

重拾一种被放逐的遗忘

——定罪量刑中的情感因素研究

李涛 著

西南政法大学 刑法学术文库

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本文系中国法学会2015年度课题「定罪量刑中非规范因素之考量研究：以情感因素为视角」（课题号CLS（2015）D056）的阶段性成果。

重拾一种被放逐的遗忘

李涛 著

——定罪量刑中的情感因素研究

西南政法大学 刑法学术文库



图书在版编目(CIP)数据

重拾一种被放逐的遗忘:定罪量刑中的情感因素研究/李涛著. —北京:法律出版社, 2016. 7

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9797 - 8

I. ①重… II. ①李… III. ①量刑—研究—中国
IV. ①D924. 134

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 179174 号

©法律出版社·中国

责任编辑/徐蕊

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制/沙磊

开本/A5

印张/7.5 字数/240 千

版本/2016 年 7 月第 1 版

印次/2016 年 7 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 - 9797 - 8

定价:29.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

西南政法大学刑法学术文库

编辑委员会

主 编 梅传强

委 员 (按姓氏笔画排序)

王利荣 石经海 卢有学

朱建华 李永升 陈 伟

袁 林 高维俭

总 序

歌乐葱葱,嘉陵滔滔。当历史的车轮跨入2013年之际,伴随着人民共和国的铿锵脚步和西南政法大学的风雨征程,西南政法大学的刑法学科走过了60年的峥嵘岁月。60年,对于一个人而言意味着花甲之年,但对一个学校和学科而言却正当壮年。在这个具有历史性意义的癸巳年,由西南政法大学的刑法学科组办的“西南政法大学的刑法学术文库”诞生了,我们以这种特殊的方式向走过的光辉岁月致敬,向即将迎来的全新征程启幕。

60年一甲子,走过的是匆匆脚步,留住的是辉煌记忆。1953年,西南政法大学的刑法学科由四川大学、重庆大学、云南大学、贵州大学等西南著名高校法律系的刑法学科合并组建而成。在60年的发展历程中,以邓又天、董鑫、伍柳村、赵长青、高绍先、李培泽、朱启昌等为代表的老一辈学者,以陈忠林、邱兴隆等为代表的中年学者,辛勤耕耘、默默奉献,为本学科的发展奠定了坚实的基础。特别是改革开放以来,本学科取得了一个又一个骄人的成绩,1981年成为全国最早获得硕士学位授权的刑法学科之一,1995年被评为省部级重点学科,2001年成为我国西部地区唯一的刑法专业博士学位授权点。经过几代人的薪火相传和不懈努力,西南政法大学的刑法学科已经成为具有雄厚学科基础和优良学术传统、在全国发挥重要影响并且具有一定国际知名度的省部级重点学科。

本学科历来注重学术著作的产出,在过去10年间,曾以“西南刑

事法与毒品犯罪研究文库”、“西南毒品问题研究文库”等为丛书名,出版发行了一系列的著作,展示了西南政法大学刑法学人的良好形象。但是,由于原有丛书中的每部著作分属于不同出版社出版,每本著作在版式、体例、风格等方面并不完全统一,在一定程度上影响了丛书所应具有的社会价值。2013年年初,为大力加强学科建设,承蒙法律出版社的盛情支持,西南政法大学刑法学科决定积极整合学科力量,将本学科拟出版的优秀著作纳入“西南政法大学刑法学术文库”(以下简称“文库”),以学术文库的形式公开出版发行。“文库”将延续“西南刑事法与毒品犯罪研究文库”等既往丛书的基本精神,秉承思想交流与学术创新的基本宗旨,着力打造学术精品,展示西南政法大学刑法学人形象,献力中国刑法学术发展。

科学研究与人才培养是学科建设的两翼。西南政法大学刑法学科具有数量规模庞大、年龄结构合理、学历水平优化、学缘结构合理的学科团队,他们积极投身于教学科研任务一线,近年来在科研项目立项、学术论文发表、科研成果获奖等方面成绩斐然,在科学研究方面取得了优异的成绩。此外,本学科在大力加强科学研究的同时,也着力于人才培养。自2001年获得博士学位授权点以来,本学科已培养了近百名博士,他们活跃在法学理论和司法实务的各个领域,他们所取得的成绩在一定意义上也是本学科所取得的成绩。为此,“文库”将立足本学科,主要出版本学科教学科研人员的优秀著作;同时,“文库”也将选择本学科培养且已经毕业的部分博士的学位论文或其他优秀学术著作出版。为了发挥“文库”的学术价值和社会效应,体现学术丛书的性质,“文库”将采取不定期常年出版的形式,对于拟出版的著作由“文库”编辑委员会审定同意后出版,每本著作连续编号,力争将“文库”打造成为规模较大、质量上乘、影响广泛的学术精品。

