

[首页](#)[基地概况](#)[中心通知](#)[中心讯息](#)[学界信息](#)[法治动态](#)[学术论文](#)[法谚法语](#)[净月书屋](#)[人才培养](#)[招生信息](#)[论文精粹](#)[法学理论](#)[部门法哲学](#)[学术书评](#)[法苑随笔](#)[您的位置>>首页>> 论文精粹 > 部门法哲学 > 阅读正文](#)[> 论文精粹](#)

詹建红：论契约精神在刑事诉讼中的引入

发表于：2011-04-15 09:24 点击：442

从广泛意义上讲，所谓契约，是指以交换为目的所作的某种企划。从法律意义上讲，契约是指由双方意愿一致而产生的相互法律关系的一种约定。[1]在英国和美国，契约常被分解为各个当事人所进行的“约定”或“合意”来说明；而在德国和法国，“意思自治”则一直是契约理论的核心。[2]随着全球法制文明的发展与不断溶合，契约精神所蕴涵的平等、自愿、合意、互利和诚信等思想，不仅在各国的私法领域得到了广泛的确认，而且渗透到社会生活的各个方面，成为了人们交往中的重要行为或道德准则。在现代的民事实体法和民事程序法中，契约精神正在以强大的生命力不断地得以张扬。这样的精神引领之所以备受青睐，主要原因在于其彰显了现代法治社会对人权和民主观念的追求。从这样的功能出发，作为公法领域的刑事诉讼法，以及与之相对应的刑事诉讼程序或刑事诉讼制度同样需要引入契约精神。

一、诉讼观念的更新催生契约精神在刑事诉讼中的引入

在传统的国家主义的政治体制下，“家国一体”、“权力本位”的观念占据了意识形态的主流。随着权利意识的兴起和人权保障观念的深入人心，权力色彩厚重型的强职权主义诉讼模式日益不能应对社会主体的价值诉求。“在当今多元文明的格局中，文化与现代性发生激烈碰撞也将是无可避免的，碰撞的结果是各种传统文化与现代性都不同程度地改变了自身的原貌。”[3]这样的时代背景为刑事诉讼观念的更新带来了契机。根据现代化理论，在全球范围内，由传统向现代的转变趋势是整体的、互动的、持久的和不可逆的，诉讼文化由此也必然要经历一个由传统走向现代的过程，这一趋势在当下的中国显得尤为突出。[4]观念是文化的一种体现，在文化的转换过程中，观念的更新显得尤为重要。传统的以职权主义与行政性为主要特征的诉讼程序已无法满足诉讼参与者多元化的利益要求，因为价值多元的市场经济中，单一的程序设计和依据单一价值取向所设置的纠纷解决机制都无法实现程序的正当化。[5]在现代刑事诉讼价值体系中，公正应占据着至高无上的地位，这无庸讳言，但也不能因此而面对司法解决的局限性和效率性这一现实的无奈视而不见，也即应该树立诉讼谦抑和成本控制这样的司法克制观。在奉行客观真实主义的诉讼传统中，这种观念的弘扬就更具意义。

1. 诉讼谦抑观要求刑事诉讼程序能为合意解决纠纷提供程序空间。诉讼起源于纠纷，因此诉讼从一开始就具有解决利益争端和纠纷的功能，刑事诉讼也不例外。但在“国家本位”、“义务本位”的传统思想模式下，刑事诉讼的这一原始功能没能得到应有的重视，因为“自从有刑法存在，国家代替受害人施行报复时开始，国家就承担着双重责任；正如国家在采取任何行为时，不仅要为社会利益反对犯罪者，也要保护犯罪人不受受害人的报复。”[6]随着人们对刑罚本质认识的不断升华，刑法谦抑主义得到了广泛的认同，与之对应，刑事诉讼中诸如辩诉交易这样的对正义进行让步的妥协性机制也逐渐被人们所接受，而起诉便宜主义这样对被追者进行宽恕处理的容忍性机制正在日益得以扩展。这无不是刑事诉讼中谦抑观的生动体现。[7]从国家权力运作的层面看，谦抑讲求刑事诉讼中权力行使的有所节制，这与刑事诉讼目的中的人权保障观念不谋而合。从权利主体的层面看，谦抑意味着刑事诉讼中的对立各方不仅能有效并富有意义地参与程序的过程，而且在不完全背反正义精神的前提下，可以通过自愿、合意的选择和决定影响程序的进程，并进而决定诉讼的结局。而由于诉讼的结局并不一定是非得查明案件的事实真相，实际上也不可能总能查明事实真相，在法院不能拒绝裁判且法官不得主动行事的现代刑事诉讼程序中，容忍、认可对立各方以和解等合意方式解决纠纷或某些程序事项，如证据的披露、争点的固定等，就不仅是一种务实的做法，更是对诉讼解决纠纷功能的程序确认。基于此，契约精神中的诚信合意就会在谦抑的刑事诉讼程序中生根发芽。

2. 成本控制观要求刑事诉讼程序能为互惠谋求利益提供制度平台。从普遍意义上讲,刑事诉讼程序中同样存在着“资源稀缺”与“社会需求”这对矛盾冲突体,“刑事司法程序,尤其是通常审理程序,其耗费人力、物力资源甚巨,毋庸置疑;若采行不分案件轻重的齐头式平等来分配有限的诉讼资源,司法机关恐怕因而瘫痪。[8]也正因如此,“诉讼经济于诉讼制度之建立实不可忽视”。[9]

所谓“诉讼经济原则”,指的是在达成诉讼目的的前提下,要求迅速裁判,讲究程序简化,避免程序浪费或重复的程序法上的共通原则。[10]总体而言,诉讼经济原则的价值蕴涵最重要的方面就是要求程序的设计与运行要体现“成本控制”的理念。“成本控制”的观念或方法论指向对于刑事诉讼程序的设计提出了两项要求:一是诉讼程序的启动、流转与终结能及时进行,做到迅速有序。这就是强调刑事诉讼活动在实现预期目的的进程中没有出现不必要、不合理的司法迟延,从而在总量上节省国家为司法活动投入的司法成本的同时,也能从整体上节约公民个人的诉讼投入。波斯纳从刑事审判的角度指出,对于被告人的迟延审判将会由于使之遭受其命运的延期不确定性而陷入困境,而且这种迟延也会由于降低所有贴现率为正的人们的预期成本而对社会产生不利的影响。[11]二是诉讼程序能以提高效率的方式对司法资源进行合理配置,做到繁简得当。这就是强调刑事诉讼活动中司法资源的投入数量或力度与案件利益的大小之间应呈正相关性,在追求司法资源配置中“帕累托最优”的同时,[12]使诉讼这种生产正义或实现正义的活动,不因投入与产出间不合理的比例关系而变得不正义。“无论审判能够怎样完美地实现正义,如果付出的代价过于昂贵,则人们往往只能放弃通过审判来实现正义的希望。”[13]为此,诉讼经济原则所要求的成本控制,不仅是国家分配司法资源、启动诉讼程序时的一项明确的责任和义务,也为公民个人通过司法手段寻求救济时指明了权利主张的一个方向,如简易程序选择权、迅速裁判权等。如在德国的刑事诉讼实务中,就承认当事人有权提出“迅速裁判之抗告”,以使受到延滞的当事人在刑罚幅度上依比例原则予以减轻。[14]然而对效率价值的选择不应以公正价值的牺牲为代价,因此,与简化程序的构建相适应,就需要赋予当事人,特别是犯罪嫌疑人或被告人权衡利益和进行合意选择的权利,以保障其实体权利和诉讼权利在自主同意的契约化机制中不因诉讼程序的简化而受到损害。而且,“从整体上看,法院的判令不见得是唯一有效率的”,[15]在程序正当与诉讼经济的冲突与调和中,应该关注当事人的选择自由,特别是被迫诉者的诉讼权利处置问题,即应该关注诉讼主体特别是当事人在程序中的选择权和请求权,为诉讼主体以经济的方式启动或参与诉讼提供程序保障。这样的程序保障就是要在能实现诉讼目的的前提下,尊重主体选择,为诉讼各方进行效率化的合作保留制度空间。在对效率的现实与理性追求过程中,互惠谋求利益的契约化机制因此而得以显现。

