



中国计量学院法学文库

量刑基准研究

韩光军 著

RESEARCH ON THE BASIC CRITERION
FOR WEIGHING OF THE PENALTY



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



中国科学院法学文库

量刑基准研究

韩光军 著



法律出版社

www.lawpress.com.cn

法律门
Access To



www.falvm.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

量刑基准研究 / 韩光军著. —北京: 法律出版社,
2010.5

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0763 - 2

I. ①量… II. ①韩… III. ①量刑—研究—中国
IV. ①D924.134

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 076761 号

量刑基准研究

韩光军 著

策划编辑 刘伟俊
责任编辑 张春喜
装帧设计 贾丹丹

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 7.25 字数 210 千

版本 2010 年 6 月第 1 版

印次 2010 年 6 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 独立项目策划部

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印刷厂

责任印制 张宇东

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0763 - 2

定价:22.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

中国计量学院始建于1978年,2000年以前隶属于国家质检总局,2000年以后成为由浙江省和国家质检总局合办、以浙江省为主的省部共建大学。沐浴着改革开放的阳光雨露,中国计量学院走过了春华秋实的三十余载历程,正在由“而立”迈向“不惑”。与此同时,有中国特色的社会主义法治事业也硕果累累,成就辉煌,发生了举世瞩目、翻天覆地的变化。

逢此盛世,中国计量学院法学院应运而生,顺势成长,并获得了喜人的发展:1998年设立法律教研室,2000年获国家教育部批准设立法学专业并正式建系招收第一届法学专业本科生,2002年正式成立法学院,2005年获得经济法硕士学位授权点,2006年经教育部批准设立知识产权专业并招收第一届知识产权专业本科生,2007年获得招收知识产权专业第二学士学位资格并招收第一届知识产权专业第二学士学位学生,2008年开始招收第一届法学专业、知识产权专业双学位学生。

尽管如此,中国计量学院法学院毕竟只是祖国法治园林中的一棵新苗,仍需要继续不断发展、茁壮成长。而要做到这些,就不仅有赖于一个良好的校内外环境,而且更需要中国计量学院法学院院内志士仁人的共同努力和发奋图强。所幸的是,在十多年的发展和成长过程中,中国计量学院法学院吸纳、培养了相当一批颇具才华的

中青年学者。他们为了中国计量学院法学院的发展和成长,几年如一日,默默无闻,乐于奉献。尤其是数年来,他们不为名利,甘于寂寞,好学上进,刻苦专研,勤于思考,勇于探索,以至今日他们厚积薄发,集腋成裘,学有所成。

有鉴于此,为了激励中国计量学院法学人从事法学研究和学术创新的热情,推动中国计量学院法学院科研能力和教学水平的提升,展示中国计量学院法学院的学术风貌,促进中国计量学院法学院与社会和学界的交流,接受学界评判和实践检验,为有中国特色的社会主义法治事业做出应有的贡献,经与法律出版社协商达成合意后,中国计量学院法学院决定设立《中国计量学院法学文库》编审委员会,由其负责出版《中国计量学院法学文库》。

作为一套系列丛书,《中国计量学院法学文库》是一项系统工程,旨在以质量取胜,惟以学术水平和社会效益为标准,选收中国计量学院法学院在岗中青年学者的优秀法学论著,重点是博士论文、博士后出站报告和省部级以上社会科学基金和自然科学基金课题的研究成果(主持人为中国计量学院法学院在岗中青年学者)。因此,它也许会由于不以固定的数目为目标而存缺,但是绝不允许有滥,势必将伴随着有中国特色的社会主义法治事业的发达和中国计量学院法学院的兴旺持续进行下去。

至此,我们始终坚信,希望总是美好的。但是,希望是否会变成现实并不是一席话就可以决定的。一切都有赖于时间的相伴!一切都有待于实践的检验!

