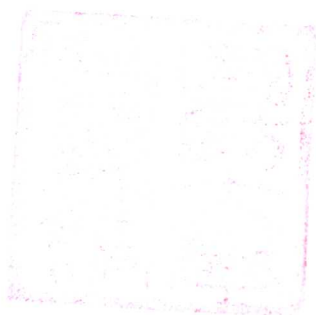


复印报刊资料

CRIMINAL LAW

刑事法学



CR/LIC

中国人民大学

复印资料中心

2002年 第 12 期

· 月 刊 ·

D414

CHINA RENDU SOCIAL SCIENCES INFORMATION CENTER

刑
事
法
学

(月 刊)

主 办:中国人民大学

中心主任:邱金利

总 编 辑:宋志明

副总编辑:邱海平

编 委 会:高铭暄 赵秉志 黄京平

田宏杰 力康泰 何家弘

刘志伟

执行编委:刘志伟

责任编辑:周远征 王立君

编辑出版:中国人民大学书报资料中心

地 址:北京张自忠路3号

邮政编码:100007

电子信箱:cmktg@public 3. bta. net. cn

刊 号:ISSN 1007-0559
CN 11-4265/D

出版日期:每月19日

发 行:中国人民大学书报资料中心
发行部

印 刷:南京市印刷有限责任公司

订 购 处:中国人民大学书报资料中心

订购电话:(010)64041792, 64039443

开户银行:中国农业银行东北分理处

账 号:190101040000016

广告经营许可证:京海工商广字 0086 号

【基础理论研究】

刑法解释的限度

——合理的扩大解释与类推解释的区分

刘志远(2)

刑法学应创制行为故意概念

贾 宇(9)

量刑概说

冯 军(13)

【刑事立法研究】

脑死亡若干法律问题研究

刘明祥(22)

论我国刑法的劳动保护

刘 鹏(30)

【司法实务研究】

中国内地与港澳特别行政区刑事管辖

权合理划分论纲

赵秉志(34)

关于黑社会性质犯罪的理性思考

陈兴良(44)

试论组织、领导、参加黑社会性质组

织罪的几个问题

黄京平、石 磊(49)

【比较刑法】

犯罪未遂比较研究

曾粤兴(53)

【犯罪学研究】

我国社区犯罪防控模式的反思及重构

王均平(63)

【监狱法学研究】

论刑事执行权的性质及理性配置

邵名正、于同志(73)

【索引】

(83)

刑法解释的限度*

——合理的扩大解释与类推解释的区分

刘志远

(国家检察官学院,北京 100041)

摘要:合理的扩大解释与类推解释的区别并非在于思维模式或认识方法的不同,而是在于解释结论的差异,即解释结论是否超过了合理限度。衡量合理限度的标准是:通过扩大解释所包含进去的事项是否具有被解释的概念的核心属性。

关键词:合理的扩大解释;类推解释;核心属性

中图分类号:D924.1

文献标识码:A

刑法解释的限度,是刑法解释论中的一个重点问题,也是一个难点问题。之所以说是一个重点问题,是因为它关系到罪刑法定原则在司法活动中能否得到真正贯彻执行;而之所以说是一个难点问题,是因为在解释刑法规范时,判断某一具体结论究竟是否是该刑法规范所真正包含的合理含义,是否过限,往往并非易事,分歧重重,这种分歧集中体现在对某一解释究竟是符合罪刑法定原则的合理扩大解释还是违背罪刑法定原则的类推解释的争论上。因此,研究刑法解释的限度问题,主要应研究什么是合理的扩大解释,什么是类推解释,两者如何区分?下面笔者拟对此进行具体分析。

一、刑法解释的极限化——合理的扩大解释

所谓刑法解释的极限化,就是将刑法规范可能蕴涵的最大含义揭示出来,尤其是将那些确实为刑法规范所蕴涵而又超出字面含义的意思揭示出来,因此,所谓的刑法解释的极限化,实际上就是指合理的扩大解释。笔者认为,扩大解释有合理的扩大解释与不合理的扩大解释之分,刑法解释的极限化,仅仅是指合理的扩大解释,而不包括不合理的扩大解释;不合理的扩大解释,往往是超出刑法规范的实际蕴涵进行解释,因此是不能允许的。

(一)扩大解释的法律根据——罪刑法定原则与合理的扩大解释的相容性

罪刑法定原则是现代社会一项公认的刑法基本原则,其基本含义是“法无明文规定不为罪(nul-lun crimen sine lege),法无明文规定不处罚(nullun crimen sine lege)”。罪刑法定原则自诞生到现在,经历了从绝对罪刑法定转向相对罪刑法定的历史嬗变。绝对罪刑法定由刑事古典学派所倡导,其派生的基本内容是:1. 绝对禁止或排斥类推适用;2. 排斥习惯法的适用;3. 绝对禁止不定期刑,实行绝对确定的法定刑;4. 禁止适用事后法。随着时代发展,社会变迁,刑法学说的进化,绝对罪刑法定的学说在刑事立法和司法中不断得到修正^[1],形成当前为刑事实证学派所倡导的相对罪刑法定,派生出新的内涵,即:1. 从完全禁止司法裁量到允许有限制的司法裁量;2. 从完全否定类推到容许有限制的类推适用,即在有利于被告人的场合容许类推适用;3. 从完全禁止事后法到采用从旧兼从轻,即在新法为轻的情况下刑法具有溯及力;4. 从采用绝对确定的法定刑到采用不定期刑;5. 排斥习惯法等^[2]。

收稿日期:2002-09-10

作者简介:刘志远,男,湖南邵东人,博士,国家检察官学院教师。

* 本文的写作得到导师王作富教授的惠教,谨表谢意。

罪刑法定原则在我国刑法的表述是：“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑。”罪刑法定原则在我国刑法中的确立，对我国刑事司法活动提出了严格的要求，这显然有利于在刑事司法活动中强化对人权的保障。按照罪刑法定原则的要求，司法人员只能严格依照法律处罚“法律明文规定为犯罪行为的”行为，对“法律没有明文规定为犯罪”的行为，就不能追究刑事责任。那么，在规定罪刑法定原则以后，是否还允许扩大解释呢？实际上，这个问题的关键在于如何理解“明文规定”？笔者认为，所谓的“明文规定”，应当是指“法律”的明文规定即刑法规范的明文规定，而不是仅仅指哪一个词语、词组的规定。词语、词组是个体性的，而刑法规范是整体性的，是众多字、词含义之间交互作用所产生的一个有机的系统。系统论认为，系统是由要素组成的，但系统不等于要素的简单相加，而是各要素相互作用的有机整体，系统往往具有单个要素所没有的性质和功能。作为系统的刑法规范也是一样，它往往具有孤立状态下的字、词所没有的含义，因此，不能因为某个行为被孤立的词语、词组的含义所未包含，就认为法律没有规定该行为为犯罪，而是应当对刑法规范进行多角度的综合分析，看该行为是否被某一刑法规范规定为犯罪。如果通过对某一刑法规范进行整体性的、多角度的分析，断定这种行为确实是该刑法规范所要处罚的，就应当追究刑事责任。可见，刑法规范的真实含义，并不是其所在的刑法条文中各个词语含义的简单组合，而是在刑法系统中，通过刑法规范内部各个部分的相互作用以及与其他刑法规范相互作用，所获得的与所在刑法条文的词语意义有关但有可能不完全一致的含义。以刑法第165条规定的非法经营同类营业罪为例。该条文表述的主体是“董事、经理”，而没有明确指出厂长也可以构成本罪的主体。一般而言，“经理”通常是与“厂长”并列的，在公司法中，经理往往是指公司的行政负责人，而厂长是指非公司形态的生产企业的负责人，因此，二者互不包含，但是，由于本罪主体的定语是“国有公司、企业”，这里的“企业”，显然是指公司以外的企业，其中生产型企业的负责人一般叫“厂长”，而不叫“经理”，他们既是企业的法定代表人，又是企业的行政负责人。因此，这些“厂长”的权力比作为行政负责人的“经理”还大，他们利用职务便利经营同类营业，所造成的危害比公司经理实施的同类行为有过之而无不及，因此，无论从合理性来看还是从词语与词语的关系来看，本罪中所说的“经理”都应该包括厂长，这样，该条刑法规范的真实含义与其个别文字所包含的意思不一样。

