

刑事和解与传统刑事责任理论

杜宇*

内容提要：最近十年的刑事责任研究基本停滞，无法实现理论之明显提升，其重要原因在于，责任论始终以刑罚为唯一关注，使得刑事责任论与刑罚论难辨你我，无法获得超越于刑罚论的实质性内核。“刑事和解”的出现，为我们展示了对责任的另一种理解可能，从而为摆脱责任论的研究困境提供了难得的契机。以和解的责任观为线索，对传统责任论的核心内容展开深入反思，可以看到：责任的承担，不仅要面向国家，而且要面向被害人和社区；责任的实现方式，应从“刑罚—保安处分”的二元格局，迈向“刑罚—保安处分—刑事和解”的三元格局；责任的基本诉求，则应在传统的惩罚与预防的框架内，导入恢复性的价值目标。

关键词：刑事责任 刑事和解 刑罚 保安处分 非刑罚方法

一、问题之提出：传统责任论的危机与转机

刑事责任问题在 20 世纪 90 年代开始为中国学者所关注，并成为刑法基础理论中的焦点性问题之一。然而，经过十余年的探讨之后，研究刑事责任的热度不断消退，乃至逐渐沉寂无声。究其原因，最重要的是，中国的刑事责任研究始终徘徊于前苏联理论的阴影之下，无法实现理论之实质提升。的确，在张明楷、张智辉、张文、冯军等诸位教授的努力下，〔1〕“刑事责任”已经作为一个重要范畴进入了刑法的理论体系，并形成了由刑事责任概说、刑事责任的地位、刑事责任的根据、刑事责任的发展阶段、刑事责任的实现等内容组成的刑事责任论体系。但其后十余年间的理论进展却付之阙如，无法超越 90 年代之研究。

学界对于刑事责任的基本目标、承担对象、实现方式等问题已基本形成共识，未见明显对立之见解。比如，关于刑事责任的目标，融合了“惩罚”和“预防”的责任目的论，已渐成主流；关于刑事责任的承担对象，一般认为，应当由犯罪人面向国家承担刑事责任；而在刑事责任的实现方式上，主流学说认为，刑事责任的实现方式有两种：刑罚与非刑罚方法。大陆法系国家也采

* 复旦大学法学院副教授。

本文为作者主持的 2007 年司法部国家法治与法学理论研究项目“和谐社会语境下刑事责任理论的反思与重构”之阶段性成果（项目编号：07SFB3011）。

〔1〕 参见张智辉：《刑事责任通论》，警官教育出版社 1995 年版；张明楷：《刑事责任论》，中国政法大学出版社 1992 年版；冯军：《刑事责任论》，法律出版社 1996 年版；张文等：《刑事责任要义》，北京大学出版社 1997 年版。

取类似的双元格局：刑罚与保安处分。

然而，在另外的一些基本问题上，我们仍可发现重大分歧：第一，在刑事责任的基本内涵以及与之紧密相连的刑事责任之体系地位这一问题上，仍存在激烈争论。归纳起来，有添加模式、替代模式、统合模式等三种不同的理论范式。这可从罪—责—刑、罪—责、责—罪—刑等三种体系安排中清晰地加以观察。在国内学界，上述见解分别以马克昌、张明楷、王晨等教授为其代表。^{〔2〕}第二，在刑事责任的理论基础问题上，存有“道义责任论”与“社会责任论”、“心理责任论”与“规范责任论”、“行为责任论”与“意思责任论”、“性格责任论”、“人格责任论”等多重对立。^{〔3〕}此种复杂的对立，乃根源于观察角度与理论视点的差异，很难说是在同一平台上展开交锋。第三，在刑事责任的根据问题上，亦存在犯罪构成说、犯罪构成事实说、事实总和说、事实根据与法律根据分别说等诸多观点。^{〔4〕}可以认为，这一问题的论争，最能体现前苏联理论的烙印及其惯性延伸。

最近十年的刑事责任研究基本停滞，无法实现理论之实质提升。究其原因，不仅在于学界的精力过多地纠缠于“刑事责任之根据”等并无实质学术含量的问题，以及前苏联理论在意识形态及法学知识形态方面的宰制；更为重要的是，刑事责任理论以刑罚和非刑罚方法为研究对象，在刑罚论高度发达而非刑罚方法极为贫弱的状况下，刑事责任论的内容必然略同于刑罚论的内容，从而呈现出高度空洞、无实体内涵的理论尴尬。在既有的研究状况下，刑事责任论面临的一个致命指责就是，以刑罚论的内容为模本，做简单演绎和推展，缺乏超越于刑罚论的实体内容。例如，将“刑罚的目的”做简单延伸，拔高为“刑事责任的目的”；将“刑罚的原则”做一定推展，演化为“刑事责任的原则”。因此，刑事责任成为一个缺乏实体内核的范畴，体系上的地位大打折扣。

另一方面，20世纪70年代以来，伴随着对传统刑事司法理论的困惑，特别是实践效果的不佳，西方学界开始探寻一种新的刑事冲突应对模式。此时，普遍存在于各国社会中的传统解纷方式——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”一跃成为人们高度关注的重大课题之一。

“刑事和解”的勃兴，使我们获得了某种难得的转机，它可能有助于我们走出刑事责任研究的困境。“刑事和解”作为一种不同于刑罚的刑事处理方式，其与非刑罚方法有着亲近的联系。以中国刑法为例，在中国现有的制度框架内，刑法第37条规定的非刑罚方法，包括了训诫、责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失、行政处罚、行政处分等措施。抛开行政方面的措施不论，这些方法几乎完全等同于“刑事和解”中的责任形式。由此，我们似乎看到了某种可能，即将“刑事和解”纳入非刑罚方法，以此丰满非刑罚方法的框架内容，扩展非刑罚方法的操作与适用。“刑事和解”的加入，将会打破刑罚“一家独大”的局面，凸现群雄并起之格局。这不仅将使刑事责任获得超越于刑罚的实体内容，而且在扩张研究对象的基础上，也必将促使学界反思原有刑事责任理论的适用性。由此，不但已经累积起来的共识，如刑事责任的目标、承担对象、承担方式等问题，仍大有可商榷之余地，而且，在刑事责任理论的聚讼层面，以“刑事和解”为启发，也可能起到拨云见日之功效。

〔2〕 所谓“添加模式”，是指在传统的“罪—刑”结构中，加入“责任”这一中间纽带，从而形成“罪—责—刑”结构；所谓“替代模式”，是指以“责任”替代传统的“罪—刑”结构中的“刑罚”，从而形成“罪—责”结构；所谓“统合模式”，则是指以“责任”来统合犯罪与刑罚，从而形成“责—罪—刑”结构。关于上述三种理论范式，具体可参见马克昌：《刑事责任的若干问题》，《郑州大学学报》（哲学社会科学版）1999年第5期；张明楷：《刑事责任论》，中国政法大学出版社1992年版，第152页以下；王晨：《刑事责任的一般理论》，武汉大学出版社1998年版，第113页以下。

