



# 从“力征”走向“和合”：论本土协商性司法的文化根基

吕嘉博

内蒙古大学法学院，呼和浩特

**摘要** | 一种观点认为，本土司法文化崇尚“真实发现”与“实质正义”，这与协商性司法所奉行的“商定正义”相悖，故协商性司法本土文化土壤阙如，本土建设难度极大。但这一观点实则漏洞百出，中华文化“尚和”，追求国家社会与个人能够达成“和合”的理想状态，而协商性司法能够“息讼止争”，如此与本土文化相符相合。同时，“实质正义”与所谓“商定正义”之间也非“水火不容”，与最清楚真相之被迫害人合作有利于“真实发现”，立足于个别刑罚论开展量刑协商亦是“罚当其罪”的表现，故不违“实质正义”。基于协商性司法与传统司法文化相合之部分，有必要继续深入研究“和合”思想在司法层面之追求，以明确协商性司法的当代价值，探寻其中国展开的正确路径。最后，立足于本土文化与当前制度，拟提出一种由利益无涉之检察官主导，由消极法官见证，符合程序正义下三方构造的控辩协商模式。

**关键词** | “和合”思想；实质正义；协商性司法；控辩协商

Copyright © 2024 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



典型意义上的现代刑事诉讼是按照程序正义理念架设的三方构造，控辩双方势必要通过一场积极的法庭争斗以获取有利于己的诉讼结果。英美法系之当事人追行主义自不待言，就算大陆法系奉行的职权主义模式也通过设置沉默权与非法证据排除制度，提升了其庭审的争斗性。然而，完整意义上的争斗往往是昂贵的，相对公平的“竞技场”建设势必会造成司法资源的大量支出。因此，确立一种通过协商避免争斗的司法模式就被提上了日程，如美国的辩诉交易、德国的审辩协商。这种司法模式通

过相互协商下的利益让渡，提前化解了将会导致争斗的利益分歧，以至于双方可以“和谐”地提前结束对定罪量刑问题的讨论，极大节约了司法资源。

对于我国来说，传统上认为本土刑诉奉行一种“控辩式”的审判模式<sup>[1]</sup>，虽然庭审实质化改革尚未完成，即尚未建成“理想的审判模式”，故审判花费实际不如普通程序已经发展饱和的美德。但

[1] 孙文志. 控辩式刑事审判运作程序[M]. 北京: 人民法院出版社, 1999: 3.

由于我国经济快速增长，社会生活环境日新月异，这就导致了案件数量激增，司法负担沉重。所以在案件数量增长周期与庭审模式建设周期重合的前提下，我国不得不将协商分程序的建设提上日程。可此处较为使人忧心的问题是：我国并非海商文明国家，社会形态也非如美国之商业社会形态，作为舶来品的协商性司法是否能在本土文化土壤中生根发芽，进而产生良好的司法效能呢？

本文认为，协商性司法具有独到的本土价值，其不仅可以在中华传统文化的土壤中接续生长，还可以立足当下之社会治理体系，在现世展现出卓越的文化效能。《商君书·开塞第七》有云：“民务胜而力征，务胜则争，力征则讼。”意思是“致力于压制对方，就会产生导致争斗。竭力争夺财物，就会产生诉讼”。如此这般，人与人之间的争斗不断，“大道废，有仁义”“六亲不和，有孝慈”（《道德经》），而争斗之讼反映在卦象上，则是“讼：有孚，窒惕，中吉，终凶。”（《周易·讼卦第六》）所以在古人看来，“听讼”的目的是“必也使无讼”。如人与人之间争斗减少，人与人之间相交以礼，就可“和实生物”。为了实现这一目标，国君为政应和，国民应“和而不同”，诸人间“父子有亲、君臣有义、夫妇有别、长幼有序、朋友有信”，所以百姓安身立命，国家长治久安。张立文先生将古人的这一追求概括为“和合”是甚为恰当的，能较好地提炼出民族的思想追求与文化脉络。<sup>[1]</sup>基于此，协商性司法通过控辩、审辩之间的提前交涉，一方面虽不能无讼，但也不至于“力征”，被追诉人与国家朝向“和合”，另一方面，协商性司法有利于提高被害人的司法参与程序，将和解、赔偿等事宜作为协商内容，故有利于被追诉人与被害人消解矛盾，避免更深层次的仇怨积累，所以个人之间亦朝向“和合”。在笔者看来，协商性司法在本土的文化土壤即为“和合”，其茁壮成长并发展出具有本土特色的制度样态也必应基于“和合”，故中华之“和合”即为本土协商性司法的文化之母，生长之源。

## 一、一种观点：协商性司法的本土文化土壤阙如

聂友伦教授在《上海政法学院学报（法治论丛）》上发表了一篇题为《认罪认罚从宽：中国化

的协商性司法》的文章，主要是探讨认罪认罚合作中有效协商缺位的问题。在成因分析中，聂教授认为，中国求实的主流文化拒斥商定正义的观点，而协商性司法使得“真理符合论”部分让位于“真理共识论”，与我国的社会文化具有不可调和之矛盾，故而在中国很难实现控辩之间的有效协商。

在具体论证上，聂教授首先引用了Matthew T. King的观点，提出：由于不同社会所奉行之哲学传统存在差异，故长远来看也就产生了司法追求的不同。而国家主义本位的社会往往崇尚实体真实下的正义观，要求法官穷极法律允许的一切手段查明案件真相并作出判决。聂教授立足于时间轴的发展，进一步从传统文化与当代文化两个阶段出发进行讨论以佐证其观点。在传统文化层面，聂教授举出了“包公断案”“苏三起解”“窦娥冤”等传统故事，试图说明实体公正观历来是社会的价值基准，同时援引了张中秋教授的看法，用以阐明“求实求真”在传统法制体系中的逻辑起点与支点的作用。在当代文化层面，聂友伦教授认为新中国的当代文化依然延续并强化了传统文化对于实体真实的偏好，他以“马锡五审判”为例，提出通过调查发现客观真相的司法机制是本土社会所需要的，它甚至可以在法律缺位的情况下满足人民群众的公正需求。

聂教授的论证在戏剧艺术层面进一步延伸，他对比了《威尼斯商人》与《白毛女》两部戏剧作品，以两个故事中的契约为切入点进行区分。《威尼斯商人》中的法官借助解释技巧与辩论技巧，从契约出发促使犹太人放弃了割一磅肉的承诺，而《白毛女》中，却将重点直接放在了烘托契约内容以及履约方式的不正向上。后来在公审大会上，汉奸恶霸黄世仁经政府批准枪毙，由此善恶有报，正义得到伸张。聂教授认为，两部戏剧作品能够展现出“商定正义”在各自文化背景中的地位与价值，西方社会奉行“契约主义”，将履行契约视为正

