

刑事和解研究

刑事和解研究

主编 张希平 付爱敏 于海锋
副主编 王静然 舒志青 王抗



和

刑事和解研究

刑事和解研究



主 编 张希平 付爱敏 于海锋
副主编 王静然 舒志青 王 抗



图书在版编目(CIP)数据

刑事和解研究/张希平, 付爱敏, 于海锋主编.

—北京:中国言实出版社, 2011.9

ISBN 978-7-80250-603-9

I. ①刑…

II. ①张…

②付…

③于…

III. ①刑事诉讼—调解(诉讼法)—研究—中国

IV. ①D925.214.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 193220 号

出版发行 中国言实出版社

地 址: 北京市朝阳区北苑路 180 号加利大厦 5 号楼 105 室

邮 编: 100101

电 话: 64924716 (发行部) 64924735 (邮 购)

64924880 (总编室) 64914138 (四编部)

网 址: www.zgyscbs.cn

E-mail: zgyscbs@263.net

经 销 新华书店

印 刷 成都蓉军广告印务有限责任公司

版 次 2011 年 9 月第 1 版 2011 年 9 月第 1 次印刷

规 格 880 毫米×1230 毫米 1/32 印张 9

字 数 225 千字

定 价 25.00 元 ISBN 978-7-80250-603-9/ G · 149

序 言

如何在刑事司法工作中实现被害人利益保护与加害人复归社会两大目标的平衡,是当今世界各国刑事司法制度面临的一项重大课题。刑事和解是传统刑事司法制度在理论上面临困惑和实践中遭遇挫折的基础上产生的,被认为是在多元刑事诉讼价值的理论指导下,为了平抑社会冲突,实现对被害人权益救济的一种理性选择。它对加害人、被害人和国家(司法机关)之间的关系予以重新评价,并在刑事司法中对各当事人进行重新定位,以努力实现既保护被害人利益又使犯罪人顺利复归社会的目标。这一制度于20世纪中期在西方各国得到广泛的发展,不管是在大陆法系或者英美法系,均受到不同程度的重视。当今,刑事和解作为一项新的刑事司法模式在国际上得到了普遍的认可。刑事和解是一种全新的刑事司法模式,代表了一种革新的精神和一种新的法律文化,已经对犯罪的解决和矛盾的化解产生了立竿见影的效果,并对刑事司法制度的改革和社区的建设形成了重大的影响。

在我们党提出构建社会主义和谐社会的时代背景下,作为一种刑事案件解决方式的创新机制,刑事和解逐渐受到人们的广泛关注,随着理论研讨和实践探索的深入,刑事和解的功能与价值逐渐得到更为广泛的认可,我国刑事诉讼程序应当在一定范围内确立刑事和解制度已基本达成共识。中央司法体制改革领导小组在



《贯彻实施深化司法体制和工作机制改革若干问题的意见》中明确提出,对刑事自诉案件和其他轻微刑事犯罪案件,探索建立刑事和解制度,并明确其范围和效力。最高人民法院和最高人民检察院分别在《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》中也对刑事和解作出了相应的规定。但是,刑事和解在我国作为一项首先由实务部门探索而非理论界推动的改革措施,这一制度从一开始就缺乏相应的理论支持。近年来,随着理论界对刑事和解制度的不断关注和探讨,对刑事和解问题已经形成了一批研究成果和理论观点,各地的刑事和解实践也在蓬勃发展。但是,由于缺乏统一的立法规定以及系统的理论学说,我国的刑事和解制度在实施过程中还存在着诸多问题,基于此,本书试图通过对刑事和解做一些理论探讨,希望对我国刑事和解的理论和实践起到一些推动作用,对我国刑事司法的改革贡献一份绵薄之力。

本书共分14章,具体分工如下:张希平编写第一章、第三章、第八章、第九章、第十二章、第十三章;付爱敏编写第五章;于海锋编写第四章、第六章、第七章、第十一章;王静然编写第二章;舒志青编写第十章;王抗编写第十四章。

由于编者水平有限,不足之处在所难免,我们真诚地希望得到广大读者的厚爱、谅解、批评和指正。

编 者

2011年7月

目 录

第一章 刑事和解概述	1
第一节 刑事和解的内涵	1
一、刑事和解的涵义	1
二、刑事和解与相关概念的区别	5
第二节 刑事和解的特征	7
一、缓和性	7
二、自主性	7
三、惩罚性	8
四、补偿性	8
五、互利性	8
六、承担责任性	9
七、刑法始终“在场”性	9
八、公权力的控制性	10
第三节 刑事和解的性质	10
第四节 刑事和解的意义	12
一、实现被害人与犯罪人的双方保护,心理治疗效果良好	14

