

刑事和解实证研究观点摘录

一、刑事和解制度的基本构想

陈光中 (中国政法大学终身教授、博士生导师)

近年来,响应中央构建和谐社会的号召,法学界对刑事和解的研究兴起了一股热潮。最近,中央有关司法体制改革、机制改革的文件,对刑事和解和附条件不起诉予以肯定。这为我们从理论和实践上对刑事和解进一步进行探讨提供了契机。应当通过修改刑事诉讼法,使刑事和解制度在刑事诉讼法中有所体现,进而在实践中能够落实。由此,应当为刑事和解的研究摸索一条有中国特色的路子,一条中国经验与外国经验相结合的路子,而不是简单照搬美国的辩诉交易或西方国家的恢复性司法。

第一,需注意刑事和解同民间调解的关系。二者有关联,但明显是不同的范畴。后者处理的刑事案件只能限于轻微刑事案件、自诉案件,民间调解不是刑事性的。民间调解与刑事和解有衔接,但不能与进入诉讼程序的刑事和解混为一谈。

第二,刑事和解贯穿于刑事诉讼始终。刑事和解从侦查阶段开始,进入审判,甚至贯穿到执行。所以刑事和解应在刑事诉讼法修改时作为原则予以明确规定。

第三,侦查阶段适用刑事和解,应限于有被害人的自诉案件。首先,公安机关欢迎。其次,自诉案件大多数由法院调解,但伤害(轻伤)案件往往进入侦查阶段;自诉案件处分权、起诉权在被害人,而不能由检察机关撤诉,这就为侦查阶段达成和解提供了可能。最后,从追求矛盾化解、追求社会和谐和效益的角度看,进入侦查程序的自诉案件,只要当事人之间在侦查人员组织下、人民调解员协助下,达成协议,就没必要移送到检察机关、再由检察机关做出相对不起诉的决定。

第四,在起诉阶段,已经达成共识的是,轻微刑事案件应通过相对不起诉适用刑事和解,这也符合现有的法律规定。最近的中央文件也肯定了附条件不起诉。当然也存在分歧。附条件不起诉,本身意味着通过双方和解扩大检察机关的自由裁量权。目前的问题在于这一范围究竟要多大?我主张,可能判处三年以下有期徒刑的案件,都可以适用酌定不起诉。这一主张,法院系统不太能接受。他们认为这样可能会分割审判权,应该降低到可能判处一年以下的刑事案件。但从世界范围讲,对可能判处三年以下有期徒刑的案件不起诉,三年并不算多。此外,要加强监督和规范扩大后的检察机关的权力,包括外部、内部监督。通过监督规范,避免刑事和解制度、附条件不起诉制度走到免于起诉的老路上去,做到最大程度地利用新制度的优势,减少其弊端,防止权力的滥用。

第五,审判阶段,争论的焦点较多。除了轻罪案件,其他案件是否都可以和解?和解仅适用于基层法院,还是也可以在中级法院适用?我们知道,根据法律规定,在认罪和赔礼道歉的前提下,附带民事诉讼的赔偿可以作为从宽处理的一个因素。这种作法就存在刑事和解的性质。附带民事诉讼的赔偿,既存在于轻罪案件,也存在于重罪案件中。所以,刑事和解不应当仅限于轻罪案件,重罪也可能适用刑事和解。对重罪案件的刑事和解只是从宽处理,和解只是从宽处理的多种因素之一。从宽处理不是因为和解就不判刑或大幅度减刑,而是基于和解适当的从宽处理。基于刑事和解的从宽处理,也是“宽严相

* 2008年1月10日至11日,“刑事和解与刑事诉讼法完善研讨会”在北京隆重召开。会议以“刑事和解制度研究”课题组提供的实证材料为基础,深入探讨了刑事和解在我国的实证研究方法及研究成果,进一步探索了法律实证研究方法在中国的本土化问题。在这次会议上,法学名家与法律界精英不时碰撞出思想的火花,称得上是一次真正的思想盛宴。特刊发部分发言要点,以飨读者。

济 刑事政策一个方面的体现。我认为,将“宽严相济”理解为“重罪重判,轻罪轻判”,是不符合实际和辩证法的。重罪也有从宽,轻罪如表现不好,也有从重。在法定范围内,“重中有轻,轻中有重”,因此,和解的因素是难以避免的。此外,是否也可以尝试由基层法院适用和解,检察机关提出从宽处理的意见或量刑建议等做法。

第六,执行阶段,如果双方有和解、赔偿、有表现好的情形,就可能涉及到减刑、假释等问题。西方在恢复性司法、社区执行方面的经验值得借鉴。

总之,我认为,和解问题贯穿于刑事诉讼始终,但在各阶段表现不同。

彭 东 (最高人民检察院公诉厅副厅长)

刑事和解在刑事诉讼中有积极意义。从公诉工作的角度看,它可以提高办案效率,保证办案质量,便于抚慰被害人,促使加害人回归社会。可以说,刑事和解完全符合科学发展观的要求,对促进社会和谐和稳定有很好的作用。我国公诉案件每年都以 7% 的速度增长,每年如此,2008 年受理公诉案件 110 多万件,但办案人员从 2000 年到 2008 仅增加 900 多人。而且增加的人员仅针对省一级检察院的死刑二审开庭案件,与每年增加的案件和人数无关。提高办案效率显然是必要的。

近年来,公诉机关一直在积极探索和试验刑事和解制度。在对刑事和解探索过程中要解决的问题,至少包括案件范围、内容、主持人、处理结果。

一是案件范围。目前刑事和解仅限于轻微刑事案件,以后会稳步扩大。我认为,应明确不适用刑事和解的案件,至少包括侵害国家、公众利益的案件、不特定的大多数人利益的案件,国家工作人员渎职、侵权、贪污贿赂案件。

