

王一俊 著

刑事和解

中国政法大学出版社

刑事和解

王一俊

◆ 中国政法大学出版社
2010·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事和解 / 王—俊著. —北京: 中国政法大学出版社, 2010. 8

ISBN 978-7-5620-3710-1

I. 刑... II. 王... III. 刑事诉讼-调解(诉讼法)-案例分析-中国 IV. D925.214.5

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第162760号

- 书 名 刑事和解 XINGSHI HEJIE
- 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 邮编100088 fada.sy@sohu.com
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908524(编辑部) 58908325(发行部) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 787×960mm 16开本 18.25印张 340千字
- 版 本 2010年10月第1版 2010年10月第1次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-3710-1/D·3670
- 定 价 38.00元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

序

“礼之用，和为贵。”〔1〕

随着和谐社会的思想日益深入人心，和谐刑事司法理念也逐渐得以培育和形成。在这一背景下，刑事追诉工作也应当服务于构建和谐社会的总体目标。刑事和解，正是在这样一种客观形势下出现的。

刑事和解，在目前的司法改革探索中，是指在刑事诉讼程序运行过程中，针对特定类型的案件，如果被害人和加害人以认罪、赔偿、道歉等方式达成谅解的话，国家专门机关就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。

刑事和解的出现，意味着在传统刑法一味强调的惩罚机制外，寻求到了一种更为经济、更为效率的纠纷解决机制；体现了化解社会矛盾，保护被害人利益，教育感化犯罪嫌疑人、被告人和节约诉讼资源等多元价值；体现了我国刑事司法对被害人利益的关注和对单纯报应刑罚观的反思，为更好地处理轻微刑事犯罪提供了一条可选择的有益路径。这不仅对和谐社会的建设具有积极作用，也完全符合今年中央对政法工作提出的推进社会矛盾化解、社会管理创新、公正廉洁执法三项重点工作的要求。

本书课题组的主要负责人、北京市人民检察院的王一俊副检察长，曾先后在区、分、市三级检察院任职，同时也是我校的兼职教授、硕士生导师，有着极为丰富的刑事司法实践经验和深厚的理论

〔1〕《论语·学而第一》。

素养。王一俊检察长在任北京市朝阳区人民检察院检察长期间，于2002年在全国范围内率先组织开展了轻伤害案件刑事和解的实践，并制定了《轻伤害案件处理程序实施规则（试行）》。以朝阳区的刑事和解实践为基础，北京市委政法委于2003年发布了《关于北京市政法机关办理轻伤害案件工作研讨会纪要》，以文件的形式把刑事和解机制推广到了北京市各区县的刑事司法实践中。据不完全统计，截至目前，刑事和解制度已经被包括上海、浙江、湖南、湖北、江苏、云南、吉林、广东、福建等许多地方的司法机关采用。从实践中的情况看，绝大多数刑事和解案件中的被害人和加害人对和解结果是满意的，这说明刑事和解制度符合我国现实司法的需要，其效果是积极的。

2007年，我所主持的北京市教委产学研合作项目“刑事和解与程序分流”课题组与北京市朝阳区人民检察院合作，进一步开展了“刑事和解中国模式”的深入实践。在全面总结检察机关在刑事和解适用范围和条件、适用程序、监督机制等方面的成功经验，并深入考察刑事和解实践中所存在现实问题的基础上，我们积极探索，稳步前进，不断培育和完善刑事和解这一崭新的刑事司法模式，共同探寻“中国式”刑事和解的实现路径和方案。如今，刑事和解问题已成为司法理论界和实务界共同关注的热点问题，并有可能成为刑事诉讼法修改的一项重要内容。

但是，刑事和解制度在我国的出现仍只有不到10年的时间。认真系统地梳理这10年间刑事和解制度在我国的发生发展历程，对于进一步深化理论认识、促进司法实践有着非常重要的意义。鉴于此，本书将刑事和解推行近十年以来积累的成功经验进行总结，对各地典型案件进行分析，对适用刑事和解办理案件的具体办案方式和程序等问题确立了统一的标准。与以往有关刑事和解的研究不同，本书并不局限于从单一视角来理解刑事和解问题，而是对相关的各方面问题都进行了比较深刻的分析，试图实现对刑事和解制度的整体把握：不仅完整地总结了有关刑事和解的国内外理论研究成果，还

