

认罪认罚从宽制度中 法检权力的冲突与协调

陈明辉

【摘要】现行《刑事诉讼法》第201条对认罪认罚从宽制度的设计,在诉讼法学界引起了巨大争议。相当一部分学者认为《刑事诉讼法》第201条要求法院“一般应当采纳”检察机关量刑建议的规定,导致检察机关侵犯了法院的审判权。也有不少人认为,检察院的量刑建议没有侵犯法院的审判权。从我国《宪法》和两大机关组织法的规定来看,检察权包括了公诉权和法律监督两方面的内容,刑事审判权则包括定罪权和量刑权这两项核心权能。量刑建议最初只是检察院改进公诉方式的一道工作程序,但在认罪认罚从宽制度中,量刑建议转变为对法院具有约束力的权力。对此,有必要对“一般应当采纳”条款进行合宪性限缩,准确界定量刑建议对法院的约束力载体。法检机关可充分利用“互相配合”原则,在工作制度和工作方式上协调法检关系,让量刑建议无须权力化也能取得良好效果。

【关键词】认罪认罚从宽;量刑建议;审判权;检察权;法律监督

【作者简介】陈明辉,北京理工大学法学院。

【原文出处】《法学》(沪),2021.11.57~69

【基金项目】本文受北京理工大学青年教师学术启动计划支持。

2018年修正的《刑事诉讼法》将认罪认罚从宽确立为刑事诉讼的一项基本制度。但新法通过之后,法院对检察院量刑建议的采纳率一度下降,直至2019年底量刑建议的采纳率才回升到79.8%。^①同年12月的“余金平交通肇事案”又将法检权力的冲突问题推到了风口浪尖。由于该案一审法院未采纳检察院的量刑建议导致检察院提起抗诉,二审法院非但没有支持检察院的主张,反而加重处罚被迫诉人,引得学界普遍将该案视为审判权与检察权的正面冲突。不少一线法官也在相关热帖中表达了自己的抵触情绪,指责该制度下检察权对审判权的僭越。此后,诉讼法学界围绕“余金平案”发表了一大批成果,法检双方在量刑建议与量刑权上的冲突引发了大量争论。然而,相关研究更多的是偏向于

诉讼法层面的讨论,对于认罪认罚从宽制度中检察院的量刑建议是否侵入了审判权这项核心争议,学界至今并没有形成一个系统、明确的研究结论。本文将梳理诉讼法学界两种截然对立的观点及其论据,然后通过对《宪法》上法检权力的规范分析,指出认罪认罚从宽制度对宪法上法检权力格局的影响,最后运用合宪性解释方法提出解决法检权力冲突的方案。

一、检察权有无侵犯审判权:既有观点及其论证

对于认罪认罚从宽制度确立之后,检察权有无侵入人民法院审判权的核心领域,诉讼法学者存在两种不同的观点。需要说明的一点是,目前所讨论的检察权有无侵犯审判权的问题并不是指检察机关在行使职权的时候违反法律规定不当干预法院的审

判活动,而是指全国人大常委会在新《刑事诉讼法》中将本属于审判权的核心职权转移给了检察机关,使检察权与审判权配置偏离了宪法对法检权力的基本定位。

(一)检察权侵犯了审判权

相当一部分刑事诉讼法学者认为《刑事诉讼法》第201条要求法院“一般应当采纳人民检察院指控的罪名和量刑建议”的规定,使检察院获得了法院的部分审判权。至于这种权力转移是否构成对审判权的侵犯,即便在这些学者中也存在不同的理解。

有几位学者明确表示,《刑事诉讼法》第201条中的“一般应当采纳”条款违背了《宪法》上关于人民法院依法独立行使审判权的规定,因此应当将该条款彻底删除。其理由有四:(1)现行《宪法》明确规定人民法院依法独立行使审判权,而审判权的核心权能就包括了量刑权,量刑建议的刚性约束力导致了量刑权的转移。^②(2)我国现行司法体制采纳的是职权主义的诉讼模式,“一般应当采纳”条款违背了控审分离原则,使控方获得了部分审判职能,而法院的审判权变成形式性的审判权,因此,《刑事诉讼法》第201条在立法论上存在严重失误。^③(3)修订后的《刑事诉讼法》将定罪量刑权实质上给了检察机关,并使审判权的行使陷入两难困境。因为按照新《刑事诉讼法》的规定,实质性权力给了检察机关,但错案责任仍由法官承担,这显然违反了权责分离原则。为避免错案出现,法官会不断与检察官就定罪量刑进行协商,而这又有违审判中立原则。^④(4)从比较法的角度而言,即便是在实行辩诉交易的国家,量刑建议对法官也不具有拘束力。^⑤

还有不少学者虽然承认“一般应当采纳”条款的确对审判权造成了限制,客观上使检察机关分享了审判权,但这些学者并不关注检察权有无侵犯审判权这个宪法问题,而仅从诉讼法的角度考虑这项制度设计是否有助于提升诉讼效率。因此,其立场较为温和,基本趋于认可该制度的合理性,甚至认为让检察机关分享部分审判权恰恰是这项制度的精髓所在。^⑥

(二)检察权没有侵犯审判权

诉讼法学界的不少学者和法检系统的专家大多认为,在认罪认罚从宽制度下,检察机关的量刑建议的确是对法院提出了刚性要求,但检察机关没有因此侵犯或分享法院的审判权。其论证模式主要有三种。(1)公诉权论证。这种论证认为,认罪认罚从宽案件中的量刑建议本质上还是求刑权,是公诉权的一部分。虽然现在要求法院“一般应当采纳”,但检察院提出的量刑建议最终还是要法院来确认和裁定。鉴于法院掌握着最终的决定权,即便法院完全采纳量刑建议,也不应将《刑事诉讼法》第201条中的“一般应当采纳”理解为检察院在认罪认罚从宽制度中分享了审判权。^⑦(2)控辩双方合意论证。这套论证认为,过去的量刑建议对法院没有拘束力是因为二者是简单的检察权与审判权的关系,但在认罪认罚从宽制度之下,量刑建议是检察机关与被追诉人协商之后达成的合意,故而法院“一般应当采纳”,并且这与法院依法独立行使审判权并不矛盾。^⑧(3)类比论证。这套论证将认罪认罚从宽的法检关系塑造为世界潮流,然后展开中西对比,试图证明法检融合是大势所趋。^⑨