[1] 张立文教授认为，和合是中国文化的精髓，亦是各家各派所认同的普遍原则。无论是天地万物的产生，人与自然、社会、人际关系，还是道德伦理、价值观念、心理结构、审美情感，都贯通着和合。张立文：《中国文化的精髓——和合学源流的考察》[J]，《中国哲学史》，1996（1）：43-57。

义,中国社会则不注重形式契约,更加在意行为后果的实质正义性,而这种实质正义往往只能通过揭示真相才能得到。之后,聂教授又引证了一组实证研究成果,通过“中国人更加注重分配结果而不是分配过程的合理性”的调查结论,试图反映出人民群众比起程序正义,更加在意案件处理结果的正义性,进一步说明了“商定正义”在本土实际上生存土壤狭窄,以“商定正义”替代实体公正的控辩协商路径很难收获社会认同,故此,他悲观地认为本土司法难以建成真正意义上的控辩有效协商模式。<sup>[1]</sup>

## 二、对其的回应:协商性司法基于传统文化的三重价值

应当承认,聂友伦教授的论证足够详实,他所提出的“本土司法文化倾向于实质正义”的观点大致上也经得起推敲。但这里实际上存在三个问题,即:首先,本土文化的司法追求是否只有“求实”而已?如古人实际上存在多种司法追求,且有一种与协商性司法相和,那么其是否也并非完全无立足之地呢?其次,商定正义是否完全与实质正义相悖呢?实质正义要求过罚相当,如商定正义在实现这一目标上有其独到之优势,是否能够追求实质正义的社会文化所采纳呢?最后,古代司法追求“真实探究”及“实质正义”并没有错,但在真相无法查明的场合,古人亦排斥冤假错案,如协商性司法能沟通法律真实与客观真实的距离,给出一种“中庸”的解决方案,是否也算是促进了社会正义的实现呢?而基于这三个问题,笔者将给出协商性司法基于传统文化的三重价值,一方面反驳聂友伦教授的观点,证明本土文化与协商性司法并非“水火不容”,另一方面亦是文化寻根,溯源本土协商性司法开展的文化土壤,以期为建设符合本土社会需求

的协商性司法略尽绵力。

### (一) 息讼止争

在中国传统法律思想的品性上,聂教授只着重强调了“求真”一种价值追求,实际上,就连聂教授引用的张中秋教授在其文中也提到,中国传统法律正义观的内在价值是“求真”“求善”“求合”的有机统一,换言之,除了“求真”外,“求善”“求合”亦为我国古代法律所追求。<sup>[2]</sup>而根据主要矛盾与次要矛盾的辩证关系原理,主要矛盾在事物的发展过程中处于支配地位,对事物的发展起着决定性作用。故只有论证出“求真”是决定事物发展的主要矛盾,才能证成其观点。但在笔者看来,“求和”才真正意义上决定着我国传统法律正义观之性质。

“公不谋声训,而楚夏移情,故能使解剑拜仇,归田息讼。”(《王文宪集·序》)比喻不计较他人仇怨,息事让人。此即为“息讼”一词的出处。在传统文化的语境中,诉讼意味着争斗,因人与人之间有冲突,所以听讼似乎无法避免,但古人显然不甚喜欢这种争斗,《论语》中就有记载:“子曰:吾犹人也。必也使无讼乎。”(《论语·颜渊篇第十二》)意思是孔子虽然也像其他人一样审理案件,但他崇尚以德化人,致力于使诉讼不再发生。明代《教民榜文》也规定:“民间户婚、田土、斗殴、相争一切小事,不许辄便告官,务要经由本管里甲、老人理断。”<sup>[3]</sup>这都能体现出一种尽量免讼的思想,因为在古人看来,“和合”是有机、有序的,诉讼争斗实际上是在破坏“和合”的内部秩序,使得“礼崩乐坏,狂狷有作”。<sup>[4]</sup>甚至就连崇尚“法、术、势”的法家也认为,“贤者立中正,设无私,而民说仁。当此时也,亲亲废,上贤立矣。”只是由于人口众多且缺乏制度,“故立官”,官员众多又缺乏人管理,

[1] 聂友伦. 认罪认罚从宽:中国化的协商性司法? [J]. 上海政法学院学报(法治论丛), 2023(5): 49-63.

[2] 张中秋. 中国传统法律正义观研究 [J]. 清华法学, 2018(3): 52.

[3] 明太祖钦定《教民榜文》, 皇明制书明万历七年张卤刻本。一凡藏书馆文献编委会. 古代乡约及乡治法律文献十种(第一册) [M]. 哈尔滨: 黑龙江人民出版社, 2005: 88.

[4] 阴阳之和合, 源于阴阳之对称, 对称是事物内部整体统一性中系统与系统内部各要素、元素间的一种相应的等价关系。与非对称相反, 如果系统经过一定中介选择交换后发生了变化, 就是非对称, 非对称即称的破缺, 故言“和合”是有机有序的。张立文. 和合学——21世纪文化战略的构想(上卷) [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2016: 67-69.

“故立君”（《商君书·开塞第七》）。所以贤者的“和合”之治其实并不为法家所排斥，只是基于人口和管理方面的原因，才需要“缘法而治”，就如韩非子所说“上义为之而有以为也。”（《韩非子·解老》）如人们都能按照这种最高的义去行动，又何需法呢。

综合来看，“和合”应当是本土文化在社会治理层面的一种最高追求，司法诉讼作为一种社会治理的手段，势必要服务于社会治理的最高目标。因此，古代司法虽然“求真”，但“求真”必然要“促和”。如《唐律疏议》中就规定：“诸妻殴夫，徒一年；若殴打重伤者，加凡斗伤三等；须夫告，乃坐。”<sup>[1]</sup>这就表明，在妻子殴打了丈夫的场合，即便事实真实发生，但只要丈夫没有告官，亦不追究，这就是一种“追求真实”让位于“家庭和睦”的表现。如果真实的发现实际上破坏了“和合”之下的秩序环境，那么这种司法的运作显然是本末倒置了。此外，回顾当代历程可以发现，这种追求“和合”的司法精神也并未断绝。20世纪60年代，浙江省诸暨市枫桥镇的治理经验至今仍被广为传颂，当地“摘掉一顶帽，调动几代人”“小事不出村，大事不出镇，矛盾不上交”等治理内核均体现着“和合”的民族文化观念，是传承民族精神的优良典范。<sup>[2]</sup>

再来到协商性司法的问题上，我国的刑事诉讼程序在历经多次法改后已经得到相当程度的发展，一种具有本土特色的“控辩式”庭审模式也得到了学界的认同。可问题是，普通程序处理下的司法模式虽然有利于维护社会整体的“和合”氛围，而在一定的场合中，它却不得不破坏“和合”。在刑事处罚圈不断

