

刑事和解的博弈论^{〔*〕}

○ 孙洪坤^{1,2}

- (1. 山东大学 威海法学院, 山东 威海 264209;
2. 浙江农林大学 法政学院, 浙江 杭州 311300)

〔摘要〕公正与效率价值博弈中的兼顾与平衡构成了刑事和解制度化的基础,从动态角度运用博弈论分析国家司法机关、被害人与被告人在刑事和解过程中的策略空间及理性选择,可得出刑事和解的博弈实际上是一种权力与权利、权利与权利以及风险与成本之间达成的一种和谐状态。

〔关键词〕刑事和解;博弈论;和谐社会

2012年修正的《刑事诉讼法》在第五编特别程序中设专章规定了当事人和解公诉案件诉讼程序,在当前构建和谐社会的的大语境下,运用博弈论的理论和研究方法研究刑事和解,对其理论和实践的发展具有尤为鲜明的时代性和重大的现实性。

一、刑事和解的价值博弈

(一)公正与效率的价值博弈

“一个时代所提出的问题,和任何在内容上是正当的因而也是合理的问题,有着共同的命运:主要的困难不是答案,而是问题。问题是公开的、无畏的、左右一切个人的时代声音。问题是时代的口号,是它表现自己精神状态的最实际的呼声。”^{〔1〕}迄今,任何一种诉讼制度都未能解决一个两难问题:即如何使诉讼在廉价和快捷、方便当事人的同时,又不会导致不公正的后果。司法的公正价值与效率诉求是一对矛盾体,单纯地追求效率,正义原则是否会受损?这是司法实践

作者简介:孙洪坤,山东大学威海法学院博士生,浙江农林大学法政学院教授。

〔*〕本文系国家社会科学基金重点项目(14AKS009)的阶段性成果。

中一个不容回避的问题。笔者认为,公正与效率之间的价值博弈并不是选取一方舍弃另一方的抉择问题,而是如何在保证公正的前提下,尽量以最小的司法资源投入获得最大的公正利益。其实,公正与效率本来没必要摆在同一水平上,也没必要将两者在诉讼价值博弈中的比值作固定安排,人们对于诉讼必然有公正与效率的双重价值追求。任何一种只关注单一价值的诉讼模式,都会将某一特定价值绝对化,不仅另一价值无法满足,就连该特定价值本身的实现程度也会受到限制。刑事诉讼就像一枚硬币,一面代表的是公民个体的追求价值,另一面代表的却是国家和社会的追求价值。二者平衡的最佳状态应当是效率提高而公正仍存,或者公正加强而效率依旧,此时二者均未被削弱且总有一方呈现进步态势。^[2]

波斯纳曾提出:“公正法律中的第二种涵义是指效率”。^[3]如前所述,我们应避免将价值目标推向绝对化或片面性,应建立公正与效率两套紧密相联的标准和尺度,使公正与效率同生共长。“任何利益间的冲突,都存在选择的一般性原则。当发生利益之间的矛盾冲突及由此产生的权衡与选择问题时,为获得某种利益或者肯定某种事物、行为的价值,就要放弃或否定与之对立的另一些权益或价值。”^[4]但无论选择什么,或牺牲什么,只要能选准一个“度”,则从整体而言,其结果既无损于公正,又无损于效率。这个“度”就是在公正的基础上实现诉讼效益的最大化,换言之,追求以公正为前提的诉讼效益最大化是把握公正与效率两者价值博弈中的最佳平衡点,以达到国家与个人之间关系的和谐化以及个人与个人之间关系的和谐化。正如英国学者彼得·斯坦所言:“法律中所存在的价值,并不仅限于秩序、公平和个人自由这三种。许多法律规范首先是以实用性、以获得更大效益为基础的,简言之,即是个人付出的代价减少到最低的限度。”^[5]作为法律制度之一的刑事和解也正是建立在侧重“最大效益”基础之上的,并积极追求秩序、公平和个人自由价值的实现,而公正与效率价值博弈中的兼顾与平衡则构成了刑事和解制度化的基础。

