

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学号: X200208047

UDC_____

厦门大学

硕士学位论文

从辩诉交易与刑事和解的互动 看我国刑事契约一体化思想的构建

Developing An Ideology of Bargaining in Chinese Criminal Law Systems: An Interaction between Plea Bargaining and Victim-Offender Mediation

李 隽

指导教师姓名: 陈立 教授

专业名称: 法律硕士

论文提交日期: 2005 年 11 月

论文答辩时间: 2005 年 月

学位授予日期: 2005 年 月

答辩委员会主席_____

评 阅 人_____

2005 年 11 月

从辩诉交易与刑事和解的互动看我国刑事契约一体化思想的构建

李隽

指导教师: 陈立教授

厦门大学

厦门大学学位论文原创性声明

兹提交的学位论文，是本人在导师指导下独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考的其他个人或集体的研究成果，均在文中以明确方式标明。本人依法享有和承担由此论文产生的权利和责任。

声明人（签名）：

年 月 日

内 容 摘 要

刑法价值观的变革是刑法学一直推崇的理念，它直接影响或决定着刑法一些具体制度的确定与形成。在罪刑法定制度下，我们要树立刑法特殊的“契约”观，这也是罪刑法定思想的要求。从辩诉交易的起源以及发展动因来看，它体现出的一种契约精神、一种与当前多元社会相契合的观念，是其在现今美国茁壮成长、并波及诸多国家的根本原因。

本文中，笔者以契约观念为分析框架，在第一章及第二章分别对辩诉交易和刑事和解制度各自具有的刑事契约本质特征进行分析；第三章则通过制度模式和价值构造的分析比较，进一步探讨二者的互动关系，得出“单纯的辩诉交易和刑事和解都不能称之为一种对正义全面关照的刑事制度”的结论，并分析出辩诉交易与刑事和解二者的优缺点正好具有互补关系，两种制度之间具备相互契合的法律基础；第四章提出刑事契约一体化思想的构筑思路，即在辩诉交易基础上，吸收刑事和解的合理成分并进行系统化的整合；第五章则是探讨以刑事契约思想为理念的我国辩诉协商制度的构建，即刑事契约思想在实践中的成果转化。

笔者拟通过对辩诉交易和刑事和解制度为基石的我国刑事契约一体化思想的构建问题进行初步探讨，以此为司法改革者们在处理当前我国真正的程序正义理念尚未真正确立之际却出现了具有后现代意味的契约式司法的关系时抛砖引玉。

关键词：辩诉交易；刑事和解；刑事契约

厦门大学博硕士学位论文摘要库

ABSTRACT

The ideology of innovation is highly respected by Chinese criminal law scholars and practitioners. It inserts great influence or even determines on the establishment and development of some certain institutional arrangements. While Chinese criminal law system has fully accepted and implemented the principle of 'Crime-Punishment Determined By Law', this thesis argues that the ideology of bargaining should be adopted too in order to complement the principle of 'Crime-Punishment Determined By Law'. Considering its origin and the process of development, Plea Bargaining embodies an ideology of 'Bargaining'. This ideology accords with this multi-dimension society. Which perhaps is, and is also the fundamental reason for its being respected in America and even spreading to a good many countries.

The thesis develops an analytical framework for the ideology of bargaining. In this thesis, the writer used the contractual idea as the analyzing frame. In the First and the Second Chapter, the author respectively he analyzed the characteristic of Plea Bargaining and Victim-Offender Mediation system, which are de facto a kind of Bargaining in Criminal law system. Chapter 3, by comparing their institutional models and value, explores an interaction between 's respective criminal contractual characters. In the Third Chapter, he probed into mutual action relationship between Plea Bargaining and Victim-Offender Mediation. It concludes that neither Plea Bargaining regime nor Victim-Offender mediation regime can separately meet the demand of justice associated with system are both not the real justice a criminal system. Then it further argues that And he educed the use of Plea Bargaining regime should be collaborated with that of 's advantages with Victim-Offender Mediation regime because the advantage of one of them can be used to overcome the other's disadvantages. And Plea Bargaining's disadvantages with Victim-Offender Mediation's advantages have Mutual-Complement relationship. The two kind of system have mutual cooperative law basis. Chapter 4 proposes to adopt the ideology of bargaining. That is to in the Fourth Chapter, he put up a thinking construction of Criminal-Contract Systemizing idea that is to systematic combine the use of two regimes by basing systems, Plea Bargaining system and Victim-Offender Mediation

