

— 刑 事法学专题研究书系 —

LIANGXING LILUN
RUOGAN WENTI TANJIU

量刑理论 若干问题探究

陈 庆 著

事法学专题研究书系

LIANGXINGLILUN
RUOGANWENTI TANJIU

量刑理论 若干问题探究

陈 庆 著

 知识产权出版社
全国百佳图书出版单位

内容提要

长期以来,我国刑法学界侧重犯罪理论的研究,甚少探讨刑罚理论,尤其忽略了对量刑理论的探讨。本书选取了量刑理论中的量刑机制、量刑原则、量刑情节、量刑基准、量刑步骤五个问题进行深入探讨,认为应当重视量刑机制概念,通过此概念实现量刑的程序法和实体法、量刑的制度设置和运行规律的有机统一。以量刑中的责任主义为理论基石,本书还探讨了量刑原则的重构理由和具体重构方案,辨析了量刑基准的基本对立观点,提出量刑情节应有新的分类和考察方式,最后以上述内容为基础确立了量刑中应当遵循的考察步骤。

责任编辑:江宜玲 责任出版:卢运霞

图书在版编目(CIP)数据

量刑理论若干问题探究/陈庆著. —北京:知识产权出版社,2011.6

ISBN 978-7-5130-0507-4

I. ①量 … II. ①陈 … III. ①量刑—研究 IV. ①D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 064792 号

量刑理论若干问题探究

LIANGXING LILUN RUOGAN WENTI TANJIU

陈 庆 著

出版发行:知识产权出版社

社 址:北京市海淀区马甸南村1号

邮 编:100088

网 址:<http://www.ipph.cn>

邮 箱:bjb@cnipr.com

发行电话:010-82000893 82000860 转 8101

传 真:010-82000893

责编电话:010-82000860 转 8339

责编邮箱:jiangyiling@cnipr.com

印 刷:知识产权出版社电子制印中心

经 销:新华书店及相关销售网点

开 本:880mm×1230mm 1/32

印 张:7.5

版 次:2011年6月第1版

印 次:2011年6月第1次印刷

字 数:168千字

定 价:28.00元

ISBN 978-7-5130-0507-4/D·1195(3409)

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

引 言

量刑指确定刑事责任的程度和实现方式。一个刑事个案，在确定是否犯罪和罪名之后，在罪刑配置明确的前提下，究竟该如何裁定具体的刑罚，作到罪刑相适应，是一个古老而常谈常新的问题。

长期以来，我国刑法学界侧重犯罪理论的研究，甚少探讨刑罚理论，而这些刑罚理论的研究也更侧重于刑罚的目的、刑罚的体系和具体种类、具体的刑罚制度等问题，而忽略了对量刑理论的探讨。但近几年量刑成为我国刑法学界探讨的热点问题，和刑事司法学界探索的重要课题。这些探讨集中在量刑情节的冲突及解决方案、量刑基准等问题，而对量刑原则的重构、量刑步骤、酌定量刑情节的适用等问题鲜见论述。这些鲜见论述的问题对司法实践有着重大的意义。量刑原则指引着具体的量刑活动，酌定量刑情节存在于每一个待判决的刑事案件之中，量刑步骤的确立和遵循直接关系到最终的量刑结果，对这些问题如何作答，对于法官自由裁量权、个案公正、刑罚个别化、整体量刑的平衡、法制统一的影响都是巨大的。

限于篇幅，笔者选取了量刑理论中的量刑机制、量刑原则、量刑情节、量刑基准、量刑步骤五个问题进行深入探讨，提出应当重视量刑机制概念，通过此概念实现量刑的程序法和实体法、量刑的制度设置和运行规律的有机统一。以量刑中的责任主义为理论基石，探讨了量刑原则的重构理由和具体重构方案，辨析了

