



Distributive Principles of Criminal Law
—Who Should Be Punished How Much?

刑法的分配原则

——谁应受罚，如何量刑？



保罗 H. 罗宾逊◎著

沙丽金◎译



中国人民公安大学出版社

刑法的分配原则

——谁应受罚，如何量刑？

Distributive Principles of Criminal Law

Who Should Be Punished How Much?

保罗 H. 罗宾逊 著

Paul H. Robinson

沙丽金 译

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

著作权合同登记号 图字：01-2009-4764 号

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法的分配原则：谁应受罚，如何量刑？/ (美) 罗宾逊著；沙丽金译. —北京：中国人民公安大学出版社，2009.10

ISBN 978-7-81139-693-5

I. 刑… II. ①罗…②沙… III. 刑法—分配—研究—美国 IV. D971.24
中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 163731 号

This volume is a Chinese translation of *Distributive Principles of Criminal: Who should be punished How much?* by Paul H. Robinson, published and sold by the Publishing of the Chinese People's Public Security University, by permission of Paul H. Robinson, the owner of all rights to publish and sell same.

Paul H. Robinson 所著《刑法的分配原则——谁应受罚，如何量刑？》的中文译本由中国人民公安大学出版社出版发行。该书经所有权人 Paul H. Robinson 授权许可。

刑法的分配原则——谁应受罚，如何量刑？

XINGFA DE FENPEIYUANZE—SHEIYING SHOUFA RUHE LIANGXING

保罗 H. 罗宾逊 著 沙丽金 译

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：北京蓝空印刷厂

版 次：2009 年 10 月第 1 版

印 次：2009 年 10 月第 1 次

印 张：9.125

开 本：880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数：219 千字

印 数：1~3000 册

书 号：ISBN 978-7-81139-693-5/D·598

定 价：26.00 元

网 址：www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱：cpep@public.bta.net.cn zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话 (批销)：(010) 83903254

警官读者俱乐部电话 (邮购)：(010) 83903253

读者服务部电话 (书店)：(010) 83903257

教材分社电话：(010) 83903259

公安图书分社电话：(010) 83905672

法律图书分社电话：(010) 83905637

公安文艺分社电话：(010) 83903973

杂志分社电话：(010) 83903239

电子音像分社电话：(010) 83905727

本社图书出现印装质量问题，由本社负责退换
版权所有 侵权必究

献给莎拉·麦卡尔平·罗宾逊
我的爱人和最好的朋友

目 录

第一章 刑事责任与刑罚的分配	1
第二章 清晰阐述分配原则的需要	7
第一节 每个可选择分配原则的标准	7
第二节 分配原则之间的矛盾	12
第三节 不清晰阐述分配原则合并的问题	18
第三章 刑法具有威慑力吗?	21
第一节 威慑的先决条件	23
第二节 组合作用研究	54
第三节 增强威慑作用的可能性和不可能性	63
第四章 作为分配原则的威慑	78
第一节 传统假设:刑法原则的制定会影响行为	80
第二节 威慑作为分配原则的困难	94

第五章 改造	106
第一节 改造起作用吗?	107
第二节 作为分配原则的改造	115
第六章 使危险之人丧失犯罪能力	117
第一节 给预防性拘留披上刑事司法的外衣	118
第二节 正义问题	131
第三节 预防性拘留的问题	137
第四节 分离实现正义和预防性拘留	141
第七章 应得惩罚的互竞概念:报复的、 道义的、经验主义惩罚	145
第一节 应得惩罚的互竞概念	146
第二节 关于应得惩罚的性质的混乱结果	156
第三节 小结:三种惩罚的具体描述	185
第四节 结论	187
第八章 应得惩罚的效用	188
第一节 经验主义惩罚作为分配原则的 犯罪控制价值	188
第二节 刑法道德信誉的决定因素	204
第三节 确定公众的应得惩罚认知	217
第四节 概要和总结	226

