

德国刑事协商制度的新发展及其启示

高 通

内容提要:德国联邦宪法法院于2013年3月19日就协商制度合宪性作出判决,肯定了协商制度的合宪性,同时,对《德国刑事诉讼法》中的协商制度条款作出大量解释。这一判决在若干方面推动了德国协商制度的新发展,例如,明确法官发现实质真实义务的宪法渊源、强化了法官的职权调查制度、进一步限定协商制度的适用范围以及扩充法院承担透明和记录义务的内容。德国联邦宪法法院对协商制度也作出了若干方面的限制,理由在于该制度违反职权主义原则、违反透明和记录义务,协商量刑实践亦有违法律规定等。在我国建构认罪认罚从宽制度时,可在法官职权调查原则、记录和透明义务、防范量刑“剪刀差”以及上诉机制等方面借鉴德国协商制度的经验。

关键词:德国宪法法院 协商制度 职权主义 认罪认罚 诉讼效率

高通,南开大学法学院讲师。

引 言

十八大报告中提出要完善认罪认罚从宽制度,2016年9月3日全国人民代表大会常务委员会发布《关于授权最高人民法院、最高人民检察院在部分地区开展刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作的决定》(下文简称为《认罪认罚从宽试点决定》),2016年11月11日最高人民法院、最高人民检察院等联合发布《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》(下文简称为《认罪认罚试点办法》),标志着认罪认罚从宽制度在我国正式进入试点实施阶段。虽然认罪认罚从宽制度可以有效提高诉讼效率,但认罪认罚从宽制度可能给刑事诉讼制度带来何种影响尚不可知。况且,认罪认罚从宽制度在一定程度上与我国诉讼结构相冲突,其能否与刑事诉讼中浓厚的职权主义相契合,值得高度关注。

这种情况下,考察同样具备职权主义传统的德国,协商制度能否与职权主义产生良性互动,或许能从中获得有益的借鉴。自20世纪70年代起,协商制度在德国司法实践中产

生并迅速发展,但也带来协商制度与刑事诉讼结构的剧烈冲突。为减缓协商制度与职权主义传统的冲突,德国联邦宪法法院和联邦最高法院发展出一系列判例。2009年德国联邦议会通过《刑事程序中的协商规定》,正式将协商制度引入《德国刑事诉讼法》。^[1] 这标志着在德国“非法运行”数十年的非正式协商制度正式被法律所承认,也似乎印证了有些学者说的“辩诉交易的全球化”。^[2] 但从司法实践来看,立法者旨在规范非正式协商制度的立法目的并未实现,而且协商制度入法也使《德国刑事诉讼法》陷入自1877年1月1日生效之后最严重的危机中。^[3] 德国学界反思这是否源自协商制度自身,即协商制度与职权主义传统间的冲突是不可调和的。德国联邦宪法法院2013年3月19日判决即是在这种背景之下作出。该判决虽然确认了德国协商制度的合宪性,但同时也将其置于“待定席”上,要求“立法机关高度关注其未来的发展”。该判决是2009年后有关德国协商制度最为重要的一份判决,在一些内容上发展了《德国刑事诉讼法》的相关规定。

基于此,本文将以德意志联邦宪法法院2013年3月19日判决为基础,着力分析德国为缓和协商制度与职权主义冲突而对协商制度的发展,以为我国建构认罪认罚从宽制度提供有益借鉴。

一 德国联邦宪法法院2013年3月19日判决概述^[4]

(一)基本案情

德国联邦宪法法院2013年3月19日判决(下文简称为2013年3月19日判决)包含三起案件。

第一起案件中的诉愿人因协商认罪,于2010年3月9日被慕尼黑第二地方法院因团伙诈骗判处六年监禁刑,但诉愿人称法院未依据《德国刑事诉讼法》第257条c第5款规定对其进行告知。

第二起案件中的两名诉愿人亦因协商认罪,于2010年4月27日被慕尼黑第二地方法院定罪,但两名诉愿人称法院均未依据《德国刑事诉讼法》第257条c第5款规定对其进行告知。这两起案件中的诉愿人各自提出如下三项诉愿:(1)法院行为违反《德国基本

[1] 德国协商制度以《德国刑事诉讼法》第257条c为主要法律渊源。依据该条规定,法官在协商制度中占据中心地位,其不仅可以启动协商,还可以指明其可能作出刑罚的上下限。但法律也在如下三方面限制了法院的自由裁量权:其一,定罪不可成为协商的对象;其二,法院在给出量刑范围建议时,必须考虑案件的所有情节和一般量刑因素;其三,第257条c第1款明确要求适用第244条第2款的规定,法官有义务独立查清事实。此外,《德国刑事诉讼法》中还有其他条款亦可作为协商制度的法律渊源。如第35条a、160条b、202条a、212条、257条b、267条第3和4款、273条第1款以及302条第1款也规定了协商制度的部分内容。国内已有相关文献介绍此次立法修改,参见黄河:《德国刑事诉讼中协商制度浅析》,《环球法律评论》2010年第1期,第125页;李昌盛:《德国刑事协商制度研究》,《现代法学》2011年第6期,第155-156页。

[2] 参见 Máximo Langer, From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure, 45 *Harvard Law Review* 1, 2004, p. 39.

[3] Christoph Stafferling and Elisa Hoven, Forward: Plea Bargaining in Germany after the Decision of the Federal Constitutional Court, 15 *Germany Law Review* 1, 2014, p. 1.

[4] 本部分内容的主要参考文献: *Judgment of the Federal Constitutional Court of March 19, 2013* [2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10; 2 BvR 2155/11]。

法》第 2 条第 2 款第 2 句的规定以及禁止自我归罪、公平审判和个人罪责原则；(2) 法院未在作出认罪协议前向其告知《德国刑事诉讼法》第 257 条 c 第 5 款规定的指示，违反《德国基本法》第 1 条第 1 款、第 2 条第 1 和 2 款、第 19 条第 4 款以及第 101 条第 1 款的规定；(3) 协商制度违背了个人罪责原则和法治原则的要求，应当认定《德国刑事诉讼法》第 257 条 c 违宪。

第三起案件中的诉愿人因协商认罪，于 2011 年 3 月 15 日被柏林地方法院判处三年监禁刑，但因满足特定条件而被判中止执行监禁刑。该案中，主审法官向诉愿人宣读起诉书后，告知被告人抢劫罪有三种可能的处理方式。第一种是无罪；第二种是完成举证程序后，被判处最短刑期为三年的监禁刑；第三种是折中方案，即如果认罪，被给予合并量刑，且合议庭会中止该刑罚执行。诉愿人在诉请中表明，其辩护律师警告他，如果不接受法官的认罪建议，就可能会在法庭上被逮捕。之后，被告和检察官同意法官提出的认罪建议，并被记录在案。法官向被告宣读《德国刑事诉讼法》第 257 条 c 第 4 和 5 款规定的一般和特殊指示后，被告人只通过确认起诉书的内容而认罪。诉愿人据此提出三项诉愿：(1) 本案违反《德国基本法》第 2 条第 1 和 2 款、第 19 条第 4 款和第 20 条第 3 款规定的有效法律保护 and 公平审判原则；(2) 地方法院根据供述确定刑期的做法剥夺了他的公平审判权；(3) 地方法院没有审查其供述的正确性，违背法官职权调查义务。

2012 年 11 月 7 日，德国联邦宪法法院第二审判庭开庭审理诉愿请求案，并于 2013 年 3 月 19 日作出裁判。第一，对于第一起案件中诉愿人的诉愿，裁定德国联邦最高法院 2010 年 10 月 8 日所作命令(1 StR 443/10)和慕尼黑第二地方法院 2010 年 3 月 9 日所作判决，侵犯诉愿人依据《德国基本法》第 2 条第 1 款和第 20 条第 3 款所享有的基本权利，但驳回第一位诉愿人的其他诉愿。第二，对于第二起案件中诉愿人的诉愿，裁定德国联邦最高法院 2010 年 11 月 2 日所作命令(1 StR 469/10)和慕尼黑第二地方法院 2010 年 4 月 27 日所作判决，侵犯诉愿人依据《德国基本法》第 2 条第 1 款和第 20 条第 3 款所享有的基本权利，但驳回诉愿人的其他诉愿。第三，对于第三起案件中诉愿人的诉愿，裁定德国联邦最高法院 2011 年 8 月 29 日所作命令(5 StR 287/11)和柏林地方法院 2011 年 3 月 15 日所作判决，侵犯诉愿人依据《德国基本法》第 1 条第 1 款、第 2 条第 1 款和第 20 条第 3 款所享有的基本权利。

(二) 判决理由

三起案件诉愿人的诉愿包括两部分，一是法院行为侵犯其享有的基本权利，二是协商制度违宪。德国联邦宪法法院支持诉愿人关于法院协商行为违法的诉愿，但并未支持协商制度违宪的诉愿。德国联邦宪法法院在论述判决理由时，首先提出判断协商制度合宪与否的标准，进而从这些标准出发分析协商制度的合宪性问题，以及法院非法协商行为是否构成违宪。具体来说，判断协商制度合宪与否的标准包括如下四项。

