



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

Negotiated
Justice:
a New Procedural Idea

协商性司法

一种新程序主义理念

马明亮 著

Negotiated Justice:
a New Procedural Idea

协商性司法

一种新程序主义理念

马明亮 著

TODAY

| Legal Thinker



法律出版社

始创于1954年

图书在版编目(CIP)数据

协商性司法——一种新程序主义理念 / 马明亮著. —北京:

法律出版社, 2007. 5

(今日法学思想)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 7389 - 4

I. 协… II. 马… III. 司法—研究 IV. D916

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 068168 号

© 法律出版社·中国

协商性司法——一种新程序
主义理念

马明亮 著

责任编辑 高山
装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2007 年 5 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 11.5 字数 290 千

印次 2007 年 5 月第 1 次印刷

编辑统筹 法学学术出版社

经销 新华书店

责任印制 陶松

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 7389 - 4

定价:29.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

站在刑事程序理论的至高点（代序言）

陈瑞华

平时读书和做学问，不太愿意花时间阅读一本书的序言，也不擅长为别人写序。总觉得一部著作要靠其理论上的创新来征服读者，而读者通过阅读全文自会对著作的优劣得失作出判断，而无须别人做“指点迷津”式的推介。但是，在收到马明亮博士的书稿《协商性司法——一种新程序主义理念》之后，我改变了主意。对于这部书稿，我实在有一些话要说。在这种“想说话”的冲动之下，一篇简要的序言也就写成了。

马明亮 2002 年考入北京大学法学院博士生班，2005 年毕业并顺利地获得法学博士学位，本书稿是他在法学博士学位论文基础上经过很大的修改之后完成的。作为他的指导教师，我亲历了他博士论文选题、开题、写作、修改、答辩的全过程。早在攻读法学硕士期间，马明亮就对诱惑侦查（一说“警察圈套”）问题作出过研究，发表了数篇有分量的论文。考上博士生以后，他对中国司法实践出现的一些“自生自发”的改革措施，如辩诉交易、量刑建议、缓予起诉、刑事和解等，产生了极为浓厚的兴趣，并尝试写出了一篇旨在揭示这些现象之理论意义的论文。在征求我的意见后，这篇论文被命名为《正义的妥协——协商性司法在中国的兴起》，经过长达 9 个多月的无数次修改，几经斟酌，最终发表在《中外法学》2004 年第 1 期上。论文发表后，产生了出人意料的强烈反响，成为刑事訴訟法學论文中获得最多引证的论文之一。论文的发表大大激发了马明亮的潜在学术创造力，他不仅在此文的基础上又写出了数篇颇有分量的论文，而且产生了以该题目作为博士论文

选题的想法。在论文选题获得博士导师组的审查和通过之后,马明亮开始了呕心沥血、废寝忘食的写作过程。论文初稿写出后,他听取了我及其他学者的建议,从语言表述、概念界定到论证思路都进行了多次大规模的修改。有时候,一些关键章节的论述刚刚修改完毕,又在新的思路和灵感的指引下,全部推倒重来;甚至有时昨天刚刚与导师谈完论文,今天又遇到了新的难题,以至于要重新面谈。尽管在写作中屡屡陷入困境,但马明亮始终以坚韧不拔的毅力,克服了初次涉猎尖端课题研究所必然遭遇的困难,终于在学术研究上闯出了一片新天地。论文定稿后,参加预答辩和论文评审的专家都给予较高的评价,这篇博士论文的开拓性和创新性受到了肯定。直至今日,马明亮经过长达一年的时间对该论文进行了全方位的修改完善,解决了博士论文在论证上的一些不足,使得整个研究达到了较为成熟的程度。完全可以说,通过这部著作的写作和修改过程,马明亮提出了形成一定体系的程序理论,并在一个方面达到了刑事程序理论的至高点。

马明亮的最大贡献是首次提出并全面论证了“协商性司法”理论。在他看来,刑事诉讼模式可以分为两大类型:对立式司法与合作式司法。从刑事诉讼制度数百年的发展过程中,被追诉人与司法机关在刑事诉讼主要处于一种对立关系,因此可以归为对立式司法;而近年来形成的协商处理案件的模式中,被追诉人与司法机关则形成一种互惠的合作关系,可以称为合作式司法。可以说,传统的程序正义理论在对立式司法中具有很强的解释力,它的局限主要暴露于合作式司法中。如何扩展程序正义理论的内涵,使其能解释合作式司法实践的同时,发挥理论的评价功能与构建规则的指针作用,继而进一步奠定程序正义理论在整个刑事诉讼的基石地位,这是这部著作所要解决的理论难题。

