

广东财大法学学术文库

刑事和解的法制化构建

XINGSHI HEJIE DE FAZHUIHUA GOUJIAN

蒋石平◎著



中国政法大学出版社

广东财大法学学术文库

刑事和解的法制化构建

XINGSHI HEJIE DE FAZHIHUA GOUJIAN

蒋石平◎著



中国政法大学出版社

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

刑事和解的法制化构建/蒋石平著. —北京:中国政法大学出版社, 2015. 5
ISBN 978-7-5620-6073-4

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

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第105989号



出版者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话 010-58908586 (编辑部) 58908334 (邮购部)
编辑邮箱 zhengfadch@126.com
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 720mm × 960mm 1/16
印 张 15
字 数 250 千字
版 次 2015 年 5 月第 1 版
印 次 2015 年 5 月第 1 次印刷
定 价 39.00 元

广东财经大学法学院学术文库

编辑委员会

主 编：杜承铭

副主编：邓世豹

编委会成员（按姓氏拼音为序）：

邓世豹	杜承铭	房文翠	孟国碧
袁碧华	钟立国	朱孔武	

TOTAL ORDER 总序

我国的改革开放事业已进入一个全新的发展阶段。面对新形势新任务，全面建成小康社会，进而建成富强、民主、文明、和谐的社会主义现代化国家，实现中华民族伟大复兴的中国梦，必须全面推进依法治国。建设中国特色社会主义法治体系和社会主义法治国家是一项系统工程，它的推进需要全社会的共同努力，也仰赖于法学学术研究的发展和进步，需要优秀的法学理论成果的支持。

广东财经大学法学院从成立至今已经走过了22个春秋。22年来，法学院在师资队伍建设、专业建设、学科建设、人才培养、社会服务等方面都取得了突出的成绩，已经发展成为广东省乃至华南地区重要的法学人才培养基地。为了促使法学院学科建设和科学研究迈上一个新的台阶，培育一批优秀的法学研究人才，产出一批优质的理论研究成果，为国家法治建设尽一点绵薄之力，在中国政法大学出版社的大力支持下，我们组织撰写、出版这套“广东财大法学学术文库”。

“广东财大法学学术文库”以反映广东财经大学法学院教师的最新学术研究成果，促进广财法学学科建设的发展和繁荣，促进广财法学科学研究和人才培养，构建广财法律人对外学术交流的新平台，扩大广财法学的社会影响，提升广财法学的学术地位为基本宗旨。

“广东财大法学学术文库”的学术队伍具有系统而深厚的法学理论基础，宽广而扎实的法学专业知识功底，具有很强的创新意识、较高的理论造诣和较强的科研能力。入选“广东财大法学学术文库”的著作将密切关注法学学术前沿，紧密联系经济、社会发展的实际，牢牢把握时代的脉搏，坚持立足中国实际和拓展国际视野的原则，充分反映最新的法学研究思想成果，为中

国的法学研究事业添砖加瓦。

我们愿意将“广东财大法学学术文库”作为广东财经大学法学院成年的礼物，献给一直以来关心、支持、帮助法学院发展的领导、专家、朋友们，献给我们同舟共济、艰苦奋斗的同事们。

我们希望“广东财大法学学术文库”的学术成果日益丰富，成为广财法律学人茁壮成长的生机勃勃的学术园地，成为广财法学院对外展示高层次理论研究成果的重要窗口，为争奇斗艳的中国法学研究的学术大花园增添一朵亮丽的奇葩，为法学学科建设和科学研究事业的蓬勃发展，为促进中国现代法治建设和社会文明进步奉献我们的一分力量。

