

量刑情节绝对冲突时应“必轻从优”

汪本立*

量刑情节冲突的处理在我国一直是立法上未解决、理论上争论、实践中不统一的棘手问题之一。近年来,我国一些学者就此进行了一些有益的探讨,但要么不深入,要么未抓住问题的要害,既没有形成一种有代表性的权威理论,也未能对实践起大的指导作用。当然,笔者并不比人高明,在此也只能是撰文浅陈管见,就教于学界。

量刑情节的冲突是指重处罚情节与轻处罚情节同时存在时发生的矛盾冲突。它表现为一个刑事被告人既有重处罚情节又具有轻处罚情节,由于对立的轻重情节同时存在,导致量刑刑罚时发生冲突。量刑情节有法定情节与酌定情节之分,因此,根据我国有关刑事政策和法律,笔者认为量刑情节冲突的表现形式可以概括为:酌定重情节与酌定轻情节之冲突;酌定重(轻)情节与法定轻(重)情节之冲突;法定应当重情节与法定可以轻情节之冲突;法定应当重情节与法定应当轻情节之冲突。上述四对冲突情节中前三对是法定情节与酌定情节之间、“应当”情节与“可以”情节之间发生的冲突,因此,这些情节之间的冲突窟有相对性,理论上和实践中也较好解决。而第四对是法定的“应当”情节的冲突。所谓“应当”就是必须之意,违之则违反法律。所以,只有当同时既有必须重处罚情节又有必须轻处罚情节时,冲突才是不可避免的,绝对的,这才是理论上和实践中最为棘手的问题。目前,很少有学者把量刑情节的冲突,作“相对性”与“绝对性”之分加以研究。本文认为量刑情节的绝对冲突才是问题的要害,下面仅就此进行论述。

一、我国刑事法律中量刑情节的绝对冲突

笔者认为,研究量刑情节冲突问题,首先应当以我国现行法律为基础,舍此去作纯理论的探究,或追求未来的处理方法,都似乎只是空中楼阁。以现行法律为基础发现问题,提出解决问题的方案,对理论和立法的完善发展才是现实的。

我国刑法和其他刑事法律明文规定的法定量刑情节处罚方式有五种,即从轻处罚、减轻处罚、免除处罚、从重处罚、加重处罚。对这些法定处罚情节的适用又分别规定了“可以”和“应当”两种。其中,对轻处罚情节(包括从轻、减轻、免除处罚)分别规定了“可以”和“应当”两种;而对重处罚情节(包括从重、加重处罚)只规定了“应当”一种(法律直接表述为“从重或加重处罚”的,其意即为应当从重或加重处罚)。据此,我们可以把法律规定的“可以”从轻、减轻、免除处罚的情节称之为“可轻情节”;“应当”从轻、减轻、免除处罚的情节称之为“必轻情节”;重处罚情节

* 湖南省岳阳市中级人民法院审判员。

虽无“可以”与“应当”之别,但因其本意是“应当”,所以,为叙述方便把从重、加重处罚情节称之为“必重情节”。

我国刑事法律中关于量刑情节的规定可能出现的绝对冲突,体现在下列规定的冲突双方的不同组合:冲突的一方,即有必轻功能的情节,我国法律规定共有六种情形,且全部规定在刑法总则中,它们是:1. 刑法第14条已满14岁不满18岁的人犯罪;2. 刑法第17条防卫过当;3. 刑法第18条避险过当;4. 刑法第21条中止犯;5. 刑法第24条从犯;6. 刑法第25条胁从犯。冲突的另一方,即有必重功能情节的规定,有近四十个法律条文和种类,其中有三种由刑法总则规定,它们是:1. 刑法第23条主犯;2. 刑法第26条教唆不满18岁的人犯罪的;3. 刑法第61条累犯。其他三十多种规定,则散见于刑法分则和单行刑事法律及其他法律中的刑事罚则中。上述六种“必轻情节”中的一种或数种与四十余种“必重情节”中的一种或数种,如果在同一案件同一被告人身上相遇和组合,这就出现了这两类由法律作了规定的而又截然相反的处罚结果的绝对冲突。实践中,这种冲突是频繁出现的,如何处理,法律未作明示。

