

主编 黄京平 甄贞

和谐社会语境下 的刑事和解



清华大学出版社

和谐社会语境下 的刑事和解

编委会主任 慕 平 戴玉忠
编委会委员 高铭暄 王作富 马剑光
方 工 项 明 伦朝平
朱 晔 甄 贞 黄京平
主 编 黄京平 甄 贞

清华大学出版社
北京

内 容 简 介

自 20 世纪 70 年代以来,刑事和解制度在世界范围内迅速传播并产生了多种实践模式。在全球法律文化交流加速以及国内和谐社会建设升温的背景下,刑事和解制度也开始进入我国刑事法学者和立法者、司法者的视野。本书针对刑事和解制度的理论基础与价值构造、可行性论证及制度设计、利弊透析及前景展望、司法现状及经验总结等论题进行了深入的研究。本书既植根于中国刑事和解制度的立法及司法现状,又将相关问题置于世界范围内恢复性司法的潮流之中展开分析论证;既指明了在现存刑事法律观念和司法体系下引入刑事和解的困惑,又为已经存在和可能出现的各种疑难问题提出了合理的解决方案。

本书适合大专院校和科研机构的法学研究者、学习者以及法律实践部门的工作人员使用,也适合于关注刑事法律问题的其他读者。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13501256678 13801310933

图书在版编目(CIP)数据

和谐社会语境下的刑事和解/黄京平,甄贞主编. —北京:清华大学出版社,2007.7
ISBN 978-7-302-15473-0

I. 和… II. ①黄… ②甄… III. 刑事诉讼—和解—研究—中国 IV. D925.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 089957 号

责任编辑:张德军

责任校对:宋玉莲

责任印制:王秀菊

出版发行:清华大学出版社 地 址:北京清华大学学研大厦 A 座

<http://www.tup.com.cn> 邮 编:100084

c-service@tup.tsinghua.edu.cn

社 总 机:010-62770175 邮购热线:010-62786544

投稿咨询:010-62772015 客户服务:010-62776969

印 刷 者:清华大学印刷厂

装 订 者:三河市金元印装有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:170×230 印 张:32.5 字 数:691 千字

版 次:2007 年 7 月第 1 版 印 次:2007 年 7 月第 1 次印刷

印 数:1~2000

定 价:59.00 元

本书如存在文字不清、漏印、缺页、倒页、脱页等印装质量问题,请与清华大学出版社出版部联系调换。联系电话:(010)62770177 转 3103 产品编号:025235-01

前 言

自 20 世纪 70 年代以来,刑事和解的制度和理念迅速在世界范围内传播并产生了多种实践模式。在全球法律文化交流加速和国内和谐社会建设升温的背景下,刑事和解制度也开始进入我国刑事法学者和立法、司法机关的视野。对刑事和解制度的理论探讨和实际践行成为当前我国刑事法学界和司法实务部门的热点问题。

刑事和解既孕育着一种独特的司法制度也蕴含着一种全新的司法理念,既是刑事实体法所涵盖的问题又是刑事程序法所关注的对象,既需要实践上的大胆探索又仰仗理论的及时跟进。作为一种新型的刑事案件处理机制,刑事和解在全世界范围内的确立和发展表明了它具有顽强的生命力,同时也体现了其优越的制度内涵和价值追求。从国内外的实践经验来看,刑事和解对于解决轻微刑事案件、有效化解社会矛盾、更好地维护被害人的利益具有重要的现实价值。此外,刑事和解对于我国宽严相济刑事政策的落实及和谐社会的构建都具有着重大的积极意义。

刑事和解对我国刑事法学界和司法实务界来说,还是一个新鲜事物,诸多的理论和实践问题还有待探究与解决。刑事和解的内涵应该如何界定?它与辩诉交易、恢复性司法有何异同?刑事和解是源于西方的舶来品还是植根于中国传统法律文化的东方经验?刑事和解的实体法和程序法价值何在?刑事和解与现有的刑事法律制度、刑事法理念如何协调?刑事和解在中国的实施具有哪些条件和阻碍?刑事和解的制度应该如何构建?我国有关司法实务部门开始的刑事和解实践有哪些值得汲取的经验?对以上问题的集中探讨和科学解答,乃是为刑事和解在我国的实施寻找实体法根据和程序法指导的必由之路,是刑事和解制度在我国确立并发挥作用的必由之路。

在这样的背景下,由中国人民大学刑事法律科学研究中心与北京市检察官协会于 2006 年 7 月举办的“和谐社会语境下的刑事和解”研讨会,可谓适得其时。本次研讨会所能起到的作用以及其在中国构建刑事和解进程中的意义,也许是我们始料不及的。这从本次会议的盛况或许可略见一斑。参加会议的代表不仅包括来自中国人民大学、北京大学、清华大学、中国政法大学、中国社会科学院、中国人民公安大学、吉林大学、复旦大学、中南财经政法大学、西南政法大学、华东政法学院、西北政法大学等教学与科研单位的刑事法学者,还包括了最高人民检察院、最高人民法院、公安部,北京市各级检察院,天津、江苏、浙江、河北、辽宁、河南、江西等检察机关、审判机关的司法实务工作者。而且,会议的举行受到相关媒体的极大关注。

