件的审判阶段也设置了一些保障被告人认罪认罚自愿性的具体措施,并且大多是以庭审为中心展开的。

(一)认罪认罚自愿性的预先审查

预先审查是在庭审正式展开之前保障被告人认罪认罚自愿性的措施。由于我国认罪认罚案件主要适用简易程序或者速裁程序审理,庭审形式较为简化,庭审时间相对短暂,法庭很难有充足的时间对被告人认罪认罚是否达到自愿性标准、是否具有同意能力进行验证,因此给此类诉讼程序公正性的维护带来极大的隐患。为了确保案件审理的准确性,防范冤假错案的发生,同时也为了提前确定案件是否应当按照简易、速裁程序进行庭审裁判,人民法院有必要在庭审前对被告人认罪认罚的自愿性及其他相关问题进行预先审查。^②

我国针对认罪认罚自愿性进行预先审查的制度设计与美国的聆训程序在功能上十分相似。美国的聆训程序是为被告人就起诉书或者控告书所指控犯罪进行答辩而设置的专门程序。^③被告人可在这一程序中于公开的法庭上接受聆训,法官亦可在该程序中通过审查自愿性、明智性及事实基础等指标,判断被告人答辩的效力。如果被告人确系自愿、明智且在有一定事实根据的情况下作出有罪答辩,起诉也没有因被告人的审前动议而被驳回,那么案件将直接进入量刑程序。反之,如果法官发现被告人的有罪答辩不具有自愿性、明智性或者事实基础薄弱,那么该答辩就不具有效力,案件仍需经过定罪裁判程序。因此,聆训程序实际上是一种预先审查被告人认罪认罚自愿性的程序。

从规范层面看,《认罪认罚从宽制度试点办法》并未对认罪认罚自愿性的预先审查做明确的说明,只是在该办法第11条强调检察机关应当在提起公诉时向人民法院移送被告人签署的认罪认罚具结书等材料,同时应当在起诉书中写明被告人是否认罪认罚以及对被告人的量刑建议。鉴于2012年《刑事诉讼法》恢复了检察机关起诉时向人民法院全案卷移送制度,可以推测人民法院在开庭前就有条件根据检察机关移送的起诉书、认罪认罚具结书,并参照其他案卷材料,对被告人的认罪认罚情况进行审查判断。一般来说,人民法院预先审查的重心应当是被告人认罪认罚之决定是否达到自愿性标准,亦即被告人是否具有针对指控罪名与量刑建议的同意能力。首先,人民法院应当审查被告人是否签署认罪认罚具结书,对被告人的

^① 《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5条虽然规定被告人应在认罪认罚案件中获得有效法律帮助,包括了解认罪认罚的性质及后果,自愿认罪认罚,但是只列举了提供法律咨询、程序选择、申请变更强制措施等具体的法律帮助形式。从角色定位看,值班律师甚至不是辩护人。参见孔令勇:《认罪认罚辩护的理论反思——基于刑事速裁案件辩护经验的分析》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第40卷),北京大学出版社2018年版,第262~263页。

^② 参见孔令勇:《论刑事诉讼中的认罪认罚从宽制度——一种针对内在逻辑与完善进路的探讨》,《安徽大学学报》(哲学社会科学版)2016年第2期。

^③ 参见[美]约书亚·德雷斯勒、[美]艾伦·C.迈克尔斯:《美国刑事诉讼法精解》(第2卷·刑事审判),魏晓娜译,北京大学出版社2009年第4版,第10页。

认罪认罚态度做出初步判断。其次,对于那些被告人签署认罪认罚具结书的案件,人民法院应当结合起诉书、案卷笔录以及全案证据,对被告人在作出认罪认罚决定之前是否受到非法讯问、是否被告知认罪认罚的性质及后果、是否委托辩护律师或者获得值班律师的有效帮助进行全面判断。再次,人民法院应当通过审查案卷材料,对被告人认罪认罚是否存在事实基础及其程度做出判断。最后,人民法院还应当根据检察机关在量刑建议书中提出的主刑、附加刑幅度与具体刑期,对比同类案件的量刑情况,判断被告人认罪认罚的公正性。

