

北大刑法博士文丛（源）

陈兴良摇总主编

刑事裁量权论

——在划一性与个别化之间

周长军摇著

中国人民公安大学出版社

· 北摇京 ·

目摇摇录

导论·····	员
一、研究动因·基本术语·····	员
二、研究状况·研究范围·····	缘
三、研究方法·研究架构·····	愿
第一章摇刑事裁量权的概念·····	猿
一、裁量权释义·····	猿
二、刑事裁量权界说·····	缘
第二章摇刑事裁量权的场域·····	远
一、事实认定·····	远
二、程序运作·····	苑
三、罪之确定·····	怨
四、刑之量定·····	愿
第三章摇刑事裁量权的基础·····	愿
一、刑事裁量权的哲学基础·····	愿
二、刑事裁量权的法学基础·····	怨

三、刑事裁量权的心理学基础·····	袁袁
四、刑事裁量权的政治学基础·····	袁范
第四章 摇刑事裁量权的模式·····	袁袁
一、弱裁量权·强裁量权·····	袁袁
二、极端宽松型·严格紧缩型·松紧适度型·····	袁远
三、自由型·私利型·政策型·压力型·····	袁袁
第五章 摇刑事裁量权的价值·····	袁源
一、正价值·····	袁远
二、负价值·····	袁缘
第六章 摇刑事裁量权的技术——以法官为范例的分析·····	袁源
一、法律解释·····	袁远
二、先例识别·····	袁员
三、司法认知·····	袁源
四、刑事推定·····	袁远
五、法律推理·····	袁远
第七章 摇刑事裁量权的原则·····	袁袁
一、合法原则·····	袁袁
二、比例原则·····	袁袁
三、平等原则·····	袁愿

四、诚信原则·····	四九
五、协调原则·····	四九
第八章 刑事裁量权的政策·····	四九
一、刑事裁量与刑事政策·····	四九
二、刑事政策的国际趋势·····	四九
三、刑事政策的国际趋势对刑事裁量权配置的影响·····	四九
四、中国刑事裁量的政策之维·····	四九
第九章 刑事裁量权的主体·····	四九
一、法官裁量权·····	四九
二、检察裁量权·····	四九
三、警察裁量权·····	四九
四、三者的关系与发展趋势·····	四九
第十章 刑事裁量权的界限·····	四九
一、刑事裁量权的运作界限·····	四九
二、刑事裁量权的控制基准·····	四九
第十一章 刑事裁量权的控制·····	四九
一、刑事裁量权的控制总论·····	四九
二、刑事裁量权的控制分论·····	四九

第十二章 裁量性司法：中国未来刑事司法的走向·····	源原
一、刑事裁量权的运作规律·····	源原
二、我国刑事裁量权的立法配置与运作现状·····	源源
三、裁量性司法：中国未来刑事司法的走向·····	源园
主要参考文献·····	源园
后摇记·····	源愿

总摇序

《北大刑法博士文丛》即将由中国人民公安大学出版社陆续出版。作为主编，我感到十分高兴。随着法学教育的发展，每年毕业的博士生人数越来越多，博士论文作为获得博士学位的前提，成为一种学术成果的重要载体，受到学界的高度重视。博士论文的水平，也成为衡量一个博士点的质量高低的重要指数。在这种情况下，在已经答辩通过的博士论文中，择其优者经过修订予以出版，也是对学术界的一种贡献。北京大学刑法学博士点是我国培养刑法学专业博士生的一个重要基地，自1984年建点以来，已经培养了数十名博士生，并曾经系统地出版过博士论文集。这次在中国人民公安大学出版社出版的《北大刑法博士文丛》是这一出版活动的延续。我在主编本文丛的时候，择优入选博士论文，主要基于以下三个标准：

