

协商式司法民主理念下的陪审制适用*

樊传明

(上海交通大学凯原法学院,上海 200240)

摘要:陪审制在其良好状态下,不仅以富有民主意蕴的方式裁决个案,而且将诉讼作为制度入口,让民众以具有约束力的方式参与某些议题的公共治理。按照协商式理念完善和适用人民陪审员制度,是在司法场域践行“全过程人民民主”的重要路径。首先,应当由相当数量的陪审员组成决策小团体,其成员具有典型性意义上的代表性,接近“普遍听众”角色,引入多样化的决策智识资源。其次,注重投票表决前的论辩与评议过程,让相应的规则设置满足正当性要求,程序法和证据法致力于塑造“理想言谈情境”。最后,强调表决规则的高度一致性,寻求具有最大可接受性的方案。人民陪审员的规范文本和运行实践表明了与协商式民主理念的总体契合性,但也显示出诸多偏离。应当尊重既有立法,考量司法实践可行性,按照协商式民主理念调整人民陪审员的适用。

关键词:全过程人民民主;协商式民主;陪审制;大合议庭

中图分类号:DF8 **文献标识码:**A **文章编号:**1005-9512(2024)09-0002-18

DOI:10.15984/j.cnki.1005-9512.2024.09.009

一、问题的提出

为解决人民陪审员在实践中出现的“陪而不审、审而不议、议而不决”和陪审员“专业化、精英化、驻庭法官化”等诸多问题,^[1]我国于2014年启动了新一轮的试点改革。2018年通过了《中华人民共和国人民陪审员法》(以下简称《人民陪审员法》),随后又出台了多个司法解释与规范性文件。但是,对于新的制度设计尤其是大合议庭中的职权配置模式,尚存不少理论争议;规则疏漏和配套机制不完备问题突出;新近的实证研究揭示了陪审制在运行中的问题。^[2]因此,在人民陪审员的“后立法”阶段,仍需要探究该制度的证成性视角,完善相应的规则和运行机制,调适其司法适用过程。

作者简介:樊传明,上海交通大学凯原法学院副教授、上海交通大学廉政与法治研究院副院长。

*本文系国家自然科学基金项目“人民陪审员参审事实问题的证据裁判规则研究”(项目编号:18CFX037)的研究成果。

[1] 相关的实证研究,参见廖永安、刘方勇:《人民陪审员制度目标之异化及其反思——以湖南省某市人民陪审员制度实践为样本的考察》,载《法商研究》2014年第1期;胡云红:《陪审制度比较与实证研究》,人民法院出版社2014年版;张嘉军:《人民陪审员制度:实证分析与制度重构》,载《法学家》2015年第6期。

[2] 参见王禄生:《人民陪审员改革成效的非均衡困境及其对策——基于刑事判决书的大数据挖掘》,载《中国刑事法杂志》2020年第4期;魏晓娜、杨振媛:《七人合议庭在刑事案件中的适用——对〈人民陪审员法〉第16条第1项的法教义学解释》,载《中国政法大学学报》2023年第2期;禹得水:《刑事案件适用七人合议庭的范围:现状、问题与出路》,载《法学家》2023年第4期;李辞、詹晓琪:《陪审制运行效果实证研究——以F区法院刑事审判实践为样本》,载《福州大学学报(哲学社会科学版)》2023年第5期;陈学权:《我国七人陪审合议庭在刑事案件中的适用范围研究》,载《法学》2023年第11期。

首先,陪审制导向协商式民主。在陪审制改革的过程中,司法民主被明确地作为指引理念:“要通过改革人民陪审员制度,推进司法民主”(《人民陪审员制度改革试点方案》);“制定一部专门的人民陪审员法,有利于扩大司法领域的人民民主”(《关于〈中华人民共和国人民陪审员法(草案)〉的说明》)。然而,如何界定司法民主呢?笔者在先前的研究中论证了:从世界范围内陪审制的发展和理论沿袭来看,存在三种不同的司法民主类型,分别是以议会制为范本的“代议式司法民主”、作为程序衡平机制的“衡平式司法民主”、通过集中评议程序寻求一致性决策的“协商式司法民主”;中国的人民陪审员制度改革应当导向协商式民主理念。^[3]然而,在这一理念之下,陪审制的规定性特征是什么?规范文本和运行实践与这些规定性特征之间是否存在偏离?以现有立法为约束,如何推进制度的完善和适用?

其次,“全过程人民民主”话语的延展。在党的二十大之后,“全过程人民民主”成为我国政治和法律制度改革的一个引领性政策话语。一项法律制度只有与既定的政治道德原则或者“过去的政治决定”保持一致,才可能具有融贯性。^[4]在这个意义上,“全过程人民民主”话语为界定司法民主、探讨人民陪审员制度的完善设定了新语境。党的二十大报告明确强调:“协商民主是实践全过程人民民主的重要形式。”因此,陪审制导向协商式民主,可视在司法场域中对“全过程人民民主”话语的一种延展。这里的“协商”不特指我国的政治协商制度,即以政协组织为依托的政党协商机制;而是更加宽泛地指群众通过“协商(商议、评议、议论等)”机制参与公共议题的民主方式。

最后,协调司法民主、司法公正与司法公信目标。陪审制既体现了司法民主价值,又是司法公正、司法公信的重要制度依托。相关改革文件和立法也将“推进司法民主”“促进司法公正”“提升司法公信”并列作为陪审制改革的动因。^[5]由此引出一个不容回避的问题:如何在人民陪审员的规则设计与具体适用方面,兼顾司法民主、司法公正与司法公信目标。尽管它们整体上互为支撑,共同归属于国家治理现代化的宏观目标,但是它们在制度交汇处充斥着紧张关系。一个典型例证是域外的陪审团否弃权现象,即“陪审团不顾法律和证据而给出裁决的权力”。^[6]陪审团的这种权力,被认为是司法民主价值的体现,“当政府走得太远,当不管基于什么理由而做出的一个有罪裁决会违反公平、常识和良心的时候”,陪审团会行使否决权。^[7]然而,如果司法公正首先意味着“判决的准确性,即将实体法正确地适用于真实的事实”,^[8]并且这也是“理性主义传统的核心信条”,^[9]那么很难一般化地证成陪审团否弃权。在普通法系,对于是否承认陪审团否弃权,存在摇摆不定、互相冲突的学理和判例。陪审团否弃权无法被证明是一项“法律授予的权利”,而只是一种实际上存在的、由特定政治结构衍生出来的“政治权力”。^[10]它既呈现了司法公正与司法民主价值的紧张关系,也体现了在某些议题上司法公信的分裂。

[3] 参见樊传明:《陪审制导向何种司法民主?——观念类型学分析与中国路径》,载《法制与社会发展》2019年第5期。

[4] 参见[美]罗纳德·德沃金:《法律帝国》,许杨勇译,上海三联书店2016年版,第79页。

[5] 参见《关于授权在部分地区开展人民陪审员制度改革试点工作的决定》(2015年);《人民陪审员制度改革试点方案》(2015年)“一、基本原则和改革目标”部分;《人民陪审员法(草案)》(2017年)第1条;《人民陪审员法》(2018年)第1条。

[6] Michael Singer, *Jury Duty: Reclaiming Your Political Power and Taking Responsibility*, Praeger, 2012, p.76.

[7] See William L. Dwyer, *In the Hands of the People: The Trial Jury's Origins, Triumphs, Troubles, and Future in American Democracy*, Thomas Dunne Books, St. Martin's Press, 2002, p.73.

[8] [英]威廉·特文宁:《证据理论:边沁与威格摩尔》,吴洪洪、杜国栋译,中国人民大学出版社2015年版,第41页。

[9] [美]特伦斯·安德森等:《证据分析》,张保生等译,中国人民大学出版社2012年版,第103页。

[10] Michael Singer, *Jury Duty: Reclaiming Your Political Power and Taking Responsibility*, Praeger, 2012, p.92-93.

在中国的制度背景和话语体系下,同样需要协调陪审制所导向的司法民主、司法公正与司法公信目标。如果说陪审员既缺乏法律专业知识,又缺乏审查证据和认定事实的经验,那么似乎在“将实体法正确地适用于真实的事实”这一司法公正意义上,他们不具有相对于职业法官的优势。如此一来,怎么理解陪审制对于“促进司法公正”的意义?如果陪审员对外传达的就是这样一种形象,他们参与审判如何能提升司法公信?协商式民主理念有助于回答这些问题。

二、协商式民主理念的渊源和语境

(一) 协商式民主理念的渊源

协商式民主也被称作商议、商谈、审议、慎议或评议民主,它“注重程序的协调性质或将民主看作是一种协商的程序”,^[11]其思想渊源可以追溯到亚里士多德。他在界定民主决策机制的优势时,认为“众人中的每一员都部分地具有德性与明智,当他们聚到一起时,众人就仿佛成了一人,多手多足,兼具多种感觉,在习性和思想方面也是不拘一格”。^[12]他尤其强调将多样化认知资源带入决策程序的意义。这是一种以古希腊城邦生活为背景的直接参与式民主观念,有别于现代政治生活中以“投票—赋权—代议”为主要形式的间接民主。