正是由于所谓罪刑法定原则中的“明文规定”，是指法律的明文规定、刑法规范的规定，而不是孤立的某个词语、词组的规定，这样，扩大解释就获得了生存空间，因为它仅仅只是将刑法规范实际蕴涵而被某些词语“掩盖”的含义揭示出来，因此，它并不违背罪刑法定原则的要求，恰恰相反，而是罪刑法定原则的必然要求。从我国对罪刑法定原则的表述来看，罪刑法定原则的要求是两方面的，一方面，对法律没有明文规定为犯罪的，不得定罪处罚；另一方面，对法律明文规定为犯罪的，必须依照法律定罪处刑。所谓依照法律定罪处刑，不仅是指法律没有规定的行为，不得定罪处罚，而且是指法律规定为犯罪行为的，就不能不定罪处罚，不能放纵法律规定为犯罪的行为。因此，对于法律字面上没有的含义，而法律真正包含的含义，就必须揭示出来，凡是符合该含义的行为就应定罪处罚，不得放纵，这也是现代罪刑法定原则的必然要求，它反映了现代罪刑法定原则兼顾人权保障和社会保护双重机能的特点。然而，刑事古典学派却不同，它直面中世纪刑罚权无节制扩张和肆意擅断滥用之事实，秉承古典自然法理念，以个人价值为本位，以人权保障为己任，将社会秩序与自由、社会保护与人权保障予以对立，在价值取向上做出对个人自由和人权保障的偏一性的选择，以防范和遏止刑罚权的扩张和滥用^[1]。因此，该学派对罪刑法定提出了绝对、片面、机械的主张，目的就是绝对保障个人自由。为了防止刑罚权滥用，要求死守法律的字面含义，而禁止对法律做出解释，更不用说扩大解释了。贝卡利亚曾提出：“刑事法官根本没有解释刑事法律的权利，因为他们不是立法者”。“法律的精神需要探询”，再没有比这更危险的公理了。采纳这一公理，等于放弃了堤坝，让位给汹涌的歧见”。“严格遵守刑法文字所遇到的麻烦，不能与解释法律所造成的混乱相提并论。这种暂时的麻烦促使立法者对引起疑惑的词句作必要的修改，力求准确，并且阻止人们进行致命的自由解释，而这正是擅断和徇私的源泉”^[3]，这种观点显然是漠视了对社会利益

的保障。实际上,个人与社会、自由与秩序、人权保障和社会保护是辩证统一、相辅相成的。刑法的人权保障和社会保护的两个机能是相互协调的,不可偏废。法律的任务就是努力地在尊重个人自由和维护社会根本制度之间保持平衡。对于刑法来说,既要通过其人权保障机能,成为人权的捍卫者,又要通过其社会保护机能,成为社会利益的捍卫者。现代罪刑法定原则正是贯彻了这一意旨,因而,对刑事古典学派的观点做了修正。因此,一方面,现代罪刑法定原则禁止违背法律处罚无辜者,另一方面,也同样禁止对法律有意处罚而仅因文字障碍而不处罚的,后者同样是违背现代罪刑法定原则的。因此,从罪刑法定原则的精神而言,合理的扩大解释不仅是可行的而且是必须的。

(二)合理的扩大解释的限度——本质属性的有无

如前所述,在罪刑法定原则下,没有超过一定限度的扩大解释是允许的,而超过该限度的解释,则往往变为类推解释,这是绝对禁止的。那么这个限度是什么呢?如何掌握呢?对此,一般都主张以可预测性原则作为刑法解释的限度,如日本刑法学者西原春夫认为,刑法司法解释的基准应当是国民的预测可能性,而不应当是国家维持治安秩序的必要性^[4],那么,究竟如何具体理解和把握可预测性原则进而正确区分合理的扩大解释与类推解释呢?我国台湾学者杨仁寿认为,扩张解释与目的性扩张(实际上就是类推解释)区别之所在,端视是否在文义之“预测可能性”之内;如依照碧海纯一之“射程”理论言,在文义射程之内者,为扩张解释。如所扩张之文义,非原有文义所能预测,已超出射程之外,则已不能为扩张解释,仅能为目的性扩张。换言之,扩张前及扩张后文义内涵相同者,应为扩张解释。文义内涵不同者,不能为扩张解释,如有贯彻规范意旨之必要,则应为目的性扩张^[5]。大陆学者李希慧认为,扩张的程度不能超出刑法规定用语可能文义的范围,即不超过法律文义的“射程”,但可以超出刑法规范用语的应当含义^[6]。

笔者认为,这两种意见都是值得商榷的。应当含义与可能含义之间能有什么区别呢?解释前后的文义内涵相同,还能算扩张吗?在形式逻辑中,一个概念的内涵,是其所反映的事物的本质属性的总和。和内涵相对应的是外延。所谓外延,是指概念所确指的对象的范围。内涵和外延之间是一种反比例关系。内涵越大,则外延越小;内涵越小,则外延越大。所谓扩大解释,从形式上来说,也就是将在字面含义上不能包括的事项,通过分析将其包括进去,即通过这种方式,扩大该法律用语的外延;而外延扩大则必然意味着内涵缩小,即所反映的本质属性就少。不可能在保持内涵相同的情况下还能进行扩大解释,在扩大解释中,该概念所反映的一部分本质属性必然被舍弃,只能保留其中一部分本质属性,解释前后的内涵不可能完全相同。

那么,哪些本质属性是必须保留的呢?哪些本质属性是可以舍弃的呢?即究竟如何具体取舍呢?需要保留下来的本质属性(简称为核心属性)应当具有什么样的特征呢?

首先,在取舍一个概念的本质属性时,必须充分考虑该概念的语境、立法意图、社会、政治经济因素等,尤其是人们的通常观念。只有解释结论符合人们的通常观念,刑法规范才可能具有可预测性。所谓的通常观念,实际上主要是一种文化规范。刑法规范的本质内容其实就是文化规范。人们其实主要是通过遵守文化规范来遵守刑法规范的,如果文化规范没有禁止,刑法规范原则上也不应该对此行为予以惩罚。当然,有时候,文化规范与刑法规范确实存在一定冲突,而且这种冲突是非常明显的,那么就应当以刑法规范为准。

其次,需要保留的本质属性应当具有以下功能:

1. 能体现危害性之所在,即在没有相近似的刑法规范的情况下,被解释的概念正是凭借这种属性,才能和条文中的其他概念一起反映行为的危害性之有无及其严重程度。例如,“画”作为名词,一般是指静止的图形,它包括两种属性:静止性和图形(性),但是在1979年刑法第170条规定的制作、贩卖淫书、淫画罪里面,“画”的属性中,能够和“淫”的属性一起说明行为具有危害性的,只是其图形性,至于是否静止,并不重要,相反,如果是活动的画面,危害性更严重,因此,在该刑法条文中,该概念需要保留的本质属性即核心属性是“图形(性)”,而不是“静止性”。因此,将淫画解释为包括活动淫秽电影、录像,符合“画”的核心属性,因此是恰当的。又以丢失枪支不报告罪中的“丢失”一词为例。本罪是指依法配备公

务用枪的人员,丢失枪支不及时报告,造成严重后果的行为。“丢失”一词,按《现代汉语词典》的解释是指遗失,而遗失则是指由于疏忽而失掉(东西)。本罪的内涵包括两方面:一是失掉(的状态),二是(由于)疏忽(的原因)。这两个属性,哪些是需要保留的,有无可以舍弃的属性呢?实际上,无论是什么原因造成枪支失掉,都使枪支失去了合法控制,流散到社会,必然严重威胁公共安全,根据《中华人民共和国枪支管理法》规定,都必须及时报告公安机关,以便采取有力的救济措施。因此,这里的本质属性主要是“失掉枪支(的状态)”,至于是否由于“疏忽(的原因)”造成的,并无多大意义。因此,凡是具有“造成失枪状态”这一属性的行为,无论是出于何种原因,都可以解释为本罪所谓的“丢失”范畴,其中当然包括被盗、被抢、被骗等情形。事实上,因盗枪、抢枪、骗枪造成的失枪行为造成的危害后果往往大于因疏忽大意而丢枪所造成的后果,因为前者是他人有意而为之,这些人的人身危险性极大,他们往往是为了犯罪而来“获取”枪支的,一旦得到枪支,很可能立即就会实施严重危及人身安全的犯罪,而后者往往是出于偶然,拾枪人往往并非是对社会形成现实危害的人,他们拿枪去实施犯罪的可能性小得多。此外,从失枪人方面考察,枪支被盗、被抢、被骗的,失枪人也往往存在保管不慎的过错,因此,完全可以将枪支“丢失”一词扩大解释为包括“被盗、被抢、被骗”,对于依法配备公务用枪的人员,在枪支被盗、被抢、被骗以后不及时报告,造成严重后果的行为,都应当按照丢失枪支不报告罪定罪处罚。

