

# 论废止认罪认罚案件量刑建议的 “一般应当采纳”条款

孙长永

**摘要** 2018年《刑事诉讼法》新增的第201条要求人民法院“一般应当采纳”人民检察院在认罪认罚案件中提出的量刑建议。这一规定引发了检法两院之间以及学界的意见纷争，进而对司法实践产生了广泛影响。本文认为，“一般应当采纳”条款赋予认罪认罚案件量刑建议实体约束力的基础条件不能成立，违反了控审分离的诉讼原理和专门机关分工负责、互相配合、互相制约的宪法原则，违反了认罪认罚从宽制度的职权主义诉讼基础和认罪认罚情节的“裁量从宽”性质，也不符合两大法系协同型刑事司法的普遍经验。建议立法机关在第四次修改《刑事诉讼法》时废止“一般应当采纳”条款，并就认罪认罚案件与非认罪认罚案件量刑建议的采纳标准作出统一的规定。

**关键词** 认罪认罚 控辩协商 量刑建议 一般应当采纳

DOI:10.16094/j.cnki.1005-0221.2024.06.009

作者孙长永，法学博士，上海交通大学凯原法学院教授。

## 引言

为了落实十八届四中全会提出的“完善刑事诉讼中认罪认罚从宽制度”的改革任务，立法者在2018年修改《刑事诉讼法》时，以前期试点经验为基础，将“认罪认罚从宽”确立为刑事诉讼中的一项基本原则，并从侦查程序、审查起诉程序和审判程序以及强制措施、律师帮助等方面，对认罪认罚从宽制度作出了系统的规定。其中，新增的《刑事诉讼法》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，并随案移送认罪认罚具结书等材料。”据此，提出量刑建议成为人民检察院对认罪认罚案件提起公诉时的一项法定义务。在此基础上，新增的《刑事诉讼法》第201条（以下简称“一般应当采纳”条款）进一步规定：“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。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。”根据这一规定，人民检察院在认罪认罚案件中提出的量刑建议对人民法院的裁判具有实体上的约束力，这表现在两个方面：（1）除法定的五种例外情形以外，人民法院应当采纳量刑建议；（2）即使人民法院经审理后认为量刑建议“明显不当”，也不能直接判处不同于量刑建议的刑罚，而应当赋予人民检察院调整量刑建议的机会。对此，“两高三部”2019年10月24日联合出台的《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41条第1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、辩护人对量刑建议有异议且有理有据的，人民法院应当告知人民检察院，人民检察院可以调整量刑建议。人民法院认为调整后的量刑建议适当的，应当予以采纳；人民检察院不调整量刑建议或者调整后仍然明显不当的，人民法院应当依法作出判决。”据此，人民法院认为量刑建议明显不当或者被告人、辩护人对量刑建议有异议且有理有据的，有通知人民检察院调整量刑建议的义务，只有在人民检察院拒绝调整或者调整后仍然明显不当的，人民法院才能“依法作出判决”。

2018年《刑事诉讼法》生效施行以后，围绕“一般应当采纳”条款，最高人民检察院和最高人民法院的理解出现了分歧。最高人民检察院的领导认为，“刑事诉讼法在认罪认罚从宽制度的程序设计中，要求检察机关提出量刑建议并且要求除非量刑建议明显不当的法院应当采纳，一定程度上就是将法官自由裁量权作出部分让渡，实现司法资源的优化配置，提升诉讼效率。”<sup>①</sup>因此，最高人民检察院顺势提出了检察官在整个刑事诉讼中尤其是认罪认罚从宽制度中承担主导责任的观点<sup>②</sup>，不仅积极主张地方人民检察院原则上应当提出“确定刑”量刑建议<sup>③</sup>，而且鼓励地方人民检察院对量刑建议无“明显不当”而未被法院采纳的案件判决提出抗诉。<sup>④</sup>2021年12月3日最高人民检察院印发的《人民检察院办理认罪认罚案件开展量刑建议工作的指导意见》第37条明确规定：“人民法院违反刑事诉讼法第二百零一条第二款规定，未告知人民检察院调整量刑建议而直接作出判决的，人民检察院一般应当以违反法定程序为由依法提出抗诉。”而最高人民法院的领导则认为，“认罪认罚从宽制度虽然改变了传统的刑事诉讼模式，……实现了公诉权由检察机关乾纲独断型向检察机关与当事人、辩护律师协商分享型的转变，但这一诉讼模式转型并不影响法院的中立判断地位，其改变的只是国家公诉权的减让，不是国家审判权的前移，故并未改变法院依法独立审判公正裁量刑罚的职责，也未改变公检法三机关之间的配合、制约关系。”<sup>⑤</sup>“定罪量刑作为审判权的核心内容，具有专属性，检察机关的量刑建议仍然属于程序职权，是否适当、是否采纳，要由人民法院依法裁判”。<sup>⑥</sup>针对最高人民检察院支持地方检察院对一审法院未建议调整量刑建议而直接作出不同于量刑建议的判决提出抗诉的立场，最高人民法院在第1409号指导案例——“苏桂花开设赌场案”的分析意见中作出了如下回应：“人民法院在庭审中已就量刑充分听取控辩双方意见，并在此基础上依法径行作出判决的，不属于程序违法，符合确保裁判形成在法庭的庭审实质化要求，同时还避免了因量刑建议调整造成审判周期的延长和司法资源的浪费。检察机关以此提起抗诉的，二审法院

① 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16页。

② 参见张军：“关于检察工作的若干问题”，《人民检察》2019年第13期，第9页。

③ 参见陈国庆：“适用认罪认罚从宽制度的若干问题”，《人民检察》2019年第23期，第9页。

④ 参见陈国庆：“关于新时代刑事检察工作的创新发展”，载张志杰主编：《刑事检察工作指导（总第12辑）》，中国检察出版社2021年版，第26页。

⑤ 胡云腾：“准确把握认罪认罚从宽 保证严格公正高效司法”，载《人民法院报》2019年10月24日。

⑥ 沈亮：“凝聚共识 推进认罪认罚从宽制度深入有效实施”，载《人民法院报》2021年7月22日。

应全面审查，审理后认为一审判认定事实认定、定罪量刑没有错误的，不应以程序违法为由发回重审。”<sup>⑦</sup>

学界对“一般应当采纳”条款也有两种不同意见。多数人持反对意见，认为量刑是法律适用问题，经控辩双方协商一致的量刑建议对法庭没有约束力，对审判中查明的犯罪行为如何量刑，属于法庭固有的职权；国家立法中出现“一般应当采纳”条款，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。<sup>⑧</sup>有学者提出，《刑事诉讼法》第201条的“一般应当采纳”条款，在立法论上存在严重失误，因为“它直接冲击控审分离这一现代刑事诉讼的基石性原则……控方由此获得了部分审判者的职能。”<sup>⑨</sup>少数人持赞同意见，认为一般意义上的量刑建议仅是人民检察院的求刑，它仅具有程序意义，对法院的量刑并无约束力，但在认罪认罚从宽制度中，量刑建议已经不仅仅是人民检察院的单方意志，而是控辩双方协商后所形成的合意。对于这种量刑建议，《刑事诉讼法》第201条赋予了其对法院“有条件的拘束力”，即量刑建议如符合条件，对法院就具有拘束力；如不符合条件，则无拘束力。这既是保障认罪认罚从宽制度取得应有功效的需要，又符合司法规律和诉讼原理。<sup>⑩</sup>

以上两种意见之争对司法实践产生了广泛的影响。地方检、法两院围绕认罪认罚案件量刑建议的实体约束力问题经常发生意见分歧，其中极少数案件如余金平交通肇事案<sup>⑪</sup>甚至引发了社会各界的广泛关注，对认罪认罚从宽制度的公正实施产生了一定影响。<sup>⑫</sup>