1. 刑事实体法标准

德国联邦宪法法院认为，判断协商制度是否违宪的刑事实体法标准是个人罪责原则，也就是说，协商制度必须满足个人罪责原则的要求。个人罪责原则是德国刑法的基础，是

指任何人不得在没有罪责的情况下遭受刑事处罚,以及刑罚的严厉性不得超越罪责的范围。^[5] 个人罪责原则具有宪法性地位,其来源于《德国基本法》第1条第1款和第2条第1款所规定的尊重人类尊严和个人责任原则以及法治原则。具体来说:其一,《德国基本法》第1条第1款规定了刑罚的本质以及罪责与赎罪间的关系,并确定了罪责是实施刑罚的前提。其二,法治原则是《德国基本法》的一项基本原则,其内容包括实现实质正义和法律面前人人平等。在刑事法领域,这些内容同样也是个人罪责原则的要求。

2. 刑事程序法标准

德国联邦宪法法院从刑事诉讼程序目的出发,认为刑事诉讼程序应当满足两方面的要求,此即为协商制度合宪与否的刑事程序法标准。该两项要求包括:其一,国家有义务确保刑事司法体系的正常运转,保护刑法规定的基本法律利益并通过刑事诉讼程序实现此种保护;其二,被指控实施犯罪的人不是刑事诉讼程序的客体,他们应当得到可以影响程序进程和结果的机会。德国联邦宪法法院又将第二项要求细化为如下三项程序性标准。(1)公正审判标准。公正审判是法治原则对刑事诉讼程序的一项基本要求,其目的在于确保被告人有足够的知识和机会,使用程序性权利对抗政府或其他主体侵犯其合法权益的行为。(2)禁止强迫自证其罪的标准。被告人有供述或保持沉默的权利,禁止强迫自证其罪是法治国家的基本要求。依据该原则,被告人必须独立和未被强迫地决定是否愿意在刑事诉讼程序中合作。这也意味着,被告人必须被告知有权保持沉默。所以,协商制度不得违反禁止强迫自证其罪原则的要求。(3)无罪推定的标准。无罪推定原则是法治原则的具体体现,具有宪法性地位。但无罪推定原则并不包含特定的要求或禁止事项,其程序法内涵根据具体案件而有所不同。

3. 法官中立标准

德国联邦宪法法院将法官中立作为判断协商制度合宪与否的第三项标准,这也是法治原则的一项要求。德国联邦宪法法院认为,《德国基本法》规定当事人享有由独立和无偏倚的法官进行审判的权利,这可以确保法官以中立和超然的态度对待当事人和程序事项。

4. 被告人与辩护律师间信任关系标准

德国联邦宪法法院认为,判断协商制度合宪与否的第四项标准是协商制度不得消解或降低被告人与其辩护律师间的信任关系。被告人自由选择其信任的辩护律师来源于公正听审权,公正听审权则来源于法治原则和自由权。由于法治原则特别强调被告人与辩护律师间的信任关系,故而在法律中不得创设可能会消减被告人与辩护律师间信任关系及有效辩护的条款。

根据上述四项标准,德国联邦宪法法院认为,德国协商制度到目前为止是合宪的。具体理由包括三条:第一条和第二条的主要内容是,立法者仅仅在非常有限的范围内引入协商制度,而且增加了特殊的保障机制,如果这些条款被正确解释和适用的话,可以满足宪法对刑事程序的要求。第三条理由是,虽然司法实践中违反法律要求的现象不容忽视,

[5] 参见[德]克劳斯·罗克辛:《构建刑法体系的思考》,蔡桂生译,《中外法学》2010年第1期,第13页。

但并不意味着存在与之相关的宪法性立法瑕疵。德国联邦宪法法院同时要求立法者要监控协商制度保障机制的有效性,以确保刑事诉讼法与宪法相适应。而且,如果司法实践中仍然存在全面性地违反协商制度规范的现象,立法者必须修订法律,乃至禁止协商制度的适用。

二 2013 年 3 月 19 日判决对德国刑事协商制度的发展

2013 年 3 月 19 日判决虽然明确了德国协商制度的合宪性,但是,基于“立法者有限承认协商制度和建立监督机制”的立法目的,该判决对如何在刑事诉讼程序中引入协商制度作了大量的解释。德国联邦宪法法院的解释几乎涉及到协商程序的所有条款,特别是协商的内容、程序以及确保协商透明和记录的规则。这些解释中有些已经为德国联邦最高法院先前判例所确认,如禁止量刑“剪刀差”〔6〕禁止罪行协商以及检察官对于协商正确性的控制等。也有些内容是新的要求,这些新的要求可能会实质性地改变协商的法律定位,并将对上诉程序产生诸多影响。〔7〕总体来看,德国联邦宪法法院为缓和协商制度与职权主义的冲突,在一定程度上限制了协商制度的适用,重申并强化职权主义在协商制度中的地位。

(一)明确法官发现实质真实义务的宪法性来源

德国作为大陆法系国家,始终坚持刑事审判的任务在于发现实质真实的理念,法院承担发现实质真实的义务。〔8〕但在协商制度中由于被告人认罪,降低了法官发现实质真实的义务,司法实践中还出现部分法官仅仅依据被告人供述定罪的情形。所以,德国联邦宪法法院再次强调刑事法官的实质真实发现义务。德国联邦宪法法院坚持查明真相义务是个人罪责原则的必要前提,认为无论是普通程序还是协商程序,实质真实发现义务都是一项宪法性义务。依据罪责原则,刑罚应当与行为人的罪责相适应。〔9〕但法院确定行为的罪责必须以事实为基础,且只能通过刑事诉讼程序查明真相。刑事诉讼程序的目的在于追求实质真实以及确保事实问题和法律问题由独立和中立的法庭裁判。所以,实质真实发现义务是个人罪责原则的前提。

由于德国联邦宪法法院已将个人罪责原则确定为一项宪法性原则,作为适用个人罪责原则先决条件的真相发现义务当然也是宪法性义务。故而,德国联邦宪法法院认为,实质真实发现义务在刑事诉讼程序中必须适用,立法者不可对其进行规避。〔10〕虽然德国联邦宪法法院没有进一步明确个人罪责原则和发现实质真实间的关系,但其明确表示,刑事

〔6〕 量刑“剪刀差”(Sanktionsschere)是指,认罪后所判刑罚与全面庭审后所判刑罚之间的差别超过三分之一。

〔7〕 参见 Andreas Mosbacher, The Decision of the Federal Constitutional Court of 19 March 2013 on Plea Agreements, 15 *Germany Law Journal* 5, 2014, pp. 5-7。

〔8〕 参见 Regina E. Rauxloh, Formalization of Plea Bargaining in Germany: Will the New Legislation Be Able to Square the Circle, 34 *Fordham International Law Review* 296, 2011, p. 296。

〔9〕 参见江溯:《无需量刑指南:德国量刑制度的经验与启示》,《法律科学》2015 年第 4 期,第 160 页。

〔10〕 参见 *Judgment of the Federal Constitutional Court of March 19, 2013* [2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10; 2 BvR 2155/11], para. 102。

案件中的有罪判决不能仅仅依据诉讼参与人的同意而作出,必须由法官对案件事实独立调查后方能作出。^[11]

(二) 强化法官职权调查义务

《德国刑事诉讼法》第 257 条 c 第 1 款和第 244 条第 2 款明确了协商程序中法院承担职权调查义务。德国联邦宪法法院担心,被告人及其辩护律师会因量刑优惠而认罪,增加案件错误以及虚假供述的风险。^[12] 所以,这一条款的立法目的是,立法者希望在保留法院职权调查义务不受影响的情形下使协商制度融入现有刑事诉讼体系。为实现这一目的,德国联邦宪法法院从如下两个方面强化了协商制度中法官的调查义务。

一方面,举证和调查取证申请权的放弃不得违反职权调查义务。虽然《德国刑事诉讼法》第 244 条第 2 款规定了法院职权调查义务,第 3 款规定申请法院调查取证权,但这两个条款间是何种关系法律并未明确,即放弃申请法院调查取证权能否成为协商的内容。此次,德国联邦宪法法院确认了放弃申请法院调查取证权可成为协商内容。德国联邦宪法法院认为,法院职权调查义务和申请法院调查取证本质上属于不同的内容。申请调查取证是指当事人请求法院调取法院认为的并非侦查所必需的证据。既然《德国刑事诉讼法》第 257 条 c 第 1 款明确指出当事人的诉讼行为可以成为协商的内容,那么,只要“良好的”诉讼行为与由此而来的量刑优惠之间不存在非法联系,协商协议就可包含当事人所作的放弃提出新请求或撤回已提出请求的内容。^[13]

