



海南大学
刑事法文丛



量刑公正论

黎其武
著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



海南大学
刑事法学文丛

量刑公正论

黎其武 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

量刑公正论 / 黎其武著. — 北京:法律出版社,
2011.6

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2179 - 9

I. ①量… II. ①黎… III. ①量刑—研究 IV.
①D920.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 098726 号

©法律出版社·中国

责任编辑/侯 鹏

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/永恒印刷有限公司

编辑统筹/法律教育出版分社
经销/新华书店
责任印制/张宇东

开本/A5
版本/2011年6月第1版

印张/9.75 字数/260千
印次/2011年6月第1次印刷

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 - 2179 - 9

定价:25.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

引言	1
第一章 量刑公正概述	12
第一节 量刑概念辨析	12
第二节 量刑公正的概念及标准	23
一、量刑公正的概念	23
二、量刑公正的标准	26
第三节 量刑公正与自由裁量权	38
一、自由裁量权辨析	38
二、量刑公正与自由裁量权	41
第二章 量刑公正基本理论	49
第一节 罪刑关系	49
一、定罪与罪行	49
二、罪行和法定刑	60
第二节 量刑原则	66
一、量刑原则的种类	66
二、量刑原则的内涵	70
第三节 刑罚裁量类型	80
一、从轻从重处罚	80
二、减轻处罚	89
三、免除处罚	101
四、数罪并罚	106

2 量刑公正论

第四节 量刑情节·····	118
一、量刑情节概念·····	118
二、定罪情节和定罪剩余构成事实转化而来的量刑情节·····	122
三、禁止重复评价原则辨析·····	127
四、量刑情节适用若干问题辨析·····	133
五、量刑情节体系·····	146
第三章 量刑公正基本方法·····	156
第一节 量刑模式和量刑方法·····	157
一、量刑模式介评·····	157
二、量刑方法分类·····	167
第二节 常见量刑方法介评·····	170
一、估堆量刑介评·····	171
二、先例判决制度介评·····	177
三、量刑基准介评·····	183
四、《美国量刑指南》及其“中国式量刑指南”介评·····	196
五、量刑规范介评·····	201
第三节 数量化量刑探讨·····	206
一、刑罚数量化·····	206
二、量刑情节数量化·····	218
三、量刑数量模型·····	237
第四章 量刑与电脑·····	261
第一节 法律与信息技术·····	261
一、信息技术概说·····	261
二、信息技术在法律领域的应用·····	265
第二节 量刑专家系统的开发·····	272
一、电脑量刑的理论与实践·····	272
二、电脑量刑技术实现例介·····	276
第三节 电脑量刑之提倡·····	287
主要参考文献·····	293
后记·····	306

引言

在刑事审判实践中,受各种主客观因素的影响,量刑失衡或量刑偏差以及由此引发的量刑不公问题,是世界各国普遍存在的现象。正如多年前美国前参议员埃德伍德·M. 肯尼迪所言,“量刑是国家的丑闻,不同的法官对被指控有类似罪行的被告科以截然不同的刑罚,一位可能被判缓刑,而另一位罪行相似的被告则可能被判长期监禁。”〔1〕在我国,量刑偏差问题尤为严重。例如,某法院对同一地区相同时间盗窃价值相当财物的两个犯罪人,一个判处2年有期徒刑,一个判处10年有期徒刑。〔2〕又如,福建周宁县陈某强奸少女和妨害作证案,一审对其强奸罪判处有期徒刑3年,对其妨害作证罪判处有期徒刑1年,决定执行有期徒刑3年;二审对其强奸罪判处有期徒刑8年,对其妨害作证罪判处有期徒刑5年,合并执行有期徒刑12年。〔3〕再如,广州轰动一时的许霆案,一审判处许霆无期徒刑;

