

## 认罪协商程序公开及其路径选择

张青

**内容提要:**认罪认罚从宽制度改革带来了刑事诉讼整体结构的巨大转变:庭审程序大幅简化,诉讼程序重心从审判阶段前移至审前控辩协商阶段。传统以审判为中心的程序保障尤其是程序公开原则因此亦须延伸至审前认罪协商阶段。从比较法视野看,认罪协商主要有控辩二元模式、司法参与模式与司法主导模式下的程序公开路径。我国现行认罪协商系以检察官为主导的控辩协商机制,法官并不提前介入,其更接近于控辩二元协商模式下的程序公开。囿于信息披露与权利告知不足以及协商过程的封闭性,实务中的控辩协商极易演变为检察机关利用系统性压力所实施的单方决策活动,进而危及认罪认罚从宽制度的正当性基础。立足中国语境,认罪协商程序公开路径之优化,宜以司法参与模式下的程序公开为参照,适当引入法官提前介入机制,强化专门机关的信息披露与告知义务,健全协商过程正式性与透明性的制度保障,使之符合正当法律程序之最低要求。

**关键词:**认罪认罚从宽 认罪协商 正当法律程序 程序公开

张青,云南大学法学院教授。

## 一 问题的提出

长期以来,刑事审判都“被视为是整个诉讼程序中的高潮”。<sup>〔1〕</sup>但随着世界范围内越来越多的嫌疑人被鼓励通过有罪答辩放弃正式审判,“审判……不全然已经濒临绝迹,却也变成了一种少数现象”。<sup>〔2〕</sup>在此种全球背景下,我国2018年《刑事诉讼法》亦正式确立了认罪认罚从宽制度,而且该制度的适用率、量刑建议采纳率在2022年已分别超过90%和98.3%。<sup>〔3〕</sup>由此带来了刑事庭审程序的大幅简化和诉讼重心的前移。一方面,根

〔1〕 [德]克劳斯·罗科信著:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,第390页。

〔2〕 [德]Thomas Weigend:《当你可以对正义讨价还价,为什么还要审判?》,载[英]Antony Duff等编《审判的试炼II:裁判与到场说明权责》,颜华歆译,我国台湾地区民间司改会2015年版,第273页。

〔3〕 参见张军:《最高人民法院工作报告》(2023年3月7日第十四届全国人民代表大会第一次会议)。

据《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》(下称“《指导意见》”)的有关规定,认罪认罚案件主要采取速裁程序、简易程序与普通程序简化审理等简化审判方式。另一方面,被告人对正式审判的放弃以及更为合作的态度,使得刑事审判事实认定与权利保障的制度功能在整个诉讼程序中的重要性相对下降。再者,法律规范赋予了检察机关在认罪认罚案件中的主导地位,其不仅在审查起诉阶段主持控辩协商,据此提出的量刑建议除法定情形外法院一般应予采纳,而且犯罪嫌疑人在侦查阶段认罪认罚的实体“从宽”效果亦取决于检察机关后续审查监督与控辩协商情况。但在传统诉讼理论与制度安排中,被追诉人的权利保障却多以审判为中心加以建构,因此前述程序转变势必会对犯罪嫌疑人的诉讼权利带来新的挑战,刑事司法亦将面临较大的合法性危机。

对此,无论是理论学说还是实务见解仍然多从传统路径出发,将认罪认罚从宽置于审判中心主义话语体系下加以讨论,从而造成理论与现实的疏离与错位。一定程度上,这也是被追诉人权利保障面临巨大压力的内在成因之一。诚如学者在论及辩诉交易对美国刑事司法所造成的危机时所言,“依传统把审判当作刑事司法系统的核心,并不符合刑事处罚制度的现实。因此通过重构和改革刑事审判来完善刑事司法系统的政策设计注定会失败”。<sup>[4]</sup> 鉴于此,有必要转换研究视角,正视刑事诉讼程序的结构转变,针对认罪认罚从宽案件系统地构建以审前控辩协商程序为重心的正当程序理论,“将审判阶段的程序保护措施延伸至协商程序”,<sup>[5]</sup> 确保被追诉人自愿、明知且理性地认罪认罚。其中,作为现代刑事诉讼区别于秘密的纠问式诉讼模式诸原则得以落实的基本保障,公开原则系正当法律程序的核心意涵。因此重构正当法律程序之关键亦即重新审视公开原则在审前阶段尤其是控辩协商程序中的地位与功能。

## 二 认罪协商程序公开的法理阐释

一般认为,程序公开原则仅系审判公开原则,并不包含审前程序公开。在认罪认罚从宽制度改革带来诉讼程序结构性转变的背景下,公开原则的适用范围应随之拓展适用于审前的控辩协商阶段。

### (一) 认罪协商程序公开的内涵厘定

作为刑事程序公开的重要一环,认罪协商阶段的程序公开从广义上看,系指控辩协商的方法、步骤与过程应公开透明,其核心是保障利益相关的诉讼主体在认罪协商程序中的知情权、自主权以及协商过程的可复查、可监督与可追责性。相较审判公开,认罪协商程序公开的阶段、对象和范围明显不同。

首先,认罪协商程序公开的阶段。根据《刑事诉讼法》与《指导意见》的规定,认罪协商主要出现于审查起诉阶段。因此,认罪协商程序公开的阶段即以审查起诉为核心的审

[4] Markus Dirk Dubber, American Plea Bargains, German Lay Judges, and the Crisis of Criminal Procedure, 49 *Stanford Law Review* 547, 551 (1997).

[5] Markus Dirk Dubber, American Plea Bargains, German Lay Judges, and the Crisis of Criminal Procedure, 49 *Stanford Law Review* 547, 552 (1997).

前阶段。传统诉讼理论之所以对审前程序公开持怀疑态度,主要基于侦查利益及保护无辜者之考量,担心公开会“妨碍真相的发现;会阻碍证人与被告人如实作证”,以及“无辜者会受到无妄的曝光之灾”。〔6〕然而在认罪协商的场合,犯罪嫌疑人对指控的主要犯罪事实已无异议,仅就个别事实情节、程序适用、量刑类型与幅度等事项与检察机关开展沟通、对话,故这一阶段的程序公开对于追诉犯罪以及无辜者利益之不利影响将大幅减轻。

其次,认罪协商程序公开的对象。从一般意义上看,程序公开分为面向当事人的公开和面向社会公众的公开。前者允许并确保诉讼关系人实质性地参与诉讼程序,后者则允许普通公民旁听和监督程序推进。尽管认罪协商的程序公开在很大程度上能够避免传统诉讼理论所忧虑的种种弊端,然而其毕竟处于审前阶段,嫌疑人的罪行是否达到充分证明的程度有待审查,补充侦查程序仍有开启可能,程序发展方向与嫌疑人的命运尚存较大的不确定性。为避免后续诉讼进程受到过多外部干扰,以及对嫌疑人回归社会与隐私权的必要保护,认罪协商程序公开更偏重于向诉讼当事人的公开。此外,为平衡控辩关系,防止检察官专断,认罪协商程序公开的对象,还应包含作为中立第三方的审判人员。

