

第8卷

刑法论丛

CRIMINAL LAW

REVIEW VOL. 8

◆ 高铭暄 赵秉志 / 主编

◆ 中国人民大学刑事法律科学研究中心 / 主办

本卷要目

中国刑法

【张 屹】

罪刑相适应原则司法实现研究

【聂立泽】

主客观相统一原则地位论要

【李希慧 童伟华】

人身危险性也是刑事责任归责之基础

【韩 轶】

刑罚目的重构论

【许发民】

保安处分的社会文化分析

外国刑法

【刘艳红】

意图、困境与出路：

论大陆法系犯罪构成要件理论

比较刑法

【许成磊】

交通肇事逃逸问题比较研究

【钊作俊】

妨害公务罪比较研究

国际刑法

【莫洪宪 王明星】

论恐怖主义犯罪及其法律控制

【周露露】

罗马规约有关国际刑事法院与

联合国安理会关系规定之研究

区际刑法

【赵秉志 时延安】

正确解决中国区际刑事管辖权冲突之制度构想



法律出版社
LAW PRESS CHINA

第8卷

刑法论丛

CRIMINAL LAW

REVIEW VOL. 8

■ 高铭暄 赵秉志 / 主编

■ 执行编辑 / 王秀梅 阴建峰

■ 中国人民大学刑事法律科学研究中心 / 主办



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑法论丛.第8卷/高铭喧,赵秉志主编.一北京:法律出版社,2004.11

ISBN 7-5036-5181-4

I.刑… II.①高…②赵… III.刑法-研究-文集
IV.D914.04-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2004)第107602号

法律出版社·中国

责任编辑/周丽君

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑/法学学术与综合出版社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/19.375 字数/530千

版本/2004年12月第1版

印次/2004年12月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术与综合出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939714

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.chinalawbook.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65193110

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

中法图西安分公司/029-85388843

书号:ISBN 7-5036-5181-4/D·4899 定价:35.00元

《刑法论丛》(第8卷)内容概要

《刑法论丛》第8卷共刊载论文18篇,内容涵括中国刑法学、外国刑法学、比较刑法学、区际刑法学与国际刑法学等刑法学科诸多领域。既有本源性、思辨性的深层次刑法理论研究,又有针对司法实践中具有重大意义的实务问题所进行的开拓性探索;既有大分量的长篇宏论,也有颇具真知灼见的精辟短文,亦不乏知识性信息资料。

“中国刑法”栏目共载有8篇论文。其中,张屹法官所撰的“罪刑相适应原则司法实现研究”一文,首先揭示了司法实践中刑罚适用存在的主要问题,并对阻碍罪刑相适应原则司法化的成因进行了深入剖析;在此基础上,论者阐述了构建罪刑相适应原则司法化标准体系的基本思路,并提出了建立量刑平衡机制和良好的司法运行环境具体构想。聂立泽副教授的“主客观相统一原则地位论要”一文则对我国刑法学界关于主客观相统一原则的地位以及刑法基本原则确立标准的不同观点进行了系统的研究。论者认为,从内容上来看,主客观相统一原则属于刑事责任原则,贯穿于定罪、量刑与行刑的整个过程当中;从作用上来看,该原则对刑法立法、修订、解释与司法实践都起着统驭性作用,因此,其符合刑法基本原则的确立标准,应当成为我国刑法中的一项基本原则。苏彩霞副教授的“论外国刑事判决在我国的效力”一文则在分析外国刑事判决的效力及其发展趋势的基础上,对我国《刑法》第10条之规定进行了理性反思,并进而主张我国应有条件地积极承认外国刑事判决的效力。李希慧教授、童伟华博士所撰“人身危险性也是刑事责任归责之基础”一文,首先介绍了国外相关理论之演进,并着力探讨了我国刑法学界的相关观点,论者基此认为,行为人的“人身危险性”与行为的社会危害性同为刑事责任的归责基础。张忠斌、赵慧二博士的“论共犯关系”

