

商談理性與刑事庭審
實質化改革研究
基於刑法與刑事訴訟法
交叉的視角

賈健

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

商談理性與刑事庭審實質化改革研究

基於刑法與刑事訴訟法交叉的視角

賈健

香港中文大學
香港亞太研究所

引用本文

賈健。2020。《商談理性與刑事庭審實質化改革研究：基於刑法與刑事訴訟法交叉的視角》。取自香港中文大學香港亞太研究所網站：http://www.hkiaps.cuhk.edu.hk/wd/ni/20200609-133813_2_op242_t.pdf

作者簡介

賈健，法學博士，西南政法大學法學院副教授，碩士生導師；研究方向為刑法哲學。

鳴謝

本文由 2018 年度教育部哲學社會科學研究重大課題攻關項目「推進國家監察全覆蓋研究」（編號：18JZD037），和最高人民法院 2018 年度司法研究重大課題「刑事裁判公眾認同問題研究」（編號：ZGFYKT2018-1905）資助。論文的部分研究工作在香港中文大學香港亞太研究所訪問期間完成。

© 賈健 2020

ISBN 978-962-441-242-0

版權所有 不准翻印

商談理性與刑事庭審實質化改革研究

基於刑法與刑事訴訟法交叉的視角

中國共產黨第十八屆四中全會於 2014 年 10 月 23 日通過《中共中央關於全面推進依法治國若干重大問題的決定》，為落實此決定，最高人民法院於 2015 年 2 月 4 日發布《關於全面深化人民法院改革的意見》，指出：「到 2016 年底，推動建立以審判為中心的訴訟制度，促使偵查、審查起訴活動始終圍繞審判程序進行。」（中華人民共和國最高人民法院，2015）應該說，「以審判為中心」的訴訟制度是相對於「以偵查為中心」、「以逮捕為中心」的訴訟制度而言的，而「庭審實質化改革」則是着力解決「卷宗中心主義」的弊端。但以審判為中心勢必要求庭審實質化，「審判中心又內在地蘊含着庭審中心，法庭審理是審判的決定性環節。所謂庭審中心，就是實現庭審的實質化，力戒庭審的形式化，保證庭審在查明事實、認定證據、保護訴權、公正裁判中發揮決定性作用。」（衛躍寧、宋振策，2015:127）

目前來看，庭審實質化改革在改革的價值、基本理念、概念理清，以及機制的展開等方面取得了較為豐碩的理論成果。在此基礎上，本文擬進一步挖掘庭審實質化理論背後的哲學思想——商談理論，並藉由商談理論中所內含的一體化意蘊，得出對於當下庭審實質化改革具有啟發意義的解讀和結論。

一種可能的解讀： 對庭審實質化改革之根據的哲學思考

孫長永教授指出，庭審實質化改革「能否取得預期效果，關鍵在於能否用現代的『公正司法理念』取代傳統的司法理念」，而從公正司法的理念出發，可以推導出「獨立審判」、「無罪推定」、「法庭中立」、「控辯平等」、「證據裁判」和「平等適用法律」等六項基本原則（孫長永、王彪，2017:124, 126–29）。還有學者認為「以審判為中心」蘊含了庭審實質化，而確定以審判為中心的正當性基礎，則在於「審判能夠最大限度地彰顯等腰三角形訴訟構造，最大限度地實現訴訟公正」、「確立審判的中心地位是無罪推定原則的要求」，以及「確立審判的中心地位是程序法定原則的要求」（衛躍寧、宋振策，2015:128）。也可以說，庭審實質化背後的正當性基礎是「訴訟公正、無罪推定及程序法定」。應該說，為了貫徹這些理念，確實有必要推動庭審實質化改革，換言之，這些理念從價值層面論證了為什麼要進行庭審實質化改革。本文在此基礎上，進一步嘗試從商談理論的角度發掘庭審實質化改革背後的哲理。本文認為，從商談理性的視角看，能夠得出對於庭審實質化改革有啟發指導意義的結論。

商談理性內含於關係論的哲學觀之中。德國現代著名哲學家、關係本體論的提出者與宣導者馬丁·布伯（Martin Buber）從猶太思想傳統出發，認為真正決定一個人存在的東西，決不是笛卡爾所言的「我思」，也不是外在於自我並對立於、凌駕於自我之上的種種客體（例如新康德主義的國家、倫理），而是在於「我」與世界上各種存在物和事件發生關係的方式。布伯認為，「世俗與神聖間的重新結合，不