(二) 和谐社会的价值博弈

实现社会和谐是马克思主义关于科学社会主义的一个重要思想。马克思、恩格斯在《共产党宣言》中提出,未来社会是无产阶级和全人类获得解放的社会,是没有剥削和压迫的社会,“代替那存在着阶级和阶级对立的资产阶级旧社会的,将是这样一个联合体,在那里,每个人的自由发展是一切人自由发展的条件。”^[6]实现人的自由全面发展,包括人的文化素质和道德素质的显著提高,是社会主义区别于其他一切社会的显著特征和根本标志,是全人类社会发展的最高目标。马克思、恩格斯指明了实现未来和谐社会的基本条件,即以生产力的高度发展为前提,这就必须实现生产资料全社会占有,使人能够摆脱对资本的奴隶地位,人不再附属于生产资料,而是生产资料的主人。只有在生产高度社会化的基础上建立起全面开放的平等的社会关系,才能使人由奴隶般地服从固定的社会分工和由此导致的人与人之间对立的社会关系向人与人、人与社会之间相互

和谐的关系发展。

和谐是人类在社会生活中所追求的崇高目标,走向和谐也应是刑事司法的必然发展趋势,寻求被害人、被告人利益双重保护的刑事和解制度恰恰顺应了构建社会主义和谐社会的时代潮流。

文明意味着秩序,秩序又意味着和谐。追求和谐乃是人类共通的性格。然而,对于和谐的追求总是具体的,各不相同的。社会主义和谐社会,是民主法治、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处的社会,是全体人民处于各尽其能、各得其所、和谐相处的状态。根据《现代汉语词典》解释,“和谐”是指配合得适当和和睦协调。其相对含义是“不配合、不和睦和不协调”,也即“冲突”。从此意义上讲,刑事冲突可以被视为和谐社会所面临的最大挑战,那么防范和协调冲突便成为了建设社会主义和谐社会的题中应有之义。犯罪行为侵害了被害人的利益,这是一种冲突;被告人被判处刑罚,被告人及其家人可能会因此对社会、被害人产生仇恨心理,这则是一种更深层次的冲突。而刑事和解制度作为解决刑事冲突的有效方式之一,可以为建设和谐社会提供一条新的思路:和谐社会的核心需求就是要将犯罪行为破坏的社会关系予以恢复,而刑事和解恰好顺应了这一需求,其根本任务就是使被犯罪所破坏的社会关系得以恢复,而且是一种内在的恢复,力图在被害人、被告人和社会之间重建利益的平衡,凸显了一种促进社会和谐的价值取向。和谐社会的理念与刑事和解的理念具有高度一致的内容:一方面,可以使被告人充分体验社会的宽容和温暖,有利于改过自新、回归社会和自身发展,保持被告人家庭的稳定与和谐,避免给被告人的家庭带来情感的缺失,增加思想负担;另一方面,有利于化解被告人与被害人的冲突,通过充分听取和考虑被害人的意愿,双方可以较好地心理深层次化解矛盾与冲突,消除对抗状态,有利于社会的和谐稳定。由此观之,诉讼是對抗性的,和解是合作性的;诉讼是一种风险博弈,和解是一种和谐博弈;诉讼的理念是为权利而斗争,和解的理念是为权利而和谐。

二、刑事和解的均衡性博弈

(一) 马克思主义的系统分析理论:均衡性博弈的导入

系统研究方法是马克思主义哲学方法论体系的重要组成部分。马克思认为,法的现象不是几个方面或局部的简单相加,而是一个完整的有机系统。同世界万事万物具有普遍联系和相互作用一样,法的现象不仅同社会生活中的其他现象处于直接或间接的相互联系,而且该系统内部的各种要素之间也存在着这样或那样的必然的联系。^[7]按照系统研究的方法,刑事和解现象是一个庞大的系统,被害人、被告人作为这一系统的主要构成要素,其间存在着相互联系、相互制约的紧密关系。被害人、被告人这一矛盾统一体,在刑事和解中是互动的,既有相互对抗制约的一面,又有相互合作与协调的一面,二者的冲突与合作推动着刑事和解向纵深发展。

