

商谈理性与刑事庭审  
实质化改革研究  
基于刑法与刑事诉讼法  
交叉的视角

贾健

香港亞  
太研  
究所



---

**HONG KONG INSTITUTE OF ASIA-PACIFIC STUDIES**

THE CHINESE UNIVERSITY OF HONG KONG

SHATIN, NEW TERRITORIES

HONG KONG

# 商谈理性与刑事庭审实质化改革研究

## 基于刑法与刑事诉讼法交叉的视角

贾健

香港中文大学  
香港亚太研究所

### 引用本文

贾健。2020。《商谈理性与刑事庭审实质化改革研究：基于刑法与刑事诉讼法交叉的视角》。取自香港中文大学香港亚太研究所网站：[http://www.hkiaps.cuhk.edu.hk/wd/ni/20200608-121505\\_3\\_op242\\_s.pdf](http://www.hkiaps.cuhk.edu.hk/wd/ni/20200608-121505_3_op242_s.pdf)

香港亚太研究所·研究专论第 242 号

## 作者简介

贾健，法学博士，西南政法大学法学院副教授，硕士生导师；研究方向为刑法哲学。

## 鸣谢

本文由 2018 年度教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目“推进国家监察全覆盖研究”（编号：18JZD037），和最高人民法院 2018 年度司法研究重大课题“刑事裁判公众认同问题研究”（编号：ZGFYKT2018-1905）资助。论文的部分研究工作在港中文大学香港亚太研究所访问期间完成。

© 贾健 2020

ISBN 978-962-441-242-0

版权所有 不准翻印

# 商谈理性与刑事庭审实质化改革研究

## 基于刑法与刑事诉讼法交叉的视角

中国共产党第十八届四中全会于2014年10月23日通过《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，为落实此决定，最高人民法院于2015年2月4日发布《关于全面深化人民法院改革的意见》，指出：“到2016年底，推动建立以审判为中心的诉讼制度，促使侦查、审查起诉活动始终围绕审判程序进行。”（中华人民共和国最高人民法院，2015）应该说，“以审判为中心”的诉讼制度是相对于“以侦查为中心”、“以逮捕为中心”的诉讼制度而言的，而“庭审实质化改革”则是着力解决“卷宗中心主义”的弊端。但以审判为中心势必要求庭审实质化，“审判中心又内在地蕴含着庭审中心，法庭审理是审判的决定性环节。所谓庭审中心，就是实现庭审的实质化，力戒庭审的形式化，保证庭审在查明事实、认定证据、保护诉权、公正裁判中发挥决定性作用。”（卫跃宁、宋振策，2015:127）

目前来看，庭审实质化改革在改革的价值、基本概念、概念理清，以及机制的展开等方面取得了较为丰硕的理论成果。在此基础上，本文拟进一步挖掘庭审实质化理论背后的哲学思想——商谈理论，并藉由商谈理论中所内含的一体化意蕴，得出对于当下庭审实质化改革具有启发意义的解读和结论。

## 一种可能的解读： 对庭审实质化改革之根据的哲学思考

---

孙长永教授指出，庭审实质化改革“能否取得预期效果，关键在于能否用现代的‘公正司法理念’取代传统的司法理念”，而从公正司法的理念出发，可以推导出“独立审判”、“无罪推定”、“法庭中立”、“控辩平等”、“证据裁判”和“平等适用法律”等六项基本原则（孙长永、王彪，2017:124, 126-29）。还有学者认为“以审判为中心”蕴含了庭审实质化，而确定以审判为中心的正当性基础，则在于“审判能够最大限度地彰显等腰三角形诉讼构造，最大限度地实现诉讼公正”、“确立审判的中心地位是无罪推定原则的要求”，以及“确立审判的中心地位是程序法定原则的要求”（卫跃宁、宋振策，2015:128）。也可以说，庭审实质化背后的正当性基础是“诉讼公正、无罪推定及程序法定”。应该说，为了贯彻这些理念，确实有必要推动庭审实质化改革，换言之，这些理念从价值层面论证了为什么要进行庭审实质化改革。本文在此基础上，进一步尝试从商谈理论的角度发掘庭审实质化改革背后的哲理。本文认为，从商谈理性的视角看，能够得出对于庭审实质化改革有启发指导意义的结论。

商谈理性内含于关系论的哲学观之中。德国现代著名哲学家、关系本体论的提出者与倡导者马丁·布伯（Martin Buber）从犹太思想传统出发，认为真正决定一个人存在的东西，决不是笛卡尔所言的“我思”，也不是外在于自我并对立于、凌驾于自我之上的种种客体（例如新康德主义的国家、伦理），而是在于“我”与世界上各种存在物和事件发生关系的方式。布伯认为，“世俗与神圣间的重新结合，不

