

刑事和解制度正当性新论^{*}

高长富

(吉首大学 法学院, 湖南 吉首 416000)

摘要:以刑法机理为标杆,丈量刑事和解制度存在之空间,认为刑事和解制度与刑法三大基本原则倡导刑罚公平正义、反对刑罚权滥用的精神相契合;系全面解读犯罪本质情形下的产物;属刑罚个别化、经济、谦抑、零刑罚、折扣刑罚等精神的大胆实践;打通了刑法与民法间的关节,填补了刑罚理论的罅隙,为刑法学研究与实践提供了新视野、新思路。

关键词:刑事和解制度;刑法基本原则;犯罪本质;刑罚精神

中图分类号:D925.2

文献标识码:A

文章编号:1007-4074(2010)05-0060-05

作者简介:高长富(1965-),男,湖南龙山人,湖南省刑法学研究会副会长,吉首大学法学院教授、硕士生导师。

随着管理工作层面以人为本理念的倍加推崇,研究领域个人本位立法思想不断浮现,西方“恢复性司法”^①的成果斐然,“整体刑法学”^②和“刑事一体化”^③思想指导下的我国刑法理论研究取得重大突破,刑事和解制度作为刑事公诉案件中部分案件的处理方式在我国悄然呈现并得到认可。时迄今日,这种聚国家追诉主义与当事人追诉主义于一体的刑事程序已经由最初的仅仅适用于轻伤案件,逐步扩展到了未成年人犯罪案件、过失犯罪案件以及在校大学生涉嫌犯罪的案件,所涉及的刑事案件类型也从最初的轻伤害案件延伸到交通肇事、盗窃抢劫、重伤等案件。各地对刑事和解制度的适用,普遍收到了积极的效果^[1]。然而,即便如是,刑事

和解制度却仍然饱受部分学者诟病。参考质疑之声,大多剑指刑事和解制度有违刑法机理。鉴于此,笔者认为有必要予刑事和解这一阳光制度作进一步证明。

一、刑事和解制度是对刑法基本原则的司法诠释

作为普世刑法“帝王原则”的罪刑法定,基本内涵由两方面构成:一是“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处刑”;二是“法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处刑”。在价值取向上,依法定罪处刑,拒绝滥用刑罚权。正如有学者所云:

^{*} 收稿日期:2010-07-05

^① 20 世纪 70 年代开始在西方兴起的刑事司法运动。相对于传统的刑事司法而言,恢复性司法将重点放在对被害人的经济补偿、被害人与犯罪人关系的修复等方面。参见[美]丹尼尔·w·凡奈思·全球视野下的恢复性司法[J]·王莉译,载南京大学学报,2005(4)。

^② 又名“全体刑法学”,德国刑法学家李斯特于 19 世纪中叶提出,其理念框架是“犯罪——刑事政策——刑法”。基本主张是将刑事的各个部门综合成为全体刑法学,内容包括犯罪学、刑事政策学、刑罚学、行刑学等。将与刑事相关的学科纳入到刑事法研究视野,一定程度上突破了注释刑法学的狭窄学术樊篱。

^③ 储槐植教授于 20 世纪末提出的刑法学研究新理念。强调在犯罪问题的研究上,要打破学科隔阂,加强刑法学、犯罪学、监狱学、刑事诉讼法学、刑事政策学等诸刑事学科之间的交流与融汇,倡导刑事实践中的刑事立法、刑事审判、刑事执行等各个环节的衔接与互动。

