

民族地区刑事和解：实践、困境与调适方向

彭 昕 左卫民

〔摘要〕 民族地区的刑事和解实践根植于民族传统与当地习惯法，有其固有特性亦存在一定的局限。近年来，民族地区刑事和解机制逐渐与国家制定法接轨，在此过程中，民族地区刑事和解实践呈现出民间权威力量再组织化、和解方式司法化的新图景，但同时也陷入了内卷化与功能异化的新困境。确保民族地区刑事和解机制朝着法治化方向发展的同时，积极发挥民族习惯法在冲突化解与秩序维持方面的特有功能、正确定位国家法与民族习惯法之间的关系、促进刑事和解制度的适度弹性化设计已成为当前民族地区刑事和解机制可能的发展方向。

〔关键词〕 民族地区；刑事和解；再组织化；内卷化；制度弹性

〔中图分类号〕 D922.15 〔文献标识码〕 A 〔文章编号〕 1000-4769 (2021) 03-0090-07

一、研究问题及其背景

在民族地区，刑事和解根植于民族传统与当地习惯法，对处理地区因刑事案件引发的纠纷、维持民族地区正常生活秩序起着重要的作用。尽管直到2012年，《刑事诉讼法》才将刑事和解作为一项正式的制度予以确立，但其作为民族地区一项解决刑事纠纷的本土机制事实上早已存在。从现有文献来看，针对刑事和解在民族地区实施的研究，在2012年之前大致遵循两种路径，第一种路径采用人类学、社会学等方法将民族地区刑事和解的实施作为少数民族习惯法与国家制定法互动的样本加以考察研究。^①第二种路径主要从文化社会学的视角出发，认为刑事和解是实现民族习惯法与国家制定法之间的有效沟通途径，并从国家规范与民间规范关系的角度阐述了民间规范参与刑事和解的必要性与可行性，对未来立法中如何安排民族地区刑事和解进行了初步讨论。^②随着2012年《刑事诉讼法》将刑事和解作为正式制度确立，学者对刑事和解在民族地区的实施问题进行了更为广泛、深入的研究。主要包含以下几种研究进路：其一，调查我国主要的民族地区刑事和解实施的具体情况，阐释刑事和解在各民族地区实施的特点和成因^③；其二，从规范层面分析刑事和解在民族地区实施存在的问题和对策^④；其三，在民族地区变通施行刑法的视野中，指出刑事和解是民族自治地方变通实施刑法的最佳机制。^⑤

上述学者对民族地区刑事和解的实践展开了较为广泛的研究，但如果将研究视角进一步拉长放远便可以发现：一方面，当前不少关于民族地区刑事和解的研究都是在相对固定的分析模式下进行，研究内容逐渐出现趋同现象，对研究的进一步推进则作用有限；另一方面，有关民族地区刑事和解的既有研究缺乏对制度本身及其发展演变的整体把握，研究内容存在碎片化、滞后性的现象。之所以出现当前的研究现状，笔者认为至少有以下两个因素所致：其一，经验资料较为陈旧，对民族地区刑事和解实践的描述已经无法展现民族地区刑事和解实践的最新面貌，进而导致对其特征的概括和问题的剖析较为滞后；其二，未能将民族地区刑事和解制度的实践置于中国刑事法治的整体结构中进行考察，也缺乏在

〔基金项目〕 国家社会科学基金项目“法律多元主义视角下刑事和解在民族地区实施的特殊性研究”（17CFX017）

〔作者简介〕 彭 昕，四川大学法学院博士研究生；

左卫民，四川大学法学院教授、博士生导师，四川 成都 610064。

刑事法治发展与国家治理现代化的整体背景下对其进行关照,民族地区的刑事和解实践往往被视为一个孤立的政策和制度,失去了其应有的整体性、动态性和能动性。如何在尊重与保护民族地区文化传统的基础上平衡好冲突解决的有效性与国家法治的有序性是民族地区刑事和解实践亟须认真对待的问题。有鉴于此,笔者尝试从民族地区刑事和解的实践出发,指出民族地区刑事和解在当下的新图景和存在的问题,并在此基础上结合当前中国法治建设的具体语境,就完善当前民族地区刑事和解机制做进一步探讨。

