

中外刑事 和解之辩

WESTERN VS. ORIENTAL, A STUDY
ON CRIMINAL JUSTICE RELATED MEDIATION
FROM COMPARATIVE PERSPECTIVE

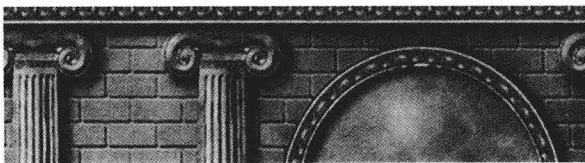


刘路阳◎著

中国检察出版社

中外刑事 和解之辩

WESTERN VS. ORIENTAL, A STUDY
ON CRIMINAL JUSTICE RELATED MEDIATION
FROM COMPARATIVE PERSPECTIVE



刘路阳◎著



中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中外刑事和解之辩/刘路阳著. —北京: 中国检察出版社, 2013. 2
ISBN 978 - 7 - 5102 - 0828 - 7

I. ①中… II. ①刘… III. ①刑事诉讼 - 和解 - 研究 - 世界
IV. ①D915. 304

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 010041 号

中外刑事和解之辩

刘路阳 著

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷东街 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 ([www. zgjccbs. com](http://www.zgjccbs.com))

电 话: (010)68630384(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 三河市西华印务有限公司

开 本: 720 mm × 960 mm 16 开

印 张: 29.5 印张 插页 4

字 数: 546 千字

版 次: 2013 年 2 月第一版 2013 年 2 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 0828 - 7

定 价: 68.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

目 录

Catalogue

理论篇

- 中外刑事和解之辩 (1)
- Western Vs. Oriental, A Study on Criminal Justice Related Mediation
from Comparative Perspective (19)
- 刑罚、自控与社会融合——“宽严相济”刑事政策预防与控制青少
年重新犯罪功能研究 (43)
- Discuss Braithwaite's Theory of Reintegrative Shaming Can Explain
Why People Commit Crime. (布雷思维特 “归化性羞辱理论”
解释犯罪成因论辨析) (94)
- Offender in Restorative Justice: Theory on Reducing Recidivism (对
犯罪人实施恢复正义：阻却重新犯罪的理论) (104)
- Is A General Theory of Crime Possible? (“普遍适用犯罪成因论”
是否可行?) (112)
- Restorative Justice, Emotion, a Cost - Free Solution to Crime (恢复
正义、情感：一个零损耗的犯罪解决策略) (123)

实证篇

- A Comparative Study on Harsh Punishment and Crime Prevention
(严厉惩罚与犯罪预防关系比较研究) (135)
- Longitudinal Study on Chinese Juvenile Recidivism in Restorative Justice
(刑事和解中的青少年犯罪纵向研究) (197)



Advanced Criminological Research Methods (犯罪学高等研究方法论 实证)	(208)
---	-------

实践篇

浅议以刑事和解消除“涉法上访”	(281)
恢复性司法与“宽严相济”刑事政策	(287)
恢复正义型司法：后犯罪反应模式的新思路	(318)
What Values Can Legislation Bring to Restorative Justice? (立法对恢 复性司法的影响?)	(328)
Restorative Justice, A New Solution to Crime from China's Perspective (恢复性司法，中国刑事司法改革前瞻)	(337)
加强检察监督 实现刑事和解的价值回归	(393)

相关领域

对当前我国刑事被害人救助制度的思考	(405)
The Law Without Just May Create Crime (法失正义必生犯罪)	(424)
A Study on Desistance Process from Social Cognitive Approach (论析社会认知对远离犯罪过程的影响)	(443)

理论篇

中外刑事和解之辩*

与审判的权威性、强制性解决纠纷方式不同,调解则是一种非正式的、协商性的社会调控机制,在定分止争、维护社会稳定方面与诉讼共同发挥着重要的作用。世界各国在其历史上都存在选择谈判调解作为解决冲突和争端的传统。^① 20世纪60年代,伴随着“被害人主义”、“刑罚轻刑化”、人权保护主义、女权主义运动的兴起,以受害人利益救济为导向的被害人/犯罪人对话调解制度(Victim/Offender mediation,简称刑事和解^②) 在欧美等国的司法、诉讼制度中重新得到重视并成为司法改革的趋势。^③ 与我国的调解制度相同,刑事和解具有主张通过第三方协调冲突双方的矛盾与仇恨、促成谅解、重视重