杨 凯

2009年5月18日

1 引言

4 第一章 量刑基准之概述

4 第一节 量刑之界说

4 一、量刑观点之纷争

7 二、量刑内涵之厘清

12 三、量刑特征之分析

14 第二节 量刑基准之序说

14 一、量刑基准之内涵

25 二、量刑基准之研究意义

29 第二章 量刑基准之目的论影响

29 第一节 量刑基准与刑罚目的

29 一、刑罚目的之概说

30 二、量刑基准与刑罚目的之关系

32 第二节 报应刑影响下的量刑基准

32 一、报应刑之基本立场

36 二、报应刑之量刑基准

44 第三节 目的刑影响下的量刑基准

44 一、目的刑之基本立场

51	二、目的刑之量刑基准
60	第四节 并合主义影响下的量刑基准
60	一、并合主义之基本立场
64	二、并合主义之量刑基准
65	第五节 重构刑罚目的影响下的量刑基准
65	一、刑罚目的反思与重构
78	二、重构刑罚目的之量刑基准
82	第三章 量刑基准之责任论基础
82	第一节 量刑基准与责任主义
82	一、责任主义之序说
86	二、责任主义与量刑基准之关系
88	第二节 行为责任论基础上的量刑基准
88	一、行为责任论之基本立场
90	二、行为责任论之量刑基准
92	第三节 社会责任论基础上的量刑基准
92	一、社会责任论之基本立场
94	二、社会责任论之量刑基准
96	第四节 规范责任论基础上的量刑基准
96	一、规范责任论之基本立场
98	二、规范责任论之量刑基准
102	第五节 人格责任论基础上的量刑基准
102	一、人格责任论之基本立场
105	二、人格责任论之量刑基准
107	第六节 重构责任论基础上的量刑基准
107	一、责任论之反思与重构
125	二、重构责任论之量刑基准

129	第四章 量刑基准要素确立之要求
129	第一节 量刑基准要素之概述
129	一、量刑基准要素之内涵
132	二、量刑基准要素之特征
134	三、量刑基准要素之类别
135	第二节 量刑基准要素确立之原则
135	一、责任主义原则
136	二、刑罚目的原则
138	三、完全评价原则
138	四、重复评价禁止原则
140	第五章 量刑基准常见要素之分析
140	第一节 犯罪事实相关的量刑基准要素
140	一、犯罪动机和犯罪目的
142	二、主观罪过的强弱
144	三、犯意形成的状况
145	四、犯罪的时间和地点
146	五、犯罪手段(或方法)
148	六、犯罪后果
150	七、犯罪对象
152	第二节 犯罪行为相关的量刑基准要素
152	一、责任能力程度
156	二、行为人之品行
162	三、犯罪后的表现
164	四、行为人之生活状况
166	五、行为人之知识程度
167	六、行为人之身份

168	第三节 与量刑基准要素相关的几个特殊事项
168	一、社会形势
173	二、民愤
179	三、刑事政策
181	四、法官素质
185	第六章 量刑基准立法例之评鉴
185	第一节 德、日量刑基准之立法例
185	一、德、日量刑基准之立法状况
194	二、德、日量刑基准立法之评析
199	第二节 我国量刑基准立法例之研究
199	一、我国量刑基准之立法状况
202	二、我国量刑基准立法之评析
206	三、我国量刑基准立法之完善
211	参考文献
220	后记

引言

量刑活动作为刑罚适用的基本活动,直接关系到刑罚目的的实现与被告人的人权保护。若刑罚裁量有所不当,则无异于对犯罪人公正裁判的侵害,致使社会正义之最后一道防线也会即行解体。为避免拥有极大刑罚裁量权之法官在刑罚裁量过程中流于恣意,很多国家和地区在刑法上对刑罚裁量基准作了较为详细的规定,我国现行刑法第5条、第61条对量刑基准也作了相应的规定,以此敦促法官为妥当合理之裁量。尽管如此,在刑罚裁量实务上,也会发现不同法院,或同一法院之各个不同法官之间,对于相似之犯罪行为,所为刑罚裁量,往往仍会表现出相当大的差异现象,而影响量刑公正的实现。究其根源,此种差异现象产生的原因虽说是多方面的,但刑罚裁量基准规定不够明确科学以及刑法理论界对量刑基准要素选择、取舍具有重要指导意义的刑罚目的及责任主义内涵认识的分歧,则不失为其重要原因。因为:

其一,刑罚的目的应是国家确定刑事政策、制定刑事法律,特别是设计刑罚制度的基本出发点,也是国家适用刑罚同犯罪作斗争的最终归宿。它从根本上制约着刑罚的性质、内容、体系和方向,左右着刑罚的裁量、执行及其功效。而量刑之任务既然在于选择最为妥当的宣告刑,以期达成刑罚科处之目的,故于厘定量刑基准时,自应明确量刑基准之确立与刑罚目的的关系。刑罚目的的合理确立,可为量刑基准的认定提供科学的理论指导,而有助于量刑客观公正的实现。反之,量刑科学客观公正,则又有助于刑罚目的的实现。如