对比来看,正反两方的观点与论证都有一定的道理。但仔细一琢磨,两方的观点在论证上存在共同的问题:一是论证方式过于笼统,缺乏细致的规范分析,论据和结论之间的逻辑关系没有得到充分展开;二是各种论据都缺乏一个稳固的逻辑前提,论者往往是拿出一个自认为成立的论证前提来证明自己的观点,这一前提是否能够成立、是否能够为人所接受值得怀疑。因此,尽管所有的认罪认罚从宽研究都涉及法检权力的冲突问题,但很多时候大家根本没有站在同一个频道展开对话,上述两种截然对立的观点之间也少有正面交锋,以致大家各执一端,未能达成基本共识。

二、宪法上法检权力的基本结构

新《刑事诉讼法》中的“一般应当采纳”条款是否使量刑建议变成了一项权力,以及这项权力究竟是属于检察权还是审判权,是相关理论争论的核心争

议点。在回答“一般应当采纳”条款是否使检察权侵犯审判权问题之前,有必要先从宪法上界定检察权和审判权的核心领域及其相互关系,明确法检权力的宪法界限,以此作为判断新《刑事诉讼法》的权力配置是否违反法院依法独立行使审判权的依据。

(一)法检权力的核心领域

梳理现行《宪法》中关于各大国家机构的规定,可发现我国《宪法》对各大国家机构采用了一种不对称的四阶构造。所谓“四阶构造”是指现行《宪法》同时采用机构名称、机构性质、权力类型和职权范围四个核心概念来创设一个国家机构单元。所谓“不对称”是指现行《宪法》中的六大国家机构并未全部遵循四阶构造的设计体例。严格来说,现行《宪法》上的最高人民法院和最高人民检察院都属于三阶构造,《宪法》仅规定了这两大机构的名称、性质和权力类型,并没有直接规定这两大机构的职权范围。但由于《人民法院组织法》和《人民检察院组织法》分别列举了法院和检察院的职权范围,法院和检察院也可视为四阶构造。

1. 检察权的核心领域。我国国家机构权力配置的特点在检察权上体现得尤为明显。如果按照西方分权原则的逻辑,人民检察院既然名为“检察院”,那么其权力就应当是检察权。至于检察权可以被划分为多少项具体职权,这完全取决于对“检察”二字做何种法律解释。我国《宪法》上的检察院虽然也叫“检察院”,行使的也是“检察权”,但《宪法》又同时规定了检察院的性质为“检察机关”和“法律监督机关”,^⑩《人民检察院组织法》列举的检察院职权范围也不仅限于一般意义上的检察权,而是额外列举了多项法律监督职权。因此,我国检察院的机构性质、权力类型与职权范围并非一一对应的关系,而是存在机构性质、权力类型和职权范围之间的错位。

在这种错位结构下,学界对于检察权形成了两种截然相反的解读。部分人紧紧扣住“检察权”这一权力类型,建议把人民检察院改造成西式的公诉机关,使检察机关、检察权、检察职权相统一。^⑪另有部分人倾向于遵循现行《宪法》上“法律监督机关”的机

构性质,把人民检察院的职能定位与职权配置朝着法律监督方向改革。^⑫这两个方向对检察院权力范围的影响非常显著。前者意味着检察院的权力会被限缩为纯粹的公诉权,后者则意味着检察院的权力可以不断向法律监督方向扩张。出于对列宁法律监督理论的坚持以及对现行法律制度的尊重,国内的主流意见支持后一个解读方向。在经历了2018年的监察体制改革之后,人民检察院扩张业务所倚重的就是“法律监督机关”这个权力增长点。

为了缝合“检察”与“法律监督”的张力,老一辈的检察理论家提出了法律监督权一元论。该理论有两个基本论点:第一,在我国宪法体制下,只有人民检察院这一个专门的法律监督机关;第二,检察机关的所有职权都属于法律监督权性质。^⑬这种法律监督一元论实际上是用法律监督来定义检察权,检察权的核心权能公诉权也被解释为法律监督的一种具体手段。^⑭法律监督权一元论试图用法律监督权来界定检察权,其实质是想用检察机关四阶构造中的第二阶——机构性质,来统合第三阶的权力类型和第四阶的职权范围,从而完成对检察院机关性质、权力类型、职权范围的整合。但法律监督权一元论并不能终结检察院机关性质、权力类型与职权范围之间的张力,反而带来了更多的理论谜团。因为所有关于国家权力划分的政法理论中并无法律监督权这么一个权力类型。无论是现行《宪法》还是相关组织法,都没有出现“法律监督权”这个字眼。现行《宪法》的确是用了“法律监督机关”来界定人民检察院的性质,但对于其权力类型,《宪法》明白无误地用的是“检察权”。加上法律监督本就是一个语焉不详的概念,将检察权解释为法律监督权并没有解释出新东西,反而容易引发检察权与其他具有监督性质的权力的混乱。毕竟,检察院不是唯一的监督机关,某项职权具有法律监督性质或者法律监督功能也不代表该项权力就是法律监督权。

所以现在更多的学者不再以法律监督的机关性质去统合检察权和检察职权,而是承认人民检察院的性质、权力类型和职权范围之间存在错位。这批

学者形成了三个核心论点:第一,严格区分“法律监督机关”和“检察权”,指出检察权才是检察机关的权力类型,法律监督仅仅是一个功能性的概念,现行法律体系中并不存在法律监督权的概念;第二,对检察权做一种形式主义的理解,不从检察权这个概念中去划定检察权的范围,而是根据《人民检察院组织法》所列举的诸项职权来界定检察权的范围;第三,放弃权力类型和职权范围的完全对应关系,承认检察权与检察机关的职权之间存在一定的错位,即检察机关的某些职权可能并不属于检察权的性质,而是其他类型的权力。^⑤

