

死刑案件裁判中非刑法 规范因素考量

张心向*

摘要 死刑案件的法律结构与社会结构,决定了其法理学裁判模式与社会学裁判模式并存的不可避免性。非刑法规范因素作为一种法源形式,在死刑案件的裁判过程中,通过反映案件社会结构的价值判断与表现案件法律结构的逻辑推理,进入裁判规范范畴。但基于现代刑事法治的基本要求,非刑法规范因素在死刑案件裁判过程中,不具有独立的裁判功能,其裁判价值只有依附于刑法规范才能彰显。同时,非刑法规范因素介入死刑案件的裁判只有给予一定的制度性规制,才能在加强死刑司法控制的同时,又能使死刑案件的裁判更加理性、规范、安全。

关键词 死刑案件结构 社会学裁判模式 法理学裁判模式 非刑法规范因素 裁判权重

前言

死刑案件裁判是涉及生还是死的决断。^{〔1〕}在我国目前甚至今后相当长的时期内全面废

* 南开大学法学院教授。本文为“985工程”南开大学法学学科建设项目“在真实与认知之间——社会学视域下刑事裁判事实实践建构研究”的阶段性成果。另外,本文在调研、写作过程中得到了T市高级人民法院刑事审判一庭的大力支持和热情帮助,在此,向T市高级人民法院刑事审判一庭及各位法官,深表谢意。

〔1〕从广义上讲,所有涉及最高法定刑为死刑、并且该案行为人有可能被判处死刑的案件,都可以被纳入死刑案件裁判的范畴。而本文所涉及的死刑案件的裁判是狭义上的,仅指应当判处死刑,但游离于判处死刑立即执行,还是缓期两年执行之间的案件裁判。

止死刑还不现实的情况下,这种必须要在生与死之间做出选择的裁决,在很长一段时间还将会继续存在下去。“要使死刑政策、死刑制度与死刑适用成为一种理性的实践,当务之急就是应当加强死刑的司法控制,即要切实减少和严格限制死刑的适用。”〔2〕而如何才能做到切实减少和严格限制死刑的适用,笔者认为,从实体法的角度看,除在刑法规定的框架内,根据一般行为人所犯之罪的基本犯罪构成事实和法定情节,明确解释“罪行极其严重”以及“如果不是必须立即执行”等刑法相关死刑条文规定,建构死刑案件的一般量刑标准,以指导司法实践之外,通过一些制度性措施的构建,将刑事政策、文化传统、道德习惯、公众舆论、司法经验、专家意见、加害与被害方等非刑法规范因素,纳入具体死刑案件裁判考量的范围,不仅可以在裁判环节切实减少和严格限制死刑的实际适用,而且还可以提高案件裁判结果的可确定性及可预见性程度,从而使死刑案件的裁判更加理性、规范、安全。

一、死刑案件结构与法理学、社会学两种裁判模式

死刑案件与其他所有的刑事案件一样,都有其特有的内在结构形式。因为关乎生死,所以死刑案件的结构成分更复杂、更纠结,死刑案件的裁判也就更慎重、更沉重,案件裁判过程中裁判模式的二元化,由此导致的纳入裁判考量因素的多维性更甚于一般刑事案件,就成了一种必然。

(一)死刑案件的社会结构与法律结构

“案件结构”〔3〕一词主要源于布莱克〔4〕创立的案件社会学理论,〔5〕布氏作为一名社会学家,其所称的“案件结构”,主要是指“案件的社会结构”。

布莱克案件社会学理论的核心是其关于案件社会结构的分析。他认为,每个案件除了涉及法律规定和逻辑之外,都具有其各自不同的社会结构,即案件在社会空间中的位置和方向:谁与谁发生冲突、第三方是谁、案件参与者之间的社会距离有多大?这些人的社会性质构成了

〔2〕 赵秉志、彭新林:“论民事赔偿与死刑的限制适用”,《中国法学》2010年第5期。

〔3〕 据本人粗略考证,中文“案件社会结构”及“案件社会学”一词,最早见于我国学者郭星华教授所翻译的(美)唐·布莱克的《社会学视野中的司法》一书,该书于2002年由法律出版社出版。

〔4〕 唐·布莱克(Donald J. Black),美国理论社会学家、“纯粹社会学”派的代表人物、案件社会学的创始人,现任弗吉尼亚大学社会学教授。其代表作有《法律社会学的范围》(1972年)、《法律的运作行为》(1976年)、《警察的行为方式》(1980年)、《社会学视野中的司法》(1989年)、《正义的纯粹社会学》(1998年)等。目前我国国内对布莱克作品翻译的有《法律的运作行为》、《社会学视野中的司法》以及《正义的纯粹社会学》。参见(美)唐纳德·布莱克著:《正义的纯粹社会学》,徐昕、田璐译,浙江人民出版社2009年版,作者介绍部分。

〔5〕 布莱克案件社会学理论的根基是他关于社会生活与社会空间概念的预设以及他的社会调查实践。布莱克将社会生活划分为五个基本方面,即分层、形态、文化、组织和社会控制,而社会生活是居住于社会空间中的。这个空间是由人类互动自己产生的;它是多维的,包括立体空间(社会分层)、水平空间(社会形态)、符号空间(文化)、合作空间(组织)和规范空间(社会控制);它有各种层级(例如财富的水平、惯例的水平或权威的水平)、各种方向(从一个水平到另一个水平的向上或向下),以及各种距离(亲密程度、文化程度)。布莱克将这些因素进行普遍化的处理,并将之转换成一组普遍变量,用以预测和说明法律的变化,即将其社会结构分析应用到司法领域,创立了他的案件社会学理论。

案件的社会结构。^{〔6〕}他认为：“每一个案件都是社会地位和关系的复杂结构。近年来，我们所积累的大量证据表明，这一结构对于在法律技术特征上彼此相同的案件的法律变异是关键性的。我们已经发现，案件的社会结构可以预测和解释案件的处理方法。”^{〔7〕}案件的社会结构会在一定程度上影响案件最终的裁判结果，进而决定案件的命运。就刑事案件而言，依照布莱克案件社会学理论，其社会结构主要由三种要素构成：^{〔8〕}

1. 互为对手的双方

互为对手的双方，在刑事案件中就是被告人与被害人，或称加害方与被害方。死刑案件与一般刑事案件的不同在于，互为对手的双方均涉及生命问题。任何一个案件都有相互对立和交锋，即互为对手的双方，这是案件的基本构成。双方之间的社会地位和社会距离影响并决定了案件的最终处理，即“谁杀害了谁，是案件将被如何处置的一个非常重要的因素”。^{〔9〕}

2. 双方各自的支持者(或反对者)

双方各自的支持者，在刑事案件中主要就是检察官、被告人与被害人的律师或代理人、证人以及其他公开其倾向立场的旁观者等支持者。尽管支持者不能消除因案件社会结构的不同所产生的案件裁决影响，但支持者的社会地位愈高，将会给其所支持的一方带来更多的利益。如果被支持者是社会地位低下的人，则支持者的存在即便不能完全消除其面对地位较高的对手时的诸多不利因素，但至少可以在一定程度上提高其社会地位，缓解极端不利的境况，从而有助于法官对案件的处理均质化和平等化。

3. 介入案件裁判的第三方

介入案件裁判的第三方，在刑事案件中主要就是法官、陪审员等。他们作为案件的裁判者，构成了案件社会结构的另一个重要组成部分，其对上述人等所具有的不同社会结构的认知，以及法官、陪审员在案件中不同的价值及情感倾向也造就了案件的不同处理结果。一般来说，第三方的社会地位与案件处理结果的权威性呈正比，即与对立的双方以及他们各自的支持者的社会地位相比，第三方的社会地位越高，其行为越容易表现出更大的权威性。

笔者认为，“案件结构”除了其社会性的一面外，主要还是其法律性的一面，这就是案件的法律结构。“现代法学区分了法律的两个维度：第一个维度是实体的，包括它的内容和目标。什么样的行为被禁止和限制？某具体条文的目的是什么？第二个维度是程序的，具体规定法律规则如何被制定和实施。什么决定其真实性？诉讼如何开始？什么时候证据可以在法庭上作为呈堂证供？”^{〔10〕}由此形成了案件的两种法律结构形式，一个是案件的实体法律结构，一个是案件的程序法律结构，但这两种法律结构在刑事案件的裁判过程中是交互影响、难以界分的，因为罪刑法定原则制约下的刑事案件的 legal structure，无论是实体法律结构还是程序法律结

〔6〕 (美)唐·布莱克著：《社会学视野中的司法》，郭星华译，法律出版社2002年版，页5。

〔7〕 同上注，页6。

〔8〕 笔者认为，案件的社会结构，特别是我国刑事案件的社会结构，远比布莱克认为的复杂，主要社会结构要素也远远超过这三种。鉴于本文重点不是研究案件社会结构问题，故在此仅依据布莱克案件社会学理论列举案件社会结构要素，其他不作更多赘述。

〔9〕 唐·布莱克，见前注〔6〕，页104。

〔10〕 唐·布莱克，见前注〔6〕，页105。

构,都是有关规范与事实之间的结构关系,即法律规范、案件事实以及规范与事实之间的互相建构关系,构成了刑事案件法律结构的三种要素,而核心是规范与事实之间的互相建构关系。这表现为:①从规范的视角看,刑法规范被案件事实所建构。一方面,通过具体案件事实去“发现法律”。只有通过具体的案件事实,去识别、解构刑法规范的意义后,才能将其内涵及外延明确化并在个案裁判中加以适用;另一方面,通过具体案件事实去“创造法律”。司法过程是寻找正当的个案裁判行动,并通过这一行动去发现针对个案的最合理的解决方式。法律适用中无论是对规范漏洞的填补,还是对规范空缺的续造,都是与特定的案件事实相关的司法行为,因为只有将刑法规范置于具体案件事实之中,才会发现其漏洞与空缺,并且才会有被填补和续造的需要。②从事实的视角看,案件事实被刑法规范所建构。刑事司法中的案件事实,并不是原汁原味的案件原始事实,而是被规范裁剪过的法律事实。一方面,案件事实被程序依据刑法规范加工,即被证据并依据一定的证据规则证明确立、与犯罪构成要件相关的事实。另一方面,被证明确立的案件事实,无一不是与刑法规范规定的特定犯罪构成要件相关并被依据规范要件整理过的事实,即案件事实被依据构成要件的类型要求加以相应的格式化,以使之能够满足构成要件涵摄或归类的框架要求。^{〔11〕}

(二)死刑案件裁判的法理学模式与社会学模式

死刑案件的社会结构与法律结构两种结构形态的并存,决定了死刑案件裁判不仅存在基于案件法律结构而进行裁判的法理学模式,也存在基于案件社会结构而进行裁判的社会学模式。

法理学模式是在规范与事实之间进行的裁判,视法律的适用过程为逻辑运作过程。对每一个案件的评估都是对法律条文的运用,而且由逻辑决定结果;但在社会学模式中,并不认为法律适用是逻辑的,而是人们实际上如何行动,如何解决纠纷。法理学模式认为法律从一个案件到另一个案件是不变的,法律以相同的方式适用于所有案件,相同的事实会有相同的结论;然而社会学模式则认为,法律是可变的,它随着案件各方社会特征的不同而不同。所以,法理学模式所关注的则是案件应该如何做出决定,社会学模式所关注的是针对案件的决定实际上是如何做出的。