另一方面,在协商案件中,法官必须在主审程序中审查有罪供述的真实性。根据之前德国联邦宪法法院判例,在被告人认罪的案件中,证据审查并不是绝对必需的。而且根据《德国刑事诉讼法》第 261 条规定,法院可依据被告人在主审程序中所作的认罪来定罪。^[14] 之后,法院可借助法庭笔录决定是否需要进一步审查证据。但是,2013 年德国联邦宪法法院否定了这一做法,指出“根据立法者希望保留法院职权调查义务的目的和法官形成内心确信的需,《德国刑事诉讼法》第 257 条 c 第 1 款第 2 句只能被解释为,必须要审查协商后认罪的真实性”。因此,在将来的协商案件中,法院必须对有罪供述的真实性进行审查。但在审查标准上,德国联邦宪法法院认为,协商后认罪的审查无需严于认罪后适用普通程序采纳证据时的审查标准。^[15] 而且,法院可以通过自读程序^[16]或质询

[11] 参见 Thomas Weigend and Jenia Iontcheva Turner, *The Constitutionality of Negotiated Criminal Judgments in Germany*, 15 *Germany Law Journal* 81, 2014, p. 97。

[12] 参见 *Judgment of the Federal Constitutional Court of March 19, 2013* [2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10; 2 BvR 2155/11], para. 68。

[13] 参见 Andreas Mosbacher, *The Decision of the Federal Constitutional Court of 19 March 2013 on Plea Agreements*, 15 *Germany Law Journal* 5, 2014, p. 7。

[14] 《德国刑事诉讼法》第 261 条规定的是自由心证原则。依据自由心证原则,即便有多位宣誓证人均作了对被告人不利的陈述,法官仍可选择相信被告人的陈述。参见[德]Claus Roxin 著:《德国刑事诉讼法》,吴丽琪译,台湾三民书局股份有限公司 1998 年版,第 136 页。

[15] 参见 *Judgment of the Federal Constitutional Court of March 19, 2013* [2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10; 2 BvR 2155/11], para. 71。

[16] 该程序来源于《德国刑事诉讼法》第 249 条第 2 款的规定,“如果法官和陪审员已知悉证书或文书的文本内容,且其他参与人对此已有知悉机会,可以免于宣读,第 253 条和第 254 条的情形除外……”

程序,^[17]以简化审查程序。虽然德国联邦宪法法院认为可以简化审查方法,但其明确指出“仅仅将协商后认罪供述与法庭记录进行比对”的审查方法不具有充分性。德国联邦宪法法院认为,这种方法不足以促成法官基于全部庭审而形成内心确信的充分基础,而且这种方法既不会对协商透明化予以恰当关注,也无法实现对协商后判决的有效监管。^[18]所以,法院对协商认罪真实性的审查,不得通过“仅仅将协商后认罪供述与法庭记录进行比对”来完成。

(三)进一步限定协商制度的适用范围

《德国刑事诉讼法》第 257 条 c 第 2 款厘定了德国协商制度的范围,也就是,法官与被告人可就量刑以及与主审程序相关的一些程序性要求和一些程序性措施进行协商,并将如何定罪等内容明确排除出协商范围。此外,德国法院系统也通过一系列判决进一步厘定了协商制度的适用范围。例如,德国联邦宪法法院裁定,禁止不受限制的量刑协商、禁止在与主审程序无关的其他程序中协商,等等。德国其他法院也禁止就部分事项进行协商,比如,用监禁刑代替财产刑、程序拖延以及《德国刑事诉讼法》第 456 条 a 中的引渡等,均不得作为德国协商制度的内容。^[19]2013 年 3 月 19 日判决中,德国联邦宪法法院认为,考虑到法院职权调查义务不受影响以及查明程序可能因协商而被规避,协商制度的适用范围必须受到严格限定。基于此种考虑,该判决在如下三个方面进一步限定了协商制度的适用范围。

第一,量刑幅度的调整不得作为协商的内容。德国量刑实践中发展出“幅的理论”,即法官在法定刑之内确定与罪责相适应的刑罚幅度,在此幅度内考虑预防的目的,最终决定刑罚。^[20]依据该理论,德国法官在确定量刑幅度时,应当综合考虑行为人的动机和目标、从犯行中反映出的态度和犯行的意志以及犯行后的举止,特别是补偿损失的努力及行为人与被害人达成和解的努力等诸多因素。^[21]虽然认罪也属于确定量刑幅度需要考虑的因素之一,但德国联邦宪法法院认为,基于刑事诉讼实现实质真实和罪刑相适应的目的,不仅事实发现不属于协商的内容,法律适用也不属于协商的内容。^[22]由此推之,《德国刑事诉讼法》第 257 条 c 第 2 款第 1 句中“法律后果”的内涵不能被扩张至协商后的量刑幅度调整,即量刑范围的调整不得作为协商的内容。德国联邦宪法法院将这种限制扩展至因案情特别重大或特别轻微而调整量刑幅度的案件。即虽然这两类案件中存在事实

[17] 该程序来源于《德国刑事诉讼法》第 251 条的规定,是指主审法官在庭上询问被告人时,将其先前所作并记录在侦查卷宗中的供述与其对质,如果被告人确认该陈述是正确的,那么该先前供述将成为审判证据。

[18] 参见 *Judgment of the Federal Constitutional Court of March 19, 2013* [2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10; 2 BvR 2155/11], para. 71。

[19] 参见 Nasiruddin Nezaami, *Designing Trial Avoidance Procedures for Post-Conflict, Civil Law Counters: Is German Absprachen an Appropriate Model for Efficient Criminal Justice in Afghanistan?* 22 *ILSA Journal of International & Comparative Law* 1, 2015, pp. 33-34。

[20] 参见江湖:《无需量刑指南:德国量刑制度的经验与启示》,《法律科学》2015 年第 4 期,第 160 页。

[21] 参见吕翰岳:《管窥德国量刑法——兼与我国量刑规范化相比较》,陈兴良主编:《刑事法评论(第 33 卷)》,北京大学出版社 2014 年版,第 234 页。

[22] 参见 *Judgment of the Federal Constitutional Court of March 19, 2013* [2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10; 2 BvR 2155/11], para. 73。

上的量刑裁量权,但不得将量刑幅度调整作为协商的内容。此时,该特殊量刑幅度是基于其违法性或个人罪责而非协商。^[23]

第二,检察官的“一揽子协议”不得作为协商的内容。“一揽子协议”通常是指,为获取被告人认罪,检察官在其他诉讼程序中对其撤销指控或撤销对其他被告人指控的协议。^[24] 德国联邦宪法法院认为,《德国刑事诉讼法》第 257 条 c 第 2 款只允许认识查明程序作为协议标的,其他程序中的协议不得作为协商的内容。^[25] 所以,这些协议不具有任何约束力,也不能作为协商的内容。

第三,禁止《德国刑事诉讼法》第 257 条 c 以外的一切“非正式协商”。德国联邦宪法法院根据《德国刑事诉讼法》第 257 条 c 第 1 款第 1 句中“依照下列条款”的表述,裁定禁止该条款以外的一切“非正式协商”。德国联邦宪法法院认为,这种禁止可以实现立法者希望为协商提供清晰准则的目的,否则,立法者用来确保协商透明和公开的配套条款将无法实现其既定目标。^[26]

(四) 扩充法院承担透明义务和记录义务的内容

为了确保协商的透明度,《德国刑事诉讼法》规定了复杂的协商记录和告知制度。德国联邦宪法法院认为,实施与协商有关事项的透明化和记录制度,是协商制度受到公众、检察官和上诉法院有效监督的前提,也是《刑事程序中的协商规定》的核心内容。^[27] 基于此,德国联邦宪法法院扩充了透明和记录义务的内容,将透明、告知、记录作为下级法院法官必须遵循的强制性义务。

第一,无论协商事实是否正确,违反透明和记录义务原则上都会导致协商的违法。德国联邦宪法法院认为,立法者的意图是只有当实现透明和记录义务时,协商制度才是被允许的。^[28] 当违反该义务时,上诉法院可依据《德国刑事诉讼法》第 337 条第 1 款的规定,排除违反透明和记录义务的协商协议。

第二,对透明和记录义务的“消极违反”原则上也会导致协商的违法。德国联邦宪法法院认为,如果诉讼参与人未达成协议,且记录中没有记载《德国刑事诉讼法》第 243 条第 4 款要求的相应内容或第 273 条第 1 款规定的未进行协商的注明时,除非有绝对证据

[23] 也有观点认为这并不能导致协商后调整量刑幅度的完全禁止。因为法院在审查某一量刑幅度是否适当时必须考虑被告人的供述,而且,法院在是否适用较低量刑幅度上仍然有裁量权。所以,法律应当明确禁止因协商而调整量刑幅度。参见 Alexander Schemmel, Christian Corell and Natalie Richter, Plea Bargaining in Criminal Proceedings: Changes to Criminal Defense Counsel Practice as a Result of the German Constitutional Court Verdict of 19 March 2013? 15 *Germany Law Journal* 43, 2014, p. 56。

[24] 参见 Thomas Weigend and Jenia Iontcheva Turner, The Constitutionality of Negotiated Criminal Judgments in Germany, 15 *Germany Law Journal* 81, 2014, p. 96。

[25] 参见 *Judgment of the Federal Constitutional Court of March 19, 2013* [2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10; 2 BvR 2155/11], para. 79。

