

死刑案件可以并需要和解吗？

孙万怀*

内容提要 死刑案件的和解已经演变为一类现象,且判案思路也有迹可寻。但重罪和解不符合和解的实质。对和解来说,国家权力与个人权利之间的和谐化是本质,而被害人与犯罪人的和谐化是一种延伸。公权力的边界需要维护,不能将重罪归纳为私人之间的关系。被害人死亡的案件中更不存在和解的可能。死刑适用控制是合理的,但我们所做的只能是在法律的框架内追求和谐,无须也不应当用和解制度来做注脚。死刑案件和解,形为和解,实为国家救助制度没有建立之前一种迫不得已的措施,是国家没有承担责任的时候,将救助的责任转嫁到了刑事被告人的身上。

关键词 死刑案件 刑事和解 国家责任

一、问题的展现

近年来,司法部门显然十分热衷于践行轻微刑事案件的刑事和解,各地也纷纷进行一系列的司法试验,^①并将其归属于司法改革的旗帜之下,归纳于建构和谐社会的语境之中,实践中也确实取得了不错的效果。甚至从某种意义上说,正是司法先行促进了理论研究在这一论域中的繁荣。而近几年来关于刑事和解制度方面的文章也如雨后春笋,推动着实践更为深入地探索。可以说,刑事和解制度不仅在尊重受害人、促使被告人悔过自新方面彰显了作用,不仅有利于修复社会关系,而且更是对长期以来单方行使司法权的一种反思和缓和。

然而,近来一段时期,关于“刑事重罪案件和解”^②的提法不断见诸于司法实践,而这同样也是在尚未进行充分的理论准备的情形下出现的,似乎司法又走在了理论的前面。

追根溯源,这一问题引起注意肇始于广东省东莞当地法院判决的一系列案件。最典型且引起社会广泛关注的是:2006年5月6日,被告人胡某、李某、丁某在对邓某进行抢劫时将其刺死。而被害人生前一直在东莞开摩的,是家里惟一的劳动力。案件在当地法院主持下,3名被告与被害人的母亲达成和解,以5万元作为补偿,法院遂对主犯判处死刑缓期2年。^③当地发生的另外一起案例是:2005年11月1日,被告人王某、赖某、周某抢劫并致被害人蔡某死亡。在公诉机关提起公诉的同时,被害人的家属也依法提起了附带民事诉讼,因被害人死亡,被害人一家生活陷入了极端困难的境地。最终经过法官多次组织调解,鉴于被告人王某的家属同意先行赔偿原告5万元人民币,被告人也表示要痛改前非,法院遂对被告人王某判处死刑缓期2年执行。^④不仅如此,“像被告人王某一样通过补偿被害人家属损失

* 华东政法大学教授、法学博士。

本文为作者主持的司法部国家法治与法学研究项目一般课题《刑事政策与刑法关系研究》(项目编号:09SFB2023)的阶段成果。

① 迄今为止,已有多个省市出台刑事和解的规范性文件。如北京市政法委于2003年发布了《关于北京市政法机关办理轻伤害案件工作研讨会纪要》;浙江省公检法于2004年7月联合发布了《关于当前办理轻伤害案件适用法律若干问题的意见》;安徽省公检法于2005年共同出台了《办理故意伤害案(轻伤)若干问题的意见》;上海市公检法司于2005年联合下发了《关于轻伤害案件委托人民调解的若干意见》;海南省公检法司于2007年联合制定《关于办理轻伤害案件若干问题的意见》。早在2003年,笔者在上海市杨浦区人民检察院挂职期间,就曾经参与并主持进行了轻微刑事案件和解的一些探索和试点,并制定了相关规则。

② 本文的探讨主要将范围限定在死刑案件和被害人因暴力犯罪死亡案件的刑事和解问题范围之内。

③ 《东莞杀人犯赔钱获减刑,法院称合慎杀原则》,载《南国都市报》2007年5月25日。

④ 《广东东莞尝试赔钱减刑,抢劫犯赔5万获轻判死缓》,载《北京晨报》2007年1月31日。

获得刑事减刑的判例，在东莞两级法院已超过 30 宗。东莞两级法院希望通过对这种赔偿机制的探索，再辅以国家赔偿，从而使被害人的利益可以得到最大维护。”^⑤

一边是莫衷一是的争议，一边是类似的判例不断涌现。继东莞之后，其他地区也开始出现重罪和解的判例。2007 年上海市第一中级人民法院对一起故意杀人罪作出如下判决：“本案庭审后，经法官主持调解，当事人双方自愿达成和解协议，被告人及其家属自愿将共有的房屋出售并将出售款中的部分份额作为对被害方的赔偿，赔偿数额 80 余万元。被害方据此不再向被告人主张民事赔偿权利，并要求法院在对被告人量刑时酌情考虑民事赔偿情况。本院认为，被告人构成故意杀人罪，依法应处死刑、无期徒刑或者 10 年以上有期徒刑。依照《刑法》第 67 条第 1 款之规定，可以认定其具有自首情节。被告人作案手段比较恶劣，造成了一死一重伤的严重后果，但本案系家庭矛盾激化引起，被告人具有自首情节，且积极进行了民事赔偿，与被害人家属达成调解协议，赔偿数额 80 余万元。综合考虑本案的起因、犯罪的事实、性质、自首情节及赔偿情况等，对被告人从轻处罚，以故意杀人罪判处无期徒刑，剥夺政治权利终身。”^⑥

再譬如，浙江省金华市中级人民法院于 2006 年 11 月 28 日作出刑事判决：“以两被告人犯故意杀人罪，分别判处被告人方强威死刑，剥夺政治权利终身；判处被告人陈战峰有期徒刑 5 年；判令两被告人共同赔偿附带民事诉讼原告人经济损失共计人民币 30 万元，由方强威承担 24 万元，陈战峰承担 6 万元，并互负连带责任。”^⑦宣判后，在法定期限内被告人方强威提出上诉。浙江省高级人民法院于 2007 年 4 月 11 日撤销一审判决中对被告人方强威的量刑部分，维持其他部分；被告人方强威犯故意杀人罪，判处死刑缓期 2 年执行，剥夺政治权利终身。^⑧此后，承办人对和解协议的自愿性与真实性进行了核对。“二审法院正是考虑到方强威归案后认罪态度较好，有一定的悔罪表现，以及其家属积极代赔损失并获得了被害人家属的谅解等情节，对其以故意杀人罪改判死缓刑。”^⑨

