

## 刑事处罚令程序中的量刑协商

### ——德国的实践及其对我国设立认罪认罚从宽制度的启示

冯喜恒<sup>1,2</sup>

(1.浙江省高级人民法院;2.杭州市下城区人民法院,杭州 310012)

**摘要:**刑事处罚令程序是轻微刑事案件的快速处理程序,在刑事处罚令程序中引入和建立量刑协商机制,有助于进一步提高诉讼效率。德国处罚令程序及其中的协商实践为我国认罪认罚从宽程序提供了富有启示的范本,值得学习借鉴。我国未来的刑事处罚令程序应当允许控辩双方进行量刑协商,并以处罚令程序为基础构建和完善认罪认罚从宽制度和刑事审前分流机制。

**关键词:**刑事处罚令;量刑协商;德国刑事诉讼;认罪认罚从宽

**中图分类号:** D93      **文献标志码:** A      **文章编号:** 1673-3851 (2016) 02-0157-07      **引用页码:** 040303

党的十八届四中全会提出“推进以审判为中心的诉讼制度改革”,并着重指出应完善认罪认罚从宽制度。2016年1月的中央政法工作会议再次提出,2016年要在借鉴诉辩交易等制度合理元素基础上,抓紧研究提出认罪认罚从宽制度试点方案。因此,如何建立和完善以控辩协商为基础的简易程序体系和分流机制,成为当前我国理论和实务部门亟需深入研究的重大课题。其中在简易程序问题上,我国学界提出最多的方案之一是借鉴和引进德国的刑事处罚令程序(简称处罚令程序),实现繁简分流。但学界大多观点认为,处罚令程序的进行仅需得到被告人对适用该程序的同意即可,实体处理结果无需沟通,很少有将刑事处罚令程序与控辩协商进行结合的构想。而实际上,德国实践经验表明,处罚令程序中的控辩审各方可以并经常对案件实体处理结果进行一定程度的协商,从而使处罚令程序呈现出较明显的协商特征。在当前“以审判为中心的诉讼制度改革”中,认罪协商与处罚令均有提高诉讼效率、促进繁简分流的功效,将二者予以结合以最大程度地实现刑事程序的效率价值理应获得应有的重视,

并在今后的立法过程中予以推动。本文拟从德国处罚令程序中协商的合理性分析出发,结合德国处罚令程序实践中存在的问题,得出对我国增设处罚令程序并引入协商机制的有益启发,以助力我国设立认罪认罚从宽制度的进程。

### 一、处罚令程序中协商的存在合理性

#### (一)处罚令程序中协商机制的必要性及意义

案量激增是世界各法治国家面临的共同问题,对此司法机关在很多情况下不得不将效率作为优先考虑的价值,并据此推行简易程序和协商程序。目前,在英美法系和大陆法系的代表国家均出现了协商程序、简易程序在数量上取代普通审判程序成为主流、普通审判程序成为补充的现象,传统刑事司法所追求的实体优位、精确量刑的目标很大程度上被诉讼经济的价值所取代。

处罚令程序是一种兼具简易性与协商性特征的刑事程序,其代表国家是德国。德国于19世纪晚期建立处罚令程序,如今,欧洲各国已经广泛采用这种程序,如法国、意大利、荷兰、克罗地亚、挪威、波兰、

拉脱维亚、立陶宛、爱沙尼亚以及其他国家。由于通常只用于轻罪案件或一般性的违法,所以这种程序还是非常普及<sup>[1]</sup>。一般来说,处罚令程序启动的协商性质比较明显,一般需要由检察机关提出并需得到被告人同意。而关于处罚令的实体处理结果是否允许协商,由于处罚令的生效需以被告人不提出异议和不申请转为审判程序为前提,因此实际上也是存在合意的,德国则明确可以进行控辩协商。实体协商的首要意义在于促进被告人认罪和提高诉讼效率。因为刑事处罚令是以认罪为前提的,而被告人只会基于对量刑减免的追求才会考虑是否认罪,因此是否认罪往往包含有控辩双方就量刑结果进行博弈的因素。对被告人而言量刑上无减免则认罪无益,对于检察院而言量刑上不予减免则无法促使被告人认罪,因此控辩双方为达成认罪结果而就量刑进行协商具有必要性。

