

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

张 青

内容提要:通过对相关案件二审裁判文书的实证分析显示,认罪认罚从宽制度在实践中面临适用范围有限、被告人实际获得的“从宽”效果甚微、控审对“认罚”标准的把握形式化以及程序异化与对抗性扩张等现实困境。究其原因,除具有统一性和权威性的实施细则付之阙如、程序从宽不足加剧对实体从宽的“正向制约”效应、认罪协商不充分等规范与程序本身的局限外,还受到刑事实体法上以自由刑为中心的刑罚结构的限制。认罪认罚从宽制度应从以下两方面进一步完善:一方面,在规范层面亟需由“两高三部”出台更具操作性的实施细则;另一方面,需立足中国司法语境并适当结合域外经验,从厘清认罪认罚从宽适用案件范围与程序羁束力,确保控辩协商的充分性和实体从宽之实现等方面加以系统化重塑。

关键词:认罪认罚从宽 上诉 抗诉 二审程序

张青,云南大学法学院副教授。

一 问题的提出

作为新一轮司法改革的重要举措,认罪认罚从宽制度通常被认为承载着两大基本预期:“一是通过公正合理的控辩协商机制,充分兑现宽严相济刑事政策的‘从宽’要求,引导和激励犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚,从而有效地实现惩罚犯罪和保障人权的目的;二是以犯罪嫌疑人、被告人的自愿认罪认罚为前提,建立刑事案件的繁简分流机制和全程快速办理机制,从而在保证司法公正的前提下最大限度地节约司法成本,提高司法效率”。^[1]

[1] 孙长永:《认罪认罚从宽制度的基本内涵》,《中国法学》2019年第3期,第221页。

为防止控辩任意反悔造成规范目标减损,无论是《刑事诉讼法》还是有关规范性文件均要求,在认罪认罚程序中,被追诉人自愿认罪,同意量刑建议和程序适用的,应在辩护人 or 值班律师在场的情况下签署认罪认罚具结书。尽管具结书的法律效力在学理上和实务见解中尚存较大争议,但主流观点多认为其具有“量刑协议书”的属性,^[2]对于控辩双方都产生约束力。在此种蕴含控辩合意的诉讼模式下,适用认罪认罚从宽程序的案件似乎应当更容易达到服判息讼的效果。然而在司法实践中,认罪认罚案件被告人上诉,以及检察机关抗诉的案例却频频见诸报端,^[3]并在实务界引发广泛的讨论。^[4]学界对这一问题的关注,最初主要侧重于对认罪认罚被告人滥用上诉权的规制层面的探讨。^[5]但随着“余金平交通肇事案”二审裁判文书意外引爆法律界,^[6]认罪认罚案件被告人上诉、检察机关抗诉以及二审法院改判等问题一时成为学界热议的话题。鉴于这些问题的内在关联性,以及对于衡量认罪认罚从宽制度运行状况的直观性,本文拟以近年来中国裁判文书网公布的二审裁判文书为样本,就认罪认罚二审案件构成、二审程序之启动、二审裁判结果与影响因素予以系统梳理和阐释,在此基础上对认罪认罚从宽之实施效果及其背后呈现出的控辩审三方互动与博弈从法理上加以反思,进而提出可能的完善方案。

当然,本文以认罪认罚案件二审裁判文书为观察视角,试图对认罪认罚从宽制度的实施效果进行整体评价,不可避免地面临着以“小”何以见“大”的方法论难题。认罪认罚从宽制度以诉讼效率、非对抗式诉讼格局、优化司法资源等价值为归依。^[7]一方面,上诉、抗诉以及二审裁判情况系衡量其制度效果最直观的指标,通过实证分析,可以更加直接地呈现认罪认罚从宽制度运行中的突出问题;另一方面,虽然认罪认罚二审裁判文书的样本量总体较少,但结合实务部门和学界的有关探讨可以发现,二审裁判文书所呈现出的问题本身也具有相当的普遍性。对于一项探索中的制度改革而言,这些问题尤其值得关注。正是从这个层面上讲,本文对认罪认罚从宽实施效果的检讨并非是一种“完整”意义上的评价,而仅仅是基于认罪认罚案件二审实践这一特定视角做出的“有限”反思。

在样本选取上,本文提取了基层法院一审适用认罪认罚从宽处理后,因上诉或抗诉而进入中级人民法院的二审裁判文书;同时,为确保数据的准确性,研究样本中剔除了2018年《刑事诉讼法》生效以前18个试点城市以外的裁判文书。通过检索功能相对强大的“Alpha法律智能操作系统”最终收集到2016年9月至2019年11月间符合条件的二审裁判文书4799份,涉及5329名上诉人。在此基础上,以人工采样的方式,设定“二审启动原因”“上诉理由”“抗诉理由”“二审裁判理由”和“二审裁判结果”等27项关键指标作为提取标准,利用描述统计和交叉分析等定量研究方法对所有样本数据进行统计分析。此外,

[2] 参见陈瑞华:《论量刑协商的性质和效力》,《中外法学》2020年第5期,第1137页。

[3] 典型案例如吴笋林:《认罪认罚后又反悔上诉 到底该不该对被告人加刑?》,《南方都市报》2019年4月7日第AA06版。

[4] 参见董斌:《认罪认罚案件能否上诉、抗诉》,《人民检察》2019年第10期,第33-34页。

[5] 参见周新:《论认罪认罚案件救济程序的改造模式》,《法学评论》2019年第6期,第182-193页。

[6] 相关案例参见北京市第一中级人民法院(2019)京01刑终628号刑事判决书。

[7] 参见陈卫东:《认罪认罚从宽制度研究》,《中国法学》2016年第2期,第51-52页。

考虑到依据裁判文书的定量研究所固有的局限性,^[8]在本文写作过程中,还深度访谈了部分一线法官和检察官,就司法审判实践中认罪认罚案件相关的处理情况、所涉案件类型、审判程序适用以及刑罚适用结构等问题获得了一手资料。

二 认罪认罚案件的二审实践逻辑

(一) 一审裁判的刑罚适用结构与幅度

1. 一审裁判的刑罚适用结构

认罪认罚二审案件的一审裁判结果表现为以下特征(见表1):第一,以有期徒刑和拘役为主,占比分别为86%和11%,管制等非监禁刑的占比不足1%。这一方面是由我国以自由刑为中心的刑罚结构决定的;另一方面,还与样本自身的独特性有关。下文的数据表明,认罪认罚二审程序多为被告人上诉引起,其目的一般在于获得更多的量刑减让。由于被判非监禁刑的被告人上诉的可能性并不大,那么进入上诉程序的案件自然以监禁刑为主。第二,缓刑适用率偏低。认罪认罚二审案件一审判缓比例仅为2.5%,远低于全国刑事案件缓刑适用的平均水平。^[9]其原因除样本偏差外,与我国刑事司法的实践逻辑密切相关。访谈显示,一方面,为了规避潜在的风险,法官倾向于严格依据检察机关的量刑建议定罪科刑;另一方面,曾盛行于检察机关内部的捕后轻缓刑裁判率考核,如今已形成一种制度惯性。在审前羁押率畸高的背景下,被告人即使认罪认罚,检察机关亦很少提出缓刑建议。第三,并处罚金的比重较高,达到近75%。一个可能的原因是近年来罚金刑在刑罚结构中的持续扩张。^[10]再者,受犯罪控制的惩罚主义影响,^[11]加之实施细则缺位,过高的审前羁押率和对“买卖正义”的疑虑以及可能的责任追究,亦使办案人员在单处罚金时顾虑重重。

表1 认罪认罚一审刑罚适用(N=5342)^[12]

刑种	有期徒刑	拘役	管制	缓刑	其他
数量(次)	4592	608	4	134	4
比重	86%	11%	-	2.5%	-

2. 一审裁判的刑罚幅度

因本类案件一审裁判以有期徒刑和拘役为绝大多数,故仅就这两种刑罚幅度加以展示。如表2所示,认罪认罚二审案件的一审刑量多为二年六个月以下有期徒刑或三个月以内拘役。在我国刑罚适用整体上呈轻缓化趋势的背景下,根据现有数据虽然很难将一

