

认罪认罚案件量刑建议研究

陈卫东*

内容提要：作为实现从宽预期的主要机制，检察机关的量刑建议是构建认罪认罚从宽制度的关键。量刑建议仅具取效性质，无任何直接的实体效力。虽然2018年刑事诉讼法第201条第1款的“一般应当”只能解释为“应当”，但将该条第2款的“量刑建议明显不当”与第1款的“其他可能影响公正审判的情形”相关联，仍可维持审判机关在量刑中的决定地位。量刑建议的形成需注重辩方意见，辩护的有效性与量刑建议的公正性关系密切。量刑建议以“确定刑为原则，幅度刑为例外”的命题无法得到整全论证，在缺乏精细化量刑指南的当下，仅宜对简单、轻微案件提出确定刑量刑建议。量刑建议的调整存在四种情形，量刑建议是否“明显不当”取决于审判机关的认识，审判机关也无通知检察机关事先调整量刑建议的法定义务。

关键词：认罪认罚 量刑建议 量刑权

一、问题的提出

认罪认罚从宽制度自2016年试点以来，各试点司法机关积极探索、稳步推进，相关实践取得了一系列经验与实绩。在理论探索与实践发展所奠定的基础上，2018年修改刑事诉讼法时，将认罪认罚从宽上升为法定制度，正式纳入刑事诉讼法律体系，这对于贯彻宽严相济的刑事政策、完善中国特色的诉讼制度有着重要意义。此次修法，三分之二的内容都与认罪认罚从宽制度有关，既体现了决策者对本制度的关注程度，也反映了其在刑事诉讼中的重要地位。作为一项尚显“年轻”的制度，认罪认罚从宽不论在理论上还是在实践中，都存在一系列疑难问题，需要进一步研究。

就认罪认罚从宽制度自身而言，认罪认罚只是基础，从宽处理才是关键。^{〔1〕}事实上，在任何协商性刑事司法制度中，从宽皆为制度的生命。若不将从宽处理置于前提性地位，犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚的意愿将大幅降低，从而导致制度目的成为无源之水、无本

* 中国人民大学刑事法律科学研究中心教授。

〔1〕 参见陈卫东：《认罪认罚从宽制度研究》，《中国法学》2016年第2期，第62页。

之本。从宽处理，很大程度上是以实体的量刑减让为手段而达成的。^{〔2〕}当犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚能够获得从宽处罚的预期时，签署具结书、适用简化程序等制度功能方能得到更好的实现。形塑这种预期效应的核心机制，实乃检察机关的量刑建议。为了使审前阶段提出的量刑建议得到兑现，维持犯罪嫌疑人、被告人对从宽量刑的预期，2018年刑事诉讼法强化了认罪认罚案件量刑建议的刚性，其第201条第1款规定：“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”。

就量刑建议制度而言，理论界成规模的讨论出现在2000年前后，探讨的对象是各地零星出现的量刑建议改革试点。到了2005年，为因应最高人民法院量刑规范化改革，量刑建议工作开始受到最高人民检察院的重视，其制发了一系列文件，将其“正式确立在我国的司法解释之中，成为未来我国量刑程序的有机组成部分”。^{〔3〕}量刑建议在当时尚属新生制度，学者的研讨重点大致在制度的理论基础与基本内容方面。比如，量刑建议是否具有正当性？量刑建议应在何时、以何种方式提出？量刑建议的提出是否有案件范围的限制？量刑建议应当概括还是精确？^{〔4〕}应当承认的是，在量刑建议的首轮讨论中，许多问题并未形成共识，如量刑建议的性质及效力问题，观点普遍落足于检察机关作为法律监督机关的法律定位；量刑建议的确定刑与幅度刑之争，亦未得出相对明确的结论。可能出于上述原因，2012年刑事诉讼法并未规定与量刑建议有关的条款，量刑建议制度的运行一直以“两高”出台的司法解释为支撑。

时至今日，围绕认罪认罚从宽制度及刑事诉讼法的相关规定，理论界与实务界对量刑建议的相关问题展开了新一轮探讨与重述。^{〔5〕}本轮讨论与前一轮讨论在理论进路上呈现出一定的递进关系，但侧重点亦有不同。就讨论的具体内容而言，大致包括以下几个方面：

第一，认罪认罚案件量刑建议的效力如何。有学者认为，基于诉讼合意产生的量刑建议是适用认罪认罚从宽制度的基础，不但对控辩双方具有效力，法院也应对其予以尊重，其与独立行使职权原则并无关联。^{〔6〕}这也是检察机关的一贯立场。但是，法院系统却主张将2018年刑事诉讼法第201条第1款的“一般应当”理解为法律为其保留的量刑裁量权，认为即使检察机关有量刑建议的提出权，也只是一种仅具司法公信力的承诺，其本身缺乏实质的决定或者拘束效力。^{〔7〕}

第二，认罪认罚案件量刑建议应遵循何种形成机制。学界的建议基本集中于量刑标准的统一与细化方面。^{〔8〕}事实上，认罪认罚案件具有特殊的“协商”性质，这使得量刑建议的形成必然有别于其他案件。

第三，认罪认罚案件量刑建议应以何种形式提出。检察系统的专家认为，量刑建议

〔2〕 参见熊秋红：《认罪认罚从宽的理论审视与制度完善》，《法学》2016年第10期，第106页。

〔3〕 陈瑞华：《量刑程序中的理论问题》，北京大学出版社2011年版，第158页。

〔4〕 参见付磊：《量刑建议改革的回顾及展望》，《国家检察官学院学报》2012年第5期，第29页以下。

〔5〕 近期围绕量刑建议的讨论，肇因于2014年启动的刑事速裁程序改革，这是因为相关规范性文件将同意量刑建议规定为速裁程序的适用条件。

〔6〕 参见卞建林：《认罪认罚从宽制度赋予量刑建议全新内容》，《检察日报》2019年7月29日第3版。

〔7〕 参见胡云腾主编：《认罪认罚从宽制度的理解与适用》，人民法院出版社2018年版，第99页以下。

〔8〕 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17页；周新：《认罪认罚案件中量刑从宽的实践性反思》，《法学》2019年第6期，第178页；杨宇冠、孙鹤源：《认罪认罚改革背景下“认罪态度”与定罪量刑的内涵解读与技术分析》，《求索》2020年第2期，第186页。

应当以“确定刑为原则,幅度刑为例外”,因为具体的量刑建议更加符合犯罪嫌疑人对“罚”的期待,这既有助于控辩双方达成一致,也可以避免庭审中的潜在风险。^[9]出于认罪认罚案件的合意性质、法定刑的幅度样态、防止不必要的上诉等因素,“检察机关提出确定刑量刑建议,更符合认罪认罚从宽制度的基本精神,也无伤于法院的定罪或者量刑的权力”。^[10]审判机关则更倾向于幅度刑量刑建议,其支持性意见大体包括:有利于维护法院独立行使刑罚裁量权的地位,有利于发挥法院在量刑上的专业优势,符合“以审判为中心”的诉讼制度改革的内在要求,有利于处理审判阶段新的量刑事实,有利于补救因被追诉人在审前阶段的弱势地位而造成的权利隐性侵害。^[11]

第四,应如何理解和处理2018年刑事诉讼法第201条第2款的“量刑建议明显不当”和“对量刑建议提出异议”。有论者指出,审判人员可以直接不采纳量刑建议的情况,只有第201条第1款规定的五种情形;当其认为量刑建议明显不当但不属于上述情形的,应当先由检察机关作出调整;辩方对量刑建议提出异议的,也应当以检察机关调整量刑建议作为前置程序。^[12]有学者认为,量刑建议的调整属于检察机关的权力范畴,不论量刑建议属于明显不当还是被提出异议,审判机关皆不得直接不予采纳,必须通知检察机关先予调整。^[13]