“人能弘道,非道弘人。”法治之路是中国这个古老的东方大国在饱经沧桑历史之后作出的选择,时至今日,法治中国已经成为法律

人矢志不渝的共同追求。诚然,法治之路不会一马平川,甚或还会荆棘塞途。但是,涓涓细流,汇聚成潮,只要每一个人都用心去尽一份力,梦想终会成真。回顾改革开放30余年的发展历程,从很多领域无法可依到中国特色社会主义法律体系已经建成,法治从艰难起步到健步前行。这份成绩的得来,凝聚着包括法律人在内的无数国人多年的追求和心血,其中,不乏法学理论界的鼓与呼。

时光荏苒,30年前乃至20年前学术著作匮乏的情形已经不复存在。在这样一个“知识爆炸”的时代,也许每天都有新的著作出版,也许每天都有新的观点出现,也许每天都有无数人在研究同一个问题,但这一切并不会抹杀理论研究的意义,更不会否定法学理论研究对中国法治实践的意义。事实上,对于当下中国而言,法治实践对法学理论的呼唤不是削弱而是加强了,处于深刻转型和社会变迁进程中的中国,有太多的现实问题需要理论关注与研究,这是法学理论界无可推卸的责任,也是每一个法学理论工作者应有的社会担当。我们不奢望“文库”成为夜幕下的灯塔,而更愿其作浩瀚苍穹中一颗闪闪的星星,用朴实无华的光芒照耀行进中的中国法治。因此,“文库”的出版将呈现每一个作者对当下中国刑法理论与实践问题的关注和思考,为学术交流搭建一个有益的平台,用文字和思考对中国法治发展献出自己的绵薄之力。

得益于60年的学术积淀,西南政法大学刑法学科历史厚重、师资雄厚、门类齐全、基础良好,积极加强和推进学科建设具有良好的基础。但是,我们深知,在新的历史条件下,本学科的发展面临着诸多新的挑战与困难,加强学科建设刻不容缓。我们期待着“文库”的出版发行能够为国内外同行了解和认识本学科提供一个窗口,也期待着国内外同行能够以“文库”为平台加强与本学科的沟通交流,国内外同行和广大读者的真知灼见将是我们进一步加强学科建设的重要力量。

学术的生命在于争鸣,思想的火花源于碰撞。我们热切期盼学

4 | 总 序

界同仁以及广大法律工作者为本丛书建言献策,努力推动丛书的发展完善,共同守护我们的精神家园,共同促进共和国法治事业的健步前行。

西南政法大学刑法学术文库编辑委员会
2013 年 5 月

前 言

在西方法院的门外,大都矗立着正义女神朱斯提提亚(Justitia)的雕像,她一手持天平,一手握利剑,眼蒙白布,主持着正义与秩序。天平代表着公平,利剑代表着权力,蒙眼代表着祛除歧视和偏袒,这一切都隐含着司法对情感的排斥。关于正义女神的神话传说影响了古希腊乃至整个西方的文明进程,法制文明便是其中之一。在遥远的古希腊,苏格拉底为了遵守城邦法律,维护自己努力建立起来的法律的权威,慷慨赴死。苏格拉底选择了法律,而不是服从情感,因为无论在城邦的治理还是在个人的生活中,情感必须服从理智。^{〔1〕}苏格拉底的思想被柏拉图、亚里士多德继承和发展,柏拉图认为神创造人时给予人的灵魂的包括可朽和不可朽的因素,情感是属于其中可朽的部分,只有克服了情感,人才可以过一种公义的生活,而如若人被情感所支配,那么他的生活就是不公义的。^{〔2〕}亚里士多德也认为“法律是无情的智慧”,“法律恰正是没有感情的”。^{〔3〕}以理性为其根基的西方哲学自始就对情感保持必要的谨慎,而在此基础上成长起来的法律也将情感讥为“阴暗角落里的愚昧”,始终是被排斥的对象。公平、正义等价值理念似乎只有在刚性的规则中被刚正不阿的

