

# 认罪认罚从宽制度： 迈向共识性诉讼模式

孔德伦

---

**【摘要】**关于认罪认罚从宽制度理论模型的建构，主流观点认为其属于契约模式，也存在放弃审判制度模式、听取意见模式以及家长模式等观点，但现有理论模式缺乏足够的说服力和解释力。认罪认罚从宽制度属于共识性诉讼模式，哈贝马斯的商谈共识理论可以作为共识性诉讼模式的理论基础。共识性诉讼模式的要素包括共识的主体、共识的客体、共识的类型及共识的领域。共识性诉讼模式既体现于规范之维，又展现于实践之维。在认罪认罚案件中可能存在“共识失真”的情形，需要选择差异化防范进路。

**【关键词】**刑事诉讼模式 认罪认罚从宽制度 共识性诉讼模式

**【作者简介】**孔德伦，西南政法大学法学院2019级博士研究生，贵州省高级人民法院刑二庭法官。

**【中图分类号】** D925.2      **【文献标识码】** A

**【文章编号】** 2097 - 1125 (2023) 05 - 0142 - 14

---

完善刑事诉讼中的认罪认罚从宽制度，是党的十八届四中全会作出的重大改革部署之一。2018年修正的《中华人民共和国刑事诉讼法》（以下简称《刑事诉讼法》），确立了认罪认罚从宽制度。笔者通过中国裁判文书网检索发现，2019年、2020年及2021年适用认罪认罚从宽制度的裁判文书数量占比分别为21.95%、47.36%及52.73%。这说明认罪认罚从宽制度改革成效明显，具有旺盛的实践生命力。目前，学界对认罪认罚从宽制度作出了诸多理论阐释，但存在说服力、解释力不足的问题。本文在考察和评述认罪认罚从宽制度现有理论模式的基础上，提出共识性诉讼模式并探讨共识性诉讼模式的理论基础及要素，分析共识性诉讼模式的中国图景，论证“共识失真”的防范路径，从理论上概括认罪认罚从宽制度模式。

## 一、认罪认罚从宽制度理论模式述评

学界对认罪认罚从宽制度的理论概括，可谓见仁见智，但何种模式更准确、更具解释力，则既要契合法律规范和制度实践，又要从应然和实然角度进行提炼。

### （一）认罪认罚从宽制度理论模式考察

关于认罪认罚从宽制度的理论模型大致可以分为主流观点和其他代表性观点。主流观点从认罪认罚从宽制度具有控辩协商性、诉讼合意性等视角进行论证，刑事契约特征明显，笔者将之称为契约模式，该模式具体包括协商式诉讼模式、合意式诉讼模式及协同型诉讼模式三类子模式。协商式诉讼模式认为，认罪认罚从宽制度属于协商性司法范畴。<sup>①</sup> 合意式诉讼模式认为，认罪认罚从宽制度是集实体规范和程序规范于一体的综合性法律制度，核心是控辩合意。<sup>②</sup> 协同型诉讼模式认为：“协同型司法以控辩双方协商形成合意并由法官审查把关为内容，控辩双方对于案件的处分权得以实现，被告人对于自己案件最终的处理结果有一定的决定作用。”<sup>③</sup> 其中，契约模式的观点颇受实务界青睐。

此外，该理论模型还存在三种其他代表性观点。放弃审判制度模式认为，在大部分程序中取消了以直接言词原则为核心的证据调查，动摇了实质真实、罪刑法定以及无罪推定等原则，形成了刑事诉讼的“第四范式”。<sup>④</sup> 听取意见模式认为，被追诉人通过认罪认罚争取从宽处理，司法机关在吸收被追诉人等所提出的合理意见的前提下依法确定被追诉人的从宽利益。<sup>⑤</sup> 家长模式认为，构建认罪认罚从宽制度的关键在于确定家长角色的扮演者，即义务的承担者，这种义务的承担者主要是政策和法律的制定者、检察官及法官。<sup>⑥</sup>