二、弥补国家追诉模式的不足	14
三、节省司法资源,提高司法效益	14
四、促进社会团结和谐	15
第二章 刑事和解的历史发展	16
第一节 西方刑事和解制度的历史考察	16
一、刑事和解制度的萌芽	16
二、西方刑事和解制度的发展	21
三、西方刑事和解制度之比较	22
四、西方刑事和解制度的实践程序	25
第二节 我国刑事和解制度的历史发展简况	28
一、我国刑事和解制度的实践	28
二、中外刑事和解制度实践之概要比较	31
第三章 刑事和解与相关制度的比较	36
第一节 刑事和解与恢复性司法	36
一、恢复性司法的涵义	36
二、刑事和解与恢复性司法的比较	38
第二节 刑事和解和刑事调解	40
一、刑事调解	40
二、刑事和解与刑事调解的比较	41
第三节 刑事和解与辩诉交易	42
一、辩诉交易制度概述	42
二、刑事和解与辩诉交易的共同基础——契约关系	43
三、刑事和解与辩诉交易制度的区别	47
第四节 刑事和解与刑事谅解	48
一、刑事谅解的来源	48

二、国际范围内的刑事和解与刑事谅解	50
三、刑事和解与刑事谅解之比较考察	59
第四章 刑事和解的价值	65
第一节 刑事和解的公正价值	66
一、刑事和解符合当前宽严相济的刑事政策的要求	67
二、刑事和解符合刑法的谦抑精神	68
三、刑事和解符合构建和谐社会的要求	69
四、刑事和解突出对被害人利益的充分保护	70
五、刑事和解体现对加害人利益的保护	71
第二节 刑事和解的效率价值	72
一、可以直接提高个案的诉讼效率	72
二、可以间接提高刑事司法整体效率	73
三、可以极大程度地节约司法资源	74
第三节 刑事和解的社会秩序价值	75
第四节 刑事和解的恢复性价值	78
一、被害恢复价值	79
二、加害恢复价值	79
三、社会和谐价值	80
第五章 刑事和解的理论基础	81
第一节 西方刑事和解的理论基础	81
一、恢复正义理论	81
二、平衡理论	85
三、叙说理论	87
第二节 中国刑事和解的理论基础	94
一、传统和合文化的人文基础	94



二、司法处遇个别化	95
三、对被害人诉讼主体地位的重视	96
四、契约精神	97
五、利益共赢	97
六、刑事政策与法律基础	98
 第六章 刑事和解的基本原则	 101
第一节 刑事和解的基本原则	101
一、有罪答辩原则	101
二、案件事实清楚、证据确实充分原则	102
三、平等自愿原则	103
四、诚信原则	103
五、公平正义原则	104
六、有限和解原则	104
七、规范合法原则	105
八、和谈不成不应当事人不利原则	106
第二节 刑事和解与刑法的基本原则	107
一、刑事和解与罪刑法定原则	110
二、刑事和解与适用刑法人人平等原则	112
三、刑事和解与罪责刑相适应原则	114
 第七章 刑事和解模式	 116
第一节 刑事和解模式分类	116
一、刑事和解模式分类概览	116
二、刑事和解模式分类评述	118
第二节 我国刑事和解模式	120
一、我国现有刑事和解模式综述	120

二、我国刑事和解的模式选择	123
第八章 刑事和解的主体	131
第一节 概述	131
第二节 刑事和解的主体	133
一、被害人	133
二、加害人	135
三、辩护人与诉讼代理人	135
四、司法工作者	136
五、其他调解人	137
第九章 刑事和解的客体	142
第一节 证据问题	143
第二节 事实问题	147
一、事实概述	147
二、理论学说	148
第三节 定罪问题	152
一、罪与非罪能否和解	152
二、罪名能否和解	154
第四节 刑事责任问题	155
第五节 刑罚问题	158
第六节 民事责任问题	160
第十章 刑事和解程序	164
第一节 我国刑事和解程序的现状及构建的必要性分析	164
一、我国刑事和解程序的现状考察	164
二、我国刑事和解程序构建的必要性分析	167

第二节 法国刑事和解程序及借鉴	169
一、法国刑事和解程序的界定及其适用范围	170
二、法国刑事和解程序的运作	174
三、我国对法国刑事和解程序的借鉴	176
 第十一章 刑事和解协议	182
第一节 刑事和解的契约性	182
一、契约精神的实质	182
二、刑事和解的契约特性	185
三、刑事和解对契约精神的尊崇	187
第二节 刑事和解协议的性质分析	191
一、刑事和解协议的公法契约性	191
二、刑事和解协议的司法文书属性	201
三、刑事契约与民事诉讼中“诉讼契约”的比较	202
第三节 刑事和解协议的效力	203
一、刑事和解协议约束能力的来源	203
二、刑事和解协议的要素	204
三、刑事和解协议的效力	205
 第十二章 刑事和解的法律监督	212
第一节 刑事和解中存在的问题	212
一、行政权随意僭越司法权	212
二、由于不规范而引发了多种不良现象	212
三、对和解的内容认识狭窄	213
第二节 刑事和解法律监督的必要性	214
一、刑事和解的消极功能	214
二、实行法律监督的必要性	216

