



量刑监督视域下量刑实体规则构建研究

娄永涛^{1,2},姚 娇²

(1. 西南政法大学 法学院 重庆 401120; 2. 重庆市九龙坡区人民检察院, 重庆 400039)

摘要:量刑实体规则是衡量量刑是否公正的一把标尺。法检协力总结量刑经验、细化量刑思维步骤从而定型量刑实体规则,是确保量刑公正和强化监督的关键所在。作为对应某一罪名常见形态的量刑参数的量刑基准被称为标尺的刻度,在量刑实体规则中居于基础地位;在众多事实中分类择取和评定量刑情节,进而调整刑罚幅度是量刑实体规则的核心内容;运用数据统计的方式类型化归纳个案的量刑经验,是定型量刑实体规则的发展趋势,借助于指导性案例的采集渠道无疑具有较大的可行性。

关键词:量刑监督;量刑实体规则;量刑情节;个案统计

中图分类号:DF613

文献标志码:A

文章编号:1008-5831(2013)06-0120-05

权力天生的排他性,让法院在其自由裁量权的领域空间拟定量刑规则,无异于让其自缚手足难为进行。在中国量刑缺乏说理和监督不力的现象普遍存在,其中的一个主要原因是缺乏一套据以评判和监督量刑活动的实体规则。只有约定基本的量刑规则,置裁判者与参与者的行为,量刑监督者与被监督者的行为于同一套话语体系内,才可能真正为法律人量刑搭建一个对话的平台。量刑实体规则应以责任主义为根基,在诠释具体法规范和总结量刑经验基础上,形成为公众理解和接受的评价犯罪行为法律后果的实体规则。这套实体规则,要经得起教义学理论的考问,其结论及论据又要为法规范涵摄,据以得出的量刑结论要经得起历史的检验。

一、量刑责任主义:量刑实体规则之理论根基

刑罚裁量与行为人的的人身自由、财产权益息息相关,国家将决定处罚的重大权力委于法官并非任其恣意裁断。法官必须尊奉这样的信条:“能够根据目的、价值控制因果法则的人,按照自己的自由意志而实施了犯罪行为,是对其施加道义谴责的根据。”^[1]进而也是法律谴责的根据。简言之,犯罪行为是发动刑罚的唯一理由。但实施了对法益的加害行为,引起了法益侵害结果或危险并不必然肯定犯罪的成立。责任主义认为,要想肯定犯罪成立进而科处刑罚是正当的,就必须能够认定行为人在实施加害行为时是有责任的^[2]。当然,这里的责任是指归责的责任主义,它是就行为人实施加害行为时主观上有责任,可以对其个人进行责任非难为内容。

量刑实体规则的理论根基是责任,法官依据客观事实在法定刑范围量定

收稿日期:2013-05-07

作者简介:娄永涛(1986-),男,河南开封人,重庆市九龙坡区人民检察院助理检察员,西南政法大学博士研究生,主要从事刑法学研究。

刑罚,理当将行为人责任作为量刑的依据。这里的责任是指量刑的责任主义,即量刑应按照责任的比重,这与中国刑法意义上的责任涵义一致。“从根本上来讲量刑的重要基准就是责任的程度。在刑罚必须与责任相适应的意义上,责任也具有规定科刑的程度及分量的功能”^{[3]146}。当代法治国家普遍把行为人责任规定为量刑的基础。德国刑法第46条规定:“行为人的责任是量刑的基础,此外量刑时还应考虑期待量刑结果对行为人将来社会生活的效果。”^{[4]17}日本改正刑法草案第48条也强调:“刑罚必须依照犯人之责任加以量定。”^{[5]125}中国刑法第5条也规定刑罚应当与犯罪行为 and 承担的刑事责任相适应。量刑的责任主义为法官科处刑罚划定了一个上限,对行为人科处刑罚须以存在责任为根据,并且能够科处刑罚的量之上限不得超越该人应受法律非难的行为所产生的后果,即刑罚不得超出责任限度^{[6]578}。严格限制单纯以行为人具有人身危险性为由加重处罚的过度预防,量刑责任主义在这一层面发挥了决定刑罚有无和限定刑罚量的双向机能。