最后,认罪协商程序公开之范围。犯罪嫌疑人同意适用认罪认罚从宽,系对程序与实体利益的重大处分行为,对其实体裁判结果以及程序权利行使将产生深远影响。即使嫌疑人撤回认罪认罚,基于其先前陈述形成的指控证据体系亦几乎不受影响,何况已经进入司法人员头脑中的有罪供述也不会因嫌疑人撤回而自动清除。于此情形,认罪协商即成为犯罪嫌疑人实质性地参与自身案件决策的关键环节。对被害人而言,这也是其影响裁判结果的决定性阶段。因此,认罪协商程序公开之范围,应以搭建理性、对等、透明的沟通环境,以实现“一种无强制的同意”为内在要求。〔7〕一方面,为保障当事人真实地理解认罪认罚从宽的法律意义及后果,须有充分的信息披露与律师帮助;另一方面,要为司法监督以及最低限度的公众参与提供合适的管道。

## (二) 认罪协商程序公开的实质要件

认罪协商程序公开原则的实现,除在形式上要求协商程序向当事人等诉讼主体适度公开,还包括披露关键信息、充分告知权利与义务以及维持协商过程透明性等实质要件。

第一,关键信息披露。理性决策的前提是掌握足够与决策事项相关的信息资料。在认罪协商程序中,控辩双方各自就案件走向及其结果交换意见并做出决策。从有罪答辩的自愿性和明智性层面看,如若“在证据强度以及案件经过审判或者有罪答辩后的预期量刑方面缺乏可靠的信息,被告人不可能就放弃审判权作出理性的选择”。再者,“控辩双方对于审判与交易结果拥有进行评估的合理信息量”,也是“协商程序产生公正与准确结果的前提”。〔8〕为避免因信息不透明而形成权力运作的“黑箱”,控辩双方在举行认罪

〔6〕 [瑞士]萨拉·J. 萨默斯著:《公正审判:欧洲刑事诉讼传统与欧洲人权法院》,朱奎彬、谢进杰译,中国政法大学出版社 2011 年版,第 59 页。

〔7〕 参见[德]哈贝马斯著:《在事实与规范之间:关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,生活·读书·新知三联书店 2003 年版,第 204 页。

〔8〕 Jenia Iontcheva Turner, Judicial Participation in Plea Negotiations: a Comparative View, 54 *The American Journal of Comparative Law* 199, 207 (2006).

协商之前,控方有义务向辩方开示并确保被追诉人实质性地理解所有相关证据材料。

第二,权利与后果的充分告知。犯罪嫌疑人现代刑事诉讼中并非单纯被追诉的客体,而是享有一系列程序权利的诉讼主体。此种诉讼主体地位,非但不因认罪协商程序的引入而有所贬损,反而基于理性沟通的需要而更加重要。在认罪协商程序中,很重要的是“被告真正理解指控和自己请求的意义和涵义,以及其他被告可选择的项目”。<sup>[9]</sup>因此,在启动协商程序之前,公权力机关应以便于被告人理解的方式,就其享有的自愿认罪认罚、获得有效律师帮助与撤回有罪答辩等诉讼权利,以及认罪协商的效力、法院的预期裁判结果和可能的不利后果等予以充分告知与说明。

第三,协商过程的透明性与可复查性。鉴于侦控机关在认罪协商程序中的强势地位,“被告必须有强大的‘配备’与‘筹码’,才能与检察官‘讨价还价’”。<sup>[10]</sup>因此,在确保被追诉人充分知情权的同时,还有必要引入外部监督机制,提升协商程序的透明性与可复查性。首先,要确保被追诉人获得实质性的律师帮助,以平衡控辩之间的力量悬殊;其次,给予被害方适当的参与机会,这既是认罪协商所蕴含的恢复性司法理念以及被害人权益保障的内在要求,亦是纾解协商程序过度封闭的有效举措;最后,协商场所与过程应具有最低限度的“公共性”。如论者所言,“由于程序公开仍然是现代刑罚制度的一项重要原则,将认罪协商记录在案要优于检察官办公室或法庭走廊上的秘密交易,以及把公开认罪协商简化成一场虚伪表演的做法”。<sup>[11]</sup>认罪协商应于专门的公共空间进行,以便就协商过程与结果加以记录,从而为事后可能的内部科层式责任追究与司法审查奠定基础。

### (三)认罪协商程序公开的制度价值

首先,保障协商过程的公正性。由于具备最完整的权利保障机制,审判被“公认是避免国家与官员滥用权力的方法”。<sup>[12]</sup>随着认罪协商的兴起以及诉讼程序重心的前移,传统以审判为中心的权利保障机制越来越难以满足实践需求。作为回应,满足了认罪协商程序公开性与透明性的要求,既能防止拥有资源和信息优势的公权力机关对嫌疑人施加不当压力,确保协议过程及结果真正出于嫌疑人之自愿;又能缓解协商过程中因信息不对称而可能出现的认识偏差乃至引诱、欺骗、威胁等策略行为,增强协商过程的公正性。

其次,助益于协商结果的准确性。一方面,确保协商结果具备基本事实基础。在认罪协商程序中,影响协商结果真实性的主要风险来自公诉机关滥用其主导地位。通过适当提升认罪协商程序的公开性,可以有效平衡控辩双方的力量对比,从而防止嫌疑人被迫做出虚假认罪认罚。另一方面,促进量刑建议精准化。无论从域外经验还是我国刑事诉讼立法看,控辩协商结果原则上对法官均无强制约束力,这就意味着检察院和法院在具体量刑上不可避免地存在潜在分歧。公开原则下充分的信息展示与意见交流,可以提升量刑

[9] [英] Antony Duff 等编:《审判的试炼Ⅲ:刑事审判的新规范理论》,李姿仪译,我国台湾地区民间司改会 2015 年版,第 187 页。

[10] 黄朝义著:《刑事诉讼法》(第五版),我国台湾地区新学林出版股份有限公司 2017 年版,第 693 页。

[11] Markus Dirk Dubber, American Plea Bargains, German Lay Judges, and the Crisis of Criminal Procedure, 49 *Stanford Law Review* 547, 601 (1997).

[12] [英] Antony Duff 等:《导论:建构刑事审判的规范理论》,载[英] Antony Duff 等编《审判的试炼 I:真相与正当法律程序》,万象译,我国台湾地区民间司改会 2015 年版,第 4 页。

建议的准确性,有效填补量刑建议与最终科刑之间的鸿沟。

最后,提升诉讼效率。嫌疑人认罪认罚及程序简化本身并不必然带来诉讼效率的提升,一旦协商失败或被追诉人反悔乃至上诉,不仅浪费诉讼资源,程序的流转与救济还将造成诉讼拖延。故认罪认罚从宽制度效率价值之实现,还取决于控辩协商的成功率以及协商结果的确信性与稳定性。对此,认罪协商程序公开通过强制信息披露与权利告知、程序透明性的增强以及监督、追责机制的引入等措施,为程序参与者搭建起一个理性沟通平台,控辩协商类似于各方主体寻求共识的过程,认罪协商结果则因包含主体各方共同接受的“有效性要求”而产生“相互性的责任和义务”,<sup>[13]</sup>即对于结果的真诚接受与遵守。

### 三 我国认罪协商程序公开的问题检视

从认罪协商程序公开的实质要件来看,我国控辩协商程序具有明显的封闭性特征。最高人民法院虽先后出台了《人民检察院办理认罪认罚案件监督管理办法》(下称“《办法》”)、《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》(下称“《同录规定》”)与《人民检察院办理认罪认罚案件开展量刑建议工作的指导意见》(下称“《量刑建议指导意见》”)等文件,就控辩协商程序公开作出了规定,但仍存较大的完善空间。