〔3〕 参见张文等：《刑事责任要义》，北京大学出版社1997年版，第22页以下。

〔4〕 参见赵微：《徘徊于前苏联模式下的刑事责任根据理论及前景展望》，《环球法律评论》2002年夏季号。

作为一种参照系，“刑事和解”不但为我们反思主流的刑事责任理论提供了契机，而且更为制度演进指出了极有前途的方向。从“刑事和解”的角度切入，推动刑事责任理论之突围，进而发展更为多元化、更具包容力的刑事责任理论，可谓意义重大。

二、刑事责任的另一种理解：刑事和解的责任观

“刑事和解”的责任观念，与传统理论迥然不同。其独辟蹊径的理解，为我们开启了一片全新的天地。在下面的文字里，笔者将从责任的前提、主体、对象、形式及目标等五个方面，尝试进入这一独具魅力的知识体系。

从责任产生的前提看，“刑事和解”的理解与传统理论极为接近。在刑事古典学派的论述中，犯罪乃是犯罪人基于自由意志而选择的结果，是道德邪恶的体现，因而，犯罪人必须为自己的选择接受刑罚的制裁。按照康德的意思，这正是尊重了犯人作为理性的存在。^{〔5〕}而到了刑事实证学派那里，对犯罪的认识发生了重大变化。他们认为，自由意志乃是某种虚幻的神话，意志自由与自然科学的一般规律两不相容。人的意志、性格、信念乃至人类的一切现象都处在必然性的因果链条之中。在此种决定论的视界中，犯罪行为乃是素质、环境等因素支配下的产物，是犯罪人危险人格的表征。因此，意志并非自由，犯罪人对于犯罪行为不需承担道义责任，刑罚只是某种防卫社会的被动措施，只是对犯罪人人格的一种“医治”。时至今日，相对意志自由的理论渐成主流。^{〔6〕}在这一理论看来，人的意志固然有被素质、环境等因素决定的一面，但它又不是完全被动和毫无生气的，它具有自己的能动性和创造性。人的意志不仅是被决定的，同时也是自主决定的，是不断更新的自由。因此，对基于正常的意识活动而选择犯罪行为的人加以非难，无论在伦理上还是情理上，都绝无不妥。

在“刑事和解”的理解中，犯罪也是行为人自愿选择的结果。承认犯罪是某种错误的决定，由此犯罪人对这种错误决定承担起责任，是公正处理犯罪事件的必要前提。行为人在行为之际，完全可以依循法律的期待，尽善良守法之义务，但行为人竟违反法律的正常期待，选择了侵害行为，就必须担当起相应的责任。很多犯罪人都是社会的底层人士，他们可能受到了来自国家与社会的诸多不公正待遇，但是，这种状况并不能为他们的行为提供辩护的理由。“自己受伤害绝不能成为伤害他人的理由”，因此，“我们应该帮助犯罪人认识到他们不是被害人，恰恰相反，他们是被害人的制造者。”不难看到，“刑事和解”在责任前提问题上坚持三点：一是承认犯罪人相对的意志自由；二是分清是非，避免角色混论；三是强调犯罪人主动承担责任，绝不容其逃避责任。应当说，这样的理解与当下的主流责任观念一脉相承。

从责任承担的主体看，刑事和解理论认为，犯罪人乃最为重要的主体。只要行为人在意志相对自由的前提下选择了犯罪，此种行为就必然对被害人以及社区带来损害。而一旦造成了损害，犯罪人就对被害人以及社区欠下了某种“债”。因此，犯罪人必须主动、积极地偿还此种“债”，消除被害人、社区所遭受的不良影响，以恢复社会生活的常态。犯罪人构成整个事件中第一位的、不可推卸的责任主体。在坚持这一见解的前提下，刑事和解理论进一步提出，社区也必须对整个犯罪事件承担责任，因为犯罪既是社区关系破碎或弱化的原因，也是社区关系破碎或弱化的结果。犯罪的产生，部分地归因于社区的失败，归因于社区环境的影响。犯罪人可能遭受过来自

〔5〕 参见〔德〕康德：《法的形而上学原理——权利的科学》，沈叔平译，商务印书馆1991年版，第150页。

〔6〕 参见马克昌主编：《犯罪通论》，武汉大学出版社1999年版，第323页以下；陈兴良：《本体刑法学》，商务印书馆2001年版，第306页；赵嵬：《刑事责任的理论基础》，《法制与社会发展》1999年第3期。

社区的歧视,承受过不健康的人际关系的影响,可能从来不曾获得受教育的机会,甚至从来没有条件融入社区,成为真正的、建设性的社区成员。社区教育的失败、监控措施的失灵和社区交往的裂变等因素,催化了犯罪的发生,在此种意义上讲,社区成为了犯罪的孕育者与创造者,因此,在犯罪回应中,社区不仅构成受害人,而且也构成责任人。社区必须竭尽所能,重建社区伦理与行为准则,发展社区安全项目,培养和提升犯罪人的人际交往能力与劳动能力,帮助犯罪人重返社区。如果说,坚持认为犯罪人是不可推卸的责任主体,这与主流的责任观念如出一辙,那么,强调社区的责任担当,则是刑事和解理论相当独特的智识贡献。

从责任承担的对象看,“刑事和解”的理解更是独辟蹊径。在这一理论框架内,犯罪既不是“孤立的个人反对统治关系的斗争”,也不是个人对国家权力的侵犯,相反,犯罪乃是社区中的个人侵害社区中的另外一些个体的行为。与此种犯罪观相对应,“刑事和解”理论认为,刑事责任的承担也必须面向被害人。犯罪并非对国家统治秩序的直接侵犯,因而犯罪人没有必要向国家承担责任,国家也没有理由要求犯罪人承担这种责任。犯罪行为首先是对被害人的物质和精神带来损害,因而只有面向被害人,了解自己的行为性质及其后果,向被害人道歉并提供赔偿,全面恢复被害人所遭受的各种损害,才是真正的责任承担。另一方面,犯罪不仅给被害人带来了伤害,而且也对社区带来了伤害。因此,恳请社区成员的原谅,促进社区安全感的重建,进行适度的社区服务以恢复社区遭受的损害,就成为犯罪人面向社区必须承担的责任。以被害人和社区为责任履行之对象,摒弃面向国家的责任承担,这一责任观念可谓超越了以往的所有学说。

从责任承担的形式看,赔偿、道歉和社区劳动构成了主要的三种形式。由于要面向被害人和社区承担责任,因此必须考虑到他们的实际需求。对于被害人而言,侵害行为所导致的最为现实的损害在物质方面,使其经济状况倒退甚至难以维系正常生活。因此,以金钱赔偿的方式来弥补此种物质损失,就显得相当必要。有时,为了适应案件的特殊性,除了金钱赔偿之外,为被害人提供劳务或是照顾,也是可能的替代。或许犯罪人根本无钱可赔,或许被害人不想让犯罪人的父母代替赔偿,此时,坚持让犯罪人以自己的劳动来接受教训,就是一种恰当的选择。另一方面,犯罪除了给被害人带来物质损失之外,也给他们带来人格上的侮辱和精神上的负担。因此,鼓励犯罪人向被害人真诚道歉,使事情的是非曲直得以澄清,使被害人的精神损害得以减轻甚至弥合,就构成了另一种重要的责任承担方式。此外,社区也被视为犯罪的侵害对象之一。犯罪使社区成员的安全感下降、信任感降低,使社区的道德传统和交往原则面临严重考验。此时,为社区提供无偿的劳务,就成为对社区的一种弥补。这种社区劳动不仅强化了“犯罪要付出代价”的责任观念,而且力求通过犯罪人的建设性行为,重新取得社区的信任,重新拾得对自己的信心。在“刑事和解”的理解中,适当的责任形式绝非消极地接受刑罚,而是积极地挽回因犯罪造成的不良后果。

