

# 刑事和解中的风险控制与司法保障

雷小政

(北京师范大学 刑事法律科学研究院,北京 100875)

**摘要:**在公诉案件中,刑事和解的合法化体现了刑事诉讼的发展规律和刑事司法的实践需求。许多诉讼内外的因素可能影响刑事和解的法律功能及其实现。在刑事和解中,预防和解决以钱赎刑、漫天要价、权力滥用等风险,不是“一蹴而就”或者“轻而易举”的。办案机关应强化刑事和解的司法保障,依据实体公正、程序公正目标,严格审查和解的自愿性和合法性。

**关键词:**刑事和解;法律规避;风险控制;司法保障

**中图分类号:**DF718.5 **文献标识码:**A **文章编号:**1009-1505(2012)03-0012-05

2012年《刑事诉讼法》在特别程序中对当事人和解的公诉案件诉讼程序进行了专门规定。对于刑事和解的合法化,从全国人大的立法说明来看,社会各界仍然存在一定的争议。尽管多数意见认为,刑事和解的合法化体现了刑事诉讼的发展规律和刑事司法的实践需求,但是,不少人士仍有疑虑:这样的规定如何避免“花钱买平安”等风险?客观而论,刑事和解是与当前刑事政策变迁、社会结构转型、司法体制改革密切关联的一项纠纷解决机制。许多诉讼内外因素可能影响刑事和解的法律功能及其实现。防范风险、规避风险、化解风险是当前社会管理创新的重要内容。在刑事和解的合法化中,如何进行风险控制并实现其制度价值是当前学术界和实务界密切关注的一个焦点问题。

## 一、刑事和解合法化的争议焦点

根据立法者的预设,刑事和解应在罪行较轻的公诉案件中进行,这可现实地化解犯罪嫌疑人、被告人与被害人的矛盾,实现刑事和解的制度价值;同时,禁止在罪行严重的、再次犯罪风险较大的公诉案件中进行刑事和解,可以最大限度地预防刑事和解的现实风险。2012年《刑事诉讼法》具体规定了刑事和解的实体要件和程序要件:(1) 实体要件。因民间纠纷引起,涉嫌侵犯人身权利民主权利、侵犯财产犯罪,可能判处三年有期徒刑以下刑罚的案件,以及除渎职犯罪以外的可能判处七年有期徒刑以下刑罚的过失犯罪案件,都属于刑事和解的案件范围。作为附加条件,该法还规定,犯罪嫌疑人、被告人在五年以内曾经故意犯罪的,不适用这一程序;(2) 程序要件。进行刑事和解,需要犯罪嫌疑人、被告

收稿日期:2012-03-28

基金项目:最高人民检察院检察理论研究课题(GJ2010D03);浙江省政法委、浙江省法学会法学研究课题(2010NB19);杭州市哲学社会科学规划课题(D10ZF22)

作者简介:雷小政,男,湖南郴州人,北京师范大学刑事法律研究院讲师,博士后,主要从事刑事诉讼法学研究。

人真诚悔罪,通过向被害人赔偿损失、赔礼道歉等方式获得被害人谅解,而且被害人自愿和解。与之相关的是,近年来,许多学者根据实证研究论证了刑事和解制度的理论与实践意义:如尊重了犯罪嫌疑人、被告人与被害人的意愿,有利于实质性地修复被破坏的社会关系,体现了刑事案件解决机制对多元化价值的追求等。<sup>[1]</sup>

2012《刑事诉讼法》设置公诉案件中的刑事和解,尤其是赋予刑事司法机关从宽处罚的裁量权,是否蕴含着制度风险?许多学者表示了极大的担忧,认为刑事和解在中国转型社会中难以避免“花钱买平安”等风险,匆忙立法,可能于事无益,反而添加乱象。正如明代冯梦龙的《笑府》“拾爆竹”这一典故所警示的:“有近视者拾爆竹一枚,就火认之,触火而响,旁有聋子问曰,‘汝方才拾到什么东西,在手就散了?’”刑事和解是否是摆在社会各界面前的一个“爆竹”?针对刑事和解的合法化,学术界和实务界对此依旧存在不少争议。其中的焦点问题主要反映在以下三个方面:

### (一) 传统文化上的争议

许多学者论证刑事和解的一个套路是,扩大刑事和解符合中国传统法律文化下的“无讼观”“和为贵”理念及其“礼法息讼”模式。刑事和解被视为一种技术机制,外可“托古改制”,内属“符合国情”。“礼法息讼”作为一种特定的纠纷解决模式,与当时法文化思维、社会结构及其经济生活方式、法律形态、现实政治需求等具有相当程度的契合性。在中国法律与中国社会秩序安排发生剧烈变动的条件下,尤其在权利观念盛行、诉讼爆炸增长的情形下,如何解释它在当代社会的正当性和可欲性?许多人质疑,虽然“和为贵”观念在基础文化中仍具有一定的影响,但在刑事和解的实际司法运行中,是否必然构成当事人接受刑事和解的基本动因?刑事和解可否实现以及在多大程度上能够实现结果意义上的“和为贵”?实践中的情形是,许多被害人并不愿意接受刑事和解,或者在刑事和解之后依旧不能祛除“被害”状态或者走出心理阴影。

### (二) 法律移植上的争议

西方社会的“恢复性司法模式”及其理论是许多学者论证刑事和解合法化的一个核心依据。但是,“恢复性司法”与我国刑事和解在内在理念、运用技术、配套制度等方面仍然存在相当多的差异。国内鲜有关于“恢复性司法”负面效应的研究成果。澳大利亚 John Braithwaite 教授在其2001年主编的《恢复性司法与市民社会》开篇中就直言不讳地指出,这本书把“社会科学研究中两个最热门,也最不成熟的话题扯在了一起”。<sup>[2]</sup>在西方社会“恢复性司法”的实践中,仍然存在诸多难题:许多外来移民、原住民对补偿方式的特殊需求不能得到满足;许多被告人依然面临失业问题的困扰,或者难以戒除毒品,难以走出心理抑郁;在一些弱势群体聚居的社区,即使开展了“恢复性司法”,重新犯罪问题依旧突出。许多人质疑“恢复性司法”能够适应我国转型社会吗?目前,我国社区警务制度、政府救济体系、公共诚信机制均存在程度不等的滞后性。许多人担忧“恢复性司法”与我国现有社区文化难以互动。众多社区在秩序恢复、犯罪矫治、回归社会等方面的责任能力上是无效的。在法制观念落后、监控能力和帮教条件处于空白状态的“无效社区”,扩大刑事和解是否“潜伏”着某种危险?

### (三) 实证研究上的争议

许多学者依托实证研究,对公诉案件中刑事和解的案件范围、条件、主持者、程序与处理方式等进行了观察和总结,进而主张刑事和解合法化。<sup>①</sup>但是,这些实证研究本身仍有一系列未能有效解释、解决的难题,影响了它们的可持续发展以及结论的公信力:在一些改革探索中,针对当事人满意度、重新犯罪率等指标尚缺乏非常规范的实证统计方法和严谨的相关性分析;一些改革探索是在“临时搭建的”配套制度(如说理机制、心理矫治、被害人补偿等)的基础上进行的,在实际司法实践中这些配套制

<sup>①</sup>2006年以来,全国许多省份的司法实务部门确立了一系列规范性文件,积极推进刑事和解改革,其主要内容是:犯罪嫌疑人、被告人通过认罪、赔偿、道歉等形式与被害人达成和解,国家专门机关依法对犯罪嫌疑人、被告人不追究刑事责任、免除处罚或者从轻处罚。

度并未形成长效机制;目前,这些实证研究多集中在经济相对发达、司法资源集中的东部城市地区,而在少数民族聚居地区、传统文化因素较多的乡村地区,许多与刑事和解相关的“习惯法”并未被纳入改革探索之中。许多人质疑,现有的实证研究结果能否必然地推导出刑事和解合法化的正当性?

