

萨其荣桂◎著

制度变迁中的 国家与行动者

中国刑事和解的制度化实践及其阐释



中国政法大学出版社

萨其荣桂◎著

制度变迁中的 国家与行动者

中国刑事和解的制度化实践及其阐释



中国政法大学出版社

2012·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

制度变迁中的国家与行动者 / 萨其荣桂著. — 北京: 中国政法大学出版社, 2011. 10

ISBN 978-7-5620-4057-6

I. 制… II. 萨… III. 刑事诉讼-调解 (诉讼法)-研究-中国
IV. D925.214.4

中国版本图书馆CIP数据核字 (2011) 第203905号

- | | |
|------|---|
| 书 名 | 制度变迁中的国家与行动者
ZHIDU BIANQIANZHONG DE GUOJIA YU XINGDONGZHE |
| 出版发行 | 中国政法大学出版社 (北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088
邮箱 zhengfadch@126.com
http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908586 (编辑室) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部) |
| 承 印 | 固安华明印刷厂 |
| 规 格 | 880mm × 1230mm 32 开本 11.25 印张 260 千字 |
| 版 本 | 2012 年 1 月第 1 版 2012 年 1 月第 1 次印刷 |
| 书 号 | ISBN 978-7-5620-4057-6/D · 4017 |
| 定 价 | 32.00 元 |

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。



自序

一、法学的想象力

在这个剧变的时代，世界的每一个角落、每一个日夜都可能发生着各种新鲜事情。世界万物仿佛都以各自的方式变化着，发展着。中国的法制实践中所发生的一次事件，或者一次微妙的制度变迁无疑是这其中的冰山一角。但一次事件，也许恰恰是透视这个宏大世界的一扇窗口。近年来，在中国的法制建设中，刑事和解的制度化实践颇为引人注目，尽管算不上一次脱胎换骨的大事件，或者大变革，但至少向我们提供了一次思考和反思的契机。那是因为，传统的刑事司法更多地包含着强制、惩罚、统一等理念，推崇罪刑法定、罪刑相当、同罪同罚等原则或理念，而刑事和解实践显然是一种更注重合意、补偿、个别化等因素的方式，与刑事司法理念甚至现代法治的理念形成了某种张力。于是，伴随着这场全国性的制度实践，学界也掀起了一阵热烈的讨论，有实务上的，更有理论上的。夸张一点说，这一事件是中国法学界的一次“大狂欢”。^{〔1〕}这种现象在中国法学的短

〔1〕 关于刑事和解的研究成果以惊人的速度增长，在本书出版之际，我又发现了很多新的研究成果，却已经不能够纳入本书的内容中。

暂历史中并不多见。因此，不管这一现象的性质是什么，都意味着，刑事和解的兴起是值得认真对待的现象。而面对这一次制度性事件和学术性事件，我们需要一种法学的想象力。

经过十余年的法学学习和思考，日益体会到关于法学的想象力对于法学研究之重要性，而米尔斯（Mills）的观点更加明确和坚定了我这一体会。米尔斯认为，学术研究需要想象力，也许看起来没有什么直接联系的两个现象或事物，根据这种想象力就能够看出其中的微妙关系。^{〔1〕}获得了想象力是研究的第一步，而且是关键的一步，除此之外，还必须具备准确的判断力，能够准确地判断出靠想象力发现的几个事物之间是否能够进行勾连。

如上所述，一次微小的事件也许就是透视这个宏大世界的窗口。我把中国法制建设中发生的刑事和解的制度化现象作为探究制度变迁、制度变迁的各种背景与推动力量、制度变迁中的国家与社会、国家与个体的关系变化、制度与话语的互动等问题的切入点。可以说，这是一次尝试，一次运用法学的想象力探究法律现象的一次尝试，我不敢说它是很成功的，但我始终相信，它是有意義的。

法理学问题的魅力无限，却始终困扰在抽象与具体的矛盾中。我喜欢从部门法现象中去探究法理学问题，这也许与我的法学求学经历有关——硕士的专业是诉讼法学，而博士读了法学理论专业，但更多可能是受到了西方法理学思维模式的影响，

