



中国法学学术丛书

刑事和解原论

The Fundamental Theory
of the Victim-Offender Mediation
on Criminal Matters

陈晓明 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书系福建省社会科学研究规划项目



中国法学学术丛书

刑事和解原论

陈晓明 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑事和解原论 / 陈晓明著. —北京:法律出版社,
2011

(中国法学学术丛书)

ISBN 978-7-5118-1713-6

I. ①刑… II. ①陈… 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 006033 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/刘文科

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/学术·对外合作出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/9 字数/215 千

版本/2011 年 3 月第 1 版

印次/2011 年 3 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn 销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-1713-6 定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

出版说明

为繁荣中国法学理论的发展,秉承“为人民传播法律”的出版理念,我社历来重视法学学术图书的出版。特别是改革开放以来,更致力于出版最新的法学理论研究成果。幸赖学界鼎力襄助,三十年来已出版法学学术图书几百种。这些著作包括对法学基础理论的研究、对外国法律的介绍以及对中国法制建设中的问题的探讨。我们确信,只有繁荣法学学术研究,才能更好地建设中国法制现代化。这些著作过去以单行本印行,难见系统。故2008年起我社将其汇编为丛书,便于学界研究之用。

中国法学学术丛书不仅包括过去已经出版、重新修订的著作,也将更多地纳入最新的研究成果。进入二十一世纪后,对当下中国的法学问题的研究,已经成为学界普遍认同的研究主题。纳入中国法学学术丛书的著作,不仅将具有原创性和较高的理论品质,而且还具有新颖性,包括新观点、新知识、新方法、新视角和新资料。我们希望这些著作可以繁荣和推动学科的发展,对法律理论和法律实践有所贡献。希望学界给我们批评、建议,帮助我们在这套丛书出好。

法律出版社法学学术出版分社

目 录

引言 / 1

一、研究动因 / 1

二、研究目的 / 6

三、研究方法 / 7

第一章 刑事和解透视 / 9

第一节 刑事和解的概念解读 / 9

一、刑事和解定义的理论争讼 / 9

二、刑事和解的静态解读 / 13

三、刑事和解的动态解读 / 17

四、几组相似制度的比较 / 21

第二节 刑事和解的价值蕴涵 / 27

一、公正 / 28

二、效率 / 30

三、公平 / 32

四、和谐 / 34

第三节 刑事和解的功能探究 / 36

一、化解功能 / 36

二、保护功能 / 36

三、转化功能 / 37

四、修复功能 / 37

第四节 刑事和解的主体定位 / 38

一、被害人 / 38

二、加害人 / 40

三、调停人 / 41

四、社区 / 43

五、国家(司法机关) / 45

第五节 刑事和解与传统刑事司法的比较分析 / 46

一、传统刑事司法的主要类型 / 46

二、刑事和解与传统刑事司法的区别 / 49

第二章 刑事和解的域外考察 / 53

第一节 国外刑事和解溯源 / 53

一、刑事和解的思想源头 / 53

二、刑事和解的产生背景 / 56

第二节 被害人—加害人调解 / 63

一、被害人—加害人调解的源流 / 63

二、被害人—加害人调解的运作 / 65

三、被害人—加害人调解的评价 / 75

第三节 家庭团体会议 / 76

一、家庭团体会议的源流 / 77

二、家庭团体会议的运作 / 79

三、家庭团体会议的效果 / 82

第四节 量刑圈 / 84

一、量刑圈的源流和目标 / 84

二、量刑圈的运作 / 85	
第五节 国外刑事和解项目的比较分析 / 87	
一、核心价值一致 / 87	
二、希冀达成的目标类似 / 88	
三、适用对象和范围大体一致 / 88	
四、适用和解的条件和程序基本相同 / 88	
五、对主持人员的要求相当 / 89	
六、刑事和解的效果相同 / 89	
第六节 刑事和解的总体评价 / 89	
一、刑事和解的优势 / 89	
二、刑事和解的局限 / 96	
第七节 国外刑事和解的启示和危险 / 98	
一、国外刑事和解的启示 / 99	
二、国外刑事和解的内在危险 / 102	
 第三章 刑事和解的本土探寻 / 112	
第一节 刑事和解的文化与社会视角 / 112	
一、刑事和解的思想文化基础 / 112	
二、刑事和解的社会基础 / 116	
第二节 刑事和解的本土实践 / 120	
一、古代中国 / 120	
二、民主革命时期 / 125	
三、共和国时期 / 131	
第三节 本土调解的评价 / 136	
一、本土调解的优越性 / 136	
二、本土调解的局限性 / 138	
三、对本土调解应有的立场 / 140	

