

# 作为犯罪防控策略的被害人 谅解从宽实证考察

王志远 张玮琦\*

被害人谅解是一定程度上游离于刑法学主要理论之外的一个问题。“事后”所发生的情形，相比较于着眼行为人之不法、有责的刑法学意义上的量刑而言，更像是一个不甚重要的补充，在被害人谅解的情况下从宽处遇犯罪人更像是一个犯罪学及刑事政策的问题。本文无意过多纠结于“原则”上的前提批判，而是旨在通过实证分析，勾勒出被害人谅解情形在现实的司法实践中的真实面貌，并从中得出对犯罪防控理论发展有所裨益的结论。

## 一、犯罪防控策略视野下的被害人谅解从宽

### （一）恢复性司法理念与被害人谅解从宽

“恢复性司法实际上是古老的解纷方式的一种回归。”<sup>①</sup> 它并非是法治逻辑推演出的必然结果，而恰是古老传统对于法治逻辑之不足的一种补充。恢复性司法理念本身所指向的并非用公正原则来诠释的正义，而是由社会良好关系及现实的具体结果所体现的正义。在恢复性司法模式之中，犯罪人与被害人被提供了相互对话和理解的机会，二者间的关系更偏向于“主体间性”，而非均作为被动的客体来完全由公权力予以定夺。对于犯罪防控而言，恢复性司法提供了一条新的思路，即通过修复由犯罪行为所破坏的社会关系，使对立的状态重归于平和，进而让一般预防与特殊预防皆得以实现。犯罪行为对社会的影响不仅仅在于它的直接危害——难以弥合的社会关系亦会引起连带的负面作用，甚至催生新的犯罪。恢复性司法模式正是对既成犯罪的止损。

被害人学的兴起，与恢复性司法理念相呼应。作为犯罪人的“刑事伙

---

\* 王志远，吉林大学法学院教授、博士生导师；张玮琦，吉林大学法学院刑法学硕士研究生。

① 朱德宏：《恢复性司法及其本土制度化危机》，载《法律科学》2008年第2期，第20页。

伴”，对被害人的重视体现在被害人责任、被害人实质保护及被害人程序保护等几个方面。“关于被害人的关注和被害人学的研究，人们已经形成一个基本理念：人权既及于犯罪人，也应平等地及于被害人。”<sup>①</sup> 虽然犯罪所侵害的不仅是被害人本身的法益，还对社会有一定的危害性，但作为危害结果的直接承受者，被害人的态度事实上也应在一定程度上影响对于犯罪行为本身或对于犯罪人在刑罚意义上的评估。不同于站在传统法治思想上的考量，被害人在这里有了“本体论”上的意义。相对于“当为”，“存在”本身从内部的本质出发，呼唤一种适格的对待，而非从外部上被刑事政策的目的理性所限定。这种思维催生出的，则是在量刑之外，赋予被害人本身以能动性，给予一个平台，来使其自身的态度得以自主地以被害人为主体而发出。

在上述这些理念的指导下，被害人谅解从宽作为一种新的犯罪防控策略，展现出其根植于时代精神的生机。一方面，社会关系的修复有助于犯罪防控，被害人谅解从宽正是在犯罪人与被害人之间构建良性的修复手段；另一方面，对被害人谅解从宽问题的科学化处理，既是对被害人的尊重，一定范围内也有助于被告人的教育矫正和社会复归。具体而言，以新的目光对被害人谅解从宽问题予以认真的审视，需要对恢复性司法理念的本土化、制度化问题加以分析。恢复性司法是西方国家近些年来在刑事政策领域所纷纷推广的，并得到了联合国经济及社会理事会的高度关注和大力推荐。<sup>②</sup> 我国对恢复性司法理念的本土化制度化中远非将其模式照搬套用即可。如前文所述，恢复性司法理念的逻辑基础很大程度上与法治本身的逻辑不符。首先，其对犯罪性质的认识——个人对个人的侵害——即并非适用所有罪名。其次，对于同一罪名的不同严重程度，亦不能不加区分地以修复犯罪人和被害人的良好关系为导向。最后，犯罪人主观恶性的大小也不应被忽视。<sup>③</sup> 对恢复性司法理念持批判吸收的态度是必要的，可诸多论者往往仅止步于宏观上的“指导”，无法给出精细而科学的制度设计。在被害人谅解从宽的问题上，应当结合恢复性司法理念自身的逻辑基础，在我国现实的司法语境中探究其在我国犯罪防控中的位置。

---

<sup>①</sup> 侯安琪、王瑞军：《国内犯罪人学研究及启示》，载《同济大学学报（社会科学版）》2010年第4期，第88页。

<sup>②</sup> 参见[美]丹尼尔·W·凡奈斯：《全球视野下的恢复性司法》，载《南京大学学报（哲学·人文科学·社会科学版）》2005年第4期，第130页。

