



教育部人文社会科学重点研究基地
中国政法大学诉讼法学研究院

◎主编 卞建林

诉讼与证据前沿丛书

④

冲突与对接

刑事和解刑法制度研究

●武小凤 著



中国人民公安大学出版社



教育部人文社会科学重点研究基地

中国政法大学诉讼法学研究院

诉讼与证据前沿丛书 4

主编 卞建林

冲突与对接

——刑事和解刑法制度研究

武小凤 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

冲突与对接: 刑事和解刑法制度研究/武小凤著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2008.9

(诉讼与证据前沿丛书; 4)

ISBN 978 - 7 - 81139 - 262 - 3

I. 冲… II. 武… III. 刑事诉讼—调解 (诉讼法)—研究—中国 IV. D925.214.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 143285 号

冲突与对接

CHONGTU YU DUIJIE

——刑事和解刑法制度研究

武小凤 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京市泰锐印刷厂

版 次: 2008 年 9 月第 1 版

印 次: 2008 年 9 月第 1 次

印 张: 15

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 404 千字

印 数: 1 ~ 3000 册

ISBN 978 - 7 - 81139 - 262 - 3/D · 227

定 价: 35.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: cpep@public.bta.net.cn zhs@cppsuo.edu.cn

营销中心电话 (批销): (010) 83903254

警官读者俱乐部电话 (邮购): (010) 83903253

读者服务部电话 (书店): (010) 83903257

教材分社电话: (010) 83903259

公安图书分社电话: (010) 83905672

法律图书分社电话: (010) 83905637

公安文艺分社电话: (010) 83903973

杂志分社电话: (010) 83903239

电子音像分社电话: (010) 83905727

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究

总 序

进入新世纪以来,我国诉讼法学与证据法学的研究,在保持活跃、升温、开放的理论与诉讼实务相结合的基础上,正面临着一个新的拐点——一个迫切需要寻找并确立主体自治性的转折时期,一个需要确立新坐标或可以确立新坐标的时期。这一判断的潜台词是,中国改革开放 30 年来,与中国经济、政治、社会、文化诸方面走过的轨迹相适应,我国诉讼法学、证据法学的研究,也正处于一个通过自我扬弃、寻找参照系的过程。或者说,是一个在侧重英美法系成熟制度、经验的借鉴和联合国刑事司法准则的衔接之间,曲折前行、审慎取舍乃至不免尴尬的未定型的过程。然而,我们所处的时代背景,随着中国加入 WTO 之后正悄然地发生剧变,一个越来越自信和自主的中国正出现在国际舞台上。与之相应,诉讼法学、证据法学的研究和制度性建构的背景性因素也大大改变。

中国法学的“主体自治性”命题,不再是一种理想化或简单自尊型的诉求。中国经济进入新世纪以来的飞速发展,使中国具备了与其全球第四大经济体和成长性最好的经济体地位相适应的影响世界经济、政治格局的力量。主动参与、影响乃至制定世界规则,将是中国的必然作为。中国因素已渗入反恐、反腐、维和、能源、生态、通信、人权、卫生、知识产权等领域,乃至足以影响世界整体的秩序图景。这种因素,不仅仅体现在话语权层面上,参与规则的制定甚或制定以中国本土为适用主体的规则(如通信、生态、人权、知识产权方面),都将可能成为国际视阈的一个结构性组成。因此,确立中国法学主体自治性坐标,已经成为一种迫切的需求。

