



刑事诉讼非惩罚性模式之提倡

——对帕卡模式理论的反思与超越*

陈虎

提 要：帕卡模式理论具有极为鲜明的惩罚性特征，这一特点在此后的新模式理论中得以继承，成为既有模式理论形态各异表象下的一条共同的精神主轴，而惩罚性模式理论则具有一些致命的缺陷。以惩罚为精神主轴的模式理论一方面无法为新的诉讼制度的发展提供新的理论解释，一方面也制约了新的诉讼制度和理念的产生。正是由于惩罚性模式具有的这些理论缺陷使得一种非惩罚模式理论的建立具有了必要性。

关键词：非惩罚模式；帕卡理论；犯罪控制；正当程序

模式理论从其第一次被引入我国刑事诉讼法学的研究以来，就一直被视为最具理论含量的研究领域之一，一批青年学者在此领域丰硕的研究成果也进一步地提升了我国刑事诉讼法学的理论品格，然而，此项研究近年来却有停顿不前的迹象，学界普遍谈论和作为阐释工具的仍然是美国上个世纪六、七十年代盛行的模式理论，其中尤以帕卡模式理论影响最大，犯罪控制和正当程序这一对概念几乎成为万能的分析工具，笔者不禁要问，造成这一现象的原因何在？究竟是这些模式理论具有了终极的真理性而成为一种“终结的理论形态”，还是因为它们已经足以解释和引导既存的诉讼制度而没有新的理论探询的必要？出于对这一问题的反思，加拿大著名刑事法学者肯特·罗奇教授提出了关于被害人权利的两种新的模式理

* 作者陈虎，男，北京大学法学院博士后研究人员，讲师，武汉科技大学中南分校特聘教授，中南财经政法大学法学博士，研究领域为诉讼法学、司法制度、证据法学等，代表作有《提高死刑证明标准——一个似是而非的命题》、《论判决的修辞》、《法社会学实证研究的初步反思》等。E-mail: lingzhi_c@sina.com

本文系武汉科技大学中南分校校级重点科研课题“被害人权利保护研究”（项目编号：2006SK004）的项目成果。

论,这被认为是西方刑事诉讼模式理论的最新进展。^[1]但遗憾的是,以这一理论为代表的西方刑事诉讼模式理论的最新进展却有意无意地被国内学者所普遍忽视,甚至毫不了解。本文拟对该学说进行简要的述评,以期推动我国学界对于诉讼模式理论的研究。

一、既有模式理论的惩罚性特征:以帕卡理论为中心

传统的学说将刑事诉讼定义为国家对犯罪进行追究并解决被告人刑事责任问题的活动,这一界定将刑事诉讼局限在国家和被告人两方主体之间进行,帕卡模式理论共享了这一理论前提,并在此基础上构建出犯罪控制和正当程序两大模式形态。前者强调国家权力不受限制地追究犯罪,强调对被追诉人压制和惩罚的一面;而后者则强调被追诉者的诉讼权利,强调了对追诉力量对抗和制衡的一面。如果说犯罪控制模式是惩罚犯罪理念的绝佳体现的话,那么正当程序模式似乎就是保障人权理念的写照,是对惩罚犯罪理念的一种消解和制度上的限制,在功能上构成了犯罪控制的对立面。表面看来,犯罪控制模式与正当程序模式的诉求和功能似乎正好相反。但事实上并不如此简单。

肯特·罗奇教授认为,正当程序与犯罪控制模式在功能上具有一定程度的同构性,正当程序模式中同样蕴涵着惩罚性的因素。正当程序模式虽然在某些场合的确起到了伸张被追诉者权利和限制国家顺利惩罚犯罪的效果,但却并不同意在任何情况下都必然如此,也就是说,在整体意义上,正当程序和犯罪控制并非如人们想象的那样必然是一种功能互斥的关系,正当程序“并不一定”总在消解和弱化国家惩罚犯罪的能力,正当程序也并非一些学者所言其本质就是一个鼓励和纵容犯罪的模式。正当程序模式只是为犯罪控制模式的恶劣现状批上了一件鲜亮的外衣,它往往以一种人道主义的表象使得对犯罪分子的刑事制裁更为公众(包括犯罪分子本人)所接受,因而仅仅“从功能角度”而言,正当程序模式并不构成与犯罪控制模式平行的模式形态,正当程序模式的最终功能或者说主要功能恰恰是为犯罪控制模式服务的。