二是内容。我同意宋英辉教授的意见。即仅对案件中涉及的民事部分进行和解,在和解后被害人可对案件的刑事部分表达自己的意见。

三是主持人。与很多人的意见不同,我不赞成刑事和解由办案的检察官主持。首先,没有法律依据。其次,达成和解后检察官无权力约束和解内容的履行。最后,当前实际工作中,检察机关公诉部门工作量非常大,人员与任务的矛盾突出,如果赋予检察机关刑事和解的权力,检察机关实际上承担不了这项工作,反而影响办案的质量、效率。因此,我主张,刑事和解的主持工作应当赋予公安机关、司法行政机关或者调解组织、当事人的单位、亲属朋友等较为中立的单位、人员。

四是和解后的案件的处理结果。就检察机关而言,对达成和解的案件,有的案件无逮捕必要的可以变更强制措施;认为不需追究刑事责任的,可撤销案件、不起诉;对必须起诉的,可以建议法院从轻、减轻处罚。

王公义 (司法部研究室副主任)

我曾带团访问过加拿大、澳大利亚的恢复性司法交流项目,还参加过中美关于恢复性司法的研讨会。相比较而言,我认为中国刑事和解做得很好,但也有待从法律上进一步完善。

第一,犯罪导致的伤害包括身体伤害和精神伤害,也导致了相应的处理后果。目前的处理方式,包括羁押、经济赔偿(数额和及时性上存在问题)、精神补偿(法律规定上和标准上都有问题)都存在一些问题。

第二,刑事和解的优势。一是经济补偿数量大、及时,不会造成新的伤害,确实减少了经济损失。二是精神安慰方式上,加害人可以及时赔礼道歉,被害人获得当面的发泄和指责机会。三是减少刑罚适用。

第三,社会效果上,刑事和解后,加害人和被害人的满意程度较高。

第四,从社会管理学角度看,解决社会纠纷有三种方式:当事人自己处理、中间人调解和国家用强制力裁判。我认为,刑事和解综合了前两种方式的优势,虽然有国家工作人员介入,但国家权力并不正式介入。虽然警官、检察官介入案件,但国家权力并未以国家名义审理、裁决案件并执行其处理结果。刑

事案件所涉及的问题较为复杂,处理不当很容易带来公众的仇恨。要减少矛盾,就要减少解决问题的手段。刑事和解有个标准问题,包括当事人标准;习惯性标准,即当地的风俗、人们的习惯;社会标准,即一般标准、法律标准。我建议,最好由刑事和解解决民间矛盾,但不要太偏离社会标准,国家权力不要轻易到民间去。

第五,在公平和效率问题上,公检法机关主要通过运用国家权力达致公平,但是要慎用国家权力,运用不好则易滋生其他问题。

樊崇义(中国政法大学诉讼法学研究院教授、博士生导师)

刑事和解构建中有一个重要问题,就是刑事和解制度的定位。可以从两个方面思考。

第一,在指导思想,处理好司法现代化和后现代化之间的关系。一方面,我国要实现依法治国,走司法现代化、正当程序之路;另一方面,世界范围内简易程序、扩大不起诉的范围、辩诉交易、刑事和解等后现代的做法不断涌现。在这对矛盾中,我国构建刑事和解,步子该迈多大。

第二,我国的具体国情。现在,刑事和解的试点检察院和法院纷纷提出的问题有:刑事和解的范围不断扩大;被害人在不断要价;有钱的被告人不断加钱来逃避刑事责任;和解不成功,刑事案件变成行政案件,激化了社会矛盾等等。这些都提示我们要考虑刑事和解和社会治安的关系问题,群众的承受能力问题,加害人和被害人的素质问题等。应慎重考虑构建刑事和解要迈多大步子。我认为,将刑事和解的案件范围划定为刑事自诉案件和其他轻微刑事案件,是比较适合中国国情的。

左卫民(四川大学法学院教授、博士生导师)

宋英辉教授的报告基本上是实证性质的报告,实证方法贯彻得充分、鲜明,目前不多见,值得今后大力提倡。与纯粹从理论出发、从法条出发的研究方法相比,实证方法或许更有说服力。我个人很欣赏宋教授所用实证方法的如下特点:一是在大规模地区的调研。由于选取了东部、中部、南部和北部多个地区,报告对实际情况的反映就更有典型性、代表性。二是对比组的规模较大,数量和实验组数量相当。这样在评价时,就有了参照系,就易于知道真正的变量是什么,易于看出改革后引起变化的关键因素是什么。三是事后的评估和回访,深入全面。这样的实证方法当然就更有说服力。当然还有些问题需探讨。例如对比组应是不做实验的组别。但报告中对比组也含有适用了刑事和解的案件。

有关刑事和解本身,还有基础性理论问题有待研究。如刑事和解与附带民事诉讼的关系?附带民事诉讼是否会衰落?和解主持人是否包括办案人员之外的第三人,即民间机构?不解决这些理论问题,就无法解决实践中的问题。

与恢复性司法、辩诉交易的关系的理论探讨是必要的。但是我认为,理论性研究或许束缚了司法实务的开展。中国的司法改革更需要试点与实验,这种试点与实验不应拘于理论上的束缚和法律规定上的限制。先做试点、实验,再根据效果看立法,理论上是否需要调整和改革。应该摸着石头过河,在实验和试点的基础上改进理论、推进变革。

二、刑事和解的实践探索

李爱君(江苏省南京市人民检察院检委会专职委员、公诉一处处长)

南京市人民检察院的刑事和解主要适用于轻微案件。南京市人民检察院专门出台了《轻罪案件公诉政策运用指导意见》,并和南京市司法局、市“大调解中心”会签了《南京市关于轻罪案件委托人民调解的实施意见》。自2005年起,我市检察机关适用刑事和解机制解决案件1067件,涉及1258人。在这些案件中,我们切实保护了被告人合法权益,化解了社会矛盾,取得了良好的社会效果。

在适用范围上,我们严格限制在法定刑三年以下有期徒刑、拘役、管制或者附加刑的未成年人案件,在校学生犯罪案件,因故意伤害引发的民事纠纷案件,交通肇事案件,过失致人重伤案件等。主观上要

