

# 论量刑协商的性质和效力

陈瑞华\*

**摘要** 通过确立认罪认罚从宽制度,我国刑事诉讼法引入了一种颇具特色的量刑协商机制。根据律师参与这一程序的方式,量刑协商可分为消极的量刑协商模式和积极的量刑协商模式,前者属于一种最低限度的量刑协商,后者则属于可产生积极效果的协商模式,有待于通过必要的制度保障而加以激活。嫌疑人签署的认罪认罚具结书属于控辩双方量刑协商的结果,具有量刑协议书的属性,对于检察官和被告人都具有法律约束力,但对于法官的裁判则不具有必然的法律效力。目前我国法律确立了法官形式审查为主、实质审查为辅的司法审查方式,未来有必要通过对不同程序的分流和幅度型量刑建议的推行,逐步完善法院的司法审查方式。对于法院采纳量刑建议的裁决,被告人提出上诉的,要根据控辩双方量刑协议的内容来确定是否构成程序反悔。律师当庭作无罪辩护的,不影响控辩双方量刑协议的效力。

**关键词** 量刑协商 认罪认罚具结书 形式审查 实质审查 程序反悔

## 引言

2014年,我国司法改革决策者将构建“认罪认罚从宽制度”作为一项重要的改革内容。自2014年以来,经全国人大常委会授权,最高人民法院和最高人民检察院在全国部分地区进行了两轮“认罪认罚从宽制度的改革实验”。2018年,在总结上述改革实验成果的基础上,我国立法机关通过了修订后的刑事诉讼法,确立了认罪认罚从宽制度。根据这一制度,在刑事诉讼中,嫌疑人、被告人承认指控的犯罪事实并愿意接受刑事处罚的,司法机关可以依法从宽处理,并适用一种特别的“认罪认罚程序”。

从法律上看,我国的认罪认罚程序分为两个环节:一是检察机关主导下的量刑协商程序;

\* 北京大学法学院教授。

二是法院主持下的司法审查程序。通过前一程序,检察机关在听取嫌疑人、辩护人或值班律师的意见后,提出为后者所接受的量刑方案,然后在辩护人或值班律师的见证下,责令嫌疑人签署认罪认罚具结书,检察机关据此提出量刑建议。而在后一程序中,法院对于检察机关提起公诉并提出量刑建议的案件,对被告人认罪认罚的自愿性进行形式审查,并从事实认定和法律适用的角度进行实质审查。经过审查,认定检察机关量刑建议具有事实和法律依据的,法院就可以采纳这一量刑建议。

在司法实践中,法院对于大多数认罪认罚案件,都只是对被告人认罪认罚的自愿性进行形式审查,而不再对案件的证明标准、指控的罪名和所建议的量刑方案进行实质审查。尤其是在刑事速裁程序中,法院一般都通过一场较为快速的“庭审”过程,完成对检察机关提出的量刑建议的审查和确认,并作出当庭宣判。可以说,在法庭审理“流于形式”的情况下,认罪认罚程序的核心就变成了检察机关主持的审查起诉程序,而其中的量刑协商程序又成为整个认罪认罚程序的重中之重。

但是,随着认罪认罚从宽制度的实施,有一部分案件的法庭审理程序也出现了新的问题,并引发了广泛的关注和争议。在这些案件中,围绕着控辩双方所达成的量刑协议,诉讼各方发生了一些争议。有的法院对检察机关的量刑建议拒绝采纳,在控辩双方达成量刑协议的情况下,对被告人作出了较重的刑事处罚。有的被告人对法院采纳量刑建议的裁决,提出上诉,引发了检察机关对其“恶意上诉”的指责,甚至提起抗诉。有的辩护律师在被告人自愿作出认罪认罚的情况下,仍然坚持无罪辩护,引发了检察机关和法院对认罪认罚有效性的质疑。这些案件尽管在适用认罪认罚程序的案件中并不占有较高的比例,却引发了法学界和司法实务界的争论,暴露出一些有待解决的制度问题。而透过这些制度问题,也能够发现一些值得深入讨论的理论问题。

对此,可以简要分析几个有影响力的案例。第一个案例是北京第一中级人民法院二审判决的交通肇事逃逸案件。被告人酒后驾驶车辆撞死一人后,逃离现场,后主动投案,交代了实施交通肇事的事实。被告人近亲属主动赔偿被害方160万元,并与被害方签署刑事和解协议书。被告人自愿认罪认罚,并在辩护人见证下,签署了认罪认罚具结书。检察机关还认定被告人构成自首。据此,检察机关向法院提起公诉时,提出了判处三年有期徒刑、缓期四年执行的量刑建议。一审法院以被告人主观恶性较大为由,拒绝适用缓刑,以构成自首、初犯、赔偿等情节为由,判处被告人二年有期徒刑。对此判决,被告人提出上诉,检察机关也以应当适用缓刑为由,提出抗诉。北京市第一中级人民法院以被告人酒后驾驶车辆、交通肇事后逃逸、不构成自首、犯罪情节特别恶劣等为由,改判被告人三年六个月有期徒刑。<sup>〔1〕</sup>

二审判决公布后,引起了极为强烈的社会反响。批评者认为,两级法院都没有尊重被告人签署的认罪认罚具结书,没有采纳检察机关依法提出的量刑建议;二审法院对被告人上诉、检察机关为被告人利益提起抗诉的案件,加重刑事处罚,这属于做出不利于被告人的评价,实质

〔1〕 参见余金平交通肇事案,北京市第一中级人民法院(2019)京01刑终628号刑事判决书。

上违背上诉不加刑原则；在检察机关建议适用缓刑的情况下，法院改判“实刑”，违背控审分离原则，成为事实上的刑事追诉机关。但也有赞同者认为，法院依法独立行使审判权，无可厚非；检察机关的量刑建议对于法官的判决没有约束力；对于控辩双方达成量刑协议的案件，法院拥有实质审查权。

第二个案件是河北保定市中级人民法院判决的一起寻衅滋事案件。被告人寻衅滋事造成多人受轻伤后，存在自首情节，与被害方达成和解协议，积极赔偿了被害方的损失，并认罪认罚，自愿签署了认罪认罚具结书，检察机关据此提出了判处一年三个月的量刑建议。一审法院根据被告人的犯罪事实、犯罪性质、情节和社会危害程度，判处被告人二年有期徒刑。对此判决，被告人以自己存在认罪认罚情节，法院应当采纳检察机关的量刑建议为由，提出上诉。保定市中级人民法院经过二审审理，认为上诉人“签署了认罪认罚具结书”，检察机关提出了一年三个月的量刑建议，“对该量刑建议一审法院并未向人民检察院提出调整量刑建议的通知，一审法院非因法定原因而不采纳检察机关的该量刑建议不妥”，改判被告人有期徒刑一年三个月。<sup>〔2〕</sup>

对于这一判决，很多法律界人士批评法院没有任何法定正当理由，拒绝采纳检察机关经过适用认罪认罚程序而提出的量刑建议，也没有通知检察机关变更量刑建议，违反了刑事诉讼法的规定。不仅如此，在检察机关与被告人达成建议适用有期徒刑一年三个月的量刑协议后，法院竟然加重刑事处罚，违背了司法裁判的中立性原则。

第三个案例是福建闽侯县人民法院判决的一起行贿案件。被告人实施行贿行为，行贿数额达到57.5万元。案发后，被告人向检察机关认罪认罚，并在辩护人的见证下签署了认罪认罚具结书。检察机关据此提出了建议判处一年七个月以下有期徒刑的量刑建议。在法庭审理过程中，被告人仍然认罪认罚，但辩护人却提出了无罪辩护意见。检察机关认为，被告人虽然认罪认罚，但辩护人做无罪辩护，违反了认罪认罚具结书的约定，所以决定撤回原来的量刑建议，重新提交了量刑建议书，建议判处被告人一年六个月以上、二年六个月以下有期徒刑。法院经审理后认为，辩护人的无罪辩护并不导致被告人认罪认罚具结书的撤销，更不必然导致量刑建议的提高；在法庭审理中，被告人并不同意辩护人的无罪辩护意见，继续坚持自愿认罪认罚，应认定认罪认罚具结书仍然有效。据此，法院判处有期徒刑一年五个月。<sup>〔3〕</sup>

对此案件的判决，一些法律界人士同意法院的裁判意见，认为被告人坚持认罪认罚，辩护人做无罪辩护的，不影响认罪认罚具结书的法律效力。但也有一些律师认为，律师有权提出独立的辩护意见，不受委托人意志的左右。特别是在值班律师无法提供有效帮助或者案件“确实不构成犯罪”的情况下，被告人即便认罪认罚，辩护人也可以提出无罪辩护意见。这有助于防止冤假错案的发生。

〔2〕 参见王建东寻衅滋事案，河北省保定市中级人民法院(2020)冀06刑终137号刑事判决书。

〔3〕 参见《法院：律师作无罪辩护并不导致认罪认罚具结书的撤销》，载搜狐网，[https://m.sohu.com/a/355861748\\_662699](https://m.sohu.com/a/355861748_662699)，最后访问日期：2020年4月22日。

除此以外,检察机关在认罪认罚案件中试图主导刑事诉讼程序,追求所谓的“精准量刑”,为下级检察机关和检察官下达了双重考核指标:一是70%以上的认罪认罚适用率;二是90%以上的确定性量刑建议被采纳率。这一方面给下级检察机关带来了极大工作压力,另一方面也引发了广泛的批评,被视为违背诉讼规律的典型例证。〔4〕

在认罪认罚从宽制度实施之后,围绕着控辩双方量刑协商的性质和效力问题出现了如此多的争议,这是非常值得关注的问题。发生上述争议的原因,一方面有刑事诉讼法对认罪认罚从宽制度规定不明确的问题,另一方面也有刑事诉讼理论研究不深入和不成熟的问题。尤其是对被告人自愿签署的认罪认罚具结书,目前在理论上没有给出令人信服的解释,导致理论界和实务界对其性质和法律效力产生了较大的分歧和争议。与这一问题有关的是,我国认罪认罚程序中是否引入了量刑协商机制?检察机关责令嫌疑人签署的认罪认罚具结书,究竟具有怎样的性质和效力?在值班律师无法参与量刑协商过程的情况下,如何将控辩双方的量刑协商机制加以激活,以防止检察官完全掌控认罪认罚程序?对于控辩双方达成一致意见的量刑建议,法院究竟是进行形式审查,还是实质审查?究竟在什么情况下,法院可以将被告人签署的认罪认罚具结书加以撤销?在认罪认罚程序的适用过程中,被告人提出上诉,或者辩护律师作出无罪辩护的,这是否会影响认罪认罚具结书的法律效力……