类似的事情重复出现的时候，便演变为一类现象。当成为现象的时候，其对于现实的影响便开始显得强烈。其实以上判案思路也是有迹可寻并有所发展的。早在 2006 年 11 月，最高人民法院第五次刑事案件工作会议就指出：“对于因婚姻家庭、邻里纠纷等民间矛盾激化引发的案件，因被害人的过错引起的案件，案发后真诚忏悔并积极赔偿被害人损失的案件，应慎用死刑立即执行。”最高人民法院有关领导在全国法院法官培训班上的讲话也指出：“民间纠纷引发的杀人、伤害案件，只要被害人谅解，原则上一律不杀。”^⑩不仅如此，最近最高人民法院的判例也开始将死刑的适用与否与补偿问题联系起来。例如在“张俊杰犯故意杀人案”中，乌鲁木齐铁路运输中级人民法院一审判处被告人张俊杰死刑，新疆维吾尔自治区高级人民法院经审理后维持一审判决，并依法报请最高人民法院核准。最高人民法院经复核认为：“一审判决和二审裁定认定的事实清楚，证据确实、充分，定罪准确，审判程序合法。鉴于本案系被告人与被害人在培训期间因琐事引发，被告人归案后认罪态度较好，其家属能积极赔偿被害人家属的经济损失，原判对张俊杰判处死刑不当，裁定不核准新疆维吾尔自治区高级人民法院判处被告人张俊杰死刑、剥夺政治权利终身的刑事裁定。撤销新疆维吾尔自治区高级人民法院维持第一审以故意杀人罪判处被告人张俊杰死刑、剥夺政治权利终身的刑事裁定。”^⑪

当然，不仅是实践中存在着这样的判决和精神，针对这些判决理论上也夹杂着激烈的争论。笔者曾

⑤ 姚忆江：《杀人赔钱减刑，合法合理合情？》载《南方周末》2007 年 2 月 8 日。

⑥ 参见上海市第一中级人民法院（2007）沪一中刑初字第 285 号。对此案和解的判解，参见朱文超：《死刑案件中“积极引导刑事和解”的适用及其限制条件》，载《审判前沿观察》（2008 年第 2 辑），上海人民出版社 2008 年版。

⑦ （2006）金中刑一初字第 75 号刑事判决。

⑧ （2007）浙刑三终字第 6 号刑事判决。

⑨ 聂昭伟：《刑事和解对死刑是否适用》，载《人民法院报》2007 年 10 月 12 日。

⑩ 参见《刑事审判法官讲义》（2006 年），第 71 页。转引自前引⑥，朱文超文。

⑪ 参见《刑事审判参考》（总第 65 集），法律出版社 2009 年版，第 1 页。需要说明的是，最高人民法院撤销死刑判决的理由并非仅仅是因为经济补偿，还包括案件发生的范围以及被告人态度，但不可否认经济补偿在其中所起的作用。

于2008年10月9日参加了由上海市法学会主办的“重罪案件中的刑事和解的正当性和可行性”的学术研讨。会上除个别学者具有较为鲜明的观点之外,大多数观点都显得举棋不定,根本原因在于一方面觉得有必要保障被害方的利益,另一方面又担心对于法律正义造成损害。

这就不得不引起我们的警示。在刑事司法改革中,诚然多次出现新的司法现象走在理论前面,譬如简易程序的问题、普通刑事案件简化审乃至轻微刑事案件和解制度都是在理论未有定论之时,司法机关或相关部门力排众议而逐步得以现实化,进而逐步制度化。^⑫但我们必须看到,在涉及重罪案件是否得以和解的时候,尤其是在死刑案件或被害人死亡的案件中,性质与影响显然不同。

对于重罪和解,各种理论观点也是五花八门。有观点认为,刑事和解会导致与罪刑法定的基本原则相冲突,使得罪与刑的关系不是相适应,而是罪与刑关系的变形。“刑事和解制度试图在刑法制度之外探讨有回旋余地的纠纷解决机制,在一定程度上消解了刑法的命令性、工具性,软化了刑法的强制性。”有观点则认为,人民内部矛盾引发的轻微刑事案件可以刑事和解,而那些反映对抗性矛盾的严重暴力犯罪则不能搞和解。有些观点认为,和解具有普适性。“刑事和解制度是大势所趋,以后要逐渐适用于3年以上的案件。”有些观点则将仅仅将死刑案件排除在和解之外。“无论是重罪还是轻罪,只要不是非杀不可的就可以适用。”^⑬

不仅如此,在一些学者的积极推动下,刑事和解立法正有从一般呼吁向操作层面迈进的迹象。在刑事诉讼法再修改课题成果《中华人民共和国刑事诉讼法修改专家建议稿》第20条中,就明确将刑事和解作为我国刑事诉讼法的一项原则予以规定。这条有可能改变刑事和解法律地位的建议,具体内容为:“犯罪嫌疑人、被告人与被害人及其近亲属达成和解的,人民法院、人民检察院和公安机关可以考虑当事人的和解意愿,并根据案件情况依法不追究犯罪嫌疑人刑事责任,对被告人从轻、减轻或者免除处罚。”

刑事和解制度是否能够推进到死刑案件或者被害人死亡案件的领域,这实际上是一个不容回避的问题。因为一方面,轻微刑事案件的和解制度已经成为一种现实,即使有所偏差,其对刑事正义的冲击也并不强烈,且还得以通过各种方式来弥补和熨平。而另一方面,重罪和解的问题不理清,贸然推行刑事和解的全面化,可能导致刑事正义受到较大损害,甚至引发社会的动荡,负面后果难以消弭。

二、刑事和解是有边界的,不应将生命作为砝码

欲分析死刑案件是否能够和解,首先必须把握刑事和解的基本特征。只有对于和解本质特征以及内在价值界定清楚之后,才能分析死刑案件是否符合和解的要求,能否进行和解。

刑事和解合理性的理论基石在于:

1. 刑事司法过程中的和解主要表现为国家公权力与被告方刑事权利之间的和谐化

在刑事司法过程中,个人与权力的对抗是主要矛盾,甚至在特定情况之下,表现为“孤立的个人反对统治关系的斗争”。在传统的司法体制和司法理念中,这一特征十分明显,但是在“代议制和公司制的时代”,在现代司法体制和司法理念中,鉴于对权力推定的警示,国家公权力与个人之间的和解获得了一种平衡。这种平衡在来自对于司法权的局限性的认识,主要表现为:其一,无论求刑权还是量刑权,均带有认识的有限性,所以不可能希冀准确无误地对所有的犯罪模型再完全复制,在对于犯罪的追诉中必然面临着失败或出错的风险,其二,现代权力“无往不在枷锁之中”,如果一味沉浸在追求真实的幻象,最终必将无法摆脱公正与效率的二律背反。在这对二律背反中,国家权力一直被期待主持正义的同时,又面临着手段的局限性,因此不可避免地存在与权力治下的对象合作的可能性。正义、公正的追求如同经济学中的“帕累托境界”一样,“帕累托境界”的前提是完美的制度支撑,但是这个社会是一个稀缺社会,因此均衡、平衡成为一种基本要求。正义、公正同样需要完美的制度支撑,遗憾的是人本身的局限性决

