

量刑的合理性与 量刑方法的科学性

臧冬斌 / 著

LIANGXING DE HELIXING YU

LIANGXING FANGFA DE KEXUEXING



中国人民公安大学出版社

河南省高等学校青年骨干教师资助计划资助

量刑的合理性与 量刑方法的科学性

臧冬斌 著

中国人民公安大学出版社

·北京·

图书在版编目 (CIP) 数据

量刑的合理性与量刑方法的科学性/臧冬斌著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2008.1

ISBN 978 - 7 - 81109 - 910 - 2

I. 量… II. 臧… III. 量刑—研究 IV. D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 191359 号

量刑的合理性与量刑方法的科学性

LIANGXING DE HELIXING YU

LIANGXING FANGFA DE KEXUEXING

臧冬斌 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京泰锐印刷厂

版 次: 2008 年 3 月第 1 版

印 次: 2008 年 3 月第 1 次

印 张: 11.875

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 353 千字

ISBN 978 - 7 - 81109 - 910 - 2/D · 857

定 价: 26.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E - mail: cpep@public.bta.net.cn

www.phcpps.com.cn

www.porclub.com.cn

前 言

量刑正义是刑事正义的最终体现,只有体现于量刑公正、合理的刑事正义才是真正意义上的刑事正义。刑事审判,包括定罪与量刑两个阶段,在我国刑事司法实践中,长期以来存在着一种错误认识,认为只要定罪准确,量刑就无所谓了。这种现状从一个侧面反映了在刑法理论中对犯罪论研究得较为深入,而对刑罚论的研究则相对略显薄弱,即使是在刑罚论的研究中,也大多是对刑罚理论的研究,对于刑罚裁量的研究相对较少。离开对刑罚裁量的研究,对刑罚理论的研究也只是水中花、镜中月,无法对量刑实践产生指导作用。由于对量刑的重要性的错误认识,加之历史传统观念的影响,在司法实践中,量刑失衡现象大量存在,量刑失衡不仅增加了对犯罪人改造的成本,削弱了刑罚的功能,而且还造成了对刑事公正的直接否定。

造成司法实践中量刑失衡的原因多种多样,但是量刑方法的缺失是造成实践中量刑失衡的重要的技术原因,我国司法实践中的量刑方法属于“估堆式”的量刑方法,是一种经验作业法,注重法官的个人经验而忽视理性决策。传统的量刑方法在量刑标准上不统一,在过程上,无法使人了解量刑的具体过程,主观随意性较大,无法就相似案件的量刑进行比较;在结果上,极易导致量刑结果的偏差。应当承认,造成量刑失衡的根本原因还是一些宏观方面的因素,解决量刑失衡的根本方法还是应当从这些宏观之处着手,但是这些

宏观问题并非短时间内就可以解决的。与其等待宏观问题解决条件的具备，还不如从技术角度着手解决量刑的失衡问题，因此，对科学的量刑方法的研究就成为目前解决量刑失衡问题的关键。

寻找科学的量刑方法是本书研究的最终目的，量刑方法的科学性与否的判断前提应当是看在该种量刑方法下，刑罚裁量结果是否符合量刑的合理性的要求，因此，量刑合理性的研究也就成为量刑方法科学性研究的前提条件，这也正是本书将量刑的合理性与量刑方法的科学性共同作为研究的内容的原因之所在。本书在体例上分为上篇和下篇，上篇是对量刑合理性的研究，为下篇研究的展开打下基础，下篇是对量刑方法科学性的研究，对量刑方法科学性的研究是本书研究的最终落脚点。