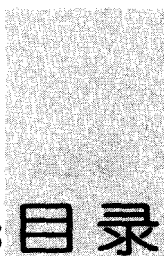
较为系统地介绍了刑事和解制度在我国司法体系中的地位、作用、发展历程及现状、政策背景、适用程序等；不仅总结了近十年来推行刑事和解的成功经验，还提出了构建未来刑事和解制度的设想……本书向我们呈现出了一幅关于中国刑事和解制度的完整画卷。

通读此书，一种脚踏实地、求真务实的问题意识和创新精神贯穿其中，书中绝大部分内容都是针对刑事司法实践中已出现的具体问题进行剖析论证，并辅之以大量的文件资料和真实案例，切实增强了论证的力度和深度。对于我国刑事和解的研究和实践来说，本书必将成为重要的参考文献之一，相信此书也一定能够如著者所愿，成为理论研究者的参考，公检法办案人员的手册，诉讼参与人参与刑事和解的指南，能够为我国未来刑事和解制度的构建提供一个全面的范本，为刑事和解立法化奠定基础！

是为序。

卞建林

2010年5月1日



Contents 目录

序 / 1

第一章 刑事和解概述 / 1

第一节 刑事和解的概念 / 1

第二节 刑事和解的性质 / 20

第三节 刑事和解的基本原则 / 23

第二章 刑事和解的功能和价值 / 30

第一节 刑事和解的功能 / 30

第二节 刑事和解的价值 / 37

第三章 刑事和解的理论基础及可行性分析 / 41

第一节 刑事和解的理论基础 / 41

第二节 刑事和解的可行性分析 / 51

第四章 中外刑事和解制度 / 57

第一节 中国古代刑事和解思想 / 57

第二节 近现代刑事和解制度 / 70

第三节 外国的刑事和解制度 / 74

第五章 刑事和解与刑事法理论的互动 / 82

第一节 刑事和解与刑法基本原则的关系 / 82

第二节 刑事和解与刑事诉讼法理论的关系 / 88

第六章 刑事和解主体 / 97

第一节 刑事和解的主体范围 / 97

第二节 被害人 / 100

第三节 加害人 / 106

第四节 刑事和解中的国家公权力机关 / 110

第五节 刑事和解其他参与人 / 115

第七章 自诉案件的刑事和解 / 119

第一节 自诉案件适用刑事和解的法律依据 / 119

第二节 刑事和解对于自诉案件的适用 / 121

第八章 公诉案件的刑事和解的适用范围及条件 / 125

第一节 公诉案件刑事和解的适用范围 / 125

第二节 公诉案件适用刑事和解的条件 / 132

第九章 公诉案件刑事和解的程序设计 / 135

第一节 刑事和解程序的启动 / 135

第二节 刑事和解事项的审查 / 138

第三节 刑事和解方案的制定 / 140

第四节 刑事和解协议的达成及审查 / 142

第五节 刑事和解协议的履行 / 149

第十章 公诉案件刑事和解在各阶段的适用及法律结果 / 157

第一节 侦查阶段的刑事和解 / 157

第二节 审查批捕阶段的刑事和解 / 163

第三节 审查起诉阶段的刑事和解 / 167

第四节 审判阶段的刑事和解 / 176

第十一章 刑事和解的法律监督 / 181

第一节 概述 / 181

第二节 对侦查机关刑事和解的监督 / 185

第三节 对检察机关刑事和解的监督 / 187

第四节 对审判机关刑事和解的监督 / 192

第十二章 刑事和解与相关法律问题的对接 / 195

第一节 刑事和解与不起诉制度 / 195

第二节	刑事和解与共同犯罪 / 199
第三节	刑事和解与未成年人犯罪 / 203
第四节	刑事和解与重罪 / 213
第十三章	刑事和解与现代法治理念 / 220
第一节	刑事和解与和谐社会 / 220
第二节	刑事和解与宽严相济的刑事政策 / 225
第十四章	刑事和解的现状与完善思考 / 232
第一节	刑事和解的现状与实践中的困惑 / 232
第二节	刑事和解的完善对策和发展趋势 / 240
结 语	/ 257
附件一：	刑事和解相关的法律文件 / 258
附件二：	刑事和解的流程图 / 269
附件三：	刑事和解协议书样本 / 274
附件四：	参考文献 / 275
后 记	/ 280

