



# “刑事和解”的概念框架

## ——以五组范畴的比较为中心\*

杜宇

**提 要：**作为某种新生事物，“刑事和解”与“恢复性司法”、“犯罪人-被害人和解”、“辩诉交易”等范畴存在着复杂而微妙的关系，需要我们妥善澄清。文章以类型观念为基础，以比较分析为方法，通过将“刑事和解”与五组相关范畴仔细辨析与区分，逐步描摹出“刑事和解”的范畴边界，以形成一个关于“刑事和解”的整体性的概念框架。

**关键词：**刑事和解；恢复性司法；犯罪人-被害人和解；辩诉交易；类型

20 世纪 70 年代，伴随着传统刑事司法理论上的无尽困惑，特别是实践效果的巨大失败，西方刑法学界开始探寻一种全新的刑事冲突应对模式。此时，普遍存在于各国社会的传统解纷方式——和解，逐步进入了主流学者的研究视域，并在社会的急迫需求中，获得了迅速复兴的强大动力。“刑事和解”一跃成为西方学界高度关注的核心课题之一。<sup>1</sup>

关于“刑事和解”这一范畴，尚未见到统一的、能被广泛认同的定义。之所以如此，一个根本性的原因乃在于，“刑事和解”蕴涵着极为复杂且不断变动的内部结构，世界范围内从未出现、也不可能出现具有普适性的、整齐划一的刑事和解模式。因此，要给出一个统一定义就是极为困难的。不可否认，作为研究的理论起点和逻辑底线，范畴的界定不可或缺。

---

\* 作者杜宇，复旦大学法学院副教授，北京大学法学博士，中国人民大学博士后，代表作有《重拾一种被放逐的知识传统——刑法视域中“习惯法”的初步考察》、《刑事和解与传统刑事责任理论》、《刑法上之“类推禁止”如何可能？——一个方法论上的悬疑》等。E-mail: duyu@fudan.edu.cn

本文乃作者主持的 2006 年教育部人文社会科学资助项目“‘犯罪人-被害人和解’的世界经验与中国模式：一种迈向和谐的刑事法治图景”（项目批准号为 06JC820003）之阶段性成果。

1 张庆方：“恢复性司法——一种全新的刑事法治模式”，载陈兴良主编：《刑事法评论》（第 12 卷），北京：中国政法大学出版社，2003 年，第 438 页。

因为，任何严肃的学术研究，都必须给定一个大致的讨论对象和讨论边界，从而真正在同一平面上形成对话。同样不可否认的是，过于注重概念，也容易陷入文字游戏和文牍主义的怪圈，而不利研究的实质性推展与深入。特别是，对刑事和解这样一种新生事物而言，其核心内涵、操作模式都远未定型，仍存在着巨大的发展空间与变化可能，因而，保持某种审慎的观察立场和开放性的界定姿态，或许是极为必要的。

本文试图对“刑事和解”这一范畴予以轮廓性地、框架性地分析。在我看来，“刑事和解”最好被作为“类型性”的事物来看待，其既有相对固定、明确的核心，又有较为混沌、模糊的边缘。本文中的分析，不但会触及这一范畴的核心，也会尝试着去不断探索它的边界，由此，尽力呈现出关于“刑事和解”较为完整的概念框架。特别是，针对现下学界讨论中反复出现的一些范畴，如“恢复性司法”、“犯罪人-被害人和解”、“辩诉交易”等，它们与“刑事和解”之间存在着复杂而微妙的关系，迫切需要我们妥善澄清。基于这样的知识背景，文章以比较分析为线索，通过五组相关范畴的仔细区分与辨析，去逐步描绘“刑事和解”的概念轮廓，型塑“刑事和解”的整体形象。

## 一、刑事和解：纯粹模式与最高模式

根据我有限的阅读范围，目前对“刑事和解”的理解，主要有两种类型：一种见解认为，刑事和解就是“将与该犯罪有关的当事人会聚一堂，集体处理该犯罪的影响和将来的过程”。这被称为“纯粹模式”(Purist Model)。另一种见解则认为，刑事和解乃是“通过修复犯罪所造成的损害，从而实现司法的一切活动”。这被称为“最高模式”(Maximalist Model)。<sup>2</sup>

可以看到，在“纯粹模式”的理解中，将“相关当事人会聚一堂”是至关重要的环节。换言之，“会商”与“面谈”，乃是和解的核心，不容舍弃。重要的是通过面对面的交流、互动、协商而达成相互谅解的效果，而绝非简单的道歉与赔偿。道歉与赔偿应被“会商”与“面谈”所包容，成为其自然引出之效果。这样的一种界定，是意在强调和解之途径、手段与程序，是一种以过程为导向而非以结果为导向的思维方法。

相反，最高模式则并不认为“相关当事人会聚一堂”不可或缺。在它的理解中，犯罪乃是对被害人利益、人际关系的某种损害，因而，任何措施只要是以恢复被害为目标，并且能够达成修复损害之效果，就应当被视为具备“和解”之内核。从这种立场出发，最高模式认为，将被害人、加害人和共同体三方会聚一堂的纯粹模式，固然是刑事和解，但并非仅限于此，其他凡是出于和解意图并能达致相互谅解效果的活动，都应当构成“刑事和解”。显然，这样的一种界定，乃是以目的为导向，而非以手段为导向，以结果为中心，而非以过程为中心。

根据 Van Ness 的归纳，目前刑事和解的制度实践，主要有三种模式：“被害人-加害人和解模式”(Victim-Offender Mediation)、“会商模式”(Conferencing)与“圆桌会谈模式”(Circles)。<sup>3</sup>三种模式的主要区别在于，参与和解程序的主体不同：“犯罪人-被害人和解模式”通常只有犯罪人、被害人及调解人参加，“会商模式”则吸纳了当事人的支持者、特别是家庭成员的参与，而“圆桌会谈模式”则更为广泛地允许所有受犯罪影响的人、特别是社区成员的参与。<sup>4</sup>

2 [日]高桥则夫：“恢复性司法的国际动向——何谓恢复性司法？”，《现代刑事法》2002年第8期。转引自黎宏：“刑事和解：一种对传统刑法理念的挑战”，载研讨会文集：《和谐社会语境下的刑事和解》，北京，2006年，第203页。

3 [美]丹尼尔·W·凡奈斯：“全球视野下的恢复性司法”，王莉译，载狄小华、李志刚主编：《刑事司法前沿问题——恢复性司法研究》，北京：群众出版社，2005年，第67—70页。

4 可能有人认为，三种模式代表了“刑事和解”发展的不同阶段，和解模式是初级形态，而会商模式、圆桌会谈模式则是高级形态。但是，这样的判断显然无法成立。三种模式之间并无高低之分，其各有自己的

如果世界范围内的刑事和解实践，只有以上三种样态，那么，它们均无法脱逸于“纯粹模式”的界定。因为，尽管在参与主体上有重大区别，但它们都十分强调会面的过程。但问题是，有时候要求当事人会面协商是相当困难的，被害人/犯罪人往往不愿再次面对曾经的“敌人”，也不愿成为和解程序中的聚焦中心；同时，会面还隐含着巨大的风险，本已脆弱的情感、心灵可能再度受伤。因而，很多当事人对见面会谈总是“心怀余悸”，尽管他们并不拒绝和解，也不拒绝参与程序。由此，在强调见面、会商的“直接和解”形式之外，实践中更成长出某些“间接和解”的形式。例如，所谓“穿梭外交”，就是由一个犯罪人和被害人愿意信任的第三人，来开启双方的沟通。此时，双方当事人并不直接会面，而是透过第三人的协助，往返传递各自的意见、需求与愿望，促成当事人的和解。再比如“影像调解”，双方也不直接会面，而是通过录音或录像，来传递信息、表达情感与诉求。<sup>5</sup>