除上述促成被告人认罪的意义之外,以量刑协商的形式换取被告人认罪还具有刑事实体法上的意义。质疑量刑协商的其中一个主要理由可能是,在刑事处罚令或者其他协商程序中,被告人认罪的动机更可能是期待量刑减轻而不是真诚悔罪。但即使被告人是出于功利目的而认罪,其结果仍然符合刑法精神,因此具有必要性。第一,根据存疑有利于被告人原则,被告人不认罪的情况下,可能因为法院就不认罪部分的事实贯彻疑罪从无、有利于被告人原则而不能对被告人定罪,这与通过协商换取被告人认罪而减轻量刑后的量刑结果相比不会悬殊;第二,即使并非出于真诚悔罪,认罪对于认定事实的价值也足以与减轻量刑的结果相称,因为认罪往往带来新的有罪供述和其他证据,促进发现案件事实;第三,被告人敢于在法庭上、公众面前承认自己犯罪的精神层面努力值得给予量刑方面的奖励,而不论其出于何种目的;第四,在某些竞合犯罪,或者被告人主观故意难以确定的案件中(如绑架和非法拘禁、故意杀人和故意伤害致人死亡),客观事实往往不存在争议,控辩双方仅是对罪名的选择存在不同认识,处理结果取决于法院的综合判断和评价,因此要求被告人对指控罪名作出真诚的认罪悔罪确实存在强人所难之嫌。

## (二)处罚令程序中协商的内部促成因素及特点

促成控辩双方在处罚令程序中进行协商的因素主要来自于诉讼各方利益最大化的心理。对于被告人来说,处罚令表示了一种书面的建议,即接受该项惩罚,以避免身体上和时间上的负担以及主审判

序的费用;对于检察官和法官来说,刑事命令与经过主审判程序相比,是一种相当迅速的结案方式。实践常常表明,协商的结果就是发出处罚令<sup>[2]</sup>。

从诉讼各方的自身效益最大化心理方面而言,处罚令程序提供的制度情境很容易驱使诉讼各方对于实体协商形成默契。第一,被告人倾向接受这种认罪方式是因为他们不用交代犯罪细节,否则就有可能因为陈述犯罪细节而带来更为严重的量刑后果,或者其陈述内容被受害人用于民事诉讼。第二,从德国的处罚令实践来看,绝大多数处罚令案件中法官都直接按照检察官提出的草案签发了处罚令,可见法官也非常认可这种不太详细的事实陈述,因为太多的犯罪细节披露可能会引起公众对于处理结果的质疑。第三,辩护律师尤其喜欢在存在高定罪率的案件中适用协商程序,因为辩护律师可以通过协商获得一些量刑上的减少,而通过审判程序可能就完全没有希望,而且还可以保护他们的当事人避免在公众前露面,减少声誉方面的影响。

根据德国学者对于包括处罚令制度在内的协商实践的调查研究,被告人自身的某些特性与协商结果呈现出一定程度的关联性:76%的法律从业者陈述到,与成年被告人相比,未成年被告人有更高的意愿同意进行协商;89%的法律从业者确认年龄较大的被告人有更高的意愿协商;91%的法律从业者称无犯罪记录的被告人准备达成协商;只有36%的法律从业者提到财力情况不好的被告人更愿意协商解决;而只29%认为受过较少教育的人更乐意协商解决。另一篇文章指出,社会上层或中层的更可能与法院和检察官达成解决方案。由于法院在判处罚金方面的潜在利益,白领罪犯更可能获得协商的机会,因为他们能够负担更高的罚金。法官和检察官们考虑的另一个方面是被害人的利益,尤其是在性犯罪当中,法院同样也支持非正式的协商程序,因为这样就可以保护被害人不用出庭以及作证了<sup>[3]</sup><sup>307</sup>。

