

量刑个别化的 基本原理



The Basic Principle
of the Individualization
of Sentencing

石经海 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

量刑个别化的 基本原理



The Basic Principle
of the Individualizat /
of Sentencing

石经海 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

量刑个别化的基本原理 / 石经海著. —北京:法律出版社, 2010. 6

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0731 - 1

I. ①量… II. ①石… 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 069407 号

量刑个别化的基本原理

石经海 著

责任编辑 孙东育
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 13.25 字数 268 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 - 0731 - 1

定价:36.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

陈泽宪^{〔1〕}

石经海教授曾是我指导的硕士和博士研究生。他的硕士学位论文“论刑期折抵”，已在承担司法部课题的深化研究基础上，于2008年以“我国刑期折抵制度之检讨”为名出版。如今他的博士学位论文“量刑个别化研究”，在适当修改的基础上，将以“量刑个别化的基本原理”为名出版，并希望我作序，余固欣然为之。

量刑个别化是量刑领域中的一个重要问题。如果说当今最严重的量刑问题是量刑公信力低和量刑效果差的话，则量刑不统一、同案异判、同罪异罚诚然是其中的重要缘由，但最重要的还是对量刑个别化的漠视。基于一切从实际出发、实事

〔1〕 中国社会科学院国际法研究所所长，研究员，中国社会科学院研究生院教授，博士生导师，中国法学会刑法研究会副会长。

求是、具体问题具体分析、共性与个性的辩证关系等哲学基本原理,最核心、最重要的还应是量刑个别化,即本书所主张的,量刑结果与反映犯罪的社会危害性和犯罪人的人身危险性等方面的事实相适应。

就量刑基本运行规律而言,量刑不是简单地把抽象的法律规则应用于具体个案而得出量刑结论,而是基于具体个案的所有相关事实,综合适用所有相关法律规则,并借助严密的形式逻辑推理和理性的辩证逻辑思维,最终得出与反映犯罪的社会危害性和犯罪人的人身危险性等方面的事实相适应的量刑结论。因此,合理的量刑不仅要体现“同案同判”、“同罪同罚”、量刑统一,而且还要体现个案的量刑特质,这是量刑统一化与量刑个别化的有机统一;否则都将违背量刑的基本运行规律,从而损害量刑公信力和量刑效果。

综观近现代世界主要法治国家的量刑规范化探索,无不以提高量刑公信力和量刑效果为基本目标。然而,这些探索诸如美国制定细密化的量刑指南、德日寻找精细化的量刑基准等,最终都因没有收到预期的量刑效果而回归粗略性做法或搁置精密化计划。在这样的背景下,我国实务界和理论界试图利用现代科学技术,进行精密化的量刑规范化探索,寻求一条有中国特色的量刑规范化道路。不可否认,针对如此“世界难题”进行大胆探索,值得称道,但任何探索都不能违背客观规律。世界主要法治国家至今没能用精细化方法解决量刑公信力低和量刑效果差的问题,不是他们不善于把现代科学技术应用于量刑实践,而是既有探索表明,任何忽视量刑个别化的努力,都难以驾驭量刑的基本运行规律。

量刑同时体现量刑统一化和量刑个别化,既是哲学上一般与个别等辩证关系原理的要求和体现,也是罪刑法定、罪责刑相适应、刑法面前人人平等的刑法基本原则内在关系的要求和体现。就后者而言,刑法基本原则之间的关系并不是彼此孤立和相互割裂的,而是内在统一的,即罪刑法定原则作为刑法的精神和灵魂,是刑法基本原则中最核

心的原则,但该原则不是形式化和机械性的,而应以罪责刑相适应原则和刑法面前人人平等原则的基本要求为实质内容。刑法基本原则的如此内在关系及其在量刑问题上的具体体现,决定了量刑既要统一化又要个别化;既要使“同案”适用相同的法律规范(包括量刑基准),又要使量刑结果与反映犯罪的社会危害性和犯罪人的人身危险性等方面的事实相适应。只有这样,量刑才能贯彻刑法乃至刑事法律科学的整体精神和目标要求,量刑的公信力才能真正提高,量刑试图达到的目的效果才能真正实现。

其实,量刑公信力的提高和量刑效果的实现,最关键的不是“同案同判”、“同罪同罚”、量刑统一,而是量刑个别化以公开、透明的方式显现出来。显然,简单的“同案同判”等追求的只是形式公正,而量刑统一化与量刑个别化有机统一下的量刑规范化,追求的是形式公正与实质公正的统一,舍此不能真正提高量刑公信力和实现预期的量刑效果。当事人和公众希望明确知晓对犯罪人的量刑结论是否反映其犯罪的社会危害性、犯罪人的人身危险性等方面的事实,从而正确判断量刑是否公平、公正、合理。因此,解决量刑公信力低和量刑效果差的主要路径,应当是使量刑公开透明及其相应程序制度的完善。

