

量刑方法论研究

李艳玲 著

On the Methodology
of Measuring Penalty



中国人民公安大学出版社

博士文库

量刑方法论研究

李艳玲 著

中国人民公安大学出版社

·北京·

图书在版编目 (CIP) 数据

量刑方法论研究/李艳玲著. —北京: 中国人民公安大学出版社,
2007.6

(博士文库)

ISBN 978 - 7 - 81109 - 732 - 0

I. 量… II. 李… III. 量刑—研究—中国 IV. D924.134

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 083878 号

量刑方法论研究

On the Methodology of Measuring Penalty

李艳玲 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京兴华昌盛印刷有限公司

版 次: 2007 年 6 月第 1 版

印 次: 2007 年 6 月第 1 次

印 张: 9

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 243 千字

印 数: 0001 ~ 2000 册

ISBN 978 - 7 - 81109 - 732 - 0/D · 691

定 价: 23.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

www.phcpps.com.cn

www.poreclub.com.cn

序

曲新久*

量刑理论研究是一项极其复杂而困难的工作。近年来,有关量刑的论文和著作不断涌现,但理性探讨的深度仍然不够,量刑理论相对薄弱。我以为,从方法论的角度入手研究量刑问题,可以获得具有重大理论价值和实践意义的突破。

从某种意义上讲,刑法理论体系的完善以及理论内容的丰富与深化,离不开方法论的自觉。目前,刑法方法论越来越引起我国刑法学界的重视,但是量刑方法论问题则基本上没有展开,如作者所言,量刑方法论研究不仅能够最大限度地实现量刑的公正与理性,而且对于丰富刑法理论也发挥着重要作用。对于刑法学者来说,它还起着“报警器”的作用,因为基于方法论的思考,它可以帮助发现刑法理论研究存在的问题,促使对传统的刑法理论研究范式进行反思,并有意识地去探讨如何构建科学的刑法理论体系。

李艳玲是我指导过的博士研究生,她以《量刑方法论研究》作为博士学位论文题目,选题具有重大理论价值和实践意义。论文综合运用经验的、思辨的、实证的等多种研究方法,对这一复杂而困难的理论问题进行了系统而深入的研究。在某种程度上讲,论文填补了我国刑法理论研究的一个空白,反映了作者较强的问题意识和解决理论问题的能力。

从总体上讲,本书创新之处和学术价值主要有以下几个方面:

* 曲新久,法学博士,教授,兼任中国政法大学刑事司法学院院长、刑法研究所所长。

一是构架了一个量刑方法论的理论体系。本书以量刑这一基本刑法范畴为研究对象，提出了一个包括立场指称、立论前提和视角展开等内容的量刑方法论的理论体系，这在刑法学理论研究上尚无先例。

二是研究范式和研究方法的新探索。本书在传统规范分析之外进行了逻辑分析和事实分析的尝试，即一方面借鉴了自然科学领域中的“假定——求证”研究模型，探讨了法官量刑及司法运作过程；另一方面，吸收了社会学及其他学科的观察与分析的实证研究方法，直接从研究对象的真实生活中获取实证资料。然后对资料进行全面分析，并在此基础上，解释和预测量刑结果的形成过程及其规律。

三是对刑法理论的创新。在概念界定上，对一些重要的刑法范畴进行了重新定义，如区分了量刑方法与量刑方法论的概念，并提出了量刑方法论存在两个层次的观点。再如对刑法的公正价值的含义作了界定，重新界定了它与公平、正义的关系。对某些刑法理论进行了反思和重构，如提出决定刑罚的量的根据不仅仅在于犯罪事实和犯罪人人格，实际上犯罪外因素往往决定着刑罚的量。再如作者揭示了量刑中的利益关系发生原理，并较为系统地阐述了利益平衡和权衡的原则和标准。

四是理论视角的转换。对于量刑及其相关问题，本书借鉴价值哲学、利益法学及行为科学等领域的研究成果，提出了一些新的解释，并得出了一些新的结论，如利益冲突要求量刑公正，又妨碍公正量刑，因而需要规范量刑。再如在量刑中价值平衡问题上，作者提出了先于效率的公正原则和自由与秩序的和谐原则。这些理论观点的提出及其论证无疑大大丰富了我国的刑法理论知识体系。

