

· 法学——法律思维与法律方法专题研究 ·

从特别减轻到违宪审查

——以许霆案为样本的分析

叶良芳

(浙江大学光华法学院 浙江 杭州 310008)

摘要: 许霆案的初审判决,基本上是一个严格规则主义的判决。其之所以演变成为一个公共事件,完全是律师的专业运作、学者的推波助澜、民意的偏执率性对司法裁决共同夹击所致。本案的重审判决,在事实和定性不变的情况下,适用刑法第63条规定的特别减轻制度,将初审的量刑结果进行了大幅度的削减。这一做法虽然满足了民众的隐性期望,却损害了刑事法治的应有权威,更显现不受羁束的刑事自由裁量权的可怕威力。事实上,许霆案的症结,不在司法层面,而在立法层面。因此,求诸于刑法中的特别减刑制度,并不能为解决类似案件提供一个可行的方案。只有建立常规性的违宪审查制度,对刑事立法规范进行合宪性审查,才能彻底解决因“立法不公”而导致的“司法不公”问题。

关键词: 许霆案; 严格规则主义; 自由裁量权; 特别减轻; 违宪审查

中图分类号: D914 **文献标识码:** A **文章编号:** 1009-055X(2011)05-0032-07

丁亥岁末南国花城发生的一起普通的刑事案件——许霆案,一度引发了社会各界的广泛关注和激烈争辩。虽然本案的处理早已尘埃落定,但关于本案的思考却仍在继续。作为一个标本性案件,本案无论是实体认定还是程序处理,无论是立法规范还是司法操作,都有许多问题值得进一步研究。本文主要探讨本案重审程序所适用的特别减轻制度以及盗窃罪立法规定问题。^①

一、初审判决:严格规则主义为什么失灵?

广州中院初审判决以盗窃罪判处许霆无期徒刑,并处没收财产。判决甫出,舆论大哗。不少网友以一些贪污案的量刑结果与本案作比较,认为许

多贪官贪污受贿的数额几近天文数字,许霆盗窃的数额与其相比根本不值一提,但贪官们往往判得很轻,许霆却被处以重刑,量刑明显不公。这种观点,如果立足于立法层面,不无道理;但如果立足于司法层面,则是对初审法官的苛责。

根据刑法第264条规定,盗窃金融机构,数额特别巨大的,处无期徒刑或者死刑,并处没收财产。根据《最高人民法院关于审理盗窃案件具体适用法律若干问题的解释》第3条规定,个人盗窃公私财物价值人民币3万元至10万元以上的,为“数额特别巨大”。初审判决认为,许霆盗窃金融机构,且数额特别巨大,按照法律规定,这种情形只有两档法定刑:无期徒刑或者死刑。无期徒刑属于量刑的最低起点,对其判处无期徒刑,还是“压底”量刑。

收稿日期:2011-07-15

* 基金项目:国家“211工程”三期重点学科建设项目“转型期法治的理论、制度与实证研究”阶段性成果之一(203000-123210301)。

作者简介:叶良芳(1970-),男,副教授、博士,研究方向为刑法学。

① 在法律适用层面,本文主要探讨许霆案的量刑问题,而不探讨定性问题。这一方面是基于篇幅考虑,另一方面,是因为在笔者看来,许霆案构成盗窃罪几乎是不值一辩的。对此,不仅许多民众对此表示认同(他们不认同的是对许霆判处无期徒刑),而且国外也有相关的判例可资佐证。

我们不妨看一下法官的推理过程。推理1：大前提——凡个人盗窃公私财产价值人民币在3万元至10万元以上的（广东高院规定，广州市盗窃数额特别巨大的标准为10万元以上），为“数额特别巨大”；小前提——许霆盗窃银行现金17.5万元；结论——许霆所盗财产属于“数额特别巨大”。推理2：大前提——凡盗窃金融机构，数额特别巨大的，皆应判处无期徒刑或者死刑，并处没收财产；小前提——许霆盗窃金融机构，且数额特别巨大；结论——许霆应被判处无期徒刑和没收财产。如果上述两个推理正确，初审判决就无可指责；如果其中有一个推理不成立，则初审判决就有问题。在推理1中，大前提为最高人民法院相关司法解释的规定，其判断当然为真；小前提所述事实有相应的证据证明，其判断也为真，因而结论为真。在推理2中，大前提为刑法的明文规定，其判断当然为真；存在疑问的是小前提，即自动取款机是否是金融机构？如果自动取款机不是金融机构，则因小前提错误，结论必然错误；如果自动取款机是金融机构，则小前提为真，结论也为真。因此，就量刑来说，焦点在于对自动取款机属性的认定。

