

论刑事和解的实体法构建

张继钢

(厦门大学法学院, 福建厦门, 361005)

摘要: 基于实体与程序的一般关系、刑事和解的实体法缺位、刑法解释的张力不足以及实体方面的研究薄弱, 必须转换视角, 从程序转向实体。刑事和解的实体法定位路径存在责任中心与量刑中心之争, 可依据能否发挥刑事和解的刑罚宽缓化功能、对理论和实践的影响大小以及是否与程序法相衔接等标准进行选择。应在刑法中确立刑事和解的法定量刑情节地位, 并对刑事和解内涵、从宽处罚功能等进行完善。刑事和解全面入“刑”, 对于实现刑事实体法与程序法良性互动、推进刑事和解良性运作意义重大。

关键词: 刑事和解; 法定量刑情节; 实体法; 程序法

中图分类号: D914

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2014)05-0139-06

刑事和解于2012年率先载入刑事诉讼法修正案。新修订的《刑事诉讼法》特别程序编第二章规定的刑事和解程序, 内容不仅涉及程序法, 更关乎实体法^①。刑事和解的入“刑”, 只规定在刑事诉讼法中是否正当? 刑事程序法规定后, 刑事实体法是否还要规定刑事和解? 脱离刑事实体法的刑事和解程序能否“独舞”? 笔者主张, 应当将刑事和解纳入刑法, 实现刑事和解全面入“刑”。

一、构建刑事和解实体法的必要性

(一) 实体法与程序法血肉相连, 不可或缺

刑法和刑事诉讼法都是围绕刑罚权展开的, 二者关系密切。关于实体法与程序法的密切关系, 马克思的经典论述是: 审判程序和法二者的关系如此密切, 就像植物的外形和植物的联系, 动物的外形和血肉的联系一样。审判程序和法律应该具有同样的精神, 因为审判程序只是法律的生命形式, 因而也是法律内部生命的表现。^[1]与马克思经典论述相印证的首先是, 我国《刑事诉讼法》第1条明确将“为了保证刑法的正确实施”规定为其立法目的。刑法是刑事诉讼进行的内容和实体依据, 没有刑法, 刑事诉讼就失去目标和意义; 刑事诉讼法是刑法正确实施的保障, 没有刑事诉讼法, 刑法就是一纸空文。刑法和刑事诉讼法之间是内容和形式的统一, 是任务和方法的统一。^[2]刑

事诉讼法是为实体刑法服务的, 规定了刑事追诉机关的职权范围, 通过生效判决恢复被破坏了的法秩序。^{[3][22]}前述立法规定和理论阐释, 都表明实体法与程序法密切相关, 刑事诉讼法必须以刑法为实体依据, 涉及定罪量刑实体性的内容, 必须有相应的刑法规范。关于有学者提出程序创制实体等新见解,^②笔者认为, 其论说可以拓宽视野, 其确立刑事诉讼法的程序自身的独立价值和树立起研究者“自信”的出发点和归宿也无可厚非, 但程序创制实体的观点经不起推敲。一方面, 由于实体法与程序法存在权限界分: 刑法是规定犯罪、刑事责任和刑罚的法律, 即规定什么行为构成犯罪和如何对犯罪进行惩罚, 或者规定何种行为必须受到惩罚和惩罚程度应该多大; 刑事诉讼法是规定刑事诉讼程序的法律, 即规定公检法机关等专门机关和诉讼参与人围绕追诉犯罪、追究刑事责任开展的各种刑事诉讼活动的方式、步骤, “它以确定刑罚权之有无及其范围为目的, 系一种行刑法”。^[4]显然该观点未遵循程序法与实体法的权限划分原则。另一方面, 该观点并不带有普遍性。在法律的历史发展早期以及英美法系, 存在这种现象, 但于今天, 尤其在大陆法系国家, 事实并非如此。论者也坦言, 大陆法系国家实行成文法, 诉讼本身不能直接创设法律。^[5]综上, 实体法与程序法存在权限界分, 刑法和刑事诉讼法必须遵守法律权限界分要求。刑事诉讼法只能规定程序和程序性结果, 而不能规定实体性结果; 刑法规范是刑事诉讼法规范的前提, 而不是相反。如果程序法于实