20 世纪的西方政治理论研究者注意到了现代间接民主形式的不足,尤其是代议制有退变为单纯的投票竞赛之虞,以及由此引发的社会分裂危险。于是他们呼吁回归久已存在的协商式民主形式。例如,有的研究者呼吁“推动评议性公民参与”,重视“投票前的意见沟通过程和意志形成”。^[13]有的研究者强调民主决策的“一致性”原则,即不是以多数表决规则选择“胜出”的观点,而是以一致裁决规则激励有“最大可接受性”的决策方案。^[14]

尽管研究者的关注点有所不同,但作为结果的一致性与作为过程的协商程序密不可分。一方面,通常要借助某种协商程序来获取意见的一致性;另一方面,更为重要的是,只有某些协商程序才能赋予一致性以效力。如果协商的过程缺乏某些关键的规范性要素,那么由此取得的共识不应被接受为有效。对于这一问题的回答,引出了程序性论证理论。例如,关于“理想言谈情境”的研究,“规定了共识何时可被当作通过论证而有效建立起来的共识”。^[15]沿这一脉络而建构起来的论证理论,本质上是“一种程序的民主概念”。^[16]具体到法律语境中,研究者所建构的“普遍实践论辩理论和法律论辩之规则”,实际上是法律语境中的各“言谈者”参与论辩的规则。这些规则构成一个规范性的协商程序模型。^[17]

通过协商过程得到的共识之所以有效,除了有赖于程序性规则的保障,还取决于“听众”角色。协商本质上是一个修辞与说服的过程,参与其中的各个主体交替充当“演说者—听众”角色。最后取得的一致性决策,不过是所有人均接受的意见而已。正如古老的批评所言:修辞只是掩饰和装扮的

[11] 周永坤:《我们需要什么样的司法民主》,载《法学》2009 年第 2 期。

[12] [古希腊]亚里士多德:《政治学》,颜一、秦典华译,中国人民大学出版社 2003 年版,第 92 页。

[13] [美]约翰·加斯蒂尔等:《陪审团与民主:论陪审协商制度如何促进公共政治参与》,余素青、沈洁莹译,法律出版社 2015 年版,第 247 页。

[14] See Willmoore Kendall, *John Locke and the Doctrine of Majority-Rule*, University of Illinois Press, 1959, p.109-110.

[15] [荷]伊芙琳·T·菲特丽丝:《法律论证原理》,张其山等译,商务印书馆 2005 年版,第 62 页。

[16] [德]哈贝马斯:《在事实与规范之间》,童世骏译,三联书店 2011 年版,第 357 页。

[17] 参见[德]罗伯特·阿列克西:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社 2002 年版,第 365 页及以下。

“技艺”(kosmos),而非导向真理的工具;^[18]由此导致的说服和产生的信念不等于“知识”,即“信而不知”。^[19]现代论证理论通过预设普遍听众角色回应批评。^[20]理想的说服状态不是针对“单一听众”,而是针对“普遍听众”,即所有相关的有理智之人。并且,这种说服不是假借挑拨情绪的修辞术,而是建立在听众与演说者关于价值、经验、认知假设等的基础性共识之上。即便真实世界尤其是特定领域中的论证难以实际地说服所有听众,当它不断接近于说服普遍听众时,也就是在从描述性的“接受”(acceptance)状态向规范性的“可接受性”(acceptability)迈进。

(二)协商式民主理念的中国语境

当代中国研究者也通过与选举民主(投票民主)的对比来界定协商民主的内涵:选举民主是一种竞争性投票机制,容易制造社会分裂,而协商民主强调追求共识,因此它是“全方位的”“共识型的”民主;^[21]相对于投票机制而言,协商民主的实现形式非常广泛多样,各类主体可以“以提案、会议、座谈、论证、听证、评估、咨询、网络、民意调查等多样化的途径和方式对国家治理大事、社会治理难事、生活日常琐事进行广泛协商和商量”;^[22]协商民主更加关注基层民主治理,包含人民陪审员在内的基层民主实践,体现了“公共政策过程的人民性”。^[23]研究者在解释我国的协商民主时,也非常重视其具有的兼顾多元性、包容差异性特点,以及追求合意的目标导向:“协商民主具有显著的包容性,包括了社会各领域、各方面的差异性民主诉求,……最大范围兼顾人们多元化、多方面、多层次的诉求,汇集各领域的建议,形成各领域都能采纳和接受的措施和政策,探求符合广大人民群众利益的最大公约数。”^[24]

上述协商式民主理念完全契合当代中国制度改革的语境。党的十八大报告正式将协商式民主理念引入中国意识形态话语体系,指出“要完善协商民主制度和工作机制,推进协商民主广泛、多层、制度化发展”。党的二十大报告则将其作为“全过程人民民主”的重要实现形式,指出要“健全各种制度化协商平台,推进协商民主广泛多层制度化发展”,“坚持发扬民主和增进团结相互贯通、建言资政和凝聚共识双向发力,……提高深度协商互动、意见充分表达、广泛凝聚共识水平”。^[25]其中对广泛多层、深度互动、充分表达、协商平台制度化、凝聚共识、增进团结的强调,与前述协商式理念相呼应,是对协商式民主理念的中国化表达。

中国民主的“全过程性”要求包含“民主监督、民主管理、民主决策、民主协商、民主选举”的整个制度链条。^[26]“全过程人民民主”所引领的改革路径是,“健全全面、广泛、有机衔接的人民当家作主制度体系,构建多样、畅通、有序的民主渠道,丰富民主形式,从各层次各领域扩大人民有序政治参与,

[18] 参见[英]罗伯特·沃迪:《修辞术的诞生:高尔吉亚、柏拉图及其传人》,何博超译,译林出版社2015年版,第12页。

[19] [古希腊]柏拉图:《柏拉图全集(增订版)》(第3卷),王晓朝译,人民出版社2015年版,第73-74页。

[20] 参见[比]哈伊姆·佩雷尔曼、[比]露茜·奥尔布莱希茨-泰提卡:《新修辞学:一种论证理论》,商务印书馆2022年版,第35-41页;廖义铭:《佩雷尔曼之新修辞学》,唐山出版社1997年版,第49-59页。

[21] 参见陈周旺:《全方位民主:中国特色社会主义民主的理论体系与制度选择》,载《学术月刊》2020年第2期;杨光斌:《中国决策过程中的共识民主模式》,载《社会科学研究》2017年第2期;张君、杨抗抗、李熠:《全过程人民民主研究述评》,载《政治学研究》2022年第6期。

[22] 张明军、李天云:《协商式参与与全过程人民民主的高质量发展》,载《理论探讨》2023年第3期。

[23] 张君、杨抗抗、李熠:《全过程人民民主研究述评》,载《政治学研究》2022年第6期。

[24] 殷欣、徐军:《全过程人民民主的形成历程、内在优势及重大价值》,载《学术探索》2023年第3期。

[25] 习近平:《高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告》,https://www.gov.cn/xinwen/2022-10/25/content_5721685.htm,2024年7月12日访问。

[26] 参见中共中央党校:《全过程人民民主的理论与实践》,人民出版社2022年版,第89页。

使各方面制度和国家治理更好体现人民意志、保障人民权益、激发人民创造”。^[27]它不仅要求国家赋权民主,即在政治国家层面的选举、投票和赋予权力环节;而且强调社会治理民主,即“人民通过各种形式参与治国理政的全过程之中”。^[28]陪审制是民众以司法审判为制度入口,参与个案裁判乃至超越个案的公共治理的一种民主形式。《人民陪审员法》不仅强调陪审员参与重大刑事案件的审理,而且强调参审具有公共利益属性的案件。

三、陪审制导向协商式民主的规定性特征

通过回溯理论源流和分析中国制度改革话语,可以提炼出协商式民主的以下核心特点:首先,强调主体多元性,使决策的智识资源多样而丰富;其次,重视作出决策前的沟通、论辩与评议过程,而且通过程序性规则确保该过程的正当性;最后,偏好一致裁决规则,追求对普遍听众的说服,使决策结果具有最大可接受性。据此,可确立陪审制的一些规定性特征。这些特征有两方面的性质:首先,它们是中国按照协商式理念推进陪审制改革的指引准则;其次,它们本来就是陪审制可能容纳的要素。在世界范围内陪审制历经流变且形式多样。当言及“陪审制”时,我们所指称的并非一个要素明确、外延清晰的“概念”,而是一个虽有典范样式却无清晰边界的制度“类型”。这些规定性特征属于陪审制的可能要素甚至典型要素,但未必已经成为中国人民陪审员制度的实际组成部分。

(一)对协商主体的要求:陪审员的数量与代表性

首先,按照协商式理念,参与审理案件的陪审员应当数量较多,体现小团体决策模式。只有陪审员数量较多,才可能包容决策主体的多元性和决策智识资源的丰富性。英美法系的陪审团被视作“集体评议的典范”。^[29]除了传统的 12 人陪审模式外,也存在 10 人或 8 人等模式,^[30]但都维持了小团体规模。值得注意的是,许多大陆法系国家在 20 世纪末至 21 世纪初的改革中,提高了参加合议庭的陪审员数量。不是简单地让一位或两位陪审员参与合议庭,而是通过数量的增加体现出小团体决策风格。在法国,重罪法庭由 3 名法官和 9 名陪审员组成,重罪上诉庭则由 3 名法官和 12 名陪审员组成。^[31]俄罗斯和西班牙在 90 年代的改革中,几乎完全确立了英美式的陪审团制度,分别适用 12 人陪审团和 9 人陪审团。^[32]日本适用由 3 名法官和 6 名陪审员组成的陪审合议庭形式;若控辩双方在庭前程序对证据无异议,且结合其他情况法院认为适当,可以由 1 名法官和 4 名陪审员组成合议庭。^[33]韩国则存在 3 名法官加 9 名陪审员、3 名法官加 7 名陪审员、3 名法官加 5 名陪审员等三种陪审合议庭形式。^[34]

其次,陪审员组成的决策小团体不只是人数上要充足,更重要的是包容多元性,引入丰富的决策

[27]《中共中央关于党的百年奋斗重大成就和历史经验的决议》,人民出版社 2021 年版,第 39 页。

[28]徐勇:《国家根本性议程与中国式治理民主》,载《学术月刊》2022 年第 3 期。

[29]参见[美]约翰·加斯蒂尔等:《陪审团与民主:论陪审协商制度如何促进公共政治参与》,余素青、沈洁莹译,法律出版社 2015 年版,第 250 页。

[30]例如,英国王室法院和高等法院可以将陪审团的规模减至 10 人,郡法院可以减至 8 人。See Juries Act of 1974, s.17; County Courts Act of 1984, s.66.

