

量刑教义学的坚守 与宣告刑情节的承认^{*}

刘鹿鸣

【摘 要】虽然从确保刑罚理论与量刑实践的一贯性出发，不宜在责任刑情节与预防刑情节之外承认独立的宣告刑情节，但是基于我国法定刑区间排列方式特殊、量刑整体偏重以及在刑事诉讼活动中控辩双方对立性较强等本土法律实践，在尽可能地将影响量刑的因素纳入刑罚正当根据理论范畴的前提下，可以暂且出于务实考虑承认有助于推进刑罚轻缓化且无碍于行为规范效力恢复的宣告刑情节。“民意”“民间矛盾”不宜作为独立的宣告刑情节，“给被告人带来不利益的程序违法”“他人代为赔偿、取得被害方谅解以及亲友强制行为人投案”等有必要补偿被告人或在事实上起到平复矛盾、促进司法程序作用的事实，可以在我国成为类型化的宣告刑情节。

【关键词】教义学 责任刑 预防刑 宣告刑 行为规范

【作者简介】刘鹿鸣，法学博士，最高人民检察院检察理论研究所助理研究员。

【中图分类号】D924.3 【文献标识码】A

【文章编号】2097 - 1125 (2025) 04 - 0140 - 19

一、问题的提出：宣告刑情节的肯否之争

由责任刑到预防刑的阶层式量刑步骤在理论界已得到普遍认可，^① 在实

* 本文系司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目一般课题“信息网络犯罪司法治理的中国实践研究”（24SFB2011）的阶段性成果。

① 参见张明楷：《责任刑与预防刑》，北京大学出版社2015年版，第133～135页；周光权：《量刑的实践及其未来走向》，《中外法学》2020年第5期，第1158～1161页；单子洪：《阶梯式量刑事实证明标准的提倡》，《中国刑事法杂志》2022年第6期，第145～146页。

务界也存在应用范例,^①部分学者还尝试将由责任刑到预防刑的量刑步骤与最高人民法院、最高人民检察院《关于常见犯罪的量刑指导意见(试行)》规定的量刑步骤对接起来,以求将先裁定责任刑、后量定预防刑的阶层式思维贯彻到量刑实践中。^②应当说,发生在量刑论域的这一研究态势背后反映的是量刑知识论正逐步走向教义学,理论界与实务界均愈发重视在量刑实践与刑罚理论(特别是刑罚正当根据理论)之间建构实质关联,以求刑罚理论能够持久且一贯地指导量刑实践,量刑实践也能始终接受刑罚理论的规束与统摄。虽然有关刑罚正当根据的争论从未休止,并合论、积极的一般预防论、法恢复理论、沟通报应论等学说均占据有力地位,但是不论秉持哪种理论,只要最终采纳由责任刑到预防刑的量刑步骤,就势必要在支持刑罚正当根据理论的指引下将影响量刑的各项因素分别归入责任刑情节与预防刑情节,并在原则上把最终得出的预防刑作为宣告刑。

本文倡导的刑罚正当根据理论是法确证与法恢复说,其中法确证指刑罚能够准确反映犯罪对行为规范效力的破坏程度;法恢复则指刑罚能够恢复被破坏的行为规范效力。法确证与法恢复说的显著优势有三点。首先,它推进了整体刑法理论的体系性。该说始终围绕行为规范建构刑法理论,主张犯罪是对行为规范效力的破坏,刑罚是对行为规范效力的确证与恢复,实现了犯罪论与刑罚论的体系贯通。其次,它确保了刑罚理论内部的逻辑自洽。相较作为通说的并合论,该说不存在内部矛盾。并合论中的报应论以个体自由为底层逻辑,而预防论以有约束个体自由倾向的社会治理为价值基础,二者的法哲学基地存在天然的紧张关系,盲目叠加二者的做法略显粗放。法确证与法恢复说则将个体自由与社会治理统一到行为规范效力由破坏到重建的过程中,论理更为流畅。最后,它的实践导向更强,对责任刑情节与预防刑情节的解读更合逻辑。并合论与由责任刑到预防刑的量刑步骤并不能圆满对接,该步骤无法同时圆满地实现报应和预防,反而表现为报应与预防的相互制约与克减,即报应(责任刑)为预防(预防刑)划定上限,而预防(预防刑)又可以向下调节报应(责任刑)的尺度。与之相对,将法确证与法恢复说分别与责任刑、预防刑对接则不会面临这样的问题。具体来说,以法确证为原理的责任刑要显示行为规范效力被犯罪破坏的具体程度,因而表

① 参见上海市徐汇区人民法院(2020)沪0104刑初624号刑事判决书。

② 参见李冠煜:《量刑规范化改革视野下的量刑基准研究——以完善〈关于常见犯罪的量刑指导意见〉规定的量刑步骤为中心》,《比较法研究》2015年第6期,第122~125页;秦雪娜编著:《面向实务的刑法思考(总论)》,中国法制出版社2024年版,第497~499页。

明犯罪不法程度与可谴责程度的犯罪事实便为责任刑情节；以法恢复说为原理的预防刑要表明被破坏的行为规范效力要恢复如初还需要多少刑罚，故而犯罪事实以外的、与被告人相关的、能够体现促进或阻碍规范效力恢复的事实即预防刑情节，最终得出的恢复规范效力需要的实际刑罚（预防刑）即宣告刑。^①

然而，罪刑规范的限制性与司法实践的复杂性对由责任刑到预防刑的量刑步骤提出了挑战——责任刑情节与预防刑情节是否足以囊括所有量刑情节？或者说，是否存在责任刑与预防刑之外的第三领域的宣告刑情节？

对此，理论界有肯定说与否定说之争。肯定说主张，将量刑事由限定在责任和预防两方面属于把复杂问题不合理地简单化，量刑时还应考虑虽然与责任刑和预防刑无关联，但是与刑罚必要性有关的情况，当为被告人确定的预防刑从实质的处罚效果看来仍显得超出必要性时，就应当进一步朝着有利于被告人的方向调节刑罚来确定宣告刑。^② 否定说主张，倘若承认“第三种量刑情节”，便相当于允许游离于刑罚正当根据之外的因素影响刑罚的轻重，破坏了刑罚理论的统摄力与一贯性。^③ 肯定说与否定说的交锋主要围绕两类事由展开。一是被告人因自己的犯罪行为而遭受的损害。例如，被告人在过失犯罪中导致自己的孩子死亡，这一犯罪结果对被告人本身来说就是极为残酷的损害。此时，能否认为被告人已经品尝到犯罪的恶果，因而可以调减其刑罚？二是被告人所处的司法程序存在程序违法行为，如超期羁押、违法取证等。此时，可否主张程序违法行为给被告人带来了不利益，进而通过调减刑罚的方式补偿被告人？肯定说将上述两类情事视为独立的宣告刑情节，否定说要么彻底否定上述事由的量刑意义，要么试图用刑罚正当根据理论理解上述事由，将上述事由解释进责任刑与预防刑的框架中。