量刑责任主义强调对行为人罪后表现的宽恕和考量,不能一味考虑行为人的个人情况和有利于其再社会化的因素,必须以其罪后表现能够降低行为危害程度为条件,或犯罪行为本身社会危害性较轻为前提。在此意义上,量刑责任主义实现了报应与预防的统一。近年来,犯罪学的重大贡献是犯罪控制取决于“自我控制”,因而适用刑罚时还须考虑引导行为人与社会合作的需要,加上责任评价重合于一般预防及部分个别预防的效能,量刑责任主义通过限制处罚力度,起到了促使社会走出重罚的历史阴影之客观效果。由此可见,责任的基础地位决定了对预防的双向限制,既能矫正重刑主义风气又能防止刑罚虚无主义的倾向。

二、量刑基准:量刑实体规则之标尺刻度

如果说量刑实体规则是衡量刑罚裁量是否公正的一把标尺,那么,量刑基准就是这把标尺的刻度。确立抽象个罪在大多数情形下应适用的刑种和刑度(基准刑),既是在为宣告具体犯罪的刑罚量作铺垫,又是在为法官运用法定刑设置一道起码的栅栏来引导法官的量刑行为,尽可能地防止量刑畸轻畸重现象^[7]。量刑基准存在两层含义:第一层含义,是指法官从法定刑引出处断刑的刑罚量定时所遵循的一般规则。例如日本学者大谷实认为:“法院在刑种的选择、法律上的任意减轻、酌量减轻、宣告刑的决定、缓期执行的可否、保护观察的要否、附随处分要否及其程度方面,都得亲自裁量,作出决定。这被称为广

义上的量刑,这时的裁量基准被称为刑的量定基准——量刑基准。”^[8]第二层含义是指,法律人据以预测同类案件量刑结果的“量刑的幅度变化值”,它是在长期的审判实践中经验蓄积逐渐形成的量刑基准(又称基准刑)^{[3]150-151}。本文中的量刑基准,是指第二层含义,即法官根据自己对法律的理解和案件事实的把握,经验地形成的对应某一具体罪名常见形态的刑量参数,它可以是一个点也可能是一个幅度。量刑基准是存在于司法思维中的参数,这是它很难进入规范刑法学构建概念体系的原因。事实上,只要深入量刑领域,人们很快就会发现罪刑的抽象对应关系不能在法定刑框架下靠概念推论予以具体实现,只能在经验实践中另寻途径。如德国学者耶赛克认为:“法定的刑罚幅度具有一个严重程度阶梯,大多数案件介于情节特别严重(适用法定最高刑)和情节最轻(适用法定最低刑)这两个极端之间。因此,在适用量刑情节前应先向刑罚幅度确立一个切入点,这个切入点是对应同类犯罪常见危害程度的刑量参数,是假定的经验的平均情况。”^{[9]1044-1045}就一般犯罪而言,这个参数直接指导法官宣告刑罚,就特殊案件而言,这个参数成为情节调整刑罚的基点。

