

刑事政策视野中的认罪认罚从宽

卢建平*

摘要 认罪认罚从宽制度的试点工作目前正在开展当中。本文立足刑事政策的立场,探讨认罪认罚从宽的政策定位及其与坦白从宽政策、宽严相济刑事政策的关系,着力揭示认罪认罚从宽的政策意涵及其实体法根据,以期对认罪认罚从宽的制度试点提供理论指导。

关键词 认罪认罚从宽 坦白从宽 宽严相济 刑事政策 实体法根据

2014年10月23日,党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》(以下简称为《决定》)中指出:“要完善刑事诉讼中的认罪认罚从宽制度。”这一改革任务事关司法权力运行机制的调整完善,同时也被视为推进以审判为中心的诉讼制度改革、实现庭审实质化的重要配套措施。^{〔1〕}决定发布后不久,中央政法委书记孟建柱同志即撰文强调:“要加强研究论证,在坚守司法公正的前提下,探索在刑事诉讼中对被告人自愿认罪、自愿接受处罚、积极退赃退赔的,及时简化或终止诉讼的程序制度,落实认罪认罚从宽政策,以节约司法资源,提高司法效率。”^{〔2〕}

2016年7月22日,中央全面深化改革领导小组第二十六次会议审议通过了《关于认罪认罚从宽制度改革试点方案》。方案指出,完善刑事诉讼中认罪认罚从宽制度,要明确法律依据、适用条件,明确撤案和不起诉程序,规范审前和庭审程序,完善法律援助制度。

2016年9月3日,第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议通过“关于授

* 北京师范大学法学院教授。本文系2015年中国法学会部级重点课题“刑事政策视野下的认罪认罚从宽制度研究”的阶段性成果。课题组由卢建平教授负责,成员包括赵康、韩炳勋、孙本雄、皮婧婧等。项目研究和本文撰写、修改过程中得到朱孝清、樊崇义、陈卫东、宋英辉、陈瑞华、刘广三、梁根林、张青松以及匿名审稿人的诸多点拨、指教,在此一并致谢。

〔1〕 参见沈德咏:“论以审判为中心的诉讼制度改革”,《中国法学》2015年第3期,第5—19页。

〔2〕 孟建柱:“完善司法管理体制和司法权力运行机制”,载《〈中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定〉辅导读本》,人民出版社2014年版,第66页。

权最高人民法院、最高人民检察院(以下简称“两高”) in 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”。为进一步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,确保无罪的人不受刑事追究,有罪的人受到公正惩罚,维护当事人的合法权益,促进司法公正,决定授权“两高”在北京、天津、上海、重庆、沈阳、大连、南京、杭州、福州、厦门、济南、青岛、郑州、武汉、长沙、广州、深圳、西安开展刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作。

2016年11月16日,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部和司法部(以下简称“两高三部”)印发《关于在部分地区开展刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作的办法》(以下简称《办法》),此项为期二年的制度试点工作正式开启。

在周强院长代表最高人民法院并受最高人民检察院委托向全国人大常委会进行的说明中,认罪认罚从宽制度试点的必要性被概括为四个方面:一是及时有效惩罚犯罪,维护社会稳定的需要;二是落实宽严相济刑事政策,加强人权司法保障的需要;三是优化司法资源配置,提升司法公正效率的需要;四是深化刑事诉讼制度改革,构建科学刑事诉讼体系的需要。这一说明强调了认罪认罚从宽制度的功能,但对认罪认罚从宽制度本身的合理性或正当性涉略不多。

目前,虽然《办法》已然对认罪认罚从宽制度的诸多内容进行了规定,但无论是理论界还是实务界,对于认罪认罚从宽究竟是政策还是制度的认识不一,就认罪、认罚、从宽等核心概念也还存在不同看法。而且,因为《决定》使用了“完善刑事诉讼中的认罪认罚从宽制度”,孟建柱同志文中也强调“积极探索……及时简化或终止诉讼的程序制度”,因此最先关注此问题的是刑事诉讼法学界,^{〔3〕}立论也主要侧重于促进诉讼程序繁简分流、节约司法资源、提高司法效率等程序法的角度,或将其视为推进法庭审判实质化的主要配套改革措施,^{〔4〕}而刑事实体法或刑事政策学界的反响似乎不大,存在“程序热、实体冷”的倾向,对于认罪认罚从宽的刑事政策意义或实体法意义,未能给予充分重视和全面把握。而仅从实体或程序中的任何一个层面来把握认罪认罚从宽制度,均有失偏颇,因为这显然不利于对认罪认罚从宽的深刻理解和全面推行,会大大降低认罪认罚从宽的制度价值。“认罪认罚从宽制度的适用是一项涉及面非常广泛的系统工程,既有刑事实体法、程序法层面的法律修改、完善,又有司法机制、体制的建构、调整和发展。”^{〔5〕}只有在刑事政策的统领之下,从实体和程序两个角度来审视,认罪认罚从宽制度的内涵把握才能更加全面、深入和科学。基于此,本文将立足刑事政策的立场,运用刑事一体化的方法,统合程序法、实体法、犯罪学、政策学等学科知识,探寻认罪认罚从宽的政策定位与根据,期望对该项制度的试点工作提供理论指导。

〔3〕 刑事诉讼法学者对于认罪认罚从宽制度给予了较多的关注,如陈卫东:“认罪认罚从宽制度研究”,《中国法学》2016年第2期,第48—64页;谭世贵:“完善认罪认罚从宽制度的思考”,载《中国社会科学报》2016年7月6日,第5版;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,第79—98页。

〔4〕 参见沈德咏,见前注〔1〕,第14页。

〔5〕 陈卫东,见前注〔3〕,第63页。

一、认罪认罚从宽的政策定位

较之于认罪认罚从宽制度,认罪认罚从宽政策的提法并不多见。从目前可见的文献来看,认罪认罚从宽政策的表述,首见于前引孟建柱同志关于如何完善刑事诉讼中认罪认罚从宽制度的论述,该文强调要探索在刑事诉讼中对被告人自愿认罪、自愿接受处罚、积极退赃退赔的,及时简化或终止诉讼的程序制度,以落实认罪认罚从宽政策,但该文并未对认罪认罚从宽政策的含义有所涉及。学界多从刑事政策与制度的关系或刑事政策制度化的意义上来探讨。如我国学者陈卫东教授指出:“认罪认罚制度是充分体现刑事政策精神的制度样本。”〔6〕谭世贵教授则认为:“认罪认罚从宽制度是一项新型的法律制度,它由惩办与宽大相结合以及宽严相济的刑事政策逐步演变而来,是为落实‘坦白从宽’政策所作的制度安排。”〔7〕

以上领导讲话或学者研究虽未对政策与制度的关系做深入研究,但从中可以概括出以下几点:①认罪认罚从宽制度是认罪认罚从宽政策的下位概念,认罪认罚从宽制度旨在落实认罪认罚从宽政策;②从时间上看,认罪认罚从宽制度的提法相对较新,而认罪认罚从宽政策或与之相互交结的坦白从宽政策早已有之;③最为关键的一点是,认罪认罚从宽制度是由认罪认罚从宽政策演化而来的,是认罪认罚从宽政策的制度化。认罪认罚从宽的制度与政策既有联系,也有区别,需要厘清。

中国具有悠久的政策治国的传统,新中国成立至今也曾有过刑事政策替代法律、刑事政策凌驾于法律之上以及刑事政策与法律并行的不同阶段。鉴于刑事政策的隐性、灵活多变、不够规范、容易走偏等特点,刑事政策如何推行的问题,在法治语境下日渐受到重视。刑事政策如何由后台走向前台,如何实现“灵魂出窍”,也即刑事政策如何制度化、法治化,成为当今的热门话题。简略而言,刑事政策制度化是指刑事政策制定的主体,通过创设完善和科学的规范,建立法治化的制度体系,实现刑事政策目标的工作及其过程。〔8〕

那么,为什么一定要追求实现认罪认罚从宽的制度化呢?这其中涉及刑事政策和刑法制度之间的复杂关系问题。在当代刑事政策学中,刑事政策实际扮演着独立于规范刑法学,且对实然的刑法规范进行反思和批判的角色,但刑事政策和刑法依然有结合之处。“刑事政策是刑法的灵魂与核心,刑法是刑事政策的条文化与定型化”是我国学者的经典概括。法国学者罗贝尔·武安认为,刑事政策的表述只能在刑法中找到,而某一确定的刑事政策总是自觉或者不自觉地成为各种刑事法律的起源。对于二者的区别,武安认为,就如同“持久稳定的一般性法律制度”和“一些仅考虑特殊情况或者最初带有某种实验性质的改革”之间的区别,且这种区别,

〔6〕 陈卫东,见前注〔3〕,第50页。

〔7〕 谭世贵,见前注〔3〕,第5版。

〔8〕 参见朱贺:《刑事政策制度化研究》,2016年北京师范大学博士论文,第14页。

由于刑法本身总是带有刑事政策的印记和倡议而减少。^{〔9〕}由此可见,刑法制度和刑事政策一个重要的差别,在于稳定性上的差异。虽然较之于政策,法律制度稳定性强而灵活性较弱,但因其受制于罪刑法定主义、程序法定主义等帝王原则,更能实现合理界定犯罪圈、规范打击犯罪的方式,从而更有利于保障人权。考虑到中国长期以来政策治国的路径依赖,辐射到法治领域,完全不考虑政策的法律制度也是不存在的,但在全面推进依法治国的时代,刑事政策的实现,应当以刑法制度为依归。

从渊源上看,认罪认罚从宽宜首先认定为政策,然后才演化为制度:一是因为其与惩办与宽大相结合的刑事政策(特别是其中的“坦白从宽”政策)、与宽严相济刑事政策关系密切;二是从表现形式看,政策表述简约,甚至较为隐蔽(所以才有“灵魂”一说),而制度表现得具体而复杂;三是从位阶上看,政策的位阶高(刑事政策可谓犯罪治理的科学),影响面广,而制度较为具体,位阶较低,且比较符合程序制度的特性;四是从改革实践看,总是先有政策后有制度,政策驱动制度创新,而罕见先有制度后有政策的。由政策演进为制度,比较符合认识规律和逻辑关系。

