

# 和解·恢复·和谐

## ——刑事和解制度的理论价值分析及本土化探索

毛兴平, 杨丙宏

(安徽大学法学院, 安徽合肥 230039)

**摘要:** 刑事和解制度通过和解-恢复-和谐的模式来寻求多元价值的平衡, 在德、英、法等国渐渐形成了较为完整的理论体系, 对我国司法领域也产生了一定影响, 特别是在提倡“以人为本”、构建和谐社会的今天, 探讨刑事和解制度本土化问题有着极其重要的意义。

**关键词:** 刑事和解; 恢复; 和谐; 本土化

**中图分类号:** D925.1   **文献标识码:** A   **文章编号:** 1008-309X(2007)01-0034-06

随着全球恢复性司法运动的发展和被害人犯罪学研究的深入, 上个世纪 70 年代以来, 刑事和解制度逐渐引起了人们的关注, 并被提上了立法议程且付诸司法实践。在德、英、法等国刑事和解逐步形成了较为完整的理论体系。至今, 人们对刑事和解制度的探讨、研究仍方兴未艾。近几年来, 我国学者也开始研究它的理论价值, 并试图探索在我国本土化的可行性及运行模式, 这些努力必将对我国的刑事立法和司法实践产生积极的深远影响, 特别是在提倡“以人为本”、构建和谐社会的今天其意义更为重大。

### 一、刑事和解制度的理论基础及价值分析

刑事和解是指在犯罪发生以后, 经由调停人的帮助, 使被害人与加害人直接商谈、解决刑事纠纷。刑事和解的目的是为了恢复被加害人所破坏的社会关系、弥补被害人所受到的伤害、以及恢复加害人与被害人之间的和睦关系, 并使加害人改过自新、复归社会<sup>[1]</sup>。它发端于 20 世纪 70 年代加拿大安大略省某县的一次“被害人-加害人”和解尝试方案。它的诞生是西方刑事法制发展史上的一个伟大创举, 刑事和解制度与恢复性司法制度的兴起和被害人犯罪学产生、发展是密不可分、一脉相承的。随即这一刑罚之外的纠纷解决机制得以广泛传播, 并在欧、美等国得以迅猛发展。

支撑起刑事和解制度的理论基础有三: 平衡理论、叙说理论、恢复正义理论。所谓平衡理论, 就是以被害人在任何情形之下对何为公平、何为正义的合理期待这一相对朴素的理念为前提的, 当先天的平等和公正的游戏规则被破坏时, 被害人倾向于选择成本最为简单但能帮助他们恢复所期待的那种平衡的策略和司法技术。这种理论实际上是被害人对和解成本问题的考量, 特别是对心理成本及和解方案收益的预期考量, 刑事和解能否进行在很大程度上取决于被害人的利益平衡

和价值选择<sup>[2]</sup>，因此平衡理论又称为“成本理论”。

叙说理论将刑事和解当作被害人叙说伤害的过程，并将被害叙说视为一种有效的心理治疗方式，它借用了心理的方法来解读刑事和解的理论蕴涵。叙说过程的重要意义不在于故事内容本身，而在于叙说的过程和叙说者与叙说对象之间的共鸣<sup>[3]</sup>。由于刑事和解过程所特有的心理治疗效果，作为刑事和解最重要的价值目标之一的被害人恢复也就具有了现实的可能性。