① 参见陈瑞华：《刑事诉讼的公力合作模式——量刑协商制度在中国的兴起》，《法学论坛》2019年第4期，第5~19页。

② 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48~64页。

③ 张建伟：《协同型司法：认罪认罚从宽制度的诉讼类型分析》，《环球法律评论》2020年第2期，第40页。

④ 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80~101页。

⑤ 参见闫召华：《听取意见式司法的理性建构——以认罪认罚从宽制度为中心》，《法制与社会发展》2019年第4期，第56~79页。

⑥ 参见高童非：《契约模式抑或家长模式？——认罪认罚何以从宽的再反思》，《中国刑事法杂志》2020年第2期，第138~157页。

## （二）对主流观点的评析

契约模式的核心在于控辩双方平等协商、达成合意，协商与合意成为契约模式的两大支柱性要素。但是，认罪认罚从宽制度中不存在平等协商，双方的合意也不是平等协商的结果。

第一，认罪认罚从宽制度中并无协商之意。有观点指出，我国《刑事诉讼法》中虽然没有出现“协商”二字，但检察机关在认罪认罚案件审查起诉时应当听取意见的规定，实际上暗含了“协商”的意思。认罪认罚案件“一般应当采纳人民检察院指控的罪名和量刑建议”的规定，客观上也为检察机关提供了与被追诉人开展协商的便利条件。<sup>①</sup>事实上，上述推论理由并不充分。首先，《刑事诉讼法》关于听取意见的规定除了审查起诉环节，还包括死刑复核阶段以及庭前会议中听取意见等情形。其次，通过对《刑事诉讼法》第173条规定的解读可以得出结论，即被追诉人自愿认罪认罚是检察机关听取其意见的前提，而不是通过协商来促使其认罪认罚。再次，检察机关听取意见是以被追诉人自愿认罪认罚为前提的，而不是控辩协商的结果。法律文本中没有“协商”“交易”或相似用语，反而是强调认罪认罚具结书内容的真实性与合法性，故从现有规范中可推导出来的仅仅是法定从宽，而不是协商从宽。最后，尽管2019年10月由最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合印发施行的《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》）第33条中使用了“尽量协商一致”的表述，但该规定与以辩诉交易为代表的协商性司法的核心特征相去甚远。在域外，美国辩诉交易制度的核心在于交易，它是一种典型的刑事契约，控诉方享有几乎不受限制的自由裁量权，其可以通过撤销指控、降格指控或建议法官降低量刑来换取被追诉人的有罪答辩，被追诉人最终获得的从宽处罚就是控辩双方讨价还价的结果。<sup>②</sup>同样，域外其他国家的被追诉人如实供述其罪行，从而换取减刑的量刑协商程序之核心在于协商。例如，德国法院可以提出刑罚的上下限，如果被追诉人及检察官同意法院提出的建议，协议即达成，但这种以被追诉人的供述换取从宽量刑的协商必须在保障法官、参审员、检察官以及所有诉讼参与人表达意见的前提下方能进行。<sup>③</sup>故而，认罪认罚从宽制度既难以解读为认罪协商，也难以解读为量刑协商。

① 参见孙长永：《完善认罪认罚从宽制度的两个重点》，《人民检察》2018年第11期，第7页。

② 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86页。

③ 参见林钰雄：《干预处分与刑事证据》，北京大学出版社2010年版，第229页。

第二，认罪认罚从宽制度中缔结合意的主体并不平等。“刑事协商并非合意而是屈服。合意或者说合同只能存在于权力大致上相等的人之间，无权者只能放弃他本就微弱的反抗而屈服。”<sup>①</sup>在美国，辩诉交易发生在控诉方与被告方（辩护方）之间，所以被追诉人实际上仍然有机会适用普通程序审理其案件。然而，在德国则是由法官进行认罪换减刑的量刑协商，如果被追诉人拒绝，同一法庭将继续审理其案件，故被追诉人会认为他获得无罪判决的机会很渺茫。因此，即使在德国式的、被追诉人与法官之间的协商中，也不能说被追诉人有真正的同意。相反，这是被追诉人在结构性强制下的屈服，“把刑事协商建立在合意原则基础上的尝试因此必然是错误的”。<sup>②</sup>对照观之，在认罪认罚案件中，法官固然要对被追诉人认罪认罚的自愿性进行审查，但这种自愿可能并非真正的自愿，而是一种不得已的自愿；同样，被追诉人签署的认罪认罚具结书，有可能只是一种结构性的压服式协议，还不能成为真正意义上的控辩合意。

### （三）对其他代表性观点的评析

第一，放弃审判制度模式的解读于法不符。在我国刑事诉讼中，无论是速裁程序、简易程序，还是普通程序简化审，都只是简化审判程序而不是放弃审判程序。此外，认罪认罚从宽制度仍然奉行法官保留原则，法院拥有审查权和最终决定权。在认罪认罚案件中，尽管被追诉人签署了具结书，检察院提出了确定的量刑建议，但法院对被追诉人认罪认罚的自愿性及具结书的真实性、合法性均需要进行实质审查，如果被追诉人认罪认罚并非自愿，或者其签署的具结书不真实、不合法，法院不应当采纳指控罪名及量刑建议。

第二，听取意见模式解释的射程不足。该观点认为听取意见的要旨在于：专门机关在作出涉及当事人重要权益的决定前，“应当考虑当事人及其他诉讼参与人的意见，给利害关系人提供发表观点、影响决定的机会”。<sup>③</sup>既然专门机关在适用认罪认罚从宽制度对被追诉人的实体及程序权益作出决定前，应考虑被追诉人及被害人的意见并为其发表意见提供机会，就不太可能仅仅是听取意见。在此过程中必然存在沟通和商谈行为，而听取意见模式对此作出的归纳难以涵括沟通和商谈行为。