二、“必轻从优”应当成为量刑情节绝对冲突的处理原则

关于量刑情节冲突的处理,学界提出的方案归纳起来有六种,即:整体综合判断说、抵消及排斥结合说、相对抵消说、优势情节适用说、分别综合判断说、绝对抵消说。这六种观点虽也不乏精辟之处,但都没有专门论及量刑情节绝对冲突的处理方法,总体上均有失偏颇,而且有的观点不仅法理上是不通的,在实践中是有害的,其中尤以绝对抵消说最具典型性。绝对抵消说认为,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是基本刑期(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。¹笔者认为,这种观点如果是用于量刑情节的相对冲突时尚可,但用于量刑情节的绝对冲突时则是有害的;如果是用于“基础刑或基本刑期”处在该刑幅的中间状态时尚可,但用于这个“基础刑或基本刑期”处于该刑幅的顶点时则是有害的。比如,某被告人盗窃数额较大,如果其“量刑情节基准点”为5年(该刑幅的顶点),假定轻重系数相当甚或重大轻小,要不要判法定最高刑5年?又如,某人犯故意杀人罪,其“量刑情节基准点”为死刑,也假定其轻重系数相同甚或重大轻小,该罪犯在具有必轻情节时也要被判处死刑?我想,问题摆出之后,绝对抵消说是否可取不言而喻。

因此,笔者认为,当量刑情节绝对冲突时,应当适用“必轻从优”的处理原则。必轻从优,是指当法官确认某一刑事被告人已构成犯罪,且同时具有必轻量刑情节和必重量刑情节的情况下,最终给予该被告人的处罚必须体现从宽的量刑原则。取此观点,笔者以为有下列理由:

1. 必轻从优符合权利优先的原则。从法理上讲,公民的权益是法律应予优先考虑的,因为只有依法给予并保护了公民的权利,才能要求其履行法定义务和承担相应的责任。任何公民在任何情况下,那怕是犯了罪,也同样享有法律赋予他的权利,这种权利非特定事项并非经特定程序不被剥夺。刑法中规定的必轻情节,实际是行为人在实施了犯罪行为,应负刑事责任的基础上,根据其具有特定事项,法律赋予其应当受到从轻、减轻或免除处罚的一种法定权利。这个权利是法律给予并通过司法官来实现的,是绝对的,所以不可能再有特定事项和特定程序来否

¹ 参见陈航:《量刑情节的冲突问题研究》,《法学研究》1995年第5期。由于陈航的这篇文章对有关处理量刑情节冲突的各种方案有较详细的介绍和分析,故本文在此不再详细介绍。对此有兴趣的读者可参阅该文及其中的注释所提及的有关论著。

定。因此,这个权利具有不可更改性和不被剥夺性。而必重情节则是基于犯罪人的某些特定的恶劣方面而作出的责任规定。必轻的权利规定与必重的责任规定相对,应当适用权利优先的原则。

2. 必轻从优符合社会主义刑罚目的,体现了我国一贯坚持的刑事政策。社会主义刑罚目的是要改造教育罪犯,预防犯罪,为达到这一目的,从严惩治犯罪对减少、预防犯罪的威慑力是无可置疑的,但开明的政策法律的感召力也是不能忽视的。社会主义中国在同犯罪作斗争的长期过程中,探索、制定和坚持了坦白从宽、抗拒从严,首恶必办、胁从不问,历史从宽、现行从严等一系列的惩办与宽大相结合的方针政策,彻底摒弃了剥削阶级刑罚单纯惩罚、报复、威吓目的,这些都是被几十年的历史证明了的成功之举。对有必轻情节的犯罪分子在给予一定的刑罚惩罚的同时,适当予以从宽,既能收到惩戒罪犯,预防犯罪的效果,又有利于罪犯的教育改造,也体现了我国一贯奉行的刑事政策,有利于刑罚目的的实现。

