

# 刑事和解的契约法视角解读\*

廖家明

(华东政法学院,上海 200042)

**摘要** 刑事和解制度作为近年来刑事纠纷解决的趋势,已引起了学者的关注。就刑事和解的源流进行了初步的考证,并就有关这一制度的理论基础及其契约化问题进行了讨论。

**关键词** 刑事和解;契约;恢复正义理论;平衡理论;叙说理论

中图分类号:D924.399

文献标识码:A

文章编号:1008-509X(2005)01-0019-05

## 一、刑事和解的源流及法理基础

刑事和解,又称犯罪人与被害者的和解,是指在犯罪发生之后,经由调停人(通常是一些受过训练的自愿者)使犯罪人与被害人直接商谈、协商解决纠纷,其目的是为了恢复被犯罪人所破坏的社会关系、弥补被害人所受到的损害、以及恢复犯罪人与被害人之间的和睦关系,并最终为犯罪者回归社会、平抑社会冲突而创造条件<sup>[1]</sup>。作为一种以个人本位为分析视角的犯罪学理论,其存在并得以勃兴的理论基础在于其对犯罪冲突的双方——犯罪行为人和犯罪被害人在刑事法律关系中的人文关照。站在犯罪行为人的角度,该理论沿袭了刑事实证学派犯罪人是刑事司法制度的受害者之主张,认为犯罪者在为其犯罪行为支付对价之后有重新回归社会的权利,国家应当为犯罪者的回归创造条件和提供便利,而社会则有接纳犯罪者回归并为其提供一个适合于其回归的环境之义务。站在犯罪被害者的角度上,刑事和解理论则沿袭了刑事人类学派之被害者是犯罪行为的主要受害者之主张,将传统的“国家(社会)——个人”的线性犯罪分析视角调整为国家为顶点,犯罪行为人和被害人分别为两底边角的三角分析图式,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的个人权益的侵害,进一步要求在刑事司法程序中提升被害人个人在司法程

序中的主体性地位,对被害者的赔偿或补偿成为该理论中重要的概念和术语。在这样的理念分析范式中,国家角色从矛盾的冲突者演化成了矛盾的协调者,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。

美国犯罪学家约翰·R·戈姆(John R. Gehm)在其《刑事和解方案,一个实践和理论架构的考察》一文中提出刑事和解的三个理论基础是:“恢复正义理论(Restorative Justice Theory)”、“平衡理论(Equity Theory)”、“叙说理论(Narrative Theory)”<sup>[2]</sup>(p.658-668)。从社会本位和犯罪者、被害人个人本位多重视角对刑事和解的理论基础进行了充分的论证。

恢复正义理论在强调犯罪是对政府规范违反的同时也认为其是一种人与人之间的行为关系。被害人与犯罪者应当直接介入这场冲突以弥补因此而造成的社会危害。恢复正义理论首先强调的是犯罪不仅仅是对法律规范的违反,对政府权威的侵犯,犯罪也可以被理解为是对多方面的伤害,包括对被害人、对社会、甚至对犯罪行为本人人的伤害。其次,恢复正义理论还强调刑事司法程序应当有助于对这些伤害的弥补。第三,恢复正义理论反对政府对犯罪行为的社会回应方面的权力独占。恢复正义理论还认为政府对犯罪行为简单的处罚并不比授权被害人直接介入刑事司法程序以寻求冲突的解决更为重要。同时,该理论试

\* 收稿日期:2004-05-25

作者简介:廖家明(1970-),男,安徽金寨人,华东政法学院硕士研究生,主要研究方向:民商法。  
万方数据

图对犯罪行为施加真正的个人影响以改变其行为,该理论认为犯罪行为和被害人在社会对犯罪做出回应和冲突平抑过程中都应是积极的参加者。就如霍华德·泽赫所认为的那样,恢复正义理论把犯罪看成是“对个人和人际关系的侵犯。犯罪行为生成了其使一切复原的社会义务,司法介入被害人、犯罪行为人和社会寻求更好地弥补、协调和安定社会关系的过程中去。”<sup>[3] p.68)</sup>

