

德国刑事诉讼中协商制度浅析

黄河

内容提要:德国于上世纪70年代在刑事诉讼中引入了协商制度,但该制度在很长一段时间内都仅仅以非正式的形式存在。近年来,德国立法者试图通过立法来加强对非正式协商制度的规制,使协商制度有明确的法律依据可循。2009年8月,关于协商制度的《刑事诉讼法修正案》获正式通过。本文从德国协商制度发展过程中出现的问题出发,结合德国联邦最高法院的相关判例及联邦议院关于《刑事诉讼法》的最新立法修正案,阐释协商制度在德国刑事诉讼中的运作模式及相关程序性规定,并从功能比较的视角出发,比较了德国的协商制度与美国的辩诉交易,以期为我国的刑事诉讼程序的改革提供借鉴。

关键词:协商制度 起诉协商 判决协商 辩诉交易

黄河,中国政法大学中德法学院硕士研究生。

前言

协商制度在20世纪70年代就已经在德国出现了,经过近30年的刑事诉讼审判实践,非正式的协商制度通过德国法院的若干判例形成了一系列的程序规则,为协商制度正式纳入立法规制奠定了基础。其中,联邦最高法院大刑事法庭在2005年3月3日的一个开创性的判决中确立了协商制度合法性的基本原则和方针。同时也强调指出,法官造法已经达到极限,现在该轮到立法者做些事情了。^[1]2009年1月,德国联邦政府向联邦议院提交了联邦司法部起草的关于协商制度的立法草案。该法律草案包含对协商制度的程序、内容和结果的规定。^[2]2009年7月,德国联邦参议院正式批准了该草案,并于2009年8月4日在联邦法律公报上公布,并对德国《刑事诉讼法》进行了修订,加入新的257c条的规定,弥补了德国《刑事诉讼法》中协商制度的“法律空白”。

一 协商制度的概念

德国刑事司法实践中广义的协商制度包括起诉协商和判决协商。起诉协商体现于德国

[1] BGH, Absprachen im Strafprozess - Wirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts. NJW 2005, 20, S. 1443.

[2] BMJ, Bundestag verabschiedet Gesetzentwurf zur Verständigung in Strafverfahren, http://www.bmj.bund.de/enid/Strafverfahren/Verstaendigung_im_Strafverfahren_xx.html.

《刑事诉讼法典》第153条第2款、第153a条第2款和第153b条第2款。^[3]其中第153a条最重要,它是1974年德国修改《刑事诉讼法典》时增加的。该条规定:轻微犯罪案件中,在不违反公共利益的前提下,检察官可以在经过有管辖权的法院同意后决定“附条件不起诉”,例如,要求被告人在一定期限内向被害人补偿损失,或者向慈善机构和国库捐赠一笔款项。检察官以附条件不起诉方式处理的案件被视为是协商制度中的起诉协商。狭义的协商制度仅指判决协商,而不包括起诉协商在内。^[4]根据新的修正案,判决协商主要指法院和其他诉讼参与人对诉讼进程和结果进行协商。从诉讼经济、保护证人和受害人的角度出发,协商制度不失为一种可行的替代性选择。为了下文论述的方便,在此将协商制度限定为狭义的协商制度,即判决协商。

