

# 论刑事诉讼的外部性

## ——以法律经济学为研究视角

李本森

(中国政法大学 诉讼法学研究院,北京 100088)

[摘要]以审判为中心的刑事诉讼制度的改革以及配套的认罪认罚从宽制度改革,从法律经济分析的角度看,其目的就是通过合理配置刑事司法资源,进而优化不同刑事诉讼主体间的权力和权利结构,实现刑事诉讼公正与效益的最大化。刑事诉讼的外部性是刑事诉讼运行过程中产生的与刑事诉讼目的具有相反价值取向的各种消极和负面性的结果。正确理解和把握刑事诉讼外部性产生的规律,对于构造更加科学的刑事诉讼结构具有重要的意义。刑事诉讼的外部性是司法资源的有限性、司法认知的有偏性和非正式规则等共同作用的结果。运用经济学中的外部性范式来透视和分析刑事诉讼运行中的资源配置和规则异化等问题,以拓宽刑事诉讼领域的理论分析的新视角。

[关键词]刑事诉讼;外部性;正当程序;法律经济分析

DOI:10.3969/j.issn.1002-1698.2024.06.013

### 一、引言

伴随着二战结束后人类对公民权利保障的深刻反思,世界各国刑事诉讼制度都产生了深刻的变革。正当程序理论、权利尊严理论和科层协作理论等,都从不同的角度以统摄刑事诉讼改革的价值取向,并试图构造不同类型的“理想化”刑事诉讼形态。自1964年帕克提出犯罪控制与正当程序的两个模式,现代刑事诉讼理论分析的工具就基本上没有超出帕克“两个模式”的范围。帕克的理论植根于普通法国家对抗制的传统,是刑事诉讼领域回应20世纪60年代民权运动的结果,不可避免地具有时代的局限。<sup>[1]</sup>由于刑事诉讼制度处于国家意识形态为基础的上层建筑体系中,不同的法律文化背景下的刑事诉讼在理论解释和价值取向上都存在显著差异。当下两大法系的刑事诉讼制度都在相互汲取经验,甚至出现规则和现象趋同化的现象。<sup>[2]</sup>

从世界范围看,刑事诉讼领域出现了类似“所罗门结”现象——困扰刑事诉讼的问题并不因为新的规则的创制而得到有效地解决,反而变得更加难以走出困境。一些国家刑事诉讼的判例规则变得

作者简介:李本森,法学博士,中国政法大学诉讼法学研究院教授。

日益复杂而导致需要迅速作出判断的一线执法人员的困惑,影响警察打击犯罪的高效性。<sup>[3]</sup>例如,美国最高法院在解决刑事诉讼中搜查和扣押等棘手问题上,“就好像陷入柏油中的娃娃,每一次试图脱身都只能使自己粘得更牢”。<sup>[4]</sup>在很多发展中国家,为了解决本国的法律问题而进行的法律移植,则不可避免地出现新引入的法律“水土不服”问题。<sup>[5]</sup>当一国的法律制度出现问题时,首先要从内部寻求补救方案,当穷尽内部的补救方案后问题依然存在时,就必须从外部另辟蹊径。<sup>[6]</sup>虽然不少学者试图通过普通法与大陆法不同的刑事审判方式的比较来获得统合性知识,但是由于比较的方法缺乏实证的根据等多种因素,其结论并没有被有关部门接受。在此背景下,经济学、社会学和心理学等其他方法开始大范围地介入刑事诉讼的研究,特别是经济学分析的跨学科研究成为刑事诉讼研究的新路径。

运用经济学的范式来分析刑事诉讼的制度原理或现象,可以突破传统的法条解释和就事论事的现象分析方法论的窠臼,对刑事诉讼行为的分析进行定量化的评估研究。1971年兰德斯斯的《法院的经济分析》,集中对刑事诉讼中涉及审理方式的影响变量运用经济和统计分析的方式进行实证研究。这篇论文用多元回归的方式对影响刑事审判的方式进行了多元变量的分析,发现在美国的地区刑事审判中,决定案件是否进入审判和审前协商的解决并不完全由被告人决定。兰德斯的的研究突破了传统的刑事诉讼的模式和案例比较分析的模式,将经济分析的实证研究带入到刑事诉讼法学研究中,使得刑事诉讼的研究从抽象分析进入到多变量分析的微观领域。<sup>[7]</sup>1981年伊斯特布鲁克的《作为市场的刑事诉讼》,对刑事诉讼制度从“市场”的角度进行了经济分析。这篇文章是以行为动机理论为基础来分析刑事诉讼制度的经典代表。作者运用经济学上效益最大化的假设,借鉴市场主体交易的分析工具,探索刑事司法资源配置的基本规律,率先提出了刑事诉讼的“市场”(机制)失灵问题,为探索刑事诉讼中支配诉讼运行规律的“看不见的手”奠定法律经济分析的基础。<sup>[8]</sup>此外,美国著名法律经济学家波斯纳在20世纪80年代出版了著名的《正义的经济学》(The Economics of Justice)著作,大大催生了司法领域的经济分析学术研究,丰富了对刑事诉讼运行规律的多样化理论分析视角。<sup>[9]</sup>刑事诉讼法律经济分析学术研究经过多年的发展,已经呈现出相当繁荣的局面。

中国刑事诉讼法学的理论基础总体上比较薄弱,特别是运用法律经济分析的方法的理论研究成果还很少。<sup>[10]</sup>目前正在推进以审判为中心的诉讼制度改革以及推进认罪认罚从宽制度的司法实践,从经济分析的角度看,其目的就是通过改革来更加合理配置刑事司法资源以提高刑事诉讼的公正与效率。本文从法律经济分析的视角,对刑事诉讼外部性的范式和理论进行介绍和分析,以期为中国刑事诉讼规则的价值判断引入新的分析工具,以辅助更加科学地构造刑事诉讼法律规则,在更高水平上实现刑事诉讼目的。

## 二、刑事诉讼外部性的范式转换

美国著名科学史家、范式理论的主要创立者库恩就指出,范式作为不同学科之间沟通的重要桥梁,在理论抽象上比共有规则和假定具有优先地位。<sup>[11]</sup>范式为抽象不同学科的理论 and 规则提供方法的支持。科学的范式应当对事物的发展和运行具有预测和导向功能,外部性理论在刑事诉讼中的植入,可以为刑事诉讼的现象解释提供新的分析范式。