^⑫ 但是,这样的现象并不能拿来作为否定理论的指导性作用。

^⑬ 以上各种观点参见韩永:《刑事和解渐入佳境?》,载《中国新闻周刊》2007年7月30日。

定了其只是一种追求的理想境界。

“当规范使得各种社会生活利益的冲突要求有一恰当的平衡时,这些制度就是正义的。”^⑭这里的正义实际上是对矫正正义的一种矫正。这种矫正是建立在这样的前提下:权力本身存在着对正义的理解,而这种理解是人的理解,因此无法保证这些理解的正确性,即使这些理解是正确的,也无法保证权力的行使不出现偏差和局限。这种偏差在刑事法领域表现为对于事实和法律适用的错误,这种局限表现为发现犯罪的能力不足或对待犯罪的无能为力。因此公正对效率的妥协便具备了生存的空间。刑法规定了罪刑法定原则、罪刑相适应原则和平等适用原则,但是刑法中诸如自首等许多规范不是三大原则所能解释的。现代刑法乃至刑事法律还浸润着其他的丰富的现代刑事理念精神,包括权力平衡的理念和人道主义的理念等。二者都是权力与权利之间相互妥协的结果。这种妥协在刑法中表现为自首、立功、时效、赦免等制度,表现为对于特定对象不适用死刑等等。在刑事程序法中表现为辨诉交易、污点证人制度、简易程序等制度,表现为一系列的人道主义措施。上述各种制度从形式上来看具有很大差异,甚至属于不同性质的法律,但是它们具有一个共同的特点,即其中无不闪现着现代法的和解精神。在现代刑事法治领域,冲突已经不再主要展现为被告人与被害人之间的对立,而是表现为权力和权利之间的斗法。和解同样表现的不是被告人承担的责任与被害人之间利益的等同,而是司法权力如何对待犯罪嫌疑人,二者在追求矫正正义的平台上如何达成妥协。冲突的双方通过让步达成协议,是由证实犯罪某种不确定性和危险性决定的。双方由于无法确切地预见自身期望结果的发生,而且清楚地知道那个与所期望的结果相反的结果意味着付出最为沉重的代价,这就为他们各自向对方作出让步以换取较低期望值的实现提供了条件,当然这种结果是在矫正正义允许的范围之内,是在双方认可的范围之内。

2. 在国家的制度框架下,国家公权力与被害人当事人权利关系之间的和谐化

合理界定权力范围的同时,对于传统刑事法惩罚性宗旨的扬弃,除了表现为权力与权利之间的直接关系和谐化同时,还表现为在国家制度的框架之下,公权力与当事人权利关系之间的和谐化。近些年来,世界各国普遍开始关注被害人的生态,强化被害人在刑事司法中的地位。寻求对于被害人的救助和补偿,可以说这十分有助于社会关系的修复和社会的和谐。

在传统的刑事司法体制中,刑事被害人已经在国家刑事法系统中失去了独立性,只是作为纯粹的被害方而存在,国家如何对待犯罪分子已经和刑事被害人没有实质的关联。国家在对待犯罪中拥有完全的主导性,被害人被害后的一切事情有国家解决。从某种意义上说,犯罪行为开始被认为不仅仅是甚至不是对被害人个人的侵害,而是对国家、社会秩序和公共利益的危险或危害,国家俨然成为任何犯罪的主要受害者,起诉活动顺其自然地成为代表国家提起公诉而不是代表被害人提起公诉。量刑活动也不是以被害人为依据或考察的主要标准,而是对于社会的危害程度,对于社会的危害大小成为主要的考察依据。刑罚的执行活动更是以受刑人的复归社会可能性为标尺。这导致刑事司法权力难以摆脱政治化和个性化。

美国有这样一句法谚“刑事公正就是对罪犯的公正”(criminal justice is justice for criminal)。公正的标准虽然包括被害人和社会两方面,但是犯罪人的权利与待遇随着社会文明程度的提高而越来越高,这并不意味着必然导致被害人的权益被漠视。相反二者之间是可以相互包容和相互协调的。对待被告人的公正从一定意义上说与对待被害人的公正联系在一起,因为这种包容和协调恰好体现了国家权力推定范围的自我制约,而这种制约的结果是更加强调被告人与被害人关系的和谐化。犯罪并不必然构成对社会利益造成需要动用公权力追诉的地步,有时当事人之间的和解更为有助于社会关系的修复。联合国《为罪行和滥用权力行为受害者取得公理的基本原则宣言》第4条规定,对待罪行受害者时应给予同情并尊重他们的尊严。这说明了同情和尊重并尊重刑事被害人的迫切性,说明了人道主义的必然性。任意剥夺或限制被告人权益固然是法治水平低下的体现,对刑事被害人的权益的保护水平同样是

^⑭ [美]约翰·罗尔斯《正义论》,何怀宏译,中国社会科学出版社1988年版,第3页。

法治水平的风向标。忽视、漠视刑事被害人权益,即使加强了对于被告人权益的保障,仍然是一种残缺的法治,二者是刑事法治文明道路上的双轨。“国家在刑事司法中所扮演的角色决不应是矛盾的激化者和悲剧的制造者,如果能用调解解决,就不要用暴力解决,能息事宁人,就不要去挑开伤疤;能皆大欢喜就不要两败俱伤。”^⑮和解就是通过公权力的框架之下,寻求一种各方都能接受的结果,这种结果应体现了犯罪人和被害人之间一定的意志,并且互相获得了一定的满足,从而恢复被破坏的社会关系与秩序。

上述两种和谐化的结果就是——被害人与犯罪人之间的关系的和谐化——刑事和解。也就是说,国家权力与个人权利之间的和谐化是本质,而被害人与犯罪人的和谐化是一种延伸。因此,重罪刑事案件的刑事和解制度有以下一些实质性的内容:(1)和解的目的双重性,和解是在国家权力主导下进行的,其既考虑到对于被害人的扶助更考虑到犯罪人的复归。正是这样的原因,和解制度被普遍归纳为一种恢复性司法,即“采用恢复性程序并寻求实现恢复性结果的任何方案”。^⑯通过调解、调和、会商和共同确定责任的方式同受害人、罪犯以及其他相关人员共同参与解决由犯罪造成的问题的程序。其旨在满足当事方的个别和共同需要及履行其责任并实现受害人和罪犯重新融入社会的补偿、归还、社区服务等对策和方案,是恢复正常的社会关系和社会秩序的方案。但是,无论哪一种目的,都必须以坚守法律和社会主流的公平观为基础。(2)和解确立的理论基础主要就是基于两个方面:其一,国家惩罚的无效果性,其二,社会关系可以被修复。我们说惩罚和社会关系的修复在一些场合下具有因果关系。但是在一些场合下这种关系不够明显,甚至会妨害关系的修复。社会关系的修复是现代刑事法效果的重要指标。(3)刑事和解作为一种权利与权力、权力与权利之间和解的一种实践,其必然逻辑就是和解本身的自愿性。《关于在刑事事项中采用恢复性司法方案的基本原则》中规定“不应以不公平的手段强迫或诱使受害人或罪犯参加恢复性程序或接受恢复性结果。”任意的环境和自由的意志成为恢复性司法的基本要求。因为只有在意志真实的前提下,权力的主导作用才无须充分发挥,因为只有在意志真实的前提下,社会关系修复方案的实施才是真实的,才具有效果。(4)被告人与被害人之间关系的和谐不是和解制度应有之义,只是一种例外和延伸。虽然形式上是被害人与被告人平等的关系,但实质上还是国家司法权和诉讼参与人的关系;和解得以实现必须是建立在对社会公平信念没有受到严重挑战的时候或者不至于动摇根基的时候,也即不能牺牲公平和公正换取所谓的和解。法律正义是刑事案件和解制度得以存在的基础,更是和解的边界。(5)和解是被害人与犯罪人之间的和解。由于犯罪人侵犯的客体是人身权利,则人身权利的不可让渡性决定了作为被害人的家属可以成为补偿的收益者,但是不具有和犯罪人和解的权利。尤其是以被害人的生命为代价的时候。