扩大的时代背景下，普通程序的弊端也日益凸显。例如，某些轻微罪行的行为人本身并没有多少犯罪基因，在经历刑事处理后却背负上了前科劣迹，不仅其升学工作受到了影响，还祸及子女教育，最终成为潜藏的社会不安定因素。又如，奉行国家公诉主义的现代司法容易忽视受害人的处境与感受，在一场仪式完备的诉讼后，被告人服法认罪，但受害人因犯罪所受之伤害却无人问津，由此仇恨仍然在社会中潜在，等待时机发酵。而对于这些问题，协商性司法却往往能给出满意的答卷，在轻微罪行的场合，被追诉人得与检察官协商以获取不起诉的最佳待遇，同时，在控辩协商中和解、赔偿等也是重要内容，故可以充分考虑被害人的利益，及时消解仇恨。在本土实践上，北京市诸检察机关适用认罪认罚程序处理非法捕捞水产品案件、无人超市盗窃案件、醉驾案件上均收获了良好的社会效果，使得矛盾及时化解，促进社会和谐有序。<sup>[3]</sup>可以说，如果很多案件能够以协商性司法的思维去处理，秋菊或许就不会如此困惑，她也能够为其丈夫要到想要的“说法”了。<sup>[4]</sup>

## （二）过罚相当

在论证本土没有“商定正义”之土壤时，聂友伦教授举了《威尼斯商人》与《白毛女》的例子，而笔者认为，该论据并不恰当。《威尼斯商人》中，鲍西娅对夏洛克说：“你可以照约拿一磅肉去，可是在割肉的时候，要是流下一滴基督徒的血，你的土地财产，按照威尼斯的法律，就要全部充公。”从客观理性人的角度看，这显然是一种解释学技巧的使用，毕竟按照市场买卖的经验，人们

[1] 袁文兴，袁超. 唐律疏议注译[M]. 兰州：甘肃人民出版社，2016：630.

[2] 朱志华，周长康. “枫桥经验”的时代之音[M]. 杭州：浙江工商大学出版社，2019：1-3.

[3] 以北京市密云区的多起“非法捕捞水产品案”为例，由于近些年保水力度逐渐加大，密云许多水系被纳入保水范围，而很多密云居民从小就有亲水、戏水的生活习惯，虽知水库一级圈内不能电鱼、毒鱼、炸鱼，但对于密云城镇附近不能适用地笼、粘网等捕鱼却无违法性认识，以至于轻易触犯刑法，构成犯罪。最终检察机关选择不起诉处理，既起到了良好的教育效果，又避免了更深层次的“法俗”矛盾激化。张朝霞，马天博，吴春美. 首都轻罪检察的实践与探索[M]. 北京：中国检察出版社，2021：175-183.

[4] 农村妇女秋菊因丈夫被踢伤踏上了“讲理之路”，她先后到了县公安局和市里，最后向人民法院起诉。除夕之夜，秋菊难产，村长和村民连夜冒着风雪送秋菊上医院，使她顺利产下一名男婴。秋菊一家对村长非常感激，也不再提官司的事了。但正当秋菊家庆贺孩子满月时，市法院发来判决，村长因伤害罪被拘留。望着远处警车扬起的烟尘，秋菊感到深深的茫然和失落。苏力. 法治及其本土资源[M]. 北京：中国政法大学出版社，1996：23-37.

不可能从活畜身上买到不带血的肉。因此，若认为商定之契约的履行即为正义，那么这种试图用解释与辩论技巧所欲进行的赖账，恰恰是“反商定正义”的。同时，在《白毛女》中，黄世仁打昏杨白劳，强行在喜儿的卖身契上签下手印，这种契约都没有必要讨论内容是否正义，其本身就不能称作契约。缘是如此，聂教授试图用两部剧作论证其观点的逻辑就不能成立，“商定正义”是否有本土资源基础也需另谈。

其实，聂教授在举出这两部剧作时，就犯了一个错误，即他已经在前提上把“商定正义”与“实质正义”认定为了互斥关系。而从实际上讲，“商定正义”与“实质正义”在大部分内容是重合，甚至是相互促进的，只有在商定之内容违背了社会的普遍正义观时，才认为两者产生了冲突。在“商定正义”与“实质正义”相和且相互促进的场合，本土文化对其实际上并不反感，因为就如上文所述，“和合”是有机、有序的，张立文教授也认为，要实现“和合”难度很大，从纵的发展历程来讲，“和合”表现为“冲突—和合—冲突—和合”之循环往复。<sup>[1]</sup>所以，如契约能够为人与人之间相处设定符合公序良俗的权利义务，将会促进双方有机有序的生活，故有利于“和合”状态的达成。此处《唐律疏议》可为证，其中不仅有规制交易欺骗行为的法律，如：“诸私作斛斗秤度不平，而在市执用者，笞五十。”亦有针对市场垄断，确保交易环境公平的法律，如：“谓人有所买卖，在傍下其价，以相祸乱，而规卖买之利入己者，并仗八十……”<sup>[2]</sup>

涉及“商定正义”与“实质正义”存在冲突的有限场合，一是不公正的契约导致了不公正结果，二是公正的契约导致了不公正的结果。对于前者，

中西方的态度是一致的，就像鲍西娅运用语言技巧的赖账一样，没有社会的主流价值观会选择维护不公正的契约。就后者来说，笔者也承认中西此处却有差异，就像罗尔斯利用“无知之幕”“纯粹的程序正义”等工具所营造的公平社会契约，摘下面纱的人进入社会后即便处境不佳亦不得反悔，<sup>[3]</sup>而在本土文化的影响下，社会中的实质不正义不会因程序正义的满足而消解，遵守公平的契约最好也应指向公正的结果。笔者认为，虽然此处中西有别，但总体上不妨碍协商性司法的建设，毕竟“君子而不同”，协商性司法之建设可以着眼于“商定正义”与“实质正义”相和相配的重合部分，没必要因噎废食，罔顾成形的本土资源。

在司法层面，“实质正义”的内涵大致为“有罪必罚”与“罚当其罪”，协商性司法实际上可以在“罚当其罪”问题上促进“实质正义”的实现。协商之正当性是所有协商型司法制度都无法绕开的理论难题。美国在辩诉交易推广之初就爆发了有关协商正当性的争论，反对者们秉持着“正义不应打折扣，更不应用于交易”的说法拒绝辩诉交易制度的推行。为了论证协商之正当性，支持者们先后提出了三种观点对辩诉交易进行正当性诠释。首先是“悔罪论”，该观点认为：辩诉交易制度能够节约司法资源，同时，由于被告人审前接受协商，径向法院认罪，表明其具有悔改意图，可以予以从轻。该观点一经提出就大受批判，反对者认为：接受协商者可能并非真诚悔罪，只是为得到量刑优惠才得协商，而且接受协商者与未接受协商者在再犯率上相差无几，接受协商者甚至略高，由此瓦解了“悔罪论”的立论根基。其次是“资源节约论”，该观点认为：辩诉交易单纯是一种效率面向的制度，被追诉人直接认罪，为政府免去了诸多司法资源上的

[1] 张立文. 中国文化的精髓——和合学源流的考察[J]. 中国哲学史, 1996(1): 57.

