



您的位置: [首页](#) >> [阅读文章](#)

阅读文章

Selected Articles

作者授权 本网首发

辩诉交易中国化之契约观视角

冀祥德

阅读次数: 3692

使用大字体察看本文

更多▲

特聘专家

法学所导航

走进法学所

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

博士后流动站

学友之家

考分查询

专题研究

五四宪法和全国人大五十周年
周年纪念专栏

最新宪法修正案学习与思考

公法研究

电信市场竞争政策

证券投资基金法

【摘要】 契约观念是辩诉交易制度生成与发展的文化基础，是这一制度在争议不断的责难声中仍然弥久不衰的内在动力。只有在弘扬契约精神、尊重社会价值多元化的国度，才能培育和支持辩诉交易制度的运行。从契约观的视角不难看出，辩诉交易中国化应予缓行；其在中国的移植与引进，当须诸方面促就国人契约观念之积淀。

【关键词】 辩诉交易 契约观 平等 自愿 合意 互利 诚信

辩诉交易 (plea bargaining) 率先产生于19世纪的美国，正式的辩诉交易制度出现在20世纪30年代，1970年美国联邦最高法院在Brady v. US一案中用判例的形式确认了辩诉交易的合法地位，后来《美国联邦诉讼规则》正式确定了辩诉交易制度。在英美法系国家，辩诉交易制度成了刑事诉讼不可缺少的组成部分，大陆法系国家也借鉴了这一制度，辩诉交易得到了普遍发展。尽管这一制度从一诞生就伴随着褒贬不一的争议，但是辩诉交易并没有因此而有所削弱，反而持续稳定地发展。究其原因是多方面的，但其中有一点是极其重要不容忽视的，即孕育辩诉交易和滋润辩诉交易的理论土壤，而刑事诉讼的契约观就是其中之一。

一、辩诉交易产生和发展的契约观背景

契约观念由来已久，按照何怀宏先生的观点，契约观念有主要见之于罗马法的经济法律概念的契约，主要见之于《圣经》的宗教神学概念的契约，主要见之于中世纪末霍布斯、洛克、卢梭等人的著作的社会政治概念的契约和主要见之于康德、罗尔斯著作的道德哲学概念的契约，[1]可见，契约观念涉及的领域范围是广泛的，无论在哪一个方面，人们对契约都不陌生。从法律意义上讲的契约观念的思想始于古罗马法，古罗马是一个简单商品经济高度发展的社会，订立和履行契约是商品生产者进行商品生产和交换时一种常见的活动，作为对现实经济生活的思想反映，契约观念随之产生并随着社会经济的发展而不断发展，并辐射到其他领域。工业革命从18世纪60年代开始，带给各主要资本主义国家翻天覆地的变化，工场手工业步入机器大工业阶段，商品经济得到空前的发展，到了19世纪，社会分工进一步细化，近代意义上的工业部门得以建立，商品的范围在不断扩大，连劳动力本身也成为可以交换的商品，社会交往可以被看作是“一种至少是两个人之间的交换活动”，我们到处可以看到交换，“不仅在市场关系中而且在友谊中，甚至在爱情中，以及在那些以亲密性形式出现的多种社会关系中，邻居们交换恩惠，儿童们交换玩具，通事们交换帮助，熟人们交换礼貌，政治家们交换让步，讨论者们交换观点，家庭主妇们交换烹饪诀窍。” [2]经济契约关系的扩展促进契约观念的深化，促进人们对合乎意愿的公平正义秩序的渴望，促进契约自由的法律原则化，《法国民法典》和《德国民法典》确立了契约自由是实定法上的一项基本原则，在英美法系国家，契约自由也同样成了契约法的基础。契约自由并不仅仅局限于此，契约的精义还扩展一

切注重人格自由、平等和意思自治的国家制度之中。从政治体制上看，资产阶级革命胜利以后，英、美、法等资产阶级国家相继建立，他们按照社会契约的理论建立代议制民主政治体制，因此在人们的心目中，国家和政府产生的基础是老百姓的共同订立的社会契约，国家和政府的权力来自于人们自然权利的让渡。所以，在代议制政体中，捍卫契约自由是政府的职责，这个原则不仅属于私法，也是构建代议制政体的宪法基础，契约自由成了市民社会和政治国家的“共同纲领”，[3] 契约观念从社会经济生活和私法领域进入了政治法律制度的视野。