## (三)处罚令程序中协商的外在压力

量刑协商所带来的减轻处罚可能性促使被告人具有认罪和接受协商结果的心理动因,而不接受协商结果则意味着将接受审判并且不能享受量刑折扣,这种外在的心理压力同样对协商的达成产生作用。这种作用国外学者称之为“审判阴影”,即协商参与方估测审判后的预期量刑结果,然后根据宣告无罪的可能性进行量刑折扣,并按照比例给予一定的减免。学者们普遍将“审判阴影”视为协商程序的压倒性因素<sup>[4]</sup>。

从“审判阴影”观点所揭示的协商与审判的关系出发,至少可从以下方面分析协商机制存在的合理性:其一,协商程序(如英美法系的辩诉交易或德国的处罚令程序和其他协商程序)在实践中处理了大部分刑事案件,以至于某种程度上说,导致了一种与正规程序并行的、上级法院或立法机关无法控制和预防的非正式程序的形成,高度程序化和规范化的审判只是作为协商程序的补充和保障措施,协商程序可以替代审判程序完成大部分刑事案件的处理;其二,协商程序会使罪刑更相适应,由于轻罪案件可大量通过协商程序完成并得到量刑减免,而重罪案件更可能通过审判程序完成,因此犯有重罪的人明显会获得相对更重的量刑,真正做到轻重有别、宽严相济;其三,协商程序的存在更能促进无罪推定、疑罪从无,协商程序在吸引被告人认罪的同时,能够促使警察、检察官投入更多精力去追寻不认罪罪犯的罪证并交之审判,同时注意力从那些可能无辜的被告人身边移开;其四,由于审判的规则如排除规则、传闻规则等往往会投射到协商程序中,协商中的交谈往往会沿袭审判程序设立的标准化规范,参照审判规则进行,因此协商程序同样能够在自身规则下做到公平、公正。

## 二、德国处罚令程序中的协商机制

### (一)德国处罚令程序中的协商方式及适用状况

德国的处罚令程序是一种职权主义模式下的控辩协商实践,它遵循了职权主义的传统,即主要是强调中立法官的真实发现,而不是独立自主的当事人的决定<sup>[5]</sup>。德国刑事诉讼法第407条赋予检察官在有足够嫌疑的轻罪案件中请求法官直接给予处罚令。<sup>①</sup>

在实践中,辩护方与检察官就是通过刑事处罚令处理案件以及刑事处罚令的内容进行协商讨论已经成为普遍做法<sup>[6]</sup>。总体上,如果被告人愿意接受处罚令上的处罚,检察官也同意不会再增加指控和求刑请求,辩护律师和检察官就会开始就量刑进行协商<sup>[7]</sup>。除减轻量刑外,被告人还可以期望得到检察官解除羁押的提议,或者提出不公开听证的申请来保全被告人的隐私和声誉,尤其是在白领犯罪中,公开的庭审程序可能会由于被告人或被告公司的声誉受损而导致严重的商业损失。由于德国法院组织法对于不公开审理有严格限制,因此检察官和法院也会采用其他策略来避免法庭上有人旁听,如把庭期排在下午较晚的时候,或者不在司法公告上

透露开庭信息<sup>[3]313</sup>。检察官的书面申请文件连同案件卷宗材料一并移送给法官,通常法官并不审核案件的真实性而是习惯性准许检察官的申请,签署处罚命令,这一处罚命令随后将以挂号信的方式邮寄给被告人<sup>[7]</sup>。

德国联邦最高法院对处罚令中的协商设定了种种程序限制,但是这种协商性的司法制度在适用实践中时有“走样”:协商仍然是秘密进行的;缺乏非职业法官和被告人的参与;法官提出具体、确定的刑罚,如“交易”是由法庭进行的则被告人不能上诉等等<sup>[8]</sup>。总体来看,当前德国35%的案件是通过刑事处罚令程序处理的。学者许乃曼调查发现,如果案件中存在复杂法律问题时,有77%的法官、72%的检察官以及51%的辩护律师喜欢适用协商的方式解决程序;如果证据上存在问题,那么91%的法官、90%的检察官和53%的辩护律师喜欢适用协商程序,这种情况在大批需要分析无数卷宗文档和证人证言的程序中更加突出<sup>[3]306</sup>。