从责任的目标与诉求看,“刑事和解”的基本目标定位于恢复。这种恢复,乃是所有与犯罪相关的各方全面恢复正常状态的一种整体性、系统性反应。对被害人而言,这意味着物质损失的赔偿,精神安宁的重建,以及重新以某种健康的姿态融入社区生活;对于犯罪人而言,意味着责任的承担,生活态度与行为模式的重构,交往能力的培育和提高,以新的、建设性的角色复归社会;对于社区而言,意味着传统社区道德的确证,交往规则和人际关系的重整,社区安全与服务的加强,以及社区凝聚力的增进。所有这些,都将化为一股合力,促进整个社会和谐状态的有力恢复。不仅如此,在刑事和解理论看来,犯罪的发生既包含着危险又充满着机遇。因为,通过当下案件的处理,如果犯罪的原因得以化解,人与人之间的误会得以消除,社区成员的关系就可能比以往更为紧密,信任与尊重也比从前更为增强,社区可能由此迎来更为和平、安宁的未来。因此,恢复这一目标,不要被简单地理解为“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,努力实现某种改进与超越。

从责任前提、责任主体、责任对象、责任形式到责任目标,形成了“刑事和解”对于责任的某种系统性认知。这一套观念的形成,从逻辑上而言,根源于“刑事和解”对于犯罪的独特理解。正是将犯罪视为“社区中的个人对其他个人的侵犯”,而非“个人反对统治关系的斗争”,才使得被害人和社区在犯罪回应中、在责任处置中,占有中心地位。这一地位的确立,又进一步对责任形式及责任目标的重构,施加着决定性的影响。

三、刑事责任方式之扩展:从刑罚、保安处分到刑事和解

(一) 刑事责任方式的二元格局

通常认为,刑事责任的实现,依赖于刑罚或保安处分。关于刑罚与保安处分的关系,经历了旷日持久的争论。在刑事古典学派那里,刑罚与保安处分性质有别,必须严加区分:基于道义责任论和报应刑的要求,刑罚是对犯罪的道义非难和报应;保安处分则不具有此种非难的意义,其是针对行为人的危险性格,为了预防将来的侵害而实施的社会自我保护。^{〔7〕}而到了刑事实证学派那里,对刑罚与保安处分关系的理解,发生了重大变化:基于社会责任论和教育刑的要求,刑罚的本质在于预防犯罪的发生,更生和矫治犯罪人,其目标在于防止社会再次受到犯罪侵害。从这一点上看,刑罚与保安处分没有任何区别,因而必须将两者作为一体来把握。^{〔8〕}这样的理解分歧,通常被概括为刑罚与保安处分的关系之争,即“二元论”与“一元论”之争。^{〔9〕}时至今日,随着新古典主义的抬头,“二元论”渐成主流。人们普遍认为,刑罚乃是以报应为根基而以预防为补充的制裁,而保安处分则完全以预防为旨趣,无法容纳报应的需求。两者在这一点上必须严加区别。在此意义上讲,刑罚构成了最为主要的犯罪反应方式,而保安处分则处于某种补充的地位。

在中国刑法中,刑事责任的实现方式亦有两种:刑罚与非刑罚方法。其中,刑罚是承担刑事责任的最为主要的方法,但并非唯一方法。在刑罚之外,我国刑法第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。”通常认为,这一条文确立了所谓的“非刑罚方法”,作为实现刑事责任的补充性方式。

这里的非刑罚方法,与西方意义上的保安处分存在着较大区别:其一,适用前提上的区别。保安处分是基于行为人的违法行为而施处。虽然通常来看,此种行为必须构成犯罪,但是,不可一概而论。有些国家规定,犯罪行为之外的违法行为亦可适用保安处分。如德国刑法第63条、第64条规定,适用收容于精神疗养院与收容于强制禁戒机构的保安处分的,只要求是特定的人或因为特定的原因实施了违法行为。^{〔10〕}而我国的非刑罚方法,其适用的前提是行为必须构成犯

〔7〕 参见张明楷:《外国刑法纲要》,清华大学出版社1999年版,第443页。

〔8〕 同上书,第443页以下。

〔9〕 此种争论不仅停留在理论层面,而且均具有强大的实践影响力,以至于都曾经转化为波澜壮阔的立法运动。1921年菲利(Ferri)所起草的意大利刑法典草案,就是贯彻一元制立法的先驱。这一草案试图以保安处分统合传统的刑罚,将两者融合为一个保安处分化的概念——制裁(Sanktion)。于是,就有了一部“没有刑罚的刑法典”。菲利(Ferri)案虽最终没有付诸实施,却产生了广泛的影响。苏俄1922年刑法、1926年刑法,古巴1926年刑法,墨西哥1926年刑法及瑞典1959年的保护法草案等,都采用了一元制的立法模式。而在“二元论”的指导下,瑞士法学家斯托斯(Stooss)于1893年完成了《瑞士刑法预备草案总论》,1894年完成了《瑞士刑法预备草案分论》,这就是著名的斯托斯草案。在这一草案中,报应主义和预防主义被较好地结合起来,刑罚与保安处分的双重体系得以确立。这一草案对后世的刑事立法产生了辐射性的效应,意大利1930年刑法、波兰1932年刑法、德国1933年刑法修正案、法国1934年刑法修正案及瑞士1937年刑法等,都采用了二元制。参见陈兴良:《本体刑法学》,商务印书馆2001年版,第735页以下。

〔10〕 前引〔7〕,张明楷书,第450页。

罪。其二，适用对象上的区别。保安处分通常是基于行为人的危险性格而科处，或者由于行为人缺乏责任能力而科处。因此，它主要适用于常习犯、常业犯、酗酒犯、毒品犯、流浪犯、有重大危险性的传染病患者、具有危险的生理缺陷或性格异常者、无刑罚适应能力的无责任能力者等。^{〔11〕}而非刑罚方法没有适用对象上的特定限制。其三，措施类型上的区别。与上述适用对象的区别相联系，保安处分的措施通常包括：强制性精神病治疗、强制性禁戒、社会矫治、行为管束与监督、禁止特定执业等。^{〔12〕}而非刑罚方法则包含：训诫、责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失、行政处分等。保安处分的措施中，既有剥夺人身自由的措施，也有不剥夺但限制人身自由的措施，而非刑罚方法则不包含剥夺、限制人身自由的措施。这主要是因为，保安处分以保卫社会、预防犯罪为诉求，且针对有危险性格的行为人而施加，因而适当地限制、剥夺人身自由乃不可避免，而非刑罚方法则不存在此种目标与对象上的特别限定。基于上述几点区别，中国语境下的非刑罚方法与保安处分绝不能等而视之。如果说，非刑罚方法在正式制度安排上尚有一席之地，那么，保安处分则还未真正进入立法者的视野，急需引入和加强。