二、诉讼理论的嬗变呼应契约精神在刑事诉讼中的引入

现代刑事诉讼制度的设计不仅要追求惩罚犯罪与保障公民权利的目的,还应该以其自身的运行活动来形成或昭示某种价值观念。近年来,刑事诉讼理论也正在实现这种从注重目的性向注重功能性的转变,即更加强调程序自身所体现的公正与尊重个人权利的价值意义。在这些理论中,最能为为契约精神在刑事诉讼中的引入提供了生长土壤的莫过于程序主体性理论、刑事诉权理论和程序正义理论。

1. 程序主体性理论

法的概念中离不开主体范畴,因为“如果在具有规则观念的法律概念中存在着目的观念……那么,人们必须将人这一法律主体的概念视为一种不是建立和限定在法律经验之上的,而是具有逻辑必然的、普遍适用的法学观察之范畴。”[16]从法律的角度看,主体意味着意思自治,意味着权利,即根据自己的意志行动的权利,其同样与客体相对。[17]而主体性关注的同样是人的概念中的主体问题,只不过是已从道德主体的理念层面发展到了法权主体的实在层面,强调的是作为主体的人的自由与平等。“现代法意识中的最根本的因素是主体性意识,包括对本人权利的主张(自由)和对他人权利的尊重(平等)这两个互相关联(团结)的方面。”[18]主体性理论作为一项思想原则体现在刑事诉讼中,就是要求将被指控有罪的人作为其自身目的的主体来对待,而不是将他作为惩罚的对象和获得证据的工具。台湾学者邱联恭认为,程序主体性理论的法理基础在于,尊重人的尊严原则和贯彻国民主权的原理,即基于宪法上有关基本权利的保障规定,任何人在诉讼中均应受人格的尊重,对于关涉其利益、地位、责任或权利义务的审判,应均有参与程序以影响裁判形成的权利和地位。[19]具体而言,程序主体性理论或原则有三项基本要求:第一,司法裁判程序的构成及运作,应以保障受裁判者的程序主体权即程序上基本人权为必要内容;第二,立法者或法院均应致力于充实诸程序制度,巩固当事人及利害关系人的程序主体地位;第三,当事人及利害关系人应受尊重为程序的主体,而不应仅被当成程序的客体来处遇或支配。据此,应赋予程序主体充分参与程序,为攻击防御、陈述意见或辩论等机会,以避免发生突袭性裁判。[20]可见,根据程序主体性理论,犯罪嫌疑人、被告人作为刑事诉讼中的主体,依法享有一定的诉讼权利,为此不应将其单纯地作为国家进行犯罪追诉的对象,更不能将其作为诉讼的客体,对其实施刑讯逼供。这正如黑格尔所强调的,“不是把罪犯看成是单纯的客体,即司法的奴隶,而是把罪犯提高到一个自由的、自我决定的地位。”[21]

程序主体性理论的提出,是诉讼理论深入、进步的表现,它将诉讼职能、被追诉者的权利保障等纳入了诉讼理论研究的范畴,而且“它在意识形态和政治上的积极意义就是,绝对地认可反社会个人在刑事诉讼中的平等和尊严,他在诉讼中是一个与控诉方地位平等的主体,而不是任人摆布的客体。”[22]从更广泛的意义上讲,程序主体性理论为刑事诉讼程序设计所提出的要求,就是要强调尊重包括犯罪嫌疑人、被告人在内的诉讼主体的自主行动意愿,使其能有机会和条件通过人性化的制度安排对诉讼结果施加有效的影响。在现代的刑事诉讼程序中,“裁判不是在其单方面调查取证基础上形成的,而是通过与控辩双方进行理性的协商、交涉和争辩而产生的。”[23]程序主体性理论,为犯罪嫌疑人、被告人在刑事诉讼中的地位指明了新的言说方式,那就是,作为诉讼主体,犯罪嫌疑人、被告人应当受到有人格的对待,并拥有参与涉及自身利益的决策过程及改善自身处境的机会和手段。“在以主体人意义上的人的成员构成的近代社会中,人与人之间的关系在法律世界中是作为‘权利义务’关系存在的。在那里人们将他人作为固有利益支配者而给予尊重,同时,自己也拥有主体者的意识。”[24]与此相对,国家应该尊重和保障犯罪嫌疑人、被告人的各项权利,并为这些权利的实现提供必要的条件,即犯罪嫌疑人、被告人的基本人权应当得到国家立法和司法的有效保障,从而让其在有效地决定甚至控制自身利益或自身命运的过程中,对诉讼程序的公正性产生认同感。契约精神的引入对刑事诉讼主体,特别是当事人而言,就是要在国家权力占优势的刑事诉讼“两造”对抗中张扬他们的程序主体空间,让他们能在某些问题的选择与处理上享有自由行动的权利,并能通过利益权衡与相对方进行合作,进而在规则许可的范围内达成合意,这样的“平等”与“自愿”无不与程序主体性理论的精神指向不谋而合。

