

刑事和解与传统诉讼体制之关系*

杜 宇

内容提要：刑事和解是在对传统诉讼机制的反思中成长起来的一种解纷机制。文章试图在“决定型纠纷解决”与“合意型纠纷解决”的分析框架内，展示两者截然不同的特性，由此，将和解作为多元化纠纷解决机制中的重要一环加以考虑。在这样的知识背景下，一个根本性的问题便自然浮现：如何摆正刑事和解与既存诉讼体制之间复杂而微妙的关系？对这一问题的回答呈现为三种可能：“替代模式”、“平行模式”与“整合模式”。文章在对和解与诉讼的功能予以基本定位的前提下，指出了整合思路的相对合理性，并清醒地揭示出在这一整合过程中可能出现的“排异”效应与“统合”风险。最后，文章进一步指出，在整合的前提下，诉讼机制在当下仍构成犯罪应对的基本力量，刑事和解则成为必要的补充。

关键词：刑事和解 刑事诉讼 决定型纠纷解决 合意型纠纷解决

杜宇，复旦大学法学院副教授。

20世纪70年代，伴随着传统刑事司法理论上的无尽困惑，特别是实践效果的巨大失败，学界开始探寻一种全新的刑事冲突应对模式。此时，普遍存在于各国社会的传统解纷方式——“和解”，逐步进入了主流学者的研究视域，并在社会的急迫需求中，获得了迅速复兴的强大动力。“刑事和解”一跃成为西方学界高度关注的核心课题之一。^{〔1〕}

当对“刑事和解”作为多元化纠纷解决机制中的一环来加以考虑时，一个根本性的问题便无法回避：如何摆正它与既存诉讼体制间复杂而又微妙的关系？如何在程序上实现两者之间自然地过渡与衔接？这不但关系到刑事和解在既有体制下的生存状态，而且更关涉到传统诉讼体制的功能调适与重新定位。本文便是立足于这一问题意识的展开。

一 “决定”与“合意”：诉讼与和解的不同性格

日本法学家棚濑孝雄教授曾将冲突的解决方式，区分为“决定型纠纷解决方式”与“合

* 本文乃作者主持的2006年教育部人文社会科学资助项目“‘犯罪人—被害人和解’的世界经验与中国模式：一种迈向和谐的刑事法治图景”之阶段性成果，项目批准号为：06JC820003。

〔1〕 张庆方：《恢复性司法——一种全新的刑事法治模式》，载陈兴良主编：《刑事法评论》（第12卷），中国政法大学出版社2003年版，第438页。

意型纠纷解决方式”。按照他的思路,这种区分的依据在于,纠纷之解决是根据第三者有拘束力的“决定”,还是根据当事人之间自由的“合意”。显然,决定型纠纷解决最典型的例子就是审判、仲裁,而合意型纠纷解决则包含和解、调解等情况。当然,在现实生活中,这种区分也并非泾渭分明,两者之间的界限有时是含混和模糊的。随着社会环境、当事者与第三者的力量对比关系、第三者参与纠纷解决的动机等因素的不同,实际中的纠纷解决可能从决定型的一极向合意型的另一极流动地过渡。^{〔2〕}

随着社会的全面“法化”,人们很容易将视点仅仅集中在决定型的解纷解决方式之上。过去,这种情况尤为典型地出现在刑事解纷领域。然而,从现实的情况出发,刑事纠纷并非完全由诉讼方式来解决。毋宁说,当事人之间的和解,或是由第三人主持的调解等方式,也是刑事冲突极为重要的化解渠道。即使是从数量关系上讲,也难以仓促得出判断,认为通过诉讼解决的刑事冲突数量就一定比通过诉讼外机制解决的数量更大。因此,如果仅仅考虑诉讼这一决定型机制,就意味着关注的范围与对象存在严重偏颇。我们完全有理由将和解等合意型的解纷机制,作为一个相对于诉讼的、不可忽略的参照系统来对待。

(一) 刑事诉讼的特质

传统的刑事诉讼机制,乃是典型的决定型犯罪处理机制。在与和解机制相对应的意义上,它有如下特点:

其一,纠纷解决的规范性。此种规范性不仅体现为纠纷解决的准据,乃是一套有着严谨、精致结构的规范体系,而且体现为解纷程序的普遍性、稳定性与一致性。换言之,无论在解纷的实体依据上,还是程序规则上,都呈现出客观的、可预测的特性。

其二,纠纷解决的刚性。作为决定型的诉讼机制,其对纠纷的解决显示出刚性的特点。由于刑事法规则本身的严格与确定,在得出的结论上往往“非黑即白”。这在正当防卫案件中表现得尤为明显。要么,正当防卫不成立,当事人成为十恶不赦的罪犯,要么,正当防卫成立,当事人一跃变成万人景仰的英雄。在这种决定型的解纷中,没有或多或少,只有非此即彼可言。然而,现实情况中的纠纷,往往难以一清二楚地判断,而是存在着复杂微妙的牵连。此种“择一式”的决断方式,缺乏柔性的过渡,对于“既如此亦如此”的情况根本无法兼顾。