一文,则在分析共犯关系的内涵与机能的基础上,专门研究了共犯关系的成立、脱离与竞合等深层次问题,颇具理论见地。韩轶教授的“刑罚目的重构论”一文,在分析一元论、二元论和二层次说的刑罚目的观的局限之基础上,力图重构我国刑罚目的理论。论者认为,刑罚目的是一个完整的整体,是层次性的统一,我国刑罚目的可以分为三个层次,即惩罚犯罪、预防犯罪和保护法益,且彼此具有递进深入关系。许发民教授的“保安处分的社会文化分析”一文,首先述及保安处分的概念、适用对象等基本问题,并进而从社会实证文化与社会法治文化之不同立场上考察了此一制度。论者认为,保安处分制度之兴盛与社会实证文化密切相联;实现保安处分制度的刑事立法化,符合法治国的文化精神和制度要求。李秀清副教授的“法的移植与民国时期中国刑法的变迁”一文,以两个修正案和两部刑法典的具体规定为契机,对民国时期趋附世界刑法潮流、移植外国刑法制度做了具体的分析。

“外国刑法”栏目发表了刘艳红教授所撰的“意图、困境与出路:论大陆法系犯罪构成要件理论”一文。论者指出,不同时期不同学者所提出的构成要件理论,其意图实际上都是将构成要件与违法性之间的关系予以密切化。但是,由违法性理论的复杂性及由此带来的违法性判断的复杂性所决定,即使在将构成要件作为违法类型的现今刑法理论中,在我们将构成要件与违法性的关系作了最大努力或者说最密切化的尝试之下,构成要件该当性与违法性判断之间仍然存在问题。鉴此,论者主张,应提倡开放的构成要件之概念。

“比较刑法”是一个以比较分析法为视角来研究刑法的栏目。本卷该栏目收录了两篇论文。许成磊博士的“交通肇事逃逸问题比较研究”一文,首先探讨了交通肇事逃逸行为在刑法中的意义,并揭示了该行为的成立条件,在此基础上,论者对逃逸行为是否成立遗弃罪乃至杀人罪进行了深入地剖析。仝作俊副教授的“妨害公务罪比较研究”一文,则首先介绍了妨害公务罪的两种立法模式,进而探究了该罪的行为对象、行为方式与主观故意。

“国际刑法”栏目刊载了两篇论文。莫洪宪教授与王明星博士共同撰写的“论恐怖主义犯罪及其法律控制”一文首先对恐怖主义犯罪的概

念进行了界定,在此基础上,论者分析了恐怖主义犯罪的特征,进而论述了恐怖主义犯罪的法律控制问题。外交部条约法律司周露露的“罗马规约有关国际刑事法院与联合国安理会关系规定之研究”一文,则对罗马规约中有关国际刑事法院与联合国安理会关系的规定进行了较为细致地研讨。

“区际刑法”栏目推出了赵秉志教授、时延安博士共同撰写的“正确解决中国区际刑事管辖权冲突之制度构想”一文。该文基本从应然的角度论述了解决中国区际刑事管辖权冲突的基本原则和规则,进而剖析了刑事管辖权冲突之解决与中国区际刑事司法互助的关系,设计了确定刑事管辖的具体程序,在此基础上,论者提出了解决中国区际刑事管辖权冲突问题之立法完善构想。

本卷“学术信息”栏目内容较为丰富,不仅收录了关于中国人民大学刑事法律科学研究中心分别和德国马克斯-普朗克外国刑法与国际刑法研究所、俄罗斯国立远东大学法学院刑法学科暨区际社会科学研究所以签订学术交流协议之信息,而且还编入两篇学术综述。卢建平教授、王志祥副教授、郭理蓉博士合写的“2003年刑法学研究的回顾与展望”一文,对2003年刑法学研究状况进行了总结,认为过去一年中我国的刑法学研究可谓成绩斐然,值得肯定;但同时也存在一些不尽人意之处,有待进一步发展完善。阴建峰博士的“反对酷刑,保障人权”一文,则对中国人民大学刑事法律科学研究中心与英国大使馆文化教育处共同举办的“中英酷刑遏制研讨会”进行了综要介述,从而使此次学术盛会的研讨成果与学术见解得以及时反馈社会。