在年轻的资本主义国家美国，虽然契约观念的历史并不悠久，但是却从英国继承了契约的理论和实践，并结合自由经济为主导的社会实际渐渐独立，并形成了自己的特色。19世纪30年代的美国，商品经济高度发达，契约是市场交换的日常化手段并随着国际贸易的发展和国际市场的开拓而进一步完善；社会契约论的思想影响了潘恩、杰弗逊等人，1776年的《独立宣言》和1787年的《美利坚合众国宪法》充分吸收了这些思想，代议制的政治体制获得坚固的地位，美国的社会制度按照契约宪政的方式运作，奠定了美国传统文化的根基；古典自然法思想和自由主义的哲学思潮在美国广泛传播，并且对法官们产生了深刻的影响。自由主义和意思自治深深根植进美国人的生活观念和法律价值观念之中，并渗透到了司法制度的领域，法律表现出对个人意思自由的前所未有的尊重和保护，契约自由成了公法和私法的连接点，[4] 导致了各种公权（力）利处理的私权化，刑事权力（利）处理民事化。[5] 在刑事诉讼中，面对由经济飞速发展、工业化和移民等所带来的矛盾积聚和冲突而导致犯罪率居高不下，有限的司法资源不堪过重的案件负担，一些大城市的检察官开始尝试定罪量刑的“契约交易”，在法院的走廊内甚至咖啡厅内，检察官和律师经过短暂的交谈，无须证人到场，而直接将交谈达成的协议交给法官，法官不组织正式开庭而直接作出判决。由此可以看出，辩诉交易实际上就是一宗契约或一纸合同，是控辩双方就案件的解决所达成的合同。[6] 这种特殊的契约交易把社会矛盾吸收到诉讼领域进行解决，阻止了民众的不满和冤屈流向社会，而且还在尊重被告人意愿的基础上于开庭之前予以解决，因此辩诉交易在19世纪30、40年代及以后的美国发挥维护社会安定、保障经济发展的重要作用，这种做法得到了拥有深刻契约观念的民众的理解和支持。无法想象在一个契约观念并不发达的国度，被告人的判罪处刑问题可以用来交易，国家的司法权力可以用来交易，无价的正义可以用来交易，而在美国，当事人可以自由处分诉讼中的请求和标的，检察官享有独立的裁量权，检察官和代表被告人利益的律师可以私下进行协商，协议的结果就两造双方讨价还价的交易产物，可以说契约自由的观念是辩诉交易得以产生和发展的内在动力和坚强支撑。

在英国，辩诉交易虽然没有像美国那么显赫和盛行，但是英国法院在司法实践中的确在应用辩诉交易并得到了上议院的认可；受英美法系影响的香港、加拿大也确立了辩诉交易；传统的大陆法系国家如德国、意大利等国不同程度地吸收了美国式辩诉交易的元素，建立了有各国特色的辩诉交易制度，俄罗斯刑事诉讼法也在2002年7月1日正式引进了“认罪交易”。分析比较以上确立辩诉交易制度的国家，其共同点之一就是契约观念在这些国家的深厚基础使得辩诉交易制度才能得以建立和发展。辩诉交易本身是一种契约，是“典型的增加价值的协议”，[7] 高度发达的契约观念是其产生和发展的文化土壤。辩诉交易制度实际上是根据契约原理而设计的，反过来，也只有契约文化十分浓厚的国度里，其正当性才不会从根本上被动摇。[8]

二、辩诉交易制度的契约观内容

不但辩诉交易制度的产生和发展是以契约观为其理论基础的，而且辩诉交易制度本身包含着契约观方方面面的内容。

1、平等

“平等”是契约观的重要内容，交易活动是在当事人双方权利对等、义务对等、地位对等的情况下进行的，并且这种平等性得到对方的认可。在辩诉交易中“平等”就体现为控辩双方人格和地位的平等，这种平等可以说是刑事诉讼中的强权和特权的否定。控辩平等是辩诉交易制度的结构基础，为辩诉交易的进行提供了主体条件。控方和辩方地位的平等在奉行当事人主义诉讼机制的英美法系国家比奉行职权主义诉讼机制的大陆法系国家得到了更好的体现，只有在当事人主义的诉讼环境下，在对抗制诉讼程序中，控辩双方才能真正的平等，从而享有当事人的独立处分权。