[31]参见[法]贝尔纳·布洛克:《法国刑事诉讼法》,罗结珍译,中国政法大学出版社 2009 年版,第 270-281 页、第 502-507 页。

[32]参见[俄]古岑科主编:《俄罗斯刑事诉讼教程》,黄道秀等译,中国公安大学出版社 2007 年版,第 456-470 页、第 497-500 页;施鹏鹏:《陪审制研究》,中国人民大学出版社 2008 年版,第 151-159 页。

[33]参见[日]田口守一:《日本的陪审制度——“裁判员”制度》,丁相顺译,载《法律适用》2005 年第 4 期;[日]田口守一:《日本裁判员制度的意义与课题》,付玉明译,载《法律科学(西北政法大学学报)》2012 年第 1 期。

[34]参见[韩]李战协等:《韩国影子陪审团评议过程实证研究》,何挺译,载《国家检察官学院学报》2016 年第 1 期。

智识资源。所谓陪审员“代表”社会公众,并非代议式民主意义上的被选举和接受委托,而是意味着,陪审员的立场、认知、价值、情感和经验等可用于决策的智识资源,能够与社会公众相仿,且与各行各业的多样性相对应。概言之,这是一种典型性或描述性(descriptive)意义上的代表。^[35]借助身份的代表性,陪审员们“多元化的知识和生活经验会使评议过程更丰富,帮助他们理解证据的意义和分量”;^[36]“他们的目标不是去代表、保护或宣扬他们所属群体的利益;而是与其他人合力探寻真相与共同的正义,在有必要的情况下利用自身的背景积极促进这种探寻,但是与此同时也倾听其他人凭其经验而知悉之事”。^[37]陪审制的许多规则致力于促进这种代表性,例如陪审员随机遴选规则、无因回避规则和“公平交叉”要求。^[38]确保陪审员具有典型性意义上的代表性,也是为塑造“普遍听众”角色而作的努力。如果陪审员的构成在关键特征上与其代表的民众一致,那么诉讼方对他们的说服就近似于对社会公众的说服。

(二)对协商过程的要求:程序及其正当性

首先,遵循协商式民主理念的陪审制,应更为关注投票表决前的集中评议过程。对此,有一些值得借鉴的立法例。例如,俄罗斯和西班牙的陪审制度非常详细地规定了秘密评议、问题清单、表决顺序、表决方式、表决记录等程序要求。俄罗斯刑事诉讼法还规定,陪审员在三个小时内不能达成一致的,再通过投票作出裁决。英国要求陪审员的评议时间不少于两个小时,然后才可以做出非一致裁决。韩国还规定,陪审员就被告人是否有罪进行评议时,法官不在场;但是如果半数以上陪审员同意,可以听取法官关于审查判断证据的意见;如果陪审员不能达成一致意见,就必须先听取法官意见,然后再次进行评议和表决。^[39]这些评议程序规则,旨在确保陪审员以集中、详尽的方式评议案件中的待决事项。

其次,按照前述程序性论证理论,陪审员表决前的协商过程不仅应充分,而且要正当。因此,关于庭审与评议的程序规则,要满足一些正当性标准,尽力创造协商的“理想言谈情境”。除了程序规则之外,证据规则也应被视作维护正当性的法律机制。但与程序规则主要强调“外在的行为过程”之正当性不同,证据规则更强调“内在的推论过程”之正当性。有学者对将证据规则仅理解成“为提高裁判结果准确性而设的机制”这一观点提出了批评;认为证据规则主要致力于维护推论过程的正当性(包括认识论的正当性和伦理学的正当性),从而使事实认定具有内在的正当理由(justification)。尤其是,考虑到陪审员给出一般裁决后不进行说理,就更需要以证据规则预先阻却那些欠缺正当性的推论路径。^[40]因此,在协商式民主视角下,应重新定位与陪审制相关的程序规则和证据规则,将它们视为确保协商过程正当性的规范体系。陪审员的参与还带来了裁判者结构的二元化,^[41]陪审员主要发挥事实认定职能,法官可以作为更超然的程序管理者,通过适用程序和证据规则管束陪审员认定案件事实的过程。

[35] See Michael Singer, *Jury Duty: Reclaiming Your Political Power and Taking Responsibility*, Praeger 2012, p.94.

[36] Lisa Dufraimont, *Evidence Law and the Jury: A Reassessment*, McGill Law Journal, Vol.53, p. 210 (2008).

[37] Jeffrey Abramson, *We, the Jury: The Jury System and the Ideal of Democracy*, Harvard University Press, 2000, p.195.

[38] “公平交叉”(fair cross section)规则要求,陪审员候选人的名单必须在某些关键的方面与社区中的居民分布情况一致;社区中的某些重要群体应当在陪审员候选人名单上体现。有一系列的案例界定哪些重要群体必须被包含在名单中。例如,认为女性必须被包含在陪审员候选人名单中的判例有 Taylor v. Louisiana, 419 US 522(1975);认为某些少数族裔必须被包含在名单中的判例有 US v. Biaggi, 909 F2d 662(2d Cir. 1990)和 US v. Gelb, 881 F2d 1155(2d Cir. 1989)。

[39] 相关立法例,参见樊传明:《人民陪审员评议规则的重构》,载《比较法研究》2019年第6期。

[40] See Ho Hock Lai, *A Philosophy of Evidence Law: Justice in the Search for Truth*, Oxford University Press, 2008, p.48-49.

[41] 参见[美]米尔建·达马斯卡:《漂移的证据法》,李学军等译,中国政法大学出版社2003年版,第64页。

(三) 对协商结果的要求: 表决规则与裁决的可接受性

首先, 协商式民主理念偏好一致性, 而不满足于简单多数制。传统陪审团制度中的一致裁决规则体现了这一点: “从我们有记录开始, 我们似乎就能看到一个强烈的对一致性的偏好。在成百上千的案件中, 陪审团在我们面前说出同一个声音。”^[42] 但是一致裁决规则经常导致裁判僵局, 极端的情况下要解散和重新召集陪审团, 进行再次审判。因此基于降低成本的考虑, 当代普通法系国家放松了对陪审团一致裁决的要求。例如, 英国王室法院和高等法院的陪审团可以做出 11:1、10:2、10:1、9:1 的裁决, 郡法院的陪审团还可以做出 7:1 的裁决。^[43] 美国联邦最高法院于 1972 年裁定, 宪法允许各州刑事陪审团给出不低于 9:3 的多数裁决, 但联邦法院审理的案件和州法院审理的死刑案件仍适用一致裁决规则。^[44]

大陆法系国家对于陪审员的表决比例门槛不像普通法系那么高, 但通常与法官审有所区别。例如, 在西班牙的陪审团审判中, 做出有罪裁决需要有不低于 7/9 的表决比例, 做出无罪裁决则只需简单多数制。在法国的陪审员与法官大合议庭审判中, 做出有罪裁决需要不低于 8/12 (重罪法庭) 或 10/15 (重罪上诉庭) 的表决比例, 无法达到该比例则应做出有利于被告人的裁决。俄罗斯的陪审团审判尽管采用简单多数表决规则, 但要求陪审团只有经三小时评议无法达成一致时, 才可以采用多数决。陪审员要针对三个定罪要件性事实中的每一个, 都形成高于 6/12 的表决。如果不少于六名陪审员对三个具体问题中的任一个做出否定回答, 则应做出无罪裁决。日本的陪审制采取简单多数表决规则, 但是日本立法要求多数意见中必须包含至少一名法官的意见和至少一名陪审员的意见。因此即使在大陆法系的陪审制中, 表决规则也比法官审更严格, 以此督促合议庭进行充分而详尽的评议, 使作出的裁决结果凝聚更广泛的合意。

其次, 裁决结果的可接受性。如前文所述, 考虑到陪审员所构成的决策小团体在最佳状态下接近“普遍听众”概念, 由陪审员们作出的高度一致裁决, 本质上就是能最大限度地与社会公众价值观念和认知相契合的裁决。表决规则的“一致性”意味着裁决结果的“可接受性”, 即法院给出的裁决能够被公众的“常识性正义”(commonsense justice) 所认可。^[45] 因此, 在协商式民主视角下, 司法民主与司法公信的目标是一致的。基于上述考虑, 应当强化陪审员裁决的终局效力。对于陪审员通过严格评议和表决程序作出的裁决, 即便不采用普通法系陪审团制度中的终局性规则,^[46] 也应当赋予其比法官审更高的稳定性。

四、文本和实践与规定性特征的偏离

以协商式民主视角下陪审制的规定性特征为参照, 检视中国现行人民陪审员制度的规范文本和运行实践, 可以发现待完善的空间与方向。本文使用以下经验资料反映人民陪审员制的运行情况: 对 H

[42] Frederick Pollock & Frederic W. Maitland, *History of English Law 2*, Cambridge University Press, 1959, p.626.

