



山东政法学院
学术文库·法学

被害人视野中的 刑事和解

李建玲 著

山东大学出版社

被害人视野中的刑事和解

李建玲 著

山东大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

被害人视野中的刑事和解/李建玲著. — 济南:山东大学出版社, 2007. 12

ISBN 978-7-5607-3527-6

I. 被...

II. 李...

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(2008)第 000155 号

山东大学出版社出版发行

(山东省济南市山大南路 27 号 邮政编码:250100)

山东省新华书店经销

济南景升印业有限公司印刷

880×1230 毫米 1/32 8 印张 216 千字

2007 年 12 月第 1 版 2007 年 12 月第 1 次印刷

定价:18.00 元

版权所有,盗印必究

凡购本书,如有缺页、倒页、脱页,由本社营销部负责调换

学术、学问与学术传统（总序）

所谓学术，据《辞海》解释，是指较为专门、有系统的学问。而学问则是学习、问难。^① 做学问、搞学术是一个艰苦的过程，它既要有努力的学习又要有潜心的沉思，来不得半点马虎，几乎没有任何捷径可走。严格说来学问与学术还是有一些区别的。何怀宏说：“学术是大家的，学术乃天下之公器，有规有界。学问是个人的，学问乃自我之心得，无端无涯。”^② 对大部分人文学科的学者来说，做学问主要是在书斋里面，得耐得住寂寞。虽然学者们要面对现实，但只有经得起冷板凳的磨练才能产出真正的学术。做学问讲究个人的修养，是把思想变成文字的过程。思想一旦变成用文字表述的作品，学问就成了学术成果。创新性的学术成果就是书斋里的革命，而“革命”性的学术是促使社会进步的精神力量。然而，学问是怎样产生，又是如何变成学术的呢？

梁启超先生认为，将世界纷繁复杂的东西作为做学问的资料进行疏理分类、归纳整理，这就是能力。有了这种能力，“思想乃起，有思想故，斯有议论，有议论故，斯有学问”，“则凡学术关于有形实物者，其基础可知耳，何也？学固以实验为本，而所谓实验者，自有一定之界，苟不驰于此界之外，则其实验乃可信凭。界者何？物之现象是也。若贸然自以为能讲求庶物之本相者，则非复学术之

① 《辞海》，上海辞书出版社 1999 年版，第 3193、3194 页。

② 何怀宏：《问题意识》，山东友谊出版社 2005 年版，第 1 页。

界矣”。^① 梁启超在总结他的学术经验时也讲到，当以学术的方式来审视自己的感受和结论的时候，就必须达到一种理性的自觉，要向自己，同时也向所有其他人，提供一些经得起检验的论据，并且公开自己的论证方式。自己承担了依靠理性去证明的义务，那就不仅要公开，而且要忠实和公正。古人说，学术乃天下公器，同样包含这一层道理。自己依此去做，实际是在尽学者的本分。结论其实并不重要，要紧的是隐藏在结论后面的东西。^② 确实，这里面既有学术意境，也有学术方法，更重要的还可能在于学术的创新。学问与学术的真谛在于不断的创新，为社会不断地补充精神食粮。

学术创新是当下学界最重要的理念。然而，要真正对学术有所贡献则需要诸多的条件，起码对一个学者来说：要切实领悟学术的价值；要具备良好的学术意境和深厚的文化底蕴；要有正确的逻辑思维方法；在某种意义上还要有学术系谱的传承。邓正来在《深度研究与自主发展》一文中介绍说：美国著名文化人类学家吉尔兹遵循韦伯比较行为与行动的理路，对“眼皮痉挛”（行为）与“递眼色”（行动）作比较所得出的结论：前者只是动作，而后者却是有意义的动作。文章还介绍了 F. Crews 为西方反实证主义的知识运动的检讨对我们的启示：“一个优秀学者最重要的标志就是对先验结论‘抱有一种本能的警觉，换句话说就是，对任何未经检验得出的、貌似权威的结论、理论体系或者其他一般论点一概持怀疑态度’。”^③ 我认为，这种观点对于当下各大学中正在寻究大学精神和探求学术创新路径的学者而言，“不能不说是知识活动的一个尺度”。学术创新不应是“眼皮痉挛”，起码应该是“递眼色”。学术

