

刑事裁判共识论

彭海青 著



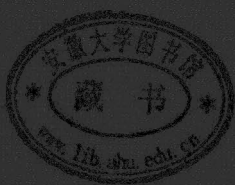
PENG HAI QING

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书为2010年教育部人文社科青年基金项目《刑事裁判共识的理论与制度保障研究》（编号：10YJC820086）的最终研究成果。

刑事裁判共识论

彭海青 著




法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑事裁判共识论 / 彭海青著. —北京:法律出版社,2012.5
ISBN 978-7-5118-2999-3

I. ①刑… II. ①彭… III. ①刑事诉讼—判决—研究
—中国 IV. ①D925.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 279995 号

刑事裁判共识论

彭海青 著

责任编辑 孙东育
装帧设计 乔智伟

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 11 字数 274 千

版本 2012 年 5 月第 1 版

印次 2012 年 5 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 独立项目策划部

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 张建伟

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 978-7-5118-2999-3

定价:33.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

重建共识是社会多元化发展时期所面临的突出问题。在法治建设的进程中,法院作为专门的社会矛盾处理机关在重建共识方面被寄予厚望,而法院的刑事裁判关乎公民基本权利的予夺,更加引人注目。近年来有关刑事案件的申诉、信访以及刑事裁判与民意冲突屡见不鲜等事实表明,诉讼主体与社会对刑事裁判的认同度还有待提高,共识远未形成,而这直接影响到刑事司法的社会公信力,乃至社会的和谐稳定,因而亟须进行专门研究。《刑事裁判共识论》就是这样一部应和时代需求的学术著作。

“刑事裁判共识”是彭海青博士于其在中国社会科学院法学研究所做博士后研究期间所选择的课题,并形成了博士后研究报告,顺利通过了博士后出站答辩。近日,喜闻她在出站以后的三年多时间里,对这篇报告不断琢磨修改,最终形成了书稿,即将付梓,作为她的博士后合作导师,颇感欣慰,特作此序,一来表示祝贺,二来向同好推介。

《刑事裁判共识论》一书主要从理论、立法、实践三个维度对刑事裁判共识问题展开探讨。在理论维度,本书首先对共识的内涵与分类进行分析,在对哈贝马斯与罗尔斯的共识理论及其共性方面进行归纳分析的基础上,明确了共识理论的基本内容。在分析刑事裁判与诉讼主体、社会公众的意见之间的冲突现象及其所引发的直接问题与衍生问题的基础上,对将共识理论引入刑事裁判的必要性进行论证。通过对刑事裁判与共识理论在所涉问题的起点与终点、解决认识问题的基观念、基本要求等方面的一致性等方面的论述,对共识理论引入刑事裁判研究的可行性进行论证。在此基础上,构建了刑事裁判共识这一理论范畴,并从理论要素、思想渊源、多学科依据以及其与传统价值理论的关系等方面展开广泛而深入的探索。在立法维度,作者提出刑事裁判共识的法律制度体系应从诉讼主体共识制度与社会共识制度两方面建构。在诉讼主体共识法律制度方面,主要对刑事诉讼中合作制度、对抗制度、合议庭评议表决制度、复审制度等进行规范分析与实证分析,发现问题,提出完善对策。在社会共识制度方面,主要参照国外陪审制度、恢复性司法制度的经验,结合我国实际情况,以求完善我国的陪审制度、引入恢复性司法的积极因子。此外,鉴于我国刑事裁判与民意时有冲突的现状以及冲突调和的必要性,还主张创设一种新的社会共识程序——民意表达程序。在实践维度,本书关注到我国立法尚未规定但地方法院已开展的有关刑事裁判共识的实践探索,主要包括判前评断与判后答疑、法院引入 ISO9001 质量管理体系、专家论证意见书以及人大个案监督等现象,在对这些实践探索的实施效果进行考察与分析的基础上,提出刑事裁判共识的规范化建构设想。

我认为,本书的上述研究维度体现出的以下几项研究特色,值得称赞与提倡:

一是理论开拓之精神。适应实践的需要而勇于创新,是科学研究的灵魂、学者的使命。关于刑事裁判共识的理论研究,应因了实践的需要,开拓了刑事诉讼法学的领域,对于学科的发展具有重要