实践证明，如何认识和对待认罪认罚案件量刑建议的实体约束力问题，不仅直接影响认罪认罚从宽制度的科学设计和正确实施，而且关系到宪法有关原则的维护和我国刑事司法改革的基本走向。

笔者同意学界多数人的意见，认为不应在立法上赋予认罪认罚案件量刑建议对量刑裁判的约束力，对《刑事诉讼法》第201条的“一般应当采纳”条款规定应当予以废止。本文拟从四个方面对此加以论证，并在此基础上提出相应的修法建议。

## 一、“一般应当采纳”条款赋予认罪认罚案件量刑建议 实体约束力的基础条件不能成立

2018年《刑事诉讼法》之所以明确要求人民法院“一般应当采纳”人民检察院在认罪认罚案件中提出的量刑建议，最重要的原因在于认罪认罚案件量刑建议的特殊性，即“它不再是检察机关单方的意志，而是控辩双方达成的合意，甚至一定程度上也反映了被害方的意见”“于犯罪嫌疑人

<sup>⑦</sup> 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29页。

<sup>⑧</sup> 参见魏晓娜：“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；陈卫东：“认罪认罚案件量刑建议研究”，《法学研究》2020年第5期，第164页；孙长永、田文军：“认罪认罚案件量刑建议机制实证研究——以A市两级法院适用认罪认罚从宽制度审结的案件为样本”，《西南政法大学学报》2021年第5期，第10页。

<sup>⑨</sup> 孙远：“‘一般应当采纳’条款的立法失误及解释论应对”，《法学杂志》2020年第6期，第113页。

<sup>⑩</sup> 参见朱孝清：“认罪认罚从宽制度的几个争议问题”，《法治研究》2021年第2期，第10-12页。

<sup>⑪</sup> 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。

<sup>⑫</sup> 参见龙宗智：“余金平交通肇事案法理重述”，《中国法律评论》2020年第3期，第87-96页；顾永忠：“对余金平交通肇事案的几点思考——兼与龙宗智、车浩、门金玲教授交流”，《中国法律评论》2020年第3期，第97-108页；刘计划：“抗诉的效力与上诉不加刑原则的适用——基于余金平交通肇事案二审改判的分析”，《法学》2021年第6期，第174-191页；等等。

而言，它是检察机关‘带有司法公信力的承诺’；于审判机关而言，它是控辩协商的结果。”<sup>⑬</sup> “一般应当采纳”条款“体现了对控辩合意的尊重，既体现了对犯罪嫌疑人、被告人与国家和解、与被害人和解的鼓励，同时也赋予了审查起诉阶段控辩协商的正当性”。<sup>⑭</sup> 少数意见认为赋予量刑建议有条件的约束力有利于保障认罪认罚从宽制度取得应有功效的观点正是出于上述考虑，也反映了立法者对“通过控辩协商形成量刑建议”的良好期待。

然而，2018《刑事诉讼法》并未确立基于平等、自愿原则的控辩协商机制，甚至连“协商”二字都讳莫如深。<sup>⑮</sup> 虽然《刑事诉讼法》第173条要求人民检察院在告知诉讼权利和认罪认罚的法律规定的基础上，就“涉嫌的犯罪事实、罪名及适用的法律规定”“从轻、减轻或者免除处罚等从宽处罚的建议”“认罪认罚后案件审理适用的程序”等事项听取犯罪嫌疑人、辩护人或者值班律师以及被害人及其诉讼代理人的意见，并记录在案，《认罪认罚指导意见》第33条也要求“人民检察院提出量刑建议前，应当充分听取犯罪嫌疑人、辩护人或者值班律师的意见，尽量协商一致”，但由于以下三点原因，人民检察院听取犯罪嫌疑人及其辩护人或者值班律师意见、形成量刑建议的过程基本上不存在“量刑协商”：

(1) 认罪认罚从宽制度采取了“认罪认罚在前、裁量从宽在后”的“职权从宽”模式，同时又禁止对证据不足的案件适用认罪认罚从宽制度，因而人民检察院没有动力与犯罪嫌疑人进行认罪认罚协商。<sup>⑯</sup>

(2) 原有的“超职权主义”刑事诉讼构造本来就存在控辩失衡以及未决羁押率和有罪判决率畸高等缺陷，绝大多数犯罪嫌疑人在侦查阶段就已经供述了犯罪事实，而认罪认罚从宽制度又要求犯罪嫌疑人原则上必须“同意量刑建议”才能获得从宽处理的“利益”，因而犯罪嫌疑人没有筹码与人民检察院进行协商。

(3) 绝大多数犯罪嫌疑人在决定认罪认罚前后均没有辩护律师的辩护，检察官在就量刑问题听取犯罪嫌疑人意见时一般也不会让辩护律师参与，因而犯罪嫌疑人也没有能力与检察官进行“量刑协商”。<sup>⑰</sup>

正因为如此，人民检察院量刑建议的形成过程实际上仅仅是检察官在履行权利告知义务后单方面提出量刑建议、犯罪嫌疑人被迫同意、值班律师或辩护人签字背书的过程，人民检察院最终提出的量刑建议虽有“控辩合意”之形而无控辩合意之实。<sup>⑱</sup>

根据笔者持续五年多的实证调研，“控辩之间”真正的“量刑协商”仅仅存在于被追诉人有辩护律师，且指控的犯罪事实、证据等方面存在某些特殊问题的少数案件中，在这样的案件中，检察官基于业绩考核等压力不得不接受辩护律师据理力争的量刑意见。相反，“量刑协商”更多地发生在“控审之间”，即检察官将拟提出的量刑建议事先征得审判法官同意，然后再让犯罪嫌疑人签署具结书，从而确保最终提出的量刑建议获得审判法官采纳。这样既满足了检察系统对量刑建议采纳率的严格考核要求，又在形式上符合“一般应当采纳”的规定。

<sup>⑬</sup> 杨立新：“对认罪认罚从宽制度中量刑建议问题的思考”，《人民司法》2020年第1期，第10页。

<sup>⑭</sup> 同注<sup>⑬</sup>，第9页。

<sup>⑮</sup> 关于我国法律是否规定了控辩协商机制，学界存在意见分歧，肯定意见参见杨立新：“认罪认罚从宽制度的理解与适用”，《国家检察官学院学报》2019年第1期，第59页；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6页；注<sup>⑩</sup>，朱孝清文，第4-6页。否定意见参见陈卫东：“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28页；孙长永：“认罪认罚从宽制度实施中的五个矛盾及其化解”，《政治与法律》2021年第1期，第7页；张智辉：“认罪认罚从宽制度适用的几个误区”，《法治研究》2021年第1期，第6-9页。

<sup>⑯</sup> 参见注<sup>⑮</sup>，陈瑞华文，第18页；孙长永文，第10页；张智辉文，第8页。

<sup>⑰</sup> 参见龙宗智：“完善认罪认罚从宽制度的关键是控辩平衡”，《环球法律评论》2020年第2期，第9-12页。

<sup>⑱</sup> 参见注<sup>⑮</sup>，陈卫东文，第173页。

因此，就量刑建议形成过程的基本面观察，那种认为认罪认罚从宽制度“确立了中国式的控辩协商机制”或者“以取得一致意见为目标并签署认罪认罚具结书的‘听取意见’体现了控辩协商”的观点，基本上只是一种理论推演而非司法实情。