我国实务界倾向于肯定说，特别是习惯将民意与民间矛盾这两项事实作为独立的宣告刑情节使用。一方面，部分规范性文件已将民意和民间矛盾类

① 关于法确证与法恢复说的详细论证，参见刘鹿鸣：《刑罚正当根据的理论提升与实践面向》，王杏飞主编：《厦门大学法律评论》总第39辑，厦门大学出版社2025年版，第11～46页。

② 参见〔日〕井田良：《量刑理論と量刑事情》，《現代刑事法》2001年第21期，第40～41页。

③ 参见〔日〕城下裕二：《量刑理论的现代课题》，黎其武、赵姗姗译，法律出版社2016年版，第82～84页。

型化地作为独立的宣告刑情节。^① 社会经验场域的民情、民愤、舆论已然渗入刑法规范场域，正逐步成为规范命题的一部分。^② 另一方面，在办理具体案件时，办案人员也时常会在责任刑与预防刑之外独立地考虑民意与民间矛盾的量刑价值。实证研究显示，民间矛盾已成为限制死刑立即执行适用的最重要情节。^③

从理论的一贯性角度出发，否定说明显更有优势。只有所有量刑因素都能在刑罚正当根据理论的范畴内加以理解，才能说该因素对量刑的影响是正当的，量刑教义学体系的完整性才得以维系。脱离刑罚正当根据的指引，办案人员将难以把握宣告刑情节的特征，容易陷入随意制造宣告刑情节的不合理境地。

不过，现实中的法律规定与法律实践极为复杂，并不会像理论预设的那样理想。我国的法定刑配置有一定的特殊性，同一罪名各法定刑档次相对紧密，并且各法定刑档次之间无缝衔接、除了衔接本数没有任何重叠地带，^④ 这使我国办案人员刑罚裁量的余地相对有限，^⑤ 在一定程度上导致量刑结果整体偏重。假使出于准确落实宽严相济刑事政策的目的，在尽可能地将量刑情节纳入刑罚正当根据理论范畴的前提下，例外地承认一些虽然无论如何都不可能被解释为责任刑情节与预防刑情节，但是对刑罚确有调减作用、有助于推动刑罚轻缓化的宣告刑情节，或许是值得考虑的务实性见解。

有鉴于此，下文从理论界讨论最热烈的两类事由以及实务界惯用的两类事由出发，具体审视关于宣告刑情节的肯否之争，重点探讨以下问题：当下

① 例如，最高人民法院、最高人民检察院《关于常见犯罪的量刑指导意见（试行）》，四川省高级人民法院、四川省人民检察院《〈关于常见犯罪量刑指导意见（试行）〉实施细则（试行）》以及安徽省高级人民法院、安徽省人民检察院《关于二十三种常见犯罪量刑规范的实施细则（试行）》等量刑细则将“社会影响”“婚姻家庭、邻里纠纷等民间矛盾”作为部分犯罪的酌定量刑情节。

② 参见熊琦：《网络时代“舆论审判”问题的刑法教义学析解》，《中国刑事法杂志》2018年第4期，第47页。

③ 参见王越：《故意杀人罪死刑裁量机制的实证研究》，《法学研究》2017年第5期，第161页。

④ 例如，根据《中华人民共和国刑法》第234条的规定，故意伤害罪基本犯的法定刑为三年以下有期徒刑、拘役或管制；加重犯的两档法定刑为三年以上十年以下有期徒刑和十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。由此，我国故意伤害罪各法定刑档次间的重叠地带只有作为衔接本数的“三年”和“十年”。这与德国、日本刑法中同一罪名各档法定刑区间存在大面积交叉地带的法定刑配置方式有显著差异。

⑤ 参见周光权：《法定刑研究：罪刑均衡的建构与实现》，中国方正出版社2000年版，第187页。

被认为是独立宣告刑情节的量刑因素是否真的无法被刑罚正当根据解读? 务实导向的宣告刑情节应如何筛选? 判断一项事实能否影响量刑、如何影响量刑、是否需要作为宣告刑情节的方法为何?

二、承认宣告刑情节的前提: 穷尽可能的量刑教义

否定说在理论上的显著优势表明, 即便出于本土化务实考量承认宣告刑情节的存在, 也应当以尽力维系量刑教义学体系的一贯性为前提。申言之, 欲判断一项事实能否影响量刑, 必须首先以刑罚正当根据理论为审查标准, 尽可能地尝试用刑罚正当根据理解阐释量刑事实, 找到量刑事实与量刑教义学体系的联结点, 而非任意将其归入宣告刑情节。一旦站定这一立场, 便会发现, 在当前理论与实践讨论的大部分所谓的宣告刑情节实质上均为责任刑情节或预防刑情节。

(一) “被告人因犯罪受到严重损害”是预防刑情节而非宣告刑情节

在一些案件中, 被告人实施的犯罪反过来对自己造成了意想不到的物理性或精神性残酷结果。例如, 被告人交通肇事致同车亲友重伤或死亡; 又如, 被告人放火致自己受伤或财产遭受重大损失。部分学者认为, 被告人因自己实施的犯罪遭受损害, 虽然无关责任和预防, 但是能够降低刑罚的感铭性和必要性, 应作为宣告刑情节。^① 一方面, 被告人在承受损害后对刑罚的痛苦敏感度会随之下降; 另一方面, 被害方与一般公众会认为被告人已自食其果, 对以较重刑罚来非难被告人的情感需求不再那么强烈,^② 通过刑罚确保规范安定化的必要性也没那么高。^③ 《德国刑法典》第 60 条的规定也暗含了这一见地。^④

但是, 倘若基于前述量刑教义学的基本立场, 会发现该情节可被刑罚正当根据理论涵括并作为预防刑情节, 没有作为宣告刑情节的必要。该情节属于影响一般公众对被告人认罪认罚等法恢复行动可信赖度的背景信息, 会影响被破坏行为规范效力恢复的进度。具体来说, 当公众知晓被告人已因自己的罪行遭受损害时, 会认为被告人已经能够据此认识到违反行为规范的后果, 树立向法规范靠拢的决心, 因而规范效力得到一定恢复, 被告人法恢复

① 参见 [日] 井田良:《講義刑法学・総論》, 有斐閣 2018 年版, 第 628 页。

② 安原浩的观点。参见 [日] 城下裕二:《量刑理论的现代课题》, 黎其武、赵姗姗译, 法律出版社 2016 年版, 第 83 页。

③ 宇藤崇的观点。参见 [日] 城下裕二:《量刑理论的现代课题》, 黎其武、赵姗姗译, 法律出版社 2016 年版, 第 82 页。

④ 《德国刑法典》第 60 条规定:“犯罪对行为人影响惨重, 致对其宣告刑罚显然失当者, 法院免除其刑。但因犯罪而受一年以上有期徒刑之宣告者, 不适用之。”