2. 刑事诉权理论

一直以来,被誉为程序法理论领域“哥德巴赫猜想”的诉权理论几乎是专属于民事诉讼学研究的课题。近年来,开始有学者注意到诉权理论研究范围的扩展问题,提出了一种普遍意义上的诉权。如有学者认为,“诉权是任何诉讼制度的基础。无论是民事诉讼,还是行政诉讼或刑事诉讼都离不开诉权而存在。随着中国向民主、法治社会目标的迈进,建立统一的、普遍的广义诉权已势在必行。”[25]在普遍意义上,诉权是当事人进行诉讼的基本权能,即当事人进行诉讼,实施诉讼行为,请求法院依法作出裁判的权利。从程序的角度看,作为当事人在诉讼中依法享有的一项权利,诉权所要保护的是当事人救济基本权利的权利,也就是说,在公民的生命权、健康权、自由权和财产权受到非法侵害时,其有权通过救济寻求司法保护。这种保护与生命权、健康权、自由权和财产权等这些基本权利同等重要,因为“没有救济的权利只是纸上的权利”。正是基于此,从宪法权利属性的角度理解诉权也成为了不少学者的主张。如有学者就明确指出,“诉讼权在现代法治社会中亦是一种宪法权利。”[26]也有学者从权利产生的根源上探讨诉权的宪法属性,认为“诉权产生的法的依据来自于作为国家根本大法的宪法,诉权是宪法赋予国民享有的请求司法救济的权利,是实现宪法保障的国民享有的其他权利的基本权。”[27]而事实上,许多国家已将诉权列为公民的基本人权,予以宪法保护。如美国宪法第14条修正案关于正当程序的条款所蕴涵的公民救济权即是诉权的内容。日本1946年《宪法》第32条、联邦德国1948年《德意志人民基本权利法》第103条第1款均明文规定公民有请求法院裁判的权利。[28]这些规定无不是将公民通过诉讼程序寻求救济的权利作为了一项宪法基本权利。既然法治社会不可忽视公民的司法救济权,那么从时代的发展趋势看,诉权的“宪法化”就必将成为一种普遍的趋势。

从宪法的角度看待诉权的属性,为普遍意义的诉权概念提供了强有力的理论支撑,也为刑事诉权理论的成立提供了一个极具说服力的分析路径。[29]刑事诉权理论的提出,不仅为自诉案件中自诉人的实体请求权和程序启动权提供了权源,也为公诉案件中的公诉机关的求刑权和国家刑罚权的实现提供了正当性支持,这实际上也是程序诉权与实体诉权的两种表现。从宪法与诉讼原则相关联的角度,诉权理论要求“在诉讼程序上,必须保障两造享有地位平等、机会平等,以及风险平等,此系宪法上平等权保障之要求,又称‘武器平等原则’。”[30]目前,“武器平等原则”或称“平等武装原则”,已被国际社会确认为刑事审判程序的一项必要特征和公正审判的一项内在要素,并被认为是应该波及到刑事诉讼程序的整体过程中。[31]这一原则的核心是,强调在刑事诉讼过程中保持当事人,特别是犯罪嫌疑人或被告人的个人利益与以检察官为代表的国家利益间的平衡。随着这一程序理念的时代演进,控辩平等和检察官地位的当事人化已在全世界范围内被广泛地认为是科学的刑事诉讼结构的内在要求。基于此,“现代程序已经逾越了传统诉讼权的法律辩护阶段,转向公众诉讼的社会辩护阶段。”[32]也就是说,为了维护控辩间的程序平等,就应该对程序中实际参与能力较弱的被追诉一方给予更多的诉讼关照,为其积极地进行防御和有效地开展辩护提供程序制度上的双保险:一方面对国家权力的行使进行一定的约束以避免恣意、专断或过度的裁量,另一方面对被追诉者予以相应的特殊权利保障以避免力量对比中的以强凌弱。在现代型的诉讼结构中,“如果参与诉讼的一方当事人是一位国家官员……这位官员就必须被看成是代表着一位公民或者一个公民团体利益的代言人,而不是作为整体性的国家利益的代言人。”[33]因此,在刑事诉讼中,程序的推进就是诉权与国家权力,如刑罚权、审判权互动的过程。更为重要的是,刑事诉权理论的提出,就是要

强调在刑事诉讼过程中保持当事人，特别是犯罪嫌疑人或被告人的个人利益与国家利益间的平衡。

“例如，在一个刑事案件中，要想维持诉讼程序作为一场竞赛之形象的纯粹性，公诉人就必须被视为被害人的代表。”[34]也就是说，检察官不再具有类似于裁判法官般的优越地位，其对案件的处理和对程序的推进就如同当事人在程序中的处分和选择一样，只是自主意志支配下所作的一种符合法律规定的理性处分。从这样的角度看，检察机关的诉权作为国家刑罚权的组成部分，其行使的目的就在于通过证据再现案件事实，请求法院行使审判权，以裁决刑罚权的有无及其范围如何。同样，被追诉者也应具有利用程序为自己进行辩白的诉权，以对抗强大的国家诉权，双方一旦进入诉讼程序，就应该受到平等的对待。[35]既然诉权是控辩双方进行诉讼的基本权能，且更多的时候表现为一种请求权，那么，注重“独立平等”、“诚信合意”的契约化的制度安排，就是刑事诉权理论思想内核的外在体现。

3. 程序正义理论

毫无疑问，刑事诉讼制度应当追求诉讼结果的公正性。但由于现实法律规范的疏漏和人类认识能力的有限性，要求刑事诉讼程序的运作总能达到与客观事实相符合的正确结论显然是难以实现的完美理想。“我们不具有照相机一样的功能，不能准确无误地观察、固定和记忆发生在我们眼前的一切。我们所观察和描述的事物受到我们自身的认识能力、周围的环境状况、个人成见、预见倾向性的极大影响。”[36]在无法达到与客观事实相符合的裁判结论的情形下，程序正义理论的形成和展开，就为刑事诉讼程序摆脱对诉讼实体结果的依附和为刑事诉讼制度的存在提供了让人接纳的观念与理论根基。因为，“在实体的正义被相对化、纠纷所涉及的关系越来越复杂的当代社会中，以利害关系人的参加和程序保障为中心内容的程序正义观念在其固有的重要意义基础上获得了前所未有的重要性，这也是我们必须更加注重程序的理由。”[37]在程序正义的理念下，客观公正被认为是一种不可能充分实现的理想状态，[38]

对程序的认同则成为裁判结果正当性的唯一来源。这种通过程序而获得的直观公正并不是来自于判决内容的“正确”或“没有错误”等实体性的理由，而是从程序过程本身的公正性、合理性产生出来的。[39]关于这一点，美国的审判制度的提供了很好的例证。例如，在美国，地方法院的刑事判决常常被以违宪为由而撤销，其根据多半是非常技术性的程序问题。美国按照严格的程序要件去实施实质性的政策，其实并不是固守“法律就是法律”的形式性。[40]质言之，只要是严格遵守正当程序的，其结果就应当被视为是合乎正义的。从此种意义上看，“程序正义的核心与实质在于程序主体的平等参与和自主选择。”[41]因此，契约化的协商与合意对于诉讼制度所具有的工具性价值，就在于通过相关程序制度的设计和运作，促使诉讼主体特别是当事人在主动的选择性参与及协商对话中接纳并认同裁判结论，从而提高裁判结果的正当性。为此，诉讼程序的运作过程是否具有正当性和合理性，不仅要注重程序外在的理性活动形象，还有必要考量制度化的程序安排中是否内含了处于被追诉地位者的强烈感情需要或是否能唤起被追诉者对自身利益的合理追求。既然“在没有程序保障的情形下，说服极易变质为压迫，同意也就成了曲意迎合”，[42]那么以“平等对话”、“自主交涉”为核心的契约化的制度安排就不仅仅只是契合了正当性程序的外在形象，而且还在伦理规则的层面上“符合人类交往的一般道德准则”。[43]