^① 梁启超：《饮冰室合集》（二），中华书局 1989 年版，文集之十三，第 52、56 页。

^② 参见《学术思想评论》第 3 辑，辽宁大学出版社 1998 年版，第 541 页。

^③ 参见《学术思想评论》第 2 辑，辽宁大学出版社 1997 年版，第 39、47 页。

是指那些对社会产生一定影响的学问。

凡办得好的大学，都有一种良好的学术氛围与传统。徐显明说：“学术传统是一所大学所拥有的最有价值的无形资产，它比起那些有形的资产更加珍贵。”他认为，需要代代传承的学术系统主要有四个方面：一则，养涵崇高，襟怀宏伟的大家气度。视学术犹如生命，具有对学问的虔诚敬畏之风气和孜孜不倦地探求之良俗。在科学的道路上，百折而又不挠，宽容而又大气，兼蓄而无门户之见，从而造就一批历久弥新的传世之作。二则，开拓创新，研故出新，有敢为天下先的学术追求。学者们都以学问的拓荒者为荣。他们的头脑不但专为学问而准备，也有着对时代变迁、学术更替的足够敏感。高文典册成就于启例发凡的学术努力之中。三则，沉潜学问，厚积薄发的精品意识。学者们恪守“板凳要坐十年冷，文章不写半句空”的信条。他们深知，做学问要耐得住寂寞，避免浅薄浮躁、急功近利。“根本固者，华实必茂，源流深者，光澜必章”是他们追求的学问境界。四则，崇争尚辩，追求学术自由的治学精神。学者们对“知出乎争”这一儒家遗训深信不疑。^①我想，这些良好的学术传统既已成为名牌大学的灵魂依然散发着光彩，那么，对于苦苦寻找发展之路的新兴大学来讲，确应视为楷模而效之。

山东政法学院推出这套“学术文库”，将分不同学科陆续出版。这不仅是该院专家学者们多年来精心研究所取得的成果的展示，更重要的在于通过这种学术作品的出版，历练学术意境，提升学术水平，进而在不断努力的基础上形成自己的学术传统。

是为序。

山东大学教授
博士生导师 陈金钊

2006年8月

^① 参见《山东大学百年学术精粹·总序》，山东大学出版社2001年版。

前 言

刑事和解作为一项刑事司法革新运动，发端于 20 世纪六七十年代的北美，产生的主要背景就是以被害人为导向的刑事保护政策思潮的勃兴。在学术研究成果方面，德国汉斯·冯·亨蒂著的《论作案者与受害者之间的相互影响》、德国海希德著的《犯罪人和被害人》、美国约翰·R·戈姆著的《刑事和解计划：一个实践和理论构架的考察》、美国霍华德·泽赫著的《恢复性司法》等，围绕着被害人的权利保护、在刑事诉讼中的中心地位、刑事和解的理论基础、实践方式等展开了研究；在立法方面，德国 1994 年预防犯罪法规定：如果行为人致力与被害人达成和解，对其行为全部或大部分予以补偿的，或者为补偿而做真诚努力的，可以免除处罚。此种规定被称为“行为人——被害人和解程序”。俄罗斯联邦刑法典规定：初次实施犯罪的人，如果他和受害人和解并弥补给受害人造成的损害，则可以被免除刑事责任。在西方国家，刑事和解的理论和实践逐渐为理论研究和政策制定者们所接受并已形成较为稳定、通行的操作模式和公认的理论基础。2001 年，我国有学者将国外的刑事和解理论介绍到国内，在 2003 年以后陆续开始有学者对我国引入、构建刑事和解制度进行讨论研究。党的十六届六中全会通过了《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》，其中提到要科学分析影响我国社会和谐的矛盾和问题及其产生的原因，更加积极主动地正视矛盾、化解矛盾，最大限度地增加和谐因素，最大限度地减少不和谐因素，不断促进社会和谐。2006 年 7 月 21~22 日，中国人民大学刑事法律科学研究中心和北京市检察