平衡理论是以被害人在任何情形之下对何为公平、何为正义有其自己的合理期待这一相对直白的观念为前提的<sup>[4]</sup>。当这种先天的平等和公正的游戏规则被打破时,被害人倾向于选择成本最小的策略技术来恢复过去的平衡。选择哪一种方式来处理,取决于该方式的功能和行为人对其的预期成本。从平衡和恢复二者的选择的排列来看,被害人都会有一个成本-收益的计算行为,虽然有时这种计算只是个非常短暂的瞬间。被害人通常选择的是最适合其自身需要的方式。平衡理论认为,如果一种平衡恢复方式成本低,被害人选择该方式的可能性也就越大。如果社会规范允许宗族会议、老人会或其他的和解方式,这些方式被被害人选择的机率或许就会非常之大,尤其是在宗法观念具有深厚基础的国家。其实,这种理论与其称为“平衡理论”,还不如称之为“成本理论”。平衡与恢复是被害人希望达到的目的,而成本计算则是其选择刑事和解的根本原因。相对于烦琐冗长、命运不定的刑事诉讼过程,刑事和解给被害人提供了一种与加害人直接会商处理冲突的机会,至少节约了时间耗费的成本,通过与加害人就犯罪行为及其影响而进行的交谈,被害人得到了传统诉讼程序中无法满足的心灵的平复,并大大降低了加害人对他们再次侵犯的可能,由此减少了心理成本,赔偿协议的达成及其较高的履行率也有效地减少了经济的成本。从被害人本位主义看,刑事和解成为一种低风险、高效率的纠纷解决机制。这种理论的缺陷在于,仅仅从被害人、而不是社会与加害人的角度来认识刑事和解,能回答的也只是“被害人为什么参与”的问题,其并不能全面地解构刑事和解的所有价值,因而是片面的。

叙说理论的焦点在于给被害人直接向那些参与刑事和解程序的人讲述其被害体验的机会。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、在于叙说者与受众之间的共鸣。加害人在此所扮演的也不是一个单纯的故事补充者

的角色,且还充当了被害情感的最佳发泄对象。这种角色,无论如何也不可能由心理治疗专家真正替代。在刑事和解过程中,让犯罪者和其他参与人一起听取被害人的被害体验,一方面是让被害人的恐惧、怨恨等不良情绪在和解过程中得到宣泄,另一方面也可以让犯罪者在被害叙述过程中进行与被害者的互动交流,以得到被害者的宽恕和谅解,真正的使社会冲突得到平抑。

## 二、刑事和解的现实争议及评价

正因现行法律缺乏相应的规定,学界的讨论和争议也仅仅局限于理论层面,因而关于刑事和解在立法上接受与否的问题,都有着见仁见智的理解,而且争议的观点可谓针锋相对。

### (一) 理论上的分歧

对刑事和解持赞成的观点认为:允许正式程序之替代方式的和解制度,使被害人与侵害人之间庭外和解成为可能,甚至扩大至促使双方于仲裁人之前达成和解程序,除使被害人获得具有实益之损害赔偿外,亦能减轻追诉机关之负担,并使侵害人免于刑事责任之承担。因此,19世纪以来,国家独占刑事追诉权之局面应予以打破,使被害人享有诉讼程序上之参与权。因基于民主法制国家之原则,刑事追诉并非全然是国家统制之事务,而是公共事务之一种,容许被害人有影响之可能性并无不妥。和解制度之所以应当,还由于犯罪引发侵害人及被害人之冲突与对立,法秩序应将此加以调整,特别是以损害赔偿为主之和解制度,在刑事政策上有其合理性和妥当性。经由损害赔偿的履行或和解,使刑罚之必要性降低或排除,而为减轻或免刑之要件。因此,刑法上之和解制度合乎刑事追诉经济原则,提升了被害人在刑事追诉程序中之参与地位,确保被害人之实质利益,避免侵害人之负面的标签效应,鼓励侵害人自新,提升其社会责任感,厘清社会冲突,回复法秩序之和平<sup>[5] p.73)</sup>。