收稿日期: 2013-12-26; 修回日期: 2014-01-22

基金项目: 2013年度河南省科技发展计划软科学项目(132400410617)

作者简介: 张继钢(1977-), 男, 河南邓州人, 厦门大学法学院博士研究生, 主要研究方向: 刑法学

体法对实体内容未做出规定之际,通过某种程序创设某种实体制度,不具有正当性、合法性,至多是可以产生良好实体效果的“良性违宪立法”。

(二) 目前处理刑事和解的依据缺乏

在刑事和解改革实践中,公检法三机关都有权处理刑事和解。公安机关的处理方式有两种:撤销案件和移送审查起诉并建议从轻处罚;检察机关的处理方式有三种:退回公安机关并建议撤案、不起诉和起诉并建议从轻处罚;法院的处理方式是从轻处罚。^{[6](163-169)}2012年的刑事诉讼法修正案,在一定程度上认可刑事和解实践处理方式的同时,做出两点修改:一是取消了撤销案件的处理方式,二是将从轻处罚变更为从宽处罚。无论作为实践处理方式还是制度处理方式,撤销案件和不起诉显属程序性结果,但它们具有实体意义;从轻处罚或者从宽处罚承载着实体性规范,涉及到实体内容的改变,当属实体性结果。由此,在新刑事诉讼法视域下,刑事和解的实体性凸显。对于这种实体性制度,应当由刑事实体法加以规定。然而,刑法并无刑事和解的明文规定,刑事和解的实体法缺位。当然,刑法也没有独立的“从宽处罚”的规定,因此,无论是刑事和解的实践处理方式还是法定处理方式,都存在实体刑法依据缺乏的问题。

(三) 现行刑法解释的张力不足

那么,现行刑法能否解释刑事和解的处理方式?有学者认为,对于刑事和解的从宽处理包括实践中对犯罪人不予刑事追究,在实体法上无论援引哪条都没有说服力。^[7]笔者对此表示赞同,认为在解释学上,现行刑法也存在张力不足的问题,难以将刑事和解纳入射程之内。

一是关于撤销案件。撤销案件承载着非犯罪化功能,即无罪评价。刑法规定的无罪情形,主要是正当防卫、紧急避险和第13条“但书”。显然,刑事和解与正当防卫、紧急避险无关。涉及到的主要是刑法第13条“但书”规定,即“但是情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”。尽管其中的“情节显著轻微”存在诸多问题,^[8]在法定犯罪概念没有删除但书规定的情况下,刑法第13条“但书”仍然具有出罪功能,将属于“情节显著轻微危害不大的行为”排除在犯罪之外,即符合“但书”规定的行为不构成犯罪,而纳入刑事和解的行为是以构成犯罪为前提的。因此,刑事和解不符合“但书”规定,没有适用刑法第13条“但书”的空间,这是当然解释的结论。