我国的罪刑法定原则存在两大取向,其一,正确运用刑罚权惩罚犯罪以保护人民,这是第一位的。其二,防止刑罚权的滥用以保障罪犯人权,是第二位的^[2]。尽管笔者并不认同其“保护人民是第一位的,保障罪犯人权,是第二位的”判断,因为正确运用刑罚权与防止刑罚权的滥用是保障国家、社会、个人权利的底线需求;将“人民”和“罪犯”彻底对立缺乏科学依据;予国家、社会、个人权利进行简单排序,不符合“三本位”(即国家本位、社会本位和个人本位)相互融通的现代立法理念,不利于三者利益的立法协调。但其认为我国罪刑法定原则的价值取向是为了正确运用刑罚权,防止刑罚权的滥用,笔者以为是准确的。毕竟“只有对法律有明文规定的行为,才能依法定罪处刑;而对法律没有明文规定的行为,则不能定罪处刑”^{[3](P73)}是罪刑法定原则的应有之义。前者要求的是在法内定罪处刑,后者反对的是法外定罪处刑,无论是“要求”,还是“反对”,立法本意实际是相同的,即反对罪刑擅断,防止刑罚权的滥用。而作为被奉为法域圭臬的“法律面前人人平等”原则的刑法体现——罪刑平等原则,基本理念乃“在定罪量刑的时候,对任何人都一律平等,不允许任何人有超越法律的特权”^{[3](P75)}涵盖的内容:第一,平等地受刑法保护。即对于任何没有犯罪的人,都不能随意动用刑法侵犯其合法权益。第二,平等地定罪。即严格根据犯罪事实与刑法规定认定犯罪,不允许将有罪认定为无罪。第三,平等地量刑。在犯罪性质相同、社会危害性相同行为人的危险程度相同的情况下,所处的刑罚也必须相同。第四,平等地行刑。对于判处刑罚的人,应当严格依照刑法规定平等地执行刑罚。特别是在减刑、假释等方面,应以犯罪人的悔改立功表现以及刑法规定为依据^[4]。平等地受刑法保护、平等地定罪、平等地量刑、平等地行刑其实强调的是司法工作人员在办案过程中,应不畏强权,秉公执法,不能因地位的高低、权力的大小、金钱的多少、才智的强弱决定犯罪的成立与否、终极刑罚量的大小和刑罚执行的差异对待。因此,罪刑平等原则处处映射的无疑是对滥用刑罚权的否定。至于罪责刑相适应原则,从内涵出发,我们的理解是:第一,犯多大的罪,就应承担多大的刑事责任。第二,法院判决应做到重罪重罚、轻罪轻罚、罪刑相称、罚当其罪。换言之,就是刑罚的轻重不仅要与犯罪分子所犯罪行相适应,而且也要与犯罪分子承担的刑事责任(主观恶性与人身危险性)相适应。其实质内

容,在于坚持以客观行为的侵害性与主观意识的罪过性相结合的犯罪危害程度(罪行的轻重)以及犯罪主体本身对于社会的潜在威胁和再次犯罪的危险程度,作为量刑的尺度^[5]。旨在反对法官滥用刑罚权,意在要求法官维护国家正义、社会正义和个人正义,不办人情案、金钱案、关系案,从而最大程度地展示刑罚的积极功能,求取刑罚的公平与正义。

以刑法三大基本原则为考量,分析我国“刑事和解制度”之包含,我们惊奇地发现,在价值蕴涵上,“刑事和解制度”与刑法三大基本原则共同追求着刑罚权实施的公平与正义,共同反对着刑罚权的滥用。因为刑事和解制度是在国家司法机关指导和监督下,加害人(被告人或犯罪嫌疑人)以认罪、赔偿、道歉等方式与被害人达成谅解,进而获得免于刑事责任追究或从轻处罚的一种案件处理方式。以此定义为基点,刑事和解制度之意蕴至少涵括:第一,司法机关享有刑事和解启动的权力和刑事和解合法化监督的权力。第二,被害人享有和解主动权。既可以全部和解,亦可以部分和解或者不和解。第三,加害人虽然在刑事和解过程中稍显被动,但仍然享有与被害人协商的权力,全部或部分接受和解的权力以及放弃和解而选择接受刑罚的权力。第四,司法机关、被害人和加害人均可以左右刑罚权的是否运行。司法机关在被害人与加害人违法和解而又不听劝阻的情形下,可以取消和解,启动刑罚运行权。被害人和加害人中的一方放弃和解或仅行局部和解,同样意味着刑罚权的运行。由是观之,刑事和解制度实际上属于附条件的刑罚运行制度,是为防止国家刑罚权滥用建构的又一道闸门。刑事和解制度下,刑罚是否运行的话语权不再单属司法机关,作为刑事法律关系方的被害人和加害人也可以通过自己的意识表示决定刑罚权的是否运行和刑罚量大小的选择。这一刑罚权运行模式的大胆改革,结束了司法机关大包大揽刑罚权的局面,极大地避免了单一刑罚权主体运用刑罚时可能产生的滥用刑罚现象,有助于刑罚权更公正更公平的实现。因此,刑事和解制度是对刑法三大基本原则的司法诠释,刑法三大基本原则是刑事和解制度的有力注解。