二 协商制度产生的社会基础

协商制度之所以在德国司法实践中能够被广泛推行,与诉讼经济的考虑是密不可分的。在过去的几十年里,特别是从20世纪60年代开始,德国的犯罪率激增,新的犯罪形式(特别是诸如环境犯罪、经济犯罪、跨国犯罪等)不断出现,犯罪情势日益严重,而德国司法机关的从业人数却处于相对稳定的状态,司法机关难以负担如此沉重的刑事追诉的压力。加之东西德统一后,德国政府出现了财政困难。在此背景下,德国司法界急需解决的一个问题是:如何找到一个既能缩短刑事诉讼程序、减轻司法压力,又能解决犯罪问题的有效途径。1990年,德国法官协会的大刑法委员会认为:协商实践所要解决的主要问题是减轻司法负担。^[5]为了缩短诉讼进程,法官在司法实践中往往通过协商来处理一些特定的案件,为此德国学者许乃曼(Schünemann)教授在上世纪80年代对协商制度做过专门的调查,调查对象是1590名法官、检察官和辩护人,并将调查报告提交给1990年德国第58届法学家大会,报告指出:20%到30%的刑事案件都存在协商,特别是在经济犯罪、毒品犯罪、交通犯罪及轻微刑事犯罪案件中。在经济犯罪领域,协商发生率高达80%。^[6]在2005年,德国北威州做过一次经济刑法领域协商实践的调查,调查对象是北威州所有的经济犯罪诉讼程序中的主审法官和部分检察官及辩护人。调查结果显示:95.5%的受访者表示自己在经济犯罪诉讼程序中参与过协商谈判,而且57.4%的人表示在2004年他们超过一半的案件最终是通过协商处理的,81%的受访者对“判决协商对本人来说是结束经济犯罪诉讼程序之不可或缺的工具”的论断表示赞成,甚至有54%的人对此表示完全赞成。^[7]由此可见,协商制度在德国刑事司法中普遍存在,同时也反映了德国的社会现实。^[8]

[3] Marsch, Grundregeln bei Absprachen im Strafverfahren. ZRP 2007, 7, S. 220.

[4] 起诉协商的相关内容已有不少学者对其进行过论述。参见:汉斯·约格·阿尔布莱希特、陈光中著:《中德不起诉制度比较研究》,中国检察出版社2002年版。

[5] Kintzi, JR 1990, S. 309, 310.

[6] Schünemann Bernd, Absprachen im Strafverfahren?: Grundlagen, Gegenstände und Grenzen. Beck 1990, S. 27.

[7] Altenhain, Hagemeyer, Haimerl, Die Vorschläge zur gesetzlichen Regelung der Urteilsabsprachen im Lichte aktueller rechtstatsächlicher Erkenntnisse, NStZ 2007, 2, S. 71.

[8] Widmaier, Die Urteilsabsprache im Strafprozess - ein Zukunftsmodell?. NJW 2005, 28, S. 1985.

三 协商制度的立法規制

(一) 协商制度的基本原则

关于协商制度的立法理由,作为立法起草者的联邦司法部在起草关于协商制度立法的草案时透露:立法的目的在于为协商制度的具体运作提供详细的法规指引,但是,不会对个案中必要的自由裁量权加以限制。为此司法部草案规定了如下基本原则:

1. 量刑的基本原则不变。即量刑必须根据被告人的刑事责任来进行。
2. 刑事诉讼法的基本原则不变。协商并不是法院做出判决的共同基础和前提,法院仍将致力于案件事实真相的发现。
3. 最大限度的透明化。协商只能在审判程序中进行,对于审判程序之外的协商,法院必须公开告知,协商必须全文记录并在判决中提及。
4. 在法律救济上没有任何限制。放弃上诉的约定并不是进行协商的前提。协商后的判决仍将接受全面的审查。被告人应被充分地告知协商的相关情况。^[9]

(二) 协商制度的内容

协商制度的总规则是通过《刑事诉讼法》进行修改,加入了新的第 257c 条的规定。第 257c 条规定如下:

(1) 法院可以在适当的时候与诉讼参与人就下列条款规定的诉讼进程和诉讼结果达成协议。第 244 条第 2 款的规定保持不变。

(2) 可协商的事项限于具有法律效果的行为,即判决的内容和相关的判决结果以及其他构成侦查程序基础的相关性程序措施和诉讼参与人的诉讼行为。自白是协商的必要条件。但有罪判决以及保安处分措施不属于可协商的事项。

