

量刑情节的冲突问题研究

陈 航

量刑情节的冲突,是指在同一刑案的数情节中,一个或数个情节是趋重的,另一个或数个情节是趋轻的,因而导致量刑情节在适用上的抵触问题。由于案件的千差万别,由于量刑情节的复杂多样,这种情况不仅从理论上讲是可能的,而且在司法实践中较为普遍。但对此究竟作何处理,我国目前既无立法规定,也无司法解释。于是,实践中的作法就五花八门,极不一致。有的办案人员用一种情节来排斥另一种情节的适用,有的办案人员则将相互冲突的轻重情节进行折抵。即使同样采取排斥法或抵销法的,其作法亦不尽一致。比如,就采用排斥法的人而言,有的是用趋重情节来排斥趋轻情节,有的却相反,是用趋轻情节来排斥趋重情节;有的用法定情节排斥酌定情节,有的用“应当”情节排斥“可以”情节;有的用罪中情节排斥罪前情节和罪后情节,有的用量刑公正性情节来排斥刑罚目的性情节,等等。显然,不同的做法必然导致量刑结果的迥异。这不仅不利于维护当事人的合法权益,依法惩处犯罪,更严重的是对法律的统一实施造成了威胁。长此以往,势必损害法律的尊严和权威。因此,科学地处理量刑情节的冲突无疑是正确适用量刑情节所必须解决的一个重要课题,是建立我国公正合理的量刑机制的重要步骤。这一问题,既与现行刑法的规定密切联系,也与刑法的修改完善息息相关。鉴于此问题的解决对公正合理量刑来说意义重大,学者之间疑虑重重,颇感棘手。本文不揣冒昧,拟从如下几个方面加以论述,乞获指正。

一、国外的立法概况

对量刑情节的冲突问题,从总体看,国外立法所持的态度可分为两种,一是与我国刑法相同,对之未置可否。比如,前苏联、蒙古、波兰、奥地利、法国、德国、瑞士和阿根廷等国的刑法对此均未作规定。罗马尼亚刑法典对此虽然提及,也未明确作出如何处理的规定。比如,罗马尼亚刑法典虽然专门规定了第80条(加重情节与减轻情节并存),但只有如此内容:“加重处罚情节与减轻处罚情节同时存在的,考虑加重与减轻处罚之情节以及是否累犯,决定刑罚。加重与减轻情况并存的,不要求在法定刑以下处刑。”二是对量刑情节冲突问题的处理加以明文规定。比如,意大利、泰国、土耳其、日本、巴西及西班牙等国的刑法均对此作了规定。不过,至于怎样处理,其规定却有所不同。大体可分为三类。第一类认为在适当情况下可以折抵。比如,意大利刑法典第69条规定:“……如法官认为加重、减轻情况足资抵销时,应照无任何加重、减轻情状之情形处刑。”泰国刑法典第54条也规定:“……其加重之比例等于或大于减轻者,法院认为

• 本文作者系兰州商学院经济法教研室讲师。

适当时,得不为加减。”第二类认为,只能按一定的先后顺序进行适用。比如,土耳其刑法典第29条第3、4款规定:“如从重或从轻情节同时具备的,则首先考虑最早的从重或从轻的理由;最后的从重或从轻理由,则在此后才考虑;如从重或从轻的理由同时需要最早考虑时,则首先考虑需要从重的理由。”日本刑法典在第72条也专门规定:“应用时加重和减轻处罚时,依照下列顺序:(1)再犯加重;(2)法律上的减轻;(3)并合罪的加重;(4)酌量减轻。”第三类认为应按主要的、或实质性的情节来决定加或减。比如,巴西刑法典第49条规定:“在加重情节和从轻情节同时存在时,刑罚应接近于最主要的情节所规定的限度,按犯罪的动机、犯人的性格和累犯所实施的最主要的情节来判断。”第50条“附款”也规定:“在分则中规定的增减理由同时存在时,法官可以只判加重刑罚或减轻刑罚,但是必须根据最主要的理由来选择决定加重或减轻处罚。”