二是关于不起诉。由于纳入刑事和解的行为事实清楚、证据充分,显然不适用证据不足不起诉,也不适用法定不起诉。至于酌定不起诉,涉及到的是刑法

第37条。^③从体系解释看,第37条位于刑法总则第三章第一节刑罚的种类最后一条,规定的是非刑罚处罚方法,因此可以认为,刑罚和非刑罚方法同属犯罪的处置方式或者法律后果,二者系并列关系。无论刑罚种类或者非刑罚方法种类,刑法均有明确规定,但并无刑事和解的规定。如果刑事和解属于非刑罚方法,它应是非刑罚方法的下位概念,与赔偿损失、赔礼道歉并列。但根据刑事和解实践和刑事诉讼法规定,刑事和解是采用赔偿损失、赔礼道歉等方式进行的,表明刑事和解不是与赔偿损失、赔礼道歉并列,而是赔偿损失、赔礼道歉的上位概念,从而与刑罚、非刑罚处罚方法相并列。这必将引起刑法理论和刑事立法的巨大变动和调整,已不是刑法第37条所能容纳和承载的。从限制解释看,第37条中的犯罪情节应限于犯罪中情节,不包括犯罪后情节和犯罪前情节。如果对这里的犯罪情节不做限制,不仅其范围宽泛,而且混淆定罪情节与量刑情节,还与本条中的“可以根据案件的不同情况”重复。刑事和解显属犯罪后情节,在是否需要判处刑罚时使用一次,在确定具体非刑罚方法时又使用一次,就会导致刑事和解重复使用或重复评价的问题。此外,这里的犯罪情节轻微属于一种质的判断,因为只有通过确定行为人是否具有“情节轻微”性质,才能决定是否需要判处刑罚,决定刑罚权是否动用。

三是关于从轻处罚或者从宽处罚。实践中,刑事和解是作为一个酌定情节来使用的,与其相关的条文只有刑法第61条。^④刑法第61条中的“情节”应如何理解?这里的情节应为犯罪情节。^[9]这可从体系解释和目的解释得出,因为尽管这里的“情节”没有使用“犯罪”二字限制和修饰,但其放在犯罪的事实、犯罪的性质之后列举,用顿号隔开,且和犯罪事实、犯罪性质一起作为量刑的根据。当然,这里的“情节”可以包含量刑情节。这虽然不是刑法的明文规定,但符合刑法有关规定的精神,可以成为酌定情节存在的相对刑法根据,可以为刑事和解提供生存空间。但是,由于刑法第61条作为量刑的一般原则,不能代替具体量刑情节;且该量刑原则仍强调应当根据犯罪的性质、情节,“依照本法的有关规定判处”,因此,用刑法61条解释法定的从轻或者从宽处罚仍缺乏说服力。

二、刑事和解实体法构建的路径与原则

关于刑事和解实体法构建的路径,目前主要有两种见解,一是认为应在刑事责任层面定位,二是认为

应在量刑层面定位^[10-19]。笔者认为，从如下几方面考量，从量刑情节定位可能更为适当。

（一）能否发挥刑事和解的刑罚宽缓化功能

刑罚宽缓或者轻缓相对于刑罚严酷，作为一种刑法理念，源自古老的法谚“刑罚与其严厉不如缓和”^[20]；刑罚轻缓作为一种客观规律，揭示了刑罚进化过程中向轻缓方向发展的趋势^[21]。当前，刑罚轻缓化已成为各国刑事立法的基本指导思想和刑事司法的理性选择，并成为衡量一个国家社会文明程度、经济发展状况和人的价值优劣的重要标尺。刑事和解是当代刑罚轻缓化的重要内容^[22]。我国的刑事和解主要是现实主义和功利主义的产物，由于我国被害人的损失补偿制度或者损失恢复制度的缺位与虚置，无法及时充分恢复被害人所遭受的损失，从而引发矛盾，导致社会不和谐。通过加害人和被害人和解，加害人尽可能满足被害人经济损失补偿和精神损失平抚方面的要求，恢复被害人所遭受的损失，而换取或者获得从宽处理。被害人保护与刑罚轻缓化在刑事和解中互为条件，相互作用，成为刑事和解的两大功能^[23]。刑事和解在通过刑罚轻缓化实现被害人保护方面的独特功效取得了良好的法律效果和社会效果，最终得到法律认可，上升为立法。将刑事和解定位于刑事责任层面，不利于发挥刑事和解的刑罚轻缓化功能。第一，刑罚轻缓化以追究刑事责任为前提，而刑事和解的刑事责任层面定位主要以不追究刑事责任为主，这不仅与我国国情不符，也与我国追究刑事和解的刑事责任的刑事立法与司法相矛盾。虽然刑罚轻缓是刑法谦抑的题中之意，非犯罪化与非刑罚化是实现谦抑的两个基本途径，但是从我国犯罪圈划定和刑罚结构配置的国情出发，目前实现刑法谦抑的途径不在于非犯罪化与非刑罚化，而是犯罪化与轻刑化^[24]。第二，即使刑事和解的刑事责任层面定位不以不追究刑事责任为主，但只要有不追究刑事责任的空间，就必然存在刑事和解适用范围的限制，刑事和解所倡导的理念和价值将大打折扣，自然不能充分发挥其刑罚轻缓化功能。而将刑事和解定位于量刑情节层面，刑事和解产生刑罚轻缓化效果，实践价值会大大增强。通过从宽处罚即刑罚轻缓化作为加害人赔偿、道歉的激励机制，有效保护被害人权益，从而实现被害人利益保护与加害人复归社会两大目标的平衡，有利于保障刑事和解的刑罚轻缓化功能的顺畅发挥。