作为本次研讨会的成果,本书收录了刑事法学者、司法实务工作者、司法实务部门提交会议的论文。这些科研成果既有对刑事法基本理论的深度阐释又有对司法实践的系统总结,既有历史角度的考察又有比较视野的论述。作者们对刑事和解的理论基础及价值构造、可行性论证及制度设计、利弊透析及前景展望、司法现状及经验总结等

论题都进行了深入地研究。

我们衷心地希望本次研讨会的召开及本书的出版能够有助于弥合分歧、增加共识,为刑事和解制度在中国的实施起到有力的推动作用;能够有助于搭建一个刑事法理论与刑事法实务互动协调的平台,搭建一个刑事实体法与刑事程序法共同研究交叉问题并促进两个学科交互融合、共同发展的平台,搭建一个刑事法学界关注实际问题的解决、关注宽严相济刑事政策落实的平台;能够有助于促进我国刑事法理论的深化和刑事司法实践的丰富。

黄京平 甄 贞

谨识于 2007 年 6 月

目 录

前言	I
一、刑事和解理论基础	1
刑事和解与刑事实体法的关系	高铭暄 张天虹 1
刑事和解的理论依据与适用构想	陈光中 葛 琳 11
恢复性司法的基本理念与启示	刘仁文 26
刑事和解的历史源流及其理论基础	北京市怀柔区人民检察院 33
刑事和解的内涵界定	李荣冰 47
刑事和解运行范围的思考	任江海 刘晓虎 53
刑事和解制度化的世界性趋势及理论基础	刘兰秋 56
刑事一体化视野中的刑事和解	李 泽 62
二、刑事和解价值构造	68
刑事和解的刑事政策价值	王作富 但未丽 68
和合思想与刑事和解	樊崇义 陈惊天 77
刑事和解制度的实体法价值	周光权 93
刑事和解的犯罪学思考	张 旭 宋伟卫 99
刑事和解的价值特征及制度创新	蔡柏林 108
刑事和解的价值与运作模式研究	北京市丰台区人民检察院 111
刑事和解不起诉:被害人权益保护的应然选择	刘志成 125
市民社会基本精神与刑事和解正当性	赵 剑 136
三、刑事和解可行性论证	147
刑事和解借鉴分析	黄京平 左袖阳 147
刑事和解的理论基础及可行性依据	甄 贞 陈 静 155
刑事和解机制建构根据探讨	刘守芬 李瑞生 160
检察机关适用刑事和解的宏观背景分析	北京市人民检察院 173
刑事和解的实体法基础	石 磊 184
罪责刑相适应原则视角下的刑事和解合理性	刘凤岭 195
四、刑事和解司法现状	204
刑事和解的司法现状与制度构建	黄京平 张 枚 莫非 204
轻伤害案件刑事和解的实务现状	王 立 217
北京市检察机关适用刑事和解的实证分析	北京市东城区人民检察院 221
在农村地区实行轻缓刑事政策的原则与方式	王秋宁 朱仁政 239

我国适用刑事和解制度的实践及其完善	宋培海	243
审判机关适用刑事和解的现实障碍与解决途径	原 静	254
五、刑事和解制度设计		264
轻罪和解模式研究	李邦友 姚 斌	264
刑事和解的司法实践及制度设计	张 凌 于 萌	275
刑事和解的制度设计与司法践行	杜 宇	290
轻罪和解的价值分析及程序设计	浙江省杭州市江干区人民检察院	309
刑事和解不起诉制度	汤啸天	334
刑事和解操作问题研究	杨耀红	344
我国刑事案件庭外和解制度初探	吴小军	348
刑事和解在我国适用的路径选择	曹德栓 景 景	354
六、刑事和解利弊辨析		362
刑事和解：一种对传统刑法理念的挑战	黎 宏	362
刑事和解制度的实体法冲突	李 翔	378
刑事和解制度的理论解析	黄晓亮 姜立恒	386
刑事和解制度的困惑与设想	涂文婷	395
检察机关对轻伤害案件适用刑事和解探微	黄海波	402
刑事和解制度利弊透析	王剑波 梁赞国	407
七、刑事和解经验总结		415
刑事和解的本土资源——枫桥经验	程荣斌 陶 杨	415
以维护家庭和谐为主旨的刑事和解模式	曹新民	419
轻伤害案件调解的经验与问题	杨玉岐	424
审判机关适用刑事和解的现状与经验	北京市朝阳区人民法院	429
公安机关适用刑事和解问题研究	樊学勇 刘 荣	432
刑事和解与和谐社会	桑东辉	442
八、刑事和解前景展望		449
刑事和解制度的中国命运	杨兴培	449
刑事和解本土化的必要性	王一俊	458
刑事和解制度的本土基础与制度构想	王志祥 姚兵	461
检察机关适用刑事和解的政策基础及改进方向	张朝霞 王志坤	478
检察机关运用刑事和解化解社会矛盾的作用及机制	李 希	488
谨慎引入恢复性司法制度	林春鸿	493
附录：和谐社会构建中的刑事和解探讨	黄京平 甄 贞 刘凤岭	503