<sup>③</sup> 参见刘东根：《恢复性司法及其借鉴意义》，载《环球法律评论》2006年第3期，第240~241页。

## （二）规范研究的自说自话

在规范研究之中，学界对被害人谅解从宽处遇作为犯罪防控策略的合理性问题，有不同的看法。有学者鉴于“刑罚正当化根据理论”以及“恢复性司法理念”，认为不应将被害人谅解作为酌定量刑情节：“……在法律没有赋予处分权的场合下，尽管能在恢复性司法中找到自己容身的空间，但作为量刑酌定情节仍不适宜。何况，如果以恢复性司法理念的全面恢复正义为由，在确定酌定量刑情节时，使酌定事由与犯罪和犯罪人的关联过低，不仅会极大地增强刑事判决的不确定性，而且易将酌定量刑情节乃至整个量刑活动作为实现某种功利目的的随机的工具。”<sup>①</sup>这实际上是彻底否定“被害人谅解从宽处理”作为犯罪防控策略的作用和意义。亦有人认为，被害人谅解作为量刑情节，应被予以法定化：“被害人谅解在量刑中的运用功效显著，不仅提升了被害人的主体地位，彰显了刑罚的宽容性，宣扬了善良宽容的道德理念，而且修复了行为人与被害人之间的社会关系，促进了社会的和谐，同时也实现了刑罚的预防、教育和安抚的功能……也正是基于此，被害人谅解情节的法定化酝酿已久，呼之欲出。”<sup>②</sup>这种观点对被害人谅解从宽犯罪防控策略则是持完全的肯定态度。还有人认为，被害人谅解这一情节对量刑的影响应该区分罪名，作具体分析：“被害人谅解作为对被告人犯罪行为的宽恕，人民法院在量刑时应予尊重并予以考虑。基于案件性质的不同，被害人谅解对量刑的影响也势必有所区别……有必要以刑事和解理念为指导，结合人民法院量刑规范化改革，从制度上加以规范和保障。”<sup>③</sup>这是对被害人谅解从宽犯罪防控策略的部分肯定观点。有的学者从被害人救助的角度，倡导刑事和解制度；<sup>④</sup>有的学者则着眼于被害方的权利问题，从诉讼法的角度上主张赋予被害方以量刑建议权、独立上诉权。<sup>⑤</sup>这些观点实际上是在肯定恢复性司法理念的大前提下，从程序的角度对被害人谅解从宽犯罪防控策略给出了可操作性的具体设计。

<sup>①</sup> 王瑞君：《刑事被害人谅解不应成为酌定量刑情节》，载《法学》2012年第7期，第135页。

<sup>②</sup> 何尼：《被害人谅解情节的法定化研究》，湘潭大学硕士学位论文（2011年5月1日），第26页。

<sup>③</sup> 韩俊雯、李忠勇：《论被害人谅解对量刑的影响》，载《云南警官学院学报》2011年第6期，第76页。

<sup>④</sup> 汤道刚：《救助被害人的优化选择——倡导刑事和解的犯罪学思考》，收录于《中国犯罪学研究会第十六届学术研讨会论文集（上册）》（2007年8月），第159~160页。

<sup>⑤</sup> 参见徐岱、刘银龙：《论被害方诉求与死刑的司法控制》，载《吉林大学社会科学学报》2015年7月，第53~55页。

在理论争鸣之中，论者更多地从理念出发，表现出对被害人谅解这一量刑情节的不同态度。然而归根结底，这些理论都只基于不同出发点，对被害人谅解问题给出的一个应然上的思辨的答案，一个标准，这些争论中横亘着更深层的二律背反式的前提错位。在罪行发生后，被害人的态度，是否还与行为人在法律意义上的危害结果或犯罪行为有关？在我们看来，这里的争论与其说是对被害人谅解这一情形的不同理解，毋宁说是对刑罚裁量所应考虑“变量”作保守理解还是作开放理解之间的争论。另外，对宽严相济刑事政策的理解也影响着对被害人谅解的看法。

“应该”本身不可被量化，正如法律“应该”起到社会保护的机能，也“应该”起到人权保障的机能；“应该”以形式主义为基本，也“应该”考虑个案的社会影响。这种应然性，本身是一种模糊了“量”而只有“向”的向量。在被害人谅解这样的问题上，其本身并无复杂的理论构架，于是就成了单薄的“应该”与“应该”间的无谓角逐。在这场由不同层面的“应然”所统辖的争论中，充斥的是无所指的濠梁之辩。