不难看出,关于认罪认罚案件的量刑建议,不论在理论认识上还是在具体的制度构建层面,都存在诸多问题。2019年“两高三部”《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》(以下简称“认罪认罚指导意见”)对相关问题作了一些规定,但争议并未因此消解,反而有愈演愈烈之势。本文拟从量刑建议的性质出发,就上述问题及学界观点进行探讨与回应。

二、量刑建议的性质及效力

所谓量刑建议,是指检察院对于被提起公诉的被告人,依法就其适用的刑罚种类、幅度及执行方式等向法院提出的建议。^[14]顾名思义,量刑建议是一种“建议”,似乎不应具有强制性。

讨论量刑建议的性质及效力,可以从检察机关在特定刑事诉讼环节的定位切入。较之域外国家或地区,我国检察机关在国家机关中的定位可谓极其复杂。虽然宪法第134条规定“人民检察院是国家的法律监督机关”,但迄今为止,“法律监督”的规范内涵仍不确定。在域外,检察机关基本被视为单纯的控诉机关,法律监督的意涵显非控诉所能囊括。其实,在不同的诉讼环节或制度场域,检察机关的定位及角色存在显著差异。例如,在履行2018年刑事诉讼法第19条规定的侦查职能时,检察机关是侦查机关;在审查逮捕程序中,检察机关行使的批捕权具有中立的裁断性质,此时检察机关应属司法机关的范畴;在审查起诉与审判阶段,检察机关代表国家行使追诉犯罪之控诉权,应定位于公诉机关;而在某些具

[9] 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18页。

[10] 张建伟:《检察机关主导作用论》,《中国刑事法杂志》2019年第6期,第39页。

[11] 参见臧德胜:《科学适用刑事诉讼幅度型量刑建议》,《人民法院报》2019年8月29日第2版。

[12] 参见杨宇冠、王洋:《认罪认罚案件量刑建议问题研究》,《浙江工商大学学报》2019年第6期,第85页。

[13] 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144页。

[14] 参见2010年最高人民检察院《人民检察院开展量刑建议工作的指导意见(试行)》第1条。

有中国特色的制度场域，如立案监督、审判监督、刑事执行监督，检察机关的权能会被解释成“诉讼监督”，此时宜将其视为监督机关。^{〔15〕}2019年《人民检察院刑事诉讼规则》（以下简称“刑事诉讼规则”）第364条第2款规定：“提出量刑建议的，可以制作量刑建议书，与起诉书一并移送人民法院。”可见，量刑建议是在起诉阶段提出的，此时检察机关是公诉机关，这从形式上初步标示了量刑建议的性质。

量刑建议权来源于公诉权，或者更明确地说，量刑建议权乃公诉权的下位权能。^{〔16〕}一般认为，公诉权的权能可以分为提起公诉权、不起诉权、抗诉权三项，^{〔17〕}提起公诉权又可以划分为定罪请求权与量刑请求权。在通常情况下，量刑请求权是与定罪请求权绑定的，因为刑事诉讼的目的本为“惩罚犯罪，保护人民”，检察机关的起诉行为必然包含要求定罪与要求处刑两个方面。从实体法角度看，量刑是定罪的必然后果；当检察机关依据刑法规定提出指控时，势必指向求刑。不过，在司法实践中也有极个别的例外情况，即检察机关提出有罪指控的同时，又提出免于刑罚处罚的要求，即便如此，不请求刑罚处罚也应属于刑罚请求权的应有内涵。刑罚请求权的具体行使方式，就以检察机关向审判机关提出量刑建议的形式体现。

与定罪请求权一样，刑罚请求权或量刑建议权仅为一项程序性权力，既不会直接造成实体后果，也无涉犯罪嫌疑人、被告人基本权利的干预。之所以将量刑建议权称为“请求权”，是相对审判机关带有“决定权”性质的量刑权而言的。诸如提请逮捕、提起公诉、申请变更强制措施这类刑事诉讼中“请求权”的行使，也被称作“取效行为”，其本身不产生实体效果，产生实体效果的是直接作用于实体的“予效行为”。^{〔18〕}量刑建议缺乏实体性，故仅具取效性质而无予效属性。众所周知，对犯罪的认定“需要一个作出终极判决的司法官员”。^{〔19〕}在我国，法院是决定犯罪成立的唯一机关，法院判决是确定定罪量刑的唯一载体。申言之，量刑权是审判权的固有内涵，量刑建议对法院并无拘束力，即量刑建议仅供法院量刑时参考，法院是否采纳建议、如何量刑，悉由法院依法独立作出决定。^{〔20〕}

量刑建议对法院不产生拘束力，这一从检法分权、控诉原则、诉讼阶段、司法责任等各方面的理论皆可推导得出的命题，目前似乎受到了挑战。按理说，在推进“以审判为中心”的诉讼制度改革的背景下，审判机关依法独立行使量刑权应当得到强化：一方面，“以审判为中心”要求凸显法院在定罪量刑环节的实质作用，真正发挥法院的把关作用；^{〔21〕}另一方面，公诉案件的有罪判决率极高，其中被告人认罪的占绝大多数，故就绝大多数案件来说，庭审所要解决的主要问题不是定罪而是量刑。^{〔22〕}然而，随着认罪认罚从宽制度的实践不断深入，理论界却出现了两类颠覆性的观点：其一，认罪认罚从宽制度普遍推开后，“以审判为中心”已经“过时”了；其二，认罪认罚从宽制度改变了我国原有的诉讼构造，

〔15〕 参见陈卫东：《中国刑事诉讼权能的变革与发展》，中国人民大学出版社2018年版，第248页以下。

〔16〕 参见冀祥德：《构建中国的量刑建议权制度》，《法商研究》2005年第4期，第118页。

〔17〕 参见姜伟：《论检察》，中国检察出版社2014年版，第122页。

〔18〕 参见聂友伦：《检察机关批捕权配置的三种模式》，《法学家》2019年第3期，第46页以下。

〔19〕 [意]贝卡利亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国法制出版社2005年版，第13页。

〔20〕 参见朱孝清：《论量刑建议》，《中国法学》2010年第3期，第6页。

〔21〕 参见陈卫东：《以审判为中心：解读、实现与展望》，《当代法学》2016年第4期，第15页。

〔22〕 参见前引〔20〕，朱孝清文，第7页。

对于适用认罪认罚从宽制度的案件，应当“以检察为中心”。

显而易见，上述两种观点均难成立，皆背离了目前我国刑事诉讼赖以立基的理论基础。即便是适用认罪认罚从宽制度的案件，其最终仍需法院作出是否有罪、如何量刑的判决，无论检察机关与犯罪嫌疑人、被告人怎样协商具结，都不影响审判在定罪量刑上的中心地位。况且，在2018年刑事诉讼法将认罪认罚从宽定位为一项原则，制度设计又未明白规定“控辩协商”的情况下，认罪认罚案件的量刑建议是否具有特殊性，亦有疑问。不过，就实践中认罪认罚案件的量刑建议而言，还是应当承认其较一般案件存在某些不同之处：“检察机关的量刑建议犹如一条贯穿认罪认罚制度的红线，一端衔接着犯罪嫌疑人的认罪认罚具结书，另一端则关系着人民法院的判决”，量刑建议应当“降低认罪认罚案件量刑的不确定性”，以促进犯罪嫌疑人自愿认罪认罚。^{〔23〕}

