

# 中西法律如何融合？

## 道德、权利与实用

黄宗智 \*

当前的中国法律体系同时具有权利和道德理念，也具有一定的实用性，展示着三种传统——来自西方的移植、古代的传统以及现代的革命传统的混合。本文探讨的问题是，在几种传统的并存下，这三方面如何协调或融合？我们从其相互作用的历史中对中国法律的未来能得到什么样的启示？本文从过去的经验例子出发，探索和反思其中所展示的逻辑，由此试图勾画一幅符合未来需要的图景。

文章的中心论点是：中国未来的法律不一定要像西方现代法律那样，从个人权利前提出发，而是可以同时适当采用中国自己古代的和现代革命的传统，从人际关系而不是个人本位出发，依赖道德准则而不仅是权利观念来指导法律。同时，沿用中国法律传统中由来已久的实际倾向。长期以来，道德与实用的结合，加上近百年来从西方引进的权利法律，同时塑造着中国的法律体系。

本文先从这个角度重新梳理（笔者过去研究的）传统和现代民事领域的调解制度、离婚法、赡养与继承、侵权法以及（最近的）取证程序改革，进而讨论刑事领域中国内法学界最近争议较多的刑讯逼供和刑事和解问题，通过实例来说明中国法律体系如何协调中西法律以及其所包含的道德、权利、与实用三个维度。其中，既有冲突，也有融合；既有错误的，也有明智的选择。但是，总体来说，中国法律体系在近百年的变迁中所展示的是一个综合中西的大框架，既可以容纳西方现代法律的优点，也可以维持中国古代传统以及现代革命传统的优点，借以建立新时代的中国法律体系。

### 一、调解制度

中国从古代贯穿到现、当代的调解制度一直都是中国法律体系中比较突出的组成部分。

---

\* 中国人民大学长江学者讲座教授、美国加利福尼亚大学洛杉矶分校教授。

与从个人权利出发的西方现代法律制度不同,它从人际关系出发,所强调的不是个人权利的维护,而是人际关系的和谐。它不会像西方权利法那样,过度强调对错,把即使没有对错的争执也推向对抗性的必分胜负。它是一种倾向于妥协和忍让的体系。(当然,它的劣处是会对明显的对错采取含糊的妥协。)它要求的不是简单的负方的赔偿或惩罚,而更多的是赔礼道歉和恢复和谐。近几十年来,西方法律本身,鉴于其对抗性法律体系诉讼高度频繁的问题,也一直在探索非诉讼纠纷解决(Alternative Dispute Resolution,简称ADR)的另类道路,其中多有借鉴中国经验之处。有关中国传统调解,以及其与西方现代权利法间的区别,已有众多的分析研究(笔者本人在这个课题上也已作了一定的探索),<sup>[1]</sup>这里不再赘述。

调解制度同时具有十分实用性的一面。法庭外的非正式(社区与亲邻)和半正式(由干部主持的)调解制度,一直都有效地减少了正式法庭的诉讼和负担,这也是中国官方所表达的重要原因之一。这方面的研究也有不少积累,亦不再赘述。

这里要特别突出的一点是笔者以往没有明确指出的一个方面,即调解制度背后的道德准则。与西方基督教对每个人灵魂的永恒性和独立价值信仰不同,调解的历史渊源起码部分来自儒家传统的道德观念。时隔两千五百年,我们今天仍然可以在众多调解案例中看到使用儒家道德逻辑的例子:调解人仍然常常会用将心比心的“道理”来说服当事人,会问:如果别人对你这样做,你会怎样感受,怎样反应?

从我搜集的调解案例中,这样的例子很多,这里只举一个例子来说明:1990年前后松江县华阳桥甘露村党支部书记蒋顺林调解三名邻居的争执,一方(薛文华)要把新房子凸出于两个邻居房子的前面,但那样的话,会影响邻居们的景观、光线和空气,因此引起争执。按照当地高度现代化的规定,造房都要向村政府申请造房证,要得到邻居们的同意,以免侵犯对方权利,造成纠纷。根据该地当时的规则,妨碍景观不能成为反对对方造房的理由,但妨碍光线和空气则可以。这是源自权利观念和现代管理的一套规定,和笔者在美国洛杉矶的亲身经历基本一样。虽然如此,在甘露村的实际调解过程中,蒋顺林支书依赖的不是这些复杂的法则,而是儒家的“如果人家这样对待你,你会怎样反应?”据他说,当时他这样问薛文华,薛无以为对。<sup>[2]</sup>显然,蒋所采用的“道理”,基本是《论语》中的“己所不欲,勿施于人”的道德准则。

这里所说的儒家道德准则也许可以视作附带有类似于西方启蒙现代主义大师康德(Immanuel Kant)所论证的那种独立于功利/实用考虑、足可普世化的必然性道德的含义。<sup>[3]</sup>它在中国道德观念中所用的是诸如“天经地义”类的表述,乃是不容置疑的道德准则。它类似于西方传统中所谓的“黄金规则”(“golden rule”),归根到底来自基督教的准则(《圣经》中的“你要别人怎样待你,你也要怎样待人”),与中国颇为不同。在康德那里和世俗化的现代,则源自对“理性”,尤其是演绎逻辑的使用和信仰,并由此而产生其普适于全人类的想法。<sup>[4]</sup>它也是

[1] 参见黄宗智:《过去和现在:中国民事法律实践的探索》,法律出版社2009年版,第2、4、7、8章。

[2] 同上注,页45—46、49—50。

[3] 这里表述的是康德著名的“categorical imperative”概念,不容易以一个单词来翻译。

[4] Robert Johnson, “Kant’s Moral Philosophy,” 2008, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <http://plato.stanford.edu/articles/kant-moral>; 参见 Garath Williams, “Kant’s Account of Reason,” 2009, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <http://plato.stanford.edu/articles/kant-reason>。

西方现代所谓“人权”(human rights)的重要理论依据和来源。<sup>[5]</sup>当然，儒家思想进路不同，也没有像西方现代传统那种程度地坚持自己的绝对性和普世性。

从这个简单的例子我们可以看到，今天中国法律体系虽然在话语层面上依赖移植过来的权利法律，但是，在实际运作中，真正起作用的，以及广为人们所接受的，常常是具有悠久历史的人际关系道德准则。正是从这样的观点出发，才会形成现今仍然具有顽强生命力的民间非正式以及半正式的调解制度。它的影响也可见于法律体系的正式部分，包括离婚法、继承一赡养法等，而且不限于实践，也可见于法律条文。

## 二、离婚法

简单总结，西方前现代的婚姻法主要来自罗马天主教会的传统教规(canons，亦称教会法规, canonical law)，认为婚姻神圣不可侵犯，禁止离婚。进入现代早期，先是新教改革，而后是法国革命，采用了权利逻辑：从个人权利出发，演绎出婚姻乃是一种由两个独立权利个体之间的契约关系的原则，再进而引申出离婚纠纷归根到底是来自一方违反原来契约而侵犯另一方权利的结果。这样，把离婚置于对抗性框架之中，认为婚姻契约的失效必定源自一方的过错。因此，在法律实践过程中，导致了在离婚法庭上双方持久、昂贵的争执，双方分别试图证明对方乃是过错方，借此争得比对方多的共同财产。直到1960年代，鉴于其中的众多弊端，西方婚姻法逐渐放弃了基于个人权利、必争对错的离婚逻辑，而迈向无过错离婚原则。到1980年代，在离婚法律程序中，一般基本不再考虑过错。<sup>[6]</sup>当然，伴随以上简述的历史演变过程而来的是越来越草率的离婚。<sup>[7]</sup>

