

德国刑事协商制度对我国认罪认罚从宽制度的启示

陈奇桢

中国计量大学法学院, 浙江 杭州

收稿日期: 2023年7月3日; 录用日期: 2023年7月21日; 发布日期: 2023年9月20日

摘要

德国刑事协商制度是职权主义模式下极具特色的认罪协商程序, 该制度由法官主导协商进程, 但法律规定与司法实践有着诸多冲突与矛盾。我国的认罪认罚从宽制度是《刑事诉讼法》贯彻宽严相济刑事政策的重要制度安排, 德国刑事协商制度中的具体规定、价值追求以及矛盾冲突对我国有重要的借鉴意义。首先, 认罪认罚从宽制度虽然由检察官主导但仍需要发挥法官在庭审中的实质作用; 其次, 认罪认罚从宽制度也应当坚持追求案件真相、要求法官对案件全面审查; 再者, 我国需要建立可撤回性证据规则, 以便保障认罪认罚案件被告人的反悔权。

关键词

认罪认罚, 刑事协商, 实质真实义务, 职权主义

The Implications of the Criminal Consultation System in Germany and Leniency System for Admitting Guilt and Punishment in China

Qizhen Chen

School of Law, China Jiliang University, Hangzhou Zhejiang

Received: Jul. 3rd, 2023; accepted: Jul. 21st, 2023; published: Sep. 20th, 2023

Abstract

The German criminal consultation system is a distinctive Plea bargain procedure under the au-

thoritarianism model. The system is dominated by judges, but there are many conflicts and contradictions between legal provisions and judicial practice. The leniency system for confession and punishment in China is an important institutional arrangement for implementing the criminal policy of combining leniency with severity in the Criminal Procedure Law. The specific provisions, value pursuits, and conflicts in the German criminal negotiation system have important reference significance for China. Firstly, although the lenient system of confession and punishment is led by prosecutors, it still needs to play the substantive role of judges in court trials; Secondly, the lenient system of confession and punishment should also adhere to the pursuit of the truth of the case and require judges to conduct a comprehensive review of the case; Furthermore, China needs to establish rules of retractable evidence to safeguard the defendant's right to retract in cases of confession and punishment.

Keywords

Confession of Guilt and Punishment, Criminal Negotiation, Substantive Obligation of Truth, Authoritarianism

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 刑事协商制度与认罪认罚从宽制度的背景

自上个世纪 70 年代起, 德国出现了刑事协商(konsensuale Erledigung), 该制度诞生之初是以非正式的“法官造法”行为存在, 与原有刑事诉讼体系和理念产生冲突与矛盾。在经历漫长且激烈的争论后, 直到 2009 年德国才通过《刑事程序中的协商规定》将刑事协商制度正式纳入《德国刑事诉讼法》之中, 为长期处于非正式地位的制度提供合法性依据。德国刑事协商制度包括辩诉协商和审辩协商。辩诉协商中包括附条件不起诉以及处罚令程序。狭义的刑事协商是指审辩协商, 其中最主要的是认罪协商(Verständigung), 即在判决前法官与辩护方就实体与程序问题在法定范围内进行协商, 来换取被告人的认罪供述。这也成为了德国刑事协商制度与其他类似制度相比最明显的区别。本文主要讨论的就是法官主导下的认罪协商, 主要条款是对之前德国联邦最高法院判决立法化的《德国刑事诉讼法》第 257c 条。

我国的认罪认罚从宽制度与德国刑事协商制度同属于“放弃审判制度”, 也是提高诉讼效率、促进繁简分流的产物[1]。2014 年《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《决定》)首次提出要“完善刑事诉讼中认罪认罚从宽制度”, 2016 年经全国人大常委会授权后部分地方开展试点, 2018 年《刑事诉讼法修正案》正式确立了具有中国特色的认罪认罚从宽制度。即如果被告人自愿承认指控的犯罪事实, 愿意接受处罚的, 检察官在量刑建议中予以从宽处理, 同时法官一般应当根据量刑建议作出判决。