#### (一) 信息披露与获取不充分

一方面,表现在控方证据展示形骸化。我国采职权主义国家通行的立法例,通过向辩护方公开全部案卷而非设置独立的证据开示程序展示控方证据。为保障犯罪嫌疑人的知情权和认罪认罚的真实性及自愿性,《指导意见》第 29 条明确授权检察院可以针对案件具体情况,探索证据开示制度。这意味着在认罪认罚案件中,辩护方于阅卷权之外还可能通过相对独立的证据开示了解案件信息。然而,囿于相关配套措施的碎片化,此种“阅卷”加“开示”的证据展示效果较为有限。一是表现在有效的律师帮助缺位制约阅卷效果。根据现行法律规范,控辩协商阶段享有阅卷权的主体包含辩护律师、非律师辩护人与值班律师。受律师辩护率及规范本身的局限,三类主体的阅卷效果并不理想。辩护律师虽享有完整的阅卷权,但我国一审律师辩护率仅 20% 左右;<sup>[14]</sup>非律师辩护人阅卷须事先获得检察院的审查许可。因审查标准与程序模糊,申请阅卷面临重重困难。而值班律师则被“见证人化”。为适应认罪认罚从宽制度改革,《指导意见》第 12 条将阅卷权的主体拓展至值班律师,并为《法律援助法》所吸纳。但受制于权能有限、激励不足以及人员短缺等多重因素,实务中的值班律师非但没有足够的能力与动力行使此项“权利”,甚至沦为认罪认罚程序合法性的见证人与背书者。<sup>[15]</sup>由于缺乏有效的律师协助,认罪协商“基本上被塑造成检察官与嫌疑人的协商”。<sup>[16]</sup>二是表现为检察官主动“开示”证据功利化

[13] 龚群著:《道德乌托邦的重构——哈贝马斯交往伦理思想研究》,商务印书馆 2003 年版,第 143-144 页。

[14] 参见王禄生:《论刑事诉讼的象征性立法及其后果——基于 303 万判决书大数据的自然语义挖掘》,《清华法学》2018 年第 6 期,第 135 页。

[15] 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,第 12-23 页。

[16] 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,第 8 页。

趋势。《指导意见》第 29 条概括授权检察机关“可以探索”证据开示制度,赋予检察机关在证据开示中便宜行事的权力。由于缺乏相关细则以及必要的权力规制机制,为促使被追诉人尽早认罪认罚,检察官在实务中易于选择性地出示证据。此种实践还获得了《量刑建议指导意见》第 26 条的正式认可,规定检察院“必要时可以通过出示、宣读、播放等方式向犯罪嫌疑人开示或部分开示影响定罪量刑的主要证据材料,说明证据证明的内容,促使犯罪嫌疑人认罪认罚”。从立法技术上看,“一项法律的阴影范围越大,调整对象和执法人员就有越多的机会用自由裁量权来解释这项法律,他们也就越有可能不按法律的意旨行事”。<sup>[17]</sup> 囿于规范层面的模糊态度,不仅证据开示制度难以发挥强制拘束力,而且为检察官的策略行动提供了新的“砝码”。

另一方面,辩方律师调查取证权窒碍难行。在我国,仅辩护律师拥有有限的调查取证权,适用范围更广泛的值班律师并不享有该权利。根据《刑事诉讼法》第 43 条规定,辩护律师自行调查取证须以证人或者其他有关单位和个人同意为前提;如取证对象为被害人或其近亲属、被害人提供的证人,除需征得本人同意外,还要经检察院或者法院许可,这明显增加了律师取证的难度。《律师法》第 35 条虽授权辩护律师凭律师执业证书和律师事务所证明,可直接向有关单位或个人调查与承办法律事务有关的情况,但因其位阶与效力上存在广泛争议,实践中并未适用。为减少取证阻力,规避“伪证”风险,辩护律师多援引《刑事诉讼法》第 43 条的规定,申请检察院、法院调查取证。即使如此,也因处理程序、审查标准等规制缺位以及相关司法解释的高度概括而难以实现。

## (二) 权利与风险告知程序虚置

一方面,权利与风险告知的法律规范不足。《刑事诉讼法》第 173 条仅笼统规定,嫌疑人认罪认罚的,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,但并未明确告知内容、方式及违反后的程序性制裁。在有关规范性文件中,《同录规定》第 4 条详细规定了检察机关在进行常规权利与认罪认罚制度告知的同时,尚需释明认罪认罚的法律性质和法律后果;检察机关不仅要告知认定的犯罪事实、罪名、处理意见,提出的量刑建议、程序适用建议,还要对前述事项予以说明。这些规定虽有弥补作用,但并未真正改变权利与后果告知程序在规范层面的模糊性。如“释明”与“说明”的范围仍显狭窄,对于“犯罪嫌疑人、被告人无正当理由反悔的法律后果”仅要求“告知”,而未纳入“释明”或“说明”的范畴,易对被追诉人自主权造成不当压力;而且“释明”“说明”与“告知”本身的标准与程度亦不清楚。

另一方面,告知义务履行的工具主义倾向。囿于法律规范的不足,实践中的权利与风险告知往往约化为《认罪认罚从宽制度告知书》与《认罪认罚具结书》的签署。尽管检察官在刑事追诉中肩负客观义务,然而客观公正与犯罪追诉之间的内在紧张关系使其存在天然的局限性。在刚性法律规范缺失的背景下,检察官的客观义务极易“流于伪善的钓鱼式查证”。<sup>[18]</sup> 在认罪协商中,即使法律上的告知义务极为有限,检察官仍更多关注形式

[17] [美]安·塞德曼等著:《立法学:理论与实践》,刘国福等译,中国经济出版社 2008 年版,第 339 页。

[18] 蔡碧玉等著:《检察官伦理规范释论》,中国检察出版社 2016 年版,第 37 页。

要件的“合规”而止步于法律文书的口头“宣读”。不惟如此,部分检察官出于认罪认罚从宽适用率及办案效果的考量,甚至策略性地操纵权利告知的方式与内容。再者,从认罪认罚文书的文本看,亦呈现出显著的工具主义特征。一是权利告知过于间接、隐晦。权利告知应然之意在于使听者知悉并理解其诉讼权利,但“在言外之的或目的同一维度,可能会有不同程度的力度或承诺”。<sup>[19]</sup> 两份文书仅列出了被追诉人约见值班律师以及拒绝和撤回认罪认罚的权利,而对获得有效律师帮助、知悉案件有关情况、参与认罪协商、诉讼程序选择与救济等重要事项则采用一种间接、隐晦的表述方式,因此削弱了权利告知的表达力度。二是后果告知有司法压制之虞。风险提示是被追诉人明智、理性和自愿认罪认罚的前提,然而文书中的风险告知更多出于稳定被追诉人具结行为之目的,宣示检察机关量刑建议的裁判约束力,却未详列《刑事诉讼法》第 201 条“一般应当采纳”的例外规定;同时,仅概括晓谕被追诉人签署具结书后反悔、撤回与不当上诉面临的不利量刑调整,但对于重新提出量刑建议的考量因素、重新认罪认罚后从宽幅度的确定依据等并未涉及,且将尚存争议的“防御型抗诉”作为后果加以告知,<sup>[20]</sup> 在缺乏有效律师帮助的情况下,极易变成履行告知义务外衣下的司法压制。三是知情自愿声明的潜在虚假性。相较权利和义务告知的含混不清,被追诉人“知情自愿”声明条款尤为具体、严密,除本人签署以外,辩护律师或值班律师亦须签字予以“证明”。囿于值班律师功能虚化以及检察官的功利性动机,多数被追诉人根本无法理解这些自愿性声明的法律意义与后果。