其三,纠纷解决的技术性。在传统刑事诉讼中,关注的是案件在法律、技术层面的解决。传统刑事司法所调查了解的犯罪事实,通常只是犯罪的外观,或是犯罪事件的最后引发,而不是犯罪事件的内在真相。它只关注犯罪事件中,与犯罪构成相关的事实,与最后的法律定性相关的事实,而忽略了事件背后更为广阔的行动背景、人际关联与社会意义。因而,从规范、技术的层面来处理犯罪事件,就只是一种相当表面化的问题处理。

其四,纠纷解决的当下性。传统诉讼机制关注的是纠纷的当下解决。即,在纠纷发生并进入诉讼程序之后,一次性地做出决断。它并不关注纠纷的缘由与过往,也不关心决定作出之后,双方当事人关系的发展与去向。它只是关注双方当事人长久互动关系中的一段,关注当下爆发出来的、有规范意义的一段。这种抽离式的考察,使得诉讼既无法发现犯罪发生的复杂成因,从而彻底消除犯罪渊蔽,又忽视了建立案件的跟进机制,对双方关系的后续进展予以追踪。

其五,纠纷解决的隔断性。在诉讼体制下,国家强制性地介入解纷,并以司法判决的形式决定性地提出解决方案。由此,产生了一体两面的效应:一方面,当事人在解纷处理中的作用、

〔2〕 [日]棚濑孝雄:《纠纷的解决与审判制度》,王亚新译,中国政法大学出版社2004年版,第8页。

影响下降,其对于最后的处理结果失去了决定性的发言权;但是,另一方面,由于判决是由司法机构做出,因而任何一方当事人对结局不满,此种不满都会被吸收到司法机构或位于其背后的国家身上。正是国家以某种公共复仇者的身份介入纠纷,使得当事人之间基于判决而形成直接对峙的概率下降,一方当事人报复、威胁、恐吓另一方的可能性减少,从而在客观上起到了过滤不满和保护当事人之功能。

其六,纠纷解决的平衡性。实际生活中,犯罪人与被害人之间的社会地位、教育状况、经济实力及调动资源的能力可能存在很大差别。如果由双方当事人自行解决纠纷,就可能产生一方要挟、恐吓或是压迫对方的情况。此时,一种表面自愿而实则违背内心真意的协议或许就会产生。然而,如果在纠纷解决中,引入强而有力的第三者——国家司法机关,上述情况就会根本性地得到扭转。国家司法机构通过一系列的制度安排,如平等原则、诉讼武器对等,平衡双方当事人的诉讼能力,避免双方当事人社会势力过于悬殊而导致解纷过程的失衡。当然,司法机关也可能受到有地位的当事人的影响,但作为一种国家机构,其抵御操控的能力,显然远远强于个人。

其七,纠纷解决的广泛性。理论上,任何刑事案件都可通过诉讼的方式解决。当事人之间是否达成合意,对于第三者——国家的强制介入而言,并不重要。恰恰在这一点上,合意型的纠纷解决机制存在适用上的盲区。合意型方式不仅在发动上需要双方当事人有合作的愿望,而且最终能否达成结果,也同样依赖于双方当事人之间能否形成“妥协点”。然而,也应当看到,并不是任何刑事案件都适宜于诉讼解决,“存在强制介入的可能”与“是否适合强制介入”绝不能等同。像家庭内部发生的偷盗、熟人之间的轻微伤害等案件,就不适合以决定的方式进行处理。

(二) 刑事和解的特性

相对而言,和解作为某种合意型的纠纷解决机制,与决定型纠纷解决有着截然不同的特性。这具体表现为:

其一,纠纷解决的灵活性。这种灵活性不仅体现为纠纷解决的实体依据,并非僵硬、严格的制定法规则,而是一定程度上糅合了大众的生活常识、习惯法则与社会经验;而且体现为纠纷解决程序的灵活与自治,形式、阶段、过程等均可自由协商,从而脱离了那一套规范工整、丝丝入扣的诉讼流程。正是在上述意义上,棚濑孝雄将审判称为“规范性的解决”,而将和解视为“状况性的解决”。^[3] 这无非也是在强调合意型机制的灵活性与可调整性。

其二,纠纷解决的柔软性。民间的刑事纠纷,往往缘于错综的人际交往和复杂的互动关系。因此,有时难以在纠纷中泾渭分明地区分孰是孰非。合意型的纠纷解决,并非把发现“法律上唯一正确的解决”作为目标,也并不一定寻求“非此即彼”的刚性结论。因为,它深知,勉强寻求这样的解答,有时完全是对纠纷原委的歪曲与裁剪,而有时则会进一步激化双方的矛盾、扩大两者的裂痕。和解试图实现的,是在一种缓和亲切的氛围下,通过双方的理性商谈与对话,而达致一种大家都能接受的“事实妥协”与“利益折衷”。这种对“商谈真相”而非“客观真实”的追求,这种对多元利益而非单方利益的容纳,使得纠纷解决的过程充满弹性与柔性,避免了你死我活甚至两败俱伤的境地;使得双方当事人的关系能够尽量缓和与恢复,而不至于进一步紧张与对立。