从契约法的理念出发，所谓法律不是别的，就是当事人或相关主体间的合意。西方不少学者这样强调，法律是自由意志的公平协议、合意。如霍布斯就认为，正义的实质在于遵守有效的信约，而非正义的定义就是不履行信约。罗尔斯也主张正义的原则是一种公平的协议或契约的结果或被一致同意。[44]根据程序正义理论，诉讼程序是为了实现一些独立于裁判实体结果的程序价值而设计的，这些价值包括参与、公平以及保障个人的人格尊严等；一项符合这些价值的法律程序固然会形成正确的结果，但是这种程序和过程本身的正当性并不因此得到证明，而是取决于程序或过程本身是否符合独立的程序正义标准，因为“程序越来越成为最基本的价值根据并反过来对实质内容本身也施加深远的影响，这确实是当代世界具有普遍性的趋势。”[45]换言之，诉讼程序的运作过程是否具有正当性和合理性，不是看它能否有助于产生正确的结果，而是看它能否有利于实现一些独立于实体结论的内在价值。[46]至于这种内在价值究竟是什么，学者们则仁者见仁，智者见智。[47]但这并不影响现代司法理念对程序自身价值的孜孜追求。西方古老的“自然正义”中就强调“任何一方的诉词都要被听取”的价值追求，这样的精神后来发展成为在广义上剥夺某种个人利益时必须保障他享有被告知(notice)和陈述意见并得到倾听(hearing)的权利。现代法律程序中的知情权、辩论权和听证权，也都来源于此并被归结为“意见交涉”。[48]程序正义的尺度中离不开“交涉协商”亦或“协议同意”这类的评判标准，因为“有时人们会说，程序正义的所有考量最终都能还原为自由的协议，使得程序成为公平的恰恰是应用它们的人们同意这种运用。”[49]在刑事诉讼程序中，控辩对立双方并不是完全不存在协商解决问题的可能。这种可能性向现实性的转换同样有赖于程序中对各方意见交涉和合意的重视与尊重。“所谓合意，不是你好我好的乡愿，而是求大同、存小异的有原则的自愿。所谓交涉，不是单纯的利益交易，而是指‘在法律荫影之下的交涉’。但是，不能片面地宣扬规范和强制，轻视交涉和合意。否则，就难免在不经意之间忤逆以契约原理为核心、以程序正义为基干的现代法精神，甚至步入中国古代法家式的强制命令性法律模式的歧途。”[50]一般认为，“程序正义的核心与实质在于程序主体的平等参与和自主选择”[51]，在这样的语境中，强调现代程序是交涉过程的制度化就不无一定的道理。这又为契约精神引入刑事诉

讼提供了价值评判上的可接受性。

三、契约精神在刑事诉讼制度中的引入

随着司法应对多元社会的理念转换及现实负荷压力的增大，以主体权利尊重和自由合意为核心的契约化的制度模式，日益受到了世界各国刑事诉立法与实践的重视。在契约观念极为发达的英美，以辩诉交易为代表的控辩协商制度不仅在立法上登堂入室，而且成为了司法实践中效率化处理案件的经典范式。在欧陆各国，如西班牙、意大利、波兰，由于立法者去罪化的速度永远赶不上节节攀升的犯罪行为的数量，司法实务中也逐渐出现了各式各样变通常规司法程序的改革尝试，契约对价取向并以“合意”之名简化复杂诉讼程序的协商制度，正是其中之一。即便是在原则取向诉讼构造特别强烈的德国，其实务中也发展了一些“于量刑范围内”与被告达成合意的作法。在德国的实践中，作为程序性结案方式，逐步形成了以下三种协商形式：其一，在诉前程序约定，检察官不提出起诉书，而使诉讼程序在被告支付一笔罚金的情况下终止。其二，在诉前程序中商定，被告人可以不经主审判程序的审理，接受申请法官所发布的一项惩罚令中规定的惩罚，从而结束诉讼程序。其三，在主审判程序或者先前的程序步骤中协商，如果被告人被允许处以轻微刑罚作为回报，他就承认自己的罪行。在涉及面广的程序中，协商还可以很典型地扩展到这样的情况：如果被告人对正在进行的有关其他犯罪行为的调查予以合作，可以将那些可能对该被告的犯罪予以追究的刑事诉讼程序终止。[52]基于此，从传统刑事诉讼到引进这种盛行的协商制度，可称为是刑事诉讼的“新潮流”。[53]立足于国际视野并从广受关注的角度来看，刑事诉讼契约化的制度形态主要包括以辩诉交易、刑事和解为代表的实体利益契约，以保释和简易程序为代表的程序利益契约，以及以证据开示和污点证人豁免为代表的证据运用契约。

(一) 实体利益契约：辩诉交易与刑事和解

1. 辩诉交易的合同属性。辩诉交易是合作型刑事诉讼模式的一种表现，这种模式改变了过去带有明显的上下级思想烙印的诉讼观念，体现了一种国家和公民关系的新规定：被告人不再是仅仅局限于听命的角色，只能接受将对他人作出的决定。他感到自己有权在诉讼程序中，建设性地参与罪责和刑罚的确定。而法官和检察官的决定，往往是在同辩护人和被告人一起解决了有关的事实和法律问题之后才作出的。[54]辩诉交易实际上蕴含了作为诉讼主体的控辩双方进行自愿合意的核心理念，因为，在交易之前，被告人承担着定罪后严厉判决的风险，而相应地，检察官则承担着经提请高成本的审理后却被无罪判决而指控不能成立的风险。一项具有执行力的辩诉交易重新分配了这些风险。[55]这样的风险交换提倡的是，在契约自由的主旨下，为被追诉方自主进行利益选择与与控诉方平等开展交涉提供制度平台，一旦被告人在自愿和理智的合意交易中获得成功，就意味着其通过放弃公开审判的程序权利，在结果上“所承受的刑罚，比可能遭受的根据最高条件所作的定罪量刑，要轻得多”，[56]从而获得了自己能够接受的并在更多情况下是有益于己的实体利益。对检察官而言，其也可因交易的成功避免指控失败的不利后果并能同时最低限度地对被告人实施国家刑罚权，合意中的“双赢”有了底线的保证。[57]契约自由中，“平等互利”也同时有了制度上的保证。此外，美国辩诉交易制度实践中还存在着风险防范机制。即为保证交易的真诚性，法院必须对答辩协议进行审查，如果发现协议存在着违法之处或发现任何一方有违约行为时，法院就会给受损害方必要的救济。[58]而如果认定被告人违约，控方则可以重新起诉，提出有事实根据的更为严重的指控。显然，这样的司法控制所体现的是契约精神中的诚信观念。