对和解的非诉机制持否定的观点认为:和解的本质特征在于当事人部分地放弃自己的合法权利,这种解决方式违背了权利是受国家强制力保护的利益的本质。和解的结果虽然使争议解决,但付出的代价却是牺牲当事人的合法权利。这违背了法治的一般要求。为了全面贯彻公民和法人合法的民事权益不受侵犯的原则,我国应大力破除一些陈腐的文化观念,增强公民的权利意识和

诉讼保护意识,提倡诉讼,不折不扣地保护每一项民事权利,减少和解的比重。<sup>[6] p.123-124)</sup>

笔者认为,这种观点存有一定的片面性,只看到了公民的权利是一种来自国家赋予的、强制性的权利,却否定权利之所以不同于义务,就在于它们多数是一种行为自由的可能性,即属于可选择和可放弃的任意性规范。权利的设定,是为了赋予公民以更大的自由,而不是为了剥夺他们的选择权和自主权。在他们处分自己的合法权利时,只要不违反公共利益,不违背公序良俗,不侵犯他人合法权利,其自主的选择权和处分权必须得到最充分的尊重和保护。在现实社会生活中,纠纷本身就是权利之间的冲突,在纠纷的解决过程中,必然要求某些权利作出妥协或放弃,而选择权利实现的方式,并不意味着对权利的否定。尽管权利是法定的,但法定的权利遇及冲突时,无论通过审判、调解、和解还是仲裁等其他方式加以消除,其性质都是纠纷的解决,而不是本来权利的复写。冲突前的权利与冲突后的权利,在当事人自愿、自主等原则的支配下,并不要求完全一致。

## (二) 实践中的争议

2002年,由公安部法制局主办的旨在指导全国公安执法活动的《公安法制建设》上,分四期刊登了四篇来自实践的关于轻伤害案件处理的探讨文章。主要表明了三种观点:第一种观点对轻伤害和解持反对态度;第二种观点对轻伤害和解持赞成态度;第三种观点可以视为折衷论,认为对轻伤等伤害自诉案件进行调解处理是没有法律依据的。对于造成轻伤的,应视情而定,若双方对事实争议不大,不要求追究侵害人的刑事责任的,公安机关可以作为双方调解的见证人。

我国的刑事追诉机制具有公诉优先、自诉为辅的特点<sup>[7] p.222)</sup>。但轻伤害案件作为“被害人有权证据证明的轻微刑事案件”,不同于第一类自诉案件——告诉才处理的案件,它不是纯粹的自诉案件,而是公诉案件与自诉案件的交叉与结合;它不同于第三类自诉案件——公诉转自诉的案件,它不是公诉优先、自诉补救,而是公诉与自诉并行的案件。因而,对于轻伤害案件,赋予被害人选择程序的自由,则可以充分发挥被害人的能动性,由其根据自己掌握证据的多少,从案件具体情况出发,理性地选择最能及时、有效地保护自己合法权益的追诉程序,从而有助于减少不必要的诉讼环节,节约国家有限的司法资源。实际上,将轻

伤害案件列为自诉范畴,是为了尊重被害人意志的,即只有在自诉机制由于某种原因出现障碍,被害人不能依法行使自己的诉讼权利,侵害人有可能逃避法律制裁时,公诉权予以干预才是比较恰当的,而且这种干预须要严格依照法定程序进行,总结司法经验,需要公诉权予以干预的案件,主要表现为被害人由于种种原因不能告、不敢告或无法告的案件,以及被害人为满足私欲而敲诈勒索或试图与侵害人私了的案件。