system through basing on Plea Bargaining regime system and absorbing the reasonable components of Victim-Offender Mediation regime system. In Chapter 5 the fifth chapter, the writer discusses how the ed. the Plea Negotiation regime can be established in China on the basis of the ideology of bargaining system's establishment in our country based on Criminal-Contractual idea. That is to implement the ideology into practices i.e. the transformation of Criminal-Contractual idea from thinking to reality.

The thesis discusses how the ideology of bargaining can be implemented in Chinese criminal law system on basis of between Plea Bargaining and Victim-Offender Mediation. It aims to generate new insights for law reformers, particularly when the ideology of genuine procedural justice idea is not established while Later-Modern ideology of Bargaining is appearing.

Key Words: Plea Bargaining; Victim-Offender Mediation;
the Ideology of Bargaining in Criminal Law

目 录

序 言	1
第一章 关于辩诉交易制度	2
第一节 辩诉交易制度存在意义的评论	2
第二节 辩诉交易的本质所在和契约成分	5
第二章 从对被害人利益的保护谈刑事和解制度	10
第一节 刑事和解制度的本质分析	10
第二节 刑事和解制度的契约思想基础	13
第三章 辩诉交易制度和刑事和解制度的比较和互动	17
第一节 辩诉交易与刑事和解构成刑事诉讼的两种契约关系	17
第二节 辩诉交易与刑事和解的制度模式与价值构造之比较	19
一、制度模式的比较	19
二、价值构造的比较	20
第三节 辩诉交易与刑事和解的互动	22
一、检察官在辩诉交易中的职责	24
二、被害者在刑事和解中的权利	25
第四章 契约思想在刑事诉讼中的作用及刑事契约一体化的 构建	27
第一节 刑事契约一体化思想构建的价值基础	27
第二节 在我国构建刑事契约一体化思想的理论和现实依据	30
一、契约思想是平等、公正的需求	30
二、引入刑事契约思想是刑法价值观变革的要求	31
第五章 从刑事契约一体化思想看我国辩诉协商制度的构建	34
结 束 语	41
参 考 文 献	43
致 谢	45

厦门大学博硕士学位论文摘要库

CONTENTS

Preface	1
Chapter 1 The Plea Bargaining Regime	2
Subchapter 1 Literature on the significance of Plea Bargaining Regime	2
Subchapter 2 Nature of Plea Bargaining system and Ideology of Bargaining	5
Chapter 2 Plea Bargaining Regimes in the interest of victim	10
Subchapter 1 Nature of Victim-Offender Mediation Regimes	10
Subchapter 2 The Ideology of Bargaining and Victim-Offender Mediation Regime	13
Chapter 3 A Comparison and Interaction of Plea Bargaining Regime and Victim-Offender Mediation Regime	17
Subchapter 1 Two Kinds of Bargaining: Plea Bargaining and Victim-Offender Mediation	17
Subchapter 2 A Comparison between Plea Bargaining and Victim-Offender Mediation System in Institutional Models and Rationales	19
Section 1 Institutional Models	19
Section 2 Rationales	20
Subchapter 3 An Interaction between Plea Bargaining and Victim-Offender Mediation	22
Section 1 Prosecuting attorney's responsibility in Plea Bargaining	24
Section 2 Victim's rights in Victim-Offender Mediation	25
Chapter 4 The Ideology of Bargaining in criminal litigation and its Development in Chinese Criminal Law System	27
Subchapter 1 The Rationales of Criminal-Contract systemizing idea's establishment	27
Subchapter 2 Rationales for the Establishment of Ideology of Bargaining	30
Section 1 Equality and justice	30
Section 2 Ideology innovation	31