正因为人民检察院的量刑建议未能反映或充分反映犯罪嫌疑人或辩护律师的意见，司法实践中多次出现了以下两种“怪象”：其一，被追诉人于审查起诉阶段在值班律师或辩护律师见证下签署了认罪认罚具结书，人民检察院根据具结书内容提出了量刑建议，但辩护律师在审判阶段却坚持作无罪辩护，<sup>①⑨</sup>或者超出量刑建议范围要求法庭进一步对被告人从宽处罚。<sup>②⑩</sup>其二，被追诉人于审查起诉阶段在值班律师或辩护律师见证下签署了认罪认罚具结书，人民检察院根据具结书内容提出了量刑建议，辩护律师虽然认为被告人无罪，但担心作无罪辩护将导致被告人被定罪后失去从宽处罚的机会，违心作“罪轻辩护”，但法院审理后依法宣告被告人无罪。<sup>②⑪</sup>

因此，以认罪认罚案件中的量刑建议是“控辩协商的成果”、体现了人民检察院“带有司法公信力的承诺”等为由而要求法院“一般应当采纳”，不仅与认罪认罚从宽制度的“职权从宽”模式相冲突，而且与量刑建议的实际形成过程不符。换言之，赋予认罪认罚案件量刑建议实体约束力的基础条件事实上不能成立。

在支持以控辩合意为基础赋予量刑建议实体约束力的学者和实务专家看来，赋予量刑建议实体上的拘束力，“最大限度地消弭了‘可以’从宽的不确定状态”<sup>②⑫</sup>，有利于“增强从宽利益的确定性和可预期性，确保制度层面从宽承诺的兑现，强化对被追诉人认罪认罚和同意程序简化的激励，从而保证认罪认罚从宽制度功能和价值的最终实现”<sup>②⑬</sup>，“鼓励犯罪嫌疑人认罪认罚”，并积极参与控辩协商。<sup>②⑭</sup>似乎这样就可以破解“坦白从宽、牢底坐穿”的司法窘境。然而，在法官享有最终裁判权并且必须对裁判的事实基础和法律依据终身负责的制度下，人民检察院作为控方一方“当事人”对被追诉人作出的所谓“量刑承诺”并不总是能够得到兑现，在重罪和重刑案件中，不能兑现的风险更大。被追诉人在审查起诉阶段通过签署认罪认罚具结书所获得的量刑承诺，与其说是为了被追诉人提供从宽处罚的确定性预期，不如说是为了人民检察院提前锁定公诉案件的“胜诉”结局。在认罪认罚从宽制度的适用范围不受限制、自愿平等的控辩协商机制尚未建立的前提下，不加区别地赋予量刑建议实体上的约束力，不仅不能切实解决“坦白从宽”政策长期难以兑现的难题，反而可能会加剧普通犯罪侦查和职务犯罪调查中的“诱供”现象，最终损害司法的公信力和认罪认罚从宽制度的正当性。

## 二、“一般应当采纳”条款违反了控审分离的诉讼原理和专门机关分工负责、互相配合、互相制约的宪法原则

退一步说，即使人民检察院的量刑建议正如立法者预期的那样是控辩双方协商后达成的“合

<sup>①⑨</sup> 参见尚某某、薛某等污染环境案，人民法院案例库入库编号：2023-11-1-340-010。

<sup>②⑩</sup> 参见曾某某、陈某某介绍卖淫案，人民法院案例库入库编号：2023-05-1-371-001。

<sup>②⑪</sup> 参见但某某开设赌场案，广东省佛山市顺德区人民法院（2019）粤0606刑初789号刑事判决书；徐某等三人聚众斗殴案，内蒙古自治区喀喇沁旗人民法院（2020）内0428刑初236号刑事判决书；徐某某非法采矿案，江西省上饶市广信区人民法院（2021）赣1104刑初287号刑事判决书。

<sup>②⑫</sup> 同注①⑤，杨立新文，第54页。

<sup>②⑬</sup> 闫召华：“论认罪认罚案件的裁判制约力”，《中国刑事法杂志》2020年第1期，第23页。

<sup>②⑭</sup> 参见注⑩，朱孝清文，第11页。

意”，是否就能够直接赋予其对量刑裁判的约束力？答案仍然是否定的，因为这违反了近代以来刑事诉讼中控审分离的基本原理和公检法三机关“分工负责、互相配合、互相制约”的宪法原则。

量刑建议是指人民检察院对提起公诉的被告人，依法就其适用的刑罚种类、幅度及执行方式等向人民法院提出的建议。<sup>⑤</sup> 作为公诉权的组成部分，量刑建议属于公诉机关提出的一种量刑请求，它以指控的犯罪事实、情节为基础，以相关实体法规定和司法解释为根据，其是否适当，需要法院依法开庭审理后才能作出判断。

根据近代以来刑事诉讼中的控审分离原则，公诉只能启动审判程序，公诉请求属于审判的对象，它可以限制审判的范围，但不对裁判产生预决效力。相反，公诉请求涉及被追诉人的基本人权，它必须接受中立的法院依照法定程序进行的公开、公正的审理，以保障被告人免受非法的或者无根据的刑事惩罚。正如哈耶克所言：“只有在根据法律进行审判的情形下——这意味着只有在独立的法院具有最终裁定权的场合下——程序性保障才是对自由的保障”。<sup>⑥</sup>

控审分离的诉讼原理在我国刑事诉讼中的直接体现是《刑事诉讼法》第3条确立的“侦查权、检察权、审判权由专门机关依法行使”原则，该条规定：“对刑事案件的侦查、拘留、执行逮捕、预审，由公安机关负责。检察、批准逮捕、检察机关直接受理的案件的侦查、提起公诉，由人民检察院负责。审判由人民法院负责。除法律特别规定的以外，其他任何机关、团体和个人都无权行使这些权力。”这一规定明确了公安机关、人民检察院和人民法院在刑事诉讼中的职权分工，其中，“法律特别规定”是指涉及公安机关相关职权的特别规定，例如，《刑事诉讼法》第308条规定：“军队保卫部门对军队内部发生的刑事案件行使侦查权。中国海警局履行海上维权执法职责，对海上发生的刑事案件行使侦查权。对罪犯在监狱内犯罪的案件由监狱进行侦查。军队保卫部门、中国海警局、监狱办理刑事案件，适用本法的有关规定。”《国家安全法》第42条规定：“国家安全机关、公安机关依法搜集涉及国家安全的情报信息，在国家安全工作中依法行使侦查、拘留、预审和执行逮捕以及法律规定的其他职权。有关军事机关在国家安全工作中依法行使相关职权。”根据这些规定，军队保卫部门、中国海警局、监狱和国家安全机关对特定类型的刑事案件行使相当于公安机关的侦查、拘留、执行逮捕和预审的权力，但人民检察院依法行使“检察、批准逮捕、检察机关直接受理的案件的侦查、提起公诉”等权力、人民法院依法行使“审判”权，没有特别规定。除了上述特别规定以外，“其他任何机关、团体和个人都无权行使这些权力”，这不仅意味着公、检、法以外的机关不得行使侦查权、检察权和审判权，而且意味着公安机关不得行使检察权和审判权，人民检察院不得行使审判权，人民法院不得行使侦查权和检察权。

除了《刑事诉讼法》规定的专门机关依法行使职权原则以外，《宪法》对于公检法三机关在刑事诉讼中的相互关系也有明确的要求。《宪法》第140条规定：“人民法院、人民检察院和公安机关办理刑事案件，应当分工负责，互相配合，互相制约，以保证准确有效地执行法律”。这一规定是我国公检法三机关在刑事诉讼中协调相互关系的基本准则，充分体现了我国刑事司法体制的特点。所谓“分工负责”，是指人民法院、人民检察院和公安机关在刑事诉讼中应当根据法律规定的职权分工，在各自的职权范围内进行活动，各司其职，各负其责，既不能互相代替，也不能互相推诿。互相配合，是指人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼，应当在分工负责的基础上，互相支持，通力合作，使案件的处理能够前后衔接，协调一致，共同完成刑事诉讼任务。互相制约，是