博弈论(game theory),又称对策论,它认为在冲突与合作的环境下,其结果不仅依赖于一个人自己的抉择及机会,而且依赖于其他参加者的抉择。但由于冲突与合作的结果依赖于所有参加人的行为,每个参加人都企图预测到其他参加人可能的抉择,以确定自己的最佳对策。如何合理地进行这些相互依存战略策划,便是博弈论的主题。^[8]关于利益冲突现象的理论模型则称为“博弈模型”或“对策模型”。上世纪60年代以后,博弈论被推广运用于纠纷解决的实际问题的研究中,从国际上超级大国的军备竞赛到日常生活中邻里纠纷的解决,都可以通过博弈论说明纠纷解决方式的多种选择可能性和相对合理性:在一定条件下合作与妥协较之对抗是更好的纠纷解决方法。

在法学领域,借助博弈论这一分析工具,我们可以发现一个法律制度的诞生,是各个利益集团、利益主体的矛盾冲突与相互博弈的结果。因此,正像博弈论对经济学的全面改造一样,它也必将为法学的研究注入新的血液。“为那些希望理解法律是如何影响人们行为的人提供洞察力”。^[9]博弈论在法学领域应用的成功范例首推罗尔斯的“正义论”。他首先假设了一个公平的初始状态,然后把正义原则的推导完全纳入博弈模式,通过“博弈模拟”,推理出了正义原则。博弈论的法学方法论把法学问题转化为博弈问题,其合理性基础在于法与利益的密切关系。马克思主义的创始人早就深刻指出:“人们奋斗所争取的一切,都同他们的利益有关。”^[10]利益作为博弈客观范畴,对刑事和解的达成起着决定性的作用。

(二)利益兼得的行为选择:刑事和解的博弈视角

我国《刑事诉讼法》根据提起诉讼主体的不同,将刑事和解案件分为公诉案件和自诉案件。在公诉案件中,规定了因民间纠纷引起,涉嫌《刑法》分则第四章、第五章规定的犯罪案件,可能判处3年有期徒刑以下刑罚的和除渎职犯罪以外的可能判处7年有期徒刑以下刑罚的过失犯罪案件。在自诉案件中,被害人享有完全的当事人地位,有权决定是否起诉、撤诉,也可以决定与犯罪人自行和解。从博弈论的视角来看,在以诉讼为背景的博弈中,刑事和解直接涉及互动的三方,即三个博弈参与者——司法机关、被害人和被告人。三方都在和解中进行着博弈,进行着对自己最有利的策略选择。

按照博弈论的观点,凡是博弈都会有均衡。美国经济学家纳什定义了非合作博弈及其均衡解,并证明了均衡解的存在,人们将其命名为“纳什均衡”。它实际上指的是一种“僵局”：“双方在对方的策略下以自己现有的策略是最好的策略。即:此时双方在对方给定的策略下不愿意调整自己的策略。”^[11]其主要特征是,如果其他人已确定策略,任何人透过实现纳什均衡,都可以最大限度地获取自身利益。^[12]博弈参与主体在给定其他参与人策略决定的情况下,他选择了最优策略以回应对手的策略,但当达到均衡时,这一相互间的策略却使得双方陷入了“囚徒困境”^[13],即被害人和被告人的行为都可看作是理性的,但是双方的策略最终对于整体而言却是最差的策略选择,其结果必然是我们所看到的那样,

有限的司法资源越来越难以满足公共需求,被害人、被告人“怨声载道”,而司法机关的包袱也越来越重,公信力与合法性不断下降,最终诉讼活动走向了司法公正的对立面并形成了恶性循环。

随着博弈的反复循环及博弈环境的不断变化,双方开始认识到这种貌似占优的“纳什均衡”对大家都没好处,每个人的诉讼收益及整体司法效益都不会增加,证明犯罪又具有某种不确定性和危险性,于是在反复循环的博弈中,双方开始重新理性考虑各自的博弈策略。他们必须谨慎权衡,以过去的情形分析未来并对未来作预测。而刑事和解制度的引入为摆脱以上的“囚徒困境”提供了新的突破口,使得双方最终走上了合作博弈的道路,具体说来就是被害人在刑事诉讼领域采取“撤”策略代替以往的“攻”策略,被告人采取“进”策略代替以往的“躲”策略。双方由于无法确切地预见自身期望结果的实现,而且清楚地知道与所期望的相反的结果意味着付出最为沉重的代价,这就为他们各自向对方作出让步以换取较低期望值的实现提供了条件,当然这种结果是在矫正正义允许的、双方认可的范围之内。这种合作博弈的结果使司法机关摆脱了“包袱”,被害人与被告人的冲突得以缓解,效率和公正得以兼顾,最终诉讼活动摆脱了原有的“囚徒困境”,进入了正和的博弈局面。