目 录

前 言	(1)
-----------	-------

上 篇

第一章 量刑概说	(3)
----------------	-------

第一节 量刑的序说	(3)
-----------------	-------

一、量刑的概念	(3)
---------------	-------

二、量刑的作用	(8)
---------------	-------

第二节 量刑的历史考察	(13)
-------------------	--------

一、量刑理念上的儒法交融	(13)
--------------------	--------

二、中国古代刑罚重刑主义的原因分析	(15)
-------------------------	--------

第三节 量刑的现实分析	(21)
-------------------	--------

一、量刑的偏重化	(22)
----------------	--------

二、相似个案间量刑的失衡	(27)
--------------------	--------

第四节 我国司法实践中量刑失衡原因的理性分析	(31)
------------------------------	--------

一、量刑重刑主义的分析	(32)
-------------------	--------

二、量刑中注重罪刑均衡而忽视刑罚个别化的分析	(36)
------------------------------	--------

三、相似个案间量刑偏差的分析	(39)
----------------------	--------

第二章 量刑合理性的分析与实现途径	(49)
-------------------------	--------

第一节 量刑合理性的理论基础	(49)
----------------------	--------

一、刑罚目的支配下的刑罚正义	(50)
----------------------	--------

二、刑罚目的论的学说	(55)
------------------	--------

三、刑罚正义的选择	(70)
-----------------	--------

四、量刑正义的确定	(103)
第二节 罪责刑相适应与量刑合理性	(111)
一、罪责刑相适应原则概述	(111)
二、罪责刑相适应原则下量刑合理性的实现	(113)
第三节 刑罚个别化与量刑合理性	(134)
一、刑罚个别化原则概述	(134)
二、刑罚个别化原则下量刑合理性的实现	(140)
三、罪责刑相适应与刑罚个别化的衡平	(161)

下 篇

第三章 量刑方法的宏观选择	(169)
第一节 量刑方法概述	(169)
一、量刑方法与量刑模式	(169)
二、量刑方法科学性的意义	(173)
三、我国传统量刑方法的评析	(175)
第二节 量刑方法的比较	(178)
一、电脑量刑方法	(178)
二、数学量刑方法	(182)
三、基准点量刑方法	(189)
四、分格式量刑方法	(197)
五、层次分析量刑方法	(197)
六、量刑的量化分析方法	(199)
七、法定刑的量化和量刑情节的量化量刑方法	(204)
八、运用决策科学原理进行量刑的方法	(208)
九、基础刑——基本刑——修正刑量刑方法	(209)
十、社会危害性分等与刑度中线模式量刑方法	(210)
十一、各种量刑方法的评析	(211)
第三节 量刑基准点与量刑的规范化	(225)
一、量刑基准点概述	(225)

二、我国台湾地区 and 国外刑法中的量刑基准点	(230)
三、量刑基准点的作用	(235)
四、量刑基准点的司法实践	(238)
五、量刑基准点的确定方法	(243)
六、量刑基准点的确定基准	(254)
第四章 量刑方法科学性的微观实现	(264)
第一节 法官量刑自由裁量权与量刑的规范化	(264)
一、法官自由裁量权	(265)
二、法官量刑自由裁量权存在的合理性	(270)
三、法官量刑自由裁量权的宏观控制	(275)
四、法官量刑自由裁量权的微观制约	(280)
第二节 量刑刑事判例与量刑的规范化	(287)
一、判例概述	(287)
二、中国现阶段是否存在刑事判例	(291)
三、刑事判例与刑事司法解释	(295)
四、量刑刑事判例对规范量刑的作用	(305)
五、量刑刑事判例的创制	(309)
六、量刑刑事判例的适用	(320)
第三节 法定刑的规范化与量刑的规范化	(326)
一、法定刑概述	(326)
二、法定刑对量刑规范化的作用	(329)
三、法定刑幅度立法之考察	(330)
四、我国《刑法》中法定刑幅度之分析	(335)
五、法定刑的规范化	(348)
参考文献	(362)
后 记	(371)