第一章

刑事和解概述

第一节 刑事和解的概念

一、“和解”的渊源

我们研究刑事和解的概念，首先应该从“和解”这个具有深厚渊源的词出发，从更高层面上来理解刑事和解。对于“和解”的渊源，我们可以从文字意义上的渊源和法律意义上的渊源两个角度来认识。

（一）文字意义角度的渊源

如果把“和解”这两个字分开来看，“和”字是一个具有深厚文化底蕴的文字。对于“和”字，概括来说，主要有以下含义：①和谐；协调。例如，《说文》中说：“和，相应也。”《广雅》中说：“和，谐也。”②和睦；融洽。例如，《论语·学而》中的“礼之用，和为贵”。③暖和；和煦；晴和。例如，范仲淹《岳阳楼记》中的“春和景明”，刘斧《青锁高议》中的“海上风和日暖”。④适中；恰到好处。例如，《中庸》的“和也者，天下之达道也”。⑤媾和；讲和。例如，《国策·赵》：“帮不若亟割此求和”。其他还有身体康泰、舒适和畅、混合随同等含义。^{〔1〕}

“解”字在《辞海》中有以下解释：①涣散；流失。例如，《素问生气通天论》：“失之则内守九窍，外壅肌肉，卫气散解，此谓自伤，气之削也。”②解释。例如，《素问·刺齐论》：“余未知其所谓，愿闻其解。”③消除。④指骨解，即骨间隙。例如，《素问·气穴论》：“孙络之脉别经者，其血盛而当泻者，亦三百六十五脉，并注于络，传注十二络脉，非独十四络脉也，内解泻于中者十脉。”⑤理解；晓悟。例如，《素问·著至教论》：“涌而未能解，解而未能别，别而未能明，明而未能彰。”⑥排除，指病证消失。例如，《素问·评热病论》：“汗出而身热者风也，汗出而烦满不解者厥也，病名曰风厥。”⑦分离；分开。例如，《灵

〔1〕 葛琳：《刑事和解研究》，中国人民公安大学出版社2008年版，第13页。

枢·淫邪发梦》：“肾气盛则梦腰脊两解不属。”⑧解开。例如，《灵枢·九针十二原》：“夫善用针者，取其疾也，犹拔刺也，犹雪污也，犹解结也，犹决闭也。”〔1〕

从“和”、“解”的字义上来看，我们现在所讨论的和解应该是取“和”的第五个意思，“解”的第八个意思，即分别是“讲和”与“解开”的意思。从整体上来看，“和解”这个词的基本含义是平息纷争，重归于好。〔2〕

（二）法律意义角度的渊源

从法律的视野里来看，和解是一个诉讼法上的专有名词。它是指发生纠纷的双方当事人通过自愿达成协议的方式来解决问题的行为和结果。

传统的理念认为，和解作为一种结案的方式，主要适用于民事诉讼和行政诉讼两个领域，很少甚至是不会涉及刑事诉讼领域。这是由和解的性质所决定的，为了能够达成和解，需要双方当事人对于自己的诉权都要有足够的处分权，由于在刑事诉讼的公诉案件中，被害人并非一方当事人，也没有决定诉讼进程的处分权，所以过去一般认为，公诉案件领域不存在和解的情况，只是在少数的自诉案件中，才有和解的空间。〔3〕而在民事诉讼和行政诉讼中，除非涉及国家或社会的重大利益，当事人都有充分的权利去决定诉讼的开始和终止，所以在这两个领域和解的适用不存在障碍。

二、刑事和解的概念

如前所述，传统的所谓刑事和解的范围仅仅是限定于刑事自诉案件和刑事附带民事诉讼案件过程中，在公诉案件中我国是禁止和解的。主流刑事法理论认为，公诉权、审判权、执行权都是典型的公权力，是绝不允许私权力的干涉和控制的，因此，一旦一个案件被定性为应由国家进行追诉，那么这个案件进程就不再由当事人控制，它的侦查、起诉、审判和执行都由国家来主导和控制，在这种情况下，根本不可能存在当事人双方的和解〔4〕，因为他们都不能来按照自己的意思来开始抑或结束这个诉讼。

但是，近些年来，我国的司法实践开始逐步突破这样的限制，许多地区的司法机关都将刑事和解适用于公诉案件，并取得了很好的效果。当然，刑事和解在理论界还存在很多的争议和分歧，在实践中也存在着不同的做法和方式。所以，