（二）刑事责任方式的三元图景

在“刑事和解”理论看来，以刑罚为基本实现方式的传统刑事责任，仅仅只是某种抽象责任。犯罪人通过接受刑罚承担了抽象责任，却逃避了现实的、具体的责任。在过往的理解上，责任必须面向国家来履行，一旦接受了刑罚，犯罪人就完成了对国家所负的责任，同时获得了复归社会的权利。然而，在和解理论的理解中，这种责任履行不但对很多犯罪人而言是无谓的痛苦（如对偶然犯、过失的非暴力犯），而且对被害人和社区而言，也没有现实意义。因为，刑罚对既往的物质损失和精神损害没有任何弥补价值，^{〔13〕}被害人和社区未能从犯罪人的责任履行中获得现实的权益，因此他们也就不可能真正地原谅犯罪人，并接受他回归到社区中间。在“刑事和解”的理解中，刑事责任的承担方式除了刑罚之外，还存在一种更为积极、更有意义的可能选择。

此种理解在实践中产生了巨大效应。一些国家在立法设计或司法实践中，将刑事和解作为新的刑事责任实现方式。这其中最值得注意的可能是德国的经验。在少年法上，德国通过1990年的《少年法院法第一修正案》，将“刑事和解”制度积极引入少年刑事司法。由此，和解之达成，不但可被作为追诉停止之事由或缓刑、假释后之观察性负担，而且更可作为一种与刑罚、保安处分相独立的刑事处理方式。此外，在1992年，“德国、瑞士及奥地利刑法学者工作团体”曾经提出一个《再复原选择法案》（AE-WGM）。该团体认为，经过对大多数德国民众的意见调查，已经清晰地显示出某种犯罪反应的转变性倾向。亦即，以被害人利益为考量的恢复性概念开始居于中心地位。由此，《再复原选择法案》建议，在刑法总则中，将恢复性的义务履行增列为犯罪的第三种责任形式。

然而，和解理论也面临着巨大的挑战。一旦和解试图作为某种新的责任方式加入进来，就必将面临两方面的拷问：其一，刑事和解作为刑事责任之实现方式是否适格？其二，如果适格，刑事和解与业已存在的刑罚、保安处分、非刑罚方法之间的关系，应如何处理？

1. 和解作为刑事责任的实现方式

首先必须明确的是，和解是否刑事责任之实现方式？从始至终，刑事和解面临的一个重要诘难便是，会否导致刑事责任的民事化？换言之，通过“刑事和解”，实现的是一种刑事责任还是

〔11〕 参见〔德〕汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第966页以下。

〔12〕 同上书，第970页以下。

〔13〕 当然，刑罚对于满足被害人的报应情感而言，可能会有意义。

一种民事责任?〔14〕可以看到,与刑事和解相伴随的,往往是赔偿、道歉、社区服务等责任形式,而这些通常被认为是传统的民事责任实现形式。如此一来,产生上述疑问就在所难免。

在中国学界引介这一制度时,也存在同样的困惑。一种具有代表性的观点认为,刑事和解的成立,就意味着行为人的行为虽然构成犯罪,但不再承担刑事责任。例如,有学者指出:“刑事和解,是指在刑事诉讼程序运行过程中,被害人和加害人(即被告人或犯罪嫌疑人)以认罪、赔偿、道歉等方式达成谅解以后,国家专门机关不再追究加害人刑事责任或者对其从轻处罚的一种案件处理方式。”〔15〕在这种观点的背后,实际上隐藏着两种可能的判断:其一,刑事和解乃是一种民事责任之履行。在基于和解而不再追究刑事责任的情况下,是以某种民事责任代替了刑事责任。其二,刑事和解本身就是刑事责任之实现方式,尽管其与刑罚根本不同。因此,在基于和解而不再追究刑事责任的情况下,是以和解代替了刑罚,以此种刑事责任之实现方式代替了彼种实现方式。其实质是刑事责任实现方式的内在转换,是刑罚之替代,而非刑事责任之替代。由此,上述观点中的“不再承担刑事责任”,既可能是以和解这种民事责任方式来代替刑事责任的承担,刑事责任从不曾产生;也可能是以和解的方式承担刑事责任,而不再承担刑罚,刑事责任仅仅是换了一种方式履行,从不曾免除。

由于上述观点语焉不详,因此在逻辑上,两者可能皆有存在之余地。要化解迷雾、走出困惑,关键是要厘清“刑事和解”作为一种责任承担方式具有何种属性?在有罪的前提下,如何评价犯罪人的赔偿、道歉等行为的实体法性质与意义?如果其构成一种民事责任之履行方式,显然第一种判断更为恰当;如果其构成一种刑事责任之履行方式,无疑第二种判断更为合理。笔者认为,要澄清“刑事和解”之性质,一条比较清晰的思路,就是从罪责刑之关系入手予以分析。在第一种情况下,犯罪与刑事责任、刑罚的关系呈现出如下状态:有罪无责无刑。通常认为,犯罪是刑事责任产生的法律事实根据,没有犯罪就不可能有刑事责任;刑事责任是犯罪的必然法律后果,只要实施了犯罪,就不能不产生刑事责任。〔16〕因此,无罪必无责,有罪必有责,有罪而无责在理论上是难以想象的。在有罪的前提下,以民事责任代替刑事责任同样是荒谬的。〔17〕而在第二种情况下,罪、责、刑关系呈现出如下状态:有罪有责无刑。只有做这样一种理解,将和解视为刑罚方法之替代,而非刑事责任之替代,方能符合现有理论之逻辑。因此,在罪、责构成线性联系的理论前提下,只要和解作为犯罪成立后的某种反应方式和法律效果,就不能否认其作为刑事责任之实现方式的特质。和解中的责任形式虽与民事责任具有表面的类似性,但在根底里却相去甚远。

如果进一步考虑到减轻处罚的情况,就会更加坚定我们的判断。在相当多的情况下,刑事和解的达成,并不产生免除刑罚的效果,而是产生减轻刑罚的效果。这时,意味着和解的达成抵消了部分刑罚。如果将和解视为民事责任的履行方式,就必然得出一个推论:民事责任的履行可以部分抵消刑事责任,刑事责任之履行可部分转换为民事责任之履行。这正是我们所极力反对的“以赔当刑”、“以赔赎刑”之做法。事实上,刑事责任之履行与民事责任之履行乃并行之双轨,绝不可相互替代和转换。只有将和解理解为刑事责任之实现,方能理解上述之通约与转换现象。

〔14〕 例如,德国的罗克辛(Roxin)教授就担忧以“刑事和解”来实现刑事责任的妥当性。在他看来,“刑事和解”可能导致刑事司法之“软化”,从而有损刑法一般预防机能之实现。因此,罗克辛教授倾向于将“刑事和解”放在整个刑事责任的体系之外,将其与民事责任之实现方式(如损害赔偿、赔礼道歉)相类同。

