

应用法学文库 | 主编：杨建学

刘邦明 著

罪刑相适应原则 及其应用

PUNISHMENT COMMENSURATING WITH CRIME
AND ITS APPLICATION

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

应用法学文库 | 主编：杨建学

刘邦明 著

罪刑相适应原则 及其应用

PUNISHMENT COMMENSURATING WITH CRIME
AND ITS APPLICATION

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

罪刑相适应原则及其应用 / 刘邦明著. —北京:
法律出版社, 2017. 3

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0411 - 7

I. ①罪… II. ①刘… III. ①量刑—研究—中国
IV. ①D924. 13

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 320467 号

罪刑相适应原则及其应用

刘邦明 著

责任编辑 黄琳佳
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 9.5 字数 239 千

版本 2017 年 3 月第 1 版

印次 2017 年 3 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

责任校对 杨锦华

责任印制 陶 松

印刷 三河市龙大印装有限公司

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

举报维权邮箱/ jbwq@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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071010/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 0411 - 7

定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《应用法学文库》编委会

主 编：杨建学

副主编：张 平 陈 亮

编 委：卢代富 谭启平 李永升 谭宗泽

黄明耀 于天敏 章建东 韩德云

徐以祥 张建文

总 序

百余年来,风云激荡,国家开启现代化进程,社会迭经变迁。中国法学与民族命运共浮沉,历经数变。中国法治之路风风雨雨,坎坎坷坷;中国法律教育之旅一路探索,逶迤前行。改革开放,法学新生,日累寸进,乃有今日之成。国家顺应时代趋势,高瞻远瞩,倡导“建设社会主义法治国家”。及至今日,中国特色社会主义法律体系宣告建成,蔚为壮观。然当今中国,经济体制变革,社会结构变动,利益格局调整,思想观念变化,转型加剧凸显结构矛盾,社会向学界提出挑战。社会转型催生法学转型,法学教育亟须“突围”。中国法学教育以解决中国问题为出发点,亦必以之为归宿。盖因中国有中国之问题,中国法学必须有中国意识,必须有能力把握和解决中国的法治问题。

“法者天下之公器也,变者天下之公理也”。法律是公共资源,立法者立法律为据,条贯社会;守法者以法律为凭,指导行为,充当法律请求权基础;执法者执行法律,让法律行于天下;司法

者,秉持正义,衡断纠纷,匡正法度。然法律运行于社会,非有学术之研讨、化育与引导,无法建其功。法学本基于实践亦志于实践,是知识之学、智慧之学,更是实践之学,以依法合乎正义地解决社会纠纷为其要务。陆游有诗:“纸上得来终觉浅,绝知此事要躬行。”法律是最讲求实践、注重践履躬行的学科。王泽鉴先生有言:“有实务而无理论,犹如盲目,有理论而不重实务,则近空谈。”中国并非缺乏法学理论。数十年来,主要法治国家之法学理论被大力引入,几成泛滥,又显蔡枢衡所谓的法学“殖民地”风景。中国更不乏法律实务。“为有源头活水来”,三十年改革开放,现代化进程一路高歌猛进,为法学研究所准备之实务资源无限丰富。身处伟大时代,中国当今法治实践为展开法学研究提供了广阔天地,只是“犹在深闺人未识”。而今,从“立法主义”向“应用”转变的社会需求,促动中国法学转型。为中国法学教育锦上添花。挑战与机遇并存,西南政法大学2012年首创“应用法学”学科恰逢其时。

“形而上者谓之道,形而下者谓之器。”法学理论界常以追求法学中的“形而上者”自居,带有追求弘法论“道”的自我优越感,鄙视法律实务“低级”;法律实务界则谓法学理论界“玄而又玄”,所研究者为“擒龙之术”,无以应对社会实践。而在法学界内部,理论法学与应用法学的隔膜亦复如是。应用法学研究在法学实务界与法学理论界、教育界遭到了截然不同的命运,实务界如火如荼与理论界、教育界落寞孤寂适成鲜明对照。改革开放以来,大学全面卷入市场经济大潮,斯文扫地,人文精神丧失。与此相应,大学教育之技术导向与职业化蓬勃发展。曾几何时,大学教育之技术导向与职业化成为批评的众矢之的。然天不丧斯文,国学重建及文化软实力战略,助成大学人文精神恢复。唯中国法学教育,实无力承受技术导向与职业化教育指责。若然,中国法学教育以应用为导向当备受诟病。然而,现实所提问题恰恰相反,中国法学教育所培养之法科学生竟然仍需较长时间方能应付法律实务。果如是,则中国法学教育职业化程度还远远不够,无法培养出合格的“法匠”。原因何在?从法学

