

您的位置: 首页 >> 阅读文章

阅读文章

Selected Articles

更多▲

特聘导师

法学所导航

走进法学所

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

博士后流动站

学友之家

考分查询

专题研究

五四宪法和全国人大五十周年纪念专栏

最新宪法修正案学习与思考

公法研究

电信市场竞争政策

证券投资基金法

法律与非典论坛

使用大字体系看本文
阅读次数: 247

刑事调解在欧洲的复兴与发展

吕清

内容提要: 随着国家的出现以及近现代国家司法权的逐步加强和统一, 刑事审判在刑事案件的处理方式中几乎占据了垄断性地位。但是近几十年来, 刑事调解正在世界范围内复兴。尤其在欧洲, 刑事调解发展非常迅速。英国、法国和德国、挪威的刑事调解是欧洲刑事调节的三种典型模式。支持欧洲刑事调解发展的理论主要有被害人学理论、非犯罪化理论、恢复性司法理论等。正是对这些不同的理论和价值观的选择及组合形成了欧洲刑事调解多样化发展的特征。而欧洲理事会和欧盟正致力于欧洲的刑事调解的规范化, 这将是欧洲刑事调解未来发展的方向。

关键词: 刑事调解/VOM社区调解/刑事司法体系

在人类解决纠纷的历程中, 调解的出现先于审判。起初, 纠纷并不严格区分为民事侵权行为或者是犯罪。与武力和和解等自发的解决纠纷的方式一样, 调解被广泛适用于各种社会冲突的解决过程中。随着国家的出现及近现代国家司法权的逐步加强和统一, 私力救济乃至多元化的纠纷解决机制逐渐被否定或者取代, 诉讼审判成为纠纷解决的最正统和最主要的法律途径。刑事领域的情况更为明显。当犯罪被认为是犯罪人对于国家的暴力侵犯, 刑法和诉讼成了国家和犯罪分子之间的调停制度, 犯罪对于被害人权利的侵犯和在罪犯与被害人之间的调和, 却渐被世人忘却[1]。有罪必罚和刑罚权不可转让的观念使得刑事审判在处理刑事案件中几乎占据了垄断性地位。

20世纪60年代开始的席卷全球的ADR(Alternative Dispute Settlement)运动使得以调解为代表的多样化解解决纠纷方式在民事领域蓬勃发展。①与此同时, 刑事司法领域中的调解也正在复兴。正如1999年欧洲理事会在第N. R(99)19号文件中提到的, 合意型纠纷解决模式已发展成为可代替传统的对抗型模式的纠纷解决机制。这种发展并不局限在某个特殊的法域或者法律部门。相反, 它涉足每一个法律领域并在大多数法律体系中蓬勃兴起[2]。与民事调解不同, 刑事调解的复兴和发展不仅仅改变了现代刑事司法体系外在的结构形式, 而且从根本上对诸多传统刑事法理念带来了巨大冲击。当代刑事调解的复兴肇始于北美大陆, 但在大西洋彼岸的欧洲焕发出勃勃生机, 发展相当迅速。本论文介绍刑事调解在欧洲的发展概况, 分析背后的原因和理论根据, 以期为我国当前有关刑事调解以及合意型司法的研讨起到抛砖引玉之功效。

一、刑事调解概述

(一) 刑事调解的概念

作为一般意义上的纠纷解决机制, 调解指的是中立的第三方协助纠纷双方当事人达成合意的过程。其中, 第三者始终只是当事人之间自由合意形成的促进者, 他不能够以自己的判断来强制当事人接受和执行纠纷处理结果。这是调解区别于审判最突出的特征[3]。

刑事调解指的是在中立的第三方的帮助下, 刑事案件的被害人(及其代表)和加害人(及其代表)自愿地进行对话并协商解决因犯罪行为引发的相关问题的过程。

刑事调解不同于刑事审判。刑事调解是由中立的第三者, 而非法官, 来主持案件的处理过程。第三方

可能源于司法机关委派或者指定，或者来自于一些社会组织，甚至是自愿者。不论来源，中立性是调解人的基本要求。调解人通过传递信息或者提供解决方案等方式来促进，而不是强制当事者双方达成协议。此外，在调解人员的主持下，被害人和加害人进行对话，讨论的内容并不局限在犯罪构成的几个方面，它可以包括已经发生的事情，事情背后的原因，该行为对自己造成的影响以及自己对该行为的感受等；然后双方一起协商决定案件的处理方案，比如赔礼道歉、赔偿损失、为社区或者被害人提供服务等，而并不限制在法律所规定的处罚种类。最后，协议的履行取决于加害人的自愿，而不是以国家权力为后盾的司法强制。