2. 能体现该刑法规范的特殊性之所在,即在有相近似刑法规范的情况下,被解释的概念正是凭借这种属性,才能单独或者是和条文中的其他概念一起发生作用,使该刑法规范与其他相近刑法规范区别开来、独立存在。与上面第一点相比,它主要说明的是该刑法规范的特殊性,当然,也可能同时说明行为的社会危害性的大小。以1979年刑法第151条规定的盗窃罪为例。盗窃是秘密窃取他人的财产,它的属性包括“手段的秘密性”和“取得他人财产”。在该刑法第151条中,规定了三种侵犯财产的犯罪,即盗窃罪、诈骗罪、抢夺罪,这是三个独立的罪名。它们的共同特点是犯罪对象都是财产,都以非法占有为目的,都以非法手段取得他人财产。其中,盗窃是秘密取得财物;抢夺是不使用暴力、胁迫等强制方法,公然夺取公私财物;诈骗是以虚构事实、隐瞒真相的方法,骗取他人财物,都表现为获取他人财物,盗窃和其他两种行为的区别在于手段的秘密性,这正是盗窃罪这一刑法规范独立存在的根据,舍弃了这一属性,该刑法规范与抢夺罪、诈骗罪的刑法规范之间就没有界限了。因此,如果将通过非“秘密性”手段获得财物的行为,解释为盗窃,显然不正确,因为这种行为不具备盗窃的核心属性,当然,“获取财物”也是其核心属性,这一核心属性说明的主要是盗窃的社会危害性的有无和大小程度,没有这一属性,盗窃所在的刑法规范不仅没有“独立”的价值,更没有存在的价值。这两个属性都是核心属性,都应当保留,任何行为都必须同时符合这两个属性,才能解释为盗窃行为,两者缺一不可,否则就不是合理的扩大解释。例如,在刑法修订以前,没有普通侵占罪,司法实践中对侵占他人遗忘物的,有些法院直接按盗窃罪处理,这是欠妥的,因为侵占他人遗忘物的行为,虽然也非法获得了他人财物,但是这种获得并不是通过秘密手段实现的,因此,欠缺盗窃的核心属性之一,所以不能做此扩大解释,当然,在当时允许类推制度时,按照类推处理是可以的,因为类推所适用的法律条文,只要最相似、“差不多”就可以了,而非正是对应的条文。

以上只是分析了取舍本质属性的一般方法,还有待深化、完善。笔者的主要观点是,在扩大解释的限度上宜把握这样一条原则:凡是所解释进去的事项具有被解释的概念需要保留的核心属性的,就是合理的扩大解释;如果不具有这种核心属性,就超出了解释的限度,属于不合理的扩大解释,而可能成为类推解释。

二、刑法解释的过限化——类推解释

刑法解释的过限化,就是超过必要限度进行解释,即把刑法规范本身没有包含的内容也解释进去了,在实行罪刑法定原则的今天,这种过限化的解释显然是不能允许的。刑法解释的过限化主要表现为类推解释。

什么是类推解释?有的认为,是指对于法律规定不明确或法律无明文规定之事项,就刑法中最相类

似的事项加以解释的方法。这种观点认为,我国刑法中有一种依照法条的规定而独立存在的类推解释。这种类推解释以法律条文规定有某种抽象、笼统而需按法条列明的事项给予类推的情况为前提条件。例如,刑法中的“其他方法”,法律的规定是不明确的,这就需要进行解释,而解释的方法又离不开法律前面所列举的相类似的其他情况,这就形成了类推解释^{[7](P200-201)}。还有的认为,类推解释是指对于法律无明文规定的事项,就刑法中最相类似的事项加以解释的方法^[8]。这两种观点的差异在于,前一种观点认为,类推解释不仅存在于法律无明文规定的场合,而且存在于法律规定不明确的场合;后一种观点认为,对法律规定不明确的地方进行解释,不属于类推解释^[8]。我们同意后一种观点。类推解释是有特定含义的,在罪刑法定原则下,之所以普遍允许合理的扩大解释,而反对类推解释,就是因为类推解释是对将法律没有明文规定的内容“解释”进去,而有些地方规定不明确,并不意味着法律有明文规定的,对这些规定不明确的地方进行解释,本身并不违背罪刑法定原则。因此,将这种情况的解释也纳入类推解释显然是不妥当的。

类推解释与类推适用是两个不同的概念。所谓类推适用,是指对刑法分则没有明文规定的行为,比照最相类似的条文定罪处刑的司法行为。类推适用与类推解释的相同之处在于:第一、两者的前提都是法律对某一行为没有明文规定为犯罪;第二、两者在思维过程中都使用了类比的方法;第三、两者的客观结果都是把法律没有明文规定为犯罪的行为作为犯罪认定。类推适用与类推解释的区别大致有以下几点:第一、类推适用是一项定罪判刑的法律制度,而类推解释则是一种解释法律的方法;第二、类推适用是针对定罪判刑的全过程而言的,而类推解释则只限于需要判明法律意义的一个过程而言的;第三、类推适用是在发现法律没有明文规定某一行为是犯罪的情况下进行的,而类推解释既可能是在发现法律没有明文规定某一行为是犯罪的情况下进行的寻找最相类似的条文的活动,也可能是在不知道法律没有明文规定某一行为为犯罪的情况下进行的解释活动,前一种情况的类推解释就是类推适用过程中的类推解释,而后一种情况则是类推适用过程以外的类推解释。

三、合理的扩大解释与类推解释的区别

合理的扩大解释与类推解释究竟有什么区别呢?有些学者认为,两者的区别是:在扩大解释的场合,所解释的两个事项间的关系是一定的种属关系,如“交通工具”和“推土机”;而在类推解释的场合,两个事项间的关系是同级并列的,正因为它们是同级并列的关系,才能得以比较它们的相似之处^{[7](P202)}。另有一些学者认为两者的区别是:其一、解释的思维模式不同。扩大解释是从能否纳入法律条文解释的范围这一观点出发,来考察社会生活中的各种行为,即主要是衡量刑法分则条文的内容是否包括某种行为。当确定刑法分则条文的内容应当包括某种行为,而刑法分则条文的词句术语的字面或者通常含义过窄,不能真实、完整、准确地反映立法本意和目的时,通过扩张解释词句术语的内容、涵义,以真正实现罪刑法定的要求。类推解释是从国家、社会全体的立场出发,来认定某种行为是不可允许的,然后再设法找出类似的刑法分则条文以资援引,并不是对刑法分则条文中某个词句术语进行解释,来确定某种行为是否应当包括在该刑法分则条文的适用范围之内;其二、认识方法不同。扩大解释是从刑法分则条文的含义出发,分析是否包含某种行为。类推解释则是立足行为的社会危害性,分析危害性质和程度,再寻找相关刑法分则来加以适用。扩大解释是以已有的刑法分则条文的真实内容、涵义为基点,关注的是法条适用范围的本身,将已有的法条适用于存在的行为;类推解释则是以行为的危害性质和程度为核心,关注的是法条适用范围的相似性,对出现的行为寻找类似的法条。^[1]

笔者认为,第一种观点是从静态的角度即解释结论的差异来分析两者的区别,而第二种观点是从动态的角度即思维模式、认识方法的差异来分析两者的区别。笔者基本上同意第一种观点的分析方法;第二种观点,实际上把类推适用过程中的类推解释与类推适用过程以外的类推解释合二为一了,并且以前者的思维模式和认识方法代替所有的类推解释的思维模式和认识方法,并在此基础上比较类推解释和扩大解释的区别。事实上,在类推适用制度已经废除的今天,已经不再存在“明知法无明文规定而寻找最相类似条文的”类推解释,而只可能存在“不知道法律是否规定该行为为犯罪而对法律条文进行分析”