(3) 法院应当公布协商的具体内容。其中包括,法院应当在对案件的所有情节和一般的量刑考虑有充分认识的情况下告知被告人可能被处予的最高刑和最低刑。诉讼参与人有充分表达自己意见的机会。如果被告人和检察官同意法官提出的协商意见,则协商正式成立。

(4) 如果法律上和事实上具有重要意义的情况被忽略或者出现了新的情况,使得法院确定协商中所承诺的量刑范围与被告人的行为和责任不相适用时,则协商对法院失去约束力。当被告人将来的诉讼行为与法院预期的行为不一致时,协商对法院也同样失去约束力。但是,这种情形下,被告人做出的自白不能作为证据使用。法院必须将此背离协商的行为尽快告知当事人。

(5) 被告人应当被告知法院依据第 4 项背离之前做出的承诺的前提及结果。^[10]

德国《刑事诉讼法》第 257c 条是德国协商制度最主要的法律依据,从中我们可以大致勾勒出经历近 30 年的司法实践后,德国的立法者所期望的协商制度的基本轮廓。

[9] BMJ, Bundestag verabschiedet Gesetzentwurf zur Verständigung in Strafverfahren, http://www.bmj.bund.de/enid/Strafverfahren/Verstaendigung_im_Strafverfahren_xx.html.

[10] BGBl I, 2353.

1. 协商前提和可协商的事项范围

协商的前提条件是被告人自白,即被告人承认被指控的犯罪事实。在此,法院有义务证明被告人的自白的可靠性。也就是说,被告人自白并没有完全免除法官查明案件事实真相的义务,法官依然需要调查与被告人自白相关的事实和证据,以防止无辜的被告人欺骗或被胁迫做出自白的情况发生。如果法官在此过程中怀疑协商中自白的可靠性,则法官必须对协商的经过进行审查。

可协商的事项范围限于具有法律效果的行为,这些诉讼行为包括:(1)法院有权采取的措施,例如,批准检察官不起诉决定及调查收集证据;(2)被告人有权做出的行为,例如,放弃进一步调查取证的申请、被告人自白及做出向被害人进行补偿的承诺;(3)检察官和附带起诉人有权做出的行为,例如,放弃诉讼进程继续进行的申请。^[11]

2. 协商的启动和成立

德国《刑事诉讼法修正案》中没有对协商的启动时间做出明确的界定,只是表示法院在“合适的时候”可以启动协商程序。德国联邦最高法院的判例中对协商制度启动做出了限定,要求法官对协商的启动采取严格而又谨慎的态度。

协商的成立要求法院尽可能地履行告知义务,且获得被告人和检察院同意。法院应当告知可能的最高刑和最低刑。协商必须将一般量刑因素考虑在内,宣判刑应既不过分低,也不过分高。另外,协商的成立不取决于附带起诉人同意与否。

3. 协商过程透明化

协商仅存在于公开审判阶段,但这不排除审判阶段之外的为协商作准备而进行会谈的可能性。根据刑法修正案的规定,审判长有义务在公开审判过程中向法庭宣告与被告人的达成协议的过程,说明在会谈中涉及的内容。法院应当将审判程序之外的包括可能的准备性会谈的过程、内容和结果做详细记录,^[12]以便在上诉程序中的全面审查。

4. 协商失败的后果

如果法院确定,协商中所承诺的量刑范围与被告人的行为和责任不相适用,则协商协议对法院来说就失去了约束力。同样,当被告人的行为事实上与法院所预期的行为不一致时,例如,被告人在向被害人支付一部分赔偿款后拒绝继续支付余额,则已达成的协商也将对法院失去约束力。当然,在协商过程中,如果被告人基于对协商制度本身的信任而做出自白,以期换取宽大量刑,但是事后法院撤销了协商,则被告人在协商中所做的自白在随后的审判程序中不能作为定罪量刑的证据使用。

5. 协商并不排斥被告人寻求进一步的法律救济

为了便于上诉法院对协商进行全面的审查,刑法修正案明确规定,在进入协商程序时,法院应当告知当事人,任何时候都可以提起上诉,同时,任何声明放弃(法律救济)的行为都是无效的。

[11] Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren (Bundesregierung, BT - Drs. 16/12310).