<sup>⑤</sup> 参见最高人民检察院2010年2月23日发布的《人民检察院开展量刑建议工作的指导意见（试行）》第1条。

<sup>⑥</sup> [英] 弗里德利希·冯·哈耶克：《自由秩序原理》，邓正来译，三联书店1997年版，第277页。

指人民法院、人民检察院和公安机关在刑事诉讼过程中，应当按照职责分工和法定程序，互相制衡，互相监督，以防止发生错误或及时纠正错误，力争做到不错不漏，不枉不纵。在分工负责、互相配合、互相制约原则中，分工负责是互相配合、互相制约的前提和基础，没有分工，配合与制约就无从谈起，“就会演变成国家权力封闭运行的局面，导致诉讼职能合一”。<sup>⑲</sup> 习近平总书记在关于《中共中央关于全面依法治国若干重大问题的决定》的说明中明确指出：“我国刑事诉讼法规定公检法三机关在刑事诉讼活动中各司其职、互相配合、互相制约，这是符合中国国情、具有中国特色的诉讼制度，必须坚持。”《认罪认罚指导意见》第4条也明确规定：“办理认罪认罚案件，公、检、法三机关应当分工负责、互相配合、互相制约，保证犯罪嫌疑人、被告人自愿认罪认罚，依法推进从宽落实。”

然而，2018年《刑事诉讼法》新增的第201条要求人民法院在对认罪认罚案件作出判决时“一般应当采纳人民检察院指控的罪名和量刑建议”，不采纳的只限于该条列举的五种例外情形。这一规定与简化认罪认罚案件审理程序的诸多规定结合在一起，对我国刑事诉讼中的控、审关系进行了重大调整，其实质是将认罪认罚案件的审判权在立法上部分地转移给了处于刑事案件“原告”地位的人民检察院，而人民法院对认罪认罚案件的审理则沦为“确认式庭审”。<sup>⑳</sup> 这无异于直接要求人民法院“协助”人民检察院履行其对被追诉人的所谓“量刑承诺”，使人民法院与人民检察院共同承担追诉犯罪的职责。其结果很可能会架空人民法院刑事审判的实体审查功能，削弱审判权对公诉权的制约功能，弱化审判权对被告人的司法保护功能。拉德布鲁赫曾经指出：“控告人如果成为法官，就需要上帝作为律师。”<sup>㉑</sup> “一般应当采纳”条款不仅与控审分离原则所蕴藏的保障裁判者中立、防止追诉权滥用、强化辩护权的基本价值<sup>㉒</sup>背道而驰，而且与公检法三机关分工负责、互相配合、互相制约的宪法原则直接抵触，与人民法院依法独立行使审判权的宪法原则的内在精神也不相符。

### 三、“一般应当采纳”条款违反认罪认罚从宽制度的职权主义 诉讼基础和认罪认罚情节的“裁量从宽”性质

我国刑事诉讼虽然在审判程序中采取了“控辩对抗”的诉讼形式，但从整体诉讼构造来看，它基本上可以归入“职权主义”诉讼模式，如公安机关、人民检察院和人民法院等专门机关主导真实发现全过程，人民检察院提起公诉时须一并向人民法院移送全案诉讼证据材料，法官主导庭审证据调查和法庭辩论程序，法院对公诉案件只有经实体审理后确认“案件事实清楚，证据确实、充分，依据法律认定被告人有罪”时，才能作出有罪判决，<sup>㉓</sup> 并“根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度”以及刑法及其司法解释的相关规定决定是否判处刑罚以及判处何种刑罚。<sup>㉔</sup>

<sup>⑲</sup> 陈卫东主编：《刑事诉讼法学》，高等教育出版社2022年第4版，第76页。

<sup>⑳</sup> 李奋飞：“论‘确认式庭审’——以认罪认罚从宽制度的入法为契机”，《国家检察官学院学报》2020年第3期，第40-44页。有学者甚至认为，“对于认罪认罚的案件，无论适用何种程序，实体审理均缺乏必要性和可行性”，见卞建林：“认罪认罚案件审判程序的若干问题”，《中国刑事法杂志》2022年第1期，第4-6页。

<sup>㉑</sup> [德] 拉德布鲁赫：《法学导论》，米健译，中国大百科全书出版社1997年版，第121页。

<sup>㉒</sup> 参见陈卫东、李奋飞：“论刑事诉讼中的控审不分问题”，《中国法学》2004年第2期，第141页。

<sup>㉓</sup> 参见《刑事诉讼法》第200条。

<sup>㉔</sup> 参见《刑法》第61条。

认罪认罚从宽制度并不存在一套独立的适用程序，而是内嵌于原有的侦查、审查起诉和审判程序中、运行于职权主义诉讼基础之上的。《认罪认罚指导意见》第2条明确规定：“办理认罪认罚案件，既要考虑体现认罪认罚从宽，又要考虑其所犯罪行的轻重、应负刑事责任和人身危险性的大小，依照法律规定提出量刑建议，准确裁量刑罚，确保罚当其罪，避免罪刑失衡。”《人民检察院办理认罪认罚案件开展量刑建议工作的指导意见》第1条第2款也明确规定：“对认罪认罚案件，人民检察院应当在全面审查证据、查明事实、准确认定犯罪的基础上提出量刑建议。”因此，认罪认罚案件的量刑建议同样必须遵守实体真实原则和《刑法》第61条规定的量刑原则，即“根据犯罪的事实、性质、情节和对于社会的危害程度等，依照刑法、刑事诉讼法以及相关司法解释的规定提出”。<sup>③</sup>这意味着，认罪认罚案件的量刑建议只有在其赖以依据的“犯罪事实清楚，证据确实充分，指控的罪名准确”，且量刑建议的内容适当时，才能得到法院的采纳。<sup>④</sup>因此，即使被追诉人对指控的犯罪事实无异议，并且同意人民检察院提出的量刑建议，人民法院仍然需要对案件进行实体审理，并且就被告人是否构成犯罪、构成何罪、应否判刑、判处什么刑作出最终的裁判。如果人民法院与控辩双方没有异议的事实认定和法律适用问题意见不一致，例如认为人民检察院的量刑建议所依据的事实、情节不成立，致使量刑建议不合法或不适当时，“出于‘裁判者负责’的要求，法院必须遵循自己的专业判断。”<sup>⑤</sup>

检察系统的相关领导认为，对于人民检察院提出确定刑量刑建议的案件，“法官只需确认犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚是在充分了解制度内涵和后果基础上的自愿选择，即可直接采纳量刑建议作出判决，无须重复审查事实证据以及在幅度的量刑建议内进行二次考量”。<sup>⑥</sup>这种观点无异于主张以人民检察院对案件事实、证据的审查判断代替人民法院的独立审查判断，这不仅违反了量刑裁判的基本原理，而且实践中也不可能得到法院的接受。<sup>⑦</sup>