本文拟结合这些问题,对量刑协商的性质和效力做出理论上的分析和评论。笔者将首先分析量刑协商的对象、控辩双方量刑协议的两种模式,总结认罪认罚具结书的性质和效力,提出法院对量刑协商的参与方式问题,并对被告人上诉的后果和律师无罪辩护的影响,做出简要的评论。不仅如此,要确保认罪认罚从宽制度的有效和运行,法律还需要确立一些必要的程序保障机制。对于这些程序保障机制,本文也将做出简要的评论。

## 一、量刑协商机制的确立

有研究者通过分析法律文本和观察司法实践,认为我国的认罪认罚从宽制度没有确立量刑协商机制,而基本上属于一种由检察机关主导的“职权宽恕”模式。〔5〕主要理由在于,在嫌疑人、被告人表达认罪认罚意愿的情况下,检察官会听取嫌疑人对定罪量刑问题的意见,并且听取辩护人或值班律师的意见,在此基础上责令嫌疑人、被告人签署认罪认罚具结书。这种“听取意见”与原有的审查起诉方式并无实质的区别,这种对供认犯罪事实的嫌疑人、被告人给出宽大处理的做法,也没有超出传统的“宽严相济”和“坦白从宽”的政策范畴。更何况,在大多数嫌疑人没有委托辩护人的情况下,那些值班律师为其提供的法律帮助是极其有限的。值班律师既无法与检察官就量刑问题展开协商,更难以通过积极的斡旋促使检察官降低量刑的幅

〔4〕 参见蒋安杰:“认罪认罚从宽制度若干争议问题解析——专访最高人民检察院副检察长陈国庆(下)”,载《法制日报》2020年5月13日,第9版。

〔5〕 参见陈卫东:“认罪认罚从宽制度的理论问题再探讨”,《环球法律评论》2020年第2期,第23—36页。

度,而充其量不过是嫌疑人签署认罪认罚具结书的见证人而已。〔6〕

上述观点不无道理,我国刑事诉讼法确实确立了一种检察机关主导的认罪认罚程序,而这种程序也确实异于美国的辩诉交易。但是,在这一程序中,一种由检察机关与嫌疑人、被告人就量刑问题展开对话、达成妥协并产生协议的控辩协商机制已经得到确立。所谓控辩协商,是建立在控辩双方对案件实体问题作出处分基础上的当事人主义诉讼模式。在程序上,协商性司法尊重控辩双方的诉讼主体地位,允许双方通过协商、达成妥协并形成量刑建议。在实体上,协商性司法允许检察机关享有一定的自由裁量权,使得控辩双方具有处分诉讼结局的空间。〔7〕迄今为止,在定罪标准、指控罪名和指控犯罪数量方面,我国刑事诉讼法并没有给出控辩协商和妥协的空间,而确立了较为严格的法定主义的处理方式。〔8〕但在量刑方面,检察机关与嫌疑人在平等协商、互谅互让的基础上,可以就量刑的种类和幅度展开协商,达成一定程度的妥协,并根据协商结果形成量刑建议。〔9〕具体说来,我国认罪认罚程序已经从以下四个方面确立了量刑协商机制。

首先,我国刑事诉讼法确立了嫌疑人以“认罪”“认罚”换取检察机关“宽大处理”的协商机制。

认罪认罚程序是一种建立在嫌疑人、被告人“认罪”和“认罚”基础上的特别程序。所谓“认罪”,是指嫌疑人、被告人对指控的犯罪事实没有异议。只要承认了主要犯罪事实,嫌疑人、被告人仅仅对个别事实提出异议,或者对行为性质提出辩解,但表示接受司法机关认定意见的,不影响“认罪”的认定。所谓“认罚”,是指嫌疑人、被告人真诚悔罪,愿意接受处罚。“认罚”在侦查阶段表现为愿意接受处罚;在审查起诉阶段表现为接受检察机关拟作出的起诉或不起诉决定,认可检察机关的量刑建议,签署认罪认罚具结书;在审判阶段则表现为当庭确认自愿签署的具结书,愿意接受刑事处罚。

作为对嫌疑人、被告人“认罪”和“认罚”的奖励,检察机关会作出“宽大处理”的承诺。根据这种承诺,检察机关会将宽大量刑方案写入认罪认罚具结书,在嫌疑人签署后据此提出量刑建议。检察机关的这种宽大处理承诺,会对法院的判决产生积极的影响。具体说来,检察机关的宽大处理承诺会使嫌疑人、被告人获得两个方面的宽大处理:一是“程序上从宽从简”,二是“实体上的从宽处罚”。前者是指嫌疑人、被告人获得一些程序上的特殊保障,包括获得值班律师的法律帮助、尽量不适用羁押措施、案件得到快速处理,等等。后者则是指检察机关说服法院将被告人认罪认罚作为一项独立的量刑情节,做出宽大的刑事处罚。法院会将“认罪认罚”列为介于自首和坦白之间的法定量刑情节,对被告人采取比坦白更为宽大的从轻处罚。当然,在被告人同时成立自首、坦白和认罪认罚的案件中,司法机关不做重复性评价,而可以选取其中

〔6〕 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56—79页。

〔7〕 参见陈瑞华:“刑事诉讼的公力合作模式——量刑协商制度在中国的兴起”,《法学论坛》2019年第4期,第5—19页。

〔8〕 参见陈瑞华:“认罪认罚从宽制度的若干争议问题”,《中国法学》2017年第1期,第35—52页。

〔9〕 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。

一个最有利于被告人情节进行宽大处理。<sup>〔10〕</sup>

其次, 嫌疑人、被告人的自由选择权得到法律的确立。

无论是检察机关还是法院, 都要确保嫌疑人、被告人认罪认罚的自愿性。这体现了检察机关与嫌疑人、被告人平等协商、自由处分的理念。具体说来, 对于侦查机关移送的认罪认罚案件, 检察机关要对认罪认罚的自愿性和合法性进行审查, 而对于检察机关提起公诉的认罪认罚案件, 法院也要审查被告人认罪认罚的自愿性, 核实认罪认罚具结书的真实性和合法性。审查的内容可以包括: 被告人是否自愿认罪认罚, 有无受到暴力、威胁、引诱而违背意愿认罪认罚; 被告人认罪认罚时的认知能力和精神状态是否正常; 被告人是否理解认罪认罚的性质和法律后果; 检察机关和公安机关是否履行告知义务并听取意见; 值班律师或者辩护人是否与检察机关进行沟通, 提供了有效法律帮助, 并在场见证认罪认罚具结书的签署, 等等。

再次, 法律尊重嫌疑人、被告人的程序反悔权, 并为此确立了程序回转的法律后果。

嫌疑人、被告人不仅可以自由选择认罪认罚程序, 而且在选择这一程序后还可以进行反悔, 从而恢复行使其原本放弃的诉讼权利。所谓程序反悔, 是指嫌疑人、被告人在签署认罪认罚具结书之后, 否认指控的犯罪事实, 或者拒绝接受认罪认罚具结书所确定的量刑方案的导致认罪认罚具结书失去法律效力的行为。无论是在侦查阶段还是在审查起诉阶段, 嫌疑人在表达认罪认罚意愿后, 都可以提出程序反悔, 从而终止认罪认罚从宽程序。而在签署认罪认罚具结书之后, 嫌疑人、被告人提出程序反悔的, 除了终止认罪认罚从宽程序以外, 还会导致认罪认罚具结书失去法律效力。这种情况一旦发生, 检察机关即可对案件重新提起公诉, 建议法院按照普通程序或者简易程序进行审理。法院也可以自行终止认罪认罚程序, 根据审理查明的事实, 依法做出裁判。对于符合转换程序条件的案件, 法院还可以转换为普通程序或者简易程序进行审理。

最后, 在坚持法定主义量刑理念的前提下, 检察机关可以对量刑问题作出适度的处置, 有了一定的自由裁量权。

原则上, 量刑协商建立在检察机关享有一定自由裁量权的基础上, 控辩双方可以通过协商在法定量刑幅度内寻求妥协的空间。我国法律尽管奉行法定主义量刑理念, 但对于被告人认罪认罚的案件, 仍然允许检察机关将其作为法定的从轻量刑情节, 甚至在宽大程度上要高于坦白情节。<sup>〔11〕</sup> 不仅如此, 对于认罪认罚的被告人, 检察机关还可以遵循“阶梯式从宽处理”的原则, 对于嫌疑人、被告人在侦查和审查起诉阶段认罪认罚的, 还可以给出高达 30%—40% 的宽大量刑奖励。<sup>〔12〕</sup> 在司法实践中, 检察机关在大体确定嫌疑人基准刑的前提下, 还可以根据

〔10〕 参见蒋安杰:“认罪认罚从宽制度若干争议问题解析——专访最高人民检察院副检察长陈国庆(上)”,载《法制日报》2020年4月29日,第9版。

〔11〕 参见蒋安杰:“认罪认罚从宽制度若干争议问题解析——专访最高人民检察院副检察长陈国庆(中)”,载《法制日报》2020年5月6日,第9版。

〔12〕 参见陈瑞华,见前注〔7〕,第5—19页。

其认罪认罚等量刑情节,计算量刑调节比例,给出更为宽大的量刑优惠。这显然说明,尽管受到法定主义量刑理念的限制,我国法律也没有将认罪认罚视为一种减轻或者免除刑罚情节,但至少法定量刑幅度内,检察机关与嫌疑人仍然可以有较大的量刑妥协空间。这也是量刑协商机制赖以存在的实体法基础。