[43] See *Juries Act of 1974*, s.17; *County Courts Act of 1984*, s.66. 但是, 1967 年的英国《刑事审判法案》要求陪审员的评议时间不少于两个小时, 然后才可以做出非一致裁决。See *Criminal Justice Act of 1967*, s.13.

[44] See Jeffrey Abramson, *We, the Jury: The Jury System and the Ideal of Democracy*, Harvard University Press, 2000, p.180.

[45] See Norman J. Finkel, *Commonsense Justice: Jurors' Notions of the Law*, Harvard University Press, 1995, p.2.

[46] 参见 [美] 伦道夫·乔纳凯特:《美国陪审团制度》, 屈文生等译, 法律出版社 2013 年版, 第 366 页。

市人民陪审员的完全随机访谈数据；^[47]对 15 省(自治区、直辖市)陪审员的抽样访谈数据；^[48]其他实证研究数据和典型案例。

(一) 合议庭形式与适用范围

《人民陪审员法》在保留三人合议庭的同时,增设了七人合议庭形式,其中的四位陪审员仅负责事实认定,不参与表决法律适用问题。七人合议庭形式使陪审员数量增加,接近于小团体决策规模。^[49]这是符合协商理念的,而且与大陆法系 20 世纪末至 21 世纪初的陪审制改革趋势一致。立法将七人合议庭的适用范围主要限定为:社会影响重大的刑事重罪案件;公益诉讼案件;社会影响重大的涉及征地拆迁、生态环境保护、食品药品安全的案件。^[50]除了公益诉讼案件,其他两类案件要由法院判断是否构成“社会影响重大”条件。其他陪审案件可否适用七人合议庭,立法未作规定。应理解为法院既可以适用三人合议庭,也可以适用七人合议庭。七人合议庭的司法适用出现了以下问题。

首先,七人合议庭适用的频率很低。H 市访谈数据表明,尽管 97.6% 的陪审员已实际参与过陪审工作,但是 57.58% 的人在近四年的时间里(调研时是本届陪审员任职的第四年)从未参与过七人合议庭。有研究者以某省案件为全样本,发现在《人民陪审员法》实施的三年间,适用七人合议庭审理的刑事案件,占适用合议庭审理的刑事案件比重仅为 0.7484%。^[51]以全国裁判文书为样本的分析也揭示了类似结论。在检索到的判处无期徒刑的 1939 起案件中,无陪审员参审的案件占比为 71.74%,适用三人陪审合议庭的案件占比为 26.97%,适用七人陪审合议庭的案件占比仅为 1.29%。^[52]

[47] 笔者组织的调研团队于 2022 年 10 月至 2023 年 3 月间对 H 市现任陪审员进行了随机访谈。H 市为东部沿海经济发达城市,在近些年的多项司法改革中被作为试点地区。调研组与 H 市司法行政部门和法院系统内负责人民陪审员抽选与管理的部门达成合意,开展针对现任陪审员的调研。采用如下抽样方法,确保在 H 市选择受访对象符合随机原则:第一,对全市范围内现任 323 名陪审员进行连续编号,然后按序号分配至调研员。第二,对编号后的陪审员进行三人单元组合,即序号 1 至 3 为一个单元,序号 4 至 6 为一个单元,以此类推。调研员联络陪审员,访谈每个单元序号最靠前者,若拒绝则顺延访谈序号居中者,再拒绝则顺延请序号最末者填写。若三人均拒绝填写则本单元不再列入调研对象。第三,待所有单元完成后,如果访谈数量无法达到 H 市陪审员总数的 1/3,再从剩余未作答人员中按序号从小到大进行联络补齐。最后逐一分析所有访谈资料,剔除无效访谈。最终得到了 102 份有效访谈资料和相应统计数据。

[48] 笔者组织的调研团队于 2019 年 10 月至 12 月间对山东、天津、重庆、安徽、江西、上海、福建、陕西、西藏、江苏、新疆、辽宁、山西、吉林、河南等十五个省、自治区、直辖市的部分陪审员进行了访谈,但由于范围太广和成本限制等原因,未能确保符合完全随机原则。所使用的访谈提纲和问卷内容,与 2022 年在 H 市的调研相同。两次调研间隔约三年,在一定程度上反映了《人民陪审员法》的动态实施情况。

[49] 在陪审制试点改革期间,各地法院还探索过其他的合议庭构成形式,例如“2 名陪审员+3 名法官”“4 名陪审员+3 名法官”“4 名陪审员+1 名法官”“5 名陪审员+2 名法官”“6 名陪审员+3 名法官”等。参见贺小荣、何帆、危浪平:《〈人民陪审员制度改革试点工作实施办法〉的理解与适用》,载《人民法院报》2015 年 5 月 22 日,第 4 版;谢晔、应磊:《宁波试点“1+4”大陪审制》,载《浙江日报》2014 年 11 月 23 日,第 1 版;李洁、王佳飞:《“2+5”大陪审合议庭首度亮相温岭》,载《台州晚报》2016 年 6 月 23 日,第 1 版。

[50] 《人民陪审员法》第 16 条规定:“人民法院审判下列第一审案件,由人民陪审员和法官组成七人合议庭进行:……。”这应视为对七人合议庭适用范围的刚性规定。《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)第 13 条规定人民法院审判案件依照“本法”实行人民陪审员制度。这是在“基本原则”部分明示了人民陪审员原则,而不是排斥《人民陪审员法》在刑事诉讼中的适用。《刑事诉讼法》第 183 条在规规定审判组织的构成时,没有规定哪些案件必须有陪审员参审、哪些案件必须适用七人合议庭形式。这也不意味着在刑事诉讼中适用人民陪审员不具有强制性。综合考虑《刑事诉讼法》和《人民陪审员法》的规定,采取一种体系性解释的立场,正是因为《人民陪审员法》已经规定了强制性适用范围,所以《刑事诉讼法》不需要进行重复规定,只需申明陪审制的原则即可。如果将两部法律的规定解释为冲突关系,然后采用“上位法(《刑事诉讼法》)优于下位法(《人民陪审员法》)”的解释规则,就会架空《人民陪审员法》中的适用范围条款。如果将两部法律的规定视为互相补充关系,或者采用“特别法(《人民陪审员法》)优于一般法(《刑事诉讼法》)”的解释规则,就可以承认《人民陪审员法》中适用范围条款的效力。

[51] 禹得水:《刑事案件适用七人合议庭的范围:现状、问题与出路》,载《法学家》2023 年第 4 期。

[52] 参见陈学权:《我国七人陪审合议庭在刑事案件中的适用范围研究》,载《法学》2023 年第 11 期。检索的裁判日期设定为 2020 年 1 月 1 日至 2023 年 2 月 25 日。

其次,适用七人合议庭的案件不仅比重很低,而且案件类型失衡。绝大部分属于案情本身不复杂、也无重大社会影响的刑事附带民事公益诉讼案件(尤其是环境资源保护审判庭审理的涉环境资源类刑事附带民事公益诉讼案件)。以全国公开的裁判文书为样本的一个分析表明,这类案件占七人合议庭审理案件总数的 91.3%。^[53]导致这一比例失衡的主要原因是立法条款设置问题,即在公益诉讼案件适用七人合议庭的规定中未附加“社会影响重大”条件。如果以刑罚轻重为考量维度,会发现在实际适用了七人合议庭的刑事案件中,判处十年以上有期徒刑或更重刑罚的案件比重较低。某省案件样本数据表明,该比重为 24.7%。^[54]

最后,完全遵循了法院职权逻辑,排斥了当事人权利与救济的逻辑。法院在司法实践中从严把握适用范围,对于大部分判处十年以上有期徒刑的案件,认为达不到“社会影响重大”的条件。在很多案例中,公诉人或当事人提出应适用七人合议庭,却被法院以不符合“社会影响重大”条件为由驳回。^[55]立法机关和司法部门组织编写的释义性读本认为:是否适用陪审制、适用何种形式的陪审制是法院的职权,当事人无权对此要求复议或提起上诉,也不构成二审撤销原判和发回重审的法定事由。^[56]这显然不当地剥夺了当事人的申请权利与救济途径,是对《刑事诉讼法》第 238 条关于“审判组织的组成不合法应发回重审”规定的曲解。

这些案例和数据表明,作为协商式司法民主之承载形式的七人合议庭,在司法实践中适用比率很低,法院的职权逻辑排斥了当事人的权利逻辑。并且适用的案件类型失衡,在那些重大、复杂的案件中无法确保适用,在较为简单甚至可以作标准化处理的案件中却过于宽泛地适用。

(二) 陪审员的代表性与抽选程序

按照协商式民主理念,为了引入丰富的决策智识资源,陪审员的构成应体现多元代表性,而代表性需借助遴选规则来实现。^[57]立法强化了关于随机遴选的要求,同时保留了非随机遴选途径。但是经验数据表明,陪审员的代表性和遴选过程存在一些问题。