求嫌疑人作有罪答辩,双方当事人有和解的意愿。客观上要求事实清楚,证据确实充分。在处理方式方面,我们主要采用了三种方式:一是建议侦查机关撤销案件,二是对犯罪嫌疑人作相对不起诉,三是通过量刑建议权建议法院对嫌疑人处以轻缓的刑罚。

我们的刑事和解还注重向前向后的拓展:委托人民调解,即将符合和解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,以此作为“刑事和解”向前延伸的一部分;同时,南京还进行了“刑事和解”的向后拓展,即在达成和解协议后,让被告人融入社会矫治中,借助社会力量,使其尽快回归。我院还有一些创新的做法,例如将嫌疑人转交居住地司法所进行监管,以预防青少年犯罪。又如与当地机构签订“失足青少年矫正协议”,设置专门司法社工帮助受害人进行矫正工作,设立公益劳动服务令等一系列制度。我们还确立了多元化的赔偿方式,包括赔礼道歉、经济赔偿、墓前悔过、交通执勤、公益劳动等。

我们存在的问题包括:立法上的限制、有一定舆论压力、和解专业能力有所欠缺等。

皇甫觉新(江苏省苏州市平江区人民检察院检察长)

刑事和解的主力应该是在侦查环节,大量案件在公安机关终结,其中有相当一部分是通过刑事和解。很多案件是立案侦查后和解结案。刑事和解法律监督问题是难点,原来设想的是和解前监督,现在是和解后的报备,但不能只让一个机关决定终结。

法院的和解案件难在三年以下的案件检察院一般不出庭,但如适用和解,应该有检察机关的监督。如果一方想和解,另一方不想,特别是弱势方不想和解,若一味促成,反而形成旧恨新仇。

在和解的主持人问题上,老百姓对“清官”的期待很高,期望公检法帮助解决和解,而非街道,一旦刑事和解权力下放,可能导致民众的失望。

王丹(江苏省无锡市崇安区人民检察院公诉科科长)

崇安区人民检察院运用刑事和解处理案件共计 235 件,284 人,分别占轻微刑事案件 8.8% 和 8.3%。

第一,关于和解模式。我们运用了两种模式——人民调解员模式和检察官主导模式。7 起案件由人民调解员调解,主要适用于邻里、单位纠纷,由社区街道和单位领导主持。但是我们在实践中发现,基于群众对检察官的信任,和解应当有检察官的参与和监督。检察官具有更高的法律素质,更加熟悉案情,所以应充分重视检察官在刑事和解中的作用。

第二,我们强调审查逮捕环节的和解工作。因为这个阶段离案发时间较近,能有一段时间让双方当事人冷静下来,且嫌疑人多处在羁押阶段,这就为我们进行和解工作提供了有利条件。现在主要强调起诉环节,其实审查批捕阶段的和解也有自己的特色。

第三,赔偿数额的审查监督,防止漫天要价。这涉及刑事和解的导向性问题,不能出现新的不公平。建议在修改刑事诉讼法中,对赔偿数额、范围做出原则性规定,防止漫天要价和以罚代刑。对刑事和解的监督是检察机关的职责,不论是侦查阶段还是审判阶段,我们都应该享有这种监督权。刑事和解不是简单的赔偿,而是结合刑事诉讼目的,采取相应方式注重倾诉的过程。还要在某种程度上融入恢复性司法的理念,使当事人有宣泄的机会。检察官诉讼职能应与社会责任相结合,不能一味强调和解的效率。

第四,赔偿方式。我院采用的是一次性赔偿到位的方式,这增加了和解成功系数,但我们认为应该采用多种方式。在和解协议约束力的问题上也应引起重视。

我们遭遇的问题是,寻衅滋事、黑社会、聚众斗殴等案件大多不适用刑事和解,但鉴于具体案情,是否能适用刑事和解,也是值得研究的;上述案件如何贯彻宽严相济的问题。又例如,刑事和解后缺乏法律规范和依据(是否可撤案);赔偿方式;和解协议的约束力(一旦一方反悔,已经不起诉的,能否以及如何再进入程序,赔偿款的返还);如何完善配套措施(对不捕不诉对象的社区矫正,与司法机关的合作)等等。

傅文魁(河北省石家庄市裕华区人民检察院副检察长)

2000年我院建院之初,因遗留问题上访者多,执法不到位。2003年6月我们建立“百姓满意之家”,争取在最大程度上使群众满意。在刑事案件上,可捕可不捕的不捕,可诉可不诉的不诉,对未成年人尽量不羁押。

关于刑事和解的基本情况。我院共办理刑事和解案件131件(121件建议撤案,不起诉6件,量刑建议4件),249人,包括故意伤害、毁坏财物、盗窃、非法拘禁、诈骗、交通肇事案件。河北离北京很近,政治任务重,需保持和谐稳定,传统结案方式的问题在于一旦被告人被处实刑,受害人很难得到赔偿,经济赔偿的执行率还不到1%。所以我们对所有符合条件的轻微刑事案件适用了刑事和解措施,在实践中我们发现怎样对其实施监督是很重要的问题,包括实体上和程序上。

我们从以下方面跟进刑事和解的配套措施建设:办案过程中的监督;和解过程的同步录音录像;纪检部门的参与;建立刑事和解备案制度;建立联席会议制度;倡导多样化赔偿方式;提高司法人员素质;保障和解人权利。

王金凤(江苏省南京市雨花台区人民检察院副检察长)

2002年,我院鉴于案件具体情况有所差异,提出个性化办案。2004年,借鉴恢复性司法理念,联合公安、街道等有关部门出台了《轻微刑事案件适用刑事和解会议纪要》。2007年,为贯彻宽严相济刑事政策,由我院牵头,出台公检法司《关于轻微刑事案件和解工作意见》,四家形成合力。2008年,我们将注意力向公安侦查环节及法院审判环节延伸,建立三家协调机制。

