

量刑情节的立法完善与技术完善

周健宇¹, 龚文君²

(1. 宜宾市翠屏区人民法院民二庭, 四川宜宾 644002; 2. 宜宾学院政治与公共管理系, 四川宜宾 644000)

摘要:该文客观分析了中国刑法典对量刑情节规定的主要瑕疵, 提出了对量刑情节的立法完善建议, 指出电脑量刑技术的弊端、提出改进方向, 并对颁布量刑指南的必要性和前提条件作了分析, 为中国刑法典的修订提供参考。

关键词: 量刑情节; 加重处罚; 自由裁量权; 电脑量刑; 量刑指南

中图分类号: D914 **文献标识码:** A **文章编号:** 1671-2404(2010)39-0053-05

1 中国现行量刑制度的主要缺陷

德国刑法学家耶林曾说过:“刑罚为双刃之剑, 用之不得当, 国家与个人皆受其害。”中国刑法典对量刑情节的规定, 由于立法背景、立法指导思想及立法技术等因素的相对局限性, 随着时代的发展和司法实践的变化, 已逐渐体现出其不足之处。笔者认为, 中国现行量刑情节制度的缺陷主要体现为以下五个方面:

1.1 量刑情节的立法方式不合理

从中国刑法总则对量刑情节规定的分布范围看, 第一、二、四章对量刑情节均有规定, 其不合理之处在于: 刑法总则第一章是规定刑法的指导思想、任务和适用范围, 第二章规定犯罪, 在这些章节中不宜出现刑罚具体运用的内容^[1]; 而且量刑的依据以及从轻、从重、减轻处罚的含义, 在第四章才作了规定, 在第四章之前出现处罚或量刑的具体规定明显不符合逻辑, 不利于对量刑情节作科学、量化分析的构架, 也不利于司法实践中对量刑情节的掌握适用。

1.2 刑法典未规定加重处罚情节

加重处罚情节, 是指在既定的法定刑上升一个量刑幅度处罚。中国仅在刑法典分则条文中以基本犯形态为基础, 规定了满足特定的严重结果、情节、数额而应适用的固定的量刑幅度, 仅是立法对特定严重犯罪的特定严重处罚, 既不能升格处罚, 也不能存在通用情节。而在中国 1997 年颁布的刑法典总

则中废止了含有加重处罚情节的人大单行刑法(决定), 只有从轻处罚情节、从重处罚情节、减轻处罚情节、免除处罚情节, 但未规定与减轻处罚对应的加重处罚情节, 不合逻辑, 也有悖于“罪刑相适应”的原则。但部分 1997 年之后的司法解释(如盗窃罪司法解释)却有加重处罚的情节, 虽然司法解释也是中国刑事法律体系中的组成部分, 但司法解释与刑法典相矛盾有悖于法学理论和立法惯例。

1.3 减轻处罚情节规定过于模糊

中国刑法典第 63 条第 1 款规定:“犯罪分子具有本法规定的减轻处罚情节的, 应当在法定刑以下判处刑罚”, 这一条款存在严重瑕疵并引发过极大的争议。经过多年的讨论, 目前法学界一般认为, 某一犯罪在同一条文里规定了数个量刑幅度的情况, 每个量刑幅度应具有独立的法定刑意义; 减轻处罚既包括刑种的减轻, 也包括刑期的减轻。

虽然取得了相对共识, 但关于减轻处罚情节的下列关键问题, 中国法律和司法解释都没有作出明确的解释: 究竟是只能减至下一量刑幅度还是可以无限制的减? 什么情节下只能减轻一个量刑幅度? 减轻数个量刑幅度有无下限? 上述问题的模糊不清, 导致在司法实践中, 对被告减轻处罚只要判处低于法定最低刑的刑罚就可以说是法律允许的范围。可能出现一个重案因考虑减轻处罚情节而被极轻判处刑罚的情况, 例如: 对一个适用“处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑”幅度的犯罪案件, 被告人罪行严重应判处死刑, 但因其有自首和重大立功情节需对其减轻处罚, 审判人员对该被告判处 8 年或 9 年有期徒刑甚至更轻的刑罚都是合法的, 但明显有违正义。刑法典修订时应当对上述问题予以明