〔15〕 陈光中:《刑事和解的理论基础与司法适用》,《人民检察》2006年第10期。

〔16〕 参见前引〔2〕,马克昌文。

〔17〕 民、刑事责任之间,不存在相互替代和转化的可能。详尽分析可参见于志刚:《关于民事责任能否转化为刑事责任的研讨》,《云南大学学报》(法学版)2006年第6期。

2. 和解与刑罚、保安处分、非刑罚方法的关系

上述分析表明，“刑事和解”作为某种刑事责任的实现方式，当无疑虑。明确了这点之后，进一步要考虑的问题，便是其与刑罚、保安处分及非刑罚方法等方式的关系。

先来看和解与刑罚的关系。在德国学者萨斯尔（Sessar）的理解中，和解不能与刑罚相提并论，而只能被归入刑罚的下位范畴。和解应当与自由刑、罚金刑等一起，成为刑罚之一种。^{〔18〕}罗克辛（Roxin）教授则强烈质疑上述观点，认为“刑事和解”绝不能归属于刑罚。因为，前者乃以“强制侵入”为基本特征，而后者则完全立足于“自主自愿”。的确，刑罚乃国家意志的绝对贯彻，根本不考虑犯罪人与被害人的意志，而和解则以双方当事人意思自治为中心，国家意志反而从前台撤退。因此，罗克辛提出的这一区分是极为关键的。不仅如此，刑罚与和解之间尚存在以下区别：

其一，刑罚的剥夺性极为广泛，而且极为严厉，而和解无论在剥夺客体的广泛性还是严厉性方面，都无法与刑罚比肩。从生命到自由，从财产到名誉，刑罚可以剥夺的客体可谓无所不及。和解中的责任形式，通常只涉及财产与名誉的减损，而与生命、自由无关。也正是基于此种剥夺的广泛性，使刑罚成为最为严厉的惩罚。在和平时期，其可谓国家威权行使的最后一张、也是最为严厉的一张底牌。相反，和解中无论是道歉、赔偿还是社区服务，其严厉性都远不及刑罚。

其二，刑罚以官方机构的主持和诉讼程序为基本前提，而和解则通常不需要官方机构的主持，其程序逻辑也与诉讼截然不同。刑罚意味着对犯罪人基本权利的剥夺，因而在程序观念上不得不格外谨慎。这不仅体现为，在审判主体上要求绝对的权威性与公共性，而且体现为，在审理过程中追求规范性与仪式感。然而，和解却通常由民间机构主持，它不但并不依赖官方机构的主持，甚至在某种意义上拒斥官方机构的过深介入。和解的过程也并不遵循所谓的“正当程序”，因为现代“正当程序”完全围绕诉讼而形成。^{〔19〕}与诉讼——这一刑罚的确定与形成过程相比，和解程序更加注重的是灵活性、个别性与参与性。

其三，刑罚以惩罚为其内在属性，而和解则以恢复为其根本属性。可以说，刑罚与惩罚具有不可分离的内在连接，惩罚乃是刑罚最为原始、最为根本的冲动。没有惩罚就没有刑罚。与之相对，和解则绝非以惩罚犯罪人为目标，它在赋予犯罪人以责任的同时，蕴涵的乃是修复、还原、补偿及帮助之意向。和解并不希望给犯罪人造成无谓的痛苦或是一味地惩罚，而是试图通过责任之施加，积极地修补裂痕、愈合伤害和促成觉醒。

正是基于以上区别，刑罚与和解在性质上应相互分离。当然，这并不是说两者之间绝无类同之处。可以清楚地看到，强调对某种个人错误的自我负责，强调以责任承担唤醒当事人的规范意识，强调对未来犯罪的事先预防，都是两者共享的价值。但是，从更为基本的方面看，两者一个以国家单方意志为圭臬，一个以当事人意思自治为主旨；一个以强制介入为原则，一个以自主接纳为前提；一个以严厉惩罚为特征，一个以和缓恢复为中心，实在是有着属性上的区别。

在和解与保安处分的关系上，初步看来，和解与保安处分也具备一些明显的共性。比如，两者都非常注重对犯罪人的治疗、恢复和能力提高；都非常重视对犯罪人的特别预防；从措施本身的严厉性上看，都普遍弱于刑罚。但是，仔细思考起来，两者还是有着显著的差异：

〔18〕 菲利早在《刑法原理》中强调，“对被害人的赔偿应当作为公法中的一种刑罚”；萨尔夫（Schafer）也明确认为，“赔偿被害人的损失，依照我们的观点，应当成为对大多数非危险份子所实施的轻罪适用的唯一刑罚方式。”尽管上述观点乃直接针对赔偿而言，但未尝不能与萨斯尔的观点归为一类。

〔19〕 传统的刑事程序设计，乃以“诉讼”为主要参照。这难免使我们产生错觉，误以为“诉讼”就是“程序”的全部，甚至将“诉讼”与“程序”相等同。结果，一个更为广大的领域被忽略了。事实上，诉讼在任何社会中都不是唯一的和全部的程序，无论其作用如何重要，它都只能是程序正义和渊源的一部分。“刑事和解”让我们看到了某种“另类”的程序世界。

其一，保安处分以国家强制为基本特征，而和解则以双方当事人自愿为前提。保安处分是基于行为人的危险性格而施处，在防卫社会的限度内具有强制性的特征，不以犯罪人或被害人的意志为转移。而刑事和解的开展，包括责任形式的确定，都必须以双方当事人的自愿为前提。

其二，适用对象上的区别。保安处分通常是基于行为人的危险性格而科处，或者由于行为人缺乏责任能力而科处。因此，它主要适用于常习犯、常业犯、酗酒犯、毒品犯、流浪犯、有重大危险性的传染病患者、具有危险的生理缺陷或性格异常者、无刑罚适应能力的无责任能力者等。^[20] 刑事和解则没有上述对象上的特定限制。当然，目前世界范围内的和解实践，主要是针对少年犯、轻罪犯和过失犯而展开。^[21] 但是，不应该认为和解只能适用于上述对象。和解还有非常广泛的适用空间和发展余地。此外，和解通常只能适用于有具体被害人的犯罪，对于“没有被害人的犯罪”或者“自己是被害人的犯罪”，如吸食毒品罪、流浪罪等，和解在适用上尚有困难，而这些犯罪可能落入了保安处分的处置范围。

其三，具体责任措施的区别。保安处分的责任措施通常包括：强制性精神病治疗、强制性禁戒、社会矫治、行为管束与监督、禁止特定执业等。而和解的责任措施则包含道歉、赔偿、社区服务等。

其四，剥夺对象上的区别。与上述适用对象和责任措施相对应，两者的剥夺客体 and 严厉程度有较大不同：在保安处分的措施中，既有剥夺人身自由的措施，也有不剥夺但限制人身自由的措施，还有剥夺从事特定行为资格的措施；^[22] 而和解中的责任形式则通常不涉及对人身自由的剥夺，也不涉及对特定资格的剥夺。

其五，主持机构与程序上的区别。由于保安处分涉及到对人身自由及从业资格的剥夺，因此，一般必须由法院来进行审理和宣告，而且必须严格符合法治主义的程序。和解则并不需要由法院来主持，通常由社区中介组织来主持，在程序上也更为灵活和宽松。