鉴于此，本文旨在绕开这些难有突破的争论，用实证方法探究司法实践对被害人谅解从宽这一犯罪防控策略的实然态度和运用状态，进而从中汲取有所裨益的经验或教训。

## 二、对被害人谅解从宽问题的实证研究方案

基于代表性和科学性两方面的考虑，本文选取了盗窃罪、故意伤害罪和交通肇事罪这三个案件类型作为研究场域。

首先，根据最高人民法院发布的《2015年全国法院各类案件审判执行情况》报告，2015年盗窃犯罪案件上升，新收224907件，远高于其他侵犯财产类案件；故意伤害案件新收122209件，远高于其他暴力犯罪案件。<sup>①</sup>交通肇事罪作为典型且多发的危害公共安全犯罪，2014年的犯案数量为8.3万件。<sup>②</sup>因此，这三类案件均属常见多发，可以代表性地反映出被害人谅解从宽这种犯罪防控机制的实际司法运用情况。

其次，犯罪性质是否能归为个人对个人的侵害、罪轻罪重是否能得到不同

---

<sup>①</sup> 参见最高人民法院研究室：《2015年全国法院各类案件审判执行情况》，载《人民司法（应用）》2016年第10期，第75页。

<sup>②</sup> 参见《依法惩治刑事犯罪 守护国家法治生态——2014年全国法院审理刑事案件情况分析》，载人民法院网，网址：<http://www.chinacourt.org/article/detail/2015/05/id/1612546.shtml>。

对待、犯罪人主观恶性是否被充分考虑，是恢复性司法理念和被害人谅解从宽犯罪防控策略得以制度化和践行化的关键场域限制，本文选取的三种案件类型正是从其各自的特征上契合了这三个方面，具有相当的科学性。

考虑到上述三类案件的司法文书总体数量巨大，且文书质量参差不齐，本研究采取多层次抽样方法。首先，以盗窃、故意伤害和交通肇事这三个案由作第一层次抽样；其次，以地区为标准作第二层次抽样，以避免实证考察结论受地域局限的不合理影响；再次，以法院级别作为第三层次抽样标准，以适应被害人谅解从宽主要在这两级法院被适用的事实；最后，选择其中受过公开表彰的法官作第四层次的随机抽样，以避免审判人员的能力差距可能到来的不必要分析误差。作为抽样的结果，本研究从裁判文书网上抽取全国各地基层与中级法院 10 余名具有代表性的审判人员所审理的共 938 份个案。<sup>①</sup> 其中盗窃罪共 510 件，故意伤害罪共 320 件，交通肇事罪共 108 件。

在盗窃罪样本中，基于在实践中盗窃犯罪样态的多样化，本文录入了在裁判文书中能够得到体现的 18 个自变量，即包括未遂、自首、坦白、积极退赔、入室等共 18 个影响量刑的情节，以此为基础进行多变量回归建模分析，以审视被害人谅解从宽在所抽取的个案中的实际运行情况。在故意伤害罪样本中，鉴于司法实践中宣告刑的跨度较大，本文主要用过分样本间均值比较的方法，分析司法实践在较轻的个案与较重的个案中，是否在量刑上对被害人谅解情节有不同的处理。在交通肇事罪样本中，因其属于过失犯罪且较多地对犯罪者适用缓刑，本文主要用多样本均值比较的方法，分析司法实践中对这类犯罪人主观恶性较低的罪名，是否会因有被害人谅解情节而更多地予以从宽处理。

### 三、对盗窃罪样本的相关及回归建模分析

通过对本研究选取的 510 件盗窃案件样本进行语料分析，我们检视到未遂、自首、坦白、积极退赔、入室等共 18 个影响量刑的情节。而通过对其中每一个情节（自变量）与剥夺自由时长（因变量）的相关性进行比较，我们发现除个别案件过少情况外，每一个审判人员所审理的案件中，涉案金额都该案所判的剥夺人身自由时长，显现出了作为显著的高度相关性（见表 1）。

---

<sup>①</sup> 审判人员的能力差距会为分析带来不必要的误差，故而本文通过判断抽样结合分层抽样，从几个地区的基层、中级法院官方网站上随机抽取被公开表彰过的审判人员，将其被收录于裁判文书网上的三类案件尽数纳入统计。这样可在确保样本多样化的前提下，最大限度保证判决的质量。

表 1

审判人员	案件数量	涉案金额与剥夺人身自由时长 pearson 相关性
1	13	0.956
2	1	a
3	100	0.858
4	4	0.8
5	67	0.738
6	4	0.99
7	26	0.586
8	5	0.97
9	110	0.857
10	9	0.993
11	159	0.857
12	3	-0.756

由于涉案金额这一自变量与剥夺人身自由时长这一因变量有极高的相关，其能在很大程度上于模型中解释因变量的变化，有助于揭示其他变量所产生的实际影响。<sup>①</sup> 所以本文以涉案金额为固定的控制变量，来与其他变量构建回归模型。

