

## 刑事司法中的刚与柔

熊秋红\*

近年来,我国的刑事司法领域发生了显著的变化。从经年不息的“严打”到宽严相济刑事政策的普遍推开、从罪刑法定原则的确立到刑事和解的勃兴、从案件处理的先刑后民到先民后刑,这样的变化让人目不暇接,甚至有些眼花缭乱;与此同时,人们心中的困惑也油然而生:根据官方和民间的解释,“宽严相济”乃区别对待,该宽则宽,该严则严,有宽有严,宽严适度,可是,与罪责刑相适应原则相比,它究竟有着怎样的新意呢?罪刑法定、无罪推定、正当程序,是我们追求刑事法治的目标所必须遵循的原则和理念,可是,正在风靡全国的刑事和解与这些原则和理念难道不存在任何抵触吗?再有,刑事诉讼法规定了刑事附带民事诉讼制度,奉行“刑事优先于民事”的原则,可是,目前司法实践中盛行的却是“先民后刑”的做法,我们应当如何评价立法与实践之间的悖反、如何看待刑与民二者之间的关系呢?

黑格尔说:“凡是合乎理性的东西都是现实的,凡是现实的东西都是合乎理性的。”一般而言,任何变化的背后,都有其合乎理性的原因,我国近些年来刑事司法领域所发生的变化,自然也有其因时因势而制宜的考虑,有其历史的和现实的依据。但是,如果仅将思考停留于“存在即合理”的简单公式显然是不够的,有将复杂的问题简单化之嫌,以此推论,更有将现实中的一切存在包括刑讯逼供合理化、正当化之危险,也是一种理论上浮浅的表现。学者的作用应当在于透过纷繁复杂的社会现象,去解释其中的具体原因,去把握事物运行的规律,去发现制度、实践和改革方案背后的理论线索,而非简单地就事论事。

如果将刑事司法比作一条流动的河,我们需要了解这条河的走向、了解它迂回行进的规律;如果把刑事司法比作一张变幻的脸,我们需要读懂这张脸的表情、读懂它喜怒哀乐的原因。摇滚歌星崔健在一首歌中唱到:“不是我不明白,这世界变化快”,在一个改革成为主旋律的年代,要对风云变幻的社会现

象作出准确客观的描述、分析、解释和评价,显然并非易事。刑事司法也是如此。君不见,曾几何时,刑事诉讼法学者对于美国刑事诉讼中的辩诉交易大加鞭挞,现如今,不少人却对其所带来的快速结案的好处艳羡不已,并主张在中国的刑事诉讼中直接或间接地加以采用。这种一百八十度的大转弯是如何发生的呢?有学者声称:协商的正义、妥协的正义,也是一种正义。博登海默说:“正义有一张普洛透斯似的脸,变幻无常、随时可呈不同形状并具有极不相同的面貌。当我们仔细查看这张脸并试图解开隐藏其表面背后的秘密时,我们往往会深感迷惑”。

刑事司法中贯穿着一条主线,那就是惩罚犯罪与保障人权的关系,在不同国家、不同历史时期,刑事司法制度的改革大多围绕着调整惩罚犯罪与保障人权之间的关系而展开,只不过各有侧重而已。这是一种解释维度。观察我国刑事司法领域近期所发生的变化,似乎也可以从惩罚犯罪与保障人权的角度获得一些解释,比如,宽严相济刑事政策本身可以被视为惩罚与保障的另一种表达;刑事和解无疑包含了对认罪的犯罪嫌疑人、被告人(尤其是轻微刑事案件中的犯罪嫌疑人、被告人)从宽处理的考量,同时也涉及对被害人权利的保护;“先刑后民”在一定程度上意味着惩罚优先、国家利益优先,而“先民后刑”则关注被害人的利益,同时也使被告人从中受益。

刑事司法中涉及多方面的利益,包括国家利益、被告人利益、被害人利益等,任何改革都会有其受益者。刑事诉讼目的——对刑事诉讼中惩罚犯罪与保障人权关系的界说,作为一种分析工具,用来解释刑事司法领域所发生的变化,永远都会有其重要的价值。因为利益乃权利最基本的、必不可少的要素,权利的背后包含着对利益的保护,刑事司法改革既然涉及不同主体的利益,也必然与权利保护相关。但是,仅以惩罚犯罪与保障人权关系的调整,来解释我国近期刑事司法领域的改革,似乎仍有隔靴搔痒之

\* 中国社会科学院法学研究所诉讼法室主任、研究员、博士生导师。

感,也许用“同中有异”的另一种说法——刑事司法中的刚性与柔性,更能切中问题的要害。

长期以来,我们在刑事司法中确立了一系列的原则,如刑事实体法中的罪刑法定,适用刑法人人平等,罪责刑相适应;刑事程序法中的以事实为根据、以法律为准绳,对一切公民在适用法律上一律平等,未经人民法院依法判决不得确定有罪等。这些原则和观念逐渐深入人心,被视为刑事司法正义的体现,并使得国家主导的刑事司法呈现出刚性色彩。但是,以刑事和解为核心内容的刑事司法改革却使一些固有的原则发生了动摇,恢复性司法理念为冷冰冰的刑事司法注入了柔和的色彩,在传统的惩罚与预防的框架内,导入了恢复性的价值目标。然而,如何做到刚柔相济,而非以柔克刚,混淆刑事与民事的界限,将是我们不得不面对的问题。