具体到死刑案件的裁判,一方面,我们会看到,法理学裁判模式会严格依照刑法条文的规定,对案件中可能判处死刑的犯罪事实做出判定,并据此做出判处死刑立即执行还是死刑缓期二年执行的裁判。而且,法理学模式强调“同罪同罚”,相同的案件事实会有相同的死刑量刑结论。死刑案件裁量中的差别待遇,即“同罪异罚”,会被视为异常现象。法理学模式体现的是死刑案件裁判过程中法律条文主义的价值理念和现代法律形式主义(现代法治)的价值追求,所以无疑是与现代法治理念相契合的较为理想的裁判模式。当然,在大多数常规死刑案件中,这种法理学裁判模式可以“用法条主义方法最不含混地处理……。”^{〔12〕}但在另一些疑难死刑案件中,这种法条主义的裁判模式不得不承认,它们的方法不是每次都凑效。当法条主义武库里再也没有什么可以用来决定此案,即当“法律命题内容太简单,法律文字含义无法告诉法官在

〔11〕 参见张心向:《在规范与事实之间——社会学视域下刑法运作实践研究》,法律出版社2008年版,页174—175。

〔12〕 (美)理查德·波斯纳:《法官如何思考》,苏力译,北京大学出版社2009年版,页43。

未来案件中如何行动”〔13〕的时候,也会一筹莫展。

另一方面,我们也会看到,社会学裁判模式在死刑案件裁判中的确存在。以美国为例,当一个黑人被认定杀死了一个白人时,被判死刑的危险远大于任何其他种族的情况。例如,在俄亥俄州,黑人杀死白人比黑人被认定杀死黑人而判死刑的可能性高出近15倍;在佐治亚州高出30倍;在佛罗里达州高出近40倍;在得克萨斯州高出近90倍。而当一个白人被认定杀死了一个黑人,被判死刑的可能性几乎为零;在俄亥俄州,在研究的5年当中,所有47名被认定杀死黑人的白人无一被判处死刑;在佐治亚州,71人中有2人被判处死刑;在佛罗里达州,80人中无一被判处死刑;在得克萨斯州,143人中有1人被判处死刑。〔14〕我国虽不存在像美国这样严重的种族歧视,但类似的在死刑案件的裁判过程中由于某种非刑法规范因素方面的原因而导致“同罪异罚”、“生死两重天”的情形,也时有发生。这是因为,“只有当案件在法律技术上、社会结构上都相似的时候,案件的处理方式才相似”。〔15〕尽管都是以刑法的名义做出的裁判,但“刑法”在社会结构不同的案件裁判中所占的裁判权重显然是不同的,否则裁判结果就不会有如此大的差异。其中必然有一些的案件,在裁判过程中更多地考量了诸如如上所述的案件社会结构等这些刑法条文以外的因素,而得出了“社会学裁判模式”下的裁判结果。这是因为,死刑案件社会学裁判模式关注的焦点是死刑案件的社会结构,而非纯粹的刑法条文规定与案件事实本身,并且认为,裁量死刑案件的规范是可变的,它会随着案件加害方与被害方及其支持者与裁判者的社会特征的不同而不同。死刑案件裁量中的差别待遇,即“同罪异罚”是由于案件社会结构而决定的不可避免的现象。因此,社会学裁判模式体现的是死刑案件裁判过程中的实用主义价值理念,这与现代法治法律形式主义的价值追求,似乎有点格格不入。

问题是这种裁判模式为何得以存在?这种裁判模式据以裁判包括或生或死这样的案件的准据是什么?是刑法规范吗?是,显然又不全是;不是,又是什么?答案显然只有一个,这就是案件的“裁判规范”。尽管存在法理学与社会学两种不同的裁判模式,但这两种不同的裁判模式却不能截然分开,或者说纯粹的法理学裁判模式与纯粹的社会学裁判模式都不存在,或者至少可以说现代法治绝不会容忍脱离法理学裁判模式的纯粹社会学裁判模式的存在。这是因为,任何一个死刑案件都会存在一个社会结构、一个法律结构,而案件裁判不能重复,只能一次。罪刑法定原则下的裁判必须且只能以法律的名义,而以法律的名义裁判的是实实在在地发生在市井社会生活中的某个“惨烈的场景”。“法律条文提供了法律的语言,而案件的社会结构提供了语言表达的语法。”〔16〕法理学的裁判模式是显性的,社会学裁判模式是隐性的。隐性的社会学裁判模式为显性的法理学裁判模式提供社会、现实的支撑;显性的法理学裁判模式为隐性的社会学裁判模式提供规范、合法的形式。二者都为死刑案件提供了不可或缺的裁判视角,一个法律效果与社会效果高度契合的裁判,必定是这两种裁判模式的完美结合。

〔13〕 同上注,页105。

〔14〕 唐·布莱克,见前注〔6〕,页8。

〔15〕 唐·布莱克,见前注〔6〕,页107。

〔16〕 唐·布莱克,见前注〔6〕,页16。

二、社会学模式下死刑案件裁判的非刑法规范因素

死刑案件的社会结构决定了其社会学裁判模式的必然存在。而社会学意义上的裁判,显然不仅仅是以“法律”的名义,还会以“社会”的名义。确定案件的裁判根基及确立案件的裁判依据,会更多地考量与“社会”相关联的诸多非刑法规范因素,而不仅仅依据与刑法条文规定相关联的规范与事实的分析,这是社会学裁判模式与法理学裁判模式在裁判理路上的主要区别。

(一)社会学模式裁判中非刑法规范因素的影响

我国学者汪明亮博士曾就是否存在定罪量刑的社会学模式进行过实证研究。汪博士以上海、江苏、广东、山东、安徽、江苏、陕西、山西等省市的各级人民法院刑庭法官为调查对象进行了书面问卷调查,调查结果显示:^[17]

(1)有54%的法官认为被告方与被害方因素会对定罪量刑产生影响。其中,被告方和被害方的社会地位、被害人的个人情况因素对定罪量刑所产生的影响最大,分别达到55%和69%。

(2)法官在定罪量刑过程中,都会在一定程度上考虑案件干预(反对)者与支持者的意见。考虑律师意见占35%;官方人士意见占62%;知名人士意见占26%;法学专家意见占31%;广大群众意见占21%;被害人及其亲属意见占22%。

(3)媒体因素对法官定罪量刑产生的影响较大,其中中央级媒体、有权力介入的媒体、形成强烈舆论的媒体对定罪量刑产生的影响最大,与对比单位比照,分别占86%、96%和99%。

(4)情感因素会对法官定罪量刑产生影响,其中认为情绪会对定罪量刑产生影响的达到61%。心情好的时候,对被告人可能100%选择用轻刑;心情不好的时候,会有19%选择用轻刑、有81%选择用重刑。

(5)文化因素会对法官定罪量刑产生较大影响,其中有66%的认为人情面子会对定罪量刑结果产生影响;46%的具有重刑主义倾向;57%的认为国家利益、社会利益高于犯罪人权利;62%的对待“为民除害、大义灭亲”刑事案件采取的是绝对宽容态度。另外,受试法官对待死刑的态度比较保守,其中认为应该继续保留的占42%;应该废除的占9%;适当保留的占49%。

就具体案件——北京“公交售票员掐死清华大学教授女儿案”所做的问卷调查显示:首先,受试法官对该案的定罪量刑结果存在较大的分歧。就定罪而言,选择过失致人死亡罪的占36%;选择故意伤害罪的占38%;选择故意杀人罪的占26%。就量刑而言,在过失致人死亡罪的量刑中,选择7年的占22%、5年左右的占45%、3年以下的占21%;缓刑的占12%;在故意伤害罪的量刑中,死刑立即执行的占2%、死刑缓期两年执行的占20%、无期徒刑的占40%、10—15年的占38%;在故意杀人罪的量刑中,死刑立即执行的占4%、死刑缓期两年执行的占13%、无期徒刑的占32%、10—15年的占24%、3—10年的占27%。其次,就分歧的原因而言,原因之一是法官在对该案的定罪量刑中是否考虑了案件社会结构因素以及哪些因素。调查显示:有57%的受试法官选择在本案定罪量刑过程中考虑案件社会结构因素。具体而言:考虑媒体关注的占38%、民愤的占34%、北京市政府重视的占42%、被告人地位的占23%、被

[17] 参见汪明亮:“论定罪量刑的社会学模式”,《现代法学》2009年第5期。

害人地位的占 33%、被害人是一个可爱的小女孩的占 67%、被害人父亲是清华大学教授的占 22%。^{〔18〕}

最后,汪博士得出的结论是,案件社会结构因素在一定程度上影响着法官定罪量刑自由裁量权的行使。^{〔19〕}

笔者认为,汪博士的这一问卷调查,不仅对于研究我国刑事裁判的社会学模式,具有较为可信的实证价值;另一方面,对于我们研究刑事案件裁判过程中非刑法规范因素对案件裁判结果的影响,也具有一定的实证意义。从上述汪博士的调查结果中,我们可以看出:文化传统、道德习惯、社情舆论、司法经验、专家意见、领导指示、加害与被害方身份符号等非刑法规范因素实实在在地介入了案件的裁判过程,并对案件的最终裁判结果产生了一定程度的影响。这一点在就北京“公交售票员掐死清华大学教授女儿案”所做的问卷调查中显得更加明显:正是由于不同的法官在裁判过程中,考虑了案件的社会结构关系中所隐含的各种性质不同或影响因子大小不同的非刑法规范因素,对于该案的定罪与量刑的才会产生如此大的分歧。

(二)纳入死刑案件裁判考量的非刑法规范因素

针对非刑法规范因素对死刑案件裁判的影响,笔者最近专门访谈了 T 市高级人民法院刑事审判一庭的部分法官。基本一致的看法是:非刑法规范因素对死刑案件裁判的影响,与其他任何刑事案件的裁判一样,是不可避免的。基于裁判案件中高度追求法律效果与社会效果的统一,以及“案结事了”等结果主义导向的裁判要求,裁判过程中不考虑一些非刑法规范因素是不可能的。但在死刑案件的裁判过程中,除刑法条文规定和具体案件事实外,他们考虑相对较多的非刑法规范因素主要是刑事政策、被害方态度以及公众舆论。

