

论被害人过错对量刑的影响

贺艳梅

(安徽师范大学 法学院, 安徽 芜湖 241000)

摘要:被害人过错理论在犯罪学领域被提出后,逐渐进入刑法视野当中,引起了学者关注。就其理论依据来说,目前主流的两种学说是责任分担说和谴责性降低说,均存在一定的局限性。就我国而言,在立法层面,被害人过错仍作为酌定量刑情节,在刑法条文中虽有涉及但并未明确规定;在司法层面,司法机关的规定尚未统一,法官的自由裁量权较大。确有必要将被害人过错情节法定化,并在司法层面通过统一量刑幅度、制定司法解释、引入一系列指导案例等方法对被害人过错量刑情节的适用加以规范。

关键词:被害人过错;法定量刑情节;刑事责任;立法和司法完善

中图分类号:D914

文献标识码:A

文章编号:1008-6390(2019)05-0010-05

近现代以来随着法治国家的建立,被害人在刑事司法中的地位被国家公权力所取代,逐渐成为司法体系的旁观者,受到了刑事法律的冷落。20世纪40年代,德国犯罪学家汉斯·冯·亨梯研究发现被害人与犯罪人之间存在某种互动关系,并在对这一问题进行系统研究的基础上创立了“被害人学”^[1]。此后,以门德尔松为代表的学者进一步分析了被害人受害的原因,发现在某些犯罪中,被害人对犯罪的发生存在一定过错,并提出了“被害人过错”的概念。之后,西方学者通过责任分担和谴责性降低等学说对其进行了详细阐述,进一步推动了被害人理论研究的发展。这一理论的提出,将此前学界普遍关注犯罪人行为的研究视角转移到被害人过错中来,人们对犯罪行为的认识也发生了由静态到动态的转变。人们逐渐认识到,犯罪行为的发生不仅仅由行为人所引起,被害人作为罪行直接作用的主体,在其产生、发展过程中也起到了推动作用。

一、被害人过错之界定

依据研究角度的不同,同一概念在不同场合所表示的内涵和外延也有所差异,故而在跨领域研究时需要概念加以重新审视。具体到本文介绍的被害人过错这一概念,其发轫于犯罪学领域当中,之后

才被引入刑法学研究范畴。刑法学以刑法规范为内容,对其所规定的犯罪、刑事责任和刑罚加以研究。而在犯罪学研究视角当中,被害人过错被视为一种社会现象,对其进行的分析更多属于事实判断。刑法学具有自身独立的理论基础和话语体系,所以对于被害人过错来说,在规范层面加以研究更具刑法学的价值。具体来看,如何判断被害人过错对现有犯罪构成体系的影响,如何看待被害人过错情节在刑罚裁量中的作用,这些所涉及的问题都需要在刑法框架体系内加以思考。有学者在刑法学视角下对被害人过错做出定义:“被害人过错指的就是被害人出于主观上的故意或过失,侵犯他人合法权益,诱发他人的犯罪意识、激化犯罪人的犯罪程度的行为。”^[2]

仅仅就被害人过错来说,其发生于案件中存在被害人的场合。在本文中,被害人主体主要限定在一般意义上的自然人范围内,因为在这样的状况下,被害人和犯罪人的互动更具刑法上的研究价值。在现有刑法体系框架内,刑法作为追究犯罪人罪责和科处刑罚的学科,其自身的制度理性是毋庸置疑的,所以有必要以犯罪人的行为来做参照,将其作为被害人过错研究的目的。首先,在主体上,被害人实施了刑法意义上的过错行为。被害人过错不仅违反一般法律或者刑法的规定,而且可能严重违反社会伦

收稿日期:2019-04-03

基金项目:国家社会科学基金重点项目“依法治国与以德治国的关系研究”(14AZD135)

作者简介:贺艳梅,硕士研究生,研究方向:刑法学。

理道德,因为在这些过错情况下,被害人过错都有可能刺激到行为人,进而导致犯罪行为的发生。其次,被害人过错需要达到一定程度。一般来说,当其过错行为对罪行起到引发或者激化的作用时,就可能具有了刑法上的评价意义。此外,过错行为针对的范围不限于犯罪人,还包括与其存在密切身份关系的人,在于欢案中即是如此。再次,要求被害人的过错与犯罪行为的发生之间具有因果性。这需要在犯罪人所构之罪中考察,例如被害人过错一般只会引起某一特定犯罪行为,假如结果偶然地发生了另一犯罪行为,那么就不能认为该过错与偶然发生的犯罪之间具有刑法上评价意义,即意味着因果性虽不必达到相当程度却仍需具有一定的普遍性。

