

酌量减轻立法根据论

张万顺

(宁夏回族自治区中卫市人民检察院, 宁夏中卫, 755000)

摘要: 新中国刑法中的酌量减轻规定直接来源于苏俄刑法典, 同时也受到了我国台湾地区刑法典、日本刑法典等的影响。酌量减轻作为一项有利于被告的量刑制度, 具有救济“情轻法重”、健全“轻罚机制”的功能。97刑法属于重刑结构, 加之出罪机制不畅, 要达致个案公正, 尤应充分发挥酌量减轻的补救功能。酌量减轻的规定不违背罪刑法定原则, 也与宽严相济刑事政策的精神相契合。

关键词: 酌量减轻; 有利被告原则; 个案公正; 轻罚机制; 罪刑法定原则

中图分类号: D924.13

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2009)06-0748-08

97刑法第63条第2款“犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻情节, 但是根据案件的特殊情况, 经最高人民法院核准, 也可以在法定刑以下判处刑罚”的规定, 是由79刑法第59条第2款“犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节, 如果根据案件的具体情况, 判处法定刑的最低刑还是过重的, 经人民法院审判委员会决定, 也可以在法定刑以下判处刑罚”的规定演变而来。这两款规定即为酌量减轻的立法规定。酌量减轻作为量刑制度的一种, 与法定减轻相对应, 又有酌定减轻、裁量减轻、特别减轻、法外减轻、破格减轻等称谓, 简称则一般为“酌减”。

刑法修订过程中, 在酌减的存废问题上争议激烈。主废者认为酌减制度一则违背罪刑法定, 二则造成法官自由裁量权的滥用。主存者则提出: 酌减制度与罪刑法定不矛盾, 酌减的司法适用也大多是合理的; 立法难以穷尽生活中的各异情状, 而酌减能够最大限度地实现罪刑相称; 另外, 保留这一制度也是政治、外交、民族及宗教等方面的特殊需要^[1](91-92)]。97刑法选择了折衷, 将酌减予以保留但对其适用程序进行了严格限制: 将“经人民法院审判委员会决定”修改为“经最高人民法院核准”^①。虽然不管学界还是实务界, 对于新近发生的“许霆利用ATM机故障恶意取款案”适用酌减鲜有反对的声音^②, 但通过回顾立法资料以及许霆案之前关于酌减的评论就能发现, 有关酌减, 尚存在不少悬而未决的问题。本文选取以下三个问题进行探讨: 第一, 新中国刑法中的酌减规定从何而来? 第二, 酌减的功能何在? 第三, 酌减与罪刑法定原则是何关

系?

一、酌量减轻立法的渊源性根据

如果不把对“减轻”的理解局限于新中国刑法的规定之中^③, 那么就会发现, 作为减轻处罚的一种, 酌减并非新中国刑法所独有, 而是世界范围内的刑法所广泛采用的。全国人大常委会法工委的郎胜先生所谓“修改这一条(指79刑法第59条第2款)的时候, 我们也研究了国外刑事立法的情况, 国外的刑法里面好像都没有这样的规定”的说法^[2](396)], 显然值得商榷。而“关于法官酌定减轻处罚裁量权, 近现代的各国的刑事立法多有规定”的判断则属客观之论^④。要对新中国酌减立法的渊源进行考察, 有必要首先对世界范围内的酌减立法状况进行了解。

(一) 域外酌量减轻立法择述

仅据笔者所知, 典型的酌减规定至少还存在于以下国家或地区的刑法中: 日本、俄罗斯、意大利、韩国, 我国的台湾地区、澳门地区, 以及历史上的清末、中华民国、苏俄^⑤。并且, 上述各法域中的酌减规定并非相互孤立, 而是存在或清晰或模糊的继受、移植关系。本文仅对与新中国酌减立法有关联的域外立法择要予以梳理。

1. 我国台湾地区←中华民国←清末←日本

日本刑法典以第12章对“酌量减轻”进行了规定, 其第66条: “犯罪情状可悯谅者得酌量减轻其刑”; 第

收稿日期: 2009-04-10

作者简介: 张万顺(1983-), 男, 山东昌乐人, 宁夏回族自治区中卫市人民检察院侦查员, 主要研究方向: 刑法学。

67条：“依法律加重或减轻者，仍得依前条之规定酌量减轻其刑”^⑥。日本刑法典颁布于1907年，至今已修改了21次，但均未涉及以上两条。与之相同，台湾地区刑法典亦用两个条文对酌减进行了规定。即，第59条：“犯罪之情状显可悯恕，认科以最低度刑仍嫌过重者，得酌量减轻其刑”；第60条：“依法律加重或减轻者，仍得依前条之规定酌量减轻其刑”。实际上，这两条与日本刑法的规定确实存在渊源关系。众所周知，台湾刑法是对民国刑法的继受。1935年民国刑法第59条规定：“犯罪之情状可悯恕者，得酌量减轻其刑”；第60条规定：“依法律加重或减轻者，仍得依前条之规定酌量减轻其刑”。此后，“民国刑法”虽历经1948至1997年共7次修正，但这两条一直未动。直至2005年2月2日，第59条被小幅修正^⑦。有学者曾针对修正前的规定指出，其不过是日本刑法规定的翻版而已^[3](441)]。实际上，酌减的规定至少还可以追溯到我国近代刑法典之肇始的大清新刑律中。大清新刑律“大体继受日本刑法”，第10章“酌减章”中规定了：审案犯罪人之心术及犯罪之事实，情轻者可减刑^{[4](886, 884)[5]}。袁世凯就任大总统后，大清新刑律经过删改，更名为“暂行新刑律”，于第54条规定：审案犯罪人之心术及犯罪之事实，其情轻者，得减本刑一等或二等。其立法理由谓：为裁判犯罪而制定分则以下各条，然同一犯罪，情节互异，若守株一致，则法律之范围过狭，反致有伤苛刻，故予审判官以特权，临时酌量犯罪人之心术与犯罪之事实，减一等或二等也^{[6](173)[7]}。此后的“修正刑法草案”，改“酌减章”为“酌加、酌减章”，于第55条规定：审案犯罪人之心术，犯罪之损害及其他情节，得加重或减轻本刑一等或二等^[8]。北洋政府时期编成的“刑法第二次修正案”，酌加的规定被删除。《修正刑法草案》和《刑法第二次修正案》均未正式颁行，但后者作为蓝本，略经修正后即成1928年民国刑法，其于第77条规定：犯罪之情状可悯恕者，得酌减本刑^[4](895, 903, 915)]。后经修订，即成1935年民国刑法。

