

量刑情节单复数问题研究

陈航

(兰州大学法学院, 甘肃兰州 730000)

[摘要] 量刑情节单复数的判断应当围绕具体案件进行,其要旨首先在于量刑情节的界定问题。派生的构成要件不应作为量刑情节;在综合性构成要件中,只能将其中之一选定为构成要件,其他剩余的要素则转换为量刑情节。当量刑情节之间呈现结合关系、包容关系或竞合关系时,应当按单一情节对待;在一人犯数罪时,行为人的立功只能视为一个量刑情节,而行为人的未成年人身份及累犯情节应当按复数量刑情节对待。

[关键词] 量刑情节;单复数;量刑情节关系

A Study on the Singular and Plural of Circumstances for Sentencing

Chen Hang

(School of Law, Lanzhou University, Lanzhou 730000, China)

Abstract: The singular or the plural of circumstance for sentencing should be determined in the context of particular cases. The primary issue is to distinguish the circumstances for sentencing from the constituent elements of crime. The derivative constituent elements of crime should not become circumstance for sentencing. Among the comprehensive constituent elements of crime, only one will be taken as the constituent element, and the other elements will be converted into circumstances for sentencing. When there appears a combined relationship, an inclusive relationship or a competing relationship between circumstances for sentencing, we only regard one of them as the sentencing circumstance; and when the subject has committed several crimes, one Meritorious Service of this subject can only serve as a singular circumstance for sentencing while the minor identity and the circumstance of recidivism should serve as plural circumstances for sentencing.

Key words: circumstance for sentencing; singular and plural; the relationship between circumstances for sentencing

一、问题的提出

与罪数论在刑法学中的显赫地位相比,量刑情节的单复数问题似乎微不足道,鲜有人专门论

及。但根据目前正在推进的量刑规范化改革方案,无论从实体上还是程序上讲,都要求司法者对每个刑案的量刑情节数量了然于胸,能够精准把握和交代^①。

遗憾的是,人们对量刑情节个数的思考基本上还处在“宏大叙事”阶段,或者说,尚热衷于对量刑情节进行笼统概括、抽象统计而已。其突出表现为在各种教科书及有关论著中,诸如“法定量刑情节有主犯、累犯、未遂犯、已满 14 周岁未满 18 周岁的人犯罪、正当防卫过当等;酌定量刑情节有犯罪的目的、犯罪的动机、犯罪对象、犯罪的时间、地点等”类似表述,可谓比比皆是,不胜枚举。这显然无助于司法实践中对量刑情节单复数的确定。因为现实生活中的犯罪是具体的,而量刑情节也总是一定犯罪的量刑情节。正如犯罪构成中有一般的犯罪构成、某类犯罪的犯罪构成及具体犯罪的犯罪构成一样,量刑情节也可分为“通用性的”量刑情节、某类犯罪的量刑情节和某一具体犯罪的量刑情节。如果联系具体犯罪构成加以分析,起码可获得如下进一步认识:第一,犯罪可分为故意犯罪和过失犯罪两大类。过失犯罪由其自身属性所决定,不可能存在主犯、累犯、教唆犯、从犯、预备犯、未遂犯、中止犯、正当防卫过当、犯罪动机、犯罪目的、激情犯罪及“大义灭亲”等量刑情节。第二,故意犯罪又可分为暴力型犯罪和智能型犯罪等类型。一般说来,在智能型犯罪中,不可能存在防卫过当、手段残忍等量刑情节。第三,在单个人实施的犯罪案件中,不可能有主犯、从犯等量刑情节;在单纯侵犯他人生命、健康的犯罪中,不存在财产数额大小、是否急用、属辛苦挣得还是非法所得等量刑情节;在以特定的时间、地点为构成要件的犯罪中,犯罪的时间、地点也不再成为量刑情节;在所谓“无被害人犯罪”案件中,不存在被害人是否为老弱病残、是否与被害人之间有某种关系(如师生关系、朋友关系、养父女关系、上下级关系)等量刑情节;等等。因此,在量刑实践中,某个案件量刑情节究竟是多少,深受其具体犯罪类型性质的制约。如果脱离具体犯罪而抽象地讨论量刑情节的单复数问题,实际价值极为有限。

其实,个案中的量刑情节数量到底是多少,必须结合该案的犯罪构成要件和量刑情节构成要件的性质加以判定。这不仅涉及禁止重复评价问题,也涉及对相关量刑情节立法如何准确理解的问题,从更深层次上讲,还涉及对学界一些传统观念如何重新认识的问题。应当说,量刑情节个数的判断,从根本上讲首先是量刑情节的界定问题。众所周知,犯罪一般有较为明确的构成要件,而在量刑情节中,除一些法定量刑情节的要件较为明确外,酌定量刑情节的种类及其构成要件似乎并不是那么明确,因此,量刑情节单复数的认定要比罪数问题显得更加复杂。

二、量刑情节单复数的判断与犯罪构成要件

就仅有单一法定刑幅度之罪的构成要件而言,其与量刑情节如何区别,学界没有太多争议。但对具有两个以上法定刑幅度的罪名而言,其构成要件与量刑情节究竟如何区别,则存在颇多分歧。当然,即便是仅有单一法定刑幅度之罪的构成要件,当该罪属于情节犯时,作为构成要件的事实与量刑情节之间究竟有何不同,也值得认真推敲。