1. 刑事政策

刑事政策作为一个国家或者社会整体的公共政策不可分割的组成部分,是“社会整体用来组织对犯罪的反应的各种方法的总和”。^{〔20〕}我国具体的刑事政策,包括例如惩办与宽大相结合的刑事政策、“严打”刑事政策、宽严相济刑事政策等;在这些刑事政策之下进一步衍生的刑事政策,如少杀与慎杀的死刑政策、未成年人犯罪刑事政策、刑事和解刑事政策、恢复性司法刑事政策等;以及针对具体犯罪类型或具体犯罪的刑事政策,如惩治国际公职人员贪污贿赂犯罪的刑事政策、惩治商业贿赂犯罪的刑事政策、惩治侵犯知识产权犯罪的刑事政策、惩治金融犯罪的刑事政策、惩治食品安全犯罪的刑事政策等。因此,刑法是刑事政策法律化最核心、最集中、最系统的方式,是刑事政策最重要的“法律化”体现,它规定刑事责任的根据和原则,确定哪种危害个人、社会和国家的行为是犯罪,规定处罚犯罪的刑罚种类和其他非刑罚方法。在刑法中,刑事政策被“转化”成以刑罚为主要犯罪控制手段的刑法规范。但刑事政策并不等于刑法规范,正如博登海默所言,“公共政策”这一术语,“主要是指尚未被整合进法律之中的政府政策和惯例”。^{〔21〕}这一界定极为重要,否则就可能混淆政策与法律之间的界限。因此,“刑事政策

〔18〕 同上注。

〔19〕 同上注。

〔20〕 梁根林:“现代法治语境中的刑事政策”,《国家检察官学院学报》2008年第4期。

〔21〕 (美)E·博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,页487。

与刑法关系应有正确定位:就刑事政策是刑法立法指针而言,刑事政策应优位于刑法;二者有各自发挥作用的界域,应各就各位,互不替代;刑事政策与刑法应相互制约,协调发展;相互推动,共同进步。二者关系的核心是在区别二者前提下的互动的制约、促进关系”。〔22〕

因此,刑事案件裁判中不考虑刑事政策,死刑案件的裁判中不考虑国家在死刑问题上的一贯政策,即“保留死刑,严格控制死刑”和“少杀、慎杀、可杀可不杀的不杀”的政策,是难以想象的,也是根本不可能的。特别是在新的形势下,最高司法机关不仅逐渐调整处理刑事案件的刑事政策,将“严打”刑事政策纳入法治的轨道,努力贯彻宽严相济的基本刑事政策,防止出现滥用死刑的现象;同时,在死刑制度的具体适用过程中,为切实贯彻我国一贯的死刑政策,对死刑的司法适用提出了更高的要求,即“减少死刑适用数量,提高死刑适用质量,慎重适用死刑”,在努力促使司法工作人员在死刑适用上转变观念狠下功夫。死刑案件的裁判过程中,在非刑法规范因素中优先考虑刑事政策,已成了一种普遍的思维习惯。被笔者访谈的 T 市高级人民法院刑事审判一庭的部分法官,无一不是主张:在死刑案件裁判过程考虑的非刑法规范因素中,刑事政策居于最优先考虑的位置。但他们同时表示,尽管我国死刑的刑事政策一直都是“保留死刑,严格控制死刑”和“少杀、慎杀、可杀可不杀的不杀”,但在“严打”刑事政策与“宽严相济”刑事政策下,其在死刑案件裁判过程中的“考量内容”还是有差异的。目前“宽严相济”刑事政策下死刑案件的裁判,考虑更多的是如何才能实际减少死刑的判决。但同时认为,即便如此,酌定从宽情节也必须正确地理解适用,死刑案件裁判中考虑刑事政策这种规范外因素的影响,也必须以更准确、更妥当地适用刑法规范为前提。

2. 被害方态度

死刑案件中的加害方与被害方,作为死刑案件结构中一对相互对立的矛盾关系体,在死刑案件的裁判过程中一直都居于被“关注”的首位。在决定是否对行为人判处死刑时,除了考虑“规范与事实”之外,还必须考虑被害方的态度,这导致被害方的态度在一些案件的裁判过程中直接影响着对加害方“从宽情节”的认定与适用。如《人民法院报》(2007年10月12日第5版)案例指导栏目曾针对金华市中级人民法院(2006)金中刑一初字第75号刑事判决书、浙江省高级人民法院(2007)浙刑三终字第6号刑事判决书,有关方强威、陈战峰犯故意杀人案,在“裁判要旨”中有过这样一段点评:

被告人故意杀人犯罪情节严重,社会危害性极大,又系累犯,本应对其适用死刑立即执行。但被告人真诚悔罪,其家属积极代为赔偿被害人家属经济损失,安抚被害人家属的悲伤情绪,由此获得了被害人家属的谅解并达成了和解协议。二审对其改判死缓,既合理地减少了死刑的适用,又起到了最大限度地弥补被害人家庭损失的作用,取得了良好的法律效果与社会效果。〔23〕

〔22〕 卢建平:“刑事政策与刑法关系的应然追求”,《法学论坛》2007年第3期。

〔23〕 聂昭伟:“刑事和解对死刑是否适用——浙江高院判决方强威等人故意杀人案”,载《人民法院报》2007年10月12日,第5版。

就此,T市高级人民法院刑事审判一庭还提供了一组统计数据及分析:^[24]

在具有法定或酌定从宽情节的死刑案件中,以附带民事赔偿部分达成调解协议或被告人积极赔偿被害人经济损失为理由“之一”而依法轻判的案件,2003年为2件,2004年为3件,2005年为4件,而在2006年为11件,这比前三年的总和还多。到了2007年,这个数字达到了18件,占当年依法轻判案件的三分之一。主要原因是,法官们在办理这类具有从宽情节的案件时,往往会受到来自被害人的压力。被害人一方面积极要求重判被告人,另一方面则要求赔偿其经济损失。如果被害人的要求得不到满足,往往就会大闹法院,长期上访,严重影响社会稳定。诚然,宪法赋予法官独立的审判权,不应受到任何组织、团体、个人的干涉。但是我们的法官作为人民法官,不仅要注重案件的法律效果,同时也要注意案件的社会效果,“息诉止争,案结事了”是对人民法官的基本要求。通过实践法官们发现,解决了刑事附带民事赔偿或被告人积极赔偿被害人经济损失问题,使被告人与被害人达成协议,并取得被害人谅解后,这类案件的裁决就顺利许多。

在一些案件中,被害方对加害方是否具有宽容谅解的态度,在一定程度上直接影响到案件的具体裁判结果,而这又主要取决于“附带民事赔偿部分是否达成调解协议或被告人是否积极赔偿被害人经济损失”。如果是肯定的,对加害方适用“从宽情节”的可能性就大;如果是否定的,对加害方适用“从宽情节”的可能性就小。即便是具有累犯这样的法定从重处罚情节,而无任何法定的从轻处罚情节,只要“获得了被害人家属的谅解并达成了和解协议”,也可以从轻处罚,由死到生。问题的关键在于,被害方的态度并不是刑法条文明文规定的死刑裁判的直接依据,^[25]而在相当一部分的死刑案件的裁判中,却成了被告人或生或死的不可或缺的砝码,有时甚至是最后的一锤定音。被害方态度作为死刑案件裁判中的非刑法规范因素,何以可能在案件的裁判中有如此大的影响?

国家权力本位原则下整个社会对被害人权利保护的缺失,不能不说是我们在这些数字或现象背后要深思的问题。一方面,我们看到,“死刑案件和解的实践,形为和解,实为国家救助制度没有建立之前一种迫不得已的措施。也就是说,是在国家没有承担责任的时候,将救助的责任转嫁到了刑事被告人的身上”。^[26]另一方面,国家权力本位原则下的刑事纠纷解决机制,“私诉”几乎被“公诉”完全挤占,不论何种起诉制度,对犯罪的追究,除了考虑国家利益和社会公共利益外,就是保护犯罪嫌疑人、被告人的权利(如美国的诉辩交易、德国的协商性司法),

[24] 数据及资料来源于T高级人民法院刑事审判一庭提供的调查统计与分析。

[25] 关于这个问题或许有争议,如赵秉志教授认为,民事赔偿影响被告人刑事责任的轻重是有充分的法律依据的,例如在刑法典第61条的规定及有关司法解释和司法规范性文件中,规定法院可以把民事赔偿的情况作为量刑情节予以考虑。参见赵秉志、彭新林:“论民事赔偿与死刑的限制适用”,《中国法学》2010年第5期。对此,笔者稍有异议,认为这不是裁判死刑案件的直接法律依据,而是用以解释或说明案件为何要判处死刑或不判处死刑的“直接法律依据”,即裁判中的说理或解释裁判理由,而不是直接引用的裁判法律依据。

[26] 孙万怀:“死刑案件可以并需要和解吗”,《中国法学》2010年第1期。

极少征求被害人意见,也不顾及被害人的损害赔偿、心理康复等状况。甚至在对附带民事诉讼的判决时也不考虑被告的承受能力,附带民事赔偿的判决成为一纸空文。^[27]尤其是部分犯罪后果严重,受害人及其家庭损失较大,且又得不到任何赔偿的案件,受害人往往以“人财两空”为由,大闹法院,长期上访,并将所有的复仇心理寄托在加重量刑上。在这种情况下,刑法规定的从宽情节往往不能顺利适用。由于司法人员不得不面对来自被害人重刑要求的压力,致使他们对具有自首、立功、坦白等法定或酌定从宽情节的罪犯不能或不完全依法适用该条款。

对被害方而言,当国家不能保护或忽视其权利和利益的时候,其是否可以通过“私力救济”向加害方索取经济补偿,以求自我保护?对加害方而言,其已尽力补偿被害方,实际上也缓解了国家的救济压力,在得到被害方宽容的同时,是否也应该得到国家的宽恕?可见,在被害方态度影响死刑案件裁判的背后,纠结的依然是案件社会结构中对立双方之间力量的博弈,以及由此反映出的某些社会制度建构的缺失。

3. 公众舆论

“不杀不足以平民愤”,这是在20多年前的死刑判决书中经常看见的一句话。如今的死刑判决书上,这句话虽然看不到了,但依然能看到这句话中所隐含的“精神”。一方面,从司法裁判的社会功能分析,参考人情与舆论是传承至今的中国司法传统,具有相当的灵活性与实用性,其目的是解决现实问题并维护社会正义,而不仅仅是维护抽象的司法正义;另一方面,“在现代法治社会中,法官被期待能够排除公众舆论以及政治势力的影响从而以客观公正的立场来裁定刑罚”。^[28]在公众舆论与司法裁判的关系上,法官或法院一直是被煎熬而纠结着。

从上述汪明亮博士就媒体因素对法官定罪量刑的影响的问卷调查的分析结果看,中央级媒体、有权力介入的媒体、形成强烈舆论的媒体对定罪量刑产生的影响最大;地方级媒体、网络媒体对定罪量刑产生的影响次之;没有权力介入的媒体、未形成强烈舆论的媒体对定罪量刑产生影响最小。^[29]也就是说,几乎所有的公众舆论对刑事案件的裁判都会发生影响,差异在于舆论的情形不同,因此影响力大小存在差别:“大媒体”介入、“大舆论”介入、“大权力”卷入而形成的公众舆论,对案件裁判的影响力最大,依次次之,二者之间成正比关系。死刑案件既具有高度的社会敏感性,又具有极强的媒体关注度。在死刑案件的裁判中,一旦某一案件被公众舆论所关注,该案件的裁判如果不“关注”公众舆论,根本就不可能做出。问题是如何“关注”以及“关注”的程度。这是因为,现实社会中的公众舆论往往以“民意”的面孔出现,这也是法官在案件的裁量过程中,不能漠视不理的主要原因。最典型的就是“李昌奎案”。当舆论普遍质疑李昌奎案二审改判之时,7月6日,云南高院主动召开新闻发布会释疑。该院分管刑庭的副院长赵建生解释称:李昌奎案不存在法院和法官徇私舞弊、偏心的情况,该案受害人和被告人都是同村的农民。而且,该案判决是经审判委员会27名委员表决同意的,“不是合议庭或是某个法