### (一) 刑事诉讼外部性的范式

英国经济学家马歇尔在1890年的《经济学原理》中提出了经济上的外部性问题之后,外部性成为经济学,特别是制度经济学中挥之不去的命题。从市场到政府,从规制到司法,包括福利经济学家庇古、科斯和布坎南在内的西方经济学家对外部性问题尝试不同的解读。从生产的外部性、交易的外部

性到政府的外部性,经济学领域外部性研究的范围和主体不断被拓展。在科斯将外部性问题扩展为交易成本之后,引发了制度经济学革命性的变化。此后,外部性问题的研究在法律领域,特别是侵权法、环境法、公司法、专利法等领域都得到深入的研究。

美国经济学家兰德尔在20世纪80年代率先就法律领域治安权的实施运用经济学的外部性理论进行描述:“治安权的使用对地产所有主的收入和财富会产生巨大的影响。有时候新实施的一项条例会把地产所有主的预期收入和财富一扫而光……在另一些情况下,治安条例的变动可能会使财产所有主得到意外的收获。”<sup>[12]</sup>兰德尔关于治安权使用而产生的正反效果的描述对于刑事法领域的外部性理论研究具有重大价值,为研究刑事法领域的外部性问题提供了理论拓展空间。经济学中的外部性理论具有巨大的包容性和超强的解释性,是创新和推动现代制度经济学发展的核心范畴。中国法学界有一些学者也注意到法律领域存在类似经济学的外部性问题,但是相关外部性的理论探索主要局限在经济法领域。<sup>[13]</sup>

虽然没有外部性的范式的分析工具,但是相关的研究却直接指向刑事诉讼的外部性。意大利著名刑事法学家贝卡利亚很早就注意到了程序的惩罚性。他指出:“监禁只不过是对于一个公民的简单看守;这种看守实质上是惩罚性的,所以持续的时间应该尽量短暂,对犯人也尽量不要苛刻”。<sup>[14]</sup>美国著名法律社会学家迈克尔·菲利教授在20世纪70年代出版的《程序即惩罚》著作,对于美国基层法院处理案件的实证研究,从实证的角度揭示了刑事诉讼的惩罚性的外部性问题。<sup>[15]</sup>另外,法律经济学者艾萨克·艾利希等对犯罪与执法的经济模型中的因果关系进行了研究,为揭示刑事执法的外部性提供了模型和实证的支持。<sup>[16]</sup>20世纪70年代初芝加哥大学法学院奥克斯对在扣押和搜查中的非法证据排除的实证分析,是最早对非法证据排除规则的外部性分析的经典作品。<sup>[17]</sup>虽然奥克斯对非法证据排除规则的实证研究也没有直接使用外部性的概念,但是其内容就是验证该规则的外部性——对于指控和犯罪率的影响。此外,美国刑法学者弗莱彻在研究中曾论及刑事违法结构中的外部性。<sup>[18]</sup>另外,有学者探讨犯罪预防中的外部性问题,对于犯罪预防中产生的社会成本进行了深入的分析。<sup>[19]</sup>总体上,上述的研究拓展了刑事司法领域的外部性问题的认识,为刑事诉讼领域的外部性范式的引入研究奠定了基础。

从现有文献看,刑事诉讼经济分析的范式并没有建立起来,规范的刑事诉讼经济分析的模式并没有形成,因此严重影响了刑事诉讼经济分析的可接受性。外部性理论作为新制度经济学的核心范畴,在法律领域中广泛应用,但没有受到研究刑事诉讼的学者的重视,其中重要的原因,可能与刑事诉讼特殊的司法资源的配置形态有关,而科斯的外部性是以市场产权理论为基础,在刑事诉讼中的权利配置方面似乎找不到立足的空间。其实,与科斯同时代的另外一位英国诺贝尔经济学奖的获得者米德关于外部性的定义,拓展了科斯的外部性的范围。<sup>[20]</sup>米德提出了外部性的狭义上的定义——只要一个共有变量能够由一个活动者的单方面决定施加给另外一个活动者,该共有变量就对另外的活动者产生了外部性。另外一个活动者可能是外部性的不完全参与者,譬如一个家长强迫孩子上学的行为,孩子虽然不是家长的决定的完全参与者,但是家长的决定的主要因素是孩子不愿意上学的事实。这和科斯的外部性的单边变量不同,譬如牧场的牛肆意闯入邻居的玉米地觅食的行为是牛的主人基于自私利益的放任行为,这与玉米地主人的行为并无直接的关系。米德关于双边共有变量的狭义的外部性定义,应当更适合刑事诉讼中具有大量双边共有变量的分析。<sup>[21]</sup>从米德狭义的外部性的定义看,刑事诉讼中存在外部性的问题是毫无疑问的,例如刑讯逼供行为对被刑讯人就直接产生了负外部性,因为犯罪嫌疑人的非自愿性的配合。这和米德关于家长强迫孩子上学而对孩子产生的外部性的情

形,从本质上看是一样的。

在经济学领域,关于外部性的讨论大都服从美国经济学家兰德给出的外部性的公式:

$$U_j = U_j(X_{1j}, X_{2j}, \dots, X_{Nj}, X_{mk}) \quad j \neq k \quad (2.1)$$

其中  $U_j$  表示行为人  $j$  的成本收益函数,  $X_{1j}, X_{2j}, \dots, X_{Nj}$  表示行为人  $j$  为了增加自身的收益而消耗的各种经济资源,这些资源都在  $j$  的决策范围内。 $X_{mk}$  表示行为人  $k$  的行为对  $j$  所造成的影响,而  $X_{mk}$  不受  $j$  的控制,即  $j, k$  的决策行为是彼此分离的。此时我们就认为  $k$  的行为对  $j$  产生了外部性,  $k$  是外部性行为的实施者,  $j$  是外部性结果的接受者。<sup>[22]</sup>

米德和兰德关于外部性的定义和公式虽然基于经济活动领域,但在政府和司法领域同样存在类似的外部性现象。在法律领域,只要某主体的效用包含不被该主体控制的其他变量的影响,该其他变量的影响就对该主体产生了外部性。外部性可以是正外部性,也可以是负外部性。就学术界关于外部性的研究而言,则主要集中在如何减少和控制负外部性方面。刑事诉讼的外部性是刑事诉讼主体的行为对其他诉讼主体产生的损害结果,而加害方不承担或承担很小(甚至可忽略不计)的风险或责任。

