

量刑根据与责任主义

张
苏◎著

量刑是「艺术」，但亦无法脱离规则，相对于通说的量刑根据，本书所构建的量刑根据可称之为「以责任为基础的量刑根据理论」。目标在于，将人类的道德、价值、善恶内化在量刑规范之中，在情理、法的平衡之中实现公平、正义。



中国政法大学出版社

量刑根据与责任主义

张
苏◎著

量刑是“艺术”，但亦无法脱离规则，相对于通说的量刑根据，本书所构建的量刑根据可称之为“以责任为基础的量刑根据理论”。目标在于，将人类的道德、价值、善恶内化在量刑规范之中，在情理、法的平衡之中实现公平、正义。



 中国政法大学出版社

2012·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

量刑根据与责任主义 / 张苏著. — 北京: 中国政法大学出版社, 2012. 9
ISBN 978-7-5620-4488-8

I. 量… II. 张… III. 量刑-研究 IV. D914. 04

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第217029号

书 名	量刑根据与责任主义 LIANGXINGGENJU YU ZERENZHUUYI
出版发行	中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号) 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088 邮箱 zhengfadch@126.com http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社) (010) 58908586(编辑室) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
承 印	固安华明印刷厂
规 格	710mm×1000mm 16 开本 16.5 印张 260 千字
版 本	2012 年 9 月第 1 版 2012 年 9 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 978-7-5620-4488-8/D·4448
定 价	49.00 元

声 明

1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

序

熊选国*

张苏是我在人民大学担任博士生导师后招收的第一位博士生，按照时下流行的话语，谓之我在人大的“开门弟子”，但我更认同师生的说法。“弟子说”在我国有悠久的历史，春秋时期就有孔子“弟子三千，贤者七十”的说法，孔子不仅是一位大思想家，同时也是一位身体力行的教育家。然而古时为学讲求“辨章学术、考镜源流”，重视学术的传承，固然是为学之道；而另一方面，也容易滋生“门户之见”，阻碍学术的发展，不利学识的传播与传承。欲求学术的真正进步，必须打破门户之见，汉末郑玄博采众家，融合古今，方成一位承前启后的大家。现代教育制度，在科学的教育理念之下，理应走在古人前面，树立一种博取众长的新型师生关系，“融合百家、超越百家”。我对张苏的指导、培养，也遵循了这一思想。

对于量刑问题的研究，我是感受颇深的。早在大学和研究生时代，我就对量刑问题较为关注，进行了一些理论研究，毕业后到最高人民法院工作，使我能够有机会从实务方面考虑量刑问题，担任副院长以后，院里让我主管量刑规范化这项工作，我跑了一些试点法院调查了解情况，如去了云南个旧法院、广东白云法院、江西青山湖法院、福建厦门中院、山西大同中院等，调研审判实践中存在的问题，研究实现量刑公正的方法与途径。就理论与实践的关系而言，实践是检验理论的标准，同时，理论又具有先于实践的品质，量刑改革实践需要正确的理论指导，然而，我国刑法学在量刑理论的研究上是比较薄弱的，在这个问题上我有过一些思考，但量刑作为一种司法实践活动，具有相当的复杂性，量刑改革也是牵一发而动全身，不可能一蹴而就，需要循序渐进，

* 熊选国，教授，博士生导师，刑法学泰斗马克昌先生首届刑法学博士，原最高人民法院副院长、审委会委员、二级大法官，现新疆维吾尔自治区省委常委、政法委书记。

稳步推进。

尽管量刑规范化改革需要稳步推进，但作为理论研究，却不应当有禁区。理论不应当落后时代，应当走在时代的前列，充当时代的先锋，法学理论要为量刑规范化实践提供理论指导和方法论指引，所以，我鼓励张苏要解放思想，在量刑理论上勇于开拓，大胆开展研究，张苏的确做出了很大的努力，他选取了量刑根据这一量刑理论中具有根本性的问题，作为研究切入点，用责任主义原理作为构建我国量刑理论的基础，这样，量刑理论的研究就能深入下去，具有了相当的理论性和学术性。

