

论我国刚性最低刑制度的柔性化路径

陈银珠*

目次

- | | |
|----------------------|-------------------|
| 一、我国刚性最低刑制度的内容 | (一) 酌定减轻条款适用的情节种类 |
| 二、我国刚性最低刑制度的形成原因 | (二) 酌定减轻条款不得适用的情形 |
| (一) 刑法司法解释侧重刑事司法的统一性 | (三) 从宽情节的组合效应 |
| (二) 酌定减轻条款适用的保守状态 | 四、酌定减轻条款激活的程序路径 |
| 三、酌定减轻条款激活的实体路径 | 五、结论 |

摘要 梳理十几年来数起争议性案例发现,刑事司法中量刑僵化问题较为严重。即裁判者严格按照刑法分则及其司法解释做出的裁判,会违背罪刑相适应原则和民众认同的情理。裁判者做出这些裁判的背后受到刚性最低刑制度的制约。刚性最低刑制度的核心是,刑法分则及其司法解释根据定量情节确定了某类案件的最低刑,但是酌定减轻条款的适用又处于保守状态。刚性最低刑制度导致量刑“刚性有余而柔性不足”,在满足刑事司法统一性的同时,会损害刑事司法的公正性。应该系统归纳酌定减轻条款的裁判规则,通过司法解释、量刑指南或者指导性案例的方式激活酌定减轻条款的适用。这有助于增强刚性最低刑制度的柔性,使得量刑在保持统一性、确定性和可预测性的基础上,也具有适当的灵活性,最终实现刑事司法的公正性。

关键词 量刑僵化 刚性最低刑制度 刑法司法解释 酌定减轻条款的激活

近年来发生的争议性案例暴露出量刑僵化问题,即裁判者根据刑法分则及其司法解释得出的裁判结论会违背罪刑相适应原则和民众认同的情理。如 2001 年罗德富等非法制造爆炸物案,^[1]

* 安徽师范大学法学院副教授、法学博士。本文系最高人民法院 2021 年度司法案例研究课题《以人民为中心视域下“情理法”在刑事司法中融合路径案例研究》(项目编号: 2021SFAL001)和 2020 年度安徽高校人文社会科学重点研究重大项目《正当防卫司法适用的保守模式与激活路径研究》(项目编号: SK2020ZD09)的阶段性成果。

[1] 2001 年,被告人罗德富等人为了开山修路,非法制造炸药 850 公斤,一审法院以情节严重的非法制造爆炸物共同犯罪,分别判罗德富 13 年、陈井凡 11 年徒刑,两人还同时被剥夺政治权利 2 年。参见肖玉:《农民自制炸药建公路被捕 上诉 4 年终被无罪释放》,载搜狐网 2005 年 3 月 31 日, <http://news.sohu.com/20050331/n224944057.shtml>。一审法院的判决无法获得民众的认同。在民众看来,行为人出于好心,客观上没有造成任何损害结果的行为,却被法院判处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑,是不合情理的。根据我国学者的估算,全国各地严格按照此司法解释被定罪处刑的案件至少数以万计。参见陈忠林:《刑法散得集(II)》,重庆大学出版社 2012 年版,第 21—22 页。

2006年许霆盗窃案，〔2〕2014年刘大蔚走私武器案，〔3〕2014年闫啸天非法猎捕珍贵、濒危野生动物案，〔4〕2014年王鹏非法收购、出售珍贵、濒危野生动物案，〔5〕这些案例的共同特点是，一审法院严格按照刑法分则及其司法解释做出的裁判结论，在法学界引起争议，也无法获得媒体和民众的认可。在上述案例中，司法解释根据爆炸物的数量、公私财物的数量、枪支的数量、野生动物的数量，作为刑法规定的“数额特别巨大”“情节严重”“情节特别严重”等的标准。司法解释根据定量情节决定了裁判者在裁判某类案件时应当适用的法定刑幅度，也就决定了这类案件的最低刑。裁判者虽然可以在法定刑幅度内自由裁量，但是即使判处最低刑仍然与罪刑相适应原则和民众认同的情理相冲突。

这个问题也引起了实务界和理论界的关注。黄祥青法官指出，实践中必须警惕貌似合于法律、实际背离法律价值目的的司法裁判。〔6〕针对严格适用刑法司法解释导致的裁判结果不公平现象，我国学者提出了缓和司法解释刚性的建议。唐稷尧教授认为，在适用刑法司法解释时

〔2〕 2006年4月21日22时许，被告人许霆伙同同案人郭安山（已判刑）到广州市天河区黄埔大道西平云路的广州市商业银行离行式单台柜员机提款，当被告人许霆用自己的广州市商业银行银行卡（该卡内余额170多元）提取工资时，发现银行系统出现错误，即利用银行系统升级出错之机，分171次恶意从该柜员机取款共175000元，得手后携款潜逃，赃款被花用光。一审法院认为，被告人许霆以非法占有为目的，伙同同案人采用秘密手段，盗窃金融机构，数额特别巨大，其行为已构成盗窃罪。被告人许霆犯盗窃罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。参见广州市中级人民法院刑事判决书，（2007）穗中法刑二初字第196号。

〔3〕 2014年7月，刘大蔚通过QQ聊天软件在台湾卖家提供的网址“BCS武器空间”里选定24支枪形物后，在台湾卖家指定的淘宝网购买虚拟商品，支付宝付款3.054万元。7月19日，为逃避海关监管，台湾卖家将24支枪形物藏匿于饮水机箱体内存走私入境。7月22日凌晨，石狮海关缉私分局在泉州市清濛开发区盛辉物流公司仓库内查获饮水机内的24支枪形物。经鉴定，有21支以压缩气体为动力发射弹丸，其中有20支具有致伤力，认定为枪支。有1支不能确定是否为枪支；有3支不具有致伤力，认定为仿真枪。泉州市中级人民法院认为，被告人刘大蔚走私枪支入境，数量多达20支，其行为构成走私武器罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。福建省高级人民法院维持了一审判决。我国学者徐昕认为，每年至少有1万人因仿真枪被判刑，2008年以来这些犯罪至少波及10万个家庭。参见徐昕：《无罪辩护》，清华大学出版社2019年版，第252页。

〔4〕 2014年7月14日左右，被告人闫啸天、王亚军在辉县市高庄乡土楼村一树林内非法猎捕燕隼12只（国家二级保护动物），后逃跑一只，死亡一只。2014年7月18日，被告人闫啸天、王亚军卖到郑州市7只，以150元的价格卖给被告人负某1只。被告人闫啸天独自卖到洛阳市2只。2014年7月27日，被告人闫啸天和王亚军在辉县市高庄乡土楼村一树林内非法猎捕燕隼2只及隼形目隼科动物2只，共计4只。一审法院认为，被告人闫啸天犯非法猎捕珍贵、濒危野生动物罪，判处有期徒刑10年，并处罚金人民币5000元。二审法院维持了一审法院的判决。参见王巍：《河南大学生非法猎捕燕隼获刑10年半，再审申诉被驳回》，载新京报百家号2019年7月9日，<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1638563927292321418&wfr=spider&for=pc>。