基准刑是运用量刑情节调整刑罚幅度的基础,它是在对某一案件量刑之前就已存在的经验数据。这意味着对应刑罚常量的事实是依据规范和经验确定的,刑量本身同样如此。在对具体案件进行判断时,首先借助于容易认定的不法特征(行为性质、方式、行为后果)作出大致的评价,是适用基本的法定刑幅度,还是适用加重或者减轻处罚的法定刑幅度。这是在依照刑法条文框定的对应基准事实基础上,根据当地的司法实践和经验来具体择定具体案件中的基准事实及刑量。具体地说,首先,在完成有罪认定后,法官一般应当根据具体条文的罪状规定,在基本法定刑幅度内,将犯罪既遂状态下反映具体犯罪危害程度的行为手段、行为后果作为基准事实;其次,在加重或减轻处罚的法定刑幅度内,将既遂状态下的手段、对象、结果等作为基准事实;再次,对于符合基本构成的犯罪,依照具体条文的罪状规定,根据处罚此类犯罪的平均经验刑量预定基准刑量;最后,如果存在减免情节,以上常规思维即被省略。本文这一理论观点源于对众多司法解释和量刑意见的系统解读,在交通肇事、故意伤害、盗窃等常见犯罪中,数额、结果程度通常被用于初步判断基准刑。这种侧重于客观危害程度的判断一般有助于确定法定刑的上限,或者为反映罪过的情节的适用奠定基点,而

且这样做有助于完整展开从一般到特殊,从行为到罪过的事实评价。

由于基准刑的确定因具体犯罪类型而有所不同,在法定刑幅度内,确定基准刑的做法不一,它可以是一个点也可以是一个刑罚域。对于轻罪且其法定刑单一手段较为简单的犯罪,基本法定刑幅度中以一个值域为基准即为司法实践普遍接受;至于数额或过失犯,对应结果程度形成线性或等级量刑,是最常见的确定量刑基准的做法。同样,检察机关在提出量刑建议时,也不能不考虑具体犯罪的常见刑量(基准刑)问题,无论他们是在量刑建议中提及,还是在法庭辩论的量刑辩论期间,公诉人借此展开说服辩方和法官的量刑辩论活动,也必然要遵循为辩方和法官所能理解量刑思维进路,使用大家都接受的量刑话语体系。因此,在确定某一犯罪的基准刑时,需要法、检协力,对地方案件展开类型化分析,共同总结个案量刑经验基础上经验的预定。

三、量刑情节:微调刑罚幅度的平衡器

(一)量刑情节的分类择取与分层评价

有学者认为,“量刑情节是指定罪事实以外的,与犯罪人或侵害行为密切相关,表明行为危害社会程度和人身危险程度,决定刑罚适用的宽严或者免除的各种事实情况”^{[10]326}。这种观点认为定罪事实不能用于量刑。笔者认为,量刑是对这个行为法律后果的判断,脱离了行为裁量对象就不存在。因此,所有符合犯罪构成要件的事实即以定罪来量刑,而且贯通定罪量刑过程不难发现,法官通过反映能力、犯罪形态的情节,甚至是行为人主动恢复原状的罪后情节,权衡行为社会危害性程度,认定行为性质,说明所谓只能影响量刑的情节,实际也有定性作用。据此,笔者认为量刑情节,应该是指所有的反映犯罪行为的社会危害性和行为人的身危险性,影响行为人责任承担形式的事实。有学者提出量刑情节的分层理念,将量刑情节大致分成五个层次:符合犯罪构成的对应一般刑量的经验事实;刑法未规定的反映行为危害或罪过程度的情节;刑法规定的反映犯罪形态和行为人责任能力的情节;存在于行为前后的反映行为人主观状态的因素;其他影响刑罚轻重的事由^{[11]97-103}。这样的分类确实能清晰司法者的量刑思维步骤,在某种程度上也得到了司法的认同^①。

目前中国刑事判决中,应否提取以及如何使用

第二层次的动机、手段、对象、结果、犯罪后态度等七大类酌定情节学界尚无深入研究。受法定情节优于酌定情节的思维惯式影响,行为人自首、立功等法定情节的适用率普遍高于罪后恢复原状和积极赔偿等酌定情节的适用。但是,要想准确评价行为危害程度、罪过程度和确定行为人责任,就必须先于行为人因素慎重考虑和评价这些情节是否异乎寻常。因为这些情节直接反映行为危害程度或罪过程度,它们甚至能决定某些反映行为人责任程度的法定情节应否和如何影响量刑。例如,自首、立功能否降低刑罚,一定程度上取决于行为对社会的危害程度。并且,运用犯罪后情节更是在引导行为人改变其反社会的态度。分层逐级运用表征行为及附着行为的情节,不仅摒弃了法定情节优于酌定情节的思维定势,排除了不在同一层次情节之间的冲突或竞合问题,还避免了因不当分类和适用情节导致的重复评价。比如,被害人过错和激情犯罪相对不同个体而言,赔偿与被害人谅解分指方式和结果,个案中它们可能指的是同一情节。