刑事调解也不同于一般的民事或者行政调解。刑事调解的前提是发生了一起刑事案件，而不是一起民事或者行政违法案件。一般意义上的调解开始之初对于调解哪一方应承担制造纠纷的责任尚不清楚。但是刑事案件的复杂性、隐秘性决定了刑事调解的前提是加害人很清楚（比如抓了个现形）或者已经被查出（经过侦查机关的侦查），并且调解双方对于加害人实施了该犯罪行为这一事实不存在争议。换言之，刑事调解一开始就存在一个有过错的加害方和无辜的被害方。这就进一步引申出刑事调解和一般调解目的的不同。普通调解的主要目的是解决争议，平息纠纷。但是在刑事调解中，由于对“犯罪事实是否发生”，以及“谁实施了犯罪行为”这些核心事实不存在争议，所以，调解承载了超出“解决争端”的更多的目的追求。根据下文分析，受到不同价值观的支配，各国的刑事调解出发点各不相同。有的是以维护被害人权利为中心，有的是以帮助加害人回归社会为目的，而有的则是侧重于社区关系的恢复，或者刑事案件的分流，或者未成年人及轻微刑事案件的轻刑化等等不一而足。

（二）刑事调解的模式

从司法实践来看，刑事调解以不同形态存在着。概括起来，有如下几种模式：一是非制度化的刑事调解。在许多国家都存在执法人员在日常工作中出于各种目的直接或者变相地适用一些非正式的调解手段来处理案件。比如，警察针对一起家庭纠纷，给予说合，从而避免启动诉讼程序。或者是检察官为了及时将案件分流出去邀请当事人参与刑事案件的非正式处理方案的协商。或者社会工作者或者缓刑官要求犯罪人与被害人见面进行对话，以期望给青少年犯罪分子施加更大的影响，促进其改过自新。虽然这种法外行为在实践中有一定的积极意义，但是却存在着非制度化机制所具有的不规范的弊端和被滥用的风险。这不是现代法制国所提倡的。二是传统的村庄或者部落法庭。这是一种古老社会流传下来至今仍在一些不发达国家和农村地区存在的司法形式，即整个村庄或者部落的居民聚集在一起共同来处理刑事案件，处分犯罪人。这种方式是建立在紧密的人际关系纽带的基础上，着眼点也是村庄或者部落的整体利益。这种方式激发了许多现代调解项目的产生。三是社区专门调解。这是指在社区中设有专门的组织和机构来处理社区内发生的各类纠纷。一般来说，社区调解的案件主要是社区内居民之间的纠纷，即纠纷双方存在着在案件处理完后人际关系继续发展的需要。当符合条件的案件发生后，检察官或者法庭就会把这些案件转移到这些专门的社区组织运用社区调解程序来处理案件。美国著名的国家社区调解协会(National Association for Community Mediation)现已经拥有约300个社区调解中心或者社区调解项目。四是家庭或者社区会议(Family and community group conferences)。这是一种在澳大利亚和新西兰发展起来的新型调解形式。当一起案件发生后，不仅是当事人双方，而且双方的家庭成员、亲戚或者其他一些朋友及社区居民都加入到案件的调解过程中。这些人于案件或者与当事者双方有密切关系，或者对于他们的成长承担某种责任。其目的是能够更加彻底地了解案件发生的前因后果，更好地帮助犯罪人改过自新，回归社会。五是被害人与加害人调解(Victim Offender Mediation)，简称VOM。这种形式是为人们最熟悉的，也是欧洲最普遍的刑事调解类型。在中立的调解员主持下，当事人双方通过对话和协商来共同决定如何处理加害人。如果双方不同意这种直接见面方式，可以采取方分别与调解员见面的间接方式进行刑事调解。

当然，这些类型并没有绝对的界限。现代刑事调解的模式通常是多种类型的混合物。比如，欧洲的刑事调解通常是以VOM类型为主，但是在不同国家的VOM的发展常常与社区调解和家庭会议模式结合在一起。

二、欧洲刑事调解的发展

由于刑事调解的表现形式多种多样，而欧洲各国刑事调解的发展水平也很不一致，因此，这里选择了英国、德国与法国以及挪威的刑事调解为例，介绍刑事调解发展的具体情况。之所以选择这些国家，不仅是因为它们涵盖了欧洲法律体系的三个分支-英美法系、罗马法系、北欧法系，同时这三组国家的刑事调解分别代表了欧洲刑事调解发展的三种典型形态。

（一）英国：法律阴影下的刑事调解

1. 背景

20世纪70年代，对于英国司法机构的低效率和高成本的不满导致了调解在英国的兴起。1972年英国的

布里斯托尔“帮助和安置犯罪人协会”(BACRO)实施了一些项目以促进加害人能够进一步意识到自己行为造成的后果,以及给被害人提供机会来表达犯罪行为对他们造成的影响。随后的一系列项目促成了1984年“赔偿和调解论坛”(FIRM)的成立,即现在的“英国调解”组织(Mediation UK)[4]。该组织主要致力于社区内纠纷的调解,它对于推进英国刑事调解的发展起到了重要作用。而英国的第一个VOM项目则被认为是在1979年由英国德文郡警察发起的。但是直到1985年在由内政部组织了4个VOM项目后,被害人-加害人调解才在英国普及开来。VOM在90年代也发展成为英国调解组织的服务模式之一。英国调解组织包括了170个登记的社区调解机构,其中有36个属于VOM模式。

2. 法律依据和现状

到目前为止,虽然有不少项目是由内政部主持和资助的,但是英国的刑事调解还属于在“法律的阴影”下进行,因为还没有正式的立法为其提供法律依据。一般认为,最与之相关的法律是1998年的青少年犯罪与违法法[5]。在这部法律中,赔偿命令成为处理青少年犯罪案件的一个重要手段。并且根据该法第68条规定,刑事案件的被害人决定最终赔偿方式。这就意味着,在决定最终采取怎样的措施前,加害人需要与被害人进行协商,或者至少征求其同意。

