



论被害人的量刑参与 ——以经验性该当为视角

雷连莉

摘要：正确认识被害人参与量刑和刑罚该当性之间的关系，对促进量刑公正具有重要意义。经验性该当作为刑罚该当理论之一种，其正义观念依据是社会共同体对犯罪人的可谴责性具有共识性的正义直觉。被害人参与量刑是经验性该当的理性吁求，可证明犯罪人的可谴责性，促成社会共同体正义直觉生成，运用恢复过程实现正义。经验性该当为在量刑实践中正确对待各种被害人因素提供了指导。

关键词：经验性该当；共同体正义直觉；可谴责性；被害人；量刑

2010 年 10 月 1 日，由最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合签发的《关于规范量刑程序若干问题的意见》（以下简称《量刑程序意见》）在全国开始试行。《量刑程序意见》第四条规定，当事人和辩护人、诉讼代理人可以提出量刑意见，并说明理由。这意味着我国允许作为当事人的被害人参与量刑活动。但要真正发挥被害人在量刑程序中的作用，必须解决被害人参与量刑的正当性问题。之前，学者大多从程序的角度提出各种支持被害人参与量刑的理由。然则，在实体上被害人参与量刑与刑罚该当性之间关系如何，却鲜有提及。比如，在定罪量刑的时候，被害人的量刑意见真的值得考虑吗？罪行的严重程度是否与被害人的个人特性或主观感受相关？具体点说，假设出于相同犯意的同一犯罪行为，造成完全相同的犯罪结果，是否因为被害人的身份、性别、年龄、财产等特性不同，或者被害人（包括被害人的家属）对犯罪的感受、犯罪人的态度不同而受到不同的惩罚呢？“只要不解决被害人参与量刑与刑罚之该当性的关系，被害人参与量刑便可能成为司法不公的遮羞布。”^①正确认识被害人参与量刑和刑罚该当性之间的关系，探讨被害人量刑意见所关涉的各种因素在量刑时需如何予以考虑，这是被害人参与量刑不可回避的问题。

一、经验性该当：一项量刑分配原则

该当性 (Desert, Deservedness)，又称“应得惩罚性”，原本指渊源于报应主义论证刑罚均衡的理论，“Desert”一词的含义就是指应得的奖赏或者惩罚^②。在刑法的语境中，所谓刑罚该当就是指依据主体行为的性质、严重性程度以及考虑主体的内部素质和外部环境而应得的和相称的奖赏或者惩罚^③。

① 刘 军：《被害人参与量刑的理论与实践》，载《法学论坛》2009 年第 6 期，第 69 页。

② 安德鲁·冯·赫希：《已然之罪还是未然之罪》，中国检察出版社 2001 年，第 33 页。

③ 刘 军：《论罪行的该当性》，载《法学论坛》2011 年第 1 期，第 126 页。

（一）刑罚该当三种理论界分

随着犯罪学以及刑法发展的影响,刑罚该当是否应该作为刑罚分配原则,争议颇大。有人认为刑罚该当过于无情、苛刻,有人认为它不道德,有人认为不切实际等等。对此,美国宾夕法尼亚大学法学院教授(Paul H. Robinson)通过将刑罚该当三分的视角对以上质疑进行了一一回应。依之,刑罚该当区分为三种理论:报复性该当(Vengeful Desert)、道义性该当(Deontological Desert)和经验性该当(Empirical Desert)^①。

报复性该当聚焦于“犯罪所造成伤害的程度”,认为刑罚应当与犯罪行为所造成的损害相匹配,这是一种同态复仇式的该当。报复性该当从刑罚满足报应正义的角度出发,追求罪与刑的绝对等同。由于报复性该当所强调的罪与刑之绝对等同过于理想化,偏离了社会对正义的理解,因此要付出破坏道德信誉的犯罪控制代价,是一种有限的该当性理论。