以故意杀人罪为例,它有两个档次的法定刑幅度,而区分这两档法定刑幅度的要件为“情节”是否较轻。“情节”一词的概括性、抽象性往往使人们产生争议。比如,要是把杀人预备行为界定为“情节较轻”之情形,就涉及它究竟是构成要件还是量刑情节的问题。因为在有些学者看来,犯罪构成有多种分类,其中之一是分为普通的犯罪构成和派生的犯罪构成。前者是刑法条文对具有普通社会危害程度行为所规定的犯罪构成;后者是因具有较轻或较重社会危害程度而从普通犯罪构成

^① 参见最高人民法院《人民法院量刑指导意见(试行)》(2010年)之“量刑的基本方法”;又见最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合发布的《关于规范量刑程序若干问题的意见(试行)》第10条、第16条。

中衍生出来的犯罪构成,它又进一步分为加重的犯罪构成与减轻的犯罪构成^{[1]222-223}。问题是,“杀人预备行为”究竟是从宽量刑情节还是择一的减轻犯罪构成要件呢?显然不无疑问。不少学者认为,既然构成要件是犯罪成立与否的必要条件,仅仅用于说明犯罪成立还是不成立,而无论加重法定刑的条件还是减轻法定刑的条件,都不会影响犯罪的成立与否,那么,它不应理解成犯罪的构成要件^{[2]83[3]141}。若据此判断,这里的杀人预备行为肯定与构成要件无涉。当然,即便如此,若某罪只有一个普通的犯罪构成,且属于“情节犯”(如《刑法》第244条规定的强迫职工劳动罪),或者说某罪的基本罪就是情节犯(如《刑法》第243条规定的诬告陷害罪),那就不得不考虑:某一情节(如行为造成的后果)究竟是构成要件还是量刑情节?不同的结论会导致量刑情节个数迥然有异。

笔者认为,首先,对决定基本罪与重罪、轻罪界限的“情节恶劣”、“情节较轻”等条件,应当理解为构成要件而非量刑情节。主要理由有三:第一,如果仅从抽象意义上讲,犯罪构成要件的确只是犯罪成立与否的要件。因为“犯罪构成,就是依照我国刑法的规定,决定某一具体行为的社会危害性及其程度而为该行为构成犯罪所必需的一切客观和主观要件的有机统一”^{[4]52}。但实际上,由于犯罪总是具体的,犯罪构成要件也只能是具体的构成要件。而作为具体的犯罪构成要件,并非限于仅决定犯罪成立与否,它还有一个重要作用,即把此罪与彼罪区分开来。比如,职务侵占罪的构成要件,除了要决定是否构成犯罪之外,还要把该罪与其他相似犯罪(如贪污罪)区分开来。可见,不能因为某一要件并不决定该行为是否使犯罪成立就简单否定其犯罪构成要件的属性。其实,诚如论者所言,“对犯罪构成类型进行分类的目的,在于透过不同形式的犯罪构成,揭示各种犯罪和不同形态犯罪以及同种犯罪的不同社会危害程度,以便分清刑事责任的轻重,从而解决正确定罪和恰当量刑的问题”^{[5]141}。换言之,犯罪构成要件的实质是反映并说明行为社会危害性的有无及其程度,并为准确界定行为人的刑事责任提供依据。由于确定基本罪与派生重罪及轻罪之别的一些条件(如情节较轻、情节恶劣等)对法定刑幅度的选择及刑事责任程度的划分具有重要的定型化意义,因此,尽管这些条件对罪与非罪的划分不起决定性作用,但也有理由将之界定为一类特殊的“构成要件”,而不宜认为是量刑情节。第二,人们习惯上总是对罪与非罪、此罪与彼罪的界限极为看重,对同一罪名内部重罪、基本罪与轻罪之间的区别,则觉得并非那么重要,认为它涉及的不过是量刑轻重问题。流风所及,若把区分罪与非罪、此罪与彼罪的条件理解为犯罪构成要件,人们会欣然接受;而把仅仅用来区分(同一罪名内部的)基本罪与重罪、轻罪之间的条件理解为构成要件,似乎难以认同。但实际上,决定刑事责任轻重的是“罪行”(犯罪行为),而不是罪名。因此,比较犯罪之间的轻重与否,人们公认的参照标准是罪行法定刑(即具体犯罪行为应当适用的法定刑幅度),而非罪名法定刑(对此问题,在论及“从旧兼从轻”原则的适用时人们早已达成共识)。可见,即便在同一罪名之内,决定某一法定刑幅度的要件实际上也事关重大,其意义并不逊色于区分此罪与彼罪界限的要件。既然如此,一并将其理解成犯罪构成要件又有何妨呢?第三,顾名思义,量刑情节属于在量刑时才适用的情节。而量刑,又叫“刑之酌科”。既然是酌科,就意味着存在自由裁量的余地。换言之,从量刑情节的运用到对刑量产生影响,必然伴随着司法人员自由裁量权的行使和定量分析^①。但问题是,作为决定基本罪与重罪、轻罪之别的要件,司法人员一旦作出了性质上的界定,其相应的法律效果就随之而生——同步决定了其所对应的法定刑幅度。这如同定罪一样,一旦确定了罪名,该罪名所对应的所有法定刑幅度也就当然确定了。笔者认为,这属于定性问题,而非定量分析。从这个意义上看,将之理解为构成要件才更合乎法理。

^① 张明楷教授一方面认为,“法官行使自由裁量权的事实根据,就是量刑情节”;另一方面又不无疑虑地认为,“量刑情节是选择法定刑与决定宣告刑的依据”(参见张明楷《刑法学》,法律出版社2007年版,第434页)。这存在矛盾,因为选择法定刑的依据不应当是用于行使自由裁量权的事实根据。