2. 刑事和解中的互惠合意。作为以合意方式预防、解决争议的法律机制，和解是指“当事人约定，互相让步，以终止争执或防止争执发生之契约。”[59]刑事和解观念的诞生是西方国家20世纪下叶兴起的被害人保护运动在刑事司法领域的渗透，因为“被害人在犯罪与预防犯罪的过程中，不只是一个被动的客体，而是一个积极的主体。不能只强调罪犯的人权，而且要充分肯定和坚决保护被害人的人权。”[60]但作为法律制度，刑事和解的价值根基则主要在于恢复正义理论。这一理论认为，犯罪破坏了加害人、被害人和社会之间的正常利益关系，恢复正义的任务就是在三者之间重建这种平衡。因为犯罪不仅是对法律的违反、对政府权威的侵犯，更是对被害人、社会甚至犯罪人自己的伤害，刑事司法程序应有助于对这些伤害的弥补，为此，政府不应在对犯罪行为进行回应时权力独占，而应提倡被害人和社会对司法过程的参与。[61]在西方社会，刑事和解更多的时候只是作为一种诉讼外的纠纷解决机制予以适用的，但这并不妨碍从制度精神的层面将其纳入到诉讼制度中进行借鉴甚至立法规定。如根据《法国刑事诉讼法典》第41条的规定，共和国检察官在决定提起公诉前，可征得当事人同意进行调解。但如果共和国检察官认为采取调解更有利于补偿由于犯罪行为给被害人造成的损失时，则可依职权直接作出决定。调解成功，即释放犯罪行为人。[62]《德国刑事诉讼法典》第53条a还专门规定了轻罪案件和解后的不起诉和暂时停止审判程序。[63]和解注重的是被害人在程序中的权利和利益需求以及案件处理对社会关系恢复的良性引导，体现了现代司法对社会多元利益的关注。

可以说，时至今日，刑事和解已从一种主张由社会民众来实现恢复正义的理论创导和制度实践，延伸发展到刑事诉

讼领域，为刑事纠纷的解决提供了一种契约化的机制。在这样的机制中，被告人与被害人通过协商达成协议，就经济赔偿的数额标准和被告人刑事责任的承担进行处分，这种对当事人实体处分权的引入，不仅是刑事诉权理论的重要突破，也是刑事诉讼向民事诉讼化的方向迈出的重要一步。[64]不过，基于恢复性司法与传统司法在运作模式和理念追求上的差异，[65]作为正规司法程序中的一个程序环节，和解毕竟不是对案件的最终处理，即使是通过立法将其吸收到刑事诉讼的各个阶段，实际上也只是将加害人与被害人达成和解的情况作为案件处理时一个重要但不是唯一的考虑因素，而后通过正常的程序制度予以吸纳，如不起诉、辩诉交易等。但这并不妨碍以时代的眼光分析这一程序现象的契约元素。从契约的基本构成看，刑事和解中的双方契约主体属于被害人和加害人，契约内容是公民权利之间的交换。主持交换仪式的民间第三者、中立调停人则具有和解见证人的伦理地位。刑事和解的典型意义在于对于需国家解决的刑事纠纷由公民进行权利交易，实现刑事解纷机制的民间化。[66]而从权利行使的角度看，刑事和解是被害人与加害人进行协商后，合意解决刑事纠纷的机制。在这种机制中不仅有个人与个人的合作，也有个人权利与社会（区）或国家权力的合作，合作的双方实际上就是订立契约的双方主体，他们可以充分进行沟通、对话，也可以相互体谅、妥协进而实现权利交换，这无不是契约精神中自由、平等、合意的体现。

（二）程序利益契约：保释与简易程序

1. 保释程序中的契约拟制。从现今的语义上讲，保释是指被逮捕或羁押的犯罪嫌疑人、被告人提供担保，保证按照指定的期日出庭，并履行必要的手续后予以释放的制度。这样的制度起源最早要归因于英国诺曼早期的司法管理实践。在12世纪，英国实行法官巡回审判制度，在一些严重犯罪案件中，被监禁的嫌疑人、被告人等到巡回法官的来来往往需要数年时间。由于监管“犯人”非常耗费财力，而且很不方便，为了省事和逃避看管责任，郡长往往会将“犯人”交给他的朋友或亲戚看管以等待审判的到来。如此一来，这些看管者就成为了保证人，如果“犯人”在审判时无法到庭，保证人就可能被审判。这样，安排保释的一方实际上暗示了保证人有监管的权力（或者说义务），并且在审判时有责任将犯人提交法庭。这种做法后来被看作是现代保释制度的雏形。[67]经过国家权力与公民权利的一系列斗争，现代意义上的保释已从权力机制中得以解放，成为了被西方国家所普遍认同的诉讼人权（The

Right to

Bail），其适用程序也呈现出与常规诉讼程序相类似的三方组合形态。根据英国1976年《保释法》的规定，被追诉者在诉讼的各个阶段，即从其受羁押起，直至被定罪判刑后决定提起上诉等阶段，都存在保释问题。而且，警察局、治安法院、刑事法院都可以实行保释，任何人被警察逮捕后，除非有足够的理由证明继续关押他是合法的并由治安法官决定外，对于大多数嫌疑人来说，在被逮捕后一般都可以很快保释出去等待审判，非有法定事由，法院不得拒绝被告人的保释申请。[68]为了在保障人权的同时不放弃控制犯罪，各国大多数情况下的保释均附有条件，如自动归案、在保释期内不得犯罪、不得干扰证人作证、配合司法当局的调查行为等。从各国的具体情况看，保释过程中适用的保证形式主要有具结释放、保证人担保和财产保三种，这几种保证形式还可结合运用而并不一定得单独使用。无论是哪种保证形式，其间必然意味着有承诺以及在此基础上的个人名誉、金钱或财产上的担保。如在加拿大规定的“无保证人但附条件的保证书”保释方式中，被告人所提交的保证书相当于被告人与检察官签订的一份具有明确数额的债务合同，如果被告人不按时出庭或违反其他规定，则视为被告人拖欠检察官这些数额的金钱，检察官会采取措施对这笔钱予以没收。而在“有保证人并附条件的保证书”保释方式中，保证人将与被告人一同按照保证书的规定承担不能按时出庭或其他违反规定时所需承担的债务，在有多名保证人的情况下，这些保证人都应承担连带责任。而且，保证金既可以实际交付，也可以不实际交付而以契约的方式约定交纳。[69]可见，保释程序中的承诺与担保的基础在于控辩双方，特别是被保释一方的诚信，即对保释所提出的要求或强制性义务的信守，这样的承诺与担保实际上就是契约拟制的一种体现。

2. 简易程序适用的契约显现。“法院本身也不断地鼓励争议者通过协议解决争议……甚至在检察当局已对被告提起诉讼之后，通过协商达成协议的可能性仍不被排除。”[70]刑事诉讼活动是一项需要消耗资源的活动，“资源稀缺”使得司法机关不可能也没有必要对所有刑事案件的审判投入均等的司法资源，简单化或速决化的刑事诉讼程序由此应运而生。对于这种简单化或速决化的程序，有学者将其通称为简易程序，认为刑事简易程序是指没有检察官的正式起诉，无需陪审团参加，法官可以直接以简单的方式就案件迅速作出裁判的程序。从美国的情况看，简易程序有两种形式：司法官审理轻微犯罪程序和辩诉交易程序；[71]而从西方两大法系国家的有关立法情况看，简易程序有英美等国的辩诉交易程序和大陆法系各国的处刑命令程序。[72]鉴于简易程序是中国立法中的一个特定概念，其运作机制也与国外的辩诉交易有着很大的不同，为研究的方便，笔者将简易程序作狭义理解，即仅指需要通过书面审理或开庭审理的简易审判程序。据此，简单化或速决化的程序在当今发达国家就主要有两种表现模式：一是辩诉交易，另一种就是简易程序。[73]尽管从当今世界各国的具体情况看，简易程序的表现形式不尽相同，其适用范围也呈不断扩大的趋势，其通过简化程序环节提高诉讼效率的目的也是不言其明，但这并不意味着，考虑程序的经济性就一定要以忽视程序的公正性为代价，简易程序虽然抛弃了正当程序的部分内容与标准，但仍然符合正当程序理念的根本所在，能够保障程序的正义。[74]从世