上述情况表明,对量刑情节的冲突问题,国外的刑事立法并非都同我国现行刑法一样,是一片空白。这种状况,一方面为我们借鉴有益于我国情况的立法例提供了可能,另一方面,由于各国立法规定的杂陈各异,无形中为我们作出正确的鉴别和选择又增添了更多的分歧和困惑。笔者认为,量刑情节的冲突问题既然在刑事司法实践中广泛存在,难以避免,那么,刑法立法就应对如何处理的问题明确加以规定,决不应放任自流、各行其是。当然,对此问题的刑事立法必须建立在成熟的理论研究和实践检验的基础上。否则,事与愿违。因此,理论思考必须进行全面、缜密的推敲。

二、学界的观点

(一)关于冲突的各种具体表现形式

大多数论者只提到量刑情节中存在趋轻情节与趋重情节的冲突,但并没有进一步分析冲突的各种具体表现形式。一些论者虽然注意到了这个问题,但认识却不尽一致。比如,有论者列举了四种,即:1.法定情节和酌定情节的冲突;2.法定情节中应当情节和可以情节的冲突;3.应当情节中多功能(幅度)情节与单功能(幅度)情节的冲突;4.酌情节中趋重情节与趋轻情节的冲突。^{〔1〕}

另外,从其他一些论者的分析中,还可以看出这样几种冲突形式:1.影响量刑作用大的情节与影响量刑作用小的情节之冲突;2.确然情节(即“应当”情节)、或然情节(即“可以”情节)、放任情节(即酌定情节)之冲突;3.适应量刑公正性的情节与适应量刑目的性的情节之冲突;4.适应个别预防目的的情节与适应一般预防目的的情节之冲突;5.罪中情节与罪前情节、罪后情节的冲突。^{〔2〕}

(二)关于量刑情节冲突的处理方案

概括起来,学界对量刑情节冲突的处理方案共有六种观点,即:整体综合判断说,绝对抵销说,抵销及排斥结合说,相对抵销说,优势情节适用说,以及分别综合判断说。分述如下:

1. 整体综合判断说。此即传统意义上的量刑的“估堆法”。此说认为,在轻重情节并存的情况下,要全面考虑案件的各种情节,通过综合分析来决定刑罚的轻重。至于怎样分析、如何综合

〔1〕 参见苏惠渔等:《量刑与电脑——量刑公正合理应用论》,百家出版社1989年版,第130页。

〔2〕 参见邱兴隆等:《刑罚学》,群众出版社1988年版,第291—293页;马克昌主编《刑法学全书》,上海科学技术文献出版社1993年版,第202页。

判断,不得而知。不过有一点是明确的,就是不能一对一相互抵销。即“一般地说,对于既有从重情节又有从轻情节的犯罪分子,要综合分析案件的各种情节,全面考虑来决定刑罚的轻重,而不能仅根据其中某一情节来判处刑罚……对于既有可以从轻,又可以减轻,甚至可以免除处罚情节的犯罪分子,究竟是从轻还是减轻或者免除处罚,也应当根据案件的具体情况,进行综合分析,全面考察,适当量刑。”〔3〕并且认为:“对于法定情节和酌定情节都要进行全面审度,综合平衡。既有从重情节又有从轻情节,既有加重情节又有减轻情节,就应都予以考虑。从轻情节和从重情节,加重情节和减轻情节,应予平衡,但也不能一对一相互抵销。”〔4〕

2. 绝对抵销说。此说认为,趋重趋轻情节同时具备的,应根据各情节所表示的轻重系数进行折抵。如果各情节所表示的系数相等时,则相抵销,不增不减;如果所表示的系数不等时,则将两者相抵后剩余的部分作为适用结果。举例来说,如果轻重情节与量刑的系数分别为-1和+1时,两种冲突情节可相互抵销,表明社会危害程度不增不减;如果分别为-3和+1或-1与+3时,那就分别按-2或+2适用刑罚了。此说不因量刑情节有优劣主从之分而分先后顺序适用。比如,有论者指出:“趋轻趋重情节同时具备,如果调整幅度是对等的,则相抵销;不对等的,根据未抵销的部分进行调整。”〔5〕

3. 抵销及排斥结合说。此说认为,当冲突的两个情节与量刑轻重的系数对等时,两冲突情节可互相抵销;当冲突的两个情节与量刑的轻重系数非对等时,将两者相抵后剩余的部分作为适用结果;“当由于某一情节的存在而使另一形式上与之冲突的情节变得无甚实际意义时,可采取排斥的方法”。〔6〕