从理论基础看，非认罪认罚案件与认罪认罚案件的量刑建议确乎存在差异，前者的合法性来源于检察机关对定罪量刑的请求权，后者则在此基础上另外包含了被告人同意的因素。基于这种考量，2018年刑事诉讼法第201条第1款使用了“一般应当”的表述，似乎立法机关希望通过赋予认罪认罚案件量刑建议一定效力的方式，实现量刑的“相对确定”。其实，该款规定本为对2016年“两高三部”《关于在部分地区开展刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作的办法》（以下简称“认罪认罚从宽制度试点办法”）第20条的直接吸收。在早期的立法讨论稿中，相应的表述是“应当”，最高人民法院的同志提出异议，认为“应当”的表述没有体现出法院在量刑中的决定地位；后经法律起草部门研究，确定了“一般应当”的表述。不难看出，立法机关在订立本款时，已经充分考虑了“以审判为中心”的因素，因为“以审判为中心”本就是刑事诉讼的基础构造，在理解认罪认罚案件量刑建议的性质及效力时，仍应坚持这一基本立场。从审判机关的视角看，由于其承担了“准确、及时地查明犯罪事实，正确应用法律”的职权，无论量刑建议是“一方建议”还是“双方建议”，作为案件最终决定者的法官，其立场在规范面与实践面皆未发生变化。明白地说，认罪认罚案件量刑建议的采纳与非认罪认罚案件一样，皆以司法审查为前提，这里没有“直接采纳”的空间。

随之而来的问题是，“一般应当”与“应当”在规范层面的区别究竟何在。从文义上看，“一般应当采纳”的表意似乎仅指“在通常情况下必须采纳，在特殊情形下可以采纳，也可以不采纳”。不过，就2018年刑事诉讼法第201条第1款的整体而言，不难发现这种理解的罅漏。本款规定：“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，但有下列情形之一的除外：（一）被告人的行为不构成犯罪或者不应当追究其刑事责任的；（二）被告人违背意愿认罪认罚的；（三）被告人否认指控的犯罪事实的；（四）起诉指控的罪名与审理认定的罪名不一致的；（五）其他可能影响公正审判的情形。”不难看出，本款将“一般情形”与“除外情形”作了P与非P的绝对划分，由于“采纳”或“不采纳”具有择一性，并无介于二者之间的选项，二者与一般情形和除外情形构成了固定的对应关系，因而法院只能在量刑建议属于五种法定除外情形之一时，不采纳量刑建议；只要不属于除外情形，法院对量刑建议都必须采纳。这里的“一般应当”

〔23〕 参见吴宏耀：《凝聚控辩审共识，优化量刑建议质量》，《检察日报》2019年6月10日第3版。

其实与“应当”具有规范上的等价关系。^{〔24〕}

然而,2018年刑事诉讼法第201条第2款的规定,给上述结论带来了新的法解释学问题:“量刑建议明显不当”是否属于“一般应当”新的例外?本款规定:“人民法院经审理认为量刑建议明显不当,或者被告人、辩护人对量刑建议提出异议的,人民检察院可以调整量刑建议。人民检察院不调整量刑建议或者调整量刑建议后仍然明显不当的,人民法院应当依法作出判决。”虽然立法者并未将“量刑建议明显不当”专门规定于第201条第1款的除外情形之中,但从“人民检察院不调整量刑建议或者调整量刑建议后仍然明显不当的,人民法院应当依法作出判决”的规范意义看,显然立法者侧面明确了审判机关不采纳“明显不当”量刑建议的权力。若不考虑前款规定,本款似乎又对量刑建议的采纳与否作出了P与非P的划分,即“明显不当”的量刑建议与“无明显不当”的量刑建议。审判机关对前者不应采纳,对后者应当采纳。结合前款规定,由于法律不可能对一个命令规范给出两种标准,故一种可能的解释方案是,从“一般应当”的“一般”切入,将两种标准加以融合,将量刑建议划分为一般情形(应当采纳)、特定情形(应当不采纳)以及明显不当(应当不采纳)三类。但是,若立法者订立条文时的意图果真如此,按照立法技术的基本要求,“量刑建议明显不当”必会被直接纳入第1款规定的五种除外情形,而不会叠床架屋另设例外。从刑事诉讼法体系融贯性的角度考量,对“量刑建议明显不当”的归类,唯一的解释方案是将其理解为除外情形中的“其他可能影响公正审判的情形”。

“其他可能影响公正审判的情形”应如何把握?笔者认为,其最典型的情形就是“量刑建议明显不当”。首先,解释的前提是不能采纳明显不当的量刑建议。若法院已认定量刑建议明显不当,当然不能采纳,否则不仅是对刑法与刑事诉讼法规范的背离,更违反了“依照法律规定独立行使审判权”的宪法诫命。其次,基于对“应当采纳”认罪认罚案件量刑建议之强制属性的认识,不能采纳的量刑建议只能是2018年刑事诉讼法第201条第1款规定的五种除外情形。量刑建议明显不当即被归入除外情形的兜底一项,即“其他可能影响公正审判的情形”。例如,量刑建议畸重或畸轻,法院若采纳这样的量刑建议当然可能影响公正审判,故得予以排除。再次,从立法过程的讨论情况看,量刑建议明显不当也应被包摄于该兜底条款。在2018年“刑事诉讼法(修正草案)”的一审稿中,“量刑建议明显不当”最初是作为独立的除外情形被规定在第201条第1款。在后续的讨论中,有观点认为该情形与第2款有关量刑建议调整的规定存在重复。出于立法技术方面的考虑,法律起草部门经过研究,从第201条第1款中删除了“量刑建议明显不当”这一除外情形,但其实质内容仍然保留在该款之中,由兜底条款所承接。

除了量刑建议明显不当,“其他可能影响公正审判的情形”主要是指动摇认罪认罚事实基础的其他事项。当出现“被告人的行为不构成犯罪或者不应当追究其刑事责任”“被告人违背意愿认罪认罚”的情形时,案件就不应当再作为认罪认罚案件处理;当出现“被告人否认指控的犯罪事实”“起诉指控的罪名与审理认定的罪名不一致”的情形时,根据被告人承认犯罪事实的内容不同,亦有可能导致认罪认罚案件变为非认罪认罚案件。应予以注意的是,这四种情形并未穷尽动摇认罪认罚事实基础的事项,如认罪认罚具结书的内容不真实、

〔24〕 参见万毅:《认罪认罚从宽程序解释和适用中的若干问题》,《中国刑事法杂志》2019年第3期,第100页。

不合法,就无法完全归入这四种情形。具体来说,当侦查机关、检察机关在案件办理过程中存在严重程序违法,如违反回避规定、签署具结书时无律师在场等,认罪认罚的真实性、合法性便无法得到保障,此时审判机关自不应采纳量刑建议。

综上,检察机关在提出量刑建议时,应定位为公诉机关,其量刑建议权属于公诉权之一部,即便2018年刑事诉讼法要求审判机关对认罪认罚案件的量刑建议“一般应当采纳”,量刑建议的效力仍仅具程序性,不对法院产生拘束力。从法解释学的角度看,“一般应当”表达的含义就是具有排他性的“应当”,非属除外情形,审判机关不得拒绝采纳量刑建议。同时,为维持刑事诉讼法的内部融贯,还应当将“量刑建议明显不当”理解为除外情形的一种。当然,站在立法论的立场,“一般应当”的规定或许可以再斟酌,它直接对应然意义上的审判权造成了限制:“如果这种明显具有约束意味的条文出现在严肃的国家立法中,不仅不符合诉讼原理,而且违背‘人民法院依法独立行使审判权’的原则。”^[25]

三、量刑建议的形成机制

量刑建议的形成机制,其实与审判机关“根据犯罪事实确定量刑起点,在此基础上增加刑罚量确定量刑基准,根据量刑情节调节量刑基准确定宣告刑等基本步骤”^[26]大体一致。在实践中,检察机关的具体操作有一定调整。首先,参照最高人民法院发布的“量刑指导意见”预测宣告刑。由于法院的量刑裁判是以“量刑指导意见”规定的量刑方法、量刑情节适用以及常见犯罪量刑指导为出发点的,检察机关提出量刑建议当然须以其为纲,这是量刑建议不会过度偏离的基本保证。其次,参考同期同类案件的量刑裁判。不同时期、不同地区的刑事政策、经济发展水平、犯罪情况等存在差异,提出的量刑建议应当与已经判决的同类案件保持均衡。再次,建议的刑量应当略高于量刑裁判。若建议的刑量过低,最终量刑结果较之为高,有可能引发被告方的不满,不利于案件的最终解决。^[27]

