

量刑协商的应有之态

——协商理论研究的发展与反思

徐家祥

(青岛大学 法学院, 山东 青岛 266101)

摘要: 随着认罪认罚从宽制度的全面展开, 量刑协商制度的研究已逐步发展成为立体化研究体系。在大量研究基础的涵摄下, 量刑协商产生了法官参与模式、辩审协商模式、家长模式、商谈审查模式等多种模式建构方法。结合与域外之比较, 发现量刑协商模式的建构需保持与司法适用的统一。在此基础上, 以坚持协商契约性、坚持协商平等、构建统一协商平台的要义为指导, 可以对与认罪认罚从宽制度更相契合的法官参与模式进行细化与修正。

关键词: 协商程序; 辩诉交易; 法官参与; 权利保障; 程序公正

中图分类号: D920.4 **文献标志码:** A **文章编号:** 1674 - 5639 (2021) 05 - 0045 - 06

DOI: 10.14091/j.cnki.kmxyxb.2021.05.008

The Proper State of Sentencing Negotiation: The Development and Reflection of Negotiation Theory

XU Jiexiang

(School of Law, Qingdao University, Qingdao, Shandong, China 266101)

Abstract: With the full development of the leniency system of guilty plea, the research of sentencing consultation system has gradually developed into a three-dimensional research system. In the context of a large number of research basis, sentencing negotiation has produced a variety of mode construction methods, such as judge participation mode, defense and trial negotiation mode, parent mode, negotiation and review mode. Combined with the comparison with foreign countries, it is found that the construction of sentencing negotiation mode needs to maintain the unity of judicial application. On this basis, it refines the construction essentials of insisting on negotiation contract, insisting on negotiation equality, and building a unified negotiation platform. Based on this, it refines and amends the judge participation mode which is more consistent with the leniency of guilty plea and punishment.

Key words: negotiation procedure; plea bargaining; judge participation; rights protection; procedural justice

一、问题的提出

任何社会制度的形成依赖于社会条件的成熟, 当经济社会嬗变带来的犯罪特点的新变化时, 使得原司法体制运行模式与外部环境的联系付之阙如。在此背景下以充分提高司法效率为价值导向的协商性司法应运而兴。有学者称, 当前刑事诉讼法已形成了“第四范式”^[1], 刑事诉讼制度发生了根本性变革。其中, 认罪认罚从宽成为“第四范式”的

制度体现, 制度落地需内在结构的支撑, 因此, 作为认罪认罚从宽制度关键一环的量刑协商程序成为目前学界热议的话题。由于当前的协商程序仅仅是一个意定概念, 立法并未明确协商具备程序属性, 因此现行量刑协商更似一个环节而非程序。所谓环节与程序二者之间的本质区别在于, 程序权利受刑事诉讼法保护, 换言之, 程序权利受到损害则继而产生获得救济权, 而环节则无强制的救济措施。有鉴于此, 一些学者开始尝试构建量刑协商的落地模

收稿日期: 2021 - 05 - 26

基金项目: 山东省社会科学规划项目“法官业绩评价机制研究”(17CSPJ08)。

作者简介: 徐家祥(1997—), 男, 山东青岛人, 硕士研究生, 主要从事刑事诉讼法、证据法研究。

式,以期使量刑协商固定下来。

事实上,在我国刑事诉讼法学的研究中,历来不缺少对法学理论或司法活动等纷繁复杂的法律理念进行统一化描述的尝试,并由此建构出某种可视化模式,进而推动该模式运作并逐步形成此领域内的法教义。从法学方法论而言,理论模式之建构确属法学研究的有效路径之一,但建构之风的盛行,难免引来邯郸学步之乱象。对此,有学者以折中的态度进行提醒,认为刑事诉讼法研究并非缺少“模式”之数量,而是缺少“模式”的精细化程度。^[2] 确然,以“建构”“重构”等字眼为题的法学著作、论文等不胜枚举,大有“水满则溢”之势,因此应当对前人之枝叶予以修剪,使刑事诉讼理论研究能够中通外直。基于此,笔者将逐步分析辩诉交易下协商形态及认罪认罚从宽制度下的协商模式构建现状,并在比较与修正的思路下提出新的设想。