上 篇

第一章 量刑概说

第一节 量刑的序说

一、量刑的概念

量刑,在我国刑法理论界,也叫做刑罚裁量、^① 刑罚的量定,^② 或者叫做狭义上的刑罚适用。^③ 根据我国台湾地区“刑法典”第57条的规定也叫做科刑。在日本刑法学界被称之为刑的量定;^④ 根据俄罗斯联邦刑法典第60条的规定也叫做处刑。近年来,我国有的学者从配刑的角度来认识量刑,认为量刑是配刑的一个属概念,配刑解决的是对各种犯罪应动用什么样的刑罚的问题,是与制刑、动刑和行刑相并列的概念,而配刑又有立法上的配刑和司法上的配刑之分,法定刑的确立,即立法上刑罚的分配,是刑罚的首次分配,而量刑,即司法上刑罚的分配则是刑罚的再次分配,是立法上配刑的现实化。^⑤ 这

① 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第二版),北京大学出版社、高等教育出版社2005年版,第267页;马克昌主编:《刑罚通论》,武汉大学出版社1999年版,第247页。

② 参见苏惠渔、张国全、史建三著:《量刑与电脑——量刑公正合理应用论》,百家出版社1989年版,引言第1页。

③ 参见马克昌:《刑罚适用失当及其对策》,载刘家琛主编:《当代刑罚价值研究》,法律出版社2003年版,第3页。

④ 参见〔日〕木村龟二主编,顾肖荣、郑树周等译校:《刑法学词典》,上海翻译出版公司1991年版,第439页。

⑤ 参见邱兴隆著:《刑罚理性导论——刑罚的正当性原论》,中国政法大学出版社1998年版,第228页、第407页。

种关于配刑的观点大致相当于德国刑法中的法律的量刑和法官的量刑,法律的量刑,是指立法者对法定刑及刑的加重、减轻事由的决定;法官的量刑,是指法官根据对具体行为的评价从法定刑中推导出最终刑罚的过程。^①这其中,法官的量刑就是我们通常所说的量刑。

对于量刑的定义,在我国刑法理论界主要有狭义的量刑和广义的量刑两种认识:

狭义的量刑说认为,量刑是人民法院对犯罪人依法裁量决定刑罚的一种审判活动。^②认为量刑的内容仅指决定对犯罪人判处什么样的刑种和具体的刑期。也有些学者从更狭义的角度来理解量刑,认为在确定法定刑幅度的基础上依据犯罪动机、犯罪目的、犯罪后果等量刑情节确定宣告刑的活动属于严格意义上的量刑活动,而依据定罪情节选择法定刑幅度的活动则不属于严格意义上的量刑活动。^③

广义的量刑说认为,量刑,是指人民法院根据行为人所犯罪行及其刑事责任的轻重,在定罪并找准法定刑的基础上,依法决定对犯罪人是否判处刑罚,判处何种刑罚、刑期或者所判处的刑罚是否立即执行的刑事审判活动。^④认为量刑的内容不仅包括决定对犯罪人判处什么样的刑种和具体的刑期,还包括决定是否需要判处刑罚和是否需要执行缓刑(包括死缓)。也有观点认为,量刑的内容除此之外还应包括决定是否适用非刑罚处理方法。^⑤还有观点认为,量刑,是指审判机关在审理刑事案件后,根据一定的原则和应予考虑的情节,依法权

^① 参见冯军:《量刑概说》,载《云南大学学报》(法学版)2002年第3期,第27页。

^② 参见高铭喧主编:《中国刑法学》,中国人民大学出版社1989年版,第268页;苏惠渔主编:《刑法学》(修订版),中国政法大学出版社1997年版,第318页;樊凤林主编:《刑罚通论》,中国政法大学出版社1994年版,第373页。

^③ 参见刘守芬等著:《罪刑均衡论》,北京大学出版社2004年版,第139~140页。

^④ 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第二版),北京大学出版社、高等教育出版社2005年版,第267页;赵秉志主编:《新刑法教程》,中国人民大学出版社1997年版,第319页。

^⑤ 参见马克昌主编:《刑罚通论》,武汉大学出版社1999年版,第251页。

衡轻重,对被告人宣告一定的刑罚或免于处罚;^①或者认为量刑的内容就是决定是否判处刑罚和判处什么样的刑罚。^②认为量刑的内容仅包括决定是否需要判处刑罚和判处什么样的刑种及具体的刑期。