由于英国刑事调解还没有一部统一的法律来调整,因此各地进行的刑事调解项目的表现形式和程序不尽相同。大多数情况下,对于一起符合项目标准的刑事案件,由警察在侦查完毕后将其转交给当地调解组织。如果调解成功并履行了协议,则警察在与相关机构协商后(特别是青少年司法工作人员),通过终止案件或者警告命令的方式结束刑事案件的处理。但是在有些项目中,比如由内政部主持的考文垂VOM项目中,在法庭审判阶段当加害人做了有罪答辩和最后判决前,由法庭决定是否可以调解。对于加害人承认有罪的轻微刑事案件,本人或者17岁以下加害人的家长同意调解,则案件移交给当地调解组织。调解程序完毕,调解员要向法庭提交一份调解报告,包括调解的过程、双方的情况以及最后的协议,据此法官再作出判决。如果到判决之日加害人还没有履行完协议,法庭将会延期作出判决[6]。

3. 特征

英国的刑事调解没有受到法律的规范,这与英国官方对于刑事调解的认可度有关。这也就不难推测英国的刑事调解规模比不上那些法律正式承认刑事调解地位的国家。在英国实践中,以VOM和社区调解为主。其中,间接调解的比例比较大。即当事人双方不同意直接面对面商谈,而是分别与调解员见面,通过调解员这个中介进行对话协商。^②此外,与欧洲大陆国家的检察官重要作用不同,在英国的刑事调解中,警察扮演了重要角色。当然,这与英国的司法制度的特点有关。因为英国的检察机关不象欧洲大陆国家(比如法国)的检察官那样具有重要的案件分流和自由裁量权,他们更像是一个独立的对警察行为进行事后监督的机构。相反,最重要的分流决定是由警察通过终止案件或者警告命令的方式作出的。又由于英国警察不是集中管理的模式,所以实践中的刑事调解也呈现出地方化特征。当然,近年来对于刑事诉讼程序以及对于皇家检控署的机构改革将会产生一个相对稳定的刑事调解体系,而欧盟法关于刑事调解实践的统一也将会改变英国刑事调解缺乏法律规范的局面。

(二) 法国和德国[7]: 纳入到刑事司法体系中的刑事调解

1. 背景

在政府左翼力量的推动下,法国的VOM在20世纪80年代中期开始出现。这是对一些政府报告做出的反应。这些报告分析了法国当时的现状和问题,比如社会稳定和凝聚力下降、城市化的加剧、法国本土居民与移民之间的结构变化等。总之,这些因素使得人们对于法律制度创建和平与安全的能力产生了严重的不信任。于是,重新组建的司法部成立了保护被害人和指导刑事事务办公室,将刑事司法的重心转向合意型冲突反应方式。再加上一些非政府组织(比如国家被害人协助和调解学会)的推动,VOM在法国得到了迅速发展。

而德国VOM实践同样始于20世纪80年代,其发展受到了多种因素的影响:对传统司法体制的反思以及国际恢复性司法运动的影响等。于是,德国法学界和实务界开始考虑重新调整德国刑事法律的发展方向。这直接导致了80年代中期开始的5个刑事案件的调解项目试验。这些项目是在法律学术界、社会工作者以及公诉人组织下进行的。1986年的被害人保护法扩大了被害人参与审判的程序性权利,给予了刑事调解以间接支持。

2. 法律依据

1993年以及1999年修改后的刑事诉讼法将法国的刑事调解实践成果吸收进来,明确规定了刑事调解体

系。根据第41条第6款的规定，检察官在做出提起公诉决定之前，经征求当事各方同意，可以运用调解手段，使犯罪人与受害人之间达成谅解，以决定不予追诉。前提是这一措施能够保证补偿被害人遭受的损失、结束犯罪引起的混乱以及有益于犯罪行为人为人重新融入社会。

德国的情况比较复杂。德国青少年犯罪案件的刑事调解发展比较迅速。德国的青少年司法法第45和47条将VOM规定为一种分流措施。但是成年人犯罪案件的刑事调解发展比较缓慢，有关的项目比较少。虽然刑事诉讼法第153a条的暂缓不起诉和暂时停止诉讼程序的法律规定在司法实践中被当作成年人犯罪案件刑事调解的依据，但是该法条并没有明确给予刑事调解以法律地位。再加上刑事调解没有得到司法实务部门的普遍支持，所以刑事调解处于边缘位置。为了改变这种现状，1992年由自德国、奥地利、瑞士的刑事法学家共同制定了一个法律草案(Alternative Draft-Compensation)，试图为德国制定出一个系统的刑事赔偿与调解体系。该法案的一些内容被直接体现在修改后的德国刑法典，比如第46a条，将刑事调解明确写入刑事实体法中[8]。据此，对于被告人可能判处相当于1年以下监禁刑的案件，如果已经达成VOM协议或者赔偿损失的被告人，则法庭可以决定不予以处罚。如果超过上述可能判决的刑罚，则法官可以考虑减刑。这是很有意义的，因为在实践中有相当数量的刑事案件属于这个范畴。