的推动作用。当然,创新性研究作为学者的共同追求,并非轻易能够成行,需要坚持不懈的努力与钻研,方能有所收获,其中的艰辛只有亲历者才能真切地体会。海青博士不畏艰难,勇于挑战,历经数年的努力,大胆创设了刑事裁判共识理论,并认真论证,为刑事诉讼理论的创新与发展作出了其独特的贡献。这种理论开拓精神值得称赞与提倡。

二是体系建构之视角。经验表明,由于司法实践的复杂性,任何一项价值目标的圆满实现通常都难以毕其功于单一的制度,因而在考虑制度建构时,采取体系化的视角,在关注单一制度内容的同时兼顾制度之间的关系,追求制度体系的整体功效,不仅是科学的需要,也是实践的必然要求。海青博士在本书中采用了体系化的制度建构视角,在诉讼主体共识制度与社会共识制度两个层面上建构刑事裁判共识实现的制度体系,从而突破了单一制度建构视角的桎梏,试图努力在使各项关联制度功能协调的基础上实现整个制度体系的效益最大化。这种视角也是值得称赞与提倡的。

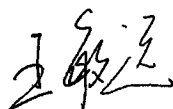
三是实证研究之态度。法律是一种实践理性,法律的生命在于实践。因而关注实践、了解实践、分析实践、使实践得以顺应历史的发展规律,应当是法学研究者所应持有的研究态度。特别在我国当前刑事法制改革处于“司法推进”阶段,司法改革实践极其活跃的时期,因而对这些实践探索、对复杂的理论问题进行实证研究非常必要与迫切。海青博士在本书的最后一章特别对立法中尚未规定的有助于促进刑事裁判共识实现的司法实践探索进行考察与分析,试图推动其规范化建设。这种研究态度也是值得称赞与提倡的。

当然,本书的出版并不意味着关于刑事裁判共识理论研究的完成,对于这个问题还可以从不同的角度进一步展开研究。例如,谋求刑事裁判的共识对我国而言到底是个什么样的问题,我们需要什么样的刑事裁判共识等,就很有必要进行更加广泛而深入的探讨。如果这是我国当下特有的问题,那么,影响问题的时空限定性的原因究竟有哪些?这些原因的权重如何?关于刑事裁判共识理论,我

们不仅需要研究解决问题的价值和方法,而且应当研究问题产生的原因及不同的原因之影响力。否则,我们积极谋求的刑事裁判共识之实现会满足怎样的价值、所选择的方法会有怎样的针对性,就会是个问题。关于刑事裁判共识,存在需要进一步研究的问题,使我们有理由期待作者以及其他有志于研究该问题的人今后的不断努力。

祝愿海青博士在以后的教学科研工作中再接再厉、锲而不舍、勇于进取,以更优异的成绩在促进诉讼法学学科建设与国家刑事法治建设方面有所建树!

寥寥数言,是为序。

A handwritten signature in black ink, appearing to read '王谦' (Wang Qian), written in a cursive style.

