

浅析刑事协商的理论基础 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/480/2021_2022__E6_B5_85_E6_9E_90_E5_88_91_E4_c122_480700.htm [摘要]刑事协商，是一种以对话、合作为特征的纠纷解决方法，司法实践中的辩诉交易和刑事和解均是其具体表现形式，关于刑事协商的理论基础，无论在理论上还是实务中都是一个十分重大的课题。

本文从政治、哲学、伦理和法理等四方面予以论述。 [关键词]刑事协商；合作；理论基础 没有宽恕，就没有未来!--[南非]大主教图图 刑事协商，作为一项新型的刑事问题解决模式，对于妥善化解社会矛盾，积极解决社会纠纷，创建社会主义和谐社会，意义重大。但是，如何使之与现行刑事法律制度相衔接，与既有执法理念相协调，是值得深入研究的重大课题。 一、刑事协商制度内涵 现代词典一般把协商

(negotiation)解释为“谈判、洽谈；办妥、解决；顺利的通过；[经]转让；议付，洽兑”。[1]实践中，“协商”作为处理社会问题方法有一种独特的优势：以一种“双赢”策略解决社会冲突，其背后的理念是“经过一次成功的协商，当每个人离开时都是成功者”。刑事协商是指以犯罪嫌疑人、被告人认罪为前提，刑事诉讼主体之间通过对话与合作，在充分考虑对方诉求的基础上相互妥协，就刑事案件的程序、实体等问题达成共识，注重对话、合作与互惠，而非对抗的一种纠纷解决模式。刑事协商制度是我国理论界对刑事诉讼制度的一种创新，其既有借鉴“辩诉交易”、“刑事和解”制度的一面，同时也是对我国基本国情的一种改良，因此其有着独特的司法特征。第一，参与协商的主体系刑事案件的利益关

系人，侦查人员、公诉人、被害人、犯罪嫌疑人或被告人等都允许参与协商；第二，协商的时间不仅限于起诉阶段，在刑事诉讼的侦查、起诉与审判阶段都存在协商的空间，只是各阶段可协商的案件范围有异；第三，协商制度以协商主体“自愿”为前提，通过自主选择、形成合意而启动协商程序，同时通过对诉讼程序充分的参与来实现积极交涉；第四，协商制度主要涉及犯罪嫌疑人或被告人的认罪、被害人的谅解和人民检察院酌情提出从轻处罚的量刑意见等内容；第五，协商的结果主要表现为：撤销案件、不起诉、控辩双方就罪刑问题达成协议，法官予以确认而结案，或和解结案。从本质上看，在刑事协商制度中，国家公权力独占刑事案件解决权的局面被打破，受犯罪案件以及案件处理结果影响的多元利益主体参与到原来封闭的诉讼程序中来，案件处理方案由多方协商达成，国家公权力与私权利从原来权威裁判的对抗关系转向了平等协商的合作关系。

二、刑事协商对传统的刑事法理论带来的挑战

刑事协商制度的出现，对传统的刑法理论、刑诉理论提出了如下个挑战：（一）挑战了犯罪与侵权的严格划分 现代包括近代以来刑法学、刑诉法学建立的理论根基是犯罪与侵权的严格区分，认为犯罪是对国家统治的挑战，具有社会危害性，而侵权具有私人的违法性、侵权性。在犯罪与侵权这种区分的基础上，产生了刑事诉讼中的国家追诉主义、实体真实探求主义的理念，民事诉讼中产生了当事人处分原则、意思自治原则。但刑事协商处理案件模式的出现却对它们提出了挑战：第一，轻微犯罪侵权化。国家放弃追诉轻微犯罪，让位于被害人和被告人的自愿协商，这实际上是突出了它的侵权性，由此引发了我们对犯罪概念的