在马明亮看来,合作式司法体系并不以公权力与私权利的简单对抗为前提,而是以意思自治为运作核心;它也不以追求合乎法律规范的司法裁决为目的,而是追求妥当地解决刑事争端为归宿。由此,程序正义理论需要围绕“意思自治”增加内在的评价要素。这些要素可以有很多。其一是利害关系主体是否明知与自愿。理性、正当的对话方式有很多种,英美传统的对抗

制诉讼是一种对话,大陆法系法官主导下的审判也是一种对话,合作式司法模式更是一种直接的对话,程序的正义实现与否,关键看这种对话方式是否正当与理性。正当与理性的评价标准很多,根据美国辩诉交易的经验,保证利害关系人明知自己的诉讼权利,并能自愿地选择案件的处理方式,则是具有实践意义的标准。其二是利害关系主体对实体处理结果能否接受或满意。诉讼程序所达成的实体结果只有是可以商谈的,该程序才有自身价值,否则就沦为一种纯粹的应用程式、工具。其三是公序良俗、国民情感原则。由于合作式司法以意思自治为核心,并吸收了更多的社会因素,从而呈现为一种半开放的体系。为防止该司法模式成为利害关系人任意处置罪刑问题的“避风港”,取代传统权力与权利约束的协商合作程序必须设置基本底线:它必须符合社会公正、国民情感所能接受的最低标准,不得严重违反法律的公正精神以及公序良俗。这必需以司法信息的必要公开为前提,公众能够对司法过程表达意见并享有某种程度的参与权为后盾。通过这种研究,马明亮就提出了一种有别于传统理论的协商性程序理论。

马明亮不仅率先提出了“协商性司法”这一法学概念,其论文也紧紧围绕罪刑的协商模式这一核心命题展开充分的论证。但论证支持却超越了相应法律规范的分析与介评,而是从政治、文化、哲学、犯罪学等视角进行了广泛的探讨,并比较谨慎地借鉴了相关法哲学与法社会学的理论,比如哈贝马斯的对话理论、图依布纳的反思性法理论等,这为协商性司法的理论升华奠定了基础。其论文自始至终都关注着中国本土问题,对我国司法实践中兴起的协商程序范式进行了非常详尽的实证考察。论文最后结合我国的司法现状,为未来的制度改革提出了切实可行的学术建议。另外,整个论述过程贯穿了“世界的眼光、中国的问题”的逻辑安排。本书上篇为“协商性司法(作为司法潮流)的比较法考察”,以英美法系与大陆法系的两分法为论证框架,通过对世界范围内的协商模式的宏观梳理,尽可能地勾勒出协商性司法作为一种司法范式的完整图景。形象地说,任何制度也是有生命的,并且这种生命需要其固有的生存环境。我国的立法者们如果有意发展近年来兴起的协商模式,从借鉴的视角来说,一些共通性的制度生存环境是值得关注

的。以务实为价值导向的部门法学,其学术研究最终应该回归本国的现实问题,否则有违其使命感。下篇“协商性司法在中国的兴起”就肩负如此之使命。上篇虽然也有其独立的“资料性意义”,不仅对协商性司法的制度优势与制度劣势进行了分析,而且就其生态环境予以总结,但其目的主要是为我国未来的制度改革提供参考,为下篇的研究作出铺垫。

马明亮的这部著作在研究方法上也是一个学术研究的成功范例。长期以来,中国法学界一直致力于引入和移植西方的法学理论。无论是法律概念的表述还是法学理论的展开,无处不浸透着西方法学理论的深刻影响。这种研究风气扩展开来,导致法学研究者普遍缺乏自信,甘愿充当西方法学理论的引入者和介绍者,甚至自甘将中国法律制度视为西方法学理论的“殖民地”。于是,遇到中国司法实践中自生自发地出现的改革经验,法学者总是本能地从西方法学理论中寻找论证的资源,甚至在无法完成这种论证的时候还会运用西方理论展开对改革本身的批评。为什么我们不从中国的经验事实出发,来对西方理论的普适性进行必要的反思呢?为什么我们不能抛弃西方理论的教条和神话,从中国本土法制发展的经验中提出自己的理论呢?很显然,马明亮在这一点上为中国本土的法学研究创造了成功的范例:他提出的“协商性司法”概念,不是直接从西方理论中引进的,而是基于对中国经验事实的分析和总结,为解释更多的经验事实而进行的理论概括和抽象。尽管他也从比较法的角度,总结和分析了两大法系国家协商性司法的现状和制度发展,但这种研究并不是站在介绍、引进和移植的传统立场上,而是为概括“协商性司法”所进行的必要理论铺垫。由于“协商性司法”是从中国乃至西方刑事司法经验的基础上提出的概念,因此,这种对中西相关制度及其改革经验的比较考察,也恰恰是为论证这一新的程序理念的正当性和理论基础而展开的,而并不是单纯的资料累积,更不是以西方理论为前提而对中国制度进行的分析。