我们对为“广东财大法学学术文库”的策划、出版付出辛勤劳动的中国政法大学出版社的编辑、各位评审专家和编委表示衷心的感谢！

广东财经大学法学院

2015年4月12日

PREFACE 序 言

基于传统的报应主义理论与罪责刑相适应原则的影响，国家往往将刑罚作为回击加害人的应然手段，而被害人因犯罪行为所遭受的各种损失，除可计算的直接因犯罪行为而遭受的物质损失外，次生损失（如被害人为家庭唯一创收来源而导致的收入基本丧失）以及精神损失，亦缺乏一套行之有效的弥补机制。在“以暴制暴”的刑罚观念与“弥补机制失效”的双重作用下，加害人、被害人双方的关系在缺乏沟通平台的情况下日益恶化，犯罪所破坏的社会关系不能得到有效地修复，且与新时期构建和谐社会的内在要求相脱节。

自20世纪70年代始，西方发达国家在恢复性司法理论导引下，通过程序变革，在司法实践中逐步尝试“刑事和解”的案件处理方式，收到了良好的社会效果。进入21世纪后，随着中西方法律文化的广泛交流，尤其是随着我国改革开放的广泛深入，新时期的刑事司法面临诸多矛盾和挑战。近年来，理论界和实务界都对传统的司法理论和司法实践进行了深刻反思进而开始高度关注“中国式的刑事和解”。

2011年，最高人民法院刑四庭选择“刑事和解”作为研究课题，在全国范围内进行了广泛调研。同年，作者有幸成为广东省人文社科重点研究基地项目《刑事和解的法制化构建》的课题主持人。随后，跟随最高院刑四庭课题组对广东地区部分法院的刑事和解实务进行了抽样调研，获取了大量宝贵的课题资料，在充分占有资料并消化吸收的基础上，本课题组集思广益，对未来我国刑事和解的法制化构建不揣浅陋，在深入思考和论证的基础上，提出了课题组的初步构想，权当抛砖引玉。

诚然，刑事和解程序被列入2012年《中华人民共和国刑事诉讼法》（修

正案)后,进一步引起了海内外的高度关注和好评,但不可否认,由于我国对“刑事和解”的理论研究起步较晚,司法实践亦不充足,本次修改尚有诸多不尽如人意之处,尤其是新刑事诉讼法尚未能触及的“重罪刑事和解”更显理论研究价值和更具实践功效。故此,在作者看来,刑事和解的理论研究和实践探索仍处进行时,其画龙点睛之笔尚待博学有识之同仁划就。