第四章 刑事和解的社会问题分析 / 143

第一节 自由与秩序 / 143

一、自由 / 143

二、秩序 / 146

三、自由和秩序的关系 / 149

四、刑事和解中自由与秩序的平衡 / 151

第二节 权利与义务 / 156

一、权利 / 156

二、义务 / 158

三、权利与义务的关系 / 158

四、刑事和解中权利与义务的统一 / 159

第三节 正义与公平 / 164

一、正义 / 164

二、公平 / 166

三、刑事和解与“以钱赎刑” / 168

第五章 刑事和解的法律问题解析 / 174

第一节 罪刑法定 / 174

一、罪刑法定的含义 / 174

二、罪刑法定与刑事和解 / 177

第二节 罪责刑均衡 / 180

一、罪责刑均衡的含义 / 180

二、刑事和解与罪责刑均衡 / 182

第三节 正当程序 / 189

一、正当程序的含义和基本要求 / 189

二、形式正义与实体正义 / 192

三、正当程序与刑事和解 / 194

第四节 自由裁量权 / 196

一、自由裁量权的含义 / 196	
二、自由裁量权与刑事和解 / 198	
第六章 刑事和解的制度构建 / 201	
第一节 刑事和解的模式 / 201	
一、域外模式 / 201	
二、我国的现有模式 / 206	
三、我国的模式选择 / 217	
第二节 刑事和解的原则 / 221	
一、平等原则 / 221	
二、自愿原则 / 222	
三、正当权利保护原则 / 222	
四、中立原则 / 223	
五、保障安全与保护隐私原则 / 223	
六、转换司法程序不加重原则 / 223	
第三节 刑事和解的适用范围 / 224	
一、关于适用范围的争议 / 224	
二、适用范围的确定 / 227	
第四节 和解参与人 / 230	
一、被害人 / 230	
二、加害人 / 231	
三、调停人或主持人 / 232	
四、监督机构 / 235	
五、双方当事人的亲友和支持者 / 236	
六、代理人和辩护人 / 236	
第五节 刑事和解的程序 / 236	
一、刑事和解的提起 / 236	
二、刑事和解案件的受理与审查 / 238	

刑事和解原论

三、刑事和解的运作 / 240

四、刑事和解协议的达成与签订 / 243

五、刑事和解协议的审查和确认 / 245

六、刑事和解协议的效果和执行 / 246

第六节 刑事和解的保障和配套机制 / 247

一、建立被害人社会援助制度 / 247

二、建立被害人国家补偿制度 / 248

三、建立加害人帮教机制 / 251

四、建立和完善社区服务项目 / 251

结束语 / 254

参考文献 / 256

后记 / 273

引 言

刑事和解作为一种全新的司法理念和司法范式,自从20世纪70年代以来,在世界范围内,特别是在西方发达国家得到了快速的传播和实践。近些年来,刑事和解也已进入我国理论工作者和司法实务部门的视野。对刑事和解的理论探讨不仅成为当前我国法学界最热门的话题之一,而且在司法实践中实务部门也进行了摸索,作出了有益的尝试。

一、研究动因

(一)传统刑事司法面临困境

长期以来,建立在报应刑和目的刑基础之上的报应型司法和矫正型司法一直是世界范围内的刑事司法的主流,但是,随着人们对犯罪和刑事司法问题认识的深化,人们发现了传统刑事司法的许多弊端,这些弊端又造成今日刑事司法的诸多困境。这就迫使人们重新审视犯罪和刑事司法问题,并以新的视角去探索和创新刑事司法机制。传