* 本文在《东西方法律文化语境下的刑事调整比较研究》(与贺恒扬合著,载于《人民检察》2009年第11期)基础上撰写。

① [美]唐纳德·布莱克:《社会学视野中的司法》,郭星华等译,法律出版社2002年版,第81页。

② 关于VOM的翻译,笔者随主流的译法,目的是将欧美的刑事和解与我国“宽严相济刑事政策”的相似探索作一形式上的区别。关于译文,笔者认为无需就某个外文单词是否对照中文字准确与否而追根刨底,特别是法律术语。因为国外的法律制度、文化和社会经济框架下的词汇,很可能在我们的法律体系内找不到一一对应的词句。重要的是将该法律术语的外延和内涵研习深透,即使新造词也无妨(例如刑事和解)。假如强行地将我国古代和现代对法律文化的认识和实践冠以西方法律文明的帽子(例如将我们当前的“宽严相济刑事政策”的某些探索和创新强调为恢复性司法或刑事和解等),则反是忘记了中国古代法律文化的精髓,忽视了当代法律实践的努力,也影响着我国法律文化的创新与丰富。借用罗结珍教授的博文《有关“刑事和解”及“刑事和解”的翻译,再答施鹏鹏》中的一段文字表明笔者的观点:在比较法研究中,许多情况我们应当排除先入为主的态度,不要处处用中国法(本来没有)的概念或“共识”去套外国法的理论或制度。

③ Weitekamp, Elmar (1998) Calculating the Damage to Be Restored: Lessons from the National Survey of Crime Severity, p. 219.



建和谐等特征。^① 共同的理念和特征为我们比较、探讨两种法律社会文化框架内的调解制度提供了平台。本文尝试运用描述、比较的研究方法向西方同行介绍中国“无讼”思想下的调解制度，勾勒出中西方社会法律文化体系下各类调解制度的流变及整体概况，以促进我们在两种法律文化背景下进一步借鉴、实践和总结包括刑事和解在内的所有调解制度。

一、中国调解制度的溯源与流变

法律是活跃在历史长河中的智慧结晶。^② 中国的调解制度以时间流转为序，包括传统民间调解、现代调解制度。比较和区分两种东西方法律文化框架下的调解制度，要求我们深入理解和全面关照两种调解制度的历史、政治、文化和社会经济等背景因素，以及对在此背景下调解制度的本质和运行程序予以深刻分析。

（一）中国传统民间调解

民间调解制度源远流长，塑造了并深植于中国的“和合”文化，至今仍在民商事纠纷解决和刑事犯罪处理中起着重要作用。用调解的方式平息民间纠纷在我国有着悠久的历史，是原始社会就存在的纠纷解决方式。据司马迁（公元前145年—？）在《史记》中的《五帝本纪》所述，舜在民间时，曾因调解历山与雷泽两个地方的民间纠纷取得成功而闻名于当时。^③ 在对古代调解制度予以扬弃的基础上，中国人积累了丰富的调解经验。在汉代，社会政治制度和国家管理思想日益成熟，民间调解终于形成并固定为自己独特的纠纷解决模式，与中华法系的诉讼体系相互依存并交错影响。

首先，儒家的道德和法律思想为调解制度奠定了理论依据。

通过调解实现“无讼”是中国本土的文化传统，其根源是儒家思想。^④ 先秦儒家以孔丘、孟轲和荀况为主要代表，继承和发展了西周以来的礼治思想，提出了一整套礼法德刑相济并用的治国之策。儒家的法律思想以伦理道德为核

① Umbreit, M. S. (Draft) (2001). Restorative Justice Conferencing: Guidelines For Victim Sensitive Practice, p. 1.

② Marion Brien and Ernesine Hoegen (1999) victims of Crime in Different Jurisdictions and the Influence of Local Realities, p. 56.

③ 刘广安、李存捧：《民间调解与权利保护》，载夏勇主编：《走向权利的时代》，中国政法大学出版社1995年版，第287—288页。

④ 何鸣：《人民法院调解理论与实务》，人民法院出版社2002年版，第3页。

心,关注人身的发展和社会整体秩序的和谐。^① 儒家提出的“人治”优于“法治”是基于对奴隶社会和封建社会的严酷刑罚难以控制社会,而有“德行”的君王以道德、礼法作为治理国家的主要手段,有助于确定社会运行秩序,平复阶级矛盾,稳定社会,促进生产发展。

儒家思想对于社会生活、行为交际的控制以及对于行为价值的评价主要反映在孔子关于“道德仁义礼”五个层次的行为规范的论述方面。在“道德仁义礼”中,“道”居于规范的最高位阶,是指导行为和思想的最高标准,是为君子和王侯设定的行为规范;而“礼”是最低的交际行为要求,即使黎民百姓也务必遵守,是所谓:“礼不下庶人”。^② 孔子关于道德与法律的理论中,将“礼”强调到了至高无上的地位,成为犯罪乃至其他一切认识的基点。