3. 必轻从优可以得到社会广泛的同情和赞成。对必轻从优可能会有少数人不理解,特别是个别案件中的被害人方一时难以接受,但是对那些有特定的必轻情节罪犯适当从宽,能取信于民,得到社会上绝大多数人的赞同和理解。就是少数不理解的人,通过讲明法律和政策,大多也是可以逐步理解和接受的,同时,也有利于罪犯的改造,化消极因素为积极因素。反之,依照抵消论的观点,那么,一个人犯了罪即使有必轻情节,也可能不被从宽,有可能被判处法定最高刑罚甚至死刑,这显然是有害的。公众会认为国家法律政策不能兑现而对法制丧失信心,犯罪分子会认为该从宽不从宽,对自己被一棍子打死而自暴自弃,甚至公开对抗,其负效应不可低估。轻纵罪犯会失去民心,过头的严刑峻罚也同样会失民心。

4. 必轻从优可以促使“严打”斗争顺利发展。可能会有人担心,认为必轻从优不符合“严打”精神,特别是在治安形势相当严峻的情况下不利于社会稳定。事实上必轻从优的量刑原则并不与“严打”方针相悖,更不会影响治安形势的稳定。相反,如能正确掌握和运用必轻从优的原则,则会促进“严打”斗争的顺利健康发展,有利于社会的长治久安。因为:

第一,必轻从优只适用于具有必轻情节的罪犯,并不是对只有可轻情节的也一律从宽。对那些具有可轻情节,而罪行又很严重,必须从严惩处的,依法也可以不予从宽。

第二,必轻从优并不排斥必重情节。笔者主张必轻从优,并不是置必重情节于不顾,简单地以必轻情节吸收必重情节。当然,在个别情况下,必重会被必轻所吸收。如张某持械抢劫致人死亡,论罪足以判处死刑,张是累犯(必重),但犯罪时差 15 天满 18 岁(必轻),被依法判处死缓。在这个案件中,张某的必重情节就被必轻情节所吸收,最终作了从宽判处。但多数情况下必重情节不可能被吸收,对量刑有着重要作用,它的作用主要表现在影响从宽的幅度,即在有必重情节的情况下,比没有必重情节从宽的幅度要小,这样从严的一面同样得到了体现,不可能轻纵罪犯。

第三,实行必轻从优有利于分化瓦解犯罪分子,促进“严打”斗争取得事半功倍的效果。严厉打击严重刑事犯罪并非一律从重,更不是不管情节如何一味重判。“严打”中同样需要做到宽严相济,严也有一个准和适度的问题。总之,该重的要重得上去,该轻的也要轻得下来,这样,“严打”斗争才能收到最佳效果。必轻从优正是从一个角度来促使“严打”斗争的顺利开展,促进社会治安的综合治理。

另外,“严打”作为一个政策,有一定的阶段性。而必轻从优作为量刑原则,具有稳定性、长期性,我们不能以“严打”而否定必轻从优的价值。

第五,必轻从优与立法意图相通。我国法律对犯罪人同样注意保护其合法权益,处罚时坚持惩办与宽大相结合,并从多方面体现了从宽。如刑法第9条关于溯及力的规定,就是采取从旧兼从轻的原则;又如刑法第59条规定,对不具有法定减轻处罚情节,人民法院认为判处法定刑的最低刑还是过重的,经审判委员会讨论可以在法定刑以下判处等。我国法律虽未对量刑情节绝对冲突的处理作明文规定,但必轻从优与上述规定无疑是相通的,是符合刑法基本精神的,至少说是与立法本意不相悖的。从前面已经全部列出的六种必轻情节中可以看出它们具有以下共同特点:一是适用范围的普遍性。六种必轻情节全部由刑法总则规定,这反映了它们的重要地位。总则规定的是一般的基本的原则、原理,对分则起指导作用,在适用分则定罪量刑时应当遵循总则的有关规定,因此由刑法总则规定的必轻情节具有普遍的约束力。二是适用对象的特殊性。我国法律规定的必轻对象只有六种,这大大低于必重对象的四十余种。这六种必轻对象或是犯罪主体资格不完整,或是犯罪动因具有一定的合理性,或是犯罪过程中主观上已经悔悟,或是犯罪中处于从属、被胁迫的地位。这些对象无论是从客观方面还是从主观方面分析,无论是从法律上还是从情理上讲,显然都属于重大的、特殊的应当宽大的对象。三是适用结果的必轻性。我国法律之所以把从宽方面的情节分别规定为必轻情节和可轻情节,就是考虑到不同的从宽情节是有差别的,一部分是个性的,虽然一般情况下要求适当从宽,但并非一定从宽,所以作了“可以”的规定,是否从宽由司法人员根据各案具体情况选择决定;而另一部分是共性的、特别的、非宽不可的,所以作了“应当”的规定,司法人员对此只有执行的义务,而没有选择的权利。