[8] 参见程金华:《迈向科学的法律实证研究》,《清华法学》2018年第4期,第160-161页。

[9] 2015-2017年,全国刑事生效判决的缓刑适用率分别为29%、30%、27%。参见2016年至2018年《中国法律年鉴》相关报告。

[10] 参见苏永生:《变动中的刑罚结构——由〈刑法修正案(九)引发的思考〉》,《法学论坛》2015年第5期,第7-9页。

[11] 参见樊文:《犯罪控制的惩罚主义及其效果》,《法学研究》2011年第3期,第112-137页。

[12] 由于缓刑数与有期徒刑和拘役数存在一定的交叉重叠,故样本总数(N)多于5329。

审裁判的轻缓化归因于被告人认罪认罚后获得“从宽”的结果。但结合前文分析,既然被告人以获得进一步量刑优惠为目的的上诉是认罪认罚二审程序的主要启动方式,那么一审裁判的此种轻缓化至少表明,当前认罪认罚从宽制度主要针对的是三年有期徒刑以下刑罚的犯罪,对五年有期徒刑以上刑罚的重罪案件则并不常适用。

表2 认罪认罚一审裁判的刑罚幅度

刑种	有期徒刑(N=4592)				拘役(N=608)					
	0-30	31-60	61-90	91以上	0-1	1-2	2-3	3-4	4-5	5-6
刑量(月)	0-30	31-60	61-90	91以上	0-1	1-2	2-3	3-4	4-5	5-6
数量(人)	3445	772	172	203	87	188	132	95	81	25
比重	75%	17%	4%	4%	14%	31%	22%	16%	13%	4%

(二) 二审程序的启动方式与缘由

1. 被告人单方上诉

被告人单方上诉是二审程序最主要的启动方式,占比达96.1%。在上诉理由中(见图1),主张一审判量刑过重的频率最高,为71%;对定罪与量刑事实本身提出异议的约为13%;认为证据采信和法律适用不当的比重较小,各占约3%。另有16%的上诉理由较为分散,出现频率相对较高的有以下几类:一是被告人对主刑没有异议,仅就罚金刑的适用提起上诉;二是对初犯与偶犯、自首与立功、主犯与从犯等具体量刑情节存在争议;三是以剩余刑期较轻、希望留所服刑为由提起上诉;^[13]四是提出法定量刑情节以外的其他酌定量刑因素,如身体条件不适宜羁押,亲人需要照顾等等。^[14]可见,即使在“其他”类型的上诉理由中,上诉人的最终目的仍然是刑罚及其执行方式的进一步减轻。

2. 检察机关一方抗诉

检察机关单方抗诉的占比为2.1%。如图1所示,频率最高的抗诉理由是一审判决适用法律错误,占比为47%,此种情形常见于检察机关对一审量刑情节与具体科刑存在异议;其次为一审事实不清,占比为15%。此外,约有38%的其他抗诉理由,主要表现为两个方面:一是原审程序不当,其中尤以人民法院因未采纳量刑建议引起的抗诉居多。^[15]二是量刑不当,但其实质是法律适用错误的另一种表述。^[16]在抗诉目的方面,检察机关单方提出的117次抗诉中,要求加重被告人刑罚的比重高达70%,与被告人的上诉目的明显不同。

3. 被告人上诉且检察院抗诉

被告人与检察机关同时就一审判决提出异议的占比为1.4%。如图2所示,检察机关的抗诉理由中,被告人上诉,即“被告人不认罚”的占比最高;^[17]法律适用错误相较单方

[13] 参见温州市中级人民法院(2019)浙03刑终1355号。

[14] 参见福州市中级人民法院(2018)闽01刑终1047号。

[15] 如“李某某危险驾驶罪”一案中,检察机关抗诉指出,原审法院未经沟通,直接调整该量刑建议作出判决,程序违反了相关规定。参见福州市中级人民法院(2018)闽01刑终988号。

[16] 参见青岛市中级人民法院(2018)鲁02刑终506号。

[17] 参见台州市中级人民法院(2019)浙10刑终519号等。

抗诉的占比下降明显,一审事实不清的占比相对稳定,其他类抗诉理由占比仍然较高,主要包括不符合认罪认罚从宽适用条件和原审适用程序错误。鉴于频数统计可能存在的分类误差,结合原始数据和相应的裁判文书进一步检验后发现,不符合认罪认罚从宽适用条件本质上与“被告人不认罚”这一抗诉理由相同;^[18]而原审适用程序错误的抗诉则多为人民检察院与人民法院围绕量刑建议争执不下所致。^[19]反观被告人的上诉意见,与单方上诉理由并无显著差异。从抗诉与上诉目的看,二者同单方抗诉与上诉之目的基本一致。

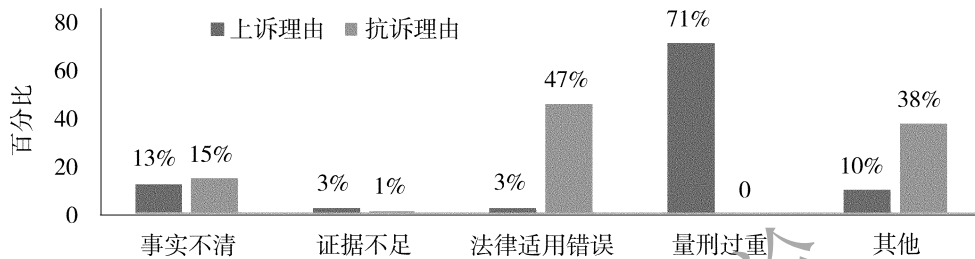


图1 单方上诉与抗诉的理由对比^[20]

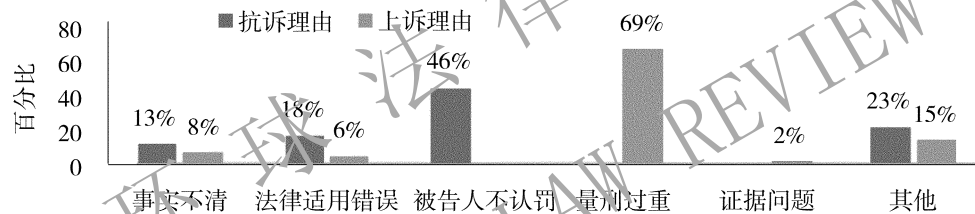


图2 上诉且抗诉的理由对比

综合以上数据分析,并结合裁判文书具体内容,可以初步归纳出认罪认罚案件上诉与抗诉的基本类型。被告人的上诉类型方面,实务中主要表现为以下三类:一是“权利救济型上诉”。在被告人确有一定事实和法律基础的前提下,对法院认定的罪、责、刑有关的事实、证据、法律或程序适用存在争议。二是“策略性上诉”。被告人对一审定罪科刑基本没有异议,所有法定量刑情节以及认罪认罚情况在一审判决中均已认定,但仍以此类情节为由提出上诉,试图利用上诉审获得更为轻缓化的刑罚处遇。三是“技术性上诉”。被告人利用上诉不加刑原则的保护,通过虚耗上诉程序拉长诉讼周期,使羁押期限与刑期折抵后的余刑符合留所服刑条件,最终达到逃避监狱劳动改造的目的。与此相应,人民检察院的抗诉亦表现为两种主要模式:一是“制约型抗诉”,即检察机关同一审法院就被告人的量刑情节以及具体刑种或刑量发生争议而提起的抗诉,其实质是公诉权与审判权两种诉讼职能的分工与制约;二是“防御型抗诉”,人民检察院针对获得“从宽”处理后反悔的

[18] 参见大连市中级人民法院(2018)辽02刑终313号等。

[19] 参见沈阳市中级人民法院(2018)辽01刑终310号。

[20] 因上诉或抗诉包含多种理由,故上诉与抗诉理由数分别大于被告人与抗诉案件总数。

被告人,通过抗诉剥夺其在一审中的量刑优惠,从而在客观上达到“从重”的效果。

(三) 二审裁判的刑罚变更及其理由

1. 二审裁判的整体情况

表3的数据分布显示,在认罪认罚案件中,无论是“权利救济型上诉”,还是“技术性上诉”,被告人通过上诉的确获得了一定的量刑减让。考虑到相当比重的上诉实际均为技术性的“留所上诉”,因此即使二审维持原判亦对上诉人的利益具有间接促进效果。在二审刑罚适用上,有期徒刑、拘役、管制与单处罚金的适用与一审裁判基本一致。不同之处在于:一方面,二审裁判中的缓刑适用率较一审有较大幅度提升,由2.5%上升到6%;另一方面,二审裁判中免于刑事处罚的比重亦有显著增加,这一变化进一步印证了上述结论,即认罪认罚案件的二审裁判在刑罚适用上确有更加轻缓化的趋势。