（二）能否减少对理论和实践的负面影响

将刑事和解定位于刑事责任层面还是量刑层面，对理论和实践的影响不同。如果将刑事和解定位于刑事责任层面，在实践中可能影响不大，但在理论上会

导致刑事责任观念和体系的紊乱。因为，刑事责任层面的观点主要是不追究刑事责任或者寻求刑事责任的替代方式。一方面，犯罪行为已然实施，其罪责已经产生，犯罪的物质或非物质的后果的减轻并不能减轻罪责。基于我国的改革实践和现有制度，无论理论界还是实务界大多认为，我国现阶段的刑事和解只是解决民事责任问题，并影响刑事责任问题，但并不是从根本上解决刑事责任问题。这恰是我国与国外刑事和解的最重要差异，国外一揽子解决民事问题和刑事问题，刑事和解协议作为不追究刑事责任的根据，从而终局性解决加害人的刑事责任^{[25](11)}。显然，不追究刑事责任的刑事和解刑事责任层面定位与理论和实践都存在矛盾之处。另一方面，将刑事和解定位于与刑罚、保安处分并列的第三种责任形式，引起责任形式体系变化，刑事和解承载太多。如果将刑事和解定位于量刑情节层面，不仅符合刑法理论，而且契合司法实践。刑事和解是犯罪后发生的事情，属于犯罪分子行为后的态度。犯罪分子犯罪后的态度及表现，征表的是行为人的危险人身危险性大小，其与定罪无关，发挥的功能只能体现在量刑阶段。如果被害人和加害人进行协商，加害人认罪悔罪，积极向被害人赔偿损失、赔礼道歉，说明其人身危险性降低，再犯可能性减少，这一点通过与拒不认罪悔罪、拒不赔偿损失的对比即可得出。这一表现，对于被害人来说，其被侵害的利益得到最大限度的弥补。对于加害人而言，刑事和解的努力虽然不能减轻罪责，但是可以降低处罚的必要性。因为由于加害人刑事和解的努力，刑罚的多种目的已经实现。加害人通过损害赔偿的努力表明，他承认罪责和以前被其违反的规范的有效性；加害人的自愿损害赔偿表明，就预防其继续犯罪而言，无需对他施加持续的影响；加害人通过损害赔偿的努力，事实上已经将他的一部分刑罚服刑完毕^{[3](1068-1069)}。正是基于刑事和解与刑罚目的一致并实现刑罚目的，以及其自身存在的实质合理性，实践中，对于有悔罪表现、积极赔偿的加害人，量刑时充分考虑，一般从宽处罚，即从轻、减轻或者免除处罚，以利于加害人改过自新，复归社会。

顺便指出，刑事和解适用范围问题的根源是刑事和解如何定位问题。如果把刑事和解定位于法定量刑情节，那么，决定了刑事和解当然可以适用于一切刑事案件。如果把刑事和解定位于刑事责任层面，尤其是作为不追究刑事责任的事由，自然要进行种种限定。