[12] 《德国刑事诉讼法修正案》对第 267 条做出如下修改,在第 3 款后加入第 5 项:“如果判决中存在协商,则应当在判决理由中对此进行说明”;对第 273 条做如下修改:第 1 款加入下列规定:“在笔录中应当将依据第 257c 条进行会谈的基本流程和内容记录下来”。参见 Vgl. BGBl I, 2353.

四 协商制度的争议

随着新的《刑事诉讼法》的修订,结束了协商制度无法可依的局面,但是这并不意味着对于它的争议就戛然而止,^[13]目前,德国学者对于协商制度的争议主要集中在以下几个方面:

(一) 协商制度与德国《刑事诉讼法》的基本原则的冲突

德国学者们对协商制度在司法实践中的运用持不同的态度。不少人认为,协商制度与德国《刑事诉讼法》的基本原则相互冲突。因为协商制度的引入可能会对法官探求事实真相的活动产生不利影响。德国刑事诉讼采用的是职权主义的诉讼模式,它要求法官承担起查明事实真相的责任。法官或主动调查取证,或由一方当事人申请调查取证,通常法官对调查取证起主导作用。^[14]协商制度会使刑事司法实践中的重点从对真相的探求转向对效率的考虑。一些法官会同意在被告人量刑上作出让步以交换辩护人停止冗长而复杂的调查取证的申请。^[15]另外在协商过程中,被告人会承认检察官的指控。这种迅速的认罪可能会阻碍探求事实真相的工作。支持协商制度的人认为,在协商实践中,如果出现法律和事实复杂及证据繁琐难以处理的情况,法官倾向于接受协商,换取被告人对主要犯罪事实的自白。同时,被告人可能获得法院的宽大量刑的机会。因此,支持者认为,德国刑事司法程序中的协商制度在探求案件事实真相与追求效率之间起到了平衡作用。

(二) 协商的透明度问题

在德国刑事司法的实践中,协商往往是非公开进行的。协商讨论通常在法官办公室或法院会议室中进行,甚至在法院的走廊里,法官就简单地与被告人达成协议。另外,法官不记录协商的内容和结果也造成协商过程缺乏透明度。根据德国的一项调查,只有 20.7% 的受访者表示在协商过程中有完整的记录,而 21.5% 的受访者表示在他们的协商经历中根本就不存在相关的记录。另外的 57.9% 的受访者表示前两者他们都曾经历过。^[16]法官不记录协商内容和结果的原因在于:按照联邦最高法院在判例中的要求,有关协商的内容和结果都需要详细记录。这样可能存在一种危险,即如果被告人上诉,协商记录中的内容很可能导致判决被上诉法院撤销。因为协商过程中可能存在这样的情况,即法官可能为了能与被告人协商成功而做出非法量刑承诺或者以量刑幅度中的最高刑来威胁被告人接受协商。这些都违反了德国刑法的量刑原则和刑事诉讼法上的相关程序规定。总之,不记录或不完全记录协商过程和结果的做法会使公众很难得知协商的具体情况,导致协商缺乏透明度。

为了增加协商制度的透明度,《刑事诉讼法修正案》特别强调法官在开庭审理之前应当宣布案件是否有协商存在,在审理过程中,达成协商的也应当及时在法庭审理中宣布协商的主要内容。^[17]

(三) 协商与放弃上诉的法律救济

在针对协商制度的修正案出台之前,在大部分案件中,放弃上诉是协商的一个潜在前提。

[13] *Murmann U. Reform ohne Wiederkehr? - Die gesetzliche Regelung der Absprachen im Strafverfahren. ZIS. 2009, 10, S. 526.*

