

明德青年法学文库



背叛程序正义

协商性刑事司法研究

魏晓娜 著



法律出版社

国家社科基金项目成果

明德青年法学文库

6

背叛程序正义

协商性刑事司法研究

魏晓娜 著



法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

背叛程序正义:协商性刑事司法研究 / 魏晓娜著

—北京:法律出版社,2014.4

(明德青年法学文库)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6116 - 0

I. ①背… II. ①魏… III. ①刑法—研究—中国

IV. ①D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 040566 号



© 法律出版社·中国

责任编辑/陈 妮 王晓萍

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/财税出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制/吕亚莉

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/12.5 字数/228 千

版本/2014 年 5 月第 1 版

印次/2014 年 5 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 6116 - 0

定价:36.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《明德青年法学文库》编委会

主 任 朱景文 胡锦涛

委 员 (按姓氏笔画为序)

叶秋华 龙翼飞 何家弘 陈卫东

陈桂明 余劲松 杨立新 范 愉

周 珂 赵晓耕 郭 禾 徐孟洲

黄京平 韩大元 戴玉忠

《明德青年法学文库》编辑部

主 任 史彤彪

成 员 邵 明 姚海放

出版说明

中国人民大学法学院(以下简称人大法学院)是新中国成立后党和国家创办的第一所正规的新型高等法学教育机构,已走过60年历程。在国家教育部于2004年和2009年组织的两次一级学科评估中,人大法学院均位列法学学科第一名。高水平的科研成果和社会影响力是该评估的重要指标。这一排名,既说明了人大法学院教师具有雄厚的科研实力,也意味着人大法学院教师必须担负的社会责任与使命。

法学院之间的竞争实质上是青年学者之间的竞争。人大法学院拥有一支学术造诣深厚、具有良好学术品格的教师队伍,不仅要一如既往地关心、尊重资深老教授及中年教授,更要呵护、扶持和关心青年教师的成长。从某种意义上说,青年学者的学术竞争力决定着人大法学院的未来。

以现有学科优势为基础,人大法学院未来10年的远景规划是:以学科建设为中心,以提高人才培养质量为重点,以高水平的科研成果为平台,不断提高学科竞争力,构建合理的教师梯队,培养高级法律人才,建设国际化、现代化的法学学科。通过10年左右的努力,将人大法学院的法学学科建设成为世界一流的学科。

在此背景下,本着长远发展的战略眼光,着眼于未来,为保证持续性发展,人大法学院特与法律出版社合作,出版一套开放式系列法学图书——《明德青年法学文库》。拟通过本文库的出版,达致以下目的:

第一,培养和发现一批青年法学才俊。本文库主要资助具有学术潜质并有一定学术影响力的青年学者。人大法学院的青年学者均具有博士学位,毕业于一流法学院,其中大

多数毕业于国外一流大学法学院,具有非常良好的学术素养和学术潜质。

第二,促使青年学者尽快成才。青年学者有志于学术研究,但有时缺乏出版学术成果的平台。希望通过本文库,既给这些在学术界已有一定知名度的青年学者施加一定的学术研究压力,也使他们能够在学术研究方面尽快成长起来。

第三,与法律出版社强强联合,共同打造人大法学院坚实的人才梯队。法律出版社是目前国内法律出版行业的第一大社,学术品位一流,具有良好的社会影响和社会评价,图书设计和装帧美誉度高。通过强强合作,共同打造一套高水准的学术出版物,有助于推动我国法治的发展与进步。

本文库由人大法学院负责组织,人大法学院学术委员会负责具体实施。本着“高品位、高水准、出精品”的出版目的,纳入文库的图书必须是既能够代表作者的最高学术水准也能够代表人大法学院水准的个人独著。文库入选著作采申请制,由作者向人大法学院学术委员会提出出版申请,并提交著作的初稿,供学术委员会图书质量初步审查之用。人大法学院学术委员会对书稿的初步审查主要针对书稿的体例和内容,确认其是否符合文库的学术定位。在初审的基础上,人大法学院学术委员会对拟纳入文库出版的书稿,交与相关专业具有重大学术影响的资深教授或外聘同行资深教授,就书稿内容的学术水准进行再审查。人大法学院学术委员会依据审稿教授的意见,最终决定是否将书稿交付出版。

本文库为开放式系列法学图书,每年出版3~4本学术专著,不出版主编著作、教材、论文集、译著等。

多年来,人大法学院与法律出版社之间形成了良好的合作关系,本文库即是这一良好合作关系的体现和进一步深度拓展。同时,人大法学院亦非常感谢法律出版社多年来的支持和帮助,感谢法律出版社对本文库的大力支持!