另外,儒家还评价了运用“刑”和“兵”,对违反或者侵害上述行为规范施以有限的惩罚,将预防犯罪作为社会控制的重要环节。^③ 儒家提出“礼”与“刑”的关系是“礼之所去、刑之所取”,对于那些行为违反最低标准的,由“刑”予以惩罚。由德礼优于政刑的思想发端的儒家恤刑慎刑观,使道德教化成为首先选择的治理社会的手段。“明刑弼教”,其中教育遵守“礼”的保证,也是改正罪错的手段;而惩罚仅仅是手段及威吓和预防违背“礼”的工具,使之能禁犯罪于未萌。“兵”是针对某个国家不遵守国际行为规则的惩罚措施,这与联合国通过一部决议制裁某国的不法行为具有相似之处。汉武帝“罢黜百家、独尊儒术”以后,儒家思想引导中国封建社会的治国方略与法制思想的统治地位,一直到清末变法都没有实质性的改变。^④

其次,中国的法律文化是以追求社会和谐为价值考量,这极大地影响了中国人在纠纷发生时对调解和审判的选择。

“无讼”是中国的法律文化,这种文化的实现需要制度的支持。价值观方面,“和谐”、“互谅”是“礼”的重要组成部分和评判标准,视“好讼”系“小人所为”,“舍小过以示仁,理大过而明义”,百姓在“君子喻于义,小人喻于利”等儒家思想的熏陶下,认为应寻找较为缓和的途径解决纠纷,视民事纠纷而“顿讼”为伤害人际和谐的重大障碍。在这样一种价值观的支配下,中国传统法律文化形成了“无讼”的理念。而调解能够最大限度地满足“无

① 李龙:《良法论》,武汉大学出版社2001版,第47—51页。

② 青锋:《罪与罚的思考》,法律出版社2003年版,第21页。

③ Edwin C. Hui and Kaijun Geng (2003) The Spirit And Practice Of Restorative Justice In Chinese Culture.

④ 江必新:《中国法文化的渊源与流变》,法律出版社2003年版,第14页。



讼”的要求，符合“和为贵”的价值取向。

“无讼”塑造了法律价值观。一种观念一旦为社会大众接受或主张，则立即具备了左右人们交际的能量和考量行为的价值。局外人对当事人双方行为的评价，影响着当事人对纠纷处理方式的选择。当双方发生纠纷时，在大多数情况下，占“理”的一方当事人不能“得理不饶人”，否则，可能被大家斥责为“不通情理”。^① 因此，为了获取公众的道义支持和积极评价，受损害的一方宁可放弃一部分正当利益。即使到了今天，这样的文化传统依然能唤起人们心中潜藏的认同感。

就程序的价值而言，通过诉讼解决争端并不一定能比通过调解获取更多的实际利益。价值诉求往往是制度与规则的灵魂。为了同时满足利益救济和关系和谐的双重目的，通过折中、和解、妥协等方式来解决纠纷往往可以利益最大化。^② 经过调解，受损害方能够得到国家法定的赔偿金以及相当数额的补助；对另一方当事人而言，他可以通过赔钱免遭刑罚或行政处罚。^③ 政府也认同这种纠纷的解决方式。地方官希望及时止讼息争，因此纠纷解决的着眼点并不是确定或维护什么人的权利，而是要促使当事人和息相安，平息纷争，重新恢复理想的和谐，恢复一种按照道德原则组织起来的秩序。而调解以情而论而不依法而断这一重要特色决定了它是官方处理民事纠纷和轻微刑事犯罪的天然选择。这一点，与我们今天的人民调解在分清当事人双方责任的基础上讲情、说理、依法相比较，既有区别又有联系。^④

再次，就法律自身而言，公法为中国人解决纠纷留下了较小的空间。

中国的法律体系具有以伦理家族法解决纠纷、促进社会和谐为己任的传统，伦理法是儒家法律思想的基本精神。“明德慎罚”、“德主刑辅”思想，主张德礼为主，刑罚为辅，强调家国一体，孝悌为本，它以血缘亲情为基础，集道德和法律为一体，注重教化、预防犯罪、重视官吏道德素质，主张恤刑慎杀等，对社会和政治进行全面关照。同时，伦理性思想是立法的理论依据。在民间调解中，伦理法具体反映为统治者对家族调解予以制度化确定，并最终予以法律化，制定了调解法。据史料记载，周代的地方官吏中就有“调人”之设，《周礼·地官》记载其职能是“司万民之难而谐合之”。因为调解有利于减少