在以往的司法实践中,量刑建议的上述形成机制较为粗放,难以真正体现量刑建议的实践价值。导致这一现象的原因不难想象:由于量刑的责任不在检察机关,不管检察机关是否提出专门的量刑建议、提出怎样的量刑建议,最终行使量刑权的主体还是法院,由其对量刑的合法性、正确性、适当性负责,这就使检察人员不会如审判人员一般重视量刑工作。同时,量刑建议没有任何强制性效力,只是代表检察机关对量刑问题的态度,法院在审判中仍需根据案件事实、量刑情节、被告人情况综合考量,决定刑罚种类、刑期以及执行方式,这就使得量刑建议并无太大意义。再者,检察管理对量刑建议的考核,其业务规范意义不大,远不如无罪判决率对起诉的考核、捕后轻刑率对批捕的考核那样严格。在这些因素的共同作用下,检察机关的量刑建议不太可能、也没有必要像法院的量刑程序那样,需要较为精细的程序设计。

认罪认罚从宽制度法定化以后,量刑建议的形成机制发生了较大变化。2018年刑事诉讼法第174条第1款规定:“犯罪嫌疑人自愿认罪,同意量刑建议和程序适用的,应当在辩

[25] 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119页。

[26] 陈瑞华:《论量刑建议》,《政法论坛》2011年第2期,第20页。

[27] 参见潘申明、刘浪、周耀风:《量刑建议前沿理论与实战技能》,中国检察出版社2016年版,第255页以下。

护人或者值班律师在场的情况下签署认罪认罚具结书。”可见,“同意量刑建议”是适用认罪认罚从宽制度的先决条件,此时的量刑建议就多了某种“协商”或“讨论”的意涵。^[28]在这种情况下,认罪认罚案件量刑建议的形成机制,就多了一个“获得被告人同意”或“与被告人讨论”的过程。申言之,认罪认罚案件量刑建议的形成机制,在前半部分与以往量刑建议的形成机制基本一致,只是在后半部分,经检察机关内部确认后,需要向犯罪嫌疑人提出,征求辩方意见。当然,辩护方也可以直接向检察机关表达量刑意向。经讨论,双方对量刑建议达成合意的,签署认罪认罚具结书。还应注意的是,为了更好地鼓励认罪认罚,实现诉讼分流,节约司法资源,“认罪认罚指导意见”第9条将认罪认罚规定为一项独立的量刑情节,^[29]对其应当在预测宣告刑的阶段予以考量。

在认罪认罚案件中,量刑建议不再仅为公诉机关一方的“请求”,而是控辩双方共同提出的“建议”。虽然如此,经由上述机制达成的“量刑合意”,也未必符合罪责刑相适应原则的应然要求。现行认罪认罚案件量刑建议的形成机制,仍然存在不少问题。一方面,出于量刑信息的准确性、检察机关的控诉性质、犯罪嫌疑人获得辩护的程度等诸多因素的影响,达成合意的量刑建议或许存在偏误。检察机关据以构建量刑建议的信息来自侦查机关,后者主要工作是侦破案件,通常忽略对犯罪嫌疑人有利的信息,并且某些已有信息亦存在不同程度的模糊性与主观性。检察机关的控诉性质,更有放大对犯罪嫌疑人不利量刑信息的倾向——往往注重从重情节,时常忽略可以从轻的酌定情节,最终可能提出刑量偏高的量刑建议。^[30]更为重要的是,在认罪认罚案件中,许多犯罪嫌疑人未委托辩护律师,而值班律师“提供法律帮助”的实际效果如何颇值得怀疑,鉴于目前大多数犯罪嫌疑人智识水平、认知能力较低的状况,殊难保证其“同意量刑建议”的明智性。另一方面,公诉与审判毕竟分属两个阶段,主导机关、办案理念等诸多方面皆有不同,即便“量刑指导意见”能给检察机关提供一定参考,裁量空间依旧很大。量刑建议的准确性,或者说,检察机关量刑建议与审判机关量刑结果的一致性如何保障,亦是需要考虑的问题。

事实上,认罪认罚案件量刑建议的形成,每一步骤都存在进一步完善的空间。

第一,应当细化目前的量刑规范。在宣告刑预测阶段,因“量刑指导意见”的规范内容仍较为概括,导致不同判断主体在应用时得出的结论经常存在差异。鉴于我国司法人员水平仍参差不齐的现状,宜参考美国《联邦量刑指南》的模式,制定周延而详细的量表型量刑规则,^[31]尽量将量刑的自由裁量权限缩至较小范围,以统一检察院、法院对量刑事项的认识。

第二,应当积极利用人工智能、大数据等辅助量刑的信息化手段。虽然过往有地方司法机关开发使用过“电脑量刑系统”,但招致了理论界的批评。^[32]时至今日,信息技术已经发展到“互联网3.0”阶段,再谈电脑量刑,可能已经比较现实。比如,以积累的司法大

[28] 应当注意的是,虽然实践中认罪认罚的适用可能存在“量刑协商”,但不应将认罪认罚等同于量刑协商,其与英美法国家的辩诉交易存在根本的性质区别,整体宜定位为“法定从宽”制度。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11页。

[29] 参见前引[9],苗生明等文,第9页。

[30] 参见前引[26],陈瑞华文,第20页。

[31] 参见虞平:《量刑与刑的量化——兼论“电脑量刑”》,《法学家》2007年第2期,第66页。

[32] 参见季卫东:《人工智能时代的司法权之变》,《东方法学》2018年第1期,第128页。

数据为基础,建立完善的智能辅助量刑建议系统;^[33]在形成量刑建议的类案参考阶段,可以通过预制的算法,通过比较当地及全国类案判决的情况,辅助检察人员调整量刑建议。

第三,应当尊重被害人在认罪认罚案件量刑建议中的参与权。2018年刑事诉讼法第173条第2款规定,检察机关应当听取被害人对犯罪嫌疑人“从轻、减轻或者免除处罚等从宽处罚的建议”。在此前的司法实践中,出于一些因素的考虑,一些试点单位将与被害人达成谅解或和解协议作为适用认罪认罚从宽的前提条件,但这显然属于对相关规范的错误理解。对此,“认罪认罚指导意见”第16条、第18条专门明确了听取被害方意见与处理被害方异议的规定。笔者认为,获得被害人谅解或达成和解协议本身就是需要单独考量的量刑情节,不应影响认罪认罚的适用,也不宜概括纳入认罪认罚的从宽评价。不过,鉴于被害人的诉讼主体地位以及社会关系的恢复,在决定适用认罪认罚时,检察机关仍应尊重被害人提出的意见。

第四,应当强化犯罪嫌疑人在认罪认罚案件审前阶段获得辩护的权利。如前所述,由于检察机关的材料与信息来源比较单一,若仅基于侦查机关提供的证据,得出的初步量刑建议极可能有失公允,加之犯罪嫌疑人权利保障意识的缺乏,导致最终提出的量刑建议往往只是侦控机关一方的意见。^[34]无论检察机关如何倡导“客观义务”等理念,其控诉机关的定位、惩罚犯罪的倾向都不会改变。在认罪认罚案件中,面对量刑建议,缺乏有效辩护的犯罪嫌疑人极有可能不清楚量刑建议开出的“价码”是否公平,甚至对自己可能获得的刑罚本就没有正确的预期。在这种情况下,若无律师为犯罪嫌疑人提供有效辩护,犯罪嫌疑人又不明智地同意了量刑建议,即便量刑建议看上去是“合意”的产物,其实质上仍仅为公诉机关单方面的意思,仍可能造成显失公平的结果。^[35]需要澄清的是,认罪认罚是犯罪嫌疑人的权利,从宽处理是该权利的应然延伸,不能把是否从宽、如何从宽理解为仅仅是检察机关的权力。既然是犯罪嫌疑人的权利,公诉机关就有义务保障这一权利的实现,尊重其实现权利的意愿。如果是否从宽、如何从宽仅为公诉机关的权力,犯罪嫌疑人就只能服从,量刑建议的合意基础亦不复存在。基于此,检察机关在确定量刑建议时应充分考虑乃至吸收犯罪嫌疑人及辩护律师对量刑建议的意见,对符合法律规定、存在事实依据的,应当予以采纳。^[36]

