

 法大诉讼法学博士文库
总主编 卞建林

1

ON CRIMINAL RECONCILIATION

刑事和解研究

◆ 葛 琳 著



中国人民公安大学出版社

法大诉讼法学博士文库 (1)

刑事和解研究

On Criminal Reconciliation

葛琳 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事和解研究/葛琳著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2008. 4

(法大诉讼法学博士文库)

ISBN 978 - 7 - 81139 - 060 - 5

I. 刑… II. 葛… 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 045057 号

法大诉讼法学博士文库

刑事和解研究

On Criminal Reconciliation

葛琳 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 4 月第 1 版

印 次: 2008 年 4 月第 1 次

印 张: 13. 125

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 350 千字

印 数: 0001 ~ 3000 册

ISBN 978 - 7 - 81139 - 060 - 5/D · 056

定 价: 30. 00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E - mail: cpep@public. bta. net. cn

[www. phcpps. com. cn](http://www.phcpps. com. cn)

[www. porclub. com. cn](http://www.porclub. com. cn)

《法大诉讼法学博士文库》

编 委 会

顾 问：陈光中 杨荣馨 樊崇义

主 任：卞建林

副主任：杨宇冠 顾永忠

委 员：（按姓氏笔画为序）

卞建林 王万华 乔 欣 刘 玫

刘金友 刘根菊 杨宇冠 吴宏耀

肖建华 张树义 宋朝武 顾永忠

高家伟 谭秋桂

总主编：卞建林

编 辑：高伟佳 吴宏耀

总序

21 世纪的中国诉讼法学将向何处去？这是每一位诉讼法学者都应当关心的重要问题。历史是昭示未来的一面镜子。我们不妨先从历史的角度来考察一下我国诉讼法学发展的轨迹和趋势。

我国近代诉讼法学肇始于一百多年前的清末修律。1906 年，清政府创办了京师法律学堂。由沈家本亲自制定的法律学堂章程将刑事诉讼法与民事诉讼法均列为主要课程，这标志着诉讼法学作为一门新兴的学科开始独立存在。之后，夏勤、陈瑾昆、蔡枢衡、熊元襄、石志泉、邵勋、邵锋等学者在翻译和介绍日本、德国等国诉讼法律与诉讼理论方面都作出了杰出贡献，并在此基础上对诉讼法学基本原理进行了可贵的探索。至上世纪四十年代，旧中国的诉讼法学理论体系得以初步形成。

建国以后，随着旧中国的“六法全书”被废除，原有的诉讼法学理论体系和研究成果也被抛弃。受当时的政治环境影响，中国的法学理论工作者开始将目光转向苏联。在 20 世纪 50 年代，伴随着苏联法学教授来华授课，一批苏联的诉讼法学著作被翻译推介到我国。我国学者开始在学习苏联诉讼法律制度与法学理论的同时，结合中国无产阶级专政的实际经验与需要，尝试创建我国的诉讼法学理论体系。然而，不久后的“反右”运动和“文革”动乱，法律虚无主义甚嚣尘上，诉讼法学研究长期陷入停滞。这种状况一直持续到上个世纪 70 年代末。

改革开放以来的 30 年是我国诉讼法学的恢复和迅速发展时期。

随着 1979 年中国第一部刑事诉讼法的颁布实施,我国诉讼法学开始全面“复苏”。在“解放思想、实事求是”方针的指引下,诉讼法学的学术研究变得活跃起来,关于刑事诉讼、民事诉讼、证据理论、司法制度方面的多本专著先后问世。特别是上个世纪 80 年代初、中期,国家统一组织编写刑事诉讼法、民事诉讼法、证据学教材。这些统编教材,发行量大,适用面广,读者群众,影响力巨,基本确立了诉讼法学与证据学的理论框架与教学体系。诚然,此时的诉讼法学仍不够成熟,大多停留在注释法学的阶段,教学和研究的目的是解释法律,宣讲法律,先进的诉讼理念尚未确立。至上世纪 90 年代,此种状况得到很大改善。“刑事诉讼法学的研究登上了一个新的台阶……在理论方面,对刑事诉讼基础理论的研究开始起步并初有成就。”^① 其标志性成果是一系列有关诉讼目的、诉讼构造、起诉制度、审判原理等基本理论问题的学术专著陆续出版。随着我国政治、经济、社会、文化等各个方面日新月异的发展与进步,随着“依法治国,建立社会主义法治国家”基本治国方略的确立与实施,我国社会主义民主与法治建设取得巨大成就。在此大背景下诉讼立法进程加快,诉讼制度日臻完善,诉讼法学理论研究也不断深入。“程序正义”、“人权保障”等先进的诉讼价值观念得到大力弘扬和广泛传播,公平、正义、人权、自由、秩序、效率等价值观念不仅是诉讼理论界热衷探讨的命题,并逐步得到立法和司法实务部门的理解和认同,甚至成为普通百姓耳熟能详的大众话语。进入 21 世纪以来,诉讼法学研究方面最显著的进展莫过于研究方法的转型。不仅实证研究方法受到重视,多元化、跨学科的研究方法也得到了提倡,哲学、社会学、逻辑学、经济学等多学科的研究方法被广泛地应用于诉讼法学和证据法学研究。甚至文理汇聚、社会科学与自然科学交融的现象也已出现,国家自然科学实验

