

# 认罪认罚从宽制度中司法承诺之考察

刘泊宁

**【摘要】**司法承诺是认罪认罚从宽制度的重要组成部分,亦是影响控辩合意自愿性、真实性、稳定性的关键要素。然而,我国对司法承诺的法律规定和司法解释尚不尽完善。规范层面的模糊不清导致司法实践中司法承诺的适用混乱和争议不断。因此,亟待对司法承诺的相关问题进行研究。明晰司法承诺的内涵及基本特征是研究的前提和基础,限定司法承诺的主体资格、明确承诺权限是保护被追诉人权益的必然要求;而全面考察司法实践中承诺权误用、滥用的现象,提炼总结出司法承诺的三种实践样态,有助于完善相关制度层面的建构,增强控辩协商过程的规范性与透明度。司法承诺的规范化是提升司法公信力、推进认罪认罚从宽制度良性发展的重要基础。

**【关键词】**司法承诺;认罪认罚;兑现;司法公信力

**【作者简介】**刘泊宁,中央财经大学法学院。

**【原文出处】**《法学》(沪),2020.12.50~64

## 一、问题的提出

认罪认罚从宽制度是2018年《刑事诉讼法》修改后确立的一项重要制度,亦是协商性司法理念在刑事诉讼领域的运用与体现。我国有学者总结:认罪认罚从宽制度的改革,“标志着我国法律继接受被害方与被告方的私力合作模式之后,再一次确立了一种建立在协商和妥协基础上的公力合作模式”。<sup>①</sup>而协商性司法,“无论是否伴随着一个交易谈判(讨价还价)的过程,均存在要约、承诺的程序要素,以及双方均作一定利益让渡(一方认罪认罚与另一方从宽处置)的实体内容”,<sup>②</sup>在认罪认罚从宽制度中,司法承诺代表着国家对被追诉人的许诺,对于被追诉人而言这是一种司法激励,对于政府来说这更是展现国家诚意与信用的表现形式之一。因此,可以说司法承诺是认罪认罚从宽制度的重中之重;国家追诉机关对被追诉人作出的量刑从宽、程序从简之司法承诺是关涉双方诉讼

合意能否达成的关键。然而,在这样一个重要的问题上,与司法承诺相关的法律规定和司法解释尚不尽完善。规范层面的模糊不清导致司法实践中司法承诺适用的混乱与争议,涌现出许多现实问题亟待厘清。

例如,我国《刑事诉讼法》第120条第2款仅规定了侦查人员对犯罪嫌疑人负有全面告知认罪认罚相关法律规定的义务,但对于侦查阶段能否启动认罪认罚从宽程序并没有明确表述,由此引发了理论及实务界的广泛争议。针对这些争议,2019年10月,“两高三部”出台了《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》),进一步表明,基于鼓励被追诉人尽早认罪,最大程度地节约司法资源为目标,认罪认罚从宽制度可以适用于刑事诉讼的各个阶段,包括侦查阶段;公安机关在侦查阶段除了需履行全面告知义务外,还应积极开展认罪教育工作,听取犯罪嫌疑人及其辩护人或者值

班律师的意见,记录在案并随案移送。如果缺乏对犯罪嫌疑人权益的完善保障,这一规定难以避免地会产生一系列问题,特别是侦查阶段极易发生审讯人员为促使犯罪嫌疑人尽快认罪,擅自允诺从而产生“诱供”的风险。具言之,以或抽象或具体的从宽承诺作为“要约”向犯罪嫌疑人提出,一旦嫌疑人接受并自认其罪,侦查机关便可能利用“后履约”的优势反悔,<sup>③</sup>或从一开始侦查人员就知道所作出的承诺无法兑现,检察机关在后续程序中不会对此予以认可,仍擅自许诺只为“套取”嫌疑人的认罪供述。<sup>④</sup>这种以借“积极开展认罪教育”之名,而行“诱供”之实的做法无异于违背了犯罪嫌疑人认罪认罚的自愿性、真实性,动摇了认罪认罚从宽制度适用的根基,应加以警惕和防范。

又如,在审查起诉阶段,以检察机关为主导的控辩合意程序是认罪认罚从宽制度的一大亮点,但随之而来的风险是检察机关可能会滥用司法权力并挤压辩方权利。目前,认罪认罚案件的控辩合意程序尚未具体化、规范化、透明化,加之值班律师的实质性参与作用有限,证据开示规则的缺失等一系列问题尚没有得到妥善解决。权利保障措施和监督制约机制的不完善,使得控辩双方诉讼力量不平等的局面依然存在,被追诉人往往处于较为被动的地位,缺乏有效协商的能力,难以保障其作出理性、明智的选择。2019年8月召开的全国检察机关刑事检察工作会议上,最高人民检察院提出,到年底,认罪认罚从宽制度的适用率要提升至70%左右的目标。为实现此目标,各省市检察机关都确立了一项适用认罪认罚程序比例的考核指标,导致有些地方检察院甚至将认罪认罚从宽程序的适用率提高到了80%以上。考核指标的存在,使得检察官的职业压力倍增,导致其在适用认罪认罚程序时难以避免地带有完成指标任务的功利色彩,甚至为完成考核指标任务而将一些可能没有达到定罪标准或认罪认罚适用标准的刑事案件通过认罪认罚程序解决;而缺乏专业法律知识和对

抗能力的被追诉人只能被迫接受某一量刑方案。另外,因受到案件信息不对称、害怕报复性起诉等多种因素的影响,犯罪嫌疑人通过认罪认罚换取的从宽承诺不一定具有“对价性”或“合理性”,追诉机关可能会利用信息优势隐瞒有利于犯罪嫌疑人的事实证据或量刑情节,甚至提供虚假信息;或是为吸引犯罪嫌疑人接受认罪认罚程序,而提出超越法定量刑幅度的优惠条件,量刑建议从实质上存在着“量刑优惠不足”或“量刑优惠过度”的问题。无论哪种情况发生,均是检察官不当行使量刑建议权的结果,有违实质真实理念和罪刑相适应原则。若协议最终不能履行,更是对被追诉人合法权益的不当侵害。

最后,因我国《刑事诉讼法》第201条规定的检察机关提出的量刑建议对法院最终判决的特殊约束力,使人民法院在认罪认罚案件中的角色与功能处于“尴尬”境地。在理论层面,检察官的量刑建议权与法官行使裁判权之间的矛盾未能得到根本解决,加之缺乏统一、精细的量刑指南以供检察机关在提出量刑建议时予以参考,因此,实践中为避免控审冲突,实务部门积极寻求解决之道,一些地区形成了检法“协同作战”的格局。法官有时会提前介入审前的控辩合意程序,与检察官、犯罪嫌疑人就案件的定罪量刑问题事先沟通,形成控辩审三方“合意”,这对于很多试点地区的司法机关而言已经成为一种“惯例”。但值得关注的是,法官提前参与协商,进而允诺被追诉人从宽处理结果的实践做法在目前依然处于“于法无据”的状态。现阶段,法律只赋予了人民法院对于被告人认罪认罚的自愿性、真实性及量刑建议的合法性、合理性进行司法审查之责;而相较于规则明确、公开透明的庭审而言,控辩审合意的过程处于公众视野之外,刚性规则的缺失为法官个人偏好、人情和关系的滥用留出了更大的操作空间。而法官私下承诺的行为如果一直游离于法律框架之外,将会增加法官权力滥用的风险。