〔1〕 米尔斯认为认识世界、看清世事所具备的不仅仅是一种理性思考的能力，而是需要一种心智的品质，这种品质叫社会学的想象力。这样的想象力有助于将个人的生活与时代和历史的大背景联系起来。参见〔美〕米尔斯：《社会学的想象力》，陈强、张永强译，生活·读书·新知三联书店2005年版。

坚持从具体的问题出发寻找宏大的理论命题，或者从部门法的现象中探究法理学的命题。让我感到意料之外又在意料之中的是，这些年我的一种不自觉的理论坚持和尝试与我国法学界确切地说是法理学界自觉的大讨论不期而遇。这些年，法学界热烈地讨论了法理学与部门法之间的关系，中国法学何处去，中国法学界中存在的法理学和部门法疏离等问题。学者们逐渐意识到中国法学中存在法理学与部门法学之间缺少对话，法理学缺少对具体问题的关注，而部门法学又缺少抽象理论的关照等问题。尽管时至今日中国法学的发展仍然不尽如人意，却也能够看到人们为此所付出的各种努力，比如部分法理学学者开始关注运用交叉学科的视角和方法（比如法律社会学、法律经济学等在中国的兴起）对具体的部门法现象和问题进行研究，而部门法学者开始注重运用法理学的理论和视角研究问题，以及部门法哲学的兴起等，这些至少是令人欣慰的。在这个意义上，本书也可以说是对部门法学与法理学进行勾连、运用法理学的视角和方法研究部门法问题，以及从部门法问题出发探究法理学问题的一次努力。

作为法理学专业的学生，当初决定以刑事和解做博士论文的选题时，导师范愉教授是支持的，这也正契合了她的学术方向和观点：法理学要以具体问题、部门法问题为切入点。但我一开始就犯了个错误，基于对精美的宏大理论的偏爱，尽管努力发挥了想象力，尽管表面上做到了将法理学与部门法相结合，实际上却做了一件本末倒置的工作，那就是在还没有对刑事和解的诸多制度和实践的问题充分地考察和做出准确的判断之前，就把刑事和解作为一个新兴的制度现象对其做了理论解释。这样看似是个漂亮的理论，实际上却失去了大部分扎实的经验基础。每一个基础扎实、理论严密的社会学研究必然是经验材

料与理论分析紧密结合而成的，而且，经验材料必然是理论分析的基础。如上所述，以刑事和解作为选题最初是因为我强烈的理论好奇心，而且将关注的重心放在刑事和解的制度化进程中国家所扮演的角色以及所起的作用，所以，起初循着这个偏好和冲动先做了一系列的理论分析，而实证调研则是后来的事情。因为没有充分的经验材料做基础，理论分析越来越显得捉襟见肘。于是，我开始奔走于北京的法院、检察院，内蒙古自治区各级法院、检察院以及公安机关，甚至亲赴锡林郭勒大草原进行实证调研。同时从各个报刊媒体上了解并搜集各地推行刑事和解的情况以及各种典型个案。这一系列工作完成之后，才真正进入论文写作。这一过程，给我带来了完全不同的感受。实际上，把刑事和解这一制度现象放在制度变迁的大背景下，对其作出一种法理学的阐释，可以有两种选择，一种是循着这个理论线索探讨下去，在抽象的层面上作出解释；另一种便是在实证调研的基础上作出法社会学的经验分析。我现在非常庆幸自己选择了后者。因为有了经验感受之后，所做的分析已经比起实证调研之前的感受有了非常大的不同。经过实证调研，破除了我对刑事和解实践的很多误解，并对其概念、运作、定位以及相关的话语等都有了一定的了解，也促使我后来逐渐形成了关于这一命题的理论框架。

另外，法学的想象力应该也体现在普适性与地方性的勾连中。吉尔兹（Geertz）关于法律具有地方性的论断固然没错，并且有着重大的理论意义。但法律和规范都是具有规范性的，这个规范性小到一个群体，一个社区，大到一个民族，一个地区，甚至一个国家，所以任何关于地方性或者普适性的论断都是相对的。如果我们要研究中国的法律制度，那必然涉及到具有代表性或者普遍性的做法和现实，但与此相对，一个具有代表性

