



检察基础理论与应用

王立 主编

清华大学出版社

检察基础理论与应用

王立 主编

清华大学出版社

北京

内 容 简 介

本书为北京市朝阳区人民检院所编,是诸位检察实务工作者对当前人民检察工作中经常遇到的热点和难点问题的研究和总结。既有常规案件处理的经验,又有对新型案件处理的探索;既有理论方面的问题,又有程序方面的问题。内容丰富,注重实践。尤其是论述了刑法、民商事法、国家赔偿法等与检察工作密切的法学理论问题,论证和研究了刑事和解、相对不起诉在适用中的状况及其完善办法、检察机关在民事诉讼中的地位、刑事简易程序、国家赔偿规则原则对赔偿实务的影响等问题,突出表明了作者关于司法实践体现法律精神的价值追求。本书紧密结合检察实务工作,阐述法律监督原理,观点鲜明,具有较强的实践意义和参考价值。

本书适合法学研究和法律实务工作者作参考读物。

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

检察基础理论与应用/王立主编. —北京:清华大学出版社,2008. 1
ISBN 978-7-302-16833-1

I. 检… II. 王… III. 检察机关—工作—中国 IV. D926.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 006139 号

责任编辑:方 洁 宋丹青

责任校对:王凤芝

责任印制:孟凡玉

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:北京四季青印刷厂

装 订 者:三河市新茂装订有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:148×210 印 张:11.75 字 数:324 千字

版 次:2008 年 1 月第 1 版 印 次:2008 年 1 月第 1 次印刷

印 数:1~3000

定 价:25.00 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:024931-01

编辑委员会

主 任：王 立

副 主 任：张 凌 崔 杨

委 员：陈 旭 孙长柱 崔 杨 张 凌

韩文山 高大中 郝 琳 孙 伟

李小丽 郑思科 郑 锴 顾 青

王春艳 刘燕辉 郝 忠 马 新

乔守仓 刘建军 傅 强 于 萌

冉云梅 马廷军 武 彬 胡 静

王 江 刘志奇 李德铎 庄福京

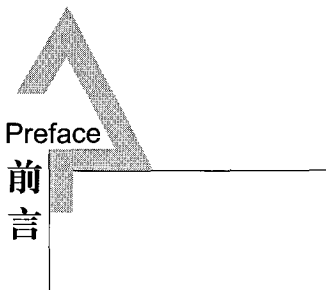
王立新

主 编：王 立

执行主编：张 凌 崔 杨

编 辑：傅 强 温 军 李 翊 贾晓文

黄福涛



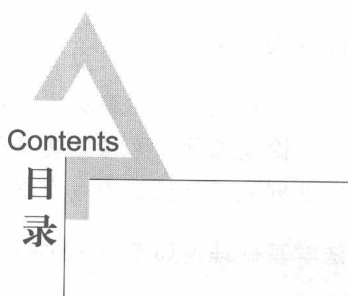
Preface

前言

理论源于实践,实践需要理论,只有不断通过理论指导实践,实践检验理论,才能够真正推进我国法学理论与实践的全面发展,领会法治社会的真谛。我们朝阳区检察院将法学理论与具体实践工作形成互动,促进理论研究吐故纳新,推动检察实践工作与时俱进,取得了可喜进展。这部朝阳检察院各个调研理论成果编辑出的论文集,展示了追求实践理性的严谨态度、理论研究蓬勃发展的图景和业务工作蒸蒸日上的风貌。

本书诸位作者都是长期从事检察实践和研究工作的检察员,所选论文均是他们在实践中积极探索和研究的辛勤成果,是他们对当前人民检察工作中经常遇到的热点和难点问题的研究和总结。其中,既有理论方面的问题,又有程序方面的问题;既有常规案件处理的经验,也有对新型案件处理的探索。内容非常丰富,包含了检察工作中的方方面面,尤其在检察实践的基础上着重论述了刑法、民商事法、国家赔偿法中的与检察工作密切的法学理论问题。

