

认罪认罚从宽主体性协商的制度构建

刘 军 潘丙永

摘要:认罪认罚从宽制度改革基本上获得了成功,然而司法实践中却缺乏更高理念的指导,忽视犯罪嫌疑人和被害人的主体性,轻视正义与效率的位阶关系,导致刑罚功能的紊乱,尤其是会极大地削弱刑法作为行为导向的功能。刑事司法模式价值多元,存在主体性协商的需求,主体性哲学为如何对待犯罪人和诉讼当事人提供了道德依据。刑事诉讼程序的设置与制度建构应当以人为目的,尊重诉讼当事人的人格尊严和主体地位,不断强化自我选择和自我决定的能力,在持续的选择中不断地进行自我完善。为此,认罪认罚从宽主体性协商需要从协商主体、协商启动和协商内容等方面深化改革,建立相应的保障机制。

关键词:认罪认罚从宽;主体性协商;制度构建

DOI: 10.19836/j.cnki.37-1100/c.2020.02.003

认罪认罚从宽制度改革不断深入推进,并取得重大胜利,不但极大地提高了诉讼效率,而且优化了司法资源配置,被告人也获得了相应的从宽处理,一种多赢的格局似乎正在形成。然而,认罪认罚从宽司法实践由于缺乏更高理念的指导,忽视犯罪嫌疑人和被害人的主体性,轻视正义与效率的位阶关系,反而容易导致刑罚功能的紊乱,尤其是会极大地削弱刑法作为行为导向的功能。认罪认罚从宽制度并不是简单地程序上从简和实体上从宽,而应当在正义的范围内考虑包括诉讼效率在内的所有社会功利,如此的司法改革方向将有利于保障刑事诉讼案件当事人在认罪认罚从宽司法程序中的主体性地位,贯彻“涨落有序的正义理念”^①并保障罪刑均衡的动态实现。

一、认罪认罚从宽协商中存在的问题

认罪认罚从宽制度改革的初衷是,在保证实现正义的前提下,尽可能地提高诉讼效率,缓解司法实践中“案多人少”的压力,实现司法资源的优化配置。应该说,目前已经比较充分地实现了这种司法改革的目标。然而,该项制度在实施过程中,依然存在着诸多问题:

一是被追诉人^②在刑事司法中的客体地位并未得到改观。无论是制度设计还是实践操作,都未从根本上扭转被追诉人在刑事司法中的客体地位,仍将被追诉人视作一种被“激励”的对象。从宽是对认罪认罚行为的一种“奖励”,但“奖品”是什么,既无法预测,也不能“讨价还价”,被追诉人只能被动地表示接受或同意,否则连程序上的“优惠”也无法获得。问题不在于“从宽”是否能激励被追诉人认罪认罚,因为绝大多数人都是能够被“激励”的,而是扭转其客体处境,通过制度设计真正实现被追诉人的主体性。

二是被害人权利被严重忽视。在认罪认罚案件中,刑法要求公诉机关提出从宽量刑意见时,应当听取被害方意见,但如何处理被害人异议,刑法未作规定。有学者认为,允许被害人异议将导致

收稿日期:2019-10-11

基金项目:山东省社会科学规划研究审判专项“认罪认罚从宽规范化研究”(18CSPJ09)。

作者简介:刘军,山东大学(威海)法学院教授、博士生导师(威海 264209; liujunge@sdu.edu.cn);潘丙永,山东大学(威海)法学院博士研究生(威海 264209; pby5757@163.com)。

① 刘军:《罪刑均衡的理论基础与动态实现》,北京:法律出版社,2018年,第27页。

② 被追诉人是刑事诉讼法学层面对犯罪嫌疑人和被告人的概括性统称,特定诉讼阶段则分别使用犯罪嫌疑人或者被告人的指称,若在犯罪学、刑事政策学或刑法学层面,则直接使用犯罪人的称呼。

认罪认罚从宽制度难以运行^①。“两高三部”《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》(以下简称《指导意见》)对此虽有所回应,但含有明显的利益妥协与“和稀泥”色彩,对于被害人如何实质性地参与认罪认罚从宽协商,以及如何通过协商真正地实现损害赔偿和权利复位等并未直接关注。犯罪首先是对个人或法人利益的侵害,它破坏了被害人与犯罪人共同生活的社区和谐,因而,抗制犯罪的最终目标就是恢复被破坏了的社会关系,而实现这一目的的最佳手段就是被害人、犯罪人及其所处生活社区共同参与,尊重受犯罪影响的各方当事人之主体性地位,架起理解和沟通的桥梁^②。认罪认罚从宽制度如果存在协商空间,被害人无疑是协商的一方主体,应当保障被害人为自己利益发声的权利。唯有努力修复受损的社会关系,尤其是恢复或补偿被害人利益,甚至取得被害人谅解,认罪认罚从宽才具有实质性意义,否则便是赤裸裸的利益交换。