一、刑事和解理论基础

刑事和解与刑事实体法的关系

高铭暄* 张天虹**

尽管人类在不断地追求着最为合理的制度,但是世界上并不存在十全十美的制度。任何一项现行制度的合理性,都只具有相对性。正是因为如此,法律的现代化,与其说是一个终极目标,毋宁说是一个不断进化、永无止境的过程。而无论刑事和解,还是刑法,作为一项法律制度,其重要的价值之一,在于其具有解决当下社会存在的某种问题的功能(此所谓制度或法的工具价值)。在没有更好的制度出现之前,只要该具体制度不会对我们所追求的价值目标构成大的威胁,我们就应承认其合理性。从法经济学的角度讲,就是有比没有强;不求最好,但求更好。基于这样一种立场,来看待刑事和解这样一项司法制度,可能会更加客观一些。同样基于这样一种立场,需要进一步探讨的问题是:这项制度是否符合我国国情,是否会对刑事实体法的价值构成威胁,是否会破坏刑法平等从而导致司法腐败的加剧,等等。限于篇幅,本文仅就刑事和解制度及其与刑事实体法之间的关系,以及如何防止刑事和解制度在具体运行过程中出现偏差,发表一些初步的看法,以求教于方家。

一、刑事和解制度概览

所谓刑事和解制度,又称加害人与被害人的和解(victim-offender-reconciliation,简称 VOR)制度,一般是指在犯罪后,经由调停人的帮助,使加害者和被害者直接相谈、协商,解决纠纷或冲突的一种刑事司法制度。其目的是修复因犯罪人的犯罪行为而破坏的加害者和被害者原本具有的和睦关系,并使罪犯因此而改过自新、复归社会^①。这项

* 中国人民大学法学院教授、博士生导师,中国人民大学刑事法律科学研究中心名誉主任,中国法学会学术委员会副主任暨刑法研究会名誉会长,国际刑法学协会副主席暨中国分会主席。

** 山西大学法学院教授,中国人民大学法学院刑法学博士研究生。

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(2),152页;廖家明:《刑事和解的契约法视角解读》,载《盐城工学院学报》,2005(1),19页;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(法学版)》,2003(1),45页。

制度即使在西方也属于一种新型的司法制度^①。

该项制度产生的主要动因是传统的刑事司法的局限。在传统的司法制度理念看来,犯罪是个人与国家之间的冲突,犯罪侵犯的是国家利益,而不是个人利益,所以,对犯罪人的追诉权(或刑罚权),只能由国家行使,不允许进行调解^②。犯罪人与被害人之间的“私了”被认为是非法的行为。在传统的刑事司法体制中,刑事被害人已经在国家刑事司法系统中失去了独立性,只是作为纯粹的被害方而存在,已经失去了权力(而不是权利),即失去了求刑权、量刑权和行刑权。国家如何对待犯罪分子已经和刑事被害人没有实质的关联。国家在对待犯罪中开始拥有完全的主导性,被害人被害后的一切事情由国家解决。从某种意义上说,犯罪行为开始被认为不仅仅是、甚至不是对被害人个人的侵害,而是对国家、社会秩序和公共利益的危险或危害,国家俨然成为任何犯罪的受害者,起诉活动顺其自然地成为代表国家提起公诉而不是代表被害人提起公诉。量刑不会考虑被害人的感受如何,“刑罚的执行活动更是以受刑人的复归社会可能性为标尺”。^③“以国家追诉为标志的刑事司法模式和以监禁刑为中心的刑罚结构,虽然在法律效果上实现了对犯罪的惩处,彰显了社会正义,但在被害人损失的弥补、犯罪的矫正以及被破坏社会关系的恢复等社会效果上却渐显力不从心,带来了成本过高、改造效果不理想等一系列难题。”^④也就是说,传统刑事司法结构中,国家处于居高临下的地位,与犯罪人形成了不平等的制裁与被制裁的关系,国家不仅自认为是社会利益、公共利益的保护人,而且“当然”是被害人权利的保护人。国家运用刑罚惩罚了犯罪人,就等于实现了社会正义,也就等于保护了被害人的利益。这种单向度的司法运作,实际上明显地将被害人忽视了。

对传统刑事司法的反思的直接结果是刑事被害人学的产生以及恢复性司法理论的提出和实践。德国犯罪学家汉斯·冯·亨蒂希于1941年发表的《论作者与受害者之间的相互影响》一文,最先提出了被害人在犯罪学研究中的地位。而海希德出版的《犯罪人和被害人》一书,标志着国际范围内被害人学研究的开始。但是,直到20世纪60年代之后,被害人的刑事保护才逐渐成为被害人学的主要内容。从1963年起,美国、英国、加拿大、新西兰、澳大利亚等国开始对受到暴力犯罪行为侵害的被害人提供国家补偿。“和解”成为被害人学的重要概念^⑤。所谓恢复性司法,是指“采用恢复性程序并寻求实现恢复性结果的任何方案”。而恢复性程序是指通过调解、调和、会商和共同确定责任的方式由受害人、罪犯以及其他相关人员共同参与解决因犯罪造成的问题的程序。恢复性司法确立的理论基础主要基于两个方面:第一,国家惩罚的无效果性;第二,社会关系得以修复^⑥。无论是刑事被害人学理论,还是恢复性司法,其中所蕴涵

① 1974年,加拿大安大略省基切纳市发生了世界上第一个刑事和解的案例,被认为是刑事和解制度的起源。参见傅达林:《刑事和解:从“有害正义”到“无害正义”》,载《社会观察》,2005(12),24页。