## 二、刑事和解实践中的风险样本

按照2012年《刑事诉讼法》规定,公安机关、人民检察院、人民法院应当听取当事人和其他有关人员的意见,并对和解的自愿性、合法性进行审查。在刑事和解改革探索中,“看得见的方式”有道歉、赔偿、社区服务令等,但当事人是否真正交涉、当事人能否顺利回归社会、相关社会秩序可否得到实质恢复以及如何进行评估,各地的方法和结论不一而足。有的地方也陆续暴露出“花钱买平安”等风险。这是为何?道理很简单,权利的实现往往不是一帆风顺的。刑事和解涉及基本权利的争取、让步与妥协,其本质是基于法律规则的一种合意性交涉。不得不承认的事实是,在基层社会,仍旧有许多当事人在刑事司法过程中不习惯或者不熟识交涉,或者在交涉中被利用、被误导,甚至被欺骗。正如有学者指出的,“所谓交涉,不是单纯的利益交易,而是在法律荫影之下的交涉”。<sup>[3]</sup>这恰恰警示了刑事和解制度:非理性的交涉,可能产生有风险的和解。在刑事和解中,要保障交涉的合意、合法、正当,对于刑事司法机关以及当事人而言,这一目标可能受到以下三个方面的阻碍和破坏。

### (一) 以钱赎刑

在司法实践中,一些犯罪嫌疑人、被告人不是基于“和为贵”,而是通过以钱赎刑的方式实现有利于自己的刑事和解。在刑事和解中,贫困的犯罪嫌疑人、被告人与贫困的被害人是一对很难解结的“冤家”。由于没有公设的被害人补偿基金,能否赔偿被害人往往仰仗犯罪嫌疑人、被告人及其近亲属的经济状况。金钱在当前转型社会各阶层的生存和发展中居于重要地位,以至于多数人在金钱达到需求“临界点”的时候产生动摇。此外,很多被害人及其近亲属感受不到犯罪嫌疑人、被告人的“忏悔”,认为金钱才是判断犯罪嫌疑人、被告人悔意的核心依据,才是“看得见的正义”。这是催生“以钱赎刑”的一个基本动因。需要注意的是,在特殊的个案中,犯罪嫌疑人、被告人可能与被害人“合谋”,通过花钱超越罪法定、罪刑相当原则进行“私了”。它的危害在于,一些被害人在事过境迁之后,可能出现反悔。

### (二) 漫天要价

在一些公诉案件中,被害人可能超乎犯罪嫌疑人、被告人的意愿,通过远远高于实际损失的“物质收益”实现刑事和解。这是因为,一些被害人通过刑事和解感受到自己法律地位和诉讼权利的“直线提升”,进而出现“权利感”的膨胀。在司法实践中,许多犯罪嫌疑人、被告人对于刑事和解都或多或少有藉此从宽处理的“欲望”。当这种从宽的“欲望”遭遇来自被害人方面的权利“膨胀”,可能促使被害人超越实际损失漫天要价。如果被害人在案件管辖地具有一定的关系资源,形成对犯罪嫌疑人、被害人的现实压力,可能会进一步提升其要价的“砝码”。一些犯罪嫌疑人、被告人为尽早脱离诉讼,可能违心接受被害人任意开出的和解条件。

### (三) 权力滥用

按照立法者的预设,刑事和解需由公安机关、人民检察院、人民法院来“保驾护航”。即公安机关、人民检察院、人民法院作为主持机关,须从程序和实体审查和解是否自愿、合法,进而促进当事人合意解决纠纷。对于审查义务,妥善待之,有利于促进司法权威和司法信任;恣意而为,容易产生司法擅权和司法怀疑。在一些案件中,办案人员可能因为权力寻租促成不符合法定条件的刑事和解。如通过权力寻租,个别办案人员在刑事和解中虚构犯罪嫌疑人、被告人的善意,并误导被害人的主观评价,实际上,犯罪嫌疑人、被告人仍然具有较强的社会危险性;个别办案人员暗示被害人不同意和解可能产生的不利结果以诱使其答应和解,并针对不知情的被害人故意压低赔偿数额;由于刑事和解的过程耗时耗力,牵涉一定的司法成本,而且与数量考核指标有一定冲突,一些办案人员也有可能排斥刑事和解。