Chapter 5 An Establishment of Plea Negotiation Regime: from the ideology of bargaining	34
Concluding Remarks	41
References	43
Acknowledgements	45

厦门大学博硕士论文摘要库

序 言

现代刑事诉讼在追求程序公正这一永恒价值目标的同时，越来越重视效率价值。公正与效率相互依存，相辅相成，已然成为现代刑事审判程序设计的两个基本价值目标。而保障二者同时实现的途径，在于通过案件繁简分流，实现程序的适当简化，以有限的司法资源处理尽可能多的刑事案件。这也是现代各国均面临的重大课题。于是，各种快速解决案件的处理方式得以应运而生，美国的辩诉交易、德国的处罚令程序等等，不一而足。

如果我国要在刑事诉讼立法中正式确立刑事契约制度（如辩诉交易和刑事和解），必须对这些制度在其他国家尤其是英美法国家的实践状况、理论争议、发展趋向等进行较为透彻的研究；对于这些制度运行的整体制度环境及其在我国适用的可行性进行审慎的分析。否则，这些制度的引进将不可避免地带有盲目性、可能会产生始料未及的后果。本文拟在对辩诉交易和刑事和解制度的理论与实践进行梳理的基础上，就该二制度的本性——刑事契约思想在中国的适用问题提出自己浅显的看法。

第一章 关于辩诉交易制度

第一节 辩诉交易制度存在意义的评论

所谓辩诉交易（Plea Bargaining），又称辩诉协商（Plea Negotiation）或者辩诉协议（Plea Agreement），是指检察官和辩护律师在法院开庭审判之前，对被告人的定罪和量刑问题进行协商和讨价还价，检察官通过降低指控或者向法官提出减轻量刑的建议来换取被告人作有罪答辩的一种活动。^①作为一种具有一定普遍性和实效性的刑事诉讼实践，辩诉交易的存在，源于其具有内在的价值和合理性。我国刑事诉讼中实际存在着辩诉交易，不过，目前这种辩诉交易的制度化要素不足。^②笔者曾于1999年参与审理了一起生产销售“河豚鱼片干”致食用人死亡的案件，由于该案二被告人多年从事生产销售“河豚鱼片干”，属于正常经营，其产品也获得诸多的荣誉，被告人犯罪的主观故意不明显以及构成犯罪的其他必要条件不同程度地存在瑕疵，罪与非罪和此罪与彼罪的认定及在量刑方面都存在较大的分歧，同时，被害人家属向法院提出360万元赔偿的附带民事诉讼请求，社会舆论也对该案密切关注，社会影响颇大。最后法院采取了类似辩诉交易式的变通协商方法，被害人家属获得了31万余元的现金补偿；法院以“过失以其他危险方法危害公共安全罪”对该案定性，并判处二被告人有期徒刑三年、缓刑五年，辩诉双方及被害人家属对判决结果均表示满意，案件得以顺利圆满审结，舆论反映良好。随后，辩诉交易因2000年牡丹江铁路运输法院在审理被告人孟广虎故意伤害一案^③时适用而正式揭开了我国刑事审判制度改革及观念变革的序幕。一时间，对于辩诉交易制度的各种评论众说纷纭。尽管对于我国是否引入辩诉交易制度在道德与司法公正方面屡遭责难，但所谓“存在即合理”，美国百余年的司法、立法实践和我国近年来一些案件或明或暗地采用辩诉交易审理方式的实例都说明了一个趋势：“辩诉交易”应用于刑事案件的处理程序是司法改革的必然，

^① 房保国. 美国辩诉交易的实证考察[A]. 北大法律信息网 <http://chinalawinfo.com/fzdt/pl-jdft>, 2002-09-19.