[2] 袁文兴, 袁超. 唐律疏议注译[M]. 兰州: 甘肃人民出版社, 2016: 776.

[3] 在原初状态中，社会成员是分立存在的各个理性人，他们被蒙上了“无知之幕”，不具有经验性的喜好与个体偏爱，故此，他们只能在理性思考的基础上选择为自己做最坏的打算，选择一种即便自己是“最不利地位者”也能接受的契约制度。因此，在权衡利弊再加上一点直觉主义的因素后，“正义的两个原则”被最终选择，此时，虽然人们确信这是原初状态下自己能做的最好选择，但对于制度能否落实却产生了深刻地担忧，害怕曾经相信的分配制度不能满足自己合理的计划，这时，一种“纯粹程序正义”基础上的分配制度被使用了，这种正当的分配程序既能保证最公正的分配结果，也能消解人们的不满，使得进入社会后的成员即便在天赋与地位上处于不利地位，也深刻地相信着分配结果的公正性。[美]约翰·罗尔斯. 正义论[M]. 何怀宏, 等译. 北京: 中国社会科学出版社, 2009: 30-70.

消耗，应当给予刑罚上的减免以示奖励。此观点亦遭到了严厉批判，既然节约资源就能换取从宽处罚，那么追诉人何不直接赠予政府金钱以换取更轻的刑罚呢？这种“以钱赎刑”的司法逻辑是在崩坏法律的内生属性，从根本上玷污法律的品格，是对社会公平正义最无耻的背叛。最后的“个别刑罚论”显然最为完善，该观点认为，辩诉交易追诉的不只是效率，其还能满足一种对公正的需求。审判的目的在于确定被告人应得之刑罚，但法庭只能宣判确定的刑罚，也许并非最为适合被告，毕竟个体情境千差万别，如允许控辩协商以确定刑期，双方交换下均认为合适，实乃最适合之刑罚。<sup>[1]</sup>因此，在笔者看来，应当基于“个别刑罚论”建设本土协商性司法，如此可立足“商定正义”与“实质正义”的相和面，利用协商之正义促进实质正义，既符合本土文化价值需求，亦能满足社会的现实需要。

### （三）取之中庸

《中庸》载：“中也者，天下之本也；和也者，天下之达道也。至中和，天地位焉，万物育焉。”（《礼记·中庸》）道家认为，“中”是人的本性，“和”是大家都普遍遵守的原则，如果能达到“中和”的境界，则天地归位，万物生长繁茂。在关于“中”的解释上，宋儒的阐释对后世影响最甚，这种中庸观认为“中”是一种平衡的境界，如徐儒宗先生所说，是“适中、和谐、适得事理之宜。”<sup>[2]</sup>故此，中庸之道实际上是一种平衡之道，所追求的则是一种“和合”的境界，因为“和合”并非是一直处于静态，从横向来看，它表现为“此彼俱冲突—此和合彼冲突—彼和合此冲突—彼此俱和合”的运动状态，因而在从冲突走向和合的发展关节，需以中庸调之，使冲突的两端达成一种平衡的状态，最终促和。<sup>[3]</sup>

这种“中和”以至平衡的观念，在我国古代司法中亦有体现。在事实查明上，《尚书·吕刑》有载：“五刑之疑有赦，五罚之疑有赦，其审克之。”意思是在适用五刑有疑问时，改为五罚，适用五罚有疑问时，则应当赦免。《礼记·王制》也有记载：“附从轻，赦从重。”其含义为：可轻可重的从轻，重罪也能得到赦免。由此看，在案件事实在“发生”与“未发生”有疑问时，古代司法倾

向于选择“取之中”，作出一种“疑罪从轻”的处理，体现着司法的审慎态度。同时，即便查明犯罪事实确实发生，在法理与人情之间，古代司法同样也有“取之中”的做法，《曲礼》有载：“八十、九十曰耄，七年曰悼，悼与耄虽有罪，不加刑焉。”类似的还有一种“犯罪存留养亲”的制度（《礼记·曲礼》），《魏书·刑罚志》：“太和十二年诏：‘犯死罪；若父母、祖父母年老更无成人子女又无期亲者，仰案后列奏以待报。著之令格。’”<sup>[4]</sup>所以，就本土的文化氛围来看，中庸作为达到“和合”境界的路径，无论在社会文化与司法文化中均能有所体现，故基于这种取向建设本土协商性司法，也非天方夜谭的说法。

现代司法奉行“疑罪从无”的原则，授予了被告人广泛的实体与程序权利用以进行诉讼对抗，因此，在普通程序中，控辩在事实层面的斗争无疑是激烈的，甚至是“水火不容”的。一场刑事诉讼过后，要么是控方依赖“排除合理怀疑”的证据将被告人送进监狱，要么就是辩方利用诉讼权利证成疑罪存在，进而全身而退，免受司法制裁。问题是，这种典型模式虽然能够激发控方收集证据，探究真实的热情，有利于实质正义的实现，但证据事实毕竟只是一种法律真实，在缺少了最熟悉案情者，即被告人的协助下，有一部分真实被确实实地损失了。此时，若在审前控辩得以合作，辩方放弃部分诉讼权利，配合控方查明事实，控方调低刑罚预期，反馈给辩方一定实体利益，则双方均可以“取

[1] 王兆鹏. 美国刑事诉讼法[M]. 北京: 北京大学出版社, 2005: 544-555.

[2] 徐儒宗. 中庸论[M]. 杭州: 浙江古籍出版社, 2004: 1.

[3] 张立文教授指出，冲突是指形相、无形相诸元素性质、特征、功能、力量、过程的差分和由差分而相互冲撞、伤害、抵牾状态。冲突既是事物内部的冲突，也是事物之间的冲突，冲突实际上是由无构、无序、无式而需重建结构、秩序、方式、形式。在冲突的过程中，和合是冲突的结果，也是冲突的表现形式。张立文. 和合学——21世纪文化战略的构想（上卷）[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2016: 63.

[4] 沈家本. 历代刑法考（下册）[M]. 北京: 商务印书馆, 2016: 774-775.