据此,鉴于和解的上述意义,笔者认为,在考虑死刑案件和解的可行性的时候,至少可以在以下几个方面进行证伪:

首先,关系的和谐化并不是一种权利无休止的容忍,毕竟公权力的边界需要维护,恢复性司法也是在公权力的框架下进行的,否则犯罪可能演变为一种私人之间的关系,这并非是现代司法的特征,也并非公权力所愿意看到的,也违背了权力不可推定性的初衷,违反了权力约定的原理。

犯罪无非侵犯了两个关系,一是社会秩序,一是公民的基本权利。所谓对于公民权利的侵犯,就是说犯罪行为往往针对被害人这一社会个体,而故意杀人行为,无论其最终触犯的罪名性质有何不同,对于生命权的侵犯是毫无疑问的,但是同时,犯罪行为又表现为所谓对于社会秩序或者说法益的侵犯,这是从面上来说的。犯罪行为固然是对于被害人个体的损害,但同时也是对于法律的伤害,从更为广义的

^⑮ 刘仁文:《恢复性司法面对面化解矛盾》,载《检察日报》2003年7月23日。

^⑯ 2002年4月16日至25日在奥地利维也纳举行的联合国预防犯罪和刑事司法委员会第十一届会议上《关于在刑事事项中采用恢复性司法方案的基本原则》受到了广泛关注。这项决议草案最先由加拿大提出,后有奥地利、比利时、荷兰、秘鲁等10个国家加入提案国的行列。最后形成的这项决议草案对于把握国际刑事法发展的动态或趋势不无意义。

角度说，还构成对整个社会关系、公平信念的破坏。也就是说，我们在考量正义实现的时候，不仅要靠个别正义的实现，还要考虑到普遍正义实现。这一普遍正义至少包括法律的形式正义和社会的实质正义。还是以死刑案件为例，死刑的判决绝不仅仅是为了简单复仇，而是为了体现一种报应正义，维护社会这种公平的基本信念，尤其是在立法仍然大量规定死刑、社会仍然较高程度赞同死刑的社会中。死刑在刑法公正体系中作用仍然是举足轻重的。如果允许被害方与被告方的交易，看起来似乎维护了被害方的利益，实际上是以牺牲整个公平信念为代价的，是以牺牲法律的尊严和权威为代价，其最终的结果是法律可以被任意解释。死刑的标准不再建立在客观的危害和主观危险的基础之上，而是建立在被害人谅解的基础之上，法律的公平便失去了标准，司法权界也会不着边际。同时，这样的和解结果还会导致社会实质正义标准的丧失。

其次，更为敏感的问题是，在涉及到故意杀人案件和解的时候，这一交易的主体一方实际上被被害人家属所代位，而不像轻罪案件和解的双方是被告人与被害人本人，这是两种和解的实质区别。在被害人已经死亡的前提下，和解的可能是是否存在，被害人的家属是否有权利作为和解的一方显然十分值得思考；被害人家属毕竟只是一种间接受害者，而不是被害人。这种受害多数体现为心灵的创伤和经济的困难。于是出现了三个方面的问题：（1）如果被害人家属充满了人道和宽容的情怀，在没有任何物质回报的前提下谅解了被告，则这种实质的和解是否能够帮助被告人最终逃脱失去生命的命运？（2）如果被害人死亡导致被害人家属生活困难，而被告人愿意进行赔偿，这实际上形成了一种物质与生命的交易。问题是如果被告人无力赔偿时该怎么办？（3）补偿真的能够抚平心灵创伤吗？生活的困难可以通过物质帮助加以解决，但是心灵的创伤恐怕只有通过时间来加以治愈。这与物质帮助没有直接关系，甚至一定程度上物质回报的取得会使得受害人家属更加伤深痛切。对被害人家庭来说，追求正义或者说复仇重要还是获取经济补偿重要呢？毫无疑问，从心灵角度来说，复仇当然优先于经济利益。只不过困顿环境中的被害人家属为了生存而答应了和解，这不应被指责，但丝毫不能让我们得出结论——被害人家属对于罪犯的痛恨缓解了。（4）如果说和解是司法机关主导之下的，则是否准予和解的标准依据在哪里？如何处理权力的态度与被害人或者其家属之间态度的矛盾？

更为重要的也是更为难以让人接受的是，在现有死刑案件和解案例中，一般都成为一种物质和生命之间的交换，或者说都和物质的补偿联系在一起，因此我们很难说被害人的生命不是和解天平上的砝码。

刑事和解的实质就是对于被害人的安抚。提高了被害人的诉讼地位，从而在传统的公共利益—被告人利益模式中增加了被害人利益的考虑，使现代刑事诉讼开始追求公共利益、被告人利益与被害人利益的三方平衡。而在故意杀人之案件和解中，被害人因为犯罪而死亡，和解的基础就不存在了，所谓的和解也就失去了基点和支点。譬如，被害人诉讼地位的提高变成了一种空谈，生命失去了，意志也就烟消云散，精神损害的弥补也成为空谈。安抚被害人自然不需要实现也无法实现。此时的社会不是修复的问题，是社会关系已经消亡了。

被害人家属能否代表被害人呢？在一定程度上这应该是毋庸置疑的。对于财产权利，家属存在着代位问题，存在流转接受的可能，也正是因此，刑事附带民事诉讼的获益家属继承自当没有问题，但生命是独立的，不存在代位拥有的问题。按照刑法中被害人允诺行为的基本原理，即使被害人同意让渡的生命，他人也无权处理。更何况生命被剥夺的情形下，即便是家属没有权力去认可亲属生命的被剥夺。而和解说白了就是这样一种最终的认可。家属的谅解充其量只是一种感情的宽容，与和解无关。

以上这些问题都是和解制度无法解决的。当然，我们可以说，财产补偿只是刑事和解的一种体现方式，但是在现有的判解中，几乎都是通过经济补偿的方式出现的，强调其他和解方式来为这种和解进行开脱，不是一种实事求是唯物主义观的态度。