博士论文作为博士生在校期间学术成果的集中体现，要求具有创新性。正如古人所言，“意匠如神变化生，笔端有力任纵横。须教自我胸中出，切忌随人脚后行。”（戴复古《论诗绝句》）在某种意义上来说，《量刑根据与责任主义》做到了。首先，为了在罪行大小与刑罚轻重之间建立起一定的比例关系，博士论文提出了责任刑的概念，将量刑根据具体化为可以操作的标准，在责任与刑罚之间建立起一种成比例的关系。得出宣告刑之前，根据被告人责任的大小和程度，先确定责任刑，确定刑罚的上限，再根据预防必要性大小对责任刑进行调节，增、减刑罚量，得出宣告刑。其次，张苏提出了通过责任刑限制目的刑，确保量刑均衡的具体方法和步骤。我国经历了漫长的封建社会，旧的刑罚观至今仍有一定的影响，就我国古代的刑罚制度而言，无论是奴隶社会还是封建社会，刑罚制度侧重于通过重刑惩治来达到威慑的效果。商鞅公开主张“禁奸止过，莫若重刑”，反对重罪轻刑，他认为要想“禁奸止过”，不但不能一般地用轻刑，也不能就事论事地“重重而轻轻”。惟一有效的办法就是加重轻罪的刑罚。韩非子也认为，“重罚者盗贼也，而悼惧者良民也”。也就是说，重刑的目的主要不在于惩罚罪犯本人，是为了威吓社会上的其他人，收到杀一儆百的效果。对一人的犯罪处以重刑，可以遏制全国范围的恶行，可是，如果过分注重预防会导致量刑失衡，反而有损公民的守法意识，从根本上也不利于预防犯罪。作者提出通过责任刑限制预防刑，保证刑罚大小始终同被告人应承担的责任相适应的具体方法，既可以实现量刑均衡，也有利于公民提升法规范意识，最终有利于预防犯罪这一刑罚目的的实现。博士论文另外一个新颖之处在于建立了责任刑、目的刑两大量刑情节体系，使得各种法定量刑情节、酌定量刑情节都能够被分门别类地归入体系当中，这对实现量刑

均衡具有十分重要的意义。比如，实践中大量存在酌定量刑情节，有的酌定量刑情节属于影响责任刑的情节，有的酌定量刑情节属于影响预防刑的情节，二者对最终确定宣告刑所起的作用是完全不同的，准确区分影响责任刑的酌定情节与影响预防刑的酌定情节，对准确量刑具有关键意义，过去理论上没有这种区分。一方面，如果影响预防刑的情节成为了升高责任刑的根据，就会导致刑罚偏重；另一方面，如果以教育、改造、预防为目的的情节成为了减、免责任刑的事由，就会导致刑罚被不当地减少，产生量刑失衡。

在构建我国量刑理论的一些基本问题上，张苏也提出了他的见解，例如，他提出将责任主义作为刑法的基本原则，为定罪、量刑提供理论根据；提出用责任主义限制目的主义的一系列方法和途径，既实现量刑均衡，也从根本上实现刑罚的目的；他对刑法文本（含八个修正案），1997年以来的上百个司法解释中的量刑规范进行了全样本的实证研究，得出了立法更加注重均衡，司法过程更加注重功利的结论，这些见解对于推动量刑理论和实务的研究，具有十分积极的意义。本书还探讨了一个比较棘手的问题，那就是刑罚的量化问题，与之相联系的一个问题是，量刑是否存在规律？过去的审判经验能否为未来的量刑提供参照？我对这个问题也有过深入的思考，“人不能两次走进同一条河流。”古希腊哲人赫拉克利特的这句名言，无疑包含着这样一个真理：一切皆在变化，逝去的东西不会重新出现。然而，我们却又常常发现，当人们采用与历史上相类似的方法来应对与历史上相类似的事件的时候，逝去的历史又往往会以类似方式重演。正是在这个意义上，人们又往往会不自觉地两次走进同一条河流。量刑亦是如此，过去的审判经验在一定程度上能够为未来的审判提供参考，但这些量化出来的标准是基于过去的审判经验，可以适用于一般的案件，但未必适用于未来发生的所有案件。因此，作者提出的观点是有一定合理性的。

张苏的博士论文以当下中国量刑的现状与问题为出发点，以具体的问题性思考来承载宏观的体系性思考，将问题性思考与体系性思考结合，这是本文的一个特点。论文具有很强的问题意识，这可能同张苏过去的工作经历有关，张苏在进入博士阶段学习之前就在四川省公安厅工作过，自2008年考入人民大学法学院以后，张苏潜心向学，其刻苦钻研的精神是极为可嘉的，在学业上的进步也是明显的，这篇