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(2),153页。

③ 孙万怀、黄敏:《现代刑事司法和解精神的基础》,载《法学》,2006(4),102页。

④ 傅达林:《刑事和解:从“有害正义”到“无害正义”》,载《社会观察》,2005(12),24页。

⑤ 马静华、罗宁:《西方刑事和解制度考略》,载《福建公安高等专科学校学报》,2006(1),67页。

⑥ 孙万怀、黄敏:《现代刑事司法和解精神的基础》,载《法学》,2006(4),103页。

的和解精神是不言而喻的。

个人本位、社会本位而非国家本位是刑事和解的价值取向。这里受到契约观念的影响。刑事和解理论认为,刑罚权这种国家权力,来自于人民的让渡。刑事上的冲突不仅体现于犯罪人和国家之间,而且大多数情况下体现于犯罪人和被害人之间,解决刑事冲突的方案是多样化的,而不仅仅是唯一的国家刑罚权的适用。既然如此,刑事和解当然能够满足解决现实中的有被害人的刑事冲突,从而实现刑事诉讼最终目标(处理刑事案件并实现相对正义)的需要。由于被害人与加害人通过刑事和解这种契约形式达成了相互谅解,被害人获得了经济上的赔偿,从而能够在维护公共利益的同时,最大限度地兼顾被害人和犯罪人双方的利益。

二、刑事和解制度与刑法的关系

刑事和解制度之上述优点或者优势,表明了该制度的某种合理性。所以,我国一些学者从完善我国刑事诉讼制度的角度,提出了引进该制度的建议。同时,也有人对此制度的引进表示了一定的担忧:该制度与我国现行的刑事法律的价值是否存在冲突?是否会损害刑罚正义?

我们认为,刑事和解与辩诉交易一样,是一种刑事司法制度。司法制度更多地带有程序性的内容,具有操作规范的性质。尽管刑事和解与其他刑事程序一样有其自身独立的价值,但将其视为实现实体法价值的工具或者途径,并不为过。或者说,刑法的价值也主要是靠程序法的具体运作加以实现的。因此,就有必要对以下问题做出回答:什么是刑法的价值?刑法价值是否能够绝对地实现以及通过怎样的机制才能实现?刑事和解制度是否与刑法价值相冲突?

(一) 刑法的价值

根据我国刑法理论,刑事实体法是规定犯罪、刑事责任和刑罚的法律规范,是确定犯罪成立标准或者条件,并在此基础上对已成立的犯罪配置相应法定刑的法律。罪刑法定原则是刑法的基本原则。在罪刑法定原则指导下的刑事实体法,具有两方面的价值^①:第一是刑法的秩序价值。刑法以维护秩序为己任。从积极意义上看,刑法通过明确规定犯罪的范围和对犯罪惩罚的措施,给公民以明确的行为指引,公民据此明确规定可以自由地做出行为选择,实施刑法不予禁止的行为,这有利于对公民合法权益的保护;从消极意义上讲,刑法作为制裁犯罪行为的规范,通过司法机关对刑法的适用,对严重违反秩序的罪行及时地定罪量刑,从而使被犯罪行为破坏的秩序得到恢复,实现国家长治久安。第二是刑法的安全价值。即刑法一旦由立法机关制定并实施,就成为司法机关必须遵循的司法准则,司法机关只能依据刑法明文规定的罪刑规则行使

^① 关于刑法的价值,有多种表述方式,如陈兴良教授认为刑法的价值构造为个人自由、社会秩序与公正的统一;康均心博士认为刑法的基本价值是秩序、正义与自由;谢望原教授认为刑法的价值是正义、自由和秩序。参见谢望原:《刑罚价值论》,15~16页,北京,中国检察出版社,1999。本文认为:秩序和安全基本上可以涵盖刑法其他的价值内容。

权力,对犯罪行为进行定罪和量刑,而不能在法律之外动用刑罚,这样就为司法权的行使划定了明确的界限,有利于防止国家司法权的扩张可能导致的对刑法安定性的破坏、防止法官任意裁判,从而实现司法公正和对犯罪人合法权益的保护^①。

刑法的价值是一种理想。这一理想只能在相关的具体制度下通过对个案的有效处理予以实现。具体制度的合理性程度以及对个案处理的效度,直接影响着法的价值的实现程度。在传统的公法理论和以理性为指导的刑法理论看来,刑法属于国家法,是人民意志的体现,国家和社会秩序既可以通过刑法来维护,又可以通过刑法来创造。刑法价值的实现在于严格地执行现行的刑法规范:

第一,从严格执法的角度看,刑法作为裁判规范,(至少在理论上)要做到有罪必罚、无罪不罚、重罪重罚、轻罪轻罚。这既是对罪刑法定原则的注解,又是在刑法面前人人平等、实现刑法公正价值的体现。刑罚权属于国家权力的重要部分^②。刑罚权由国家独占至少在实定法范围内是不存在争议的,因为国家权力具有不可交易性。从刑事法律关系的角度看,犯罪体现的是犯罪人与国家之间的权利义务关系^③。即使那些有明确被害人的犯罪,也是如此。而从刑事责任角度看,犯罪一旦实施或完成,犯罪人即与国家确定了永远不能摆脱的关系^④,并且犯罪人对刑事责任的承担具有不可替代性、被强制性等特征^⑤。为了惩治犯罪,维护社会秩序,国家依法设立了追诉犯罪的侦查机关、检察机关(由于二者的工作目标大致相同,所以一般将其合称为“侦诉机关”,下同)和审判机关。作为特殊的国家机关,在其职责范围内应严格适用法律,而不应允许犯罪人和被害人自行协商、拿国家法律当作交易的工具。否则就是失职,甚至可能构成新的职务犯罪(如徇私枉法罪等)。

