

刑事和解制度产生的国家权威观念弱化背景之解读

徐光华

(江西财经大学法学院,江西 南昌 330013)

摘要:刑事和解制度的产生与国家的权威观念的适度弱化是直接相关的。国家出现后,为了树立其权威地位,它独揽了刑事纠纷解决权。这种做法存在诸多弊端,如没有考虑被害人的利益,并且也不可能因此消灭犯罪。随着人权保障理念的增强,个人权利在逐步扩张,国家权力在逐步萎缩,这必然要求国家权威弱化,也就给刑事和解制度的产生和发展带来了契机。

关键词:刑事和解制度;国家权威;纠纷解决

中图分类号:D926

文献标识码:A

文章编号:1008-7699(2011)02-0067-05

在传统刑事司法中,国家在刑事案件的处理过程中居于核心地位。刑事和解制度的引入,使刑事法律关系的结构发生了变化,被害人在刑事案件的处理过程中拥有了更多的话语权,同时,犯罪人能通过更多的方式来积极悔罪以获得更为宽大的处理。刑事和解制度的产生与国家权威观念的适度弱化是直接相关的,随着被害人、社区在刑事案件处理中地位的凸显,国家在刑事案件处理过程中的独断地位必然要受到很大程度的削弱。基于此,有必要对于国家权威观念的弱化作一番解读,以期对刑事和解制度有更深刻的理解。

一、传统刑事纠纷解决机制中的国家权威

人类社会出现后,就存在利益的纷争,当然就有纠纷的解决方式。自古以来,在刑事纠纷解决或刑事诉讼中,国家权利(权力)与当事人权利经历了此消彼长的发展过程。在早期人类社会,还不存在国家,人们处理纠纷的方式则完全属于自己的事情。人们通过自己来解决纠纷,或者通过第三方(中介)来解决纠纷,无论对于加害方还是被害方,其在纠纷解决机制中的主体地位均是不可质疑的,个体的利益在纠纷解决机制中也能得到一定程度的保障。但个体自身解决纠纷也存在诸多的弊端,作为社会调控、处理社会纠纷的国家出现后,国家垄断了对当事人之间的纠纷的处理权,当事人之间的纠纷被交由国家来处理。对私力救济范围的限制和强度的控制标志着法律的成长和国家权力的强盛。随着国家权力的强大,对私力救济的敌对性也越来越强,最后终于完全取代。国家权力处理刑事纠纷的公力救济这种纠纷处理模式所具有的积极意义是不容否认的,他有利于解纷效率的提高,毕竟,证据的调查、收集都是由国家代替当事人完成的,并且,有一套严密的规则来处理这些问题。随着国家权力的膨胀,被害人逐渐失去了求刑权、量刑参与权,国家如何对待犯罪人也和被害人没有了实质的关联,被害人被害后的一切事情完全由国家主导和解决。“从某种意义上说,犯罪行为开始被认为不仅仅是、甚至不是对被害人个人的侵害,而是对国家、社会秩序和公共利益的危险或危害,国家俨然成为任何犯罪的受害者,起诉活动顺其自然地成为代表国家提起公诉而不是代表被害人提起公诉。”^[1]逐渐地,对国家处理纠纷的权力推向了极至,而忽略了被害人在刑事纠纷处理过程中的地位。如贝卡里亚指出:“有些人免受刑罚是因为受害者方面对于轻微犯罪表示宽大为怀,这种做法是符合仁慈和人道的,但却是违背公共福利的。受害的公民个人宽免侵害者的赔偿,然而他难道也可以通过他的宽恕同样取消必

收稿日期:2011-03-16

基金项目:教育部人文社会科学青年项目“文化视域下的刑法解释学”(10YJC820126)

作者简介:徐光华(1981-),男,江西南昌人,江西财经大学法学院副教授,法学博士,北京师范大学刑事法律科学研究院博士后研究人员。

要的惩戒吗?使罪犯受到惩罚的权利并不属于某个人,而属于全体公民,或属于君主。某个人只能放弃他那份权利,但不能取消他人的权利。……如果君主把恩赦即公共安全赐给某个人,并且这种不明智的私人仁慈行为成为不予处罚的公共法令,那么我能说什么呢?”^[2]