《明德青年法学文库》编委会

2010年9月10日

绪 论	1
一、研究背景	1
二、研究现状	3
三、基本概念	4
四、研究思路	7
 第一章 历史视角:协商性刑事司法的西方源流	9
一、西方法律制度对协商性司法的态度:早期历史	9
二、19 世纪以来西方法律制度对协商性司法态度	14
三、当代协商性司法的路径选择:英美和欧洲大陆	20
 第二章 比较法视角(一):美国的协商性刑事司法	25
第一节 辩诉交易的发生背景	25
一、辩诉交易产生的背景	26
二、辩诉交易的制度条件	30
第二节 辩诉交易的制度运作	32
一、认罪答辩的效力	32
二、答辩协商程序	36
三、交易破裂和撤销	40
第三节 关于辩诉交易的争论	43
一、辩诉交易是否难以避免	43

二、辩诉交易是否是好的制度	44
第三章 比较法视角(二):欧洲的协商性刑事司法	49
第一节 警察主导的协商性司法	49
第二节 检察官主导的协商性司法	51
一、附条件撤销案件制度	51
二、刑事调解或和解	53
第三节 辩诉交易及其变形:水平和垂直的协商	55
一、英国的认罪答辩和辩诉交易制度	56
二、德国的供述协议制度	59
三、法国的庭前认罪程序	67
四、意大利的协商性程序	71
五、小结	75
第四章 比较法视角(三):我国台湾地区的刑事协商机制	79
一、我国台湾地区引入刑事协商机制的背景	79
二、台湾地区刑事协商程序的历史沿革	81
三、台湾地区协商程序的内容	83
四、台湾地区协商程序的特色	87
五、台湾地区协商程序的适用现状与问题	90
第五章 理论视角下的协商性刑事司法	101
第一节 协商性刑事司法产生的理论背景	101
一、传统刑事司法模式的基本逻辑和内在危机	101
二、协商性刑事司法的理论“外援”	105
第二节 关于协商性刑事司法的理论争论	119
一、赞成协商实践的理由	119
二、对协商性刑事司法的批评	121
第三节 协商性刑事司法的“合法性”危机	125
一、刑事判决的“合法性”议题	125
二、刑事判决“实体正当性”的贫困	126
三、协商性司法——背叛程序正义?	127
四、力挽“合法性”危机——协商性刑事司法的合法化因子	133

第六章 中国的协商性刑事司法	139
第一节 产生背景	139
一、西方传统刑事司法的危机与转向	139
二、解决纠纷的中国传统	143
三、协商性司法兴起的现实因素	150
第二节 中国协商性司法的价值与风险	155
一、协商性司法的价值	155
二、协商性司法的问题和风险	159
第三节 协商性刑事司法的中国模式	164
一、“公力合作模式”——中国式“辩诉交易”	164
二、“私力合作模式”——刑事和解运动	173
后 记	191

绪 论

一、研究背景

本书落笔之时,正值中国刑事诉讼法新一轮修改逐渐落幕,“辩诉交易”和“刑事和解”以不同的形式、不同的程度进入新刑事诉讼法。始自 21 世纪初的协商性刑事司法的实践热潮进入理性省思阶段。放眼海外,形形色色的协商性司法程序如雨后春笋般出现在各国刑事司法领域,比较法学界对于刑事司法领域出现协商性司法的背景、原因、特点、正当性、界限和风险也开始进行比较深入的探讨。传统的刑事司法,讲求“正当程序”。何为“正当程序”?在笔者看来,正当程序是一种权利保障机制,这一机制的着眼点有两个:第一,对公民生命、自由和财产等重要权利的剥夺或者限制必须通过一定的程序才能决定,无论这种剥夺或者限制是个别进行的还是具有一般的性质;第二,这种程序本身必须公正,其核心要求是权利受到影响的当事人获得被聆讯的机会。前者往往与“实质性正当程序”的思想相联系,主要规范立法和行政行为;后者则是一种“程序性正当程序”的思想,关注于程序本身的完善。在刑事司法中,讲求正当程序就意味着对被告人的权利提供尽可能完备的保护。但是,协商性司法的出现告诉我们,对被告人的关怀固然没有问题,但由此所导致的程序繁复却是任何一个国家都难以承受的,因此有必要通过一定的机制鼓励被告人放弃自己的权利。同时,关怀被告人固然没有错,但忽视了被害人却是错误的,有必要让被害人重新回归刑事司法,发出自己的声音。因此,与传统刑事司法重在保护被告人的权利相比,协商性司法的重心更偏重于被害人,同时鼓励被告人放弃自己的权利。从这个角度