中国现代的婚姻和离婚法虽然受到外来权利思想的影响（尤其可见于1930年国民党的《中华民国民法》的婚姻法，也可见于1950年中华人民共和国的婚姻法），但在一些节骨眼上，所实施的其实是另一种逻辑，即是从人际关系出发而不是个人权利出发，其最重要的条文是以夫妻感情为最终准则的“如感情确已破裂，调解无效，应准予离婚”；<sup>[8]</sup>感情如果尚未破裂，则应由法庭调解和好。显然，这样的法律条文的关注点是人际关系，与西方从个人权利出发的逻辑很不一样。它也不同于西方后来，为了摆脱个人权利逻辑链所引起的频繁争执而采用的不再考虑过错的离婚法。

从历史视角回顾，中国的离婚法当然也有其实用性的多方面：笔者已经详细论证，它的法庭调解制度（区别于传统的非正式社区、亲邻调解以及毛泽东时代的半正式干部调解）的起源主要是革命史中的实用性需要。共产党在革命早期提倡结婚、离婚绝对自由，在江西苏维埃时

[5] Andrew Fagan, "Human Rights," 2005, *Internet Encyclopedia of Philosophy*, www. iep. utm. edu/hum-rts.

[6] Roderick Phillips: *Putting Asunder: A History of Divorce in Western Society*, Cambridge University Press, 1988.

[7] 以上和以下详细讨论，见黄宗智，见前注[1]，第4章。

[8] 《中华人民共和国婚姻法》(1980)第25条。

期规定“男女一方坚决要求离婚的，亦即行离婚”。<sup>[9]</sup>但很快就发现，如此的规定过分偏激，引起民众尤其是农村人民的强烈反对。最后，用以缓解党和农民间的矛盾的办法是，一起一起地调解有争执的离婚请求，因此导致法庭调解制度的广泛使用。后来，更导致毛泽东时代的普遍过分强制性的调解和好制度。

在改革后期，却又脱离以上传统而转向西方化的离婚。其主要动力来自取证程序的改革：1990年代以来，从移植而来的权利逻辑出发，为了确立当事人的权利，试图建立“当事人主义”的取证程序，用来限制“职权主义”取证程序下国家机关（公安局、检察院和法院）的权力。原来的动机主要是针对刑法，但是，在现代化主义的大氛围下，未经详细考虑便广泛适用于民法，包括离婚法。结果在离婚法实施过程中，导致一些完全没有必要的形式化取证。同时，因为缺失其配套制度，尤其是缺失证人制度的有效实施，导致无法证实虐待、赌博和第三者等问题。<sup>[10]</sup>并因此趋向不再考虑过错的实践，逐渐脱离法律条文的原意。如今立法者对这个趋势已经作出反思：最高法院领导人在2007年便已强调需要重新纳入原来的法官职权主义取证程序。这是对过分偏向权利逻辑的纠正。<sup>[11]</sup>

今天的离婚法乃是权利和道德话语间长期拉锯的产品。首先，立法者采用了个人权利的西式话语，因此规定了一系列的权利，包括婚姻自由、男女平等、夫妻分别的以及同等的权利等等。<sup>[12]</sup>这些规定确立了法律面前人人平等的现代公民理念，在实践中起了一定作用。同时，经过数十年的实践经验，也逐步确立了具有不同逻辑的夫妻之间的“感情”准则，最终在1980年的婚姻法中，纳入了法律正式条文（第25条）。其背后的指导思想明显还是人际关系的道德准则，而不是西方现代的个人权利观念。再则是毛泽东时代广泛采用的法庭调解制度及其演变。三者合并，所形成的是一个比较独特的离婚法体系。

同时，在离婚法的立法过程中还展示了深层的实用性思维：即需要通过实践检验，确认可行，并且确认是可以为广大民众所接受的，方才正式纳入法律条文。“如果感情确已破裂，调解无效”才准予离婚，这个离婚法的道德准则早在1950年代初期便在司法实践和话语中广泛使用，但是直到1980年才被正式纳入婚姻法。那样的立法过程与西方现代法律的主导思想很不一样，它要求的不是从个人权利前提出发的逻辑连贯性，所问的不是其在法律逻辑上是否完美，而是：如此的准则是否可以促进和谐的人际关系，是否会行之有效并被大多数的人民所接受。它虽然与权利逻辑很不一样，但明显具有一定的“现代性”。它之被采用的标准不是皇帝的意愿或官员与仁人君子的道德见解，而是法律面前平等的公民的意愿和道德观念。

[9] 《中华苏维埃共和国婚姻条例》(1931)第9条。载湖北财经学院编：《中华人民共和国婚姻法资料汇编》，1983年版。

[10] 见1989年11月最高人民法院发布的所谓“14条”，即《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件如何认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见》，载最高人民法院研究室编：《中华人民共和国司法解释全集》，人民法院出版社1994年版，页1086—1087。

[11] 黄宗智，见前注[1]，第5章。

[12] 参见1950、1980年的婚姻法，第二、三章。

### 三、赡养——继承法

西方现代法律在继承——赡养方面同样从个人权利出发。它最关心的是比较绝对的财产权,以及由此衍生的财产继承法。在这个基本框架中,赡养义务从属于个人财产权利,而不是独立的道德准则。因此,(作为中国的典范的)《德国民法典》所规定的是有条件的赡养责任:首先,唯有在父母亲无力维持生活的情况下,子女才有赡养他们的义务(第1602条)。即便如此,还要让子女赡养人优先维持适合他们自己社会地位的生活,具备那样的条件,才有义务赡养父母亲(第1603条)。<sup>[13]</sup>中国的赡养思想则与西方从个人权利演绎出的赡养义务不同,它不附带以上那种个人权利条件。即便是全盘移植西方法律的国民党中华民国民法,也对《德国民法典》进行了一定的修改和重新理解。它在以上关于被赡养人是“不能维持生活而无谋生能力者”的条文之后,立即便附加:“前项无谋生能力之限制,于直系血亲尊亲属不适用之”(第1117条)的条款。至于关于赡养人优先维持适合自己社会地位的生活一条,当时的立法者把它改为“因负担抚养义务而不能维持自己生活者”,方才可以“免除其义务”(第1118条)。<sup>[14]</sup>可见,即便是移植主义下的国民党法律,仍然在这些条文中掺入了中国传统中的赡养道德准则。<sup>[15]</sup>

毋庸说,赡养父母亲道德准则有它一定的实际根据和实用考虑。与在现代都市工作的职工不同,小农经济社会下的农村人民一般没有养老金和退休金,由继承家庭农场的儿子来赡养父母实在十分必要。但是,赡养准则不仅是实用性的规则,它也是“天经地义”的道德准则。因此,时至今日,农村干部劝诫不好好赡养老人的子女时,会问:你自己将来老的时候,如果子女不赡养你,你会如何感受?其隐含的逻辑最终其实还是儒家的黄金规则:“己所不欲,勿施于人”。