全球化与现代性问题的交织，为我们提供了重新检视与反思法学现代性命题的契机。它们既有交集又各自独立。我国学者在1978年改革开放后才提出“现代性”命题，而对全球化的认识则更是迟至20世纪末。事实上，“现代性”这一用语，本身含义如此多元、历史跨度如此广阔，我们很难简单地将之视为一个从农业社会向工业社会乃至后工业社会、信息社会演进的历史过程。而更容易为人所忽视的问题是：当我们全面致力于法学现代性目标时，西方早已出现了后现代法学对现代法学的追问。正如有的学者所指出的那样：“我们承认中国的法律与西方法律的对比不仅是一个地域性的差异，而且是一个时代性的差异，它们处于法律进化过程的不同阶段。”这一研究表明，“我们对外部法律世界的态度发生了重大变革：由‘姓资姓社’的两元对立走向批判性的认同与学习。”虽然这十多年来取得了重大进展，“但是它的缺陷也是明显的：一是对法的现代性的基本属性研究不够。……二是这一研究总体上对中国现实的法律问题关注不够，更多地集中在对历史的描述上”。^① 与我们偏于纵向的进路相比，国外学者从纵、横两个切面观察现代性与全球化话题的眼界，或许能帮助我们跳出单纯的“现代性情结”。例如，恩里克·迪塞尔认为，现代性有两种模式：一是欧洲中心的视角，认为现代性现象完全是欧洲的，于中世纪发展勃兴，后传播到全世界；二是从全球视角出发，将现代性概念化为“世界体系”的中心文化，欧洲的现代性是世界体系的一部分（事实上，是它的中心），它开始于西班牙确立其“边缘”的时候，于是，现代性在这个全球模式中，是与“中心—边缘”体系相适合的现象。但上述两种模式都是以欧洲为中心的，“理性主义者和后现代主义者之间的任何争论，都没有突破欧洲中心论的视角。现代性的危机指向欧洲的内在方面。边缘的世界只能消极地旁观，因

^① 蔡宝刚：《“法的现代性与中国法治”高层论坛学术综述》，载《比较法研究》2007年第1期。

为它是‘野蛮的’、‘前现代的’，或者简单地说，它还需要‘现代性’。换句话说，欧洲中心的观点反映了现代性危机这一问题，它只考虑欧洲——北美的重要性（现在甚至还有日本的），而极力缩小边缘的重要性。”^①而全球化，在推行欧洲——北美强势文化的同时，多元文化、地域文化、本土文化受到了更猛烈的冲击。当然，也给原本处于边缘的文化，如中国文化、印度文化和拉美文化等，提供了凤凰涅槃的机遇。对于中国而言，确立现代性和全球化坐标，摆脱被边缘化的命运，这必然是我们刑事司法现代性命题的应有之义。

在这一大背景下，诉讼法学、证据法学亟须直接回应的是：科学技术迅猛发展所带来的革命性影响。科学技术的进步，不仅从技术层面拓展了调查取证的途径，提高了听证、质证的效率，同时广泛影响诉讼程序、诉讼模式、证据制度和规则等各个方面。例如，电脑、互联网的广泛普及，虚拟空间犯罪、跨国犯罪等犯罪现象大量涌现，电子证据的获取、保全以及与此相关的证据规则的建立，都是新的课题。世界上一些国家已开始相应的立法工作，如美国制定了《电子通信隐私法》、《在刑事调查中搜查扣押计算机数据并获取电子证据》等，日本颁布了《关于犯罪侦查中监听通讯的法律》，欧洲委员会2001年11月23日通过了《网络犯罪公约》。有学者强调，随着一系列科技证据的出现，传统的证据规则面临着严峻的挑战。例如，如何界定电子证据、视听资料的原件？通过红外线技术或其他激光技术，侦查人员不进入房屋的“搜查”，是否受传统的正当程序的约束，由此获取的证据与非法证据排除规则如何协调？诸如此类，不一而足。科学技术在刑事诉讼中的运用问题，对未来刑事诉讼法和证据法的发展举足轻重。

简而言之，对我国刑事司法改革而言，科技的发展，一方面，

^① [美] 弗雷德里克·杰姆逊、三好将夫主编，马丁译：《全球化的文化》，南京大学出版社2002年版，第18页。

早已突破了技术层面的局限，开始显现在制度、程序、规则的各个层面；另一方面，也为我国刑事司法改革增添了新的元素和动力。借由打击网络犯罪、计算机跨国犯罪以及制定国际通行的证据规则，我国刑事司法制度在向国际准则的衔接过程中又打开另一条新渠道。

2003年10月第十届全国人大常委会将刑事诉讼法、民事诉讼法、律师法的修改列入了五年立法规划。以这些法律修改为契机，我国诉讼法学、证据法学研究，进入了一个系统性、整体性拓展、深化与提升的阶段，建构与完善具有中国特色、趋于国际水准的诉讼法学、证据法学制度性体系的条件逐渐成熟。

