

刘宪权 ©主编

刑法学研究

Research on Criminal Jurisprudence

第2卷



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D914.04

18

:2

2006

刑法学研究

Research on Criminal Jurisprudence

主 编 刘宪权

副主编 杨兴培



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑法学研究. 第2卷/刘宪权主编. —北京:北京大学出版社, 2006. 4
ISBN 7-301-10668-8

I. 刑… II. 刘… III. 刑法-研究-丛刊 IV. D914.04-55

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第039532号

书 名: 刑法学研究(第2卷)

著作责任者: 刘宪权 主编

责任编辑: 张 晗 徐 佳 王业龙

标准书号: ISBN 7-301-10668-8/D·1489

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

电子信箱: law@pup.pku.edu.cn

排 版 者: 北京高新特打字服务社 82350640

印 刷 者: 世界知识印刷厂

经 销 者: 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 15.75印张 302千字

2006年4月第1版 2006年4月第1次印刷

定 价: 24.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024; 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

责任编辑：张 晗 徐 佳 王业龙

封面设计： 春天·书装工作室
tel:13051363823

前 言

刚过丙戌年新春,《刑法学研究》(第2卷)又与学界同仁和广大读者见面了,今年是贯彻落实“十一五”规划的第一年,也是建设社会主义和谐社会的关键一年。我们衷心希望广大刑法学者能在这特殊的岁月里拿出更多的优秀作品支持我们的《刑法学研究》,并为我国的刑事法治发展作出特殊的贡献。

本卷《刑法学研究》我们特组织华东政法学院刑法学专业在读博士生就量刑问题开展一组专题笔谈,以期能就这一理论和实践中的热点问题开展一些讨论。众所周知,在制刑、量刑和行刑这三个运用国家刑罚权的环节中,量刑居于核心地位。量刑均衡和定罪准确对于罪刑法定的实现有着同样重要的意义。长期以来,量刑都是刑法理论界和司法实务部门十分关注的问题。量刑是否科学正确,是刑事司法公正的核心,也是需要刑法理论界和司法实务部门共同努力研究解决的重点课题。该组笔谈由八篇文章构成,涵盖了量刑问题的宏观和微观层面。其中,《自由裁量权、量刑均衡与量刑公正》一文着重阐述了法官自由裁量权与量刑均衡、量刑公正的关系;《中德量刑原则比较研究》一文论及中德两国量刑原则的区别,并分析了我国量刑制度可否借鉴德国量刑制度的问题;《对未成年人犯罪量刑问题的再认识》一文以未成年人犯罪为视角,论述了针对未成年人这一特殊的犯罪主体,如何科学、准确量刑的问题;《论从重、从轻处罚》和《减轻和免除处罚的理解与适用》两篇论文主要是对如何正确理解和适用量刑中的从重、从轻、减轻、免除处罚展开论述;而《多种量刑情节竞合与冲突研究》一文则针对存在多种量刑情节竞合的情况,提出了解决量刑情节竞合的原则;《论罚金刑的司法适用》和《关于死刑适用的若干问题研究》两篇论文虽然不属纯粹的量刑内容,但作者将刑罚种类与量刑要求结合起来进行探讨,并分别就罚金刑的正确裁量、死刑的正确裁量这两个问题提出了自己的见解。

本卷的学者专稿一栏刊登的是清华大学著名刑法学家张明楷教授的文章《机器不能成为诈骗罪的受骗者》。该文认为,如果认为计算机等机器也可能成为受骗人,将导致诈骗罪丧失其定型性,从而使诈骗罪的构成要件丧失罪刑法定主义机能;如果认为计算机等机器也可以成为欺骗行为的受骗者,那么,就几乎不可能区

分诈骗罪与盗窃罪。从“诈骗”一词的基本含义来看,受骗者只能是自然人。该文主张将他人的信用卡插入自动取款机中提取现金的,只成立盗窃罪。张教授的这一观点显然与刑法相关规定不完全一致,作为一家之言,应该可以引起学界的进一步讨论。