第二,从罪与罚关系上看,犯罪是刑罚的前提和基础,刑罚是犯罪的后果^⑥。近代刑法确立的罪刑等价原则^⑦要求对犯罪分子判处的刑罚应与他所犯的罪的轻重和所承担的刑事责任大小相适应。根据我国刑法理论和刑法规定,刑事责任的根据是犯罪构成^⑧,是否判处刑罚、判处何种刑罚,主要是根据犯罪人的行为符合什么样的犯罪构成。同时,在量刑时还要考虑是否具有法定或者酌定的量刑情节。任何离开犯罪构成和量刑情节对犯罪人适用刑罚都是错误的,离开犯罪构成和量刑情节对犯罪人适用法定的刑罚以外的“刑罚”,更是不能被允许。所以,一些人担心刑事和解制度的引进会损害刑法的价值,并非没有道理。甚至研究刑事和解的学者也承认:刑事和解“在最终实体处分时做出低于法定刑的处罚或者免于刑罚,在一定程度上,这违反了‘罪刑法定’原

① 张明楷:《外国刑法纲要》,5页,北京,清华大学出版社,1999。

② 高铭喧主编:《刑法学原理》,第3卷,23页,北京,中国人民大学出版社,1993。

③ 赵秉志主编:《新刑法探索》,118~122页,北京,群众出版社,1993。

④ 经过了法定追诉时效期限的除外。

⑤ 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,上编,383页,北京,中国法制出版社,1999。

⑥ 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,上编,398页。

⑦ 又称“罪刑均衡原则”,我国刑法第5条对此作了明文规定。

⑧ 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,上编,385页。

则,也有损司法的尊严”^①。

第三,刑罚目的不仅在于惩罚犯罪,更重要的是预防犯罪,一方面,通过适用刑罚,使犯罪人遭受权利被剥夺的痛苦,或者丧失再犯罪的条件,实现刑罚的特殊预防(即防止其再犯),并通过对犯罪人的改造,使其尽快复归社会,重新做人;另一方面,通过刑罚适用,使社会大众认识到犯罪必然招致刑罚的惩罚,从心理上建立犯罪与刑罚的必然联系,从而培养公众对法规范的信赖和遵从,不去实施法律上规定的犯罪,实现刑罚的一般预防(即防止初犯)。为了做到这一点,就必须根据犯罪人所犯罪行及其刑事责任大小,对其判处恰当的刑罚。重罪轻判,或者轻罪重判,都会损害刑罚的正当性,妨碍刑罚目的的实现。刑事和解制度虽然也具有使犯罪人复归社会的功能,但主要是为了被害人的利益而达成的妥协(没有被害人的同意就不可能有刑事和解),因此,即使能够满足刑罚特殊预防的目的,也难以实现刑罚的一般预防。何况在刑事和解过程中,刑罚的妥当性(即对犯罪人判处与其犯罪和刑事责任相当的刑罚)已经打了折扣。所以,刑事和解“注重了犯罪人的个别预防,却严重损害了刑罚的一般威慑作用,使一般犯罪人在犯罪之前基于利害关系的权衡而倾向于选择犯罪”^②。

(二) 刑法价值的相对实现

然而,在当今政治国家与市民社会并存的社会中,传统的国家权威受到了挑战,法律的确定性以及人们对法律的期望也远不如从前,即使被认为具有强烈国家法色彩的刑法,也因为后现代思潮的冲击、契约观念的影响和人们对刑事司法效果的普遍怀疑而风光不再。尽管“睿智的”立法者总是期望通过刑法规范的司法适用实现其中蕴涵的价值目标,尽管“忠实的”司法者也愿意为此付出(包括生命的)代价,但是,现实总是和理想存在距离的。立法者的美好愿望并不总是能够实现(而且有时情况可能很糟糕),司法人员虽然也极力维护法律的尊严,但有时总是感到事与愿违、力不从心。问题的根源在于法律事务本身的复杂性和人们认识能力的局限性。

第一,刑法的制定是一个立法者通过立法程序对需要确立为犯罪的行为的理性的筛选过程,这一过程十分复杂,以致立法结果总是不能令人满意。其中,立法者对社会现象的把握程度、对被选为犯罪行为的社会危害性的认识准确度、其立法技术的成熟程度等,均会影响立法本身的质量。没有一个好的刑法,就不会有好的刑事司法实践,更不会存在刑事法治。

第二,实体法的价值能否实现往往取决于程序法的优劣。公正、合理、高效的刑事诉讼程序设计,可以使刑法的价值有效地实现,反之,必然影响、制约、甚至阻碍刑法价值的实现。比如,我国刑法早在1988年就规定了单位犯罪,但是刑事诉讼法至今也没有相应的单位犯罪程序规则,司法实践只好依据刑事立法精神进行谨慎的摸索,这必然导致对单位犯罪要么追究不力、要么打击过剩的尴尬局面。