马明亮的研究并没有就协商性司法而谈协商性司法,而是将这种新型程序理念从理论基础、在中国的成因、生态环境、到理论上的困境以及相关制度建设问题,作出了基于中国经验的分析。这种对程序理论所作的“本土

化”努力,是最值得重视的理论探索。特别需要指出的是,他将“协商性司法”与社会和谐的价值目标联系起来,提出了“通过协商实现社会和谐”的观点。尽管建立和谐社会一直是政治家们所倡导的治国理念,但在刑事程序理论上,这种将社会和谐作为一种新型程序理论之归宿的分析,无疑仍是极具新意的。

近年来,随着我国法学教育的快速发展,法学博士的培养出现了大规模的增长。但由于种种原因,法学博士论文的总体水平却难以令人十分满意。作为一位涉足法学研究领域不过六七年的年轻学者,马明亮能够通过锲而不舍的努力,写出了达到相当高学术水准的法学博士论文,并将其修改完善成为一部很有分量的学术著作,使其具有相当程度的开拓性和创新性,这的确是难能可贵的。作为他的导师,我认为《协商性司法——一种新程序主义理念》一书对刑事程序法学理论的发展作出了贡献。我既为他已经取得的学术成绩感到欣慰,也祝愿他在今后的学术道路上有更大的超越自我的成就!

目 录

导论:视野决定了世界的大小

- 一、我国刑事诉讼程序面临的现实困境与挑战 / 3
- 二、协商性司法:摆脱困境的一种自发反应 / 7
- 三、重视“沉默的大多数” / 11
- 四、思想与思路:对散落片断的整合与创新 / 14
- 五、文眼与文脉:从一般到特殊 / 16

上篇:协商性司法(作为司法潮流) 的比较法考察

第一章 协商性司法:一种学术抽象与归纳 / 23

- 一、术语的初步界定 / 24
- 二、协商性司法的主要制度形式 / 27
- 三、协商性司法的外在程序特征 / 50
- 四、协商性司法的本质:一种合作的司法模式 / 57
- 五、协商性司法与恢复性司法之比较 / 71

第二章 协商性司法的发展史——侧重于成因的考察 / 76

- 一、中世纪晚期~19世纪中后期:协商性司法在英美法系

2 协商性司法——一种新程序主义理念

初步萌芽 / 77

二、19 世纪末期 ~ “二战”之前:协商性司法的进一步发展 / 89

三、“二战”之后:协商性司法在世界范围内的扩展 / 97

四、协商性司法在两大法系的不同实践范式 / 114

五、协商性司法在两大法系司法范式不同的成因 / 118

第三章 协商性司法的理论基础 / 130

一、政治基础 / 130

二、文化基础 / 131

三、哲学基础 / 133

四、犯罪学基础 / 135

五、刑事实体法基础 / 139

六、刑事程序法基础 / 144

第四章 协商性司法在西方国家面临的争论 / 155

一、协商性司法对大陆法系诉讼制度的冲击与面临的争论 / 155

二、协商性司法对英美法系诉讼制度的冲击与面临的争论 / 166

三、超越法系:协商性司法的内在局限的整合分析 / 169

四、国际刑事法院适用协商性司法所面临的争论 / 182

五、协商性司法的“生态环境” / 187

下篇:协商性司法在中国的兴起

第五章 协商性司法在中国的生成:表征与成因 / 201

一、侦查阶段的协商模式 / 202

二、起诉阶段的协商模式 / 203

三、审判阶段的协商模式 / 205

四、协商模式的保障制度 / 212

五、协商性司法在中国兴起的原因 / 216

第六章 协商性司法在中国面临的“生态环境” / 225

- 一、有利因素 / 226
- 二、不利因素 / 235
- 三、协商性司法的实践效果分析 / 256
- 四、进退两难的境地 / 261

第七章 走出困境的努力:三个理论问题 / 265

- 一、协商性司法与法治建设 / 265
- 二、罪刑协商的正当性问题 / 271
- 三、罪刑协商程序的公正性问题 / 280

第八章 制度建设:实现“公平、正当的协商程序” / 288

- 一、协商程序的路径选择 / 288
- 二、协商性司法在中国未来的走势 / 295
- 三、保障协商程序公平性的制度建设 / 303
- 四、保障协商程序正当性的努力 / 314