是體現為一種實體，而是體現為一種關係。」他強調「本體乃關係」，關係先於實體，實體由關係而出，故他的本體論可稱之為「關係本體論」（孫向晨，1998:92-93）。布伯（1986:127）指出：「在三種境界中，與人相關聯之人生最為顯豁突出。其間，語言因言說與答言而完成自身；僅在其間，具語言之形的『道』相遇對它的回答，原初辭穿梭往返，既是呼喚稱述，又是響應回答，以同樣的形式活躍於同樣的語言。」僅在人與人關係中的「觀與被觀，知與被知，愛與被愛領有不可喪失之實在」。在其中，語言起了保障作用。布伯以語言區分了我與人、與自然、與精神實體相關聯的不同人生，後兩者或低於語言，或超出語言，而只有與人的關係在語言中存在。實際上，在「我—你」關係中，這種言說方式是「對……說」（speak to），這不同與「我—它」關係中的「談及」（speak about），可見「我—你」之言談是一種夥伴性的、平等的，且相互回應的對話（參見孫向晨，1998）。即是說，對話思想內在於關係本體論之中。

尤爾根·哈貝馬斯（Jürgen Habermas）認為布伯的關係本體論及其對話思想，「是富於洞察力和感召力的哲學遺產」（哈貝馬斯，2017:1），並進一步將之運用到法律領域。他同樣反對主體哲學的個人獨白性，認為所謂的普遍性和統一性來自於一致性，這種一致性表現為一種經驗性的共識，這種共識是交往、交流、對話、協商、討論、談判的結果。交往活動趨向於理解，而人類的理解必須借助於語言，換言之，交往活動的普遍性依賴於語言的普遍性。¹ 有了把語言理解

1. 就語言的普遍性而言，哈貝馬斯根據語言的應用，將物件領域劃分為幾個不同的世界，這些不同的世界同時又是語言的本體論的前提。第三人稱的語言，以觀察者的態度區分出一

作為行動協調之機制的交往行動概念，以有效性主張為行動取向的行動者的虛擬假設，也就對社會秩序之形成和維持具有了直接相關性。因為這些秩序之成立，就在於對規範的有效性主張的承認（哈貝馬斯, 2003:21）。

總括而言，哈貝馬斯主張規範的有效性與秩序之形成，必須建立在開放性對話的基礎上。法律領域也是如此，他認為，法律來源於人與人之間的交往，是作為主體的各方，基於相互交往，賦予了法律以事實的有效性和合理的可接受性，進而獲得了合法性的生命，這一切只有建立在對話的普遍有效性基礎上，即各方主體只有平等、直接、充分、真誠地參與商談過程，而不能被代理，不能被隱藏，只有這樣，法律才能穩定地實現社會整合的功能。

因此，從某種意義上說，庭審過程只有在法官、檢察官、被告人及辯護人、被害人、證人、鑒定人等各方主體均在場的前提下，司法判決的有效性和正當性才能夠得以建立。而如果庭審局限在形式上的「偵查卷宗主義」，那麼，等於是將「我—你」的原初關係改變為「我—它（卷宗）—你」，這樣，「我」與「你」的交往過程就會被「遮蔽」，庭審異變成了法官面對卷宗的一場「獨白」，這無疑會導致「先入

個外在自然的客觀世界；第二人稱的語言，從參與者的態度區分出一個以「我—你」關係為基礎的社會世界；第一人稱的語言，以主體性態度區分出一個內在自然的主觀世界。因此，每一種構成完好的言語行為都具有三重關係：（一）話語與作為現存事物總體的外在世界的關係；（二）話語與作為所有由規範調整的人際關係之總體的社會世界的關係；（三）話語與作為主體意向性經驗之總體的內在世界的關係（哈貝馬斯, 1989:67-69）。

為主」、「先定後審」等弊病的出現，判決的有效性和認同性也因此大打折扣。

需要指出的是，商談並不意味着控辯雙方相互妥協或者相互配合，也並不會削弱庭審中的對抗，而是說，商談理論要求法官積極發揮職能，保障控辯雙方在恪守各自的訴訟角色的基礎上，進行充分的溝通和互動，以此平衡控辯雙方的力量，特別是確保在實踐中往往處於弱勢地位的辯方獲得平等的辯護權，最終保障程式和實體的「雙公正」。正如龍宗智教授（2015:141）所言，庭審實質化「有賴於雙方的『角色表演』」。如果一方或雙方因能力或責任心不足而不能有效履行其角色，全面有效的審理就難以實現，法官也就不得不從案卷中獲得庭審時未能獲得的信息。」下文將從平等、充分兩個實質維度出發，²就商談理性之於庭審實質化改革所蘊含的內在標準和要求作出闡述。