### (二)德国处罚令实践中协商双方的博弈

在刑事处罚令程序的法定规则下,充斥着控辩双方的力量博弈,以至于协商的过程中往往存在权利滥用的情况。一般而言,协商程序是以个人之间的信任关系为基础的,参与各方之间越是相互了解,相互之间以往的关系越是正面,协商结果也就越是容易达成。在德国,检察官与辩护律师的关系越是长久,双方就越强调合作而非对抗。有时协商甚至包含不同被告人的不同案件,一个案件中的让步会在另一个案件中得到回报。但是,如果协商破裂了,各方会感到他们的互信关系受到侵害并且此后的协商也会受到威胁。据说有的法院甚至有不能信守交易承诺的律师的“黑名单”<sup>[3]307</sup>。

而如果控辩双方无法就某一意见达成合意,一方就会采取某种策略来对另一方施加压力以解决问题。为了增加谈判的实力,检察官通常会对被告人“过度起诉”以便能够以后对指控中撤回部分犯罪指控,或者利用只有检察院可以提出不起诉或者处罚令的事实。因此,检察官可以提出不起诉的动议,同时警告被告人说这是解决问题的最后机会,有的检察官甚至暗示拒绝接受协商会导致更高的量刑建

<sup>①</sup> 德国刑事诉讼法第407条第一款规定:在刑事法官审理的程序中及属于舍芬庭管辖的程序中,针对轻罪依检察院书面申请,可以不经法庭审理以书面处罚令确定犯罪行为法律后果。如果检察院依据侦查认为无法庭审理必要,应当提出此申请。申请应当针对特定的法律后果。提出申请即为提起公诉。

议。很明显,以更高的量刑来惩罚被告人拒绝接受协商结果是违法的,但是既然最终的具体量刑如何很难预测,要评估最终量刑是否因为被告人拒绝接受协商结果而更严厉也是很困难的。另一方面,辩护律师利用被告人的多种诉讼权利来威胁法庭使用大量中间上诉程序申请和耗时耗力的证据听证来启动案件的非正式协商程序。辩护律师和被告人用不同种类的申请来轰炸法庭,法庭又无法不顾上诉风险拒绝这些请求,因此审判被人为地拖长了,只是为了迫使法庭接受协商结果并签发处罚令。而在辩护律师与被告人之间,辩护律师往往不会让他们的当事人了解交易的细节,这样被告人就不能阻碍协商,而且这也有有效避免了被告人在量刑超出各方协商结果时的抱怨。

### (三)德国处罚令中协商合意的效力与救济

刑事处罚令无需通过聆讯就可以提起,在该程序中法院会告知被告人会受到针对特定罪行的特定量刑,除非在两周内表示反对(这样就会直接转到审判程序)<sup>①</sup>。法官必须按照“没有其他可能的疑虑”的要求发出处罚令。这意味着法官必会允许所有为处罚令程序提出的申请。起初检察官通过处罚令只能建议罚款的处罚方式,现在只要被告人符合法定情形,检察官可以提议一年以下的缓刑<sup>②</sup>。

包括处罚令程序在内的大多数德国协商程序包含了不得放弃上诉的要求<sup>③</sup>,但在处罚令程序的审判实践中很少被真正执行。刑事诉讼法第35条a与第302条第一款规定协商结果中不能要求放弃上诉权。而且,无论何时判决中包含了合意,任何对上诉权的放弃(即使不是合意的内容)都只有在被告人接到对上述内容进行有效解释的通知后才会生效。这意味着双方达成协商合意而被告人又放弃了上诉权利的情况下,法院必须向被告解释如果这个放弃是协商合意的一部分,那么法院是不会受它的约束的;只有被告人在被法院告知后仍然坚持放弃,这个放弃行为才是有效的。这个严格规定的目的在于保证合意有受到上级法院纠正的机会,旨在保证所有的协商合意都在合法界限之内。但是,被告人放弃上诉权对于审判法庭来说有两个巨大的潜在好处:一是没有了上诉,判决书不需要像存在上诉接受上级法院审查一样那样小心;二是每一个上诉都是对法官决定的正当性和品质的质疑,而上级法院审查的案件数量越少,改判和驳回的也就越少,这对于法官的职业评价是很重要的。