有相当一部分人认为，自动取款机不是金融机构本身。金融机构是一个有机整体。根据《商业银行法》、《信托法》等相关法律，金融机构必须要有严密的组织系统、运作程序等，必须有工作人员、保安等。自动取款机其实只是金融机构下设的机械设备，在法律地位上，和银行的办公桌、电脑一样，不能称之为金融机构。^[1]有的则认为，自动取款机一般属于金融机构，但在个案中，法官基于自由裁量权，可以认定其不属于金融机构。根据许霆案件的具体情况，考虑到ATM机并非严格意义上的金融机构，它暴露于市井之中，周边也无严格的警戒和看管措施，因此法官可以在个案中作“限制解释”，将ATM机解释为非金融机构。^[2]笔者认为，自动取款机是否属于金融机构，其实是一个伪问题。刑法第264条所指的“盗窃金融机构”，显然不是指将“金融机构”本身盗走，而是“盗窃金融机构的财物”的简要表述，因为金融机构本身是不可能被盗的，能被盗的只能是金融机构的财物。对此，《最高人民法院关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第8条亦进行了限缩解释，指出“盗窃金融机构”，是指盗窃金融机构的经营资金、有价证券和客户的资金等，如储户的存款、债券、其他款物，企业的结算资金、股票，不包括盗窃金融机构的办

公用品、交通工具等财物的行为。自动取款机中的款项既然属于银行所有，既然是银行的经营资金，则难以否认，盗窃自动取款机中的款项，不是盗窃金融机构。另外，《最高人民法院关于审理抢劫案件具体应用法律若干问题的解释》第3条规定，抢劫正在使用中的银行或者其他金融机构的运钞车的，视为“抢劫金融机构”。将运钞车视为金融机构，无非是运钞车中的款项是银行的经营资金。既然处于动态状态的运钞车，可以视为金融机构，那么，处于静态状态的自动取款机更可以视为金融机构。因为自动取款机存放的也是金融机构的经营资金，且其处于静止状态，更类似于固定于特定地理空间的金融机构本身。

一些学者并不否认自动取款机属于金融机构，但又觉得如果对许霆案以盗窃罪论处，处罚太重，于是另辟蹊径，在行为的定性上寻找突破口，侵占罪说、诈骗罪说、信用卡诈骗罪说等主张应运而生。然而，这种“以刑定性”的做法从思维上就存在严重的逻辑问题。在司法活动中应当始终明确：是行为事实决定行为的定性，而不是行为可能遭受的处罚决定行为的定性，“以刑定性”的做法是绝对要予以摒弃的。“在认定犯罪时，法官必须把应当判决的、具体的个案与规定犯罪构成要件、法定刑升格条件的刑法规范联系起来；刑法规范与案件事实是法官思维的两个界限；法官要从案件到规范，又从规范到案件，对二者进行比较、分析、权衡。”^[3]还有一些学者认为，初审法院的法官完全是机械适用法律。许霆案的初审判决书简单地套用“盗窃金融机构”的刑法条文，并根据“盗窃金融机构超过10万元的，处无期徒刑以上刑罚”的司法解释，就做出了这种引起广泛争议的判决。“一句话，法官们在没有进行任何量刑听证、调查评估和听取双方意见的情况下，就断然选择了自由刑的最高幅度。这种近乎草率的裁判方式，决定了刑事法官在量刑方面拥有几乎不受限制的自由裁量权。”^[4]有的则炮轰刑事立法的定量因素，批评初审法官僵化固守司法解释的数字指南，甘充“拜数字教”的司法信徒，导演了一场“算数司法”。“我国现有的司法解释，动不动就喜欢以数字化的量化标准作为法律适用的标准。在有关侵犯财产犯罪的刑事司法解释中，尤其喜欢数字化的考量模式，以与所谓情节程度认定对应，作为权衡行为危害程度的依据。然而，这种数字化标准，显而易见是片面的，因为犯罪量刑的问题，应是一个综合考量的问题……”^[5]