我们也遇到一些问题:第一是责任承担方式比较单一,局限于经济赔偿。第二是适用时限,检察机关一个月的办案时限比较紧张。第三是公检法司协调不利,各家有各家的考核方法,这就导致在案件的处理上不易达成共识。第四是监督保障机制存在问题,缺乏矫正等后续措施。

我们建议,在制度层面上,刑事诉讼对和解程序、条件、主导者等应该有明确规定。重视人民调解员的作用,完善与司法机关在程序上和实体上的对接。

三、刑事和解的原则、案件范围与条件

卞建林(中国政法大学诉讼法学研究院教授、博士生导师)

对刑事和解概念的理解是关键,我将它定义为新型的解决刑事案件的方法,是一种平和的、协商的、合意的结案方式,是程序分流的重要途径,是解决刑事纠纷、确定被告人刑事责任的一种方式。而并非是对民事赔偿的协议,刑事和解解决的是刑事问题。对于附带民事诉讼的和解本身已经有法律规定,刑事和解主要围绕刑事责任问题,虽与民事赔偿相关联,但两者应有明晰区分。

刑事和解作为一种理念应从始至终贯彻在刑事诉讼中,没有案件范围的限制。但就作为一种解决案件、分流案件的方式而言,案件范围要有限制,目前司法改革阶段刑事和解不适用于死刑案件等严重案件。现阶段,刑事和解的主体是加害人与被害人,但这在理论上存在缺陷,公诉案件因为涉及国家社会利益,所以不是当事人自己就能解决掉的。此外,我认为,应以谅解为基础——把调解、和解、谅解、认罪协商,都纳入到和解的研究范围内,允许多种方式探讨,形成一个大和解的概念。最后,检察机关应是刑事和解的主导机关,但也可以允许其他机构的加入,多种形式并存。

李贵方(全国律协刑事业务委员会副主任)

刑事和解就是用非刑事的方式解决刑事问题。刑事和解的原则应该包括合法性原则,不能冲破现有法律框架,刑事和解的主力还是在法院。第二个原则是和解不成时,不能加重对被告人的处罚。

关于刑事和解适用范围的问题,我认为,只要有受害人的刑事案件均可以适用刑事和解,但在实施上有一个渐进的过程。目前只是轻微案件,但日后可以扩大到所有有自然人受害人的案件,甚至可以

包括黑社会案件等。黑社会案件也要区别对待,不能一概而论。

关于刑事和解的条件,包括案件事实清楚,被告人认罪,双方自愿,司法机关主导。但检察机关也要起到很重要的作用,这里检察机关的目标是促成和解,与其公诉人的角色冲突实际上是低的。还有,在刑事和解中应有律师参与,这更利于对被告人权益的保障。最后,和解内容的落实也是很重要的问题,和解内容的多元化能保证和解的最终落实。

闵 钊 (最高人民检察院司改办副处级干部)

第一,从西方法移植的角度,刑事和解体现了某种“回归”。百年中国法制史的主流是西方法的移植。在国家追诉主义(国家干涉主义)指导下,刑事和解在理论上被否定,立法中被取缔。而在“与国情相适应”的磨合振荡中,“和合”文化中调解的威力和效果得到“人民群众”认可,最终也获得统治阶级的部分认可。刑事和解在调解的巨大成功中,开始复苏其生命力。

第二,从刑民界分的角度,刑事和解体现了某种“回归”。刑事和解的兴起,在一定程度上模糊了国家追诉原则下清晰的刑民界分,从而导致了理论上的些许“混乱”。如果说对于“轻微刑事犯罪案件”的和解,等同于“法律学幼年时代”的侵权行为的和解,用民事调解即可的话,那何不直接在刑法中对“罪”做出新的调整,把某些行为出罪呢?可实际无法那样简单。无论实体法如何规定,在刑民界分的前提下,始终会有一些“坏行为”(无论是民事违法还是犯罪)处于刑民交叉之间。传统的国家利益代理人(检察官)垄断公诉,被害人利益不能受到充分的保护。刑事和解在兼跨刑民两端的实践中,体现了一种全新的刑事诉讼模式,即加害人—被害人—司法机关三方合作的诉讼模式。

第三,从革命法制的角度看,我倾向于刑事和解不是“舶来品”而是“土办法”。“恢复性司法”或许对实践中的刑事和解有影响,但刑事和解近些年的实践,直接的出发点未必是我们熟知的西方经验。

王敏远 (中国社会科学院法学研究所研究员、博士生导师)

第一,作为制度的和解和作为精神的和解是两个概念,作为精神的和解在刑事诉讼中是十分重要的,缓解了对犯罪镇压的强调。所有刑事案件不论类型、阶段都应将这种精神体现出来。

第二,在什么背景下谈和解?可能分歧源于不同语境,在同一语境下,比如和解不起诉,我们可能会找到更多的共同点。我们还需考虑社会因素,不能将社会隔离于加害人与被害人之外,加害人被害人的双赢不是全部,必须考虑社会对案件的看法。

第三,确定刑事和解的原则、条件。原则起码应有合法性原则,包括实体法与程序法上的,这意味一些基本原则,如无罪推定、罪刑法定和罪刑相适应原则等都应该涵盖其中。这些原则也有一些分类,适用于不同意义上的刑事和解,比如在和解结案当中,律师的参与就十分重要,还有司法控制原则,即使在侦查阶段也应有司法控制,以协调公检法三机关的关系。最后刑事和解要考虑的因素还没有被法律所明文规定,一些酌定因素应通过刑事诉讼法的修改转变为法定因素。

四、刑事和解的主持者、程序与处理方式

熊秋红 (中国社会科学院法学研究所研究员、博士生导师)

宋英辉教授的报告介绍了目前实践中刑事和解主要由办案人员和人民调解员主持,两种方式各有利弊。宋教授从主持者的权威性、对案情的熟悉程度、是否有足够的时间精力完成主持任务等方面分析,得出的结论是目前不宜对主持者作出统一规定、主持者应由当事人选择。我想对主持者问题的研究,可以从两个层面深入分析:一是需要我们在理论上进一步挖掘,主持者问题实际涉及刑事和解的本质、正当性依据何在等基础问题;二是解决在主持者问题上的分歧,需要我们在视野上有所拓宽。例如刑事实体法学对刑事和解的看法是什么,民事诉讼法学对刑事和解最新的研究成果是什么,国外恢复性司法与刑事和解究竟呈现什么面貌,都需要了解、观察。