是为序。

蒋石平

2015年3月31日

CONTENTS 目 录

总 序 / 1

序 言 / 3

第一章 中外刑事和解制度 / 1

第一节 西方的刑事和解制度 / 1

一、德国的刑事和解制度 / 3

二、英国的刑事和解制度 / 5

三、法国的刑事和解制度 / 7

四、美国的刑事和解制度 / 9

五、新西兰的刑事和解制度 / 11

六、日本的刑事和解制度 / 12

第二节 中国的刑事和解制度 / 13

一、古代中国的刑事和解 / 13

二、近现代中国的刑事和解 / 15

三、当代中国的刑事和解 / 18

第二章 广东省刑事和解试点工作的实证分析 / 23

第一节 刑事和解适用条件的考察与评析 / 23

一、刑事和解适用条件的基本情况 / 23

二、刑事和解适用条件之评析 / 24

第二节 刑事和解主持人的考察与评析 / 28

一、刑事和解主持人的基本情况 / 28

二、刑事和解主持人之评析 / 30

第三节 协商内容的考察与评析 / 31

一、协商内容的基本情况 / 31

二、和解协商内容之评析 / 32

第四节 和解赔偿与刑罚适用的考察与评析 / 34

一、赔偿方式与数额的基本情况 / 34

二、赔偿方式与数额之评析 / 36

第三章 刑事和解制度的六大核心议题 / 38

第一节 刑事和解的创设动机：从报应主义刑罚观过渡到恢复性司法 / 38

一、报应主义刑罚观的历史源流及其局限性 / 38

二、从惩罚性为主向修复性为主的转变 / 43

三、恢复正义理论与社会主义和谐社会理念的相互融合 / 47

第二节 刑事和解的渊源：国家法律与民间规范的博弈 / 50

一、民间规范的基本内涵及其作用 / 50

二、民间规范在我国刑事领域的适用状况 / 52

三、民间规范在我国刑事和解中盛行的原因 / 54

四、民间规范介入刑事领域的本质 / 58

五、民间规范与国家法律在刑事和解制度中的冲突 / 59

六、民间规范成为刑事和解制度渊源的正当性 / 63

第三节 刑事和解的适用范围：重罪和解的可行性研讨 / 65

一、重罪的界定 / 65

二、重罪和解的现状考察 / 66

三、重罪和解的可行性争议 / 73

四、重罪和解争议的实质及可行性分析 / 76

第四节 刑事和解的主持人：司法机关与民间主体的比较 / 79

一、刑事和解主持人的概念及其功能 / 79

二、刑事和解主持人的主体范围及运作模式 / 81

三、不同主体担任和解主持人的利弊分析 / 86	
四、和解主持人的选任模式及配套条件 / 91	
第五节 刑事和解的事实观与证明标准 / 94	
一、刑事诉讼事实与证明标准刍议 / 94	
二、刑事和解事实观的定位及其证明标准的特殊性 / 102	
第六节 刑事和解的监督：“钱刑交易”还是“合意息讼” / 105	
一、“钱刑交易”与“合意息讼”的概念区分 / 105	
二、刑事和解是“合意息讼”的原因分析 / 106	
三、确立刑事和解监督制度的必要性 / 109	
四、确立刑事和解监督制度的可行性 / 111	
 第四章 刑事和解制度的法制化构建 / 117	
第一节 刑事和解的立法模式 / 117	
一、域外刑事和解立法模式考察 / 117	
二、我国刑事和解立法模式选择 / 124	
第二节 刑事和解的基本原则 / 125	
一、刑事和解原则的概念 / 125	
二、刑事和解原则的内涵 / 127	
第三节 刑事和解的案件范围 / 131	
一、刑事和解适用范围的分歧 / 132	
二、划定刑事和解适用范围的考量依据 / 133	
三、若干特殊案件适用刑事和解的可行性探讨 / 137	
四、不得适用刑事和解制度的案件类型 / 143	
第四节 刑事和解的适用条件 / 145	
一、学界对刑事和解适用条件的观点 / 145	
二、域内刑事和解的适用条件 / 146	
第五节 刑事和解的参与主体 / 155	
一、刑事和解主体范围的确定 / 155	
二、刑事和解被害人 / 159	

三、刑事和解被害人 / 163

四、刑事和解主持人 / 166

五、国家公权力机关 / 167

六、其他刑事和解参与人 / 169

第六节 刑事和解的适用阶段 / 171

一、刑事和解适用阶段的争议 / 172

二、刑事和解适用于刑事诉讼各个阶段的原因 / 172

三、立案阶段的刑事和解 / 174

四、侦查阶段的刑事和解 / 176

五、审查起诉阶段的刑事和解 / 179

六、审判阶段的刑事和解 / 183

七、执行阶段的刑事和解 / 186

第七节 刑事和解实践模式之考察与反思 / 187

一、刑事和解模式之一般考察 / 187

二、域外刑事和解实践模式之比较与评析 / 192

三、中国刑事和解实践模式的考察与反思 / 199

第八节 刑事和解的监督措施 / 210

一、刑事和解的监督原则 / 210

二、刑事和解监督的内容 / 212

三、刑事和解监督措施的设置 / 214

附 录 / 219

案例一 方某等故意杀人案 / 219

案例二 常甲交通肇事与危险驾驶案 / 222

案例三 陈某祥等故意伤害案 / 225

第一章 中外刑事和解制度

第一节 西方的刑事和解制度

按照目前通行的西方法律界的观点，特别是美国犯罪学家约翰·R. 戈姆在《刑事和解计划：一个实践的 and 理论架构的考察》一文中对刑事和解进行的较为全面的阐述。这篇文章提出，刑事和解的理论基础主要有恢复正义理论、平衡理论和叙说理论。^{〔1〕}这也是现代西方社会中，各个国家和地区构建本土刑事法律援助的理论基础与追求的价值所在。