统刑事司法中的诸多弊端如下：

1. 传统刑事司法理论上存在矛盾。刑事司法一方面要实现公平正义,对犯罪人进行惩罚,另一方面又要对犯罪人进行矫治,使其不再犯罪,这就存在一对尖锐的矛盾。因为报应基本上是在一种封闭体制下的强制教育,是对犯罪人的一种惩罚与伤害。在封闭的环境下,作为社会性动物的人,无法与人交往和交流,没有一种相互信任的气氛,只会变得孤僻和变态,根本不可能达到矫治的目的。而且,自由和尊严的丧失,不但无助于犯罪人对自己的行为进行反省,反而会激起和加剧其对社会的仇视,造成更多的犯罪。英国哲学家葛德文曾经指出:“刑罚这种强制手段不能说服人,不能安抚人,而相反地,使遭到强制的人离心离德,强制手段和理性毫无共同之处,所以不能有培养德性的正当效果。”〔1〕此外,传统的刑事司法理论还带来一些伦理问题,存在一系列的价值冲突,如将犯罪人长期与社会隔离在一定程度上就是在让犯罪人为将来的行为承担责任,因为关押的理由是建立在犯罪人将来还要犯罪的预测之上。

2. 实务上效果难以验证。刑罚的基本目标无论是报应还是威慑、隔离和矫治,要么过于抽象,要么不切实际,从来就没有任何证据证明可以有效地达到。实证犯罪学已经积累了相当多的证据,证实了功利主义理论的失败。所有针对犯罪人的各种类型的矫正措施,并无法得出它们可以降低犯罪率的一致结论,也无可靠的权威数据反映更多的警察、监狱、更确定更严厉的刑罚会对犯罪率产生任何的影响。〔2〕正因为如此,西方国家特别是美国在20世纪70年代进行过激烈的监狱矫正措施“无一起作用”

〔1〕 [英]葛德文:《政治正义论》,何慕李译,商务印书馆1980年版,第534页。

〔2〕 J. Braithwait and P. Pettit, (1990) *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice*, Oxford University Press, p. 5.

(nothing works)的争论。此一争论源自于具有震撼性的1974年的美国“马丁逊报告”(Martinson Report)。马丁逊报告以各种矫治措施为自变量,对其与再犯率的关系进行研究,在1945年至1967年间发表了231个有关矫治的报告,最终得出的结论是:所有的矫治措施对于人犯的洗心革面及再犯率的降低,一无用处,或者说监狱对如何矫治人犯及降低犯罪率是束手无策。即使某些个案成功,也无法彰显任何处遇方式的效能。^[1] 学者的研究结果表明,监狱的威慑和教化不足,反而使罪犯学坏有余。因此,“监狱,这一与犯罪作斗争的主要工具反而成了重新犯罪的学校”。^[2] 如果严厉的惩罚和监禁是有效的的话,美国社会应该是西方发达国家中最安全的社会,因为美国施用了最严厉的刑罚,而且是西方发达国家中唯一保留死刑的国家,同时也是监禁率最高的国家。资料显示,美国监狱中的在押犯在2003年是210万人,它意味着每10万人口中有730个囚犯,监禁率超过0.7%。此外,还有470万犯罪人处在缓刑或假释的状态下。所以,美国总人口中,2.4%的人口实际处在刑法的控制之下,其中在15岁以上的人口,有3.1%处在某种控制下。^[3] 但是事实正好相反,尽管美国的监禁率最高,而它仍然是西方发达国家中社会治安最差的,而刑罚运用最为轻缓的北欧国家的犯罪率则最低。这些不仅说明刑罚的威慑作用有限,而且也说明对犯罪人采取的监禁、感化等矫正措施成效不大,诚如日本学者森下忠所言,刑罚“既未改变犯罪人,也未阻止犯罪人或任何其他犯罪人将来可能

[1] 郑善印:“两极化的刑事政策”,载《罪与刑——林山田教授六十岁生日祝贺论文集》,五南图书出版公司1998年版,第728~762页。

[2] 马克昌:《近代西方刑法学说史略》,中国检察出版社1996年版,第324页。

[3] N. Christie (2005) A Suitable Amount of Crime, *Resource Material Series*, No. 67, UNAFEI.