从域外的经验来看,一般认为,刑事和解是恢复性司法的一种模式。刑事和解的主持者有两种模式:一是大陆法系的官方或准官方模式;二是由独立的非政府组织主持和解,以英美法系,如加拿大等国为代表。无论英美或大陆法系国家,主持者都是中立的第三方而不是办案人员,警察、检察官、法官等办案人员只是负责将适合刑事和解的案件移交给和解项目,是刑事和解的促成者、监视者、审核者。

从刑事实体法学者对刑事和解的最新研究看,刑事和解制度的引入,是对传统的刑事责任理论的挑战。传统理论认为,刑事责任由国家追究,而刑事和解则将社区和被害人纳入进来。承担刑事责任的方式,传统理论是刑罚和保安处分的两元制,而刑事和解增加了和解的新方式。传统理论的价值目标侧重处罚和预防,而刑事和解则注入新的因素——恢复。以刑罚和和解作为承担刑事责任的不同方式,所涉及的程序存在较大差异,尤其在主持者方面,前者由官方机构介入,强调权威性、公共性、规范性、统一性。而后者则由民间机构主持,强调灵活性、个别性、参与性。承担刑事责任的不同方式,导致了主持者和相应的程序设计上的重大区别。

民事诉讼法学者对民事司法调解和刑事和解怎么看?我读到一位留法学者的博士论文《司法调解:合同还是判决》,该文通过比较中法民事调解,发现在中国民事调解的主持者是法官,而在法国则是法官以外的第三人。中国认为民事调解趋同于一个判决,是处理案件的一种方式;而在法国则倾向认为这是一个合同。当前世界范围内,民事调解改革的方向是司法调解的契约化,是为司法调解注入合同因素、契约因素。

中外对刑事和解的认识存在差异。我国法律规定,自诉案件可以调解、和解。调解是人民法院主持。和解的适用,在侦查阶段由警察,审查起诉阶段则由检察官主持。我国更强调刑事和解的公力性。差异背后是中外对和解、调解本质认识的不同。我认为,和解和调解具有合同性和司法性的双重属性。世界范围内和解制度的改革有两大趋势,即诉讼的契约化、契约的诉讼化。中国调解和和解面临的问题是,如何在制度设计中实现司法性和合同性的融合。

张建伟(清华大学法学院教授)

刑事和解在刑事诉讼中已经存在,目前的问题是如何扩大适用到公诉案件。针对本单元的主题,我想表达以下看法。

第一,刑事和解究竟是和解,还是调解?和解、调解的界限是清晰的。调解是在司法机关、司法人员组织、斡旋下,双方达成协议。和解则是当事人意见私下达成协议,向司法机关提出并由其审查、确认。和解是在诉讼程序中,经过司法机关的确认。而“私了”是诉讼之外的活动,目的之一就是规避诉讼程序的启动。在民间层面,“私了”和和解是混淆的。这就是为什么现在民众误解检察机关刑事和解的做法,认为就是鼓励“私了”。在和解中没有主持者问题,不论是确认和解、促成和解。调解中有主持者,或由司法机关充当主持者,或由司法机关及其人员委托其他组织、人员主持,或由司法机关及其人员以外的第三人主持,司法机关事后的确认行为不是主持的问题。

第二,刑事和解的客体或内容。加害人赔钱,作出物质赔偿程序总是期待一个程序效果或实体效果,否则很难达成协议。对这个期待的满足,导致早在刑事和解研究之前已经存在一种隐形规则,即办案人员会对被追诉人做工作,告诉他赔了钱,会从宽处理。刑事和解制度的引入,实际上契合并使得这个隐形规则法定化。

第三,公诉案件实行国家干预主义,在国家干预的前提下,被害人是案件的当事人,但对自身的实体权利和诉讼权利却无处分权,这是一个尴尬。此外,加害人有和解意愿,并参与和解行为,这样的行为不能成为和解不成、定罪的证据,也不能作为附带民事诉讼赔偿中的自认:因为加害人的和解可能出于息事宁人的目的。

第四,在具体方式上,审查起诉阶段的和解可以被附条件不起诉和裁量不起诉吸收。那么证据不足不起诉是否也可以允许和解和附条件不起诉。审查批捕阶段,也会涉及刑事和解的程序效果问题。

对刑事和解我有三点评价:首先,征得被害人一方谅解是诉诸世俗情感而非司法理性。马克斯·韦伯认为中国社会缺乏形式理性、注重实质理性,我们探讨、构建的刑事和解可能为这一观点增添了一个现代注解。其次,刑事和解的法律效果和社会效果评价很难。最后,在刑事诉讼法修改中,刑事和解不是燃眉之急。遏制刑讯逼供则是更严峻的问题,是刑事诉讼法修改的首要问题。

邹开红(北京市人民检察院法律政策研究室副主任)

从理想角度看,刑事和解应由控辩双方之外的第三人主持。实践中,检察机关一般不愿介入当事人的和解。因为这引起了检察机关角色的冲突。检察机关主持刑事和解肯定会给社会留下质疑:检察官究竟维护谁的利益,加害人还是被害人?