4. 相对抵销说。此说认为,只有在量刑情节的功能完全对应并且无明显的主从优劣之分时,才能抵销。比如,从重对从轻、加重对减轻等。如果各种冲突的量刑情节对量刑的作用有主从优劣之分时,则应按先后顺序进行。比如,共存一个加重情节和从轻情节,应先加重,然后再在加重后的刑罚幅度内再考虑从轻。按这一思路,此说提出了确定情节(即“应当”情节)优先于或然情节(即“可以”情节),法定情节优先于酌定情节,适应量刑公正性的情节优先于适应量刑目的性的情节,以及适应个别预防目的性的情节优先于适应一般预防目的性的情节的处理方案。〔7〕

5. 优势情节适用说。此说认为,当一案中轻重情节兼具时,应按:应当情节优于可以情节,罪中情节优于罪前情节或罪后情节,应当的从宽情节优于应当的从严情节,以及法定量刑情节优于酌定量刑情节的原则处理。至于这种“优于”是指适用顺序上的优先(比如,先适用应当情节,然后以此为基础再适用可以情节),还是指适用上的排斥(比如,仅适用应当情节,而不适用可以情节),难辨其详。〔8〕

6. 分别综合判断说。此说认为,在从宽处罚情节与从严处罚情节并存的情况下,采取相互抵销的办法行不通。应采取的方法是:“首先综合考虑从严处罚的所有情节,并据此确定一个拟

〔3〕 高铭喧主编:《中国刑法学》,中国人民大学出版社1989年版,第278页。

〔4〕 《中国刑法词典》,学林出版社1989年版,第415页。

〔5〕 《政治与法律》1989年第4期,第53页。

〔6〕 同〔1〕。

〔7〕 参见邱兴隆等,同〔2〕。

〔8〕 参见马克昌等,同〔2〕。

判的刑罚,然后在此基础上,再综合考虑各种从宽处罚的情节,将拟判的刑罚适当往下降一些,以作为最后对犯罪人判处的刑罚……这样既体现了从严处罚,又体现了从宽处罚。这样对全案按照先从严、后从宽的顺序考虑适用刑罚的诸种情节,可以避免顾此失彼,最后对犯罪人处以适当的刑罚。”〔9〕

在上述六种观点中,整体综合判断说和分别综合判断说都不主张用抵销的方式解决量刑情节的冲突;绝对抵销说、抵销及排斥结合说以及相对抵销说都不排除用抵销的方法解决量刑情节的冲突;优势情节适用说对此则含糊暧昧,态度不明。再者,整体综合判断说和分别综合判断说,以及绝对抵销说、相对抵销说似均不主张用一种情节来排除另一种情节的适用,而抵销及排斥结合说却认为,在一定条件下,一情节的适用可以排斥另一情节的适用。至于优势情节适用说,对此问题也不甚明朗。另外,相对抵销说和分别综合判断说都不排除按量刑情节的优劣主从顺序,先后适用以解决量刑之间的冲突。优势情节适用说对此语焉不清。其余诸说似乎均不主张按量刑情节的主从排列顺序并依次适用。需要提及的是,不管是哪种方案,主张者对之大都未做详尽的理由说明,基本上都是一语带过,似乎该方案都是不言自明,无须深究的问题。只有寥寥个别论者略加申明。

三、量刑情节冲突问题的处理

(一)关于冲突的表现形式

如何处理量刑情节的冲突?首先要弄清的问题是冲突的表现形式究竟有哪些。这是立论的前提。如果对此不能了然于心,提出的冲突处理方案要么就不尽周全,难以解决所有的冲突问题,要么则因被一些假想所蒙骗而缩手缩脚,裹足不前,难以起到真正解决问题的实效。从这个意义上讲,应当肯定,研究者们从抽象地、笼统地谈情节的冲突,到依其具体表现形式研究冲突,寻找解决方案,这本身就使问题的分析迈进了一大步。因为只有这样,分析才可能做到心中有数,讨论才可能有的放矢。