其次,不论是作为基本罪还是派生罪的“情节犯”之综合性构成要件,就择定其法定刑幅度而言,也许只要具备某一具体的“情形”就足矣。如果实际上存在多种情节,那么,其剩余的情节应转化为量刑情节,并在确定其宣告刑时发挥应有功能。比如,《刑法》第 322 条规定的偷越国(边)境罪属于情节犯,根据有关司法解释,作为其综合性构成要件的“情节严重”只要求具备如下情形之一:在境外实施损害国家利益的行为的;偷越国(边)境 3 次以上的;拉拢、引诱他人偷越国(边)境的;因偷越国(边)境被行政处罚后 1 年内又偷越国(边)境的;有其他严重情节的。显然,假如某人拉拢、引诱他人偷越国(边)境达 3 次以上的,就意味着已经具备了两种情形,其中之一的情形应按量刑情节对待。再如,《刑法》第 202 条规定了抗税罪,此罪的加重构成形态也属于情节犯,即要求“情节严重”。根据有关司法解释,作为其综合性构成要件的“情节严重”也只要求具备如下情形之一:聚众抗税的首要分子;抗税数额在 10 万元以上的;多次抗税的;故意伤害致人轻伤的;具有其他严重情节的。假如某人系聚众抗税的首要分子,且故意伤害致人轻伤,意味着其中一个情形应按量刑情节对待,否则,就不能充分评价。其实,即便不属于情节犯而是行为犯或结果犯等常见的犯罪形态,只要其客观方面的要件涵盖了诸如行为方式、犯罪对象或者危害结果等多种并列选择条件,而行为人或者采取多种行为方式,或者针对多个对象,或者造成两个以上结果,或者在这些方面兼而有之的,就只需要选择其中危害最重的一个作为定罪情节即可,其余的则应转化为量刑情节。这正是学者倡导的“将定罪剩余的犯罪构成事实转化为量刑情节”之问题^[6],笔者对此深以为同。

三、量刑情节的相互关系及其单复数问题

(一) 量刑情节的结合关系

在罪数论中有结合犯,对之应按所结合之罪独立论处,不实行数罪并罚。那么,在我国最近时期的刑事立法中,针对量刑情节的单复数问题,是否曾存在结合型的量刑情节呢?笔者认为,在《刑法修正案(八)》颁行前是存在的。因为 1997 年《刑法》第 68 条第 2 款曾明文规定,“犯罪后自首又有重大立功表现的,应当减轻或者免除处罚”。这一规定意味着当行为人既有自首情节、又有重大立功情节时,不是分别按照自首情节的功能(即“可以从轻或者减轻处罚。其中犯罪较轻的,可以免除处罚”)和重大立功情节的功能(即“可以减轻或者免除处罚”)适用两个情节,而是把它们结合起来,进行一次性的评价,即“应当减轻或者免除处罚”。这种做法与罪数论中结合犯的思路一脉相承:其一,自首和(重大)立功是刑法中独立的两个法定量刑情节;其二,因立法的明文规定结合在一起,不分别作评价;其三,将两者结合后,刑法作出了既不同于自首、也不同于(重大)立功的功能设定。需要特别指出的是,随着《刑法修正案(八)》的颁行,这一条款已经被删除。尽管如此,笔者认为,现阶段仍应对结合型量刑情节问题予以关注。

理由之一是,结合型量刑情节问题的研究旨在强调并表明,结合型量刑情节的出现是刑法特别规定的结果。若存在明文立法(如 1997 年《刑法》第 68 条第 2 款),按结合前两个独立的量刑情节分别加以适用,就不符合依法量刑的法治原则;反之,如果该立法已不复存在,即《刑法修正案(八)》颁行后,就不应当再将之按一个情节对待。质言之,《刑法修正案(八)》颁行后,行为人自首的,无论其同时具有一般立功表现还是重大立功表现情节,都应当分别按照两个量刑情节对待,均按“可以从宽情节加以适用”。

理由之二是,尽管 1997 年《刑法》第 68 条第 2 款已经被删除,但并不意味着它在司法实践中已完全失去用武之地。因为就刑法的适用而言,在新旧立法的交替阶段,必须清醒地把握新法的溯及力问题。详言之,从 2011 年 5 月 1 日即《刑法修正案(八)》生效之日起,就自首与重大立功情节的

适用而言,司法实践中可能会出现如下几种情形:一是该两种情节均发生在2011年5月1日之后;二是自首情节发生在之前,而重大立功发生在之后,抑或重大立功发生在之前,而自首情节发生在之后;三是该两种情节均发生在之前。在第一种情形下,肯定是按《刑法修正案(八)》,将两情节分别适用,不按结合型量刑情节对待^[7]。换言之,此时应当将两者视为复数情节而非单一情节。在第二种情形下,也应当按新法适用,因为适用旧法的条件是,在旧法存续期间,犯罪后自首“又有”重大立功的。在第三种情形下,尽管新法已经生效,但对该量刑情节究竟是按旧法设定的结合型量刑情节对待(即视为一个量刑情节),还是按新法将其视为本来的两个量刑情节予以适用,则必须根据“从旧兼从轻”原则分析认定。而按此原则,如果适用新法对行为人有利的,则适用新法,即按数情节对待;反之,则适用旧法,即根据结合关系的量刑情节处理。显然,这意味着必须对结合关系的量刑情节与数个量刑情节的适用进行比较,看它们对行为人而言何者更为有利。