也有观点就直接将量刑的概念表述为狭义的量刑和广义的量刑两种概念,认为狭义的量刑,是指人民法院对具体的犯罪人依法裁量、决定特定的刑罚的审判活动;广义的量刑,是指人民法院选择决定给予犯罪人以特定的刑罚或免于刑罚的整个过程,它除了包括狭义的量刑外,还包括免刑和缓刑的裁量。^③

另有学者认为,我国传统的关于量刑的概念过于重视法院在量刑中的作用,忽视了法官在量刑中的能动性,而且实践中量刑失衡的主要原因是不同的法官对量刑的认识不同,并不是由于法院的差异所造成的,同时也不符合刑事诉讼体制改革中的主审法官制、法官责任制等改革;该学者认为,传统的关于量刑的观念是一种局部的、静止的量刑观,还应该把减刑和假释活动也纳入量刑考察的范围;该学者还认为,量刑是法官在对被告人予以定罪的前提下,以刑事责任为基础,选择量刑方式(免除刑事处罚、非刑罚处理方法或刑罚),以及选择刑罚后,是否现实执行宣告刑,在现实执行过程中是否对宣告刑进行修正(减刑和假释)的全部活动。^④

近年来,还有学者认为,量刑的内容除了包括对犯罪人决定是否判处刑罚,判处何种刑罚、刑度或者所判的刑罚是否需要立即执行外,所判处的刑罚怎样执行也包括在量刑的内容之内。^⑤

① 参见曾庆敏主编:《刑事法学词典》,上海辞书出版社1992年版,第830页;《中国大百科全书》(法学卷),中国大百科全书出版社1984年版,第382页;高格著:《定罪与量刑》(上册),中国方正出版社2001年修订版,第181页。

② 参见邱兴隆、许章润著:《刑罚学》,中国政法大学出版社1999年版,第233页;李元鹤、于天敏:《“严打”刑事政策与刑罚裁量》,载《人民司法》2003年第5期,第38页。

③ 参见胡学相著:《量刑的基本理论研究》,武汉大学出版社1998年版,第4页。

④ 参见洪流:《对量刑问题的再认识》,载《中央政法管理干部学院学报》2000年第4期,第27页。

⑤ 参见赵延光著:《量刑公正实证研究》,武汉大学出版社2005年版,第3页。

日本学者一般认为,所谓量刑,是指具体地决定应当宣告的刑罚的种类与数量。对于宣告具体的刑罚来说,法院首先选择应当适用的刑罚的种类,决定是否适用法律上任意的减轻事由,进而是否予以酌量减轻;其次,在处断刑的范围内具体地决定应当宣告的刑罚,进而进行裁量。此外,刑罚的任意的免除,是否交付缓刑,也根据裁量决定。德国学者一般认为,量刑是对犯罪行为法律后果的确定。它包括制度的选择(如自由刑、罚金刑等),确定量刑标准(如自由刑的期限),需要的情况下还要对刑罚或保安处分的缓刑交付考验作出裁决。^①

本书所要研究的主要是量刑的合理性的判断,以及如何通过科学的量刑方法达到量刑的合理性,至于量刑的定义并不是本书所要研究的主要内容,所以刑法学界关于量刑的概念的种种争论也与本书的研究内容没有太大关系,研究量刑的概念与定义只是为本书研究的展开作下铺垫。在有关量刑的定义的争论中与本书的研究内容联系较为密切的是量刑的内容,从本书研究的角度出发,笔者赞同量刑的广义的定义,即认为量刑所要解决的任务是决定对犯罪人是否判处刑罚,是否适用非刑罚方法,判处什么样的刑种、具体刑期,以及是否需要执行缓刑。在我国台湾地区的刑法学界,对量刑的定义也是从一个较为广义的角度来把握的,“刑罚裁量乃是法官依据刑法与刑诉法所规定的方法与规则,而酌量决定一个最能相当犯罪行为及适合犯罪人的法律效果的职务行为,它不只限于刑罚的科处,而应包括缓刑、免刑及保安处分等的宣告。”^②从内容上看,量刑的外延已经超越了刑罚裁量的外延,如果说量刑等同于刑罚裁量,那就需要对刑罚裁量作出扩大解释了。虽然有时人们也会将量刑通俗地称为判刑,但是量刑和判刑的外延还是不完全相同的。判刑,是指对犯罪人决定处以什么样的