二、发展与争鸣:协商程序构建的现有形态

(一) 研究的纵向延展

早在刑事速裁程序试点时期,便有专家基于实证调查研究,提出量刑协商制度的改进对策。其侧重点主要在于对实践中协商程序各个环节的调整,如限缩协商范围、扩张协商方式、改进协商结论确认机制等,其优越之处在于充分分析了试点时期的实践反馈,有的放矢提出改良路径。其不足之处在于,缺乏量刑协商程序的学理论证及原理分析,仅从技术角度提出改良建议。^[3] 随后有专家提出量刑规范应全流程实现,并同样关注了试点时期律师参与度低等一些显著存在的问题。^[4] 但其文章着眼点是以量刑协商程序为核心的量刑制度,对于量刑协商程序并未做针对性研究。总结来看,试点时期的量刑协商程序研究的一般特征是:研究者多为从事实务专家,以实证为主要研究方法,内容侧重技术性改进,缺乏制度与理论之间的联系。究其原因:其一在于当时量刑协商内涵研究不足,缺乏体系构造基础;其二在于试点时期协商并无相对稳态的运行模式,使得非一线实务人员难以充分把握实践样态。

随着认罪认罚从宽制度的全面展开,量刑建

议作为制度的必要组成,成为众学者的关注重点,对其研究的切入角度众多,如量刑建议精准化研究、被告人反悔权研究等。尽管角度不同但几乎都会涉及控辩协商的内容,为后续研究积累了一定理论基础。在此基础之上,有学者开始着力研究量刑协商制度的发展,并提出量刑协商机制的正当性基础,改善了前述研究侧实务轻理论的不足。^[5] 此后理论研究不断丰盈,量刑协商的性质、定位等基本理论问题逐步清晰化,并有形成共识的趋势。主流把量刑协商分为积极、消极两种模式,并基本认同协商的司法契约属性。^[6] 在此过程中,以量刑协商为基点,有学者将研究的目光上升至协商性司法高度,从契约模式角度重构认罪认罚从宽制度,^[7] 有学者则关注协商司法错误问题,提出加强以审判为中心的教义体系与认罪认罚从宽制度的适应。^[8] 应该说,在近两年的研究热潮中,量刑协商研究已形成了由实证到理论,由现实到顶层的立体化研究体系。

(二) 学说的横向比较

基于前文所述量刑协商已成立体化研究体系,在大量研究基础的涵摄下,一些学者尝试模式化量刑协商以求一体化解解决量刑协商存在的问题,并主要形成了以下几种模式:法官参与模式、辩审协商模式、家长模式、商谈审查模式等。

1. 法官参与模式

法官参与模式主张将法官发挥效用的时间点提至审前,平衡认罪认罚从宽制度中公诉权与审判权的关系,并充分发挥法官对量刑建议的指导作用。^[9] 法官参与模式的核心价值在于两方面:第一,对法律适用的指导与解释,推动认罪认罚程序的顺畅运行;第二,通过监督、审查等方式,保障被告人的知情权、律师的有效辩护等认罪认罚基本权利。

2. 辩审协商模式

在法官参与模式的基础上延伸出一种更为激进的设计,即辩审协商模式。辩审协商主张在控辩审三方的协商构造中,由法官担任协商的主导者。此观点的理想形态是,在协商过程中以司法权的主动参与最大限度地兼顾实质真实,并形成强有力的司法监督,保证程序的规范性,进而充分保障被告人

的权利。^[10]

3. 家长模式

家长模式实为现行的检察主导之变形，强调职权主义是认罪认罚从宽制度的总体要求，此种模式对刑事诉讼法“第四范式”提出了挑战，认为基于实践样态，当前我国仍然是以传统的职权主义模式运行认罪认罚从宽制度。此模式的核心要义在于犯罪嫌疑人真诚悔罪，而非基于契约利益认罪认罚，而真诚悔罪则暗中包含了退赃退赔等实质意义的责任承担。家长模式说与传统职权主义模式下的认罪认罚制度运行方式所存最大的不同在于：检察机关身担附加型的追诉义务，即既要追诉犯罪，又要对被追诉人的权利予以充分的“关照”。^[11]