3. 调解的组织和现状

在法国，被害人帮助组织在得到国家被害人保护办公室的同意并与司法部签署协议后方可提供调解服务。在基层，这些组织还要得到当地检察机关的同意，并认可检察机关发布的规范两者关系的工作协议。这些工作协议涉及到刑事调解的目的、案件提交、调解过程、协议达成以及后继工作的等一些具体的事务标准。刑事调解组织以及那些受到检察官指派的个体调解员，得到的政府资助，费用从法院支出。对于调解双方来说是免费的。他们可以雇佣律师。为了鼓励调解，1998年法律协助的范围扩展到调解部分。

在德国，VOM在青少年法庭的服务办公室或者一些独立的社会服务机构进行。据统计，德国有大约400个这样的调解机构。这些组织得到了官方或者私人的资助。它们在定位和调解案件数量上有很大差别。大多数机构只处理青少年犯罪案件。每个州都会根据自己的目的制定刑事调解指导原则，包括调解协议的性质，法人被害人的地位，以及加害人范围等标准。

至于调解的案件数量，统计数据不太一致。根据法国1998年一项统计数据表明，有33,600个案件诉诸于调解程序。60%由组织调解员进行调解，40%由个人调解员进行调解。50%的案件涉及到被害人人身伤害，三分之一案件涉及到财产案件，另外还有一些邻里纠纷案件。大概有55%案件最后达成了调解协议。而德国在1997年有9000个刑事调解案件。但是有两个州没有参与统计。据估计，大概有136,000案件进行了调解。有四分之三的案件是青少年犯罪案件。绝大多数最终以道歉和一定数量的物资赔偿达成协议。对于调解成功的案件有78%被检察官中止起诉。绝大多数案件是由检察官建议调解，由法官或者律师建议调解的案件比较少。

4. 特点

德国和法国的刑事调解表现出如下特征：首先，刑事调解适用于成年人和青少年犯罪案件，实践中主要是青少年犯罪案件。调解同样适用于轻微以及严重犯罪案件，当然调解的效力在两类案件中有所不同。其次，与刑事司法制度的密切关系是德法两国刑事调解的最显著特征。两国的刑事调解都得到了刑事法律的明确规定。法国的调解主要适用于审前阶段，而德国的刑事调解则既有审前阶段，起到案件分流的作用，也适用于审判阶段，起到刑罚轻缓化的效果。最后，刑事调解的效力受到刑事司法机构的控制，因为调解的最终效力由司法机关来确认，或者是导致司法程序终止，或者只是量刑时的参考因素。概言之，德国和法国的刑事调解已经纳入到刑事司法体系之中，成为了刑事诉讼程序的一个组成部分。但是它不能够代替法庭来对案件作出最终的决定，所以刑事调解只是附属于刑事司法体系的。相对于刑事司法体系来说，可就此概括为附属型的刑事调解。

(三) 挪威[9]独立自治型的刑事调解

1. 背景

VOM在挪威的发展受到20世纪70年代中期两个事件的推动。一是1981年的著名学者克里斯蒂关于“冲突的特性”的讲座；二是关于青少年犯罪与刑事司法体制的政府报告。后者建议创建一些针对青少年犯罪人的试验项目。在第一个项目中，对第一次犯罪的年轻人进行了调解的分流处理。结果不论是从达成协议的数量还是重新犯罪的数量来看，调解都产生了积极的结果。在80年代，调解项目有进一步发展。大多数都很成功。并且调解的范围扩大到了成年人和累犯，但是不包括应当立即拘禁的案件。

2. 法律依据以及现状

到目前为止,刑事调解主要受到1991年颁布的城市调解委员会法案,以及1992年的城市调解委员会法令以及1993年的部门规章的约束。此外,1998年刑事诉讼法第71a和第72条规定检察官有权将合适的案件诉诸于调解,也可以决定停止对犯罪人采取进一步措施。

挪威所有的调解事务都属于城市调解委员会的管辖范畴。根据1991年法案的第1条规定,该委员会民事和刑事纠纷进行调解。1993年的部门规章中列举了适合刑事调解的典型案件,包括轻伤害、盗窃、毁坏艺术行为、无证驾驶案件等。

据统计,1995年到1998年调解案件从每年5500起升到6500起。其中有3000起为刑事案件。大多数案件的加害人为15-17岁,主要涉及扒窃,盗窃和破坏艺术行为。有93%的案件最终达成协议。

3. 调解条件和组织

通常情况下,一起案件在警察侦查完毕后,检察官确认该案件适合调解的情况下,案件即转交给调解委员会。调解双方必须同意进行调解,而且对于案件的事实部分不存在分歧。对此,加害人必须作出书面的同意意见,而且由警察或者检察官来确认该同意是否有效。但是在实践中,有时由接受案件的委员会来确认该同意是否有效。最终达成的调解协议经双方签字后将会复印给检察官一份。如果履行了调解协议意味着调解成功,这将会导致诉讼程序的终止。如果失败,司法机关可以继续刑事诉讼程序。