是体现为一种实体，而是体现为一种关系。”他强调“本体乃关系”，关系先于实体，实体由关系而出，故他的本体论可称之为“关系本体论”（孙向晨，1998:92-93）。布伯（1986:127）指出：“在三种境界中，与人相关联之人生最为显豁突出。其间，语言因言说与答言而完成自身；仅在其间，具语言之形的‘道’相遇对它的回答，原初辞穿梭往返，既是呼唤称述，又是响应回答，以同样的形式活跃于同样的语言。”仅在人與人关系中的“观与被观，知与被知，爱与被爱领有不可丧失之实在”。在其中，语言起了保障作用。布伯以语言区分了我与人、与自然、与精神实体相关联的不同人生，后两者或低于语言，或超出语言，而只有与人的关系在语言中存在。实际上，在“我—你”关系中，这种言说方式是“对……说”（speak to），这不同与“我—它”关系中的“谈及”（speak about），可见“我—你”之言谈是一种夥伴性的、平等的，且相互回应的对话（参见孙向晨，1998）。即是说，对话思想内在于关系本体论之中。

尤尔根·哈贝马斯（Jürgen Habermas）认为布伯的关系本体论及其对话思想，“是富于洞察力和感召力的哲学遗产”（哈贝马斯，2017:1），并进一步将之运用到法律领域。他同样反对主体哲学的个人独白性，认为所谓的普遍性和统一性来自于一致性，这种一致性表现为一种经验性的共识，这种共识是交往、交流、对话、协商、讨论、谈判的结果。交往活动趋向于理解，而人类的理解必须借助于语言，换言之，交往活动的普遍性依赖于语言的普遍性。<sup>1</sup> 有了把语言理解

---

1. 就语言的普遍性而言，哈贝马斯根据语言的应用，将物件领域划分为几个不同的世界，这些不同的世界同时又是语言的本体论的前提。第三人称的语言，以观察者的态度区分出一

作为行动协调之机制的交往行动概念，以有效性主张为行动取向的行动者的虚拟假设，也就对社会秩序之形成和维持具有了直接相关性。因为这些秩序之成立，就在于对规范的有效性主张的承认（哈贝马斯，2003:21）。

总括而言，哈贝马斯主张规范的有效性与其秩序之形成，必须建立在开放性对话的基础上。法律领域也是如此，他认为，法律来源于人与人之间的交往，是作为主体的各方，基于相互交往，赋予了法律以事实的有效性和合理的可接受性，进而获得了合法性的生命，这一切只有建立在对话的普遍有效性基础上，即各方主体只有平等、直接、充分、真诚地参与商谈过程，而不能被代理，不能被隐藏，只有这样，法律才能稳定地实现社会整合的功能。

因此，从某种意义上说，庭审过程只有在法官、检察官、被告人及辩护人、被害人、证人、鉴定人等各方主体均在场的前提下，司法判决的有效性和正当性才能够得以建立。而如果庭审局限在形式上的“侦查卷宗主义”，那么，等于是将“我—你”的原初关系改变为“我—它（卷宗）—你”，这样，“我”与“你”的交往过程就会被“遮蔽”，庭审异变成了法官面对卷宗的一场“独白”，这无疑会导致“先入

---

个外在自然的客观世界；第二人称的语言，从参与者的态度区分出一个以“我—你”关系为基础的社会世界；第一人称的语言，以主体性态度区分出一个内在自然的主观世界。因此，每一种构成完好的言语行为都具有三重关系：（一）话语与作为现存事物总体的外在世界的关系；（二）话语与作为所有由规范调整的人际关系之总体的社会世界的关系；（三）话语与作为主体意向性经验之总体的内在世界的关系（哈贝马斯，1989:67-69）。

为主”、“先定后审”等弊病的出现，判决的有效性和认同性也因此大打折扣。

需要指出的是，商谈并不意味着控辩双方相互妥协或者相互配合，也并不会削弱庭审中的对抗，而是说，商谈理论要求法官积极发挥职能，保障控辩双方在恪守各自的诉讼角色的基础上，进行充分的沟通和互动，以此平衡控辩双方的力量，特别是确保在实践中往往处于弱势地位的辩方获得平等的辩护权，最终保障程序和实体的“双公正”。正如龙宗智教授（2015:141）所言，庭审实质化“有赖于双方的‘角色表演’。如果一方或双方因能力或责任心不足而不能有效履行其角色，全面有效的审理就难以实现，法官也就不得不从案卷中获得庭审时未能获得的信息。”下文将从平等、充分两个实质维度出发，<sup>2</sup>就商谈理性之于庭审实质化改革所蕴含的内在标准和要求作出阐述。