当然，本书中的有些内容还可以进一步深化，如刑法（学）一般方法（论）与量刑方法（论）之间一般与特殊关系的阐述仍有深化的余地，个别观点也存在可商榷之处，但瑕不掩瑜，仍不失为一篇具有较高学术价值的著作。作为她的指导老师，正值本书面世之际，欣然为序。

目 录

引 论	(1)
一、方法与方法论	(1)
(一)方法	(2)
(二)方法论	(3)
二、法律(学)方法与法律(学)方法论	(5)
(一)法律方法与法学方法	(6)
(二)法律方法论与法学方法论	(6)
(三)法律(学)方法与法律(学)方法论	(7)
三、量刑方法与量刑方法论	(8)
(一)量刑的学科定位	(8)
(二)量刑方法	(10)
(三)量刑方法论	(16)
四、量刑方法论的意义	(20)
(一)知识上的贡献	(21)
(二)作为工具的价值	(23)
(三)理论认知与反思	(24)
(四)方法论的自觉	(27)
五、研究量刑方法论的思路和方法	(28)
(一)借鉴与批判	(28)
(二)假定与求证	(30)
(三)观察与分析	(31)
六、量刑方法论的体系	(33)
第一章 量刑方法论的刑法立场	(36)
一、个体主义与整体主义	(36)

(一)个体主义与整体主义的二元对立	(36)
(二)刑法对个体权利之保障	(40)
(三)刑法对整体利益之保护	(43)
(四)论者的立场	(45)
二、客观主义与主观主义	(48)
(一)客观主义犯罪理论及其观点	(49)
(二)主观主义犯罪理论及其主张	(52)
(三)主客观相统一的刑法思想及其评价	(54)
(四)论者的立场	(58)
三、绝对主义与相对主义	(59)
(一)绝对主义刑罚理论及其学说	(59)
(二)相对主义刑罚理论及其立场	(63)
(三)并合主义刑法思想的提出及其意义	(67)
(四)论者的立场	(69)
第二章 量刑方法论的立论前提	(72)
一、刑之法定	(72)
(一)罪刑法定上的刑之法定	(72)
(二)刑之法定的刑法价值	(75)
(三)刑之法定与刑之裁量	(79)
二、刑罪相当	(80)
(一)罪刑关系中的刑罪相当	(80)
(二)刑罪相当的立法机理	(83)
(三)刑罪相当与量刑公正	(88)
三、刑罚平等	(91)
(一)平等观念下的刑罚适用	(91)
(二)刑罚平等的司法实现	(93)
(三)刑罚平等与刑罚个别化	(94)
第三章 量刑的司法运作	(98)
一、决定量刑的犯罪根据	(98)

(一) 犯罪事实	(99)
(二) 犯罪人人格	(102)
二、影响量刑的犯罪外因素	(106)
(一) 裁判者的因素	(106)
(二) 案件的社会结构	(109)
(三) 司法环境	(111)
(四) 社会形势	(113)
(五) 公众舆论	(114)
三、量刑之运作	(116)
(一) 犯罪事实之认定	(116)
(二) 刑事责任之评价	(118)
(三) 量刑基准之确定	(121)
(四) 量刑情节之适用	(124)
(五) 刑罚判定与宣告	(128)
第四章 量刑中的法律推理与论证	(130)
一、法律推理及其方式	(130)
(一) 推定、类推与法律推理	(131)
(二) 法律推理的逻辑方式	(134)
(三) 法律推理的经验方法	(136)
(四) 量刑的两个推理模式	(138)
二、法律论证及其规则	(140)
(一) 法律论证及其要件	(141)
(二) 法律论证的规则	(144)
(三) 关于判决理由之说明	(146)
第五章 利益冲突与量刑	(150)
一、关于利益法学	(150)
二、刑法中的利益本质及其存在形式	(153)
(一) 刑法中的利益及其本质	(153)
(二) 利益的存在形式	(157)