(1) 辩诉交易中的控方：在两造对抗、当事人主义的诉讼模式之下，公民和国家在诉讼中的地位是平等的，不存在行政关系中的隶属与强制。检察官作为当事人一方参加辩诉交易，与律师进行协商谈判的资本就是其手中掌握的广泛的自由裁量权，当一个案件可能负担败诉风险的时候，检察官就可以行使自由裁量权与辩方进行讨价还价，放弃部分控诉，以换取被告人的有罪答辩。检察官在刑事诉讼中享有如此广泛的自由裁量权是有其深刻的政治原因和法律原因的，在美国，检察官由选举产生对选民负责，办案质量要接受舆论的监督，这种监督对检察官的政治生涯关系重大，因此，检察官会为提高胜诉率而做一切努力，很重要的一方面就是动用自由裁量权，进行辩诉交易，获取被告人的有罪答辩，以一纸协议结束案子。由此可见，检察官在辩诉交易中类似于民事诉讼中的原告，与被告处于平等的地位，享有一系列的权利处分权。

(2) 辩诉交易中的辩方：与检察官的自由裁量权相对应，被告在辩诉交易中享有对权利的完全处分权，才能与控方进行平等的交易。被告作为理性的个体，在自己面临被判重罪的情况下，有权选择有罪答辩，从而达到最有利于自己的目的。宪法中确立了被告人与检察官地位的平等；在刑诉中，有证据开示制度保证被告方获得与控方对等的信息，使被告方有能力和控方处于实质上的平等地位；在司法实践中，有发达的辩护人队伍为被告提供交易帮助，不至于使势单力薄、缺乏法律专门知识的被告人无力与检察官抗衡。

2、自愿

"自愿"是契约得以达成的前提,在辩诉交易中被告人作出的有罪答辩必须是出于自愿,否则辩诉交易不能得以成立。在美国,一旦被告对控方的指控作有罪答辩,就意味着被告自动放弃了宪法中规定的三项权利:反对自证其罪的权利、要求陪审团审判的权利和对不利于自己的证人的质证权利。因此,法官在接受有罪答辩前,必须询问被告,确认被告是出于真正的自愿,并且告知被告作出有罪答辩的后果,一旦得知被告的意思表示是非自愿的,法官不得接受有罪答辩。在美国还有一系列的诉讼制度保障被告在作有罪答辩时是出于完全的自愿,而非检察官的威逼利诱,如沉默权的赋予、证据开示和律师辩护等。

3、合意

契约是建立在相互意见一致的合意基础之上的,每个人只对自己的行为负责,只有在这样的基础上建立起来的关系才对所有当事人有约束力,并导出契约必须信守的结论。[9]辩诉交易本质上是控辩双方在利益驱动之下与对方达成的一种合意,合意的内容是进行风险的交换,就控方而言,是减轻指控罪名、减少指控罪数及减轻量刑等;就辩方而言,是承认有罪。若是控辩两方达不成合意,那么辩诉交易和一般民事合同一样无法成立。传统的正规刑事诉讼是非合意性的,这在我国的刑事诉讼中可见一斑,两方无法就定罪量刑进行讨价还价,更无法将讨价还价的结果交给法官,检察官承担着被告可能被判无罪的风险,被告承担着可能被判重罪重刑的风险,刑事审判的结果对双方来说都是不可预测的。而辩诉交易克服了这种传统刑事审判的非合意性,满足了人们追求未来生活确定性、避免冲突的愿望。[10]控辩双方的合意并不是一般意义的妥协,而是在平等自愿的前提下进行的,其基础还是控辩平等的对抗,只不过这种对抗是私底下的以协议的方式完成的。

4、互利

从制度和功能的角度来说,契约是立约人认为对自己有利,对对方也有利的一种交易,没有这一点,双方当事人无法进入契约关系,由此可见,契约是一种世俗的实用主义的活动。在辩诉交易中,互利是促使控辩双方进行交易的动力。在普通的刑事程序中,审判的结果是非赢即败,而通过辩诉交易可以使控辩双方达到"双赢",检察官避免了昂贵诉讼成本之下的无罪判决的风险,节约了司法成本并达到尽快惩罚的目的;被告避免了受到最严重惩罚的风险,也避免了长期羁押的身体痛苦和和公之于众的精神痛苦,被害人还可能在交易中获得被告人给予的经济补偿,辩诉交易使各方得到了利益,这是一种互利互惠的机制。