① 田成有：《乡土社会中的民间法》，法律出版社 2005 年版，第 147 页。

② 田成有：《乡土社会中的民间法》，法律出版社 2005 年版，第 147 页。

③ 田成有：《乡土社会中的民间法》，法律出版社 2005 年版，第 148 页。

④ 刘广安、李存捧：《民间调解与权利保护》，载夏勇主编：《走向权利的时代》，中国政法大学出版社 1995 年版，第 287—288 页。

诉讼和封建统治秩序的稳定，故历代封建统治者一直很重视，直到清末制定《大清民事诉讼法典》，仍有以调解结案的规定。秦汉以降，司法官也多奉行调处息讼的原则。孔庆明认为，汉朝时期调解已被作为一项诉讼制度普遍应用到处理民事纠纷上。^①至两宋，随着民事纠纷的增多，调解已呈现制度化的趋势。但是，调解制度的法律化直到14世纪才实现。

中国的诉讼审判体系和调解体系共同担负着维护社会安全与稳定的职责。中华法系的一个重要特征是“重刑轻民”。调解适用于多数的民事纠纷和相当数量的刑事犯罪案件，并重点通过排解民事纠纷以预防民间矛盾激化为严重影响社会安定的刑事犯罪。行政法和刑法则以惩罚违反国家的行政命令的行为、严重违反道德观的自然犯和国事犯为主，同时兼具预防和威吓刑事犯罪的作用。违反行政法和刑法的行为需要经过诉讼程序处置。因此，在中国古代社会，调解体系较诉讼体系适用纠纷范围更广，调节社会矛盾数量更多，维护普通民众间的社会关系更有力。

由于调解覆盖了公法的部分职能（例如裁判和惩罚职能），并且选择调解代表着一种“无讼”的价值取向，总体而言，中国社会倾向“厌讼”。古代的中国，法律在公众活动范围内所占比例比较小，百姓尽量避免打官司，大部分纠纷是通过法律以外的调停以及根据旧风俗和地方上的意见来解决的。^②比较法学家勒内·达维德说：“中国人一般是在不用法的情况下生活的，他们不愿站在法官面前去（解决纠纷）。”^③一个俗语可以印证他们的论断：“饿死不盗窃，屈死不告状。”发生纠纷之后，双方当事人并不到官府起诉，而是由乡党宗族自行调处，官府亦承认调处的效力。官府在劝喻和对时，一般都强调“务要两平，不得偏党”等，说明调处的基础，一是不得违背礼与法的要求，以维护封建的伦理道德，二是必须公平。

最后，中国人习惯通过调解解决争端还有地域和人类学的因素。

汉代实行了“编户制度”，该制度减少了农民的流动性，保证了土地上拥有充足的自耕农给国家提供粮食；降低人口流动性也满足了统治者实现对社会进行全面有效的控制。他们在一个地方落脚、生根，假如没有重大的灾害，他

① 孔庆明等编著：《中国民法史》，吉林人民出版社1996年版，第171页。

② 费正清：《美国和中国》，商务印书馆1987年版，第28页。转引自田成有：《乡土社会中的民间法》，法律出版社2005年版，第23页。

③ [法]勒内·达维德：《当代主要法律体系》，上海译文出版社1984年版，第487页。转引自田成有：《乡土社会中的民间法》，法律出版社2005年版，第23页。



们会经历几代、十几代甚至更长的时间不再向别的地方移民。^①

中国古代长期属于农业社会，农村的最基础单元是农村中的村庄，而且农村的熟人社会基本上是由一个家族或者几个家族组成一个氏族或村社，在同一地方居住的居民，同时又是同一族的成员。^② 一个村庄多由同一个姓氏的成员组成，如：张村、杨庄、王家屯。时至今日，这仍然非常普遍。社会组织内部与社会组织的血缘纽带得到加强，在一定程度上社会组织结构与亲族组织相统一。^③ 由于源于一个祖先，相互之间存在着亲密的血缘关系；由于人们已经在同一个地方共同生活了若干代，形成了相互依赖而生存的社会关系；由于当事人还要在同一个地方生活很多年，而矛盾的处理结果甚至会影响将要生存在这里的当事人子孙后代之间的邻里关系，因此矛盾或纠纷出现时，当事人往往不愿选择将纠纷移交给官府解决，因为移交官府就会因“家丑外扬”而“撕破脸”，矛盾变得难以调和甚至演变为世仇。

以家族长者组成的矛盾协调处理机构能够满足村民对矛盾排解的需要。矛盾发生后，即使当事人不主张权利和诉求曲直，为了维系家族关系，家族的长者也会依据儒家色彩浓厚的家法族规，由第三者出面，说明、教育、感化，劝解、说和，使当事人双方深明大义，互谅互让，协商解决纠纷，以达到息事宁人、和睦相处、维护家族安定与和谐。