二、被害人过错之责任分担说与谴责性降低说

量刑的任务是根据罪犯所犯的罪行和刑事责任的大小来确定具体的刑罚。犯罪行为的社会危害性和犯罪者的主观人身危险是需要考虑的两个主要因素。当存在被害人过错时,同样需要将过错行为与量刑制度结合起来对刑法价值进行评价。关于被害人过错对定罪量刑的影响,有两个代表性的理论。

(一) 责任分担说

汉斯·冯·亨梯的贡献是使被害人对于被害结果发生的责任从无到有、从小到大,随后被害人学者提出了根据被害人过错分担责任的问题^[3]。在被害人存在过错的情况下,对于不法行为的发生被害人也应当承担相应的责任,这反映的是责任自负的理念。犯罪人和被害人双方对犯罪的发生或者犯罪结果的出现共同起到了作用,在此种情况下,就不应将不法行为仅仅归咎于一方,对行为人来说,其否定性法律评价负担减弱,刑事责任得以降低。责任分担理论也可以从因果关系角度分析,具体来说,当被害人过错引发了犯罪行为或者导致侵害结果进一步扩大,其过错行为对危害结果的发生而言便是不可或缺的因素。尽管其未必达到相当因果关系程度,但在具体犯罪情境下,确是被害人过错与犯罪行为共同导致了危害结果的出现,其原因力作用的发挥是不能被忽略的。而就刑事责任与刑罚的关系而言,刑事责任的存在决定了刑罚的适用,刑罚的轻重程度取决于刑事责任的大小,所以从量刑角度来看,此时犯罪人的社会危害程度降低,较之犯罪一般发生场合来看,再犯危险性也有所减小,最终对犯罪人

适用较轻的刑罚也就有了正当性。

(二) 谴责性降低说

传统型暴力犯罪中,犯罪人与被害人双方的互动较为典型,例如在由被害人挑衅所引发的故意杀人犯罪中,马丁·瓦希克认为:“将挑衅的杀人行为不作为通常的谋杀处理是恰当的,这样做的理由不是因为被害人遭受的损害小于没有挑衅时的杀人,而是因为犯罪人的应受谴责性得以减轻。”^[4]这一观点与古典学派所提倡的意志自由密切相关,即使是犯罪人,也都是自主地安排或决定去实施犯罪行为,其行为选择一般来说与他人无涉。然而如果存在外部环境因素的影响,例如在被害人过错的场合,这种情况就会发生变化。被害人的刺激、挑衅会打破行为人自身的理性约束,进而导致对其实施合理行为的期待可能性降低。对于被害人来说则意味着受害风险的提高,从而对犯罪行为的发生或者侵害程度的加重需要承担一定的法律责任,受到刑法的谴责性评价。瓦希克甚至认为,被害人在犯罪发生前的行为,无论主观状态如何,只要客观上推动了犯罪行为的发展,则对于犯罪人的刑法谴责性都应当有所降低。需要注意的是,谴责性降低理论也承认被害人过错的谴责性评价意义只是在部分案件中存在,例如在双方均有过失的情形下,被害人过错就不具有否定评价意义。

(三) 对两种学说的评价

从客观行为的角度来看,责任分担理论强调危害结果的发生是行为人与被害人互动的结果,因此两者都需要对其负责。从这个角度来看,它也可以解释被害人过错对犯罪人刑事责任影响的根据所在。谴责性降低说从主观层面解释了被害人的过错对行为人谴责性降低的原因。这两种理论最终都是要为犯罪人刑事责任的减轻寻求理论支持,可见两者仍具有共同性。

然而这两种学说也并非完美。首先,责任分担说的基础在于责任自负的思想,但民事责任与刑事责任不同,单纯将这一理念在刑法中加以机械适用可能会产生问题。刑法中的责任特指刑事责任,其适用严格限定在犯罪人范围内。从民众的社会情感来说,将责任在行为人和被害人之间直接进行分配,也会模糊犯罪的界限,不利于司法活动中社会效果的发挥。其次,刑法评价体系追求主客观的一致性,而谴责性降低说脱离了过错行为对加害行为的作用,没有指明犯罪行为与被害人过错之间的因果关系。应受谴责性对应犯罪人的主观恶性和人身危险