界范围看，简易程序的适用需要经过“检察官的申请或同意、法官审查决定、被告人同意或申请”这三个不可或缺的程序环节，而最为关键的是，“凡设立简易程序的国家大都规定要征得被告人的同意。”[75]也就是说，在审判程序的繁简分流中，更应该关注的是被告人的选择权，即被告人根据自己的自由意愿，选择是否适用简易程序以及与该程序相关的其他事项的诉讼权利。从功利的角度看，简易程序选择权鼓励被告人在诉讼活动中进行利益权衡，并为被告人选择快捷、简便的程序过程进行制度安排，避免因程序的不当拖延给其带来不利的后果。从价值追求上看，赋予被告人适用简易程序的选择权，是对被告人主体地位的充分尊重，体现了刑事诉讼程序的人文关怀和人权保障功能。换言之，在价值日益多元的时代背景下，刑事简易程序在全世界范围内之所以倍受青睐，主要原因在于其价值取向不仅表现为对公正与效率所作的均衡取舍，更重要是其还体现了一定国家对被告人基于个人需求所进行自愿选择的尊重，体现了现代司法制度对被告人理性诉求的程序保障，这自然也是契约强调主体权利和自主选择的精神所向。而且，基于这样的选择，程序的进行因此而得以简化，在尊重被告人出于利益的考虑中，诉讼效率得以提高，契约中的实惠因此也得以实现。

（三）证据运用契约：证据开示与污点证人豁免

1. 证据开示的契约机理。“所谓证据开示，是庭审前一方当事人可从对方获取证言，书证及其它证据的程序。在这个程序中，双方须借助动议申请来实现证据开示的权利，并根据开示的结果修改诉讼请求的范围及证据论点。”[76]从制度层面上讲，证据开示的设立宗旨有二：一是通过信息披露实现控辩双方“平等武装”，以强化程序公开；二是强调诉讼中的知此知彼，防止举证中的突然袭击，维持程序的真实发现功能。在过去的几十年里，控方向辩方开示证据的责任在英国、美国等英美法系国家已逐步得以确立，法国、德国等大陆法系国家则通过赋予辩方查阅全部案卷的权利间接实现了控方向辩方的证据开示。由于当事人主义诉讼模式和职权主义诉讼模式的运转方式不同，两大法系国家的证据开示呈现出不同的态势。但作为一种相互披露信息的证据交换机制，其平衡控辩双方诉讼资源的功能则是共通的。这样一种机制实际上就是为了促使控辩双方公平竞争，从而让证据本身而不是突袭或者技巧来决定审判的命运，在这种交换性机制的良性运行中，控辩双方建立的必然会是一个互惠的、稳定的协作关系。[77]而英美法系国家在证据开示制度中设立的诸如“排除未开示的证据的证明效力”、“作出不利推断”、“宣布宣判无效”等制裁措施，更无疑是要求控辩双方在制度的范围内，诚实、善良地恪守自己的开示义务，这自然是契约精神的核心所在。而且，通过证据开示，控辩双方还可就法庭审判中的证据运用方法达成合意。如在英国法院进行的对抗制审判中，并不是一切证人都必须出庭作证。事实上，控辩双方可以对证人是通过亲自出庭还是通过提交书面证言的方式达成某种协议。[78]《日本刑事诉讼法》第326条规定，关于检察官和被告人已经同意作为证据的书面材料或者供述，在经过考虑该书面材料写成的情况或者作出供述时的情况后，以认为适当为限，可以将其作为证据。第327条规定，在经过检察官和被告人或者辩护人的同意后，将文书的内容或者可以预料到的若在公审期日到场时将作出的供述的内容记载于书面而提出时，法院即使不调查该文书或者作出供述的人，也可以将该书面材料作为证据。[79]从外观上看，作为传闻证据规则的例外，这样的证据运用方法体现的是现代证据规则在原则基础上的灵活性；而从价值理性的角度，这样的证据运用方法之所以具有正当性，不可否认的一点就是，其体现了诉讼制度在证据问题上对控辩双方合意的尊重，即对证据运用契约的程序确认。

2. 污点证人豁免的利益交换。所谓污点证人豁免，是指本身具有犯罪嫌疑的人，与控方达成交易，承诺为控方在与其涉嫌犯罪的行为有牵连的案件中充当证人，司法机关在其作证后不予追究或对其从宽处罚，或不将其提供的证据作为追究其刑事责任依据的一种刑事司法制度。一般认为，这一制度起源于19世纪初的英国。1806年，英国上议院准备以“严重悖逆和违反职责罪”罪名弹劾时任海军司库的麦威尔勋爵。为防止一些关键证人利用“不被强迫自证其罪特权”拒绝作证，上议院同意豁免这些证人因该案而可能受到的刑事处罚，并被免除由于弹劾的结果可能给他们带来的债务。可见，证人豁免制度的产生初衷，就在于以牺牲对部分被告人的刑罚为代价，来换取追诉更重要的被告人的证据。[80]自此以后，污点豁免制度不仅在英国本土得以生根发芽和长足发展，而且被其他国家所接受。目前，污点证人豁免制度在许多国家和地区的司法活动中得到了普遍运用。在美国的立法上，证人豁免包括“罪行豁免”和“证据使用豁免”。前者是指被许诺豁免的证人作证或提供其他资料后，不得再因证词或者提供的证据所涉及的犯罪行为提出刑事诉讼，证人因作证或提供证据而被免除刑事责任；后者是指取得豁免的证人所提供的证词或者其他资料以及根据这些资料所获得的材料，不得在随后进行的任何刑事诉讼中用作不利于该证人的证据。联邦系统采用的是“证据使用豁免”，但法律并不禁止联邦系统实行“罪行豁免”，州系统大致上两种做法各占一半。加拿大1982年《权利与自由宪章》和澳大利亚1995年《证据法》均明确规定了污点证人豁免制度，不过立法所确认的模式是“证据使用豁免”。[81]在大陆法系的德国的立法中，也有这一制度的明确规定。《德国刑事诉讼法》第153条e规定，法院组织法所称的恐怖犯罪，如果在行为之后在得知被发觉之前，行为人为消除对国家的存在或者安全或者法定秩序的危险有所贡献的，经有权管辖的州最高法院同意，联邦最高检察官可以对这种行为不予追究；如果行为人在行动之后，以向有关部门告发了与行为有关联的，事关叛逆、危害民主宪制、判国或者危害外部安全的企图方面的情况而作出这样的贡献的，同样可以不予追究。业已起诉