因为刑事政策的先导,所以在我国很早就催生了对于认罪认罚从宽的某些制度安排,如将自首、立功甚至坦白交代、退赃退赔等作为法定或酌定从轻的情节,并在实践中加以运用,如此形成了某种初级形态的认罪认罚从宽制度或制度雏形。这一初级形态的制度或制度雏形在宽严相济刑事政策的语境中受到重视,因此才有了《决定》中“要完善刑事诉讼中的认罪认罚从宽制度”的表述。既然是“要完善”,就说明这一制度某种意义上已经存在,只是形态较为初级、不够完善而已,而不是白手起家或另起炉灶,重新构建或创设某一制度。也正因为此,学者们习惯于将认罪认罚从宽制度与坦白从宽政策、与宽严相济刑事政策等进行链接,认为这是“政策制度化”的样本。明确认罪认罚从宽的政策定位,有助于解决当前认罪认罚从宽究竟是制度还是政策的认识分歧,并循着“政策制度化”的路径更好地推进认罪认罚从宽的制度试点,并反过来充实完善宽严相济刑事政策。

从此次试点的安排看,也遵循了从政策到制度、先行试点再求全面铺开的路径,符合党的十八届四中全会决定的要求,即“实现立法和改革决策相衔接,做到重大改革于法有据、立法主动适应改革和经济社会发展需要。实践证明行之有效的,要及时上升为法律。实践条件还不成熟、需要先行先试的,要按照法定程序作出授权。对不适应改革要求的法律法规,要及时修改和废止。”对于认罪认罚从宽,首先是党的十八届四中全会决定提出改革任务(即政策),继而由党中央的全面深化改革领导小组制定方案,再由最高立法机关作出特别授权,由最高司法机关和相关行政主管部门制定《办法》,待实践取得成效之后,再修改完善相关法律,从而逐步实现“政策的制度化”。

〔9〕 参见(法)雅克·博里康、朱琳编:《法国当代刑事政策研究与借鉴》,中国人民公安大学出版社2011年版,第11页。

二、认罪认罚从宽与坦白从宽政策

从历史传承的角度看,与认罪认罚从宽政策最具直接关联性的,当属我国司法实践中长期遵循的“坦白从宽”政策。“坦白从宽”作为一项政策,对司法实践产生了深远的影响。理解认罪认罚从宽政策的含义,揭示该项政策的意义,需要以“坦白从宽”政策为参照。

在相当长的一段时间内,“坦白从宽”是同“抗拒从严”一并使用的;“坦白从宽,抗拒从严”既是一项表征认罪态度与实体处理关系的刑法政策,又具有证据法和程序法意义:它本身是强制型取供机制的有机组成部分,影响着口供自愿性和追诉程序的正当性。^{〔10〕}在革命战争年代,“坦白从宽,抗拒从严”政策并无直接体现,而对于行为人(只要是反革命分子、破坏分子)是否从宽的依据,在于其是否具有悔过态度。例如,1934年中央苏区颁布的《中华苏维埃惩治反革命条例》规定了对自首分子(未被发觉而自己向苏维埃报告者)或自新分子(被发觉而悔过,忠实报告其犯罪内容,帮助肃反机关破获其他同谋犯罪者)应当减轻处罚。此时,是否悔过(有自新表现)成为量刑从宽与否的重要原因。不过,这些只是对“坦白从宽,抗拒从严”政策的间接体现。据学者考察,新中国首次在党的政策中表述“坦白从宽,抗拒从严”的,是毛泽东同志于1952年3月15日对“五反”运动中如何处理工商户的重要指示,即“过去从宽,今后从严;多数从宽,少数从严;坦白从宽,抗拒从严;工业从宽,商业从严;普通商业从宽,投机商业从严”。此后,董必武同志在《关于肃清一切反革命分子问题的报告》中将“镇压与宽大相结合”这一刑事政策解释为“坦白从宽,抗拒从严,立功折罪,立大功受奖”。^{〔11〕}至此,“坦白从宽,抗拒从严”政策成为家喻户晓的刑事政策,并在犯罪治理的长期实践中发挥了重要作用。例如,在1989年8月,“两高”发布的《关于贪污、受贿、投机倒把等犯罪分子必须在限期内自首坦白的通告》规定:“查处这类案件,要坚持以事实为依据、以法律为准绳和公民在法律面前一律平等的原则,坚决贯彻惩办与宽大相结合,坦白从宽、抗拒从严的政策……凡在限期内投案自首、坦白、立功的,均应予以从宽处理;凡在规定期限内拒不投案自首、坦白交代问题的,坚决依法从严惩处。”^{〔12〕}当然,该政策也有走偏甚至被滥用的时候,例如其在十年文革浩劫中就被运用到极致,酿成很多冤假错案。

“坦白从宽”政策在理解上并无异议,实际也就是对于如实供述自己罪行的犯罪人,给予适当的从轻或者减轻处罚。同时,对于“从宽”也不宜进行过多的限制,诸如采用轻缓的强制措施、免除处罚甚至不予追究刑事责任,都可以纳入“坦白从宽”的法律后果之中。不过,对于“抗拒从严”的理解,则存在争议。抗拒有多种表现,如销毁证据、打击报复证人等是“抗拒”,拒不认罪则是最为常见的抗拒行为。以往实践中的“抗拒从严”,不仅可以在责任刑的范围内从重

〔10〕 闫召华:《口供中心主义研究》,法律出版社2013年版,第89页。

〔11〕 刘铁君:《中国革命和建设史》,武汉工业大学出版社1998年版,第216页;转引自上注,第92页。

〔12〕 郭海清:“拒不认罪不应成为从重处罚的理由”,《法学》2011年第12期,第144页。

处罚,甚至可以突破责任刑的上限而加重处罚。这种政策与20年前全面修订的刑法和刑事诉讼法的基本原则、制度如罪刑法定原则、辩护权、不得自证其罪或沉默权制度等严重冲突,因而逐渐被否定。尤其是进入新世纪以后,随着对严打政策观念的深入反思,宽严相济刑事政策得以确立并全面推行,以宽为先的观念受到推崇,坦白从宽的政策得到立法的确认(《刑法修正案(八)》为《刑法》第67条增设了第3款),而抗拒从严不仅未在立法上得到确认,而且这种以往非常醒目的警示牌也从侦查机关的讯问室等场所悄然退去。^[13]

认罪认罚从宽政策同“坦白从宽”政策有着高度相似性:其一,二者都主要是围绕口供问题的刑事政策。犯罪人认罪与否,直接影响到对其是否从宽,以及如何从宽。其二,二者在价值导向上,既追求效率,也追求程序公正。认罪者之所以从宽,一方面是因为其人身危险性小,特殊预防必要性小,同时也因为认罪行为能够有利于诉讼进程的推进,节约了司法资源,提高了诉讼效率。必须重申,认罪认罚从宽政策和“坦白从宽”政策,特别是现代法治语境下的“坦白从宽”政策,特别强调犯罪人在自愿、明知的基础上进行供述,坚决杜绝刑讯逼供,赋予了犯罪人在认罪问题上的选择权。其三,认罪认罚从宽政策和“坦白从宽”政策都有利于促进刑法适用、特别是刑罚适用上的轻缓化,从而有利于轻缓化刑事政策的贯彻。

认罪认罚从宽政策,虽然是对“坦白从宽”政策的历史继承,但也与之有明显区别,表现在如下方面。

一是内涵不同。坦白属于认罪的范畴,犯罪嫌疑人或被告人如实供述自己犯罪事实的过程也是认罪的过程,因此“坦白从宽”政策基本只是口供政策,围绕着犯罪人是否认罪加以展开,着眼点也只是认罪与否;而认罪认罚从宽政策不仅将犯罪人是否认罪作为程序适用和刑罚裁量的重要考量要素,其认罪的自愿性与程度远胜于坦白,同时也包括对是否认罪、是否积极退赃退赔等作为判断程序从简、实体从宽与否的重要因素。因此,认罪认罚从宽政策在内涵上更为丰富。

二是适用阶段不同。“坦白从宽”政策主要适用于审前阶段。也正因为如此,“坦白从宽”政策的制度化表述也即现行《刑法》第67条第3款规定:“犯罪嫌疑人虽然不具有前两款规定的自首情节,但是如实供述自己罪行的,可以从轻处罚;因其如实供述自己罪行,避免特别严重后果发生的,可以减轻处罚。”而认罪认罚从宽政策适用于刑事诉讼的全过程,侦查阶段可以因为认罪认罚而适用较为轻缓的强制措施或者不适用强制措施甚至撤案(《办法》第9条),审查起诉阶段可以因为认罪认罚而不起诉(《办法》第13条),审判阶段可以因为认罪认罚而在不具有法定减轻处罚情节的情况下从轻、减轻甚至免于处罚(《办法》第22条),刑罚执行阶段可以因为认罪认罚而减刑、假释等。因此,认罪认罚从宽在适用阶段上,较之于“坦白从宽”政策范围更广,涉及面更大。

三是从宽的方式不同。“坦白从宽”政策限于实体法,主要影响的是刑罚裁量,即如何确定宣告刑的问题;而根据《办法》,认罪认罚从宽中的“从宽”,既包括实体从宽(如刑罚裁量上的从

[13] 参见殷啸虎:“坦白从宽,抗拒从严的质疑”,《法学》2000年第1期,第8页。

轻或者减轻,甚至包括出罪、免除刑罚等情形),也包括程序从简(如选择适用速裁程序、简易程序等快捷通道,包括了侦查阶段的撤销案件、起诉阶段的不起诉等分流措施),甚至包括了强制措施从宽(如《办法》第6条的规定),从宽的方式更为多样,从宽的力度也明显加强。同时,在从宽的区分度上,坦白只能从认罪与否加以区分,至多只能根据认罪的程度,在从宽的力度上有所区别。而在认罪认罚从宽政策中,不仅认罪本身可以进行层次性的划分,而且在认罪、认罚等要素之间,也可能因为要素齐备程度的不同而直接影响从宽的力度。例如,对于只认罪不认罚的情形,在从宽力度上就应当小于认罪认罚,但大于不认罪也不认罚。