国家、政府在很长一段时间都是一个镇压、管理的机器。为了巩固国家的权威性,国家尽可能地垄断纠纷的处理权,尤其是涉及重大纠纷的刑事案件的解决权。这一点,在国家出现之后的初期尤为明显。“任何介入都必须严加拒绝。因为,民间力量的每一次涉入,都可能会在实质上削弱公共权力机构的意义与威力,甚至使人们无视它的存在。由此,国家必须垄断刑事司法的整个过程,才能获得自尊与自足”。^[3]²³⁰传统刑事司法将刑法视为一种必须执行的命令和惩罚犯罪的手段,自然不允许有犯罪人和被害人合意解决刑事纠纷的情况出现,刑事和解制度也就失去了适用的前提和基础。^[4]长期以来,受这种绝对工具主义法律价值观的束缚,在国人甚至相当数量的刑法学家和刑法实务家的观念中,刑法就是“刀把子”或专政机器,就是执行阶级专政职能、镇压阶级敌人反抗、惩罚严重刑事犯罪分子的工具。在这种“刀把子”理论指导下的中国刑法理论,在过去很长一段时间,只谈刑法的任务,不谈刑法的功能,只谈刑法服务于政治、经济统治的工具价值,不谈刑法限制国家刑罚权任意行使、保障刑法适用对象的人权保障机能,否认刑法作为社会主义正义象征的独立意义。^[5]

二、传统刑事纠纷解决机制中的国家权威存在的弊端

在社会化的初始阶段,保持强大的神秘或权威力量对于维持社会的统一,完成由松散的自然状态到紧密联系的社会状态的过渡,功不可没。但今天社会的一体化已经完成,刑法面对的不是巩固、确保社会化,而是在社会化的整体性基础上发展社会。权威的力量必然会人为地隔离社会、阻碍社会的完全一体化进程。无论是今天我们视之合法的国家性团体权威,还是被严厉打击的如恐怖主义的群体权威,都在一定程度上阻碍社会向更高阶段发展。^[6]⁹⁵在这样一种以国家为中心的刑事法理念之下,国家为维护社会的整体利益而与犯罪人直接发生关系,刑事司法活动应当由国家专门机关进行,至于被害人、社区、当事者的家庭和亲属等其他利益相关方的利益和愿望则仅仅在抽象的意义上(即国家代表他们)予以关照,而很少在具体的犯罪处理中予以考虑。^[7]国家观念的强化实际上是报复主义观念的反应。“报复主义刑法的权力基础是国家权威主义。国家权威主义的哲学基础是迷信和服从(甚至是盲从)权威,它起源于人类认识能力的低下而求助于不容置疑的神秘力量。此神权迷信在世俗社会中被转移到个人崇拜,被某些人合理利用”。^[6]⁹⁴对于国家而言,“公开处决并不是重建正义,而是重振权力”。^[8]

储槐植教授曾经指出,迄今为止犯罪控制的模式基本上是国家本位,即犯罪控制的主体是国家,就是国家机关,尤其是司法机关。控制的手段就是国家司法权的运行、行使。随着经济的发展,以国家为本位控制犯罪存在一个致命的弱点,就是国家控制犯罪的力和犯罪的力不对称,我们称之为“力不对称”。因为随着经济的发展,国家的触角不可能伸展到社会的每一个角落,而犯罪的触角,恰恰可以伸展到社会每一个角落,凭这一点,就决定了国家为本位控制犯罪“力不对称”这么一个不可克服的弱点。在这种社会背景下,犯罪控制模式没有一个根本的转变,犯罪控制就不可能走出死胡同。^[9]这一问题也可以从国家对经济生活的干预的历史变化中得到启示。在计划经济体制下,国家企图对经济生活予以全面的干预,但效果却差强人意。从这一意义上看,现今社会主义市场经济在一定程度上取代计划经济是必然现象。既然经济领域中,国家的干预被认为是最没有效率的,那么,在犯罪控制中,是否也是如此?国家垄断型的司法控制模式能够高效处理犯罪吗?事实上,此种司法模式在实践中始终面临着巨大的危机:首先,国家司法资源严重不足;其次,国家司法的效果低下。这一点尤为明显地体现为监禁与矫正制度的失败;再次,国家司法的固有缺陷。国家司法通常只能在犯罪产生之后发动,而不能在犯罪的萌芽阶段介入,属于某种被动的、事后型的司法。^[3]²²⁸在市场经济催化下,市民社会将从政治国家分离并日益壮大,随国家和社会力量对比关系的发展变化,公权与私权行使的领