表3 二审裁判结果的整体数据分布(N=5329)

裁判结果	改判加重	改判减轻	维持原判	发回重审	准许撤回上诉/抗诉
数量(人)	37	552	4487	15	238
比重	0.7%	10.4%	84.2%	0.3%	4.4%

2. 二审裁判刑罚变更的类型与幅度

由表4可见,在加重处罚的二审裁判中,增加有期徒刑、拘役和管制刑期的适用率最高,为55%;增加罚金刑数额的占比为27%;将有期徒刑、拘役缓期执行改为实刑的比重亦相对较高,为12%。此外,尚有6%的比重提升了刑罚辅助性措施的强度,如调整损害赔偿主体、加重退赔金额等。减轻处罚方面,虽然常见的仍是有期徒刑、拘役、管制等刑期的调整,但实刑改缓刑的比重较加重裁判中的“缓改实”显著增多,达到32%;罚金刑数额的减少则仅占11%,显示出实践中法院对其似乎更为青睐。在4%的其他类型减轻裁判中,常见的有变更原刑罚为独立适用附加刑、改判免于刑事处罚、改判无罪等情形。^[21]

表4 二审刑罚变更的类型^[22]

变更类型	刑期	罚金	缓改实/实改缓	其他
加重(N=51)	55%	27%	12%	6%
减轻(N=646)	53%	11%	32%	4%

刑罚变更幅度方面,以技术上具有操作性且占比最高的有期徒刑和拘役为例。如图3,竖轴为刑期变更的案件比重,二审加重或减轻的具体幅度从0% - 10%至80%以上则沿横轴依次分布。从宏观上看,二审加重案件刑期增幅在50%以内和51%以上的几乎

[21] 参见雅安市中级人民法院(2018)川18刑终127号等。

[22] 加重或减轻刑罚可能涉及多种类型与方式,故此处的样本总数大于表4的被告人总数。本文的“加重”与“减轻”并非严格意义上的刑法术语,而仅用以分析二审刑罚相对一审的变更情况。

各占一半。从微观上看,加重幅度在 80% 以上的比重最高,占比为 28%;其次是加重幅度在 11% - 20% 之间,占比为 20%;加重幅度在 61% - 70% 之间的亦有较高比重,为 16%;其余刑期加重幅度的分布较为均衡。二审改判减轻案件的刑期降幅所形成的数据分布呈现出与加重幅度截然相反的曲线,刑期减少幅度多在 50% 以内。

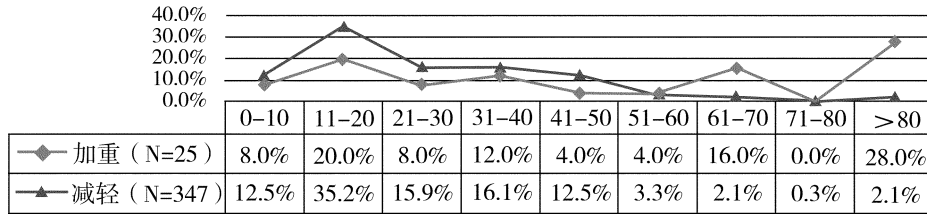


图 3 有期徒刑和拘役的刑期变更幅度^[23]

3. 二审裁判的刑罚变更理由

从加重的裁判理由看(图 4),出现频率最高的是原审判决适用法律错误,占比为 38%;其次是被告人不认罚,即被告人一审认罪认罚获得从宽处理后又提起上诉,占比达到 30%;原审事实不清和证据不足的比重分别为 10% 与 4%;18% 的其他类理由较为分散,常见的为一审法院未采纳检察机关适用认罪认罚从宽程序提出的量刑建议,^[24]或者在二审期间出现了新事实和新证据等情形。囿于裁判文书语言风格多样,所谓“新事实”实际上多指被告人获得从宽后提起上诉的行为本身,本质上属于“被告人不认罚”的范畴。^[25]因此被告人因上诉行为而被改判加重的比重实际更高。从减轻的裁判理由看,因被告人在二审期间认罪认罚而减轻处罚的比重为 37%;法律适用错误与事实不清分别只占 7% 和 6%;被告人认罪认罚却未获从宽处理的占比为 5%。此外,在占比较高的其他类减轻理由中,主要为有新证据证明被告人有悔罪表现,^[26]或者被告人在二审中积极赔偿获得被害人谅解等情形。^[27]

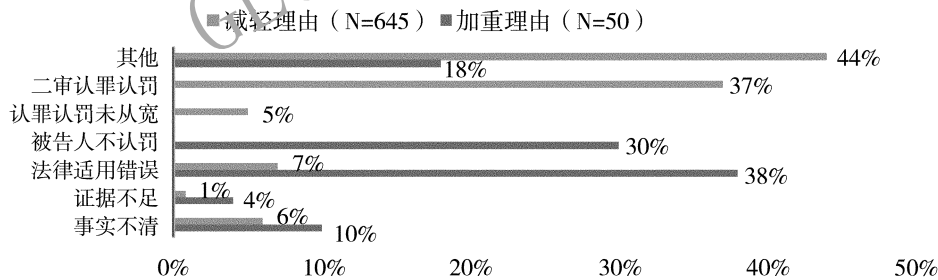


图 4 二审裁判变更理由

[23] 加重幅度的计算方式为:二审刑期与一审刑期之差除以一审刑期,再乘以 100%;减轻幅度的计算方式为:一审刑期与二审刑期之差除以一审刑期,再乘以 100%。

[24] 参见周口市中级人民法院(2019)豫 16 刑终 494 号。

[25] 参见重庆市第一中级人民法院(2017)渝 01 刑终 605 号。

[26] 参见重庆市第一中级人民法院(2017)渝 01 刑终 748 号。

[27] 参见北京市第三中级人民法院(2018)京 03 刑终 326 号。

(四) 二审裁判刑罚变更的影响因素

1. 二审程序启动方式与裁判结果

第一,被告人单方上诉更易获得减轻处罚。对于单方上诉案件,虽然法院倾向于维持原判,但二审改判减轻的比重亦相对较高,在所有样本中达到10%,而且准许撤回上诉的占比为4%,改判加重和裁定发回重审的比重不足0.3%。^[28]第二,抗诉案件改判加重的概率更高,所有加重处罚案件几乎全部来自检察机关的抗诉。第三,被告人上诉且检察机关抗诉案件二审查准撤回上诉与抗诉的比重相对较高(表5)。从裁判文书的内容看,在控辩双方同时上诉的场合,多为检察机关应对被告方“策略性”和“技术性”上诉而提起的“防御型抗诉”。访谈显示,鉴于法院案件管理的精细化,认罪认罚案件中的抗诉实际主要涉及控审之间的博弈。为避免抗诉带来的不利评价,原审法院往往会介入控辩双方进行非正式的沟通与协调,控辩双方同时撤诉多属此种协调的结果。

表5 二审启动方式与裁判结果交叉统计表(N=5329)

裁判类型	加重		减轻		维持		发回		撤回上诉		撤回抗诉		同时撤回	
上诉	-	4	10%	528	82%	4380	0.2%	12	4%	212	0	0	0	0
抗诉	0.3%	17	0.3%	15	1%	75	-	2	0	0	-	3	0	0
同时上诉	0.3%	17	0.2%	9	0.5%	25	-	1	0.2%	10	0	0	0.2%	12
其他	0	0	0	0	0.1%	6	0	0	0	0	0	0	0	0

2. 刑期变更的具体情景及幅度

表6是不同情形下二审刑期变更的具体幅度统计表,同样以有期徒刑和拘役刑期的变更为例。

表6 有期徒刑与拘役的刑期变更幅度及其影响因素^[29]

