

完善认罪认罚从宽制度的关键是控辩平衡

龙宗智

内容提要:协商性司法存在“信息不对称”和“资源不对等”等特征,并形成“结构性风险”,侦控方具有压制被追诉人克服诉讼障碍的动因。美国辩诉交易制度及德国量刑协商制度均存在协商性司法异变问题。由于缺乏有效辩护,被追诉人缺乏知情权,认罪认罚在辩护未介入时过早开启且鼓励早认,特有的侦讯制度与羁押制度,以及诉审“配合”等因素,使得我国的控辩失衡更为突出,并产生一系列负面后果。目前应针对制度弊端调整、完善,尽力推动综合配套改革,关键是诉讼资源配置的控辩平衡,配套措施需重点改革侦查审讯制度及审前羁押制度,完善刑事辩护制度。该程序本身的完善,有以下路径:第一,实现有效辩护,改善值班律师制度的运行;第二,强化当事人知情权,改善协商程序;第三,适当把握证据标准,实现质量与效率的统一;第四,实施有效的司法审查和司法救济,同时对共同犯罪案件适用做出一定限制。

关键词:刑事程序 认罪认罚从宽 控辩平衡 司法公正

龙宗智,四川大学法学院教授。

寻找正式审判的替代机制,由对抗性司法部分转型为协商性司法,是刑事司法变革的世界性趋势。^[1]我国2018年修改刑事诉讼法所设置的认罪认罚从宽制度,正与此趋势相合。同时,这也是对党的十八届四中全会作出完善刑事诉讼程序中的认罪认罚制度的重大部署贯彻和落实。协商性司法模式有利于贯彻宽严相济的刑事政策,促进社会发展,是中国特色社会主义司法制度的有机组成部分。然而,协商性司法的设置前提是对被追诉人诉讼主体地位的确认,以及在此基础上设置的控辩平衡诉讼机制。因为以检察官为代表的控诉方处于刑事程序的主导地位,如果缺乏相应的平衡机制,控诉方就可能利用信息不对称以及其他资源优势,压制被追诉人,迫使、诱使其接受协商条件,使协商性司法异变为压制型司法。由于制度初创以及我国刑事诉讼结构的内在缺陷与程序不完善,控辩

* 四川大学法学院韩旭教授为本文资料搜集与写作做出了重要贡献。

[1] 参见熊秋红:《比较法视野下的认罪认罚从宽制度——兼论刑事诉讼“第四范式”》,《比较法研究》2019年第5期,第2-23页。

失衡更为突出,协商性司法的异变也存在更大风险。完善我国认罪认罚制度的关键,正在于此项制度中国家权力与公民权利的相对平衡,即控辩平衡。

一 协商性司法异变的主要威胁： 控方利用资源优势压制被追诉人

(一) 协商性司法存在固有的“结构性风险”

刑事诉讼是国家实现其刑罚权的过程。代表国家的控诉方基于其审前程序中的主导地位,有能力压制被追诉人。因为一方面,控方掌握案件诉讼信息尤其是证据信息,而在庭前程序中,被追诉人对这些信息的了解是有限的,即“信息不对称”。另一方面,控方拥有更多的权力,包括侦查手段、强制措施的决定和实施权、控罪权及求刑权,如果被追诉人不同意协商司法条件,控方可以继续侦查,采取对物与对人的强制性措施,从而极大地影响被追诉人乃至其亲友的正常生活。而且控方可以通过正式的控诉和求刑,在原调查乃至新的调查的基础上,追求实现更为严重的法律后果。这些程序手段与实体法后果,足以对被追诉人形成心理压制,尤其在信息不对称的条件下。

尽管这种“信息不对称”和“资源不对等”是一种普遍的情况,但在常态刑事程序中,可以通过司法监督之下充分的证据开示、公开和独立的审判、严格程序主义,以及适用证据法则来平衡控辩资源,实现诉讼的正当性。虽然协商性司法有节约诉讼资源的优势,但其在程序的尾端可能会免除或简化、弱化审判程序,导致审判程序难以发挥其平衡控辩诉讼资源,甄别事实并正确适用法律的功用。这种审判资源减少配置及相应的功能弱化,可能导致控方利用其资源优势压制被追诉人,使其接受本不愿接受的控诉和处理条件。

(二) 控方有动力压制被追诉人

协商性司法,无论是否伴随一个交易谈判(讨价还价)的过程,均存在要约、承诺的程序要素,以及双方均作一定利益让渡(一方认罪认罚与另一方从宽处置)的实体内容。在这个过程中,控方有能力,也有动机利用其资源优势使协商性司法发生扭变。

所谓“有动机”,是指就控方而言,协商性司法的主要价值是提高诉讼效率。诉讼效率,是指以较少的诉讼资源投入获取较大的诉讼利益,它有双重涵义。一是诉讼利益的获得是以较少诉讼资源耗费为代价;二是在不新投入诉讼资源的情况下,克服诉讼障碍,获取诉讼利益。前一种情况主要是通过协商性司法简化证据调查,免除审判或简化审判;后一种情况则主要表现在案件存在定罪困难或不确定性时,通过协商司法管道,促使被追诉人认罪认罚,从而克服这种困难,消除不确定性。证据资源有限是证据法的基本原理,而证据资源不足以及有时遇到的法律资源不足,足以形成常见的控诉障碍。一旦制度提供协商性司法管道,控诉者势必在某些时候希图藉此克服诉讼障碍。应当说,控诉者这一动机是可以理解的,也有其合理性。因为无论是否明示,国家设置协商性司法制度,确有在减少诉讼资源投入的情况下保持基本定罪效率,包括克服某些诉讼障碍的意旨。不过,克服定罪障碍必须保持一定限度:一是不能逾越法律,定罪的法律障碍不能通过协商认罪来解决;二是不能打破基本的证据标准,控诉者只有在一定的证据基础上,才能寻找克服证

据障碍,消除诉讼不确定性的路径。然而,这两项限制只是一种理想状态。实践中,一旦刑事程序启动,因为程序的“惯性”、业绩的需求、舆论或被害人的压力以及对案件调查主体的“配合”等原因,即使不具备基本定罪条件,控诉者也可能希望推进案件,通过协商司法渠道,实现正式审判难以实现或至少是不确定的诉讼目的。

(三)美国辩诉交易制度的异变

上述学理分析,对于评判美国辩诉交易制度(plea bargaining)是适用的。辩诉交易制度的兴盛与陪审制的没落,是20世纪美国刑事司法发展的重要特征之一。现今美国联邦和州的绝大部分刑事案件都通过辩诉交易解决。有学者指出,“法庭的三个主要角色——检察官、被告人和法官,都找到了支持辩诉交易制度的理由。被告人得到了他想要的量刑折扣。对检察官和法官来说,辩诉交易的普及不仅为令人窒息的工作量带来了令人惊叹的有效缓解,它还免除了检察官的损失风险和法官的撤销风险,从而保护了双方的职业声誉。”^[2]辩诉交易的支持者强调辩诉交易在提高效率、缓解办案压力方面具有无可替代的优势,但是,频频揭露的无辜者认罪案件引发了人们对辩诉交易公正性的思考。“无辜者认罪问题”如今已成为关于辩诉交易的存废改革争论中的主要问题。而检察官对被告人的强迫,则是产生此一问题的主要原因。^[3]美国密歇根大学法学院成立的“全美洗冤登记中心”所统计的1702个无辜者案件中,竟有261个案件当事人承认了犯罪,与检方进行了辩诉交易,错误认罪率达到15%。^[4]

辩诉交易以检察官自由裁量权为前提,但这种裁量权的强大和不受限制,很难避免其在辩诉交易程序中的滥用。美国检察官权力滥用的主要表现是威胁、引诱被告人认罪,以至于无辜的被告人接受辩诉交易并被错误定罪。这也是因为辩诉交易的实际运作,是在未调查全部证据以及未询问全部证人的情形下,而决定被告的命运,判决被告有罪。因此其有罪与否的正确性实存疑问。^[5]在这种情况下,有些无辜的被告可能害怕不接受协调条件而会得到比较重的刑罚,为避免风险只好接受检察官的条件,承认他所未犯的罪。^[6]为了克服信息不对称,防止被告在缺乏明知和明智的条件下接受辩诉交易,法院判例要求检察官向辩方提供无罪和罪轻证据,^[7]但并不要求他们必须在被告作有罪答辩之前提供这些信息。而且,尽管检察官有此义务,他们在实践中经常也未能这样做。^[8]