5. 诚信

诚信是契约观的要素之一,契约本身是在当事人合意的基础上建立的,当事人的合意自然导出"约定必须遵守"的规则,而契约反过来又使诚信制度化,使得诚信通过制度化的手段和社会组织手段明确下来,对守信的人给予奖励,对不守信的人给予惩罚。[11]在辩诉交易中控辩双方达成交易协议,被告不得随意撤回答辩,检察官不得随意反悔。根据《美国联邦刑事诉讼规则》第32条(d)项规定,只有被告人说明理由,法庭才允许其撤回有罪答辩。检察机关,在协议达成以后也要兑现事先的承诺,被告人与检察机关有了答辩交易,法庭应该确保被告人获得报酬,同时在确定检察机关是否履行约定时,可以适用合同的原理,即,被告人履行义务,政府受此约束。如果被告从政府那里得不到充分的回报,那么辩诉交易就会存在潜在的不公平。

三、契约观在辩诉交易中的独特功能

相对于实用主义哲学观基础、当事人主义的诉讼结构基础和其他沉默权等共生基础,契约观基础在辩诉交易发挥着不可替代的独特功能,具体而言,体现在以下几个方面:

首先,契约观念在辩诉交易中的运用有利于纠纷的解决。刑事法院是一个解决各种具体纠纷的判决场所,[12]应该说,"解决纠纷"也是诉讼所应追求的基本目标,当事人对于司法的期待是判决书给予一个合理的解决方案,而最终化解纠纷。但是刑事诉讼与其他的纠纷不同,因为刑事诉讼的控告方是政府,纠纷发生于政府与被告人之间,而不是平等的私人之间,因而传统的刑事诉讼制度更侧重于国家公权力的实现、政府权威的伸张和对被告人进行强制的惩处,而不是侧重于真正地解决已经产生的纠纷,传统的审判结果可能一方面没有解决原有的纠纷而另一方面产生新的纠纷如上诉、抗诉、申诉等。契约观在辩诉交易中的运用正好弥补了传统刑事诉讼的缺憾,因为契约观反映了双方之间的和平关系,而不是你死我活的暴力关系,契约之中形成共同的意志,用文明的方式履行共同意志,从而解决各种矛盾纠纷,黑格尔就此曾指出,"契约是一个过程,在这个过程中表现出并解决了一个矛盾。"[13]辩诉交易通过协商和说服,最大程度地尊重和满足当事人的愿望,达到双方都满意的效果,并且也因为契约的选择是出于当事人理性和自愿,纠纷得以解决,当事人双方能心悦诚服地接受法官的判决。

其次,契约观念在辩诉交易中的运用有利于节省司法成本、提高司法效率。当事人主义的诉讼结构是辩诉交易的制度基础,然而这种竞技式的诉讼程序的成本是昂贵的,在美国正式程序包括检察官收集证明被告人有罪及罪重的证据交给法官或者陪审团,证人从四面八方到法庭上作证,控辩双方进行交叉询问等等,当事人主义的诉讼结构使被告人被指控到庭审判到判决的整个过程复杂而冗长,同时,美国刑事诉讼法中为了保护人权规定了很多正当程序规则,导致侦控机关在办案过程中不得不要受到诸多的限制,诉讼成本大量投入,效率低下。如果完全运用正当程序审理案件,诚然能最大程度地实现司法公正,但司法体制会不堪重负,甚至慢慢瘫痪。但是,获得审判是公民的一项正当权利,国家不可能以财政理由拒绝公民的权利要求,否则,本应由诉讼解决的纠纷会流向社会,导致私力救济的泛滥,因此寻求一种低成本、高效率的审判方式显得尤为重要。契约观在诉讼中的运用显得经济合理,从法律经济学的理论上说:当事人各方合意被认为是纠纷解决方式中成本最低,而收益最高的选择,实现公平与效率的最优平衡点。[14]辩诉交