第三，家长模式的概括威严有余而柔和不足。该模式将法官的角色加入

① [德] 贝恩德·许乃曼：《公正程序（公正审判）与刑事诉讼中的协商（辩诉交易）》，刘昶译，陈光中主编：《公正审判与认罪协商》，法律出版社2018年版，第33页。

② [德] 贝恩德·许乃曼：《公正程序（公正审判）与刑事诉讼中的协商（辩诉交易）》，刘昶译，陈光中主编：《公正审判与认罪协商》，法律出版社2018年版，第34页。

③ 参见闫召华：《听取意见式司法的理性建构——以认罪认罚从宽制度为中心》，《法制与社会发展》2019年第4期，第58页。

其中,应该说很有参考价值。然而,家长模式容易让人产生认罪认罚从宽制度具有“行政程序的威严感”的错觉,反而让人难以感触认罪认罚从宽制度应具有的“司法程序的柔和感”,这是因为行政程序的强制性凸显了它的威严。在认罪认罚从宽制度中,被追诉人自愿认罪认罚是从宽的前提,尽管这里的从宽是法定从宽,但并不影响被追诉人需要出于自愿的前提性评价。同时,被追诉人还具有一定的程序选择权。如果被追诉人对程序适用有异议,则不适用认罪认罚从宽制度。

客观来说,对认罪认罚从宽制度的理论概括,不同学者从不同视角所作的论证各具理由。实质上,上述理论模式具有共同之处:仅仅从裁判过程视角进行观察,而忽略了从裁判结果视角的分析,由此显得解释力不足。

## 二、共识性诉讼模式及其理论基础

诉讼模式是一种程序理念,归纳其具有的特征并探讨其理论基础十分必要,共识性诉讼模式亦不例外。

### (一) 共识性诉讼模式的特征

关于诉讼模式的理论分类,均是学者们为了便于研究而提出的理论模式。因此,回到模式的基本含义把握该概念即成为了当然选择。刑事诉讼模式是指为实现刑事诉讼的特定目的而在控诉、辩护和裁判三方之间形成的法律地位和相互关系的权力配置模式。<sup>①</sup>沿此路径,共识性诉讼模式是指刑事诉讼多元主体间为了实现特定目的而经过沟通、商谈以达至共识的权力配置模式。该模式具有如下特征。

第一,共识性诉讼模式的主体具有多元性。我国传统刑事诉讼理论认为,刑事诉讼模式的主体构成要素主要是控诉主体、辩护主体及裁判主体。其中,控诉包括侦查及起诉活动;辩护贯穿于审前程序和审判程序之中;裁判包括审理过程中对案件实体、程序和证据问题作出的裁判以及审前程序中对有关问题的处理。<sup>②</sup>随着监察体制改革的深入推进以及近年来学界对被害人学的研究,传统刑事诉讼模式的三元划分模式理应得到拓展,形成涵括被害方在内的四元划分模式,并将监察机关的调查活动扩充进控诉职能。因应理论引领和实践需要,刑事诉讼模式构成要素应包括控诉方、辩护方、被害方及裁判方四元要素,共识性诉讼模式即为四元主体构成要素的适例。共识性诉讼模式主体多元性的特点,是其明显区别于契约模式的特点之一。在契

<sup>①</sup> 参见谭世贵:《论刑事诉讼模式及其中国转型》,《法制与社会发展》2016年第3期,第110页。

<sup>②</sup> 参见宋英辉等:《刑事诉讼原理》,北京大学出版社2014年版,第152~153页。



约模式中，只存在狭义的控诉方与辩护方这样的契约双方，一般不包括广义的控诉方，即不包括侦查、调查机关在内；同时也不存在裁判方。例如，美国的辩诉交易制度就属于典型的契约模式。而共识性诉讼模式则包括广义的控诉方、辩护方、被害方及裁判方等多元主体。

第二，共识性诉讼模式的行为在于沟通。任何司法过程都存在沟通行为。在共识性诉讼模式中，沟通行为的意义更加凸显。它突出体现了案件裁判结果不是裁判方的单方意思表示，而是裁判方与控诉方及辩护方等诉讼各方之间有效沟通、交流的多方共同意愿。因为刑事审判过程并不是法官一人的独角戏，而是诉讼参与主体之间经过充分沟通协作形成解决纠纷的共识。通过各方诉讼参与主体的沟通、交流，司法裁判最终可以达成各方都愿意接受的结果。

第三，共识性诉讼模式的结果在于达成共识。在哲学领域，共识是由主体间的对话和商谈产生的。在司法领域，共识包括最终的裁判结论以及在司法过程中不断修正的共识。<sup>①</sup>