一是选题新。刑法学是一门发展较为成熟的部门法学科，到目前为止博士论文已有数百篇，已经出现一些重复选题的现象。因此，在选题上如何出新，就是一个值得研究的问题。入选本文丛的博士论文，我要求选题一定要新。这里的新，既指没有相同选题的博士论文，更指开启新的学术领域。陈旧的选题是很难在内容上出新的。因此，选题新就成为入选的一个基本前提。

二是观点新。博士论文虽然力求通过，但仍然给学术创新留下了一定的空间。如果在观点上都是一些陈词滥调，没有任何独创之处，就不可能成为一篇好的博士论文。因此，观点新是对博

士论文的一个基本要求。这里的观点新，就是指论文在内容上具有一定的原创性，而不是资料堆砌或者文献综述。应该说，这是一个较高的要求。当然，观点新也并非是非标新立异，而是要在承接前人研究成果基础之上的推陈出新，这就要求作者具有扎实的学术基础。

三是表述新。表述虽然只是一个形式问题，但我以为也是必须引起我们充分重视的。长期以来，我们在刑法理论研究中已经形成了某种固定的程式，按照这种程式写出来的论文在表述方法上是十分陈旧的，给人一种似曾相识之感，缺乏新意。我一直倡导一种新的表述方法，能够给人以别开生面之感觉。表述是一种文字功夫，虽然只是学术的载体和外表，但好的表述使你的观点更引人入胜，更具有吸引力。

达到以上三个标准的博士论文，才是优秀的博士论文，这是我对本文丛入选标准的一点看法。我期待有更多的优秀博士论文能够入选。当然，由于出版资源有限，我们每年只能出版三至五本，这些博士论文应该是北京大学刑法学博士论文中的佼佼者。本着宁缺毋滥的原则，我将严格把关，力争使本文丛的博士论文在质量上达到较高的学术水平。尤其是在论文的选题上，我将更侧重于前沿性的理论问题。博士论文的出版，对于培养学术新人来说，是一项功德无量的工作。对于那些立志将来献身学术研究的博士生来说，博士论文将是他辘的第一本个人专著。对于那些投身司法实践工作的博士生来说，博士论文也许是他辘的最后一本甚至是唯一的一本个人专著。因此，包含个人心血的博士论文能够出版，这是一件幸事。对此，我是深有体会的。想到十多年前，我出版本人博士论文时的艰难，更为自己能够为学生的博士论文的出版助一臂之力而感到快慰。不是么？

最后，我还要感谢中国人民公安大学出版社对本文丛出版所给予的大力支持。中国人民公安大学出版社在刑事法学术著作出

版方面成绩卓著，已经成为刑事法学术著作出版的“重镇”，本文丛的出版就是一个明证。

是为序。

陈兴良

谨识于北京锦秋知春寓所

圆年 远月 圆日

序

陈兴良

周长军是 1990 年 9 月从北大法学院毕业的，毕业以后又进入中国政法大学博士后流动站，师从卞建林教授从事刑事诉讼法学研究。经过修订增补，周长军的博士论文《刑事裁量权论——在划一性与个别化之间》即将付印。作为导师，我又重读了一遍周长军的博士论文，感到经过修订增补以后，博士论文内容更为充实，观点更为成熟，这是十分可喜的。

我认识周长军已有十二年之久了。记得是在 1998 年春季，我应邀到川大法学院为刑法专业 1998 级硕士研究生讲授刑法分论，当时周长军就是该年级的学生。课程本来是安排了两周，但因接到学校要评教授职称的紧急通知，我只讲了一周就乘火车匆匆返京。此后我就投入到教学科研的忙碌之中，偶然也听到一些川大法学院 1998 级刑法专业同学们的一些信息。周长军从川大法学院硕士毕业以后，回到老家山东大学法学院任教，由于教学需要，没有教刑法，而是转行教刑事诉讼法。不过，周长军很快就完成了角色的转换，一头扎进刑事诉讼法领域，发表了一些论文。尤其是和川大法学院左卫民教授合著的《刑事诉讼的理念》（法律出版社 1999 年版）和《变迁与改革——法院制度现代化研究》（法律出版社 2000 年版）两书，使周长军在刑事诉讼法学界崭露头角。2001 年春天，周长军向我表达了想到北大法学院攻读博士学位的意愿，此时周长军已经在山东大学法学院被破格晋升为副教授。对于接纳从事刑事诉讼法教学科研的周长军来