第一，恢复正义理论。恢复性司法的理论与实践兴起于20世纪70年代的西方国家。根据联合国《关于在刑事事项中采用恢复性司法方案的基本原则》第1项的规定：恢复性司法通常是指在调解人帮助下，被害人和罪犯及酌情包括受犯罪影响的任何其他个人或社区成员共同积极参与解决有关犯罪产生的问题。尽管现在对恢复性司法的理论研究较多，但实践中系统的规则设计却十分有限。正如有学者指出：恢复性司法在目前更多地体现为一种治理犯罪的理念，一种解决纠纷的理念，不能笼统地称为一种司法理念，更不能简单地归结为一种司法范式。^{〔2〕}

恢复正义理论试图通过以被害人心理康复和重建为目标，对正义的整体观念为基础的早期社会规范的恢复来重构对犯罪行为的回应。恢复正义理论认为，就帮助被害人这一点而言，政府对加害人简单的处罚或者通过刑事司法程序化解冲突，与恢复正义理论指导下所建立的犯罪处理方式与传统的犯

〔1〕 王俊、董建兵：“刑事和解的历史解读与现代构建”，载《金陵法律评论》2007年第2期。

〔2〕 马明亮：《协商性司法——一种新程序主义理念》，法律出版社2007年版。

罪处理模型及对犯罪行为人的责任、复归社会、社会评价和被害人赔偿的强调是一致的。从本质上说,恢复正义理论是一种表达了社会和文化规范及公众对正义的期待和关注的更高形态的社会秩序理论。〔1〕

恢复正义理论特征有三个方面:其一,恢复正义理论强调犯罪不仅是对法律的违反,对社会权威的侵犯,更是对被害人、社会,甚至是犯罪人自身的伤害;其二,恢复正义理论还强调刑事司法程序应有助于对这些伤害的弥补;其三,恢复正义理论不仅认为政府对犯罪行为的社会回应方面的权力独占性,更需要被害人与社会的共同参与。〔2〕

传统的刑事司法理念重视刑与罚,认为只要是加重刑与罚就可以起到弥补损害,恢复秩序,预防犯罪的效果。但是被害人看到的仅仅是犯罪人的利益被剥夺,而自己受到的损失却没有得到赔偿。刑事和解制度希望平衡被害人、加害人和社会三方面的利益,共同解决纠纷,恢复被破坏的秩序。它要求加害人自愿加入到弥补被害人伤害的行动中来,让受到影响的人们参与到对破坏行为后果的评判中来,帮助加害人认识到自己的行为给他人、社会、甚至是自身带来的伤害与损害后果,达到弥补和预防的效果。这是一种人性化、平等化的解决方式。

第二,平衡理论。平衡理论主要以被害人对公平正义的合理期待的相对朴素的观念为前提。当原本的公平正义被加害人的行为打破时,必然会给被害人带来多方面的负面影响,为了恢复到破坏前的原有状态,被害人往往会选择成本较小的方式来达到弥补的预期效果。通常情况下,如果能达到相同的预期效果,恢复的成本越低,被害人选择这种方式的可能性就会随之越大。

任何一种纠纷解决的方式必然会有成本的投入,无论是时间、人力、物力和机会成本等等,刑事诉讼过程就像是一条完整的流水作业线,它能够兼顾各种案件类型,最终使得公平正义得以彰显。但问题就在于兼容性越大,对于案件的解决来说就未必会是最优的选择。相对于繁琐复杂、难以预知的诉讼过程,利用刑事和解解决纠纷使得被害人更接近自己在时间成本上的预期。刑事和解给被害人提供了与加害人直接或间接协商处理冲突的机会,它使得被害人的主张得到最大限度的尊重与考虑。另一方面也使得加害人发