另外，根据法学界和法律实务界的通说，除《刑事诉讼法》第182条规定的特殊情形外，认罪认罚从宽制度下的所谓“控辩协商”，只限于量刑问题和程序适用问题，<sup>⑧</sup>并不包括犯罪事实、罪名、罪数等问题。不仅如此，对认罪认罚被告人的量刑从宽，并不是“协商从宽”，而是司法机关依职权“裁量从宽”，“犯罪嫌疑人、被告人只是通过认罪认罚来争取从宽，而不是就定罪量刑进行讨价还价”。<sup>⑨</sup>“一般应当采纳”条款忽视量刑建议的事实基础和法律依据以及对认罪认罚情节的“裁量从宽”性质，片面地赋予量刑建议对量刑裁判的约束力，相当于推定认罪认罚案件人民检察院指控犯罪事实的成立和量刑建议的合法性。人民法院如果严格执行这一条款，就需要自动认可人民检察院指控并为被告人所承认的犯罪事实，其结果很可能导致人民法院放弃对量刑建议赖以形成的犯罪事实基础、法律依据和量刑建议合法性的审查，放弃量刑裁判对实体真实原则、罪责刑相适应原则的坚守，把法律规定的“可以从宽”变成“控辩协商从宽”甚至“交易从宽”，这与职权主义诉讼构造中法院的审判职责以及“认罪认罚情节”的“裁量从宽”性质是难以相容的。反之，

<sup>③</sup> 参见《人民检察院办理认罪认罚案件开展量刑建议工作的指导意见》第2条。

<sup>④</sup> 参见《认罪认罚指导意见》第40条。刑法学界也认为，“经人民法院判决确定有罪案件，应当符合量刑适当的标准，认罪认罚案件也不例外”“量刑建议适当是采纳量刑建议的法定实体标准”，见黄京平：“幅度量刑建议的相对合理性——《刑事诉讼法》第201条的刑法意涵”，《法学杂志》2020年第6期，第103页。

<sup>⑤</sup> 同注④，陈卫东文，第172页。

<sup>⑥</sup> 同注①，第10页。

<sup>⑦</sup> 参见注⑬。

<sup>⑧</sup> 参见朱孝清：“认罪认罚从宽制度的几个问题”，《法治研究》2016年第5期，第43页；注⑮，杨立新文；张智辉文，第9页。

<sup>⑨</sup> 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5页。

如果人民法院依法独立履行实体审理职责，确认犯罪事实清楚、证据确实充分、指控的罪名准确、量刑建议适当后才采纳量刑建议，那么，至少在部分案件中又很可能会出现“检法冲突”。<sup>⑩</sup>

事实上，只要人民法院坚持对认罪认罚案件进行实体审理，坚持以“量刑适当”作为采纳量刑建议的法定标准，那么，它对认罪认罚案件量刑建议的采纳与非认罪认罚案件量刑建议的采纳在实质条件方面便不再有任何区别，因而“一般应当采纳”条款也就不再有单独存在的价值。

#### 四、“一般应当采纳”条款不符合两大法系协同型刑事司法的普遍经验

从比较法经验来看，大陆法系职权主义刑事诉讼与英美法系当事人主义刑事诉讼分别属于“政策实施型”和“纠纷解决型”诉讼模式。只有当事人主义诉讼才把公诉案件当作政府与百姓之间的“纠纷”对待，实行“当事人推进原则”和“当事人处分原则”，被告人的有罪答辩经法官审查符合自愿性、明智性并具有必要的事实基础后直接予以确认。而职权主义刑事诉讼传统上以发现实体真实为基本理念，并不承认公诉案件是政府与百姓之间的纠纷；<sup>⑪</sup>相反，它要求法院在指控范围内依职权查明事实真相，即使被告人当庭供述犯罪事实或者承认有罪，法院也不能直接判决被告人有罪，而必须把最终判决的刑罚建立在法庭查明的事实真相和责任主义之上。20世纪80年代以后，虽然不少大陆法系国家基于司法效率的考虑纷纷建立了不同形式的协同性司法或者放弃审判制度，但其适用范围都受到严格的限制，一般都禁止其适用于最严重的刑事案件。<sup>⑫</sup>德国正式审判中的认罪协商制度虽然没有罪行轻重的限制，但仅仅适用于检察官申请正式审判且被告人不认罪案件，“现行犯和已经较早作出（可采的）供述的被告人并无任何交易可做”。<sup>⑬</sup>

更为重要的是，虽然协同型司法或放弃审判制度在世界范围内呈现快速发展的趋势，<sup>⑭</sup>但立法例上明确赋予检察官量刑建议对裁判约束力的极为罕见。《国际刑事法院罗马规约》第65条第5款也明确规定，控辩双方关于变更指控、有罪答辩或判处刑罚的任何协议，对国际刑事法院都不具有任何约束力。<sup>⑮</sup>即使在答辩交易制度盛行的美国，立法也没有要求法官“一般应当采纳”检察官的量刑建议。

根据美国《联邦刑事诉讼规则》第11条的规定，联邦检察官可以与被告方协商达成A、B、C三种类型的答辩协议，其核心内容都是以何种条件换取被告人的有罪答辩。A型协议为“指控交易”，即检察官以同意放弃或者申请撤回部分指控的方式换取被告人的有罪答辩。B、C两种协议为均“量刑交易”，其中B型协议为“非约束型量刑协议”，即检察官为了换取被告人的有罪答辩，可以建议或者同意不反对被告人申请判处某种确定刑或幅度刑，或者应当适用或不适用某一特定的量刑指南条款、政策规定或者量刑因素，这种量刑建议或量刑申请对法庭没有约束力。C型协议为“约束型量刑建议”（binding plea agreement），即检察官为了换取被告人的有罪答辩，可以同意某种

<sup>⑩</sup> 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”，《环球法律评论》2020年第5期，第141-142页。

<sup>⑪</sup> 参见[德]托马斯·魏根特：《德国刑事诉讼法原理》，江溯等译，中国法制出版社2021年版，第233-240页。

<sup>⑫</sup> 参见意大利《刑事诉讼法》第444条、法国《刑事诉讼法》第495-7条、俄罗斯《刑事诉讼法》第314条等。

<sup>⑬</sup> 同注⑩，第217页。

<sup>⑭</sup> 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82-83页。

<sup>⑮</sup> See Rome Statute of the International Criminal Court, Done at Rome on 17 July 1998, in force on 1 July 2002, Article 65.5 (Any discussions between the Prosecutor and the defence regarding modification of the charges, the admission of guilt or the penalty to be imposed shall not be binding on the Court.)

确定刑或幅度刑是对案件的适当处理,或者应当适用或不适用某一特定的量刑指南范围、政策规定或者量刑因素,这种协议一经法官批准,其中的量刑建议或量刑申请便对法官具有约束力。在司法实践中,联邦检察官通常会与被告人达成同时包含指控交易和量刑交易的“混合协议”。但无论哪种协议,对法官都没有预定的约束力,都必须经过法官审查批准。美国《联邦量刑指南》第六章关于“答辩协议程序的政策陈述”明确要求,对于C型答辩协议,法庭只有在确认符合下列情形之一的,才能予以接受:(1)协议的量刑在可适用的量刑指南幅度内;(2)协议的量刑虽在量刑指南幅度以外,但具有正当理由,且这些理由已被明确记载于《量刑理由陈述表》中。<sup>④⑥</sup>在司法实践中,法官可以有多种理由决定不批准答辩协议,例如协议中的犯罪指控未能充分反映犯罪的严重性、过度限制了法官的量刑裁量权或者“与司法的健全运行相悖”等。<sup>④⑦</sup>