行动的可信赖度也有所提升。此时再通过重罚的痛苦强化被告人规范意识的必要性相对较小，^① 重罚被告人对一般公众忠诚于规范没有太大意义。^② 例如，在被告人醉驾肇事造成同乘亲友死亡的情形中，一般公众会认为被告人在痛失亲友的同时已从中认识到违反行为规范的恶果，认识到行为规范的重要价值并坚定地重返法忠诚立场，被告人的法恢复行动也变得更具有说服力，再施以重罚显得过犹不及。

以刑罚正当根据理论诠释量刑因素时，须恪守刑罚正当根据理论的基本原理，而不能做出一些貌似有道理实则违背原理的论证。部分学者虽然正确地选择以刑罚正当根据原理解读该情节，但是以突破责任刑原理为代价，错误地将该情节归入责任刑情节，认为被告人已经通过严重损害遭受了自然法意义上的惩罚，这种自然性惩罚也同刑罚一样起到了报应作用。^③ 但是责任刑反映的是罪行轻重，其裁量依据是犯罪事实，而被告人本人是否遭受损害并非犯罪事实的组成部分，不会影响罪行轻重，更无法表征行为规范效力被破坏的程度。不论被告人遭受何等损害，罪行已经客观确定地摆在那里，行为规范效力被破坏的程度也已凝固，不可能事后发生变动。况且当被告人遭受的伤害表现为与其关系极为密切的亲友受伤或死亡时，被告人的罪行反而可能因为行为对象特殊而提升不法程度与责任程度。例如，当作为母亲的被告人过失致自己的孩子死亡时，虽然被告人承受着巨大的悲痛，但是我们也要看到被告人作为母亲在照看自己的孩子时竟还如此冒失，明显表明其对注意义务的淡漠。可见，不宜将“被告人因犯罪受到严重损害”作为趋轻方向的责任刑情节。

（二）“民意”无须作为宣告刑情节

案例 1：被告人陈某某等人结伙，通过网络购买学生信息和公民购房信息，在多省市冒充教育局、财政局、房产局的工作人员，以发放贫困学生助学金、购房补贴为名，将高考学生作为主要诈骗对象，拨打诈骗电话 2.3 万余次，骗取他人钱款共计 56 万余元。其中陈某某拨打电话 1.3 万余次，骗得钱款共计 31 万余元。在诈骗被害人徐某某的犯罪过程中，陈某某直接给已被大学录取、家境贫困的徐某某拨打电话并骗取其近 1 万元钱款。徐某某因过度忧伤、焦虑突发心脏骤停死亡。经鉴定，徐某某系在不良精神和心理因素情况下发生心源性休克，进行心肺复苏后继发多器官功能衰

① 参见 [日] 城下裕二：《量刑理论的现代课题》，黎其武、赵姗姗译，法律出版社 2016 年版，第 82 页。

② 参见 Jörg Kinzig, in: *Schönke/Schröder Kommentar StGB*, 30. Aufl., München: Verlag C. H. Beck, 2019, § 60 Rn. 8.

③ 参见 Manfred Maiwald, *Das Absehen von Strafe nach § 16 StGB*, ZStW 83 (1971), S. 665ff.

竭而死亡。

一审法院认为，陈某某拨打电话 1.3 万余次，诈骗犯罪情节特别严重，并且其行为与徐某某的死亡之间有因果关系，应当对死亡结果负责，系造成徐某某死亡的罪责最为严重的主犯。故以诈骗罪判处被告人陈某某无期徒刑。^①

陈某某不服提起上诉，二审法院裁定驳回上诉，维持原判。^②

如前所述，在我国司法实践中，民意实质上已经成为一项独立的宣告刑情节。可能是因为民意这一经验性事实往往较多地承载了公众的常识认知，而这种常识认知又以公众的正义理念为价值底色。^③ 司法为了体恤公众的常识认知，回应公众的正义理念，自然要容许民意成为量刑理据，并且公众的正义理念原本就有跨越文化背景、跨越生活经历的共识性，^④ 多数时候都没有方向性的错误，可以对裁判起到指引作用。^⑤ 即使不将民意明确作为量刑依据，民意也不可避免地会在心理层面影响办案人员。^⑥ 不过，民意影响量刑的首先路径应当是经由民意与量刑教义学的联结点，使民意进入量刑教义学体系中发挥量刑功能。只有当民意无论如何都不能被刑罚正当根据理论统摄、无法进入量刑教义学体系之中时，才需要考虑其能否作为宣告刑情节。通过分析发现，不宜将民意作为独立的宣告刑情节。

承载了公众对案件看法的民意与旨在维护公众对行为规范的信赖与认同的刑罚正当根据理论之间存在天然契合性，因而有必要把民意置于责任刑与预防刑的量刑教义学体系中思考问题，考察民意指向的内容究竟应当定位于量刑教义体系中的哪个环节，找准民意与量刑教义学之间的联结点，把民意的内容还原为某种犯罪事实（责任刑情节）或与法恢复相关的事实（预防刑情节），而不是将民意与犯罪事实或法恢复事实并列为量刑情节独立评价。当民意指向的内容有关某项犯罪事实时，办案人员要根据公众对该项犯罪事实的具体态度，准确把握对该项犯罪事实量化评价的轻重（责任刑轻重），案例 1 即典型；当民意指向的内容有关法恢复时，办案人员要根据公众对相关事实的具体态度量化判断法恢复的可能性，准确裁决预防刑。例如，当被告人所处社群内的成员（如村民、邻居、同事）一致表示被告人平日表现

① 参见山东省临沂市中级人民法院（2017）鲁 13 刑初 26 号刑事判决书。

② 参见山东省高级人民法院（2017）鲁 134 刑终 281 号刑事裁定书。

③ 参见姚建宗：《法律常识的意义阐释》，《当代法学》2022 年第 1 期，第 82 页。

④ 参见〔美〕保罗 H. 罗宾逊：《民意与刑法：社会观念在定罪量刑实践中的合理定位》，谢杰、祖琼译，《中国刑事法杂志》2017 年第 1 期，第 71 页。

⑤ 参见周光权：《刑法教义学的实践导向》，《中国法律评论》2022 年第 4 期，第 134 页。

⑥ 参见〔美〕保罗 H. 罗宾逊：《民意与刑法：社会观念在定罪量刑实践中的合理定位》，谢杰、祖琼译，《中国刑事法杂志》2017 年第 1 期，第 77 页。

很好、一贯善待他人、犯罪只是一时糊涂、仍然值得信赖时，便可以认为法恢复的可能效率较高，应当将该民意作为对被告人酌情从轻处罚的预防刑情节。概言之，民意影响量刑的真正体现的是作为量化评价相关事实的“风向标”，^① 假若公众对某项事实表现出高度的愤怒之情，办案人员便要重视该项事实对刑罚的趋重影响；反之，假若公众对某项事实表现出可理解或是同情的态度，办案人员便要注重该项事实对刑罚的趋轻影响。