4. 商谈审查模式

商谈审查模式中的商谈是指由控辩双方进行一对一的商谈，类似现代商业谈判模式。此模式主张扩大可协商的利益范畴，以提升控辩协商的实际效果，并以检察主导下的理性交互为核心，最终达成协商利益的兑现。当然，在扩大交易的自由性的同时，意味着量刑协商的非法风险随之扩大，因此此模式的建构支撑在于引入严格的司法审查以保障程序的规范与严肃。^[12]

从模式的建构特性来看，首先，法官参与模式与商谈审查模式均主张司法的保障兜底作用，但二者仍存在本质区别。前者主张法官提前参与到具结活动中，而后者则主张法官的事后审查；前者建构重点在法官的作用发挥上，后者建构的重点在于调动控辩双方的协商能动性。其次，辩审协商模式与其余学说的本质区别在于：直接否定了控方的协商权，将主导权归于法官。再次，家长模式是反契约化的代表，强调从宽是基于对悔罪者的宽容，并不具有交易性，而其余学说均是在承认司法契约性的基础上构建的。

三、扩张与失衡：辩诉交易中的效率与自由形态

（一）控辩协商的自由扩张

正当程序是美国法的根基，但近年来美国的法律价值模式正发生着悄然的转变。这种转变体现在程序正义被赋予新的解读，如在1990年美国发生的“*Illinois v. Rodriguez*”案中，警察并没有敲门

并声明来意，而是直接使用钥匙进入被搜查者的住宅，此行为最终被美国联邦最高法院认定有效，由此联邦最高法院确立了“敲门并声明”的扩张规则，也即只要警察并非采用暴力性的物理侵入方式，那么即使未“敲门并声明”，其搜查行为也是有效的。^[13]再如在1969年“*Spinelliv. United States*”一案中所确立的“双重检验”（一方面要求在宣誓书中载明线人是可信的，另一方面则要求详细说明线人进行举报的依据。）的线人信息判断规则，在1983年的“*Illinois v. gates*”一案中则被扩张为对合法性要求更为宽泛的“综合考虑”（也即经综合判断后，认为线人举报的正确性达到一定的概率即可）判断规则。总体而言，美国的程序价值有着这样的变化倾向：对程序违法的认定趋于宽松，程序正义的新要求对追诉犯罪更为有利，龙宗智教授将其称之为正当程序模式向犯罪控制模式的转变。而辩诉交易亦是这种转变之下的应然之物，因通过辩诉交易，能够尽快结束追诉程序，使得有限的司法资源可进行更多的犯罪控制活动。也就是说，在犯罪控制目的下，辩诉交易得以盛行，正如美国肯尼迪大法官所述：“当前的刑事司法程序已成为交易的体系，而非审判的体系。”

辩诉交易中的控辩协商继承了美国刑事司法趋于自由的转变倾向。在控辩协商中并无正式的程序，如在确立了辩诉交易中存在无效辩护的“*Missouri, Petitioner v. Galin E. Frye*”一案中，控方仅通过寄信的方式将认罪协议传达至辩护律师。这种极为随意的协商方式也导致了辩护律师未能及时将协议意思传达给被追诉人，从而引发了后续针对律师无效辩护的上诉。总体来看，美国的控辩协商以便宜为考量，采取多样化、简单化的方式。正如陈瑞华教授所言，很多时候在法院的走廊里，检察官与辩护律师便达成了协议。这种控辩协商方式充分体现了辩诉交易的效率价值，但过于自由的弊端也是显而易见的。例如无固定的程序，许多情形下协商过程不被记录，这将导致律师的辩护行为的有效性难以实现，契约合法性难以保证。不得不说，美国控辩协商似乎落入了自由过度扩张的困境。