商談理性與庭審實質化之控辯實質平等

哈貝馬斯將法律商談當做是「道德—實踐」商談的一個特殊類別，而實踐商談中的兩個重要條件是：（一）免於強迫和權力干預；（二）為參與者提供平等的機會（彼得·巴

-
2. 需要指出的是，本文雖然集中闡述商談理論之於庭審實質化的平等與充分維度，但並不意味着直接與真誠維度對於庭審過程是不重要的，實際上，這兩者是平等與充分地參與庭審過程的前提，或者說已經內含於平等與充分維度。基於此，限於本文主題——着重於從刑法與刑事訴訟法交叉的角度，來解讀商談理論所蘊含的對於庭審實質化的意義，本文將重點從作者認為更具實體意蘊的平等與充分維度來討論。

爾, 2008:111)。事實上, 庭審過程即是實踐商談的踐行, 而只有遵循以上兩個條件, 才能保證庭審結論的有效性和公眾的認同。孫長永教授指出: 「如果司法程序在設計上沒有體現控辯平等的精神, 而為控方提供無數機會, 同時卻又對辯護予以種種限制, 就會使本來應當是公平、理性的平等攻防程序變成『消極的法官』坐觀『老虎吃雞』的弱肉強食的過程。」(孫長永、王彪, 2017:128) 這正是着眼於上述第二點「為參與者提供平等的機會」所作的闡述。

商談理性要求各方主體地位實質平等, 在刑事司法的商談當中, 平等尤其意味着犯罪嫌疑人及其辯護人與其他訴訟參與人之間, 必須具有對等的角色分工。這一點「在歐陸刑事訴訟中, 平等交往的可能性仍遠不盡如人意。法庭發言的不對等地位限制了法庭交往。庭審互動的過程甚至可以認為是強制性的交往。……被告被迫遵守事實的和規範的前提條件, 他們主張的前提條件以法官的言語行為為基礎, 而這幾乎沒有給被告提供任何機會來表達自己對這種言談情境的意見。」(彼得·巴爾, 2008:121)

在中國, 新刑事訴訟法已經對這種訴訟程序上的平等作出了實質性的變革。例如, 在訴訟原則上, 新修訂的刑事訴訟法確立了反對自證其罪規則, 受刑事追究的人沒有證實自己犯罪的義務, 且不得強迫任何人證實自己有罪, 對於強迫其認罪的口供不得作為證據使用, 而只有自願認罪的口供才具有證據能力, 這等於是賦予了犯罪嫌疑人、被告人以沉默權。這修訂使得被告人在訴訟過程中獲得了與控方在形式上平等的訴訟地位。

但不得不指出, 在中國的刑事訴訟程序中, 控辯雙方的訴訟能力仍存有較大差距, 而「推進庭審實質化改革必須同時關注並強調控、辯、裁三方訴訟能力的提升」(陳實, 2018:199)。有調查顯示, 當前「很多律師的辯護都是千篇

一律，缺乏嚴密的邏輯推理和針對性的防禦，空話套話居多，不能充分發揮律師的法律專長為被告人提供針對性較強的有利辯護。亦有指派辯護律師不認真履行職責，草率辯護，不能切實維護被告人的合法權益。上述問題導致量刑程序中控辯雙方力量對比的嚴重失衡，影響了量刑公正的實現。」（北京市第一中級人民法院，2015:337-38）本文認為，這種訴訟能力的差距，一方面要通過賦予被迫訴人與辯方一系列特殊的程序性保障，以使得與控方力量達到形式意義上的平衡之外，另一方面，本文贊同劉遠教授（2018:64）所言，刑法學者不能不思考審判中心化和庭審實質化對於刑法學的意義，刑法學作為實體法學，應該為庭審過程對裁判解決的決定作用的形成作出貢獻。

應該說，庭審實質化並非僅從形式上擯棄「卷宗中心主義」，而是要通過庭審過程中控辯雙方的實質性對話，使得法官得出一個公正的、更具認同度的審判結論。換言之，庭審實質化所要求的平等，不但包括程序意義上的形式平等，還包括實體規範平台意義上的實質平等，後者保障了辯方「有理可辯，辯之有效」，如果無視裁判規範的平衡，則無異於辯方一開始就輸在「起跑線」上，這其實是一種基底性的隱性權力差異。基於此，本文認為，要想控辯雙方獲得實質平等地位，必須解決控辯雙方均站在有利於控方的實體規範平台開展法庭論辯，即解決控辯雙方基於規範平台而導致實質意義上的訴訟權力差異的問題。

