

刑事和解:纠纷解决与规则之治的良性互动

张青

(云南大学法学院,云南昆明650091)

摘要:我国刑事司法长期为纠纷解决与规则之治之间的矛盾和冲突所困扰,具体表现在法律与社会规范之间的冲突,法律表达与司法实践的差距以及刑事司法法律效果与社会效果的悖离等三个方面。刑事和解制度的出现,以及其内在的理论特质,使得刑事领域纠纷解决与规则之治实现良性互动成为可能。因此,在刑事和解制度的具体建构中,应将这种理论上的可能性转化为制度现实,发挥其在刑事法治中应有的功用。

关键词:刑事和解;纠纷解决;规则之治

中图分类号:D925.2

文献标识码:A

文章编号:1008-7699(2011)06-0033-08

目前,学界对刑事和解的研究主要有三种进路:第一种路径侧重以西方相关理论与实践为基础,但对中国的社会背景及司法实际缺乏关注。第二种路径把目光从国外转移到了国内,其主要侧重于从体现国家正统话语的法律和政策(如和谐社会的政治目标)的角度来加以研究^①,即单纯立足于所谓“大传统”的研究。这种研究范式与第一种研究范式往往是紧密相连的,或者说是西方理论在中国的翻版。第三种研究进路则立足中国社会实际对刑事和解进行本土化研究,较之于第二种进路,其显著特征在于注重“大传统”与“小传统”的互动。在具体进路选择上,又表现为两种范式,一是以民族地区少数民族习惯法与国家法的相互关系为基础进行制度上的构建^②,这种研究范式的不足之处在于其在理论上略显单薄且研究范围过于狭窄,限制了研究的理论意义和实践意义;二是以更广阔的视域从国家力量与民间力量互动的角度出发,将刑事和解视为刑事纠纷解决的“第三领域”。^③这种分析框架主要是对刑事和解在我国刑事法治结构中的地位进行的一种实然性分析,而对于这种实然状态背后的动因却没有给予足够的重视或者对动因的认识较为模糊。有鉴于此,本文将刑事和解置于一个更加广阔的社会背景中加以考察,从多维角度揭示我国传统刑事司法面临的种种困境,并以此为基础探讨刑事和解对我国刑事司法的可能贡献。本文的研究表明,刑事和解的价值不仅在于其能够在刑事纠纷解决中发挥“第三领域”的作用,由于其特有的理论品质,刑事和解还承载着更高层次的法治功能,即实现纠纷解决与规则之治的良性互动。^④

收稿日期:2011-11-02

作者简介:张青(1985-),男,湖北恩施人,云南大学法学院博士研究生。

① 如陈光中:《刑事和解的理论基础与司法适用》,载《人民检察》2006年第5期(下);吴建雄:《刑事和解:和谐社会理论的司法诠释》,载《人民检察》2010年第2期。

② 如赵琪,邓建民:《乡村地区刑事和解探析——以四川石棉彝族自治区为例》,载《河北法学》2010年第1期;何立荣:《刑事和解在民族地区农村的提倡——民族地区农村刑事法治与和谐社会的构建》,载《前沿》2008年第10期。

③ 参见肖仕卫:《刑事法治的“第三领域”:中国刑事和解制度的结构定位与功能分析》,载《中外法学》2007年第6期;史立梅:《刑事和解:刑事纠纷解决的“第三领域”》,载《政法论坛》2007年第6期。

④ 本文使用的“规则之治”之“规则”即国家正式“法律”,“规则之治”即“法治”。参见苏力:《农村基层法院的纠纷解决与规则之治》载《北大法律评论》第2卷第1辑,法律出版社,1999年出版,第80-99页。

一、传统刑事司法的困境：纠纷解决与规则之治的冲突

严格遵循规则之治的刑事法治在我国社会转型时期遇到了前所未有的挑战。在当代中国，刑事司法息纷止争的功能越来越受到政府重视，在调研中发现，指引地方司法机关行动的一个重要原则便是“维稳”。然而问题的关键是如何维稳？“维稳”不只是发挥公安司法机关作为国家暴力机器的工具性职能即可实现，从根本上“维稳”，必须依靠公安司法机关在刑事司法中对纠纷的妥善解决。由于在中国，已经不存在一个单一的文化结构系统，社会中存在着多元的法律规则体系^[1]，加之我国现代法治的“西方性”特点，使得我国国家法与民间法之间在某些时候、某些问题上必定会发生冲突。^{[2]68}而在司法实践中，运用与人们日常生活更加有机和密切的社会规范可能更有利于纠纷的解决。这无疑将公安司法机关推向一个“维稳”与法治的两难境地。