传统的民间调解包括三种调解模式：调处方式主要有三种：官府调处、乡曲亲戚宗族调处和民间自行调处。

1. 官府调解。官府调解是在行政长官的主持下对民事案件或轻微刑事案件的调解，是诉讼内的调解。组织主持调解的主体主要是州县官和司法机关，由于中国古代行政官员兼理司法的传统，故司法机关的调解包含在官府调解形式之内。

2. 官批民调。官府在审理案件过程中，如认为情节轻微，不值得传讯，或认为事关亲族关系，不便公开传讯，有时即批令亲族人等加以调处，并将调处结果报告官府。这种官批民调形式，具有半官方性质，也是一种常见的有效形式，乡保如调解成功，则请求销案；调解不成，则需要禀复说明两造不愿私休，由官府提讯一千人证。

3. 民间调解。具体方式是争讼者找亲邻、族、乡保解决，不达官府；或

① 焦润明：《当代中国社会文化变迁录》，沈阳出版社 2001 年版，第 67 页。

② 张创新：《中国政治制度史》（第二版），清华大学出版社 2005 年版，第 30 页。

③ 朱凤瀚：《论商人诸宗族与商王朝的关系》，载《殷都学刊》，1985 年增刊，转引自张创新：《中国政治制度史》（第二版），清华大学出版社 2005 年版，第 31 页。

者有一方已告官，乡里抢先调解成功，即请求销案，混纠纷于乡村族里之中。与官府调解相反，民间调解是诉讼外调解，明清时称为“私休”，清代民间调解的主要形式有宗族调解和乡邻调解，而以宗族调解最为普遍。

（二）中国现代调解制度

我国现行的人民调解制度是在民间调解的基础上逐步形成和发展起来的。它由原来主要依靠民间力量，而变为主要依靠政权和司法机关的力量。它所依据的标准也不再是社会伦理和民间道德，而是政策和法律。它经历了对旧的民间调解进行改造和扬弃的漫长过程。在封建社会中，主导民间调解的家族领导人自由裁量权不受制约、滥用权力、以主导调解权谋取私利等，侵犯了公众权益。中华人民共和国成立后，对调解制度进行了重大的变革，体现在：一是，刑事案件已从调解的管辖范围中剥离，只有民事纠纷和极少数刑事案件适用调解。二是，法院被赋予调解的职能。三是，中国的调解形成了集人民调解委员会调解、法院调解、行政调解和仲裁“四位一体”的现代调解制度。其中，法院调解又称为诉讼中的调解，而后三者则属于诉讼外的调解。

1. 人民调解。《中华人民共和国宪法》第111条和1954年3月中央人民政府政务院颁布的《人民调解委员会暂行组织通则》及2002年9月司法部制定的《人民调解工作若干规定》明确规定在农村村委会和城市居委会设置人民调解委员会，人民调解属于一种民间性纠纷解决机制。人民调解的原则是：公平自愿、合法合理、保护当事人诉讼权利。人民调解具有社会治理和政治功能，传承文化、道德和社会组织功能，纠纷解决功能。人民调解的任务是应尽量采取群众调解的办法以减少人民讼争，避免民事矛盾激化为刑事犯罪，避免民事纠纷成为影响社会团结的不稳定因素。而调解作为一种具有平等、自愿、参与、自主选择 and 灵活便利经济的纠纷解决途径永远具有不可替代的魅力，在一个和谐、健康和法治的现代社会中，调解的价值则进一步得到了提升。人民调解渊源于传统民间调解。其与传统民间调解的区别在于：一是人民调解委员会无权处理刑事案件，仅就基层民事纠纷主持调解；二是人民调解必须遵守当事人自愿原则，不像传统民间调解具有强行介入纠纷的权能。截至2000年年底，全国已建立调解委员会96.3万个，共有调解人员844万人，全年处理民事纠纷502万宗，达成和解协议476万件次，阻止27000人自杀，防止了57000件民事纠纷转化为刑事犯罪。

2. 法院调解。这种调解制度可以追溯到抗日战争时期推广的“马锡五审判方式”。解放区法官马锡五开创了将审理民事案件和调解相结合的模式，取得了很好的社会效果。1982年颁布的《民事诉讼法（试行）》首次规定了法