综上所述,如若对司法实践中承诺权误用、滥用的现象不及时加以规制,一旦承诺无法兑现而造成双方达成的协议破裂,则易使国家的司法信用体系陷入岌岌可危的状态。正如有学者所言:“认罪认罚从宽制度是一种协商治理模式,商谈、合作与诚信是其立身之本”。<sup>⑤</sup>然而,国家追究犯罪的职权与犯罪本身的矛盾是追诉机关与被追诉人之间建立信任关系的壁垒。如何打破双方固有的对抗状态,在博弈中寻求合作,寻找双方建立信任的基点?笔者认为,追诉机关应率先发挥示范作用,其中对承诺权规范、合理地使用将会加强被追诉人对认罪认罚从宽制度的信任感,提高认罪认罚案件质量与效果;反之,“权利供给的制度许诺未得兑现会损害制度的信誉和司法的权威,进而从整体上损害制度在规范和实践上的有效性”。<sup>⑥</sup>有鉴于此,对认罪认罚案件中司法承诺的实践样态进行考察,进而完善相关制度层面的建构具有现实紧迫性,也是保障认罪认罚从宽制度长远健康发展的必要措施。

## 二、司法承诺概述

在探讨有关司法承诺的具体问题之前,首先需要明晰司法承诺的概念、基本特征及承诺适用的法定范围。对上述基本问题的研究,有助于更加深入、全面地认识司法承诺的本质。

### (一)司法承诺的概念和基本特征

日常生活中,“承诺”是指人与人之间就某件事情的答应、照办。上升到法律层面,司法承诺是指国家司法机关及其工作人员,对被追诉人为某种行为或不为某种行为,就其特定的法律后果作出的许诺和保证。<sup>⑦</sup>司法承诺源于合同法理论中的要约与承诺制度。<sup>⑧</sup>根据《刑事诉讼法》第174条和第201条的规定精神,具结书应当是国家追诉机关与被追诉人之间协商产生的合意契约,而检察机关提出的量刑从宽建议和程序从简适用应当被视为是一种对被追诉人作出的司法承诺。司法承诺的主要特征可以概括为以下几个方面。

第一,主体的专属性。司法承诺只能由承担国家司法或准司法功能的机关及其工作人员作出,非具有承诺资格的主体作出的许诺对最终的司法判决不具备法律约束力。实务中,承诺权误用、滥用的现象比比皆是,一些公权力机关常常利用社会公众特别是被追诉人对司法的信任,许下“空头支票”却无法兑现。这种失信行为会严重污染我国的司法环境,极大地损害司法公信力和司法在社会公众心目中的权威。具体到认罪认罚从宽制度中,公检法三机关是否都具备承诺的主体资格问题及争议,笔者将在下文逐一分析。

第二,兑现的强制性。司法承诺是国家司法机关对公民的许诺,司法承诺的兑现以国家强制力为保障。具体在认罪认罚案件中,从契约论的角度分析,有关从宽承诺的具体内容体现在国家刑事司法机关与犯罪嫌疑人、被告人签署的具结书中,该具结书具有民法中“合同”的色彩。<sup>⑨</sup>参照《中华人民共和国合同法》第8条的依合同履行义务原则,双方依法自愿签订的协议,虽然在人民法院采纳之前没有生效,但并不影响对签署协议的当事人的法律约束力。据此,作为具结书协议签订一方的国家司法机关,应当按照约定履行自己的义务,对其所作出的承诺予以信守,除非因不可抗力或者兑现承诺的先决条件消失,否则没有正当理由,司法机关不得擅自变更或撤回承诺。此外,司法机关作为国家形象的代表,其作出的允诺亦代表着国家的承诺。毋庸置疑,信用是国家生存的基石,正如一个国家必须信守自己对国际社会的承诺,司法机关工作人员也需要明确一种道德责任,对其所说的话、作出的承诺必须是严肃的、负责的、守信用的。诚然,目前的认罪认罚从宽制度适用于所有类型的刑事案件,对于轻罪案件来说,从宽承诺兑现的强制性自有其正当性基础;但对于重罪案件而言,还需要综合考量犯罪的事实、性质、情节以及对社会的危害程度后加以判断,因此,承诺兑现的强制性特征在重罪案件中

具有内在的冲突性和特殊性,应注意与轻罪案件相区分,这种内在的冲突也是有学者提出部分类型的重罪案件不宜适用认罪认罚从宽制度的原因之一。

第三,行为的对价性。司法承诺从本质上看,通常是因双方交换内容有一定的对价性而产生,表现为承诺双方约定的交换条件。在美国辩诉交易制度中,有学者将其本质概括为,“辩诉交易是可估算的庭审定罪风险与答辩后一个确定的但不那么严厉的刑罚之间的交换”。<sup>①</sup>一般来说,认罪认罚案件中的犯罪嫌疑人、被告人是通过如实供述犯罪事实、接受司法机关的定罪和量刑处罚、放弃部分诉讼权利、积极退赔赃物或赔偿被害人损失等“对价”来换取司法机关对其“从宽”处理的诉讼结果。所以,“从宽”的结果是“认罪认罚行为”的“相应回报”,体现出一种等价交换的理念。

第四,形式的书面化。司法承诺以书面文本为载体,载明控辩双方协商合意的结果。具体在认罪认罚案件中,集中体现在具结书的签署。具结书将司法承诺的内容落实于纸面,以正式的书面文本的形式方能彰显国家给予被追诉人“从宽奖励”的诚意。具结书类似于国家与个人之间签订的“合同”或“契约”,产生法律拘束力,既可成为法院作出司法裁判的依据,亦可作为被追诉人权利救济的凭证。正是由于认罪认罚具结书和量刑建议书的存在,才使认罪认罚从宽制度从程序外观上区别于一般意义的“坦白从宽”政策。在自首、坦白制度中,控辩双方之间的沟通是一种非正式的罪刑协商机制,追诉机关并没有作出相应的具体承诺,只是笼统地以建议的方式,对司法裁判不具有拘束力。而在认罪认罚案件中,犯罪嫌疑人、被告人认罪并认罚的个人承诺载明在具结书中,司法承诺的书面载体则主要表现为具结书和量刑建议书,<sup>②</sup>两者均具备法律效力。

## (二)司法承诺适用的法定范围

在认罪认罚案件中,司法机关作出的司法承诺

主要是给予被追诉人获得从宽处理的许诺。因受到实质真实原则与罪刑相适应原则的影响,认罪认罚从宽制度在实体法框架下限制了司法机关自由裁量的空间,承诺的内容限定在法律规定的范围内。因此,对“从宽”内涵的理解,有助于明确司法人员作出承诺的权限及边界。具言之,司法机关作出的从宽处理承诺主要分为两个方面:一是实体上的从宽处罚,二是程序上的从简处理。实体法层面上的“从宽”,是指司法机关在被追诉人主动、自愿认罪并认罚时,给予其量刑上较为宽缓的刑罚处置和刑法评价,也可以称之为量刑从宽。根据我国目前的法律规定,量刑从宽主要包括从轻、减轻以及免除处罚。其中,司法机关在作出减轻、免除处罚的承诺时,应当于法有据。<sup>③</sup>对于犯罪情节轻微且不需要判处刑罚的犯罪嫌疑人、被告人,司法机关还可以依法作出不起诉决定或者免于其刑事处罚,这也是实体从宽的重要体现。程序法层面的“从简”,是指司法机关为减轻被追诉人的诉累,帮助其尽快回归社会,摆脱“官司缠身”的烦恼,故而加快办案进程,以简化审理的方式,确保案件能够在较短时间内得到快速处理,主要表现为刑事速裁程序及简易程序的适用。程序上的简化必然会导致被追诉人诉讼权利的克减,为防范程序简化对被追诉人权益可能造成的不当侵害,《指导意见》第7条明确赋予了犯罪嫌疑人、被告人程序选择权,犯罪嫌疑人、被告人即使不同意适用速裁程序、简易程序,也不影响“认罚”的认定。被追诉人享有充分的选择自由决定是否接受程序简化的“红利”。