显然,其中与我国《刑事诉讼法》第201条规定最为接近的是C型协议。但是,这种协议在美国存在广泛争议,受到很多法官和负责制作量刑前报告的缓刑监督官的反对,因而其实际适用率很低。<sup>④⑧</sup>例如,1996年公布的一项面向联邦85个司法区缓刑监督官的问卷调查结果显示,在73%的司法区中,C型协议的适用率在5%以下,适用率超过55%的司法区只有3%。<sup>④⑨</sup>2005年美国联邦最高法院将联邦量刑指南由强制性规范改为参考性规范<sup>⑤⑩</sup>之后,C型答辩协议有所增加,但适用率仍然有限。例如,有学者在2019年1月1日至6月1日判决的7700件联邦刑事案件中随机抽选77件适用答辩交易程序处理的案件分析发现,其中只有15件包含C型答辩协议,占比为19.5%。<sup>⑤⑪</sup>

实际上,联邦检察官对量刑的影响主要不是通过签署C型答辩协议,而是通过A型答辩协议以及B型答辩协议关于量刑事实的约定(stipulation),即通过指控犯罪数量、罪行轻重、量刑事实的选择等限制法官可以适用的量刑指南条款以及偏离量刑指南的权力,而不是通过量刑建议直接限制法官的量刑裁量权;有的量刑协议甚至不采取检察官提出量刑建议的形式,而采取检察官不反对被告人一方提出量刑申请的形式。虽然法官基于对检察官指控权力和控辩合意的尊重以及诉讼便利等因素,在多数案件中都会批准答辩协议并采纳检察官的量刑建议,但这不是法律的强制要求。相反,即使是在联邦量刑指南对法官具有强制约束力期间(1987-2005年),法官也有依法决定是否批准答辩协议以及检察官量刑建议的权力。联邦最高法院在2005年的布克案判决中宣布联邦量刑指南为法官量刑的参考性规范之后,法官完全恢复了拒绝采纳检察官量刑建议的广泛裁量权力(包括在量刑指南范围外量刑的权力)。<sup>⑤⑫</sup>在有些案件中,法官也经常行使这样的权力。例如,2015-2019年间联邦司法系统经答辩交易结案的130件医生因非法销售鸦片类药物罪被定罪判刑的案件中,检察官量刑建议获得法官采纳的只有42件,未得到法官采纳的多达88件。<sup>⑤⑬</sup>上述实践与美国联邦量刑委员会关于答辩协议的政策要求完全一致,即“量刑是司法职能,有罪答辩案件的适当量

<sup>④⑥</sup> U. S. SENT'G COMM'N, GUIDELINES MANUAL § 6B1. 1. (Nov. 2023).

<sup>④⑦</sup> Jeffrey Bellin & Jenia I. Turner, "Sentencing in an Era of Plea Bargains", *North Carolina Law Review*, Vol. 102, No. 1 (2023), p. 202.

<sup>④⑧</sup> Joshua D. Asher, "Unbinding the Bound: Reframing the Availability of Sentence Modifications for Offenders Who Entered into 11 (c) (1) (C) Plea Agreements", *Columbia Law Review*, Vol. 111, No. 5 (2011), pp. 2021-1022.

<sup>④⑨</sup> See "Probation Officers' Survey", *Federal Sentencing Reporter*, Vol. 8, No. 6 (1996), p. 305.

<sup>⑤⑩</sup> *United States v. Booker*, 543 U. S. 220 (2005).

<sup>⑤⑪</sup> See *supra* note ④⑦, p. 209.

<sup>⑤⑫</sup> Wes R. Porter, "The Pendulum in Federal Sentencing Can Also Swing toward Predictability: A Renewed Role for Binding Plea Agreements Post-Booker", *William Mitchell Law Review* Vol. 37, No. 2 (2011), p. 508.

<sup>⑤⑬</sup> 其中检察官在量刑指南幅度内提出的量刑建议82件,法官采纳22件,占26%;低于量刑指南幅度的量刑建议27件,法官采纳12件,占44%;高于量刑指南幅度的量刑建议9件,法官采纳1件,占11%。参见 Adam M. Gershowitz, "The Myth of the All-Powerful Federal Prosecutor at Sentencing", *St. John's Law Review* Vol. 95, No. 3 (2021), pp. 587-606.

刑应当由法官决定。”<sup>⑤4</sup>

可见，在协同型刑事司法中，保留法院独立完整的裁判权是各国立法和实践以及国际刑事诉讼的普遍经验。

相比之下，我国立法中的“一般应当采纳”条款不仅由立法机关预定量刑建议对法官裁判的强制效力，而且其适用的认罪认罚案件在罪行轻重范围上没有任何限制。在司法实践中，人民检察院通过业绩考核等手段，将“确定量刑建议”的提出率和量刑建议采纳率同时提升到97%以上，<sup>⑤5</sup>进一步将法官的量刑裁量权挤压殆尽。这与两大法系协同型刑事司法的普遍经验是不符的，突显立法和司法机关在认罪认罚从宽制度的设计和实施中的“效率优先”倾向已经突破了司法公正的底线。

从立法过程来看，2018年《刑事诉讼法》第201条的“一般应当采纳”规定是对“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《认罪认罚试点办法》）第20条和第21条内容的合并吸收。<sup>⑤6</sup>据参与《认罪认罚试点办法》和立法研讨的实务专家介绍，《认罪认罚试点办法》第20条关于认罪认罚案件量刑建议的效力所采取的“一般应当采纳+除外性规定”的模式设计“在一定意义上又是借鉴了我国台湾地区的相关规定”。<sup>⑤7</sup>

经查，2004年我国台湾地区修订后的“刑事诉讼法”增设了“第七编之一 协商程序”，规定“除所犯为死刑、无期徒刑、最轻本刑三年以上有期徒刑之罪或高等法院管辖第一审案件者外，案件经检察官提起公诉或声请简易判决处刑，于第一审言词辩论终结前或简易判决处刑前”，检察官可在征询被害人意见后，迳行或依被告人或其代理人、辩护人的请求，经法院同意，就“被告愿受科刑之范围或愿意接受缓刑之宣告”“被告向被害人道歉”“被告支付相当数额之赔偿金”等事项进行审判外协商，“经当事人双方合意且被告认罪者，由检察官声请法院改依协商程序而为判决”。<sup>⑤8</sup>该法第455-4条对检察官根据协商程序提出的判决请求采用“例外+原则”的方式作出了明确规定：“有下列情形之一者，法院不得为协商判决：（一）有前条第二项之撤销合意或撤回协商声请者。（二）被告协商之意思非出于自由意志者。（三）协商之合意显有不当或显失公平者。（四）被告所犯之罪非第四百五十五条之二第一项所定得以声请协商判决者。（五）法院认定之事实显与协商合意之事实不符者。（六）被告有其他较重之裁判上一罪之犯罪事实者。（七）法院认定应谕知免刑或免诉、不受理者。”“除有前项所定情形之一者外，法院应不经言词辩论，于协商合意范围内为判决。”对照分析可知，《刑事诉讼法》第201条规定的五种例外情形大体上相当于上述（一）（二）（三）（五）（七）五种情形。<sup>⑤9</sup>

从形式上看，我国台湾地区“刑事诉讼法”规定的“协商程序”是典型的“控辩协商”、法官

<sup>⑤4</sup> U. S. SENT'G COMM'N, GUIDELINES MANUAL (Nov. 2023), Ch. 6, Pt. B, Intro. Comment.