案例1曾引起舆论哗然。公众之所以出离愤怒，有两点原因：一是被害人徐某某的死亡结果强烈触动了公众的神经；二是被害人徐某某是家境困难的准大学生，好不容易凑齐学费却被陈某某骗走。^② 法院最终以诈骗罪的最高刑——无期徒刑对陈某某定罪论处，无疑是考虑了民愤，并且在裁判文书中特别强调陈某某的诈骗行为与徐某某的死亡结果之间存在因果关系，对徐某某的死亡结果给予了更高的量刑价值。然而，直接依据民愤对被告人判处最高刑明显不妥，在诈骗罪中将死亡结果作为民意与量刑教义学体系之间的联结点是否合理也值得商榷。对该案来说，办案人员若想利用重罚回应民愤，就必须找到重罚的合理根据，即要尝试将公众出离愤怒的两点原因（“被诈骗致死”与“贫困准大学生被骗走学费”）与量刑教义学体系关联起来，在责任刑情节或预防刑情节之中找到民意的寄居地。

民意在该案中主要表现为公众对犯罪事实的愤怒，与责任刑相关，若要判处较重的责任刑，必须先找到民愤与诈骗罪责任刑之间的教义学联结点，根据民愤的具体内容（“被诈骗致死”与“贫困准大学生被骗走学费”）将民愤还原到陈某某的诈骗犯罪事实之中，并在公众态度的指引下对相关犯罪事实做量化评价。

较为容易分析的原因是“贫困准大学生被骗走学费”。该项事实显然与犯罪对象相关，陈某某明知徐某某是家境贫困的高考录取生，还以助学金之名引诱徐某某上当，骗走其学费，导致徐某某的物质生活境况雪上加霜，未来缴纳大学学费、支付生活费的负担变得更重。徐某某与通常的被骗人不同，她属于“贫困准大学生”这一弱势群体，相比一般人，学费对徐某某来说显得更为珍贵，而学费被骗对徐某某生活水平的侵害程度也更高，诈骗徐某某的财物并不像通常的诈骗罪那样只是暂时影响被害人的生活水平、仅让被害人在一段时期内感到不适，而是会切实危及徐某某维系最小幸福乃至底线生活的物质条件。因此，基于犯罪对象的特殊性，对陈某某裁量的责任

① 参见李冠煜：《刑法方法论视阈中的贪污受贿犯罪死刑裁量基准——以“张中生案”为切入点》，解亘主编：《南京大学法律评论》总第51卷，南京大学出版社2019年版，第303页。

② 参见万晓岩：《“徐玉玉案”审判纪实》，《中国审判》2017年第21期，第59页。

刑可以较同等诈骗罪的责任刑更重。据此,一部分民愤可以经由量刑时对犯罪对象特殊性的考虑来消化。

把“被诈骗致死”转化为诈骗罪犯罪事实则显得有些困难。首先,诈骗罪的保护法益是公私财产而不包含人身法益。被害人死亡的事实已超出诈骗罪的法益涵括范围,难以直接作为财产犯罪的量刑情节。如果想要把死亡结果归责于陈某某,就需要依照客观归责理论在过失致人死亡罪的语境下探讨,并最终判断陈某某是否构成诈骗罪与过失致人死亡罪的想象竞合,而不是只要有一个令人震撼的死亡结果,就强行算在诈骗犯罪事实中。其次,即使按照客观归责理论在过失致人死亡罪的语境下讨论,陈某某的诈骗行为在客观上并不蕴含致人死亡的固有风险,他主观上也不可能预见到诈骗行为包含致人死亡的风险。最后,在该案中,徐某某的死因类似被害人有特殊体质的情况,^①只有当陈某某预先知道徐某某的特殊体质,并针对这种特殊体质实施了通常来说能够威胁生命的行为时,才能对结果负责,但是陈某某显然没有特别认知。因此,在公众眼中,“被诈骗致死”虽然在经验上可以成立,但是在法律上无法同义转化为诈骗罪的犯罪事实,公众对徐某某死亡结果的愤怒既不能直接作为责任刑情节,也不能通过把死亡结果归责于诈骗行为的方式来疏导。

或许有学者认为,“被诈骗致死”可以类比2011年3月1日公布的最高人民法院、最高人民检察院《关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第2条第5项规定的作为从严惩处情节的“造成被害人自杀、精神失常”,进而归入“其他严重后果”。亦即,根据缓和结果归属原理,主张徐某某的死亡结果与诈骗行为之间具有一般人可以理解的条件关联性,因而可以将“被诈骗致死”作为从重处罚情节。这当然是一种可行的思路。不过,基于责任主义的要求,只有当行为人对被害人自杀、精神失常等严重后果有预见可能性时,相关后果才能缓和地归属于行为人并作为从重处罚的依据。^②就该案而言,陈某某以向贫困准大学生发放助学金为诈骗手段,可以认为他对徐某某的贫困准大学生身份有概括性认知,但是他是否对徐某某的贫困程度有确切认知并据此预见到骗取近1万元的事实对徐某某的打击足以达到“造成被害人自杀、精神失常”的程度,还有探讨空间,需要更多证据证明。

只要陈某某了解他欺骗的贫困准大学生群体的大体经济状况,并能够预见诈骗行为有可能“造成被害人自杀、精神失常”,或者相关贫困准大学生

① 参见王刚:《电信网络诈骗犯罪量刑规则与量刑实践反思——以陈文辉案为例的分析》,《法律适用》2019年第22期,第43页。

② 参见张明楷:《论缓和的结果归属》,《中国法学》2019年第3期,第281页。

群体经济状况极差，被骗后选择自杀或是精神失常在一般公众看来也是可以理解的，并不十分意外，就可以认为该案的“被诈骗致死”可以经由缓和的结果归属原理转化为诈骗犯罪事实，进而成为提升责任刑的依据。反之，一旦不能肯定陈某某的预见可能性，“被诈骗致死”这一激起民愤的事实便没有办法同义转化为诈骗罪的构成要件事实，也就无法借助诈骗罪的犯罪结果、因果关系等事实调增陈某某的责任刑。但是这也并不意味着对民愤的忽视，办案人员恰恰需要通过全面展现陈某某的犯罪事实、详尽说明责任刑的裁量过程尽可能地引导公众认同裁判。真正能够消解公众不安感的并不是严刑峻法，而是把犯罪事实真相全面告知公众，把司法裁判的道理明白地讲给公众。^①即便不能将徐某某的死亡结果缓和地归属于陈某某，办案人员也可以告诉公众，对陈某某从重处罚的依据是其犯罪对象的特殊性，即陈某某诈骗贫困准大学生的学费，相比一般的诈骗罪来说有更高的不法程度与责任程度，而不是徐某某的死亡结果。办案人员可以在量刑说理时明确指出，公众对徐某某的同情，实质上是同情其特殊的身份而不是同情其死亡结果，倘若该案的被害人是挥金如土、负债累累的赌徒，即便赌徒被骗后嫉妒难过，突发心源性猝死，也未必会得到公众的同情，公众对被告人也未必会有重罚期待。借助有说服力的量刑说理，公众就能够理解“被诈骗致死”通常不是一个合乎教义学规则的事实，再遇到类似案件时，公众的愤怒点就不会集中在被害人的死亡结果上。反之，倘若办案人员只顾回应眼前的民意，直接将民意作为独立的宣告刑情节，不加说理地利用重刑来满足公众的重罚期待，一方面，会造成无序的主观感受冲击、干扰量刑教义体系的正常运行；另一方面，会导致民意停滞在恣意的、善变的、情绪化成分很高的原始阶段，和理性稳定的量刑教义学之间始终有较大距离，进而弱化民意对量刑的指引价值。