三、控制死刑无须用和解来做注脚

不可否认，司法者之所以在这一领域推行和解制度，与当前的死刑制度改革具有莫大的关系。这首

先还是要从死刑这一基本制度的现状谈开。

死刑是不合理的,从长远来看是要废除的,但是在当前的中国现实条件下尚不能废止死刑,这似乎已经成为广为接受的结论。如陈兴良教授所言“从应然性上来说,我是一个死刑废止论者;从实然性上来说,我是一个死刑存置论者。确切地说,是一个死刑限制论者。”^{①⑦}笔者认为,这在逻辑上是一个悖论,是知识者心理矛盾的结论。^{①⑧}死刑的不合理性决定了中国要走向逐步废止死刑的道路。在当前的社会环境下,死刑的司法控制成为一个现实的可选性的步骤。其实,在没有废止死刑的国家,控制死刑适用也是广为接受的做法。“除中国以外,可以视为世界大国的还有美国、日本和印度三国,而这三国都很注重依靠司法机关来控制并减少死刑的适用。印度虽然在法律上保留死刑,但印度的最高法院一直坚持死刑只能在‘极少数中的少数’案件中适用。由于最高法院采取的这一严格控制死刑的立场,印度在1975年后只在很少案件中适用过死刑,在1995年后仅在个别案件中执行过死刑。这使得印度成为世界上保留死刑的国家中实际使用死刑次数最少的国家。日本在法律上对犯有故意杀人和叛国罪行的人保留死刑。据报道,日本在1946年至1993年共判处766人死刑,其中608人被执行。但近年来日本也逐步加强了对死刑的司法控制。在2004年到2005年,日本的司法部长甚至一度决定不再签署死刑执行令。目前,印度和日本两国被判处死刑等候执行的人数分别仅为数十人而已。美国与日本和印度不同,是在司法实践中较多适用死刑的国家,现在等待被执行的死刑犯高达三千余名。可以说,就死刑问题而言,中美两国是国际社会关注的最主要的对象。从学术研究的前景来看,美国将成为中国研究外国死刑问题的主要信息来源国之一,而它在通过司法控制死刑方面的丰富经验也很值得研究和汲取。”^{①⑨}

中国似乎正在走向这一道路。“2008年6月底,最高人民法院透露,在今年一至六月份,最高人民法院推翻了15%由各地报请核准的死刑判决。这一消息被BBC等国际媒体广为报道,引起广泛关注。”^{②⑩}

据此,一些观点在论证死刑案件和解制度的合理性与可行性的时候,自然也是以控制死刑的目的来加以佐证。“在我们的死刑量刑还没有摆脱罪行决定论的情况下,刑事和解可以作为‘不必立即执行’的根据,大量适用死刑缓期执行,以大幅度地减少死刑的实际适用。死刑案件刑事和解的适用有利于严中有宽、以宽济严,有利于宽严相济刑事政策的具体贯彻。在理论界,死刑案件的刑事和解得到了越来越有力的支持。”^{②⑪}有人甚至认为我国最高人民法院可以出台司法解释规定“死刑案件中,如果被告人的犯罪行为得到了被害人或者被害遗属的真诚宽恕的,可以从轻或减轻处罚。法院应当引导、帮助被害人或者被害人遗属与被告人或者其亲属就民事赔偿问题进行协商并达成和解。法院鼓励被告人以主动、积极的履行赔偿义务的行为和真诚的悔罪态度换取被害方的宽恕。”^{②⑫}

在具体的判例说明中,这样的观点也被接受。“被告人故意杀人犯罪情节严重,社会危害性极大,又系累犯,本应对其适用死刑立即执行。但被告人真诚悔罪,其家属积极代为赔偿被害人家属经济损失,安抚被害人家属的悲伤情绪,由此获得了被害人家属的谅解并达成了和解协议。二审对其改判死缓,这既合理地减少了死刑的适用,又起到了最大限度地弥补被害人家庭损失的作用,取得了良好的法律效果与社会效果。”^{②⑬}“刑事和解在特定范围的死刑案件中的适用除了能达到化解当事人双方的矛盾,减少社会对立面,维持社会和谐稳定的社会效果外,其另一重要价值便是逐渐扩大民众对传统观念中的死刑案

①⑦ 陈兴良:《死刑存废之应然和实然》载《法学》2003年第4期。

①⑧ 具体论述可参考孙万怀:《废止死刑:死刑不合理性的必然逻辑》,载《中国社会科学》(英文版)2009年第2期。

①⑨ 杨诚:《死刑司法控制的美国模式之研究与借鉴》,载《政治与法律》2008年第11期。

②⑩ 前引①⑨,杨诚文。

②⑪ 陈京春:《刑事和解与死刑的适用》,载《人民司法》2008年第5期。

②⑫ 杜文俊、任志中:《被害人的宽恕与死刑适用——以恢复性司法模式为借鉴》,载《社会科学》2005年第12期,第76页。

②⑬ 前引②⑩,聂昭伟文。

件作非死刑处理的接受度,实现‘保留死刑,严格控制死刑适用’的目标”。^{②4}

通过以上引证,可以发现,所谓死刑案件得以和解的初衷无非是两个方面的,一是取得了被害人或者被害人家属的宽恕,和解可以成为缓解社会尖锐矛盾冲突的有效手段。二是可以减少死刑的适用。笔者认为,第一个问题在本文第二部分已经廓清,即死刑案件和解从个案来看可以缓解被害人与罪犯之间的矛盾。但从整体角度而言,不存在缓解社会矛盾的问题,不仅如此,反而可能会激化社会的矛盾,引起社会公平信念的紊乱。实际上,即使就具体个案而言,也很难说是缓解了矛盾,至多不过是缓解了被害人及其家属的物质苦难。对于第二个问题,则更是无稽之谈。死刑应该受到司法控制这一点应该是没有问题的。但是并不需要也不应该通过和解的方式来实现。法律树立了一种权威,司法则是通过忠实执行来巩固和体现这一权威。因为被害人的谅解而不予判处死刑或死刑立即执行只会导致法律或者死刑的严肃性和规范性受到巨大的损害。根据罪刑法定原则,是否应该判处死刑只能由法律明确规定为依据;根据罪刑相适应的原则,罪犯是否应该被判处死刑只能根据其已然之罪和未然之罪来加以衡量,和解或者被害人的原谅既与已然之罪无关,也与未然之罪关联不大;根据平等适用刑法的原则,我们追求的不仅仅是个案的正义和公正,而应该是一种普遍的公正。不能以实体正义牺牲形式正义。更不能因为死刑的不合理性而寻找违背法律基本原则的一些理由作为避免适用死刑的遁词。

是否在否认死刑案件和解的正当性之后,死刑的司法控制就不能实现了,答案当然也是否定的。这是因为:

1. 法律的生命不在于逻辑而在于经验,对于生命的看法同样如此

对于生命的体验是一个十分个性化的价值体现。尤其是对于死刑来说,在法律的许多场合有明确规定但并不具有一种绝对性的时候,这种信念性的力量可能就产生作用了。对于内心中坚决否定死刑的裁决者来说,毫无疑问会选在放弃死刑。对于一个坚决捍卫死刑的裁决者来说则可能坚决捍卫死刑。对于一个对死刑心存顾虑的裁决者来说,则会思忖再三,找出尽量不使用死刑的依据,找出案件中的无法说服内心的怀疑,尽管这种怀疑有时没有充足甚至是不可能有的证据印证。^{②5}如果抛开了个人的好恶和个性的偏执,或者说充分实现了司法者的独立性,则法官对于死刑态度的普适性价值应该是十分明显的:首先要有济世之心。医生的济世之心是针对病人的切肤之痛而言的,司法的济世之心是针对心灵的扭曲而言的,无论何时,作为司法者都必须放弃为了惩罚而惩罚的思路,应该以矫正罪错为出发点。其次要有悲悯之心。即使最为严重的犯罪我们也能找到社会的过错、环境的过错,任何一个犯罪的形成都是各种非常态的环境压迫的结果。所谓死刑,就是将所有的过错堆积到犯罪人一个人的身上,这是一种不宽容的体现。

2. 死刑法定刑的相对确定为司法控制预留了空间

我国《刑法》第48条明确规定,死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子。在司法控制方面,最高司法机关也明确指出“我国现在还不能废除死刑,但应逐步减少适用。”^{②6}这些都为死刑的司法控制指明了方向,而死刑在刑法中多数场合下作为相对确定的法定刑的存在则提供了这种可能性。

一般的看法认为,我国刑法规定量刑档次和量刑情节过于宽泛、概括和简约。我们对涉及死刑方面的规定大致概括,无外乎以下几种:(1)情节模糊,死刑绝对确定。(2)情节明确,死刑绝对确定。(3)情节明确,死刑相对确定。(4)情节明确,死刑相对模糊。

^{②4} 前引⑥,朱文超文。

^{②5} 最高人民法院时任院长肖扬2007年6月8日表示“从今年1月1日最高法院统一行使死刑核准权至今,从全国法院来看,死刑核准权回收工作进展顺利,体现了惩罚犯罪与保障人权并重的司法理念,体现了‘事实清楚,证据确实、充分’的定案标准,对于死刑案件必须做到疑者不杀。”(载于《华西都市报》2007年6月10日)。实践中,怀疑可能区分为多种程度,而且还与具体人的具体态度联系在一起,还与具体人对于公正信念的理解联系在一起。合理怀疑是一种怀疑,心存疑虑也是一种怀疑,甚至对证据的排除都可说是怀疑的结果。

^{②6} 2007年3月9日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于进一步严格依法办案,确保办理死刑案件的质量的意见》。

就规定本身而言,现行刑法典对于死刑的规定相对有所细化。但是根本的模式没有改变。从以上罗列我们可以看到,刑法中有的条文是绝对确定的法定刑,如满足了“致使被绑架人死亡”或者“杀害被绑架人”条件的,在法定刑的意义上(并非宣告刑)司法者必须判处死刑,没有任何考虑的余地。而在危害国家安全罪一章,涉及到死刑适用部分,看似绝对确定的法定刑,但是由于其适用条件——“对国家和人民危害特别严重、情节特别恶劣的”——十分模糊,司法者有选择的余地,所以实际上是极不确定的。其他的死刑适用种类,都是相对确定的法定刑,尽管表述方法有所差异,但是对于死刑的适用都不是绝对的,都不是不可选择的,所以司法活动的灵活性得到实现。

法定刑确定性问题的实质是对司法者权力的确定,相对确定法定刑的目的就是为司法预留裁决的空间。当然这也导致因量刑情节的弹性和模糊性而发生量刑档次适用上的错位,导致量刑的畸轻畸重就难以避免。

我们认为:只要死刑存在,司法实践中的“畸轻畸重”永远是一个重要的话题。这是因为:其一,除非是机器,否则永远存在着结果上的轻重失衡。只不过对于轻刑而言,引起的回应平淡。其二,死刑的问题实在是过于敏感,人命关天,使用标准的不尽统一自然会成为一个重要的话题。譬如,在贪污罪等以数额为标准之一罪名中,数额的大小往往轻易成为考量妥当与否的依据。其三,绝对法定刑的弊端在一般的刑法中不会引起过多的关注,甚至因为外表公平而成为一种理想,但是过于确定将会显得十分僵化,无论是立法者还是司法者乃至社会民众都难以容忍。其四,死刑的严重性也在考量情节的科学性。

当然上述问题是否可以被尽量加以避免呢?最高人民法院已经注意到并正在进行这样的尝试。譬如,近年来在涉及民间矛盾激化的故意杀人^{②⑦}以及毒品犯罪^{②⑧}领域,已经设定了一些标准试图减少死刑适用,这些标准虽然无法精确化,但是其出发点和效果无疑是好的,也应当是一个死刑量刑的发展趋势和方向。所以,宽泛的刑幅和量刑情节为司法留出了适用死刑的巨大空间,为死刑的司法实践提供了一个平台,在立法成为既成事实的情况之下,司法实践控制死刑的适用产生了合法的依据。大家可以设想一下,如果我们的刑法中,死刑还大量存在,并且都是绝对确定的法定刑,现实的情形可能会十分糟糕。我们总是希冀通过法律的精确性来限制法官的权力,首先这是不可能的,其次,防止死刑适用不公正的出路不是标准的绝对化,而是严格程序的制约、防止权力的干涉、法官内心的好生之德。

在规定死刑适用标准的时候,各种情节永远不会那么具体和清楚,这实际上已经划拨出了一片区域,留给法官去控制死刑适用,显然没有必要再给予一片和解的土地,让法官去耕耘,何况耕耘的结果最终还是要落实为量刑情节。

当然,控制死刑的适用并不意味着取消死刑的适用。既然立法存设死刑,我们就不能任意解释法律。更不能创设法律之外的制度来否定死刑的适用。因为现时,死刑还是报应正义的体现,还有利于昭示公平的价值观,还被认为是遏制犯罪的最为有效的手段。

崇尚法律并不迷信法律是当今时代应该具备的态度。自然发明给人带来了物质的解放,法律的发

②⑦ 1999年10月27日《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》指出“对故意杀人犯罪是否判处死刑,不仅要看是否造成了被害人死亡结果,还要综合考虑案件的全部情况。对于因婚姻家庭、邻里纠纷等民间矛盾激化引发的故意杀人犯罪,适用死刑一定要十分慎重,应当与发生在社会上的严重危害社会治安的其他故意杀人犯罪案件有所区别。对于被害人一方有明显过错或对矛盾激化负有直接责任,或者被告人有法定从轻处罚情节的,一般不应判处死刑立即执行。”