进行的伤害,没有什么社会效益可言”。〔1〕

3. 当事人利益无法平衡。现行刑事司法制度漠视被害人需求,损害被害人权利,致使被害人日益感到迷惘和疏离。虽然刑事司法制度存在的正当性在很大程度上是因为个人受到犯罪行为为的损害,但是,被害的个人在刑事司法制度中却没有法律位置。将犯罪看作是对国家利益的损害驱动着刑事司法的运行,也致使被害人被抛弃在司法之外。这就往往导致被害人体验到无力和挫折的感觉,从而两次受害。第一次是犯罪人,第二次则是由于刑事司法制度自身。司法制度过分热衷于满足刑事程式要求而不考虑被害人的需要会再次从心理上对被害人造成损害,会使他们感到挫败和愤怒。德国犯罪学家施奈德就指出,出于保护被害人的目的,刑事司法制度的任务是平息犯罪人和被害人之间的怨恨,确立和发展社会生活的准则和价值,但是,时至今日,依据犯罪行为 and 犯罪人制定的刑法和刑事诉讼法都没能出色完成这一任务。〔2〕此外,传统刑事司法远离社区,未能使社区在犯罪预防中发挥积极的建设性作用,社会司法与刑事司法未能有效地结合,使民众与司法远离。

4. 司法资源投入过大,造成社会负担过重。为了对犯罪进行有效的处理,社会需要投入大量的司法成本,包括警察、检察官、辩护律师、法官以及拘留所和监狱的相关费用,给社会带来沉重的财政负担。特别是随着正当程序的确立,诉讼程序日趋繁琐,证明规则也日益精密,处理案件旷日持久、耗资巨大。而且,现代刑事司法制度经过数百年的变革和发展,自身已成为一个庞大的机构臃肿的司法体系。诉讼成本上升和办案时间延长导致公正

〔1〕〔日〕森下忠:《犯罪者处遇》,白绿铉等译,中国纺织出版社1994年版,第4页。

〔2〕〔德〕汉斯·约阿希姆·施奈德:《犯罪学》,中国人民公安大学出版社1990年版,第845~846页。

与效率的关系紧张,刑事案件大幅度上升和司法力量相对不足或效率不高的矛盾也难以克服。每一个国家的司法资源都是有限的,有限的司法资源难以满足抑制不断上升的犯罪势头的需要。如果在投入了大量的人力与物力仍不能有效地预防犯罪和矫治罪犯的时候,它必将难以维持下去。

(二)贯彻和落实宽严相济刑事政策的重要途径

宽严相济刑事政策在现阶段已成为我国的重要刑事政策。作为一项运用刑事法律的手段抗制与预防犯罪的方略,毫无疑问,该政策对缓解社会冲突,防止社会对立,构建和谐社会具有重大意义。但是,宽严相济刑事政策作为抽象的政策,其自身并不能发挥出应有的作用,其精神需要用具体的法律和制度来承载和体现,其施行也需要有具体法律制度的配套和保障。

宽严相济刑事政策的贯彻和施行必然会带来司法理念上的重大转变,同时也会带来司法制度的调整与创新。在宽严相济刑事政策的指导下,司法部门需要对不同犯罪采用严厉和轻缓两种截然不同的处理态度以及相对应的处理流程。一部分属于严厉打击的对象,另一部分则属于轻罚或转处的对象。为此,就必须将不同案件类型化,区别轻重以适用不同模式。而刑事和解正是实现刑罚轻缓化的重要途径。刑事和解制度的构建将为宽严相济刑事政策的全面实施奠定坚实的基础。