2012年3月于中国社会科学院法学研究所

目 录

导言/1

- 一、国内外研究现状/1
- 二、选题的动机与意义/3
- 三、研究内容/5
- 四、研究方法/6

第一章 共识问题的理论与实践/10

第一节 共识的内涵与分类/11

- 一、共识的内涵/11
- 二、共识的分类/14

第二节 哈贝马斯与罗尔斯的共识理论/17

- 一、哈贝马斯的交往共识理论/17
- 二、罗尔斯的重叠共识理论/22
- 三、两种共识理论的共性方面/28

第三节 国外促进共识的实践/32

- 一、共识组织/32

二、共识程序/33

第二章 刑事裁判共识的提出/37

第一节 共识理论引入刑事裁判的必要性/37

一、社会背景:转型时期社会矛盾凸显/37

二、政治背景:社会主义和谐社会政治理论的提出/39

三、经济背景:有限的司法资源与案件数量增长的矛盾/41

四、司法实践背景:冤假错案的持续出现/44

第二节 共识理论引入刑事裁判的可行性/45

一、起点的相似性/45

二、终点的一致性/46

三、观念的相通性/46

四、基本要求的一致性/47

第三节 刑事裁判共识的内涵与特征/49

一、内涵/49

二、特征/50

第三章 刑事裁判共识的要素/53

第一节 刑事裁判共识的主体/53

一、刑事裁判共识主体的内涵/53

二、刑事裁判共识主体的类型/55

第二节 刑事裁判共识的客体/68

一、刑事裁判共识客体的内涵/69

二、刑事裁判共识客体的法律类型/72

第三节 刑事裁判共识的条件/85

一、案件真实的发现/85

二、利益的妥协/89

三、法律的认同/90

第四章 刑事裁判共识的基本原理/92

第一节 刑事裁判共识的思想渊源/92

一、真、善、美思想/92

二、中庸思想/95

三、和谐思想/97

第二节 刑事裁判共识的现代哲学与方法论依据/99

一、主体间性哲学/99

二、博弈论/102

第三节 刑事裁判共识与传统价值理论的关系/106

一、传统价值理论的主要内容及其不足/106

二、刑事裁判共识同传统价值理论的关系/111

第四节 刑事裁判共识的价值与重视不同意见的必要性/115

一、刑事裁判共识的价值/115

二、重视不同意见的必要性/118

第五章 刑事裁判共识的法律制度体系(一)——诉讼主体 共识制度/124

第一节 对抗制度/124

一、新律师法关于辩护律师权利的发展与缺憾/125

二、辩护风险与辩护律师获取证据的方式/138

第二节 合作制度/157

一、法治发达国家合作制度的主要形式/158

二、我国合作制度存在的问题与完善/171

第三节 合议庭评议表决制度/176

一、合议庭评议表决制度及其功能/177

二、评议表决的基本原则/179

三、我国评议表决制度存在的问题及其消极影响/182

四、我国评议表决制度的完善设想/188

第四节 复审制度/191

- 一、复审制度的内涵及其意义/191
- 二、有效复审的标准/192
- 三、复审制度有效运行的条件/195
- 四、我国复审制度有效性的阙如与促进/197

第六章 刑事裁判共识的法律制度体系(二)——社会共识制度/214

第一节 陪审制度/214

- 一、陪审制度及其功能/216
- 二、21 世纪法治发达国家陪审制度的新发展与启示/219
- 三、我国改革后的陪审制度尚存的问题与完善/228

第二节 恢复性司法/234

- 一、恢复性司法的起源与发展/234
- 二、恢复性司法的界定与基本内容/237
- 三、恢复性司法的价值评析/241
- 四、我国对于恢复性司法的借鉴/244

第三节 应当创设的社会共识制度——民意表达程序/249

- 一、刑事裁判与民意冲突的现状及其必然性/249
- 二、调和刑事裁判与民意冲突的必要性与迫切性/256
- 三、刑事裁判与民意冲突司法程序内解决的优势/263
- 四、民意表达程序建构的理论预备/266
- 五、民意表达程序的构建设想/269

第七章 我国刑事裁判共识的实践探索及其规范化设想/272

第一节 判前评断与判后答疑/273

- 一、判前评断、判后答疑及其产生的原因/273
- 二、实施效果与功能评析/275
- 三、对有关理论质疑观点的回应/280
- 四、规范化建构的思考/284

第二节 法院引入 ISO9001 质量管理体系/294

一、ISO 质量管理体系与法院管理/294

二、首个尝试法院的实践与效果/296

三、法院引入 ISO9001 质量管理体系的辨思/300

第三节 专家法律意见书现象/304

一、专家法律意见书现象及其诱因/304

二、专家法律意见书运用中的利弊考量/306

三、专家法律意见书现象规范化设想/308

第四节 人大个案监督/314

一、人大个案监督现象出现的原因/314

二、学界观点述评/317

三、人大个案监督制度建构中的问题/319

结语/324

参考文献/326

后记/336

导 言

一、国内外研究现状

国外有关共识问题的广泛研究与实践开始于 20 世纪中叶。根据国家图书馆馆藏资源,以“共识”(consensus)为题名的英文论著可谓汗牛充栋,其研究领域涉及政治、经济、法律、社会等方面;研究内容涉及共识的内涵、共识的分类、共识的实现程序等方面。关于共识的内涵,形成了“一致协议状态”说、“民主方法”说、“压倒性意见”说等学说。关于共识的分类,研究者根据不同的标准,划分为自发的共识、创发的共识及人为操纵的共识;完全共识与模糊共识;真理共识、价值共识、道德共识;内容共识(实质共识)与程序共识(形式共识)等类别。在国外还形成了比较完整的共识的理论体系,比较有代表性的是罗尔斯的重叠共识理论和哈贝马斯的交往共识理论。关于共识的实践程序,主要包括正式共识程