道义性该当聚焦于“犯罪人的可谴责性”,认为刑罚应当与犯罪人的可谴责性相匹配,它源于先验的道义观念。道义性该当从刑罚的效用出发,关注犯罪人的可谴责性在当前刑罚连续体中的位序,追求罪与刑的相对等同。道义性该当提出了独立于个体或者共同体的纯粹正义原则,具备了最大限度的道德性和普适性,但由于道义性该当之正义论证过于纯粹和抽象而致该理论不具备可操作性。

经验性该当和道义性该当一样,聚焦于“犯罪人的可谴责性”,但在衡量刑罚时并非依据先验的道义观念而是依靠共同体正义直觉。经验性该当着眼于尽量减少未然之罪,通过对共同体的正义直觉进行经验性总结而得出某一犯罪人的可谴责性在刑罚连续体中的恰当位置,意图通过对犯罪行为施加社会影响来规范社会公众的行为,因此该理论具备控制犯罪功能,有很强的操作性和实效性。这也使得经验性该当蜕变为项刑罚分配原则并提供刑罚裁量之方法,是一种实用主义的正义理论。

（二）经验性该当理论蕴涵

经验性该当逻辑体系可归纳为:其一,犯罪是一种错误行为,具有应受谴责性;其二,社会直觉把刑罚视为正义,对可谴责性的评估依赖于社会共同体正义直觉;其三,社会共同体正义直觉根据犯罪人的可谴责性,使其处于适当的等级排序中,科以适当的惩罚。

经验性该当较报复性该当、道义性该当,具有以下特点:一是伦理性。经验性该当从整个体系来看,一个非常重要的前提是犯罪人的可谴责性。经验性该当将犯罪视为一种需要在道德上进行否定性评价的错误,“任何影响犯罪人道德可谴责性的因素都可以在判断对他进行惩罚时予以考虑。”^②经验性该当以道德作为基础确定罪刑关系,评估惩罚的标准更为宽泛和丰富。二是实用性。经验性该当的核心是惩罚量而不是刑罚方法,根据受谴责的程度在刑罚的序列等级内进行选择,刑罚的强度不刻板,在实施方法上具有更大的弹性。经验性该当还具有与其他功利主义分配原则兼容与妥协的特性。“如果偏离经验主义惩罚的犯罪控制效益确实大到能够超过削弱刑法的道德信誉的犯罪控制代价,那么善意的功利主义者将愿意偏离经验主义惩罚。”^③三是实效性。经验性该当的正义观念源于共同体具有共识性的正义直觉,这种“正义直觉”是公众通过社会生活而内化的正义性情感,能极大增强刑法之效力。“刑法效力的大小在很大程度上依赖于刑法在其所进行规范的人们心中的道德信誉,如果分配的责任与刑罚的方式与社会正义直觉一致,那这种道德信誉对于控制犯罪至关重要。”^④

经验性该当正义观念的依据是共同体对犯罪人的可谴责性具有共识性的正义直觉。这表明经验性该当评估惩罚的标准丰富且具有多样性,同时也表明经验性该当关涉社会中人与人之间的依存关系。这为在量刑程序中考察被害人因素以及犯罪人与被害人的互动关系存留了空间,为考察被害人的量刑参与提供了新的理论视角。

① 保罗 H. 罗宾逊:《刑法的分配原则》,中国人民公安大学出版社 2009 年,第 146 页。

② 保罗 H. 罗宾逊:《刑法的分配原则》,第 149 页。

③ 保罗 H. 罗宾逊:《刑法的分配原则》,第 245 页。

④ 保罗 H. 罗宾逊:《刑法的分配原则》,第 155 页。

二、经验性该当视角下被害人参与量刑正当性分析

(一) 证明犯罪人的“可谴责性”

美国刑罚学家赫希认为,犯罪具有危害性与应受谴责性,由于有害,所以它是社会所不希望发生的;由于是一种错误,它又是应受社会谴责的^①。经验性该当承袭并发展了该观点,认为刑罚应该“根据犯罪人的道德可谴责性对其科以刑罚量使之处于适当的等级排序中”^②,通过“道德谴责性”这个桥梁确立罪刑关系。刑事责任的承担基础是道义,行为人的“可谴责性”是决定刑罚正当化的重要依据。“要关心的是保证具有不同可谴责性的犯罪人受到不同的量的刑罚,每个刑罚都要与其相对的可谴责性相关。”^③对犯罪人可谴责性的关注使得经验性该当评估惩罚的标准变得宽泛和丰富,凡是对犯罪人能产生影响的一系列因素均可用来确定责任的大小。