## 二、量刑协商的两种模式

相对于以往检察机关依据职权提出量刑建议的公诉方式来看,量刑协商是检察机关与嫌疑人、辩护人或值班律师就量刑问题展开平等对话的一种方式,其中既包含了讨论和沟通的过程,也包含了通过相互妥协达成协议的过程。相对于传统的“对抗性司法”而言,量刑协商是“合作性司法”或“协商性司法”的表现形式之一,建立在高度尊重嫌疑人、被告人诉讼主体资格的基础上,赋予其通过行使诉权,对诉讼权利和实体结局进行自主性的选择和处分。<sup>〔13〕</sup>

通常而言,量刑协商主要发生在审查起诉阶段。在这一阶段,检察机关发现案件具备适用认罪认罚程序条件的,应与嫌疑人、辩护人或者值班律师展开量刑协商。根据嫌疑人及其辩护人、值班律师的参与方式和参与程度,量刑协商可以分为消极的量刑协商与积极的量刑协商这两种程序模式。前者是检察官依据职权讯问嫌疑人并听取辩护人、值班律师意见的一种协商活动;后者则是嫌疑人在辩护人或值班律师的帮助下,与检察机关就量刑问题展开平等对话、协商和达成协议的过程。在那些值班律师参与的认罪认罚案件中,检察机关主导了整个协商过程,与嫌疑人的协商基本上属于消极的量刑协商模式。而在嫌疑人委托辩护律师的案件中,只要辩护律师积极地参与协商过程,提出了强有力的协商筹码,发表了具有影响力的量刑辩护意见,那么,这种协商就是积极的量刑协商模式。

### (一)消极的量刑协商模式

在认罪认罚程序中,检察官应当就定罪量刑问题听取嫌疑人、辩护人或者值班律师的意见。由于嫌疑人已经做出了认罪认罚的选择,因此,所谓听取意见,主要是就量刑问题听取嫌疑人、辩护人或者值班律师的辩护意见。在听取意见过程中,检察官可依据刑法和量刑指导意见,结合本案的犯罪事实和量刑情节,提出较为宽大的量刑方案。

在大多数认罪认罚案件中,嫌疑人在审判前阶段是没有委托辩护人的,只能获得法律援助值班律师的帮助。从理论上讲,值班律师可以为嫌疑人提供包括法律咨询、代为申诉控告、代为申请变更强制措施、建议选择诉讼程序等方面的法律帮助,也可依法行使会见权和阅卷权。但在司法实践中,值班律师都是在看守所、检察机关、法院进行轮流值班,其法律援助工作具有很大的流动性和临时性,在审判前阶段无法与嫌疑人形成较为稳定的法律关系,因此,其所提供的法律帮助都是极为有限的。尤其是在审查起诉阶段,检察机关往往是在与嫌疑人进行单方面的“量刑协商”并达成共识之后,才会邀请一名值班律师参加认罪认罚具结书的签署过程,

〔13〕 参见陈瑞华,见前注〔8〕,第35—52页。

使其充当辅助者和见证人的角色。结果,值班律师并没有获得实质性地参与量刑协商的机会,更谈不上与检察官进行量刑谈判和达成妥协了。

在值班律师无法实质性地参与量刑协商过程的情况下,检察机关对于量刑协商就具有了主导作用,嫌疑人通常只能被动地接受检察官给出的量刑方案。在司法实践中,检察官可以根据犯罪的事实、性质,在计算出基准刑的基础上,根据本案包括嫌疑人认罪认罚情况内的所有量刑情节,通过按比例进行减让调节,提出确定的量刑建议。与此同时,对于嫌疑人在侦查、审查起诉和审判阶段分别认罪认罚的,司法机关可以给出程度不同的宽大量刑处理。例如,对于在侦查阶段认罪认罚的嫌疑人,主刑从宽的幅度可以在前述从宽的基础上,进一步适当放宽;对于在审判阶段认罪认罚的被告人,可以在前述宽大的基础上,适度压缩量刑幅度。

消极的量刑协商的实质,是检察官根据刑法和量刑指导意见,结合本案犯罪事实和嫌疑人认罪认罚等量刑情节,给出一个具有一定幅度的量刑意见,或者给出一个较为确定的量刑方案。嫌疑人、辩护人或者值班律师,对此可以接受,也可以提出进一步降低量刑幅度的意见。双方达成一致意见的,量刑协商即告完成。在这一过程中,嫌疑人尽管可以在没有外部压力的情况下自愿选择认罪认罚程序,并自愿接受检察官给出的量刑方案,但是,由于缺乏较强的协商能力,也难以提出对检察官具有制约力的协商筹码,无法促使检察官进一步地降低量刑幅度,因此,嫌疑人只能对检察机关的量刑建议施加一些有限的影响。

## (二)积极的量刑协商模式

通常情况下,在提供有效法律帮助方面,辩护律师要比值班律师具有更大的优势。在认罪认罚案件中,嫌疑人、被告人委托辩护律师的,后者往往可以在量刑方面提出强有力的辩护意见。例如,对于检察官所提出的宽大量刑方案,辩护律师除了提出不同意见,要求降低量刑幅度以外,还可以提出一些新的证据、事实和适用法律意见,建议检察官将量刑降到最低限度。又如,辩护律师也可以逐一列出本案的从轻、减轻和免刑情节,将认罪认罚本身视为一种独立量刑情节,并在案件基准刑的基础上,通过合理的量刑比例调节,提出一个更为宽大的量刑方案。

所谓积极的量刑协商,是指嫌疑人在辩护律师的帮助下,与检察官通过积极主动的协商、谈判和妥协,来说服检察官降低量刑幅度的协商活动。与消极的量刑协商相比,积极的量刑协商往往发生在嫌疑人与辩护律师形成辩护合力的情况下,该方积极参与协商,提出有理有据的量刑辩护意见,与检察官展开实质性的谈判活动,为嫌疑人追求更为宽大的量刑优惠。

从我国相关制度安排上看,积极的量刑协商尚缺乏法律的有力支持,难以得到普遍的推行。<sup>[14]</sup>这是因为,嫌疑人尚不具有较强的诉讼主体地位,不仅不享有保持沉默的权利,而且经常处于被羁押的状态,难以充分地参与量刑协商过程。与此同时,姑且不说值班律师的无效法律帮助,就连辩护律师也经常难以做到尽职尽责的辩护,且其辩护活动也会受到诸多方面的法律限制。因此,要指望在大多数认罪认罚案件中出现积极的量刑协商模式,这还没有充分的

[14] 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80—101页。

制度保障。<sup>[15]</sup>

尽管如此,从司法实践的情况来看,也有一些律师在接受嫌疑人委托的情况下,通过有效的辩护活动,实质性地参与到量刑协商中来,促成了积极的量刑协商模式的形成。在这些案件中,辩护律师将量刑协商视为一种谈判过程,这种谈判意味着互谅互让,达成适度的妥协,通过讨价还价,找到双方都能接受的量刑方案。而要做到这一点,辩护律师就需要通过会见在押嫌疑人、全面查阅案卷、进行必要调查取证等准备活动,了解检察机关所掌握的证据情况,从中发现对委托人有利的证据、事实、情节和线索。我们之所以认为在值班律师参与诉讼活动的情况下,嫌疑人不可能与检察机关展开积极的量刑协商,原因就在于这些提供临时法律帮助的律师,即便行使会见权和阅卷权,也不具有积极参与量刑协商的能力、动力和效力,不可能通过积极的协商来争取有利的结果,更不可能促使检察官达成量刑妥协。<sup>[16]</sup>

在量刑协商过程中,辩护律师要成功地促使检察官将量刑建议中的量刑幅度降下来,“压低到诱人的程度”,就需要具有对抗的实力,也要具有量刑协商的筹码。所谓“量刑协商的筹码”,是指辩护律师提出的足以说服检察官做出战略妥协的事实和信息。这种辩护筹码大体上可分为两种类型:一是对抗性筹码,二是妥协性筹码。前者通常是辩护方所提出的足以令检察机关的指控陷入不利境地的事实和信息。在量刑协商过程中,辩护律师通过展示这些事实或者信息,向检察官表明本方具有进行“对抗性辩护”的实力,具备足以令指控陷入不利境地的辩护能力。

而所谓“妥协性筹码”,则是指辩护律师提出的旨在放弃部分诉讼请求、协助检察官实现某种诉讼利益的事实或者信息。辩护律师需要向检察官表明,为避免“两败俱伤”,本方准备放弃这些对抗性辩护活动,将这些对委托人有利的事实和信息弃之不用,表达向检察官“示好”的意愿,并随之建议检察官“压低”量刑方案,或者直接提出一个较低幅度的量刑建议。通常情况下,面对辩护方的辩护筹码,检察官会进行利弊得失的权衡,为避免可能面临的风险和损失,获得利益的最大化,会做出适度的战略妥协,提出一个令被告人及其辩护律师容易接受的量刑方案。<sup>[17]</sup>

根据一些律师辩护的经验,“对抗性筹码”与“妥协性筹码”并没有泾渭分明的界限,而可以发生相互间的转换。通常情况下,辩护律师为了说服检察官放弃提出较为严苛的量刑方案,就需要首先使用“对抗性筹码”。这类筹码可分为五大类:一是提出侦查人员存在非法取证或程序瑕疵的事实,提出排除非法证据的请求;二是提出侦查机关收集的证据存在着证明力方面的缺陷;三是提出侦查机关认定的案件事实,在证明体系和证据锁链上存在着不完整的情况,案

[15] 参见龙宗智:“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5—22页。

[16] 参见翁均涛:《可能判3年以上的贩毒案,只判9个月?》,载微信公众号“同道刑辩”,2019年12月11日上传。

[17] 参见《不容易!严峻舆论形势下获判缓刑》,载微信公众号“同道刑辩”,2020年5月18日上传。

件没有达到排除合理怀疑的程度；四是提出更为权威的同类案例，以证明检察官提出高幅度的量刑建议，是没有事实根据和法律依据的；五是提出假如被告人不供认有罪，或者选择了无罪辩护，将使案件无法适用认罪认罚程序。