域和空间存在进一步调整的需要。国家的权力应当受到限制,尤其是国家的刑罚权。故刑罚之界限应该是内缩的,而不是外张的,而刑罚应该是国家为达其保护法益与维护秩序的任务时的最后手段,能够不使用刑罚,而以其他手段亦能达到维护社会共同生活秩序及保护社会与个人法益之目的时,则务必放弃刑罚手段。^[10]人类对犯罪的反应回归到公民自己解决自己的问题上来,国家只起辅助作用,并在此基础上成为公民的坚实后盾。同时,人类社会对刑罚的突破也是势不可挡的,多元的社会必是以多元的方式对待一切问题当然包括对犯罪的反应,人性化地对待犯罪比科学地处理犯罪更具价值。^[11]

日本的情况可以较好地说明这一问题。第二次世界大战以后,没有一个工业化国家比日本更有效地处理了犯罪问题。除了交通肇事犯罪之外,日本几乎所有类型的犯罪都呈下降趋势。这样成功的犯罪控制,究竟应该归功于什么样的制度安排?研究日本法的专家 Haley 惊奇地发现:在日本模式中,有一种非常特别的因素,这在西方国家是不存在的。那就是,在正规刑事司法体系之外,还存在着的一套隐形的和解机制。这套体制以被告人的坦白、悔罪以及被害人的赦免为基本特征,且贯穿到刑事司法的每一阶段。从最初的警察审讯到最后的审理阶段,大部分犯罪人都会真诚地道歉,请求被害人原谅,并恳求司法当局宽恕。作为此种悔罪的回报,他们通常得到了非常宽大的处理。因此,日本的起诉率和刑罚的执行率都非常低,监禁率则更低。^[12]

三、刑事和解制度的产生是刑事纠纷解决机制发展中国家权威性弱化的历史必然

如前所述,国家独揽刑事纠纷的处理权是存在诸多弊端的。人们逐渐认识到:“在任何自由的政府下,人民都有一些不受国家控制的权利。如果一个政府不承认这些权利,认为其公民的生命、自由和财产无论在什么时候都要受到最民主的掌权者的专制处置和无限控制,那么这样的政府终究只是一个专制主义的政府。……对政府这种权力的限制,乃是所有自由政府的基本性质,其中含有保留个人权利的意思,否则社会契约不仅难以存在,而且所有名副其实的政府都必须尊重这些权利”。^{[13]57}从这一意义上看,国家的权威观念必须弱化,国家不仅仅是统治型的,而在很大程度上应该是服务型的。在淡化国家权威的这一观念背景下,诸多原属于国家处理的刑事纠纷也逐步由公民个人(如被害人、犯罪人)及社区参与进来,刑事案件的处理更强调冲突各方的参与性,强调冲突各方的和解,冲突各方的和解能够换来犯罪人在刑罚上的从宽处罚。这种做法,使刑事案件的处理更具有民事纠纷处理的特点,刑法也逐渐具有私法的特征。

从历史发展来看,伴随着国家的进步与成熟,首先呈现的是私法公法化的发展轨迹,越来越多的纠纷被纳入公法的调整范围,刑法干预社会的程度加强,犯罪被认为不是私人之间的冲突与纠纷,刑事审判中的被害人一般被认为是国家。^{[14]54}正如德国刑法学家罗克辛所指出:刑法与民法在概念上的明确区分,是19世纪法学的重大成就。但在今日,我们认为此项严格区别是一个错误的概念,刑法与民法的再接近实有必要。^①“刑法私法化倾向有着‘公法私法化’同样的社会背景,其中一个重要的原因在于国家理性神话的破灭,或者说是国家职能加强的实践出现一系列问题之后进行反思、调整的产物”。^{[14]55}尽管中西法律发展的道路存在区别,但从历史演变过程来看,可以预期一个共同的趋势,就是刑法私法化倾向将进一步增强。具体表现为:其一,在整个法律体系中刑法所占比重呈逐渐降低的趋势而侵权行为法呈逐渐增长的趋势。根本原因在于社会与个人即权力与权利之间对应关系的变化。其二,刑法制裁手段私法化趋势。可以预期,随着越来越多的国家引入或借鉴刑事和解制度,一定范围内刑法的惩罚性制裁手段在一定程度上会朝着私法赔偿性制裁手段方向转化。其三,作为刑法私法化的另一表现的亲告罪数量呈适当增多趋势。^{[14]57}从刑事责任与民事责任的关系发展角度看,其历史脉络也呈现为“一体——分立——转换”的特点。古代社会的刑民一体,刑事责任和民事责任也不作严格区分,后随着刑民分立而截然分化。而现代社会刑事责任与民事责任则发展到