三是认罪认罚从宽协商程序不明。刑法第174条“同意”一词似乎暗示了被追诉人在自愿认罪的前提下,控辩双方可以就量刑问题进行协商,如果不是“讨价还价”或者“互换”“妥协”的话,至少也要取得犯罪嫌疑人的同意,这也是“认罚”的词中之意和“从宽”的程序依据。本应是“浓妆重抹”的部分却被“一笔带过”,犯罪嫌疑人是如何“同意”的、过程如何、结果如何都需要进一步明确。协商程序是完善认罪认罚从宽制度的重中之重,它不仅以一种温和的方式帮助确立刑罚和强制措施,而且体现了对诉讼参与人的尊重,是司法改革的一大进步。然而,司法实践中很多司法机关不愿意进行量刑协商^③,使得从宽协商的价值无法很好地发挥出来,也阻碍了认罪认罚从宽制度的正常运行。不仅如此,从宽协商的内容也是模糊不清。有些学者将认罪认罚从宽中的协商看作司法机关以“从宽”换取被追诉人“认罪认罚”的交易,把从宽当作协商的结果^④。这样的理解是明显地受到了美国辩诉交易制度的影响。英美法系中的“辩诉交易制度”或“认罪协商制度”不仅可以就罪名量刑进行协商交易,甚至就案件事实也可以进行协商交易,这是典型的当事人主义的司法模式。它是否适合我国的认罪认罚从宽制度以及如何借鉴等问题,都非常值得深入研究。

四是被追诉人单方面认罪认罚潜藏着违法的风险。认罪认罚从宽制度所具有的减轻司法人员办案压力的功效促使他们可能片面追求案件从速办理。在从宽协商的过程中,不能排除司法机关会采取威胁、利诱、欺骗等方法迫使被追诉人认罪认罚,接受司法机关提出的量刑建议,从而酿成一些难以纠正的“冤假错”案。除此之外,被追诉人也存在非法利用认罪认罚从宽制度逃避打击或者减轻处罚的可能性。例如,共同犯罪人可能将所有的罪行包揽在自己身上,形成外观闭合的证据链,并向司法机关“自愿认罪”“接受处罚”,加之认罪认罚从宽案件通常会采用速裁程序,这种案件往往更加容易蒙混过关,使得犯罪人的阴谋借助认罪认罚从宽协商的形式得以实现。更为严重的是,公诉机关和被追诉人在从宽协商过程中还可能相互妥协,法定的从宽制度异化为寻求私利的筹码,甚至沦为权力寻租的工具。

之所以存在以上问题,在于无论学术研究还是司法实践均缺乏更高理念的指导,目光仅仅局限在现实问题的快速解决上,就事论事的痕迹明显。例如,仅聚焦如何保障认罪认罚的真实性和自愿性、认罪认罚的标准为何、范围和幅度是什么以及坚持什么样的证据标准等问题,但是对于解决这些问题背后的主体性理论不甚了了。再如,对正义与效率的关系关注不足,缺乏语境化的具体运用,尤其是从宽的实体性标准方面更是缺乏研究,与谁相比较的从宽、从宽的理由和幅度是什么等都含糊不清,如此司法机关所做出的判决也就很难令人信服。尤其是在当前刑事诉讼模式价值多元和主体协商需求的背景下,应当摆脱实证主义的局限性,以主体性理论为指导探索构建认罪认罚从宽主体性协商制度。

① 刘少军:《认罪认罚从宽制度中的被害人权利保护研究》,《中国刑事法杂志》2017年第3期。

② 刘军:《刑法学中的被害人研究》,济南:山东人民出版社,2010年,第131页。

③ 周新:《认罪认罚从宽制度试点的实践性反思》,《当代法学》2018年第2期。

④ 魏晓娜:《完善认罪认罚从宽制度:中国语境下的关键词展开》,《法学研究》2016年第4期。

二、刑事诉讼模式价值多元与主体性协商的需求

国家垄断刑罚权以来,出现过多种刑事诉讼模式,如弹劾式、纠问式、职权主义模式、当事人模式等,刑事诉讼理论也存在着不同主张,最具影响力的是帕克的“两模式说”和洛奇的“四模式说”。美国学者赫伯特·帕克提出价值取向截然不同的两种刑事诉讼模式:强调个人权利的“正当程序模式”和规制犯罪人行为的“犯罪控制模式”,帕克将他们分别比喻为“流水线传送带”和“障碍赛”^①。虽然这种模式划分在帕克看来仅是为了在衡量刑事诉讼功能时叙事方便,并无表达“是”和“应该”之意,但却引起了建构刑事诉讼理想模式的争论,并沉淀为一种典型的、最持久的分类方法。然而其最大弊端是未考虑被害人因素,在程序和功能上均忽视了被害人的存在,司法决策上也未考虑被害人报案所产生犯罪黑数的情况。后来,加拿大学者肯特·洛奇在此基础上又增加了与被害人权利有关的两种刑事诉讼模式,即与被害人有关的惩罚模式和非惩罚模式,洛奇分别将他们比喻为“购物车”和“圆圈”模式。前者将“控制犯罪”和“正当程序”结合在一起组装成一台“购物车”,并考虑保护被害人权利以及鼓励被害人报案;后者则是恢复性司法,重视被害人在案件处理过程中的当事人地位,它不但起到预防犯罪的作用,而且在恢复受损社会关系方面也大有作为。惩罚模式不但肯定报应的和外显的惩罚的重要性,而且认为被害人的权利也应当与被告人的权利一样受到重视;而非惩罚模式试图通过强调犯罪控制和恢复性正义将被害与惩罚所带来的痛苦最小化^②。可见,虽然惩罚模式和非惩罚模式都承诺控制犯罪并且尊重被害人,但是惩罚模式聚焦于刑事司法的系统性和刑罚的具体执行,虽然被害人在刑事司法中也可以扮演一些角色,但是却很难拥有决定性的权利;而非惩罚模式却扩展到社会发展和社会整合等其他领域,更重要的是,非惩罚模式中的被害人拥有更多的影响决策的权利,甚至直接左右决定的做出。