性,这些因素在量刑中是重点考察的对象,而被害人的过错只有在引发和加剧罪犯意图时才具有刑法意义。只有将责任分担理论与谴责性降低理论统一起来,才能为被害人过错情节对犯罪行为的社会危害性的影响提供完整的解释框架^[5]。

三、被害人过错对量刑影响之范畴

(一) 刑事立法层面

我国刑法总则第5条规定,刑罚的适用应当充分考虑犯罪分子的罪行和刑事责任的大小。这一条文是罪责刑相适应原则的立法体现,作为刑法的基础性条款,为被害人过错的刑法评价提供了可能性。罪行和刑罚的相适意味着应该从行为客观的社会危害及行为人的主观恶性来对犯罪案件进行综合评估。在被害人过错的情况下,被害人的过错会影响犯罪人主观方面的恶性程度,也会影响量刑考察因素中的人身危险性,最终对刑罚的适用起到作用。因此,司法实践中将其作为酌定量刑情节予以考虑,以期通过这一途径达到罪与刑的均衡,实现刑法的公正价值。

在确立刑罚裁量根据的条文中,从刑法典第61条规定中可以得知,对犯罪人判处刑罚时,不能单单依靠某一方面的处罚理由,而是需要结合犯罪事实本身、犯罪性质、具体情节以及社会危害性来加以综合考量,最后才能决定对犯罪分子判处何种刑罚。针对不同犯罪的特殊情形,在案件中加以具体考量,才能做到罚当其罪。就存在被害人过错的案件来说,在上述条文中也能寻找到其作为量刑情节的法律依据。一方面,被害人过错引起或加重犯罪人主观上的恶性程度,另一方面,因为过错的存在使得犯罪行为的社会危险性也有所减弱。从刑罚裁量角度而言,犯罪人的人身危险性和再犯可能性也会受到被害人过错的影响。故被害人过错虽然作为酌定量刑情节而存在,但是对于量刑的准确适用却具有重要价值意义。

故意杀人罪的规定。依据《刑法》第232条中的规定,故意杀人罪中设置了三档刑罚,最高可以判处死刑,针对其中情节较轻的,量刑可以在三年以上十年以下有期徒刑内根据案情有所浮动。故意杀人犯罪案件中具体情形不一,量刑幅度较大,如何准确把握刑罚的尺度,尤其是对情节较轻的认识,这都需要对各种量刑情节加以综合考量。从发生的案件来看,故意杀人罪中不乏存在被害人过错的情况,因而有理由将过错情节作为量刑的因素,在司法实践

中,法官也采取这一做法针对具体案情加以裁量适用。

交通肇事罪的规定。交通肇事罪属于过失犯罪,在此基础上,行为人承担刑事责任的原因在于其所造成的客观危害结果。构成交通肇事罪的前提是需有重大事故发生,最高人民法院《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的第2条规定,构成交通肇事罪需要发生人员重伤或者死亡的结果,并依据行为人在事故中所负责任的大小,最后才能决定对犯罪人定罪量刑。例如该条规定,死亡1人或者重伤3人以上,负事故全部或者主要责任的,才构成本罪。从本罪的构成来看,交通肇事罪本身就是责任分担下的产物,当重大事故发生且行为人对重大伤亡结果需承担责任的情况下,刑法才持否定性评价。另外,交通肇事中双方均存在过错的情形较为普遍,对于重大事故认定本身就需要界定行为人和被害人之间的过错比例,在行为人对危害结果的责任上亦是如此。这就意味着,被害人过错与犯罪人的责任是负相关的关系,反映到量刑上即被害人过错越大,行为人的量刑越趋轻缓。

(二) 刑事司法层面

在刑法中对酌定量刑情节并无明文规定,这就容易导致法官的自由裁量权过大、适用不统一的问题,作为酌定情节的被害人过错也存在这一缺陷,因此最高法院针对被害人过错出台了一系列司法文件,希望实现量刑的标准化和合理化。例如1999年最高法颁布了《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》,其中针对故意杀人犯罪,考虑到现实中存在被害人一方对案件的发生有明显过错,故而限制死刑的适用。另如,在《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》中,对于存在被害人过错的犯罪案件,也有酌情从宽的规定。在2017年施行的最高法修订后的《关于常见犯罪的量刑指导意见》中,最高法也未对被害人过错情节做出明确规定。