有观点指出，共识是诉讼参与主体在诸多规则的制约下形成的对案件事实的全部或部分的共同认同，无论最终的共识结果倾向于某一方诉讼参与主体的观点和意见，还是综合了多方参与主体的各自观点和意见，这个共识结果都是所有参与主体合意的结果，是所有参与主体可接受性的结果。<sup>②</sup> 笔者赞同该观点，并认为共识性诉讼模式中的共识，重点在于强调裁判结果的可接受性。申言之，在一定意义上，这里所称的共识是诉讼程序所接受的认罪认罚案件的处理结果，因为经由多方主体参与沟通达成的共识，本质上强调的是一种程序和规则的合理性，反对的是强制的统一。

## （二）共识性诉讼模式的理论基础

在提出一种新的诉讼模式时，首先有必要分析其理论基础，该诉讼模式如此才具有说服力。笔者认为，哈贝马斯的商谈共识理论可以作为共识性诉讼模式的理论基础。哈贝马斯的商谈共识理论所强调的重点之一，是所有利益相关者都可以参与商谈，并且通过各参与主体之间的对话、沟通而达成共识。其中，沟通是具有言语和行为能力的主体相互间取得一致的过程。“如果听众接受了言语者所提供的言语行为，那么，在（至少）两个具有言语

① 参见孙光宁：《司法共识如何形成？——基于判决的可接受性》，《山东大学学报》（哲学社会科学版）2010年第1期，第103页。

② 参见马靖云：《司法商谈机制的构建及其功效》，《华东政法大学学报》2018年第4期，第107页。

和行为能力的主体之间就形成一种共识。”<sup>①</sup> 质言之，沟通的目的在于增进理解，而理解的目的是达成共识。“对于哈贝马斯来讲，取得理解就是取得共识。”<sup>②</sup> 但是，共识并不必定会抹杀个性，取消多元性。相反，共识是建立在对个性和多元性的承认之上的。因而，真正的共识是在多元价值领域内，对话语论证的形式规则达成主体间认识的合理的一致。

商谈如何进行？哈贝马斯设想了对话参与者进行有效沟通的理想话语环境。在理想话语环境中，“所有的言谈者具有平等的权利；其中没有任何强迫（Zwang）予以宰制。”<sup>③</sup> 理想的话语环境应具备三项要求：权利平等性、普遍性和自愿性。相应地，只有所有的对话参与者预先被规定有对称性的分配机会来选择和行使言语行为时，商谈才不会导致任何“强迫的阻碍”。从这一要求出发，德国学者罗伯特·阿列克西根据哈贝马斯的分析，将前述三项要求表达为以下规则：“（2.1）任何一个讲话者，均允许参加论辩……（2.2）任何人均允许对任何主张提出质疑；任何人均允许在论辩中提出任何主张；任何人均允许表达其态度、愿望和需求……（2.3）任何言谈者均不得在论辩之内或论辩之外由于受到统治强迫的阻碍而无法行使其在（2.1）和（2.2）中所确定的权利。”<sup>④</sup> 这三项规则中，第一项及第二项可以分别概括为权利平等要求及普遍性要求，第三项可概括为非强迫性要求，即自愿性要求。在这一商谈过程中，由于每一主体的话语权利都在程序和规则上得到保证，并能充分行使，故以此种方式达成的共识不会成为多数人话语的强制。

哈贝马斯的商谈共识理论，对共识性诉讼模式的理论建构有可借鉴之处。一方面，商谈共识理论中所要求的共同参与主体通过商谈形成的共识，是参与主体自愿的一种理解，是多方参与主体在沟通基础上合作化的相互信赖的一种讨论过程。在共识性诉讼模式中，诉讼共识的达成同样要求诉讼参与各方遵守诉讼程序，通过反复沟通从而形成合作化的相互信赖的共识。另一方面，商谈共识的达成是商谈有效性的论证，也是诉讼结论得以作出的理由。共识性诉讼模式下的裁判结果，系诉讼参与各方在法律规范下充分沟通、交流而得出的诉讼结论。因为司法活动是一种建立在主体理

① [德] 尤尔根·哈贝马斯：《交往行为理论》第1卷，曹卫东译，上海人民出版社2018年版，第385页。

② 参见[美] 莱斯利·A. 豪：《哈贝马斯》，陈志刚译，清华大学出版社2019年版，第40页。

③ [德] 罗伯特·阿列克西：《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》，舒国滢译，商务印书馆2019年版，第146页。

④ 参见[德] 罗伯特·阿列克西：《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》，舒国滢译，商务印书馆2019年版，第238页。