第三节 开展刑事和解法律监督的可行性	217
一、检察机关具有开展监督的法律依据	217
二、检察机关具有开展监督的相关能力	218
三、检察机关的监督地位已经确立	219
四、人民监督员制度已经比较成熟	219
第四节 刑事和解法律监督的制度设计	220
一、刑事和解法律监督的几个问题	220
二、刑事和解法律监督制度的具体设计	222
第十三章 我国刑事和解制度的构建	228
第一节 我国构建刑事和解制度的必要性	228
一、社会主义和谐社会建设的需要	228
二、树立新的刑事司法理念的需要	229
三、我国实行宽严相济刑事政策的需要	230
四、公正价值的需要	230
五、强化法律监督的需要	232
六、司法资源的最大实现的需要	233
第二节 我国构建刑事和解制度的可行性	234
一、我国建立刑事和解制度的政治基础	234
二、我国具有实行刑事和解的思想文化基础	235
三、我国具有实行刑事和解的司法实践基础	237
四、我国具有实行刑事和解的刑事政策基础	239
五、我国具有实行刑事和解的刑事法律基础	240
第三节 建立我国刑事和解制度之构想	242
一、刑事和解适用案件的条件	243
二、刑事和解适用案件的范围	244
三、刑事和解的适用阶段	245



四、刑事和解的形式、内容	246
五、刑事和解的程序设计	246
第十四章 刑事和解的配套制度	250
第一节 程序分流与案件考核机制	251
一、刑事和解与程序分流机制	251
二、刑事和解与案件考核机制	252
第二节 刑事被害人国家补偿制度	254
一、刑事被害人国家补偿制度的内涵	254
二、建立刑事被害人国家补偿制度的必要性	256
三、被害人国家补偿制度的运作	262
第三节 社区矫正制度	263
一、社区矫正的内涵	263
二、社区矫正的价值和意义	264
三、社区矫正的实施	267
四、社区矫正的环节和内容	267
参考文献	269

第一章 刑事和解概述

第一节 刑事和解的内涵

一、刑事和解的涵义

任何科学的发展，总是与构成该学科内容的概念的明确和完整紧密联系的。只有在概念统一、内涵确切的条件下，才有可能对某一问题进行研究。在某种意义上说，对“刑事和解”概念的科学界定关系到刑事和解理论研究的成败。而“刑事和解”作为“和解”的一种样态，其定义是以“和解”的定义为基础的。

（一）和解

和解是刑事和解的上位概念，了解刑事和解，我们必须先理解和解的概念。所谓“和解”，从字面含义来看，“和”的含义是“平和、和缓、和谐、和睦”，而“和解”的含义则是“不再争执，归于和好”。“和解”一词早见于《史记·韩信卢绾列传》，有“信数使使胡，求和解”的记载。在这里，和解是从纠纷解决意



义上所作的理解,指的是一种结果,即“不再争执,归于和好”。在我国纠纷解决习惯中,当事人在发生纠纷以后,出于本能和最合理的选择,会在具备条件时,选择谈判或交涉来寻求双方都接受的解决方案。谈判纯粹是当事人之间进行的,既没有国家权力介入,也没有第三人介入,是典型的和平解决纠纷的私了。日常用语意义上的“和解”,实际上就是以平和的方式来解决,其中“和”是手段,“解”是目的。

在我国,民事诉讼法学者较早对“和解”进行过研究。诉讼法意义上的“和解”是作为一种纠纷解决方式而存在的。一般认为,现代社会民事纠纷的解决方式主要有四种,即和解、调解、仲裁和诉讼。和解是指争议双方通过对话和协商,达成谅解或妥协,自行解决纠纷的活动。其基本内涵应当包括以下几个方面:第一,和解的前提是发生了纠纷。正是由于纠纷的存在,才有了解决争议的必要。所以,和解通常发生在利益对立的双方之间。第二,和解的主体是利益对立的双方。和解是双方自行、自主地解决纠纷,无需任何第三方的介入。这一点决定了和解与调解的区别。调解是指由第三人居中调停、斡旋,促使双方展开协商、达成谅解或妥协的纠纷解决方式。根据第三人的不同,调解又分为民间调解、行政调解和法院调解等。可见,和解与调解区别的关键在于是否有第三方的参与。第三,和解的手段具有非对抗性。与仲裁、诉讼等对抗性的纠纷解决方式不同,和解是通过对话、协商,互谅互让地解决纠纷。第四,和解的目标是解决纠纷。只有纠纷得以解决才能说双方达成了和解。可见,解决纠纷是和解的出发点和落脚点,而争议双方自行协商并达成谅解或妥协则是和解的特色所在。