目 录

〔中国刑法〕

- | | | |
|-----|--|---------|
| 1 | 罪刑相适应原则司法实现研究 | 张 屹 |
| 40 | 主客观相统一原则地位论要 | 聂立泽 |
| 69 | 论外国刑事判决在我国的效力
——我国刑法第 10 条之反思 | 苏彩霞 |
| 84 | 人身危险性也是刑事责任归责之
基础 | 李希慧 童伟华 |
| 102 | 论共犯关系 | 张忠斌 赵 慧 |
| 141 | 刑罚目的重构论 | 韩 轶 |
| 212 | 保安处分的社会文化分析 | 许发民 |
| 276 | 法的移植与民国时期中国刑法的变迁 | 李秀清 |

〔外国刑法〕

- | | | |
|-----|----------------------------------|-----|
| 302 | 意图、困境与出路：论大陆法系犯罪构成要件
理论 | 刘艳红 |
|-----|----------------------------------|-----|

〔比较刑法〕

- 333 交通肇事逃逸问题比较研究 许成磊
366 妨害公务罪比较研究 仝作俊

〔国际刑法〕

- 393 论恐怖主义犯罪及其法律控制 莫洪宪 王明星
437 罗马规约有关国际刑事法院与联合国安理会
关系规定之研究 周露露

〔区际刑法〕

- 478 正确解决中国区际刑事管辖权冲突之制度
构想 赵秉志 时延安

〔学术信息〕

- 546 中国人民大学刑事法律科学研究中心与德国
马克斯—普朗克外国刑法与国际刑法研究
所签订学术交流协议 廖万里
550 中国人民大学刑事法律科学研究中心与俄罗
斯国立远东大学法学院刑法学科暨区际社
会科学研究所签订学术交流协议 剑 锋
554 2003 年刑法学研究的回顾与展望
..... 卢建平 王志祥 郭理蓉
593 反对酷刑 保障人权
——中英遏制酷刑学术研讨会综述 阴建峰
606 稿 约

〔中国刑法〕

罪刑相适应原则司法实现研究

张 屹*

目 次

一、司法实践中刑罚适用存在的主要问题

- (一) 刑罚适用在空间上缺乏均衡性
- (二) 刑罚适用在时间上缺乏稳定性
- (三) 刑罚裁量轻重失当
- (四) 裁量刑罚的方法不一致
- (五) 量刑不当的主要危害

二、阻碍罪刑相适应原则司法化的成因分析

- (一) 刑罚观念上的认识误区
- (二) 立法不完善,法定标准不明确
- (三) 司法统一平衡机制未有效建立
- (四) 司法体制弊端的干扰因素

三、构建罪刑相适应原则司法化标准体系

- (一) 确立量刑司法标准的理论和事实根据
- (二) 确立各罪量刑基准及其方法
- (三) 作用量刑因素的要素化

* 江苏省高级人民法院刑一庭庭长。

(四)量刑要素的运用规则

四、建立量刑平衡机制和良好的司法运行环境

(一)建立量刑平衡机制

(二)创建司法实现的良好环境

罪刑相适应原则是当代各国刑法和刑事司法遵循的一项基本原则。我国《刑法》第5条规定：“刑罚的轻重，应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。”这标志着罪刑相适应原则在我国刑法典中的确立。罪刑相适应原则包括两个方面基本含义，一是刑罚的轻重应当与犯罪分子所犯罪行相适应；二是刑罚的轻重应当与犯罪分子所承担的刑事责任相适应^①。概言之，罪轻规定轻刑、轻判，罪重规定重刑、重判，罪刑相当，罚当其罪。^② 罪刑相适应原则的观念具有源远流长的历史，而作为一项基本原则在刑法中加以确立，则是人类文明发展的必然产物，它反映了人类在与犯罪作斗争中由情感向理性、专制向法治转变的过程，也反映了刑罚与犯罪之间的内在对应关系，体现了刑罚适用上的公平与正义的深刻内含。