(三) 刑事和解的博弈模型

不完全信息动态重复博弈是指“参与人的行动有先后顺序”,^[14]多次重复进行,而且双方的信息并不完全透明。那么对于刑事和解的博弈来说,是指被害人和被告人各自在对对方的策略和心理等缺乏相关信息的情况下,进行着多限次的博弈。如“立案—和解—再立案—再和解……。”而且相互并不全部知晓对方的行动信息。下述以较为典型的故意伤害案件为例进行博弈论证。大多数故意伤害案件发生在相邻关系之间,证据不易灭失,被害人能够掌握收集到用于提起刑事诉讼的相关证据。因双方当事人始终无法准确了解对方的所有真实情况,因而这组博弈应是一种不完全信息博弈。

理性的博弈参与者在策略选择时必须进行成本—收益核算,其关键是参与主体利益之预期净收益。双方都有一个成本收益的计算方式。从成本上看,被害人的成本主要表现为:由于犯罪行为侵害而造成的物质损失和精神伤害,冗长而复杂的刑事诉讼程序所造成的诉讼成本及时间成本,因证据不足而可能造成的被告人无法定罪的风险,通过法律对被告人报复需求的放弃等;被告人的成本表现为赔偿物质损失,较短的刑期对其带来的交叉感染,人身危险性增大,再社会化的成本增加,实施犯罪而支付的成本、机会成本和可能受到惩罚的成本,依法享有的正当程序利益以及因指控证据不足被法院宣判无罪的期待性利益的牺牲等;从收益上看,被害人的收益包括物质损失或身体伤害得以补偿,直接从被告人的悔罪和道歉中得到精神安慰,其恐惧、怨恨等不良情绪在和解过程中得以宣泄,节省了诉讼成本及时间;被告人的收益表现为获得较轻的处罚甚至免除刑罚,摆脱了犯罪标签的不利影响,减少了融入社会的成本,预防继续犯罪的发生,

降低了人身危险性的程度与再犯罪的可能性,更加自然地实现再社会化等。他们之间的博弈支付矩阵可表示如下:

刑事和解博弈图

其中对被告人而言,假设其和解成本为 5,和解风险为 4,和解收益为 6;对被害人而言,当赞成和解时转移风险成本为 2(此时被害人的诉讼机会成本为 2),当不赞成和解时,被害人尚需承担不和解诉讼风险以及付出一定的成本来阻止和解的进一步发生,其成本为 1。因而,(1)在被告人的和解请求得到被害人支持时,被告人的支付为: $6 + 4 - 5 - 2 = 3$,被害人支付为: $4 - 2 = 2$;(2)在被告人的和解请求得不到被害人支持时,被告人支付为: $6 - 5 - 2 = -1$,被害人为 1;(3)在被告人不和解的请求得到被害人的支持时,被告人为 $4 - 2 - 1 = 1$,被害人为 -1 ;(4)在被告人不和解的请求没有得到被害人支持时,被告人为 -1 ,被害人为 -2 。

从上表的支付矩阵可以看出,被害人和被告人只在一种情况下同时获益,因而对于被害人而言,支持和解要强于不支持和解,支持是其最优选择;对被告人而言,提出和解要强于不提出。所以,理性的双方博弈选择组合为:被害人支持被告人的和解请求。

因此,被害人与被告人之间的和解,实质上不过是理性选择的过程,即被害人与被告人双方基于较大的诉讼风险和昂贵的诉讼成本,发现进行和解更符合他们的利益,从而选择退出诉讼,凭借各自掌握的交易筹码达成妥协,并获取相应收益的“利益交换”。在相互的利益交换中,被害人让渡了对被告人可能施加的刑罚或者较严厉的刑罚要求,以及因此而获得相应的物质补偿等;而被告人让渡的则是其某些程序性权利,以及因此而获得较轻处罚甚至免除处罚等。双方都有所得,双方都有所失,才促成了刑事和解的实现。由此,刑事和解在风险和成本之间达到了最大的交换值。