〔5〕 王鹏从2014年4月开始非法收购、繁殖珍贵、濒危的鹦鹉并出售牟利。2016年4月初，王鹏将其孵化的2只小太阳鹦鹉以500元/只卖给原审被告人谢田福。经鉴定，该2只鹦鹉系列入《濒危野生动植物种国际贸易公约》附录的绿颊锥尾鹦鹉（人工变异种）。2016年5月10日，民警在广东省深圳市宝安区沙井街道沙井花卉世界谢田福经营的福田水族馆中查获10只鹦鹉（包括上述2只鹦鹉）。同年5月17日，民警在宝安区石岩街道麻市新村自力大道1号301房王鹏的租住处查获45只珍贵、濒危的鹦鹉，经鉴定，该45只鹦鹉系35只绿颊锥尾鹦鹉（人工变异种）、9只和尚鹦鹉及1只非洲灰鹦鹉。上述非洲灰鹦鹉被列入《濒危野生动植物种国际贸易公约》（CITES）附录I，其余鹦鹉均被列入《濒危野生动植物种国际贸易公约》（CITES）附录II。2017年3月30日，一审法院以犯非法出售珍贵、濒危野生动物罪判处王鹏有期徒刑5年，并处罚金3000元。参见王煜：《男子卖鹦鹉获刑5年 二审律师将作无罪辩护》，载《新京报》百家号2017年5月8日，<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1566763434777749&wfr=spider&for=pc>。

〔6〕 参见黄祥青：《法官如何裁判才能防止机械司法》，载《人民法院报》2019年4月11日，第008版。

应当坚持例外不适用规则。虽然刑法司法解释具有极强的权威性和优先适用效力,但是不能将这种权威性和优先性绝对化,应当赋予司法者例外性地选择不适用某一解释条款的权力。^{〔7〕}他建议,将现行《最高人民法院关于司法解释工作的规定》和《最高人民检察院司法解释工作规定》有关司法解释效力的条款修改为:“最高人民法院(或者最高人民检察院)发布的司法解释,各级法院(或者检察院)应当参照适用;司法裁判中不参照适用的,应当详细阐明理由。”^{〔8〕}叶良芳教授认为,司法解释只能定位为指导性规则,而不能定位为强制性规则。应当赋予司法者出罪或者减轻责任的酌定裁量权,而非入罪或者加重责任的酌定裁量权。^{〔9〕}段卫利博士也提出了类似的建议。^{〔10〕}这些缓和或者弱化司法解释刚性的建议,具有激进性,可能导致刑事司法从机械性向灵活性转变,引发对于裁判者自由裁量权滥用的担忧。这些建议会弱化最高人民法院通过司法解释维持刑事司法统一性的努力,可能不会得到最高人民法院的支持。本文提出的建议是通过激活酌定减轻条款来解决量刑僵化的问题,在总结酌定减轻条款裁判规则的基础上,将这些裁判规则以司法解释、量刑指南或者指导性案例的方式指导各级人民法院裁判案件。

一、我国刚性最低刑制度的内容

梳理上述案例发现,这些案例的裁判者严格按照刑法分则及其司法解释做出裁判,在裁判者的背后存在着制约其裁判的制度性因素和力量,即刚性最低刑制度。我国刑法体系中存在大量的刚性最低刑。我国的刚性最低刑,有的根据刑法分则的定性规定确定,有的根据刑法分则的定量规定确定,有的根据刑法分则的定性规定与司法解释的定量规定共同确定。绝大多数由刑法分则的定性规定与司法解释的定量规定确定,少数由刑法分则的定量规定确定。也就是说,刚性最低刑绝大多数情况是由最高司法机关决定的,只有少数是由立法机关决定的。刚性最低刑的核心特征就是,刑法或者司法解释根据定量情节确定了法定刑区间,也就确定了最低刑。刚性最低刑的适用具有绝对确定性,裁判者可以在法定刑区间内量刑,但是不得突破最低刑。刚性最低刑的适用具有常态性,甚至带有惯性和惰性。虽然根据法定减轻情节可以突破最低刑,但是在大量没有法定减轻情节的案件中,裁判者就没有这样的权力。虽然根据《刑法》第63条第2款即酌定减轻条款可以突破最低刑,但是该条款的适用处于保守甚至虚置状态。由于酌定减轻条款适用标准抽象、程序复杂,等待时间漫长或者考核的限制,即使在应当适用这些规定的案件中裁判者也怠于适用,这强化了刚性最低刑制度的“刚性”。我国刚性最低刑大致有如下几种情况。

〔7〕 唐稷尧:《论当前司法活动中适用刑法解释的基本规则》,载《四川师范大学学报(社会科学版)》2019年第2期,第50页。

〔8〕 参见唐稷尧:《中国当前刑法司法解释公信力刍议》,载《政法论丛》2016年第4期,第133—134页。

〔9〕 参见叶良芳:《刑法司法解释的能与不能——基于网购仿真枪案和掏鸟窝案判决的思考》,载《政法论丛》2016年第6期,第25页。

〔10〕 段卫利博士认为,刑事司法解释逐步丧失强制性,而只有参考性。应当允许法官在个案中有条件地突破刑法司法解释,法官突破刑事司法解释以有利于刑事被告人为原则。法官在定罪和量刑时要做出充分的说理和论证。参见段卫利:《刑事司法解释强制拘束力的批判与反思——以“掏鸟窝案”的裁判文书为切入点》,载《政法论丛》2016年第4卷,第97—98页。

(1) 根据伤亡人数或者直接经济损失的数额确定最低刑。根据伤亡人数、直接经济损失的数额确定“造成严重后果”，比如《刑法》第 119 条规定的破坏电力设备罪；根据伤亡人数或者直接经济损失数额确定犯罪成立条件和“情节特别恶劣”的标准，比如《刑法》第 134 条重大责任事故罪；根据伤亡人数或者直接经济损失的数额确定犯罪成立条件和“情节特别严重”的标准，比如《刑法》第 139 条之一不报、谎报安全事故罪等。

(2) 根据危险物品的数量确定最低刑。根据枪支、弹药、爆炸物的数量作为犯罪成立条件和“情节严重”的标准，比如《刑法》第 125 条非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪；根据危险物品的数量、伤亡人数或者财产损失数额作为犯罪成立条件和“情节严重”的标准，比如《刑法》第 125 条非法制造、买卖、运输、储存危险物质罪；根据枪支的数量作为犯罪成立条件、“情节严重”“情节特别严重”的标准，比如《刑法》第 126 条违规制造、销售枪支罪等。

(3) 根据特定物品的数量确定最低刑。根据国家秘密的项数确定“情节特别严重”，比如《刑法》第 111 条为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪；根据血液酒精含量确定醉酒型危险驾驶罪的成立条件，《刑法》第 133 条之一；根据文物的级别和数量确定“情节较轻”“情节特别严重”的标准，比如《刑法》第 151 条走私文物罪；根据淫秽物品的数量确定“情节较轻”“情节严重”的标准，比如《刑法》第 152 条走私淫秽物品罪；根据废物的数量确定“情节严重”“情节特别严重”的标准，比如《刑法》第 152 条走私废物罪；根据复制品数量确定“有其他严重情节”“有其他特别严重情节”，比如《刑法》第 217 条侵犯著作权罪；根据林木被滥伐的数量确定“情节严重”的标准，比如《刑法》第 407 条违法发放林木采伐许可证罪；根据基本农田、基本农田以外的耕地数量确定“情节严重”“致使国家或者集体利益遭受特别重大损失”的标准，比如《刑法》第 410 条非法批准征收、征用、占用土地罪等。

