

许霆案重审判决的法律经济学分析

——以被害人过错责任为视角

许志鹏

(厦门大学法学院, 福建厦门 361005)

摘要:刑法目标是 minimized 犯罪的社会成本。以许霆案为例, 判处无期徒刑意味着将预防犯罪的责任几乎全部归于犯罪人, 旨在以刑罚的强大威慑力维护银行资金的安全, 但却不利于激励银行采取措施预防犯罪, 因而难以形成有效的双边预防机制, 徒增社会成本。反之, 减轻许霆的刑事责任则将预防犯罪的部分责任归于银行, 银行资金的安全性在很大程度上取决于银行积极预防此类犯罪, 确保 ATM 系统的正常运行。这既有利于减少预防犯罪的成本, 又能促进银行积极改进服务, 确保交易安全, 为消费者乐见。此乃公众普遍认同该案重审判决的社会经济根源。

关键词:许霆案; 被害人过错; 刑事责任; 法律经济学

中图分类号: D924.13 **文献标识码:** A **文章编号:** 1002-3321(2010)04-0058-05

一、许霆案引发的被害人过错责任问题

许霆案一审以盗窃金融机构罪判处无期徒刑的判决结果, 引起了社会公众的普遍质疑。已有刑法专家指出, 引起质疑的主要原因是量刑过重, 并且指出银行明显存在过错可以成为适用特殊减轻的理由。^[1] 公众为什么会觉得量刑过重呢? 公众并不都是法律专业人士, 难以区分刑法形式正义与刑法实质正义为何物。公众对于一项判决的认同或质疑往往取决于对案件是非曲直的直观判断及其相应的心理诉求。以许霆案为例, 我国公众本身就对银行的一些垄断行为存在不满情绪,^[2] 银行由于自身的明显过错“诱发”了许霆恶意取款, 许霆被判处无期徒刑, 并被追缴犯罪所得返还银行。反观, 银行自身存在过错却没有任何责任, 公众对此很难接受。银行是被害人, 不可能因为其所谓的过错承担刑事责任。相反, 刑法还要保护银行的合法权益, 如追回银行的被盗资金。传统刑法理论对此种现象的解释是, 可以基于被

害人的过错减轻犯罪人的责任。此即被害人过错责任理论。西方刑法学者对此已做了很多研究, 有的西方国家还在刑法中规定被害人过错为减轻刑罚的法定情节。我国刑法学界近年来对此也有一定的关注, 本次在许霆案的讨论中就有学者指出, 银行明显存在过错可以成为适用特殊减轻的理由, 因为我国刑法未将被害人过错规定为减轻处罚的法定情节, 而只是酌定情节。

为什么要基于银行的过错减轻许霆的刑事责任? 而且减轻许霆的刑事责任并没有使得本案中的这家银行像社会公众所期望的那样承担所谓的责任, 公众却对重审判决普遍赞同。笔者以为, 对于此类问题, 传统刑法上的被害人过错理论有其自身的局限性, 难以给出充分合理的解释, 法律经济学方法有助于分析和论证为什么要基于被害人过错减轻加害人的责任。本文拟从被害人过错责任的角度切入, 运用法律经济学方法解开社会公众为何质疑许霆案一审判决而普遍认同重审判决

收稿日期: 2009-12-01

作者简介: 许志鹏, 男, 福建浦城人, 厦门大学法学院 2007 级博士生, 福建省人民检察院民事行政检察处副处长。

的谜团。

二、刑法上的被害人过错责任理论及其局限性

(一)被害人过错责任理论

被害人过错就是指基于被害人的行为,诱发犯罪人的犯罪意识而遭受犯罪行为的侵害,从而导致犯罪人应受惩罚性降低的过错,包括故意或过失。被害人过错的含义与被害人在刑法理论中的地位密切联系。被害人是指其合法权益遭受犯罪行为直接侵害的人。1941年德国的汉斯·冯·亨梯在《论犯罪者与被害者的相互作用》一文中就犯罪人与被害人之间的关系进行了论证,认为二者之间是一种动态的关系而非静态的关系,被害人不再是消极的客体,在犯罪产生过程中和在减少犯罪过程中可能会成为积极的主体。亨梯指出,“在某种意义上说,被害人决定并塑造了罪犯。尽管最终的结果可能是单方面的,但是,被害人与犯罪人之间具有深刻的互相作用,直至该戏剧性事件的最后一刻,而被害人可能在该事件中起到决定性的作用。”^[3]上述理论为从刑法规范层面研究被害人过错责任,界定被害人的过错行为对于犯罪人刑事责任的影响奠定了基础。