二、民族地区刑事和解的局限与可能

(一) 民族地区刑事和解面临的局限

不管是在刑事和解作为正式制度确立之前还是之后,学者们普遍认识到,作为民族地区一项解决刑事冲突的本土机制,民族地区的刑事和解实践与《刑事诉讼法》规定的正式刑事和解制度相比,具有其鲜明的特性:其一,民族地区刑事和解的理念和方式根植于传统民族习惯与宗教信仰,是世代相传的关于生存秩序的平衡术,且这种民族习惯与宗教信仰作为一种真实而有力的存在仍深刻影响着民族地区刑事案件的解决;其二,我国少数民族地区文化传统中大多对刑事案件与民事案件的划分并不严格,与之相应的是民族习惯法对于违法行为的制裁尽管存在轻重之别,但可能无民刑之分;其三,民族地区刑事冲突的处理程序体现为一种纠纷解决过程,具有明显的私力救济特征;其四,基于相关传统与信仰,民族地区民间权威主体对纠纷解决与秩序的维护起着举足轻重的作用,故民族地区刑事和解的达成往往更依赖于民间权威主体的居中调和。

上述特征立足于民族地区刑事冲突解决的文化背景及其“地方性知识”,为我们理解民族地区不同的刑事冲突解决方式提供了可能的切入点。民族地区刑事冲突的解决方式不仅根植于日常民族生活的制度环境中,同时也生存于“现代法治建设”的环境中;它不仅需要解决本地冲突确保一方的有序,更为迫切地是需要契合国家法治建设带来的变革。质言之,如何契合与回应国家法治建设的刚性需求同时又适度接纳民族传统是民族地区刑事和解制度正当性的一大基础。从这个意义上来看,一味强调民族地区刑事冲突解决的文化背景,将民族地区的刑事和解仅仅视为一个孤立的政策或制度,而不将其置于刑事法治发展与国家治理现代化的整体背景下进行考察无疑是片面且不妥的。

(二) 民族地区刑事和解的新图景

在刑事司法领域,现代法治强调的形式理性在程序正义等理念的影响下正在深刻改变着民族地区刑事纠纷的解决方式,尤其是自2012年《刑事诉讼法》将刑事和解确立为一项正式的制度后,更是对民族地区习惯法中的刑事和解机制向国家制定法过渡与接轨提出了急迫的要求。纵览近年来民族地区的刑事和解实践,其特征相较于学术界先前的研究发生了较大变化,考察其运行的新图景,或许能为我们提供一种在国家法治引导下观察与理解民族地区刑事和解实践的新视角与可能。

1. 民间权威力量的再组织化

就主持刑事和解的主体来看,权威人士、氏族头人、宗教人士等民间主体都曾是传统民族地区刑事和解事务的主导力量。在民族地区,一方面,人们受到民族传统的深刻影响,对于纠纷的解决,通常依赖本民族或当地管理公共事务、调解矛盾纠纷的民间组织或德高望重的个人,典型的例子如恩施土家族地区的“梯玛”、三江侗族地区的“乡老”、凉山彝族地区的“德古”等;另一方面,刑事纠纷解决过程中,民间权威力量因其熟悉少数民族刑事习惯法,了解群众的真实生活,且民间权威力量在长期的实践中获得了民族地区成员的信任与敬仰,因而构成了民族地区刑事和解实践的重要权威和本土资源。

或许正是基于此,国家在民族地区基层政权建设的深入过程中,始终面临着国家权力向下扩张与基层固有社会权力组织体系间的张力,而将这些基层权威力量合理有效地纳入刑事和解制度框架中则是国家政权向下渗透的应有之意,反过来也是对国家政权的巩固与强化。正如在现代社会中,组织是最重要的权力来源,权力的行使通常需要借助组织。^⑥对民族地区刑事和解而言,国家对民间权威力量进行重新组织,通过一系列制度安排将民间传统力量纳入进国家既有或逐渐发展起来的组织网络中,便成了当前国家盘活民族地区的治理资源的重要途径之一。就当下实践来看,将民间力量纳入村委会使其成为村委会的调解员或受司法机关委托成为促成和解的领导者是两种主要的组织化方式。

就将民间权威力量纳入村民委员会的组织方式而言,村民委员会作为我国农村基层村民自治组织,能直接与村民互动,与村民之间有着十分紧密又复杂的关系,其成员在村民眼里不仅是国家权力的象征,更是日常生活中可以讨个说法的父母官。在民族地区,将促成传统民族地区刑事和解的主导力量纳入其中,无疑契合了组织与个人之间的功能与定位;且随着《中华人民共和国人民调解法》将轻微刑事案件纳入调解范围,更是为民间调解力量纳入调解委员会提供了制度依据和动力。如在凉山彝族地区,曾经作为纠纷解决重要力量的“德古”就在村委会的组织下,大多成了村委会的调解员。据了解,在凉山州区县中彝族人口比例最大的昭觉县,每个村都设有村民调解委员会,每个委员会由若干“德

古”和村主任、村支书组成,人数一般为4-9人。不少“德古”由于能力突出且热心公益,还当上了村主任。在许多藏区,村中德高望重的长者、村主任、部落头人的后裔也被纳入矛盾调解中心的组成人员中。^⑦应当说,这些举措不仅利于民族地区纠纷解决组织成员的稳定性与连续性,也方便政府、司法机关等部门对其进行统一的教育和培训,将其逐渐纳入国家的权力网络之中。