序、^{〔1〕}德尔菲程序(Delphy Process)、^{〔2〕}行为决定帮助程序(Behavior Decision Aid Process)、^{〔3〕}等等。在国外,已有很多组织与公司致力于达成共识的服务与研究,比较著名的包括:英国的达成共识研究所(The Consensus Building Institute, Inc. CBI)、^{〔4〕}美国的冲突与共识论坛(forum on conflict and consensus)、^{〔5〕}日本的冲突与共识研究会(society for the study of conflict and consensus)、^{〔6〕}以及国际促进者协会(International Association of Facilitators)、^{〔7〕}等等。国内对共识问题的研究也已经展开,涉及政治、经济、法律、社会等领域,但研究层次普遍不高,基本停留在概念辨析与共识形成方式的摸索阶段,尚未构筑起共识的理论框架,也未形成可以付诸实践的研究成果。

关于司法领域中的共识,国外的专门研究不多,根据国家图书馆馆藏资源的统计数据显示,截至2011年12月,仅有一部以共识为题名的专著,即谢尔登·戈德曼和查尔斯·M.拉姆合著的《审判冲突与共识:美国上诉法院行为研究》,肯塔基大学1986年出版(Sheldon Goldman and Charles M. Lamb: Judicial Conflict and Consensus: Behavioral Studies of American Appellate Courts, Lexington, KY: University Press of Kentucky, c1986.)。尚未搜集到国外司法领域中

〔1〕 C. T. Butler and Amy Rothstein, On conflict and Consensus: A Handbook on Formal Consensus Decisionmaking, Food Not Bombs Publishing 1987, [www. ic. org/pnp/ocac/](http://www.ic.org/pnp/ocac/).

〔2〕 Turoff M. Delphy Conferencing: Computer based Delphy Process, Gazing into the Oracle: The Delphy Method and its Application to Social Policy and Public Health, London: Kingsley Publisher, 1996.

〔3〕 Mandakovic T F, Souder Wm E. Experiments with Microcomputer to Facilitate the Use of Project Selection Models, Engineering and Technology Management, 1990, (7).

〔4〕 [www. workablepeace. org/main-project-who. html](http://www.workablepeace.org/main-project-who.html).

〔5〕 [www. albany. edu/~sschuman/](http://www.albany.edu/~sschuman/).

〔6〕 society for the study of conflict and consensus. Conflict and consensus in the age of chaos, Tokyo: Sobunsha, 1994.

〔7〕 [www. iaf-world. org/](http://www.iaf-world.org/).

以共识为题目的论文。国家图书馆馆藏资源中尚未见国内以司法领域共识为题名的专著。根据中国期刊网的统计数据,仅有一篇这方面的论文,即《通过共识获得正当性——解释学视角下的司法过程》,发表于《甘肃政法学院学报》2007年第6期。

二、选题的动机与意义

自从建设社会主义法治国家的治国方略确立以来,我国立法活动空前繁荣。然而,立法毕竟是国家机关强加给社会的规则,是一种人工规则,而正如黑格尔曾指出的,“人工规则的重要特点是,并非不可违背,乃是不应违背的,人的思想绝不无条件地符合它们”。^{〔1〕}虽然按照法治原则,法律应当被遵守,但“这种应当里,总是包含一种‘软弱性’,即某种事情,虽然已被承认为正当的,但自己却又不能使它实现出来”。^{〔2〕}虽然立法意欲创造某种秩序,但由于事物内部、事物之间本身存在经过长期博弈选择而内生的规则,由其产生的秩序才是长久和稳定的,所以,当人工规则与这些内在规则相左时,有法律无秩序的现象便出现了。与有法律无秩序相对应的思考是缘何裁判在而和谐缺位。虽然社会和谐是一项综合治理工程,法律只是社会规范的一种形式,刑事裁判也只能解决部分问题,不能将社会和谐的期望全部寄予法官。但是,刑事裁判所针对的刑事犯罪却是和平时期最严重的一种社会冲突,因而,刑事裁判对于维系社会和谐非常关键,本应当对社会冲突的解决、社会关系的修复与社会和谐的维系发挥积极作用。而目前的司法实践表明,刑事裁判并未充分发挥其应有的解决冲突和维护社会和谐之功能,甚至有时还导致某些负面影响。学界与司法实务部门对此已有所关注,但基本还停留在对程序与制度设计等技术层面的讨论上,在理论方面,尚未见突破性建树。笔者认为,理论的研发是学术研究