^② 辩诉交易的实践在具体办案中或多或少地存在，同时，我国刑事政策所倡导的“坦白从宽”也具有辩诉交易的性质。

^③ 媒体称之为“中国辩诉交易第一案”，本文第四章会简要介绍该案案情。

是勇于探索，与时俱进的体现。

并且，诉讼经济是一种社会性要求，正如美国学者罗伯特·考特等人通过对刑罚的经济分析指出：最优化的威慑效应并不是铲除所有的犯罪，因为这样做的代价很高，而且社会效益会不断降低。政策制定者需要对有限的资源加以配置，争取以最少的成本实现威慑目标；也就是说力求有效率地实现这一目标。由此可以说，在刑法中，我们的宗旨是使犯罪的直接和间接成本以及刑事审判制度的运转成本最小化。^①而当前的现状是，整个人类社会在总体趋势上正步入多元化的时代，不同的利益诉求都得以彰显，不同的价值取向都得以尊重，人们对自由拥有前所未有的渴望，对不同价值的选择倍加珍视，但由此却带来了权威的脆弱、认同的困难、确定性与安全感的丧失。这在刑事司法领域也打下了深深的烙印，无法满足诉讼参与者多元的利益要求。一个刑事案件的处理，总是陷于多元价值间的两难选择而不得兼顾，最后往往出现国家控制犯罪的目标不能达到的同时，还让参与者丧失了应诉的主体性。总之，传统的执法模式缺乏当今社会所要求的价值负载能力，它也不能承受多元化所带来的张力。许多国家的实践证明，如果司法模式不增强多元利益的包容力，不为参与者的自由选择提供制度保障，其结果必然是司法体系不堪重负而濒临崩溃，社会不满流向制度之外、严重冲击社会秩序。现实情况也正是如此，无论在发达的工业化国家中，还是发展中国家，犯罪率呈不断上升趋势，从而给刑事司法系统造成极大压力。作为解决这种压力的自然反应，增加司法资源和提高诉讼效率就成为最重要的选择之一。由于在既定条件下，司法资源的投入是有限的，那么提高诉讼效率，以最少的司法资源取得最大的案件处理量就至关重要；也由此，诉讼效率成为社会性规则的客观内在要求。面对司法程序的信任与正当危机，不同国家采取了不同的应对措施，其中最主要的变化就是广泛采取简易程序或其它速决程序，并且都体现出了一种契约精神，即通过诉讼主体之间的平等对话与协商，达成共识性合意，使诉讼程序更加开放、更加具有价值包容力，以期在多元社会继续运作。辩诉交易恰恰就是契约观念注入刑事司法程序的产物，并成为英美法系国家独特也是最主要的提高诉讼效率的方式，它可以有效的回

^① (美) 罗伯特·考特. 法和经济学[M]. 上海三联书店, 1994. 755; 转引陈正云. 刑法的经济分析[M]. 中国法制出版社, 1997. 2.

应多元化社会与“后现代思潮”的冲击；^①通过被告方与控诉方之间的协商，以被告人有限认罪，放弃辩解以取得减少指控或减轻刑罚，从而省略了以当事人主义为核心的冗长、繁琐的法庭审判，大大减少各方的讼累，使本来要耗费的大量人力物力得以避免，提高刑事司法系统的案件处理能力。

综观辩诉交易制度在各国的适用，我们可以发现它充分发挥了控辩双方在处理案件中的积极性，对约束目前某种程度上失控的司法权有特殊意义；而且辩诉交易所体现的理念是积极的，即政府与个人之间的对抗不是不可调和的，而是可以通过蕴涵了平等价值理念的协商机制来解决，这是刑事诉讼民主化发展的表现。在我国建设社会主义法治国家的今天，引进该制度，对于改造我国强职权主义诉讼模式，革除传统刑事诉讼理论中纯粹的专政与被专政、追究与被追究的诉讼理念，构建法治化刑事诉讼理念，重塑诉讼公正观念，具有极强的现实意义。