易"之所以发展和盛行,至少有部分原因是在于它帮助案子快速而便宜地通过法院这个流程,证人、陪审员和复杂的流程都不需要了,检察官员能够安全地预测到任何一个案子的处理都只需要五到十分钟。"[15]2002年4月19日,黑龙江省牡丹江市铁路运输法院运用辩诉交易审理孟广虎故意伤害案仅仅用了25分钟而迅速结案,这与传统刑事案件久拖不决、超期羁押、上诉、申诉、抗诉等无止尽的讼累形成鲜明对比,也突出了辩诉交易节省司法成本、提高司法效率的优点。

再次,契约观念在辩诉交易中的运用有利于在刑事诉讼中贯彻人权的观念和民主的精神。契约下的合意使得被告可以和民事诉讼的当事人一样自由处分诉讼权利,被告在某种程度上掌握了自己的命运,而不是被动地成为追诉和审判的客体,通过辩诉交易解决的案件不会出现诉讼请求被搁置、身体自由被束缚、公开审判下被曝光以及对不确定的审判结果的猜测和惶恐。由此可见,契约观念和专权专政相比,其特点就在于真正实现参与者的主体性,体现对人权的尊重。另一方面,我们通过辩诉交易中的契约观念可以看到,在最严肃的刑事诉讼领域内,政府与公民在人格上是平等的,并且这种平等通过协商机制得到实现,这是民主精神高度发达的表现,也对整个诉讼制度乃至公权领域弘扬民主精神起着典范和促进的作用。

四、从我国国人契约观之现状看辩诉交易的引进

从长远来看,辩诉交易的引进具有该当性,[16]但是当一制度涉及到"引进"的时候,总要考虑此项制度产生的根源和文化背景,考虑制度的引进是否可行和合理,考虑本国的当前国情是否具备了相应的条件。辩诉交易依赖于契约自由、崇尚权利的文化环境,契约自由的文化环境反过来又给予辩诉交易以强有力的支持,因此引进辩诉交易制度不能脱离对本土契约文化的考察,笔者试从我国目前的契约观水平浅析辩诉交易的引进时机还未成熟。

与西方国家相比,中国的契约观念较为单薄。这里涉及到复杂的社会历史原因。首先,古代不发达的商品经济是抑制契约观念发达的经济原因,我国历史上一直实行"重农抑商",商品经济在封建时期一直受到压制,与商品经济对应的契约观念也无法像西方国家那样得到良好的培养。其次,漫长的中央集权的封建制度统治是抑制契约观念发达的政治原因,一元制的政治模式使得中国形成了"权力本位"的传统,契约自由所依赖的"权利本位"十分薄弱。再次,家族本位和国家本位的思想观念是抑制契约观念发达的文化原因,亲亲尊尊的德礼原则倡导维护宗法关系和等级制度,强化个人义务,漠视私人权利,这种源远流长的儒家思想统治无疑是对契约观念的排斥和抵制。鸦片战争的炮响带来西方契约文明在近代中国的传播,然而这种传播是粗浅和局限的,先进知识分子建设契约国家的美好设想在封建顽固势力的遏制下流于破产。新中国成立以来,长期的计划经济模式强化了"权力至上"的观念,文革等运动破坏了人们之间的信任。八十年代以来,我国在一种突然的状态下,开始运行市场经济模式,而不像西方有一个顺其自然的过程,我们在还没有充足思想准备的情况下,就要面对市场经济及其随之而来的一系列观念的冲击,不免产生了歪曲和和偏差。处在社会转型期的今天,诚信的缺乏是我们日常生活中屡见不鲜的现象,假冒伪劣充斥市场,欺诈毁约随处可见。另一方面中国契约观念的淡薄与我国市场经济的发展水平紧密相关。尽管随着改革开放的进行和市场经济的发展,交易在日常生活中已经不再是新鲜的事情,并且交易的范围逐渐扩大到公共管理的领域,人们的思维中也无形的灌入了交易的理念,在现在的国民看来,似乎什么东西都是可以用来交换的,"商品"的外延在不断扩展,但是契约的外化形式虽然可以建立,而非源自本地的契约精神却不能扎根,目前我们的契约观念尽管有些发展却还没有能够渗透到司法公正的领域,人们普遍认为,国家和政府永远是高高在上,怎么可能和被告人在"法院的走廊上或者咖啡厅"私下进行协商,况且司法是正义的最后一道防线,在这道防线内,是不可以交易的,否则就是司法腐败。孙永教教授曾说:"正义无价,如何上市?"[17]