当前，我国法治化进程正向纵深推进，公正与效率已成为司法改革所追求的重要价值目标，而罪刑相适应原则的正确贯彻实施则是公正与效率应有的题中之意。然而，审视当前的司法实践，罪刑相适应原则的执行状况令人堪忧，量刑不统一、不平衡现象较为严重。实践表明，正确理解、实现罪刑相适应原则，不仅是学术问题，更是司法领域需要解决的重大课题。因为，刑事立法上的罪刑相适应不会必然导致罪刑相适应原则的司法实现，罪刑相适应的最后实现还有赖于刑事司法。刑事立法所谓罪刑相适应也只是粗线条的、概括的。所以，只有刑事立法上的罪刑相适应而没有刑事司法中的罪刑相适应，这一原则也还是

① 何秉松：“试论新刑法的罪刑相当原则”，载《政法论坛》1997年第5期，第5页。

② 参见周道鸾等主编：《刑法的修改与适用》，人民法院出版社1999年版，第60页。

不可能最后实现。^①应该说,目前我国理论界对罪刑相适应原则的学研究已日趋成熟,但司法领域对量刑问题的探究则相当粗浅和薄弱。因此,研究罪刑相适应原则司法实现的途径和方法,对于正确量刑,实现刑罚的公平、正义,促进刑事司法法治化的进程具有重要意义。

一、司法实践中刑罚适用存在的主要问题

(一)刑罚适用在空间上缺乏均衡性

根据罪刑相适应原则的要求,在同一刑事法制环境中,裁量刑罚时应尽量在空间上保持均衡,对性质、情节相同的案件应适用同等刑罚,避免罪行相同的案件仅因审理的法院或者法官不同而导致刑罚相差悬殊。^②然而,长期以来,我们的刑事司法量刑中则呈现出明显的地区性及过度的个别化特征。

1. 不同法院之间量刑不平衡

依据诉讼法,我国实行的是4级法院二审终审制诉讼体制,特殊案件实行复核、核准制度。一般刑事案件,在上下两级法院之间审理后即终结。由此,形成了审判活动的区域性特征,即无期徒刑以下裁量的案件以中级法院为一个审判区域,无期徒刑及死刑案件以高级法院为一个审判区域。应该说,这种区域性分布特征是诉讼体制所不可避免的。然而,由于量刑统一平衡机制尚未有效建立等诸多因素的影响,导致审判活动的地区性特征,不同法院量刑上不平衡,犯罪事实、情节基本相同的案件在不同地区的法院量刑差异明显。表现为:部分地区法院量刑上呈现总体趋重、趋轻现象,就三大刑(死刑、死缓、无期徒刑)案件而言,省内地区分布特征明显,一些地区判处三大刑的案件,长期居高不下,且在犯罪案件总数中所占比率高(4%),而某些地区三大刑的适用

^① 参见陈兴良著:《刑法适用总论》,法律出版社1999年版,第70页。

^② 李元鹤、于天敏:“‘严打’刑事政策与刑罚裁量”,载《人民司法》2003年第5期,第39页。

不仅绝对数低,比率也很低(0.61%);从全国看,各省、市、自治区的重刑率有较大差别,一些省所判比率远高于其他省份,无期徒刑以上刑罚的判处率差异更大;缓刑、管制、拘役、免于刑事处罚的判处情况也有地区分布特点,占所判案件总数最高比率的达49%,最低的仅为20%;共同犯罪案件分案处理时,情节基本相同的同案被告人因在不同法院受审,判处刑罚轻重差异过大的现象时有发生;财产刑适用上,有的基层法院全年判处罚金累计数额达数百万元,而有的法院则仅有十几万元,相同主刑,罚金数额相差数倍的判决在不同法院经常出现;“可以型”量刑情节适用上,有的法院在裁量刑罚时一般予以体现,而个别法院则鲜有考虑,执法尺度宽严不一。