此外,许多学者在阐释“程序从简”的含义时,大多将慎用羁押性强制措施视为“从宽”激励的应有之义。然而,结合《指导意见》第19-21条的规定,笔者认为强制性措施的变更不属于司法机关可承诺的范围,即不应归入“从宽”的范畴之内。原因在于,“从宽承诺”的交换对价是犯罪嫌疑人、被告人的“认罪认罚”,而在非羁押性强制措施的适用问

题上,认罪认罚之主观情节是国家侦控机关用于评估被追诉人是否具有社会危险性和人身危险性的重要考量因素,但并非唯一因素,是否采用强制措施仍需要受到案件性质、罪行轻重以及犯罪嫌疑人、被告人是否为惯犯、累犯等综合因素的考量。概言之,被追诉人主动悔罪,自愿“认罪认罚”仅能助力其争取社会危险性和人身危险性评价降低的结果,不能必然导致强制措施适用的变更。因此,笔者认为,尽管国家提出在认罪认罚案件中慎用羁押性强制措施的改革要求,今年年初,最高人民检察院张军检察长在全国检察长会议上也表示,要进一步降低逮捕率和审前羁押率,扩大非羁押手段的适用,以有效地减少社会的对立面,这是在轻刑化背景下,为重点解决我国刑事诉讼中近80%的高审前羁押率的重要倡议,这一举措对于保障被追诉人认罪认罚的真实性、自愿性大有助益,但不可能一蹴而就。所以,在法律没有明确规定的情况下,不宜将其归入到司法承诺的范畴,以避免由于承诺难以兑现而有损司法公信力。

### 三、司法承诺的主体辨析

目前在司法实践中,基于完成任务考核指标或解决案多人少的一些压力,公检法三机关都存在不同程度上地对被追诉人许诺的行为,但根据现有法律规定,这些许诺或承诺并非都具有法律效力。有些许诺促成的诉讼合意甚至建立在强迫、欺骗的基础上。如有些侦控人员打着开导、教育的名义,无原则地对犯罪嫌疑人许诺,如“早说早放”“认了就减免刑罚,不认就重判”等,而许诺的结果却难以兑现,严重损害了认罪认罚从宽制度的信誉,玷污了司法承诺,损害了司法的权威。鉴于司法承诺在实践操作中出现的乱象,在探讨如何完善协商合意程序的运行机制之前,首先需要解决的问题是协商合意程序主体的准入维度,即协商主体资格的限定问题。只有让具有承诺权的适格主体进入协商程序,才能使司法承诺最终兑现,才能保障被追诉人的可期待利益。同时,为了

防范制度适用可能产生的廉政风险,有必要严格区分司法承诺与违规允诺的界限,避免两者在实务操作中发生混淆,这也是认罪认罚从宽制度规范化运行的必然要求。

#### (一)司法承诺的适格主体——检察机关

《刑事诉讼法》第173条规定,犯罪嫌疑人认罪认罚的,人民检察院应当听取犯罪嫌疑人、辩护人或者值班律师、被害人及其诉讼代理人对案件定罪量刑以及审理程序适用方面的意见,并记录在案。《指导意见》第33条进一步明确,人民检察院在听取犯罪嫌疑人、辩护人或者值班律师的意见时,应当尽量与对方协商一致。<sup>⑩</sup>至此,认罪认罚从宽制度创设了具有中国特色的量刑协商程序;检察机关作为法律明文规定的可与犯罪嫌疑人、被告人就量刑问题展开磋商、达成合意并形成协议的司法机关,自然是司法承诺的适格主体。在认罪认罚案件中,犯罪嫌疑人签署的认罪认罚具结书是控辩双方诉讼契约法律关系的载体,具体记载了检察官经与被追诉人协商一致后,作出的对被追诉人的具体的从宽处理承诺。

作为司法承诺,检察机关具有遵守承诺的义务。这种义务笔者认为主要体现在两个方面:其一,检察机关应如实地按照控辩双方达成的合意内容,即认罪认罚具结书中载明的具体量刑承诺,向人民法院提交量刑建议及起诉书。尽管有观点认为,《刑事诉讼法》第201条的规定在一定程度上造成了检察官的量刑建议权对法官裁判权的冲击,但量刑建议的本质是求刑权已然是学界形成的共识,裁判权依然归属于法院,只是在认罪认罚案件中法官出于对控辩双方合意的尊重而受到量刑建议的约束。因此,检察机关遵守承诺的表现不在于成为承诺的最终兑现者,而是应当根据案件的实际情况依法作出承诺,并向有裁判权的机关如实提出量刑从宽的建议。其二,检察机关负有对协商合意的稳定性予以维护的义务,除非因不可抗力或者兑现承诺的先决条件消失,否则没

有正当理由,检察机关不得擅自随意变更或撤回承诺。按照契约精神,控辩双方都应受到协议内容的约束,均有义务配合推动协议的履行。然而,由于个体与国家之间、私权与公权之间的力量悬殊,所以协议的约束力对控辩双方而言也不尽相同。在认罪认罚案件中,对代表国家追诉犯罪一方的公诉机关的约束力应远远大于对被追诉人个体的约束。<sup>⑭</sup>诚然,我国法律规定检察官有权对量刑建议进行重新调整,但笔者认为,检察官的调整权只有在出现新的或遗漏的犯罪事实或证据,或者量刑的情节发生改变,从而导致原有的量刑建议失效或“明显不当”时才能行使。当量刑情节发生改变,从而导致原有的量刑建议“明显不当”的,需要与被追诉人重新协商,达成新的量刑合意后才能据此变更承诺内容。<sup>⑮</sup>

综上所述,检察机关具有司法承诺的主体资格是不争的事实。接下来的问题就是如何规制其正确、规范、合理地行使承诺权。控辩协商程序是认罪认罚从宽制度运行过程中最核心、最重要的环节,检察机关在其中更是起到主导作用。因此,保障检察官客观公正地行使司法承诺权,不因案件适用率考核指标和快速结案的现实压力而枉法承诺,或不兑现承诺,影响协商过程的公正性,为诉讼合意的形成提供更多的程序性保障是需要进一步研究的问题。

## (二)司法承诺的争议主体——侦查机关

侦查机关是否具备作出承诺的主体资格?学界对于这一问题的争议主要围绕在侦查机关能否与犯罪嫌疑人进行认罪协商展开。持肯定意见的学者主张,认罪认罚从宽制度的目的便是为破解侦查困境,通过激励犯罪嫌疑人尽早认罪认罚来实现诉讼效率的提升和司法资源的节约。从协商性司法“效率至上”的角度出发,既然“认罪认罚从宽”是一项激励被追诉人的司法制度,那么在刑事诉讼程序的各个阶段便应留有启动认罪协商程序的空间。况且,侦查机关与犯罪嫌疑人私下进行交易早

已是侦查阶段公开的秘密。由于我国尚未确立污点证人豁免制度,因此在某些特定类型的案件中,例如贿赂犯罪、毒品犯罪案件,由于证据收集、司法证明的难度较大,侦查人员大多是通过承诺放弃对从犯、行贿人的追诉或者减轻处罚的处理方式,获取能够用以指控犯罪嫌疑人的不利证言。<sup>⑯</sup>基于司法实践的客观需要,与其一味地屡禁不止,不如借此建立规范、公开、透明的协商程序,将司法实务中存在的“侦辩交易”现象纳入认罪认罚从宽制度的程序保障之下,监督侦查人员的协商行为更具有现实层面的可行性。<sup>⑰</sup>