这一结论很难被人立即接受,犯罪控制模式由于其强调有罪必罚的理念而属于惩罚性模式毋庸多言,但是为什么说正当程序模式也具有浓厚的惩罚属性呢?难道它不正是作为犯罪控制模式的相对面而提出的吗?难道正当程序模式不正是造成了很多罪犯逍遥法外而无法惩罚的后果吗?它难道不更应该属于非惩罚性模式的范畴吗?肯特·罗奇教授的理由主要有以下几个方面:

第一,正当程序模式与犯罪控制模式尽管对于公正和效率的追求各有侧重,但都是在对犯罪惩罚过程中的区别,其本质和终极的目标是一致的。帕卡教授自己也认为:犯罪控制模式更像是流水作业式的装配线司法,而正当程序模式则好比是障碍赛跑,这两大模式之间的区别仅仅是在通往共同的程序终点的过程中的方法和手段的区别。加拿大学者肯特罗奇教授也将正当程序模式称为过山车模式,用以形容刑事司法采取的如过山车轨道一样曲折的新策略,这种模式既不是没有任何障碍地直达目的,也不是过分和片面地强调正当权利的保护而使得诉讼程序裹足不前,它仍然要追求惩罚犯罪这一诉讼的实体结果。换言之,正当程序模式与犯罪控制模式都指向同样的目标和方向,它们的区别仅仅是严厉的惩罚与温柔的惩罚、无程序限制的惩罚和有程序限制的惩罚之间的区别。正如一位外国学者所言:“帕卡的两个模式之间的关系也许可以这样建构:控制犯罪是刑事程序的根本目标,实现这一目标必须通过合理的方式——正当程序来进行。”^[2]此外,正当程序模式与犯罪控制模式还共享着同一个理论前提,即认为刑事诉讼是一场在国家与被告人之间展开的一种二元对抗的活动,将被告人视为与国家权力相对立的个体,其最终都指向对有罪被告的惩罚。正当程序模式尽管为

^[1] See Kent Roach, “Four Models of Criminal Procedure”, *Journal of Criminal Law & Criminology*, 1999. vol.89, No.2.

^[2] Andrew Ashworth, *The Criminal Process*, Oxford University Press, 1998, p.27.

国家和被告人之间设置了种种缓冲,但其最终指向仍然是控制和惩罚犯罪,而并不构成利益之间的协调和妥协,辩诉交易就是最典型的例子,正是倡导和强调正当程序革命的沃伦法院确立了辩诉交易程序的合宪性并加以推广,允许被告放弃宪法性权利以求得对其顺利的惩罚。^[3]

第二,正当程序模式并非作为犯罪控制模式的对立面而出现的,相反,它是基于对犯罪控制模式施加的一定程度的道德限制而出现的一种程序理论。正是由于没有任何的程序性限制和障碍,片面强调惩罚犯罪效率的犯罪控制模式在运作过程中往往会造成冤枉无辜者的情况出现,为了更为准确地惩罚犯罪,需要一种理论模式的出现对犯罪控制模式进行一定的道德限制,以减少这种情况的出现,正当程序模式正是作为这种功能的产物而出现的。正是因为诉讼程序中无法准确区分有罪者和无辜者,所以需要给予每一个人公平的和有尊严的对待,换言之,正当程序绝对不是为了放纵罪犯而产生的,正是在诉讼过程中无法准确区分有罪者和无辜者,所以诉讼程序应当尽可能地公正,而有罪者之所以能够逍遥法外并非正当程序倡导者所期望出现的情形,而是为了保护无辜所必须付出的代价,是刑事诉讼准确惩罚犯罪的反射性利益。

第三,正当程序在总体上和个案中都有利于实现犯罪控制的功能。^[4]首先,正当程序模式尽管会在个案中造成放纵犯罪的后果,但却往往在整体上达到为犯罪控制服务的效果,我们在学术语言中经常看见和采用的这样一种修辞性的表述方式——“牺牲个案的公正是为了实现更为普遍的公正”就表明了正当程序在这方面所具有的独特效用。另外,即使在个案场合,正当程序也并非如人们想象的那样会阻碍犯罪控制功能的实现,恰恰相反,它往往以一种人道主义的外衣使得对犯罪分子的刑事制裁更易为公众所接受。“遵循了正当的程序会吸纳被告人对不利于己的判决的不满”——恰恰表明在学者潜意识之中,正当程序具有为犯罪控制服务的终极功能。一系列实证研究结果都表明加害者如果受到了公正的对待会比一般民众更加守法,也会比受到不公正对待的加害者更愿意接受惩罚的结果。^[5]