(三)构建和谐社会的需要

“以人为本”,构建和谐社会已经成为我国当前各项工作的目标,刑事司法工作当然也不例外。“以人为本”应该成为刑事司法工作的核心理念和刑事司法制度的根本。刑事司法的出发点就是要妥善解决社会纠纷,化解社会矛盾,稳定社会秩序。在具体的刑事司法实践中,就必须以这一理念来要求和衡量刑事司法的运作和实效。

和谐社会需要有和谐的人际关系,人际关系的和谐构成了和

谐社会的本源和基础。因此,刑事司法工作应该积极创建一个有利于平息双方冲突和矛盾的解决机制,不应再把被害人边缘化,犯罪人标签化,应重视国家权力和个人权利的平衡、被害人和犯罪人权益的平衡,要更加关注被害人的康复和犯罪人的回归。这一思想与构建和谐社会的观念上有高度的契合,也与刑事和解的理念协调统一起来。刑事和解顺应这一要求,致力于修复损害,使被害人恢复正常生活,犯罪人重回社区,社区得以恢复和谐和安宁,平等的社会关系得以重建。其目的是为了修复被犯罪所破坏的人际关系,使遭受破坏的人际关系重新步入正轨。这表明刑事和解对构建和谐社会具有促进作用,可以成为构建和谐社会的一条路径。

二、研究目的

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各国刑事政策面临的一项重大课题。基于对传统刑事司法的深切忧虑和构建和谐社会的现实需要,笔者选择了刑事和解这一具有很强理论价值和现实意义的问题。加强对刑事和解的研究,无疑会对我国刑事司法改革大有裨益。

(一)弘扬理念

刑事和解制度的确立和推行是一项复杂的系统工程,制度的建立需要以观念的更新为前提和先导,以一定的理念为基础。刑事和解作为一种现代刑事司法改革思潮,体现着公平、正义、自由、民主、效率等时代精神。刑事和解理念无疑对改革或重塑我国的刑事司法制度具有重要指导意义,可以引导我国刑事司法制度改革的新的发展方向。它带给我们的不仅仅是理论上的创意,而且也具有实实在在的实践意义。

(二)丰富理论

传统刑事司法制度已存在几百年,人们对其已进行广泛而深入地研究,相关理论可以说已炉火纯青,而刑事和解制度的诞生

在世界范围内只有大约二十多年的时间,在理论研究上相当薄弱,许多问题有待进一步厘清。例如刑事和解与刑法原则的关系问题以及由此而衍生出的公平与正义、自由与秩序、权利与义务等问题。本书期望通过理论与实践的紧密结合,对刑事和解的基本理论问题进行深入探讨,对刑事和解的生成与发展现状进行系统研究,在丰富理论的同时,为我国刑事司法制度的改革和完善提供一个全新的分析框架与思考的视角,并且也为我国构建刑事和解制度建立一个理论运行的平台和实践操作的基础。

(三)创新制度

刑事司法制度不仅要为追求和实现公平与正义提供基本的制度保障,也要为民众提供更大的自由意志和行为的空间,还应提供一个简便、灵活、科学、高效的诉讼运行机制。因此,理想的刑事司法制度应在公平正义得以实现以及国家利益、社会利益以及各方当事人合法权益取得平衡的同时,最大限度地降低诉讼成本,提高办案效率。刑事和解制度切准了刑事司法发展的脉搏,应该说是达成这一目标的重要司法途径。因为与传统刑事司法相比,刑事和解给予了各方当事人更多的关注和尊重,在解决问题的方式上更加强调对被害人所遭受损害的补偿和对人际关系的修复,更加重视国家利益和个人利益的平衡、被害人权利和加害人权利的平衡。尽管刑事和解在国外已普遍推行,我国也已开展有益尝试,但是,作为一种新的刑事司法模式,在理论论述、制度构建、程序设计、实施方式等方面仍有许多亟待探索的问题。基于这一情况,本文对刑事和解的相关理论和实务问题展开了全方位的分析论证,以期为我国刑事司法制度改革和发展提供建设性意见并为构建一个新的刑事司法双轨制献言献策。

三、研究方法

本书采用的研究方法是综合性的,以丰富翔实的引证资料,建构一个完整的学术体系,以求在研究上有深度和张力。