本书从当前实践中和理论上解决量刑公信力低和量刑效果差的做法和理念的主要问题入手,在对量刑个别化进行全面理论定位的基础上,通过深挖量刑个别化的历史渊源、法理基础和哲学原理等理论根基,通过解析量刑个别化在刑事政策、量刑原则和量刑方法等相关基本问题上的表现,通过解构量刑个别化的基本运行基础、运行根据和运行流程,通过评析若干热点判例、热点现象、量刑指导的量刑个别化问题,全面揭示和解读了量刑个别化的基本原理。这对于深入探究量刑问题、深化发展量刑理论,均具有重要意义。

综观本书,作者提出了诸多具有挑战性的观点,如把量刑界定为刑事责任的裁量;认为量刑以量刑一般化指导下的量刑个别化为本

体;量刑的本质是把抽象法律规则与个案事实相结合并上升为理性具体的量刑判决的活动;量刑的运行规律不是抽象法律规则在具体个案中的简单应用,而是根据个案的全部客观事实所转化的刑法上的法律事实,综合刑法的所有相关规定,采用形式逻辑与辩证逻辑相结合的量刑方法,作出与反映犯罪的社会危害性和犯罪人的人身危险性等方面的事实相互适应的量刑结论;量刑的运行过程并非仅是从法定刑到宣告刑的裁量,而是从法定刑到处断刑、宣告刑、执行刑或免刑的裁量。以上等等之观点,大多是我所赞同的,但能否切合量刑实践和为学界所接受,尚需时间来证明。

同时,本书作为“基本原理”,没有就具体问题涉论很多。相关的诸多具体问题,尚需后续研究逐步展开。目前,石经海已进入西南政法大学博士后流动站,与陈忠林教授合作完成“量刑根据实证研究”,并挂职于重庆市第一中级人民法院刑一庭对此进行实证调研。我相信,在不久的将来,他会在量刑根据等方面给我们展现更多新的研究成果。

是为序。

2010年3月18日

谨识于北京景山东隅

目 录

导论 / 1

- 一、为什么要研究量刑个别化 / 1
- 二、研究的思路、立场和方法 / 13
- 三、若干相关范畴的本书解读 / 17

第一章 量刑个别化之基本界定 / 49

第一节 量刑个别化的概念 / 49

- 一、量刑个别化的含义与特征 / 49
- 二、本概念与类似表述的界分 / 52
- 三、量刑个别化与刑罚个别化 / 55

第二节 量刑个别化的本质 / 63

- 一、量刑个别化实为量刑的本体 / 63
- 二、量刑个别化为量刑本体的要求 / 71
- 三、量刑个别化并不排斥量刑统一化 / 74
- 四、量刑个别化是量刑规范化的核心 / 78