本文尝试了多个线性回归模型。因为涉及量刑的变量种类多达 18 个，且多为“是否”的二值判断，所以其中一些变量的频率极低，在将其纳入模型后，R 值没有明显提升且变量自身 sig 值过高，无显著性差异，故而其虽在具体的量刑中起到一定作用，但不适合纳入模型之中。经过探索，我们找到一些 R 值相对较高，变量 sig 值普遍低于 0.05 或略高于 0.05，其自身又能反映出一定问题的模型。

<sup>①</sup> 由于各地盗窃罪数额标准不同，所以本文在各审判人员普遍于涉案金额和剥夺人身自由时长表现出了高相关的情况下，依其当地标准，依立案、数额较大、数额巨大、数额特别巨大，分出四个档，在接下来的分析中代替具体数额。

表 2

模型汇总									
模型	R	R 方	调整 R 方	标准估计的误差	更改统计量				
					R 方更改	F 更改	df1	df2	Sig. F 更改
1	.515a	.265	.259	12.72219	.265	45.101	4	501	.000
a. 预测变量: (常量), 扒窃, 犯罪未遂, 被害人谅解, 金额等级。									

Anovaa						
模型		平方和	df	均方	F	Sig.
1	回归	29199.219	4	7299.805	45.101	.000b
	残差	81088.898	501	161.854		
	总计	110288.117	505			
a. 因变量: 总时长						
b. 预测变量: (常量), 扒窃, 犯罪未遂, 被害人谅解, 金额等级。						

系数 a						
模型		非标准化系数		标准系数	t	Sig.
		B	标准误差	试用版		
1	(常量)	-25.992	6.453		-4.028	.000
	金额等级	15.514	1.226	.533	12.653	.000
	被害人谅解	4.158	1.844	.088	2.256	.025
	犯罪未遂	4.667	2.016	.089	2.315	.021
	扒窃	-3.925	1.746	-.096	-2.248	.025
a. 因变量: 总时长						

如表 2 所示, 我们选取了分档后的涉案金额、被害人谅解、犯罪未遂、扒窃这四个变量组成了一个模型。Anova 检验显示模型 sig 值为 0.000, 意味着模型极显著差异, 可拒绝零假设。R 方为 0.265, 意味着该模型至少可在 26.5% 的意义上解释因变量的变化。Sig 系数显示四个预测变量的显著性均高于

95%。相对而言，在诸多组合中，这是个较好的模型。

非标准化系数中的 B 值意味着，在这个模型中，金额等级每升高 1 档，剥夺人身自由时长则提高 15.514 个月，没有被害人谅解情形的比有被害人谅解情形的会多判 4.158 个月，没有犯罪未遂情形的比有犯罪未遂情形的会多判 4.667 个月，没有扒窃情形的比有扒窃情形的会少判 3.925 个月。

量刑指导意见中，对于未遂犯，可比照既遂犯减少基准刑的 50% 以下。被害人谅解的情形，在没有“积极退赔”等其他情节的情况下，则可减少基准刑的 20% 以下。但在模型一中，被害人谅解的情形与犯罪未遂的情形在量刑上有相近的具体效果。另外，在该模型中，扒窃情形对量刑的加重程度，接近于被害人谅解情形对量刑的减轻程度。

由于样本有限，且模型中所含变量的交互关系可能会影响到各个变量在模型中的 B 值表现，所以我们以其他几个较好的模型作为参照，来验证这种现象是否并非偶然。

表 3

模型汇总				
模型	R	R 方	调整 R 方	标准估计的误差
1	.530 <sup>a</sup>	.280	.275	12.59901
a. 预测变量: (常量), 立功, 初犯, 被害人谅解, 金额等级。				

Anovaa						
模型		平方和	df	均方	F	Sig.
1	回归	30868.913	4	7717.228	48.617	.000 <sup>b</sup>
	残差	79208.796	499	158.735		
	总计	110077.710	503			
a. 因变量: 总时长						
b. 预测变量: (常量), 立功, 初犯, 被害人谅解, 金额等级。						

系数 a						
模型		非标准化系数		标准系数	t	Sig.
		B	标准误差	试用版		
1	(常量)	4.661	13.338		.349	.727
	金额等级	15.162	1.136	.520	13.352	.000
	被害人谅解	3.695	1.851	.077	1.996	.046
	初犯	4.487	1.224	.144	3.667	.000
	立功	-16.798	6.390	-.101	-2.629	.009
a. 因变量: 总时长						