综上，就我国台湾地区刑法中的酌减而言，在国内就可以追溯到大清新刑律。大清新刑律又“大体继受日本刑法”，这样就有理由相信，台湾地区刑法典中的酌减规定至少可以追溯至日本刑法中。

2. 俄罗斯←苏俄←？

俄罗斯刑法第61条第1款列举了10种减轻情节，第2款又规定：“在处刑时还可以考虑本条第1款没有规定的减轻处罚的情节”，即法院有权按照自己的裁量认定任何情节是减轻情节，只不过需要在判决书中指明法院根据什么理由认定何种情节为减轻情节。第64条规定了“判处比法定刑更轻的刑罚”，第65条第2款又规定：“对于陪审员认为有罪但值得特别从宽处罚的

人，可以依照本法典第64条的规定判处比法定刑更轻的刑罚。”^[9]

上述规定可以追溯到苏俄刑法中去。1922年苏俄刑法典第28条规定：“由于案件的特殊情况，法院确信必须判处低于本法典相当条文对这种犯罪所规定的刑罚方法的最低限度，或者确信必须判处相当条文所没有规定的较轻的刑罚种类的时候，可以不依照相当条文的规定，但是，应当在判决中详细说明这样做的理由。”^[10]1926刑法典第51条的规定与之基本相同^⑧。1960年苏俄刑法典第43条规定：“法院斟酌特殊的案情和犯罪人的个人情况，认为有必要时，可以对犯罪人判处低于法律对这种罪行所规定的最低限度的刑罚，或者改用他种较轻的刑罚，但必须说明理由。”^[11]应该指出的是，1922年苏俄刑法典之前，酌减的规定已经出现——至少日本刑法典中就存在。苏俄刑法典中的酌减规定来源于域外立法的推测应该是成立的，只是限于笔者掌握的资料，尚不能理清。

(二) 新中国酌量减轻立法探源

新中国第一部刑法典于1979年7月诞生，但刑法典的起草准备工作早在建国之初就被启动，于1950年7月25日拟成《中华人民共和国刑法大纲草案》(以下简称《大纲草案》)，1954年9月30日拟成《中华人民共和国刑法指导原则草案》(以下简称《原则草案》)。其后，受政治情势的影响，上述两部草案仅仅作为书面材料保存下来，没有进入立法程序，也没有公开向社会征求意见。因而，这段时期的工作只能算作“练笔”^[12](39-40)]。但是，两部草案的影响不应被低估。至少79刑法中酌减的确立，前一个草案就功不可没。其于第27条(法定刑范围外减轻刑罚)中规定：“犯罪人社会危险性不大，或因其他特殊情形，法院认为依法从重或从轻处罚，嫌其过重者，得于法定刑范围外减轻处罚之，但必须于判决书中说明减轻之理由。”^[13](144)]如果我们将本规定与前文述及的苏俄刑法典、民国刑法典、日本刑法典以及台湾地区刑法典的相关规定进行对照，就可以发现似曾相识。当然，草案起草之前，由于存在酌减规定的国家或地区并非唯一，就当时来说，曾经存在以及仍然存在的酌减规定之间的关系也可谓错综复杂，要给第27条理出一条绝对清晰的“血缘”脉络并非易事。但是，笔者认为至少以下两个判断应该是成立的：

第一，第27条的规定直接(且主要)来自于苏俄刑法典。第27条中“犯罪人社会危险性不大，或因其他特殊情形”的表述应该是受到苏俄刑法中“特殊的案情和犯罪人的个人情况”等表述影响的结果；“必须于判决书中说明减轻之理由”更是与苏俄刑法中“应当在判决中详细说明这样做的理由”等规定如出一辙。其实，

在当时的历史背景下,已明令宣布废除旧法统的新中国,曾经大量借鉴、移植苏俄立法也是不争的事实。当然,《大纲草案》很大程度上是由陈瑾昆、蔡枢衡、李光灿、李浩培、李祖荫等法学家完成的,甚至“在某种程度上也可以说是他们的学术作品”^{[12](40)},但在新中国已经废除旧法统的情形下,对于法学家们来说,移植苏俄刑法的规定,既方便又能保证政治方向正确。

第二,大清新刑律、民国刑法典以至台湾地区刑法典,甚至日本刑法典的相关规定对第27条的产生亦不无影响。从深受日本刑法典影响的大清新刑律开始,酌减规定就开始出现,直到民国刑法典,其存在的正当性极少受到质疑。陈瑾昆等法学家对此应是了然于胸的,对于深受旧法统浸染的他们来说,既保存这一规定又能保证政治方向正确,想必是其乐意为之的。

虽然酌减的规定在《原则草案》中没有重现,但迟至1956年11月12日草案第13次稿中,就对《大纲草案》关于酌减的规定进行了恢复。至第30稿中对酌减的适用程序作了更严格的限制,将“应当在判决书中说明理由”修改为“经过上一级人民法院核准”。至第36稿中“经过上级人民法院核准”的规定被删除,“案件的特殊情况”的表述也被修改为“案件的具体情况”。第37稿增加了“经人民法院审判委员会决定”的规定,并最终被确立为97刑法第59条第2款^{[13](166-188, 319, 444, 473)}。97刑法第63条第2款的立法过程更为曲折。1988年9月,第一次刑法修改草稿中,将97刑法中的“在法定刑以下判处刑罚”修改为“低于法定刑判处刑罚”。1996年8月8日总则修改稿和1996年8月31日刑法修改稿中,酌减的规定被删除。至1996年10月10日的征求意见稿中,则于第63条提供了两种方案:或者删去酌减规定,或者予以保留但程序上进行严格限制,将酌减的最终决定权交与“高级人民法院或者最高人民法院审判委员会”行使。此后,12月中旬稿中规定:“犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节,如果根据案件的具体情况,判处法定刑的最低刑还是过重的,经最高人民法院审判委员会核准,也可以在法定刑以下判处刑罚。”第八届全国人大五次会议秘书处1997年3月13日印稿第63条,将前稿中的“如果”二字改为“但是”,将“经最高人民法院审判委员会核准”改为“经最高人民法院核准”,并最终被确立为97刑法第63条第2款^{[13](840, 1152, 1227, 1300, 1380, 1850)}。