变更幅度(%)	0-10		11-20		21-30		31-40		41-50		51-60		61-70		>71	
上诉(减轻)	42	13%	117	35%	54	16%	55	16%	41	12%	10	3%	6	2%	10	3%
抗诉(减轻)	0	0	3	43%	1	14%	0	0	2	29%	0	0	1	14%	0	0
抗诉(加重)	0	0	1	10%	1	10%	1	10%	1	10%	0	0	1	10%	5	50%
同时上诉(减轻)	1	20%	2	40%	0	0	1	20%	0	0	1	20%	0	0	0	0
同时上诉(加重)	2	18%	3	27%	1	9%	2	18%	0	0	1	9%	2	18%	0	0
不认罚(加重)	2	20%	3	30%	0	0	2	20%	0	0	1	10%	1	10%	1	10%

对于有期徒刑和拘役的刑期变更幅度及影响因素,表6具体分析如下:

第一,一方上诉或抗诉的刑期变更。被告人单方上诉后获得减轻处罚的幅度多在50%以内,其中有35%的上诉人刑期减轻幅度在11%-20%之间。在因检察机关抗诉而

[28] 此处所谓改判加重主要涉及二审对民事赔偿、禁制令等非刑罚措施的不利变更。

[29] 本表刑期加重与减轻幅度的计算方式与上图3相同。

改判减轻的案件中,虽然减轻幅度仍多分布于 50% 以内,但减幅超过 61% 以上的占比较之其他改判情形明显更多。而且从刑期减轻各区间段的占比看,被告人在抗诉中获得改判减轻的幅度普遍高于单方上诉的减轻幅度。而因抗诉导致的刑期加重方面,加重幅度大部分超过 60% 以上。

第二,上诉且抗诉的刑期变更。同一方上诉或抗诉相比,控辩双方同时上诉的二审减轻幅度的数据分布,在维持基本结构稳定的前提下呈现出“数据前移”的趋势,即中低减轻幅度比重大幅增加,整体减轻幅度降低。此种“数据前移”倾向在改判加重情形下更加明显,甚至出现了数据结构的逆转,所有加重刑期均处于中低幅度且分布均衡。结合访谈资料显示,这正是由控辩审三方博弈造成的:一方面,案件请示制度尽管在理论上饱受诟病,但在实践中一直发挥着重要而独特的功能。为了规避审判责任风险,一审法院在作出正式裁判前往往会就争议事项与上级法院沟通,因此留给二审法院的改判空间并不大,即使部分案件确有事实和法律层面的重大瑕疵,二审法院基于相似的避险逻辑,实务中亦倾向于发回重审而非直接改判。另一方面,鉴于法检长期以来“重配合,轻制约”的关系,面对检察机关的抗诉和被告人的上诉,二审法官既要平衡控审关系,又要照顾上诉人的情绪,适当改判并将刑期变更幅度控制在较小范围内自然成为相对妥帖且安全的司法策略。

第三,被告人“不认罪”的加重处罚幅度。尽管最高人民法院推动实施的量刑规范化改革极大地促进了刑罚适用的统一性与公正性,然而由于法院在判案过程中不可避免地仍然保留着大量的灵活性,这些主观因素构成了刑罚具体化过程中实现量刑均衡的主要障碍,从而使得试图通过一审裁判结果判断被告人认罪认罚后的“从宽”程度变得几乎不可能。因此二审裁判以被告人上诉本身为由加重其刑期的具体幅度,就成为衡量一审“从宽”效果相对客观的一个显性指标。数据显示,二审法院基于被告人“不认罪”而加重刑期的数据分布与控辩同时上诉时较为接近,加重幅度集中于 40% 以内,占比为 70%,其中 50% 的加重幅度在 0% - 20% 之间。如果这一数据可靠,则可大致推测出认罪认罚被告人于一审中获得的“从宽”幅度多为 40% 以内,其中尤以 20% 以内为主。

三 认罪认罚案件二审实践之反思

(一) 认罪认罚从宽制度的实践困境

2016 年《全国人民代表大会常务委员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认罪认罚从宽制度试点工作的决定》将认罪认罚从宽制度定位为落实“宽严相济刑事政策,完善刑事诉讼程序,合理配置司法资源,提高办理刑事案件的质量与效率,……促进司法公正”等目标。2019 年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部(下称“两高三部”)《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》(下称“《指导意见》”)对此作了再次重申。从认罪认罚案件的二审实践实来看,这些预设目标虽已获得不同程度的实现,然而作为一项尚处在进行中的改革,其与官方表达所追求的价值目标仍存不小的差距。

1. 认罪认罚从宽的适用范围有限

现行《刑事诉讼法》对认罪认罚从宽制度的适用阶段与范围并未作明确限定。根据2019年《指导意见》第5条之规定,认罪认罚从宽制度贯穿刑事诉讼全过程,可适用于侦查、起诉和审判各个阶段;在案件范围上,原则上所有刑事案件均可以认罪认罚从宽程序加以处理。然而前文关于认罪认罚二审案件的一审刑罚结构的分析显示,认罪认罚从宽目前主要适用于3年有期徒刑以下刑罚的案件。可见,认罪认罚从宽程序在实践中并未实现案件类型全覆盖,其仍然集中适用于简单、轻微刑事案件。

2. 被告人认罪认罚后获得的“从宽”效果甚微

被告人基于对国家专门机关的信赖而作出认罪认罚的自白,并在嗣后审判程序中获得适当的量刑宽减,这不仅关乎认罪认罚从宽制度的推广适用,更是对司法机关诚信行使国家公权的基本要求。因此,在认罪认罚从宽制度下,“从宽”乃是其核心关键词。^[30] 但前文的数据统计显示,认罪认罚被告人获得的量刑优惠极为有限。回顾数据分析,现行认罪认罚从宽案件被科处的刑罚仍以短期自由刑为主,且并处罚金适用率高而缓刑适用率较低。再者,适用认罪认罚从宽程序处理的案件,虽在有期徒刑和拘役刑期上得到了一定程度的宽减,但减轻幅度有限(表6),鉴于认罪协商程序的适用对象主要为轻、微罪被追诉人,20%左右的从宽幅度对其实际执行刑期的影响甚微。

3. 审检对“认罚”标准的把握呈现出形式化倾向

根据《刑事诉讼法》第15条的规定,被追诉人“认罚”系指其“愿意接受处罚”的诉讼行为。“愿意接受处罚”一般是指被追诉人明确表示接受司法机关根据犯罪事实、情节等情况所给出的刑罚,尤其是接受检察机关提出的量刑建议。^[31] 《指导意见》第7条对此作了进一步细化,根据不同诉讼阶段赋予“认罚”以不同的表现形式。但无论是基本法还是《指导意见》,均未将被告人是否上诉纳入“认罚”的判定标准。然而在司法实践中,被告人于一审适用认罪认罚从宽程序后提起上诉这一行为本身,往往成为检察机关和人民法院认定其“不认罚”的实质要件,进而据此提起抗诉并在二审程序中加重被告人刑罚(图2、4)。“认罚”标准的此种形式化运用,一方面固然有为应对被告人滥用上诉权所带来的罪责失衡与诉讼资源虚耗问题而不得已为之的苦衷;但另一方面,作为履行国家审判职能与公诉职能的法官和检察官,毕竟不同于普通当事人,二者在诉讼中“同负客观义务、同须忠于真实”。^[32] 被告人认罪认罚后又上诉的具体情形多样,上诉人对认罪协议的履行或违反程度不一,其实际获得的“从宽”效果更是模糊不清,^[33] 故检察官和法官在抗诉与改判中应秉持司法官员客观公允的立场,对“不认罚”为实质性审查。尤其在我国认罪协商仍存固有的“结构性风险”的情况下,^[34] 审检机关需要保持适当的审慎态度,同时