反映在刑事诉讼的层面,契约观念更无用武之地。首先,检察官在刑事诉讼中处于明显的强势地位。在我国,检察官不仅以国家公诉人的身份出现在刑事诉讼中,身负惩处犯罪、伸张正义的任务,而且还承担法律监督的使命,是法官之上的法官。换言之,检察官在刑事诉讼中处于特殊的上级位阶,相对于被告人来说,其强势地位不言而喻。这种情况与辩诉交易中检察官的当事人身份相之甚远,使得控辩双方处于严重不平等的地位,契约观念的应用缺乏最根本的前提。其次,被告人在刑事诉讼中处于客体地位。尽管理论界已经普遍承认被告人是诉讼的主体,但是事实上,从侦查阶段开始直至审判阶段,被告人基本上还是被追诉的客体。因为不享有沉默权,被告人的消极对抗权利无从保障,而只能一味地"如实回答";因为没有证据开示制度,被告人一方所掌握的信息量与控方所掌握的信息量是不对等的,被告缺乏与控方对抗的最重要的武器;再加之,我国刑事辩护律师制度存在着严重的缺陷,律师权利无论在立法上还是在现实中,都受到了方方面面的束缚和制约,导致被告人没有能力和检察官进行均衡对抗。契约观念的应用缺乏事实上的基础。再次,司法体系缺乏诚信的精神,在中国实体法上确立了自首、立功制度,在程序法上规定了裁量不起诉以及自诉案件的和解制度,并且长期实行"坦白从宽"的刑事政策,但是却没有规定侦查机关如果不信守诺言的后果,犯罪嫌疑人即使坦白了,他(她)也未必能够得到"从宽"的待遇,这样的现象是普遍存在的。

人类社会的经验早已证明,真正的法治秩序的建构不是依赖于强力,而是靠信仰。[18]包括辩诉交易制度在内的任何制度,只有得到社会公众的认同,才能进一步讨论其设计、通过或者贯彻的问题。因此,从契约观这一辩诉交易的理论基础出发,看待中国对辩诉交易的引进,笔者得出否定的结论,我国目前的契约观发展水平还不够成为辩诉交易生根发芽乃至茁壮成长的理论土壤,辩诉交易在我国应当缓行。

五、辩诉交易中国化的契约观改造

诚然,我国目前的契约观水平还未达到辩诉交易制度所要求的契约观基础,辩诉交易不能当即引进,

但是展望未来，辩诉交易制度在提高诉讼效率、降低诉讼成本、节约司法资源、增强诉讼民主、尊重被告人人权等方面的积极意义使得这一制度的引进及其本土化，成为我国刑事诉讼发展的必然。然而我们不能坐等其成，而是应该从内在机理和配套制度等各方面创造条件，促使引进时机不断地成熟。就强化契约观基础来说，笔者以为我们当作以下努力。

1、发展市场经济，实现经济全面契约化

如前文所述，商品经济的发展是契约从交易形式发展到社会文明的根本原因，也是契约观念深入人心的根本原因，经济的全面契约化有利于推动契约观念和契约精神的普及。当代中国要实现经济领域的全面契约化，就在于继续发展市场经济，使得契约在市场经济的环境中，承担市场主体和市场机制的纽带作用：传递交易信息，设定交易权利，优化资源配置，使契约逐渐成为经济活动的主角。自改革开放以来，我国在市场经济建设方面取得的成就有目共睹，但是从计划经济到市场经济的转型并非短期就能完成的事情，更何况我国传统文化造就了契约文化的淡薄和对计划运作的依赖，在新形势下，部分国营企业久久走不出困境就是一个例子。我国的市场经济起步较晚，并且与之相配套的保障制度尚未健全，实现经济全面契约化是当务之急也是长期任务。我们当更注重研究市场经济、契约经济的表面形式、内在规律及其实现方式，按照市场经济本身的法则和要求来组织经济建设，切实创造一个有利于生产要素尤其是劳动力要素自由流动的公平、公正、公开的环境，[19]引导市场主体按照契约自由的精神和方式在市场中自由选择、自由缔约和自由流动。契约广泛地覆盖各种经济活动，包括对外经济活动，并且契约（合同）自身成为约束权利义务主体的“法律”，即经济的全面契约化，必将推动社会其他领域契约制度的完善和契约精神的培育，从根本上深化国民的契约观念，为辩诉交易这一特殊的契约制度的引进做好坚实的准备。