恢复正义理论构成了当今西方刑事和解制度最重要的理论基础。恢复正义理论具备三个基本特征：首先，它强调犯罪不仅是对法律的违反、对政府权威的侵犯，更是对被害人、社会甚至犯罪人自己的伤害；其次，它还强调刑事司法程序应有助于对这些伤害的弥补；第三，它反对政府对犯罪行为的社会回应方面的权力独占，提倡被害人和社会对司法权的参与。该理论认为，犯罪破坏了加害人、被害人和社会之间的正常利益关系，恢复正义的任务就是要在三者之间重构这种利益平衡，而且是一种质的平衡，有别于以报应正义为基础的、传统司法的量的平衡。这样，正义的实现途径就不再是刑罚与服从，而是社会关系的良性互动；正义的评价标准不再是有罪必罚，而是被加害人所破坏的社会关系是否得到全面的恢复：物质利益和精神利益的恢复；个人利益的和社会利益的恢复，它不仅包含了加害人和被害人的期待，还包含了社会的期待等<sup>[4]</sup>，它旨在重塑一个和谐的社会。它充分体现了“由个人解决冲突”的现代价值理念，也因此成为抑制国家强权蚕食民意的需要。

综上所述，刑事和解理论以一个崭新的视角来解读刑事犯罪现象及其刑事法律关系中的主体地位关系，其价值取向是典型的个人本位与社会本位而非国家本位，将传统的“国家-个人”的线形犯罪分析视角调整为以国家为顶点，犯罪行为和被害人分别为两底边角的三角分析图式。刑事和解理论在坚持犯罪是对社会秩序侵害的同时，也强调犯罪是对被害人合法权益的侵害，进一步要求在刑事司法程序中提升被害人在司法程序中的主体地位，给予被害人以及及时的赔偿或补偿。在这种理念分析范式中，各个角色从矛盾的冲突者演化为矛盾的协调者，刑事司法的使命从国家刑罚权的实现、法制权威的维护让位于社会冲突的调停和纠纷的平抑<sup>[5]</sup>，这些充分体现了对被害人和加害人尤其是从更深层次上对被害人实行司法保护的思想，确保了被害人的实质利益；它兼容了被害人和加害人利益的全面恢复：它强调对被害人的物质恢复、心理恢复的同时并没有忽略加害人的社会回归问题，反之它通过对加害人合理利益的保护及再社会化，消除加害人标签效应的负面影响，增强其社会责任感，促使其早日回归社会；它通过修复已经破损的社会关系来厘清社会冲突，回复法秩序之和平，达到正义恢复、社会和谐和终极目的；同时，它还通过采用一种非常规的、在刑罚制度之外解决纠纷的方式，起到了诉讼程序的繁简分流的效果，大大节约了司法成本和社会资源，提高了司法效率。总之，刑事和解制度具有加害人——被害人的契合、司法成本的收益以及社会和谐达成等多元的现实利益基础<sup>[6]</sup>，最终实现司法公正与效率价值的和谐统一。

当然，刑事和解制度并非完美无缺的，也具有一些价值瑕疵。德国学者伯恩特·许乃曼认为，刑事和解的消极作用主要表现在两个方面：首先是它可能会削弱刑罚的一般预防功能。根据罪刑法定原则，行为人事前即可知悉犯罪后果，如果行为人预计到可以通过赔偿来逃避刑罚，则有可能更积极主动地实施犯罪。其次是刑事和解在一定程度上违反了平等原则。刑事和解为白领犯罪人提供了逃避刑事审判法网的可能性<sup>[7]</sup>，极易产生“以钱买刑”的看法，从而使法律的公正性和正义性受到质疑。因此，我们在评价刑事和解制度时要用辩证的思维方法来分析，尤其是在司法

的实践中要扬长避短,谨慎实践,要在充分发挥刑事和解制度应有的价值功能,同时避免其消极作用。

总之,刑事和解制度蕴涵着全新的价值理念,它通过和解-回归、恢复-和谐的模式来寻求多元价值的平衡,体现了刑罚的谦抑性、刑法的宽容性、刑事诉讼的经济性等新的刑事理念;体现了现代社会刑法应具有的、丰富的人性底蕴;体现了以人为本、和谐社会的内在要求。

## 二、国外刑事和解制度的立法现状

刑事和解制度以其蕴涵的独特价值而备受欧美等国青睐,一经产生,便得以广泛传播、发展,迄今为止,大致形成了四种模式:社会调停模式、转处模式、替代模式、司法模式<sup>[1]</sup>。其中,在英、美等国多适用社会调停模式和转处模式,欧洲大陆(德国等国)多适用替代模式,但法国更倾向于转处模式。具体而言:

法国在1999年的法律中正式建立起刑事和解制度,其适用范围相当广泛,涉及《法国刑事诉讼法典》列举的一系列轻罪。这些轻罪的共同特点是法定刑在三年有期徒刑以内,并且没有给公共秩序带来严重的危害,也可适用于暴力性质和故意破坏性质的违警罪。刑事和解可以采取多种措施,最主要的是支付一定数额的罚款。和解程序是通过检察官给犯罪人的书面建议启动,由司法警察或检察人员实施。如果建议被接受,仍然需要由法官使其生效。如犯罪人不履行和解时,大审法院的检察长仍可以启动追诉程序<sup>[8]</sup>。

英国的刑事和解制度则运用于对少年犯罪案件的处理。《1994年皇家检控官守则》中就明文规定了被告人已经弥补了由其所造成的损害和伤害等起诉必要性较小的若干情形。此后,英国执法机关开始将刑事和解引入执法过程。其具体做法为:由执法官员召集少年犯罪嫌疑人和被害人进行会商,在犯罪嫌疑人认罪、被害人谅解的基础上对双方的主张进行调和、折衷,从而形成一个双方均可接受的赔偿方案。一旦达成协议,执法官员将不再将少年犯罪人送交法庭审判。

德国是迄今为止规定刑事和解制度最为全面的国家,在少年法院法、刑法典、刑事诉讼法典从不同角度明确规定了刑事和解的具体内容。少年法院法中明确规定了刑事和解是一种刑事转处措施,少年犯与被害人的和解是法官可以科处的教育处分措施;如果已执行教育处分,检察官认为无科处少年刑罚之必要的可免于追诉,法官则可终止诉讼程序。而自1994年以来,如果被告人已赔偿了被害人损失或者在审判之前至少真诚地努力这样做,法庭就有权据此减轻刑罚、判处缓刑或对一年以下的自由刑及罚金免除刑罚。随后的刑法典又将刑事和解的对象扩展到成年犯罪人。根据德国刑法典的规定:如果犯罪人努力与被害人达成和解,其行为全部或大部分得到补偿,或努力致力于对其行为进行补偿,或被害人的补偿要求全面或大部得到实现的,可依法减轻刑罚或免除刑罚<sup>[9]</sup>。

上述西方各国中刑事和解的运行模式各有特色,其程序的适用阶段、范围、调停人的身份、和解协议的效力及后果等方面也都有所差异,但我们仍然可以从中抽象出不少共性来,有以下几方面:和解程序的启动是基于行为人自愿且以加害人的有罪答辩作为适用前提;适用对象:主要是少年犯罪人,并有逐步扩展到成年人的趋势;案件的适用范围:主要适用于少年犯罪及一些有关个人权益的轻微成年人犯罪,且是过失犯、初犯、偶犯等;调停人的身份:一般是处于中立地位的中介机构,往往由专业调解员或执法官员主持;和解协议的效力:国家专门机关对合法的和解协议予以确认,作为对加害人不追究刑事责任、免除处罚或从轻处罚的依据;和解的结果:通

过达成赔偿协议，使被害人获得赔偿、加害人获得宽恕、社会秩序得到恢复，促进社会和谐，增进社会福祉。总之，作为一项刑事替代性司法模式，刑事和解制度正日臻完善，其影响也越来越深远。

### 三、我国刑事和解制度的现状及本土化探索

近几年来，随着西方国家新的刑事思潮的兴起以及学术界对刑事和解制度研究的不断深入，特别是国际间交流的迅猛发展，刑事和解制度渐渐进入国人视野，并引起了学者们的高度关注，这其中有两个问题正日益成为人们争议的焦点和探讨的热门话题：一是在我国现行的刑事司法领域是否能存在真正意义上的刑事和解制度，另一个是刑事司法中如何具体构建中国模式的刑事和解制度。