（三）能否与程序法衔接

刑法与刑事诉讼法之间的衔接协调尤为直接，二者衔接协调与否，直接影响规范的效力以及司法适用。

如果法律自相矛盾,人们将无所适从^[26]。如果将刑事和解定位于刑事责任层面,无论是不追究刑事责任,还是特殊的刑事责任方式,都与刑事诉讼法规定不协调。现行刑事诉讼法的规定,显然是追究刑事和解的刑事责任的,这与刑事和解的前提是犯罪,理应追究刑事责任是一致的。此外,现行刑事诉讼法的规定仍然是以刑罚适用为核心,没有为特殊刑事责任方式留下空间。但有学者认为,对刑事和解的不起诉是刑事责任实现方式^[6](170-173)]。笔者认为,无论法定不起诉还是酌定不起诉,都具有特定的实体法依据和适用条件,都是在应负刑事责任和刑事责任已然产生的前提下,由于具备特殊事由,使得这种客观的刑事责任没有转换为法律的刑事责任而终结诉讼的产物。因为没有完成责任转换而产生的不起诉只是程序法上的存在,可以说不起诉是不承担刑事责任或者不追究刑事责任在程序法上的表现,但不能因此反过来说它是一种刑事责任承担方式,从而与刑罚、非刑罚方法并列。如果将刑事和解定位于量刑情节层面,不仅与刑事诉讼法规定的从宽处罚衔接协调,而且也为不起诉做了很好的注脚。这样,在需要刑罚处罚的前提下实现刑罚轻缓化,完全符合刑罚裁量精神和刑罚轻缓化潮流。

三、刑事和解实体法构建的实施

在刑事和解的实体法定位上,仅确立其量刑情节地位还不够,还要明确其法定量刑情节的地位。刑事和解的真正入刑,方为刑事诉讼法上的刑事和解处理方式提供实体法依据。刑事和解的全面入刑,有利于实现实体法与程序法的良性互动,推进刑事和解良性运作。

(一) 立法技术的运用

对于法定量刑情节,需要着重考虑从以下几点进行完善:第一,内涵定义;第二,用语规范;第三,体系归属。

关于内涵,主要涉及刑事和解的含义,即什么是刑事和解。由于存在我国与外国、理论界与实务界的语境、角度不同,刑事和解概念的表述不同^[25](9-11)],设计实体法时,应结合我国刑事和解实际来明确其内涵。刑事和解的内涵应把握几个关键点:首先,立法要平衡关注加害人与被害人双方。传统刑事司法的关注点和注意力集中在犯罪人身上,而忽略犯罪事件的另一主角——被害人。在刑事和解下,不仅关注加害人,考虑对其如何进行惩罚、矫治,以复归社会,还要关注被害人,考虑如何对其进行物质上和精神上的