性认识基础上的主体间的交往活动,<sup>①</sup>在认罪认罚案件中,裁判结果的正当性要诉诸控辩裁等诉讼主体间在程序内达成的共识。这就是哈贝马斯的共识模式。

在共识性诉讼模式的具体路径分析层面,哈贝马斯的商谈共识理论亦可提供指引。一方面,商谈共识理论主张:不存在一劳永逸的解决社会纠纷、达成社会共识的终极性方案,而是应将法律作为一种共识导向下的解决方案动态生成机制,经由交往程序实现整合社会多元和凝聚共识的目的。<sup>②</sup>司法领域的商谈,意味着裁判是包括法官在内的诉讼参与各方在对案件事实及法律适用等各方面可能存在的信息充分了解的情况下,通过充分论辩达成的共识。<sup>③</sup>另一方面,哈贝马斯认为,通过理性论证达成的共识即正当的结果和客观的真理。认罪认罚从宽制度侧重于控辩双方甚至控辩裁多方就事实认定及处理结果的交涉,事实上是一种参与主体的视域融合。它以强化程序的共识性以及弱化程序的抗辩性为基本特征,具有迈向共识性诉讼模式的发展趋势,反映出刑事诉讼程序民事诉讼化的趋向。

### 三、共识性诉讼模式的要素及内涵

在德国,有学者认为:“共识程序被理解为,所有以某种方式被涉及的人,包括可能存在的犯罪被害人和公众,可能接受的裁判过程。”<sup>④</sup>刑事诉讼也可能是一个在诉讼程序中由不同主体之间通过理想的对话不断取得共识的过程。因为,诉讼各方虽然会对案件处理的认识存在分歧,但仍可通过诉讼活动找到解决办法并得出结论,这一结论的最佳结果就是共识。当然,在共识性诉讼模式中,共识的主体是谁以及共识的客体、类型、领域为何,需要逐一明晰。

其一,共识的主体。如前所述,刑事诉讼的主体具有多元性,其中包括承担一定诉讼职能的专门国家机关,即公诉机关和审判机关;还包括享有一定诉讼权利并承担一定诉讼义务的诉讼参与人,即刑事诉讼当事人及其辩护

① 参见欧卫安:《论刑事速裁程序不适用严格证明——以哈贝马斯的交往共识论为分析的视角》,《政法论坛》2018年第2期,第153页。

② 参见[德]哈贝马斯:《在事实与规范之间:关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,三联书店2014年版,第273页。

③ 参见段厚省:《诉审商谈主义论纲——一种基于法律商谈理论的诉讼构造观》,《上海交通大学学报》(哲学社会科学版)2011年第5期,第20页。

④ [德]马蒂亚斯·雅恩:《回到未来——新共识刑事诉讼程序的范式:法的商谈理论》,宗玉琨译,赵秉志等主编:《当代德国刑事法研究》第3卷,法律出版社2019年版,第221页。



人或者诉讼代理人。因此，共识的主体理应包括：控诉方、辩护方、裁判方及被害方。<sup>①</sup>在共识性诉讼模式中，共识应当反映被追诉人、被害人、控诉机关以及审判机关对裁判结果的认同，充分体现国家利益与当事人利益的辩证统一。

其二，共识的客体。共识性诉讼模式中的共识，是一种集事实、法律与价值于一体的综合性共识，因为刑事裁判作出的结论，必然涉及事实认定和法律适用，所以诉讼参与各方须达成事实认定共识和法律适用共识。同时，在法律适用过程中还暗含着价值判断，故诉讼参与各方也需要达成价值共识。然而，司法裁判的结果关乎论证参与者（诉讼当事人）的切身利益，整个诉讼过程都是紧紧围绕各方当事人的利益斗争而展开的。<sup>②</sup>各方利益之间的博弈，需通过一定方式取得共识结果，即裁判结论。裁判结论的依据无论涉及事实认定还是法律适用，都必须基于法律规范，否则就属于非法裁判。可见，在共识性诉讼模式中，共识的客体系蕴含着一定价值判断的法律规范。

其三，共识的类型。从商谈共识理论的角度来看，由于“交往行动的主体愿意使他们的行动计划建立在一种共识的基础之上，而这种共识又建立在对有效性主张的相互表态和主体间承认的基础之上；因此，作数的仅仅是那些可能被参与各方所共同接受的理由”。<sup>③</sup>从刑事裁判的角度来看，刑事裁判可以分为实体裁判和程序裁判。实体裁判是针对被告人的定罪、量刑等案件实体问题作出的裁判；程序裁判是针对管辖、回避等案件程序问题作出的裁判。因此，共识可以分为实体共识与程序共识。实体共识，是指对于争议、冲突所涉及的实质性问题、实体问题的意见一致；程序共识，是指对有关程序中的条件、步骤、方法等的共同认识。

其四，共识的领域。比利时法学家胡克认为，司法商议性沟通存在于五个领域。第一个沟通领域在当事人与法官之间。当事人与法官通过沟通，让某种司法真实浮出水面。如果法院提出有说服力的裁决理由，裁判就具有可接受性。倘若法院的裁判未能说服当事人，且在一方上诉后，这一沟通过程就放大了：上级法院不仅会考虑当事人提供的论据和证据，也会考虑下级法院的裁决。此为第二个沟通领域。有时，人们会将某些案例公开，结果引起了法律学者们的批评和讨论，这种讨论又会影响到法院未来的判决。此为第