我们的论文中仍旧有些不足之处,希望能通过本文集得到法学界更多的回应,以更进一步提高我们的理论水平,更好地指导检察实践的进步和提升。



Contents

目录

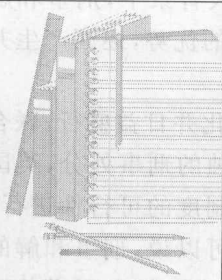
前言	II
刑事政策研究	1
论刑事和解/于萌	2
刑事实体法研究	26
寻衅滋事罪的理论探讨与司法适用/傅强 ...	27
刑事程序法研究	46
取保候审制度实务研究/郝琳	47
论我国相对不起诉在适用中的问题及其 完善/冉云梅	68
逮捕程序问题研究/胡静	85
刑事简易程序:反思与重构/李翊	103
监听法律制度初探/庞君森	121
精神损害赔偿制度刍议 ——兼论刑事附带民事诉讼被害人 精神损害赔偿/郑镨	144
公诉案件退处制度的实证分析及制度 建构/董丽娟	164

检察权研究	184
检察机关在民事诉讼中的法律地位考论/温军	185
论我国国家赔偿归责原则对赔偿实务的影响/喻红	207
刑事赔偿执法中存在的问题及立法完善研究/杨勇	227
法学基础理论研究	247
日本法律移植研究/赵佳	248
民商事法律研究	266
我国有限合伙的立法研究/刘晨霞	267
上市公司治理与投资者保护/张欣	287
论中国古代“典”存在的基础/刘涛	305
国有企业社会责任的法律问题研究/武彬	322
经济法研究	343
我国商业银行市场退出法律问题研究/孙敏	344
后记	366



■ 检察基础理论与应用

刑事政策研究



刘英杰 同前 刑法学 卷一 第一章

刘英杰 同前 刑法学 卷一 第一章

论刑事和解

于 萌^①

引 言

在价值多元化的今天,刑事诉讼的价值也从一元走向多元平衡,刑事诉讼不仅应当查明犯罪事实、正确适用法律、保证司法公正,还应当恢复被犯罪行为破坏的社会关系,维护社会和谐稳定。刑事司法不仅要追求预防和惩罚犯罪,社会秩序、公平、个人自由和效率也成为刑事司法追求的多元价值。在这样的大背景下,刑事和解由于其蕴涵的公正、效益和正义恢复价值和特有的优势,逐渐产生并得以发展。

目前,西方各国已逐步将刑事和解制度化并日益盛行:联合国和欧洲议会已经承认将罪犯补偿作为一种单独的刑事处分,英国的司法部门自20世纪80年代后期开始对和解制度的可行性进行考察,德国正式将和解制度引入少年法和刑法。可以说,刑事和解的观念已成为国际思潮,被许多国家和地区所接受。在我国,随着构建和谐社会的提出和对“宽严相济”刑事政策的提倡,法学界和实务界对刑事和解的研究和探讨越来越深入,刑事和解理念得到了人们越来越广泛的认同,刑事和解的尝试也越来越多地出现在司法领域。本文将在归纳总结中外刑事和解司法实践的基础上,对刑事和解的发展趋势和前景进行粗浅的分析和探索。

第一章 域外刑事和解的司法实践

一般认为,刑事和解在西方国家最早的发端是20世纪60年代

^① 北京市朝阳区人民检察院办公室主任,检察员。

少年司法系统内被害人和加害者调解程序。到 20 世纪 90 年代,刑事和解制度已在西欧国家,北美的美国和加拿大,拉美的巴西、智利、阿根廷,亚洲的新加坡,大洋洲的澳大利亚和新西兰等数十个国家得到不同程度的实践和发展。