[3] [日]棚濑孝雄:《纠纷的解决与审判制度》,王亚新译,中国政法大学出版社2004年版,第8页以下。

其三,纠纷解决的实质性。在刑事和解看来,对于犯罪事件的处理,也绝不能满足于某种法律、技术层面的解决。犯罪的真相,并非僵硬的、片面的、格式化的构成事实所能取代。在犯罪构成框架的指导下,对纷繁芜杂的案件事实予以抽象的同时,事件中更为丰富的信息与细节,就会被忽略和遗忘。这些事实可能与事先固化的法律框架无关,与案件的规范意义无关,但是,却与纠纷的内在起因、实质化解决紧密相连。现实生活中,犯罪事件的发生往往有着极为复杂、深刻的背景,其中很多因素甚至涉及到当事人心灵深处的隐私。只有在当事人直接见面、坦诚相待时,这些内在的、微妙的因素才会浮现。犯罪人可能认识到,原来自己漫不经心的行为或言论,是那样深地伤害了对方的自尊,由此埋下了冲突的隐患;被害人也可能发现,自己认为是严重侮辱和挑衅的行为,原来竟是对方的无心之失,甚至是基于好意而为之。只有抛开法律要件与规范事实的束缚,深入到犯罪事件的内部,从犯罪发生的深层背景、复杂成因、社会影响等方面来观察事件的意义,才能内在地、实质性地解决刑事冲突。这是在社会交往的层面寻求纠纷的解决,而非在法律技术层面了结案件。

其四,纠纷解决的长久性。刑事冲突的产生,常常是犯罪人与被害人长期矛盾冲突的结果,是一系列人际事件的最后爆发。而且,犯罪人与被害人之间的关系,也并非一锤子买卖,在纠纷发生以后,两者可能还必须在同一社区环境中继续生活。因此,刑事纠纷的处理就绝不限于当下个案的解决,不止于事件的暂时性解决,而是涉及到某种长期的关系经营和持久互动。也因此,刑事和解竭力避免将犯罪从连续的社会关系中抽离,孤立化地进行犯罪应对,而是尽量将犯罪事件与其前期的矛盾形成、事件的后续发展联系起来,从而更为完整、动态地把握纠纷解决。

其五,纠纷解决的自治性。合意型纠纷解决中,当事人完全依赖自己的力量处理冲突。当事人不仅可以决定程序的形式与进程,而且可以决定最后的处理结果。因此,与机械地由第三者做出决定相比,与追求抽象的规范伦理和程序正义相比,这种方式可谓最大限度地尊重当事人的感受与愿望,贴近当事人的利益与诉求。同时,由于此种方式最大程度地调动了当事人的资源与能力,也使他们处理纠纷的经验趋向成熟,对人际交往的理解更为深刻。

其六,纠纷解决的多元性。随着社会关系的复杂化,人际冲突和纠纷类型显现出多元化的态势。与之相对应,解决纠纷的模式也应当多元化。这不但是为了缓和诉讼机制作为唯一解纷方式的压力,而且,更为实质的,是为了实现解纷模式与纠纷本身的对应性与适应性。总有一些纠纷,是适合于诉讼的纠纷,而另外一些纠纷,则更适合以其他的形式来解决。一定范围内涉及隐私的案件、熟人之间发生的案件以及其他存在和解可能性的案件,都可以考虑以合意型的方式来解决。这种不同解纷模式的并存格局,为当事人提供了多样化的程序选择空间与可能。

总之,和解具有与传统诉讼体制远不相同的特性,因而值得作为另一种具有竞争力的解纷机制来对待。和解的这些特性,如更为灵活的解纷程序、自治性明显增强、整体考量案件背后复杂的社会关系、柔性与符合情理地解决争端,等等,不但正是传统诉讼体制的不足与缺失之处,而且更是和解机制在功能上的优长所在。当然,这不应使人误解为,诉讼体制一无是处,而和解模式则样样占优。更不应被误解为,和解模式应该全面替代诉讼体制,它是弊病丛生的传统体制的包治百病的良方。只是说,对于特定社会关系、特定主体及特定纠纷的解决,刑事和解的确具有某些功能上的独特优势。因而,有必要以刑事和解来弥补诉讼模式的不足,有必要将其作为多元化纠纷解决机制中的重要一环加以考虑。