表3是另一个相对较好的模型(常量sig大于0.05仅表明线性回归的截距项可以被设定为0,也就是经过原点),其中初犯被定义为非累犯,那么根据B值,也就是说在该模型中累犯的情形会让刑罚加重4.487个月。根据最高人民法院《关于常见犯罪的量刑指导意见》,对于累犯,增加基准刑的10%~40%,一般不少于3个月。因为其范围过宽,不够直观,所以在此以数学期待值来表述。那么其增加幅度的数学期待值则为25%,考虑到其有3个月的下限,则其实际上的数学期待值应高于25%,而被害人谅解这一情形在量刑上减少幅度的数学期待值为10%,那么将两个幅度与实际减少时间,经换算后得到的假定基准刑相对比,则为17.948与36.95,相差两倍有余。也就是说,这个模型中同样体现出了司法实践中对被害人谅解这一情形,在量刑上予以了更多考量。篇幅有限,在此不再过多罗列模型。

从个案上看,亦可对上述结果加以更直观的佐证。以样本中的一名法官为例,其只判决了13件盗窃罪案件。其中有两件案件有被害人谅解情形,均未被判处拘役或有期徒刑。这两件案件中的一个,刚好在该法官所判处的13件盗窃案中有一个及其类似的案件(样本1号个案和9号个案),它们均无自首、积极赔偿等其他情形,金额相当,唯一的显著差别在于前者有被害人谅解情形后者没有,最后没有该情形的行为人被判处5个月拘役。5号法官所判处的两个案件(样本130号个案和131个案),前者涉案金额2500元,有入室情形,未被判处剥夺人身自由刑罚,后者涉案金额2600元,无入室情形,其余量刑情形皆与前者相同,被判处3个月拘役。另一名法官所判处的两个案件,一个涉案金额7400元,有被害人谅解情形,被判处10个月有期徒刑,一个涉案金额7090,没有被害人谅解情形,但有犯罪未遂情形,其余相同,被判处9个月有期徒刑。

个案的罗列不能直接说明问题，但可对通过大数据分析得出的结论进行验证。可以看出，在司法实践中，被害人谅解这一因素对基准刑起到的影响，远大于从量刑指导意见的文本中所能推断出的程度。

#### 四、故意伤害罪样本的分条件均值分析

故意伤害罪量刑波动较大，将死刑、无期徒刑设为缺失值后，对剥夺人身自由时长进行统计描述，可见其标准差达到了 49.41（见表 4），与之对比，510 件盗窃罪的样本该项变量的标准差为 15.20。

表 4

描述统计量					
	N	极小值	极大值	均值	标准差
剥夺人身自由总时长	310	0.00	195.00	34.9516	49.41176
有效的 N (列表状态)	310				

不同于盗窃罪样本，故意伤害罪样本有死刑、无期徒刑的情况，且仅判决书中被明确表述的影响量刑的情形变量就已达 24 种之多，故意伤害的结果又分轻伤、轻伤、重伤、致人死亡，远比侵财类罪名要复杂。在此我们先简单地比较一下有故意伤害罪中有被害人谅解和无被害人谅解两种情形中的剥夺人身自由时长情况（本文以下所指“剥夺人身自由时长”，皆不包含死刑与无期徒刑的情况）。如表 5 所示，无被害人谅解的情况下，剥夺人身自由时长均值为 57.51 个月，有被害人谅解的情况下，剥夺人身自由时长均值为 17.84 个月，前者足有后者 3 倍之多。

表 5

描述统计量					
	N	极小值	极大值	均值	标准差
剥夺人身自由总时长	134	5.00	195.00	57.5149	59.24560
有效的 N (列表状态)	134				

描述统计量					
	N	极小值	极大值	均值	标准差
剥夺人身自由总时长	175	.00	180.00	17.8400	31.00756
有效的 N (列表状态)	175				

均值表示数据的总体水平，但无法表现个体之间的差异，所以本文再通过中位数对结果加以验证。如表 6 所示，两者的中位数分别为 24 个月和 7 个月。另外，缺失值在该样本中被定义为有期徒刑或死刑的情况。可以看出，无被害人谅解情形的案件比有被害人谅解情形的案件所受的刑罚重得多。

表 6

统计量		
剥夺人身自由总时长		
N	有效	134
	缺失	10
中值		24.0000

统计量		
剥夺人身自由总时长		
N	有效	175
	缺失	0
中值 7.0000		

从常识来看，我们也可以猜测，或许正是因为罪行较轻，所以较为容易得到被害人谅解。进而，我们通过选择致人重伤或致人严重残疾或致人死亡的个案（分样本一，重伤人数 $\geq 1$  or 严重残疾人数 $\geq 1$  or 死亡人数 $\geq 1$ ），统计被害人谅解情形的频率，将之与其余样本（分样本二）及整体样本的被害人谅解情形频率相对比（见表 7）。

表 7

被害人谅解					
		频率	百分比	有效百分比	累积百分比
有效	是	28	26.4	26.4	26.4
	否	78	73.6	73.6	100.0
	合计	106	100.0	100.0	

续表

被害人谅解					
		频率	百分比	有效百分比	累积百分比
有效	是	147	69.0	69.3	69.3
	否	65	30.5	30.7	100.0
	合计	212	99.5	100.0	
缺失	系统	1	.5		
合计		213	100.0		