院调解, 该法第 35 条规定法院调解是诉讼中的调解, 是人民法院对受理的民事案件、经济纠纷案件和轻微刑事案件进行的调解, 是双方当事人就争议的实体权利、义务, 在人民法院审判人员主持下, 进行协商, 达成协议, 解决纠纷的诉讼活动。对于婚姻案件, 诉讼内调解是必经的程序。至于其他民事案件是否进行调解, 取决于当事人的自愿, 调解不是必经程序。法院调解和人民调解的相同点都具有自愿性和规范性的特征: 两种调解制度都确定了自愿原则, 人民调解委员会和审判人员必须在当事人自愿的情况下方能进行调解; 两者都拒绝没有国家规定的民间自发调解, 而是主张由国家将调解组织、程序、原则等制定为规范制度。两种调解制度的不同点反映在: 调解主持人不同、调解分为诉讼内和诉讼外调解、调解书与判决书是否有同等效力。我国法院调解制度的主要特点是当事人行使处分权和人民法院行使审判权, 调审结合、交互进行。当事人就争议的实体权利和义务, 在审判人员的主持下进行协商, 达成协议则结束诉讼, 未达成协议则继续进行下一诉讼程序。

3. 行政调解和仲裁调解。行政调解分为两种: 一是基层人民政府, 即乡、镇人民政府对一般民间纠纷的调解。二是国家行政机关依照法律规定对某些特定民事纠纷或经济纠纷或劳动纠纷等进行的调解。仲裁调解是仲裁机构对受理的仲裁案件进行的调解, 调解不成即行裁决。

(三) 宽严相济刑事政策与“刑事和解”

1997 年以后, 中国改革刑事司法制度的浪潮推动了“刑事和解”的实践。长期以来, 我国的刑事司法过于强调对于犯罪的惩治打击, 存在犯罪化、刑罚化比例偏高、重刑化趋势明显的倾向。^① 以改革未成年人审判方式和行刑体系为发端, 我国第一个“社会服务令”制度是河北省石家庄市长安区人民检察院 2001 年 5 月出台、后经最高人民检察院转发的《关于实施“社会服务令”暂行规定》。2003 年 3 月, 我国司法部提出试行社区矫正等具有恢复性司法特征的刑事司法改革, 以体现改造犯罪的人文关怀, 反映对犯罪恶性否定性评价的区别对待, 提高犯罪人的再社会化, 顺应国际上关于矫正制度的革新要求。我国于 2003 年 9 月份, 正式在对犯罪人劳动改造和监狱羁押制度之外, 引进了社区矫正制度, 开展试点工作。

2005 年 12 月 5 日, 中共中央政治局常委罗干同志在全国政法工作会议上首次提出要注重贯彻宽严相济刑事政策。党的十六届六中全会通过的《中共

^① 高铭喧:《宽严相济刑事政策与酌定量刑情节的适用》, 载《法学杂志》2007 年第 1 期。

中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》中明确提出，要在构建社会主义和谐社会过程中“实施宽严相济的刑事司法政策”，这种法治理念与当前盛行于欧美的刑事和解等恢复性司法制度有共通之处，亦有所区别。

宽严相济的刑事司法政策蕴藏着丰富的内涵：一是宽严的辩证统一。“宽”是宽大、宽缓和宽容，要求该轻而轻，对包括未成年人犯罪在内的轻微犯罪依法从宽处理；该重而轻，即便所犯罪行较重，但若具有坦白、自首或立功等法定或酌定情节的，法律上予以宽恕，可以减轻刑罚；非犯罪化，对一些轻微的危害社会行为不以犯罪行为论处；非监禁化，不限制某些罪犯的人身自由，将其置于一定机构内监控。“严”是对严重刑事犯罪依法从严打击，创造良好的社会秩序，增强人民群众的安全感。“宽严相济”体现了救济、协调与结合，是宽严有度，宽严互补，实现各价值目标的和谐统一、实体公正与程序公正的统一、法律效果和社会效果的统一。二是坚持依法办事。落实宽严相济不是法外施恩、宽大无边，或者法外惩处、无限加重，而是必须坚持依法办事。制定规范、处理案件要合法，从宽、从严都要有事实依据和法律依据，必须在法律规定的范围、幅度之内，严守宪法、刑法、刑事诉讼法以及司法解释的规定。法律有明确规定的，严格依照法律；法律没有明确规定的，必须符合法治原则和法律精神。三是要求区别对待。要“严其所严，宽其所宽”，对严重刑事犯罪从重从快打击，维护社会秩序的稳定；把犯罪情节轻微，危害不大，不作犯罪处理；或者犯罪情节较轻、刑事自诉案件等可以不进入诉讼程序的刑事案件，以及未成年人、弱势群体实施的轻微犯罪，作宽缓处理。四是兼顾公正与效率。坚持罚当其罪，避免轻罪重判或重罪轻判，从法的适用上实现公平，从社会发展上促进和谐；遵循刑法发展的“非犯罪化、非监禁化、非司法化”规律，使罪犯尽快融入社会，提高司法效率，减少讼累。