官协会共同举办了主题为“刑事和解与和谐社会”的全国学术研讨会。来自全国检察院、法院、公安、律师界和中国人民大学、北京大学、清华大学、中国政法大学、中国社会科学院等教学与科研单位的知名学者 200 余人参加了会议，与会专家、学者们就刑事和解的界定、渊源，在我国实施的条件、实践等进行了讨论。

传统的刑事诉讼程序是国家为了追诉犯罪、维护公共利益而设置，通过一系列严格的程序步步推进，最终实现刑罚权。在此过程中，无论是被告人还是被害人都难以左右诉讼的结果，只能按照法定程序完成诉讼，并且按照诉讼角色的安排继续保持一种对抗关系。随着被害人保护运动的兴起，过去被严重忽视的被害人利益逐渐得到人们的重视，被害人越来越多地参与到刑事司法过程之中，刑事司法制度开始寻求公共利益、被刑事追究者利益与被害人利益这三者之上的平衡保护。近年来，刑事和解的理论研究和实践探索已开始在我国兴起，全面理解、把握刑事和解的内涵、理论基础、实践价值和意义，分析其在被害人权利保障中所发挥的作用具有重要的理论与现实意义。

目前国内学术界对于刑事和解的研究方兴未艾，专家学者及来自司法实务界的相关法律工作者们撰写了大量的学术论文、调研报告，但尚未有关刑事和解的专著出版。限于文章的篇幅，上述学术成果往往只能论及刑事和解的一个或少数几个方面，对于部分需要详细论述的观点有时只能一笔带过，浅尝辄止。本书则力图对刑事和解进行多元化、全方位的系统、详尽的论述。全书共分十章、三十节，紧紧围绕着刑事和解这一命题展开，从刑事和解与被害人权利保障的紧密联系着眼，涉及刑事和解的概念、特点、起源、发展、主体根源、理论基础、价值效用、法思想、法权源依据、国内外的实践模式、与相关概念的比较与辨析、其反映的被害人权利保障模式、诉讼地位的变革、我国引入刑事和解的必要性可行性分析、刑事和解的总体构想与具体设计等方面。依照传统法律理论，犯罪是孤立的个人侵犯社会整体利益的违法行为，是对国家规范和整体秩序的破坏，所有的个人之间的冲突，都被转化为个人和国家

之间的冲突，国家制定刑法和刑事诉讼法，通过仪式化的审判，对被认定为罪犯的一方当事人处以监禁为中心的惩罚。在这种司法模式下，深受犯罪实际侵害的受害人反而成为国家公权的附属品，国家惩罚犯罪的方式与被害人个人基本无关，不受被害人个人的意思左右，被害人逐渐处于被遗忘的角落。刑事和解产生的主要原因就是被害人权利保障运用的兴起。惩罚犯罪、保障人权是我国刑事诉讼法的宗旨。德国著名法学家李斯特说，刑法是犯人的大宪章；日本学者木村龟二补充说，刑法规范，第一，是善良公民的大宪章，第二，是犯人的大宪章。^① 刑事诉讼中既要维护犯罪嫌疑人、被告人的人权，更要保障被害人的人权。目前学术界尽管也有论及刑事和解中被害人权利的保障，但主要以刑事和解本身为着眼点，因而并非有意识地将两者联系起来进行研究。本文试图以被害人为视角来考量刑事和解，分析被害人保护理念与思想在刑事和解兴起中的地位，探寻被害人与加害人的互动关系对刑事和解的根源性作用，辨析刑事和解中被害人权利保障模式的嬗变，探讨刑事和解中被害人诉讼中心地位的复归。