[26] 参见 *Judgment of the Federal Constitutional Court of March 19, 2013* [2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10; 2 BvR 2155/11], para. 76。

[27] 参见 *Judgment of the Federal Constitutional Court of March 19, 2013* [2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10; 2 BvR 2155/11], para. 80。

[28] 参见 *Judgment of the Federal Constitutional Court of March 19, 2013* [2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10; 2 BvR 2155/11], para. 96。

证明未发生协商,否则原则上不能排除该裁判是基于非法协商而作出的可能性。^[29] 如 2014 年 8 月 26 日的一份德国联邦宪法法院裁定中,德国联邦宪法法院因地方法院未在审判程序中向诉愿人披露程序各方是否进行过初步协商,而裁定该法院程序违法。德国联邦宪法法院指出,依据《德国刑事诉讼法》第 243 条第 4 款,法官有义务披露其未与当事人就是否协商进行讨论的事实。^[30] 依此规定,法院就是否进行过协商承担披露义务,而违反该义务将会导致刑事协商违法。

第三,当法院未依照《德国刑事诉讼法》第 257 条 c 第 5 款规定向被告人告知时,则推定该供述和裁判是基于疏忽而作出的。德国联邦宪法法院认为,这一规定的目的在于,帮助被告人了解法院背离其承诺的前提条件和协商后果,违反该告知义务的协商侵犯了被告人享有的公正审判权和禁止自证其罪的权利。当然,这一规定也有例外情形。即如果法院可以证明,即便被告人得到正确告知也会作出供述,则不构成对被告人基本权利的侵犯。^[31]

此外,2015 年德国联邦宪法法院基于公共监督是刑事协商重要内容的考虑,再次扩展刑事协商中的透明和记录义务。具体包括:其一,基于法治原则,法院应当限制由案件引起公共舆论,但亦应排除当事人受到“秘密审判”;其二,为使刑事协商因实现公共监督而获得更高公信力,即便是依法不予公开的刑事协商内容,社会公众仍然有可能从主审程序中获得该协商信息;其三,如果因刑事协商而导致某项违法行为不被认定时,法院不应当仅仅记录相关法律条文,因为过于简单的记录不能正确反映协商当中的因果关系。协商记录的要求是,依据协商记录可以确定该违法行为的性质和严重程度;其四,除非有确切证据证明刑事协商不是事先违法设定的,否则,违法或不完善的刑事协商记录将会导致判决被推翻。^[32]

三 德国联邦宪法法院限制协商制度适用的原因

德国协商制度作为一项从司法实践中“走出来”的制度,与传统刑事诉讼理论、刑事诉讼基本原则存在诸多冲突。^[33] 德国联邦宪法法院和联邦最高法院并未因协商制度存在诸多理论瑕疵而将其废止,而是因应司法实践的需求,通过“在治国最低条件的意义下,提出一些基本规则”,^[34] 逐步实现协商制度的可控性。在这种思路影响下,2009 年修改《德国刑事诉讼法》并引入协商制度。但司法实践情况却让人失望,立法者将协商制度

[29] 参见 *Judgment of the Federal Constitutional Court of March 19, 2013* [2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10; 2 BvR 2155/11], para. 98。

[30] 参见 *Abstract of the German Federal Constitutional Court's Order of 26 August 2014*, 2 BvR 2172/13。

[31] 参见 *Judgment of the Federal Constitutional Court of March 19, 2013* [2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10; 2 BvR 2155/11], para. 127。

[32] 参见 BVerfG 2 BvR 878/14, 2015。

[33] 参见 Thomas Swenson, *The German "Plea Bargaining" Debate*, 7 *Pace International L. Rev.* 373, 1995, pp. 400 - 411。

[34] [德] Hans-Jürgen Kerner 著:《德国刑事追诉与制裁》,许泽天、薛智仁译,台湾元照出版有限公司 2008 年版,第 180 页;徐美君:《德国辩诉交易的实践与启示》,《法学家》2009 年第 2 期,第 117 - 118 页;李昌盛:《德国刑事协商制度研究》,《现代法学》2011 年第 6 期,第 153 - 155 页。

纳入法律轨道的希望基本落空。^[35] 有调查报告显示,58.9%的被访法官承认,他们审理的半数以上协商案件中的协商都是非正式的;甚至有26.7%的被访法官承认,他们审理的所有协商案件都规避了《德国刑事诉讼法》第257条c的适用。^[36]

所以,德国联邦宪法法院对协商制度的态度非常复杂。一方面,德国联邦宪法法院“作为宪法的守卫者,其不能宣布非正式协商是正当的”;但另一方面,“要求法律从业者严格遵守不具有可操作性的立法并不能解决问题,也无法使其成员确信可以停止使用该‘救命程序’”。^[37] 德国联邦宪法法院在综合考虑之下,虽然通过否定违法实践与法律规定之间的因果关系以保留协商制度,但也不得不对司法实践中的协商乱象作出进一步规范,并要求立法机关严密监控协商制度的未来发展。所以,2013年3月19日判决可以被认为是德国联邦宪法法院为了保留协商制度而作的一次努力,其目的仍然是调和协商制度与职权主义间的冲突。本部分将以德国协商实践为基础,分析德国协商制度与职权主义传统存在的诸多冲突。

(一) 职权调查义务在实践中并未被有效遵从

德国作为传统大陆法系国家奉行实体真实主义,并认为,法官所实施的客观调查行为是实现实体真实的最好保证,^[38] 也是职权主义原则的要求。职权主义原则自德国1877年《帝国刑事诉讼法》就已确立,时至今日这一原则仍然可见于《德国刑事诉讼法》第244条第2款中。虽然随着被害人论的兴起及合意论的确立,德国刑事诉讼中职权主义原则出现松动,法官越来越重视控辩双方在事实发现方面的作用。但这并未动摇职权主义的根基,职权主义原则仍然是德国刑事诉讼的一大基石。正是基于职权主义原则的至高无上性以及有罪判决必须建立在实质真实基础上,德国司法系统认为被告人的有罪供述并不能单独成为有罪判决的基础。即便是被告人在公开庭审中所作的有罪供述,也不能排除发现实质真实的义务。^[39] 2009年引入协商制度时,《德国刑事诉讼法》第257条c第1款第2句再次明确了协商中法官的职权调查义务。

但司法实践中的数据却显示,职权调查义务在协商实践中并未被严格遵循。在大量案件中,法官都未履行职权调查义务,直接将被告接受检察官指控后所作供述作为定罪的唯一根据。如德国阿尔滕海因(Altenhain)教授2012年调研报告显示,法官履行职权调查

[35] 为了解协商在司法实践中的运行情况,德国联邦宪法法院第二合议庭指定德国杜塞尔多夫海因里希·海涅大学的阿尔滕海因教授对刑事诉讼程序中的协商实践进行实证研究。教授并于2012年4月17日至8月24日对北莱茵——威斯特法伦州从事刑事审判的190名法官进行访谈,并对68名检察官和76名刑事辩护律师也做了访谈。参见 *Judgment of the Federal Constitutional Court of March 19, 2013* [2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10; 2 BvR 2155/11], para. 48。

[36] 参见 Alexander Schemmel, Christian Corell and Natalie Richter, Plea Bargaining in Criminal Proceedings: Changes to Criminal Defense Counsel Practice as a Result of the German Constitutional Court Verdict of 19 March 2013? 15 *Germany Law Journal* 43, 2014, p. 48。

[37] Regina E. Rauxloh, Plea Bargaining in Germany—Doctoring the Symptoms without Looking at the Root Causes, 78 *The Journal of Criminal* 392, 2014, p. 405。

[38] 参见 Thomas Weigend, Should We Search for the Truth, and Who Should Do It? 36 *North Carolina Journal of International Law* 389, 2010, p. 397。

[39] 参见 Thomas Weigend and Jenia Iontcheva Turner, The Constitutionality of Negotiated Criminal Judgments in Germany, 15 *Germany Law Journal* 81, 2014, p. 85。

情况较之前虽有所好转,但并未有根本改变。被访法官认为,他们所审理的案件中,有 38% 的案件是仅仅依据被告人所作正式供述定罪的,但被访辩护律师却认为这一比例可达至 68%。72% 的被访法官宣称,他们总是或经常在定罪前审查被告人供述的真实性,但只有 29% 的被访辩护律师认为法官会在定罪前审查被告人供述的真实性。阿尔滕海因认为这种差异可能来自于法官审查被告人供述义务的违反。

法官认为仅仅通过将被告人供述与检察官案卷进行比对来确认被告人供述的真实性也属于一种审查,但辩护律师认为这并不是一种审查方式,德国联邦宪法法院判例中明确禁止这种情形。此外,《德国刑事诉讼法》虽然禁止将定罪作为协商内容,但许多法官都承认,其经常将指控罪名作为协商事项。^[40] 可见,职权主义原则在协商实践中并未得到有效遵循。