刊载在本卷的理论前沿一栏中有两篇文章:《两难中的谨慎抉择:“被允许的危险”理论的退却及出路》和《再论刑法的公众认同》。前一篇文章认为,“被允许的危险理论”是过于倾斜于行为人自由而牺牲社会安全的个人主义思维,也是牺牲受害人利益以谋求社会发展的经济功利性观念,这一理论在中国现阶段应缓行。采用罪过理论显示了刑法尽最大努力控制危险的姿态,使工业发展对人损害的负面效果降至最低。后一篇文章认为,由于刑法理论及司法实践的原因,刑法以及刑法研究(包括专家论述的用语)日益脱离公众的认同。该文阐明了刑法公众认同的理论根据和现实社会基础,并从刑法切合道德及公众生活经验的角度,初步探讨了刑法公众认同的理论构建。两篇文章角度不同,但均有一定的新意,值得一读。

《被害人过错行为的刑法意义研究》、《刑法中生命权承诺问题研究》、《不作为的行为性初探——以权利义务为基础的分析》都是对刑法中有一定理论深度和争议度的问题进行探析的文章,我们将这三篇文章收录在学术争鸣一栏。其中,《被害人过错行为的刑法意义研究》一文认为,在西方被害人过错已经是减轻行为人刑事责任的法定事由之一。反观中国刑法,这一问题在司法上仅仅将其置于量刑上的酌定情节来对待。该文阐述了在刑法中将被害人过错行为作为降低其刑事责任之法定事由的合理性,最后分析了我国设立该理论之模式及其在司法中的具体操作。《不作为的行为性初探——以权利义务为基础的分析》提出,作为与不作为的判断只有在构成要件符合性判断之后才能进行,与身体动静内容并无必然联系。不作为的行为性是指构成不作为的具体行为的行为性,但有的不作为没有具体行为。《刑法中生命权承诺问题研究》一文认为,刑法中“生命权不可承诺”的传统观点与目前现实中出现的越来越复杂的生命权承诺现象之间形成了立法与现实的冲突。该文借鉴西方的被害人承诺行为理论,通过法理剖析、立法考察得出应当建立生命权承诺的立法反应机制的结论,并认为特殊的生命权承诺在符合限制条件时可以成为正当行为。

博士论坛一栏中选录了华东政法学院刑法学博士阮传胜的学位论文中的一节内容——题为《恐怖主义犯罪的主体要件研究——以国际刑法、国内刑法为视角》的文章,该文主要从国际刑法、国内刑法两个角度研究恐怖主义犯罪的主体要件,并对恐怖主义组织加以界定。文章认为,在国际刑法的范畴内,恐怖主义犯罪的主体是自然人,包括由自然人组成的恐怖主义组织,国家不是恐怖主义犯罪的主体。

在国内刑法范畴内,恐怖主义犯罪的主体为自然人或单位。恐怖主义组织是由较多或众多的成员组成,以实施恐怖主义犯罪为宗旨,具有严密组织结构的、实施的犯罪活动具有社会恐怖性的犯罪组织。

刊登在本卷实务探索中的是两篇对司法实践中具体适用法律问题进行探讨的文章。其中,《单位犯罪的主体类型研究——从比较法的视角》一文认为,虽然我国已有单行法规和刑法有关条文对单位犯罪作出了规定,但立法与相关的研究工作还远远不能适应当前同单位犯罪作斗争的需要,尤其是单位犯罪的主体类型,仍处于众说纷纭的状态。因而,该文就如何界定单位犯罪的主体类型进行了阐述。《盗窃罪若干疑难问题的司法认定》一文认为,盗窃未遂的定罪标准是情节严重,有关司法解释的规定并不排斥以数额较大的财物为盗窃目标构成盗窃未遂;多次盗窃构成犯罪应严格适用四个限制性要件;两次以上盗窃发生在两年以内的均应累计数额;存折不应以是否有密码来区分能否即时兑现,而应以存折本身的性质来认定,故盗窃数额应以实际兑现的数额为认定依据。