可以很清晰地看到，相比“纯粹模式”而言，“最高模式”可能是一种更为开放的解释。特别是，从当下世界范围内的现实情况观察，此种理解的张力必定会强于纯粹模式。因为，一个显而易见的事实是，即使就现存的刑事和解样式而论，都早已远远超出了“纯粹模式”的理解。更何况，以长远的眼光，刑事和解的制度实践仍将不断发展、变动和更迭。我们不能强迫现实去迎合概念，相反，作为某种理论解释，它必须具备基本的品性，足以适用于不同层次、文化、语境下的情形。因此，保持概念适度的开放性、灵活性与包容性，也许是极为必要的。

当然，也必须看到，概念愈是抽象，便愈是空洞。在获得某种包容力的同时，概念的核心可能反而被模糊化。“最高模式”尽管勾勒出刑事和解的大体轮廓，同时尽量使这种轮廓保持张力，但是，在对解释对象予以扩大化理解的同时，对象的核心指向反而不再突出。“纯粹模式”的定义方式，也许丧失了概念的灵活性与包容性，但正是由于它的“专注”与“纯粹”，因而使某种典型的“刑事和解”形象更为清晰和具体。

也许，换一种思考方式才对。我们不要把“纯粹模式”与“最高模式”看成是两种对立的解释方式，毋宁说，两者处于相互补充、相互支援的关系之中。事实上，从其最为核心的样态，到最为边缘的样态，“刑事和解”更应被视为某种序列性的“类型”。在这一“类型”中，或许其核心部分是意义清晰的，但在核心部分之外的边缘地带，在事物与事物之间的过渡地带，则常常是含混模糊的。“刑事和解”与其它相邻事物之间，并不具有“非此即彼”的僵硬隔栅，它们之间毋宁是一种流动的过渡。因此，“刑事和解”虽然有一个固定的核心，但却没有固定的边界。“纯粹模式”描述了最为典型的“刑事和解”，而“最高模式”则使得这一事物的外延向外推展，涵盖着那些边缘的、非典型的样态；“纯粹模式”的解释，凸现了“刑事和解”的核心，而“最高模式”的解释，则使得这一事物的边界相对开放。

通过上面的讨论，可以认为，“刑事和解”无法被精确地定义，而只能以接近的方式加以描述。这里很难运用精确的形式逻辑的思维，而只能使用某种“类型化”的描摹。以下，笔者试图通过五条比较性的路径，使“刑事和解”的类型形象更为清晰。

## 二、刑事和解与刑事附带民事诉讼中的和解

在中国已有的制度设计中，“刑事附带民事诉讼”中的和解，可能与“刑事和解”具有

---

成长背景、文化土壤和适用案型。和解模式发轫于加拿大和美国，其通常只有犯罪人、被害人和调节人参加，因而有利于保护当事人的隐私。有时，过多的人员参与不但不能促进和解，反而会引起不安、尴尬和忧虑；会商模式则主要成长于新西兰、澳大利亚等国家，其对于处理青少年犯罪和家庭成员内部的犯罪极有优势。因为，亲情与友情总是饱含着鼓励与接纳。家庭成员的参与，会建立起一种浓厚的道德和情感氛围，由此消除犯罪人对刑事司法的恐惧，并激发犯罪人的内在悔悟；圆桌会谈模式发源于北美印第安人的司法传统，其特点是参与者众多，因而对社会影响广、社会关注度高的案件特别适用。

<sup>5</sup> 温景雄：“恢复性司法比较研究”，载狄小华、李志刚主编：《刑事司法前沿问题——恢复性司法研究》，北京：群众出版社，2005年，第132页以下。

一定的关联性。这两个范畴之间关系的澄清，不但牵涉到“刑事和解”内涵之把握，而且更牵涉到“刑事和解”引入的制度空间。

我国刑事诉讼法第77条规定，“被害人由于被告人的犯罪行为而遭受物质损失的，在刑事诉讼过程中，有权提起附带民事诉讼。”从性质上分析，“刑事附带民事诉讼”，实质上乃是一种民事诉讼，应当适用民事诉讼法的有关规定。因此，“刑事附带民事诉讼”当然允许调解与和解。然而，必须明确的是，此处调解的范围，并不涉及刑事问题，而只涉及民事赔偿问题。同时，根据上述法律规定，附带民事诉讼的请求范围，只能是犯罪行为直接造成的物质损失，精神损害方面的赔偿，则不在诉讼之列。由此，“刑事附带民事诉讼”和解的范围，进一步地被限定为“犯罪行为所直接导致的物质损失的赔偿问题”。

显然，这里的“刑事附带民事诉讼”和解与“刑事和解”，有着巨大的差别：首先，从和解的主持者来观察，刑事附带民事诉讼的和解，乃是在法官的主持下进行。而“刑事和解”则不仅可由法官主持，也可由检察官、警官、缓刑假释官等其它司法官员主持。而且，从实践表现来看，“刑事和解”更多地乃是由处于司法权力之外的“民间中立组织”主持。与这一点相连的是，刑事附带民事诉讼总是与诉讼联系在一起，为诉讼所包容，成为某种“庭内和解”；而“刑事和解”则有更为广泛的实践形态，不仅有法庭内的操作模式，更有处于诉讼的边缘、甚至是独立于诉讼之外的运作形式。

其次，从和解的范围来观察，刑事附带民事诉讼的和解，其范围仅限于物质损失的赔偿问题。而在“刑事和解”中，不仅物质损失属于可和解的范围，而且精神上的伤害，更是构成和解的重要组成部分。犯罪行为在给被害人带来物质损失的同时，也给他们带来了人格上的侮辱和巨大的精神负担。“刑事和解”不仅是对物质损失的弥补，而且，更是对精神损害的抚慰、心灵安宁的重建。惟其如此，在“刑事和解”的责任框架中，道歉与赔偿永远是同样重要的责任形式。并且，就精神层面而言，尽管道歉构成了主要的责任承担方式，但是，“赔偿”这一责任形式，也始终处于开放的姿态。“精神赔偿”在刑事和解中，完全有存在的空间和操作的余地。

再次，从和解的性质来观察，刑事附带民事诉讼的和解，乃是某种民事和解的运用形式，在本质上仍属于民事和解。而“刑事和解”，则是就犯罪问题所达成的和解，属于某种“民事和解”之外成长起来的、崭新的和解类型。刑事附带民事诉讼中，双方当事人和解的指向，乃集中于物质损失的赔偿，这从本质上说仍属于民事问题。尽管物质损失的确定与犯罪行为为之查明，仍具有某些内在联系（这也是两个诉讼合并在一起的原因），但是，从本质上讲，解决赔偿问题的民事诉讼，与解决犯罪问题的刑事诉讼，乃是两个不同性质的诉讼。因此，这种和解只不过是民事和解的延伸与运用，其在和解原则、和解协议的效力、和解协议的救济等各方面，均与普通民事和解完全相同。与之相对，“刑事和解”绝非简单地指向物质损失之赔偿，而是就整个犯罪问题之处理，所达成的一揽子的、整体性的协议。从特质上讲，它是对刑事问题的和解，而非对民事问题的和解。因而，其在和解的适用范围、和解的内容与步骤、和解协议的性质与救济等诸多方面，均与民事和解截然不同。