犯罪人学和被害人学的研究表明,在许多案件中犯罪人与被害人是一个互动的过程。因此,考察犯罪人的“错误”以及“严重性”,除了在定罪程序所认定的案件事实以及与犯罪人自身“个体责任和道德罪过”所关联的因素外,在量刑程序中对犯罪人的“道德可谴责性”有着切身感受或者说最有发言权的是被害人。犯罪造成剥夺与痛苦,理应受到严厉的处罚,而这种“剥夺”与“痛苦”,被害人体会最为深切。被害人因犯罪侵害而受到毁损,其参与量刑可以反映犯罪的性质和情节以及犯罪人的过去和特点,反映犯罪人通过犯罪行为表现出来的反社会的恶劣性(格),反映犯罪的严重性。最为重要的是被害人对犯罪人的谴责价值最具有强烈的正义直觉,被害人因为犯罪人的犯罪遭受了巨大的物质损害和精神痛苦,这是评估犯罪人“可谴责性”的重要依据。

被害人参与量刑,即是在以往根据行为定罪的基础上,将被害人的因素考虑其中。被害人作为犯罪行为的直接侵害对象,他自身的特性以及主观感受等均能反映犯罪人的“可谴责性程度”,被害人的诉求也能体现犯罪人“道德责任程度”。这也确保了“权益可能会受到刑事裁判或诉讼结局直接影响的主体有充分的机会富有意义地参与刑事裁判过程,并对裁判结果的形成发挥有效的影响和作用”^④。通过被害人有效地参与量刑程序阐述量刑意见,帮助法官客观评价犯罪人的“可谴责性”,全面了解和共享量刑信息,实现罪刑该当。“可谴责性”是经验性该当的重要概念,对它的判断离不开被害人的参与。充分让被害人参与量刑的模式,恰好是可谴责性理论在量刑领域的吁求,可以更好地实现正义。

(二) 促成“共同体正义直觉”的生成

经验性该当强调共同体具有共识性的正义直觉,这为量刑“提供了一个现成的办法来解决不一致问题,即通过采纳大多数人的意见来解决。”^⑤“共同体”要求所有主体参与量刑,“不仅仅对犯罪人应当实现主体性之该当,对于犯罪过程中所有的当事人应当以行为的主体对待之。”^⑥经验性该当视所有参与人为有道德辨别能力和伦理生活决断能力的主体,涵盖道德和伦理生活态度的决断,通过对犯罪人的可谴责性进行考察,恰如其分地对犯罪人的量刑做出评价。以经验性该当为视野,司法裁判就是一个控、辩、审以及被害人等各方互动的过程,司法裁判所表述的法律意义不过是假法官之口对动态裁判过程进行描述,产生最终的“共同体的正义直觉”。易言之,法官拟定判决是“共同体正义直觉的生成过程”,其描述的是司法裁判过程中参与各方的论辩及对案件的“正义直觉”,虽然法官运用的是以演绎推理为主的逻辑理性,但是拟定判决的素材却来源于参与各方。

经验性该当对共同体正义直觉的关注,源于正义的自然进化理论。正义其实是充分自由的个体在相互的交往过程中自发形成的,保证每一个个体最大限度的自由才能保证个体对共同体的贡献,才能保

① Von den Hirsch, *Past of Future Crimes: Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals*, New Brunswick and London Rutgers University Press, 1987, p. 52.