笔者认为,1997年《刑法》第68条第2款有关结合型量刑情节的立法规定,其实质是将重大立功情节由原来的可以型情节附条件地升格为应当型情节。而《刑法修正案(八)》的更改则意味着将重大立功情节又无条件地还原为可以型情节。简单一看,似乎新法对行为人不利,但需要注意的是,旧法的升格是具有附随效果的,即将自首情节与重大立功情节合而为一,不再单独评价,而新法意味着要将两个情节分别考虑。因此,真正需要比较的问题是:按一个“应当减轻或者免除处罚”情节(结合关系的量刑情节)对待更对行为人有利,还是按照两个“可以”从宽情节(非结合关系的量刑情节),即“可以从轻或者减轻处罚(其中犯罪较轻的可以免除处罚)”和“可以减轻或者免除处罚”更合算?如果对行为人更为有利的是后者,那就适用新法(从新原则),反之,则适用旧法(从旧原则)。

但对此尚不能简单地说是应当一律适用新法还是一律适用旧法。因为按照通说,可以型情节意味着具有一定的不确定性:既可能从宽,也可能不从宽,最终要视案情而定。显然,如果虽然存在两个可以从宽情节,但其终局判定结果都是不可以从宽的话,那还不如一个应当从宽情节对行为人显得实惠;反之,如果终局判定结果都是可以从宽,按两个从宽情节适用肯定比一个从宽情节对行为人更有利。当然,一般而言,对可以从宽情节是要考虑从宽的,否则无异于架空了立法规定,使之成为多余。已如所知,《刑法修正案(八)》之所以删除1997年《刑法》第68条第2款之规定,其原因在于:如果对“犯罪后自首又有重大立功表现的”一律采取绝对从宽处罚,那么,一些实施了极为严重的犯罪却又试图以自首和重大立功来逃避罪责者将难以被罚当其罪;相反,若对之按自首和重大立功两个情节分别考虑“(可以)从宽处罚”,则更为妥当。因此,只有对那些罪行极为严重的犯罪人,才不应当因其有自首和重大立功情节而从宽。其实,从程序上讲,根据最高人民法院《人民法院量刑指导意见(试行)》(2004年)第44条“从轻要素特殊适用规则”之规定,“个案中具有法定可以从轻量刑要素,但合议庭(独任庭)认为根据具体案情不宜从轻的,报请审判长联席会或审判委员会讨论决定”。这也表明,对可以从宽情节不能随心所欲地否定其从宽功能。

可见,对发生于《刑法修正案(八)》生效之前但审判于2011年5月1日之后的自首与重大立功情节并存的案件,对比新旧立法进行分析,应当认为,只有对罪行极其严重的犯罪人适用旧法才更为有利,而对大多数案件来说,适用新法意味着对被告人按数个从宽情节量刑,因而更符合以“有利被告”为其精神实质的“从旧兼从轻”原则。质言之,即便新法已经实施,对罪行极其严重的犯罪人自首并具有重大立功表现的,仍然应当视为结合关系的量刑情节,以单一情节对待。

(二) 量刑情节的包容关系

正如在罪数论中存在吸收犯那样,在我国有关量刑情节的刑事立法中,也曾存在过吸收型的量刑情节。比如,尽管立功属于对社会有益的行为,值得肯定和褒奖,但1979年《刑法》第63条却只是规定:“犯罪以后自首的,可以从轻处罚。其中犯罪较轻的,可以减轻或者免除处罚;犯罪较重的,

如果有立功表现,也可以减轻或者免除处罚”。可见,当时并未将“立功”情节视为一种独立的法定量刑情节,只是将之作为对较重犯罪的自首情节可以从宽的一种条件罢了。这意味着从量刑情节的单复数角度看,立功情节被自首情节所吸收,不具有独立评价的价值。尽管随着 1997 年《刑法》的颁行,立法上的这种倾向似乎已经消失了^①,但在酌定量刑情节的判断上,这一问题还程度不同地存在着。比如,激情犯罪是酌定的从宽情节之一,被害人的情况(如有无过错、是否年幼体弱、孤立无援等)也是酌定量刑情节之一。两者是否应当独立评价,或者说作为两个不同的情节加以认定?这直接涉及对激情犯罪构成条件的把握——“引起被告激愤情绪的事件”是否必须真实存在?换言之,虚假传闻或认识错误能否作为构成激情犯罪的刺激因素?与此相联系的另一个问题是,激情犯罪所侵害的对象是否必须是引发被告激愤情绪的肇事者本人?如果持肯定态度,“被害人过错”就应独立评价,反之,则是一个应当单独考虑的从宽量刑情节。应当说,在这方面有截然不同的立法例和学术态度^[8]。

其实,量刑情节的包容关系除了与量刑情节立法、与人们对量刑情节构成条件的把握密切相关外,还与人们自觉不自觉地“将酌定量刑情节作为某类法定量刑情节(如可以型量刑情节)的附庸”难脱干系。例如,在论及预备犯这一可以型量刑情节的适用时,论者指出,“在一般情况下,对预备犯得比照既遂犯从轻、减轻或者免除处罚;在特殊情况下,如行为人准备实行特别重大的犯罪,手段特别恶劣时(如恐怖主义组织的犯罪预备行为),可以不予从轻、减轻或者免除处罚”^{[3]282}。目前影响力较大的刑法教科书几乎也都众口一词:“对极少数危害严重、情节特别恶劣的预备犯,如少数劫机、爆炸犯罪的预备犯,也可以不从宽处罚。”^{[4]166[9]298}这里我们不禁要问:既然在量刑情节的分类中认为“犯罪的手段”是酌定量刑情节之一,“手段特别恶劣”这一酌定情节已在决定预备犯是否可以从宽时发挥了功能,那么,如何能够再独立地重复适用(评价)?而若不让其独立发挥功能,岂不是说该酌定量刑情节成了可以型量刑情节的附庸?或者说被其吸收了?再如,在论及未遂犯这一可以型量刑情节时,论者也同样指出,“对未遂犯确定是否可因犯罪未遂而从轻、减轻处罚时,应把未遂情节置于全案情节中统筹考虑”^{[4]171[9]303}。显然,这里的“全案情节”肯定包括了酌定量刑情节,意味着该酌定量刑情节是实现可以型量刑情节的工具,自身没有独立性,换言之,依然被可以型量刑情节吸收了。