的类推解释,在这种情况下,无论作扩大解释还是类推解释,基本的思维过程都是一样的,往往都是遇到某种行为需要对其进行评价,看其是否构成犯罪,因而开始分析法律条文的含义,看该案件中的行为是否被刑法规定为犯罪,而不可能是在明知该行为是“法律没有明文规定为犯罪”,去找“最相类似的条文”,实际上无论是合理的扩大解释还是类推解释,其思维模式都是解释者寻找自认为“最合适的条文”,在找的过程中,都可能使用了各种解释方法,唯一的区别在于,如果解释后所新纳人的事项具有所解释的词语在特定刑法规范中的核心属性,则这种解释是合理的扩大解释;如果解释后新纳人的事项不具有该词语在特定刑法规范中的核心属性,而彼此之间仅仅只有一种近似性,该事项不在法律规定的范围之内,则这种解释就是类推解释。因此,笔者认为,合理的扩大解释与类推解释的区别仅仅在于解释结论是否超出了刑法规范本身的蕴涵范围,而不在于思维模式和认识方法不同。就象一个人想从郑州坐火车到保定去办事一样,如果他在保定及时下车了,那就对了;如果他一时糊涂,在保定站没有及时下车,而是坐到北京才下车,那就错了。这种对错的结果,不在于选择路线和车次是否合适,而仅仅在于下车的时机是否合适。合理的扩大解释与类推解释的关系也是这样——使用同样的思维模式和认识方法,如果解释没有过度即没有超过必要限度,就是合理的扩大解释;如果过度了,就可能是类推解释。

与类推解释、扩大解释相关的另一类解释是当然解释。何为当然解释?当然解释是指法条表面上虽未明确规定,但实际上已包含于法条的意义之中,依照当然的道理解释法条意义的方法。当然解释之当然,是事理上之当然与逻辑上之当然的统一,两者缺一不可。所谓事理上的当然是基于合理性的推论,除了事理上的当然以外,还要看是否存在逻辑上的当然。逻辑上的当然,包括两种情况:一种是种属关系的解释,即把种概念范围内的属概念予以具体化、明确化的解释,如把汽车站和火车站解释为车站;另一种是发展关系的解释,是指被解释的事实上的事项是所解释的法条上的事项的发展。这种发展关系实际上是时间上的递进关系,因而属于逻辑上的当然,因此,如果两个事项是同级并列的关系,就不能通过当然解释使之同一起来^[9]。如倒卖车票、船票罪的犯罪对象是车票、船票,尽管飞机票的价格远高于车票、船票,但飞机票与车票、船票之间,并非种属关系,也非发展关系,而是并列关系,因此,不能因为飞机票的价格比车票、船票贵,而将倒卖飞机票的行为也作为倒卖车票、船票罪定罪处罚,但也有人认为,倒卖飞机票的行为具有社会危害性,且与倒卖车票、船票罪的构成相同,尽管因飞机票价格高昂且易购,倒卖飞机票的行为不及倒卖车、船票普遍,但在现实中依然存在,而且随着人们生活水平的逐步提高,乘坐飞机旅行的人员会逐步增加,倒卖飞机票的行为亦会随之增多,因此对倒卖飞机票,情节严重的,可以倒卖车票、船票罪认定^[10]。我们认为,飞机票与车票之间只具有事理上的当然,而不具有逻辑上的当然,因此,不能将飞机票解释到车票之中。之所以除了事理上的当然以外,还必须具有逻辑上的当然,这是因为,扩大解释后所包括的事项必须具有该用语的核心属性,而这种逻辑上的当然,正是这种核心属性的反映。正因如此,当然解释并未超过刑法解释的限度,所以并不是类推解释。实际上,那种对发展关系的当然解释,其实就是一种合理的扩大解释,而种属关系的解释,只是一种字面解释,而非扩大解释。因此,在实行罪刑法定主义以后,当然解释还是允许的,但是,如果脱离刑法规范的具体规定,仅仅以危害性的轻重即事理上的当然进行解释,以某一行为的社会危害性比法律明确规定的行为的危害性还重为理由,因此而认为应当定罪处罚,实际上就是类推解释了,而非一般意义上的当然解释,这种解释应当予以禁止。例如:《唐律》中“出罪举重以明轻,入罪举轻以明重”的规定,也只有在具有逻辑上的当然,即所分析的事项具有刑法规范中相应概念的核心属性时,才能适用,否则,仅仅根据事理上的当然,即危害性的大小来出入人罪,这在实行罪刑法定原则的今天,是不能允许的。

参考文献:

- [1] 姜伟,陈正云.罪刑法定与刑法解释[J].人民检察,2001,(1).
- [2] 陈兴良.罪刑法定原则在中国的时代命运[J].法学研究,1996,(2).
- [3] [意]贝卡利亚.论犯罪与刑罚[M].北京:中国大百科全书出版社,1993.12-13.

- [4] [日]西原春夫.日本刑事法的形成与特色——日本法学家论日本刑事法[M].李海东等译.北京:中国法律出版社、日本成文堂,1994.
- [5] 杨仁寿.法学方法论[M].北京:中国政法大学出版社,1999.112.
- [6] 李希慧.刑法解释论[M].北京:中国人民公安大学出版社,1995.112.
- [7] 王 勇.定罪导论[M].北京:中国人民大学出版社,1990.
- [8] 王作富.刑事实体法学[M].北京:群众出版社,2000.29.
- [9] 陈兴良.刑法适用总论(上)[M].北京:法律出版社,1999.33~34.
- [10] 高憬宏.刑法刑事诉讼法适用问题研究[M].北京:中国政法大学出版社,1999,116~117.

On the Limitation of Interpretation of Criminal Law ——The Difference Between Rational Expanding Interpretation And Analogizing Interpretation

LIU Zhi-yuan

(National Prosecutors College of China, Beijing 100041)

Abstract: The difference between a rational expanding interpretation and an analogizing interpretation lies neither in the way of reasoning nor the means of understanding, but in the difference of conclusions, i. e., whether or not the conclusion of interpretation has overstepped a rational limit. The criterion of assessing the limit is that the content comprised by an expanding interpretation ought to possess the core attributes of the interpreted concept.

Key words: rational expanding interpretation; analogizing interpretation; core attributes

原载《国家检察官学院学报》(京),2002.5.18~24

欢迎订阅 《法学文摘卡》

《法学文摘卡》是由中国人民大学主办、中国人民大学书报资料中心编辑出版的法学理论文摘刊物。本刊依托人大法学院的学术优势,邀请法学专业人员编摘。本刊关注理论热点,及时反映理论前沿问题,是广大理论、教学 and 实际工作者的良师益友。

《法学文摘卡》内容丰富,覆盖面广,主要栏目有:法理学、中外法制史、法律思想史、宪法学、行政法学、民法学、经济法学、环境法学、刑法学、犯罪学及监狱法学、国际法学、诉讼法学、司法组织与制度等。

《法学文摘卡》为季刊,每期定价5元,全年定价20元,中国人民大学书报中心及全国各地邮局均可订阅,邮发代号:2—677。

书报中心订购地址:北京1122信箱营销部

订购电话:(010)64039443 邮编:100007

刑法学应创制 行为故意概念

● 贾 宇

【内容摘要】 我国刑法第14条规定的犯罪故意概念以危害结果为认识与意志的核心内容,这在实际上排除了行为的故意的存在空间,刑法理论界也几乎忽视了行为故意的存在事实。然而,这与我国刑法分则的规定以及刑法理论中承认行为犯的认识存在矛盾之处。因此,笔者基于诸多合理事实及理由,首先提出行为故意与结果故意这一全新的划分犯罪故意的标准,并对行为故意和结果故意的概念及其认识因素、意志因素进行了阐述。

【关键词】 行为故意 结果故意

一、概述

在刑法理论上,根据不同的标准,犯罪故意可以分为多种不同的类型,各国学者也多不厌其详地从不同角度对犯罪故意进行分类。常见的有直接故意与间接故意、确定故意与不确定故意、预谋故意与非预谋故意、事先故意与事后故意、积极故意与消极故意、危险故意与实际故意等分法。