北大法学院上刑法专业博士生，我并没有过多的犹豫。因为经过1994年至1996年在北京市海淀区人民检察院的两年挂职锻炼，我已经对刑事诉讼法产生了浓厚的兴趣，并且深信刑法与刑事诉讼法之间是能够而且应当打通的。虽然北大法学院在博士生阶段有专业之分，但北大法学院还是强调并且有能力提供通识教育的。经过考试，周长军正式被北大法学院录取，成为刑法专业第四级的博士研究生，在北大法学院三年学习期间，周长军付出很多，他不像有些在职学习的同学那样只在北大报个到，大部分时间仍然忙于工作，而是在北大法学院整整呆了三年，听了不少课（包括各种各样的讲座），读了不少书（主要是补读刑法方面的书）。功夫不负有心人。在这三年中，周长军的学识是大有长进的。在博士论文选题的时候，我建议周长军选择一个能够兼容刑法与刑事诉讼法的题目。经过慎重考虑，周长军的博士论文定题为《刑事裁量权研究——在划一性与个别化之间》。

刑事裁量权，按照周长军在博士论文中的界说，是指广义的刑事司法机关及其成员在刑事案件的处理过程中，根据法律的授权和案件的具体情况，在两个或两个以上的选择项中进行斟酌并作出合理决定的权力。由此可见，周长军对刑事裁量权的理解是广义的，既包括刑法中的裁量权，如定罪的裁量权与量形的裁量权；也包括刑事诉讼法中的裁量权，如事实认定权与证据采信权等。在这个意义上，正如周长军所言：“刑事裁量作为刑事司法活动的基本组成部分，贯穿于刑事诉讼的整个过程中。具体而言，在事实认定、程序运作、罪之确定与刑之量定中都存在着刑事裁量活动。”因此，周长军是从刑法与刑事诉讼法两个方面对刑事裁量权进行研究的，从而充分施展了周长军在刑法与刑事诉讼法两个方面的学术才能，这是这篇博士论文的成功之处。

美国著名法学家罗斯科·庞德曾经把规则与裁量的此消彼涨看做整个人类法律发展史的基本线索。庞德指出：“有关稳定必

要性与变化必要性之间的协调问题，从某个方面来看，变成了一个在规则与自由裁量权之间进行调适的问题，变成了一个在根据确定的规则（或至多根据从严密确定的前提所作出的严格的推论）执行法律与根据多少受过训练的有经验的司法人员的直觉进行司法之间进行调适的问题。”^①由此可见，法律史是由规则与裁量的互动所构成，规则体现的是法律稳定的一面，而裁量则反映法律变动的一面。就此而言，规则与裁量是法律的稳定性与变动性的统一。从另一个角度来看，规则又是体现法律静态的存在，而裁量则是体现法律动态的存在；只有通过裁量，法律才能被适用于个案。因此，对于法治来说，无规则当然无法治，但若虽有规则而不行，同样也无法治可言。以此观之，规则与裁量是法律的规范性与适用性的统一。在以前的法学研究中，我们更重视对规则的规范法学的研究。因此，规范法学永远是法学知识形态的主流部分。对于裁量的研究则相对缺乏，因此法学理论难以生动起来。现在，周长军的博士论文关于刑事裁量权的研究，可以被看做一种动态法的研究或者法的动态研究的标志性事件。