传统的法律监督权一元论试图用“法律监督”去定义“检察”,当下的检察权一元论则是用“检察”去整合“法律监督”,^⑥这两种思路都不可能改变检察机关性质—权力—职权这三个位阶的错位关系。这种错位关系根源于现行《宪法》的制度设计及其背后的法律监督理论,只要宪法还将人民检察院定性为法律监督机关,检察与法律监督的内在冲突就会一直存在。由于无法根据“检察”或“法律监督”划定权力范围,检察权或者所谓的法律监督权的外延最后只能取决于《人民检察院组织法》对检察机关的职权列举。因此,在这个错位结构中,无论用谁去定义谁,都像是个循环论证的文字游戏。

《人民检察院组织法》第20条列举了人民检察院的八项职权。从诉讼程序的角度看,人民检察院的前四项职权基本上都属于检控职能,后三项职权属于监督职能。检控和监督明显属于两个不同的角色,前者属于诉讼程序中的一方当事人,后者属于在整个诉讼程序之上的监督者。可见,在组织法所列举的检察权的内在结构中,公诉职权还是公诉职权,监督职权还是监督职权,它们并没有真正合二为一,所以我们很难给我国宪法体制下检察权划定一个明确的边界。但可以确定的一点是,公诉职权与法律监督职权是检察权的两个内核,并且这两个内核都具有一定的伸缩性。^⑦从这些年的制度变革来看,最高人民检察院一直试图从公诉和法律监督这两个方向充实自己的权力,虽然2018年监察体制改革取消

了检察院反贪反渎这部分法律监督职权,但检察机关不断从公诉职权这个方向扩大公诉权的范围(公益诉讼)和强度(量刑建议)。

2. 审判权的核心领域。现行《宪法》和《人民法院组织法》虽然也采用了四阶构造的方式来建构人民法院的组织架构,但人民法院的机构名称、机构性质、权力类型和职权范围之间并不存在明显的错位。这个四阶构造中的核心概念是“审判权”,《人民法院组织法》除了划分各级法院的案件管辖权之外,没有对审判权进行实质性划分。因此,相较于检察权的复杂构造而言,审判权的内涵相对简单。尽管法院或多或少地享有部分立法权和行政管理权,但审判权始终是法院无可争辩的核心权力。

简单而言,审判权就是对原被告双方的法律争议作出一个合法/非法的法律判断。这种极具辨识度的权力具有以下特征:第一,被动性。审判权是一种消极权力,它的启动依赖其他主体将一项法律争议提请向法院面前,并且这项法律争议必须发生了现实后果。第二,排他性。原则上审判权只能配置给法院而不能与其他国家机关分享。第三,独立性。审判权必须排除法律之外的不当干扰,这些干扰可能来自其他国家机关、法院系统内部和社会力量。第四,终局性。这是指审判权行使的结果——法庭判决,在法律上具有最终效力,除了上诉或再审之外,不能被审判权之外的法律程序推翻。^⑧

审判权包括两项核心权力:管辖权和裁判权。管辖权划定了审判权的管辖范围,裁判权则是对法律争议的处理,后者无疑是审判权最核心的领域。裁判权的行使是一个将法律规范适用于具体案件事实的过程。这一法律适用过程可以分解为两个方面:一是根据案件事实作出法律定性,即合法还是违法;二是根据法律定性施加相应的补救或惩罚。在刑事法领域,这两个方面就是定罪和量刑。以此观之,定罪权和量刑权就是刑事诉讼法上的裁判权的两项核心权能。认定事实真伪的权力并不是审判权

的必要组成部分。这部分权力可以交给法官,也可交给陪审团、检察官或其他机构。因为事实认定是一个经验问题,“没有任何理由可以认为事实构成只能单独由专职法官来认定,因为这是每一个受过普通教育的人都能做的事,而不只是受过法律教育的人才能做的。”^⑩只有当需要对案件事实进行法律评价的时候,即将已经查明的事实归于法律的概念体系之下时才涉及法律适用问题,这才是审判权真正的权力领域。^⑪

(二)法检权力的平衡关系

从现行《宪法》上看,检察权与审判权的关系主要涉及宪法上的两项基本原则:一是《宪法》第131条规定的人民法院依法独立行使审判权原则;二是《宪法》第140条规定的分工负责、互相配合、互相制约原则。

现行《宪法》第131条的规范内涵可分解为五个层面:第一,“审判权”被《宪法》授予了人民法院。第二,人民法院“独立行使”审判权,“独立行使”包括了权力配置上的排他性,即唯有人民法院才能行使审判权,也包括了权力运行上的独立性,即其他主体不得干涉审判权的行使。第三,审判权的依法独立并没有排除中国共产党、人民代表大会、检察院以及2018年之后成立的监察机关的合法干预。第四,人民法院的审判独立不是绝对的,而应当受法律的限制。“依照法律规定”是一个法律保留条款,它包括正反两个方面的内涵:一是法律可以对审判权的行使作出规定,即立法权塑造审判权的行使;二是人民法

院只需要按照“法律规定”行使审判权,即排除了其他规范性文件对审判权的干预。第五,全国人大及其常委会的法律对审判权的塑造是有限度的,因为审判权与立法权一样是宪法权力,立法权不能滥用法律保留掏空审判权的核心领域。^⑫

现行《宪法》第140条则规定了在办理刑事案件中检察权与审判权的活动原则——分工负责、互相配合、互相制约。所谓“分工负责”,是指公安机关行使侦查权,检察机关行使检察权,法院行使审判权,三机关各司其职。所谓“互相配合”,是指公检法三机关在工作程序上相互衔接,而不是互设障碍、相互刁难,更不是一味为了办案效率进行流水线作业,公检法互相开绿灯置事实真相和法律规定于不顾。所谓“互相制约”,是指公检法的职权行使都不能绝对化,成为独立王国,而是要受到其他机关的权力制约。对此,彭真曾表示:“公、检、法三个机关是相互制约的。在外国,只准检察机关监督别人,不准别人监督它。我们则规定这三个机关之间实行分工负责、互相制约。公安机关要捕人,检察院可以不批准;检察院不批准的,公安机关可以提出意见或控告,这不是互相监督了吗?检察院起诉的,法院可以判也可以不判,检察院对法院作的判决认为有错误的,也可以提出抗议,这又体现了互相制约。”^⑬在刑事诉讼法学界,一般认为控审分离原则是《宪法》上“互相制约”的一个具体原则。^⑭在上述原则基础上塑造的刑事诉讼制度中,检察权、审判权与辩护权的关系大致呈现这样一个基本结构(如图1所示)。