[30] 左卫民:《认罪认罚何以从宽:误区与正解——反思效率优先的改革主张》,《法学研究》2017年第3期,第163页。

[31] 参见王爱立、雷建斌编:《〈中华人民共和国刑事诉讼法〉解释与适用》,人民法院出版社2018年版,第24页。

[32] 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6页。

[33] 有法官坦言,由于权威性操作细则缺失,实践中更倾向于从严把握从宽幅度。如被告人同时有自首、坦白情节,认罪认罚带来的从宽幅度几乎可以忽略不记。

[34] 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6页。

也应对被告人的上诉给予理解和宽容,以维护程序的正当性以及司法的公信力。

再者,以被告人不认罚为由提起抗诉的规范依据亦不够充分。《刑事诉讼法》第 228 条规定,“地方各级人民检察院认为本级人民法院第一审的判决、裁定确有错误的时候,应当向上一级人民法院提出抗诉”。虽然最高人民法院发布的系列司法解释就一审裁判“确有错误”的情形作了列举,但并未涵摄被告人“不认罚”这一情节。而且,即使检察机关转换抗诉理由,以被告人不认罚为由主张一审判决“从宽”适用法律错误也难以成立。^[35] 因为“法官的任务是针对实际发生,而非想象出来的案件事实作法律上的判断”。^[36] 衡量一审裁判适用法律正确与否,应以裁判作出时法官能够确定的实际发生的案件事实为基础。一审法院基于被告人认罪认罚的事实而依法作出“从宽”处理后,检察机关以被告人“不认罚”这一判决后发生的新事实来否定先前判决的合法性,显然不符合诉讼中事实认定与法律推理的基本原理和方法。

4. 程序异化与对抗性的扩张

此番认罪认罚从宽制度改革,学界对其降低诉讼“对抗性”以节约司法资源的功能寄予了厚望。^[37] 实务见解亦认为,“认罪认罚从宽制度的实施初衷,不是简单的权力转移或者是程序简化,而是化‘对抗性司法’为‘恢复性司法’,促使被追诉人认罪认罚而后与国家、被害人和解,从而达到化解矛盾、促进和谐的目的”。^[38] 应当承认,这一改革的确取得了较为显著的效果,但其二审实践亦同时表现出一种程序异化倾向。

首先,控辩对抗“敌对效应”扩张。“敌对效应”是指“对抗式体制具有歪曲事实真相的诱因”。^[39] 在控辩双方同时上诉的场合,一方面,被告方多以留所服刑或寻求进一步量刑减让的“技术性”与“策略性”上诉为主,有事实、法律等正当性基础的“权利救济型上诉”并不多见(图 1.2)。另一方面,为应对被告方对上诉不加刑原则的技术性与策略性运用,检察机关针锋相对地提起“防御型抗诉”,以被告人上诉本身为由请求二审法院加重其刑罚(图 2)。上诉与抗诉此时无疑已偏离其作为权利救济和法律监督机制的诉讼职能,而成为控辩对抗在一审程序之外的自然延伸。

其次,控审对抗增强。“重配合、轻制约”虽已成我国控审实践之常态,但由于审检基于各自诉讼职能与工作属性制定的涉及内部管理、考核和绩效等事项的规范性文件,不可避免地存在潜在的冲突。在控审合作之外,也有相互制约的一面。在认罪认罚从宽程序中,认罪认罚适用率和量刑建议采纳率是检察机关内部的硬性考核指标,而法官则仍受罪责原则和量刑均衡性强有力的约束。此种管理考核与司法责任具体指标上的差异,致使控审于诉讼中一旦发生分歧,便容易走向超越诉讼理性的功利性对抗,这在认罪认罚案件二审实践中有着清晰的体现。检察机关对于法院是否采纳其量刑建议极为敏感,甚至轻微的量刑调整就会引发检察机关的强烈不满,实务中的“制约型抗诉”即多属此类情形。^[40]

[35] 参见杭州市中级人民法院(2018)浙 01 刑终 868 号。

[36] [德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2005 年版,第 184 页。

[37] 参见陈卫东:《认罪认罚从宽制度研究》,《中国法学》2016 年第 2 期,第 52 页。

[38] 胡云腾:《正确把握认罪认罚从宽 保证严格公正高效司法》,《人民法院报》2019 年 10 月 24 日第 5 版。

[39] [美]兰博约著:《对抗式刑事审判的起源》,王志强译,复旦大学出版社 2010 年版,第 1 页。

[40] 参见沈阳市中级人民法院(2018)辽 01 刑终 310 号。

最后,人民法院的策略性回应。面对人民检察院的“制约型抗诉”,从二审裁判较高的维持率来看,人民法院在整体上仍然能够保持其中立的裁判者地位,但在部分案件的处理中亦体现了法官的策略性回应。除在二审中作出策略性裁判外(表6),人民法院还可能采取主动介入控辩博弈的方式,与检察机关沟通、协调,最终促成控辩双方同时撤回抗诉与上诉(表5)。此外,虽然《刑事诉讼法》第201条仅规定人民法院经审理认为量刑建议明显不当时,人民检察院可以调整量刑建议,而对于调整的具体程序和形式并未明示。但裁判文书显示,各地的实施细则均要求人民法院必须以公函形式征求检察机关的意见,以程序不当为由的抗诉多因此发生。^[41]

(二) 实践困境的进一步阐释

认罪认罚案件二审实践呈现出来的控辩审三方策略性行动,以及在程序运行上的异化倾向,是由其深层次的结构性的制约条件所决定的。

1. 具有统一性和权威性的实施细则付之阙如

在规范层面,无论是《刑事诉讼法》还是相关政策文件的相关规定都较为抽象,《指导意见》虽然针对理论上和实务中的争议问题作了进一步细化与澄清,但对于被追诉人认罪认罚后从宽的适用条件、不同情形下从宽的幅度等实务操作性问题缺乏具体的指引。因此,认罪认罚从宽制度的实践运作主要依据各地区各级司法部门自行出台的实施细则。此种层层分解的细则制定权,虽然可以最大限度地兼顾刑事司法的地区差异,但也因此造成诸多问题。一方面,司法机关的部门利益直接渗入规范制定过程,“造成决策议题偏离主题,难以做到公平、合理地分配刑事诉讼的权利与义务”。^[42]这种共识性或统一性的上位规范的粗疏和缺失,会造成部门之间的权责分配不清晰,降低办案效率。另一方面,在司法责任制日益强化的背景下,除非更具权威性和操作性的实施细则出台,否则基于对责任类型与范围高度不确定性的担忧,办案人员在适用认罪认罚从宽制度时就没有明确的标准,导致适用率的降低。

2. 程序从宽不足加剧对实体从宽的“正向制约”效应

囿于公检法三机关并立的宏观权力架构,以及“侦查中心主义”的诉讼格局,“实践中三机关之间的制约整体上是一种单向式、正向式制约,呈现为前面制约后面,即侦查制约起诉、起诉制约审判,而不是起诉制约侦查、审判制约起诉”。^[43]其表征之一即审前高羁押率,尤其是超期羁押的现象给检察机关和法院的工作的推进带来了困难。在侦查讯问一直以来就维持着极高认罪率的背景下,^[44]公安机关对于办案程序“不减反增”的认罪认罚从宽并没有太大的积极性。^[45]被动推行往往促使公安机关将其作为较常规手段更具迷惑性的审讯资源。“认罪”超越更契合时代精神与改革目的的“认罚”成为首要追求目

[41] 参见郑州市中级人民法院(2017)豫01刑终579号。

[42] 郭松著:《试点改革与刑事诉讼制度发展》,法律出版社2018年版,第113页。

[43] 左卫民:《健全分工负责、互相配合、互相制约原则的思考》,《法制与社会发展》2016年第2期,第27页。

[44] 研究显示,我国刑事侦讯中的整体认罪率达到98.91%。参见刘方权:《认真对待侦查讯问——基于实证的考察》,《中国刑事法杂志》2007年第5期,第97页。

[45] 参见周新:《公安机关办理认罪认罚案件的实证审思——以G市、S市为考察样本》,《现代法学》2019年第5期,第156-157页。

标,而在侦查阶段尤为重要的程序从宽更是无从实现,采取羁押措施仍然是公安机关办理认罪认罚案件的常规操作,^[46]因此被追诉人认罪认罚后在量刑建议和最终判决中要获得实体上的“从宽”,甚至较普通案件更容易受制于此种“正向制约”的影响。