首先,陪审员名单的代表性在某些维度上存在问题。访谈数据表明:第一,H 市的陪审员在性别、民族、收入、户籍维度上,具有较好的代表性,但是与 H 市常住人口的分布情况并不完全对应,存在一定的偏差。第二,在年龄维度上,陪审员的“老龄化”现象突出。陪审员选任的法定年龄限制是 28 周岁以上。但实际上陪审员的平均年龄为 53 岁,最高年龄为 74 岁,最低年龄为 32 岁,且分布最集中的年龄线为 60 岁(见图 2)。^[58]第三,在职业分布和专业技能两个维度上,具有非常明显的多样化和丰

[53] 参见陈学权:《我国七人陪审合议庭在刑事案件中的适用范围研究》,载《法学》2023 年第 11 期。

[54] 参见禹得水:《刑事案件适用七人合议庭的范围:现状、问题与出路》,载《法学家》2023 年第 4 期。

[55] 参见河南省高级人民法院(2021)豫刑终 492 号刑事判决书、四川省德阳市中级人民法院(2021)川 06 刑终 44 号刑事判决书、四川省达州市中级人民法院(2020)川 17 刑终 155 号刑事判决书、辽宁省抚顺市中级人民法院(2021)辽 04 刑终 24 号刑事判决书、内蒙古自治区通辽市中级人民法院(2019)内 05 刑终 8 号刑事判决书。

[56] 参见王爱立主编:《中华人民共和国人民陪审员法释义》,中国民主法制出版社 2018 年版,第 115 页;最高人民法院政治部编著:《《中华人民共和国人民陪审员法》条文理解与适用》,人民法院出版社 2018 年版,第 166 页。

[57] 参见《人民陪审员法》第 9 条至第 13 条;《人民陪审员选任办法》第 8 条、第 11 条、第 15 条。其相对于 2004 年全国人大常委会《关于完善人民陪审员制度的决定》第 8 条的规定而言有重大进步。因为该条并未要求随机抽选陪审员,仅规定人民陪审员可以由单位、基层组织推荐或个人申请产生。

[58] 与本文 H 市数据既形成对照又相互印证的是研究者对某省某市 F 区法院的调研数据。该区陪审员的年龄分布看起来较为均衡,不像 H 市陪审员那样老龄化严重。但是通过分析裁判文书发现,F 区法院陪审员的人均参审案件数,50 岁至 69 岁年龄段的陪审员(人均超过 10 件)显著高于 28 岁至 49 岁年龄段的陪审员(人均不足 5 件)。因此在参审的活跃性上,同样出现了老龄化现象。参见李群、詹晓琪:《陪审制运行效果实证研究——以 F 区法院刑事审判实践为样本》,载《福州大学学报(哲学社会科学版)》2023 年第 5 期。

富性特征(见图3)。40.20%的受访者具备某种专业技能,包括航船技术、会计学、心理咨询知识、工程技术、机械技术、药理学知识、医护知识、纺织技术等。第四,关于具有体制内身份的陪审员比例问题。全国2022年7月份的统计数据表明,共有在任陪审员33.2万余人,其中企事业单位人员占41.7%,基层干部、社区工作者占36.4%,农民及无固定职业人员占21.9%。^[59]从中可以看出,具有体制内身份的陪审员比例非常高。地方样本也表明了这一点,但是同时也表明该比例呈下降趋势。有学者以某省某市F区陪审员为样本,发现在《人民陪审员法》实施前在任陪审员中76.9%的人来自行政机关或事业单位;而《人民陪审员法》实施后,经过两轮陪审员选任,该比例降至33%,私营企业员工占比接近45.3%。^[60]笔者收集的2019年15省(自治区、直辖市)陪审员访谈数据表明,来自政府、基层群众自治组织、国企、学校、事业单位的陪审员占比66.67%;而2022年针对H市的访谈数据显示,该比例为38%(见图3)。

表1 H市受访陪审员的各维度分布

	H市访谈样本	H市常住人口 ^[61]
性别	男36.27%;女63.73%	男51.77%;女48.23%
民族	少数民族0.98%	少数民族1.61%
收入情况	平均收入11.6万元/年;最高收入58万元/年,最低收入3万元/年	2022年人均可支配收入为7.96万元
学历情况	硕士6.86%;本科44.12%;专科25.49%;高中、中专和技校23.53%	(无数据)
户籍比例	城镇人口91.18%	城镇人口89.3%
政治面貌	中共党员43.14%;民主党派4.9%;无党派人士2.94%;群众49.02%	(无数据)

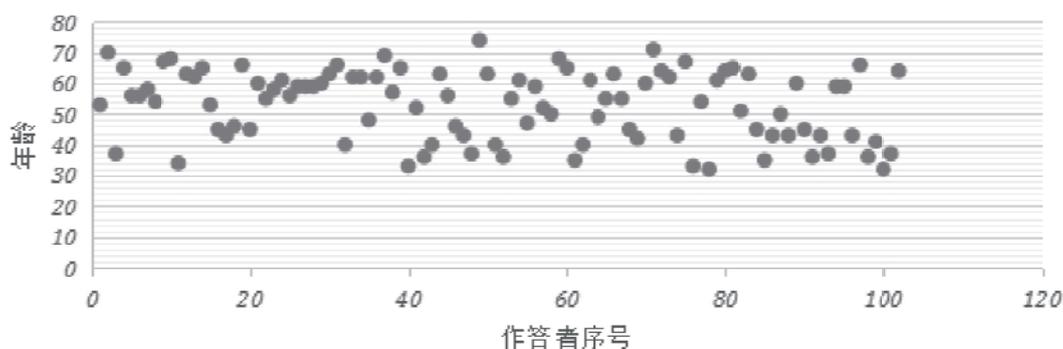


图2 H市受访陪审员的年龄分布

[59] 最高人民法院:《人民陪审员制度的中国实践》, <https://file.chinacourt.org/f.php?id=37efced2ecc74d24&class=enclousure>, 2024年2月3日访问。

[60] 参见李辞、詹晓琪:《陪审制运行效果实证研究——以F区法院刑事审判实践为样本》,载《福州大学学报(哲学社会科学版)》2023年第5期。

[61] 关于H市常住人口比例的数据来源于全国第七次人口普查数据,下同。

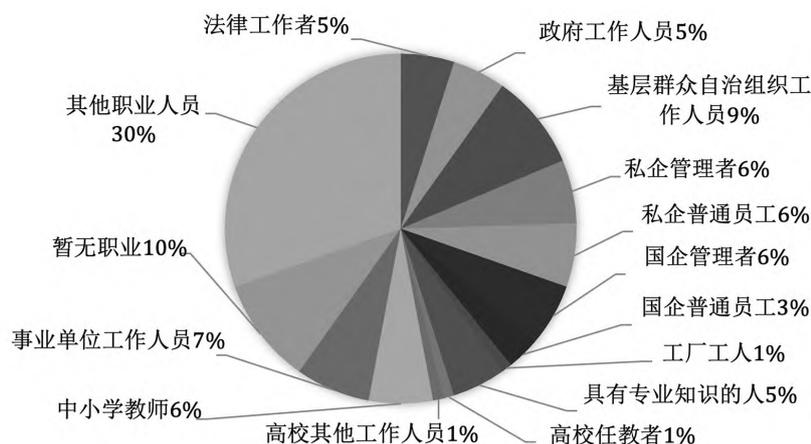


图 3 H 市受访陪审员的职业分布

其次,陪审员的抽选程序存在的问题。H 市访谈数据表明,31.37%的陪审员是经个人申请后任命,19.61%的陪审员是经推荐后任命。^[62]非随机遴选的陪审员,已经明显超过了 1/5 的法定比例限制。一个可能的解释为:如果完全按照法定的随机方式遴选候选人,一部分法院“想要/需要”的人无法进入陪审员名单,因此这部分人通过申请或推荐的方式任命,最终超过了法定比例。

对于法院在具体案件中抽取陪审员的方式,H 市 71.72%的受访陪审员选择了“随机抽取”选项;^[63]22.22%的受访者选择了“不知道”选项;6.05%的受访者选择了“其他方式”。关于其他方式指的是什么,访谈对象的描述包括:“所有陪审员按序轮流参加”;“法院分配和陪审员自选相结合”,“法官逐一打电话询问时间”;“随机抽取发生困难时会直接点我参加陪审”;等等。当被问及“法院内哪个部门的工作人员负责抽取陪审员”时,48.48%的受访者回答是审判庭的法官或书记员,32.32%的受访者回答是法院内专设的陪审员抽取部门或人员。这些数据表明,在《人民陪审员法》实施后,仍无法杜绝审判庭与陪审员存在固定联系的情况。仍有一定比例的案件,法官指定陪审员而不是随机抽取陪审员。对此提供印证的另一个题目是:让 H 市受访者评估“每个办案业务庭有较为固定的陪审员”这一情况,14.14%的受访者选择了“经常”如此,11.11%的受访者选择了“偶尔”如此。

其他实证研究侧面反映了法院抽取陪审员的非随机性。基于刑事裁判文书的大数据分析表明,陪审员的参审频率区间存在“二八效应”,即参审频率前 20%的“高产”陪审员参审的案件总数,占年度有陪审员参审案件总数的 77.3%。^[64]以某省某市 F 区法院刑事陪审案件为样本的研究,给出了更加悬殊的结论:在所统计的样本中,参审频次位于前 5%的陪审员承担了 43.7%的陪审工作量;参审频次居于前 20%的陪审员承担了 91.7%的陪审工作量;其余 80%的陪审员仅承担 8.3%的陪审工作量。^[65]这说明法院在个案中抽取陪审员与完全随机方式相距甚远。