(二)西方国家刑法意义上的被害人过错

被害人过错影响定罪量刑的根据,西方有责任分担说和谴责性降低说两种学说。分担责任说的基本理念是:有过错就应对自己的过错承担责任。由于被害人和加害人的行为都是损害发生的原因,造成损害发生的责任就要在被害和加害之间进行分担。在审判活动中,被害人的分担责任会是法官意识中的一个潜在的减轻因素。德国帝国法院刑事判决判定:“被害者存在共同责任的场合,虽然不能取消行为人的责任但能够使其明显减轻”。^[4]该判决就是以分担责任说为基础。英国学者马丁·瓦希克指出,“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被害人遭受的损害小于没有挑衅时的杀人(损害明显是一样的),而是因为应受谴责性得以减轻”,这就是谴责性降低说。

(三)我国刑事立法司法中的被害人过错

我国刑法理论中并没有被害人过错的概念,但是被害人过错对于犯罪人刑事责任的影响在刑事司法实践中却屡见不鲜。1997年10月27日最高人民法院《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》规定:“对故意杀人犯罪是否判处

死刑,不仅要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。”这一司法解释表明:被害人一方有明显过错或被害人对矛盾激化有直接责任的故意杀人案件的被告人,一般不应判处死刑立即执行,即被害人过错成为减轻被告人刑事责任的一个酌定情节。此外,在刑事司法实践中,被害人过错经常作为确定犯罪人刑事责任的酌定量刑情节。如将刑法第232条规定(故意杀人罪)中“情节较轻”解释为义愤杀人、因受被害人长期迫害的杀人、受嘱托杀人、安乐死、相约自杀等情形。这些都是基于被害人过错理论而出现的酌定量刑的情节。但是,立法没有明确将被害人过错作为量刑的法定情节,会给司法实践造成一定的困难。如法院在审理许霆案件时,依据现行刑法规定,本案不具备法定减轻的量刑情节,就只能通过特殊减轻程序判处法定刑以下刑罚。

(四)被害人过错责任理论的局限性

其实,重审判决中法院只是减轻了犯罪人的责任,银行作为被害人还是像一审判决一样没有因其过错承担责任。然而,社会公众对重审判决普遍表示认同。对此,刑法理论应作何解释呢?

在刑法上,被害人如何对其过错承担责任呢?按照传统的刑法理论,此问题难以得到解决。因为刑罚的承担是以犯罪主体为限,被害人不可能因其过错承担刑事责任。相反,法律还要保护被害人的合法权益,使其受到侵犯的权利恢复原状。如此一来,刑法似有放纵被害人过错之嫌,有违公平。这正是我国公众质疑一审判决的主要原因之一。

无论是西方国家刑法意义上的责任分担说、谴责性降低说,还是我国的刑事司法实践及其相关理论,都有一个共同的基础:基于被害人的主观过错来减轻犯罪人的刑事责任,其推理的逻辑是被害人的主观过错(表现为行为)与犯罪人的犯罪行为具有某种因果关系,故使得犯罪人的主观恶性降低抑或犯罪行为的应受谴责性减低。从刑罚目的论,这是一种典型的报应主义。然报复(即惩罚犯罪)并非刑罚的唯一目的,甚至不是其主要目

的;预防犯罪也是刑罚的目的之一。由上观之,传统刑法上的被害人过错理论存在两点明显不足:第一,既然被害人有过错,为什么不让其自身承担责任而据此减轻犯罪人的责任?对此,传统刑法理论很难自圆其说,因为减轻犯罪人责任毕竟不是被害人承担责任的方式,被害人也不可能因其过错承担刑事责任。第二,片面强调刑罚“报应主义”,忽视了刑罚的预防功能。