〔1〕《辞海》（第1卷），商务印书馆1979年版，第729页。

〔2〕《辞海》（第1卷），商务印书馆1979年版，第503页。

〔3〕例如，《中华人民共和国刑事诉讼法》（以下简称《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撤回自诉。”

〔4〕此处的和解是指程序意义上的，当然双方可以私下相互谅解甚至是支付一定的赔偿，但是对于已经开始的诉讼程序是没有意义的，因为诉讼还是会进行，程序还是要继续。

在对刑事和解下定义前,有必要先从实际的案例着手来认识刑事和解。

案例一:故意伤害嫌犯被批捕后,办案检察官调解当事双方达成刑事和解,公安机关遂作出撤案处理。昨悉,武汉首例“批捕撤案”在汉阳出现。

据悉,去年10月,嘉鱼县小周来到汉阳一火锅餐厅打工。当月14日,他与同事陈某打架。小周头被打破后,竟然用刀砍掉陈某两节手指。

事发后,小周被警方抓获,随后报请汉阳区检察院批准逮捕。检察官付夏莲认为嫌犯与被害人原本是同事,且被害人有错在先,此案属于可以刑事和解的范畴。然而,陈某一开始拒绝原谅小周,小周的家人也不愿赔偿。此时案件审查期限已到,小周被依法批捕。

付夏莲及时与小周的父亲进行沟通,说服他与陈某达成和解,赔偿6000元,换取陈某的谅解。此后,公安机关作出撤案处理,小周恢复自由。^[1]

案例二:因谈恋爱遭女友母亲反对,家住郑州中牟的男青年孟某一直怀恨在心,就购买凶器和安眠药,将女友约到宾馆,迷倒女友后将其杀死,孟伟以故意杀人罪被起诉。依照法律,犯故意杀人罪的,应当在“死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑”的法定刑幅度内判处有期徒刑。

孟某本应依法严惩,但鉴于此案是因为感情纠葛而引发的犯罪,而且被告人孟某的亲属主动代为赔偿附带民事诉讼的经济损失,得到了原告的谅解,并请求对被告人从轻处罚。另外,这一案件从轻处罚也与郑州中院在河南省率先推行刑事和解制度有关,在刑事案件中,只要被害人和加害人达成和解协议,司法机关可对其减轻或免除处罚。所以,此案郑州中院一审作出判处孟某死刑,缓期二年执行的决定。孟某一案就成为河南省第一个因故意杀人罪适用刑事和解制度被轻判的案例。

以前媒体所报道刑事和解案均为轻微刑事案,而郑州中院此次将一个重罪犯纳入刑事和解范围,是该案宣判后,大家关注的一个焦点。郑州市中级人民法院副院长李玉杰介绍说,2006年11月,最高法的有关意见提出:对死刑的惩罚原则是,惩罚犯罪与保障人权相结合;保留死刑但严控和慎重适用死刑;坚持宽严相济的刑事政策。^[2]

案例三:2006年8月13日,犯罪嫌疑人肖某驾驶湘E000667轻型厢式货车,

[1] 刘丰:“刑事和解催生武汉首例批捕撤案”,载《武汉晚报》2010年4月21日。

[2] 陈建新:“河南首次轻判故意杀人杀女友者获死缓”,载 <http://news.sohu.com/20091016/n267415470.shtml>, 2009年10月16日访问。

装一车蒙牛酸酸乳,搭乘周某由娄底市开往新化县。行驶至娄涟高速路150米地段时,由于肖某驾驶的货车严重超载,遇到会车情况时,采取措施不力,导致湘E000667货车失控翻车,造成周某死亡的重大交通事故。经涟源市公安局交警大队交通事故认定:肖某负此次事故的全部责任。事后,肖某到公安机关投案自首。

在侦查阶段,涟源市公安局交警大队组织双方进行和解,由犯罪嫌疑人肖某和车主肖某共同一次性赔偿周某死亡赔偿费、安葬费等全部费用25.6万,并与周某家属就民事问题达成了调解协议,周某家属出具了愿意放弃追究肖某刑事责任的书面报告。

在审查起诉阶段,涟源市检察院认为,肖某实施了《中华人民共和国刑法》第133条规定的行为,但犯罪情节轻微,且有投案自首情节。案发后,肖某积极赔偿被害人补偿费等25万余元,得到了被害人家属的谅解。根据《中华人民共和国刑法》第37条和《最高人民检察院关于在检察工作中贯彻宽严相济的刑事司法政策的若干意见》第8条之规定,不需要判处刑罚。据此,根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第142条第2款的规定,于2007年7月31日作出决定,决定对肖某不起诉。^[1]