3. 认罪协商不充分

认罪协商的充分性关乎被告人对程序公正性的体验,进而影响一审判决的可接受性。从上诉理由看,相当比重的上诉案件均与控辩协商不足有关。^[47]

第一,认罪协商模式的官方主导性。从《刑事诉讼法》和《指导意见》的有关规定来看,“权利告知与听取意见”是涉及认罪认罚从宽程序规则的基本逻辑结构。其中侦查机关和检察机关主导协商过程与结果,被追诉人则处于被动参与的地位,只能作出“要么接受要么放弃”的意见。^[48]此种由国家专门机关支配的“对话”,无疑并不具备“理想言谈情景”条件下的理性商谈特征。^[49]由于被追诉人无法就侦控方征求意见的罪、责、刑与程序适用等关键事项采取实质性的质疑、反驳、主张、建议和辩解等语言行动,权利与义务未经充分阐释,事实与规范未能展开商谈式论证,因此作为协商结果的量刑建议与具结书并不具备将守约义务内在化的拘束力。

第二,被追诉人对等协商能力不足。理性协商的前提是控辩双方具有对等的对话能力,否则就失去了商谈的沟通价值,变成单方强制下的合意。强化认罪协商程序中的律师参与是法治发达国家和地区的普遍做法。在美国,完备的辩护与证据展示制度一直是有罪答辩的重要合法性来源之一。^[50]在德国的认罪协商程序中,不仅辩护律师的参与具有强制性,而且在协商前控方必须进行全部证据展示。^[51]法国的审前认罪出庭程序亦有类似的规定。^[52]相比之下,因缺乏有效的律师辩护,我国认罪认罚从宽程序中被追诉人的协商能力明显不足。一方面,刑事辩护率总体偏低,刑事案件律师辩护率目前不超过 25%;^[53]另一方面,虽然《刑事诉讼法》第 36 条设立了值班律师制度,《指导意见》第 12 条就值班律师的会见权与阅卷权作了特别规定,但囿于制度激励不足以及人员短缺,值班律师制度日益形式化。实践中值班律师对案件处理的参与度较低,会见权和阅卷权基本虚置,大多仅完成了配合检方在具结书上签字这一强制性的形式要件。

第三,作为协商结果的量刑建议与具结书存在结构性缺陷。首先,量刑建议幅度较

[46] 周新:《公安机关办理认罪认罚案件的实证审思——以 G 市、S 市为考察样本》,《现代法学》2019 年第 5 期,第 160 页。

[47] 如“徐某容留他人吸毒罪”案中,被告人辩称上诉只是为了留所服刑,并不知道会引发检察机关的抗诉。参见台州市中级人民法院(2019)浙 10 刑终 519 号。

[48] 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 61 页。

[49] 参见[德]阿图尔·考夫曼著:《法律获取的程序:一种理性分析》,雷磊译,中国政法大学出版社 2015 年版,第 200 页。

[50] 参见[美]弗洛伊德·菲尼、约阿希姆·赫尔曼、岳礼玲著:《一个案例两种制度——美德刑事司法比较》,郭志媛译,中国法制出版社 2006 年版,第 327-329 页。

[51] [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。

[52] 参见[法]贝尔纳·布洛克著:《法国刑事诉讼法》,罗结珍译,中国政法大学出版社 2009 年版,第 478 页。

[53] 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 10 页。

大,受选择性认知影响,^[54]被追诉人往往从最有利的视角看待量刑建议,对实体从宽报以较高的期待,一旦人民法院靠近建议量刑幅度的最高值科刑,就极易引发被告人的上诉。其次,具结书的结构过于简略。从文书结构看,其包含被追诉人基本信息、权利知悉、认罪认罚内容与自愿性声明等四项内容,但均为高度概括性的格式条款。最后,权利与风险告知缺位易造成虚假“自愿”认罪。为弥补具结书的不足,被告人一般还要签署一份《认罪认罚从宽制度告知书》,然而无论从内容还是语言表述看,告知书几乎无关任何权利与风险告知,而是对制度流程与控审职权的简单介绍,对于被告人认罪认罚的法律性质、可能的风险、违反具结书的法律后果以及享有的各项权利等缺乏释明。低辩护率及值班律师制度之虚化,加之无辩护人之被告又多属社会弱势群体,^[55]对正式文书的权利及风险的告知不明,可能导致被追诉人在对正式文书的权利及风险理解不清的状态下作出自愿认罪的决定,在后续程序的推进中可能存在“反悔”的风险。

4. 刑罚结构的内在局限

受传统重刑主义和“严打”政策影响,现行刑法虽经多次修正,但并未扭转以自由刑为中心的刑罚结构,6个月以下短期自由刑甚至出现扩张趋势。^[56]同时,罚金、缓刑等非监禁刑在我国刑法规范与实践层面仍存诸多局限。在最近两次修法中,罚金刑比重虽有大幅上升,然而“并处为主单处为辅”的立法模式,不仅使罚金刑的刑罚轻缓化价值受到贬损,还有造成被告人之境况愈加恶化之虞。再者,作为我国唯一的限制自由刑,管制虽占罪名总数的四分之一,但囿于惩罚性与强制性不足以及执行上的困难,其适用率极低。^[57]而近乎苛刻的缓刑适用条件亦使其面临与管制刑类似的尴尬处境。此外,由于刑法并未确立刑罚易科制度,进一步加剧了刑罚结构的单一与僵化。在此种刑罚结构下,留给控辩协商以及最终给与被告人实体上从宽的空间实为有限。

四 认罪认罚从宽的体系化重塑及其展开

面对认罪认罚案件二审实践所呈现出的控辩审三方策略行动及其带来的一系列“意外”后果,除在规范层面亟需由“两高三部”出台更具操作性的实施细则,以消除法官和检察官面对“从宽”时的重重顾虑以及控审间不必要之分歧与对抗以外,还需立足中国的司法语境并适当结合域外经验,对认罪认罚从宽制度加以系统化重塑。

(一) 认罪认罚从宽适用案件范围调整

数据显示,认罪认罚从宽在实务中的适用范围多集中在三年有期徒刑以下刑罚案件,这同主张案件类型全覆盖的改革方案和主流学术观点存在显著差距。认罪认罚从宽制度

[54] 参见[美]斯科特·普劳斯著:《决策与判断》,施俊琦、王星译,人民邮电出版社2004年版,第14页。

[55] 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。

[56] 参见田兴洪:《轻罪刑事政策视野下的我国刑罚制度改革研究》,载赵秉志主编《刑法论丛》2008年第4期,第417页。

[57] 参见田兴洪:《轻罪刑事政策视野下的我国刑罚制度改革研究》,载赵秉志主编《刑法论丛》2008年第4期,第415-416页。

的继续完善,必须对其适用案件范围从理论上再度予以检视。通过文献梳理发现,主流观点立足的根基主要有两点:一是将认罪认罚从宽视作被追诉人的一项诉讼权利,因而必须平等地适用于所有案件类型;二是基于诉讼效率的考量,而有推广适用之必要。^[58] 笔者认为,无论是在法理与域外经验上还是本土实践中,该学说均有进一步商榷的空间。

1. 诉讼效率并非认罪认罚从宽追求的唯一价值

如论者所言,认罪认罚从宽改革应致力于解决被追诉人认罪认罚却得不到适当、有效从宽处理的实践难题,诉讼效率“只是这一制度的附随效果,至多是一个从属性目标”。^[59] 而且从域外经验看,无论是英美国家的辩诉交易还是德国的认罪协商程序,普遍面临因过分以效率为导向带来的正当性危机。如美国的辩诉交易已经使刑事程序越来越沦为高速处理犯罪的“惩罚流水线”,对效率的僵硬强调,“损害了刑法在更广泛意义上的道德目标”。^[60] 英国的被告人认罪答辩程序不仅带来法官“中立性”与律师“独立性”的损害,“保护当事人的权益”亦变成了“国家界定的‘效率’的牺牲品”。^[61] 鉴于司法界在刑事案件中对“短诉讼”具有共同利益,德国的认罪协商程序虽已成为一种不可逆转的趋势,但其同时也引发了一系列的合法性问题。^[62]