三、被害人过错责任理论局限性之克服:犯罪预防与社会成本

(一) 法律责任的经济本质

如何克服上述被害人过错责任理论的局限性?法律经济学方法不失为一种可行的路径。在传统法学理论看来,无论英美法还是大陆法,所谓追究法律责任都是一种事后的法律评判和法律救济。“对法律经济学家而言,过去只是一种‘沉没了的’成本,他们把法律看成是影响未来行为的激励系统而进行事前研究。”^[5]更有学者直接指出,“责任是由于伤害他人所导致的制裁”,“对经济学家来说,制裁就像是价格,并假设人们对制裁的反应就像是对价格的反应一样。”^[6]制裁事实上也是对人们未来行为责任的预先分担,一项制裁就会像价格一样深刻影响着人们未来的行为。用经济学术语表示,责任就是当事人对其行为所要付出的价格,或者是所要承担的成本。可见,在法经济学的视野中,法律责任则是当事人未来行为所面临的风险,抑或是当事人对其未来行为所承担的一种成本。

(二) 刑法目标是 minimized 犯罪的成本

社会成本理论是法律经济学的基本理论,由科斯于1960年的论文《社会成本问题》提出,是法律经济学派产生的标志,后来被发展为著名的科斯定理。科斯在论及权利的法律界定及其有关经济问题时指出,“如果市场交易是无成本的,则所有问题(衡平法问题除外)就是当事人的权利的充分界定和对法律行为的后果的预测。”^[7]科斯在此实际上是针对现实的市场交易成本如此之高所做的一种零交易成本假设。“在一个零交易成本世界里,不论如何选择法规、配置资源,只要交易自由,总会产生高效率的结果。而在现实交易成本存在的情况下,能使交易成本影响最小化的法律是最适当的法律。”^[8]所以,科斯认为,在现实交易成本如此之高时,法院直接影响着经济行为。社会成本理论后来被贝克尔、波斯纳等法律经济学

者用于犯罪的经济分析。

法律经济学学者运用社会成本理论为刑法的分析提出了一个简单的目标:“刑法应当最小化犯罪的社会成本,该社会成本等于犯罪所导致的净损失和花在预防犯罪方面的成本之和。”^[9]如果假定净损失不变,则犯罪的社会成本实际上取决于预防犯罪的成本。预防犯罪的成本包括私人成本和公众成本。公众成本是由广大社会公众同承担的成本,如国家在预防犯罪方面的支出;个人成本则是指个人或私人组织在预防犯罪方面的支出,这些个人或组织实际上是潜在犯罪的潜在被害人。从机会成本角度考虑,个人成本还应当包括犯罪人的预防成本——可能判处的刑罚。理性犯罪人的自我控制犯罪的程度取决于刑罚的大小,即犯罪人的预防成本是可能判处的刑罚,是一种机会成本。这些成本之间并不是孤立的,而是相互影响、紧密联系的。例如,随着国家在预防犯罪方面支出的增加,个人安全感会增加,其在预防犯罪方面的支出可能会减少。又如加重刑罚意味着犯罪人承担更重的成本,通过刑罚的威慑作用降低犯罪发生率,^[10]从而有助于减少个人和公众预防犯罪的支出。

刑法最小化犯罪成本的反面就是效率最大化,即实现资源的最优化配置。在波斯纳看来,“正义的第二种涵义——也许是最普通的涵义——是效率”。^[11]

(三) 犯罪成本最小化与有效犯罪预防机制

如何实现犯罪成本的最小化?关键是要形成有效的犯罪预防机制。犯罪预防除了以国家司法机关为代表的公共预防机制之外,还有被害人预防和犯罪人预防。从理论上讲,被害人预防和犯罪人预防可能形成三种预防机制:被害人单边预防机制、犯罪人单边预防机制、被害人和犯罪人双边预防机制。何种预防机制是有效的预防机制呢?不可一概而论,应当视具体的犯罪类型而定。本文仅限于探讨存在被害人过错的犯罪情形下的有效犯罪预防机制。

根据被害人学理论,在存在被害人过错的犯罪过程中,被害人和犯罪人是动态的关联方。也就是说,对于此类犯罪事件的预防,是一个双边预防的过程,既有赖于被害人一方积极预防,也有赖于犯罪人的自我控制。在法律上,被害人的单边预防实质上是对被害人的严格责任和对犯罪人的无责任,这明显有悖于刑法的公平正义,自不足