二 “替代”、“平行”抑或“整合”:两种机制间的结构性安排

(一) 三种安排

当刑事和解被作为多元化纠纷解决机制中的一环来加以考虑之后,其必然要面临的问题就是如何妥善处理与现有司法体系之关系。毫无疑问,刑事和解的确立,意味着一种从应对主体到法律后果、从价值导向到实践效果均迥然不同于传统诉讼体制的刑事冲突解决框架。此种崭新机制的构建将对主流刑事司法模式带来强烈的冲击和挑战。如何摆正两者之间的复杂而又微妙的关系,不仅关涉到传统体制的功能调整与角色转型,而且关涉到和解体制的基本走向和前途命运。

关于这一问题,可能有三种不同的结构性安排:

第一种安排是“替代性安排”。这种安排的基本思路是,以刑事和解体制全面取代传统诉讼体制,诉讼体制在刑事解纷中的地位、作用被和解体制彻底统合。此种观点的代表性人物乃是恢复性司法运动的先驱霍华德·泽尔(Howard Zehr)。在其早期的著作中,泽尔将以和解机制为核心的恢复性司法模式作为观察犯罪和司法问题的全新镜头,并将恢复性司法视为是传统司法模式的全功能替代。^[4]其言下之意,现代诉讼体制将不断消退、萎缩,其刑事解纷机能将为和解体制全面覆盖,最终退出历史的舞台。

第二种安排是“平行性安排”。此种安排的基本思路是,和解机制与传统诉讼机制乃是相互平行、相互独立的二元体系,两者在功能上既分庭抗礼又相互补充,任何一方都不能取代他方,任何一方也不会融入他方。此种观点的有力代表同样是霍华德·泽尔。泽尔在其晚期的著作中,对早期的思想进行了清理与反思。^[5]他转而认为,尽管和解在其实践中展现了旺盛的活力,但是,试图以和解全面取代诉讼,仍然是过于天真的想法。两种机制各有其不可替代的独特功能,将作为两种相互竞争的机制长期并存下去。

第三种安排是“整合性安排”。在这一思路看来,和解机制与传统诉讼体制既非相互取代的关系,也非平行并立的关系,而是一种融合关系。两种模式彼此镶嵌在一起,你中有我,我中有你。在这一思路的背后,又可能存在两种不同路径:一种路径是,认为传统诉讼体制起着刑事解纷的主要作用,而和解机制则补充着诉讼体制的不足。另一条路径是,把和解作为刑事解纷的主要机制,而把正式诉讼机制摆在第二位。布雷斯怀特(Braithwaite)就试图在这一思路下,对和解机制做更高的定位。在他看来,非正规系统和正规系统都很重要。但是,前者是减少犯罪和无礼行为的基本力量,同时它能够控制犯罪成本的不断增长。然而,对于非正规机制力所不及的问题,以及它在实际中所不可避免要遭遇的失败,则必须由正规系统来解决。^[6]

(二) 关系格局

在上述三种方案中,替代性的方案显得不切实际。尽管刑事和解在实践中表现出极为

[4] Zehr, H., *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, Scottsdale, PA, Herald Press, 1990, p. 181.

[5] [美]霍华德·泽尔:《恢复性司法》,章祺等译,载狄小华、李志刚主编:《刑事司法前沿问题——恢复性司法研究》,群众出版社2005年版,第24页以下。

[6] Braithwaite and John, *Crime, Shame, and Reintegration*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 23.

旺盛的生命力,同时在适用上呈现出不断扩展的趋势,但是,试图以和解全面取代诉讼,仍属于幼稚的幻想。这是因为:

首先,和解机制始终存在制度功能上的盲区。在被害人已经死亡或者失踪的案件中,由于不存在现实的被害人,根本无法展开和解;在以国家或社会法益为直接侵害对象的案件中,以及“没有被害人的犯罪”、“自己是被害人的犯罪”中,由于不存在具体的被害人,能否展开和解还有挥之不去的疑虑。单靠和解机制根本无法处理所有的犯罪事件,还必须诉诸于其他的纠纷解决机制。

其次,在权利既定的格局下,刑事和解体制的构建和启动,还需要正式体制的授权。试图以和解体制全面替代正式诉讼机制,无疑将遭遇正式体制本能的反抗与抵制,甚至根本无法获得授权。这一点不难想象。在正式体制之下,一个法律共同体已经形成。公安、检察、法官、律师都是这个共同体中的重要成员。他们不但是某种法律职业的共同体,更是一个经济利益的共同体。诉讼机制的衰退或是消失,将严重危及他们的职业基础和社会地位,甚至端掉他们的饭碗。没有了刑事诉讼体制,公安机关的权力将大幅萎缩,检察机关将失去存在的意义,法院的职能也将部分地消减。由此,以和解彻底取代诉讼,必将遭遇这些权力阶层的强力压制,甚至基于此种威胁,他们完全可能在和解制度试图确立之初,便残酷地扼杀这一幼苗。