四是法律关系有所不同。“坦白从宽”政策体现的是公权机关和被追诉人之间的关系,犯罪人坦白这种“认罪”行为,所针对的对象是国家而非被害人;但在认罪认罚从宽政策中,法律关系既有“坦白从宽”政策中所包容的情形,更为重要的是还贯彻了恢复性司法的理念,即体现出加害方同被害方之间的关系。《办法》第7条规定,办理认罪认罚案件,应当听取被害人及其代理人意见,并将犯罪嫌疑人、被告人是否与被害人达成和解协议或者赔偿被害人损失,取得被害人谅解,作为量刑的重要考虑因素。此时,无论是犯罪人通过言语的方式表达歉意、表示“认错”,还是通过赔偿、退赃等方式来弥补损失,所针对的都是被害方而非国家本身。相对于“坦白从宽”政策这种国家本位型刑事政策而言,认罪认罚从宽政策更加符合国家—社会双本位型刑事政策的特征。^[14]

认罪认罚从宽政策是对“坦白从宽”政策的扬弃,有继承,更有发展。就其对未来立法的可能影响而言,应该是有很大空间的。因为《刑法修正案(八)》仅在总则层面解决了认罪从宽的问题(《刑法》第67条第3款),未能体现认罚从宽;而《刑法修正案(九)》仅在分则层面解决了贪污受贿犯罪的认罚从宽(《刑法》第382条第3款),适用面太窄,且会导致刑法适用的不平等,并造成刑法总则(如《刑法》第67条)与分则规定的不协调。^[15]而这些方面的立法调整完善必须在一个统一、系统的认罪认罚从宽政策指导之下进行。

三、认罪认罚从宽与宽严相济刑事政策

从制度或政策出台的现实背景看,认罪认罚从宽应该是宽严相济刑事政策的直接产物。“两高三部”2016年11月11日的通知中特别强调,认罪认罚从宽制度试点,是落实党的十八届四中全会关于完善刑事诉讼中认罪认罚从宽制度改革部署的重大举措,是依法推动宽严相济刑事政策具体化、制度化的重要探索。宽严相济刑事政策确立至今已逾十年,其基本刑事政策的地位和内涵得到普遍确认。宽严相济刑事政策的基本内容是“该严则严,当宽则宽;严中

[14] 有关国家本位型刑事政策、国家—社会双本位型刑事政策的论述,参见(法)米海依尔·戴尔玛斯—马蒂:《刑事政策的主要体系》,卢建平译,法律出版社2000年版,第58—202页。

[15] 参见卢建平、朱贺:“酌定量刑情节法定化的路径选择及评析”,《政治与法律》2016年第3期,第6—7页。

有宽,宽中有严;宽严有度,宽严审时”,^[16]这是对犯罪治理历史经验的科学总结,作为基本刑事政策,无论对于刑事立法,还是刑事司法活动,都产生了深远影响。自2005年以来的历次刑法修正,以及2012年新修订的《刑事诉讼法》的出台之后,体现宽严相济刑事政策的法律制度、司法解释、指导案例不断公布,宽严相济刑事政策所强调的“以宽为主”得以充分体现。然而,从实现宽严相济刑事政策中宽缓化一面的制度需求来看,现实和预期依然存在很大差距。

一方面,同世界上法治发达国家相比,我国刑法(刑罚)依然趋严,^[17]特别是在刑法修正中,在新增罪名的同时,对于组织、领导黑社会性质组织罪、强令违章冒险作业罪提高了基本犯的法定刑配置,^[18]同时对于国有公司、企业人员失职罪或滥用职权罪、逃汇罪等罪名的法定刑设置,或者提高了基本犯的法定刑幅度,或者新增了加重犯刑罚,使得可能判处5年以上有期徒刑的重罪案件范围进一步扩大。有学者对1979、1997年《刑法》中的各罪量刑幅度进行了梳理,详见表一、表二:^[19]

表一 1979年刑法的量刑幅度分布频率(最低刑和最高刑)

	最高刑(年)									分布频率	
	1/2	1	2	3	5	7	10	15	N	%	
最低刑(年)	1/2		2	16	30	19	9			76	50.3
	1									0	0.0
	2						11			11	7.3
	3						8	21		29	19.2
	5							2	10	12	7.9
	7								6	6	4.0
	10								17	17	11.3
	15									0	0.0
分布频率	N	0	2	16	30	19	28	23	33	151	
	%	0.0	1.3	10.6	19.9	12.6	18.5	15.2	21.9		100.0

[16] 参见马克昌著:《宽严相济刑事政策研究》,清华大学出版社2012年版,第75页。

[17] 对我国和世界上部分典型国家在刑罚严厉性程度上的比较,参见卢建平:“新中国刑事立法反思与展望——基于刑事政策的立场”,载北京大学法学院刑事法学科群编:《刑法体系与刑事政策——储槐植教授八十华诞贺岁集》,北京大学出版社2013年版,第553—558页。

[18] 之前组织、领导黑社会性质组织罪的基本犯为3—10年有期徒刑,调整后为10年以上有期徒刑或者无期徒刑;在《刑法修正案(八)》中将基本犯分为两类,组织、领导的,最低刑提高到7年;增加并处没收财产;积极参加的,最高刑提到了7年,增加并处罚金或者没收财产。而之前强令违章冒险作业罪的基本犯上限为3年有期徒刑,加重犯为3—7年有期徒刑,但目前的基本犯上限提高到了5年有期徒刑,加重犯为5年以上有期徒刑。

[19] Fan, Kriminelle Karrieren, Straftaten, Sanktionen und Rückfall, 2009, S.35. 转引自樊文:“犯罪控制的惩罚主义及其效果”,《法学研究》2011年第3期,第113页。

表二 1997年刑法修订到2011年《刑法修正案八》出台的量刑幅度分布频率
(最低刑和最高刑)

	最高刑(年)									分布频率	
	1/2	1	2	3	5	7	10	15	N	%	
最低刑(年)	1/2		2	33	320	165				520	45.9
	1						7			7	0.5
	2					2	12			14	1.2
	3						127	136		263	23.2
	5							72	67	139	12.3
	7							7	27	34	3.0
	10								152	152	13.4
	15								4	4	0.4
分布频率	N	0	2	33	320	167	146	215	250	1133	
	%	0.0	0.2	2.9	28.2	14.7	12.9	19.0	22.1		100.0

根据上述表格可见,我国刑法分则罪名中,属于可能判处5年以上有期徒刑的罪名占有相当大的比重,而且较之于1979年《刑法》,1997年《刑法》还进一步扩大了重罪的范围。对于重罪案件,我国无论是在立法上,还是司法上,均通过设置或宣告长期自由刑、无期徒刑甚至死刑的方式,体现国家公权力对严重刑事犯罪的否定性评价。

另一方面,立法在不断扩大重罪范围的同时,也顺应犯罪治理法治化的历史趋势,通过降低原有犯罪门槛、增设新型犯罪(如危险驾驶罪)或将部分原属劳教制度调控的违法行为划入刑法调控范围等方式,将大量的轻微犯罪行为纳入犯罪圈。刑事立法的这种“双扩”(既扩大重罪范围,也扩大轻微罪的范围)显然是为了安抚社会公众的刑法依赖心理,同时体现形式上的宽严平衡。但是这种立法安排在犯罪治理实践中的体现却是不对称的。数据统计显示,近年我国的犯罪现象呈现出明显的“双降”“双升”趋势,即八类严重暴力犯罪的数量和占比逐年下降、刑事犯罪的重刑率(5年以上有期徒刑、无期徒刑和死刑适用的比率)也逐年稳步下降(从2002年的22%左右下降到2015年的9.37%),而以危险驾驶罪为代表的轻微犯罪数量与占比稳步上升(危险驾驶罪已占全部刑事犯罪的10%以上)、轻刑率也一路上扬(从2003年约78%升至2015年90.5%)。^[20] 面对犯罪现象的这种结构性变化,我国的刑事立法显得应对不足,突出体现在“严有余而宽不足”,应对重罪有余而治理轻微犯罪不足:一方面,刑罚体系偏严(重刑居多)、过于传统单一(类似橄榄核,中段主体是传统监禁刑,而死刑和非监禁刑成为两个尖

[20] 参见卢建平:“我国犯罪治理的大数据与大趋势”,《人民检察》2016年第9期(总第718期),第35页。

端);另一方面,刑罚总体的轻缓化程度、非监禁刑以及非刑罚制裁措施在立法上体现不足,刑罚裁量情节设置不够丰富,刑事诉讼法上的程序设计、出罪机制等制度安排就更为滞后。同时,面对轻微犯罪为主的犯罪态势,司法实践的应对能力和手段也明显不足,受重刑主义和报应观念的影响,刑罚裁量中依然更多强调报应刑,忽视预防刑,特别是“尚未构建一种对被告人认罪认罚从宽处罚的普遍认同的刑罚制度,被告人基于认罪认罚获得的肯定性评价体现得还不够明显。”〔21〕事实上,认罪认罚情节是否得到充分评价,将会直接影响整个从宽处罚情节的适用效果。有学者通过实证研究发现,司法实践中在运用具体的量刑情节时,“同认罪相关的情节具有十分突出的份额,认罪态度较好、如实供述罪行和有认罪表现是适用最为频繁的三种量刑情节,占据了所有量刑情节的一半”。〔22〕

因此,若要有效推行宽严相济刑事政策、实现刑罚轻缓化,除了降低法定刑,另一个路径在于丰富和完善从宽的制度,即充分考量同认罪认罚有关的从宽情节,并给予充分的从宽处罚。倡导认罪认罚从宽的政策,一方面是为了弥补刑事立法“严有余而宽不足”的制度缺陷,另一方面也是为了助力宽严相济刑事政策推行过程中司法从宽的制度实践,并满足实践中进一步从宽的制度需求。孟建柱同志在2016年的中央政法工作会议上强调:“认罪认罚从宽制度是宽严相济刑事政策的制度化。”〔23〕同理,认罪认罚从宽政策也应该是宽严相济刑事政策中需要充实完善的重要内容。