## 商谈理性与庭审实质化之控辩实质平等

---

哈贝马斯将法律商谈当做是“道德—实践”商谈的一个特殊类别，而实践商谈中的两个重要条件是：（一）免于强迫和权力干预；（二）为参与者提供平等的机会（彼得·巴

- 
2. 需要指出的是，本文虽然集中阐述商谈理论之于庭审实质化的平等与充分维度，但并不意味着直接与真诚维度对于庭审过程是不重要的，实际上，这两者是平等与充分地参与庭审过程的前提，或者说已经内含于平等与充分维度。基于此，限于本文主题——着重于从刑法与刑事诉讼法交叉的角度，来解读商谈理论所蕴含的对于庭审实质化的意义，本文将重点从作者认为更具实体意蕴的平等与充分维度来讨论。



尔, 2008:111)。事实上, 庭审过程即是实践商谈的践行, 而只有遵循以上两个条件, 才能保证庭审结论的有效性和公众的认同。孙长永教授指出: “如果司法程序在设计上没有体现控辩平等的精神, 而为控方提供无数机会, 同时却又对辩护予以种种限制, 就会使本来应当是公平、理性的平等攻防程序变成‘消极的法官’坐观‘老虎吃鸡’的弱肉强食的过程。”(孙长永、王彪, 2017:128) 这正是着眼于上述第二点“为参与者提供平等的机会”所作的阐述。

商谈理性要求各方主体地位实质平等, 在刑事司法的商谈当中, 平等尤其意味着犯罪嫌疑人及其辩护人与其他诉讼参与人之间, 必须具有对等的角色分工。这一点“在欧陆刑事诉讼中, 平等交往的可能性仍远不尽如人意。法庭发言的不对等地位限制了法庭交往。庭审互动的过程甚至可以认为是强制性的交往。……被告被迫遵守事实的和规范的前提条件, 他们主张的前提条件以法官的言语行为为基础, 而这几乎没有给被告提供任何机会来表达自己的言谈情境的意见。”(彼得·巴尔, 2008:121)

在中国, 新刑事诉讼法已经对这种诉讼程序上的平等作出了实质性的变革。例如, 在诉讼原则上, 新修订的刑事诉讼法确立了反对自证其罪规则, 受刑事追究的人没有证实自己犯罪的义务, 且不得强迫任何人证实自己有罪, 对于强迫其认罪的口供不得作为证据使用, 而只有自愿认罪的口供才具有证据能力, 这等于是赋予了犯罪嫌疑人、被告人以沉默权。这修订使得被告人在诉讼过程中获得了与控方在形式上平等的诉讼地位。

但不得不指出, 在中国的刑事诉讼程序中, 控辩双方的诉讼能力仍存有较大差距, 而“推进庭审实质化改革必须同时关注并强调控、辩、裁三方诉讼能力的提升”(陈实, 2018:199)。有调查显示, 当前“很多律师的辩护都是千篇

一律，缺乏严密的逻辑推理和针对性的防御，空话套话居多，不能充分发挥律师的法律专长为被告人提供针对性较强的有利辩护。亦有指派辩护律师不认真履行职责，草率辩护，不能切实维护被告人的合法权益。上述问题导致量刑程序中控辩双方力量对比的严重失衡，影响了量刑公正的实现。”（北京市第一中级人民法院，2015:337-38）本文认为，这种诉讼能力的差距，一方面要通过赋予被追诉人与辩方一系列特殊的程序性保障，以使得与控方力量达到形式意义上的平衡之外，另一方面，本文赞同刘远教授（2018:64）所言，刑法学者不能不思考审判中心化和庭审实质化对于刑法学的意义，刑法学作为实体法学，应该为庭审过程对裁判解决的决定作用的形成作出贡献。

应该说，庭审实质化并非仅从形式上摒弃“卷宗中心主义”，而是要通过庭审过程中控辩双方的实质性对话，使得法官得出一个公正的、更具认同度的审判结论。换言之，庭审实质化所要求的平等，不但包括程序意义上的形式平等，还包括实体规范平台意义上的实质平等，后者保障了辩方“有理可辩，辩之有效”，如果无视裁判规范的平衡，则无异于辩方一开始就输在“起跑线”上，这其实是一种基底性的隐性权力差异。基于此，本文认为，要想控辩双方获得实质平等地位，必须解决控辩双方均站在有利于控方的实体规范平台开展法庭论辩，即解决控辩双方基于规范平台而导致实质意义上的诉讼权力差异的问题。

正如罗伯特·阿列克西（Robert Alexy）所言：“商谈理论的核心是商谈规则与商谈原则，对它们的遵守确保了论证的理性及其结构。”（罗伯特·阿列克西，2011:224）应该说，刑事庭审活动是法官的定罪量刑的过程，而定罪量刑的主要依据即体现了犯罪构成要件的刑法规范，对于控辩双方而言，这一规范也可以说是商谈的平台和规则，如果控辩双