第四,在大量的轻微刑事案件中,正当程序并不符合实际,只具有极为有限的观念和象征意义。在轻微案件中,获得烦琐的正当程序的保护与获得迅速审判的利益相比往往不再重要,甚至选择了正当程序的保护还会带来实体上的不利后果至少是更大的实体风险,在这种情况下甚至连被告人本人也很少援用正当程序权利,因为主张权利的代价比丧失权利的代价更大,正是由于选择了正当程序可能会导致不利的诉讼后果,所以有学者认为正当程序正是在赋予你选择权的同时一起赋予了你这一不利结果的服从,正当程序成了一个吸收不满的工具,成为了自作自受的理由。这就是为什么如此之多的被告人都愿意选择和平的辩诉交易的原因。因此,正当程序模式往往发挥作用的空间极为有限,犯罪控制模式仍然是刑事诉讼的主要模式。

第五,正当程序模式往往作为一种先进的法治理念而为人们津津乐道,但在实践中该模式却缺乏贯彻落实的切实动力。加拿大学者肯特罗奇教授的研究成果表明,正当程序的坚决捍卫者几乎全来自学者阵营,而那些对于公平对抗起到重要作用的正当程序的代理人——法官和辩护律师群体却并非是天然的正当程序的捍卫者,相反,许多实证研究却都表明警察、检察官、法官、辩护律师在抵制犯罪控制和正当程序这两组相对的观念体系方面具有共同的团体利益,“他们总是通过惯性合作来使其团体利益最大化,而非天然地犯罪控制或正当程序的斗士。”^[6]辩护律师甚至时常建议选择辩诉交易,以为其委托人争取最为高效和最为宽

^[3] 也正是在这个意义上,上世纪70年代,格里费斯教授才针对这种片面强调国家和被告人利益对立的两大模式提出了严厉的批评,并认为应当超越此种利益对立模式而提倡一种利益协调和妥协的家庭模式的理论。

^[4] 徐益初:“论我国刑事诉讼中的几个辩证关系”,《中国法学》1991年第1期。

^[5] See generally Tom Tyler, *Why People Obey the Law*, Yale University Press, 1990.

^[6] See Kent Roach, “Four Models of Criminal Procedure”, *Journal of Criminal Law & Criminology*, 1999, vol.89,

大的处置,而很少就证据的可采性和上诉程序的启动等程序问题提出质疑,罗奇教授甚至认为连辩护律师都是犯罪控制模式的执行者。

第六,正当程序并非如一般人所想象的那样容易产生放纵罪犯的结果,因而是和犯罪控制模式在功能上相互对立的诉讼模式。实际上,认为正当程序模式会导致放纵罪犯的结论只是一种逻辑上的推演而并无任何实证的数据可以提供支持。相反,帕卡关于犯罪控制模式与正当程序模式功能冲突的假说却在和美国和加拿大却相继遇到了实证研究结果的挑战,这些研究出人意料地发现,不论是在加拿大还是在美国,正当程序的保护都并没有减少罪犯的数量,有时甚至还会增强犯罪控制的效果。美国著名学者艾玛教授也在对米兰达规则的分析中明确指出:“大多数警察机构长期以来已经学会与米兰达规则共处,也没有几个分析家相信它对警察机构搜寻犯罪的能力产生了很大的影响。”^[7]我国学者陈永生也指出:“奉行正当程序模式的各国在设计本国刑事诉讼程序时也都力图兼顾对犯罪的控制。”^[8]“正当程序理念并不是对犯罪控制模式的否定,采行正当程序并不意味着社会公众不希望打击犯罪。”^[9]

尽管刑法理论早已出现了惩罚原理的反思,并以预防概念为核心发展出了一整套刑事实证学派的新理论体系,惩罚作为一条精神主轴仍然贯穿在形形色色的刑罚理论之中。正如劳东燕博士认为的那样:“刑法理论中旧派与新派的分野,其实远没有人们想象得那么水火不容,而是都受到惩罚范式的支配,只不过,在刑事古典学派那里,惩罚或是一种报应犯罪人恶行的必要的恶,或是防止人们为类似行为的威慑性工具,在刑事实证学派这边,惩罚则成为一种矫正或治疗的手段,国家指望借此而使异常的犯罪人重归正常。同样地,帕卡教授于20世纪60年代提出的犯罪控制模式和正当程序模式的理想类型分类,本质上也没有突破此种范式的桎梏,未对刑事诉讼只在国家与犯罪人之间展开这一前提进行质疑。”^[10]