时下,我国已经正式承认《联合国反腐败公约》,并成为该公约的成员国之一。本卷热点透视栏目刊登了《国际刑法中国化的路径选择》和《论影响力交易罪》两篇文章,都涉及该公约对我国刑法的影响。两文分别是宏观层面上和微观层面上进行了论述,前文认为《联合国反腐败公约》对我国关于腐败犯罪的刑事立法的科学化和刑事立法的独立性和专门性以及反腐败犯罪的良好治理都有重要意义,同时也是实现刑事法治的重要内容,对我国反腐败机制、手段、刑事政策以及立法都将产生重大影响。后文认为,影响力交易罪是从贿赂犯罪中衍生出来的一种新的腐败犯罪形式,也是《联合国反腐败公约》和其他区域性国际反腐败公约确立的一种非职务行为的犯罪。该犯罪形式类似于斡旋贿赂犯罪,但又不完全相同。我国刑法有必要吸收和借鉴这一犯罪形式,进一步深入开展反腐败斗争。

域外采撷一栏选录的是韩国 Sang Jo Jong 教授的文章《网民获取在线音乐的犯罪化问题》,该文的背景是韩国的音乐制造商除针对点对点网络运营商请求民事和刑事救济外也将对韩国的个人用户提起民事和刑事诉讼。该文认为这意味着数百万年轻网民可能构成犯罪,而且,只要韩国的音乐制造商愿意,对任何网民的刑事制裁都将可能。因此,该文以对网民可能的犯罪化的质疑为切入点进行了论述。该文对中国刑法学研究,特别是知识产权犯罪研究而言不失为他山之石。

《在银行存入假币后领取真币的行为如何定性》一文结合案例对在银行存入假币后领取真币的行为如何定性的问题进行了分析和阐述。因此,该文被收录在疑案分析一栏。文章列举的案例较为新颖,作者的结论与学者专稿栏目中《机器不能成为诈骗罪的受骗者》一文的观点可能正好相左。该文认为,对机器使用虚

假的凭证、信息而获取不正当利益的行为要以电脑的运行处理作为媒介才能取得财物,因而更加符合诈骗罪的构成要件。如果认定该行为为盗窃罪,将这种完全在机器认识、控制之下的行为评价为“秘密窃取”,就要改动我国现有盗窃罪的犯罪构成要件。但这种改动不仅不能圆满解决问题,反而使得诈骗罪与盗窃罪的界限含混不清。我们认为刑法学研究应当坚持百家争鸣的原则,同时收录针对同一问题的不同观点可以为观点的相互争鸣提供必要的平台,这将更有利于刑法理论在兼收并蓄中繁荣发展。

书评书讯一栏中,我们刊登了对《刑事法治的人道主义路径》一书进行评析的一篇文章。《刑事法治的人道主义路径》一书是华东政法学院刑法副教授孙万怀博士的最新专著,该书作为华东政法学院刑法学博士文库中的第一本专著,相信会引起学界的关注。

刘宪权

2006年3月于华东政法学院东风楼

目 录

专题笔谈

量刑问题笔谈	(1)
自由裁量权、量刑均衡与量刑公正	孙晋琪(1)
中德量刑原则比较研究	徐文斌(11)
对未成年人犯罪量刑问题的再认识	郭 晶(20)
论从重、从轻处罚	蒋 涛(30)
减轻和免除处罚的理解与适用	包 健(40)
多种量刑情节竞合与冲突研究	李 睿 杨 坤(46)
论罚金刑的司法适用	王洪青(52)
关于死刑适用的若干问题研究	张本勇(64)

学者专稿

机器不能成为诈骗罪的受骗者	张明楷(71)
---------------------	---------

理论前沿

两难中的谨慎抉择：“被允许的危险”理论的退却及出路	高艳东(97)
再论刑法的公众认同	卢勤忠 王尚明(110)

学术争鸣

被害人过错行为的刑法意义研究	张洪成 肇恒伟(121)
刑法中生命权承诺问题研究	郑莉芳(129)
不作为的行为性初探 ——以权利义务为基础的分析	周铭川 黄丽勤(141)