〔1〕 刘方权、陈晓云:“西方刑事和解理论基础介评”,载《云南大学学报》2003年第16期。

〔2〕 马静华:“刑事和解制度论纲”,载《政治与法律》2003年第4期。

内心地认识到自己行为的危害性并加以反省,防止自己再次犯罪,更积极主动地履行和解协议,有效地减少了诉讼成本,具有高效率、低风险的优点。

第三,叙说理论。叙说理论源自于弗洛伊德的精神分析治疗中的“自由联想”。叙说理论将刑事和解当作被害人叙说伤害的过程,并将被害人的叙说视为一种治愈其心灵创伤的心理治疗活动。它倡导被害人在无束缚的环境中将自己对加害人及其犯罪行为带给自己的伤害后果的想法和评价全部倾诉出来,以此减轻犯罪行为带给自己的心灵压迫力。该理论认为,单个被害人的犯罪案件的发生不是一个偶然的事件,加害人必须就其侵犯被害人的行为负责,而将这一事件在一个最应对此负责的加害人面前重构事件的经过,这一过程具有非常重要的意义。刑事和解的过程实质上可被视为一个包括情节、人物和主题的叙事倾诉过程。^{〔1〕}通过这种动态的叙说过程,使得被害人与加害人之间产生情感共鸣,最终促使刑事和解协议的达成。在这个过程中,被害人不仅仅是事件的再次重述者,而且也是宣泄情感的主体,从反面看,加害人不仅是事件的倾听者,更是被害人宣泄情感的对象。这种直观面对宣泄情感对象的方式、对双方当事人的情绪疏导都起到了很好的作用。

一、德国的刑事和解制度

德国是迄今为止关于刑事和解规定的最为详细、最为全面的国家之一。伴随着德国恢复性司法的研究与实施,恢复性司法成了德国司法界的重点研究对象。在20世纪80年代中期德国对恢复性司法进行了第一次试点研究。在立法层面上,《德国少年法院法》(又称少年刑事法)、《德国刑法典》、《刑事诉讼法典》都从不同的角度规定了刑事和解制度的具体内容。1998年《德国少年法院法》第5条规定:①少年实施犯罪行为的,可命令教育处分;②教育处分不能奏效时,科处惩戒措施或少年刑罚。第45条第2款:如已执行教育处分,检察院认为法官已无科处少年刑罚必要时,检察官可免于起诉,科以违法少年命令教育处分,如与被害人和解。实际上,这是将刑事和解制度作为了一种转处措施进行设置。在实施《德国少年法院法》之后,《德国刑法典》对于刑事和解制度的适用做出了进一步予以扩大化的规定。如《德国刑法典》第46条a规定:“行为人是有下列情形之一的,法院可依据第49条

〔1〕 刘方权、陈晓云:“西方刑事和解理论基础介评”,载《云南大学学报》2003年第16期。

第1款减轻其刑罚,或者,如果可能科处的刑罚不超过1年自由刑或360单位日额金之附加刑时,免除其处罚:(1)努力与被害人达成和解,其行为全部或大部分得到补偿。或努力致力于对其行为进行补偿时,或又,被害人的补偿要求全部或大部分得到实现时……”随后,《德国刑事诉讼法》进一步将刑事案件分为自诉案件与公诉案件,以区分刑事和解适用的情况。《德国刑事诉讼法》第380条规定了对一些自诉案件实行调解制度,这些案件另有在州司法管理部门指定的调解机构调解不成立后才能提起诉讼;第153条规定对公诉案件中的轻罪案件,经过犯罪人的同意和办案法官的许可,检察官可以对案件不予起诉,同时科处犯罪人相应的义务,如犯罪人赔偿其犯罪行为所造成的损失等,若犯罪人按要求履行义务,犯罪就不再被起诉。

另外,要想达成和解协议,真正做到案结事了,加害人与被害人之间进行充分的沟通就显得尤为重要。在德国的刑事和解制度中对于这一沟通的过程非常重视,为了最终使双方在自愿的基础上达成调解协议,在制度安排上,德国设置了中介机构介入到和解过程中,如专门的“纠纷调停人”和“解决调停人”。^{〔1〕}和解程序最终达成口头或书面的协议,在双方当事人之间发生法律效力,要求双方尊重和解协议并按照协议限期履行。当然,中介机构在和解程序中并不是必需的,加害人与被害人直接接触的自主协商同样为法律所允许。