第三节 量刑个别化的理念 / 81

2 量刑个别化的基本原理

一、量刑个别化的公正有效理念 / 81

二、量刑个别化的辩证公正理念 / 87

三、量刑个别化的辩证效果理念 / 98

第四节 量刑个别化的功能 / 109

一、实现刑事责任任务的必要方式 / 109

二、实现量刑基本理念的基本途径 / 113

三、实现刑事系统目标的重要保障 / 116

第二章 量刑个别化之理论根基 / 118

第一节 量刑个别化的历史根基 / 118

一、早期朴素量刑个别化的萌生 / 119

二、近代极端量刑个别化的形成 / 125

三、现代理性量刑个别化的进化 / 130

四、量刑个别化的我国认识状况 / 135

第二节 量刑个别化的法学根基 / 141

一、刑事科学系统论原理 / 141

二、并合主义的量刑立场 / 144

三、双重预防的刑罚目的 / 147

四、理性的司法能动主义 / 154

第三节 量刑个别化的哲学根基 / 163

一、一般与个别的辩证关系原理 / 164

二、内因与外因的辩证关系原理 / 168

三、质、量、度的辩证关系原理 / 172

四、形式与辩证的逻辑思维规律 / 175

第三章 量刑个别化之相关解析 / 185

第一节 刑事政策的量刑个别化解析 / 185

一、刑事政策的基本问题梳理 / 186

二、基本刑事政策的量刑个别化解析 / 192	
三、具体刑事政策的量刑个别化解析 / 195	
第二节 量刑原则的量刑个别化解析 / 202	
一、量刑原则的基本问题梳理 / 202	
二、刑法基本原则的量刑个别化解析 / 205	
三、量刑一般原则的量刑个别化解析 / 222	
第三节 量刑方法的量刑个别化解析 / 230	
一、量刑方法的基本问题梳理 / 230	
二、经验量刑法的量刑个别化评析 / 233	
三、现代量刑法的量刑个别化评析 / 237	
 第四章 量刑个别化之运行解构 / 245	
第一节 运行基础 / 245	
一、设置程序 / 245	
二、构架程式 / 249	
三、论证说理 / 254	
第二节 运行根据 / 262	
一、基本界定 / 262	
二、量刑基准 / 275	
三、量刑情节 / 289	
四、量刑制度 / 303	
第三节 运行流程 / 306	
一、量刑运行流程 / 306	
二、处罚配置流程 / 307	
三、刑罚处罚配置 / 314	
四、非刑罚处罚配置 / 328	

第五章 量刑个别化之实务评析 / 331

第一节 若干热点判例的量刑个别化评析 / 331

一、研究生亓某被害案 / 331

二、两老汉粗心烧山案 / 336

三、王某某讨薪杀人案 / 341

四、许某某恶意取款案 / 345

第二节 若干热点现象的量刑个别化评析 / 353

一、辩诉交易 / 353

二、量刑承诺 / 357

三、赔钱减刑 / 360

四、羁押表现 / 364

第三节 若干量刑指导的量刑个别化评析 / 369

一、量刑指南 / 369

二、案例指导 / 378

三、司法解释 / 382

四、专家意见 / 383

主要参考文献 / 386

后记 / 408

导 论

一、为什么要研究量刑个别化

量刑问题是刑法理论的缩图。^{〔1〕}这意味着,刑法理论(乃至刑事法理论)在不同程度和方式上都与量刑问题有关。若刑法的基石范畴可界定为犯罪和刑事责任(以刑罚和非刑罚处罚为实现方式)的话,则这些基石范畴的司法认定与处理,在一定意义上都是为了“量刑”或围绕“量刑”而展开。就犯罪而言,刑法对其构成和概念的规制,虽然在直接意义上是为定罪服务,但在间接意义上还是为了正确和准确地量刑。一方面,量刑以定罪为基础并是定罪的必然延续;另一方面,定罪的实质意义与其说是对犯罪行为进行定性,不如说是给量刑提供必要前提和

〔1〕 参见〔日〕曾根威彦:“量刑基准”,载西原春夫主编:《日本刑事法的形成与特色》,李海东等译,法律出版社、成文堂1997年联合出版,第145页。

恰当基准,^[1]在这个意义上,定罪只不过是获得罪责刑相适应的量刑的基本手段和必要平台。在现实中,人们对行为定性的关注,与其说是在关注定罪本身,不如说是在关注定罪所带来的法律后果——定罪为量刑提供的基本量刑基准。确实,定罪所选定的基本量刑基准(具体法定刑),对犯罪人的命运往往具有决定性的意义。例如,对因故意行为造成死亡结果的行为,辩护方与控诉方对这是故意杀人罪还是故意伤害罪的定性争论,其实质意义就在这个不同定性带来不同的基本量刑基准:前者是“处死刑、无期徒刑或者10年以上有期徒刑”,并在通常情况下优先考虑死刑;后者是“处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑”,并在通常情况下优先考虑10年以上有期徒刑。正是在这个意义上,理论上论者把对犯罪行为的定性即定罪及其法定刑的选择,纳入广义的量刑。^[2]就刑事责任而言,作为犯罪的法律后果,其认定和落实实际上就是量刑。因此,量刑问题是刑法理论的缩图,不仅意味着,刑法基石范畴的合理确定和定罪的实质意义在本质上都是为了正确和准确地量刑,而且还意味着,量刑在整个刑事法及其理论中处于核心地位。

量刑的如此理论地位,在整个刑事法及其学科中都有所表现,或者说整个刑事法及其学科都直接或间接地涉及量刑问题。例如:刑事诉讼法以追究刑事责任的程序为基本内容,这是为保证追不追究刑事责任、追究什么刑事责任和追究什么程度的刑事责任提供程序上的切实保障。^[3]

[1] 笔者不同意当前理论关于量刑基准的理解,认为,量刑基准有基本与派生之分。基本的量刑基准应是犯罪性质认定所相应确定的法定刑即量刑幅度。详见第四章第二节的分析。