作为基本刑事政策的宽严相济,自然包含了“宽”的内容,而且在当今中国语境下,应该是以“宽”为主的。通常理解的“当宽则宽”,主要包括了三种可以依法从轻、减轻或者免除处罚的情形:一是对特定犯罪,即情节较轻、社会危害性较小的犯罪(如侵财犯罪的初犯偶犯);二是对特定情节,即具有法定、酌定从宽处罚情节(如自首立功,坦白交代,退赔退赃);三是对特定主体,即主观恶性相对较小、人身危险性不大的被告人(如未成年人、老年人、妇女等)。认罪认罚从宽政策作为具体刑事政策,显然处在宽严相济这一基本刑事政策的体系之中,对应着宽严相济之“宽”的侧面,但其从宽的范围显然要比宽严相济刑事政策要狭隘许多,因为其关注的焦点在特定情节且主要在罪后情节上。这是二者之间的主要区别。但正如宽严相济刑事政策的内涵不是固定的、一成不变的,需要与时俱进地不断加以充实调整完善一样,作为宽严相济“宽”的侧面的核心,认罪认罚从宽政策也要不断聚合提炼,从既往的刑事政策、立法以及各类司法解释、指导意见之中,将体现认罪认罚从宽精神的规定、制度和实践样本予以系统化,进而实现认罪认罚从宽政策自身的体系化。

〔21〕 左卫民、吕国凡:“完善被告人认罪认罚从宽处理制度的若干思考”,《理论视野》2015年第4期,第39页。

〔22〕 田刚:“预防刑的实际效用——以司法解释和判例的数据对比分析为视角”,《法学》2013年第1期,第95页。

〔23〕 孟建柱:“坚持改革创新,为全面建成小康社会提供有力司法保障”,载《人民日报》2016年3月9日,第7版。

一是实现犯罪人认罪奖励体系的系统化。总结我国现有制度不难发现,在刑法和司法解释中,存在一些体现对犯罪人认罪予以奖励的制度。例如学者从节省司法资源的角度,对我国刑事立法和刑事司法中的认罪奖励体系进行了梳理,从节省司法资源在量上的前后比较,从后往前分为认罪态度好、被告人认罪、坦白、准自首、一般自首、刑法分则中特别自首以及《国家安全法》中特别自首七个层级。^{〔24〕}从局部的各个制度来看,现有的犯罪人奖励制度的确能在促进犯罪人积极认罪悔罪、提高办案效率方面发挥作用,但也存在诸多问题,如有关从宽量刑的梯度较多,幅度弹性过大,可以通过规范化量刑来加以规制,而对于各制度之间的关系,特别是同样都作为犯罪人奖励制度的组成部分,究竟属于法定从宽情节,还是酌定从宽情节,则需要进行整体考量。《刑法修正案(九)》对贪污贿赂犯罪规定了如实供述自己罪行、真诚悔罪、积极退赃、避免减少损害结果发生的可以从宽处理,实现了“酌定情节的法定化”,但这种由分则对特殊罪行规定认罪认罚从宽的做法也会引发新的问题,需要在立法的层面加以完善。倡导认罪认罚从宽的政策,无疑为在犯罪人量刑奖励制度构建中贯彻“体系性的思考”,推进立法与司法的整体完善,尽可能消除制度之间的龃龉提供了契机。

二是要认真研究实践中认罪认罚(包括退赔退赃)的一般形态(既认罪又认罚)与特殊形态(认罪但不认罚,或者不认罪但认罚),以及不同形态与从宽之间的复杂关系,形成科学的政策,以此指导完善认罪认罚从宽制度。

三是坚持对“抗拒从严”的摒弃。前文已述,“坦白从宽”刑事政策往往是同“抗拒从严”一同表述的。这“从表面看是认罪态度对实体及程序的影响问题,但在更深层面反映出的是以安全和秩序为核心的价值追求,以惩罚犯罪为主的刑事诉讼目标,以张扬司法权力和压制被追诉者权利为特征的强职权诉讼模式。”^{〔25〕}而认罪认罚从宽制度侧重于“奖励”认罪认罚,并不包含甚至可以说排斥对不认罪、不认罚,甚至既不认罪也不认罚的犯罪嫌疑人、被告人的从重或加重处罚。

四是推进实体与程序的联动。宽严相济刑事政策推行以来,我国的犯罪治理形势发生了很大的变化,刑事诉讼程序制度的短缺日渐突出,为此2012年的刑事诉讼法修订将简易程序扩大化,2014年又通过立法机关特别授权的方式进行了速裁程序的试点,但这些改革仅满足了诉讼提速、程序从简的需求,未能实现程序从简与实体从宽的联动,未能体现刑事一体化的要求。认罪认罚从宽政策或制度改革可以说是响应刑事一体化、实现程序与实体联动的有益探索。

由此可见,认罪认罚从宽超越了“坦白从宽”刑事政策,是宽严相济这一基本刑事政策之下的具体刑事政策,也是宽严相济刑事政策之宽的侧面在新形势下的拓展和深化。随着认罪认罚从宽政策的融入,宽严相济刑事政策特别是其宽的侧面也将得到充实、发展和完善。

〔24〕 参见于志刚:《刑法总则的扩张解释》,中国法制出版社2009年版,第248—268页。

〔25〕 闫召华,见前注〔10〕,第97页。

四、认罪认罚从宽的实体法根据

在认罪认罚从宽、自首从宽的诸多根据中,程序法根据占据了相当大的比重,这的确在一定程度上冲击了实体法根据在自首从宽根据中的地位,但探寻认罪认罚从宽的实体法根据依然必要。从法理上来说,诉讼效率的提高和是否对犯罪人予以从宽处罚并无直接联系。认罪认罚从宽中的“从宽”,指的应当是实体法上的从宽(例如减免处罚)或者具有实体意义的从宽(例如因认罪认罚而酌定不起诉),不能将单纯在程序法上为提高诉讼效率甚至保障被追诉人诉讼权益而采取的措施,也视为是对被追诉人的“从宽”。例如,被告人认罪是适用简易程序的要件之一,但简易程序是保障被告人速审权利^[26]的重要制度体现,不能认为对被告人适用简易程序审理,就是一种“从宽”。正因为此,目前认罪认罚从宽的试点方案将程序从简与实体从宽并列,《办法》对二者也分别进行规定。因此,对认罪认罚从宽的理解,特别是对于“从宽”的把握,不能脱离对“为何从宽”这一实体法依据的探究;如果对于从宽的实体法根据缺乏深刻认识,将会影响到整个刑事价值总体目标的实现。^[27] 鉴于既有研究已经对认罪认罚从宽的程序法依据做了充分阐述,下文集中讨论认罪认罚从宽的三大实体根据,即实现刑罚预防、修复社会关系、彰显宽恕精神。

(一) 实现刑罚预防

在当代刑法学中,对于刑罚根据的探讨,单纯的报应主义或者功利主义都有其不可避免的缺陷,主张兼顾刑罚报应和刑罚预防的折中主义成为主流。认罪认罚是犯罪人的事后行为,和犯罪本身的违法程度以及犯罪人在犯罪时的责任程度无涉,认罪认罚更主要的是同刑罚的预防功能相关联。而如何有效实现刑罚预防,以及实现何种类型的刑罚预防,是认罪认罚从宽实体法根据探讨中需要解决的首要问题。

1. 实现刑罚的特殊预防

菲利曾经指出:“对刑事司法程序中的认罪者给予刑罚轻缓化之本质理由并不在于诱使其尽快认罪,而在于这种协商正体现出了犯罪嫌疑人的悔罪表现和改造可能性,从而其人身危险性相对于未认罪者相对较低,从而应当给予刑罚轻缓化的处遇措施,以有利于对犯罪人的教育

[26] 根据我国学者的界定,刑事速审权利是指被告人享有的要求刑事审判在合理期间内迅速开启和进行、不被无故拖延的权利。而作为抽象意义的原则和精神,狭义的迅速审判,是指被告人在被逮捕或起诉后应当在较短时间内无不当拖延地开启审判;广义的迅速审判也即诉讼迅速原则,指刑事诉讼各阶段应当无不合理拖延地迅速进行。冯喜恒:《刑事速审权利研究》,中国政法大学出版社2013年版,第9页。

[27] 例如,在围绕认罪协商的相关讨论中,有学者指出,认罪协商制度不仅具有程序法上的效率优势,更是实体法意义上刑罚正当化根据的具体表达和实际应用。虽然提高刑事诉讼效率、减省司法资源是认罪协商制度的引进动机和直接优势,但如果仅以此为目标构建认罪协商制度,不可避免会导向与现行刑事价值总体目标之冲突,特别会影响实体法意义上刑罚正当化目标之实现。参见俞波涛、周少华:“刑罚正当化语境下的认罪协商”,《国家检察官学院学报》2013年第3期,第121—128页。

改造,达到刑罚特殊预防之效果。”〔28〕一般而言,犯罪人如果事后认罪认罚,往往表明其具有认识到自己的错误,愿意配合司法活动的意愿,据此可以认为犯罪人有悔罪表现,表明再犯的可能性较小。而之所以对于有悔罪表现的犯罪人予以从宽处罚,其缘由在于,悔罪的态度体现出犯罪人是有良心(conscience)的,是可以感化的。贝卡利亚指出:“刑罚的目的既不是要摧残折磨一个感知者,也不是要消除已犯下的罪行。……刑罚的目的仅仅在于:阻止罪犯再重新侵害公民,并规诫其他人不要重蹈覆辙。”〔29〕贝氏的“感知者”一词用得极为传神,点明了犯罪人是能动的主体;这个概念到了倡导功利主义理论的边沁这里,就成了“算计者”,即行为人在犯罪的成本和收益之间进行权衡。基于功利主义思想,边沁并不将刑罚作为遏制犯罪最主要的措施。他认为,对犯罪者科处刑罚不以使犯罪者遭受痛苦为目的,而是为了使犯罪者通过刑罚惩罚改过迁善,适应社会生活,不致将来再犯罪,同时规诫其他人不要重蹈覆辙。〔30〕费尔巴哈在上述理论的基础上创立了心理强制说,突显了犯罪人对于刑罚威慑功能的体认。