各地在量刑细则中的规定也各不相同。例如在2017年发布的《山东省高级人民法院〈关于常见犯罪的量刑指导意见〉实施细则》中规定,对于存在被害人过错的犯罪,综合考虑各种因素之后,对于基准刑减少的影响可以在40%以下^[6]。而《安徽省高级人民法院关于十五种常见犯罪量刑规范的实施细则》则规定,对于被害人过错需要综合考虑犯罪性质以及被害人过错的程度,从而确定从宽的幅度。具体来说,其根据被害人过错程度对基准刑加以

适当调整,同时规定了这一情节对量刑影响的限度。然而,也有省市的量刑细则并未对被害人过错这一情节做出具体规定,例如江苏省高院和上海市高院在量刑实施细则中就回避了对被害人过错的规定。

由上述司法文件的规定我们不难得知,被害人过错作为酌定量刑情节,存在着地区差异过大、规定前后不统一等问题,虽然最高法希望通过一系列法律文件对被害人过错的量刑适用加以规范,然而囿于非法定情节的局限性,其易于受到刑事政策和局势变化的影响,难以一以贯之。在这一困境之下,地方法院对于量刑情节规定的理解和规定差异化凸显,各自为政,情节的合理裁量成为疑问,无疑会对司法的统一性和公信力产生负面影响。例如许霆案中就反映出“同案不同判”的司法现象,于欢辱母杀人案中也出现了对被害人过错各家看法不一的问题。

四、被害人过错对量刑影响之未来走向

(一) 立法层面之走向

1. 完善被害人过错在总则中的规定

从国外的做法来看,对被害人过错在刑法典中的设置存在差异,立法模式各有不同。对于应当在何处对被害人过错加以规定,这需要考虑我国刑法典体系和现实状况。就我国而言,采取在刑法总则中规定的模式比较适宜,这主要是基于总则和分则关系的考量。一方面,总则是对罪责刑的一般原理加以规定,对刑法分则的具体犯罪起着指导和规范作用,对被害人过错在总则中加以规定有助于法律体系的统一和协调;另一方面,被害人过错对量刑的影响属于刑事责任范畴,这一内容本身就属于总则的规定范围。

对于条文的具体设置,有学者认为可以在刑法第21条与22条之间增加一款,即“在犯罪行为中,被害人有过错,并对犯罪行为的产生具有因果联系的,应当根据其作用的大小,从轻或减轻加害人的刑事责任”^[7]。也有学者认为应当在刑法第61条中增加一款来加以规定。刑法第61条是关于量刑原则的一般性规定,被害人过错也属于量刑情节之一,从逻辑上和法条体系化的角度来看,在此加以设置更具合理性。例如可以将其表述为被害人对于犯罪的发生或者侵害结果的加重存在过错的,可以根据其过错的大小,对犯罪分子予以从轻或减轻处罚。

2. 完善被害人过错在分则中的规定

在刑法总则中已对被害人过错予以规定的情况下,对于被害人过错是否应在分则中同时加以规定这一问题的看法尚未取得统一。反对者认为,一方面在总则和分则中对同一情节的双重规定会带来法律条文自身稳定性的隐患,由于立法活动的预测性是有限的,当法律难以适应社会发展时,双重规定下法律频繁修改的弊端就会显现;另一方面,法律贵在简洁概括,在分则中另行规定是否会造成条文内容过于庞杂,这些都存在疑问。这种纯粹基于法律技术层面的疑虑,如果对我国法律现状进一步加以考察,或可消除。

首先,我们并不主张在刑法分则各罪中对被害人过错情节予以规定,这就不会对法律体系带来多大的影响,也不会造成法条的冗余。其次,对于法律滞后性的担忧可以通过司法解释加以弥合。那么,分则的部分规定如何实现呢?其实从近些年的研究重点中不难看出,有些案件中被害人和行为人的互动性较为突出、发生率较高,并且司法实践对这一情节的认定看法不一,例如故意杀人罪、故意伤害罪、交通肇事罪等。有关司法统计显示,故意杀人、故意伤害案件中被害人有过错的案件,占到总数的60%以上^[8]。如此来看,对这一类典型的犯罪加以具体规定是十分必要的。从国际上来看,《俄罗斯刑法典》即采取此种做法。