一、刑事和解的实践背景

1. 被害人犯罪学的产生

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,而且是一个积极的主体。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。^① 这一观点逐渐被关注,并产生了一门新的犯罪学——被害人犯罪学。它研究的内容包括被害人的地位及保障、被害过程、被害预防、被害政策等。在 20 世纪六七十年代,西方国家的被害人犯罪学蓬勃发展,出现了“被害者导向”的刑事政策思潮。其中如何保障被害人的权利成为学者们的热门话题。而被害人最根本的权利就是获得赔偿。边沁曾指出,作为一种附加的惩罚和对罪犯的威慑,应予以被害人以赔偿。^②

2. 犯罪人复归思想的发展

犯罪人有复归社会的权利,社会有承担其复归的义务。把犯罪者改造为新人是最高尚的人道。因此,西方各国都致力于犯罪人复归,并不断探索新的措施。早期各国都努力于理想化监狱模式的建设上。在美国,采取了“医疗模式”和“矫正模式”。这两种模式都是将犯人视为“患者”,要求监狱人员像医生对待病人一样,通过不同的项目和“疗法”,使其得到“痊愈”。但是对于这种努力,在 20 世纪 70 年代遭到了学者们的激烈批判,认为这是一种浪费和失败,因为再犯率与没有这种理想化的模式下几乎是相同的。而且监狱里尽管待遇

① [德]汉斯·约阿希德·施奈德:《国际范围内的被害人》,419 页,北京,中国人民公安大学出版社,1992。

② 马克昌:《近代西方刑法学说史略》,74 页,北京,中国检察出版社,1996。

比较好,但犯罪人最终是要复归社会的,所以重点不应放在理想化的监狱的构建上。于是在 70 年代后,西方国家的复归社会思想就进一步发展为尽量不让犯人入狱,在社会上改造。但复归社会并不是抽象的,而是回到那个曾经被他伤害过的社会中。因此应通过犯人、被害人、社会等多方面的努力来重新构建。这样,刑事和解就成为改革者所推崇的一种新的社会复归措施。^①

3. 利益恢复理论的勃兴

自 19 世纪以来,刑罚权就被国家独占,国家通过刑事诉讼程序对犯罪人定罪处罚,运用国家机器达到惩罚犯罪的目的。但随着社会的发展和刑事司法理念的更新,惩罚犯罪不再是刑罚的唯一的,现代刑事司法措施越来越重视对犯罪行为的矫正以及对犯罪损害的恢复。刑事和解就是兼顾被害人利益和犯罪人利益的产物。对于被害人来说,通过刑事和解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;对犯罪人来说,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;另一方面通过和解,可避免刑事追诉所形成的负面效应。

二、刑事和解的实践模式

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注目,并形成较为稳定、通行的操作模式。但各国的刑事和解制度并非完全同一,而是因为风俗习惯、价值观念及司法制度的不同有所差异。

刘凌梅博士认为当前较为通行的刑事和解实践模式主要有以下四种。一是社区调停模式(Community model)。这种模式是在犯罪

^① 樊崇义、陈惊天:《和合思想与刑事和解制度的构建》,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论文集。

发生后,犯罪人逮捕以前由社区进行调解,其特点是与刑事司法无关。二是转处模式(Division model)。这种模式是在罪犯被逮捕后起诉前由和解中介机构进行调解。与前一模式不同,它在很大程度上要依赖刑事司法机关提供逮捕的或审判前的案件,适用对象是犯罪情节轻微、不需要起诉的案件。三是替代模式(Alternative model)。这种模式通常是由司法官员在量刑和执行中适用,替代监禁刑。该模式的法律依据是各国的刑法、刑事诉讼法、少年法、被害人保护法、被害人赔偿法等。四是司法模式(Justice model)。这种模式重视被害人的利益,把刑事和解作为提高犯罪人责任的一种手段,即向被害人赔偿是公正合理的。适用于一切罪犯,需要在一定的环境中实施。这种模式被认为是一种附加的惩罚。^① 笔者认为,司法模式由于其具有强制性,不应看做是严格意义上的刑事和解。