第九章 “恢复性正义”	229
第一节 恢复过程的优点和“恢复性正义” 的缺陷	231
第二节 “恢复性正义”和实现正义	234
第三节 更广泛地应用恢复过程并将其用于 更严重的案件	237
第十章 各种分配原则的长处和弱点	239
第一节 一般威慑	239
第二节 特殊威慑	241
第三节 改造	242
第四节 使丧失犯罪能力	243
第五节 经验主义惩罚	244
第六节 道义惩罚	245
第七节 结论	246
第十一章 混合分配原则	248
第一节 构建阐明性混合分配原则的几种方法	249
第二节 美国法律协会的“限制性报应主义” 分配原则	258
第十二章 正义的实用理论:以经验主义惩罚 为核心的混合分配原则的建议	264
第一节 分配原则建议	264

第二节	偏离经验主义惩罚	271
第三节	避免偏离经验主义惩罚的策略	275
第四节	刑法分配原则的限制	277
罗宾逊的部分书目		278
致 谢		281
附录一 参考文献		
附录二 参考文献		
附录三 参考文献		
附录四 参考文献		
附录五 参考文献		
附录六 参考文献		
附录七 参考文献		
附录八 参考文献		
附录九 参考文献		
附录十 参考文献		
附录十一 参考文献		
附录十二 参考文献		
附录十三 参考文献		
附录十四 参考文献		
附录十五 参考文献		
附录十六 参考文献		
附录十七 参考文献		
附录十八 参考文献		
附录十九 参考文献		
附录二十 参考文献		
附录二十一 参考文献		
附录二十二 参考文献		
附录二十三 参考文献		
附录二十四 参考文献		
附录二十五 参考文献		
附录二十六 参考文献		
附录二十七 参考文献		
附录二十八 参考文献		
附录二十九 参考文献		
附录三十 参考文献		

第一章 刑事责任与刑罚的分配

这不是一本关于刑罚制度合理性的书，而是一本关于刑罚制度建立后如何分配刑罚的书。对于刑罚制度的合理性，在道德哲学和刑法理论方面已经有大量而详细的著述。虽然刑罚制度的合理性问题是重要而有趣的，但同时它也是具有学术性的。每一个有组织的社会都拥有，或必须拥有某种制度，以此来惩罚那些违背其最重要禁令的人。

刑罚制度存在的理由可能是多种多样的。传统的理由将报复主义的合理性，即把应受刑罚作为目的本身，区别于功利主义的合理性，即进行惩罚以有利于未来，如减少未来的犯罪。但关键问题是每一个传统的理由都会得出同样的结论，那就是支持刑罚制度。拥有刑罚制度可以实现正义和避免未来犯罪（通过威慑潜在的犯罪人，通过提供机会改造危险的犯罪人或使危险的犯罪人丧失犯罪能力，通过利用社会影响力等）。

本书假定人们可以证明刑罚制度是正当的，并分析了怎样将一个刑罚制度正当化，而后者更加具有哲学影响。如何在刑罚制度中分配刑事责任和刑罚？谁应该受到惩罚？惩罚的程度是什么？每一个刑事法律制度设计者都必须回答的问题是：应该对刑法典的起草者、量刑指南起草者进行指导，还是对在解释刑法典或对犯罪人量刑时行使自由裁量权的每一个法官进行指导？

可以设想，把任何一个理由或“刑罚的目的”用作分配原则。也就是说，可以设置责任和刑罚分配规则，使有效的威慑最

大化，最大化地改造或使危险之人丧失犯罪能力，或最大化地实现正义（doing justice）。这一点在后面的论述中会更加清晰，因为作为分配原则使用的每一个刑罚目的所做出的惩罚分配差异很大（相反，当用于证明刑罚制度的合理性时，其他“目的”却会一起发挥作用得出一致结论来支持刑罚）。由于每一个目的都会导致不同的分配责任和刑罚，我们就必须决定，在互竞的分配原则之间发生冲突时，哪一个应该优先。