方一开始就面临着不平等的商谈规则，那么，就不可避免地会遭受“偏见”。

本文认为，这种刑事诉讼程序层面商谈的不平等，首先与刑事实体法的平面性构造有直接关系，在刑事实体法中没有为犯罪嫌疑人、被告人及其辩护人提供如公诉人同等地位的商谈空间和平台，因此，犯罪嫌疑人、被告人及其辩护人只能进入公诉方的理论平台中进行商谈，而在公诉方的商谈平台中，显然是围绕着公诉方的商讨议题进行的，因此有必要从刑事实体法的层面，为控辩双方开辟平等的商谈平台，有学者因而建议应该改造中国四要件的平面式的犯罪构成，<sup>3</sup>引入如大陆法系或英美法系中能够明确为控辩双方的商谈预留空间的犯罪构成模式。例如，大陆法系阶层论模式中，辩方能够从超法规的违法阻却事由、有无违法性意识、有无期待可能性，乃至结果能否归责于行为人的行为等规范层面，展开实质性的辩护。正如刘远教授（2006:16）所言：“作为定罪架构和互动平台的犯罪构成，在模式上应体现控辩审三方的刑事诉讼构造关系，使之成为三方都能够平等使用的定罪活动平台。”这一点对于司法刑法学中商谈模式的对等化无疑是合适的。

其次，要使被告人和辩方真正获得实体上与控方相对等的地位，就必须预设一个前提，即获得与控方相对等的司法逻辑，且法官不偏向于任何一方，至少不是与控方站在同一逻辑进行判断。就这一点来说，目前的现状是，控方与法官均是站在法益论的逻辑中，对事实和法律作出实体判断，被告人与律师即使是从规范论的逻辑作出回应，也不会被法官

---

3. 犯罪构成包含犯罪主体、犯罪客体、犯罪主观方面、犯罪客观方面四大要素，缺一即犯罪不能成立。

所采纳，而是会被法官认为是在说“法外之言”，即使偶尔被采纳，也被认为是“法外开恩”。

事实上，深入法益论的核心，就会发现其是围绕个人进行建构的，一旦控方对被害人的被害事实进行了充分的调查，那么，认定犯罪成立将是预料之中的事情，这也正是当前“刑事辩护难”的根本原因之一。对此，这里以“婚内强奸案”予以说明，在婚内强奸案中，如果控辩审三方均站在法益论的立场进行规范的判断的话，那么侵害了妻子的性自主权的结论无可避免，即是说，行为该当强奸罪的构成要件基本是板上钉钉的事，这样，辩方在定罪层面上的辩护将没有规范上的空间，而只能求助量刑辩护，但如果我们假设辩方不是与控方同时站在法益论的立场，并且法官保持中立，那么，辩方就很可能站在规范论的立场，提出这样的辩护，即我（辩方）确实做过你们（控方）所说的事，但丈夫对妻子这么做能直接、一律评价为“强奸”吗？这时，法官如果采纳辩方的这一意见，即是说，也站在规范论的角度作定性上的判断的话，那么就不会认定为强奸罪，事实上，对正常婚姻关系中与妻子发生强制性交的丈夫一律定强奸罪，也并不符合中国的伦理传统（刘远，2012:117）。

本文认为，辩方从自己的身分职责出发，当然可以且应当提出这一辩护意见，但法官也应该有自己的立场，即对于上述婚内强奸案件，如果法官认定妻子在被强制性交时，按照妻子的陈述与对于当时双方感情和关系来看，不能认定在受到强制性交时，妻子产生了强烈的性的羞耻感与恐惧感，那么就不宜认定为被害人受到了侵害。事实上，在学理和司法实践中均存在以下观点，即在提起离婚诉讼期间或者分居

期间，丈夫强行与妻子性交的应构成强奸罪。<sup>4</sup> 本文基本赞同这一观点，理由是婚姻的存在原则上消除了性的羞耻感与恐惧感，即是说，结婚的双方按照常理上说，不应该对于性交感到羞耻，但离婚诉讼与分居的事实却可以阻断婚姻的这一功能。但显然这需要法官根据具体案情进行确定，要仰赖控辩双方分别站在各自的立场上予以共同的揭示。且正是因为控辩双方各执一端的立场，也确实使得法官的自由裁量权