[2] 参见萧开权:“刑法与犯罪法”,载《中国刑法词典》,学林出版社1989年版,第414~415页。

[3] 虽然我国在具体量刑活动即狭义量刑活动上尚没有普遍适用的量刑程序,但从广义的量刑活动来看,整个刑事诉讼程序在一定程度上也都是为作出合理量刑结果提供保障的。

监狱法以刑事责任的实现为内容,这既是对量刑结果的落实,也是对量刑合理与否的检验,并为量刑理论与实践的合理发展提供积极经验与消极教训的反馈;刑事司法政策更是根据量刑的“效果需求”予以制定并对量刑提供实质指导;犯罪学虽然关注的主要是减少犯罪、控制犯罪、维护社会安定等社会性问题,但它往往是刑事司法政策的出台背景和制定依据,将直接或间接地影响到量刑法官对刑事责任实现方式的选择及其轻重程度的配置。如此等等之特点表明,整个刑事法及其学科都在一定程度上以量刑问题为中心或与之有关。由此观察,德国 19 世纪最著名刑法学家冯·李斯特先生之所以主张建立包括刑事政策学、犯罪学、刑罚学和行刑学的“整体刑法学”(gesamte-strafrechtswissenschaft),^{〔1〕}我国新中国刑法学的重要开拓者、原北京大学教授甘雨沛先生之所以主张“成立一个具有立法论、适用解释论、行刑论、刑事政策论以及保安处分法的全面规制的‘全体刑法学’”,^{〔2〕}我国当今著名刑法学家、北京大学教授储槐植先生之所以提倡“犯罪学—刑法学—行刑学”三位一体、刑法内部结构合理(横向协调)和刑法运行前后制约(纵向协调)的“刑事一体化”,^{〔3〕}中国社会科学院法学研究所刘仁文研究员之所以提倡“瞻前望后、左看右盼、上下兼顾、内外结合”的“立体刑法学”,^{〔4〕}都在一定程度上缘于量刑问题在整个刑事法及其学科中的核心地位,缘于量刑问题使得整个刑事法及其学科因无法彻底分野而需在理论上和实践中整体化、全体化、一体化及立体化。

然而,量刑问题的如此理论地位,在大陆法系的传统刑法理论

〔1〕 并于 1881 年创办《整体刑法学杂志》,以整合所有关于犯罪现象、犯罪行为、犯罪控制、刑事政策和犯罪预防的科学研究。参见[法]马克·安塞尔:《新刑法理论》,卢建平译,香港天地图书有限公司 1990 年版,第 30 页。

〔2〕 甘雨沛、何鹏:《外国刑法学》(上),北京大学出版社 1984 年版,前言。

〔3〕 储槐植:“建立刑事一体化思想”,载《中外法学》1989 年第 1 期。

〔4〕 刘仁文:“提倡‘立体刑法学’”,载《法商研究》2003 年第 3 期。

中,并未得到应有的彰显。这不仅是“重定罪、轻量刑”观念,使理论上对量刑问题关注甚少,进而没能产出诸多有价值之量刑研究成果,而且与能够形成相对确定性和定论性的定罪问题研究相比,量刑问题的非确定性和非定论性,确实让研究者们望而却步,乃至长期存在着实践中有严重的量刑问题与理论上少有有价值的研究成果的悖论。不过,近年来,随着“重定罪、轻量刑”观念的逐渐转变,在理论上已有很多学者热衷于量刑问题研究,并推出了诸多力作。如在我国就有《电脑与量刑》(1989年,苏惠渔等)、《量刑方法专题研究》(1991年,苏惠渔等)、《量刑的原理与操作》(1991年,顾肖荣等)、《定罪与量刑》(1994年,高格)、《量刑通论》(1994年,喻伟)、《量刑的基本理论研究》(1998年,胡学相)、《中国刑法上的量刑制度与实务》(2003年,阮齐林)、《量刑公正实证研究》(2005,赵廷光)等大作面世。在实践中,实务部门也在积极进行量刑规范化改革的探索,并有地方法院开发了“智能化电脑辅助量刑系统”(俗称“电脑量刑”)或模仿国外的“量刑指南”制定了自己的“量刑指南”,等等。

应当说,任何研究和探索都是有益的,但这并不意味着任何研究和探索都是成功的。从既有理论研究和实践探索的成果来看,许多关于量刑的观点、理论和做法值得肯定,如主张量刑应以犯罪的社会危害性和犯罪人的人身危险性为根据、量刑原则具有层级性、任何量刑均应有基准、量刑应当规范化等。然而,在这些研究和探索中,也同时存在诸多与量刑规律及“量刑问题是刑法理论的缩图”这个基本事实不相吻合的悖论,如在量刑基准的界定及其与具体法定刑关系问题上,研究者一方面把量刑基准界定为“对已确定适用一定幅度法定刑的抽象个罪,在不考虑任何量刑情节的情况下仅依其构成事实所应当判处的刑罚量”(实为具体法定刑),可另一方面又把具体法定刑排除在量刑基准之外;在量刑情节与量刑基准关系问题上,研究者一方面强调量刑基准是“在不考虑任何量刑情节的情