收稿日期: 2010-04-19

作者简介: 周健宇, 审判员; 龚文君, 讲师, 主要从事社会保障学等方面的研究。E-mail: gongwenjun@gmail.com

确。

1.4 法定量刑情节只重视犯罪过程中的情节而忽视了犯罪前和犯罪后的表现

法定量刑情节,法学界通说指刑法(含单行刑法^[2])明文规定的,应当或可以从轻、减轻、免除刑罚的情节和从重、加重处罚的情节^[3]。

中国刑法规定的法定量刑情节绝大多数为犯罪过程中的情节,而犯罪前和犯罪后的表现只有极少数作为法定量刑情节在刑法中有所体现(如关于自首、立功的规定),其余犯罪前和犯罪后的表现如犯罪前的一贯表现、惯犯、再犯和犯罪后的坦白、抗拒、赔偿、为减少损失所作的努力等都只能作为法官自由裁量的酌定量刑情节。罪前量刑情节、罪后量刑情节主要体现被告的人身危险性,罪中量刑情节主要体现犯罪行为的社会危害性,过度偏重罪中情节既不符合国际立法惯例,也无法满足司法实践对特殊预防和一般预防的双重要求^[4]。

1.5 赋予审判人员过大的量刑自由裁量权,容易导致量刑失衡

在个案中,刑法分则中各种犯罪的法定刑不可能绝对客观地反映该个案犯罪的社会危害性和犯罪人的人身危险程度,法制史上曾经存在的绝对罪刑法定思想早已被实践证明是形而上学的。因此,赋予审判人员适当的自由裁量权,进行一定程度的酌定量刑,是必不可少的。

但是,中国刑法典对部分量刑情节的用语过于笼统,且多数酌定量刑情节没有条文化、具体化。即使不考虑中国人情社会、关系社会的大背景和偶发的司法腐败现象,审判人员因其年龄、素质、地区、社会经历的差异,对情节的认定、取舍和适用也具有很大的随意性,存在“相似犯罪情节量刑过于悬殊”的可能性:例如审判人员年龄、情绪与酌情从轻判刑的关系、审判人员性别与对性犯罪量刑从重、审判人员经济条件与对经济犯罪的酌情从轻等。

2 量刑情节的立法完善及其比较研究

2.1 完善量刑情节在刑法典总则中的构架

世界各国的现行刑法,对量刑情节的立法均采用总则结合分则的方式,中国仍应坚持这种方式。但针对刑法典总则而言,大多数国家和地区都采取在总则某一章集中规定量刑情节的方式,如美国、德国、意大利、奥地利、中国台湾地区等。仅日本等少

数国家的刑法典总则分章对量刑情节进行规定,但每章内容都属于量刑情节某一特定方面的内容,仍有相对集中的特点。

为了完善中国刑法典对量刑情节的构架,参照国外先进立法例,笔者认为,在修订刑法典时,应将量刑情节在刑法总则某一章中予以集中规定。鉴于总则第二章规定犯罪及其责任,第三章规定刑罚及其种类,量刑情节集中出现在第四章既可使刑法体系结构更符合逻辑,也不会给人降低量刑情节的地位的误解。

2.2 明确加重处罚情节是否进入刑法典

世界各国各地区各个历史时期的刑法,大多都规定了加重处罚情节。例如,美国伊利诺州法典第38篇第1005章第5节第3.2条“……(二)具有下列事由之一,法院得按第5节第8.2条判处加重的刑罚:1. 被告人此次犯罪被定为重罪,而在先前因被定过相同或更高等级的重罪并服刑期满后10年之内又犯此次罪行的;2. 被告人犯罪被定为重罪,而法院认定其犯罪手段特别残忍或行为特别野蛮的”^[5]。