二、酌量减轻立法的功能性根据

所谓“功能”,是指“事物或方法所发挥的有利的作用;效能”^[14]。酌减制度之所以产生并被沿用至今,与

其特有的功能是分不开的。酌减的功能曾被简要表述为“救济‘情轻法重’”,本文也予以采纳。另外,笔者认为,酌减构成与酌量免除(酌免)的衔接,起着健全“轻罚机制”的作用,本文也将其作为功能之一进行论述。

(一) 救济“情轻法重”

酌减救济之救济“情轻法重”功能,大清新刑律、民国刑法与我国台湾地区刑法的“立法理由”中都可以得到体现,学者们的论述也与之一脉相承。民国学者俞承修先生就对1935年民国刑法第59条论道:“犯罪之情状不同,刑罚之限度不一,若拘泥一致,对于堪以矜宥之人,或有失入之病,特设本条以示悯恕,亦全法原情之道也。”并明确指出:“本条为救济法定刑过重者而设,即旧律所谓情轻法重之情形”。^{[6](184)}台湾学者苏俊雄先生的论述更为具体:“……虽然各种类型的构成要件具有‘抽象性’,且多数的法定刑均采‘相对刑’立法方式,而有最高与最低刑度的标准……但是这种法定刑的规定,原则上仅能因应常态性、典型性的犯罪行为。若遇有客观上之犯罪情状有可悯恕的事实,尽管只科处法定刑之最低刑度仍嫌过重的情形,此际法官对该法定刑之最低刑度规定,如未有修正权,则法律恐将去人情于不仁,形成苛律,而与现代刑法的刑事政策指导原理亦有未合。”而刑法第59条赋予法官在具体案件上的酌减之权,“庶不致为法定刑中最低限度所限,而致有失当之虞。就此而言,其系属于一种救济‘情轻法重’的概括授权规定。本条立法,尤其对‘从严立法’的刑事政策,具有补救的意义……”。^{[3](439)}据介绍,酌减规定在台湾被称为法官的“帝王条款”,而且是法官“最常用的减刑依据”。新近的案例就有“白米炸弹客”杨儒门上诉案:检察官在开庭时即表示同意适用酌减,法官最终在判决中也援引了酌减规定,将一审的7年徒刑改为5年^⑩。

正如储槐植先生所言:以生命刑和自由刑为中心的刑法结构在当今世界上属于重刑结构,以自由刑和财产刑为中心的当为轻刑结构。以我国97刑法为例,死刑罪名多达68个,约占全部罪名总数的16%,所有罪都被挂上了徒刑,没有一个罪的法定刑只限于拘役或罚金,这种结构决定了罚金不能成为主刑^{[15](54-55)}。在这种重刑结构下,“情轻法重”的情形定然不在少数。例如,新近的“许霆盗窃案”,以及其后浮出水面的宁波、云南等各种版本的“许霆案”中暴露出的^[16-17]。在此类案件中适用酌减,既可以准确地认定犯罪,又能最大限度地实现罪刑相称,可谓理想而明智的选择^⑪。据笔者统计^⑫,最高人民法院自2000年8月15日以来,除了2008年8月22日核准的“许霆盗窃案”以外,还

至少核准了以下 11 个案件适用 97 刑法第 63 条第 2 款：“李建贵故意案”^①、“程乃伟绑架案”^②、“徐钦朋非法买卖爆炸物案”^③、“洪志宁故意伤害案”^④、“吴洪照受贿案”^⑤、“许善新等走私普通货物案”^⑥、“王杰等抢劫案”^⑦、“查从余、黄保根非法买卖爆炸物案”^⑧、“王海生故意伤害案”^⑨、“杨逸章故意伤害案”^⑩和“俞志刚绑架案”^⑪。上述案件无一涉及酌减“主存者”在立法过程中提到的政治、外交、民族及宗教等特殊因素，但在笔者看来，这丝毫不妨碍在这些案件中适用酌减的必要性与合理性^⑫。另外，从笔者自公开的资料中收集到的适用 79 刑法第 59 条第 2 款的 38 个生效判决来看，判决作出的时间跨度自 1991 年 6 月 17 日至 2002 年 12 月 24 日；案件性质上，以盗窃案居多(16 件)，贪污、贿赂、挪用公款案次之(9 件)，诈骗类(包括金融诈骗)案件又次(4 件)，其余走私普通货物物品案(2 件)、虚开增值税专用发票案(1 件)、故意杀人案(1 件)、故意伤害案(2 件)、抢劫案(2 件)、投毒案(1 件)、非法拘禁案(1 件)较少，总的来说，经济犯罪占了绝大多数(32 件)。对于前述经济犯罪案件，在“情轻法重”的情形下适用酌减，应该说是极为必要的；而对于故意杀人、故意伤害、抢劫等案件^⑬，由于相关罪名的法定刑相当重，在特定情形下适用酌减也是实现个案公正的要求。

我国刑法中死刑罪名之多广遭诟病，绝对确定的死刑规定(97 刑法第 121 条规定的劫持航空器罪中“致人重伤、死亡或者使航空器遭受严重破坏的”，第 239 条规定的绑架罪中“致使被绑架人死亡或者杀害被绑架人的”)更是首当其冲。而酌减在缓和绝对死刑规定的弊端方面，作用不可忽视。台湾第 263 号“大法官会议解释”甚至以酌减的存在作为绝对死刑规定不违背宪法规定“比例原则”的理由^⑭。张明楷先生也曾指出，案件遇到绝对死刑规定时，即使不具有法定的减轻、免除处罚情节，也可以适用酌减而不判处死刑^⑮。