之中庸”，在一些难办的案件中反而是促进了实质正义的实现，毕竟司法本身就是一种“不完善的程序正义”，在圆满的实质正义无法实现的场合，那么有瑕疵的正义总比没有好。这种“取之中庸”的“瑕疵正义”在实践中也确有这方面效用，北京市东城区人民检察院办理的“朱某某以危险方法危害公共安全案”中，控方就通过与辩方的积极沟通，适用认罪认罚从宽制度补足了证据事实，还原了案发原景，促进了实质正义的实现。<sup>[1]</sup>

### 三、深入探究：传统文化的司法追求与协商性司法的当代价值

“和合”作为中华文化的价值追求，不仅于古有迹，当代亦不缺所承。故此，为揭示协商性司法的本土土壤，必须要深入探究“和合”思想、古代司法倾向与协商性司法三者的有机联系，揭示出三者相和、同质、同气、同发展、共促进的关系，以期在为本土协商性司法寻找文化土壤的同时，亦指明本土协商性司法的当代使命。

#### （一）传统文化的司法追求

从社会文化来看，西方海商文明国家认为天与地是冲突的两极，如欲解决冲突，必然要发扬斗争精神去征服一方，社会中的个体亦是如此，个体的发展必然与他人和社会产生冲突，故斗争在所难免，需以力克之。<sup>[2]</sup>在斗争文化的影响下，西方文明的司法诉讼实际上并不为社会所排斥，甚至尤为需要。从国家权力结构看，西方文明广泛认同孟德斯鸠的权力分立理论，就像《联邦党人文集》中所说：“司法部门是最不危险的部门——在有限的宪法下需要完全独立——司法部门作为宪法和私人权利的捍卫者所需要的独立。”<sup>[3]</sup>故此，司法作为三极中的一极，必须参与到权力的斗争与制衡中去，联邦最高法院通过Marbury v. Madison（1803）等一系列案例，既维持着司法在三权中的相对分量，又保证了三权的动态平衡。所以，斗争性的诉讼在上层结构中必不可少，如联邦最高法院实现了“无讼”，则代表三权失衡，国家民主性动摇。在国民层面，一场合格的刑事诉讼不仅需要查明真相以化解冲突，更重要的是，它还起着仪式性的表征作用，既彰显着个人与国家斗争中国家对公民权的尊重，也体现了参与诉讼并成为陪审员的民主权利

精神。正如陈瑞华教授所说：“从历史上看，英美法官所拥有的极为有限的程序控制权源于英美人对‘公共官员的不信任’以及对司法官员‘滥用权力、压迫个人的恐惧’…美国人的诉讼观是宁肯自己主动选择不利的裁判结果，也不被动地承受公共官员强加给自己的有利结局。”<sup>[4]</sup>因此，即便陪审团事实上成为过宗教激情的工具，也作出过不公正的裁决，但其对于民主司法的象征功能依然存在，且为人所信，故诉讼争斗在此与民主权利相合。

对于本土民族来说，农耕文明本身没有争斗与扩张的需要，故我们认为，天与地本就是相和的，因为符合阴阳之道，故能产生万物，阴阳相互促进，相互激荡，由此形成了和。所以老子说：“道生一，一生二，二生三，三生万物。万物负阴而抱阳，冲气以为和。”（《道德经》）；“知和曰常，知常曰明。”（《道德经》）基于这种天地相和的世界观，人与人之间、人与国家之间俱应朝向“和合”，而在致“和合”的路上，各家主张不同，儒家主张“仁政”“王道”，用礼德约束社会个体的行为；法家则崇尚“法、术、势”，希望能够用外在强制力推行秩序；道家认为万物自然，提倡“因俗简礼”“宽刑简政”；墨家主张“视人如己”“爱人如己”，如此“天下兼相爱”。<sup>[5]</sup>往后朝代虽然各家思想逐渐走向融合与取舍以适应统治需求，但致“和合”的追求并未变更，本土文明无论是基于统治需要还是哲学追求，不可能希望“争斗”与“分裂”于社会中长恒，故而中华文化“厌讼”，且向往“无讼”。值得一提的是，这种

[1] 张朝霞，马天博，吴春美. 首都轻罪检察的实践与探索 [M]. 北京：中国检察出版社，2021：199-202.

[2] 张立文. 和合学——21世纪文化战略的构想（上卷） [M]. 北京：中国人民大学出版社，2016：360-262.

[3] Alexander Hamilton, James Madison, et al. Federalist Papers [M]. New York: Signet classics, 1961: 22-23.

[4] 陈瑞华. 比较刑事诉讼法（第二版） [M]. 北京：北京大学出版社，2021：57.

[5] 李锐. 先秦诸子百家争鸣综说 [J]. 江海学刊，2020（3）：161-170.

“无讼”应理解为一种思想，非是实然之状态，因为从实际状态来讲，古代社会实际上是“厌讼”与“健讼”共存的。夫马进教授援引《潜夫论·爱日篇》所载：“今自三府以下，至于县道乡亭，及从事督邮，有典之司，民废农桑而守之，辞讼告诉，及以官事应对吏者……日废十万人。”<sup>[1]</sup>当然，此处每日十万人之众显然有夸大的成分，但也可由此看出古代某些地区的某些时候，是存在“健讼”，乃至“滥讼”“缠讼”现象的。而如果将“无讼”作为“和合”思想的一个子集，这显然是成立的，不仅费孝通先生在《乡土中国》中有此说法<sup>[2]</sup>，范愉教授也认为：虽然某时某地会存在“健讼”的现象，但总体上古代社会是将诉讼作为一种“必要的恶”，在思想追求上并不推崇。<sup>[3]</sup>

立足于“无讼”且致“和合”的思想基础上，古代司法作为社会治理体系的有机组成部分，主要在两端服务于社会价值追求的实现。一是尽量化解诉讼，使得“必要的恶”不发生。此处引证的是《周礼·地官》，据其记载：“调人，下士二人，史二人，徒二十人”；“掌司万民之难而谐之和之。凡过而杀伤人者，以民成之。鸟兽，亦如之。”<sup>[4]</sup>意思是周朝的时候有称为“调人”的官职，负责掌调仇怨，司万民之难。《后汉纪》孝仁皇帝纪上卷中，也曾记载了一位叫吴佑的官员，当“吏民有以罪过相告”时，他认为自己做得不够好，所以“闭阁自责”，民众知道了以后很是触动，故“若有词讼，先三老、孝悌喻解之”，由此避免了许多诉讼争斗的发生。<sup>[5]</sup>此外，古代诉讼中，并非只有裁决一种解决问题的方式，对于轻微的诉讼，民众还可以请求郎官以“喻解”或“训告”解释，从而最大限度维持人与人之间的和睦。<sup>[6]</sup>二是注重诉讼后社会关系的修复，将“必要之恶”的影响降

至最低。如周朝的“和难”制度，其规定仇怨经过处理后，“父之仇辟诸海外，兄弟之仇辟诸千里之外”，从此让仇家尽量不见面，从而避免矛盾再次激化。同时，宋朝也规定，经过大赦后的罪犯，不得再回原籍地，也是基于上述原因。