在以上的道德准则的指导精神下,中华人民共和国1985年的继承法还作出非常实用的规定:赡养老人者可以多分财产,不赡养者少得(第13条)。<sup>[16]</sup>这个条文既照顾到赡养道德准则,也非常实用。同时,它解决了数十年来法律条文(规定男女平等)与农村实践(仍然由儿子继承财产和承担赡养义务)之间的矛盾。(这样,儿子继承财产不是因为他是男子,而是因为他尽了赡养义务。)这里,我们可以清晰地看到传统道德理念、现代权利思想以及法律实用考虑三维的融合。

[13] *The German Civil Code* (1900), translated and annotated, with a historical introduction and appendices, by Chung Hui Wang, London: Stevens and Sons, 1907. 其英文翻译版的原文是:“A person is entitled to maintenance only if he is not in a position to maintain himself.” (*German Civil Code 1900 [1907]: Article 1602*); “A person is not bound to furnish maintenance if, having regard to his other obligations, he is not in a position to furnish maintenance to others without endangering his own maintenance suitable to his station in life.” (*Article 1603*)

[14] 《中华民国民法》(1929—1930),载《六法全书》,上海法学编译社1932年版。

[15] 黄宗智,见前注[1],第6章。

[16] 《中华人民共和国继承法》(1985),载《中华人民共和国法规资料汇编1985》,法律出版社1986年版。

## 四、侵权法

西方侵权法的出发点同样是个人权利,因为有了不可侵犯的个人权利,才会得出侵权的概念,从而得出因侵权而必须负担赔偿责任的规定。在实际运作中,形成了必分对错的司法实践。如果没有侵权过错,便没有赔偿责任。此中的逻辑链是前后一贯的,完全符合西方现代法律的主导框架。简单举一个例子:美国加州的建筑纠纷一般要通过所谓非诉讼的仲裁程序来解决,但在实际运作中,所谓仲裁是要确定哪方最终成为“优势方”(prevailing party),而所谓优势方是经仲裁法官审查所有的主张和反主张之后,确定哪方的合法主张金额更高,哪怕只多一元,对方即成为“败方”,必须承担昂贵的法庭费用和律师费(其金额常常超过争议标的本身)。<sup>[17]</sup>

但是中国的侵权法不同。在字面上和形式上,它固然采用了西方侵权话语及其规则,譬如:“……由于过错……侵害他人财产、人身的,应当承担民事责任。”<sup>[18]</sup>但是,它又同时规定:“当事人对造成损害都没有过错的,可以根据实际情况,由当事人负担民事责任。”<sup>[19]</sup>从西方的个人权利逻辑链来看,后一条的规定是不可思议的:法律既然把赔偿定义为有过错情况下的责任,怎么能够又规定即使没有过错,也“可以根据实际情况”而负担民事责任呢?这是前后矛盾的,是演绎逻辑所不允许的。但是,在中国的立法者眼里,这样的规定有它一定的(不言而喻的)道理。首先,法律确认一个基本经验现实,即造成损失的事件和纠纷中,有许多并不涉及过错。但是,虽然如此,损失问题仍然存在。<sup>[20]</sup>这里再次从我搜集的众多案例中,举一个例子:1989 年在长江流域的一个县,一名七岁男童从村办幼儿园奔跑回家的途中,与一位老妇人相撞,老妇人手中开水瓶落下,瓶中开水烫伤了男孩胸、背、四肢、颜面等。<sup>[21]</sup>在这样的情况下,立法者规定,没有过错的当事人,“根据具体情况”,也可能要负一定的责任。如此的规定首先反映了中国法律偏重经验的思维方式,与西方法律形式主义之以演绎逻辑为主的思维方式很不一样。同时,它更反映了深层的文化和思维方式:从中国人长期以来以人际关系,而不是以个人本位为主要关注点的道德思维来看,社会责任可以完全不涉及个人权利和其逻辑链所产生的过错概念。从这样的道德思维角度来考虑,协助被损害方完全可以认作是(无过错)当事人的一种为维持人际和谐关系的社会责任。(在以上的案例中,老妇人被法官说服负责男孩的部分医药费。)其隐含的道理也可以说是,如此的道德和实用逻辑,其“必然性”是可以与个人权利并行的,甚或是更高的。这里,我们再次看到传统道德观念、西方移植而来的权利逻辑、以及实用性考虑是如何相互作用,相互协调的。<sup>[22]</sup>

[17] 引自对美国洛杉矶 Moss, Levitt & Mandell 律师事务所建筑纠纷专家 Rodney Moss 的访谈,2004 年 6 月 28 日。黄宗智,见前注[1],页 227 及注 22。

[18] 《中华人民共和国民法通则》(1986),第 106 条。载《中华人民共和国法规资料汇编 1986》,法律出版社 1987 年版。

[19] 同上注,第 132 条。

[20] 实用中,在西方发达国家,这种损失相当部分可以由个人保险来承担,但是在中国缺乏如此的制度,而毛泽东时代的国家机构最多只会承担其中一部分,损失的问题仍然存在。

[21] 黄宗智,见前注[1],页 163。

[22] 黄宗智,见前注[1],第 6 章。

从以上的简单总结中我们可以看到,如果摆脱字面形式,观察到法律的实施用意以及其实践过程,当前的中国法律体系明显是由道德准则、权利思想以及实用考虑共同组成的一个三维体系。它也必然如此,因为它的历史背景中既有高度道德化的古代传统,也有从西方移植的权利思想,更有在法律实践中不可或缺的实用考虑。其间的逻辑联系,与其说是西方那样的形式主义演绎逻辑,不如说是一种实用智慧。其最终的依据与其说是个人权利,不如说是人际关系的道德准则。下面我们用同样的框架来分析“刑讯逼供”和“刑事和解”问题。

## 五、刑讯逼供问题

对于刑讯逼供问题,1979 年的《刑事诉讼法》(1996 年修正)早已规定:“严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据”(第 43 条)。<sup>[23]</sup>但是,众多的研究表明,在实际运作中,采用不同程度的强制性逼供手段比较普遍。譬如,一个对 487 名湖北和河南两省警察的问卷调查中,发现有 39% 的警察认为刑讯逼供“普遍存在,经常发生”,51% 认为是“个别现象,偶尔发生”。<sup>[24]</sup>

同一研究对 659 名湖北的“民众”的问卷调查发现,足足有 47% 认为“刑讯逼供”“普遍存在,经常发生”,33% 认为是“个别现象,偶尔发生”。<sup>[25]</sup>此外,一个对广州市共 200 名警察、检察官、法官和律师的问卷调查,问及“你所知道的当事人在受到刑事指控时有没有受到威胁或者刑讯逼供”,59 名被调查的律师中,足足有 84% 回答说“有一些”(62.3%) 或“有很多”(21.3%)。警察中则有 56% 回答说有一些或有很多;即便是法官中也有 30% 如此回答。<sup>[26]</sup>由此可见,较高比例的司法人员和民众认为“刑讯逼供”相当普遍存在。