（一）法律与社会规范之间的冲突

埃里克森教授将社会控制系统划分为五种控制者，每一种控制者都会制定各自的规则。其中，自我控制的第一方控制者发布的规则为个人伦理；个人自助的第二方控制者发布的为合约；社会力量发布的为规范；组织发布的为组织规则；政府发布的则称为法律。^{[3]154}这里的每一种规范在社会生活中都是存在并发挥作用的，由作为非正式控制的社会力量所发布的社会规范与国家正式法律规范基本上构成了现代社会最重要的规范系统。二者的对立和统一很大程度上决定着我国司法的运作方式及效果。因此，考察刑事司法中纠纷解决与规则之治的两难困境，应主要围绕国家法与社会规范的相互关系进行。^①

我国刑事司法领域的法律与社会规范之间的冲突在实体法和程序法领域均有体现。在刑事实体法领域的冲突主要表现为两个方面：一是有关犯罪成立及其情节轻重的评价方面的冲突。对于某些行为，在社会规范看来是情节严重的犯罪的行为，在国家法上却不构成犯罪或者情节轻微，反之，一个行为在国家法上属于应受刑事追诉的严重犯罪行为，但可能在社会规范看来却不构成犯罪，或者认为罪责较轻。二是在刑事责任的内容方面，对特定的犯罪行为，社会规范适用的处罚与国家刑法规定的刑罚相冲突。例如，1999年某日凌晨，云南省金平县辖下一彝族村寨发现一只鸡被盗，碰巧一苗族人携鸡经过该村，村民们误将该苗人当作小偷，并在村长带领下将其活活打死。^{[4]300}在该案中，比较典型地反映了民间社会规范与国家法律在实体内容上的冲突。按照当地习俗，偷盗或者其他犯忌行为是非常严重的罪行，即使是对偷窃一只鸡的行为，民间规范也规定了非常严厉的处罚。然而，在国家法看来，首先，一个偷窃行为是否构成刑法上的盗窃，要看其涉及的财产是否达到法定的最低数额，诸如偷窃一只鸡的行为，在国家法上根本不构成刑事犯罪；其次，即使盗窃的财产数额达到刑罚的最低要求，国家法对一般盗窃犯规定的刑罚也要远远轻于民间规范的规定。国家法与社会规范在程序法方面的冲突，主要体现在二者对于刑事纠纷解决方式上的重大分歧。为学界探讨最多的莫过于少数民族地区或者边远地区广泛存在的刑事案件私和现象。尽管现代国家法一般性地禁止刑事案件的私和行为，但是在这些地区，一旦发生刑事纠纷，人们往往还是利用当地的民间规范加以解决，如藏族的“赔命价”^[5]，苗族的“罚三个一百”^[6]，等等。

由于中国地域广阔，且民族众多，不可能对每一个乡村或者民族地区的社会规范与法律的关系都进行实证考察，因此结论的得出主要建立在前人已有的研究基础上，而不是出于完全归纳。但是，并不能就此否认该项研究的相对普遍意义。实际上国内外许多学者在其著作中都不遗余力地试图向我们表明国家法与社会规范之间不可避免地存在着某种程度的内在的张力，无论是苏力笔下的“山杠爷的悲哀”^{[2]32}，还是埃里克森

① 需要说明的是，我国学界关于习惯、习惯法、民间法等概念及相互关系的界定到目前为止尚未形成一致意见。本文中出现的习惯、习惯法与民间法的概念，都是作为社会规范的下位概念使用的。

为我们展示的“无需法律的秩序”^{[3]66},无不表明国家法与社会规范之间的冲突和紧张是一种普遍的社会现象,有学者甚至将这种现象称之为“法律的失败”,并认为这种失败只可能最大限度地减小,而不能完全避免。^{[7]109-116}