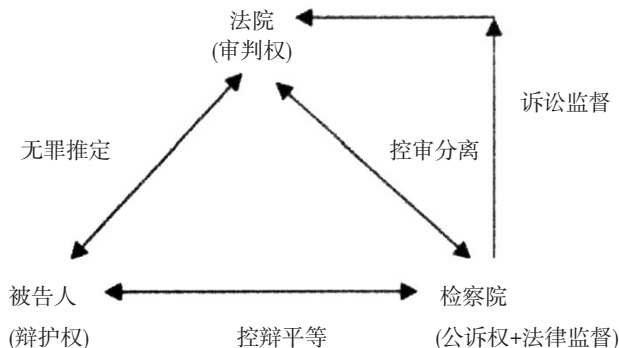


图1 我国传统刑事诉讼中的法检关系

在这种刑事诉讼结构中,最为核心的两组关系是以控辩平等为基础的控辩关系与以控审分离为原则的法检关系。法庭上的正义能否得到实现,就取决于这两组关系中权利与权力、权力与权力是否平衡。不过,在中国宪法体制下,检察院除了公诉权之外,还有法律监督这项非常重要的职权。这项职权在刑事诉讼中是指《刑事诉讼法》第20条第(五)项规定的诉讼监督权,即抗诉权。检察院既是刑事诉讼的一方当事人,又是审判活动的监督者,是否会损害审判独立呢?曾任最高人民检察院副检察长的朱孝清表示,诉讼监督仅仅是启动二审程序或审判监督程序,并不是对案件做实体性处分。“刑事诉讼中的裁判员始终都是法院,而不是检察院。”^③照此理解,至少在认罪认罚从宽制度确立之前,检察院与法院的权力结构大致是平衡的。

三、认罪认罚从宽制度对法检权力结构的影响

法检机关的权力关系并不局限于现行《宪法》和国家机构组织法的授予,《刑事诉讼法》《民事诉讼法》和《行政诉讼法》中的一些条款也会影响法检权力的配置。实际上,每一次诉讼法的修订,或多或少地都会产生组织法上的效果。检察院对民事诉讼、刑事诉讼和行政诉讼的法律监督就是在三大诉讼法一次又一次的修改中逐渐发展出来的。2018年刑诉法修改所确立的认罪认罚从宽制度,也对组织法上的法检权力关系产生了重大影响。其中,影响最大同时也是引发争议最多的当属《刑事诉讼法》第201条第1款关于检察院量刑建议的规定。

(一)量刑建议的权力化

我国量刑建议制度源于1996年《刑事诉讼法》修改后一些基层检察院的实践尝试。^④2010年2月,最高检下发了《人民检察院开展量刑建议工作的指导意见(试行)》。该意见明确规定:“量刑建议是检察机关公诉权的一项重要内容。”2010年,最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合发布了《关于规范量刑程序若干问题的意见(试行)》。根据该意见第3条和第4条的规定,人民检察院可以提出量刑建议,被迫诉方也可以提出量刑意见。2012年最高人民检察院

将量刑建议写入了《人民检察院刑事诉讼规则》。量刑建议制度推进到这一步,我们可以对其性质做一个简单的界定。

1. 量刑建议制度一开始是最高人民检察院改革公诉工作机制的一项内容,尽管2010年的联合发文意味着这项制度获得了法院和公安部门的承认,但在2018年《刑事诉讼法》修正之前,量刑建议并没有进入法律层面,仅是检察院的一项内部工作制度。

2. 量刑建议被检察院视为其公诉权的一项内容,但它的引入并没有实质性地增加公诉权的范围或者强度,因为此时检察院的“量刑建议”与被告方的“量刑意见”一样,是诉讼当事人站在各自立场的自我主张,对法院并没有约束力。

3. 量刑建议制度在不断走向规范化的过程中,也在不断增加量刑建议的强度。2010年《关于规范量刑程序若干问题的意见(试行)》规定的是“一般应当具有一定的幅度”,而2012年《人民检察院刑事诉讼规则》规定的是“可以具有一定的幅度,也可以提出具体确定的建议”。从幅度量刑建议到确定量刑建议,表面上是增加了对检察院办案能力的要求,实际上由于诉讼监督职权的存在,这一变化也在无形中增加了法院量刑的压力。

然而,2018年《刑事诉讼法》改变了此前量刑建议的性质。该法第176条第2款规定:“犯罪嫌疑人认罪认罚的,人民检察院应当就主刑、附加刑、是否适用缓刑等提出量刑建议。”第201条又规定:“对于认罪认罚案件,人民法院依法作出判决时,一般应当采纳人民检察院指控的罪名和量刑建议……”这两个条款意味着量刑建议的权力化。在立法学上,“可以”“应当”和“必须”都可以用来授予权力或施加义务。其中,“可以”一般意味着被授予权力的主体行使这项权力是被法律允许的,同时也是有选择的,被授权的主体享有行使还是不行使这项权力的自由裁量权。^⑤“必须”一般用于设置义务。“应当”有时候表示授权,有时候表示设置义务。在表示义务时,“应当”等同于“必须”,只不过语气更为缓和。在表示权力时,“应当”意味着被授权的主体不仅可以行使这

项权力,而且有义务这样做,它没有行使还是不行使的自由裁量权。《刑事诉讼法》第176条第1款规定的人民检察院“应当……提出量刑建议”是一个授权条款,这里的“应当”表示的是权力。而第201条第1款的“人民法院……一般应当采纳”是义务条款,这里的“应当”表示的是义务。这两个条款合起来构成了一个明确的法律规范。