为什么要被吸收?论者以未遂犯为例提出的理由是:“因为影响案件社会危害性程度的有主客观诸方面的多种情节而非未遂一种情节,而且未遂情节是与全案的其他情节一起影响、决定案件的危害程度的。如果综合全部案情看,未遂案件的危害性与既遂相比较轻或显著较轻而且未遂情节在全部情节中居于举足轻重的地位,从而影响甚至是显著影响了案件的危害程度时,就可以决定对行为人基于或主要是基于其犯罪未遂而予以从轻或减轻处罚,反之则不应基于未遂而从宽处罚。”^{[4]171}可见,论者所理解的从轻或减轻是案件终局量刑意义上的从轻或者减轻处理。但众所周知,量刑情节的从重或者从轻,是指在法定刑幅度内,相对于没有从重或者从轻处罚情节的情况处以较重或较轻的刑罚。并不是说,有从重情节的,量刑终局结果就一定重;也不是说,有从轻情节的,终局量刑结果就一定轻。这种意义上的“重”或“轻”,与终局意义上的量刑结果之轻重不可简单等同。其实,主张对未遂犯应当综合全案情节来决定是否从宽的研究者们,也完全认同这种观点^{[3]429}。遗憾的是,在论及可以情节及多功能情节的适用时,又自觉不自觉地由案件终局量刑结果上理解从轻乃至减轻处罚的含义了。

尽管这种处理法定量刑情节与酌定量刑情节关系的思路欠妥,在量刑情节单复数问题上按吸

① 之所以将 1997 年《刑法》第 68 条第 2 款关于“犯罪后自首又有重大立功表现的,应当减轻或者免除处罚”的规定视为结合型量刑情节,而将 1979 年《刑法》第 63 条关于自首与立功的规定视为吸收关系,是因为在 1997 年《刑法》中,立功情节已经成为一种独立的法定量刑情节,而在 1979 年《刑法》时代,立功情节充其量只是酌定量刑情节“犯罪后的态度”的一种情形。当然,从这里可以看出,立法者曾有意无意地将酌定量刑情节视为法定量刑情节的附庸,之后则不断将酌定量刑情节予以法定化。比如,1979 年《刑法》时代被视为酌定量刑情节的立功、坦白等已经实现了向法定量刑情节的转化。

收关系处置的方式也没有理论根据,但流风所披、潜移默化所带来的影响却不可小视。因为即使在大力推进量刑规范化改革的当代中国,最高司法机关2010年出台的《人民法院量刑指导意见(试行)》(以下简称《意见》)依然烙有这种思路的深深印记。比如该《意见》规定:“对于未成年人犯罪,应当综合考虑未成年人对犯罪的认识能力、实施犯罪行为的动机和目的、犯罪时的年龄、是否初犯、悔罪表现、个人成长经历和一贯表现等情况,予以从宽处罚。(1)已满14周岁不满16周岁的未成年人犯罪,可以减少基准刑的30%—60%;(2)已满16周岁不满18周岁的未成年人犯罪,可以减少基准刑的10%—50%。”显然,“未成年人犯罪的”是一个法定从宽量刑情节,而“实施犯罪行为的动机和目的、犯罪时的年龄、是否初犯、悔罪表现”等也是公认的酌定量刑情节,既然后者已被视为前者涵盖的要素之一“加以综合考虑”(评价)过了,岂能再作为独立的量刑情节加以重复计算?

(三) 量刑情节的竞合关系

根据《意见》列举的常见量刑情节,其中包括“退赃、退赔的”、“积极赔偿被害人经济损失的”、“当庭自愿认罪的”等,而且对于“未成年人犯罪的”、“自首”以及“取得被害人或其家属谅解的”等量刑情节,在适用时要求考虑行为人的“悔罪表现”或者“认罪悔罪的程度”。的确,类似表述在有关论著中也司空见惯。问题是,“退赃、退赔的”、“积极赔偿被害人经济损失的”及“当庭自愿认罪的”与“悔罪表现”是什么关系?是不是一种“竞合”关系?如果是竞合关系,就意味着它们被包容在“未成年人犯罪的”、“自首”以及“取得被害人或其家属谅解的”等量刑情节中,已失去了独立计算的价值,反之,则应当按数个量刑情节对待。正如在犯罪竞合的情况下只能认定为构成一罪那样,如果一个与量刑有关的事实同时符合数个量刑情节的构成要件,那也只能被评价为一个量刑情节。在笔者看来,大多数情况下,“退赃、退赔的”、“积极赔偿被害人经济损失的”及“当庭自愿认罪的”,应当被认为是行为人的一种“悔罪表现”,它们之间是具体与抽象的表里关系。而恰恰由于对有些量刑情节的规定是概括而抽象的,对有些量刑情节的把握却又较为具体,才导致了这种竞合现象。当然,“退赃、退赔的”、“积极赔偿被害人经济损失的”及“当庭自愿认罪的”,也未必一定表明行为人对自己的罪行有悔过之意,它们之间毕竟不应简单等同,因此,是一个需要结合案件具体情况谨慎判断的问题。