鉴于上述弊端,有学者批评,辩诉交易制度存在根本性的,不能克服的结构性的缺陷。

-
- [2] George Fisher, *Plea Bargaining's Triumph-A History of Plea Bargaining*, Stanford University Press, 2003, p. 16.
- [3] [瑞士]古尔蒂斯·里恩著:《美国和欧洲的检察官——瑞士、法国和德国的比较分析》,王新玥、陈涛等译,法律出版社2019年版,第259页。
- [4] 王迎龙:《认罪认罚从宽制度下轻罪冤假错案的防范》,《人民法院报》2019年2月14日第06版。参见[美]John H. Blume, Rebecca K. Helm:《“认假罪”:那些事实无罪的有罪答辩人》,郭烁、刘欢译,《中国刑事法杂志》2017年第5期,第129-144页。
- [5] 王兆鹏著:《美国刑事诉讼法》,我国台湾地区元照出版公司2004年版,第546页。
- [6] 参见[美]John H. Blume, Rebecca K. Helm:《“认假罪”:那些事实无罪的有罪答辩人》,郭烁、刘欢译,《中国刑事法杂志》2017年第5期,第129-144页。
- [7] 参见布莱迪诉马里兰州案, *Brady v. Maryland*, 373 U. S. 83 (1963)。
- [8] [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61页。

难以对检察官巨大的自由裁量权予以有效监督,甚至不存在这种监督。谈判机制还可能给被告人带来不可抗拒的压力,让他们违心认罪。因此,辩诉交易剥夺了被告人获得有力辩护的利益,并对那些可能在庭审中被宣告无罪的人强加不应有的惩罚。^[9]

(四) 德国量刑协商制度的问题

协商性司法在德国的实施,除附条件(通常为支付金钱)不起诉以及处罚令程序中的控辩协商外,主要是“认罪与量刑协商程序”。而该程序所存在的突出问题,也是名为协商,实为压制,因此妨碍司法公正并损害当事人权利。

德国刑事诉讼所具有的职权主义传统,以及法定主义的追诉原则,与协商性司法的精神并不协调。但在限时办案压力之下,受功利主义与实用主义的影响,协商性司法从起初的实践进入到后来的法律确认,已经成为德国刑事程序的一个重要部分。但德国法中量刑协商制度的特点是协商主体不同。因职权主义的诉讼结构,量刑的协商程序主要是在主审判程序中,由法官和被告方进行交涉。基本模式为,法官直接告诉或通过辩护人告诉被告人(对辩护人的告诉可能在法院的走廊、法官的办公室或者通过电话进行),认罪会如何判刑,而不认罪则会如何重判。然后辩方决定是否接受协商条件。

对德国量刑协商程序的主要批评,是认为它背离了协商程序应有的“武器平等”的基础,决不是哈贝马斯所称“不受权力干涉的纠纷解决”,因而不能形成“公平的协商”。因为在量刑协商中,法官有着巨大的支配权,决定被告人是否有罪、该当何罪以及如何量刑。被告人作有罪答辩时承受巨大的压力。不仅被告人没有与法官“议价”达成协商性裁决的能力,辩护律师也难以对法官据理力争,进行平等协商。这种不对等的博弈产生了一系列技术扭曲。尽管相关法律规范努力维系职权主义的真相探知方式,但是大量的量刑协商在实践中依旧被简化处理。被告人认罪供述由“事实上的供述”日渐转变为“技术上的供述”,由丰满的“细节性供述”转变为“对于起诉事实回应式供述”,进而转变为“单纯承认有罪的供述”,供述究竟是否真实似乎越来越不重要。法官往往仅将认罪供述与案卷内容简单比照、印证,即所谓的“口供兑现”,甚至根据秘密商定的认罪供述径直定案,不作任何实质性法庭调查。^[10]

德国量刑协商程序中的压制性实践被认为可能引起宪法性危机,相关争议案件已被提交联邦宪法法院审查。虽然量刑协商的法律条款未被宣布违宪,但联邦宪法法院已对移送其审判的三个案例,宣告法院量刑协商程序适用不当,侵犯了当事人受适当告知以及不被强迫自证其罪的权利。^[11] 鉴于量刑协商实施中的巨大争议,联邦宪法法院已委托专家教授对此程序进行调查,根据调查结果再进一步改革。^[12]

[9] 参见[美]斯蒂芬·舒霍夫:《灾难性的辩诉交易制度》,郭烁译,《中国刑事法杂志》2019年第6期,第142页。

[10] 参见印波:《以宪法之名回归法律文本:德国量刑协商及近期的联邦宪法判例始末》,《法律科学》2017年第5期,第191页。

[11] 参见印波:《以宪法之名回归法律文本:德国量刑协商及近期的联邦宪法判例始末》,《法律科学》2017年第5期,第191-195页。

[12] 2019年9月,笔者随中国刑事诉讼法学代表团,参加在德国明斯特大学举办的中德刑事司法高端论坛。德国明斯特大学戴特斯(Mark Deiters)教授发言认为目前德国刑事诉讼中最大的问题是量刑协商程序。鉴于该程序存在的争议,联邦宪法法院已委托教授对该程序实施进行调研,原定2019年提交调查报告,后推迟一年,即在2020年将提交报告。

二 我国认罪认罚制度中控辩失衡问题突出

在2019年12月于重庆召开的认罪认罚制度研讨会上,孙长永教授曾指出,无论是英美法系,还是大陆法系国家,都是先有正当程序,后有协商司法。^[13]但在我国,在正当程序建设尚未完成之时,“以审判为中心”还未实现,就建立、实施了认罪认罚从宽制度,因此缺乏控辩平等的协商机制,势必妨碍认罪认罚的自愿性及此类案件的客观真实性。^[14]笔者同意这一观点,在正当程序建设不足的情况下实施这项制度,可以说是一个“早产儿”,势必存在某些“先天不足”,导致控辩失衡问题更加突出,如果制度程序设计未能有针对性地予以弥补,实施中的负面效应将难以避免。这种情况主要表现在以下几个方面:

其一,缺乏有效辩护。众所周知,由于自身条件限制,被追诉人无法与国家追诉权力相抗衡,因此需要设置辩护人制度,对其予以技术支持和权利增益。而协商性司法由于简化了诉讼程序与弱化了审判功能,其正当性与合理性系于双方的交涉,因此被追诉人更需辩护人支持。其他国家以及我国台湾地区的相关规定均强调了对被追诉人律师有效帮助权利的保护。美国的辩诉交易制度,须由辩护律师代表被追诉人与检察官进行谈判。《法国刑事诉讼法典》第495-8条第4款规定,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。^[15]日本在2016年刑事司法改革中引入“协议、合意制度”,要求在达成合意的过程中,必须有辩护人出席,而且合意需要获得辩护人的同意”。如果犯罪嫌疑人、被告人、辩护人没有异议,检察官可以就协议的一部分只与辩护人达成协议。但检察官不能只与犯罪嫌疑人、被告人之间达成协议。^[16]我国台湾地区,2004年修订“刑事诉讼法”,在增订“协商程序”编时对此问题曾有争论。“司法院”原修订版(2002年版)规定:受律师协助之权利,为被告得放弃之权利,如被告明示无辩护人仍愿进行协商者,则无须为其指定辩护人。但所谓“民间版”(2003年版)称,“盖无辩护人之被告多属社会之弱势、边缘、愚、贫之类,极有可能作出不智、仓促或被诱导之决定,而无知地放弃受律师协助之权利,再进而放弃宪法审判等多项权利而认罪。”因此主张协商程序应为强制辩护程序,被告即使表示无辩护人仍愿进行协商,法院仍须为其指定辩护人。2004年“新法”最终采纳了“民间版”的意见。^[17]

在我国刑事诉讼中,律师刑事辩护覆盖严重不足。首先是辩护率较低,全国范围看,

[13] 参见《西南政法大学刑事检察研究基地揭牌仪式暨新时代刑事检察理论与实践问题研讨会在渝举行》, <http://fxy.swupl.edu.cn/xyxw/276704.htm>, 最近访问时间[2020-03-16]。

[14] 这一观点在学界有一定的共识性。如熊秋红教授就认为我国跨过第三范式直接迈进第四范式可能会产生一定的风险。参见熊秋红:《比较法视野下的认罪认罚从宽制度——兼论刑事诉讼“第四范式”》,《比较法研究》2019年第5期,第2-23页。