“两模式说”和“四模式说”彰显了刑事诉讼的价值多元化,如控制犯罪、维护安全与秩序、保障被告人权利、保护被害人权利、预防犯罪、恢复受创的社会关系等。它们确定何种价值可以或应当对刑事诉讼程序施加影响,可以对刑事诉讼进行规范指引。“犯罪控制模式”介入了对于安全和秩序等社会利益的考量,“正当程序模式”则优先考虑保障被告人权利,个人权利优于国家权力,它们都是国家正式的司法模式,当然还存在着重视犯罪人与被害人和解与协商的非正式司法模式。从控制犯罪、维护社会安全与秩序到重视被告人的权利再到保护被害人的权利、修复受创的社会关系,司法模式及其所蕴含之价值取向的变迁,不但说明控辩双方从对抗走向合作的可能性,而且更加彰显了尊重诉讼当事人的主体性在当代刑事诉讼中的价值定位。辩证地看待诉讼模式的价值多元化趋势,其中人的主体性是最为重要的一条主线。唯有尊重当事人的主体性和人性尊严,引导当事人在刑事诉讼中自我教育、自我矫正、自我完善并最终复归社会,才能达到预防犯罪和维护安全与秩序的终极目的。这样一种刑事政策效果的传导作用,在20世纪70年代被害人权利运动兴起之后逐渐受到重视。在当前刑事诉讼模式价值多元化的情形下,更应该重视并尊重诉讼当事人的主体性,其中能够张扬各方主体性、兼顾各方利益、契合价值多元的诉讼模式就是协商性司法,它不仅包括控辩双方的协商,还应当包括被害人以及受影响社区等多方主体参与的协商。

我国刑事司法实践中也存在着协商性案例。在2002年黑龙江孟广虎案^③的处理过程中,检察机关与孟广虎放弃了对抗立场,选择通过对话、交流、协商、“讨价还价”等方式,达成了双方都满意的量

① Herbert L. Packer, “Two Models of the Criminal Process”, *University of Pennsylvania Law Review*, 1964, 113(1), pp. 1-68.

② Kent Roach, “Four Models of the Criminal Process”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1999, 89(2), pp. 671-716.

③ 张景义等:《聚焦国内“辩诉交易”第一案》,《人民法院报》2002年8月8日,第3版。

刑建议,最后也获得了法院的认可。只不过这种由追诉机关提出意见、被追诉人只能表示同意与否的司法合作模式,还只是“最低限度的合作模式”^①,可以概括为“被告人同意理论”^②或者“听取意见式司法”^③。如果认罪认罚从宽仅是程序上的简化处理以减轻被追诉人的程序性负担的话,适用这种最低限度的司法合作模式也未尝不可,毕竟还存在着一定的合作空间。但是认罪认罚从宽还包括实体法上的量刑从宽^④,获得量刑奖励成为被追诉人极力争取的制度红利,且具有较大的幅度及空间。如果被追诉人对提出的量刑建议只能单向地表示接受,不能交换意见和多向磋商,不仅不利于被告人从宽量刑权益的实现,也阻碍了认罪认罚从宽制度的实行。因此最低限度的司法合作模式无法完全满足认罪认罚从宽的制度需要,它虽然主张放弃对抗、听取被告人意见或取得被告人同意,但被追诉人的主体性并未得到体现,至少不能保证被追诉人通过这一合作模式实现自我矫正和复归社会。如果转换视角看待这种司法实践的现实需要,规范化的从宽协商机制端倪已现,因为对认罪认罚的被追诉人给予从宽处理,本身就是国家公权力对刑事诉讼当事人之主体性地位的肯认。在构建认罪认罚从宽协商制度之前,有必要确立主体性理论的指导地位,系统论证何为人的主体性,以及为什么要尊重人之主体性。

三、认罪认罚从宽主体性协商的理论依据

对抗性司法与合作性司法、“正当程序模式”和恢复性司法,均体现了对刑事诉讼当事人主体性的尊重。对抗性司法的核心理念是无罪推定,警示认定有罪的严谨性,并通过对被告人“平等武装”保障其为自己的权利而斗争;合作性司法的核心理念是认罪协商,赋予被告人参与司法决策的权利,通过平等协商拟定刑罚,鼓励其积极做出向善选择和实现自我完善。它们均彰显了被追诉人的主体性。其实,刑事诉讼程序发展的历程本身就是诉讼参与人之主体性逐渐高扬与扩展的过程,无论是对抗还是协商都是“我”自己的选择,这才是对包括被告人在内的所有当事人主体性的最大尊重。

人为什么值得尊重?人格为什么会有尊严?这些问题都不得不诉诸形而上的主体性哲学,甚至“没有形而上学,不论在什么地方都不会有道德哲学”^⑤。主体性哲学至少从以下三个层面为如何对待犯罪人和诉讼当事人的主体性提供了道德依据:

一是人格具有尊严,理应受到尊重。康德认为“理性存在者就叫做人格(Personen)”^⑥,人格作为理性的存在者,自然就获得了“优先于一切单纯自然物的尊严(特权)”^⑦。不仅如此,人格必须得到尊重更主要的是因为其自身的高贵性。人格的高贵性体现在它并不等同于人身、肉体或自然存在,而是有一种导向,把人引向更高的人格性(Persönlichkeit),或者说道德自觉的可能性。人格有其自身的卑微性,因为它的确又有肉身的方面,所以有时又可以译作“人”(Mensch)、“人身”(Leib)、“个人”(Individuum)等。但这种人身只是它的面具,离开它底下的灵魂,这个面具毫无价值。所以我们尊重人的人身,并不是因为这个人本身有多么高贵,而是因为在任何一个人身底下都隐藏着把人导向人格性的可能,也就是导向高贵的可能^⑧。另外,人格具有跨现象和本体之双重属性,因此人格虽然带有经验的属性,受到各种禀赋、偏好、任意、冲动和欲望的限制,但却是把人的观念导向更高层次的人格性的

① 陈瑞华:《司法过程中的对抗与合作——一种新的刑事诉讼模式理论》,《法学研究》2007年第3期。

② 孔令勇:《被告人认罪认罚自愿性的界定及保障——基于“被告人同意理论”的分析》,《法商研究》2019年第3期。

③ 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。

④ 黄京平:《认罪认罚从宽制度的若干实体法问题》,《中国法学》2017年第5期。

⑤ 康德:《道德形而上学原理》,苗力田译,上海:上海人民出版社,2005年,序言第16页。

⑥ 康德:《道德形而上学奠基》,杨云飞译,北京:人民出版社,2013年,第62页。

⑦ 康德:《道德形而上学奠基》,第77页。

⑧ 邓晓芒:《关于 Person 和 Persönlichkeit 的翻译问题——以康德、黑格尔和马克思为例》,《哲学动态》2015年第10期。

必要和必然的中介,因为“人格的要义在于,我作为这个人,在一切方面(在内部任性、冲动和情欲方面,以及在直接外部的定在方面)都完全是被规定的和有限的,毕竟我全然是纯自我相关关系;因此我是在有限性中知道自己是某种无限的、普遍的和自由的东西。……人格的高贵处就在于能够保持这种矛盾,而这种矛盾是任何自然东西在自身中所没有的也不是它所能忍受的”^①。因此,人格作为理性的存在者,本身就具有尊严,理应受到尊重,即使是犯罪人和被追诉人也具有人格,仍然留存着扬弃各种外在限制的能力和道德自觉的可能。在这个层面上,我们应当尊重所有的人格,当然也包括犯罪人和被追诉人的人格,更包括被害人的人格。“把人当人看”就是人格尊严的最低限度要求。

二是人格自律与自我立法。人格有尊严在于人是一种理性的存在者,但更重要的是人作为主体具有“自我立法”的能力,即人是一种能够依据“(自在自为的)自由意志”为自身进行普遍立法的理性存在者,是“作为立法者的存在者。人性的尊严正在于这种普遍立法的能力”^②。那么,人是如何为自身立法的呢?康德说:“你要仅仅按照你同时也能够愿意它成为一条普遍法则的那个准则去行动。”^③这便是道德的最高原则,也是自由意志为自身颁布的绝对命令。人正是因为作为具有道德的自觉能力的理性存在者才值得受到尊重。这样的人必然是服从自律原则(道德原则)的人,是一个能够按照道德律进行自我选择的人,从而使得自己的选择也能够按照普遍法则行事。凡是屈从于外在的强制都是他律的,无论是感性、偏好、经验还是戒律,都不配作为道德的根据。因此,惩罚也只能根据自由意志颁布的绝对命令而行之^④,刑罚的正当性根据是正义而不是功利,刑罚权发动的前提是主体人基于不甚善良的意志而犯下的一种罪行,刑罚是具有主体性的人所应得的,是一种报应的正义。“法院的惩罚绝对不能仅仅作为促进另一种善的手段,不论是对犯罪者本人或者对公民社会。惩罚在任何情况下,必须只是由于一个人已经犯了一种罪行才加刑于他。因为一个人绝对不应该仅仅作为一种手段去达到他人的目的。”^⑤由此,惩罚也就不再仅是外部强制而是基于理性要求的一种内在强制,是自由意志为我们颁布的绝对命令,惩罚人正是基于对其主体性的尊重。黑格尔对此有颇为精辟的阐释:“刑罚既被包含着犯人自己的法,所以处罚他,正是尊敬他是理性的存在。如果不从犯人行为中去寻求刑罚的概念和尺度,他就得不到这种尊重。如果单单把犯人看作应使变成无害的有害动物,或者以儆戒和矫正为刑罚的目的,他就更得不到这种尊重。”^⑥由此可见,犯罪是对纯粹理性颁布“绝对命令”的违背,也是对人之主体性的反动,从而对之进行惩罚正是对其主体性人格的尊重,所以刑罚首先应当与其主体性的行为相匹配,然后才能看刑罚是否具有促进其他善的目的。刑罚的正当性将为认罪认罚从宽协商的具体实施提供参照系,过度偏离的刑罚不仅仅是对人格的不尊重,更是对犯罪人主体性的侮辱。