此一来,则会形成两者间一种良性循环关系。然而,令人遗憾的是,有关刑罚目的问题,人们并未获得一致的认识,向来有报应主义、目的刑主义及并合主义之争论。虽说人们目前较为普遍地采纳了并合主义的观点,试图调和报应主义与目的刑主义的尖锐对立,不再是固执己见、各执一词,而是兼采报应主义与目的刑主义之合理性,使得并合主义获得了极大的生命力。但是,由于报应主义与目的刑主义立足点之根本不同,这种并合主义实质上也只是缓和了两者的矛盾冲突,并未根本解决冲突存在的根源。刑罚目的认识上的此种混乱状况,无疑有碍于以此为重要指导思想的量刑基准的合理确立。

其二,刑法之法律效果为科刑,而科刑之前提为责任,因此量刑之基准,主要受行为人之责任性所支配。所谓责任主义,又称罪责原则,为刑罚认定之基础,亦即无罪责即无刑罚。具体地说,即使某种行为符合刑法条文规定的构成要件,给法益造成了侵害或危险,但仅此并不能科处刑罚,科处刑罚还要求对行为人具有非难可能性,并且所科处的刑罚必须与行为人的责任相当,不能超出责任的限度。然而责任主义因有行为责任、性格责任、人格责任与规范责任之不同内涵,是以量刑之重心亦随之而有不同。虽说刑法发展史上所出现的这些责任理论从各自不同的立场对刑事责任作出了阐释,应该说都有着自身合理性的一面,但因诸种原因之故,这些理论也并非完美无缺,而是存在着程度不同的缺陷。故责任内涵之不同及其存在的缺陷,自然也会导致以此为指导而确立的刑罚裁量基准的偏颇。

其三,刑罚目的及责任主义认识的分歧与缺陷,无助于以此为指导思想的量刑基准立法规定的合理确立。综观德、日等西方国家或地区立法及相关草案对量刑基准的规定,相对来说,较为明确合理。不过,因其指导思想的偏颇,自然也是存在不同程度之缺陷。

我国量刑基准之立法规定,与国外量刑基准立法相比,因量刑基准理论研究滞后、缺乏相对科学量刑基准理论之指导,而存在着逻辑混乱、内容片面等更为严重的弊端。国内外量刑基准立法规定所存在的这些问题,自然也会影响法官依法裁量刑罚之客观公正性的实现。

鉴此,为量刑客观公正,首要任务即应确立科学合理的量刑基准理论,并以此指导量刑基准立法规定之合理确立。但令人遗憾的是,我国刑法学界长期以来,着重犯罪理论之研究,而对刑罚理论研究相对较少。在相对较少的刑罚理论研究中,也主要是偏重刑罚目的、刑罚体系及刑罚制度研究,而对有关刑罚重要内容之一的量刑基准理论研究则更是少之又少。现有的有关量刑基准研究文献,也多是在相关专题研究中对量刑基准顺便作些简要探讨,而显得不够系统、全面与深入。国内对量刑基准理论研究的此种现状,使之与刑法学其他领域理论研究相比,明显呈现出其相当落后之窘境。为此,笔者拟抛砖引玉,综合运用哲学思辨、比较、历史等研究方法,对量刑基准进行系统深入研究,分析梳理各种刑罚目的、责任理论及其指导下的量刑基准问题,反思重构刑罚目的论及责任论,并在此基础上确立与其相对应的量刑基准,探讨量刑基准要素确立原则及量刑时应予特别注意的量刑基准要素,最后比较评析德、日及我国量刑基准立法规定的优劣得失,提出我国刑事立法有关量刑基准规定的完善构想,以便为司法实践提供必要的智力支持。

第一章 量刑基准之概述

| 第一节 量刑之界说 |

一、量刑观点之纷争

什么是量刑？在习惯上，量刑又叫判刑、科刑、刑的加减、刑的酌科。^①在我国理论界，量刑也被称作刑罚裁量、刑罚的量定。^②在一些国家和地区，量刑也有一些不同的称呼，如日本刑法学者称为刑的量定，^③我国台湾地区“刑法典”第57条的规定为科刑，另有些学者也称为刑之酌科。^④量刑称呼上的差异，既可能是源于一个国家或地区的法律规定，也可能是源于法律文化背景的不同，但这些名称上的不同，并不影响我们对量刑内涵的探讨与把握。在我国及其他一些国家和地区，对于何为量刑的问题，学者间并未取得一致的认识，概括说来，大体有狭义的量刑、广义的量刑及折中的量刑三种认识。