损害赔偿,而且还要强调被害人的主动性和自愿性。其次,立法要强调加害人真诚悔罪,而不是或者仅仅是损害赔偿。前者关涉刑事和解的本质所在,后者关涉刑事和解的立法导向。

关于用语,主要涉及刑事和解的处理方式的用语,即如何理解和使用“从宽处罚”这一术语。《刑事诉讼法》第279条使用了从宽处罚这一术语,《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》第520条给出的解释是:“人民检察院对于公安机关移送审查起诉的案件,双方当事人达成和解协议的,可以作为是否需要判处刑罚或者免除刑罚的因素予以考虑,符合法律规定的不起诉条件的,可以决定不起诉。对于依法应当提起公诉的,人民检察院可以向人民法院提出从宽处罚的量刑建议。”最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第505条规定:“对达成和解协议的案件,人民法院应当对被告人从轻处罚;符合非监禁刑适用条件的,应当适用非监禁刑;判处法定最低刑仍然过重的,可以减轻处罚;综合全案认为犯罪情节轻微不需要判处刑罚的,可以免除刑事处罚。”此外,全国人大法工委指出,这里规定的从宽处罚,是指对犯罪嫌疑人、被告人从轻或者减轻处罚。如何从宽处罚可以由人民法院根据公安机关、人民检察院的建议和案件情况、当事人和解协议依法裁量。^[27]最高法院相关负责人指出,从宽是一个刑事政策的导向,不是刑法条文里的从轻、减轻或免除。^[28]综合刑事诉讼法立法、司法解释以及有关解读,从宽处罚在两种意义上使用:一是宏观的刑事政策层面的从宽,即从宽政策导向。二是微观的量刑层面的从宽,即从宽到什么程度。具体又包括两种情形:从轻处罚、减轻处罚和免除处罚;从轻处罚、减轻处罚、免除处罚以及非监禁刑。由此,从宽处罚用语的使用产生以下问题:一是由于从宽处罚指代不明易造成使用上的混乱;二是如果在第二层含义理解从宽处罚,从宽处罚将成为从轻处罚、减轻处罚、免除处罚甚至是非监禁刑的上位概念,从而使从宽处罚承载太多、有难以承受之重。第三,只在一个层面理解和适用失之片面,不利于发挥刑事和解的刑罚轻缓化功能:仅考虑宏观政策导向,难免使从宽处罚超越刑法界限,最终导致政策导向偏离;仅考虑具体从宽幅度,对于处于临界点的刑罚确定勉为其难,最终导致具体制度落空。因此,对于刑事诉讼法规定的从宽处罚的合理解释应为:首先,整体上的理解是对刑事和解处罚的从宽政策导向。如此理解完全符合刑事和解程序入法的背景,宽严相济的刑事政策是刑事和解程序入法的司法政策背景^[29]。其次,个别性的独立运用,包括对刑事和解的从轻、减

轻或者免除处罚。因为，不仅刑事政策需要具体落实，而且符合从宽处罚的理论含义。理论上，从宽处罚是对刑法规定的从轻处罚、减轻处罚和免除处罚的理论概括，与从严处罚相对应。再次，将从宽政策导向与具体从宽内容相结合。无论是刑事政策导向还是刑罚具体规定和运用，都是为了实现罪与刑的均衡。从宽处罚对司法者起到限制、提示作用，作为整体加以运用，应充分考虑到针对的基本刑罚与影响程度的内容；各自独立运用时，应充分考虑到每一情节的特殊影响程度和范围。^[30]总之，由于从宽处罚有多种含义，且涵盖面广，与刑法现有规定不协调，设计实体法时，不再使用从宽处罚的用语，但应吸收其合理内核，并区分情况从轻处罚、减轻处罚或者免除处罚。

关于体系归属，主要涉及刑事和解在刑法中的条文位置，即刑事和解应规定在什么地方合适。从宏观看，刑事和解宜放在刑法总则中，因为刑事和解带有一般性；从中观看，刑事和解宜放在刑罚的具体运用一章中，因为刑事和解关乎刑罚的具体运用，鉴于刑事和解的重要性和特殊性，可单列一节，但考虑到刑法修改至今，尚未有章节体例变动，刑事和解宜放在总则第四章第一节中；从微观看，刑事和解宜放在刑法第61条之后第62条之前，具体来说，增加一条，作为第61条之一。刑法第61条为量刑一般原则规定，第62条和63条为从轻处罚、从重处罚和减轻处罚的解释性规定，刑事和解放置中间，即可作为第61条量刑原则的补充，又与从轻、减轻的解释性规定相衔接。

（二）立法例的借鉴

对刑事和解进行实体法立法，可以向国外刑法学习、借鉴。刑事和解在一些国家刑法中明确规定，包括德国、俄罗斯等。德国被认为是当今世界对刑事和解进行最为完备和系统规定的国家^{[18](78)}。德国刑法典第46条a(行为人与被害人和解、损害赔偿)规定：行为人具备下列情形之一的，法院可依第49条第1款减轻其刑罚，或者，如果科处的刑罚不超过1年自由刑或不超过360单位日罚金之罚金刑的，则免除其刑罚：① 行为人努力与被害人达成和解，对其行为造成的损害全部或大部予以补偿，或认真致力于其行为造成的损害进行补偿的，或② 在行为人可以自主决定对损害进行补偿或者不补偿的情况下，他对被害人的损害进行了全部或大部分补偿^[31]。根据德国刑法，刑事和解属于量刑事由之一——行为后的态度，尤其是行为人为了补救损害所作的努力。但为了强调行为人所为损害赔偿和与被害人和解所作的努力，德国刑法将刑事和解作为量刑理由的补充加以规定，即规定在刑法第46条之后，作为第46条a。这一点对我国刑事和解刑