2. 认罪认罚从宽作为一项权利的规范依据不足且有潜在风险

一方面,《刑事诉讼法》有关办案机关告知义务的规定,并未将认罪认罚从宽表述为一项权利,仅要求侦查人员、人民检察院和审判长应当告知“认罪认罚的法律规定”;另一方面,刑法与刑事诉讼法均缺乏足够的制度支持,以确保被追诉人“从宽”的合理期待之实现。而且,在我国“如实供述”作为被追诉人法定义务的诉讼构造下,可能很难真正保障被追诉人“从宽”的“权利”。因此,认罪认罚从宽并不能因其权利属性或效率价值而被当然扩张适用于所有案件类型,其适用案件范围的确定,还宜回归到正当程序与权利保障这一刑事诉讼基本范畴内加以权衡。由于重罪案件关乎被追诉人人身自由乃至生命权等重大利益,在正当程序与权利保障无论是理念还是制度层面均未牢固确立的背景下,贸然适用认罪认罚从宽程序,恐有碍被追诉人有效开展诉讼上之攻防,进一步压缩本就十分有限的辩护空间。正因如此,实务部门对认罪认罚从宽适用于重罪案件普遍较为审慎。当然,重罪案件也并非绝无适用认罪认罚程序之可能,“重点在于协商程序之制度性保障,使程序透明合理,符合正当法律程序之要求”。^[63] 结合我国实际,认罪认罚从宽适用案件范围可以作短期和长期规划。短期内,在被告方对等协商能力尚缺乏有效制度保障,法院审查的中立性与实质性亦存诸多缺憾的背景下,认罪认罚从宽程序宜仅适用于实践中已相对成熟的轻罪案件,即三年有期徒刑以下刑罚的案件,待未来制度保障成熟以后再逐渐延及重罪案件。

[58] 参见陈卫东:《认罪认罚从宽制度研究》,《中国法学》2016年第2期,第59页。

[59] 左卫民:《认罪认罚何以从宽:误区与正解——反思效率优先的改革主张》,《法学研究》2017年第3期,第164页。

[60] [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199-208页。

[61] [英]麦高伟、[英]路加·马什著:《英国的刑事法官》,付欣译,商务印书馆2018年版,第143页。

[62] 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,载赵秉志等主编《当代德国刑事法研究》(第3卷),法律出版社2019年版,第187-207页。

[63] 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。

(二)认罪认罚从宽程序羁束力之厘清

1. 认罪认罚案件检察机关抗诉权与二审法院裁判权之行使

如前所述,抗诉权与二审裁判权之行使,应秉持司法机关的客观、理性,而不应工具化乃至情绪化地运用。一方面,针对被告人的“技术性上诉”,检察机关不宜功利性地实施“防御型抗诉”;即使采取“制约型抗诉”,检察机关亦要客观地依据法定的抗诉条件提起,尤其在一审法院同检察机关仅就量刑建议存在细微分歧的情况下,抗诉权之行使更应恪守审慎、谦抑原则。另一方面,二审法院应严格遵循全案审查原则,对被告人的认罪、悔罪表现以及实际从宽幅度等案件情况作出综合评判,而不能仅以被告人上诉为由认定其“不认罚”,进而加重其刑罚。

2. 认罪认罚案件被告人上诉权之行使及其边界

认罪认罚被告人上诉权的行使方面,学术界存在颇多争议。“肯定说”认为,基于司法诚信与诉讼经济原则,认罪认罚被告人理应接受一审法院的定罪量刑,但在我国现行司法环境下,仍有必要保留其上诉权。^[64]“否定说”主张,“如果直至法院审判结束,被追诉人始终没有撤回,并且法院是在具结书、量刑建议的范围内做出判决的,被追诉人的上诉权利就应受到限制”。^[65]“折中说”则提出根据案件性质与适用程序类型对上诉权加以限制,其又包括三种基本思路:一是主张建立上诉审查程序,经过审查,“如果有证据证明一审案件事实确有重大错误的,应当正式开庭审理,否则,可直接驳回被告人的上诉”。^[66]二是实行分类处理原则,“对于速裁程序审理的认罪认罚案件,不允许上诉。对于普通程序审理的,保留上诉权,但要限定可以上诉的法定情形”。^[67]三是简化二审程序,针对认罪认罚被告人上诉案件,二审程序以书面审为原则开庭审为例外。^[68]这些学说从不同侧面就认罪认罚被告人上诉权作了有益的探索,然而从认罪认罚从宽二审实践来看,各理论均存在明显不足。

一方面,被告人上诉事由纷繁复杂,认罪认罚被告人上诉虽多为“技术性上诉”与“策略性上诉”,但仍然有一部分“权利救济型”上诉,在此种情形下,其上诉权当然应予保障;另一方面,必须承认,认罪认罚被告人的“技术性上诉”确属对上诉权的恶意利用,尤其在控审已遵协议为轻缓化之科刑,被告人对一审判决之实体与程序均无实质异议的情形下,仅为“留所服刑”就申请启动二审程序,缺乏对法律应有的敬畏之心,既违背认罪认罚从宽制度鼓励悔罪与上诉权权利救济初衷,亦且造成诉讼资源不必要之浪费。可见,“折中说”相较“肯定说”与“否定说”,似乎与认罪认罚从宽二审实践所反映出来的实际需要更为契合。然而其仍存以下局限:一是以一审案件事实存在“重大过错”作为上诉案件受理条件过于概括和严苛;二是简单以一审程序类型作为是否允许上诉的标准不符合诉讼规律,因为即使在刑事速裁程序中,有关事实认定、法律和程序适用等事项亦难以完全排除出错的可能;三是仅仅简化二审程序的主张仍然面临“肯定论”相似的难题,对于

[64] 参见孙长永:《认罪认罚从宽制度的基本内涵》,《中国法学》2019年第3期,第215页。

[65] 赵恒:《“认罪认罚从宽”内涵再辨析》,《法学评论》2019年第4期,第181页。

[66] 陈光中、马康:《认罪认罚从宽制度若干重要问题探讨》,《法学》2016年第8期,第11页。

[67] 陈卫东:《认罪认罚从宽制度研究》,《中国法学》2016年第2期,第62页。

[68] 周新:《论认罪认罚案件救济程序的改造模式》,《法学评论》2019年第6期,第192页。

被告人的“技术性上诉”，不可避免地会造成诉讼资源的浪费以及司法权威的减损。

综上，认罪认罚案件上诉审查标准之确定，应回归到上诉制度的基本框架内进行讨论。从法理上看，“诉讼程序之进行不可能完全无瑕疵，上诉制度即系为纠正下级审判决的瑕疵，而为之一种救济制度，此除可达到纠正瑕疵的判决外，亦可藉由审级的救济达到被告权益的保障”。^[69] 认罪认罚案件虽基于控辩协商而得在一定范围内就被告人上诉权加以限制，但不应突破上诉制度审级监督与权利救济的立法目的。因此上诉审查的关键，在于被告人能否针对案件的事实认定、程序运作与法律适用提出实质性抗辩理由，而不论一审程序类型、错误的种类与严重程度。具体而言，对于“权利救济型”上诉，二审法院应当予以受理；对于“技术性上诉”，则可直接驳回。惟“策略性上诉”介于前两种上诉类型之间，兼具技术性与权利救济属性，实务中较难把握，但鉴于我国侦查中心主义的诉讼构造尚未发生根本转变以及辩护权仍受压抑的司法现状，基于维护程序正当性与被告人权益之需要，至少在短期内仍应获准启动二审程序。至于二审程序的审理方式，可采“折中说”，以书面审为原则开庭审为例外。

（三）控辩协商充分性之保障

1. 从国家专门机关单方权利告知与听取意见转向控辩双方的商谈式沟通

哈贝马斯认为，一个理想的商谈式沟通须同时满足（至少）四个效力要求与四个附加程序常数。前者包括可理解性、真实性、真诚性和适当性，后者则要求“在水平位置上的机会平等；交流参与者有权对事实发表意见和有权对其他人表达的事实所具有的效力要求提出疑问；所有人有权表达观点；对前面所称三个条件的限制有提出疑问的权利”。^[70] 尽管刑事诉讼程序并不符合理想的商谈模式，但其仍具有“真正的商谈性质”。^[71] 因此商谈理论成为完善控辩协商的一个可供参照的理想模式。在进一步改革中，首先要改变被追诉人在控辩协商中的被动地位，将《刑事诉讼法》第173条所载之事项由检察机关单方面的权利告知与听取意见真正转变为控辩双方的平等沟通与交流。