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

① 高格：《定罪与量刑》，中国方正出版社1999年版，第180页。

② 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（第3版），北京大学出版社、高等教育出版社2007年版，第270页。马克昌主编：《刑罚通论》，武汉大学出版社1999年版，第247页。

③ [日]西元春夫：《刑法总论》，成文堂1978年版，第451～452页。[日]大塚仁：《刑法概说》（第三版），冯军译，中国人民大学出版社2003年版，第469页。

④ 《云五社会科学大辞典·法律学》，台湾商务印书馆1971年版，第84页。

罚的一种活动。^①也有学者认为,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才属于严格意义上的量刑活动。^②另有前苏联学者认为,量刑又称为判处刑罚,就是指法院在作出有罪判决时选择对被认定犯有罪行的人的具体刑事制裁方法。^③我国台湾地区有学者认为,科刑指裁判官依犯人犯罪的情状,在法定刑或处断刑的范围内科以较轻或较重之刑。科刑包括选科与酌科两种情形。^④综合观之,作为狭义量刑说的论者,要么认为量刑的内容只是对犯罪人确定特定的刑种和具体的刑期,要么认为量刑内容只是在确定的法定刑幅度范围,根据量刑情节的具体情况,确定相应的宣告刑的活动。

广义的量刑说认为,量刑指人民法院根据行为人所犯罪行及刑事责任轻重,在定罪并找准法定刑的基础上,依法决定对犯罪分子是否判处刑罚,判处何种刑罚、刑度或者所判刑罚是否立即执行的刑事活动。此一观点是我国刑法理论的通说。^⑤另有论者认为,量刑是指在正确定罪的前提下,依照刑法关于从重、从轻、减轻或者免除处罚的规定,理性评价案件事实具有的各种量刑情节对处罚轻重的影响力,据以在法定刑范围以内或者以下,依法对犯罪分子决定是否判处刑罚,判处何种刑罚、刑度或者是否立即执行和怎样执行的刑事诉讼活动。正确定罪是公正量刑的前提,但是定罪正确并不等于量刑公正,两者是既有联系又有区别的审判环节。定罪是解

① 参见苏惠渔主编:《刑法学》(修订版),中国政法大学出版社1997年版,第318页。

② 参见刘守芬等:《罪刑均衡论》,北京大学出版社2004年版,第16页。

③ 参见马改秀等译:《苏维埃刑法总论》,群众出版社1987年版,第327页。

④ 高仰止:《刑法总则之理论与适用》,台湾五南图书出版公司1986年版,第468页。

⑤ 高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(第3版),北京大学出版社、高等教育出版社2007年版,第270页。

决对犯罪分子适用何种法定刑(即在什么范围内适用刑罚)的问题,量刑是解决在法定刑范围内处罚轻重的问题,两者无论在内容上还是在功能上都是互不相同的。如果混淆定罪情节与量刑情节之间的界限,错误地将前者重复评价为后者或者忽视对后者正确适用,势必会造成量刑偏差。^① 定义更为广泛的量刑学者认为,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,选择刑罚、非刑罚处理方式或免除刑事处罚的适用方式,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实行减刑或假释的全部活动。^② 我国台湾地区学者林山田认为:“刑罚裁量乃是法官依据刑法与刑事诉讼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。”^③综合观之,广义量刑说的这些论者主要认为,量刑不仅指刑罚、非刑罚措施(保安处分)的科处,还应包括科处刑罚的执行等内容。

折中的量刑说,从广义和狭义两个方面给量刑下定义,认为“所谓量刑,从狭义上讲,就是法院对特定行为人宣告科以特定的刑罚;从广义上讲,是指选择、裁量、决定刑罚的活动过程,宣告缓刑、免于刑事处罚等处分决定……也属于量刑的范围”。^④ 决定宣告刑,就是刑罚的量定即量刑问题。从狭义上说,量刑是指法院对现实的、特定的犯罪人宣告特定的刑罚。从广义上说,选定特定刑罚的整个适用刑罚的全过程,都是量刑,即法院根据自己的裁定,在法定刑或处断刑的范围内,决定应宣告的刑种与刑度的过程,就是量刑。量刑