的地区所显现的法律现象或现实，其第一特征便在于地方性，而它在多大程度上能够代表其他地区是需要严密论证的。基于如上考虑，本书的一个尝试便是对全国的刑事和解实践进行普遍性的理论关照，同时对民族地区（一个边境蒙古族聚居区的刑事和解实践）的刑事和解实践进行实证观察，力求做到在这种普遍性和地方性、全国性和民族性的结合和对照中展开思考。

二、本书的问题与理论框架

最初对刑事和解的关注，告诉我一个事实，即关于刑事和解的理论和实践发展非常迅速，完全可以用“如火如荼”这个词来形容。我国刑事和解的研究兴起不过短短几年，就快速增长为一个理论热点；伴随着这一研究热潮的是刑事和解实践在各地的迅速发展，从一些个别或局部的尝试，发展成为普遍推广的司法政策和司法改革措施，并初步形成了一些经验和模式，呈现出刑事和解的制度化趋势。而在这个过程中，有几个问题和矛盾现象引起了我的关注，比如制度的产生必然有它所依托的土壤和背景，那么在传统刑事司法体系中是否存在刑事和解的制度基础和社会需求？刑事和解的制度化实践伴随着理论热潮的高度响应，二者似乎显示出一种罕见的默契：理论界积极地为刑事和解的制度的建构出谋划策，而司法实务部门则在积极实践最新的司法理念和普适价值。然而，在刑事和解的理论与实践热潮中，其理论和实践高度契合的背后，似乎存在着诸多理论与实践的矛盾之处。如：其一，各种媒体及司法实务界，似乎将“刑事和解”视为一项全新的制度，而在一些学者的论述中，则将其阐释为一项移植而来的制度，其渊源乃是西方的“恢复性司法”或者“被害人与加害人运动”；其二，尤其引人注目的是，在学者的论述中，刑事和解的理论基础是西方恢复

性司法和刑事和解的所谓恢复正义理论、叙说理论与平衡理论，并几乎已成为通说。但对刑事和解的实践稍加观察便可发现，中国的刑事和解实践与此似乎并没有多大的关联。因为在原有的司法实践中也可以找到相似实践，只是未冠以“刑事和解”的名称，也未见任何制度化的痕迹。若要解释这些现象，有必要考察：在中国的传统司法实践中，“刑事和解”现象以何种形式发生？其制度与社会背景如何？其与今天热闹非凡的“刑事和解”实践有什么区别？中国的刑事和解根植于什么样的根基和原理？理论热潮是否真的支持或论证了刑事和解的实践？之后中国刑事和解制度的建构又将建立在何种理念和制度程序之上？进而，这种热潮究竟为什么发生？其背后的实际动因是什么？各个主体行动者都是出于什么样的利益动机和观念为这一热潮推波助澜？

一种制度的产生和积极推行总会引来众多理论争议。但是稍显不同的是，尽管“刑事和解热”一开始就相伴一部分质疑和争执，例如是否破坏法治的统一性，是否违反罪刑法定原则与法律面前人人平等原则，是否有“花钱买刑”的嫌疑，等等，然而，经验观察表明，制度化实践兴起之前，刑事和解实践在原有的刑事司法体系中仍然存在，而且可以在既有的制度中找到合法合理的基础。很有意思的是，在传统的刑事司法体系中，尽管存在制度基础和相关实践，但由于制度和话语的悖离等原因而从未被人提起，仿佛不存在一般。反而是在刑事和解的制度实践兴起之后，似乎才被作为“全新”的或“移植”的制度被人发现，引起了一系列的质疑和争论。

另外，无论是刑事和解的赞成者，还是质疑者，都持有十分接近甚至可以说是相同的理论前提：即刑事和解是对传统刑事司法的突破，它贯彻的理念和功能甚至从根本上颠覆了传统

刑事司法理念。而问题是：刑事和解的制度化是否会从根本上改变刑事司法制度？或者仅仅是对传统刑事司法制度的一种修正和补充？刑事和解是否与刑事司法的统一性甚至整个现代法治的普适性理念产生冲突？刑事和解到底改变了什么？