〔1〕 [美]克莱门斯·巴特勒斯:《矫正导论》,中国人民公安大学出版社1991年版,第75、76页。

〔2〕 刘家琛主编:《当代刑罚价值研究》,法律出版社2003年版,第4页。

〔3〕 刘以宾:“300%的量刑‘误差率’”,载《百姓》2004年第5期。

重审判处其5年有期徒刑；〔4〕浙江湖州“临时性强奸”案，其中一犯罪人一审被判处3年有期徒刑，二审被判处11年有期徒刑。〔5〕还如，某高校刑法教研室曾设计150个案例，向近千名刑事审判人员进行量刑问卷调查。结果显示：150个案例的平均量刑差为5.08年，其中不乏个案的量刑差达15年。〔6〕有学者曾在一个由50名在职司法人员组成的研究生班上作了一个实验：“一人犯有数罪，分别被判处有期徒刑四年、五年、六年、七年，详细案情写于问卷上，问题是如果由你来确定执行的刑罚，刑期是多少？理由是什么？结果有两人的答案为20年，最低的刑期有一人的答案是10年，11人的答案为15年，所处刑期最大相差竟有10年，在理由一栏中有22人写的是凭感觉之类的话，其他的理由各不相同。”〔7〕

量刑偏差的后果是严重的，正如英国哲学家培根所言：“一次不公正的裁判，其恶果甚至超过十次犯罪。因为犯罪是无视法律——好比污染了水流，而不公正的裁判则毁坏法律——好比污染了水源。”我国著名量刑专家赵廷光教授指出，量刑偏差的恶果是：“刑事案件的上诉申诉率居高不下，大量消耗国家有限的司法资源，增大当事人诉讼成本，给‘情’、‘权’介入诉讼提供游刃空间，导致不同程度的司法腐败，侵蚀和破坏法律肌体，严重降低刑罚适用的效益。一方面，量刑畸重则侵犯被判刑人的合法权益，动摇其认罪服法心理，影响其洗心革面的决心，致使犯罪人及其亲友对国家产生抵触情绪，引起人民群众对罪犯的同情，甚至造就一批残酷报复社会的累犯和极少数死心塌地与社会为敌的死硬分子；另一方面，量刑畸轻则会放纵

〔4〕 佚名：“许霆恶意取款案”，载新华网：http://news.xinhuanet.com/legal/2008-01/09/content_7390710.htm。访问日期：2008年1月20日。

〔5〕 佚名：“协警‘临时性’强奸案重审加刑8年”，载腾讯网：<http://news.qq.com/a/20091231/001778.htm>。访问日期：2010年2月3日。

〔6〕 参见苏惠渔等著：《电脑与量刑》，百家出版社1989年版，第10页。

〔7〕 任江海：“数罪并罚之限制加重原则的适用及立法完善”，载《湘潭大学社会科学学报》2002年第26卷。

犯罪,助长犯罪人的侥幸心理,削弱刑罚阻止其再次犯罪功能,丧失警戒社会上不稳定分子的作用,违背民众的正义要求,造成被害人及其亲友对国家强烈不满。因此,解决量刑偏差是事关国家长治久安和社会稳定的重大问题。”〔8〕的确,量刑不公难以维护犯罪人的合法权益,难以维护被害人的正当权益,难以维护社会利益和秩序,难以实现刑罚的目的。量刑不公将直接损害司法的公正、权威形象,极易导致被害人及亲友与犯罪人、司法人员之间的对立,动摇社会对司法和法治的信心。而近年来,随着我国法制建设的完善和法治社会的推进,人民群众对公平正义的需求急速增长。一些量刑显失公正的案件经媒体曝光后,在社会各界产生了强烈不满。例如,上述许霆恶意取款一案,引起了全国媒体和普通大众的持续关注。网友几乎都表达了“量刑过重”的网络民意,甚至法律界人士纷纷引经据典为许霆开解。人们不仅争辩此案的罪与非罪以及量刑轻重,而且广泛探讨涉及平等保护、有效辩护、程序正义、罪刑相适应等诸多现代司法理念。针对量刑不公,连年近90的著名心血管病学专家陈灏珠院士十年前也著文呼吁量刑改革。〔9〕足见人民群众对量刑公正的渴求。