（二）法官参与的实践失衡

协商程序的另一个关键问题——协商构造也在

整体的法律价值转变背景下呈现新的样态。在辩诉交易之初,协商的主体只能是控辩双方,在很长的一段时间内,实证研究和学术理论研究均未关注法官参与问题。在鲜有理论影响之下,法官参与在各地区的实践中自发呈现分离现象,如在芝加哥,法官往往会积极参与辩诉交易,并形成由控辩审三方构造组成的“法庭工作组”。^[14]但这种稳定的模式仅是少数现象,大部分地区呈“偶尔或不稳定”的参与状态,而在休斯顿则从未出现法官参与的情况。总体来看,美国法官参与度的地区分布状况呈两头少中间多的“纺锤型”结构。基于应然的视角,是否应当支持法官参与辩诉交易也存在不同的声音。促进一方如美国律师协会,制定了绝对禁止司法参与辩诉讨论等系列标准,以期充分规制法官的作用。反对的声音则表示法官参与协商将会给司法公正带来隐忧,具体而言有以下几点:(1)易给被告一种担忧,即如果参与协商的法官与审判法官是同一人,他将不会受到公正的审判;(2)使法官难以客观地确定认罪的可自愿性;(3)与前科调查报告背后适用的理论不一致;(4)即使被告无罪,也可能诱使被告认罪。

与地区分布“纺锤型”结构不同,在对法官个体的一项全国性的实证调查中,显现出迥异的样态。在重罪案件中,67%的法官选择不参与协商,4%的法官则选择参与协商但处于消极地位,20%的法官选择参与协商并对认罪协议进行审查,7%的法官选择参与协商并直接提出量刑建议。在轻罪案件中,67%的法官不参与协商,12%的法官参与协商但不参与讨论,21%的法官参与协商并讨论。^[15]将轻重罪数据结合来看,以参与度为标尺呈现的是非线性的不规则状态。但突出特点在于,不参与协商的法官占极大比重,而在参与协商的群体中,参与度高的数量则又大于参与度低的。笔者将其称之为“局部凸出”结构。

总结以上论述,美国的法官参与问题由于缺乏统一的法律规定或判例,呈现出较为失衡的分布状态,而在这种失衡下又出现“纺锤型”和“局部凸出型”两种规律形状。从效率角度而言,法官参与显然起促进作用,但又会出现误导被告、引发被告恐惧、法官先入为主等公正层面的隐忧。究其本质,当前的分布状态,实则是对效率价值与程序

公正价值各自的权重取舍不一造成的。这有待于在美国法律价值的进一步转变后,进而统一讨论此问题的适用。

(三) 启示:司法适用的统一

美国辩诉交易中的扩张与失衡现状给我国的量刑协商制度设计敲响了警钟,具体而言,当前协商司法语境下意思自治范围得到扩大,但应当在尊重权利人处分权的同时,保持司法适用的统一,以求维持协商司法运行的平稳状态。而司法适用的统一则具体体现在两方面:一是协商程序的统一。美国正是由于没有统一的协商程序,才会呈现控辩协商的过度自由扩张。二是价值取舍的统一。程序公正价值向效率价值的让渡必须有着明确的合理的尺度。否则也可能会出现如美国这类各地法官参与度不一的乱象,造成我国的刑事司法程序的混乱。

四、反思与修正:量刑协商程序的应有形态

(一) 量刑协商模式构建要点

基于域外控辩协商现状的启示以及国内协商理论的对抗与延展,笔者认为我国构建量刑协商程序应当至少遵从几个要点。

第一,以协商契约性为构建基础。即使是在反对量刑协商契约性的家长模式中,也不得不面对的一个问题——如何规范检察机关权力施与。而契约模式则是解决这一问题的根本之道,原因在于契约模式是对控辩双方施加约束,从本质上限制了检察机关的权力扩张。但关于认罪认罚具结书的契约性,并未得到公权部门尤其是检察机关的认可。因此,如要切实限制检察机关的权力,必须加以“违约条款”,使之具备实质上的契约性,即明确检察机关无正当理由反悔后的救济问题。可采取的措施如原认罪认罚具结书作废、不作为证明被追诉人有罪的证据等。

第二,以平等协商权为构建核心。尽管当前司法实践中以确认核准的协商模式为主,鲜有平等协商的实现,但平等协商确是契约性量刑协商模式的应有之义。对平等协商应进行必要监督与限制,否则可能会产生异化,具体而言存在两方面的异化方向:一方面,协商过于自由便会演变为美国“讨

价还价”式的协商模式，因此需采取措施实现司法适用的统一；另一方面，在控辩地位不平等的天然缺陷下，平等协商可能会倒退至原确认核准的协商模式，或是沦为问答式的形式协商。基于我国职权主义土壤，此种异化的可能性较大。后续协商程序的构建，应当采取积极措施对检察主导进行适当的限制，维护协商的核心价值。