〔1〕 郭忠:“法理和情理”,载《法律科学》2007年第2期。

〔2〕 [古希腊]柏拉图:《柏拉图全集》(三卷),王晓朝译,人民出版社2002年版,第293页。

〔3〕 [古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1997年版,第163页。

践行才能完成理性法律的完美实现,所以,“法律无情”当之无愧地成为众多法学者鼓吹、标榜而为普通民众似懂非懂地“无奈”奉为真理的口号。作为法律系统中子学科的刑法学,被誉为“最后的保障法”,自由与生命的剥夺画出了它与其他法律学科的分界线,鲜血与剑影的并行使刑法总是表现出一副令人胆战心惊、冰冷胆怯的形象,理性、冷酷、严厉、无情都成为了刑法的修饰语。

在刑法领域,虽然大部分刑法学者一直在努力,试图将“不稳定”的情感因素驱逐出法律殿堂,^[4]但是心理学、神经学与社会学的发展已经提供了充足的证据证明这只是学者的一厢情愿,是理想状态中遥不可及的夙愿。如社会学家帕累托认为,“人类的大多数行动是非理性的,是由‘情感’而不是由逻辑所引导的。”^[5]刑法的发展除了要立足于现实之外,当然还应当注意与相关学科间的沟通、交流,拘泥于自闭空间的闭门造车虽然可能获得短暂的成就,但是长久来看,必将走向落后与衰败。事实上,情感从来就没有,也不可能从刑法中剥离出去,只是“理性”在刑法理论中一直扮演着主角,而情感始终处于被遗忘、忽视甚至故意回避的地位。无论是中国古代的“春秋决狱”、“经义决狱”,还是当代的“三常理论”^[6];无论是刑事立法,还是刑事司法,在刑法的一些基本问题上,我们都可以看到情感的身影。正如伯尔曼所言,“剥夺了法律的情感生命力,则法律将不可能幸存于世。”^[7]而作为法律重要分支的刑法,当然不能独善其身。

尤其在作为刑事司法程序的定罪量刑过程中,判决的做出事实

[4] 邵栋豪:“情绪性表达必须远离司法殿堂”,载《光明日报》2011年8月4日。

[5] [美]乔纳森·特纳、勤奥纳德·毕福勤、查尔斯·鲍尔斯:《社会学理论的兴起》,侯钧生译,天津人民出版社2006年版,第368页。

[6] “三常理论”指的是常识、常理、常情,是重庆大学法学院院长陈忠林教授提出出来的一种刑事法治理念。

[7] [美]伯尔曼:《法律与宗教》,梁治平译,中国政法大学出版社2003年版,第27页。

上并非如贝卡利亚所言是机械适用三段论的结果,因为在法律存有缺陷的情况下,机械的适用刑法可能并不能带来公正的判决。定罪量刑的过程其实是在法官的主导下,对行为人的行为进行的定性与定量的界定。而为了达到准确地定性与科学合理的定量,被害人与公众的个人因素都可能会对判决结果产生影响。那么,在此基础上,需要追问的便是,作为法官个人因素之一的情感因素能否对定罪量刑产生影响以及如何产生影响?以及行为人、被害人、社会公众的情感因素是否会对定罪量刑过程产生影响以及如何影响?如果前述问题的答案都是肯定的话,那么在四元主体情感都对定罪量刑过程产生影响的情况下,如何平衡各主体间的情感要求以求得公平、正义,合法、合理、合情的刑事判决?这便是本书试图解决的问题。本书在整理相关学科研究成果的基础上,首先对情感的含义进行了明确界定,紧接着对情感与定罪量刑的关系进行了系统论证,然后围绕着定罪量刑过程所关涉的法官、犯罪行为人、公众、被害人四元主体,分别对其情感因素在定罪量刑中的作用展开论述,最后提出了定罪量刑的四元互动结构,并指出在四元互动结构中,四元主体的情感因素对定罪量刑的影响。