[15] 参见施鹏鹏著:《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158页。

[16] 参见[日]田口守一著:《刑事诉讼法》(第七版),张凌、于秀峰译,法律出版社2019年版,第217页以下。

[17] 参见王兆鹏著:《新刑诉·新思维》,中国检察出版社2016年版,第142页。

刑事案件律师辩护率目前不超过 25%。^[18] 而律师辩护主要覆盖起诉、审判阶段,侦查阶段辩护率更低,这就形成大部分认罪认罚案件没有律师辩护,也造成认罪认罚程序中检察官的绝对主导及嫌疑人、被告人过于弱势的地位差异。为了弥补这一缺陷,法律和解释性规范退而求其次,将值班律师作为此项制度的“标配”。但各种调研材料均表明,值班律师设置在相当程度上“徒具形式”。因为值班律师既缺乏动力,又很难有条件为嫌疑人提供有效辩护。以笔者调研的重庆市为例,值班律师每天补助 150 元至 200 元,与接受委托后收取辩护费相差甚远;而其每天需要见证十个以上的认罪认罚等刑事案件,根本无力了解个案证据信息并提供有效辩护。目前仍有部分法律援助值班律师工作站设置在看守所监区之外,难以为被羁押人员提供及时的法律帮助。而且,值班律师并非辩护律师,不能凭“三证”而需要检察官或者侦查人员陪同才能会见。由此不仅导致与当事人的“秘密交流”无法实现,而且因其更多受侦控人员影响且与当事人之间并无信任和委托关系,容易沦为公权力的附庸。调研发现,“绝大部分案件中,检察官是在和犯罪嫌疑人完成量刑协商后,再通知律师到场见证具结过程。在听取律师意见时,往往只是告知其从宽处罚的建议,并不就量刑的内容与律师进行协商。而律师在提供法律帮助时,也只是在和检察官、犯罪嫌疑人进行简单交流后,便告知嫌疑人可以同意量刑建议和程序适用,并不就量刑结果提出疑义,更遑论参与量刑协商”。^[19] 除上述辩护覆盖问题外,中国刑事程序中对辩护权保障还存在许多不足之处,比如在部分案件中,如监察机关办理的职务犯罪及关联犯罪案件,调查取证阶段禁止律师介入;即使是律师可以进入的案件及可以进入的诉讼阶段,辩护权行使也受到较多限制,空间较为有限;即使是已聘请律师或可能聘请律师的案件,检察官也可以避开律师要求嫌疑人认罪认罚,这类案件并非个别。有学者指出,“从量刑建议的形成和提出看,辩护人及值班律师发挥的作用有限,我国的量刑协商基本上被塑造成‘检察官与嫌疑人的协商’,这是一种非常失败的制度设计。”^[20]

其二,被追诉人缺乏知情权,信息严重不对称。协商性司法所要求的控辩平衡,首先是信息分享。被追诉人作为程序主体,根据案件相关信息尤其是证据信息的知晓,作出明智合理的诉讼选择。在诉讼过程中,被追诉人有权直接或者通过辩护人知悉案件证据信息,这就是被追诉人的阅卷权或证据先悉权。“在刑事诉讼程序内,阅卷权向来被认为是一被告有效防御的条件,甚至可以说在被告的防御里,除了证据调查请求权及对质诘问权以外,阅卷权亦居于核心的地位。”^[21] 从比较法看,无论英美法系,还是大陆法系国家,阅

[18] 根据王禄生主持的东南大学人民法院司法大数据研究基地对 303 万刑事一审判决的数据分析,从 2013 年至 2017 年五年,刑事案件辩护率从 2013 年的 24.08%,逐年下降为 2017 年的 22.68%。但其中律师辩护率呈上升趋势:从 2013 年的 19.07%,到 2017 年的 22.13%。<https://www.zhihedongfang.com/57313.html>,最近访问时间[2020-2-19]。2019 年 10 月 24 日,徐显明委员在全国人大常委会审议最高人民法院刑事审判专项报告时指出,现在全国刑事案件律师辩护率是 23%,应该大幅度提高律师辩护的比例。参见王姝:《常委会委员:每当出现冤错案件,公检法三家都难辞其咎》,<http://www.bjnews.com.cn/news/2019/10/25/641627.html>,最近访问时间[2020-02-19]。

[19] 许世兰、陈思:《认罪认罚从宽制度的基层实践及思考》,载胡卫列等主编《认罪认罚从宽制度的理论与实践》,中国检察出版社 2017 年版,第 355 页。又参见王迎龙:《值班律师制度研究:实然分析与应然发展》,《法学杂志》2018 年第 7 期,第 114-116 页。

[20] 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。

[21] 颜厥安、林钰雄著:《人权之跨国性司法实践——欧洲人权裁判研究(一)》,我国台湾地区元照出版公司 2007 年版,第 95 页。

卷权均被规定为被追诉人辩护权的必要构成。我国学者也普遍认为阅卷权是被告人作为当事人的固有权利。^[22]然而,我国刑事诉讼法并未确认被追诉人阅卷权,即使辩护人将其阅卷获悉的证据信息告知被追诉人,其法律效果也较为模糊,学理上、实践中均存争议,^[23]辩护律师因此在操作中也比较谨慎。在此种背景下,检察官与被追诉人的认罪认罚交涉,是在严重的“信息不对称”的条件下进行的。检察官没有义务将其掌握的证据信息全面告诉被追诉人。法律和解释性文件规定的司法机关告知义务,只是“告知犯罪嫌疑人享有的诉讼权利和认罪认罚的法律规定”。如不告知或不全面告知案件相关信息,不仅不违反现行制度要求,某种意义上说,也许反而是现行制度的一种追求——正是通过“信息不对称”,使犯罪嫌疑人意志屈服。这样的制度设置,使检察官可以而且乐于同无辩护律师的被追诉人商谈认罪认罚,即使已有或可能有辩护律师,检察官也更愿意在辩护人不在场的情况下敲定认罪认罚事宜。

为了保障被追诉人知情权,2019年10月发布的《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》(下称“《指导意见》”)第29条规定:“人民检察院可以针对案件具体情况,探索证据开示制度,保障犯罪嫌疑人的知情权和认罪认罚的真实性及自愿性。”然而,这一规定并未确立检察机关对犯罪嫌疑人的案件信息包括证据的告知义务,而是采用了“可以”“探索”等灵活概念,以及“证据开示制度”等内涵较模糊的说法。而2019年12月30日颁布施行的《人民检察院刑事诉讼规则》,认罪认罚案件中检察机关的告知内容,限于“犯罪嫌疑人享有的诉讼权利和认罪认罚的法律规定”,不含证据开示。因此,在无法律支持和配套规范的情况下,类似建议缺乏实践效用。

其三,认罪认罚全程开启且鼓励早认,被追诉人权益难获保障。为了防止司法协商的无序及追诉者规避程序、减损权利保障,域外多数协商司法制度限制协商时机与环节,避免在律师未介入及证据未开示的情况下单方推进协商程序。美国辩诉交易在审前程序中进行,适用比较灵活,但也只能在检察官提出指控后且被告人有辩护律师帮助的情况下进行。德国认罪和量刑协商,则在主审阶段由法官与辩方进行,审前控辩双方的认罪与量刑协商对法院不具备约束力。而根据我国台湾地区“刑事诉讼法”第455条之2的规定,协商程序仅适用于“检察官提起公诉或声请简易判决处刑,于第一审言辞辩论终结前或简易判决处刑前”,就科刑范围或适用缓刑的协商,“不得逾30日”,从而限缩了认罪协商启动的时间范围。而在我国大陆,根据《指导意见》第5条关于适用阶段和适用案件范围的规定,“认罪认罚从宽制度贯穿刑事诉讼全过程,适用于侦查、起诉、审判各个阶段。没有适用罪名和可能判处刑罚的限定”。第9条就“从宽幅度的把握”明确规定,“早认罪优于晚认罪”。应当看到,由于此项制度的“从宽”精神,宽泛的适用时机规定,有利于扩大该程序的适用范围,因此存在有利被追诉人的一面。但在另一方面,这项宽泛的规定也为

