

Who should be the rapper?

Research on the VOR by the prosecution branch

谁来打开和解之门

——
检察环节刑事和解研究

周凯东 著

德



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

Who should be the rapper?

Research on the VOR by the prosecution branch

谁来打开和解之门

——
检察环节刑事和解研究

周凯东 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

谁来打开和解之门:检察环节刑事和解研究 / 周凯
东著. —北京:法律出版社, 2016. 1
ISBN 978 - 7 - 5118 - 9126 - 6

Ⅰ. ①谁… Ⅱ. ①周… Ⅲ. ①刑事诉讼—和解—研究
—中国 Ⅳ. ①D925. 214. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 024836 号

©法律出版社·中国

责任编辑/麦 锐

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法规出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/固安华明印业有限公司

责任印制/吕亚莉

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/15.5 字数/192 千

版本/2016 年 8 月第 1 版

印次/2016 年 8 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 9126 - 6

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

从政策化尝试到法治化运行的 刑事和解路线图

欣闻周凯东博士新作《谁来打开和解之门》即将付梓,当为之贺!特为题序。

“和合”是传统文化的精髓所在,是古今刑事和解制度的共同价值追求和文化基础。经过长期的文化浸淫,宽恕体让的价值观与人生哲学已经沉淀在了中国人的民族性格之中。无论时代变迁,息诉、和解的传统心理和纠纷解决方式依然能得到大众的心理认同和遵循。

随着建设社会主义法治国家和构建和谐社会理念的提出,现代刑事和解在国内呈现了广阔的制度前景和发展空间。和谐社会的理论倡导建立一个公正正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处的社会,也是一个多元、理性、人本的社会,和谐社会的最终实现则必须依赖于完整的法律体系对社会关系的全面有效调整。现代刑事和解以恢复性正义为核心,以化解社会矛盾、抚平被害人创伤,促使犯罪人回归,消除负能量与心理危机为目标,必然会对构建和谐社会起到强劲助推之力。新刑诉法特别程序之规定,标志着刑事和解已由政策化运行转变为法治化运行。与以往的实务部门的试点操作以及某些规范性意见相比较,仅是一种宏观性的、框架性的规范,所涉问题的复杂性、广泛性、多样性不言而喻,而开放性的研究则更为迫切。

国家和社会处于司法体制改革关键时期,无论是司法实务者还是理论都应当有深入的实践经历和热忱的内心体验。这种司法亲历性决定了我们的实证性研究能够基于中国本土,面向浩瀚的未来。那么,在这个意义上,我们的法文化传统、司法实务变迁和当下的司法改革洪流给了我们一个学术的‘富矿’,提供了巨大的可能性。因此,关注现实生活,发挥我们的比较优势,是可能做出独特学术理论贡献的必由之路。

刑事和解不会固步自封。相反,在刑事诉讼法新一轮的修法之际,还会迎来深度的调适与整合。这样看来,为下步司法改革提供相对真实的素材与史料,提供冷静的观察视角与初步结论,意即本书的成功所在。

是为序。

闵春雷

2016年6月于长春

前 言

“芳林新叶催陈叶,流水前波让后波。”^{〔1〕}21世纪以来,恢复性司法的潮流在全球强劲兴起。而在国内,在十六大以来关于建设和谐社会的背景之下,在实行宽严相济刑事政策的指引之下,我国司法机关开始探索在公诉案件中鼓励当事人和解的办案方式,这种有别于传统案件的处理方式,在我国的许多地区进行了多元化的探索。作为一种以非刑事化方式处理刑事案件的模式,刑事和解所追求的最高价值是社会冲突的化解和社会关系的和谐,旨在化解当事人双方的矛盾,修复被犯罪破坏的社会关系,在实践中能够更好地达到案结事了。刑事和解程序的适用给了加害方和被害方选择诉讼结局的机会。使加害方与被害方在平等、自愿的基础上进行对话、协商,加害方通过赔礼道歉、经济赔偿等方式取得被害方的原谅,最终达成和解。

回顾刑事和解制度的前世今生,我们看到,诚如德国著名犯罪学家汉斯·约阿希姆指出的那样,社会本身的变革即其结构、价值观念、生活方式本身的改变,倾向于以和平方式来解决冲突,这些对于有效预防和

〔1〕（唐）刘禹锡《乐天见示伤微之敦诗晦叔三君子皆有深分因成是诗以寄》。

控制犯罪具有决定性的重要意义。刑事诉讼以报应主义为基础,以惩罚犯罪为手段,以判决公正为追求,以预防犯罪为目标。一个公正的判决无疑是正义的实现,但是,从古巴比伦王国第六代王汉谟拉比制定《汉谟拉比法典》开始,一部部极度鲜活的刑法史告诉我们,残酷的刑罚制度从未能真正有效地遏制犯罪。