由此,我们可以得出结论:在大多数案件之中,刑事诉讼都是按犯罪控制流水线的方式运作的,而正当程序模式只是为犯罪控制模式的恶劣现状批上了一件鲜亮的外衣,他们在本质上都属于惩罚性模式的不同分支。

问题还远不止于此,实际上,既存的各种模式理论几乎都存在着类似的问题。如达马斯卡提出的同位模式和阶层模式仅仅关注于国家权力运作的类型,是将帕卡理论中的被告人一方剔除后对国家权力的组织形式类型化的产物,并没有为帕卡模式找出一条摆脱国家权力惩罚和压制的新的途径。戈德斯坦的弹劾模式和纠问模式则只是对犯罪控制模式的一种具体的细分,在理论的涵盖性和解释力上甚至比帕卡理论还要不足。而迈克尔金在1981年提出的六模式理论也在沿用了帕卡模式理论的基础上又加入了所谓医疗模式、官僚模式、身份贬抑模式和权力模式,实际上也是在惩罚的种类和特征上对犯罪控制模式的一种精细化。^[11]至于目前学界所提出的被害人权利的保护模式,由于只是要求在犯罪控制过程中要听取被害人的意见,并保障其参与给被告定罪的重要诉讼阶段的权利,而同样强调对被告人进行惩罚这一维度,因而仍然没有超越惩罚性模式这一总体范式。正如劳东燕博士所言:“即使是超越功利与报应的教育理论,其实都脱胎于矫正思想,同时结合了报应论中关于忏悔的宗教观念,认为惩罚是向犯罪人传递其行为的非道德性、不妥当性或社会对其的不齿等信息,以达到教育犯罪人使其重归社会的目的。因而,尽管教育理论号称要超越功利与报应,但其本质上并没有摆脱功利与报应的窠臼。它同样是惩罚导向的。”^[12]

No.2.

^[7] [美]阿希尔·里德·阿马:《宪法与刑事诉讼——基本原理》,房保国译,北京:中国政法大学出版社,2006年第1版,第190页。

^[8] 陈永生:《侦查程序原理论》,北京:中国人民公安大学出版社,2003年,第267页。

^[9] Andrew Ashworth, *The Criminal Process*, Oxford University Press, 1998, p.27.

^[10] 劳东燕:“事实与规范之间——从被害人视角对刑事实体法体系的反思”,《中外法学》2006年第3期,第299页。

^[11] 陈永生:《侦查程序原理论》,北京:中国人民公安大学出版社,2003年,第260页。

^[12] 劳东燕:“事实与规范之间——从被害人视角对刑事实体法体系的反思”,《中外法学》2006年第3期,

二、惩罚性模式之局限性

帕卡建立的刑事诉讼两大模式的学说具有极为鲜明的惩罚性特征,而在批评者的新模式理论中,这一惩罚特性也并没有成为批判的对象,而在此后的新模式理论中得以继承,成为既有模式理论形态各异表象下的一条共同的精神主轴,也正是这一点使得各种所谓的新模式理论几乎都无法超越帕卡学说的精神内核而提出真正具有创造性的刑事诉讼模式理论的根本原因。肯特罗奇教授正是以此为基础对帕卡模式理论进行了彻底的理论反思。

综合起来,惩罚性模式至少在以下几个方面具有无可否认的局限性:

首先,惩罚性模式以利益的对抗为理论前提,忽视了利益之间可能存在的重叠和协调的可能,从而使得刑事诉讼变为一场利益的取舍而非平衡的过程。惩罚性模式将刑事诉讼的功能单纯地定位于惩罚,是以两种利益的对抗为其前提的理论形态,在逻辑上必然要求将诉讼主体相应地划分为惩罚方和被惩罚方,而在国家与个人的二元对立思维框架和国家起诉垄断主义的背景下,惩罚方又往往与国家划上等号,而被惩罚方自然就是被告人,这种惩罚性模式由于缺少缓冲的中间形态,因而是一种过于强调国家社会利益与被追诉人个人利益的对立的理论形态,往往在对抗式的思维图景中将各种诉讼主体简单化为相互冲突的利益主体,并将各种主体的冲突简化为其所代表的根本利益的冲突。往往在各种主体的利益发生对立甚至冲突的时候,将解决冲突的标准确定为何种利益应被优先考虑的问题,而在国家利益至上的政治思维的定势中又往往会将解决办法局限在利益取舍而非利益的权衡上。在惩罚理念的笼罩之下,必然意味着一种优先的利益对另一种利益的压制,利益之间的对立和冲突以最不可调和的方式呈现在刑事诉讼过程之中,难以在诉讼过程中真正实现诉讼各方的“共赢”。这种二元化思维方式使人们看不到对于被惩罚方利益的维护其实也正是国家利益的有机组成部分,被惩罚者的个人利益既然不被视为国家利益的一部分,那么国家就没有任何理由和动机去保护被惩罚者的个人利益,因此,在这种模式形态下,被惩罚者不可能从国家那里获得真正有效的权利保护机制,国家也不可能真正站在个人的立场上保护其利益,即使这样做了,往往也是为了间接达到伸张国家利益的目的。比如 1996 年刑事诉讼法修改将被害人确立为当事人,不但没有强化被害人的主体地位,反而大大强化了国家的追诉力量,成为间接扩大国家利益的手段,将被害人权利保护模式演变位控方利益的扩张模式。

其次,惩罚性模式对于刑事司法领域内新兴的许多制度无法提供强有力的理论解释。惩罚性模式以旧有的完全彻底的对抗式和当事人主义诉讼为理论背景,试图以一种统全的模式形态概括实践中所有的诉讼制度,但是这种模式却忽视了这样一个问题:即当前即使是英美等国所实行的对抗式也仅仅是其诉讼制度中的极小一部分,而大部分的诉讼已经弱化了对抗式的特征,而代之以非对抗式的和解与协商,诸如辩诉交易、恢复性司法等各种新兴的制度形态已经取代了以往绝大部分通过严格的对抗式程序进行的案件处理方式。正是上述强调对立与选择的理论特性使得惩罚性模式在制度建构和理论阐释上都只能着眼于利益的取舍,而无法容纳利益的权衡,因而无法容纳利益共赢模式的存在,从而无法解释以和解和协商为主要特征的诉讼制度,惩罚性模式这种政治上和程序上的限定使得其理论的解释力受到了很大的局限,也使这种模式遭到了日益激烈的批评。非但如此,就连传统刑事诉讼中的不起诉、撤消案件、暂缓起诉等诉讼分流措施也无法以惩罚性模式加以解释,它们既非犯罪控制的必然措施,也不能理解为是正当程序的要求,而仅仅是在其他价值考量之下所做的一种权衡性的做法。

再次,惩罚性模式往往也并不能有效地达到其所预期达到的通过惩罚控制犯罪的目的。第一,惩罚对于控制已然犯罪固然是必需的,然而在整体控制和预防犯罪方面却收效甚微,

相反，惩罚性模式还会因为对加害者的非难和蔑视而使得其与被害人的权利更加对立，从而使情况变得更糟。第二，惩罚性模式以刑事制裁可以控制犯罪为其理论预设，但实际上这一预设并不成立。^[13]由于帕卡的理论是建立在已举报的犯罪统计数字基础之上的，所以他认为提高破案率即可有效控制犯罪。但被害研究已经指出：仅仅依靠刑事司法这一正式的犯罪控制行为对绝大部分犯罪是无能为力的。因为刑事法律最多只能控制进入诉讼程序的犯罪，而对未被发现或并未进入诉讼程序的犯罪来说，刑事诉讼则根本无法发挥其对犯罪的遏止作用，帕卡认为只要对已向警察举报的小部分犯罪进行高效率的处理就足以控制犯罪的观念没有注意到实践中广泛存在的犯罪黑数现象。第三，仅仅依靠制裁并不能够有效地达到控制犯罪的目的，相反，对罪犯公正的处遇却是有效的犯罪控制所必需的。在许多案件中，正是由于被害人怀疑刑事司法体制控制犯罪的能力和效率，甚至害怕会在报案后的诉讼过程中再次受害，所以才会选择运用犯罪前预防的措施或犯罪后非正式惩罚的方式。而这一犯罪黑数现象的产生实际上揭示了国家对绝大部分犯罪所采取的犯罪控制措施的失败，以及被害人对惩罚性模式信任和利用的限度。而新的研究表明加害者如果受到了公正的对待会比一般民众更加守法，因此，相对于帕卡的假说而言，对罪犯公正的处遇可能是有效的犯罪控制所必需的，而惩罚则恰恰相反。第四，无被害人犯罪的存在使得刑事司法体制对这一部分犯罪的控制能力大打折扣。在各个国家的刑事司法体制都无一例外的依赖于被害人的合作才能正常运作，这种合作体现为报案、作证等环节的参与，而犯罪学的研究成果却表明由于警察力量的不足或其他原因而导致大量的无被害人犯罪被忽视从而无法启动针对这些犯罪的诉讼程序，而使得刑事司法体制对于这类犯罪的控制作用大打折扣，甚至往往无法发挥其控制犯罪的功能。