教育角度看,缺乏沟通法学理论与法律实务的“应用法学”,乃是一重要原因。法学教育被称为“一种真实的职业教育”,学生从迈进法学院的第一天起就被要求像职业者那样去思考、行动,其应用性和实践性实乃学科之首要属性。诚如大法官霍姆斯所言:“法律的生命不在于逻辑,而在于经验。”法学教育的生命亦不仅在抽象的逻辑理论,更在现实生活中的源头活水。

中国当前法学体系中,本有理论法学与应用法学之分。所谓应用法学者,是旨在直接服务法律实际生活、帮助解决法律实际问题之法学分支学科总称,其代表性学科是各种部门法学。在此意义上,应用法学几成一无所不包之庞然大物。盛名之下,其实难副。究其实质,这种“应用法学”还只是停留在部门法学层次。在这个庞大体系中,每一具体部门法学,皆形成各自独立之理论体系。尽管诸部门法学均以解决法律实际问题相标榜,却处于杂乱状态。各部门法学以研究对象和研究方法为主要标准,于应用法学名义下,纵向上各自确定自己之学科地位。而诸部门法学之间壁垒森严,各自为政,扞格难通,成各自为政之局面,甚至相互踏伐,基于利益诉求争夺学术地盘。传统应用法学内部“纵向分割”,各部门法学孤军奋战,有碍通盘考量。一叶障目,不见泰山。每一种分类,无疑都是一种遮蔽。遮蔽之后需去蔽。综合运用法学理论,有效衔接法律规范与社会事实,非各部门法学单打独斗所能独力完成。欲去现行法学教育之蔽,加强薄弱环节,当形成真正之“应用法学”学科。

此“应用法学”,旨在会通理论与实践,研究对象上一改传统之“纵向”划分,在横向上贯通各部门法学,精研各法律部门于“应用”过程中所生之共同问题与共同规律。“法之理在法外。”应用法学旨在为“法之理”与“法之外”搭建学科桥梁,实现法学内部各学科之间的交叉融合,提升法律人的法律综合应用能力。既入乎其内,又出乎其外,出法入理,“顶天立地”,为“仰望星空”和“脚踏实地”建立中介,打破以部门法为界的划分方法,从横断面切入各个部门法学,突出法学知识的综合运用,实现关注对象从“立法”到“法律实

施”的转变,强化法律应用技术,特别是法律方法论研究。总而言之,应用法学要借助法律方法论,把作为权威系统的法、作为社会系统的法和作为价值系统的法有机协调起来,沟通实务与学说,促进法学进步。而应用法学,实有助于法律职业共同体的养成。法官、检察官、律师、公证员等只是法律人从事不同法律职业分化之结果,但在培养法律职业共同体的过程中,仍有赖于法律思维的训练乃至内化。就此言,应用法学的创立,是法律思维和法学教育理念的一场革命。

独立之精神,自由之思想,是现代大学之精髓。《诗经》有云:“周虽旧邦,其命惟新。”《尚书》有云:“苟日新,日日新,又日新。”思想自由与学术创新,亦是现代大学的社会职责。秉持创新理念,担当社会责任,西南政法大学首创“应用法学”学科,举“应用法学院”一个学院之力,倾力打造“应用法学”。《应用法学文库》将以关注法律职业人员等特定主体运用法律的具体行为和实际效果为宗旨,概括、提炼法律职业主体在法律实务中应当遵循的技术、方法、规律和原则,期许为法律的正确应用进而制度完善提供实际指引和理论支持。西南政法大学诚欲和海内外有志之士,共谋应用法学发展大业。“西政精神”体现为两个鲜明的办学特色,即“尚思善辩,营造论辩文化”、“厚德笃行,打造务实人才”。尚思善辩,才能目光高远。厚德笃行,才能脚踏实地。尚思,但不空谈;笃行,但不功利。这两大特色紧密联系,共同体现了学校培养人才的独特教育模式。