刑事和解具有缓和性、自主性和互利性的特征。其理论根据是中西和谐文化传统的交汇,被告人与被害人主体地位的回归,罪刑法定原则、罪刑相当原则从绝对到相对的理论转变。刑事和解符合和谐社会、案结事了的理念,能够提高诉讼效率,保护被害人合法权益,构建和谐社会关系,强调人性化办案思维,开辟了社会治安综合治理的新途径,体现了以人为本的价值观。它属于恢复性司法的表现形式之一。刑事和解尊重加害方和受害方的意愿,重视加害方和受害方的选择。但不等于双方当事人可以超越案件事实随意和解。刑事和解强调在遵循平等、自愿、合法原则的基础上,在符合案件事实清楚、加害方认罪且当事人双方和解等条件的前提下适用,其进程仍然应当坚持事实为依据,以法律为准绳。

在刑事和解理论者看来,犯罪并非个人与国家间的争斗,而是个人与个人的争斗。犯罪是社区中的个体,对另一个体的利益侵害,而并非侵害国家利益或是社会利益的行为。由此,犯罪处理的过程,不是犯罪人与国家之间的关系重构,而是犯罪人与被害人、社区之间的关系恢复。因而,在处理方式上,绝非排他性地依赖于诉讼这一唯一方式,而是应当允许在犯罪人与被害人之间开展充分的协商。

这样的理解,构成了某种摧毁性的力量,对既有的知识壁垒与理论教条,起着颠覆性影响。这种全新的犯罪观,瓦解了犯罪行为与侵权行为之间的固有界限,使其在内在性质上连为一体,不再僵硬分离,产生了“刑法民法化”的初步倾向。

二

作为深受恢复性司法理论影响的刑事和解制度,强调在双方自愿的前提下,以说服教育为手段,公正与保护并重,直接作用于犯罪人的内心,使其能知错就改,这种内心的悔悟、良心的发现,其力量远比任何外部强制力强大、持久。通过检察人员对被害人与犯罪人双方进行说理、教育,达成和解,在这一过程中,相对刑事审判来说,往往有更多的社会普通民众参与。每一次调解,对被害人、犯罪人以及他们周围的人来说,都是一堂生动的法制教育课,这种亲身参与必然在每个人心中留下烙印,其意义不仅仅在于圆满地解决纠纷,而且让更多的人受到了法治教育,而刑罚则远离一般社会大众,其对社会公众的影响仅限于对犯罪人个人的惩罚。在现有的司法资源之下提高诉讼效率是当务之急,在文化交融越来越频繁、深入的形势之下,恢复性司法、协商司法理念逐步为公众所接受,努力结合我国各种社会组织仍不健全的现状,唯有提高个案诉讼效率、整合有效社会资源,才能节约司法资源。不得不说,刑事和解的司法观呈现给我们的是对终极公正与诉讼效率的不懈追求。

恩格斯曾经提出并阐发了著名的“历史合力论”,他指出:“历史是这样创造的:最终的结果总是从许多单个的意志的相互冲突中产生出来的,而其中每一个意志,又是由于许多特殊的生活条件,才成为它成为的那样。这样就有无数互相交错的力量,有无数个力的平行四边形,由此就产生出一个合力,即历史结果,而这个结果又可以看作一个作为整体的、不自觉地和不自主地起着作用的力量的产物。”^{〔1〕}事实上,每一项制度的产生和发展过程,都应当是一个多方面因素互相影响,互相制约,并相应推进的结果。刑事和解实践在中国的兴起和发展,有着自身特有的轨迹和特征,绝不是某一个方面或因素,单方面起作用的结果。法律是

〔1〕《马克思恩格斯选集》(第4卷),人民出版社1995年版。

人类社会的最终产物,上升为国家意志的法律规则和制度规定,必须真实反映社会实际需求和社会主体的主流价值观。刑事和解的制度化作为法制建设中的一项制度性事实,表明了我国社会和法律制度的发展与变迁。根据法律与社会的互动原理,法律制度在适应来自社会的方方面面的需求中不断发展。社会反过来也会影响法律制度的进一步发展。社会需求的整体来源于各个不同利益主体,并在其各自行动的推动下影响制度的进程。那么,社会和制度变迁中的行动者们是如何影响刑事和解的制度化进程的,显然是一个实然命题,同时更是一个应然的法社会学抑或法制度学命题。

三

“如果不强调制度和道德环境,一味鼓吹人的‘经济人’的特性,不合理的制度和道德环境必然导致人以不正当的方式追求自身的利益。然而,如果有良好的法律和制度的保证,以及良好的道德环境,经济人追求个人利益最大化的自由行动会无意识地、卓有成效地增进社会的公共利益。”^{〔1〕}为了使和解这一新生事物能健康发展,有必要将之纳入到规则之治。