博士论坛

· 恐怖主义犯罪的主体要件研究

——以国际刑法、国内刑法为视角 阮传胜(151)

实务探索

单位犯罪的主体类型研究

——从比较法的视角 郭泽强(168)

盗窃罪若干疑难问题的司法认定 赖大庆(187)

热点透视

国际刑法中国化的路径选择

——从《联合国反腐败公约》对中国刑事法治的

影响谈起 李翔(198)

论影响力交易罪 陈雷(210)

域外采撷

网民获取在线音乐的犯罪化问题

..... Sang Jo Jong 撰 吴沈括译 李翔审校(219)

疑案分析

在银行存入假币后领取真币的行为如何定性 黄寒(231)

书评书讯

刑事法治呼唤人道主义

——读《刑事法治的人道主义路径》 闵辉(240)

《刑法学研究》征稿启事 (244)

量刑问题笔谈

编者按 就国家刑事司法活动来说,制刑、量刑和行刑是其运用国家刑罚权的三个必要环节。而在这三个环节中,量刑处于核心地位。量刑,是人民法院认定被告人有罪后,对被告人进行裁量、决定刑罚的活动,包括是否判处刑罚、判处什么样的刑罚等内容。长期以来,刑法理论界、刑事立法界乃至刑事司法界对于立法上整体的罪刑关系和司法个案本身的罪刑关系比较关注,十分强调罪与刑的均衡与相当。“轻罪重判不足以服人,重罪轻判不足以戒人”,科学、正确的量刑不但能巩固与强化制刑的一般预防作用,使被害人和一般人对刑罚产生应有的尊重,使刑罚树立应有的权威;而且还能直接产生个别预防作用,使犯罪人感到罪有应得,进而认罪服判。量刑是否科学正确,是刑事司法公正的核心,也是需要刑事司法部门和刑法理论界共同努力研究解决的重点课题。本卷特就这一刑法之永恒主题——量刑问题组织专题笔谈,以期能对我们的刑法理论及实务有所助益。

关键词 量刑制度 量刑原则 量刑情节 竞合冲突 均衡公正

自由裁量权、量刑均衡与量刑公正

孙晋琪*

长期以来,刑法理论界、刑事立法界以及刑事司法界都对罪刑关系比较关注,十分强调罪与刑的均衡与相当。我国刑法中规定的是相对确定的法定刑,原则上讲,相对确定的法定刑是量刑的前提,没有相对确定的法定刑,也就无所谓量刑的存在,但相对确定的法定刑有刚性的一面,也有柔性的一面。一方面,法定刑存在着上限和下限,法官不能随意突破;另一方面,在法定的幅度内法官有自由裁量权。赋予法官一定的自由裁量权是现代法治社会的基本要求,自由裁量权是法官裁判

* 江苏省高级人民法院法官,华东政法学院刑法学博士研究生。

权的内在应有之义,给法官裁判权就必须给其自由裁量权。可法官自由裁量权也是一柄双刃剑,一方面,它可能使法律的实施充分体现立法者的意愿,甚至使立法者所料未及的问题也得到尽善的处理,用之得当,通过法官的合理裁量,能够体现公平、正义;另一方面,它也可能违反立法者的初衷,与立法者的意愿相背离,用之不当,会因为法官的任意裁量而破坏量刑的均衡和法制的统一。如何树立科学、公正的刑罚观念,正确行使量刑上的自由裁量权,做到罪刑相当,是值得我们关注和研究的问题。

一、自由裁量权及其存在的合理性

法官自由裁量权的涵义是什么,理论界至今尚未有一个明确统一的概念。根据《牛津法律大词典》的界定,自由裁量权是指酌情作出决定的权力,并且这种决定在当时的情况下应是正义、公正、正确、公平和合理的。法律常常授予法官以权力或责任,使其在某种情况下可以行使自由裁量权。有时是根据情势所需,有时则仅仅在规定的限度内行使权力。^① 根据这一解释,可以看出自由裁量权具有以下几个特征:一是行使自由裁量权的主体是法官;二是法官行使自由裁量权是根据法律的授权;三是法官酌情作出的决定应是正义、公正、正确、公平和合理的;四是法官行使自由裁量权是在法律没有规定时,或法律有规定,在法律规定的范围内行使。

