



刑事和解制度论

THE THEORY OF CRIMINAL RECONCILIATION SYSTEM

马大壮 / 著



法律出版社 | LAW PRESS

刑事和解制度论

THE THEORY OF CRIMINAL RECONCILIATION SYSTEM

马大壮 / 著



法律出版社 | LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑事和解制度论 / 马大壮著. —北京:法律出版社, 2015. 10

ISBN 978 - 7 - 5118 - 8652 - 1

I. ①刑… II. ①马… III. ①刑事诉讼—和解—研究—中国 IV. ①D925.214.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 257352 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/刘旭

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法律出版社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京七彩京通数码快印有限公司

责任印制/沙磊

开本/A5

印张/10.75 字数/251 千

版本/2015 年 11 月第 1 版

印次/2015 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782

西安分公司/029 - 85388843

重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636

北京分公司/010 - 62534456

深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 8652 - 1

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

马克思在他的经典著作中曾经指出：“每当工业和商业的发展创造出新的交往形式，例如保险公司等等，法便不得不承认它们都是获得财产的方式。”^①法律是社会的产物，法律必然地随着社会的变迁而不断完善和创新。

改革开放以来的三十多年，社会主义现代化的进程不断加快，随之而来的法制和司法领域的现代化像一股巨大的潮流推动着各项刑事诉讼制度的变革。唯有理念先进、目标明确、操作得当，才能构建适应时代要求并具有中国特色的刑事诉讼制度。刑事和解的价值理念和制度追求所体现的刑事纠纷解决轻缓化高效化特征，深入切合了世界和我国刑事司法发展的大趋势，已经为过去和现在广泛的司法实践活动所证明。在依法治国与建设和谐社会主题下，这既是推动力量又是现实需求。

刑事和解的成立有两个大前提，或曰主客观的两个要件。首先，是加害方的有罪答辩、被害方的谅解和双方何以产生的自愿；其次，是刑事案件事实和证据方面的基本条件符合法律的规定。2012年《刑事诉讼法》修改之前，各地司法部门已经在公诉案件的刑事和解中积累了相当多的实践经验。应当说所有这样的案件也是遵循了上述两大前提

① [德]马克思、恩格斯：《德意志意识形态》，人民出版社2003年版，第78页。

的,尽管没有对号入座的程序性规范,但这并不妨碍司法者运用与之有关的法律条文办理案件。因而也就有了或轻或重的各类罪案得以按照和解的思路取得结论。2013年,我国刑事发案近660万件,惯常最易为当事人所接受刑事和解的故意伤害案和交通肇事案也高达36万余件,^①社会对于司法的需求显而易见。刑事诉讼法特别程序的规定为刑事和解实践规范了路径,也引领了理念的升华。

马大壮博士这部论著有三个突出的特点:一是把刑事和解制度置于法治中国、和谐社会建设背景之下,深入阐述了当今刑事诉讼现代化的价值取向。对于当事人、社会利益的重视,是现代刑事法学的基本观点,其对传统刑事法律制度国家中心主义的清算由此而发端。我国新《刑事诉讼法》确立刑事和解制度,是刑事诉讼制度现代化以及与世界接轨的重要表现,这一制度在具有普遍性的同时,也应当与所在国的本土资源相适应,呈现中国司法特点。二是树立问题意识,全面分析了新《刑事诉讼法》颁行前后的司法实践,特别是对新法关于刑事和解制度规定中显现的问题做了汇总梳理,在充分论证这项制度体现惩治犯罪与恢复社会秩序并举的刑事诉讼理念,保障犯罪人合法权益、修复社会关系中具有重要意义的同时,提出了制度的改进路径,展望了未来发展方向。三是研究方法科学规范。运用了历史的、比较的方法和实证分析的手段,开展大量的调查研究。还投入社会学的方法和规范分析方法、法规分析方法,以社会学的视角通过对中国元素的分析,指出我国刑事和解制度改革的关键点。论及观点均建立在了一定的理念、价值标准或行为规范的基础上,从法理、法律、法规的角度来研究司法实践中司法机关行为的合法性、规范性。

孟德斯鸠说:“从最广泛的意义来说,法是由事物的性质产生出来

① 参见国家统计局网站,2014年中国统计年鉴数据。

的必然关系。”^①而贝卡利亚的“一个广阔的大网连接着所有的真理,这些真理越是狭窄,越受局限,就越是易于变化,越不确定,越是混乱;而当它扩展到一个较为广阔的领域并上升到较高的着眼点时,真理就越简明、越伟大、越确定”^②的论述,好似为孟德斯鸠的阐释做了一个精准的注解。可以说,刑事和解制度的形成过程,是人类刑事法治思想在反复中不断发展、刑事司法制度在改革中不断完善的过程。刑事和解由于其所蕴含的自由主义精神而彰显的制度价值、法律价值和社会价值无疑代表了发展的主流。