① 参见彭海青：《刑事裁判共识引论》，《现代法学》2011年第1期，第127页。

② 参见雷磊：《法律论证何以可能？——与桑本谦先生商榷法律论证理论的基本问题》，《政法论坛》2008年第4期，第142页。

③ [德]哈贝马斯：《在事实与规范之间：关于法律和民主法治国的商谈理论》，童世骏译，三联书店2014年版，第146页。

三个沟通领域。在少许情况下，某一案件会引起新闻媒体关注，也会在非法律受众中引发讨论。此为第四个沟通领域。最后，某一案件由于涉及当下基本道德或政治论争（如堕胎等），也会在社会中引起广泛讨论，此时，大量公民卷入其中来确定法律的内涵，遂形成第五个沟通领域。<sup>①</sup>显然，胡克提出的司法商议性沟通领域中的前两个沟通领域在司法程序之内，后三个沟通领域则在司法程序之外。<sup>②</sup>其中，发生于司法程序之内的沟通无疑是最重要的司法商议性沟通。胡克关于司法商议性沟通领域的划分系以时间轴为参照作出的，我国刑事诉讼的进程耦合于这种以时序进行划分的做法。借鉴胡克“五分法”的思路，笔者将以“三分法”划分共识性诉讼模式中司法程序内<sup>③</sup>的共识领域：被追诉方与被害方之间，以及被追诉方与控诉方之间的共识领域，属于第一个共识领域；被追诉方、被害方及追诉方与一审裁判方之间的共识领域，属于第二个共识领域；被追诉方、被害方、追诉方及一审裁判方与二审裁判方之间的共识领域，属于第三个共识领域。三个共识领域的约束力具有递进关系，第一个共识领域的约束力最低，第二个和第三个逐渐增强，其中，第三个共识领域的约束力最强且具有终局性。

#### 四、共识性诉讼模式的中国图景

从法律规范和司法实践维度审视认罪认罚从宽制度，足以窥见其共识性刑事诉讼模式的面孔和具象。

##### （一）共识性诉讼模式体现于规范之维

从规范维度观察，共识性诉讼模式的特征主要体现在三个方面。

第一，认罪认罚从宽制度中诉讼参与主体具有多元性。《认罪认罚指导意见》的出台，旨在用以具体指导认罪认罚从宽制度的贯彻落实，其中规定了“犯罪嫌疑人、被告人辩护权保障”“被害方权益保障”“侦查机关的职责”“审查起诉阶段人民检察院的职责”“审判程序和人民法院的职责”等重要内容。不难看出，在认罪认罚案件中，控诉方、被告方、被害方及裁判方之间，特别是控诉方与被告方之间，以及控诉方与裁判方之间需达成实体

① 参见 [比] 马克·范·胡克：《法律的沟通之维》，孙国东译，法律出版社 2007 年版，第 237~238 页。

② 参见唐丰鹤：《司法的合法性危机及其克服——基于哈贝马斯的研究》，《政治与法律》2012 年第 6 期，第 69 页。

③ 鉴于司法程序外的共识领域，如专家学者、新闻媒体及社会公众等对极少数案件的讨论，不属于本文讨论的重点，故不在此展开。

共识和程序共识。实体共识包括诉讼各方主体对案件事实、行为定性和刑罚适用达成的共识，程序共识包括就审前阶段适用非监禁措施、审判阶段适用速裁程序等达成的共识。

第二，认罪认罚从宽制度中诉讼参与主体间通过商谈达至共识是其核心特征。《刑事诉讼法》第173条第2款的规定表明，认罪认罚从宽制度运行中须考量公共利益、被追诉人利益以及被害人利益。控诉机关代表国家维护政治、经济、文化、社会等领域的公共利益，履行依法打击犯罪的职责，是公共利益的守护者，而被追诉人、被害人是其自身利益的维护者，各方之间的利益冲突不可避免。冲突如何解决？依照该条款规定，关键在于控诉方与被告方及被害方、被告方与被害方之间通过沟通交流在犯罪事实、罪名适用、从宽处罚及程序适用等方面达成共识，并以《刑事诉讼法》第174条第1款规定的认罪认罚具结书的形式确认达成的共识。同时，检察机关提出的量刑建议是基于控辩双方的沟通交流，并结合被害方的意见，在案件事实及量刑情节的共识基础上形成的。<sup>①</sup> 质言之，诉讼参与各方之间只有达成实体共识和程序共识，才能顺利推进认罪认罚从宽程序进程。

第三，认罪认罚从宽制度的特殊情形处理缘于诉讼参与主体间的共识破裂。认罪认罚案件中，如果裁判方与控诉方未能达成实体共识（量刑建议除外），则属于《刑事诉讼法》第201条规定的情形，裁判方可以不采纳控诉方指控的罪名。关于量刑，如果裁判方经审理认为量刑建议明显不当或被告方对量刑建议提出异议，控诉方不调整量刑建议或者经由控诉方调整量刑建议后仍然明显不当的，裁判方将依法作出判决。