来看,协商性司法可以说是一场与传统的正当程序要求背道而驰的运动。与传统的刑事司法相比,协商性司法的发力点、看待问题的视角以及解决问题的思路皆不相同,因此,说它“背叛程序正义”并不为过。而今,这场“背叛程序正义”的运动已经超越了国家和法系界限,成为全世界范围内的实践。从反面来看,原动力来自于西方的近现代刑事司法,确实在某些地方出了问题。

法与司法的本意在于“定分止争”,刑事司法也不外乎如此。但是,自从国家机器分化发达之后,刑事司法就开始与原来的初衷渐行渐远。首先,刑事纠纷转手成为国家和刑事被告人之间的纷争,原来的一方当事人——被害人却被弃置一旁;然后,刑事纠纷的解决不再取决于双方当事人(包括检察官)的意愿,而是取决于裁判者依据独立标准对被告人过往行为的独立评价。自此之后,刑事纠纷的原始当事人——被告人和被害人开始了不同的命运历程。刑事被告人的命运先是“大落”,沦为审判的对象、刑讯的对象和证据的来源;后是“大起”,在资产阶级革命后上升为诉讼主体,第二次世界大战之后更是在“人权”旗帜的庇护下成为正当程序运动的直接受益人,各种权利得到空前扩张。而被害人,自几个世纪之前被驱逐出刑事司法程序之后,一直游离于刑事司法的边缘,其命运没有根本的改观。受到犯罪侵害之后,被害人一般能采取的行动无非两种:一是对犯罪行为造成的损害提起民事赔偿之诉;二是作为“证人”有限参与到刑事诉讼中。如果由于各种原因民事赔偿无法到位,那么司法程序给被害人留下的,就只有一身的伤害。所谓刑事案件的解决,解决的只是国家与刑事被告人之间的问题,而作为纠纷原始当事人的被害人的问题,依然留给了社会。现代刑事司法固然有自己的逻辑,但这种逻辑给刑事被害人造成的伤害,给社会关系造成的破坏,我们却不能视而不见。因此,在各国刑事司法的现代化发展到一定程度之后,必然回过头来省思刑事司法过度“现代化”所造成的问题并寻求各种对策。协商性司法便是其中之一。因此,从这个意义上说,协商性司法也是一场还纠纷于社会、还司法于本来面目的运动。

但是,协商性司法自身也有风险。现代刑事司法历经几个世纪形成的基本逻辑和原则,并非无病呻吟。协商性司法如要挑战这些由来已久的规则,无异于解构现代法治体制,其中的风险,可想而知。因此,协商性司法自产生的那一天起就须面对的一个问题就是对它的“合法性”质疑。退一步,即便“合法性危机”得以化解,那么如何处理它与正规刑事司法的关系又成为一个问题。毕竟,在刑事司法领域,“协商”的逻辑不可能无限延展,在某个地方,一定会碰触到它的界限。那么这个界限又在哪里?

中国协商性司法兴起的背景,与西方有耦合的一面,也有更为现实的动机。无论我们对这种现象是否持认可态度,这已经成为我们的司法现实,因此也应当成为我们研究问题的出发点。但是,我们要面对的问题比西方更为棘手。西方是在完成

刑事司法现代化的基础上发展出各种协商性司法形式的,而从各种意义上说,我国刑事法领域的正当程序运动并未真正完成,标志之一就是不少国际通行的刑事诉讼原则和犯罪嫌疑人、被告人权利并没有在我国现行法律中得到承认。换句话说,我们距离“现代”的刑事司法还有一段距离,而现在却不得不面对“解构”现代刑事司法的趋势。这似乎注定了中国的刑事司法建设必须两条腿走路:一是沿着刑事司法现代化的路径,强化被告人的权利保障;二是沿着协商性司法的逻辑,注重对被害人的救济和社会关系的修复。协商性司法相对于传统的刑事司法固然有自己的优点,但是任何制度都有其逻辑界限,一旦走过了头,就有可能反过来伤害尚不牢固的法治根基。