2、发展民主政治，实现政府行为契约化

政府行为契约化是契约观念从社会经济生活和私法领域向政治法律制度渗透的表现，在政府和市场的关系上、政府和企业的关系上、政府与人民的关系上以及政府与其工作人员的关系上，按照契约的理念和途径规范政府行为，约束公共权力，从而更有效地防止政治腐败，更好地保障人民主权。近些年来，政府体制改革、民主政治建设已被提上日程，并且在简政放权、加强基层民主和依法治国方面取得了进展，但是由于高度集权体制和观念的遗留影响，目前的政府运作模式离政府行为契约化的目标还存在着相当的距离。我们当进一步实行党政分开，放权企业自主经营，加强政府宏观调控，推行公平、公开、公正的公务员制度，实行依法行政，贯彻行政复议制度、行政诉讼制度、行政合同制度、行政赔偿制度等，使我们的政治生活更符合民主政治的要求，促使政府和人民之间形成委托与被委托的关系，也就是在法治的基础上形成契约关系。相信，政治生活的民主化、政府行为契约化，将为契约自由的正当化和合理化提供制度领域的平台，为全社会范围内确立契约责任的理念、奠定契约观念的基础发挥重要作用。

3、完善契约法律制度，重构契约法治观念

契约法律作为契约观的理性设计和保护体系，其完善程度直接影响着对契约交易的规范和保障程度，影响着契约观念的深化程度。世界上凡是实行市场经济的国家，都不约而同地把契约法的创制提到十分重要地位，有的国家甚至对契约交易的法律规定的十分详尽而具体。例如，在《德国民法典》中，有关契约规范的条款为763条，而在《法国民法典》中，有关契约规范的条款竟多达1118条，几乎占了全部法典条款的50%。[20]我国于1981年、1985年和1987年先后制定了《经济合同法》、《涉外经济合同法》和《技术合同法》，对商品经济的发展起到了积极的调整作用，后来随着经济运行模式的转型，合同法也相应地作出了修改，于1999年出台了新的统一合同法，这是我国契约立法在经济转型时期取得长足进步的表现。在我国加入世界贸易组织之后，契约交易进一步从国内领域向世界领域扩展，合同法尤其是涉外合同内容还要相应地作出修改；或者随着我国制定统一民法典步伐的加快，作为大民法体系内容之一的合同法也将被纳入民法典。总之，契约（合同）法律制度的完善，将为契约法治观念的培育奠定法律制度的基础。契约法治观念是以权利义务为核心的法治文化观念，是对权利本位和义务秩序的认同，在以往的时期里一直没有得到伸张和发扬，在今天市场经济蓬勃兴起、契约法律进一步完善的时期，契约法治观念的重构有了时代的契机。完善契约法律制度，重构契约法治观念，有利于契约观基础的积累，为建立在契约观基础之上的辩诉交易制度的引进起到不可忽视的作用。

4、倡导建立在契约观念基础之上的市民社会生活

经济全面契约化、政府行为契约化和契约法律制度完善化，这三方面对于国民深化契约观念来说，是被动的；国民要主动建立对契约精神的信仰，更多地在于建立在契约基础质上的市民社会生活。日常生活中，人与人之间的关系是纷繁复杂的，包括朋友关系、夫妻关系、同学关系、同事关系、邻里关系、陌生人关系等等，不胜枚举，倡导契约社会关系，就是倡导在这些社会关系中，建立基于当事人之间的自由平等、自愿合意的契约关系，淡化生活中的强权暴力、强制服从色彩。契约基础之上的市民社会生活，并不是人们之间的交往都是自私的交换，也并不是强调对精神道德等价值的漠视，而是尊重公民以权利本位面对市民社会生活，在公平竞争、互惠交换、崇尚开拓进取、鼓励社会成就的市场经济中，进行自主创造、自由选择、自我负责和互利合作，力求超越群体本位的生存、归属逻辑而突出个性发展，力求打破超常的纵向政治隶属和血缘纽带而强调平等的利益联系和契约精神。[21]人们在生活中切实体会到契约的普遍性，也体会到契约精神的可贵性，从而主动培养对契约的外化形式及内在灵魂的理解和追求，从而真正实现梅因所言之“从身份到契约”的转变。