由此我们不难看出,对于某些刑事案件,在侦查阶段,允许当事人和解而不是由法院审判,不仅有利于侵害人改过自新,减少侵害人的犯罪记录,而且可以节省国家资源,提高效率。尽管对大部分案件的犯罪嫌疑人而言,必须追究其刑事责任,但移交法院审判、执行监禁不是维护社会公共利益的唯一手段。相反地,应当尽量减少刑罚,因为重要的是让侵害人认识到自己行为的危害性,并通过一些非监禁、非刑罚处理方式,利用社会各方面的资源,帮助其矫正不良行为,促进其改过自新,以预防和减少重新违法犯罪。因而,在侦查阶段,对于一部分具有理论基础和适用可能性的刑事案件,从“相对合理主义”的角度考虑,允许其和解是可行的。

## (三) 刑事和解的积极意义

刑事和解最重要的理论价值在于正义的恢复,由于恢复正义理论在强调被害人利益保护的同时兼顾了犯罪人的社会复归,因此从刑事和解的功能与实践效用上来看,它至少可以产生以下几个积极作用:

- 1、刑罚目的的达到。刑罚的直接目的,是预防犯罪,包括一般预防和特殊预防两个方面,也就是说是一般预防和特殊预防的结合。通常认为,特殊预防就是预防犯罪人本人重新犯罪,亦即对犯罪分子适用和执行刑罚,使犯罪人本人不再实施犯罪行为。一般预防,就是预防社会上可能的犯罪人实施犯罪,亦即通过适用刑罚,防止社会上的不稳定分子走上犯罪道路。不难发现,刑事和解的结果之一,就是刑罚的特殊预防目的与一般预防目的已经实现,刑罚的继续存在将成为过剩,已经没有实际意义而可能存在负面影响,移送起诉追究刑事责任也毫无价值。

- 2、刑罚功能的实现。刑罚的功能,是指国家制定、裁量和执行刑罚对人们可能产生的积极影响<sup>[8] p.40-41)</sup>。这体现为三个方面:一是对犯罪人

的惩罚与改造功能 ;二是对社会的威慑、教育和鼓励功能 ;三是对被害人的安抚功能。刑事和解的结果之二 ,就在于刑罚的功能已经实现。对被害人而言 ,已经真诚悔过 ,人身危险性大为降低或者已经消除 ,能够回归社会并实现正常的生活 ;对社会而言 ,经过一段时间后 ,由于侵害行为所导致的社会秩序紊乱和社会心理失衡状态已经恢复正常 ,对被害人移送起诉实际适用刑罚 ,可能导致社会公众对被害人的同情 ,动摇人们对刑法的“ 忠诚信仰 ” ,起到不应有的反面影响 ;对被害人及其家属而言 ,经过各种事实或者原因的出现 ,或经过一定的时间后 ,对于侵害人的仇视心理已不复存在 ,因而私力报复的可能性大为降低甚至已消除。

3、刑事政策选择的多元化。目前 ,实行严厉和宽松相结合的两极化的刑事政策 ,已经成为我国刑事政策的理性选择。之所以作出这样的定位 ,是因为刑罚有其固有的局限 ,刑罚的资源是有限的 ,刑法应当是谦抑的 ,有限的资源应当使用到最需要刑罚规制的地方 ,即刑罚的使用应当集中在维护社会最基本的秩序和最需要维护的秩序上。然而在我们习惯的领域里 ,以及整个社会对于刑罚这种东西的意识里 ,我们一直在想着要如何刑罚的问题 ,却忽视根本的问题——刑罚了之后又如何 ?相反 ,刑事和解则体现了宽松的刑事政策 ,体现了刑法有所为有所不为、有所多有所少为的价值品位 ,同时 ,从经济学的角度分析 ,完全执法的观念必须扬弃 ,因为即使存在完全执法的可能性 ,也不应该完全执法 ,原因在于成本过于高昂。