正如羅伯特·阿列克西（Robert Alexy）所言：「商談理論的核心是商談規則與商談原則，對它們的遵守確保了論證的理性及其結構。」（羅伯特·阿列克西，2011:224）應該說，刑事庭審活動是法官的定罪量刑的過程，而定罪量刑的主要依據即體現了犯罪構成要件的刑法規範，對於控辯雙方而言，這一規範也可以說是商談的平台和規則，如果控辯雙

方一開始就面臨着不平等的商談規則，那麼，就不可避免地會遭受「偏見」。

本文認為，這種刑事訴訟程序層面商談的不平等，首先與刑事實體法的平面性構造有直接關係，在刑事實體法中沒有為犯罪嫌疑人、被告人及其辯護人提供如公訴人同等地位的商談空間和平台，因此，犯罪嫌疑人、被告人及其辯護人只能進入公訴方的理論平台中進行商談，而在公訴方的商談平台中，顯然是圍繞着公訴方的商討議題進行的，因此有必要從刑事實體法的層面，為控辯雙方開闢平等的商談平台，有學者因而建議應該改造中國四要件的平面式的犯罪構成，³引入如大陸法系或英美法系中能夠明確為控辯雙方的商談預留空間的犯罪構成模式。例如，大陸法系階層論模式中，辯方能夠從超法規的違法阻卻事由、有無違法性意識、有無期待可能性，乃至結果能否歸責於行為人的行為等規範層面，展開實質性的辯護。正如劉遠教授（2006:16）所言：「作為定罪架構和互動平台的犯罪構成，在模式上應體現控辯審三方的刑事訴訟構造關係，使之成為三方都能夠平等使用的定罪活動平台。」這一點對於司法刑法學中商談模式的對等化無疑是合適的。

其次，要使被告人和辯方真正獲得實體上與控方相對等的地位，就必須預設一個前提，即獲得與控方相對等的司法邏輯，且法官不偏向於任何一方，至少不是與控方站在同一邏輯進行判斷。就這一點來說，目前的現狀是，控方與法官均是站在法益論的邏輯中，對事實和法律作出實體判斷，被告人與律師即使是從規範論的邏輯作出回應，也不會被法官

3. 犯罪構成包含犯罪主體、犯罪客體、犯罪主觀方面、犯罪客觀方面四大要素，缺一即犯罪不能成立。

所採納，而是會被法官認為是在說「法外之言」，即使偶爾被採納，也被認為是「法外開恩」。

事實上，深入法益論的核心，就會發現其是圍繞個人進行建構的，一旦控方對被害人的被害事實進行了充分的調查，那麼，認定犯罪成立將是預料之中的事情，這也正是當前「刑事辯護難」的根本原因之一。對此，這裏以「婚內強姦案」予以說明，在婚內強姦案中，如果控辯審三方均站在法益論的立場進行規範的判斷的話，那麼侵害了妻子的性自主權的結論無可避免，即是說，行為該當強姦罪的構成要件基本是板上釘釘的事，這樣，辯方在定罪層面上的辯護將沒有規範上的空間，而只能求助量刑辯護，但如果我們假設辯方不是與控方同時站在法益論的立場，並且法官保持中立，那麼，辯方就很可能站在規範論的立場，提出這樣的辯護，即我（辯方）確實做過你們（控方）所說的事，但丈夫對妻子這麼做能直接、一律評價為「強姦」嗎？這時，法官如果採納辯方的這一意見，即是說，也站在規範論的角度作定性上的判斷的話，那麼就不會認定為強姦罪，事實上，對正常婚姻關係中與妻子發生強制性交的丈夫一律定強姦罪，也並不符合中國的倫理傳統（劉遠，2012:117）。

本文認為，辯方從自己的身分職責出發，當然可以且應當提出這一辯護意見，但法官也應該有自己的立場，即對於上述婚內強姦案件，如果法官認定妻子在被強制性交時，按照妻子的陳述與對於當時雙方感情和關係來看，不能認定在受到強制性交時，妻子產生了強烈的性的羞恥感與恐懼感，那麼就不宜認定為被害人受到了侵害。事實上，在學理和司法實踐中均存在以下觀點，即在提起離婚訴訟期間或者分居

期間，丈夫強行與妻子性交的應構成強姦罪。⁴ 本文基本贊同這一觀點，理由是婚姻的存在原則上消除了性的羞耻感與恐懼感，即是說，結婚的雙方按照常理上說，不應該對於性交感到羞耻，但離婚訴訟與分居的事實卻可以阻斷婚姻的這一功能。但顯然這需要法官根據具體案情進行確定，要仰賴控辯雙方分別站在各自的立場上予以共同的揭示。且正是因為控辯雙方各執一端的立場，也確實使得法官的自由裁量權