海纳百川,有容乃大。“应用法学”乃新生事物,初创时期,尚显幼稚,然所针对问题,实具普遍意义,直指中国当前法学教育“软肋”。“应用法学”欲深入理论,润养于经典;关注实践,立足于现实;阐幽发微,沟通实务与理论两端;回应时代需求,服务现实社会。“应用法学”之发展壮大,端赖法学理论与法律实务携手共进,践行法律,弘扬法治。涓涓细流,汇成大海。法学教育一日千里,应用法学方兴未艾。唯愿法学理论界与实务界,持开放心态,扶持发展,协力共进,共同推进中国法治事业。

巍巍上庠,国运所系。法学教育更攸关国运兴衰。孟子云:“人则无法家拂士,出则无敌国外患者,国恒亡。”近代《申报》有文指称,“今日者,国事危矣……论者每归咎于国家人材之缺乏。夫国家之人材,果真缺乏哉。所缺乏者,明法政之人材也”。其间以造就实践人才、担当践履使命的应用法学更加责无旁贷。未来泱泱之法治中国,有赖今日昂昂之有志青年;今日佼佼之青春学子,必成未来昭昭之法律精英。唯今日为应用法学尽绵绵之力,希冀他日成蔚为大观。是为序。

西南政法大学 付子堂

二〇一二年五月于重庆渝北宝圣湖畔

序

本书是刘邦明博士在其博士学位论文基础上加以修改、完善而成的有关罪刑相适应原则及其应用规律的专著。作者在其从事重庆市高级人民法院刑事审判工作多年经验积累基础之上,在西南政法大学教学之余,结合刑法基础理论知识及实践,在博士学位论文通过答辩后五年时间里,继续对相关问题进行思考,其对学问的研究态度值得肯定,当属可喜可贺。

刑法学是一门关于犯罪和刑罚的严肃科学,犯罪与刑罚的关系当然地成为刑法领域最基础、最核心的关系。罪刑相适应同罪刑法定、法律面前人人平等并称刑法三大基本原则,共同构成现代刑法的基础和根基。然而,对于罪刑相适应原则,无论我国的刑法理论界还是司法实务界,一般都限于在“刑从罪生、轻罪轻刑、重罪重刑”意义上进行研究和实践,这样的研究和实践在一些学者看来有些失之肤浅、失之表面。

法学理论研究贵在创新,贵在理论与实践相结合,从实践检验中去提升原则的精华与内涵,

进而指导实践。笔者认为,本书作者是朝这方面去努力的。本书从总体上看,从纵横两个方向考察了罪刑相适应原则的思想源流和在不同历史时期的表现形态,立足于我国当前的理论研究和司法实务现状,围绕“从问题出发,思考问题,研究解决问题”的逻辑,对罪刑相适应原则及其应用进行了比较全面的分析论述。

法哲学对正义的不同解读蕴涵着罪刑相适应原则应有的公平正义价值特征。作者从公平正义价值入手,论证了罪刑相适应原则是现代刑法的重心。报应刑与功利刑都在一定程度上实现着刑法的公平正义。罪刑相适应原则不仅切实体现着刑法的根据,承载着刑事司法的基本理念,还通过此原则,在符合国民普遍性认识的判断中去集中体现公平正义的理想和价值。罪刑相适应是罪刑法定的实质内容,同时也是法律面前人人平等原则的基本要求。罪刑相适应原则的坍塌,必将直接导致罪刑法定和法律面前人人平等成为空中楼阁。在此基础上,作者提出了罪刑相适应原则是刑法三大基本原则之核心的观点,认为罪刑相适应原则是刑法最重要、最本质的原则。

作者并未就此停步,而是用相当大的篇幅,在分析该原则所面临的理论和实践困境基础上,考察了罪刑相适应原则的历史形态和启蒙时代以来的罪刑相适应思想理论形态,展望了罪刑相适应原则下的刑罚发展趋势等问题。从罪刑相适应的信念形成到神意报应观念,从中央集权下的刑罚威慑到人权保障时代的罪刑相适应历史蕴涵探析,展现了法从义务本位的人治向权利本位的法治的演进过程,说明对刑罚与犯罪的认识不能够违背人类追求和满足自身生存和发展需要的规律性。人权时代的罪刑相适应原则是现代刑法的重要表征,通过对罪刑相适应原则理论形态的梳理,从启蒙时代自然法理论、三权分立理论、社会契约论,到古典学派的罪刑法定主义、功利主义、心理强制与权利侵害论、规范学派、综合刑主义、分配理论等罪刑相适应思想形态,再到近代学派对罪刑相适应原则的影响,相对系统地进行了罪刑相适应原则的理论基础阐释,总结了罪