三是特殊意志与主体选择。如果说康德的人格尊严是先验的和纯粹的,同时也是抽象的和普遍的,但却是存在于理性主体的主观思维之中的,是一种可能性,还缺乏向现实生活过渡的能力和桥梁,亦即缺乏从可能性向现实性的转换;那么黑格尔则将这种现实性与可能性结合在了一起,提供了人格的辩证发展和主客转换的路径。按照黑格尔的观点,人格不仅仅是作为某种主观东西的意志,人格是肯定的东西,它要扬弃这种限制,使自己成为实在的。换句话说,它要使自然的定在成为它自己的定在,而“法”首先是自由以直接方式给与自己的直接定在,包括占有、契约、界定不法和犯罪。特殊意志,是与自身,即作为自在自为存在的自身相殊异而对立的,这就是不法和犯罪^⑦。这种“特殊意志”

① 黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,北京:商务印书馆,1961年,第45-46页。

② 康德:《道德形而上学奠基》,第77、80页。

③ 康德:《道德形而上学奠基》,第52页。

④ 刘军:《为什么“刑法是一种绝对命令”》,《东岳论丛》2010年第2期。

⑤ 康德:《法的形而上学原理》,沈叔平译,北京:商务印书馆,1991年,第164-165页。

⑥ 黑格尔:《法哲学原理》,第103页。

⑦ 黑格尔:《法哲学原理》,第47-48页。

是“在自身中区分的意志”，即是在对他自己的相关中，而不是在与他人的区分中发生的^①。因此，不法和犯罪首先是对抽象法的违背，是对人格性的忤逆，也正是在这种逻辑下黑格尔才说“犯罪的扬弃是报复”，但是在报复的质和量上“不是侵害行为特种性状的等同，而是侵害行为自在地存在的性状的等同，即价值的等同。”^②实行报复的不是某种个人的东西，而是自在存在的意志；刑罚的量定也不是法官个人的意志，而必须以法的名义实现法的普遍意志。“对人处刑必须得到他的同意，这是完全正确的。但是犯人早已通过他的行为给与了这种同意。不仅犯罪的本性，而且犯人自己的意志都要求自己所实施的侵害应予扬弃。”^③正是在这个层面上“特殊意志”才是“在自身中区分的意志”，也正是在这个意义上，不法和犯罪首先不是对他人利益的侵害，而是因为违背了缘起于“自由意志”的抽象法。

“主体就是人(格)”^④，主体性就是人格的可能性。一般说来所有的生物都可被称作主体，但人是意识到这种主体性的主体，“因为在人里面我完全意识到我自己，人就是意识到他的纯自为存在的那种自由的单一性。”^⑤由此，人格也就具有了两面性^⑥。一方面，人格具有现实的力量，能够“使自然的定在成为它自己的定在”^⑦；但另外一方面，这毕竟只是一种可能性，特殊意志的具体选择并不能与自在自为的自由意志发布的绝对命令自发地完全一致，在有的情形下甚至是完全对立的，从而导致不法和犯罪。人格的两面性意寓着主体具有自我选择和自我完善的能力和可能性，主体正是在这种持续的选择中不断地进行自我完善的，但前提是主体应当明了自在自为的自由意志所发布的命令，这本身也是主体自我完善的导引。如此，对于犯罪人的惩罚不但是自在自为地正义的，而且正是基于犯罪人自己的理性，更重要的是在这样的刑事司法中犯罪人也才会成为目的。“你要这样行动，把不论是你的人格中的人性，还是任何其他的人格中的人性，任何时候都同时用作目的，而绝不只是用作手段。”^⑧因此，对于主体选择的保障正是对于人格的尊重，也是维护人格尊严的具体表现。在此，主体性理论为认罪认罚从宽刑事司法的制度完善提出了更高的要求，即“尊重犯人的(格)，促使犯人成为人(格)”^⑨。

总之，任何刑事诉讼模式在进行程序设置和制度建构时都应当以人为目的，尊重诉讼当事人的人格尊严和主体地位，充分保障当事人的主体性，以自由意志发布的命令为导引不断强化自我选择和自我决定的能力，在持续的选择中不断地进行自我完善。更重要的是，只有尊重当事人的主体性，程序本身才是正义的，实体上也才可能是公正的，否则便是对于人格的贬损。

四、认罪认罚从宽主体性协商的制度重构

在认罪认罚从宽协商制度构建过程中，应以主体性理论为指导，将人视为人、使人成为人，尊重诉

① 黑格尔：《法哲学原理》，第 48 页。

② 黑格尔：《法哲学原理》，第 104 页。

③ 黑格尔：《法哲学原理》，第 104 页。

④ 黑格尔：《法哲学原理》，第 45 页。按照邓晓芒的理解，此处的 Person 应该翻译为“人格”。参见邓晓芒：《关于 Person 和 Persönlichkeit 的翻译问题——以康德、黑格尔和马克思为例》，《哲学动态》2015 年第 10 期。

⑤ 黑格尔：《法哲学原理》，第 46 页。

⑥ 按照邓晓芒的观点，人格是跨界的，人格性是完全属于彼岸世界或“理知世界”的，人格是以物质形态(面具)出现的精神形态。参见邓晓芒：《关于 Person 和 Persönlichkeit 的翻译问题——以康德、黑格尔和马克思为例》，《哲学动态》2015 年第 10 期。

⑦ 黑格尔：《法哲学原理》，第 48 页。

⑧ 康德：《道德形而上学奠基》，第 64 页。

⑨ 所以《法哲学原理》第 46 页中的权利公式应当翻译为：“人格性(Persönlichkeit)一般说来就包含权利的能力……所以法权(Recht)的命令是‘成为一个人格(Person)，并且尊重他人的人格(Person)’”。参见邓晓芒：《关于 Person 和 Persönlichkeit 的翻译问题——以康德、黑格尔和马克思为例》，《哲学动态》2015 年第 10 期。