最后，从和解的效果来观察，刑事附带民事诉讼的和解，与刑事问题的处理截然两分，并无任何内在关联。而“刑事和解”则是对犯罪的综合性、系统性反应，其成立与否将对最后的实体处理结果产生直接影响。在刑事附带民事诉讼中，犯罪人是否与被害人达成协议，达成什么样的协议，这均与刑事问题的解决无关。换言之，被告人是否给予被害人以物质赔偿，给予被害人多少赔偿，均不影响犯罪成立与否的判断，也不影响最后的刑罚裁量。这就是实践中为什么被告人总是怠于赔偿的真实原因。而在“刑事和解”的情况下，和解的达成与否，将会直接制约犯罪的司法处理结果：和解如果成功，被告人可能被停止刑事追诉（撤销案件、不起诉、犹豫起诉、中止审理等），也可能由此获得某种正面的法律利益（减轻刑罚、缓刑观察、假释观察等）。和解一旦失败，案件将会重新进入刑事司法体系的诉讼程序，

被告人将再次面临正式定罪与刑罚的威胁。

### 三、刑事和解与刑事自诉中的和解

我国刑诉法规定的自诉程序中，有一套类似于刑事和解的调解/和解程序。这一程序大致包括以下内容：人民法院对自诉案件，可以在查明事实、分清是非的基础上进行调解；自诉人在判决宣告前，可以同被告人自行和解或者撤回自诉；对于已经审理的自诉案件，当事人自行和解的，应当记录在案；调解应当在自愿、合法、不损害国家集体和其他公民利益的前提下进行；调解达成协议的，法院应当制作刑事案件调解书，调解书经双方当事人签收后即发生法律效力。

从司法实践的情形看，刑事自诉案件中当事人往往会提起附带性的民事诉讼。因此，此类案件中，法官调解的重心通常集中在两个方面：一是案件的刑事实体问题之处理，即对是否追究被告人的刑事责任进行调和；二是如果不再追究被告人的刑事责任，那么被告人应当承担何种具体的民事责任。尽管刑事责任与民事责任性质不同，但法官在调解时往往会将二者联系起来，以作为平衡当事人利益请求的重要手段。从这一点来看，刑事自诉案件的和解已经跨越了纯粹的民事和解之疆域，而带有了某种程度的刑事和解之意味。

从西方“刑事和解”的发展来看，其最早的适用案型也正是所谓的轻罪、过失罪和少年犯罪。其中，许多的轻罪与今日之自诉罪行有着高度的重叠。因此，可以部分地认为，刑事和解正是从自诉罪行的和解中发轫出来。甚至可以说，刑事自诉案件的和解，带有某种刑事和解雏形之意味。诚如上述，“刑事和解”很难被精确定义，它更多地可被视为一种序列性的类型。从这一类型的核心直到边缘，依次分布着从最为典型的刑事和解直至最为变形化的刑事和解。在这样的谱系中，中国现行制度框架下的自诉案件之和解，很可能处于某种极为边缘的地带。之所以得出这样的判断，主要是因为，与典型的、成熟意义上的刑事和解相比，刑事自诉中的和解还有着不小的偏离：

其一，主持人选任。尽管在国外也有多种调停人模式，如由警察、检察官、法官、宗教组织来担任，但是，其中绝对的主流，仍是由中立的社区组织来承担。因为，刑事和解的制度功能，部分地就是分担正式刑事司法的压力，并由此提升司法人员的工作效率。而如果仍然由法官等司法人员担任调停人，就会使这一制度机能落空；此外，一旦案件调解失败，势必重新启动刑事追诉程序。这样，如果仍然由原来主持调解的法官来继续审理案件，就可能产生预断与偏见；更为重要的是，“刑事和解”的初衷，乃是最大限度地调动和发展社区的犯罪应对能力，因而，吸纳社区组织的参与就成为某种必须。基于这样的考虑，刑事和解的主持人最好是由社区组织来担任。然而，刑事自诉案件中的和解，则毫无例外是由法官来主持。

其二，和解目标。刑事自诉案件的和解，其目标主要定位为当下案件的了结。详言之，此种和解的目标，一是要考虑是否追究被告人的刑事责任，二是要解决当事人经济损失的赔偿。应该看到，这两个目标之间绝非断裂之关系，而是存在非常密切的关联。刑事追诉的停止，往往是以物质损失的适当赔偿为条件。反过来，刑事追诉的继续，又常常意味着经济损失的难以弥补。通常，法官会技巧性地游走于这两个问题之间，平衡双方当事人的实际诉求，同时努力寻求某种利益的连接。一旦形成了这样的对接与妥协，自诉案件的和解便抵达了自己的终点——案件的了解。在个案纠纷的解决之外，刑事自诉案件的和解并不存在任何额外的目标。然而，“刑事和解”的趣旨，则绝不止于当下案件的了结，它还蕴涵着更高的意向，那就是“恢复性正义”。在这一“正义理论”的框架内，个案正义的达成，绝非仅仅局限在某种经济损失的赔偿，它同时还应关注精神层面的回复。同时，除了物质水平的恢复和精神安宁的重建，它更试图以个案处理为契机，进一步改善个案背后的人际关系，提高犯罪人的

社会生活能力，发展社区的犯罪预防与应对机制。在这样的理解中，和解的目标就绝不限于当下个案的了解，也绝不满足于恢复到案件未发生的状态，而是蕴涵着某种改善与提升的意境。

#### 四、刑事和解与刑事案件的私了

“私了”是与“公了”相对的提法。它意味着双方当事人不将案件提交给正式司法机关，而是自行协商解决纠纷。从案件的性质与范围观察，私了的案件既包括民事案件、行政案件，也包括刑事案件。

在公权力的视线之外，刑事案件的私了乃是一个广泛存在的社会现实。根据新近的调查研究，江西省乐平市某些乡镇的人身伤害、盗窃、重婚等三类刑事案件中，竟有 70% 是通过私了解决。<sup>6</sup>更为一般化的统计资料则显示，近两年发生的所有刑事案件中，有 30% 是通过私了化解。<sup>7</sup>只需简单调动我们的常识与经验，就会迅速相信上述数据的真实性。

在私了急速抬头的社会背景下，正式刑事司法机制不可避免地显得落寞。这里，自力的、合意性的纠纷解决机制似乎更受青睐，而公力的、决定性的纠纷解决机制则只是作为某种备而不用手段，或者仅仅成为非正式程序的一种“救济程序”。诉讼程序的介入，并不是因为它的“好用”与“对路”，而只是因为其它解纷方式的失灵。它的选择和采用带有明显的被迫意味。从当事人的角度出发，他们更宁愿选择私了，因为这更符合他们的常识：纠纷向来都是如此解决的。同时，这也更符合他们的利益：成本低廉、更为充分地表达、更能满足自己的需要、更有利于缓和矛盾、更有利于人际关系的维系与发展。从官方的角度出发，也并不必然反对此种私了：私了省时省力，会节约正式司法体系大量的时间、人力成本，来应付更为复杂重大的案件；私了可能更有利于当事人矛盾的充分化解和社会的长治久安，从而取得更好的“社会效果”。所有这些，又反过来作为官方效率与政绩的体现，对其切身利益加载正功。指出这些，并非意味着对“私了”的一味附和与赞颂。只是试图表明，“私了”现象的产生，有其复杂微妙的社会成因，也有其较为独特的社会功用。作为中国基层社区解决刑事纠纷的普遍机制，“私了”现象或许还将持续存在。<sup>8</sup>