控辩双方也都倾向于接受协商结果。对于检察

官来说,在被告人拒绝处罚令之后,想在庭审中加重被告人的刑罚并不容易。因为控诉人起初适用处罚令程序的案件往往是那些案情相对简单的案件,在这些案件中很难通过庭审找出加刑的情节,因为在审判这些案件时提出的证实有罪的证据很少有超越控诉人在签发处罚令时已经知道的(以及卷宗中如此记录的)证据<sup>[10]</sup>。而对于辩护人和被告人来说,拒绝协商结果会破坏辩护律师与法院以及检察官之间基于信任的工作关系,并且会威胁到以后的协商;被告人则要么对达成的合意结果比较满意,要么不愿意再花费时间、精力来开启另一场程序,还有一种原因是很可能他们的辩护人没有告诉他们关于解决结果的法定救济途径,甚至没有告诉他们合意本身的存在,辩护人只是自己参与了协商。

由上可见,打破协商结果不符合任何参与方的利益,因此协商结果基本上都得到了遵守,转为审理程序的情况是比较少的。但是,对于已经生效的处罚令是可以再审的。根据德国刑事诉讼法第373a条,只有新事实表明存在重罪(而非轻罪),才可以另外地对由确定处罚令所终结的程序进行不利于受有罪判决人的再审<sup>[11]</sup>。

## 三、我国增设处罚令程序并引入协商机制的构想

### (一)我国应增设处罚令程序的动因与主要问题

我国当前进行的“以审判为中心的诉讼制度改革”包含了以繁简分流保障审判中心地位的要求。最高人民法院常务副院长沈德咏指出,实现庭审实质化,应当完善繁简分流制度,并指出一年来的试点情况表明,刑事速裁程序对部分犯罪情节轻微且被告人认罪的案件简化程序、快审快结,可以不进行法庭调查、法庭辩论,大大压缩了开庭时间,提升了诉讼效率,实践证明具有可行性<sup>[12]</sup>。

但是,现行速裁程序仍要求进行开庭程序,很难将法官从庭审任务中解脱,而某些速裁程序的庭审也往往流于形式。因此,借鉴德国经验,有必要增设更为简易的处罚令程序,仅行书面审理,从而省略开

① 德国刑事诉讼法第407条第三款规定:法院无须预先听询被告人。第410条第一款:被告人可以在送达后两周内向签发处罚令的法院,以书面形式或法院书记处制成笔录的形式提出异议……。

② 德国刑事诉讼法第302条第一款规定:提出法律救济期限届满前,亦可有效地撤回以及放弃法律救济。如果判决前作出协议(第二百五十七条C),不得放弃。检察院提出的有利于被指控人的法律救济,未经被指控人同意不可撤回。