北大法学院陈永生副教授搜集了 20 起 1995 年到 2005 年间被澄清是冤案的系统材料,其中 19 件中存在刑讯,最极端的包括长达 31、20、11 个昼夜不停的刑讯,甚至有用毒打、呛水、蹲马步等手段者。更有违法取证例子多项,包括五起警察用暴力或诱供等非法手段迫使证人作伪证、五起警察造假(伪造物证、伪造证人证言)、三起阻止证人作证、一起贿赂证人、一起隐瞒证据、一起诱导被害人的例子。<sup>[27]</sup>

这些是媒体报道较多、资料比较完整的案件,但它们绝对不是仅有的案件。据统计,1979 – 1999 年全国共立案查处刑讯逼供案件 4000 多件,其中 1990 年 472 件,1991 年 409 件,1995

[23] 《中华人民共和国刑事诉讼法》(1979),1996 年修正。[www.law-lib.com/law/law\\_view.asp?id=321](http://www.law-lib.com/law/law_view.asp?id=321)。

[24] 参见林莉红、余涛、张超:“刑讯逼供社会认知状况调查报告(下篇,警察卷)”,《法学评论》2006 年第 5 期,表 4。

[25] 这里的“民众”不是来自“随机抽样”的样本,而是由 17 名武汉大学研究生通过各种渠道进行的调查,集中于武汉市和湖北省。参见林莉红、赵清林、黄启辉:“刑讯逼供社会认知状况调查报告(上篇,民众卷)”,《法学评论》2006 年第 4 期,表 4。

[26] 检察官中则比例较低,只有 18% 如此回答。参见欧卫安:“律师辩护、权利保障与司法公正——来自法律职业群体的调查报告”,《广州大学学报(社会科学版)》2009 年第 1 期,页 41–46,表 5。

[27] 参见陈永生:“我国刑事误判问题透视——以 20 起震惊全国的刑事冤案为样本的分析”,《中国法学》2007 年第 3 期,页 51–53。

年 412 件,1996 年 493 件。<sup>[28]</sup> 这里再次只举一例,即广为人知的余祥林杀人案。余妻张在玉 1994 年 1 月失踪数月后,该地发现一具女尸,被错误确定为余妻。作为犯案嫌疑人,余被侦查人员分组轮流审问,遭受毒打、体罚、逼供 10 天 11 夜,定罪后被判 15 年徒刑,其上诉被驳回。直到 2005 年,其妻突然归回,方才澄清真相,但余已在监狱度过 11 年。<sup>[29]</sup>

面对以上事实,一种比较简单的意见是,中国需要尽快引进西方所用保障个人权利的规则,诸如“沉默权”(“米兰达规则”,Miranda rule)和非法证据的排除规则等。但是,正如陈瑞华等学者指出,在中国现行刑事法律体系下,“沉默权”只可能是一种不对症的药。现行制度的主导思想/政策之一是“坦白从宽,抗拒从严”。在那样的政策和实际之下,嫌疑人使用沉默权只可能被视作抗拒行为。<sup>[30]</sup> 非法证据的排除规则同样与现行制度格格不入。现今的刑法体系是由三个不同机构所组成:公安局、检察院、法院。在行政等级上,公安局和检察院位于法院之上,或起码不在法院管辖之下。在这个体制中,主要证据搜集责任和权力在公安局和检察院,法院权限根本不包括(像美国法庭那样的)对证据的审判权。在一定程度上,法院审判只是在罪行确定之后的一种形式化仪式。因此,形成了陈瑞华之所谓“案卷笔录中心主义”的“潜规则”,以公安局通过检察院所提交的口供笔录等书面证据为最主要的审判依据。如果被告以刑讯逼供为由提出抗辩,法官一般会要求被告提出证据,而在现行实际情况下,被告不大可能具备提出如此证据的条件,而法庭又不会传讯侦查人员。<sup>[31]</sup> 作为实例,吴丹红博士的研究说明,在来自南方三省中级法庭的 33 起以刑讯逼供为抗辩理由的刑事案件中,有 19 件被法官认定“证据不足,不予采纳”,6 件被完全不予理睬,7 件被认定“与客观事实不符”,剩下的一件则被定作“认罪态度不好,从重处罚”。<sup>[32]</sup> 可见,试图仅凭排除非法证据的规则来抑制刑讯逼供,和沉默权同样,只会陷于有名无实的形式。

与移植主义观点相反的意见则主要从实用考虑出发,否定引进西方沉默权等规则,认为在中国的现实技术、资源等条件下,当前实施的拘留、刑讯制度乃是个高效率的制度。譬如,其认罪率较高,远高于西方发达国家(例如,英国和法国的约 50%)。左卫民教授因此认为,现有制度无需改革。<sup>[33]</sup>

左教授在其论文中特别强调实证研究,并据此反对简单的移植主义,这一点我十分赞同。但是,这里要指出,他的实用性论证的隐含逻辑其实类似中国传统法家的思路,关心的只是国家治安效率,基本无视“冤案”、“误判”问题。其隐含的价值辩护也许是,大多数人的利益要比

[28] 参见张文勇:“刑讯逼供的历史回顾与现实反思”,《湖北警官学院学报》2006 年第 4 期,页 80。

[29] 同上注。

[30] 参见陈瑞华:“证据法学研究的方法论问题”,《证据科学》2007 年第 1、2 期,页 5—31。

[31] 参见陈瑞华:“案卷笔录中心主义:对中国刑事审判方式的重新考察”,《法学研究》2006 年第 4 期,页 63—79;亦见陈瑞华,见前注[30]。

[32] 参见吴丹红:“非法证据排除规则的实证研究——以法院处理刑讯逼供辩护为例”,《现代法学》2006 年第 5 期,页 144。

[33] 参见左卫民:“范式转型与中国刑事诉讼制度改革——基于实证研究的讨论”,《中国法学》2009 年第 2 期,页 118—127。

少量受诬陷、侦查错误等造成的冤案重要,后者只不过是高效率的低代价。

这里需要区别这种认识的正确和错误的两面。首先,以上已经讨论,西方个人权利本位以及对抗性法律制度不太符合中国实际乃是正确的意见。但是,纯粹从实用角度或回顾性的实证/实践角度来考虑法律是不符合中国自己的法律传统的。中国传统法律制度之所以具有顽强的生命力(在人类历史中是寿命最长的法律体系之一),不单在于其实用性,而是在于其同时具有道德理念/表达和实用/实践的两面。在古代历史中,有秦始皇帝之后的所谓“法律儒家化”,在法家制度之上添加了儒家的仁政理念和道德准则,<sup>[34]</sup>也可以说是在严厉的父亲之上,添加了仁慈的母亲,从而形成所谓“父母官”的仁政治理理念。此外,当今中国实施的刑法制度在相当程度上源自毛泽东时代处理反革命分子的需要,给予公安和检察人员极大的权力。但是,时至今日,这样的司法已经不符合“后革命”“转型”时代的实际和需要。