如果将“私了”与“刑事和解”予以对照，就将发现，它们虽然都是以协商、合意作为纠纷解决的手段，但两者之间仍有着重大差异：前者是在案件进入正式的、国家主义的司法体制之前，便在民间予以消化。一定意义上讲，这是一种在公力救济的体系之外独立展开的私力救济，是在缺乏正式体制授权的情况下进行的“地下操作”。因此，尽管其存在是不可否认的现实，也有相当坚强的理由，但是，站在国家主义的立场，站在实定法的立场，“私了”根本不具备起码的“合法性”与“正当性”。甚至，其对于国民规范意识的诱导、法律信仰的确立以及正式法的统一实施，还有着极为巨大的破坏力。由此，我们不得不对此种“反法治”的力量表达最为极端的警惕，并施以最大限度的压制。但是，对于“刑事和解”而言，却完全不存在这样的担忧。因为，“刑事和解”并非在正式司法体制之外发育和成长，毋宁说，它乃是镶嵌于正式司法体系之内，或是附着在正式司法体系的边缘。尽管在“刑事和解”与正式司法体制的关系上，还存在不同的理解，但不可否认的是，任何“刑事和解”的试验都是在官方的支持下“自上而下”地推动，都是正式司法体制与社区合作的成果。“刑事和解”的案源，均来源于司法机关的移交；“刑事和解”达成的最终处理结果，必须经由司法机关审核；一旦和解失败，案件仍不得不再次纳入正式诉讼机制来处理。从这个意义上讲，“刑事和解”的整个运作过程，都是在“正式体制的阴影”下展开。没有正式体制的授权、

6 张容、徐卫华：“不能忽视农村犯罪私了现象”，载《法制日报》2001年3月29日。

7 陈玉范、屈广臣：“‘私了’问题的法律思考”，《当代法学》1995年第1期。

8 关于基层社会的刑事纠纷解决，更为详尽的研究，可参见拙著：《重拾一种被放逐的知识传统——刑法视域中“习惯法”的初步考察》，北京：北京大学出版社，2005年，第54页以下。

增援、监督与救济，就没有“刑事和解”。因而，“刑事和解”不可能存在任何“合法性”的危机，也不可能面临任何“反法治”的诘难。不仅如此，它对于正式司法体制而言，更有着正面的、建设性的意义：节约司法资源，提高正式体制的效率；关注被害人的需要，平衡当事人的利益诉求；面对不同案型，提供多元化的、更具针对性的程序选择，等等。可以说，“刑事和解”正是在正式司法体制不及与不足的地带孕育和成长，并成为刑事纠纷多元化解决机制中的重要一环。

“私了”现象的存在，一方面构成了引入“刑事和解”制度的社会实践背景，但另一方面，它更可能成为迈向真正意义上的“刑事和解”的一种中介，一种发展和改造的基础。从心理上讲，“私了”使人们熟悉并习惯于合意型的纠纷解决机制，并逐渐累积起对于和解的认可与信赖；从组织上讲，“私了”发育和培养了一批胜任调停人角色的民间人士，为未来和解制度的建构，奠定了人力资源的基础。在这样的意义上，抛开“私”的成分不论，它的确为“刑事和解”制度的引入，准备了良好的社会实践土壤、人员和经验。然而，另一方面，“私了”毕竟是一种体制外产物，它不但缺乏正式体制的“合法性”授权，而且在与正式司法体制的隐形竞争中，更具有削弱、消融法治的潜在力量。因而，它迫切需要某种“法治化”的改造。此种改造的中心，就是将那些游弋在正规体制之外的“地下运作”，重新拉回到法治的框架之内，转化为某种“台面化的操作”。而此种改造的实质，就是重新梳理和解与正式诉讼体制的关系，将和解嵌入到正式司法体制之中，将“小传统”扶正为“大传统”。

## 五、刑事和解与辩诉交易

所谓“辩诉交易”(Plea Bargaining)，又称“辩诉协商”(Plea Negotiation)或“辩诉协议”(Plea Agreement)，是指检察官和辩护律师在法院开庭审判之前，对被告人的定罪和量刑问题进行讨价还价，检察官通过降低指控或者向法官提出减刑建议来换取被告人作有罪答辩的一种活动。<sup>9</sup>

今天，主流的诉讼理论认为，辩诉交易是一种契约关系，从性质上讲，可归入某种刑事契约的范畴。而在传统的国家追诉主义理念中，检察官是代表国家公益对被告人予以单向追诉的上位主体，检察官与被告人并不处在平等的位阶之上，两者之间无法达成契约关系。因为，根据合同法的基本原则，合同当事人须具有完全平等的主体地位。但是，这一理论禁锢在20世纪70年代初被最终突破。1970年，美国联邦最高法院在“布雷迪诉美利坚合众国”一案的判决中，正式确定了辩诉交易的合法地位。<sup>10</sup>此后，辩诉交易在美国、英国等西方国家迅速勃兴，直至发展成为刑事诉讼中举足轻重的协商机制。

“辩诉交易”与“刑事和解”具有天然的近亲关系。两者都试图在以“决定”为主导的诉讼机制中，引入某种“合意”与“协商”。正是基于此种“协商”，使得两者都以某种刑事程序中的“契约机制”之面貌出现；正是此种“协商”，使得本来极为僵硬的诉讼体制，充满张力；同时，也正是此种“协商”，使得正式司法资源得以部分解放，从而极大提升了司法效率。美国联邦最高法院首席大法官伯格(Burger)曾指出，如果将辩诉交易的适用率降低10个百分点(比如从90%降到80%)，那么就需投入两倍于现在的人力、设施等司法资源；相应地，如果将辩诉交易的适用率降低20个百分点，届时所需要的司法资源将是现有司法资源的三倍。“刑事和解”具有与“辩诉交易”类似的作用。刑事和解的运用，避免了侦察、起诉、参与庭审等可能耗费的大量时间与精力，且最终的实体处分多是刑事转处(Diversion)，因而进一步节约了刑事执行中的司法资源支出。

9 此外，在《布莱克法律词典》中，辩诉交易被定义为：“在刑事被告人就较轻的罪名或者数项指控中的一项或几项作出有罪答辩，以换取检察官的某种让步，通常是获得较轻的判决或者撤销其他指控的情况下，检察官和被告人之间经过协商达成的协议。”参见 Black's Law Dictionary, 7th ed. West Group, 2000, pp. 1173.