上述对犯罪故意所作的分类,有利于通过进一步分析确定不同犯罪故意的特征,为犯罪故意的具体认

定提供更清晰的标准;有利于通过揭示具体犯罪的不同特征,区别不同犯罪故意在主观恶性上的轻重差别,为量刑的个别化和科学化提供主观责任方面的依据。

但是,由于分类标准各异,具体标准的理解也有分歧,犯罪故意的类型问题显得比较杂乱无序,特别是缺失行为故意与结果故意的犯罪故意的分类标准,不能不说是现有犯罪故意分类方法的一大缺憾,笔者按照个人的理解,对于犯罪故意的类型进行了新的探

讨。^①本文就其中行为故意与结果故意概念的提出,略作进一步的阐述。

在我国刑法学界,大部分学者认为,行为的结果是指危害社会的结果,这是故意犯罪认识的核心内容。^②因为,根据刑法规定的“明知自己的行为会发生危害社会的结果”的立法精神,不言而喻,行为结果应当是每一犯罪故意必不可少的认识内容。认为犯罪故意可以脱离对行为结果认识而独立存在,是缺少法律根据的。^③法律对某些犯罪的成立不要求有犯罪结果的发生,并不等于这种犯罪不会造成危害社会的结果。任何犯罪都会发生危害社会的结果,尤其是故意犯罪是行为人有意识、有目的行为,他必然认识到其行为的危害结果。所以,即使对于举止犯来说,只有认识到行为结果,才能构成犯罪故意。犯罪故意的认识因素的实质是对危害结果的预见。^④行为人对危害结果有无认识、是否要求其认识是一回事,法律在构成要件的客观方面是否以一定的危害结果作为必要要件是另一回事,不能因为法律不以危害结果为必要要件,否定行为人在主观上对一定的危害结果必须有认识。^⑤

正是基于上述认识,以及我国刑法分则规定的故意犯罪大部分都是结果犯的事实,我国犯罪故意的分类绝大多数对结果故意予以特别关注。因此,一般常见的犯罪故意分类方法,实际上也多集中在对于结果故意的进一步分类,例如直接故意和间接故意的划分,实害故意与危险故意的划分,确定故意与不确定故意的划分等等,甚至以此代替了对所有犯罪故意的分类,而完全忽视了行为故意的存在。

与上述通说不同的是,我国也有学者对此持有异议。如有学者指出:根据定义,只有“明知”会发生危害“结果”才能构成故意犯罪,这表明所有故意犯罪均为“结果犯”,即只有发生了法定结果才能成立既遂犯,然而,事实上刑法分则的故意犯罪不少都是“行为犯”。只要实施了行为就可以成立既遂。^⑥在国外,大陆法系的刑法理论一致认为:故意认识的范围是“构成要件的事实”。这完全不同于我国刑法上的“危害社会的结果”,所以行为的结果是否成为认识的内容,完全取决于结

果是否被规定为构成要件的事实。结果犯中的结果是构成要件事实,行为人自然应当认识;行为犯的构成要件中不存在结果,行为人自然不必认识。我国台湾学者一般都持这种观点,如林山田认为:“结果犯必须对于行为结果之间因果关系有所认识,始具备故意之认知要素。……至于行为犯因无待于结果之发生,故无认识之必要。”^⑦

按照我国刑法第14条规定,犯罪故意的成立均应以行为人对危害结果的认识和希望、放任的意志态度为要件,这种规定实际上从立法上排除了行为故意;在刑法理论界,绝大多数学者忽视了行为故意的存在;个别学者主张修改故意犯罪的概念,给行为犯以一席之地,但没有明确提出行为故意的概念。笔者认为,应承认行为故意存在之事实,并给予行为故意与结果故意在犯罪故意分类中同样的地位。

二、行为故意与结果故意分类法的根据

笔者拟将犯罪故意首先区分为行为故意和结果故意,是基于如下几方面的理解和认识:

第一,犯罪故意作为行为人决意和支配整个犯罪行为的意志心理过程,必须首先包括对行为本身的认识及决意。行为人故意责任的成立,第一位的普遍的根据是“明知是违法的、构成要件的行为而决定实施”;第二位的、对部分犯罪而言的根据才是“明知是违法的、会导致构成要件的结果,而仍决定实施行为使该结果出现”。否定犯罪意志对犯罪行为的选择和努力过程,是对犯罪故意本位内容的忽视。

第二,我国刑法中结果犯的故意,必须具备对法定的构成要件结果的认识与意志。无论在刑法理论中,还是在司法实践中,在认定结果犯的犯罪故意时,事实上都是紧紧围绕构成要件的结果而展开考察的。明确提出结果犯的故意以对构成要件结果的认识与意志为要件,在理论上更明确,在操作上更简便。

第三,对于刑法中行为犯故意的成立,既不当,也无必要以行为人对构成要件以外的某种“危害结果”的认识和意志,作为必要的要件。首先,犯罪构成及其

① 贾宇:《罪与刑的思辨》,法律出版社2002年版,第143页。

② 陈兴良:《刑法哲学》,中国政法大学出版社1999年版,第180页。

③ 姜伟:《犯罪故意与犯罪过失》,群众出版社1992年版,第117~118页。

④ 赵秉志等编:《中国刑法词典》,学林出版社1989年版,第196页。

⑤ 陈兴良:《刑法哲学》,中国政法大学出版社1999年版,第216页。

⑥ 储槐植:《建议修改故意犯罪定义》,《法制日报》,1991年1月24日。

⑦ 林山田:《刑法通论》,(台湾)三民书局1986年再版,第121页。

中犯罪故意的要件,就是用以说明某种行为具有社会危害性,并且已达到应受刑罚处罚程度的规格和标志,比之抽象的“社会危害性”或“危害社会的结果”更明确,更具操作性,没有必要再随时刻意强调行为的社会危害性及行为人对它的认识。其次,在行为犯中,只要行为人对于构成要件的行为具有事实认识、违法性认识和犯罪意志,则已足以认定其犯罪故意的成立,完全没有必要去考察行为人对其行为的危害结果有无认识和意志。再次,行为犯的构成要件中没有规定具体的危害结果,如果要考察行为人对行为危害结果的认识和意志,就只能去考察行为人抽象的“对社会有害”的认识和意志,或者去确定并考察对某种构成要件以外的具体危害结果的认识和意志,而这两种做法,均既缺乏可操作性,又不符合罪刑法定原则的精神。

第四,刑法中结果犯故意的成立,有着不同于行为犯的条件要求,即行为人除具备对于行为本身的认识与意志外,还必须对于构成要件的结果具有法定的认识与意志。由于对构成要件结果的认识与意志,系以对于构成要件行为的认识与意志为前提,因此在考察结果犯故意的成立时,重点应在于考察行为人对于构成要件结果的认识与意志。

第五,行为人对于行为意志态度,与对于构成要件结果的意志态度有所不同,需要分别加以表述。行为人对于行为的意志态度均是积极的,不可能存在对于行为本身的消极、放任的意志态度,否则行为就不可能实施。因为行为犯的行为就是他的目的行为。其故意不可能再分出间接故意、放任故意;不存在间接故意、放任故意,也就没有必要把行为犯的故意称为直接故意、希望故意。直接与间接、希望与放任等概念,只能用于区分结果犯的故意,因为结果犯的结果不一定是行为人的目的结果,根据行为人对于结果的意志心理过程和意志态度,自然可以分出直接故意与间接故意、希望故意与放任故意等类别。

第六,行为故意与结果的分类,可以解决关于意志的态度的认定等方面的一些理论争议。例如,有学者认为,行为人对于犯罪行为也可以有放任的意志态度,^①系因为我国刑法把“放任”这种只能对构成要件结果表现出来的意志态度,规定为所有犯罪故意(包括行为犯的故意)都可能出现的意志态度而导致的误解。基于同样的原因,另有学者则完全否认犯罪故意中应包括行

为人对于行为的意志态度。^②这两种主张都有失偏颇。行为故意与结果故意的区分,可以清楚地说明两种不同类型的犯罪故意在认识内容与意志特征方面的不同要求,从而使类似上述的理论争议迎刃而解。