之所以将《刑事诉讼法》第176条的“应当”解读为权力,而将第201条的“应当”解读为义务,是因为法律权力的一个核心特征就是权力行使这个行为包含了一个实质性的“决定”(decision),^②而权力的支配对象必须接受权力主体的这个决定。^③在量刑建议这个问题上,检察院无疑是作出定罪和量刑决定的权力主体,法院是接受定罪和量刑决定的义务主体。要是没有《刑事诉讼法》第201条第1款对法院的义务设置,第176条第1款规定的量刑建议将与被告方提出的量刑意见一样,对法院没有约束力。但是,当法律规定法院“一般应当采纳”后,量刑建议就不仅仅是一项程序性的建议了,而是成为一项实质性的法律权力。只有当量刑建议“明显不当”或出现列举的五种例外情形时,法院才能径行判决。^④如果检察院的量刑建议仅仅是“不当”,而没有达到“明显不当”,法院也必须采纳检察院的量刑建议。

2019年10月,最高人民检察院联合最高人民法院、公安部、国家安全部、司法部发布了《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》)。《指导意见》第40条仅规定“量刑建议适当的,人民法院应当采纳”,至于量刑不当但又没有达到明显不当,这个区间的量刑裁量权归谁所有,《指导意见》在这里并没有明说。与《刑事诉讼法》第201条相比,《指导意见》似乎在这里向法院让了半步。但仔细一比较,就会发现这让出的半步没有多大意义,新《刑事诉讼法》已经将量刑不当但又没有达到明显不当的这个区间的量刑裁量权划给了检察院,别说《指导意见》没有明示这个裁量权给谁,就算《指导意见》将这部分裁量权给了法院,也会因为司法解释与法律规定的不一致而导致无效。因此,

《指导意见》在这里并没有真正让渡出权力。不仅如此,《指导意见》第40条第2款还明确要求法院不采纳量刑建议的要履行说理义务,相当于对法院施加了额外的义务。

因此,在《刑事诉讼法》第201条确立的“以采纳为原则,以不采纳为例外”的规则之下,^⑤量刑建议已经从公诉人的意见转变成为公诉人的权力,完成了从程序性权力向实质性权力的转变。而采纳量刑建议已经成为法官的一项法定义务,很多检察院就是据此对未采纳其量刑建议的法院判决提出抗诉的。^⑥此外,从量刑建议的提出过程来看,各地关于认罪认罚案件的实施细则,基本仿照人民法院规范化量刑的要求,其精准化量刑建议的提出方法、步骤与法院的量刑活动几乎完全相同,只不过一个叫量刑建议,一个叫量刑裁判。^⑦

(二)量刑建议权对审判权核心领域的冲击

《刑事诉讼法》第201条的量刑建议权究竟属于检察院的公诉权还是法院的量刑权,在量刑建议制度启用之初就产生过一些争论。当时的主流意见认为,量刑建议属于检察机关公诉权的范畴,它只是法院形成量刑裁决的参考,因此不存在量刑建议侵犯审判权的问题。但在认罪认罚从宽制度确立之后,量刑建议已然完成了权力化。沿着上文对我国宪法体制中法检权力的分析,我们可以用一个三段论来审查量刑建议权是否侵入了审判权的核心领域。

1. 大前提:根据现行《宪法》第131条的规定,人民法院依法独立行使审判权,定罪权和量刑权作为审判权的核心权能受宪法保障;根据现行《宪法》第140条的“分工负责、互相配合、互相制约”原则,检察机关不应侵入审判权的核心领域,即检察机关不能实质性地行使定罪权和量刑权。

2. 小前提:认罪认罚从宽制度进入《刑事诉讼法》之后,定罪权还在法院手中,但量刑权却受到了明显的限制。除非检察院的量刑建议违法或明显不当,否则法院必须接受,并且检察院的量刑建议一般为确定性量刑建议,这大大压缩了法院的自由裁量空间。

在认罪认罚从宽制度确立之前,法院量刑权的范围包括:(1)量刑建议合法却明显不当,量刑权属于法院;(2)量刑建议合法但不适当(未到达明显不当的标准),量刑权属于法院;(3)量刑建议合法且适当,量刑权属于法院。在认罪认罚从宽制度确立之后,量刑权被分割为:(1)量刑建议违法,法院无须采纳量刑建议,量刑权属于法院;(2)量刑建议合法却明显不当,法院也不用采纳量刑建议,量刑权属于法院;(3)量刑建议合法但不适当(未到达明显不当的标准),法院必须采纳量刑建议,一旦法院不采纳就会引起检察院的抗诉;^③(4)量刑建议合法且适当,法院必须采纳量刑建议,量刑权实质上由检察院行使。

在这一变化中,法院明显失去了合法且适当和合法不适当这两大最为主要的量刑裁量权行使的情形,并且由于确定性量刑建议的普遍采用,在这两种情形中法院丝毫没有裁量空间,量刑权已经彻底交给了检察院。实践中,法检双方对于量刑建议不适当,但又未达到明显不当这个量刑空间,产生了激烈争夺。由于检察院系统内部对量刑建议的采纳率设定了相当高的考核标准,检察院对于法院是否采纳其量刑建议极为敏感,法院的不采纳往往会引起检察院的抗诉。但不是所有法院都会买检察院的账,因此在不采纳量刑建议而引发的抗诉案件中,法检双方在量刑权上的矛盾就会暴露出来。例如,在“杨振元诈骗案”中,检察院的量刑建议是6个月以上管制,一审法院判了6个月拘役,两级检察院提出的抗诉理由认为量刑建议并无明显不当,法院未采纳量刑建议属于严重程序违法。^④根据笔者访谈的一些刑庭法官的反馈,对于这种压迫式的量刑建议,大部分法官会选择服从,但也有少数法官会不采纳量刑建议。

在量刑建议合法但明显不当和量刑建议不合法这两种情形中,法院的量刑权也产生了实质性的变化。当量刑建议明显不当时,法院必须通知检察院进行调整,只有当检察院拒绝调整之后法院才有权将其更改。此时法院的量刑权实际上已经变成了量

刑监督权。同理,法院对检察院不合法量刑建议的不采纳,同样也是一种量刑监督权。前者属于合理性监督,后者属于合法性监督。在这两种情形中,法院量刑权的行使都以检察院量刑建议的提出为前提。认为检察权没有分享审判权的公诉权论证显然混淆了量刑权与量刑监督权的差别。

3.结论:在认罪认罚从宽制度的高适用率、高采纳率和高确定性量刑建议的背景之下,《刑事诉讼法》已然对量刑权进行了实质性调整,检察机关量刑建议的权力化拿走了大部分原本属于审判权核心权能的量刑权。