目前,对我国量刑偏差产生的原因,学界常常归结为法官素质不高、审判体制不合理、行政干预、社会舆论等与量刑理论和方法无关的因素。例如,有学者认为量刑不平衡具有以下六个方面的原因〔10〕:“刑事立法不完备,法律条文粗糙简单,法定刑幅度过大是造成量刑失衡的先天原因”;“法官自身的因素造成了量刑不平衡”;“审判体制方面的因素”;“审判人员头脑中的错误观念直接影响了量刑的平衡。”“行政机关的干预”;“治安形势的影响”;“社会舆论的干

〔8〕 赵廷光著:《量刑公正实证研究》,武汉大学出版社2005年版,第8页。

〔9〕 陈灏珠:“建议细化我国《刑法》量刑的幅度”,载《前进论坛》2000年第4期。

〔10〕 胡学相:“论量刑的平衡”,载《人民司法》2004年第4期。

扰”。有学者认为造成刑罚失当的原因有三^[11]：审判人员的素质、社会舆论的干扰、案外人员的影响。某高级法官认为量刑失衡的原因可概括为主客观两方面，主观方面的原因是“法官作为个体的人，其自身综合素质在不同程度上影响量刑”；客观方面的原因是“立法不完备”、“司法公正链条的因素影响”和“各种社会干预”。^[12]也有学者把量刑失衡的原因分为主观和客观方面，客观方面的原因是法律因素、判例因素、审判体制因素、社会舆论因素和其他机关的不正当干扰；主观方面的原因是审判人员的个人素质，^[13]等等。

毋庸置疑，法官素质不高、审判体制不合理、行政干预、社会舆论等因素的确影响着量刑的公正性；但它们在何种程度上，对量刑不公起到什么样的负面作用，学者们并没有进行深入分析。如果笼统地将量刑偏差的原因归结于这些因素，极易使人们认为量刑不公的本质原因就在于这些因素的干扰；换言之，只要解决好这些问题，克服量刑偏差就不再成为难题。对此，笔者持否定看法，并认为从整体全局上考察，上述学者们所罗列的因素决不是造成我国量刑不公的本质原因，而是外部的次要因素。理由如下：

首先，不可否认，刑事立法不完备，法律条文粗糙简单，法定刑幅度过大，的确是造成量刑偏差的先天原因。但面临这样的立法，我们是不是只能将错就错，毫无作为呢？答案显然是否定的。一方面，量刑属于刑事司法问题，只能严格依照刑法规范进行，任何超越刑法规范的量刑活动都是没有法律依据的；换言之，即使“刑事立法不完备，法律条文粗糙简单，法定刑幅度过大”，这也只是刑法的修改问题，而不是其适用问题，量刑仍须严格遵守这样的刑法规范。所以，在量刑问题上，“法律不是嘲笑