人性复归是罪犯回归社会的前提。当然,理想和现实有很大距离。由于犯罪人认罪认罚的动机多重多样,因此在判断犯罪人的预防必要性是否真正减少时,需要进行实质判断,特别是不能仅从行为的外观来判断;应当透过行为看主观认识或意愿而非仅仅看结果。例如,不能认为只要犯罪人有退赔行为,就认为其已经有认罪悔罪表现,特殊预防必要性小;与之相对,不能认为犯罪人仅仅有退赔举动,却因为种种原因最后未能退赔,就认为犯罪人必然不具备认罪认罚的意愿。只有通过犯罪人的退赔行为,充分反映出其已经认识到行为的不法性质并将不再犯时,才能认为特殊预防必要性小。正如英美法系学者所言:“刑罚的核心关注在于,阐明行为人所犯罪行,使犯罪人认识到其罪行并非以赔偿被害人的方式即可了结,而是应当接受社会的否定,刑罚要求犯罪人赎罪并不得重复实施犯罪行为。”〔31〕又如,认罪从宽的重要原因在于为司法活动提供便利,但也有可能犯罪人根据其记忆如实供述,但因记忆不准或者其他客观原因,未能在事实上便利司法活动,不能据此就一概认为犯罪人没有“如实供述罪行”,从而不从宽。〔32〕此外,需要明确的是,认罪和认罚既有联系,也有区别,“被告人事后反省与悔罪,能够表明其再犯罪可能性小,但不表明其愿意承担较重的刑罚”。〔33〕

2. 实现刑罚的一般预防

刑罚预防可以分为特殊预防和一般预防,认罪认罚从宽体现刑罚的特殊预防并无疑问,但

〔28〕 (意)恩里科·菲利:《实证派犯罪学》,郭建安译,中国人民公安大学出版社2004年版,第311页。

〔29〕 (意)贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国法制出版社2002年版,第49页。

〔30〕 参见卢建平主编:《刑事政策学》(第二版),中国人民大学出版社2013年版,第33页。

〔31〕 (英)威廉姆·威尔逊:《刑法理论的核心问题》,谢望原等译,中国人民大学出版社2015年版,第66页。

〔32〕 对此,周光权教授指出,自首制度中的“如实”,首先是指供述符合犯罪人的记忆(主观说),其次才是符合案件客观事实(客观说)。一味地坚持客观说可能有悖于自首制度设立的初衷。周光权:《刑法总论》(第二版),中国人民大学出版社2011年版,第311页。

〔33〕 张明楷:《责任刑与预防刑》,北京大学出版社2015年版,第349页。

这能否实现刑罚的一般预防功能呢？对此，邱兴隆教授较早认识到坦白认罪不仅能成为减轻个别预防（特殊预防）的要素，也能体现刑罚的一般预防，他主张：“坦白认罪构成完全减轻预防需要的因素。这是因为，坦白认罪一方面是一种受社会欢迎的行为，构成阻却一般预防需要为由对犯罪人予以力度大的刑罚惩罚的理由，因而减轻了一般预防对刑罚的需要，另一方面又表明犯罪人已有知罪乃至悔罪心理，易于接受教育、改造，其人身危险性相对减轻，个别预防对刑罚的需要减少。”〔34〕坦白认罪减少预防必要性，不仅体现在众所周知的特殊预防领域，也能在一般预防领域发挥作用。

在一般预防内部，可以进一步细分为消极一般预防和积极一般预防。以费尔巴哈的心理强制说为代表，消极一般预防论是充分借助刑罚的威慑作用，在一般人心中产生心理强制，使其不敢犯罪。然而，“消极预防理论利用人的恐惧心理和对利害得失的计算进行心理强制，收效甚微”。〔35〕随着社会的发展变化、刑法观念和刑法学研究模式的转变，一种主张通过强化国民对法的忠诚感、对法秩序的信赖感的方式来预防犯罪，而非仅仅通过产生心理强制而预防犯罪的刑罚理论由幕后被推向前台，甚至被视为“刑罚正当化的救命稻草与牢靠根基”。〔36〕对此，德国联邦宪法法院在1997年6月1日的判决中，也明显区分了一般预防的积极侧面和消极侧面，认为一般预防的积极侧面在于“维持、强化对法秩序的持续力与贯彻力的依赖”；亦即，“在法共同体面前宣示法秩序的不可侵犯性，据此强化国民对法的忠诚。”〔37〕当然，积极的一般预防并非完全否定刑罚威慑，而是将其作为一种“维护法规范的威吓手段”。〔38〕积极一般预防理论更关注从根本上来预防犯罪，毕竟和基于威慑而不敢犯罪相比，基于对规则的信赖和法秩序的尊重而不愿犯罪，后者的预防成效更为稳定；“将刑罚的一般预防功能仅仅归结于威慑而忽视刑罚的道德强化功能……不是对刑罚功能所应有的正确的理性认识。”〔39〕

认罪认罚从宽体现的是对犯罪人的量刑优待，其目的不是为了体现威慑，故消极的一般预防不应成为认罪认罚从宽的根据。相反，积极一般预防必要性小，则可以成为认罪认罚从宽的依据。这是因为，犯罪人的认罪认罚不仅表明其具有教育感化、改恶迁善的可能性，这实际上也给一般的社会公众上了一堂真实的法治教育课，它生动形象地向社会公众展示何种行为属于犯罪行为，将受到法律制裁，而通过对犯罪人的认罪认罚行为及其悔罪态度的充分肯定，对社会公众乃至其他犯罪人产生某种“诱致性制度变迁”的积极效应，以区别于刑罚威慑所代表

〔34〕 邱兴隆：《刑罚理性导论——刑罚的正当性原论》，中国政法大学出版社1998年版，第310页。

〔35〕 周光权，见前注〔32〕，第272页。

〔36〕 参见陈金林：《积极一般预防理论研究》，武汉大学出版社2014年版，第36页。在该书中，陈金林博士对积极一般预防理论的产生背景，从社会现实、宏观理论、微观理论三个方面进行了深入阐述。详见该书，第一章第一节。

〔37〕 参见张明楷，见前注〔33〕，第59页。

〔38〕 曾粤兴：《刑罚伦理》，北京大学出版社2015年版，第92页。

〔39〕 邱兴隆：《关于惩罚的哲学——刑罚根据论》，法律出版社2000年版，第216页。

的“强制性制度”。这种积极效应既可能是对犯罪行为心生怨恨,从而不愿犯罪,也可能是对认罪悔罪的犯罪人表示接纳甚至心生同情,由此认识到犯罪之恶、刑罚之严,认识到法律秩序的不容侵犯,从而逐步由此形成规则意识,减少犯罪,还可能对认罪认罚犯罪人的学习效仿,从而放大认罪认罚从宽制度的效用。从这个意义上来说,认罪认罚从宽有利于培养社会公众的法治意识,有利于发挥刑罚的积极一般预防功能。此外,刑罚的一般预防对象,不仅包括守法民众,还包括潜在的犯罪人。认罪认罚从宽对于这类潜在的犯罪人可以从两个方面发挥效用:一是依然体现刑罚威慑功能。认罪认罚只是从宽处罚,在大多数情况下不是不处罚,因此犯罪将会以遭受刑罚之苦为代价;二是激励犯罪人认罪悔罪。一旦犯罪人未能坚守法律底线而实施犯罪,认罪认罚从宽无疑将鼓励犯罪人积极同司法机关配合,减少对抗。而这种激励作用将极大增强刑罚的预防效果。^[40]

此外,正如邱兴隆教授所言,坦白认罪是受社会欢迎的行为。这和人类朴素的道德情感有关;坦白认罪实际是一种认错,而真诚认错忏悔是能被人们认可的。而“刑法的权威来自于公民的持续性认可”。^[41] 如果对于这样一种得到社会普遍认可,认为应当从宽处罚的认错不予肯定,则和社会通行观念相左,显然会影响刑法的权威。认罪认罚从宽体现的是“刑罚应当轻缓化”的基本主张,而这也有利于刑法体系本身的稳定性。贝卡里亚曾言:“一种对于人性来说是过分凶残的场面,只能是一种暂时的狂暴,决不能成为稳定的法律体系。如果法律真的很残酷,那么它或者必须改变,或者导致犯罪不受处罚。”^[42] 总的来说,当前我国的刑罚配置、刑罚裁量、刑罚执行方面依然存在刑罚较重甚至过剩的现象,^[43] 而认罪认罚从宽能在一定程度上为刑罚的轻缓化作出贡献,进而促进刑法的公众认同。

(二)修复社会关系

犯罪行为之所以要受到法律追究,是因为其破坏了既有的社会关系,侵害了国家、社会或者个人的合法权益,这种权益受到侵害的严重程度,直接影响定罪量刑。从应然角度来说,认定犯罪的考量时间点只能是行为时;对于犯罪行为实施后的行为,只能影响刑罚的轻重,不能影响入罪与否。然而,司法实践中的一些做法,则在一定程度上突破了“犯罪事后行为只能影响量刑,不能影响定罪”的法则。例如,根据2011年3月“两高”《关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第3条的规定,诈骗公私财物已经达到了“数额较大”标准,但在—

[40] 我国学者指出,积极的一般预防论就其本质而言就是一种刑罚鼓励论。刑罚的激励作用决定了刑罚的预防效果。参见李冠煜:《量刑基准的研究——以责任和预防的关系为中心》,中国社会科学出版社2014年版,第148页。

[41] 周光权:《刑法学的向度——行为无价值论的深层追问》(第二版),法律出版社2014年版,第234页。

[42] (意)贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国法制出版社2009年版,第54页。

[43] 对于我国《刑法》严厉性的动态分布情况(将罪名按照刑罚上限分组,统计相应的罪名在罪名总数中的比例),参见白建军:“关系公正论”,载北京大学法学院刑事法学科群编:《刑法体系与刑事政策——储槐植教授八十华诞贺岁集》,北京大学出版社2013年版,第607—608页;对我国和世界部分典型国家在刑罚严厉性程度上的比较,参见卢建平,前注[17],第553—558页。