博士论文就是最好的证明，作为他的导师，我感到十分高兴。这篇博士论文，是张苏求学经历的一个总结，除张苏本人在学术上的努力之外，还应归功于中国人民大学法学院博士点宽松的学术氛围，人大刑法博士点在高铭暄、王作富、戴玉忠、刘明祥等教授的带领或主持下，既坚持中国刑法学的理论方向，又不排斥对传统理论的反思与检讨，为学术成长与发展提供了宽松的条件。

张苏在其博士论文基础上修改而成的《量刑根据与责任主义》一书，即将由中国政法大学出版社出版，作为他的导师，我由衷地感到高兴。应当指出，量刑作为一种司法活动，是具有相当的复杂性的，书中阐述的有些问题还有深入研究的必要，但纵观全书，无论是作者占有资料的丰富性，分析方法的科学性，还是论证逻辑的严密，语言的朴实流畅等，均体现出作者较为扎实的专业积累和严谨认真的研究态度，本书的出版必将为相关领域研究的深入和拓展提供较大的参考价值。

博士毕业后，张苏选择了继续从事学术研究工作，希望他以此为新的起点，继续努力，充分挖掘自身潜力，在学术道路上大步前进，力争有更多、更优秀的研究成果问世，为我国的法治建设做出贡献。

是为序。

2012年8月1日

序

陈兴良*

张苏的博士论文《量刑根据与责任主义》即将由中国政法大学出版社出版，作者邀我作序，我感到十分荣幸。在张苏读博期间，曾经从人大来北大听了我一个学期的刑法研究生课程，所以对张苏博士论文写作的情况还算比较了解。张苏这篇以量刑根据为主题的博士论文，由于加入了责任主义的视角，因而具有新意，值得推荐。

定罪、量刑与行刑，是刑法适用的三个环节。在这当中，量刑具有承前启后的功能，对于实现罪刑均衡具有重要意义。应该说，在过去相当长的一个时期内，我国刑法学界较为注重定罪问题，而对量刑与行刑则相对忽视。近年来，随着我国刑事法治的发展，在司法实践中开始注重量刑，尤其是最高人民法院推行量刑规范化改革，我国刑法学界也将量刑纳入研究视野。在这种情况下，量刑理论在我国得到了长足的进步，由此为量刑改革提供了理论指导，这是值得肯定的。张苏的博士论文《量刑根据与责任主义》就是在这种背景下写成的，并且是具有较高的学术价值与理论色彩的一篇博士论文。

量刑根据是量刑理论中的一个重大问题，甚至也可以说是根本问题。关于量刑根据，以往传统的理论是社会危害性说，认为刑罚轻重取决于行为的社会危害性：社会危害性大，则刑重；社会危害性轻，则刑轻。这种观点实际上是苏俄刑法学中的社会危害性理论在量刑研究中的运用，有过于简单化之嫌，而且也难以与定罪根据加以区分。此后，我

* 陈兴良，北京大学法学院教授、博士生导师、北京大学法学院学术委员会主任、中国刑法学研究会副会长、中国犯罪学研究会副会长、中国审判理论研究会副会长、中国监狱学研究会副会长、教育部社会科学委员会委员以及国家社科基金学科评审组专家。教育部首批跨世纪优秀人才，国务院政府特殊津贴获得者，教育部文科首批长江学者特聘教授，全国十大杰出中青年法学家。