主张量刑建议没有侵犯审判权的合意论证认为,量刑建议是控辩双发的合意,是权力+权利,因此法院“一般应当采纳”量刑建议不算对审判权的侵犯。^⑤这种论证并没有意识到法律权力代表的是一个意志自主空间,这种意志自主空间并不因被追诉一方的同意而被取代、被掏空。况且,对比一下《刑事诉讼法》中刑事和解制度中加害人与被害人双方达成的“合意”对法院的约束力就会发现,认罪认罚从宽制度中量刑建议对法院的约束力强度究竟有多大。刑事和解是两方私主体在平等自由的情况下达成的和解,合意的程度比被追诉人与检方的合意要高得多。在这种情况下,人民检察院向人民法院提出从宽处罚的建议,法律也只是规定“人民法院可以依法从宽处罚”,而没有要求法院应当采纳检察院的建议。

支持量刑建议权力化的类比论证认为,认罪认罚从宽制度是一种代表世界潮流的新刑事诉讼模式,因此不能以原有的审判权与检察权的关系来理解这项制度。这种观点同样是难以成立的。我国的司法制度是由宪法建立的,《刑事诉讼法》也继承了《宪法》中人民法院依法独立行使审判权原则以及刑事案件中公检法“分工负责、互相配合、互相制约”原则,在没有修改这些基本原则的情况下,重构一个新的刑事诉讼模式本身就有违宪之嫌。在比较法上,虽然各国对于量刑建议是否属于公诉权并没有形成一致意见。但各国已达成高度一致的是,量刑建议

从未被作为一项对法院有约束力的法律权力授予给检察机关。^⑤

四、认罪认罚从宽制度中法检权力冲突的合宪性调控

(一)对“一般应当采纳”条款进行合宪性限缩

如果把我国国家机构体系比喻为一栋建筑,那么审判权和检察权就是这栋建筑的两根柱子,柱子与柱子之间当然也需要横梁来加固,但如果横梁架设得不合理,伤及了柱子的核心部分,就危及整个建筑的稳定和安全。在认罪认罚从宽制度设计中,一旦将“一般应当采纳”条款解释为只要检察机关的量刑建议没有超过“明显不当”的临界点,法院就必须采纳量刑建议,那么“一般应当采纳”条款就会像一个楔子深深地打入审判权这根柱子中。对此,有必要对这个权力配置的“楔子条款”进行适当调整,让审判权与检察权的关系重回现行《宪法》和组织法上的平衡结构。实现这一目标并不一定要启动法律修改程序,删除“一般应当采纳”条款,而是可以采用合宪性限缩的法律解释方法,对“一般应当采纳”进行合宪性限缩,不再强调量刑建议对法院的强制约束力,使量刑建议重新回到2018年《刑事诉讼法》修正之前的程序性权力。

所谓合宪性限缩解释,是指当某些法律规范涉嫌与《宪法》相冲突时,为了使法律规范符合宪法的精神、原则和规范,而对法律规范进行一定的目的性限缩解释,使原本与宪法相冲突的法律规范符合宪法。对“一般应当采纳”条款的合宪性限缩包括两个方面的内容。

1.重新界定法院“一般应当采纳”量刑建议的理由。目前对“一般应当采纳”量刑建议的理解,均偏向于将量刑建议看做是检察机关的一项权力,将法院看作是这项权力的义务主体。这种形式化的理解容易制造法检之间的对立情绪,不利于认罪认罚从宽制度的顺利推进。对该款进行合宪性限缩解释的第一个方法就是对该款进行一个实质化的理解。法律之所以规定法院“一般应当采纳”是基于量刑建议本身是合法合理的,同样法院之所以采纳检察机关

的量刑建议也是因为量刑建议是合法合理的,而不是因为这个量刑建议是检察院提出来的。照此理解,检察机关对于法院未采纳其量刑建议而提起的抗诉,其理由也应该是法院未能准确量刑,而不是法院没有遵从检察机关的量刑建议。在这个逻辑之下,法院和检察院关于量刑建议的权力之争,就从谁有权量刑转换成为谁量刑正确。

近期最高人民法院刑事审判庭公布的“苏桂花开设赌场案”可以视为准确运用“一般应当采纳”条款的典型案件。在该案中,浏阳市人民检察院对一审法院的判决提起抗诉,其抗诉理由并不是质疑法院量刑的正确性,而是“法院在事先并未书面或口头征求检察院是否调整量刑建议的情况下径行在量刑建议幅度以下作出判决,违反《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百零一条之规定”。该案的检察院无疑将量刑建议理解为它的一项权力,法院必须采纳否则违法。二审法院对一审法院是否应当采纳量刑建议不置可否,而是将重心放在浏阳市检察院量刑建议和一审法院量刑结果的正确性上,认为原审判决“定罪准确,量刑适当,审判程序合法”。^⑥因此,二审法院的判决消解了法检的权力冲突,同时也节省了司法资源,可为类似案件的处理提供参考。

2.限缩“一般应当采纳”的适用范围。根据2018年《刑事诉讼法》第201条第1款的规定,在定罪正确且无其他影响公正审判的情形时,法院“一般应当采纳”检察机关的量刑建议,但该条第2款又同时规定,人民法院经审理认为量刑建议“明显不当”的,应当依法作出判决。在这两款之间实际上有一个量刑的中间地带没有规定,那就是对于“一般不当”的量刑建议,法院究竟应当采纳还是可以不采纳。检察机关对“一般应当采纳”条款普遍作扩张解释,认为“一般不当”的量刑建议法院也应当采纳。^⑦但从协调法检权力冲突的角度而言,应当对“一般应当采纳”的适用范围作限缩解释。只要法院的判决在实体法规定的量刑范围之内,检察院应当保持克制,一般不应针对法院的量刑提起抗诉。当法院判决与检察院提出的量刑建议存在重大分歧时,检察院向上级人