日本学者西原春夫说:刑法是法当中最可怕的法律。如果违反了它,可能会被处以包括死刑在内的各种刑罚,因此,刑法具有可怕性、严厉性和庄严性,这是不能否认的。但如果你光把它看做是“哼哈二将”那么可怕的脸,你就不会去考虑有些犯人做出犯罪举动是有其令人怜悯的环境背景的,更不会拥有祈望犯人悔改、赎罪、自新的心。在刑法的脸中,包含着被害人父母、兄弟、姐妹的悲伤和愤怒,也包含着对犯人的怜悯,更包含着对犯人将来的祈望。在充分理解犯人的犯罪动机的同时,不得不对他的犯罪行为动用刑罚,而这中间必须含有审判官的泪水。据此,西原春夫认为,刑法应该拥有一张慈父般的脸。我国有学者进一步引申说:刑事诉讼法应该拥有一张慈母般的面庞,并认为刑事诉讼法应当比刑法更克制、更仁慈、更善良、更宽容。这里所说的慈父慈母,突出地强调了刑事法的谦抑性。

将刑法、刑事诉讼法比作慈父、慈母,让我们窥见到刑事法温情脉脉的面孔。无独有偶,美国学者格里费斯提出了刑事诉讼中的家庭模式理论,该理论以家庭中父母与子女的关系为喻,强调国家与个人之间的和谐关系,并以此为出发点,提出解决问题的途径。这种观点看到了刑事司法中惩罚犯罪与保障人权相统一的一面,强调对被告人的尊重、强调刑事司法的教育功能,这有助于在刑事司法中确立多元的价值目标,促进刑事司法的文明与人道。但上述比喻似乎片面夸大了追诉者与被追诉者利益的调和,遮蔽了刑事司法以及刑事惩罚的严厉性。无论将刑事法的克制、仁慈、善良、宽容强调到何种程度,我们

都无法否认刑事法是法律体系中最严厉的法律,因为它承载着维护统治秩序的功能。从这个意义上说,刑事司法的两种面孔只是实现刑事法功能的一种手段,其本身并不是目的。

在构建社会主义和谐社会的语境下,宽严相济、刑事和解、先民后刑等有了政治上的正当性根据。从法律层面而言,如果宽严相济仅仅指的是该轻而轻、该重则重、轻重平衡,则与罪责刑相适应的刑法原则并无实质区别。作为一项新的刑事政策,其应当具有新的内涵,宽严相济刑事政策与英美等西方国家早在20世纪80年代就已开始施行的两极化刑事政策(严厉刑事政策和轻缓刑事政策同时并进)应当具有相似的内涵。国外的经验表明,一项新的刑事政策的施行,不仅标志着刑事司法实务的改变,而且也意味着现代刑法的基本原则受到空前的挑战。两极化刑事政策的推行,需要重新检讨和改变现存罪刑对价关系,将重罪处罚更重,轻罪处罚更轻。这实际上已超越了责任主义原则所设定的界限。

德国刑法学家李斯特有一句名言:“法制是刑事政策不可逾越的藩篱”。我国施行宽严相济的刑事政策,首先应当受到罪刑法定原则的限制,因为罪刑法定代表着法治社会刑法的内在精神,是法律适用的刚性底线;其次,它应当受到罪责刑相适应原则的限制,即犯罪与刑罚之间应当具有对称性和比例性,既反对重罪轻判,也反对轻罪重判,以体现刑罚的公正性。我国目前实施宽严相济刑事政策存在制度性的障碍。在立法方面,刑罚存在结构性缺陷,刑罚资源没有得到合理配置,在轻重失调的情况下,各种刑罚的效果就会相互抵消,宽和严都难以实现;在司法方面,在法律中的宽严标准较为模糊的情况下,司法者具有较大的自由裁量空间,他们能否做到宽有节、严有度、于法有据,令人担忧;在行刑方面,对刑罚及非刑罚的执行无论在执行方法、执行手段、执行标准甚至执行主体上均未有统一、明确的立法,导致与宽严相济的刑事政策相伴随的许多措施无法实行。我国目前应当注意处理好宽严相济刑事政策与现有的刑法原则、制度和实务的协调或配套,并将该政策体现在立法、司法、行刑以及社会控制等各个领域。没有上述各个方面的支持和配合,没有具体的法律制度承载和体现,宽严相济的刑事政策只会是一个空洞的宣言、一个常识性的口号,更有甚者,它可能沦为刑事司法中滥用自由裁量权的盾牌。