此外,还有一种被称为教会模式(Church model)。这种模式的典型代表是美国由门诺教派组织的刑事和解方案,由“门诺派教徒中心委员会”和“囚犯与社区联合会”共同组建。该模式强调刑事和解的目的是将犯罪看做是必须治愈的社区(所受的)创伤,强调的重点是治疗——重建正确(常)的关系——手段是(对被害人的)补偿而不是报应。^② 笔者认为,此种模式可归属于社区调停模式,只不过主持和解机构是教会而非社区。

三、刑事和解的实践运行

1. 社区调停模式的实践运行

在英美法系国家,社区调停模式仅适用于非可逮捕罪,即某些严重犯罪及大量性质较轻、刑罚不超过5年监禁的犯罪。在大陆法系国家则主要适用于少年犯罪案件。

以英国为例,英国的刑事和解制度主要运用于对少年犯罪案件的处理,后逐渐扩大到成年人的轻微犯罪。最早在刑事司法中引入

^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)。

^② [美]博西格诺:《法律之门》,邓子滨译,658页,北京,华夏出版社,2001。

刑事和解制度的是英格兰和威尔士的牛津郡警察局。《1998 年犯罪与妨害治安法》和《1999 年青少年司法与刑事证据法》，正式把刑事和解制度纳入到了青少年司法系统内。具体做法是：执法官员在确定少年犯罪嫌疑人之后，首先是促成受某一犯罪影响的相关方面的人参加圆桌形式的面谈，由组织者介绍每一个参与者及其与该犯罪的关系和他们参加的原因（这里的组织者，以警方为主，有时也包括其他政府机构的代表和一些社会工作者以及非政府组织）。然后，开始询问犯罪人在犯罪当时的想法和感受，获得对罪行的承认，并征询其是否愿意直接向被害人认错与赔偿损失。在得到犯罪嫌疑人的积极回应后，执法官员召集犯罪嫌疑人的父母及被害人进行集体讨论。在讨论会中，首先让犯罪嫌疑人对犯罪事实进行陈述，让其找到犯罪的真正动因。执法官员可以通过技巧性的提问帮助其认识到犯罪行为给被害人及自己和自己的家庭带来的不良影响。然后，执法官员会向被害人问及犯罪对其造成的实际影响。被害人则会按照自己的本意描述犯罪给自己造成的心理痛苦和物质损失。其后，执法官员向犯罪嫌疑人问及如何弥补自己的行为、向被害人问及所欲得到的补偿。在此基础上，执法官员会对双方的主张进行调和、折中，从而形成一个双方均可接受的赔偿方案。一旦达成协议，执法官员将不再将少年犯罪嫌疑人送交法庭审判。

2. 转处模式的实践运行

转处模式的代表是法国。1957 年，法国颁布《刑事诉讼法典》，1993 年，修订后的刑事诉讼法规定：“共和国检察官如认为进行调解可以保证被害人受到的损失得到赔偿，可以终止因犯罪造成的扰乱，有助于罪犯重返社会，在其就公诉作出决定之前，并征得各方当事人的同意，可以决定实行调解。”^①根据这一规定，检察官在决定提起公诉前，可以征得当事人同意进行调解。1999 年和 2004 年，法国再次修订了刑事诉讼法，将和解程序扩大到所有可能判处 5 年以下的轻

^① [法]卡斯东·斯特法尼等：《法国刑事诉讼法精义》，罗结珍译，504 页，北京，中国政法大学出版社，1999。

罪(但有例外,如过失杀人)和所有违警罪。^①

3. 其他替代模式的实践运行

目前明文规定和解制度的是德国。1990年少年刑事法明确规定了刑事和解是一种刑事替代措施,修改后的1998年少年刑事法规定:少年犯与被害人的和解是法官可以科处的教育处分措施;如果已执行教育处分,检察官认为无科处少年刑罚之必要的可免于追诉,法官则可终止诉讼程序。德国刑法典规定的刑事和解对象则扩展到成年犯罪人。德国刑法典规定,如果犯罪人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,或被害人的补偿要求全面或大部得到实现的,可依法减轻刑罚或免除刑罚。^②