人们最初可能会怀疑，刑事责任和刑罚的分配问题与刑罚制度的合理性问题都是学术性研究，因为这两个问题的争论一般都会被合二为一。而实际上，确立刑事司法体系中的分配原则是非常重要的实践问题。这甚至是在刑事司法体系建设中所作出的唯一的、最为重要的决定。这是一种途径，它可以使立法机关，即最民主的政府部门，能够为刑法典和量刑指南起草委员会就基本原则提供必需的指导。而且一个表达清楚的原则对于指导每一个法官行使裁量权是必不可少的。^① 调查显示，每个法官都对责任和刑罚有自己的个人观点。一个针对联邦量刑法官的调查显示，1/4的法官认为，改造是量刑的一个极其重要的目标，19%的法官认为不那么重要，相反 25% 的法官认为“应得的惩罚”是非常或极其重要的量刑目的，而 45% 的法官认为“略微重要或根本不重要”。^② 调查也证实了观点上的不同确实会转化为不同的

① 参见 Paul H. Robinson 和 Barbara Spellman 著：《量刑决定：使决定者与决定的性质相适应》[Sentencing Decisions: Matching the Decisionmaker to the Decision Nature, 105 Col. L. Rev. 1124 - 1161 (2005)]。

② S. Rep. No. 98225, at 41 n. 18 (1983), 1984 年参议院的量刑法报告 (Senate Report for Sentencing Act of 1984) [citing INSLAW/Yankelovich, Skelly & White, Inc., Federal Sentencing at III - 4 (1981)]。

量刑。^③ 一个分级的、表达清楚的分配原则使这种可能性增加,即对犯罪人的惩罚是其行为和由其个人特征产生的结果而不是法官偶然量刑而导致的结果。

很多文件旨在为量刑的决定者提供原则指导。例如,原来的《示范刑法典》1.02 节为法官提供了一系列目的以指导对刑法典的解释和行使量刑裁量权:

(1) 规定犯罪定义条款的一般目的如下:

①禁止和预防不正当、不可原谅地对个人和公众利益造成或预示着重大危害的行为;

②控制那些其行为预示他们有实施犯罪倾向的人;

③保护没有过错的行为不受与犯罪行为同样的谴责;

④对于表明具有犯罪性质的行为要提出明确的警告;

⑤基于合理的理由区分严重的和轻微的犯罪。

(2) 规定量刑和对待犯罪人条款的一般目的如下:

①预防犯罪的实施;

②促进对犯罪人的矫正和改造;

③保护犯罪人不受过度的、不成比例的或任意的惩罚;

③ 法院做了一项研究,让 50 名法官对 20 起案件进行量刑。量刑的差异令人惊愕。以一个敲诈案为例,量刑幅度从 20 年监禁和 65000 美元的罚款到 3 年监禁并无罚款。参见 44 n. 23 和 42 - 43,引用了 Anthony Partridge and William Butler Eldridge 著:《第二巡回法院量刑研究》[The Second Circuit Sentencing Study (1974)]。这种量刑的不一致反映了在每天审理的真实案件中的量刑情况。有一个研究对比了不同联邦巡回法院所科量刑。以伪造罪为例,平均量刑幅度从第三巡回法院的 30 个月到哥伦比亚特区巡回法院的 82 个月。对于盗窃机动车辆的州际运输,是第一巡回法院的 22 个月和第十巡回法院的 42 个月,参见 41 和 n. 21,引用 Whitney North Seymour 著:《1972 年量刑研究:纽约南部地区法院》[1972 Sentencing Study: Southern District of New York, 45 N. Y. S. Bar J. 163 (1973)]。参见 Marvin Frankel 著:《刑事量刑:没有命令的法律》[Criminal Sentences: Law Without Order (1973)]。

④对犯罪行为定罪可能进行的量刑的种类提出明确的警告；

⑤本着公正的、个性化处理的态度区别对待犯罪人；

.....