刑事诉讼的外部性是导致刑事诉讼程序异化的根本原因。在封闭的“市场”系统内,外部性的制造者无需为受损害方支付成本,比如非法证据的引入在程序性制裁不能对其发生足够威慑的前提下,其并不需要承担特别的风险(因为被追责的风险太小以至于可以忽略不计)。由于刑事诉讼程序的相对封闭,程序运行中缺乏市场性的供给与需求的信号机制,使得刑事诉讼行为的预测与控制“深陷泥淖”。虽然如此,刑事诉讼行为的效能取向方面与人类的理性选择总体上保持一致,其本质上存在着相似的规律。现代刑事诉讼通过侦查、起诉和审判等程序组装成完整的程序性的机器。当“机器”被启动以后,就开始运转,一直到加工出最终产品出来为止。但是,这台由规则构造的程序“机器”如同任何的机械物质意义上的机器一样,都会有失灵的问题。在处理具体的案件过程中,当其规则运行中因外部性的量积累到一定程度的时候,刑事诉讼规则失灵的现象就会发生。<sup>[23]</sup>换言之,刑事诉讼程序异化的根本性原因,表面上看是刑事诉讼制度本身的规则或监督机制的不够完善,而本质上在于刑事诉讼运行中因特殊规则或潜规则的偏好选择等产生的外部性扩张。

## (二) 刑事诉讼外部性的类型

刑事诉讼的外部性可以从不同角度进行划分。刑事诉讼的外部性基于外部性的受体与供体的不同可划分为,刑事诉讼的受体性的外部性和刑事诉讼的供体性的外部性。刑事诉讼的受体性的外部性主要是刑事诉讼的行为主体作为外部性的接受方,比如外部的行政干预导致错案的发生;而刑事诉讼的供体性的外部性,则表现为刑事诉讼作为体系外其他外部性的供体,譬如非法证据排除规则对刑事侦查效率的影响等。刑事诉讼作为受体的外部性的减少意味着刑事诉讼作为供体的外部性的减少,因此刑事诉讼的外部性的重点是刑事诉讼作为受体的外部性。刑事诉讼作为受体的外部性,又可根据外部性影响变量的来源划分为内源式的外部性和外源式的外部性。内源式的外部性是产生在刑事诉讼程序机制的内部,比如刑事诉讼行为中的刑讯逼供、司法机关内部的干预;外源式的外部性来源于刑事诉讼体系的外部,比如行政权力机关、公众媒体的舆论、被害人的诉求等对诉讼活动的干预或影响。此外,刑事诉讼的外部性还可根据刑事诉讼的进程划分为侦查阶段的外部性、起诉阶段的外部性、审判阶段的外部性和执行阶段的外部性,等等。

基于刑事诉讼的外部性的受体与供体的类别划分,刑事诉讼的相对完美状态是刑事诉讼在运行过程中,无论刑事诉讼作为外部性的受体还是作为外部性的供体,其外部性都处于最小化的状态。以



外部性的成本为单位,刑事诉讼的理想状态是最小化的受体外部性与最小化的供体外部性之总和。

$$\min EC = C_i + C_e \quad (2.2)$$

在上述公式中,  $\min EC$  表示刑事诉讼最小化的外部性成本;  $C_i$  表示刑事诉讼作为外部性受体的最小化成本,包括刑事诉讼中涉及各个阶段所牵涉的所有的诉讼外部性成本之和;  $C_e$  表示刑事诉讼作为外部性供体的最小化成本,即诉讼行为过程中产生的刑事诉讼的收益之外的外部性成本。例如,没有犯罪的人而被判决有罪,导致社会执行成本的增加,应当判决有罪而没有判决有罪导致社会控制(犯罪风险)成本的增加,这些都属于刑事诉讼作为供体产生的外部性。

### (三) 刑事诉讼外部性的特点

刑事诉讼的外部性因权力偏好产生的过程并不均衡,在程序的权力资源配置的相对集中与外部性之间具有正关联性。刑事诉讼的外部性的发生有其自身的特点,具体表现在规则的拒斥性、爆发的阶段性和程序的传导性。

#### 1. 正式规则的拒斥性

对制度的拒斥反映了规范与广泛的社会需求之间的不协调。非正式制度本身并不都是产生外部性的制度,但是相当的外部性的产生来自于非正式的制度。这种非正式制度的改变,比起正式制度的改变更为困难。美国著名社会学家莫顿指出,对制度性规则的抗拒,由暗中合作的参与者构成,包括社会的执法者,他们对制度性规则的抗拒执行很少受到制裁,即使受到制裁,也多是象征性的。这些制度化拒斥行为的发生,或者是一个团体面对现实的危机,要求采取与长期存在的规范不同的目标取向或适应性行为;或者是因为提出新的规范(最明显的是新的立法)与长期存在的社会习性与感情发生矛盾。<sup>[24]</sup>因此,刑事各类诉讼主体对正式规则的拒斥和对非正式规则的依赖,可以说是刑事诉讼活动过程中外部性的突出特点。

#### 2. 侦查阶段的高发性

刑事诉讼的外部性的产生主要受制于诉讼的不同程序性阶段。侦查阶段的外部性,构成刑事诉讼外部性的高位点。在侦查阶段,如果羁押率很高,由于受到严格限制的人身自由,被羁押人必然怀着焦虑、恐惧、悔恨等扭曲心理。警察在侦讯案件的过程中,对被指控人的人身自由的限制和强迫性讯问环境下很有可能会出现指控的信息偏差。由于警察对这种外部性本身并不需要支付成本,因此警察在强迫性逼供的时候不会考虑其负面的外部性影响。在侦查阶段,由于政府具有丰富的检控资源,并可以自由地在案件中根据需要分配这些资源,以集中优势的资源来对付不招供的犯罪嫌疑人,以此取得犯罪嫌疑人的有罪供述。<sup>[25]</sup>在不存在平等的竞争的条件下,特别是在侦查机关内部行政绩效模式的激励之下,外部性必然会在该阶段显著性地增加。

#### 3. 诉讼程序的传导性

刑事诉讼的外部性的传导性是指前阶段的外部性对后阶段的外部性产生作用和影响。在刑事诉讼的程序推进过程中,由于刑事诉讼成本不断集聚和叠加,沉没成本(sunk cost)对后续决策的影响会越来越大。沉没成本影响决策者的行动,随着过去投入越来越大,时间、金钱和精力的投入沉没成本越来越大,决策者就越倾向于接受以前的决策。<sup>[26]</sup>在侦查阶段的外部性的促动下,刑事诉讼行为的交互作用所产生的外部性不断地发酵,以至于在刑事审判阶段产生集聚性效应,形成刑事诉讼外部性的第二个高位点。实践中,对犯罪嫌疑人或被告人的超期羁押使得案件的司法成本不断放大,导致审判机关在审判中无法摆脱审前羁押成本以及后续沉没成本的衍生成本(国家赔偿和司法问责)的影响,因而即便在证据不足的情况下仍然作有罪判决,很多冤假错案的产生都有这方面的因素。由于刑事