组织化的另一种方式是将民间力量作为协助相关国家机关进行刑事和解的助手。就实践的情况来看,主要是将民间力量吸收到侦查、起诉与审判三个阶段,并利用现行制度的空间将其作为协助办案机关促成和解的主要力量。在侦查阶段主要表现为公安机关邀请当地的民间权威参与案件的和解,如四川省凉山彝族自治州就吸纳“德古”为特邀调解员,甚至授权“德古”主持案件当事双方的和解工作;在公诉阶段,检察机关利用“检调对接”机制,将人民调解委员会中的民间权威力量纳入相应的和解程序之中,并已在民族地区积累了一定经验;与上述两阶段相似,在审判阶段,民间权威人士也以人民调解委员会调解员的身份参与到司法机关主导的刑事和解中。

2. 和解方式的司法化

传统民族地区由于受历史、文化与宗教的影响,在其“地方性知识”中存在一套独有的权利界定与分类体系。这落实到冲突的解决就表现为不同民族存在不同的冲突化解理念、和解范围以及具体程序方法,实践样态可谓百花齐放、丰富多样。如在藏族地区,冲突双方往往在自行协商不下的情况下,请求在当地具有较高威望的人士或者宗教人士来促成和解,和解的主要依据是和解赔偿习惯法。^⑧凉山彝族地区发生的冲突则主要由当事人自行解决或由家支头人出面调解,在上述办法无法奏效时,通常会由双方各自邀约相等人数的“德古”进行调解。由“德古”进行调解的案件没有范围限制,“德古”几乎可以参与所有纠纷的调解;在程序和方式上,通常依循传统的模式:调解一般采取公开、面对面的方式进行,具体程序通常包含事实和证据调查、双方诉求的倾听,此后由“德古”根据彝族习惯法和先例提出纠纷解决方案;最后,当事人达成和解并在“德古”的带领下举行结案仪式,整个纠纷才算处理完毕。^⑨

随着国家对民族地区基层解纷化解力量的再组织化,以及“送法下乡”对基层司法力量的不断壮大,尽管传统民间力量在促成刑事和解、恢复地区秩序中仍起着不容忽视的作用,但其用于促成和解的知识和依据却发生了转变。正如上文所述,民族地区权威人士、民族头人等民间主体被正式的国家机构组织起来后,他们开始了解并学习国家的相关政策以及制定法,相应地,和解所依据的本土化的、民族性的“知识”逐渐渗透进了国家法的因素,并随着民族地区普法教育等的深入,国家法在冲突与纠纷的解决过程中也逐渐从配角转变成了主角。尤其自2012年《刑事诉讼法》将刑事和解确立为一项正式的制度后,民族地区的刑事和解实践逐渐向国家制定法靠拢,具体到和解的各个阶段都发生了不小的转变:案件受理方面,传统民间权威可以受理的案件范围在不断缩小、受限,如在凉山彝族地区,“德古”不再像以前一样,受理任何类型的纠纷^⑩;在刑事和解的依据上,也由依照民族地区的习惯法为主,转变为越来越多地运用国家制定法来界定双方权利义务,对案件进行处理。

整体而言,民族地区的刑事和解正逐步从诉讼外的和解朝着诉讼内的和解发展,一些经济较为发达或与外界交流较为频繁的民族地区的刑事冲突基本都进入了正式司法程序,民族地区传统的刑事和解实践整体逐渐呈现出棚濂孝雄眼中现代社会所特有的“法化”现象。^⑪此外,法治化与程序化也意味着行为的统一和整齐划一,散布在不同地区各具特色的民族地区刑事和解实践在向国家法“看齐”的同时,也逐渐具备了司法化与规范化的特征。从这个意义上来看,尽管民族地区刑事和解机制在“现代法治建设”的环境中存在明显的局限性,但近年来的实践表明,在国家的法治引导下,民族地区刑事和解实践存在保留民族优良传统的同时逐步迈向规范化的可能。

三、民族地区刑事和解的新困境

通过对民间解纷力量的再组织,国家盘活了民族地区基层治理的资源,这场历时性的、悄无声息的法治变革不仅对民族地区刑事和解实践产生了全面、深刻的影响,也使我们看到了民族地区习惯法中的刑事和解制度与国家制定法接轨的可能。但制度的变迁往往也伴随着阵痛,民族地区刑事和解实践逐渐朝着规范化与法治化方向不断前进的同时,民族地区刑事案件的处理也因未能处理好国家法与民族习惯法的关系,可能会陷入内卷化与功能异化的新型困境之中。