量刑建议的形成还要考虑一些具体问题,如报应刑与预防刑、量刑公正与量刑均衡等问题。被追诉人认罪认罚所获得的量刑从宽,一般认为与认罪认罚的时间节点直接相关。实践中一种典型的做法是所谓“三二一方案”:在侦查阶段认罪认罚的,最高减30%;在审查起诉阶段认罪认罚的,最高减20%;在审判阶段认罪认罚的,最高减10%。^[37]笔者认

[33] 参见李赫男、刘博闻:《运用大数据提升认罪认罚案件量刑建议的精准度》,《人民检察》2018年第9期,第78页。

[34] 参见熊秋红:《中国量刑改革:理论、规范与经验》,《法学家》2011年第5期,第45页。

[35] 参见闵春雷:《认罪认罚从宽制度中的程序简化》,《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2017年第2期,第52页。

[36] 如何强化辩护律师在认罪认罚案件中的作用,可以考虑借鉴美国的做法,对律师有效辩护的行为标准进行规范。参见熊秋红:《有效辩护、无效辩护的国际标准和本土化思考》,《中国刑事法杂志》2014年第6期,第134页。

[37] 参见周新:《论从宽的幅度》,《法学杂志》2018年第1期,第94页。

为,该方案似乎有些过于简单机械,可能并不符合既有的从宽理论,亦不可避免将在某些案件中导致量刑失衡。认罪认罚之所以从宽,很大一部分原因是在有罪供述的获取方面,尤其在一些客观证据收集较为困难的案件中,被追诉人自愿供述将极大地促进侦控活动顺利进行。相较之下,那些证据容易收集的简单案件乃至现行犯案件,被追诉人是否认罪认罚,意义不大。就前一类案件而言,即便被告人在审判阶段才认罪认罚,其对于实现国家刑罚权的价值,可能比被追诉人在侦查阶段就认罪认罚的后一类案件更大,对前者适用10%的刑罚减让,对后者适用30%的刑罚减让,实在不太合适。

四、量刑建议的具体形式

认罪认罚案件量刑建议的具体形式,是理论界与实务界争论的一个焦点问题。简言之,量刑建议应否精确化,量刑建议应否以提出确定刑为原则。^[38]根据2018年刑事诉讼法第201条第1款的规定,对于认罪认罚案件,法院“一般应当”采纳量刑建议。若检察院提出的量刑建议为确定刑,难免给人以公诉权侵犯审判权、检察机关决定案件定罪量刑的观感,与“以审判为中心”的诉讼制度改革亦不甚相合。“认罪认罚指导意见”的出台更将这一争议推向风口浪尖,其第33条指出:“办理认罪认罚案件,人民检察院一般应当提出确定刑量刑建议。对新类型、不常见犯罪案件,量刑情节复杂的重罪案件等,也可以提出幅度刑量刑建议。”“确定量刑”是指明确而具体的量刑结论,如有期徒刑8年;“幅度量刑”是指在一定区间内选择量刑,如在有期徒刑5至7年间选择。根据该意见,认罪认罚案件的量刑建议应以“确定刑为原则,幅度刑为例外”。然而,该意见的合理性可能仍需通盘考虑。

“确定刑为原则,幅度刑为例外”的量刑建议模式,在认罪认罚从宽制度框架下确有其合理性。不过,它的合理性理由大体与“一般应当”相同,集中在通过维持犯罪嫌疑人对可能判处刑罚的稳定预期,促进认罪认罚从宽制度的适用。早先就有人提出:“从理论上说,人民检察院最好能够提出确定刑期的量刑建议,因为确定刑期的量刑建议能使犯罪嫌疑人、被告人对案件结果有最明确的预期。”^[39]当然,支持“确定刑为原则,幅度刑为例外”的理由不仅如此,展开来说可以分为如下几个方面:第一,认罪认罚案件的量刑建议是控辩合意的结果,确定刑量刑建议是合意的体现;第二,幅度刑量刑建议会影响犯罪嫌疑人的心理预期,不利于认罪认罚从宽制度适用的稳定性;第三,确定刑量刑建议可以直接为法院所采纳,无需再次审查量刑证据以确定具体刑期,有利于诉讼经济;第四,认罪认罚案件有关定罪量刑的问题在审查起诉阶段已经解决,检察机关能够基于此提出确定刑量刑建议;第五,确定刑量刑建议符合认罪认罚从宽制度从粗放到精准的发展趋势。^[40]

从域外视角切入,似乎也能找到一些支持确定刑量刑建议的旁证。比如,宏观上看,

[38] 本文所论之“确定刑量刑建议”,按照检察机关的权威理解,应是有关刑期的一个确定的“点”(以及执行方式),如“建议判处有期徒刑三年”,而不包括附加刑的确定。然而,确定刑与幅度刑的界限其实并不明确,实践中亦出现了所谓“半精确刑、半幅度刑”等提法,这其实涉及“确定”与“幅度”的界定问题。受篇幅所限,笔者对此不作讨论,仅以通常的认识来理解“确定刑量刑建议”与“幅度刑量刑建议”。

[39] 张吉喜:《论认罪认罚协商机制的构建》,《法治论坛》2018年第4期,第243页。

[40] 参见前引[8],陈国庆文,第9页以下。

检察权介入刑事审判权,检察官在某种程度上成为事实上的“法官”,乃各国协商性司法的大趋势,甚至是达成协商性司法追求效率之目的最关键的要素,这在美国的辩诉交易制度中尤为明显。^[41]再如,除美国外,在其他规定辩诉协商制度国家的司法实践中,法官基本不对案件作实质调查,往往直接对辩诉之间达成的协议予以确认,^[42]要求法院实质审查案件以行使量刑权显得无甚必要。此外,出于对案件压力的考量,法官对于控辩达成的量刑合意很大程度上缺乏否定的动机,加之司法本身的消极立场,其亦间接参与到协商性司法的“合作”中,正因如此,一些国家对此类案件采取限制上诉权甚至一审终审的机制。^[43]

确定刑量刑建议的支持性理由,可能有一部分确实可以成立,但都仅止于必要性论证,而未能充分证明“确定刑为原则,幅度刑为例外”的合理性。结合2018年刑事诉讼法第201条第1款的规定,在认罪认罚案件中提出确定刑量刑建议,将进一步加剧对检察权侵入审判权的疑虑。在认罪认罚从宽制度试点中,就有检察机关人士清醒地意识到“在当前认罪认罚从宽制度改革中,以相对明确的量刑建议征求犯罪嫌疑人的意见更具有实际意义,辩护方也更具有辩护依据和动力。因此,应尽量提出相对确定、范围相对明确的量刑建议。但也要防止走向另一个极端,量刑建议也并非越具体越好。一味追求过于具体的量刑建议会不当限缩法官的裁量空间。”^[44]可见,检察机关对于量刑建议精确化并非没有顾虑。况且,从实践情况看,各地检察机关此前亦未普遍采取“确定刑为原则,幅度刑为例外”的方案。比较常见的做法是,对于某些特定的案件类型,如交通肇事罪、危险驾驶罪,可以采用精准量刑建议,除此之外,通常只采用幅度量刑建议。^[45]

在“以审判为中心”的刑事诉讼制度框架、“社会效果”的刑事诉讼价值追求、“分工负责”的刑事诉讼办案原则以及认罪认罚从宽的制度设置下,“确定刑为原则,幅度刑为例外”似乎很难得到整全性的确证,仍待进一步斟酌。