(二)法律表达与司法实践的二律背反

法律表达与实践这一分析框架来自黄宗智先生的著作《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》。意在揭示法律制度的实际运作与清代政府的官方表述之间的巨大差距。然而,以法律的表达和实践的悖离作为分析工具的目的不是仅仅用“客观主义”的观点来取代“表达主义”,而是想凸显由主观解释和客观实践之间微妙的关系所提出的复杂问题。^[8]

由于种种原因,中国的法治现代化道路主要依靠移植西方法律制度,有学者言简意赅地将这种进化路径称之为“西化”。^{[9]138} 尽管近一个世纪以来,中国在法治现代化的道路上屡遭变故,然而所有这些曲折“都不曾改变中国法进化的途径……历届政府尽可以在法律的具体原则、条款方面作种种修改,却不能够对新法的文化性质作些微改变,更不可能回复到传统。”^{[9]159} 可见,虽然可能会有意识形态方面的差异,但是现代法治的核心精神仍然是我国官方主导的法律理念。1978年以邓小平为核心的中国共产党第二代领导集体对社会主义法制的基本内容和要求提出了“有法可依,有法必依,执法必严,违法必究”的十六字方针。此后,邓小平同志曾多次在不同的场合强调建设社会主义法制的重要性。^[10] 中共“十五大”更是将依法治国正式写入党章。从这些官方表达中可以发现,主流意识形态是非常强调“有法必依”的,如果单从这些官方表达上看,我国俨然一现代法治国家,仿佛国家和社会生活都在法律的安排和规制下井井有条,其间不存在任何龃龉。

事实上,在刑事司法实践中,一方面,当事人为了追求利益的最大化而千方百计地规避国家法律,甚至不承认法院的生效裁判;另一方面,公安司法机关在“维稳”的压力下,在某些案件中不得不对社会规范作出某种妥协,法律在某种程度上让位于社会规范。社会规范在司法实践中对法律的这种扭曲早已引起了部分学者的注意,有学者在研究民间习惯对刑事司法实践的影响时发现,由于习惯法对国家法律的逼迫和挤压,使一起本来意义上的制定法犯罪被转化为非犯罪处理,或者对于根本不构成犯罪的行为予以犯罪化处理。^[11] 在习惯法对刑事案件案件的“出罪”与“入罪”之间,公安司法机关的司法实践活动也被迫在一定程度上要偏离国家的正式法律轨道。在这种情况下,刑事司法活动显然不可能如官方表达的那样真正做到“执法必严,违法必究”,法律的表达与实践在这里表现出严重的悖离。

由于国家法与社会规范之间充满了离散、断裂和冲突,致使国家法很难如官方表达的那样在实践中付诸实施。这是由国家法与社会规范各自的特性决定的。现代国家法追求统一性和确定性,其存在具有时空的非限定性,加上我国现代法律主要建立在法律移植的基础上,中西方文化背景的巨大差异,使这种移植的国家法与社会固有的观念、习惯等存在较大疏离,对社会和民众来讲其在一定意义上为“外来法”^[12],从而在地方民众中产生所谓“法治不适症”^[13]。而植根于特定地理和时间的地方规范和地方正义则会因地点和时间的不同而不同^{[7]109},而且由于生长于民间社会,其与普通民众日常生活息息相关,因此其在纠纷中常常成为优选规范。德国法学家拉德布鲁赫早就警告过:“法律上的效力只能在毫不脱离民众生活实际的情况下才能实现,否则民众生活就会拒绝服从它。”^[14]

(三)法律效果与社会效果的悖离

刑事司法的法律效果要求实现刑事法律的确定性、统一性和连贯性。而其对社会效果的追求则要求刑事司法不仅要依法作出裁判,而且该裁判必须产生积极的社会效益,如纠纷得以妥善解决、社会秩序得以恢复以及国家和社会利益得到有效保护等。

由于法律与规范间存在上述紧张和冲突,司法机关如果严格依法断案,必然会出现一些与社会公众和当事人的认识相去较远,甚至相反的判决。这时就可能引起一系列社会问题,即当事人由于不认同法院的裁判,单独或者纠集亲朋不断上访、滋事等,甚至在法院判决执行完毕以后,被害人家属找到原加害人要求依照