的，经联邦最高检察官同意，可有权管辖的州最高法院同意的前提下停止程序。1989年6月9日通过的刑法修正法引入“主要证人原则”，从而扩大了这一规定在应对恐怖犯罪中的适用范围，即当主要证人的陈述对自己的犯罪行为而言，以及对未来犯罪行为的防止有适当性及重要性时，联邦检察总长在经联邦最高法院同意后，即得不对之加以追诉。但在杀人既遂案件中适用该原则时，则该正犯得减轻至3年以下有期徒刑。而且主要证人原则经1993年2月16日的立法扩大到刑法129条规定的有关毒品、卖淫及仿冒案件中。[82]西方各国有关污点证人豁免制度的运行与立法扩展虽然说是与“不被强迫自证其罪特权”的适用原则相伴相生的，但却日益成为了各国用来打击重大和有组织犯罪的重要司法手段，这样的司法手段之所以能得以顺利推行，不仅在于其强化了控方取证的权力，而更在于这种权力获得的过程中给了犯罪嫌疑人、被告人即污点证人一种实在的利益——不再被追诉。虽然说，在控辩协商合作的过程中，国家放弃了部分案件中的正义，但这种有意的舍弃是为了能成功地追诉其他更为严重的犯罪行为，两相权衡中正义补偿得以保证，利益交换中契约也因此而得以成就。

四、结 语

契约及其理念不应专属于私法领域，因为在公法领域内，并非所有的法律关系都涉及到公益，即使在与公益有关的法律关系上，只要不违反公益，同样也有契约存在的可能。[83]在职权主义色彩浓厚的我国刑事诉讼制度中，“控辩平等对抗”这样的现代司法理念还没有得以完全树立，刑事诉讼当事人，特别是犯罪嫌疑人、被告人的诉讼主体地位还没有得到立法和司法人员的全面确认和广泛认同，平等自由、意思自治这样的契约观念还未深入市民社会，但这不能成为阻止思想播撒和观念先行的理由。在刑事诉讼制度的建构中给予契约精神以适度的生存空间，不仅契合了“私法公法化、公法私法化”的法律发展趋势，也是“国家尊重和保障人权”宪政理念的又一种表现方式。不可否认的是，刑事诉讼中国家权力的处分应该有一定的限度，这与处分原则占据重要地位的民事诉讼有着极大的不同。但从纠纷解决机制的角度，刑事诉讼与民事诉讼一样，同样是解决社会冲突的一种公力救济方式，同样需要对当事人主体权利进行制度性的保障。在这一点上，契约精神的培育与渗透就不会是南橘北枳。

注释：

[1] [古罗马]查士丁尼：《法学总论》，徐国栋译，商务印书馆1989年版，页159。

[2] 参见[日]内田贵：《契约法的再生》，胡宝海译，中国法制出版社2005年版，页1、38。

[3] 吴冠军：《多元的现代性》，上海三联书店2002年版，页169。

[4] 参见樊崇义：《诉讼原理》，法律出版社2003年版，页36。

[5] 傅郁林：《繁简分流与程序保障》，《法学研究》2003年第1期。

[6] [德]拉德布鲁赫：《法学导论》，中国大百科全书出版社1997年版，页96。

[7] 参见郭云忠：《刑事诉论谦抑论》，《当代法学》2007年第1期。

[8] 林钰雄：《刑事诉讼法》（下册），中国人民大学出版社2005年版，页197。

[9] 陈朴生：《刑事经济学》，台湾正中书局1975年版，页386。

[10] 林俊益：《程序正义与诉讼经济——刑事诉讼法专题研究》，台湾元照出版公司1997年版，页92。

[11] [美]理查德·波斯纳：《法律的经济分析》（下），蒋兆康译，中国大百科全书出版社1997年版，页734。

[12] “控制司法资源之成本，虽牺牲少数案件之程序利益，但可以累积（或换取）更多之时间、体力、精力，形成司法资源之‘资本累积’，俾便处理其他更为复杂、繁重、重大、更需要时间处理之案件，以提高整体司法功能，增进司法效率，增加更多更公平之审判机会，使司法资源得到最有效之利用。”林俊益：《程序正义与诉讼经济——刑事诉讼法专题研究》，台湾元照出版公司1997年版，页90。

[13] [日]棚濑孝雄：《纠纷的解决与审判制度》，王亚新译，北京大学出版社1994年版，页267。

[14] 参见沈冠伶：《诉讼权保障与裁判外纷争处理》，台湾元照出版公司2006年版，页49。

[15] [美]凯斯·桑斯坦：《行为法律经济学》，涂永前等译，北京大学出版社2006年版，页35。

[16] [德]拉德布鲁赫：《法哲学》，王朴译，法律出版社2005年版，页132。

[17] 德国近代杰出的法学家鲁道夫·施塔姆勒(Rudolf Stammler)就曾指出，“法律主体是一种自我目的意义上，由一定历史上出现过的法律所认可的本质；法律客体则与之相反，在相同的情况下，它被看作是一个旨在实现那些由条件决定之目的的单纯手段。转引自[德]拉德布鲁赫：《法哲学》，王朴译，法律出版社2005年版，页132。

