

量刑自由裁量权述论

屈学武*

自由裁量权包括刑事实体法上的自由裁量权和刑事程序法上的自由裁量权,统称审判(trial)自由裁量权。量刑(sentence)自由裁量权则是其中实体法权利之一,指法官在法律规定的范围内,对业已定罪的犯罪分子是否判处刑罚以及判处什么样的刑罚的酌情裁决权。

一、量刑自由裁量权的范围

量刑自由裁量权是一个法学概念,因而不同的角度有不同的类型范围。

首先,从裁量权的形成依据看,量刑自由裁量权包括立法法定和司法释定的自由裁量权。立法法定的自由裁量权指刑法明文法定的弹性量刑规范或量刑幅度。例如德国 1976 年刑法第 213 条就规定:“故意杀人者……因被害人对其个人或亲属加以虐待或重大侮辱引起激怒,致当场实施杀人行为,或有其他情节轻微事由者,处 6 个月以上 5 年以下自由刑。”

司法释定的自由裁量权,指司法解释授予法官酌情裁量的弹性量刑规范或量刑幅度。例如,我国最高人民法院《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》规定:“被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和已宣判的罪犯,如实供述司法机关尚未掌握的罪行,与司法机关已掌握的或者判决确定的罪行属同种罪行的,可以酌情从轻处罚”。

其次,就形成裁量权的规范角度看,量刑自由裁量权包括总则性的一般自由裁量权和分则性的特殊自由裁量权。总则性的一般自由裁量权,是刑法总则基于一般犯罪中某种(些)犯罪形态或犯罪人的特性,而授予法官的一定刑罚裁量余地。例如,意大利刑法第 24 条第 2 款规定:“出于图利动机而犯罪者,法律虽规定处以有期徒刑,法官仍可科以 2000 里拉以上 80 万里拉以下罚金”。

分则性的特殊自由裁量权,指刑法分则基于个罪的特定情节或特定犯罪主体授予法官的量刑裁量权。例如,瑞士刑法第 311 条爆炸物罪第(二)款规定“情节特别重大者,处 5 年以上自由刑。情节轻微者,处 6 月以上 5 年以下自由刑”。

再次,从处罚与否的角度看,量刑自由裁量权还包括免罚与处罚裁量权两种。量刑本身就包含着对犯罪人是否处以刑罚的裁决,因而“有面免罚”实质上是一种特殊的量刑形式。由于刑法典中的有罪免罚规定往往不是刚性规范,因而这当中仍然存在一个由法官裁决的问题。例如中国现行

* 作者单位:中国社会科学院法学研究所。

实体部分还应包括应否承担刑事责任方面的自由裁量权,例如对未成年人、精神病人等实施的危害社会行为的弹性规范的裁量。

根据中国现行刑法规定,被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯,必须如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行者,方以自首论。

刑法第37条就规定,“对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的,可以免于刑事处罚”。

最后,从裁量过程看,量刑自由裁量权不仅包括判刑过程中的自由裁量权,还包括定性过程中的自由裁量权。“定性”,在此不是针对罪与非罪的裁决,而是在业已确认犯罪的基础上,针对此罪与彼罪的裁决。罪名不同,法定刑随之各异。例如杀人还是伤害罪的裁决,就直接牵涉到量刑范围及其刑种的选择。因而从一定角度看,对不同罪名的裁决,也是量刑的裁决。

二、刑事立法与司法对自由裁量权的严格限定

众所周知,量刑自由裁量权,是“相对罪刑法定主义”的产物。以贝卡利亚为首的刑事古典学派曾主张绝对的罪刑法定主义,据此,司法无权解释法律,每一个罪的法定刑也不是幅度刑而是绝对确定法定刑(absolutely definitive legally prescribed punishment)。例如我国明清刑律曾规定,“凡赌博财物者,皆杖80,摊场钱物入官”。这里,法定刑仅一种且没有上、下限幅度,据此,刑法典成了一纸对数表,法官只需要机械地、图解式地查对每一案情、每一情节、每一绝对确定法定刑并对号入座即可。如此司法,法官全然没有自由裁量刑罚的余地,而“法有限,情无穷”的道理却是不争的事实,为此刑罚既需要罪刑相适应,又需要刑罚个别化(the principle of individualization of punishment),而绝对确定法定刑的作法,因不能有所区别地处断各种主客观交织的复杂案情而难免失却公平:或是扩大了社会防卫、偏废了对公民个人权益的保护;或是滥用个人保护权而偏废了刑法对社会法益的保护。惟其如此,在此绝对罪刑法定主义理论影响下的欧洲大陆最早的资产阶级法典——1791年的《法国刑法典》——还未即施行就在征求意见时遭到大部分法官的反对而被否决了,继后的1810年法国刑法典因此作了修改:将分则法定刑改作相对确定刑(relative definite legally prescribed punishment)。所谓相对,是指法定刑不是唯一的、毫无选择的,而是有一定刑种或刑期选择以作法官量刑范围的法定刑;所谓确定,是指法官在此范围内所宣告的刑罚,必须是一个确定的刑罚而不再是不确定的刑罚或有幅度的自由刑。与此同时,如其法典的规定与法官所宣判的刑罚均是有一定幅度或刑种选择的刑罚,则称绝对不确定刑。