为了履行1991年法案,挪威所有城市都设有调解委员会。现在挪威的调解委员会的管理和财政职责和权限从社会保障部转移到司法部。每一个委员会对地方和中央政府负责。地方调解机构由一个付薪协调员和一些自愿调解员组成。对于调解双方来说,调解是免费的。全国大概有700个调解员,任期为4年。对于调解员,并没有特殊的职业背景要求,只要18周岁以上,在该城市居住,没有受到监禁均可。对于调解员的培训普遍存在,但是不是一致的和统一的。国家调解组织已经印发了有关调解部门的职业道德的文件,司法部每年安排一次年会以及印发杂志提供和传播有关信息以及推广优秀案例。

4. 特点

挪威的刑事调解有如下几个特点。首先,挪威的刑事调解受到预防犯罪的目的推动,主要针对的对象是第一次犯罪的青少年。其次,挪威有专门化的刑事调解机构,即刑事调解委员会。该机构独享案件的调解权限。调解一旦成功,诉讼程序即告终结。因此,调解委员会实际上起到了案件最终裁判的功能,权限很大。再次,许多调解委员会设立在社区中,通过社区进行刑事和民事纠纷的调解,调解委员会试图将调解和社区的劣势结合起来,创建市民社会的理念。总的来说,挪威的刑事调解发展比较快,已经成为可以代替审判的刑事案件处理机制。因此,相对于刑事审判而言,挪威的刑事调解可概括为独立自治型调解。

三、欧洲刑事调解发展的理论基础

欧洲刑事调解呈现出多样化发展的特征,除了各国政治法律环境不同外,更为重要因素恐怕与推动各国刑事调解发展的理论基础和价值追求的不同有关。总的来说,欧洲刑事调解的兴起与以下三大法律思潮及其理论密切相关。

(一) 刑事被害人学理论

从1941年德国犯罪学家汉斯·范·亨蒂开创性地发表《论罪犯和被害人的相互关系》一文开始,犯罪被害人学逐渐风靡全球,成为一门显学。被害人学论题,诸如被害过程、被害调查、被害预防、被害结果分析、赔偿以及刑事司法体制改中被害人地位,等等,几乎涉足犯罪学的各个领域,并对刑事实体法、刑事程序法和刑事政策的制定都产生了重要影响。

被害人学的发展无疑是刑事调解得以复兴的催化剂。因为它拓展了从中世纪以来的以犯罪为本位的犯罪学和刑事法学研究视角。从犯罪性质来说,被害人学家认为,犯罪不仅仅是犯罪人和国家或者社会之间的矛盾。“当犯罪行为必定导致罪犯和社会冲突时,同时也构成了罪犯和被害人之间的冲突。”被害人学家认为,正式的刑事诉讼偷走了双方当事人之间的冲突,使得冲突隐而不显,销蚀掉被害人个性,阻止了罪犯与被害人之间的个人冲突,而使得被害人不成其为人……罪犯本位的刑事诉讼使被害人背上了社会、精神和经济损失的额外负担(再度被害)[1]420。为此,他们呼吁应当改善被害人在刑事诉讼程序中的地位,同时提倡通过非正式程序来解决被害人和罪犯之间的矛盾。比如,对于许多违法犯罪行为,建议通过调解、调停、审前了结以及转处等方式予以处理。与对抗制法庭不同,调解制度鼓励充分地承认被害人的

利益及其补偿和赔偿需要。凡诸如法官、检察官、辩护律师以及罪犯和被害人等涉及诉讼者，均可围桌而坐，讨论导致犯罪地社会的和个人的冲突，寻找通过诉讼参与人之间的协商或者公断来确定必须执行的解决方法。这种非正式的程序力图避免双方为刑庭上的对抗付出昂贵的代价以及遭到判刑定罪的污名。因为帮助被害人与罪犯之间恢复和睦的私人关系并促成对于被害人的赔偿而不是制裁违法者，似乎更有意义。因此，根据被害人学理论，相对于传统的对抗式审判，刑事调解被认为是一个有效的提高被害人地位，改善被害人处境的重要方式。

（二）非犯罪化理论

非犯罪化是欧美国家二战以后至今仍方兴未艾的一个重要的刑事法律思潮。出于对刑法与社会理性的矛盾的反思，欧美各国于20世纪六七十年代试图解决刑法的基础性危机，重新配置道德与刑法的关系，进而开始了以非犯罪化和非刑罚化为主题的刑法改革。

非犯罪化运动对传统的刑法理论作了进一步的发展，提出或者强调了诸多重要的刑事法理念。一是犯罪的相对性，即“那些被认为可惩罚的人类行为不可能是永远稳定不变或者持续增长或者减少”。[10]这就意味着对行为的犯罪定性，或者说刑法的调整范围，是可以变化的。二是刑法具有不完整性特征。比如1962年美国的模范刑法典表明，当其行为不损害他人时，任何个人都有权反对国家干预其个人事务。虽然对于刑法到底应当到那个界限适可而止学者并没有达成共识，但是有一点是共同的，即刑法不能介入到市民生活的方方面面。三是刑罚功能的有限性。由于产生犯罪的原因是多方面的，所以单靠刑罚的方法不足以解决犯罪问题。刑罚与其他社会控制方法，比如侵权行为法、行政处罚法等共同构成防范犯罪的法律堤坝。四是刑法方法的最后手段性。对于某种危害社会行为，国家只有在用道德的、民事和行政的法律手段和措施仍不足以抗制时，才能运用刑法的方法，处以一定的刑罚。在对抗犯罪的法律堤坝中，刑法是最后的一道防线。这样一来，刑罚就显示出最后手段性的特征。③并非对所有的犯罪行为都应当以刑罚方法做出反应，这是对传统有罪必罚观念的一种突破，谦抑刑法观为非正式方式处理刑事案件铺平了道路，奠定了基础。