### (三) 协商过程透明性与可复查性不足

首先表现为协商程序主体结构失衡。各类程序主体的实质参与,是维系协商过程公开、透明的前提。我国认罪协商程序参与者包含控辩双方及被害方等三方主体,法官一般并不提前介入。一是检察机关因身兼法律监督与公诉等多重职能,又在立法上被授予诸多自由裁量权,故在协商程序中居于强势地位。二是由于被追诉人大多没有聘请辩护律师,而值班律师又普遍存在“见证人化”的问题,因此多数情况下不得不单独面对强大的公诉方,难以实质参与协商。三是在被害方参与方面,《刑事诉讼法》第 173 条仅有粗略规定。《指导意见》第 16 至 18 条细化了听取被害人意见的程序规范,明确将被追诉人是否与被害方达成和解协议、调解协议或赔偿被害方损失,取得被害方谅解,作为从宽处罚的重要考虑因素,新增专门机关促进和解谅解程序与被害方异议处理机制。然囿于被害人意见的效力边界模糊、对被害人权利告知与释明不充分以及缺乏必要的法律帮助等,制约了被害方的参与效果。此外,《同录规定》及《量刑建议指导意见》关于检察机关调整量刑建议的规定,均未涉及听取被害方意见。

其次,协商场所与方式过于随意。《刑事诉讼法》对控辩协商的场所与方式无特别规定,而是通过司法解释性文件予以规范,其中以《办法》的规定最为翔实。《办法》第 3 条规定,检察机关听取意见可以采取当面或者电话、视频等方式进行;第 4 条规定,如若辩护

[19] [美]约翰·R·塞尔著:《表达与意义》,王加为、赵明珠译,商务印书馆 2017 年版,第 16 页。

[20] “防御型抗诉”指检察机关通过抗诉剥夺上诉被告人获得的量刑优惠。参见张青:《认罪认罚案件二审实践的逻辑与反思——以 4799 份二审裁判文书为样本》,《环球法律评论》2020 年第 6 期,第 126 页。

人、被害人及其诉讼代理人要求当面反映意见的,检察官应在工作时间和办公场所接待。确因特殊且正当原因需要在非工作时间或者非办公场所接待的,检察官应当依照相关规定办理审批手续并获批准后方可会见。因不明情况或者其他原因在非工作时间或者非工作场所听取意见的,应在当日或者次日向本院检务督察部门报告有关情况。然而这两个条文对协商场所与方式之规范亦欠周延:一是仅有要求当面反映意见的操作规范,而缺乏检察机关主动听取意见以及电话、视频听取意见的程序规定;二是在意见听取场所的规范化要求上,条文中列举了辩护人、被害人及其诉讼代理人作为适用对象,却未将犯罪嫌疑人与值班律师等关键主体涵盖其中;三是对于“特殊且正当”事由以及“不明情况或其他原因”等概括性术语缺乏明确界定。因此,除具结书签署程序一般要在看守所或其他办案场所当面进行以外,法定协商场所与方式对检察机关的约束力实为有限。

最后,协商活动的可审查性较低。对于控辩协商活动之监督,于常规的司法审查之外,现行法律规范还确立了检察机关内部科层式审查机制。在科层式监管体制下,“不同的官员逐渐搜集到的各种材料必须被汇集起来供决策之用,官方活动的所有记录都必须被保留起来以备将来复核”。<sup>[21]</sup>对此,《刑事诉讼法》第173条仅概括规定,检察机关进行权利告知与听取意见的情况,须记录在案。《办法》第4条虽明确了辩护人、被害人及其诉讼代理人当面提交书面意见、证据材料时检察官书面记录与附卷移送之范围,却排除了嫌疑人与值班律师,且相关主体以其他方式提交意见的记录内容以及是否附卷移送等仍不清楚。实务中,检方权利告知与听取意见记录多置于内档,并不附卷移送,故各方主体通常无法对其进行公开检视。《同录规定》相对详尽,然而也存在以下不足:其一,同步录音录像的范围有限。根据《同录规定》第2条规定,同步录音录像的范围仅为检察机关听取意见、签署具结书活动,一般不包括讯问过程。只在讯问与听取意见、签署具结书同时进行的情况下,方可一并录制。但认罪协商是一个连续交涉的过程,在正式听取意见、签署具结书之前,通常包含控辩之间反复的非正式博弈,讯问程序即为此种非正式沟通的重要管道。将讯问过程排除于录制范围,无异于置更具实质性的非正式协商活动于正式记录与审查程序之外。其二,同步录音录像缺乏连续性。从技术上看,同步录音录像不可能覆盖控辩全部交流活动。但《同录规定》第2条第3款关于多次听取意见同步录音录像最低要求的规定,则为检察机关选择性地分段录制提供了较大的规范空间。其三,同步录音录像的性质不明。《同录规定》第12条将同步录音录像文件界定为检察机关的工作资料,在性质上类似于前述未附卷的书面记录,主要用于内部科层式审查,审判阶段对其调取和使用几乎完全取决于检察机关的自由裁量权。

#### 四 认罪协商程序公开的多元路径考察

我国的认罪协商既具有本土特色又与域外制度存在诸多相似之处。通过对域外制度的对比分析,可以为我国认罪协商程序公开制度的优化提供正反两方面的镜鉴。考察各

[21] [美]米尔伊安·R.达玛什卡著:《司法和国家权力的多种面孔——比较视野中的法律程序》,郑戈译,中国政法大学出版社2015年版,第65页。



主要国家的立法和实务状况,以法官在控辩协商中的不同角色为标准,认罪协商主要有控辩二元模式、司法主导模式与司法参与模式,由此亦形成程序公开的三种典型路径。

### (一)控辩二元模式下的程序公开

控辩二元模式以美国联邦及部分州的辩诉交易最为典型,系指在认罪协商程序中,仅由检察官与辩护方先行就案件所涉之罪、刑展开协商,合意内容于审判阶段呈报法庭,由法官在对其合法性、自愿性与真实性进行审查并予以确认的基础上作为定罪和科刑的重要参考。该模式下的程序公开包含以下要点。

第一,法官缺位下的信息披露。为避免司法压制,美国联邦刑事诉讼法明确禁止法官参与控辩协商。辩方只能借助控方证据开示与律师调查取证知悉案件情况。根据《联邦刑事诉讼规则》(*Federal Rules of Criminal Procedure*)第 16 条规定,对于准备辩护所需的材料,控方均应开示。但开示范围并不包括证人姓名和证词,也不包括与量刑有关材料。实践中,部分检察官遵循联邦量刑与起诉指南的建议,向辩方披露所有与量刑相关的事实;一些检察官则在辩诉交易已经结束很久,量刑报告准备好之后才披露这些信息,法院对此亦予以认可。<sup>[22]</sup> 而律师调查方面,尽管对抗式诉讼制度赋予律师较为广泛的调查取证权,但其并无足够的动力与精力去深挖各种可能的辩护点。<sup>[23]</sup>

第二,非正式的权利与后果告知。美国的“辩诉交易通常是一个非常不正式的程序。它可以发生在作出起诉决定后的任何时刻,甚至发生在提出正式指控之前”。<sup>[24]</sup> 与此相应,控辩协商的形式亦较灵活,“在大多数情况下,辩诉交易是在检察官和辩护律师之间作出的,被告人无须在场”。<sup>[25]</sup> 因此,检察官在协商阶段并无对被告人进行权利与后果告知的义务,“认罪来源于幕后讨论,特殊协议的相关条款常常被隐藏,检察官既不遵循明确的规则,也不为进行的特殊交易进行明确的解释”。<sup>[26]</sup> 有罪答辩的自愿性与明智性主要依靠辩护律师的意见和建议,以及答辩程序中法官在法庭上对辩诉交易的审查。