[27] 青岛市中级人民法院曾对近5年来刑事附带民事判决执行情况做过调研。结果显示,5年来,有2300余件以判决方式结案的刑事附带民事案件,80%以上的民事部分执行不了,成为“空判”。参见搜狐网,申爱山:“完善司法救助 刑事被害人国家救助制度有望出台”,<http://news.sohu.com/20070114/n247600450.shtml>,最后访问日期:2012年3月26日。

[28] 赵秉志、赵书鸿:“公众舆论与量刑政策:影响模式和参与机制”,《法制与社会发展》2008年第6期。

[29] 汪明亮,见前注[17]。

官就能决定的”。但这一次,舆论没有平息。之后,来自云南高院的每一次回应,都获得了更为猛烈的批驳。种种压力之下,2011年7月16日,在没有充分的法定理由的情况下,云南高院宣布启动李昌奎案再审。再审结果不出外界意料,改判死刑。^[30]

可见“媒体由于其自身原则如新闻自由性原则、典型性原则以及及时性原则,对司法独立具有天然侵犯性”。^[31]这就是我们经常看到的一些即将进入司法程序或正处于司法程序中的未决案件,经某些权威媒体具有倾向性的报道或评论后,就已为最终审判结果定下了基调。^[32]这也就是为什么在李昌奎案再审之后,公众舆论又开始质疑李昌奎案是不是“舆论审判”、“网络审判”或“民意倒逼司法”等。为此,不少媒体又不得不再请出专家学者甚至一些德高望重的法学家出来解释此案的裁判不是以及为什么不是“舆论审判”等。^[33]什么是“民意”?民意会有几张面孔,会不会也是一张普罗休斯的脸?

首先,民意具有明显的异质性。社会异质性的存在,是任何一个社会都不可避免的社会现象。正是这种社会异质性的存在,建构了案件社会结构的客观基础,这也是案件中纠纷的双方各自的支持者(或敌对者)所表达的意见绝不会相同的原因。除此之外,即便是同为某一方的支持者(或敌对者),一般的社会大众表达和专业的精英表达也相差甚远。特别是“死刑案件以及由此而来的死刑废立问题是很难让人心平气和地讨论的。民间讨论涉及这个问题的时候,基本上都是针对具体案件,而一旦进入网络,更趋于凸显情绪最激烈的表达;意见双方也缺乏基本的信任,容易上升到意识形态的高度,用自己的坚定信念来裁断对方的立场”。^[34]

其次,民意具有非理性特质。社会大众的价值观、知识水平不同,民意易被操作和煽动,因此民意往往是感性的而非理性的。正如大众心理学家勒庞提出的“群体精神统一性的心理学规律”,认为这种精神统一性造成了教条主义、偏执、极端、人多势众不可战胜的感觉以及责任意识的放弃。^[35]他还提出“心理群体的整体智能低下定律”,认为当人群构成心理群体时,理性个体丧失,个体非理性增强。^[36]所以,民意归根究底是一种情绪性宣泄,由于“群体极化”的存在,容易被煽动、误导和利用。

再次,民意的流向具有不确定性。民众的集体意识与正义情感不仅具有非理性、情绪性,而且往往变动不居、起伏不定。民意的有无、大小和倾向往往随着披露信息的变化而变化,经

[30] 参见京师刑事法治网,刘长:“‘李昌奎案’让云南死刑变革进退维谷”,<http://www.criminallawbnu.cn/criminal/Info/showpage.asp?pkID=32230&keyword>,最后访问日期:2012年3月26日。

[31] 王渊:“媒体监督与司法独立的法理分析”,《甘肃政法学院学报》2006年第1期。

[32] 谭世贵:《司法独立问题研究》,法律出版社2004年版,页159。

[33] 参见人民网,“刑法专家谈李昌奎案改判死刑否认存在舆论审判”,<http://www.people.com.cn/h/2011/0824/c25408-1-1861547258.html>,最后访问日期:2012年3月26日;凤凰网,“法学专家谈李昌奎案:因民意压力改判伤害公信”,http://news.ifeng.com/society/special/lichangkui/content-3/detail_2011_08/20/8558422_1.shtml,最后访问日期:2012年3月26日;中国新闻网,“专家谈李昌奎案:不能脱离实体公正强调程序正义”,<http://www.chinanews.com/fz/2011/08-30/3294261.shtml>,最后访问日期:2012年3月26日。

[34] 朱苏力:“俯下身,倾听沉默的大多数”,载《法制日报》2011年9月13日,第12版。

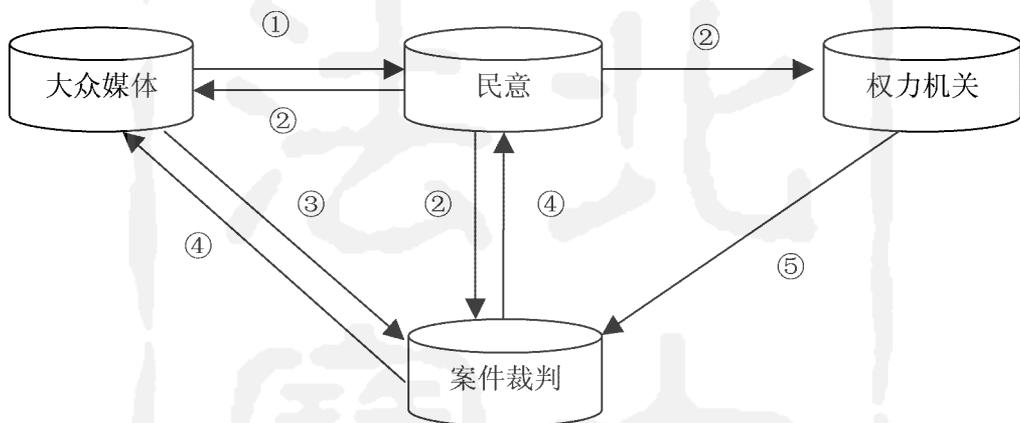
[35] 参见(法)古斯塔夫·勒庞:《乌合之众——大众心理研究》,冯克利译,中央编译出版社2005年版,页36—38。

[36] 同上注,页21—24。

常出现民意“倒戈”的现象。也许一个孤立的突发的恶性犯罪案件就能在很大程度上改变公众对待死刑的态度,这充分体现了民意的易变性。如上述李昌奎案,或许会成为影响中国死刑改革的一个“标杆”性案件。^[37]

最后,民意的测试具有不可控性。如何检测民意,尽管不同个体的意识结合在一起构成了民意,但不同个体的意见之间往往具有异质性,并不能整齐划一,以哪部分人的意见作为标准,如何测试?现代社会确定民意对某一社会问题的态度的方法主要有:媒体调查法、代表性调查法、焦点小组调查法、审议性调查法。^[38]问题是这些民意测验结论本身的信度与效度又不可避免地受到各种可控或者不可控的主客观因素的影响。因此,民意中的所谓“大多数”、“主导性”、“普遍性”或“主流”民意的判断,并不是一件容易并且能够科学认定的事情。

不管民意有什么样的面孔,其介入案件的裁判过程,并最终在一定程度上影响案件裁判结果,却是无需再辩的事实。具体如下图示意:^[39]



图示说明:

①媒体报道案件,引发舆论,聚集民意。

②民意可通过三种方式介入司法裁判:一是通过个案适用和主体性参与(如人民陪审员制度和专家意见书)直接进入司法程序;二是通过媒体将民意传达给法官;三是通过引起权力机关重视来干预审判活动。

③媒体向司法传达民意,同时就案件对司法机关工作人员和案件当事人进行采访和报道。

④司法对民意做出回应和引导,有直接和间接两种方式,可以在判决中体现出是否采纳民意和采纳的程度,这涉及裁判文书的说理;也可以通过媒体传达客观、公正、全面、准确的案件信息,或要求媒体配合纠正民意回归理性,涉及对媒体的规制和司法的公开化。

⑤民意诉诸权力机关后,权力机关可能会对案件裁判进行干预。

[37] “类似案件的受害者家属的呼声,以及舆论的关注,使得在死刑适用变革中低调潜行的云南高院,陷入进退维谷的境地。”参见京师刑事法治网,刘长:“‘李昌奎案’让云南死刑变革进退维谷”,<http://www.criminallawbnu.cn/criminal/Info/showpage.asp?pkID=32230&keyword>,最后访问日期:2012年3月26日。

[38] 赵秉志等,见前注[28]。

[39] 赵琳:“民意与刑事裁量互动关系研究”,南开大学本科生毕业论文(2007级经管法班)。

观察我国晚近十几年的司法实践,比较突出的一个司法现象就是自2003年以来民意介入案件裁判个案的不断涌现。从孙志刚案、孙大午案、刘涌案、黄静案、许霆案、邓玉娇案、孙伟铭案、胡斌案,到近期发生的药家鑫案、李昌奎案,以及由于被最高人民法院发回重审并最终改判死缓的吴英案,^[40]无不显示出民意对刑事裁量过程及结果的影响。如果再细分,还可以将这些刑事案件划分为影响重判、影响轻判和影响司法进程三种情形:

第一,影响重判类的典型案件有刘涌案、孙伟铭案等。在刘涌案中,一审刘涌被判处死刑,二审以专家论证存在刑讯逼供而改判死缓,引起极大民愤,最后被最高人民法院判处死刑立即执行。孙伟铭案一经媒体披露就引起民愤,随即被一审“以危险方法危害公共安全罪”判处死刑。后司法机关根据案件事实认为罪不至死,引导媒体改变报道视角,民意倾向宽容,被二审改判无期徒刑。

第二,影响轻判类的典型案件有孙大午案、许霆案、邓玉娇案等。孙大午案因涉嫌“非法吸收公众存款罪”被公诉,此案经报道引发极大争议,后经审判判处有期徒刑三年,缓期四年执行,缴纳十万元罚金。许霆案一审以盗窃罪被判处无期徒刑,经报道引起舆论争议和专家讨论,多数认为量刑太重,最终改判五年有期徒刑。邓玉娇刺死官员案案发即引起民愤,舆论几乎一边倒,倾向于同情和支持邓玉娇,一审认为属于防卫过当,构成故意伤害罪,鉴于自首情节和部分限制刑事责任能力,判处免于刑事处罚。

第三,影响司法进程的案件有孙志刚案、黄静案等。孙志刚在收容所被殴打致死,经媒体披露引起公众关注,结果国务院废止了《收容遣送办法》,并通过了新的《救助管理办法》。黄静案经网络传播后引起广泛关注,专家组五次对黄静死因进行鉴定均得出不同结论,暴露了我国司法鉴定制度的混乱。^[41]2005年2月全国人大常委会通过了《关于司法鉴定管理问题的决定》,以规制我国的司法鉴定。