[22] 参见陈瑞华:《论被告人的阅卷权》,《当代法学》2013年第3期,第127-137页;杨波:《被追诉人阅卷权探究——以阅卷权权属为基点的展开》,《当代法学》2012年第1期,第24-29页;韩旭:《刑事诉讼中被追诉人及其家属证据知悉权研究》,《现代法学》2009年第5期,第91-99页。

[23] 根据《刑事诉讼法》第39条,在起诉阶段辩护律师可以向嫌疑人“核实证据”。但其核实证据时能否告知人证证明内容,还有较大争议。侦查、检察机关倾向于限制这种庭前告知。这也显示出我国刑事程序对于向当事人告知证据信息的保守态度。参见朱孝清:《刑事诉讼法实施中的若干问题研究》,《中国法学》2014年第3期,第247-266页;龙宗智:《辩护律师有权向当事人核实人证》,《法学》2015年第5期,第144-150页。

控诉方在辩护人尚未进入,且被追诉人无渠道获取证据信息的情况下推进认罪认罚,提供了时机和条件。而鼓励尽早认罪的规定,虽然与节约诉讼资源的制度目的相协调,但同时也是鼓励在信息更加不对称,以及辩护律师通常未介入或即使介入但因不能阅卷而难以有效协商的情况下,推进认罪认罚程序,这对被追诉人也存在不利一面。

其四,特有的侦查讯问制度与审前羁押制度,使控辩资源失衡更为显著。首先是侦查讯问的封闭性及权利保障不足,存在非自愿性认罪的初始性风险。认罪认罚从宽制度的实施,以被追诉人自愿认罪为前提,因此亦要求侦查审讯中贯彻自愿任意性原则,即“不得强迫任何人证实自己有罪”。我国《刑事诉讼法》第 52 条对这一原则已经做出明确规定,但是,为获取口供的需要,刑事诉讼法并未由此自然引申出“沉默权”规范,而是同时保留了对侦查人员的提问,犯罪嫌疑人“应当如何回答”的规定,并以此规定排斥“沉默权”,维系义务性供述制度。加之我国侦查程序的封闭性,辩护律师没有审讯在场权,供述义务无争议地成为刑事司法的现实。其次是审前羁押制度的重要影响。从比较研究角度看,我国审前羁押制度有两个特征,一是侦查机关自行羁押时间长。犯罪嫌疑人的早期羁押即刑事拘留,由侦查机关自行决定。这本为满足侦查紧迫性的需要,但我国刑事拘留制度的特点是羁押时间长。普通案件刑事拘留 10 天,“流窜作案、结伙作案、多次作案”的犯罪嫌疑人可拘留 37 天,大大高于国际上警方自行拘留嫌疑人的一般时限。在实践中,37 天的时限适用十分广泛。^[24]二是实行“捕诉合一”。即负责公诉的检察机关同时负责批准逮捕,而逮捕是审前更长时间的羁押行为。

上述两个特征,对认罪认罚从宽制度产生两点影响:一是由长时间拘留和高比例逮捕所形成的高羁押率,使被追诉人通常在被羁押的状态下与检察官进行认罪认罚协商,其所处状况更为不利。嫌疑人因处于孤立的被羁押状态,不仅渴望解脱羁押,而且在此种状态下更难获得可供判断并做出理性选择的案件信息,因此更容易接受控方提出的认罪认罚条件。二是检察官的批捕权增强了检察官在认罪认罚制度中调配资源的权力。根据《指导意见》第 19 条,对当事人采用强制措施,“应当将认罪认罚作为衡量其是否具有社会危险性的重要考虑因素”。^[25]《人民检察院刑事诉讼规则》第 140 条、第 270 条亦作出相应规定。而近期实行的检察机关“捕诉一体”的内设机构改革,将公诉、批捕和监督职能集中于一名检察官,则进一步强化了办案检察官的程序主导权。

其五,诉审“配合”与简化审判,导致法院有效审查难以实施,诉讼资源难以平衡。我国检察官具有特别的刑事诉讼地位,是法律监督机关的代表,监督刑事程序的运行。虽然从实践看,这种监督权能较为有限,但检察官超越控方角色的特殊地位,无疑增强了他的诉讼地位与资源。此外,在我国刑事程序中,实行检察官公诉垄断,其公诉权的行使不受法院的司法审查,法院对公诉案件除了以管辖不当退回外,无权以公诉内容违法或不当驳回起诉,而只能通过审判程序对公诉做出处理,这也同多数英美法系及大陆法系国家有别。而在认罪认罚案件中,公诉效力更有进一步的扩展,即如《刑事诉讼法》第 201 条所规定的,“对于认

[24] 此外,对职务犯罪及其关联犯罪的被调查人,监察机关根据监察法可自行决定留置 3 至 6 个月。

[25] 《指导意见》以第六节三个条文专门规定了强制措施适用问题,但均为认罪认罚后强制措施适用包括变更,不涉及之前慎用及调整强制措施以创造平等协商条件问题。

罪认罚案件,人民法院依法作出判决时,一般应当采纳人民检察院指控的罪名和量刑建议。”

此外,还需要注意中国特有的刑事诉讼构造对控辩平衡的影响。根据宪法和刑事诉讼法,我国刑事诉讼奉行侦查、检察、审判机关分工负责,互相配合、互相制约的原则,从而形成侦、诉、审的不同诉讼阶段,并分别由相应国家机关主持的阶段论程序构造,同时形成控诉方与审判者制约兼配合的诉讼关系。虽然近年来提出推动“以审判为中心”的诉讼制度改革,但基本的程序构造、司法原则及诉讼关系未动,“以审判为中心”的改革,只能在适度加强庭审等技术层面作有限努力,从而呈现出“技术型审判中心论”的发展样态。法院既不能对审前程序包括其中的诉讼行为进行司法审查,又须在审判之中贯彻“制约、配合”原则,且受检察机关审判监督,因此对公诉的审查乃至改变能力十分有限。而在认罪认罚案件中,由于诉讼价值的效率取向,认罪认罚具结以形式上的合意为基础,且有《刑事诉讼法》第201条的限制,法院诉讼资源平衡能力更为有限。

三 控辩失衡使认罪认罚程序发生异变

由于认罪认罚制度本身存在的结构性风险及中国认罪认罚程序中控辩失衡特有因素的影响,目前实施的认罪认罚制度,在某些案件中已经不具备协商性司法的应有特性,异变为压制性司法,妨碍了司法的程序公正和实体公正。

(一) 侦查中以威胁、引诱方法促使认罪的弊端

协商性司法中,控辩双方的协商,一般发生在公诉准备阶段,即检察官与辩护方之间。然而,在证据调查的审讯过程中,侦查官员与犯罪嫌疑人之间的交涉,常常更具实质性,因此可能发挥更为重要的作用。我国的认罪认罚从宽制度适用于侦查阶段。侦查人员在讯问犯罪嫌疑人时,虽然没有从宽幅度的承诺权及要求嫌疑人具结权,但应当告知犯罪嫌疑人享有的诉讼权利、如实供述罪行可以从宽处理和认罪认罚的法律规定,并且同步开展认罪教育工作。在封闭的审讯环境下,侦查官员以严重法律后果相威胁,再以认罪认罚从宽相诱导,同时强调嫌疑人的供述义务,容易导致嫌疑人违心、被迫认罪,包括没有犯罪的人承认自己已实施犯罪。侦查阶段出现的非自愿性认罪和非自愿性供述,实已从认罪认罚的初始阶段就破坏了自愿性原则,损害了认罪认罚从宽程序的基础。

(二) 认罪认罚从宽程序呈现权力型程序样态

我国刑事程序中的认罪认罚从宽,是公安司法机关的权力还是被追诉人的权利,从法律规范看还不够明确。从法律及解释性规范的具体内容分析,其“从宽”的实体和程序要求,具有权利属性,但程序的启动、推动、程序适用和实体处置的选择,则基本具有权力属性,对被追诉人在认罪认罚的程序权利保障不足。^[26]就程序适用现状而言,似乎认罪认罚是司法机关对犯罪嫌疑人的“恩赐”,是国家公权力对被追诉人的施舍,因此程序的启动或不启动,由检察机关决定。嫌疑人及其辩护人即使申请,也无法定约束力,而取决于检察机关尤其是办案检察官的意愿,因此辩方启动此程序的申请权并无制度保障。而程序的