国刑法学界又引入了人身危险性的学说，将人身危险性作为量刑时应当考量的主要因素。例如，我也曾经在《刑法哲学》一书中提出犯罪本质的二元论，即社会危害性与人身危险性的统一，由此提出刑法目的的二元论，即报应与预防的统一，在此基础上展开对量刑根据的阐述。这个时候，责任主义的观念在我国刑法学界尚未普及，它被来自苏俄的刑事责任理论所遮蔽。只是到了上个世纪 90 年代后期，随着德日刑法知识传入我国，责任主义才逐渐被我国刑法学所接受。在这种情况下，我国的量刑理论被纳入责任主义的视野，它才开始摆脱机械性，具有了相当的学术性。例如在量刑理论中，点的理论与幅的理论等德日学说，结合我国的量刑实践而被采用。至此，量刑理论完成了从苏俄到德日的转变。张苏的博士论文《量刑根据与责任主义》，就是在这样一种学术氛围中写成的，也可以说是采用责任主义研究量刑根据的一个标志性成果。例如在本书中张苏讨论了量刑的责任主义，认为量刑中的责任主义专指消极的责任主义，即“无责任则无刑罚”。这是因为责任主义是限制刑罚扩张，保障公民自由的原则，并非扩张处罚成立范围的原则。消极的责任主义是指在已经归责的前提之下，确定具体判处的刑罚的量，这个量当中可以加入责任以外的预防等政策因素的考虑，但刑罚不能逾越责任的量的上限（能否低于责任的下限存在争议）。这种将责任主义分为归责的责任主义与量刑的责任主义，以及积极的责任主义与消极的责任主义，就是在相当广泛的意义上将量刑纳入了责任主义的考量范围。张苏的博士论文能够在这一理论框架的基础上，将我国的量刑根据理论进一步展开，这是值得赞许的。在具体理论叙述上，本书也有一定的创新性，例如在本书中，张苏提出了“以责任为基础的量刑根据理论”，并对此进行了理论阐述。此外，本书还提出了责任刑与目的刑的概念，相对来说，目的刑的概念较为成熟，而责任刑的概念则较为陌生。张苏认为，责任刑是以责任为基础的刑罚，责任刑的大小与违法性的大小与有责性的程度相适应。责任刑是确保量刑均衡，实现刑罚目的的操作基准。这些理论观点，对于我国量刑理论的深入发展具有重要的理论意义。

张苏的博士论文不仅是责任主义在我国量刑理论中的运用，而且在很大程度上回应了我国司法实践量刑规范化的改革。随着我国刑事法治的发展，我国司法机关从关注定罪问题到关注量刑问题转变，在

司法的公平正义的理念指导下，提出了量刑规范化的课题。量刑的规范化包括了量刑理念的转变和量刑方法的变革，是量刑法治化的重要径路。我国刑法在很大程度上承继了中国古代刑法计赃论罪的传统，具有一定的客观性，以及难以避免的机械性。可以说，在定罪上的一定程度的擅断性与量刑上的一定程度的机械性，较为奇特、较为矛盾地结合在了一起。在量刑问题上，以数额与情节为分界点的量刑档次的划分，具有明显的惟结果论与惟数额论的性质，由此导致量刑的不合理性。例如，近日，媒体报道一起空姐走私化妆品案。被告人李某曾担任某航空公司空姐，在淘宝网上开有一网店，多次以客带货从无申报通道大量携带从韩国免税店购买的化妆品入境而未申报关税，偷逃海关进口环节税达113万余元。法院以走私普通货物、物品罪判处李某有期徒刑11年，并处罚金人民币50万元。对于该案，社会民众普遍认为量刑过重，但司法界人士则认为这一量刑合乎法律规定。这是一起以营利为目的的以客带货偷逃关税案，由此不同于不以营利为目的的以客带货偷逃关税。对于后者来说，无论数额大小（当然，数额也不可能大到那里去），都不能构成走私罪，而只是一个接受行政处罚的问题。因此，李某构成走私罪应该没有争议。其走私数额113余万元，根据原刑法的规定，确实达到了应处10年以上有期徒刑或者无期徒刑的数额标准（50万元）。但必须考虑到2011年的《刑法修正案（八）》已经取消了上述数额标准，改为数额特别巨大。在这种情况下，能否仍然采用原刑法50万元为判处10年以上有期徒刑的数额标准，就是值得考虑的。更为重要的是，走私罪的量刑不仅应当以走私数额作为量刑标准，而且还要考虑行为方式、主观恶性等主客观要素。但目前对走私罪的量刑以走私数额为分界，在此基础上再考虑其他要素。这是过于夸大了走私数额在走私罪量刑中的意义。从李某走私化妆品案可以看出，这种量刑结果虽然合乎法律规定，却与社会公众的一般公正观念相悖，这是值得深思的。我认为，在我国目前的司法实践中，除了定罪失当所造成的量刑失衡以外，由于刑法与司法解释的不合理性而造成的量刑过重现象是客观存在的。这里需要提出的是：只应该对量刑的上限加以限制，不允许超出量刑上限的裁量，否则就是擅断。但不应该对量刑的下限进行限制，否则责任主义无法贯彻。而我国目前对在不具有法定减轻情节的情况下的特殊减