① 参见马克昌《比较刑法原理》，武汉大学出版社2002年版，第14页。

目 录

第一章 刑事和解概说.....	(1)
第一节 刑事和解的概念与特点.....	(1)
第二节 刑事和解缘起的背景考察.....	(4)
第三节 刑事和解的起源与发展.....	(9)
第二章 刑事和解的理论基础	(15)
第一节 恢复正义理论	(16)
第二节 平衡理论	(20)
第三节 叙说理论	(23)
第四节 刑事契约理论	(27)
第五节 对刑事和解理论基础的评述	(30)
第三章 刑事和解的主体根源	(33)
第一节 被害人与犯罪人的互动关系	(33)
第二节 互动关系与刑事法律的关联	(46)
第三节 互动关系折射与隐含的政策与刑罚理念	(56)
第四章 刑事和解的法思想、价值与效用	(63)
第一节 刑事和解制度的法思想	(63)
第二节 刑事和解的法权源基础	(69)
第三节 刑事和解的价值理论	(75)

第四节 刑事和解的优势效用	(84)
第五章 刑事和解的国内外实践考察	(94)
第一节 国外刑事和解的实践	(94)
第二节 刑事和解制度在我国的实践探索模式	(106)
第六章 刑事和解与辩诉交易之比较与辨析	(112)
第一节 辩诉交易概述	(113)
第二节 刑事和解与辩诉交易之比较	(117)
第三节 刑事契约关系有关问题探讨	(124)
第七章 刑事和解中被害人人权保障模式之嬗变	(131)
第一节 古代法律中的被害人人权保障模式	(132)
第二节 职权主义诉讼模式中的被害人权利保障	(137)
第三节 当事人主义诉讼模式中的被害人权利保障	(141)
第四节 刑事和解——由对抗向合作保护模式的转化	(147)
第八章 刑事和解中被害人诉讼主体地位的复归	(151)
第一节 被害人诉讼地位的历史沿革及现状	(153)
第二节 被害人诉讼地位的理论依据	(162)
第三节 刑事和解下被害人刑事诉讼中心地位的复归	(181)
第九章 我国引入刑事和解的必要性及可行性分析	(188)
第一节 引入刑事和解的必要性	(188)
第二节 引入刑事和解制度的可行性分析	(202)
第十章 我国刑事和解的总体构想	(213)
第一节 刑事和解在我国刑事诉讼法中的定位与适用 阶段	(213)
第二节 刑事和解在侦查阶段的适用	(218)

目 录

第三节 刑事和解在审查起诉阶段的适用·····	(222)
第三节 刑事和解在审判阶段的适用·····	(230)
参考文献·····	(235)

第一章 刑事和解概说

第一节 刑事和解的概念与特点

一、刑事和解的概念

依照目前其他国家比较通行的表达方式,所谓刑事和解,又称加害人与被害人的和解(victim-offender-reconciliation,简称VOR),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人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。我国学界也有人提出了不同的表述方式。如中国政法大学陈光中教授认为,刑事和解是一种以协商合作形式恢复原有秩序的纠纷解决方式,它是指在刑事诉讼中加害人以认罪、赔偿、道歉等形式与被害人达成谅解后,国家专门机关不再追究加害人的刑事责任,或者对其从轻处罚的一种制度。^①北京大学刘守芬教授认为,在我国所谓刑事和解,是指犯罪行为发生后,经由司法机关的职权作用,被害人与犯罪人面对面地直接商谈,促进双方的沟通与交流,从而确定犯罪发生后的解