二、刑事和解制度是对犯罪本质特征的全面解读

在犯罪本质问题上,“社会危害性说”与“法益

侵害说”的博弈呈均势之态。“社会危害性说”认为:犯罪是对社会的危害,其本质特征是社会危害性。于社会危害性的解读,趋同的观念是“社会危害性实际上就是指行为对刑法所保护的社会关系造成这样或者那样损害的特征。”^{[6](P79)}持否定观点者认为,将社会危害性作为犯罪的本质并不妥当,主张法益侵害说取代社会危害性说。理由是社会危害性“具有笼统、模糊、不确定性”,“是一个社会政治的评估,……并不是一个法律规范上的概念”^{[7](P19)}社会危害性理论本身具有意识形态的历史沉淀,它实际上是游离于刑法典法之外的一个政治概念^[8]。“社会危害性就是指行为对法益的侵害或者威胁”^{[9](P4)}于上述讼争,笔者认为:第一,“犯罪是对社会的危害”之判断没有全面表述出犯罪的本质。其实,犯罪不仅仅是对社会的危害,还理所当然地涵盖对国家主体和个人主体的危害;第二,将社会危害性解释为对社会关系的危害缺乏根据。这样解释的逻辑结论是:社会等于社会关系。如此判断显然有悖语词学之公理,毕竟“社会关系是指人们在共同活动的过程中彼此间结成的关系”^[10],而“社会则是泛指由于共同物质条件而互相联系起来的人群”^[10];第三,将社会危害性直接解读为对法益的侵害或者威胁,更是不能成立。其解读的结果必然产生社会等于法益的荒谬结论。为此,笔者主张,将犯罪的本质定位为对国家、社会和个人三大主体的侵害,即“三主体侵害说”。唯如此,方能保证概念使用的准确性,并与现行刑法立法用语相吻合。第一,国家、社会和个人有不同的内涵,“社会”概念不能涵括“国家和个人”。“国家是阶级统治的工具,统治阶级对被统治阶级实行专政的暴力组织,主要由军队、警察、法庭、监狱等组成。”^[10]而社会是指“人群”,个人则是“指一个人,是与集体相对应的概念”^[10];第二,新刑法对“犯罪”概念的表述,强调了犯罪是对国家、社会和个人利益的侵害。依据新刑法第13条“一切危害国家主权、领土完整和安全,分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度,破坏社会秩序和经济秩序,侵犯国有财产或者劳动群众集体所有的财产,侵犯公民私人所有的财产,侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利,以及其他危害社会的行为,依照法律应当受刑罚处罚的,都是犯罪”的规定,我们不难看出,犯罪主要包括:(1)对国家的犯罪,如危害国家主权、领土完整和安全,分裂国家、颠覆人民民主专政的政权、推翻社会主义制度、侵犯国有财产;(2)

对社会的犯罪,如破坏社会秩序和经济秩序、侵犯劳动群众集体所有的财产;(3)对个人的犯罪,如侵犯公民私人所有的财产,侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利。第三,新刑法中,危害国家、社会、个人的犯罪行为是相对分开的。第一、三、六、七、八、九、十大类犯罪可以归位为危害国家的犯罪,第二类犯罪属于危害社会的犯罪。因为“社会秩序即公共秩序”^[11],公共安全在法律层面即是社会安全。第四类犯罪是危害个人的犯罪,第五类犯罪既有危害国家的犯罪也有危害社会和个人的犯罪。

以“三主体侵害说”为逻辑前提,我们可以得出如下结论:第一,从本质上讲,犯罪是危害国家、社会和个人的行为。犯罪不仅具有社会危害性,也有国家危害性,还有个人危害性。但就各类型犯罪而言,犯罪对三大主体的现实危害性程度肯定存在差异。如危害国家安全罪,虽然具有社会、个人危害性,但国家危害性是主要的;危害公共安全罪,虽然具有国家、个人危害性,但社会危害性是主要的;侵犯公民人身权利类犯罪,虽然具有国家、社会危害性,但个人危害性是主要的。第二,当国家受到犯罪侵害时,理当由国家享有对加害人的处罚权;当社会受到犯罪侵害时,社会应当享有对加害人的处罚权;当个人受到犯罪侵害时,至少个人局部享有对加害人的处罚权。虽然社会享有处罚权尚无法律依据,但现实生活中的确存在社会处理刑事案件的情形,特别是一些以宗族为单位的少数民族地区,家族集聚解决刑事案件的现象时有发生。第三,在选择处罚层面,各主体可以最大利益满足为追求,确定具体处罚方法。既可以是刑事处罚,也可以是民事处罚,还可以是行政处罚。以上述结论为逻辑起点,分析刑事和解制度,我们可以作出的判断是:刑事和解制度是对犯罪本质特征的司法注解。刑事和解制度的设计和推行让部分公诉案件中的被害人在享有提起附带民事诉讼权力的基础上,获得了更高更具价值的案件处分权,既可以决定不追究加害人的刑事责任而与其全面和解,也可以决定追究加害人的全部刑事责任而不进行和解,还可以决定追究加害人部分刑事责任而进行部分和解;既可以决定加害人以承担刑事责任的方式结案,也可以决定加害人以承担刑事责任和民事责任相结合的方式结案,还可以决定加害人以单一的承担民事责任的方式了却“刑事案件”。这一处分权的让渡,凸显了刑事和解制度的设计者对犯罪具有