至于具体的非犯罪化的途径，一般认为有两个方面。一是修改立法。比如许多国家都将卖淫、同性恋、通奸、安乐死等行为非犯罪化，甚至合法化。二是由于法律具有稳定性和滞后性的特性，这就产生了非犯罪的第二条途径，即事实上的非犯罪化。在立法尚未改变之前，通过刑事司法机关的不断实践和创新，逐渐收缩刑法干预国民行为的范围，代之以非刑法的其他正式或非正式反应方式的干预和调整。比如避免进入刑事司法系统或者中断刑事司法程序。这样一来，刑事调解就成为非犯罪化的一个重要手段。加强被害人与犯罪人之间的调解，提供有效的被害人帮助计划，以达到被害人不举报犯罪人的目的；或者在进入到刑事司法程序后，也可进行调解，从而避免起诉或者采取减轻处罚的目的。因此，刑事调解也为正统刑事法学者所推崇和倡导，成为构建欧美国家当代刑事司法体制的新举措。

（三）恢复性司法理论

与刑事调解的兴起关系最为密切的是恢复性司法运动。引用澳大利亚犯罪学家约翰·布瑞斯维特的话，恢复性司法在20世纪90年代形成了刑事司法改革领域的重要社会运动。它的倡导者认为恢复性司法是一个比报复性和康复性司法更可行和更令人满意的刑事司法模式[11]。根据文献中经常引用的权威概念，恢复性司法指的是与犯罪行为有关的各方聚在一起共同商议对犯罪行为的事后处置方案以及有关执行问题的过程。④虽然恢复性司法的一些重要论题仍存在重大分歧，⑤但有些核心的观念已经被广泛认可并用来指导实践。

一是犯罪不仅仅是触犯法律和藐视政府权威的行为，犯罪同样造成了被害人、社区甚至是犯罪人本人的利益损害。他们认为，现代刑法试图忽略被害人和犯罪人之间的利害关系而回避复杂的社会现实。所以，现代刑法没有意识到被害人向刑事司法机关的报告经常意味着寻求解决他们与犯罪人之间的矛盾冲突，而不仅仅是为了惩罚……所以保护被害人不仅仅意味着立刻阻止和评价犯罪行为，而且还应当试图在具体的社会情境下解决被害人和犯罪人之间的冲突[12]。

二是对待犯罪行为，不仅仅是进行惩罚，更为重要是要修补已经造成的损害。对犯罪行为的传统反应方式是惩罚，这不论是从大众意识还是从刑事法原理来说都被认为是自然的和合乎逻辑的。现代刑法理论在强调犯罪的实际危害性是刑罚的界限的前提下，通过以犯罪人侵犯被害人的同等方式惩罚犯罪人。但是，恢复性司法学者提出，对待犯罪，通过弥补损害、改正错误、通过解决冲突的建设性措施恢复和平似乎更符合正义[12]。

三是反对国家通过刑事司法系统垄断了对犯罪的反应机制。当代刑事司法体系的理想模式是在18世纪资产阶级大革命中奠定的，但实际上，19世纪以来这个标准的刑事司法制度也从没有彻底解决过犯罪问

题。这个不切实际的、孤立的和教条的方法夸大了传统的惩罚哲学，特别是夸大了通过惩罚，进行教育的可能性。根据认识论和教育理论的观点，教育的效果与社会关系有直接关系。教育的影响力是逐渐递减的：家庭、朋友、邻里、体育俱乐部、教堂、社区、大众传媒，最后才是刑法[13]。所以，刑法不可能被当作一个有效的教育工具。因此，应当发动所有相关的社会力量来共同解决犯罪问题和教育犯罪人，特别是与犯罪人关系密切的那些人际关系。因为来自于家人、朋友或者是有密切关系的社团的惩罚比来自于遥远的法律权威的惩罚要有效果。这是因为对于人们来说，在亲人眼里的形象和名声要比刑事司法官员对他的一个评价重要得多[14]。所以，刑法的教育效果是不理想的，仅仅通过刑事司法制度来处理刑事问题是不明智的。

这样一来，调解的价值被恢复性司法的倡导者发现，并成为实现和推广恢复性司法的一个重要模式。⑥被害人和犯罪人以及其他相关人通过见面和对话，了解各自处境，促进协议的达成，解决他们之间的冲突，恢复和平。这样的选择既能够增加犯罪人的羞耻感和责任感，又有利于对犯罪人的教育和回归，同时还利于修补犯罪造成的伤害，抚慰和弥补被害人受到的损失，从而促进他们之间以及社区和平关系的重建。