^① 陈光中、卞建林:《刑事诉讼法学研究现状与发展趋势》,载《法学家》1996 年第 2 期。

基地中国政法大学证据科学研究院的成立就是明证。

由以上分析可见,我国诉讼法学的发展史大致可以划分为三个阶段,即萌芽与初创阶段、重建与停滞阶段和恢复与提升阶段。回顾历史,笔者在为我国诉讼法学发展历程的艰难曲折而感叹的同时,也为当前诉讼法学研究所取得的杰出成就而感到欢欣鼓舞。然而,值得注意的是,从历史上看,我国诉讼法学的成长始终伴随着对外来法律文化的学习:从萌芽与初创阶段对日、德等国诉讼理论的借鉴,到重建与停滞阶段对苏联诉讼理论的模仿,再到恢复与提升阶段对美、英等国诉讼理论的引入。达马斯卡曾经告诫我们:“与私法领域相比,程序法的意义和效果更加依赖于外部环境——尤其是直接依赖于所在国家司法制度运行的制度背景。”^① 诉讼法对其制度背景的依赖使得这门学科较之其他学科具有更强的地域性特征。所以,我们需要思考的一个问题是:我们仿效外国经验而建构起来的理论、我们从西方国家那里所引入的理念以及我们参考国外做法而采用的研究方法,是否真的适合于我国?即使这些理论、理念和方法完全适合于我国,那么,中国学者对人类法治文明的独特贡献又何在?

笔者认为,21世纪的中国诉讼法学应当以创建具有中国特色、中国风格诉讼法学理论体系为努力方向。回首过去的一个多世纪,中国诉讼法学在对国外诉讼理论持续不断的“效仿”过程中渐渐迷失了自我,始终未能确立起自身的独立品格。因此,我国学者应当从中国实际出发,在了解和借鉴他国诉讼理论的同时,着力构建具有中国特色、中国风格的诉讼法学理论。这是一项艰巨而长期的历史任务。其艰巨性在于,曾经在世界法制发展史上占有一席之地的中华法系早已风光不在,一百多年来我国所进行的各项法制改革大多是跟在西方国家后面亦步亦趋,我国法学理论缺乏自主发展的

^① [美] 米尔吉安·R. 达马斯卡:《比较法视野中的证据制度》,吴宏耀等译,中国人民公安大学出版社2006年版,第231~232页。

传统。其长期性在于，我国民众存在着根深蒂固的“重实体、轻程序”观念，而观念的转变绝非一朝一夕可以实现的。昂格尔就曾经针对我国古代法律评论道，与其他非欧洲的法相比较，中国法是离“法治（rule of law）”理念最为遥远的一极。^① 因此，在这一现实背景下生成具有中国特色、中国风格的诉讼法学理论体系可能需要几代学人的共同努力。

历史的经验告诉我们，对于任何事业来讲，人才都是关键。从我国京师法律学堂的创办与诉讼法学的诞生可以看出，诉讼法学学科的发展与诉讼法学人才的培养是分不开的。因此，针对我国诉讼法学研究任务的艰巨性和长期性，我们应当进一步加大对青年诉讼法学高级人才，尤其是对诉讼法学博士生的培养力度。法学博士生群体是一支重要的科研力量。博士生们大多风华正茂，正处于人生创造力最为旺盛的时期，有可能提出富有原创性的学术观点；博士生们思维活跃，较少受到成见的束缚，有利于发掘新思维、新视角，不断推陈出新；博士生们拥有最有利的学习环境和条件，有足够的时间和精力就某些专门问题深入钻研。也正是基于这些原因，有人认为，博士学位论文常常能够代表学者一生的最高学术成就。