立足实践、关注现实生活,也许是当今学者可能产生独特学术成果的必由之路,我欣喜地看到,许多人正走在这条路上。

樊崇义

2015年8月31日

① [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆1961年版,第37页。

② [意]贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,第133页。

目 录

序 001

绪 论 001

第一章 刑事和解的基础理论 012

一、刑事和解的含义探究 012

(一)刑事和解的概念和特征 012

(二)刑事和解与几个相近相似概念的比较 016

二、刑事和解的原则 021

(一)公共利益保护原则 022

(二)合法性原则 022

(三)平等自愿原则 023

(四)中立原则 024

(五)和解不成不加重原则 026

三、刑事和解的功能和价值 027

(一)刑事和解的功能 027

(二)刑事和解的价值 031

(三)刑事和解对传统刑事法律制度的突破 034

第二章 刑事和解制度的历史演进 037

- 一、刑事和解存在的理论基础探析 037
 - (一)西方学界的解说 037
 - (二)我国古代的伦理文化基础和社会基础 040
- 二、刑事和解制度的形成 046
 - (一)和解的出现 046
 - (二)刑事和解的提出 049
 - (三)刑事和解在中国 053
- 三、刑事和解制度的发展 058
 - (一)刑事和解制度在域外发展的一般样态 058
 - (二)刑事和解制度在中国的发展样态 066
 - (三)解读我国刑事和解制度发展背后的逻辑 070
- 四、刑事和解制度的历史性前瞻 071
 - (一)刑事和解制度的政治价值得到重视 071
 - (二)刑事和解制度的法律价值得到彰显 074
 - (三)刑事和解制度的社会效果得到认同 078

第三章 和谐社会建设、刑事诉讼制度改革与刑事和解 082

- 一、刑事诉讼制度的改革创新在和谐社会建设中的重要使命 082
 - (一)和谐社会建设是刑事诉讼制度改革创新的源泉和动力 082
 - (二)和谐社会建设背景下刑事诉讼制度的全新使命 086
- 二、建立刑事和解制度是刑事诉讼制度改革的重要内容 097
 - (一)刑事和解体现现代法治理念的要求 097
 - (二)刑事和解是实现司法和谐题中应有之义 101
- 三、和谐社会对刑事和解制度的要求 103
 - (一)当前司法实践的客观需要 103