第一,确定刑量刑建议与“以审判为中心”的矛盾如何弥合?无论如何,认罪认罚从宽制度都是运行在刑事诉讼体系下的子系统,其仍须“以审判为中心”。结合宪法第140条公检法机关办理刑事案件“应当分工负责,互相配合,互相制约”的原则,检察机关、审判机关的职权范围依法律定界,审判权中应然包含的量刑权不应受到下位法的限缩。明白说,检察机关可以通过量刑建议制约审判机关的量刑权,但不能直接予以限制。虽然从形式法治的角度看,认罪认罚案件的量刑建议仍仅是“建议”,不影响法院独立行使审判权,但经由2018年刑事诉讼法第201条第1款,检察机关的量刑建议权确已实质进入审判权的控制范围。精确化的量刑建议、“一般应当”的法律要求,难免使检察官僭越自身职权,如此一来,“以审判为中心”的刑事诉讼制度框架会发生动摇。至少在认罪认罚案件中,检察官的公诉权在某种程度上融合了审判权,取得了整个刑事诉讼程序中最核心的主导地位。

[41] 参见陈卫东:《从建立被告人有罪答辩制度到引入辩诉交易——论美国辩诉交易制度的借鉴意义》,《政法论坛》2002年第6期,第9页。

[42] 相关研究可参见印波:《以宪法之名回归法律文本:德国量刑协商及近期的联邦宪法判例始末》,《法律科学》2017年第5期,第187页;吕天奇、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46页。

[43] 参见施鹏鹏:《法国庭前认罪答辩程序评析》,《现代法学》2008年第5期,第181页。

[44] 孙谦:《全面依法治国背景下的刑事公诉》,《中国法学》2017年第3期,第18页。

[45] 参见前引[8],周新文,第170页。

第二,支撑确定刑量刑建议的社会基础是否牢固?习近平曾指出:“要努力实现法律效果与政治效果、社会效果的统一,要确保执法的严肃性和公正性,切实维护社会政治稳定,不断提高执法水平,充分运用法律手段为发展创造良好、宽松的环境。”^[46]法律效果与政治效果、社会效果的统一,是统括指导政法工作的大原则和大方向,也是刑事诉讼最为重要的价值追求之一。自认罪认罚从宽制度试点以来,社会公众一直对该制度抱有“花钱买刑”的疑虑。实践中的一些错误做法,如片面追求认罪认罚率,强制犯罪嫌疑人认罪,不满足被害人不合理的要求就不适用认罪认罚等,更是对认罪认罚从宽制度整体的社会效果产生了不良影响。事实上,包括司法人员在内的许多人对认罪认罚从宽制度的认识尚不够深刻,现阶段我国的社会发展水平与西方发达国家仍有差距,较之美、法、德等国,我国协商性司法的社会基础仍不够稳定。正是基于这样一种国情判断,立法没有采纳辩诉交易的做法,而是构建了符合我国国情、具有中国特色的认罪认罚从宽制度。在制度设计中,将审判机关作为定罪量刑的决定者,由其对案件进行一定程度的实质审查,以此打消或纾解各界对认罪认罚过程中可能存在的不透明、不法寻租以及“花钱买刑”等的疑虑。然而,确定刑量刑建议会进一步造成检察权对审判权的侵入,会造成法院“不审照判”的不良印象,这不仅会影响办理认罪认罚案件的社会效果,更将造成审判机关公信力下降、权威降低的不良后果。

第三,确定刑量刑建议对检法“分工负责”原则的影响能否被接受?虽然“一般应当采纳人民检察院指控的罪名和量刑建议”是法律的要求,但检法各担的司法责任却未因此改变。认罪认罚案件最终仍须由法院判决决定,无论是错误定罪的责任,还是错误量刑的责任,皆以作出判决的审判人员及其所属法院为责任主体。^[47]当检察机关提出的确定刑量刑建议出现错误时,审判机关亦“一般应当”地以此下判,司法责任由哪一方承担?这可能又是一笔糊涂账。

第四,现行的认罪认罚从宽制度是否足以为确定刑量刑建议提供支持?赞同确定刑量刑建议的一项重要理由是认罪认罚案件量刑建议的特殊性,即其体现了控辩双方经协商得出的“合意”,因而即便最终决定权仍在法院,审判者亦应予以尊重。除了前文提及的量刑建议性质问题,就此论证而言,还存在量刑建议对辩方意见体现不足的问题。2018年刑事诉讼法及相关规范性文件并未明确“控辩协商”(无论是罪名协商还是量刑协商)的任何程序,只是要求检察机关听取犯罪嫌疑人、辩护人或者值班律师关于犯罪事实、法律适用、从宽处罚、适用程序等方面的意见。这一过程是单向的,与域外国家的认罪协商机制有显著差异。在检察机关处于绝对主导地位,辩方的诉讼力量明显弱势且缺乏有效辩护的现状下,提出的确定刑量刑建议很大部分仍可能只是反映了控方的意愿,审判机关在面对这类量刑建议时,难免不犯嘀咕。

基于“以审判为中心”、检法“分工负责”等基本原则,审判机关及其职权应当得到尊重,在通常情况下,量刑建议还是宜以幅度刑的形式提出。首先,量刑建议是在审前阶段形成的,其虽然包含了控辩双方合意的因素,但案件在审判阶段毕竟仍需经过庭审审查,

[46] 缪毅容:《把保障和谐作为政法工作更高境界》,《解放日报》2007年4月28日第1版。

[47] 参见陈卫东:《司法责任制改革研究》,《法学杂志》2017年第8期,第32页。

此时法庭得出的量刑结论难免会与量刑建议有出入,因为检察官在作出相应的量刑建议时所接触的案件信息量显然不如法官定案时所掌握的信息量大,量刑建议与判决结果出现不一致符合认识规律。^[48]为了维护审判权、保证量刑公正,提供幅度化的量刑建议给法院参考,由其在幅度中选取具体刑点,似乎更具合理性。其次,就量刑而言,控辩双方在合意达成的过程中往往有不同预期,幅度刑量刑建议可以尽量规避这类矛盾,反而有利于认罪认罚从宽制度的适用。例如,某一认罪认罚案件可能的宣告刑范围是3至4年有期徒刑,辩方当然希望判处3年有期徒刑,控方的预期则是4年有期徒刑。此时,与其让检察机关费时费力协商调整,不如直接向法院提出3至4年有期徒刑的量刑建议,由客观中立的审判机关判决确定。再次,幅度刑量刑建议给检法两家都留下了回旋余地,有利于“互相配合,互相制约”原则的实现。仍以上例述之,不论法院最终判决3年、4年抑或3年6个月有期徒刑,都在量刑建议提供的幅度范围内,既不会招致控辩双方不满,也给审判机关留有行使权力的空间。最后,幅度刑量刑建议能够在一定程度上起到保障被告人权利的效果。前文已述,实践中检察机关提出的量刑建议较宣告刑往往稍重,主观上检察人员也会有意识地提高量刑幅度,法院最终的量刑一般也不会超过量刑建议的最高值,倾向于取其中位数或以下,这在客观上对被告人有利。一旦检察机关提出略高的确定刑量刑建议,犯罪嫌疑人未经有效辩护就同意的,法院在审判阶段就难以依职权为其提供适当救济,此时被告人的实体权利便会受到隐性的不当侵害。