[62] 15 省(自治区、直辖市)访谈数据的这两处比例更高,分别为 42.22%、35.56%。但是 15 省的访谈对象抽样未能确保完全随机原则,因此该比例不能反映陪审员的实际构成。H 市的访谈对象抽样符合完全随机原则,因此其比例能够反映 H 市陪审员的实际构成。

[63] 具体询问使用何种随机抽取方式,这一部分陪审员中 56.34%的人回答“使用电脑系统随机抽选”,4.23%的人回答“通过人工摇号随机抽选”,4.23%的人回答“其他随机抽选方式”,35.21%的人无法说明具体的抽取方式。

[64] 参见王禄生:《人民陪审员改革成效的非均衡困境及其对策——基于刑事判决书的大数据挖掘》,载《中国刑事法杂志》2020 年第 4 期。

[65] 参见李辞、詹晓琪:《陪审制运行效果实证研究——以 F 区法院刑事审判实践为样本》,载《福州大学学报(哲学社会科学版)》2023 年第 5 期。

(三) 陪审案件的庭审程序与证据规则

我国的庭审程序存在非集中性和非实质性问题。非集中性表现在,庭审的过程不够连续,经常采取分段式审理,多次庭审之间间隔时间较长。非实质性表现在过度依赖审前卷宗和书面资料,与直接言词要求不符。“以审判为中心的改革”旨在实现庭审的实质化,但是当前远未实现既定的改革目标。庭审的非集中性和非实质性并非陪审制自身的问题,但是这一程序模式现状构成了制约陪审员参审实质性的外在大因素。除此之外,陪审员参与庭审还存在自身的问题。按照现行规范,陪审员应积极参与法庭调查,向当事人、证人、鉴定人及其他诉讼参加人发问;陪审员还应当全程参与案件审理过程,既包括当庭审理过程,也包括合议庭到庭外对证据进行核实的过程。^[66] H市访谈数据表明:对于主动询问当事人、主动询问证人或鉴定人、在对物证或书证的法庭调查中主动提问三种描述,均有超过一半的受访者选择“极少”或“从未”选项。有相当大比例的受访者声称自己经常不参加庭外核实证据的环节,甚至有一定比例的受访者声称自己经常或偶尔没有参加全部庭审过程(见图4)。概言之,陪审员参与审理的外在制约与内在表现,都与集中的、实质的庭审程序有距离,偏离了协商视角下的程序要求。

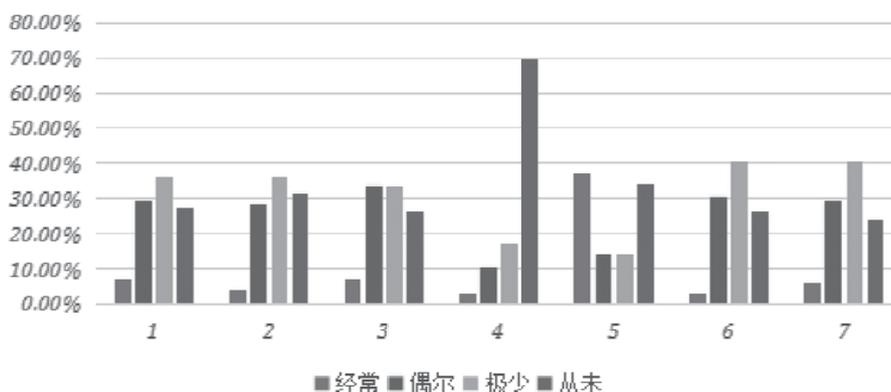


图4 H市受访陪审员参与案件审理的表现

(1:陪审员主动询问当事人;2:陪审员主动询问证人、鉴定人;3:陪审员在对物证、书证的法庭调查中主动提问;4:陪审员没有参加全部庭审过程;5:法官到庭外调查核实证据,陪审员未参加;6:陪审员无法充分理解法庭上出示的证据内容;7:陪审员无法充分理解相关的证据法规则。)

根据现行规范,法院应当为陪审员庭前阅卷提供便利条件,但是对于阅卷的程序、范围等未进行详细规定。在理想的审判中心主义和直接言词庭审模式中,陪审员审前阅卷无太大必要,反而容易因阅卷而形成审前预断。^[67]但是考虑到目前庭审的卷宗式风格,审前阅卷对于陪审员适当掌握案情、做好审判准备以及平衡与法官的信息差而言是有必要的。H市访谈数据表明:对于问题“开庭审判之前陪审员参与庭前阅卷的可能性有多大?”39.39%受访者选择了经常阅卷,28.28%受访者选择了偶尔阅卷,18.18%受访者选择了极少阅卷,14.14%受访者选择了从未阅卷。未阅卷的原因主要包括(括号内为选择比例):法院未提供相应场所等硬件设施(29.29%);业务庭未通知及时阅卷(47.47%);陪

[66] 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第10条、第11条。

[67] 参见黄河:《裁判者的认知与刑事卷宗的利用——直接审理原则的展开》,载《当代法学》2019年第5期;魏晓娜:《人民陪审员制度改革:框架内外的思考》,载《内蒙古社会科学》2020年第3期。

审员自身工作忙(39.39%);陪审员认为庭前阅卷是法官的工作,与陪审员无关(22.22%)。对于不阅卷是否带来了以下影响,均有超过 69% 的受访者给出了肯定回答:(1)与法官的信息不对称,庭审时跟不上法官的节奏;(2)不知道案件的争议点,庭审时无法把握重点;(3)未提前了解案情和证据,庭审时无法充分理解证据内容。这些数据表明,陪审员阅卷的频率不高,法院和陪审员自身均负有责任;在目前的庭审模式下,不阅卷加剧了陪审员参审的非实质性。

关于陪审员的事实认定能力之优劣,在法学和认知科学研究中仍无定论。尽管有的研究指出了陪审员的某些认知缺点,但是也有一些研究尝试证明陪审员的事实认定能力总体上适格,或者陪审团作为一个制度化的整体具有认知优越性。^[68] H 市访谈数据表明,只有非常少的受访陪审员声称自己经常“无法充分理解法庭上出示的证据内容”或“无法充分理解相关的证据法规则”。但有近 30% 的受访者声称偶尔会出现上述两种情况(见图 3)。这似乎表明,陪审员在理解证据和认定事实方面的能力并不特别糟糕,在偶尔出现困难的情况下可通过法官指示予以辅助。13.13% 的受访者声称会经常主动请求法官指引或提示,31.31% 受访者声称会偶尔请求法官指引或提示。《人民陪审员法》第 20 条对法官指示规则进行了原则性规定。中国学者开展的一项模拟陪审员实验表明,法官指示会对陪审员审查判断证据带来明显影响。^[69] H 市大部分受访者对法官指示的效果给出了正面反馈。对于“未能让陪审员理解相关问题”和“影响了陪审员的独立判断”这两种负面描述,有少量受访者认为偶尔会出现(19.19% 和 6.06%),只有极少数受访者认为经常出现(4.04% 和 1.01%)。

(四) 陪审员的评议程序与表决规则

根据现行规范,我国有陪审员参审的案件,其评议与表决程序与法官审案件无实质不同。首先,延续了简单多数规则,未重设表决比例;其次,对于评议的时间、次数等未进行规定,仅规定了发言顺序和使用问题清单;最后,合议庭组成人员意见有重大分歧的,可以提请院长将案件提交审判委员会讨论决定,提交审判委员会的规则与普通案件无差别。^[70] 这些文本上的规范与前述协商式民主理念有所龃龉,因为后者强调评议的充分性、表决的一致性和裁决的终局性。除了立法缺憾之外,司法实践中存在更深层次的问题。由于合议庭评议的过程秘密进行,案件提交审委会讨论的流程也不在裁判文书中开示,对于陪审员的评议与表决难以借助裁判文书或其他司法大数据进行分析。但是透过 H 市陪审员的访谈资料对此可见一斑。

首先,在相当比例的案件中,陪审员未真正参与评议。26.26% 的受访者表示仅偶尔参加退庭评议,分别有 8.08% 和 9.09% 的受访者表示极少或从未参加评议。对于不参加评议的原因,受访者选择比例最高的四项为:已经在开庭审判过程中将自己的意见告诉了法官(61.62%);法官未通知参加(37.37%);自己没有时间参加(19.19%);认为参加了意义不大(12.12%)。

其次,关于评议的及时性和充分性。对于“庭审结束后,当日或第二天就进行合议庭评议”这一描述,16.16% 受访者认为极少会这样做,17.17% 受访者认为从未这样做过。关于评议的时长,53.54% 受访者声称评议过程一般在 1 小时以内,44.44% 受访者声称一般在 1 小时至 3 小时之间,只有 2.02% 的受访者声称在 3 小时以上。关于陪审员在评议过程中是否独立发表意见,18.18% 受访者认为极少会这样,17.17% 受访者认为从未这样。

[68] 参见樊传明:《陪审员裁决能力问题研究——优秀的还是拙劣的事实认定者?》,载《中国刑事法杂志》2018 年第 2 期。

[69] 参见吴旭阳:《陪审团模式之行为实验比较研究》,载《学术月刊》2017 年第 1 期。

[70] 参见《人民陪审员法》第 23 条和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第 9 条、第 12 条、第 13 条。

