

认罪认罚从宽的理论审视与制度完善

●熊秋红*

【内容摘要】“认罪认罚从宽”滥觞于“坦白从宽、抗拒从严”和“宽严相济”的刑事政策,是在新的历史条件下对其中宽缓一面的发展。认罪认罚从宽在我国刑法和刑事诉讼法中已有较为充分的体现,但尚存在进一步完善的空间。在刑法中,可考虑将其作为一项原则予以规定,并对现有法律及司法解释中的规定进行整合,对从宽的幅度予以必要的限制。在刑事诉讼法中,因被告人认罪认罚而带来程序简化,其正当性来源是被告人自愿放弃正式审判,它需要以被告人认罪认罚的自愿性、真实性、明智性等作为支撑条件。在当前的司法环境下,量刑协商制度的引进潜藏着司法不公的巨大风险。以被追诉者认罪认罚为前提构建程序分流机制,在审前程序中应侧重于通过起诉便宜主义强化程序分流功能;在审判程序中则需依据案件轻重、难易程度不同,构建多元化的简易速裁程序。在我国关于完善认罪认罚从宽制度的讨论中,需要少一些实用主义、多一些理性分析,坚持将尊重司法规律作为改革的首要原则,在政策立法化或立法政策化的过程中,恪守刑事法治的底线要求,以避免因程序过于松弛而造成冤假错案。

【关键词】 认罪认罚从宽 量刑折扣 程序分流 正当性保障 量刑协商

党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》明确提出要“完善刑事诉讼中认罪认罚从宽制度”。其后,最高人民法院发布的《人民法院第四个五年改革纲要(2014-2018)》第13项提出要“完善刑事诉讼中认罪认罚从宽制度。明确被告人自愿认罪、自愿接受处罚、积极退赃退赔案件的诉讼程序、处罚标准和处理方式,构建被告人认罪案件和不认罪案件的分流机制,优化配置司法资源。”2016年8月最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部发布的《关于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的意见》第21条指出:“推进案件繁简分流,优化司法资源配置。完善刑事案件速裁程序和认罪认罚从宽制度,对案件事实清楚、证据充分的轻微刑事案件,或者犯罪嫌疑人、被告人自愿认罪认罚的,可以适用速裁程序、简易程序或者普通程序简化审理。”从上述文件的表述上看,完善认罪认罚从宽制度偏重于从刑事诉讼法的角度考虑问题,其目的主要是为了优化司法资源配置,而优化的基本方式是构建被告人认罪案件和不认罪案件的分流机制。作为一项司法体制改革举措,其出台的原因包括:落实宽严相济的刑事政策、实现犯罪的轻刑化、与员额制改革相配套等。^[1]此外,以审判为中心的诉讼制度改革要求庭审实质化,废除劳动教养制度以及醉驾、扒窃入刑等导致犯罪圈扩大,均为该项改革举措的出台提供了必要性依据。从司法实践的现状来看,缓解“案多人少”带来的困境是该项改革举措出台的主要原因。^[2]一项立足于解决司法实践中突出问题的改革举措,需要从理论上加以审视,在此基础上,方能提出妥当的完善具体制度的建议。认罪认罚从宽的精神在我

* 作者单位:中国社会科学院法学研究所。

[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。

国现行刑法和刑事诉讼法中均有体现,前者如自首、坦白、缓刑、减刑、假释等,后者如相对不起诉、附条件不起诉、简易程序、刑事和解等。因此,讨论如何完善认罪认罚从宽制度,应当采取刑事实体法和程序法的双重视角,而不能单纯从刑事诉讼法的角度思考问题。在目前关于认罪认罚从宽制度的讨论中,存在着一系列的争议,比如,对于认罪认罚的案件应当从宽还是可以从宽?认罪认罚是适用简易、速裁程序的必要条件还是充分条件?对于认罪认罚该如何具体界定?对于从宽的限度应当如何把握?侦查阶段是否应当适用认罪认罚从宽制度?是否应当容许引入控辩协商制度?这些争议只有通过深入的理论研究才能作出令人信服的回答。

一、认罪认罚从宽在我国刑法和刑事诉讼法上的体现

尽管党的十八届四中全会决定侧重于强调“完善刑事诉讼中认罪认罚从宽制度”,但是刑事诉讼法中的认罪认罚从宽制度与刑法中的认罪认罚从宽制度具有某种程度的不可分性,需要一并予以考察和检视。而要明确现行认罪认罚从宽制度究竟存在哪些问题、应当如何完善,首先需要对我国现行刑法和刑事诉讼法有关认罪认罚从宽的规定进行梳理。

(一)认罪认罚从宽在刑法上的体现

在我国刑法中,认罪认罚从宽的精神体现在定罪、量刑、行刑等诸环节。

从定罪来看,《刑法》第13条规定了情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪。这里的“情节”包括罪前情节、罪中情节和罪后情节,^[3]认罪认罚属于罪后情节。行为人犯罪后的表现、被害人的因素等,被相关司法解释视为情节的影响因素,作为判定情节严重与否的依据。如2006年最高人民法院《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第9条将未成年人“案发后如实供述盗窃事实并积极退赃”与其他因素一起作为“情节显著轻微危害不大”的情形,作为影响犯罪成立的因素。在刑法学者看来,“立法者从遏制犯罪和安抚被害人等刑事政策目的出发,把构成要件之外的因素考虑进来,作为影响犯罪成立的因素。这些因素不具有构成要件的地位,因而也不属于‘整体性规范评价要素’,自然不属于行为人故意认识的内容。”^[4]

从量刑来看,犯罪后的态度反映行为人的再犯罪可能性的大小,因而是影响预防刑的情节。^[5]犯罪后真诚悔罪、积极退赃、主动赔偿损失,在量刑上理应予以从宽对待。我国刑法规定了自首和坦白制度。关于自首,1979年《刑法》第63条规定:“犯罪以后自首的,可以从轻处罚。其中犯罪较轻的,可以减轻或免除处罚;犯罪较重的,如果有立功表现,也可以减轻或者免除处罚。”1997年《刑法》第67条第1款规定:“犯罪以后自动投案,如实供述自己罪行的,是自首。对于自首的犯罪分子,可以从轻或者减轻处罚。其中,犯罪较轻的,可以免除处罚。”第2款规定:“被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯,如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的,以自首论。”与1979年《刑法》相比,1997年《刑法》规定了成立一般自首的概念,加大了对自首的从宽幅度,并增加了特别自首的规定。除刑法总则之外,刑法分则还规定了关于贿赂罪的特别自首制度,如《刑法》第164条第4款规定,行贿人在被追诉前主动交待向非国家工作人员等行贿行为的,可以减轻或者免除处罚。第390条第2款规定,行贿人在被追诉前主动交待向国家工作人员行贿行为的,可以从轻或者减轻处罚;其中,犯罪较轻的,对侦破重大案件起关键作用的,或者有重大立功表现的,可以减轻或者免除处罚。第392条第2款规定,介绍贿赂人在被追诉前主动交待介绍贿赂行为的,可以减轻或者免除处罚。2013年最高人民法院《关于常见犯罪的量刑指导意见》(以下简称《量刑指导意见》)指出:“对于自首情节,综合考虑自首的动机、时间、方式、罪行轻重、如实供述罪行的程度以及悔罪表现等情况,予以减少基准刑的40%以上或者依法免除处

[3] 参见储槐植、张永红:《刑法第13条但书与刑法结构》,《法学家》2002年第6期。

[4] 王莹:《情节犯之情节的犯罪论体系性定位》,《法学研究》2012年第3期。

[5] 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年版,第507页。

罚。恶意利用自首规避法律制裁等不足以从宽处罚的除外。”