其他国家如瑞士、奥地利、法国等虽然没有明文规定这一制度,但其刑事诉讼法和刑法中都有相应规定,如瑞士刑法规定,如果犯罪者努力恢复损害的,对于18个月以下的判刑可以暂缓宣告。

四、刑事和解的实践启示

刑事和解在实践过程中,由于能够使被害人与加害人通过交流沟通,协商解决相关问题,所以有着特有的优势,如:被害人对协商结果更加满意、被害人心理得到慰藉、加害人履行赔偿更为积极、加害人避免了犯罪标签的影响等。而西方国家几十年来的司法实践,也给我们带来了经验和启示。

1. 国家公权力可以适度让步于私人权利

刑事和解通过尊重被害人与加害人的诉讼权利和自主意愿,使得当事人的主体意愿得到充分体现,自主处理权得到充分实施,是国家公权力如起诉权、立案权等对私人权利作出适度让步的产物。和解最早是私法领域的概念,但随着法制民主化的发展,公、私法的融合趋势十分显著,这一发展使得原本泾渭分明的公、私法中特有的一

^① 陈卫东:《法国刑事诉讼法改革的新进展》,载《人民检察》,2004(10)。

^② 《德国刑法典》,徐久生、庄敬华译,57页,北京,中国法制出版社,2000。

些原则和制度,逐渐延伸至对方领域。刑事诉讼法作为一种解决国家与个人之间冲突的部门法,属于严格意义上的公法。在刑事法律关系中,随着被告人、被害人地位的提升,原来被认为是不平等的法律关系中开始渗透了一些私法领域才有的色彩,诸如当事人主义、个人意志、协商、和解等。通过刑事和解实践,证明国家公权力适度让步于私人权利后,同样可以很好地保护公民个人权益和公共利益,因为经过刑事和解后,无论是被害人还是加害人对结果的满意率都很高,而且,再犯罪率也低于正常程序处理的刑事案件。

2. 可以换个角度看待加害人

实行刑事和解的国家认为,在广义上,加害人也是犯罪行为的受害者,也需要国家对他们进行保护和尊重。刑事和解着眼于对加害人的教育和改造,调动包括被害人在内的社会各方面的力量,促使被告人在社会的感召下改恶从善。因和解协议的达成与履行而不再启动或中止对加害人的刑事追诉,避免了对加害人进一步的侦查、起诉、审判及刑罚执行对其造成的“标签”式影响。根据犯罪学的标签理论,摆脱了犯罪标签的不利影响,加害人可以更加自然地实现再社会化。

3. 对被害人心理治疗的高度重视

作为刑事和解三大理论基础之一的叙说理论,将刑事和解当做被害人叙说的过程,并将被害叙说视为一种有效的心理治疗方式。在刑事和解过程中,让加害人和其他参与人一起听取被害人的被害体验,一方面是让被害人的恐惧、怨恨等不良情绪在和解过程中得到宣泄,另一方面也可以让犯罪者在被害人叙说过程中进行与被害者的互动交流,以得到被害者的宽恕和谅解。在与加害人的讨论中,被害人能够充分描述感受和表达思想,随着其情感的宣泄,困扰已久的恐惧感和焦虑感明显减轻。这一过程有助于治疗和恢复其被损害人的心理。这反映出刑事和解的实践国家非常重视被害人的心理治疗,而相对而言,我国对于心理创伤的关注程度还远远不够。