(二) 协商实践中违反记录和透明化现象突出

德国协商制度首先是以“非正式协商”的形式出现的,这也使得协商大量出现在庭外而无法为司法所控制。所以,德国协商制度中特别就协商的记录和透明化作出规定。如德国联邦宪法法院 1997 年判例中指出,“对合意的允许性最值得担心的问题是,合意往往在法庭以外进行。这种方法违反公开性原则”,故而要求“合意的内容必须开示……合意的结果应当记录在审判笔录中”。^[41] 2009 年修改《德国刑事诉讼法》时,增加了第 273 条第 1 款中关于协商程序书面化的规定。

但司法实践中,违反记录和透明化义务的协商并未得到有效遏制。如阿尔滕海因 2012 年调研报告显示,33% 的被访法官承认他们在法庭外达成协商,且未在之后的程序中披露该协商;41.8% 的被访检察官和 74.7% 的被访辩护律师也确认其存在这些行为。而且,《德国刑事诉讼法》第 273 条第 1a 款规定的消极记录义务也经常被忽视。如 54.4% 的被访法官认为,当协商失败时没有必要将协商记录在法庭笔录中。46.7% 的被访法官宣称,他们没有在判决中写明因协商而认罪案件的裁判理由。^[42]

(三) 协商量刑实践违反法律规定的行为

依据《德国刑法》第 46 条关于刑罚以被告人罪责为前提的规定,《德国刑事诉讼法》第 257 条 c 第 3 款规定,法院量刑应当“对案件所有情况及综合量刑考虑进行自由评断的情况下,提出刑罚上限与下限”。但阿尔滕海因教授 2012 年调研报告显示,司法实践中对这一条款的违反十分常见。

第一,法官违反法律规定向被告或其辩护律师告知协商后的具体量刑优惠。基于自由心证的要求,法官应当告知量刑的上限和下限。但基于前述个人罪责原则以及职权主义原则的要求,法官不得对具体刑罚作出承诺。而调研显示,有很大比例的被访法官承认,其不仅向被告或其辩护律师告知量刑范围,还会向其告知协商后可能得到的

[40] 参见 Thomas Weigend and Jenia Iontcheva Turner, *The Constitutionality of Negotiated Criminal Judgments in Germany*, 15 *Germany Law Journal* 81, 2014, pp. 85, 92 - 94.

[41] [日]田口守一著:《刑事诉讼目的(增补版)》,张凌、于秀峰译,中国政法大学出版社 2011 年版,第 244 - 245 页。

[42] 参见 *Judgment of the Federal Constitutional Court of March 19, 2013* [2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10; 2 BvR 2155/11], para. 49.

量刑。^[43] 35.3%的被访法官承认,除了告知协商后的刑罚上限外,还曾经向被告人或其辩护律师告知可能的量刑。16%的被访法官承认他们经常这样告知。^[44]

第二,协商后的量刑并不能完全遵循个人罪责原则,且司法实践中的量刑“剪刀差”可能会影响被告人供述意愿。量刑“剪刀差”已为先前判例所禁止,协商后量刑优惠不得超过庭审程序量刑的1/3。司法实践基本遵循了这一要求,协商量刑普遍比庭审程序量刑轻25%至33.3%。但在有些案件中,协商后的量刑并未严格遵循个人罪责原则。如30.3%的被访辩护律师表示,他们曾经同意过量刑过重的协商。而作为被告人放弃上诉权的一种交易,16.4%的被访法官和30.9%的被访检察官承认,他们不恰当地给予被告人较轻的刑罚。此外,量刑“剪刀差”也可能会影响被告人的认罪。如55%的辩护律师宣称,曾经遇到过量刑“剪刀差”使被告人供述但其并不确信该供述是否真实的情形;35%的辩护律师宣称这种情形“经常”或“时有”发生。^[45] 所以,协商实践中的量刑并未严格遵循个人罪责原则,量刑“剪刀差”对被告人认罪产生了实质影响。

第三,将放弃上诉权作为协商内容的现象仍然存在。为了确保上级法院可以有效控制协商,德国联邦最高法院先前判例中规定,法院不可在协商中参与放弃上诉的讨论,也不可促使被告人放弃上诉。无论上诉放弃是否作为协商的目的,法院均应践行告知义务。^[46] 但从司法实践来看,法院可能会要求被告人将放弃上诉权作为协商内容。根据阿尔滕海因2012年调研报告,14.7%的被访法官宣称,他们总是会违反《德国刑事诉讼法》第302条第1款第2句的规定,当案件协商成功后即要求出具放弃法律救济的声明。还有56.6%的被访法官表示会经常这样做。^[47]

四 德国刑事协商制度的未来

职权主义司法传统要求在刑事诉讼中,应当坚持法官职权调查原则以及直接言词原则,但是,刑事协商制度却有可能通过牺牲法官职权调查、直接言词原则以及公开审判原则等要求,以实现刑事诉讼的快速进行。故而,在德国司法实践开始进行协商制度后很长一段时间,协商制度都只是公开的“不能说的秘密”,一直处于职权主义司法传统与快速审判原则的矛盾之中。目前,德国协商制度已经走到“岔路口”,未来发展可能会出现较

[43] 参见 Thomas Weigend and Jenia Iontcheva Turner, *The Constitutionality of Negotiated Criminal Judgments in Germany*, 15 *Germany Law Journal* 81, 2014, p. 93。

[44] 参见 Alexander Schemmel, Christian Corell and Natalie Richter, *Plea Bargaining in Criminal Proceedings: Changes to Criminal Defense Counsel Practice as a Result of the German Constitutional Court Verdict of 19 March 2013?* 15 *Germany Law Journal* 43, 2014, p. 48。

[45] 参见 Alexander Schemmel, Christian Corell and Natalie Richter, *Plea Bargaining in Criminal Proceedings: Changes to Criminal Defense Counsel Practice as a Result of the German Constitutional Court Verdict of 19 March 2013?* 15 *Germany Law Journal* 43, 2014, pp. 48 - 49。

[46] 参见[德]Hans-Jürgen Kerner 著:《德国刑事追诉与制裁》,许泽天、薛智仁译,台湾元照出版有限公司2008年版,第183页。

[47] 参见 Alexander Schemmel, Christian Corell and Natalie Richter, *Plea Bargaining in Criminal Proceedings: Changes to Criminal Defense Counsel Practice as a Result of the German Constitutional Court Verdict of 19 March 2013?* 15 *Germany Law Journal* 43, 2014, p. 48。

大的不确定性。而德国联邦宪法法院对待协商制度的态度最终会转向何方,笔者认为可能会受到如下两方面因素的影响。

一方面,德国刑事协商制度能否被成功纳入法治化轨道。从德国联邦宪法法院 1987 年判例到 1997 年判例再到 2005 年判例,以及 2009 年《德国刑事诉讼法》修改,德国立法者和德国联邦宪法法院对协商制度的态度总体上持宽容态度,基本上因应司法实践中对协商制度的需求而修改。即便如此,司法实践仍然认为德国联邦最高法院和联邦宪法法院判例无法满足司法实践需求,协商程序的普遍公开违法现象十分突出。许多法官公开承认其在大量协商案件中都规避法律的要求,甚至会因迅速结案而受到表扬。^[48] 从这个意义上讲,德国立法者以及德国联邦宪法法院使协商制度契合职权主义司法传统的努力是失败的。这一失败也使得学界再次反思协商制度与职权主义司法传统契合的可能性,即有关协商制度的立法是否存在缺陷的问题。德国联邦宪法法院在 2013 年 3 月 19 日判决否定这种失败是由法律缺陷造成的,而将失败归因于“制定法提供的协商实施机制尚未完成,以及司法实践尚未认识到协商防卫机制的极端重要性”。^[49] 从德国联邦宪法法院的论证逻辑可以发现,实践中协商制度的违法实施并非因法律缺陷造成,而是因为协商实施机制的不健全和司法实践者对协商防卫机制的不重视。所以,德国协商制度能否在职权主义司法传统与刑事司法实务需求的夹缝中生存,很大程度上取决于协商实践能否被有效规制。

另一方面,德国刑事司法实践中法官办案压力的变化。虽然德国协商制度的产生原因是多方面的,但法官办案压力的增大无疑是其中最为重要的原因。德国联邦宪法法院认为,法官办案压力主要来自于案件数量急剧增加、科技进步以及全球化带来刑事案件的复杂化、刑事诉讼程序本身也变得日益复杂和繁琐等原因。^[50] 只要德国法官办案压力未有明显改善,德国联邦宪法法院对待协商制度的矛盾态度便不可能有根本性转变。但如果进一步分析相关数据,就会发现影响法官办案压力的诸多因素当前正处于调整期,这也给协商制度的发展带来诸多不确定性。

首先,虽然刑事案件数量仍居高位,但由于程序分流机制的有效运行,法院审判案件数量急剧下降。德国自 20 世纪 60 年代起进入犯罪高发期,当前犯罪总数仍处于高位。^[51] 但这些案件并非都会进入到刑事审判程序中,大约只有 12% 的案件会由法院处理。^[52] 即便是这些已经由法院处理的案件,也并非全部会进入审判程序。如 2013 年法院处理的案件中,15% 的案件因被告人不到案或其不适合审判而被法院驳回,13% 的案件

[48] 参见 Regina E. Rauxloh, Plea Bargaining in Germany-Doctoring the Symptoms without Looking at the Root Causes, 78 *The Journal of Criminal* 392, 2014, p. 405。

[49] *Judgment of the Federal Constitutional Court of March 19, 2013* [2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10; 2 BvR 2155/11], para. 116 - 119.