要回答这些问题，关键是对刑事和解的制度化趋势作出全面的解释，不仅包括制度、历史文化基础等方面的审视，更包括对制度化实践中的行动者、国家、话语等不同逻辑的分析。

第一，刑事和解在司法实践中逐渐尝试推行，并充分显示出制度化的趋势，但现在仍处在不断探索和试错的阶段，尚未成为统一的正式制度。尽管在刑罚轻缓化、恢复性司法等国际潮流中兴起，但通过深入观察过去的刑事司法实践，可以明确其并非从国外移植而来的制度或者中国司法机关超越法律的全新创制，而是有其制度基础存在的。制度基础是制度得以运行的直接前提，并且往往意味着它是制度形成的最表层的因素。依据如下：首先，迄今为止实务部门所进行的刑事和解尝试尽管并没有相应的明确的法律规定，但实际上仍然存在一些法律依据。其所涉及的制度主要包括：量刑裁量、刑事附带民事诉讼，刑事自诉和解或调解、交通肇事罪定罪量刑中的和解，治安案件协商调解等；其次，在传统的刑事司法实践中，刑事和解的实践以各种形式存在，可称之为司法惯习，可以视为刑事和解制度的原型，它是本土的，也是现实的，但从来都不是言明的；再次，自由裁量权是适用刑事和解的权力支持，而对于某些领域如检察官的起诉、法官的审判中法律明确赋予了一定的裁量权；最后一个重要的制度基础来自政策，既包括构建和谐社会等宏观政策，也包括宽严相济、刑罚轻缓化等刑事政策。

第二，在发达地区以及全国范围内全面推行刑事和解制度化实践之时，在内蒙古边疆的一个看似天高皇帝远的牧业地区，

也存在着刑事和解的制度化实践，即使单一且相对简单，却仍不失为一种刑事和解的地方性实践。此个案研究显示：牧区的刑事司法实践是民间习惯对正式司法制度产生影响的结果，是司法过程中逐渐形成的司法惯习，也有些则是民族地区司法政策的产物。从历史上看，刑事和解实践在正式的刑事司法中何时开始存在已无从判断，甚至可以推断，刑事和解实践早在正式司法制度确立之日起便已存在。而在当今的现实中，这一实践近年来呈现出日益增加并被纳入制度化的迹象，这既受到我国近年来兴起的刑事和解实践探索和制度化建设的影响，也是主流话语推动的结果。

第三，今天的刑事和解制度是一个独特的制度，它是在特殊的环境和基础之上产生并被制度化，在这个意义上它与历史上的任何一项非正式或正式制度都不尽相同，如以钱赎刑、或者民间的和解私了，甚至今天中国的刑事和解制度也与西方的恢复性司法和刑事和解制度不尽相同。从一方面来看，社会政治环境的不断变迁，使得过去的制度与今天的制度不可能同日而语，甚至在不同语境下使用的概念都是不可相提并论的；但在另一方面，历史总是一种迂回曲折的进程，不同历史语境下的事物之间又有着一定程度的延续性和关联性。尽管刑事和解在我国现有制度框架中有着一定的基础和空间。而制度基础只是一项制度或现象的直接原因，其背后隐藏着丰厚的历史文化基础。

如果说，关于刑事和解的制度化实践、制度基础、个案观察、历史文化探源等都是对于刑事和解制度化实践的描述，那么，关于刑事和解制度是如何形成的，需要另一种深刻的解释，而从国家与社会的抽象视角剥离出较具体的国家与行动者的二元视角，并采取行动者逻辑、国家逻辑与话语逻辑的三元解释框架不失为一种新的尝试。