[26] 认罪认罚属性及对程序适用影响的分析,参见闵春雷:《回归权利:认罪认罚从宽制度的适用困境及理论反思》,《法学杂志》2019年第12期,第7-17页。

适用时机、适用方式,包括控罪与处罚的内容,亦由检察官决定,审判程序中则由法院决定,辩方影响力较小,此外如前文所述,值班律师制度也形同虚设。因此有人称这种认罪认罚程序是“听取意见式程序”,而非认罪协商程序。^[27]从法律后果看,检察官意志基本决定案件的命运。嫌疑人在审判前认罪认罚并予具结,在法院一般应当接受指控的罪名和量刑建议的规范之下,检察官的控诉已具有“类审判”功能,对案件处置基本具有决定性作用。

(三) 压制性操作方式妨碍司法公正

在前述控辩失衡的程序背景以及权力主导操作方式之下,很难避免控诉方在部分案件中,将认罪认罚作为克服诉讼障碍、实现有效定罪的工具。在这类案件中,认罪认罚制度实已丧失其协商性司法的特质,而变异为一种“恃强凌弱”的“压制性司法”。应当说,上述认罪认罚制度的这种异变,已经成为学者们对认罪认罚从宽程序的主要担忧,也在某些案件中成为刑事司法的现实。调研发现,认罪认罚程序已经成为少数个案瓦解被追诉人无罪辩护意志的有效工具。有的案件,虽然被追诉人认为自己无罪,甚至辩护人也认为因证据不足或法律上不构成犯罪而不应定罪,但被追诉人慑于起诉量刑的威胁,同时受对方定罪轻处的诱惑,有时还受不被羁押或解除羁押的引诱,再考虑中国的控审配合关系等因素,违心认罪认罚。另有一种不利后果,是目前的认罪认罚程序容易使轻罪案件的“顶包”认罪通过程序检验。如近年来司法实践中涉毒类假案现象有所抬头,吸毒者为规避强制隔离戒毒两年时间,宁愿对小额“零包”贩毒案认罪,判一年半载,甚至想尽办法“自首”“立功”,处理更轻。另一方面,戒毒警察有案件考核任务,双方一拍即合,联手制作出涉毒类假案,认罪认罚及速裁程序为这类案件提供了程序契机。^[28]

此外,认罪认罚还被用于共同犯罪案件中瓦解辩护阵营,诱导法院作有罪判决的手段。在部分共同犯罪案件中,控诉方审前与部分被告达成认罪认罚协议,使部分被告当庭认罪,本来按照一般辩护逻辑可以共同辩护无罪的案件因此被分化瓦解。此种情况下,法院可能无需对涉及认罪认罚被告的相关事实进行严格的证据调查。同时,在法院一般应当采纳检察机关指控的罪名和量刑建议的规范约束下,法院更难做出全案或基本指控事实不构成犯罪的判断和处理。^[29]更有甚者,有的案件,检察机关对部分共犯认罪认罚后作分案处理,将这部分共犯起诉到法院后以简易程序迅速审判并形成生效有罪判决,更是以既判力预定了未认罪且准备抗辩被告人的有罪裁判后果。^[30]

[27] 参见闫召华:《听取意见式司法的理性建构——以认罪认罚从宽制度为中心》,《法制与社会发展》2019年第4期,第58-81页。

[28] 魏晓娜教授分析了此类“顶包”案件及现行认罪认罚存在的程序缺陷和实践弊端,认为“在控辩地位严重不对等前提下的认罪认罚制度,可能会招致一些特殊的风险。”参见魏晓娜:《结构视角下的认罪认罚从宽制度》,《法学家》2019年第2期,第111-123页。

[29] 在当前的部分“涉黑”“涉恶”案件的审判中,这种情况比较突出。检察机关常在审前对部分被控黑、恶犯罪的一般成员乃至少量骨干适用认罪认罚从宽,部分被告因此当庭认罪,即使他们在具体的被控事实询问时,不能做出相应的犯罪供述。这种方式被作为克服此类案件定罪难题的重要手段。

[30] 如广州市人民检察院对认罪认罚从宽制度试点两年,总结的试点经验包括:“建立分案审查机制,对共同犯罪中认罪的犯罪嫌疑人视情况分案起诉,形成认罪与不认罪有序区分的案件分流格局。”参见广州市人民检察院:《认罪认罚从宽试点两年 兑现快速正义实现共赢》, <https://www.jcy.gz.gov.cn/xw/995.jhtml>, 最近访问时间[2020-02-18]。对这种分案做法的宣传论证参见尹巍:《浅析认罪认罚从宽制度下的共同犯罪分案》,《天津检察》2018年第1期,第56-57页。

由于控辩失衡及操作不当使认罪认罚程序发生异变,其直接效果是降低了部分案件的办案质量,导致个案的不公正,也对认罪认罚从宽制度改革成效产生负面影响。其间接效果是加剧控辩不平衡,从而扭曲诉讼结构。因认罪认罚案件不再实行实质化庭审,强调被告人认罪口供的意义以及案卷笔录的作用,因此更倾向于维系案卷笔录中心主义与口供中心主义,固化中国刑事诉讼的传统弊端。这些负面作用,势必妨碍以审判为中心的诉讼制度改革,给中国刑事程序的正当化改革带来负面影响。

四 关于完善认罪认罚制度的几点认识

上述分析说明,我国实施认罪认罚从宽制度,既有配套条件不足的问题,也有制度设置和实施中的偏差。2019年,党的十九届四中全会提出坚持和完善中国特色社会主义制度、推进国家治理体系和治理能力现代化的总体目标,认罪认罚从宽制度体现了巩固诉讼理念的重大变革和刑事诉讼制度的重大改革,本质上是推动国家治理体系和治理能力现代化的一种诉讼模式。^[31] 所以需要我们进一步探讨此项改革的前景包括其制度完善的方法,对此,首先需要在一些重要问题上厘清认识。

(一) 认罪认罚制度应当缓行还是完善续行

前文笔者已分析说明我国是在配套制度十分不足,控辩资源明显失衡的情况下实施了认罪认罚从宽制度,在此认识之下,对此项制度的发展,首先需要明确其现实必要性,在此基础上确定其应然的发展方向。

即使目前制度超前,且存在弊端,但笔者并不认为总体弊大于利,应予缓行。有四点理由:其一,实施此项制度有利于克服传统弊端,体现刑事政策。我国刑事诉讼中,“坦白从宽”的刑事政策长期存在实效性和感召力不足的问题,因此在社会上流传所谓“坦白从宽,牢底坐穿;抗拒从严,回家过年”的说法。实施认罪认罚制度,将坦白从宽说清楚、写下来、难反悔,才能保障这项制度落实,使悔罪且愿意配合国家追诉的当事人切实享受“政策红利”。^[32] 其二,在所谓“官家主义”即“超职权主义”背景下,协商性司法有利于当事人主体地位的提高。由于诉讼传统及制度背景,我国刑事侦查、控诉权,缺乏辩护权制约,也欠缺中立第三方的司法审查,呈现十分强势的所谓“官家主义”或“超职权主义”特征,在此背景下,认罪认罚从宽虽然显示出控辩失衡,但此项制度的协商性司法性质,毕竟是对当事人主体地位至少在形式上的一种肯定和确认,从制度法理上看也是一种进步。其三,从实践效果看,虽存在损害当事人权利的弊端,但其在“重刑主义”之下的轻缓趋向,总体对保障公民权利有利。其四,制度的适度超前,可以通过“程序反制”及“程序拉动”,推动诉讼制度改革。某项制度与其运行条件不匹配,一种办法是制度终止,待条件

[31] 参见周闻韬:《最高检:加大认罪认罚从宽制度适用力度》, http://www.xinhuanet.com/legal/2019-10/31/c_1125175596.htm, 最近访问时间[2020-03-17]。

[32] 笔者在二十余年前即对坦白从宽政策执行中的悖反现象,作了严肃批评及深入分析,并提出解决建议:“在一定程度上借鉴国外辩诉协商的办法,事先说明嫌疑人、被告人认罪、坦白后可能接受的从宽处理,使其能够斟酌处置,在相对自愿的情况下作出坦白交待。”参见龙宗智:《论坦白从宽》,《法学研究》1998年第1期,第47-54页。

具备后再运行;另一种办法则是在制度实施的同时推动综合配套制度的出台,即根据实际情况和实际可能创造条件以匹配改革。笔者认为,后一种办法是可行的,目前对于此项制度仍应积极推动,关键是兴利抑弊,针对制度弊端调整、完善,并尽力推动综合配套改革。但是,由于制度配套不足,不宜不顾实际条件与需求,追求数量,勉强推动,而应注意遵循诉讼规律,防范弊端,适度推行。