关于坦白,1979年和1997年《刑法》均无规定。但在司法实践中长期奉行“坦白从宽、抗拒从严”的刑事政策。该政策在实践中存在以下问题:一是在侦查过程中,“坦白从宽”容易成为一种诱供的手段,造成司法不公,被戏称为“坦白从宽,牢底坐穿;抗拒从严,回家过年”;二是在审判阶段,被告人认罪被作为一种酌定量刑情节,完全依靠法官的经验,造成量刑的不统一。鉴于此,《刑法修正案(八)》将坦白从宽的刑事政策法律化,将坦白规定为法定从轻量刑情节。《刑法修正案(八)》在《刑法》第67条中增加第3款,规定“犯罪嫌疑人虽不具有前两款规定的自首情节,但是如实供述自己罪行的,可以从轻处罚;因其如实供述自己罪行,避免特别严重后果发生的,可以减轻处罚。”“之所以规定对坦白的犯罪嫌疑人‘可以从轻处罚’,特殊条件下‘可以减轻处罚’,主要是考虑到如果坦白一律可以从轻处罚,那就与自首没有区别了。”^[6]有学者建议将坦白从轻或者减轻处罚的适用对象扩大到被告人,考虑到如果在侦查、审查起诉阶段犯罪嫌疑人都不如实坦白自己的罪行,进入审判阶段在法庭上才如实坦白,实际意义已经不大,因此没有采纳该意见。^[7]《量刑指导意见》指出:“对于坦白情节,综合考虑如实供述罪行的阶段、程度、罪行轻重以及悔罪程度等情况,确定从宽的幅度。(1)如实供述自己罪行的,可以减少基准刑的20%以下;(2)如实供述司法机关尚未掌握的同种较重罪行的,可以减少基准刑的10%~30%;(3)因如实供述自己罪行,避免特别严重后果发生的,可以减少基准刑的30%~50%。”

从行刑来看,刑法关于缓刑^[8]、减刑、假释的适用条件的规定中,包括了有“悔罪表现”“确有悔改表现”“确实不致再危害社会”“不致再危害社会”等要求。适用缓刑,要求行为人犯罪后有积极退赃、真诚向被害人道歉、在羁押期间遵守监管规定等“悔罪表现”;即使犯罪较轻,但没有“悔罪表现”的,法院不得认为其“确实不致再危害社会”。^[9]根据最高人民法院2011年11月21日《关于办理减刑、假释案件具体应用法律若干问题的规定》,“确有悔改表现”是指同时具备以下四个方面情形:一是认罪悔罪;二是认真遵守法律法规及监规,接受教育改造;三是积极参加思想、文化、职业技术教育;四是积极参加劳动,努力完成劳动任务。对罪犯申诉不应不加分析地认为是不认罪悔罪。罪犯积极执行财产刑和履行附带民事赔偿义务的,可视为有认罪悔罪表现,在减刑、假释时可以从宽掌握;确有执行、履行能力而不执行、不履行的,在减刑、假释时应当从严掌握。当存在“悔罪表现”时,“可以”而非“应当”适用缓刑、减刑、假释。

此外,《量刑指导意见》还对当庭自愿认罪、退赃退赔、积极赔偿被告人经济损失、达成刑事和解等量刑情节的适用作了如下规定:(1)对于当庭自愿认罪的,根据犯罪的性质、罪行的轻重、认罪程度以及悔罪表现等情况,可以减少基准刑的10%以下。(2)对于退赔、退赃的,综合考虑犯罪性质,退赃、退赔行为对损害结果所能弥补的程度,退赃、退赔的数额及主动程度等情况,可以减少基准刑的30%以下;其中抢劫等严重危害社会治安犯罪的应从严掌握。(3)对于积极赔偿被害人经济损失并取得谅解的,综合考虑犯罪性质、赔偿数额、赔偿能力以及认罪、悔罪程度等情况,可以减少基准刑的40%以下;积极赔偿但没有取得谅解的,可以减少基准刑的30%以下;尽管没有赔偿,但取得谅解的,可以减少基准刑的20%以下;其中抢劫、强奸等严重危害社会治安犯罪的应从严掌握。(4)对于当事人根据《刑事诉讼法》第277条达成刑事和解协议的,综合考虑犯罪性质、赔偿数额、赔礼道歉以及真诚悔罪等情况,可以减少基准刑的50%以下;犯罪较轻的,可以减少基准刑的50%以上或者依法免除处罚。

(二)认罪认罚从宽在刑事诉讼法上的体现

[6] 黄太云:《刑事立法的理解与适用——刑事立法背景、立法原意深度解读》,中国人民公安大学出版社2014年版,第169~170页。

[7] 同上注,第171页。

[8] 从裁量是否执行所判刑罚的意义上说,缓刑是量刑制度;从刑罚执行的意义上说,缓刑也可谓刑罚执行制度。同前注[5],张明楷书,第541页。

[9] 同上注,第542页。

在我国刑事诉讼法中,认罪认罚从宽的精神体现在立案、侦查、审查起诉、审判、执行各阶段,贯穿于刑事诉讼的全过程。

从立案程序来看,根据《刑事诉讼法》第110条的规定,公安司法机关对于行为人的自首材料应当按照管辖范围迅速进行审查;认为没有犯罪事实,或者“犯罪事实显著轻微”,不需要追究刑事责任的时候,不予立案。

从侦查程序来看,犯罪嫌疑人认罪认罚是适用非羁押性强制措施和侦查终结时对其作轻缓处理的考量因素之一。《刑事诉讼法》第118条明确规定:“侦查人员在讯问犯罪嫌疑人的时候,应当告知犯罪嫌疑人如实供述自己罪行可以从宽处理的法律规定。”根据《刑事诉讼法》第65条的规定,对犯罪嫌疑人(还有被告人)适用取保候审的情形之一是“可能判处有期徒刑以上刑罚,采取取保候审不致发生社会危险性的。”《公安机关办理刑事案件程序规定》第183条将“情节显著轻微、危害不大,不认为是犯罪的”作为撤销案件的情形之一,而《人民检察院刑事诉讼规则》第286条规定,人民检察院“对于犯罪情节轻微,依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的案件,应当写出侦查终结报告,并且制作不起诉意见书”。

从审查起诉程序来看,犯罪嫌疑人认罪认罚可能影响到人民检察院相对不起诉或附条件不起诉决定的作出。《刑事诉讼法》第173条规定:“对于犯罪情节轻微,依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的案件,人民检察院可以作出相对不起诉决定。”第271条规定,对于未成年人涉嫌刑法分则第4章、第5章、第6章规定的犯罪,可能判处1年有期徒刑以下刑罚,符合起诉条件,但有悔罪表现的,人民检察院可以作出附条件不起诉的决定。

从审判程序来看,被告人认罪认罚关系到审判程序的分流和人民法院的裁判结果。根据《刑事诉讼法》第208条的规定,基层人民法院适用简易程序审判的条件包括:(1)案件事实清楚、证据充分的。(2)被告人承认自己所犯罪行,对指控的犯罪事实没有异议的。(3)被告人对适用简易程序没有异议的。在人民法院宣告判决前,人民检察院发现案件情节显著轻微、危害不大,不认为是犯罪的,可以撤回起诉。2014年全国人大常委会《关于授权最高人民法院、最高人民检察院在部分地区开展刑事案件速裁程序试点工作的决定》将适用速裁程序的案件范围限定为“事实清楚,证据充分,被告人自愿认罪,当事人对适用法律没有争议的危险驾驶、交通肇事、盗窃、诈骗、抢夺、伤害、寻衅滋事等情节较轻,依法可能判处一年以下有期徒刑、拘役、管制的案件,或者依法单处罚金的案件”。

从执行程序来看,与刑法的规定相呼应,《刑事诉讼法》第262条规定:“被判处管制、拘役、有期徒刑或者无期徒刑的罪犯,在执行期间确有悔改或者立功表现,应当依法予以减刑、假释的时候,由执行机关提出建议书,报请人民法院审核裁定,并将建议书副本抄送人民检察院。”

此外,刑事诉讼法还规定了当事人和解的公诉案件诉讼程序,刑事和解程序适用的前提条件之一是“犯罪嫌疑人、被告人真诚悔罪,通过向被害人赔偿损失、赔礼道歉等方式获得被害人谅解”。对于达成和解协议的案件,公安机关可以向人民检察院提出从宽处理的建议;人民检察院可以向人民法院提出从宽处罚的建议;对于犯罪情节轻微,不需要判处刑罚的,可以作出相对不起诉的决定;人民法院可以依法对被告人从宽处罚。