- 
4. 就司法判例而言，这里有一则真实案例：被告人王某于1992年与钱某（女）相识并于1993年结婚。1996年6月，王某与钱某分居，同时向上海市青浦县人民法院起诉离婚。同年10月，该法院认为双方感情尚未破裂，判决不准离婚。此后双方未曾同居。1997年3月，王某再次提起离婚诉讼，同年10月8日，青浦县人民法院判决准予离婚。双方当事人对判决离婚无争议，但王某表示对判决涉及的子女抚养、液化气处理有意见，保留上诉权利。同月13日晚七时许，王某到原居地址，见钱某在房内整理衣物，即从背后抱住钱某，欲与其发生性关系，遭钱某拒绝。王某说：“住在这里，就不让你太平。”钱某欲挣脱离去。王某将钱某的双手反扭，并将钱某按倒在床上，不顾钱某的反抗，采取抓、咬等暴力手段，强行与钱某发生了性行为，致使钱某多处软组织挫伤、胸部被抓伤、咬伤。当晚，钱某向公安机关报案。该案起诉后，青浦县人民法院于1999年12月21日以王某犯强奸罪，判处有期徒刑三年，缓刑三年。判决理由是，虽然青浦县人民法院的离婚判决尚未发生法律效力，但王某与钱某已经不具备正常的夫妻关系。在此情况下，王某采取暴力手段，强行与钱某发生性关系，违背了钱某的意志，其行为已经构成强奸罪。参见中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一庭（2001:115-17）。本文认为，此案的判决主要是建立在法官的这样一种判断，即此案中钱某遭受了非人的虐待，也采取了激烈的反抗措施，这表明钱某确实是在被强制性交过程中产生了强烈的性的羞耻感和厌恶感。

达到了最大限度，具有很大的规范判断空间和余地，可以在充分听取控辩双方的观点基础上，作出自己的判断。

最后，除了上述所说的犯罪构成理论与秉持司法逻辑以外，还涉及到行为犯在刑法中的存在问题。应该说，刑法的目的是保护法益，换言之，任何犯罪都侵害了法益，或是具有侵害的危险。从这个角度来说，本文赞同付立庆教授（2013:107）的观点，即所有的犯罪都应该理解为结果犯（分为实害犯与危险犯）。进一步而言，行为犯概念的存在，还实质性地削弱了犯罪嫌疑人与辩方的辩护空间。因此，本文建议取消行为犯的概念，将其分别归入抽象危险犯与结果犯的范围之内。抽象危险犯例如生产、销售假药罪，非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪，醉驾类的危险驾驶罪等等；结果犯例如强奸罪。原因是，对于所谓的行为犯罪名，控方只要对犯罪嫌疑人实施了基本的犯罪行为进行举证即可认定犯罪成立，这在大多数的行为犯案例中，是可以接受的，但对于诸如“陆勇代购假药案”（2014）、“赵春华非法持有枪支罪案”（2016）、“李荣庆、李瑞生非法运输珍贵、濒危野生动物罪案”（2016）、“杨风申非法制造爆炸物罪案”（2017）、“王鹏涉嫌非法出售珍贵、濒危野生动物及其制品罪案”（2017）等引起了全国性的舆论震动的特殊案例，如此认定显然是不够的。本文认为，只有坚持抽象危险犯概念，对是否存在抽象危险，允许辩方反证，如果辩方能够举证证明根本不存在任何对于法益的抽象危险，法官亦可采纳，进而认为犯罪不成立。只有如此，才能够实质性地保障控辩双方的地位与能力平衡，才不会出现虽在程序上认同控辩双方一律平等，甚至赋予了辩方额外的程序性支援，但却使其在实体规范论辩上一开始就陷入“无法辩驳之境遇”，落入控方的实体话语之中的不平等现象。

## 商谈理性与庭审实质化之充分参与的保障

---

商谈理性认为，作为实践商谈的法律商谈过程应进行充分的道德商谈，因为“一旦从道德上谴责行为人的行为，我们就不应脱离参与者的视角和对他采取‘客观的’观察者的立场。换言之，我们必须与该行为人进行沟通。只有当从全方位（受害者、加害者和社会）的视角进行开放的讨论，才能对其施加伤害的行为或实施侮辱行为的违反道德性做出评价。此外，主张开放性讨论可以促使犯罪行为人对其行为承担道德责任。”（彼得·巴尔，2008:125）实际上，庭审实质化改革的精髓，即是保证庭审过程的陈述与讨论的充分性。正如有学者所指出的：“庭审实质化所要表达的主旨并非所谓的‘实质化’，而是回归‘庭审’的本原含义和原始价值，即法官在各方充分参与下对案件进行开庭审理进而作出裁判。”（吴卫军，2017:149）本文认为，要想在中国刑事司法中进行充分的讨论，有必要做好以下几个方面的实体保障机制。

第一，必须在控辩审三方主体之外，引入新的两方主体，即与案件无关联的陪审团，以及与案件有关联的特定群体和辅助性的专家证人，这两类人的引入是对商谈理论的必要补充，有助于交谈的事实和对涉案的法律问题予以充分的揭示和解释。<sup>5</sup> 以中国台湾地区 2007 年发生的“风倒榉木案”为

---

5. 必须指出，哈贝马斯继承并发展了胡塞尔（Edmund Husserl）的“生活世界”（Lebenswelt, life-world）观念，将胡塞尔先验的“生活世界”通过劳动、语言、交往，转化为现实的“生活世界”，而交往活动是建立在现实的“生活世界”的基础上，因此，对案件的解释就必须回到人与人交往的生活世界当中，