(二) 完善认罪认罚制度的关键是诉讼资源配置的“控辩平衡”

前文已述,对认罪认罚制度正当性的主要威胁,是诉讼资源配置的控辩失衡,在完善论的语境下,必然要求调配诉讼资源,包括适当制约和约束此项制度中国家权力的行使,以及加强以辩护权为核心的公民权利保障,在有限条件下努力实现诉讼资源的控辩平衡。为此,首先存在如何理解“控辩平衡”的问题。因为国家的刑事追诉权与公民的防御权在性质、范围和力度上均有重要区别,若无足够的资源配置,国家将无法有效行使其刑事追诉权。因此,控辩平衡并非实际资源的平均分配和实际能力的平等赋予,而是仅指在诉讼程序中的法律地位平等与诉讼手段对等。具体把握须注意两点,一是对于任何追诉权能的可抗御性。即被追诉方能够对国家过度与不当地行使任何一种追诉权具有遏制的力量。任何一种制度,如果只给予国家权力行使的可能和便利而不为相对方赋权,则会引起失衡。二是遵循法律正当程序的基本要求。虽然现代各国诉讼制度有区别,但有一些诉讼原则及规则具有共识性,被认为是法律程序的基本原理,反映诉讼的规律。例如,任何人不能当自己的案件的法官,因此国家刑事调查和控诉的权能应受法律控制和司法审查;在主体性原则之下,任何人不应被强迫自证其罪,也不应当被强迫认罪认罚;被追诉人应当享有自行辩护的权利以及伴随的知情权,获得有效辩护的权利,获得法律救济的权利等等。认罪认罚制度的设置和实施,需要确认和保障被追诉人的上述基本诉讼权利。

(三) 推动综合配套改革

认罪认罚制度实施中的控辩失衡,是中国刑事诉讼程序整体状况的一个缩影。而失衡性的形成,既有该项制度设置的问题,也源于该项制度运行的程序构造和制度背景。如中国刑事诉讼反审判中心主义的线性构造,超职权主义的侦查、检察程序等,已如前述。因此,实现认罪认罚制度的控辩平衡,是一项系统工程,既要注意认罪认罚制度本身的改革完善,也要注重综合配套制度的改革,但应考量司法现实,逐步推进。后一方面的改革主题,可以归结为切实推进“以审判为中心的诉讼制度改革”。

正是由于认罪认罚制度的改革完善是一项系统工程,尤其涉及刑事诉讼构造以及主要制度程序的改革,不可能一蹴而就。而且,从党的十八届四中全会提出推动“以审判为中心的诉讼制度改革”以来,虽在推进庭审实质化、贯彻非法证据排除规则等具体程序方面做了一定努力,但刑事诉讼结构与原则基本未动,公安司法机关的诉讼关系基本未变,案卷笔录为中心的案件运行机制基本未改,可见实际推动“以审判为中心”的诉讼结构与基本程序制度改革难度很大。因此,考量认罪认罚制度的改革完善仍需立足现实,采取设定阶段目标分步推进策略,不好高骛远而力求实效。

在分步推进的改革策略之下,鉴于现存弊端且短期难以克服,在实施认罪认罚制度问题上亦应注意适度推进,不过度追求高指标、大数量。最高人民检察院曾于 2019 年两次

召开全国性会议,部署认罪认罚工作,要求达到全部刑事案件70%的适用指标。应当看到,推行认罪认罚在检察环节可能增加工作量,因为需要增加文书制作,增加与嫌疑人的交涉,因此一些基层检察机关缺乏积极性。最高人民检察院提出的适用指标要求,有利于推动认罪认罚程序适用,进一步贯彻“宽严相济”刑事政策,但从调研情况看,正常情况下很难完成这一指标。^[33]我国台湾地区的认罪协商程序,适用于应当判处三年以下有期徒刑的案件,但年度适用率仅占全部刑事案件的1%—3%。^[34]虽然我国大陆的制度与台湾地区有相当区别,台湾地区的低比例有其特定原因,但大陆在正式施行初期就要求将大部分刑事案件纳入此种轨道,似有困难。而如要达到指标要求,势必对一些本不具备适用条件的案件,通过检察官利用其资源优势,人为促成认罪认罚的达成。其效果无论对当事人是否有利,这种做法均不利于保障案件质量及实现司法公正。因此,建议设置鼓励认罪认罚程序适用的政策,但不设置硬性适用指标,至少不设置过高的指标任务。

(四)完善认罪认罚从宽的配套措施

如前文所述,为保障认罪认罚制度的顺利推行,在刑事诉讼结构的改革之外,还要注意对配套措施的完善以匹配改革的进行。笔者认为,需要重点改革侦查审讯制度及审前羁押制度,并完善刑事辩护制度。第一,无论分析法理还是观察实践,对认罪认罚从宽制度实施关联最紧密,影响最突出的刑事司法制度,是侦查审讯制度和审前羁押制度。一方面,认罪认罚是以当事人的自愿性为前提,这种自愿性,实为自白任意性的自然延伸。审讯中承认自白任意性原则,才能符合逻辑的在其后保障认罪认罚的自愿性。为打破“口供中心主义”,克服刑讯逼供以及以其他非法方法获取口供的司法痼疾,需要切实贯彻刑事诉讼法所规定“不被强迫自证其罪”原则,并以此原则解释适用“如实回答”法律规范:对侦查人员以及检察、审判人员的讯问,犯罪嫌疑人、被告人可以回答,也可以拒绝回答,但如回答,则必须“如实回答”。这实质上是设置“沉默权”这一被普遍认可并遵循的制度。但如顾虑某些犯罪的取证困难及打击需要,可以仿律师会见嫌疑人的例外规定,设置某些罪种的例外。这实际上只是一个规则解释问题,并不需要修订法律,而且经过多年的司法人权保障的论证与宣传,伴随大数据等现代监控和调查取证手段的强化,司法接受和社会认可的难度相对不大,可在较短时间内推行。同时,为加强审讯中的权利保障,防止违法取证,应推行侦查讯问律师在场制度,扩大和强化审讯录音录像制度的适用。

另一方面,我国羁押制度拘留时间过长,留置缺乏司法审查,以及“捕诉合一”制度,均与强制措施基本法理相悖,应当改革。不过,在因条件限制短期内难以启动此类重大改革的情况下,目前应切实贯彻羁押必要性审查制度,减少羁押,以改善嫌疑人程序地位。贯彻羁押必要性审查制度,可捕可不捕的不捕,虽经最高人民检察院三令五申,但实际贯彻不力,这与侦查和控诉的紧密联系,以及“捕诉合一”的司法体制有关。亦因科技发展及其司法适用,尤其是电子监控手段的高度发展,非羁押强制措施的应用越来越具有现实

[33] 根据裁判文书的大致统计(文书并非全部上网,因此数据不太准确),认罪认罚从宽制度正式实施一年时间(2018年10月到2019年9月),全国适用该制度的案件总计占比10%左右。但各地差别较大,根据笔者的调研,重庆80%左右,四川不超过10%,安徽约20%。

[34] 参见沈威:《两岸认罪认罚从宽制度的比较与借鉴》,《人民检察》2018年第4期,第54页。

可能性和必要性。当前如要降低羁押率,在其他方法难以奏效的情况下,笔者建议将前面提到的下达指标办法用在此处,设定一个全国范围的指标,如犯罪嫌疑人、被告人羁押数不得超过非羁押人数。在总体指标限制下,各地可根据情况体现一定区别。这一做法虽有弊端,但可能是目前情况下,落实羁押必要性审查制度最有效的方法。

第二,完善配套措施还需要加强对律师行使辩护权的保障,完善刑事辩护制度。首先应保障辩护律师的调查取证权,尤其在侦查阶段,有权搜集对嫌疑人有利的证据,以便获得控辩协商的必要证据信息。总之,“若要允许刑事协商合法地成为终结程序的工具,强化侦查程序中的辩护是不可或缺的。”^[35]其次要改变现在辩护律师申请司法机关调取证据权利虚置的情况。此外,根据国家司法改革的精神,为实现刑事辩护全覆盖,应允许律师在监察委办理的职务犯罪及关联犯罪案件的调查阶段介入,为当事人依法提供辩护。