民间传统再次进行解决,从而导致所谓的“双重处罚”。^{[4]310}对于顶着“维稳”压力的司法机关而言,这是他们最不愿意也是最害怕见到的结果。然而司法机关如果仅仅追求纠纷的妥当解决以及社会稳定,在某些时候其可能不得不采取一些悖离现代法治原则,甚至公然违反现行法律的措施。也许有人会提出,上述分析是基于社会效果与法律效果之间呈现出非此即彼的极端情形而进行的,二者在许多时候是可以大致协调的,如通过法律解释方法,以一定的法律原则作为逻辑推理的起点进行法律论证,从而在个案中实现社会效果与法律效果的统一。然而,本文所讨论的是基于国家法与社会规范之间的冲突造成的法律效果与社会效果的悖离,这种冲突往往是深刻而复杂的,因此一般不太容易通过法律解释等方法进行协调。而且,刑事司法乃整个法律体系中最严厉的法律活动,其涉及的是个人最重要的人权,即使是极少的一部分案件出现两种效果无法调和的情况,法官的最终选择也足以影响整个国家的法治状况。

二、刑事和解:一种冲突平衡的理论路径

(一) 治法抑或法治:冲突平衡的必要性

古希腊哲学家亚里士多德认为,法治应当包含两重含义:已成立的法律获得普遍的服从,而大家所服从的法律又应该本身是制定的良好的法律。^[15]在亚里士多德看来,法律只有在得以合宜的制定时,才是至高无上的,如果法律“荒诞不经”,即法律被证明是完全不合时宜的时候,就不是至高无上的。^[16]尽管现代法治思想与亚里士多德所处时代相比已不可同日而语,然而作为西方法治思想的重要奠基人之一,亚里士多德观点对我们仍不乏借鉴意义。亚里士多德的观点表明,法律的权威源自法律的内容本身是否良善。人们遵守法律,一个主要的原因就是在他们看来法律本身是正义的。曾任英国大法官的培根也说,司法官要牢记罗马法的十二铜表法的结语:“人民的幸福是最高法律。”一切法律若不是以此为目的,那么就不过是一种故意苛求人的条文,是未受神灵感悟的箴言。^[17]可见,法律应该致力于实现人们的尊严和幸福生活,一旦违反这一目的,该法律将不再是法治意义上的“法律”,而成为自然法学派所谓“恶法”,如果强制推行,则往往造成“治法存,法治亡”^[18]的法律威权主义统治。

由于诸如“正义”“幸福”“善”等语词具有高度的抽象性和主观性,不同文化背景的人可能会得出截然不同的解释。如果上述法律理想是一种可欲的目标,那么我们将不得不面临这样的问题,即在一个文化与规范多元的社会背景下,立法者究竟应该采用何种标准作为统一的法律评价尺度?是否可以以代表主流文化的标准作为普适性的尺度?对于一个高度同质的国家来说,采用主流文化的标准一般不会有什问题,而对于像我国这样一种高度异质的国家而言,仅仅考虑主流文化标准无疑会带来较大的法律的合法性危机。在我国,处于主流文化地位的是汉文化和都市文化,而少数民族以及乡村文化则处于边缘地位。以主流文化标准来衡量法律的善恶意味着在某些情况下会剥夺边缘群体获得正义的权利。因为依主流文化视为正义的法律对那些边缘人群来说不一定是正义的,甚至是非正义的。对主流人群来说是法治,而对边缘群体来说则可能仅仅是粗暴的治法。这种内在矛盾的外在表现正是上文分析的纠纷解决与规则之治的冲突。同一国度内,表面上—视同仁的法律制度实则隐含着深深的不平等,这对于一个追求法治的国家来说是无法容忍的。

(二) 冲突平衡缘何可能:刑事和解的理论基础及其对冲突的缓解

通过期刊检索发现,我国刑事和解的概念最早见于2001年的一篇介绍西方刑事和解的学术论文,“刑事和解”也来自于英文(Victim-Offender-Reconciliation,简称VOR)的翻译。^{[19]152}因此,刑事和解是一个纯西方法学术语,其内涵及其背后的理念与中国古代以及近现代司法过程中出现的某些妥协现象是完全不同的。学者们所谓的“和合”思想、“人民司法”路线等虽然具有刑事和解的某些表征,然而,与刑事和解这个术语所表达的内涵相比较实则貌合神离。