[50] 参见 *Judgment of the Federal Constitutional Court of March 19, 2013* [2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10; 2 BvR 2155/11], para. 3。

[51] 如 2000 年至 2013 年,警察刑事立案数从大约 630 万件下降至 596.2 万件,每 10 万人口犯罪人数从 7625 人下降至 7404 人。参见 Thomas Weigend, No News Is Good News: Criminal Sentencing in Germany Since 2000, 45 *Crime and Justice* 83, 2016, p. 97。

[52] 参见江溯:《无需用刑指南:德国量刑制度的经验与启示》,《法律科学》2015 年第 4 期,第 161 页。

因法院行使裁量权而驳回,15%的案件被法院以其他方式处理。如果以被告人数为统计标准的话,大约只有69%的被告人会以判决或处罚令来定罪。^[53]从法院定罪人数来看,当前已经回归到20世纪70年代的水平。^[54]而且,协商制度大量适用的经济犯罪数量大幅下降。如经济犯罪立案数从2005年的89224件降至2015年的60977件,案件数10年间下降32%。^[55]法院审理案件数量的大幅回落,大大降低了法官办案压力,在一定程度上也削弱了协商制度的正当性基础。

其次,外国人犯罪案件急剧增加强化了司法实践对协商制度的需求。受难民危机影响,近年来,德国的外国人犯罪大量增加。例如,在德国犯罪的外国人数量从2008年的471067人上升至2015年的911864人,增长近一倍,仅2015年一年就增加了近30万人。外国人犯罪数量急剧增加,使得德国司法系统不得不对外国人犯罪给予更多关注。值得注意的是,外国人犯罪案件定罪率则显著低于德国人犯罪案件定罪率。例如2014年,德国检察院共查获外国籍嫌疑人911864人,最终有194673人被定罪,比率为21%;德国籍嫌疑人有1457172人,共有554109人被定罪,比率为38%。外国籍犯罪嫌疑人定罪比率较低,一是因为这些难民案件大都属于违反出入境管理法的案件,案情往往比较简单,犯罪性质并不严重,属于检察院和法院裁量权范围内的案件;二也有德国刑事司法系统不希望外国籍犯罪嫌疑人占用过多刑事司法资源的考虑。对这类案件,如果适用完整的审判程序将会极大增加法院工作量,而协商制度则可以有效提高刑事司法效率,从而减少刑事司法资源的损耗。

最后,德国刑事诉讼程序本身能否顺利“瘦身”。传统职权主义模式下,德国庭审程序相对迅速,^[56]但随着正当程序理念对欧陆各国的入侵,德国刑事诉讼中逐渐吸收反映正当程序要求的制度,使得刑事诉讼程序越来越复杂和繁琐。当犯罪数量显著增加时,这一刑事诉讼体制越来越无法满足刑事司法实践的需求。故德国自20世纪60年代签署《欧洲人权公约》后,开始集中讨论诉讼效率原则,1992年和2010年两届德国法律人年会的议题就是诉讼效率原则。而且,随着欧洲人权公约中对诉讼效率原则标准的提升,德国也因应诉讼效率原则对《德国刑事诉讼法》作了适度调整,引入协商程序,限制当事人程序性权利的行使,如通过设定当事人申请证据调查的期限,因程序瑕疵而提起上诉必须以

[53] 参见 Thomas Weigend, No News Is Good News: Criminal Sentencing in Germany Since 2000, 45 *Crime and Justice* 83, 2016, p. 94。

[54] 从2007年至2014年,德国全境内的法院裁判人数和法院定罪人数也大幅下降,分别从1111557人下降至923384人和从897631人下降至748782人。资料来源于 https://www.destatis.de/EN/FactsFigures/SocietyState/Justice/Tables/_DefendantsAdjudicatedConvicted.html, 最后访问时间:[2016-12-07]。

[55] 《德国犯罪统计》中对“经济犯罪”的界定是《德国司法法》第74条c第1款第1至6项中规定的所有刑事犯罪,如依据《专利法》、《半导体保护法》、《市场交易法》、《注册商标法》等经济法律规定的犯罪行为,违反公司、银行、证券、股票、保险等行业法律的犯罪行为,此外还包括与经济行为有关的犯罪。所以,德国“经济犯罪”在内涵上与白领犯罪基本相同。相关数据来源于《德国犯罪统计2015》和《德国犯罪统计2005》,资料来源于 https://www.bka.de/EN/CurrentInformation/PoliceCrimeStatistics/policecrimestatistics_node.html?cms_gtp=53618_Dokumente%253D2, 最后访问时间:[2016-12-07]。

[56] 参见[美]虞平、郭志媛编译:《争鸣与思辨:刑事诉讼模式经典论文选译》,北京大学出版社2013年版,第465页。

该当事人曾在事实审中提出异议为前提等。^[57] 此外,德国刑事诉讼理论也不断发展,以适应立法和司法对诉讼效率原则的关注。如在诉讼目的上,发现实质真实作为刑事诉讼最高目的的传统观点,正逐渐被个人和国家利益调整说取代,学界已放弃绝对实质真实观改采相对实质真实观。^[58] 与协商制度相比,普通的刑事诉讼程序简化并不会过分影响到德国职权主义传统。如果德国刑事诉讼程序能“瘦身”成功,那么,协商制度的正当性基础也会被削弱。

综上所述,导致德国刑事协商制度产生的法官办案压力增强的趋势,当前尚未有实质性的改变,这也决定了德国协商制度仍然会进一步发展。而德国联邦宪法法院和联邦最高法院作为法治的守护者,也会继续完善协商制度实施机制,并强化司法实践者对协商制度的遵从。

五 德国协商制度变革的启示

德国刑事协商制度的简易性和快捷性,可以提升诉讼效率并使法官和被告人尽快摆脱讼累。因此,虽然刑事协商制度与职权主义司法传统存在冲突,德国联邦宪法法院并未直接宣布协商制度违宪,而是努力回应刑事司法实践中关于诉讼效率原则的需求,试图使协商制度与职权主义司法传统相契合。所以,德国联邦宪法法院对协商制度的态度是充满矛盾的。为缓和二者之间的冲突,2013年3月9日判决在确认2009年《德国刑事诉讼法》相关机制的基础上,进一步强化对协商制度的限制。虽然这些新机制运行时间不长无法对其进行评估,但考虑到先前立法制约司法实践的失败,学界大都对这些新机制不抱有较高的期望。在研究借鉴德国协商制度时,既应当考察其成功的一面也应从其曲折发展中吸取教训。

(一) 德国刑事协商制度给予的警示

虽然德国联邦宪法法院和联邦最高法院努力弥合协商制度与职权主义传统间的冲突,但从实践效果看,德国协商制度算不上是一项很成功的制度。当然,造成实践效果不理想的原因是多方面的,既有德国联邦宪法法院对待协商制度态度矛盾的因素,也有协商制度本身的原因。德国协商制度存在的问题,值得我国在完善认罪认罚从宽制度时认真考量。

1. 刑事协商制度适用案件范围

德国刑事协商制度未设定适用案件的范围,在一定程度上加剧了非正式协商程序的不可控性。《德国刑事诉讼法》第257条c第1款第1句规定,“法院得在适当情况下,依据下列各项规定,与程序参与人就嗣后之程序及结果进行协商”。^[59] 依此规定,德国刑事

[57] 参见何赖杰:《诉讼迅速原则之具体实践——以德国刑事诉讼晚近发展为例》,《台湾月旦法学杂志》2014年第6期,第47-48页。

[58] 参见[日]田口守一著:《刑事诉讼目的(增补版)》,张凌、于秀峰译,中国政法大学出版社2011年版,第32-37、68-73页。

[59] 《德国刑事诉讼法典》,宗玉琨译注,知识产权出版社2013年版,第204页。

协商制度并无案件范围的限制,只要符合“适当情况”的条件即可进行协商。这一规定与其他欧陆国家限定协商制度适用案件范围的做法存在很大不同。如法国将协商制度案件范围限定为“主刑科处罚金或者科处5年或者5年以下监禁刑的轻罪”;意大利2003年修改法律扩充辩诉交易适用范围,但仍然将其限定在“按照协议要求和标准适用替代性刑罚或者减轻三分之一的财产刑,或者适用监禁刑,只要根据具体情节并在减少三分之一后该监禁刑不超过单处或者与财产刑并处的五年有期徒刑或者拘役”。^[60]德国刑事协商制度之所以这样规定与其功能有很大关系。德国刑事协商制度首先是作为非正式协商而出现的,其功能除减轻法院案件压力外,更重要的是减轻法院证明的困难。故而,德国刑事协商制度首先应用于财政犯罪、有组织暴力犯罪等,之后才逐渐扩展至轻罪和少数严重暴力犯罪案件。^[61]而且,德国刑事协商制度旨在规范实践中无序的非正式协商操作,使其达至最低限度的法治化。如果仅仅是简单地规定案件适用范围,并不能实现上述目的。所以,德国刑事协商制度并未在适用范围上作出规定。尽管如此,这种做法还是加剧了非正式协商的不可控性。与轻罪案件相比,重罪案件由于量刑较重而应当受到更严格的审查。但刑事协商制度由于具有简化证明的功能,在一定程度上可能会降低法官心证程度,从而侵蚀无罪推定原则。