当然，在检察官表达了接受妥协方案的意愿之后，辩护律师应适可而止，随即提出一系列相应的“妥协性筹码”。例如，辩护律师可以明确放弃提出非法证据排除的申请，不再启动非法证据排除程序，以解除检察官的诉讼压力；辩护律师可以不再对侦查行为的合法性提出任何异议，不再关注公诉方证据的程序瑕疵；辩护律师可以不再提出无罪辩护的请求，对于公诉方证据体系上的缺陷不再加以强调；辩护律师可以举出相类似的案例，强调检察官需要在量刑上做出必要让步，以体现“量刑协商的诚意”。当然，最为关键的是，辩护律师可以向检察官承诺，动员并说服被告人选择认罪认罚从宽程序，不再做无罪辩护，也不在法庭上出现反悔情况，由此可以帮助检察官提高认罪认罚程序的适用比例。

通过以上对协商筹码的强调，辩护律师既向检察官展示了本方的辩护实力，也向检察官展示了本方寻求合作和妥协的诚意。辩护律师可以有理有据地论证检察官所提出的量刑建议，因为幅度过低而具有更大的宽大处理空间。否则，辩护律师可以建议嫌疑人放弃选择认罪认罚程序，并在后续的诉讼程序中提出更为强有力的辩护主张和辩护理由。经验表明，只要辩护方提出强有力的协商筹码，检察官就有可能做出战略妥协，提出宽大幅度更大的量刑建议，从而使嫌疑人获得最大限度的量刑“优惠”。

### 三、作为量刑协议的认罪认罚具结书

在认罪认罚程序中，嫌疑人自愿认罪，同意量刑建议和程序适用的，应当在辩护人或值班律师在场见证的情况下，签署检察机关出具的“认罪认罚具结书”。检察机关在提起公诉时，要将这份认罪认罚具结书连同起诉书、量刑建议书一起，提交法院。那么，这种“认罪认罚具结书”究竟具有怎样的性质呢？检察机关一旦与嫌疑人达成了量刑协议，并责令嫌疑人签署了这份“认罪认罚具结书”，那么，双方应当受到哪些方面的约束呢？另外，这份“认罪认罚具结书”对于法院的裁判有没有约束力呢？对于这些问题，我们有必要从理论上作出解释。

#### （一）认罪认罚具结书的属性

对于刑事诉讼法所确立的“认罪认罚具结书”，既要从语义学上作出形式解释，又要从其所发挥的诉讼功能上作出实质解释。从字面意思看，所谓“具结书”，带有“悔过书”的性质，属于嫌疑人对其行为进行认罪悔罪的意思表示。认罪认罚具结书一般包括嫌疑人如实供述罪行、同意量刑建议、程序适用等内容。既然具结书包括了嫌疑人如实供述犯罪事实的内容，那么，这就意味着嫌疑人不仅承认了被指控的犯罪事实，而且对该项罪行的危害后果产生了主观认识，并表达了悔过之意。因此，认罪认罚具结书具有嫌疑人“认罪悔过书”的性质。一份有效的认罪认罚具结书，建立在被告人自愿认罪认罚的基础上，也建立在辩护人或值班律师在场见证的基础之上。经审查，认罪认罚具结书具有合法性和真实性的，意味着案件可依法适用认罪认

罚从宽程序。

但是,仅仅将“认罪认罚具结书”理解成“悔过书”,还远远不能体现立法机关确立认罪认罚从宽制度的立法原意。既然认罪认罚要出自嫌疑人的真实意愿,既然检察机关为吸引嫌疑人选择认罪认罚程序,要提出较为宽大的量刑方案,并为此展开一定的量刑协商活动,那么,双方通过协商达成协议后,自然就要签署一份体现双方真实意思表示的“协议书”。可惜的是,我国立法机关似乎不愿意将检察机关与嫌疑人“达成协议”这一事实写入法律之中,更无法接受“量刑协议书”这种表达方式,因此使用了“认罪认罚具结书”这一说法。其实,在控辩双方就量刑问题达成合意之后,检察机关肯定会将双方一致同意的量刑方案写入这份“认罪认罚具结书”,这既体现了检察机关对本案的量刑建议,也是嫌疑人愿意接受的优惠量刑方案。检察机关在提起公诉时,必然会将这种具结书所载明的量刑方案写入量刑建议。既然如此,这份“认罪认罚具结书”不就是控辩双方的“量刑协议书”吗?〔18〕

基于这种理解,我们可以对“认罪认罚具结书”的性质作出两个方面的界定:一是具有“量刑协议书”的性质;二是可以成为量刑建议书的根据。

首先,认罪认罚具结书具有“量刑协议书”的性质。在嫌疑人表达了认罪认罚的意愿,或者接受检察官所建议的认罪认罚方案后,检察官要在确保定罪事实清楚、适用罪名正确的前提下,就案件量刑问题听取嫌疑人的意见,也要听取辩护人或者值班律师的意见。这种听取意见的活动其实也就是控辩双方展开量刑协商的过程。检察官考虑到嫌疑人认罪认罚的情况以及其他量刑情节,在法定的基准刑的基础上,进行适当的量刑减让,提出一种量刑方案,嫌疑人、辩护人或值班律师对此量刑方案提出意见,或者提出进一步降低刑罚幅度的意见。在检察官与嫌疑人、辩护人或值班律师对某一量刑方案都能达成一致意见后,该量刑方案就被写入认罪认罚具结书之中。因此,认罪认罚具结书体现了控辩双方量刑协商的结果,记录了控辩双方就量刑所达成的协议。

其次,认罪认罚具结书是确定检察机关量刑建议书的依据。在一般刑事案件中,检察机关根据对案件事实和法律适用的认识,依据职权自行提出量刑建议书,而不必考虑嫌疑人、被告人的意愿。但在认罪认罚程序中,检察机关与嫌疑人、被告人进行了一定程度的量刑协商,并就量刑方案达成了协议,这种量刑协议直接体现在认罪认罚具结书之中。检察机关所提交的量刑建议,直接根据认罪认罚具结书所记录的量刑方案而形成,体现了检察官与被告人在量刑方面所达成的合意和妥协。可以说,在被告人签署认罪认罚具结书的情况下,检察机关向法院提交的量刑建议,与一般案件中的量刑协议有所不同,既是对被告人认罪认罚的一种量刑奖励,也体现了控辩双方就量刑问题达成的诉讼合意。

## (二)认罪认罚具结书对控辩双方的效力

原则上,认罪认罚具结书是检察机关与嫌疑人之间达成的量刑协议,体现了双方对量刑方

〔18〕 参见马明亮:“认罪认罚从宽制度中的协议破裂与程序反转研究”,《法学家》2020年第2期,第118—132页。

案所形成的合意。嫌疑人、被告人一旦签署认罪认罚具结书,即意味着控辩双方同时接受了有关的量刑方案,并一致同意案件适用认罪认罚程序。因此,作为一份协议书或者合同文本,这种认罪认罚具结书对控辩双方都应产生约束力。

对于检察机关而言,在嫌疑人、被告人签署认罪认罚具结书之后,应当按照认罪认罚具结书所确定的量刑方案,根据与嫌疑人所达成的量刑协议,来提出量刑建议。而在向法院提起公诉后,检察机关也不得擅自变更量刑建议。在法庭审理中,法院认为检察机关提交的量刑建议不能成立,而要求变更量刑建议的,检察机关需要与被告人进行协商。只有在征得被告人同意后,才能变更量刑建议。无论在任何诉讼阶段,检察机关假如擅自变更量刑建议的,就等于违反控辩双方达成的量刑协议,构成程序违约行为,被告人有权作出程序上的反悔,终止认罪认罚程序,使案件转入普通诉讼程序。因此,遵守量刑协议,按照认罪认罚具结书的内容提交量刑建议,是检察机关所要遵循的诉讼义务,是司法诚信原则的重要表现之一。

但对于被告人而言,只要自愿签署了认罪认罚具结书,就应遵守协议义务,始终坚持认罪认罚的立场,既承认检察机关指控的犯罪事实,也接受认罪认罚具结书所载明的刑事处罚。假如被告人当庭拒绝接受量刑建议,或者提出了与量刑建议不同的量刑辩护意见,即意味着被告人违反量刑协议,构成程序反悔。检察机关有权终止认罪认罚程序的继续适用,而建议法院改为适用普通程序,并建议不再对被告人作出原来所约定的宽大处罚。当然,在任何诉讼阶段,嫌疑人、被告人都享有作出程序反悔、终止认罪认罚程序的权利。这是辩护制度的内在应有之义。只不过,被告人一旦行使这种程序反悔权,那么,就等于违背了与检察机关达成的量刑协议,要承担放弃“实体从宽”和“程序从简”的诉讼后果。

### (三)认罪认罚具结书对法官的效力

认罪认罚具结书除了对检察机关和被告人具有约束力以外,对于法院的审判是否具有约束力呢?这是一个存在较大争议的问题。按照一些法官的观点,法院独立行使审判权,并在发现案件事实真相、正确适用法律的前提下,对检察机关起诉的案件作出裁判。对于检察机关提起公诉的案件,无论是否适用认罪认罚程序,法院都要按照法定的证明标准认定犯罪事实,按照刑法的犯罪构成要件来确定罪名,并按照刑法所确立的量刑幅度来确定刑事处罚。对于检察机关提交的量刑建议,法院有权进行实质审查,既可以采纳那些适当的量刑建议,也可以拒绝那些在量刑方面畸轻或畸重的量刑建议。因此,法院不受认罪认罚具结书所确定的量刑方案的约束,也不受检察机关所提出的量刑建议的制约。<sup>[19]</sup>

而在一些检察官看来,检察机关在一般案件中所提出的量刑建议,对于法院的审判确实没有当然的约束力,法院对此拥有实质审查权。但是,在认罪认罚案件中,检察机关提出的量刑建议体现了认罪认罚具结书的核心内容,而认罪认罚具结书是检察机关与被告经过充分协商和妥协所形成的量刑协议,体现了检察机关和被告人双方的合意。检察机关作为国家司法

[19] 参见胡云腾:“正确把握认罪认罚从宽——保证严格公正高效司法”,载《人民法院报》2019年10月24日,第5版。

机关,在与被告人达成量刑协议时,已经充分考虑了尊重案件事实真相、正确适用法律等方面的要求,审慎地行使了自由裁量权。即便对认罪认罚的被告人给出了一定的量刑减让,也是在法律允许的幅度范围内作出了量刑优惠,目的在于激励更多的嫌疑人、被告人尽早、尽快认罪认罚,使案件进入认罪认罚的快速程序通道。因此,无论是认罪认罚具结书,还是建立在具结书基础上的量刑建议,对于法院的量刑裁决都应具有法律约束力。<sup>[20]</sup>原则上,法院对此量刑建议,不必再进行实质审查,而只需要进行形式审查。所谓形式审查,是指法院只要确认被告人认罪认罚的自愿性,确认被告人签署认罪认罚具结书的真实性和合法性,那么,法院就应当采纳量刑建议,接受认罪认罚具结书所确定的量刑方案。在认罪认罚案件中,法院要让渡部分独立审判权,只要检察机关所提交的量刑建议没有明显的违法之处,法院就应采纳这一量刑建议。<sup>[21]</sup>

迄今为止,不少法官和检察官仍然各执己见,没有出现妥协和调和的迹象。再加上最高人民法院高度重视认罪认罚程序的适用,并提出所谓“精准量刑”的起诉政策,甚至将这一程序的适用率和确定型量刑建议的采纳率,作为对检察官和下级检察机关进行绩效考核的重要标准。这就更加剧了法官与检察官的观点冲突。<sup>[22]</sup>而不少理论研究者也加入到这种论战之中,要么支持法官的见解,要么支持检察官的观点。<sup>[23]</sup>那么,如何对这两种观点作出评论呢?认罪认罚具结书以及检察机关的量刑建议,究竟对法院有没有实质上的约束力呢?