诉讼活动中,刑事司法机关如“铁路警察,各管一段”,“相互合作”大于“相互制约”,在刑事诉讼外部性产生的类型中,内源性的外部性的传导贯穿在整个刑事诉讼的过程之中,对诉讼活动的最终结果产生至关重要的影响。因此,降低刑事诉讼外部性的传导和高位点的集聚是刑事诉讼改革的重心所在。

### 三、刑事诉讼外部性产生的根源

刑事诉讼外部性的产生具有复杂的社会、组织和制度上的原因,其生成并不是简单的规则或制度层面的问题。为了深入理解和把握刑事诉讼外部性的规律和现象,必须探究外部性产生的根本原因。概括起来,刑事诉讼外部性产生的根源主要包括:

#### (一)司法资源的稀缺性

刑事诉讼目的的实现必须依赖司法资源合理的投入。<sup>[27]</sup>刑事诉讼外部性产生的重要根源在于司法资源的有限性。刑事诉讼的运行必须用社会可以承担的成本来“生产”出社会可以接受的“司法产品”。当司法资源包含司法知识在某个特定阶段无法满足司法产品的产出要求的时候,司法活动就会寻求替代性手段使得诉讼行为偏离法定规则而导致刑事诉讼外部性的产生。

在刑事诉讼的外部性结构中,侦查阶段的外部性之所以突出,其根本原因在于侦查阶段的犯罪侦查信息的稀缺性。侦查阶段是诉讼的发动阶段,犯罪嫌疑人与侦查人员之间必然发生激烈的信息碰撞。侦查过程不仅决定起诉信息收集的效用,而且决定整个诉讼的走向。正因为如此,世界各国对于刑事诉讼的侦查都严格约束,以保证侦查活动尽可能地减少外部性。当案件立案之后,侦查人员必须调动在法律规定范围内的资源来完成侦查活动。但是由于侦查对象和案件的复杂性,在法律授权范围内的侦查资源的使用无法满足侦查需要,这时候侦查人员为了完成侦查任务往往动用法律规定之外的资源,来解决法律规定之内的手段无法解决的问题。比如,技术性侦查手段的法外滥用,就对公民的隐私权产生很大的破坏。再比如,在现有侦查手段无法满足侦破案件或起诉要求的时候,通过强迫或诱骗的手段获取犯罪嫌疑人的口供,对于侦查人员来说就是最便捷的选择。在政府管理经济行为中,人们经常看到政府并不能给企业发出正确的交易信号,这是导致资源配置失当,从而产生政府行为失灵的重要原因。同样,在刑事诉讼中,由于被告基于自身利益的维护而尽量限制犯罪信息的外溢,使得侦查机关获取犯罪信息的成本扩大,从而产生侦查的外部性。

#### (二)司法认知的有偏性

任何刑事诉讼和证据的理解都是建立在不完备的知识的基础之上。即便在比较确定性的诉讼和法律事件中,这种知识仍然是不全面的。因为,“事先我们不能排除在对这些因素的影响的评估过程中我们所犯错误的可能,同时我们也不能排除我们忽视了某些因素的影响,或者错误地估计了某些因素的作用的可能性。”<sup>[28]</sup>即便是“铁证如山”和“证据确凿”,事实上仍然存在部分认知细节的不完整和缺失。认知理性的局限,决定人们对法律和事实的判断能力难以达到理想的状态。

在诉讼活动中,人的理性不是绝对的,而是相对的。诉讼主体由于受到“取景效果”,以及自我控制和过度自信的影响,在决策中出现锚定心理。<sup>[29]</sup>刑事诉讼活动中因主体的不同,而客观上大量存在偏好不真(preference falsification)、认识不真(knowledge falsification)。即便是法官、检察官和律师受到严格的职业训练,也不能保证司法认知的绝对正确性。由于考虑到这种认知偏差的存在,诉讼制度的设计上才采取多层的审级制度。但是审级在纠偏方面的功能同样有限。所有地方的法官都受到他们自己与其前辈做法的深刻影响,但解释和控制这种影响的理论却见仁见智,而法律的发展却不能免受这些理论的影响。<sup>[30]</sup>可见,司法认知上的偏差不可避免导致司法过程中外部性的产生。

由于法律机构的权威被政治所放大,在刑事诉讼制度设计中,普遍存在着司法机关“全知全能”的“道德人”或者“组织人”的推定,即主观上认为刑事诉讼机关事实上能够绝对地发现真实并进行绝对公正的裁判。这种过高估计司法机关的司法能力其实是建立在个人理性必然导致司法公正假设的基础上。但是,这种假设却支配了规则的制定者与实施者,并实际地造成司法人员与社会公众不正常的司法预断。比如,疑罪从无原则的实施,就面临来自司法人员和公众的司法绝对认知上的障碍。当司法行为或规则在实施中出现异化或失灵的时候,人们惊讶于这个问题出现的异常性,但却总是将其发生的原因回归到具体的案件的程序细节上,而没有意识到诉讼的认知能力的局限引起的外部性也会导致规则的异化或失灵。

### (三)司法权力的失衡性

在刑事诉讼的规则中,我们很容易发现不同诉讼阶段的司法权制约不足的失衡问题。我国目前以审判为中心的诉讼制度改革实际上就是为了解决司法权力在审前阶段过分集中的问题。纠问式制度基本上是应答性的,反映了它起源于刑事法实施主要限于法院的历史背景。<sup>[31]</sup>英国著名的法律史学家梅因曾说:“可以断言,在人类初生年代,不可能想象会有任何种类的立法机关,甚至一个明确的立法者……对于是或非唯一有权威性的说明是根据事实做出的司法判决,并不是由于违犯了预先假定的一条法律,而是在审判时由一个较高的权力第一次灌输入法官脑中的。”<sup>[32]</sup>没有集中的强制力量,自然就没有现代意义上的第三方执法的法律。<sup>[33]</sup>但是,过度集中而缺乏竞争的法律必然会产生实施上的消极外部性。