2. 同一法院不同法官量刑及同案各被告人处刑之间不平衡

随着法院审判方式及审判组织制度改革的推行,合议庭、独任审判员定案权限不断扩大和强化,绝大多数案件由合议庭、独任审判员依法独立审判。但是,由于配套措施的缺失和法官素质不一,不同法官之间量刑不平衡现象较为普遍。在对相同犯罪情节的轻重认定上,不同的法官有时会作出截然不同的结论。如“光天化日之下公然抢劫,应当从重处罚”、“夜深人静之时拦路抢劫,应当从严惩处”,必然导致量刑的失衡;法定刑适用上,相同的案件,不同的合议庭常常会选择不同的量刑幅度;对财产型犯罪的处罚,不同法官之间所判刑期与犯罪数额有时出现明显倒挂现象;在从重判处的掌握上,有的法官习惯顶格判刑,有的则在中间线以上量刑,从轻处罚则有的判起点刑,有的从中间线向下量刑,判处结果就明显不同;缓刑适用标准掌握上,不同法官宽严不一。同样的,在同案被告人的量刑上也存在不平衡现象:因为非量刑情节、因素影响而致使量刑轻重失衡的现象时有发生,结果是重罪轻判或者轻罪重判。例如,按起诉被告人的排列顺序,由重到轻裁量刑罚;相同犯罪事实的被告人量刑上出现不合理的差距;犯罪情节有重大不同的,量刑却无区别,有一例运送他人偷越国境案,实施犯罪1次、运送50人与犯罪8次、运送200余人的两名被告人,同为从犯,判决结果却均为5年徒刑。

(二) 刑罚适用在时间上缺乏稳定性

罪刑相适应原则要求量刑统一平衡的另一个重要方面,是指依据同一刑事法律,刑罚适用在时间上应保持稳定。虽然国家刑事政策对刑罚的适用具有指导作用,但刑罚适用不能大起大落,刑罚量的差异不能过大,否则将破坏刑罚的公正性和权威。然而,司法实践中,刑罚适用存在较严重的不稳定。

1. 不同时期量刑差异明显

新中国刑法典实施以来,我国历经刑事法制多种不同的特殊时期,“严打”、各类“专项斗争”未曾间断过,虽然法院努力实现突出打击重点,宽严相济,依法“严打”,但不可否认,刑罚适用轻重波动明显。特殊时期量刑总体趋重,个别地区“水涨船高”,导致刑罚适用过量;“专项斗争”时对打击对象量刑加重,过后又迅速回落;死刑案件数从较长一个时间段来看起伏过大,数年内有时会相差数倍,一个时期内被判死刑的犯罪,另一时期可能仅判有期徒刑;同一法院量刑也有阶段性差异现象,个罪处罚上时代特征明显。

2. 二审改判标准不同时期缺乏一致性

根据诉讼制约理论,二审的执法尺度、量刑尺度在法律适用上起着决定性的作用。然而,二审法院则存在改判标准不稳定现象,前后缺乏一致性和连续性。一是改判标准多变。前案的改判理由经过一段时期后被二审法院自己否定,如自首情节,相同情形的,此时认定,彼时不认定,一审法院无所适从。二是不同时期标准矛盾,相互缺乏协调。同一事实、情节,此时认定为从重量刑情节,彼时又作为从轻情节改判。如贩毒案件,毒品出售被人吸食的,因实际造成危害,要酌情从重处罚,后又认为因未取得赃物应从轻处罚。