实际上在德国, 刑事协商制度算不上成功的“放弃审判制度”。基于法官实践演化而来的协商性理念并没有与传统大陆法系的基因相适应, 导致立法规定与司法实践存在着许多割裂。虽然《德国刑事诉讼法》为保障被告人权益设置诸多附属规定, 但因为缺乏有效的制约主体, 庭外的非正式协商“架空”了正式审判程序。不仅引发违反公平正义的司法风险, 更对追求实质真实义务的职权主义模式造成冲击, 甚至存在违宪的可能。这迫使德国宪法法院和联邦最高法院不断地试图通过判例重申立法的本意。尽管如此, 作为具有深厚职权主义传统的大陆法系国家, 德国刑事协商制度的具体规定、价值追求以及矛盾冲突, 对于同样以职权主义为主的我国来说具有重要的警示与借鉴价值。

2. 德国刑事协商制度的内容

2.1. 法官的主导地位

与认罪认罚从宽制度下检察官强势、法官式微的情形相反，德国法官在刑事协商制度中具有的强大量刑权和在审判中的主导性地位[2]。法官不是消极的审判者，而积极的参与者，对于协商具有决定性影响。相反检察官只起辅助作用，无法与被告人达成具有法律效力的协议，即使存在协议也不能成为认罪协商的内容[3]。但这样的认罪协商模式，与现代刑事诉讼中提高控辩对抗性、法官趋向消极的趋势相背。法官的主导性使其很难再维持裁判者应有的中立性，由于法官在诉讼中过于强势的地位，甚至出现以加重量刑威胁被告人认罪强迫达成协议的情况。为此，《德国刑事诉讼法》明确规定法官对协商过程的透明化有强制义务，并以判例形式特别强调“强迫协商违法”。

2.2. 实质真实义务的坚持

德国刑事协商制度自产生时便带有实质真实主义的烙印，富有职权主义的色彩[4]。德国联邦宪法法院在 2013 年作出的判决中就认为，实质真实义务的遵守是刑事协商制度合宪性的前提之一。实质真实义务最重要的体现就是法官对被告人的认罪内容有全面的证明义务，这也是德国刑事协商制度与美国当事人主义的辩诉交易制度最本质的区别。《德国刑事诉讼法》上明确规定法官的职权调查义务，即第 244 条中“为查明真相，法院依职权，应当将证据调查涵盖所有对裁判具有意义的事实及证据材料”的规定在刑事协商制度中仍然需要被遵守。其次，基于职权主义中国家追诉的性质，德国刑事协商制度不允许当事人享有类似于辩诉交易制度中处分诉讼标的的权利，即禁止就罪名和罪数与法官进行协商[5]。但是立法者的目的并未落实，可以说德国刑事协商制度的建立是在实质真实义务对效率价值的不断妥协之中前进的。由于被告人认罪，审辩双方私下已经达成协议，无论法律如何强调，法官探寻真相的动力都不可避免的下降。现实中出现了许多偏离实质真实义务的现象：如法官对证据的审查趋于形式、法官与被告人的协商内容涉及罪名罪数或者要求被告放弃上诉权等。为此，德国联邦宪法法院不断试图通过判决将这种异化现象消减，甚至将法官发现实质真实义务认为是宪法性质的原则，违反即违宪[6]。

2.3. 自白不能作为证据使用

自白不能作为证据，即在协商因为各种问题破裂后，此前协商中被告人所做的自白不能作为证据，法院必须剥离此前被告人有罪答辩的影响。《德国刑事诉讼法》第 257c 条对此作了明确的规定：“当被告人将来的诉讼行为与法院预期的行为不一致时，协商对法院也同样失去约束力。同时，这种情形下，被告人做出的自白不能作为证据使用。”这样的规定主要是为了限制法官权力的不当扩张，实现被告人反悔权的实质化。首先，被告人如果主动退出刑事协商，有可能是因为在认罪过程中受到了法官胁迫或欺诈的影响，此时需要排除非法证据。其次，自白不能作为证据是无罪推定原则的重要体现，符合“被刑事指控者被证实有罪之前应被推定无罪”的要求[7]。再者，立法者认为与其将存在问题的协商交给上诉法院而浪费司法资源，还不如确保被告人可以毫无顾忌地退出刑事协商制度。