2. 增强被追诉人的协商能力

一是建立值班律师激励机制。鉴于值班律师工作积极性不高，存在履职活动形式化等弊病，有学者提出“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”。^[72] 这的确可以在一定程度上缓解值班律师“形式见证”以及“为权力背书”的处境。但问题的真正解决，仍要从制约值班律师制度的深层次成因着手，完善值班律师的选拔、派驻、考核和绩效等管理与激励机制。二是逐步建立认罪认罚案件强制辩护制度。以正在进行的刑事案件律师辩护全覆盖改革为契机，逐步建立认罪认罚案件强制辩护制度。在具体操作上，可效仿我国台湾地区“刑事诉讼法”的做法，^[73] 未委托辩护律

[69] 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728页。

[70] [德]马蒂亚斯·雅恩：《回到未来——新共识刑事诉讼程序的范式：法的商谈理论》，宗玉琨译，载赵秉志等主编《当代德国刑法研究》（第3卷），法律出版社2019年版，第223页。

[71] 参见[德]阿图尔·考夫曼著：《法律获取的程序：一种理性分析》，中国政法大学出版社2015年版，雷磊译，第199-200页。

[72] 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18页。

[73] 参见黄朝义著：《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715页。

师的被追诉人表示所愿受科之刑为6个月有期徒刑以上刑罚且不适用缓刑的,开展认罪协商的国家专门机关应通知法律援助机构为其指定辩护律师。三是从权利配置上确保律师实质性参与协商。通过实施细则确保《指导意见》第12条设置的值班律师会见权与阅卷权落到实处,同时赋予值班律师或辩护律师于侦查审讯、审查起诉阶段认罪协商程序中的在场权。如律师有效帮助权短期内难以实现,则至少应保障被追诉人的知情权,可以考虑在《指导意见》第29条“证据开示”的基础上赋予其阅卷权。

3. 改革量刑建议与认罪认罚具结书的结构及内容

检察机关经与被告方协商后应尽可能提出精准化的量刑建议,防止因量刑建议的幅度过大而损害其可预期性,进而造成不必要的上诉。为缓解围绕量刑建议可能发生的控审对抗,可以考虑引入法官参与认罪协商程序的域外经验,^[74]由法官提前介入控辩协商,在监督认罪协商程序公正性与透明性的同时,为检察机关提出精准化量刑建议提供咨询与指导。再者,认罪认罚具结书应以直接、明了(而非间接、隐晦)的表述方式详细载明控辩双方的权利和义务,认罪认罚的法律后果与风险,以及被追诉人撤回认罪认罚、提起上诉的程序及其法律风险。此外,还要转变实务中《认罪认罚从宽制度告知书》的义务本位倾向,一方面凸显其权利告知属性;另一方面,对于认罪认罚被告人的核心权利与法律风险应尽到释明的义务。

(四) 确保实体从宽之实现

1. 通过程序从宽实现实体上之从宽

鉴于审前程序对实体从宽的“正向制约”效应,如何实现程序上的从宽便尤为重要。根据《指导意见》第6、7条之规定,“认罪”的“概念核”是“如实供述自己的罪行”,《刑法》规定的“坦白”“自首”以及其他可能之情形都属于被追诉人认罪的范畴;^[75]“认罚”除要求被追诉人概括表示“接受处罚”外,还要“真诚悔罪”。可见,认罪认罚从宽制度区别于自首、坦白等传统制度安排的关键并不在于“认罪”,恰在于“认罚”所蕴含的独特价值。从认罚中心主义出发,程序从宽就不能只满足于一般理论所强调的诉讼程序简化或者程序期间的压缩,而应对被追诉人进行个别化评估并给以相应的审前程序处遇。一方面,为避免被告人策略性地运用退赃、退赔等行为,以所谓“新事实”为由提起上诉,审前阶段的程序从宽,应重点考察其悔罪、退赃、退赔的实际执行情况;另一方面,在强制措施适用上,应依据个案的具体情况及时变更、解除强制措施,同时“激活”《刑事诉讼法》取保候审与羁押必要性审查制度,对于积极认罪、真诚悔罪,主动退赃、退赔的被告人,应以保释为原则,羁押为例外。

2. 调整刑罚结构拓展实体从宽空间

除了通过程序上遵循“从宽”理念进行调整以保障实体从宽的实现,也需要在实体法中进一步改革相关制度来拓宽“从宽”的适用空间。第一,提升罚金刑与缓刑在短期自由

[74] See Jenia Iontcheva Turner, *Judicial Participation in Plea Negotiations: a Comparative View*, 54 *The American Journal of Comparative Law*, 214-266 (2006).

[75] 参见陈光中、马康:《认罪认罚从宽制度若干重要问题探讨》,《法学》2016年第8期,第4页。

刑中的替代地位。由于短期自由刑在犯罪矫正与威慑方面收效甚微,刑事政策领域主张予以取消的呼声一直较高。^[76] 但“根据罪刑法定原则的罪刑均衡要求,对轻罪处以轻罚是理所当然的。因此,从刑罚体系中完全排除短期自由刑是不可能的”。^[77] 域外通行的做法是以罚金刑和自由刑缓刑作为替代措施对短期自由刑加以完善。这不仅与我国刑罚结构由“厉而不严”转向“严而不厉”的轻缓化发展趋势相契合,^[78] 还为法官的个别化量刑提供了更灵活的备选项,因此足可为认罪认罚从宽制度改革之借鉴。一方面,可以进一步扩大短期自由刑中罚金刑的配置比重,并以单处或选处罚金为主,并处罚金为辅;另外还可以改革《刑法》第 72 条的缓刑制度,以列举式立法明确“没有再犯危险”“没有重大不良影响”的具体情形,同时将被追诉人认罪认罚纳入缓刑适用条件的法定考察范围。第二,从认罪认罚案件量刑个别化的需要看,管制刑仍有保留必要,但可以考虑引入损害赔偿、社区服务等替代措施丰富其内涵,提升教育改造功能。第三,与前两项改革相配套,在短期自由刑、管制刑与罚金刑之间建立刑罚易科制度,不仅可以增加控辩量刑协商中检察机关的谈判筹码,而且亦有助于根据被告人认罪认罚情况给予其更加个性化的实体从宽处遇,进而推动整个刑罚结构的轻缓化发展。

[Abstract] The empirical analysis of second-instance adjudicative documents of related cases shows that, in practice, the system of leniency for admission of guilt and acceptance of punishment is faced with such dilemmas as limited scope of application, very little actual effect of “leniency” obtained by the defendant, formalized understanding of the standard of “acceptance of punishment” by the prosecution and the court, procedural alienation and resistance expansion. In addition to such normative and procedural limitations as lack of unified and authoritative implementation rules, insufficient procedural leniency that aggravates the “positive restriction” effect on substantive leniency, and inadequate negotiation on guilty pleas, these dilemmas are also caused by the freedom penalty-centered penalty structure in substantive criminal law. To further improve the system, China should, on the one hand, promote the adoption of more operational implementation rules by the Supreme People’s Court, the Supreme People’s Procuratorate, the Ministry of Justice, the Ministry of Public Security and the Ministry of National Security at the normative level and, on the other hand, remodel the system on the basis of both Chinese judicial context and foreign experience by clarifying the scope of application and the procedural binding force of the system, and ensuring the adequacy of prosecution-defense negotiation and the realization of substantive leniency.

(责任编辑:贾元)

[76] 参见[德]冯·李斯特著:《论犯罪、刑罚与刑事政策》,徐久生译,北京大学出版社2016年版,第283页。

[77] [日]大谷实著:《刑事政策学》,黎宏译,中国人民大学出版社2009年版,第133页。

[78] 参见何群、储槐植:《论我国刑罚配置的优化》,《政法论丛》2018年第3期,第133-134页。