刑事和解将走向何方?有学者指出,“在现代法治社会,刑事和解则是公法的私法化的表现,是公权力对私权利的让渡的结果”。^{〔2〕}由于检察机关在对犯罪嫌疑人是否提起公诉以及求刑等问题上具有一定自由裁量权,因此,刑事和解可直接影响其处理结果,如相对不起诉或者提出从轻的量刑建议。近年来各地检察机关出于对社会效果和个案特殊性的考虑,开始更多地关注刑事和解的应用,因此,很多地方的检察院将刑

〔1〕 葛琳:《刑事和解研究》,中国人民公安大学出版社2008年版,第145~146页。

〔2〕 徐岱、王军明:“刑法谦抑理念下的刑事和解法律规制”,载《吉林大学社会科学学报》2007年9月5期。

事和解作为近期“司法改革”或制度创新的重点。适用刑事和解处理的案件中,经济赔偿只是加害人真诚悔罪、赔礼道歉的必然结果,不是作为从宽处理的交换条件。真诚悔罪说明行为人的主观恶性减小,缓解了双方的矛盾,消除了不和谐因素,对这样的案件酌情从宽,在现实生活中是一件非常有意义的事情。“花钱买刑”只是单纯的钱与刑的交换,加害人对犯罪没有真诚悔改之意,或者对被害人不仅不道歉而且也没有真诚的认罪态度,公权力完全没有必要将经济赔偿作为加害人作为换取对自己的从宽处理的筹码,刑事和解制度中的“和解”并非交易或者交换,它实际上是一种公权力处理问题的态度,破除人们对刑事和解的误解,积极寻求并探索与私权利的合作,极力的保障与维护私权利的行使,避免刑事和解制度成为空中楼阁的现象。

这里引用陈瑞华教授的观点,来表述我国目前阶段所试用的刑事和解制度。“中国近年来兴起的刑事和解制度尽管无论在理念上还是在制度设计方面,都可以从恢复性司法中找到一些类似的要素,但两者在本质上还属于不同的两种司法模式。为避免误解,我们有必要将刑事和解制度视为一种私力合作模式,以区别传统的对抗性司法模式,也区别于那种国家公诉机关与被告方通过协商达成合作的公力合作模式。”^{〔1〕}然而,无论什么样的性质界定,即使非常具体精准,也无法从法律体系与结构的角度显示出其构造和区位,甚或在某些情形之中会产生似乎其游离于刑事司法体系与民事司法体系等其他体系的一种误读。本书致力于通过实证的检视与对未来的期望断想,试图将刑事和解在刑事司法体系中找到恰当的位置。虽然刑事和解与传统的刑事司法理念有所背离或偏差,形成了所谓的“刑事法治第三领域”,或者陈瑞华所称“刑事诉讼的私力合作模式”,但它始终是依附于传统刑法中的关于犯罪构成、刑事处罚的一体相承的根本理念,并没有独立出新的体系,是子系统,辅体系,类派别。

〔1〕 陈瑞华:“刑事诉讼的私力合作模式——刑事和解在中国的兴起”,载《中国法学》2006年第5期。

四

应当没有人会否认,新刑事诉讼法关于当事人和解的特别程序以及两高一部的相关规定,对当事人和解的公诉案件程序做了进一步的明确和细化,标志着刑事和解正式以法律明文规定登上法治舞台,从而开启了中国式刑事和解的新阶段。

自愿本身就蕴含着公平。刑事和解的设立,更主要的意义不是扩展了司法机关的职权,而是更多地考虑到当事人的主体地位,对其予以法律上的引导。设定和解程序后,对犯罪嫌疑人、被告从宽处理的法律依据和法律要求更加明确,当事人特别是被害人的主体地位进一步得到尊重。通过刑事和解,真诚悔罪的犯罪嫌疑人获得了从宽处罚的出路,被害人权益则得到了更好的保障。以检察工作实务尤其是公诉环节与刑事诉讼监督环节为切入点,对国内刑事和解的运行情况开展实证分析,尤其是在新刑事诉讼法实施之后,对检察官在刑事和解中的角色定位,对刑事诉讼中公正与效率矛盾的有效调和,无疑具有重要意义。“调解是暴力、自力救助或者诉讼的替代措施……它可以被定义为一种过程,通过这一过程,参与者在中立者的帮助下,有系统地将争执的问题孤立出来,以便显现选择、考量替代,并达成一种满足各方需要的一致和解。调解强调参与人对做出影响自己生活的决定所负的责任。因此,它是一种自我授权的过程。”^{〔1〕}