例说明。2007年台湾高等法院对司马库斯原住民涉嫌“窃取”“国有”风倒榉木的行为作出有罪宣告的案例进行阐述。<sup>6</sup> 该案的三名被告被指控犯有“加重窃取森林主、副产物罪”，在该案中，被告均坦言知道此项法规，因为他们的部落有很多捡拾流木被判刑的先例，但事实上，他们知道即使触犯法规仍然会捡拾，因为这是他们部落的“法律”。

在此案中，不可能以没有违法性意识的可能性为由阻却犯罪，而罪刑法定主义也明确要求排斥习惯法，然而，这显然与民众的“朴素犯罪观”相背离。因此，台湾大学法律系陈昭如教授提出由于依照原住民的世界观，将风倒树木搬回其部落，作为部落整体之装饰，那么该等树木就根本没有脱离大自然，仍然是属于大自然的一部分。即是说，这批树木并没有进入原住民特定个人、个人联合或部落的“实力支配”之下，而相当于仍留在原地，仍由“国家”合法持有（王鹏翔，2008:33-35）。

---

在刑事司法中，就表现为诉讼各方“按照诉讼程序，基于各人的理解就如何使刑法具体化、个案化所发生的法律交谈关系。”（刘远，2010:27）同时，哈贝马斯对事实的理解，是建立在美国实用主义（pragmatism）创始人皮尔斯（Charles S. Peirce）的实用主义真理观之上的，“皮尔斯把‘真’解释为合理的可接受性，也就是说解释为对具有可批判性的有效性主张的确认，而这种有效性主张的提出，则需要一种特定的听众群体作为交往条件——在社会空间和历史时间中理想地扩展的有判断能力的听众群体。”（哈贝马斯，2003:18-19）另外，需要提及的是，并非任何案件都需要特殊专家证人出庭，而只是在一些存在特殊、疑难的问题，需要专家证人出庭解释的案件中才需出场，因此无需担忧出庭人员过多，案多人少，拖延庭审的问题。

6. 司马库斯是位于台湾新竹县尖石乡的一个泰雅族部落。



就该案来说,如果三方主体即泰雅族部落代表(事实上,案发后该部落在网上发布了博客,但是刑事司法的商谈平台不同于刑事立法,案外平台无法发挥法律作用)、辅助性的专家证人(即陈昭如教授),以及代表民众的陪审人员实际在场的话,前两者就可以面对面地与控方进行法律商谈,相互间形成一个不同于法官和控方的带有视域缺陷的生活世界图像,那么,本案的判决就很可能要改写。

就陪审制度而言,2018年4月由全国人民代表大会常务委员会通过的《中华人民共和国人民陪审员法》(以下简称《人民陪审员法》)改变了以往陪审员只能就案件事实认定问题发表意见并进行表决的做法。其第二十一条规定:人民陪审员参加三人合议庭审判案件,对事实认定、法律适用,独立发表意见,行使表决权;第二十二条规定:人民陪审员参加七人合议庭审判案件,对事实认定,独立发表意见,并与法官共同表决;对法律适用,可以发表意见,但不参加表决。另外,就陪审员的遴选过程、社会身分等等均有所改善。

正如有学者所言,要想真正确保人民陪审员实质性参审,起码要有一个实质化的庭审,包括遵循直接言词原则、控辩平等对抗、贯彻集中审理原则、合议庭当庭作出裁判等等(贾志强,2018:69)。但实际上,陪审员实质性参与庭审,与庭审实质化改革相辅相成,只有陪审员作为独立的主体之一,将民众的生活图像带到庭审过程,才能保障各方主体特别是被告人及辩护人发表的意见被实质性的听取,而非被所谓的“专业”图像自动排斥在庭审活动之外。当然,就《人民陪审员法》第二十二条而言,要想区分案件中的事实问题与法律问题,并非易事,建议在实施一段时间观察效果后,酌情考虑取消对于参与七人合议庭审判案件的陪审员只能表决事实认定,而不能表决法律认定的做法。同时,参考外国法律规定,采取将陪审员与法官的认定按照“定罪/量刑”的划

分方法，即陪审员对定罪问题作出评议，而关于量刑问题的认定，则最终由法官决定。这样既能发挥陪审员作为普通人的经验优势，也能发挥法官的专业优势，形成知识结构的互补。

此外，充分的商谈还表现在不但要对某一特定行为的事实和法律问题进行商谈，而且要对犯罪人的作案动机和个人情况进行商谈，这种商谈不能被认为是没有意义的，因为刑事司法讲的是“生活之理，这种‘理’不是遵循逻辑而排斥情感的，而是以逻辑为基础、以情感为归宿的。”（刘远，2010:22）