-
4. 就司法判例而言，這裏有一則真實案例：被告人王某於1992年與錢某（女）相識並於1993年結婚。1996年6月，王某與錢某分居，同時向上海市青浦縣人民法院起訴離婚。同年10月，該法院認為雙方感情尚未破裂，判決不准離婚。此後雙方未曾同居。1997年3月，王某再次提起離婚訴訟，同年10月8日，青浦縣人民法院判決准予離婚。雙方當事人對判決離婚無爭議，但王某表示對判決涉及的子女撫養、液化氣處理有意見，保留上訴權利。同月13日晚七時許，王某到原居地址，見錢某在房內整理衣物，即從背後抱住錢某，欲與其發生性關係，遭錢某拒絕。王某說：「住在這裏，就不讓你太平。」錢某欲掙脫離去。王某將錢某的雙手反扭，並將錢某按倒在床上，不顧錢某的反抗，採取抓、咬等暴力手段，強行與錢某發生了性行為，致使錢某多處軟組織挫傷、胸部被抓傷、咬傷。當晚，錢某向公安機關報案。該案起訴後，青浦縣人民法院於1999年12月21日以王某犯強姦罪，判處有期徒刑三年，緩刑三年。判決理由是，雖然青浦縣人民法院的離婚判決尚未發生法律效力，但王某與錢某已經不具備正常的夫妻關係。在此情況下，王某採取暴力手段，強行與錢某發生性關係，違背了錢某的意志，其行為已經構成強姦罪。參見中華人民共和國最高人民法院刑事審判第一庭（2001:115-17）。本文認為，此案的判決主要是建立在法官的這樣一種判斷，即此案中錢某遭受了非人的虐待，也採取了激烈的反抗措施，這表明錢某確實是在被強制性交過程中產生了強烈的性的羞耻感和厭惡感。

達到了最大限度，具有很大的規範判斷空間和餘地，可以在充分聽取控辯雙方的觀點基礎上，作出自己的判斷。

最後，除了上述所說的犯罪構成理論與秉持司法邏輯以外，還涉及到行為犯在刑法中的存在問題。應該說，刑法的目的是保護法益，換言之，任何犯罪都侵害了法益，或是具有侵害的危險。從這個角度來說，本文贊同付立慶教授（2013:107）的觀點，即所有的犯罪都應該理解為結果犯（分為實害犯與危險犯）。進一步而言，行為犯概念的存在，還實質性地削弱了犯罪嫌疑人與辯方的辯護空間。因此，本文建議取消行為犯的概念，將其分別歸入抽象危險犯與結果犯的範圍之內。抽象危險犯例如生產、銷售假藥罪，非法製造、買賣、運輸、郵寄、儲存槍枝、彈藥、爆炸物罪，醉駕類的危險駕駛罪等等；結果犯例如強姦罪。原因是，對於所謂的行為犯罪名，控方只要對犯罪嫌疑人實施了基本的犯罪行為進行舉證即可認定犯罪成立，這在大多數的行為犯案例中，是可以接受的，但對於諸如「陸勇代購假藥案」（2014）、「趙春華非法持有槍枝罪案」（2016）、「李榮慶、李瑞生非法運輸珍貴、瀕危野生動物罪案」（2016）、「楊風申非法製造爆炸物罪案」（2017）、「王鵬涉嫌非法出售珍貴、瀕危野生動物及其製品罪案」（2017）等引起了全國性的輿論震動的特殊案例，如此認定顯然是不夠的。本文認為，只有堅持抽象危險犯概念，對是否存在抽象危險，允許辯方反證，如果辯方能夠舉證證明根本不存在任何對於法益的抽象危險，法官亦可採納，進而認為犯罪不成立。只有如此，才能夠實質性地保障控辯雙方的地位與能力平衡，才不會出現雖在程序上認同控辯雙方一律平等，甚至賦予了辯方額外的程序性支援，但卻使其在實體規範論辯上一開始就陷入「無法辯駁之境遇」，落入控方的實體話語之中的不平等現象。

商談理性與庭審實質化之充分參與的保障

商談理性認為，作為實踐商談的法律商談過程應進行充分的道德商談，因為「一旦從道德上譴責行為人的行為，我們就不應脫離參與者的視角和對他採取『客觀的』觀察者的立場。換言之，我們必須與該行為人進行溝通。只有當從全方位（受害者、加害者和社會）的視角進行開放的討論，才能對其施加傷害的行為或實施侮辱行為的違反道德性做出評價。此外，主張開放性討論可以促使犯罪行為人對其行為承擔道德責任。」（彼得·巴爾，2008:125）實際上，庭審實質化改革的精髓，即是保證庭審過程的陳述與討論的充分性。正如有學者所指出的：「庭審實質化所要表達的主旨並非所謂的『實質化』，而是回歸『庭審』的本原含義和原始價值，即法官在各方充分參與下對案件進行開庭審理進而作出裁判。」（吳衛軍，2017:149）本文認為，要想在中國刑事司法中進行充分的討論，有必要做好以下幾個方面的實體保障機制。