(二) 健全“轻罚机制”

刑法机制作为一个刑法术语，在我国由储槐植先生最早提出，其词义概念为刑法运作的方式和过程。刑法机制不是静态的、理念的，而是动态的、实践的^⑯。刑法机制是否顺畅，取决于其组成要素间的力量博弈。其中，“入罪机制”与“出罪机制”之间的对立，早已为学界所熟知。但实际上，如果以对被告人有利与否的标准区分，还有“有利被告机制”与“不利被告机制”的上位范畴存在。“有利被告机制”涵摄“出罪机制”和“轻罚机制”；与之相对应，“不利被告机制”也包括“入罪机制”和“重罚机制”。广义的“重罚机制”，包括制刑及量刑中的加(从)重处罚，行刑中的撤销假释、缓刑等；广义的“轻罚机制”，则包括制刑与量刑

中的减(从)轻处罚、免除处罚，行刑中的减刑、假释、赦免等。本文所谓的“轻罚机制”是在狭义上(即量刑的意义)上使用的，指减(从)轻处罚、免除处罚等量刑制度。“轻罚机制”与“出罪机制”接合，并与之共同促进刑法保障人权机能之实现。而酌减在“轻罚机制”之中，上承法定减(从)轻，下接酌免，三者共同构成一套严密的“轻罚机制”。

刑法的重刑结构，应该予以反制。而能够对重刑结构形成反制的，无外乎“出罪机制”和“轻罚机制”。但是，与德日、英美的犯罪论体系相比，我国大陆目前通行的四要件体系不利于出罪^⑰。即便我们可以选择用足刑法第 13 条但书“情节显著轻微危害不大的不认为是犯罪”这一具有刑事政策性的规定，但这一规定的适用也不无局限性：一方面，由于我国采取的是刑罚、劳动教养和治安处罚的三级制裁体系，以但书出罪的人往往会受到劳动教养或者治安管理处罚，而在劳动教养的情况下不经司法程序对公民人身自由的剥夺可达 3 年之久，此时，“但书规定对出罪者并非福音，有时甚至处罚更重”^⑱；另一方面，但书的适用范围有限，并不能适用于所有分则条文^⑲。在不能用但书出罪，法定或酌定从轻处罚以后量刑仍然过重，又没有法定的减轻事由的情况下，酌减的补救功能就凸显出来了。申言之：

第一，在存在第 37 条“对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可以免于刑事处罚”规定的情况下^⑳，酌减是一个必要的过渡性制度。缺少酌减，势必形成法律空档，使一些原本可以酌减的行为，或者得不到减轻，或者被免除处罚，甚至直接以 13 条但书出罪，造成罪刑间的严重失衡。

第二，如果缺少酌减规定或者酌减规定被架空，法官在处理案件时为了实现“罪刑相称”，可能会在案件的定性上想办法。例如，在前已述及的最高法院已裁定核准适用 97 刑法第 63 条第 2 款的“李建贵故意伤害案”中^㉑，昌吉市中级人民法院在复核本案时，有一种意见就主张以过失致人死亡罪对被告人李建贵判处 3 年以下有期徒刑并适用缓刑。如果这种主张被采纳，在量刑上也无不当，但却属于法律适用错误。

三、酌量减轻与罪刑法定关系之辨正

现在的罪刑法定^㉒，不独在司法层面上被尊为金科玉律，在立法层面上，亦被奉为衡量立法正当性的圭臬。酌减立法的初衷是救济“情轻法重”，但初衷的美好并不能作为“立法正当”的认证标志。讨论酌减的立

法根据,其与罪刑法定的关系问题不容回避。但在我国大陆,此问题并没有得到妥善解决,本文试解之。

(一) 学界观点辨正

97 刑法施行之后,有学者质问道:“最高法院就可以决定在没有法定减轻处罚情节的情况下减轻处罚,那刑法规定罪刑法定还有什么意义”?^[21]还有学者将 79 刑法中的类推制度与酌减相提并论,并指出酌减“要求法官追求个别公正法定刑幅度外量刑,甚至于牺牲法的安定性与一般公正。这实际上是司法权对立法权的严重侵犯。这种制度性规定本身就是对罪刑法定理念的破坏”。而且,97 刑法将适用酌减的决定权收归最高法院“并未改变该制度违反罪刑法定的本质”。^{[1](97)}更有甚者认为:79 刑法规定的酌减与类推相比,前者与罪刑法定原则的冲突程度更甚,从实践中适用的数量来看,对罪刑法定原则的破坏也更大^[22]。陈兴良先生对上述观点评论道:这表明相当一部分学者“对罪刑法定原则在认识上还存在误区”,79 刑法中规定的入罪类推,是一种不利于被告的类推,而就酌减而言,“一方面在立法上授权,另一方面又是一种有利于被告的规定,这完全符合罪刑法定原则”。^{»[23]}

笔者基本赞同陈兴良先生的上述观点,但想补充的是,仅以酌减由刑法明文规定且有利被告来论证其正当性仍显不够。因为,即使是刑法明文规定且有利于被告的自由裁量权与罪刑法定之间也不无紧张关系。在此意义上,陈兴良先生的下列论述值得商榷:“罪刑法定原则所具有的限制机能,是对法外入罪和法外加刑的限制,但罪刑法定原则从来不对出罪和减刑加以限制”。^{»[23]}笔者认为,有利被告的自由裁量权,并非因为有法律授权就天然地获得合理性,在法律赋予的自由裁量权过于宽泛时,不管这种自由裁量权是否有利于被告,都有可能对罪刑法定原则造成冲击。诚如储槐植先生所言:罪刑法定原则虽然在产生和形成阶段的功能仅在于限制国家司法权的任意发动以保障人权,但其发展到今天,已兼具惩罚犯罪和保障人权的双重功能,“犹如游戏规则,规则起初是外加于游戏的,久而久之,规则与游戏融为一体,无规则的游戏已不能称作游戏而是胡闹……在当今社会,刑法与罪刑法定原则已融为一体,可以说‘罪刑法定原则’与其载体‘刑法’在功能上是相同的”。^{»[24]}如果刑法规定了过于宽泛的有利被告的自由裁量权,其保障被告人权的机能固然容易实现,但惩罚犯罪的机能就不无落空之虞。