[14] *StPO § 244(2).*

[15] *Herrmann Joachim Bargaining Justice - A Bargain for German Criminal Justice Essay. 53 U. Pitt. L. Rev. 755 (1991).*

[16] *Altenhain Hagemeier Haimerl, S. 75.*

[17] *Bundesgesetzblatt, Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren, BGBl I, 2353.*

这种做法对法官和辩护人可能都是有利的,但是放弃上诉可能的负面影响在于可能无法确保协商的公正性。为此联邦最高法院判例中禁止法院在协商过程中要求被告人放弃上诉的权利,但是允许当事人在协商过程中做出是否放弃上诉决定的自由选择……^[18] 在联邦司法部提交的立法草案中也做出了相同的规定。但是联邦议院法律委员会在审议中没有采纳司法部的建议,将该条规定修改为“禁止任何放弃上诉的法律救济的行为”,在随后通过的《刑事诉讼法修正案》中坚持了联邦议院法律委员会的观点。^[19] 由此可见,立法者希望能够在最大程度上保障被告人的上诉权利。但是这一家长式的绝对性禁止规定完全排除了被告人自愿放弃该项权利的可能性,没有尊重被告人诉讼权利的处分自由,招致人们对此规定的质疑。

(四) 协商过程中的强迫

在德国,法官在协商中是积极的参与者,特别是在比较严重的案件中。他们的角色被定位为协商的调停者、管理者或监督者。^[20] 正因如此,人们不禁怀疑德国法官在协商中履行监管者职责的有效性,他们担心法官在协商中的权力过于强大而可能会强迫被告人达成协商协议。例如,在协商过程中,法官告知被告人,他只有在自白的前提下,才会被考虑从轻处罚。2000年在德国曾有一个轰动一时的案例,在此案中,被告人被指控无任何理由而对其妻子进行人身伤害,导致其妻死于脑震荡,被告人的该行为构成了德国《刑法典》第227条人身伤害致人死亡罪,依据该法条,在并不严重情形下,处予1年以上10年以下的自由刑。达姆斯特地方法院在审理本案时提出如果被告人自白则处以2年自由刑缓期执行,否则将处以7年自由刑。由于被告人拒绝自白协商,最后法院对被告人处以7年自由刑。本案上诉至德国联邦最高法院,联邦最高法院推翻了地方法院的判决,指令其他地方法院重审此案。^[21] 地方法院法官的这种行为构成了强迫协商。为了防止法官在协商中以较高的量刑或者非法承诺来强迫被告人达成协议,德国联邦最高法院通过判例在以下两个方面做出了禁止法官强迫协商的规定。一方面,德国联邦最高法院要求协商的实体内容必须公开,而且须记载当事人所有的意见,以此降低司法强迫的可能性。另一方面,法官通过胁迫获取的相关证据为非法证据,在审判过程中予以排除。如果被告人举证表明法官通过较高的量刑进行威胁或做出非法承诺以强迫当事人达成协议,法院先前做出的判决可能被推翻。^[22] 德国《刑事诉讼法修正案》中对于强迫协商没有做特别的规定,只是强调协商的内容必须公开,至于法官的哪些行为构成以较高的量刑或非法承诺来强迫被告人达成协议则属于上诉法院法官的裁量范围。

五 协商制度与辩诉交易的比较

德国的协商制度在功能上与美国的辩诉交易有相似之处,即有效地解决了案件堆积和诉讼拖延的问题。但是两者不能完全等同,这从德国协商制度的用语上就可以看出,德国的协商制度在概念用语上使用的是“Verständigung”或者“Absprachen”,而没有使用“辩诉交易”在德语中的对应翻

[18] BGH GSSt 1/04.

[19] Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses(6. Ausschuss), BT - Drs. 16/13095, S. 14. 德国《刑事诉讼法修正案》中相应的条文为第302条第1款第2句。Vgl. § 302 Abs. 1 S. 2 StPO.

[20] BGH 4 StR 240/97.