五 完善认罪认罚从宽程序实现控辩相对平衡的路径

针对目前认罪认罚制度本身存在的控辩明显失衡的状况,即使承认现实条件约束,不求一蹴而就,也需切实采取对应的改革措施,以改善资源配置状况,实现一种相对平衡,主要路径如下。

(一) 提供有效辩护

实现认罪认罚的控辩平衡,创造协商性司法的基本条件,最直接也是最重要的路径之一,是强化辩护权,为被追诉人提供有效辩护,律师辩护无疑应当成为认罪认罚制度的“标配”。其一,除微罪案件(如判处拘役以下刑罚的案件)以外,应实行强制性律师辩护,这种辩护不能因嫌疑人、被告人意愿而放弃。这一制度要求不仅因为是协商性司法通例而需借鉴应用,更因为我国嫌疑人通常被羁押且讯问时没有律师在场权,侦查方比较容易获得嫌疑人的放弃声明,因此应当将辩护人参与作为认罪认罚程序实施的必备条件。其二,侦查、起诉阶段,侦查、检察官员可以向嫌疑人告知认罪认罚从宽的法律规定,但禁止在辩护律师不在场的情况下进行认罪认罚的具结,以防止检察官利用资源优势压制或诱惑嫌疑人非自愿接受认罪认罚条件;明确律师未经会见和与被追诉人协商、阅卷和与控方协商,不得在具结书上签字。在日本,“犯罪嫌疑人、被告人在与辩护人商谈并判断利益得失之后,以书面形式达成合意,这是犯罪嫌疑人、被告人‘自由作出合理的意思决定’”。^[36]在德国刑事诉讼程序中,辩护人有权限查阅检察官的案卷,根据对案卷的研究,告知被告人现有的对其不利的罪证材料,辩护人和被告人可以一起评价证据,估计认罪将带来的好处。^[37]如果案件将来出现冤错,签字的辩护人或者值班律师也应当承担相应的责任。其三,有效辩护意味着律师辩护,而非值班律师的见证及法律帮助。由于前文已分析的原因,值班律师不可能提供达到最低限度标准的有效辩护。鉴于多数犯罪嫌疑人的实际条

[35] [德]贝恩德·许乃曼:《公正程序(公正审判)与刑事诉讼中的协商(辩诉交易)》,载陈光中主编《公正审判与认罪协商》,法律出版社2018年版,第38页。

[36] 参见[日]田口守一著:《刑事诉讼法》(第七版),张凌、于秀峰译,法律出版社2019年版,第216页以下。

[37] [德]约阿希姆·赫尔曼:《德国刑事诉讼程序中的协商》,王世洲译,《环球法律评论》2001年冬季号,第417页。

件限制,这种律师辩护主要依靠国家法律援助制度提供。因此,随着刑事辩护全覆盖的改革努力,认罪认罚从宽制度的辩护条件将随之改善。而且应注意,“全覆盖”的实现有一个过程,除目前刑事诉讼法规定的法定辩护以外,认罪认罚从宽案件应当列入刑辩全覆盖的范围,作为优先安排法律援助的案件。同时,也需要明确规定,如果被追诉人已经委托辩护人,无论是控辩协商还是在认罪认罚具结书上签字,均应由辩护律师为之,检察官不得另行安排值班律师,这也是有效辩护的要求。

不过,由于实际条件的限制,实现实质意义的律师刑事辩护全覆盖尚有一个过程,目前还需借助值班律师制度的支持。而且即使实现全覆盖目标,也还需要值班律师为新进所嫌疑人提供某种“应急”服务,缓解其感到孤立和焦虑的精神状态,给予必要的法律帮助。因此需要改善值班律师制度的运行程序。一是以认罪认罚从宽制度实施为契机,赋予值班律师讯问时的在场权以及讯问监督权,并采取措施落实这种权利,从而保障认罪认罚的自愿性、合法性。二是保障值班律师的独立会见权。通过出台相关规定,使值班律师能够单独会见犯罪嫌疑人,保障“不被监听”法律规定的落实。三是为值班律师履行职务提供较好的条件,进一步支持此项制度的运行。比如尽快将在监区外设置的值班律师工作站设在监区内,方便值班律师向被羁押人提供法律帮助。而对值班律师的配备、待遇、轮换以及监督等,也应提供必要支持条件并完善相关制度,使值班律师尽量发挥其有效作用,以此改变当前饱受诟病的“形式见证”以及为公权力“背书”的问题。

(二) 强化当事人知情权与改善协商程序

鉴于我国刑事诉讼的有效辩护全覆盖还有一个过程,在仅有值班律师没有辩护律师参与的认罪认罚案件中,应当推进控诉证据向嫌疑人展示的制度。《指导意见》第29条要求探索证据开示制度,保障犯罪嫌疑人知情权,说明规则制定者已经意识到仅告知相关权利的局限性,以及在协商性司法中向无辩护律师的当事人展示证据的意义。不过因刑事诉讼法对当事人的证据知悉权缺乏明确的规范支持,刑事诉讼中如何实现当事人知悉权尚需探索,因此文件谨慎采用了“试行”而非“实行”的要求。但在律师参与不足,控辩资源显著失衡的情况下,控诉方向辩方当事人展示案件证据,即使很难做到充分全面的展示,对于平衡控辩资源也有一定功用。因此,有关部门应当切实贯彻《指导意见》要求,展开证据展示探索实践,^[38]在条件相对成熟后,再作全面推行。

此外,还应进一步明确辩方与控诉方协商的权利,规范协商程序。量刑“协商”虽然写进了《指导意见》第33条,但辩方能否主动提出协商请求,协商程序如何进行,协商失败或法院不认可协商协议(具结书),认罪口供能否作为证据使用等问题,目前均不明确。为此,需要规范协商程序,加强辩护方在认罪协商程序中的权利保障。应当进一步明确协商的启动、协商的内容、协商的实施和控方拒绝协商的法律后果、庭审中协商内容和协商

[38] 有的地方已将证据展示制度写入地方司法文件并开始实践探索。如山东省政法单位会签并于2019年10月下发的《关于适用认罪认罚从宽制度办理刑事案件的实施细则(试行)》第33条规定,“人民检察院可以针对案件具体情况,探索证据开示制度,在诉前与犯罪嫌疑人、辩护人或者值班律师沟通,将与案件指控事实相关的证据进行简化集中展示,增强犯罪嫌疑人对认罪认罚结果的预测性,保障犯罪嫌疑人的知情权和认罪认罚的真实性及自愿性。”

过程应否公开、如何公开等事项。对协商内容,庭审中应当由控方进行公开。如果协商程序存在争议,辩方有权公开协商过程,以证明控方违反了平等、自愿协商原则。通过此种公开,协商程序的合法性、正当性可以接受法官的审查。

(三)适当把握证据标准以实现质量与效率的统一

首先是要正确看待认罪认罚制度克服证明困难的功能。认罪认罚制度应否具有克服证明困难的功能,这是一个有争议的问题。有的学者认为,为防止案件质量下降,认罪认罚程序不能降低证据标准。即仍应按照“案件事实清楚,证据确实、充分”的标准衡量,达不到这一标准的案件不能进入认罪认罚程序。应当承认,这一观点注意到我国目前诉讼条件下降低证明标准的诉讼风险,而且也有一定的规范依据。《指导意见》第 3 条规定:“坚持证据裁判原则。办理认罪认罚案件,应当以事实为根据,以法律为准绳,严格按照证据裁判要求,全面收集、固定、审查和认定证据。坚持法定证明标准,侦查终结、提起公诉、作出有罪裁判应当做到犯罪事实清楚,证据确实、充分,防止因犯罪嫌疑人、被告人认罪而降低证据要求和证明标准。对犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚,但证据不足,不能认定其有罪的,依法作出撤销案件、不起诉决定或者宣告无罪。”应当说,这一规定有利于防止司法实践中办理此类案件降低证据标准后对不应定罪的案件错误定罪,从而维系此类案件的办案质量。尤其是考虑到我国刑事程序中控辩失衡问题较为突出,认罪认罚的自愿性保障不足,做出此项不降低证明标准的规定更有其实际价值。