**未竟的篇章:“追求和谐”作为
刑事诉讼程序的价值目标**

- 一、协商性司法的价值取向:通过协商实现社会的“和谐” / 321
- 二、司法制度如何为中国现代社会的和谐作出贡献 / 325
- 三、刑事诉讼程序价值体系之重构 / 331
- 四、未竟的相关主题 / 333

主要参考文献 / 338

后记 / 353

| 导 论 |

视野决定了世界的大小

一、我国刑事诉讼程序面临的现实困境与挑战

我国 1979 年的《刑事诉讼法》是“文革”后的第一部刑事程序法，由于受当时“解放思想、实事求是”政策的影响，其主要的任务设定为如何为刑事实体法服务、如何获取实体意义的公正。由于它很大程度上沦为一种惩治犯罪、维护社会治安的工具（普通程序的粗糙、证据规则的严重缺失以及根本就不需要简易程序就是明证），刑事诉讼效率获得了比较充分的维护。但随着市场经济的发展，公众对司法正义的要求越来越广泛，这时实务界面临着难以承受的由于公正缺失所带来的现实压力，再加上学界不断对程序公正的呼吁，1995 年开始以司法公正尤其是程序公正为重点研讨刑事诉讼法的整体修改，并于 1996 年通过了新的刑事诉讼法典。该法典不仅在普通程序中引入了对抗制的很多因素，加强对被告人权利保障的力度，而且增加了简易程序。司法的公正与效率通过程序分离获得了表面上的融洽共存。

但由于新法对律师权利的“明升暗降”，使得公正在普通程序中并不能充分的展开，同时，简易程序适用的范围极为有限且规范粗疏，造成简易程序中的被告人权利大大受损。以至于使刑事诉讼程序在宏观上陷入了一种两难境地：一是公正与效率

俱损所导致的进退两难。

任何一国经济体制的转轨与重组必然会引发更多的社会冲突与争端,其中有相当一部分是以犯罪的形式表现出来,我国目前就处于这样的特殊时期。这可以从公检法三家作的案件数据统计中获得证明:

建国以来,我国刑事犯罪活动大致经历了三个阶段:第一个阶段是低发案阶段,从建国初期至20世纪70年代末,每年全国刑事立案保持在16万至50多万起;第二个阶段是刑事犯罪的快速增长阶段,从80年代初至90年代末,每年全国刑事立案从50多万起快速增长到300多万起;第三个阶段是高发案阶段,从2000年以来,每年全国刑事立案保持在400多万起以上。中国刑事犯罪活动发展的三个阶段,与中国经济社会的发展历程是相符的。^{〔1〕}

改革开放后刑事犯罪最主要的、具有规律性的重大变化有两条:一是刑事犯罪数量增多,种类增多。1983年严打时,全国刑事犯罪案件立案是61万起,2001年全国刑事案件立案445万起,是20年前发案总量的7倍;1979年制定的刑法规定的刑事犯罪罪名不到200种,1997年修订后的刑法达到440多种。二是刑事犯罪活动的区域和领域扩大了,手段升级了,侦破难度加大了。流窜犯罪、跨境跨国犯罪、严重暴力犯罪、系列犯罪、智能化犯罪、黑社会性质组织犯罪等以前比较少见的犯罪,现在已是司空见惯了。与改革前的1997年相比,2001年全国公安机关破获刑事案件数上升了25.8%,检察机关批准逮捕犯罪嫌疑人人数上升了60.4%,移送起诉犯罪嫌疑人人数上升了63.8%,批捕率从85.9%上升到89.9%,起诉率从82.2%上升到97.6%。^{〔2〕}

