

## 刑事和解的模式和程序

王敏远 (中国社会科学院法学研究所教授、博士生导师)

首先,我们是在什么样的范围内来讨论刑事和解这个问题?当前在刑事和解的试点中,各地检察院都是很谨慎的,一般仅对轻微犯罪、未成年人犯罪等适用刑事和解。我们可以把刑事案件分为两类:一类是自诉案件,一类是公诉案件,这个分类是比较周延的。如果刑事和解仅仅局限于自诉案件的话,那么探讨刑事和解没有太大的意义,因为自诉案件本来就是可以调解的,和解制度本身的内容可以在这个框架内来建设。而如果将案件的范围扩大到公诉案件的话,马上就会面临法律依据不足的困境。基于此,我们探讨这个问题的宗旨、出发点就要做相应的调整:我们今天的讨论是为今后的制度完善创造条件、打下基础的,我们很难说现在已经有了完善的法律基础。

其次,刑事和解的宗旨是什么?我们设计刑事和解制度时,刑事诉讼的宗旨或价值应该做怎么样的调整?刑事和解究竟是以往的刑事诉讼目的和价值的一种补充还是一种纠正?如果作为补充,就是在原有目的和价值之外增加了一个,就像陈瑞华教授所说的司法和谐。如果作为修正,是根本性的修正还是一个局部性的修正?我想根本性的修正大家都不会同意。局部的修正又是一种什么意义上的修正,这种修正对原来的目的、宗旨、原来的功能会有怎样的调整作用?我认为从补充的意义上考虑,可能更容易被接受。

再次,对于刑事和解的模式和程序的理解。任何模式肯定不是单一的,在多种模式存在的时候才有价值。刑事诉讼的模式,有的是因为不同国家、不同地区的历史不同而形成的,比如英美法系的模式、大陆法系的模式;还有的是由于目标或者价值判断的要求存在差别,比如犯罪控制模式和正当程序模式。我认为应当从另一个层面上讨论刑事和解的模式,而不应该从历史方面考虑,因为探讨的目的是要为以后的制度建构做准备。总的来讲,这个模式应当与通过刑事和解所要实现的基本目的联系在一起,对此可以做一些更多的共性思考,以设计在全国都能适应的普遍模式。

最后,构建刑事和解模式应当注意的问题。一是主导者是谁。刑事和解可以考虑法院主导模式、公安主导模式、检察机关主导模式。二是轻罪的和解模式和重罪的和解模式是否要有区别。轻罪的和解模式,是指对轻罪通过和解可以免于追究,或者减轻责任,但重罪的和解应该与此有所不同。三是我们在进行刑事和解的时候应当避免的问题:要避免不公正的和解,无论是目标的追求还是程序的设计;要避免追求效率的和解,效率只能是在追求公正的过程中的一种附带价值;要避免失控的和解,和解应当是可控的,即规范意义上的和解。

李爱君 (江苏省南京市人民检察院公诉处处长)

在对刑事和解的探索过程中,不同检察机关形成了不同的模式和程序。但在这个过程中,需要遵循一些基本的原则:

第一,公平自愿原则。在和解的过程中尤其是公诉阶段检察机关倡导下的和解,检察人员主观上要保持中立,客观上也有这样的需求。我们劝导某一方时,也许是善意的,但是民事赔偿当中有可能出现一方漫天要价一方坐地还钱的局面,不管我们做哪一方的工作都会给另一方当事人造成有失公正的印象。因此要遵循自愿原则和检察人员自身保持中立原则。

第二,遵循程序规范的原则。无论是区县院还是市级院、省级院,在刑事和解运作过程中都涉及到一个地区执法的规范化问题。尽管一项改革仍处于摸索阶段,但同一地区应当适用同一标准,这一标准可能不尽成熟,却可以在实践中不断完善。同时也要有内部的监督制约规范,这既是保护检察干警的需