上述批评意见虽乏善可陈,但笔者真要为初审法官鸣屈。类似许霆的案件,无论是理论通说还是实践通例,一致认为构成盗窃罪。2004年司法考试有道选择题,简直就是许霆案的母版,而标准答案就是盗窃罪。经过司法考试洗礼的法官,按照刑法教义学,将本案定性为盗窃罪,应无不当。既然自动取款机属于机构,既然盗窃金融机构,数额巨大的,最低刑就是无期徒刑,则对许霆判处无期徒刑,就是在严格适用法律啊!怎么就成了机械司法了呢?如果说这一司法活动存在以数额论的话,那也是立法的原因—立法者在搞算数立法,司法者必然也要搞算数司法。可见,源头根本不在法官身上,而在立法者身上。贺卫方教授指出,“依照我们现行体制,法官果真能够成为法律条文的奴隶,那岂非国之大幸。须知时下司法最大的弊端也许正是法官很难变成法律的奴隶,甚至反过来,把法律当奴隶,玩弄于股掌之间。因此,法官严格适用法律作出判决,即便这结果与民众的情感相背离,引起舆论不满,该指责也不应该是法官,而是立法者。我们不允许法官仅仅依赖自己对于立法是否公平的判断而决定是否适用它们。相反,在司法中,法官必须抑制自己的情感,泯灭自己的个性,对了,就是要像自动售货机那样,一边是输入案件事实和法律条文的入口,一边是输出司法判决的出口,机械运行,不逾雷池半步。”^[6]对此,笔者深以为然。试问,如果连数字这样最简单、最明确的标准法官都不能遵守,那么,我们还怎么指望其严格适用法律呢?

一个信守规则主义的法官,虽然在立法的考官面前交了一份满意的答卷,但在民意的考官面前却考得一塌糊涂。原因何在呢?这是一个值得认真反思的问题。究其原因,与民意的非理性因素不无关系。失控的民意置法官于二难境地:如果行使较大的自由裁量权,则往往被斥责为滥用职权、违法断案;如果严格依法断案,则又被扣上“机械司法”的帽子。在笔者看来,许霆案这一普通的盗窃案件,之所以演变为一个公共事件,完全是律师的专业运作、学者的推波助澜、民意的偏执率性对司法裁决共同夹击所致。想想看,许霆案之前有多少个类似的案件悄无声息地判了。本案的处理结果,是悖德行为大获全胜,司法权威丧失殆尽。这对当下迫切需要践行罪刑法定、遵循严格规则主义的我国刑事司法,其负面影响不可估量。

二、特别减轻制度:一剂灵丹妙药?

刑法第63条第2款规定“犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节,但是根据案件的特殊情况,经最高人民法院核准,也可以在法定刑以下判处刑罚。”此即我国刑法中的特别减轻制度。

不少学者认为,对许霆应当适用特别减轻制度。理由有三:一是银行明显存在过错。这一过错虽然不能成为许霆无罪的理由,却可以成为适用特别减轻的根据。二是违法程度较轻。许霆是利用自动取款机的故障窃取财物,这和采用破坏自动取款机甚至非法潜入金融机构的盗窃行为相比,客观违法程度较轻。三是责任程度较轻。银行的过错产生了巨大的金钱诱惑,从而诱发了许霆的犯罪。从期待可能性上来说,由于存在着自动取款机故障这一附随状况而使得期待可能性程度有所降低,由此可以减轻许霆的责任。^[7]通过许霆案的处理,司法机关将“激活”特别减轻这一沉寂多年的量刑制度。

如此看来,特别减轻制度几乎是解决许霆案症结的灵丹妙药。非但如此,一旦激活这一制度,今后类似的量刑问题都可迎刃而解。然而,问题是,特别减轻制度是例外规定,而非常态规定,可以适用这一制度的案件是应当受到严格控制的。根据参与立法的同志的解释,这里的“特殊情况”,是指案件的特殊性如涉及政治、外交等情况。^[8]按此理解,象许霆这类的普通刑事案件是不能适用这一特别制度的。对此,或许有人会认为,在司法实践中已有普通刑事案件适用特别减轻的先例,因而对许霆案也可以适用这一制度。但这种以司法的操作来论证立法规定的做法,思路就不正确。试问,如果先例的做法就不正确,愈是紧密跟随先例岂非陷泥潭愈深?总之,“如果法官一遇到难办案件就援用例外,除势必颠覆罪刑法定外,最高法院(以及各高院甚至中级法院)将不堪重负;一定会引发腐败;或引发公众的‘司法腐败’的疑惑,大大危及司法权威性。紧急出口不可常用,能不用一定不用,后门走惯了大门必定门庭冷落。”^[9]另外,立法这一规定,也存在一个操作的难题。因为判断适用的刑罚是否属于“判处法定最低刑仍然明显过重”,是一个极具主观性的判断,是一个见人见智的问题。以许霆案件为例,根据广州中院刑二庭庭长甘正培在新闻界情况通报会上的答疑,之所以对本案在法定刑以下量刑,是因为本案存在两点特殊之处:第一,许霆的