二、研究现状

“协商性刑事司法”是在刑事诉讼中避免正式审判程序、通过协商解决刑事案件的方式方法的统称。“协商性刑事司法”无论在国内还是国外都是一个比较新的课题。在国外这一课题的研究兴起于20世纪八九十年代。起因在于20世纪70年代以来西方各国的刑事司法所发生的显著变化,即所谓的协商性司法以不可遏制之势纷纷出现于德、法、意、西等欧洲大陆国家的司法实践中,不少国家在立法上也予以明确肯认。这一与刑事司法的经典理念相悖离的新动向很快引起部分法学家的注意,关于“协商性司法”的研究逐渐升温。迄今为止,西方法学界关于“协商性刑事司法”的研究大体集中在两个方面:第一个是刑事法领域出现“协商性司法”的成因研究;第二个是“协商性刑事司法”的正当性(合法性)研究。但是,“协商性司法”的适用条件和程序规范方面的理论研究尚不多。

2002年,中国出现了第一例以“辩诉交易”方式结案的刑事案件,从而引发了一场关于是否在中国引入“辩诉交易”制度的大讨论。经过几年的发展,关于辩诉交易的概念、种类、制度条件、优缺点的研究相对比较成熟。随后,关于“暂缓起诉”、“恢复性司法”、“刑事和解”等带有协商性司法因素的制度试验和研究也开始出现。

综上所述,一方面,“协商性刑事司法”实践在我国刑事诉讼中已经成为确定不移的事实。另一方面,与“协商性刑事司法”相匹配的理论并不成熟,就国内的研究现状而言,尚有一定的缺憾,主要表现在:(1)国内学者关于“协商性刑事司法”的研究,多集中于现象的描述和原因的探究;对于刑事司法制度的内在危机、“协商性刑事司法”的正当性(合法性)及其对中国的刑事程序正当化建设的冲击方面的研究显得不够,理论的阐述有待提高。(2)关于“刑事和解”的研究“一枝独秀”,对于其他协商性司法措施及其相互关系的揭示尚有待增加。(3)研究方法较为陈旧,对西方制度的研究译介多、分析少,微观研究多、宏观系统研究少。加之协商性司法措施的法律地位长期不明确,客观上阻碍了实证研究,因而无法确切了解它们在整个刑事

司法体系中所起的作用。

在 21 世纪之前,对协商性司法的研究在国内一直处于休眠状态,以刑事诉讼中“和解”为主题的论文为例,据“中国期刊全文数据库”统计:从 1979 年到 2000 年,涉及“和解”主题的论文共计只有 23 篇;2001 年至 2005 年增至 43 篇;2006 年至 2010 年有 1151 篇;2011 年至 2013 年有 895 篇。^①可见,自 2005 年之后,国内对于刑事和解主题的研究呈井喷状态。本书参考文献众多,这里只列十几部中英文文献:《刑事和解初探》(陈光中);《刑事和解的理论基础与司法适用》(陈光中);《恢复性司法程序之思考》(宋英辉);《刑事诉讼的私力合作模式——刑事和解在中国的兴起》(陈瑞华);《刑事和解视野中的检察调解构想》(王雄飞);《辩诉交易制度透析——兼论我国的“普通程序简化审”》(闵春雷);《恢复性司法:理念、价值与争议》([英]格里·约翰斯通著,郝方昉译);《视角之变:一种犯罪与司法的新焦点》([美]霍华德·泽尔著,狄小华、张薇译);《法与恢复性司法》([比利时]洛德·沃尔格雷夫编,郝方昉、王洁译);Joachim Herrmann, Bargaining Justice—A Bargain for German Criminal Justice (53 *U. Pitt. L. Rev.* 755); Maximo Langer, From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure (45 *Harv. Int'l L. J.* 1); Thomas Swenson, The German “Plea Bargaining” Debate (7 *Pace Int'l L. Rev.* 373); Shannan C. Krasnokutski, Human Rights in Transition: the Success and Failure of Polish and Russian Criminal Justice Reform (33 *Case W. Res. J. Int'l L.* 1); William T. Pizzi, Understanding Prosecutorial Discretion in the United States: The Limits of Comparative Criminal Procedure as an Instrument of Reform (54 *Ohio St. L. J.* 1325); Françoise Tulkens, *Negotiated Justice* (European Criminal Procedures, Edited by Mireille Delmas – Marty and J. R. Spencer, Cambridge University Press, 2002)。