实际上,即使是对于酌减的功能予以充分肯定的苏俊雄先生,也对于台湾地区刑法中的酌减规定有所质疑,其质疑甚至上升到了宪法原则的高度:根据法

律保留原则,凡是涉及公民权利限制的国家规范,应由法律加以规定;如果法律授权可以以命令进行补充规定的,那么授权的目的、内容及范围,都应具体明确。“基于原有法定刑范围的公信性与被害者保护的平衡”,法律如果有授予法官酌减权力的意旨,也应该具体规定其理由及标准,才符合法治原理中的授权明确性原则。而台湾刑法关于酌减的概括授权规定,“恐怕无法分别规范对象、内容或法益本身及所受限制之轻重所容许之合理差异,而为适当的罪责平衡”,因而“不无合宪性上的余虑”。也因其授权规定的内容不甚明确,“恐怕因而造成立法与司法权限分际的模糊,且与现代刑法理论之力求犯罪行为之类型化——据以贯彻刑法保护法益与维系司法公平的功能,理念上亦有未合”。^{»[3](440-441)}虽然苏俊雄先生的上述质疑针对的是 2005 年修正之前的台湾地区刑法而言,但由于修正的幅度并不大,甚至可以说主要是吸收了司法实践已经采取的见解,因而,上述质疑也基本适用于现行规定。

(二) 笔者的立场

对于我国大陆的酌减与罪刑法定关系的考察,同样应置于“轻罚机制”的视角下,在赋予法官酌减权的必要性与立法授权的明确要求之间进行权衡。在我国刑法的重刑结构下,为了实现刑法的公正、谦抑和人道价值[®],在一定程度上牺牲立法授权的明确性原则是值得的,而酌减正是这种权衡的合理结果。

据郎胜先生介绍,79 刑法酌减规定的大量适用是进入 20 世纪 90 年代才开始的,而且主要集中于贪污贿赂案件。而据最高人民法院副院长张军分析:1988 年全国人大常委会《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》为贪污贿赂罪的处罚规定了明确的数额,而随着时间的过去,当时的数额已经不能反映现实情况了,法律又没有及时调整,正是酌减的适用使相当一部分案件实现了罪刑相当^{[2](390-391,393)}。至于 79 刑法时代是否发生了酌减权的滥用,以及在多大程度上被滥用,都是需要实证的问题,不可轻下结论,而以酌减权滥用为核心理由的“主废论者”却几乎从未提出实例进行说明。退一步讲,即使 79 刑法时代确实发生了酌减权的滥用,那这种滥用应该说与其时多数判决书中根本不说不理,或者说理不充分的关系极大,而不能归咎于酌减本身。例如,有人对某县法院在 1987~1994 年的 8 年间,在判决书中写明适用 79 刑法第 59 条第 2 款的 20 个刑事判决进行审查,发现在判决书中没有说明适用理由的就有 4 件,占 20%^[25]。而在判决书中进行充分说理,本身就是法治的应有之义,推行起来难度也并非多大。

四、结语

新中国刑法中的酌减并非“特立独行”，而是有着诸多立法例的支撑，了解了这一点，就不至于将其视为“怪胎”的同时，怀疑其存在的正当性与合理性。事实上，在我国，酌减之补救过厉立法、实现个案公正的功能不容忽视。作为“轻罚机制”的组成部分，酌减不仅不与罪刑法定相冲突，而且是贯彻宽严相济刑事政策的重要法律资源。

97刑法对酌减规定了“经最高人民法院核准”的程序条件，不少学者将其视为贯彻罪刑法定、体现刑事司法严肃性的努力^⑤，但笔者并不以为然。因为，一方面，司法制度的繁复会造成“司法懒惰”习气^{[1](97-98)}，酌减的适用程序复杂，下级法院对于能否得到直至最高法院的各上级法院的复核、核准并无把握，出于多一事不如少一事的考虑，就会极不情愿援用酌减规定^[26]。另一方面，这种制度设计使最高法院不堪重负。张军副院长曾透露，最高法院原来的两个刑庭一起一年最多能办理六七百案件，而一个法院一年判一件适用酌减的案件并不算多^[27]。截至2004年底，全国已有各级各类法院3548个^[28]，即使两个法院判一件，一年就有1774件。即使目前最高法院的刑庭已有五个，但新增设的三个刑庭主要是应对死刑复核的，并不能有效解决酌减案件的核准问题。笔者认同恢复79刑法中将适用酌减的决定权赋予本级法院审判委员会的规定的观点——保守考虑，也应交于高级法院审判委员会行使。至于酌减可能出现的滥用问题，“可以通过抗诉等诉讼手段加以解决。只有这样，才能真正为实现宽严相济刑事政策提供法律根据。”^[23]况且，97刑法施行至今，已十年有余，我国法官队伍的整体素质应该说已有了明显提高，我们应该予以充分的信任，而不是一听到“自由裁量”，就将其与“关系案”“人情案”“金钱案”划上等号，否则，我们很难期望“一放就乱、一统就死”的现象得到显著改观^⑥。

注释：

① 在实体上，“案件的具体情况”的规定修改为97刑法的“案件的特殊情况”，并删去了79刑法中“判处法定最低刑仍然过重的”的表述。有学者也将其视为对酌减适用条件的限制，但笔者不以为然，而认为应对“案件的具体情况”与“案件的特殊情况”作相同的解释。详细论述请参见：张万顺：《酌量减轻的实体条件》，黄明儒：《潇湘刑事法论丛（第三卷）》，湘潭大学出版社，2009。