1998年至2002年这5年来,人民检察院共批准逮捕各类刑事犯罪嫌疑人3601357人,提起公诉3666142人,比前5年分别上升了24.5%

〔1〕“中国刑事犯罪发展概述”,载公安部网站(<http://www.mps.gov.cn>)2006年2月11日。

〔2〕“全国公安机关刑侦改革五周年回归”,载公安部网页,2003年6月10日。

和 30.6%。^{〔1〕} 人民法院共审结一审刑事案件 283 万件,比前 5 年上升 16%,判处犯罪分子 322 万人,上升 18%。其中,判处 5 年以上有期徒刑、无期徒刑和死刑的 81.9 万人,占 25%。^{〔2〕}

同时,随着市场经济的发展,公众权利意识较以前得到了普遍的提高,这就迫使刑事司法程序必须更多的从维护当事人诉讼权利的角度进行设计。为满足该现实需要,刑事司法领域近年来不断的进行制度改革,借鉴对抗制模式的制度优势,以实现程序公正为价值目标构建日益缜密的诉讼制度是其中的主要内容。

但这最终却形成了一种现实悖论:案件的增多需要更便捷的诉讼制度,以有效率的恢复被破坏的社会秩序;人权的维护却需要更能体现司法公正与民主的诉讼制度,而这样的制度必然是司法成本高昂、耗时费力的。结果,臃肿的诉讼程序面对数量巨大的案件不堪重负,司法人员为实现解决纠纷的制度功能不得不冲破程序所设定的藩篱,比如政府不得不依靠持续的“严打”来消除由司法低效所带来的社会无序。这种以牺牲被告人的权利保障为代价的诉讼效率实现途径注定是失败的,因为不公正的诉讼待遇与草率的裁决必然引发高上诉率、频繁的再审程序以及频繁的“上访”,这反过来又加重了司法系统的负担,实质上降低了效率。结果产生了公正与效率共损的局面,2003 年初进行的公正与效率的司法大检查算是一个佐证。

二是程序公正与实体公正关系日益紧张,建构体现程序公正理念的规则还是以实体公正来解构规则? 我们仍不知何去何从。

以程序公正为导向的诉讼规则强调严格的规则之治,注重形式理性,具有明显的形式逻辑一致性外观;而以实体公正为主旨的诉讼程序

〔1〕 韩杼滨:2003 年 3 月 11 日在第十届全国人民代表大会第一次会议上的《最高人民法院工作报告》。

〔2〕 肖扬:2003 年 3 月 11 日在第十届全国人民代表大会第一次会议上的《最高人民法院工作报告》。

却以案件事实之间存在差异为适用前提,强调临时制宜,注重实质理性,具有明显的反形式性外观。由于追求程序公正的观念与市场追求形式与规则平等的思维不谋而合,因此,严格遵循规则之治的正当程序模式对我国良性法律秩序的形成起了很大的推动作用,并成为刑事诉讼程序的内在主线。始料不及的是,程序公正的理念在刑事司法领域尚未稳固之际,社会的发展就使其面临被解构的危险,社会现实与价值层面的变迁即为主要的“革命力量”。

历经十余年的改革开放,我国社会分殊化的程度已相当之高。目前不同社会阶层之间、不同地区之间,乃至同一地区不同“单位”之间的利益都已有极大的差异、矛盾和冲突。这必然成为打造新的社会差异与社会冲突的重要动因。同时,社会价值日益多元化,个体之间以及个体与社会组织、政府管理机构之间形成共识也越来越困难。由于严格规则之治的致命缺陷——迂腐而不近人情、处理纠纷的社会效果差,相应的诉讼程序也越来越无法包容多元化的事实与制度参与者的多元价值诉求,规则的有效性与多元化事实之间的矛盾日益凸显。这在刑事司法领域的直接后果是,如果规则不能为诉讼参与者提供充分表达自己意愿的空间与机会,他们就回避规则的约束,或者在制度空隙中寻求双方都满意的解决方案,最终形成具有后现代解构意义的、不同于常规诉讼模式的非正式司法(informal justice)实践。它们以反形式性为其要旨,关注案件的具体事实,不受僵化规则的局限,让诉讼参与者经过协商、相互妥协、达成共识,来彻底解决纠纷。这样的趋势在我国实践中初具轮廓,比如以被告人认罪为前提的、部分避免审判程序的“普通程序简化审”与简易程序的确立、抗辩协商模式的出现。

这对当下中国刑事法治建设的影响尤为深远。因为实践中体现个别正义的、解构性的做法虽有其实意义,但它的出现对我国尚处于回归诉讼、尚需进行完备性制度建构阶段的司法制度而言,无异于釜底抽薪式的打击。目前,我国刑事诉讼制度的总体现状是被告人的诉讼权利