其六，核心旨趣上的区别。保安处分是以犯罪预防为根本诉求，而刑事和解则以犯罪恢复为中心目标。保安处分不是对已然之罪的报应，而是对未然之罪的预防，不是对普通公众的一般预防，而是对危险人格者的特别预防。针对可能的犯罪侵害，保安处分明显带有社会防卫之性质。当然，保安处分也蕴涵着矫治、医疗和感化等功能，但是，对这些功能的强调，可以回归到社会的自我保护。对于刑事和解而言，全面恢复犯罪所造成的各种损害，才是最为核心的目标。其中，对于物质损失的赔偿、对于精神损害的平复、对于社会秩序的回复，都是和解所重点关注的问题，这对于保安处分而言则无关紧要。当然，在和解中，也绝不是忽视对犯罪的预防。但与保安处分相比，却有着几个重要的区别：第一，和解不仅关注个别预防，而且同样重视一般预防，而保安处分仅仅关注个别预防。第二，即使就个别预防而言，两者的基点仍有微妙差别。在保安处分中，始终是以社会防卫作为各种措施的价值归属，犯罪人本身的矫治与康复，则只构成某种中间途径或手段。与之

[20] 前引 [11]，耶赛克等书，第 966 页以下。

[21] 关于“刑事和解”的适用范围问题，始终构成这一制度实施中的主要困惑，世界范围内的做法也不相同。在英格兰和威尔士，刑事和解起初是专门针对青少年犯罪、初犯和轻犯。但在后来的发展中，这一制度的适用范围有了明显的扩张。现在既针对未成年犯罪人，也针对成年犯罪人。英格兰泰晤士河谷警察局的恢复性司法项目，最初主要是用于解决那些随时可能被法庭放弃受理的轻微小案，但现在同样被运用于相对严重的犯罪；在新西兰，以家庭为单位的面谈，用于除了最严重的犯罪以外的所有犯罪案件；在澳大利亚的堪培拉项目中，刑事和解同样适用于相对严重的犯罪，在澳大利亚南部，面谈则是专为较严重的犯罪而设立。但是，作为一种共识，这一制度适用于青少年犯罪、轻微犯罪和偶然犯罪，应该没有任何疑义。而且，从整体趋势来看，“刑事和解”的适用范围，是从最初的轻微犯罪、青少年犯罪和偶然犯罪逐步发展到涵盖严重犯罪、成年犯罪甚至是累犯，呈现出不断扩展版图的态势。参见 [英] 麦高伟·威尔逊：《英国刑事司法程序》，刘立霞译，法律出版社 2003 年版，第 482 页。

[22] 前引 [11]，耶赛克等书，第 966 页以下。

不同,和解是将犯罪人自身的恢复与提高,作为目的性价值予以追求。第三,保安处分视犯罪预防为最高价值,而和解尽管重视犯罪预防,但从不将犯罪预防视为最高价值。在预防之外,和解更为关注的是各种损害的修复与更新。预防犯罪仅仅是损害修复过程中一种伴随性的价值追求。

在中国目前的制度背景下,和解与非刑罚方法的关系,也有必要专门讨论。理论上通常认为,中国刑法第37条之规定,在立法上正式确立了非刑罚方法。从表述上看,非刑罚方法很容易被理解为刑罚之外一切刑事措施的总称。而从国外的制度看,刑罚之外的其他方法或者说刑罚的替代方法,指的无非就是保安处分。于是,两相印证,人们很可能会产生误会,认为这里的非刑罚方法包含了保安处分,甚至就是保安处分。然而,中国刑法背景下的“非刑罚方法”却绝非保安处分,而是指训诫、责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失、行政处罚、行政处分等措施。这些措施与保安处分之间,无论在适用对象还是适用前提上,都有着显著的区别。中国刑法的一大缺憾,就是没有给保安处分以应有的重视,保安处分在刑法中未得到明确地承认。相反,中国刑法却特别规定了“非刑罚方法”——一个不但在理论上毫无实质内涵,而且在实践上明显缺乏活力的摆设。从理论上看,各种非刑罚措施之间根本不具备统一的特质,无法形成一个实体性的、整合性的范畴;从实践上看,非刑罚方法的适用率极低,甚至被长期虚置。在保安处分得不到立法确认,而非刑罚方法又极度贫弱的情况下,刑罚必然一家独大。同时,刑罚的极度膨胀,又必然反过来排斥非刑罚方法的适用,不自觉地维持和强化其垄断地位,由此形成恶性循环。

“刑事和解”的引入,为非刑罚方法的改造带来了难得的转机,为重新激活这一制度提供了启发。从功能上看,“刑事和解”与非刑罚方法具有内在的一致性,都可以作为刑罚的替代,作为某种非刑罚化的责任实现方式;从形式上看,“刑事和解”的具体措施更是与非刑罚方法极为贴近,都包含了训诫、悔过、赔礼道歉、赔偿损失等措施。因此,以“刑事和解”充实非刑罚方法,不仅可以实现功能上的对接,而且可以实现形式上的替代。刑事和解与非刑罚方法在制度上的衔接,将非常顺畅和自然,不会有任何突兀或是生硬。此种对接,对于两种制度而言,意味着难得的“双赢”:一方面,它可被视为非刑罚方法重新发挥余热的一个契机;另一方面,它也可被视为“刑事和解”进入现有法律框架的一种渠道。通过此种对接,非刑罚方法不但在内容上重新充实起来,而且在实际适用上会更加频繁有力。

和解与非刑罚方法之间,也有不能相互包容的另一面。“刑事和解”不仅构成犯罪成立之后的非刑罚化处置,而且还可以在追诉过程中作为一种停止追诉的事由,一种事实上的非犯罪化措施,或者作为一种减轻刑罚的事由。^[23] 这些都不是非刑罚方法可以囊括的;而非刑罚方法中的行政处罚、行政处分等措施,也明显不能落入“刑事和解”之范畴。^[24] 因此,从长远来看,“非刑罚方法”与“刑事和解”两种制度,不宜合而为一。未来还是有必要对“刑事和解”予以单独的立法设计,并全面引入保安处分制度。只是,从目前的制度安排来看,在不对既有立法予以大修大改的前提下,可以考虑以刑事和解充实非刑罚方法的适用。

“刑事和解”既不同于刑罚,又不同于保安处分。它的出现,可能打破传统的“刑罚—保安处分”作为犯罪反应方式的双元格局,凸现“刑事和解”作为刑事法律效果体系之第三支柱的图景。如果这一点被承认,传统责任论的研究对象就将得到新的扩展,传统责任论的诸多内容也将面临新的反思。因为,传统的责任论,乃是围绕刑罚与保安处分,尤其是刑罚而形成。当“刑事和解”加入进来以后,传统理论的适用性、涵盖性就必然遭受严峻挑战。这其中,一个尤为突出

[23] 和解在正式法上的效果,各国规定有许多差异。但是,一个共通性的特征是,这种效果具有多元性。在这一点上,德国法的规定尤具代表性。参见杜宇:《“犯罪人—被害人和解”的制度设计与司法践行》,《法律科学》2006年第5期。