量刑基准的基本对立观点，提出量刑情节应有新的分类和考察方式，最后确立了量刑中应当遵循的考察步骤。

希望这些探索，能为量刑理论和司法实践作出点滴贡献。

目 录/CONTENTS

第一章 量刑概述 /1

第一节 量刑的概念 /1

第二节 量刑的特征 /7

第三节 量刑的立法例 /10

第四节 量刑的机制 /15

一、量刑机制的运行规律 /15

二、当前量刑机制运行中存在的现实问题 /18

三、完善量刑机制的路径 /22

第二章 量刑原则 /25

第一节 量刑原则概述 /25

一、量刑原则的含义 /25

二、量刑原则的确立意义 /26

第二节 对《刑法》第61条和现有量刑原则的考察

/27

一、对《刑法》第61条的考察 /27

二、对现有量刑原则的理论考察 /29

第三节 量刑原则的确立根据 /36

第四节 我国刑法中量刑原则的重构 /46

一、刑责相适应原则 /47

二、责任刑限制特殊预防刑原则 /63

三、量刑合法（量刑适法）原则 /75

第五节 立法中量刑原则的具体表述 /81

一、学者的设计 /81

二、笔者的观点 /83

第三章 量刑情节 /85

第一节 量刑情节概述 /85

一、量刑情节的概念和特征 /85

二、量刑情节与定罪情节应予区分的两种情况 /88

第二节 法定量刑情节 /90

一、法定量刑情节的法律规定 /91

二、法定量刑情节的分类 /96

三、单一法定量刑情节的适用 /100

四、多个法定量刑情节并存时的适用 /106

- 第三节 酌定量刑情节 /114
 - 一、酌定量刑情节的界定和范围 /114
 - 二、酌定量刑情节应当法定化 /123
 - 三、酌定量刑情节的分类 /129
 - 四、与酌定量刑情节相关的几个事项 /135
-

第四章 量刑基准 /148

- 第一节 量刑基准的分类和意义 /148
 - 一、量刑基准的概念 /148
 - 二、量刑基准的意义 /154
- 第二节 狭义的量刑基准的含义 /156
- 第三节 《人民法院量刑指导意见》中的量刑基准是
量刑标准 /162
- 第四节 对量刑基准基本观点的辨析 /166
 - 一、量刑基准是否是量刑的刑量起点 /166
 - 二、量刑基准来源于具体个罪还是抽象个罪 /167
 - 三、量刑基准是“想象性”的东西还是“实在性”的
存在 /169
 - 四、基准事实的选择是构成标准还是隐化犯罪构成
/170
 - 五、基准刑能否承担刑罚预防功能所要求的刑罚责任
/171

六、基准刑是一个点还是一个幅度	/173
第五节 实证的量刑基准的确定标准和方法	/176
一、观点述评	/177
二、应弱化量刑标准的起点意义，强调其标准意义	/187