中国政法大学是全国最早获得诉讼法学博士学位授予资格的高等学府，由于师资队伍、培养模式、图书资料、学术交流等诸多方面的优势，法大培养的诉讼法学博士人数众多，质量上乘，为我国诉讼法学的学科发展做出过重要贡献。早在上个世纪 80 年代末，中国政法大学前校长、诉讼法学学科带头人陈光中先生就呼吁学界进一步加强对刑事诉讼法学基本理论的研究和创新，并引进自然科学和其他社会科学中的相关学科的成果，开拓刑事诉讼法学研究的新领域。^② 在法大导师们的指引下，一批优秀的法大诉讼法学博士

① [日] 滋贺秀三：《中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材》，载《明清时期的民事审判与民间契约》，王亚新等编译，法律出版社 1998 年版，第 3 页。

② 陈光中：《中国刑事诉讼法学四十年（下）》，载《政法论坛》1989 年第 5 期。

生开始对诉讼法学基础理论进行大胆探索，取得了许多填补空白的开拓性研究成果。我国诉讼法学界在上个世纪 90 年代出版的具有代表性的基础理论著作大多是在他们的博士学位论文基础上完成的。曾经取得的辉煌成就使中国政法大学的诉讼法学学科在全国享有盛誉。1999 年，中国政法大学诉讼法学研究中心（2006 年更名为中国政法大学诉讼法学研究院）成立，这是诉讼法学专业唯一入选全国普通高等学校人文社会科学百所重点研究基地的研究实体。从此，中国政法大学在诉讼法学学科建设和人才培养方面掀开了新的一页。

《法大诉讼法学博士文库》是中国政法大学诉讼法学研究院主持编选并组织出版中国政法大学诉讼法学专业（含刑事訴訟法学、民事訴訟法学、行政訴訟法学、证据法学）博士学位论文的系列丛书。这套丛书旨在搭建学术平台，推出诉讼法学新人新作，营造百家争鸣的学术氛围。此外，由于博士学位论文不仅能够反映博士生个人的勤奋和智慧，还常常凝聚了博士生导师们的辛劳和心血。因此，这套丛书的出版也是对法大诉讼法学教学成果的集中展示。我们希望能够通过丛书的出版，进一步培养和造就高素质的诉讼法学博士，推动诉讼法学年轻学者之间的互动和交流，促进我国诉讼法学的繁荣和发展。

中国政法大学诉讼法学研究院院长 卞建林

2008 年 4 月 3 日于北京

序

刑事和解目前是刑事理论界与实务界的共同热点，这是比较少见的现象，因为理论界与实务界往往会因为立足点的不同在关注的问题上有所差异。刑事和解能够集万千宠爱于一身，足以说明这个课题具有其内在的价值和魅力。葛琳对刑事和解的关注应该是始于2005年下半年，那时刑事和解还是很少人问津的前沿问题，她最初与我商讨博士论文题目时，在“恢复性司法”和“刑事和解”这两个题目间还有些犹豫，经过数次讨论，在我的支持下，她最终以“刑事和解研究”为题开始了博士论文的写作征程。两年之后，在“和解热”如火如荼之时，她把厚实的书稿摆在了我的面前，我为她能在这个领域进行有益的探索感到欣慰。

国内早期的刑事和解研究有一种通行的思路，就是将国外的恢复性司法潮流直接作为我国刑事和解的理论基础，缺乏对我国有关和解的文化传统和生长土壤的关注和探讨。事实上，“和解”的理念要远远早于20世纪六七十年代才流行于西方的恢复性司法，和解的尝试几乎贯穿了人类社会的各个历史阶段。对于中国这样一个崇尚“和合文化”的国度而言，传统上并不缺乏以“和”为主导的制度设置，刑事和解非但不是舶来品，而且自古以来就是生发于本土的经验事实，只不过近年来在司法机关和学者有意识的推动下自觉地吸收国外恢复性司法的一些有益经验。所以，在论证刑事和解对我国的重要意义时不能仅仅以国外的潮流为依据，必须关注中西方历史文化和民族心理的差异，挖掘基于我国文化传统、民族习惯的可行性和正当性。葛琳在这方面作了较为深入的探究，通过丰富的资料回溯了刑事和解的历史轨迹，特别是在中国古代和近现代