轻加以程序上的限制，须报经最高人民法院核准，以及大量单一地按照数额大小决定量刑幅度等制度，都是以往严打的刑事政策的遗产，在一定程度上有悖于量刑上的责任主义，这是必须加以改革的。当然，这是一个漫长的法律改革过程，不可能一蹴而就。我认为，量刑的理念需要重塑，量刑的原则需要反思。在这当中，量刑理论，尤其是量刑根据理论需要完善。张苏的博士论文在量刑根据问题上所作出的前沿性研究成果，对于我国量刑制度的改革，我相信能够产生积极的与正面的影响。

张苏在考上博士生之前，就有司法工作的经历，通过博士生阶段的学习，在刑法理论上有了较大的提高，博士论文就是最好的证明。尤其难能可贵的是，在博士生阶段，张苏不畏艰辛，跨院校听课，表明了其求知的渴望与真诚。经过认真写作，张苏的博士论文《量刑根据与责任主义》也达到了较高的学术水准，这是值得祝贺的。博士生毕业以后，张苏选择继续从事学术研究，期望张苏在未来的学术研究中能够取得更大的学术成果。

是为序。

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2012年8月2日

目 录

序 / 熊选国	1
序 / 陈兴良	5
导论：我国量刑理论的现状与问题	1
一、问题的提出	1
二、改进我国量刑理论的意义	4
第1章 责任主义的理论与量刑	8
一、责任主义的序说	8
二、责任的本质及其对量刑的影响	15
三、责任的基础及其对量刑的影响	19
四、责任的对象及其对量刑的影响	24
五、实质责任论及其对量刑的影响	29
六、责任主义在量刑中的机能与价值	34
第2章 量刑根据的理论和量刑的基石	42
一、何谓量刑根据	42
二、量刑根据本源问题上的论争	44
三、量刑根据的一般学说	47
四、处理报应与预防关系的学说	55
五、责任是量刑根据的基石	64
第3章 我国量刑根据的反思与检讨	69
一、刑事责任作为我国量刑根据的疑问	69
二、社会危害性作为量刑根据的疑问	77
三、人身危险性作为量刑根据的反思	84
四、我国处理责任与预防关系学说的检讨	87
五、完善我国量刑根据的意义	101

第4章 新量刑根据的理论建构	108
一、责任主义在刑法体系中地位的确立	109
二、新量刑根据的特征	118
三、量刑的理论根据：责任主义	121
四、量刑的操作基准：责任刑	129
第5章 量刑根据两大体系的展开	137
一、责任刑、预防刑两大体系划分的意义	137
二、责任刑体系Ⅰ：体现违法性大小的量刑要素	143
三、责任刑体系Ⅱ：体现有责性程度的量刑要素	150
四、目的刑体系：体现预防必要性的量刑要素	154
五、两大体系划分的绝对性与相对性	157
第6章 立法中量刑根据的实证分析	166
一、立法中量刑要素的分配特征	166
二、法定的责任刑情节	169
三、法定的预防刑情节	175
四、定罪剩余要素转化的责任刑情节	179
第7章 司法解释中量刑根据的实证分析	190
一、为责任刑提供根据的情节	191
二、为预防刑提供根据的情节	208
三、缺乏正当根据的司法解释	214
四、司法解释中责任与预防关系的评析	221
结语：构建我国量刑理论的基石	225
参考文献	232
后 记	245

导论：我国量刑理论的现状与问题

刑罚不应是对付社会某一成员的暴力行为，它应该是公正的、及时的和必需的，在特定案件中应尽可能与其罪行成最小比例，并按照法律来决定。^{〔1〕}

——〔意〕贝卡利亚

一、问题的提出

在世界范围内，责任主义与罪刑法定、法益保护，并列为刑法的三大原则，责任主义既是一个定罪原则，也是一个量刑原则。在定罪中，责任是犯罪的成立条件，在量刑中，责任是量刑的根据，要求刑罚大小与程度与责任的大小与程度相适应，责任大，量刑相应就重，责任小，量刑相应就轻，判处的刑罚不能超过责任的限度。责任主义具有限制刑罚、保障人权的重要功能。