重新思考，我们还要不要过多地强调犯罪的社会危害性作为它的一个基础特征，有被害人的案件要不要强调它的私人侵权性也同样是犯罪的一个特征；第二，刑诉民诉化。刑事诉讼在轻微案件中按照民事诉讼法的方法处理，尊重当事人的意思自由，赋予其程序的选择权和实体的处分权；第三，对抗模式合作化。刑事协商充分体现了各相关利益主体在平等参与诉讼过程中的对话、交涉、合作与互惠，与此相对应，它对以国家和被告人的关系为核心的对抗的刑事司法模式形成了挑战，并转向以国家和被害人与被告人的关系为中心的合作司法模式。（二）对传统的司法正义观提出了挑战 过去多年以来刑法学界、刑诉法学界把罪刑法定、罪刑均衡、无罪推定、程序正义都给绝对化了。刑事协商制度的出现给我们的研究提供了一个非常好的机会，我们可以研究罪刑法定、罪刑均衡、无罪推定、程序正义的例外，从基于对抗的正义观来看待基于合作的正义观。传统的无罪推定和程序正义理论建立的基础是控辩双方的对抗，控辩双方有一个立场的对立，严格来讲是被告人做无罪辩护，被告人不认罪，这是传统的理论基础。但是在中国传统的司法实践中，在法院审判阶段，至少有80%的案件被告人认罪了。被告人一旦认罪，双方的对抗或者说典型的对抗就不存在了，无罪推定还有多少存在的空间？证明责任的分配还有多少存在的空间？证明标准还有没有存在的典型意义？无罪推定、程序正义还有没有意义？[2]所以，刑事协商模式的出现给我们提出了一个挑战，我们既要研究传统对抗性司法的正义观，还要研究在这个之外基于合作的正义观。三、理论基础（一）政治基础--和谐理论 犯罪是对社会和谐的严重破坏，目前司法实践

中出现的控辩协商、刑事和解，其最重要的一个背景就是中央提出了构建社会主义和谐社会理论，这也构成了刑事协商根本上的理论基础。构建和谐社会实际上对刑事司法的执法观念产生了非常重大的改变，为了构建社会主义和谐社会，刑事司法一方面要严格依法办案，充分发挥司法机关的职能作用，保证刑事司法公正；另一方面要通过刑事协商程序，调动各相关利益主体的积极性，参与化解犯罪引起的各类矛盾和问题，最大限度地恢复被犯罪破坏的社会和谐。当然，刑事诉讼程序设计应充分考虑这一点。在刑事司法实践中，应当坚持宽严相济的刑事政策，更新刑事司法理念，构建合作型的刑事司法体系，把刑事协商的精神贯穿于刑事诉讼的主要环节。

(二)哲学基础--实用主义 20世纪初期，在哥伦比亚法学院卢埃林（Karl Llewellyn）教授等学者和霍尔姆斯法官等法学家的领导下，一种新的现实主义思想也影响了律师，带动了法律界和民众接受评价事物乃至法律制度的好坏标准，不是传统，不是历史，而是是否实用。[3]刑事协商处理模式以其独特的有用性在司法实践中兴起。具体表现在：对控诉机关而言，协商可以避免无罪判决的风险。因为有罪判决需要事实清楚、证据充分，而对于一些疑难案件或者证据不充分的案件，起诉至法院，检察机关有败诉的风险。尽管某些案件可能因为协商，被告人得到的惩罚比应得的惩罚轻一些，但它毕竟是有罪判决；对国家来说，刑事协商节约了司法资源，解决了案件积压、矛盾积聚的问题，国家可以把有限的司法资源用到较重大的犯罪上；对被告人来说，通过协商，可以使他快速摆脱审前羁押、名誉损失和等待不确定判决的精神折磨；对被害人而言，协商可以免除其在法庭上的

不愉快回忆，免遭二次受害，同时可得到务实的民事赔偿，无论在精神上还是在物质上，被害人都得到了安抚。（三）

伦理学基础--人性关怀与人权保障

现代伦理学关注行为本身的道德标准，认为行为正当与否的价值判断不是看该行为是否导致了一个好或善的结果，而是看该行为本身固有的特性或行为准则是否内在地具有善性，后者在逻辑上优于前者，是不依赖于前者来确定的，因此，伦理学断定正当行为可以从一种基本人权中推导出来，并试图以人性为立足点引导人们如何确立“善”和如何“择善”；不言而喻，刑事诉讼中遵循“过程公正”的理念，刑事诉讼法被看作是维护被告人权利的“大宪章”，其伦理学的基础即在于此。如果刑事诉讼法仅被当作是揭露和惩罚犯罪的国家武器，而漠视被告人的基本人权保障，那么这样的法律因缺乏人性关怀而不具备内在的“善性”，就是不道德的、不正当的。刑事协商制度赋予刑事被告人一定程度的程序选择权和一定程度的实体处分权，正是刑事诉讼程序具有高度人道性的体现，是刑事诉讼真正把被告人作为一个自主、有权自由表达自己意志的重要诉讼主体来看待。美国联邦最高法院威廉·布伦南大法官曾说过：“我一直认为法院的一个最重要的作用是捍卫每个人秉于人的自我价值而怀有的正当期望。”即刑事法律程序的设计者、指挥者，不能忘记面对的是有自由意志的自治主体，正当的法律程序要求强化被告人的自我防御能力，当被告人依法选择了符合其利益所需的程序规则以求实现公正时，裁判者应给予其人性的、充分的尊重。（四）