② 后文简称为“许霆案”。在广州打工的许霆，利用银行自动取款

机出现故障，恶意取款17.4万元人民币（达到了“盗窃金融机构”的数额特别巨大的司法解释标准），一审被广州市中级人民法院判处无期徒刑，这一判决在社会上引起了强烈反响。广东省高级人民法院于2008年1月9日撤销原判，发回重审。广州中院于2008年3月31日作出判决：“……鉴于许霆是在发现银行自动柜员机出现异常后产生犯意，采用持卡窃取金融机构经营资金的手段，其行为与有预谋或者采取破坏手段盗窃金融机构的犯罪有所不同；从案发具有一定偶然性看，许霆犯罪的主观恶性尚不是很大。根据本案具体的犯罪事实、犯罪情节和对社会的危害程度，对许霆可在法定刑以下判处刑罚”，仍以盗窃金融机构定性，但适用酌减判处5年有期徒刑。2008年4月9日许霆提起上诉。5月22日，广东高院作出“驳回上诉，维持原判”的终审裁定，并报请最高法院核准适用酌减。最高法院于8月20日作出核准裁定。转引自“北大法意网”（www.lawyee.net）。本文注释所引网址，除非特别说明，均于2009年4月10日最后访问过。

- ③ 与新中国刑法不同，域外刑法中往往没有“从轻”和“减轻”之分，只有“减轻”的表述，而且从其刑法对“减轻”幅度的规定来看，其“减轻”的效果大体上相当于新中国刑法中的“从轻”。
- ④ 史明武，王辉：《论我国的法官酌定减轻处罚裁量权》，《中央政法管理干部学院学报》，2000（2）：22。另外，张明楷先生从量刑事由角度所作“裁判上的减轻事由……各国刑法对此均设有规定”的判断似乎过于绝对。参见：张明楷：《外国刑法纲要（第二版）》，清华大学出版社，2007：406。
- ⑤ 对世界范围内酌减立法的较详细整理可参见：张万顺：《酌量减轻处罚研究》，湘潭大学硕士学位论文，2008：12-20。
- ⑥ 牧野英一：《日本刑法通义》，陈承泽译，李克非点校，中国政法大学出版社，2003：86。张明楷先生的翻译参见：《日本刑法典（第2版）》，法律出版社，2006：29，126。
- ⑦ 修正后的台湾地区刑法于2006年7月1日起施行。实际上，在作此修正之前，“必于审酌一切之犯罪情状，在客观上显然足以引起一般同情，认为纵予宣告法定最低刑度犹嫌过重者，始有其适用”，就已经在“最高法院”38年台上字第16号、45年台上字第1165号、51年台上字第899号判例中被提出了。参见：台湾“法务部”版草案修正说明。转引自台湾刑事法学会拟拟“中华民国刑法”部分条文修正草案，www.tcls.org.tw/info/MakeRule01.doc。
- ⑧ 只是舍弃了“刑罚”的概念，而代之以“社会保卫方法”。参见：[苏]A·盖尔青仲：《苏联和苏俄刑事立法史料汇编（1917—1952）》，郑华等译，法律出版社，1956：495。
- ⑨ “严”与“厉”两字含义有相同的一面，也经常连用，但储槐植先生在“严”与“厉”区别的一面进行使用两字，即用“严”表刑事法网严密，刑事责任严格，以“厉”示刑罚苛厉，刑罚过重。将苏先生所谓“过严的刑法”转换为储先生的话语就是“过厉的刑法”。本文除非直接引用，也在区别的意义上使用“严”和“厉”。
- ⑩ 法官在本案中援引酌减的理由在于：杨儒门放置的白米炸弹未造成人员伤亡，使用手段在可控制范围内，且动机是为唤醒政府及社会大众关注弱势农民及儿童权益，又在台美稻米谈判事务上有正面意义，加之杨没有前科，自首后认罪态度良好。参见：萧白雪：《白米炸弹客杨儒门 改判5年10月》，台湾检察官协会网，http://www.pra-tw.org/News_Content.aspx?news_id=935；萧白雪：《杨儒门上诉案 检方同意援引减刑规定》，检察官协会网，http://www.pra-tw.org/News_Content.aspx?news_id=826。
- ⑪ 梁根林先生对许霆案中法院以“盗窃金融机构数额特别巨大”定性，量刑中从无期减到5年徒刑的做法颇有微词，但其理由之一为：“判五年大体妥当的、能够解释得通的、可以认定的罪名大概还有几个，如侵占、诈骗等，反正是疑难案件，疑难案