刑事和解、恢复性司法到底对国家和社会恢复了什么?我认为,是恢复了公民对司法的信仰。调查表明公民愿意在检察官主持下和解,这实际是公民对司法权力的期待。但基层部门对效率低的改革向来不欢迎,所以由警官、检察官、法官花费时间、精力主持刑事和解,并不现实。实践中基本上检察官不参与和解的具体过程。当然在没有主持者的情况下,可能造成简单的以钱买刑,精神抚慰无法实现。这样,第三方民间机构主持就比较理想,但有现实困难。律师参与是很好的设想,但也有现实困难。此外,北京市朝阳区检察院成立专门的办公室办理刑事和解,我认为这不是理想模式,但是个可替代的现实选择。

关于刑事和解程序,其设计必须充分考虑被害人利益,避免第二次受害。刑事和解程序可从受理审查、启动程序、达成和解、司法审查四方面设计。此外,还应当考虑证据的证明标准、赔偿数额的标准、刑事和解的期限等问题。刑事和解案件本质还是公诉案件,应遵循事实清楚,证据确实充分的标准。

关于处理方式,我认为,侦查阶段中可以和解,但不适宜自行和解结案,而应移送检察机关审查。因为和解的前提,其证明标准如果是事实清楚、证据充分,那么侦查人员无法判断,而且公诉案件也不适宜由公安人员自行和解结案。此外,在服刑的阶段,是否也可以考虑适用刑事和解。

翁跃强(浙江省义乌市人民检察院检察长)

我在基层法院当法官时经历过一个案子:双方纠纷,一拳过去,被害人的头碰到台阶上,造成重伤。被告人家庭很贫困,但其家属提出以法院判决缓刑为条件,帮助被告人进行赔偿,否则不赔偿。审委员会认为被告人及其家属以判缓刑要挟,态度不端正。最终判决了实刑。但案件判决后,被害人一直要求执行,被告人家属始终没有执行。这个案子给我留下深刻印象。

刑事和解的主持者,一种是委托中介,一种是直接由检察机关主持和解。我认为,两种方式都可以适用。由检察机关主持和解,一是了解案情,效率很高,对于发达地区,提高办案率是现实的考虑。二是和解的前提,是司法机关做出承诺从轻处分,否则和解效率普遍低下。三是会防止可能的赔偿显失公平的情形。奥运前夕,我经历了一个轻伤案件,被害人上访要求羁押,后来又主动要求和解,结果是赔偿了四十万元。如果有相对公正的部门主持,或许不至于出现这种情况。在委托调解中,有一个问题,就是调解委员会在案件事实未查清时,对一些重刑案件、对应追究刑事责任的案件,也擅自扩张权力,进行刑事和解。

五、刑事和解的内容

李建明(南京师范大学法学院教授、博士生导师)

刑事和解的内容,是指可以和解些什么,涉及的是双方或者三方权利义务的内容,哪些权利义务可以通过双方沟通协商重新分配、调整。我认为,刑事和解的内容应该包括刑事、民事两个方面的权利,也包括实体和程序方面的权利;刑事和解涉及的不仅是民事上的赔偿,还包括刑事上的问题;不仅涉及起诉或者不起诉等这些程序方面的问题,还涉及诸如要不要处罚、如何处罚等实体上的问题。因此,我认

为在刑事司法过程中的和解必然涉及刑事方面的内容。

有以下的应然理由支持我的观点:第一,刑事犯罪和民事纠纷都是社会的冲突,只是人们根据社会需要进行的人为分解,如犯罪和违反治安管理的行为因具有共同本质均可以和解;第二,自诉案件和公诉案件作为刑事案件,差别只是在于涉及的公共利益与私人利益的成分多少不同;第三,受害人和加害人均当事人,这不仅是程序意义上,更体现在实体意义上:不能不让其对实体权利进行处分。第四,现行立法中也有刑事诉讼中的当事人有权处分自己的刑事实体权利和义务的规定。司法实践中,民事赔偿部分的达成和刑事上的法益也密切关联,若是商谈的结果不能对刑事部分产生实质性的影响,则当事人的积极性无疑会受挫。因此,和解的目的、归宿与结果都体现在对刑事实体的影响上。第五,鉴于大家的争议我们探讨一下刑事和解的主体问题,受害人、加害人和刑事司法机关均为和解的当事人,三个角色分别代表不同的利益:特别是检察机关应该作为刑事和解的积极参与者,可以适当地引导大家在某些方面做些让步,以达到受害人利益、加害人利益和国家利益、社会利益的最佳平衡和最优兼顾。

丁建勤(江苏省张家港市人民检察院副检察长)

刑事和解的案件适用范围随着实践的深入也在不断变化:由交通肇事案件,到故意伤害致人轻伤、具有亲缘关系的人之间的重伤害案件、部分的强奸案件等。如2005年以来,我院共对22名交通肇事案件的犯罪嫌疑人作出了不批准逮捕决定,共对公安机关移送起诉的19人作出相对不起诉处理;又如2006年我院对一件亲属间矛盾引起的故意伤害致人重伤案件适用了刑事和解。经过实践的检验,我更加确信应坚持检察机关在刑事和解中的主导地位。与此同时坚持刑事和解制度的“四项基本原则”:检察机关启动程序原则、自愿原则、禁止不当差别原则和案件适格原则。在这些原则的指引下,本着加害人认罪悔罪、被害人心里平服和社会关系修复的目标,刑事和解将更加完善、更有价值。

庄文生(广东省佛山监狱副监狱长)

刑事和解在监狱中大有作为,在实践中我们借鉴恢复性司法的核心价值,力图建立恢复性行刑。在这一理念下,我们把罪犯在监狱中的存在划分为4个阶段:认罪、治罪、悔罪、赎罪。认罪是根本问题,首先要使加害人认识到自己的行为对国家、对被害人的严重侵犯性;治罪是在改造的过程中与罪犯算清经济账、感情账、危害账三笔账;悔罪是改过的前提,没有犯罪的悔过就没有犯罪的改过;赎罪,只有罪犯用真诚行为才能修复被破坏的社会关系,以获得社会重新接受。

我们监狱进行了引导罪犯合理使用劳动报酬的实践。例如,2007年与所在地的人民法院协商执行暂缓,将是否履行赔偿义务作为衡量改造的重要标准。从罪犯的劳动报酬中分出一部分就业保障储备金,以实现刑满后其顺利回归社会。这些措施都很有意义。