法理基础--诉权理论、利益平衡理论、新司法正义观和刑事诉讼谦抑论

1. 诉权理论

诉权把冲突纠纷与司法救济联系起来，是公

民获取权利救济的前提和依据。它原本只应用于民事领域，其基本内涵包括：为保持诉讼结构和主体地位的平衡，诉权理论要求双方当事人平等武装；为确保当事人在程序中的主体地位，诉权理论要求赋予各诉讼主体参与程序的权利和机会，使之充分、有效地进行有意义的诉讼行为，表达自己的意愿和诉求，并对诉讼的进程和结果产生实质影响；当事人基于对自身利益的理性判断，可以在法律规定的范围内，自由处分所享有的民事权利和诉讼权利，从而实现利益的最大化；诉权理论要求足够的保障措施。刑事诉讼与民事诉讼作为公力救济的两种方式，其本质是一致的，都是司法机关运用国家权力来解决社会冲突与纠纷的活动。在刑事诉讼中，同样存在着“诉”，与民事诉讼相比，刑事诉讼中的诉权有其独特之处，主要有如下几点：首先，诉讼标的特定，涉及的是犯罪与刑罚的问题；其次，诉权主体多元，包括公安机关、检察机关、犯罪嫌疑人、被告人、被害人、自诉人、附带民事诉讼原告人和被告人，根据这些主体性质的不同，又可以把诉权分为国家诉权和公民诉权两大类；最后，诉权内容多样，主要有控方为行使追诉职能而享有的追诉性诉权与辩方为行使辩护职能而享有的防御性诉权两大类，具体表现为侦查权、公诉权、自诉权、辩护权、质证权、辩论权、抗诉权、上诉权、申诉权等。[4] 诉权理论为刑事协商提供了必要的理论前提，成为推动该制度产生和发展的原动力，具体表现为：（1）从刑事协商的过程来看，国家、被害人、犯罪嫌疑人、被告人被赋予平等的地位，享有同等的诉讼权利，在构建程序时，应尽可能让不同利益诉求的诉讼主体拥有更多的发言权，减少不必要的对抗，增加对话和合作的机会

，在交涉与磋商的过程中，各主体，成为协商活动的实质参与者和支配者，享有充分表达意愿的机会；从刑事诉讼协商的效果来看，协商所达成的协议能够在客观上产生一定的法律后果，影响诉讼的进程或结果，使诉讼主体的利益诉求被认可并予以采纳，以确保刑事协商不至流于形式。（2）诉权理论要求被告入不仅有权与控方进行协商，而且还可以通过程序事项的选择以及诉讼权利的处分来实现对控方权力(利)的制约，也就是说，被告人所实施的诉讼行为能对诉讼程序以及控方权力施加一定的影响作用。在与切身利益有重大关系的有关程序和实体问题上，协商主体有权对自己的命运作出选择和具有法律约束力的决定。从这个意义上看，诉权理论是控辩双方进行合意的制度保障（3）为了使诉权理论得以切实的贯彻，诉讼程序应为主体间的协商提供实质性的制度保障。刑事协商主体应当作为一个理性的主体存在，对诉讼程序和案件实体问题的处理要有恰当的、明智的、积极的影响。为了保证双方的平等性，一般要求犯罪嫌疑人或被告人有律师的协助，以改变其弱势地位；同时，必须确保双方的合意是自愿作出，而非强迫、威胁的结果，并且诉讼主体须充分了解协商的内容及其法律后果，在此基础上作出理性的选择；另外，法官要对协商主体的合意进行审查，以确保合意是双方明知且明智作出的，并反映他们真实的意思表示。只有根据以上需要来设置制度和规则，才能确保诉权理论具有实质意义，实现双方的均衡对抗和意志自由，从而真正实现程序正义。