三、行为故意与结果故意的概念

(一)行为故意,是指明知自己的行为属于违法的、构成要件的事实,而决意并以意志努力支配实施该种行为的心理状态。

行为故意以行为人对构成要件行为的明知及意志为主要内容,如具备则构成犯罪故意,并不要求行为人对行为的结果有所认识,也不必考察行为人对行为结果的意志态度。

行为故意就是行为犯的故意。我国刑法上所规定的行为犯,其犯罪故意的成立,均应以具备行为故意为已足,或者说均应属于行为故意。例如,刑法分则第316条规定的脱逃罪,构成要件中并无具体危害结果的规定,认定其犯罪故意时,自然也不必要求行为人对于行为的某种构成要件外的具体危害结果有所认识、具备某种意志态度。只要行为人认识到自己是被关押的罪犯、被告人、犯罪嫌疑人,所实施的是脱逃行为,并知道法律禁止被关押的罪犯、被告人、犯罪嫌疑人脱逃,而仍决意并以其意志努力支配实施该行为的,就成立该罪故意,至于脱逃行为会造成何种危害结果、法律为何禁止脱逃,均不要求行为人有所认识(客观上行为人可能有认识),也不必去考察行为人对危害结果的意志态度。

(二)结果故意,是指行为人明知自己的行为会导致违法的、构成要件的结果,而决意实施该行为并希望、容忍或放任这种结果发生的心理状态。

结果故意以行为人对行为结果的明知及一定的意志状态为主要内容,成立这种犯罪故意,不仅要求行为人明知行为事实及其违法性质并有实施种行为的决意,而且要求行为人明知行为会导致违法的、构成要件的结果,并对这种结果的出现持希望、容忍或放任的意志态度。

结果故意就是结果犯故意。凡刑法规定以某种具体危害结果的出现为犯罪既遂要件的结果犯,其犯罪故意的成立,均应以行为人以该构成要件结果的认识及法定的意志态度为必要条件。例如,故意杀人罪中杀

① 储槐植:《建议修改犯罪故意定义》,《法制日报》1991年1月24日。

② 陈兴良:《刑法哲学》,中国政法大学出版社1992年版,第184页。

人故意的成立,必须具备行为人对受害者死亡结果的认识与法定意志态度;盗窃罪中盗窃故意的成立,必须具备行为人对财物的非法转移结果的认识与希望意志等等。

四、行为故意与结果故意的认识内容与意志特征

(一)行为故意的认识内容与意志特征

行为故意的认识因素表现为,行为人明知自己的行为是违法的、构成要件的事实。首先,行为人必须对构成要件的行为本身有认识。例如,侮辱、诽谤的行为人,必须了解自己的行为是贬低他人人格的行为,或者捏造事实损害他人名誉的行为。假设某甲要某乙把一张纸贴到墙上,而某乙没有文化,并不知道这张纸的内容是侮辱、诽谤他人的,就不能认定某乙有侮辱、诽谤他人的故意。其次,行为人必须对构成要件行为的违法性有认识。例如,偷越国(边)境的行为,必须知道这种行为是国家法律所不允许的。假设某丙居住在边境地区,此地居民素与境外频繁往来,从来无人告知他们国家法律要求出入国(边)境必须办理出入境手续,否则即为违法,则某丙尽管知道自己已经超过国境,但由于缺乏对行为的违法性认识,仍然不能构成犯罪故意。

行为故意的意志因素表现为,行为人决意并以积极的意志努力支配构成要件行为的实施。首先,行为人在对行为的事实认识与违法性认识的前提下,作出了实施构成要件行为的决定(决意);其次,行为人以对行为过程的意志选择和意志努力,积极支配所决定的主观意志外化为客观行为。就行为人对于构成要件行为的意志态度而言,行为人都持积极的、希望的态度。从这个意义上讲,行为故意都是直接故意、希望故意。但由于行为故意中并不存在间接故意或放任故意等情形,也为了不混同于结果犯的直接故意、希望故意,笔者不主张把行为故意称为直接故意或希望故意。

具备上述两方面的要件,即是行为犯的故意成立的充足根据,不必再考察行为人对于其他抽象的或构成要件的具体的“危害结果”的意志态度。例如,认定侵犯少数民族风俗习惯罪的故意,以查明行为人明知自己的行为会侵犯少数民族习惯,而且明知国家法律保护少数民族的风俗习惯,却决意并以自己的意志努力支配实施该种行为,即为充足条件,至于行为人是否认识到这一行为会造成民族团结关系的破坏,或者认识到这一行为对于具体受害人会造成精神上的损害,则

没有进一步查明的必要,因为后者并不是该罪的故意成立的必要要件。

(二)结果故意的认识内容和意志特征

结果故意的认识因素表现为,行为人明知自己的行为会导致违法的构成要件的结果。结果故意的认识要素,包括行为人对构成要件的行为、结果及行为与结果间的因果关系的认识。首先,行为人必须对自己的行为、结果及行为与结果间的因果关系的事实有所认识。即行为人必须知道在干什么,而且知道这种行为会导致构成要件的结果。例如,某甲持枪杀人,必须明知自己拿的是枪,自己在射击,自己在向一个人射击,而这一射击行为会导致那个人死亡。如果是一个并没见过枪、不了解枪的性能、作用的人在拿枪乱抠,或者了解枪的人认为自己是在射击树丛中的野兽,而导致了他人的死亡结果,都不能成立杀人故意。其次,行为人必须对于自己导致构成要件结果的行为的违法性有所认识。例如,行为人明知自己在拿枪向一个人射击,也知道射击行为会造成该人的死亡结果,但他认为自己是在实施正当防卫,因为对方正在盗窃国家财产。该行为人就由于缺乏对行为及其结果的违法性的认识,而不能成立杀人故意。

结果故意的意志因素表现为,行为人决意实施构成要件的行为,并对构成要件结果的发生持希望、容忍或放任的意志态度。结果故意的意志内容,以行为人对于构成要件行为的决定和意志努力为前提,并在此基础上,对于构成要件的结果持希望、容忍或放任的意志态度。关于希望与放任的意志态度,我国刑法理论界有较一致的认识。所谓“容忍”的概念,是笔者提出,以指代那种明知必然性但并非希望或放任态度的意志态度的。^①对于结果犯而言,客观上不出现法定构成要件的结果,则不能成立该罪的既遂;主观上具备对于法定构成要件结果的希望、容忍或放任,则不能成立犯罪故意。例如,行为人某甲明知酒后开车是违法的行为,也认识到酒后开车可能导致他人死伤的结果,但在意志态度上并不希望、容忍或放任他人死亡或伤害结果的出现,而是自恃技术高超,欲努力避免致人死伤的结果出现。这种情况下,即使出现了致人死伤的结果,也不能认为行为人某甲具有杀人故意或伤害故意,因为行为人不具备对于构成要件结果的法定意志态度。

(作者单位:西北政法学院)

① 参见贾宇:《罪与刑的思辨》,法律出版社2000年版,第146页。

量 刑 概 说

冯 军

(中国人民大学法学院,北京,100872)

【提 要】 对量刑存在广义与狭义的认识。大陆法系国家有六种量刑模式,对刑罚目的的认识不同,将影响量刑的标准。凡是影响责任和预防必要性的因素,都是量刑事实。

【关键词】 量刑 量刑标准 量刑事实 量刑过程

中图分类号: DF613

文献标识码: A

量 刑

一、量刑的意义

二、量刑规定的立法例

三、刑罚理论与量刑标准

四、量刑的事实因素

五、量刑过程

一、量刑的意义

量刑(Strafzumessung),也称刑的量定,是指法院针对具体案件中的特定行为人进行的为了在对法定刑进行必要的修正后所得到的处断刑的范围内决定宣告刑所展开的必要的裁量活动。^①

“量刑”本质上是立法者与法官的“共同活动”。^②立法者所设立的法定刑是决定刑量和刑种的首要标准。法定刑是刑法分则条文对一定种类的具体犯罪所抽象规定的刑罚。法官根据法定情节或者酌定情节对法定刑进行加重·减轻的修正后所形成的刑罚,就是处断刑。例如,日本刑法第235条规定盗窃罪的法定刑是十年以下的惩役;当两个盗窃罪需要并罚时,其处断刑的上限是十五年、下限是一个月的惩役(第235条、第45条、第47条、第12条);当对一个盗窃罪应该进行酌量减轻时,其处断刑的上限为五年、下限为十五