依靠检察机关移送的案卷材料与认罪认罚具结书,人民法院看似能够对被告人认罪认罚的自愿性、明智性及事实基础进行全面的分析判断,但这种预测过于理想。事实上,案卷材料包含的佐证被告人认罪认罚自愿性的信息,是无法与美国被告人当庭接受聆讯所传达的信息相提并论的。其原因在于,案卷笔录一般只展现侦查讯问与审查起诉阶段的“合法”信息,并不完整,而诸如适用速裁程序或者简易程序等认罪认罚案件的情节一般较为简单,人民法院能够有效分析判断被告人认罪认罚自愿性的材料往往只有具结书一项。与当庭展现的信息相比,以书面形式呈现的被告人认罪信息在全面性方面自然有所欠缺。如此一来,原本作为保障认罪认罚自愿性的预先审查程序就变成人民法院对于适用简易、速裁程序进行庭审是否符合条件的确认程序。因此,为了防止预先审查制度功能的异化,人民法院有必要对检察机关记录在案并附卷移送的被告人及其辩护人或值班律师的意见进行重点审查。

(二)认罪认罚性质及后果的再次告知

在庭审阶段,被告人将就否认认罪认罚作出最终决定,法庭也将根据被告人的认罪认罚情况对案件作出裁判。鉴于被告人认罪认罚的有效性直接决定法庭调查与法庭辩论环节是否应当简化甚至省略,同时也在一定程度上影响最终的定罪量刑,法官当庭对被告人认罪认罚的自愿性进行确认就显得至关重要。因此,相关试点办法规定了人民法院在庭审阶段对被告人认罪认罚自愿性的审查与保障方式,主要表现为人民法院对被告人进行认罪认罚的性质及后果进行再次告知,并听取其意见,以确定其在审前签署的认罪认罚具结书是否有效以及其是否愿意维持认罪认罚的决定。例如,《认罪认罚从宽制度试点办法》第15条规定了人民法院应当告知被告人认罪认罚的性质及后果,并在此基础上审查被告人认罪认罚的自愿性以及检察机关移送的具结书的真实性和合法性。^①又如,《刑事速裁程序试点办法》第11条也规定,法官在适用速裁程序的庭审中应当庭询问被告人对指控的犯罪事实、量刑建议以及适用速裁程序的意见。再如,该办法第16条规定,无论是适用简易程序进行庭审还是适用更为简化的速裁程序进行庭审,法官都应当在宣告判决前听取被告人的最后陈述。

立法及相关法律文件反复强调应当告知被告人认罪认罚的相关内容的原因在于:(1)通过保障被告人认罪认罚的明智性确保其所作出的认罪认罚决定达到基本的自愿性标准;(2)弥补被告人自审前阶段认罪认罚以来没有中立裁判者对该决定进行正式确认的缺憾,维护程序公正;(3)我国刑事诉讼长期坚持的实质真实观要求司法官员需要在每一个诉讼环节都尽量保障案件的真实性,^②从某种意义上讲,反复对被告人进行告知并确认具有“提醒”其作出真实决定的作用。

但是,面对相同的被告人,这种仅更换告知主体却没有对告知内容做任何改变的再次告知制度,究竟能否实现预设的功能还有待检验。一般来说,在公安、检察机关已经多次告知被告人认罪认罚的性质及后果的情况下,法官在庭审中就相同的内容进行再次告知,其形式意义可能大于实质效果。加之相关法律文件以及立法并没有规定何谓认罪认罚的“性质”以及可能产生的“后果”,也没有厘清告知的程度及内容对被告人认罪认罚自愿性与明智性的具体影响(除非被告人明确表示不愿意继续认罪认罚或者接受适用简易程序、速裁程序进行庭审),因此这种庭审阶段的再次告知制度实际意义不大。

^① 该条已经被2018年《中华人民共和国刑事诉讼法》吸收。该法第190条第2款规定:“被告人认罪认罚的,审判长应当告知被告人享有的诉讼权利和认罪认罚的法律规定,审查认罪认罚的自愿性和认罪认罚具结书内容的真实性、合法性。”