在博士论文的结尾，周长军提出了“裁量性司法”的命题，认为这是中国刑事司法的走向。当然对此是需要加以解释的，否则会与刑事法治的理念相悖。我感兴趣的是周长军引入了裁量权的总量守恒规则，美国律师协会在 19 世纪 70 年代的一次大规模调查表明，刑事司法体制自身处于一种相对自我平衡的状态，其不同的部分相互依赖，资源配置处于这样一种样式：试图改变其中任何一部分，控制任何一个结论点，都会影响其他部分。因此，周长军的结论是，在刑事裁量权总量不变的前提下，应当对不同主体的刑事裁量权加以适当调整。具体方案是：在整体上紧

^① [美] 罗斯科·庞德：《法律史解释》，邓正来译，中国法制出版社 2004 年版，第 100 页。

缩警察裁量权的同时，减少乃至废除立法解释以及最高人民检察院和最高人民法院的司法解释，加强法官在具体个案中的法律适用解释权，限制法官的程序性裁量权和刑罚裁量权，同时强化检察机关在刑事司法过程中的裁量权。对于这一设想，我是赞同的，但本文的缺点也恰恰在于此，即整个刑事裁量权的研究，实际上还是以刑事诉讼法为主的，刑法上的刑事裁量权或多或少地被忽视了。或者在某种意义上说，对刑法上的刑事裁量权与刑事诉讼法上的刑事裁量权在本文中有时没有能够清楚地界分。因此，本文更像是一篇刑事诉讼法学的博士论文。当然，只要写得好，论文的专业归属并不重要，这是我的看法。

周长军将来可能还是以刑事诉讼法学的教学科研为主，但他有刑法博士生学习的这段经历，对于他从事刑事诉讼法学的研究应当是有益无害的。其实，学问是相通的，专业的界限是可以被打通的。我期望周长军在以后的学术研究中，能够自由地穿行于刑法与刑事诉讼法之间……

是为序。

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

圆年 苑月 圆日

法律永远是部分原则加部分权力。

——埃尔曼（《比较法律文化》）

如果说刑事立法是确立原则，那么刑事司法就是裁量权之行使。

——陈兴良（《刑法的人性基础》）

法律的实施比之法律的制定重要得多。

——托马斯·杰斐逊（《法律之门》）

导摇摇论

一、研究动因·基本术语

(一) 研究动因的交代

员援问题的提出

“有法可依，有法必依，执法必严，违法必究”是我国法治建设的十六字方针，至今仍是我们努力的目标和方向。在社会生活中，违法必究、有罪必诉、有罪必罚也是社会公众对刑事司法机关的期许和要求。按照这种期许，只要有充分证据确认被告人的行为已经构成犯罪，刑事司法机关就必须对被告人予以追诉和定罪科刑，以最大程度地营造一种“法网恢恢，疏而不漏”的社会治安景况，使社会公众形成尊法、信法的意识，使社会走向和平与安康。

但在现实的案件处理过程中，对于证据的价值、事实的判定以及法律的理解往往并不是那么黑白分明、一目了然，以致不同的司法人员可能会作出不同的判断和处理，而又没有明确的据以确定何者正确、何者错误的规定或者标准。在此意义上可以说，每一种判断似乎都是法律允许的。换言之，刑事司法实践中存在着大量的裁量性活动，并对“有法必依，执法必严，违法必究”的目标形成了冲击。下面试举几例加以说明。

个案一：哈尔滨的“天价虎骨案”。

据《法制日报》~~四四年~~年 圆月 员日、~~四四年~~日的报道，~~四四年~~年 员月，黑龙江省牡丹江林业公安局用 ~~四~~多天的时间，破获了一起

倒卖珍贵孟加拉虎骨的特大走私案件，并收缴了远架虎骨。随后，此案被移送到牡丹江市中级人民法院林业分院审理。犯罪分子被判刑后，虎骨一直被封存在牡丹江市人民法院林业分院。2005年10月10日上午，该院院长赵立华与审判员李建国及司机将虎骨取出销毁时，将一部分虎骨分掉。后经牡丹江林业司法局一副局长及一位律师举报，黑龙江省纪检委组成专案组调查核实后，此案被指定由哈尔滨市太平区人民检察院侦查。鉴于案情重大，此案由哈尔滨市太平区人民检察院报送哈尔滨市人民检察院向哈尔滨市中级人民法院提起公诉。在此案诉讼过程中，至少有两个方面引起了控辩双方的激烈争论与社会各界的密切关注。