第五章 量刑步骤 /192

第一节 对《人民法院量刑指导意见》中量刑步骤的评析	/192
---------------------------	------

第二节 依量刑中的责任主义所确立的最核心的量刑步骤	/194
---------------------------	------

一、影响责任刑的要素优先于影响预防刑的要素考察	/194
-------------------------	------

二、影响责任刑的酌定量刑情节的考察	/195
-------------------	------

三、影响预防刑的酌定量刑情节的考察	/203
-------------------	------

第三节 法定刑幅度单一时的量刑步骤	/208
-------------------	------

第四节 多档法定刑幅度时的量刑步骤	/211
-------------------	------

后记	/223
----	------

参考文献	/225
------	------

第一章 量刑概述

第一节 量刑的概念

关于量刑的概念，国内外学者表述不一，各有千秋。

(一) 德日及我国台湾刑法中对量刑的界定

(1) 日本学者的定义。量刑一词在日本学者的著作中又被称为“刑的量定”或“刑之酌科”，有狭义说、广义说以及最狭义说和最广义说。从狭义上讲，量刑就是裁判所对特定的行为者宣告科以特定的刑罚；从广义上讲，量刑指该特定刑罚的选择决定过程“刑罚适用”的整个过程。广义的量刑除包括狭义的量刑之外，还包括宣告缓刑和免刑、保护观察等处分。川崎一夫把刑量的决定称为“狭义的量刑”，把包含了刑量、具体的刑种及附随效果的决定称为“广义的量刑”。松尾浩也区别了最狭义的量刑（决定刑量，即自由刑的刑期或者财产刑的金额）、狭义的量刑（决定刑量、选择刑种）、广义的量刑（决定刑量、选择刑种以及决定是否免除刑罚、是否缓刑）及最广义的量刑（决定刑量、选择刑种以及决定是否免除刑罚、是否缓刑，还包括决定是否予以附随处分，例如，卖春防止法中的辅导处分和公职选举法中的停止公民权）。●

● 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) 德国学者的定义。在德国，量刑被分为法律的量刑和法官的量刑。法律的量刑，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，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。法官的量刑就是我们通常所说的量刑。[●]

(3) 我国台湾学者的定义。根据我国台湾地区“刑法”第57条的规定，量刑也称为科刑。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。[●]

可以看出，在德日及我国台湾地区，法官的量刑都经过了从法定刑经处断刑再到宣告刑的过程。对于具体犯罪适用法定刑时，往往要对法定刑进行修正。即当存在刑罚加重或减轻事由时，就要对法定刑进行加重或减轻，从而确定处断范围。加重与减轻后的处断范围就是处断刑。[●]如《德国刑法典》第49条第1款规定，在法律规定或者许可减轻刑罚的，适用下列各项规定法定刑为终身自由刑的，由3年以上自由刑代替。有期徒刑允许至多科处法定最高刑的3/4，该标准同样适用于确定罚金刑日额金的最高额。自由刑的最低刑为10年或者5年时，降低至2年；自由刑的最低刑为3年或者2年时，降低至6个月；自由刑的最低刑为1年时，降低为3个月；其他情形

● 冯军：“量刑概说”，载《云南大学学报（法学版）》2002年第3期，第27页。

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

● 张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社2007年版，第405页。

降低至法律的最低限度。《日本刑法典》第 47 条规定：并合罪中有两个以上判处有期徒刑或者有期监禁的犯罪时，应将最重的罪所规定的刑罚的最高刑期加其 1/2 作为最高刑期；但不得超过对各罪所规定的刑罚的最高刑期的总和。《日本刑法典》第 48 条第 2 款规定并合罪中有两个以上的罪判处罚金时，应当在各罪所规定的罚金的最大数额的总和以下处断。《日本刑法典》第 57 条规定，再犯的刑罚，是对其犯罪所规定的刑罚的最高刑期的两倍以下。除此之外，《日本刑法典》第 68 条和第 72 条还专门规定了加重或减轻处罚的方法和适用顺序。如果同时具备加重和减轻处罚的事由，要根据《日本刑法典》第 72 条的规定，先按照加重处罚的幅度对法定刑进行修正，在此基础上，按照法律上减轻处罚的幅度进行第二次修正，如果还具备其他法定或者酌定量刑情节，需在此基础上再次修正，最后在确定的处断刑范围内选择适当的宣告刑。[●] 我国台湾地区“刑法”也有类似的处断刑的规定。

由上可见，按照处断刑的规定，德日和我国台湾地区的法官在量刑中，如果遇到符合刑法规定的加重或者减轻处罚事由，对某个犯罪所对应的法定刑按照加重或者减轻处罚的幅度进行修正后得到的刑度就是处断刑，然后在处断刑的范围内选择适当的宣告刑。