持否定观点的学者认为,认罪认罚从宽制度虽然适用于侦查阶段,但不能简单地将认罪认罚从宽制度与认罪协商制度画等号。认罪认罚从宽制度是包含一系列实体上与程序上的集合性法律制度,其与认罪协商程序是包容与被包容的关系。<sup>⑱</sup>由于认罪认罚从宽制度并没有因犯罪嫌疑人的认罪认罚而降低对证明标准的要求。因此,侦查阶段的主要任务仍应是全面调查取证、查清案件事实,使认罪认罚案件具备充分的事实基础,避免因被追诉人日后翻供而导致控诉方陷入被动的局面。如果赋予侦查人员与犯罪嫌疑人协商的权力,将会助长司法实践中侦查人员过分依赖口供的痼疾,使其利用虚假承诺大行威逼、利诱、欺骗手段,从而放弃侦查机关的法定查证职责,不再将注意力放在收集可能证明犯罪嫌疑人无罪、罪轻的各种证据上,从而滋生冤假错案,破坏司法公正的底线。<sup>⑲</sup>

笔者赞同否定方的观点,允许侦查人员与犯罪嫌疑人展开协商将会不可避免地加重侦讯人员的口供中心主义情结。认罪认罚程序中的“协商”色彩对于侦查人员来说极具吸引力,即便案件的证明标准没有降低,但是认罪认罚从宽制度的激励效果同样有助于减少侦查机关收集证据的难度和成本,使之成为拿下犯罪嫌疑人有罪供述的利器。而侦查活动的秘密性与侦辩双方的对抗性,又使侦查阶

段成为实施法律监督较为薄弱的环节,犯罪嫌疑人的权益面临遭受不当侵害的巨大风险,若因胁迫供述或诱供而酿成冤假错案,在后续程序中也难以及时发现并纠正。尽管《指导意见》第23条规定,侦查人员在讯问犯罪嫌疑人时,不能作出具体的从宽承诺,但其仍依法负有对犯罪嫌疑人积极开展认罪教育工作的责任。然而,如何定义“具体”与“抽象”的承诺内容?如何划分“诱供”与“认罪教育”的侦讯行为?这些用语本身的模糊性就使何为侦查活动的合法性留下了任意解释的空间。况且在封闭的审讯环境下,侦查人员若以严重的刑罚后果对犯罪嫌疑人施压,再以认罪认罚从宽相诱导,即便许诺的“交换条件”是非具象的,也极易导致犯罪嫌疑人因承受不住巨大的心理压力而被迫认罪。上述行为不仅从诉讼的初始阶段就损害了被追诉人认罪认罚的自愿性、真实性,破坏了认罪认罚程序适用的基础;而且,侦查机关作出的承诺一旦不被检法两机关认可或接受,被追诉人也会将认罪认罚从宽制度视为一场“诉讼陷阱”。侦查阶段作为追诉犯罪的第一战线,是刑事诉讼的基础阶段,如果侦查人员的行为失范,将影响控审阶段的顺畅运行,也会影响犯罪嫌疑人对我国司法体系的“第一印象”。如若侦查手段屡屡失信于嫌疑人,失信于社会,犯罪嫌疑人与国家追诉机关之间的协作关系将难以发生和维系,一旦嫌疑人或社会公众将认罪认罚从宽制度视为“诱供”手段的一种制度性欺骗,则该制度将失去长久发展的生命力。综上所述,笔者认为侦查机关不是司法承诺的适格主体。至于有些学者认为侦查机关虽然不具有与犯罪嫌疑人展开量刑协商的权力,但是具有对犯罪嫌疑人是否适用非羁押性强制措施的承诺权。对此,如前所述,强制措施的变更不应属于“从宽”承诺的范畴,因此侦查机关亦不应具有此部分的承诺权限。

### (三)司法承诺的争议主体——审判机关

从立法层面看,我国认罪认罚从宽制度中法官

的角色与美国辩诉交易制度的规定较为相似。检察官在认罪协商程序中均承担起主导和推动作用,而法官均不能直接参与到审前的控辩协商程序中,其主要作用是恪尽司法审查之责。然而,由于我国《刑事诉讼法》第201条的规定,以及检察机关对于量刑建议精准化的要求,常常让法院在审查和采纳量刑建议时陷入两难境地。为避免控审冲突的加剧,一些基层实务部门自发形成了检法协同关系,检察机关通常在审前就会将认罪认罚案件的量刑建议内容与法院提前沟通,待其认可后再提起诉讼;更有部分法官出于对快速结案的积极追求,抛开司法裁判者的中立地位,主动帮助检察机关与犯罪嫌疑人进行协商,承诺在其自愿认罪认罚的前提下,给予一定幅度的量刑减让,直接与被追诉方展开“辩审交易”。虽然我国刑诉法对“辩审协商”并没有明文规定,但司法实践中法院迫于定罪、执行、考核等各方面的压力,辩审协商的案例时有发生,<sup>⑩</sup>并且一直游离于法律监督之外。无独有偶,美国的《联邦刑事诉讼规则》虽然不允许法官直接参与控辩双方的答辩谈判,且法官参与交易的行为亦被美国律协所禁止。但是,为防止检察官单独协商造成滥权,在美国大部分州法院的辩诉交易实践中,法官参与辩诉交易的现象也是客观存在的。<sup>⑪</sup>

基于司法实践的客观需求,法官是否有权参与控辩协商,进而直接承诺被追诉方可预期的定罪量刑结果,这一问题引起了学术界的广泛争议。赞成法官参与控辩谈判的学者们认为,法官在认罪协商程序中应当扮演积极角色,原因在于:其一,定罪量刑是法院独有的职权,而非检察官之权力。与其让检察官与被追诉方之间商定罪与刑,不如直接让法官亲身参与,由法官告诉被追诉方可能判处的刑罚。其二,控辩双方经过协商形成的刑事协议,仍须法官审查并采纳后才能生效,增加了协议破裂的风险。倘若人民法院直接参与到协商过程中,则可以帮助排除这种不确定因素,减少臆测。其三,法

官在参与协商的过程中,可以获悉关涉量刑问题的相关案件事实及证据材料,有助于其后作为决定量刑轻重的标准。其四,法官参与协商,可以发现并制衡检察官是否在协商过程中存在滥用司法权的情形,了解辩护律师是否有效地帮助被追诉人,等等,可以确保协商程序的公平性。<sup>②</sup>因此,我国有学者主张辩审协商不仅更符合诉讼经济原则,还能借助裁判者的中立性、客观性来实现协商过程的公正性,故应在认罪认罚案件中逐步从控辩协商向辩审协商转变。<sup>③</sup>

持反对意见的学者们认为,法官在认罪协商程序中仅负有消极被动之权,而不得参与协商。理由在于:其一,法官与被追诉方之间不平等的地位,容易导致在协商过程中,被追诉人为避免法官在随后的量刑裁判时对其有不利影响,从而不敢拒绝法官的协商条件,影响被告人认罪认罚的意志自由。其二,若允许法官参与控辩协商,则社会公众会对法官到底是依协商时对被告人的印象还是依审判时所公开的证据进行裁判产生疑虑,法官参与协商后所作出的司法判决也会引起社会公众对于人民法院公正形象的质疑;其三,法官提前介入控辩协商程序容易对被追诉人形成先入为主的不利预判,<sup>④</sup>影响其在形成心证时的客观公正性;其四,若法官能够直接与被追诉方展开协商,则法官恐怕会为了尽快结案而造成职权懈怠或滥用职权,不利于被追诉人的权利保障。<sup>⑤</sup>

笔者认为,学者们对这一问题的争论都各有其理。相较于检察机关给予被追诉方的量刑承诺而言,这种由法官在开庭前就许诺给被追诉人一定的量刑优惠的做法,有利于打消其因审判未知引发的顾虑,增强诉讼合意的稳定性。在辩审协商模式中,法官担任着司法承诺的作出者与兑现者的双重角色,被追诉人的信赖利益得到了较大程度的保护。然而,在我国现阶段控审关系配合有余、制衡不足的情势下,在司法公信力不彰的社会环境下,法官积极参与控辩协商的做法一定程度