### 三、刑事和解的契约视角分析

刑事和解的本质在于通过受害者与犯罪者 (即刑事被告人)进行协商 ,从而使既已发生的社会纠纷得到解决。在侵权法发展的历史中 ,个人权利首先成为其调整对象 ,而后才有公共利益的出现 ,首先有民事侵权而后才有犯罪 ;或者说在人类的权利救济发展史中 ,权利救济历史是从自力救济到公力救济与自力救济的并存 ,直至公力救济对自力救济的排斥 ,当人们发现公力救济无法满足其个人扩社会的理想预期时 ,人们又开始将目光转向自力救济。但是“ 这种‘ 轮回 ’绝对不是简单的‘ 回到原点 ’ ,而是一种螺旋上升式的发展态势。在这个过程当中 ,人类社会完成了从野蛮到文明的历史转换 ,同时 ,它反映出人类所具的

‘ 反思理性 ’也在逐渐地发挥作用。社会在不断地向前迈进 ,人们也总是在随之出现的各种各样的现实中对自身的生存及生活方式 (包括解决冲突的方式)依据自身的需要作出相应的选择。作为与社会生活息息相关的公力救济方式——诉讼来说 ,其发展走向必然要受这些选择的影响 ,而绝非是相反。<sup>[9] (p.38)</sup>

在传统的纠纷解决价值理论当中 ,权利补偿或者说权利实现是纠纷解决机制构建的价值核心 ,也是其目标所在。但是在当代社会背景之下 ,人们发现传统的纠纷解决机制所依赖的基础——事实真相的认识日益困难 ,权利补偿或权利实现不再是人们对纠纷解决的唯一期待 ,而趋向于多元之时 ,学者们对于合意、协商、契约行为在纠纷解决机制中的重要意义进行了多种的解释 ,以表达当事人合意在纠纷解决机制中的重要性。棚濑孝雄先生在论及当事人各方合意在纠纷解决机制中的意义过程中 ,对传统的纠纷解决目的——权利实现进行了否定 ,从而提出与之对应的价值理念——纠纷解决过程中的意思自治 ,对纠纷解决不再是从结果上分析 ,而从过程分析 (或许也可以将之归结为一种程序自治的价值理念 ,而与实体真实的价值理念相对应) ,最终将纠纷解决的结果与个人意志的自由紧密地联系在了一起 ,表达的是一种对个人自由的尊重<sup>[10] (p.26)</sup>。而在欧洲唯理性主义者的理论中 ,纠纷各方的合意与论辩一起被认为是在纠纷解决过程中发现事实真相 ,或至少是接近事实真相的重要途径 ;它 (合意理论)甚至将形式上正确的合意谎言 (所有意见达成一致)作为真实的东西合理化。<sup>[11] (p.41-45)</sup>而在法律经济学者的视域之中 ,当事人各方合意被认为是纠纷解决方式中成本最低 ,而收益最高的选择 ,尤其在资源稀缺的社会里 ,冲突各方都不愿意在冗长的制度性行为中耗费自己的资源<sup>[12] (p.723-745)</sup>。但是无论上述哪一种解释都只是论及了在纠纷解决中各方当事人之间合意存在的合理性 ,或者说合意的存在有其价值 ,而没有论及在公法领域中 ,尤其是在刑事法领域 ,这一被传统认为是国家公权力的专属领域中 ,冲突各方达成纠纷解决合意的可能性 ,尤其是被害人能不能撇开国家而与犯罪者之间达成和解协议 ?