（二）美国刑法中对量刑的界定

美国刑法中的量刑模式有 4 种：（1）立法模式，即法律上对犯罪行为规定了绝对确定的刑种和刑度，法律没有给法官量刑上

● 张明楷译：《日本刑法典》，法律出版社 2006 年版，第 30-31 页。

的自由裁量权。(2) 司法模式,即法律上对犯罪行为规定的是相对确定的法定刑,法官对具体案件宣告的是确定刑。(3) 行政模式,即法官对具体案件宣告的也和法律规定的一样,是相对确定的幅度刑,称为“不定期刑”。由于法官宣告的是不定期刑,犯人实际执行的刑期由行政系统——假释委员会(通过监狱当局)来确定。可见,这种量刑模式法官有自由裁量权,行政系统更有自由裁量权,所以称这种量刑制度为行政模式。(4) 混合模式,也称司法、行政混合模式。在许多州,对轻罪的量刑采用司法模式,法官宣告定期刑;对重罪的量刑采用行政模式,法官宣告不定期刑。目前美国的主要量刑模式是行政模式——不定期刑。但从 20 世纪 70 年代中期开始,美国出现了“定期刑运动”,即量刑制度改革运动。^①

(三) 我国内地学者对量刑的界定

量刑,在我国刑法理论界,也叫做刑罚裁量、刑罚量定,或者叫做狭义上的刑罚适用。我国内地刑法学者对于量刑的概念界定主要有:

观点一,我国有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。^② 这种关于配刑的观

① 储槐植:《美国刑法》,北京大学出版社 2005 年版,第 251-252 页。

② 邱兴隆:“配刑辩”,载《现代法学》1999 年第 2 期。

点大致相当于德国刑法中法律的量刑和法官的量刑。

观点二，量刑是指审判机关代表国家对已经构成犯罪的行为人，依法裁量决定应服刑罚的刑种及刑期的审判活动。从广义上说，对判处3年以下有期徒刑或拘役的罪犯宣告缓刑、对判处死刑的罪犯宣告缓期执行及对犯罪情节轻微的罪犯免于刑事处罚，都属于量刑活动。^①

观点三，是指法院针对具体案件中的特定行为人进行的、在对法定刑进行必要修正后所得到的处断刑的范围内决定宣告刑所展开的必要裁量活动。^②

观点四，量刑是指法院审理刑事案件过程中，在对被告人行为定罪的基础上，裁量决定对被告人是否判处刑罚、判处何种刑罚以及判处多大刑量的司法活动。^③

观点五，按照通说的观点，量刑是指人民法院在对被告人正确定罪的基础上，根据其犯罪事实、量刑情节和刑事法律规定，决定对被告人是否判处刑罚、判处何种刑罚以及决定具体执行方式的刑事审判活动。

在观点三中，量刑是从法定刑经处断刑再到宣告刑的过程，很明显，这样的观点受到了德日刑法理论中处断刑概念的影响。我国刑法理论中并未明确引入处断刑概念，但不表明在量刑的过程中法官可以直接从法定刑飞跃到宣告刑。按照德日的刑法理

① 苏惠渔等：《量刑与电脑》，百家出版社1989年第1版，第1页。

② 吴情树：“处断刑的引入：量刑程序设置的实体要求”，载《刑事法评论》2009年第2期。

③ 刘远：“量刑原理探究”，载《甘肃政法学院学报》2009年第9期。

论，处断刑是修正法定刑的事由，而不是直接加重与减轻宣告刑的事由。在我国刑法中，对法定刑的修正由量刑情节完成，对量刑情节的考察和适用在量刑过程中实际上是从法定刑到宣告刑的立足点。鉴于处断刑概念在我国刑法理论中的不成熟，当前界定量刑适用该概念并不合适。

除此之外，上述分歧的关键点之一在于量刑活动应当包括哪些具体内容。针对观点二，首先，缓刑制度是行刑制度还是量刑制度；其次，免于刑事处罚是否属于量刑的范畴；再次，对判处死刑的罪犯宣告缓期执行是否是量刑的范畴。