加重处罚情节是否修订入刑法典,以及是否将单行刑法的加重处罚情节汇入刑法典,中国刑法典修订中是必须明确的。

加重处罚分为司法加重和立法加重:司法加重即立法机关授权司法机关予以加重,立法加重则是指立法机关通过立法程序对法定刑的直接修改。部分学者混淆了二者的区别,将数罪并罚、执行变更等视作量刑情节加重^[6]。中国1997年刑法典在立法上取消了加重处罚情节(废止了含有加重处罚情节的单行刑法),在司法解释中却增加了加重处罚情节,如犯盗窃罪,同时具有累犯、犯罪集团的首要分子或者共同犯罪中情节严重的主犯等情节的,可升格到上一个法定刑幅度内量刑。

加重处罚情节是否进入刑法典,取决于中国未来刑法典修订的利益机制,即如何协调打击犯罪与保障人权的矛盾,“宽严相济”的刑事政策到底是偏“宽”还是偏“严”。笔者认为,刑事诉讼法更注重程序的正当性和对人权的保障,而刑法典的主要任务是用刑罚同犯罪行为作斗争,鉴于上述区别,加重处罚情节应当列入刑法典,以最大程度保护国家、集体和公民的合法权益,并解决现行刑法典与司法解释存在的矛盾。

2.3 将部分酌定量刑情节法定化,转化部分罪前和罪后表现为法定量刑情节

法定量刑情节与酌定量刑情节是此消彼长的,法定情节的范围越大,酌定情节的范围就越小。法定量刑情节明确具体、便于适用,因此,部分酌定量刑情节向法定量刑情节逐渐转化,是大多数国家的必经之路。但并非所有酌定量刑情节都适宜法定化,应只将那些已经在司法实践中被广大审判人员、公众普遍接受的,符合立法精神和刑事政策的酌定量刑情节进行法定化。

笔者认为,选取部分酌定量刑情节法定化,可参考国外立法经验,并结合司法实践需求,将部分罪前和罪后酌定量刑情节转化为法定量刑情节。如罪前法定量刑情节的立法例有:巴西刑法第48条“不懂法或误解刑法导致情有可原的”^[7];西班牙刑法第19条“基于道德、利他主义或者深厚爱国心而从事的行为”^[8]等等。罪后法定量刑情节的立法例有“犯罪后自动有效地避免或缩小犯罪后果或者在审判前已弥补损失的”;“很久之前的犯罪行为,其后长久保持行善”^[9](奥地利刑法第34条)等等。

总结这些情节主要有:流窜犯、惯犯、再犯;犯罪的时间、地点;犯罪的目的;被告的一贯表现;犯罪的对象;犯罪后被告的态度;犯罪后被告的赔偿等等,立法机关可从中国司法实践出发,结合中国经济发展、文化渊源、民众接受度等考虑将其部分转化为法定量刑情节。对一些实践中争议较大的情节如激起民愤、治安政策、家庭背景、个体差异(酒后、文盲)等暂不宜转化为法定量刑情节,可由审判人员根据案情,酌情决定是否影响量刑。

3 量刑情节的技术完善

量刑过程不应当是一个自由心证“估堆”的黑匣子,应在刑事证据规则和刑法典的保证下,以经证实达到确信标准的证据为基础,根据刑法分则尽量详实的条文,正义、合理地适用量刑情节并进行判罚。这一过程不仅要使审判人员、法学专业人员确信,更重要的是要让当事人、社会公众信服。这就需要将专业领域生僻的量刑证据和量刑过程,通过一定的技术处理,使量刑的尺度真正变成客观的、具体的、明确的准绳,做到有章可循,有案可察,可对照,可比较,以判断量刑情节的运用是否正确适当。对此,法学理论界和司法实践中都有过各种各样的尝

试,最高人民法院在2004年就将量刑规范化作为司法改革的一项重要内容,纳入《人民法院第二个五年改革纲要》,并在实体和程序两方面明确了量刑改革的任务,即研究制定量刑指导意见,健全和完善相对独立的量刑程序^[10]。