此次修改，我国诉讼法学界对刑事诉讼法的价值体系、制度设计、程序完善、现实路径、疑点难点等的把握，已有了较为清晰、系统、深入的体认。在此基础上，一些共识得以形成，一些问题经过争鸣虽然一时未能统一，但至少深化了研究。其中，就刑事诉讼领域而言，通过有关刑事诉讼法再修改的探究与争论，逐渐明朗了以下几点：一是在总体框架、原则和制度安排上，体现了与联合国刑事司法准则全面衔接的趋向。“将联合国刑事司法准则作为我国刑事司法改革的参照系，虽然并非我国刑事司法改革的唯一路径，但我们以为，如果中国的刑事司法改革存在一个奋斗目标或者理想的话，那么，以联合国刑事司法准则作为参照系就是趋近此目标或理想的最佳路径。”^①有的学者在比较刑法的各国差异、刑事诉讼法世界趋同的基础上，提出“刑事诉讼法的制定与修改有其脱离于刑法的自主的规律性，刑事诉讼法在全球范围内趋同的广度和深度已经预示了一部尊重和保障人权、限制国家权力、民主文明的世界性刑事诉讼法的到来。我们没有任何理由把种种国内条件上升为制约刑事诉讼法进行大刀阔斧改革的借口。从刑事诉讼法强劲的世

^① 卞建林主编：《中国刑事司法改革探索——以联合国刑事司法准则为参照》，中国人民公安大学出版社2007年版，第3页。

界性发展趋势来看,中国的刑事诉讼法应积极响应国际性刑事诉讼准则的要求,以开放和积极的心态借鉴和完善我国刑事诉讼的各项制度。”^①二是在借鉴两大法系诉讼制度和证据规则上,比较侧重研究和借鉴英美法系的模式和经验。例如,“诉讼证据丛书”提出的编辑取向就是“立足于我国证据法学理论和司法实践中存在的现实问题,在充分研究和借鉴英美证据规则及英美证据法学理论的基础上,广泛参考发达国家和地区证据立法的成功经验和最新判例学说,回顾、评述我国证据法学研究的现状……”^②三是深入探究在借鉴国外经验和自身进化过程中,中国国情、文化传统的特殊性问题。“世界上没有一部刑法是一样的”,刑事诉讼法也是如此,尽管世界刑事诉讼法也有趋同之势。但有学者颇为尖锐地指出,“在中国的法学研究中,一方面表现为在中国法制建设过程中经由‘接轨’的说法而主张各种西方法律的结构性的安排,而另一方面则表现为普遍采用西方流行的法律主张去遮盖两种甚或多种法律观念之间的紧张或冲突。”^③可以肯定,由于特殊性和差异性,即使在制度的技术性层面,如规则、程序、模式上与国际趋同,也难以掩盖因文化背景和发展阶段的不同而导致同样一个国际司法文本在执行和理解上的不同。

以上三点,实际上形成了一定的反差式比照关系,让我们不得不问:在充分参照英美法系和联合国刑事司法准则,推动我国刑事司法改革的进程之后,我们还能做什么?未来中国的诉讼法学、证据法学面貌如何?不论我们能否立刻完满地回答这一问题,我们都必须对国际刑事司法准则在各国的适用作比较研究,都必须对英美