被害人谅解					
		频率	百分比	有效百分比	累积百分比
有效	是	175	54.7	54.9	54.9
	否	144	45.0	45.1	100.0
	合计	319	99.7	100.0	
缺失	系统	1	.3		
合计		320	100.0		

可见，在整体样本中，出现被害人谅解情形的个案多于未出现被害人谅解情形的个案。在未造成重伤及重伤以上情形的个案中，有被害人谅解情形的个案占69.3%。在造成人重伤及以上的个案中，有被害人谅解情形的个案仅占26.4%。

根据我国《刑法》规定，对故意伤害他人身体的，处3年以下有期徒刑、拘役或管制；对故意伤害他人致人重伤的，处3年以上10年以下有期徒刑；对故意伤害他人致人死亡，或者以特别残忍手段致人重伤或造成严重残疾的，处10年以上有期徒刑、无期徒刑或死刑。两个分样本在刑期的均值上，也极其明显地体现出这样的分档（见表8）。

表8

描述统计量					
	N	极小值	极大值	均值	标准差
剥夺人身自由总时长	96	4.00	180.00	83.3229	59.71203
有效的 N (列表状态)	96				

续表

描述统计量					
	N	极小值	极大值	均值	标准差
剥夺人身自由总时长	213	.00	174.00	12.3991	16.41661
有效的 N (列表状态)	213				

对所处刑罚均值相差 7 倍，也就是相差 70 余个月的这两种情形均处以同样的量刑方式，是否合理？我国未明确规定重罪轻罪，仅模糊地提及了“罪行较轻”“显著轻微”等字眼，而且这只是作为例外情形而作用于量刑。由于基数相差过大，在对基准刑的调整上，各个量刑情节所调整的百分比在两个样本中所起的意义大相径庭。例如，一个基准刑为 7 年有期徒刑的行为人，当获得被害人谅解时，意味着最多下调 16.8 个月，而一个基准刑为 1 年有期徒刑的行为人，当获得被害人谅解时，意味着最多下调 2.4 个月。

表 9

描述统计量					
	N	极小值	极大值	均值	标准差
剥夺人身自由总时长	68	5.00	180.00	93.9706	58.82835
有效的 N (列表状态)	68				

描述统计量					
	N	极小值	极大值	均值	标准差
剥夺人身自由总时长	28	4.00	180.00	57.4643	54.57613
有效的 N (列表状态)	28				

描述统计量					
	N	极小值	极大值	均值	标准差
剥夺人身自由总时长	65	5.00	119.00	17.2615	17.83893
有效的 N (列表状态)	65				

续表

描述统计量					
	N	极小值	极大值	均值	标准差
剥夺人身自由总时长	147	0.00	174.00	10.2925	15.38065
有效的 N (列表状态)	147				

分样本一中,无被害人谅解和有被害人谅解的刑期均值分别为 93.97 和 56.46,分样本二中则为 17.26 和 10.29。均值之差分别为 36.51 和 6.97,相差不到 4 倍,而两个分样本整体的刑期均值之比,则为 7 倍(见表 9)。这意味着,在两个分样本均不考虑其他变量的情况下,分样本一因被害人谅解而减轻刑罚的程度更小,或说分样本二因被害人谅解而减轻刑罚的程度更大。无论如何,被害人谅解这一情形,在两个分样本,也就是在造成他人重伤、重度残疾、死亡的情况中,被害人谅解对基准刑的调整并不像未造成他人重伤、重度残疾、死亡的情况中那么大。

除被害人谅解以及犯罪结果之外,我们在 20 余个变量中再未找到能够独自显著地表现出刑罚轻重上的关联的变量了。所以,考虑到数字的明显差异,上述论证的误差至少是不影响最终结论的。

关于轻罪重罪的划分意义,有很多学者展开过论述。在思想观念上,“在刑事法律中建立法定的轻罪、重罪概念,有利于国人树立正确的犯罪观,了解并不是所有犯罪都是十恶不赦的,犯罪中有相当部分是属于主观恶性较小、罪行较轻的犯罪,从而改变传统的对所有犯罪不分轻重均深恶痛绝、不加宽宥的观念,进而为对轻罪实施较为轻缓的刑事处遇制度奠定良好的思想基础”<sup>①</sup>。在刑事政策上,“不仅可以为贯彻和正确实施宽严相济刑事政策提供前提和法律基础,同时也可以为中国现阶段尚存的严打设置一定的制度约束”<sup>②</sup>。关于轻罪重罪的界分方法,亦有多种观点,有的认为应从法定刑上区分,有的认为应从宣告刑上区分,还有的认为应从犯罪性质上区分。<sup>③</sup>然而拨开这些胶着于“标准”问题上的迷雾,从司法实践的经验上来看,实际上至少在被害人谅解这一情节上,故意伤害罪的轻与重是泾渭分明的。