二、对认罪认罚从宽的理论审视

从我国现行刑法和刑事诉讼法的规定来看,应当说,认罪认罚从宽的精神已经在刑事立法中得到了较为充分的体现。刑法和刑事诉讼法的规定相互呼应,刑法的规定明确了认罪认罚的多种情形及其对定罪、量刑、行刑的不同影响,而刑事诉讼法的规定明确了在立案、侦查、审查起诉、审判、执行等不同阶段,如何适用刑法对认罪认罚的案件作出从宽处理决定,而且认罪认罚从宽也影响到强制措施的种类选择以及强度裁量。刑法和刑事诉讼法关于认罪认罚从宽的规定具有一致性,应当予以一体化的审视。此外,还需注意的是,刑事诉讼法上的认罪认罚有其特殊的程序分流功能,它直接影响着简易程序、刑事

和解程序、速裁程序的适用。总体而言,对于认罪认罚从宽制度的理论审视需要从两个基本的维度展开:其一是刑法上确立认罪认罚从宽制度的合理性及其限度问题;其二是刑事诉讼法上将认罪认罚作为程序分流主要依据的正当性以及支撑条件问题。

(一)从刑法理论看认罪认罚从宽的制度构建

刑法上确立认罪认罚从宽制度,将犯罪人犯罪后的表现作为定罪、量刑、行刑的影响性因素,主要有两个方面的考量:一是考虑到犯罪人可能具有悔过自新之意,因而其再犯罪可能性减小;二是基于使案件得以顺利侦破、起诉、审判、执行的刑事政策理由。

我国刑法将认罪认罚与其他因素一起作为“情节显著轻微危害不大”的情形,作为影响犯罪成立的因素,与我国定性加定量的犯罪定义模式有关,犯罪后的表现作为案外因素,溢出了德日刑法理论所言的犯罪构成要件领域,将其作为影响犯罪成立的因素之一,体现了宽严相济的刑事政策。

从量刑理论看,报应的正当性和预防犯罪目的的合理性是刑罚的正当化根据,其中报应性属于责任刑,而基于预防犯罪目的所裁定的刑罚属于预防刑。“犯罪后的态度,反映犯罪人人身危险性的大小和改造的难易程度,因此,从有利于刑罚目的的实现出发,这一事实情况应在量刑时予以考虑。”^[10]我国刑法将自首、坦白等犯罪后的表现作为可以从轻、减轻或者免除处罚的法定情节,而《量刑指导意见》又将“当庭自愿认罪”这一酌定情节规范化,并且对于自首、坦白、当庭自愿认罪规定了不同的量刑层级,原则上自首可以减少基准刑的40%以上或者依法免除处罚,坦白可以减少基准刑的20%以下,当庭自愿认罪可以减少基准刑的10%以下,据此,犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚的早晚成为影响量刑折扣高低的重要因素。犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚的早晚与其悔罪的程度以及再犯罪可能性的高低难以绝对划等号,量刑折扣的梯度规定更多地是从减轻公安司法机关负担的角度考虑,显然,犯罪嫌疑人、被告人越早认罪认罚,越有利于公安司法机关处理案件,越有利于节省司法资源,需要基于刑事政策给予其相应的奖励。

刑法虽然将自首与坦白规定为量刑情节,但不意味着不自首、不坦白是增加预防刑的情节。不自首、不坦白是犯罪人犯罪后的常态,不能成为增加预防刑的情节,只有当犯罪后的抗拒超出了常态^[11],而且具有期待可能性时,才能成为增加预防刑的情节。犯罪人事后积极退赃、赔偿损失的行为也是减少预防刑的情节。如果犯罪人基于自己的悔罪意思积极退赃、赔偿损失,表明其特殊预防的必要性减少,属于减少特殊预防刑的情节;如果犯罪人不是基于自己的意思退赃、赔偿损失,而是由其亲属或亲友帮助赔偿损失,由于能够缓解被害人的报应情感与社会的处罚情感,可以认为一般预防的必要性减少,也可以成为减少预防刑的情节。^[12]当事人达成刑事和解协议,前提是犯罪嫌疑人、被告人真诚悔罪,向被害人赔偿损失、赔礼道歉等,不仅表明其特殊预防的必要性减少,而且表明一般预防的必要性也减少,因此,也可以成为减少预防刑的情节。《量刑指导意见》对达成刑事和解协议的,积极赔偿被害人经济损失并取得谅解的,退赔、退赃的,分别规定了50%、40%、30%等分层级的量刑折扣。

在行刑中,如果犯罪人认罪认罚,表明其存在悔罪表现、再犯罪可能性减小,为其回归社会提供了前提性条件,因此可考虑适用减刑、假释等从宽处理方式。

在完善认罪认罚从宽制度的讨论中,有学者提出,“在实体刑法方面,需要明确对被告人认罪认罚给予充分的、普遍有效的积极评价。首先,在立法上应该将其提升为‘应当’型(即强制型)的法定情节,即如果被告人认罪认罚,应当从轻或者减轻处罚。”^[13]我国刑法将认罪认罚作为“可以型”量刑情节,“可

[10] 高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2011年版,第264页。

[11] 如犯罪后栽赃陷害、嫁祸于人的,可以成为增加预防刑的情节。如果构成新的犯罪,则要与前罪实行并罚,而不能作为增加前罪的预防刑的情节。

[12] 参见张明楷:《论犯罪后的态度对量刑的影响》,《法学杂志》2015年第2期。

[13] 左卫民、吕国凡:《完善被告人认罪认罚从宽处理制度的若干思考》,《理论视野》2015年第4期。

以”作为一种授权性规范的表达方式,反映了立法者的倾向性意见,除了特殊情况之外,对认罪认罚的犯罪人应当适用从宽处罚的规定,即对犯罪者从宽处罚时不需要特别理由,但不从宽处罚时则需要特别理由。^[14]但是,将立法上的用词从“可以”改为“应当”则值得商榷。被追诉者认罪认罚的情形复杂多样,如有的被追诉者口头上认罪但在陈述案件事实时避重就轻、有的被追诉者表示认罪但屡犯不改、有的被追诉者口头上认罪但主观上的抗拒非常明显、有的被追诉者是否认罪认罚存在判断上的困难(如时供时翻等)、在可否因认罪认罚换来缓刑方面被追诉者的认罪认罚表现出明显的波动性、有的被追诉者认罪但不认罚等等。^[15]总体而言,被追诉者在认罪认罚的主动性、阶段性、充分性、稳定性等方面存在着差异,难以确立认罪认罚的统一标准,并给予明确的规范评价。鉴于“可以”相对“应当”具有更大的包容性,在目前认罪认罚从宽制度尚不完善、例外情形尚难明确列举的情况下,不宜轻率地将柔性的“可以”改为刚性的“应当”。如果从提高法律后果的可预测性、激励被追诉者认罪认罚、降低一审裁判被改判的风险等方面考虑,在立法用语上选择将“可以”改为“应当”,则需要加上“依法”作为限定词,即对于认罪认罚的被追诉者,应当依法从宽处罚。这样处理,虽然柔化了“应当”二字的刚性,但可能因此缩小了认罪认罚从宽原则的适用范围。