2. 刑事协商制度中法官的职责与辩方的作用

德国刑事协商制度过分强调法官职责,忽视辩方对协商制度的制约作用。为了确保实质真实诉讼目的的实现,德国刑事协商制度确立了一系列规则。这些规则都是以法官义务为核心的,如法官开示义务、法官职权调查义务、禁止法官就某些事项进行协商等。虽然这种做法与其他欧陆国家强调辩诉交易中的法官审核机制相一致,但德国刑事协商制度却忽视了辩方对协商制度的制约作用。如《法国刑事诉讼法》第495-9条第4款规定,“犯罪行为人承认其受到指控的犯罪事实的声明,以及共和国检察官提出的有关刑罚的提议,应在当事人选聘的律师或应其请求,由律师公会会长为其指定的律师在场时提出与接收……当事人不得放弃得到律师协助的权利”。^[62]这一规定与德国学界对非正式协商制度的批判如出一辙。如德国学界对刑事协商制度的批判,主要是从协商制度是否合宪、是否符合刑法和刑事诉讼原则的角度进行的,而非如英国般强调辩诉交易给被告人造成的不正当强迫。^[63]这与德国刑事诉讼中浓厚的职权主义色彩有关。

3. 刑事协商主体

德国刑事协商发生在法官和被告人之间,法官可能会强迫被告人达成协商协议,这将有损法官的中立地位。与其他国家协商制度不同的是,德国刑事协商制度发生于法官和被告人之间。虽然德国法律要求法官遵循中立要求,但这一规定也将法官置于角色冲突

[60] 《法国刑事诉讼法典》第495-7条(罗结珍译,中国法制出版社2006年版,第313页);《意大利刑事诉讼法典》第444条第1款(转自陈超:《比较法视野下的意大利辩诉交易制度》,《人民司法》2014年第19期,第101页)。

[61] 参见 Regina E. Rauxloh, Formalization of Plea Bargaining in Germany: Will the New Legislation Be Able to Square the Circle, 34 *Fordham International Law Review* 296, 2011, pp. 300-301。

[62] 《法国刑事诉讼法典》,罗结珍译,中国法制出版社2006年版,第314页。

[63] 参见 Regina E. Rauxloh, Formalization of Plea Bargaining in Germany: Will the New Legislation Be Able to Square the Circle, 34 *Fordham International Law Review* 296, 2011, p. 314。

的困境之中。一方面,普通职权主义审判中,法官被认为是中立的事实发现者而非程序参与者;另一方面,当法官与被告及其律师协商一致或协商失败后,法官又被要求在后续程序中中立地对待被告人,就好像协商从未发生以及没有被告人供述那样。这样的角色转换很难保证法官没有偏见。故而,许乃曼教授认为,此时一名理性的被告人为了避免招致更严厉的刑罚,通常会迅速回应法庭要求。^[64] 2013 年 3 月 19 日裁判中的第三起案件诉愿人即清楚表明这一问题,其辩护律师告知其如果拒绝法官协商协议可能会面临更严厉的惩罚。

(二) 德国刑事协商制度的借鉴价值

德国联邦宪法法院和联邦最高法院多年来为弥合协商制度与职权主义传统冲突而发展出的一系列规则,虽然并未使得德国协商制度完全实现“最低限度的法治化”,但对刚刚引入协商制度的我国仍具有一定的借鉴意义。

1. 建构认罪认罚从宽制度中的实体真实发现机制

对认罪认罚从宽制度最大的担心就是该制度是否会影响到实质真实的实现,如无辜者被定罪的风险、不公正的让步等。^[65] 德国传统刑事诉讼坚持发现实质真实的诉讼目的观,协商制度也以发现实质真实为基本目的。为了确保协商制度发现实质真实,《德国刑事诉讼法》规定协商制度中法官仍然要承担职权调查义务,并要求法官必须对被告人供述的真实性进行审查。虽然我国 1996 年《刑事诉讼法》引入了当事人主义审判模式并大幅度限制法官职权调查行为,但并未引入纠纷解决的诉讼目的观,在很大程度上仍然坚持实质真实的诉讼目的观。我国刑事诉讼仍然存在很强的职权主义色彩,法官需要承担查明事实真相的责任。为了确保法官职权调查的实现,我国认罪认罚从宽制度建构中应当着重关注如下两方面内容。

一是认罪认罚协议不能免除法官职权调查义务。《认罪认罚试点办法》第 4 条第 4 款规定“坚持证据裁判,依照法律规定收集、固定、审查和认定证据”。依其规定,认罪认罚从宽制度中仍然要坚持证据裁判,坚持《刑事诉讼法》中有关证据的规定。如依据《刑事诉讼法》第 50、52、53 条有关法官依法收集证据义务和只有被告人供述不得作为定案依据的规定,认罪认罚协议并不能免除法官的职权调查义务,法官仍要全面审查案卷材料后才可定罪量刑。为确保法官准确认定案件事实,认罪认罚案件中,法官亦可实施庭外调查核实证据、调取新证据等。当然,法官实施调查取证行为可能会带来审判程序的变更,如转变为简易程序、普通程序等。此外,除事实认定方面,法官职权调查义务还应当涵盖法律适用方面,即法官有权改变检察院指控的罪名和量刑建议。

二是法官应对被告人供述的真实性进行审查。被告人认罪的案件中,由于被告人供述构成定罪裁判的重要基础,故必须对其真实性进行审查,但两大法系对被告人供述真实性的审查方式略有不同。美国辩诉交易模式下,由于法官无法接触完整的案卷材料,被告

[64] 转引自 Maïke Fromman, Regulating Plea-Bargaining in Germany: Can the Italian Approach Serve as a Model to Guarantee the Independence of German Judges? 5 *Hanse Law Review* 197, 2009, p. 218.

[65] 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 108 页。

人供述真实性主要是通过对被告人供述自愿性、明智性和必要事实基础等审查来完成。德国协商制度中法官需要全面审查案卷材料,确立了法官审查被告人供述的禁止性规定,如法官不得仅仅通过跟案卷中供述笔录进行比对来完成审查等。

总体来看,美国辩诉交易模式中对被告人供述真实性的审查方式更为简化和确定,但考虑到我国刑事诉讼仍然坚持全案移送制度,要求法官不看全部案卷而仅对案卷中部分内容进行审查有些不切实际,故我国宜参考德国协商制度中有关被告人供述真实性的审查方式。从《认罪认罚试点办法》第15条“人民法院……审查认罪认罚的自愿性和认罪认罚具结书内容的真实性、合法性”的规定来看,我国法院审查方式与德国协商制度的审查方式非常类似,要全面审查被告人供述的自愿性、真实性和合法性。但该条规定并未规定法官审查被告人供述的方式。为确保审查的有效性,我们可以借鉴德国协商制度中关于协商方法的规定,要求法官全面阅卷以防范简化程序可能给发现案件实质真实带来的减损。

2. 建构协商记录和透明化义务

德国协商制度中特别重视协商的记录和透明化义务,并将其规定为协商制度合宪与否的核心保障机制之一。从我国当前有关认罪认罚从宽制度以及刑事速裁程序的规范性文件来看,也存在记录和透明义务。如《认罪认罚试点办法》第10和15条规定,人民检察院和人民法院要告知犯罪嫌疑人或被告人“享有的诉讼权利和认罪认罚可能导致的法律后果”,依据《刑事诉讼法》关于讯问犯罪嫌疑人的规定,讯问犯罪嫌疑人要制作讯问笔录。但与德国协商制度中记录和透明义务相比,我国的规定显得过于原则,尚需进一步细化。

一是要确保认罪认罚中对犯罪嫌疑人、被告人告知的充分性。适用认罪认罚从宽制度时,有关机关应当向犯罪嫌疑人、被告人作出充分的告知,以使其可自由理性地判断是否作出认罪认罚表示。我国认罪认罚制度中告知的内容是犯罪嫌疑人、被告人所“享有的诉讼权利和认罪认罚可能导致的法律后果”。《认罪认罚试点办法》第10条对此作出了具体规定,“(一)指控的罪名及适用的法律条款;(二)从轻、减轻或者免除处罚等从宽处罚的建议;(三)认罪认罚后案件审查适用的程序;(四)其他需要听取意见的情形”。从内容看,上述告知主要明确了认罪认罚实现后的法律后果。除此之外,还应当告知被告人是否有权撤回认罪认罚、认罪认罚被撤回后的法律后果以及上诉权等。