当然，除了上述几个方面外，对于刑事调解的复兴和发展起作用的理论还有很多，比如ADR理论、经济法学理论、人权理论等。正如欧洲理事会在决定中所说，刑事调解的理念将这些人团结在一起：那些重新发掘人类最初解决纠纷机制的人，那些希望加强被害人地位的人，那些需求代替惩罚方式的人，那些希望降低司法成本和案件积压的人，那些希望这个司法体系更加有效率和效果的人。刑事调解成为诸多现代社会和法律思潮的交集，或者说，人们从不同的理论那里找到了支持刑事调解发展的理由。正是对不同的理论和价值观的选择和组合，构成了欧洲刑事调解多样化发展的特色。从另一个角度讲，这是刑事司法制度发展规律使然。刑事案件的表现形式是多种多样的，发展的原因也是千变万化的。因此，由单一一种方式（刑事审判）来处理所有类型的刑事案件是不科学的。人类解决被害人与加害人之间因犯罪行为引发的矛盾的方式重新回归到多元化的方向，这是辩证唯物主义历史发展观的在刑事司法领域的体现。但这不是简单的重复，而是刑事调解在更高层次上的复兴与发展。

四、欧洲刑事调解的发展方向

各国刑事调解的实践逐渐产生了区域性乃至国际性的影响，从而促使国际社会对刑事调解问题的关注。就欧洲范围来说，两大欧洲国家间组织都为刑事调解颁布了相应司法文件，以规范和促进刑事调解进一步的发展，为刑事调解的发展确定方向。

（一）欧洲理事会文件

欧洲理事会⑦在1985年和1987年颁布了两个司法文件建议成员国开展刑事调解的研究和试验。并在1999年作出了进一步的关于《刑事事务中的调解》的第N.R(99)19号司法建议。该文件为刑事调解制定了法律框架，旨在推动和规范欧洲各国刑事调解的发展。

该文件共六个部分。第一部分指出刑事调解的定义。第二部分列出了几项刑事调解基本原则。其中，第3条和第4条规定，刑事调解应当成为一种能够在刑事诉讼各个阶段普遍获得的服务。此外，还规定了保密原则、自愿性原则、自治性原则等。第三部分规定了刑事调解法律基础问题，规定各国的立法应当支持刑事调解，应当为刑事调解设定原则，（比如条件，调解效力等），并为调解的发展明确程序性保障措施，（比如法律帮助等）。第四部分规定了刑事调解与刑事司法程序的关系。第9条指出将案件提交刑事调解以及调解协议的最终效力决定权应当保留给刑事司法机关。第17条规定在刑事调解基础上作出的案件处理决定应当具有与传统刑事司法裁判的效力，适用于一事不得再理原则。第五部分讲到了刑事调解组织的运行问题，包括刑事调解服务的标准、有关调解员的资格和培训、处理具体案件的程序问题以及调解结果问题等。其中第31条明确规定，自愿达成的协议只能包含有理和成比例的责任。第32条规定调解的过程和结果需要报告给司法官员，但是双方在调解过程中的具体行为不得报告。

概言之，欧洲理事会主张将刑事调解与刑事司法制度结合起来，并为刑事调解提供法律依据。从刑事调解的效力要受到刑事司法机构的确认这一点来看，似乎表明目前欧洲理事会对于德法刑事调解模式的肯定。当然，文件标题“建议”(Recommendation)一词决定了这不是一个具有法律约束力的法律文件，而只具导向性的作用。因此，对于该文件的实施取决于个成员国自己。但是对于非政府组织和学术界来说，这是一个重要的法律文件，是欧洲刑事调解发展新阶段的标志。

（二）欧盟文件

欧盟法在欧洲一体化发展进程中起到举足轻重的作用。1999年的阿姆斯特丹条约使得刑事法律领域的

发展不再被排除在欧盟一体化进程之外。在刑事调解问题上，有多个欧盟法律文件涉及到。在2001年，经葡萄牙政府提议，后经过当时的15个欧盟成员国部长组成的部长理事会批准，欧盟通过了《刑事诉讼程序中被害人地位的框架性决定》，其目的是保障任何成员国的被害人获得更好的司法保护和更好的待遇。在此，刑事被害人拥有了获得调解的权利。

第10条刑事司法程序中的刑事调解(1)每个成员国应当在认为适当的情况下促进刑事案件中调解的形成。(2)每个成员国应当保证那些在被害人和加害人之间达成的调解协议能够得到重视。

第17条执行每一个成员国应当确保本国落实本决定第10条的有关法律、条令、行政法规在2006年3月前得到执行。

与第一个文件相比，欧盟的决定有三个方面发展：一是把刑事调解确定为权利；二是明确了各国调整法律以确保调解权利的时限要求；三是欧盟法律体系的优先原则决定了各国必须修改或者完善本国与该决定相抵触的法律和法规。这些发展是欧洲刑事司法一体化在刑事调解中的具体体现，同时更说明刑事调解在欧洲范围内发展已经达到相当的程度。需要说明的是，对于后加入的欧盟成员国来说，承认和接受欧盟法是成为成员国的先决条件，所以该决定对于现在25个以及将来的欧盟成员国同样有效。