一个移植过来的法律概念,包含着改造我国现实的理想。然而这种理想不在于仅仅引进一套术语,其核

心在于借鉴别国一整套成熟的制度理念。因此,中国化了的刑事和解尽管与西方国家的刑事和解存在诸多差异,但是其理论基础本质上还是西方的。一般认为,刑事和解的理论基础主要有“平衡理论”“叙说理论”及“恢复正义理论”等三种理论。平衡理论(equity theory)将犯罪行为视为对被害人所认为的公平、正义的原始权利之平衡状态的一种破坏。该理论假定被害人为经济学上理性的行为人,当犯罪行为发生以后,被害人必然希望以最小的交易费用实现权利的平衡。叙说理论(narrative theory)则将刑事和解看作被害人叙说伤害的过程,并以此作为一种有效的心理治疗方式。在这种模式下加害人的作用就是通过和被害人一起分析犯罪故事的情节、人物和主题来实现对故事的共同重构。叙说过程的重要意义不在于故事内容本身,而在于叙说的过程,在于叙说者与受众之间的共鸣。^[20]与传统犯罪理论将犯罪行为视为对国家利益的损害不同,恢复正义理论(restorative justice)建立在平衡加害人、被害人和社会之间的利益的观点之上,这一观点认为,犯罪不仅损害了国家利益,更是对加害人、被害人和社会之间的正常利益关系的破坏,恢复正义的任务就是要在三者之间重建这种平衡。因此恢复正义理论反对国家在对犯罪行为的回应中的独占地位,主张被害人和社会对司法活动的参与。^[21]

上述三种理论共同构成了刑事和解制度的理论基础,同时也赋予了刑事和解制度缓解我国正式法律与社会规范之间的冲突以及由此导致的一系列矛盾的内在品质。在平衡理论和叙说理论中,被害人的这种以个人利益最大化为导向的行动以及对伤害过程的叙说为社会规范合法地介入原本属于国家法律所垄断的刑事领域提供了制度性途径。由于在刑事和解中,权利的平衡状态以及犯罪所带来的伤害是以被害人个人的主观认识为基础的,被害人的这种主观意识受其所处的文化背景、社会环境以及生活习俗等的影响,因此被害人在与加害人进行接触时,必然会诉诸于贴近双方生活,更符合其生活逻辑的社会规范。而恢复正义理论则将个人价值观及社区规范等更全面地带入到刑事法域。如果说平衡理论与叙说理论是将部分地反映社会规范的个人价值带入刑事纠纷解决程序的话,恢复正义理论则直接将社会规范引入刑事程序,并将其代表的社区利益作为一种在刑事程序中必须考虑和恢复的利益。刑事和解的这种理论品质,实际体现了国家正式的刑事法律与社会规范之间各退一步的妥协精神。国家刑事法律在刑事纠纷处理中作出的适当“让步”,为社会规范在刑事领域合法地发挥作用提供了制度空间。由于国家法的“让步”与社会规范的“前进”均发生于制度之内,且国家法随时可以对依社会规范进行之刑事纠纷解决予以审查,同时,由于社会规范所具有的天然的生命力,其在彻底消弭纠纷以及恢复社会正义方面有着独特的优势,因此国家法的这种“让步”不仅无损于规则之治,而且有利于实现纠纷解决下的规则之治。

三、冲突平衡与刑事和解制度的建构

由于面临着纠纷解决与规则之治的矛盾和冲突,我国刑事司法常常要在两难间作出选择,其结果往往是要么在个案中保全了规则之治,却导致无休止的涉诉上访,继发性恶性刑事案件,甚至群体性事件;要么在各方压力之下最终妥善解决了纠纷,然而却是以牺牲法治为代价。而且,即使法院在个案中维护了法律的统一性和连续性,但是当以牺牲法治为代价换取社会稳定成为一种非个案的处理方法时,这个社会的法治实际业已遭到破坏。因此,在没有其它更好的方法平衡二者间冲突的情况下,刑事和解不失为一种可供适用的制度选择。

(一)刑事和解模式的多元化定位

根据其在司法实践中的不同形态,有学者将我国的刑事和解归纳为三种模式:加害方—被害方自行和解模式、司法调解模式和人民调解委员会调解模式。^[22]¹⁶⁻¹⁹通过与西方国家刑事和解模式的比较,可以发现中西方向存有明显差异。在西方国家,通常意义上的刑事和解主要包括社区调停模式(community model)、转处模式(diversion model)以及替代模式(alternative model)等三种。^[19]¹⁵³这三种模式均为有第三方参与的和解模式,而且参与主持、促成和解的第三方一般为较为专业的社区组织或者私人组织。这与其发达的民间自