三、量刑中的利益冲突	(161)
(一) 利益关系的发生原理	(161)
(二) 量刑中的利益冲突及其根源	(164)
(三) 利益冲突的方式	(165)
(四) 利益冲突对量刑的影响	(169)
四、刑罚裁量与利益协调	(171)
(一) 和谐社会观下的利益协调论	(171)
(二) 刑罚裁量与利益协调	(173)
(三) 利益协调的难题及其解决	(175)
五、量刑中的利益平衡与权衡	(178)
(一) 量刑中的利益平衡原则	(178)
(二) 利益权衡及其标准	(181)
第六章 价值均衡与量刑	(185)
一、刑法的价值维度	(185)
(一) 公正	(186)
(二) 自由	(190)
(三) 秩序	(192)
(四) 效率	(194)
二、量刑中的价值判断	(196)
(一) 直觉主义	(197)
(二) 理性主义	(199)
(三) 规范主义	(202)
三、价值均衡的两个原则	(205)
(一) 先于效率的公正原则	(206)
(二) 自由与秩序的和谐原则	(209)
第七章 量刑的规范化探索	(213)
一、关于量刑规范化的问题	(213)
(一) 量刑不规范的表现及原因分析	(213)
(二) 有关规范量刑的尝试	(218)

二、量刑建议	(220)
(一)作为公权力的量刑建议	(220)
(二)量刑建议域外概览	(221)
(三)量刑建议在中国	(225)
(四)量刑建议的规范化问题	(228)
三、法官的自由裁量权	(230)
(一)方法论上的法官自由裁量权	(230)
(二)法官自由裁量权的理性检讨	(234)
(三)自由裁量权的不当使用及其后果	(236)
(四)法官自由裁量权的规制	(238)
四、量刑指南	(242)
(一)刑罚确定化运动与美国的量刑指南	(242)
(二)量刑指南的中国化进路	(248)
(三)量刑指南在中国的前景展望	(251)
结 论	(254)
主要参考文献	(256)

引 论

名不正则言不顺，言不顺则事不成，事不成则礼乐不兴，礼乐不兴则刑罚不中，刑罚不中则民无所措手足。

——孔丘

“凡立言，先正所用之名以定义之所在。”^① 近年来，我国法学界包括刑法学研究领域对方法论问题表现出极大的兴趣，但很多学者自觉不自觉地混淆了方法与方法论的概念。为了防止误读和可能造成的理解混乱，在展开量刑方法论的研讨之前，本文先把这一基本的概念性问题搞清楚。

一、方法与方法论

“工欲善其事，必先利其器。”英国著名哲学家培根（Francis Bacon）曾将方法与灯笼相比较，他认为，“就是瘸子，如果他带着灯笼沿着道路前进，也会比那些在没有道路的情况下奔跑的人走得还要快。”^② 由于研究方法在很大程度上决定着科学研究的过程和最终命运，可以认为一切理论探讨，最终都可以归结为其研究方法论的探讨，一切理论变革又首先依赖于对其研究方法论的变革，只有方法论上的科学更新才能带来该学科的重大突破。因而刑法研

① 中国近代文法之父马建忠先生在其1898年出版的《马氏文通》第一卷“正名卷”中就“界说”（即定义）的意义指出：“界之云者，所以限其义之所指，使无越畔也。……唯名义之正，则书中同名者必同义，而误会可免。”转引自张建伟著：《刑事司法体制原理》，中国人民公安大学出版社2002年版，第13页。