的历史轨迹，总结了刑事和解兴衰变迁背后的规律，从而揭示了构建我国刑事和解制度的一些有益的历史资源。

刑事和解本身是一个跨学科的课题，与法学之外的许多理论密切相关。这既是这个课题的难点，也是它引人注目之处。作者克服了学科的局限，吸收和借鉴了政治哲学、心理学、经济学等学科的研究成果来探讨刑事和解的理论依据，并通过 32 个发生在我国和国外司法实践中的真实案例具体分析了刑事和解的特点、要素、模式以及实践中的制约因素等，从而具体而鲜活地探讨了刑事和解制度，这也是本书在研究方法上的一个重要特色。

在观点创新上本书也不乏亮点。在研究视角上，本书提出要从刑事政策和民间法两个角度入手来研究刑事和解。刑事政策是刑事和解制度得以确立的动因，民间法则是刑事和解得以生发的土壤。两者一个是自上而下的推动力，一个是自下而上的影响力，二者共同决定了刑事和解制度的发展方向。这种对研究视角的宏观概括有助于我们理清有关刑事和解的众多理论脉络。在探讨刑事和解的出现与传统刑事法理论的互动时，作者在对传统理论进行反思的基础上提出了相对罪刑法定原则、包含纠纷解决在内的刑事诉讼多元目的观、合作式诉讼模式、被害人消极诉权等新颖观点。

理论探讨之外，本书还对刑事和解制度构建中的焦点问题提出了不少建设性意见。对于刑事和解案件范围的设定，作者以宽严相济的刑事政策为指导，从案件轻重范围和案件种类范围两个角度进行分析，不主张笼统地以重罪、轻罪来界定适用刑事和解的案件范围，而支持采用严格规定与司法裁量相结合的方式，由立法首先对刑事和解案件的范围作出原则性规定，再用排除的方法列举不允许适用刑事和解的案件，其他案件由司法机关根据具体案情斟酌决定是否适用刑事和解；对于刑事和解的模式选择，本书通过总结国内外具体实例归纳出了实践中存在的三种刑事和解模式：自和—申请模式、公权力机关促和模式和第三方促和模式，并提出了我国刑事和解模式的发展路径是以“自和—申请”模式为主、“委托模式”

为补充的观点；对于刑事和解制度的具体构建，作者分侦查、起诉、审判、执行四个阶段具体列举了可能遇到的问题并提出了相应的解决方案。这些观点对于当前司法实践都颇具价值。

当然，作为一本书斋之作，本书的一些观点尚未获得实践的验证，还有待商榷。对于刑事和解这样一个实践操作性很强的题目，如果能够通过调研获得第一手的实证资料加以分析和佐证，对观点和结论的说服力会更强一些。

在我的众多学生之中，葛琳不属于聪明的那类，但踏实努力，勤于笔耕，在读博期间获得了多项奖励。我希望这本书成为她的学术起航之作，从此开始虽有风浪但乐趣无穷的学术征程。

是为序。

陈光中
2007年11月

目 录

引论 刑罚之后又如何	(1)
一、世界性难题	(1)
二、我国刑事司法系统所面临的问题	(4)
三、刑事和解研究的价值与现状	(7)
四、本书的分析方法	(10)
第一章 刑事和解之基本理念	(12)
第一节 什么是刑事和解	(12)
一、“和”与“解”	(12)
二、一般意义上的和解	(14)
三、法律视野中的和解	(16)
四、本书所研究之刑事和解	(18)
五、刑事和解与相关概念之辨析	(21)
第二节 研究刑事和解的两个视角	(29)
一、刑事政策视角	(30)
二、民间法视角	(36)
第三节 刑事和解的性质	(39)
一、刑事和解是一种刑事纠纷解决途径	(39)
二、刑事和解是一种诉讼行为	(41)
三、刑事和解是一种公法契约	(43)
第四节 刑事和解的功能	(44)
一、有利于提高纠纷解决的满意度	(44)
二、有利于实现诉讼效益	(46)
三、有利于构建和谐社会	(48)