治组织以及自治社团是密切相关的。以民间组织作为刑事和解的中介机构,不仅有利于保持调解者的中立地位,从而保障刑事和解协议的自愿性与公正性;还有利于将社区价值引入刑事程序,便于双方以及社区利益的恢复。此外,这些中介机构一般以经验丰富并且熟悉民间习俗、社区规范者作为调停人,且较之于公安司法机关,它们有更加充足的时间对双方进行斡旋、说服,因此更容易促成当事人达成和解。

相比之下,我国民间自治组织、民间社团,尤其是公益性的中介组织极不发达。从而决定了我国不可能建立起如西方式的主要依靠民间中介组织的刑事和解制度。鉴于我国的现状,为了充分发挥刑事和解平衡纠纷解决与规则之治之间的冲突的功能,有必要以司法实践经验为基础建立多元刑事和解模式。具体来说,可以对司法实践中比较成功的做法在适当改造的基础上加以认可。

首先,加害方—被害方自行和解模式。其在正常运行的情况下具有独特的优势,一方面有利于节约诉讼资源,提高诉讼效率,更重要的是,这种方式为当事人双方提供了一个运用各自知识体系进行近距离交流、协商以恢复损害、平息争端的制度性渠道。这时,双方达成的和解本质上区别于传统的“私了”,因为“私了”发生在国家正式制度之外,而这种模式下的和解则发生于国家正式制度之内,国家公权力随时可以介入并对其加以审核,因此有利于实现纠纷解决与规则之治的良性互动。然而,这种和解模式也有其固有的弊端,由于缺乏一个中立第三方,当事人之间的权力和地位对比可能会左右和解的结果。虽然公安司法机关最终会对和解协议的自愿性和合法性进行审查,但是当事人间这种和解完全处于一个封闭的空间,国家公权力的这种事后审查能否以及能在多大程度上保证和解协议的公正性和自愿性,是值得怀疑的。为了克服上述缺陷,可以考虑在公、检、法三机关内部建立类似美国的“案件筛选程序”(Screening Procedure of Case),通过制定一个具体的标准,对于公、检、法各机关正在处理的案件进行筛选评估,对于那些有可能出现恃强凌弱的和解的案件,公安司法机关可以决定采用司法调解模式,或者直接将其委托给人民调解委员会进行调解。对于已经完成的自行和解,公安司法机关可以在召集各方当事人在场的情况下对其进行审查。

其次,司法调解模式。该模式虽然缺乏民间力量的介入,但司法人员在对当事人双方进行沟通、交流、劝解时,为了确保调解的效果,就不得不应用一些民间规范。因此,这种模式的调解过程也主要以纠纷解决为导向,而不是以规则运用为导向的。也正因为如此,司法调解模式招致了学界诸多责难,如有学者指出,检察机关主持刑事和解,一方面与其规则实施为导向的诉讼职能冲突,另一方面容易对当事人造成不适当的压力,影响和解协议的自愿性。^[23]对检察机关主持刑事和解尚且如此,更不用说法院主持的刑事和解了。上述观点有一定道理,但是也不能一概而论。从长远来看,建立由中立的社会组织主持的刑事和解制度当然是最佳选择,然而就目前的情况来说,由于社会中介组织的缺乏,以及资金、人员素质等方面的制约,我国现阶段不可能实现完全由社会组织来主持刑事和解,司法调解仍然是一个重要的刑事和解模式。但可以对其加以适当调整,如可以由检察机关承担主要的调解职能,公安机关仅可就简单轻微刑事案件主持调解,限制主审法官的调解职能,为了保证法官的中立性和调解的自愿性,在庭审阶段,对于可以适用刑事和解的案件主审法官可以将其移交法院专门负责调解的法官或者委托给人民调解委员会加以调解。