盗窃犯意和取款行为是在自动柜员机发生异常的情况下发生的，与有预谋、有准备的盗窃犯罪相比，主观恶性相对较小。第二，许霆是利用自动柜员机出现异常，使用本人银行卡指令超出余额取款的方法窃取款项，与采取破坏性手段盗取钱财相比，犯罪情节相对较轻。^[10]对这一释疑，不少人提出反对。如有的认为，本案并不具有特殊之处，而是量刑特殊对待。第一，从犯罪过程来看，许霆取款是分三次完成的。可以肯定许霆第一次取款是没有预谋、没有准备的，但第二次、第三次取款还能冠之以无预谋、无准备吗？许多盗窃犯都是见“财”起意的，都具有一定的偶然性，是不是都可以冠之以“特殊”二字呢？第二，法院判决应当着重于犯罪情节和犯罪后果，至于是否采取破坏性手段应当置于次要位置。随着现代科技的发展，利用高科技手段进行盗窃犯罪层出不穷，犯罪的显著特点就是不具有破坏性，是不是也能搞一点“特殊”？第三，同案犯郭安山仅仅盗窃18000元，并且投案自首、主动退赃，尚被判处有期徒刑1年，并处罚金1000元。与许霆相比较，郭安山的案子是不是也要重新进行判决，来那么一点“特殊”？^[11]有的认为，盗窃金融机构其实就是盗窃犯罪的加重处罚情节，不能在法定刑以下判处刑罚。根据《最高人民法院关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》，是否“以破坏性手段盗窃造成公私财产损失”是需要考量的盗窃犯罪情节。但司法解释并没有规定不采取破坏性手段的盗窃就可以从轻、减轻或在法定刑以下判处刑罚；相反，司法解释规定，如果“以破坏性手段盗窃造成公私财产损失的”，即使盗窃公私财物接近“数额较大”的起点，也可以追究刑事责任，即“无破坏性手段不从轻，有破坏性手段要从严”。更重要的是，盗窃数额达到“数额较大”或者“数额巨大”的起点，并具有“盗窃金融机构”情节的，可以分别认定为“其他严重情节”或者“其他特别严重情节”。据此，如果盗窃数额巨大（广州的标准是2万元以上），且盗窃的是金融机构，就具有“其他特别严重情节”。本案盗窃数额特别巨大（广州的标准是10万元以上），法院也认定是盗窃金融机构，这样的犯罪情节不算“特别严重”，又该算什么呢？^[12]对这些质疑，我们不能简单地斥之无理取闹，而应反省特别减轻制度中的“特殊情况”是否存在难以明确的问题。再者，从这一制度本身来看，特别减轻制度还存在一个是否正当的问题。特别减轻制度，适用的依据均是一些刑法没有规定的酌定情

节。刑法理论一般认为，酌定情节只能从轻处罚，而不能减轻处罚或者免除处罚，因为以酌定情节为由而减轻处罚，可能导致法官的自由裁量权不受控制。在存在多个逆向的酌定情节时，如何适用，需要仔细权衡。以许霆案为例，虽然该案存在多个从轻处罚情节，但也存在一些从重处罚情节，如教唆他人盗窃、作案后潜逃、赃款挥霍一空、在通缉过程中被抓获、拒不认罪、无理狡辩、拒不退赃，等等。由于存在多个从重处罚情节，因此，“法院对许霆案就不仅不应减轻处罚，反而应当从重处罚”。^[13]退一步讲，这些从重情节至少可以抵销本案中的从轻情节，因此，即使不从重处罚，至少也应控制在法定刑的最低线处罚。由此看来，重审法院的判决确实“没有遵循基本的量刑准则，有滥用自由裁量权之嫌”。^[13]