法设计时的解决体系归属问题具有借鉴意义。刑事和解是法院量刑时应考虑的事由，具有减轻或免除处罚的功能，并且对减轻处罚和免除处罚进行了区分。另外，该规定对刑事和解没有做出犯罪范围的任何限制。这都是值得我们借鉴的地方。值得注意的是，德国刑法区分了行为人或者加害人的经济能力，从法律上提出一个附加条件，即损害赔偿对于行为人而言，要与“极大的个人给付”或“个人放弃”联系在一起，从而达到避免富有的行为人用钱“买”刑的目的。^{[3](1036)}可以认为，以钱买刑问题的根源在于刑事和解如何进行制度设计，也即刑事和解的局限和问题可以通过立法予以防范和解决。这一规定实现了刑罚与补偿的结合，一方面，行为人对其造成的损害进行补偿的义务包含了刑罚的要素，另一方面可以实现刑罚的预防目的。借助这一规定，在制裁法中强烈地刺激行为人对行为后果进行补偿的鼓励^{[3](1034)}。鼓励就是刑法学理上的正面预防，用鼓励来预防规范遭到破坏的正面功能并非不可能，是真正用减免行为人罪责的方式，预防法益受到侵害。^[32]这方面更值得我们学习。总之，德国刑法关于刑事和解的设计是精细的，其蕴含的价值理念、属性定位、功能作用、条文体系归属等等，都值得我国刑事和解入刑法时借鉴和吸收。

注释：

- ① 刑事和解程序涉及的实体法内容包括刑事和解的适用条件、适用范围和适用后果等，本文从刑事和解的适用后果角度展开。刑事和解的适用后果涉及的条文为《刑事诉讼法》第279条。
- ② 学者提出了程序法和实体法关系的几个新视野：实体需要程序，程序创制实体；一般与个别的关系；真理与价值的关系等。参见汪建成：“刑法和刑事诉讼法关系新解”，载《诉讼法论丛》（第3卷），法律出版社1999年版，第38-48页。
- ③ 《刑法》第37条规定：“对于犯罪情节轻微，不需要判处刑罚的，可以免于刑事处罚，但是可以根据案件的不同情况，予以训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失，或者由主管部门予以行政处罚或者行政处分。”
- ④ 《刑法》第61条规定：“对于犯罪分子决定刑罚的时候，应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度，依照本法的有关规定判处。”

参考文献：

- [1] 马克思恩格斯全集(第1卷)[M]. 北京：人民出版社，1956：178.
- [2] 樊崇义. 刑事诉讼法学[M]. 北京：法律出版社，2013：7.
- [3] [德]汉斯·海因里希·耶赛克，托马斯·魏根特. 德国刑法教科书[M]. 徐久生译. 北京：中国法制出版社，2001：22.
- [4] 林山田. 刑事诉讼法[M]. 台北：三民书局，1990：7.
- [5] 汪建成. 刑法和刑事诉讼法关系新解[A]. 诉讼法论丛(第3