[21] BGH 2 StR 388/99.

[22] BGH 4 StR 84/04.

译“deal”,前者翻译成中文是“商议”、“协商”的意思,其基本含义在于协商各方“意见的一致性”而后的中文意义仅指“交易”。除了用语上的区别,两者的本质区别还表现在以下几个方面。

(一) 制度基础

如前述,德国刑事诉讼中的协商制度是建立在职权主义的诉讼模式基础之上的。职权主义的诉讼模式在诉讼过程中更加注重实体真实,它要求法官在刑事诉讼中必须查明案件的真相,最后作出的判决也应建立在最接近客观事实的基础上。法官在德国刑事诉讼中占主导地位,而其他诉讼参与者则处于辅助地位,他们共同致力于案件事实真相的发现。为了履行查明案件事实的责任,法官需依职权将证据调查延伸到所有的对判决具有意义的事实和证据上来。^[23] 法院不仅需要查明有罪证据,而且同时需要查明有利于被告人的证据。在协商过程中,即使被告人放弃了不得自证其罪的宪法性权利而做出自白,承认案件所指控的事实,但是也不能免除法官进一步调查取证的责任。法官仍然需要调查证据和其他案件事实,以确保案件事实与被告人自白所述一致,即自白的可靠性问题。^[24]

与德国刑事诉讼模式相反,美国的辩诉交易建立在当事人主义的诉讼模式之上。当事人主义的诉讼模式强调当事人是诉讼程序的主体,控辩双方均为地位平等的当事人。其中检察官要承担证明被告人有罪的举证责任,并且证明要达到排除合理怀疑的程度,而被告人则被赋予了沉默权。法官在程序中保持中立地位,居中裁判。在这种诉讼模式之下,美国刑事诉讼目的的价值取向定位于“正当程序”。只要严格遵循相关程序规则,则得出的刑事案件的结果是可以被接受的,也是合法的,即便该结果或许在实体上还存有瑕疵。因此,以正当程序为目的的当事人主义的诉讼模式选择了“法律真实”而非“实体真实”。^[25] 在此背景下,美国的辩诉交易的前提在于被告人的有罪答辩必须是自愿、平等、理智的。而这些都符合正当程序的要求,因此被告人与检察官自愿、平等、理智地完成交易即代表着诉讼目的的实现,而并不需要在诉讼过程中彻底地查清纠纷产生的事实基础,达到完全的实体真实的程度。

(二) 适用范围

在德国,协商制度主要用在白领犯罪、经济犯罪和毒品犯罪中,由于案件涉及到复杂的证据与法律争议,协商几乎成为不可避免的事情。此外,在罚金刑与非刑事处罚的轻微案件中,协商也经常发生,但在暴力犯罪与其他严重犯罪的处理过程中,协商则属于例外情况,并不经常进行。^[26] 相比之下,辩诉交易在美国的适用范围则很广泛,没有案件范围的限制。据统计,2002年,在美国联邦刑事司法系统的判决中,只有不到5%的被告最后接受了审判。而另外的95.4%的被告人选择了辩诉交易,以取得指控协商或宽大量刑。^[27]

(三) 协商主体

在德国,协商主体是法官和被告人及其辩护人,法官对量刑有非常大的自由裁量权。检察官在协商过程中只处于辅助地位,他无法向被告人做出可靠的承诺,法院在审判过程中将会接受检察官提出的一项特别的量刑建议。而在美国,法官则是保持中立地位,辩诉交易的

[23] Lutz Meyer - Gofner, Strafprozessordnung, 46. Auflage, 2003, § 244. 10f.

[24] Landau, Bünge. Urteilsabsprache im Strafverfahren. ZRP 2005, 8, S. 273.

[25] Laura Berend. Less reliable preliminary hearings and Plea Bargains in Criminal cases in California: discovery before and after proposition. 48 Am. U. L. Rev. 465 (1998).