在我看来,刑讯逼供之普遍存在的事实亟须改革。它归根到底来自古代的专制皇权,其实并不符合中国自己的传统的另一面,即古代道德准则传统以及革命时期的“人民内部矛盾”理念传统。这里,我们并不需要援用来自西方的个人权利逻辑链以及沉默权等规则,而只需要根据传统道德准则而问:如果你被人诬陷而被投入高压的刑讯逼供,你会怎样感受?即便是传统中国的刑法,也有非常明确要严惩诬告的法律条文,并给予能够为人“申冤”的“讼师”(区别于唆使人们健讼的“讼棍/师”)以高度的评价。<sup>[35]</sup>而现代中国自己从辛亥革命以来,历次革命都非常明确地提倡法律面前人人平等的公民与共和理念,显然不应因为某公民受到(未被确证之前的)嫌疑而被排除在人民范畴之外。鉴于反右以及文化大革命中相当广泛的诬陷、冤案经验,这并不是一个小问题。从长远的角度考虑,中国刑法制度必须迈向一个使冤案、错判最小化的制度体系,绝对不应接受每年有四、五百件被正式查处的刑讯逼供案现实(实际数量显然远远不止被查处之数)。这是中国自身人际关系道德准则所要求的方向,不仅是西方人权法律所要求的方向。它是中国法律体系实用+道德中的道德的一面。

有的公安人士和学者对西方“人权”话语觉得特别反感,这是完全可以理解的。“人权”论明显来自西方,与西方基督教传统、演绎逻辑、资本主义经济、现代个人主义和自由民主政治传统密不可分,也因此确实与中国文化有点格格不入。许多人也因此不能接受来自联合国以及其他国际人权组织等的批评,觉得他们反映的是深层的西方中心主义。本文强调,以儒家思想中的“黄金规则”(而不是人权思想中的康德的必然性道德权利,moral rights)<sup>[36]</sup>来指导法律,同样不会接受刑讯逼供,同样不允许对嫌疑人采用粗暴手段。从如何建立中国未来的、能够持久的(“万世”)法律体系的长远视野来考虑,更不可仅凭实用逻辑而接受这样的现实。

[34] Ch'u Tung - tsu(瞿同祖): *Law and Society in Traditional China*, Paris: Mouton, 1961.

[35] 《大清律例》律 340。薛允升:《读例存疑重刊本》,黄静嘉编校,五册。中文研究资料中心 1970 年版。引用以黄编律号——例号。参见黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,上海书店出版社(2007[2001])年版,页 133 – 134。

[36] Andrew Fagan, 见前注[5]。

至于近期措施,陈永生提出了很实际而有效的方案:采用刑讯中录音/像的办法。很明显,这是在现行的刑法制度下立刻便会使侦查人员感到一定约束的办法。陈更十分实用性地说明需要在审讯过程全程录音或录像,免得侦查人员在逼得嫌疑人认罪之后方才录下。<sup>[37]</sup>林莉红等对487名警察的问卷调查发现,84%被调查的警察认为“审讯过程中采取全程录音、录像”“能够”或“多数情况下能”“有效地遏制刑讯逼供”。<sup>[38]</sup>这是个明智的建议,也体现了本文所要提倡的兼具前瞻性道德准则理念以及实用性考虑两方面的立法进路。

此外,林莉红等的研究更说明,目前审讯制度中设有法定“办案期限”的规定,在实践中有“限期破案”、“破案率”等要求,也是个重要因素。被调查的警察中有86%认为这些制度性因素“会给办案警察带来很大的压力而容易导致刑讯逼供”。<sup>[39]</sup>从短、中期的措施来考虑,这也是个亟须改革的制度。

最后要说明,笔者过去强调研究要从实践经验出发,为的是想纠正国内法学(和经济学界)过分偏重抽象理论和不关注实际运作的倾向,但绝对不是想提倡仅考虑实然而无顾应然;仅采纳回顾性的经验主义/实用主义,而拒绝前瞻性的道德理念或权利思想。法律体系必须两者并重,过去如此,现在也如此。中国法律传统的真髓不单在其表达或其实践,而是在两者的结合。它长久以来便是一个“说的是一回事,做的是一回事,但是合起来又是另一回事”的体系(这是我对中国法律的描述)。<sup>[40]</sup>一个法律制度不仅要在实践/实施层面得到人们的支持,也要在主导理念层面(无论是道德准则还是西方的权利观点)得到民众的认可。片面强调实践/经验,可以成为卫护现存弊端、拒绝明智改革的借口。

## 六、刑事和解

中国的“刑事和解”“运动”始于本世纪初,比较突出的是北京市朝阳区从2002年率先开始的“试行”,之后不久,便在北京市其他地区、上海市、浙江、湖南等地得到推广。近几年来,无论在学术界还是实务界,都形成了一股影响颇大的潮流。

学术界几乎异口同声地认可这个“新”的尝试。根据2006年7月由中国人民大学“刑事法律科学研究中心”和北京市检察官协会共同召开的全国性“和谐社会语境下的刑事和解”会议的讨论综述,与会的200多名学者、法官、检察官和律师们基本全都认可这股新潮流。<sup>[41]</sup>部分原因当然是,会议是响应中央提出的“和谐社会”大口号而召开的。

[37] 参见陈永生:“论侦查讯问录音录像制度的保障机制”,《当代法学》2009年第4期,页70–81。陈永生更建议,要从侧面同时录入询问者和嫌疑人(而不是仅录下嫌疑人),以便更中立、精确地掌握全方位的询问过程。再则是给予被告方律师检阅录音/像带的机会,以便更好保障被告的辩护权利。亦见陈永生:“刑事诉讼法再修改必须突破的理论误区——与柯良栋先生《修改刑事诉讼法必须重视的问题》一文商榷”,《政法论坛》2008年第4期,页106–127。

[38] 林莉红等,见前注[24],表18。

[39] 林莉红等,见前注[24],表11。

[40] 黄宗智,见前注[35];亦见黄宗智,见前注[1]。

[41] 参见黄京平、甄贞、刘凤林:“和谐社会构建中的刑事和解——‘和谐社会语境下的刑事和解’研讨会学术观点综述”,《中国刑事法杂志》2006年第5期,页108–115。

其中主要有两种意见。一种把这股潮流看作是与世界发达国家接轨的一个动向,认为西方从上世纪 70 年代开始,兴起被害人与加害人之间和解的运动(victim – offender – reconciliation, 或 victim – offender – mediation 简称 VOR 或 VOM),并得到相当广泛使用。有的学者更把中国的刑事和解等同/比照于西方这个所谓“恢复性正义”(restorative justice)运动。在那样的视野下,“刑事和解”被建构为中国法律体系进一步“现代化”和与国际前沿接轨的运动。<sup>[42]</sup>

这里需要指出,西方的“恢复性正义”主要是对其对抗性司法制度和它的频繁诉讼率的一种“另类”反应,特别强调被害人与加害人的面对面交谈,由社区、教会、家庭成员和亲友等参与,由此促使被害人与加害人的和解。它的重点在加害人的悔过以及被害人的心理安慰。它附带有基督教的影响,尤其是其忏悔、宽恕思想,具体可见于(多被人们认作恢复性正义最早案例的)1974 年加拿大 Kitchener, Ontario 的一起案件:在一位基督教门诺派教徒(Mennonite)的中介下,促使两名破坏了共 22 个人家的财产的未成年犯人与他们的受害者相见,导致了较好的和解结果。美国则从 1970 年代在明尼苏达州开始,逐渐采用由中立的第三者促成受害人与加害人之间的和解方法。同时,在印第安纳部落中,采用其调解惯习来处理其中发生的刑事案件。加拿大也用同样的办法来处理土著群体中的刑案。<sup>[43]</sup> 作为西方的一种另类运动,它一定程度上类似于同时期的民事法律中兴起的非诉讼纠纷解决运动。(虽然,有的恢复性司法提倡者强调两者的不同,因为恢复性正义更加明确强调完全脱离现存以国家与被告相对立的法律制度,欲用聚焦于受害人与加害人之间的制度来取代之)。两者都在一定程度上借鉴非西方文化,ADR(非诉讼纠纷解决)则更多借重中国经验。<sup>[44]</sup>