求,另一方面也是防止司法不公的需要。

第三,各司其职原则。在和解的过程中,如果检察机关一家来唱独角戏的话,司法资源是不够的。为此,南京市检察机关联合司法行政等单位对刑事和解案件向前延伸和向后拓展。第一是通过向前延伸,将民事调解交由专门的人民调解委员会负责。2007年3月,南京市检察院和南京市司法局、南京市“大调解中心”会签了《南京市轻罪案件委托人民调解的实施意见》。按照该《实施意见》,检察人员将符合条件的案件,交给基层的人民调解委员会进行民事部分的协商调解。这一方面是基于效率的考虑,另一方面是基于效力的考虑。人民调解委员会形成的调解书是具有法律效力的,而我们检察机关主导下的和解形成的和解协议在目前的司法环境下是没有法律效力的。到目前为止,我们绝大部分案件都是按照这个程序来操作的。第二是向后拓展,和解后犯罪嫌疑人的矫治由社区负责。在达成和解协议、案件处理完毕后,我们并没有使其游离于社会监控之外,而是将其融入社会矫治中,借助社会力量,使其尽快回归。如南京市雨花台区人民检察院与区司法局签定了《联合帮教纪要》,规定案件处理完毕后,检察院承办人必须将被害人资料转入到其居住地的司法所,由司法所对其进行跟踪监督,关注其思想的变化,鼓励其友善与人相处。

第四,注重效果的原则。如果在和解中出现这种情况:双方都自愿和解,但是和解所造成的社会影响和危害远远大于他们和解之后两个人的受益程度,那么检察人员就要考虑到整个社会对它的接纳度、社会效果、对公序良俗的侵害程度、长远的社会和谐等。因此,在和解效果违背整个社会效果的情况下,当然要作否定的决定。

周伟(上海交通大学法学院教授、博士生导师)

第一,关于刑事和解与恢复性司法。将恢复性司法在英美法系的含义理解为恢复性正义更为准确一点。最初恢复性司法或者恢复性正义并不是司法机关的事情,而是起源于社区的纠纷解决方式,是一种民间的东西。我们现在讲的刑事和解,基本上是检察机关主导的。如果最初的这种恢复性正义是一种非官方行为的话(当然有官方的意思在里面),那么我们现在的刑事和解就具有中国特色,就不能照搬国外的恢复性司法,而应该逐步地形成比较统一的理论支持,形成比较统一的模式和程序。

第二,关于刑事和解与辩诉交易。过去在辩诉交易中被害人是不参与的,而刑事和解中被害人是参与的。强调保护被害人的权利也是这几年国外刑事诉讼发展的一个趋势,那么在这个过程中被害人参与到底是刑事和解还是对辩诉交易的改革,需要好好研究。目的并不是说我们要照抄什么,而是弄清楚它的本质,给我们带来一种比较清晰的思维。

李哲(最高人民检察院检察理论研究所研究人员、法学博士)

恢复性司法在英文中是 Restorative Justice,和它相对应的是 Retributive Justice。Restorative Justice更准确的应该翻译为恢复性正义,Retributive Justice是报复性正义或者叫分配性正义。两者在西方的司法体系中是并存的。虽然从上世纪六七十年代开始,恢复性司法在西方作为一种思潮出现,在实践中也以各种各样的方式表现出来,但占主流的仍然是报复性正义或分配性正义,也就是罚当其罪。

恢复性正义在实践中的表现形式有所不同。最初起源于加拿大土著居民的纠纷解决方式,现在在加拿大的法院中仍有 Aboriginal Court,即土著居民的法院。这种法院的法官不穿法袍,以很随意的方式解决纠纷。对绝大多数加拿大人来说,在强态的刑事诉讼体制下,恢复性司法表现为检察官将认为合适的案件分流给社会工作者,社会工作者对纠纷进行调处,对被告人表达了足够的悔改意愿,并按照社会工作者的指示完成一系列悔改行为的,社会工作者带着被害人、被告人、检察官一起到法官面前将这个案件撤销。所以说它是分流案件、解决矛盾、最终导致刑事案件彻底解决的一种方式。

在美国,有一种民间调解,志愿者调解完民事纠纷导致刑事案件的解决。还有一种叫社区法院,法官和当事人以很随便的方式坐在一起,聊天一样地就把问题解决了。基于此,我认为,恢复性正义与其