应当说,法官的观点强调了法院的独立审判权,却忽略了认罪认罚具结书的效力,没有考虑建立认罪认罚从宽制度的立法本意。毕竟,认罪认罚从宽制度,是为以审判为中心的诉讼制度改革所做的配套制度设计。实行认罪认罚从宽制度,从根本上是为了提高诉讼效率,实现司法资源的合理配置,贯彻“让认罪认罚的案件得到快速处理”和“让不认罪案件得到公正裁决”的改革理念。假如对于控辩双方达成量刑协议的案件,法院动辄都坚持所谓的“独立审判”,任意拒绝认罪认罚具结书的量刑方案,那么,认罪认罚从宽制度改革的目标就难以达成了。可以说,站在司法改革的角度来说,法院拒绝承认所有案件认罪认罚具结书的效力,这可能是行不通的。

但是,检察官动辄强调主导认罪认罚程序,要求法院“让渡部分审判权”,并要求法院承认认罪认罚具结书的法律效力,这也是不切实际的。毕竟,法院拥有最终的裁判权,未经法院依法裁判,对任何人不能定罪判刑,这是不容质疑和挑战的基本原则。更何况,检察机关为强力推进认罪认罚从宽制度,不仅将认罪认罚程序适用率列为对检察官和检察机关的考核指标,还将所谓的“精准量刑成功率”,作为另一项对检察官和检察机关的考核指标。所

[20] 参见陈国庆:“量刑建议的若干问题”,《中国刑事法杂志》2019年第5期,第3—18页。

[21] 参见朱孝清:“刑事诉讼法第201条规定的合理性”,载《检察日报》2019年11月7日,第3版。

[22] 参见卞建林、陶加培:“认罪认罚从宽制度中的量刑建议”,《国家检察官学院学报》2020年第1期,第132—145页。

[23] 参见李奋飞:“论‘确认式庭审’——以认罪认罚从宽制度的入法为契机”,《国家检察官学院学报》2020年第3期,第39—54页。

谓“精准量刑成功率”，也就是检察机关提出的确定性量刑建议的采纳率。既然检察机关都提出了极为明确的量刑建议，这种建议都可以具体到几年或几个月的精准程度，那么，法院的审判不就完全流于形式了吗？但问题在于，假如检察机关提出的量刑建议确实存在一定偏差，或者法院当庭发现了其他被忽略的量刑情节，那么，法院又怎么可能在每个案件中都采纳这种“精准量刑幅度”呢？

其实，认罪认罚具结书的法律效力问题，与法院对量刑协商的参与方式问题存在较为密切的联系。原则上，假如法院参与了量刑协商的过程，并审查批准了控辩双方的量刑协议，那么，认罪认罚具结书就对法院审判具有约束力。相反，假如法院没有参与量刑协议的形成过程，量刑协议仅仅是检察机关与被告人双方达成的，那么，法院当然有权进行事后的司法审查。在这一方面，我国确立了法院事后司法审查的制度，对于量刑协议既拥有形式审查权，也可以行使实质审查权。这显然限制了控辩双方量刑协议的适用效果。要走出这一怪圈，简单地要求检察机关或者法院作出让步，可能是不切实际的，唯一的出路可能是改变法院参与量刑协商的方式。对于这一问题，我们在下面的分析中进行讨论。

#### 四、法院对量刑协议的审查方式

从理论上讲，法院享有独立审判权，要对检察机关提起公诉的案件，在事实认定和法律适用上进行实质性的法庭审理，并作出独立的裁判。但是，在认罪认罚程序中，控辩双方已经达成了量刑协议，检察机关提交的量刑建议体现了控辩双方的诉讼合意，对于这种量刑建议，法院也要像普通案件那样进行实质审理，而不受认罪认罚具结书的约束吗？假如法院对于控辩双方达成量刑协议的情况不作任何考虑，仍然在采纳或者拒绝采纳方面享有完全的自由裁量权，那么，控辩双方进行这种量刑协商又有什么实质意义呢？

##### （一）法院司法审查的必要性

在认罪认罚从宽制度的安排上，我国刑事诉讼法确立了控辩双方自行达成量刑协议、法官事后进行司法审查的程序机制。迄今为止，无论是英美法国家的法官，还是大陆法国家的法官，对于那些适用控辩协商的案件都要进行司法审查。我国在确立认罪认罚从宽制度的过程中，曾经有一种观点认为法院对于控辩双方达成量刑协议的案件，不再进行法庭审理，而由法庭直接确认检察机关的量刑建议。但是，这种观点受到法学界和司法界的反对，最终没有被采纳。2018年《刑事诉讼法》确立了法院对检察机关的量刑建议进行司法审查的制度。那么，这种制度设计的初衷究竟是什么呢？

一个非常简单的解释是，法院依法独立行使审判权，对于任何刑事案件，不论检察机关是否与被告达成量刑协议，都要对事实认定和法律适用问题进行实质审查，对于没有事实根据或者没有法律依据的量刑建议，法院有权不予采纳。因此，即便是对控辩双方达成量刑协议的案件，法院也要进行司法审查。这是没有疑义的。

但是，一些检察官可能会提出异议：对于那些适用认罪认罚程序的案件，检察机关与被告

人都进行了充分协商、沟通和讨论,达成了妥协,形成了合意,难道法院还要像对普通案件那样进行实质审查吗?既然如此,究竟如何发挥认罪认罚从宽制度在提高诉讼效率、合理配置司法资源方面的积极作用呢?

其实,之所以要对认罪认罚案件确立司法审查机制,主要是考虑到检察机关与被告人单方面达成的量刑协议,具有一些天然的局限性和片面性,假如不将其纳入法院司法审查的对象,就有可能带来一系列消极后果。

在审查起诉阶段,检察机关占据了绝对的程序优势,而嫌疑人则处于相对弱势的地位。嫌疑人既承担“如实回答提问”的义务,也大多被采取刑事拘留或者逮捕措施,其人身自由处于被限制或者被剥夺的状态。再加上大多数嫌疑人并没有委托辩护人,仅接受了法律援助值班律师的帮助,而这种值班律师一般都无法为其提供有效的法律帮助。因此,在嫌疑人没有参与协商的能力,而值班律师又无法实质性地参与量刑协商的情况下,所谓的“控辩协商”,经常属于检察机关强迫、诱使嫌疑人接受某一量刑方案的过程。

当然,从刑事司法实践的情况来看,检察机关内部确立了一种特殊的考核指标,要求基层检察机关适用认罪认罚程序的案件要达到不低于70%的比例。有些地方甚至将这一比例提高到80%以上。<sup>[24]</sup>对于没有达到这种适用比例的检察机关,上级检察机关会对其做出考核不合格的处理,不仅直接影响下级检察机关的考核排名,而且决定着检察长和检察官的考核业绩,甚至对其奖励、晋升或业内评价产生间接的影响。因此,在认罪认罚程序适用比例被列为一项考核指标的情况下,检察官在与嫌疑人达成量刑协议方面,存在着一定的职业压力。这种考核机制的存在,有可能促使检察官将压力转移给嫌疑人,迫使大量不符合条件的嫌疑人接受量刑协议,也有可能人为地降低适用认罪认罚程序的条件和门槛,为吸引嫌疑人接受认罪认罚程序,而提出违背法律规定的量刑优惠条件。

正因为如此,检察机关所出具的认罪认罚具结书,尽管在形式上符合“合法性”和“真实性”的要求,但在实质上却存在着“量刑优惠不足”或者“量刑优惠过度”的问题。前者是指检察机关对于认罪认罚的嫌疑人,在没有获得辩护人或值班律师有效帮助的情况下,提出了一个幅度过高的量刑方案,而嫌疑人由于没有“讨价还价”的能力,结果在检察机关的诱惑和压力下,接受了一种类似“城下之盟”的较高量刑方案。后者则是指检察机关在内部考核机制的压力下,为吸引嫌疑人签署认罪认罚具结书,而提出一种没有法律依据的量刑优惠,或者违法降低量刑幅度,或者对不符合条件的嫌疑人承诺适用缓刑、监外执行等较为优惠的刑罚执行方式。而无论是“量刑优惠不足”,还是“量刑优惠过度”,都会违背罪责刑相适应的原则,破坏法律实施的统一性,造成量刑建议权的滥用。

不仅如此,在承受着较大内部绩效考核压力的情况下,检察机关有可能突破法律对控辩协商所做的限制,对那些证据不足、事实不清的案件适用认罪认罚程序,或者以改变罪名或者减少起诉罪名数量为诱饵,诱使被告人接受某一量刑方案。而被告人一旦签署认罪认罚具结书,