上加剧了我国刑事诉讼的传统痼疾。根据自然正义理论,任何人“不得担任自己案件的法官”,裁判者的中立性体现在对控辩双方一视同仁,不偏不倚,其中有一项要求就是任何司法裁判者不能预先对案件的结局有先入为主的判断,否则便无法在庭审过程中保持中立、客观的审查态度。而控辩协商本身带有利益交换的性质,承诺双方均具有强烈意愿促进协议的最终实现。如果法官成为协商的一方,涉入到利益交换的过程中,容易受自利因素的影响而危及裁判者的中立性,达不到增强协商过程公正性的效果。诚如古语所言,“正义根植于信赖”,司法裁判者只有保持中立性和超然性,司法程序才能具备内在的公正性,被告人乃至社会公众才会对裁判产生尊重和信任;被追诉人对诉讼过程可能形成的不满,才有可能被正当程序有效地吸纳和化解。<sup>⑥</sup>

另外,法庭审理作为保障被追诉人诉讼权益的最后一道防线,如果法官未经庭审对被告人认罪认罚自愿性的审查,就已提前对案件情况、裁判结果形成预判,则庭审“走过场”的现象将会愈演愈烈;被追诉方也会因为法官介入协商的行为而提前知晓裁判者的态度,出于对公权力的畏惧而不敢拒绝法官提出的量刑条件。目前,我国被追诉人的诉讼地位尚未显著提升,对被追诉人权益的正当程序保障亦未建构完善,控辩力量不平等、案卷笔录中心主义以及口供中心主义的固有弊端在认罪认罚从宽制度中并没有根本消弭。况且,审前的量刑协商处于公众视野之外,程序缺乏规范性、透明性和监督力,容易导致权力腐败或私下交易。在这方面国外的一些法治发达国家都难以避免。例如,尽管德国的刑事诉讼法明文规定,在自白(认罪)协商程序中,法官可以参与到与辩护方的协商活动中。但为了规避法律规定的限制,推动合意达成,法官与被追诉方秘密协商的案例并不鲜见。有数据显示,58.9%的法官承认他们参与的协商中超过半数是非正式进行的,而41.8%的检察官和74.7%的律

师表示曾经历过私下协商的情况。<sup>②</sup>

综上所述,笔者认为,基于法官中立性原则,为避免对犯罪嫌疑人造成不必要的压力,影响其认罪认罚的自愿性和真实性,现阶段法官还不宜担任积极协商的角色,因此也不应具备司法承诺的主体资格,不得主动提出旨在吸引被告人认罪认罚的量刑方案。法官在庭审中对于控辩协商过程是否公正,量刑建议是否合法的实质性审查仍然十分重要,有利于及时发现、纠正冤假错案,有利于维持同类案件裁判的同一性。我国台湾地区亦有学者赞同控辩协商经法院同意应该要有实质的内涵,基于公平性及避免对被告人造成不当压力的考量,法官应扮演监督者的角色。原因在于考虑到保护被告人的需要,避免违反无罪推定之精神,法院的同意应该着重放在保障被告人的合法权益方面,避免被告人因遭受外界压力而产生不当或者不公平的协商。<sup>③</sup>

#### 四、司法承诺的三种实践样态

从以上分析可以得出结论,只有检察机关能够向被追诉人作出司法承诺,人民法院的角色则是司法承诺的最终兑现者,由此形成了比较科学、合理的追诉人认罪认罚、经协商获得检察机关的司法承诺、最终由审判机关审查并兑现承诺的全流程。这是一种相对理想的状况。但是,根据认罪认罚从宽制度实施过程中司法机关和准司法机关承诺的现状考察,目前主要呈现出以下三种样态。

##### (一)控诉方的“承诺不能”

控诉方的“承诺不能”是指因资质或适用条件的限制,控诉方违法作出承诺,最终使承诺难以兑现的情形。主要表现为两种情况。

第一,不具备司法承诺资格的主体擅自向被追诉人作出的许诺。这种“承诺不能”大多发生在侦查阶段。由于承诺者不具备作出承诺的主体资格和承诺权限,这类承诺理应被认定为是无效承诺,“承诺不能”是其必然后果。为扭转侦查机关口供为王的痼疾,现阶段更应当强调,侦讯人员在侦查

阶段对犯罪嫌疑人展开认罪教育时,不当向犯罪嫌疑人作出抽象或具体的从宽承诺。侦讯人员只能向犯罪嫌疑人阐明主动、自愿认罪的法律后果,即将会把认罪情况详细记录并随案移送;侦讯人员还应切实履行权利告知义务和提示义务,如任何侦查人员向其答允的关涉从宽处罚的许诺,在庭审阶段均不会作为法官定罪量刑时从宽裁判的依据。法官在庭审中审查被告人认罪认罚的真实性、自愿性时,需要重点询问被告人除了与检察机关经控辩协商程序达成的量刑合意之外,是否在审前还接受了其他国家公权力机关的私下许诺?以便及时发现问题。这一点可以借鉴美国辩诉交易制度的一些做法。在辩诉交易中,法官在审查被告人的有罪答辩是否是在自愿、知情、理智的情况下作出时,首先需要确定被告人不是因受到“暴力、威胁或允诺(除了控方在答辩协议中所做的允诺)”而作出答辩。<sup>④</sup>这是庭审的必要步骤。需要强调指出,当发生这种“承诺不能”的情况时,应当注意保护被追诉人的信赖利益,不能因控诉方的“承诺不能”而导致被追诉方承担其带来的不利刑罚后果,使被追诉方的权益受损。

第二,控诉方对于事实不清、证据不足的案件强行适用认罪认罚程序,使那些不满足程序启动条件的被追诉人被迫接受追诉机关提出的量刑协议。这类“承诺不能”主要发生于有司法承诺资质的检察机关。这种违背法律规定而作出的从宽处理承诺已经悖离了司法承诺的本质,严重地损害了司法公正。如前所述,当认罪认罚从宽制度的适用率被列为检察机关的重要考核指标时,检察官的考核压力可能会促使其行为的功利化,将一些没有达到法定证明标准或不具备适用条件的刑事案件通过认罪认罚程序解决;或者人为地降低适用认罪认罚程序的门槛。具言之,准确地认定案件事实是实现实体公正的第一步,也是最关键的一步,倘若事实认定不清,则得到的判决结果很难说是公正的。从刑事诉讼的视角看,实体公正能否实现、在何种

程度上得以实现,实际上依赖于证据的充分程度。法官发现案件真实的过程,必须建立在已经查证属实的事实证据的基础之上,尤其当法官判决被告人有罪时,只有当证明责任主体的证明达到了我国刑法规定的证明标准时,法官才能依据证据链所形成的内心确信认定案件事实,依法科处被告人适当的刑罚,并尽可能实现同案同判。因此,控诉方在案件事实不清、证据不足的情况下,不应当因结案压力或利益驱使而迫使被追诉人接受某一从宽量刑的方案,或擅自允诺案件的处理结果。否则,不仅是犯罪嫌疑人、被告人,就连社会公众也会对司法程序的公正性、司法裁判的权威性以及纠纷解决机制的有效性丧失信心。总之,认罪认罚案件的司法承诺仍然应当在法律的框架内作出,司法机关对被追诉人的许诺应当建立在对案件事实清楚、证据充分尊重的基础之上,不能因一味追求诉讼效率的提升而突破公正的底线。

## (二)控诉方的“虚假承诺”

控诉方的“虚假承诺”是指司法机关向被追诉人作出承诺时,明知该承诺是虚假的、具有欺骗性的,是不符合法律规定的,承诺方只是想通过这种手段诱骗获取犯罪嫌疑人、被告人的有罪供述,达到尽快促成协商、尽早结案的目的,这是严重违背司法诚信理念的行为。控诉方的“虚假承诺”主要体现为以下三个方面。