第二，商谈理性视域下的庭审实质化，要求法官必须对庭审中的商谈进行积极回应。对此，哈贝马斯似乎只是谈到了要依靠法官的自由心证。实际上，这种商谈的过程和结论，一方面是通过影响法官和陪审员对案件的前理解，另一方面还与上文所提到的辩方的合法商谈平台的构建有关系，否则就仍会出现“你辩你的，我判我的”这样一种不作回应的状况。

对于刑事司法商谈中的法官地位，本文建议应该建立一种所谓的“参与模式”，即控辩双方与法官在遵循合理的诉讼职能分工的前提下，以适合的方式积极地参与法庭审判的过程。这包含了两个不同的方面，一是控辩双方在水平方向的资讯交流与沟通，二是法官与当事人之间在垂直方向上的资讯交换，强调法官对于控辩双方的协调和组合。即是说，法官在审判过程中不应处于消极的仲裁地位，而是发挥一种积极裁判者、消极调查者的作用，如当法官发现一方当事人明显处于劣势或弱势时，不应消极旁观，而应及时对该当事人进行指导，并协助他提出证据和实施询问。这样做“不是仅仅把当事者的程序主体性作用限定在为了帮助法官作出正确判断而提供足够的资料这一狭窄的范围内，而是容许当事

者以用双方的辩论内容来拘束法官判断的同时，把法官这个第三者的存在和决定权能纳入自己努力解决自己的问题这样一种主体性相互作用的过程。”（棚濑孝雄，1994:258-59）

另外，法官积极回应庭审中的各方意见，从终局结果的角度看，还包括裁判文书的积极释法说理。2018年6月最高人民法院印发《关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》中指出：“裁判文书释法说理的目的是通过阐明裁判结论的形成过程和正当性理由，提高裁判的可接受性，实现法律效果和社会效果的有机统一。”（中华人民共和国最高人民法院，2018）这其实也是对于实质化庭审过程中各方所充分发表意见的一个总结。可以说，庭审实质化离不开裁判文书实质说理。

第三，庭审实质化虽然是司法实践商谈中的问题，但也不能忽略立法的商谈语境问题。因为无论庭审过程多么实质化，均无法克服一个带有缺陷的刑事立法，从而避免判决结果的不尽人意。对此，就一种理想的立法商谈语境而言，哈贝马斯引述阿列克西的法学理论，表述了交互性商谈的三个基本要求：“（3.1）每一能以言谈和行动的主体都可以参加商谈讨论。（3.2）a. 每人都可以使每一主张成为问题。b. 每人都可以使每一主张引入商谈讨论。c. 每人都可以表示他的态度、愿望和需要。（3.3）没有一个谈话者可以通过商谈讨论内或商谈讨论外支配性强制被妨碍体验到自己由（3.1）和（3.2）确定的权利。”（薛华，1988:14）

美国学者塞拉·本哈比（Seyla Benhabib）也指出，商谈理性的源泉要求国家的基础立法过程应该这样设计并实施，透过“自由平等的个体之间理性且公正的集体商讨”，方可呈现卢梭（Jean-Jacques Rousseau）所强调的公共意志（general will）（Benhabib，1994:30-31）。即是说，庭审实质化之前的立法形成过程中的商谈之有效性，同样必须具备

平等、充分和真诚的要求，就此而言，中国当前刑事立法过程中的征求意见阶段（例如，征求意见稿的发布渠道、意见统计、意见反馈及再商谈阶段等等），还有待完善。

## 参考书目

---

- 卫跃宁、宋振策。2015。〈论庭审实质化〉，《国家检察官学院学报》，第23卷，第6期，页127-39, 172。
- 马丁·布伯。1986。《我和你》，陈维纲译。北京：三联书店。
- 王鹏翔编。2008。《2008法律思想与社会变迁》。台北：中央研究院法律学研究所。
- 中华人民共和国最高人民法院。2015。〈最高人民法院关于全面深化人民法院改革的意见〉。取自：<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-13520.html>。
- 中华人民共和国最高人民法院。2018。〈最高人民法院关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见〉。取自：<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-101552.html>。
- 中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一庭编。2001。《刑事审判参考（第2卷）》。北京：法律出版社。
- 龙宗智。2015。〈庭审实质化的路径和方法〉，《法学研究》，第5期，页139-56。
- 北京市第一中级人民法院编。2015。《机制创新与实践：法院改革探索调研文集》。北京：法律出版社。
- 付立庆。2013。〈行为犯概念否定论〉，《政法论坛》，第31卷，第6期，页107-16。
- 刘远。2006。〈犯罪构成模式的反思与重构〉，《中国刑事法杂志》，第5期，页11-19。