[24] 参见蒋安杰,见前注[4]。

那么,检察机关就算大功告成了。这种将没有达到法定证明标准的案件,适用认罪认罚从宽程序的做法,违背了无罪推定原则;这种改变罪名或者减少指控犯罪数量的做法,则违背罪刑法定和罪责刑相适应的原则;这种任意降低刑罚幅度的做法,则导致检察官在量刑建议的提出方面享有较大的自由裁量权。

基于以上考虑,为防止检察机关对那些本来不构成犯罪的被告人,提起公诉并提出量刑建议,法院需要对案件是否达到法定证明标准进行审查,并对检察机关所适用的罪名进行考量。与此同时,为防止检察机关利用其强势地位提出畸轻或畸重的量刑建议,法院需要对量刑问题进行重新审核,以保证量刑裁决的准确性和均衡性。此外,为避免检察机关在量刑协商中滥用自由裁量权,法院需要对控辩双方达成的量刑协议进行重新审查,以确保量刑协商的真实性和合法性。

## (二)法院的事后司法审查

我国2018年《刑事诉讼法》确立了法院对认罪认罚案件的事后审查制度。无论是对量刑建议,还是对认罪认罚具结书,法院既要进行形式审查,也要进行实质审查。所谓形式审查,是指法院要审查被告人认罪认罚的自愿性,审查认罪认罚具结书内容的真实性和合法性。具体而言,法院要审查以下内容:一是被告人是否自愿认罪认罚,有无受到暴力、威胁、引诱而违背意愿认罪认罚;二是被告人认罪认罚时的认知能力和精神状态是否正常;三是被告人是否理解认罪认罚的性质和可能导致的法律后果;四是公安机关、检察机关是否履行告知义务并听取意见;五是辩护人或者值班律师是否与检察官进行沟通,提供了有效法律帮助,并在场见证认罪认罚具结书的签署过程。

经过形式审查,法院对于检察机关提交的量刑建议,一般都要予以采纳。这既体现了对控辩双方量刑协议的尊重,也显示出对被告人认罪认罚行为的一种接受和激励。

这种裁决方式等于要求法院承认量刑建议的权威性,也等于法院间接接受了认罪认罚具结书的实质法律效力。尽管在理论上,法院依法独立行使审判权,但是,在检察机关与被告人达成量刑协议的情况下,法院放弃了一部分实质审判权,直接确认了认罪认罚具结书的法律效力,这体现了法院对于控辩双方量刑协议的尊重。而在认为量刑建议不当的情况下,那种要求法院建议检察机关变更量刑建议,然后再予以采纳的制度安排,表面上是对检察机关量刑建议的尊重,但实质上仍是对控辩双方量刑协议的接纳。因为在被告人签署认罪认罚具结书的情况下,检察机关假如要变更量刑建议,就等于改变原已达成的量刑协议。检察机关唯有征得被告人的同意,才能提出一种调整后的量刑建议。否则,检察机关擅自变更量刑建议的,被告人就有可能提出程序反悔,认罪认罚程序就此终止,案件只能被按照普通程序重新进行审理。

当然,作为享有独立审判权的司法机关,法院并不是对所有记载着控辩双方量刑协议的量刑建议都加以无条件的采纳,而负有一定的实质审查权。作为采纳量刑建议的前提条件,法院必须确信案件事实清楚,证据确实、充分,指控的罪名准确,量刑建议适当。因此,在以下五种法定情况下,法院有权作出不采纳量刑建议的决定:一是被告人的行为不构成犯罪或者不应当追究刑事责任的;二是被告人违背意愿认罪认罚的;三是被告人否认指控的犯罪事实的;四是起诉指控的罪名与审理所认定的罪名不一致的;五是其他可能影响公正审判的情形。

在上述五种法定情形下,法院对检察机关量刑建议的不采纳,意味着对被告人所签署的认罪认罚具结书的拒绝接受,也意味着对控辩双方量刑协议法律效力的否定。法院可以不受控辩双方量刑协议的约束,独立地做出更重或者更轻的刑事处罚。

那么,在对待量刑建议方面,法院究竟是以形式审查为主,还是更为侧重实质审查呢?法院假如没有正当理由,拒不采纳认罪认罚具结书所确定的量刑方案,那么,检察机关和被告人除了提出抗诉或者上诉以外,还有没有其他救济手段呢?

鉴于法院拥有权威的裁判权,而在两审终审制的框架下,二审法院又拥有终局裁判权,检察机关即便与被告人达成了量刑协议,并签署了认罪认罚具结书,法院照样可以不承认其法律效力。这就使得认罪认罚具结书的法律效力,在检察机关公诉权与法院审判权之间的博弈中,陷入了一种制度困境,而没有现成的突破路径。法院可以尊重控辩双方量刑协议为由,承认认罪认罚具结书的法律效力,也可以检察机关量刑建议违背法律为由,拒绝承认其法律效力。当然,作为负责任的司法机关,法院无论是承认认罪认罚具结书的法律效力,还是拒绝接受检察机关的量刑建议,都应当提供充足的裁判理由。检察机关和被告人可以通过抗诉、上诉启动二审程序加以救济,还可以通过抗诉或申诉等途径,来启动刑事再审程序。假如仍然解决不了问题,那么,检察机关和被告人就只能尊重法院的权威裁判结论了。

### (三)法院角色的重新定位

从比较法角度看,英美法国家采取了检察机关与辩护方自行达成辩诉交易的做法,而法院通常只是保留形式审查权,主要审查被告人认罪的自愿性、明智性,以及认罪是否具有事实基础。由于法官高度尊重检察官的自由裁量权,因此对于案件的实质问题采取了不干预的做法,法官不再对案件的定罪量刑问题进行实质审查。<sup>[25]</sup>而大陆法国家尽管保留了法官的实质审查权,却在量刑协商方面允许法官参与其中,甚至授权法官主持这种量刑协商程序。<sup>[26]</sup>无论是意大利、法国还是德国,所谓的量刑协商都不单纯是控辩双方的私下协商,而是在法官监控下甚至直接主持下的量刑协商。只要达成量刑协议,法官一般都对作为协议内容的量刑方案给予了接受或者认可。由于法官参与到量刑协商的过程之中,并对这一协商过程进行了实时监控,因此,对于所达成的量刑协议,法官一般不再动辄加以推翻,或者不予采纳。<sup>[27]</sup>

反观中国,在量刑协商的程序构造上采纳了美国的做法,也就是由控辩双方自行达成量刑协议,然后提交法官进行事后审查。但是,我国既不存在美国检察官与辩护律师进行平等协商的制度保障,又没有赋予检察官在量刑幅度上的较大自由裁量权。结果,法官经过事后的实质审查,就必然会对部分案件的量刑建议加以推翻。毕竟,凡是经过协商所达成协议的量刑方案,多多少少都体现了实用主义的选择,而不可能完全遵循诸如无罪推定、罪刑法定、罪责刑相

[25] 参见陈瑞华:“美国辩诉交易与意大利简易程序之比较(上)”,《政法论坛》1995年第3期,第22—27页。

[26] 参见吕天启、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,第43—52页。

[27] 参见李倩:“德国认罪协商制度的历史嬗变和当代发展”,《比较法研究》2020年第2期,第90—107页。

适应的原则。对于这种基于“利益兼得”理念所形成的量刑建议,法官动辄审查其证明标准、罪名和量刑幅度,必然会发现部分量刑建议“存在问题”,并进而以“实质审查”的理念,推翻控辩双方基于功利主义考量所形成的“妥协方案”。

正是考虑到这一问题,一些大陆法国家在引入“认罪协商”机制的时候,就将法官塑造成量刑协商的参与者和主持者,这种制度安排就可以避免法院动辄拒绝接受量刑协议的问题了。其实,我国在推进认罪认罚从宽制度改革中存在的最大教训,就是没有给予法官在认罪认罚程序中的主导作用,将这一程序的主导权完全交给检察机关。既然法院要尊重事实真相,强调法定的证明标准,以及尊重罪刑法定和罪责刑相适应的原则,那么,在被告人自愿接受认罪认罚程序之初,检察机关就应将案件提交法院,在法官的主持下,在辩护人或值班律师的参与下,控辩双方就量刑问题展开协商,并形成一個为各方所接受量刑方案。这种在控诉、辩护和裁判三方共同参与下的量刑协商机制,岂不就可以避免法官因事后的实质审查,而动辄推翻控辩双方量刑协议的尴尬处境吗?

要走出认罪认罚从宽制度的困境,就需要改变法官对量刑协商的参与方式,摒弃原有的检察机关主导认罪认罚程序的改革思路,确立检察机关推动认罪认罚、法官确认认罪认罚的新思路。为使控辩双方的量刑协议尽早受到法院的司法审查,笔者可以提出两种司法审查思路。

第一种思路是在速裁程序中取消实质审查,只保留法官对案件的形式审查。考虑到在轻微刑事案件中,检察机关在与被告人达成量刑协议后,即便提出的量刑建议有失偏颇,也不会造成较为严重的消极后果,因此,法院应尊重控辩双方的量刑协议,不再进行实质审查。具体设想是,对于可能判处三年有期徒刑以下刑罚的案件,检察机关与嫌疑人达成量刑协议的,应尽快提交法院进行速裁程序。检察机关没有必要责令嫌疑人签署认罪认罚具结书,而应将案件提交法院来进行审查。在法官主持下,检察官、嫌疑人、辩护人或值班律师同时参与,双方就所要达成的量刑协议发表意见,法官在对该项协议进行形式审查的基础上,假如确认被告人认罪认罚的自愿性,并确认认罪认罚具结书的真实性和合法性的,就可以直接作出采纳量刑建议的裁决。基于诉讼经济的考量,法院对于这类轻微刑事案件,没有必要再对案件事实认定和法律适用进行实质审理,而只要保持对认罪认罚程序合法性的形式审查就足够了。