10 Brady v. United States, 397U.S. 742.

但是，也应该看到，“刑事和解”与“辩诉交易”毕竟源于不同的社会背景，两者在适用范围、协商主体、协商内容、协议审查、利益保护等方面，仍有着不同的规定性：

首先，从制度起源上观察，“辩诉交易”制度的产生，完全是基于司法效率的追求，而“刑事和解”运动的孕育，则有着更为复杂、多元的社会背景。随着资本主义经济的蓬勃发展，19世纪初的美国犯罪率成倍上升。特别是，19世纪60年代以来，移民涌入、人口暴增、种族冲突、工业化等社会问题，对激荡社会中的犯罪控制施加了强大压力。在这种背景下，美国一些大城市的检察官为了及时处理积压的刑事案件，同时避免指控不能成立的风险，就开始与被告人及其律师进行协商、交易，以便迅速了结案件。由于这一方法的采用，对于司法效率的提升具有立竿见影的效果，因而大部分州都开始推广这一制度，以至于发展到今天，美国所有刑事案件中超过90%都是以“辩诉交易”来解决。不难看到，对于司法资源的解放，和司法效率的追求，乃是“辩诉交易”制度最为原始的冲动。至于诉讼风险的规避与降低，那都是在往后的操作实践中，逐步释放和衍生的制度机能。相比而言，“刑事和解”的出现，则是有着更为复杂、多元的发生背景，绝非此种单一目标催生的结果。概括说来，“刑事和解”运动的产生，乃源于三种背景因素的交叉互动：其一，以犯罪人为中心的传统监禁、矫正政策的失败；其二，以被害人为中心的权利保护运动的推动；其三，对司法效率的追求。尽管缓解正式司法体制的压力，是官方推动这一实践的现实动机之一，但是，此种效率的追求始终只具有部分的解释力。“刑事和解”所试图实现的，更是一条被害人保护和罪犯复归的平衡之路。

其次，从适用范围上观察，“辩诉交易”没有明确限制。无论从法律规定的角度，还是从实践运作的角度，都可得出这样的判断。与之相反，刑事和解的适用范围则通常有所限制。作为一种共识，和解适用于青少年犯罪、轻微犯罪和偶然犯罪，应该没有疑义。但是，其能否适用于所有类型的犯罪，则仍然构成一个问题：第一，严重暴力性犯罪能否予以和解，就大有争论。尽管在英格兰泰晤士河谷、澳大利亚堪培拉等项目中，答案是肯定的，但是，在世界大部分地区，基于报应情感和公共利益的考量，对于严重暴力性犯罪的和解仍保持审慎、拒绝的姿态。第二，“无被害人的犯罪”、“自己是被害人的犯罪”能否和解？“刑事和解”的展开，必须以双方当事人、特别是被害人的存在为前提。上述两类犯罪因为缺乏这样的适格主体，而可能成为这一制度适用中的盲点。第三，针对某些以国家、社会为抽象被害人的犯罪，由于其缺乏具体被害人，因而如何选择抽象被害人的代表，如何展开恢复性协商，也将成为特别的问题。可以看到，在上述三类犯罪中，“刑事和解”仍有极为艰巨的壁垒需要跨越。

再次，从协商主体上观察，“辩诉交易”的协商主体是检察官与被告人，这种形式决定了，“辩诉交易”是公共利益与被告人个人利益之间的妥协。而“刑事和解”的协商主体则是被害人与犯罪人（被告人），由此显示出，和解过程乃双方当事人个人利益之间的平衡。

复次，从协商内容上观察，有两点值得注意：其一，“辩诉交易”的指向，是要解决被告人是否认罪的问题。因此，在“辩诉交易”中，说服诱导被告人认罪，就成为一个突出重要的工作。相反，“被告人是否有罪”并不在“刑事和解”的调停范围之内，“刑事和解”的发动，必须以被告人的有罪答辩为前提。详言之，在辩诉交易的场合，检察官通常是在证据不足、存在无罪判决之可能的情况下，不得已才与被告人展开协商。这是规避或降低诉讼风险的某种策略。如果被告方一开始就作有罪答辩，根本就不存在任何诉讼风险，也不存在交易的必要。之所以向被告人允诺“减刑建议”，完全是以诱导被告人认罪为目标。因此，是否认罪，以及由此可以换取多少法律利益，就成为辩诉交易中的核心问题。而“刑事和解”，则通常需要在证据充分、责任归属明确的基础下方能展开。此时，被告人认罪是毫不妥协的、当然的前提。从国际范围内观察，所有践行这一制度的国家，几乎不约而同地将被告人自愿认罪，设定为启动和解程序的首要条件。而和解中的协商，则主要是围绕谅解的达成及责任

的具体承担。其二，“辩诉交易”达成的协议，一般不涉及被害人的赔偿问题。“辩诉交易”，通常是对被告人刑事实体问题的处理，而与被害人的赔偿问题分开。两者之间不存在直接关联性。在“刑事和解”程序中，被害人的赔偿则是至关重要的环节。通常情况下，此种赔偿是否实现，将直接关系到被告人刑事责任的承担。只有在被告人履行了赔偿责任之后，司法官员才会做出停止追诉、减刑、免刑等处理。

再次，从协议的审查上观察，在辩诉交易中，一旦检察官与被告人达成协议，该协议就自然具有了约束控辩双方的法律效力，法官只能对此进行程序性审查。绝大多数情况下，法官都会认可该协议的效力，并严格按检察官的量刑建议作出判决。和解协议则通常需要检察官、法官进行真实性、合法性的实质审查，只有在不损害公共利益的前提下才能确认它的有效性。在此基础上，检察官、法官还应就赔偿的履行进行监督。只有在被告人履行赔偿之后，才能做出停止追诉、减免刑罚等正式的司法处理。

最后，从利益的保护上观察，是否重视被害人利益的保护，构成了两个制度最为重要的区别。辩诉交易制度在一定程度上忽略了被害人的利益。虽然在通常情况下，检察官在与辩护律师或被告人进行交易前，会征求被害人的意见，甚至在美国的有些州，辩诉交易还必须征得被害人的同意。但是，这些规定只是在交易之前赋予被害人一定的程序上的发言权，而被害人对交易的过程和结果则无毫无影响可言。即使在交易过程中利益被牺牲，即使对辩诉交易的结果不满，被害人也无能为力。而在刑事和解制度中，被害人的利益则得到了史无前例的重视。对被害人的物质赔偿，以及精神安抚，构成了整个和解制度的核心关注之一。被害人不但成为程序自始至终的参与者，而且成为某种具有决定性权利的程序主体。国家公诉机关的当事人地位，已经大大的让位于被害人，其并不实际参与协商过程，只是对双方的协商起组织、监督与救济的作用，国家的角色已经从“矛盾的冲突者”演化为“矛盾的协调者”。

## 六、刑事和解与恢复性司法

恢复性司法 (Restorative Justice) 的勃兴，也许是二十世纪最为引人瞩目、亦是最具争议的法律现象之一。作为某种崭新的刑事司法模式，它被视为是对传统司法模式的全面替代。毫无疑问，传统模式是以报应或矫正为根本指向的，而恢复性司法的应对思路则截然不同。它强调对犯罪的正确反应不是惩罚，而是通过社区劳动、赔偿、道歉等责任形式，恢复因犯罪所造成的各种损害，恢复社区生活的常态。在此基础上，这一模式还有更为宏大的抱负：帮助犯罪人确立新的生活态度与行为模式，最大可能地发展其社会交往的技巧与能力；帮助被害人重新回归社会，重建其安全感、自主感和控制感；培育社区的犯罪预防与应对能力，构筑更为和谐、安全和相互信任的社区关系。正是在这个意义上，“恢复”一词不应被简单地理解为“使事物恢复到犯罪发生前的状态”，而是蕴涵着更高的精神意向：那就是以个案处理为契机，努力实现某种提升、改进与超越。

通常认为，美国学者 Barnett 最早提出了“恢复性司法”这一概念。在其 1977 年发表的大作《赔偿：刑事司法中的一种新范式》一文中，首先阐述了“犯罪人—被害人和解”试验中产生的一些重要原则，包括这里所讲的恢复性指向。<sup>11</sup>其后，学者们从自己的研究视野和学术立场出发，相继提出了一些类似性的概念，如关系性司法 (Relational Justice)、补偿性司法 (Redress Justice)、社区司法 (Community Justice)、平衡司法 (Balanced Justice)、重新融合性司法 (Reintegrative Justice) 等。事实上，上述概念并非处于紧张与对立的关系之中，而是分别强调着恢复性司法的某一侧面，从而可以统一收归于这一整体形象。