当然,这些被“民意”关注的案件,归根到底还是在不同的侧面对我国刑事法治建设进程产生的影响更大,如李昌奎案对我国限制并逐步废止死刑所带来的影响,就非常值得关注。^[42]

三、非刑法规范因素在死刑案件裁判过程中的权重

由上述分析可见,非刑法规范因素在一定程度上影响死刑案件的裁判,虽然这是对法条主义的一种反动,但不可避免,亦即案件裁判过程中仅考虑刑法条文规定和具体案件事实,不考虑一些非刑法规范因素,几乎是不可能的。从具体司法实践看,死刑案件的裁判过程中,考量相对比较多的是刑事政策、被害方态度以及公众舆论。而实际上,影响死刑案件裁判的非刑法规范因素是一个开放式结构,案件的社会结构不同,影响裁判的非刑法规范因素会有所不同;

[40] 鉴于这些案件众所周知,顾及文章简洁需要,不再一一注释。

[41] 参见中华网,“中国司法鉴定期望结束乱局 黄静裸死案加速改革”,http://news.china.com/zh_cn/domestic/945/20061026/13701703.html,最后访问日期:2012年3月27日。

[42] 相关分析,请参见赵秉志:“关于中国现阶段慎用死刑的思考”,《中国法学》2011年第6期。

即便是案件的社会结构相似,相同质的非刑法规范因素在不同案件裁判中的影响大小,也不会完全相同。这也是试图在“从法律条文主义搞不清的地方寻找规律”。〔43〕

(一)非刑法规范因素成为裁判依据的路径

刑事政策、被害方态度以及公众舆论等非刑法规范因素,是作为一种法源形式在案件裁判过程中,〔44〕通过反映案件社会结构的价值判断与表现案件法律结构的逻辑推理而进入死刑案件裁判规范范畴的。〔45〕

作为刑事案件裁判规范的制定法法源,〔46〕是一个相对容易确定的封闭式结构,它主要包括刑法典、单行刑法、附属刑法、刑法修正案、刑法立法解释等刑法文本规范,是案件裁判直接援引的法源,因此是最重要的也是基础性的法源。其他非刑法性质制定法法源,是裁判案件间接、非直接援引性的裁判说理性法源,是案件裁判规范中不可或缺的重要法源。案件裁判规范中的制定法法源属于案件法律结构的重要组成部分,是法理学裁判模式的主要裁判依据。

相对于案件裁判规范的制定法法源,非制定法法源是一个绝对开放的结构,除了博登海默

〔43〕 唐·布莱克,见前注〔6〕,页108。

〔44〕 本文中使用的“法源”一词,是“法律渊源”之简称。本文赞赏博登海默关于法源的分类观点,即将法源分为正式法源和非正式法源。正式法源,“意指那些可以从体现为权威性法律文件的明确文本形式中得到的渊源。这类正式渊源的主要例子有宪法和法规、行政命令、行政法规、条例、自主或者半自主机构和组织的章程与规章、条约与某些其他协议,以及司法先例。”这就是本文认为的制定法法源。参见(美)E·博登海默:《法理学、法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,页429—430。非正式法源,“是指那些具有法律意义的资料 and 值得考虑的材料,而这些资料 and 值得考虑的材料尚未在正式法律文件中得到权威性的、至少是明文的阐述与体现。尽管无需对非正式渊源作详尽无遗的列举,但我们仍将非正式渊源分为下述一些种类:正义标准、推理和思考事物本质(natura rerum)的原则、衡平法、公共政策、道德信念、社会倾向和习惯法。”这就是本文认为的非制定法法源。参见(美)E·博登海默:《法理学、法律哲学与法律方法》,页430。本文之所以以制定法法源和非制定法法源概念取代博登海默的正式法源与非正式法源概念,是因为不仅应考虑法的形式渊源在法律效力上的差别,而且应考虑不同法律渊源形式在产生或形成程序上亦有差异,即不仅是正式或不正式的规范问题,而且是不是通过立法程序规制的规范问题。

〔45〕 裁判规范见仁见智。本文认为的裁判规范是与文本规范彼此相对应的规范存在形态。文本规范作为以法条文本为载体的规范形态,是一种预设性的、立法意义上的静态规范,由一组文字或语词基于一定的价值目标、按照一定的逻辑关系建构起来的概念性规范,其作为法治理念和立法技术的混合物,彰显的是一种抽象的价值评判和语言艺术,其突出的品性就是立法规制性;而裁判规范是文本规范在司法实践过程中的再加工产品。作为以裁判行为为载体的规范形态,是一种个案意义上的、并存在于司法过程中的动态规范,即案件裁判过程中基于文本规范与具体个案事实之间的互动而建构起来的实践性规范,其作为针对具体个案的裁判依据,彰显的是一种具体案件裁判过程中的利益取舍和裁判技能,其突出的品性就是司法建构性。参见张心向:“刑法裁判规范之品性”,《天津法学》2011年第2期。

〔46〕 这里所谓的“制定法法源”是狭义上的。广义上的制定法法源则是一个相对较难确定的封闭式结构,除包括所有刑法文本规范外,还包括所有现行有效的、其他非刑法性质的成文形式法律,如宪法、行政法规等,但与刑法性质的文本规范相比,这些非刑法性质的成文形式法律,作为刑法裁判规范的一种法源形式,在案件裁判过程中具有非直接援引性特质。相关论述可参见张心向:“我国‘宪法司法化’路径问题之思考——基于刑法裁判规范建构之法源视域”,《政治与法律》2011年第2期。

认为的“正义标准、推理和思考事物本质(natura rerum)的原则、衡平法、公共政策、道德信念、社会倾向和习惯法”〔47〕之外,还包括如庞德认为的宗教信仰、道德和哲学的观点、科学探讨等;〔48〕魏德士认为的法官法、法学家法以及自然法等;〔49〕大木雅夫认为的学说、注释书、教科书、团体协议、交易惯例、法律惯例等;〔50〕黄茂荣认为的学说及国际法等。〔51〕因此,笔者认为,案件裁判规范的非制定法法源作为在正式法律文件中没有规定、不具有法律强制力的、间接的、非援引性的补充说理性法源,在案件裁判过程中得到承认的数量,应该远远超过或有时并不同于上述所列举的这些类型。而且这些法源资料所组成的一个“法源群”不仅是一个开放性的结构,而且在这个结构内也无法进行确定性的排序,因为这些资料在不同的案件裁决中由于案件社会结构不同而被纳入裁判依据的概率及权重都会有所变化,而且,它们之间组成了一个充斥着建筑案件裁判规范大厦之所需材料的积聚地或卖场,法官去那里用智慧找寻并挑选所需材料,然后将其拼装成具体案件裁判的依据。当然,目前看来,在死刑案件裁判过程中,起重要作用的主要还是刑事政策、被害方态度及公众舆论,这些案件裁判规范中的非制定法法源属于说明案件社会结构内容的重要组成部分,是社会学裁判模式的主要裁判依据。

在案件具体裁判过程中,就作为案件裁判规范组成内容的制定法法源和非制定法法源,在裁判规范框架中的关系,博登海默指出:

当一种正式的权威性的法律渊源就某个法律问题提供了一个明确的答案时,那么在绝大多数情形下,就不需要亦不应当再诉诸法律的非正式渊源。在某些罕见和极端的情形中,亦即在适用某种正式法律渊源会与正义及公平的基本要求、强制性要求和占支配地位的要求发生冲突的情形下,当然也有必要的允许例外。当一项正式法律文献表现出可能会产生两种解释的模棱两可性和不确定性——事实往往如此——的时候,就应当诉诸非正式法源,以求获得一种最利于实现理性与正义的解决方法。另外,当正式法源完全不能为案件解决提供审判规则时,依靠非正式渊源也就理所当然地成为一种强制性的途径。〔52〕

这种情形在刑事案件的裁判过程中,更是如此。一方面,罪刑法定主义原则下,其形式理性决定了只有具有文本形式的制定法法源才有资格作为裁判的大前提,非制定法法源直接作为裁判的大前提有悖罪刑法定原则的形式理性。制定法法源排斥非制定法法源对其领地的入侵,就是一种必然的本能反应;另一方面,制定法法源作为一种文本规范,其在与案件事实对接过程中固有的缺陷,如概念的抽象与模糊、规范的漏洞与空缺,如果没有非制定法法源对其存在的缝隙补救,就无法彰显罪刑法定原则的实质理性。接纳非制定法法源进入自己的领地,就

〔47〕 E·博登海默,见前注〔21〕,页430。

〔48〕 参见(美)罗科斯·庞德:《法理学》(第三卷),廖德宇译,法律出版社2007年版,页384—386。

〔49〕 参见(德)魏德士:《法理学》,丁晓春译,法律出版社2005年版,页98—99。

〔50〕 参见(日)大木雅夫:《比较法》,范愉译,法律出版社1999年版,页92。

〔51〕 参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,法律出版社2007年版,页14—15。

〔52〕 E·博登海默,见前注〔21〕,页430。

成了不得已而为之的无奈之举。符合制定法法源要求的非制定法因素进入了制定法法源的领地,与制定法融贯一起生成了一个新的结构——司法裁判的大前提,这时的大前提显然已不是作为文本规范意义上的大前提,而是变成了裁判规范意义上的大前提了。制定法法源与非制定法法源在悄无声息的对搏中完成了裁判大前提的建构,实现了文本规范到裁判规范的“惊鸿转身”。大前提依然是刑法规范,但此时的刑法规范——刑法裁判规范,已非彼时的刑法规范——刑法文本规范。这里隐含着—个裁判规范生成建构的重大问题,即这种类似“暗度陈仓”、“借壳上市”的做法,其合理性何在?^[53] 这涉及司法裁判的技能,即司法裁判中如何进行价值判断与逻辑推理以及协调彼此之间的关系问题。

1. 价值判断实际上是以案件社会结构为基础的一种社会学裁判模式

司法裁判中的价值判断实际上是围绕着基于社会基本价值和一般价值而建构的司法价值目标而展开的一种在抽象意义上有关人类精神追求的考量与权衡,体现的是在超验层面多个价值间比较衡量的选择与取舍,尽管不会直接涉及具体权利或利益的选择判断,却是引领对具体权利或利益进行选择判断的路径和方向。因此,司法裁判中的价值判断是裁判行为的一种本能表现,潜隐在裁判结论的证立过程中,通过对裁判大、小前提的实践建构,左右着裁判结论的证成。如果在民商事裁判或一部分行政裁判中一般可表现为一种利益衡量的话,那么,在刑事裁判中则主要表现为危害衡量,即通过对行为所针对的刑法保护法益的加害程度及加害性质的衡量与判断,在刑事诉讼所涉及的两对价值范畴,即自由与秩序、公正与功利之间寻求平衡、达致共赢。当然,社会危害衡量作为一种刑事裁判中的价值判断,不可避免地需要理论分析工具的支撑,社会危害性理论的核心价值就在于此。离开了社会危害价值判断的刑事司法裁判,就等于失去了裁判的目的和方向;没有社会危害性理论支撑的社会危害价值判断,就等于迷失了裁判的目标和向度。