① 郑丽萍:《轻罪重罪之法定界分》,载《中国法学》2013年第2期,第131页。

② 郑丽萍:《轻罪重罪之法定界分》,载《中国法学》2013年第2期,第131页。

③ 黄开诚:《我国刑法中轻罪与重罪若干问题研究》,载《现代法学》2006年第2期,第99页。

## 五、对交通肇事罪样本的多样本比较分析

在对交通肇事罪的分析中，我们除了就该样本进行分析外，还与盗窃罪以及故意伤害罪的样本中的相应情况进行了比较。

在对样本的初步分析中，首先引起我们注意的是交通肇事罪中对于缓刑的适用。在交通肇事罪的样本中，最终未适用缓刑的，仅有 45.4%，而这个比例在盗窃罪、故意伤害罪样本中，分别达到 92% 和 56.9%（见表 10）。

表 10

缓刑时长					
		频率	百分比	有效百分比	累积百分比
有效	0	49	45.4	45.4	45.4

缓刑时长					
		频率	百分比	有效百分比	累积百分比
有效	0	469	92.0	92.0	92.0

缓刑时长					
		频率	百分比	有效百分比	累积百分比
有效	0	182	56.9	56.9	56.9

对行为人是否适用缓刑的评价，往往在于对行为人主观恶性、人身危险性的实质判断，除个别情况以外，这与罪名以及罪的轻重无关。纵向比较上，我们考察了各个变量在取值不同时，缓刑适用的比例。比较显著的有被害人及其亲属谅解情形和判决书明确提及态度较好情形。有被害人及其亲属谅解情形与无被害人及其亲属谅解情形的交通肇事罪样本中未获缓刑的个案之比例，发现分别占 29% 与 67.4%，相差 2 倍有余。在判决书明确提到态度较好与未明确提到态度较好情形的比较中，未适用缓刑的比例分别占 25% 和 53.9%，亦达两倍。横向比较上，我们接着考察了各个变量在盗窃罪样本中缓刑上的表现。在有被害人谅解与无被害人谅解的个案中，未获得缓刑的分别占 80% 与 93.4%。在在判决书明确提到态度较好与未明确提到态度较好情形的比较中，未适用缓刑的比例分别占 73.7% 和 92.6%（见表 11）。

表 11

缓刑时长					
		频率	百分比	有效百分比	累积百分比
有效	0	18	29.0	29.0	29.0

缓刑时长					
		频率	百分比	有效百分比	累积百分比
有效	0	31	67.4	67.4	67.4

缓刑时长					
		频率	百分比	有效百分比	累积百分比
有效	0	8	25.0	25.0	25.0

缓刑时长					
		频率	百分比	有效百分比	累积百分比
有效	0	41	53.9	53.9	53.9

缓刑时长					
		频率	百分比	有效百分比	累积百分比
有效	0	44	80.0	80.0	80.0

缓刑时长					
		频率	百分比	有效百分比	累积百分比
有效	0	423	93.4	93.4	93.4

缓刑时长					
		频率	百分比	有效百分比	累积百分比
有效	0	14	73.7	73.7	73.7

缓刑时长					
		频率	百分比	有效百分比	累积百分比
有效	0	453	92.6	92.6	92.6

此外，我们也发现一些与我们的经验不符的现象，即一些本该使判罚更轻的情形，实际上反而更少地适用了缓刑，比如事故责任，对事故负全部责任的个案，反而未适用缓刑的比例低于占主要责任的个案（见表 12）。可见并非所有变量都必然因其对刑罚的减轻而增多缓刑的适用。

表 12

缓刑时长					
		频率	百分比	有效百分比	累积百分比
有效	0	28	41.2	41.2	41.2

缓刑时长					
		频率	百分比	有效百分比	累积百分比
有效	0	20	51.3	51.3	51.3

至此，我们可以得到的结论是，在盗窃罪这种较少适用缓刑的罪名中，适用缓刑与否，对作为自变量的量刑情形的变化并不敏感，而在交通肇事罪这种较多适用缓刑的罪名中，适用缓刑与否对某一些自变量的变化极其敏感，但并非对所有自变量都如此，其中的关系常常有悖于经验上关于自变量对刑罚轻重影响的判断。

具体而言，我们的数据中所显示的，即在交通肇事罪中，缓刑的适用与否对被害人及其家属谅解与判决书中明确提到态度较好这两个变量极其敏感，而对刑罚轻重而言更为重要的事故本身的责任划分，却几乎不影响缓刑的适用与否，甚至呈现了一定的负相关。