3. 德国刑事协商制度的借鉴意义

3.1. 发挥法官在审判中的作用

德国采用极富职权主义色彩的制度构建，忽视了检察官在刑事诉讼中的应有地位[8]。这与认罪认罚从宽制度着重构建控辩双方关系不同。相反，在认罪认罚从宽制度中定罪量刑的重心转向检察官，检察官实际上行使了原先法官的部分职权。而法官受制于《刑事诉讼法》第 201 条中“一般应当”采纳检察

官的量刑建议的规定，在诉讼中常处于被动认同的地位；并且法官对案件的审查效果因庭审时间的大幅缩短而减弱，独立审判地位受到限制。认罪认罚从宽制度反而存在背离以审判为中心原则的风险，而德国刑事协商制度中发挥法官主导地位的理念对我国发挥法官在庭审中的作用具有借鉴意义。

以审判为中心原则强调法官的独立性以及审判的中心地位，与“以侦查为中心”相区别。建立以审判为中心的诉讼制度也是《决定》提出的重要举措，相较认罪认罚从宽制度有着更高的位阶，对于认罪认罚从宽制度有统摄作用。事实上，认罪认罚案件中检察官提出的量刑建议本质上仍是求刑权，最终的判决还是由法官作出。审判的重要地位仍然存在，只不过实现形式发生变化。法官应当重新寻找认罪认罚从宽制度中的定位，以新形式履行职责使审判阶段不再流于形式。笔者认为法官可以从以下三个切入点来发挥审判的作用。一是坚持以法官为主导的证据审查模式：当法庭调查和法庭辩论简化或不再进行时，法官不仅要审查量刑建议的合法性与被告人认罪认罚的自愿性和真实性，还需要在庭前阅卷中审理案件事实与证据，确保有罪裁判是基于事实清楚、证据明确充分而作出的。二是法官需要对案件进行实质审查：作为判决前的最后一个关口，法官的积极履职是程序简化后限制检察官强势地位、查找程序瑕疵、保障被告人合法权益的重要途径，法院仍需要秉持公平正义的原则对认罪认罚全流程进行审查，绝不能因控辩双方已经签署具结书而降低审查标准。三是提高判决的权威性：在全面掌握案件事实的基础上，法官应当同被告人与辩护律师充分沟通并听取其意见；同时还要注重对判决的说理，促进当事人对认罪认罚从宽制度的理解，使认罪认罚从宽制度促进社会和谐、实现公平正义的目的得到实现。

3.2. 坚持实质真实义务的追求

德国联邦宪法法院一再要求人们遵守法律规定的做法遭到了学者的质疑，他们认为认罪协商与保留实质真实义务是不可协调的，将两者捆绑是自欺欺人的表现^[8]。但这些矛盾与冲突在认罪认罚从宽制度中并不明显。德国刑事协商制度问题的根源在于其奉行极致的职权主义而采用各国少有的审辩协商，使得法官完全主导了协商，法官基于趋利性会无视对证据实质审查的要求，直接以被告人的认罪内容认定事实。《德国刑事诉讼法》只规定了法官的各种义务，却没有在诉讼中设置有效的主体加以制约。对于其中的司法风险，只能以权利救济的方式交给上诉审法院处理。这种制度安排冲击着传统“控、辩、审”三角的诉讼结构，必然导致与实质真实义务产生不可调和的冲突。而在认罪认罚从宽制度中，认罪认罚主要环节是起诉前控辩双方在值班律师的参与下进行的，即使是被告人当庭认罪认罚也以控辩双方作为主体的。在起诉移送前，法官无从知晓认罪认罚具结书的内容，对于法官提出实质真实义务的要求是正当的、可行的。