在刑事调解领域，虽然有一些问题需要得到深入的研究，比如刑事调解中的无罪推定原则、加害人的程序选择自由权、犯罪客观事实的发现、适用的一致性和平等性问题，等等，但是这些都不能阻挡刑事调解的发展。上述欧洲理事会和欧盟的法律文件非常清楚地传达出一个信息--刑事调解在欧洲不是逝去的历史，也不是还没有实现的未来，而是现实的存在。并且这种实践正逐渐被推广，其理论框架也正日益完善。欧洲理事会在1999年的文件中将欧洲刑事调解的发展定位在初期阶段，但是欧洲理事会和欧盟已经为欧洲刑事调解的发展确定了一个共同的方向。作为一项权利，刑事调解已经写入欧盟法当中，而其与刑事司法体系的关系也将会随着刑事调解在欧洲的发展进一步明朗化。

注释：

①学界对于ADR运动涉及的范围是有分歧的。比如我国理论界通常认为只是涵盖民事领域，而美国学者却认为ADR运动的范围也包括刑事诉讼领域。[美]爱伦·豪切斯泰勒·斯黛丽.美国刑事诉讼程序.[M].陈卫东等译.北京：中国人民大学出版社，2002：326-327.

②有学者分析这与英国相对比较保守的文化有关，也有人分析其他一些相关因素，比如英国刑事调解的案件中加害人一般接近成年人，而不是青少年；许多案件是熟人之间发生的，而非陌生人等。Mark S. Umbreit, , 1996, 29-31, England.

③陈兴良提出刑罚不可避免的三个条件：无效果，可替代，太昂贵。参见：陈兴良.走向哲学的刑法学[M].北京：法律出版社，1999：75.

④为了筹备2000年的联合国第十次刑法学大会中有关恢复性司法议题，以国际恢复性司法研究所主任为首的有关机构开展了有关恢复性司法的非政府组织联合项目。其中有两个目的，一个是搜集和整理恢复性司法的文献，另一个是为恢复性司法提供一个权威定义。但是由于分歧太大，第二个任务没有完成，最后只好引用了当时理论界较为认可的这个概念。

⑤比如，恢复性司法的重心是过程还是结果(process or outcome)，其强调的"参与"模式应是自愿还是可以强制(voluntary or forced)，恢复性司法相对于现存司法体系的关系是代替选择还只是一种转处措施(a fully-flledged alternative or a form of diversion)等等。

⑥恢复性司法的四种常见模式分别为被害人-加害人调解(VOM)，社区修复委员会，家庭会议和量刑圈。[美]丹尼尔·w·凡奈思.全球视野下的恢复性司法[J].王莉译.南京大学学报，2005(4).

⑦欧洲理事会是于1949年成立的一个国家组织，总部设在斯特拉斯堡。任务是：在成员国之间建立一种更为紧密的联系，并促进成员国在经济上、社会上的进步。此外，欧洲理事会还应当：通过解答共同利益问题，通过签署协议以及通过在经济、社会、文化以及学术领域的，连同法律于行政领域的共同行动，以推进人权与其他基本自由权利的进步，而履行自己的任务。该组织制定的最著名的法律文件是欧洲人权公约。目前有45个欧洲国家加入该组织，包括俄罗斯。

注释：

[1] [德]汉斯·约阿希姆. 国际范围内的被害人[M]. 许章润, 等, 译. 北京: 中国人民公安大学出版社, 1992: 417. The Council of Europe Recommendation No. R. (99) 19 Concerning Mediation in Penal Matters.

[2] The Council of Europe Recommendation No. R. (99) 19 Concerning Mediation in Penal Matters.

[3] [日]棚濑孝雄. 纠纷的解决与审判制度[M]. 王亚新, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2004: 13.

[4] Theo Gavrielides. Restorative justice: Are We There yet[M]. Criminal Law Forum. 14: 387, 2003, Netherlands.

[5] Georgios A. Antonopoulos and John A. Winterdyk. The British 1998 Crime and Disorder Act[M]. European Journal of Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 11/4: 391, 2003, Netherlands.

[6] Mark S. Umbreit. Mediation of criminal conflict in England, An Assessment of Services in Conventry and Leeds[M]. 1996, 29-31, England.

[7] 关于法国和德国的刑事调解的发展概况主要参见David Miers. An International Review of Restorative Justice[M]. Crime Reduction Research Series Paper 10, Home Office, 2001: 28-39.

[8] Dieter Rossner, Buffalo Criminal Law Review, Vol. 3: 211, 1999, Netherlands.

[9] 关于挪威的刑事调解的概况, 主要参见David Miers. An International Review of Restorative Justice[M]. Crime Reduction Research Series Paper 10, Home Office, 2001: 49-5

[10] 梁根林. 刑事法网[M]. 北京: 法律出版社, 2005: 218.

[11] Tom Daems. Is It All Right for You to Talk? Restorative Justice and Social Analysis of Penal Development[M]. European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 12/2: 139, 2004, Netherlands

[12] Dieter Rossner. Mediation as a Basic Element of Crime Control [M]. Buffalo Criminal Law Review, Vol. 3: 213, 1999, Netherlands.

[13] Dirk Van Zyl Smit. The Place of Criminal Law in Contemporary Crime Control Strategies[M]. European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 8/4: 3362, 2000, Netherlands

[14] John Braithwaite. Crime, Shame, and Reintegration[M]. Cambridge University Press, 1989: 69.

来源: 中国民商法律网(原载于《中国人民公安大学学报》2006年第5期)

[返回](#)

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720

[RSS](#)