① 转引自何帆:《刑民交叉案件审理的基本思路》,中国法制出版社2007年版,第1页。

一定程度的“转换”阶段,例如民事侵权中的惩罚性赔偿金。而体现在刑事责任中,被害人的利益越来越受到关注,刑罚与损害赔偿的关系上体现出转换的可能。^[15]刑法私法化的背后,换来的是刑诉模式民诉化的倾向,即刑事诉讼在轻微案件中按照民事诉讼法的方法处理,尊重当事人的意思自由,采取处分原则。这与刑事和解不谋而合。

四、刑事和解制度的产生实质是刑事纠纷解决机制发展中国家利益与个人利益博弈的结果

早期,过多地强调公共利益,国家的权威性深不可测。例如,近代法国思想家卢梭在谈到公益时指出,公益永远是公正的,它只着眼于公共利益,且并非所有人的利益——“唯有公益才能按照国家创制的目的,即公共幸福,来指导国家的各种力量;因为,如果说个别利益的对立使得社会的建立成为必要,那么,就是这些个别利益的一致才使得社会的建立成为可能”。^[16]而人们现在更多地认识到,国家的存在并不是无目的的,而是为了国民的存在,国民的利益是国家利益、公共利益的基础,空谈国家利益是没有任何意义的。在此背景下,争取个人权利的呼声高涨。18世纪的英国社会功利主义学派杰里米·边沁认为,公共利益绝不是什么独立于个人利益的特殊利益。“共同体是个虚构体,由那些被认为可以说构成其成员的个人组成。那么,共同体的利益是什么呢?是组成共同体的若干成员的利益的总和;不理解什么是个人利益,谈共同体的利益便毫无意义。”^[17]哈耶克指出:“自由社会共同福利或公共利益的概念,决不可定义为所要达至的已知特定结果的总合,只能定义为一种抽象的秩序。作为一个整体,它不指向任何特定的具体目标,而是仅仅提供最佳渠道,使无论哪个成员都可以将自己的知识用于自己的目的”。^[18]

在承认弱化国家利益、尊重个人利益的基础之上,如何具体落实国家利益、个人利益就显得尤为重要。表现在刑事纠纷的解决机制上,就是应该更多地考虑冲突各方的利益,而不仅仅是考虑国家的权威。刑法将不再仅仅局限于是树立国家权威的工具,而应该在很大程度上考虑被害人的利益。“从非国家的角度认识刑法的最终理论期待是确立刑法的个体信仰与人文关怀,这一目标的实现意味着社会公众不再把刑法当作一个外物或异己的东西,它不是制度强加的而是自己生活需要的;刑法的动作并不是简单地表现为压制与威慑,它应当有助于促进法治精神力量的生成。因此,刑法学理论视角转换,意味着应当从非国家的而是社会公众(包括被害人)的立场重新审视刑法,软化刑法的强制性,承认在传统刑法之外进行制度创新的意义”。^[19]我国学者李海东把历史上的刑法,根据国家与公民在刑法中的地位划分为两种类型:国权主义刑法与民权主义刑法。以国家为出发点,而以国民为对象的刑法,称之为国权主义刑法。国权主义刑法的基本特点是,刑法所要限制的是国民的行为,而保护国家的利益。以保护国民的利益为出发点,而限制国家行为的刑法,称之为民权主义的刑法。^[20]民权主义刑法从本质上说就是法治国的刑法。法治国的基本精神在于:一个受法约束的国家。公权力与私权利分野之处在于公权力来源于私权利之间需要公平维护基础之上的私权利集合公益的让渡授权,其具体让渡表现在根据历史条件而进行着并存在质和量上的调整 and 变化。^{[13]61}从公民个人权利保护的历史变迁可以发现,国权主义刑法向民权主义刑法的转变是历史的必然,而刑事和解的出现则是这一必然趋势所带来的契机。

国家权威观念的弱化、刑罚的宽缓化、刑法私法化对于长期集权的国家而言,要接受这一变革是需要相当的政治勇气的,这或许只有在一个政治较为文明的国家才能实现,这要求国家让权与民。“由于刑事和解是由被害人与犯罪人通过协商与让步而处置犯罪的活动,它不仅使国家对犯罪人的强制性定罪量刑受到了影响,而且由于在刑事和解模式下,被害人与犯罪人作为犯罪纠纷的当事人,其意志构成了对国家强制公诉权及刑罚权的瓜分或国家对其犯罪强制追诉权及刑罚权的让渡,这份让渡不仅表明国家在一定程度上对被害人犯罪处置权的认可与让步,同时也表明了在一定程度上对犯罪人犯罪处置意志的接纳与认可”。^[21]一个国家的政治越文明,刑事和解的实施或许也就越有保障。随着社会的文明进步,越来越多的公民意识到使用