② 转引自〔俄〕B. B. 拉扎列夫主编，王哲译：《法与国家的一般理论》，法律出版社1999年版，第16页。

究乃至作为刑法适用之一的量刑研究必须要先解决其研究方法的问题。

(一) 方法

何谓方法?一般认为,“方法”一词源于古希腊文,它由“遵循”(μετα)和“道路”(οδος)两部分组合而成,意为“沿着正确的道路运动”,^①或者“遵循某一道路,即为实现一定的目的,必须按一定的顺序所采取的步骤。”^②在古希腊神话中,有“通向正确的道路”之意,有时则象征着“取胜之道”。而在当今的英语系国家,方法通常被定义为:“做某件事或为做某件事的方式、技术或过程”,或者“做任何事的方式、模式、程序、过程……有规则的、有条理的、明确的程序或方式。”^③在我国古代汉语中,是把“方”作为“法”(《易经》)和“术”(《左传》)来理解,意思是获得知识的手段,如宋人韩愈就有所谓“为之奔走经营,相原隰之宜,指授方法”之说。在现代汉语中,方法一般在工具意义上使用,指的是解决具体问题的门路、程序等。^④

在社会科学领域,关于方法的含义,由于角度的不同,学者们有着不同的理解。^⑤但在一般意义上,人们主要从工具和手段的角度来看待方法,认为方法就是主体与客体相互联系的中介,如黑格

① 吴元梁著:《科学方法论基础》,中国社会科学出版社1984年版,第1页。

② 严平著:《走向解释学的真理——伽达默尔哲学述评》,东方出版社1998年版,第18页。

③ Ethridge, DonE: Research methodology in applied Economics, Iowa University Press, 1995, pp. 24 ~ 25. 转引自刘水林:《法学方法论》,载《法学研究》2001年第3期。

④ 参见《现代汉语词典》,商务印书馆1998年版,第353页。

⑤ 如康德认为,方法就是那种完全地认识一个客体的方式;约翰·弗里德里希·赫尔巴特把方法理解为从原则推出一些东西这样一种方式的一般说明;康斯坦丁·古特伯雷特称方法为手段的统筹安排,通过这种安排,人们将最好地达到目的;班诺·埃德曼把方法解释为一门科学获得有关对象的有效判断的方式;鲁道夫·施丹勒则认为方法是规则的体现,根据这些规则,认识或意愿的某种素材在统一看法的意义上基本得到确定和判断,等等。

尔曾指出：“在探索的认识中，方法也同样被列为工具，是站在主观方面的手段，主观方面通过它而与客体相关。主体在这种推论中是一端，客体则是另一端，前者通过它的方法而与后者联系在一起。”^① 在此意义上，方法可以被视作主体为实现特定目的而自觉建立的作用于对象的手段和采取的规则、途径和程序，基本上与我国现代汉语中的意思相同。

（二）方法论

何谓方法论？自从培根首创“方法论”（methodology）这一术语以来，众多哲学家、科学家都加入了方法论的研讨，^② 并提出了许多著名的宏论，从而使方法论的内涵日益丰富，对于“方法论”一词也形成了多种不同理解，如有的认为它是指科学研究的具体方法，因而与“方法”一词无异，有的认为它是指关于方法的理论体系。就一般的方法论研究而言，方法论通常被看做各种方法的综合以及关于方法的基本理论，它以方法为研究对象，是关于方法的规律性知识的体系。^③

按照朗内斯特 1983 年所编的《哲学词典》的解释，“方法论是作为每一门科学的特殊方法的一种总称”，指的是“对那些总是指导着科学探索的推理和实验原理及过程的一种系统分析和组织……也称之为科学的方法。”1977 年出版的《韦伯斯特大学词典》则将方法论定义为“一门学科所使用的主要方法、规则和基本原理……对特定领域中关于探索的原则与程序的一种分析。”同样《韦氏新世界美国英语词典》将方法论定义为“方法的科学或方法的有序安排；特别是对与科学探索的推理原理应用有关的逻辑

① [德] 黑格尔著：《逻辑学》（下册），商务印书馆 1976 年版。

② [英] 卡尔·皮尔逊著，李醒民译：《科学的规范》，华夏出版社 1999 年版，第 15 页。

③ 张鸿翔著：《科学方法要论》，陕西人民出版社 1998 年版，第 8 页。

分支……任何科学中的方法体系。”^①

在方法论的概念问题上,我国学者与西方人的理解略有不同。按照《辞海》的解释,方法论有两层含义:一是关于认识世界、改造世界的根本方法;二是在一个具体学科上所采用的研究方式、方法的综合。^②就第一层含义而言,方法论是与世界观相对应的一个概念,通常在哲学意义上使用,有所谓“有什么样的世界观,就有什么样的方法论”之说。具体而言,方法论一般是指关于方法的本质及其发展规律的理论或学说。也就是说,方法论是论方法的系统知识,它把方法作为直接对象而从理论上进行系统研究和梳理。方法论研究方法的性质、作用和发展规律,研究不同方法之间的差别和联系,研究每一种方法在方法系统中的地位以及正确运用各种方法所必须遵守的基本程序和原则等。