说是一种司法程序,还不如说是一种正义的实现方式,是我们社会在对纠纷解决进行思考的另一种更人性化的、更和谐的解决方法。

将恢复性司法引到中国更多的是吸收其中的和谐因素。我们所关注的是,在审查起诉阶段,充分发挥检察官的作用,实现修复被破坏的社会关系。在这个过程中,检察官有三个作用:第一,分流案件。检察官有自由裁量权,对于轻微的案件可以在和解之后做出不起诉决定。第二,监督、把关的作用。目前刑事和解有两种模式,一种是检察官进行的调解,另一种是人民调解员进行的调解。无论哪种调解,检察机关都要发挥监督、把关的作用。这是因为我国检察机关是法律监督机关,不只是单纯的追诉方,还承担着维护社会公序良俗、维护公平正义的职能,在这种职能下,检察机关可以认为是民意的代表。哈佛大学的一位教授曾经强调过:恢复性司法不仅是被告人和被害人两个人的事情,我们更要强调在这个过程中社区对这个问题的接受。社区这个概念在翻译中可能也存在一定误解。我们现在将 Community 理解为居民委员会、村庄。在西方社区的概念很大,在一些大城市中人们也是老死不相往来。社区概念在中国更多地反映为一种民意的代表、社会公序良俗的体现。那么谁是公序良俗的把关者呢?我认为检察院。检察院应当对和解的过程、和解的结果有一个把关的作用。第三,可以通过程序上的约束力,监督、敦促和解协议的履行。可以告知当事人,如果和解协议能够履行,就表明有悔改的意思,检察机关可以不起诉或提出较轻的量刑建议。如果不能很好地履行和解协议,案件将转入正常的刑事诉讼程序。

#### 李贵方(中华全国律师协会刑事业务委员会副主任)

第一,刑事和解的模式。刑事和解的模式大概可以分为三类:第一类是自诉案件的和解,自诉案件的刑事部分和民事部分都可以和解,这个法律是有规定的。第二类是检察机关、公安机关参与的和解。按照现行的刑事诉讼法,公安机关进行和解的空间是比较小的,主要是检察机关的和解。第三类是公安机关、检察机关和法院都参与的和解。今天我们谈得比较多的是检察机关引导的和解,而我个人认为刑事和解必须扩大到法院,如果法院不参与,刑事和解制度就缺乏足够的生命力和足够的作用。原因在于法院参与之后刑事和解的范围就可以扩大,比如说某些重罪也可以适用和解,死刑案件如果赔偿得好也可以考虑判死缓,这些如果没有法院的参与是做不到的。另外,法院参与可以解决执行的问题,比如刑事附带民事诉讼可以先就民事部分作出判决,然后再进行刑事判决。

第二,刑事和解是被告人和被害人的和解,但必须是在司法机关的组织下,需要司法机关进行确认,最重要的是要由司法机关负责执行。

第三,刑事和解需要律师的参与。律师的参与便于与被害人、被告人的沟通,减少反悔。

第四,关于“以钱买刑”问题。现在普遍的观点是在刑事和解中要避免“以钱买刑”,我认为这种观念存在问题。钱也是刑,在一定程度上以钱替换其他刑也未尝不可。一个犯罪行为人有上亿的资产,拿出一部分给社会,以减轻对自己的刑罚,这并非就是不公正、不道德的,拿钱出来对于社会也是一种补偿。如果想推进刑事和解制度,必须在观念上解决这样的问题。

#### 杨宇冠(中国政法大学诉讼法学研究院教授、博士生导师)

在中国古代就有以钱赎刑的做法。人们对这个问题之所以不理解,主要是因为担心会造成富人和穷人之间在适用刑罚上的不平等。我认为不平等本来是存在的,贫富差距也会长期存在,不会因为刑事和解而产生更大的不平等。

刑事和解有助于减少审前羁押。在1990年,联合国通过了非监禁措施的最低标准,提倡在刑事诉讼中减少监禁,包括减少实体刑的监禁,也包括减少审前羁押。联合国《公民权利和政治权利国际公约》第9条也规定,审前羁押不应当是一个常规的状态,而应当是一种例外。在我国,审前羁押是一个常规的状态,而刑事和解恰恰有助于减少审前羁押。