再次,和解机制的运作有赖于正式体制的监督。诚如上述,在和解过程中,完全可能出现双方当事人实力失衡的状况。由于双方当事人在资源、能力、社会关系上极不对等,因而,很有可能出现一方压制、强迫另一方的情形。特别是,当这种强迫以一种表面自愿的形式呈现出来时,就更加具有迷惑性与危险性。此时,需要正式体制予以必要的监督和制约,保证程序的透明、公开与公正,保证被害人、加害人能在程序中得到平等的对待,同时保证当事人自由、真实的意志表达。此外,和解完成后,最后的协议虽然由双方当事人自由协商达成,但是,协议必须由国家司法机关予以审查确认。协议可能并非当事人真实意志的表达,也可能有违恢复性正义的基本要求与性格,还可能突破了国家强行法的框架,从而有损于社会整体利益。因此,不能舍弃正式体制对协议的真实性、恢复性与合法性的必要监督。

最后,在和解机制失败时,还有赖于正式体制提供最后的救济。案件虽然落入刑事和解的范围,但任何一方当事人不同意和解时,或者虽有和解之尝试但无法形成最终协议时,或者虽然形成协议但一方当事人反悔而不切实履行协议时,和解机制都将面临失败。如果和解是唯一的程序选择,和解又以自愿为前提,那么,在上述情况下,我们只能让犯罪人轻易地“溜走”。这显然不能被人接受。因此,当和解体系之内已经无法提供解决犯罪事件的力量与途径之时,我们只能转而寻求正式诉讼体制的帮助。

由此看来,正式诉讼体制存在相当独特的机能,不可轻易取代。对于和解机制固有的失灵,以及和解机制不可避免要遭遇的失败,必须由正式诉讼体制来予以救济。不仅如此,正式体制对于和解机制的运作,还将起到授权、监督、支援等重要作用。因此,试图以和解体系全面覆盖、取代传统诉讼体系的“替代性方案”,显然太过天真。

正是看到了这一点,“平行性方案”彻底抛弃了“统合”的幻想,承认两种体制各有其不可替代的独特功用,将两者的关系作“平行并立”的把握。按照这一思路,两种机制分庭抗礼,乃是某种相互竞争的关系,任何一方都不可能彻底取代另一方。这一点无疑是正确的。但是,如果完全将两种机制作“平行式”的处理,就可能会产生“割裂化”的效果,无法使两种体制之间产生正常的交流。人们容易认为,刑事和解与传统诉讼机制是存在于一个截然不

同的、离散的规范性世界之中。在笔者看来,和解绝非是一个与正式体系完全隔离的、独立运作的系统,恰恰相反,和解是典型地位于传统诉讼体制的附近,并部分地依赖正式法律和追诉体系来运作。和解机制与诉讼体制之间具有非常密切的内在勾连,在案件来源、效果承认、监督制衡、增援救济等方面,两者之间有着微妙的互动与沟通:

首先,和解的案件来源必须依靠正式诉讼体制的分流。在这一意义上讲,和解的“合法性”始终来源于正式诉讼体制的授权。反过来说,正是由于诉讼体制中分流的案件被和解所消化,才使得正式体制的压力获得极大的缓解。

其次,和解协议的达成不仅仅在和解体系内发生效力,更为重要的,它也将在正式诉讼体制上产生效果。这种效果不仅直接体现为对追诉进程的影响,而且间接体现为实体上的法律优待。而要产生此种正式法上的效果,其前提在于,和解的开展必须镶嵌在诉讼程序的各个阶段之中。

再次,诚如上述,对话过程需要正式司法机构的监督制约,和解的最后协议也必须由正式司法机构审查确认。从这个意义上讲,在整个和解程序的运作中,正式司法机构都始终在场。然而,正式司法机构的职务行使和权力运行必须有发动的前提,那就是诉讼的存在。没有刑事追诉,就不存在司法权力运作的余地和空间。

最后,尽管在和解成功时,正式诉讼只是某种备而不用手段,但是,一旦和解失败,就意味着正式诉讼的重新启动。这意味着,在和解与诉讼两种机制之间,并非是断裂与隔离之关系,而是存在着紧密的程序衔接。作为和解失败后的某种救济程序,诉讼程序通常紧跟着和解程序而发动。

由上可见,和解机制与诉讼体制之间,绝非完全平行并立、毫无交涉之关系,毋宁说,两者乃是一种相互融合、彼此镶嵌之关系,你中有我,我中有你。因此,“整合性方案”可谓提供了一种相对合理的结构安排。沿着这一思路,和解机制与诉讼机制虽具有相对独立的运作空间,但均是作为整体纠纷解决机制中的一环而存在。由于诉讼体制的“先在性”与“既定性”,和解体制必须主动融入诉讼体系之内,才能争取合法性的地位。必须考虑在传统诉讼体制的内部开辟和释放和解体制的运作空间。从这个意义上讲,和解程序始终是镶嵌在诉讼体制的流程中,并在“正式体制的阴影下”运行。它的存在,就相当于在诉讼体制中设置了一个个出口,将案件从诉讼程序中分流出来。一旦和解成功,整个诉讼的进程就可能由此调整甚至终止,而一旦和解失败,案件又会重新回到诉讼体制的轨道内,以寻求最终解决。