(二)借鉴域外司法经验与贯彻国际司法准则的需要	104
-------------------------	-----

第四章 刑事和解制度比较研究 106

一、英美法系的刑事和解制度 106

(一)新西兰的家庭群体会议制度	106
-----------------	-----

(二)美国的刑事和解制度	110
--------------	-----

(三)加拿大的刑事和解制度	113
---------------	-----

(四)英国的刑事和解制度	117
--------------	-----

二、大陆法系的刑事和解制度 120

(一)德国的少年刑事犯罪和解	120
----------------	-----

(二)法国的和解“普遍化”运动	121
-----------------	-----

(三)土耳其刑事和解制度改革与发展	123
-------------------	-----

三、域外刑事和解制度的总体评价 129

(一)两大法系刑事和解制度对我国的几点启示	130
-----------------------	-----

(二)我国在借鉴西方国家刑事和解制度过程中应注意的问题	135
-----------------------------	-----

第五章 我国刑事和解的立法、实践和理论探索 139

一、新《刑事诉讼法》对刑事和解制度的规定 139

(一)新《刑事诉讼法》确立刑事和解制度的背景	140
------------------------	-----

(二)现行法及相关司法解释中刑事和解制度的主要内容	142
---------------------------	-----

二、我国刑事和解制度体系的主要分类 149

(一)自行和解模式	149
-----------	-----

(二)司法调解模式	153
-----------	-----

(三)人民调解模式	156
-----------	-----

三、刑事和解的适用对象 162

(一)刑事和解与轻微犯罪	163
--------------	-----

(二)刑事和解与过失犯罪 165

(三)刑事和解与未成年人犯罪 169

(四)刑事和解与严重犯罪 171

(五)刑事和解与经济犯罪 176

(六)刑事和解中的共同犯罪 180

四、刑事和解的适用条件和处理方式 182

(一)刑事和解的适用条件 182

(二)刑事和解的处理方式 199

第六章 刑事和解制度适用现状调查 213

一、研究方法的介绍 213

(一)研究方法的选择 213

(二)研究范畴的确定 215

(三)受访对象的基本状况 217

二、刑事和解制度的适用状况调查 218

(一)适用刑事和解的主要案件类型 218

(二)刑事和解适用过程中存在的问题调查 222

(三)刑事和解协议制作规范状况 233

三、刑事和解制度在适用过程中存在的争议 241

(一)关于刑事和解的案件适用范围产生的争议 241

(二)关于在刑事和解适用过程中如何理解“民间纠纷”的争议 243

(三)关于是否应当授予公安机关刑事和解权限的争议 246

(四)关于和解协议的法律效力问题的争议 248

第七章 我国刑事和解制度的完善和展望 253

一、刑事和解制度在侦查程序中的完善 254

(一) 赋予侦查阶段和解效力	254
(二) 完善侦查阶段证据标准	256
二、刑事和解制度在公诉程序中的完善	259
(一) 完善刑事和解中的不起诉制度	259
(二) 明确刑事和解中检察机关的主导地位	266
三、刑事和解制度在审判程序中的完善	269
(一) 扩大刑事和解案件范围	269
(二) 严格规范审判阶段刑事和解的程序	279
(三) 扩大刑事自诉案件的适用范围	282
(四) 增加对审判环节刑事案件和解程序的关注度	283
四、健全刑事和解的整体监督机制	284
(一) 司法体系内的监督	285
(二) 司法体系外的监督	287
五、刑事和解的配套制度	288
(一) 完善被害人社会救助制度	288
(二) 建立和完善对加害人的帮教机制	296
(三) 大力推动社区矫正工作	301
(四) 完善刑事程序分流制度	307

参考文献	315
------	-----

后 记	330
-----	-----

绪 论

2012年新《刑事诉讼法》确立的刑事和解制度,是依法治国战略、和谐社会理念在刑事诉讼领域贯彻的一个重要成果,也是惩治犯罪与恢复社会秩序并举的刑事诉讼目的的具体体现,更是在刑事诉讼活动中践行法治思维的有力措施。2014年1月,中共中央总书记习近平在出席中央政法工作会议时曾经强调:“社会治理是一门科学,要坚持系统治理、依法治理、综合治理、源头治理,确保社会既充满活力又和谐有序。”^①他还指出,要完善对维护群众切身利益具有重大作用的各项制度,强化法律在化解矛盾中的权威地位。这进一步明确了新形势下,我们国家在全面建成小康社会的征途上,社会建设、社会治理的目标、思路 and 手段以及法律制度的不可替代作用。^②这为我们国家新时期社会治理、法治建设和司法工作指明了方向。

党的十八大以来,建立社会主义法治国家,构建

^① 孟建柱:“新形势下政法工作的科学指南”,载《人民日报》2014年1月29日版。

^② 同上注。

和谐社会,已成为我国社会主义现代化建设的全新愿景。2015年10月,习近平总书记主持召开的中央全面深化改革领导小组第十七次会议强调:“完善矛盾纠纷多元化解机制,对于保障群众合法权益、促进社会公平正义具有重要意义。要坚持党委领导、政府主导、综治协调,充分发挥各部门职能作用,引导社会各方面力量积极参与矛盾纠纷化解;坚持源头治理、预防为主,将预防矛盾纠纷贯穿重大决策、行政执法、司法诉讼等全过程;坚持人民调解、行政调解、司法调解联动,鼓励通过先行调解等方式解决问题;坚持依法治理,运用法治思维和法治方式化解各类矛盾纠纷。要着力完善制度、健全机制、搭建平台、强化保障,推动各种矛盾纠纷化解方式的衔接配合,建立健全有机衔接、协调联动、高效便捷的矛盾纠纷多元化解机制。”^①和谐社会建设的宏远方略对刑事诉讼制度的改革创新提出了新的要求,顺应这种要求,必须革新传统的刑事诉讼理念,确立新的刑事诉讼目标,进而在新的理念和目标指导下构建适合时代要求并具有中国特色的刑事诉讼制度。

刑事和解制度在我国司法活动中已经试点多年,一直处于实践领跑、理论研究跟进的状态。由于契合了和谐社会建设的宏观目标,对这一制度的探讨成为近十年来刑事司法理论研究和司法改革研究的重点和热点,客观评价,正是实践的推动和理论研究的成果造就了刑事和解制度的立法基础。