第三,协商过程的透明性不足。首先,美国联邦宪法第六修正案虽赋予被告人在所有关键环节都有获得律师帮助的权利,然而实务中律师参与辩诉交易的程度与效果往往受制于律师的收费方式、时间成本以及与法官、检察官的关系诸因素。<sup>[27]</sup> 大量公设辩护人“很少或根本无暇顾及自己的委托人……他们会在法院或看守所与委托人进行短暂的会面,解释控方提供的认罪条件,并催促他们的委托人在当天甚至一时半刻以内就必须接受辩诉交易”。<sup>[28]</sup> 此种律师参与,客观上同检察官形成了一种局内人的“合作”格局,丧失了监督、制约功能。其次,囿于协商程序的非正式性与隐秘性,作为局外人的被害人很难

[22] See Jenia Iontcheva Turner, *Judicial Participation in Plea Negotiations: a Comparative View*, 54 *The American Journal of Comparative Law* 199, 211 (2006).

[23] 参见[美]斯蒂芬诺斯·毕贝斯著:《庭审之外的辩诉交易》,杨先德、廖钰译,中国法制出版社 2018 年版,第 15-18 页。

[24] [美]安吉娜·J.戴维斯著:《专横的正义:美国检察官的权力》,李昌林、陈川陵译,中国法制出版社 2012 年版,第 47 页。

[25] [美]罗纳尔多·V.戴尔卡门著:《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 52 页。

[26] [美]斯蒂芬诺斯·毕贝斯著:《刑事司法机器》,姜敏译,北京大学出版社 2015 年版,第 59 页。

[27] 参见[美]斯蒂芬诺斯·毕贝斯著:《庭审之外的辩诉交易》,杨先德、廖钰译,中国法制出版社 2018 年版,第 19 页。

[28] [美]亚历山德拉·纳塔波夫著:《无罪之罚:美国司法的不公正》,郭航译,上海人民出版社 2020 年版,第 70 页。

监督检察官的工作。最后,控辩协商“通常发生在会议室、法庭走廊或私人电话里,而不是在公开法庭”,<sup>[29]</sup>因此对协商过程加以正式监控、记录几乎不具有可能性。

## (二) 司法参与模式下的程序公开

司法参与模式指在审前阶段,法官应控辩双方之申请得参与认罪协商程序,为双方提供建议或有关量刑信息。美国佛罗里达州和康涅狄格州均采此种模式。作为其辩诉交易的表现形式之一,司法参与模式在认罪协商程序公开的保障机制方面有以下特色。

一方面,法官作为认罪协商的信息源和调解者。佛罗里达州和康涅狄格州关于法官在认罪协商程序中的角色和功能规定不同。佛罗里达州刑事诉讼程序规则为司法参与认罪协商提供了基准,并获得了州最高法院裁判的认可,但法院强调法官应当是最终判决信息的提供者,而不是当事人之间的调解人。与此相反,康涅狄格州支持法官积极参与控辩协商,法官的参与不需要局限于向当事人提供信息,他们可以积极尝试调解。但两个州的司法实践并不像规范呈现出的那样不同,如佛罗里达州的法官在辩诉交易中有时会超越“信息提供者”的角色,只要不是司法强制,这一实践似乎得到了州最高法院的容忍。<sup>[30]</sup>

另一方面,协商过程相对透明。一是协商场所具有一定的公共性。在佛罗里达州,认罪协商多发生于审前会议期间的公开法庭;康涅狄格州的法官亦在审前会议中参与谈判,不同之处在于这些会谈通常在法官的办公室进行。但为了增强协商过程的透明性与合法性,康涅狄格州的部分地区在实践中形成了一套独特的集体协商机制,即邀请其他排队等候审前会议的律师们参与并监督认罪谈判,这些律师经常就眼前发生的认罪协商提出不同的意见和观点。二是协商活动的书面记录相对完备。在佛罗里达州,法官和当事人之间所有与辩诉交易相关的沟通都要记录在案;而在康涅狄格州,虽并不要求对协商过程进行正式记录,但控辩双方及法官一般会自行记录谈判过程。<sup>[31]</sup> 相较控辩二元模式,司法参与模式无疑更加注重协商程序的公开性。但由于并未形成统一的强制性规范,旨在增强程序公开性的相关举措在不同司法辖区乃至不同法官面前的遵守情况不一。

## (三) 司法主导模式下的程序公开

司法主导模式系指由职业法官依职权启动认罪协商程序,法官既是协商程序的主导者,还是司法监督者。德国的协商性裁判制度即采此种模式,其程序公开路径如下。

第一,法官是重要的信息源。受职权主义诉讼传统影响,德国法官往往以更加积极的姿态介入认罪协商程序。《德国刑事诉讼法》( *Deutsches Strafprozessordnung* ) 第 257c 条不仅明确授权法官可以主动与程序参与人就案件的程序运行和程序结果达成一项“协议”,而且允许其提出协议达成后的最高和最低量刑。<sup>[32]</sup> 法官的主动参与,可以为控辩双方提

[29] [美]斯蒂芬诺斯·毕贝斯著:《刑事司法机器》,姜敏译,北京大学出版社 2015 年版,第 64 页。

[30] See Jenia Iontcheva Turner, *Judicial Participation in Plea Negotiations: a Comparative View*, 54 *The American Journal of Comparative Law* 199, 239-240 (2006).

[31] See Jenia Iontcheva Turner, *Judicial Participation in Plea Negotiations: a Comparative View*, 54 *The American Journal of Comparative Law* 199, 240-250 (2006).

[32] 参见《德国刑事诉讼法》,连孟琦译,我国台湾地区元照出版有限公司 2016 年版,第 278 页。下文中所引用的《德国刑事诉讼法》相关条文,如无特别说明,均源自此版本。

供相对确定的量刑信息,这对认罪协议的准确性、稳定性与公正性具有重要意义。此外,司法主导模式特别注重控方的证据披露义务。在协商之前,辩护律师“有机会接触完全的调查案卷,包含着由警察和检察官收集的有罪证据和无罪证据”。<sup>[33]</sup>

第二,介于正式与非正式之间的权利告知。法官主导下的认罪协商,在权利告知主体、阶段以及方式上均有显著特色。《德国刑事诉讼法》第 257c 条规定,“法院应告知协商所能包含之内容”;法庭于法定情形下得退出协议,对此“法院应尽速告知将背离先前承诺”,并且法院“背离先前所承诺结果之要件及效果,应告知被告”;此外,该法第 302 条第 1 款还规定,“判决前达成协商合意者,不得舍弃救济”。有学者认为这实际解决了联邦最高法院大审庭针对协商案件所提出的“合格告知”问题。<sup>[34]</sup>然而实务中的协商性裁判仍然呈现出复杂的面相。研究显示,59%的法官承认他们完成的协商案件中过半数是“非正式的”,即使“正式的”协商,亦有 30%的法官未能告知被告人法庭可能退出协议。<sup>[35]</sup>