同样，1984年的《量刑改革法案》设立了美国量刑委员会，该法案规定：法院应该量刑充分，但不能过度，以遵守本部分第2款规定的目的。在决定某个量刑时，法院应该考虑：

(1) 犯罪的性质和情节以及被告人的过去和特点；

(2) 量刑需要；

①反映犯罪的严重性，增进对法律的尊重，做出对犯罪公正的惩罚；

②对犯罪行为给予足够的威慑；

③保护公众不受该被告人进一步犯罪的侵犯；

④以最有效的方式为被告人提供必要的教育和职业培训、医疗或其他矫正治疗；④

.....

但是，正如第二章第三节所阐明的，这种目的的陈述比指导原则更加直接。以上所列举的每一个可选择目的比其他部分列出的目的更有可能导致不同的责任和惩罚的分配。现在年事已高的前纳粹集中营的拷打者已不再是危险的，因此也不再需要使其丧失犯罪能力，但他确实应受到切实的惩罚。患有精神疾病的犯罪人会因病而没有能力辨别其行为的性质而不受谴责，因此而得到完全的谅解，但不管怎样他们还是非常危险的并且需要使其丧失犯罪能力，如果可能，需要对他们进行改造。

可选择原则之间的矛盾不限于判决或对特殊案件的量刑，考量刑法典设计中的决定，如刑法典是否应该重视损害结果，也就

④ 18 U. S. C. 3553(a).

是说对犯罪未遂应该像对犯罪既遂一样进行惩罚还是比犯罪既遂惩罚程度轻。使丧失犯罪能力分配原则会给予犯罪未遂和犯罪既遂同样的惩罚，其理论依据是：如果未遂与侵犯者缺乏危险性无关或全靠警察的能力或运气，那么完成实施犯罪的企图与成功地完成犯罪所表现出的危险性是相同的。另外，当犯罪人的行为构成犯罪未遂，如果没有其他原因，而是要确保某种惩罚继续保持威慑力，以威慑为基础的刑事司法体系肯定要对既遂罪进行更重的惩罚。相反，对于损害结果是否应该对犯罪责任有重要影响，道德哲学家之间没有达成共识。他们认为，作为分配原则的道义惩罚来解决这个问题是有困难的。而非专业人士却几乎普遍认为在确定应得的惩罚时所导致的损害是重要的，进而认为，正义明确要求，应有一个规则，即对既遂罪的惩罚要重于对犯罪未遂的惩罚。因此，基于非专业人士的正义直觉（如第七章所称“经验主义惩罚”），分配原则会非常重视损害结果。

可选择分配原则之间的内在矛盾意味着，《示范刑法典》的“洗衣店账单”方法（laundry list approach）、《1984 量刑改革法案》和大多数指导原则中的类似阐述都严重不足。如果一个分配原则优于其他分配原则，那么起草者和法官就必须被告知哪一个优先、什么时间优先。如果要依据一个以上的原则作为分配原则，那么这种混合原则必须清晰地阐明不同目的之间的相互关系。如果没有对相互关系进行清晰的阐明，那么“洗衣店账单”就会造成比“指南”更多的错觉。允许量刑的决定者专门地、私下地对问题作出不一致的量刑，却将该量刑的作出描述成是在原则的限制下作出的。有人会提出意见，认为没有这些“指导原则”刑事司法体系会更好，因为不基于原则而作出的量刑会更加明显，进而更有可能促进改革。第二章对没有清晰阐述混合分配原则的危险作了进一步的论述。第十一章论述了如何构建界