我国古代在诉讼前后两端促“和合”的做法在当代仍有继承，“枫桥经验”诞生于20世纪60年代，核心价值观是依靠群众化解矛盾，走人民治安道路。从文革时期的针对四类分子改造的“依靠和发动群众，坚持矛盾不上交，实现捕人少，治安好”，再到新世纪的“小事不出村，大事不出镇，矛盾不上交”，又到如今的“矛盾不上交，平安不出事，服务不缺位”。在“枫桥经验”的理论体系中，从诉讼两端促“和合”的做法一直贯彻至今，当前，由诸暨市民主据牵头组建的社会组织孵化中心，已经孵化了各类社会组织近50个，“枫桥大妈”“店口红帽子”、乡贤参事会等组织在社会矛盾化解、治安巡逻、网格化管理在内的诸多方面均发挥着重要作用。同时，桃园村等地注重制定了完善村规民约，依靠村规民约展开村民自治，用“红黑榜”的奖惩机制培育村内道德氛围，由此实现了三年来，17个镇未发生命案，120个村未发生一起刑事案件。而对于经过刑事诉讼已被定罪量刑的人员，北仑区探索依托“红领巾之家”开展社会矫正、帮教救助、就业培训等工作，2014年以来，共有200名社会矫正人员参与“红领巾之家”社会公益活动，没有一人出现再次违法犯罪的情况。<sup>[7]</sup>

## （二）协商性司法的当代价值

陈瑞华教授认为，总结协商性司法的共同特征，可以发现其奉行的理念可以包含三个方面：一是建立在趋利避害基础上的实用主义哲学；二是建立在诉讼

[1] [日] 夫马进. 中国诉讼社会史的研究 [M]. 东京: 京都大学学术出版会, 2011: 4—5.

[2] 费孝通先生认为，司法制度破坏了我国原有的礼制秩序，但不能建立起法治秩序，以至于治理无能，由此体现费孝通先生亦不反对我国早先所奉行为礼制秩序下追求“无讼”之思想。费孝通. 乡土中国·生育制度 [M]. 北京: 北京大学出版社, 1998: 54.

[3] 范愉. 诉讼社会与无讼社会的辨析和启示——纠纷解决机制中的国家与社会 [J]. 法学家, 2013 (1): 12—14.

[4] 沈家本. 历代刑法考 [M]. 北京: 商务印书馆, 2016: 42.

[5] [日] 初山明. 中国古代刑事诉讼制度研究 [M]. 李力, 译. 上海: 上海古籍出版社, 2018: 142.

[6] [日] 初山明. 中国古代刑事诉讼制度研究 [M]. 李力, 译. 上海: 上海古籍出版社, 2018: 42.

[7] 朱志华, 周长康. “枫桥经验”的时代之音 [M]. 杭州: 浙江工商大学出版社, 2019: 39.

合作基础上的司法正义观；三是独立于正当程序和犯罪控制外的第三种价值理念。<sup>[1]</sup>基于上文关于传统司法价值追求的论述，笔者欲根据这三重理念与本土“和合”文化的适配性，按照重要性与优先性依次排序，以揭示协商性司法的当代价值。

首先是独立于正当程序和犯罪控制外的第三种价值理念。陈瑞华教授此处将与对抗性司法有别的“家庭控制模式”举出，指明了在实体正义与程序正义之外尚有“关爱”“教育”“社会和谐”等法律价值，这些都是与本土“和合”思想相符并为“和合”所追求的。协商性司法挣脱了传统国家公诉主义的束缚，能够最大限度地将被害人的处境与利益考虑在内，使其从以往“受歧视”与“被遗忘”的境遇中走出，免受“二次伤害”。同时，协商性司法通过与被告人的协商，对其进行说服教育，寻求公正的刑罚，一方面能够提高改造的效果，避免反社会心理的产生，另一方面也得以促使其积极履行赔偿等义务，助力于社会关系的修复。既能够在起诉阶段令个人与国家从“力争”走向“和合”，也有利于弥合犯罪所伤害之社会关系，在国家与社会层面促进“和合”。立足于当前轻罪时代，一种“轻轻重重”的刑事政策观是我国所需要的，但就目前的刑罚配置来看，我国属于“重者恒重，但轻者未轻”<sup>[2]</sup>，且在集体主义价值观的影响下，我国的犯罪附随后果实际上是较个人主义国家更重的，比如福建省龙岩市新罗区就出台过所谓《十个“一律”》政策，限制涉及电信网络新型违法犯罪人员的子女受教育权，禁止相关人员就读优质公办中学。<sup>[3]</sup>故而，当前有必要发挥协商性

司法“促和”“促轻”的作用，为司法层面的“非犯罪化”开辟程序道路，以致力于“轻轻重重”之格局的形成，维护社会和谐有序。

其次是建立在诉讼合作基础上的司法正义观。陈瑞华教授提到，协商性司法追求一种“基于合作的司法正义”，这种司法正义体现的是“基于合作的程序正义”。在这其中，无罪推定、程序正义是为保证被告人权利设置的一系列程序障碍，是双方平等协商的基础。我国古代司法为使社会朝向“和合”维护法制，奉行有罪推定，不仅设置了诸多肉刑，还动辄采取刑讯之手段对待嫌疑人。当代来看，这种司法观念仍有继承，从“流水线作业模式”到“侦查中心主义”“案卷笔录中心主义”，都能反映出司法的强烈追诉倾向。<sup>[4]</sup>但法律真实往往是与客观真实存在距离的，实质正义的内涵既包括“不纵”，还容纳有“不枉”。因此，比起放过一个坏人，让一个好人蒙受不白之冤对于“和合”的伤害更甚，故而从1996年以来，我国刑事诉讼法经过多次修改，吸纳当事人追行主义的部分因素，改革刑事司法程序，至今已建树颇多。虽然传统痼疾仍然存在，但较之以往可谓“日新月异”了。鉴于此，协商性司法所彰显的这种“基于合作的程序正义”有利于促进我国刑事司法环境的革新。控辩平等协商的基本要求即为无罪推定，毕竟只有法律上无罪的人才能有相当之地位与检察官进行交涉。在认罪认罚从宽制度适用率已经超过90%的大环境下<sup>[5]</sup>，如能贯彻好无罪推定下的控辩平等协商，这无疑将会对我国刑事司法的氛围产生巨大影响，产生“协商分程序”的无罪推定理念反向促

[1] 陈瑞华. 刑事诉讼的前沿问题(上) [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2016: 419-423.

[2] 高勇. 中国轻罪法律制度的建构 [M]. 北京: 法律出版社, 2015: 1-5.