在刑事司法裁判中,对行为的危害衡量是价值判断的核心。这种危害衡量是在一般社会生活意义上对行为是否危害社会以及危害程度的基本价值判断,不是刑法规范意义上有关定罪量刑的逻辑推理。因此,其主要功能是为刑事裁判过程中的裁判规范及裁判事实的建构提供价值定位,也就是为裁判规范法源之间如何整合配置提供价值引导,完成社会主流价值及刑法核心价值在具体案件裁判中的实践重构。因此,对行为社会危害的衡量不是法律规范意义上的精准量度,而是社会生活意义上的模糊评估,是对行为是否具有社会危害以及危害程度的价值判断,而不是将其与犯罪构成要件进行逻辑比对。其作为一种社会生活意义上的价值判断,既超越刑法规范,又在一定意义上被刑法规范所约束。正是通过危害衡量这样一个基本价值判断,即对行为社会危害有无以及轻重的衡量,将这些看似散乱实则有序的法源材料,在契合具体案件事实的基础上,为我们确立一个案件裁判规范的基本框架及基本材料范畴。由此可见,案件裁判中以行为的社会危害衡量为核心的价值判断,尽管受案件法律结构的影响,但归根到底还是以案件社会结构为基础的一种社会学的裁判模式。

[53] 参见张心向:“刑法裁判规范之品性”,《天津法学》2011年第2期。

2. 逻辑推理实际上是以案件法律结构为基础的一种法理学裁判模式

如何建构具体案件的裁判规范,则有赖于作为法律技术的逻辑推理。让非制定法因素通过价值判断合理地融入制定法,也就是说如何合理地将刑法文本规范与非制定法因素的结合证成刑法裁判规范即刑事司法裁判的大前提,主要显性的路径就是通过逻辑的建构。“法律的生命始终不是逻辑,而是经验。可感知的时代必要性、盛行的道德理论和政治理论、公共政策的直觉知识(无论是公开宣称的还是意识的),甚至法官及其同胞所共有的偏见等等,所有这一切在确定支配人们所应依据的规则时,比演绎推理具有更大的作用。”^[54]但这些“非法律的因素”,必须有一个充分合理的理由进入“法律”,才符合现代法治的要求。尽管符合逻辑的不一定都是合理的,但合理的一定是符合逻辑的。

对于具体案件事实与刑法条文规定完全匹配的简单案件而言,从法源的视角看,案件裁判规范从形式上几乎可以等同于刑法文本规范,法源材料主要是刑法性质的制定法法源;从规范与事实的关系视角看,通过基于规范的案件事实格式整理与基于事实的规范概念语义解释,在彼此之间,即在文本规范与案件事实之间就能建立起某种逻辑涵摄关系,形成裁判规范对于裁判事实在概念内容上“非此即彼”的封闭的单一涵摄关系,要么“符合”、要么“不符合”,没有第三种可能,而且条文规定的价值蕴涵与案件裁判的价值取向完全一致。亦即,案件事实只要具备了规范规定的全部构成要件或要素,就会被涵摄于该规范之下,从而缺少了或者说不需要明确的目的性引导,价值判断在这类案件的裁判过程中被最大限度的屏蔽而不容易被感知。案件的法律结构呈现出演绎推理的逻辑模式。

对于具体案件事实与刑法条文规定基本上匹配或部分匹配的复杂案件而言,从法源的视角看,案件的裁判规范法源材料不仅仅是刑法文本规范,还包括其他制定法法源材料以及非制定法法源材料;从规范与事实的关系视角看,由于二者之间存在着或模糊、或漏洞、或空缺的关系,仅仅通过基于规范的案件事实格式整理与基于事实的规范概念语义解释,在彼此之间,即在文本规范与案件事实之间,很难形成基于概念思维而建立起来的三段论推理中大、小前提之间“非此即彼”的涵摄关系。借助于类型思维,去解读这种规范与事实之间的复杂关系,成了一种不得已的选择,因为裁判是不能被拒绝的。

类型思维作为一种开放式思维,超越概念思维的自我封闭,其思维中类型的层级性、类型边界的模糊性、类型构成要素的不固定性等特征,为裁判过程中复杂的条文规定与复杂的案件事实之间的对接,拓展了可以进行比对的波幅宽度。彼此可以对接的“场域”在类型思维下被拓宽了:一是可以最大限度地包容社会生活中规范与事实之间千变万化、多姿多彩的关系形态;二是兼顾规范概念的模糊地带和空洞区域,可以从概念的核心向边缘依次延伸、分层级的流动思考中依次、以层去结构事实,同时事实亦可依次、以层去解构规范,这样规范与事实之间建构起彼此关系的“类型谱系”或“类型系列群”。即使规范与事实的关系再复杂、再模糊,也大都能够在组成事实的基本要素与规范的构成要件之间找到比对的切入点。在这里,类型成为

[54] E·博登海默,见前注[21],页160。

一种介于“文本规范与案件事实”之间的关联纽带,成为抽象与具体、普遍与特殊的中间点,思考的是作为事物被抽象概念化的规范基础——“事物之本质”。〔55〕由于“事物本质”与外在类型有着内在的勾连,它们之间构成了某种“神”与“形”的联系。只有从“事物本质”出发进行思考,才能将规范与事实拉入同一个层面,才可同时处于事实与价值之中。没有“事物本质”,个别事物之间便无法建立起价值性的连接,从而无法形成类型;没有“类型”,事物间的价值关联便难以获得直观的载体形式,从而无法被现实地把握。以事物本质为评判价值,衡量待决案件事实可否归类于相应规范类型,正是在类型思维的这一环节,其他制定法法源材料以及非制定法法源材料通过价值评价而得以渗入。这样,规范与事实之间就不再是一种逻辑涵摄关系,我们只能在一定的价值引导下,以一种较高或较低的程度,将它们进行比对式“归类”,使之“彼此密切”或“彼此区隔”。因此,裁判中的类型思维不再是一种只要具备该规范概念的全部构成要素的事实均可被涵摄于该规范之下的“精准的”形式逻辑思维,而是一种由于规范与事实之间存在归类可能而被“等置”的“模糊的”类比逻辑思维。这样,在复杂案件的裁判过程中,刑法条文规定与案件生活事实之间必然会呈现出类比推理形式,或者只有借助于类比推理方法才能够进行裁判。在裁判过程中,价值导向的思考方式得以确立,价值、目的或者利益等主观因素的观念得以渗入。同时,面向生活现实开放的弹性思维,有利于使稳定、滞后的法律规范适应复杂多样的生活事实,并为案件裁判更理性地取舍、安排各种法源资料奠定了方法论的基础。尽管从司法的实际状态看,这种基于类型思维将大、小前提间通过类比归类式思考建构的等置关系,往往被概念式思维中大、小前提之间的包容涵摄关系所遮蔽,或碍于罪刑法定的形式要求而不被认可或不便承认,但实际上正是类型思维的这种特性,才使得复杂案件的裁判能够进行下去,而此时案件的法律结构呈现出的是类比推理的逻辑模式。

刑法条文规定与具体案件事实在犯罪的定罪要件与量刑要件的框架内互相型构,是刑事裁判过程的最重要环节。案件裁判中的逻辑推理,无论是简单案件的演绎推理,还是复杂案件的类比推理,犯罪构成要件与量刑要件都作为模型,为进入裁判过程的条文规定与案件事实提供了彼此比照匹配的模板。在“完全匹配”的简单案件的裁判中,通过这一模板,使刑法规范类型(或概念)与案件生活类型(或概念)之间建立起一种逻辑涵摄关系;在“基本匹配”及“部分匹配”的复杂案件裁判中,通过这一模板,使刑法规范类型(或概念)与案件生活类型(或概念)之

〔55〕 何谓“事物本质”,尽管各家说法不同,但意思却基本相同:在 Radbruch 看来,“事物本质”是“生活关系的意义”,此种意义是“在存在中现实化的当为,在现实中显现的价值”;在迈霍菲尔(W. Maihofer)看来,“事物本质”是“存在与当为间的桥梁”,它同时是“既存事物与负有任务事物的建构”;在斯特拉腾韦特(G. Stratenwerth)看来,“事物本质”或“事物的逻辑结构”均是在某种特定观点下被凸显为重要的存在事实,它涉及“某一特定价值观点与对应事物间无法解开的关系”;在 Larenz 看来,“事物本质”意味着“同时是一个存有论与规范的构成要件:一种在存在意义中所具有的,以及在存在中或多或少一直被现实化的当为”,“一种在现存事物中负有任务的事物”。因此,一般而言,“事物本质”无非是一种特殊中的普遍、事实中的价值的现象。一方面,它并不是偶然性的现实或个别性的事物,而是某种重复出现的关系,即类型性的生活关系;另一方面,它兼跨事实与价值、存在与当为等不同领域,是从反复出现的事实中所抽象出的特定的意涵或价值观点。参见杜宇:“刑法解释的另一种路径:以‘合类型性’为中心”,《中国法学》2010年第5期。

间建立起一种类比等置关系。因此,无论是基于概念思维,通过演绎推理在构成要件或要素与具体案件生活事实要素之间建立起的逻辑涵摄关系,还是基于类型思维,通过类比推理在构成要件或要素与具体案件生活事实要素之间建立起的等置逻辑关系,都离不开定罪要件或要素及量刑要件或要素的引领。由此可见,案件裁判中以行为在规范层面上定罪与量刑为核心的逻辑推理,尽管受案件社会结构的影响,但归根到底还是以案件法律结构为基础的一种法理学的裁判模式。

(二)非刑法规范因素的案件裁判权重

综上所述,非刑法规范因素在一定程度上会影响刑事案件的裁判结果,它不仅是一种客观存在,而且也有其可行的路径及法理学基础。那么,其在案件裁判过程中的权重,又该如何对其进行量化呢?