(一)“内卷化”的民族地区刑事和解机制

“内卷化”这一概念是吉尔兹在研究爪哇的水稻农业时提出的。根据吉尔兹的定义,“内卷化”主要是指一种社会或文化模式在发展阶段达到一种确定的形式后,便停滞不前或无法转化为另一种高级模式的现象。^⑫从更宽泛的意义上而言,“内卷化”主要用于形容一种量的增长与质的停滞并存的状态。从冲突与纠纷解决效能的视角来看,解决纠纷的资源投放往往与纠纷解决的效果息息相关。资源投放的增加往往伴随着增强制度效果的期望,但相反,如果解决纠纷的资源密集投放带来的是冲突与纠纷解决效果的不彰或效率的下降,就可能形成资源使用效益不足带来的刑事和解“内卷化”问题。如果以上述标准来衡量当前民族地区刑事和解实践,不管是否进入了正式的司法程序,冲突与纠纷的解决

都面临着投入资源增加而解决效果不彰的问题,整个程序的运行呈现出内卷化的趋势。

一方面,在广大民族地区仍有相当数量的刑事纠纷未进入司法程序。相关实地调查表明,在一些民族地区至今仍有大量冲突都是根据习惯法解决的。^⑬与早期研究分析的原因有些许不同之处在于,当前民族地区刑事冲突不进入国家正式司法程序很大程度上已不再是由于国家刑事制定法尚未对边远地区形成有效的渗透。^⑭相反,随着国家权力向基层的深入渗透,民族地区刑事冲突的自行解决实则体现的是当事人对国家法律了解后的有意规避。^⑮一些实证研究也发现,实践中不难看到受害人在案发后不立刻决定是否走正式的司法程序,而是先咨询了解相关法律规定,权衡通过正式司法程序与民间习惯法解决冲突各自所能获得赔偿的高低后,再做决定。而不少当事人选择不进入正式司法程序,而是私下进行解决。^⑯这背后的原因通常在于国家刑罚往往更多地在于施加人身刑,财产刑则往往属于附加刑居于从属地位,相较于一些民族习惯法对于金钱赔偿的重视与强调,通过正式司法程序被害人能得到的赔偿往往较少,与此同时加害人还面临着人身自由的剥夺甚至是完全丧失,故冲突双方有可能更愿意根据习惯法来解决。然而这种先对比正式司法程序与民间习惯法解决冲突各自所能获得的赔偿数额,再决定是否进入正式司法程序的处理方式,表面上看似圆满,实则是“两败俱伤”。不仅当事人付出了更昂贵的赔偿金,而且国家正式司法程序的“落选”亦是一种对国家司法权威的贬损。

另一方面,实践中还存在一定数量的案件,尽管进入了正式的司法程序,却未能完全依照正式的司法程序处理。^⑰事实上,《刑事诉讼法》规定的刑事和解制度与民族习惯法存在一定的差异,因此,在对民族地区刑事案件适用正式的刑事和解制度时,国家制定法往往会遭到民族习惯法一定程度的挑战,具体就表现为民族习惯法与国家制定法在适用上的博弈。就博弈的结果来看,往往是国家制定法与民族习惯法的互不妥协与“各行其是”。其实在实践中,民族地区的司法机关在依照《刑事诉讼法》办理案件时,通常都会考虑本民族的传统习惯,尤其在赔偿金额和量刑方面都会作出相应的调整与让步。对于被害一方来说,赔偿金额的降低意味着正义的减损,尽管被告人同时还要受到了国家的处罚,但这也不足以补偿其遭受的损失。这种观念突出地体现在侵害赔偿方面,典型的如藏族地区由于存在“赔命价”习俗,一旦发生命案,被害人一方均会向加害人一方索要命价,国家对于犯罪人的依法处罚,无论是从重还是从轻,均不能令当事人感到满意,除非获得相应的“命价”。这样一来,实践中就经常出现加害人既要受到国家制定法的惩罚,又要按照习惯法支付相应赔偿金的现象。^⑱因有违“一事不二罚”的原则,这种现象也被学界形象地称为“重复司法”或“双重司法”。毋庸置疑,这种双重惩罚不仅对加害人不公正,同时也是对国家权威的伤害。

从冲突解决效能的角度来看,不管是实践中出现的当事人对正式司法制度的规避,还是“重复司法”现象的盛行,都无一例外地说明了民族地区刑事冲突的处理正面临耗费资源在不断增多,而冲突与纠纷的解决效益却未能随之增长的问题;更为严重的是,国家的司法权威还在这一过程中受到减损。这种费力不讨好又略显尴尬的状况无疑表明民族地区的刑事和解机制出现了内卷化现象。