最后,关于表决方式和意见分歧。受访者描述在自己参审的案件中使用过何种表决方式(可给出多个答案)时,有76.77%的受访者回答了面对面口头表决方式;但是有19.19%的受访者声称法官采用过打电话询问意见的方式表决,有42.42%的受访者声称出现过法官直接请陪审员在裁判文书上签字的情况。关于陪审员与法官是否有过意见分歧的问题,51.52%的受访者表示从未出现过意见分歧,36.36%的受访者表示极少出现分歧。关于在出现分歧的案件中如何解决分歧的问题,有14.58%的受访者声称法官会提交审判委员会讨论决定。^[71]关于提交审判委员会后将会如何解决的问题,57.14%的受访者认为审判委员会没有明显的倾向性,是根据案件情况决定的,但不会当面听取陪审员的意见。这些数据表明,在陪审案件中未严格适用法定的评议和表决规则。在一部分陪审员独立表达意见但与法官意见相冲突的案件中,审判委员会最终决定了案件的处理,陪审员意见的权重和终局性得不到保障。

五、塑造协商式陪审合议庭

在协商式民主视角下,陪审制“应当”展现为如下制度实践:首先,由相当数量的陪审员组成决策小团体,其成员具有典型性意义上的代表性,契合“普遍听众”角色,从而引入多样化的智识资源;其次,注重投票表决前的论辩、评议过程,相应的规则设置满足正当性要求,程序法和证据法致力于塑造“理想言谈情境”;最后,强调表决规则的高度一致性,寻求具有最大可接受性的裁决方案。以此为参照,观察人民陪审员“实际”的样态会发现:一方面,现有立法尽管不完善,但提供了值得依托、也需要被尊重的权威文本;另一方面,实证研究指出了不少司法运行的问题,但也显示了一些值得期待的前景。笔者认为应当在“全过程人民民主”的话语脉络中,以现有立法为约束,按照协商式理念调整人民陪审员制的适用。

(一)调整体现团体决策模式的大合议庭适用范围

首先,七人合议庭着重适用于两类案件。第一类是非认罪认罚的重罪案件。根据《人民陪审员法》第16条第1项,对于可能判处无期徒刑或死刑的案件,应当一律适用七人合议庭,不再另行判断“社会影响重大”条件。刑罚的严重性足以说明其重大性。对于可能判处十年以上有期徒刑的案件,法院可附加判断“社会影响重大”条件。但需进行两方面调整:一方面,此类案件先推定满足“社会影响重大”条件,如果法院认为不满足,应负论证责任,在裁判文书中进行充分说理;另一方面,逐渐形成指导性案例或典型案例,例示哪些案件情形不符合“社会影响重大”条件。第二类是具有民众参与公共治理属性的案件,对应于《人民陪审员法》第16条第2项至第4项的情形。陪审员参与这些案件的审理,从性质上来说,是借助个案参与经济、环境、资源、食品药品安全等公共议题决策。法院应当基于自身的政策实施和能动司法角色,以司法解释或指导性案例细化在这些案件中适用七人合议庭的确切范围,以及探索大合议庭中普通陪审员和各类专家陪审员的搭配方式。

其次,对于无须或不宜适用七人合议庭的案件,应以解释论排除适用。一方面,对于案情较为简单的刑事附带民事公益诉讼案件,应大幅降低适用七人合议庭的频率。一个可行的解释学方案是:对

[71] 其他几个选项及受访者选择占比为:法官会直接忽略陪审员的意见,合议庭按照法官的意见做出裁判(6.25%);法官会向陪审员解释相关内容,最终说服陪审员接受法官的意见(68.75%);法官听取了陪审员的意见后被说服,合议庭按照陪审员的意见进行裁判(25.00%);法官和陪审员分别坚持自己的意见,通过表决进行裁判(35.42%);其他解决方式(2.08%)。

此类案件应根据《人民陪审员法》第 16 条第 1 项决定是否适用七人合议庭,即考虑刑事部分的刑期条件和“社会影响重大”条件;而非适用该条第 2 项,即视作“根据民事诉讼法、行政诉讼法提起的公益诉讼案件”。^[72]另一方面,对于被告人认罪认罚的案件原则上不适用七人合议庭。此类案件通常不存在关于定罪事实的争议,不适合采用陪审员仅审理事实问题的七人合议庭形式。并且,认罪认罚从宽制度作为“协商”或“合意”式诉讼模式的体现,已经在审前阶段完成了控辩协商,审判阶段原则上认可审前协商的效力。但是,对于可能判处死刑的认罪认罚案件,应当适用七人合议庭;法院认为认罪真实性存在问题、可能判处十年以上有期徒刑且满足社会影响重大条件的认罪认罚案件,仍可以适用七人合议庭。^[73]这样就可以将大部分达不到十年有期徒刑的刑事附带民事公益诉讼案件、被告人认罪认罚的刑事案件排除在七人合议庭的适用范围之外,以优化陪审资源配置。

最后,是否适用七人合议庭当然属于审判组织的构成问题。因此,对于应当适用七人合议庭却未适用的情形,二审法院应归入“审判组织的组成不合法”导致发回重审的事由;在审判监督程序中,应作为“违反法律规定的诉讼程序,可能影响公正审判的”情形。据此,在法院职权逻辑的基调上,为当事人的权利救济留有余地。

(二) 确保陪审合议庭中协商智识资源的多样性

应当严格落实随机抽选要求,降低以个人申请或组织推荐途径选任的陪审员比例。除非根据法院审理案件的需要遴选具备专业知识的陪审员,否则禁止采用申请与推荐方式。如前述调研数据所表明的,陪审员的构成在某些维度上代表性欠佳。例如陪审员呈“老龄化”现象,或具有体制内身份的陪审员比例过高等。这显然会损及智识资源多样性,导致陪审员立场的单一化、思维方式和价值观念的同质性,且偏离了“普遍听众”的规范性角色。司法行政部门除了在陪审员遴选过程中强化随机性之外,还应对某些关键维度进行重点把控。可以借鉴域外的“公平交叉”规则,要求最终的陪审员名单构成与所在辖区的居民构成在某些关键性维度上保持一致。

尽管陪审员名单的构成已初步体现出智识资源多样性,但是如前述调研数据所表明的那样,法院在具体案件中抽选陪审员时未能严守随机性规则。这样就难以将多样性带入合议庭,且固定化的、过度友好的联系,也不利于合议庭内部的论辩与协商。应当杜绝由合议庭指定或变相指定陪审员的做法,改由审判业务庭之外的专门科室或工作人员负责抽取参审具体案件的陪审员。

考虑到事实认定专门化的背景,以及陪审员在专业技能方面的实际优势,应重视专家陪审机制,完善相关规范,^[74]推进协商的专业化。如前述访谈资料所显示的,陪审员中具备专业性技能者比例很高,这为专家陪审机制提供了基础。对于有专门知识的陪审员,可以在推荐、抽选和履职上进行个别

[72]《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第 213 条第 2 款在列举适用七人合议庭的案件范围时,未包含公益诉讼案件。此即暗含了这种解释思路。

[73]最高人民法院在起草《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》时,也考虑过在其中写明“被告人认罪认罚的刑事案件可以不适用陪审制审理”。但又考虑到“可以”的指引不够明确,最终未进行规定。参见最高人民法院政治部法官管理部:《〈关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释〉的理解与适用》,载《法律适用》2020 年第 5 期。另有观点认为,不宜因被告人认罪认罚而自动排除适用人民陪审员制度。即使被告人认罪认罚,如果适用普通程序进行审理,同时符合被告人可能被判处十年以上有期徒刑条件,原则上也仍应适用七人合议庭。但认罪案件与不认罪案件在审理重点上存在差别。参见魏晓娜、杨振媛:《七人合议庭在刑事案件中的适用——对〈人民陪审员法〉第 16 条第 1 项的法教义学解释》,载《中国政法大学学报》2023 年第 2 期。

[74]专家陪审的做法存在已久,在知识产权案件、环境资源案件中广泛使用。但一直缺少可适用的规范。最高人民法院于 2023 年发布了《关于具有专门知识的人民陪审员参加环境资源案件审理的若干规定》,在环境资源案件中正式认可了专家陪审制度。最高人民法院正在征求意见的《关于人民陪审员参加七人合议庭审判案件若干问题的规定》第 18 条也笼统地规定了专家陪审制度。

设置。^[75]例如,通过个人申请和组织推荐的方式产生专家陪审员,但要符合不得超过陪审员名额数1/5的法定要求;对于专家陪审员,应当在陪审员库中进行专业知识类型的详细标注,当法院需在案件中使用专家陪审员时,应在符合相应专业知识类型标注的陪审员中随机抽取。

(三) 通过程序与证据规则确保充分性和正当性

协商式理念要求重视表决前的论辩与评议过程,相应的规则设置满足正当性要求。人民陪审员制的规范文本和运行状况表明:由于庭审模式的外在制约和陪审员参审的内在问题,陪审员难以实质性地参与集中式庭审;评议程序的规则设计本身较为粗疏,且在具体案件中陪审员参与的充分性和及时性明显不足。对此可着重从以下方面完善。