上述刑事和解所具有的收益确实是显而易见的,同时它的这些优点也已经被西方法治国家的一些实践所证实。如美国学者拜尔在《法律的博弈分析》一书中分析了诉讼程序中和解达成的原因。他指出:诉讼是昂贵的,除了直接的法院成本和法律费用外,诉讼还要消耗当事人的时间和精力,因此,人们可以预计理性的诉讼当事人可能会发现和和解符合他们的利益。和解是基于原告在诉讼中预期可获得的、并用于胜诉可能性调整后的判给数额,当事人于是可以将节省下来的诉讼成本在双方之间进行分配。而且还分析了不同的诉讼程序设计对和解的影响,以减少在调查上付出的诉讼成本,促使和解条件和决定因素得以发生。^[15]

传统刑事司法中,控辩双方利益上的对立是一方所得必然意味着他方所失。而刑事和解作为一种合意机制,双方当事人处于非对立状态,一方所得未必意味着对方必有所失,各方都有所收获。由此观之,刑事和解确实具有一定的内外部经济性,也正因为如此,有学者认为它是“以一种互惠双赢为基础的利益兼得机制取代了那种‘要么全部,要么没有’的零和博弈^[16]”。^[17]

三、刑事和解的经济性博弈

(一)马克思主义的经济分析理论:经济性博弈的引入

巴尔扎克笔下有一位医生,讲了一番富有哲理启示的话,他说:“从前,金钱并不包括一切,大家还承认有高于金钱的东西,例如贵族、荣誉、贡献于国家的功绩;但是今天,法律把金钱定为衡量一切的尺度,把它作为政治能力的基础!”^[18] 笔者不想全面评论在特定历史背景下这段话的多重思想,单说其中“法律把金钱作为衡量一切的尺度”这句话的法理启示。笔者认为,其法理含义应该是:随着社会生活的发展,法律自身的经济内涵日益丰富,法律与经济的联系越来越广泛,越来越密切。因之,法学家对于法律与经济关系的研究也日益深入。

马克思在《德意志意识形态》这部光辉著作中,第一次系统地阐述了辩证唯物主义观点,指明了法是属于上层建筑的范畴,它由经济基础决定并为经济基础服务。法的产生及其发展变化是以物质关系、社会经济关系和生产关系为基础的,法律关系是现实生产关系的反映。在《哲学的贫困》一文中,马克思再次论述了法律与经济的关系,认为无论是政治的立法或市民的立法,都只是表明和记载经济关系的要求而已。^[19] 1960年科斯在《法律经济学杂志》发表的《社会成本问题》标志着经济分析法已运用于法律领域,到波斯纳集法律经济学之大成的《法律的经济分析》的问世,经济学分析方法开始作为一种定量分析和实证分析的手段,广泛运用到法律及司法体系中去。经济分析法学的主要发现可以归纳为四点:法律程序的参加者都是“有理性的使自我利益极大化者”;法律制度本身——法律规则、程序和制度受到促进经济利益这种关系的强烈制约;对法律进行经济分析有助于设计法律制度的改革方案;对法律制度进行定量研究是富有成效的。而“博弈论对于经济分析最重要的贡献,是帮助人们提出问题,并提供模型解决相应问题。……博弈论的模拟技术使人们把注意力集中于研究竞争性互动的动态特征以及专有信息;这些问题的提出使得互动结构——谁做什么?何时做?掌握哪些信息?——成为研究重点。”^[20]

(二)法律经济学价值取向与刑事和解目标的有机契合

在经济学中,一个最基本的假设是:每一个社会个体都是“理性人”,即他们的选择都是出于理性的。也就是说,在日常生活的各种选择中,人们往往会“趋利避害”,以“自我”为中心,追求效益的最大化。到了法律领域,此“效益”就可以理解为所有各方法律主体所追求的权利、利益,包括物质层面的和精神层面的。法官会以公平、正义地结束案件为其目标,而原、被告双方则以自身利益

最大化为其追求方向。

经济分析法学也从效益博弈分析的角度对刑事和解作出了合理性的论证,他们在肯定法律程序和诉讼必要性的同时,强调必须减少案件在诉讼中的耗费和因实体错误导致的高成本。因此,在经济分析法学看来,诉讼并非纠纷解决的唯一和最佳途径,符合经济效率原则的非诉讼方式也是应该积极肯定的。