(4) 根据经济数额确定最低刑。根据生产、销售假药金额确定“其他严重情节”的标准，根据受伤人数或者生产、销售假药金额确定“其他特别严重情节”的标准，比如《刑法》第 141 条生产、销售假药罪；根据生产、销售金额确定“其他严重情节”的标准，比如《刑法》第 143 条生产、销售不符合安全标准的食品罪；根据伪造的货币的数额或者数量确定“情节较轻”“情节特别严重”的标准，比如《刑法》第 151 条走私假币罪；根据珍贵动物制品的数额确定“情节较轻”“情节特别严重”的标准，比如《刑法》第 151 条走私珍贵动物制品罪；根据偷逃应缴税额的数量确定“偷逃应缴税额较大”“偷逃应缴税额巨大”“偷逃应缴税额特别巨大”的标准，比如《刑法》第 153 条走私普通货物、物品罪；根据伪造货币的总面额或者币量确定犯罪成立条件和“伪造货币数额特别巨大”的标准，比如《刑法》第 170 条伪造货币罪；根据假币的总面额确定“数额较大”“数额巨大”“数额特别巨大”的标准，比如《刑法》第 171 条出售、购买、运输假币罪；根据集资诈骗数额确定“数额较大”“数额巨大”“数额特别巨大”的标准，比如《刑法》第 192 条集资诈骗罪；根据诈骗数额确定“数额较大”“数额巨大”“数额特别巨大”的标准，比如《刑法》第 196 条信用卡诈骗罪等。

(5) 刑法分则直接规定最低刑的情况。刑法根据销售金额确定犯罪成立条件和最低刑的标准，比如《刑法》第 140 条生产、销售伪劣产品罪；刑法根据税务机关无法追缴欠缴的税款数额确定最低刑，比如《刑法》第 203 条逃避追缴欠税罪；刑法根据人数确定最低刑，比如《刑法》第 240 条拐卖妇女儿童罪等。

从中可以发现，刚性最低刑制度的定量因素主要表现为危害结果的大小，这反映出立法机关和最高人民法院认为，犯罪行为的客观危害决定着法定刑幅度和法定最低刑，体现主观恶性和人

身危险性的情节对于量刑的影响较小,只能在法定刑幅度内起调节作用。

二、我国刚性最低刑制度的形成原因

我国刑事司法中量刑僵化问题是由刚性最低刑制度导致的。而形成刚性最低刑制度的原因在于我国刑事司法解释侧重刑事司法的统一性而忽略灵活性,同时具有衡平作用的酌定减轻条款又处于保守状态。具有确定性的裁判规则固然可以带来刑事司法的统一性,但是会损害刑事司法的公正性。

(一) 刑法司法解释侧重刑事司法的统一性

我国的刚性最低刑绝大多数是由刑法司法解释确定的。刑法司法解释追求的价值侧重刑事司法的统一性,要求各级裁判者做到同案同判。^{〔11〕}“最高法院进行司法解释的基本功能就是,在法律简素、规范多元的背景下确保法制统一,以权威主义的方式建构和维持某种高度集中的解释共同体。”^{〔12〕}相对于法律适用的正确性而言,法律适用的统一性可能更是最高法院司法解释值得追求的目标。^{〔13〕}追求统一性,也是刑法公正性的体现,有助于解决司法实践中量刑不均衡的问题。但是过度追求统一性却可能牺牲刑事司法的公正性。刑法司法解释过度追求统一性表现为,将某种量刑情节定量化和固定化,裁判者的自由裁量权被压缩乃至被排除,裁判者的刑法解释权没有被正式承认,以及严格的司法解释适用监督机制。

1. 量刑情节定量化和固定化

为了追求统一性,刑法司法解释往往将某种量刑情节定量化和固定化,而忽略了其他情节的作用。在刚性最低刑制度中,刑法司法解释主要根据犯罪对象和犯罪结果的数量确定最低刑,忽略了其他反映犯罪行为客观危害较小、行为人主观恶性较小和人身危险性较小的情节。

在刑事裁判过程中,量刑情节是多元化和动态化的,多元化强调的是量刑情节种类繁多,动态化强调的是在不同的案件中相同的情节对量刑的影响程度不同。裁判者对于各种各样的量刑情节应当进行全面和综合判断。合理的量刑不仅要体现“同案同罚”“同罪同罚”、量刑统一,而且还要体现个案的量刑特质,这是量刑统一化与量刑个别化的有机统一;否则将违背量刑的基本运行规律,从而损害量刑公信力和量刑效果。^{〔14〕}如果机械地将司法解释用于裁判案件,可能违背公平正义。获得统一性,但是失去公平性。正如张明楷教授所言,过于具体、僵化的规定,只能实现机械化的“正义”。如果司法解释将刑法中原则性、抽象性的规定全部具体化、明确化,必然导致刑法不能实现活生生的正义。^{〔15〕}

刑法司法解释为了实现统一性,尽量压缩乃至排除裁判者的自由裁量权。刑法司法解释日益

〔11〕 我国学者厘清了同案同判与量刑公正的关系。同案同判只能是对量刑基准的要求,不能是对量刑结果的要求。量刑结果公正并不意味着同案同判,而是意味着量刑结果与具体案件事实罪责刑相适应。基于同案同判的量刑规范化,实际上追求的仅是量刑统一化,只是一种表面上的形式公正,因规避量刑个别化而必然带来实质上的量刑不公。参见石经海:《“量刑规范化”解读》,载《现代法学》2009年第3期,第110页。

〔12〕 季卫东:《最高人民法院的角色及其演化》,载《清华法学》2006年第1期,第11页。

〔13〕 参见纪诚:《最高人民法院司法解释:一个初步的考察》,中国政法大学出版社2007年版,第144页。

〔14〕 参见石经海:《量刑个别化的基本原理》,法律出版社2010年版,陈泽宪序,第2页。

〔15〕 参见张明楷:《明确性原则在刑事司法中的贯彻》,载《吉林大学社会科学学报》2015年第4期,第29页。

细密化,不当限制裁判者适用刑法能力的发挥。高度技术化和具有绝对确定性的刑法司法解释,排除了裁判者适用刑法过程中价值衡量的可能和空间。刘艳红教授认为,我国刑事司法解释的细则化,导致刑事司法主体的极端弱化。“两高”大量的司法解释窒息了法官主观能动性的发挥,桎梏了法官对法律的理解和自由裁量。在详尽完备的、随时都有可能增加内容的副法体系之下,刑法对法官的理解需求降低到了最低限度,立法者以及最高司法机关对权力的控制以及对法官自由裁量权的限制也最大化地得以实现。^[16] 刑法司法解释涉及定罪权与量刑权在“两高”、裁判者之间的划分问题。如果定罪权与量刑权集中到“两高”,刑法司法解释务必压缩乃至排除裁判者的自由裁量权,那么就会带来同案同判,但是也会导致有些案件裁判结论违背罪刑相适应原则;相反,如果裁判者自由裁量权过大,可能弥补个案的不公平,但是可能导致同案不同判。“两高”比较倾向于收紧定罪与量刑权,尽量压缩裁判者自由裁量权,实现同案同判,容忍刑事司法机械化倾向和有些个案正义的牺牲。