首先,陪审制的完善应与以审判为中心的改革同时推进。“完善人民陪审员制度”和“推进以审判为中心的诉讼制度改革”均是在2014年《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中提出来的。两者的关联绝非偶然。贯彻直接言词原则,奉行严格的法庭调查程序,是审判中心主义的应有之义,同时也是陪审员实质性参审的前提。在《刑事诉讼法》再修改的背景下,以审判为中心被重提和强调,这是继续完善陪审制的重要契机。有陪审员参审的案件,尤其是适用七人大合议庭形式的案件,更要强调以审判为中心,需在投入改革资源和司法资源方面作为重心。在此类案件中,应当严格适用相关程序规则与证据规则,对于法庭审判程序可以进行适当区别于法官审的设置,例如强调证据展示的直接言词风格,将证据能力问题进行前置解决,区分定罪阶段和量刑阶段等。此外还应在诉讼程序分流视野下审视陪审制与审判中心的关联。我国一审程序已经构建起“普通—简易—速裁”的繁简分流体系,在此基础上,应当将适用七人合议庭形式的案件作为最复杂、最严格的审判程序类型,置于程序繁简分流坐标轴的最“繁”端。

其次,完善集中评议程序。必须严格规范陪审案件的评议程序,要求陪审员必须参与面对面的集中评议过程。对于评议的物理空间、时间长度、间隔、次数做出细致规定。例如,只有经过不少于三小时的评议而得不出一致意见时,才能采用多数表决制;庭审结束后原则上当天进行评议,特殊情况下不得间隔超过三天;除非有饮食和休息之需,不得中断评议;合议庭成员之外的主体不可以进入评议室,评议人员也不可以随意离开,以免干扰、打断评议过程或与评议室外的信息产生不当交换;如果确有必要组织多次评议的,在多次评议之间不应有长时间间隔;对于多次开庭的复杂案件,可在庭审结束后组织陪审员进行阶段性评议,而非在全部庭审结束后只进行一次最终评议。

最后,应当从事实认定正当化的视角理解和完善证据规则。陪审制与证据规则之间存在密切关联。^[76]在普通法系背景下,证据可采性规则将可能对陪审员造成不良影响的信息阻隔在庭外。这种立法政策被称为“控制陪审团”理论,因此有“证据法是陪审团之子”的说法。^[77]这是基于对陪审员事实认定能力的不信任,而将证据法的功能定位于事先的信息筛选机制。但是如前文所述,对陪审员认知能力的一般性否定未被证成,且在中国诉讼程序中尚未形成支撑可采性规则的二分式法庭结构。基于前述协商过程之正当性理念,在中国的司法制度背景下,可以从事实认定正当化角度理解和适用相关的证据规则。例如,对于证据能力规范,其核心关注点在于阻却那些不具有正当性的推论过程。有些证据所引发的推论缺乏认知上的正当理由,有些证据所引发的推论则不具有伦理上的正当性。

[75] 关于普通陪审员和专家陪审员选任方式的差异化设置建议,参见胡云红:《论我国人民陪审员选任机制的完善》,载《政治与法律》2017年第11期。

[76] See Lisa Dufraimont, *Evidence Law and the Jury: A Reassessment*, McGill Law Journal, Vol.53, p.210 (2008).

[77] See James Bradley Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, Little Brown, 1896, p.47.

在这两种情况下,证据法应当事先介入。^[78]对于陪审员的事实认定过程而言,证据法介入的表现形式即证据能力规范。中国的立法和司法解释中已经包含了大量的具有证据能力否定效力的规范。在人民陪审员改革的背景下,应当重视这类规范的适用,通过刷新其正当性基础而推进其体系化。

(四) 陪审员与法官职权配置的协商性关系

协商式理念强调表决规则的高度一致性,籍此寻求具有最大可接受性的裁决方案。人民陪审员制的规范文本和运行状况表明:表决规则的设计与一致性要求相距甚远,陪审员意见的权重与终局性缺乏保障。对此可着重从以下方面完善。

一方面,通过结构性的表决规则,提高裁决一致性。例如,对于适用大合议庭形式审理的刑事案件,拟认定有罪事实的,需要四名陪审员形成一致意见,三名法官形成简单多数意见。这样就可以将法官审的简单多数规则与陪审员的小团体决策模式统合在一起。拟认定无罪事实的,或者在民事诉讼与行政诉讼中适用七人合议庭的,可以继续采用简单多数制,但应增加一个限制条件:在多数意见中,必须有至少两名陪审员的意见和至少一名法官的意见。由于《人民陪审员法》第 23 条规定了陪审合议庭评议案件采用简单多数制,在未修改法律或者出台新的司法解释前,可以通过以下方式提高评议要求:考虑到中国特色的审判监管制度,在陪审案件中,陪审员无法形成一致意见的,应当作为必须提请审判监管主体(院长、庭长、专业法官会议或审判委员会)介入监管的情形,以此敦促提高陪审员意见在合议庭中的权重。

另一方面,保障陪审员发表意见的独立性和终局效力。在开庭审判和退庭评议时,审判长适用法官指示规则必须恪守适度原则,以帮助陪审员理解与事实认定相关的法律规则和程序要求为限。对陪审员带来不恰当影响的法官指示,应作为申诉、抗诉以及二审发回或改判的法定事由。^[79]对于陪审员形成一致意见的案件,应严格限制提交审判委员会讨论。尤其是对于适用七人合议庭形式的案件,陪审员对案件事实部分的一致性意见不能借助审判委员会变更。陪审案件的二审审理和裁判方式应适当区别于非陪审案件。例如,二审认为一审存在错误,尤其是事实认定错误的,应当发回重审而非直接改判;一审法院要组成新的陪审合议庭审理。在未来的审级制度改革中,应当进一步调整陪审案件的二审定位。例如,对于陪审案件尤其是适用七人合议庭形式的案件,不再采用全面审查原则和复审制,而是采用事后审查制,原则上仅作法律审。^[80]

通过上述规则的适用,陪审合议庭中的职权配置应当被塑造成一种协商性关系,而非分立或对抗关系。概言之,所得出的裁决是各种智识资源聚集与融合的结果,是通过正当程序获得的具有最大可接受性的方案。一些实证研究表明了这种协商性关系的可行性与价值。田野调查研究发现,在陪审员实质性参审的案件中,法官和陪审员会形成“策略性联盟”。法官真诚地“让渡”自己的职权空间,在案件事实问题尤其是专门性事实问题的解决上,积极寻求陪审员的参与;陪审员则以能动的姿态参与案件审理。许多法官和陪审员默契配合、互相协作的案例,表明了“专业性和民主性之间同样存在着可调适的竞争性”。^[81]H 市的陪审员访谈数据显示,对于“陪审员参审有助于使裁决更容易被当事人接受”和“陪审员参审有助于使裁决更容易被社会公众接受”这两种描述,均有超过 40% 的陪审员

[78] See Ho Hock Lai, *A Philosophy of Evidence Law: Justice in the Search for Truth*, Oxford University Press, 2008, p.48-49.

[79] 关于对法官指示内容的限制、审查指示妥当性的标准、指示不当时救济途径,参见王星译:《〈人民陪审员法〉第 20 条法官指示条款的程序化塑造》,载《法学》2023 年第 12 期。

[80] 参见牟绿叶:《人民陪审员参与刑事审判的上诉构造》,载《当代法学》2021 年第 4 期。

[81] 王翔、于晓虹:《人民陪审员参审效能的实证分析——基于 36 万余份刑事判决书的司法大数据考察》,载《法学家》2023 年第 3 期。

认为有较大作用,近 50% 的陪审员认为有一定作用。对于进一步的问题“为什么陪审员有助于提高当事人和社会公众的裁决接受度”,受访者给出的频次较高的答案为:陪审员不是官员,他们比法官更具有中立性(82.35%);陪审员来自民间,比法官更能理解和体恤当事人的诉求(77.45%);陪审员来自各行各业,知识背景比法官多元,能从多个角度贡献裁判智慧(76.47%)。这种主观性认知显示了陪审员参审的内在动因与可能前景。按照协商式理念完善相关规则与机制,可以保护这种动因和切实发挥人民陪审制的功能。

(责任编辑:杜小丽)

On the Application of Lay Assessor System under the Idea of Deliberative Judicial Democracy

FAN Chuanming

Abstract: In its good state, the lay assessor system does not only enable individual cases to be decided in a democratic way, but also allows the public to participate in the public governance of some issues with binding force by taking litigation as a channel. To improve and apply the system of people's assessors according to the idea of deliberation is an important way to practice the "whole process of people's democracy" in the judicial field. Firstly, it is necessary to let a considerable number of assessors form the decision-making group, the members of which are representatives in a typical sense, close to the role of "general audience", and thus introducing diversified decision-making and intellectual resources. Secondly, it is important to pay attention to the process of debate and discussion before voting to ensure that the corresponding rules are formulated subject to the requirements of legitimacy, and procedural law and evidence law are committed to shaping the "ideal speech situation". Finally, it is advisable to emphasize the high consistency of the voting rules and seek a plan with maximum acceptability. The letter of norms and operational practice of people's participation in the trial as assessors show not only its general compatibility with the idea of deliberative democracy, but also many deviations. It is necessary to honor the existing legislation, consider the feasibility in judicial practice, and adjust the application of the people's assessors system according to the idea of deliberative democracy.

Keywords: Whole-process People's Democracy; Deliberative Democracy; Lay Assessor System; Grand Collegiate Panel