第一,控诉方在明知没有法律授权的情况下,为利诱被追诉人认罪认罚而给出不能实现的承诺。司法实践中比较常见的情况是检察机关以改变罪名或者减少起诉罪名数量为诱饵,哄骗被追诉人接受某一无法兑现的量刑方案。基于我国罪刑法定和罪刑相适应原则,在认罪认罚案件中,控辩双方不能就指控罪名或罪数进行协商,这与美国的辩诉交易制度有着本质上的区别。尽管新修改的《刑事诉讼法》第182条突破性地规定了犯罪嫌疑人自愿如实供述涉嫌犯罪的事实,有重大立功或者案件涉及国家重大利益的,经最高人民检察院核

准,人民检察院可以对涉嫌数罪中的一项或多项不起诉,赋予了检察机关特殊情形的不起诉裁量权。但是,该条规定的适用需要严格满足“有重大立功”或者“案件涉及国家重大利益”的适用条件,并且须经最高人民检察院核准后才能行使。所以,非此情况下,检察机关不能明知承诺内容违背法律规定,仍以“虚假承诺”的欺骗手段让被追诉人陷入对量刑处理结果的错误认识,在非知情、理智的情况下签署认罪认罚具结书。

第二,控诉方在明知超出法律授权或者明知不能满足被追诉人对从宽处罚的期待之情况下,为促进量刑合意的达成而假意作出不能兑现的司法承诺。例如,检察机关为吸引被追诉人签署认罪认罚具结书,违法降低量刑幅度,对不具备法定量刑情节的犯罪嫌疑人擅自允诺给予其减刑、免刑的处理结果,或者对不符合条件的犯罪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,等等。这类情形的“虚假承诺”本质在于检察机关滥用承诺权,未根据案件的实际情况,以不可能实现的过于宽大的刑罚处理结果,给予被追诉人不合理的、虚假的期待利益,换取犯罪嫌疑人的认罪认罚,存在着“量刑优惠过度”的问题。司法实践中,这类“虚假承诺”往往成为犯罪追诉机关引诱犯罪嫌疑人放弃抵抗,转而配合犯罪追诉工作的常用手段之一。

第三,控诉方利用公诉机关的信息优势地位,故意向被追诉人传递虚假信息,对其施加心理压力,从而强迫或引诱犯罪嫌疑人认罪认罚。具言之,一种情形表现为轻罪却以重刑相威胁,以不认罪就提高起诉刑期达到促成被追诉人同意量刑协商、接受协商条件的目的。因循于我国强职权主义的传统以及基本法对检察机关的定位,司法实践中,控诉方与被追诉方的量刑协商很难达到信息对称、地位对等的境地。可以说,检察官在量刑协商过程中占据了“天时、地利、人强”的优势。在这种诉讼模式下,审查起诉阶段占据着主导地位的检察

官会为了提高认罪认罚案件的适用率,以便完成一系列考评指标而利用其强势地位,在量刑协商中,通过虚假承诺迫使被追诉人“认罪认罚”的情况难以避免。而那些不具有专业法律知识,又得不到律师有效帮助的犯罪嫌疑人,为了尽早摆脱囹圄,很容易接受检察机关给出的错误信息,违心被迫认罪,作出一种貌似“合理”的选择。另一种情形则是检察机关故意隐瞒有利于被追诉人的量刑情节,而造成“量刑优惠不足”的问题。由于在审查起诉阶段面临着证据开示机制缺乏,值班律师的有效参与不足的困境,在犯罪嫌疑人、被告人或值班律师都难以全面查阅案卷的情况下,为检察机关隐瞒有利于被追诉人的量刑情节提供了条件。笔者在调研中了解到,司法实践中,一些犯罪嫌疑人通过自行聘请的辩护律师发现,之前经由值班律师与控诉方达成的“量刑协议”根本没有任何实质上的量刑优惠,有些反而属于对被追诉人不公平的量刑方案,这种类型的案例不是少数。因控辩双方信息不对称所造成的“量刑隐瞒”,势必会损害被追诉人的权益,导致被追诉人一旦猛醒,最终会反悔当初选择的“认罪认罚”方案,从而导致程序反转的问题。

毋庸讳言,控诉方的“虚假承诺”属于欺骗的范畴。检察机关利用被追诉人对司法承诺蕴含的司法公信力的信任,有意误导犯罪嫌疑人、被告人,使其在误以为认罪认罚行为能够换取某一有利量刑后果兑现的基础上,对司法机关的犯罪追诉工作予以配合。这一现象不仅影响了犯罪追诉机关乃至整个司法体系的公信力,并且因被追诉人认罪认罚的自愿性、真实性存疑,容易导致冤假错案的发生。然而,值得关注的是,根据《指导意见》第39条规定,人民法院在庭审中对被告人认罪认罚的自愿性进行审查时,要求重点核实被告人有无因受到暴力、威胁、引诱而违背意愿认罪认罚,却并未将“欺骗”手段列入其中,这是不妥当的。公诉机关使用欺骗手段获取的犯罪嫌疑人的认罪认罚,同样不具

有自愿性、真实性。<sup>③</sup>如德国的刑事协商制度中所明确的提示和告知义务,以及禁止欺骗和误导行为的规定,对我国控辩协商程序的完善具有借鉴意义。<sup>④</sup>当然,需要注意的是,如果检察机关不存在误导行为并及时向被追诉人阐明利害,犯罪嫌疑人只是经主观揣测后便据此行动,则不应视为司法机关对犯罪嫌疑人作出了“虚假承诺”。

### (三)控诉方的“承诺溢出”

通常意义上所谓的“溢出效应”(Spillover Effect),是指某个组织在进行一项活动时,不仅会产生活动预期的效果,还会对组织之外的人或社会产生影响。易言之,就是某项活动要存在外部收益,而且是活动的主体所得不到的收益。溢出效应又可以细分为知识溢出效应、技术溢出效应和经济溢出效应等。<sup>⑤</sup>但是,笔者此处所概括的“承诺溢出”不是指司法承诺取得了超过承诺者预期的效应,而是指控诉方的司法承诺超出了其被授权的范围。具体来说,就是控诉方主观上并没有故意隐瞒或者使用欺骗手段,其作出的司法承诺本身并非虚假,但是部分承诺超出了法律许可的范围或者超出了司法人员的裁量权限,导致“溢出部分”的司法承诺无法完全实现。

需要注意的是,“承诺溢出”与“虚假承诺”不同,前者是指部分承诺是真实的,只是在范围和程度上有所夸大而已;而“虚假承诺”则完全是建构在虚无的谎言之上。因此,司法人员在作出这两种承诺时的主观状态是不一致的,“承诺溢出”不是故意欺骗,而是因为检察机关精准量刑的能力有待提升或者出现工作上的不严谨或失误;但“虚假承诺”则完全是一种主观层面带有误导故意的欺骗行为。

虽然司法机关在主观上对于“承诺溢出”的结果并非是故意为之,但不能兑现的承诺部分仍然也侵害了被追诉人的可期待利益,影响了控辩双方量刑合意的稳定性。笔者认为,对控诉方“承诺溢出”的分析需要明晰溢出部分的内容、程度,以及对被追诉人认罪认罚自愿性的影响。如果控诉方的“承

诺溢出”只是轻微的,对被追诉人认罪认罚的自愿性、真实性影响不大,则对司法公信力的负面影响也不会很大;但如果“承诺溢出”的范围占据了司法承诺的主要部分,对被追诉人的认罪认罚与否产生决定性的影响,则应当认为这是违背司法诚信精神的行为。