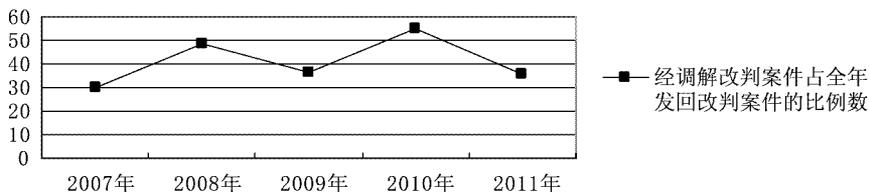
下述是 T 市高级人民法院刑事审判一庭提供的“有关在死刑案件的裁判过程中引入‘民事赔偿’后,被害方态度发生变化,而引起裁判结果发生变化”的一组分析数据:^[56]

1. 进行民事赔偿的调解已经成为死刑案件审理过程中的重要环节

成功进行民事赔偿工作的死刑案件均依法未适用死刑立即执行的刑罚,说明积极进行民事赔偿,取得被害人亲属的宽容与谅解,已经成为刑事法官在量刑时予以考虑的重要酌定情节。

2007 年至 2011 年, T 市高级人民法院对辖区内各类判处死缓以上刑罚案件中的部分二审案件进行了民事赔偿的调解工作,调解达成协议 74 件,被害人方直接获得赔偿款共计人民币 1317.6 万元,进行调解后改判 83 件,全部案结事了,无一涉诉上访。其中,2007 年经调解达成协议 8 件,支付赔偿款 62.1 万,经调解后改判 9 件,占全年发回改判案件的 30%;2008 年经调解达成协议 12 件,支付赔偿款 192.5 万,经调解后改判 14 件,占全年发回改判案件的 48.27%;2009 年经调解达成协议 23 件,支付赔偿款 280.2 万,经调解后改判 24 件,占全年发回改判案件的 36.51%;2010 年经调解达成协议 17 件,支付赔偿款 182.6 万及用作赔偿的房屋一套,经调解后改判 21 件,占全年发回改判案件的 55.26%;2011 年经调解达成协议 14 件,支付赔偿款 605.2 万,经调解后改判 15 件,占全年发回改判案件的 35.71%。需要注意的是,这里的“全年发回改判案件”,是指全年发回改判的全部二审案件,即包括一审判处死刑或死缓,也包括判处死刑或死缓以下刑罚。如果仅限于一审判处死刑或死缓的发回改判案件,这个比例还会增加很多,这 5 年平均比例大概达到 80% 左右。

图 1 2007 年至 2011 年经赔偿改判战友全年发回改判案件比例情况图

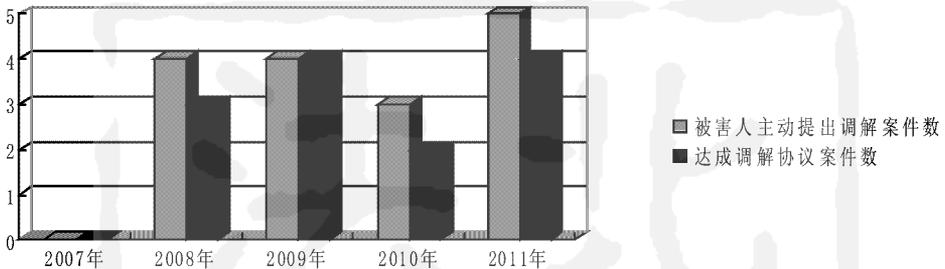


[56] 数据及资料来源于 T 市高级人民法院刑事审判一庭提供的调查统计。

2. 被害方主动提出调解,请求赔偿的案件数增加

2007年没有被害方主动提出调解;2008年有4件,其中3件达成了调解协议;2009年有4件,全部达成了调解协议;2010年有3件,其中2件达成了调解协议;2011年有5件,其中4件达成了调解协议。2008年与2010年分别都有1件未调解成功,皆因加害方赔偿能力有限,不能满足被害方的赔偿要求;2011年有1件,因为被告人犯罪性质过于恶劣,尽管被害方提出调解请求,法院也未做调解工作。这一现象说明当事人也开始逐渐理解并接受这一方式。有些案件即使未达成调解协议,但改判后,当事人也表示能理解,没有一件因二审改判死缓而上访

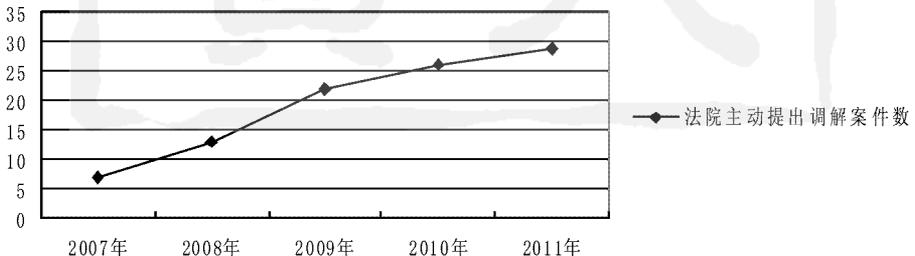
图2 2007年至2011年被害方主动提出调解案件情况图



3. 在进行附带民事调解的案件中,法院依据案情主动主持调解工作的案件逐年增加

2007年7件,2008年13件,2009年22件,2010年26件,2011年29件。这一现象表明,法官们已逐步认识到附带民事赔偿的重要作用,并在死刑案件的审理中逐渐改变被动等候被害人亲属与被告亲属达成协议的做法,开始主动提议双方进行调解。这说明为更好贯彻我国的刑事政策,刑事法官们正逐渐转变办案观念。

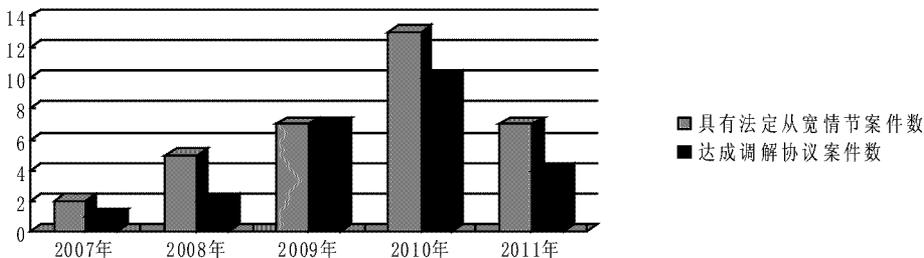
图3 法院主动调解案件情况图



4. 进行民事赔偿的案件中,均具有不同程度的法定或酌定从宽情节

没有从宽情节的,法院一般不进行民事赔偿的调解,也不会就加、被害双方私下达成的协议对被告人从宽处罚。其中2007年2件,调成1件;2008年5件,调成2件;2009年7件,全部调成;2010年13件,调成10件;2011年7件,调成4件。这一现象表明,一是具有法定从宽情节的案件,往往容易达成调解协议;二是即使具有法定从宽情节的案件,如果被害方不接受加害方或法院提出的调解,放弃赔偿,有些从宽情节也难以认定。

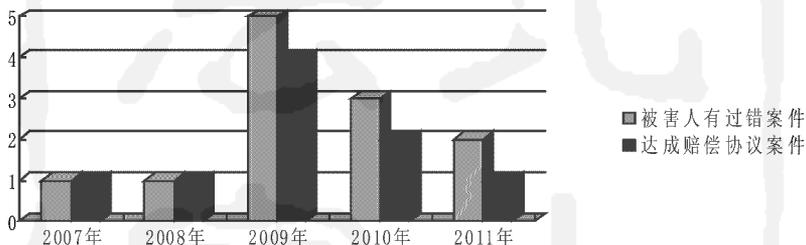
图4 具有法定从宽情节案件调解情况图



5. 在具有酌定从宽情节的案件中,其中被害人有过错的案件容易达成赔偿协议

被害人有过错的案件、2007年、2008年各1件,均成功达成赔偿协议;2009年5件,4件达成赔偿协议;2010年3件,2件达成调解协议;2011年2件,1件达成调解协议。这一现象表明,从传统的中国伦理道德角度出发,人民群众在大是大非面前仍有清晰的心理判断,不会因为至亲死亡而不假思索地要求同态复仇。

图5 被害人有过错案件调解情况图



另外,凤凰卫视于2011年4月13日,在《天下被网罗》节目中播出了“独家探访受害者张妙家属:药家鑫必须死”的专访,以下为文字实录片段:^[57]

记者:你所谓的公平就是药家鑫必须死是吧?

王辉(被害人张妙的丈夫):必须死。

被害人张妙的婆婆:咱就要他死刑,咱也不要他赔偿,要他赔偿做啥,要他走不要他钱,杀人犯的钱咱不要。

王辉:我现在不要药家的钱,他的钱已经沾满了血的,拿我媳妇命换的钱我不要,你就是把药家的钱要来,等孩子长大知道后,会骂我不要脸。

因此,陕西省西安市中级人民法院药家鑫故意杀人案的刑事附带民事判决书([2011]西刑一初字第68号)^[58]中的“本院认为”部分,有这样一段叙述:

[57] 参见凤凰网,“独家探访药家鑫案死者家属:药家鑫必须死”,http://news.ifeng.com/society/special/yaojiaxin/content-2/detail_2011_04/14/5726318_0.shtml,最后访问日期:2012年3月27日。

[58] 参见京师刑事法治网,“陕西省西安市中级人民法院药家鑫故意杀人案刑事附带民事判决书”,<http://www.criminallawbnu.cn/criminal/Info/showpage.asp?showhead=S&pkID=31400>,最后访问日期:2012年3月27日。

药家鑫及其父母虽愿意赔偿附带民事诉讼原告人的经济损失,但附带民事诉讼原告人不接受药家鑫父母为获得对药家鑫从轻处罚的赔偿,故不能以此为由对药家鑫从轻处罚。

被告人药家鑫作案后虽有自首情节并当庭认罪,但纵观本案,药家鑫在开车将被害人张妙撞伤后,不但不施救,反而因怕被害人看见其车牌号而杀人灭口,犯罪动机极其卑劣,主观恶性极深;被告人药家鑫持尖刀在被害人前胸、后背等部位连捅数刀,致被害人当场死亡,犯罪手段特别残忍,情节特别恶劣,罪行极其严重;被告人药家鑫仅因一般的交通事故就杀人灭口,丧失人性,人身危险性极大,依法仍应严惩,故药家鑫的辩护律师所提对药家鑫从轻处罚的辩护意见不予采纳。

药案的最终裁判结果,当然是:“被告人药家鑫犯故意杀人罪,判处死刑,剥夺政治权利终身。”

再结合上述 T 市高级人民法院刑事审判一庭提供的就被害方态度影响死刑案件裁判中“从宽情节”的认定以及能否具体被适用的数据分析,我们似乎可以得出这样一个结论:非刑法规范因素作为一种非制定法法源加入了死刑案件的裁判过程,并影响案件的最终裁判结果,已是一种客观存在的司法现象,但其在案件的裁判过程中权重的大小却是很难量化的。因为围绕着加害方对被害方所做的包括民事赔偿在内的经济补偿这一最具量化可能的因素,尚不能量化其在裁判过程中的具体权重,更何况刑事政策、公众舆论(包括民意)等其他更为抽象的非刑法规范因素呢?但我们可以从中得到以下几点启示:

第一,基于罪刑法定和现代刑事法治的基本要求,非刑法规范在刑事案件的裁判过程中,不具有独立裁判功能,其裁判价值只有依附于刑法规范,才能彰显。但在具体案件的裁判规范中,非刑法规范因素虽被刑法规范规定所遮蔽,其却是潜隐在刑法文本规范中,通过对刑法文本规范的一般规定在具体案件裁判中的特定意义进行读解,来表征其存在的价值。真正裁判案件的规范,实际上是刑法规范规定条款与非刑法规范因素在特定案件事实中的有机融合。如上述,“被害方态度影响死刑案件裁判中‘从宽情节’的认定以及能否具体被适用”,以及“药家鑫作案后虽有自首情节并当庭认罪”,“但附带民事诉讼原告人不接受药家鑫父母为获得对药家鑫从轻处罚的赔偿,故不能以此为由对药家鑫从轻处罚”。所以,在这些死刑案件的裁判过程中,一方面,很难量化刑法规范规定与非刑法规范因素在这些案件裁判过程中谁的权重更大,或各占百分之几的份额;另一方面,也很难量化不同质的非刑法规范因素在同一案件裁判过程中以及同质的非刑法规范因素在不同案件裁判过程中的权重。如我国的“死刑政策”与药家鑫案中“被害方的态度”,在决定药家鑫生死的裁决中是无法量化的。只能从结果上看,是被害方态度的裁判权重大于死刑政策的裁判权重,影响了对药家鑫案中自首这一法定“从宽情节”的认定,进而最终决定了药家鑫不能生只能死这一“残酷”的裁判结果。