[11] 刘家琛主编：《当代刑罚价值研究》，法律出版社2003年版，第5、6页。

[12] 龙光伟：“论量刑失衡及其对策”，载《吉林大学社会科学学报》2003年第2期。

[13] 苏惠渔等著：《量刑与电脑——量刑公正合理应用论》，百家出版社1989年版，第11~23页。

的对象”，反而是衡量量刑是否公正的唯一最高权威准则；否则，将没有可衡量的统一标准。另一方面，尽管从理论上讲，我国刑法确实有待完善：刑法条文粗糙简单、法定刑幅度过大，但这种缺陷在没有得到立法修正，出台更科学的规范之前，在司法中我们找不到比它更科学合理的量刑规范（立法层面上）；换言之，这种有缺陷的立法仍旧是目前最为科学的量刑规范，即意味着最公正的量刑规范。当然，对立法上的缺陷，“熟视无睹，被动挨打”固然不对，而更应该在现行刑法框架内积极寻找合理的量刑理论和方法，也一定能找到这样的理论和方法。所以，“袖手旁观”式“指责”立法缺陷的做法对解决量刑不公无济于事。我们更应该主动出击，把目光和精力集中在如何在现行刑法框架之内谋求量刑公正。另外，现代刑法规范本身往往具有较高的抽象性和包容性；追求刑法条文烦琐、精细并不符合现代刑法立法趋势。换言之，现代刑法不可避免会出现条文抽象，法定刑幅度过大的现象。例如，日本刑法典 260 余条；韩国刑法典 340 余条；俄罗斯刑法典 360 余条。同时，受刑法新派的影响，20 世纪以来现代刑法典对各罪法定刑幅度总体上规定得都比较宽泛，这有利贯彻刑罚个别化的思想和教育刑的理念。正如有学者所言，“我国刑法中虽然的确存在法定刑幅度过大的事实，但是它们仍然属于可以容忍和可以接受的范围。”^{〔14〕}如其批评指责立法者或者提议修改刑法，不如认真对刑法进行合理解释。总之，立法先天不足并不必然决定量刑活动就后天营养不良。

其次，行政干预和社会舆论等因素同样只是影响量刑的外部因素，这一点已得到相关研究的证实。例如，上述高校刑法教研室对全国近千名司法人员进行量刑问卷调查，其结果表明量刑偏差达到了令人难以理解的地步。又如，美国联邦判决差

〔14〕 周光权：《法定刑研究》，中国方正出版社 2000 年版，第 194 页。

异协会做过这样一个实验^[15]：让法官们对一假设逃税案的犯罪人量刑，结果3名法官处罚款，23名法官同意给其缓刑，28名法官给其1~5年的有期徒刑。再如，有研究人员对50名司法人员做了一个实验^[16]：对分别被判处有期徒刑四年、五年、六年、七年的数罪，并罚的刑期是多少？结果2人的答案为20年，1人的答案是10年，11人的答案为15年……从上述研究来看，被调查的司法人员在作出量刑决定时，不存在任何外界干扰和压力，也不存在任何利益冲突和“潜规则”的作用，量刑偏差为什么还如此之大？专业的审判人员尚且如此，一般法律人士或者普通国民对同一案例作出的量刑预测相差又是多大呢？想来都令人不寒而栗！问题到底出在哪里呢？在没有任何外来因素的条件 下，问题只能出在审判自身，即量刑不公的本质因素并不是判例、审判体制、社会舆论等客观因素。另外，如果理论上认为量刑不公的本质因素是外界的干扰，这不仅是对量刑不公真实原因的遮盖，在某种意义上更是对量刑不公的助长，因为在我国外界干扰常常超越了审判人员所能左右的范围，以此来解释量刑不公，正好成了审判人员量刑擅断的免责牌和司法腐败的避风港！

最后，审判人员个人素质的差异只是形式上量刑不公的原因，并不是本质原因。正如上述，在没有任何外来干扰的情况下，量刑不公的原因可能源于审判人员自身素质的差异。但是否可以推论，只要审判人员素质（尤其是业务素质）得到大幅度提高，那么量刑不公问题的解决就水到渠成呢？或者说，是不是法官素质高的国家就不存在量刑偏差问题呢？笔者认为，并非