在刑事和解中,还有一些扭曲的、非理性的人情观念混杂其中。正如有学者指出的:“中国传统日常生活世界是一个典型的人情世界。在人情面前,人们常常可以牺牲原则、正义、平等、公正等一切理性化的文化特质。”<sup>[4]</sup>一些犯罪嫌疑人面对刑事和解,其主要行为不是真诚悔罪、赔偿道歉等,而是想方设法寻求社会资源,利用人情观念,迫使被害人放弃自身的法律诉求,进而导致显失公平的案件结果。

### 三、基于风险控制的司法保障方案

从人性论出发,要在刑事和解中改变人性,促进当事人尽皆向善是很难实现的,但许多“陋习”可以通过法律规则的介入予以合理引导。刑事和解合法化要解决的核心问题是,如何强化司法保障,预防和救济在制度实施时的以钱赎刑、漫天要价、权力滥用等风险。

预防和解决刑事和解的诸多风险,不是“一蹴而就”或者“轻而易举”的。在风险控制中,要保障刑事和解的自愿、合法,必须针对具体情形进行规范设计。在犯罪学、监狱学、心理学等领域,通过相关人员的临床经验评估或基于相关信息的量表分析,是两种相得益彰的风险控制方法。在刑事和解中,针对上述风险,一方面,刑事司法机关及其人员应从能动司法出发,结合诉讼证据和经验法则,从静态和动态上评估刑事和解的风险性;另一方面,刑事司法机关及其人员可以基于实体公正、程序公正、自愿、合法这些价值目标设置评估指标,收集相关信息,并据此进行风险控制。

#### (一) 实体公正的实现

在刑事和解中,实体公正是指案件处理应以具备基本证据、明了基本事实为最低限度。实体公正的要素可以包括以下指标:案件事实清楚;在定罪量刑方面的基本证据确实、充分;当事人双方对案件事实没有争议;被害人能够及时获得必要的赔偿。在刑事和解中,这种对事实和证据的确定性指向,不仅是多数案件当事人和相关主体进行刑事和解的基本前提,也是防止对方“事后赖帐”的必要方案,还有利于约束和解主持者的个人偏见、知识控制、权力寻租等风险因素。简言之,刑事和解对犯罪事实的证明要求要高于民事和解、行政和解。

此外,在少数民族聚居地区、传统文化因素较多的乡村地区,一些与刑事和解相关的“习惯法”,在不违反法律强制性规范、符合刑事和解价值目标的前提下,可以吸纳作为和解的一种方式,以保持国家法与习惯法之间的平衡。

#### (二) 程序公正的实现

在刑事和解中,程序公正主要解决的问题是如何促进和解程序的民主性与公开性,防范合意向恣意、强制蜕变。刑事和解程序,可分为和解的提出与受理、和解准备、和解陈述与协商、签订和解协议、审查生效等阶段。在刑事和解中,程序公正要素可包括以下指标:适格的主持人应当告知双方此程序的目的、双方的程序选择权,并且解答双方的疑问;举行和解会议;当事人就和解标的进行面对面的对话与协商;达成的和解协议具有契约性和司法性双重属性,记载和解标的解决、履行方式、期限等,并由与会者签署;和解协议经审查生效;等等。

同时,为公平起见,对诉讼能力存在缺陷的当事人,可适用以下特殊保障措施:强制告知和解的权利、和解的性质、和解的后果;提供免费而必要的法律咨询服务、笔译和口译服务;未成年人法定代理人或其他合适成年人应当到场。

#### (三) 自愿性、合法性审查

诚如前言,刑事和解的本质是一种交涉性合意。这决定了自愿、合法是刑事和解获得正当性的核心依据。依据日本诉讼法学家棚濑孝雄“合意的二重获得”理论,实质自愿的实现需要具备两个条件:第一,合意的表示是在得到充分信息的基础上作出的;第二,当事人之间以及当事人与第三者之间进行了真正的对话。<sup>[5]</sup>从刑事和解的风险样本来看,实质自愿的获得,需要积极排除“外在压迫环境”和“内在压迫环境”。