但是,需要说明,西方当前的法律体系仍然主要是对抗性的,其中另类的和解制度适用率仍然比较微小。在美国的联邦主义司法制度下,缺乏全国的统一司法数据,而调解制度则更缺乏系统材料,但我们仍然可以窥见其概貌:以数据比较充分的弗吉尼亚州为例,根据当地机关通过调解人员和组织而搜集的材料,2002 – 2003 年(民、刑事)调解适用率只达到民、刑事案件总数的 0.7%,其中家庭关系(尤其是抚养纠纷)的案件占很大部分(73%)。数据中没有清楚区分民、刑事案件,而是以青少年和家庭关系法庭(Juvenile and Domestic Relations Court)、处理轻案(轻罪以及金额 4500 美元以下)的法庭(General District Court)、以及处理较重案的法庭(Circuit Court)来区分案件。三者在该年的调解案件总数中所占的比例分别为 79%、19% 和 2%。<sup>[45]</sup> 可见,刑事调解的适用率要比 0.7% 的民、刑事案件总体适用率还要低得多。也就是

[42] 同上注。

[43] Paul McCold, “The Recent History of Restorative Justice,” in Dennis Sullivan and Larry Tifft, eds. *Handbook of Restorative Justice*. London and New York: Routledge, 2006. 参见 Tony F. Marshall, “Restorative Justice: An Overview,” Home Office, Research Development and Statistics Directorate, 1999. 亦见施鹏鹏关于法国刑事和解制度的研究:“法国刑事和解程序及其借鉴意义”,《社会科学辑刊》2006 年第 6 期,页 116 – 121。

[44] Stephen N. Subrin and Margaret Y. K. Woo, *Litigating in America: Civil Procedure in Context*. New York: Aspen Publishers, 2006; 参见范瑜:《非诉讼纠纷解决机制研究》,中国人民大学出版社 2000 年版;亦见范瑜:《纠纷解决的理论与实践》,清华大学出版社 2007 年版。参见黄宗智,见前注[1],第 7、8 章。

[45] Virginia Judicial System. 2004. *Mediation Information System Reports*. [www.courts.state.va.us/courtadmin/aoc/djs/programs/drs/mediation/resources/resolutions/2004/march2004.pdf](http://www.courts.state.va.us/courtadmin/aoc/djs/programs/drs/mediation/resources/resolutions/2004/march2004.pdf); 亦见 Philip C. C. Huang(黄宗智), *Chinese Civil Justice, Past and Present*. Roman and Littlefield, 2010, 页 220 – 221。

说,在美国的司法体系中,调解仍然只是一个非常边缘的制度,所起作用十分有限。

虽然如此,中国法学界部分人士把恢复性正义看作西方法律发展的前沿,并把这样的认识纳入了自己以西方“发达”经验为典范的意识。上面已经提到,其中一种意见是把中国正在试行的刑事和解制度等同于西方的恢复性正义,把后者的话语和理论直接移植于中国。另一种意见则援用西方个人权利逻辑,把刑事和解视作确立被害人权利的一种措施,认为之前的西方法律比较偏重嫌疑人(相对国家公安、检察机关)的权利,缺乏对受害人的关怀。恢复性正义则纠正那样的偏向,特别关注被害人的权益。在此理解下,恢复性正义被纳入主流的权利主义逻辑,无顾其边缘实际。<sup>[46]</sup> 具有讽刺意义的是,两种不同理解都同样把比较边缘的恢复性正义建构为西方法律的前沿,借此来建立中国刑事和解运动的正当性。

与这种“国际接轨”相反的意见则认为,“刑事和解”体现了中国所特有的优良法律传统,尤其是其“和谐”、“息事宁人”的传统。用之于刑法,具有中国特色,与西方恢复性正义很不一样。正如葛琳博士的研究论证,中国长久以来便已在刑事案件中使用和解,其中包括源自唐代的“保辜”制度——在斗殴致伤的案件中,规定一定的期限,等看到期满后的伤情,方才定罪量刑,部分目的是促使加害人对被害人积极治疗。此外,法律认为亲属间以及过失伤害的案件中,尤其适用调解,但同时禁止重案中的“私和”。具有讽刺意义的是,被视作落后的中国古代“民刑不分”的法制传统,乃是促使用调解于刑事案件的一个重要原因。<sup>[47]</sup> 其后,在中国自己的现代革命的传统中,也有一定的用调解于刑事的经验。陕甘宁边区司法工作的主要领导人(后任华北人民政府司法部部长)谢觉哉便鲜明地指出:“我们要去掉那些与人民隔离的、于人民无利的东西。比如硬说刑事不能调解,有些轻微的刑事,彼此已经和解不愿告状,又何必硬要拉他们上法庭?”<sup>[48]</sup>(解放区的法律传统显然是中国今天的法律体系的三大传统之一,但仍然是个很少被人系统研究的领域。)<sup>[49]</sup>

陈瑞华教授综合以上多种意见,更提出“刑事和解”可能成为一种来自实践经验、具有中国特色的制度,既可以具有类似西方“恢复性司法”的功能,也具有中国特色的调解/和谐功能。陈瑞华教授认为,它甚至可能成为一种“第三条道路”,不同于一般以惩罚为主的对抗性“国家追诉主义”刑法模式,而是由国家与已经认罪的被告人合作的模式。更有甚者,被害人与加害人之间的和解可能成为一种(与“公力合作模式”不同的)“私力合作模式”。<sup>[50]</sup> 可以见得,陈教授对“刑事和解”的期望比较高,认为它具有较大的发展空间。他转引一项关于北京市七个区 2003 年至 2005 年的调查,提出了比较醒目的数据:在所有的轻伤害案件中,刑事

[46] 黄京平等,见前注[41],尤见对甄贞、李翔、石磊、陈兴良等意见的转述;亦见宋英辉等:“我国刑事和解实证分析”,《中国法学》2008 年第 5 期,页 3/21–9/21,0/31–5/31。

[47] 参见葛琳:“中国古代刑事和解探析”,《刑事司法论坛》(第 1 辑),中国人民公安大学出版社 2008 年版,页 145–166。

[48] 《谢觉哉文集》,人民出版社 1989 年版,页 646;转引自赵国华:“中外刑事和解实践之概要比较”,《江苏大学学报(社会科学版)》2009 年第 4 期,页 36。