个人危害性,且在有些情形下个人危害性至大观念的认同。据此,刑事和解制度是设计者充分理解犯罪本质特征基础上作出的大胆尝试,是对犯罪本质特征的全面阐释。

三、刑事和解制度是对现代刑罚精神的大胆实践

报应刑时代,刑法观强调有罪必罚,不考虑处罚成本,以及处罚可能带来的负面效果,主张等量和等质报应,乃至超质超量报应,不赞成对于犯罪的变通处理,蔑视对犯罪分子的从轻、减轻和免除处罚。随着现代刑罚精神的确立,轻刑主义受到青睐,重刑主义遭遇批判,理性刑罚受到追捧,感性刑罚理念逐渐淘汰。刑罚适用的经济原则、个别化原则、轻缓化原则、谦抑原则、零刑罚原则和折扣刑罚原则等在各国刑法立法和司法活动中得到广泛贯彻。以我国为例,立法层面,我国刑法典便大量存在考虑刑罚经济原则,根据犯罪分子犯罪时的特殊情况及罪后表现设定的可以免除或者减轻刑罚处罚情形,如总则中,精神病人犯罪、又聋又哑的人或者盲人犯罪、防卫过当、避险过当、预备犯、中止犯、被胁迫参加犯罪的、犯罪后自首又有重大立功表现的;分则中,行贿人或介绍贿赂人在被追诉前主动交待行贿行为的、非法种植罂粟或者其他毒品原植物,在收获前自动铲除的、挪用正在生息或者需要支付利息的公款归个人使用,数额较大,超过三个月但在案发前全部归还本金的等。司法层面,我国司法机关就曾多次利用通告的方式,敦促犯罪分子主动投案自首,并允诺给与从轻、减轻或免除刑事处罚。如2009年以来,全国公安系统为打黑除恶工作的顺利进行,各市县公安局均发布了敦促和允诺性质的公告。这些立法和司法的客观存在,符合刑罚的谦抑取向和世界刑罚轻缓化大趋势,既可以节约司法成本,也可以减少刑罚适用过程中带来的负面效应。

以现代刑罚原则为视角,检视刑事和解制度及推行,结论是:第一,刑事和解制度是对现代刑罚理论的创新性实践。刑事和解制度首次将和解制度引入公诉案件的办案过程中,旨在鼓励公诉案件中部分特殊的犯罪分子(如未成年人犯、过失犯以及在校大学生犯以及轻伤害案件、部分交通肇事、盗窃抢劫、重伤等案件的实施者等)以实际行动(包括向国家、社会和被害人认罪、道歉和对被害人进行赔偿等)追求免于刑事责任追究或从轻处罚的结

果。作为针对部分犯罪分子的特殊情况做出的制度设计,无疑是对刑罚个别化原则的大胆践行。加之鼓励的“诱饵”系免于刑事责任追究或从轻处罚,其可能带来的结果,一是加害人乃至其家属因为追求加害人获得现实的免于处罚或从轻处罚而积极想办法完成认罪、赔偿和赔礼等义务,与被害人达成完全和解。从而,获得免于刑事责任追究,避免刑罚适用所带来的负面效应。二是加害人与被害人达成部分和解,加害人获得从轻处罚。随着刑罚量的减少,带来刑罚运行成本的降低。于此,无论哪一种结果,都是刑罚谦抑、轻缓化、零刑罚、折扣刑罚和刑罚经济原则的司法显现。第二,刑事和解制度是对现代刑罚理论的重要补充。表现之一,将一元刑罚适用主体变为三元刑罚适用主体。一直以来,公诉案件中,刑罚权的主体定位采用的是单一国家主义,刑事和解制度的出现实际上增添了当事人主义。刑事和解制度下,享有刑罚权的主体不仅是代表国家的司法机关,还包括被害人和加害人。国家司法机关享有决定是否启动刑事和解的权力和刑事和解过程中监督的权力。被害人享有是否决定和解、和解多少的权力,加害人享有选择接受和解和接受刑罚的权力。据此,刑事和解制度事实上是国家主义与当事人主义相结合的产物,这一“三权分立”机制的设立,增加了案件处理的公正度和公平度,为被害人与加害人利益的最大化创造了前提。表现之二,将非刑罚处理方式从三类增加到四类。刑罚理论中允许非刑罚方法存在是不争的事实,依据学者们观点,在我国非刑罚方法大致分为三类,即判处赔偿损失和责令赔偿损失;训诫、责令具结悔过和责令赔礼道歉;由主管部门予以行政处罚或行政处分^{[12](P257)}。刑事和解制度为了体现其和解的核心思想,增加了主动赔偿损失和赔礼道歉的内容,打破了传统非刑罚处理方式唯强制性格局。价值在于:其一,进一步打通了刑法与民法的关系。不仅丰富了弹性刑事司法的内容,也为“立体刑法学”^①理念的贯彻落实提供了前缀。其二,裨益于提高案件执行到位率。主动赔偿损失和赔礼道歉原则下,司法机关无权强制要求加害人践