其中,合法性审查不仅是实现实体公正、程序公正的重要手段,而且是审查判断自愿性的重要保障。解决“外在压迫环境”的关键在于,在合意、非合意的甄别中,应从内心意思自治的主观探求转变为外在合法性的客观判断。例如,主持者违反法定程序进行强制和解、和解标的违反法律强制性规定,皆可判断为非合意。解决“内在压迫环境”的关键在于,明确“和解不成不为过”原则:当事人达成协议或者达成协议后根据协议允许一方反悔的,不能因此使一方当事人陷入不利境遇或承受不利负担。在刑事和解中,当事人在和谈过程中陈述的与定罪量刑有关的犯罪事实,不得作为拒绝和解以后刑事诉讼程序中定罪量刑的证据。要实现以上目标,还应重点审查刑事和解中的下列内容:当事人及相关主体是否具有诉讼行为能力;和解中是否存在欺诈、胁迫等因素使当事人违背本意;是否存在无原则的“和稀泥”或者“协调、沟通”。

#### (四) 配套制度的合法化

在刑事和解中,预防被害人漫天要价、持续性“被害”状态等问题,需要强化政府的管理责任、契约责任。我国可以通过立法确定“政府主导”“社会机构参与”的被害人救助基金模式。被害人救助基金是西方“恢复性司法模式”得以顺利运行的一个基础性保障。这一基金除了具有“抚慰、救助被害人”的功能外,还可极大地缓解被害人和犯罪嫌疑人、被告人之间的紧张关系,在实质上降低刑事和解中的风险。考虑我国实际状况,可以采取多种来源筹集设置该项基金,如国家财政拨款、社会捐助、罚金、监狱服刑者的劳动收入等。

在刑事和解完成后,尤其是被适用撤销案件、不起诉、非监禁刑等从宽处理的,许多犯罪嫌疑人、被告人需要回归社区。从司法实践来看,下列因素往往影响其回归社会的进程和效果:婚姻家庭、就业、教育、健康状况、酒精或毒品使用情况、心理健康程度等。这意味着,对于解决刑事纠纷而言,仅仅达成和解协议是远远不够的,刑事司法机关还应将目光投向犯罪人的未来。一旦他们重新犯罪,甚至打击报复被害人,之前的刑事和解可谓前功尽弃。要减少这些负面效应,有必要通过立法推广个性化的矫正计划:给予高风险的犯罪人更多的处遇,给予低风险犯罪的较低的干预,矫正他们的反社会的心理、行为状态,帮助他们建立亲社会的心理、行为状态。基于此,刑事和解才能实现与社区文化的“无缝衔接”。

#### 参考文献:

- [1] 宋英辉,袁金彪.我国刑事和解的理论与实践[M].北京:北京大学出版社,2009:5-20.
- [2] JOHN BRAITHWAITE, HEATHER STRANG. Introduction: restorative justice and civil society[M]. London: Cambridge University Press, 2001:14.
- [3] 季卫东.法治秩序的建构[M].北京:中国政法大学出版社,1999:385.
- [4] 衣俊卿.文化哲学十五讲[M].北京:北京大学出版社,2004:246.
- [5] 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,2004:115-116.

## On The Risk Control and Judicial Safeguard in Criminal Reconciliation

LEI Xiao-zheng

(Research Institute of Criminal Law Science, Beijing Normal University, Beijing 100875, China)

**Abstract:** In the criminal procedure law amendment discussions, criminal reconciliation legalization reflects the rules of criminal procedure law and the demand of criminal justice practice in public prosecution cases. In external, a series of social factors can affect the legal function and its realization. It is hard to prevent and solve such problems as atonement by money, excessive compensation and abuse of power. The judicial organs should strengthen the judicial safeguard obligation, to promote substantive justice and procedure justice, to strengthen the voluntary review and legal review, and improve related legislation.

**Key words:** criminal reconciliation; evasion of law; risk control; judicial safeguard