讼当事人的人格尊严。基于权利保障的立场看待协商性司法,矫正效率至上的价值立场^①,摒弃唯效率论或唯功利论的制度设计进路,将尊重和实现人的主体性作为设定认罪认罚从宽程序的指导性理念,围绕着如何保障诉讼当事人的主体性构建认罪认罚从宽协商机制,将刑罚的正当性作为认罪认罚从宽协商的限制性条件,在此基础上探讨如何满足刑事诉讼程序多元价值需求,实现控制犯罪、维护秩序、保障权利、恢复受创的社会关系等其他诉讼目的。

1. 认罪认罚从宽协商的多元主体

一般而言,被追诉人和检察官作为从宽协商的一方参与主体并无争议,但应否允许值班律师、被害人和法官参与从宽协商争议较大,司法实践中的做法也不尽相同。值班律师主要是为那些尚未委托辩护律师且不符合法律援助条件的被追诉人提供法律咨询,解决诉讼进程中被追诉人“最初一公里”孤立无援的问题。主体性理论要求在从宽协商机制的构建中应重视被追诉人的主体地位,保障其有效参与。然而被追诉人由于欠缺相应的法律知识、对法律的理解能力有限、应诉经验和技巧不足等现实问题,并不能独自实现有效协商。“认罪认罚从宽制度特别强调律师的参与,要求建立值班律师制度,在每起案件中听取律师的意见。辩护律师的参与使得控辩双方的力量更为平衡,人权保障功能能够得以更好地发挥。”^②值班律师的角色定位虽尚未形成统一意见,但可以肯定的是,若将其引入到协商机制中,对于提高被追诉人协商能力、实现其有效参与具有积极的促进作用。

主体性理论同样要求重视被害人在司法过程中的地位和作用,保障其参与从宽协商。不仅犯罪发生于犯罪者与被害人之间的互动关系中,而且社会关系的修复亦处在犯罪者与被害人、社会、国家等主体之间的互动关系中。从宽协商作为认罪认罚案件司法的重要形式,理应注重被害人的地位和作用,让犯罪人了解被害人因犯罪而受到的冲击,进而认识到自己的错误并主动予以弥补,使被害人与犯罪人达成和解、获得赔偿、纾缓困境,并最终促使犯罪人重返没有敌意的社会。这不仅是对被害人作为主体的尊重,更是其人格尊严在司法实践中的具体实现,唯此才符合基本的正义要求。如果要求被害人和公众接受已经实施的犯罪行为,就像从未发生过一样与犯罪人和睦相处,那么人类和睦的共同生活是不可能的,其结果必然重新回到滥用私刑上去^③。让被害人参与从宽协商可能会降低诉讼效率,但为了实现被害人的主体性,这种价值追求上的衡平也是恰当的。

对于法官是否可以参与协商,有学者认为,让法官参与协商违反了审判中立原则,不利于法官作出客观裁决^④。这种观点忽视了从宽协商的阶段化特点,将法官参与的协商想当然地理解为控辩协商。认罪认罚从宽作为一项刑事诉讼原则,适用于刑事诉讼的所有环节,协商机制不仅可以在审查起诉阶段开展,也可以在审判阶段和侦查阶段进行,只是发生的场合与功能不同。前一阶段是控辩协商,主要为了事前拟定好定罪量刑和选用程序的意见,审辩协商发生在审判阶段,主要是对认罪认罚的被告人从宽处理,尤其是在控辩协商的意见没有被法庭认可的情况下,由法官主导协商,可以实现对认罪认罚的被告从宽判罚的目的。

2. 认罪认罚从宽协商的启动

关于认罪认罚从宽协商机制如何启动,英美法系一般采用协商启动,大陆法系多实行被追诉人申请启动和检察官主动启动^⑤。所谓协商启动是指协商主体一方提出协商动议后,如果得到对方的同

① 吴思远:《论协商性司法的价值立场》,《当代法学》2018年第2期。

② 曾国东:《刑事案件认罪认罚从宽制度的定位分析——基于检察视域的实证研究》,《东方法学》2017年第6期。

③ 汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏特根:《德国刑法教科书(上)》,徐久生译,北京:中国法制出版社,2017年,第91页。

④ 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。

⑤ 吕天奇、贺英豪:《法国庭前认罪协商程序之借鉴》,《国家检察官学院学报》2017年第1期。

意则启动协商程序,如果得不到对方的同意则协商程序不启动^①。这种启动方式任意性大,容易使协商程序受到利益的驱使。因此,我国在建构从宽协商的启动程序时,不宜采取协商启动模式。可以采取申请启动方式和经被追诉人同意后的司法机关主动启动方式。被追诉人认罪认罚后,可以采取口头或书面形式向司法机关申请适用协商程序,司法机关通过审查后认为符合协商条件的,同意被追诉人的申请,不符合协商条件的应当向被追诉人说明理由。另外,司法机关如果认为可以适用协商程序,经过被追诉人同意后可以主动启动。这样既能保证理性协商,又能通过申请程序保证被追诉人充分参与协商过程,更加体现对被追诉人主体性的尊重。