[15] 董岩：“从法官的自由裁量权看美国的刑事判决”，载《外国法学研究》1987年第3期。

[16] 任江海：“数罪并罚之限制加重原则的适用及立法完善”，载《湘潭大学社会科学学报》2002年5月。

如此！一般认为，英美等国法官整体素质之高是我国法官所不能相比的。如果法官素质决定量刑公正，那么就可以认为英美等国就不存在或相对很少存在量刑不公的问题。然而，事实上并非如此。例如，上述美国前参议员将量刑称为“国家的丑闻”。再如，美国司法判决委员会曾对几个联邦地区法院作了另一次调查，从中发现，芝加哥和纽约的法官中有30%对同样的被告是否适用徒刑的问题上意见不一致，至于具体刑期的分歧就更为明显。^[17]前几年，美国爆发安然公司与美国能源公司（Dynergy）量刑不公的争议。“安然前CEO法斯托的过失，给投资者造成500亿美元的巨大损失，也仅仅被判入狱5年；而Dynergy前副总裁奥利斯却因为一桩‘区区’3亿美元的财务丑闻而被判刑24年。”^[18]20世纪70年代，量刑不公引发了美国量刑改革运动，并因此在1987年制定了《美国量刑指南》。在英国，刑事立法除对每种犯罪规定最高刑外，不再以任何方式限制法官的自由裁量权，因而量刑偏差日益严重。例如，该国内政部研究小组罗杰·塔林在其研究报告中，揭示了遍及英格兰和威尔士的640个小审判庭在量刑中的种种差异。^[19]最近几年，英国进行了如火如荼的量刑改革。^[20]总之，把量刑偏差的本质原因归结为法官素质的高低难以站得住脚。

笔者认为，在合理界定量刑内涵的前提下，通过理论创新，找到科学的量刑方法，才是量刑公正的基本保障。试想，如果对怎么样量刑，如何具体操作刑罚裁量等问题，理论上都难以回

[17] 董岩：“从法官的自由裁量权看美国的刑事判决”，载《外国法学研究》1987年第3期。

[18] 刘美卿：“美爆发量刑争论”，载《上海证券报》2004年4月2日。

[19] 转引自苏惠渔等著：《电脑与量刑——量刑公正合理应用论》，百家出版社1989年版，第5页。

[20] 胡云腾主编：《中美量刑改革国际会议论文集》（序言），中国法制出版社2009年版，第10页。

答,量刑必然失衡。正如赵廷光教授所言,虽然“量刑偏差在我国产生的原因是多方面的,历史上重刑主义和左倾思潮的影响,学术研究和司法实践重定罪轻量刑的片面倾向,刑事立法对量刑缺乏严格具体的要求,是‘估堆’量刑在我国得以流行的先天土壤,以致量刑偏差成了不可避免的现象。”但“理论上未能提供实现量刑公正性的科学方法”是产生量刑偏差的关键所在。^[21]毛泽东同志曾说:“在这里,工作方法的问题,就严重地摆在我们的面前。我们不但要提出任务,而且要解决完成任务的方法问题。我们的任务是过河,但是没有桥或没有船就不能过。不解决桥和船的问题,过河就是一句空话。不解决方法问题,任务也只是瞎说一顿。”^[22]如何实现量刑公正这一任务,我们也不能“瞎说一顿”,而要找出实现量刑公正的科学方法。显然,“法官素质不高”、“审判体制不合理”、“行政干预”、“社会舆论”等这些因素不是“桥和船”。如果把它们认定为“桥和船”,必将误导实现量刑公正的理论研究和实践探索。

笔者认为,在没有找到科学的量刑方法前,要实现量刑公正犹如纸上谈兵!这犹如扶贫工程,仅帮落后地区修好路,搭好桥,购置先进的农具,却不因地制宜地提供脱贫致富的办法,其结果也只能是救一时之穷!尽管从一般意义上探究克服量刑偏差的方法时,认为“在刑事司法中树立科学、合理、人道、文明的刑罚价值取向仍然是治本之策,刑罚价值取向的正当与否直接决定着刑罚的合理性、正当性”,^[23]并无不妥;但这些抽象的价值取向难以为刑罚裁量提供具体操作的理论和方法,仅具有宏观指导意义。因此,构建一套科学的量刑理论和方法,才是解决量刑偏差的根本出路。尽管刑事古典学派代表人贝卡里亚认为“能够有把握认识这些真理的人,仅仅是各