对于自由裁量权存在两种极端的观点:在19世纪末20世纪初盛行于德国的概念法学认为法典万能和立法万能,排斥司法自由裁量权。而20世纪产生于德国的自由法运动则主张广泛的自由裁量权。自由法运动强调审判过程中的直觉因素和情感因素,要求法官根据正义与衡平去发现法律。从本质上来说,法官自由裁量权是对立法不足的某种校正,具有司法干涉立法的意味,故而这一问题使法律职业界及社会公众产生某种无从把握的不安。人们倾向于取消或严格限用这一权力。但作为一种客观事实,法官自由裁量权的存在具有不以人的意志为转移的实在性。

首先,赋予法官自由裁量权是现代法治社会的基本要求。我国宪法确立的依法治国方略,包括依法行政和司法公正,而实施司法公正的主体是法官,只有建立法官自由裁量权制度,规范法官的裁判行为,保证法官依法行使职权,才能确保司法公正,保证法律的贯彻和实施。

其次,法官自由裁量权的存在是基于法律自身的特点。法律作为调整人们行

^① 参见〔英〕戴维·M.沃克编:《牛津法律大词典》,邓正来等译,光明日报出版社1988年版,第261页。

为的一般规则,具有高度的概括性。但是现实生活和社会关系却是纷繁复杂的,法律无法涵盖各种情况,无法具体设计每一种行为模式。许多法律都采用了原则性规定与具体规定相结合的方式。这一立法方式的主旨是为了填充法律漏洞,但这些笼统的原则性条文却非常不宜于具体的操作。法官只有仔细推敲某一原则的内涵,从中找出适用的规则。我国是成文法国家,由于立法者认识能力的限制使其无法预见未来社会可能发生的所有情况,这就使法律规则不能完备无遗,不能规定一切细节,把所有的问题都包括进去,这也是法官自由裁量权的现实基础。

再次,法律规则是以语言为载体的,人们由于知识结构、个人经验和利益的不同,对同一词语持有不同的理解,会导致规则把握的歧义或冲突。刑事立法语言的开放性决定了刑事司法必然具有裁量权。刑事司法运作行为是针对具体纠纷的,而法律作为一种阐释性的概念,如果没有法官阐释和界定其真正含义和实际操作,其意义就不会得到凸显。因此,法律语言必须被解释才能变得具体有效。有的人认为只有当法律语言存在歧义、冲突、含糊时才需要解释,但事实是刑事法律中的任何语言或者概念、词语都存在着被解释的可能。即使是一种已得到准确表述的事实性的概念,在面对具体问题时,考察其是否具有刑法意义上的构成要件符合性时,也存在着对事实本身从什么角度以及如何评价等问题。

最后,自由裁量权的发挥还取决于社会现实。我国地域辽阔,民族众多,各地政治、经济、文化的发展不均衡,加之整个社会仍处于转型期,社会关系极为复杂。在这种变动性较大的社会条件下,如何有效兼顾立法的稳定性与变动性,这是令立法者关注的问题。立法的稳定性与变动性本身就是一种矛盾,法律既要适应社会的发展不断更新内容,又要保持自身相对稳定。为了在变与不变之间寻找一种平衡,立法宜粗不宜细,从而也导致法律弹性范围较大。虽然法律的稳定性有了保障,但却增加了司法难度。法官只有经过充分解释,才能获得裁决的依据。

自由裁量权实际上属于司法权的本质特性,其本身就是司法权的表现形式,或者说司法权具有自由裁量的本性。如果从相对于立法权的意义上定义自由裁量权,则大量的司法解释实际上就是司法权内自由裁量的成果,即由最高司法机关解决立法机关未能明确或者解决的实际问题。在罪刑法定原则的发展史上,绝对罪刑法定向相对罪刑法定的转变充分证明,法官的自由裁量权是一种客观的存在,立法只能是承认它而无法否定它。