②⑧ 2009年6月,最高人民法院深入总结毒品犯罪案件的审判经验,逐步统一死刑裁判标准,其中包括5种可判处死刑立即执行的具体情形。这5种情形分别是:具有毒品犯罪集团首要分子、武装掩护毒品犯罪、暴力抗拒检查、拘留或者逮捕、参与有组织的国际贩毒活动等严重情节的;毒品数量达到实际掌握的死刑数量标准,并具有毒品再犯、累犯,利用、教唆未成年人走私、贩卖、运输、制造毒品,或者向未成年人出售毒品等法定从重处罚情节的;毒品数量达到实际掌握的死刑数量标准,并具有多次走私、贩卖、运输、制造毒品,向多人贩毒,在毒品犯罪中诱使、容留多人吸毒,在戒毒监管场所贩毒,国家工作人员利用职务便利实施毒品犯罪,或者职业犯、惯犯、主犯等情节的;毒品数量达到实际掌握的死刑数量标准,并具有其他从重处罚情节的;毒品数量超过实际掌握的死刑数量标准,且没有法定、酌定从轻处罚情节的。参见杨维汉:《最高法院统一毒品犯罪死刑标准5种情形可判处死刑立即执行》,载《新华每日电讯》2009年6月26日第7版。

明和改革给人们带来了社会的存续和发展,建立在中国社会现存基础上的法律,尚没有废除死刑,而法律又以稳定性为其特征。这就意味着不可能朝令夕改,这就意味着死刑仍然是法律应有之意。

现实有走在法制前面的可能,相应的法律文化也可能走在法制的前面。坚守死刑亦或是控制死刑,无论是立法还是司法都可以实现适用的和谐统一,这是一个深邃的而极其宏大的命题,根本不需要刑事和解这一规则来做注脚。

在死刑仍然是立法现实的情况之下,在朴素的报应正义观仍然在法律中被弘扬的时期,我们所做的只能是在法律的框架内追求和谐。而不是率性地通过违背法律基本精神方式去否定。通过以毒攻毒的方式去彰显勇气,从这个意义上说,和解制度也不应来做注脚。

四、重罪和解的形成实质上是国家对责任的推卸

传统观点认为,死刑存在的一个重要的合理性理由就是满足了被害人或者被害人家属的复仇要求,抚平了因被害而产生的愤怒。但是在和解论者看来,死刑只能给被害方带来一定的情感满足,却无法真正抚平他们已受到的伤害,只有获得了被告人主动补偿,谅解才得以达成。而暗含的逻辑自然是:如果被告人不能获取从轻处罚,那么拒绝补偿自然成为其合理选择。所以,作为经纪人的被告人,自然将生命与金钱联系在一起,而做为经济人的被害人或者被害人家属,自然也将金钱与谅解联系在一起,和解变成了一场博弈。

姑且不论将被害人作为纯粹的经济人来加以看待是否合理,在刑事和解的逻辑当中,实质上假定了两个前提:一是被害人或者被害人应该得到经济补偿;二是由于被害人受到被告人的伤害,所以其补偿的来源应该来自被告人。

在以上两个前提中,被害人或者被害人家属得到补偿这是没有问题的。问题在于补偿的来源应该来自于何方。

从当今各国的刑事立法与司法实践来看,对于暴力犯罪被害人进行国家救助成为一种趋势。以德国为例,德国于1976年颁布了《暴力犯罪被害人补偿法》(“OEG”,该法先后于1984年12月、2000年12月和2006年6月修订),这是世界上较早建立的刑事被害人国家补偿的方式。该法将国家补偿的对象分为两类:一是因故意犯罪而遭受了人身伤害的刑事被害人;另一类是死亡被害人的遗属。也就是说国家补偿分为被害人给付和遗属给付。被害人给付包括:医疗及康复给付、替代性津贴、生活保障给付等。遗属给付包括三种:(1)寡妇抚恤金,可获得基础年金和全额平衡年金。遗属补偿金的基本抚恤金和全额均衡抚恤金大致为因伤残丧失工作能力的被害人补偿金的60%。给予的补偿金金额取决于配偶所获得的收入而定。(2)孤儿抚恤金,可获得疾病治疗补贴,额外战争被害人津贴,领取至满18周岁为止,特殊情况下可领取至27岁。被害人的遗孤年满18岁之前,或者接受学校教育或者职业教育时年满27岁之前,可以获得遗孤补偿金。无行为能力的遗孤只要不能自立,就可以一直获得补偿金。(3)父母抚恤金。因伤死亡的被害人父母的收入没有超过一定额度,并且他们无劳动能力或者因其他迫切的原因无法从事合理的报酬的工作或者年满60岁的,有权获得父母补偿金。补偿方式分为实物补偿和现金补偿两类。实物补偿包括康复和治疗等,由政府直接支付给已经先行支付的保险公司。现金补偿包括工作补助金、丧葬费用和年金等。实物补偿由联邦政府负担全部经费。现金补偿由联邦负责40%,各州负担60%。实物补偿和现金补偿相加,联邦大致负担补偿总金额的27%,各州负担73%。²⁹

除德国以外,其他一些国家和地区也确立了较为明确的国家补偿制度。日本在1980年(昭和55年)颁布的《犯罪被害人等给付金支給法》第1条即指出,该法是国家对因危害生命身体之犯罪行为而意外死亡人者的家属或受重伤害的受害人给予金钱之援助。韩国在1987年颁布的《犯罪被害人救助法》第1条亦明确规定立法的目的是救助因暴力犯罪而受重伤害的人或致死者的家属。我国台湾地区

²⁹ 李扬:《构建被害人补偿制度之我见——以德国补偿制度为范本的借鉴》,载《福建法学》2008年第3期。

《犯罪被害人保护法》第1条也规定“为保护因犯罪行为被害而死亡者之遗属或受重伤受害者,以保障人民权益,促进社会安全,特制定本法。”

在域内司法实践中,1999年,乌鲁木齐市政府部门曾对乌鲁木齐爆炸案受害人或其近亲属予以经济补助。2001年,石家庄市政府曾对“靳如超爆炸案”中该市棉纺厂受害人及遇难家属发放补助。但這些救助很大程度上是出于稳定的需要,与和解制度、被害人救助制度的价值基础和出发点不完全一致。^⑩ 据统计,“自2001年以来,我国每年刑事犯罪立案均在400万起以上,破案率均为40%~50%,除了那些经济条件相对较好的受害人外,每年可能至少有上百万被害人因为得不到加害人的赔偿而身陷绝境。”^⑪ 当然,这一状况也引起了官方的关注。最高人民法院在部署2007年的工作报告将“研究建立刑事被害人国家救助制度”作为一项重要工作提了出来。最高人民检察院则于2006年就向全国人大提交了关于被害人救助的议案。构建我国的被害人国家补偿制度随后也成为近两年来法学界热议的话题之一。