三 “排异”与“统合”:整合中的可能困难

当然,在整合的过程中,和解体制也可能会遭遇特别的困难。泽尔曾经强烈地表达出他对在传统司法体制之内尝试和解机制的担心。正是基于这样的担心,泽尔才义无反顾地主张某种平行并立的模式。在他看来,在现行诉讼体制之内运行和解,必将面临三大难题:其一,现行刑事司法体制的整体性质是报应性的而非恢复性的;其二,现行刑事司法体制是以犯罪人而不是被害人为中心设计的;其三,当受到挑战时,刑事司法体制的本能是“自我保存”。在笔者看来,上述第一、二点指出了现行刑事司法体制与和解体制在性格上的差异。正是由于性格上的内在差异,才会导致现行司法体制对和解体制本能的拒斥。因此,与其说泽尔的担心存在于三个方面,不如说它们都集中于一点。那就是,性质如此迥异的两种体制

能否共存和兼容到一起?在自己的领地之内,现行刑事司法体制能否容忍异己的存在,并为和解体制开辟和留存一片自由呼吸的空间?进一步地,即使获得授权,在传统诉讼体制内运作,和解体制还能不能保持其独立的恢复性价值?

应当说,这样的疑虑并非多余。任何体制一旦构筑起来,对于体制外的他者都会有本能的敌意。更何况,当一个在基本理念、价值追求、运作规则等方面均明显对立的事物试图打入既有体制的内部、并在体制内部寻求某种正统性的地位时,此种交战将显得异常激烈。刑事纠纷的解决向来都是正式诉讼体制的“专属领地”,权力专享的色彩极为浓厚。当和解机制引入之后,人们自然要警惕,如果任由它自由运作,甚至拓展其适用领域,会否不断侵蚀、蚕食传统诉讼体制的生存空间,并最终将正式体制完全驱逐或毁于无形。另一方面,不但和解对正式诉讼体制存在威胁,反过来,正式诉讼体制会否威胁和解体制,更加值得担忧。莱特(Wright)曾经尖锐地指出:“这也许是可能的,作为一个过渡阶段,法庭仍然遵循报应性哲学来运作恢复性司法体制,尽管这将不可避免地导致矛盾。”^[7]在对和解体制的审查、监督中,正式诉讼体制可能会将自己的价值观强加给和解体制,也可能以对现实功利目标的追求替代对恢复性正义的追求,由此消减、异化和解程序的恢复性效果。

此种“双面的担忧”,绝非仅仅存在于想象之中,它早已在实践中有所显现。发生在加拿大安大略的例子,就很好地说明了现行司法体制对变革的拒斥。众所周知,“被害人—犯罪人和解方案”(VORP)最早源于1974年的加拿大安大略省的基其那[通常被称为基其那(Kitchener)试验]。严格说来,作为第一个以恢复性正义为价值取向的犯罪处理模式,该方案在其运作的几年内获得了巨大的成功,法官们将大量的案件移送给该方案的执行者。然而,安大略上诉法庭在1982年的一个判决,却导致情势急转直下。该判决作出之后,一个戏剧性的变化就是:法庭向VOR方案移送的案件数量大幅下跌。在R v. Hudson案件中,被定罪的犯罪人对一个赔偿令提出了上诉,其理由在于,环境使其负担太过繁重,以致其无法完全地履行赔偿令。虽然这并不是该案的主要争点,但法官在其口头判决中,不仅推翻了该赔偿令,而且认为赔偿令作出的方式本身就不适当。上诉法庭认为,允许通过VOR方案作出赔偿令,是一个法官量刑权力的不适当授权。这一判决对基其那试验方案有着震撼性的意义。面临上诉法庭的这一意见,法官当然有其他规避性的选择。法官可以首先将案件移送给VOR方案,之后,再通过将VOR方案的协商结果带到法庭并由法官来宣判,以克服这一技术性困难。但是,基其那的法官们并不倾向于这样处理。因为,此种烦琐的步骤将使程序变得十分复杂,使本来就漫长的程序变得更为冗长。基于此种考虑,法官们不但没有试图调整运作方式,反而大幅降低了VOR方案的使用频率,向VOR方案移送的案件数量被严重削减。不难看到,现行的司法体制完全可以通过改变其自身来允许新的实践程序与之共存,但是恰好相反,现行的司法体制选择的是一种顽固的自我保存姿态,试图保留其对犯罪处理的垄断地位。^[8]

在与现行诉讼机制保持共同运作的同时,和解程序还能不能保持其独立的恢复性价值,同样值得疑虑。发生在美国和英国的现实是令人悲观的。在英美一些地区,在地方司法机

[7] 转引自 Jennifer. Llewellyn & Robert Howse., *Restorative Justice: A Conceptual Framework*, <http://www.lcc.gc.ca/en/themes/sr/rj/howse/index.html>。