与宽严相济的刑事政策相比,刑事和解体现了

宽容理念、自由契约精神和以人为本的观念,以全新的思维和视角重新思考和审视犯罪和刑事司法问题,为解决犯罪问题开辟了一条新的路径。但是,通过和解过程中的对话真的能唤醒犯罪人良知,让其产生悔罪心理,自愿地承担责任,并产生应有的道德变化吗?犯罪人是在态度上产生变化,还是仅仅由于各种潜在的压力使犯罪人进行表面上的敷衍?如何对此进行判断?这不禁使人产生一些疑问。况且有些恶性刑事案件一旦发生,犯罪人与被害人之间的关系便无法恢复,在这种情况下,所谓的家庭模式不过是一种幻想。应当看到,宽恕需要能力,没有和解的能力,就不会有宽恕,也不会产生真正的和解。最为可怕的和解是被害人被迫做出的和解,这种和解是被害人在背负缺乏宽恕之心的情景下做出的,但和解的效果往往是“和而不解”或“解而不和”。

刑事和解强调纠纷解决的非正式性和灵活性,强调个别化处遇,却可能对法律的平等适用原则造成冲击。如果缺乏正当程序和相应的制度保障,容易导致恣意,不仅无法保障当事人权益,而且会产生众多的负面影响。试想,如果大量的“轻微犯罪人”通过刑事和解回到了社会,而社会又没有建立相应的控制和防范机制,在这种情况下,社会能变得安全吗?其结果必然是置善良百姓于险境。恢复性司法的开山鼻祖美国学者霍华德·泽赫说,刑事和解“其蕴意深刻而复杂甚至充满悬念。它似乎与诸多不同的宗教和传统文化均能产生共鸣,却断不能从一环境轻易地移植到另一环境。”作为一种解决纠纷的方式,刑事和解具有合同性和司法性的双重属性,从其合同性的侧面而言,应当遵循自愿、保密、对等等原则;从其司法性的侧面而言,应当遵循诚实信用、遵守公共秩序、合法性等原则。但是,如何将这两方面的属性有机融合,却始终是一个难题。

犯罪行为一方面侵害了国家利益和社会公共利益,因而涉及刑事问题;另一方面造成了被害人的物质和精神损害,因而涉及民事问题。刑事问题的处理与民事问题的处理必然相互影响。我国现行刑事诉讼法规定了刑事附带民事诉讼制度,在实践中,由于附带民事诉讼“调解难”和附带民事判决“执行难”问题的普遍存在,导致被害人往往无法获得满意的民事赔偿。同时,附带民事诉讼在赔偿范围、赔偿标准上不及普通民事诉讼,使得附带民事诉讼脱离了民事侵权法的一般归责原则。因应实践需要而产生的“先民后刑”模式,促进了附带民事诉讼调解率的提高,规避了判

决结案方式所带来的“执行难”问题,取得了令诉讼各方都较为满意的效果。但它却无法避免“赔钱减刑”和“以钱赎刑”的质疑,因为民事赔偿“折抵”刑事处罚,违反了“刑事的归刑事,民事的归民事”的一般逻辑,同时对法律面前人人平等原则构成了挑战。

刑事和解与恢复性司法相伴而生,却是两个不同的概念。恢复性司法更多地关注被害人的心理康复,试图通过交流来减轻不安;刑事和解则是刑事司法中的替代性程序,其中包含恢复性司法的成分。恢复性司法的理念适用于所有刑事案件;对于刑事和解,应持谨慎态度,重罪案件不宜采用。实践中的先民后刑模式,建立在被害人国家补偿制度缺失和国家法律援助范围有限的背景之下,其内在的局限性不言而喻,完善相关法律制度,降低民事处理对于刑事处理的影响,有利于提高该模式的正当性。

面对世界范围内风起云涌的刑事司法改革浪潮,德国学者魏根特教授指出:刑事诉讼中应当有不可放弃的原则,加快和简化刑事诉讼程序应当遵守一定的规范界限。从刑事程序的结构特征看,首先不可放弃的是决定被告人有罪或者无罪的法庭的客观中立性;为了不打破刑事诉讼程序的平衡,控诉原则也是不能放弃的;刑事诉讼程序的“实体真实”的导向也不宜放弃,因为它关涉刑事诉讼程序重要的社会功能。被告人可以放弃自己所处的法律地位,但必须建立在自愿的基础上。由于量刑压力产生的被告人对自己权利的放弃,很难看作是自愿的。“主张廉价而快捷地在法院走廊中达成的‘和解’而牺牲了对真实和公正的追求的人,没有认识到:在刑事诉讼程序中,不是诉求和相对诉求的结算,而是涉及到人的命运的决定”。

魏根特教授所言对于我们认识纷繁复杂的刑事司法改革具有警示意义。在一个解构主义、实用主义盛行的年代,在“改革”成为刑事司法主流话语的今天,在“刑事法治”观念在我国司法实践中立足未稳的当下,推行每一项改革举措时,应当牢记刑事司法中不可动摇的原则。刑事司法固然应当追求多元化的价值目标,应当追求原则性与灵活性的结合,应当追求刚柔并济。但是,如果我们放弃了刑事司法中不可逾越的底线,其结果必然是公正与效率两败俱伤、实体正义与程序正义两相受损,而身处改革大潮中的我们,对于刑事司法制度的未来,也将失去判断力和方向感,从而陷入“雾里看花”的困境。

[编辑:喻建立]