复次，惩罚性模式会导致被害人权利和被告人权利冲突进一步恶化。传统上刑事诉讼被看作是在代表国家的司法机关和代表个人的被告人之间展开的。由于简单的将被告人看做是个体权利的承载者，因此，所有强调制约国家权力的学者（尤其是自由主义知识分子）几乎都站在了被告人的立场上与维护国家利益的保守派展开了学术上的论战。而最近兴起被害人权利保护运动则改变了这一传统的界定。刑事诉讼仍然被看作是国家和个人之间的一场斗争，但是被告人已经不是个人利益和权利的唯一代表，被害人以个人的身份加入到国家和被告的这场争斗之中，在国家利益之中也混杂进了被害人这一个体的权利和主张，从而使得个体和国家的利益格局发生了极为复杂的变化，被害人在惩罚性模式之中必然属于控诉阵营而成为和被告人利益对立的惩罚方，这样，惩罚性模式所具有的利益压制和取舍模式也就使得被害人和被告人几乎没有任何和解的空间和契机，因而导致被害人权利和被告人权利之间的冲突进一步恶化。

最后，以惩罚为精神主轴建立起来的诉讼制度必然围绕着警察和检察官等机构的利益运转，而无法发挥社会力量的纠纷解决作用，也无力发展出更大功能的诉讼分流机制。强调惩罚的诉讼模式必然意味着对掌握惩罚权力的机关的重视。“警察和起诉部门被认为是同 犯罪作斗争并将其交付审判的主要角色。”因而相信警察，至少是相信起诉部门对权力的运用。^[14]这种以惩罚为导向的理论形态必然会围绕着警察和检察官等机构的利益运转，将刑事诉讼局限于国家和被告人之间展开和进行，而且还强调国家权力的不可通约性和不可协商性。这样，以快速解决纠纷为主要诉求、以诉讼各方协商为主要特征的协商性司法就无法在既有的惩罚性模式中找到理论解释。以加害人和被害人自行谈判协商或社区调解为主要方式的刑事案件的处理方式由于排除了检警机构的参与而不吻合惩罚性模式以国家权力为核心加以建构和设计的特征。

三、非惩罚性模式之提倡

^[13] See Hans Zeisel, *The Limits of Law Enforcement*, University of Chicago Press, 1982, p15.

^[14] 陈永生：《侦查程序原理论》，北京：中国人民公安大学出版社，2003年，第259页。

可以看出,惩罚性模式理论具有一些致命的缺陷,以惩罚为精神主轴的模式理论一方面无法为新的诉讼制度的发展提供新的理论解释,一方面也制约了新的诉讼制度的产生。正是由于惩罚性模式具有的这些理论缺陷使得一种并非以惩罚为精神理念的非惩罚性模式理论的建立具有了必要性。所谓的非惩罚性模式并不以不同主体和利益的对抗为理论前提,也不以对已然犯罪实施惩罚为目的,相反,它不再将罪犯看作是对立的阵营,而是将加害者和被害人视为一个群体的成员,所有程序中的参与者都是平等的,并在犯罪发生时给予这种社会连带关系以种种复原的机会。非惩罚性模式更为注重内部成员之间关系的和谐和原初状态的恢复,因而是一个利益平衡和妥协的模式。相比于惩罚性模式,程序的中心和主角不再是警察、检察官、辩护律师和法官,而是更为强调真正当事人的作用,尊重被害人、加害人以及他们的亲属的真实意愿。当事人可以在一个封闭的程序之中重新获得被犯罪夺走的部分力量和自治的能力,并有权决定是否接受道歉和补偿以恢复关系。依笔者看来,肯特罗奇教授所提出的非惩罚性的模式相比于惩罚性模式而言至少具备以下理论上的优势:

首先,非惩罚性模式则超越了对抗的图景,能够有效解决惩罚性模式不可避免的权利(权力)冲突的问题。非惩罚性模式并不依赖惩罚来控制犯罪,而是更为强调利益的协调与权衡,强调加害人和被害人的和解与赔偿,着眼于犯罪的社会原因而非个人原因,甚至将加害人也看作是某种意义上的受害人,而不像惩罚性模式那样将加害人看做是和被害人和国家截然对立的两个阵营。非惩罚性模式通过将加害人看成是诉讼中一个理性的公民而加以公平的待遇,通过恢复性司法和犯罪预防对加害人、被害人以及社会三者利益加以协调而避免了惩罚性模式容易导致的权利(权力)冲突错误,从而开辟了新的理论空间,突破了帕卡模式学说为后来学者预设并被很多学者无意中分享的利益对立的理论前提,从而拓展了其理论的解释力,并为惩罚性模式的改造提供了一条重要的思路。这种强调利益协调和妥协的理论形态能够有效地解决惩罚性模式不可避免的权利(权力)冲突问题。

第二,非惩罚性模式可以有效解决惩罚性模式下被害人权利保护的悖论。在惩罚性模式之下,由于诉讼主体只能被划分为惩罚方和被惩罚方,因此被害人自然属于大控方,而由于国家与个人立场的巨大差异,实际上使得被害人权利的保护在惩罚性模式之中必然面临被国家压制的后果,甚至在各国被害人权利保护立法中还出现了以保护被害人利益之名而实际上增强控方力量来满足国家追诉需要的情况。被害人利益成了满足国家控诉需要的一个幌子,这也就必然意味着在被害人利益和国家利益相冲突的时候,被害人利益是没有独立的存在空间的。因此惩罚性模式中被害人利益的保护必然是存在着极大的局限性的,但是在非惩罚性模式中,由于排除了国家机关的参与而将诉讼的主导权交还给被害人和加害人自身,他们完全可以仅仅根据自身利益的判断来决定纠纷解决方案和诉讼进程,因此被害人利益可以不再依附于别的利益主体而取得独立的地位。因此,被害人权利的非惩罚性模式才是能够全面保障被害人利益的模式。

第三,非惩罚性模式注重探究犯罪的社会根源并致力于从社会整体上控制犯罪而非单纯的依靠刑事司法体制解决问题,因而是一种更为彻底和根本的控制犯罪的路径。惩罚性模式由于寄希望于刑罚来控制犯罪,为了达到维护社会秩序的目的,这种诉讼模式所依附的必然是犯罪化的立法思路,以扩大刑法适用的范围,通过增加惩罚适用的机率来弥补报案机率的低下所造成的惩罚不全的问题,而非惩罚性模式并不认同传统的犯罪控制策略和手段,它致力于全方位的探究犯罪原因,因而倾向于社会整体的犯罪控制观,更加强调整体论的解决思路,并不单纯的依靠刑事司法体制解决犯罪问题,认为刑事制裁在效用上是有限的,因此主张对大量犯罪进行非犯罪化的处理,与福利国家的趋势相吻合,也适应了非犯罪化的国际潮流。由于是通过釜底抽薪的立法方式进行的非犯罪化,因此比起在司法环节通过非法证据排除等程序制度设置对罪犯非犯罪化的分流措施而言,非惩罚性模式要比正当程序具有更为巨