需要进一步说明的问题是,有时候,一个案件事实非常明显地同时符合刑法规定的两种情节,但它究竟是量刑情节的竞合还是量刑情节与行刑情节之间的竞合,判断起来却未必容易。因为这直接涉及对相关法律规定的深入理解。比如,“17周岁的人故意杀人”这一事实,既符合《刑法》第49条第1款关于“犯罪的时候不满18周岁的人和审判的时候怀孕的妇女,不适用死刑”的明文规定,也完全满足《刑法》第17条第3款关于“已满14周岁不满18周岁的人犯罪,应当从轻或者减轻处罚”的规定。问题是,能否对行为人判处无期徒刑呢?学界对此认识不一。有论者认为,对未成年人判处无期徒刑是错误的。主要理由是,无论未成年人所犯之罪的社会危害性程度多么严重,由于《刑法》第49条第1款明文规定:“犯罪的时候不满18周岁的人和审判的时候怀孕的妇女,不适用死刑”,故对未成年人量刑时只能从无期徒刑开始考虑。再者,我国《刑法》第17条第3款还规定:“已满14周岁不满18周岁的人犯罪,应当从轻或者减轻处罚”。而根据我国《刑法》第62条和第63条的规定,从轻处罚是指在法定刑幅度以内判处较轻的刑种或较短的刑期;减轻处罚是在法定刑以下判处刑罚,有数个量刑幅度的,则是在法定量刑幅度的下一个量刑幅度内判处刑罚。由于无期徒刑具有不可分割性,本身没有伸缩幅度,因此,无论对之从轻还是减轻,都只能是有期徒刑^[10]。与此相反,主张对未成年人犯罪可以判处无期徒刑的重要理由是:《刑法》第49条第1款关于“未成年人”不适用死刑的规定就已经考虑了对“未成年人”的从宽,如果在此基础上再根据《刑法》第17条第3款关于对“未成年人”应当从轻或者减轻处罚之规定,进而主张只能考虑在无期徒刑以下判处刑罚,那就是对“未成年人”这一事实的重复评价,会轻纵严重犯罪分子^[11]。

应当说,恰当处理这一问题的关键在于:“犯罪的时候不满 18 周岁的人……不适用死刑”与“已满 14 周岁不满 18 周岁的人犯罪,应当从轻或者减轻处罚”的规定之间,它们究竟是什么关系?如果两者都属于量刑情节,即属于同一层次或同一性质的问题,那就属于竞合,就只能选择其中之一适用(换言之,选择了“不适用死刑”就已经从宽了,无须再考虑专门的从宽,以至于无法适用“无期徒刑”),反之,结局迥异(不仅不能适用死刑,也不能适用无期徒刑)。笔者认为,两者属于不同层次的问题,不构成量刑情节之间的竞合关系。主要理由是:第一,前者旨在说明的是限制死刑适用的条件问题(即涉及的是决定立即执行死刑还是缓期执行?这实际上并没有改变刑罚量,只是对死刑的执行方式有影响,故与其称之为量刑情节,还不如说是行刑情节),后者显然是量刑情节问题。第二,对犯罪的未成年人不适用死刑,从表面来看,其原因与对未成年人应当从宽似乎完全一致,都是由于其未成年。但众所周知,对审判时怀孕的妇女,以及审判时已满 75 周岁的人(除以特别残忍手段致人死亡的外),也严禁适用死刑,而这些犯罪人并非是未成年人。可见,仅从“未成年”这一层面不能对此进行充分说明。其实,它们之间真正共同的、上位的原因只能是基于人道主义的理由^①。由此可见,两项规定不在同一理论层面。第三,既然量刑意味着刑之“酌科”,那么,但凡量刑情节,就必然涉及司法人员的自由裁量问题。不难看出,“犯罪的时候不满 18 周岁的人……不适用死刑”之规定显然与司法人员的自由裁量无涉,只有“已满 14 周岁不满 18 周岁的人犯罪,应当从轻或者减轻处罚”之规定才需要司法人员的酌科与裁量,两者不可同日而语。第四,确切地讲,“犯罪的时候不满 18 周岁的人……不适用死刑”之规定,只是在确定法定刑幅度,这是量刑情节适用之前的阶段,还不涉及依托该法定刑幅度如何适用量刑情节并最终确定宣告刑的问题^②。尽管时下通行的观点认为,“法定刑”中的“法定”一词其实是“刑法分则条文规定”的简称^③,与刑法总则中的规定(如对未成年人不得适用死刑的规定)不可混为一谈,但问题是,既然总则与分则是一个有机联系的整体,那么分则关于具体个罪法律后果的规定亦不能离开总则的规定。比如,分则中类似于“处 3 年以下有期徒刑或者拘役”的规定,如果离开了总则关于有期徒刑的最低期限(6 个月)及拘役的期限(1 个月以上 6 个月以下)之规定,那就根本无法理解。再如,就剥夺政治权利刑而言,如果离开了总则的规定,对相关分则条文法定刑的理解肯定也不完整。所以,这里的“法定”一词应作广义理解,即“刑法总则与分则条文规定”的简称。而刑法总则关于限制死刑适用的规定,当然属于界定分则中一切挂有死刑的法定刑幅度的重要内容。