关于恢复性司法的定义，至今尚未产生权威性的理解。以下，将列举一些较有影响的见

---

11 Barnett, R., Restitution: A New Paradigm of Criminal Justice, Ethics, Vol. 87: 4, P279-301.

解，来帮助我们“进入”这一范畴：

根据联合国第 10 届预防犯罪和罪犯待遇大会《讨论指南》的界定，“恢复性司法是一个所有与犯罪有关的人走到一起，共同决定如何解决犯罪所造成的后果及对未来的影响的过程。”<sup>12</sup>

根据联合国《关于在刑事事项中采用恢复性司法方案的基本原则》的界定，“恢复性程序系指通常在调解人的帮助下，受害人和罪犯及酌情包括受犯罪影响的任何其他个人或社区成员，共同积极参与解决由犯罪所造成的问题的程序。”<sup>13</sup>

而在恢复性司法运动的先驱人物 Howard Zehr 看来，“通过恢复性司法的镜头观察，犯罪是对人与人之间关系的侵害，并由此产生了使情况好转的义务。司法包含了由被害人、犯罪人和社区共同寻找促进补偿、和解和保证的解决方式的含义。”<sup>14</sup>

根据 Haley 的理解，“恢复性司法是懊悔的犯罪人接受为自己的错误行为对被害人和社区所负的责任，同时使犯罪人重新融入到社区中的过程。它关注的是恢复：用维护自尊的方式恢复犯罪人，恢复被害人与犯罪人的关系，同时使被害人与犯罪人在社区中得到融合。”<sup>15</sup>

根据 Minor, Kevin I. 和 J.T. Morrison 的理解，“恢复性司法可以被定义为以恢复被害人所受的损失并在对立的双方间促进和平与安宁为目标的一种对犯罪行为的反应。”<sup>16</sup>

---

12 联合国第 10 届预防犯罪和罪犯待遇大会《讨论指南》，2000 年，维也纳。

13 参见联合国文件《关于在刑事事项中采用恢复性司法方案的基本原则》之第 2 条。

14 Zehr, H., *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, Scottsdale, PA, Herald Press, 1990, P181.

15 Haley, John O., *Crime Prevention through Restorative Justice: Lessons From Japan*, In *Restorative Justice: International Perspectives*, Edited by Burt Galaway and Joe Hudson, Criminal Justice Press and Kugler Publications, 1996, P352.

16 Minor, Kevin I. and J.T. Morrison, *A Theoretical Study and Critique of Restorative Justice*, in *Restorative Justice: International Perspectives*, Edited by Burt Galaway and Joe Hudson, Criminal Justice Press and Kugler

根据 Hudson 的理解，“恢复性司法关注犯罪人、被害人和社区之间的广泛关系……犯罪不是被简单地理解为违反了刑法，而是特别强调了对被害人和社区造成的损失，以及每一个人都被认为在对犯罪行为的反应中充当着角色。作为与被害人会面的结果，犯罪人被期待着对其行为的后果获得理解并产生悔罪反应。”<sup>17</sup>

根据 Immarigeon, Russ 的理解，“恢复性司法是一种将被害人与犯罪人面对面聚在一起，告知对方犯罪与受害的情况，了解对方的背景，并共同确定是选择刑罚还是恢复性措施的程序。恢复性司法将刑事冲突的解决归还给了犯罪人和被害人，并授权他们自己解决责任问题。它改变和缩减了国家和专业人员在解决刑事冲突中的作用。从理论上，恢复性司法为愈合犯罪的伤口及弥补错误的行为不仅提供了一套程序而且提供了场所。”

根据 Tony F. Marshall 的理解，“恢复性司法是一个将特定侵害的相关各方聚集在一起，以积极的态度来处理 and 解决该侵害所导致的结果及其对未来影响的过程。”<sup>18</sup>其后，Braithwaite 教授对这一界定做了非常重要的补充。在他看来，这一界定的失误在于，没有明确“谁该得到恢复，恢复到什么程度”的问题。在针对第一个问题——“谁该得到恢复”——的回应中，Braithwaite 指出，“……恢复性司法要恢复被害人、要恢复犯罪人，也要恢复社区”，在针对“恢复到什么程度”这一问题时，他认为“……至于被害人、犯罪人和社区的恢复程度问题则取决于犯罪的程度。”<sup>19</sup>

---

Publications, 1996, P117.

17 Hudson, Joe, et al., Family Group Conferences: Perspectives on Policy & Practice, The Federation Press, Inc. and Criminal Justice Press, 1996, P4.

18 Marshall, T., The Evolution of Restorative Justice in Britain, European Journal on Criminal Policy and Research, Vol.4, P21-23.

19 Braithwaite, J., Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts, Crime & Justice, Vol.25,P1.

可以看到，由于恢复性司法的实践模式众多，理论内涵又异常丰富，因而很难达成一种理解上的共识。此时，一种比较明智而务实的思路，就是提取恢复性司法中最为重要的“共约性”因素，来帮助我们认知与判断。Jennifer J.Llewlynn 和 Robert Howse 在这方面作出了非常有益的尝试。在其极富教益的大作——《恢复性司法：一个概念性框架》一文中，两位作者以其宏阔而精微的观察，提炼出恢复性司法的 11 个构成要素。可以说，这 11 个要素具有宽阔的涵盖力与敏锐的洞穿力，完整而精炼地抽象出了恢复性司法的硬核。上述列举的几种代表性定义，也基本没有逃逸出 Llewlynn 和 Howse 的讨论范围。

这些要素是：（1）所有与冲突有利害关系的各方纳入程序；（2）认可和寻求对损害的处理；（3）参与程序的自愿性；（4）程序以陈述真相为前提；（5）被害人、犯罪人与社区之间的直接会面；（6）保障被害人、犯罪人的权利；（7）程序辅助者的参与，以保障更为广泛的社会需要；（8）以犯罪人、被害人重新融入社区为目标；（9）达成协议；（10）不以惩罚为内容；（11）以程序结果是否达到了恢复性效果为评估参照。<sup>20</sup>

在上述要素中，除了（5）的妥当性值得商榷之外，其它要素的概括还是相当到位的。在我看来，“被害人、犯罪人与社区的直接会面”，固然是某种最为理想、最为典型的恢复性程序，但在操作实践中无法尽然满足这一要求。在相当多的犯罪中，会面对于被害人而言，意味着极度的风险，意味着“再次受伤”的可能，因而不希望直接见面；有些被害人不愿意将自己至于“风口浪尖”的位置，而更喜欢某种旁观者的角色。在这些情况下，我们都不能强行要求当事人会面，甚至可以说，此时的“隔离”更具有某种过滤与保护的功能。会面只能是在足够的前期准备之后，适用于特定类型被害人的程序安排。尽管会面可能是恢复性程序中最具有“恢复性”意义的环节，尽管会面可能导向真相的呈现、角色的沟通、情感的交融等独特价值，但是，它仍然只能适用于部分案件。惟其如此，上述特征中的第（5）点，可能表述为“尽量引导犯罪人、被害人与社区之间的直接会面”，更为适当。