第三,刑事司法虽然以立法为行动指南,定罪量刑不能超越法律的明文规定,但

^① 马静华、陈斌:《刑事契约一体化:辩诉交易与刑事和解的发展趋势》,载《四川警官高等专科学校学报》,2003(8),15页。

^② 马静华、陈斌:《刑事契约一体化:辩诉交易与刑事和解的发展趋势》,同前,16页。

是,立法在形式上表现为用文字表述的规范(文字规范),因此,刑事司法实际上就是一种基于对成文法的文字含义的理解而处理社会生活事务的活动。而文字包含着不同的含义,即使具有相同含义的文字,不同的司法人员基于不同的理解或者基于不同的立场,也会得出不同的结论。同样是根据罪刑法定原则,不同的人会对同一案件做出有罪或者无罪的判断,这种现象,无论在理论界还是在我国司法实践中都已经不再是新鲜事^①。至于对被告人的量刑是否妥当,是否真正考虑到罪犯的改造、考虑到刑罚预防犯罪目的的实现,较之犯罪性质的认定而言可能认识上更为混乱^②。在这样的司法状况下,司法机关对刑事案件的最终处理,必然使刑法的应有价值大打折扣。所以,即使有一部好的刑法,缺乏良好的刑法适用机制和公正、合理的程序制度,也不可能圆满实现刑法的价值。

第四,刑法是裁判规范,更是行为规范,前者是规范司法人员行为,后者是规范所有公民的行为。无论司法人员,还是普通公民,都是活生生的社会人,而并非古典刑事法学派所谓的“理性人”。他们有七情六欲、食人间烟火,形成了复杂的社会关系,有着不同的智力水平、心理素质和偏好,会偶尔犯错,也会自觉地做出不同的(包括犯罪的)行为选择。试图以既定的文字规范,使其管辖下的公民行为整齐划一,只不过是一个美丽的梦幻而已。即使司法人员训练有素,秉公执法,由于其判断对象是复杂的公民行为,其对犯罪事实的判断是否全面、定罪是否准确、量刑是否适当,都只是一个相对的概念。司法实践中,只要司法人员按照既定的司法程序和刑法规定,即使案件的定性和量刑最终被改变,也不能断言最初做出决定的司法人员就一定是错误的。刑事诉讼法关于立案、侦查、审查起诉、二审终审、审判监督程序等司法程序的设置,其本身就蕴含着“司法会有一定的错误存在”的思想。所以,要保证司法结果的正确,就必须首先要保证司法程序的合理,通过将案件放入司法各个程序中进行一次次的过滤,淘汰错误,选择正确,实现司法公正(程序正义)和司法结果正确(实质正义)。这表明,刑法的实践过程是对刑法规范的一个“人为的”认识、选择、判断、不断纠错的过程,客观上存在错误和正确两种结论。刑事法价值的实现,也只不过是人们通过相对合理的程序、努力使其相对地实现的过程而已。

第五,刑法既是法律规范,同时又是社会规范,是社会生活的有机组成部分,自奴隶制以来的社会形态中,尚不存在没有刑法的社会。刑法是社会生活的经验结晶,一个国家或者民族的刑法之所以具有特色,最根本的是由其特有的民族生活特征所决定的,所以“立法必须符合国情”。但同时,刑法必然受制于社会生活。社会生活对刑法的影响在刑法实践中表现得尤为突出。我国转型时期与市场经济体制不相适应的社会生活环境,尤其是不利于刑事法治的政治环境、社会心理等,对刑法的实施及其效果

^① 学术界对龚建平吹“黑哨”案、刘海洋伤熊案的探讨和不同的结论,可见一斑。

^② 理论界近年来对量刑问题的研究表明,量刑不均衡(或者量刑不公)、量刑随意性现象普遍存在,究其原因在于没有明确的量刑准则和量刑程序,缺乏对法官过大的量刑自由裁量权的限制。参见余剑:《量刑公正之程序保障》,载《人民司法》,2004(4),37~41页。可喜的是,我国最高法院已经对量刑问题引起重视,有些地方法院(如江苏省高院)已经率先进行量刑规范化的探索并取得了初步的成绩。

产生了负面的影响。其表现主要是“刑法工具论”和长期、过度的“严打”实践。所以,刑法的价值预期与刑法价值的实现及实现的程度是不能相提并论的。

(三) 刑事和解制度不会影响刑法价值实现

现实地看待一个制度,只要它对基本法的价值不存在什么损害,或者说,相比较而言,它能够更好地保障基本法的价值的实现,即使其本身存在着一定的缺陷,也是有着生存的必要的。刑事和解制度存在的正当性也正在于此。

从对案件事实的认定和判断角度看,刑事和解制度并不纵容在案件事实认定上“和稀泥”,而是“以案件事实已经查明为前提”^①。这里的案件事实已经查明,应该符合刑事诉讼法规定的对刑事案件的一般证明要求,即事实清楚、证据确实充分。也正是案件的事实认定部分没有问题,作为被侵害的受害人一方,才有可能接受与加害方进行的“和解”。更何况,刑事和解的开展,并非加害人与被害人之间的私下行为,而是由多方人士共同参与,尤其是司法机关积极参与的“共同活动”,所以,完全可以避免无原则私了现象的产生,从而避免对刑法价值的损害。

从对被告人的定罪看,刑事和解既然以案件事实已经查明为前提,案件事实决定犯罪性质,所以查明了案件事实,也就基本上决定了犯罪的性质和罪名,而犯罪性质的确定,就为解决犯罪人所应受到的刑罚惩罚的轻重奠定了基础,从而也就相应地决定了对该案件可否进行刑事和解。因此,所谓和解,并不是、也不能就犯罪人所犯罪行的性质部分进行讨价还价,而仅仅是对量刑及民事赔偿部分进行的协商。所以,从这个意义上讲,刑事和解制度基本不会对刑法的价值构成侵犯。