① 陈光中等主编:《诉讼法理论与实践——司法理念与三大诉讼法修改》,北京大学出版社2006年版,第20页。

② 王利明主编:《诉讼证据丛书》总序二,引自沈德咏:《刑事证据制度与理论》,法律出版社2002年版。

③ 邓正来:《中国法学的批判与建构》,载《政法论坛》(中国政法大学学报)2006年1月。

法系的现在与未来、危机与问题作预设性研究。例如，反恐作为一个国际社会共同面临的问题，对国际刑事司法准则与各国刑事诉讼制度的影响都将是深远的。典型的事例，如美国《爱国者法》所涉及的价值原则、司法制度、证据规则，在打击恐怖犯罪、保障人权的同时，也极大地挑战了国际通行的人权保障正当程序，如采集入境的非美国公民的指纹，强化了监听、监控、搜查等措施，而削弱了相关的程序制约、司法审查。又如，达马斯卡在其振聋发聩的著作《漂移的证据法》导论中所指出的，“当外国律师被要求参与其英美同行的事实认定时，他们会发现很难接受那些与普通法规则和惯例结合在一起的事实调查方式。国际战犯法庭那充满波折的历史为此提供了大量的例证。面对广泛适用普通法证据规则的前景，外国律师们抱怨那些规则和惯例是不可思议的，而且与事实调查的普通方法相去甚远。”^① 他推演出英美证据法的三大支柱、三大特点，与大陆法系进行了精细的比较研究，从而发现，“站在 20 世纪末思考证据法的未来，很大程度上就是要探讨正在演进的事实认定科学化的问题。伴随着过去 50 年惊人的科学技术进步，新的事实确认方式已经开始在社会各个领域（包括司法领域）挑战传统的事实认定法。越来越多对诉讼程序非常重要的事实现在只能通过高科技手段查明。”^② 而这直接影响传统的当事人对抗辩论的“当庭诉辩式”审判模式。他甚至发出了这样的盛世危言：“在普通法证据制度形成时期影响很大的体制环境在 20 世纪已经发生了巨大变化：陪审团的重要性已急剧下降，审判中心制已经在很大程度被废弃，甚至当事人对诉讼程序的控制——尽管还有相当顽强的抵抗——也不免受到了挑战。因此，证据法的三个传统支柱全都出现

^① [美] 米尔建·R. 达马斯卡著，李学军等译：《漂移的证据法》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 2 页。

^② [美] 米尔建·R. 达马斯卡著，李学军等译：《漂移的证据法》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 200 页。

了裂缝。”养育和支撑普通法证据制度之特征的环境的恶化，导致的结果就是：“强烈的改革潮流正席卷着所有的当代法院体制，在这些珍贵的事实调查传统中到处都出现了危机。”^①

上述论述，对我们正矢志朝向英美法系目标深化刑事司法改革的路径，显然具有警示意义。它促使我们能尽快回到开篇的母题：在全球化格局中，确立具有中国主体性品格并具备自治性功能的诉讼法学、证据法学的制度体系坐标，而不是始终做一个司法的追随者、仿制者或附和者。在国际司法准则的制定、适用和调整中，体现中国刑事司法的话语意识，而不仅仅是被动地衔接。张扬中国诉讼法学、证据法学主体自治性，正是我们编辑“诉讼与证据前沿”丛书所要努力达致的主旨。它具有这样几个维度：

第一，切实推动建构具有高度主体自治性功能的诉讼法学、证据法学制度体系。首先，它应当充分反映中国法学的主体性意识，它应当只是把借鉴和衔接视为一个过程，犹如我国科技经历了从借鉴、引入到自主创新的转变，它包含法学主体从技术到观念、从制度到行为的各个层面。其次，它应当具有自治性——自我创生力，是一个有自我创生力的系统，具有将法律文化传统、当下与未来整合一体，组合成新的遗传基因并自我新陈代谢的功能。正如托依布纳所指出的：“参与自我再生产过程的，不仅是系统的要素和法律行为；要素、结构、过程、边界、特性、功能和施行都发挥着作用。人的力量在这个过程中发挥着重要的双重作用。他们作为法律系统的语义构成物并且作为在法律的环境中独立的自我创生（精神的）系统发挥作用。”^② 相比之下，我们在法学制度体系构建中，缺乏对人这一因素之作用的考虑。再次，它应当是趋于完善的系统