对于自由裁量权的客观存在视而不见显然是一种不负责任的规则完美主义态度,它完全忽视了法官在抽象法律规范的具体化过程中所起的决定性作用。规则完美主义认为,立法者完全有能力制定一个足以应付实践中所有疑难问题的规范体系,保证其完美无缺,能够自动适应个案事实。而法官就像自动售货机,毫无独

立意义,他充其量无非是一个规范的简单套用者的角色。但这种完全排除自由裁量权的理论是一种不切实际的幻想,在司法实践中根本无法实行。事实上,几乎所有案件的判决都或多或少地涉及法官的自由裁量。在量刑过程中,对于量刑情节是否成立的决定、可以型情节是否最终加以适用、在法定刑幅度内究竟判处什么刑罚等问题,法官的自由裁量权都是不言而喻的。

二、自由裁量权的局限性与量刑失衡

犯罪是一个十分复杂的社会现象,涉及大量社会因素和个人因素,犯罪分子对社会造成的危害程度和他们本身的可改造程度也千差万别,与此相适应,刑罚的种类和幅度也只有多样化,才能在法律上做到罪刑相适应、罚当其罪。故绝大多数国家的刑法对各类犯罪都规定了一定幅度的法定刑,从而让法官拥有如何适用刑罚的自由裁量权,给法官依法据情合理裁量留有充分余地,充分发挥其主观能动性,公正量刑,实现刑罚的目的。法官不可能是适用和执行法律的机器,在刑罚裁量中,法官的主观能动作用不可缺少。但是,“由此正面却出现了较为严重的反面,即扩大了裁量权,敞开了量定刑罚中的畸轻畸重的破坏法制原则的大门。因此,法官的裁量权是确保刑法法制的锁头,同时也是违法擅断、破坏刑罚法制的钥匙,这个锁头和钥匙都是拿在裁判官手里的”^①。法官自由裁量权本身就是一柄双刃剑,它既能通过法官的合理行使,体现公平、正义,推进法制的完善,又会因为法官的任意裁量而破坏法制的统一性。法官自由裁量权的发挥,如果不受约束,甚至被滥用,势必出现背离法律与公众利益的情况。

在中国当前的审判实践中,一方面,自由裁量权尚未获得普遍性的正确认识,另一方面,自由裁量权现实地存在着过大的自由适用空间。我国法官的自由裁量权的发挥,依靠的是法官个人或法官的集体。在法官享有自由裁量权时,由于我国没有如何行使自由裁量权的法定规范要求,个人之间的千差万别,同样的案件,在不同的地方由不同的法院经过不同的法官审理,会出现不同的结果,很容易造成量刑的失衡。

当然,量刑失衡的问题在世界各国都存在,具有普遍性。美国、英国、加拿大、澳大利亚、新西兰等国都先后对量刑失衡的问题进行过规模不等的调查,揭示了许多类似案件刑罚不一致的现象,并纷纷建立司法判决委员会、量刑委员会等协调量刑的组织,为量刑的自由裁量权的统一行使制定一些指导原则和实施细则。这不失为纠正相对确定法定刑制度下刑罚轻重悬殊的弊端,使刑罚制度在刑法体系中

^① 甘雨沛、何鹏:《外国刑法学》(上册),北京大学出版社1984年版,第537页。

更趋合理化的一种方法。但笔者认为,这不能谈得上是最佳或全部。特别是对于一些学者提出的量刑专家电脑辅助系统和一些地方已经制定并执行的绝对确定的量刑规则更永远不能(也不应该)代替法官的量刑,因为量刑永远要体现一定的伦理价值而不是一项纯机械的运动。18世纪末的法国刑法典规定了庞杂繁多的罪名和绝对确定的法定刑,法官只需确定罪名,绝对没有任何裁量刑罚的余地,但时过不久,该刑法典即被废除,就是一个典型的例证。