缓刑制度是法官在已经裁量决定刑罚具体分量的基础上，决定附条件的不执行原判刑罚的制度，我国刑法中对于缓刑制度的规定主要是适用条件、考验期、法律后果等由法官具体决定的内容，我国刑法理论一般将其放在量刑制度进行探讨，因此缓刑制度可以归入量刑制度，当然这并不妨碍在执行制度中对缓刑的具体考察方式和减刑等内容进行探讨。免于刑事处罚是法官决定不适用刑罚的问题，法官在量刑活动中，对于情节比较轻微的案件，首先决定是否免于刑事处罚，如果需要给予刑事处罚，再决定具体刑量的轻重。免于刑事处罚的判断在此类案件中是量刑的第一步，因此应属于量刑的范畴。至于死刑缓期两年执行是对死刑适用条件的限制，属于我国死刑制度的组成部分，当然也应属于量刑活动的内容。

总之，法官从法定刑出发，对犯罪人决定宣告刑的整个过程就是量刑。它包括法官确定对符合条件的、犯罪人适用缓刑，也包括对符合条件的、判处死刑的犯罪人适用缓期两年执行。确切地说，人民法院依照特定的步骤和程序，根据犯罪人的罪行和刑

事责任大小，决定对犯罪人是否适用刑罚以及刑罚的刑种、刑度以及是否立即执行的整个过程都是量刑，它除了裁量特定的刑罚外，还包括免于刑事处罚。

第二节 量刑的特征

量刑活动应当具有以下特征：

（一）刑罚裁量权的行使主体是人民法院

根据我国宪法和相关法律规定，审判权统一由人民法院行使，其他任何机关、团体或个人都不享有。刑法裁量权作为刑事审判权的重要组成部分，是刑罚权实现过程中的一个重要环节，也是一项只能由人民法院进行的司法活动，其他任何机关无权对犯罪人量刑。

但德国刑法认为量刑本质上是立法者与法官的“共同活动”，立法者所设立的法定刑是决定刑量和刑种的首要标准。在立法层面上，立法者正是通过在总则中规定处断刑，将各种加重或减轻处罚的情形进行类型化，并衡量这些加重或者减轻处罚情形可能对刑罚造成的影响，自行对确定的法定刑进行修正，从而限制法官对具体犯罪人决定宣告刑时的自由裁量权，保障刑罚个别正义的实现。因此，可以说量刑是立法者与法官的共同活动。^①如前所述，处断刑由两部分内容组成，一部分是对法定刑的具体

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

修正；另一部分则是加重减轻事由，包括法律上的事由与裁判上的事由，前者是法律明文规定的事由，如日本刑法规定的累犯、自首等，相当于我国刑法中的法定量刑情节；后者是法官认定的事由，如犯罪的动机、目的，犯罪时所受的刺激等，在我国刑法中一般被称为酌定量刑情节。

尽管我国刑法并未明确规定裁判上的事由，但在我国刑法理论中，立法者通过在总则中对从重和从宽事由的明确规定，限制了法官在量刑时对法定刑的无限制适用。鉴于我国刑法理论中并无处断刑的专门概念，在立法中也未明确处断刑在何种程度和何种顺序上对法定刑予以修正，而且量刑的步骤和过程也尚在理论探讨中，并无定论，因此，将量刑的主体确定为人民法院，更符合我国当下的刑法立法和理论。将来，如果我国刑法引入处断刑概念来明确量刑的过程，那么在理论中将量刑分为立法者的量刑和法官的量刑也无可厚非。

（二）量刑的对象是犯罪人

《中国大百科全书（法学卷）》曾将量刑界定为“审判人员审理刑事案件后，根据一定的原则和应考虑的各项情节，依法权衡轻重，对被告宣告一定的刑罚或免于处罚”。[●]确切地说，量刑的对象是犯罪人，而不是被告人。刑事诉讼过程中的被告人可能被宣告无罪，从而不进入量刑程序，法官只能在确认行为构成犯罪的基础上对犯罪人进行刑罚裁量，因此，量刑的前提是被告人的行为被确认构成犯罪，量刑的对象只能是犯罪人。

● 《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。