第六,必轻从优符合司法惯例。或许人们尚未从理论上认识必轻从优的原则,但实践中多数是这么做的。对量刑情节绝对冲突的处理,实际中一般都体现了从宽精神,犯罪人都得到了适当的从宽处理。其中尤能体现这个原则的有两点,即:不管罪行多么严重,一是不处法定最高刑;二是一律不处死刑。

三、必轻从优的实现

必轻从优的量刑原则在实践中怎样运用,除了最终确定的刑罚应当体现从宽这一点外,如何宽,宽到什么程度,并没有一个一定的模式可套,因为裁量刑罚的过程是一个运用系统工程进行综合评断作出科学结论的过程,因而必须根据案件事实,依照国家法律,运用刑法理论,结合审判实践,区别各案情况而定。本文就此谈些粗浅的看法:

1. 实行必轻从优量刑仍须考虑必重情节,从而决定从宽幅度的大小。当只有必轻情节而无必重情节时,从宽的幅度要大一些,反之则应小一些。

2. 要正确适当地确定从宽幅度。前面已讲到,必轻包括从轻处罚、减轻处罚、免除处罚三种情况,对一人一罪只可能适用其中一种来决定刑罚,选用哪一种应根据法律规定和具体案件而定。刑法规定的六种必轻情节对宽幅的规定可以归纳为三类:第一类只规定了从轻、减轻;第二类只规定了减轻、免除;第三类则同时规定了从轻、减轻、免除。对属第一类情况的应在从轻或减轻处罚中选用一种,对第二类应当在减轻或免除处罚中选用,第三类则可以在从轻、减轻或免除处罚中选用一种。因为每一类可供选择的宽幅有两种或三种,具体选用哪一种则必须根据各个案件的具体情况来决定,要综合考虑犯罪事实、性质、情节和对社会危害程度。比如对犯罪性质恶劣、情节严重、危害很大的,对具有加重处罚情节的,应当选用从轻处罚,而不采用减

轻或免除处罚,也就是说这种情况下选用宽幅小的一种,反之则可考虑选用宽幅大的一种。

3. 具有必轻情节的不得判处法定刑内的最高刑,也就是不能顶格判处。首先,凡有必轻情节的不管罪行多么严重,一律不能判处死刑,立即执行。刑法第 44 条就明确规定犯罪时不满十八岁的人不适用死刑,已满十六岁不满十八岁的,如果所犯罪行特别严重可以判处死刑缓期二年执行。刑法对其他五种必轻情节虽没有作此特别规定,但不适用死刑的原则应当一样。其次,不得判处法定最高刑罚不是指该种罪的最高刑,而是指该罪行所应适用的刑幅内的最高刑。如数额较大的盗窃罪,其刑幅内的最高刑为有期徒刑 5 年,有必轻情节时不得判 5 年。

4. 为确保必从轻实现,裁量刑罚时,一般可先适用必重情节确定刑期,而后再适用必轻情节把先依必重情节确定的刑期在幅度内从轻或者突破幅度减轻下来。由于在最后决定刑罚时是适用的必轻情节,就从程序上保证了必从轻原则在实际中得到实现。

当然,解铃还需系铃人。对量刑情节绝对冲突的处理,为了克服认识上的不一致,特别是纠正实践中的混乱,除了从理论上研究探讨外,根本的办法还在于从立法上予以解决。故笔者建议在将来刑法修改中明确规定“必从轻优”为量刑情节绝对冲突的处理原则。具体可以在刑法“量刑”一节中增加一个条文,表述为:犯罪分子既具有本法规定的从重处罚情节,又具有本法规定的应当从轻、减轻或者免除处罚情节的,应当先适用从重处罚情节确定相应的刑罚,然后适用从轻、减轻或免除处罚情节决定判处的刑罚。