不同诉讼主体因权力/权利差异导致刑事诉讼过程中的信息分享严重不对称,阻碍被追诉主体作出决策的自愿性。在侦查阶段,由于被指控人没有沉默权和讯问时的律师在场权,被指控人必须如实回答指控方的提问。被指控人与指控人之间不存在客观的交易。虽然认罪罚罚从宽制度已经被刑事诉讼立法所确认,但是在律师有效辩护不足的情况下如何保障被指控人认罪的自愿性就成为司法实践的难题。为了解决交易成本困难的问题,封闭式关押的压力和对自由或早日结案的渴望,导致被指控人在指控人的高压之下提供指控方需要的有利于指控的信息。在相对封闭的刑事诉讼的系统内,程序运行中缺乏类似的市场性的供给与需求的信号机制,外部性的制造者无需为受损害方支付成本。由于交易的困难或者不合作,为了达成交易的目的采取法外方式就成为可能,因此导致诉讼的外部性放大。

### (四)规则异化的普遍性

在刑事诉讼的运行过程之中,刑事主体的行为人不仅受制于刑事诉讼行为的规则制约,而且受制于大量的非正式制度。正式规则是通过立法和司法机构颁布的规范性规则,而非正式规则是在执法过程并没有被上升为法律规范或者根本不可能上升为法律规范的规则。<sup>[34]</sup>非正式规则从何而来,它们来自于社会传递的信息,并且是我们所谓文化的传承的一部分。由于从文化中衍生出来的非正式规则不会立即对正式规则的变化作出反应,因而已改变的正式规则与持存的非正式约束之间必然会产生紧张关系。<sup>[35]</sup>中国的刑事诉讼内部非正式规则盛行,程序异化现象严重,导致其内源性的外部性突出。譬如,有的地方公安机关立案上不破不立;在有些并不复杂的案件中,各类诉讼期限被不断拖延,包括通过内部审批等策略性手段来变相延长办案时间。此外,口供中心主义和卷宗主义盛行,讯问笔录、鉴定结论、勘验笔录等笔录证据被推定具有证明力和合法性;证人基本不出庭,对质调查难以进行,庭审虚化的现象严重;侦查活动中的传闻证据规则不仅难以启动,更难以排除;等等。上述种种现象,均为因规则异化的刑事诉讼的内源式的外部性的典型表现。



#### 四、刑事诉讼引入外部性范式的理论价值

在刑事诉讼研究中引入外部性的范式,其主要功能在于利用新的范式对刑事诉讼行为和规则进行更加科学的评价。“对一个范式的有效性和有用性的决定性检验应当达到这样的程度:从这个范式导出的预测结果证明比其他可供选择的范式更精确。”<sup>[36]</sup>外部性范式的引入,可为刑事诉讼规则的效率分析提供更加具体的范畴,以弥补传统正当程序理论在分析刑事诉讼原理等方面的不足等问题。

##### (一)外部性范式与正当程序理论可形成解释上的互补

公正与效率是刑事诉讼的两大价值诉求,但是相比公正而言,学术界对刑事诉讼的效率分析往往流于表面,且缺乏可量化的范畴。以帕克的两个模式为基础的正当程序理论,忽视刑事诉讼本身存在的成本与收益事实,仅仅区分犯罪控制与正当程序的规则创制导向,关注的是刑事诉讼内部程序创设上的价值归属。帕克理论的基本假设,即在刑事诉讼中国家与被告人在正当程序的博弈中产生“真相”与“正义”。因此,为了实现博弈的公平性,正当程序的规则设定的权利必须尽可能对等。正当程序理论贬抑刑事程序中的犯罪控制,而张扬正当程序,有利于加强刑事诉讼中的被告人的权利保护。这种基于权利保护为基础的诉讼价值的理论,即在刑事诉讼制度的改革中不断对国家诉讼权力的限制和对个人的诉讼权利的扩张,对于以犯罪控制为主要价值取向的大陆法系国家的刑事诉讼制度的改革影响深远。帕克的正当程序理论巧妙地抓住刑事诉讼中的国家与被告人或犯罪嫌疑人“人与人”的关系中的诉讼主体权利应有的张力,从权利平衡与程序性制裁的角度来再造刑事诉讼的内在规则。但是,正当程序理论忽视了刑事诉讼行为激励的外部效应,忽视了国家、社会和被害人在刑事诉讼中具有特殊的效用问题。刑事诉讼的“真相”和“正义”的两大预期不仅对被告人具有意义,对于被害人和社会人(公众)同样具有意义。<sup>[37]</sup>更明显的缺陷是,帕克理论过分夸大了正当程序的效用,认为正当程序的介入就会完全平衡人(国家代理人)与人(被告人)之间的关系,并可以产出“真相”与“正义”,即正当程序是真相与正义的决定性函数。但也有学者认为,刑事抗辩制度其实并不利于真相的发现。<sup>[38]</sup>

与正当程序理论比较,刑事诉讼外部性的范式在刑事诉讼的行为和规则的解释上具有完全不同的进路。刑事诉讼的外部性范式主要通过效用结构来规范权利的配置,而正当程序理论主要从权利对抗来平衡诉讼权利。外部性的范式假设是当刑事诉讼的外部性为零时,刑事诉讼的效益最大化。这为刑事诉讼的实证研究提供了分析的新范式;正当程序的理论假设是對抗性程序下诉讼主体间的争斗可以产生“真相”与“正义”。对抗制是美国法律制度的基本特征,但是基于对抗制的理论研究模式却日益呈现多元化和开放性的特点。<sup>[39]</sup>外部性范式不仅考虑刑事诉讼的内部结构,而且考虑刑事诉讼的外部环境,而正当程序理论的着眼点主要是内部结构性的权力平衡。正当程序理论过分强调刑事诉讼的对抗和竞技特征,因此很容易造成对刑事诉讼中被害人和家庭的忽视,也就无法有效解释被害人以及社会公众在诉讼结构中的地位。<sup>[40]</sup>外部性范式则可以从诉讼效用的角度,为包括被害人在内的不同的诉讼主体的法律地位提供理论上的支持。特别是刑事诉讼的外部性范式不仅可以解释刑事诉讼的内部效用,还可扩展到刑事诉讼作为供体的其他社会现象的外部性上,这方面比正当程序的局限于刑事诉讼体制内的解释显示出更大的理论张力。外部性范式为权利配置不合理导致的规则的异化提供了比较充分的原理解释,而正当程序理论则无法有效地回答程序和规则的异化问题。当然,刑事诉讼的外部性范式与正当程序理论解释上的差异,并不意味着外部性范式将取代正当程序理论。正如正当程序理论的创立者帕克所言,“没有哪个模式的提出是对应现实或代表理想状态,从而完全排斥另一个模式的”。<sup>[41]</sup>基于不同的视角和分析框架,刑事诉讼的外部性范式与正当程序理论可以