① 参见马克昌著:《比较刑法原理——外国刑法学总论》,武汉大学出版社2002年版,第909~910页。

② 林山田:《论刑罚裁量》,载台湾大学法律系编:《刑事法论丛·一》,1997年版,第65页。

刑罚，并不包括对具备某些条件的犯罪人免除刑罚和是否适用缓刑的裁量，所以，在外延上，量刑可以包含判刑。在量刑的这些任务中，本书研究的重点是如何通过科学的量刑方法达到刑种、刑期的选择合理化和缓刑适用的合理化，至于量刑任务中的是否适用刑罚和是否适用非刑罚处理方法，则与本书的研究内容没有太大的关系。对于上述有些学者提出的将减刑和假释也纳入量刑的考察范围的主张，笔者认为在刑罚宣告前对犯罪人所进行的量刑活动的依据和对犯罪人在刑罚执行过程中是否需要进行减刑、假释的依据的差别是比较大的，同时这两种量刑活动的目的也是不完全相同的。在刑罚宣告前对犯罪人进行量刑活动的依据主要是犯罪行为的社会危害性、犯罪人的主观恶性和犯罪人的人身危险性，量刑活动的目的既是为了实现对犯罪和犯罪人的报应，也是为了实现对犯罪人的改恶从善；对犯罪人在刑罚执行过程中减刑、假释的依据是犯罪人的人身危险性的减小，减刑、假释的目的是鼓励犯罪人更好的改造和使犯罪人更好的复归社会。因此，在本书中出于研究目的的考虑，笔者认为本书中所说的量刑，在内容上就不再包括刑罚执行过程中对犯罪人的减刑和假释的裁量活动。对于近来有的学者提出的将怎样执行所判处的刑罚也包括在量刑的内容之内的观点，笔者认为，在理论上，执行刑罚属于行刑学的研究范畴，制刑、量刑、行刑是三个并列的范畴，在内容上，三者并不存在交叉的情况，将属于行刑学范畴的怎样执行所判处的刑罚也纳入量刑的研究范畴实属不妥。

需要指出的是，量刑与刑罚的适用并不是一个概念，在有些著作中将量刑与刑罚适用混为一体，认为量刑是人民法院依法决定对犯罪人如何适用刑罚，使犯罪人在实体上承担刑事责任的活动。^① 这是不妥的，其实刑罚的适用在狭义上可以等同于量刑，但是我们一般都是从广义上理解刑罚适用的。依法决定对被判处管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑的罪犯予以减刑或假释，一般也被认为属于刑罚适用活

^① 参见喻伟主编：《量刑通论》，武汉大学出版社1993年版，第10页。

动的一部分。^①但是减刑、假释的合理性以及减刑、假释方法的科学化并不在本书的研究范围之内。

“就刑法学之观点而言，所谓‘刑罚之理论’（theory of punishment），其本质即为探讨刑罚之目的观之理论。而量刑之任务，则是在于决定具体之宣告刑，借以达成刑罚赋科之目的。”^②所以，从某种意义上讲，量刑问题就是刑法理论的缩图，^③因为量刑问题的核心是如何合理地对犯罪人进行量刑，量刑是否合理关键在于量刑应当依据什么样的标准，要解决这个问题，就必须从刑罚的正当化的根据出发，即必须说明为什么刑罚是正当的、何种程度的刑罚是正当的这一刑罚学的根本问题。在量刑领域集中了客观主义学派和主观主义学派的争议的焦点问题以及对立统一。