然而,更应当看到,研究者所提出的上述量刑情节冲突的表现形式尚有诸多可推敲之处。

首先,笔者注意到,已有的对量刑情节冲突形式的表述都是紧紧依据现行刑法的规定提出的。这当然无可厚非,假若现行刑法这些规定十分合理、完善的话,就更应如此。问题是现行刑法的有关规定,因众所周知的原因并不完善。比如,拿“应当”情节和“可以”情节的立法区别来说,笔者认为就不合理。原因是,不管是“应当”情节还是“可以”情节,要么是趋重的,要么是趋轻的,二者必居其一。而根据有关的立法精神:“有从重处罚、从轻处罚情节,是在法定刑的限度以内比没有这个情节相对要重些或轻些。”〔10〕既然“轻”或“重”仅仅是指比没有这种情节的情况而言要相对轻些或重些,那么,“轻”或“重”就是理所当然的、绝对的,不存在“可以”与否的问题。否则,必然使立法陷入二难境地而不能自拔。类似的问题还有立法中对单功能(幅度)情节和多功能(幅度)情节的区分等(限于篇幅,这些问题拟辟专文加以详述,在此不赘)。因此,仅依现行刑法的规定来研究,认识量刑情节冲突的形式问题,就不能不带有较大的局限性。正如论者所言:“如果一种模式的建立不为立法的标准化、科学化服务,反而以立法的不健全、不完善

〔9〕 周振想:《刑罚适用论》,法律出版社1990年版,第286页。

〔10〕 高铭喧:《中华人民共和国刑法的孕育和诞生》,法律出版社1981年版,第93页。

为前提,以立法的模糊性、概然性为存在条件,那么这种模式就是对立法完善的阻碍。”^{〔11〕}

其次,退一步讲,即使仅仅围绕现行刑法的规定来考察量刑情节冲突的表现形式,笔者对前述有关量刑情节冲突形式的表述也不敢完全苟同。主要有如下几个问题:第一,将法定情节与酌定情节列为一种冲突形式不妥。因为,冲突的实质是量刑适用上的抵触,而法定情节与酌定情节的不同实际只是法律规定的形式上之区别而已。具体而言,对法定量刑情节,法律规定较明确具体,对酌定量刑情节,法律规定较抽象概括;或者说,前者是法律所“确定”的,后者是法律所“认可”的。前者不必多说,关于后者,比如我国刑法第57条规定:“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”;又如,刑法第59条第2款规定:“犯罪分子虽然不具有本法所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,可以在法定刑以下判处刑罚”;再如,刑法第32条也规定:“对于犯罪情节轻微,不需要判处刑罚的,可以免于处分”。这里,所谓“犯罪的事实”、“情节”、“案件的具体情况”、“情节轻微”等就专指酌定量刑情节,或者既指法定量刑情节又指酌定量刑情节。作为法律用语,不能认为具体的规定和抽象、概括的规定之间存在冲突。比如,就不能认为酌定从轻情节与法定从轻情节之间有什么冲突可言。如果说有冲突的话,只能存在于法定趋轻(或重)情节与酌定趋重(或轻)情节之间。而这种“重”与“轻”的属性只是量刑情节的共性,不是法定情节与酌定情节所特有的属性。第二,将应当情节与可以情节列为一种冲突形式也欠妥。这是因为,在立法上,应当情节和可以情节尽管是两种不同性质的量刑情节,但就量刑情节的具体应用而言,“可以”情节必然要以“应当”情节的面目出现,或者说,要向应当情节转化,即:要么“应当”要么不应当,而不可能存在既“可以”又不可以的具体量刑情节。比如,未遂犯作为一可以情节,立法中规定“可以”比照既遂犯从轻或者减轻处罚。但在实际应用中,要么是根据情况“应当”比照既遂犯从轻或者减轻处罚,要么是根据情况不“应当”比照既遂犯从轻或者减轻处罚,而不可能存在既“可以”又不“可以”比照既遂犯从轻或减轻处罚的这种模棱两可的未遂情况。造成立法与司法实践中不同情况的原因是:对于立法者而言,要考虑的是全局,要应付各种各样可能出现的情况,当实践经验、理论概括尚未达到相当程度时,为了使各种复杂的情况都能得到恰当地处理,就有必要将最终决定权授予办案人员。现行刑法对“可以”情节规定的立法意旨即在于此。比如,就未遂犯这一可以情节而论,现行刑法就是出于下述考虑才规定的,即:“未遂犯同既遂犯相比,其行为的客观危害性相对来说较小,因此应予减轻处罚;但是,由于犯罪人主观恶性及犯罪未遂的实际情况不同,如果一概减轻处罚,恐有轻纵罪犯之嫌。因此,对未遂犯是否减轻处罚,应当由审判机关自由裁量,而不宜在法律上作硬性规定。”^{〔12〕}但是,对于办案人员来说,面对的只是一个具体的案子,案件情况总是确定的,因此,完全能够根据立法的授权,而且也应该根据立法精神并结合具体案件情况,作出“应当”或不“应当”的决定,就不应再“可以”下去了。第三,同样的道理,多功能(或幅度)情节也只是概括地、抽象地存在于立法阶段,在司法实践中也必然要向单功能(或幅度)情节转化,因此,两者在适用中是相通的,并非一种冲突的表现形式。比如,对未遂犯,立法规定了两个幅度:从轻和减轻,是个多功能情节。但在司法实践中,就一个个具体的案件而言,要么选择“从轻”,要么选择“减轻”,必然要以单功能(或幅度)情节的面目出现。第