首先，真正的制度创造者实际上是社会上的各个利益主体和行动者，历史就是在各个主体的行动中推进的。在各个主体行动的利益考量、相互博弈等过程中显示出制度运作的最为真实的生存逻辑，比如司法机关和司法官员会为了做到真正的案结事了，加害人为了获得轻判，被害人为了获得自己利益的最大化，甚至学者在学术利益与社会责任感的夹缝中采取的各种行动和呼吁，民众为了获得安全感或者道德感的宣泄，等等，都是一些在正式的话语实践或者表达中很少出现的东西。但恰恰是这些是制度赖以存在的真实基础，而且行动者逻辑作为对社会需求最直接的表现而决定着制度的产生和发展。因此，在每一个制度的产生和发展进程中，其各个利益主体的具体行动作为制度的推动力量，发挥着不可估量的作用，甚至可以说，制度就是在相关行动者的博弈中推进的。

其次，在刑事和解的各种实践以及制度化现象的背后，必定蕴含着某种国家治理逻辑，因为任何关于权力的让渡与收复都掌握在国家的无形之手中。在刑事和解的制度化实践中，虽然可以看到各个行动者出于各自的利益和动机参与进来，但归根到结离不开国家的掌控。在整个刑事司法体系中，惩罚是一个贯穿始终的主题，国家治理技术通过惩罚方式和技术来体现。而在刑事和解实践中，虽然在形式上舍弃了惩罚主题而彰显补偿与恢复理念，但实际上，刑事和解的运作归根结底依赖于惩罚权力。所以，刑事和解并没有在根本上颠覆传统刑事司法理念，而充其量是对其作出的一定程度上的修正和补充，使得国家惩罚的技术变得更为温和，从而也更加有效。

最后，关于刑事和解的制度化实践必然伴随着话语实践的正当化论证和对外表达，并反过来对其制度化实践发生着影响。在话语层面，当今中国官方主流话语及铺天盖地而来的西方恢

复性司法理念及话语给刑事和解的运作提供了强有力的支持，但这种关于刑事和解的话语实践又与传统法治及刑事司法话语产生了这样或那样的冲突。而这种冲突在实践层面表现得并不明显，如在我国原有的刑事司法实践中即有相关实践以惯习的形式存在，如今的制度化实践是对此的强化、扩大和明确化。因此可以说，传统刑事司法的实践与话语之间存在一定的悖离，当代的刑事司法实践关于刑事和解的实践与表达也是相悖离的，从而使得这种关于刑事和解制度的争议和冲突在话语层面更加突出。只有对实践与话语的因素重新剥离、重新组织，把真正实践层面的和合法化工具层面的东西区分开来，才能够了解，这些冲突和争议哪些根本不成为问题，哪些能够成为真正亟待解决的问题。

综上所述，法律是社会的产物，作为国家意志的法律规则和制度，必须反映社会实际需求和社会主体的主流价值观，并合理界分公权和私权，强制和任意，规制与自治，以及惩罚的范围、方式等，并分别用不同的方法和技术加以调节。在制度确立之后，一方面，执法者和社会主体等行动者都会在实践中，通过自己的行动使规则和制度转化为现实，并对其发生积极的影响；另一方面，随着社会经济文化的发展，社会新的需求和观念变化也会通过社会主体的行动、观念、意识及话语，对立法和制度的变迁产生推动作用。刑事和解作为当代社会的一种新的法律实践，清楚地显示出法与社会的这种互动关系，而我国近年来的刑事和解实践，既有我国刑事司法制度和司法政策的基础，又有传统文化和社会需求的作用，同时又与西方的新的司法理论和实践有某些共同理念和趋势。而在这些制度、政策、历史文化等基础的背后，隐藏着更为深层的逻辑：其各个行动者的行动逻辑是真正推动刑事和解的制度化实践的力量，

但归根结底，行动者的行动选择是在国家逻辑的阴影下进行的，国家逻辑与行动者逻辑表现出极大的不同，却在刑事和解的制度化进程中发挥了几乎殊途同归的作用。而刑事和解的话语层面，又显示出另一种不同的逻辑，这些再次说明了，制度的形成过程是错综复杂的，是众多必然和偶然因素综合作用的结果。那么，在面对刑事和解制度化进程中产生中各种争议和冲突，需要在不同层面上进行剥离和调节，对于有些实质上属于话语层面的冲突问题，可以在现有的法律框架、法律原则、法律理念中进行理论上的调适。