(二) 功能异化的民族地区刑事和解

刑事和解功能异化主要指刑事和解的过程与结果所具有的正效应没有得到充分有效实现。^⑲从民族地区刑事和解的现实功能来看,刑事和解在于以民族地区传统习惯为纽带,通过一定的方式来达到修复当事人之间的矛盾冲突,恢复地区和谐稳定的效果。而就《刑事诉讼法》规定的刑事和解制度来看,其具有弥补传统刑事法治不足的重大价值——既有利于刑事诉讼被害人利益的保护以及被害人/加害人主体地位的确立,也有利于社会关系的修复,还有利于刑事诉讼效率的提高,等等。^⑳质言之,不管是立足于民族地区的实践还是着眼于国家刑事司法的制度构建,刑事和解无疑都体现了合作性地处理冲突与恢复秩序的基本功能。

从刑事司法的发展模式来看,陈瑞华教授曾根据刑事诉讼中的合作与对抗状态提炼出“对抗性司法”与“合作性司法”两种不同的刑事司法模式,并将刑事和解视为合作程度最高的和解性私力合作^㉑,在此基础上陈瑞华教授还指出,刑事和解所追求的最高价值是社会冲突的化解和社会关系的和谐。^㉒笔者认为,之所以将刑事和解视为合作性司法中合作程度最高的一种模式,就在于其充分体现了国家、被告人、受害人三者间利益的共赢,不仅能促进被害人与加害人双方利益最大化,还能恢复社会秩序使其达到冲突处理的最理想结果。然而,当前民族地区刑事和解的实践却与上述良善的初衷背道而驰,呈现出功能异化的趋势,这种异化主要表现在:

其一,和解的纽带异化为讨价还价的砝码。根据冲突的解决原理,当事人能不计前嫌握手言和,其中的核心要义就在于当事人对解决方案能达成一定的共识,而共识的背后不仅有利益的权衡更凸显的是当事人对一定秩序规则的共同感知与认可。在民族地区,这种共同感知与认可则突出地体现为对民族信仰、民族习惯的敬畏与遵守。换言之,习惯法在促成民族地区刑事和解的过程中往往发挥着联结与沟通当事人双方的纽带作用。

随着国家制定法的渗透,民族习惯法逐渐褪去了作为纠纷解决的唯一依据的权威色彩,国家制定法亦成为解决冲突与纠纷的依据。但有意思的是,在刑事和解的实际操作中,无论是国家制定法还是民族地区习惯法,都未能真正成为促

成和解的纽带或连接当事人双方的桥梁,而是沦为当事人利益博弈的工具。具体而言,当事人往往利用二者之间的差异性规定,就赔偿方案进行讨价还价。实践中常见的情形是,本在习惯法框架下进行协商和解的当事人,若发现国家制定法的赔偿标准更高,往往会要求加害方以国家制定法的标准进行赔偿,否则就以将案件诉至公安机关为由相威胁;而进入正式司法程序中的刑事和解案件在涉及赔偿与达成和解协议时,被害人一方往往也会比较习惯法与制定法之间的差异来提出一些更高的赔偿要求,甚至试图获取超额的赔偿费用。

其二,当促成和解的纽带异化为讨价还价的砝码后,整个刑事和解的性质也就异化为当事双方立足于自身目的,利用不同规则之间的差异进行算计与博弈。就民族地区刑事和解实践的既有特征来看,尽管民族习惯法中的责任形式往往以金钱赔偿为主,但金钱赔偿的背后仍是对修复当事双方关系的重视。这可从一系列具有符号意义的仪式中窥见:如在藏区,许多当事人达成的和解协议除了金钱赔偿义务外,还有如互送哈达并保证从此以后无论发生什么事情都不能再以此事为借口相争执的要求^②;又如在彝区,通过“德古”达成和解的当事人双方会共同请“德古”和相关人员共进“和谐餐”,当事双方的家支头人要在“和谐餐”中代表各自的家支成员互相敬酒表达祝福之意,修补因为纠纷受损的彼此关系以便日后和睦相处。在和解协议中的方案执行完毕后,当事双方还要在各自家支头人带领下进行互访,进一步达到化解积怨和矛盾的目的。^③与之形成鲜明对比的是,随着促成和解的纽带逐渐异化为讨价还价的砝码,实践中常常能看到一些案件,由于不满司法机关的处理方案,一些被害人或其家属在被告人刑满释放后到其家里强行索要赔偿,甚至发生械斗闹事等恶性事件;或是加害方在未能真诚悔过的情况下,凭借刑事和解实现实质意义上的“以钱赎罪”。