[24] 关于非刑罚方法中行政性措施的具体分析,参见马克昌:《刑罚通论》,武汉大学出版社1999年版,第748页以下。

的问题，便是刑事责任目的的重新构造。

四、刑事责任目的之重塑：从惩罚、预防到恢复

刑事责任之追究从始至终贯穿着理性的目标，正如耶林所言“目的是全部法律的创造者”。它不但影响着立法者的思考和决断，并由此制约着立法的整体风貌，而且在刑事司法的过程中，也始终成为操控司法者的“无形之手”。〔25〕罗克辛更是以“目的观”为某种学理上的脉络，来构建其宏大精微的刑法学体系。可以说，无论在立法、司法抑或理论建构中，刑事责任目的这一问题，都属于一种具有整体指导意义的宏大叙事，牵动着刑事法治的每一细节。

在人类历史的长河中，曾经涌现出纷繁芜杂的刑事责任目的观。例如，在中国古代，就产生了诸如恫吓主义、报应主义、教化主义等刑事责任目的之构想；在西方文明中，也曾先后涌现自然报应主义、神意报应主义、预防与改善主义、早期综合主义、相对主义、绝对主义、折衷主义等诸多流派。〔26〕但发展到今日，人们普遍认为，某种融合了惩罚和预防两大目标的刑事责任目的论，代表了刑事法治发展的主流。〔27〕

惩罚历来被视为刑事责任的基本目的，这一点似乎不需过多论证。从人类早期的“替天行罚”思想，到今日之“罪有应得”、“死有余辜”，惩罚作为人类公正情感的一部分，始终深深融入我们的血脉。惩罚观念不仅具有文化传统与国民意识上的基础，而且在现行立法中也有极为明确的承认。中国刑法第1条开宗明义：“为了惩罚犯罪，保护人民，根据宪法，结合我国同犯罪作斗争的具体经验与实际状况，制定本法。”与刑法相衔接，现行中国刑事诉讼法第1条也规定：“为了保证刑法的正确实施，惩罚犯罪，保护人民，保障国家安全和社会公共安全，维护社会主义秩序，根据宪法制定本法。”可见，无论在实体或是程序上，立法者都从不曾掩饰惩罚的地位。

但是，刑事责任之施加，绝不是完全为了惩罚而惩罚。作为一种理性的国家制度，责任的施加必然蕴涵着现实的功利目标。应当说，预防犯罪就是其中最为重要的追求。刑事责任的存在，不仅是因为有了犯罪的发生，而且更是为了没有犯罪的发生或尽量减少犯罪的发生。为此，某种“双面预防主义”的机制被得以特别强调：一方面，我们试图通过刑事责任的施加，来防止犯罪人再次触礁。各种隔离、矫正、教育的思想都可被归入这一特别预防的框架。另一方面，我们更试图通过刑事责任的施处，来阻遏犯罪人以外的社会公众的越轨。威吓、重塑道德禁忌、强化规范诱导等理念都可被纳入此种一般预防的范畴。〔28〕

然而，不难发现的是，上述所谓刑事责任之目的，与人们通常所描述的刑罚目的，具有惊人的一致性。尽管刑罚之目的何在，尚存在不同见解。但是，几乎没有人会否认，报应和预防构成了两个不可或缺的追求。而在“报应”与“惩罚”的关系上，它们都强调对既往行为的处罚，都强调以处罚实现秩序的平衡，以处罚实现某种公正的价值，仅存在一些语感上的细微差别。由此，可以说，刑事责任目的就是刑罚目的之翻版。〔29〕

〔25〕 这主要体现在刑法解释论中的“目的论解释”。“目的论解释”，是刑法各种解释中的最高方法。当不同解释方法得出不同结论时，最终方案应由“目的论解释”来决定。由此可以看到，“目的”在司法适用中的重要意义。

〔26〕 前引〔3〕，张文等书，第98页。

〔27〕 当然，也有学者认为，惩罚不过是刑事责任的固有属性，是刑事责任自身的内容和基本的、不可分离的特征，因而不是刑事责任之目的。参见前引〔3〕，张文等书，第98页以下。

〔28〕 关于预防主义的内容及其演进，参见邱兴隆：《关于惩罚的哲学——刑罚根据论》，法律出版社2000年版，第76页以下。

〔29〕 关于刑罚之目的，亦有学者直接认为包含惩罚。不过，在“惩罚”与“报应”这两种措辞之间，报应可能是更为通用的话语。参见韩轶：《刑罚目的重构论》，载高铭暄、赵秉志主编：《刑法论丛》第8卷，法律出版社2004年版，第149页以下。

之所以出现上述状况,最为重要的原因是,过往的刑事责任理论以刑罚为专美,以刑罚为核心研究对象。因而,刑事责任理论往往成为以刑罚理论为模本的简单复制和推演。人们往往通过对刑罚目的做粗陋的文字包装,便提升为刑事责任之目的,甚至将刑罚之目的直接等同于刑事责任之目的。固然,刑罚为刑事责任实现之基本方式,刑事责任目的之确定,必须要考虑刑罚之目的。但是,如果仅仅将视线局限在刑罚之内,以刑罚为唯一对象来提炼刑事责任之目标,就必将陷入片面和偏执。因为,即使从逻辑上讲,也不能排除保安处分、非刑罚方法等其他责任形式,对责任目的之可能扩充与发展。

特别是,当“刑事和解”作为某种新的责任形式加入进来之后,传统的责任目标理论更面临着严峻的考验。如果说,保安处分尚不能对传统责任目的形成直接挑战,那么,“刑事和解”的出现,就意味着传统责任目的论必须做重大调整。因为,保安处分是以犯罪人矫治为手段,以社会的自我防卫为目标,它们都可以被纳入犯罪预防的框架。但是,“刑事和解”却是以恢复性价值为核心诉求,而这一价值无论如何不是惩罚与预防所能完全包容。从惩罚、预防和恢复三者的关系上,可以看到:

其一,关注重心的偏移。惩罚乃是对既往罪行的惩治,预防则是对将来罪行的防止,它们都必须通过对行为的担当者——犯罪人的影响来实现。惩罚与预防的共同之处在于,将重心放在了犯罪行为 and 犯罪人的一边。然而,“犯罪与被害乃一枚硬币的两面”,对犯罪人的片面关注,便意味着对被害人的过度遗忘。恢复则将关注的重心,从传统的犯罪人迁移到更为弱势的被害人。被害人物质损失的弥补、情感伤害的抚慰乃至复归社会的急迫需求,在和解中都被作为中心目标来追求。当然,这并不是说,恢复仅指对被害人的恢复,而完全无视犯罪人重返社会、社区重归安宁的要求。更为准确地说,恢复性价值乃是某种极具包容性和张力的价值,无论是被害人的恢复,还是犯罪人、社区的恢复,都是恢复性价值的题中之义。只是,相对以惩罚和预防为代表的、以犯罪人为唯一关注的价值目标而言,恢复性价值更为关注被害人的情感体验和利益诉求。它不仅尊重犯罪人作为主体性的存在,更试图以恢复为契机,来唤醒人们尊重被害人作为主体性的存在。