第一，必須在控辯審三方主體之外，引入新的兩方主體，即與案件無關聯的陪審團，以及與案件有關聯的特定群體和輔助性的專家證人，這兩類人的引入是對商談理論的必要補充，有助於交談的事實和對涉案的法律問題予以充分的揭示和解釋。⁵ 以中國台灣地區 2007 年發生的「風倒櫟木案」為

5. 必須指出，哈貝馬斯繼承並發展了胡塞爾（Edmund Husserl）的「生活世界」（Lebenswelt, life-world）觀念，將胡塞爾先驗的「生活世界」通過勞動、語言、交往，轉化為現實的「生活世界」，而交往活動是建立在現實的「生活世界」的基礎上，因此，對案件的解釋就必須回到人與人交往的生活世界

例說明。2007年台灣高等法院對司馬庫斯原住民涉嫌「竊取」「國有」風倒樺木的行為作出有罪宣告的案例進行闡述。⁶該案的三名被告被指控犯有「加重竊取森林主、副產物罪」，在該案中，被告均坦言知道此項法規，因為他們的部落有很多撿拾流木被判刑的先例，但事實上，他們知道即使觸犯法規仍然會撿拾，因為這是他們部落的「法律」。

在此案中，不可能以沒有違法性意識的可能性為由阻卻犯罪，而罪刑法定主義也明確要求排斥習慣法，然而，這顯然與民眾的「樸素犯罪觀」相背離。因此，台灣大學法律系陳昭如教授提出由於依照原住民的世界觀，將風倒樹木搬回其部落，作為部落整體之裝飾，那麼該等樹木就根本沒有脫離大自然，仍然是屬於大自然的一部分。即是說，這批樹木並沒有進入原住民特定個人、個人聯合或部落的「實力支配」之下，而相當於仍留在原地，仍由「國家」合法持有（王鵬翔，2008:33-35）。

當中，在刑事司法中，就表現為訴訟各方「按照訴訟程序，基於各人的理解就如何使用刑法具體化、個案化所發生的法律交談關係。」（劉遠，2010:27）同時，哈貝馬斯對事實的理解，是建立在美國實用主義（pragmatism）創始人皮爾斯（Charles S. Peirce）的實用主義真理觀之上的，「皮爾斯把『真』解釋為合理的可接受性，也就是說解釋為對具有可批判性的有效性主張的確認，而這種有效性主張的提出，則需要一種特定的聽眾群體作為交往條件——在社會空間和歷史時間中理想地擴展的有判斷能力的聽眾群體。」（哈貝馬斯，2003:18-19）另外，需要提及的是，並非任何案件都需要特殊專家證人出庭，而只是在一些存在特殊、疑難的問題，需要專家證人出庭解釋的案件中才需出場，因此無需擔憂出庭人員過多，案多人少，拖延庭審的問題。

6. 司馬庫斯是位於台灣新竹縣尖石鄉的一個泰雅族部落。

就該案來說，如果三方主體即泰雅族部落代表（事實上，案發後該部落在網上發布了博客，但是刑事司法的商談平台不同於刑事立法，案外平台無法發揮法律作用）、輔助性的專家證人（即陳昭如教授），以及代表民眾的陪審人員實際在場的話，前兩者就可以面對面地與控方進行法律商談，相互間形成一個不同於法官和控方的帶有視域缺陷的生活世界圖像，那麼，本案的判決就很可能要改寫。

就陪審制度而言，2018年4月由全國人民代表大會常務委員會通過的《中華人民共和國人民陪審員法》（以下簡稱《陪審員法》）改變了以往陪審員只能就案件事實認定問題發表意見並進行表決的做法。其第二十一條規定：人民陪審員參加三人合議庭審判案件，對事實認定、法律適用，獨立發表意見，行使表決權；第二十二條規定：人民陪審員參加七人合議庭審判案件，對事實認定，獨立發表意見，並與法官共同表決；對法律適用，可以發表意見，但不參加表決。另外，就陪審員的遴選過程、社會身分等等均有所改善。