或许真正值得忧虑的是,当象征和解与原谅的仪式性程序逐渐淡出人们的视野,民族地区刑事和解的实践朝着现代化、规范化方向迈进时,其真实面貌究竟发生了怎样的转变?实践给出的答案似乎是,在当事人的讨价还价声中,刑事和解早已背离了冲突解决与秩序恢复的本意,而异化为一种基于利益的冰冷博弈。换言之,当前民族地区刑事和解的实践似乎既没有实现对民族地区传统文化的积极部分进行继承与发扬,亦未坚守住国家制定法应有的底线。

四、民族地区刑事和解的调适方向

在笔者看来,导致当前民族地区刑事和解实践陷入上述困境的原因至少有两点:其一,由于在民族地区法治建设的进程中,未能妥善处理好国家法与民族习惯法之间的关系,导致相关改革措施呈现“一刀切”的倾向,忽视了法治建设的渐进性以及法治赖以存活的文化土壤;其二,由于我国《刑事诉讼法》规定的刑事和解制度缺乏必要的制度弹性,难以与民族地区习惯法形成良性的互动。有鉴于此,对民族地区刑事和解机制进行相应的调适就成为当前亟须认真对待的问题。民族地区的刑事和解理应在坚持现代司法程序封闭性的同时,保持其适当的开放性;在尊重民族习惯的同时,践行底线的程序正义以实现国家法律的规则之治。具体而言,正确定位国家法与民族习惯法之间的关系、促进刑事和解制度的弹性化设计是当前民族地区刑事和解机制可取的发展方向。

(一) 正确定位国家法与民族习惯法的关系

从国家治理的层面来看,“要实现有效的国家治理,不论是制度设计还是制度实践,都需要就所要面对的社会有全面和准确的认识与判断,其中包括对秩序资源和挑战的把握”。^④就秩序与规范的关系而言,秩序的形成依赖于对规范的遵守,同样,国家治理也有赖于对规范的运用。事实上,社会秩序形成所依赖的规则本身就是多元的,民族地区刑事和解的现状与困境也表明,国家法治建设的深入发展并未将传统习俗完全取代,传统民族习惯法也并未消失,而正以一种更复杂的形态存在于实践之中。故当国家对民族地区刑事和解实践进行“法治化”改造时,难免会遇到国家刑事法治与民族地区冲突处理方式之间的张力,此时如果不能以恰当的方式纾解这种张力,处理好国家法与民族地区习惯法的关系,反而容易打破地区原有的秩序平衡,产生一系列负面效应。

对于国家法与民族习惯法的关系,就现有趋势来看,不管是实践探索还是理论研究大都在为民族地区的刑事和解实践找寻一个融入国家制定法体系的入口。^⑤实践中,国家将民族习惯法中的部分实践纳入正式制度空间内,体现出对民族地区部分本土化做法的承认与保护,这种“法治化”的改造与接轨凸显了国家对多元秩序资源的把握,具有良善的初衷。但从实践的效果来看,由于相关实践未能正确处理好国家法与民族习惯法之间的关系,其结果最终是事倍功半的。这在实践中较为典型地表现为一方面,民族地区刑事和解尽管在形式上实现了法治化的外观,即刑事冲突基本都进入了正式司法程序;但另一方面,大量冲突的最终解决却需要依靠对民族习惯法的遵循。或许正是因为片面强调法治的形式化外观,使得民族地区刑事和解的实践尽管初步具备了现代程序法治的“形”,却未能真正习得现代程序法治的“神”,因此不仅无法真正解决冲突,反而减损了司法的权威。

党的十九大提出的“打造共建共治共享的社会治理格局”的治理理念^⑥,为重新思考国家在民族地区构建刑事冲突解决机制提供了宏观战略指引,尤其是为如何处理好国家法与民族习惯法之间的关系提供了新的方向和视角。针对当前民族地区刑事和解面临的困境,一个可取的调适路径或许在于坚持刑事和解法治化的外在约束不变的情况下,将民族地

区冲突解决的现行做法与国家制定法适度融合,一定程度保持民族地区习惯法的功能发挥,而不是仅仅从形式上实现民族地区刑事和解实践与国家制定法的刚性接轨。

(二) 促进制度的弹性化设计

好的制度不是消灭冲突,而是能够容纳冲突和用制度化的方式解决冲突。^①在认识到国家法与民族地区习惯法同时作为冲突处理与纠纷解决的重要资源后,笔者认为从促进刑事和解制度的弹性化设计着手,较大限度地将制度资源的效用发挥到最优。博登海默曾言:“只有那些以某种具体和妥切的方式将刚性与灵活性完美结合在一起的法律制度,才是真正伟大的法律制度”。^②或许立刻打造出一部伟大的《刑事诉讼法》在当前阶段存在一定的困难,但是,如何让《刑事诉讼法》有效地回应社会生活中的冲突——起码不应当阻碍冲突的有效解决却成了当下之需。如何使《刑事诉讼法》兼具刚性与灵活性,这既关涉价值的选择又与制度的设计密不可分。