### 五、认罪认罚从宽制度中司法承诺之规制

根据经济学博弈论的观点,信用是在特定制度条件下,在重复博弈的过程中,当事人谋求长期利益最大化的必要手段。<sup>③</sup>司法机关在个案中的不诚信行为只会带来短期效益,长此以往,将使其丧失公众的信用基础。尤其是认罪认罚从宽制度作为协商性司法理念的代表性制度,制度的良好运行离不开司法公信力的保驾护航。有鉴于此,我国刑事诉讼法亟须对司法承诺权误用、滥用的现象予以规制,监督、制约司法机关承诺权的行使,尤其是对于司法实践中发生频率较高的“虚假承诺”和“承诺溢出”现象,要及时纠正,将其纳入规范化的体系中加以完善,并采取一系列必要的配套保障措施,这是维护认罪认罚从宽制度长远效益的重要举措。

#### (一)防范“虚假承诺”和“承诺溢出”的途径

程序透明是指程序的进行应当为程序之外的人所知晓,又可称为程序公开。程序透明是程序公正的内在要求。诚如西方法谚所言,“正义不仅要实现,而且要以人们看得见的方式实现”。程序透明不仅仅包括审判公开,还应当包括其他程序的公开。特别是认罪认罚案件,犯罪嫌疑人、被告人与国家追诉机关进行平等协商,接受控诉机关的量刑建议,很大程度上依赖于信息透明、证据开示等措施。为了防范“虚假承诺”和“承诺溢出”,在认罪认罚从宽制度的审查起诉阶段,公诉人员应当保障辩护人以及值班律师的阅卷权、会见权,并负有全面展示对犯罪嫌疑人有利和不利证据的义务;有义务实事求是地向被追诉人及时阐明认罪认罚或不认罪认罚而导致的不同法律后果,以及认罪认罚具结

书的法律效力。此外,司法机关亟须出台统一、具体、规范的量刑指南,使被追诉方清晰地了解检察机关作出承诺的范围与限度,不仅能够使控辩双方的协商更有可预测性,增强协商过程的透明度,从而让被追诉方对“虚假承诺”或“承诺溢出”的现象有所警惕;而且还能在检察官提出量刑建议时为其提供详细的相关参考值,提高检察机关精准量刑的能力,降低量刑协议破裂的风险。

程序透明不仅是检察机关将案件情况向被追诉方展示的过程,更重要的是要有制度上的保障措施。在认罪认罚从宽制度中,这种保障必须具备一定的形式,国家追诉机关要向被追诉方提交认罪认罚从宽协议,以表达公诉方的诚信。协议应当是书面的,具体说明指控的罪名,认罪的条件,从宽的量刑幅度,以及刑罚的执行和假释等问题都应当撰写清楚,以昭诚信。认罪认罚从宽程序相对于刑事诉讼的普通程序而言是例外情况,需要检察院和法院的相互配合才能实现制度功能,保护被追诉人的信赖利益。缓解案件积压的压力,节约司法资源是检法两院的共同愿望,也是两院达成共识的基础。为了体现国家司法机关遵守承诺的诚信精神,人民法院对于人民检察院在认罪认罚从宽制度中依法作出的司法承诺一般应当予以采纳;法官亦应对存在较小误差,但尚未达到“明显不当”标准的量刑建议给以必要的宽容度和容错性。<sup>④</sup>另外,为了防止权力被误用、滥用,法官应当负责查清被告人认罪认罚的自愿性和真实性,对于认罪部分查明是否在法律允许的范围之内,并且是否具备适用认罪认罚程序的条件,及时纠正“承诺不能”等违法行为。

#### (二)针对“虚假承诺”及“承诺溢出”的补救

倘若控诉方的“虚假承诺”和“承诺溢出”行为已经发生,其补救问题应当根据不同情况分别处理:

第一,如果并没有发生实际损害效果,也就是说,被追诉人并没有因为“虚假承诺”或“承诺溢出”

而认罪认罚或导致其他不利的后果,则不产生补救的问题。但相关司法部门也应当提醒公诉人员不得作出这种违背司法诚信精神的承诺,这也应当成为对检察官职责考核的内容之一。

第二,如果被追诉人已经相信一些检察人员作出的虚假承诺或溢出承诺,已经认罪认罚并同意适用刑事简易程序或速裁程序,但公诉人员的起诉书尚未送达人民法院,则检察机关应当及时暂停发送起诉书,并将“虚假承诺”和“承诺溢出”的情况及时告知被追诉方。如果被追诉人仍然选择认罪认罚并同意适用该程序,则认罪认罚从宽程序的运作流程可以继续向前推进;但如果被追诉人不同意认罪认罚,则应当重新与其进行量刑协商,或选择转化为普通程序审理案件。

第三,如果被追诉人在控诉方的“虚假承诺”或“承诺溢出”作出后认罪认罚并同意适用刑事简易程序或速裁程序,并且公诉人员的起诉书也已经送达人民法院。如果尚未开庭,则检察机关应当及时通知法院暂缓开庭,在得到被追诉人的确认意见后再决定开庭的时间;如果已经开庭审理,并且被追诉人对控诉方“虚假承诺”或“承诺溢出”的行为提出了异议,公诉方可以建议法庭休庭,与被追诉人就量刑问题重新商议,待问题解决后再通知法院重新开庭审理;若量刑合意问题无法得到妥善解决则转为普通程序审理。

第四,如果人民法院经过审理已经对案件作出了最终的裁判,此时被追诉方才发现控诉方存在“虚假承诺”或“承诺溢出”的问题,则被追诉人可以将此作为正当理由提起上诉,由二审人民法院决定是否重新审理或改判。

需要注意的是,犯罪嫌疑人、被告人的有罪供述只能在认罪认罚程序中使用,一旦因双方协商失败而导致量刑协议破裂,案件需要转化程序审理,则检察机关不得在后续的诉讼程序中继续使用先前阶段作出的不利于被追诉人的陈述。如果缺失这样的证据能力规则,犯罪嫌疑人、被告人对认罪

认罚行为的效力就无法产生稳定的预期,导致被追诉方在控辩协商时顾虑良多,阻碍双方诉讼合意的达成。此外,为进一步防范司法机关作出“承诺不能”“虚假承诺”或“承诺溢出”的许诺,还可以考虑对这种司法不诚信的行为进行相应的法律制裁。一方面,借此能够使被追诉人乃至社会公众深切感受到司法机关诚信为民的宗旨和态度,重新提振对国家刑事司法系统的信心与信任。我们应当意识到提高司法的公信力、司法的公共评价是需要依靠群众作出的。另一方面,对其他相关司法人员来说也能起到良好的警示作用,遏制“承诺不能”“虚假承诺”或“承诺溢出”的行为再度发生。

## 六、结语

在社会需要诚信的年代,在司法公信力受到广泛关注的时代,认罪认罚从宽制度要想获得长久运行、发展的生命力,应当重视在国家追诉机关与被追诉人之间建立良好的互信关系,并以此作为完善该项制度的着力点。认罪认罚从宽制度以控辩协商程序为核心,而司法机关作出的司法承诺是控辩协商程序运行的基础。司法承诺的规范化运作,需要通过立法或司法解释的方式严格限定司法承诺的主体资格,明确司法承诺主体的权限范围,通过增加控辩协商过程的公正性与透明度,为被追诉人提供完备的程序保障机制,将可能损害控辩合意自愿性、真实性、稳定性的影响因素控制在合理范围之内。从推进认罪认罚从宽制度良性发展的长远利益考量,如何在提高诉讼效率与避免公诉机关滥用承诺权之间保持适度的平衡,是未来认罪认罚从宽制度需要研究的长期课题,亦是国家追诉机关重塑司法公信力、维护司法权威需要考虑的关键问题。