案例四:2007年5月26日傍晚,20岁的祁某和一帮朋友在小区的篮球场内打篮球,15岁的小君(化名)打球时碰了祁某的脸部,因为小小的肢体摩擦,双方争执起来,愤怒的祁某一拳打在小君的鼻子上,将小君脸部打伤。这一拳导致小君左眼眶下壁骨折、左眼球挫伤、双侧鼻骨远端骨折,经法医学鉴定为轻伤。一审法院以故意伤害罪判处祁某有期徒刑1年零4个月。祁某不服向北京市第一中级人民法院提起上诉。

二审审理期间,承办法官做了许多刑事和解工作,最终当事人双方达成和解协议,被告人真诚认罪悔罪,并主动赔偿被害人经济损失1万元,得到被害人的谅解。最终,法院以祁某犯故意伤害罪,免于刑事处罚。在宣判现场发生了感人的一幕,当被告人拿出1万元现金赔偿给被害人时,被害人主动伸出手与被告人握手言和。^[2]

从上面所引的4个案例中,我们可以大概了解到刑事和解在实践中的应用情况,它们所具有的共性是双方当事人达成和解协议,加害人得到了被害人的谅解,并愿意支付一定的赔偿金。但是它们又存在着不同,如有的是达成和解协议

[1] 龚佳禾主编:《刑事和解制度研究》,中国检察出版社2007年版,第322~325页。

[2] 李亚敏:“一中院尝试轻微刑事案‘和解免罚’”,载《北京日报》2009年7月25日。

后检察机关决定不起诉,有的是达成了和解协议仍然要起诉;有的是在侦查阶段就达成和解,有的是在审查起诉阶段达成,有的甚至是到了审判阶段才达成了和解协议等等。我们可以看到,刑事和解在实际应用中虽然具有着共同的本质特征,但又存在着这样那样的差别。

同样,对于刑事和解的概念,理论界也存在着不同认识。有些学者认为,刑事和解,又称加害人与被害者的和解(即 victim-of-fender-reconciliation,简称 VOR)是指在犯罪后,经由调停人,使加害者和被害者直接相谈、协商,解决纠纷冲突。^[1]有些学者认为,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。^[2]还有学者认为,刑事和解(Victim-Offender Mediation),也称为被害人与加害人的和解、被害人与加害人会议、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(通常是一名社区自愿人员)的帮助,使被害人与加害人直接商谈、解决刑事纠纷;对于和解协议,由司法机关予以认可并作为对加害人刑事处分的依据。^[3]笔者认为,在这几种观点中,第二种观点比较切合中国的实际,是比较合理的概念。因为第一种和第三种的观点更加侧重于西方的现实,不能完全涵盖中国的现实情况,例如在中国现实中并不是所有的刑事和解协议都是经由中间调停人,也有很多情况是没有中间人,双方当事人就达成了协议。另外,这两种观点对于和解后果的描述也不尽清楚,应当对于达成和解协议的后果进行更为详细的表述。所以,笔者赞同第二种观点,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,有关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。

三、刑事和解与其他相关概念的辨析

刑事和解作为一种新型的解决纠纷的方式,其既类似于民事合同的和解协议,同时又处于基于犯罪而产生的这一刑事法律关系中,可以说它是处于刑事和民事两种法律领域内的独特的事物。正因为如此,它与许多概念产生交叉,为了更加清晰地认识刑事和解,我们有必要将其与相关概述进行逐一比较、区别。

(一) 刑事和解与恢复性司法

恢复性司法的英文表达是“Restorative Justice”,在英语中最早使用这一术语

[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年第1期。

[2] 陈光中、葛琳:“刑事和解初探”,载《中国法学》2006年第5期。

[3] 向朝阳、马静华:“刑事和解的价值构造及中国模式的构建”,载《中国法学》2003年第6期。

的,是R.巴尼特(R. Barnett)。R.巴尼特在1977年发表了一篇题目为《赔偿:刑事司法中的一种新范式》的文章,论述了美国“被害人——犯罪人调解原则”的内容,在其中,首次使用了“Restorative Justice”的表达方式。关于“Restorative Justice”的概念翻译,曾出现过多种版本,比如,“修复式正义”、“复和正义”、“复和公义”、“修复性司法”等等,但得到联合国认可并广为流传的是“恢复性司法”,故本书亦采用此概念。