但是过于确定的司法解释,在限制裁判者自由裁量权的同时,也排除了裁判者根据自由裁量权实现个别正义的机会。自由裁量权是双刃剑,它可以实现公正,也可以违反公正。法官的创造性具有两面性,其创造性的一面是可以提高个案判决的合理性,从而降低司法的误差损失;其破坏性的一面是损害法律稳定性和可预测性,并由此提高司法的交易费用。^[17] 关键的问题是如何发挥自由裁量权实现公正的一面,如何限制自由裁量权违反公正的一面,而不是一味压缩裁判者的自由裁量权。

自由裁量权是实现量刑公正的前提,哪种量刑情节应当影响量刑以及影响的程度如何,在不同的案件中各有不同。适度的自由裁量权是实现司法公正的不可或缺的条件。我国刑法学者石经海教授提出,量刑只能是“刑之裁量”而非只是“刑之量化”,量刑是一个能动的和个别化的活动和过程,而不只是根据事先数量化的因素,“对号入座”的、一般化的技术性活动和过程。^[18] 基于此,量刑需要适度的自由裁量权,这是量刑的规律所决定的。如何规范裁判者的自由裁量权?美国联邦法官波斯纳的观点值得借鉴。波斯纳提出,法律的客观性应当界定为合乎情理(reasonableness)。所谓合乎情理就是,不任性、不个人化和不政治化,就是既非完全的不确定,也不要求本体论或科学意义上的确定,而是只要具备有说服力的,并总是伴随有这种解释,就可以修改答案。以合乎情理作为司法的指南,法官在每一案件中努力获得特定境况中最合乎情理的结果。^[19] 波斯纳为裁判者适度的自由裁量权提供了方向。裁判者自由裁量权的行使应当合乎情理。根据案件事实、制定法及其司法解释、先前的判例、各种解释方法、法学理论等材料进行论证,无论是论证材料还是论证过程都是非个人化的、非任性的,追求的是令人信服的论证和结论。并且如果存在更有说服力的解释,可以修改裁判结论。这样的努力方向,可以保证裁判者的自由裁量权能够最大限度地用来实现司法公正,而不会成为任意和偏见的幌子。

[16] 参见刘艳红:《观念误区与适用障碍:新刑法施行以来司法解释总置评》,载《中外法学》2002年第5期,第522页。

[17] 参见桑本谦:《法学的理论迷雾:以轰动性案例为素材》,法律出版社2015年版,第169页。

[18] 参见石经海:《刑法现代化下的“量刑”解构——量刑规范化的科学基础探究》,载《中国刑事法杂志》2010年第3期,第19页。

[19] 参见[美]理查德·A.波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,绪论第9页、第165—166、569页。

2. 裁判者的刑法解释权没有被正式承认

我国宪法和法律都没有正式承认裁判者的法律解释权。1981年全国人大常委会《关于加强法律解释工作的决议》第2条,赋予最高人民法院和最高人民检察院在审判和检察工作中解释法律、法令的权力。2000年《中华人民共和国立法法》第104条重复了这个决议的内容,并且补充了如下规定,即最高人民法院和最高人民检察院以外的审判机关和检察机关不得做出具体应用法律的解释。2018年修订的《中华人民共和国法院组织法》确认了最高人民法院的法律解释权和法官的法律适用权,但是没有正式承认裁判者的法律解释权。^{〔20〕}日本宪法第76条规定:“所有法官依良心独立行使职权,只受本宪法及法律的拘束。”韩国宪法第103条规定:“法官依据宪法和法律及其良心,独立做出审判。”日本、韩国的宪法明确赋予法官依照良心和法律裁判案件的权力,我国宪法和法律缺少这样的规定。

“名不正,则言不顺。”由于裁判者的刑法解释权不被正式承认,所以裁判者根据良心和法律裁判案件并在裁判文书中充分说理论证的制度没有建立起来,而是严重依赖“两高”发布的司法解释。在裁判文书中,很少看到裁判者对于刑法的理解、解释和适用过程,只能看到裁判者直接从刑法和司法解释得到裁判结论。司法解释向法官灌输了判决无须说理的错误观念。几乎在所有的法官看来,最高人民法院的司法解释就是理由,毫无必要向被告人、辩护人详尽解释判决理由。^{〔21〕}

虽然裁判者的刑法解释权不被正式承认,但是裁判者对于刑法的理解和解释是不可避免的现实。只是裁判者解释和适用刑法的过程处于被遮蔽状态,无法得到监督和检验,裁判可能背离刑法的公平性。我国的刑法解释体制把刑法解释权与刑法适用权严格分开,刑法解释权属于最高人民法院和最高人民检察院,根据刑法及其司法解释裁判案件的权力属于各级司法机关的裁判者。这样的分工使得“两高”垄断了刑法解释权,其他各级司法机关的裁判者在裁判案件过程中对刑法的理解和解释处于被遮蔽状态。这种状态导致裁判者真实的裁判过程无法接受监督,在坚持刑法及其司法解释的形式之下,容易背离刑法的价值和民众的认同。唐稷尧教授认为,集权化刑法解释机制可能导致司法者的擅权。裁判者遇到疑难案件时有时会按照自己的理解来适用刑法规范,由于我国司法解释体制否定裁判者的刑法解释权,裁判者对刑法的解释不但缺乏法律共同体普遍承认的解释原则、技术的指导和制约,而且在公开的法律文书中很少阐明为什么适用该刑法规范以及如何理解该刑法规范,从而脱离公众的监督,呈现个人恣意和擅权的危险。^{〔22〕}

3. 司法解释适用的监督机制

最高人民法院通过一系列机制来保障司法解释得到严格和统一执行。最高人民法院赋予司法解释以法律效力,并且最高人民法院对各级人民法院和专门人民法院、上级人民法院对下级人民法院在审判中适用司法解释的情况进行监督。人民法院以司法解释作为裁判依据的,应当在司法文书中援引。^{〔23〕}

〔20〕 《中华人民共和国人民法院组织法》第18条:最高人民法院可以对属于审判工作中具体应用法律的问题进行解释。第33条:合议庭审理案件,法官对案件的事实认定和法律适用负责;法官独任审理案件,独任法官对案件的事实认定和法律适用负责。