与西方国家恢复性司法制度被科学总结前对恢复性刑事政策的探索一样，我国司法机关和学界对“宽严相济刑事政策”框架下的“刑事和解”的理解、探索与实践也是精彩纷呈。

关于调解主持人，司法工作者和学者们的不同主张集中在：检察机关、审判机关等司法机关；民间的人民调解委员会；包括共青团、妇联、工会、老年协会等社会团体在内的中立组织。

关于刑事和解适用范围的主张包括：“主要是未成年人刑事案件和轻微刑事案件，包括各类过失犯罪，以及亲属邻里关系中的盗窃，数额不大的诈骗、抢夺、敲诈勒索等”（轻罪）；“除了上述轻微刑事案件外，对公共利益的损害不大，适用刑事和解不至于造成对被害人利益保护和公共利益保护的失衡”（未造成巨大伤害的自然犯）；“除此之外，还适用于如杀人、抢劫、强奸等严



重刑事犯罪”(重罪)。

关于适用程序的主张包括:适用予刑事犯罪的从侦查至审判结束的所有程序(大范围);适用于移送起诉前的所有程序(小范围);适用于包括刑罚执行结束后的期间(超范围)。

关于对犯罪人的处罚内容不同:如被不批捕、不起诉或被判处免于刑事处罚、缓刑、拘役、单处罚金等非监禁性刑罚;犯罪嫌疑人、被告人具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失;起诉后建议人民法院从轻、减轻判处。

排除上述对刑事和解的不同观点外,各种探索也具有共同的特征:坚持当事人自愿和公平公正的原则,同时不得损害国家、集体和其他公民的合法权利,不得损害社会公共利益,不得违反法律和社会公德;经济赔偿数额和其他补救办法应当与被害人受犯罪损害而造成的实际损失以及犯罪嫌疑人、被告人应当承担的责任相适应,并且应当考虑犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人的赔偿、补救能力等。

二、西方刑事和解制度

伴随着20世纪60年代西方“刑罚轻刑化”、人权保护主义、女权主义运动的兴起,“社区服务”(Community Services, 2003年年初司法部将其作为司法改革项目推行)、“劳改释放人员协助计划”等措施在各国广泛推行。20世纪70年代以来,“被害人保护主义”主张加大对被害人在刑事诉讼程序中的保护。^①他们批评在现代刑事司法制度下,犯罪(自诉案件除外)发生以后,案件就完全脱离了被害人的控制,成了国家的案件。即使抓获犯罪嫌疑人后,被害人证言也仅仅是证据。被害人在对侵犯自己的犯罪嫌疑人的处理过程中没有发言权。刑法不仅应当保护“社会关系”,更应当保护因为犯罪受到损害的被害人、社区,甚至还包括犯罪人的亲属。一味地惩罚和打击犯罪人,没有关注被害人和社区的利益是现行刑事司法内在的弊端。因此,需要建立一种监禁刑的替代模式,一方面体现对不同犯罪以及在押犯服刑表现的区别对待,降低监狱压力,缩减国家投入;另一方面通过帮助刑满释放人员,提高个人重新融入社会的能力和社会对他们的接纳能力,降低重新犯罪的社会因素。^②

^① Dignan, Jim and Cavadino, Michael, (1998) Which model of criminal justice offers the best scope for assisting victims of crime? p. 139.

^② 进入20世纪,龙勃罗梭等人主张的“犯罪的生物性”日渐式微,杜赫凯姆(Durkheim)及其追随者主张的“犯罪的社会性”被广泛接受。在刑事政策上反映为,提高个人生存能力和生活水平是降低犯罪率的重要手段。

经过有益的探索和对诸如新西兰毛利人的“部落会议”、加拿大印第安人的“家族会议”以及中国“和为贵”思想的吸收，社会学家、犯罪学家和刑事司法专业人士认为：通过在犯罪方和被害方之间建立一种对话关系，以犯罪人主动承担实质性责任来消弭双方冲突，从深层次化解矛盾，并通过社区等有关方面的参与，修复受损社会关系是一个行之有效的犯罪解决模式。以此理念为核心产生了多种实践模式。在北美和欧洲盛行三十年的被害人—加害者调解（Victim-Offender Mediation）或称“刑事和解”模式是最为广泛的，它们以平等对话与恢复和谐为特征，旨在减少对刑事司法程序的依赖性，为被害人和社区成员提供一个“富有建设性地面对犯罪者”的机会，使行为人直接对被害人和社区的伤害承担责任。刑事和解是恢复性司法（restorative justice）^① 所有模式的基本模式。