构成“一体两翼”的互补性理论,为刑事诉讼的行为、规则和标准的建立提供互补性的解释(见图1)。

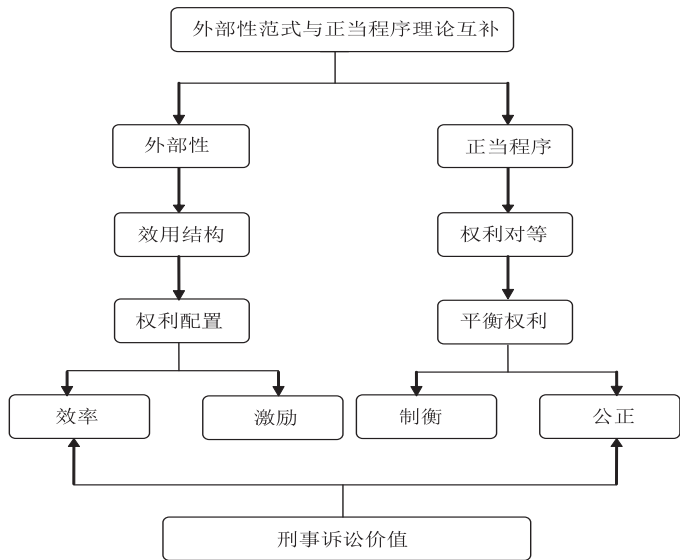


图1 外部性范畴与正当程序理论的互补关系

## (二)外部性范式为科学配置司法资源提供更加具有指向性的判断标准

刑事诉讼的权利和权力的配置基本上是司法机关之间权力博弈的结果,在立法中甚少考虑如何减少外部性。当一项活动引起了不断增加的外部效应时,一个规范就可能发生,规范是这种外部效应内生的结果。<sup>[42]</sup>法律规范都不可避免存在权利配置的问题。刑事诉讼参与的诉讼主体具有广泛性,因此如何科学配置刑事诉讼主体的权利,最大程度减少刑事诉讼的外部性是刑事诉讼立法和司法的重大课题。以审判为中心的刑事诉讼制度改革,其本质上就是通过对刑事诉讼资源的合理配置来最大限度减少刑事诉讼的外部性。外部性理论的引入,在制定刑事政策或规则时就可以是否会产生外部性或者最小化的外部性的原则来建立相对客观的指向性评价标准。

根据外部性最小化的原理,应当增加各类替代性羁押的方式,同时减少审前羁押时间。审前羁押的时间与产生的外部性呈正相关,对于侦查活动中的违法行为应当在立法上让侦查人员承担外部性的成本。审前羁押时间越长,违法侦讯的机会就越多,所造成的外部性的程度就越强。由于封闭式的羁押和案件结果的不确定性,不仅给犯罪嫌疑人或被告人造成很大的身心痛苦,而且给政府带来很大的管理负担。对于不需要限制性人身自由的羁押,应当大量使用取保候审和监视居住。虽然制度层面规定禁止刑讯逼供和非法证据排除规则,但是如果不能使得侦查人员承担其导致的外部性的社会成本,禁止刑讯逼供以及非法证据排除规则等就必然会失效。非法超期羁押问题是中国刑事诉讼中的痼疾,羁押环节的非正常伤害和死亡的事件时有发生。<sup>[43]</sup>

此外,根据外部性原理,中国刑事诉讼改革的目标并不仅仅是限制司法机关的权力,还应当在限制的同时在司法资源上加大投入,只有这样才能防止新的规则无法实施。权利的实现譬如商品交易,同样需要成本。一项新权利的确立,必然意味着一项新义务的产生。为了保护被告人的正当权益不受非法讯问的侵犯,实行侦查讯问的录音录像,就是在增加检控方的司法资源投入来换取讯问程序的规范,减少侦查讯问的外部性。对于非协商性规则,在有利于被告人与对权利削弱方的补偿之间的平衡是权利配置的基本原则。关于权利配置适当补偿的具体运用,卡尔多-希克斯原则(Kaldor-Hicks criterion)可以提供某种指导,因为该原则本质上为协商性的司法证成并减少外部性提供支持。卡尔

多-希克斯原则,是指第三者的总成本不超过交易的总收益,或者说从结果中获得的收益完全可以对所受到的损失进行补偿,这种非自愿的财富转移的具体结果就是卡尔多-希克斯效率或者卡尔多-希克斯原则。<sup>[44]</sup>根据卡尔多-希克斯原则,一项司法变革只有满足卡尔多-希克斯原则的时候,该司法改革才能被明确地认为是一种进步,即当且仅当只有受益者从变革中所能获得的收益足以补偿受损者的损失,从而使他们的处境都得到改善,这项改革才被判定为提高社会福利。<sup>[45]</sup>例如,根据卡尔多-希克斯原则,在非协商性的案件侦查活动中,指控机关因非法证据排除的限制应当受到相应的资源补偿来抵消侦查效率的下降,基本途径就是增加指控阶段的资源或者技术性措施的投入,强化以非口供为中心的侦查程序性机制。

### (三)外部性范式为认罪认罚从宽等制度设计提供更加清晰的分析工具

美国制度分析代表人物埃莉诺·奥斯特罗姆指出,单纯的市场和单纯的国家都无法增进社会福利,因此需要更为丰富的政策设计。为避免公权力背离自身目标的趋势,就应将公权从独占、垄断的独占性中解脱出来,吸收私权领域的竞争和选择机制,以增加其有效性与合理性。<sup>[46]</sup>我国认罪认罚从宽制度的改革和立法实践,本质上就是通过建立诉讼平等主体间就刑罚结果的合意制度,以此来减少刑事诉讼外部性的具体措施。惩罚性是刑事程序本身外部性的典型表现。<sup>[47]</sup>在美国占支配地位的观点仍然是,定罪之后便是“流放”,在这中间会发生什么是极少受到关注的。<sup>[48]</sup>现代刑事诉讼的发展中被害人参与、刑事和解和各种非限制性人身自由的替代措施的使用,都说明对程序过程的外部性的重视。程序的惩罚性被认为是刑事诉讼的突出外部性。中国刑事诉讼的程序所具有的惩罚性尤其突出,但长期被刑事诉讼法学界所忽视。根据刑事诉讼的外部性不均衡的结构特点,应当在侦查和审判两个阶段的程序性规则设计上来最大限度地降低程序的惩罚性。