② 保罗·H·罗宾逊:《刑法的分配原则》,第185页。

③ 保罗·H·罗宾逊:《刑法的分配原则》,第167页。

④ 陈瑞华:《刑事审判原理》,北京大学出版社1997年,第61页。

⑤ 保罗·H·罗宾逊:《刑法的分配原则》,第175页。

⑥ 刘军:《论罪刑之该当性》,第128页。

证正义的自然进化,而这或许也是一种正义^①。被害人参与量刑,为量刑程序提供了一个确保被害人、被告人与裁判者等多方对话、协商、争辩、沟通而共同制作裁判的场合。被害人在参与量刑过程中,提出对自己有力的量刑情节,提出对犯罪人从重或从轻处罚的事实和信息,就量刑种类和量刑的幅度发表意见;被告人参与量刑证据的调查并进行量刑辩护;检察官以量刑建议形式提出适用量刑的种类和量刑幅度,并附具体量刑情节及赖以提出的理由和根据;缓刑机构或社会工作者当庭发表涵盖各种信息的“量刑前的调查报告”。这些证据和信息的聚合可以对裁判形成过程施加有效影响,最大限度地吸收多方的量刑建议,尊重多方的诉讼参与和意志表达,减少量刑裁决的失误和偏差。

被害人代表社会多元主体之一,量刑程序中包括被害人在内的多元主体的参与,能实现控辩双方及被害方的对话,展现纠纷解决中各方利益博弈,增强量刑的透明度,利于法官在裁判过程中,裁判检控方以及各方当事人、包括法律职业群体、政治全体以及普通公众各方量刑信息,听取多方对其他各方的量刑情节的举证、质证和辩论,提出量刑理由,并对量刑理由予以说服与回应,实现“对话的正义”。这同时也促成了在法律程序之内社会共同体对裁决的认同,回应了现代社会多元主体多元价值诉求。日本学者大谷实说:“刑事诉讼为国家所独占,私人诉讼不予许可。但如果不建立在刑事诉讼中反映被害人意思的制度,则《刑事诉讼法》便会游离于国民之外而失去信任。”^②被害人在积极的量刑参与中获得一种道德主体地位,从交涉中获得对案件公正性的认同,增强判决的权威性,使得裁决结果最大限度地体现了“共同体具有共识性的正义直觉”,实现量刑公平。

(三) 运用“恢复过程”实现正义

恢复性正义不是一种量刑分配原则,而是一种通过被害人犯罪人调解、审判圈以及家庭团体会议等表现出来的刑罚分配过程。这种恢复过程实际上是经验性该当在起作用,因为“恢复过程似乎给予了参与者他们想要的东西,而且以一种反映非专业人士观点同样重要的认知方式,这是恢复过程的部分吸引力和成功之所在,也是作为分配原则的经验主义惩罚的潜在主旨。”^③如果恢复过程的参与者对案件任何一方都很忠诚,经验主义可能产生的偏离就会受到抑制。“在实际操作中,恢复过程的结果可能实际上就是经验主义惩罚的原则,并遵循公众共同的正义直觉。”^④

经验性该当强调“恢复过程”的目的在于修复被犯罪行为所破坏的犯罪人、被害人以及社会之间的关系,因而犯罪人、被害人以及社会共同参与是刑罚裁量的重要方式。“某些恢复过程可能会更好地实现正义——尤其是有更多参与者而不是更少参与者的过程,正义就更可能实现。”^⑤被害人与案件有着密切的关系,他们对案件有自己的看法,让被害人参与量刑可以使被害人带有人性色彩,尽可能地满足被害人这类“特定人”的心理,并将其对该案件的“正义直觉”或“喜好”表达出来,提高裁判的可接受性。被害人对痛苦的叙说,能促使被告人自首,被告人在述说与悔罪的过程中也能使被害人得到某种程度的抚慰。