据了解,目前世界上绝大多数国家采用相对不确定刑的立法模式。法国1994年开始施行的新刑法,从形式上看,分则多数法定刑似乎没有刑期幅度或选择性刑种规定,好似唯一性的绝对确定刑立法模式(尤其是重罪)。但结合其总则规定可见,法国刑法分则实质上仍属有上限规定的更加严格的相对不定期法定刑。此外,日本刑法对青少年犯罪虽然有适用绝对不确定刑的规定,但日本刑法在总体上,仍属相对不确定刑的立法模式。也就是说,法官在一定范围内,对某一确定犯罪,有一定量刑裁量权。

然而,事物往往具有双面性,量刑自由裁量权过大也会适得其反。且不说这种“过大”会导致立法权旁落、司法可能擅越立法,就说法官过度地以自己的刑罚价值观影响量刑(虽然这是难免的),其结果都会导致程度不同的量刑不当、司法不公甚至司法擅断、量刑畸轻畸重,如此,则不仅会影响到刑罚目的的实现,而且可能导致本末倒置——本用以保护人民的刑罚手段可能蜕变成破坏公民基本人权的手段。因而,适度限制法官的量刑自由裁量权,已成为各国包括我国刑事立法的趋势

例如法国新刑法典第225-8条规定,“使用酷刑或野蛮行为,实行淫媒谋利犯罪的,处无期徒刑并科3000万法郎罚金”;第227-2条规定,“遗弃15岁以下未成年人,致其身体受到毁伤或永久性残疾的,处20年徒刑;遗弃15岁以下的未成年人,造成其死亡的,处30年徒刑”。此规定从形式上看,完全是绝对确定刑的立法模式。

例如立法上对某罪的法定刑为3~10年有期徒刑;法官对某少年犯的判决为服刑4~7年。该犯具体服刑多少年,要根据其服刑表现,由行刑当局最后确定。

及其刑事立法改革的重大目标之一。

(一) 国外刑事立法例

在限制法官的量刑自由裁量权方面, 1994 年 3 月 1 日生效的法国新刑法典有不少改进。首先表现在总则对罪行法定原则作了进一步地对“刑法应严格解释”的限制性规定上; 其次, 根据法国新刑法, 法官依据刑罚个别化原则而享有的自由裁量权可能导致的量刑失衡问题也部分地得到了解决, 主要体现在法国新刑法典第 132 - 19 条的规定性上。根据该条规定, 在犯轻罪の場合, 法官宣告监禁刑时, 需要特别说明选科监禁刑的理由。

有必要强调的是, 这种需要“说明理由”的立法例, 不仅在法国, 而且在欧洲不少国家的刑法中都有不同程度的反映。例如意大利刑法典第 132 条第 1 款也规定“法官在法定权限内自由裁量判刑, 但须附具自由裁量的正当理由”。

欧洲不少国家还对量刑原则作了明示规定。例如德国刑法对“量刑原则”作了标名式规定, 即“犯罪人的责任为量刑的基础。刑罚对犯罪人未来社会生活所可期待发生的影响, 应当斟酌考虑”; “法院在量刑时应权衡一切对犯罪人有利或不利的情况, ……”; 意大利刑法典第 59 条规定, “除法律另有规定外, 不论行为人是否知道或有所误解, 对加重, 减轻或免除等有利或不利行为人的情况, 应加以斟酌”; 奥地利刑法典第 32 条第 2 款规定: “法院在量刑时, 对于未明定法定刑加重事由及减轻事由的, 应予以比较衡量。行为人就不同的法律价值的取舍态度, 以及决定取舍倾向的外在环境或内在动机, 均应加以考虑”。

综上所述, 欧洲大陆法系各国确已通过刑事立法的方式, 对既保证、又指导并限制法官的量刑自由裁量权作了不少规定。从而, 有利于刑法机能的实现。

(二) 修订后的中国刑法对自由裁量权的严格限制

1997 年 3 月 14 日修订通过, 同年 10 月 1 日起施行的中国现行刑法, 与修订前的中国刑法 (包括 1979 年刑法典及当时配套施行的单行刑事立法) 相比, 在对法官的量刑自由裁量权方面作了更加严格的限制, 表现如下:

首先, 刑法总则第 3 ~ 5 条增加了刑法的基本原则规定, 即人人平等原则、罪刑法定原则和罪、刑、责相适应原则, 并因而取消了过去的类推制度。这当中, 罪刑法定原则和罪、刑、责相适应原则, 特别是后者, 实际上是对法官裁量刑罚的法律原则指导, 从而使法官们了解到量刑不仅要考究罪刑相适应, 而且要注意刑罚的个别化以及罪与罪之间、每一犯罪本身之罪案情节与罪犯人格及其刑罚规定之间的平衡, 从而达到量刑的综合平衡, 罪刑责相适应。

其次, 刑法总则第 61 条保留了原刑法的量刑的原则规定, 即“对于犯罪分子决定刑罚的时候, 应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度, 依照本法的有关规定判处”。

第三, 刑法总则第 63 条第 2 款对酌定减轻处罚 (mitigated punishment) 程序作了严格限制。总则第 63 条第 1 款规定实属法定减轻处罚; 同条第 2 款则属酌定减轻处罚。指“犯罪分子虽然不具有刑法规定的减轻处罚的情节, 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。本来, 1979 年刑法第 59 条第 2 款对此也有规定。不同的是, 1979 年刑法没有

参见 (法) 总检察长皮埃尔·特律什、巴黎第一大学教授海依尔·戴尔玛斯-马蒂为《法国刑法典》中文版序言, 中国人民公安大学出版社 1995 年 5 月第 1 版, 第 7 页。

这种不仅注重对犯罪人不利而且注重对其有利的情节并以此来综合衡量刑罚的立法例, 已引起我国学者的关注, 不少学者已在国内刊物撰文指出, 这种在刑法典中明示规定此“有利”情节的作法, 值得我国立法借鉴。

需报经最高人民法院核准的条件性规定,这就留给法官很大的量刑余地。刑法修订时,围绕着这一“酌定减轻处罚”的存废展开了争论,接下来立法机关采纳了“保留”但应当有所“限制”的立法建议。

第四,现行刑法总则将一些司法上酌定处罚的情节转而规定为法定弹性裁量情节,从而制约了法官的自由裁量范围。例如现行刑法第67条第2款将犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯,如实供述本人其他罪行规定为“以自首论”,即法定“可以从轻或者减轻处罚”的情节;第68条将立功表现规定为“可以从轻或减轻处罚”的法定情节;其中,有重大立功表现的,还“可以减轻或者免除处罚”。而1979年刑法典中虽然也有“如果有立功表现,也可以减轻或者免除处罚”的规定,但据该刑法,有立功表现而要获得法定“可以减轻或者免除处罚”者,必须先行“自首”,即必须是“犯罪较重自首而又立功”者,方才被法定为“可以减轻或者免除处罚”。因而如果没有先行自首的前提条件,仅在被拘捕后有立功表现,在1979年刑法中,只能作为法官量刑时可以酌情从轻乃至减轻处罚的酌定情节而非法定情节。

第五,现行刑法总则对刑法典中一些事关量刑轻重的重大概念,增补了较为明确的立法解释。例如,现行刑法第26条不仅对主犯而且对什么是“犯罪集团”进行了立法解释,并分别对各类共犯(包括从犯、胁从犯、教唆犯)、各类主犯(包括犯罪集团中的首要分子、组织犯及在共同犯罪中起主要作用的主犯)特设了轻重不一的处罚规定。又如,现行刑法在“其他规定”一章中,对“公共财产和私人财产”、“国家工作人员”、对什么是“违反国家规定”,等等,都作了更加具体明确的立法解释,从而约束了法官裁量刑罚的范围。

第六,现行刑法取消了“加重处罚”的规定。“加重处罚”,指在法定最高刑以上一格判处刑罚。它在1979年刑法典中并未规定,而是1981年,经由我国全国人大常委会通过的一项单行刑事立法中规定的。新刑法生效之日,上述单行刑事法规同时废止,而新刑法总则、分则均未再作此类“加重处罚”规定。法官的刑罚裁量余地因而进一步缩小。

第七,修订后的中国刑法分则通过叙明法、分解法、列举法等措施,使刑法典更加清楚明确并且扩大了量化程度。1979年刑法分则中,简单罪状、空白罪状不少。修订后的刑法多以叙明罪状的方式,方便了法官操作,有利于防止误判、错判。与此同时,新刑法还以“分解法”的方式,将过去一罪纳入多种行为的“口袋罪”分解成若干独立的个罪并各自设定了相应的法定刑,从而防止了法官在过于宽泛的定罪量刑域内裁量刑罚所致的量刑畸轻畸重。例如原刑法第160条所规定的流氓罪就被分解成了聚众斗殴罪、寻衅滋事罪、强制猥亵罪、侮辱妇女罪、猥亵儿童罪5个罪种并设置了各自的法定刑。这样,法官量刑时,可以相应“对号入座”,即在各具体行为相对应的罪种所设置的法定刑中裁量刑罚,从而有利于罪、刑、责的相对平衡。此外,现行刑法还以扩大列举立法的模式,对现行刑法中的某些“刑罚加重事由”、“刑罚减轻事由”或情节加重犯的“严重情节”等作了较为详尽地列举规定,与此同时,不少个罪对各类情节加重犯(crime with aggravated circumstances)、情节减轻犯(crime with mitigated circumstances)、数额加重犯、数额减轻犯等分设了不同的处断刑(量刑单位),从而为法官量刑的公平、公正、衡平提供了依据。