〔21〕 参见周光权:《刑法学习定律》,北京大学出版社2019年版,第237页。

〔22〕 参见唐稷尧:《集权与分权:中国刑法解释机制的路径考察》,载《法制与社会发展》2013年第3期,第82页。

〔23〕 《最高人民法院关于司法解释工作的规定》第5条、第28条、第27条。

司法解释虽然不是独立的刑法渊源,但是在法官们看来,司法解释就是立法,就是法律条文。^[24]甚至司法解释的权威可能高于刑法的权威。司法解释的数量远远多于刑法条文,更关键的是司法解释比刑法更具有操作性,更能满足裁判者审理案件的现实需要。新的司法解释优于旧的刑法条文,详尽的司法解释优于抽象的刑法条文,因此司法实践中一个不争的事实是司法解释更能得到法官的适用,从而架空刑法。^[25]数量众多、形式多样的刑法司法解释将一部刑法典包围起来,以致司法者常常看不清甚至忘记了刑法典的真实全貌,而沦为根据“司法解释”裁判案件。^[26]司法解释与刑法在大多数情况下并不冲突,但是在有些案件中,根据司法解释裁判案件所得出的结论可能违背刑法的基本原则。司法实践对于司法解释的过度强调,可能导致刑事司法限制或者排除刑法情理性条款的适用,比如《刑法》第13条“但书”或者《刑法》第63条第2款酌定减轻条款。

(二) 酌定减轻条款适用的保守状态

酌定减轻条款是刚性最低刑制度的调节器,该条款有助于缓解刚性最低刑制度的刚性。但是在我国司法实践中,该条款处于保守甚至虚置状态。对于酌定减轻条款的态度,最高人民法院经历了从保守到鼓励的转变,而其他各层级人民法院仍然比较消极。

1. 最高人民法院的鼓励态度

最高人民法院掌握着酌定减轻条款适用的核准权,因此最高人民法院对于该条款适用的态度至关重要。经过分析《刑事审判参考》刊登的案例发现,最高人民法院对该条款适用的态度从保守转向鼓励。^[27]

酌定减轻条款的适用范围经历了从特殊案件到一般案件扩张的过程。起初,酌定减轻条款被认为只能适用于涉及国家利益的特殊案件。全国人大常委会法工委就冯洲受贿案答复最高人民法院称:“1997年刑法第63条第2款关于因‘特殊情况’在法定刑以下判处刑罚的规定,主要是针对涉及国防、外交、民族、宗教等极个别特殊案件的需要,不是对一般刑事案件的规定。”^[28]全国人大法工委的这个答复,明确主张酌定减轻条款适用于极个别特殊案件,反对适用于一般刑事案件。2001年最高人民法院的法官在解释李小平等人故意伤害案的裁判理由时认为,《刑法》第63条第2款的“特殊情况”主要是指案件的处理具有特殊性,一般应是指涉及政治、外交、统战、民族、宗教等国家利益的特殊需要。被处罚的被告人没有法定减轻处罚情节,对其判处法定最低刑还是过重时,才能在法定刑以下判处刑罚。^[29]需要注意的是,相较于全国人大法工委的回复,最高人民

^[24] 参见强世功、赵晓力:《双重结构下的法律解释——对8名中国法官的调查》,载梁治平编:《法律解释问题》,法律出版社1998年版,第231页。广东省深圳市中级人民法院在王鹏非法收购、出售珍贵、濒危野生动物案二审判决书中明确指出,“司法解释具有无可争辩的法律效力”。关键的问题是,司法解释应该放到法律体系中理解,应当受到刑法基本原则和刑法总则的指导和制约。

^[25] 参见利子平、詹红星:《刑法司法解释:现状、成因及其走向》,载《南昌大学学报(人文社会科学版)》2003年第6期,第72页。

^[26] 参见唐稷尧:《中国当前刑法司法解释公信力刍议》,载《政法论丛》2016年第4期,第128页。

^[27] 任职于最高人民法院的何帆指出,《最高人民法院公报》和《刑事审判参考》刊登的案例,多数并非最高人民法院裁判,但经过最高人民法院相关部门编辑认可或点评,能够代表最高司法机关的观点,具有司法指导意义。参见何帆:《刑法注释书》,中国民主法制出版社2019年版,导言第10页。

^[28] 参见周道鸾等主编:《刑法的修改与适用》,人民法院出版社1997年版,第166页。

^[29] 参见中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一庭、第二庭编:《第111号:李小平等人故意伤害案——对不具有法定减轻处罚情节的犯罪应如何适用刑罚》,载《刑事审判参考》(2001年第7集·总第18集),法律出版社2001年版,第6页。

法院法官的这个解释出现微妙的变化。这个解释认为,酌定减轻条款的适用范围一般是指涉及国家利益的特殊案件,并没有明确反对将该条款适用于一般案件,这蕴含着例外存在的可能性。

2001年,最高人民法院在核准程乃伟绑架案时,把酌定减轻条款的适用范围扩张到一般刑事案件。河南省高级人民法院的法官在解释该案的裁判理由时认为,《刑法》第63条规定的“特殊情况”,当然应指政治、外交等特殊情况,但是也不应绝对化。理解得过宽不行,有违刑法从严控制特殊情况减轻处罚的立法目的;理解得过严又不利于更好地贯彻罪刑相适应原则。^[30] 2008年8月20日,最高人民法院签发许霆案件的核准刑事裁定书。许霆案件促进了最高人民法院对于酌定减轻条款从保守向鼓励态度的转变。许霆案清晰地表明,《刑法》第63条第2款规定的“特殊情况”除了涉及国家利益的情况之外,还包括对案件量刑产生重大影响的其他情况,如被告人人身危险性很小等。^[31] 2009年,最高人民法院副院长江必新将酌定减轻条款视为衡平机制,衡平制度就是为了解决司法实践中可能出现的明显不公、明显脱离正义的案件而建立的制度。^[32]

2010年闫子洲故意伤害案中,河南省高级人民法院的法官在解释该案的裁判理由时认为,《刑法》第63条第2款规定的“特殊情况”除了涉及国家利益的情况外,还应包括一些个案的情节特殊的情况,主要是反映被告人主观恶性、人身危害性、社会效果等方面的因素。^[33] 这个裁判理由不仅肯定了酌定减轻条款适用范围的扩大,而且说明了“特殊情况”的内容。2019年王海旺非法经营案中,最高人民法院的法官在解释裁判理由时提出,在确有特殊情况的案件中,要敢于、善于运用酌定减轻条款,以此体现立法精神,实现宽严相济。^[34] 这个裁判理由充分体现了最高人民法院对于酌定减轻条款适用的鼓励态度。

经过对案例的历史梳理可以发现,对于酌定减轻条款的适用最高人民法院经历了从保守到鼓励的转变。这个过程体现了酌定减轻条款的现实价值,它在量刑体系中具有不可或缺的地位。它对于实现罪刑相适应原则,对于缓和情理法的冲突,对于实现刑事司法法律效果与社会效果的融合具有无可替代的价值。在我国刚性最低刑制度占据主导地位,刑事司法机械化倾向日益严重的当下,酌定减轻条款在平衡刑事司法的统一性与公正性之间的作用日益凸显。

2. 其他各层级人民法院的消极态度

虽然最高人民法院对于酌定减轻条款适用的态度发生了改变,但是其他各层级人民法院的态度仍然消极:适用该条款的数量很少,即使在应当适用的场合,仍然规避适用。张明楷教授指出,在应当适用酌定减轻条款的情况下,人们总是怕麻烦而不适用,于是出现了量刑过重或者随意选

^[30] 参见中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一庭、第二庭编:《第182号:程乃伟绑架案——特殊情况下减轻处罚的适用》,载《刑事审判参考》(2002年第3集·总第26集),法律出版社2002年版,第48页。