最后,人民调解委员会调解模式。应该在刑事和解制度中重点发展人民调解委员会调解模式。人民调解委员会可以在一定程度上弥补我国民间中介组织不足的现状。由于人民调解委员会的成员来自其生活的社区,对当地风土民情、民间规范十分熟悉,他们与当事人分享着共同的价值准则和社区规范,可以说人民调解委员会模式为社会规范最大限度地进入刑事司法程序提供了合法途径。因此,这种模式更容易利用民间规范促成当事人达成和解。为了充分发挥人民调解委员会的优势,可以吸纳一些在民间德高望重者进入调解组织,如民族地区传统的解决纠纷的长老、村寨首领等,同时在人民调解委员会与公安司法机关之间建立协调机制,并为人民调解委员会的调解工作提供一定的资金支持。

(二) 刑事和解的适用前提

适用刑事和解必须满足两个前提条件,一是当事人双方自愿和解;二是加害人必须真诚悔罪。首先,之

所以强调当事人自愿,原因之一在于纠纷解决与规则之治的冲突主要源于规范多元背景下当事人对国家正式法律的规避,当事人如果拒绝和解,很大程度上意味着当事人希望利用国家正式法律实现自己主观上的正义,从冲突平衡的角度来看也失去运用刑事和解的必要。何况,当事人双方自愿本身乃和解中应有之义。不自愿的妥协是一种强暴,带来的不是关系的恢复而可能是更大的仇恨。

其次,加害人真诚悔罪是实施刑事和解的伦理基础,是其道德合法性的主要来源。刑事和解的目的不仅在于对被害人进行经济赔偿,其更深层次的意义在于对一系列社会关系的修复。对被害人而言,经济赔偿固然重要,但是心理上的抚慰也同样必不可少。如果仅以金钱补偿作为和解目标,则会造成事实上的司法不公,因为这无异于宣告有钱的加害者只要愿意支付赔偿就可以获得宽宥,而穷人注定要受牢狱之苦。而且以经济补偿作为单一目标,“那么任何人,只要他愿意支付这个由集体确定的价格,他就可以打搅这位抱怨者的世界”。^[3]²⁵⁹显然,这时候的刑罚不仅没有达到预防犯罪的目的,相反却可能起到在某些情况下鼓励犯罪的作用。从国外的实践情况看,经济赔偿是通常的结果但不是必须的结果。^[24]来自国外的一项实证研究表明,对许多受害人来说,加害者的一次诚恳的道歉要比单纯地经济赔偿更(或至少在同等程度上)能够修复其伤害。^[25]反观我国刑事司法实践,刑事和解似乎在很大程度上被约化为经济补偿,这已经成为我国刑事和解制度改革中亟待解决的瓶颈。

(三)刑事和解的适用范围和阶段

刑事和解制度具有平衡纠纷解决与规则之治的冲突的内在品质,这种内在品质与其所追求的理念是契合的。纠纷解决与规则之治之所以会发生冲突,一个重要的原因即是传统刑事司法无法满足当事人以及社区的地方正义需求。而当事人之间和睦、共处的关系的修复,被害人内心伤害的实际平复以及所受损失的弥补等,往往是这种地方正义的重要内容。因此,在刑事和解制度的建构过程中,完全可以将其作为改革我国传统刑事司法以实现纠纷解决与规则之治最大程度平衡的一个契机。为了有效发挥其平衡功能,在具体制度设计时,其适用范围和适用阶段不宜过窄。

在刑事和解的适用范围上,可以考虑不以罪轻罪重作为唯一的决定标准,而是以案件性质以及是否存在明确被害人为标准。按照我国刑法体系,可以适用刑事和解的案件主要包括侵犯公民人身权、民主权利的犯罪和侵犯财产权的犯罪两大类。^①因为这两类犯罪都是对公民个人的直接侵害,被害人明确,国家法与社会规范的冲突也主要集中在这两类犯罪上,而其它犯罪主要涉及的是公共利益和国家利益,而且往往难以确定具体的被害人。当然这只是一个粗略的范围,在这个大范围内是否适用刑事和解还要根据案件的具体情况而定,如加害人的主观恶性、悔罪情况、被害人的意愿等。各地公安司法机关可以根据本辖区内的具体情况制定一个详细的案件筛选计划以及评估标准。这样可以最大限度地兼顾地方规范和地方正义的实现,缓解国家法律与社会规范的紧张和冲突。在刑事和解的适用阶段上,原则上侦查、起诉、审判以及执行阶段均可适用,只是在不同的阶段采取的模式应该有所侧重。但无论是案件筛选的具体计划以及各阶段采用模式的选择都应该符合刑事司法最低限度的程序标准,在保持推行方式多元化的前提下,还要注意维护其必要的纯洁性。^[22]³⁰

参考文献:

- [1]苏力.送法下乡——中国基层司法制度研究[M].北京:中国政法大学出版社,2000:254.
- [2]苏力.法治及其本土资源[M].北京:中国政法大学出版社,1996.
- [3]罗伯特·C·埃里克森.无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷[M].苏力,译.北京:中国政法大学出版社,2003.
- [4]方慧.少数民族地区习俗与法律的调适[M].北京:中国社会科学出版社,2006.