在西方国家的诉讼理论上,和解可分为诉讼外和解与诉讼上和解。通常意义上的诉讼上和解是指在诉讼系属中,当事人双方于诉讼的期日,在法官的参与下经协商和让步而达成的以终结诉讼为目的的合意。可见,“诉讼上和解”类似于我国的法院调解,

而非我国诉讼理论中所谓的“和解”。我国学者一般将和解分为诉讼前和解与诉讼中和解。前者是指双方在诉讼程序启动前自行协商解决纠纷，不再通过诉讼方式予以解决。后者是指双方在诉讼过程中通过私下协商，达成一致意见，从而放弃以诉讼方式解决纠纷。二者的根本区别在于诉讼程序是否已经启动。由于前者与诉讼没有直接关系，所以，诉讼法学所研究的主要是后者，即诉讼中和解。就诉讼中和解而言，由于诉讼程序已经启动，所以，通常要依照法律规定的方式来进行，并产生诉讼法上的效果。比如，我国《民事诉讼法》第51条规定：“双方当事人可以自行和解。”而争讼双方在诉讼过程中依据这一规定而达成和解的，通常以原告撤诉的方式来终结诉讼。

（二）刑事和解

在我国传统诉讼理论中，“和解”这一概念长期以来仅用来指代民事诉讼当事人之间的和解，“刑事和解”的概念没有容身之地。这是因为，和解以解决纠纷为出发点和落脚点，而在我国传统观念中，刑事案件从来不被作为“刑事纠纷”来看待。在马克思主义法学看来，犯罪是“孤立的个人反对统治关系的斗争”，刑事诉讼并非旨在解决国家与被追诉人之间的纠纷，而是旨在查明和确定被追诉人的刑事责任。这一观念导致了实践中政策实施型的刑事司法模式。在这一模式下，刑事诉讼在很大程度上被异化为“行政治罪”活动。其实，“刑事诉讼旨在查明和确定被追诉人的刑事责任”这一表述本身就隐含着潜台词，即被追诉人是真正的罪犯，而这一点与当今世界各国普遍奉行的无罪推定原则是相抵触的。实际上，被追诉人并不一定是真正的罪犯，而且，依据无罪推定原则，被追诉人在被法庭判定有罪之前应当被作为无罪的人来看待。而之所以需要刑事诉讼，就是因为国家与被追诉人在后者是否有罪、罪行轻重以及如何量刑等问题上存在争议。可见，刑事诉讼本质上是解决国家与被追诉人之间刑事纠纷的活动。只有确立了这一观念，刑事司法才有可能实现由政策

实施型向纠纷解决型的转化。

应该承认，作为人类社会解决纠纷的机制，刑事诉讼与民事诉讼在本质上是相通的，即都是国家司法机关运用司法权来解决当事人之间的争议与纠纷的活动。只要我们承认刑事领域存在刑事纠纷，那么就理所当然地应当认可通过和解方式来解决此类纠纷的可能性。可见，在纠纷解决型司法的背景下，刑事和解是不可或缺的一个法学概念。其实，我国在刑事自诉领域原本就存在刑事和解制度。我国《刑事诉讼法》第172条规定：“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。”不过，由于当今世界各国普遍遵循国家追诉原则，刑事自诉只是作为例外情形出现的，所以，自诉领域的刑事和解制度也被看做是一种例外情况，比照民事和解来加以处理，理论界并没有给予太多的关注。

笔者认为，刑事和解，又称加害人与被害者的和解（Victim—Offender Mediation），是指犯罪人、受害人或者其他利害关系人，自愿参与由中立协调人主导的对话和交流程序，通过双方协商共同解决纠纷冲突。也有一些学者在刑事和解的定义上持有不同的理解。陈光中教授、葛琳博士认为：“刑事和解是一种以协商合作形式恢复原有秩序的案件解决方式，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和解后，国家专门机关对加害人不追究刑事责任、免除处罚或者从轻处罚的一种制度。”刘守芬教授认为刑事和解要在我国的语境下进行探讨，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。也有学者认为刑事和解，也称为被害人与加害人的和解、被害人与加害人的会议、当事人调停或者恢复正义会商。它的基本涵义是指在犯罪发生后，经由调停人（通常是一名社