## （二）共识性诉讼模式展现于实践之维

司法实践表明，认罪认罚从宽制度属于共识性诉讼模式。在个案裁判中，也能看到共识性诉讼模式的具象。

一方面，从正面契合的视角看，认罪认罚从宽制度适用中达成的共识需要多方主体参与，而不仅限于控辩双方。在实践中，被追诉人囿于法律知识的欠缺、信息错误或信息不对称等的限制，均可能导致其对认罪认罚的法律后果产生错误认识，各方参与主体之间并未达成共识。例如，笔者在G省调研中收集到的案例，检察机关指控张某齐犯强奸罪，在审理过程中，检察院又追加指控其犯猥亵儿童罪，张某齐签署了认罪认罚具结书，法院认为张某齐的行为构成强奸罪，予以确认；但指控张某齐犯猥亵儿童罪的罪名不能成立，不予确认，遂依法以强奸罪对张某齐判处刑罚。这一案例表明，关于强奸罪，控诉方、辩护方及裁判方之间达成了共识；关于猥亵儿童罪，控诉方

<sup>①</sup> 参见陈国庆：《适用认罪认罚从宽制度的若干问题》，最高人民法院第一检察厅组织编写：《认罪认罚从宽制度司法适用指南》，中国检察出版社2020年版，第73页。

与辩护方虽然达成了共识，但控诉方与裁判方之间并未达成共识。事实上，这样的处理结果在中国裁判文书网上较为常见。

另一方面，从反面印证的视角看，一些一度引发热议的认罪认罚案件，也体现出了共识性诉讼模式的内涵及特点。例如，在蔡某甸危险驾驶案中，<sup>①</sup> 公诉机关指控蔡某甸犯危险驾驶罪，提出判处拘役二个月十五日、并处罚金人民币六千元的量刑建议。一审法院判处其拘役三个月十日、并处罚金人民币八千元。在公诉机关提出抗诉后，二审法院认为，一审判决在无法定情形及量刑建议并无明显不当的情况下未采纳公诉机关的量刑建议不当，故改判采纳公诉机关所提量刑建议。再如，在余某平交通肇事案中，<sup>②</sup> 公诉机关指控余某平犯交通肇事罪，提出判处有期徒刑三年、缓刑四年的量刑建议。一审法院判处其有期徒刑二年。在公诉机关提出抗诉后，二审法院认为，一审判决认定余某平构成自首并据此减轻处罚，以及认定余某平酒后驾驶机动车但未据此从重处罚均不当，遂改判其有期徒刑三年六个月。上述案例均是控诉方与一审裁判方未能达成实体共识（刑罚适用）的典型案件。特别是在第二则案例中，凸显出二审裁判方与其余诉讼各方包括一审裁判方之间并未取得共识，故重新作出改变一审判决的新判决。此二案例的处理，从反面佐证了认罪认罚从宽制度系共识性诉讼模式。易言之，在法定程序内，由多方主体参与商谈从而达至的共识结果才具有可接受性，才能转化为最终的裁判结果。

## 五、“共识失真”及其防范

法国哲学家让-弗朗索瓦·利奥塔尔批评哈贝马斯的商谈共识理论混同了纯理性层面与实践层面，提出了“异质多元性”理论。<sup>③</sup> 利奥塔尔认为，商谈中必然存在“差异”，“共识”行使的是一种压制的功能，隐含着对多元性的强制的统一。<sup>④</sup> 因此，他希望通过保存“差异”而防止潜在的压迫和控制。但二者的观点实质上是形异实同，一个倡导“同”的和谐，一个强调“异”的辩证。理论上，任何诉讼模式均旨在促进真相发现，维护公平正义，防范冤错案件。然而，任何诉讼模式都可能存在实践中的“理论位移”现象，共识性诉讼模式亦然。在共识性诉讼模式中，可能存在“共识

① 参见浙江省台州市（2019）浙10刑终668号刑事判决书。

② 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。

③ 参见章国峰：《哈贝马斯访谈录》，《外国文学评论》2000年第1期，第29页。

④ 参见[法]让-弗朗索瓦·利奥塔尔：《后现代状态：关于知识的报告》，车槿山译，南京大学出版社2011年版，第223~224页。

失真”的情形，因为“言说者与另外一个人取得共识，可能建立在错误信息的基础上，或者建立在错误意图（虽然信息是真实的）的基础上”。<sup>①</sup>“共识失真”，是指诉讼参与各方之间经沟通、交流达成的共识并不完全真实或者根本就不真实。前者属于瑕疵共识，即因为信息错误或者信息不对称，所以诉讼参与各方共识不完全真实；后者属于虚假共识，即认罪认罚案件中被告人可能基于诸如受诱骗、被误导等错误信息而达成共识，也可能基于为他人顶罪、虚假认罪等错误意图而达成共识。