(二)探索运用情节调整刑罚的规律

综合运用情节调整刑罚是法院量刑判罚说理的难点。从司法实践看,量刑更多的是法官对刑罚一种经验的量度。无论法官以何种名义从宽处罚,刑罚的量定都是综合考量的结果,减轻处罚与免于处罚之间也没有必然的界限,而法律规定也难以达到力图追求的法律效果。例如,在法定刑框架下,如何确定减轻处罚跨度问题,《修正案(八)》进行了修改,“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;本法规定有数个量刑幅度的,应当在法定量刑幅度的下一个量刑幅度内判处刑罚”。修法的目的是限定减轻情节的作用,防止重罪轻罚。但如此修法却带来以下问题:第一,现行刑法规定的从宽情节多半有两个及以上的从宽类型,其中从犯、防卫避险过当等情节的从宽性质中,减轻、免于处罚都是选项,既然允许免于处罚,在法定刑以下减轻处罚反受限制,似有悖论。第二,如果刑罚配置不当,减轻处罚又受限制,必然导致轻罪重罚。现行刑法的罚量层层增高且互不包涵的法定刑等级已暴露弊端,危害差距明显的八个抢劫情节对应同一法定刑幅度导致刑罚过剩,就是例证。第三,有多少个案就有多少情节,限定因行为人态度而宽

^①例如《量刑指导意见》对量刑步骤的要求:第一,根据基本犯罪构成事实在相应的法定刑幅度内确定量刑起点。在量刑意义上看,基本构成事实就是决定基准刑量的情节体系;第二,根据影响犯罪构成的犯罪的数额、次数、后果等情节事实,在量刑起点的基础上调整刑罚量,确定基准刑,这也与本文观点形成互证;第三,根据量刑情节调节基准刑,在综合考虑全案情况下依法确定宣告刑。

怨的力度尚有道理,手段、结果、对象、目的、动机等情节作用都须放在个案中具体判断,因而刚性限制情节作用似乎根据不足。刑法第13条但书允许检察官以情节轻微为由微罪不诉,允许法官以此为由出罪,连贯的法意应是允许法院根据情节在法定刑以下降等处罚。例如,对于未成年人采取轻微暴力抢劫同学少量钱物的,司法实践中通常将多次抢劫视为多次“强拿硬要”财物,以寻衅滋事罪而非抢劫罪处罚,已成司法惯例。只是,变通缺乏必要条件时,那些重罪类型中情节轻微的案件如何合理判罚,仍成问题。刑法的修改已成事实,均衡罪刑之间的关系必须另外找寻司法途径。如果按照一般的量刑步骤适用犯罪后情节进行降一格处罚,对案件适用这样的刑罚仍然过重时,可以考虑将那些反映犯罪主客观危害的“酌定”事实对应基准刑,以此调低法定刑,在此基础上降格处罚。例如,最高院的司法解释,盗窃财物达到数额较大起点,情节轻微且全部退赃、退赔的,可不作为犯罪处理。最高院将退赃、退赔等酌定事实情节作为出罪理由,虽然适用的案件限于边缘案件。但司法实践中,由赔偿修正后的数额来定性进而出罪的范围已不限于边缘案件,只要理由充分,它实际辐射到对应三年以下法定刑幅度的案件是具有正当性的^[12];当然,也可以考虑直接提取这类情节,形成两个及以上的减轻情节,经过多次调整将宣告刑拉回合理的值度。