三、基本概念

根据布莱克法律大辞典,“协商”(negotiation)意指就已经发生争端或者可能会发生争端的事项,双方当事人为了达成协议而自愿进行的对话、交涉或交易过程。^②协商有时也称为谈判或者交涉,是一种旨在相互说服的交流或对话过程,目的是达成合意。^③在我国,有时也把当事人双方协商解决纠纷称为“和解”,也经常将协商(negotiation)直接译为“和解”,在一定意义上二者可以通用。但是,二者也有明显的

① 检索时间为 2013 年 10 月 10 日。

② Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, 8ed., Thomson West 2004, pp. 1064 – 1065.

③ 范愉、李浩著:《纠纷解决》,清华大学出版社 2010 年版,第 288 页。

区别,和解 (settlement) 是指当事人在诉讼中经协商和让步而达成的、以终结诉讼为目的的合意。而协商则主要是指达成合意的方式与活动。因此,“和解”具有两个层面上的含义,既可以把和解理解为双方当事人经协商达成一致的结果;也可以把和解理解为协商的过程本身。在第二层含义上,“和解”与“协商”基本在同一意义上使用。在我国的传统观念中,当事人之间通过协商解决纠纷属于典型的“私了”,曾经一度被视为法律规避行为,其正当性受到否定。但随着社会观念和法制理念的转变,协商和解已被社会接受;在特定的领域,如交通事故快速处理,甚至被设定为法定必经程序,成为一种与正式的执法程序相辅相成的制度。“调解”(mediation),是在第三方的协助下,以当事人自主协商为主的纠纷解决活动。^① 调解是在第三方协助下进行的协商,是谈判协商的延伸。调解与协商的区别在于第三方——调解人的参与。调解与审判、仲裁不同,尽管都存在第三方的参与,但区别调解和审判、仲裁的决定性因素在于第三方的参与方式和作用,即调解人没有权力对争执的双方当事人施加外部的强制力,也没有权力(和义务)对争议事项作出判断和决定。^② 调解与和解有着密切的关系。如果从结果层面上理解和解,那么调解的最终目标就是达成和解。只有从行为层面上理解的和解,才与调解有所不同,因为和解过程中没有出现第三方,是双方当事人之间的交涉,而调解则是在第三方主持下进行的交涉和协商。因此,可以说,协商、调解都是促进和解的手段,和解是协商、调解的积极目标和成功结果。

“协商性司法”一词意味着在法治之秤的两端都存在着协商——在立法层面和法律实施层面(即处理诉讼层面)。本书则完全集中于后一个层面,即刑事诉讼背景下的协商性司法。在这里,刑事上的冲突是“协商”的主题。因此,所谓“协商性刑事司法”即是在刑事案件的处理方面,不同程度地给当事人之间的“协商”或者“合意”留有一定空间的案件处理模式。^③ 那些在刑事司法中经常出现的角色,如警察、被告人和被害人,至少在形式上充当了协商主体。初看起来,无论是“协商”还是“合意”,这些类似的表述与刑事法都是不相容的。实际上,刑事司法的传统模式与任何形式的讨论、让步或者妥协都是不相容的。刑法的实施长期以来都是一种“强加型司法”(imposed justice),即由国家专门机关单方面地施与犯罪嫌疑人、被告人的过

① 范愉、李浩著:《纠纷解决》,清华大学出版社2010年版,第298页。

② 在我国,通常把调解定义为:在第三方主持下,以国家法律、法规、规章和政策以及社会公德为依据,对纠纷双方进行斡旋、劝说,促使他们互相谅解、进行协商,自愿达成协议,消除纷争的活动。参见江伟、杨荣新主编:《人民调解学概论》,法律出版社1994年版,第1页。这一定义主要是针对我国人民调解制度,将调解作为一种制度给出的定义。

③ Françoise Tulkens, Negotiated Justice, Mireille Delmas - Marty and J. R. Spencer (ed.), *European Criminal Procedures*, Cambridge University Press (New York), 2002, p. 642.