[49] 简单介绍见侯欣一:“试论革命根据地法律制度研究”,《法学家》2008 年第 3 期,页 23–31。

[50] 参见陈瑞华:“刑事诉讼的私力合作模式——刑事和解在中国的兴起”,《中国法学》2006 年第 5 期,页 15–30。

和解的适用率居然高达 14.15%。<sup>[51]</sup> 如此的数据使人感到,刑事和解在短短几年的试用中,覆盖面便已相当宽阔,大有前途不可限量的势头。

但是,根据其后的调查研究,在近几年的实践经验中,“刑事和解”明显具有一定的局限。一个比较系统的研究是对率先试行刑事和解的北京市朝阳区 2002(该年区检察院正式制定了《轻伤害案件处理程序实施规则(试行)》)至 2007 年五年中实际运作的调查。根据该区的经验,刑事和解实际的适用率较低。以 2006 年为例,该区办理公诉案件共 2826 件,其中轻伤害案件 480 件,而适用刑事和解的只有 14 件,占轻伤害案件仅 2.9%,在总公诉案件中的比例可以说微不足道。<sup>[52]</sup>

根据其他一些比较扎实的调查,湖南、广东、重庆等地的经验基本一样。湖南从 2006 年 10 月 31 日出台《湖南省检察院关于检察机关适用刑事和解办理刑事案件的规定(试行)》到 2008 年年底的两年零两个月中,全省适用刑事和解案件共 3959 件、嫌疑人 5028 人,占同时期批捕、起诉部门审结刑事案件总人数的 2.6%。<sup>[53]</sup> 此外,广东省珠海市香州区的人民检察院经验是,2006 至 2007 年间,该院提起公诉的 3018 件案件中,仅有 17 件适用刑事和解,比例才 0.5%。<sup>[54]</sup> 再则是重庆市武隆县的经验,2004 到 2008 年公诉部门共受理轻微刑事案件 128 件,其中使用刑事和解案件 6 件,比例为 4.7%。<sup>[55]</sup> 在众多的调查报告中,规模较大的是宋英辉等课题组基于东部三个较大城市七个区检察院在 2005/2006 年的研究,每个检察院所处理的案件总数在年 300 到 1400 之间,其中适用刑事和解案件的比例最低的是 0.5%,最高的 4.4%。<sup>[56]</sup> 此项研究可以说确认了以上转述的其他不同地区的数据。按照目前的调查材料来看,刑事和解适用范围要比原来的期望狭窄得多。

在上述有限的幅度之内,“刑事和解”近几年在适用范围和条件上,已经形成了一些共识。实务界的北京市检察院副检察长甄贞教授以及学术界的范崇义教授同样指出,刑事和解主要适用于依法应判三年以下有期徒刑的轻微刑事案件和交通肇事案件,主要是初犯、偶犯、过失和协从犯、以及未成年犯,较多是与被害人之间存在亲属、邻里、同事、同学等关系的犯罪人。<sup>[57]</sup> 这基本也是北京市朝阳区的经验,而其检察院 2002 年制定的《轻伤害案件处理程序实施规则(试行)》更界定:适用条件包括事实/证据清楚充分、加害人认罪、被害人同意,再犯、累犯者不适用等。<sup>[58]</sup> 根据宋英辉等人的较大规模研究,刑事和解案件中轻伤害案件占比例最

[51] 同上注,页 24。

[52] 参见封利强、崔杨:“刑事和解的经验与问题——对北京市朝阳区刑事和解现状的调查”,《中国刑法杂志》2008 年第 1 期,表 2。

[53] 罗凤梅、单飞、曾志雄:“刑事和解适用实效实证研究——以湖南省为分析样本”,《湖湘论坛》2009 年第 4 期,页 114。

[54] 参见黄峰、桂兴卫:“刑事和解机制的探索与实践——以某基层检察院的和解不起诉为切入点”,《中国刑法杂志》2008 年 7 月号,页 86。

[55] 参见钟文华、徐琼:“刑事和解的困境与对策——以公诉环节轻微刑事案件和解司法实践为视角”,《中国刑法杂志》2009 年第 12 期,页 77。

[56] 宋英辉等,见前注[46],表 1。

[57] 黄京平等,见前注[41],页 114。

[58] 封利强等,见前注[52],页 109。

高(47%),交通肇事次之(21%)。其余主要是未成年人和在校(成年)学生案件,也有少量的盗窃、收购赃物、敲诈勒索、轻微抢劫等案件。<sup>[59]</sup>

以上的经验所展示的“实践逻辑”是比较实用性的:轻伤害、初犯、偶犯、过失和未成年犯者对社会危害性比较低,适用赎罪、悔过原则,而亲属、邻里、同事、同学间都比陌生人间更适宜用和解的认罪、赔礼道歉、赔偿等方法。其背后的主导道德准则则也许可以视作“和谐”理念。

至于刑事和解的实施程序,朝阳区经验基本是,首先由检察院的案件承办人审查、决定是否适用刑事和解。然后先征求受害人意见,同意之后才告知加害人如果能够取得受害人谅解并积极赔偿其损失,可能不再被追究刑事责任,最终要由检委会决定采用什么样的措施。在和解过程中,朝阳区强调受害人与被告人完全自愿自主,承办人原则上不参与对赔偿金额的协商,也不予以审查。在双方达成协议之后(朝阳区一般要受害人提交“不予追究犯罪嫌疑人刑事责任”的书面请求),再由检察机关审批,决定相应措施。<sup>[60]</sup>其中,主要的选择有:在审查批捕阶段,不批捕;在审查起诉阶段,酌定不起诉或建议公安机关撤销;在提起公诉阶段,向法院提出缓刑或从轻处罚的量刑建议。<sup>[61]</sup>

在这样的刑事和解程序中,我们可以看到三种理论因素的影响。一是西方舶来的权利思想。根据其思路,“刑事和解”的关键在于确立被害人权利,其目的之一是要限制(国家)检察官的权力,特别强调当事人的自主性。另一是来自等同/比附西方“恢复性正义”的思想,认为刑事和解的主要目的是促成被害人得到心理上的安慰,对加害人则促成其忏悔,由此来“恢复”社区平衡。第三种理论因素则来自对中国传统调解的理解,以民间的亲邻和社区调解为典范,坚持当事人的自愿性以及调解的非强制性。

首先应该明确,西方恢复性正义观点其实对中国现实的意义不是很大。正如一项在广东省珠海市的调研中指出的,在实际运作中,较高比例的加害人受到羁押,在和解过程中主要通过其亲属或律师代表,本人在羁押中不可能(像恢复性正义的核心主张那样)和被害人面对面交谈、道歉、表示悔过。<sup>[62]</sup>在朝阳区,在抽样的177名普通(不限于纳入刑事和解程序的案件)嫌疑人中,被刑事拘留的比例高达97%,之后被正式逮捕的91%。正如作者们指出,北京市在司法实践中很少使用缴纳保证金的制度(虽然法律条文规定可以采用),对于没有固定住处的农民工尤其如此。在抽样的177名犯罪嫌疑人中,只有11人(几乎全都先被刑事拘留)得以取保候审。2003年,北京市政法委出台把犯罪嫌疑人是否积极解决赔偿作为是否采用强制措施(逮捕)的考虑因素之一,但其对恢复性正义的实用效果影响不明确。<sup>[63]</sup>在中国现今的刑事制度下,“恢复性正义”的核心要求——让受害人与加害人面对面交谈,由此达成对两者的精神上的“恢复性”和解,一定程度上仍然只是空谈。