可以看出,德国的刑事和解制度主要由司法机关主持或推动,司法职权在程序中发挥了积极的作用,主导着刑事和解的开始与终结。

德国的刑事和解模式具有以下几方面的特点:

(1) 最先适用于青少年犯罪,后来才逐渐扩大到适用于成年人的犯罪案件中。虽然《德国刑法典》对刑事和解制度的适用没有限制,但在实践中仍然有具体的要求:①愿意参加者;②被害人是个人的;③坦白的加害人;④案件的事实和状况能明确地证实;⑤限于轻微犯罪和一般的犯罪,对于性犯罪和暴力犯罪只在若干例外中适用。^{〔2〕}

(2) 刑事和解的推动与主持由专业人士进行,具体说来,是由法官或专业调解人士在刑事和解中发挥积极的作用。近年来,高等院校和其他机构纷

〔1〕 刘凌梅:“西方国家刑事和解理论与实践介评”,载《现代法学》2001年第2期。

〔2〕 刘凌梅:“西方国家刑事和解理论与实践介评”,载《现代法学》2001年第2期。

纷开设了中长期的本科生、研究生课程，成绩合格者被颁发担任刑事调解员的证书或文凭，有的课程还授予调解学科的硕士学位。^{〔1〕}由此可见，德国对于构建刑事和解制度已经具备规范化和专业化的要求。

（3）德国刑事和解制度重视被害人的利益保护。1941年德国犯罪学家汉斯·冯·亨蒂首次提出：“被害人在犯罪与预防犯罪的过程中，不只是一个被动的客体，而是一个积极的主体。不能只强调罪犯的人权，而且要充分地肯定和坚决保护被害人的人权。”^{〔2〕}随后，在20世纪六七十年代，西方国家的被害人学蓬勃发展并出现了“被害者导向”的刑事政策思潮。在这股思潮中，对于如何保障被害人的权利成了学者们热议的话题。^{〔3〕}

二 英国的刑事和解制度

20世纪80年代后期，英国的司法部门开始对刑事和解制度的可行性进行考察与研究。英国司法改革报告《所有人的正义》中就指出：“扩大运用司法矫正计划，如果罪犯与被害人、社区代表和其他人士会面，以讨论如何消除处理犯罪的后遗症及让罪犯看到未来的希望。这样做有助于被害人向罪犯转达其罪行的后果，以及影响罪犯为其罪行做赔偿。”^{〔4〕}在这一目标之下，英国首先针对少年犯的特殊性，将刑事和解程序率先适用于处理青少年的犯罪案件中，后逐渐扩展至成年人犯罪的处置，适用的案件范围主要包括财产类犯罪和成年人初次犯罪的案件。

20世纪90年代末期，英国正式将“恢复性司法”理念和刑事和解制度纳入到青少年犯罪的司法处理中。1993年，立法者对于这种司法实践做出了较为明确性的规定，《刑事诉讼法典》中针对共和国检察官的调解行为就进行了规定。除此之外，法律规定由分散的司法机构——“司法诊所”调解较轻的青少年犯罪案件和犯罪情节轻微的刑事案件，在经由中立第三方调解或和

〔1〕〔德〕韦歇尔·凯尔希林：“德国恢复性司法的发展”，周遵友、刘仁文译，载《刑法论丛》2009年第1期。

〔2〕〔德〕汉斯·约阿希德·施耐德：《国际范围内的被害人》，许章润等译，中国人民公安大学出版社1992年版，第419页。

〔3〕刘凌梅：“西方国家刑事和解理论与实践介评”，载《现代法学》2001年第2期。

〔4〕最高人民法院研究室组织编译：《所有人的正义——英国司法改革报告》，中国检察出版社2003年版。