第八,罚金刑比例数额或实足数额的列举规定。现行刑法对一些经济犯罪作出了罚金比例数额或实足数额的明确规定。例如犯虚报注册资本罪的,刑法分则第158条规定“并处或者单处虚报

此类坦白情节,在1979年刑法典中未被明文规定为以“自首论”,即其不是法定的可以从轻或者减轻处罚的情节,而只是司法上在量刑时可以根据有关刑事政策酌情从轻或者减轻处罚的情节。

注册资本金额 1% 以上 5% 以下罚金”；犯抗税罪，即以暴力威胁方法拒不缴纳税款的，分则第 202 条规定“处以抗税数额的 1 倍以上 5 倍以下罚金”；犯虚开增值税专用发票罪的，分则第 205 条规定“处以 5 万元以上 50 万元以下的罚金”，等等。

第九，由司法解释所作的限制性规定。现行刑法由过去的 192 个法条增加到了 452 个法条，无论是定罪情节还是量刑情节（特别是后者）都难免存在若干仍需要司法加以解释的空白。例如现行刑法分则罪状中仍然存在的作为定罪情节的“数额较大”、“情节严重”；作为量刑情节的“数额巨大”、“情节严重”、“情节特别严重”、“足以造成严重后果”等。

鉴于综上所述的“法有限，情无穷”的基本事实；鉴于“平均主义”与“分配正义”有机结合的基本要求；也基于罪刑相适应与刑罚个别化的基本需要，刑法事实上既不可能也不需要穷尽天下所有情节并具体规定，因而适度的空白规定对一部刑法典而言总是难免并需要的。惟其如此，此类空白条款可以说在各类现代刑法典中都不同程度的存在着。

由于不同的解释意味着不同的刑罚制度或量刑单位的适用，因而对刑法解释权利的取得及其内容更需慎重，如若全凭承办法官个人的伦理观、刑罚价值观评判，可能导致司法擅断。基于此，在我国，作为有权解释的刑事司法解释权仅在最高人民法院、最高人民检察院。刑法修订以来，我国最高人民法院已经出台多项关于刑法的司法解释。这当中，既包括对某类或某种犯罪规定的具体适用的司法解释；也包括对下级法院问及的个案适用的解答或批复等，——此类解释无论其形式、对象如何，均属对继后的同类或同种犯罪或案件具有一般指导意义的有权解释。例如自 1997 年修订后的刑法施行以来，我国最高人民法院《关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》、《关于对故意伤害、盗窃等严重破坏社会秩序的犯罪分子能否附加剥夺政治权利的批复》、《关于适用刑法第 12 条几个问题的解释》，等等，都适时释明了现行刑法的空白条款的确切内容或实质内涵。

最后，立法解释对刑事量刑余地的限制。现行刑法施行以来，全国人大常委会又出台了《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇罪的决定》（以下简称《决定》）。《决定》不但增设了骗购外汇罪这一新罪名，而且通过立法解释的形式，一方面修正了最高人民法院对一些个罪的司法解释，另一方面增补了对有关外汇方面的犯罪的一些新的立法解释。例如：

根据最高人民法院 1998 年 8 月 28 日《关于审理骗购外汇、非法买卖外汇刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，对下述外汇犯罪应当酌情定性如下：

- (1) 以逃汇为目的骗购外汇的，定逃汇罪；
- (2) 以洗钱为目的骗购外汇的，定洗钱罪；
- (3) 以骗税为目的骗购外汇的，定骗取出口退税罪；
- (4) 为他人骗购外汇或居间介绍骗购外汇的，定非法经营罪，等等。

以上种种定性，根据全国人大常委会《决定》的解释，一概定性为骗购外汇罪。从而，法官的量刑余地，也就从上述多种犯罪的更多刑种、更大幅度下降到了《决定》对某一种犯罪所设定的确定幅度内，这对适度制约法官的自由裁量权，确保司法公正，非常必要且有效。这一点，可以说，已经并正在为我国新刑法施行以来的司法实践所证实。

责任编辑：但伟

刑法第 12 条是有关中国刑法有无溯及力问题的规定。