目前国内学者大多认为：在我国现行司法体制下，刑事和解在公诉案件范围内没有任何法律依据，其存在的可能性被封锁在公诉之外。而在自诉案件中，虽然有关规定与西方国家最初的刑事和解模式极为相似，但也只具有刑事和解的雏形<sup>[10]</sup>。尽管 1996 年的《刑事诉讼法》中赋予了刑事被害人的赔偿权以及其独立的诉讼当事人地位，提升了被害人的主体地位，添增了被害人许多诉讼权利，加强了被害人在刑事司法中的权利保障，同时又明确规定了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等。但由于受传统的国家本位刑事价值观和线型犯罪分析理念的束缚，决定了这一切改革、努力都旨在增强刑事诉讼中的控诉效果，满足被害人的报应情感，而对被害恢复和加害者的回归鲜有涉及，致使被害人地位工具化，不仅不能有效地平息冲突，甚至会加剧当事人间的怨恨，影响社会的和谐与安定。因为我国现行司法体制过分关注诉讼的功利性而非被害人与加害人的恢复性，致使我国刑事诉讼法中的有关规定与国外刑事和解制度的价值取向有着本质区别。同时，国外(特别是采取起诉便宜主义的国家)司法机关对合法的和解协议认可后，会以此作为终止刑事追诉、刑事审判的依据和减刑、缓刑的选择要件。而在我国现行刑事司法中，因过分注重罪刑法定原则、起诉法定主义等原则，过分强调刑事诉讼与民事诉讼本质区别等原因，致使在刑事诉讼中即便加害人主动承担赔偿责任也并不必然导致对其刑事责任减轻或免除等后果，造成了对加害人“又打又罚”的双重负担，严重地挫败了加害人与被害人之间和解的积极性，难以真正发挥刑事和解制度应有的功效。此外，由于我国刑事诉讼法律规制相当粗糙，致使自诉案件中的和解在司法实践中举步维艰。上述几种因素的相互作用、影响，决定了在我国现行司法体制下不可能存在真正的刑事和解制度。

尽管我国缺乏刑事和解制度生存的现实土壤，但并不意味着它在未来的中国就没有存在的必要性，相反，刑事和解制度以其蕴涵的、特有的价值魅力吸引人们去接纳它、研究它、发展它、完善它。特别是在构建和谐社会的今天，构建刑事和解制度的中国模式的意义日显突出，那么，我们如何具体构建呢？如何去扫清现行司法体制中的障碍顺利实现本土化呢？概括地说，这需要我们立足本国国情，借鉴国外成功经验，完善相关刑事立法以及进行配套措施改革等。具体制度设计可从以下几个方面着手：

从适用对象看：刑事和解仅适用于未成年犯罪嫌疑人以及成年犯罪嫌疑人中的过失犯、初犯、偶犯。这主要是基于国际通例、行为人的主观恶性及社会危害程度来考虑的，这有利于矫正犯罪和促使犯罪人早日回归社会。

从适用范围看：可能被判处三年以下有期徒刑、管制、拘役或附加刑的且主要是侵犯公民个

人利益的刑事案件,如:轻伤害案件、交通肇事案件等。因为这类案件一般对公共利益侵害较小,容易修复被破坏的社会关系,这也是刑法的宽容度所允许的。当然,待条件成熟,可不断扩展其适用范围。

从适用阶段看:刑事和解制度适用侦查阶段、起诉阶段及审判阶段。在处理方式上:在侦查阶段,对于符合条件的案件,如当事人达成和解,检察机关可以不立案或撤销案件;在审查起诉阶段,如当事人达成和解的可以采取酌定不起诉的方式,或者引入德国等国的暂缓起诉制度;在审判阶段,当事人达成和解之后,审判机关可以对加害人作出不追究刑事责任、免除或从轻处罚的判决<sup>[11]</sup>。