西方经济分析法学派的代表人物波斯纳认为,法律程序在运作过程中会耗费大量的经济资源,为了提高司法活动的经济效益,应当将最大限度地减少这种经济资源的耗费作为对法律程序进行评价的一项基本价值标准,并在具体的司法活动中实现这一目标。这就是说,法律程序应尽力缩小诉讼成本,实现最大化收益,以达到社会资源的优化配置和社会财富的最大化。作为重要程序法的刑事诉讼法自然也不例外,刑事和解制度则体现了诉讼的经济原则,它为纠纷的解决提供了一个成本最小化的模型。当事人并不能预期争议可能的诉讼结果,以致于为保障其权益而选择一种简易且非正式的纠纷解决方式。

刑事和解的经济性博弈分析,其核心问题便是成本,它力图在当事人之间追求最大的交换值,即能够在提高法律威慑力的同时节省当事人的诉讼费用。各种法律对行为产生影响的主要因素是交易成本,而法律的目的应是促成交易成本的最小化。我们可以将诉讼发生的条件概括为不等式(1):

$$PPJ - C + S > PdJ + C - S, \quad (1)$$

将这个不等式改写成:

$$(PP - Pd)J > 2(C - S)。 \quad (2)$$

J是被害人胜诉情况下判决确定的金额,PP是被害人估计的自己胜诉几率,Pd是被告人估计的被害人胜诉几率,C和S分别是各方当事人的诉讼和解成本。如是,我们可推理出,如果双方当事人对在诉讼情况下被害人胜诉的几率有共识,那么不等式(2)的左边就等于零,案件就得到和解,因为在这种条件下的诉讼成本高于和解成本;更不容置疑的是,如果一方当事人比另一方较为悲观而使(PP - Pd)呈负数,那么案件也能得到和解。总之,只有双方当事人都对诉讼抱有乐观态度时,诉讼才可能发生。^[21]

从以上推理可以看出,如果刑事案件的双方当事人不能从和解中获得比诉讼更高的收益,那么其中的任何一方都会放弃和解谈判的努力,转而提起诉讼。但是,除非刑事和解的社会成本超过审判的社会成本,和解才会失去其存在的土壤。而这在一个诉讼爆炸的时代显然是不可能的。因为相对于繁琐冗长、命运不定的诉讼程序,刑事和解给被害人提供了一种与被告人直接商谈处理冲突的机会,至少节约了时间耗费的成本;通过与被告人就其犯罪行为及其影响而进行的交谈,被害人得到了传统诉讼程序中无法满足的心灵的平复,并大大降低了被告人对他们再次侵害的可能,由此减少了心理成本;赔偿协议的达成及其较高的履行率也有效降低了经济的成本。因而,刑事和解比传统的司法模式在经济上更有效率,用刑事和解来部分替代传统司法模式是合乎经济理性的选择。

经济学的起点是关注社会福利,福利即是一种和谐。同样的道理,法律的起点应当关注社会的公平正义,同时在公正与效率之间找到平衡点,实现法律价值与其他社会价值之间的契合,以实现社会公平正义为最终目标。刑事和解制度正是体现了诉讼程序的经济目标。实际上,经济分析法学正是从成本效益优化的角度,为刑事和解制度提供了正当性与合理性的论证。

四、传统文化与刑事和解价值观的博弈——中庸的纠纷处理文化

刑事和解制度的构建必须具备适合的条件,其中最根本的条件就是刑事和解的价值观念能否得到普遍的认可。在传统的刑事司法观念中,犯罪是对国家利益的侵害,作为社会关系的保护者,国家通过刑事司法程序对犯罪分子定罪量刑,从而使正义得到伸张;而且对行为是否构成犯罪的价值判断主体是国家,价值判断标准是统治秩序。马克思、恩格斯在《德意志意识形态》中曾指出“犯罪—孤立的个人反对统治关系的斗争”。^[22]“被害人—被告人”的个人关系被搁置一旁,作为犯罪的直接受害者的被害人及其利益却得不到刑事司法制度的应有重视,在诉讼中仅仅被视为控方证人,被置于刑事司法过程之外,而且在国家强权面前意志的表达和实现极为被动,实质上给其造成了新的伤害。虽然犯罪行为从其本质上看,是对国家和社会利益的侵害,但只要换一个观察角度,其同时更是对被害人利益的侵害,没有后者的存在,前者就是虚幻不实的。而刑事和解将刑事诉讼的国家——个人的这种线形分析视角调整为以社会为顶点、以被害人和被告人为两端的等腰三角分析视角,大大提升了被害人作为当事人的诉讼主体地位,使其不仅能够参与而且能够对刑事冲突的解决发挥主导作用,弥补了国家单方面追诉犯罪的不足,有利于犯罪控制的长远治理,符合构建和谐社会的要义。并且,刑事和解不会忽视公共利益的保护,我们可以把公共利益看作一个整体,刑事和解所体现的对公共利益的保护更倾向于“未来”,而不是“现在”,公共利益的总量并没有减少。