另外,刑法多个条文规定了追诉机关的告知义务,告知的内容包括被追诉人所享有的诉讼权利和有关认罪认罚从宽制度的法律规定,但对于如何告知以及不履行告知义务的后果缺乏规范。为了保障被追诉人信息获取顺畅,有必要建立特定的权利告知机制。可以实行“书面告知+口头解释”的方式来实现司法机关的告知义务,确保被追诉人获悉并理解法律内容,在此基础上对是否认罪认罚和申请从宽协商做出理性选择。

3. 认罪认罚从宽协商的内容

认罪认罚从宽应当遵循刑法和刑事诉讼法的基本原则,不能对案件事实和罪名判定进行协商。首先,罪刑法定原则要求定罪量刑严格依法进行,刑法分则对各罪的构成要件都作了明确规定,司法办案人员应当严格根据系争犯罪的构成要件发现事实真相,不能以隐瞒部分构成事实为筹码换取被告人的认罪认罚,更不能对被告人所触犯罪名进行降格指控^②;其次,对认罪认罚的被追诉人虽可以放宽处理,但其证明标准或证据原则并未有放宽规定^③,认罪认罚案件的证明标准依然是案件事实清楚、证据确实充分。所以对认罪认罚案件的事实问题不能协商,公安、检察机关在侦查起诉时必须做到事实清楚、证据确实充分,注重实物证据而不能仅仅依据犯罪嫌疑人供述定案。

认罪认罚从宽协商的内容主要是量刑协商和程序协商。量刑协商是司法机关就可能判处的刑罚与被追诉人进行协商。与辩诉交易不同的是,我们的量刑协商既有充足的协商空间,又有明确的法律边界。刑罚的轻重应当与犯罪分子主体行为之该当刑罚相适应,不能畸轻或畸重,保证罪刑均衡。这也有助于预防司法机关与被追诉人违法协商、无底线妥协让步的可能性。另外,简易程序或速裁程序的适用需得到被告人同意。这标志着认罪认罚从宽中的协商可以针对诉讼程序展开,但仅限于简易程序或速裁两种程序。适用速简程序经过被追诉人同意本身也体现了对被告人主体性选择的尊重。

认罪认罚从宽协商的内容是否包括适用刑事强制措施?有学者认为,侦查阶段适用认罪认罚从宽协商会妨碍侦查机关调查取证,过度依赖犯罪嫌疑人人口供^④;有的学者则主张侦查阶段可以适用认罪认罚从宽协商^⑤。我们认为,只要在法定的自由裁量范围内,刑事强制措施的选用可以与犯罪嫌疑人进行协商。首先,刑法并未规定侦查阶段禁用认罪认罚从宽,并且《指导意见》将认罪认罚规定为评估被告人社会危险性的重要考虑因素。其次,刑法第15条规定的认罪认罚从宽是一项刑事诉讼基本原则,其适用既无案件类型的限制,也无诉讼阶段的局限,只要是认罪认罚,都可以从宽处理^⑥。协商的开始时间或阶段越早越能体现对犯罪嫌疑人主体性的重视,而且刑事强制措施对犯罪嫌疑人

① 陈瑞华:《美国辩诉交易程序与意大利刑事特别程序之比较》,《政法论坛》1995年第3期。

② 朱孝清:《认罪认罚从宽制度的几个问题》,《法治研究》2016年第5期。

③ 张洋:《认罪认罚从宽并非法外从宽、一律从宽》,《人民日报》2016年9月5日,第4版。

④ 陈卫东:《认罪认罚从宽制度研究》,《中国法学》2016年第2期。

⑤ 卞建林、谢澍:《职权主义诉讼模式中的认罪认罚从宽——以中德刑事司法理论与实践为线索》,《比较法研究》2018年第3期。

⑥ 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。

的人身自由或财产权益影响巨大,有必要重视犯罪嫌疑人之主体意义表达,针对犯罪嫌疑人的行为表现评估其人身危险性以及采取强制措施之必要性。侦查机关通过与犯罪嫌疑人协商,表示了对其主体性的尊重,作为具有实践理性的犯罪嫌疑人也会积极配合侦查机关调查取证,这不仅不会妨碍调查取证,而且还有利于侦查活动的顺利开展。

五、认罪认罚从宽主体性协商的机制保障

我们应该以尊重诉讼参与者尤其是被追诉人主体性为中心,保障诉讼主体信息获取顺畅、参与机制充分和协商能力充足,确保诉讼当事人能够进行主体性的理性选择与决断。为此需要从当事人协商能力的保障和认罪认罚从宽协商的司法审查两个方面构建协商的保障机制,以确保参与认罪认罚从宽协商的诉讼当事人的主体性,确保认罪认罚从宽协商符合社会正义的要求,并最大限度地提高司法效率。