程。这种单向性传递了这样的信息:法律是既定的,这些既定的法律维护的是基本的社会价值,因此在法律实施过程中不容许讨价还价。有关专门机关的法律实施活动也只是一个通过三段论的逻辑而展开的过程。因此,刑事司法是关于认定事实而不是确认交易的活动。而协商性司法体现的是一种“商定的正义”(concerted justice),在这里,契约的观念得到了强调。协商性司法不止于赋予个人接受或者拒绝他们无法控制其内容的处理方案的权利,它还赋予个人讨论解决方案的权利。通过相互让步,这种讨论至少部分地影响着处理方案的内容。

在“强加型司法”和“协商型司法”之间,实际上还有一些过渡形式的刑事司法模式。例如,法国学者 Michel van de Kerchove 归纳了四种类型的刑事司法——强加型司法、参与型司法、合意型司法和协商型司法,这四种刑事司法类型之间也相互交织和重叠。^①“参与型司法”包含了“要求个人参与刑事诉讼”的观念。在最为广泛的意义上,这种模式既包括自诉,也包括公诉;在较为狭窄的意义上,“参与型司法”意味着,只有在被害人对犯罪提出正式控告或者民事当事人告诉的情况下才能够追诉犯罪。“合意型司法”,如上所述,是指那些在不同程度上给当事人的同意留有余地的刑事司法模式,无论这种同意是以一种积极接受的形式,还是以消极地不拒绝的形式,但这都不必然赋予当事人对处理方案内容的讨论权。但是,强加型、参与型、合意型、协商性司法这些模式并非僵化不变。即便是居于两端的强加型司法和协商型司法之间,也会存在各种形式的相互作用。另一位法国学者 François Ost 指出:“官僚化和秘密运作的强加型法律模式比它表面看起来具有更多的契约性。相反,各种形式的协商型法律模式显然掩盖了其明显或不明显的约束机制。在很多情况下,找出这两种形式哪种占了上风并不容易,因为它们相互交织在一起。”^②

协商性司法与“恢复性司法”有着密切的联系。恢复性司法的英文表述为“restorative justice”,和它相对应的是“distributive justice”,即分配性正义或者报复性正义。对于这两个词组中的“justice”,有“正义”和“司法”两种译法,但不同的译法传递的信息却不相同。“恢复性正义”传达的是一种理念,理念可以体现在具体的制度中,但理念毕竟不是制度本身。“恢复性正义”体现的是一种不同于传统的有罪必罚、罚当其罪的报应主义正义观,而“恢复性司法”则是具体的司法制度设置,不同于宽泛的正义观。“restorative justice”本质上是一种刑事法理念,因此“恢复性正义”的译法也许更能反映其内涵和实质,但“恢复性司法”的译法在国内似已约定俗成,运用更为普遍,所以本书仍采“恢复性司法”的译法。在协商性司法的发展过程中,

① Françoise Tulkens, Negotiated Justice, Mireille Delmas - Marty and J. R. Spencer (ed.), *European Criminal Procedures*, Cambridge University Press (New York), 2002, p. 643.

② Ibid., p. 644.

恢复性司法作为一种刑法理念必然起到了重要的支撑作用;在具体表现形式上,二者往往交织在一起,不易辨识。但是,如前所述,恢复性司法首先是一种形而上的理念,不赞成传统的有罪必罚正义观,强调对犯罪所破坏的社会关系进行修复,对犯罪被害人进行经济弥补和情感修复。如果说传统的刑事司法是国家本位的,恢复性司法则是社会本位的。而协商性司法首先是一种司法模式,在这种司法模式中,多多少少赋予当事人协商、交涉、交易、合意以一定的空间,允许这样的协商、交涉、交易或者合意影响到刑事案件的最终处理。因此,协商性司法往往表现为形形色色、具体而微的案件处理方式。在协商性司法的各种具体制度的形成过程中,恢复性司法理念肯定是一种重要的支持力量;但协商性司法并非恢复性司法理念的具体化,二者有一定交集,但却是两个完全不同的概念。此外,恢复性司法更注重修复社会因犯罪所受到的创伤的结果,而协商性司法的着眼点则在于案件解决过程本身。

四、研究思路

本书分为六章,大致可以归为两大部分。前五章为第一部分,主要从三个不同的视角,即历史视角、比较法视角和理论视角介绍西方协商性刑事司法的基本概况。第六章为第二部分,主要介绍协商性司法在中国的特殊发展背景、价值、风险和发展模式。