正如有學者所言，要想真正確保人民陪審員實質性參審，起碼要有一個實質化的庭審，包括遵循直接言詞原則、控辯平等對抗、貫徹集中審理原則、合議庭當庭作出裁判等等（賈志強，2018:69）。但實際上，陪審員實質性參與庭審，與庭審實質化改革相輔相成，只有陪審員作為獨立的主體之一，將民眾的生活圖像帶入庭審過程，才能保障各方主體特別是被告人及辯護人發表的意見被實質性的聽取，而非被所謂的「專業」圖像自動排斥在庭審活動之外。當然，就《陪審員法》第二十二條而言，要想區分案件中的事實問題與法律問題，並非易事，建議在實施一段時間觀察效果後，酌情考慮取消對於參與七人合議庭審判案件的陪審員只能表決事實認定，而不能表決法律認定的做法。同時，參考外國法律規定，採取將陪審員與法官的認定按照「定罪 / 量刑」的劃

分方法，即陪審員對定罪問題作出評議，而關於量刑問題的認定，則最終由法官決定。這樣既能發揮陪審員作為普通人的經驗優勢，也能發揮法官的專業優勢，形成知識結構的互補。

此外，充分的商談還表現在不但要對某一特定行為的事實和法律問題進行商談，而且要對犯罪人的作案動機和個人情況進行商談，這種商談不能被認為是沒有意義的，因為刑事司法講的是「生活之理，這種『理』不是遵循邏輯而排斥情感的，而是以邏輯為基礎、以情感為歸宿的。」（劉遠，2010:22）

第二，商談理性視域下的庭審實質化，要求法官必須對庭審中的商談進行積極回應。對此，哈貝馬斯似乎只是談到了要依靠法官的自由心證。實際上，這種商談的過程和結論，一方面是通過影響法官和陪審員對案件的前理解，另一方面還與上文所提到的辯方的合法商談平台的構建有關係，否則就仍會出現「你辯你的，我判我的」這樣一種不作回應的狀況。

對於刑事司法商談中的法官地位，本文建議應該建立一種所謂的「參與模式」，即控辯雙方與法官在遵循合理的訴訟職能分工的前提下，以適合的方式積極地參與法庭審判的過程。這包含了兩個不同的方面，一是控辯雙方在水平方向的資訊交流與溝通，二是法官與當事人之間在垂直方向上的資訊交換，強調法官對於控辯雙方的協調和組合。即是說，法官在審判過程中不應處於消極的仲裁地位，而是發揮一種積極裁判者、消極調查者的作用，如當法官發現一方當事人明顯處於劣勢或弱勢時，不應消極旁觀，而應及時對該當事人進行指導，並協助他提出證據和實施詢問。這樣做「不是僅僅把當事者的程序主體性作用限定在為了幫助法官作出正確判斷而提供足夠的資料這一狹窄的範圍內，而是容許當事

者以用雙方的辯論內容來拘束法官判斷的同時，把法官這個第三者的存在和決定權能納入自己努力解決自己的問題這樣一種主體性相互作用的過程。」（棚瀨孝雄，1994:258-59）

另外，法官積極回應庭審中的各方意見，從終局結果的角度看，還包括裁判文書的積極釋法說理。2018年6月最高人民法院印發《關於加強和規範裁判文書釋法說理的指導意見》中指出：「裁判文書釋法說理的目的是通過闡明裁判結論的形成過程和正當性理由，提高裁判的可接受性，實現法律效果和社會效果的有機統一。」（中華人民共和國最高人民法院，2018）這其實也是對於實質化庭審過程中各方所充分發表意見的一個總結。可以說，庭審實質化離不開裁判文書實質說理。

第三，庭審實質化雖然是司法實踐商談中的問題，但也不能忽略立法的商談語境問題。因為無論庭審過程多麼實質化，均無法克服一個帶有缺陷的刑事立法，從而避免判決結果的不盡人意。對此，就一種理想的立法商談語境而言，哈貝馬斯引述阿列克西的法學理論，表述了交互性商談的三個基本要求：「（3.1）每一能以言談和行動的主體都可以參加商談討論。（3.2）a. 每人都可以使每一主張成為問題。b. 每人都可以使每一主張引入商談討論。c. 每人都可以表示他的態度、願望和需要。（3.3）沒有一個談話者可以通過商談討論內或商談討論外支配性強制被妨礙體驗到自己由（3.1）和（3.2）確定的權利。」（薛華，1988:14）

美國學者塞拉·本哈比（Seyla Benhabib）也指出，商談理性的源泉要求國家的基礎立法過程應該這樣設計並實施，透過「自由平等的個體之間理性且公正的集體商討」，方可呈現盧梭（Jean-Jacques Rousseau）所強調的公共意志（general will）（Benhabib, 1994:30-31）。即是說，庭審實質化之前的立法形成過程中的商談之有效性，同樣必須具備