国际上较为通行的定义是：“刑事和解”是指为了增进被害人权益保护，提高司法机关办案透明度，提升罪犯改造效果，巩固社会稳定，通过安排刑事案件当事人双方会面，被告人面对犯罪给被害人的损害，主动承担责任，道歉，取得被害人谅解。刑事和解对犯罪的原因认识是：由于并非所有罪犯都是天生犯罪人，他们可能是由于迫于生活压力而实施犯罪，例如社会环境、窘迫的社会经济状况等外因导致犯罪嫌疑人采取不明智的行为违反社会秩序。“刑事和解”原来旨在建立一种新的更加有效的“被害人保护机制”，主张被害人得到精神慰藉和物质赔偿，了解“自己的”案件的处理程序，缓解犯罪对其造成的物质精神损害；被告人认识到自己行为的危害，勇于重新回归社会。但随着理论的突破和实践的开拓，其核心价值体现为“全面恢复犯罪人、被害人和社区因犯罪而遭受的物质精神损失，强调预防和控制犯罪”。

刑事和解制度的特征是：通过刑事和解（Criminal Harmonization）促成社会和解（Community Harmonization），全面恢复犯罪人、被害人和社区因犯罪而遭破坏的社会关系，强调预防和控制犯罪。^② 国际上较为通行的定义是：“刑事和解”是一种以被害人为中心的犯罪处理方式，在特定的案件中，关涉各方（被害人、犯罪嫌疑人和因犯罪遭受精神物质损失的其他人）共同解决犯罪问题，处理犯罪后果的过程。“刑事和解”是以强制力为保证对犯罪作出的事后反应，是以对话和调解为主要手段的犯罪处置程序，因此“刑事和解”

① 这里取国内学者对其的直译。由于 Restorative 有恢复、还原之意，而 Justice 除了“司法”更有“正义”、“公正”之说，所以笔者更支持将其翻译为“恢复正义型司法”。

② Umbreit, M. S. (Draft) 2001. Restorative Justice Conferencing: Guidelines For Victim Sensitive Practice, p. 1.



是一种非诉讼方式处置犯罪的刑事罪责惩罚制度。

刑事和解的理念是恢复主义，该理念是对传统刑事司法理念的修正和继承。较之传统的犯罪控制手段它们具有全新的司法理念：摒弃报应主义，强化权利保护，围绕社会和解，着眼犯罪预防；强调通过犯罪行为人承担责任，加强社会各方面力量参与，感化、教育犯罪人，复原因犯罪行为对被害人、被告人和社区（其他社会成员）引起的创伤，恢复原有的和谐的社会关系和秩序，以达成社会的长治久安。“刑事和解”预防犯罪人重新犯罪的机制是：降低公权力的适用范围，突出被害人在刑事案件处理中的作用，在犯罪人和被害人之间建立一种平等对话关系，犯罪人主动承担责任，被害人接受补偿，从深层次化解社会矛盾，修复受损社会关系，犯罪人重新回归社会，预防犯罪人重新犯罪。较之传统的犯罪处置手段它们具有全新的司法理念：摒弃报应主义，依赖人性主义，强调社会和解，预防重新犯罪。

“刑事和解”模式主要适用于批准逮捕前或提起公诉前。^① 由国家机关审定案件性质、通过“刑事和解”模式解决犯罪的必要性和当事人参加会谈的可行性，在国家机关的主持下，犯罪人和被害人进行面对面的谈话、沟通，犯罪人通过赔礼道歉、赔偿物质损失等方式取得受害方的谅解，及时化解矛盾，使受损的社会关系以简洁的方式弥和。“刑事和解”的运作程序是：第一，引导双方对话，犯罪人主动承担个体责任，对自己的犯罪行为所造成的危害结果进行悔过；第二，被害人得到精神物质补偿，社区得到安全感；第三，受损的社会关系得到修整、恢复；第四，犯罪人得到原谅；第五，促进犯罪者早日回归社会，恢复一种正常的生活秩序。由于保护被害人利益是“刑事和解”的核心任务，该种案件处理程序仅适用于排除国事犯和无被害人犯罪之外的部分犯罪。

近三十年来“刑事和解”代表着刑事司法改革新的世界潮流，^② 联合国于2000年通过决议，^③ 建议各成员国在本国刑事司法程序中采用“刑事和解”。

三、中国调解制度与欧美刑事和解制度的共同点

在东西方法律文化背景下，这两种解决冲突和争端的方式具有如下相似之处。

① 关于恢复性司法在刑事诉讼中适用的阶段，多数学者认为仅适用于批准逮捕前或者提起公诉前，少部分学者主张审判和执行环节，甚至执行完毕也同样可以适用，并且进行了实证研究。

② Victim Offender Mediation in the United States A Multisite Assessment pp. 202 - 212.

③ 参见《联合国（2000）刑事司法中适用恢复主义司法项目的原则》。