四、罪之个数与量刑情节的单复数问题

人们对量刑情节单复数的考量主要是针对行为人犯一罪的情形预设的,而在行为人犯数罪的情况下会出现一些特殊问题。

例 1: 甲于 2001 年 6 月因犯故意伤害罪被判有期徒刑 6 年,2007 年 6 月刑满释放,但 2009 年 8 月发现甲于 2008 年 5 月、2008 年 12 月及 2009 年 4 月又先后犯盗窃罪、抢劫罪和绑架罪,分别均应处有期徒刑以上刑罚。那么,对甲实施数罪并罚时,其量刑情节究竟是记为三个累犯,还是只有

① 根据《刑法修正案(八)》第 3 条之规定,对审判的时候已满 75 周岁的人不适用死刑是相对的、有条件的,即行为人必须没有以特别残忍的手段致人死亡。而根据 1997 年《刑法》的有关规定,对犯罪时不满 18 周岁的人及审判时怀孕的妇女不适用死刑则是绝对的、无条件的,即无论行为人犯什么样严重的罪行、其手段是否特别残忍,均在所不问。前者可视为基于相对的人道主义考虑,后者可视为基于绝对的人道主义理由。

② 张明楷教授在其教科书中将这一“不得判处死刑的情节”列为法定量刑情节,似乎与其所主张的“审判人员行使自由裁量权的事实根据,就是量刑情节”相矛盾。参见张明楷《刑法学》,(北京)法律出版社 2007 年版,第 434、436 页。

③ 笔者曾经也倾向于这一观点,参见陈航《刑法论证方法研究》,(北京)中国人民公安大学出版社 2008 年版,第 247 页。

一个累犯？例2：如果说甲在实施上述三个犯罪后又检举揭发了司法机关尚未掌握的他人严重犯罪事实，则构成了立功。问题是，究竟是存在三个立功情节还是只有一个立功情节？例3：假若甲犯有抢劫、绑架和故意伤害罪三个罪行，但其犯这三罪时均不满18周岁，那么，在数罪并罚时，究竟是考虑三次“不满18周岁的人犯罪”这一从宽量刑情节呢，还是仅仅考虑一次？例4：假如甲在犯罪后自首，主动交代了上述三个犯罪事实，或者说虽然是被动归案，但在交代上述犯罪事实时认罪态度均好，其自首情节或者坦白情节究竟是存在三个还是只有一个？

笔者认为，在例1情形下存在三个累犯情节。主要理由是，从广义上讲，累犯毕竟属于再犯的一种，其重心在于“再次犯罪”，屡教不改。如果只按一个累犯情节对待，充其量只是评价了其中一组前后罪关系，而对另外两组前后罪关系未能充分评价，有失偏颇。那么，将一个前罪（如案例中2001年所犯故意伤害罪）和数个后罪（如案例中2008年至2009年间所犯的盗窃罪、抢劫罪和绑架罪）反复组合起来多次评价为数个累犯，对该前罪来说是否意味着重复评价？回答是否定的。因为累犯尽管涉及前后罪关系，但前罪只是表明行为人因一定的犯罪事实受过刑罚处罚并已执行完毕或者被赦免这一事实而已，不可能再对前罪处罚。从本质上讲，作为累犯情节，从重处罚的落脚点只能是后罪，评价的重心当然也落在后罪，而不应视为对前罪的重复评价。

同样，在例3、例4情形下，也存在相应的三个“不满18周岁的人犯罪”情节和自首（或坦白）情节。因为对这三个犯罪来说，要么行为人犯罪时确实都未满18周岁，要么都是主动投案、如实交代自己的犯罪事实，或者虽然是被动归案，但对所犯数罪都能坦白承认、有悔过表现。对前者，理应在分别定罪量刑时均有别于成年人犯罪，予以从宽处罚；对后者，理应与行为人在投案（或者被动归案）后只就其中一罪如实交代有所区别。如果只对其中一罪认定为自首（或坦白），就未能作出充分、恰当的评价。

在例2情形下，则应当认为只存在一个立功情节。这是因为立法者把立功设定为从宽量刑情节，与所犯之罪其实并没有实质关系^①，而在于“立功”本身节省了国家的司法资源、提高了诉讼效率，是有益于社会的，值得褒奖。如果对数个犯罪分别量刑时都按立功情节从宽处罚，显然就是对同一个事实进行了重复评价。现在的问题是，既然只能作一次性评价，究竟在数罪中的哪一个犯罪量刑时作为量刑情节予以考虑呢？笔者认为，从时间上讲，应当是距立功最近的所犯之罪。例如，前述行为人在依次实施了盗窃罪、抢劫罪和绑架罪之后，被司法机关抓获，羁押期间主动揭发他人的重大犯罪事实，查证属实，构成了立功。对犯罪人分别量刑时，仅应当对绑架罪的量刑考虑立功情节，而非随机性地任选一个罪加以考虑。因为在数罪中，只有该罪与立功的关系最为密切。从某种意义上讲，立功情节也表明行为人将功折罪的“赎罪”态度，而这一心理肯定不是在犯盗窃或者抢劫罪之后产生的，否则，就不会有后续的绑架罪了。这一心理应当产生于绑架罪之后。也许人们会问，作为一次性评价，能否考虑在对数罪分别量刑后，按数罪并罚原则决定应当执行的刑期之时适用立功情节呢？这不是同样可以避免重复评价，并且无须因考虑究竟为哪个罪发挥其量刑情节功能而大费周章吗？笔者的回答是否定的。因为对数罪分别量刑并按数罪并罚的原则决定应当执行的刑期之时，除适用吸收原则的情形之外，该刑罚幅度实际上是数个犯罪的社会危害性共同作用的刑罚量，在此基础上适用立功情节，无异于让立功情节对各个犯罪的刑罚量同时发挥从宽作用。就重复评价问题而言，这实际上比把立功情节分别适用于数个犯罪的量刑有过之而无不及。此其一。其二，在按吸收原则实行并罚的情形下，无论是被死刑吸收还是被无期徒刑所吸收，只要在决定执行刑的时候适用立功，就意味着分别要被减为无期徒刑、有期徒刑，因为死刑和无期徒刑都是不可