应当承认,对于不同类型的认罪认罚案件,检察机关提出量刑建议的形式亦应有所不同,具体问题仍要具体分析。例如,有学者基于诉讼效率、量刑公正等因素的权衡,提出以下方案:第一,对适用速裁程序、情节轻微的案件提出确定刑量刑建议,可以促进认罪认罚从宽制度的适用,也有利于案件快速处理;第二,对适用普通程序或简易程序、可能判处有期徒刑的案件,因量刑幅度较大,可在缩小量刑区间的情况下提出幅度刑量刑建议;第三,对适用普通程序、可能判处无期徒刑甚至死刑的案件,为了提高犯罪嫌疑人的量刑预期,可提出最高刑量刑建议,制约量刑的严厉程度。^[49]也有审判机关人士从法院的角度提出意见:对于法官独任审判的案件,由于案件情节比较简单,容易权衡,应尽量提出确定刑量刑建议;对于组成合议庭审理的案件,由于案件事实情节繁杂,不易权衡,此时最好提出幅度刑量刑建议。^[50]笔者基本同意上述观点:只有在办理简单、轻微案件的场合,可能的宣告刑在3年有期徒刑以下的,出于公正与效率的价值权衡,检察机关才宜提出确定刑量刑建议,除建议判处死刑、无期徒刑的情况外,其他案件皆需以幅度刑量刑建议为原则。虽然幅度刑量刑建议存在幅度,但不是说这种幅度没有限制。根据“量刑指导意见”以及运用智能辅助量刑建议系统,绝大部分案件的量刑幅度都能被限制在一个较小的区间内。在未来出台精确细化的“量刑指南”后,量刑的幅度范围将进一步限缩,甚至可以逐步走向确定刑量刑建议。这对于明确犯罪嫌疑人、被告人的刑罚预期,促进认罪认罚从宽制度适用的稳定性,具有重要意义。

[48] 参见陈卫东:《论隔离式量刑程序改革——基于芜湖模式的分析》,《法学家》2010年第2期,第7页。

[49] 参见前引〔23〕,吴宏耀文。

[50] 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》,《人民法院报》2019年10月24日第5版。

五、量刑建议的调整规则

2018 年刑事诉讼法第 201 条第 2 款设定了“量刑建议调整规则”。根据本款规定，当法院审理认为量刑建议明显不当或被告人、辩护人对量刑建议提出异议时，检察院可以调整量刑建议。量刑建议的调整，可以是检察机关根据庭审情况的主动调整，也可以是经法院建议后的调整。当出现上述情况时，检察院不调整量刑建议或者调整后量刑建议仍明显不当的，法院应当依法作出判决。宏观上看，该规则赋予检察机关一定的灵活性，也尊重了法院对量刑事项的决定权。不过，由于法律条文本身的模糊，以及适用主体视角的不同，对该款规定的理解仍然存在一些问题。

第一，2018 年刑事诉讼法第 201 条第 2 款包括哪些具体情形，各情形应作何种处理？根据本款规定的字面意思，审判机关认为量刑建议明显不当或被告人、辩护人对量刑建议提出异议，都是检察机关调整量刑建议的理由，法院依法作出判决则是检察院不调整量刑建议或者调整后量刑建议仍明显不当的结果。结合“认罪认罚从宽制度试点办法”第 21 条“调整量刑建议后被告人、辩护人仍有异议的，人民法院应当依法作出判决”的规定，应当将“对量刑建议提出异议”和“量刑建议明显不当”视为两种并列的情形。应予注意，此处的“人民法院应当依法作出判决”并非仅指在量刑建议外作出判决，亦包括判决采纳量刑建议的情况，这与第 201 条第 1 款的内容存在竞合关系。第 201 条第 2 款涉及的情形可分为四种：（1）法院经审理认为量刑建议明显不当，检察院不调整量刑建议的，法院应在量刑建议之外作出判决。此时量刑建议未被采纳。（2）被告人、辩护人对量刑建议提出异议，检察院不调整量刑建议的，若法院同时认为量刑建议明显不当，则应在量刑建议之外作出判决，此时量刑建议未被采纳；若法院认为量刑建议并无明显不当，则应采纳量刑建议，作出判决。（3）法院经审理认为量刑建议明显不当，检察院调整量刑建议的，若法院认为调整后的量刑建议仍然明显不当，则应在量刑建议之外作出判决，此时量刑建议未被采纳；若法院认为调整后的量刑建议并无明显不当，则应采纳量刑建议，作出判决。（4）被告人、辩护人对量刑建议提出异议，检察院调整量刑建议的，若法院认为调整后的量刑建议存在明显不当，则应在量刑建议之外作出判决，此时量刑建议未被采纳；若法院认为调整后的量刑建议并无明显不当，则应采纳量刑建议，作出判决。可见，在这四种情形中，处理方式是不同的。简言之，是否采纳量刑建议，取决于审判机关的认识，当其认为量刑建议明显不当时，便无采纳的空间。应予注意的是，前文已述，本款规定的实体内容，即采纳或者不采纳量刑建议的情形，仍未超出第 201 条第 1 款的规制范围：量刑建议无明显不当的，一般应当采纳；量刑建议明显不当的，属于“其他可能影响公正审判的情形”，不应采纳。

第二，“量刑建议明显不当”应当作何理解？检察机关的量刑建议一般可归纳为适当、不当、明显不当三种情形，根据立法机关工作部门的法律释义，“明显不当”是指刑罚的主刑选择错误，刑罚的档次、量刑幅度畸重或者畸轻，适用附加刑错误，适用缓刑错误等。^[51]从 2018 年刑事诉讼法第 201 条第 2 款的文义出发，法院不采纳量刑建议，只存在于

[51] 参见王爱立主编：《〈中华人民共和国刑事诉讼法〉释义》，法律出版社 2018 年版，第 432 页。

“明显不当”的场合，即在实然层面，就算法院认为量刑建议“不当”，也应当采纳。问题的关键是，如何区分“不当”与“明显不当”。主刑选择错误、刑罚档次错误、适用附加刑及缓刑错误等均为量刑“明显不当”，这不存在争议，容易产生歧义的是量刑畸轻或畸重。按通常理解，畸轻畸重相对偏轻偏重而言，是在量刑幅度内过于偏下或偏上，如应判处3年以上10年以下有期徒刑的，被告人犯罪情节较重，处刑却接近3年有期徒刑，犯罪情节较轻，处刑却接近10年有期徒刑，亦即量刑明显过轻或过重。就非认罪认罚案件而论，量刑建议不当的，法院依罪责刑相适应原则理应不采纳量刑建议。对于认罪认罚案件，量刑建议不当的，则应当采纳，不采纳只能以符合“量刑建议明显不当”的法定要件为前提。

然而，司法实践中的情况是复杂的，从以下现实案例便可窥见一斑。被告人酒后驾驶机动车致一人死亡，案发后离家逃避。次日，在家属告知已有警察询问后，被告人始至公安机关投案。其后，被告人认罪认罚并与被害人家属达成谅解协议。检察机关认为，被告人认罪认罚并获得谅解，且有自首情节，故建议法院判处2年有期徒刑、缓期2年执行的刑罚。但法院经审理认为，本案量刑建议明显不当，遂判处被告人2年有期徒刑。控辩双方均以法院量刑不当为由提出抗诉和上诉。二审法院审理认为，被告人酒后驾车致人死亡，存在逃逸情节，并且不能构成自首，最终改判3年6个月有期徒刑。^{〔52〕}

对本案的分析可分为三个层次。首先，应予明确，宣告缓刑与否（确定刑罚执行方式）属于量刑问题。根据“量刑指导意见”的规定，宣告刑为3年以下有期徒刑、拘役并符合缓刑适用条件的，可以依法宣告缓刑。该规定位于“确定宣告刑的方法”部分，应属量刑范畴，故量刑建议中宣告缓刑的部分亦可成为“量刑建议明显不当”的内容。其次，就同样的刑种、刑期而言，实刑显然较缓刑对被告人的影响更大。不过，在事实向法律的涵摄过程中，被告人的因素并不在考量范围。当法院认定量刑建议明显过轻时，自应予以适当调整。再次，法院在事实认定与法律适用中具有决定性和终局性作用，在认罪认罚案件的审判阶段，控辩双方的对抗性不高，甚至对于某些案件（如本案的二审阶段），控辩双方的诉求已趋于一致，但这并不表示法院没有必要作实质审查。法院在量刑中的决定性作用是以承担相应司法责任为前提的，在法院与检察院、被告方对某一事实的法律定性不一致的情况下，出于“裁判者负责”的要求，法院必须遵循自己的专业判断。本案中，被告人酒后驾车致一人死亡，且肇事后逃逸，根据刑法第133条的规定，二审法院改判有法律依据。二审判决否定自首的成立，亦在法院的职权范围内。应当重申，认罪认罚不能协商案件事实，这是制度适用应当坚持的底线，也是认罪认罚合法性审查中极为重要的内容。