审宣判前全部退赃、退赔的,在行为人认罪、悔罪的情况下,可以作出不起诉的决定。这就意味着,诈骗罪即便既遂,事后的退赃、退赔以及认罪、悔罪表现可以通过不起诉来出罪。2013年4月“两高”《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第7条、2013年4月“两高”《关于办理敲诈勒索刑事案件适用法律若干问题的解释》第7条、2013年11月“两高”《关于办理抢夺刑事案件适用法律若干问题的解释》第5条均有类似规定。2015年6月最高人民法院《关于审理掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益刑事案件适用法律若干问题的解释》第2条则规定,刚刚达到掩饰、隐瞒犯罪所得罪的入罪标准,但认罪、悔罪并退赃、退赔的,“一般可不认为是犯罪”,从而更为鲜明地释放出这样的信号,即犯罪既遂后未必不能出罪。当然,这些司法解释之所以能起到对行为人从宽的效果,在于行为人认罪、悔罪且退赃退赔,即有认罪认罚的情节。那么,需要深究的问题在于,在有认罪认罚情节的情况下,为何就可以不再认为犯罪具有社会危害性(法益侵害性),从而阻却犯罪的成立?笔者认为,对社会关系的修复,是重要的依据之一,这也构成了认罪认罚从宽的第二个依据。

在认罪认罚从宽制度中,可以从宽的前提有三,即认罪、认罚与认赔。^[44]事实上,这三者对于社会关系的修复都有促进作用。而在三者中,对社会关系修复最为直接的,是认赔,即行为人通过事后的积极退赃、退赔,尽量弥补因为自己的犯罪行为所导致的损失。这种损失可以是因犯罪行为所导致的直接物质损失,也可能是所导致的间接损失。同时,基于自愿原则,在行为人事后的赔偿中,还可能体现为对被害人的精神损害赔偿。因此,这种对赔偿的认可,以及积极履行,实现了对犯罪损失的挽回,也最大限度修复了社会关系。对于行为人而言,“积极退赃、赔偿损失与挽回损失的行为,通过与结果不法相抵消,减少了损害结果,特别是在财产犯罪中,成为减少不法的情节。”^[45]当然,这种因赔偿而带来的社会关系修复,之所以能影响到量刑,还基于对一种观念的认可,即刑事责任和民事责任是相对独立的。在传统观念中,民事责任和刑事责任的界限泾渭分明,对于犯罪行为,即便由于事后行为(损害赔偿)挽回了损失,也不影响刑事责任的大小。但事实上,“极其严格的分离刑罚和损害赔偿的关系,在事实上是不可能的”。^[46]毕竟刑罚和损害赔偿的基础——刑事不法和民事不法之间的界分,也未必那么清晰,在区分时更多是一个程度问题,是由量变而引起的质变。同时,无论是民事责任还是刑事责任,都是一种被动的、面向过去的责任。在犯罪行为已经发生、损害已经造成的情况下,被害人更关心的问题是自己的损害是否可以得到弥补,犯罪人最终被处以怎样的刑罚,和被害人并无直接的利益关联。例如德国学者在汉堡的一项研究表明:“在所列出的近80%的犯罪当中,人们更倾向于选择在刑事程序之中或之外进行和解和恢复性的程序。传统的惩罚被认

[44] 是否将退赔退赃也作为认罪认罚从宽的要素或前提,学界有不同意见。根据《办法》第7条的规定,达成和解协议、赔偿被害人损失、取得被害人谅解,应当是量刑的重要考虑要素。

[45] 参见张明楷,见前注[33],第354页。

[46] (日)高桥则夫:《规范论和刑法解释论》,戴波、李世阳译,中国人民大学出版社2011年版,第23页。

为只有在严重犯罪的场合才是必须的。”〔47〕因此,一种能动的、面向将来的责任观念更有利于实现对被害人权益的保障,这种调和了刑罚和损害赔偿的责任观念被称为“修复责任”,此时作为承担责任的手段,未必是刑罚。〔48〕因此,对于认罚的行为人,也可以视为承担了修复责任,那么在量刑上就可以从宽。这是修复性或恢复性司法(restorative justice)的基础观念。虽然目前积极退赔从宽是作为一种酌定从宽情节而存在,但一直有学者在充分认识到这种从宽必要性的基础上,主张应在立法层面将积极退赔作为一种法定的量刑从宽事由。〔49〕

当然,并不是所有的犯罪人在事后都有能力给予赔偿,有相当多的犯罪人也许只有认赔的意愿或者认赔的努力,而未必能达到赔偿的效果。但这并不意味着犯罪人就丧失了从宽的机会,基于犯罪人有认罪认罚的情节,同样可能从宽。只是此时从宽的原因并不在于直接针对被害人的损失进行了赔偿,而在于犯罪人体现出了一一种自愿接受法律制裁的态度,这种态度对于被害人而言,可以平复其因遭受犯罪行为侵害而产生的愤恨情绪;对于整个社会而言,也是对于行为规范具有拘束力的一种昭示,有利于促进公民规则意识的养成。因此,行为人的自愿认罪、自愿接受惩罚,不仅对具体个案的相关诉讼活动有益,对于全社会的法治观念、规则意识,也有促进作用。且这种促进,是让公民自觉地遵守规则,而非基于对刑罚威慑的惧怕,而被动地接受规则。

诚然,认罪认罚的确对社会关系有修复,但这种修复,应当在怎样的程度上影响刑事责任,在笔者看来,则是更需要深思的问题。因为从晚近的理论 and 司法实践来看,认罪认罚从宽的力度甚大,以至于引起了颇多争议,而这些争议中,尤其是以认赔影响量刑甚至定罪为甚。大致而言,这种分歧表现为:

1. 认罪认罚能否出罪

认罪认罚可以在量刑上从宽目前并无多少争议,但这种从宽的力度是否可以包括免罪?对此,我国老一辈学者储槐植教授提出了“赎罪”观念,认为:“所谓赎罪是指抵消所犯之罪,实现自我非犯罪化,即对先前罪行自动消弭危害,从而祛除罪孽(消除犯罪)的状态”,而构成赎罪,不仅在客观上有积极退赃退赔等赎罪行为,在主观上必须要有赎罪的决意,要有良知的复萌。〔50〕基于这种观念,在行为人认罪认罚且认赔的情况下,即可通过事后行为抵消犯罪行为的实质违法,从而在司法上实现非犯罪化。当然,储槐植教授也承认,“由于法益自身的特点,并非一切犯罪类型都存在赎罪的可能”,〔51〕对于一些通过事后行为无法抵消实质违法的犯罪,即便有赎罪行为,也不能免罪。还有学者将赎罪表述为“事后自动恢复情节”,并认为“对于

〔47〕 (德)Detlev Fehsee:“德国刑事法律中的赔偿和犯罪人——被害人和解:发展历程与理论内涵”,陈虎译,《人大法律评论》(2009年卷),第274页。

〔48〕 参见高桥则夫,见前注〔46〕,第27页。

〔49〕 参见邱兴隆,见前注〔34〕,第520页。

〔50〕 储槐植、闫雨:“‘赎罪’——既遂后不出罪存在例外”,载《检察日报》2014年8月12日,第3版。

〔51〕 同上注。

存在事后自动恢复情节的犯罪人,一般应当予以从宽处罚,但是法律的要求在此问题上并不绝对化,如果综合整个案情分析,其社会危害程度、犯罪人的主观恶性、人身危险性较深时,也允许不考虑其事后自动恢复情节,不予以从宽处理。”〔52〕

那么,在一般情况下,基于赎罪观念的免罪是否可行?笔者认为,在合理限定了赎罪的适用范围的前提之下,赎罪的确有利于最大限度鼓励犯罪人积极赔偿被害人、挽回犯罪损失,也有利于通过赎罪行为,让犯罪人接受教育,尽快改恶从善。同时,赎罪观念也未必同我国现行的刑法规定相冲突。和通常的罪刑法定原则表述不同,我国《刑法》第3条将罪刑法定原则表述为“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处刑;法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处刑”,有学者将第3条的前半段称为“积极的罪刑法定原则”,后半段称为“消极的罪刑法定原则”。〔53〕基于“积极的罪刑法定原则”,既然行为已经符合了某种犯罪的构成要件,且我国《刑法》并未将认罪认罚特别是认赔作为可以免罪的从宽情节,是否就必须定罪处罚?肯定的主张和罪刑法定原则限制刑罚权的本意相违背。事实上,这里存在一个如何解读第3条前半段的问题。从表述来看,第3条前半段看似在强调当行为符合构成要件时,必须定罪处刑,但如果将解释的重点落脚在“依法”而非“应当”上,则会得出和“消极罪刑法定”一致的结论:只有依照法律才能定罪处刑,但这并不意味着必须定罪处刑。〔54〕因此,基于赎罪行为的存在而免刑甚至免罪,并不存在法律上的障碍,而只存在观念上的自我束缚。

进一步的问题是,究竟应当通过何种方式来基于犯罪人的认罪认罚而出罪?从前引司法解释的模式来看,有两种方式:一是直接在司法解释中规定具有认罪、悔罪且积极退赃、退赔的,“一般可不认为是犯罪”;二是将“一般可不认为是犯罪”替换为“可以不起诉或者免于刑事处罚”。这两种的差别显而易见:前者依据《刑法》第13条但书规定,而后者依据《刑法》第37条和《刑事诉讼法》第173条第2款,且在是否起诉的问题上,给予了公诉机关一定的自由裁量权。对于这两种模式的取舍,有学者认为后者的规定更为合理、合法。〔55〕笔者赞同这种看法。之所以认为在认罪认罚是否可以免罪的问题上应当给予检察机关充分的自由裁量权,不仅因为每个具体个案情况复杂,不能一概认为没有定罪必要,同时还和司法解释的性质有关。一般来说,司法解释主要发挥的应当是裁判规范的作用,面向的是司法人员,但随着司法解释的公开化,社会各界对于司法解释的内容开始关注,对部分司法解释的关注度甚至可能超过了立法本身。因此,司法解释和刑法典一样,均具有行为规范的功能,那么在司法解释的表述上,就要考虑到行为指引的效果。如若不加区分地就将认罪认罚的行为表述为不构成犯罪,就会给公众造成误解:行为人实施了犯罪行为后,只要有事后的认罪认罚行为,就一概可以免罪。