(二) 司法层面之走向

1. 制定司法解释规范司法实践

法律的价值在于实践,立法上的规定最终都要落实在具体的司法案例中,然而法律规定往往是概括性与模糊性并存的,如何做到对法律的准确理解、保证司法适用的统一性和地区特殊性的协调兼顾,这就需要司法解释在其中发挥重要的指导功能。首先,司法解释相较于法律规定而言,更具有实践针对性。司法机关对于大量的现实中的案例更为了解,通过对司法大数据资源的有效利用,可以确保对被害人过错量刑情节的科学细化,使法律制度发挥司法的生命力。其次,上文已经介绍,酌定量刑情节的现状下,各地法院各自为政,造成了被害人过错情节适用的混乱状况,也损害了司法公正。因此,在这种情况下发布统一的司法解释,可以对各地的量刑细则起到规范和制约的作用。同时,地方法院对于如何适用这一情节也有了司法文件上的指导和依据。最后,司法解释可以紧跟时代的变化与时俱进,及时总结审判经验,针对法律固有的滞后性等缺陷,通过

制定司法解释的方法应对现实中出现的新情况,做到罪刑相适。

2. 统一被害人过错的量刑幅度

就被害人过错情节来看,量刑幅度的大小是与被害人在犯罪中的过错程度密切相关的,对于被害人过错程度的划分,学界也有很多看法。初红漫将被害人过错区分为“行为构成符合性”层面的被害人过错、“违法性”层面的被害人过错和“罪责”层面的被害人过错^[9]。李洁晖认为“应当根据被害人的过错程度,将其区分为重大过错、严重过错和一般过错”^[10]。这种分类方法认为,只有达到一般过错的程度才构成刑法意义上的被害人过错,才需要量刑情节对其进行评价。

这种学理上的认识反映到司法实践中,就是根据被害人过错程度配置相应的量刑幅度。以安徽省为例,在2017年制定的关于常见犯罪的量刑细则中,该省高院将被害人过错程度分为三类:对矛盾激化负有直接责任、一般过错和明显过错,对基准刑的影响幅度分别为10%以下、20%以下和20%~40%以下。同年,山东省高院发布细则将这一幅度简单规定为40%以下。针对这一情况,最高法应该综合各地实际情况出台统一规定,将量刑幅度规范在合理的范围内。

3. 发布典型案例指导量刑的适用

自2011年最高法发布第一批指导案例以来,这项工作开展已逾7年,从历史经验来看,指导案例虽不具有强制性,但是对于审判工作的示范性和统一性做出了积极贡献,起到了提高审判工作质量的作用。此外,更重要的是发布的指导案例典型性强,对新案件和疑难案件能够及时做出回应,这就无形之中为相关案件的审判提供了一种裁判思路,有利于法官在遇到类似案件时做到同案同判。此前,被害

人过错在我国司法实践中标准不一,各地对这一情节的适用出入较大,造成这一现象的原因一方面在于情节尚未法定化,另一方面在于司法适用标准不统一。这种情况虽然在司法解释出台后得到了一定程度的改变,但是考虑到法官对这一情节认识的差异,以及原有观念的影响,因此出台有关被害人过错量刑适用的典型案例就极具现实性,不仅可以调整法官对被害人过错情节的认识,而且能够对各地法院准确适用该量刑情节提供统一参照。

参考文献:

- [1]康树华,张小虎.犯罪学[M].3版.北京:北京大学出版社,2011:9.
- [2]高铭喧,张杰.刑法学视野中被害人问题探讨[J].中国刑事法杂志,2006(1):11-16.
- [3]齐文远,魏汉涛.论被害人过错影响定罪量刑的根据[J].西南政法大学学报,2008(1):95-103.
- [4]陈旭文.西方国家被害人过错的刑法意义[J].江南大学学报(人文社会科学版),2004(1):29-31.
- [5]彭新林.被害人过错与死刑的限制适用[J].法学杂志,2017(11):31-38.
- [6]陈俊秀.故意杀人罪中被害人过错的认定——基于刑事案例裁判观点的法律表达[J].法律适用(司法案例),2017(16):102-111.
- [7]罗南石.被害人过错的成立要件与我国《刑法》的完善[J].江西社会科学,2007(12):212-214.
- [8]高憬宏.和谐语境下的死刑适用[J].人民司法,2008(5):4-8.
- [9]初红漫.论被害人过错影响刑事责任之正当依据[J].河北法学,2012(1):126-132.
- [10]李洁晖.被害人过错对定罪量刑的影响[J].法律适用,2016(5):101-107.

[责任编辑 文 川]