如今,诉讼已经成为社会公认的最具权威性的纠纷解决方式,但其他纠纷解决方式并未因此丧失其存在的价值,因为社会主体在价值观和文化传统上的多元化倾向决定了他们对诉讼抱有不同的态度或偏向。因为,诉讼不可避免地存在着固有的弊端,例如法律事实与客观事实的矛盾,公正与效率的矛盾,程序公正与实体公正的矛盾,保护犯罪嫌疑人、被告人人权与保护被害人人权关系的矛盾,作为判决之特征的“要么全有要么全无”、“非黑即白”的解决方式与当事人期望值之间的矛盾,等等。这些矛盾的存在,在很大程度上限制了诉讼作为纠纷解决手段的功能和效果。在多元的价值观合理并存的今天,社会对正义、对权利义务的观念和标准正在发生变化,而获得正义、实现权利的途径也更加多样化,在设计纠纷解决途径的问题上,中庸(儒家的一种主张,待人接物采取不偏不倚、调和折中的态度^[23])之道可能更符合社会的实际和实践理性。如果我们能将刑事诉讼中的民主、合作、协商、沟通这些理念和精神结合起来,使得当事人双

方都能接受纠纷解决部门的处理,也使得社会效果更好,包括社会的接受度也更广。那么一方面要坚持公正,另一方面又不能单纯以公正作为唯一的价值取向。结合效率、秩序等多元价值,就能使得我们对案件的判决或处理更加符合社会和谐的需要。在一个利益多元化的社会,一项法律制度必然是相互冲突的利益协调、妥协的结果。由利益调和、妥协而构建的法律制度,就不是极端的、单一的黑色或白色,而是不同色彩调和而成的一个“灰色模型”,可以说,均衡博弈利益机制的外部表现就是“灰色模型”。

五、结 语

刑事诉讼过程中被告人与被告人的和解,其目的在于使被破坏的刑事法律关系得以积极的恢复,使被害人的利益得以最大化的实现,使被告人能真诚悔过并积极赔偿。当然,在研究刑事和解制度的博弈论时,不应忽视其固有的局限性。特别是,纠纷解决有时依赖于当事人之间的实力对比,即双方所拥有的各种资源,所以当事人双方在博弈中地位不平等的情况必须引起充分的注意,尤其应该强调“保护弱者”、“保护人权”;并且可能会削弱刑罚的一般预防功能,因为被告人预计可以通过赔偿而逃避刑罚,则会促使其可能继续实施犯罪,这就为社会富有阶层被告人提供了逃避刑事惩罚的机会,“花钱买刑”仍成为刑事和解实践面临的重大难题。但是仅仅根据上述的消极方面而否定其价值显然不是一种科学的态度,总体上,刑事和解的积极作用占据主导地位,除了实体价值之外,它还存在着丰富的程序价值。我们完全可以通过合理的制度设计将其避免,而不能一叶障目。因此,如何把刑事和解制度更好地纳入法治轨道,使其扬长避短,既要在纠纷解决中尽可能地节约司法资源和诉讼成本,又要考虑为当事人提供更多的选择机会;既要及时地解决纠纷,又要最大限度地维护社会正义,将是我们今后的一个长期重大课题。

“法律制定者如果对那些促进非正式合作的社会条件缺乏眼力,他们就可能造就一个法律更多但秩序更少”的世界。^[24]刑事和解旨在重塑一个和谐的社会。在我国构建和谐社会的大语境下,正义的实现途径不仅是刑罚与服从,更是社会关系的良性互动;正义的评价标准不仅是有罪必罚,更是被被告人所破坏的社会关系与秩序是否得到修复。哪一种社会保护机制更有利于社会发展和社会和谐,均衡相关各方的利益,这样的制度才是我们最终追求的。写到这,笔者联想到了当今国际政治上的一些热点问题,不禁哑然失笑:美伊战争推翻了萨达姆政权,萨达姆被执行了死刑,他们的国家就安宁了吗?南非的种族隔离结束后,实行种族和解,他们的国家更乱了吗?所以让我们多一些宽容,多一些和解。