如果仔细梳理上述的十一个特征，可以进一步提炼出恢复性司法的三个内核：恢复性指向、恢复性程序及恢复性结果。所谓恢复性指向，即恢复性司法的基本价值诉求。此种价值目标，构成了程序设计的灵魂，同时构成了效果衡量的标尺。上述特征中的（10）、（2）、（8）大致可归入这一范畴；所谓恢复性程序，也就是达致上述价值追求的基本手段、过程与步骤。从内容上讲，“恢复性程序”包含了参与程序的主体、程序适用的范围、程序启动的前提、程序的核心步骤与环节、程序的主持机构、程序的监督与救济等要素。从功能上讲，它连接起恢复性价值与恢复性结果，构成了两者之间的某种中介和桥梁。上述特征中的（1）、（3）、（4）、（5）、（6）、（7）均可纳入这一范畴；所谓恢复性结果，则是指上述程序安排所最终达致的效果，它可被视为某种恢复性价值的实现。上述特征中的（9）、（11）就属于这样的内容。完整意义上的恢复性司法，应当是恢复性指向、恢复性程序与恢复性结果的统一。

然而，实践操作中的恢复性司法，总是有形态各异的模式。在这些模式中，既有非常典型的恢复性司法样态，但更多的，可能是偏离于理想类型的样态。一方面，均衡强调上述三个要素，即“恢复性指向、恢复性程序与恢复性结果”的模式并非多见，许多模式总是特别强调其中的某一方面，要么关注恢复性的价值诉求，要么关注恢复性的程序或是结果。另一方面，即使是就某个特定的要素而言，各模式表达和实现的程度也绝非完全相同。正是在这个意义上，Braithwaite、Llewlynn 和 Howse 才敏锐地指出：单纯从程度上讲，恢复性司法也绝不存在一种整齐划一的模式，而是形成了某种由高到低的阶梯：完全恢复——大致恢复——部分恢复——潜在恢复——无/伪恢复。<sup>21</sup>

因此，我倾向于以某种“类型”而非“概念”的思维来把握恢复性司法。相较概念的隔

20 Jennifer Llewlynn & Robert Howse., Restorative Justice: A Conceptual Framework, <http://www.lcc.gc.ca/en/themes/sr/rj/howse/index.html>.

21 Braithwaite, J., Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts, Crime & Justice, Vol.25, P1.

绝式思维而言，类型是一种更为开放的、更具包容力的思维。类型虽然有一个固定的核心，但却没有固定的边界。类型无法被精确地定义，而只能以接近的方式描述。我们无法将具体事实，如同涵摄于概念之下一般，涵摄于类型之下，相反地，我们只能以一种或多或少的程度，将具体事实归类于类型之下，使两者彼此对应。在这里，“或多或少”才是真正的特征概括，而“非此即彼”则显得武断和幼稚。<sup>22</sup>

从前面的分析中，我们得知，“刑事和解”也最好作为某种序列性的类型来理解，其与恢复性司法一样，也存在从最为典型到最为边缘的各种样态之分布。在这种“类型”的世界中，“刑事和解”与“恢复性司法”的关系显得异常复杂和微妙：

一方面，两者之间具有高度的重合性，以致于有些学者干脆认为，两者无从区分，根本就是完全相同之物。<sup>23</sup>的确，在一些基本问题上，“刑事和解”与“恢复性司法”分享着同样的认知、理念与价值。在对犯罪的理解上，它们都赞同：犯罪是对被害人和社区利益的侵犯，不能将其视为对国家、社会整体利益的分割；在对刑事责任的理解上，它们都认同：责任的承担，绝非仅仅面对国家，而是必须同时面向被害人、社区。责任的目标不在于惩罚，而在于补偿被害人的物质与精神损失，帮助犯罪人重返社会，并重建社区安宁。责任的形式并非限于刑罚，而是以赔偿、道歉、社区劳动为主干；在对刑事司法的理解上，它们都支持：司法过程绝不能再使被害人成为“看客”，而是必须使其重新成为利益关切与程序流转的核心。司法过程再不是国家垄断的专利，作为某种公共事物，其必须实现国家与社区的分权与合作。

据我分析，之所以产生这样的高度重合，可能缘自于两点因素：其一，从发生学上看，“恢复性司法”与“刑事和解”系出同源。“恢复性司法”的最早出现，乃是在 20 世纪 70 年代后期。当时，加拿大安大略省出现了第一个现代意义上的“犯罪人—被害人和解程序”，而“恢复性司法”一词就是用来描述这一程序。<sup>24</sup>可以说，“恢复性司法”乃是以“犯罪人—被害人和解”为其发生学上的源头。其二，在“恢复性司法”的成长与壮大中，尽管孕育出形形色色、纷繁芜杂的运作模式，但是，它始终以“犯罪人—被害人和解”为其核心模式。根据 Tony Marshall 的总结，恢复性司法的运作形态主要有“犯罪人—被害人和解模式”、“群体会议模式”、“量刑圈模式”、“邻里司法中心模式”等等。但是，这些模式几乎都是以“犯罪人—被害人和解”为基础，只是在参与主体的范围、调解机构的选任、适用案件的类型等方面有细小差别。毫不夸张地说，和解模式乃是恢复性司法最为核心、最为典型的运作形态。

正是基于以上两点，“恢复性司法”始终以“刑事和解”作为其理念、价值的形成中心。易言之，它始终是以“刑事和解”为对象和参照，来提炼、抽象和型塑关于犯罪、责任及司法的理解。而其它模式的发展，尽管也丰富了恢复性司法的文化适用性和操作空间，但是，它们从未在实质上损益、动摇或改变那最为实质的精神内涵。惟其如此，“恢复性司法”与“刑事和解”在基本的理念框架、体系和核心观点上，才会表现出惊人的一致性。两者似乎总是相伴相随，一体两面，难辨你我。

另一方面，也必须承认，两者之间还是有一些微妙的差别。根据我的理解，此种差别至少显现在以下几点：

其一，参照系上的差别。“恢复性司法”乃是对传统司法予以全面反思的产物，它既是

---

22 概念式思维幻想将各种重要的生活事件，逐一分配到一个个被精致思考所得的抽屉中，只要将该当的抽屉抽出，就可以发现该当的事件，此种构想是不可能实现的。估且不论生活本身经常会产生新的创设，其并非当然符合既定的界限，就是在已存生活事件之间，也并不具有概念体系所要求的僵硬隔栅。

23 有许多国内学者主张，恢复性司法与刑事和解系完全相同之概念。如黎宏：“刑事和解：一种对传统刑法理念的挑战”，载研讨会文集：《和谐社会语境下的刑事和解》，北京，2006年；当然，也有学者认为，两者必须区分，恢复性司法的外延比刑事和解更为宽泛。如陈光中、葛琳：“刑事和解初探”，载研讨会文集：《和谐社会语境下的刑事和解》，北京，2006年。