大的潜力。

第四，非惩罚性模式对犯罪预防投入了更多的关注从而可以使政府摆脱无所作为的状态，代表了一种从强调事后惩戒的犯罪控制到事前预防的犯罪控制观的转变。众所周知，对抗制所赖以建立的政治前提是只关注独立解决纠纷的应激性国家权力的假定，而非对抗制诉讼（纠问制）则代表着试图全面控制社会和人民生活的能动性国家权力，惩罚性模式以应激性的国家权力为其赖以存在的制度背景，由于这种权力的被动性，所以惩罚性模式十分强调立案程序的吸入功能，将法制改革的措施局限在诉讼制度的内在完善和如何提高报案率和破案率的修修补补上，而面对被害人不愿或不敢举报的犯罪尤其是无被害人犯罪时则往往无力顾及，但是非惩罚性模式则由于关注被害人不愿报案和无被害人犯罪案件中无人报案而导致的犯罪黑数现象并对犯罪预防投入了更多的关注从而可以使政府摆脱无所作为的状态，尽力控制被害风险与犯罪损害，矫正被害人和潜在被害人中存在的不安全感、疏远感和不受尊重感。换句话说，非惩罚性模式代表了一种从强调事后惩戒的犯罪控制到事前预防的犯罪控制观的转变。在非惩罚性模式下，许多社会团体和弱势群体将为犯罪预防投入更多的精力，而不再像惩罚性模式过于依赖国家施以的刑罚来控制犯罪。因而非惩罚性模式可能会在犯罪控制方面取得惩罚性模式所难以达到的效果。

第五，非惩罚性模式降低了真相发现的重要性因而能够节省出大量的司法资源。由于非惩罚性模式并不追求惩罚的目标，因此就不需要以对真相的发现作为惩罚的正当性基础，由于降低了真相发现的重要性，非惩罚性模式也更有可能节省出诉讼中最为耗费资源的发现真相的成本，因而构成了真正有效的诉讼分流措施，同时也因为照顾到了诉讼各方的真正需要而不会面临正当性的苛问，而这在惩罚性模式中几乎是一个难以得到真正有效解决的悖论：如作为诉讼分流重要措施的简易程序往往面临着效率与公平之间的巨大张力而无法得到圆满的解决，其深层原因正在于简易程序的改革仍然是属于惩罚性模式内部的微调，因而必然分享了惩罚性模式的局限性。而非惩罚性模式则可以节省出大量的司法资源。

第六，非惩罚性模式相比于惩罚性模式更加务实，更加关注当事人的实际需要而非程序权利。实际上，在犯罪控制模式之中被动地接受惩罚和在正当程序模式中在程序权利的保护之下接受惩罚之外，还有另外一个巨大的空间被既有的模式理论所忽视：即强调被追诉人的利益未必一定要通过强调被追诉人的程序权利来实现，有时这些程序权利可能恰恰与他对自身利益的判断相违背。而正当程序模式由于往往是作为一种观念和象征意义发挥作用，其真正落脚点并非被追诉人的真正利益，所以有些程序权利即使其本人放弃，国家仍然要强制保障，这就漠视了被追诉人对自身利益的判断，而非惩罚性模式则更为强调当事人的实际需要而非僵化地坚持他们的程序权利，因此是一个更为务实的模式理论。

第七，非惩罚性模式更有利于社会关系的恢复和纠纷在心里层面的真正解决。由于非惩罚性模式并不致力于对罪犯定罪并施加法定的惩罚，而是较为注重探究罪犯犯罪的原因，以期从根本上减少犯罪。这一非惩罚性模式鼓励加害者主动参与而不是强迫其参与恢复性司法等修复过程，由于非惩罚导向的程序往往符合他们的利益，加害者往往在这样一个更少强调惩罚的体制下主动参与赔偿方案的谈判和执行。^[15]由于在协商性司法中最终达成的必然是一份双赢的处理方案，因此各方一般来说都会自愿接受并认真履行，相比于惩罚性模式强行施加惩罚而导致的反抗心理，非惩罚性模式更有利于纠纷在心理层面的解决，而不会激发被惩罚方对诉讼体制的疏远感，也不会产生诸如惩罚性模式下对惩罚主体利益分配不匀导致的被害人地位边缘化的问题。

行文至此，笔者深感我们的诉讼模式理论不应再继续停留在帕卡理论的怀抱中而无法自

^[15] 实际上，西方学者包括我国学者在对帕卡模式理论进行总结和批判时就已经注意到了惩罚性模式的诸多缺陷并有针对性地提出了新的模式理论，这些模式理论或多或少的都含有非惩罚性思想的萌芽。如格里费斯提出的家庭模式理论。但是该理论却因为缺乏抽象的理论提升而并未产生更大的影响。

由呼吸,西方模式理论已经有了很多新的进展,却因为诸多有意无意的原因而为我们所忽视,它们往往在各个层面和角度上比帕卡的理论具有更大的解释力。帕卡理论也许只能作为一个启发思考的起点,而不应作为终极的真理。在非惩罚性模式的大框架之内,或许中国的学者可以作出我们自己独特的理论贡献。

(初审编辑: 谢进杰)