第三，法院得否不经量刑建议调整环节，直接在量刑建议之外作出判决？根据前述讨论，法院在量刑建议之外作出判决的前提条件是“量刑建议明显不当”，与被告人、辩护人是否提出异议，检察机关是否作出调整，均无实质关联。目前，检察机关有观点提出，只要法院拟不按量刑建议下判，就必须与检察院事先沟通，若未通知检察院径行在量刑建议之外作出判决，检察院应当提起抗诉。笔者认为，且不说此种情形是否构成抗诉的法定理由，连“必须与检察机关事先沟通”都缺少法律依据，亦与2018年刑事诉讼法的其他规定相冲突，该观点实不可取。一方面，从第201条第2款“人民检察院可以调整量刑建议”

〔52〕 参见北京市第一中级人民法院（2019）京01刑终628号刑事判决书。

的表述看,其并非强制性规范,未给审判机关施加任何通知或沟通的责任,无法直接得出“必须事先沟通”的解释结论。另一方面,根据2012年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第375条第2款与“刑事诉讼规则”第584条,“量刑明显不当”属于2018年刑事诉讼法第253条“原判决、裁定适用法律确有错误”的情形。换言之,即便案件已经作出生效判决,法院亦应依法(依职权)重新审判。根据当然解释原理,在“量刑明显不当”已被作为启动审判监督程序的充分条件的情况下,当审判阶段法院认为量刑建议明显不当时,当然有权舍弃量刑建议,直接依法判处适当的刑罚。不过,由于认罪认罚案件的特殊性,量刑建议体现了控辩双方的合意,考虑到被告人的刑罚预期、认罪认罚适用的稳定性等因素,在通常情况下,当出现法律规定的情形时,审判机关应尽可能事先与检察机关沟通,避免直接在量刑建议之外作出判决。

结 语

认罪认罚从宽制度在某种程度上推动了我国刑事诉讼制度的“跨越式发展”,这一过程伴随着潜在的风险。诚如学者所述,与一些法治发达国家相比,我国的认罪认罚从宽制度改革是在控审分立、直接审理、控辩平等、自由心证等刑事诉讼基本原则尚未完全得到实施的背景下展开的,因而制度的构建与完善必须被审慎对待。^[53]认罪认罚案件的量刑建议是目前制度实践中存在突出问题的领域。随着2018年刑事诉讼法修改将认罪认罚从宽制度纳入法律体系,“认罪认罚指导意见”的出台,一些实践问题在很大程度上得到了纾解。然而,关于认罪认罚案件的量刑建议,仍有许多问题亟待解决。

若更进一步,我们不难发现,本文探讨的认罪认罚案件量刑建议的若干问题,其实并不出在制度的微观层面,而是镶嵌于认罪认罚从宽制度的宏观架构乃至刑事诉讼制度之整体结构。出于司法效率的考量,检察机关提出审判机关应当采纳量刑建议、量刑建议应以确定刑为原则等要求,本身并不违背协商性司法的内在理路,甚至可以说,这本身就是发展协商性司法的应然要求。^[54]从美国的辩诉交易到德国的量刑协商再到我国的认罪认罚从宽,“放弃审判制度”的做法,在大部分程序中取消了以直接言词为核心的证据调查活动,动摇了实质真实、罪刑法定、无罪推定等原则;在真实发现方面,“符合论”让位于“共识论”,刑事诉讼制度发生了根本性变革。^[55]质言之,法治发达国家的经验告诉我们,若不调整刑事诉讼既有的权力结构,不适当限缩基本原则的作用范围,认罪制度在效率实现方面的有效性就很难发挥。之所以认罪认罚从宽制度出现了各种实践与理论相交错的复杂问题,其根源在于,与法治发达国家相比,我国的认罪认罚从宽制度仅具协商性司法的形式外观而缺乏其内在本质。由于审判权与公诉权严格分离,定罪权与量刑权皆归于法院,检察机关作出的任何带有定罪量刑性质的决定,都只能被视为“取效行为”。此时,无论在制度设计的细节上做任何调试,协商性司法的效果都只能是形式上的程序简化,而无法触及

[53] 参见前引〔28〕,熊秋红文,第2页。

[54] 这在法国的庭前认罪协商程序中体现得尤为明显。参见〔英〕杰奎琳·霍奇森:《法国认罪程序带来的检察官职能演变》,俞亮译,《国家检察官学院学报》2013年第3期,第172页。

[55] 参见前引〔28〕,熊秋红文,第19页。

协商性司法的核心——以控辩双方的合意实质替代审判机关所代表的单方国家意志。只有在某种程度上放宽控审分离原则的要求,将认罪认罚案件审判权的部分内容迁移至检察机关,赋予量刑建议一定的决定权性质,认罪认罚从宽制度的协商性价值才能真正显现,否则,量刑建议权永远只能是“请求权”。若要构建真正意义的协商性司法,使认罪认罚从宽制度发挥最大功效,除控审分离原则外,还需要对实质真实、罪刑法定、无罪推定等原则作重新诠释,以使制度设计与诉讼理论相契合。

问题在于,在刑事诉讼“第三范式”尚未发育成熟、社会公众仍对控辩协商充满疑虑的当下,法治与社会环境允许决策者对刑事诉讼的权力结构与基本原则进行调整吗?虽然笔者承认,认罪认罚从宽制度在司法实践中能够且已经发挥可观功效,但是,考虑到法治体系的承受能力与社会公众的接受程度,全面推进协商性司法建设、赋予检察机关定罪量刑的决定权限、调整既有的(甚至还尚未落实的)刑事诉讼基本原则,未免为时过早。就认罪认罚案件的量刑建议而言,也应贯彻渐进改革的思路,在未来的理论研究与实践探索中,借鉴域外法治发达国家的相关制度,总结各地司法机关的办案经验,逐渐完善量刑建议的制度内容与运行机制,稳妥推动认罪认罚从宽制度与刑事诉讼制度整体共同进步。

Abstract: As the main mechanism for maintaining and achieving leniency expectations, the sentencing recommendation of the procuratorial organ is the key to the construction of the system of leniency for pleading guilty and accepting punishment. Through the hermeneutic analysis, the expression “shall...generally” in Article 201 (1) of the Criminal Procedure Law can only be interpreted as “shall”. However, the association of the provision “the sentencing recommendation is evidently inappropriate” in Article 201 (2) with “other circumstances that may affect a fair trial” in Article 201 (1) can still maintain the judicial organ’s decisive position in sentencing. In the formation of sentencing recommendations, attention needs to be paid to the defense opinion, and the effectiveness of defense is closely related to the fairness of sentencing recommendations. The proposition that sentencing recommendations should “take determined punishment as the rule and range of punishment as an exception” cannot be fully justified. Also, in the absence of detailed sentencing guidelines, it is advisable that procuratorial organs make sentencing recommendations on determined punishment only in simple and minor cases. There are four situations in which the sentencing recommendations should be adjusted. Under these situations, whether “the sentencing recommendation is evidently inappropriate” depends on the court’s understanding, and the court has no legal obligation to notify the procuratorial organ to adjust the sentencing recommendation in advance.

Key Words: pleading guilty and accepting punishments with leniency, sentencing recommendation, discretion of sentencing