庭审环节,以应对实行立案登记制和员额制之后的新形势。关于处罚令的制度设计,我国学界已有较为成熟的考虑<sup>①</sup>,本文认为还需主张的是,处罚令程序的具体适用范围应设定为可能判处一年以下有期徒刑、有期徒刑缓刑执行、拘役、管制、单处罚金或免于刑事处罚,事实清楚、证据充分,被告人对所指控的基本犯罪事实没有异议的公诉案件为宜。从统计数字来看,2002年到2007年间,每年生效判决宣告无罪、判处免刑、拘役、缓刑、管制、单处附加刑的人数占到当年生效判决所涉被告人总数的比例在28.45%~37.69%之间,并且这些案件中,大部分为案情比较简单,事实比较清楚<sup>[13]</sup>。因此,将处罚令程序的范围设定为一年以下有期徒刑(包括缓刑一年以下有期徒刑)、拘役,有望将我国四分之一到三分之一的刑事案件从庭审程序中解脱出来,从而得到快速处理。而只要被告人服从处罚令结果,处罚令的效力即同判决书,因此处罚令作为一种临时的判决或称之为效力待定的判决,能够大大提高轻微刑事案件的处理效率。即使存在被告人不服处罚令结果而要求开庭审理的,处罚令程序作为一种书面审理方式,也不会加重法官的日常工作。另外需要指出的是,设立处罚令程序的首位目的是效率,法院基于其认罪并放弃部分诉讼权利适用简易程序而给予量刑优惠,因此被告人对处罚令提出异议要求按照重新开庭审判的,当然应当允许法院判处比处罚令更重的刑罚,因为此时处罚令程序所特有的量刑从宽待遇已不存在。但是检察院和法院不得在庭前以此作为迫使被告人接受处罚令的手段。

## (二)我国刑事处罚令程序中协商机制的构建

为最大程度发挥处罚令程序的分流功能,处罚令程序中应当引入协商机制,给予适用处罚令程序的被告人以量刑减免。

关于处罚令程序中协商机制的启动,本文认为,人民检察院申请适用处罚令程序的,应当预先告知被告人适用处罚令程序的理由、影响和法律效力,告知被告人可能的量刑方案,并取得被告人的同意,方可启动处罚令程序。这点在现行的刑事速裁试点方案中已有相关规定,即“两高”与公安部、司法部2014年出台的《关于在部分地区开展刑事案件速裁程序试点工作的办法》第六条:“人民检察院经审查认为案件事实清楚、证据确实充分的,应当拟定量刑建议并询问犯罪嫌疑人,了解其对指控的犯罪事实、量刑建议及适用速裁程序的意见,告知有关法律规范。犯罪嫌疑人承认自己所犯罪行,对量刑建议及

适用素材程序没有异议并签字具结的,人民检察院可以建议人民法院适用速裁程序审理。”

关于处罚令程序中量刑协商的从轻幅度,由于处罚令程序所能适用的主要刑罚一年以下的有期徒刑和拘役、罚金,因此建议可给予三分之一的量刑从轻,也即最多四个月的有期徒刑减免、两个月的拘役刑期减免或者相应的罚金减少。如此设置既可以最大程度地推动处罚令程序的适用,也可以保证罚当其罪的目的不会受到过多影响。且将处罚令程序中的量刑减少定为三分之一,具有一定的实践基础,能够实现平稳过渡,不会导致量刑上的大起大落。<sup>②</sup>另外从国外实践看,国外实行的认罪程序中,所给予的量刑减免也多在这一档次或更高。如意大利处罚令程序的适用中,公诉人可以要求适用相对于法定刑减轻至一半的刑罚。俄罗斯刑事诉讼法“在刑事被告人同意对他提出的指控时作出法院判决的特别程序”规定,对被告人判处的刑罚不得超过所实施的犯罪法定最重刑种最高刑期或数额的2/3;法国的“被告人在事先承认犯罪的情况下出庭程序”规定,如果判处监禁刑,则刑期不得超过一年,也不得超过当处监禁刑刑期的一半;在英国,根据字面上的反映,在英格兰和威尔士执业律师普遍认为作为有罪答辩的被告人应当得到减刑1/3的奖励<sup>[14]</sup>。

## (三)处罚令程序中控辩协商的可能缺陷及其解决

处罚令程序中的协商机制与其他协商程序一样,也存在控辩信息不对称的现象。在是否接受协商结果的问题上,被告人往往缺乏作出理性选择的必要信息。被告人往往没有法律知识和庭审经验,也没有阅卷的机会,无法据以预测审判结果,因此只能依赖辩护人去进行协商,但是辩护人在协商中又存在不同于被告人的自己的利益。同时,协商程序是不公开的,不受公众监督,而且是否适用协商程序从来都是检察机关启动而且检察机关有否决权力