- 刘远。2010。〈司法刑法学的视域与范式〉，《现代法学》，第32卷，第4期，页18-29。
- 刘远。2012。〈关注刑法解释的司法逻辑：兼及刑法教学如何适应司法实践〉，《国家检察官学院学报》，第20卷，第3期，页111-19。
- 刘远。2018。《刑事司法过程的刑法学建构问题研究：刑法学司法逻辑化的方法论》。北京：人民出版社。
- 孙长永、王彪。2017。〈论刑事庭审实质化的理念、制度和技术〉，《现代法学》，第39卷，第2期，页123-45。
- 孙向晨。1998。〈马丁·布伯的“关系本体论”〉，《复旦学报（社会科学版）》，第4期，页91-97, 142。
- 吴卫军。2017。〈刑事庭审实质化改革：解析与检视〉，《江海学刊》，第6期，页148-53, 239。
- 陈实。2018。〈刑事庭审实质化的维度与机制探讨〉，《中国法学》，第1期，页190-206。
- 罗伯特·阿列克西。2011。《法 理性 商谈：法哲学研究》，朱光、雷磊译。北京：中国法制出版社。
- 彼得·巴尔。2008。〈商谈伦理学与刑事诉讼中的人权〉，载马修·德夫林编，《哈贝马斯、现代性与法》，高鸿钧译。北京：清华大学出版社，页71-135。
- 哈贝马斯。1989。《交往与社会进化》，张博树译。重庆：重庆出版社。
- 哈贝马斯。2003。《在事实与规范之间：关于法律和民主法治国的商谈理论》，童世骏译。北京：三联书店。
- 哈贝马斯。2017。〈马丁·布伯：当代语境中的对话哲学〉，曹卫东译，《现代哲学》，第4期，页1-8。
- 贾志强。2018。〈人民陪审员参审职权改革的中国模式及反思〉，《社会科学文摘》，第4期，页67-69。

棚濑孝雄。1994。《纠纷的解决与审判制度》，王亚新译。

北京：中国政法大学出版社。

薛华。1988。《哈贝马斯的商谈伦理学》。沈阳：辽宁教育

出版社。

Benhabib, Seyla. 1994. "Deliberative Rationality and Models of Democratic Legitimacy," *Constellations*, 1(1), 26-52.

## 商谈理性与刑事庭审实质化改革研究

### 基于刑法与刑事诉讼法交叉的视角

#### 摘要

从商谈理性出发，能够得出对当下的庭审实质化改革有启发指导意义的结论。各方主体只有平等、直接、充分、真诚地参与商谈过程，才能稳定地实现庭审整合社会的功能。商谈理性视域下的庭审实质化，要求从刑事实体法的层面为控辩双方开辟平等的商谈平台，这需要对刑事实体法理论进行相应的革新。必须在控辩审三方主体之外，引入与案件无关联的陪审团，以及与案件有关联的特定群体和辅助性的专家证人。法官必须对庭审中的商谈进行积极回应。

# **A Study on the Rationality of Negotiation and the Substantive Reform of Criminal Trials**

**Based on the Intersection of Criminal Law  
and Criminal Procedure Law**

**Jia Jian**

## **Abstract**

From the starting point of the rationality of negotiation, we can draw conclusions that are inspiring and instructive for the substantive reform of current court trials. Only when the parties involved participate in the process of negotiation in an equal, direct, full, and sincere manner can the potential for trials to play a role in integrating society finally be realized. Under the perspective of the rationality of negotiation, substantive trials require both prosecutors and defendants to be on an equal platform from which to negotiate from the level of substantive criminal law. This would require corresponding innovations in the theory of substantive criminal law. In addition to the prosecutors, defendants, and judges who are involved in the trials, there must be a jury comprised of people not associated with the case, as well as specific groups and auxiliary experts and witnesses who are associated with the case. The judge is required to respond positively to the negotiations during the trial.



## **HONG KONG INSTITUTE OF ASIA-PACIFIC STUDIES**

The Hong Kong Institute of Asia-Pacific Studies (HKIAPS) was established in September 1990 to promote multidisciplinary social science research on social, political and economic development. Research emphasis is placed on the role of Hong Kong in the Asia-Pacific region and the reciprocal effects of the development of Hong Kong and the Asia-Pacific region.

### Co-Directors:

Cheung, Fanny Mui-ching, PhD (Minnesota),  
*Choh-Ming Li Professor of Psychology*  
Fung, Anthony Ying-him, PhD (Minnesota),  
*Professor, School of Journalism and Communication*

### Associate Directors:

Hong, Ying-yi, PhD (Columbia),  
*Choh-Ming Li Professor of Marketing*  
Ng, Mee-kam, PhD (UCLA),  
*Professor, Department of Geography and Resource Management*  
Zheng, Victor Wan-tai, PhD (University of Hong Kong),  
*Associate Director (Executive), HKIAPS*

ISBN 978-962-441-242-0



9 789624 412420