[26] [德]约阿希姆·赫尔曼:《德国刑事诉讼程序中的协商》,王世洲译,载《环球法律评论》2001年第4期。

[27] Mnookin Jennifer L. Uncertain Bargains: The rise of Plea Bargaining in America. 57 Stan. L. Rev. 1722 (2005).

主导权在检察官和被告及其辩护人手中。其中主要通过辩护律师和检察官进行交易。美国的检察官在刑事诉讼中享有几乎不受限制的自由裁量权,在起诉和量刑建议方面都有很大的权力。另外,美国的有些州允许法官积极地参与辩诉交易,有些州则仅仅允许法官出席辩诉交易但不得针对交易发表意见,还有些州禁止法官以任何形式参与辩诉交易,联邦法院系统则不允许法官参与任何关于辩诉交易的讨论。^[28]

(四) 自白与有罪答辩

德国协商成立的基础在于被告人做出自白,即被告人对自己犯罪行为及其他犯罪细节的承认。^[29] 被告人的自白对于法官而言具有重要的意义,他可以凭借此自白并结合其他证据形成内心的判断,成为最后判决的依据和基础。在协商过程中,法院需要对自白的可靠性进行审查,以确定被告人的自白是合格、有效、可靠的。^[30] 而美国辩诉交易的基础在于被告人的“有罪答辩”。在进入正式的陪审团审判之前,法官会在预审程序中询问被告人对于检察官的指控做何种答辩,如果被告人选择无罪答辩,审判程序照常进行。如果被告人作有罪答辩,在法官确定被告人的有罪答辩是在自愿、平等、理智的情况下做出的之后,则不需要进行陪审团审判,也不需要证据调查和法庭辩论,法官可以直接确定一个量刑日期,进行判决。这样在很大程度上就缩短了程序进程,提高了诉讼效率。如前所述,德国法中并没有美国法中的“有罪答辩”的概念,从中我们也可以得知协商制度与辩诉交易的另一个区别:即美国辩诉交易中被告人做出有罪答辩直接导致结果是有罪判决;而在德国的协商制度中,被告人做出自白仅是一种证据,他的真实性和可靠性需要法官通过进一步的调查取证来加以判断。^[31] 相比之下,德国的做法更谨慎,能最大程度上确保协商的公正性。

(五) 宽大量刑的幅度

在德国,被告人通过自白和其他的合作最多能获得不超过预期刑罚二分之一的宽大量刑。德国联邦最高法院在 2005 年 1 月的判例中认为:法官许诺给予被告人超过二分之一的量刑是非法的,^[32] 因为法院的行为违反了《刑事诉讼法》第 136a 条规定的“禁止以法律没有规定的利益相允诺”,法院的行为容易导致在协商过程中以宽大量刑来强迫被告人做出自白。从德国《刑事诉讼法修正案》所附的立法理由来看,立法者并不打算对宽大量刑的幅度做具体限定,只是要求在协商中保持量刑的基本原则不变,协商必须将一般量刑因素考虑在内,宣判刑应既不过分低,也不过分高。如果结合德国刑法典的相关规定,我们可以得出:在德国,被告人协商所换取的宽大量刑的幅度很有限。因为根据德国刑法典,最高的法定刑为 15 年,除非被告人被指控谋杀则可能被判为终身监禁。德国大多数的刑事案件都是通过罚金来解决,协商与否在量刑幅度上的差距可能只有几年左右,甚至只是几个月。与美国的辩诉交易的结果相比,德国被告人所能获得的量刑折扣明显少得多。在美国联邦法院,被告人做出有罪答辩后获得的最终刑罚可能是预期刑罚的三分之一。^[33] 众所周知,美国实体刑法

[28] Susan R. Klein, Enhancing the Judicial Role in Criminal Plea and Sentence Bargaining Symposium: Punishment Law and Policy: III. Operation and Reform of Sentencing Guidelines. 84 Tex. L. Rev. 2023 (2006).