[8] 同上。

关的指导下,当地的和解项目发展出了与通行的和解程序完全不同的形态。例如,在矫正系统的主导下,这些地方的“被害人—犯罪人和解方案”不是以多大程度上实现了双方当事人的和解为目标,而是以从监狱中转移了多少罪犯作为评价成败的标准。这里,对恢复性价值的追求已经没有多大意义,重要的是现实的效益目标和资源节约目标。

当然,指出上述困难,并非意味着和解体制与诉讼体制就形同水火,绝对不能共处。只是,我们应当对主流诉讼体制可能的“排异性”,及其在和解推动中对恢复性价值的“异化”和“统合”,保持足够的警惕。我们应当意识到,开放的胸襟和对变革的接纳,并不是传统司法体制的显著特征。试图在传统司法体制的内部真正为刑事和解实践创造空间,同时保持其恢复性正义的本性,将是有一定难度的任务。为了实现上述任务,需要正式司法体系改变现在的面貌,作出功能上的调整,以适应新的角色。

尽管存在难度,诉讼机制与和解机制的联姻仍然是不可避免的趋势。此种结合的内在动力乃在于,两种体制在功能上的相互补充和支撑。正是由于传统诉讼体制在运作时不断暴露其机能上的缺失,才催生了刑事和解体系。和解体系乃是在传统诉讼体制的缺陷中孕育,并伴随着对传统诉讼机制的反省而不断成长壮大。诉讼体制所面临的问题,如漠视被害人利益、司法成本高昂、程序选择单一、加剧社会裂痕等问题,必须依靠和解机制来解决和完善。反过来,和解体制也不可能离开诉讼体系而独立存在。从案件来源、人员组织、监督救济等各个方面看,和解体制都有赖于正式诉讼体系的支持和帮助。只有将两种体制融合在一起,才能实现被害人利益与犯罪人利益、国家利益的平衡,才能实现司法公正与司法效率的平衡,才能达致一般正义与个别正义的平衡,才能达致法律效果与社会效果的平衡。从上述意义上讲,诉讼体制与和解体制的关系,就如同一对孪生兄弟,既相互依赖又相互补充,势必在其整个生命历程中编织出不可分割的意义相关。

四 孰主孰次:整合中的角色定位

当我们确定了以“整合思路”作为处理两种机制关系的基调时,接下来要面临的问题,就是对两种机制的作用予以功能上的定位。质言之,我们要厘清在犯罪应对中,到底哪种体制的作用是本质的、主要的?哪种机制的作用是辅助的、补充的?

从现阶段看,在整个犯罪应对系统中,正式诉讼体制无疑扮演着主角,而和解机制则只能是正式诉讼体制的补充形式。其中,最为重要的原因在于,和解机制在今日的适用范围仍属有限。此种适用范围的限制,一方面在于案件类型的限制,即和解程序只能在轻微犯罪、青少年犯罪及偶然犯罪中适用,对于其他相对严重的犯罪、一般成年人犯罪及累犯等,目前尚难以完全放开。另一方面,适用范围的限制,还表现在和解机制的固有盲区。如对于以国家法益、社会法益为直接侵害对象的犯罪,对于“没有被害人的犯罪”、“自己是被害人的犯罪”,能否适用和解,尚存在深刻的疑虑。对于被害人已经死亡、失踪的案件,更是完全没有适用之余地。此外,即使案件落入和解的适用范围,双方当事人是否同意展开和解,也仍然是限制和解适用的一个不确定因素。相比而言,正式诉讼机制在适用范围上,几乎没有任何限制。理论上讲,不但任何刑事案件类型都可通过诉讼方式解决,而且,作为某种国家的强制性侵入,诉讼的启动也无需考虑当事人的意愿。由此看来,在适用范围上,和解机制与诉讼机制实在是有着相当大的差距。此种适用范围的局限性,将极大地削弱和解作为一种刑

事纠纷解决机制的普遍性意义,并使其无法在完整、全面的意义上与诉讼体制相提并论。

除了适用范围上的差距,和解机制在人员组织等方面的建设,更是有待时日。为了和解程序的顺利实施,必须建立一套具有专职人员、专门业务和特定工作机构的结构体系。在中国的背景下,尽管可以遍布城乡的人民调解组织为基础来构建这一体系,但是,这些组织要形成中立化的特色,要达到职业化的要求,要在理顺与正式司法机构之关系的同时,又建构起沟通正式司法机构的良性渠道,都还需要相当的努力过程。这其中,最为紧要同时又是最为艰巨的任务,乃是对这些调解机构的中立化与职业化改造。根据1989年《人民调解委员会组织条例》第2条的规定,人民调解委员会是居民委员会和村民委员会下设的调解民间纠纷的群众性组织,在基层人民政府和基层人民法院的指导下进行工作。以此为据,在其长年的实践中,行政机构与司法机构对人民调解委员会形成了业务上的领导关系。从本质上看,这一关系与人民调解组织在和解程序中的定位,有着极大的矛盾。作为中立性的调停机构,人民调解委员会必须逐步摆脱对正式司法机构和行政机关的附庸与依赖,以免在程序中自觉不自觉地受其牵制,将其意志、观点带入程序。不仅如此,作为和解程序的中立调解机构,人民调解委员会还必须在职业化形象上彻底改变,其成员必须经历最为严格的职业培训,以获得相关的理论知识、专业技巧和操作经验。他们必须改变以往那种太过“大众化”的形象,那种“张大妈、李大爷坐下来唠唠嗑,就把事情解决好”的简单想象,而朝着高度专业化、职业化的要求迈进。显然,要完成上述的中立化、职业化的改造,对于传统的人民调解组织而言,无异于脱胎换骨,需要一个极为漫长的过程。这个过程越是缓慢,就越会制约和和解机制的功能发挥,就越会限制和解机制在整个犯罪应对体系中的角色担当。而恰恰在这一点上,我们无法一蹴而就。