第三,正式的协商过程及完整的书面记录。为防止协商性裁判造成司法“行政化”,《德国刑事诉讼法》及宪法法院裁决确立了一系列旨在增强协商过程透明性和可复查性的管控方案。一是辩护律师的强制参与。《德国刑事诉讼法》第 140 条规定,“面临超过几个月监禁刑罚的被告人一般情况下在指控后必须有辩护人”。这基本确立了辩护律师在有罪答辩上的强制参与制度。二是程序参与者拥有实质参与权。被告人虽通常缺席法官与辩护律师之间的非正式沟通,认罪协议的最终生效却须经其与检察官的正式同意(《德国刑事诉讼法》第 257c 条);为监督法官遵循程序公正原则,宪法法院还要求,“检察官必须拒绝参与没有遵从法定要求的协商,并且他们必须对违反法律得出的那些辩诉交易上诉”。<sup>[36]</sup>再者,《德国刑事诉讼法》第 243 条第 4 款及第 397 条所确立的附加诉讼制度和法庭的公开告知义务,仍然为非职业法官和被害人提供了最低限度的程序参与管道。三是完整的书面记录。根据《德国刑事诉讼法》第 202a 等条款的规定,法庭得于中间程序、审判期日开启后及审判期日随时开启协商程序,但应对讨论之重要经过、内容、结果以及前述权利告知情况记明笔录,否则可导致所达成的协议无效。<sup>[37]</sup>

对比以上三种典型模式及其程序公开之具体路径,控辩二元模式与司法主导模式下的程序公开实际构成了公开程度由低到高的两个端点。司法参与模式一方面因法官的审前参与以及协商过程的相对规范、透明而具有较大的公开性;另一方面,其较司法主导模式下的程序公开度又存在一定差距,故位于二者之间。

[33] [德]托马斯·魏根特、[美]吉安娜·郎其瓦·特纳:《德国协商性刑事裁判的合宪性》,吕泽华译,载彭海青等编《德国司法危机与改革——中德司法改革比较与相互启示》,法律出版社 2018 年版,第 168-169 页。

[34] 参见[德]托马斯·魏根特:《刑事诉讼法中的协商——迈向一个新的程序模式?》,宗玉琨译,载赵秉志等编《当代德国刑事法研究》(第 3 卷),法律出版社 2019 年版,第 203-204 页。

[35] 参见[德]托马斯·魏根特、[美]吉安娜·郎其瓦·特纳:《德国协商性刑事裁判的合宪性》,吕泽华译,载彭海青等编《德国司法危机与改革——中德司法改革比较与相互启示》,法律出版社 2018 年版,第 158 页。

[36] [德]托马斯·魏根特、[美]吉安娜·郎其瓦·特纳:《德国协商性刑事裁判的合宪性》,吕泽华译,载彭海青等编《德国司法危机与改革——中德司法改革比较与相互启示》,法律出版社 2018 年版,第 169 页。

[37] 参见《德国刑事诉讼法》,连孟琦译,我国台湾地区元照出版有限公司 2016 年版,第 215 页“注释”106。

## 五 认罪协商程序公开的路径选择及其展开

对照域外三种典型路径,我国认罪协商程序公开与控辩二元模式下的公开路径颇为相似。囿于信息披露与权利告知的局限以及协商过程的封闭性,控辩协商过程往往游走于正式规制与非正式的策略性操作之间。故此,应立足本土司法语境,适当借鉴域外经验,进一步优化协商程序的制度保障,“使程序透明合理,符合正当法律程序之要求”。<sup>[38]</sup>

### (一) 程序公开的路径选择

认罪协商程序公开的路径选择,在追求理想效果之余,还须兼顾本土固有的诉讼架构与实务状况。综合来看,司法参与模式下的程序公开机制更具可行性。

首先,平衡程序透明性与司法中立性之价值冲突。认罪协商程序公开的三种典型路径中,控辩二元模式下的程序公开存在无法有效防止强制、不公正和不准确的裁判结果等程序风险。囿于不透明的协商过程与姗姗来迟的法官介入,几乎无法确定是个别检察官、辩护律师还是系统性压力,在诱导被告接受一项不公平的交易和不准确的判决。<sup>[39]</sup>在我国,检察机关主导认罪协商程序虽契合权力本位的诉讼理念和法定主义的职权行使,却压缩了控辩协商空间,<sup>[40]</sup>也对“审判中心”造成了冲击,<sup>[41]</sup>故有引入法官提前参与之必要。但司法主导模式下的程序公开又面临司法中立性危机。“若法官得参与协商,被告很难甚至不敢拒绝法官的任何建议,一旦协商不成,“因法官对案件于未审判前已先有成见,是否还能公正超然地审理案件,即令人质疑”<sup>[42]</sup>。而司法参与模式下的程序公开,作为中立第三方法官的提前介入,使协商程序具有更高的公开性与透明度;同时,法官参与协商活动的被动性及其角色的消极性,则可以缓解司法压制并减少检法冲突。

其次,契合我国三机关并列的诉讼权力架构。我国确立了公、检、法三机关分工负责、互相配合、互相制约的基本原则,制度上形成了三机关并立的诉讼格局。法院非但不享有司法至上的地位,还处处受制于检察机关。由于身兼法律监督职责,检察官甚至在某种意义上相对法官处于一种“上位关系”。<sup>[43]</sup>在此种体制下,由法官主导本属传统控诉业务的认罪协商,势必造成权力架构的重大突破,短期看并不现实。在司法参与模式下的程序公开机制中,法官应控辩双方申请方可参与协商,且仅充当量刑资讯提供者的角色,协商程序的主导者仍为检察官,并不涉及宏观权力架构之调整,故而更具现实可能性。

最后,改革成本最小化之考量。诉讼程序的运作成本包含经济成本与道德成本,前者

[38] 黄朝义著:《刑事诉讼法》(第五版),我国台湾地区新学林出版股份有限公司2017年版,第706页。

[39] See Jenia Iontcheva Turner, *Judicial Participation in Plea Negotiations: a Comparative View*, 54 *The American Journal of Comparative Law* 199, 200 (2006).

[40] 参见李奋飞:《量刑协商的检察主导评析》,《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2020年第3期,第36页。

[41] 参见闵丰锦:《检察主导抑或审判中心:认罪认罚从宽制度中的权力冲突与交融》,《法学家》2022年第5期,第159页。

[42] 参见王兆鹏著:《美国刑事诉讼法》,北京大学出版社2014年版,第678页。

[43] 参见龙宗智著:《刑事庭审制度研究》,中国政法大学出版社2001年版,第127页。

追求费用最小化,后者注重程序结果所蕴含的多元价值最大化。<sup>[44]</sup> 认罪协商程序公开路径之选择,既要尽可能将经济成本控制合理范围内,还要避免损害程序正当性以及社会公众的法律情感。在现行诉讼框架下,若采行司法主导模式下的程序公开,除增加立法成本外,亦将增加不必要的程序运行成本。再者,从道德成本看,司法主导模式下的程序公开有强化强职权主义色彩之虞,且主审法官积极主导协商,也会加剧民众对于“买卖正义”的疑虑。相比之下,司法参与模式下的程序公开,法官系依控辩双方之申请参与协商,在维持诉讼架构基本稳定之际,法官不必提前介入所有协商案件,更符合诉讼经济原则。而被动的司法参与以及审前协商法官与主审法官相对分离的制度安排,则可最大程度地降低认罪协商的道德成本。