〔1〕 陈康:《论古希腊哲学》,商务印书馆1990年版,第533页。

〔2〕 黑格尔:《小逻辑》,贺麟译,商务印书馆1980年版,第208页。

取得突破性进展的标志,这引发了笔者将共识理论引入刑事裁判的思考。本书将一般共识理论应用于刑事司法领域,提出刑事裁判共识理论,尝试对上述问题的解决给予理论上的解释与论证。

刑事裁判共识理论的创设,对于探讨刑事裁判为诉讼主体与社会公众所认可的原理、规律具有非常重要的意义。同时,理论化建构对于实践中各种有关刑事裁判的“冲突”现象的解决、现实政策的制定和制度的设置乃至法治的发展,均具有直接的实践应用价值。具体而言,本书的理论和实际应用价值主要体现在以下四个方面:

1. 推动刑事诉讼理论研究的深入发展。理论上的建树是学术研究的至高境界。本书将一般共识理论引入刑事裁判研究,创建了刑事裁判共识理论、民意诉讼理论等,创造性地发展了刑事诉讼价值理论、诉讼民主理论,使有关刑事诉讼价值的研究得以触及人际关系的和谐,形成对传统刑事诉讼理论的有益补充,对刑事诉讼理论研究做出了增量性贡献。对这些理论的研究,有助于丰富与充实刑事诉讼理论的研究内容,拓展研究视野。

2. 促进刑事诉讼法学研究方法的自我超越与更新。研究方法基本上决定了理论研究的进路与结果,方法的更新是理论研究创新的重要内容,也是重要途径。刑事诉讼法学研究长期依赖规范分析、比较分析、历史分析等陈旧的研究方法,陷入了形式主义、教条主义以及法律意识形态单一化的思路,乃至于既难以适应社会的客观需求,亦无法在法治的危机和困境到来之际寻找合理的超越之路。本书对于刑事裁判共识问题的研究,力求冲出传统刑事诉讼法学研究方法的樊篱,引入政治学、人类学、经济学、社会学等学科的研究方法,促使刑事诉讼法学在研究方法上实现自我超越与更新,从而为刑事诉讼法学研究带来发展与创新的契机。

3. 为刑事诉讼制度与程序的完善提供科学参考。《刑事诉讼法》自1996年修正颁布实施已有16年,这些年我国的政治、经济、文化、社会飞速发展,《刑事诉讼法》的滞后性与其中的缺陷逐渐显露,因而其修改又被提上议事日程。2012年3月14日第十一届全国人

民代表大会第五次会议表决通过了关于修改刑事诉讼法的决定,刑事诉讼法根据决定作出了相应修改,于2013年1月1日起施行。本书关于刑事裁判共识制度保障方面的研究,很多是直接针对现行刑事诉讼法的疏漏而展开改革探讨的,如律师辩护权的保障、法院调解制度的改进、合议庭评议表决规则的完善等,其中许多内容尚未受到新法的充分关注,因而这些研究成果能够为未来刑事诉讼制度与程序的继续完善提供科学参考。

4. 增强司法权威与社会公信力。传统刑事诉讼法学以法律规则为研究起点,而刑事裁判共识问题的提出,实际上是从动态的刑事诉讼法律规范的实施,甚至是社会治理更广阔的视角出发,将刑事诉讼法与社会相联系,从而对于改善刑事诉讼法的实施效果具有重要意义。司法权威与社会公信力,无疑是衡量刑事诉讼法实施效果的重要指标。现代法治语境下的司法权威与公信力很大程度上取决于诉讼主体与社会公众对刑事裁判的认同感。本书针对冤假错案、申诉信访泛滥、法院裁判与民意冲突屡见不鲜等问题,结合已经出现的判前评议、判后答疑、法院引入ISO9001质量管理体系等改革实践进行分析,探讨共识制度的建设问题。这种对策性研究能够为司法实践中问题的解决谋求出路,从而增强司法权威与社会公信力。

三、研究内容

本书的研究内容主要包括以下几个方面:

1. 共识问题的理论与实践。研究共识的内涵与分类、哈贝马斯与罗尔斯的共识理论及其共性方面,以及国外促进共识的实践。
2. 刑事裁判共识的提出。对将共识理论引入刑事裁判的必要性与可行性进行分析和论证,提出刑事裁判共识的内涵与特征。
3. 刑事裁判共识的要素。研究刑事裁判共识的主体,包括诉讼主体与社会公众以及国家机关。研究刑事裁判共识的客体,包括判决、裁定、决定和令状。研究刑事裁判共识的条件,包括案件真实的发现、利益的妥协以及法律的认同。