(三) 刑罚裁量轻重失当

前文用比较的方法,从纵向和横向两个方面分析了司法实践刑罚

适用中存在的问题。同样,在对个案的分析中,我们也可以发现诸多刑罚裁量中的失当现象。

1. 法定刑内畸轻畸重

我国刑法主要采用的是相对确定的法定刑,法定刑幅度一般较大,有的法定刑不仅包含较长的刑期,还包含数个刑种,量刑时选择恰当的宣告刑难度较大。应该说,量刑中合理的差异是难以避免的,但目前司法实践中个案量刑畸轻畸重现象还较为普遍。一是满足于对法定刑的选择,忽视对罪量的把握,导致刑罚轻重偏差悬殊。如轮奸犯罪,法定刑为10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑,一个4名被告人的轮奸案,作案时间长达数天,各被告人均强奸2次以上,却在10—13年内量刑。虽未偏离法定刑,但因没有充分考虑犯罪本身的严重程度,在法定刑的起点刑处判处,显然量刑畸轻。又如适用1979年刑法对一流氓斗殴案件的量刑,一名同案犯在现场仅帮助主犯保管衣物,未实施斗殴行为,为了从重打击,竟也被判了死刑,量刑畸重是显而易见的。二是从重从轻情节适用过度。一个本该判处10年左右徒刑的被告人,因有自首或者一般立功表现,从轻判处时则降至法定刑的起点刑3年量刑,甚至判处缓刑;一个累犯从法定最低刑处从重判可能会顶格量刑。三是犯罪的社会危害性和人身危险性大小考量失当。在兼具从重从轻量刑情节时,往往缺乏综合分析,仅从一个方面考察,量刑出现偏差。如一个多次实施严重犯罪应处重刑的被告人,因有重大立功,被减轻处罚,而未实行终了的杀人未遂,因曾犯盗窃罪构成累犯则有时得不到从轻。

2. 适用弹性条款随意性大

弹性条款是指刑法规范中对行为人定罪量刑起决定作用,而字面表述不明确或者内涵具有一定弹性的概然性条款。^①由于立法技术的原因,我国刑法及附属刑法中弹性条款大量出现,有的是定罪条款,有的是法定刑适用条款,也有量刑情节条款。依据罪刑法定和罪刑相适应原则,司法适用时应依照立法精神严格执行,防止罪刑擅断。然而,

^① 张屹、邹习顶:“刑法弹性规定的司法实现”,载《华东刑事司法评论》(第四卷),第59页。

刑事司法中适用弹性条款时往往出现随意性。如依据法官的主观判断随意决定是否适用;对兜底性弹性条款作无限扩大,任意解释适用;根据各个时期的不同政策,掌握尺度宽严不一;对刑法条文及司法解释简单“对号入座”,机械套用,对弹性条款一律排斥适用,等等。从而导致罪与非罪界限不清,轻罪重罪判罚失当。

3. 主刑与附加刑、自由刑与非自由刑适用失调

我国刑法根据犯罪的社会危害性和人身危险性不同,规定了不同的刑种、刑期和刑罚执行方法,应当科学、全面加以适用。刑事司法实践中存在:重主刑和自由刑,轻附加刑和非自由刑;在财产刑适用上,重并处轻单处;在主、附刑及自由刑、非自由刑适用时,轻重正反比不当,有时成正比,有时成反比。造成刑罚适用失调,罪罚不当。

(四)裁量刑罚的方法不一致

裁量刑罚的方法即量刑方法,是指法官依法对犯罪分子裁量决定刑罚的步骤、程序、手段、模式的总和。量刑方法从思维活动来讲,是指量刑的思维方法,作为刑事诉讼活动而言,就是指量刑的工作方法。^①正确的量刑方法对实现罪刑相适应原则,做到正确量刑具有重要意义。刑事司法实践中,存在着错误的量刑方法,导致量刑不当。

1. “估堆”量刑,随意量刑

“估堆”量刑也称综合估量式量刑方法,是指法官凭借自己对法律的理解和过去的办案经验,对被告人进行综合估量的量刑方法,量刑结果虽然建立在犯罪事实、情节之上,但由于缺乏对具体罪质罪量的分析和科学的量刑手段、步骤,一次性地综合估量出宣告刑,必然会产生量刑的盲目性、偶然性与随意性。如“被告人罪行严重,应当判处……”“这个被告人可以判轻一点,也可以判缓刑”等等,从而简捷高速地得出量刑意见;裁判文书中,仅以高度概括的字句表明量刑的方向性意见,量刑结果与理由之间缺乏必然的联系。