四、个案统计:量刑实体规则之生成路径

具体的个案是司法活动的最小细胞,量刑实体规则是链接细胞单元的神经中枢。只有通过观察分析个案裁量过程及结论,真正称得上经验的东西——量刑实体规则才会浮现。记载量刑经验与记载案件事实不同,单靠观察描述案件事实揭示不了量刑规律。只有基于正确的价值取向和理性分析对个案统计整理,才能系统梳理法律人的认知脉络、提取量刑经验和发现实践中法律人的量刑智慧。从可操作性上说,通过践行法律文本的个案来定型量刑经验,将这些承载经验的个案生成案例数据库,应对类似的案件,在此基础上形成系统的量刑数据,通过定期公布数据应对普通犯罪的量刑需要,是确立量刑实体规则的大方向,也是中国案例指导制度的应有价值所在。

司法是法官将抽象的法律规范解释转换为适合于个案的具体的裁判规则,是一个由“抽象到具体”

创造性演绎推理过程。这一推理以法律规范为逻辑起点,因而推导出来的裁判规则也是在法律规范体系之内的。正如日本学者木村龟二指出:“无论法律采用多么精密的表达记述犯罪的成立条件,犯罪的定型化也只能抽象地规定。只是因由经办具体案件的法院裁判经验的积累,犯罪定型的具体内容始形成起来,承认判例的形成机能实际是罪刑法定原则的要求。”^[13]^[21]对此,陈兴良教授认为,创制规则以弥补立法与司法解释的不足是案例指导制度的根本职责,没有对司法活动指导作用的规则之创制,指导性案例也就没有存在的必要性^[14]。例如在德国,一些典型的判例,尤其是联邦法院的重要判例,在司法实践中具有填补德国法律暴露出来的“死角”和“空白”的指导作用^[15]^[53]。但是,中国案例指导制度并未实行自然生成的规则形成机制,而是采用了类似于立法程序的指导性案例的创制制度。在这种情况下,指导案例既非判例又非成文法,而是介乎两者之间的一种“法律的胚胎”,或者说是规则的辅助性提供者而非创制者^②。这一对案例指导制度的不当价值定位,严重削弱了指导案例生成裁判规则的作用。

相对于设计生成规则的立法来说,经由个案经验累积产生的裁判规则更接近于自然生成,对于个案纠纷的解释更具有直接的、实际的效力,也是判决的直接根据。同时,这种裁判规则依附于个案而存在,是在整个法秩序内依照法律的原则、理念进行体系化的思考,是成文法的细则化,并具有弥补成文法缺陷的独立存在价值。司法活动在消费规则的同时又生产规则,从而极大地改变了司法的性质。各层级法院作出生效判决的案例无不凝结了承办法官和诉讼参与人的集体智慧,是重要的司法资源,在个案经验基础上生成的裁判规则是司法裁量的必然结果。如果想使指导性案例发挥自然生成裁判规则的机制,既要拓展指导案例的来源渠道,又要有专门的机构部门遴选案例,并定期分类整理并进行量刑数据统计。只有这样,才能使各级司法机关裁判决策的普遍性与具体性均得到关照。

五、结语

只有将监督者与被监督者的行为置于同一法律框架下,适用统一的量刑指导标准,才能实现对司法活动的有效监督。法官判罚说理层面不应忽略的规则,也应是公诉人提出建议,参与法庭辩论和调整建

^②有学者认为,指导性案例重点不是创制裁判规则,以弥补法律空白,而是对法律条文中用语歧义模糊、笼统等情况做出具体解释,并且该解释还要受到诸如禁止类推和重复评价、严格解释、目的性限缩、不能颠倒或转移证明责任、不得影响法律的安定性等法律原则或规则的限制。参见胡云腾、于同志:《案例指导制度若干重大疑难争议问题研究》,《法学研究》,2008年第6期。