根据联合国经社理事会的《运用恢复性司法方案于犯罪问题的基本原则》宣言草案(Basic Principles on the use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters' [UN] 2000)中的界定:恢复性司法运动(Restorative Justice),是指运用恢复性过程或目的实现恢复性结果的任何方案。它的基本理念在于:犯罪不应当被认为是公共规则的违反或对抽象的法秩序的侵犯,而应当被认为是被害人的侵害,对社区和平与安全的威胁以及对公共秩序的挑战。^[1]

恢复性司法与刑事和解之间的联系表现在两者都比传统的刑事法思想更加强调被害人的地位,对于犯罪所侵害的客体的认识由单一的强调对社会的危害性转变到犯罪也是对被害人的侵犯,由单一的惩罚犯罪人转变到在惩罚犯罪人时也应当注意保护被害人的合法权益。

但两者的区别是更加明显的,主要表现在以下几点:

第一,两者的起源不同。现今流行的恢复性司法始于20世纪70年代晚期。在实践中,关于恢复性司法的产生,人们最常引用的一个案例发生在1974年加拿大安大略省的基奇纳。当时,该市的两个年轻人实施了一系列破坏性的犯罪,他们打破窗户、刺破轮胎、损坏教堂、商店和汽车,共侵犯了22个被害人的财产。在法庭上,他们承认了被指控的罪行,却拒绝交纳法院判决的对被害人的赔偿金。后来在当地缓刑机关和宗教组织的共同努力下,这两名犯罪人与22名被害人分别进行了会见,正是通过会见,使两人从被害人的陈述中切实了解到自己的行为给被害人造成的伤害和损失,同时也意识到赔偿金并不是对自己行为的罚金,而是给被害人的补偿。于是他们对自己的行为作了诚恳的道歉,并于6个月后交清了全部赔偿金。^[2]在理论上,人们将巴尼特呼吁刑事司法模式的转换视为恢复性司法运动的起点。他提出犯罪不应被认为仅仅是冒犯了国家,更重要的是侵犯了特定个人和群体的行为,对这种行为不能以传统的方式施以刑罚,而应当用赔偿的方式进行补偿。而本书所研究的刑事和解的源头可以追溯到人类社会初

[1] 梁根林:“解读刑事政策”,载《刑事法律评论》(第11卷),法律出版社2002年版,第24页。

[2] Jennifer Gerarda Brown, "The Use of mediations to Resolve Criminal Cases: A procedural Critique", *Emory Law Journal*, Fall, 1994.

期以财金代替复仇的纠纷解决方式,历史上和现代的许多制度都带有这种纠纷解决方式的印记,如赎刑、罚金、对被害人的损害赔偿令等,加害人与被害人和解解决纠纷的实践在人类历史中一直和主流的刑事纠纷解决方式并存着。所以两者的起源是不同的。

第二,两者的参与主体不同。恢复性司法十分强调社区和被害人的参与,尤其是社区在其中的作用。例如,新西兰采取家庭小组会议(Family Conference Group)的方式,将犯罪人与受害人及其家属召集到一起,由调解人主持,共同商谈对犯罪造成的伤害如何进行恢复。而且在对犯罪人进行处罚时,也非常重视社区的作用,利用社区矫正的作法非常普遍。而在刑事和解中,强调被害人与加害人之间达成和解,虽然在其过程中有可能会有社区的参与,但社区并不是主要的参与者,所以刑事和解与恢复性司法在主体的范围上有着很大的不同。

第三,适用范围不同。恢复性司法基本上可以适用于所有的犯罪案件,并没有什么特殊的限制。而刑事和解适用范围主要是未成年人犯罪案件和一些有关个人权益的轻微成年人犯罪案件。国内有学者提出,刑事和解的适用范围应严格限定在依法判处3年以下有期徒刑和情节轻微的刑事案件,刑事和解的适用范围应以自诉案件为突破口,逐渐扩大到公诉案件,公诉案件则仅限于轻微刑事案件,包括轻伤、交通肇事、数额不大的财产性犯罪等,至于严重的暴力性犯罪则不适用。