我们必须清楚：国人契约观念的培育不是一蹴而就的事情，我们当从诸多方面努力，促使契约文化成为中华民族的一种整体自觉文化。届时契约观念深入人心并且广泛渗透到刑事诉讼的领域，法律专业人士

和普通民众都能接受并产生对辩诉交易的需求,那么辩诉交易引进的契约观基础才谈得上基本具备。在这个历程中,同时进行着刑事诉讼制度的改进完善,沉默权、证据开示等一系列配套制度的建立,职权主义的诉讼模式更多的借鉴吸收当事人主义的诉讼模式,被告人权利得到进一步尊重和保障,控辩双方的地位从法律上和实践中趋于平等,侦检机关更加信守承诺,辩诉交易引进与移植的时机方才成熟。

参考文献:

- [1]何怀宏. 契约伦理与社会正义-罗尔斯正义论中的历史和理性[M]. 北京:中国人民大学出版社, 1993. 10, 17, 25, 39.
- [2][美]彼德·布劳,孙非、张黎勤译. 社会生活中的交换与权利[M]. 北京:华夏出版社, 1998. 1, 5, 104.
- [3]姚新华. 契约自由论[J]. 比较法研究, 1997, (1).
- [4]苏号明. 论契约自由兴起的背景及其价值[J]. 法律科学, 1999, (5).
- [5]郑丁足. 美国辩诉交易制度的无奈[J]. 政治与法律, 2002, (5).
- [6][8][10]汪建成. 辩诉交易制度的理论基础[J]. 政法论坛, 2002, (6).
- [7] R. bert E. Sc. tt、William J. Stuntz .Plea Bargaining as C. ntract :Essentials . f F. reign Criminal Pr. cedure Law Press. China2000 P298.
- [9]袁祖社. 契约关系的基本原则与马克思主义的契约观及其现代意义[J]. 新疆社会科学, 2003, (2).
- [11]洪波. 论诚信的地位变迁-传统伦理文化的当代转型[J]. 江海学刊, 2003, (3).
- [12][美]爱伦·豪切斯泰勒·斯黛丽、南希·弗兰克,陈卫东、徐美君译. 美国刑事法院诉讼程序[M]北京:中国人民大学出版社, 2002. 19.
- [13][德]黑格尔. 法哲学原理[M]北京:商务印书馆, 1982. 81.
- [14]张一诺. 关于借鉴辩诉交易的一点分析[J]. 北大法律信息网.
- [15] Arthur R. sett、D. naldR. Cressey: Justice by C. nsent: plea bargains in the American c. urth- use p36.
- [16]冀祥德. 辩诉交易中国化理论辨析[J]. 中国律师, 2003, (6).
- [17]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).
- [18]陈光中. 辩诉交易在中国[M]北京:中国检察出版社, 2003. 358.
- [19][20]蒋先福. 契约文明:法治文明的源与流[M]上海:上海人民出版社, 1999. 347, 320.
- [21]马长山. 弘扬民主契约法律精神[J]. 求是学刊, 1998, (2).

相关文章:

[控辩平等之现代内涵解读](#)
[沉默权与辩诉交易在中国法下的兼容](#)
[再论公、检、法、律是推进社会法治进程不可或缺的四个车轮](#)
[律师是“ 社会正义的工程师” ——看上去很美](#)
[建立中国控辩协商制度实证研究报告](#)
[在北京大学2006年度优秀博士论文颁奖大会上的发言](#)
[法学所两年——博士后报告后记](#)
[中国刑事审判程序改造的基本立场:简者更简,繁者更繁](#)
[治安管理处罚权的扩张与规制——治安法立法之视角](#)
[中国未决羁押制度批判性重构](#)

[更多>>](#)

网络版权: 中国法学网www.iolaw.org.cn “学者专栏”

[返回](#)

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址:北京市东城区沙滩北街15号 邮编:100720

[RSS](#)