^① 高格著:《定罪与量刑》(上册),中国方正出版社2001年修订版,第247页。

2. 刑罚裁量起点不统一

量刑起点包括：一是量刑基准，指对已确定适用一定幅度法定刑的抽象个罪，在不考虑任何量刑情节的情况下，仅依其构成事实所应当判处的刑罚量；^①二是具体个罪在适用一定幅度法定刑时仅依其犯罪事实本身确定所应判处的刑罚量，然后再适用量刑情节加以调节。量刑基准目前司法实践中尚未采用。具体个罪的量刑起点，刑法没有明文规定，但司法实践中广泛运用着，但很不规范统一。最为常见的是将法定刑的中间线作为量刑起点，还有的以起点刑或者最高刑为量刑起点的，如“顶格判”。可以看出，上述做法，不仅将抽象个罪与具体个罪的量刑起点混为一谈，而且会导致严重的罪刑不相适应。

(五) 量刑不当的主要危害

1. 破坏社会主义法制的统一

我国是法制高度统一的国家，包括立法的统一和司法的统一。司法统一的一个基本要求，就是适用法律上的一致性和平等性。作为关涉公民生命、自由等重大权利的刑法的统一贯彻实施，对我国的法制建设具有极其重要的作用。正确适用刑罚，实现罪刑相适应，依法打击犯罪，保护公民、法人和其他组织的合法权益，是刑法的基本任务，是衡量一个国家法制是否实现统一的重要标志。刑事司法实践中存在的量刑不平衡、不规范、不统一，就会使被追诉者遭受到不平等的对待，使权利被侵害者及社会的利益不能得到平等的补偿，造成法制的地方化和无序化，必然破坏国家法制的统一。

2. 损害司法的公正和权威

司法活动的基本要求就是公正和权威，这是司法的本质特征所决定的。即所谓“裁判应求其公正，也应顾及公信、公平与公允。公信者，社会一般之信任。公平者，当事人之间之平衡。公允者，各事之妥适解

^① 周光权：“量刑基准研究”，载《中国法学》1999年第5期，第128页。

决。”^①因此,司法公正和权威是司法工作的灵魂。而量刑不当,造成罪刑关系失衡,使罪重者得不到应有惩罚,罪轻者承担过重刑罚,就会破坏司法的公正性,削弱公众及当事者对司法权威的认同感和尊重感,甚至产生对罪犯的同情或者依赖于法外用刑。其后果正如西方一位哲学家所说的:“一次不公正的审判,它的后果可能超过10次犯罪。犯罪破坏的是水流,不公正的审判破坏的是水源。”

3. 导致刑罚功能失却,综合治理难以全面实现

刑罚的功能,虽然众说不一,但通说认为是预防犯罪,包括一般预防和特殊预防,其实现必须以刑罚适用正确为前提。量刑不当,重罪轻罚或者轻罪重罚,甚至无罪受罚、有罪不罚,就会使有罪及罪重的人感到得到的多而失去的少,刑罚就会失去威慑力,从而重新犯罪;无罪及罪轻者因无辜被判刑或者被判重刑,不仅侵犯了他们的权利,而且会使他们感到冤枉,对社会产生仇恨,变为不稳定因素。同时,量刑不当还会导致疏于对其他法律、制度的建立和完善。重罪轻罚产生不良效果,社会会归责于司法不公。同样的,轻罪重罚,重刑化,社会也会将治安不稳的责任推向司法,过分推崇刑罚预防犯罪的功能,对刑罚产生一种不正常的信赖和期待,从而导致不从犯罪的根源上去寻找治理的措施和制度。^②正如菲利所认为的那样,严刑峻法会妨碍人们寻求科学的犯罪对策的努力。

二、阻碍罪刑相适应原则司法化的成因分析

一项法律原则的司法实现需要具备诸多条件,包括主观和客观方面。因而,分析法律原则在司法中未被有效贯彻执行的原因,也应从这两方面入手。从以上分析可以看出,罪刑相适应原则在司法实现过程中存在着大量的问题,究其原因,我们会进一步发现,对其成因探究的

^① 史尚宽:《宪法论丛》,台湾荣泰印书馆1973年版,第523页。

^② 游伟:“论重刑化的弊端及我国的刑罚选择”,载《人民司法》2003年第3期,第67页。