^[31] 参见张军主编:《〈刑法修正案(八)〉条文及配套司法解释理解与适用》,人民法院出版社2011年版,第55页。

^[32] 参见江必新:《在法律之内寻求社会效果》,载《中国法学》2009年第3期,第11页。

^[33] 参见中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办:《第600号:闫子洲故意伤害案——将正在实施盗窃的犯罪分子追打致死的行为如何量刑》,载《刑事审判参考》(2010年第1集·总第72集),法律出版社2010年版,第30页。

^[34] 参见中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办:《第1237号:王海旺非法经营案——特殊情况下减轻处罚的理解与适用》,载《刑事审判参考》(总第113集),法律出版社2019年版,第14页。

择轻罪甚至宣告无罪的现象。^[35] 李立众教授认为,即使在许霆案之后酌定减轻条款的适用仍然处于寥寥无几的状态。^[36] 理论界的观点也得到了司法实务部门的印证。最高人民法院的法官认为,由于酌定减轻条款规定不明确,法官在适用该条款时需要承受来自检察机关、被害人及其家属等各方面的压力,同时还担心因报核案件被发回重审而被追究错案责任,且因核准程序复杂,法官存在畏难情绪,导致实践中相当数量符合条件的案件没有报核,被告人没有得到减轻处罚。^[37]

酌定减轻条款的适用处于保守乃至虚置状态这个命题,也得到了有限的实证数据的支撑。自 97 刑法实施到 2008 年,每年最高法院核准的案件只有一二十件。^[38] 2003 年至 2011 年,全国法院报核在法定刑以下判处刑罚的案件共有 677 件。2003—2011 年,江苏省法院在法定刑以下判处刑罚的案件只有 1 件。^[39] 2006 年许霆案使刑法理论界和实务界更加认识到酌定减轻条款的价值。许霆案之后,无论是最高人民法院核准案件数量还是核准率都有很大的提高。2007—2009 年最高人民法院核准适用酌定减轻条款的案件共计 199 件。其中 2007 年 36 件,核准率为 97.22%; 2008 年 76 件,核准率为 92.11%; 2009 年 87 件,核准率为 91.95%。^[40] 从这三年数据来看,平均每年核准 66 件,平均核准率为 93.76%。

核准率较高表明最高人民法院对于酌定减轻条款的支持和鼓励态度,而各层级人民法院报送该类案件数量明显较少则表明他们的消极态度。这个结论可以从横向比较与纵向比较进行论证。从横向比较来看,酌定减轻条款与免于刑事处罚条款都属于从宽量刑机制,但是后者的适用数量远远多于前者,参见表 1。从纵向比较来看,97 刑法对于酌定减轻条款进行了重大修改,修改前适用数量远远多于修改后。97 刑法生效之前,79 刑法所规定的适用酌定减轻条款的案件全国每年至少有几千起,有的中级法院一年就有 70 多起。^[41] 无论是横向比较还是纵向比较,酌定减轻条款的适用数量都明显较少。

表 1 酌定减轻条款与免于刑事处罚条款适用状况对比^[42]

年份	法定刑以下判处刑罚收案数(件)	法定刑以下判处刑罚结案数(件)	免于刑事处罚人数(人)
2020	62	57	11 942
2019	37	35	21 593
2018	38	38	16 711

[35] 参见张明楷:《骗取自己所有但由他人合法占有的财物构成诈骗罪——对〈伪造公章取走暂扣车辆是否构成诈骗罪〉一文结论的肯定》,载《人民检察》2004 年第 10 期,第 32 页。

[36] 参见李立众:《修改酌定减轻处罚核准主体之建议》,载《人民检察》2011 年第 9 期,第 65 页。

[37] 见前注[31],张军书,第 55、62—63 页。

[38] 参见张军、姜伟、朗胜、陈兴良:《刑法纵横谈》,北京大学出版社 2008 年版,第 390 页。

[39] 参见公丕祥:《完善法定刑下判处刑罚的核准制度》,载《中国审判》2011 年第 62 期,第 11 页。

[40] 见前注[31],张军书,第 63 页。

[41] 见前注[38],张军、姜伟、朗胜、陈兴良书,第 391 页。

[42] 在最高人民法院的统计公报中,2017 年开始增加“法定刑以下判处刑罚复核”的收案数、结案数和未结案的数量信息。参见最高人民法院:全国法院司法统计公告,http://gongbao.court.gov.cn/ArticleList.html?serial_no=sftj。

续表

年份	法定刑以下判处刑罚收案数(件)	法定刑以下判处刑罚结案数(件)	免于刑事处罚人数(人)
2017	178	168	20 684
2009	—	87	17 223
2008	—	76	17 312
2007	—	36	15 129

三、酌定减轻条款激活的实体路径

针对量刑僵化问题,本文提出的建议是激活酌定减轻条款的适用。酌定减轻条款是量刑体系中不可或缺的部分,它使得量刑活动在保持统一性、稳定性和可预测性的基础上,也具有适当的灵活性。正如美国量刑指南手册(Guidelines Manual 2018)所指出的,由于很难制定出包含大量可能影响量刑情节的指南,所以偏离规则在量刑指南体系中发挥着不可或缺的功能。偏离规则允许法院在机械地适用量刑指南无法达到制定法和量刑目的的情形下,可以例外地适用合适的刑罚。^[43]酌定减轻条款的激活能够平衡和协调裁判结果的统一性和公正性。最高人民法院对于酌定减轻条款的适用经历了从保守向鼓励的转变,刑法理论界走得更远,张明楷教授建议法官应当具有“只要符合条件就减轻处罚”的意识,法官没有必要将《刑法》第63条第2款视为特殊的例外规定,而应看作一般性规定。^[44]如何激活酌定减轻条款的适用?本文在最高人民法院已经核准的案例中,系统归纳酌定减轻条款的裁判规则,并将其用于指导各级人民法院的量刑活动。

(一) 酌定减轻条款适用的情节种类

酌定减轻条款适用的罪名一般都属于重刑罪名。在笔者搜集到的30个案例中,应当适用的法定最低刑为无期徒刑的案例有2件,10年有期徒刑的有21件,5年有期徒刑的有6件,3年有期徒刑的有1件。法定最低刑为3年以下有期徒刑或者拘役的案件,没有适用酌定减轻条款的必要,从宽情节可以通过适用缓刑来体现。有限的统计数据表明,酌定减轻条款适用的集中范围是法定最低刑为5年和10年的案例。以这30个案例为分析对象,以行为客观危害较小、行为人主观恶性较小、行为人人身危险性较小为标准,对裁判文书提到的酌定减轻情节进行归类。

体现行为客观危害较小的情节包括:没有造成严重危害结果;虽然将亲生孩子卖出但是被公安机关成功解救,没有造成严重危害后果;出卖亲生子女相较于“人贩子”,客观危害较小;采用非破坏手段实施盗窃金融机构;殴打行为不是危害结果发生的主要原因,仅是被害人死亡的诱因;多因一果,行为人的行为只是其中一个原因;多人一果,并非行为人一人所为;伤害行为只是受害人病发的诱因之一,不应死亡结果负全部责任;出售的珍贵、濒危野生动物属于行为人驯养繁殖而