〔52〕 闫雨:“刑法事后自动恢复制度构建”,《社会科学家》2015年第7期,第128页。

〔53〕 何秉松主编:《刑法教科书》(2000年修订)(上卷),中国法制出版社2000年版,第63页。

〔54〕 对于这一问题的详细讨论,可见陈兴良:《教义刑法学》,中国人民大学出版社2010年版,第46—50页。

〔55〕 利子平:《刑法司法解释瑕疵问题研究》,法律出版社2014年版,第294页。

这可能会导致部分行为人通过反复实施犯罪又反复认罪认罚的方式,来逃脱法律制裁。基于此,在认罪认罚从宽的力度上,给予司法机关足够的自由裁量权,十分必要。

2. 不认罪不认罚且赔偿主体不是行为人本人能否从宽

一般而言,认罪、认罚和认赔具有逻辑上的同一性,对于自愿赔偿且积极赔偿的行为人往往也会认罪认罚。此时,基于认罪认罚且认赔的情节,可以认为犯罪人具有认罪、悔罪态度,其特殊预防的必要性减少。但实践中,因为行为人自身不具有赔偿能力,或者其本人因被羁押而无法实际实施赔偿,有大量的赔偿是由加害人的亲朋来完成,故实践层面的“认赔”多数是加害人亲朋的“认赔”。在认罪认罚和认赔的主体可能不一致的情况下,当加害人不认罪不认罚,但其亲朋却“认赔”时,是否可以from宽,就成了难题。对此,张明楷教授认为:“即使被告人不是基于自己的意思退赃、赔偿损失与挽回损失,而是由亲属或者亲友帮助赔偿损失与挽回损失的,由于能够缓解被害人的报应感情与社会的处罚感情,可以认为一般预防的必要性减少,也可以成为减少预防刑的情节。”^[56]当然,张明楷教授也主张将此种情况,同被告人主动赔偿和挽回损失的情形加以区分。虽然这种观点的确有利于鼓励加害人一方积极赔偿被害人损失,但这种代为赔偿的做法,是否就可以视为“一般预防的必要性减少”,值得进一步讨论:首先,通说认为,“一般预防的对象不是犯罪人,而是没有犯罪的社会成员,包括危险分子、不稳定分子、刑事被害人以及其他社会成员”,^[57]而不仅仅是被害人。虽然代为赔偿的确可以缓和被害人的情绪,避免被害人因为报复甚至复仇心理而实施针对加害人一方的不法行为,但赔偿本身对于其他社会成员究竟有多大的教育作用,特别是在多大程度上能起到预防犯罪的作用,值得怀疑;其次,“社会的处罚感情”本身是一个模糊不定的概念,而且这里的“处罚感情”既包括对是否处罚的认识,也包括对处以何种刑罚的认识。那么,当加害人一方代为赔偿、加害人基于此得到从宽处罚后,难道社会的处罚感情一定就能得到缓和?笔者认为,也许因为对“花钱买刑”的担忧,这种处罚感情将变得更加强烈!因此,对于是否可将代为赔偿的情节视为当然的从宽事由,需要进一步分析,不可一概而论。对于加害人明确表达过和解意愿,且亲朋代为赔偿的,自然可以作为从宽处罚的情节。但在特殊情况下,对于加害人明确拒绝赔偿,甚至不认为自己的行为具有不法性的,即便有代为赔偿的情形,在是否从宽以及从宽的力度上,也应当慎重。

(三) 彰显宽恕精神

“刑法是以规制人的行为作为其内容的,任何一种刑法规范,只有建立在对人性的科学假设的基础之上,其存在与适用才具有本质上的合理性。因此,刑法的本原性思考,必然将理论的触须伸向具有终局性的人性问题。”^[58]犯罪作为人间的罪恶,其存在和人的利己本性有直接关联,体现了人性的弱点和人的凡俗性。利己本性体现在人生活中的诸多方面,即便是一些

[56] 张明楷,见前注[33],第354页。

[57] 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第五版),北京大学出版社、高等教育出版社2011年版,第224页。

[58] 陈兴良:《刑法的人性基础》(第3版),中国人民大学出版社2006年版,第1页。

中性甚至从善的行为,也有可能源于人的利己本性,以至于有学者认为:“在我们温和地指责为自私的行为与我们称之为恶的犯罪行为之间没有分界线,而只有程度的差别。”^[59]既然人类实施犯罪行为是人性弱点的体现,有时甚至是不得已而为之的行为,那么在定罪量刑活动中,就应当体现对人性的适当宽恕,对人性脆弱性的必要妥协是值得肯定的。同时,刑罚尽管能实现法律报应,特别是能平复被害人的报复情绪,但“法律惩罚并不能完全消除受害者的痛苦,更不能彻底清除人们因为利益冲突而在生活中产生的日积月累的怨恨……当惩罚不足以解除愤恨时,人们就只能诉诸正义逻辑范围之外的方法,譬如宽恕。”^[60]

需要指出的是,对于宽恕如何影响定罪量刑活动,需要澄清的是宽恕是否只专属于定罪。从刑法思想史来看,宽恕最初影响的是量刑,而非定罪,宽恕可以成为自由裁量权范围内对行为人从宽处罚的依据。然而,“随着现代自由行为选择理论和责任能力理论的出现,基督教法和罗马法开始强调错误行为中的精神因素,从对‘引起的伤害’负责逐渐发展到对‘有意识引起的伤害’负责,可谴责性在刑事责任中的地位日益凸显。”^[61]这种可谴责性不仅针对量刑层面刑罚力度的强弱,还和是否定罪相关。诸如精神疾病、胁迫等陆续成为不具有可谴责性的事由,从而阻却犯罪的成立;可宽恕事由和正当防卫、紧急避险等正当化事由,构成了英美法系上的合法辩护事由,宽恕成为免责而非减轻责任的要素。然而,对于宽恕在定罪作用上的过分强调,导致有的学者在可以基于宽恕理论来解释量刑从轻的依据时,忽略甚至否认了宽恕的作用,而将这种提供依据的任务付诸于其他学说。例如,有学者指出:“犯罪人因自己的犯罪行为也遭受了巨大的损失(害),他的犯罪行为可能给他的家族带来巨大的困难,或者他对自己的犯罪行为表示了真诚的忏悔,这些情节也可能使他得到从轻处罚,但理由不是部分正当或部分宽恕,可能与更生改造理论有关。”^[62]然而,其中的理由何在? 尽管说因犯罪人的真诚忏悔(认罪认罚)而从宽可能有多个根据,但为何不能将得到被害一方的宽恕作为一个依据呢? 被害人的谅解难道不是一种宽恕吗? 因此,对于宽恕的理解,不仅要认识到宽恕对责任的有无(定罪与否)产生影响,同时也要回归其本质,认识到宽恕可以影响责任大小(量刑轻重)。

在肯定宽恕可以成为量刑从宽的依据之后,进一步的问题在于,宽恕如何影响认罪认罚从宽? 和民事诉讼不同,刑事诉讼法律关系既包括加害方和被害方的关系,同时也有国家和被追诉人之间的关系。因此,宽恕就存在两种情况:一是被害人对加害人的宽恕,二是国家对被追

[59] (美)库利:《人类本性与社会秩序》,包凡一等译,华夏出版社1999年版,第151页;转引自龚义年:《刑法宽容论》,法律出版社2015年版,第75页。

[60] 王立峰:《惩罚的哲理》,清华大学出版社2006年版,第291页。

[61] Donald L. Horowitz, “Justification and Excuse in the Program of the Criminal Law”, *Law and Contemporary Problems*, vol.3, 1986, p.11.转引自魏汉涛:《刑法从宽事由共同本质的展开》,法律出版社2012年版,第15页。

[62] See Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, pp.18-19.转引自魏汉涛:《刑法从宽事由共同本质的展开》,法律出版社2012年版,第45页,注释2。

诉人的宽恕。在这两种不同的宽恕中,后者可以直接对最终的量刑结果产生影响,前者则存在一个公权力机关确认的问题。例如,对于被害人非自愿地宽恕加害人,或者宽恕的具体内容已经超出了法律的限制,那么在超出限度的范围内,宽恕加害人罪行的意愿将不可能成为量刑从宽的依据。

1. 被害人对加害人的宽恕

被害人对加害人的宽恕主要体现在刑事和解中,而绝大多数的刑事和解,往往以加害人给予被害人可以接受的物质赔偿作为宽恕的对价,这也体现了加害人对犯罪所破坏的社会关系的修复。对此,前文已经提及。诚然,在刑事和解中,“恢复被害人的权利和需要,是处理犯罪的第一要务”,^[63]但这并不意味着刑事和解的价值仅仅体现为物质补偿,尤其不能认为物质补偿是取得被害人宽恕的充分条件。而在实践中,对此存在认识上的误区。例如,在有的案件中,加害人的确通过真诚地向被害人承认罪行、表达歉意,但苦于自身经济条件有限而无力退赃退赔,而被害人在未获得经济补偿的情况下,依然明确表示谅解。此时,有的司法机关却认为没有经济赔偿,就不能认为被害人已经宽恕了加害人,依然拒绝在各个刑事诉讼阶段对加害人从宽处理。这种做法,显然忽视了刑事和解在具有对被害人物质补偿的功能之外,还具有对其进行精神补偿的功能。事实上,“刑事和解弱化对责任归属的争执,在一个平和的环境条件下,通过被害叙说以及犯罪人向被害人赔礼道歉、真诚地谢罪、悔悟、赠送礼物等行为,使被害人因犯罪所造成的精神损害得到较好地平复”,^[64]而这种精神损害的平复,以及基于损害的平复而对加害人的宽恕,未必以获得物质赔偿为必要。故笔者认为,只要加害人对被害人明确表示悔悟,得到了被害人的认可和宽恕,就可以作为从宽处罚的依据。

2. 国家对被追诉人的宽恕

在传统的刑事诉讼模式之下,国家和个人之间是一种敌对关系。无论是犯罪控制模式,还是正当程序模式,刑事诉讼制度的构造、刑事司法观念的养成,都是建立在“刑事诉讼自始至终是一场战争”的观念基础之上的。因此,对于认罪认罚的加害人的宽恕,主要来源于被害人。1970年,美国法学家约翰·格里菲斯提出了刑事诉讼的第三种模式——家庭模式。在这一模式之下,国家和被告人之间不再是对立关系,国家对被告人的教育、宽恕成为一种必要:“刑事纠纷就像家里发生矛盾一样,被告人和被害人都是家庭里的两个孩子,他们都需要关心和爱护”,^[65]刑事程序的最基本和最重要功能不是实现惩罚,而是接受教育。“当父母惩罚孩子时,父母和孩子都知道,以后他们仍将像以前一样继续共同生活”;^[66]作为家长的国家,就不得不面对同犯错的孩童也即犯罪人之间如何共存的问题。而这种共存的前提,乃是国家给予