① [美] 米尔建·R. 达马斯卡著，李学军等译：《漂移的证据法》，中国政法大学出版社2003年版，第7~8页。

② [德] 贡塔·托依布纳著，张骥译：《法律：一个自创生系统》，北京大学出版社2004年版，第40页。

的制度体系，而不是缺钙或肢体不全的制度拼凑。关注诉讼法学、证据法学主体自治性体系建设的论著并为其提供平台，将是“诉讼与证据前沿”丛书所极力推举的。

第二，提升理性，加强范式研究，构筑多元、多学科、开放的方法论视阈，重视比较研究。尽管后现代法学思潮直接源于对现代法学的一种批判和反驳，但其主张多元视角，提倡知识考古学、系谱学、权力微观分析、小型叙事、悖论分析、反讽诘问、解构等方法，是值得借鉴和肯定的。他们跳出法学的圈子，从文学、社会学、心理学、文化学、人类学等学科探究法学，批评现代主义在法律研究进路上局限于“从法律中了解法律”的内部视角，也值得我们学习和反思。事实上，美国近些年对证据法的研究，就体现了向法理学提升、注重理论基础和方法论探索的趋势。正如罗纳德·J. 艾伦所指出的，“证据法的学习不仅仅是学习证据规则。它还是对包含在诉讼过程中的浩瀚复杂的理念、原则、惯例和价值的学习。”“要把这些规则看做是对基本社会信仰、哲学和道德信念的概括”，“应该对证据规则有一个通透的理解，并对产生这些规则之人文关怀有相当程度的认知”。^①再如，我们上述引证的有关达马斯卡就英美法系与大陆法系的比较研究，提出对英美法系证据法学处于危机与环境恶化的看法，其观点不但给人以震撼，更为我们提供了比较证据法学研究应该如何深入的新角度。我们编辑“诉讼与证据前沿”丛书，其中一个目的就是：提倡方法的应用、学科的多元、眼界的开放，从内与外两个视角观照诉讼法学、证据法学的研究，提升诉讼法学、证据法学的理性价值以及制度与规则的范式意识。

第三，重视科学证据时代的到来，从理性、价值、技术、行为、心理等各个层面加强对科学证据的表现与应用的研究。尽管对

^① [美] 罗纳德·J. 艾伦等著，张保生等译：《证据法：文本、问题和案例》（第三版），高等教育出版社2006年版，第49～50页。

“科学证据”的内涵与外延还没有统一表述，但这丝毫不妨碍我们对信息网络时代证据法学、证据规则做预设性研究。

尽管高新技术条件下的证据，如电子证据，虽然与传统书面证据在本质上具备同样的证据能力和证明力，但不具有静态的稳定性，无法确保其固化的证明力。由此，它将影响传统的直接言词原则、非法证据排除规则等规则，甚至质证、审判模式也将因之改变。“诉讼与证据前沿”丛书期待对这一领域的开拓之作。

重塑中国诉讼文化、证据文化是历史的必然。在中国传统的诉讼文化中，证据文化尤为薄弱且受到极大的扭曲和戕害，缺乏系统的证据规则，符合人的理性诉求和人文关怀的证据制度更是难以建立。中国传统的诉讼文化从属于道德和谐文化要求，屡遭排斥，一直依附于刑法，始终未能发育。在这一阴影下，证据及其裁判都丧失了平等、公正权利的本源意义。然而，也正因为缺失，相比中国当下诉讼文化之重塑，证据文化具有更多创建的意味。或许受到传统的制约和不良基因的影响越少，可以借鉴吸收的余地就越大。无论如何，在证据文化的创建中，不能因为证据规则的普适性、跨国性而忽视其地域性、民族性和证据文化的塑造。

将诉讼文化的重构作为目标，似乎有些空泛，但它是一种现实且终极的载体呈现，不论是在观念、制度还是行为、器物层面，适应中华民族伟大复兴历史进程的诉讼文化，确是当下之亟须。

中国政法大学诉讼法学研究院是以诉讼法学研究为主的教育部人文社会科学重点研究基地之一。学院下设刑事诉讼法学研究所、证据法学研究所、民事诉讼法学研究所、行政诉讼法学研究所，以及《诉讼法学研究》编辑部、中国诉讼法律网等机构。研究院以教育部人文社会科学重点研究基地建设要求为标准，秉承积极进取、创新务实的发展理念，坚持以科研为本、全方位发展的建设思路，开展了一系列卓有成效的理论、课题、实务研究，推出了一大批科研成果，促进了课题研究成果的转化和应用。积极通过举办学术研讨、讲座，建设分支研究基地等措施，扩大与国内外的交流与

合作。在资源整合和管理上,加强了制度化、信息化、标准化建设,除加强本院现有研究人才开发和硕士、博士生培养,聘请本校兼职研究人员外,还特聘了一大批内地、港澳台地区以及国外的知名专家学者,确保了学院强势的科研力量和优秀的专业品质;学院还积极参与国家有关部门组织的立法论证与研讨活动,提交了刑事诉讼法、民事诉讼法、人民检察院组织法等多部立法修改建议稿,并为各级司法实务部门提供了广泛的法律咨询服务。学院将本着“开放、创新、务实”的办院方针,适应新的形势变革,瞄准学术与实践需要的前沿,始终保持吐故纳新、自我扬弃的生机与活力。