<sup>①</sup> 具体制度设计已有陈光中版、陈卫东版、左卫民版等。参见陈光中主编《刑事诉讼法再修改专家建议稿》规定,中国法制出版社2006年版,第580页以下;陈卫东主编:《模范刑事诉讼法典(第二版)》,中国人民大学出版社2011年版,第440页以下;左卫民等著:《简易刑事程序研究》,法律出版社2005年版,第294页以下。

<sup>②</sup> 根据现行最高人民法院《关于常见犯罪的量刑指导意见》,对于坦白情节,综合考虑如实供述罪行的阶段、程度、罪行轻重以及悔罪程度等情况,可以减少基准刑的20%以下;因如实供述自己罪行而避免特别严重后果发生的,可以减少基准刑的30%—50%;有退赃、退赔情节的,最多可以减少基准刑的30%以下;积极赔偿被害人经济损失并取得谅解的,最多可以减少基准刑的40%以下。

的,加之适用标准难以具化,因此在协商中被告人无疑是处于弱势的,在实践中很可能检察官会出于追求定罪目的而不是出于代表国家公义而进行协商,并在协商中压制被告人。对此问题,德国刑事诉讼法第257c(4)条要求法院除发现新的犯罪事实和证据外不得随意更改协商结果<sup>①</sup>。如果审判法庭认为不能按照被告人在协商时对量刑的期待进行量刑,那么被告人的认罪就视为从未作出,不能用作证据。

我国在构建处罚令程序时,完全可以借鉴并作出类似规定。但是同时也应当清醒地认识到,法院要想在被告人认罪后却无视这一认罪恐怕是很困难的。即使法院能够完全无视先前的被告人认罪情况,如果被告人被定罪的话,被告人和社会公众也很难相信法院没有受到先前认罪的影响而存在偏见。因此,法院对于处罚令程序的适用,应当审查被告人在庭前对于其在处罚令程序中的诉讼权利及诉讼后果是否已经充分知情,具体表现为是否在权利告知书上逐项签字。另外在被转为审判程序的处罚令案件中,审理时应着重审查全案证据,确认被告人是真诚认罪,还是只是为了“尽快了结此事”而选择认罪。

#### (四)以协商为基础的处罚令程序对于构建认罪认罚从宽制度的启示

认罪认罚从宽是刑事诉讼中审前分流的主要方式,能够有效将大批案件从普通程序中分流出来并得到快速处理。我国现行刑事诉讼法仅设置了普通程序和简易程序两种审理程序,距离实践需要尚有差距,因此出现了普通程序简化审、速裁程序等实践。这些程序连同处罚令程序、简易程序均以被告人认罪为适用前提,存在控辩协商的条件,因此可以共同成为构成我国认罪认罚从宽制度的基础。以被告人认罪和控辩协商为基础,我国刑事审前准备程序可以设置多种分程序,逐步培养较为完备的审前分流机制。

从实行处罚令制度的国家来看,在普通程序和简易程序之外多不止处罚令一种分程序。程序分流是因应案量激增现实的有效方式,也因应了协商性司法理念的潮流,尤其是在我国法院当前案多人少的严峻现实情境下更是有其构建的必要。而关于分流机制的初步构想,至少可以包含以下方面的内容:其一,赋予被告人程序选择权,使诉讼参与人(主要是被告人)有权自主决定是否认罪并启动相应的简易程序,并有权在简易程序中自主决定是否变更为普通程序。我国当前的简易程序主要以检察机关建议适用作为启动方式,可考虑赋予被告基于认罪

而主动提出适用何种简易程序的权利。其二,丰富简易程序的种类。未来我国的简易程序的设置应当是多种类的,基于被告人的认罪,可在一般简易程序之外增设置其他的简易程序,如速裁程序、处罚令程序等。其三,设立认罪答辩程序。认罪认罚从宽程序的前提是认罪,因此必须设立被告人认罪答辩程序,即在向被告人送达起诉书副本后,由被告人进行认罪答辩并表明是否协商的意图和是否选择简易程序及何种简易程序的意愿。如果被告人认罪,则可安排相应的庭前协商程序。其四,完善庭前准备程序。认罪和分程序应在庭前准备阶段完成,而协商程序的公正与否与双方信息的对称程度密切相关,因此应结合案卷移送、证据展示、庭前会议制度、答辩权利保障等配套措施共同完善。通过上述程序完善工作的整体推进,建立我国的认罪认罚从宽制度,促进刑事案件的审前分流。