民法院提起抗诉之后,该量刑建议对二审法院也不应具有法律上的强制约束力。

(二)在“互相配合”原则下实现法检关系的良性互动

对“一般应当采纳”条款作合宪性限缩并不是要否定检察院在推动量刑建议和量刑精准化方面的努力,更不是否定认罪认罚从宽制度,而只是适度抑制不断进击的检察权,预防因量刑权的转移带来的司法责任问题和司法能力问题,以及其他可能产生的系统性风险。公检法三机关应继续协同推进认罪认罚从宽制度的完善和实施,继续推进量刑精准化工作,为法院提供更为明确可靠的量刑参考。但是,量刑建议的作用应当是协助法官更好地定罪量刑,而不是越俎代庖替法官量刑。为实现认罪认罚从宽制度提升司法效率的初衷,可以利用“分工负责、互相配合、互相制约”中的“互相配合”原则,在工作制度和方式上协调法检关系,让量刑建议无须权力化也能取得良好效果。^⑨

1. 庭审前检察院应就量刑建议进行充分论证,并积极与法院进行量刑沟通。要实现认罪认罚从宽制度的初衷,就要让量刑建议通过说服而不是强制来使法院采纳。一方面,检察院在与被告人达成认罪认罚具结书之前,可以与法院进行适当沟通,听取法院意见。另一方面,检察院在认罪认罚具结书中应尽可能写明达成此种量刑建议的依据和理由,尤其是写明被告人、辩护人、受害人及其家属的意见。目前格式化的具结文书仅简要地记载犯罪嫌疑人身份信息、所涉罪名与法律依据、检察机关量刑建议、被追诉人与值班律师自愿签署声明等事项。因此,有必要强化量刑建议的说理性,降低在审判环节辩方提出异议的可能性。

2. 庭审中检察机关应向法院说明定罪量刑的主要考量,尽可能地展示量刑建议的产生过程,以取得法院的理解和信任。法院不采纳量刑建议的原因大体有三个:一是真切地认为量刑建议“明显不当”,二是认为量刑建议构成了对审判权的威胁,本能地抵触量刑建议,三是不了解量刑建议的产生过程从而

对量刑建议的合理性产生怀疑。因此,在庭审过程中,检察机关有必要还原量刑建议的产生过程,让法院理解量刑建议的合理性。法院在收到检察院量刑建议之后,如果认定量刑建议“明显不当”,应及时告知检察院予以调整。即便法院没有通知检察院调整量刑而径行判决,由此而产生的程序瑕疵也不应被认定为审判程序违法。^⑩除此之外,作为控辩双方的合意结果,检察院在接到法院调整通知之后,有必要与被告起人、辩护人进行协商,而不能单方面修改量刑建议。

3. 庭审后法院应在裁判文书充分说明不采纳量刑建议的理由和依据。量刑建议是控辩双方经过量刑协商之后达成的合意,法院对此应当予以充分的尊重。如果法院认为量刑建议“明显不当”,且检察院在收到法院的调整通知之后拒绝调整,或调整之后法院仍认为量刑建议“明显不当”的,法院可以不采纳量刑建议。但法院在裁判文书中不能简单地写一句“量刑建议明显不当,故本院不予采纳”,而应详细解释检察机关量刑建议过轻或过重的理由,并提出法院量刑的核心考量。这样既能降低被诉人上诉的可能性,也是对检察机关量刑建议的正面反馈,能够消弭或减轻法检双方的冲突,减少检察机关提出抗诉的可能性。^⑪

五、结语

认罪认罚从宽制度是为了提升司法效能、节约司法资源、促进司法公正而推行的一项重要制度,现在已经成为司法体制改革的一项重要成果在全国得到深入推行。量刑建议制度是认罪认罚从宽制度的关键一环,是控、辩、审三方关系的交叉点和争议点,采用何种思路理解量刑建议实际上就是采用何种思路理解法检权力关系。法检权力关系本质上是宪法问题,相关司法体制改革也必须有宪法思维,有必要从宪法的角度对相关争议展开分析。无论是“一般应当采纳”还是“检察主导”都必须遵循现行宪法确立的国家权力体系的基本原理,都必须符合现行《宪法》对检察权和审判权的基本定位。为了协调法院和检察院在认罪认罚从宽制度实践中的可能冲

突,必须对“一般应当采纳”条款进行合宪性限缩解释,重新界定法院遵从检察院量刑建议的理由,并通过“互相配合”原则来实现法检关系的良性互动。

注释:

①参见张军:《最高人民法院工作报告——2020年5月25日在第十三届全国人民代表大会第三次会议上》, https://www.spp.gov.cn/spp/gzbg/202006/t20200601_463798.shtml, 2021年10月10日访问。

②参见魏晓娜:《冲突与融合:认罪认罚从宽制度的本土化》,载《中外法学》2020年第5期,第1225页。

③参见孙远:《“一般应当采纳”条款的立法失误及解释论应对》,载《法学杂志》2020年第6期,第112页;杜磊:《认罪认罚从宽制度适用中的职权性逻辑和协商性逻辑》,载《中国法学》2020年第4期,第232页。

④参见马明亮:《认罪认罚从宽制度中的协议破裂与程序反转研究》,载《法学家》2020年第2期,第128页。

⑤参见魏晓娜:《结构视角下的认罪认罚从宽制度》,载《法学家》2019年第2期,第119页。

⑥参见闫召华:《“一般应当采纳”条款适用中的“检”“法”冲突及其化解——基于对〈刑事诉讼法〉第201条的规范分析》,载《环球法律评论》2020年第5期,第143页。

⑦参见樊崇义:《关于认罪认罚中量刑建议的几个问题》,载《检察日报》2019年7月15日,第2版;卞建林、陶加培:《认罪认罚从宽制度中的量刑建议》,载《国家检察官学院学报》2020年第1期,第141页。

⑧参见陈国庆:《量刑建议的若干问题》,载《中国刑事法杂志》2019年第5期,第8-9页;胡云腾:《去分歧凝共识确保认罪认罚从宽制度贯彻落实》,载《法制日报》2019年12月11日,第9版。

⑨参见卢建平:《余金平交通肇事案事实认定与法律适用争议评析》,载《中国法律评论》2020年第3期,第113页。

⑩现行《宪法》第3条第3款使用了“检察机关”,第134条又将检察院界定为“法律监督机关”。

⑪参见陈卫东:《我国检察权的反思与重构——以公诉权为核心的分析》,载《法学研究》2002年第2期,第3-19页;蔡定剑:《司法改革中检察职能的转变》,载《政治与法律》1999年第