一是虎骨鉴定出天价。哈尔滨市人民检察院指控，2005年10月下旬，时任牡丹江中级人民法院林业分院院长的被告人赵立华在与该院审判员、被告人李建国，法警、被告人陈雷预谋以销毁该院扣押的虎骨的手段非法占有虎骨。数日后，李建国、陈雷在征得赵立华的同意后，将卷柜内的价值150000元的虎骨猿袋拿出后，将其中一部分分成猿份归为己有，剩余的部分销毁。后来，二人各留一份虎骨，将另一份送给赵立华。案发后，从赵立华处收缴虎骨1500斤；从李建国及其朋友处收缴虎骨1500斤；从陈雷及其朋友处收缴虎骨1500斤。庭审中，检察机关向法院提交一份黑龙江省价格认证中心出具的《价格鉴定结论书》，引起辩护人及旁听者的强烈反应。该鉴定结论认为，按照林业部有关文件规定，虎属于国家一级重点保护陆生野生动物。该鉴定标的虎骨具有特殊利用价值，也是导致虎死亡的主要原因，国家严禁经营，故作出价格鉴定结论为：每具完整虎骨的价格为150000元，鉴定标的远具虎骨价值共计150000元。此案中所涉及的这150000斤虎骨价值要按猿具整个虎骨的价值计算，为150000元。

二是适用法律出空白。猿名被告人的辩护人则认为，上述鉴定结论书于法无据，不应作为本案定案的依据。此鉴定书的重要

依据——林业部的上述文件不能作为价值鉴定的依据。1997年
国家计划委员会、最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合
发布的扣押、追缴、没收物品估价管理办法第5条规定，价格
事务所必须按照国家法律规定和最高人民法院、最高人民检察院
司法解释以及其他价格法规，客观及时地估定扣押、追缴没收物
品的价格。结合本案，林业部的这一文件既不是法律，又不是司
法解释和法规，更不是价格法规；林业部的此文件不适用本案。
从适用范围看，文件适用野生动物保护型的案件，而本案是贪污
贿赂案件。另一方面，从制定此文件的依据看，可以判断此文件
也不适用本案。因为它所依据的都是非法杀害、猎捕、出售、收
购、运输珍贵濒危野生动物及其制品的规定，这一规定是主要打
击杀害、猎捕、买卖濒危野生动物的人，而不是打击要销毁虎骨
时突发贪心的人，况且林业部的这一文件违反我国价格法第5条
和第6条的规定，它的定价不能算做政府定价；根据1997年
国务院关于禁止犀牛角、虎骨贸易的通知，虎骨不允许买卖、交
易，没有参考价格，因此作价是不准确的。此外，此案的被告人
不知这些虎骨价值1500万元，也没有得到这样多的利益。我国
刑法第150条规定，“明知自己的行为会发生某种危害社会的
后果，而希望或放任这种结果的发生”才能构成故意。而这
被告人不明知，如何认定他们的主观恶意？法庭辩论中，公诉
人也认同了辩护人的意见，认为目前确实没有可以参照的价格，
在法律上也没有明确的规定，故鉴定是比照作出的。

最后，哈尔滨市中级人民法院认可了黑龙江省价格认证中心
出具的价格鉴定结论书的认定，对被告人的辩护人1997年10月
提出的重新鉴定的申请未予采纳，并据此一审判决黑龙江省林区中
级人民法院原副院长赵立华被判处有期徒刑15年；该院原审判
员李建国被判处有期徒刑15年；该院原司机陈雷获刑10年。法
院认为，根据被告人陈雷在本案中所处地位、作用，应认定为从