<sup>⑤5</sup> 2023年，人民检察院提出确定量刑建议的比率为97.2%，认罪认罚案件量刑建议采纳率为97.5%，参见最高人民法院：《2023年全国检察机关主要办案数据》，载最高人民法院官网 [https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202403/t20240310\\_648482.shtml#1](https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202403/t20240310_648482.shtml#1)，2024年4月24日访问。

<sup>⑤6</sup> 《认罪认罚试点办法》第20条规定：“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，但具有下列情形的除外：（一）被告人不构成犯罪或者不应当追究刑事责任的；（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。”第21条规定：“人民法院经审理认为，人民检察院的量刑建议明显不当，或者被告人、辩护人对量刑建议提出异议的，人民法院可以建议人民检察院调整量刑建议，人民检察院不同意调整量刑建议或者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。”

<sup>⑤7</sup> 同注⑤6。

<sup>⑤8</sup> 参见我国台湾地区“刑事诉讼法”第455-2条。

<sup>⑤9</sup> （四）（六）两种情形属于“超越法定范围”的协商，认罪认罚从宽制度没有适用范围的限制，因而不存在这两种情形。

审查确认程序，它要求控辩双方在被告人对指控犯罪事实表示“认罪”的前提下就量刑问题进行协商后达成合意，而且法院依据协商程序所作的判决应在“协商合意范围”内进行，这意味着控辩双方关于量刑问题的合意对法院的裁判具有约束力。但仔细考察不难发现，我国台湾地区“协商程序”在适用范围、启动时机和程序、协商程序、判决的前提条件等方面均与认罪认罚从宽制度有所区别。

首先，“协商程序”的适用范围限于“所犯为死刑、无期徒刑、最轻本刑三年以上有期徒刑之罪或高等法院管辖第一审案件”以外的刑事案件，且法院依“协商程序”判处的刑罚“以宣告缓刑、二年以下有期徒刑、拘役或罚金为限”，实际适用率仅占以通常程序审结案件的6.15%和以简易程序审结案件的不到1%。<sup>⑩</sup>而认罪认罚从宽制度在法律上没有适用范围的限制，实际适用率近三年在审查起诉阶段已经达到90%左右<sup>⑪</sup>，审判阶段也从80.1%持续上升至88.2%。<sup>⑫</sup>

其次，“协商程序”属于“起诉后”代替实体审理的诉讼程序，适用于检察官提起公诉以后、一审判决之前，且无论是检察官依职权启动，还是应被告人或其代理人、辩护人请求而启动，均须经过审判法院同意。认罪认罚从宽制度则适用于侦查、起诉和审判各阶段，其典型形态是人民检察院在提起公诉前与犯罪嫌疑人就定罪量刑和程序适用问题达成一致，在犯罪嫌疑人签署认罪认罚具结书后才提起公诉并提出量刑建议，由人民法院开庭审理后作出判决。这意味着，我国台湾地区“协商程序”中被告人清楚地了解被指控的犯罪事实和证据，而认罪认罚从宽制度下被追诉人在认罪认罚时通常既不完全了解指控的犯罪事实，也不了解相关证据情况。

再次，我国台湾地区协商处理的刑事案件，如果被告人愿意接受的刑罚超过6个月有期徒刑实刑但未委托辩护人的，法院应当为其指定公职辩护人或律师担任辩护人，协助进行协商。<sup>⑬</sup>而在认罪认罚从宽制度下，没有委托辩护人的被追诉人仅在可能被判处死刑、无期徒刑等极少数案件中才能获得法律援助律师的辩护，绝大多数被追诉人无论涉嫌或被指控的罪行轻重如何都没有辩护律师辩护，而只能获得值班律师的“法律帮助”，实践中值班律师被公认为被追诉人签署认罪认罚具结书的“见证人”，一般不参与量刑协商。

最后，我国台湾地区法院在“协商合意范围内”作出判决的前提条件是，控辩双方当事人就量刑和赔偿问题达成一致、被告人承认有罪，且不存在法定的不适用“协商程序”的例外情形。没有对被告人是否如实供述罪行、是否适用普通审判程序的定罪证明标准等提出任何要求。同时，如果“法院未为协商判决者，被告或其代理人、辩护人在协商过程中之陈述，不得于本案或其他案件采为对被告或其他共犯不利之证据”。<sup>⑭</sup>而认罪认罚从宽制度对被追诉人和人民法院均提出了严格的要求：从被追诉人角度看，他不仅要向人民检察院表示承认指控的犯罪事实并接受人民检察院提出的量刑建议，更重要的是必须如实供述自己的罪行，而且即使在签署认罪认罚具结书以后又反悔或否定指控的犯罪事实，因而案件不再适用认罪认罚从宽制度的，其所作的有罪供述仍然可以作为人民检察院指控犯罪和人民法院认定其有罪的证据。对于人民法院来说，认罪认罚从宽制度只是简化了审判程序，但并不减免其审判职责，人民法院对认罪认罚案件的判决仍然要坚持法定的证明标准和

<sup>⑩</sup> 参见王皇玉：“认罪协商程序之法社会学考察”，载《台大法学论丛》第38卷第4期（2008年），第83页。

<sup>⑪</sup> 参见史兆琨：“做优新时代刑事检察 增强人民群众安全感——最高检‘迎两会·新时代检察这五年’首场新闻发布会侧记”，载《检察日报》2023年2月16日。

<sup>⑫</sup> 参见行海洋：“最高法院副院长杨万明：适用认罪认罚从宽制度，推进轻罪审判现代化”，载中国法院网 <https://www.chinacourt.org/article/detail/2024/03/id/7839047.shtml>，2024年5月31日访问。

<sup>⑬</sup> 参见我国台湾地区“刑事诉讼法”第455-5条。

<sup>⑭</sup> 我国台湾地区“刑事诉讼法”第455-7条。

罪责刑相适应原则。

综上，我国台湾地区“协商程序”中检察官的量刑请求真正属于控辩协商后达成的“合意”，而且“协商程序”的适用范围和量刑范围均受到严格的限制。无视这些重要区别，片面地参考我国台湾地区“协商程序”量刑请求对法院判决的效力规定来设计认罪认罚案件中人民检察院量刑建议的效力模式，显然是不合理的，这不仅会进一步扭曲本已控辩失衡的诉讼构造，恶化被追诉人的诉讼地位，而且会增加法院误判的风险，削弱基本的程序公正（fundamental fairness of process）。

## 结 语

基于上述分析，笔者认为，在现有司法条件下，应当否定认罪认罚案件中人民检察院量刑建议对人民法院判决的约束力，建议立法机关在第四次修改《刑事诉讼法》时废止“一般应当采纳”条款。实际上，《认罪认罚指导意见》第40条已经对《刑事诉讼法》第201条第1款的规定进行了修改，明确了人民法院采纳人民检察院量刑建议的程序标准和实体标准，其中没有再出现“一般应当采纳”的表述。<sup>⑤</sup>但这一规定只是“指导意见”，不具有取代法律正式规定的效力；同时，这一规定所确立的量刑建议采纳标准实际上不仅适于认罪认罚案件，也适用于非认罪认罚案件。<sup>⑥</sup>

鉴于认罪认罚从宽制度下提出量刑建议已经成为人民检察院的法定义务，同时，在非认罪认罚案件中，人民检察院也可以提出量刑建议，为了明确人民法院对人民检察院指控犯罪和量刑建议的完整裁判标准，确保在所有刑事案件中贯彻宽严相济、证据裁判、罪责刑相一致等原则，保障被告人获得公正审判的权利，废止“一般应当采纳”条款之后，《刑事诉讼法》应当就人民法院对认罪认罚案件和非认罪认罚案件量刑建议的采纳标准作出统一的规定。为此，建议将《刑事诉讼法》第201条现有两款内容分别修改为：“合议庭审理后认为人民检察院指控的犯罪事实清楚，证据确实充分，指控的罪名准确，量刑建议适当的，作出有罪判决时应当采纳人民检察院的量刑建议。如果认为人民检察院的指控罪名与审理认定的罪名不一致，或者量刑建议不当，应当在听取公诉人、被害人、诉讼代理人和被告人、辩护人的意见后依法作出判决。”“在认罪认罚案件中，人民法院判处的刑罚重于量刑建议时，应当赋予被告人撤回认罪认罚的机会。被告人撤回认罪认罚的，人民法院不得把被告人基于对从宽处罚的合理期待而作出的有罪供述用作不利于被告人的证据。”<sup>⑦</sup>