- 件就可能各种各样的解释,我们选择的只是一个更合理、更妥当的解释而已。”笔者对此理由难以认同,而是坚持,即使面对疑难案件,也应该首先考虑准确性。参见:梁根林.现代法治语境中的刑事政策.国家检察官学院学报,2008(4):160.
- ^⑫ 笔者的统计以最高法院(或其内设部门、机构)编辑的《刑事审判参考》、《最高人民法院公报》、《人民法院案例选》等一手资料为依据,或者以“北大法意网”(www.lawyer.net)、“国家法规数据库”(www.chinalaw.net)中转载的上述资料为依据。下文使用的适用 79 刑法第 59 条第 2 款的案例的收集途径亦同。
- ^⑬ 参见:最高人民法院中国应用法学研究所.人民法院案例选,2001(3).转引自“国家法规数据库”。核准理由为:“被害人在案件起因上有一定过错,李建贵是在劝阻被害人停止酒后滋事而遭被害人拒绝的情况下作案,故意伤害的手段、情节一般,主观上对伤害结果所持的放任态度情节轻微,且犯罪后真诚悔罪”。
- ^⑭ 参见:刑事审判参考,2002(3).法律出版社,2002:45-50.核准理由为:“本案发生于亲属之间,犯罪情节较轻,被告人有悔罪表现”。
- ^⑮ 参见:刑事审判参考,2005(5).法律出版社,2006:15-18.核准理由为:“被告人徐欣朋购买爆炸物确因生产所需,未造成严重社会危害,且归案后认罪态度较好,有悔改表现”。
- ^⑯ 参见:刑事审判参考,2006(2).法律出版社,2006:26-31.核准理由为:“被害人患有严重心脏疾病,洪志宁的伤害行为只是导致被害人心脏病发作的诱因之一”。
- ^⑰ 参见:最高人民法院中国应用法学研究所.人民法院案例选,2004(刑事专辑).北京:人民法院出版社,2005:517-521.核准理由为:“吴洪照收受的贿赂中有 10 万元的出资证明系干股,还不是实得利益,且有支付劳务的因素,并且吴洪照在侦查阶段具有坦白交代的情节”。
- ^⑱ 参见:刑事审判参考,2003(2).转引自“北大法意网”。核准理由为:“许善新的行为不构成立功,但对本案的侦破起了重要作用”。
- ^⑲ 参见:最高人民法院刑事审判第二庭.经济犯罪审判指导,2004(4).人民法院出版社,2005:13-18.核准理由为:“被害方扣押三被告人身份证件、迫使其长期超时工作并故意拖欠工资是引发本案的重要原因,且三被告人作案未造成其他严重后果”。
- ^⑳ 参见:最高人民法院公报,2005(5).转引自“北大法意网”。核准理由为:“查从余、黄保根确因生活所需非法买卖炸药,没有造成严重社会危害,经教育确有悔改表现”。
- ^㉑ 参见:最高人民法院公报,2005(8).转引自“北大法意网”。核准理由为:“被告人王海生主观恶性较小,伤害手段一般,犯罪情节轻微”。
- ^㉒ 参见:最高人民法院公报,2007(1).转引自“北大法意网”。核准理由为:“被害人死亡的主要原因是其生前患有严重疾病,杨逸章的伤害行为只是被害人死亡的诱因”。
- ^㉓ 参见:刑事审判参考,2008(4).法律出版社,2008:10-16.核准理由为:“俞志刚拐骗控制儿童时间较短,在控制期间未实施暴力、威胁,且能及时醒悟,不再继续犯罪,作案后认罪态度好,确有悔罪表现等具体情节”。
- ^㉔ 97 刑法将绑架罪的起点刑设置为 10 年有期徒刑,这种过“厉”的立法受到了广泛的批评,在司法实践中也遇到了不少问题,这应该是权威资料公布的适用第 63 条第 2 款的 11 个案件中就有两例绑架案的原因。虽然《中华人民共和国刑法修正案(七)》(2009 年 2 月 28 日通过)将绑架罪的起点刑降为 5 年有期徒刑,但是,5 年的起点刑对于绑架罪来说仍有过高之嫌(高于故意杀人罪的 3 年),酌减在此后绑架案的司法实践中仍有适用的空间。例如,在“俞志刚绑架案”中,被告人俞志刚获刑 4 年徒刑(并处罚金 3 万元),即使适用“修正案七”处理此案,仍需适用酌减。
- ^㉕ 其中,故意杀人案为“吴振江因家庭琐事,酒后扔木棒欲击其叔反杀其父案”;故意伤害案为“沙桂泉、朱群山为摆脱被害人纠缠,强行驾车离开将其摔伤案”与“马金荣将其作恶多端的儿子伤害致死案”两件;抢劫案为“王从华、许万全抢劫他人盗取的赃物案”与“戚道云等强索借款凭证,并逼迫被害人在虚假收据上签名,以消除债务案”两件;投毒案为“林木春为防止柚子被偷摘,而在部分柚子注射剧毒农药案”;非法拘禁案为“胡兴珍等非法拘禁并捆绑殴打持刀盗鸡的被害人致死案”。
- ^㉖ 当然,这种解释也受到了批评,有学者就批评道:“关于上述的大法官见解若成立,则过去、现在、甚至未来所有的刑法法条将永不可能违宪,因即便立法过严,违反宪法原则也因有刑法第 59 条的存在,而永无违宪之可能。如此之见解明显混淆了立法与司法之功能……”。参见:(作者不明)网络 PDF 文件.刑事政策[EB/OL]:36-38.(2007-5-10 下载)
- ^㉗ 张永红先生对“绝对不能适用但书的犯罪”“一般不能适用但书的犯罪”及“可以适用但书的犯罪”进行过较详尽的分析、列举。参见:张永红.我国刑法第 13 条但书研究.法律出版社,2004:82-96.
- ^㉘ 需要指出,我国大陆刑法理论通说和司法解释都承认刑法第 37 条规定了独立的免除刑罚的事由,但也有张明楷等学者对此予以否认,认为只是其他具体的免除处罚情节(如刑法第 67 条规定的“自首且犯罪较轻的”等)的概括性规定。本文从通说。
- ^㉙ 参见:最高人民法院中国应用法学研究所.人民法院案例选,2001(3).转引自“国家法规数据库”。本案的基本案情为:1998 年某日晚,被告人李建贵的胞兄李建军在郭某家饮酒时,因琐事与温某发生口角,被温打了一拳。李建军回家叫李建贵帮他打架,说“我在酒桌上为你要欠款(温欠李建贵人民币 150 元),温不给,还打了我,你要为我争面子。”李建贵即跟随李建军去郭某家。在郭家门外,李建贵拣起两块砖头,进入郭家后,见温手握一空酒瓶,即将一块砖头向温掷去,砸在温的脸上,致温受轻微伤。郭某见状上前将李建贵拦住,向他说明先前是因李建军的过错,温才打了李建军。李建贵听后转而斥责李建军,说“都是你的错,你还不赶快回家。”此时李建军已醉酒,不听劝说,继续与人争吵。李建贵羞怒之下将另一块砖头掷向李建军,击中李建军的头部。之后,李建贵等人即搀扶着李建军回家休息。次日早晨,李建军被发现死于家中。案发后,被告人李建贵的认罪态度好,真诚悔罪。本村村民联名写信反映,被告人平日表现良好,被捕后其父因心脏病发作而死亡,家中只剩一个弱智的母亲和正在读书的未成年弟弟,生活困难,请求法院从轻判处。新疆昌吉市中级人民法院经审理,以故意伤害(致人死亡)罪判处李建贵徒刑 3 年缓刑 5 年。
- ^㉚ 借用储槐植先生《现在的罪刑法定》(《人民检察》2007 年第 11 期)一文的提法。
- ^㉛ 值得注意,苏俄学者贝斯特洛娃也曾针对苏俄刑法典中的酌减规定评论道:本规定“具有十分重大的意义”,其“使苏维埃法院在对被判处者选择刑罚时,可以广泛地裁量……充满着社会人道主义”,而且“与社会主义法制的原则并不矛盾”。参见:[苏]贝斯特洛娃.苏维埃刑法总论(讲义).中国人民大学刑法教研室译.中国人民大学出版;华东政法学院教务处翻印:214.
- ^㉜ 陈兴良先生提出:公正、谦抑、人道,是现代刑法的三大价值目标,构成刑法的三大支点。参见:陈兴良.刑法哲学(修订三版).中国政法大学出版社,2004:10.
- ^㉝ 例如:高铭喧,赵秉志.中国刑法立法之演进.北京:法律出版社,2007:81;陈兴良.刑事法总论.北京:群众出版社,2000:177-178.
- ^㉞ 姜伟先生在与陈兴良等先生的对话中,谈及法官的自由裁量权时说:“现在中国的情况是一放就乱,一统就死”。参见:张军,姜伟,郎胜,陈兴良.量刑中的酌情减轻处罚.张军等.刑法纵横