第四,处理方式不同。在现阶段,达成刑事和解协议后的结果一般是金钱的赔偿,当然主要的是加害人取得被害人的谅解,但表现在外部的形式就是金钱的给付。而恢复性司法的处理方式则不仅仅限于赔偿,是以恢复被害人的以及社区原状为目的的各种灵活的方式。

(二) 刑事和解与辩诉交易

辩诉交易是指在刑事被告人就较轻的罪名或者数项指控中的一项或几项作出有罪答辩以换取检察官的某种让步,通常是获得较轻的判决或者撤销其他指控的情况下,检察官和被告人之间经过协商达成的协议。^[1] 辩诉交易并不是我国司法制度中的内容,虽然在有一段时间内有很多学者去讨论它在我国实行的可能性,但最终没有在我国确立。辩诉交易制度是美国司法制度中的一项典型制度,目前美国90%以上的刑事案件都通过辩诉交易制度得到解决。^[2] 如果按阶段划分,刑事和解可以分为侦查阶段的刑事和解、审查起诉阶段的刑事和解和审判阶段的刑事和解。辩诉交易和审查起诉阶段的刑事和解较为相似:①两者都是在审查起

[1] 龙宗智:“正义是有代价的——论我国刑事司法中的辩诉交易兼论一种新的诉讼”,载《政法论坛》2002年第6期。

[2] 陈光中、葛琳:“刑事和解初探”,载《中国法学》2006年第5期。

诉阶段达成的协议；②辩诉交易都是有检察官的参与，审查起诉阶段的刑事和解一般也会有检察院的协调和参与；③犯罪人都会因为达成了协议而受到从轻的处罚。

但二者的差异也是十分明显的：①参与的主体不同。参与刑事和解的主体虽然一般也有检察官，但是在刑事和解中，检察官并不是主角，最终签订和解协议的当事人双方才是刑事和解过程中的最主要的角色，如果当事人双方对和解相互不满意，和解协议不可能达成，检察官也没有权力去强制双方签订。而辩诉交易中的主体是犯罪人和代表国家的检察官，检察官对于是否达成辩诉交易有决定权，但过程中并没有被害人的参与，实际上在辩诉交易中被害人处于被漠视的地位。②两种制度的价值取向不同。刑事和解是被害人与加害人进行的一种协调，由此决定了和解过程是双方个人利益之间的相互平衡。因此刑事和解旨在被害人获得损害赔偿，加害人获得宽恕，社会秩序得到恢复，其实质是被害人与加害人之间的“补偿免（减）刑”，其最终价值取向在于被害人和加害人之间的互利。而辩诉交易则是公诉方与刑事被告人之间进行的一种协调，辩诉交易的协商主体是公诉人与被告人，交易也只存在于上述两种主体之间。这种主体形式决定了辩诉交易是国家与被告人个人利益之间的平衡过程。因此辩诉交易旨在通过被告人承认犯罪，获得公诉人向法庭提出更低的量刑请求，国家因此降低司法资源耗费，降低诉讼风险，其实质是公诉人和刑事被告人之间的“认罪换免（减）刑”，其最终价值取向在于国家和刑事被告人之间的双赢。所以两者在价值取向上有着差别。^{〔1〕}③两者达成的条件不同。在实践中，往往是因为加害人对被害人进行了赔偿、道歉等，以此来换取被害人的谅解，双方可以在此基础上达成和解。但实质上，刑事和解能达成的最主要的一个条件是加害人要取得被害人的谅解，即使在极端的情况下，如加害人没有对被害人进行金钱的赔偿，甚至是案情并不明晰，但只要是被害人对加害人的谅解是真实意思的表达，刑事和解就可以达成。而达成辩诉交易的条件，是代表国家的检察官与犯罪人都认为自己所作出的让步是值得的，都是为了使自身的利益达到最大化而做出的决定，而这是不考虑被害人的，这就与刑事和解中对被害人的意思的重视有着本质的区别。

（三）刑事和解与调解

调解，是指双方当事人以外的第三者，以国家法律、法规和政策以及社会公德为依据，对纠纷双方进行疏导、劝说，促使他们相互谅解、进行协商，自愿达成协议，以解决纠纷的活动。调解是我国法制建设中的一项传统制度，著名的马

〔1〕 王立志：“中国语境中的刑事和解与辩诉交易”，载《河南师范大学学报（哲学社会科学版）》2008年第7期。