三、刑罚的根据和量刑均衡、公正的标准

要解决量刑失衡、不公正的问题,从理论上确立正确的刑罚观是至关重要的,而正确刑罚观的确立,则首先有赖于对刑罚根据的内容和量刑公正的标准有一个较为完整全面的认识。

纵观中外历史上的不同时期,对刑罚的根据,不同的哲学家、政治学家与法学家们作出了形形色色的解答,形成了众多的学说,其中最主要的有报应论和功利论。报应论认为,刑罚的量定应当以犯罪为法律上的唯一原因,犯罪的恶害程度应当是决定刑罚量轻重的唯一依据。报应论的宗旨是“因为实施了犯罪而科处刑罚”。功利论则认为,刑罚惩罚的作用不是报复而是防止犯罪,在于其有用性、合目的性,量刑应当以犯人的刑罚适应性、危险性为标准。功利论的宗旨是“为了不实施犯罪而科处刑罚”。报应与功利的刑罚目的在历史上的不同时期占据着各自的主导地位。到了现代,单纯的报应或功利已不能涵括完整的刑法目的,两者各有得失,合理的选择是将报应与功利折中,取其各自合理的层面,乃是刑罚理论发展的大势所趋,即“因为实施了犯罪并且为了不实施犯罪而科处刑罚”。

与此相适应,我国刑法学界普遍认为,在量刑时,应当首先考虑刑罚报应的正义要求,使刑罚量与犯罪的社会危害性相当;其次,还应当考虑预防犯罪的国家目的,使刑罚与犯罪人的人身危险性相适应。^①要使刑罚量与犯罪的社会危害性相适应,必须满足两个方面的要求,一是刑罚与罪质相适应。即首先要准确定性,然后在与定性相联系的具有一定幅度的法定刑范围内选择具体的刑罚;二是刑罚与各种量刑情节相适应。各种量刑情节的存在使得罪质相同的犯罪其社会危害性程度也不相同,因此,在量刑时应当予以体现。在使刑罚量与犯罪的社会危害性相适应的前提下,刑罚也要与犯罪主体对于社会的潜在威胁和再次犯罪的危险程度即犯罪人的人身危险性相适应。关于对犯罪人人身危险性的认定依据,主要包括两个方面的内容:一是犯罪人在犯罪前与犯罪后的与犯罪行为有联系的表现;二是犯

^① 参见高铭喧主编:《新编中国刑法学》,中国人民大学出版社1998年版,第25页。

罪人的人格、家庭及社会环境、职业状况等影响再犯罪的危险性因素。^①

基于此,量刑公正的标准是什么?追求量刑的公正合理,就必须要有衡量量刑是否公正的尺度和标准。马克思曾就刑罚尺度作过精辟的论述,如果犯罪的概念要有惩罚,那么实际的罪行就要有一定的惩罚尺度,实际的罪行是有限的,因此就是为了使惩罚成为实际的,惩罚也应该有界限——要使惩罚成为合法的惩罚,它就应该受到法的原则的限制,任务就是使惩罚成为真正犯罪的结果,惩罚在罪犯看来应该是他行为的必然结果。笔者认为,量刑公正应当包含两层含义:一是遵循罪刑法定原则。“超过法律限度的刑罚就不再是一种正义的刑罚。”^②定罪是量刑的基础和前提,定罪和量刑都必须以刑法的规定为依据。二是遵循罪刑均衡原则。罪刑均衡原则又包括两层含义,其一是罪刑相当,即量刑要与犯罪的社会危害性相适应;其二是刑罚的个别化,即量刑要与犯罪人的人身危险性相适应。当然,量刑公正属于实体公正,要实现实体公正,就必须通过一定的诉讼程序来保障,因此,从某种意义上说,虽然程序公正不是产生量刑公正的充分必要条件,但至少可以说程序公正为量刑公正提供了十分重要的保障,没有程序上的公正就没有量刑公正。