犯罪人认罪认罚后在量刑上的从宽幅度是另一个存在争议的问题。在英国,被告人在早期的一个合理时机答辩有罪,通常可获得 1/3 的量刑折扣,进入审判期后为 1/4,在进入法庭时或在审判开始后为 1/10。2010 年 10 月,英国司法部建议将量刑折扣增至 1/3 ~ 1/2,目的就是激励更多的被告人在更早的阶段答辩有罪,以便提高诉讼效率。该建议受到了广泛的批评,因为严重的犯罪人因答辩有罪获得低得多的量刑可能损害公众对司法的信心。2011 年 6 月政府撤销了该建议。^[16]过大的量刑折扣还可能刺激无辜者答辩有罪,同时造成选择正式审判的被告人与答辩有罪的被告人在量刑上的失衡,导致被告人在选择正式审判时面临很大的压力。因此,应当将从宽的幅度控制在合理的范围之内。从量刑理论和刑法基本理论来看,刑罚必须受到责任主义的约束,在量刑上差别对待的主要依据是犯罪人个人的有罪性和犯罪的严重性,过多地考虑认罪认罚在降低案件复杂程度和节约司法资源方面的价值,给予认罪认罚过大的量刑折扣刺激,将使裁判结果背离罪刑相适应的基本原则。简而言之,政策性的考量不应逾越刑事法治的基本原则,进而动摇刑罚正当性的根基。英国学者认为,“尽管还没有一条普遍接受的标准来对判决进行衡量,但大部分司法审判还是期待着判决能够反映犯罪者的个性特征,即他到底做了什么。此外的目标可能是惩罚,改过自新或者威慑。”^[17]“如果罪犯把减刑的裁决当作奖励,或者受害者或公众把它视为不公正的仁慈(似乎事实就是这样),那么审判所要实现的更广泛的目标就打了折扣。”^[18]

(二)从刑诉法理论看认罪认罚的程序分流功能

刑事程序繁简分离是世界各国的通行做法,但在大陆法系国家和英美法系国家,从法律传统上看,程序繁简分离所依循的逻辑存在着较大的差别。

在大陆法系国家,将发现案件的事实真相作为刑事诉讼的基本价值追求,在程序繁简分离的问题上,原则上将简易程序的适用范围限制在案件事实清楚、罪行轻微的刑事案件。但是自 20 世纪 80 年代以来,为了解决案件积压及诉讼拖延问题,借鉴美国的做法,扩大了简易程序的适用范围,并且引进了协商程序。

在德国,适用处罚令程序的最高量刑为通过缓刑方式执行的不超过 1 年的自由刑,采用处罚令程

[14] 同前注[12],张明楷文。

[15] 参见王瑞君:《“认罪从宽”实体法视角的解读及司法适用研究》,《政治与法律》2016年第5期。

[16] See Sally Lipscombe & Jacqueline Beard, Reduction in Sentence for a Guilty Plea, <http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN05974/...>, last visit on July 9, 2016.

[17] [英]麦高伟、杰弗里·威尔逊主编:《英国刑事司法程序》,姚永吉等译,法律出版社2003年版,第336~337页。

[18] 同上注,第337页。

序,法院无须事先听取被诉人的意见。适用快速审理程序,不允许判处超过1年的自由刑,^[19]适用条件是案情简单或证据清楚,检察院提出申请。2009年,德国确立了量刑协商制度,《德国刑事诉讼法典》第257b条规定:“如果有利于推进诉讼程序,庭审中法庭可以与程序参加人就诉讼程序的进程进行讨论。”法庭可以与诉讼参加人就程序的进一步发展和程序的结果进行协商;任一协商都应当含有认罪内容;法院可以基于案件的所有情况及综合量刑考量,自由裁量给出刑罚的上限和下限;诉讼参与人有机会提出意见;如果被告人和检察院同意法院提出的建议,则协议成立。^[20]

在法国,存在刑事处罚令程序、刑事和解程序、刑事调解程序、庭前认罪答辩程序等简易程序。刑事处罚令程序源于德国,1972年写入《法国刑事诉讼法典》,通常在违警罪中适用。2002年立法将其适用范围扩大到某些轻罪,引发了该制度是否合宪的争议。刑事处罚令程序的启动并不以“被告认罪”为根本条件。1993年,刑事和解程序被正式载入《法国刑事诉讼法典》并成为一种赔偿性公诉替代程序,主要适用于家事诉讼案件和其他几类轻微犯罪案件,主导进程的当事人为被告人与被害人,检察官仅仅是中立的第三人,侧重于对被害人的赔偿。刑事调解程序是一种惩罚性公诉替代程序,适用于各种轻罪及违警罪,最高量刑为5年以下监禁刑。适用刑事调解程序以被告人“自由”“明确”地认罪为前提,检察官提出刑事调解建议,并以书面形式载明所建议的量刑措施,被告人无权主动要求适用该程序,如果被告人同意接受检察官提出的量刑建议,则由法官审核批准该量刑建议。2004年法国创设了庭前认罪答辩程序,允许被告人在某些轻罪案件中以认罪为根本前提和检察官进行量刑交易。该程序适用于主刑为罚金刑或者5年及以下监禁刑的犯罪,程序运作分为被告认罪、检察官提出量刑建议、被告接受或拒绝量刑建议、法官审核四个阶段,被告不服法官裁定,可以提出上诉。^[21]

在意大利,1988年的《意大利刑事诉讼法典》设置了简易审判、依当事人的要求适用刑罚、快速审判、立即审判、处罚令程序等多种特别程序。依简易程序,经公诉人同意,被告人可以要求在初步庭审中结束诉讼;在判罚的情况下,法官在考虑到一切情节后所确定的刑罚应当减少1/3;在法定情形下,对被告人和公诉人的上诉予以限制。在依当事人的要求适用刑罚程序中,控辩双方可以要求法官按照自己提议的种类和标准适用替代性刑罚或减轻1/3的财产刑,或者适用监禁刑,只要根据具体情节并在减少1/3后该监禁刑不超过单处或与财产刑并处的2年有期徒刑或拘役;如果法官认为需要审查上述要求或者审查对该要求的同意是否出于自愿,他决定传唤被告人出庭;在不同意的情况下,公诉人可以提出上诉,在其他情况下,判决不可上诉。快速审判程序适用于被告人犯罪时被当场逮捕并且公诉人认为应当追诉的案件,公诉人可以将被告人提交法官,以便在逮捕后的48小时内获得对逮捕的认可并使该人同时受到审判;对于在讯问过程中作出坦白的人,也可以实行快速审判。立即审判程序适用于证据清楚的案件,公诉人和被告人均可要求进行立即审判。处罚令程序适用于只应当适用财产刑的公诉案件,公诉人可以要求适用相对于法定刑减轻直至一半的刑罚。^[22]

在英美法系国家,采取纠纷解决型的刑事诉讼模式,将被告人认罪作为程序繁简分流的主要依据。在英美刑事诉讼中存在罪状认否程序,法官传讯(arraignment)被告人时,要求他对起诉书作出答辩。如果被告人作有罪答辩,法官确信这种答辩出于自愿,并且被告人懂得其后果和意义,法院将不再召集陪审团,也不经听证和辩论,由法官直接进行判决;如果被告人作无罪答辩,法院将对此案进行开庭审判。被告人选择作有罪答辩,意味着他将放弃由陪审团审判、对不利于他的证人进行质证、反对自我归罪等权利。在英国的治安法院,有罪答辩率为90%左右,刑事法院大约为65%;^[23]在美国,被告人作有罪答

[19] 参见《德国刑事诉讼法典》第407条、第419条。

[20] 参见《德国刑事诉讼法典》第257c条。

[21] 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117~170页。

[22] 参见《意大利刑事诉讼法典》第六编,黄风译,中国政法大学出版社1994年版,第157~167页。

[23] See Andrew Ashworth, *The Criminal Process—An Evaluative Study*, Oxford University Press, 1998, pp.268-269.