在刑事诉讼中,参与主体的自主性程度越高,外部性相对就越小。自主性反映的是对被指控主体权利的尊重,这是现代刑事诉讼演化的哲学基石。正如美国学者卓潘茨克指出的,“在相信个体是存在价值的终极意义的社会中,即使某人面临刑事指控,他面对大多数人的地位时仍是毋庸置疑的。他不是政府目标和政策的对象,而是法律纠纷中的平等合作者”。<sup>[49]</sup>通常在这样一种诉讼机制中——刑事司法权受到更多的制约,被指控人在刑事诉讼的指控中享有更多的自由和尊严,其产生的外部性也相对减少。

在刑事诉讼的程序中,诉讼主体参与诉讼的行为虽然与市场交易行为存在很大差异,但是客观上存在信息和权利交换的活动,并且无论是信息交换还是权利交换都有“价格”(条件)基础。比如,以“坦白从宽,抗拒从严”的刑事政策为例,“坦白”是“信息”,“从宽”是“收益”,双方在“交易”(合作)中获取各自所需(互利)。根据科斯定理,如果交易成本(外部性)为零,在纯粹的“自利”的条件下的交易产生的外部性(交易成本)最低。<sup>[50]</sup>因此,在法律规则的取舍方面,最小化的外部性是基本的价值取向。这种最小化的前提是法律上的权利运行与经济上的效用具有通约性(commensurable)。<sup>[51]</sup>外部性的相互性将影响对谁的利益应该通过权利进行保障,其是选择过程的函数——选择关于谁将拥有权利,谁将能完全行使权利,谁将会影响其他人的收益和损失以及程度将会如何。<sup>[52]</sup>刑事诉讼中权利配置的总体原则是:任何权利的配置都必须考虑有利于诉讼主体对具有事实基础的指控进行协商解决;如果不能进行协商,则权利配置应当有利于被指控人,但同时需要对权利受损方提供适当补偿。

根据上述权利配置的基本原则,为了减少外部性,被告人的认罪协商程序的选择应当具有优先性。<sup>[53]</sup>只要被告人认罪并具有客观的事实基础,协商性的刑事程序的外部性(指控成本)就可能降低。辩诉交易的发展趋势是“朝着规范及平等化辩诉交易的发生条件的方向发展”。<sup>[54]</sup>现代刑事诉讼的变

革中,辩诉交易、刑事和解和恢复性的司法在当代刑事诉讼程序中被广泛采纳,充分反映协商性的刑事司法在减少刑事诉讼外部性上的优势。2018年新修改的《刑事诉讼法》通过立法构造认罪认罚从宽制度和速裁程序,本质上符合降低刑事诉讼的外部性的基本原理。

学术世界的主要价值,是寻求比实际和直接目的的要求更为基础和持久的知识。<sup>[55]</sup>现代刑事诉讼的理论基本上没有跳出对抗制与纠问制、犯罪控制与正当程序的“二元”模式窠臼。正如托克维尔所言,“尽管河水仍在流动,但已不能卷起狂澜或改变河道。”<sup>[56]</sup>本文对刑事诉讼外部性的范式的理论探索,可为刑事诉讼的立法和规则、政策的制定提供更加清晰性、指向性和实证性的评价工具。

### 注释:

- [1] Kent Roach, “Four Models of the Criminal Process”, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 89, No. 2, 1999.
- [2] Maximo Langer, “Revolution in Latin American Criminal Procedure: Diffusion of Legal Ideas from the Periphery”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 55, No. 4, 2007.
- [3] [美]克雷格·布拉德利:《刑事诉讼革命的失败》,郑旭译,北京:北京大学出版社,2009年,第41页。
- [4] Craig Bradley, “Two Models of Fourth Amendment”, *Michigan Law Review*, Vol. 83, No. 6, 1985, p. 1468.
- [5] Simeon Djankov, Rafael la Porta, Florencio Lopez - de - Silanes, Andrei Shleifer, “Courts”, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 118, No. 2, 2003, pp. 453 - 517.
- [6] [德]托马斯·魏根特:《解决美国症结的大陆方案:以欧洲刑事诉讼程序作为法律改革的模型》,苑宁宁译, [美]虞平、郭志媛编译:《争鸣与思辨:刑事诉讼模式经典论文选译》,北京:北京大学出版社,2013年,第478页。
- [7] William M. Landes, “An Economic Analysis of the Courts”, *The Journal of Law and Economics* Vol. 14, No. 1, 1971.
- [8] Frank H. Easterbrook, “Criminal Procedure as a Market System”, *The Journal of Legal Studies* Vol. 12, No. 2, 1983, pp. 289 - 332.
- [9] [美]理查德·A·波斯纳:《正义/司法的经济学》,苏力译,北京:中国政法大学出版社,2002年。
- [10] 刑事诉讼法律经济分析方面比较有代表性的论文有陈卫东、王政君:《刑事诉讼中的司法资源配置》,《中国法学》2000年第2期;左卫民:《刑事诉讼的经济分析》,《法学研究》2005年第4期。
- [11] [美]托马斯·库恩:《科学革命的结构》,金吾伦、胡新和译,北京:北京大学出版社,2012年,第49页。
- [12] [22] [美]阿兰·兰德:《资源经济学:从经济角度对自然资源和环境政策的探讨》,施以正译,北京:商务印书馆,1989年,第260、155、156、155、156页。
- [13] 郑鹏程:《论经济法定制与实施的外部性及其内在化》,《中国法学》2003年第5期。
- [14] [意]贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,北京:中国大百科全书出版社,1993年,第56页。
- [15] Malcolm M. Feeley, *The Process Is the Punishment: Handling Cases in a Lower Criminal Court*, Russell Sage Foundation, 1992.
- [16] Issac Ehrlich and George D. Brower, “On the Issues of Causality in the Economic Model of Crime and Law Enforcement: Some Theoretical Consideration and Experience Evidence”, *American Economic Review*, Vol. 77, No. 2, 1987, p. 99.
- [17] Dallin H. Oaks, “Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 37, No. 4, 1970.
- [18] [美]乔治·弗莱彻:《反思刑法》,邓子滨译,北京:华夏出版社,2008年,第344页。
- [19] J. Weinblatt, U Spiegel, S Hakim, U Benzion, “Crime Prevention Policies and Externalities: A Theoretical Analysis”, *Public Finance*, Vol. 38, No. 1, 1983, pp. 110 - 131.
- [20] [21] [英]詹姆斯·E·米德:《效率、公平与产权》,施仁译,北京:北京经济学院出版社,1992年,第302-312、304页。
- [23] 关于刑事程序失灵的讨论亦可参见陈瑞华:《刑事程序失灵问题的初步研究》,《中国法学》2007年第6期。
- [24] [美]罗伯特·K·默顿:《社会研究与社会政策》,林聚任译,北京:生活·读书·新知三联书店,2001年,第86页。
- [25] [美]理查德·A·波斯纳:《证据法的经济分析》,徐昕、徐昉译,北京:中国法制出版社,2001年,第87页。
- [26] 参见施俊琦等:《沉没成本效应中的心理学问题》,《心理科学》2005年第6期。
- [27] 陈卫东、王政君:《刑事诉讼中的司法资源配置》,《中国法学》2000年第2期。
- [28] [奥地利]路德维希·冯·米塞斯:《人类行为的经济学分析》(上),薇薇、裴艳译,广州:广东经济出版社,2010年,第93页。
- [29] 周林彬、董淳钰:《法律经济学》,长沙:湖南人民出版社,2008年,第388页。
- [30] [美]约翰·奇普曼·格雷:《法律的性质与渊源》,马驰译,北京:商务印书馆,2023年,第188页。
- [31] Abraham S. Goldstein, “Reflection on Two Models: Inquisitorial Themes in American Criminal Procedure”, *Stanford Law Review*,