量刑程序中被害人的参与能使犯罪人知道并理解被害人或其遗属精神、经济状况,进一步认识到因自己的犯罪行为给被害人带来的不利及损害,由此而考虑积极向被害人赔偿损害、谢罪等,认罪服法,接受裁判结果,也可以使他们获得对自身违反刑法规则的重要启发,即看到自己认识和尊敬的人公开反对他们的行为,心灵因此受到震动和打击,有利于其回归社会并改过自新,也有助于消解被害人与犯罪人以及社会之间的矛盾,有效控制犯罪。作为法官获取量刑证据信息和实现量刑目的重要主体,被害人获得充分机会参与量刑过程,是法官量刑获取全面化量刑证据信息的前提,是量刑正当性的基础。被害人的量刑参与可以有效帮助寻求怎样的“量刑”以实现惩罚的总量,在可行的刑罚处理方式中,寻求一种最为有效的方式达到修复被害人、犯罪人以及社会的利益的目的,以保护恢复价值的真正实现和冲突的真正解决。可见,被害人在量刑程序中的地位举足轻重。

① 刘军、刘丹枫:《罪行该当:从原则到方法的嬗变》,载《法律方法》(第11卷),山东人民出版社2011年,第245页。

② 大谷实:《犯罪被害人及其补偿》,载《中国刑事法杂志》,2000年第2期,第121页。

③ 保罗H.罗宾逊:《刑法的分配原则》,第229页。

④ 保罗H.罗宾逊:《刑法的分配原则》,第230页。

⑤ 保罗H.罗宾逊:《刑法的分配原则》,第231页。

三、经验性该当视角下被害人参与量刑因素之运用

被害人参与量刑,其量刑意见不可避免会关涉被害人的特性、被害人的主观感受以及被害人的物质利益驱动等因素,这些因素法官如何裁量才能实现刑罚该当?这是被害人参与量刑不可回避的问题。

(一) 被害人特性与经验性该当

被害人特性包括被害人的年龄、性别、家庭状况、人格、个性倾向等。被害人在量刑程序中如果提出关于被害人特性方面的意见,正好从一个侧面反映犯罪人可谴责性程度。经验性该当要求量刑时以行为人的可谴责性为聚焦点,而一种行为的可谴责性有无或大小与行为的实施对被害人以及社会生活产生的负面效果的有无或大小,或其发展趋向的存在与否或强弱如何有很大关系。针对不同特性的被害人,具体犯罪行为造成的负面效果及其发展趋向是有可能不同的。

假设同一犯罪人基于相同的犯意实施了两个完全相同的犯罪行为,造成的犯罪结果也完全相同,但前一犯罪行为的被害人甲是未成年女性,后一犯罪行为的被害人乙是成年男性。那么,对甲实施的犯罪行为的可谴责性程度比对乙实施的犯罪行为可谴责性程度要大,对甲实施的犯罪行为应得到比对乙实施的犯罪行为更重的惩罚。因为,共同体的正义直觉会认为:尽管是同样的犯罪行为,但该犯罪行为使甲的心理产生了更大的反感情绪,甲心理上原有的价值平衡因犯罪行为冲击而失衡的严重程度超过了乙。如果判决准确体现了被害人特性所反映出来的犯罪人之应受谴责性,这种判断必然会为刑法赢得道德信誉,同时被害人也会获得安抚与抚慰,对潜在的犯罪人来说也很有效力。“只有并且只能在刑事司法体系在公众中获得其是可信赖的道德权威的信誉时,该体系的许多特定的犯罪控制力才有效。”^①由此,法官应根据被害人的特性考量共同体对犯罪人可谴责性的判断,在自由裁量权范围内对犯罪人进行正确量刑,这也正是经验性该当理论在量刑程序的运用与体现。

(二) 被害人主观感受与经验性该当

被害人因受到犯罪行为的侵害会产生很多主观心理感受,如异常愤怒、憎恨、谅解或是宽容等。如果被害人基于憎恨的情感或报复的心理提出对行为人判处重刑的意见,法官是否应当采纳呢?