目 录

第一章 情感的一般理论	(1)
第一节 情感的概念厘定	(1)
一、心理学上的情感概念	(1)
二、社会学上的情感概念	(4)
三、刑法学上的情感概念	(10)
第二节 情感的范畴划分	(11)
一、情感与情绪	(11)
二、情感与理性	(13)
三、情感与情理	(19)
四、情感与情节	(21)
第二章 情感与定罪量刑的关系	(25)
第一节 传统定罪量刑与情感是“相忘于江湖”	(25)
一、传统定罪量刑拒斥情感的原因	(25)
二、传统定罪量刑拒斥情感的表现	(28)
三、传统定罪量刑拒斥情感的后果	(30)
第二节 定罪量刑的机制与根据决定了情感的“不可或 缺”	(33)
一、定罪量刑的机制需要情感的融入	(33)
二、定罪量刑的根据需要情感的印证	(42)
第三节 定罪量刑的目的与价值体现了情感的“如影	

相随”	(50)
一、定罪量刑的目的中情感的显现	(50)
二、定罪量刑的价值中情感的渗入	(54)
第三章 情感在定罪过程中的展开	(63)
第一节 法官情感与定罪	(64)
一、问题的提出	(64)
二、理论上的误区	(64)
三、定罪过程中法官情感的具体运用	(66)
第二节 行为人情感与定罪	(76)
一、问题的提出	(77)
二、传统罪过理论中情感因素的缺位	(78)
三、情感因素在罪过理论中的定位	(83)
四、情感因素在具体罪过形式中的体现	(86)
第三节 公众情感与定罪	(94)
一、两个案例引发的思考	(95)
二、公众情感的含义界定	(96)
三、公众情感的属性明晰	(98)
四、定罪过程能否考虑公众情感	(100)
五、定罪过程如何考虑公众情感	(106)
第四节 被害人情感与定罪	(115)
一、重树被放逐的被害人地位	(115)
二、具体表现	(118)
三、原因阐发	(119)
四、发生机制	(123)
第四章 情感在量刑过程中的开示	(126)
第一节 法官情感与量刑	(126)
一、问题的提出	(126)
二、法官情感是否影响量刑	(127)
三、量刑过程介入法官情感的可行性分析	(129)

四、量刑过程中如何介入法官情感	(134)
第二节 行为人情感与量刑	(141)
一、“药家鑫案”的启示	(141)
二、阿尔伯特的“幸运”与李建国的“困惑”	(144)
三、激情二分模式下的宽与严	(147)
四、一个有争议的问题:激情犯罪人的刑事责任能力是 否受到抑制	(151)
五、由特殊到一般——共性的寻找	(154)
六、行为人情感的现实归宿——情节	(156)
第三节 公众情感与量刑	(160)
一、两个案例引发的思考	(160)
二、量刑过程中能否考虑公众情感	(161)
三、量刑过程中如何考虑公众情感	(167)
四、公众情感进入量刑程序的制度设计	(171)
第四节 被害人情感与量刑	(177)
一、问题提出	(177)
二、现象描述	(178)
三、原因揭示	(179)
第五章 四元主体互动下的情感与定罪量刑	(184)
一、事实的重塑:互动模式下的定罪量刑过程	(184)
二、结构与关系的厘清:定罪量刑是一个四元互动的过 程	(190)
三、四元互动的核心:主体间的情感表白	(195)
四、四元主体互动下的情感与定罪过程	(197)
五、四元主体互动下的情感与量刑过程	(202)
结 语	(207)
参考文献	(209)
后 记	(221)

第一章

情感的一般理论

概念厘定是任何理论研究的起点,对情感概念的合理、全面描述是本文的逻辑起点。然而,这并非一个简单地可有可无的过程。任何词语,当它触及到最本源层面的问题的解答时,似乎成了不可定义的元命题,而情感正是这样一个内涵丰富、运用范围广泛而难以定义的词汇。正如有学者所言,“困难始于界说,如若我们认真地想一想,就知道界说还有束缚和拘束的作用。界说一方面指使它的使用者,另一方面显现出使用者的取向。界说埋藏在它的使用者的观念与他的理论化的工作之中。”^{〔1〕}“情感”一词多出现于心理学、社会学(包括伦理学)领域,且不同学科对其解释的侧重点也各不相同。因此,本章主要从这几个学科的角度介绍情感的概念,并试图解构本文语境下情感的内涵。

第一节 情感的概念厘定

一、心理学上的情感概念

(一)情感的含义

传统心理学将人的心理现象分为三个方面,即认识过程、情感过

〔1〕 [美]尤劳:《政治行为论》,台湾商务印书馆1978年版,第22页。

程和意志过程。任何人的心理现象都包括这三个过程,缺一不可。因此,关于情感为何是心理学研究的一个重要课题。心理学上的情感指的是“人对客观事物是否满足自己需要所产生的态度体验。”〔2〕