但是也仍然存在着一些需要探讨的问题:恢复性行刑的主持者由监狱警察担任是否适当?整个程序是否合法?赔偿与减刑、假释挂钩是否妥当?由于罪犯假姓名、假地址较多,执行上也存在一定困难。

周光权(北京市人民检察院第一分院副检察长,清华大学法学院教授、博士生导师)

通过观察,我发现经济越发达的地方,刑事和解的推行越容易。我们实证研究调查的地点都是市场观念比较发达的地方,市场观念、交换观念越发达,时间观念就越强,当事人往往觉得在诉讼时间上耗不起,因此检察机关的刑事和解工作在这些地方容易做。而在经济落后的地方甚至是北京的不发达地区,犯罪人与被害人往往为微小的利益僵持不下,并且报应观念根深蒂固,或者碍于面子,刑事和解在乡土社会常常变形,很难展开。

龙宗智(四川大学法学院教授、博士生导师)

刑事和解作为与宽严相济刑事政策紧紧相联、内涵和谐的概念,在我国推行,从理论上特别的制度基础。我国强调严格执法往往走入误区、未融入情理之中,如短期自由刑的严重弊端;数字化、简单化的处理模式,成为机械化制度。同意被害人作为公诉案件的当事人从法理上来讲是有问题的,但这为和

解提供了制度基础。

我认同和解应为大范围、多主体的即三方主体对各方权利义务作出和解协商让步,这种多方参与的互动的和解方式在进入刑事诉讼之后当然倚靠公权力的参与;在此过程中要注重两种司法的协调,即协商性司法与恢复性司法的关系要理清,实现二者合理的结合交叉运作。

我赞同重罪案件的和解,在我看来和解包括制度性的刑事和解与贯彻体现和解精神的和解:制度性的刑事和解是指以刑事和解结案的案件,往往是轻微案件;重罪案件不能以和解结案但是可以考虑采用和解的制度和办法。

需要我们继续探讨的不足是:在公安、法院环节的恢复性司法。公安这个环节是践行恢复性司法理念的关键,中国的刑事制度严格简单、缺乏融合性、缺乏情理融入,不适合推行恢复性司法;与刑法配套的立案标准制度需要修改;正式与非正式的和解;实践中很多机关鉴于办案压力甚至会做假案,正常执行都保障不了,如何和解?

田文昌(全国律协刑事业务委员会主任)

我们的研究切入往往从程序法角度,然而和解的理念与原则更多地涉及到实体法问题,如刑法的价值目标问题。惩罚的目的之一报应,就是为了恢复社会心理平衡,和解是恢复社会心理平衡的方式之一。“罚了不打、打了不罚”反映了一种惩罚报应和平衡的内在满足,刑法的基本功能是维护社会的秩序稳定和心理平衡。

关于恢复平衡的范围,首先通过当事人之间、加害人与被害人之间的和解,这涉及个别正义平衡;而社会大众的普遍评价涉及的是一般平衡。刑事和解恢复平衡的范围很大,可不可以包括国家与被告之间的和解,例如体现此精神的美国的辩诉交易,其对恢复社会心理平衡、缓解压抑、节省资源均有意义。然而和解有无底限,如和解与罪刑相适应原则的协调。尽管罪刑相适应原则的标准也在变化,随着社会的发展,人类文明向轻刑化发展,整个社会对犯罪的容忍度扩大,但是和解的底限仍不应超过罪刑相适应原则。另外,刑事和解需要考虑的综合指标很多,比如国家救济措施的完善,被害人可以得到国家的补偿。如此和解的赔偿需求就淡化了,因此探讨刑事和解需要考虑一系列的因素。

谷雄伟(河北省石家庄市公安局法制处副处长)

公安机关主持的和解应当保留,关键在于规范和监督,内外监督都应有,包括内部程序监督。针对刑事和解因缺乏刑事诉讼法的明确规定而为人所诟病的问题,公安和解的职权依据应该通过刑事诉讼法的完善来落实。和解而非调解,是鉴于现行法,修改后可以直接称之为调解,把司法机关主持协调的和解明文规定为调解,当事人自行和解规定为和解。另外还应与相关法律衔接,以刑法与治安管理处罚法的协调为例,治安管理处罚法中有治安调解,尤其是共同犯罪案件中若有主犯通过和解结案则被免于刑事处罚,而从犯受到刑事处罚,这种实质的不公正将可能造成矛盾。最后还应对刑事和解设立相应的程序救济,应注意研究若出现虚伪认罪,如何纠错,是重新立案还是采取其他措施等问题。

六、刑事和解的配套措施

叶青(华东政法大学教授、博士生导师)

真正发挥刑事和解价值、使其获得规范,推广对配套措施的探讨很重要,我主要谈谈以下几点:第一,和解的适用要有限制,仅适用于有具体被害人的案件;第二,刑事和解是既定的司法制度的补充而非替代,它不是所有刑事案件在实际处理中的必经程序;第三,严格限制该程序的案件适用范围,我认为重罪案件适用和解应慎重,比如死刑案件绝对不能纳入刑事和解的范围;第四,不能直接由加害人和被害人决定和解协议的最终效力,在此过程中应强化主管司法机关对刑事和解的审查监管职能;第五,刑事和解高度强调自愿原则,紧紧围绕加害人的真诚认罪悔罪与被害人的谅解而展开,不能单纯以金钱的多

少作为和解达成的依据,否则将加剧贫富差距冲突并对司法正义构成挑战;第六,和解应该由中立的第三方主持,如人民调解委员会或司法服务所等,他们往往时间集中,所能达成的协议在最终的可执行性上更强,从而缓解矛盾、恢复和谐。

周欣(中国人民公安大学教授)

我设想了一套刑事和解模式,它不仅能解决谁主持刑事和解更为合理的问题,还可以协调和解整体上的统一性和局部的灵活性问题,另外将强化整个和解过程和结果的监督,相对简便易行。