辩的比例更高,“在州和联邦两级,全部刑事案件中至少有90%没有进入审理阶段。”〔24〕有罪答辩及以此为基础的速决程序是英美法系国家处理大量刑事案件、提高诉讼效率的重要途径。

将被告人认罪作为程序繁简分流的主要依据,其正当性来源于被告人对获得正式审判权的自愿放弃。有学者认为,这也是简单多数与复杂少数的“帕累托二八定理”在刑事诉讼中的体现。〔25〕但是,“被告人认罪答辩是否构成刑事简化审理的正当性,仍然是法学界着力探讨和解释的谜题。”〔26〕第15届国际刑法大会决议指出:“对严重犯罪不得适用简易程序以及不加法律限制的对被告人自由裁量的程序。就其他犯罪而言,立法者应确定程序的要求,并采用确保被告人与司法机关合作的自愿性质的措施,如辩护人对被告人的有效援助。建议对轻微犯罪案件进行此类诉讼,以加速刑事诉讼的进展,更好地保护被告人的权益。”〔27〕大陆法系国家的传统做法符合上述要求。但是,从20世纪80年代末开始的刑事程序改革却逐渐背离了传统的做法。对此,学术界提出了质疑和批评,认为在德国,“由成本效益考量及实用主义所引导”的对美国有罪答辩和辩诉交易制度的借鉴,体现出对发现真相以及诉讼公正原则的忽视,导致了以被告人认罪为前提的量刑协商等程序与刑事诉讼程序基本标准之间难以调和的矛盾,造成了与实质真实、调查原则、平等原则、有罪性原则的冲突,也与司法机关所惯常保持的中立、客观、法治的印象格格不入;〔28〕在法国,新引进的“协商性刑事司法”对传统刑事司法构成了挑战。〔29〕

在英美法系国家,为了保障有罪答辩的公正性,要求法官在接受有罪答辩时必须确信:(1)被告人在接受答辩前知晓其选择后果。(2)被告人理解指控的性质和对权利的放弃。(3)被告人的答辩是自愿的。(4)存在作有罪答辩的事实基础。〔30〕

在德国,为了保障量刑协商的公正性,特别强调决策制定的透明性,审判长有义务向公众宣布是否进行了量刑协商,以及如果达成协议,协议有哪些内容;判决书也必须涉及量刑协商,在有罪判决作出后,不得即刻请求撤回上诉,法院必须明确告知被定罪者尽管存在量刑协商,但判决仍然可以被上诉。此外,一个辩护律师对量刑协商而言会是一个关键的条件。如果法庭判决偏离量刑协议,给予被告人更严重的刑罚,被告人的有罪供述不得作为证据采纳。〔31〕

在法国,仍然将简易程序的适用范围限制在相对轻微的刑事案件(可能判处5年以下监禁刑),基本上维护了大陆法系国家的传统做法。依法国宪法委员会的判决,在庭前认罪答辩程序中,审核法官应着重审查如下三个基本要点:(1)犯罪事实的真实性。(2)检察官所建议之量刑的适当性。(3)庭前认罪答辩程序的运作是否合乎公正程序的要求。〔32〕依《法国刑事诉讼法典》第495-8条第4款之规定,“(在庭前认罪答辩程序中)被告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提供咨询和帮助;依《法国刑事诉讼法典》第495-11条第3款之规定,“被告如不服大审法院院长或院长所委派之法官所作出之裁定的,可向上诉法院提起上诉。检察院可提起附带抗诉。”

三、我国认罪认罚从宽制度的完善

为了解决庭审虚化问题,我国正在进行以审判为中心的刑事诉讼制度改革,这体现了刑事程序的正当化趋势;同时,为了解决案多人少以及司法资源的合理配置问题,需要在保障程序正义的前提下尽可

〔24〕 宋冰编:《读本:美国与德国的司法制度及司法程序》,中国政法大学出版社1999年版,第395页。

〔25〕 参见李本森:《法律中的二八定理——基于被告人认罪案件审理的定量分析》,《中国社会科学》2013年第3期。

〔26〕 同上注。

〔27〕 《国际刑法大会决议》,赵秉志等译,中国法制出版社2011年版,第123页。

〔28〕 参见[德]汉斯·约格·阿尔布莱希特:《德国刑事诉讼法典》引言,岳礼玲、林静译,中国检察出版社2016年版,第12~15页。

〔29〕 同前注〔21〕,施鹏鹏书,第167~168页。

〔30〕 参见[美]弗洛伊德·菲尼:《美国的刑事诉讼法改革:对两项改革的历史检验:排除规则与公开的辩诉交易》,1994年北京刑事诉讼法学国际研讨会论文。

〔31〕 同前注〔28〕,汉斯·约格·阿尔布莱希特书,第13~15页。

〔32〕 同前注〔21〕,施鹏鹏书,第157页。

能地兼顾诉讼效率,在此背景下,刑事速裁程序试点、完善认罪认罚从宽制度等改革举措被提上了议事日程。

认罪认罚从宽的精神在我国刑法和刑事诉讼法中已有较多的体现,并且形成了多种制度形态。认罪认罚从宽不应是一项独立的制度,也不应是一项意欲创建的新制度,它实际上是一个集合性的法律制度,体现了宽严相济刑事政策的一个侧面——宽缓的一面。有学者认为,“侦查阶段不适用认罪认罚制度”^[33],该主张建立在对“认罪认罚”作狭义界定——仅指认罪协商的基础上,它偏离了刑事法中对认罪认罚从宽的一般性理解。此外,该学者所持“犯罪嫌疑人可在侦查阶段认罪认罚,但从宽处理要通过后续起诉程序、审判程序实现”的观点,也是值得商榷的。如前文所述,犯罪嫌疑人在侦查阶段认罪认罚(如坦白、赔偿被害人损失等),会影响到刑事强制措施适用和侦查终结时的案件处理,并非只能等到后续起诉程序、审判程序中才能予以从宽处理。

从刑事一体化的视角看认罪认罚从宽制度,笔者认为,在我国,检视和完善该制度应当从刑事政策、刑法和刑事诉讼法三个维度展开,这样才能形成对该制度的整体性的、综合性的认识,才能正确把握该制度在我国刑事法治体系中的定位。

(一)正确认识“宽严相济”和“坦白从宽、抗拒从严”的刑事政策

关于“认罪认罚从宽”,中央政法委书记孟建柱同志作了如下解读:“要加强研究论证,在坚守司法公正的前提下,探索在刑事诉讼中对被告人自愿认罪、自愿接受处罚、积极退赃退赔的,及时简化或终止诉讼的程序制度,落实认罪认罚从宽政策,以节约司法资源,提高司法效率。”^[34]在这里,他将“认罪认罚从宽”作为一项刑事政策加以理解。从刑事政策的角度看“认罪认罚从宽”,可以说,它滥觞于“宽严相济”和“坦白从宽、抗拒从严”的刑事政策,体现了“宽严相济”中的“宽”和“坦白从宽、抗拒从严”中的“坦白从宽”,同时,它又是对“坦白从宽”的一种发展,因为“认罪认罚”除了包括坦白外,还包括自首、当庭认罪、退赃退赔、赔偿被害人损失、刑事和解等多种情形。

“宽严相济”和“坦白从宽、抗拒从严”均包括宽和严两个方面,那么,“认罪认罚从宽”是否意味着“不认罪认罚从严”呢?显然,这是一个无法回避的问题。我国2012年修改后的《刑事诉讼法》在确立“反对被迫自证其罪”原则的同时保留了被追诉者的“如实陈述义务”,既然是一种义务,那么,被追诉者如果不如实陈述(不坦白),是否应当作为一种抗拒行为从严处罚呢?从国际视野来看,被追诉者的沉默权得到普遍的确立,在享有沉默权的前提下,被追诉者行使沉默权、辩护权,不坦白、不认罪认罚,或者虽然承认犯罪,但辩称不应追究刑事责任或者应当从轻、减轻或者免除处罚,均不应成为从重处罚的理由。我国刑事诉讼法已经确立了“反对被迫自证其罪”原则,有必要再往前走一步,承认被追诉者的沉默权(即使是最低程度的默示沉默权),以顺应国际潮流,避免将“不如实陈述”作为一种抗拒行为从重处罚。如张明楷教授所言,如果一种行为属于行为人犯罪后的常态(如不自首、不坦白、隐藏罪证、毁灭证据等),就不应当成为增加预防刑的情节。只有当犯罪后的抗拒超出了常态,而且具有期待可能性时,才能成为增加预防刑的情节。^[35]宽严相济刑事政策是对严打政策的纠偏,是一种和谐化的刑事政策,宽缓应当成为其中的首要要求。^[36]