“诉讼与证据前沿”丛书是一个开放的项目,面向国内外专家学者,力倡有见地、有创新、有超越的论著,特别着眼于“新领域的挖掘与拓展”。“诉讼与证据前沿”是一个平台,透过这个平台,我们希望向学术界贡献一批致力于开拓诉讼法学和证据法学体系、视野的富有学术独创性的学术成果。该丛书将从2007年开始,计划用3年时间能构筑出一个诉讼法学、证据法学研究的新矩阵。

中国法学会刑事诉讼法学研究会会长

中国政法大学诉讼法学研究院院长

卞建林

2007年5月5日于北京

序

在国家问世以前，大概是没有犯罪的，但是一方加害于另一方的事情总是有的，因此被害人的出现要比国家早。虽然同态复仇被认为是当时的标准，是绝对的正义，但是加害与被害二者之间的纠葛最终取决于他们双方的态度和势力，而其中被害一方的态度是最关键的。然而国家出现以后，被害的依然被害，只是一个原本完全的私人之间的问题，如今变成了公共问题，当事人特别是被害一方的意见与诉求被忽略，其态度和势力对于加害一方而言已经无足轻重，国家已经把处理纠纷的权利从被害人这里“偷走”或者“抢走”了。所以，从某种意义上可以说，国家的出现已经使被害人二次被害了！当然，如果国家真的能够很好地履行其保护社会、防止国民免受犯罪侵害的职责，做到有法必依，有罪必罚，这对被害人受损的实际权益也许于事无补，但多少能够给被害人一点心理安慰：国家还是管用的！无奈，有法必依已然是一种理想，而有罪必罚就只能是一种理想，一种永远不可能实现的幻想了！

历史上，再强悍的国家，最霸道的君王，也不可能包办所有的犯罪，就像国家不可能包办所有的事情一样。四海之内，莫非王土；普天之下，莫非王臣；君临天下，统驭万民；君权神授，万寿无疆，我们在史书里读到的这些名句，无一不是想集中一切权力于一身的暴君们的痴心妄想。历史的、现实的，主观的、客观的，太多的因素决定了国家的权力是有限的，国家实际上所能做的是非常有限的。即便是对国家的威权和社会秩序危害最大的犯罪，国家也不可能包办无余。因为人的认识能力有限，国家社会的司法资源有限，因为人情世故，有大量的实际发生的犯罪永远也见不了天日，

于是就有了“犯罪黑数”的说法。而在已经公开的犯罪总量中，又有许多因为时效、程序、证据、国家的恩赦等法律原因和政策因素而从刑事法网里过滤掉了，最终并没有得到应有的惩罚。于是，我们刑法学人不得不接受的一个事实是，大量的犯罪事实处于不被知晓、无法惩罚的状况，本来最能彰显国家威权、最具惩罚性、因而令出必行的刑法，多数情况下实际上处于备而不用、选择性司法成为了司法的常态。深陷如此尴尬的境地，国家如何抽身，又如何通过政治（政策）、军事、经济、文化等手段强化自身的权威，自然引起无数国家的卫护者们的强大兴趣，不容我等草民劳心费神。小民们所担忧、所烦恼的是在国家将犯罪/纠纷偷走/抢走以后，还该向谁去诉说？如果国家的处理不公，又该向谁去喊冤？这样的场景，常常就让我回想起孩提时，每当自己受到同伴欺负，总是希望老师出来责罚他，或者由他的家长一顿暴打，如此方能解我心头之恨！而一旦老师或者对方家长故意偏袒，或者熟视无睹、听之任之，我的心头之恨也会与日俱增，终于有一天会设计报复于他，让他受皮肉之苦，或者颜面扫地，此恨方休！因此，在国家的选择性司法之后或之外，在国家精心编织的刑网边缘，被害人还有什么权利，能够得到什么样的救济，就一直是我想思考的问题。

我同时思考的另一个问题是，国家就真的如此神明，能够将被害人的诉求全部代表？我很愿意相信我的本家卢梭的社会契约论，相信权利的让渡，相信国家是社会的正式代表，但是我却难以接受黑格尔的国家观，难以接受国家是全智全能的正义化身，难以接受国家是个全透明的玻璃体。个人的理性是有限的，国家或政府的理性也不见得就是无限的；而且由于决策机制、执行机制的问题，国家或政府的理性就更加具有局限性。我所能接受的是，国家既然是一个人的集合体，是一个代表，它就有自己的独立人格，有自身的利益也有属于它自己的猫腻，有它的过人之处也必定有它自己的弱项和软肋。国家和个人，国家和社会有紧密联系的一面，但也有相互分离的一面。被害人的诉求，社会成员的诉求，也有社会的正