取。犯罪人的单边预防实质上是对犯罪人的严格责任和对被受害人的无责任,这不利于发挥被害人预防犯罪的积极性,而且在对犯罪人的刑罚威慑超过最优威慑的限度时,刑罚也会失去威慑效应,也不利于预防犯罪的发生。可见,在双边预防的情况下,“无论严格责任原则还是无责任原则,都无法满足双边预防假定下的有效性需求——对双方都产生有效预防的激励机制”^[12],“疏忽责任原则较‘无责任原则’和‘严格责任原则’可产生更为有效的预防激励机制。”^[13]疏忽责任原则也就是所谓的过错责任原则,即当事人应当对自己的故意或过失承担相应的责任。

(四)刑法上的被害人过错责任之经济本质

如上所述,要克服传统刑法被害人过错责任理论的局限性,应当转换视角,不能固守报应主义的刑罚观,还应当着眼于未来,注意发挥刑罚的预防功能。如此,从经济学的角度理解刑事责任,被害人过错的责任承担问题就会迎刃而解。

从经济学视角看,刑法上的被害人过错责任实质上是潜在被害人未来行为所面临的风险,抑或是其对其未来行为所承担的一种成本。基于被害人与犯罪人在犯罪过程中的动态关联关系,法律对被害人施加了在未来承担部分的预防犯罪的责任,也是对被害人的疏忽所施加的一种有效激励,以形成有效的犯罪预防机制。反之,若对被害人实施无责任原则,则双边预防不可能形成有效预防机制,必然浪费社会成本。

总之,刑法上的被害人过错责任旨在实现犯罪成本的最小化这一刑法终极目标。

四、许霆案重审判决的法律经济学反思:基于社会成本的衡量

(1)许霆案重审判决的理由

许霆案重审判决理由是“主观恶性尚不是很大”。重审判决书指出:“许霆盗窃金融机构,数额特别巨大,依法本应适用‘无期徒刑或者死刑,并处没收财产’的刑罚。鉴于许霆是在发现银行自动柜员机出现异常后产生犯意,采用持卡窃取金融机构经营资金的手段,其行为与有预谋或者采取破坏手段盗窃金融机构的犯罪有所不同;从案发具有一定偶然性看,许霆犯罪的主观恶性尚不是很大。根据本案具体的犯罪事实、犯罪情节和对于社会的危害程度,对许霆可在法定刑以下判处刑罚。”^[14]从以上判决书的内容可以看出,法院是在综合考虑了许霆犯意发生的原因、犯罪的手

段、犯罪发生的偶然性等因素后认为其“主观恶性尚不是很大”,并据此做出了在“法定刑以下判处刑罚”的裁判。

(二)重审判决回避了被害人过错责任问题

通观以上判决之理由,法官并未直接言及本案被害人即银行的过错,只是表明“许霆是在发现银行自动柜员机出现异常后产生犯意”。法官在此用“异常”二字回避了被害人过错责任问题,即没有去追问“为什么会出现异常”。回避的原因,笔者推测有二:一是公众对银行的垄断地位与劣质服务已经很不满意,法院在此不便介入也不想再推波助澜;二是该案一审判决后,公众对法院“视银行过错而不见”很不满,舆论压力很大,若在重审判决中言及银行过错而改判,似有法院屈服于社会公众舆论压力之嫌。故不如统而言之,通过与其他犯罪之比较得出“主观恶性尚不是很大”,以作为判决的理由。这样的判决未能指出基于被害人过错减轻犯罪人责任的关键原因,反而给人以“量身定做”之感,不能不说是美中不足。

(三)重审判决有利于最小化犯罪的成本

从表面上看,减轻许霆的刑事责任似乎满足了社会公众要求银行就其过错承担责任的心理诉求,重审判决也获得了公众的普遍认同,尽管该家银行实际上也并未因其过错承担什么责任。如何解释此种现象?如上文所述,法律经济学的分析可以解开这个谜团。

尽管法院回避了被害人过错责任问题,但许霆案确实是一个典型的存在被害人过错的犯罪案件。因而,对于此类犯罪的预防应当是一种双边预防,即法律对银行与“许霆们”都应当施加预防此类犯罪的责任。而一审判决判处许霆无期徒刑意味着将预防犯罪的责任几乎全部归于犯罪人,旨在以刑罚的强大威慑力维护银行资金的安全,但却不利于激励银行采取措施预防犯罪,银行几乎无需承担预防此类犯罪的责任。这是一种典型的犯罪人单边预防机制,难以形成有效的犯罪预防机制,只会徒增社会成本,还会助长银行滥用其垄断地位。按照那样的判决,银行将缺乏动力去改善和保障ATM服务的安全,银行服务的安全将难以改善,作为银行客户的消费者则要面对银行安全缺陷的“犯罪诱惑”。此乃社会公众质疑一审判决的真正根源。