3.1 “电脑量刑”的辩证思考与建模量刑的雏形建议

美国从上世纪80年代就开始将计算机用于司法裁判,但仅局限于信息格式化程度高、易被计算机作数字化处理的海关裁判等。2003年,山东省淄博市淄川区人民法院开发了一套规范量刑软件系统,只要把被告人的量刑情节输入计算机,计算机可进行自动量刑并直接得出被告人应判罚的刑期,该系统被称之为“电脑量刑”,2006年,山东省高院推广淄川经验、在全省各级法院普遍推广“电脑量刑”。支持者认为,“电脑量刑”既能提高审判效率,又能限制审判人员的自由裁量权,防止同案不同判,保证司法公正。甚至有部分激进者认为,“电脑量刑将取代刑事审判人员”、“电脑量刑了,要法官干嘛?”

从中国司法现实看,审判人员的自由裁量权往往超出了法律规定的幅度,确实容易造成“同案不同判”甚至枉法裁判的情况,在上述背景下,用电脑暂时代替人脑进行部分量刑工作便成了“不是办法的办法”。电脑量刑可以排除一部分人为影响,它的推广可以认为是限制审判人员自由裁量权的方式之一。

但是,笔者认为,目前流行的“电脑量刑”仅仅是建立在法律法规和简单逻辑思维基础上的一种计算机软件,存在着不可弥补的缺陷,“电脑量刑”只能在审判人员量刑时起到提高效率和辅助参考作用,但决不可替代自由心证。主要原因有:首先,从立法技术看,中国成文法历来都有“宜略不宜细”的风格,以用语最严谨的刑法典为例,相当大比例的条文中存在具有中国特色的“犯罪情节轻微”、“情节特别恶劣”、“明显超过必要限度”等抽象的语言,适用这些条文时,审判人员的主观思维发挥着重要的作用,遇到类似条文,计算机无法仅凭数学公式计算得出结论,难免出现较大偏差。其次,中国刑法典酌定量刑情节的“列举式”较少,很多酌定量刑情节要依靠审判人员的经验适用;在刑法典对酌定量刑情节进行列明、详述之前,计算机软件无法模拟酌定量刑情节,计算机仅对法定量刑情节“一刀切”或是简

单加权平均,显然是不合理的。最后,类似“电脑量刑”的软件,其核心是法律推理、预测模型,而关于法律推理的研究成果在中国还非常贫乏,作为预测判决结果的社会科学研究,也即构成信息和语言逻辑模型化的前提条件,在中国基本未见踪迹。即使是在计算机技术和逻辑学极其发达的美国,“电脑量刑”也不可能取代陪审团成为量刑的主导因素。

笔者拙见,电脑量刑如要更好地发展,绝不能仅依靠法条、计算机学和逻辑学,结合各学科的“比例化”或“概率化”量刑过程也许是其一个思路和方向。在完善中国刑法典的基础上,结合中国审判实践和各种证明量刑情节的证据的特性,运用计算机学、建模理论,辅以概率理论(如运用简单工具企图撬窃金库成功的几率)、数学(如当地人均可支配收入与盗窃数额的比照)、心理学(如犯罪嫌疑人何种心理状态下主动或被迫自首)、物理学(如伤口深度与主观恶性程度的对应关系)、刑事化学(如投毒化学品的毒性、药效、放射性是否足以危害他人),逐步试点建立健全一套半公式性、公众可理解、法官易掌握的刑事量刑制度,以减少当事人合理怀疑、息诉服判,减少裁判不公、错误心证。特别在现行制度下,部分案件需要以鉴定机构、部门的专业鉴定结论为量刑情节的适用依据,容易产生鉴定机构、部门寻租与鉴定不公,上述思路就更显重要。