第一章介绍协商性刑事司法在西方发展的历史以及英美和欧洲大陆在发展协商性司法方面的差异。之所以从写史开始,意在为读者提供对于协商性刑事司法的尽量客观的认识,因为“某些法律的概念之所以有它们现在的形式,这几乎完全归功于历史。除了将它们视为历史的产物外,我们便无法理解它们”。^① 英国^②和欧洲大陆的刑事诉讼程序在13世纪开始分道扬镳,走上两条截然不同的发展道路。对于当事人之间的协商,英国的诉讼环境比欧洲大陆隐含的障碍更少。协商性司法之所以首先在英美发端,是英美诉讼逻辑的必然结果,但是,给控辩之间的协商提供现实驱动力的,仍旧是历史环境。而在欧洲大陆,走向协商性司法的运动来得相对迟缓一些。同样由于历史和制度环境的差异,英美和欧洲大陆在发展协商性刑事司法方面也有不同的路径选择。

接下来的第二章、第三章、第四章分别介绍协商性刑事司法在美国、欧洲和我国台湾地区的发展状况。辩诉交易是协商性司法的最充分、最完整形式,第二章首先探讨了美国辩诉交易制度的成因和制度条件,然后介绍了认罪答辩的效力、答辩协商程序和交易破裂或违约的后果等辩诉交易制度在运作中的具体问题,最后介绍了

① [美]本杰明·卡多佐著:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆1998年版,第31页。

② 本书提及“英国”时,一般仅指英格兰和威尔士地区。

美国学界围绕着辩诉交易制度产生的理论争论。第三章介绍欧洲各国(含英国)的协商性司法。本书并没有如传统文献一样将英国与美国合并讨论,而是将英国置于欧洲部分讨论,这样处理当然不仅仅是出于地理上的原因。如前所述,辩诉交易的最丰满形式存在于美国,即便是英国,在辩诉交易的适用方面也有诸多的局限,为了多角度呈现美国的辩诉交易制度,特设专章予以讨论。这是原因之一。原因之二,英国除辩诉交易外,比较有特色的协商性司法形式还有“附条件警告”,这是辩诉交易制度难以涵盖的。对欧洲的协商性司法不再按照国别进行介绍,而是根据协商性司法的发生阶段进行概括总结,因为欧洲各国的协商性司法形式总体上花样繁多,各国面对的问题也不尽相同。第四章介绍我国台湾地区引入协商机制的背景、基本状况和面对的问题。之所以把台湾地区放在这一部分介绍,是因为台湾地区的刑事司法制度与欧洲大陆有着深厚的历史传承关系,而近年来协商机制的引入,又是直接向美国借鉴的结果。基于这个原因,本书将台湾地区置于西方谱系进行介绍。

第五章探讨围绕着协商性刑事司法的一系列理论问题。这也是目前国内关于协商性刑事司法的研究中较为薄弱的一环。协商性刑事司法的出现是否纯属应景之作,毫无理论上的正当性可言呢?本章的主要任务即在于对这一系列问题提出解答。首先,协商性刑事司法的产生具有深刻的理论背景。传统刑事司法的基本逻辑在“正当性”和“效率”两个方面产生危机的同时,哈贝马斯的“交往行为”理论、被害人支持运动和恢复性司法理念也给协商性司法提供了理论上的“外援”。接着,本章介绍了欧洲大陆和英美国家围绕协商性刑事司法产生的理论争论,有助于我们全面认识协商性司法的价值和问题。本章最后探讨了协商性刑事司法本身所包含的“合法性”危机和“合法化”因子。

第六章探讨中国协商性司法的发展状况,产生背景,以及价值、存在的问题和风险。中国协商性司法的发展背景,与西方有耦合的一面,更有特殊的中国传统和现实国情。协商因素的引入,给中国的刑事司法带来了新鲜的气息,具有一系列的正面价值。但与西方一样,协商性刑事司法有一些固有的问题和风险。而且,与西方不同的是,中国协商性司法的发展是在刑事司法现代化并未彻底完成的背景下发生的,因而更会产生一系列特殊的问题和风险。中国协商性刑事司法主要沿着两条线发展:一条是“公力合作模式”,即被告人与检察官之间的合作;另一条是“私力合作模式”,包括我们泛称为“刑事和解”的各种做法与制度。