刑事和解程序的具体设计:既然刑事和解本质上是刑事法领域中的契约关系,那么它就应该遵循合法、自愿原则,应该以犯罪嫌疑人的有罪答辩和双方自愿作为基本前提,特别是被害人的自愿,所以刑事和解程序的启动权应该被赋予被害人;刑事和解的调停人可由具有深厚群众基础的社区人民调解组织为基础,建立专业的调停机构;在诉讼的不同阶段,由侦查机关或法院对和解协议的真实性、合法性、可行性进行审查、监督;为防止出现“久和不决”,诉讼中的和解程序以一次为限;当事人对和解协议可以反悔,一旦当事人反悔,案件便可即时转入正常的司法程序,但加害人在协商过程中的言行不应在后来的刑事诉讼中作为认定其有罪或加重处罚的根据,等等。

为了适应刑事和解制度的本土化要求,我们还必须进行一些配套措施改革:首先要求我们转变传统刑事学中的价值观,坚持人本思想,以全新的契约视角审视我国司法体制。在具体制度设计上:在侦查阶段,应赋予侦查机关对少量刑事案件达成和解的审查处理权;在起诉阶段,应扩大酌定不起诉的范围,借鉴国外暂缓起诉制度;建立被害人保护制度,等等。笔者相信:中国模式的刑事和解制度的建立必将推进我国刑事诉讼民主化的进程,通过发挥其特有的平抑、恢复功能,不仅能顺利实现加害人早日回归、被害人得到及时补救、社会关系得以尽快恢复的多重目的,更重要的是,对当今和谐社会的构建会产生积极的深远影响,最终必将促成和睦、和谐、和美境界的早日实现。

#### 参考文献

- [1] 刘凌梅. 西方国家刑事和解理论与实践[J]. 现代法学, 2001, (1): 152-154.
- [2] 刘方权, 陈晓云. 西方国家刑事和解理论基础介评[J]. 云南大学学报, 2003, (1): 45-49.
- [3] 向朝阳, 马静华. 刑事和解的价值构造及中国模式的构建[J]. 中国法学, 2003, (6): 113-124.
- [4] 陈真, 邓剑光. 建构与价值: 刑事司法的若干制度研究[M]. 成都: 四川大学出版社, 2004: 250-252.
- [5] 蔡永彤, 石运光. 刑事和解的契约法视角解读[J]. 重庆工商大学学报, 2004, (6): 119-122.
- [6] 陈瑞华. 刑事诉讼的私离合作模式[J]. 中国法学, 2006, (5): 15-30.
- [7] [德]伯恩特·许乃曼. 刑事制度中之被害人角色研究[J]. 王秀梅, 杜澎, 译. 中国刑事法杂志, 2001, (2): 118-126.
- [8] 王以真. 外国刑事诉讼法学[M]. 北京: 北京大学出版社, 2004: 143-144.
- [9] 马静华, 罗宁. 西方刑事和解制度考略[J]. 福建公安高等专科学校学报, 2006, (1): 66-75.
- [10] 李茂春, 李志强. 构建我国刑事和解制度之探讨[J]. 学习论坛, 2005, (12): 75-77.
- [11] 陈光中, 葛琳. 刑事和解初探[J]. 中国法学, 2006, (5): 3-14.

## Reconciliation, Restoration and Harmony

### —— The Theoretical Analysis of VOR and Localization

MAO Xingping, YANG Binghong

(Law School of Anhui University, Hefei, China 230039)

**Abstract:** Victim-offender Reconciliation (VOR) seeks the balance of multiple values by reconciliation-restoration-harmony. It gradually formed a comparatively complete theory system in Germany, Britain, France, and so on. And it has had an impact on the judicial field in our country. How to transplant VOR to our country has extremely vital significance, particularly in times of advocating “humanist” and constructing a harmonious society.

**Key words:** Victim-offender reconciliation; Restoration; Harmony; Localization

(编辑: 刘慧青)