〔11〕 《政法论坛》1991年第5期,第25页。

〔12〕 马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社1991年版,第435页。

四,所谓“影响量刑作用大的情节与影响量刑作用小的情节之冲突”、“适应量刑公正性的情节与适应量刑目的性的情节之冲突”、“适应个别预防目的情节与适应一般预防目的的情节之冲突”、以及“罪中情节与罪前情节、罪后情节之冲突”,笔者认为也不确切。因为,冲突的实质是抵触,上述情节之间却未必一定会发生抵触。比如,从轻情节对量刑的影响作用小,免除处罚的情节对量刑的影响作用大,但两者同向,并不存在抵触的问题。至于说从轻与加重,或者从重与减轻等情节,它们的作用大小不同,也存在着冲突,但严格地说,这仅仅是宽严情节之间的冲突,与量刑情节作用的大小并无必然的联系,不应以偏概全。应当说,上述几种情节充其量只反映了情节作用的大小和着眼点的不同而已。因此,这些情节的不同不是量刑情节冲突的表现形式。

综上所述,笔者认为,量刑情节冲突的表现形式看似繁杂,实则单一,这就是:趋轻情节和趋重情节之间的冲突。这体现了量刑情节冲突问题内容与形式的高度统一。

(二)关于冲突的处理方案

分析学界提出的前述各种冲突处理方案,笔者倾向于绝对抵销说,即:只按各冲突的量刑情节所反映的趋轻、趋重系数来折抵,剩余的系数则为在基础刑或基本刑期(亦即“量刑情节基准点”)上的增减幅度;只要在确定各情节的轻重系数时充分考虑其主从作用即可,而无须再按量刑情节的优劣主从排列先后依次序适用。具体理由结合对前述各说的评析说明如下:

第一,“整体综合判断说”不足采。应当承认,此说主张在轻重情节并存时,“要全面考虑案件的各种情节,通过综合分析来决定刑罚的轻重”,这一点本身并没什么错。但由于对“怎样分析”、“如何综合”没有明示,因此实践中缺乏可操作性。这样,表面上看来,似乎全面得体,实际上却是不着边际的空话、套话。照此说去办,由于没有任何具体的标准,实质上就是各行其是,就是办案人员运用之妙、存乎一心的“估堆法”处理方式。由于此法的主观随意性太大,难于监督,成为我国司法实践中量刑畸重畸轻的重要原因之一。正因为此,学者们才提出了量刑方法的改进问题,提出了处理量刑情节冲突的诸多方案。