## 六、结论

恢复性司法理念近些年来被学界予以相当的重视，它既是一种刑事司法理念，也是一种具体的刑事政策。这一理念目前于我国在制度设计上很大程度仍停留在“理念”这一层次。但回顾我们前文的实证分析，可以清晰地看出，在无所指的理论争鸣之外，司法实践本身已通过自己的方式，在客观上默默地与恢复性司法理念达成了“共识”。

从本文对盗窃罪的样本分析中，显而易见的是，最高人民法院《关于常见犯罪的量刑指导意见》中被害人谅解这一情节对于基准刑的从宽幅度过于限制了。盗窃罪作为最典型的侵财犯罪，在样态上十分符合“个人对个人的侵害”这一直观印象。司法实践中的集体经验理性对于盗窃罪中的被害人谅

解情节予以了比“量刑指导意见”幅度更大的从宽处理。对于无暴力情节的侵财类案件，犯罪人与被害人之间的关系较为容易修复，且社会危害较小。司法实践在这类案件中对被害人谅解从宽的重视，应被视为对恢复性司法理念的认同。侵财类案件素来在刑事案件中占比极高，在一些社会危害性较小的个案中对被害人谅解予以更多的从宽对待，一方面能够大幅度节省司法资源，另一方面也能在犯罪防控的意义上弥合社会关系。

通过本文对故意伤害罪样本的分析，可以看出对于轻罪重罪，被害人谅解情节的处理方式展现出了明显的泾渭之分。归根结底，“犯罪是个人对社会的一种侵害，而刑罚是社会为防卫自身的生存条件而对犯罪人的一种制裁”。<sup>①</sup>只要社会有其存续的意义，犯罪就永远不能完全简化为个人与个人之间的争斗。当罪行较重时，犯罪人与被害人之间的关系相较于犯罪人与社会之间的关系，重要性明显降低。司法实践中实际上对较轻的故意伤害与较重的故意伤害，在被害人谅解所影响的量刑幅度上，予以了区别对待。对于暴力犯罪乃至其他社会危害较重的犯罪，一味地对被害人谅解情节予以大幅从宽或是一味地忽略被害人谅解情节，都是不合理的。被害人谅解从宽在社会危害较重的罪名中，依罪行轻重来区别对待，不仅有其恢复性司法理念上的意义，更是能通过司法活动起到规范确证的作用，改变民众对于所有犯罪不管轻重皆“深恶痛绝、不加宽宥”的观念，使民众乃至整个社会对于犯罪以及刑法有更立体、更深入的认识，从而让规范得以更好地显现。

在交通肇事罪中，缓刑的适用与否对被害人谅解这一情节的高度敏感性，让我们得以发现，在不同性质的犯罪中，被害人谅解亦起着程度不同的作用，而且这种作用不仅仅局限于有期徒刑或拘役的时间长短中。在这一类较多适用缓刑的罪名中，考虑到行为人的主观恶性，刑罚本身即是更贴近“保障理论”（Sicherungslehre）和“改良理论”（Besserungslehre）的。对有被害人谅解情节的个案更频繁地适用缓刑，也正是司法实践对于这种倾向的深化表达。对于一些人身危险性较低、主观恶性较低犯罪者，对其适用监禁刑实际上是不利于其社会化的。被害人谅解从宽在这种情况下提供了对其罪行予以止损的契机，也呼应了宽严相济的刑事政策。

综上所述，对于恢复性司法理念的践行，司法实践中“沉默的共识”比理论中“无所指的众声喧哗”更有其参考意义。对被害人谅解情节量刑问题上的规范分析陷入了“应然泥潭”中的叶公好龙与濠梁之辩。而由审判人员集体智慧所共同探索出的行之有效的规制方式，蕴含着司法实践背后的目的理

<sup>①</sup> 陈兴良：《刑法哲学（上）》，中国政法大学出版社2009年版，第3页。

性。结合理论与实践的现状，对被害人谅解这一问题，更应暂且抛下被论者们着墨过多的玄思，以司法实践为参考，从量刑规范化的视角上对一些行之有效的做法予以明确化。以本文涉及的三种罪名为例，应考虑在对“社会”危害较小的罪名中，拓宽被害人谅解情节影响量刑的幅度，给予个案以更大的具体裁量空间；对一些罪名中个案的轻重之分予以形式上的明确，进而在被害人谅解等问题上适用不同的标准；对行为人主观恶性通常较小的一类罪名，在所处之刑罚上更全面、深入地践行保障、改良的思路，从制度上促进社会关系的修复。

正如米开朗其罗所称，他只是把困在石头中的大卫释放出来，在被害人谅解的问题上，当下应做的是凿开附着在“大卫”上的碎石，认真审视司法实践早已埋在石中的作品。于犯罪防控而言，对被害人谅解的重视意味着对刑法秩序与恢复功能的重视，进而促进犯罪人与社会的内在融合，最终实现犯罪预防的功能。