关于方法论的第二层含义,基本上与上述西方国家学者的理解相同,一般把它当做“对一门学科的概念、理论以及基本推理原则的研究。”^③如王世洲教授认为,在方法论的第二个含义上,人们主要研究的是在具体学科中所使用的各种方法所具有的一般特点,从而形成在具体学科中对第一个含义的限制性使用;人们一般不把具体方法的综合使用作为方法论的主要内容加以讨论。^④梁慧星教授在论及方法论时也认为,“方法论的任务是说明这样一种方法,凭借这种方法,从我们想象和认识的某一给定对象出发,应用天然供我们使用的思维活动,就能够完全地即通过完全确定的概念和得到完善论证的判断,来达到人类思维为自己树立的目的。”

① Ethridge, DonE: Research methodology in applied Economics, Iowa University Press, 1995, p. 24 ~ 25. 转引自刘水林:《法学方法论》,载《法学研究》2001年第3期。

② 参见《辞海》,上海辞书出版社1979年版,第1545页。

③ [英] 马克·布劳著,石士均译:《经济学方法论》,商务印书馆1992年版,第1页。

④ 王世洲:《刑法方法理论的若干基本问题》,载《法学研究》2005年第5期。

“方法论与人的活动有关，它给人以某种行动的批示，说明人应该怎样树立自己的认识目的，应该使用哪些辅助手段，以便能够有效地获得科学认识。”^①

关于方法与方法论的关系，从以上关于方法与方法论的定义和理解来看，二者是两个有密切联系但又内涵迥异的概念。一般来说，方法是方法论的原材料，是方法论的基础，离开方法的方法论是不存在的。但方法论不是各种方法的简单堆积，而是对方法的理论概括和总结，是众多具体方法的共性和升华，是系统化了的理论体系，它对具体的方法具有指导作用，离开方法论的方法是难以发挥其应有的作用的。

二、法律（学）方法与法律（学）方法论

近代法律方法学说，至少在德语区，发端于萨维尼，^②在西方国家现已形成各种流派，而在我国的传统法律思维和法学研究中，方法论则一直不受重视。不过近年来，尤其是我国台湾学者杨仁寿、德国法学家拉伦茨的以“法学方法论”命名的论著在大陆的出版和传播，备受冷落的方法论在法学界受到了前所未有的青睐，从法理学到部门法学（包括刑法学）对方法论的研究和争论逐渐热闹起来，如许多法律院校在研究生层面已经开始开设法学方法论或法律方法论课程，许多校园网中设立了“法律方法论”网站，一些有关法律（学）方法或者法律（学）方法论的学术论著也陆续面世。^③不过由于传统法学方法论底蕴的浅薄，我国学者在术语的使用上曾一度混乱不堪，从而出现了有关法律方法抑或法学方

① 梁慧星著：《民法解释学》，中国政法大学出版社1995年版，第81页。

② [德]阿图尔·考夫曼著，郑永流译：《近代法律方法学说之历史发展》，文章来源：法学时评网；更新时间：2005-10-28。

③ 如葛洪义主编的《法律思维与法律方法》，陈金钊、谢晖主编的《法律方法》，胡玉鸿著的《法学方法论引论》，李可、罗洪洋合著的《法学方法论》，陈金钊著的《法治与法律方法》，等等。