① 赵廷光:《量刑公正实证研究》,武汉大学出版社2005年版,第3~4页。

② 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。

③ 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。

④ 顾肖荣等:《量刑的原理与操作》,上海社科院出版社1991年版,第230页。

的整个过程如下:首先,当刑法所规定的法定刑有2个以上刑种时,就必须进行刑种的选择;其次,如果具有加重、减轻事由,就要对法定刑进行加重、减轻,形成处断刑;再次,在处断刑的范围内决定刑种、自由刑的具体刑期与财产刑的具体金额。从广义上说,决定宣告缓刑、免除刑罚、宣告保护观察等,也是量刑问题。^①另有学者认为,量刑有广义和狭义之分,狭义的量刑是指人民法院对具体的犯罪分子依法裁量、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分子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。^②综合观之,折中量刑说的论者大体认为,量刑应从上述广义说和狭义说两方面加以说明,若只是从其中一方面来理解,难免会显得片面而不妥当。

二、量刑内涵之厘清

上述狭义说中的有些观点,只是将量刑活动界定为“裁量决定刑罚”、“判处刑罚”,显然未能考虑到我国刑法对有关犯罪分子采用定罪免刑,适用非刑罚处理措施的一些规定,也未能顾及刑法中有关缓刑的立法规定,因此具有一定的片面性,而显得不够妥当。如我国刑法第37条规定:“对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的,可以免于刑事处罚,但是可以根据案件的不同情况,予以训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失,或者由主管部门予以行政处罚或者行政处分”,第72条规定:“对于被判处拘役、三年以下有期徒刑的犯罪分子,根据犯罪分子的犯罪情节和悔罪表现,适用缓刑确实不致再危害社会的,可以宣告缓刑”。苏联学者及我国台湾地区学

① 张明楷:《外国刑法学纲要》,清华大学出版社2007年第2版,第410页。

② 胡学相:《量刑的基本理论研究》,武汉大学出版社1998年版,第4页。

者持此狭义说的观点,与我国持狭义说的刑法学者所犯之错误,基本上可以说是如出一辙,都是未能注意到刑法中有关定罪免刑或缓刑的规定,而大大缩小了量刑应有的内涵。如我国台湾地区“刑法”第61条规定:“……情节显著轻微,显可悯恕,认为依第59条规定减轻其刑,仍嫌过重者,得免除其刑”,第70条规定:“受两年以下有期徒刑、拘役或罚金之宣告,而有下列情形之一者,可以暂不执行为适当者,得宣告二年以上五年以下缓刑……”根据立法的这些规定,法院在依法裁量过程中,就不仅仅是“裁量决定刑罚”、“判处刑罚”,而应同时考虑裁量中的定罪免刑或缓刑的处理决定。

折中说,既赞成狭义说,也肯定广义说,好像是全面公允,但其实质则是理论上的模棱两可,逻辑上的混乱不清。折中说中的狭义量刑定义与广义量刑定义,其内容间存在着一种包含关系,也就是说狭义量刑定义的内容,完全可以包含在广义量刑定义之中,因为量刑是人民法院对犯罪分子刑事责任及刑罚轻重权衡并落实是否承担刑事责任及刑罚的审判活动整体,在量刑问题上,认识的对象与范围是确定的,不存在研究领域对象范围划分上的分歧。鉴于此,我们的任务就是准确揭示特定事物本质的内涵。由上所述可知,广、狭两种量刑定义既没有出发点的不同,也没有认识角度的不同,都只是旨在说明量刑有哪些活动,而折中量刑定义,人为地将作为整体量刑活动区分为只包含部分量刑活动的狭义量刑与包含整体量刑活动的广义量刑,可以说狭义的量刑定义并未能全面揭示作为量刑整体活动的应有内涵。故在量刑问题上,作这种广、狭量刑的区分,因其自身存有某种逻辑上的矛盾,而并无事实存在的合理性。

广义量刑说中,有的论者将刑罚执行过程中出现的人民法院依法对服刑人员所作出的减刑和假释也纳入到量刑考察范围,笔者认为,这并不妥当。因为减刑,一般是指对被判处管制、拘役、有期徒