况下仅依其构成事实所应当判处的刑罚量”,可另一方面又事实上把量刑情节作为确定量刑基准的根据;^[1]在量刑基准与量刑的关系问题上,研究者把量刑基准的确定作为量刑活动的一部分(实为定罪活动的一部分),从而怎么也跳不出在量刑中根据量刑情节确定量刑基准的藩篱;在量刑公平、公正、合理的问题上,研究者一方面强调刑罚个别化,另一方面又片面强调“同案同判”、“同罪同罚”、“量刑统一”而漠视量刑个别化;在量刑规范化探索问题上,一方面花费大量人力、财力、物力开发了诸如“智能化电脑辅助量刑系统”的量刑软件,另一方面除了用极其简单的交通肇事案向外界演示该量刑软件的运行状况外,并没有发现它有符合量刑运行规律的应用前景;^[2]在量刑规范化的推行问题上,一方面学习美国制定了细密化的量刑指南或学习德日确定了精细化的量刑基准并使量刑情节数量化,可另一方面如此探索措施的推行又基本上停留在学习、观摩和观望中。如此等等之“悖论”均表明,一方面,任何量刑理论的探究和量刑实践的探索都必须遵循量刑规律,违背量刑规律的理论探究和实践探索终将走入“死胡同”;另一方面,某个量刑探索是否有生命,必须有充分的理论论证其是否符合量刑运行规律。

诚然,针对量刑严重不均的现状及其对量刑公信力和量刑效果的影响和损害,推行以维护量刑公信力和量刑效果为目标的量刑规范化改革,显然是必要而又重要的。但量刑规律表明,无论是量刑指南的制定还是案例指导制度的构建或其他,这个改革都不能片面地强调“同案同判”、“同罪同罚”或“同案异判”、“同罪异罚”,而应基于罪责刑相适应的实质要求,使案件的量刑结果与反映犯罪的社会危害性和犯罪人的人身危险性等方面的事实相适应。否则在刑

[1] 如每增加1人轻微伤增加6个月确定基准刑(即量刑基准),就是把量刑情节作为确定量刑基准的根据。

[2] 时至今日,该软件也没有走出其开发法院,就充分地表明了这一点。

法现代化道路上,我们的量刑规范化改革,就不只是走错了方向,而且还是倒退到绝对罪刑法定主义的历史萌点。因此,基于“量刑问题是刑法理论的缩图”,量刑改革的探索,必须根植于现代刑法理论及其所揭示的量刑规律。任何不要刑法现代化理论及其所揭示的量刑规律的“急功近利”式探索,终将走向失败。

理性地回首我国量刑发展史,实际上我们面临的量刑困境问题,在很大程度上是由于缺乏量刑现代化理论及其所揭示的量刑运行规律所致。正如我国最高人民法院原副院长、二级大法官刘家琛教授所指出:在我国,长期以来,对量刑问题不仅在理论上缺乏深入研究,而且在司法实践中,在部分法官,特别是在相当一部分法院的领导中,存在着“认为处理刑事案件只要事实清楚、证据确凿、定性准确就行了,量刑只要在法定幅度内,轻一点重一点没关系”的错误观念,其结果往往造成一些案件在量刑问题上失轻失重;在适用刑罚种类时,存在运用刑罚手段单一的倾向,往往比较注重使用监禁刑,而忽视运用多种非监禁刑罚,这不仅违反了罪刑相适应原则和影响了社会公众对法院刑事判决公正性的评价,也加大了改造罪犯的成本和难度,使再犯等社会不安定因素潜在增长,不利于社会的长治久安。^{〔1〕} 以上量刑困境的描述,从表面上看是在检讨我国当前量刑的随意性和非个别性,而实质上也是在揭示量刑现代化理论研究的薄弱及其由此带来的量刑理念的片面和量刑规律的背离。

确实,现实中有大量如此的成例。据笔者的调研和多年司法实践的感知,对于大多数法官、大多数案件来说,量刑个别化及其所追求的实质公正与社会效果,较少被关注。例如,有犯罪者蔡某(男,23岁),因帮助朋友“出气”,而先后对同一被害人实施了公开偷拍

〔1〕 参见刘家琛:“量刑必须坚持罪刑相适应的原则”,载 <http://www.falvfagui.com/2006-5-13>。