三、致谢

本书的出版得到了内蒙古自治区普通高等学校人文社会科学重点研究基地民族自治地方法制建设与社会发展研究基地项目的资助，同时也得到了内蒙古大学高层次人才科研启动项目的资助。在此一并表示感谢。

本书是在我的博士论文的基础上修改而成的。2007年我进入中国人民大学法学院攻读法学理论专业的博士学位。每周五下午，导师范愉教授及其门下所有弟子聚集起来召开的例会至今历历在目，在这个例会上，我才开始学会如何与别人交流学术问题，确切地说学会了如何听别人的意见，并在其意见的基础上修正自己的观点和思想，或者通过听取别人的意见而使自己的观点更明白无误地表达出来。我的选题方向定下后，在例会上经过了无数次的讨论，几乎前期所有的观点和分析都经过范老师及几位师兄师姐的“批斗”。到后来，开题、初稿及最后定稿仍然离不开范老师严谨的批评与指点，以及各位师兄师姐的批评，他们是巫若枝、陈洪涛、彭小龙、刘臻荣、杨爱兵、陈群，以及李泽。因此，在本书出版之际，对他们致以真诚的

谢意，以及表达我对当年例会时光的无限怀念之情。

中国人民大学法理教研室的孙国华教授、吕世伦教授、朱景文教授、张志铭教授、朱力宇教授和史彤彪教授，他们从我论文的选题到答辩，都给予了我无私的指导和帮助。黄京平教授、王宗玉教授也在我论文的写作中给予了很多无私的帮助。在此还要感谢论文评阅和答辩的过程中给予过悉心指导的朱景文教授、史彤彪教授、黄京平教授，以及清华大学王晨光教授、中国政法大学刘金国教授、中央党校林喆教授、张恒山教授和封丽霞教授。

感谢在本书的写作和出版过程中给予过我无私帮助的挚友牛慧女士和李泽博士，这本书里，无疑也蕴含着她们的心血。

感谢内蒙古大学法学院以及丁文英院长始终给予我的支持和信任，没有这些，这本书也不会如此顺利地得以出版。

感谢在我调研的过程中给予过我热心帮助的很多实务界人士以及民间人士，有的甚至都不知道叫什么名字，没有他们的帮助，就不可能有本书的出版。

感谢中国政法大学出版社丁春晖先生，他对工作的热情与认真让我倍受感动。

此刻，丝毫没有我此前无数次想象过的轻松和愉快，而只是希望，能够站在初冬的草原上，听一听北风呼啸而过的声音。

萨其荣桂

2011年11月2日

目 录

CONTENTS

自 序	1
导 论	1
一、问题的提出	1
二、研究对象与研究方法	6
三、相关概念的使用与界定	7
四、理论前提	13
五、以往研究综述	16
六、研究进路与结构安排	33

上 篇

第一章 刑事和解的制度化实践：现状与制度基础	41
一、刑事和解制度化实践的兴起	41
二、刑事和解的制度化实践：现状与特征	45
三、制度基础	56

2 制度变迁中的国家与行动者

四、刑事和解的制度困境：从重刑案切入	75
五、小结	85
第二章 一个边境牧区的刑事和解实践	87
一、法律的地方性与刑事和解的地方实践	88
二、边境牧区 S 旗的社会与法律概览	93
三、牧区司法场域中的和解实践观察：司法惯习和 制度化实践	100
四、草原上的酒文化与刑事和解：法律与文化的 相关性	110
五、为什么选择刑事和解？	115
六、小结	119
第三章 刑事和解的历史文化探源	122
一、解释，抑或描述？	122
二、前国家时期的刑事纠纷处理与刑事和解	123
三、民间领域中的“刑事”和解：少数民族赔命金等 习俗	133
四、公权力视野中的“和解”实践	137
五、西方的辩诉交易制度与刑事和解	152
六、西方恢复性司法、刑事和解与中国的刑事和解 实践	156
七、小结	162