暴力、强制是不人道的,在一个政治文明的社会里,国民不再是国家统治、管理的对象,而是社会的主体之一,在其纠纷解决处理机制中应该有一定的话语权。国家权威观念的弱化、刑法私法化的趋势也表明,国家不再迷信通过其强制力—刑罚可以较好地处理一切犯罪,而是注意国家强制力之外的其他方法来妥当地处理犯罪问题,强调冲突各方的和谈。国家的刑罚并不像以往一样坚决而不可妥协,而是在被害人、加害人、社区的参与下,变得更趋灵活。实际上,“并非所有的诉讼法律关系均具有强行性质,只要当事人的诉讼契约不危及程序安定,不违背诉讼公平正义原则,不影响公共利益,诉讼主体间的自由合意应该得到法律保护。从立法和司法实践看,民事诉讼契约的类型包括管辖合意、诉讼和解、证据契约、放弃性的契约(不起诉、不上诉、撤回起诉等)、执行程序中的契约,……它理应是私法自治原则在诉讼程序(公法)领域里的延伸和转换”。^[22]

参考文献:

- [1]孙万怀,黄敏.现代刑事司法和解精神的基础[J].法学,2006(4):100-103.
- [2]贝卡里亚.论犯罪与刑罚[M].黄风,译.北京:中国大百科全书出版社,1993:8-9.
- [3]杜宇.司法观的“交战”:传统刑事司法 VS. 恢复性司法[J].中外法学,2009(2).
- [4]李建玲.被害人视野中的刑事和解[M].济南:山东大学出版社,2007:90.
- [5]梁根林.“刀把子”、“大宪章”抑或“天平”?——刑法价值的追问、批判与重塑[J].中外法学,2002(3):63.
- [6]高艳东.现代刑法中报复主义残迹的清算[J].现代法学,2006(2).
- [7]肖卫卫.刑事法治实践中的回应型司法——从中国暂缓起诉、刑事和解实践出发的分析[J].法制与社会发展,2008(4):17-29.
- [8]米歇尔·福柯.规训与惩罚[M].刘北成,杨远婴,译.北京:生活·读书·新知三联书店,1999:53.
- [9]储槐植.刑事一体化与关系犯罪论[M].北京:北京大学出版社,1997:89.
- [10]林山田.刑罚学[M].台北:台湾商务印书馆,1985:128.
- [11]李卫红.刑罚的变迁、回归与突破[J].国家检察官学院学报,2007(2):75.
- [12]HALEY J. A spiral of success: community support is key to restorative justice in Japan[J]. The Ecology of Justice,1994 (38): 32.
- [13]博登海默.法理学——法哲学及其方法[M].邓正来,姬敬武,译.北京:华夏出版社,1987.
- [14]王瑞君.论刑法的私法化倾向[J].山东警察学院学报,2006(3).
- [15]赵丹,杨修庚.刑事和解制度的历史解读[J].法学杂志,2009(6).
- [16]卢梭.社会契约论[M].何兆武,译.北京:商务印书馆,1962:35.
- [17]边沁.道德与立法原理导论[M].时殷弘,译.北京:商务印书馆,2000:58.
- [18]哈耶克.经济、科学与政治——哈耶克思想精粹[M].冯克利,译.南京:江苏人民出版社,2000:393.
- [19]周光权.刑事和解制度的实体法价值[C]//黄京平,甄贞.和谐社会语境下的刑事和解.北京:清华大学出版社,2007:93.
- [20]李海东.刑法原理入门(犯罪论基础)[M].北京:法律出版社,1998:4-5.
- [21]武小凤.冲突与对接——刑事和解刑法制度研究[M].北京:中国人民公安大学出版社,2008:172.
- [22]于立深.契约方法论——以公法哲学为背景的思考[M].北京:北京大学出版社,2007:87.

Research on Weakening State Authority Concept by Criminal Reconciliation

XU Guanghua

(Law School, Jiangxi University of Finance and Economics, Nanchang 330013, China)

Abstract: The appearance of criminal reconciliation system is related to the weakening of state authority concept. To establish its authority, the state monopolizes the right of criminal dispute settlement after its emergence. However, there exit many defects like the neglect of interests of victims and impossibility of complete crime eradication. With enhancement of human rights protection, the state authority concept must be weakened for the gradually-expanding individual rights and gradually-narrowing state authority, which is also an opportunity to criminal settlement.

Key words: criminal reconciliation; state authority; dispute settlement

(责任编辑:董兴佩)