第二种思路是在那些可能判处三年以上有期徒刑的案件中,法院既保留对认罪认罚程序的形式审查,也要进行实质审查。但是,对于这两种审查还要进行程序分流。具体的设想是,对于被告人认罪认罚的案件,检察机关与嫌疑人经协商达成量刑协议的,法院一律召开庭前会议。检察官、被告人及其辩护人同时到场参加,将认罪认罚具结书提交法官审核。法官既要审查案件是否符合适用认罪认罚程序的法定条件,也要审查被告人认罪认罚的自愿性。经过庭前会议,法院认为案件通过形式审查的,可以将案件按照简易程序或者普通程序进行法庭审理。在法庭审理中,法院不再对案件进行形式审查,而注重对案件的事实认定和法律适用进行实质性审查。当然,这种审查基本上采取书面和间接的方式,注重对公诉方案卷材料的形式审核,围绕着控辩双方存在争议的问题来展开。假如控辩双方对于指控的事实、证据和量刑建议没有任何争议的,法院也没有发现量刑建议存在错误情形的,就应该作出采纳检察机关量刑建议的裁决。

当然,无论采纳哪一种改革思路,未来都应该对检察机关提出量刑建议的方式作出调整。最高检察院提出的“精准量刑”改革思路,尽管有一定的合理性,但不宜全面推开,更不应将所谓的“精确量刑建议的采纳率”作为对检察官和检察机关的考核指标。否则,法院就可能对检察机关的量刑建议产生普遍的反感和抵触,检察官也无法说服法官接受其与被告人达成的量刑协议。毕竟,在法院审理之前,无论是检察机关还是被告人及其辩护律师,对于案件量刑事实和量刑情节的把握都不是绝对全面和精确的,对认罪认罚本身的宽大程度也会与法官产生不同的认识。检察机关动辄提出确定的量刑建议,等于完全扼杀了法官在量刑方面的自由裁量权,也等于剥夺了法官的量刑裁判权。因此,比较合理的做法是,建立一种确定型量刑建议和幅度型量刑建议相结合的起诉方式。原则上,检察机关在与被告人达成量刑协议时,都应确定一种带有一定幅度的量刑方案,并将其作为量刑建议的内容。而对于检察机关经与被告人协商所提出的幅度型量刑建议,法官相对来说就有了自由裁量的空间,接受起来就更为容易了。当然,对于那些争议不大的案件,检察机关确有十分把握的,也可以提出确定型量刑建议。但这种量刑建议被法院拒绝采纳的几率就要大一些了。

## 五、被告人上诉对量刑协议的影响

无论是对认罪认罚的承诺,还是对与检察机关达成的量刑协议,嫌疑人、被告人都享有作出程序反悔的权利。一旦出现这种程序反悔,检察机关和法院一般应终止认罪认罚程序的适用,将案件转化为普通刑事诉讼程序。这是没有争议的问题。但是,存在较大争议的问题是,对于被告人与检察机关达成量刑协议的案件,法院经过法庭审理,采纳了检察机关的量刑建议后,被告人提出上诉的,法院和检察机关究竟应该如何处置?在司法实践中,被告人之所以会提出上诉,原因主要是考虑到根据上诉不加刑原则,被告人即使提出上诉,二审法院也不会加重刑事处罚。而被告人心存侥幸,期望二审法院作出宽大的量刑裁决,或者通过上诉所引发的诉讼程序,追求尽可能在看守所延长未决羁押期限,避免被送交监狱服刑。对此情况,一些法院会认为被告人“滥用诉权”,<sup>[28]</sup>一些检察机关则认为被告人“恶意提出上诉”,甚至认为被告人提出上诉,即意味着违反了与检察机关达成的量刑协议,认罪认罚具结书即失去法律效力,案件要么应当转为普通程序进行审理,要么直接提出抗诉,促使二审法院作出加重刑事处罚的改判。<sup>[29]</sup>

那么,对于一审法院确认检察机关量刑建议的,被告人一旦提出上诉,就等于一种程序反悔行为吗?还可以做更进一步的追问:被告人提出上诉的行为,是否意味着原来所签署的认罪认罚具结书失去法律效力呢?

[28] 参见胡云腾,见前注[19]。

[29] 参见苗生明、周颖:“认罪认罚从宽制度适用的基本问题——《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》的理解和适用”,《中国刑事法杂志》2019年第6期,第3—29页。

对于这一问题,我们确实陷入一种两难境地之中。一方面,假如被告人提出上诉的理由是一审法院的有罪判决不能成立,或者一审法院在采纳量刑建议的基础上所作的量刑裁决不能成立,那么,这显然属于一种“不认罪”或者“不认罚”的问题,构成对认罪认罚具结书的背离,具有程序反悔的性质。从理论上讲,这种上诉行为一旦出现,法院应当拒绝给予“宽大处理”,甚至可以撤销原判,发回重新审判。但另一方面,在任何情况下,提起上诉都是被告人的基本诉讼权利,根据“行使权利者不受惩罚”的原理,假如对提出上诉的被告人,动辄采取剥夺“宽大处理”的待遇,或者发回重新审判的做法,这无异于剥夺被告人的上诉权。而检察机关在被告人提出上诉的情况下,假如动辄提起抗诉的话,这也属于一种对行使上诉权的被告人作出的变相惩罚。<sup>〔30〕</sup>

要走出上述制度困境,我们需要对检察机关与被告人的量刑协商机制作出理论上的反思。原则上,量刑协商的基本原理是控辩双方各自作出诉讼让步和妥协,来换取对本方有利的诉讼结局。从形式上看,被告人所作的让步是放弃无罪辩护,承认被指控的犯罪事实,同时愿意接受检察机关所提出的刑事处罚建议。但在实质上,被告人一旦选择认罪认罚,还放弃了包括无罪辩护权在内的一系列诉讼权利。而作为一种诉讼交换,检察机关则作出给予被告人实体上宽大处理、程序上从快进行的优惠。因此,所谓量刑协商,包含着控辩双方互谅互让、获取最大利益的战略考量。

既然如此,在控辩双方的协商过程中,被告人作出的诉讼让步幅度越大,检察机关就应当给予其更大的量刑优惠。对于被告人自愿认罪认罚的,检察机关可以给出一种宽大刑事处理的承诺。但假如被告人承诺放弃更多诉讼权利的,检察机关就应该承诺给予更为宽大的量刑建议。毕竟,被告人通过放弃诉讼权利,一方面使检察机节省了诉讼资源,另一方面也确保检察机关获得更为确定的有罪结局。正因为如此,检察机关完全可以将被告人是否放弃上诉权纳入控辩双方的协商对象之中,并根据被告人对于上诉权的放弃情况,来决定是否作出更为宽大的刑事处理。对于被告人明确放弃上诉权的,检察机关可以给予进一步的宽大量刑建议,并将此写入认罪认罚具结书。而对于被告人不放弃上诉权的,检察机关就可以只根据其认罪认罚的情况,给出适度的宽大量刑建议。

假如被告人没有作出放弃上诉权的承诺,认罪认罚具结书也没有记载被告人愿意放弃上诉权的,那么,在一审法院作出判决后,被告人提出上诉的,就不构成程序反悔行为,二审法院应当直接进行审判,而不应撤销对被告人的宽大刑事处理,更不应将案件撤销原判,发回重新审判。而假如被告人作出了放弃上诉权的承诺,检察机关在认罪认罚具结书中也将这一点明确载明的,那么,被告人对于一审判决提出上诉的,就构成一种程序反悔行为,属于“不认罪”或者“不认罚”行为,二审法院应当撤销原审判决,发回原审法院,按照普通程序进行重新审理。

〔30〕 参见梁健、鲁日芳:“认罪认罚案件被告人上诉权问题研究”,《法律适用》2020年第2期,第35—45页。

## 六、律师无罪辩护对量刑协议的影响

在法庭审理过程中,被告人自愿认罪认罚,对认罪认罚具结书没有异议,但辩护人提出无罪辩护意见的,法院可否将其视为一种程序反悔行为,案件是否还要继续适用认罪认罚程序呢?对此问题,一些地方检察机关和法院存在不同的做法,也出现了一些理论上的争议。

之所以会发生这种现象,可能是出于以下几个方面的原因:一是在审查起诉阶段,嫌疑人没有委托辩护人,检察机关为其指定了法律援助值班律师,而值班律师并没有提供有效的法律帮助,只是在签署认罪认罚具结书时充当了见证人的角色,结果就导致一个本来不构成犯罪的案件,被错误地适用认罪认罚程序;二是辩护人接受被告人委托后,明知被告人自愿认罪认罚,并签署了认罪认罚具结书,却不与被告人进行充分沟通和协商,未经被告人许可,仅仅根据自己对案情的把握和理解,擅自提出了无罪辩护意见;三是嫌疑人在审查起诉阶段委托了辩护人,并在辩护人见证下签署了认罪认罚具结书,但在法庭审理阶段更换了辩护人,后来的辩护人认为被告人不构成犯罪,因此提出了无罪辩护意见。

应当说,对于被告人认罪认罚的案件,辩护人无论出于何种原因,提出了无罪辩护意见,这种无罪辩护本身,都不影响认罪认罚具结书的法律效力。原则上,法院在审理过程中,会审查核实被告人认罪认罚的自愿性,审查认罪认罚具结书的真实性和合法性,只要对此得出了肯定的答案,那么,法院就可以按照认罪认罚程序审理案件。至于辩护人提出的无罪辩护意见,则仅仅代表了辩护人的辩护观点,并没有导致被告人作出了“拒绝认罪”的选择。因此,被告人并不存在程序反悔行为,其所签署的认罪认罚具结书不因辩护人的无罪辩护而失去法律效力,法院可以继续按照认罪认罚程序审理案件。当然,对于辩护人的无罪辩护意见,法院仍然要给予尊重,充分考虑,假如认为辩护人的无罪辩护意见确有事实根据和法律依据,被告人可能不构成犯罪的,则应当终止认罪认罚程序,进行必要的程序转换,按照普通程序进行重新审理。

尽管辩护人的无罪辩护并不影响认罪认罚程序的适用,但是,我们仍然应对其中所显露出来的两个问题作出必要的分析。

首先,现行值班律师制度确实存在着致命的缺陷。通常情况下,值班律师无法为嫌疑人提供尽职尽责的法律帮助,也根本无法与检察官就量刑建议的形成展开有效的对话和协商。原因很简单,那些在看守所、检察院、法院进行轮值的值班律师,充其量只是一种临时的法律帮助人,只是流水作业地为那些有认罪认罚意向的嫌疑人,提供法律咨询、代为申诉或者控告、代为申请变更强制措施。而在审查起诉阶段,值班律师可以向检察官发表有关认定事实、定罪、适用刑事处罚的意见,并在嫌疑人签署认罪认罚具结书时在场见证并签字确认。<sup>[31]</sup>不仅如此,2019年由最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部和司法部共同发布的有关适用认罪认罚程序的一份“指导意见”,还允许值班律师查阅案卷材料,会见在押嫌疑人,使得值班律师拥有一些原本为辩护律师所行使的诉讼权利。但是,由于值班律师并不具有辩护人的身