因此,情感是人脑对客观事物与主体需要之间的关系的反应。情感的产生实质上是由两方面决定的:一是客观事物的属性;二是主体的需要。前者是情感产生的源泉,后者是情感产生的中介。人生活在现实的世界中,总会接触到形形色色、各种各样的事物,当这些客观事物与人的多样化需要产生对接时,就会在作为主体的人的身上表现出不同的态度体验。当人的需要能够得到满足时,一般会产生积极的情感如满意、快乐等;反之,当人的需要没有得到满足使,一般会产生消极的情感如生气、愤怒等。

由上可知,心理学上的情感侧重于个体独特的心理过程研究,将其限定为一种主观的态度体验。

(二) 情感的分类

情感的内容及表现形式极为丰富,所以,对其进行准确分类也是一个复杂且困难的过程。即便如此,古今中外的研究者仍然在进行着努力的探索,他们根据不同的标准做出了多样化的分类。

1. 我国学者对情感的传统分类

根据我国古代名著《礼记》记载,人的情感有“七情”分法,即喜怒哀乐惧爱恶欲;《白虎通》记载,情感可分为“六情”即喜怒哀惧爱恶欲。我国心理学家林传鼎于1944年从《说文》中找出9353个正篆,发现其中有354个字是描述人的情感表现的,按释义可分为18类,即安静、喜悦、恨怒、哀怜、悲痛、忧愁、愤急、烦闷、恐惧、惊骇、恭敬、抚爱、憎恶、贪欲、嫉妒、傲慢、惭愧、耻辱。〔3〕

〔2〕 冯鸿滔:《普通心理学》,中国人民公安大学出版社2006年版,第233页。

〔3〕 孟昭兰:《普通心理学》,北京大学出版社1994年版,第402页。

2. 西方学者对情感的分类

在西方,最初对情感进行分类的学者是亚里士多德。他将情感分为欲望、愤怒、恐怖、欢乐和怜悯五种。笛卡尔把原始情感分文惊奇、爱悦、憎恶、欲望、欢乐和悲哀六种。华生把情感分为恐惧、愤怒、和爱三类。^{〔4〕} 随着情感心理学的发展,对于情感的如何分类,越来越多的学者表现出浓厚的兴趣,并且随之也产生了各种各样的分类方法。在此,笔者仅把具有代表性的学者的观点用图表的形式列举出来,以供参考(参见表 1.1):

基本情感的代表性观点^{〔5〕}认为,尽管古今中外学者们对情感的分类有着不同的看法,但不可否认的是人类的情感具有普遍性。综观大多数学者的观点,我们会发现高兴、恐惧、愤怒、悲伤是被普遍认同的基本情感^{〔6〕},这也得到了现代心理学者的一致认同。可以说,这四种情感是人类普遍存在的、与生俱来的情感。但是,除此之外,人类的生活世界还被其他存在着的、多种多样的情感形式包围着,因而才构成了丰富多彩的人类情感世界。而这部分情感又不同于基本情感,是一种高级的情感形态,具有一定的社会文化意义,笔者将这类情感称为复合情感。所谓复合情感(情绪)是指在基本情绪的基础上,并在社会情境中经过自我的认知评价而派生;每种复合情感均以个体的认知评价为中介,由构成自我的文化结构的渗透而形成。^{〔7〕} 例如,窘迫感是恐惧与自我的结合,它首先必然是对当前

〔4〕 冯鸿滔:《普通心理学》,中国人民公安大学出版社 2006 年版,第 247 页。

〔5〕 Turner, Jonathan H, *On the origins of human emotions: A sociological inquiry into the evolution of human affect*, Stanford, CA: Stanford University Press, 2000, pp. 13 - 14.

〔6〕 所谓基本情感(情绪),是指生物先天存在的、在进化中为适应个体的生存演化而来,每种情感都具有不同的适应功能;具体情绪可以在没有认知参与的情况下自发的生成。关于基本情感的种类,不同学者有不同观点。但是,基本上都包括喜、怒、哀、惧四种。除此之外,可能还有其他形式存在,不过学者尚未形成同意观点,在此,笔者也不一一赘述。

〔7〕 孟昭兰:《情绪心理学》,北京大学出版社 2005 年版,第 177 页。