第三，以统一的协商平台为构建保障。统一的量刑协商平台是协商程序固定化的核心所在，是实现司法适用统一的重要抓手。如若协商平台以规范、有型的方式搭建而成，那么整个协商程序的实现便会水到渠成。当然，实践中尚大量存在无固定的协商平台的现象，协商仅靠检察官之能动性，使得协商变得极为随意，有重蹈美国自由扩张之虞。协商平台是协商基础与核心的保障手段，是防止程序异化的最关键因素，应当着力打造。

（二）量刑协商模式的选择

比较发现，法官参与模式更符合量刑协商模式的构建要点，其余模式均存在难以克服之缺陷。具体而言，笔者做了如下分析。

第一，辩审协商构建者意图以审判权的中立属性来实现协商公正，但如此一来会产生如下问题：（1）在当前认罪认罚作为刑事诉讼原则的背景下，法官作为协商的主导者会致力于促成认罪认罚，当法官存在促成意图时，势必会影响其原本的诉讼中立者的定位，从而使得辩审协商无法达成其最初目的。（2）当法官直接进行协商时，后续审判程序再无意义，但如不经审判程序，实则是协商过后即结案，与速裁程序的设置相背离，完全脱离我国当前的刑事诉讼程序，违反程序正义。（3）即使在协商更为自由的美国，辩审协商模式的适用比例也极低。由于审判者角色的异化，此种模式实则是对实质真实主义的挑战，与我国传统的刑事诉讼理念不相适应。

第二，家长模式的缺陷在于：（1）难以防御检察主导权扩张。此模式主张以法律规范的形式明确认罪认罚必然从宽，但在检察机关的绝对主导下，无法对检察官的法律适用情况进行必要的限制与监督，仅靠法律的机械规定难以使被告人的从宽权利真正落到实处。（2）家长模式强调检察机关

对被告人的“关爱”，但由于检察机关追诉犯罪的传统职业思想，往往并不注重对被追诉人的“关爱”。且检察机关在追诉过程中，长期处于“居高临下”的地位，部分检察官甚至戴“有色眼镜”看待被追诉人，“关爱”的普适性难以保证。

第三，商谈审查模式以实现被告人的协商权利为第一目标，并主张以事后的司法实质审查为保障，但此种模式存在的缺陷在于：（1）事后的司法审查所主要依据的乃是认罪认罚具结书、量刑建议等书面材料，无法审查协商过程，也便无从谈起协商权利的保障。（2）以当前速裁程序的适用现状来看，司法审查以形式审查为主，而如要转为实质审查则会大大增加司法人员工作量，与认罪认罚从宽制度设立的最初目的相违背，有改革退回原点的风险。

（三）法官参与模式的细化与修正

1. 修正：法官宜直接参与

当前法官参与模式主张法官以书面参与为主，此方式固然充分尊重了检察机关的主导意志，但却不能实现中立方对协商过程的监督。实践中无论是辩护律师还是值班律师，在协商过程中都无法发挥对检察主导的防御作用。辩护律师与被追诉人属同一阵营，与检方存在对立关系，因此辩护律师发挥的是谈判作用，无法保证协商过程的合法性，也无法保证协议的顺利执行。值班律师具备见证功能，但这种见证功能并不能转化为有效的监督。在当前的实践样态之下，值班律师的见证更似是认罪认罚中的程序要件之一，且值班律师机制并未赋予其任何救济权利，因此值班律师仅仅是形式上的见证者，并无实质作用。因此，法官参与模式应以法官直接参与为原则。法官可以发挥实质的见证与监督作用。当协商程序违法时，法官可以当场予以纠正，也可以予以记录，以备后续审判时确认具结书的效力。另外，法官直接参与还可以防御律师尤其是值班律师的无效辩护，尽管我国当前并未建立起无效辩护制度，但并不意味着无效辩护并不存在。当律师不符合职业准则的行为损害被追诉人的协商利益时，法官直接参与有助于对该行为的识别，并将该行为以记录的方式提交至审判阶段，帮助审判员做裁判。

2. 细化：克服被告人隐忧

法官参与模式仍需解决如何克服被告人隐忧的问题。正如美国的前车之鉴，被告人极易因法官的参与产生将会接受不公正审判的担忧。从法官的角度而言，此问题也可翻译为如何使法官在协商过程中保持纯粹的中立性，并将中立性明示于被告人。