（责任编辑：魏晓娜）

<sup>⑤</sup> 《认罪认罚指导意见》第40条第1款规定：“对于人民检察院提出的量刑建议，人民法院应当依法进行审查。对于事实清楚，证据确实、充分，指控的罪名准确，量刑建议适当的，人民法院应当采纳。有下列情形之一的，不予采纳……”

<sup>⑥</sup> 根据“两高三部”2020年11月5日联合发布的《关于规范量刑程序若干问题的意见》第5条的规定，人民检察院对符合条件的非认罪认罚案件，也“可以提出量刑建议”。

<sup>⑦</sup> 在美国答辩交易制度下，法官如果不批准C型答辩协议，他应当亲自告知被告人将不遵守答辩协议，并赋予被告人撤回有罪答辩的机会；如果被告人不撤回有罪答辩，法官还应告知被告人，法庭对案件的处理可能较答辩协议对其更加不利。而一旦被告人撤回有罪答辩，那么被告人在答辩协商过程中所作的相关陈述，包括没有导致有罪答辩的任何陈述，均不得在随后的民事或刑事诉讼中用作不利于作出答辩的被告人或者答辩协商参与人的不利证据。参见美国《联邦刑事诉讼规则》第11条第3款和第4款以及《联邦证据规则》第401条。《德国刑事诉讼法》第257c条第4款也规定，如果因为案件在事实上或法律上出现了新的重要情况，以至于法院事先承诺的量刑幅度不再适用时，或者被告人的后续诉讼表现与法院的预测不一致时，法院即不再受认罪协议的约束，并毫无延迟地告知被告人。在这种情况下，法院不得把被告人在协商中所作的有罪供述作为认定其有罪的证据。参见[德]维尔纳·薄逸克、萨比娜·斯沃博达：《德国刑事诉讼法教科书》，程捷译，北京大学出版社2024年版，第412-413页。

rights abuse and the substantive outcomes it produces. The legal relationship surrounding share repurchase constitutes a statutory debt obligation, where the right to claim is inherently non-transferable, and the debtor is precluded from invoking defenses such as impossibility of performance. In instances where the company assumes debt without fault, it remains obligated to provide a detailed explanation. Remedies and valuation should be reviewed, taking into consideration the valuation date and the share repurchase price, which, apart from being based on the company's net assets as a valuation benchmark or considering the company's quasi-partnership nature, must also integrate various factors to determine the discount standards. Through doctrinal explanation, a systematic and applicable regime should be established for the share repurchasing right of claim.

**Key Words** Right to Request Share Repurchasing; Right to Request Restoration; Abuse of Power; Abuse of Proposal Rights; Reasonable Expectation

Li Ruoqi, Ph.D. in Law, Associate Professor of Shandong University Law School.

***The Draft Civil Code of the Qing Dynasty and the Systematization of the Civil Law of the Republic of China: Code Centrism and the Compilation of Civil Code during the Beiyang Period***

XU Kunjie · 91 ·

The systematic process of civil law during the Beiyang period is mainly reflected in the compilation of Civil Code based on the *Draft Civil Code of the Qing Dynasty*. During the Beiyang period, although the Supreme Court established the order of application of civil laws in practice with its judicial power, the lack of a systematic civil law still led to problems in judicial practice, such as unclear scope of legal sources, excessive subjectivity of judges, and a lack of unified guidance on the superior value of civil law. For this reason, the northern and southern regimes during the Beiyang period carried out several civil law systematization projects based on the systematic structure of the *Draft Civil Code of the Qing Dynasty*. These methods included the provisional application of the *Draft Civil Code of the Qing Dynasty*, making it effective through legislative procedures, and using the format of this draft to compile civil precedents by judicial organs. The plan of the compilation of the *Draft Civil Code of the Republic of China* and the *Civil Code of the Republic of China* also emerged during the legislative process of the *Draft Civil Code of the Qing Dynasty*. Both legal documents played an important role in the final completion of the Republic of China's civil law system. The compilation of the Civil Code to achieve the systematization of civil law reflects Code Centrism, which still has an impact on the construction of the contemporary Chinese civil law system.

**Key Words** *Draft Civil Code of the Qing Dynasty*; *The Chinese Supreme Court Decisions*; Codification; Systematization; Code Centrism

Xu Kunjie, Candidate of Ph.D. in Law, East China University of Political Science and Law.

***Abolishing the Clause Requiring “Generally Adopt” Sentencing Recommendations by People’s Procuratorates in Guilty Plea Cases***

SUN Changyong · 103 ·

The newly added Article 201 of the Criminal Procedure Law in 2018 requires people's courts to “generally adopt” sentencing recommendations made by people's procuratorates in guilty plea cases. This regulation

has sparked disputes between the procuratorate and court, and among academia, and has had a wide-ranging impact on judicial practice. This article argues that the “generally should adopt” clause, which grants substantive binding force to sentencing recommendations in guilty plea cases, is basically untenable, violating the doctrine of separation of powers between the prosecution and the judiciary and the constitutional principle of “the Public Security Organs, the People’s Procuratorate and the People’s Court should each be responsible for their respective tasks, work together with each other, and act as checks on each other”. It is also against the inquisitorial tradition of the Chinese guilty plea system and the “discretionary leniency” nature for the circumstance of the accused’s confession and acceptance of punishment, and does not conform to the universal experience of collaborative criminal justice in the two legal systems. The legislature should abolish the “should generally adopt” clause when amending the Criminal Procedure Law for the fourth time, and unify provisions on the adoption standards of sentencing recommendations for non-guilty plea cases as well as guilty plea cases.

**Key Words** Confession and Accepting of Punishment; Sentencing Recommendation; Should Generally Adopt; Abolish

Sun Changyong, Ph.D. in Law, Professor of Shanghai Jiao Tong University KoGuan School of Law.

### *On the Definitive Application in Limited Circumstances of Administrative*

#### *Reconsideration Alteration Decisions*

HUANG Kai · 116 ·

The revised Administrative Reconsideration Law adjusts the mode of the alteration decision to a definitive application in limited circumstances. Definitive application in limited circumstances is a modification of mixed application, aiming to strengthen the application of the alteration decision in specific circumstances. Under the positioning of administrative reconsideration as “the main channel for resolving administrative disputes”, definitive application in limited circumstances contains the dual orientations of definitive application and limited application. Of the three limited circumstances in which definitive application is made, “inappropriate content” should be limited to defects in the substantive content effect discretion within the scope of statutory discretion and exclude abuse of power; “incorrect application basis” should be clearly distinguished from “lack of basis” and “illegal application basis”; “unclear facts, insufficient evidence, facts and evidence are clarified by the administrative reconsideration organ” shall be applied at the discretion of the reconsideration organ, taking into account the characteristics of case facts. Achieving definitive application in limited circumstances of the alteration decision requires the establishment of safeguards to protect the interests of the applicant through the prohibition of adverse alterations and a hearing procedure to make applicant willing to accept the variation decision. Strengthening the institutional capacity of the reconsideration organ should be achieved through the establishment of the Administrative Reconsideration Board as a consultative organ, so as to encourage it to proactively make alteration decisions.

**Key Words** Administrative Reconsideration; Resolve Administrative Disputes; Alteration Decision; Definitive Application in Limited Circumstances

Huang Kai, Ph.D. in Law, Associate Professor of Zhejiang University of Technology Law School.