“共识失真”产生的缘由有两个方面。其一，权力制衡不够，可能易于滋生瑕疵共识。配合制约原则作为我国刑事诉讼的基本原则，其在认罪认罚案件中同样适用。在实践中，法院采纳检察机关指控罪名和量刑建议的案件占比呈上升态势。以G省为例：2020年为79.28%，2021年为89.84%。同时，实践中还存在配合有余和制约不足两种情形。在配合有余方面，个别检察官为了完成考核指标任务，在签署认罪认罚具结书时会迎合被追诉人的所谓“要求”而大幅度降低量刑建议，法官为了配合其考核要求，采纳了量刑倒挂的量刑建议。在制约不足方面，针对检察机关跟进抗诉的情形，二审法院加重了对被追诉人的处罚。其二，对认罪认罚的自愿性、真实性保障不足，可能易于滋生虚假共识。在认罪认罚案件中，充分保障被追诉人认罪认罚自愿性、真实性的机制是指派值班律师为其提供法律帮助或者指派律师为其辩护。G省的实践表明，前述机制呈现下降趋势：2020年及2021年指派律师提供辩护的占比为47.39%及42.15%，指派值班律师提供法律帮助的占比为30.52%及27.16%。此外，检察官抗诉权的行使威胁着被追诉人上诉权的行使。2020年及2021年，G省检察机关因被追诉人上诉而提出抗诉的案件占比明显上升，2021年已升至78.15%。这“一降一升”反映出认罪认罚案件中被告人权利保障不足，暗藏着认罪失真的风险。

利奥塔尔“异质多元性”的观点，可为“共识失真”的防范提供理论资源。在共识性诉讼模式中，需要通过提升辩护方诉讼能力、落实控诉方客观义务、强化裁判方澄清义务等措施，从而避免对被追诉方的潜在压迫和强制，有效防范“共识失真”，达至“同”的和谐。

对于不同的“共识失真”情形，应采取差异化的防范进路。对于瑕疵共识的防范，需从立法上明确相关内容。一是确立控诉方的证据全面展示义务。控诉方全面展示证据，辩护方才能充分了解案情，掌握信息，在此基础上经沟通而达成的共识才具有真实性。二是赋予被告人证据知悉权。赋予被告人证据知悉权与要求控诉方全面展示证据是一体两面的关系。控诉方的

<sup>①</sup> [美] 莱斯利·A·豪：《哈贝马斯》，陈志刚译，清华大学出版社2019年版，第32页。



证据展示，目的是让辩护方特别是被告人知悉证据情况，以使达成的共识具有可信性。三是强化值班律师及辩护人的尽职义务。值班律师提供尽职法律帮助、辩护律师提供尽职辩护义务，能够更好促进控辩平衡，促使达成的共识具有平等性。四是保障被追诉人的反悔权及上诉权。被追诉人在信息不对称或者对法律认识错误等情形下达成的共识，并不是其真实意愿，这种共识实质上与被追诉人的意志相悖。所以，赋予被追诉人一审判决前的反悔权以及确保其在一审判决后的上诉权，对防止瑕疵共识无疑具有重要意义。对于一审获得从轻判决后被追诉人又提出上诉的，应当明确除具有法定理由外，检察机关不得跟进抗诉，否则可能产生寒蝉效应而阻滞被追诉人寻求二审救济的动力。故上级检察机关应严格审查把关，制止“报复性抗诉”。<sup>①</sup>此外，虽然《认罪认罚指导意见》第40条对被追诉人的反悔权予以肯定，但其法律位阶较低，实际执行效果可能不佳，实有必要从立法上予以明确。

对于虚假共识的防范，除要强化瑕疵共识的防范进路外，还要强化法官的职权查明义务。从比较法的视角来看，依照德国《刑事诉讼法》第257条c的规定，在认罪协商案件中并不影响该法第244条第2款的适用，即法官在认罪协商案件中仍然具有依照职权查明事实真相的职责。在我国，无论是认罪认罚案件，还是非认罪认罚案件，《刑事诉讼法》规定的有罪判决的证明标准均是“案件事实清楚，证据确实、充分”。由此，法院对认罪认罚案件的审查，理所应当强调法官的职权查明义务，特别是要加强法官对被追诉人认罪认罚自愿性的实质性审查，必要时还需对案件基础事实进行调查核实。<sup>②</sup>申言之，即使是被追诉人认罪认罚的案件，除了被追诉人认罪供述，犯罪事实不清、证据不足，存在合理怀疑的，应转为普通程序审理，且经普通程序审理后，案件事实达不到法定证明标准的，应依法作出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决。

(责任编辑：方 军)

① 孙长永、冯科臻：《认罪认罚案件抗诉问题实证研究——基于102份裁判文书的分析》，《西南政法大学学报》2020年第4期，第95页。

② 参见陈卫东：《认罪认罚从宽制度的理论问题再探讨》，《环球法律评论》2020年第2期，第35页。