平等、充分和真誠的要求，就此而言，中國當前刑事立法過程中的徵求意見階段（例如，徵求意見稿的發布渠道、意見統計、意見反饋及再商談階段等等），還有待完善。

參考書目

- 中華人民共和國最高人民法院。2015。〈最高人民法院關於全面深化人民法院改革的意見〉。取自：<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-13520.html>。
- 中華人民共和國最高人民法院。2018。〈最高人民法院關於加強和規範裁判文書釋法說理的指導意見〉。取自：<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-101552.html>。
- 中華人民共和國最高人民法院刑事審判第一庭編。2001。《刑事審判參考（第2卷）》。北京：法律出版社。
- 王鵬翔編。2008。《2008 法律思想與社會變遷》。台北：中央研究院法律學研究所。
- 付立慶。2013。〈行為犯概念否定論〉，《政法論壇》，第31卷，第6期，頁107-16。
- 北京市第一中級人民法院編。2015。《機制創新與實踐：法院改革探索調研文集》。北京：法律出版社。
- 吳衛軍。2017。〈刑事庭審實質化改革：解析與檢視〉，《江海學刊》，第6期，頁148-53, 239。
- 彼得·巴爾。2008。〈商談倫理學與刑事訴訟中的人權〉，載馬修·德夫林編，《哈貝馬斯、現代性與法》，高鴻鈞譯。北京：清華大學出版社，頁71-135。
- 哈貝馬斯。1989。《交往與社會進化》，張博樹譯。重慶：重慶出版社。

- 哈貝馬斯。2003。《在事實與規範之間：關於法律和民主法治國的商談理論》，童世駿譯。北京：三聯書店。
- 哈貝馬斯。2017。〈馬丁·布伯：當代語境中的對話哲學〉，曹衛東譯，《現代哲學》，第4期，頁1-8。
- 孫向晨。1998。〈馬丁·布伯的「關係本體論」〉，《復旦學報（社會科學版）》，第4期，頁91-97, 142。
- 孫長永、王彪。2017。〈論刑事庭審實質化的理念、制度和技術〉，《現代法學》，第39卷，第2期，頁123-45。
- 馬丁·布伯。1986。《我與你》，陳維綱譯。北京：三聯書店。
- 陳實。2018。〈刑事庭審實質化的維度與機制探討〉，《中國法學》，第1期，頁190-206。
- 棚瀨孝雄。1994。《糾紛的解決與審判制度》，王亞新譯。北京：中國政法大學出版社。
- 賈志強。2018。〈人民陪審員參審職權改革的中國模式及反思〉，《社會科學文摘》，第4期，頁67-69。
- 劉遠。2006。〈犯罪構成模式的反思與重構〉，《中國刑事法雜誌》，第5期，頁11-19。
- 劉遠。2010。〈司法刑法學的視域與範式〉，《現代法學》，第32卷，第4期，頁18-29。
- 劉遠。2012。〈關注刑法解釋的司法邏輯：兼及刑法教學如何適應司法實踐〉，《國家檢察官學院學報》，第20卷，第3期，頁111-19。
- 劉遠。2018。《刑事司法過程的刑法學建構問題研究：刑法學司法邏輯化的方法論》。北京：人民出版社。
- 衛躍寧、宋振策。2015。〈論庭審實質化〉，《國家檢察官學院學報》，第23卷，第6期，頁127-39, 172。
- 龍宗智。2015。〈庭審實質化的路徑和方法〉，《法學研究》，第5期，頁139-56。

薛華。1988。《哈貝馬斯的商談倫理學》。瀋陽：遼寧教育出版社。

羅伯特·阿列克西。2011。《法 理性 商談：法哲學研究》，朱光、雷磊譯。北京：中國法制出版社。

Benhabib, Seyla. 1994. “Deliberative Rationality and Models of Democratic Legitimacy,” *Constellations*, 1(1), 26–52.

商談理性與刑事庭審實質化改革研究

基於刑法與刑事訴訟法交叉的視角

摘要

從商談理性出發，能夠得出對當下的庭審實質化改革有啟發指導意義的結論。各方主體只有平等、直接、充分、真誠地參與商談過程，才能穩定地實現庭審整合社會的功能。商談理性視域下的庭審實質化，要求從刑事實體法的層面為控辯雙方開闢平等的商談平台，這需要對刑事實體法理論進行相應的革新。必須在控辯審三方主體之外，引入與案件無關聯的陪審團，以及與案件有關聯的特定群體和輔助性的專家證人。法官必須對庭審中的商談進行積極回應。

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