第二,非刑法规范因素所具有的裁判权能,主要是通过刑事案件裁判过程中的价值判断和逻辑推理,即通过对行为人行为的社会危害程度的衡量,并让这种“衡量”以一个充分合理的理由进入“法律”来体现的。具体到死刑案件,就是影响对“罪行极其严重”以及“如果不是必须立即执行”等刑法相关死刑条文之规定的一般意义上的解读及在具体案件事实中的内容建构。

作为“罪行极其严重”以及“如果不是必须立即执行”等刑法相关死刑条文规定的具体含义,只有将诸如刑事政策、文化传统、道德习惯、公众舆论、司法经验、专家意见、加害与被害方的情形等非刑法规范因素纳入到具体待决案件的事实中去解读,才能确定其“法律意义”。也就是说刑法相关死刑条文的规定,在死刑案件的裁判中,并不是一种纯粹法律逻辑的推演,更主要是一种在一般社会生活意义上对行为社会危害程度的价值判断。是否属于“罪行极其严重”以及“如果不是必须立即执行”等,往往取决于非刑法规范因素在该待决案件事实中解读出的答案,而这也决不是规定几种适用的情形以及制定几个相应的量刑标准就能解决的。因为生活太鲜活丰富了,永远有不能预测的未知存在。规则必须向“生活”开放才能有生命力,当然开放也必须是通道和边缘的。在此可以作为“标杆”的就是李昌奎案。

第三,一般而言,与刑法的明确规定相比,非刑法规范因素在死刑案件裁判中的权重大小,取决于该被裁决案件的法律结构与社会结构。二者都简单的,非刑法规范因素权重就小,刑法规范因素权重就大;二者都复杂的,或者法律结构简单,社会结构复杂,抑或社会结构简单,法律结构复杂,非刑法规范因素权重就大,刑法规范因素权重就小。另外,案件的法律结构一旦形成,在整个案件的裁判过程中是相对稳定的,而案件的社会结构是易变的,在整个案件的裁判过程中时时都充满着变数。在死刑案件中通过不断调整、改变案件的社会结构,以争取对自己有利的裁判结果,一直都是加害方与被害方进行较量博弈的重点,其结果是不同质的非刑法规范因素会随着案件社会结构的变化,在案件裁判过程中的权重不断变化、调适。而这种不断的变化、调适的结果,必然会影响到相关刑法规定,如“罪行极其严重”以及“如果不是必须立即执行”等的“法律意义”解读会在相应的“波幅宽度”内“左右摇摆”。案件的法律结构就这样悄然地发生着变化,非刑法规范因素在裁判过程中的权重在不断上升,刑法规范因素在不断下降。这也是刑事案件在裁判过程中存在不确定性的根本原因所在。无论是药家鑫案还是李昌奎案的裁判过程,还有此前的孙伟铭醉驾案等,以及刚刚不久被最高人民法院发回重审的吴英案,都反映出这样一种裁判现象。

四、结 语

法治是规则之治,不是法条之治。可以规制案件裁判的除了“法律规则”——法理学裁判模式之外,还有“社会规则”——社会学裁判模式,任何案件裁判都无法超越它们。“法律规则”是明显的,“社会规则”是隐含的。不能因为明显,就认为“法律规则”是唯一存在;不能因为隐含,就否认“社会规则”的实际存在。它们都会在具体案件的裁判过程中显现出来,并由此形成新的“裁判规则”。裁判必须以“法律规则”的名义,而“法律规则”的适用却离不开“社会规则”的支撑。裁判不仅是“法律规则”的“运用”过程,也是“社会规则”的“作用”过程。“法律规则”中蕴含着“社会规则”,而“社会规则”又要受“法律规则”的检验。案件裁判中真正“有效”的“规则”是“法律规则”与“社会规则”在法官的指挥下,在待决案件事实之琴键上共同弹奏的一曲和弦乐。“案结”依据的是“法律规则”,“事了”依据的是“社会规则”。死刑案件的裁判虽关涉生死,也概莫能外。正因为关涉生死,就越发如此。这也就是非刑法规范因素何以可能进入死刑

案件裁判过程,并在相当程度上影响案件最终裁判结果的主要原因之所在。由此引发了我们对是否可以在总结非刑法规范因素如何影响死刑案件裁判结果的过程中,基于实体法的视角探索中国式司法控制死刑模式的思考。

实践证明,在立法尚且保留死刑的条件下,加强死刑的司法控制是实际减少死刑最为有效的途径。为此,各保留死刑的国家,都在探索适合本国国情的司法控制死刑模式。如美国模式的基本特点是法院通过违宪审查权的行使控制死刑的实际适用。当然,这种模式至少目前还不适合中国,因为中国法院不享有违宪审查权。中国的模式应该是什么,抑或中国正在形成什么样的模式?一方面,我们当前能够看到的是诸如刑事政策、公众舆论,以及加害方对被害方的经济补偿,在死刑案件裁判过程中具有巨大影响力。具体而言,加害方通过对被害方的经济补偿,取得被害方谅解而得以适用“从宽情节”,正逐渐形成具有中国自身特点的实际控制并减少死刑最为有效的一种操作路径,^[59]并日益成为死刑案件审理中体现法律效果与社会效果统一的平衡器。另一方面,对于非刑法规范因素应如何介入死刑案件的裁判过程,以及介入的程度,完全的制度性规制显然是不可能的,但在有可能进行具体操作的情况下,进行一定的制度性规制却是非常有必要的。^[60]这不仅是现代法治工具理性、程序规范的要求,而且更重要

[59] 除上述T高院的数据统计外,笔者还看到了重庆市人民检察院的数据统计:2007—2008年,重庆市人民检察院办理的死刑二审上诉案件中,因被告人方赔偿而改判的案件,占死刑二审上诉改判案件的57.89%。其中,2008年因被告人方赔偿而改判的死刑案件比2007年上升75%,赔偿金额也有较大幅度的提高。因被告人方赔偿而改判的死刑案件中,由死刑立即执行改为死刑缓期执行的占63.64%;在同案犯中被判处有期徒刑的刑期减少的占18.18%,执行刑改变为缓刑的占18.18%。参见于天敏、汤茜茜、李星:“因被告人方赔偿而改判的死刑案件情况分析”,《人民检察》2009年第8期。有学者对某地审结的83件故意杀人案件进行了实证分析,结论显示:民事部分达成调解被判死缓的机率是87.5%,不承担民事责任被判死缓的机率是41.9%,法院判决赔偿被判死缓的机率是37.8%,不积极赔偿被判死缓的机率是14.3%。民事部分调解结案被判死缓的机率最大,不积极赔偿被害人的被告人被判死缓的机率最小,说明民事部分的赔偿情况对判死刑还是死缓有显著影响。还有学者对某地法院审结的440件死缓案件共507名死缓犯的“不是必须立即执行”的情节逐一进行了分析。其中,因“民事部分已和解或积极赔偿经济损失”这一酌定情节而适用死缓(包括“仅因单一的该情节适用死缓”和“与其他从轻情节并存适用死缓”两种情况)的考量次数为24次,适用比例约占情节(法定情节和酌定情节)总数的5%。参见赵秉志、彭新林:“论民事赔偿与死刑的限制适用”,《中国法学》2010年第5期。

[60] 在这方面,司法部门以及学术界都做了并且还在继续做着一些工作。官方层面,如最高人民法院陆续出台的《关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》、《关于为构建社会主义和谐社会提供司法保障的若干意见》、《人民法院量刑指导意见(试行)》、《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》、《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》、《关于进一步加强审判工作的决定》、《关于进一步严格依法办案确保办理死刑案件质量的意见》等;民间层面,如北京师范大学刑事法律科学研究院与美国纽约大学法学院亚美法研究所还在共同研究中的《死刑适用的实体法标准》,其中的一些内容是超越刑法规范的非刑法规范因素在死刑案件裁判过程中如何操作运用。如最高人民法院的《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》中,明确宣布要依法严格控制死刑适用,并强调“对于因恋爱、婚姻、家庭、邻里纠纷等民间矛盾激化引发的犯罪”,“应酌情从宽处罚”;《关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》第4条规定:“被告人已经赔偿被害人物质损失的,人民法院可以作为量刑的情节予以考虑。”而北师大刑科院等提供的《死刑适用的实体法标准》中也规定故意杀人罪中有“犯罪人一贯藐视国家法纪,不遵守秩序,为恶乡里,横行霸道”情形的,可以判处无期徒刑或死刑。但这些还远远不够。

的是,这是使死刑案件的裁判更加理性、规范、安全的基本保证。且不谈如今的公众舆论是如何影响死刑案件裁判过程的纷纷乱象,仅就加害方如何对被害方进行经济补偿一项,就不是一个附带民事诉讼能够解决的。^{〔61〕} 是否能够在一定程度上通过制度设置来规制非刑法规范因素对死刑案件裁判的影响,让死刑案件裁判的社会学模式“规范”地“嵌入”法理学模式,乃是是否能够找到中国式司法控制死刑模式,以及这种模式是否具有可行性的关键之所在。看来,任重道远。

(责任编辑:江 溯)



〔61〕 问题有三:一是法院的调解,是否限于提起附带民事诉讼程序的死刑案件?是庭内调解还是庭外协商?2007—2011年,T市高院进行民事调解的案件中,仅有5%是在有附带民事诉讼程序的情况下提出调解,绝大多数案件进行的二审民事调解是在一审附带民事判决已经生效的前提下进行的,甚至有的案件在一审就根本没有提起附带民事诉讼。二是调解是当事人双方主动自愿,还是在法院主持下进行,调解应该使用哪种程序也不清楚。即便允许进行调解工作,对死刑案件进行民事赔偿调解该由谁提起?从T市的实践看,除在附带民事诉讼程序中提出的之外,主要有以下几种:一是由辩护人将赔偿意愿作为辩护意见提出;二是由被害人亲属在陈述对本案的意见时提出;三是根据案情需要,法官主动向双方当事人提出。从2007—2011年的统计数字看,被告人及其辩护人提出请求的案件,占调解案件总数的53.7%;法官依据案情提出的案件,占调解案件总数的37.8%;由被害人亲属提起的案件,占调解案件总数的8.5%。三是“同命不同价”现象,挑战社会公平。由于案件当事人家庭经济状况不同,在进行民事调解时,往往达成协议的数额也不同。在我们成功进行调解的案件中,有些被害人家庭特别贫困,其亲属往往容易被说服接受赔偿,但数额很低;有些被害人家庭条件较好,因此亲属在调解时往往索要较高的赔偿数额,在最后达成协议时,往往赔偿数额较高。从2007—2011年的统计数字看,达成协议的最低赔偿数额为人民币2万元,而最高的赔偿数额是380万,后者是前者的190倍。而且,越是家境贫寒的被害人亲属,获得的赔偿往往越少。这无疑是对当今社会公平价值的一种巨大挑战。上述数据及资料来源于T市高级人民法院刑事审判一庭提供的调查统计。