^② 参见孔令勇:《证据规则中的新实质真实主义——认罪认罚从宽制度中证据规则的理论反思》,《新疆大学学报》(哲学·人文社会科学版)2017年第3期。

（三）审判对象的专门设定

除对认罪认罚的自愿性进行预先审查以及向被告人再次告知认罪认罚的性质及后果之外,将认罪认罚自愿性设定为专门的审判对象是在庭审阶段对其进行保障的另一重要举措。

根据证明对象或者控辩双方争议事实的不同,刑事司法裁判可以分为定罪裁判、量刑裁判与程序性裁判,上述3种裁判所对应的审判对象是定罪事实、量刑事实与程序性争议事实。将裁判形式按照审判对象的不同进行划分,不仅有助于实现裁判的专门化与集中化,确保在一定的审理期限内解决特定纠纷,裁断特定事实,而且有助于实现司法裁判的多元化及实质化,避免不同审判对象的相互混淆,以致削弱特定裁判的功能。

随着刑事速裁程序与认罪认罚从宽制度的试点及入法,未来的刑事法庭将会涌入更多的被告人认罪认罚案件。对于这类案件,人民法院裁判的重点并非认定被告人的罪责与刑罚,也并非判断是否存在程序性违法行为,而是对被告人审前认罪认罚决定的自愿性及真实性进行审查判断。在案件的事实基础不存问题的情况下,如果被告人确系对指控的犯罪事实不持异议,并且接受检察机关的量刑建议,那么人民法院一般都会采纳检察机关指控的罪名及量刑建议,并作出裁判。

为此,法官需要在审前阅卷的基础上,通过当庭询问被告人及其辩护律师对于指控犯罪与量刑建议的看法,让其发表有关定罪与量刑的辩护意见,并且结合现有证据与事实,就被告人所同意的指控是否具有事实基础、量刑建议是否合理、被告人作出认罪认罚决定的过程是否得到律师的帮助、控辩双方进行的协商是否公平等实体及程序问题进行认定。^①换言之,适用刑事速裁程序及认罪认罚案件庭审的功能实际上并非对诉讼中的各类事实进行裁断,而是围绕认罪认罚自愿性的保障问题,对被告人同意的对象(指控事实与罪名)能否成为最终的裁判结论进行判断。

五、认罪认罚自愿性司法证明的保障

无论是审前保障还是庭审保障,都是针对认罪认罚自愿性的程序保障。但是,在刑事简易、速裁庭审程序中,审判对象已经逐渐转变为被告人认罪认罚的自愿性,检察机关若要证明其指控的罪名以及提出的量刑建议成立,则需证明被告人认罪认罚完全出于自愿。当然,依照自愿性的内涵,被告人作出认罪认罚的决定不仅需要自愿、明智,还需要具有相应的事实基础。换言之,认罪认罚的真实性同样需要承担证明责任的检察机关在审判阶段加以证明。如果检察机关无法将认罪认罚的自愿性及真实性证明到符合法定标准,那么被告人在审前的认罪认罚将被视为非自愿与不真实,人民法院就不能根据被告人的认罪认罚决定对其定罪量刑。因此,这里的证明标准就成为认罪认罚自愿性及真实性的实体保障。

（一）证明标准对认罪认罚自愿性的保障

证明标准是诉讼中承担证明责任的一方为避免败诉,应当将其主张的待证事实证明到可以被裁判者采纳的具体程度。在刑事诉讼中,控方需承担证明被告人有罪的证明责任,并将其证明至最高的证明标准,而被告人由于受到无罪推定原则的保护,并不需要承担证明自己有罪的责任,即使提出一些有利于己的主张,也只需要证明至符合优势证据标准即可。就刑事速裁、简易程序等特殊类型的刑事诉讼程序而言,控辩双方证明责任的分配方式自然也不例外。即使被告人认罪认罚,检察机关也需要将其指控的定罪与量刑事实证明至符合事实清楚、证据确实、充分的最高标准。

由于检察机关在刑事简易、速裁程序中证明被告人有罪所要达到的标准与在刑事普通程序中证明被告人有罪所要达到的标准没有区别,因此为了使指控罪名及量刑建议被人民法院采纳,就需要证明被告人的认罪认罚决定系自愿、明智并在有事实基础支撑的情况下作出的,直至最高的证明标准;否则,将承担败诉的后果。这就在无形中为被告人认罪认罚的自愿性提供了实体保障。