有观点认为，辩诉交易在一定意义上从实体方面使得公法转为私法，削弱了正义的实现力度。其实，不然。辩证地说，正义是多元性的，传统理念中“有罪必罚”固然是其重要内容，但是辩诉交易把漫长的诉讼过程变为快速地处理，也是一种公正；处罚或许会轻但是效果好，并不是单纯地对公正的牺牲。公正是多层次的，它不是一个绝对值，有最高层次、较高层次、一般层次、较低层次、最低层次的公正，辩诉交易实现的是较高层次的公正，是相对的公正；绝对公正是不可能实现的。辩诉交易与司法正义的实现不存在必然的不可克服的矛盾，相反，辩诉交易制度体现了公正优先下对效率的高度容纳，它的引入，有助于实现效益最大化，实现最大限度的公正；当然，可能产生的对正义的损害或损害威胁可以通过相关的制度和措施加以有效防止。

综上，笔者认为，引入辩诉交易的合理化成分，转化成为符合我国国情的“辩诉协商机制”^②，是对现存“交易”行为的制度化、法制化，更符合时下提倡的“规范司法行为”的精神。

^① 其中一个明显例证是 20 世纪七、八十年代美国法律学界兴起的“新公法运动”（New Public Law Movement）。该运动的倡导者广泛吸收了法学之外的市民共和主义、神学、女权主义、实用主义等研究成果，以重构、发展其既有理论。新公法运动是在政治、经济、文化多样性的社会背景下，为再塑法律权威、避免信任危机所作出的必然反应，是后现代法学思想的体现。在程序理论领域，它对纯粹程序形式主义提出质疑，认为其缺乏价值负载能力，更关注实质正义。由此产生的新程序主义强调目的法的力度、公共协商、结构性失衡和通过对话达致真理。其中内含的主线就是一种“契约式治理”，在法律程序中注入利益选择、平等协商与对话的契约精神，而且在实践中产生了深远的影响。

^② 关于名称，后文另作论述。

第二节 辩诉交易的本质所在和契约成分

从语义上分析,辩诉交易指的是一种“合同”或“契约”,即在采用辩诉交易的国家中,它被视为当事人(检察官和被告人)之间订立的一种待履行的“合同”,是被告人以权利进行交易的契约自由的一种体现。从历史的角度看,合同或契约之所以在人类社会产生,是由于契约所代表的平等、自愿、互利等观念,能够减少交换过程中的不确定性、不安全因素,增加交换的理性和效益,可以说,契约或合同就是为克服交易风险、确保交易安全而生的。与此相联系,辩诉交易作为一种合同形式,其产生实质上也是为了克服当事人主义诉讼过分对抗化所导致的诉讼高风险。诉讼,因其条件的不充分性和结果的不确定性,而自然成为一种风险机制,任何人在提起诉讼之前,都会对自己承担风险的可能性加以考虑。从发生学的角度说,辩诉交易制度的产生也不是偶然的,它实质上是为克服当事人诉讼过分对抗化的结构缺陷而出现的,这就决定了辩诉交易与对抗制诉讼之间的某种内生关系。

从我国法制思想渊源上看,“和为贵”的息讼思想一直贯穿着我们中华传统文化的始终,儒家创始人孔子说过:“听讼,吾犹人也。必也使无讼乎!”(《论语·颜渊》)所谓“无讼”,即没有或者说不需要争讼,诉讼的终极目标或根本出发点在于消灭争诉,这成为我国封建社会二千多年一以贯之的基本诉讼理念,深深影响着我国古代的诉讼立法和司法实践;且我国被其他国家称赞的调解制度与辩诉交易在解决纠纷、修复当事人之间关系方面有理念上的相通之处,因此,注重刑事诉讼中对加害人与被害人之间的平衡保护,即适度地采取辩诉交易制度,有其理念基础;并且不同利益主体协商妥协正是法治社会存在的路径之一。

从法文化学的意义上看,制度本身作为文化的一部分而存在,它在受到文化孕育、滋养的同时,也必然会对文化产生依赖性。就辩诉交易制度的实践运作而言,除了在硬件上依赖于当事人主义诉讼提供制度保障之外,它还要求软件方面即文化观念方面获得相应的背景支撑。在这方面,西方国家的契约文化为其提供了合法性基础和思想背景。在采用辩诉交易的西方国家,这种交易被视为当事人之间订立的一种以权利为标的的“合同”。从合同法的角度看,依据契约自由

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库