[29] Lutz Meyer-Göfner, § 254. 2f.

[30] Altenhain, Hagemeyer, Haimerl, S. 75.

[31] Altenhain, Hagemeyer, Haimerl, S. 76.

[32] BGH 3 StR 411/04. 在本案中被告人因诈骗罪本应判处 6 至 7 年自由刑,但吕贝克地方法院在量刑中考虑到被告人做出自白,最后判处被告人 3 年 6 个月的自由刑,实际上地方法院给予了被告人超过二分之一的量刑折扣。

[33] Stephanos Bibas, Plea Bargaining Outside the Shadow of the Law, 117 Harv. L. Rev. 2463, 2489 (2004).

中的法定刑幅度是很高的,远高于德国的法定最高刑 15 年,即便是以三分之一的量刑折扣来计算的话,被告人通过辩诉交易所获取的宽大量刑的奖励也是相当可观的。

六 结 语

从德国协商制度的实践历程来看,法院尤其是德国联邦最高法院所做出的相关判例在确立协商制度的程序规则过程中发挥了举足轻重的作用,法官对法的续造给予协商制度强大的生命力,为了更好的规范协商制度在刑事司法中的运用,德国的立法者从司法判例所确立的一系列规则出发,总结司法实践中的经验,着手制定出协商制度程序框架,并使协商制度有法可依。这也体现出德国人严谨的行事风格,即先总结实践经验,待立法观念和立法技术成熟之后再决定制定法律规范,而不是盲目起草一种粗略的、在实施过程中充满漏洞的法律。

德国刑事诉讼中协商制度的实践表明,被告人并不限制在传统诉讼程序中被动接受审判的角色定位。通过引入协商制度,被告人开始参与到审判程序的定罪量刑过程中来,这无疑提高了被告人的诉讼地位,能更好地保护被告人的权利,实现法的客观性和公正性。同时,协商制度也提高了诉讼效率,很好地解决了犯罪案件激增与有限的司法资源之间的矛盾。总之,协商制度的重要价值在于实现了公正与效率之间的平衡。

德国刑事诉讼中出现的这种模式转换,体现了最近十余年来大陆法系国家中普遍出现的刑事司法制度“美国化”的趋向。其背后隐藏的根源在于最近几十年来大陆法系国家面临着日益严重的犯罪问题和沉重的刑事追诉负担,他们急需从其他国家获得经验启迪。当然,德国在引入协商制度的过程中也并不是一味的照搬他山之石,而是在外来经验的基础上固守了本国制度中的诉讼文化传统,创造出了一个新的、具有本国特色的协商制度。德国刑事诉讼中协商制度的发展历程有很多值得我们深思和借鉴的地方,例如,我国“坦白从宽、抗拒从严”的刑事政策曾在司法实践中发挥了积极作用。但是就“坦白从宽”政策而言,我国没有相应的制度加以保障,也没有具体的标准。在实体刑法中将被告人的“自白”作为法定从轻或者减轻处罚的依据,并为这种制度提供一系列的程序法上的保障,对于我国刑事司法的进步和对被告人权利的保护来说都具有重要意义。

[Abstract] In the 1970's of the 20th century, Germany introduced the negotiation system in its criminal procedures. However, for a long period of time, the system remained in an informal form. In recent years, German lawmakers have tried to strengthen the regulation of the informal negotiation system by legislation, so that the system could be brought within the ambit of the law. An Amendment of German Criminal Procedural Law Concerning the Negotiation System was finally adopted in August 2009. Beginning with the problems presented in the course of development of German negotiation system, as well as combining the relevant precedents of the German Federal Supreme Court and the latest legislative amendment of the Bundestag, this article illustrates the operational pattern of the negotiation system in German criminal proceedings and related procedural provisions. Moreover, from the perspective of functional comparisons, the article draws a distinction between the American plea bargaining and the German negotiation system, with a view to providing useful reference for the reform of criminal procedures in China.