长期以来，我国刑法学界十分注重定罪的研究，比较忽略量刑的研究，量刑的基础理论尤其不发达，世界范围内，责任主义与刑事政策目的是量刑的两大支柱。^{〔2〕}可是，责任主义在我国刑法中一直没有受到应有的重视，不但刑法中没有一席之地，没有被作为刑法的基本原则加以规定，许多教科书中也没有介绍责任主义，使得我国量刑理论的研究从根本上无法深入下去。

一方面，我国刑法理论通说的刑事责任同大陆法系刑法中的责任主义是完全不同的概念，在刑法结构上，我国刑法教科书通说一般采

〔1〕〔意〕切萨雷·贝卡利亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，北京大学出版社2008年版，第18页。

〔2〕在国外，量刑的两大支柱分别是责任主义与刑事政策目的，也称之为责任主义与目的主义。

用罪 - 责 - 刑的结构, 其中的“责”就是这里的刑事责任。在这一结构中, 刑事责任仅仅是作为联结犯罪与刑罚的桥梁, 在该体系之下, 刑事责任由于缺乏实质性的判断内容, 内容较为空洞, 将其作为量刑的根据不具理论指导意义, 也不能有效指导司法实践。虽然自 20 世纪 80 年代, 我国刑法学界就曾经针对刑事责任展开过讨论, 但 30 年过去了, 通说刑事责任的研究也很难说有实质性的进展和突破, 以至于高铭喧教授 2009 年点评中国刑法学体系存在的主要问题时也指出, 中国刑法学体系目前存在的问题主要有以下两个方面, 一个方面是刑法学体系整体来说静态性有余, 动态性不足; 第二个方面是我国的刑法学体系, 犯罪论、刑事责任论、刑罚论三大板块中, 犯罪论、刑罚论比较充实, 但刑事责任论却相对空白, 缺少实质性的内容, 导致在一个行为成立犯罪后, 如何判断其刑事责任大小缺乏应有的标准和依据。高铭喧教授还以许霆案为例, 指出了刑事责任由于缺乏实质性的判断内容, 无法起到在犯罪论与刑罚论之间承担的桥梁和纽带作用。^[1]

另一方面, 我国近年来的量刑规范化正在探索建立一套适合中国的量刑方法, 这起源于审判中“量刑不均衡”、“同案不同判”, 进而影响司法权威, 导致司法公信力下降, 为此, 最高人民法院在 2004 年便将量刑规范化作为司法改革的一项重要内容, 纳入《人民法院第二个五年改革纲要》, 也正是基于来自审判实践的强烈呼声, 学界和实务界都十分重视用定量方法解决量刑失衡问题, 从华东政法学院的苏惠渔教授于 1989 年发表《电脑与量刑》, 到武汉大学赵廷光教授 2004 年完成《辅助量刑系统》; 从苏惠渔、张国全、史建三等教师开展电脑量刑研究, 到北京大学白建军教授, 多年来持之以恒对量刑进行实证研究; 从 2003 年江苏姜堰市法院通过对该院三年来审理的全部刑事案件进行比较分析, 制定了《规范量刑指导意见》, 2004 年山东淄博市淄川区人民法院出台《常用百种罪名量刑规范化实施细则》, 开发出《人民法院电脑辅助量刑系统》, 2004 年山东省淄博市中级人民法院制定数学量刑规则, 推出《数学量刑电脑辅助系统》, 其目标都在于寻找一套客观的、可量化的标准来规范量刑。公平、正义能否

[1] 参见高铭喧: “论四要件犯罪构成理论的合理性暨对中国刑法学体系的坚持”, 载《中国法学》2009 年第 2 期。

通过数学准确定量姑且不论，过分注重技术性规范而忽视基础理论的研究，可能会使量刑理论与司法实践走入新的误区。在本书看来，不重视基础理论的研究，就好像在沙滩上建大厦，大厦建得越高，可能越不安全。实际上，我国量刑理论的根本问题在于缺乏基石，即刑法中没有责任主义，理论滞后表现在司法实践中是：不少地方审判机关没有考虑责任对量刑的制约，不区分责任刑和预防刑，不对影响责任刑的情节与影响预防刑的情节进行区分，目的刑（以刑事政策为目的的刑罚）任意突破责任刑的上限，使被告人承受超过责任限度的刑罚，违背世界通行的责任主义原则。笔者在调研中发现，检察官、法官基本上没有责任刑的概念，一定程度上这是刑法理论研究滞后带来的，也正是由于基础理论研究的阙如，使得一些规范性文件在量刑的步骤和量刑的方法上都违背了责任主义，责任刑对目的刑的制约和限制作用无从体现，导致量刑失衡。