来稿日期:2002-01-15

作者简介:冯军(1963-),男,湖北省随州人,法学博士,先后留学日本、德国,现为中国人民大学法学院副教授。

① 关于什么是量刑,学者的理解存在分歧。有学者把刑量的决定称为“狭义的量刑”,把包含了刑量、具体的刑种及附随效果的决定称为“广义的量刑”,参见〔日〕川崎一夫:《体系的量刑论》28页以下。也有学者区别了最狭义的量刑(决定刑量,即自由刑的刑期或者财产刑的金额)、狭义的量刑(决定刑量和选择刑种)、广义的量刑(决定刑量和选择刑种以及决定是否免除刑罚、是否缓刑)及最广义的量刑(决定刑量和选择刑种以及决定是否免除刑罚、是否缓刑,还包括决定是否予以附随处分,例如,卖春防止法中的辅导处分和公职选举法中的停止公民权),参见〔日〕松尾浩也:“刑的量定”,载宫泽浩一、西原春夫、中山研一、藤木英雄(编)《刑事政策讲座·1卷》337页以下。

② 在德国,量刑(Strafzumessung),被分为法律的量刑(gesetzliche Strafzumessung)和法官的量刑(richterliche Strafzumessung),前者指立法者对法定刑及刑的加重、减轻事由的决定,后者指法官根据对具体行为的评价从法定刑中推导出最终刑的过程, Vgl. Hans-Jürgen Bruns, Strafzumessungsrecht, 2. Aufl., 1974, S. 36ff.; Hans-Heinrich Jeschbeck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 1988, S. 777ff.

日的惩役(第235条、第66条、第68条第3号、第12条、第14条)。在处断刑的范围内具体地量定、宣告的最终刑就是宣告刑。这种从法定刑经处断刑而至宣告刑的过程就是量刑。

无论是法定刑还是处断刑,立法者都让具有相当的幅度(刑罚幅度 Strafraumen),以便在量刑时适应具体事案和具体行为人的状况来实现实质的公正。在这个相当的幅度内选定宣告刑,则由法官自由裁量。法官要在这个幅度内选定自己认为与具体事案和具体行为人的状况相当的刑量和刑种。法官究竟选定怎样的刑量和刑种,乃是刑事被告人在今天最为关心的事。因为对大多数刑事案件的被告人而言,被宣告无罪的可能性很小,刑事诉讼程序已经在很大程度上保障着无罪的人不受刑事审判,一旦被检察机关起诉,十有八九要被判有罪。在这种情况下,刑事被告人往往只关心量刑的结果,法官自由裁量的刑罚就对他们及关心他们的人具有极为重要的意义。

虽然量刑是由法官自由裁量的,但是,法官并不能肆意裁量刑罚。法官的量刑必须具有客观合理性,不具有客观合理性的不当量刑是刑事被告人提起上诉的法定理由,对量刑不当的判决,审理上诉案件的法院应当予以改判(中国刑事诉讼法第189条第2项,日本刑事诉讼法第381条、第411条第2号)。具有客观合理性的量刑,首先应该存在事前的可预测性。虽然允许不同地域、不同法官的量刑存在某种程度的差异,^③但是,量刑的结果不应该与其他法律专家事先详细研究案情后根据法律作出的预测相差悬殊,完全不

可预测的量刑不能说是具有客观合理性的量刑。具有客观合理性的量刑,其次应该存在事后的可检证性。法官的量刑结果应该是事后可以证明的,必须能够说明为什么就得出了某量刑结果。当量刑结果只能解释为由某种不可检证的神秘力量所支配时,就不能说是具有客观合理性的量刑。

为了使量刑具有客观合理性,必须对应该采用的量刑标准、应该考虑的量刑事实和应该遵循的量刑过程进行研究,也就是说要研究作为当为的量刑。但是,在研究作为当为的量刑时,应当以作为存在的量刑为基础。作为当为的量刑要说明的是理论上应当如何量刑,作为存在的量刑要说明的是实务上如何量刑。对量刑进行实证研究,可以说是对量刑进行当为研究的重要前提,不研究现实的量刑状况就很难得出合理的量刑理论。在外国学者中,有学者就各个犯罪类型研究了标准的科刑,也有学者对量刑事实的重要度进行了研究,还有学者对影响量刑活动的心理因素进行了分析。例如,日本学者不破武夫就具体犯罪类型的量刑进行了实证研究后得出的结论是:(1)在杀人罪中,对杀害婴儿行为的标准科刑是二至三年的惩役,并且大部分被缓刑;对杀害丈夫行为的标准科刑,在既遂时为十年以上的惩役,在未遂时为七年以下的惩役。(2)在伤害罪中,伤害致死的一般被判处二至四年的惩役,一般伤害的大多被判处有期徒刑·科刑。(3)在放火罪中,大多被判处最低五年的惩役。(4)在盗窃罪中,初犯大多被判处六个月至一年半的惩役,累犯大多被判处二至四年的惩役。^④日本学者高桥正己对杀人罪中不同行为类型的量刑进行了研

^③ 由于审判者的差异而产生的量刑差异(disparity in sentencing),即量刑不平均(sentencing disparity),被称为量刑格差,有学者指出其产生与下述因素相关:(1)审判者对被起诉的犯罪事实的看法;(2)审判者法官对量刑诸原理的看法,又包括(a)审判者对犯罪重大性的看法、(b)审判者对量刑的目的·效果及可能科处的刑种之宽严的看法、(c)审判者对量刑的诸一般原理的看法、(d)审判者对加重事由·减轻事由之影响力的看法;(3)审判者的犯罪观、刑罚观,又包括(a)审判者对犯罪原因的看法、(b)审判者对刑罚目的的看法、(c)审判者对宣告刑罚所产生之作用的看法;(4)审判者的个人背景和社会背景,又包括(a)年龄、(b)社会阶层、(c)职业、(d)出生于城市还是农村、(e)民族及种族、(f)性别、(g)宗教、(h)政治信仰。

A. Ashworth, Sentencing and Criminal Justice, 2nd ed., 1995, p. 34.

^④ 参见〔日〕不破武夫:《关于刑的量的实证的实证研究》,3页以下。

究,得出的结论是:最轻的类型是杀害私生儿型,其次是一同自杀型(特别是母子一同自杀)·防卫杀人型及忍从反抗杀人型,它们全部或者80%至90%被判处缓刑,而暴徒杀人型·利欲怨恨杀人型·变质怨恨杀人型被判处的刑罚最重,大多被判处十年或者十年以上的惩役,处于两者中间的是痴情杀人型·酩酊杀人型·激情杀人型及精神异常杀人型,它们大多被判处五、六年至七、八年的惩役。^⑤

在过去的几十年中,外国学者越来越致力于量刑问题的研究,提出了不同的量刑模式。^⑥通过对作为存在的量刑进行考察,指出其利弊得失,从而建立作为当为的量刑理论模式,满足法共同体对确立公正的量刑制度的期待,是中国刑法学者的迫切任务。

二、量刑规定的立法例

外国刑法中关于量刑的规定,大致有以下六种模式:

(一) 规定量刑要以行为人的责任为根据,同时列举具体的量刑事实。例如,瑞士刑法(1996年修订)第63条规定:“法官根据行为人的罪责(Verschulden)量刑;量刑时要考虑到被告的犯罪动机、履历和个人情况”。^⑦奥地利刑法(1974年)第32条在“一般的基本原则”中规定:“①刑的量定的基础是行为人的责任。②在进行刑的量定时,只要加重事由及减轻事由尚未决定着法定刑,法院就必须对其进行相互的比较衡量。此时,特别要考虑到行为人对法所保护的表示拒绝或者不关心的态度在何种程度上可以归属于其所为,或者使具有法所保护的价值的行为作出所为的外部情况或者动机在何种程度上可以归属于其所为。③行为人有责任或者虽然

不是行为人招致的但是行为人的责任所涉及的加害或者危险越大,一般就要严格地量定刑罚,同样,行为人的行为违反的义务越大、行为人越是充分地熟虑了其所为、行为人越是慎重地准备了其所为、行为人越是无思虑地实行了其所为或者对所为给予的注意越少,就越要严格地量定刑罚。”