[18] 季卫东：《法律秩序的传统与创新》（代译序），[日]川岛武宜著《现代化与法》（修订版），申政武等译，中国政法大学出版社2004年版，页7。

[19] 参见邱联恭：《程序选择权之法理——着重阐述其理论基础并准以展望新世纪之民事程序法学》，《民事诉讼法之研讨》（四），台湾三民书局1993年版，页576。

- [20] 邱联恭：《司法之现代化与程序法》，台湾三民书局1992年版，页111-112。
- [21] 《马克思恩格斯全集》（页8卷），人民出版社1961年版，页578。
- [22] 转引自刘涛：《刑事诉讼主体论论法的精神》，中国人民公安大学出版社2005年版，页87。
- [23] 陈瑞华：《刑事审判原理论》，北京大学出版社1997年版，页12。
- [24] [日]川岛武宜：《现代化与法》（修订版），申政武等译，中国政法大学出版社2004年版，页53。
- [25] 薛刚凌：《行政诉讼研究》，华文出版社1999年版，页5。
- [26] 左卫民等：《诉讼权研究》，法律出版社2003年版，页5。
- [27] 江伟、邵明、陈刚：《民事诉权研究》，法律出版社2002年版，页403。
- [28] 杨玉荣：《诉权宪法保护的价值理性分析》，《学习与探索》2007年第3期。
- [29] 有学者早在上世纪90年代就开始注意到了诉权的宪法属性，认为既然宪法保护权利的意义是普遍的，社会主体的诉权也就当然享有普遍性，即诉权是普遍之权。参见徐静村、谢佑平：《刑事诉讼中的诉权初探》，《现代法学》1992年第1期。
- [30] 沈冠伶：《武器平等原则于医疗诉讼之适用》，《月旦法学杂志》2005年第12期。
- [31] 见前注23，页261。
- [32] [德]黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆1982年版，页80。
- [33] [美]米尔伊安·达玛什卡：《司法和国家权力的多种面孔——比较视野中的法律程序》，郑戈译，中国政法大学出版社2004年版，页154。
- [34] 见前注33，页154、155。
- [35] 参见汪建成、祁建建：《论诉权理论在刑事诉讼中的导入》，《中国法学》2002年第6期。
- [36] David. A. Binder, Paul Bergman, Fact Investigation From Hypothesis to Proof, West Publishing Co., 1984, p. 6.
- [37] 见前注32，页80。
- [38] “即便法律被仔细地遵循，过程被恰当地引导，还有可能达到错误的结果。一个无罪的人可能被判作有罪，一个有罪的人却可能逍遥法外。”[美]约翰·罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社1988年版，页81。
- [39] 参见[日]谷口安平：《程序的正义与诉讼》（增补本），王亚新、刘荣军译，中国政法大学出版社2002版，页10。
- [40] 参见季卫东：《法治秩序的建构》，中国政法大学出版社1999年版，页21。
- [41] 见前注4，页235。
- [42] 见前注40，页21。
- [43] 公丕祥：《法理学》，复旦大学出版社2002年版，页88。
- [44] 参见江山：《再说正义》，《中国社会科学》2001年第4期。
- [45] 季卫东：《宪政的新范式》，《读书》2003年第12期，页51。
- [46] “不应该把诉讼的审理过程作为只是为了达到判决或者和解而必经的准备阶段，而应把这一过程本身作为诉讼自己应有的目的来把握。”见前注39，页49。
- [47] 参见陈瑞华：《从认识论走向价值论——证据法理论基础的反思与重构》，《法学》2001年第1期。
- [48] 见前注43，页226。
- [49] [英]戴维·米勒：《社会正义原则》，应奇译，江苏人民出版社2005年版，页150。
- [50] 季卫东：《当事人在法院内外的地位和作用》（代译序），[日]棚濑孝雄著《纠纷的解决与审判制度》，王亚新译，北京大学出版社1994年版，页4。
- [51] 见前注4，页235。
- [52] [德]约阿希姆·赫尔曼：《德国刑事程序中的协商》，王世洲译，《环球法律评论》2001年冬季号。
- [53] 这种潮流说白了就是“你认罪我减刑，其他的就不要再吵了”。参见林钰雄：《协商程序与审判及证据原则》（上），《月旦法学教室》第25期。
- [54] 见前注53。
- [55] Robert . E . Scott, William . J . Stuntz, Bargaining as contract, The Yale Law Journal, Vol, 101, No . 8, (Jun., 1992), P. 1914.
- [56] 宋冰：《读本：美国与德国的司法制度及司法程序》，中国政法大学出版社1998年版，页399。
- [57] 姚莉、詹建红：《刑事程序选择权论要——从犯罪嫌疑人、被告人的角度》，《法学家》2007年第1期。

[58] 参见马明亮：《辩诉交易在中国的发展前景——以契约为分析框架》，《中国刑事法杂志》2003年第2期。

[59] 王泽鉴：《合同法概要》，中国政法大学出版社2003年版，页447-448。日本学者川岛武宣也指出，“所谓和解，即当事人相互让步、确定彼此的权利、义务，从而达成终止纠纷的协议（一种契约）。”[日]川岛武宣：《现代化与法》（修订版），申政武等译，中国政法大学出版社2004年版，页177。

[60] [德]汉斯·施奈德；约阿希姆·施奈德；德施奈德：《国际范围内的被害人》，许章润等译，中国人民公安大学出版社1992年版，页419。

[61] 参见向朝阳、马静华：《刑事和解的价值构造及中国模式的构建》，《中国法学》2003年第6期。

[62] 参见《法国刑事诉讼法典》，余叔通、谢朝华译，中国政法大学出版社1997年版，页23。

[63] 参见《德国刑事诉讼法典》，李昌珂译，中国政法大学出版社1995年版，页73。

[64] 陈瑞华：《刑事诉讼的私力合作模式——刑事和解在中国的兴起》，《中国法学》2006年第5期。

[65] 恢复性司法在外延上要比刑事和解更为宽泛，它注重的是对犯罪的非正式控制，强调切断罪与罚之间的连结，主张以积极的修复责任取代惩罚，并认为如此才能实现正义。当然，强调社区的参与对于提升刑事司法制度的整体效率而言也有积极的意义，那就是，将比较轻微或不重要的案件交给社区，以便有效减轻司法机关的负担，并且将焦点集中到重大或比较受社会瞩目的案件。参见谢如媛：《修复式司法的现状与未来》，《月旦法学杂志》2003年第3期（NO. 118）。

[66] 朱德宏：《回应型司法与刑事契约》，《国家检察官学院学报》2005年第6期。

[67] 参见汪建成、杨雄：《从英美保释制度看我国取保候审制度存在的问题及出路——兼论我国取保候审制度的出路》，陈卫东编《保释制度与取保候审》，中国检察出版社2003年版，页308。

[68] 参见卞建林、刘玫：《外国刑事诉讼法》，人民法院出版社、中国社会科学出版社2002年版，页349-350。

[69] 宋英辉、何挺：《我国取保候审之完善——以加拿大的保释制度为借鉴》，《法学评论》2007年第5期。

[70] [美]埃尔蒙：《比较法律文化》，贺卫方等译，生活·读书·新知三联书店，1990年版，页156。

[71] 刘根菊、温小洁：《对中外刑事简易程序中几个问题比较研究》，《政法论坛》1998年第6期。

[72] 见前注23，页379。

[73] 有学者将基于提高诉讼效率而出现的刑事诉讼发展趋势称为“刑事程序简单化”，辩诉交易和简易程序则是当今世界各国实现刑事程序简单化的两种主要路径。易延友：《刑事诉讼法》（第2版），法律出版社2004年版，页371。

[74] 陈卫东、李洪江：《正当程序的简易化与简易程序的正当化》，《法学研究》1998年第2期。

[75] 陈光中、严端：《刑事诉讼法修改建议稿与论证》，中国方正出版社1995年版，页310。

[76] 宋冰：《读本：美国与德国的司法制度及司法程序》，中国政法大学出版社1998年版，页12。

[77] 参见刘根菊等：《刑事司法制度新论》，北京大学出版社2006年版，页282。

[78] 陈瑞华：《在公正和效率之间——英国刑事诉讼制度的最新发展》，《中外法学》1998年第6期。

[79] 《日本刑事诉讼法》，宋英辉译，中国政法大学出版社2000年版，页75。

[80] 参见何家弘：《证人制度研究》，人民法院出版社2004年版，页267。

[81] 孙长永：《沉默权制度研究》，法律出版社2001年版，页105-106。

[82] [德]克劳思·罗科信：《刑事诉讼法》，吴丽琪译，法律出版社2003年版，页108。

[83] 霍海红：《民事诉讼契约的意义追问》，《华东政法学院学报》2007年第1期。

原载于《中外法学》2010年第6期