理论原本应当为实践提供指导思想和方法论，可是，在我国量刑理论并不发达的前提下，刑法理论“心有余而力不足”，根本无法为量刑活动提供足够的理论支撑，不少地方法院在规范化文件中依然沿用旧的，来自前苏联的刑事责任理论，将刑事责任作为量刑处罚轻重的根据，理论的滞后掣肘着量刑改革实践，总结全国推行量刑规范化的120多个法院的规范性文件，关于量刑轻重的根据，绝大多数表述为：“对被告人依法判处刑罚，应当符合犯罪的社会危害性和被告人的人身危险性，与被告人的罪行及其应当承担的刑事责任相适应。”在有关量刑的规范性文件和司法解释中，没有考虑责任刑与目的刑的关系，责任刑对目的刑的限制机能并没有得到表现，为了教育、改造、特殊预防，甚至为了一般预防的需要，预防刑可能突破责任刑的上限。

理论滞后给实践带来的问题，最让人担心的，可能不在于实践没有了理论的指导，而是长此以往，司法实务界会对中国刑法理论彻底丧失信心，因为，当理论不能自圆其说时，当理论捉襟见肘时，司法实践开始会无所适从，时间长了，就不会再求助于刑法理论，难怪司法人员办案时，总是期待上级司法机关出台司法解释，颁布量刑规范化文件，而很少运用刑法理论，积极地解释刑法、适用刑法。

二、改进我国量刑理论的意义

当前我国的量刑规范化改革，同我国法治领域的其他改革一样，既立足于中国的司法实践，也合理借鉴了德日、英美的先进理论，但也应当注意，以量刑基准理论为参照建立的量刑方法，客观上需要新的理论为其提供方法论上的指导，反之，如果依然适用旧的理论，那么，量刑方法上的革新多少要受到旧理论的掣肘，“新瓶装旧酒”并不利于量刑规范化地开展。^{〔1〕}如果旧理论不被突破，新方法的效果就会受影响。直接表现在一些地方法院的量刑规范化文件中，都没有考虑责任刑对预防刑的制约，预防刑可以突破责任刑的上限。这明显是没有考虑责任在量刑中的基础性地位，没有对各种量刑事由进行准确划分，比如，实践中存在大量酌定情节，有的酌定情节属于影响责任刑的情节，有的酌定情节属于影响预防刑的情节，二者对最终确定宣告刑所起的作用是完全不同的，准确区分影响责任刑的酌定情节与影响预防刑的酌定情节，对准确量刑具有关键意义，可是，实践中却并没有这种区分，一方面，导致大量影响预防刑的情节成为了升高责任刑的根据，导致刑罚偏重；另一方面，导致一些以教育、改造、预防为目的的情节成为了减少、甚至免除刑罚的事由，导致刑罚被不当地减少，最终产生量刑失衡。这些都会使得基准刑量刑法的适用效果大打折扣。

量刑在根本上要仰赖法官的经验，在英美、大陆法系均如此，如美国大法官霍姆斯曾有著名的论断，“法律的生命不在逻辑，而在经验”。法律文本无法将所有量刑事由一一加以规定，何况案件之间千差万别，加之正义观念的变动不居，必然要求法官能动地适用法律，所以本书并不否认经验量刑法在量刑中的作用。可是，凭借经验量刑不能成为滥用刑罚权的藉口，过去在审判实践中，由于对责任在量刑中的地位与机能缺乏系统研究，也缺乏相关的制度设计，量刑时过多考虑了责任刑之外

〔1〕 我国的司法改革习惯于实践先行，理论跟进，然而，理论的滞后却时时掣肘着实践，一方面，建立了新的基准刑量刑法，另一方面，审判实践依然沿用旧的刑事责任理论作为量刑时处罚轻重的根据，总结全国推行量刑规范化法院的规范文件，关于量刑轻重的根据，一般表述为：“对被告人依法判处刑罚，应当符合犯罪的社会危害性和被告人的人身危险性，与被告人的罪行及其应当承担的刑事责任相适应。”个别表述不同的，也指出量刑要同被告人的刑事责任（社会危害性与人身危险性）相适应。