^① 这与前面三例明显不同：例1中的“后罪”是和所有的“前罪”均构成前后罪之累犯关系的，例3中的“不满18周岁的人”是所有三个罪的犯罪主体，例4中的自首就是交代了所犯的各个罪，总之都是与所犯数罪等案内事实有着割舍不断的内在联系，而“立功”情节只与案外事实相关联。

再分割的刑罚,一旦从宽,就意味着刑种的变更。而这种变更(尤其是将无期徒刑变更为有期徒刑的情形下)将使吸收原则的适用发生异化——正因为存在有期徒刑和无期徒刑等数个自由刑,而只能执行一个无期徒刑,才不得已采用了吸收原则。如果在决定执行刑的时候适用立功情节,其结果是将无期徒刑虚置、架空,何谈“吸收”?其三,无论是从宽还是从严量刑情节,都是在法定刑基础之上,以特定量刑基准为参照发挥各自的功能并最终决定该罪宣告刑的。数罪并罚时,如果已经对各罪分别定罪量刑了,然后又以该刑罚作为适用立功情节的基准,显然有悖于上述共识。因为以最为常见的限制加重原则之适用为例,如果上述三罪分别被处以 6 年、8 年和 12 年的话,就应当在 12 年以上 20 年以下决定执行的刑期,立功情节的从宽作用也应当是在此基础上发挥作用。但“12 年以上 20 年以下”显然不是这三个罪中任何一个罪的法定刑,更不是宣告刑。在“12 年以上 20 年以下”基础上最后形成的刑期也不是宣告刑,而是对数罪决定执行的刑期。因而,那种认为在对数罪分别量刑并按数罪并罚原则决定应当执行的刑期之时适用立功情节的主张也难以成立。

[参 考 文 献]

- [1] 陈兴良:《本体刑法学》,北京:商务印书馆,2001年。[Chen Xingliang, *The Ontology of the Science of Criminal Law*, Beijing: The Commercial Press, 2001.]
- [2] 高铭暄主编:《中国刑法学》,北京:中国人民大学出版社,1989年。[Gao Mingxuan (ed.), *The Science of Criminal Law of China*, Beijing: China Renmin University Press, 1989.]
- [3] 张明楷:《刑法学》,北京:法律出版社,2007年。[Zhang Mingkai, *The Science of Criminal Law*, Beijing: Law Press, 2007.]
- [4] 高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,北京:北京大学出版社、高等教育出版社,2007年。[Gao Mingxuan & Ma Kechang (eds.), *The Science of Criminal Law*, Beijing: Peking University Press & Higher Education Press, 2007.]
- [5] 赵廷光主编:《中国刑法原理》总论卷,武汉:武汉大学出版社,1992年。[Zhao Tingguang (ed.), *Principles of Criminal Law of China: General Part*, Wuhan: Wuhan University Press, 1992.]
- [6] 赵廷光:《论定罪剩余的犯罪构成事实转化为量刑情节》,《湖北警官学院学报》2005年第1期,第5-10页。[Zhao Tingguang, "On the Transformation of the Remaining Crime-forming Facts in the Condemnation Proceeding into Details for Penalty-measurement," *Journal of Hubei Police Officer College*, No.1 (2005), pp.5-10.]
- [7] 莫洪宪、刘夏:《“从旧兼从轻”原则与刑法修正案(八)的实施》,《中国检察官》2011年第5期,第31-32页。[Mo Hongxian & Liu Xia, "The Discipline of Observing Both the Old Law and Lighter Punishment in the New Law' and Implementation of the 8th Amendment to the Criminal Code (P. R. C.)," *The Chinese Procurators*, No.5 (2011), pp.31-32.]
- [8] 陈航:《对激情犯罪立法的比较研究》,《法学评论》1995年第6期,第33-37页。[Chen Hang, "A Comparative Study on the Legislations about Crime of Passion," *Law Review*, No.6 (1995), pp.33-37.]
- [9] 高铭暄主编:《刑法专论》上编,北京:高等教育出版社,2002年。[Gao Mingxuan (ed.), *Monograph on Science of Criminal Law (I)*, Beijing: Higher Education Press, 2002.]
- [10] 林亚刚:《论我国未成年人犯罪刑事立法的若干规定》,《吉林大学社会科学学报》2005年第3期,第130-137页。[Lin Yagang, "Criticisms of the Criminal Legislation of Delinquency in China," *Jilin University Journal Social Sciences Edition*, No.3 (2005), pp.130-137.]
- [11] 郑鲁宁:《对未成年人犯罪适用无期徒刑问题的探讨》,《华东政法学院学报》2001年第4期,第57-59页。[Zheng Luning, "On the Applicability of Life Imprisonment for Minors," *Journal of the East China University of Politics and Law*, No.4 (2001), pp.57-59.]