刑相适应原则各理论形态个性中的共性。人性、人道、自由、平等、分权等共性为现代刑法的罪刑相适应原则及其应用的研究提供了基本立场的指引。

难为可贵的是,作者提出刑法理论研究应当立足国情而非盲从于西方经验,罪刑相适应要以“常识、常理、常情”为实践理性基础。罪刑相适应不仅仅是罪到刑的适应,还应当是刑到罪的适应。在揭示刑罚的发展规律这一点上,作者以中国古代重刑主义为例考察,论证了刑罚发展趋势受制于社会矛盾,矛盾既意味着对立,也意味着统一与和谐,贯穿于刑罚历史发展脉络中。社会矛盾从单一到多元决定了刑罚手段从极端到多样,扩大了刑罚种类的范围以及行刑方式的多样性。

作者结合我国刑法解读了罪刑相适应原则的内涵。罪刑相适应是刑罚的轻重同罪行相适应。基于此,作者对“犯罪本质”与“罪行”进行了解读,认为客观危害、主观态度、反社会人格是影响罪刑相适应的犯罪本质三要素,是实现罪刑相适应必然考虑的因素。刑罚的轻重应当同行为侵犯的刑法保护客观利益的社会危害大小、行为人主观恶性的不同程度以及决定行为人主观态度产生根源的行为人人格所表现的人身危险性相适应。罪行首先表现为决定行为构成某种具体犯罪的基本事实,同时它还包含了说明行为要素的各种情节,如累犯、自首、立功、悔罪表现等情节。“相适应”的罪刑关系状态既体现于立法,又体现于司法;既有社会环境的影响,又有刑事政策的考量;既要考虑定罪量刑时的刑罚个别化,又要考虑不同罪刑关系角度下的实现罪刑相适应的思维方式与法律解释方法。在立法确认上,作者结合总则与分则的规定,论证了“相适应”之刑罚的轻重与犯罪的轻重;在司法体认上,作者结合宽严相济的刑事政策、社会情势、法律解释、刑罚个别化等方面,阐述了“相适应”的外部因素,并指出犯罪构成理论体系或犯罪论体系是颇具工具性而非本体性的内容。

针对传统刑法理论简单地将罪刑相适应解读为“罪”决定“刑”、

“刑”受“罪”的制约的观点,作者认为要全面理解“罪”和“刑”的深刻内涵,并提出罪刑相适应的内涵包括“罪”生“刑”、“罪”制约“刑”和“刑”生“罪”、“刑”制约“罪”两个方面的内容,亦即罪刑关系是“罪”和“刑”二者互动、相互决定、相互影响、相互制约的关系。尤其对长期以来被学术界、实务界所忽视的“以刑定罪”的观点进行了比较集中的论述,主张在刑事司法实务中要注重养成从罪到刑以及从刑到罪两个不同视角分析问题,研究解决问题的思维模式和行为模式。具体而言,正确理解罪刑关系是把握罪刑相适应原则法律实现的基本出发点。从事实评价看,只有存在相应的犯罪事实或者犯罪行为,才有罪刑相适应的立法与司法基础;从法律评价看,行为只有具有应受刑罚惩罚性的法律评价,才会有犯罪成立、罪名选择和具体的刑罚裁量。所以,罪刑关系的起点可以从罪到刑与刑到罪两方面认识,以罪定刑和以刑定罪都有其存在的合理性,只重视一端都会带来思维的片面与局限。以刑定罪是犯罪应受刑罚惩罚性的犯罪本质特征使然,是对传统刑法思维局限性的克服与补充,蕴含着立法与司法的多方面法律评价,有助于全面系统地理解法律,实现罪刑法定与法律面前人人平等。以刑定罪要考虑到刑法的社会调控功能的发挥,这要求入刑思维考量,即裁判者思考对行为是否纳入刑法范畴,或者对应受刑罚惩罚性的程度根据经验作出初步判断,以使刑罚启用、刑罚量配置更好地协同。总之,以刑定罪与以罪定刑是罪刑相适应原则法律实现的双重需要。

最后,作者对罪刑相适应原则在当下中国最集中的实践形式——量刑规范化改革进行了探讨。作者通过对当前改革进行实地考察,结合国外量刑规范运动启示,指出量刑规范不是实体上的精确划一,是对程序与方法的规范而非对量刑结果的规范。量刑规范化的明确性并不等同于具体化。司法不能通过刑的标准化操作来达到量刑的精确化,也不能通过限制法官裁量权来达到所谓的量刑公正。针对刑事裁量权运行与规范而言,没有刑罚裁量权的运行,就谈不上罪刑相适应原则的实现。法官没有自由的裁量权,最合