一般认为,被告人的犯罪行为得不到被害人谅解原因可能是复杂的,但最基本的一点是被告人的犯罪行为极大地伤害了被害人的感情,致使被害人受到的精神伤害或者物质损失难以得到安抚,所以被害人才会产生异常愤怒的情绪,也才会提出对被告人从重处罚的意见。这种未得到被害人谅解的犯罪行为通常会致社会共同体的心理产生较大程度的反感情绪,较大程度地贬低、损毁公众对强力保护下的安定、正常生活秩序以及对规范的遵从和敬畏。在经验性该当看来,这种情况下被害人提出从重处罚的意见说明被告人的可谴责性还难以减轻,在量刑时不应对其从轻处罚。

如果被害人及其公众基于报复要求重罚的心理得不到满足,其不利影响将是明显的。根据经验性该当理论,刑罚的适用如果偏离了公众对适当刑法的直觉,对公众认为道义上该罚的行为未能受罚或重罪轻罚,则会导致刑事司法自身道德信誉的丧失,而后上升为刑事司法系统品行指导上的缺失,继而公众会产生一种对刑事司法系统各个方面的普遍鄙视和对所有规则的普遍怀疑,以及对判决和矫正过程进行反抗而不是参与和顺从,犯罪人反而会受到鼓舞。反之,如果判决与包括被害人在内的公众的道德准则相符合,公众则会更倾向于把法律视为正当的道德权威,避免被害人向犯罪人转化的同时,促使人们服从于法律这个道德权威。由此,被害人主观感受关涉被害人及其公众正义直觉,法官应审慎地在公众的适当直觉范围内行使裁量权,减少与社会正义认知的偏离,保证量刑的适当性,提高量刑的社会效果。

(三) 被害人物质利益驱动与经验性该当

被害人作为犯罪行为的承受者,除了要求惩罚犯罪人,更有要求获得赔偿损失的愿望。如果被害人不是出于对被告人犯罪行为的谅解,而是出于为了得到被告人物质补偿的目的,无奈向法院提出对被告

^① 保罗·H·罗宾逊:《刑法的分配原则》,第188页。

人从轻处罚的请求。对于这样的请求量刑时应该如何考量呢？

从经验性该当角度来看，共同体在判断犯罪人是否该受谴责是凭直觉所依赖的正义理念，确定共同体正义直觉最可靠的方法是给出一系列的事实情况，这些情况基于同样的基本事实，但每一种情况都有一点变化，变化引起的不同点即是影响共同体判断是否该受谴责的因素。对于被害人物质利益驱动这种情况，被告人虽做出了对被害人进行赔偿这一事实，但这种赔偿因被告人的主观态度不同影响共同体对被告人可谴责性的判断。如果被告人是出于主动、积极的态度赔偿被害人物质损失，且得到了被害人的谅解，这表明被告人具有真诚悔罪的态度，隐蕴的是被告人可谴责性较低，故在量刑时应当考虑这一因素给予被告人从轻处罚。如果被告人出于胁迫、强制的目的，说明被告人没有悔罪的目的，不但没有精神上使被害人得以安抚甚至会使被害人在精神上受到二次伤害。对于这样的情况，不应对其从轻处罚。

如果不考虑被告人主观态度之区别，赔钱即减刑，其后果将会严重削弱刑法在公众中的道德信誉，并造成对之后犯罪控制的严重损害。在经验性该当看来，被害人绝不应该被放在这样一种情境中，即要么选择获得正义，要么选择获得赔偿^①。利用被害人的生活窘境使其同意赔钱即减刑这种安排只会使其再一次受害。由此，被害人的物质利益驱动影响刑罚的裁量，法官在行使自由裁量权时需从社会共同体共识性正义直觉的角度考察被告人的主观态度，准确量刑。

总之，公正地适用刑罚离不开被害人的参与。如果不解决被害人参与量刑与刑罚该当性的关系，被害人参与量刑或许也只能体现程序意义上的价值，对量刑的实体结果影响甚微。因此，有必要从实体上厘清被害人参与量刑的正当性，推进量刑规范化改革，维护司法公正和权威。

■作者简介：雷连莉，湘潭大学法学院博士生，湖南科技大学法学院讲师；湖南 湘潭 411105。

■基金项目：教育部 2010 年度人文社会科学研究规划项目(10YJA820036)

■责任编辑：车 英



^① 保罗 H. 罗宾逊：《刑法的分配原则》，第 232 页。