谈(增订版·总则部分). 北京: 北京大学出版社, 2008: 396.

参考文献:

- [1] 蒋熙辉. 论特别减轻制度[C]//陈兴良. 刑事法判解(第3卷). 北京: 法律出版社, 2001.
- [2] 张军, 姜伟, 郎胜, 陈兴良. 量刑中的酌情减轻处罚[C]//张军等. 刑法纵横谈(增订版·总则部分). 北京: 北京大学出版社, 2008.
- [3] 苏俊雄. 刑法总论III[M]. 台北: 作者自版, 2000.
- [4] 谢振民. 中华民国立法史(下)[M]. 张知本校订. 北京: 中国政法大学出版社, 2000.
- [5] 杨堪, 张梦梅. 中国刑法通史(第八分册)[M]. 沈阳: 辽宁大学出版社, 1987: 55.
- [6] 俞承修. 中华民国刑法总则释义(下册)[M]. 上海: 上海会文堂新记书局, 1936.
- [7] 蔡墩铭. 刑法暨特别法(立法理由·令函释示·判决决议·实务问题)汇编[Z]. 台北: 五南图书出版公司, 1983: 322.
- [8] 孙西勇. 民国刑事立法概论[D]. 南昌: 江西师范大学硕士学位论文, 2005: 19-20.
- [9] [俄]俄罗斯联邦总检察院. 俄罗斯联邦刑法典释义(第二版·上册)[M]. 黄道秀译. 北京: 中国政法大学出版社, 2000: 148, 153, 162, 164.
- [10] [苏]A·盖尔青仲. 苏联和苏俄刑事立法史料汇编(1917-1952)[Z]. 郑华等译. 北京: 法律出版社, 1956: 242.
- [11] [苏]H·A·别利亚耶夫, M·Л·科瓦廖夫. 苏维埃刑法总论[M]. 马改秀等译. 北京: 群众出版社, 1987: 356-357.
- [12] 高铭喧, 赵秉志. 中国刑法立法之演进[M]. 北京: 法律出版社, 2007.
- [13] 高铭喧, 赵秉志. 新中国刑法立法文献资料总览(上,中,下)[Z]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 1998.
- [14] 中国社会科学院语言研究所词典编辑室. 现代汉语词典(第5版)[Z]. 北京: 商务印书馆, 2005: 475.
- [15] 储槐植. 刑事一体化论要[M]. 北京: 北京大学出版社, 2007.
- [16] 吕明合. 宁波兄弟判决在即“许霆判例”考验司法[N]. 南方周末, 2008-5-1(A3).
- [17] 张寒. 对话“云南许霆”何鹏: 为何偏偏我是无期[EB/OL]. 新浪网(来源: 新京报). <http://news.sina.com.cn/s/l/2008-04-14/050915349080.shtml>.
- [18] 张明楷. 刑法学者如何为削减死刑作贡献[J]. 当代法学, 2005, (1): 10.
- [19] 储槐植. 美国刑法(第三版)[M]. 北京: 北京大学出版社, 2005: 101.
- [20] 陈兴良. 刑法知识论[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2007.
- [21] 周其华. 刑法典问题之全景揭示[M]. 北京: 法律出版社, 2003: 57.
- [22] 敬大力. 刑法修订要论[M]. 北京: 法律出版社, 1997: 114.
- [23] 陈兴良. 宽严相济刑事政策研究[J]. 法学杂志, 2006, (2): 28.
- [24] 储槐植. 现在的罪刑法定[J]. 人民检察, 2007, (11): 6.
- [25] 廖春恒. 刑法第59条第2款的适用初探[J]. 广西法学, 1995, (21): 39.
- [26] 高铭喧, 马克昌. 中国刑法解释[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2005: 778.
- [27] 张军. 刑法总则适用的几个问题[C]//最高人民检察院公诉厅, 公安部刑事犯罪侦查局. 严厉打击危害社会秩序犯罪法律适用指导. 北京: 中国检察出版社, 2002: 59.
- [28] 国务院新闻办. “中国的民主政治建设”白皮书(2005-10-19)[EB/OL]. 人民网, <http://politics.people.com.cn/GB/1027/3783369.html>.

On the origins of mitigated punishment legislation

ZHANG Wanshun

(People's Procuratorate of Zhongwei City Ningxia Hui Autonomous Region, Zhongwei 755000, China)

Abstract: Mitigated punishment in criminal law of the P.R.C directly originated from the criminal law of Soviet Union, and it has also been positively influenced by the criminal law of Chinese Taiwan, and that of Japan, and so on. As a sentencing system for the defendant, it has the function of redeeming when the slight crimes with severe punishments were prescribed so as to perfect the lightly punishing mechanism. In the criminal law (1997) of the P.R.C, severe punishments were prescribed. Considering the fact that the decriminalization mechanism does not run smoothly, mitigated punishment's function of redeeming should be highly regarded so as to produce justice in concrete cases. Mitigated punishment is not against the principle of a legally prescribed punishment for a specified crime, rather, it conforms to the spirit of the criminal policy of temper justice with mercy.

Key words: mitigated punishment; principle of for the defendant; justice in concrete cases; lightly punishing mechanism; principle of a legally prescribed punishment for a specified crime

[编辑: 苏慧]