可见，特别减轻制度存在太多的不确定性因素，是一个可操作性极低的制度。特别减轻制度是基于“酌定情节”的视角来对案件进行审判。问题是，这种“酌定情节”的量刑方式，本身就存在极大的缺陷——在刑法中未能实现法律化和制度化，其适用条件在法律中几近空白，赋予司法人员极大的弹性空间，很容易被人情、直觉、舆论等非理性因素所牵制，从而导致自由裁量权被滥用。正基于此，各级法院对这一制度是严格限制，鲜有适用。特别是在法治初建时期，对这一制度的适用更应慎之又慎。广州中院对许霆案的初审与重审，虽然事实认定和案件定性完全相同，但量刑结果却大相径庭，正在特别减轻制度所特有的高度弹性的量刑空间。

三、违宪审查——纠偏的一个可能方案

公道而论，以规范的角度视之，广州中院的初审判决严格按照法律条文，持之有据，并不存在任何不当之处。然而，一个严格遵守法条主义的判决为何会遭到舆论的轰炸、网民的恶搞、学者的指责，将自己推向风口浪尖，置于旋涡中心？其原因应当是在规范之外，而非规范之内。众所周知，原刑法对盗窃罪并未规定死刑，只是规定，情节特别严重的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，可以并处没收财产。1982年3月8日通过的《全国人民代表大会常务委员会关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》对情节特别严重的盗窃罪增设了死刑。刑法修订之时，关于盗窃罪应否增设死刑，立法机关曾有激烈的争论。博弈的结果是：对一般盗窃废除了死

刑,以限制死刑的适用;但对盗窃金融机构和珍贵文物等公共财产,仍然保留死刑的规定。现行刑法施行之前,因盗窃两、三万元财物被处以重刑,包括无期徒刑甚至死刑的案件屡见不鲜,但当时并未引起公众的强烈质疑。而遵循条文和符合法理的许霆案的初审判决,却招致公众的一片斥责,其原因固然与公众法律意识的提高密切相关,但触表及里,真正的原因乃在于罪刑规范设置不合理,在于“现行刑法以及司法解释的内容与社会的正义感之间发生了游离”。^[14]

许霆案一波三折的审理过程,凸显盗窃罪的现行立法规定迫切需要反思:

第一,对于“盗窃金融机构,数额特别巨大的”设置加重法定刑,是否符合公平原则?在刑法修订的过程中,关于盗窃罪的法定最高刑是恢复到原刑法设定的无期徒刑,还是保留全国人大常委会增设的死刑,曾有过激烈的争论,最终采取一种妥协的做法:既取消一般盗窃罪的死刑规定,以限制死刑的适用;又出于保护银行金融资产或者珍贵文物的现实需要,在极为特殊的场合保留了死刑。之所以要如此区别对待,是因为一方面,“金融机构涉及的不是某个人的财产,而是大量公民、法人以及国家的财产。金融机构或留存金融机构的‘财产’数量巨大、集中,一旦失窃,损失巨大”;另一方面,“金融机构都有比较严格的保安措施,最有可能‘成功’盗窃金融机构的往往是金融机构内部的或内外勾结的人,或者是那些花费了特别时间、技能、工具和手段因此比较‘职业’的盗窃者或盗窃团伙”。^[9]简言之,这一规则设计在当时立法背景来看,不乏一定的合理性。因为当时的金融机构基本上都为国家所有,对于盗窃金融机构的行为普遍感到“罪大恶极”。自动取款机和网上银行等新型金融工具也还不普及,银行等金融机构自身出现系统故障的几率很小,尚不在立法者的考量范畴之内。但是,如果从公私财产的平等保护的视角来看,立法者对金融机构和珍贵文物的财产“另眼相看”的作法是值得商榷的。如果立法者对公私财产一律平等对待,给予平等的刑法保护,对所有的盗窃罪一视同仁,取消对盗窃金融机构和珍贵文物的特别规定,则许霆案中的司法困境将不复存在。