第二,提及量刑情节的绝对抵销说,首先,每每会受到这样的诘问:既然作为冲突的各量刑情节已存在,理所当然就应发挥各自的功能,怎么因折抵而不复存在了呢?既存在又不存在岂不相互矛盾吗?比如,前已提及,主张总体综合判断说的论者中就有人指出:“重与轻或宽与严不得扣减或冲抵,此为刑的法定原则所决定”。笔者认为,这种诘问导因于下述误解,即:一、误认为量刑情节一旦发生各自的功能,刑度的终局结果也就必然地要呈现出变化;二、量刑情节进行了折抵,就意味着各自没有发挥其功能。其实,我们知道,如果各量刑情节根本不对量刑发生影响,既定的量刑幅度的“指针”当然不会变。但我们更应清楚:各量刑情节运用的结果,即各情节功能充分发挥作用的结果,也同样能够导致刑度终局结果的保持原状。比如,某案量刑情节的基准点设为7年,若有两个相互冲突的量刑情节,分别趋重+1年和趋轻-1年,那么,很明显,两情节适用的终局结果仍然是——刑度保持原状:7年。不过,从理论上讲,这两种“不动”却大相径庭:前者是量刑情节没有发生任何作用的本来状态;后者却反映的是各情节对量刑发生了影响、变化作用之后的状态——“不变”而已。因为,若趋重情节不发生作用,结果就会成为6年,若趋轻情节未发挥功能,结果就会成为8年。正是因为两情节均发挥了各自的功能,刑量才既未成6年也未成8年,而成为7年。因此,不能因与原来的结果相同就认为两个量刑情节均未发挥各自的作用。否则,就无异于说,投入战斗后同归于尽的敌对双方将士根本未发挥各自的战斗力。其实,若从刑法专家系统的角度来考察也许较易理解:这种“不动”只是终端

屏幕的显示结果,而复杂的“变动”过程已在系统内进行,只是未看见而已。其次,人们对抵销说还有这样的疑虑:同样是趋宽或趋严情节,但它们所反映的各自实质内容不同。比如,有的从重是由于一般预防的需要而从重,有的从轻却是由于特殊预防的需要而从轻;有的从重是因其主观恶性深而从重,有的从轻则是因其造成的客观危害结果较小而从轻。如果说从一般预防角度考虑从重0.3年(用“+0.3”表示),从特殊预防角度考虑从轻0.3年(用“-0.3”表示),因而+0.3和-0.3加以抵销的话,岂不是说,一般预防的需要可以和特殊预防的需要相抵销,或者说一般预防的需要小也意味着特殊预防的需要小(反之亦然)吗?这样看来,似乎不宜把各种不同质的趋重和趋轻情节用抽象的、无差别的正负数字加以表示。即使表示了,也不能用来相加减。对此,笔者以为不然。诚然,各种从轻、从重情节确有各自不同质的内容,但是,这并不妨碍我们在量刑时将其用统一的正负数字表示出来。因为,纵使趋重趋轻的原因各不相同,但它们所要达到的最直接的功用——对刑量的影响——却是一致的。适用量刑情节的直接目的本来就只是要实现它对刑量的影响功能,而非硬要得出一个什么别的结论不可。比如,某种需要是否不存在了等。恰恰相反,如果不存在该需要了,还有适用这些情节的必要吗?再者,我们知道,对判处15年有期徒刑的杀人罪和判处15年徒刑的盗窃罪来说,罪质截然不同,刑量却完全一样。既然从刑量的相同数字中不能逆推出其罪质相同的结论来,那也就不妨把各种不同质的趋重和趋轻功能用统一的正负数字加以表示,这未必使人产生误解,认为这些数字所反映的趋重趋轻情节的质亦肯定相同。因此,上述疑虑也应打消。

第三,就“抵销及排斥结合说”而言,笔者认为,这和绝对抵销说并无实质区别。因为,总的来说,它主张对冲突采取抵销的方式,只是认为“当由于某一情节的存在而使另一形式上与之冲突的情节变得无甚实际意义时,可采取排斥的方法”。其实,由于这种情况而使某一“形式上与之冲突的情节变得无甚实际意义时”,这一情节对刑量的影响系数不就趋于“0”吗?这时采取抵销的方法与采取排斥的方法,充其量是只是名称的不同,结果却一样。但如果表述为“采取排斥的方法”,无形中就和量刑时应全面考虑所有的量刑情节的原则相左,因此,与其采取此说,还不如采取“绝对抵销说”。

第四,那么,“相对抵销说”又如何呢?众所周知,矛盾有主要矛盾和次要矛盾之分,在矛盾的两个方面中又有矛盾的主要方面和次要方面之别,这是辩证法的一个重要原理。将这一普遍性的原理用之于量刑情节问题,就不难得出结论:在众多的量刑情节中的确存在着主次优劣之别。正因为此,各国刑法典中的类似规定屡见不解:“在加重情节和从轻情节同时存在时,刑罚应接近于最主要的情节所规定的限度”(巴西刑法典第49条),“在分则中规定的增减理由同时存在时……必须根据最主要的理由来选择决定加重或减轻处罚”(同上,第50条“附款”)。在国内刑法学界亦不乏这样的观点:“在适用量刑情节之前,要先分析考察所有情节……分别比较,确定主要从宽情节或主要从严情节,并在从宽情节与从严情节的比较中,确定最后决定的刑罚宽严的主要倾向。”^[13]显然,“相对抵销说”之所以提出“在量刑情节有优劣之分时先按主从顺序适用,然后再就功能完全相对的情节进行折抵”的方案,就是要达到这一目的。然而,且不说其提出的应当情节优于可以情节、法定情节优于酌定情节的诸观点并不足取,退一步讲,即使这种主从关系成立,要按其主从顺序排列后再依次适用,也会因实际情况的极其复杂带来操作