#### 参考文献:

- [1] 史蒂芬·C·赛门. 欧洲刑事司法改革的趋势[M]//陈光中. 比较与借鉴:从各国经验看中国刑事诉讼法改革路径. 北京:中国政法大学出版社,2007:54.
- [2] 约阿西姆·赫尔曼,王世洲. 德国刑事诉讼程序中的协商[J]. 环球法律评论,2001:411-422.
- [3] RAUXLOH R E. Formalization of plea bargaining in Germany: Will the new legislation be able to square the circle? [J]. Fordham International Law Journal, 2011, 34(2):294-331.
- [4] BIBAS S. Plea bargaining outside the shadow of trial [J]. Harvard Law Review, 2004, 117(8):2464-2547.
- [5] 弗洛伊德·菲尼,约阿西姆·赫尔曼,岳礼玲. 一个案例两种制度:美德刑事司法比较[M]. 北京:中国法制出版社,2006:329.
- [6] 托马斯·魏根特. 德国刑事诉讼程序[M]. 北京:中国政法大学出版社,2004:211.
- [7] 约阿希姆·赫尔曼,程雷. 协商性司法:德国刑事程序中的辩诉交易? [J]. 中国刑事法杂志,2004(2):116-126.
- [8] 邵建东. 德国司法制度[M]. 厦门:厦门大学出版社,2010:299.
- [9] MESSITTE P J. Plea bargaining in various criminal justice systems [EB/OL]. (2010-05-01) [2015-12-30]. [http://www.law.ufl.edu/\\_pdf/academics/centers/cgr/](http://www.law.ufl.edu/_pdf/academics/centers/cgr/)

<sup>①</sup> 德国刑事诉讼法第257c条第四款规定:如果法律上或事实上具有意义的情况被忽视或新出现,且法院因此确信所承诺的刑罚范围不再与行为或罪责相当,法院不受协议拘束,如果被告人嗣后的诉讼行为与法院作预测所根据的行为不符,此同样适用。在这些情形中,被告人的供认不得使用。法院应当不迟延地告知将背离承诺。

- 11th\_conference/Peter\_Messitte\_Plea\_Bargaining. pdf
- [10] 宋冰. 美国与德国的司法制度及司法程序[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1998: 408.
- [11] 宗玉琨. 德国刑事诉讼法典[M]. 北京: 知识产权出版社, 2013: 69.
- [12] 沈德咏. 论以审判为中心的诉讼制度改革[J]. 中国法学, 2015(3): 5-19.
- [13] 刘哲. 刑事处罚令程序的比较与借鉴[J]. 人民司法(应用), 2012(11): 99-103.
- [14] 孙瑜. 认罪案件审判程序研究[J]. 北京: 对外经济贸易大学出版社, 2012: 194.

## Sentencing Negotiation in Penal Order Procedure: Practice in Germany and Its Inspiration to Establishment of Lighter Sentence System for Confession in China

FENG Xiheng<sup>1,2</sup>

(1. High People's Court of Zhejiang Province; 2. Xiacheng Court of Hangzhou City, Hangzhou 310012, China)

**Abstract:** Penal order procedure is a rapid processing procedure for minor criminal cases. The introduction and establishment of sentencing negotiation mechanism in penal order procedure is good for further improving litigation efficiency. German penal order procedure and negotiation practice provide an inspired template for the procedure of lighter sentence for confession in China, which are worth study and reference. Future penal order procedure in China shall allow sentencing negotiation between charge and defense and establish and improve the system of lighter sentence for confession and division mechanism before criminal justice.

**Key words:** penal order; sentencing negotiation; German criminal procedure; lighter sentence for confession

(责任编辑: 任中峰)