（三）“民间矛盾”无须作为宣告刑情节

在我国的规范性文件与司法裁判中，民间矛盾时常被作为趋轻方向的宣告刑情节，理由可能是民间矛盾的关键内涵在于矛盾纠纷的民间性，即矛盾发生在熟人之间，起源于日常琐事，^② 相对容易平复，不需要判处太严厉的刑罚。但是直接将民间矛盾作为独立量刑情节的做法比较草率，量刑说理也比较粗糙。一旦经过仔细分析便会发现，与民意类似，民间矛盾也能够经由刑罚正当根据理论的解读后进入量刑教义学体系之中，化身责任刑情节或预防刑情节对量刑产生影响，并且它并非一定对量刑产生趋轻影响。

① 参见张明楷：《中国刑法学的发展方向》，《中国社会科学评价》2022年第2期，第43页。

② 参见姜涛：《死缓限制减刑适用中的“民间矛盾”——从首批刑法指导案例切入》，《政治与法律》2015年第4期，第26页。

首先,民间矛盾可能影响责任刑。有些民间矛盾是被害人有过错引起的,而被害人过错或导致被害人须部分地对结果负责,进而降低被告人罪行的不法程度;或为被告人实施犯罪行为提供了原因性刺激,使其罪行有一定可理解性,降低了对被告人实施合法行为的期待程度,^①亦即弱化了被告人罪行的可谴责程度,是典型的责任刑情节。换言之,民间矛盾是考查被害人有无过错的切入点,是帮助办案人员找全责任刑情节的重要引导性事实。

其次,虽然民间矛盾能够影响预防刑,但是不宜借助“预防必要性”对民间矛盾做笼统说理。主流观点将民间矛盾理解为降低一般预防必要性的量刑情节,主张民间矛盾的本质是熟人社会,熟人之间的矛盾往往都指向明确对象,不会将对某个人的仇恨延伸至熟人网络整体,因而被告人的人身危险性不会威胁到其他熟人,一般预防的必要性很低。^②也有学者认为,在由民间矛盾引起的案件中,被告人往往都会救助被害人,真诚认罪悔罪,所以特别预防必要性也比较低。^③但是,如此论证并不可靠。一方面,矛盾发生于熟人之间未必会降低特别预防必要性。在实践中,不少矛盾双方结怨已久,当双方长期对峙时,互相攻击的概率显然更高,特别预防必要性反而更高。实证研究显示,亲密伴侣杀人已经成为杀人犯罪中的一项重要类型,并且91%以上的亲密伴侣杀人案件是在被告人与被害人的亲密关系持续过程中发生的,这意味着在亲密伴侣杀人案件中,亲密的熟人关系反而成为一项显著提升预防必要性的因素。^④另一方面,矛盾发生于熟人之间也未必会降低一般预防必要性。熟人之间以犯罪手段解决矛盾,也可能为熟人社会中其他个体解决矛盾提供范本。例如,统计表明,我国近年来亲密伴侣杀人的案件持续上升,^⑤或许可以认为,恰恰是那些以杀人方式解决亲密伴侣情感纠葛的案件给其他亲密伴侣解决情感矛盾做出了错误示范。实际上,即使赞同民间矛盾因素能够降低被告人一般预防必要性的学者,也不会全盘接受民间

① 参见张金玉:《暴力犯罪案件中被害人过错的认定》,《中国刑事法杂志》2014年第4期,第56页。

② 参见车浩:《法教义学与社会科学——以刑法学为例的展开》,《中国法律评论》2021年第5期,第134页。

③ 参见王光明、武景磊:《酌定量刑情节在暴力犯罪死刑司法控制中的规范化适用研究》,《河南财经政法大学学报》2022年第2期,第65页。

④ 参见 Zhao Shuhong, The Perpetrator-Victim Relationship: An Important Clue in Understanding Intimate Partner Homicide in China, *Journal of Interpersonal Violence*, Vol. 37 (15 - 16), 2022, pp. NP13448 - NP13453。

⑤ 参见 Zhao Shuhong, The Perpetrator-Victim Relationship: An Important Clue in Understanding Intimate Partner Homicide in China, *Journal of Interpersonal Violence*, Vol. 37 (15 - 16), 2022, p. NP13450。

矛盾对刑罚的趋轻效果，而是基于刑罚目的对民间矛盾做限定解释，将与一般公众法感情相抵触的纠纷、主体为好勇斗狠的恶霸式人物的纠纷排除在外。^① 这样看来，民间矛盾与预防必要性之间便并不存在固定的相关性。更具说服力的诠释方法是，从行为规范效力出发，着眼民间矛盾对行为规范效力恢复进程的影响来评估其作为预防刑情节的量刑价值。倘若涉案熟人之间并无长期积怨，矛盾确实更容易化解，关系确实更容易修复，当被告人积极赔偿并取得被害人谅解时，可以基于行为规范效力的更高效率恢复考虑对被告人裁处相较同类案件而言更低的预防刑。

最后，民间矛盾未必一定会使刑罚更轻。例如，当涉案双方之间存在世仇，被告人到案后拒不认罪悔罪，被害方也坚决不原谅时，即使犯罪由民间矛盾引起，也很难想象民间矛盾能提供何种理由来支撑对被告人从轻处罚。再如，假使涉案民间矛盾的类型为家庭矛盾，被告人因此伤害家庭成员，不仅不会因为事出家庭矛盾而对被告人从轻处罚，而且可能会因犯罪对象的特殊性而调增责任刑。

总之，一旦坚守在刑罚正当根据理论指导下的量刑教义学，就会发现一些看似是“第三领域”的量刑情节在实质上仍未超出量刑教义学框架。被告人因犯罪受到严重损害、民意、民间矛盾在量刑中更多起到的是引导和提示作用，提醒办案人员注意揭开事实面纱，将相关事实经由刑罚正当根据理论代入教义学框架中发挥量刑功能。