本书是在博士论文的基础之上修订而成。之所以要选定这样一个研究内容,主要的动因无外乎以下几个方面:一是刑事和解制度代表了刑事司法发展理念,摆脱了刑罚一味报复惩罚的思路,而寻求对犯罪后果的弥补和救赎,寻求在抚慰与宽容中伸张正义、促进和谐,代表了一种司法现代化的趋向。在我国强化社会建设、探索社会治理新路背景

^① 新华网,网址:<http://news.xinhua.net/>,访问时间:2015年10月13日。

之下,围绕其概念、原则、价值、功能等基础问题产生了一些新的认识和争鸣,很值得探讨。二是多年来各地司法实践丰富而生动,带来了诸如刑事和解的适用条件、范围、程序等重要问题的激烈争论,新《刑事诉讼法》特别程序的出台给这些争论作了一个小结,同时也作了新的发问。为什么是一个特别程序?如何更好地借鉴外来经验?今后的方向是什么?三是虽然新《刑事诉讼法》关于刑事和解制度的规定认同了刑事司法改革要求,体现了社会的发展进步。但是现实中执行起来却遇到了许多很直观的问题。比如,公安机关、检察院及法院对于新法规定的刑事和解制度的重视程度远非我们原来想象的那样,在传统刑事司法领域当中,尽管作为司法习惯的刑事和解普遍存在,但除在自诉案件、刑事附带民事诉讼等案件中调解与和解现象较为显著外,在其他公诉案件中,大多数公安人员及检察官并不十分关注当事人之间是否可以就民事赔偿问题达成和解,而是移送检察院审查起诉或者起诉到法院,交给法院来做最终处理。在审判阶段,虽然有积极调解,促成当事人达成民事赔偿调解协议的法官,但总体来看,对刑事和解的操作并不规范。检察机关出于自身利益考虑,在代表国家对犯罪人的追诉行动中表现积极,但在对促成加害人与受害人达成和解方面却是消极的。一般而言,除非当事人就民事赔偿部分自行达成和解协议,否则在审查起诉阶段,民事赔偿问题并不在检察官的主动考虑范围之内,检察官扮演进攻性角色,主要任务是指控犯罪,其他问题往往交给法院解决。同样地,法院在审判刑事案件时,并不是以案件和解为最佳效果,而是在审判期限内判决结案;法官更多地是关心被告人能否履行罚金刑,刑事附带民事能否调解,刑事和解往往不是首先考虑的问题。四是从适用刑事和解的角度来看,司法实践中各机关在贯彻《刑事诉讼法》的规定,落实刑事政策上的偏差仍然明显。一方面,对犯罪分子重惩罚打击、轻改造教育;重相互之间的关系协调,轻对被害人及被告人的权利保护;重办案

数量及效率,轻办案质量与社会效果的弊端远未割除,导致很多案件因为在公安机关、检察院没有及时主持进行刑事和解工作,当事人错过和解的最好时机,到法院再和解不仅难度大,而且成本高,使刑事和解更多地流于形式。另一方面,也有一些地方打着和解的旗号,法外开恩、越格办事,损害了法律的严肃性和司法机关的权威。

通过上述的几方面阐述,我们不难发现,新法的修订虽然在我国刑事和解制度上是一座重要的里程碑,但总结司法经验,反思立法得失对于发展和完善这项制度的意义更为深远。特别是党的十八届四中全会对全面推进依法治国做出了总体部署,标志着依法治国进程发展到了一个崭新的阶段,法治化和现代化已经成为司法各项工作遵循的基本理念和基本要求。对刑事和解制度的研究不但要在原有的基础上更加深入,而且应当更加紧贴实际,甚至放到从特别程序到一般程序的视野和框架下去开展。

公众及舆论对刑事和解的偏见是影响这一制度深入拓展的重要因素。本书即将付梓时,正值林森浩投毒一案进入死刑复核的最后时刻。结合司法现实,我们不妨将这个原本不属于立法所规定的刑事和解范畴的案件作以简要分析。2013年4月16日,复旦大学医学院研究生黄洋遭投毒后医治无效死亡,上海警方认定其室友林森浩有重大作案嫌疑。2014年2月18日,上海市二中院一审宣判被告人林森浩故意杀人罪成立,被判处死刑,林森浩进而提起上诉。2014年12月8日复旦投毒案二审开庭,控辩双方激辩三个半小时,法官宣布休庭,择日宣判。2015年1月8日,上海市高级人民法院终审裁决驳回上诉,维持原判。此案进入最高法死刑复核阶段。2015年7月21日,媒体获得两封林森浩的亲笔信,一封信写给父亲林尊耀,另一封信写给律师斯伟江。信中,林森浩承认投毒事实。2015年7月31日,复旦投毒案被告人林森浩的父亲林尊耀及其新任代理律师向最高人民法院提交了《请求最高