Vol. 26, No. 5, 1974. p. 1024.

[32][英]梅因:《古代法》,沈景一译,北京:商务印书馆,2018年,第5-6页。

[33]Fried, Morton H., *The Evolution of Political Society: An Essay in Political Anthropology*, Random House studies in anthropology, AS 7, New York; Random House, 1967, p. 83.

[34]关于正式规则, Elinor Ostrom (1986), 曾作出一个很详细的创建性讨论, 将结构性的规则划分为: 定位规则 (position rules)、边界规则 (boundary rules)、范围规则 (scope rules)、权威规则 (authority rules)、加总规则 (aggregation rules)、信息规则 (information rules)。这些定义对于区分法学, 特别是刑事诉讼的规则细类化也是富有启发意义的。参见 Elinor Ostrom, “An Agenda for the Study of Institutions”, *Public Choice*, Vol. 48, No. 1, 1986, pp. 3-25。

[35][美]道格拉斯·C. 诺思:《制度、制度变迁与经济绩效》, 杭行译, 上海: 格致出版社、上海三联书店、上海人民出版社, 2012年, 第50、63页。

[36][美]塞缪尔·亨廷顿:《文明的冲突与世界秩序的重建》, 周琪等译, 北京: 新华出版社, 2010年, 第15页。

[37]关于对帕克的正当程序的反思, 亦可参见张泽涛:《反思帕卡的犯罪控制模式与正当程序模式》, 《法律科学(西北政法大学学报)》2005年第2期。

[38]Craig Bradley, *The Failure of the Criminal Procedure Revolution*, University of Pennsylvania Press, 1993.

[39]对正当程序理论价值取向本身存在很大的争议, 有学者甚至认为正当程序的目的就是控制犯罪。[美]加里·古德帕斯特:《美国对抗式刑事审判理论探究》, 苑宁宁译, [美]虞平、郭志媛编译:《争鸣与思辨: 刑事诉讼模式经典论文选译》, 第298页。

[40]John Griffiths, “Ideology in Criminal Procedure or A Third Model of the Criminal Process”, *The Yale Law Journal*, Vol. 79, No. 3, 1970, pp. 359-417.

[41][54]Herbert Parcker, “Two Models of the Criminal Process”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 113, No. 1, 1964, pp. 5-6, 51; 51.

[42]Harold Demsetz, “Toward A Theory of Property Rights”, *American Economic Review*, Vol. 57, No. 2, 1967, pp. 347-359.

[43]周永坤:《以人权对抗看守所非正常死亡》, 《法学》2010年第7期。

[44]关于卡尔多-希克斯改进可参见 Kaldor N., “Welfare Propositions and Interpersonal Comparisons of Utility”, *Economic Journal*, Vol. 49, No. 195, 1939, pp. 549-552。福利经济学的一个基本定理就是所有的市场均衡都是具有帕累托最优的。但在现实生活中, 通常的情况是有人有所得就有人有所失, 于是经济学家们又提出了“补偿准则”, 即如果一个人的境况由于变革而变好, 而他能够补偿另一个人的损失而且还有剩余, 那么整体的效益就改进了, 这就是福利经济学另一个著名的准则卡尔多-希克斯原则 (Kaldor-Hicks criterion)。亦可参见[美]理查德·A·波斯纳:《正义/司法的经济学》, 苏力译, 北京: 中国政法大学出版社, 2002年。

[45]Nicholas Mercuro, Steven G. Medema, *Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism*, Princeton University Press, 2006.

[46]参见[美]埃莉诺·奥斯特罗姆、帕克斯等:《公共服务的制度建构》, 宋全喜、任睿译, 上海: 上海三联书店, 2004。

[47]Malcolm M. Feeley, *The Process Is the Punishment: Handling Cases in A Lower Criminal Court*, Russell Sage Foundation, 1992.

[48][美]丹尼尔·富特:《日本刑事司法中的家长模式》, 刘丽君译, [美]虞平、郭志媛编译:《争鸣与思辨: 刑事诉讼模式经典论文选译》, 第143页。

[49]Bostjan M. Zupanic, “Truth and Impartiality in Criminal Process”, *Journal of Contemporary Law*, Vol. 7-8, 1982, pp. 39-133.

[50]Ronald Coase, “The Problem of Social Cost”, *The Journal of Law & Economics*, Vol. 3, 1960.

[51]可通约并不意味着可比较, 库恩在《科学革命的结构》一书中把不可通约性分为三种类型。第一是关于科学的基准及定义的不可通约性。第二是由于观察术语及理论术语的意义改变而导致不可通约性。第三是由于范式的变化, 科学工作者活动的“世界”改变了, 在这种意义上它也是不可通约的。参见[美]托马斯·库恩:《科学革命的结构》, 金吾伦、胡新和译, 北京: 北京大学出版社, 2012年。

[52]Samuels, Warren J., Nicholas Mercuro, “The Role and Resolution of the Compensation Principle in Society: Part One - the Role”, *Research in Law and Economics*, Vol. 1, 1979, pp. 157-194.

[53]协商性在刑事司法中的价值已经受到国内学者越来越多的关注, 参见吴学艇:《论刑事司法的协商性》, 《法制与社会发展》2010年第4期; 唐力:《论协商性司法的理论基础》, 《现代法学》2008年第6期。

[55][美]理查德·A·波斯纳:《道德和法律理论的疑问》, 苏力译, 北京: 中国政法大学出版社, 2001年, 第336页。

[56][法]托克维尔:《论美国的民主》下卷, 董国良译, 北京: 商务印书馆, 2004年, 第566页。

[责任编辑: 邹秋淑]