三、务实导向的宣告刑情节

为了实现量刑实践的安定性与可预测性，必须尽力坚守量刑教义学。不过，最为自洽的理论遇上独具特色的实践土壤时难免会“水土不服”，我国司法实践十分复杂，相关法律规定并不是严丝合缝地依照刑罚理论设计的，一味地固守量刑教义、不顾本土实际地彻底排斥宣告刑情节并不可取。基于使量刑结论极尽妥当、将刑罚限定在必要性范围之内的务实目标，可以对量刑教义学做一定程度的本土化缓和，有限承认个别无法被理论涵括的宣告刑情节。

前文提到，在法定刑配置方式与传统重刑主义思维残余的共同作用下，我国的量刑总体偏重。相应地，在筛选宣告刑情节时，一个很重要的标准便是有助于推进刑罚轻缓化（标准一）。另外，宣告刑情节虽然无法被量刑教义学体系接纳，但是它至少不能背离刑罚正当根据理论，至少要能让被害方

^① 参见车浩：《从李昌奎案看“邻里纠纷”与“手段残忍”的涵义》，《法学》2011年第8期，第39页。

与公众接受,无论如何都不能让阻碍行为规范效力恢复的事实充当有利于被告人的宣告刑情节(标准二)。根据这两项标准,在理论界引发广泛争论的“给被告人带来不利益的程序违法”与在实务界已被广泛认可的“他人代为赔偿、取得被害方谅解以及亲友强制行为人为人投案”这两类事实可以成为具有刑罚调减功能的宣告刑情节。

(一) 给被告人带来不利益的程序违法

案例2:在才某盗窃案的审理过程中,才某的辩护人指出,在侦查羁押期间,才某的双手手腕处出现明显伤痕,有受到刑讯逼供的可能性,应当排除相应笔录。

公安机关回应称,才某手腕很粗导致手铐很难铐,印痕是长时间戴手铐所致而非其他原因。另外,其中一本笔录制作时间为当日21:40至次日7:53,审讯时间长达10小时,这是因为案情重大复杂,并且中途也让才某休息了一两个小时。公安机关在法庭上播放了部分讯问的同步录音录像,才某不持异议。

一审法院认为,侦查机关虽然存在讯问时间过长的情形,但是讯问过程保证了才某的权利,讯问时间过长仅属程序瑕疵,经合理解释后不影响证据使用。故采纳笔录证据。^①

二审法院在这一问题上与一审判决一致。^②

能否以实体从宽回应程序违法,一直存在较大争议。此处涉及的程序违法专指那些给被告人带来不利益、有必要研讨是否该用量刑从轻的方式补偿这种不利益的程序违法类型,如诉讼拖延、暴力取证、非法搜查身体、不合理扣押等,也可能包含隐性超期羁押、欺诈取证、阻碍辩护权行使等。^③

之所以产生此种问题意识,是因为针对程序违法的程序性处置方式往往呈现为“全有或全无”的两极效果,^④而且这种两极的程序性效果会附带性地引起两极的实体性效果。^⑤例如,依照《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)第56条的规定,非法收集证据的程序性后果要么是证据被彻底排除,要么是证据经过补正或合理解释后予以采纳。与之相伴的实体性后果自然要么是相关证据完全不能作为定案根据,自始不承认该

① 参见青海省贵南县人民法院(2020)青2525刑初4号刑事判决书。

② 参见青海省海南藏族自治州中级人民法院(2020)青25刑终12号刑事判决书。

③ 参见赵常成:《程序违法何以实体从宽》,《华中科技大学学报》(社会科学版)2021年第6期,第121~128页。

④ 参见吴宏耀、赵常成:《程序性违法的量刑补偿机制研究》,《国家检察官学院学报》2019年第3期,第50页。

⑤ 参见吴桐:《论违法侦查的实体减轻》,《海南大学学报》(人文社会科学版)2023年第1期,第2页。

部分犯罪事实；要么是相关证据可以作为定案根据，完全承认该部分犯罪事实。如此一来，类似案例2这种程序虽有一定违法性但又未达到排除证据程度的案件，就特别需要一个能够在两极效果之间填补中间地带、可以有梯度地回应程序违法行为的处置措施。刑罚调减这一富有弹性的实体性措施便进入理论界与实务界的视野，借助刑罚调减幅度的灵活把握，既不会因证据排除而纵轻被告人，又能够透过量刑优惠来补偿被告人因程序违法遭致的不利利益，看上去较为妥当地处理了涉及程序违法的案件。我国早在“刘涌案”中就已表露出以程序违法事由影响量刑的倾向，^① 当下实证研究也表明，在适用非法证据排除制度的案件中，有相当比例的案件在定罪量刑方面受到了口供排除的影响。^②

以实体从宽回应程序违法的做法看似很有人道主义关怀，但是难以被刑罚正当根据理论容纳。程序违法与刑罚正当根据理论提供的量刑基准并不一致，它发生于犯罪之后，不可能通过改写罪行轻重而影响责任刑的裁量；它给被告人带来的不利益也并没有强化被告人的实体法规范意识。^③ 程序违法涉及的行为规范与被告人罪行涉及的行为规范并不一致且毫无关联，不可能对被犯罪破坏的行为规范效力的确证与恢复产生影响。程序违法事实中的双方是作为加害者的办案人员和遭受不利益的被告人，二者处于以刑事司法程序规范为内容的具体规范关系中，对程序违法的处置应当是依法依规处理办案人员并在经济上补偿被告人。而被告人犯罪事实中的双方是作为加害者的被告人和遭受不利益的被害人（在无被害人的犯罪中为相关规制领域），二者处于以法益侵害为内容的具体规范关系中，对犯罪事实的处置应当是依法处罚被告人并要求被告人赔偿被害人。也就是说，当出现程序违法时，要确证、维护的行为规范始终是程序性规范，而不可能放下程序性规范并跳到实体性的被告人犯罪案件中，声称所涉实体性规范的效力因为程序性规范的破坏而得到恢复；反之，程序性规范的破坏也并不会带来恢复实体性规范效力的效果。以案例2为例，公安人员的疲劳审讯与才某的盗窃罪行之间没有任何联系，以疲劳审讯为由对才某从轻处罚，相当于拆下程序性规范的“东墙”来补实体性规范的“西墙”，并不合乎规范效力恢复的原理。被破坏的

① 二审法院将刘涌的刑罚由死刑立即执行改为死缓的理由是，不能排除存在刑讯逼供的可能性。换言之，裁判者实质上承认了程序违法可以影响刑罚轻重。参见陈兴良：《中国刑事司法改革的考察：以刘涌案和余祥林案为标本》，《浙江社会科学》2006年第6期，第60页。

② 参见左卫民：《地方法院庭审实质化改革实证研究》，《中国社会科学》2018年第6期，第124页。

③ 参见〔日〕城下裕二：《量刑理论的现代课题》，黎其武、赵姗姗译，法律出版社2016年版，第118～119页。

程序性规范与实体性规范原本就是两码事，只是刚好都有被告人参与而已，不能用整体的法规范模糊二者的界限。^①

如此一来，若要承认程序违法事实的量刑意义，便只能通过阐释其作为宣告刑情节的正当性来实现。根据上文提出的筛选宣告刑情节的两个标准，将程序违法作为宣告刑情节显然有助于刑罚轻缓化，标准一的满足毋庸置疑；论证的关键在于标准二，即如何解读程序违法的量刑价值才不会与刑罚正当根据理论抵牾，才能避免将有可能阻碍行为规范效力恢复的程序违法事实筛选为宣告刑情节。