死刑案件和解的实践,形为和解,实为国家救助制度没有建立之前一种迫不得已的措施。也就是说,是国家没有承担责任的时候,将救助的责任转嫁到了刑事被告人的身上。这是不合理的。试想,如果现在建立起了行之有效的国家补偿制度,重罪和解还有生存的土壤吗?因为那时,谅解与补偿彻底失去了联系,自然与死刑彻底失去了联系。

那么为什么说补偿是国家的责任?对于被害人的救助是国家的义务和责任?其原因表达为以下几种理论:一是社会契约论。该理论认为,国家补偿是对社会契约的遵守。在社会关系中,市民有向国家缴纳税收的义务,而国家则有向市民提供服务和保障市民安全的责任。当犯罪发生时,在被害人没有过错的情况之下,意味着政府没有维持好社会治安,没能够完全遵守诺言,从而导致犯罪发生。这时政府就有责任采取措施,使受到犯罪侵害的市民尽量恢复到犯罪发生前的状态。二是社会福利论。即国家对于被害人的补偿是社会增进人民福利的一项重要任务。社会福利是由社会成员共同创造的。某些社会成员遭受损害时,国家应运用社会福利机制予以救济。由于犯罪的发生,无辜的被害人受到了侵害,这时政府就有责任将一些社会福利措施适用于犯罪被害人身上。国家补偿就是作为一种福利手段实施的。这些福利手段和其他的社会福利措施是一致的。三是社会保险论。即国家对被害人的补偿是一种附加的社会保险,国家补偿是广义的社会保险的种类之一。所有的公共福利保险项目,目的是为了维持人民日常生活的稳定和安全,避免陷入危险。这是一种国家为主导的强制保险。其资金来源于市民的税收。各种社会保险的目的都是使得人民能够应付威胁其生活稳定和安全的意外事故。犯罪作为一种危险行为,侵害的是社会上不特定成员的利益,所有的纳税人应对此共同承担风险。四是诉讼参与论。即对被害人的国家补偿,目的是为了吸引被害人参与刑事司法制度。由于被害人参与诉讼会给自己带来一定的经济成本,所以不愿与司法当局接触。然而国家补偿可以减轻被害人因为犯罪所造成的经济损失,维持被害人收益平衡。鼓励被害人参与司法,增强与司法机关的合作,有利于破案和准确定罪量刑。^⑫

各种理论林林总总,其实无论是哪一种学说,无非都是在谈国家归责的问题。笔者认为,国家刑罚权实质上就是一种代位惩罚权。其基本原理在于,国家禁止私力复仇以后,被害人失去了复仇或直接从侵害人身上得到补偿的权利,而由国家代为行使惩罚权。私人之间的和解被禁止,被害人成为纯粹意义上的被害人。国家拥有了权力,相应也产生了补偿被害方的义务。何况在犯罪中,国家也是有过错的,

^⑩ 2006年国务院《国家自然灾害应急预案》的“预案启动条件”部分规定了事故灾难、公共卫生事件、社会安全事件等大规模侵权事件均可启动国家救助机制,对“自然灾害”救助进行了扩大解释。《突发事件应对法》第61条第2款也规定“受突发事件影响地区的人民政府应当……指定救助、补偿、抚慰、体恤、安置等善后工作计划并组织实施……”。这些规定虽然不属犯罪领域,与被害人国家救助制度存在着一定的重合,被害人也有可能得到补偿。但这种救助与被害人国家救助的无论是基础、目的还是范围、方式都存在着较大差别。

^⑪ 参见赵晓秋《国家救助无法解决所有问题》,载《法律与生活》2007年第2期。

^⑫ 房保国《被害人的刑事诉讼程序保护》,法律出版社2007年版,第361-362页。

即国家应当保护公民免受犯罪的侵害而没有尽到保护义务，故国家应当为此承担责任。国家刑罚权是一种代位惩罚权，国家对于被害人的救助是一种代位补偿的责任。

需要说明的是，我国目前方兴未艾的被害人救助尝试与上述的国家补偿法律还存在一定的差异。主要表现在：首先，我国的救助主要是针对“救急优先于救穷”。其二，救助的目的很大程度上是基于社会稳定的需要。其三，并没有将救助制度专门针对暴力性的重罪名。在这样的前提下，重罪案件的刑事和解问题才被提及。第四，救助尝试还缺少法律支撑，甚至与法律充满矛盾。

但无论如何，国家救助的尝试都是值得嘉许的，这是国家权力部门开始正视自身责任体现，也是对发展趋势的认同。这与死刑案件和解制度有根本的区别。死刑案件刑事和解观念的形成恰恰与救助制度的根基相矛盾，恰恰回避了国家的责任，而将国家的责任转化为犯罪人与被害人之间的经济博弈。

在西方国家被害人补偿的法律中，为什么主要是针对暴力犯罪等重罪进行补偿呢？其根本目的就在于强调重罪案件的不可和解性，通过强调国家责任，避免被害人和犯罪人之间可能形成的一种新的博弈。这样做至少是为了达到以下效果：其一，正义不会被收买。如果允许被害人与被告人之间和解并据此对于被害人的量刑产生重大影响，可能会产生个案的正义，但是从整体角度而言，正义变得难以捉摸。因为和解的可能性、和解的原因以及和解的程度本身在不同的案件中千差万别。如果无法达到普遍的正义，则反过来说，个案的正义实际上就是不正义，就是加上了金钱的砝码，正义也就被收买了。国家救助的实现则避免了被害人与犯罪人之间出现这种正义被交易的可能性，被害人的谅解可以成为一个量刑时参考的要素，但不能以牺牲正义为代价。其二，国家救助之后被害人的谅解才更显得真实。被害人或者被害人家属获得国家补偿，其可能提高了司法参与的积极性，也可能原谅了犯罪人。这些不是建立在获取了犯罪人的经济补偿的交易之上的，不是被害人在期待经济利益和实际受害之间权衡的结果，而是一种发自肺腑的原谅，是相对客观地对待犯罪，这种和解才是一种彻底的和解。这才是对于“在一个实质上也关注被害人及其亲属利益的有序而公正的刑事程序中兑现他们的赔罪需求，有助于获得法和平并抑制要求以死刑的形式进行毁灭性报复的破坏性愿望”^③的准确解读。

Abstract: The settlement of capital cases has become a phenomenon and the reasoning line of adjudicating can be traced up. But the settlement of serious crimes is not compatible with the spirits of settlement. The boundaries of public power should be protected and serious crimes can not be classified as a private relationship. If the victim has been killed there is no possibility of settlement too. It's rational to control the application of death penalty but we should seek harmony in the legal frames.

(责任编辑: 陈贻健)

^③ [德]海因茨·舍许:《死刑的被害人学视角》,樊文译,载陈兴良主编《刑事法评论(第21卷)》,北京大学出版社2007年出版,第158页。