由于现行《刑事诉讼法》规定的刑事和解制度相当程度上是国家构建的产物,从内容上来看,其与民族地区习惯法中的刑事和解机制存在较大差异,不仅在适用范围上无法涵盖民族地区实践中的多元需求,而且在具体的适用程序上也显得严格刻板。因此,在遇到实际问题时,国家制定法与民族习惯法之间似乎天然地产生了一道分割线,当事人要么选择适用习惯法要么选择适用《刑事诉讼法》。在这种二选一的制度模式下,《刑事诉讼法》与民族地区习惯法之间无疑很难形成良性的互动,在冲突与纠纷的解决上也就难以达至促进被害人与加害人双方利益最大化的功能。对此,在制度的建构层面确保内容的弹性与包容性的意义就尤为明显。一方面,法律固有的确定性特征使得一部再完美的法律都无法包罗社会生活中的万象,面对鲜活的实践弹性化的制度设计不仅是对这一缺陷的弥补也是对社会多元化与实践问题复杂性的积极回应。另一方面,弹性化的制度设计在满足制度参与者不同价值诉求的同时,也为法律的发展与变革预留了必要的空间。就具体措施来看,可着重从以下两个方面进行调适:

一方面,可充分利用现有的制度资源对刑事和解的外延进行适当拓展。如果仅仅将民族地区的刑事和解视为一个孤立的政策或制度,不仅会失去其应有的整体性与能动性,甚至还会导致制度僵化从而影响制度效用的发挥。但如果把民族地区刑事和解纳入国家法治建设的整体结构中予以考察便能发现,若能将刑事和解与一些其他的制度资源联系起来,不仅能对刑事和解的外延进行适当拓展,还能激发其应有的能动性。我国《宪法》《民族区域自治法》《立法法》《刑法》等法律都不同程度地赋予了民族自治地方立法变通权,对于包容与引导民族地区习惯法的运用提供了相应的法律依据;最高人民法院可以通过司法解释就刑事和解的案件范围、适用程序作出更加包容、具体的规定;此外,在当前司法改革背景下,案例指导制度等制度性创新亦是能赋予刑事和解制度适度弹性的可资利用的制度资源。

另一方面,制度的完善还离不开对实践的回应。除了利用上述系列制度资源对刑事和解的外延进行适当拓展,对实践经验进行创造性转换也是促进制度富有弹性并日臻完善的重要动力。但由于习惯法对冲突与纠纷的解决并非万能的,一些处理方式还可能违背国家法律的规定或有违公序良俗,故需要在符合时代要求、合法有效的前提下对民族地区习惯法进行选择性的挖掘。就刑事和解而言,对民族习惯法的挖掘既要考虑民族地区的传统习俗,也要兼顾与刑事和解制度内涵的契合。对于符合条件的习惯法可以通过将其纳入乡规民约等方式来更好地赋予民族习惯法能动性,发挥其对民族地区冲突与纠纷的化解功能,以实现刑事和解促进被害人与加害人双方利益最大化。

需要说明的是,笔者所提出的促进制度的弹性化设计并非没有限度,不管是对刑事和解的外延进行适当拓展还是就实践经验进行创造性转换,都应保守相应的底线,即不论民族地区刑事和解的实践如何弹性与灵活,最终应坚持在最基本的原则问题上应服从国家公权力的处理方式。如果说刑事和解制度所回应的是协商化的冲突解决与原有秩序的恢复,那么冲突解决的手段和整个程序的特性也应根据社会结构、冲突的原因以及观念价值等情势的变化而调整。囿于本文主要旨在提出方向性的调适路径,故具体操作性措施和技术细节论证将留待接下来的研究继续讨论。

结语

有关冲突的解决与秩序的构建一直以来都是学界聚讼不已的话题,国家究竟应当如何利用多元的秩序资源并回应其带来的挑战,向来没有一个简单、统一的答案。如何在尊重与保护民族地区文化传统的基础上平衡好冲突解决的有效性与国家法治的有序性是民族地区刑事和解实践亟须认真对待的问题。上文的考察表明,正确定位国家法与民族习惯法之间的关系、促进刑事和解制度的弹性化设计不仅是推进国家治理体系和治理能力现代化背景下对民族地区刑事法治建设的要求,更是一个值得被认真对待的前进方向。