从对被告人的量刑看,刑事和解制度主张对被告人判处轻刑,这是基于被告人已经就对被害人的经济补偿和精神安慰达成协议,并已履行了经济补偿的一种慎重、合理的选择。之所以这样评价,是因为其符合现代刑事政策的价值取向。现代刑事政策基于对犯罪产生原因复杂性的认识、对监禁刑的缺陷和罪犯改造艰巨性的考察,采取了两极化的政策,即重其重者、轻其轻者。能够进行和解的刑事案件,都是罪行轻微的案件,对犯轻罪的犯罪人适用更轻的刑罚,采取非监禁刑或者行刑社会化,有助于加速犯罪人复归社会的进程。当然,轻其轻者,表面上似乎违反了刑法罪责刑相适应原则和刑法平等原则,比如,应当判处3年的监禁,却因为和解而适用了缓刑。但是,罪责刑相适应原则和刑法平等原则的目的也是为了更好地实现刑法的目标(维护社会稳定,合理、公平地惩罚犯罪),与刑罚目的(预防再犯和防止初犯)是一致的。量刑是实现刑罚目的的基本手段,其侧重刑罚的特殊预防,即防止犯罪人再犯、消弭其社会危险性。而通过刑事和解、对犯罪人判处轻刑恰恰很好地做到了这一点。而且,较之对犯罪人机械地、高成本地通过监禁来达到这一目的的做法,更具有积极意义。

从对被害人的安抚看,“刑事和解以被害人的利益保护为中心”,“极大地提高了被害人的诉讼地位,从而在传统的公共利益——被告人利益模式中增加了被害人利益的

^① 马静华、陈斌:《刑事契约一体化:辩诉交易与刑事和解的发展趋势》,载《四川警官高等专科学校学报》,2003(8),15页。

考虑,使现代刑事诉讼开始追求公共利益、被告人利益与被害人利益的三方平衡”^①。“不但可以确保其实质利益,而且还能够弥补精神上的损害,有助于被害人之再社会化。”^②刑事和解的基础理论之一——“叙说理论”^③的焦点在于给被害人直接向那些介入其叙说过程的人讲述其被害经历的机会^④,通过叙说,适当地宣泄了对被告人的不满,倾诉了自己的冤屈,恢复了被犯罪破坏的心理秩序,达到了心理上的安慰和治疗。这对于平息被害人的报复情绪是极具刑法意义的。

从对罪犯改造的可能性看,一方面,案件的事实已经查清,犯罪性质已经确定,对犯罪人的量刑也基本可以做出决定,犯罪人在权衡自己行为法律后果与同被害人协商以换取更有利的结果之间的利弊后,选择和解方式,从形式上表明其接受法律对他的评价和社会对他的监督改造;另一方面,是否和解的决定权在于被害方,尤其在相关人员参与的和解过程中,被害人对自己被害过程(也就是对被告人加害过程)的叙说,足以使犯罪人的心灵受到震撼,产生身临(受害人)其境的感受,促使其从内心世界改过自新。正如学者所言:犯罪人一方面通过与被害人的相谈,能够深刻认识自己的犯罪行为给他人带来的痛苦的程度,使其真诚悔悟并采取实际行动对被害人予以赔偿来建立和平和社会关系,从而提升了他的社会责任感;另一方面经由和解之践行,其被免于起诉、免于受刑之宣告或免于受刑之执行,可避免刑事追诉所形成之负面效应,减轻其回归社会适应之困难^⑤。

综上所述,刑事和解制度反映并体现了新的刑事法观念,有利于贯彻和推动非监禁刑、行刑社会化等轻刑措施的实施,有利于实现刑法的价值目标。对此我国完全可以借鉴。

三、应当注意的问题

刑事和解,对被告人而言无疑是一种宽大。进入和解程序而获得轻刑处遇,是大多数被告人的追求,对那些经济上富裕的被告人而言,尤其如此。为此,就必须在程序上进行合理的设计,避免那些不应当和解的刑事案件进入和解程序。我们认为,为了防止刑事和解制度在实践中可能出现的偏差,至少应当注意以下两点:

第一,什么样的案件可以进入刑事和解程序?从前述刑事和解制度简介中得知,可以进行刑事和解的刑事案件均为轻微刑事案件。但什么是轻微刑事案件,其范围怎样确定?并不是一个简单的问题。一般说,根据我国刑事司法实践和刑法、刑事诉讼法的有关规定,以下三种情况可划入轻微刑事案件的范围:(1)法定最高刑为3年以下有期徒刑的;(2)行为人所犯罪行可能被判处3年以下有期徒刑的;(3)属情节不严重