① 这里的一个例外是,虽然交通肇事罪被规定在危害公共安全犯罪中,但由于其直接侵害的主要是个人利益,而且在实践中对刑事和解的运用也较多,因此交通肇事罪也可以适用刑事和解结案。

- [5]孙镇平. 西藏“赔命金”制度浅谈[J]. 政法论坛, 2004(6):158-164.
- [6]徐晓光. 从苗族“罚3个100”等看习惯法在村寨社会的功能[J]. 贵州民族研究, 2005(1):27-32.
- [7]本杰明·范·罗伊. 法律的维度——从空间上解读法律失败[J]. 姚艳, 译. 思想战线, 2004(4).
- [8]黄宗智. 清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践[M]. 上海:上海书店出版社, 2007:12.
- [9]梁治平. 法辨——中国法的过去、现在与未来[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2002.
- [10]邓小平文选[M]. 北京:人民出版社, 1994:173-359.
- [11]杜宇. 当代刑法实践中的习惯法——一种真实而有力的存在[J]. 中外法学, 2005(1):76.
- [12]王启梁. 法律移植与法律多元背景下的法制危机——当国家法成为“外来法”[J]. 云南大学学报:法学版, 2010(3):130.
- [13]龙大轩. 法治在民间的困惑——对羌族习惯法的考察[J]. 现代法学, 2001(5):48.
- [14]拉德布鲁赫. 法学导论[M]. 米健, 朱林, 译. 北京:中国大百科全书出版社, 1997:145.
- [15]张文显. 二十世纪西方法哲学思潮[M]. 北京:法律出版社, 1996:607-608.
- [16]约翰·莫里斯·凯利. 西方法律思想简史[M]. 王笑红, 译. 北京:法律出版社, 2010:22.
- [17]培根. 论人生[M]. 杨向荣, 译. 太原:山西人民出版社, 2004:299-301.
- [18]季卫东. 法律程序的意义[J]. 中国社会科学, 1993:14.
- [19]刘凌梅. 西方国家刑事和解理论与实践介评[J]. 现代法学, 2001(1).
- [20]向朝阳, 马静华. 刑事和解的价值构造及中国模式的构建[J]. 中国法学, 2003(6):114.
- [21]马静华. 刑事和解的理论基础及其在我国的制度构想[J]. 法律科学, 2003(4):83.
- [22]陈瑞华. 刑事诉讼的私力合作模式——刑事和解在中国的兴起[J]. 中国法学, 2006(5).
- [23]毛玲玲. 乡土社会中刑事和解的构建[J]. 华东政法大学学报, 2010(2):114-122.
- [24]马静华, 罗宁. 西方刑事和解制度考略[J]. 福建公安高等专科学校学报, 2006(1):66-72.
- [25]JUNG J C & SEVERESON M. “What! What kind of apology is this?”: The nature of apology in victim offender mediation [J]. Children and Youth Services Review, 2009, 31(7):813-820.

Victim-Offender-Reconciliation: the Benign Interaction between Dispute Settlement and the Rule of Law

ZHANG Qing

(Law School, Yunnan University, Kunming, Yunnan 650091, China)

Abstract: The criminal justice has been beset by contradictions conflicts between the dispute settlement and the rule of law, chiefly embodied in the conflicts between legal norms and social norms, the contradiction between verbal presentation of law and judicial practice and the deviation between legal effect and social effect. The victim-offender-reconciliation and its theoretical basis make it possible for the dispute settlement and the rule of law to interact. Consequently, in the concrete establishment of victim-offender-reconciliation system, we should try our utmost to transform the possibility in theory into reality, and give full play of the victim-offender-reconciliation practice in criminal justice.

Key words: victim-offender-reconciliation; dispute settlement; the rule of law

(责任编辑:董兴佩)