24 张庆方：“恢复性司法——一种全新的刑事法治模式”，载陈兴良主编：《刑事法评论》（第12卷），北京：中国政法大学出版社，2003年，第438页。

在传统司法体制的缺陷中孕育，又预示着某种制度演进的全新图景。因此，学者们总是在与传统“报应型司法”、“矫正型司法”相对应的立场，来使用这一术语。例如，“恢复性司法”领域的开创性人物 Howard Zehr，就将恢复性司法看成是透视和解剖传统司法体制的“全新镜头”。他从十六个方面仔细分析和对比了“恢复性司法”与“传统报应型司法”的区别；<sup>25</sup>当代恢复性司法的重要学者 Llewellyn 和 Howse，也是在这种意义上运用这一术语。他们在尝试对“恢复性司法”的概念框架进行界定前，亦是首先将其与“赔偿型司法”、“矫正型司法”和“报应型司法”予以比较。<sup>26</sup>与之不同，“刑事和解”这一概念，则是更多地强调某种新的刑事纠纷解决思路，强调将传统的民事解纷方式——和解，引入刑事领域。因而，我们更多地是在与传统的刑事解纷方式——“刑事诉讼机制”相对立的意义上，来使用这一概念。这一机制的引入，不仅将分担了诉讼机制的巨大压力，而且在诉讼机制不及与不足的地带，提供了更为对路的程序选择。如此一来，某种类类似于 ADR (Alternative Dispute Resolution) 的“刑事冲突多元主义的解决模式”，成为了相当现实的前景。

其二，层次定位上的差别。诚如上述，刑事和解乃是恢复性司法中的操作模式。“恢复性司法”始终以“刑事和解”作为其理念、价值的形成中心。恢复性司法的理论框架、基础价值及核心观点，都是围绕着刑事和解提炼和抽象而成。在这个意义上，刑事和解更多地可归入制度实践的层面，而恢复性司法则不仅可指制度实践，而且可指此种制度实践的价值基础和意义升华。换言之，从层次定位上看，刑事和解更多地定位为“形而下”的制度安排，而“恢复性司法”则不仅包含“形而下”的制度安排，而且包含“形而上”的理念支撑和价值关怀。

这里，有必要对“恢复性司法”概念作再次的澄清。在英语世界中，这一概念被表述为“Restorative Justice”。而在转介与翻译的过程中，这一概念获得了不同的表达形式：我国大陆学者通常将其译为恢复性司法、修复性司法；我国台湾地区有学者将其译为复归正义；香港有学者将其译为复合正义。抛开对“Restorative”这一定语的理解，我们可以看到，学者们在对“Justice”的翻译上，经常会在“司法”与“正义”之间反复摇摆。之所以如此，主要是因为，在英语世界中，“Justice”本来就可作此两义来理解。然而，必须注意的是：一方面，“司法”与“正义”乃是不同层次的概念，“司法”主要是在程序意义上来使用，而“正义”则是在价值意义上来使用；但另一方面，“司法”与“正义”又从来都是相伴相随的。任何司法程序都必须以一定的价值取向为前提，通过特定的程序安排，又可以导向和实现特定的“正义理想”。从上述意义上讲，“Restorative Justice”这一概念，实际上也包含着这两个层面的、紧密相连的含义。其中，作为一种特定的纠纷解决模式，可将其视为一种“司法类型”，从而有别于传统的报应型、矫正型司法；作为一种独特的价值体系，可将其视为一种“正义类型”，一种对正义的全新理解，从而有别于传统的惩罚性正义、交换性正义。在前一层面上，“Restorative Justice”可被理解为“恢复性司法”；在后一层面上，“Restorative Justice”可被理解为“恢复性正义”。

这部分地说明了，为什么刑事和解中的当事人参与，会被提炼为“参与制民主”；刑事和解中的见面协商，会被解释为“合意型司法”；刑事和解中的达成协议，会被抽象为“恢复性结果”；和解中的悔罪与宽恕，会被提升为“重新整合性耻辱”。进一步地，这也部分地解释了，为什么 Llewellyn 和 Howse 在讨论恢复性司法的概念框架时，要将其理解为某种更高的“正义类型”；<sup>27</sup>为什么 Gehm 在其大作《刑事和解计划：一个实践与理论框架的考察》

25 Zehr, H., *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, Scottsdale, PA, Herald Press, 1990, P181.

26 Jennifer Llewellyn & Robert Howse., *Restorative Justice: A Conceptual Framework*, <http://www.lcc.gc.ca/en/themes/sr/rj/howse/index.html>.

27 Jennifer Llewellyn & Robert Howse., *Restorative Justice: A Conceptual Framework*, <http://www.lcc.gc.ca/en/themes/sr/rj/howse/index.html>.

中，要将“刑事和解”的主要理论基础奠基于“恢复正义理论”。<sup>28</sup>

其三，外延上的差别。这里，存在一个“犯罪人—被害人和解”与“刑事和解”之间的关系问题，必须澄清。根据我有限的阅读范围，英文文献和德文文献中，几乎看不到所谓的“刑事和解”这一概念。在英语世界中，人们通常都是使用“Victim-Offender Mediation”，或是“Victim-Offender Reconciliation”。而在德文中，则通常使用“Täter-Opfer-Ausgleich”。如果直接翻译过来，应该是“犯罪人—被害人和解”或是“犯罪人—被害人调解”。诚如上述，“犯罪人—被害人和解”乃恢复性司法的一种核心模式，在这一模式之外，还存在“群体会议模式”、“量刑圈模式”、“邻里司法中心模式”等其他模式。而国内学者在翻译这一概念时，很可能没有予以直译，而是加入了某种“个人创意”，使用了“刑事和解”这一概念。<sup>29</sup>因此，“刑事和解”这一概念也许并非“舶来品”，相反，它乃是相当“本土化”的创造。但问题是，正是由于这一“创造”，使得概念本身的内涵发生了巨大的变化。从文字通常的意思来理解，“刑事和解”容易被视为某种泛化的概念，任何“以和解解决刑事纠纷”的形式，都可被归入这一范畴。由此，“刑事和解”的意义想象，完全超出了“犯罪人—被害人和解”的范围，其不但可以涵盖后者的意义空间，而且，“群体会议”、“量刑圈”、“邻里司法”等也未尝不能纳入。毕竟，它们都是以和解的方式来处理刑事案件，只不过在文化背景、案件类型及参与主体上稍有差异。如此一来，中国当下语境中“刑事和解”的外延，竟赫然可与“恢复性司法”相类同。然而，如果真是以原对译词——“犯罪人—被害人和解”为参照，则其外延显然远小于“恢复性司法”，只是恢复性司法中的一种模式。基于“刑事和解”这一概念在当下中国学界的通用性，本文沿用了这一概念。但是，对上述概念形成中的可能失误，仍有必要指出。

今天，如果在宽泛意义上使用“刑事和解”这一概念，在所谓“最高模式”的进路下把握这一概念，那么，它与恢复性司法的外延几乎可以等同。但是，尽管如此，为了维护讨论的严谨性，同时尽量保持话语背景的共通性，仍然必须注意上述参照系与层次定位上的细微差别。

（初审编辑：陈毅坚）

---

28 John R. Gehm, Victim-Offender Mediation Programs: An Exploration of Practice and Theoretical Frameworks, *Western Criminology Review* 1 (1998), <http://wcr.sonoma.edu/v1n1/gehm.html>.

29 国内学者的文章中，将“Victim-Offender Mediation”，或“Victim-Offender Reconciliation”翻译成“刑事和解”的比比皆是。早期的如刘凌梅博士，就认为“Victim-Offender Reconciliation”即是“刑事和解”，也即“犯罪人—被害人和解”。参见刘凌梅：“西方国家犯罪人—被害人和解的理论与实践述评”，《现代法学》2001年第1期；又如马静华博士，他认为“Victim-Offender Mediation”即为“刑事和解”，也即“犯罪人—被害人和解”。参见马静华：“刑事和解的理论基础及其在我国的制度构想”，《法律科学》2003年第4期。