^① 参见陈光中、葛琳《刑事和解初探》,载《中国法学》2006年第5期。

决方案,目的是恢复犯罪人所破坏的社会关系,弥补被害人所受到的伤害,使犯罪人改过自新,复归社会。^① 最高人民检察院检察理论研究所谢鹏程研究员认为,刑事和解就是在查明犯罪事实的基础上,借助社会基层组织等社会力量的协作和利害关系人的参与,在侦查、起诉、审判和执行等环节,以恢复社会和谐和节省诉讼资源为原则,根据个案情况,综合或者单独运用刑罚和非刑罚的方法,尽可能地达成兼顾国家利益、公共利益、社区利益、被害人利益和被告人利益,有利于惩治和预防犯罪、恢复社会和谐关系的处理方案。^②

以维护社会和谐为宗旨的刑事司法不仅应当致力于查明犯罪事实和正确适用刑罚,体现司法公正,控制和预防犯罪,而且应当致力于恢复被犯罪破坏的和谐社会关系。这就要求在刑事诉讼的一些环节和职能中必须适当地贯彻刑事和解的精神,打开社会参与刑事司法的大门,形成社会协作型的刑事司法体系。社会协作型刑事司法是报应性司法与恢复性司法的结合,也是能动型司法与回应型司法的混合。在社会协作型刑事司法体系中,刑事诉讼的主体不仅要关注触犯了什么刑事法条、谁犯罪和应当给予什么刑罚,而且要关注谁受到了侵害,被害人需要什么,谁承担这些责任,并对犯罪给被害人、社区甚至犯罪人本人造成的伤害作出积极的反应;刑事执法人员不再是追究、裁判刑事责任和执行处罚的唯一主体,社会基层组织等社会力量和利害关系人也可以成为协助司法的人员,参与司法过程,享有一定的权利,承担一定的责任。社会协作型刑事司法是对犯罪控制司法模式和正当程序司法模式的超越,在承认对抗性的同时,把对抗性限制在一定的范围之内,致力于增进和谐;在

^① 参见刘守芬、李瑞生《刑事和解机制建构根据探讨》,载黄京平、甄贞主编《和谐社会语境下的刑事和解》,清华大学出版社2007年版,第162页。

^② 参见谢鹏程《刑事和解的理念与程序设计》,载《人民检察》2006年第14期。

承认执法机关的权威的同时，把强制性执法的范围限制在一定的范围之内，尽可能地发挥社会力量的作用。

二、刑事和解的特点

司法实践中常见的刑事案件解决方式往往忽视被害人的感受，而刑事和解则注重尊重、考虑被害人的意愿，通过加害人和被害人的直接商谈来解决刑事纠纷，有学者将刑事和解的特点归结为如下几个方面：^①

1. 缓和性。如果熟人之间发生刑事纠纷后不愿从此反目，或者陌生人之间发生刑事纠纷后不愿就此结怨，他们就会考虑是否一定要通过正式的诉讼方式强行解决纠纷。与激烈对抗的方式相反，和解方式注重缓和矛盾，甚至化干戈为玉帛，因此，对重视关系恢复的人们具有较强的吸引力。

2. 自主性。只有当事双方的意愿都至少得到最低程度的满足时，和解才可能达成，其中的协商谈判、心理博弈显然取决于双方当事人自由意志，和解与否、和解形式完全由他们决定。国家专门机关只对和解的条件、过程和内容进行监督和审查，并不直接干预和解协议的达成。

3. 互利性。如果加害人与被害人双方能够达成和解，自然经过了一番利益的争夺和放弃，各自有所满足，还缓和了关系，避免了传统诉讼方式的种种后遗症。刑事和解通过自愿、公平、公开的面对面协商，使加害人了解到自己行为的不利后果，使被害人有机会向加害人表达自己受侵犯的感情，从而降低犯罪行为对被害人造成的痛苦。和解的内容包括加害人对承担刑事责任的自愿性和被害人的宽恕谅解、民事赔偿责任的界定与履行。和解的最终结果会达