我国在历次刑诉法修改中引入了不少当事人主义的审判模式，但职权主义的基调没有变化。而辩诉交易制度中检察官与被告人可以进行“任意交易”的协商性思路在我国缺乏土壤，有违民众的一般法感情。因此，立法机关在用语上同德国立法机关一样有意规避“协商”和“协议”，认罪认罚从宽制度被作为公权力机关对被告人社会危害性和人身危险性降低的一种“回应”，从立法规定的用语即“犯罪嫌疑人、被告人自愿如实供述自己的罪行，承认指控的犯罪事实，愿意接受处罚的，可以依法从宽处理”就可见一斑。“两高三部”发布的《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》明确规定：办理认罪认罚案件，应当以事实为根据，以法律为准绳，严格按照证据裁判要求，全面收集、固定、审查和认定证据。可见认罪认罚从宽制度对于实质真实义务的要求仍然存在，发现真相仍然是第一要务。认罪认罚具结书只是司法机关发现真相的工具，并不能直接由此得出判决结果，否则就是依口供定罪。我国司法实践仍然坚持大陆法系下对客观真实追求的司法传统，法官作出判决必须依据已经查明的事实真相，即办案人员的主观认识需要符合案件的客观事实^[9]。被告人认罪认罚虽然可以降低办案难度，但不能因此降低证据标准。如果存在案件事实不清、证据不足的情形，即便被告人认罪认罚也不能定罪处理。但是根据不同

的证据,相应的审查模式可以变化:对构成罪名有影响的犯罪事实,需要对证据的取得和指证进行全方位的审查;对于办案过程中出现的新情节、新证据,需要严格审查,如有必要需要转换相应程序;对于“认罪”过程中已经向被告人说明且没有异议的事实,只需要侧重审查被告人认罪时的自愿性和真实性即可。

3.3. 建立可撤回性的证据规则

建立可撤回性证据规则有利于保障被告人的程序选择权,防止“强迫认罪”的发生,符合国际公认的人权保障价值。特别是当被告人反悔或提出程序异议而转入其他程序审理之后,法官的判决应当不受原程序的影响,所判决对象不应包含被告人的“反悔情节”。还需要注意,虽然在德国此前协商中的自白不能作为证据,但法官从接受被告人认罪的协商者转变为理性中立的审判者,难以避免内心预设的不利心证对案件审判的影响,使得可撤回性证据规则的效果下降。因此如果被告人在案件移送法院后反悔的,因授予其申请法官回避的权利[10]。

4. 总结

德国刑事协商制度是源于自身司法实践的产物,体现着近年来大陆法系刑事诉讼制度与协商性价值融入的趋势,在对效率价值的妥协中尽管存在着一些问题和矛盾,但是德国联邦宪法法院和联邦最高法院始终致力于制度的协调和发展。对于我国来说,同有大陆法系传统的德国,可以为认罪认罚从宽制度的发展提供“协商性司法”的经验和成果。认罪认罚从宽制度需要立足于我国国情,在保障被告人权益和实现公正判决的基础上对域外立法经验加以吸收从而进一步完善。

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] 李昌盛. 德国刑事协商制度研究[J]. 现代法学, 2011, 33(6): 148-160.
- [3] 黄河. 德国刑事诉讼中协商制度浅析[J]. 环球法律评论, 2010, 32(1): 123-131.
- [4] 王瑞剑. 实质真实主义的妥协——德国刑事协商制度的理论考察[J]. 苏州大学学报(哲学社会科学版), 2020, 41(3): 56-65.
- [5] 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[J]. 比较法研究, 2018(3): 119-129.
- [6] 高通. 德国刑事协商制度的新发展及其启示[J]. 环球法律评论, 2017, 39(3): 152-172.
- [7] 陈光中, 张佳华, 肖沛权. 论无罪推定原则及其在中国的适用[J]. 法学杂志, 2013, 34(10): 1-8.
- [8] 贝恩德·许乃曼, 黄河. 德国刑事认罪协商制度的新进展及评析[J]. 法治社会, 2023(1): 119-126.
- [9] 肖沛权. 论认罪认罚案件的证明标准[J]. 法学杂志, 2019, 40(10): 24-30.
- [10] 周维明. 德国刑事协商制度的最新发展与启示[J]. 法律适用, 2018(13): 101-112.