二是要实现认罪认罚从宽制度的书面化。为了确保认罪认罚从宽制度的透明,有必要实现认罪认罚从宽程序的书面化。当犯罪嫌疑人、被告人作出认罪认罚表示时,笔录中必须记明认罪认罚从宽的过程、内容和结果,也应记明相关的告知事项。德国刑事协商制度中特别强调认罪认罚协商失败后的记录义务,其目的在于防范法官通过庭外非正式协商方式处理案件。我国认罪认罚从宽制度刚刚建立,尚不存在非正式协商侵蚀正常审判程序的问题,但在制度建构上,仍然要防范庭外非正式认罪认罚对正式审判程序的侵蚀。而且,我国笔录制度要求全面记录讯问的过程,当然也要将未达成认罪认罚具结书的情形记录在案。

3. 防范量刑“剪刀差”的影响

被告人认罪认罚的一个重要原因就是认罪认罚可为其带来量刑优惠,但量刑优惠应当控制在一定的限度之内,过大的量刑优惠则会影响到被告人认罪认罚的自愿性。德国协商制度中为防止法院以量刑优惠强迫被告人认罪,规定协商后量刑优惠不得超过三分之一。而且,德国刑罚宽缓化使得协商给被告人带来量刑优惠的空间大大减小,这在一定程度上也避免发生量刑“剪刀差”的可能性。

我国在建构认罪认罚从宽制度时,也需要关注量刑“剪刀差”问题。根据《认罪认罚从宽试点决定》的规定,被告人认罪认罚时可以依法从宽处理。此处的从宽,应当包括实体从宽和程序从宽两方面内涵,实体从宽即量刑优惠。虽然当前法律中尚未对认罪认罚后量刑幅度作出明确规定,但有些地方在之前刑事速裁程序试点中曾规定,适用刑事速裁程序时被告人会有 10% - 30% 的量刑激励。^[66] 这不超过 30% 的量刑激励,即是对被告人认罪认罚的量刑优惠。由于刑事速裁程序主要适用于可能判处一年有期徒刑以下犯罪的案件,30% 的量刑优惠对量刑本身并不构成明显影响。但《关于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的意见》第 21 条将认罪认罚从宽制度扩至适用于几乎所有刑事案件,对于可能判处三年以上有期徒刑的案件,30% 的量刑优惠就不再是细枝末节的优惠,而成为重大的量刑因素,极有可能会影响被告人认罪的自愿性。所以,认罪认罚从宽制度有必要确立从宽的幅度。

考虑到我国认罪认罚从宽制度可能适用于所有刑事案件,故从宽的幅度不宜采用“一刀割”的方式。认罪认罚从宽制度中的“认罪认罚”之所以能够从宽,主要在于认罪认罚后的诉讼程序简化。但在不同案件中,认罪认罚后简化的程度是存在不同的,相应地,被告人获得的量刑优惠也应存在不同。程序越简化的案件,被告人获得的量刑优惠应当越大;而程序简化较少的案件,被告人获得量刑优惠也应当较少。据此,可依据案件可能判处刑罚轻重不同,设定如下量刑优惠幅度:(1)对于可能判处三年有期徒刑以下刑罚的案件,为鼓励这些案件快速解决,被告人因认罪认罚可获得不超过三分之一的量刑优惠;(2)对于可能判处三年以上有期徒刑的案件,被告人因认罪认罚可获得不超过 20% 的量刑优惠。

4. 完善认罪认罚制度的上诉机制

德国协商制度中,基于建立上级法院全面审查下级法院协商制度的目的,德国法律规定上诉权不能成为协商的内容,但经提示后仍放弃上诉权的除外。我国在讨论建立认罪认罚从宽制度中也遇到同样的问题,这突出表现在刑事速裁程序采取一审终审制中。在刑事速裁程序试点过程中,有观点提出要建立刑事速裁程序的一审终审制,这样可以提升诉讼效率。我国实行两审终审制,程序救济权是当事人一项不可克减的基本诉讼权利,法律无权剥夺当事人的上诉权。故刑事速裁程序一审终审制的合法性基础,只能是被告人自愿放弃行使上诉权。即在法律上推定,所有刑事速裁程序中被告人都自愿放弃行使上

[66] 参见郑敏、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》,《法律适用》2016 年第 4 期,第 27 页。

诉权。既然是法律推定,那么就可以被推翻,即允许当事人反悔进而行使上诉权。所以,刑事速裁程序一审终审制在理论推演上是存在问题的。而且从司法实践来看,被告人认罪认罚之后又提起上诉的比例并不高,并不会给法院额外带来许多工作。在认罪认罚从宽制度之上诉机制的建构上,需要关注如下两个问题。

第一,二审法院是否受认罪认罚从宽协议的约束。被告人在一审程序中因认罪认罚获得从宽处理,之后如果被告人不服提起上诉,二审法院是否要受一审认罪认罚后量刑从宽幅度的约束。德国法认为,一审程序中的协商协议在二审程序中虽然具有可采性,但二审法院并不受该协议约束,二审法院可推翻协商协议。^[67]可是,当被告人提起上诉时,二审法院要受到协商协议中量刑上限的约束。^[68]德国法中的规定与我国二审全面审查原则和上诉不加刑原则十分类似。基于二审全面审查原则,上诉法院有权审查认罪认罚从宽协议的真实性、自愿性等内容,当然也有权推翻该协议。但受上诉不加刑原则的要求,只有被告人上诉时,二审法院不得加重被告人的刑罚。与德国法不同,我国上诉不加刑针对的是一审判决,而非协商协议确定的量刑上限。所以,只有被告人一方上诉的情形下,即便认罪认罚从宽协议被推翻,认罪认罚从宽协议中的量刑优惠对于二审法院仍具有约束力。

第二,认罪认罚程序错误能否成为认罪认罚从宽案件上诉的理由。《认罪认罚试点办法》第23条对认罪认罚适用速裁程序审理的案件被告人不服而提起上诉的,二审法院对案件事实和证据、适用法律和量刑审查后的处理作出了规定。由于我国二审实行全面审查,故二审法院除审查上述内容外,还应当审查是否存在程序违法的情形。即认罪认罚案件亦受《刑事诉讼法》第227条规定的限制。此外,与普通刑事案件不同的是,认罪认罚从宽制度的适用以被告人认罪为前提,该制度中特别确定了保证被告人认罪自愿性的程序。对这些程序的违反,直接可能影响到适用认罪认罚从宽制度的正当性。所以,认罪认罚程序错误还应当包括对这些保障机制的违反,如告知义务、公开和记录义务等,这些也应成为上诉的理由。

结 语

无论是美国的辩诉交易制度,还是德国的刑事协商制度,其在各自国内都存在激烈争议。但学理上无论如何否定这一制度,受制于日益增加的案件压力,各国都无法简单否定该制度的正当性,而是逐渐为其设定相应的规则,使其符合最低限度的正当程序要求。由于德国与美国刑事诉讼传统和结构存在诸多不同,使得德国协商制度与美国辩诉交易呈现出非常不同的形态。

[67] 参见 Folker Bittmann and Dessau-Roßlau, Consensual Elements in German Criminal Procedural Law, 15 *Germany Law Review* 15, 2014, p. 38。

[68] 参见 Nasiruddin Nezaami, Designing Trial Avoidance Procedures for Post-Conflict, Civil Law Counters: Is German Absprachen an Appropriate Model for Efficient Criminal Justice in Afghanistan? 22 *ILSA Journal of International & Comparative Law* 1, 2015, p. 40。

我国在建构认罪认罚从宽制度时不可避免地要参考他国的相关制度,寻求认罪认罚从宽的域外经验。但对于这样一个来自于实践中的制度,仅仅关注法律条文是不够的,还应当关注法律条文背后的司法判例以及条文实施状况。唯其如此,才能有效避免法律移植中的“水土不服”。德国协商制度虽于 2009 年正式引入法律,德国立法者也对该条文能够控制非正式协商制度寄予厚望,并望能有效缓解协商制度与职权主义传统的冲突。但司法实践的数据却显示,德国这一努力失败了。为了强化对德国协商制度的管控,德国联邦宪法法院重申并发展协商制度的相关规则。这些新的规则对德国协商制度将会产生何种影响,仍然需要进一步观察。但德国协商制度所带来的其与职权主义传统的冲突,也是我国建立认罪认罚从宽制度需要高度关注的问题,德国的相关做法亦可为我国提供有益经验。

[本文为中央高校基本科研业务费资助项目“认罪认罚从宽制度试点实证研究”(63172062)的研究成果,并得到南开大学亚洲研究中心资助。]

[**Abstract**] German Constitutional Court upheld the constitutionality of the plea bargaining between the court and parties on 19 March 2013. The judgment gave a large number of explanations of the plea bargaining provisions in Germany Criminal Procedural Law, so as to keep a close eye on further developments of the plea bargaining system. The judgment imposes some new restrictions on plea bargaining, such as making the truth-finding obligation a constitutional obligation, strengthening the judge's truth-finding obligation, restricting the scope of plea bargaining, and expanding the obligation of recording and transparency. When establishing the system of leniency based on peccavi, China should learn from various principles and systems of plea bargaining in Germany, including the principle of comprehensive ex proprio motu investigation, recording and transparency, prohibition of sanktionsschere and the system of appeal.

(责任编辑:雨 沐)