[21] 赵廷光著:《量刑公正实证研究》,武汉大学出版社2005年版,第8页。

[22] 《毛泽东选集》一卷本,人民出版社1964年版,第125页。

[23] 刘家琛主编:《当代刑罚价值研究》,法律出版社2003年版,第13页。

国和各世纪的少数思想家”。〔24〕刑事社会学派代表人李斯特认为“报应理论所要求的犯罪和刑罚之间的均衡,将我们的法官推到了一个完全无法解决的难题面前”。〔25〕但是,我们应当知难而上,在自主创新上狠下工夫;西方国家刑法学者不能解决的这个被称为“哥德巴赫猜想”的“世界难题”,中国刑法学者未必不能解决。正如某大法官所言:“在人类刑法文明史上,量刑公正始终是人们不懈追求的崇高目标。从某种意义上说,一部人类刑法文明史,就是一部为实现刑罚目的而不断探索量刑公正的历史。只要我们勇于量刑的司法实践,大胆量刑的理论创新,不断探索,积极尝试,量刑公正的崇高目标一定能够达到。”〔26〕

多年来,我国理论界对实现量刑公正一直进行有益的探索。最近几年,随着我国法院将量刑公正作为司法改革的重点,理论界对实现量刑公正的研究热度徒增,取得了不少成果。但整体而言,对于实现量刑的公正的基础理论,学界可谓众说纷纭,其分歧集中体现在对相关概念、范畴及其关系的理解上。例如,对法定刑,学界就存在这样三种观点:罪名确定法定、罪行确定法定刑以及这两种观点的折衷;同时,由于法定刑是刑罚裁量的基础,上述观点的争鸣就必然导致在具体刑罚裁量上产生进一步的分歧。学界对量刑概念、量刑公正标准、罪刑关系、量刑原则、量刑情节适用等其他量刑理论的基本内容,也是各抒己见,远未形成共识。对直接求得宣告刑的量刑方法而言,学界也是仁者见仁,智者见智。20世纪80年代,我国学界和实务部门就已经认识到了估堆量刑的弊端,并开始探索科学的量刑方法,其研究的方向和成果主要表现为以下几方面:第一,将数量概

〔24〕 贝卡里亚著:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,第66~67页。

〔25〕 李斯特著:《德国刑法教科书》,徐久生译,法律出版社2005年版,第464页。

〔26〕 沈德咏:“论量刑公正”,载《中英量刑问题比较研究》,中国政法大学出版社2001年版,第11页。

念引入量刑领域中,通过采用不同的数量关系(如决策理论、层次分析和数量模型等^[27])描述量刑中的各种关系,构建有别于估堆量刑的定量量刑。第二,不少学者主张借鉴《美国量刑指南》,构建我国的量刑指南,期以实现量刑公正。^[28]第三,通过量刑基准,为法官运用法定刑设置一道起码的栅栏,防止量刑擅断。^[29]第四,遵循先例量刑。^[30]第五,赵廷光教授提出的量刑方法,其主要内容可总结为以下4点^[31]:(1)通过刑罚空间化,构造出一套衡量危害危险程度的量刑公正标尺;(2)通过完善量刑情节的分类,首次建立起描述复杂案情的量刑情节体系;(3)通过“两层五级”评价模式对量刑情节进行理性评价,独创一种评价刑事责任程度的科学方法;(4)通过量刑标尺刻度和量刑情节积分两相对应,提出一条求解量刑最佳适度