一方面,由于认罪认罚自愿性已经作为审判对象出现在刑事速裁及简易程序庭审中,因此其就不仅仅

^① 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。

是一种评价并保障被告人认罪认罚效力的标准,而是一项由法官裁量是否予以采纳并且影响最终裁判结论的证明对象。成为证明对象之后,通过司法证明活动的作用,认罪认罚自愿性的界定将更为清晰,对其本身的保障力度也就更大。另一方面,认罪认罚的事实基础是评价认罪认罚自愿性的重要指标,同时也是案件事实的组成部分,检察机关在证明被告人系自愿认罪认罚的同时,必须将认罪认罚的事实基础与案件本身的事实相结合,并证明至符合最高标准。由于以上两个原因的存在,因此证明标准将成为贯穿当庭认罪与审前认罪,连接认罪认罚自愿性及真实性的保障。其不仅能够帮助法官识别非自愿的认罪认罚决定,而且能够帮助法官发现虚假的认罪认罚决定。

(二)证明标准的层次性

既然证明标准对认罪认罚的自愿性具有重要的保障作用,那么与传统刑事诉讼各类证明对象的证明标准相比,认罪认罚自愿性及真实性的证明标准是否有所差异?又存在哪些具体特征?在回答这些问题之前,应先对证明标准的层次性做些分析。^①

证明标准的层次性亦即证明标准在诉讼证明活动中的分布差异。一般认为,由于诉讼性质与程序构造不同,刑事、民事、行政三大诉讼法不宜采用一元化的证明标准,而应当实行多元化的证明标准。具体而言,刑事诉讼应当采用案件事实清楚,证据确实、充分的最高证明标准,民事诉讼只需达到优势证明标准即可,而行政诉讼的证明标准应介于上述两者之间。^②这是证明标准的层次性在不同诉讼程序中的不同表现。在刑事诉讼程序内部,证明标准的层次性同样存在,只不过这种层次性主要体现在不同的证明对象之中,^③并通过不同证明主体在承担证明责任的过程中进行分配。

我国刑事诉讼法并未对司法裁判中的定罪事实、量刑事实及程序性事实三种不同证明对象的证明标准进行区分,但它们在理论上应当有所区别。从证明对象所涉利益大小以及证明责任承担者不同两个方面进行权衡,^④对于定罪事实、不利于被告人的量刑事实以及被告人所提出的程序性争议事实,检察机关应当承担证明责任并将其证明至符合事实清楚,证据确实、充分的最高标准。当然,按照检察官客观义务的要求,对于那些有利于被告人的事实与情节,检察机关只需证明至优势证据标准即可。就被告人而言,由于其受到无罪推定以及不被强迫自证其罪原则的保护,因此无需就自己是否有罪的事实承担证明责任,但可对有利于己的量刑事实以及程序性事实的真实性承担证明责任。至于被告人应当将自己主张的事实证明到何种标准,立法并没有作出明确的规定,但从贯彻平等武装原则方面看,其只需要达到优势证据标准或让法官产生合理怀疑的标准即可。

(三)认罪认罚案件的双层证明标准

刑事证明标准层次性的存在,使得认罪认罚案件的证明标准既非有的学者所认为的较之普通程序有所降低,也非有的学者所主张的较之普通程序没有任何改变,而是呈现出一种双层样态。在适用刑事速裁、简易程序的庭审中,无论案件性质如何,检察机关至少需要就被告人认罪认罚具有自愿性、明智性以及事实基础承担证明责任。

一方面,在检察机关证明被告人具有同意能力的过程中,由于被告人同意的对象是被指控的犯罪,因此根据同意对象所对应的自愿性认定标准,人民法院应对被告人认罪认罚的自愿性及明智性进行全面审查。具体方式为,人民法院可以通过审查案卷笔录或者当庭询问被告人及其辩护人,了解公安机关或者检察机关在审前是否充分告知被告人认罪认罚的性质及后果,被告人在作出认罪认罚决定前是否处于人身自由的状态,是否获得辩护律师或者值班律师的有效帮助,其在签署认罪认罚具结书时,是否有律师在场,等等。而检察机关为了让人民法院采纳其起诉意见,需要证明被告人在审前已经获得相应的权利并进行

① 证明标准的层次性也称多层次的证明标准体系。参见陈光中主编:《刑事诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社2012年第4版,第172页。