量刑问题主要集中在对犯罪人判处什么样的刑种以及具体的刑期，因此一般来说，量刑只存在于相对确定的法定刑之中，绝对确定的法定刑一般不需要裁量。从狭义的角度看，量刑过程是一个由法定刑到裁量刑再到宣告刑的过程。这其中分为两步：第一步是确定基础刑期，即排除各种法定和酌定的量刑情节，对某种仅抽象为一般既遂状态的犯罪构成的基本事实所判处的刑罚；第二步是调整基础刑期，即综合考虑各种量刑情节形成宣告刑。^④也即第一步是根据犯罪人的犯罪行为的社会危害性及其程度，在相应的犯罪的法定刑中确定具体的量刑幅度；第二步是根据除影响行为的社会危害性之外的其他量刑情节（也可以说是除定罪情节之外的其他量刑情节），在已经确定的法定刑幅度内确定一个具体的刑期。

二、量刑的作用

人民法院刑事审判活动是由定罪和量刑组成的，在我国司法实践

① 参见樊凤林主编：《刑罚通论》，中国政法大学出版社1994年版，第275页。

② 吴景芳：《刑罚与量刑》，载《法律适用》2004年第2期，第9页。

③ 参见〔日〕曾根威彦：《量刑基准》，载〔日〕西原春夫主编，李海东等译：《日本刑法的形成与特色》，中国法律出版社、日本成文堂1997年版，第145页。

④ 参见陈兴良著：《本体刑法学》，商务印书馆2001年版，第116页。

中长期存在着重定罪、轻量刑的错误认识,认为只要定罪准确就行了,至于量刑则无关紧要,多判几年少判几年都无所谓。在刑事诉讼实践中,庭审也是以证明被告人是否有罪为中心,对于公诉机关来说,只要所指控的罪名成立就意味着公诉活动的成功。因此,公诉机关对于量刑问题就缺乏足够的重视,庭审时,对量刑情节的举证、质证不够的情况非常普遍,甚至于在庭审时对某些法定量刑情节都未进行举证和质证。其实,量刑在人民法院的刑事审判活动中应当是居于核心地位的。定罪解决的是犯罪性质问题,定罪准确无疑是贯彻罪责刑相适应原则的重要阶段和基本保证,但是只有定罪准确而无量刑适当,则根本无法最终贯彻罪责刑相适应原则;量刑的适当应当作为贯彻罪责刑相适应原则的最终保证;罪责刑相适应原则的侧重点和出发点在于“刑”而非在于“罪”。^① 正确的定罪是为正确的量刑服务的,不公正的量刑将使正确的定罪失去意义,量刑公正是刑事公正的最终体现,量刑的失衡将导致对刑事公正的直接否定。定罪的评价功能、威慑功能、伸张正义功能和安抚功能的实现均有赖于公正的量刑,如果离开了量刑,仅有定罪,这些功能都只能在较低层次的意义实现,而只有在对犯罪人定罪的基础上正确量刑,刑罚的评价功能、威慑功能、伸张正义功能和安抚功能才能得到加强和深化。^② 具体来说,量刑公正的意义体现在:

第一,量刑公正是实现刑罚目的的根本保障。关于刑罚目的,在我国刑法学界是众说纷纭,但是一般认为刑罚的目的在于特殊预防和一般预防。特殊预防,是指通过对犯罪人适用刑罚,惩罚改造犯罪人,预防他们重新犯罪;一般预防,是指通过对犯罪人适用刑罚,威慑、儆戒潜在的犯罪者,防止他们走上犯罪道路。^③ 所有这些目的的实现都要以量刑的合理、公正为前提,畸轻与畸重的量刑都会使刑罚

^① 参见于志刚:《论罪责刑相适应原则》,载高铭喧、赵秉志主编:《新中国刑法学五十年》(中册),中国方正出版社2000年版,第1422页。

^② 参见胡学著:《量刑的基本理论研究》,武汉大学出版社1998年版,第9页。

^③ 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第二版),北京大学出版社、高等教育出版社2005年版,第241~245页。