[43] 参见 United States Sentencing Commission Guidelines Manual 2018, p.474, <https://www.ussc.gov/guidelines/2018-guidelines-manual-annotated>, 2020年3月27日访问。

[44] 参见张明楷:《责任刑与预防刑》,北京大学出版社2015年版,第417页。

不是野外捕捉,且有的尚未售出;准备出售的珍贵、濒危野生动物制品的价格明显低于鉴定价值;贪污所得用于林地经营,客观上有益于生态环境建设,所种树木全部折价抵偿给国有林场;部分贿赂不是实得利益,且有支付劳务的因素;案件发生在亲属之间;未为他人谋取利益;挪用公款时间较短,且案发几年前全部发放到村民手中。

体现行为人主观恶性较小的情节包括:放任态度情节轻微;被害人有过严重的过错;因正常生产生活需要或者合法的生产经营活动需要;临时起意实施犯罪行为;走私的象牙制品系在境外合法购得且不能证明具有牟利目的;家庭生活困难;因公安特情人员引诱犯罪;挪用公款不是为了本人谋利,而是囿于人情帮助他人完成揽储任务;得知孩子父母无力抚养并且主动要求出卖的情况下,行为人联系收买人;走私珍贵物品,在购买地是允许交易的。

体现行为人人身危险性较小的情节包括:悔罪表现;认罪悔罪;初犯偶犯;对案件侦破起了重要作用;如实供述犯罪;主动退赃;没有再犯罪危险,所居住社区具备矫正管理条件;赃款赃物基本追回;为被害人赔偿经济损失;积极赔偿被害人经济损失,并取得被害人谅解。

其他情节包括:某种犯罪是基于对抗当地某种形势严峻的犯罪发生的,并得到当地民众的同情;^[45]行为人是女儿骨髓移植手术的优选供髓者。

(二) 酌定减轻条款不得适用的情形

在中国裁判文书网输入“酌定减轻处罚”进行搜索,共检索到480篇文书。在这些文书中,绝大多数都是辩护人提出适用酌定减轻条款,而裁判者以直接或者间接的方式反对适用该条款。直接反对就是裁判者在裁判文书中,直接反对将某种情节认定为酌定减轻处罚的情节;间接反对就是裁判者在裁判文书中,将辩护人提出酌定减轻条款的情节认定为酌定从轻情节。这些情节包括:身患疾病(艾滋病);归案后均能如实供述主要犯罪事实,在法庭上自愿认罪,并能主动退出违法所得;行为人母亲长年瘫痪在床、家里生活窘迫;具有坦白情节、初犯、偶犯;归案后能如实供述犯罪事实,认罪态度较好;上缴部分赃款;如实供述自己的罪行、向县纪委退赃、一审审理时当庭认罪;被告人当庭自愿认罪,赔偿被害人全部经济损失,得到被害人的谅解;因民间纠纷引发,被害人对其受伤害有过错;被告人与被害人自愿达成了和解协议,一次性赔偿了被害人的全部损失,取得了被害人的谅解;被告人家属已退还骗取的全部医保基金;当庭认罪认罚,有悔罪表现,事发后积极异地补植林木;行为人此次犯罪系初犯、偶犯,全部退回被害人损失并取得了被害人的谅解;行为人此次犯罪系初犯、偶犯,到案后能够如实供述自己的罪行,且对于矛盾的发生,受害人也有一定的过错;本案系因邻里纠纷民间矛盾激化而引发,被害人对矛盾激化负有一定责任,且双方已达成医疗费等费用由各自承担的调解协议,被告人已取得被害人谅解;被告人是一次性将包括樟树在内的所有树木进行砍伐的,对被告人可酌情从轻处罚;涉案毒品大部分已被公安机关扣押,未流入社会;妨害公务案件中,鉴于公安民警在执行公务时执行程序不够规范;鉴于二被告归案后认罪态度好且主动缴纳罚金。最高人民法院在不核准裁判文书中认为,下列情节不属于酌定减轻处罚情节:行为人归案后能认罪悔罪,如实供述自己的犯罪事实,并积极赔偿被害人家属损失,得到被害人家属谅解;行为人归案后如实供述、自愿认罪等具体情况。

从中可以发现,仅有体现行为人人身危险性较小的单个或者组合情节,不得适用酌定减轻条款。体现行为人主观恶性较小的被害人过错,与体现行为人人身危险性较小的情节组合在一起,

^[45] 见前注[33],《第600号:闫子洲故意伤害案——将正在实施盗窃的犯罪分子追打致死的行为如何量刑》,第30—31页。

一般情况下也不得适用酌定减轻条款。

(三) 从宽情节的组合效应

在适用酌定减轻条款的裁判文书中可以发现,裁判者往往根据多种从宽情节的组合作为适用酌定减轻条款的理由,没有裁判文书是仅仅根据一种从宽情节来适用该条款的。这些从宽情节包括反映行为客观危害较小的情节、行为人主观恶性较小的情节和行为人人身危险性较小的情节。这些情节集合起来形成合力,被裁判者认定为《刑法》第63条第2款的“案件的特殊情况”。

虽然多种从宽情节的组合被认定为适用酌定减轻条款的条件,但是它们对适用该条款的影响程度不同,有的情节发挥着主导作用,而有的情节发挥着补充作用。在刘大蔚走私枪支案中,福建省高级人民法院再审时,适用《刑法》第63条第2款的理由是:刘大蔚尚未实际取得所购的24支仿真枪,枪支没有流入社会,社会危害性较小;涉案枪支枪口比动能较低,致伤力较小,且不易于通过改制提升致伤力;本案没有证据证明刘大蔚购枪目的是进行非法活动,认定其以营利为目的的证据也不充分;其作案时刚满18岁,系初犯,且认罪态度好。综合评估本案的社会危害性,坚持主客观相统一原则,确保罪责刑相适应,对刘大蔚可在法定刑以下判处刑罚。^[46] 最高人民法院核准了福建省高级人民法院的刑事判决。可见,《刑法》第63条第2款规定的“案件的特殊情况”在此处表现为影响刘大蔚走私枪支行为客观危害较小的情节、体现行为人主观恶性较小的情节和体现行为人人身危险性较小的情节。这些情节形成合力,促使裁判者适用酌定减轻条款。在这些情节中,未实际取得枪支、枪支没有流入社会、枪口比动能较低、不易于改制等情节,对于适用酌定减轻条款起着主导作用,而不能证明走私枪支的目的是非法和营利、作案时刚满18周岁、初犯、认罪态度好等情节,起着补充作用。

起主导作用的情节可以在类似案件中适用酌定减轻条款,而起补充作用的情节不能单独决定酌定减轻条款的适用。起主导作用的情节主要是体现行为客观危害较小的情节,起补充作用的情节主要是体现行为人主观恶性较小或者人身危险性较小的情节。