根据罪刑均衡的原则要求,在量刑时一是要确保量刑的统一性,使法官的量刑应当具有确定性和可预测性,从而实现司法公正、社会正义的目标;二是要确保个案判决的特殊性,实现刑罚的个别化,因为案件总是有差异的、特殊的,而非千篇一律的、一般的。因此,罪刑均衡其实是相对的,量刑本身就是一个非平衡系统。从空间看,各地区之间的经济发展水平、社会治安状况等具体社会背景从来就是不平衡的。从时间上看,犯罪行为社会危害性大小因时而变。因此,“量刑均衡是刑法法制的一种理想状态,是人主观设定的一种标准。在现实生活中,十全十美的罪刑均衡状态是不存在的,司法活动只能接近这一目标,因而罪刑的均衡具有相对性”^③。

四、自由裁量权的行使与量刑均衡、公正的实现

量刑均衡是相对的,量刑公正也只能是一种相对的公正。我国是一个成文法国家,许多法律都规定得较为原则。刑法除个别条文规定了绝对定期刑(如《刑法》第239条规定因绑架而“致使被绑架人死亡或者杀害被绑架人的,处死刑,并处没收财产”)外,其余绝大多数条文均规定了一个或者数个量刑幅度。法官根据

① 参见张明楷:《刑法格言的展开》,法律出版社1999年版,第75页。

② [意]贝卡里亚:《犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,第11页。

③ 陈兴良:《刑法的价值构造》,中国人民大学出版社1998年版,第663页。

个案的具体情节及各种因素在某个幅度内确定相应的刑罚(刑期)都是合法的。由于量刑公正本身的这种相对性,因此,对于同一个案件,如果由数名法官依照同一法律规范来分别进行审判,在排除任何人为干扰和个人徇私的前提下,很可能作出的处理结果也并不完全相同,对这种依法作出的“不同”的判决,我们显然是不能得出“非此即彼”的结论的。量刑的均衡和公正非一朝一夕就能实现的,也非仅靠一次立法或制定一个司法解释或量刑规则就能一劳永逸的,这需要我们在充分总结中国刑事审判实践的基础上作出多方面的努力,完善刑事立法与加强刑事司法改革并重,同时,借鉴国外的立法与司法实践经验,逐渐缩小和减少量刑的不均衡。

(一) 建立中国法官自由裁量权制度

赋予法官自由裁量权是现代法治社会的基本要求。在我国,人民法院的独立审判权由宪法规定,法院在适用法律时,对法律规定不明确或没有规定时,法院有权独立地按照法律规定的精神对案件作出裁判,不受外部的干涉或干扰。但是法院自由裁量权是否等同于法官自由裁量权呢?我国从20世纪50年代到80年代末的法学教科书中,学者都是把西方法官自由心证、自由裁量权作为与唯物主义相悖的唯心主义法学观加以批判的,拒绝接受法官自由裁量权的观念,只是间接隐晦地承认司法自由裁量权即为法院自由裁量权。到20世纪90年代初,我国法院开始逐步进行审判方式改革,改革的思路之一就是强化合议庭和独任审判员的职权,法官自由裁量权的理念才逐渐进入中国法院。由于我国法律的不完备,法律并没有允许单个法官享有独立审判的职权,各个审判人员在人民法院执行职务,并不具有独立的地位,必须服从法院内部各级组织、机构的领导和指挥。^①1999年底,最高人民法院公布的《人民法院五年改革纲要》明确规定:“强化合议庭和法官职责,推行审判长和独任审判员制度。”由此,赋予审判员和独任审判员更大的权力,如一般案件由审判员或独任审判员自行决定,自行签发裁判文书,不再经过庭长、院长的审批;进行裁判文书的改革强化裁判文书的说理性,对法官违法审判案件实行错案追究制。这些都说明我国已经开始逐步承认法官自由裁量权,走上了探索实行自由裁量权的道路。但是,法官自由裁量权的正当行使,必须以良好的司法体制为基础,全方位的司法改革是建立法官自由裁量权制度的必由之路。笔者认为,法官行使自由裁量权制度的基本原则,一是应确保法官充分行使自由裁量权;二是应规范法官自由裁量的行为,防止法官自由裁量权的不当行使。

建立中国法官自由裁量权制度,首先要确立法官自由裁量权制度的法律地位。

^① 参见柴发邦主编:《体制改革与完善诉讼制度》,中国人民公安大学出版社1991年版,第516页。