(二) 规定量刑要以行为人的责任为基础,同时应该考虑“刑罚目的”,并进而列举具体的量刑事实。例如,德国刑法第46条在“量刑的基本原则”中规定:“①行为人的责任是量定刑罚的基础。必须考虑刑罚对行为人在社会中的未来生活所期望发生的作用。②在量定时法院要对照考虑对行为人有利和不利的情况。此时特别要考虑:行为人的动机和目标,由行为所表明的感情和在行为时所使用的意志,违反义务的程度,行为实施的形式和所造成的效果,行为人以前的经历、其人的和经济的的关系以及行为之后的活动、特别是其补偿损害的努力及行为人实现与被害人和解的努力。③已经是法律的构成要件的标志的情况,不允许加以考虑。”日本1974年的改正刑法草案第48条在“一般基准”中规定:“刑罚应当根据犯罪人的责任量定。适用刑罚时,应当考虑犯罪人的年龄、性格、经历与环境、犯罪的动机、方法、结果与社会影响、犯罪人在犯罪后的态度以及其他情节,并应当以有利于抑制犯罪和促进犯罪人的改善更生为目的。死刑的适用,应当特别慎重。”

(三) 规定量刑时要考虑“行为的社会危险性程度”(和“犯人的人格状况”)以及“刑罚目的”,并列了具体的量刑事实。例如,1969年的波兰刑法第50条规定:“①法院要考虑行为的社会危险性的程度、在社会作用方面

^⑤ 参见〔日〕高桥正己:《对杀人罪量刑的实证研究》,载日本的犯罪学3(对策1)126页以下,特别是142-144页。

^⑥ 参见〔德〕汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特著,徐久生译:《德国刑法教科书》,1040页。

^⑦ 瑞士刑法第64条还对从轻处罚的情况作了规定,即,“行为人因下列各项原因之一而行为的,法官可对其从轻处罚:出于值得尊敬的动机;在严重之困境情况下;在受到严重威胁之压力下;因必须对之服从之人或因其依赖之人的要求下;行为人因被害人行为的诱惑;非法刺激或侮辱造成行为人愤怒和痛苦;真诚悔悟,尤其是赔偿可望其赔偿的损失;犯罪后经过的时间较长,且在此期间行为表现良好;行为人年龄在18至20岁之间,对其行为的不法性还不能完全认识”。参见徐久生译:《瑞士联邦刑法典》,25页。

的刑罚目的、刑罚应该对受刑人实现的预防及教育目的,在法定的范围内,基于自己的判断量定刑罚;②在考虑第1项规定的指标时,法院特别要考虑由犯罪行为所引起的损害的种类及大小、行为人的动机及行为的形式、其人格特性和条件、以及至今的生活行状、实施犯罪行为后的态度和是否与年少者共同实行。”1997年的俄罗斯联邦刑法典第60条在“处刑的一般原则”中规定:“①对被认定犯罪的人,应在本法典分则有关条款规定的限度内,并考虑本法典总则的规定,判处公正的刑罚。在对犯罪规定的所有刑罚种类中,只有在较轻的刑种不能保证达到刑罚的目的时才得判处更重的刑种。②在依照本法典第69条和第70条的规定数罪并罚和数个判决合并处刑时,可以判处比本法典分则有关条款对犯罪规定的刑罚更重的刑罚。判处比本法典分则有关条款的规定更轻的刑罚的根据由本法典第64条规定。③在处刑时应考虑犯罪的性质和社会危害性的程度以及犯罪人的身份,其中包括减轻刑罚的情节和加重刑罚的情节,以及所处的刑罚对改造判刑人的影响和对其家族生活条件的影响。”^⑧

(四)规定在量刑时应该考虑“犯罪的轻重”及“犯人的犯罪性”,并列了具体的量刑

事实。例如,1930年的意大利刑法典第132条在“法官在适用刑罚时的裁量权、限度”中规定“在法律规定的限度内,法官通过裁量适用刑罚。法官必须表示认为其正当地行使了裁量权的理由。除了法律有特别规定的场合之外,在加重或者减轻刑罚时,不得超过就刑罚的各种类所规定的限度。”;第133条在“犯罪的轻重、刑罚效力的评价”中规定:“在行使前条的裁量权时,法官必须根据如下的事由考虑犯罪的轻重。①行为的性质、种类、方法、客体、时间、场所及其他情况,②给犯罪的被害人所造成的损害或者危险的轻重,③故意的强度或者过失的程度。法官还必须就下列事项考量犯人的犯罪能力。①犯罪的动机及犯人的性格,②刑事上和裁判上的先例及一般对其犯罪起作用的犯人的行状及生活,③犯罪当时或者事后的行状,④犯人的个人的、家庭的或者社会的生活情况。”

(五)只规定“刑罚目的”。例如,1962年的美国法律协会模范刑法典第1.02条在“目的·解释上的原则”中规定:“(2)关于刑的适用及犯罪人的处遇的规定的一般目的如下:(a)防止犯罪的实行;(b)促进犯罪人的矫正及改善;(c)保障犯罪人不受到过重或者恣意的处罚;(d)对基于有罪认定所宣告的刑

^⑧ 俄罗斯联邦刑法典还对“减轻刑罚的情节”和“加重刑罚的情节”分别作了规定。其第61条规定:“1. 减轻刑罚的情节:(1)由于各种情况的偶合而初次实施犯罪;(2)犯罪人未成年;(3)犯罪人怀孕;(4)犯罪人有幼年子女;(5)由于生活困难情况的交迫或者出于同情的动机而实施犯罪;(6)由于身体或心理受到强制或由于物质的、职务的或其他的依赖从属关系而实施犯罪;(7)因违反正当防卫、拘捕犯罪人、紧急避险、正当风险、执行命令或指令等合法条件而实施犯罪;(8)由于受害人的行为不合法或不道德而实施犯罪;(9)自首、积极协助揭露犯罪、揭发同案犯和起获赃物;(10)在犯罪之后立即对受害人给予医疗救助或其他帮助,自愿赔偿犯罪所造成的财产损失或精神损害,以及其他旨在补偿对受害人所造成的损失的行为。2. 在处刑时还可以考虑本条第1款没有规定的减轻刑罚的情节。3. 如果减轻刑罚的情节已在本法典分则的有关条款中作为犯罪要件作了规定,则它本身不得在处刑时再重复予以考虑。”其第63条规定:“1. 加重刑罚的情节是:(1)多次犯罪、累犯;(2)由于实施犯罪而发生严重的后果;(3)参加团伙、有预谋的团伙、有组织的集团或犯罪团体(犯罪组织)实施犯罪;(4)在犯罪中作用特别积极;(5)引诱患有严重精神病的人或处于不清醒状态中的人犯罪,以及引诱未达到刑事责任年龄的人犯罪;(6)出于民族、种族、宗教的仇恨或敌视的动机而实施犯罪,为报复他人的合法行为而实施犯罪,以及为了掩盖其他罪行或为给其他犯罪创造条件而实施犯罪;(7)由于他人执行职务或履行社会义务而对他人及其亲属实施犯罪;(8)对犯罪人明知正在怀孕的妇女、以及对幼年人、其他没有自卫能力或孤立无援的人实施犯罪或者对依赖从属于犯罪人的人实施犯罪;(9)犯罪特别残忍,对受害人进行虐待或严重侮辱,以及折磨受害人;(10)使用武器、弹药、爆炸物品、爆破装置或伪造爆破装置、专门制造的机械、有毒物质和放射性物质、药品和其他化学品犯罪,以及对采用身体或心理的强制迫使他人实施犯罪;(11)在紧急状态、自然灾害或其他社会灾难条件下以及在聚众骚乱中实施犯罪;(12)利用他人因犯罪人的职务地位或合同而对犯罪人给予的信任实施犯罪;(13)利用国家权力机关代表的制服或证件实施犯罪。2. 如果加重刑罚的情节已在本法典分则有关条款中作为犯罪要件作了规定,则它本身不得在处刑时再重复予以考虑。”参见黄道秀译:《俄罗斯联邦刑法典释义》,145页以下。