反之,重审判决减轻许霆的刑事责任意味着将预防犯罪的部分责任归于银行,银行资金的安

全性在很大程度上取决于银行积极预防此类犯罪,确保 ATM 系统的正常运行。银行由于其疏忽在未来承担了部分的预防犯罪的责任,也是对银行的疏忽所施加的一种有效激励。它可以促使银行积极改进服务,确保交易安全。这样一种有效的双边预防有利于减少社会成本,自然为消费者乐见。此乃社会公众普遍认同该案重审判决的社会经济根源。

(四)重审判决有利于实现刑罚的最优威慑和有效惩罚

刑罚威慑理论是法律经济学研究刑法问题的主要贡献。近代刑法之父贝卡利亚首创的功利主义刑罚思想体现了刑罚的威慑功能,法律经济学者贝克尔、波斯纳等威慑理论发扬光大。威慑理论以为,犯罪也是一种交易形式,只是这种交易是一种强制性交易,给予犯罪者以高于损失补偿的惩罚,将引导罪犯以自愿交易代替强制交易,所以给予更高惩罚的目的在于威慑。威慑的力量来自于犯罪者将要承受的刑罚(预期刑罚)。预期惩罚等于惩罚的概率乘以其严厉程度。威慑是有成本的,威慑的成本使得一个理性的社会不可能完全

消灭犯罪,最优威慑意味着减少犯罪的边际社会成本等于边际社会收益,处于最优威慑点的刑罚就实现了有效惩罚。当然,最优威慑和有效惩罚是一种理想的状态,但是也可以说明,“刑事惩罚并不是相互独立的,而是一个整体方案的一部分。对较不严重的犯罪施加强有力的威慑通常使得他们在较重的犯罪面前失效”^[15]。而且,刑罚的过度威慑还可能引发出新的犯罪,因为在犯罪者看来,他无需承担额外的犯罪。以许霆案为例,对许霆这一较不严重的犯罪处以无期徒刑是一种过度威慑,会在惩罚的严厉程度和犯罪的严重性之间产生巨大的不对称。反之,重审判决有利于实现刑罚的最优威慑和有效惩罚。

许霆案表明,在我国刑事司法实践中一定要坚持社会主义法治理念和宽严相济的刑事司法政策,全面考量整个案件中的量刑情节,包括被害人过错对量刑的影响,以实现司法公正,确保“水源”不受污染。同时,法院还应当考虑判决对社会经济行为的影响,要善于从经济学角度对案件判决做效率分析,充分发挥刑罚的预防功能,以实现犯罪成本最小化的刑法目标。

注释:

[1] 陈兴良:《许霆案的法理分析》,《人民法院报》2008年4月1日。

[2] 《工行行长“银行是弱者”的说法让网友不满》, <http://finance.people.com.cn/GB/1040/59940/6960044.htm> 2009年4月8日。

[3] 郭建安:《犯罪被害人学》,北京:北京大学出版社,1997年,第153-154页。

[4] [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,北京:中国法制出版社,2001年,第175页。

[5][8][11] [美]理查德·A·波斯纳著:《法律的经济分析》(上册),蒋兆康译,林毅夫校,北京:中国大百科全书出版社,1997年,译者序言第15,20页,正文第31页。

[6] [9][12][13][15] [美]罗伯特·D·考特、托马斯·S·尤伦:《法和经济学》,施少华、姜建强等译,张军校,上海:上海财经大学出版社,2002年,第338,261,266,385页。

[7] [美]R·科斯、A·阿尔钦、D·诺斯:《财产权利与制度变迁——产权学派与新制度学派译文集》,上海:上海三联书店、上海人民出版社,1994年,第24页。

[10] 当然,刑罚的威慑是有成本的,刑罚强度并不是越重越好,理论上存在最优威慑的界限。

[14] 《许霆案重审判决书》, <http://www.dffy.com/sifashijian/ws/200804/20080402082917.htm>, 2009年4月8日。

[责任编辑:石雪梅]