- 卷)[C]. 北京: 法律出版社, 1999: 40.
- [6] 黄京平. 刑事和解的政策性运行到法制化运行——以当事人和解的轻伤害案件为样本的分析[J]. 中国法学, 2013(3): .
- [7] 时延安. 刑事和解正当性之辨[J]. 东方法学, 2010(3): 90.
- [8] 王尚新. 关于刑法情节显著轻微规定的思考[J]. 法学研究, 2001(5): 20-24.
- [9] 张明楷. 刑法学(3版)[M]. 北京: 法律出版社, 2007: 427-428.
- [10] 刘凌梅. 西方国家刑事和解理论与实践介评[J]. 现代法学, 2001(1): 154.
- [11] 向朝阳, 马静华. 刑事和解的价值构造及中国模式的构建[J]. 中国法学, 2003(6): 120.
- [12] 陈瑞华. 刑事诉讼的私力合作模式——刑事和解在中国的兴起[J]. 中国法学, 2006(5): 29.
- [13] 甄贞. 建构刑事和解制度的基本思路[J]. 政法论坛, 2008(6): 48-49.
- [14] 杜宇. 刑事和解与传统刑事责任理论[J]. 法学研究, 2009(1): 82-87.
- [15] 夏勇, 江澍. 关于刑事诉讼法规定刑事和解的几点思考[J]. 河南省政法管理干部学院学报, 2011(6): 175.
- [16] 孙万怀. 以实体与程序协调性为视角看刑事和解举措入法[J]. 法学, 2011(1): 44.
- [17] 时延安. 刑事诉讼法修改的实体法之维——以刑法为视角对《刑事诉讼法修正案(草案)》增设三种特别程序的研析[J]. 中国刑事法杂志, 2012(1): 16.
- [18] 郑丽萍. 新刑法视域下的刑事和解制度研究[J]. 比较法研究, 2013(2): .
- [19] 陈卫东, 程晓璐. 当事人和解的公诉案件诉讼程序配套规定之评析与建议[J]. 中国刑事杂志, 2013(7): 10.
- [20] 张明楷. 刑法格言的展开[M]. 北京: 法律出版社, 1999: 289.
- [21] 储槐植. 刑事一体化与关系刑法论[M]. 北京: 北京大学出版社, 1997: 219.
- [22] 赵秉志, 金翼翔. 论刑罚轻缓化的世界背景与中国实践[J]. 法律适用, 2012(6): 14.
- [23] 杨会新. “被害人保护”与“刑罚轻缓化”: 刑事和解不能承受之重[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2011(6): 88.
- [24] 陈兴良. 刑法哲学(修订二版)[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000: 7-11.
- [25] 陈晓明. 刑事和解原论[M]. 北京: 法律出版社, 2011.
- [26] [美]富勒. 法律的道德性[M]. 郑戈译. 北京: 商务印书馆, 2005: 83.
- [27] 全国人大常委会法制工作委员会刑法室. 关于修改中华人民共和国刑事诉讼法的决定——条文说明、立法理由及相关规定[M]. 北京: 北京大学出版社, 2012: 343.
- [28] 丁国锋. 最高院相关负责人: 刑事和解在量刑规范化上要重点考虑四个情节[EB/OL]. http://www.legaldaily.com.cn/index_article/content/2012-09/24/content_3865031.htm, 2014-01-15.
- [29] 宋英辉, 甄贞. 刑事诉讼法学(第三版)[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2012: 444.
- [30] 张森. 从宽处罚的理论解析[J]. 法学杂志, 2009(5): 141.
- [31] 德国刑法典[M]. 徐久生, 庄敬华译. 北京: 中国方正出版社, 2004: 17.
- [32] 许玉秀. 当代刑法思潮[M]. 北京: 中国民主法制出版社, 2005: 47.

Substantive law orientation of criminal reconciliation

ZHANG Jigang

(Law School, Xiamen University, Xiamen 361005, China)

Abstract: The substantive law orientation of criminal reconciliation is justified in mainland of China. In the face of the absence of substantial law, the tension's lack of the interpretation to criminal law and the weak research of criminal reconciliation, we should change perspective from the procedure law to substantive law. There are two location paths of criminal reconciliation to select: the responsibility center or sentencing center. We should choose one according to the function of the criminal reconciliation, influence on the theory and practice and coordination with the procedural law. This paper believes that the criminal reconciliation is one of the statutory sentencing circumstances in criminal law, and puts forward to some improvement suggestions on criminal reconciliation and lenient punishment, etc. The author holds that criminal reconciliation stipulated in the Criminal law and Criminal Procedure law have great realistic significance.

Key Words: criminal reconciliation; statutory sentencing circumstances; substantive law; procedure law

[编辑: 苏慧]