情、最合理、最合法是刑事裁量权行使的标准。量刑规范化改革要注意处理好保护法官已经很小的裁量权和很弱的职业自信心、尊荣感同规范裁判行为、实现刑事审判的公平正义的关系。量刑规范化不应着眼于剥夺或者限制法官依法应当具有的裁量权,实现不同地区之间、不同案件之间、不同法官之间量刑的绝对平衡,这实际上只能是一个违背司法规律的乌托邦,一个美好的幻想。作者主张,量刑规范化应当通过提高法官素质,落实良心教育与裁量权过错责任追究制度,规范量刑程序、规范量刑方法,建立有利于刑事裁量权协调有序运行的犯罪情节与量刑情节体系,保障法官的量刑活动依法、规范进行,以促使罪刑相适应原则所体现的刑法公平正义价值得到实现。

作为原则问题的研究,本书题目宏大。因为有大量的国内外文献材料及实践素材支持,虽然只有五章,但细读内容,仍感到相当充实。虽然作者付出了艰苦努力,但是不能说本书就完美无缺,仍然还有诸多不足。本书提出的新观点,能否站稳脚跟,还有待广大读者提出宝贵意见、专家评判及法律应用实践的检验。

作者刘邦明曾在西南政法大学攻读刑法学博士学位,我是他的导师。看到弟子取得的每一项成就,都会感到欣慰。笔者认为,作者能以“常识、常理、常情”贯穿罪刑相适应原则及应用这一基本立场,实际上也说明了本书开篇即提出法的公平正义价值的意义所在。因为,任何原则的理论及其解释、应用都不应当悖立以常识、常理、常情为核心的法的本质,这样才会得到真正的立法、司法公正。我想,罪刑相适应原则及其应用研究,同任何法学研究一样,均不当脱离法的本质及解释的原则。

那么,何谓法的本质及解释原则?行文至此,偶得几句,作为本序结语,供大家批评:

法者,源于情,生于理,护于国,成于民之行为规则也。不以常情为源,无以成流;不以常理为生,无以成魂;不以国力为护,无以成形;不以民心为成,无以成功。

故释法者,揣立法意必暴,唯专家言必偏,违情者必枯,悖理者必彊,离国者必散,轻民者必失。惟秉《世界人权宣言》第1条规定之“人人生而自由,尊严、权利平等,均有理性良心,应以亲人之情相待”之理念,遵良心之引,重民众之愿者,方能循法律体系之形,悟法律价值之魂,得法之真谛,成法治之大业也。

是为序。

陈忠林

2016年9月16日

目 录

序 /1

引 言 /1

第一章 罪刑相适应的价值、地位与
困境 /6

第一节 罪刑相适应的价值 /6

一、公平正义与罪刑相适应 /7

二、报应、功利与罪刑相适应 /13

第二节 罪刑相适应的地位 /18

一、罪刑相适应是罪刑法定原则的
实质内容 /18

二、罪刑相适应是刑法面前人人平等
的基本要求 /25

第三节 罪刑相适应的困境 /35

一、理论困境 /35

二、现实困境 /38

第二章 罪刑相适应原则的理论基础/52

第一节 罪刑相适应思想的历史源流/52

一、罪刑相适应的信念形成/52

二、神权基础上的神意报应/54

三、集权基础上的刑罚威慑/57

四、人权基础上的罪刑相称/60

第二节 罪刑相适应原则的理论形态/64

一、启蒙时代/65

二、古典学派/71

三、近代学派/89

第三节 罪刑相适应理论形态的启迪/92

一、个性与共性/92

二、经验与创新/97

第四节 罪刑相适应的刑罚发展趋势/102

一、重刑主义的源与流/103

二、刑罚历史发展评价/107

三、刑罚历史发展脉络/113

第三章 罪刑相适应原则的学理阐释/115

第一节 犯罪本质与罪行/116

一、犯罪概念及评析/116

二、犯罪本质的内涵/123

三、犯罪本质的核心/130

四、罪行的实质蕴含/135

第二节 罪刑相适应的立法确认/140

一、犯罪的轻重/140

二、刑罚的轻重/143

第三节 罪刑相适应的司法体认/149