(1) 法官参与协商后是否意味着主导权的更迭？笔者认为，协商过程应始终坚持检察主导，法官充分保持见证者、监督者的角色定位。在三方协商构造中，如由审判权主导，势必会影响其中立性，增加被告人的隐忧。检察机关本就是认罪认罚的促成者，量刑建议的做出者，其本身的定位决定了其主导地位。法官在协商过程中应当保持极度的克制姿态，做好协商过程的记录，以备将来之查验。法官还应在协商前对被告人做出身份宣告，表明自身的见证与监督角色。在参与协商的人选上，可由法院安排轮值。值得注意的是，作为见证者的法官，事先接触案件和被告人，难以避免会先入为主看待案件事实，因此参与协商的法官不能再参与后续的审理。

(2) 为解决检察官量刑尺度把握不稳的问题，法官可对量刑建议提供一定的指导。这是解决当前量刑建议精准化困境的有效途径，但在此过程中，仍然必须注意方式方法。具体而言，应实现统一指导与个案指导相结合。法院可与检察院开展精准量刑交流会、研讨会、指导会等，使检察官能统一接受系统的量刑培训。在个案指导中，参与协商过程的法官不宜担任指导者。法院可设立专门的量刑指导职能办公室，双方以书面形式往复。检察机关应将原始案情掩盖，提炼出影响量刑的焦点问题，法院仅从技术层面提出指导意见。法院对指导意见不负责，如法院需对指导意见负责，势必将法院与检察院捆绑在一起，法院丧失了中立基础。为进一步避免案外因素的影响，书面指导意见应当以单位名义提出。

如此在法官参与量刑协商的过程中，形成了监督者、见证者与指导者的分离而又统一的关系。这应当是法官参与协商的应有之态。

[参考文献]

- [1] 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”[J]. 比较法研究, 2019(5): 80-101.
- [2] 谢澍. 直面认罪协商制度的“复杂性”：《庭审之外的辩诉交易》之方法论启示[J]. 政法论坛, 2019, 37(6): 170-178.
- [3] 郑敏, 陈玉官, 方俊民. 刑事速裁程序量刑协商制度若干问题研究：基于福建省福清市人民法院试点观察[J]. 法律适用, 2016(4): 23-30.
- [4] 游涛. 认罪认罚从宽制度中量刑规范化的全流程实现：以海淀区全流程刑事案件速裁程序试点为研究视角[J]. 法律适用, 2016(11): 8-34.
- [5] 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[J]. 法学论坛, 2019, 34(4): 5-19.
- [6] 陈瑞华. 论量刑协商的性质和效力[J]. 中外法学, 2020, 32(5): 1126-1149.
- [7] 杨继文, 任开志, 张华. 认罪认罚从宽制度的契约司法模式[J]. 南昌大学学报(人文社会科学版), 2020, 51(4): 59-67.
- [8] 王迎龙. 协商性刑事司法错误：问题、经验与应对[J]. 政法论坛, 2020, 38(5): 46-63.
- [9] 赵恒. 法官参与认罪认罚案件具结活动的模式和法律制度前瞻[J]. 政治与法律, 2021(1): 35-47.
- [10] 蔡元培. 从控辩协商走向辩审协商：我国认罪协商制度之反思[J]. 大连理工大学学报(社会科学版), 2019, 40(2): 109-115.
- [11] 高童非. 契约模式抑或家长模式？：认罪认罚何以从宽的再反思[J]. 中国刑事法杂志, 2020(2): 138-157.
- [12] 吴思远. 我国控辩协商模式的困境及转型：由“确认核准模式”转向“商谈审查模式”[J]. 中国刑事法杂志, 2020(1): 148-159.
- [13] 郭锴. 美国“敲门并声明”刑事搜查规则之流变[J]. 公安学刊(浙江警察学院学报), 2017(4): 36-41.
- [14] SIGLER J A. Felony Justice: An Organizational Analysis of Criminal Courts [M]. Boston: Little, Brown and Company, 1977: 311.
- [15] BTRA R R. Trial Judges' Participation in Plea Bargaining: An Empirical Perspective [J]. Society Review, 1979, 13(2): 486.