## (二) 程序公开路径的具体展开

### 1. 完善信息披露机制

首先,引入法官作为量刑信息提供者。为确保量刑信息之准确性,一般应由审判法官直接参与认罪协商,然而一旦协商失败,如仍由参与协商的法官主持庭审,则有司法压制之虞,因此审前协商法官此时应回避该案的后续审理。同时,基于维持现行诉讼构造的稳定性与司法中立性之考量,法官不得主动介入审前协商,仅于控辩双方提出申请时得参与其中。再者,认罪协商发生于国家权力支配下的特定场域,法官的终局裁判者地位使其作出的预先量刑指示,可能异化为迫使嫌疑人放弃完整程序利益的不当压力。故司法主导模式和司法参与模式普遍对法官信息披露设置了边界。在我国,鉴于检察机关对精准化量刑建议的推崇,法官在认罪协商中可以提出相对具体的量刑意见,但不得以直接或间接方式向被告人透露因其拒绝认罪认罚而面临的更重处罚,而且为促使法官恪尽勤勉公允义务,无充分理由不得于裁判中作出量刑上的不利变更。

其次,强化辩方阅卷能力。其一,保障值班律师阅卷的有效性。鉴于多数嫌疑人只能依靠值班律师获取指控资料,故落实控方证据披露的关键在于激活值班律师制度。对此,有些观点主张赋予值班律师辩护人地位;<sup>[45]</sup> 将值班律师视为律师辩护全覆盖前的过渡措施与“应急”性补充;<sup>[46]</sup> 还有论者认为,应维持值班律师法律帮助者的角色定位,但要认真对待其诉讼权利。<sup>[47]</sup> 从平衡诉讼资源限制与程序正当性要求来看,值班律师法律帮助实质化宜根据拟判刑罚轻重给予不同的制度安排。对拟判 3 年有期徒刑以上的认罪认罚案件,宜纳入指定辩护范围。而占绝大多数的 3 年有期徒刑以下的轻罪案件,可在完善激励与监督机制的前提下沿用值班律师制度。其二,规范检察机关开示证据的自由裁量权。为防止证据开示过于为检察官的追诉激情所左右,有必要在规范层面就开示时机、范围与方式加以明确。从控辩对等协商的层面看,证据开示不宜作为检察官单方职权行为,而应

[44] 参见[美]迈克尔·D. 贝勒斯著:《法律的原则——一个规范的分析》,张文显等译,中国大百科全书出版社 1996 年版,第 23、27 页。

[45] 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,第 45 页。

[46] 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,第 19 页。

[47] 参见蔡元培:《法律帮助实质化视野下值班律师诉讼权利研究》,《环球法律评论》2021 年第 2 期,第 155 页。

置于控辩权利义务关系中予以考量。如若被追诉人针对定罪或量刑情节提出了合理的抗辩理由,并且申请开示证据的,检察机关应予准许。此外,证据开示范围应及于争议事项所涉全部证据材料。证据开示方式应该为被追诉人知悉证据资料内容提供便利,出示等方式须具备实质有效性。为此,有必要在证据开示程序中引入辩护人或值班律师在场制度。其三,赋予被追诉人阅卷权。阅卷权系被追诉人程序主体地位应有之意。随着我国证据开示实践探索不断深化,未来应逐步赋予犯罪嫌疑人完整的阅卷权。

最后,实质保障律师调查取证权。律师调查取证系保障辩护方知情权以及平衡协商主体结构以增强程序透明性的基本途径。当前相对具有可操作性的思路是在《刑事诉讼法》中明确《律师法》第35条第2款关于授权辩护律师直接调查取证的规定,以消解因法律位阶之争而造成的规范适用困境,减少辩护律师调查取证的程序限制。同时,亟需转变强职权主义的规范立场,赋予辩护律师调查取证申请一定的程序启动效力。在法律中明确检察院、法院对调查取证申请进行审查的标准、程序与救济渠道。对于与案件定罪量刑具有关联性的证据,辩护律师因客观原因无法自行收集而向检察院、法院申请调查取证且能够提供初步取证线索的,检察院和法院应当启动调查取证程序。经审查不同意调查取证的,应出具书面理由并记录在案。此外,随着履职监督与激励机制逐步健全,可以赋予值班律师申请专门机关调查取证权。

## 2. 严密检察机关的告知义务

一方面,完善权利与后果告知的程序规范。从长远来看,宜就检察官的告知义务于《刑事诉讼法》中予以详尽规定。短期内亦至少应在有关规范性文件中明确以下内容:其一,适度拓展“说明”与“释明”之范围。针对不同的告知事项,《同录规定》第4条使用了“告知”“说明”与“释明”三种表述方式。从词义上看,“告知”有“告诉使知道”之义;“说明”则含“解释明白”之义;<sup>[48]</sup>而“释明”源自民事诉讼中的法官释明制度,原系法官在发现有瑕疵的声明、事实主张及证据材料时提请当事人注意的职权。<sup>[49]</sup>在认罪协商的语境下,基于诉讼程序重心前移与检察机关的主导地位,关照弱势方与确保被追诉人程序参与权亦属检察官释明义务应有之意。可见,“告知”“说明”与“释明”等差异化表达背后体现出来的是对检察官告知义务由弱到强的规范要求。鉴于认罪认罚嫌疑人反悔的法律性质与后果十分微妙复杂,为避免误解,也应纳入检察官释明范围。而检察机关认定的犯罪事实、罪名、处理意见关乎嫌疑人的核心诉讼利益,故检察官仅以“告知”的形式保障其知情权并不妥当,还宜对其加以“说明”,必要时应予以“释明”。其二,明确权利与后果告知的标准。对于“告知”,检察机关使嫌疑人知悉其诉讼权利义务与认罪认罚的法律规定即告完成;而“说明”与“释明”,则还需就告知事项给予必要的解释和澄清,使嫌疑人充分理解认定的犯罪事实、罪名、处理意见、量刑与程序适用建议,消除其在认罪认罚及其反悔行为的法律性质和法律后果上的认识误区。其三,建立必要的程序性保障措施。检察机关

[48] 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》(第7版),商务印书馆2016年版,第436、1233页。

[49] 参见肖建华、陈琳:《法官释明权之理论阐释与立法完善》,《北方法学》2007年第2期,第74页。

告知义务的履行情况,除沿用书面记录、同步录音录像等措施予以监督外,还应纳入法庭就认罪认罚自愿性、合法性、真实性之审查范围。如若检察机关怠于履行告知义务,则应于主审法官充分释明的前提下,赋予被告是否同意继续适用认罪认罚从宽程序之选择权。如被告主张撤回认罪认罚的,此时宜与一般意义上的“反悔”有所区分,在程序转换之际,因控辩协商获得的有罪供述应予排除。

另一方面,强化认罪协商文书的“告知”属性。《认罪认罚从宽制度告知书》《认罪认罚具结书》应以直接、明了的表述方式详细载明控辩双方的权利和义务,而不能策略性地对嫌疑人的诉讼权利与控方诉讼义务进行模糊化处理。尤其要凸显《认罪认罚从宽制度告知书》中权利告知的中立属性,对于认罪认罚被告人的核心权利与法律风险应予周详呈现。对于检察机关量刑建议裁判约束力的表述,应包含《刑事诉讼法》第 201 条“一般应当采纳”的例外规定;针对被追诉人签署具结书后反悔、撤回与上诉等不同情形下的法律性质及后果,应以系统的因果关系陈述代替程式化的概括表述,尽可能降低表述方式带来的误导;明确被告人无正当理由上诉的具体情形,不得明示或暗示仅因被告人上诉、检察机关就此抗诉,二审就改判加重刑罚。此外,为保障被追诉人“知情自愿”声明的真实性,宜在《认罪认罚具结书》末尾的律师签署意见部分增加两项确认条款:一是见证检察官充分履行了告知义务,且无异议;二是已就相关文书中的内容向嫌疑人作了充分解释。并且将该确认与签署作为司法行政部门对律师进行考核及奖惩的重要依据。