注释:

[1]《马克思恩格斯全集》(第40卷),北京:人民出版社,1982年,第289页。

[2]孙洪坤:《程序与法治》,北京:中国检察出版社,2008年,第276页。

- [3][美]理查德·A·波斯纳:《法律的经济分析(上)》,蒋兆康译,北京:中国大百科全书出版社,1997年,第32页。
- [4]宋英辉:《刑事诉讼原理导读》,北京:法律出版社,2003年,第118页。
- [5][英]彼得·斯坦、约翰·香德:《西方社会的法律价值》,王献平译,北京:中国法制出版社,2004年,第3页。
- [6]《马克思恩格斯选集》(第1卷),北京:人民出版社,1995年,第294页。
- [7]《马克思恩格斯全集》(第46卷),北京:人民出版社,1979年,第220页。
- [8]Concise Encyclopaedia Britannica,1984,p.66.
- [9][15][美]道格拉斯·G·拜尔:《法律的博弈分析》,严旭阳译,北京:法律出版社,1999年,第2、208-303页。
- [10]《马克思恩格斯全集》(第1卷),北京:人民出版社,1956年,第82页。
- [11]潘天群:《博弈生存》,北京:中央编译出版社,2002年,第18页。
- [12][美]戴维·克雷普斯:《博弈论与经济模型》,邓方译,北京:商务印书馆,2006年,第30页。
- [13]“囚徒困境”是博弈论的一个经典案例。即两位已确认偷盗罪的囚徒被怀疑故意杀人,检察官说:“由于你们的偷盗罪已有确凿的证据,完全可以给你们判刑1年。但是,我可以和你作个交易:如果你单独坦白杀人的罪行,我只判你3个月的监禁,而你的同伙则要被判刑10年;如果你拒不坦白,而被同伙检举,那么你就将被判刑10年,而他只判3个月监禁;如果你们两人都坦白交代,那么,你们都将被判刑5年。”非常明显,此时最好的策略选择是双方都选择“抵赖”(合作博弈),结果是大家都只被判刑1年。但是,由于两囚徒处于完全隔离状态,他们难以串供(无法合作),于是,“坦白”(非合作博弈)取代“抵赖”变成最优策略选择。这样,两囚徒都选择了“坦白”策略而被判刑5年的结局被称为“纳什均衡”,也叫非合作型均衡。参见[美]冯·诺伊曼、摩根斯顿著:《博弈论与经济行为》(下册),王文玉、王宇译,北京:生活·读书·新知三联书店,2004年,第1020-1021页。
- [14]张维迎:《博弈论与信息经济学》,上海:上海人民出版社,2005年,第80页。
- [16]“零和博弈”是一种你死我活、天无二日的丛林生存法则,是典型的非合作博弈,因而,在犯罪这一非此即彼的刑事冲突中,无需冲突双方基于协作的沟通与合作。
- [17]陈瑞华:《刑事诉讼的私力合作模式》,《中国法学》2006年第5期,第25页。
- [18]巴尔扎克:《人间喜剧》(第15卷),北京:人民文学出版社,1994年,第459页。
- [19]《马克思恩格斯全集》(第4卷),北京:人民出版社,1965年,第121-122页。
- [20]David M·Kreps,Game Theory and Economic Modelling. Oxford University press,1990,p.87.
- [21][美]理查德·A·波斯纳:《法律的经济分析(下)》,蒋兆康译,北京:中国大百科全书出版社,1997年,第725页。
- [22]《马克思恩格斯全集》(第3卷),北京:人民出版社,1960年,第379页。
- [23]中国社会科学院语言研究所词典编辑室:《现代汉语词典》(第6版),北京:商务印书馆,2012年,第1687页。
- [24][美]罗伯特·C·埃里克森:《无需法律的秩序》,苏力译,北京:中国政法大学出版社,2003年,第354页。

[责任编辑:禾平]