2.利益平衡理论

有利益的地方必定存在利益的冲突，刑事诉讼中，存在着国家利益、被害人、犯罪嫌疑人、被告人利益等多元利益，从而呈现出复杂的关系样态。

不同利益之间的对立与冲突不仅是刑事诉讼的前提和基础，更是刑事诉讼过程的一条主线。奥地利法学家凯尔森曾告诉我们，利益冲突的解决可以用这样的方式来现：“或者是满足一种利益而牺牲其他利益；或者是在对立利益之间力求造成一个妥协。但只有这样一种法律秩序，它并不满足这一利益而牺牲另一利益，而是促成对立利益间的妥协，以便使可能的冲突达到最小的限度，才有希望比较持久地存在。只有这样一种法律秩序才能在比较永久的基础上为其主体保障社会和平。”[5]这说明，在相互冲突的利益之间，只有平衡和协调而不是迁就一方而牺牲另一方，才是解决问题的最好办法。因为如果不是平衡和协调，在利益多元化的现代社会中，被牺牲的利益主体势必会通过其他途径和方式去寻求平衡，而造成更多的社会不安定因素。刑事协商制度旨在对不同利益进行平衡和协调，使各方的利益得到相对的实现。特别不能因为检察机关是国家与社会利益的代表，就忽视甚至牺牲其他主体尤其是被告人的利益。而实现不同利益之间的协调，一个有效的方式，即让不同利益主体充分参与到刑事诉讼协商程序中来，在法律允许的范围内，按照法律规定的程序，经过各利益主体间平等的交流、对话、协商，在充分清楚各方立场和态度的前提下，逐步缩小认识差距，消解误会与分歧，争取在案件的实体处理与程序的选择上达成一致意见。而通常情况下，通过不同利益主体之间对于案件事实和处理结果的对话与协商，能够比正常的审判程序更容易发现双方真正的利益所在并使其得到满足，使不同利益要求在最大限度上实现平衡。尽管在协商过程中，不同利益主体之间有一定程度的利益让步或牺牲，但从总体而言，刑事协商实

现了总体利益的最大化。庞德指出，“在任何时候，在所有涉及法律秩序的妥协、调整与和解中，我们的目标应当是尽可能多地实现社会整体的利益……通过一个反复试错的过程来达致妥协与调整，以最少的牺牲换取最大程度的社会利益保障。” [6]

3、新司法正义观

传统的刑事司法正义观念认为使每一个罪犯都因其罪行受到实体法规范之刑罚惩罚才是正义在刑事司法中的实现，追求正义在一种纵向因果关系与横向比较关系中的同时实现。前者即“善有善报，恶有恶报”，--“让每个人得到他所应当得到的”；后者则体现法律即规则面前的人人平等--“同样的情况受到同样的处理”， [7]

问题是，这种刑事司法的正义观在现代看来是否就是真正的正义呢？正义总是带着一幅“普洛透斯”式的面孔，在不同时代不同社会里关乎正义问题总会有不同看法，这也让我们明白社会正义观是处于改进和变化之中的。“当18世纪的欧洲普遍得出这个结论--即使用严刑迫使人们供述所被指控的罪行是非正义的时候，人们便发动了一场运动，要求通过一项赋予反对自证其罪的特权的法律，而这场运动最终也获得了成功。” [8]P269如果说传统刑事司法正义观在过去还站得住的话，那么，至少今天这一正义观念已经受到挑战。在面临现代刑事司法实践中经常出现的刑事协商问题时，我国有学者提出了新的刑事诉讼一观念，这一诉讼观念包括四个方面的构成：其一，交换是一种基本社会机制，同时也是一种诉讼机制的观念；其二，诉讼是一种风险博弈，而妥协和合作则是规避风险降低成本的有效方式，其结果还可以获得诉讼双方的双赢；其三，有限正义的观念，即正义的彻底伸张只是完美主义式的理想，我们在实际中所能追求的只是有限

的正义；其四，正义有价的观念，即正义的实现是有成本的，是必须付出一定代价的。在这种观念的引导下，我们知道刑事诉讼中协商和妥协是不可避免的。正如美国法学家博登海默曾指出“虽然正义是衡量法律之善的尺度，但在确定某一特定法规是可欲的还是不可欲的时候，它却不是唯一可适用的标准。建构一个法律制度，会遇到许多必须加以解决的专门问题，而这些问题的解决则主要是依据权益、功利和可行性等标准来进行的。”[9]270