### 3. 增进协商过程的透明性

首先确保多元主体实质参与协商程序。关于法官、检察官与辩方律师的职能与角色优化,前文已有论述,此处仅就被害人的程序参与展开分析。由于被害人的程序参与受公共利益与被追诉人权利保障双重制约,其在认罪协商程序中普遍处于边缘地位。然而基于被害人诉讼主体地位以及程序参与主体多元化之要求,仍需确保其底线的程序参与权。一是保障被害人的知情权。认罪协商造成了诉讼程序重心前移,被害人在审查起诉阶段知悉控辩协商情况对其诉讼权利保障尤为关键。故检察机关就控辩协商结果及相应诉讼权利负有向其告知与释明的义务,并应将履行情况纳入案卷记录与同步录音录像范畴。二是使被害人实质参与量刑建议的生成与调整过程。检察机关在量刑建议确定之前,以及审判阶段因故调整量刑建议的,均应给予被害人及其诉讼代理人充分发表意见与提出异议之机会。三是拓展被害人法律援助范围。有效的律师帮助,既可以增强被害人所提意见的规范性与合理性,还能充实对检察权的监督和制约。《法律援助法》第 29 条将被害人申请法律援助限定于因经济困难没有委托诉讼代理人的情形,覆盖面实为有限,可以考虑将值班律师法律援助制度拓展适用于刑事被害人。

其次,严格规范认罪协商的场所与方式。在完善检察机关主动听取意见的程序规范之际,还应进一步明确以电话或视频形式听取意见的适用条件、操作规范与监督制约机制,减少检察权在意见听取中的任意性。同时,尽管嫌疑人的意见可借助辩护人反映,然而囿于过低的律师辩护率,实务中值班律师的程序参与度远高于辩护律师。况且嫌疑人作为诉讼主体,其主动表达意见的权利亦应受到尊重和保障。故除了辩护人、被害人及其诉讼代理人外,嫌疑人以及值班律师均应纳入认罪协商的规范化视野。此外,随着改革不

断深化,可以考虑根据认罪协商的法律商谈属性,设置专门性的协商场所,其陈设、布置等均应注重对等协商氛围的营造。

最后,健全协商过程的正式记录制度。一方面要确立完整的书面记录制度,对于法官的信息披露,检察官通过各种形式听取嫌疑人及其辩护律师或值班律师、被害人及其诉讼代理人的意见以及告知义务的履行情况等,均应纳入书面记录范围并附卷移送,以备控辩双方当庭质证与法庭审查;另一方面,还宜完善同步录音录像制度。以现行规范为基础,将同步录音录像范围扩展至法官于审前阶段的量刑信息披露以及检察官涉及认罪协商的讯问过程。当务之急,要强化检察机关内部监督机制,防止其选择性地录音录像。对于多次听取意见的,均应完整录制。此外,建立录音录像资料司法强制调取使用制度。在审判阶段,如若控辩双方就认罪认罚自愿性、真实性与合法性发生争议的,法院可以依职权或依辩护方申请向检察机关调取录音录像资料,检察机关应予配合。

## 六 结 语

伴随认罪认罚从宽制度在实践中的广泛运用,认罪协商日益成为刑事诉讼程序之重心,并决定着案件处理的基本走向。然而,认罪协商程序相较一般审判程序更具封闭性与非正式性。囿于控辩双方地位与实力的巨大悬殊,所谓控辩协商实则极易演变为检察机关行政式的单方决策与嫌疑人在系统性压力下的被动接受过程。域外认罪协商程序中普遍存在的非正式协商与法律规避行为亦表明,控辩协商对于犯罪嫌疑人及其案件的实体结果,乃至整个诉讼程序的正当性均属高度危险的制度安排。为避免以“行政司法”逻辑来处理刑事犯罪对刑事司法规范有效性之侵蚀,有必要强化认罪协商的正当程序保障,通过严密专门机关信息披露与告知义务,适度引入司法介入机制以及规范协商过程,确保协商活动具备起码的开放性、透明性与可复查性,从而在程序构造上淡化决策过程的行政色彩,赋予其“准司法”属性。但从社会理论上,“正式制度在很大程度上总是寄生于非正规过程”。<sup>[50]</sup> 认罪协商程序公开在规范层面的优化,究竟能在何种程度上纾解各方主体非正式的策略性互动,仍有待观察。再者,域外经验一再显示,由于法官、检察官和律师基于办案效率、经济效益等自利因素的考量,在认罪协商中具有明显的自利倾向。由多元主体参与且相对透明的“准司法”化协商构造,仍不免要以法官、检察官与律师等“局内人”为主导。如何防止“局内人”在认罪协商实践中形成新的“共谋”,维持程序专业化与当事人自主性之间的微妙平衡,使协商结果真正基于控辩之间的理性商谈,亦需要持续关注。

[本文为作者参与的2020年度国家社会科学基金重点课题“认罪认罚案件的事实认定方式与卷证制度研究”(20AFX015)的研究成果。]

[50] [美]詹姆斯·C.斯科特著:《国家的视角:那些试图改善人类状况的项目是如何失败的》,王晓毅译,社会科学文献出版社2011年版,第396页。



## The Openness of Plea-bargaining Procedure and Its Path Selection

[ **Abstract** ] The reform of the system of leniency for admitting guilt and accepting punishment has significantly simplified criminal trial procedures and shifted the focus of litigation procedures to an earlier stage. This structural change undermines the status and weakens the function of the criminal trial as the most complete rights protection mechanism and the guardian of pre-trial litigation rights, thereby posing more challenges to the litigation rights of criminal suspects. In view of this, the traditional trial-focused procedural safeguards, especially procedural openness measures, should naturally be extended to the stage of pretrial plea-bargaining procedure to ensure the minimum standards of transparency and legitimacy are met at the stage of prosecution-defense negotiation. From the perspective of jurisprudence, the core principle of openness should be guaranteeing the right to know and the autonomy of interested litigants and ensuring the reviewability, supervisability and accountability of the negotiation process. The openness of the plea-bargaining procedure is obviously different from the openness of the trial in terms of stage, object and scope. Moreover, due to the uniqueness of the litigation stage, the realization of the openness of the procedure requires not only the appropriate formal openness to the parties and other relevant personnel but also such essential elements as the disclosure of key information, full notification of rights and obligations, and maintenance of the transparency of the process itself. A review of the institutional arrangement and practical operation of the current plea negotiation system in China shows that this system is a prosecutor-dominated prosecution-defense negotiation mechanism without direct intervention by the judge. Although the Supreme People's Procuratorate has issued a series of documents aimed at enhancing the transparency of the procedure in recent years. However, there is still a big gap between the current practice and the general requirements for the disclosure of the procedure. From the perspective of comparative law, there are three typical approaches to the openness of the plea-bargaining procedure: the prosecution-defense dual negotiation approach, the judicial participation approach and the judicial dominance approach. Among them, the prosecution-defense dual negotiation approach and the judicial dominance approach constitute the two endpoints of openness at the bottom and top, respectively, while the openness of the judicial participation approach lies in between the two endpoints. Based on the local context, in optimizing the approaches to the openness of the plea-bargaining procedure, China should take the judicial participation approach as a reference, appropriately introduce the judge's early intervention mechanism, strengthen the information disclosure obligation and the notification obligation of specialized agencies, and improve the institutional guarantee for the formality and transparency of the negotiation process, so as to ensure that it complies with the minimum requirements of due process of law.

---

(责任编辑:王雪梅)