历时,应当遵循的规则。为了化解量刑信度的空前危机,法检有责任一道总结量刑规律,打造一套具有符合认识规律的、经得起理论质证的量刑规则体系。通过运行、改进量刑程序,对个案进行统计整理并逐步形成量刑的系统数据,总结案件事实与法律规范之间的往返规律,清晰量刑思维步骤,经由案例指导制度来提炼和生成裁判规则,并在司法实践中不断地反复检验和调整完善量刑实体规则,是摆在法律人面前的重要任务。当然,案例指导制度在中国还是新生事物,我们期待着对它进行正确的价值定位、完善相关的案例遴选和统计整理制度,从而使案例指导制度成为中国除法律、司法解释以外的一种规则形成机制。

参考文献:

- [1] 维克托·塔德洛斯. 刑事责任论[M]. 谭淦,译. 北京:中国人民大学出版社,2009.
- [2] 山口厚. 刑法总论[M]. 第2版. 付立庆,译. 北京:中国人民大学出版社,2011.
- [3] 曾根威彦. 量刑基准[M]//西原春夫. 日本刑事法的形成与特色. 李海东,译. 北京:法律出版社,1997.
- [4] 德国刑法典[M]. 徐久生,庄敬华,译. 北京:中国方正出版社,2004.
- [5] 日本刑法典[M]. 第2版. 张明楷,译. 北京:法律出版社,2006.
- [6] 山中敬一. 刑法总论[M]. 东京:成文堂,2008.
- [7] 周光权. 量刑基准研究[J]. 中国法学,1999(5):127-138.
- [8] 大谷实. 刑事政策学[M]. 黎宏,译. 北京:法律出版社,2000:177.
- [9] 汉斯·海因里希·耶赛克,托马斯·魏根特. 德国刑法教科书[M]. 徐久生,译. 北京:中国法制出版社,2001:1044-1045.
- [10] 马克昌. 刑罚通论[M]. 武汉:武汉大学出版社,2006:326.
- [11] 王利荣. 量刑说理机制[M]. 北京:中国人民公安大学出版社,2012:97.
- [12] 王利荣. 划分盗窃犯罪圈的基本规律[J]. 现代法学,2011(4):97-105.
- [13] 木村龟二. 刑法总论[M]. 东京:有斐阁,1984:21.
- [14] 陈兴良. 案例指导制度的规范考察[J]. 法学评论,2012(3):117-127.
- [15] 何勤华. 德国法律发达史[M]. 北京:法律出版社,2000.
- [16] 胡云腾,于同志. 案例指导制度若干重大疑难争议问题研究[J]. 法学研究,2008(6):3-25.

Thinking of Constructing Centencing Substantive Rules under the Sentencing Supervision Perspective

LOU Yongtao^{1,2}, YAO Jiao²

(1. School of Law, Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120, P. R. China;

2. The People's Procuratorate of Jiulongpo District, Chongqing 400039, P. R. China)

Abstract: The sentencing substantive rule is a ruler to measure whether the sentencing is justice. It is the key to ensure sentencing justice and strengthen supervision that the judge and attorney sum up the experiences of sentencing, refine the sentencing thinking steps to construct the sentencing substantive rule. The sentencing basis is called 'the scale of the ruler', which is the sentencing parameter corresponding to a common shape of the count, resides in the foundation status in the discretion of sentencing substantive rule. Choosing the sentencing circumstances from the whole crime fact, classifying and determining the sentencing circumstances efforts, then adjusting the penalty are the core content of the sentencing substantive rules. The trend of constructing sentencing substantive rules is summing up the case sentencing experience with the method of statistics to collect typed inductive data, which has great feasibility undoubtedly by means of collecting guidance cases channels.

Key words: sentencing supervision; sentencing substantive rules; sentencing circumstances; case statistics

(责任编辑 胡志平)