当宽则宽、当严则严,这是罪刑法定原则的应有之义。认罪认罚从宽是在法律所规定的量刑幅度内从宽、是对基准刑的减少;不认罪认罚,虽然不能成为增加预防刑的情节,但是相对于被法律从宽处置的认罪认罚者,不认罪认罚者由于不能享有量刑上的优惠,实际上承受了比认罪认罚者更重的处罚结果。从此意义上说,认罪认罚从宽必然导致不认罪认罚“从严”,在此层面上,“坦白从宽、抗拒从严”的刑事

[33] 同前注[1],陈卫东文。

[34] 孟建柱:《完善司法管理体制和司法权力运行机制》,《人民日报》2014年11月7日第6版。

[35] 同前注[12],张明楷文。

[36] 参见孙万怀:《宽严相济刑事政策应回归为司法政策》,《法学研究》2014年第4期。

政策是成立的。但是,在罪刑法定原则的框架内理解“坦白从宽、抗拒从严”的刑事政策,应当对“抗拒”二字进行严格解释——指超出常态的行为,如犯罪后栽赃陷害、嫁祸于人,在通常情况下,可以说“坦白从宽,但抗拒不从严”,即“抗拒从严”仅是一种例外情形。

(二)刑法上认罪认罚从宽原则的确立及具体制度的体系化建构

认罪认罚从宽本质上是一种刑法规范,“认罪认罚”指向的是犯罪人犯罪后的一种表现,“从宽”则是在定罪、量刑、行刑上的一种宽缓处置。我国现行刑法及其司法解释对认罪认罚从宽已经作了不少具体规定,但尚缺乏一种体系化的建构。由于宽严相济刑事政策已经成为我国刑事法治中的重要指南,成为构建和谐社会的理念的重要体现,而认罪认罚从宽的立法精神也已获得广泛认同,因此,可以考虑在刑法中确立认罪认罚从宽原则,以昭示对认罪认罚行为给予普遍的、充分的积极评价。认罪认罚原则上从宽,意味着认罪认罚不从宽仅能作为例外而存在。

目前我国刑法关于认罪认罚从宽的规定分散在刑法总则、分则、《量刑指导意见》以及一些司法解释中,需要加以整合,以形成体系化的建构,以便充分地体现认罪认罚从宽的原则。认罪认罚从宽制度的体系化建构,其主要包括如下内容:(1)除了认罪从宽,认罚从宽也应在刑法总则中加以体现。目前刑法总则中规定的自首和坦白,均是认罪从宽制度。认罚从宽的规定体现在《刑法》第383条和第386条,即犯贪污罪、受贿罪,在提起公诉前如实供述自己罪行、真诚悔罪、积极退赃,避免、减少损害结果的发生,有第1项规定情形的(数额较大或者有其他较重情节),可以从轻、减轻或者免除处罚;有第2项、第3项规定情形的(数额巨大或者有其他严重情节、数额特别巨大或者有其他特别严重情节),可以从轻处罚。这里将“积极退赃”作为从宽处理的依据。《量刑指导意见》还将“退赔”“赔偿被害人损失”作为从宽处理的依据。认罚从宽的规定应当惠及所有的犯罪人,以体现法律面前人人平等的原则。(2)对于不同阶段认罪的从宽处理,应当予以统筹考虑。在刑法中,自首要求“自动投案,如实供述自己罪行”;坦白的主体为“犯罪嫌疑人”,即其在提起公诉前如实陈述自己罪行。《量刑指导意见》增加了“当庭自愿认罪”可以从宽处理的规定。可见,对于不同阶段的认罪,均可以从宽处理,刑法不应当将被告人如实供述自己罪行排除在从宽处理之外。只不过不同阶段的认罪,从宽处理的力度有所不同,如对自首者,可以从轻或者减轻处罚,在特定条件下,可以免除处罚;对坦白者,可以从轻处罚,在特定条件下,可以减轻处罚;对当庭认罪者,可以从轻处罚。(3)对于不同类型案件中的认罪认罚从宽,应当予以统筹考虑。现行刑法及其司法解释所规定的认罪认罚从宽,涉及特定案件中的特别规定。如区分犯罪轻重,规定犯罪较轻的案件中,犯罪人自首的,可以免除处罚;区分未成年人案件与成年人案件,规定未成年人“案发后如实供述盗窃事实并积极退赃”与其他因素一起作为“情节显著轻微危害不大”的情形;对于贿赂犯罪,规定了特别自首制度;对于贪污罪、受贿罪中的认罪认罚从宽,作了单独规定等。这表明,在不同类型的案件中,认罪认罚从宽原则应当如何具体化是一个需要深入研究的问题。对于轻微犯罪案件、未成年人犯罪案件,出于刑事政策方面的考虑,原则上可对认罪认罚者给予更为宽缓的处理;在确立了认罪认罚从宽原则之后,如果对贪污贿赂犯罪案件中的认罪认罚者“宽上加宽”,其正当性则存在疑问。(4)对于从宽处理的幅度,应当予以必要的限制。《量刑指导意见》针对认罪认罚的不同情形分别规定了从宽处理的上限:从减少基准刑的10%以下至50%以下。从英国、意大利等国的做法看,量刑折扣原则上不超过1/3。而我国所规定的量刑折扣最高可达到50%,特定情形下甚至可以达到40%~50%以上,明显过高,应当予以下调,以避免形成“剪刀差”,冲击罪刑相适应的刑法原则。在刑事和解的案件中,如果量刑折扣过大,将会造成司法正义以被告人的金钱来衡量的印象,进而损害公众对刑事司法的信任。

(三)刑事诉讼法上认罪认罚从宽机制的整体设计与制度重构

刑事诉讼法上的认罪认罚从宽制度贯彻于刑事诉讼的全过程,体现为各诉讼阶段对被追诉者所做的带有实体性色彩的处理,与刑法上的认罪认罚从宽制度形成了一种对应关系,体现出责任主义与刑事政策的约束和影响,这是由刑事法律的内在精神所决定的。在一些国家的刑事诉讼中,被告人认罪认罚

还被附加了程度不同的程序分流功能,甚至将量刑折扣作为被告人放弃正式审判的激励机制。认罪认罚所带来的程序简化能否被视为一种“程序上的从宽”,在理论上存在争议,因为如若将其视为“从宽”,将会导致正当程序被视为被告人的一种负担,但从刑事诉讼立法的初衷来看,正当程序显然被预设对被告人的一种保护,不能认为适用普通程序是“从严”而适用简易程序是“从宽”。在我国新一轮的司法体制改革中,更多地强调认罪认罚的程序分流功能,将其作为缓解“案多人少”矛盾的一项对策。据此,有学者将中国语境下的完善认罪认罚从宽制度归结为三个关键词:审前分流、繁简分化、程序激励,并将引入协商程序视为完善认罪认罚从宽制度的重心。^[37]这样的对策性研究主要从外在视角上展开,可能导致对认罪认罚从宽制度理解上的窄化,甚至可能会出现某种偏误。刑事诉讼法上认罪认罚从宽制度的完善,需要从基本原则、模式选择、正当性保障、程序体系等多方面进行整体性思考和设计。

1. 比例原则的适用。在现代法治国家,比例原则是公法的“帝王条款”。^[38]比例原则是调整国家权力和公民个人权利之间关系应当遵循的一项基本准则。比例原则发端于19世纪初的德国警察法,其原始含义包括三项子原则:手段符合目的的妥当性原则、手段所造成的损害最小的必要性原则以及手段对个人的损害与产出的社会利益相均衡的原则(又称为狭义比例原则或均衡性原则)。此后,比例原则逐渐延伸到宪法、刑事诉讼法等公法领域。^[39]刑法中遵循罪刑相适应原则,对认罪认罚从宽制度作了具体规定;在刑事诉讼中,依照刑法规定,对于部分认罪认罚的轻微案件,可相应做出罪处理,包括不立案、撤销案件、不起诉、附条件不起诉、宣告无罪等。这可视为是对比例原则的适用。除此之外,具体诉讼措施和诉讼程序的采用也涉及如何体现比例原则。刑事案件有严重与轻微之分,对于轻微案件,采用轻缓型诉讼措施和宽松型诉讼程序,对于严重案件,采用严厉型诉讼措施和严格型诉讼程序,方能符合比例原则之要求。从被追诉者的情况看,其人身危险性或社会危险性存在差异,对于人身危险性低的案件,采用轻缓型诉讼措施和宽松型诉讼程序,对于人身危险性高的案件,采用严厉型诉讼措施和严格型诉讼程序,方能符合比例原则之要求。被追诉者认罪认罚,在一定程度上表明其人身危险性降低,并且相应降低了案件的证明难度,控辩双方的对抗性也因此减轻,据此,可以考虑对其适用轻缓型诉讼措施和宽松型诉讼程序,且诉讼措施的轻缓程度和诉讼程序的简化程度应当与案件的严重、复杂、疑难程度以及控辩双方的对抗性程度呈正比。