法院不核准并撤销林森浩死刑意见书》及十余项鉴定申请。林森浩父亲及其代理律师认为,两审法院认定的毒物分析与案发之初司法部司法鉴定科学技术研究所进行的鉴定存在重大矛盾。据《意见书》中称,林森浩父亲林尊耀及其律师谢通祥认为,林森浩属于不必立即执行死刑的人,并且原判决认定事实不清、证据不足,程序违法,原判决、裁定、卷宗当中存在几十处疑点与错误,因此请求最高人民法院不核准林森浩死刑并撤销原判。尽管林父提出的都是事实证据方面的问题,但是审视整个诉讼过程,我们不难发现,林氏父子始终在期待此案被害人黄洋亲属的一声谅解,而黄洋家属的态度对于最终裁决的影响显而易见。在刑事和解推进过程中,民意仍然是一个重要的制约因素,它会阻碍这一制度的建构和发展。舆论广泛认为,刑事和解容易纵容“花钱买刑”,再加上另一方的漫天要价,法律的权威大打折扣。实际上,有些案件,刑事附带民事做不成,按照惯常做法,刑事和解具备条件。无论是今天的复旦大学林森浩投毒案,还是前些年的药家鑫故意杀人案,舆论影响司法,社会公众的声音不绝于耳,刑事和解制度的个别化惩罚,杀人未必偿命、协商性司法等特征与传统的刑罚观念相冲突,使刑事和解面临制度风险,也使刑事和解下一步的发展推进困难重重,许多问题有待于研究解决。有学者指出,法律一经颁布实施,就不再是立法者所能完全操控的规范,而成为一种“生命有机体”。有机体缺乏环境的养护,就可能枯萎。具体到法律制度就有可能受到实践的规避,不能在实际上发挥立法成效,出现“程序失灵”。

司法机关和理论界的深入关切是制约和影响制度完善发展的另一个重要方面,根据两年多来作者了解的情况,并不乐观。一是理念的因素,对于实务部门而言,刑事和解总体上会促成办案时间成本和人力成本的降低,但局部不一定能体现出来,所以有的办案机关特别是侦查机关对此认识程度不高,研究不多。二是发展不平衡。一方面部门之间

不平衡。从公检法三机关来看,同立法前的实践一致,检察机关的工作比较规范,工作措施相对严格易行,案管数据登记系统也较为翔实,其他部门则差距较大。另一方面地区之间不平衡,调查中发现,有的地方实践丰富,创造出了一些新的经验,有的地方则对新法规定无所适从。三是对刑事和解制度的后续研究远远不够。通过中国刑事诉讼法学研究会年会近年收集的关于刑事和解制度的论文来看,2012年、2013年、2014年分别是4篇、2篇和0篇,只有持续研究加强,才能保证理论和实践的互动,才能推动刑事和解制度在依法治国和和谐建设中真正发挥出应有的能效。

这部论著共分为七个部分。

第一部分,重点阐述了刑事和解的基础理论。首先在厘清含义方面,从刑事和解的内容、方式、决定主体、范围以及法律效力五个方面分析了刑事和解的特征,同时比较了几个有所关联的概念。其次,从中西方理论渊源和建设和谐社会的我国当今政治理念的角度论述了刑事和解的理论基础。构建和谐社会,从本质上讲就是尊重人的主体地位,实现人与人之间关系的良性互动。这一充满时代特征的思想理论是刑事和解在当代中国得以萌芽、发展、不断成熟的重要基础和催化剂。再次,论述了刑事和解应当遵循的原则,主要包括公共利益保护原则、合法性原则、平等自愿原则、中立原则、和解不成不加重原则等几个方面。最后,论述了刑事和解的功能和价值。刑事和解制度在社会治理中具有重要意义。治理的目的是在各种不同的制度关系中运用权力去引导、控制和规范公民的各种活动,从而实现增进社会公共利益的最大化之目的。治理涵盖了政治管理的全过程,既包括政治权威的规范基础,也包括处理政治事务的方式和对公共资源的管理。社会治理尤其突出地表现在一个限定的领域内维持社会秩序所需要的政治权威的作用和行政权力的运用。其所拥有的管理机制主要不是依靠政府的权威,而