第二,司法解释所确定的“数额特别巨大”的标准数十年不变,是否符合社会危害原则?关于犯罪的成立问题,国外是采用立法定性、司法定量的模式。与此不同,我国刑法是采用立法既定性又定量的模式。然而,刑法条文中诸多“数额较大”、“数额巨大”、“数额特别巨大”、“情节严重”、“情节特别严重”等定量因素,立法不可能事无巨细、详加规定,而只能委托于最高司法机关以司法解释形式加以规定。以盗窃罪为例,现行刑法并未规定盗窃罪数额的具体标准,而是由《最高人民法院关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》规定,而该解释又授予各省、自治区、直辖市高级人民法院根据本地区经济发展状况,并考虑社会治安状况,在解释规定的数额幅度内,分别确定本地区执行的“数额较大”、“数额巨大”、“数额特别巨大”的标准。该解释是1997年公布的,迄今已是十年有余。这期间社会的经济发展日新月异,相同数额的盗窃行为,在社会危害性评价上也迥然不同,司法机关如果仍然固守陈旧的标准,难免会出现“罚不当罪”现象。最高司法机关应当综合考虑经济发展、刑罚的目的、刑罚体系的内在平衡等多种因素,定期对盗窃罪等财产犯罪的数额认定标准进行调整,从而使法律规则更加贴近生活,更加符合社会公众的正义观与价值观。^①第三,对同样行为配置不同的法定刑,是否有违法律面前人人平等原则?刑法规定的贪污罪和盗窃罪,犯罪手段具有相同性:都有“窃取”这一手段(贪污还有“侵占、骗取”等手段)。由于贪污罪还利用了职务便利,因而对其处罚应当更重,入罪门槛、量刑标准应当更低。即使考虑到盗窃罪的发案率更高、犯罪数量更大,也不应当放低入罪门槛、降低量刑标准,至少应当与贪污罪持平。但根据法律规定,贪污罪的起刑点是5000元,盗窃罪的起刑点是500—2000元。在数额巨大、数额特别巨大的标准上,二者也不相同。这导致同样情况不同样对待,违反了刑法平等原则。^②如果将盗窃罪的起刑点提高到贪污罪的水平,则许霆案引发的问题可以避免。

第四,特别减轻制度,真的是治本之策吗?量刑的平衡问题在任何国家都是一个难题,但在法定

① 对此,不妨借鉴国家赔偿法的规定,参照各地上年度的人均收入制定浮动数额标准。

② 实践中还存在一个执法平等问题。对盗窃罪,即使刚达到构罪数额,一般也要追究;而对贪污罪,特别是窝案、串案,往往掌握在5万元(构罪数额的10倍)以上,才予追究。

刑范围内适用刑罚则是一个基本原则。如果具有法定情节,则可以减免刑罚;如果不具有法定情节,但具有其他可宽宥的情节,则可特别减轻,但应受到一定的限制。如意大利刑法典第132条规定“在法律规定的限度内,法官根据自己的裁量适用刑罚;他应当对这一裁量权的运用作出合理解释。除法律明确规定的情况外,在加重或者减轻处罚时,不得超越为各种刑罚确定的限度。”德国刑法典第49条规定:(1)法律规定或许可依本条减轻的,适用下列各项规定:①针对有期徒刑最高可判处最高刑的3/4。该标准同样适用于罚金刑的日罚金的最高额的确定。②被提高了的最低自由刑。在最低自由刑为10年或5年的情形下,减至2年,在最低自由刑为3年或2年的情形下,减至6个月,在最低自由刑为1年情形下,减至3个月,在其他情形下减至法定最低刑。(2)法院可依据适用于本条规定的法律酌定减轻的,可将刑罚减至法定最低刑,或以罚金刑代替自由刑。”理论界通常认为,量刑情节有法定情节和酌定情节之分。法定减轻情节,可以在法定刑限度以下减轻处罚;酌定减轻情节,则只能在法定刑范围内从轻处罚。刑法第63条设定的特别减轻制度,其实质是在被告具有某些酌定情节时将其刑罚减轻至法定最低刑以下。这不仅不符合基本法理,而且也没有减轻幅度的限制。严格地说,该条规定本身因内容过于模糊而违宪。

基于上述原因,许霆案的症结的最终解决方案,不在司法层面,而在立法层面。正如论者所言,“许霆案让我们看到了法律之外的太多魅影,既折射出法律在执行层面的随意性,也说明相关制度文本存在着太多缺陷。”^[15]事实上,特别减轻制度只能解决个案量刑畸重的问题,而不能解决常案的量刑畸重问题,更不能解决行为定性的平等问

题。因此,许霆案以及类似案件的最终解决,唯有建立违宪审查制度,对现行刑法第264条关于盗窃金融机构和珍贵文物的刑罚特别配置进行合宪性审查。“解铃还需系铃人”,因罪刑规范设置而带来的司法不公问题,最终仍得由立法机关解决。