2. 程序繁简分立的模式选择。从世界范围来看,刑事程序繁简分立存在两种不同的模式选择:一种是以大陆法系国家为代表的以案件疑难与否和罪刑轻重作为区分标准;另一种是以英美法系国家为代表的以被告人认罪与否作为区分标准。前者将发现案件的事实真相作为刑事诉讼的核心价值,后者更偏重于追求有效定罪。虽然自20世纪80年代以来,一些大陆法系国家借鉴了英美法系国家的做法,但在适用范围和条件上作了较为严格的限制。

我国1996年《刑事诉讼法》采取了大陆法系国家的模式,以案情简单轻微作为适用简易程序的主要依据;2012年《刑事诉讼法》改采英美法系国家的模式,以被告人认罪作为适用简易程序的主要依据。尽管我国适用简易程序的正当化依据与英美法系国家如出一辙,但出于对案件处理质量的担忧,在简易程序的具体设计上,并未照搬英美模式,而是采取了折衷的做法,因此出现了“简者不简”的问题。在此背景下,催生了刑事案件速裁程序的试点。对于适用速裁程序的案件,采用“被告人认罪”加“简单轻微”的双重标准,沿袭了2012年《刑事诉讼法》的思路,将被告人认罪作为前置性的考虑因素,同时兼采大陆法系国家通过速决程序处理微罪的做法。

我国的刑事简易速裁程序立法体现出强烈的实用主义倾向,两种模式兼而采之,导致简易速裁程序的适用范围最大化。相关的比较法研究表明,刑事简易速裁程序的具体设计应当在明确诉讼目标的前

[37] 同前注[2],魏晓娜文。

[38] 参见陈新民:《德国公法学基础理论》(下),山东人民出版社2001年版,第389页。

[39] 参见郝银钟、席作立:《宪政视角下的比例原则》,《法商研究》2004年第6期。

提下,依循以被告人认罪为前提或以案情简单轻微为前提的不同逻辑进路而展开,并将两者的结合限定在适当的范围之内,由此而形成多元化的程序建构。从刑事诉讼全过程来看,对于案情简单轻微的案件与被追诉者认罪认罚的案件,在不同的诉讼阶段都应有一定的程序回应,但回应的具体方式显然存在差异。比如,对于案情简单轻微的案件,即使被追诉者不认罪认罚,也可适用刑事处罚令等简易速裁程序;对于严重犯罪案件(如死刑案件),即便被追诉者认罪认罚,也不宜适用简易速裁程序;相对不起诉和附条件不起诉制度,仅适用于轻微犯罪案件,而不能适用于被追诉者认罪认罚的重罪案件,等等。

3. 认罪认罚与程序简化的正当性保障。认罪认罚所带来的程序简化应当以普通程序的正当化为前提。我国1996年和2012年刑事诉讼法的修改均以普通程序的正当化为基本目标,同时兼顾诉讼效率的提高。党的十八届四中全会决定提出要推进以审判为中心的诉讼制度改革,这一改革以实现庭审实质化为核心内容,完善认罪认罚从宽制度作为一项配套性措施被提出。正如有学者所言,“以审判为中心的诉讼制度与认罪认罚从宽制度的关系实质上是刑事诉讼中对办理案件的应然要求与实然需要的关系”^[40],如果脱离了普通程序的正当化这一背景或前提,单纯追求认罪认罚所带来的程序简化,我国的刑事诉讼制度改革将会失去基本方向。

认罪认罚所带来的程序简化,以被告人放弃正式审判作为正当性来源。应当说,这一根基并不牢固,它与实质真实原则之间存在着冲突。以量刑折扣激励被告人选择简易、速裁程序,在司法实践中产生了明显的弊端。在英美法系国家,“许多无辜的被告人在答辩有罪后被定罪”^[41],“研究表明许多被告并没有把判决结果的不同看作是给作有罪答辩者减刑,而是看作强加给那些到法庭上去行使自己权利的人的一种惩罚。对于这些被告人,他们从结果中得到的不公正的感觉,只会导致很难感化和改过自新。”^[42]应该认识到,“刑事被告人有权要求对指控以法定方式审判,无论认为有罪证据多么有力。不能将刑事审判看作不受欢迎的负担,而是程序的合乎逻辑的正当结果。因此,惩罚坚持审判的被告人,或者以坚持审判就会有不利后果相威胁,只会损害制度的目标。”^[43]

为了保障认罪认罚所带来的程序简化具有最低限度的正当性,需要满足以下几个支撑性条件:其一,被告人的认罪认罚应具有自愿性、真实性和明智性,无论是检察官还是法官,都不应对被告人施加任何压力,迫使他们认罪认罚;其二,被告方应当在信息充分的情况下自愿做出程序选择,控诉方应当将有利于被告人的证据和不利于被告人的证据一并开示给被告方;其三,被告人应当获得辩护律师的有效帮助;其四,法官应当对被告人认罪认罚的自愿性、真实性和明智性进行严格的审查;其五,应当要求案件存在被告人认罪认罚的事实基础;其六,应当保障被告人的上诉权或有条件的上诉权。

4. 引进辩诉交易制度之利弊考量。辩诉交易自产生以来,一直受到激烈抨击。然而,越来越多的刑事司法制度因为现实的需要而依赖于它。辩诉交易可以节省审判费用和时间,可以得到“可靠”的定罪,而且,有些案件庭外解决比当庭解决效果要好。但是,辩诉交易具有明显的缺陷,如造成无辜者被认定有罪的风险、不公正的让步、给检察官制造了过重指控被告人的诱因、削弱了程序的公正性、增加了量刑上的不平等、忽视了被害人的权利、降低公众对法律的尊重等。

辩诉交易是一项充满了理论和实践争议的制度。从理论方面看,国外学者对辩诉交易的评价大致可以从权利视角和合同视角来加以分析。辩诉交易在保障被告人权利与体现交易自由方面具有积极意义,如彰显了被告人的程序主体地位、一定程度上有利于控辩双方,但也存在一些问题,如削弱了无罪推定原则、影响了法律的平等适用、导致对有罪供述的自愿性的破坏、交易过程中胁迫、欺诈和不公等情形

[40] 顾永忠:《关于“完善认罪认罚从宽制度”的几个问题》,载《中国刑事诉讼法学研究会第二次会员代表大会暨2016年年会论文集》,第315页。

[41] See C. Ronald Huff & Arye Rattner & Edward Sagarin, *Convicted but Innocent: Wrongful Conviction and Public Policy*, Sage Publications, 1996, p.73.