四、酌定减轻条款激活的程序路径

研究发现,对于酌定减轻条款的适用,最高人民法院持鼓励的态度,而其他各层级的人民法院则较为消极。因此,激活酌定减轻条款适用的关键在于唤起其他各层级人民法院的积极性。在最高人民法院已经核准的案例中,系统梳理酌定减轻条款的裁判规则,通过发布司法解释、定期修改量刑指南或者发布指导性案例的方式激活酌定减轻条款的适用。酌定减轻条款的核准权在最高人民法院,那么由最高人民法院通过司法解释、量刑指南、指导性案例的方式提供酌定减轻条款的裁判规则也是合理的。这种机制有助于激发最高人民法院以下各层级人民法院适用酌定减轻条款的积极性,在刑事司法的统一性与公正性之间、法律效果与社会效果之间维持平衡。

通过发布司法解释激活酌定减轻条款,已经有所探索。比如《最高人民法院关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(原法释〔2001〕15号,根据法释〔2009〕18号修正)第9条规定,因筑路、建房、打井、整修宅基地和土地等正常生产、生活

^[46] 《刘大蔚网购仿真枪被判无期案再审宣判:获刑七年三个月》,载央广网百家号2018年12月25日, <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1620801693240068024&wfr=spider&for=pc>。

需要,以及因从事合法的生产经营活动而非法制造、买卖、运输、邮寄、储存爆炸物,数量虽然达到“情节严重”的标准,没有造成严重社会危害,并确有悔改表现的,也可以不认定为“情节严重”。^[47]从现有案例来看,根据司法解释适用酌定减轻条款仍然应当经过最高人民法院核准。^[48]但是,这无疑为各级法院的裁判者适用酌定减轻条款提供了更为明确的规范指引,有助于他们敢于和善于适用该条款。

通过定期修改量刑指南激活酌定减轻条款。^[49]2010年10月1日起试行的《人民法院量刑指导意见(试行)》,整体上忽略了酌定减轻条款的价值,基本上没有为裁判者提供适用该条款的空间。这与最高人民法院对量刑规范化改革的定位有关。最高人民法院认为,量刑规范化改革的主要目的在于统一法律适用标准,规范裁量权,严格执行法律,准确裁量刑罚,确保办案质量,实现公平正义,维护社会稳定,促进社会和谐。^[50]追求统一性,是量刑指南的主要目的。在这一目的指导下,可能扩大裁判者裁量权的酌定减轻条款自然缺乏一席之地。为了激活酌定减轻条款,最高人民法院可以在“量刑的指导原则”中指出酌定减轻条款的价值,在“常见犯罪的量刑”中把酌定减轻条款的裁判规则纳入相应犯罪中。

通过发布指导性案例激活酌定减轻条款。据统计,最高人民法院已经发布22个刑事指导案例,其中没有涉及酌定减轻条款的案例。相对于司法解释与量刑指南而言,指导性案例具有相对具体性和试错性。指导性案例将案例与裁判要点结合在一起,不但可以帮助裁判者理解裁判要点的內容,而且有助于裁判者理解裁判要点的背景和推理过程。对于取得良好法律效果和社会效果的司法个案,但是难以提炼抽象性裁判规则的,可以发布指导性案例。待指导性案例的实践效果经过更长时间的检验后,可以上升为司法解释或者量刑指南。

五、结 论

统一性与公正性都是刑事司法追求的价值。前者要求同案同判,强调案件与案件之间的横
 向比较;后者要求罪刑相当,强调量刑结果与具体案件事实相称。刑法司法解释追求刑事司法

^[47] 类似的司法解释还有:《最高人民法院、最高人民检察院、海关总署关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》(法释〔2002〕139号)第7条规定:走私珍贵动物及其制品达到一定数量标准的处5年以上有期徒刑,但是如果珍贵动物制品购买地允许交易且入境人员没有牟利目的的,一般处5年以下有期徒刑;走私珍贵动物及其制品达到一定数量标准的,属于“情节特别严重”,处无期徒刑或者死刑,但是如果珍贵动物制品购买地允许交易且入境人员没有牟利目的的,处5年以上有期徒刑。《最高人民法院、最高人民检察院关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2013〕8号)第8条规定:偷拿家庭成员或者近亲属的财物,获得谅解的,一般可不认为是犯罪;追究刑事责任的,应当酌情从宽。

^[48] 参见中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办:《第772号:王宇走私珍贵动物制品案——〈刑法修正案(八)〉实施后刑法第六十三条第二款的适用》,载《刑事审判参考》(2012年第3集·总第86集),法律出版社2013年版,第3—4页。

^[49] 美国通过不断修改量刑指南的方式指导量刑法院偏离量刑指南的适用。美国联邦最高法院在Rita案中认为,量刑法院在适用量刑指南时可能出现偏离。法官会阐明偏离的理由,上诉法院会决定偏离后的处刑是否合理。量刑委员会会收集、检查这些信息。量刑委员会这样做可以获得来自控方、辩方、法律执行组织、民间自由组织、刑罚学专家及其他人的建议。它可以相应地修改量刑指南。参见United States Sentencing Commission Guidelines Manual 2018, p.15, <https://www.ussc.gov/guidelines/2018-guidelines-manual-annotated>, 2020年5月6日访问。

^[50] 参见《最高人民法院关于印发〈人民法院量刑指导意见(试行)〉的通知》(法发〔2010〕36号)。

统一性的努力值得肯定,但是也要警惕因为过度追求统一性而产生的量刑僵化问题,从而损害司法公正。本文梳理的数起争议性刑事案件反映出量刑僵化的现象,裁判者严格按照刑法分则及其司法解释得出的结论违背罪刑相适应原则和民众认同的情理。刚性最低刑制度在背后制约着裁判者量刑的过程和结论。刑法分则及其司法解释根据定量情节确定了某类案件的法定最低刑,而酌定减轻条款的适用处于保守乃至虚置状态。本文建议,通过激活酌定减轻条款的适用来缓解刚性最低刑制度。通过系统归纳酌定减轻条款的裁判规则,以发布司法解释、量刑指南或者指导性案例的方式,激活酌定减轻条款的适用,增加该条款适用的广度和频度。这将赋予刚性最低刑制度以柔性,在确保量刑统一性的同时,增加量刑的灵活性,最终实现量刑的公正性。在我国自由刑和死刑占据主导地位的刑罚结构下,酌定减轻条款的激活有助于从刑事司法的角度降低刑罚的供给量。使行为人得到公正的刑罚,而不是惩罚过重的刑罚,更有利于控制犯罪。

Abstract From the controversial cases we can find sentencing rigidity is a very serious problem in criminal law practice. The decisions made by judges according to the specific provisions of criminal law and its judicial interpretations would violate the principle of proportionality and popular support. These decisions are restricted by the system of mandatory minimum sentences which means the specific provisions of criminal law and its judicial interpretation specify the minimum sentences of the special cases, however the article of discretionary mitigating circumstances is in an empty state. The system seeks judicial uniformity but impairs judicial fairness. We should conclude judgment rules of the article of discretionary mitigating circumstances. And these rules should be provided to the judges by the judicial interpretations, the sentencing guidelines and the guiding cases. Activating the article would make the system of mandatory minimum sentences flexible, achieving the sentencing goal of both uniformity and fairness.

Keywords the Problem of Sentencing Rigidity, the System of Mandatory Minimum Sentences, Judicial Interpretation of Criminal Law, Activating the Article of Discretionary Mitigating Circumstances

(责任编辑:陈可倩)