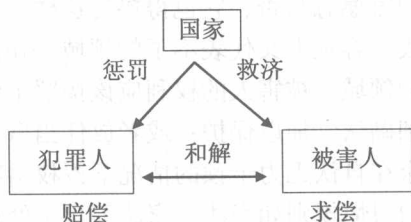
式代表——国家所代表不了的地方。而且，除了客观上的代表能力问题以外，国家还因为自己的特定利益追求，而与作为当事人的被害人有很大的立场上的差异：国家需要严惩罪犯，杀一儆百，以儆效尤，而被害人只是希望权利修复、权利救济；国家需要伸张普遍而抽象的正义，被害人只是希望实现个别而具体的正义；国家需要由此确立法律的权威，被害人只是希望问题从此得到解决。面对一个偷盗耕牛的案件，国家所首先考虑的是实施怎样严酷的刑罚以防止类似案件的再发生，而作为失主的老农，他最关心的是早日找回他的耕牛！

于是，不管国家愿意与否，它也得接受这样一个事实，即在国家主观上难以代表、客观上又代表不了的领域，在国家权力难以进入或者无法奏效的领域，被害人的权利应该按照不同于全能国家的方式和途径来得到确认、加以保护：或者放任当事人意志横行，让其私了；或者国家在自认无力干预的情况下授权给特定的组织或者由国家法律以外的习惯规则如宗法、家法等自主处理；或者就像乱世出英雄一样，当国家的普遍正义迟迟不能到来的时候，就有江湖奇侠，仗剑策马走天涯，替天行道，为民除害，名扬四海。在国家鞭长莫及的地方，大量的犯罪案件按照历史遗传下来的惯常方式被处理了、消化了。

当然，就像人们对于国家或政府的观念不断在发生变化一样，国家或者政府的理性也不是一成不变的，它也会与时俱进。在有国家的历史上，尽管被害现象一直存在，但是被害人问题却一直没有得到应有的重视。只是在二战结束后，门德尔松提出了被害人学的概念，此后的被害人问题才提上了应有的高度，被害人的利益在法律制度的层面得到了越来越高的关注。在从法治国家向文化国家和福利国家迈进的过程中，被害人的权益救济开始在西方发达国家兴起，并形成了一系列制度，如刑事犯罪被害人的国家补偿制度；同时，一些历史上曾经发挥过巨大作用的制度，如和解、调解等，又重新进入人们的视线。将被害人从制度外重新纳入到制度内，这是

现代被害人学的重要历史贡献。

正是在这样的历史发展脉络上，被害人的问题开始在改革开放以后的中国得到了前所未有的关注。1996年刑事诉讼法修改时，在保留原有的刑事附带民事诉讼制度的基础上，首次将犯罪被害人规定为刑事诉讼当事人，使其获得了独立的诉讼主体地位。而在构建社会主义和谐社会的目标指引下，宽严相济的刑事政策开始推行，权利向被害人复归。原来的犯罪系国家与犯罪人之间的对立关系，变成了国家为一方，而犯罪人和被害人各为一方的三角关系，刑事司法的内涵也发生了很大的变化。如图所示：



其实，在这样的一个三角关系里，公断与私了，公权力与私权利，国家利益与当事人意志，惩罚、报复、救济、赔偿等总是纠缠在一起的。而我最关心的是，是其中的权利分配问题，或者说是分配正义的问题，即被害人能够在其中得到什么样的好处，同时也会关注司法的良与恶的问题。

在我看来，刑事和解就是制度化的“私了”，是国家透过法官监督下的“私了”。这种创新不仅具有历史文化的传统根基，而且具有现代法治所要求的司法监督与制度保障；不仅适应了多元社会纠纷处理多样化的时代要求，而且凸显了当事人特别是被害人的主体地位。刑事和解是保障被害人权利的一项重要制度创新。犯罪固然是对社会秩序最严重的破坏，是对法律因而是对公权力最严重的藐视，但是因为犯罪而在人身财产精神上遭受侵害的被害人无疑是犯罪危害的直接承受者，而国家或者社会是第二位的，甚至可以说是间接的受害人。因此，从朴素的民间观念来看，犯罪危害/