至于援用传统社区调解的意见,则失于对中国调解传统比较简单化的单一维认识,忽视了

[59] 宋英辉等,见前注[46],页5、21、6、21。

[60] 封利强等,见前注[52],页110—111。

[61] 宋英辉等,见前注[46],页6、21;亦见宋英辉等:“检察机关适用刑事和解调研报告”,《当代法学》2009年第3期,页9。

[62] 黄峰等,见前注[54],页90—91。

[63] 封利强等,见前注[52],页114、115。

中国现代革命传统中所形成的其他调解经验,包括带有不同程度的强制性+自愿性的干部调解、行政调解/调处以及法庭调解。它其实也混淆了中国传统的“细事”与“重案”之分,更毋庸说现代的民事与刑事之分:在前者中,国家基本是个局外人;而在后者中,国家乃是当事一方。鉴于此,不应简单援用传统的、主要是以“和稀泥”妥协为主的民间社区调解,而应更多借鉴现代革命传统中更为丰富的调解经验,可以是部分强制性,能够确定过错,而又不违反被害人和国家机关意愿的制度。<sup>[64]</sup>

在近年的刑事和解的实践中,其实已经采用了更为多元的调解方法。根据宋英辉等人关于东部三个城市的调查报告,我们可以看到,只有部分协议是主要由当事人双方自己(或其亲属、代理人)达成的;有的由检察院案件承办人主持,或消极促成,或积极参与;有的则由人民调解委员会主持;也有由所在社区、单位或学校促成或帮教的。<sup>[65]</sup>这样的多元做法其实更符合中国现代的调解传统。

在刑事和解的运作中,正如众多学者已经指出,一个主要弊端是被害人可能“漫天开价”。在朝阳区等的试行规则下,被害人具有是否要求启动和解程序的权利,几乎等于有对加害人是否被追究刑事责任的决定权。为此,被害人可以对加害人(或其家属)施加高压,借此获得最高的可能赔偿,形成一种半制度化的可能敲竹杠状况。同时,也加重了法律上不公平的问题:具有经济条件者可以通过高额赔偿促使原告“谅解”和检察机关不起诉或提议从轻量刑,在一定程度上以金钱来赎罪;不具备经济条件的则只能承受法律惩罚。这样,在实际运作中,刑事和解有可能变质为有钱人以钱赎刑的制度。

面对这样的问题,由相对中立的第三方来主持和解并适当参与协商,乃是对这样的倾向的一种制约。因此,不应该以权利逻辑为由给予被害人完全自主的权利。(更毋庸说试图把这样的权利逻辑提高到西方限制国家权力的“公民社会”“理论”。)当然,这不等于是要否定受害人自愿原则,只是要适当制约金钱赔偿的滥用。

显然,目前刑事和解制度尚处于一个摸索、试验阶段。根据中国在离婚、赡养、民事赔偿等方面的经验,距正式立法还有一段距离。在赔偿额问题以外,还存在众多的实际运作问题,诸如怎样提高效率(广东珠海的经验指出,对检察机关案件承办人来说,起诉只需一、两天时间,和解则要投入三倍以上的时间);<sup>[66]</sup>如何建立检察机关考核指标的配套制度(逮捕不诉比例高的话,会影响现用批捕效率考核指标,因此而抑制刑事和解的适用);<sup>[67]</sup>对加害人再犯的预防力较弱(目前还缺乏明确的经验证据)等等。

笔者这里关注的主要是理论逻辑上的问题,认为既不能盲从西方的个人权利逻辑,也不要迷信或误解西方的另类性恢复性正义,两者其实都不大符合中国实际。要建立一个经得起时间考验的制度,需要更精确掌握中国自己古代和现代传统理论和经验,配合当前的实践经验,逐步建立一个行之有效而又能受人民欢迎的制度。

[64] 详见黄宗智,见前注[1],第2、4、7、8章。

[65] 宋英辉等,见前注[46],页10—11、7—8;亦见陈瑞华,见前注[50];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”,《中外法学》2007年第6期,页721—734。

[66] 黄峰等,见前注[54],页93;亦见宋英辉等,见前注[46],页1、31。

[67] 封利强等,见前注[52],页114—115;亦见宋英辉等,见前注[46],页0、31。

## 七、结 论

简单总结,现今的民、刑事法律体系不可避免地是一个多元的混合体,其中有来自中国古代、西方现代以及中国现代革命三种不同传统的成分。这是个给定现实。因此,今天中国法学的一个重要命题是,怎样协调、融合这些不同的传统来创建一个适用于当今实际的法律体系,要避免什么样的盲点和误区?

以上的讨论说明,不可过分依赖任何单一传统的理论/理念,因为那样会造成不符实际的、不能实施的、甚或引发弊端的后果。上面看到的具体例子是:取证程序改革中,不合适地援用英美(“当事人主义”)取证制度于中国民事领域的离婚制度,导致不符合法律原意的未予后果;现今“刑事和解”试验中,过分偏重受害者的绝对“权利”,加重了有的被害人趁机“漫天开价”的弊端;同时,不合适地等同/比附西方的恢复性正义,导致对西方和中方制度的误解。同时,也看到凭借“实用”和“中国传统”为借口而为“刑讯逼供”弊端辩护;最后,不合适地简单援用传统社区调解逻辑于刑事和解,忽视了现代革命传统中更丰富多元的部分强制性,但一定程度上仍然尊重当事人意愿的调解经验。

明智抉择的例子则主要是,不死板地从属于西方权利逻辑,也不感情用事地完全坚持中国传统,而考虑到不同的历史背景,适当采用中国原有的道德准则+实用性的立法进路,经过试验而确定行之有效和为人民所接受,方才纳入正式法律条文。其中,在离婚法领域,既采用来自西方的原则(现代男女平等理念、公民理念),也采用中国人际道德准则(以夫妻感情为标准)以及革命传统的法庭调解。在继承和赡养法中,融和西方的男女平等财产继承权利和中国传统赡养道德准则,并实用性地把两者结合,在继承权利中掺入了赡养与否的标准。在赔偿法中,实用性地融合(西方的)“过错赔偿”以及(中方的)“无过错赔偿”,其依据是实际情况(在涉及损失的纠纷中,既存在有过错的案例也存在无过错案例),由此出发,没有像西方形式主义法律那样,把所有涉及损失纠纷推向必分对错的错误。这样,很好地反映了中国在理论和经验的关系中,坚持连接经验与理论的思维方式。最后,在新近的刑事和解运动中,同样正在通过实践来摸索一条符合中国实际的融合中西法律的路径。

从以上得出的启示是,即便在法理层面,也不可像移植主义那样只依赖西方的个人权利逻辑,把它认作是普世的唯一选择,而是需要立足于对历史的清醒认识,同时考虑到中国自己的道德准则和现代革命传统的适用,并采用中国长期以来的实用性思维。同时,不可感情用事地坚持仅仅依赖中国本身的传统,要照顾到现、当代的移植传统,尤其是屡经中国现代历次革命所确认的公民理念。通过近百年的经验,中国其实已经在实践中确定了融合中西的大方向,并做出了不少明智的抉择;当然,我们也不要忽视其中的错误经验。