新刑事诉讼法生效后,刑事和解给司法机关在侦查、起诉、审判等各个环节灵活处理案件的权力,增加了司法官们权力寻租的机会。目前实践中刑事和解中,和解双方被各自的近亲属或者律师所代替,刑事和解近乎演变为经济赔偿与从轻处罚的交易,演变为附条件减刑的谈判,已经背离了刑事和解的初衷。因此,需设立一整套对公权力参与监督制约

〔1〕 [美]博西格诺等著:《法律之门》,邓子滨译,华夏出版社2002年版,第669页。

的机制,避免和解中的“暗箱操作”,打造套向权力的“缰绳”与“笼头”。因此,应积极探索多元化的和解方式,创造条件,将和解过程尽可能地运行于阳光之下,让被告人与被害人双方重新回归桌面,通过面对面的沟通、交流、倾诉,来修复被破坏的社会关系,谨防和解双方“被代表”,谨防刑事和解演变为钱刑交易。

“宜未雨而绸缪,毋临渴而掘井。”行文至此,感到更重要的,是在政治高层领导集体周期转换,政法工作呈现新格局的战略时期,在第三轮司法改革吹响号角之时,对刑事和解的未来走向应当具备清晰的把握与预判。

徒法不足以自行。

——《孟子·离娄上》

中国人将在他们的社会生活中，运用他们的理性，寻求能够实现其利益最大化的解决各种纠纷和冲突的办法，并在此基础上，在人们互动中逐步形成一套与他们的发展变化的社会生活相适应的规则体系。

——苏力

目 录

引 言	1
一、选题背景	1
二、研究现状	2
三、核心观点	9
四、本书思路及创新	10
第一章 检察环节刑事和解的实然描述	12
第一节 刑事和解概述	12
1.1 刑事和解的概念及内涵	12
1.2 检察环节刑事和解适用简况	13
1.3 问题的提出	16
第二节 以 S 市 N 区为样本的实证考察	18
2.1 刑事和解的适用范围	19
2.2 刑事和解的主持者	21
2.3 刑事和解的程序分流	24
2.4 刑事和解的社会效果	26
第三节 博弈论视角下关于 N 区的实证分析	27
3.1 理性人与非零和博弈	27
3.2 刑事和解中的双方与多方	30

第二章 刑事和解的性质嬗变	36
第一节 刑事和解的司法观	36
1.1 传统主流司法与恢复性司法的分野	36
1.2 刑事和解的协商式诉讼价值	38
1.3 刑事和解的付诸立法	40
第二节 刑事和解的比较法考察	41
2.1 美国辩诉交易制度	41
2.2 法国刑事和解、刑事调解制度	44
2.3 域外制度的本土化	51
第三节 刑事和解中的检察官客观义务	56
3.1 检察权的积极属性	57
3.2 检察官的客观义务	59
第四节 刑事和解适用中的异象	60
4.1 刑事和解异象主要解读	60
4.2 刑事和解异象产生根源	65
4.3 刑事和解异象防控机制	72
第三章 检察环节刑事和解的现实之困	79
第一节 刑事和解制度构建的三重瓶颈	79
1.1 刑事和解的资源效益瓶颈	79
1.2 刑事和解的主体性瓶颈	81
1.3 刑事和解的思想文化瓶颈	84
第二节 检察官角色的双重矛盾	86
2.1 打击犯罪与居中主持的游移不定	86
2.2 组织和解与监督和解之间的自我冲突	88
第三节 配套机制的层层困境	90
3.1 司法机关的协作困境	90

3.2 刑事和解的刑法关联	94
第四章 刑事和解的司法架构	101
第一节 刑事和解之立法解读	101
1.1 刑事和解程序的适用范围和条件	103
1.2 刑事和解的主体界定	107
1.3 刑事和解的实体效果	108
第二节 刑事和解对检察权的新挑战	109
2.1 检察权之新定位	109
2.2 检察权之新权能	111
2.3 检察权之新处断	113
第三节 刑事和解的侦诉合作	117
3.1 侦查阶段刑事和解的合理性	117
3.2 侦查机关刑事和解的有效操作	118
第五章 刑事和解的前景展望	121
第一节 新刑法生效后之情势判断	121
1.1 界定刑事和解的必备条件	121
1.2 杜绝假借和解的“花钱买刑”	124
1.3 把握效率与公正的动态平衡	127
1.4 保证行之有效的和解监督	128
第二节 新刑法未拓展之立法断想	129
2.1 刑事和解的未来疆界	129
2.2 和解进程的进一步深思	136
2.3 重罪乃至死刑的切入	142
2.4 法机制与法文化的延伸	148
第三节 初步的结语	154

附录 1:各地关于刑事和解的规范性文件	157
附录 2:随机抽取的 80 例刑事和解个案	161
附录 3:新刑诉法实施前后吉林省关于刑事和解的典型案例	181
附录 4:有影响的相关规范性文件	194
参考文献	224
攻读博士学位期间所取得的科研成果	229
后 记	230