但我们也应承认,协商性司法所追求的诉讼效率和诉讼经济价值,当然包含减少在取证方面的资源投入,甚至包括克服因证据资源不十分充分产生的定罪不确定性,这种情况在各国协商性司法中普遍存在。如果否定这一功能,机械理解不降低证据要求和证明标准的规定,将会发生实际操作的困难。实施此类制度的必要性会受到质疑,刑事司法机关也将缺乏实施动力。因此,从司法的现实出发,一方面,我们应当坚持证据标准,防止将证据不足,不能定罪的案件纳入认罪认罚,保证定罪质量。另一方面,也承认在符合基本证据标准和取证要求的情况下,允许对认罪认罚的轻微刑事案件适当减少取证投入。具体而言,可考虑对应当判处三年以上徒刑的案件,即使被告人认罪认罚,仍应按照原有刑事案件证明标准进行证据审查。而对于应当判处三年以下徒刑,以简易或速裁程序审理的案件,因犯罪较轻微,按照比例原则及认罪认罚制度的立法精神,体现诉讼效率和诉讼经济,对“案件事实清楚,证据确实、充分”证明标准,按照以下两点把握:一是具有足够的基本证据,这些证据之间能够相互印证,能够支撑有罪事实的证据构造;二是司法人员已经对有罪认定建立心证并“排除合理怀疑”,这一点与我国台湾地区实施认罪协商程序的要求相似。台湾地区的认罪协商程序限于可判处三年以下有期徒刑的案件,根据台湾地区学者的观点,认罪协商程序适用于两种情况,“其一是在确信被告人有罪的前提下,充分取证确有困难或过度消耗司法资源;其二是有证据已足以认定被告人有罪,但个别证据可能因证据法的规则必须被排除。”^[39] 依此划定适用案件范围,同时注意保障认罪认罚的

[39] 叶燕培:《大陆认罪认罚从宽制度与台湾地区认罪协商制度之比较研究》,载福建省检察官协会 2019 年 8 月编《海峡两岸检察制度研讨会论文集》,第 50 页。

自愿性,应能基本兼顾此类案件办理中的公正与效率。^[40]

(四) 实施有效的司法审查和司法救济

认罪认罚案件法院通过审判程序实施的司法审查,应到何种程度,尚有不同认识。根据《指导意见》第39条的规定,法院在庭审中应当对认罪认罚的自愿性、具结书内容的真实性和合法性进行审查核实。其审查重点在与自愿性相关的五个方面。审查认罪认罚具结书的合法性以决定适用法律做出裁判,当然也是“应有之义”。值得研究的是审查“具结书内容的真实性”。这里的真实性,主要是指认罪的真实性和是否实施了被指控的犯罪。根据《刑事诉讼法》第201条的规定,人民法院法庭审判有责任审查被告人的行为是否构成犯罪、是否应当追究其刑事责任,以及检察机关的量刑建议是否明显不当。可见,法院对认罪认罚案件的审查并非仅作自愿性、合法性审查,也应针对案件证据事实进行实质审查。不过,可以简化审查(法庭审理)程序,包括速裁程序中省略调查、辩论,简易程序中简化调查、辩论程序,以及普通程序中亦适当简化调查、辩论,着重围绕有争议的问题进行审理,而证据审查标准已如前述。

通过审判适度平衡控辩诉讼资源,还有必要保障被告人的上诉权。为实现诉讼经济和协商的有效性,认罪认罚从宽程序设置,可以选择限制上诉权,即实行有限上诉。^[41]但我国刑事诉讼法并未限制此类程序中被告人的上诉权,应当说,鉴于我国刑事司法包括认罪认罚程序中资源不平衡的状况,适当加强司法救济是有必要的,法律规定比较适合我国情况。《指导意见》关于速裁程序二审可不开庭审理以及处置方式的规定也具有一定的合理性。实践中应当注意的是,检察机关慎用抗诉权,不应“上诉必抗”,而应当区别情况,审查上诉的正当性,分别情况作出处理。^[42]

(五) 对共同犯罪案件适用做出一定限制

根据《指导意见》第2条的规定,在共同犯罪案件中,可以适用认罪认罚从宽程序,但应注意量刑平衡。从司法实践看,共同犯罪案件,既有全案被告均适用认罪认罚从宽,也有仅部分被告人适用的。从法理上分析,认罪认罚从宽是以被追诉人而非案件为适用主体。而且对某一或某些共犯适用从宽政策,以获取证据,证明主犯,也是办理共同犯罪案件普遍适用的政策与策略。国外所谓“污点证人”制度也是这一司法政策和策略的体现。然而,如前所述,对部分共犯适用认罪认罚从宽存在不公正的风险。结合司法实践,对共同犯罪案件适用认罪认罚从宽程序应当注意以下两点。

第一,应当注意慎重适用该程序。凡是案件是否构成犯罪存在较大争议,需通过法庭的实质化审理予以确认的,检察机关应慎重适用该项程序让部分共同犯罪嫌疑人签具结书。因为检察机关适用认罪认罚程序,是以案件确实构成犯罪为前提,而且适用这种程序

[40] 最高人民法院副院长陈国庆认为,“证明犯罪构成要件事实的基本证据完备,能够排除合理怀疑,则可以适用认罪认罚从宽制度。”参见陈国庆:《认罪认罚从宽制度若干程序问题探析》,《人民检察》2017年第23期,第7页。这一观点与笔者观点较为一致。不过,笔者认为以“基本证据”判定,仅适用于三年以下有期徒刑案件,此为区别。

[41] 如我国台湾地区“刑事诉讼法”第455条之10规定,认罪协商的判决做出后,除撤销合意、非出于自由意志、法院认定事实与协商合意之事实明显不符等六种情形之外不得上诉。上诉审查限于上诉理由。

[42] 区别对待和处理参见朱孝清:《如何对待签署认罪认罚具结书后反悔》,《检察日报》2019年8月28日第03版。

后,审判程序应在不同程度上简化,但对争议较大的共同犯罪案件,因为共犯关系,即使对认罪认罚的被告所涉指控事实,其审理也应保障实质化而不应简化。而且,以认罪认罚从宽来克服诉讼障碍,引导法院作有罪判决也是不正当的诉讼策略,检察机关基于其客观义务及法律监督职能不应采取。此外,共同犯罪中的主从犯认定亦生争议,而诸被告间的量刑平衡难度较大,检察机关以具结书确定部分被告量刑,容易增加法院量刑平衡的难度,因此亦应注意谨慎适用。

第二,不能以认罪认罚为由对被告分案处理。因为根据《刑事诉讼法》第 215 条的规定,共同犯罪案件中部分被告人不认罪或者对适用简易程序有异议的,不能适用简易程序审理案件。认罪认罚的共犯适用简易程序或速裁程序分案审理违背法律规定。即使分案适用简易程序(简化)审理,也属人为分割共同犯罪案件,由于分案后共犯间不能同案调查,难以相互对质,必将损害审理的言辞性,妨碍审理的实质性,也不利于共犯之间的量刑平衡,不符合审判规律,因此亦应禁止。^[43]

[Abstract] The problems of information asymmetry and resource inequality in negotiated justice have led to structural risks. The police and prosecutors have the motivation to suppress the accused so as to overcome procedural barriers. The plea bargaining in the United States and the negotiated sentencing in Germany both have the problem of alienation of negotiated justice. In China, such factors as the lack of effective defense, the poor protection of the right of the accused to be informed, the initiation of the procedure of leniency upon admission of guilt and acceptance of punishment before the intervention by the defense lawyer and the encouragement of early admission of crime, the unique systems of investigation, interrogation and detention, and the “cooperation” between the prosecution and the court have aggravated the imbalance between the prosecution and the defense and led to a series of negative consequences. Currently China needs to conduct a comprehensive supporting reform targeted at the above-mentioned problems, and the key to the success of this reform is a balanced allocation of procedural resources. The reform should focus on the improvement of such systems as interrogation, pretrial detention, and defense. The completion of the program itself has the following path: first, realize the effective defense and improve the duty lawyer service; second, strengthen the right of the accused to be informed and improve the negotiation procedure; third, apply the standard of proof appropriately, and maintain a good balance between quality and efficiency; forth, establish an effective system of judicial review and remedy, and impose certain limitations on the application of the system of leniency upon admission of guilt and acceptance of punishment to cases involving co-perpetrators.

(责任编辑:贾元)

[43] 近年来的司法实践中,对某些共同犯罪案件(主要是涉黑案件),基于审理便利和法庭秩序等原因,具备同案审理条件时人为分案审理,弊端严重,亦应切实纠正。