其二,实现载体的分工。如果刑事和解作为一种新的责任形式被承认,既有的“刑罚—保安处分”的双元格局就被推翻,取而代之的将是“刑罚—保安处分—刑事和解”这种三元格局。在这一格局中,不同责任形式承载的价值目标既有重叠又有分工:(1)刑罚作为最基本的责任形式,乃以惩罚和预防为核心诉求。刑罚从来都不是建设性的,而是饱含着摧毁与剥夺,浸润着伤痛与苦楚。这种以法律名义实施的惩罚,所希望达到的效果便是以恶害平衡恶害。除此之外,惩罚的另一效果,则是以暴力制约暴力。通过惩罚,对犯罪人及其他社会公众将来可能的犯罪,予以强力遏制和威吓。(2)保安处分的重心,则在于某种特别预防。这一责任形式,试图通过对危险人格者予以集中管制、矫正和医疗,使其不致进一步危害社会。由此,在实现了个别预防的同时,也实现了社会的自我保护。(3)“刑事和解”的重心,则定位于恢复。通过犯罪人的真诚道歉、物质赔偿,使被害人的精神和物质伤害得以弥补,重新恢复健康的社会角色;通过对犯罪人的责任承担、能力培养和道德重建,使犯罪人从过往的阴影中挣脱出来,重新回归正常的社会生活;通过对社区道德的确证、人际交往的调和及社区安全的强化,重建社区的安宁与和谐。当然,在恢复价值实现的同时,也蕴涵着预防犯罪的潜在效果。但是,和解并非以预防犯罪为核心追求,预防效果仅是在恢复目标实现的同时所产生的附随效应。^[30]由上可见,每一种责任形式都有自己的核心目标,这些目标之间既有分工,也有交叉。换一个角度看,每一种目标又都有自己的载体形

[30] 泽尔(Zehr)指出,累犯的减少只是恢复性司法的一个副效应。具体可参见霍华德·泽尔:《恢复性司法》,载狄小华、李志刚主编:《刑事司法前沿问题——恢复性司法研究》,群众出版社2005年版,第25页以下。

式,这些载体既相互分离,又相互联合。惩罚的目标,只能通过刑罚这一载体实现。预防的目标,可以通过刑罚、保安处分或和解三种载体同时完成。恢复的目标,唯有通过和解才能达致。

其三,功能定位的互补。犯罪行为发生之后,对犯罪的反应必须是系统性的。因为,犯罪作为一种极为复杂的事件,其产生的效应是综合性的。针对此种多维的影响,我们必须分而治之地予以应对:首先,犯罪行为造成了一系列的法益损害,因此,最为基础的反应,是对这些损害予以尽量弥补和修复。其次,罪行破坏了法律秩序的平衡,触犯了社会伦理道德的底线,因而,必须通过对犯罪人予以道义上的惩罚,来重建法律秩序,确证伦理道德规则。最后,罪行还将产生未来的、长久的示范效应,如果不对行为人予以必要的矫正,就难以避免行为人重蹈覆辙,难以防止其他公民以身试法。因此,必须对犯罪人进行必要的教育、训导或是治疗,同时清除犯罪带来的恶性示范效应,以防止犯罪的辐射性影响。从内容上看,恢复注重法益损害的弥补,惩罚侧重伦理和法律的确证,预防则关注可能罪行的遏制;从时间上看,恢复乃是对过往损害的修复,惩罚则是当前规范的维持,而预防却是对未来行为的阻断;从效应上看,恢复着眼于填平,惩罚着眼于巩固,预防着眼于提升;从价值上看,恢复立足于经验实然之维,惩罚立足于规则实然之维,而预防则立足于应然之维。可以说,三者相互补充、相互声援、层层递进、环环相扣,共同构筑了一个综合性、整体性的犯罪反应目标体系。

总之,“刑事和解”的出现,促使我们思考刑事责任目标重构之可能。那就是,在现有的“惩罚”与“预防”之外,将“法益损害之恢复”作为刑事责任之基本诉求。这样的一种目标设定,不仅开始重新关注被害人的需求和体验,而且力求在不同责任形式之间寻求合理分工,更为重要的,它还能弥合刑罚与保安处分在功能上的不足,在它们不及与失灵的地带实现功能互补。

五、结语:迈向多元而能动的刑事责任观

刑事和解的复兴,尽管让人们看到了刑事解纷模式的“多元化”趋势,却极少触发人们的联想,将其与刑事责任研究之窘境贯连起来。事实上,刑事和解不仅具有程序意义,其在实体理论上亦具有极为重要的启发性价值。它的出现,倘若被视为某种犯罪成立之后的刑事法律效果,就必将直接打破刑罚之于非刑罚措施的独大局面,必将在扩充、补强非刑罚措施的基础上,增进刑事责任理论的实质内涵,使其获得超越于刑罚论的实体内容和体系地位。由此,它的出现,也将对传统的刑事责任之目标设定、责任形式、承担对象等问题提出重大挑战,促使我们在根本意义上重新思考这些问题。尽管传统刑事责任观念始终围绕着刑罚观而建立,但刑事和解的出现与壮大,使我们看到了这样一种刑事责任观念的可能:不再一味注重单向度的惩罚与训诫,而是更为注重责任施加的互动与交流;不再关注责任的强制与高压,而是关注责任承担的自愿与自治;不再强调责任的剥夺性、痛苦性,而是强调责任的恢复性、改善性;不再重视责任的耻辱性和排斥性,而是重视责任的融合性与帮助性;不再着眼于责任施加的封闭与隔离,而是允许责任施加的开放和参与;不再仅仅面向国家承担责任,而是同时面向被害人、社区承担责任;不再仅仅立足于责任实现的“公正性”,而是在“公正”的基础上兼顾“效率”;不再由“刑罚”独掌大局,而是力图实现责任形式的多元性、适应性与可选择性。这样的责任观念,可称之为“多元而能动的责任观”。

Abstract: The research on criminal responsibility in China has been slowed down in recent years, and we cannot transcend the level we have reached. In author's opinion, the most important reason of such situation is that theories on criminal responsibility only put their eyes on penalty, so

that theories on criminal responsibility and theories on penalty are almost the same. If so, it is not necessary for theories on criminal responsibility to exist, theories on penalty will take their place. However, the emergence of VOM (victim—offender mediation) has shown another possible understanding of criminal responsibility, and will broaden our horizons about it.

This paper discusses the new concept of criminal responsibility in VOM's view, including the premise, subjects, objects, varied measures, and aims of criminal responsibility. In detail, in view of VOM, the premise of criminal responsibility is that the offenders have relatively free will. The primary subject to assume responsibility is the offender, but at the same time, the community is also responsible for the event. They are responsible to the victim and the community, not to the state. The measures to realize criminal responsibility include compensation, apology and community labor. The aim of these measures is to restore all parties.

VOM itself will be an important criminal sanction different from penalty. Accordingly, the methods for the offenders to undertake their criminal responsibility will be penalty, security measures, and VOM, not only penalty and security measures which we usually thought them to be. This paper analyses in detail the relationship among these three methods, especially their differences.

At last, this paper discusses the aims of criminal responsibility. As far as we know, punishment and prevention are the two goals of criminal responsibility. VOM shows us a promising future that restoration grows to be one of the goals of criminal responsibility. The paper analyses in detail the relationship among these three goals.

Keywords: criminal responsibility, victim—offender mediation, penalty, security measures