首先办案人员接到案件以后自行确定是否可和解,若审查适格则当面告知当事人可选择的和解方式;若当事人有和解意愿,那么承办人应将和解的原则、标准、允许范围、法律后果等以书面形式告知当事人;然后双方当事人自行和解,此时和解的形式呈现多样化:当事人可以自己聘请律师或者第三人、调解委员会甚至承办机关的和解委员会;达成和解协议后交由承办人员对协议的自愿性、合法性、合理性审查,一般与当事人单独见面谈话进行调查,审查和解内容后作出处理意见;紧接着将意见交调解委员会、检委会审查;若得以通过,承办人向当事人宣布,在一定的法定期限后若没有异议即生效,但是双方当事人对于其效果若不服则可向上一级复议;仍然不服的,由承办人员宣布和解无效,由其他承办人员按普通程序再审理。

在上述模式基础上可以采用的配套措施是:通过司法机关出台一个整体的有关刑事和解的适用范围、适用原则以及和解内容、方法、标准的规范性法律文件,再在此基础上各办案部门依据本地区情况统一当地标准;扩大法律援助的范围;扩大人民调解员的队伍,制定工作规范;在三个不同阶段和解的监督机制不能完全一样,特别是对侦查阶段的刑事和解要设计更多的体制外监督程序。

甄贞(北京市人民检察院副检察长,中国人民大学法学院教授、博士生导师)

理论界要在刑事和解的深入研究与实践中,奠定刑事和解在理论与实践相统一的局面。刑事和解的初衷和目的是恢复被破坏的社会关系,真诚认罪与悔罪是刑事和解的基础,这一环节应在制度设计上得到体现,否则会出现“以钱买刑”的现象。目前司法机关介入多,希望今后第三方社会组织更多地介入。北京市强化了第三方的介入,例如允许大专院校教师学生介入法律援助,这是未来引进的重要力量。和解模式上不要受目前模式的限制,将来从公安到监狱都能和解,领域应更宽广、多元化。

七、刑事和解实证研究简评

王洪祥(最高人民检察院政治部副主任)

宋英辉教授通过深入的实证研究,归纳了刑事和解在理论和实践两个层面所涉及的主要问题。从实证与理论研究相结合的角度看,宋教授的报告,是我所见过的框架最完整、体系最齐全的报告。这份报告说明我们对刑事和解的研究,已经从初期粗放式探索上升到了更加理性、系统的审视、解读、探索的新阶段。

第一,对刑事和解的看法,涉及方方面面,这项制度本身还有很多方面有待研究。例如刑事和解制度的性质是什么?它的本来面目是什么?有人从字面意义,将其理解为刑事责任的和解。有人对此持不同看法。从刑事和解的对象来看,究竟是针对一部分刑事责任进行和解,还是仅就私权、民事权益、赔偿责任进行磋商、相互和解、讨价还价,都有待研究。

第二,刑事和解的内容。包括实体方面和程序方面。

第三,刑事和解与相关司法职能的关系,或者说刑事和解的主体与相关职能配置的关系。大家知道,刑事和解这项重要制度,不应仅仅限于在刑事诉讼中承前启后的审查起诉环节,而应向前、向后延伸。应当引起注意的是,检察院适用刑事和解、不起诉,是否会导致对审判权的侵蚀、分割、肢解?公安机关在侦查阶段适用刑事和解、撤销案件,是否会导致对检察机关审查起诉、法律监督的权力的侵蚀、

分割？

第四,刑事和解的研究,不应只从程序角度,还应更多从程序和实体相结合角度展开。因为这个制度涉及罪刑相适应问题,涉及一个尺度和标准把握的问题,还涉及公众感受的问题。刑事和解不仅是加害人和被害人两者之间达成一致,为构建和谐社会,还需要考虑社会公众是否认可,有无良好的社会效果。刑事和解不是可以一宽到底,而是要遵循一定底限、边界、尺度。否则,社会上有关私了、以钱买刑、公权力和金钱交换、公权力向金钱妥协的各种议论就难以避免,甚至被放大。当今社会,公众对公平正义敏感度越来越高。任何事件都会引起这种公众的这类敏感。包括司法系统,即使出发点好,所出台的一些措施、发表的一些看法也往往为社会公众所议论、关注。部分公众认为:这些措施、看法没有坚守法律面前一律平等,没有坚守公平的底限;司法系统执法时,公平正义的尺度像橡皮条一样,一而再地被越拉越长,又像股市一样,跌跌不休,看不到边界。

第五,对刑事和解的监督问题,刑事和解虽然是加害人和被害人之间的协商,但也需要办案机关主导、推动、认可、接受。这说明刑事和解中包含相当部分的公权力、执法裁量权。我们应当注意研究,如何做到执法公正、压缩自由裁量空间;如何解决执法权的自由弹性问题,尤其是要避免一些有不良动机的执法者,钻法律空子、以刑事和解为名做手脚。

宋英辉(北京师范大学刑事法律科学研究院教授、博士生导师)

2005年我们开始做实证研究,通过这段时间的摸索,我发现实证研究不同于传统的思辨研究方法:首先,它是一种“遗憾”的研究方法,每次我们做完,都会感到留有一定的遗憾之处;其次,它非常有利于发现问题;再次,实证研究也是验证设计方案,避免改革风险的方法,它至少能说明哪些理论是行不通的;最后,它是理论与实务沟通的桥梁,能解决学者与实务操作者自说自话的问题。所以,这种研究方法对学者来说是值得推广的。

通过研讨会,我们在一些基本点上达成了共识:第一,刑事和解的目的是促进社会和谐,有其积极作用,同其他刑事诉讼制度一样不能违反公平正义的底限;第二,公检法三机关都要参与进来,或监督、或审查、或主导;律师的参与对保证被追诉人合法权益能起到重要作用;第三,刑事和解适用于一般轻微刑事案件;第四,和解内容应趋于多元化,包括赔礼道歉、公益劳动等;第五,刑事和解是一项系统工程,需要结合其它相关配套制度如附条件不起诉、社区矫正、被害人救助等才能逐渐走向完善和成熟。

(责任编辑:郭云忠)