[63] (日)首山正、西村春夫:《犯罪学的招待》,日本评论社1999年版,第180页;转引自黎宏:《刑法总论问题思考》,中国人民大学出版社2007年版,第550页。

[64] 孙勤:《刑事和解价值分析》,中国人民公安大学出版社2009年版,第151页。

[65] 参见郭云忠:“刑事司法中的母爱主义”,《法律科学》2009年第2期,第61页。

[66] (美)约翰·格里菲斯:“刑事程序中的理念或刑事诉讼的第三种模式”,吴放铮译,载(美)虞平、郭志媛编译:《争鸣与思辨:刑事诉讼模式经典论文选译》,北京大学出版社2013年版,第64页。

犯罪人的宽恕,是对一度误入歧途的犯罪人的再次接纳。

当然,国家对于如此之多的犯罪人,宽恕的程度和方式自然会有差别。生活常识告诉我们,对于及时承认自己的过错、表示悔意甚至采取一定措施挽救自己错误所造成损失的孩童,在犯错后更容易得到家长的原谅,从而免受责罚。因此,认罪认罚的犯罪人,更容易得到国家的宽恕;且认罪认罚的诉讼阶段越早,宽恕的力度就越大。司法心理学的研究表明:“犯罪行为人为人作案后心理活动复杂,一般情况下逃避法律制裁的愿望强烈,但同时又伴随有对于犯罪的悔恨,特别是初犯,作案后恐惧、悔恨心理明显。初犯大多还有一定的道德感和法律意识,在犯罪后,看到自己行为的危害,往往会产生悔恨心理。”〔67〕正是这种悔恨心理,以及后续的改恶迁善行为,激起了国家对被追诉人的宽容之心,而长有一张“既严肃又慈祥的父亲般脸庞”〔68〕的刑法,则会对被追诉人网开一面,从而在处罚上予以从宽。

那么,有悔恨心理的被追诉人,为何就最有可能得到国家的宽恕呢?笔者认为,这里需要从面向已然之罪的诉讼活动和面向未然之罪的犯罪预防两个方面加以分析:一方面,在被追诉人对自己的犯罪行为有悔意的情况下,才最有可能配合司法机关工作,推进诉讼进程;另一方面,在被追诉人已经认识到自己行为的应受谴责的情况下,才能引以为戒,杜绝再犯。而在认罪认罚中,犯罪嫌疑人、被告人如实供述罪行的认罪行为,有利于对针对已然犯罪的认定和惩处,有利于警示教育被追诉人,减少其再犯可能性。犯罪嫌疑人、被告人若想真正得到国家的宽恕,需要同时在上述两个方面均得到国家的积极评价。例如,犯罪嫌疑人、被告人在针对此次犯罪的诉讼活动中如实供述罪行,且明确表示悔改,但该人之前受到过多次刑事或者行政处罚,表现出较大的再犯可能性。对于这种情形,虽然犯罪嫌疑人、被告人也许可能基于坦白甚至自首情节而从轻处罚,但由于同时存在累犯从重情节,在量刑情节竞合后,最终未必能得出量刑轻缓的结论。

然而,“宽容并非毫无界限,它不是不计任何代价的容忍”;〔69〕宽恕若要真正对认罪认罚的案件施加正面影响,需要合理把握其限度问题。例如,对于累犯在宽恕上应当慎重;又如,对于危害国家安全、特别是挑战整个人类社会基本生存秩序和道德观念的犯罪(例如恐怖活动犯罪),即便犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚,对其的宽恕也将会成为对犯罪行为没有原则的妥协。对于如何把握宽恕在认罪认罚从宽上的适用限度,当下一个棘手的问题在于,对于超出了刑事和解范畴之外的认罪认罚,能否从宽?〔70〕

2012年修订后的《刑事诉讼法》专章规定了当事人和解的公诉案件诉讼程序,其中第277

〔67〕 罗大华主编:《刑事司法心理学的理论与实践》,群众出版社2002年版,第40页;转引自孙瑜:《认罪案件审判程序研究》,对外经济贸易大学出版社2012年版,第56页。

〔68〕 日本刑法学家西原春夫语。详见(日)西原春夫:《刑法的根基与哲学》,顾肖荣等译,法律出版社2004年版,第139—140页。

〔69〕 (德)阿图尔·考夫曼:《法律哲学》(第二版),刘幸义等译,法律出版社2011年版,第344页。

〔70〕 对于重罪能否和解的讨论,参见甄贞、郑瑞平:“刑事和解在死刑案件中之适用初探”,《法学杂志》2014年第1期,第101—106页。

条规定了公诉案件当事人和解的适用条件,即“因民间纠纷引起,涉嫌刑法分则第四章、第五章规定的犯罪案件,可能判处三年有期徒刑以下刑罚的”以及“除渎职犯罪以外的可能判处七年有期徒刑以下刑罚的过失犯罪案件”,同时规定“犯罪嫌疑人、被告人在五年以内曾经故意犯罪的,不适用本章规定的程序”。而对于为何仅将故意犯罪案件适用刑事和解限定在“因民间纠纷引起,涉嫌刑法分则第四章、第五章规定的犯罪案件,可能判处三年有期徒刑以下刑罚的”范畴,参与立法的同志在相关著述中指出:“这样规定是考虑到这类犯罪比较轻微,且其侵犯的客体是公民的人身权利、民主权利、财产权利,并不涉及国家利益、公共利益,允许公民有一定的处分权以有利于修复社会关系。”^[71]这种立法考虑到了不同犯罪侵犯法益的特殊性,有其正当性。这种封闭式的条款,也许会遗漏一些应当进入刑事和解程序的案件类型。例如《刑法》第293条规定的寻衅滋事罪不属于侵犯公民人身权利、民主权利犯罪,也非侵犯财产类犯罪,但由于寻衅滋事罪往往伴随着对被害人人身或者财产权益的侵害,故实践中寻衅滋事案件的赔偿和解数量较大。2013年7月“两高”《关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释》第8条规定:“行为人认罪、悔罪,积极赔偿被害人损失或者取得被害人谅解的,可以从轻处罚;犯罪情节轻微的,可以不起訴或者免于刑事处罚”,从而在司法解释层面正式明确了对于认罪认罚认赔的犯罪嫌疑人、被告人可以从宽处罚。问题在于,由于寻衅滋事罪并不属于《刑事诉讼法》中规定的刑事和解案件范围,那么“积极赔偿损失或者取得被害人谅解”又通过何种程序来实现呢?和解的结果是否能得到司法机关的认可呢?从法律效果上来说,司法解释认可寻衅滋事案件在认罪认罚认赔的情况下可以从宽,有利于鼓励犯罪嫌疑人、被告人配合司法活动,积极赔偿被害人损失,具有良好的行为指引作用;同时“可以从宽”而非“应当从宽”也赋予了司法机关在从宽问题上的自由裁量权,对于一些既造成了被害人个人损失,同时又给整个公共秩序造成严重扰乱的寻衅滋事案件,即便行为人认罪认罚,也未必从宽处罚。这种制度设计考虑到了寻衅滋事案件较之于相类似的罪名(故意伤害罪、故意毁坏财物罪、敲诈勒索罪等)在法益上的特殊性,值得肯定。因此,一概否认寻衅滋事案件中的和解,缺乏合理性。当然,在立法未进行修改的情况下,只能作如下理解:对于寻衅滋事案件的和解,不可能通过《刑事诉讼法》中关于公诉案件和解的制度设计来明确程序,^[72]但对于基于双方真实意志自愿达成的和解协议,具有证据能力和证明力,依然可以成为对犯罪嫌疑人、被告人从宽处罚的重要依据,从而纳入认罪认罚从宽的制度渠道。

总之,实现刑罚预防、修复社会关系、彰显宽恕精神,应当成为认罪认罚从宽的三大实体法

[71] 臧铁伟主编:《〈中华人民共和国刑事诉讼法〉解读》(最新版),中国法制出版社2012年版,第612页。

[72] 我国学者指出,2012年《刑事诉讼法》第277条规定刑事和解仅适用于轻罪案件,这为今后在重罪案件中适用刑事和解带来了挑战。我国刑事和解制度包含的内容在附带民事诉讼调解中均能直接或间接地体现出来,因而2012年《刑事诉讼法》第101条关于附带民事诉讼调解的规定为刑事和解适用于重罪案件提供了可能。详见陈学权:“我国重罪案件适用刑事和解面临的挑战及应对”,《法学杂志》2015年第4期,第52-59页。

根据。但上述三个实体法根据在地位上并非完全相同。相比而言,刑罚预防的实现效果,应当是认罪认罚后是否从宽,以及如何从宽首先需要考虑的问题。例如,即便被害人表示宽恕犯罪人,且犯罪人也通过事后行为弥补了因犯罪所造成的损害,但通过人身危险性评估,得出了犯罪人依然有较大再犯可能性的结论,此时为了实现刑罚的特殊预防效果,依然不能从宽,或者不能在较大程度上从宽处罚。又如,即便被害人愿意宽恕犯罪人,但由于其造成的客观损害尚未弥补,对犯罪人的从宽力度依然不宜过大。因此,笔者初步认为,上述三大根据中,其在认罪认罚从宽实体法根据中的排序应当为:实现刑罚预防、修复社会关系、彰显宽恕精神。无论是对于具体制度的理解,还是结合个案的运用,均需遵循这一顺序。

Abstract: The CCP Central Committee Decision concerning Several Major Issues in Comprehensively Advancing Governance According to Law (passed on 23 October 2014) demanded to improve systems for leniency for admitting guilt and accepting punishment, and this reform is underway in 18 cities since November 2016. From the perspective of criminal policy, this paper aims at giving a clear positioning of this reform, clarifying its relationship with the previous policies of plea bargain or tempering justice with mercy, bringing to light its policy meaningfulness and substantive law basis in order to provide theoretical guide to experiments of this reform.

Key Words: Leniency for Admitting Guilt and Accepting Punishment; Plea Bargain; Tempering Justice with Mercy; Criminal Policy; Substantive Law Basis

(责任编辑:江 溯)