① 马静华、陈斌:《刑事契约一体化:辩诉交易与刑事和解的发展趋势》,同前,16页。

② 刘凌梅:《西方国家刑事和解理论与实践介评》,同前,2001(2),153页。

③ 另外两个理论是“恢复正义理论”和“平衡理论”。参见刘方权、陈晓云:《西方刑事和解理论基础介评》,同前,45~49页。

④ 刘方权、陈晓云:《西方刑事和解理论基础介评》,同前,47页。

⑤ 刘凌梅:《西方国家刑事和解理论与实践介评》,同前,153页。

的过失犯罪的。但是,上述情形也并非绝对地属于轻微刑事案件。比如刑法第294条规定的组织、领导、参加黑社会性质组织罪,如果不是情节严重,其法定最高刑为3年有期徒刑,但是,我们无论如何也不能承认该罪属于可以进行刑事和解的轻微刑事案件。此外,由于刑事和解是充分尊重被害人的程序设计,在原则地掌握上述轻微刑事案件范围的同时,还需满足“有被害人”这一条件。这样,凡没有被害人的犯罪,无论多么轻微,都不能成为适用刑事和解的案件。

第二,谁来决定案件进入刑事和解程序?是由法官决定,还是由被害人决定?在司法实践中,被害人可能基于各种考虑,如经济的或者受到威胁等而同意进行和解;或者法官滥用自由裁量权,而错误地决定进行和解。这些做法都会影响刑事和解的效果。我们认为,刑事和解制度是在不损害法律的基本价值的前提下,由被害人与被告人达成的新的协议或者契约,因此,案件是否进入刑事和解程序,决定权在于被害人,在于被害人对被告人发出的愿意和解的要约的回应或者承诺。而法官对此仅仅承担着一个传递信息、把握时机、确定可行性的角色。即只要属于可以进行和解的轻微的刑事案件,只要被告人愿意与被害人和解,法官就应当促成这一和解。当然,为了维护被害人的利益,并促使被告人悔过自新,法官根据情况也可以鼓励被告人向被害人发出和解的要约,在被害人同意后促成该和解。一句话,法官在和解程序中,不是命令者,而是协调人。

此外,在我国司法体制尚不健全、司法腐败比较严重的情况下,人们担心刑事和解会加剧司法腐败。理由是:刑事和解主要是以犯罪人对被害人的物质赔偿为内容,这显然有利于富人,而不利穷人,前者和解的可能性较大,而后者和解的可能性较小;富人可以通过金钱使法官做出有利于和解的判断(如将案件认定为轻微刑事案件,或者对被告人判处较轻的刑罚等),而穷人对此几乎无能为力。所以,从某种意义上讲,刑事和解会成为有钱人逃避罪责的“安全通道”。这些担忧虽然不无道理,但是却有相当的片面性:一者,司法腐败并非和解制度本身带来的问题,也不是和解制度必然导致的结局,而是牵涉到许多深层次的制度完善;二者,如前所述,刑事和解并非被告、被害人之间的私了,而是在行为人的犯罪性质已经确定的前提下,在人民法院^①主持下、在相关人员参与下共同解决对被告人的量刑以及对受害人的经济赔偿,并创造一个供受害者宣泄愤恨情绪、加害者忏悔罪行的氛围,进而促使受害者对加害者的行为进行一定程度的谅解、激励加害者在今后加速自我改造的活动。由于参与者众多,既有法官,又有双方的代理人或者律师,既有加害方或者受害方的亲属,又有其他相关人员(如单位领导、社区代表等),加之程序公开透明,并以获得共识为目标,所以,刑事和解的具体运作不仅不会加剧司法腐败,而且有利于防止司法腐败。

^① 刑事和解是否可以在刑事案件侦查阶段、起诉阶段进行,理论上有不同的看法。我们认为,刑事和解以对被告人定罪为前提,而定罪是人民法院的专有权力,所以,刑事和解应当在审判阶段进行为宜。在审判阶段进行和解的好处还有:人民检察院在必要时可以进行监督,以防止可能产生的司法腐败;被告人经过侦查、起诉阶段的“羁押”,对其所犯罪行的认识要更深刻一些,其与受害人和解的可能性也就越大一些。

余论

我国有着悠久的调解历史,司法实践中也积累了丰富的调解经验,这为刑事和解制度在我国的引进奠定了实践基础;同时,我国也有“厌讼”的文化传统,刑事和解中所蕴含的“和为贵”思想与我国传统的和合哲学理念不谋而合,这为刑事和解制度与我国司法制度的契合奠定了文化基础。过去,司法机关把轻微刑事案件当作人民内部矛盾处理,采用较为缓和的方式,这与刑事和解在某些方面存在着暗合,而当前,党和政府号召建设社会主义和谐社会,对待刑事犯罪又明确提出“宽严相济”的刑事政策,这些都是刑事和解制度得以存在的良好制度环境,因此,引进刑事和解制度符合我国国情,也符合我国司法制度的基本价值取向。

实际上,在我国刑事司法实践中,存在着类似刑事和解的事实,而我国最高司法机关也部分地承认了刑事和解的合理性。如在刑事附带民事诉讼中,被告人对自己的犯罪行为造成的被害人的物质损失进行赔偿,是其应当承担的民事责任。但是,考虑到犯罪人大多没有经济上的能力,如果其家属或者亲属愿意代为承担该民事责任的,不属于违法。因赔偿获得被害人满意的,可以考虑对被告人量刑上的酌情从宽。北京市朝阳区人民法院在全国率先将庭外和解制度应用于刑事案件领域,被舆论和理论界认为是刑事和解制度在司法实践中的应用。我们的看法是,这些还不规范、不统一的和解实践,属于有待扶持的新生事物,需要通过法律上建立刑事和解制度,并进一步加以规范和完善。