4. 被害人和加害人的关系可以由对抗走向对话

在传统的刑事司法处理模式上,被害人与加害人往往由于激烈

的利益冲突互相敌视,而刑事和解则提供了一个双方平心静气的对话机会,被害人与加害人达成谅解协议,双方关系由激烈到缓和,由敌视到和解。

第二章 我国刑事和解的司法现状

一、我国没有立法层面上的刑事和解

我国传统的刑事立法与司法观念上一贯强调国家主义与集体利益,认为犯罪是个人与国家的冲突,它侵犯的不是个人的利益,而是国家的利益。刑罚是一种公权,对犯罪人的追诉只能由国家进行,而不允许当事人自行和解。

我国《刑事诉讼法》第一百七十二条规定:“人民法院对自诉案件,可以进行调解;自诉人在宣告判决前,可以同被告人自行和解或者撤回自诉。”在此程序中,区分为当事人自行和解与法官调解两种情形。在自行和解程序中,法官并不积极介入,无论是和解的提议、和解进行的决定、和解协商或和解结果的达成,都由当事人完全依照自我意愿进行,充分尊重告诉人对实体结果的处置权,法官仅仅从维护告诉人意思自治的角度有限参与,因此,自行和解程序的性质是公法领域为私法自决提供的诉讼空间。法官调解的情形从司法实践来看,被害人自诉多提起附带民事诉讼,调解的焦点也集中在两个方面:一是案件的实体处理,即对是否必须追究被告人的刑事责任进行调和;二是如果不再追究被告人的刑事责任,那么被告人应当承担何种具体的民事责任。尽管刑事责任与民事责任性质不同,但法官调解中往往把二者联系起来作为平衡当事人利益请求的重要手段,通过当事人的和解来解决案件纠纷的占据此类案件的绝大部分。无论是自行和解还是法官调解,其协议结果经法官确认之后都具有权威效力,原则上不允许当事人,尤其是自诉人反悔。自诉人撤诉或经法官调解结案后,不得以同一事实再行告诉或提起上诉。

但这与刑事和解制度还是存在本质的区别。因为我国的自诉案

件中的自行和解与法官调解程序的直接结果都是刑事责任和民事责任归属的连带解决,基本目的都在于提高诉讼效率、加快审案速度、解决司法资源短缺的现实问题,而不是被害人与加害人的恢复问题。而刑事和解主要目的是实现正义的恢复,诉讼效率则是其附属价值。且自诉案件中的法官调解和自行和解缺乏专门的中介调解机构的参与,也即社会的参与,法官虽以调停人的角色出现,但如果调解不能成功还要扮演仲裁者的角色,法官的职业角色对调停人角色甚至当事人心理都会产生不利影响,法官调解只不过是法官审判权的具体实施方式。所以,我国现行的司法制度中不存在刑事和解。

二、我国对刑事和解的尝试

随着司法机关对诉讼效率和社会效益的日益关注,刑事和解的尝试与萌芽越来越多地出现在我国的司法实践中。

1. 侦查机关

根据《海淀分局轻微伤害、轻伤害案件处理原则及应注意的问题》的规定,积极为有调解意愿的当事人创造条件,并对双方的调解协议书的真实性进行核实。对于立案前当事人已经调解解决的轻伤害案件一般不再立案侦查;对于已经立案并采取强制措施的轻伤害案件,采取双重把关制,即预审部门和法制部门分别把关。预审部门负责调取当事人双方的调解协议书,同时对被害人或被害人家属制作询问笔录,询问双方达成的协议是否自愿、真实,被害人是否需要追究犯罪嫌疑人刑事责任。法制部门负责围绕案件的定性是否准确,是否符合调解范围,调解是否自愿等进行综合考虑。对于符合条件的,可以决定取保候审。

2. 检察机关

以笔者所在的北京市朝阳区检察院为例,2003年制定出台了《朝阳区人民检察院轻伤害案件处理程序实施规则》,在一定条件下赋予了当事人和解的权利。适用于案件事实清楚,证据确实充分,犯罪嫌疑人认罪,犯罪情节轻微,社会危害性不大且经法医鉴定为轻伤的刑事轻伤害案件;对累犯、惯犯、具有黑社会性质或者恐怖组织性