一种有影响力的观点认为，对程序违法作为独立量刑情节的正当性，应当在量刑从宽对程序违法的救济作用中探寻，即量刑从宽实质上是处置、修正程序违法的一种司法手段。例如，公安机关违反《刑事诉讼法》第35条第3款的规定，没有在侦查阶段按时通知可能被判处无期徒刑以上刑罚的嫌疑人委托辩护律师的，由于时间不能倒流，故而无法依靠程序性措施来弥补，但是量刑从宽能发挥纠正作用，只要在量刑时不对被告人判处无期徒刑以上刑罚就可以。该说的核心意旨在于量刑从宽并非对被告人的补偿，而是对程序公正的维护，仅当量刑从宽确实能够起到救济程序违法的作用时，始能成立。^②但是，这一解释路径明显与刑罚正当根据的理念相违背，不符合标准二。

企图在事实上以量刑从宽救济程序违法，只是一种功利性的掩盖式救济，全然不顾实体性规范效力在具体案件中的确证与恢复情况。按照该逻辑，对侦查机关未依照《刑事诉讼法》第148条的规定告知嫌疑人鉴定结论，导致嫌疑人不能及时行使补充鉴定或重新鉴定权利的，只要事后证明，纵使公安机关履行告知义务，嫌疑人也不会申请补充鉴定或重新鉴定，这就意味着嫌疑人的权利事实上未受侵害，无须以量刑从宽救济，程序违法的情形也因鉴定结论的终局有效性而相当于自始不存在。可是这一路径只是把本来存在的程序违法掩盖起来而已，属于功利性的表面功夫，相当于事后剥夺了被告人原本享有的程序权利。更严重的弊病在于，一味地追求在形式上消除程序违法，恐导致同类程序违法事实在不同案件中受到不同处置，在能以

① 部分学者以程序违法会破坏法的安定性与公民对法规范的信赖为由，将程序违法解释为责任刑情节或预防刑情节。但是这一观点将实体性规范和程序性规范的效力杂糅在一起，存在疑问。参见〔日〕松宫孝明：《刑法总论讲义》，钱叶六译，中国人民大学出版社2013年版，第263页；〔日〕城下裕二：《量刑理论的现代课题》，黎其武、赵姗姗译，法律出版社2016年版，第133~135页；吴桐：《论违法侦查的实体减轻》，《海南大学学报》（人文社会科学版）2023年第1期，第5~6页。

② 参见孙远：《论程序规则的出罪功能及其限度——以程序违法的实体减轻效果为中心》，《政治与法律》2020年第2期，第5~9页。

量刑从宽消除程序违法的案件中便对被告人调减刑罚，反之像案例2中才某这样的被告人就得不到量刑优惠。这不仅致使不同案件中遭遇程序违法的被告人无法平等地享受量刑从宽，不利于重建被告人对行为规范的信赖与认同，而且会令公众对被告人遭遇程序违法的案件中实体性规范效力恢复需要的标准刑罚量产生疑惑，进而动摇公众对行为规范的信赖和认同。

可见，在证立程序违法作为宣告刑情节的正当性时，应着眼于量刑从宽对被告人的补偿意义及其在缓和控辩双方对立情绪方面的作用，而不能以程序违法的解决为靶向。宣告刑情节虽然不是由刑罚正当根据理论派生的，但是至少不能与刑罚正当根据理论的基本价值相悖。亦即，趋轻的宣告刑情节纵使并不表明行为规范效力得到了更好恢复，至少不能阻碍行为规范效力的恢复，不能弱化公众对行为规范的信赖与认同。程序违法给被告人带来了不利益，这种不利益本身也带有一些惩罚的意味，公众也会直觉地感到被告人品尝到了犯罪的恶果，尽管这种恶果的形式不太常规，但是适度给予被告人少许量刑优惠作为补偿也不至于招致公众对实体行为规范的不信赖。申言之，可以在宣告刑阶段笼统地认为，实体违法与程序违法都是要处置违法者、补偿受害者，在程序违法的场合，被告人是受害者，实体是补偿手段。当某项给被告人带来不利益的程序违法缺乏对应的程序性处置措施，或是程序性措施不足以补偿，抑或程序性措施有矫枉过正、干扰实体公正之嫌时，便应当诉诸实体层面的量刑从宽。^①一方面，只有明确量刑从宽在此的补偿性，才能确保所有因程序违法而权利受损的被告人均获得量刑从宽，进而通过量刑实践的安定性与可预测性维系被告人对司法程序的信赖，并间接保障被犯罪破坏的实体性规范效力的恢复进程不因被告人对司法程序的质疑而受到阻碍；另一方面，从补偿被告人的角度论证，也有利于缓和控辩双方的对立态势。我国的刑事诉讼制度受大陆法系影响较深，偏向实质真实主义诉讼观与职权主义诉讼模式，这使控辩双方的对抗性相对强烈。近年来，随着以共识真实主义诉讼观为底色的认罪认罚从宽制度的深入推行，^②以多主体平等交流沟通为主要形式的共识性诉讼模式日益占据重要地位，^③控辩双方的对立性有所缓解。将量刑从宽作为程序违法之补偿也有助于弱化被告人因程序违法而产生的与司法机关对立的情绪，提升被告人对司法程序的归顺度，

① 参见赵常成：《程序违法何以实体从宽》，《华中科技大学学报》（社会科学版）2021年第6期，第118~127页。

② 参见熊秋红：《比较法视野下的认罪认罚从宽制度——兼论刑事诉讼“第四范式”》，《比较法研究》2019年第5期，第96~97页。

③ 参见孔德伦：《认罪认罚从宽制度：迈向共识性诉讼模式》，《中国社会科学院大学学报》2023年第5期，第146~147页。

使行为规范效力在更加平和的氛围中以更为舒缓的方式恢复，在整体上有利于提高法规范的信赖度，不违背作为刑罚正当根据理论组成部分的法恢复原理。当然，既然量刑从宽是为了补偿被告人，办案人员在判断能否因程序违法而对被告人量刑从宽时，便须重点考察程序违法是否使被告人权利减损、是否令被告人遭受不利益。

在案例2中，才某因疲劳审讯承受了不利益，内心难免会对控方有抵触情绪。此时以公安人员未保障才某审讯期间的休息权为由对才某从轻处罚，可以发挥补偿作用，有利于抚平其抵触情绪。相比受到处分，公安人员也不会反对对被告人调减刑罚的做法，并且可以从中明白自己的错误，在后续办案时也会提醒自己：越不想“轻纵”被告人，就越要在程序上谨慎地尊重他。