1. 当事人的平等武装与协商能力保障

在认罪认罚从宽协商过程中,保障诉讼当事人具备足够的协商能力,并尽可能地为协商当事人平等武装,是认罪认罚从宽司法制度改革成功的关键。没有人会向有辱人格的“自由”致敬,况且受压迫的协商本身即不符合社会正义。为此在协商程序设计上,首先,应当保证信息供给全面而充分。这不仅需要建立专门程序保障当事人获悉认罪认罚从宽的法律规定、司法程序和诉讼权利,而且应当引导被追诉人恰当评估认罪认罚可能带来的诉讼风险与法律后果。其次,应保障被追诉人参与机制充分。在不违法的前提下,尽量使被追诉人有机会参与所有诉讼环节的协商,认罪认罚的时间越早,从宽的幅度就越大。使被追诉人获悉信息并充分参与到各阶段协商程序中,既是对其主体人格的尊重,也是历练自我促使其不断自我完善的主要途径。通过这种自我选择的历练,引导犯罪人成为一个意志自律的道德主体,成为一个理性的人。再次,提高被追诉人的协商能力。人格应该受到尊重,主要原因在于人格具有导向高贵的可能性,从可能性转换到现实性需要不断地历练自我选择的能力,在认罪认罚从宽协商中,这种自我选择需要一定的协商能力为依托。应通过完善值班律师制度帮助被追诉人提高协商能力,保障被追诉人与司法机关平等有效地进行从宽协商。

2. 认罪认罚从宽协商的司法审查

认罪认罚从宽应当从实体正当性和程序正当性两个层面进行审查。一方面,人格或者主体具有自我立法的能力,这既是行为是否构成犯罪的重要依据,也是罪责刑是否相适应的重要标准^①。另一方面,主体性在程序层面体现为程序性的主体选择,要保证程序选择的主体性,就要审查主体性行为的自愿性、真实性与合法性。

在刑罚适用过程中运用协商机制,的确可能产生一些风险:一是违反罪刑法定原则,二是单纯强调刑罚的预防功能尤其是特殊预防功能,忽视刑罚的报应功能及对于社会一般人的抚慰功能,违反罪刑均衡原则。这也是刑法规定法院审查认罪认罚及其具结书内容的原因所在。认罪认罚具结书是审查起诉阶段从宽协商的结果。真实性审查是为了防止追诉机关恶意伪造、编造,保证具结书签署时的平等自愿;合法性审查是为了防止司法部门和被追诉人一方或双方违法协商或恶意串通,保证协商的形式和内容符合法律的规定,避免通过协商突破法律。然而,刑法对认罪认罚只进行自愿性审查的规定值得反思。实践中很可能出现这样的案例,共同犯罪人甲为了使只有自己一个扶养人的父亲获得照顾,与同伙乙达成协议,由甲包揽全部罪行,替乙接受处罚,而乙负责照顾甲的父亲。这种情形

^① 刘军:《论罪刑之该当性》,《法学论坛》2011年第1期。

下被告人认罪认罚也是自愿的且未受到强迫、威胁或者利诱,但显然违背认罪认罚从宽制度的初衷。正如毕贝斯所言:“很多被告人将试图玩弄这个系统,假装悔意和道歉以博得量刑折减。”^①像这种非基于真诚悔罪而是出于特定功利目的选择认罪认罚的情形,是“仅仅由感官冲动或刺激之类的爱好所决定的行为,可以说是非理性的兽性的选择”^②,亦即,并非犯罪人主体意义的表达,其选择和决定也非主体性行为,违背纯粹理性发布的绝对命令,是自侮的。在确定协商结果有效性时,必须坚决排除这种情形的认罪认罚从宽协商。因此,认罪认罚从宽协商的司法审查,不仅要在形式上确保具结书的合法性,还要在实质上确保认罪认罚的自愿性与真实性。唯有如此才能保证从宽协商过程尊重诉讼当事人尤其是被追诉人的主体地位,又能排除非基于主体理性恶意认罪认罚的情况,使被追诉人不自我贬低自我侮辱,实现认罪认罚从宽制度的应有价值。

以主体性理论为指导建构起来的认罪认罚从宽协商制度和保障机制,不但能够确保协商过程中当事人的主体性,更重要的是必将能够引导包括被追诉人在内的诉讼当事人成为一个道德主体,成为一个能够按照道德律进行自我选择的人,成为一个能够自觉按照普遍法则进行选择的自由的人。如此建构起来的认罪认罚从宽协商制度,才能是正义的而且是有效率的。

On Institution Construction of Subjective Negotiation in Lenient Punishment for the Admission of Guilt and Acceptance of Penalty

Liu Jun Pan Bingyong

(Law School, Shandong University at Weihai, Weihai 264209, P. R. China)

Abstract: Although the reform on Lenient Punishment for the Admission of Guilt and Acceptance of Penalty has achieved significant success, disadvantages in the juridical practice, such as lack of guidance from superior idea, ignoring the subjectivity of the accused and victim, and disregarding the hierarchy of justice and efficiency, are easy to cause dysfunction of penalty, especially to weaken the function of criminal law in behavior guidance. Criminal justice model has multiple values, and requirement of subjective negotiation is constant and growing. Philosophy of subjectivity provides the moral basis on how to deal fairly with offender and other litigants. The setting of criminal procedure and institution construction should abide by the notion of “Human being is goal”, respecting personal dignity and subjectivity status of litigants, strengthening the ability of self-selection and self-determination, and helping people to achieve self-perfection in the ongoing selection. For this purpose, Lenient Punishment for the Admission of Guilt and Acceptance of Penalty needs to reconstruct the system from the negotiation subject, startup mechanism, negotiation content, etc., setting up the guarantee mechanism accordingly.

Keywords: Lenient punishment for the admission of guilt and acceptance of penalty; Subjectivity negotiation; Institution construction

[责任编辑:李春明]

① 斯蒂芬诺斯·毕贝斯:《刑事司法机器》,姜敏译,北京:北京大学出版社,2015年,第10页。

② 康德:《法的形而上学原理》,第13页。