^① 参见陈光中、葛琳《刑事和解的理论依据与适用构想》，载黄京平、甄贞主编《和谐社会语境下的刑事和解》，清华大学出版社2007年版，第11~12页。

成赔偿协议，以修复犯罪行为造成的损害。加害人通过认罪悔罪向被害人提供心理补偿，以经济赔偿的方式来修复犯罪行为造成的不利后果；被害人以谅解的方式得到加害人不再侵犯的承诺，并获得加害人的经济赔偿。刑事和解实际上只是在现行刑事司法体系中打开了一扇和解之门，对被告人或犯罪人的认罪伏法作出更加积极的回应，对利害关系人和社区给予更加具体的关注和切实有效的救济，减少或克服犯罪人一方与国家、社会和被害人的对立。

第二节 刑事和解缘起的背景考察

刑事和解产生的社会背景较为复杂，有学者认为主要是基于两个背景因素，即以被害人为导向的刑事保护政策思潮的勃兴和以罪犯为中心的监禁、矫正政策的失败。其中，起主导作用的因素是对被害人的保护运动，但是，如果没有对监禁矫正政策的反思，刑事和解在西方也不可能达到今天的繁荣。^①我们认为，除上述两个背景因素之外，被害人权利保护的复兴和利益恢复理论的兴起也是不可或缺的重要因素。

一、被害人学的产生

被害人学肇始于18世纪中叶，但前期一直专注于对犯罪行为和犯罪人格的研究，直到二次世界大战以后，刑事被害人才逐渐成为被害人学的研究对象。德国犯罪学家汉斯·冯·亨蒂希于1941年发表的《论作案者与受害者之间的相互影响》一文，率先提出被害人在犯罪学研究中的地位，他认为“在犯罪进行过程中，受害者

^① 参见马静华《刑事和解制度论纲》，载《政治与法律》2003年第4期。

不再是被动的客体，而是主动的主体”^①。海希德随后出版了《犯罪人和被害人》一书，由此掀起了国际范围内被害人学研究的浪潮。被害人学最早研究的重点放在被害人与犯罪人之间的互动关系上，从被害人角度研究犯罪预防的措施与对策。20世纪60年代之后，被害人学的主要内容开始围绕被害人的刑事保护展开。被害人因犯罪行为遭受伤害，这种伤害理应得到合理的保护、治疗与恢复。被害人所受伤害有的直接来自犯罪行为，也有的是缘自被害后受到社会的正式与非正式反应而产生的所谓“二次受害”；既有对被害人身体和财产等形成的有形损害，也有心理、名誉上所遭受的无形损害。日本学者大谷实认为，保护被害人刑事政策上的意义在于，维持、确保国民对刑事司法在内的法秩序的信赖，由此而对预防犯罪和维持社会秩序作出贡献；相对于被害人保护的本体目标，推进犯罪人重返没有敌意的社会只是它的附属效果。德国犯罪学家施奈德则提出，出于保护被害人的目的，刑事司法机构的任务是平息罪犯和受害者之间的怨恨，确认和发展社会生活的准则和价值。但是，“直至今日，依据犯罪行为和罪犯制定的刑法和刑事诉讼法都没有能出色地完成上述这一任务”^②。在落实对被害人的保护方面，从20世纪60年代起，美国、英国、加拿大、新西兰等国家先后开始确立对受到暴力犯罪行为侵害的被害人的国家补偿制度。在此基础上，日本法律中还进一步规定了告诉、告发、请求制度和对不起诉决定的申诉制度。在第七届关于犯罪预防和犯罪人待遇的联合国大会上，被害人保护与补偿也成为议题之一。英国的法改革者Margery Fry感到在刑事司法过程中不能无视被害人，提出应赔偿被害人，并着力于罪犯与被害人的和解。这是刑事和解思想在被害

① [德] 汉斯·约阿希姆·施奈德著，许章润等译：《国际范围内的被害人》，中国人民公安大学出版社1992年版，第212页。

② [德] 汉斯·约阿希姆·施奈德著，许章润等译：《国际范围内的被害人》，中国人民公安大学出版社1992年版，第316页。