[13] 陈兴良主编:《经济刑法学(总论)》,中国社会科学出版社1990年版,第280页。

上的极大困难。因此,学者们一般也对此持否定态度。^[14]其实,要在量刑中体现主导性情节的作用,不见得非走按主从先后适用的路子不可。因为,“绝对抵销说”不仅不妨碍主导性情节作用的充分发挥,而且具有操作简便,易于为办案人员所掌握等优点。问题的关键在于给量刑情节如何赋值。如果给主导性量刑情节和从属性量刑情节分别赋予与各自主从作用相适应的轻重系数,那么,“将两者相抵后剩余的部分作为适用结果”,则不仅符合“刑罚应接近最主要的情节所规定的限度”这一原则,而且也避免了因排列适用顺序所带来的一系列问题。比如,按绝对抵销说,若基础刑为7年,给主导性量刑情节赋值从重1.5年(+1.5年),给从属性量刑情节赋值从轻0.5年(-0.5年),适用结果则为8年,这难道没有体现主要量刑情节所反映的趋严这一主要倾向吗?可见,“绝对抵销说”较之于“相对抵销说”更具有优越性。

第五,再看“分别综合判断说”。笔者认为此说不足采。理由有三:首先,作为综合判断说的一种,此说尽管提出应对从严情节和从宽情节分别判断,但也毕竟只是“综合判断”而已,至于怎样综合,如何分析,仍然不得而知,因此最终归入“估堆法”门下。其次,此说之所以否定抵销说,主要是担心“可以”情节与“应当”情节不能折抵,以及多功能(幅度)情节与单功能情节不能折抵等问题。^[15]其实,如前所述,这些担心确属不必。再次,既然此说认为应首先考虑从严处罚的所有情节,并据此确定一个拟判的刑罚,然后在此基础上,再综合考虑各种从宽处罚的情节,将拟判的刑罚往下降一些,那就是说,在任何情况下,趋严的情节都是优先的主要情节,而趋宽的情节反之。显然这在理论上行不通,实践中也不利于公正合理地量刑。因为,我们知道,案情千差万别,情节多种多样,有时从重的情节为主要情节,有时却恰好相反。比如,一起杀人案,既属于“大义灭亲”性的,同时又具有杀人手段残忍这一情节。无疑,前者虽然是趋轻情节,同时却应是举足轻重的情节,后者反之。如果按“分别综合判断说”,那就轻重倒置了。

第六,至于“优势情节说”,且不说它主张的“应当情节优于可以情节”、“法定量刑情节优于酌定量刑情节”就属不确之论,笔者认为,如果此说所谓的“优于”是指“排斥”,那么,就违反了量刑时应考虑全部量刑情节的原则;如果此说所谓的“优于”是指“优先”,那就犯了“相对抵销说”中按主次排列适用量刑情节的同样错误;如果此说所谓的“优于”仅仅意味着在处理冲突问题时突出主要情节的作用,那么,绝对折抵说本足以解决,无须作这种令人费解的表述。因此,此说亦不足采。

总之,也许因为上述原因,不论前述的国外立法规定还是国内学者的观点,主张绝对抵销说这一方案的不在少见。实际部门的人士更在呼吁:“有冲突情节的,可以互相折抵。这些原则最好能在法律中明确下来,否则司法实践不好办。”^[16]所有这些,不妨看作是对笔者上述分析的一个注脚。

责任编辑:王敏远

责任校对:默 予

[14] 参见赵秉志主编:《刑法修改研究综述》,中国人民公安大学出版社1990年版,第481页。

[15] 参见周振想:《刑罚适用论》,法律出版社1990年版,第286页。

[16] 同[14]。