4. 刑事诉讼谦抑论

在当代法治国家，刑事诉讼在纠纷解决过程中的妥协性以及在此解决结果上的宽容性是刑事诉讼谦抑的主要内容。刑事诉讼在纠纷解决过程中的妥协性是指在利益双方的平等对话、平等协商和诚信合作的前提下，保障控辩双方都尽可能地参与、选择、影响纠纷的解决方式、途径和进程，尽可能地通过和解、合意、契约的方式来解决纠纷。刑事诉讼在纠纷解决结果上的宽容性。具体表现为通过刑事诉讼程序的容忍、宽恕而实现的对被追诉人的宽容。直接表现为被追诉人因推迟进入刑事诉讼程序、提前脱离刑事诉讼程序或不再重新回到刑事诉讼程序中来，而避免或摆脱的司法负担和司法影响，我们称之为程序上的宽容。间接表现为因程序上的宽容所引起的实体上的宽容，如因为不起诉而使被追诉人没有受到刑罚等。主要包括两方面的内容：一是本刑事诉讼程序的“提前”终结，如酌定不起诉、证据存疑不起诉等。二是限制就同一事实再次启动刑事诉讼程序，如一事不再理与禁止双重危险、不利益变更之禁止等。[10] 刑事诉讼中的协商在某种程度上蕴涵着谦抑理念。广义上，刑事协商是指协商主体就诉讼中的程序问题或实体问题所达成的具有一定约束力的、旨

在对诉讼过程或结果施加一定影响的共同的意思表示。包括：刑事程序以及实体方面的协商。也可以作如下概括：协商主体通过自愿的对话与协商，在充分考虑对方诉求的基础上相互合作与妥协，就刑事案件的处理意见达成基本共识，法官对此负有程序审查义务，并在没有违反基本司法公正的情况下予以确认的一种刑事司法制度。其旨在高效率的基础上谋求裁决结果的可接纳性，从社会满意的角度获得制度的合法性。[11] 有学者曾用诗一般的语言赞美妥协：如果说民主是灰色的，那么，妥协就是金色的，它不仅是美的，也是善的，真的。得到的是共同需要的东西，而将各自不想要的东西搁置一边，因此妥协各方都是胜利者，没有失败者。[12] 刑事协商的核心价值在于通过协商主体间的对话、协商，在合意的基础上谋求控辩审三方都乐于接受的司法结果。它并不受严格诉讼规则的刚性约束，它是在维持基本法制底线的框架内，尽可能让不同利益诉求的协商主体在诉讼过程中拥有更多的发言权，相互之间减少不必要的对抗而增加更多的对话与合作机会，力争把多元化的价值目标都吸纳到程序之中。尽管刑事司法权力在最终意义上具有强迫性，但它的实施几乎在各个层面都离不开合作与同意。所以，为了刑事治理的有效性，刑事司法不应该只是谋求国家公权力如何获取单方面的胜利，还需要注重协商与妥协在诉讼中的独特功能，司法官员应该认识到对某些刑事案件的处理用“协商解决”模式更为有效。参考文献 [1]陆谷孙主编《英汉大词典》[M]. 上海译文出版社，1996: 1207. [2]陈瑞华. 刑事和解的理论基础[J].国家检察官学院学报, 2007:6. [3]冀祥德. 建立中国控辩协商制度研究[M].北京:北京大学出版社,2006:37. [4] 李静.

论刑事诉讼合意制度之建构[EB / OL].中国知网 , 2007-8-8. [5]

【奥】凯尔森著. 法与国家的一般理论[M]. 沈宗灵译.北京:中国大百科全书出版社19% : 13. [6]【美】本杰明.N.卡多佐著. 法律的成长:法律科学的悖论[M].董炯、彭冰译.北京:中国法制出版社2002:124-125. [7]龙宗智. 正义是有代价的-论我国刑事司法中的辩诉交易兼论一种新的诉讼观[J].政法论坛,2002(6). [8] [9][美] E"博登海默. 法理学-法律哲学与法律方法[M].邓正来译 , 北京:中国政法大学出版社1999. [10]郭云忠. 刑事诉讼谦抑论[EB / OL] .中知网,2007-9-27. [11]马明亮. 正义的妥协-协商性司法在中国的兴起[EB / OL]. 北大法律网 , 2003-01-01. [12]何家栋. 灰色的民主和金色的妥协[N]. 南方周末,2004?12-23 . (作者:闫清华,中国人民公安大学) 100Test 下载频道开通 , 各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com