（二）他人代为赔偿、取得被害方谅解以及亲友强制行为入案

案例3：被告人鲁某某与同村村民蒋某某发生矛盾，鲁某某故意伤害蒋某某致其轻伤二级。案发后鲁某某以家庭经济困难为由一直拒绝赔偿。经法院组织工作，鲁某某的家属代为赔偿。法院将该事实也视为量刑情节，最终以故意伤害罪判处鲁某某有期徒刑8个月。^①

按照作为刑罚正当根据理论组成部分的法恢复说的观点，谁破坏了行为规范的效力，就应当由谁来负责恢复，因而只有被告人本人的行动或信息才会对行为规范效力的恢复产生影响，才能成为预防刑情节。不过，在实践中时常发生以下两种情形：一是被告人的亲友为了能让法院尽量轻判被告人，不顾被告人主观意愿，积极赔偿被害方并取得被害方谅解，案例3即典例；二是行为人的亲友为了表达对法规范的忠诚，采取强制手段将本不想投案的行为人送至司法机关，我国司法解释对此有明确规定。^②倘使严格遵照法恢复原理，上述两种情形均因未体现出被告人本人对规范效力恢复的贡献而不能作为预防刑情节。但是，司法实践显然倾向于在量刑时对上述情形加以考虑。此时便可以结合宣告刑情节的两个标准考察将相关事实作为宣告刑情节的量刑空间。显然，上述情形均会给刑罚带来趋轻方向的影响，标准一得以满足。论证的难点仍在于标准二，即上述实践做法是否确实不会违背法恢复原理。

应当认为，上述实践做法不会阻碍法恢复进程，基于本土实际与务实需求，可以例外地肯定其妥当性。首先，他人代为赔偿、取得被害方谅解意味着被告人与被害方之间的矛盾在事实上得以平复，从被害方的角度来说已经

① 参见湖南省永州市零陵区人民法院（2015）零刑初字第458号刑事附带民事判决书。

② 例如，2010年12月22日最高人民法院发布的《关于处理自首和立功若干具体问题的意见》第1条第4款。

获得赔偿，犯罪导致的损失也得到一定程度的填补，被害方对被告人的物质性诉求基本得到了满足，并且代行人已经代表被告人承认了己方的错误立场。尽管规范效力在价值上并未因此恢复，但是矛盾的解决也能为规范效力恢复创设了一个良好的条件，可以期待代行人赔偿被害方、取得被害方谅解后会尽力说服被告人积极向行为规范靠拢，代行人客观上也为法恢复提供了外部助力或者说至少不会阻碍法恢复，故而再对被告人处以重刑的必要性没那么大。其次，亲友强制被告人投案对司法程序的推进有事实上的促进作用，有利于尽快实现案结事了，事实上也加快了法恢复进程。况且，亲友强烈的法忠诚态度在一定程度上也能令司法机关和一般公众放心，即便对被告人从轻论处，让被告人更快地复归社会，也会有对法规范极为敬畏的亲友随时监督被告人，强化被告人的规范意识，帮助其尽快习惯守法生活并融入共同体之中，这些都为行为规范效力的恢复创造了良好的外部环境条件。最后，合理分配利用有限的司法资源也是设定量刑实践规则时必须考虑的事情，不能通过假定司法资源的无限性来追求量刑教义学的圆满贯彻。在对规范效力恢复没有负面影响的前提下有合理理由地对被告人调减刑罚，既顺应刑罚轻缓化的潮流，也能够节约司法成本，合理分配司法资源，让被告人身边的那些法忠诚态度较好的亲友也参与到改造被告人、促进被告人复归社会的工作中，为法恢复营造良好环境，提供外力支持，从而使有限的司法资源得以集中到更难以改造、更缺乏外力支持的被告人手中。

综上所述，在充分考虑我国司法实际后，暂时地软化、缓和刑罚理论的体系性，例外地承认部分宣告刑情节，恰恰是更加务实、实践效果更好的选择。实际上，可被承认的宣告刑情节未必只有上述两种，只要个案中出现一些无法在责任刑与预防刑中解决，但又的确有助于推进刑罚轻缓化且不会阻碍行为规范效力恢复的事实，办案人员就可以在充分说理的基础上于宣告刑阶段调减刑罚。随着我国司法实践的发展，宣告刑情节的类型与范围均有可能发生变动。例如，随着控辩双方对抗态势日趋缓和，能够作为宣告刑情节的程序违法事由可能会越来越少。因此，宣告刑情节的筛选终归要靠办案人员在个案中具体审度、灵活把握。

四、余论：体系的坚持与让步

法教义学重视体系性思考，试图将实在法的内容以无矛盾且具有说服力的方式阐释为一个统一的知识体系。^① 体系性思考的重要性在于，一方面确

^① 参见车浩：《法教义学与社会科学——以刑法学为例的展开》，《中国法律评论》2021年第5期，第125页。

保了知识超越纯粹技艺的真理性与科学性，使知识体系内部的各个原理以令人信服的意义联络相融贯而不是仅杂乱无章地堆砌；^① 另一方面赋予了知识稳定应对实践的能力，不仅有序地归纳了实在法已规定的内容，而且能引申出实在法没有直接规定的教义学规则以灵活应对各类司法实践难题，^② 提升了实践的安定性与可预测性。是故，在量刑领域理应坚守教义学的立场，以构建量刑教义学体系为根本。

法学的生命在于实践，这决定了法教义学必然面向法的实践展开，而一国法的实践是建立在现实的法律制度与法律资源基础之上的，这决定了我国的法教义学终究要自根自生，纵使有些可以从国外移来，也必然先与本国传统有一番融合，才能真实发生相当的作用。^③

据此，量刑教义学体系要想保持生命力，就必须避免绝对化，将本土问题作为思考对象，在保持批判精神的前提下根据本土实情做出适应性与功能性的缓和与让步。^④ 承认宣告刑情节，在实质上正是量刑教义学体系的本土化修正。这种缓和与让步并非允许“见招拆招”，更不是提倡真理向现实低头，而是期待真理与现实的双向奔赴和携手并进。缓和后的教义学体系具有外柔内刚的特性，它既象征着一股进步的力量，依靠坚定的理论内核牵引实践向理想化的方向前进，也带着温和与耐心的面孔，以最大的善意对当下实际给予最妥切的关怀。

（责任编辑：方 军）

① 参见陈璇：《探寻刑法教义学的科学品质：历史回望与现实反思》，《清华法学》2023 年第 4 期，第 27～28 页。

② 参见张明楷、陈兴良、车浩：《立法、司法与学术——中国刑法二十年回顾与展望》，《中国法律评论》2017 年第 5 期，第 13 页。

③ 参见钱穆：《中国历代政治得失》，生活·读书·新知三联书店 2018 年版，“序言”，第 1 页。

④ 参见周光权：《论中国刑法学派形成的基本前提》，《中国社会科学院大学学报》2022 年第 1 期，第 54～55 页。