参考文献:

- [1] 男子171次恶意取款被判无期:银行自称受害者[N]. 南方都市报,2007-12-21(A08).
- [2] 罗翔. 法官其实有权灵活纠偏[N]. 法制日报,2008-1-10(08).
- [3] 张明楷. 许霆案的刑法学分析[J]. 中外法学,2009(1):30-56.
- [4] 陈瑞华. 许霆案的法治标本意义[N]. 南方周末,2008-1-16(03).
- [5] 龙卫球. 告别算数司法,请从许霆案始[N]. 南方周末,2008-2-27(03).
- [6] 贺卫方. 许霆案:法官何以说理? [N]. 南方周末,2008-1-24(03).
- [7] 陈兴良. 许霆案的法理分析[N]. 人民法院报,2008-4-1(05).
- [8] 胡康生,郎胜. 中华人民共和国刑法释义[M]. 法律出版社,2006.
- [9] 朱苏力. 法条主义、民意与难办案件[J]. 中外法学,2009(1):93-111.
- [10] 法院释疑:为什么判5年? [N]. 南方都市报,2008-4-1(A09).
- [11] 张治. 从许霆一案看“特殊”[EB/OL]. (2008-4-5) [2010-06-15] <http://www.dffy.com/faxuejieti/xs/200804/20080405163640.htm>.
- [12] 高俊玲. 许霆的犯罪情节不算“特别严重”? [N]. 检察日报,2008-4-2(03).
- [13] 陈瑞华. 脱缰的野马从许霆案看法院的自由裁量权[J]. 中外法学,2009(1):67-81.
- [14] 季卫东. 作为隐喻的ATM犯罪[J]. 财经,2008(1):10-12.
- [15] 单士兵. 许霆案——量刑减轻依然解决不了制度悬疑[N]. 重庆时报,2008-4-1(28).

From Special Mitigation to Unconstitutional Censorship: Taking Xu Ting Case as an Example

YE Liang-fang

(Guanghua Law School, Zhejiang University, Hangzhou 310008, Zhejiang, China)

Abstract: The initial verdict of XU Ting case is a judgment of strict legalism. The reason that it evolves into a public event is the joint attacks of some lawyers, scholars and the public. The retrial verdict applies the special mitiga-

tion system which is stipulated in clause 63 of Criminal Law of China and reduces the initial sentence of life imprisonment to five years imprisonment , with the same facts and same crime which is affirmed in the initial verdict. Although the retrial verdict meets the expectations of the public , it has damaged judicial authority immeasurably. Besides , it shows the terrible consequence of untied discretion power. In fact , the crux of the case does not lie in judiciary , but in legislation. Therefore , the special mitigation system can not provide us a feasible scheme for solving the cases alike. Only by establishing regular constitutional review can we completely solve the problem of judicial injustice which derives from legislation injustice.

keyword: XU Ting case; strict legalism; discretion power; special mitigation; constitutional review

(责任编辑: 余树华)

(上接第24页)

参考文献:

- [1] [德]米歇尔·鲍曼. 道德的市场[M]. 肖君、黄承业译. 北京: 中国社会科学出版社, 2003.
- [2] [德]霍尔斯特·施泰因曼, 阿尔伯特·勒尔. 企业伦理学基础[M]. 李兆雄等译. 上海: 上海社会科学院出版社, 2001.
- [3] 盛洪. 经济学精神[M]. 广州: 广东经济出版社, 1999.

State , Corporate and Citizen: Moral Mechanism for Corporate Competence

PENG Xiao-lan

(School of Ideological and Political Sciences , South China University of Technology , Guangzhou 510641 , Guangdong , China)

Abstract: Corporate competence indicates the power of an enterprise which is divided into hard power and soft power. As we know , economy and morality have natural and inevitable connection. As an economic entity , a modern corporate carries out ordered competition , observing the principle of free market and moral norms. Regarding the corporate as an entity , we explored four kinds of relations among state , society , corporate , and staff. Based on these relations , we explored four types of moral competition mechanism including norm competition , strategic competition , cost competition and diversified competition. Our study proposes important strategic and practical suggestions for the corporate dealing with the financial crisis. It is useful to improve corporate competence.

keyword: corporate competence; corporate morality; moral mechanism

(责任编辑: 余树华)