第五节 刑事和解的正义观	(51)
一、合意正义	(52)
二、恢复正义	(58)
三、个案正义	(61)
第二章 刑事和解之历史轨迹	(64)
第一节 刑事和解在人类社会的演变轨迹	(64)
一、血亲复仇——同态复仇——赎金和解的转变	(64)
二、从原始和解到法定和解	(68)
三、国家的兴起与刑事和解的衰落	(71)
四、20 世纪 50 年代以来国家法“强制力” 观念的弱化	(72)
五、刑事和解的复兴	(74)
六、刑事和解兴衰变迁背后的规律	(77)
第二节 刑事和解在中国的历史轨迹	(82)
一、中国古代的刑事和解	(82)
二、陕甘宁边区的刑事和解	(107)
三、新中国成立后的刑事和解	(112)
第三节 现代西方各国刑事和解实践	(114)
一、英美法系的刑事和解制度	(114)
二、大陆法系的刑事和解制度	(126)
第三章 刑事和解之理论依据	(133)
第一节 刑事和解之政治哲学依据	(133)
一、市民社会和政治国家理论对刑事和解的影响	(134)
二、主体性理论对刑事和解的影响	(139)
第二节 刑事和解之经济学依据	(143)
一、经济人预设——经济分析的前提	(144)
二、从当事人角度对刑事和解的成本收益分析	(146)
三、从国家角度对刑事和解的成本收益分析	(151)
第三节 刑事和解之心理学依据	(157)

一、宽恕与忏悔的心理学研究对刑事和解的影响	(157)
二、叙事心理治疗	(162)
第四节 刑事和解之文化依据	(168)
一、我国传统文化对刑事和解的影响	(168)
二、国外宗教文化对刑事和解的影响	(173)
第四章 刑事和解与刑事法理论之互动	(180)
第一节 刑事和解与犯罪学理论	(180)
一、犯罪性质认识的转变对刑事和解的影响	(180)
二、犯罪类型学的发展对刑事和解的影响	(183)
三、标签理论对刑事和解的影响	(187)
第二节 刑事和解与刑法理论	(193)
一、刑事和解与罪刑法定原则	(193)
二、刑事和解与人身危险性	(198)
三、刑事和解与社会危害性	(200)
四、刑事和解与刑罚	(202)
五、刑事和解与刑事责任	(204)
第三节 刑事和解与刑事诉讼法理论	(205)
一、刑事和解与诉讼目的	(205)
二、刑事和解与诉讼模式	(210)
三、刑事和解与诉讼分流	(216)
四、刑事和解与被害人消极诉权	(222)
第五章 刑事和解之制度要素	(229)
第一节 刑事和解的参与主体	(229)
一、加害人	(229)
二、被害人	(232)
三、国家公权力机关	(235)
四、社会促和力量	(236)
五、律师	(243)

第二节 刑事和解的案件范围	(246)
一、为什么刑事和解——影响当事人选择刑事纠纷 解决方式的因素	(246)
二、刑事和解的案件范围	(255)
第三节 刑事和解的适用条件	(270)
一、被告人认罪并悔过，双方对案件事实无争议	(271)
二、双方自愿	(273)
三、符合法律允许的刑事和解案件范围	(273)
第四节 刑事和解的责任形式	(274)
一、加害人的责任形式	(274)
二、被害人的责任形式	(278)
第五节 刑事和解协议	(278)
一、和解协议的效力	(278)
二、和解协议的反悔	(280)
三、和解协议内容的机密性和免责性	(281)
第六章 刑事和解之建构图景	(283)
第一节 中国刑事和解现状分析	(283)
一、刑事和解在中国的现行法律依据	(283)
二、各地试点概况	(285)
三、实践中的刑事和解特点	(298)
四、刑事和解在司法实践中发挥的积极效果	(301)
五、刑事和解在司法实践中遭遇的阻力与思考	(303)
第二节 刑事和解之制度体系构建	(315)
一、原则性规定	(317)
二、范围	(319)
三、条件	(320)
四、模式	(320)
五、和解协议	(320)
六、一般程序	(320)

第三节 刑事和解之模式选择	(321)
一、理论界有关刑事和解模式之争	(321)
二、实践中的刑事和解模式	(323)
三、我国刑事和解之模式选择	(337)
第四节 具体诉讼阶段的刑事和解制度之构建	(339)
一、侦查阶段的刑事和解	(339)
二、起诉阶段的刑事和解	(343)
三、审判阶段的刑事和解	(348)
四、执行阶段的刑事和解	(359)
第五节 刑事和解制度的保障机制	(363)
一、微观制度保障	(363)
二、宏观环境保障	(371)
结语 从刑事和解看中国未来刑事法的走向	(376)
参考文献	(381)
后记	(396)