### 注释:

①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》,载《法学论坛》2019年第4期,第11页。

②龙宗智:《完善认罪认罚从宽制度的关键是控辩平衡》,载《环球法律评论》2020年第2期,第6页。

③例如,侦查人员承诺犯罪嫌疑人只要交代了犯罪事实就可以回家,但嫌疑人一旦交代了就会被采取强制措施;又如让犯罪嫌疑人或近亲属交出赃款及违法所得并承诺交钱就取保候审,然而犯罪嫌疑人交代后,承诺却不兑现,有些侦查人员甚至直接告诉对方这是“侦查策略”。参见龙宗智:《检察官客观义务论》,法律出版社2014年版,第188页。

④例如,2016年11月起,戴某、盛某、李某经一致商议后,先由李某负责招募卖淫女,利用网络发布招嫖广告并通过QQ、微信等聊天工具招揽嫖客,确定价格后便介绍嫖客到卖淫女处进行卖淫嫖娼活动。至2017年1月13日被查获止,三人共从中抽头获利人民币6万余元。原审人民法院根据犯罪事实,以介绍卖淫罪分别对李某、盛某、戴某作出判决。随后三人均提起上诉,其中上诉人盛某称2017年8月23日办案人员提审时对其诱供,告知其该案认定次数为三次,如认罪认罚便可给其有期徒刑7个月的量刑优惠,盛某才依照办案人员的要求做了与事实不符的有罪供述,应对该份笔录应不予认定。详见“戴某、盛某、李某引诱、容留、介绍卖淫案”,浙江省杭州市中级人民法院(2018)浙01刑终321号刑事裁定书。

⑤马明亮:《认罪认罚从宽制度中的协议破裂与程序反转研究》,载《法学家》2020年第2期,第120页。

⑥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》,载《法学研究》2017年第3期,第164页。

⑦参见龙宗智:《欺骗与刑事司法行为的道德界限》,载《法学研究》2002年第4期,第101页。此处探讨的司法承诺中“司法”的范畴包括公安机关在刑事诉讼中的准司法行为,是指广义上的司法活动。

⑧根据合同法原理,合同是双方或多方的民事行为,以双方当事人意思表示的一致为成立要件,签订合同的过程即是当事人双方使其意思表示趋于一致的过程。当事人双方的协商过程,在法律上一般分为要约和承诺。

⑨美国辩诉交易制度中的答辩协议,往往也包括答辩要约、被告人的合作、政府的承诺等内容。美国的《联邦刑事诉讼规则和证据规则》虽未直接将答辩协议定义为合同,但学术界普遍将答辩协议视为一种刑事协议,作为研究辩诉交易制度的视角之一,亦成为实务部门判断被追诉人撤回有罪答辩、检察官不履行承诺义务是否具有正当性的一种常用分析工具。同前注⑤,马明亮文,第121页。

⑩[美]斯蒂芬诺斯·毕贝斯:《庭审之外的辩诉交易》,杨先德、廖钰译,中国法制出版社2018年版,第63页。

⑪《刑事诉讼法》第182条规定,犯罪嫌疑人自愿如实供述涉嫌犯罪的事实,有重大立功或者案件涉及国家重大利益的,经最高人民检察院核准,公安机关可以撤销案件,人民检察院可以作出不起诉决定的情况。这两种情况是通过其他的书面形式载明协商结果。前者,最高人民检察院核准的法律文书即可作为合意结果的载体;后者,除了最高人民检察院核准的法律文书之外,不起诉决定书亦可作为记载合意结果的书面凭证。

⑫依据现有立法规定,减轻或免除处罚需要具备法定情节,否则检察机关只能在量刑的法定幅度内提出从轻处罚的量刑建议。然而,笔者通过实践调研了解到,实务部门对于能否跨档减刑或免刑的问题难以掌握。司法实践中,有部分案件的基准刑在跨档的临界点,如若不减轻处罚将无法兑现从宽处理的承诺,严重影响被追诉人认罪认罚的积极性,这一问题在数额犯中尤为突出。由于其中涉及是否应当扩大司法机关的自由裁量权问题,如何把握权力行使的限度在理论及实务界都存有争议,有待进一步研究。

⑬从规范性文件来看,全国人大常委会《授权试点决定》、“两高三部”的《试点办法》以及《刑事诉讼法》中均没有出现关于“协商”的直接表述,直至2019年底出台的《指导意见》第33条才出现了“协商”的字眼。此前,与“协商”有关的表述大多出现于试点以来的一些地方实施细则之中。详见陈卫东:《认罪认罚从宽制度的理论问题再探讨》,载《环球法律评论》2020年第2期,第27-28页。

⑭参见陈国庆:《认罪认罚从宽制度若干程序问题探析》,载《人民检察》2017年第23期,第11页。

⑮实务中曾出现检察官即便在审判阶段仍主动推翻控辩双方已经确认的量刑建议的情况。例如,在张某贩卖毒品案中,公诉人在一审开庭过程中无故对量刑建议进行重新调整,法官根据调整后的量刑建议对案件进行了判决。详情请参见北京市第一中级人民法院(2018)京01刑终163号刑事裁定书。参见吴思远:《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”》,载《中国刑事法杂志》2020年第1期,第150页。

⑯司法实务部门的办案人员有不少建议确立污点证人制度和行贿人坦白免责制度,使该司法实践合法化。详见李明蓉:《贪污贿赂犯罪案件口供依赖的破解》,载《国家检察官学院学报》2016年第2期,第138-139页。

⑰参见向燕:《我国认罪认罚从宽制度的两难困境及其破解》,载《法制与社会发展》2018年第4期,第94页。

⑱参见顾永忠:《关于“完善认罪认罚从宽制度”的几个理论问题》,载《当代法学》2016年第6期,第135-136页。

⑲参见陈卫东:《认罪认罚从宽制度研究》,载《中国法学》2016年第2期,第55页。

⑳例如,在云南杜培武案件中,昆明中院在提审杜培武时说:“你把枪交出来,我判你死缓。”法官的这句“要约”便是辩审协商的开始。参见孙长永、王彪:《刑事诉讼中的“审辩交易”现象研究》,载《现代法学》2013年第1期,第125页。

㉑参见祁建建:《美国辩诉交易研究》,北京大学出版社2004年版,第118-123页。

㉒参见王兆鹏:《美国刑事诉讼法》(第2版),北京大学出版社2014年版,第679页。

㉓参见蔡元培:《从控辩协商走向辩审协商:我国认罪协商制度之反思》,载《大连理工大学学报(社会科学版)》2019年第2期,第109-114页。

㉔此处“先入为主的预判”是指由于先了解了案情或者参与过案件的某一诉讼程序,因此审判之前就对案件的处理形成了自己的看法。

㉕同前注②,王兆鹏书,第678页。

㉖参见陈瑞华:《法律人的思维方式》(第2版),法律出版社2011年版,第157-158页。

㉗参见胡铭:《认罪协商程序:模式、问题与底线》,载《法学》2017年第1期,第175页。

㉘参见陈运财:《协商认罪制度的光与影》,载《月旦法学杂志》2004年第7期,第244页。

㉙Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11b(2).

㉚参见张建伟:《协同型司法:认罪认罚从宽制度的诉讼类型分析》,载《环球法律评论》2020年第2期,第43页。

㉛参见卞建林、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》,载《比较法研究》2018年第3期,第128页。

㉜参见《溢出效应》,载百度百科网,<https://baike.baidu.com/item/溢出效应/6809311?fr=aladdin>,2020年2月24日访问。

㉝参见任俊生、迟铁:《建设信用制度的博弈》,载《当代经济》2009年5月(下)版,第153页。

㉞参见董坤:《认罪认罚案件量刑建议精准化与法院采纳》,载《国家检察官学院学报》2020年第3期,第35页。