[3] 《新罗区电信网络新型违法犯罪综合措施十个一律》规定: 凡是参与电信网络新型违法犯罪嫌疑人的子女, 一律在城区学校就读时予以招生入学限制; 凡是参与电信网络新型违法犯罪嫌疑人, 一律限制出境; 其子女在入团、入党、参军、考录公务员、就业等函询调查一律从严把关审核。此外, 类似带有“连坐”性质的条文还有: 凡是公职人员的子女、配偶参与电信网络新型违法犯罪, 一律取消3年内绩效奖、平安奖、文明奖发放资格; 凡发生因电信网络新型违法犯罪被抓3起多人以上的村(社区), 经整治不达标的, 取消该村(社区)除扶贫、救灾以外的各项补助项目等。龙岩市公安局新罗分局. “十个一律”重拳严打电信网络新型违法犯罪 [EB/OL]. (2018-11-16) [2024-05-16]. <https://mp.weixin.qq.com/s/hPyFEUNepnQo0dc4ULkCw>.

[4] 陈瑞华. 论侦查中心主义 [J]. 政法论坛, 2017(2): 4.

[5] 最高人民法院办公厅. 最高人民法院工作报告(审议版) [EB/OL]. (2024-03-08) [2024-05-20]. [https://www.spp.gov.cn/spp/tt/202403/t20240308\\_648074.shtml](https://www.spp.gov.cn/spp/tt/202403/t20240308_648074.shtml).

进普通程序观念革新的作用，以移除“侦查中心”与“案卷笔录中心”之遗害。

最后是趋利避害的实用主义哲学。坦白讲，这一层理念是与我国传统司法追求最不相符的。本土文化在“和合”思想的影响下，认为诉讼是一种“必要之恶”，最理想的状态是其根本不要发生。一旦必须要通过司法处理，则必须要“求真”“求实”以促公正，否则恩怨不熄，社会状态无法回归和谐。而这种趋利避害的商人式算计显然对于本土文化之司法期待损害无穷，毕竟没人希望看到“两个生意人”互相交易正义。故此，陈瑞华教授将这种实用主义哲学置于协商性司法理念中的首位，而笔者此处则将其放在末位阐述。陈瑞华教授认为，具有职业利益的检察官与被追诉人之间均有趋利避害的愿望，故具有合作的前提与基础，可以共同坐下来协商案件的处理。现实也确实如此，美国辩诉交易下检察官具有胜诉利益，从而具有相当之积极性与被追诉人展开协商。德国审辩交易中，法官深感职权探知主义的庭审负担沉重，所以也愿意坐下来与被追诉人交涉，而这种利益相合下的协商在提高效率的同时，亦满足了双方之需求，故而多多益善。<sup>[1]</sup>我国本土文化虽然也承认“天下熙熙皆为利来，天下攘攘皆为利往”，但检察官作为法律监督主义下的司法官一定不能成为交易的对象，不过也并非要完全排斥这种实用主义哲学在认罪认罚从宽制度中的存在，因为被追诉人实际上与被害人也是具有这种相合利益的。被害人具有“要赔偿”“要说法”的需求，被追诉人有从宽的愿望，两者在相合利益的基础上，也可以在认罪认罚从宽制度的平台中有所作为。因我国自古就有“喻解”或“训告”的传统，此处显然并不背离本土文化价值。至于在检察官与被追诉人之间，笔者看来应当弱化检察官的职业利益，使其能够着眼于公共利益与社会和谐与被追诉人进行商谈。毕竟我国当前之普通程序尚未发展饱和，案件花费成本并不太高，与西方国家的强烈效率倾向有所不同，我国可以着眼更多的社会效益建设本土协商性司法。

#### 四、反求诸己：立足本土文化的协商性司法良策

基于前文所述，可以发现，协商性司法具有相当的本土文化基础与当代价值。接下来应“反诸求

己”，检视认罪认罚从宽制度中与“和合”思想相悖，且阻碍制度发展的有关部分，以期促进司法改革的开展，为认罪认罚从宽制度的完善指明道路。

在庭审实质化改革未见显著成效，“案卷笔录中心”与“侦查中心”的“幽灵”仍在作祟的情况下，具有强烈协商意愿的被追诉人恐惧地发现，与其进行协商的检察官是如此的“冷漠”。他只一次性地给出优惠并询问是否接受条件，如被追诉人试图继续“讨价还价”，检察官往往没有耐心与其谈判，甚至还会认为被追诉人认罪态度有问题。<sup>[2]</sup>造成这般景象的原因在于，后续的庭审是形式化的，他尚未出庭就已经知晓结果，无论被追诉人是否认罪认罚对其都影响不大，甚至当他决定对被追诉人进行酌定不诉时，还得举行复杂的听证会，反而增加了自己的程序负担。因此，“胜诉利益已定”的检察官何必去费劲地协商呢？他在协商中的妥协不仅收获利益，甚至还得增加负担，与其如此，倒不如诉到法院去解决，反正结局早已注定。在2023年尚权律师事务所与安徽大学联合举办的“尚权刑辩论坛”上，与会的诸位律师就认罪认罚案件中的控辩协商问题展开了讨论。律师们纷纷表示，在所谓的控辩协商中辩护律师基本没有可供协商的筹码，他们与检察官之间的地位也相距甚远，只能用一种低声下气的语调尝试与检察官沟通，但效果寥寥，实际上基本没什么作为空间。以强硬姿态出现的检察官往往只给出被追诉人两个选择：接受或拒绝。

控辩协商的自愿性阙如是认罪认罚从宽制度被

[1] 美国检察官具有胜诉利益自不待言，对德国来说，根据1877年《德国刑事诉讼法》中的职权调查原则（Amtsermittlungsgrundsatz），法官有义务对案件中的相关事实进行充分调查。立足职权主义对实体真实的追求倾向，法官不仅需要负责传唤证人、询问证人与专家，还需要引入书面证据与实务证据，甚至必要时还不得不进行广泛的庭外调查。而被告人则既不需要提供证据，也不需要说明事实，即便他知道自己确实实施了犯罪且应受刑罚，也可以背靠沉默权进行防御对抗，等待法官查明案件事实，正是如此的氛围催生了审辩协商。[德]托马斯·魏根特. 德国刑事程序法原理[M]. 江溯，等译. 北京：中国法制出版社，2021：214-217.

[2] 郭泉. 认罪认罚从宽制度中律师辩护问题研究[M]. 北京：中国政法大学出版社，2022：245.