从广义来说 (针对具体的公民个人的)犯罪行为是对公民个人的侵权行为之一种 ,既包括对财产权益的侵害 ,也包括对人身权益的侵害 ,直至

法律将这种侵权划分为民事侵权和犯罪,并分别以不同的纠纷解决机制和形式来实现对公民个人权益的救济。在划分民事侵权和犯罪时,人们更多的是认为民事侵权是单纯的对公民个人权益的侵害,而犯罪则不仅是对公民个人权益的侵害,更重要的还在于犯罪行为对以公民个人利益为载体的公共利益(秩序)的侵害。如果仅在侵权行为的层面上,并不存在任何影响犯罪者与被害人之间进行和解,并达成协议障碍,这里需要解决的问题是以公民个人权益为表现载体的公共利益,对犯罪者与被害人之间进行和解的妨碍。

刑事和解是通过犯罪者与被害人个人之间的协商,达成犯罪者对被害人进行损害赔偿,被害人不向国家机关提出权益救济诉求,国家也不主动介入双方冲突为主要内容的和解协议。该协议被认为是因对公民个人权益的满足而使国家公共利益的保护受到妨害而不具有正当性,被认为是公

民个人权利向国家权力的入侵。笔者认为,所谓的公共利益,在神秘的面纱后面,简单地说就是公共秩序。要维护这一公共利益其路径的选择可以是多样的,刑事诉讼其最后的目的还是归宿于定分止争,这种分争本就不是,也不应是存在于国家与犯罪者之间,而是存在于犯罪者与被害人个人之间,既然他们之间的和解就能实现刑事诉讼的最后目的,那又怎么能说被害人与犯罪者之间的和解放弃了对公共利益的保护?

笔者认为,无论是在刑事诉讼过程中还是在刑事和解过程中,被害人可以放弃的、已经放弃的,可以向国家要求的、已经向国家要求的都仅仅是其个人权益的一部而已,他无权放弃,也根本不可能放弃公共利益。因此在西方国家的刑事和解实践中,也仅局限于涉及对公民个人权益侵害的轻罪案件中进行刑事和解,或许在其他性质严重的犯罪案件中,原本也就不存在刑事和解的可能。

#### 参考文献:

- [1] 刘凌梅. 西方国家刑事和解理论与实践评价[J]. 现代法学, 2001(1):152-155.
- [2] (美)博西格诺著. 邓子滨译. 法律之门[M]. 北京: 华夏出版社, 2001.
- [3] Zehr, Howard. 1990. Changing lenses: A New Focus for Criminal Justice. Scottsdale, PA: Herald Press.
- [4] Walster, Elaine, G. William Walster and Ellen Berscheid. 1978. Equity: theory and Research. Boston, MA: Allyn and Bacon.
- [5] 高金桂. 论刑法上之和解制度[A]. 转载于陈兴良主编《刑事法评论》第11卷[C]. 北京: 中国政法大学出版社, 2002.
- [6] 徐国栋. 民法基本原则解释[Z]. 北京: 中国政法大学出版社, 1996.
- [7] 徐静村. 刑事诉讼法学(上)[M]. 北京: 法律出版社, 1997.
- [8] 马克昌. 刑罚通论[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1995.
- [9] 常怡, 黄娟. 现代诉讼的法理性透视[J]. 现代法学, 2001(1):38-41.
- [10] (日) 棚濑孝雄著. 王亚新译. 纠纷的解决与审判机制[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1994.
- [11] (德) 阿图尔·考夫曼著. 米健译. 后现代法哲学——告别演讲[M]. 北京: 法律出版社, 2000.
- [12] (美) 理查德·A·波斯纳著. 蒋兆康等译. 法律的经济分析[M]. 北京: 中国大百科全书出版社, 1997.

## Research on the Victim – Offender Reconciliation from the Angel of Contract Law

LIAO Jia – ming

(East China University of Politics and Law Shanghai 200042, China)

**Abstract**: As the recent criminal dispute settlement trend, the victim – offender reconciliation has stimulated many masters' interests. This paper researches the origin of the system of the victim – offender reconciliation and addresses the theoretical fundamental problem.

**Keywords**: victim – offender reconciliation; contract; restorative justice theory; equity theory; narrative theory