3.2 建立中国的量刑指南制度

量刑指南是指导法官适用量刑情节裁量刑罚的统一的法条性准则。为了防止量刑偏差和量刑失衡、限制法官的自由裁量权,英美法系国家普遍制定了具体、明确、量化的量刑指南。其中,美国量刑指南制度(1987年11月1日)是中国法学界研究较多的制度。中国是否也应当建立类似量刑指南的制度?以何种模式构建?这些问题,日渐为法学界所关注。

在中国刑法典分则353个条文的415个罪名中,有145种罪不仅要符合条文中的行为特征,还要根据情节轻重来判定是否构成犯罪;有322种罪要根据犯罪情节来决定适用重刑还是适用轻刑。但量刑情节中的笼统用语又非常之多,仅直接表示社会危害性的笼统用语(如情节严重、数量较大)就多达31种。显见,借鉴美国量刑指南等立法例,结合中

国司法技术的现实基础,以立法的方式制定中国的量刑指南制度(或称一罪一规定制度)是必要的。量刑指南制度既可以既规范量刑情节的适用,又针对每个罪名的实际情况与个别性逐一进行规定,促进了刑罚权的优化配置,使量刑的一般性与特殊性获得统一。从立法体例来看,量刑指南制度与中国现行的立法、司法制度并不矛盾。事实上,中国司法机关近年来陆续颁布了针对多发性、严重性犯罪的量刑司法解释,可视作建立量刑指南制度的雏形和基础,但仅仅涉及中国刑法中的一小部分刑种,且法律位阶较低。

此外,笔者认为,虽然中国不是判例法国家,但无论构建何种科学的量刑模式,都需要大量详实、典型、分门别类的案例材料作为基础。考虑到中国庞大的刑事案件基数和各地经济发展、社会治安、风俗习惯、公民素质的差异,建议以各高院为单位建立案例库。在建立案例库的过程中各高院将收集起来的比较全面典型的个案作出系统的分析之后得出相对客观的结论,提供最高人民法院进行下一步遴选,再交由立法机关反思和审视。

参考文献

- [1] 喻伟主编. 刑法学专题研究[M]. 武汉大学出版社, 1992. 313.
- [2] 周振振著. 刑罚适用论[M]. 法律出版社, 1990. 265.
- [3] 陈兴良主编. 刑事司法研究——情节·判例·解释·裁量[M]. 中国方正出版社, 2001. 133-134.
- [4] 谢望原著. 刑罚价值论[M]. 中国检察出版社, 1999. 121.
- [5] 张栋著. 美国死刑程序研究[D]. 中国政法大学博士学位论文, 2006.
- [6] 胡相著. 量刑的基本理论研究[M]. 武汉大学出版社, 1999. 230-231.
- [7] 白建军著. 坚硬的理论, 弹性的规则——罪刑法定研究[J]. 北京大学学报(哲学社会科学版), 2008, (6): 30.
- [8] 张勇, 刘远山著. 基于宽严相济刑事政策理念的经济犯罪定量调控[J]. 法治论坛, 2008, (3): 163.
- [9] 卢勤忠著. 论酌定减轻处罚情节的法定化[J]. 法律科学-西北政法学院学报, 1996, (4): 86.
- [10] 最高人民法院. 人民法院第二个五年改革纲要(2004-2008). 最高人民法院公报, 2005, (12).

On Legislative and Technical Improvement of Plot of Penalty Measurement

Zhou Jianyu, Gong Wenjun

(*People's Court of Cuiping District, Yibin, Sichuan Province 644000, China*)

Abstract: Plot of penalty measurement is an important constituent part of criminal law of China and also a thorny issue in terms of criminal theoretical research and judiciary practice. This paper has analyzed the main flaw in the code of criminal law of China concerning the plot of penalty measurement and put forward suggestions on legislative improvement. Combining the judicial requirements and current technical reality, this paper points out the malpractice of computerized penalty measurement and analyzes the necessity and precondition to issue the Guidance of Penalty Measurement.

Key words: plot of penalty measurement; accumulative penalty; discretionary power; computerized penalty measurement; Guidance of Penalty Measurement