-
- [27] 相关论文参见杨兴培:“论二次性复合量刑法”,载《中国法学》1996年第4期;李靖远、陈泽文:“宣告刑=基本刑±补充量刑刑法优化数学模型——量刑的模型化操作”,载《警官技术学院学报》1997年第6期;戴家永:“量化量刑法的探讨”,载《人民司法》2004年第6期;赵廷光:“实现量刑公正性和透明性的基本理论和方法”,载《中国刑事法杂志》2004年第4期,等等。相关著作参见苏惠渔等著:《量刑与电脑——量刑公正合理应用论》,百家出版社1989年版;马克昌主编:《刑罚通论》第七章,武汉大学出版社2000年版;白建军著:《罪刑均衡实证研究》,法律出版社2004年版,等等。
- [28] 相关论文参见刘树德:“中国式量刑指南的建构”,载《人民法院报》2002年11月4日;郑伟:“法定刑的基准点与量刑的精雕细琢——《美国量刑指南》给我们的启示”,载《人民司法》2003年第7期,等等。
- [29] 相关论文参见周光权:“量刑基准研究”,载《中国法学》1999年第5期;孙自芳:“构建量刑基准体系势在必行”,载《河北法制报》2002年5月27日;刘守芬、方文军:“罪刑均衡的司法考察”,载《政法论坛》(中国政法大学学报)2003年4月,等等。
- [30] 程红根:“我国审判制度重大改革? 郑州试行先例判决”,载人民网, <http://www.people.com.cn/GB/shehui/43/20020816/801195.html>, 访问日期:2004年11月10日。对这一量刑方法的评价,理论界毁誉参半(见本书第四章相关评价)。
- [31] 从数量角度分析,该独创量刑方法属于定量量刑。参见赵廷光著:《量刑公正实证研究》,武汉大学出版社2005年版,第11~50、60页。

的逻辑思路。第六,近两年人民法院通过制定量刑规范化文件,探索量刑公正之路。^[32]另外,学界对构建量刑方法是否应该运用数学工具,是否应该借助电脑加以实现,可谓褒贬不一。

本书将实现量刑公正的理论划分为基本理论和基本方法两部分。为了研究的方便,笔者把用以直接指导量刑活动且与刑罚具体裁量不甚密切的概念、范畴和各种关系,如量刑概念、量刑公正标准、罪刑关系、量刑情节体系等,界定为实现量刑公正的基本理论;把直接用于指导刑罚具体裁量的方法、手段、技术和步骤界定为实现量刑公正的基本方法。毋庸置疑,实现量刑公正的基本理论与基本方法彼此唇齿相依:一方面,理论必须通过方法才能实现,否则就是纸上谈兵;另一方面,方法必须以理论指导,否则就是无的放矢。另外,笔者认为电脑量刑并非一种独立的量刑方法,而是某一量刑方法的实现方式,但其对实现量刑公正尤其独特的存在价值,宜单独探讨。笔者希望通过对上述诸部分的研究,有助于辨明现有各种实现量刑公正的基本理论与方法的优劣,丰富和发展我国量刑公正理论,为我国量刑公正改革提供理论参考,促进刑事正义的实现。

[32] 最高人民法院决定,从2010年10月1日起在全国法院推行量刑规范化改革试行工作。但笔者至今未见到各级法院试行的量刑规范化文件,故本书对这一探索量刑公正的方法难以深入介评。

第一章

量刑公正概述

第一节 量刑概念辨析

刑事司法由定罪、量刑和行刑三个环节组成。正确定罪是量刑适当的前提。量刑则是具体落实犯罪人刑事责任的过程,将罪责刑关系由纸面上的抽象概念变成了实在的具体刑罚(含免除处罚),是实现刑罚目的的关键,是行刑的先决条件。量刑是否公正,是衡量刑事审判质量的最重要和最高的标准,是“刑事正义的集中表现”,〔1〕它直接决定刑罚积极功能的发挥与刑罚目的的有效实现,关系到广大国民对刑事法治的尊重信赖或贬抑轻蔑,影响到一个国家的长治久安!

研究如何实现量刑公正,首先就要正确地理解量刑的范畴和内涵,即何谓我国刑法中的量刑。然而,我国理论界对何谓量刑,一直以來都没有形成一致看法。现归纳起来主要有以下三种观点。

第一种观点认为量刑仅指刑罚的裁量。例如,以前有教科书认

〔1〕 赵廷光著:《量刑公正实证研究》,武汉大学出版社2005年版,第3页。