② 参见樊崇义主编:《证据法学》,法律出版社2013年第5版,第351页。

③ 参见汪海燕、范培根:《论刑事证明标准层次性——从证明责任角度的思考》,《政法论坛》2001年第5期。

④ 参见陈瑞华:《刑事证据法学》,北京大学出版社2012年版,第246页。

了后果告知,人身处于相对自由的状态以及得到律师的帮助等事项。由于被告人因认罪认罚而被定罪实际上是一种于其不利的结果,因此检察机关需要将被告人具有同意能力并且自愿、明智的作出认罪认罚决定证明至符合最高标准。另一方面,在检察机关证明被告人认罪认罚存在充分的事实基础时,应当将事实基础区分为“认罪的事实基础”与“认罚的事实基础”。认罪的事实基础与一般的定罪事实基本相同,检察机关既需要向人民法院证明其确实存在,又需要证明其真实可靠,因而需要达到事实清楚,证据确实、充分的最高证明标准。而人民法院在审查检察机关对被告人认罪认罚自愿性及明智性的证明结论后,一旦确信被告人有罪,庭审随即进入量刑裁判阶段,此时无论被告人是审前认罪还是认罚的事实基础,都将变为有利于被告人的量刑情节,是判断其人身危险性及社会危害性小的依据。对于这些有利于被告人的量刑情节,根据证明标准层次性理论,检察机关或者被告人都无需将其证明至符合最高标准,至多达到优势证据标准即可。

六、结语:“被告人同意理论”的体系及展望

以“被告人同意理论”为框架,本文对被告人认罪认罚自愿性的界定及保障问题进行了全面分析,并得出以下结论:无论是在刑事速裁程序及认罪认罚从宽制度的司法试点还是在立法引入的过程中,被告人认罪认罚自愿性的界定及保障问题既是核心问题,也是疑难问题。而当前的立法规范及理论储备都不足以有效解决这一问题。因此,有必要引入“被告人同意理论”,将认罪认罚抽象为被告人同意的对象,将被告人认罪认罚的自愿性对应为被告人同意能力的一项重要指标。这样安排的意义在于厘清一个规律:如果被告人同意的对象不同,那么界定同意能力的标准就有所不同,针对同意能力的保障措施也不相同。

在这一理论体系的指引之下,对于指控罪名及事实这类同意对象,用以界定被告人同意能力的标准应当更为严格,需要达到自愿、明智及存在事实基础的程度。而相应的同意能力保障措施也应当更为全面,包括:(1)审前阶段针对被告人的告知与听取意见、保持被告人的非羁押状态、作出认罪认罚决定时的律师在场;(2)庭审阶段人民法院对认罪认罚自愿性的初步审查、再次告知被告人认罪认罚的性质及后果、将认罪认罚自愿性设定为专门的审判对象;(3)在司法证明过程中充分发挥证明标准对于认罪认罚自愿性的保障作用,根据证明对象的不同将证明标准划分为不同的层次,对于认罪认罚自愿性及认罪的事实基础这类不利于被告人的对象应当由控方证明至符合最高标准,而对于认罚的事实基础这类有利于被告人的对象则无需如此。

近年来,随着司法改革的不断深入,我国刑事诉讼制度正在发生持续变革。其中,以审判中心主义改革及认罪认罚从宽制度改革尤为引人关注。这充分表明,如何平衡惩罚犯罪与保障人权,兼顾诉讼公正与诉讼效率的关系,乃是刑事诉讼的永恒主题。一项新的制度或理论若能把握这一主题,则具有存在并发展的可能。笔者所论证的“被告人同意理论”或许就是这样一个尚未引起关注的理论。根据这一理论:如果司法活动可以在被告人自愿同意的前提下展开,而被告人的同意能力又能够得到明确界定和充分保障,那么一些常见的程序性争议可能就不会产生,大多数实体性争议也会被妥善解决,诉讼的公正与效率价值也就能被最大限度的兼顾。未来,除认罪认罚案件中被告人的同意之外,刑事诉讼活动中的其他同意对象(如任意侦查、强制侦查等),同意能力标准应如何设置,同意能力保障应如何落实,仍值得继续研究。

责任编辑 田国宝