① 高其才:《论中国少数民族习惯法文化》,《中国法学》1996年第1期。

② 苏永生:《国家刑事制定法对少数民族刑事习惯法的渗透与整合——以藏族“赔命价”习惯法为视角》,《法学研究》

- 2007年第6期;雷堂:《刑事法律在少数民族地区实施所应遵循的理念和原则》,《河北师范大学学报》(哲学社会科学版)2011年第1期。
- ③ 黄彬:《农村民族地区大力推进刑事和解制度的法律研究——以贵州农村苗族地区为例》,《贵州民族研究》2012年第2期;刘树国:《藏区刑事和解习俗的特点及成因分析——以甘孜藏区为例》,《四川民族学院学报》2015年第1期。
- ④ 韩宏伟:《困境与出路:民族地区刑事和解的本土化解构》,《新疆社科论坛》2012年第3期;杨雄:《民族地区刑事和解实施的问题与对策》,《贵州民族研究》2015年第11期。
- ⑤ 蔡世鄂、刘玉清:《少数民族地区变通实施刑法视野下的刑事和解》,《湖北民族学院学报》(哲学社会科学版)2016年第4期;刘之雄:《我国民族自治地方变通施行刑法之机制研究——以刑事和解为视角的考察》,《法商研究》2012年第3期。
- ⑥ 约翰·肯尼思·加尔布雷思:《权力的分析》,陶远华等译,石家庄:河北人民出版社,1988年,第5-6页。
- ⑦ 苏永生:《中国藏区刑事和解问题研究——以青海藏区为中心的调查分析》,《法制与社会发展》2011年第6期。
- ⑧ 吕志祥:《藏族习惯法:传统与转型》,北京:民族出版社,2007年,第58-60页。
- ⑨ ⑭ 冯露、李欣:《凉山彝族地区刑事和解的运作研究》,《西南民族大学学报》(人文社科版)2016年第12期。
- ⑩ 究其原因一方面是“德古”被纳入人民调解委员会后,需要遵循相关工作条例的规定;另一方面政府有关部门也明令禁止“德古”调解某些重大刑事案件,如故意杀案人、毒品案件等。
- ⑪ 棚濑孝雄:《纠纷的解决与审判制度》,王亚新译,北京:中国政法大学出版社,2004年,第135-136页。
- ⑫ See Clifford Geertz, *Agricultural Involvement: The Process Ecological Change in Indonesia*, University of California Press, 1963, p. 70.
- ⑬ 青海省高级人民法院课题组:《对青海藏族地区赔命(血)价习惯法情况的统计与分析(之二)》,《法制日报》2013年8月14日,第12版。其他有关课题组对果洛藏区进行的调查也发现,当事人是藏族的刑事案件中,在诉前已经根据藏族习惯法进行“赔命价”达成和解协议的案件占当事人是藏族案件的比例为82.6%,参见来君:《多元化纠纷解决机制在青海藏区的初步实践》,《攀登》2015年第6期。
- ⑭ 相关研究曾指出,由于国家刑事制定法尚未对边远地区形成有效的渗透,因此民族地区有大量的刑事冲突未进入国家司法程序。参见苏永生:《中国藏区刑事和解问题研究——以青海藏区为中心的调查分析》,《法制与社会发展》2011年第6期。
- ⑮ 苏力教授曾深刻地指出,对法律的规避并不必定是一种不懂法的表现,而是利用民间法和国家制定法的冲突所作出的一种理性选择。参见苏力:《法律规避和法律多元》,《中外法学》1993年第6期。
- ⑯ 赵天宝:《景颇族习惯规范和国家法的调适》,《民间法》2010年第1期。
- ⑰ 杜宇:《当代刑法实践中的习惯法——一种真实而有力的存在》,《中外法学》2005年第1期。
- ⑱ 相关案例可参见加央卓玛:《藏族“赔命价”习惯法在刑事司法中的作用——以果洛藏族自治州为例》,《青藏高原论坛》2017年第2期。
- ⑲ 姚显森:《刑事和解适用中的异化现象及防控对策》,《法学论坛》2014年第5期。
- ⑳ 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。
- ㉑ 陈瑞华:《司法过程中的对抗与合作——一种新的刑事诉讼模式理论》,《法学研究》2007年第3期。
- ㉒ 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。
- ㉓ 方也媛:《刑事和解在少数民族地区的地方化构建》,《东北师大学报》(哲学社会科学版)2017年第5期。
- ㉔ 王启梁:《国家治理中的多元规范:资源与挑战》,《环球法律评论》2016年第2期。
- ㉕ 张殿军:《少数民族习惯法的制度空间与“合法化”路径》,《吉首大学学报》(社会科学版)2012年第4期;杨雄:《民族地区刑事和解实施的问题与对策》。
- ㉖ 习近平:《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》, <http://cpc.people.com.cn/n1/2017/1028/c64094-29613660.html>, 2020年6月20日。
- ㉗ 孙立平:《重建社会——转型社会的秩序再造》,北京:社会科学文献出版社,2009年,第13页。
- ㉘ E·博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,北京:中国政法大学出版社,1999年,第405页。

(责任编辑:谢 科)