学者们诟病的核心因素之一。协商性司法中一旦自愿性难以保障，可以讲其本身的理念价值就会全部被埋葬。对本土文化来说，缺乏自愿性的控辩协商不仅不能“息讼止争”促进社会“和合”，甚至就连最基本的“真实发现”以消灭罪恶都做不到了。如此既不符合本土文化价值，又玷污了当代司法的品性。在笔者看来，造成上述问题的重要原因在于：检察官协商中的职能定位模糊。我国目前奉行一种“层控式”的刑诉构造，法律监督主义下的检察官是起诉前程序的主导者，他兼有“司法官”与“公诉人”的两重身份<sup>[1]</sup>，这就使其一方面具有协商利益，一方面又要主持公正，故而出现权力压制现象并不奇怪。笔者认为，可以尝试取消检察官的职业利益，在认罪程序中，让检察官以一种利益无涉的司法官形象出现。我国历史上一直奉行着“异地为官”的制度，就如梁启超所说：“以数千里外渺不相属之人，而代人理其饮食、讼狱之事，虽不世出人才，其所能得者几何矣”<sup>[2]</sup>，该制度在反对地方割据的同时，避免本地人为官可以防止官员与案件存在利益牵扯，亦彰显了一种司法中立的精神。为此，在坚持法律监督主义的基础上，司法官是检察官必须保留的身份职能，而在认罪罚罪案件中，公诉人并非不可缺少，故只有取消其职业利益，让检察官不再关注案件胜败结果，只着眼于社会公共利益与被告进行协商，才能创造和谐交涉之前提。如若不然，很难想象“做自己法官”的检察人员能够平等对待被告人。同时，与着眼于公共利益的司法官协商，是不违我国本土文化价值的，中立的司法官不关心自己的职业利益，不是“交易正义”的当事人，而是致力于矛盾化解与维护社会秩序的公共利益代理人，是从古代走来促进“和合”的“司寇”。此外，为了创造良好的协商环境，构建一种符合程序正义理念的三方构造亦是需要的，考虑设置像“驻检法官”一类的职务，负

责以消极式的身份见证协商具结，将其对自愿性的审查意见载于具结书上，随案移送，以备后续审判阶段主审法官进行考量。<sup>[3]</sup>

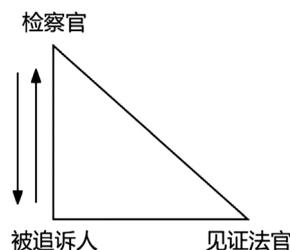


图1 协商结构图

## 五、余论

梁治平先生在其所著的《法辩·法律文化论集》中，前半本“驳”，驳的是中国的法律传统；后半本“立”，从西方的法治文化告诉我们“法治”应当是什么样的。乃至于梁治平先生这样说：

“尽管新的社会关系正以前所未有的速度建立起来，觉醒了的个人意识也愈发不堪旧关系、旧观念的束缚…表现于其中的陈旧观念，以及它们所代表的那种社会状态，实在是很不现代的。”<sup>[4]</sup>但问题在于，“现代的”到底是什么呢？我们需要西方意义上的“法治”吗？把“旧”的东西都抛弃了，我还是我吗？这实际上就是梁治平先生“反着”考虑问题的表现，先看见西方法治的好，再用西方的法治去考察中国社会，而我们与西方意义上的法治显然相差甚远，故家里没什么是好的，全是垃圾。

应当认为，任何好与不好只能从本体出发评价。中华民族追求“和合”崇尚“无讼”，并非如有的学者说的“缺乏权利意识”“没有斗争精神”，就像辜鸿铭先生说的，中华民族是一个“温良”的民族，这种“温良”是一种同情和智慧的力量，也是让我们具有“人类之爱”的根源。<sup>[5]</sup>

[1] 李奋飞. 刑事辩护的模式 [M]. 北京: 法律出版社, 2023: 4.

[2] 范晔. 古代异地为官制度利与弊 [EB/OL]. (2015-10-10) [2024-05-21]. <http://theory.people.com.cn/n2015/1010/c112851-27681080.html>.

[3] 吕嘉博. 认罪罚罪案件中值班律师“辩护人化”作用几何? ——兼“驻检法官主持制”的提出 [EB/OL]. (2023-12-20) [2024-05-24]. <https://mp.weixin.qq.com/s/RZ5MrP5IPaJk8vO4G5XTw>.

[4] 梁治平. 法辩·法律文化论集 [M]. 桂林: 广西师范大学出版社, 2015: 30-51.

[5] 辜鸿铭. 中国人的精神 [M]. 南京: 译林出版社, 2012: 1-20.

时至今日，笔者依然认为西方之法治非唯一之法治，也非最佳之法治，对民族本体来说，好与坏需要基于自身需求来定义。基于我国之文化背景与民族精神，诉讼司法就应当被视为一种“必要之恶”，社会发展的目的应当首先是“消灭恶”，其次是逐渐消灭“必要之恶”，这里也是本土文化与社会主义世界观相合的部分。帕舒卡尼斯提到：“资产阶级法的诸范畴在这些条件下的消亡，将意味着整个法的消亡，亦即法律因素

从人们的关系中逐渐淡出”<sup>[1]</sup>，意味着未来社会主义的世界将摒弃资产阶级关系，这将导致资产阶级法的消亡，进而是法整体的消亡。故此，当前时代，我国应立足于“促进社会和合”，减少刑事诉讼发生，用一种消极的刑事法观进行社会治理，而非寻求“刑罚圈”的扩大，本土进行的协商性司法建设亦应为此目标服务。

(责任编辑：何 为)

## From “Force” to “Harmony”: On the Cultural Roots of Local Consultative Justice

Lv Jiabo

*School of Law, Inner Mongolia University, Hohhot*

**Abstract:** One view is that the local judicial culture advocates “real discovery” and “substantive justice”, which is also contrary to the “agreed justice” pursued by consultative justice, so the local culture of consultative justice is lacking, and it is extremely difficult to build the local area. However, this view is actually full of loopholes, Chinese culture is “peaceful”, pursuing the ideal state of “harmony” between the country, society and individuals, and consultative justice can “settle litigation and stop disputes”, which is in line with local culture. At the same time, the relationship between “substantive justice” and the so-called “consensual justice” is not “incompatible”, and cooperating with the prosecuted person who knows the truth best is conducive to “true discovery”, and carrying out sentencing negotiations based on individual punishment theories is also a manifestation of “punishment appropriate to the crime”, so it does not violate “substantive justice”. Based on the convergence between consultative justice and traditional judicial culture, it is necessary to continue to study the pursuit of the idea of “harmony” at the judicial level, so as to clarify the contemporary value of consultative justice and explore the correct path for its development in China. Finally, based on the local culture and the current system, it is proposed to propose a prosecution and defense negotiation model led by prosecutors with no interests and witnessed by passive judges, which is in line with the tripartite structure under procedural justice.

**Key words:** “Harmony” ideology; Substantive justice; Consultative justice; Prosecution and defense consultation

[1] [苏联]帕舒卡尼斯. 法的一般原理与马克思主义[M]. 姚远, 丁文慧, 译. 北京: 商务印书馆, 2022: 25.