1期,第24-27页。

⑫参见苗生明:《新时代检察权的定位、特征与发展趋势》,载《中国法学》2019年第6期,第224页。

⑬参见王桂五主编:《中华人民共和国检察制度研究》,中国检察出版社2008年版,第177-180页;张智辉:《法律监督三辨析》,载《中国法学》2003年第5期,第16-24页;石少侠:《我国检察机关的法律监督一元论——对检察权权能的法律监督权解析》,载《法制与社会发展》2006年第6期,第23-35页。

⑭同上注,王桂五主编书,第87-88页。

⑮参见韩大元:《中国检察制度的宪法基础研究》,中国检察出版社2008年版,第144页;万毅:《法律监督的内涵》,载《人民检察》2008年第11期,第39页;王志坤:《“法律监督”探源》,载《国家检察官学院学报》2010年第3期,第34页;田夫:《论“八二宪法”对检察院的“双重界定”》,载《东方法学》2013年第6期,第157页。

⑯参见闵钊:《检察与监督——“四大检察”的理论基础与时代价值》,载《人民检察》2019年第22期,第56页。

⑰参见田夫:《监督与公诉的关系——以苏中比较为中心》,载《清华法学》2019年第1期,第44页。

⑱参见陈瑞华:《司法权的性质——以刑事司法为范例的分析》,载《法学研究》2000年第5期,第45页。

⑲[德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1961年版,第235页。

⑳在美国刑事诉讼制度中,部分案件的定罪权力也交给了陪审团,但这是美国宪法以公民宪法权利的方式授出的。也就是说,尽管陪审团分享了法官的审判权,但这种分享是宪法明确认可的。参见[美]约书亚·德雷斯勒:《美国刑事诉讼法精解》(第二卷·刑事审判),魏晓娜译,北京大学出版社2009年版,第195页以下。

㉑参见[德]康拉德·黑塞:《联邦德国宪法纲要》,李辉译,商务印书馆2007年版,第265页。

㉒《彭真传》编写组:《彭真年谱》第三卷,中央文献出版社2012年版,第115-116页。

㉓参见刘计划:《控审分离论》,法律出版社2013年版,第2页。

㉔朱孝清:《中国检察制度的几个问题》,载《中国法学》2007年第2期,第119页。

㉕参见李仁和:《量刑建议:摸索中的理论与实践——量

刑建议制度研讨会综述》，载《人民检察》2001年第11期，第24页。

②⑥但在涉及公民权利保障的语境中，“可以”就有可能被限缩解释为“应当”。See Alec Samuels, ‘May’ and ‘Shall’ and ‘Must’: Power Or Duty? Statute Law Review, Vol.41, No.1, 2020, p.91.

②⑦See Andrew Halpin, The Concept of a Legal Power, Oxford Journal of Legal Studies, Vol.16, No.1, 1996, p.152.

②⑧See Donald J. Kreitzer, An Analysis of the Nature of Power, The Southwestern Social Science Quarterly, Vol.45, No.4, 1965, p.377.

②⑨按照哈特对法律权力的定义，法律权力就是义务的缺席。在认罪认罚从宽制度中，检察院的量刑建议权是实实在在的权力，而法院的量刑权却被施加了“一般应当采纳”的法律义务。(See H. L. A. Hart, Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory, Oxford University Press, 1982, p.197.)

③⑩参见苗生明、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》，载《中国刑事法杂志》2019年第6期，第22页。

③⑪实证研究发现，检察院单方提出抗诉的案件大多都是因为法院未采纳量刑建议而引起的，适用法律错误和原审程序违法是其主要理由，而这两项理由均指向了《刑事诉讼法》第201条。参见张青：《认罪认罚案件二审实践的逻辑与反思》，载《环球法律评论》2020年第6期，第132页。

③⑫参见陈实：《认罪认罚案件量刑建议的争议问题研究》，载《法商研究》2021年第4期，第165页。

③⑬最高人民检察院检察理论研究所编译部副主任董坤研究员明确表示：“量刑建议有些许偏差，但非明显不当，法院也需保有宽容度和容错性，采纳量刑建议”“量刑建议明显不当的，法院仍需受到程序性约束，不能直接裁判，而是建议检察机关先行调整量刑建议。”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28页。

③⑭参见北京市第二中级人民法院(2019)京02刑终753号刑事裁定书。

③⑮参见郭烁：《控辩主导下的“一般应当”：量刑建议的效力转型》，载《国家检察官学院学报》2020年第3期，第19页。

③⑯具体的情况统计，参见曹振海、宋敏：《量刑建议制度应当缓行》，载《国家检察官学院学报》2002年第4期，第118-122页；王顺安、徐明明：《检察机关量刑建议权及其操作》，载《法学杂志》2003年第6期，第25-26页。英国传统的观点认为量刑是法官的专属权力，控方不应当试图在量刑方面影响法庭。英国2004年版的《皇家检察官准则》并没有明确禁止检察官有类似意图或行为，但检察官在量刑方面的影响也仅限于提醒法官。参见[英]安德鲁·阿什沃斯：《量刑与刑事司法》，彭海青、吕泽华译，中国社会科学出版社2019年版，第457-458页。

③⑰最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭编：《刑事审判参考》(总第127辑)，人民法院出版社2021年版，第26-27页。

③⑱参见陕西省人民检察院课题组：《认罪认罚案件量刑建议精准化——内涵新解与采纳规则重构》，载《法律科学》2021年第3期，第152页。

③⑲参见李奋飞：《论认罪认罚量刑建议与量刑裁决的良性互动》，载《暨南学报(哲学社会科学版)》2020年第12期，第59-62页。

③⑳同前注③⑰，最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭编书，第29页。

④①2020年11月，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合发布的《关于规范量刑程序若干问题的意见》第25条第1款第2项已明确要求人民法院应当在刑事裁判文书中说明量刑理由，包括“是否采纳公诉人、自诉人、被告人及其诉讼代理人发表的量刑建议、意见及理由”。