[31] 参见闵春雷:“认罪认罚案件中的有效辩护”,《当代法学》2017年第4期,第27—37页。

份,无法与嫌疑人、被告人形成诉讼代理关系,其所领取的服务报酬甚至要远远低于那些被指定担任辩护人的法律援助律师,因此,值班律师并不具有为委托人提供有效法律帮助意识和动力,更难以遵守辩护律师的职业伦理规范。结果,在司法实践中,值班律师不仅无法为嫌疑人提供实质的法律帮助,而且还有可能变成督促嫌疑人认罪认罚的人,甚至变成检察官的追诉助手。至于与检察官展开充分地对话和协商,有效地提出本方的量刑方案,说服检察官将量刑建议加以“压低”,那就更无从谈起了。<sup>[32]</sup>

由于值班律师无法提供有效的法律帮助,检察机关有可能基于提高认罪认罚程序适用率的考量,对那些可能不构成犯罪的案件,适用认罪认罚程序,迫使嫌疑人签署认罪认罚具结书,因此,辩护人在审判阶段就有可能提出无罪辩护意见。要从根本上解决这一问题,就不能简单地禁止辩护人提出无罪辩护意见,而应对值班律师制度作出全面检讨。笔者的初步想法是,值班律师可以为嫌疑人、被告人提供一些紧急性的法律帮助,如法律咨询、提供程序选择的建议、协助变更强制措施,等等。但是,在检察机关主持的量刑协商过程中,协助嫌疑人参与量刑协商、与检察机关达成量刑协议的只能是辩护律师,而不能是值班律师。这种辩护律师可以是嫌疑人委托的律师,也可以是被指定担任辩护人的律师。未来的强制性指定辩护应适用于检察机关与嫌疑人、被告人进行量刑协商的程序环节。

其次,辩护人未与被告人沟通和协商,擅自提出无罪辩护意见的,这是一种传统的“独立辩护”行为,其正当性可能存在一些争议。根据2017年全国律协通过的《律师办理刑事案件规范》,律师根据事实和法律独立从事辩护活动,按照有利于委托人的原则,不得违背委托人意愿提出不利于委托人的辩护意见。这一规范确立了辩护人的忠诚义务,并提出了忠实于委托人利益和尊重委托人意愿的要求。<sup>[33]</sup>原则上,在被告人认罪认罚的情况下,辩护人做无罪辩护的,尽管违背委托人的意愿,却不属于规范所说的“不利于委托人的辩护意见”。更何况,辩护人根据自己对案情的了解以及对辩护思路的把握,提出无罪辩护意见,也是对值班律师无效法律帮助的一种必要补正,对于制止检察机关任意扩大适用认罪认罚程序、避免冤假错案,都有着积极的意义。

但是,在委托人自愿认罪认罚的情况下,辩护律师却擅自作出无罪辩护,这显然属于一种辩护观点的冲突。在发生此类辩护观点冲突的情况下,律师要说服法院采纳自己的无罪辩护意见,不说是绝无仅有,也是极为罕见的。经验表明,这种辩护很难达到预期的效果。另一方面,辩护人在从事无罪辩护的情况下,往往会忽略对量刑问题的辩护,造成认罪认罚的被告人难以获得最大限度的量刑优惠,这势必会削弱量刑辩护的效果。<sup>[34]</sup>

比较妥当的做法应当是,辩护人与被告人进行充分的沟通和协商,讨论认罪认罚的法律风险和法律后果,权衡一下无罪辩护与量刑辩护的利弊得失,为被告人提供较为理性的程序选

[32] 参见汪海燕:“三重悖离:认罪认罚从宽程序中值班律师制度的困境”,《法学杂志》2019年第12期,第12—23页。

[33] 参见陈瑞华:“论协同性辩护理论”,《浙江工商大学学报》2018年第3期,第6—21页。

[34] 参见陈瑞华:“辩护律师职业伦理的模式转型”,《华东政法大学学报》2020年第3期,第6—21页。

择。假如被告人坚持认罪认罚,拒绝辩护人做无罪辩护的,辩护人要么尊重委托人的意愿,要么经过协商退出辩护活动。而假如被告人坚持认罪认罚,但不反对辩护人做无罪辩护的,辩护人就可以继续展开无罪辩护活动。无论如何,在被告人认罪认罚的情况下,辩护人不与其进行协商,擅自从事无罪辩护活动,都会造成辩护观点的冲突,带来辩护效果的削弱,这既不符合忠诚义务的要求,也有违有效辩护的宗旨。

## 七、结 论

2014年以来,我国司法改革决策者提出了推行“认罪认罚从宽制度”的改革设想,并将其作为实行“以审判为中心的诉讼制度改革”的配套措施。这种改革思路本身是一种重大的制度创新。2018年《刑事诉讼法》实施的经验表明,这种认罪认罚从宽制度是切实可行的,对于提高诉讼效率、实现司法资源合理配置发挥了积极的效果。在推行认罪认罚从宽制度的过程中,改革者注重引入控辩协商机制,对认罪认罚的嫌疑人、被告人作出必要的量刑减让,给予宽大的刑事处理,从而产生了普遍的制度激励作用。这种对量刑协商机制的确立,其正当性也是值得肯定的。

但是,在大多数认罪认罚案件中,由于值班律师只是对协商结果作出见证和确认,无法参与量刑协商的过程,因此,量刑协商基本上成为检察机关与嫌疑人、被告人自行达成量刑协议的过程,而法院只是对该量刑协议结果作出事后的司法审查。这就容易带来法院与检察机关在量刑裁决方面的分歧和争议,要解决这种分歧和争议,我们需要对量刑协商、认罪认罚具结书以及法院的参与方式等作出重新认识。原则上,量刑协商是控辩双方就量刑问题所展开的诉讼协商活动,认罪认罚具结书是控辩双方经过平等协商所达成的量刑协议,对于认罪认罚程序的选择具有约束力,但对于法院的司法裁判并没有必然的法律效力,法院仍然可以对其进行形式审查和实质审查。而对一审法院的判决不服的被告人,一旦提起上诉,构成程序反悔的,才会产生程序反转的效力。律师当庭作出无罪辩护的行为,不影响被告人的认罪认罚行为,也不会影响认罪认罚具结书的法律效力。

认罪认罚从宽制度的实施效果表明,这一制度的有效运转,有待于一系列配套制度的改革和完善。司法改革决策者应认识到,这种由检察机关与被告人自行达成量刑协议的制度设计,是有着根本缺陷的,未来需要以某种方式保障法院对量刑协商过程的参与,只有取得法院的审查认可,量刑协议才能具有法律效力。目前这种源自英美法国家的事后司法审查制度,并不是一种较为理想的制度设计。而大陆法国家所施行的法院参与并主导量刑协商的做法,则具有一定的合理性和借鉴价值。

检察机关对推行认罪认罚程序的热衷,与改革决策者热衷于绩效考核指标机制有着密切的关系。本来,自2014年以来司法机关内部的行政考核机制已经有所弱化。但在检察机关内部,基于调动检察官和下级检察机关改革积极性的考虑,这种行政考核机制又死灰复燃,对检察官和下级检察机关造成了较大的工作压力。试想一下,在检察系统强调提高“认罪认罚程序适用率”“确定性量刑建议采纳率”,并将此作为绩效考核指标的情况下,检察机关不仅会积极

追求量刑协议的达成,而且会促使法院采纳其所谓的“精准量刑建议”,这势必会引起辩护律师的反感和法院的抵制。

认罪认罚从宽制度的顺利推行,还有待于辩护制度的改革完善。经验表明,对于量刑协商制度的激活而言,法律援助值班律师制度是一种不成功的制度设计。未来应当将值班律师塑造成为嫌疑人、被告人提供紧急法律帮助的律师。而在认罪认罚程序的核心环节,也就是检察机关与嫌疑人、被告人进行量刑协商的阶段,应当由辩护律师参与这一协商过程。这种辩护律师要么是嫌疑人、被告人自行委托的律师,要么是司法机关指定辩护的律师。唯有辩护律师参与进来,为嫌疑人、被告人提供尽职尽责的辩护,那种积极的量刑协商模式才能形成,检察机关才有可能作出实质性的量刑妥协,控辩双方也才有可能达成对嫌疑人、被告人最有利的量刑协议。一言以蔽之,唯有在辩护律师参与量刑协商的情况下,“认罪认罚从宽制度”的立法原意才能得到实现。

**Abstract:** A special system of sentencing negotiation has been introduced into China's criminal procedure law by the establishment of the system of lenient sentence for confession and acceptance of punishment. According to the way that lawyers participate in this procedure, sentencing negotiation can be categorized into two modes: negative mode of sentencing negotiation and positive mode of sentencing negotiation. The former belongs to a kind of minimum sentencing negotiation, while the latter can have positive effect, which needs to be activated through necessary system. The agreement for crime and penalty signed by defendant is the result of sentencing negotiation between the prosecutor and defendant, which has the attribute of agreement for crime and penalty. And it is legally binding on the prosecutor and the defendant, but not necessarily on the judge's judgement. Nowadays we have established the judicial review mode that the judge takes the formalist check as the first place and takes the substantive check thereafter. In order to gradually improve the judicial review mode of the court, it is necessary to implement the diversion of different procedures and the range sentencing. If the defendant appeals against the verdict that the court has adopted sentencing agreements, the content of the sentencing agreement determines whether it is procedural repent. If the lawyer makes plea of not guilty on the court, the validity of the agreement of sentencing between prosecutor and defendant shall not be affected.

**Key Words:** Sentencing Negotiation; Agreement for Crime and Penalty; Formalistic Check; Substantive Check; Procedural Repent

(责任编辑:车 浩)