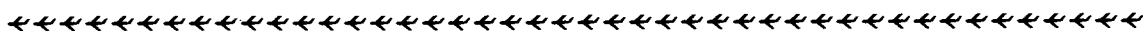
基于上述考虑,笔者个人认为,就现下的条件看,传统诉讼机制仍然会在犯罪应对系统中占据主流的位置,而和解机制则构成对传统机制的有力补充。无论是诉讼还是和解,单靠任何一方孤立的行动都无法有效地解决犯罪问题。只有两者通力合作,既各自承担相应的职责,又相互配合与支援,才能遏制犯罪的增长。

值得强调的是,上述的判断仅仅是在当下的时空条件下成立。如果拉伸视野,就不得不承认,诉讼与和解在刑事解纷中的地位乃是此消彼涨的进程。在公共权力机构产生之前,和解构成了某种最为重要的刑事纠纷化解途径;随着公共权力的建立和不断强化,刑事解纷的解决开始被逐步纳入国家诉讼体系之中。无论在意识形态上还是制度实践中,以国家权力为后盾的诉讼体系都开始全面取得支配性的地位。在此种规制性的变迁之下,和解则逐渐成为被排斥和贬抑的对象,从刑事解纷的前台转入幕后;今天,和解的传统被再度激活,并在恢复性正义的浇灌下重获新生。和解不但重新回到了解决刑事纠纷的实践舞台,而且在正式立法上亦得到了明确承认。它不仅在正式诉讼体系不及与不足的地带,发挥着重要的补充作用,而且与正式体系各有胜擅、各自精彩。从未来的发展看,伴随着其适用范围的不断扩展、社区资源的不断发掘、组织机构的不断完善,和解机制的作用可能被不断放大。甚至,亦有超越诉讼机制、重新成为刑事冲突解决之中心手段的可能。

[Abstract] Victim - Offender Mediation (VOM) is a sort of dispute resolution mechanism which has been shaped on the reflection of the traditional litigation system. This article attempts to

show the distinct characters of these two mechanisms within the framework of “decision – based dispute resolution” and “consensus – based dispute resolution”: VOM, thus, is regarded as an important part of alternative dispute resolution (ADR). Against this knowledge backdrop, a fundamental question will come up naturally: how to better understand the complex and delicate relationship between VOM and the existing litigation system? Answers to this question may be rendered into three possibilities: “substitute model”, “parallel model” and “integrated model”. While examining the relative rationality of “integrated model”, the article has also pointed out the potential effect of rejection and the risk of integrative side effect in the process of integration. Finally, the article notes that under the premise of integration, litigation system continues to play a fundamental role in combating crimes, and VOM works as a necessary supplementary instrument.

(责任编辑:王雪梅)



(上接第 37 页)

有助于犯罪行为回归社会这一因素,也就是只须考虑其中一个因素即可。如果只考虑有助于犯罪行为回归社会这一因素,那么检察官可以通过委托被害人援助协会来实施那些不需要被害人到场的措施,诸如向犯罪行为重述法律规定的义务或是刑事和解,这种情况下,必然违背了刑事调解制度设立的初衷。

[Abstract] The French Ministry of Justice gave a clear definition for the meaning of criminal mediation in its Circular dated March 16, 2004. According to the Circular, criminal mediation in France means “the establishment of a kind of link between the victim of a crime and the person committed that crime, under the auspices of a third party, through holding meetings, so to reach an agreement on the method of repairing any damages and restitution, and to set up conditions for prevention of recidivism as much as possible”. With great efficiency in overcoming problems such as lengthy, complicated and ineffective criminal procedures, criminal mediation has manifested not only the efficiency – and – results – oriented value of criminal proceedings, but also the deterrent force of the traditional criminal law. Particularly, it conforms to the trend of decriminalization and the notion of restorative justice in contemporary world. The criminal mediation system in France is, to a great extent, similar to the criminal reconciliation currently being implemented on a trial basis in China. The author hopes that this article may serve as a modest spur so that we may gain useful experience in our own judicial practice in China.

(责任编辑:雨 沐)