[42] 同前注[17],麦高伟、杰弗里·威尔逊主编书,第337页。

[43] [美]哈伯特·L.帕克:《刑事制裁的界限》,梁根林等译,法律出版社2008年版,第221页。

无法避免。从实践方面看,采取辩诉交易制度,需要解决制度设计中的一系列相关问题,如辩诉交易是否需要以有罪答辩为前提?是否应当对辩诉交易的案件范围加以限制?检察官在交易中的自由裁量权应限制在何等程度?能否允许法官参与答辩讨论?法官是否应当指明可能判处的最高量刑?法官在多大程度上受“协议”约束?是否应当听取被害人意见并受被害人意见的约束?对于这些问题,英美及大陆法系国家的实践并未提供统一的答案。

国际刑事法院在成立时对辩诉交易问题进行了详细的讨论,最后作为妥协的结果是接受了大陆法系的原则,将辩诉交易作为证据中的一项。法院基于“公正利益”,从被害人利益的角度审议案件事实,可以要求检察官进一步提供证据,也可以决定进行审理。根据《罗马规约》第65条第5款的规定,检察官和辩护方之间就修改指控、认罪或判刑所进行的任何商议,对国际刑事法院不具有任何拘束力,但这一规定并未完全排除辩诉交易的可能性。^[44]

由于辩诉交易制度所具有的“两面性”——既具有积极意义,又具有消极影响,因此,在我国是否应当引进辩诉交易制度,属于一种政策性选择。如果选择引进,需要改变现行的诉讼观念,改进相关的制度环境,以保障有罪答辩的自愿性和辩诉交易的公平性。此外,还需要回答英美及大陆法系国家有关辩诉交易的实践中所提出的一系列有争议的问题。在我国目前对被追诉者的权利保护尚不充分、程序公正观念立足未稳、司法腐败时有发生、普通程序相对简易的情况下,引进辩诉交易制度,潜藏着司法不公的巨大风险。即便选择引进辩诉交易制度,也应当将其限制在量刑协商,^[45]仅能在可能判处3年以下有期徒刑的案件中适用;法院独立进行审查,不受量刑协议的约束;法院应当听取被害人的意见,但不受被害人意见的约束。

5. 程序分流的多元化建构。在审判前程序中,依现行《刑事诉讼法》的规定,因被追诉者认罪认罚所带来的程序分流主要包括以下几种情形:其一,在犯罪情节轻微和被告人认罪认罚两个因素相叠加的部分案件中,依照刑法规定,可以对被追诉者作出罪处理。其二,在符合刑事和解条件的公诉案件(可能判处7年以下有期徒刑)中,被追诉者认罪认罚且双方当事人达成和解协议,公安机关可以建议检察机关、检察机关可以建议审判机关从宽处理;对于犯罪情节轻微的案件,检察机关可以作出不起诉决定。其三,在审查起诉阶段,检察机关对部分未成年人刑事案件(可能判处1年以下有期徒刑),被追诉者认罪认罚的,可以作出附条件不起诉决定。为了强化认罪认罚在审判前程序中的程序分流功能,可以考虑进一步扩大刑事和解制度和附条件不起诉制度的适用范围,取消不起诉案件由检察长或者检察委员会决定的规定,对于作出罪处理的案件,赋予公安机关和检察机关一定的处罚权,如责令赔偿、道歉、缴纳一定数额的罚款、接受社区监督、禁止在一定时间内从事某种职业或某项活动等,赋予当事人不服不起诉决定时向人民法院申诉的权利。^[46]

在审判程序中,依现行法律规定,简易程序的适用范围为被告人认罪的、可能判处25年有期徒刑以下刑罚的案件。刑事诉讼法对简易程序的审判组织和审理期限作了区分性规定,即适用简易程序审理案件,对可能判处3年以下有期徒刑以下刑罚的,可以组成合议庭进行审判,也可以由审判员1人独任审判;对可能判处的有期徒刑超过3年的,应当组成合议庭进行审判。适用简易程序审理案件,人民法院应当在受理后20日以内审结,对可能判处的有期徒刑超过3年的,可以延长至1个半月,但在具体操作程序上则基本一致,在司法实践中导致了“简者不简”的问题。这也是刑事速裁程序的设立被提上议事日程的重要原因。从总体上看,我国现行简易、速裁程序的设计本身的层次化不够,是一种较为粗糙的处理方式,无法很好地兼顾公正与效率两大诉讼目标,需要遵循比例原则,进行多元化改造。其具体设想如下:

[44] 参见朱文奇:《国际刑事诉讼法》,商务出版社2014年版,第336页。

[45] 这是对意大利、法国、德国辩诉交易立法的借鉴,而在我国,关于定罪,检察官的自由裁量权极为有限,制约了控辩双方协商的空间。

[46] 参见张智辉:《认罪认罚与案件分流》,载《中国刑事诉讼法学研究会第二次会员代表大会暨2016年年会论文集》,第393页。

第一,对于可能判处3年以上有期徒刑的案件,适用普通程序简化审,重在庭审程序的相对简化,基本维持现有法律规定不变。第二,对于可能判处3年以下有期徒刑的案件,适用简易程序,统一采用法官独任审判。第三,对于可能判处1年以下有期徒刑的案件,适用速裁程序,采取审查讯问式,且实行侦查、起诉、审判的全程提速。第四,对于可能判处有期徒刑的案件,可考虑增设刑事处罚令程序,进行书面审理。

四、结语

“认罪认罚从宽”滥觞于“坦白从宽、抗拒从严”和“宽严相济”的刑事政策,是新的历史条件下对其中宽缓一面的发展,旨在解决在法律规范层面如何更好地让其落地的问题。认罪认罚从宽在我国刑法和刑事诉讼法中已有较为充分的体现,但尚有进一步完善的空间。在刑法中,可考虑将其作为一项原则予以规定,以体现对认罪认罚者给予普遍有效的积极评价,并在此基础上,对现有法律及司法解释中的规定进行整合,对不同阶段、不同类型案件中的认罪认罚予以具体化,并对从宽的幅度予以必要的限制。在刑事诉讼中,被追诉者认罪认罚除了带来实体性处理的轻缓化,还被赋予外在的程序分流功能。与刑法上的罪刑相适应原则相对应,刑事诉讼法上需遵循比例原则确定诉讼措施的轻缓程度和诉讼程序的简化程度,被追诉者认罪认罚是其中重要的考量因素。因被告人认罪认罚而带来程序简化,其正当性来源是被告人自愿放弃正式审判,它需要以被告人认罪认罚的自愿性、真实性、明智性等为支撑条件。被追诉者认罪认罚,使得以对抗为基本特征的刑事诉讼带有了合作的色彩,但控辩双方能否通过讨价还价确定最终的量刑,却是一个充满争议的问题。在目前的司法环境下,如果引进量刑协商制度,潜藏着司法不公的巨大风险。从总体上看,以被追诉者认罪认罚为前提构建程序分流机制,在审判前程序中应侧重于通过起诉便宜主义强化程序分流功能;在审判程序中则需依据案件轻重程度不同,构建多元化的简易速裁程序。

党的十八届四中全会决定将完善认罪认罚从宽作为审判中心和庭审实质化的配套措施而提出,试图通过扩大简易速裁程序的适用,缓解案多人少的现实困境。在刑事诉讼中,被追诉者认罪认罚对程序构建的影响沿着两条不同的线索展开:其一是大陆法系国家和英美法系国家两种不同的程序繁简分流模式,其中在英美法系国家纠纷解决型的诉讼模式下,被告人认罪认罚的程序分流功能得到了极大的发挥;其二是对抗式司法与协商式司法两种不同的刑事司法模式,协商式司法既包括当事人之间的协商——刑事和解,也包括控辩双方之间的协商——辩诉交易,被追诉者认罪认罚是协商式司法得以进行的前提条件。以上两条线索的背后缠绕着不同诉讼价值观之间的冲突,在中国语境下对于认罪认罚的程序分流功能给予恰当的定位,涉及不同模式的选择以及不同诉讼价值观的交织,因此必然是一个复杂、艰难且歧见丛生的话题。

在德国、法国等国的刑事司法改革中,实用主义的影响正在加剧,有法国学者主张“摒弃纯理性的判断,采用更务实的态度,在实践中发现问题,在实践中解决问题”。^[47]但是,以实用主义为主导的刑事司法改革必将带来对传统正义观的侵蚀和消解,最终导致公正与效率两败俱伤。在我国关于完善认罪认罚从宽制度的讨论中,需要少一些实用主义,多一些理性分析,坚持将尊重司法规律作为改革的首要原则,在政策立法化或立法政策化的过程中,恪守刑事法治的底线要求,以避免因程序过于松弛而造成冤假错案。

(责任编辑:于改之)

[47] 同前注[21],施鹏鹏书,第148页。