法、法律方法论抑或法学方法论的争鸣。

(一) 法律方法与法学方法

虽然有关法学方法、法律方法以及法学方法论和法律方法论的讨论在当今的中国学术界业已成为一种时髦,^①但在用词上出现了一些问题,如在有些著述中,名为法律方法,但实际上是法学方法,或者是相反;有些则不分法律方法或者法学方法,而在同一意义上使用这两个概念。^②造成这种局面的部分原因在很大程度上可归结为在引入西方国家(尤其是德国)法学理论过程中的术语翻译上欠考究。对此,郑永流教授立足于德国法律文化背景,对法律方法抑或法学方法之类的用语从语言上进行了求证和释义。他认为,法学方法是研究和预设法律的方法,指向的核心是何谓正确的法律;法律方法是应用法律的方法,不仅着力于实现既有正确的法律,还效命于正确地发现新法律。二者如果局限在领域上,则明晰可分,但由于后者还同时具有前者的主要功能,法律方法也可指法学方法,遂造成用名困难。为了凸显法律观是一种应用法律观,郑教授主张,中文应采用法律方法的表述为宜。^③这一观点得到了陈兴良教授的支持,并认为,对于像刑法这样的部门法来说,需要深入研究的是法律方法。^④

(二) 法律方法论与法学方法论

由于在法律方法抑或法学方法的使用上存在问题,相应地,在法律方法论抑或法学方法论的词语使用和理解上也存在着争论,如有的学者习惯于使用“法学方法论”一词,并认为“法学方法论

① 胡玉鸿:《方法、技术与法学方法论》,载《法学论坛》2003年第1期。

② [德] N. 霍恩著,罗莉译:《法律科学与法哲学导论》,法律出版社2005年版,第121~123页。

③ 郑永流:《法学方法抑或法律方法?》资料来源:法律思想网, <http://www.law-thinker.com/detail.asp?id=1722>。

④ 陈兴良:《刑法教义学方法论》,载《法学研究》2005年第2期。

是对法律解释、适用的方法论，与法解释学为同义语。”^①有的学者则采用“法律方法论”的称谓，认为“法律方法论作为一门课程（或学科），可以解决的问题有三：一是立场，二是信念，三是方法。”^②我国台湾学者通常使用“法学方法论”的名谓，只是在这一概念的具体含义上有着不同的诠释，如杨仁寿所称的法学方法论“理所当然是指法律解释学方法论”，^③而杨奕华则将法学方法论当做法学研究的方法，他在比较了拉伦茨与杨仁寿的“法学方法论”概念上的不同后认为：“法学方法论系以一套先设的假定为准据，确定基本的研究立场，从事法学理论之建构，进而以之探讨、诠释、批判法之存在与衍化现象，法之科学技术及法之实践功能等之研究态度之学科也。”^④对此，有的学者指出：“这种混乱，部分乃肇始于对这一概念的固有误解，即不少人想当然地将‘法学方法论’视同于传统教科书中所言的法学研究的方法言说……由此‘法学方法论’就被想定为‘法学的方法论’，进而偷换成‘法学研究的方法’。”论者立足于日本学者的相关研究，认为所谓“法学方法论”，其实可转换为“法律学方法论”这一概念，进而主张采用“法律学方法论”的提法。^⑤不过，论者也意识到采用“法律学方法论”的概念在我国法学研究的语境中所要面临的系列难题，尤其是在我们的法学概念体系中迄今仍未完全确立法律学、法教义学这类的概念，因而移植这类概念就成为前提性的条件。^⑥

（三）法律（学）方法与法律（学）方法论

究竟是应当采用法律方法抑或法学方法、法律方法论抑或法学

① 梁慧星著：《民法解释学》，中国政法大学出版社1995年版，第190页。

② 陈金钊：《追问法律方法论学科的意义》，载《法学论坛》2003年第1期。

③ 刘水林：《法学方法论》，载《法学研究》2001年第3期。

④ 杨奕华：《法学方法论研究范畴之商榷》，载《法制现代化之回顾与前瞻》，月旦出版文化有限公司1997版，第136~155页。

⑤ 林来梵、郑磊：《法律学方法论辨说》，载《法学》2004年第3期。

⑥ 陈金钊、焦宝乾：《中国法律方法论研究学术报告》，载《山东大学学报》2005年第1期。