^① 刘仁文教授提出的构想,基本要义是刑法学研究要瞻前望后、左看右盼、上下兼顾。“瞻前望后”,就是要前瞻犯罪学,后望行刑学。“左看右盼”,就是要左看刑事诉讼法,右盼民法、行政法等部门法。“上下兼顾”,就是要对上对宪法和国际公约,下对治安管理处罚和劳动教养。

行赔偿和赔礼义务,加害人可以根据自己的意思作出赔偿损失和赔礼道歉的意识表示。加害人与司法机关对立立场的局部割除,降低了加害人履行“义务”的反感度,势必提升案件执行到位率。因此,“刑事和解制度在中国的创立和推行,就是在传统刑法一味地强调惩罚之外增加了一种更为经济、更有效率的纠纷解决机制。”^[13]必将对我国刑罚理论的发展产生深远的影响。

阅览刚从襁褓中走出的我国刑事和解制度,作为刑法人笃定其能为我国司法实践带来前所未有的生机与活力,亦坚信新视野下的刑法学研究问世一片繁荣。然欣喜之余,难免心存忐忑,毕竟刑事和解制度作为一项新生制度尚有许多问题(如刑事和解制度带来的负面效应怎样进行抑制等)需要解决,不少地方(如适用对象、范围、程序等)需要我们潜心修缮。唯如此,我国的刑事和解制度方能实现标尺统一,最大限度地为经济发展与社会和谐提供支持。

参考文献:

- [1] 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).
[2] 何秉松. 刑法教科书[M]. 北京: 中国法制出版社,

2000: 63, 39.

- [3] 陈兴良. 刑法疏议[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 1997.
[4] 张明楷. 当议刑法面前人人平等[J]. 中国刑事法杂志, 1999(1).
[5] 明楷. 刑法学[M]. 北京: 法律出版社, 2003: 72, 391, 392.
[6] 赵秉志. 新刑法教程[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 1997.
[7] 陈忠林. 违法性认识[M]. 北京: 北京大学出版社, 2006.
[8] 陈兴良. 社会危害性理论: 进一步的批判性清理[J]. 中国法学, 2006(4).
[9] 张明楷. 法益初论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2003.
[10] 中国社会科学院语言研究所词典编辑室. 现代汉语词典[Z]. 北京: 商务印书馆出版, 2002: 10, 1116, 115, 481, 426.
[11] 法学词典编辑委员会. 法学词典[Z]. 上海: 上海辞书出版社, 1984: 12, 447.
[12] 高铭暄, 马克昌. 刑法学[M]. 北京: 北京大学出版社, 2000.
[13] 周光权. 论刑事和解制度的价值[J]. 华东政法大学学报, 2006(5).

(责任编辑: 彭介忠)

Discussion on the Legitimacy of the Criminal Reconciliation System

GAO Chang-fu

(College of Law, Jishou University, Jishou, Hunan 416000, China)

Abstract: Taking the criminal law mechanism as benchmark to measure the room for the criminal reconciliation system, the author finds that the criminal reconciliation system agrees with the spirit of justice of penalty and combating the abuse of punishment power advocated by the three basic principles of criminal law. It is the product of comprehensive interpretation of the nature of crime, and the practice of the spirit of Individualized criminal penalty, economy and modesty of criminal penalty, zero penalties, and discount penalties. The criminal reconciliation system bridges the criminal law and the civil law, fills the gaps of penalty theory and provides a new vision and new ideas for the research and practice of criminal law.

Key words: criminal reconciliation system; basic principles of criminal law; nature of crime; spirit of criminal penalty