定不同原则的相互联系的混合原则。第十二章提出了一个特殊混合分配原则。

有理由希望人们日益重视非阐明化的“洗衣店账单”方法的危险性。《示范刑法典》(以下简称《法典》)颁布45年以来,第一次改变是对以上所引用的《法典》第1.02节的重新设计。修订版试图更清晰地阐述可选择目的之间的相互联系。虽然所提议部分有缺点(在第十一章第二节有讨论),但是它在目前《法典》的语言的清晰性和连贯性方面有了重大改进。人们希望《美国量刑指南》的目的之间也会同样具有确定的相关性。事实上,人们希望在所有司法管辖区都有这种立法指导,其形式是清晰地阐述分配原则,在起草刑法典和量刑指南时,以及在解释成文法和作出特殊量刑、行使司法裁量权时,该原则可以确保合理性和内在连贯性。

本书的目标是朝着这个目标前进,帮助人们更清楚地思考如何实现这个目标。本书的总体安排是:第二章进行初步讨论,明确每一个可选择的分配原则的指导标准,论证可选择分配原则之间的内在矛盾。从第三章到第九章对每个可选择分配原则逐个进行分析并了解其优点和缺点。第十章对可选择分配原则的优缺点进行总结和对比。第十一章论述如何构建混合分配原则。第十二章对如何构建混合分配原则进行诠释。

即使读者没有被第十二章提出的特殊建议所打动,也希望得出该建议的过程可以帮助读者从对每一个可选择分配原则的优缺点的讨论中得到启发。确定分配原则的很多方面取决于人们的价值判断。

第二章 清晰阐述分配原则的需要

惩罚的每一个理由或所谓的“目的”都可以作为刑事责任和刑罚的分配原则来使用。为了对每一个可选择的分配原则进行分析，本章第一节描述了它们的含义。因为每个原则所遵循的分配标准不同，所以第二节阐明了不同的原则预示着不同的结果。第三节解释了原则之间的矛盾对于为起草者和法官提供真正的指导是一个严峻的挑战。

第一节 每个可选择分配原则的标准

考量分配刑事责任和刑罚过程中的每一个原则所使用的特殊标准。以下内容大多只是确定在人们谈起一个或另一个原则时，其含义是什么，更多的是术语层面的，而非实质性的含义。通过对这些含义的描述，为那些不熟悉刑罚理论的人做出对每个原则基本运作的简单的介绍。表明实际上对于每一个分配原则标准的含义是什么，即哪些要素会有影响，哪些没有影响。这些构成了第二节的讨论内容，论证了在惩罚什么人、惩罚的力度是什么等方面，不同的分配原则会相互矛盾。在这个概述之外，本书后面几章对每个分配原则进行了更为详细的论述。

一、一般威慑和特殊威慑

人们设立刑罚分配以便有效地对未来犯罪形成威慑。如果目标是威慑其他的潜在犯罪人，是指“一般威慑”，如果目标是威慑已抓获的犯罪人，则是指“特殊威慑”。

这两个分配原则都使刑罚与犯罪的严重程度相对应，其他都是平等的。损害或具有威胁的罪恶越大，对惩罚的投入就越正当。故意杀人比故意伤害会招致更严厉的惩罚，而故意伤害则比故意损害财产会受到更严厉的惩罚，所有其他都是平等的。

威慑优先选择对于刑罚与犯罪损害或罪恶相对应，同时也得到其有效质疑的支持。人们可能一开始认为威慑经常会施加最苛刻的刑罚，以使犯罪行为的潜在成本最大化。但是，如果在犯罪过程中，行为人认为不会受到额外的惩罚，那么威慑作用就丧失了。如果谋杀未遂即被判死刑，那么谋杀未遂的行为人很可能会再试一次，因为对于杀人既遂的惩罚与犯罪人已经面临的惩罚是一样的。

一般威慑和特殊威慑也是相似的，因为两者都会增加刑罚以弥补低抓获率的犯罪，即如果一个犯罪的惩罚可能性低于平均，可能发生的惩罚数量就会相应地比较高，以便保持整体威慑（可能性乘以数量）。

然而，在其他方面，一般威慑和特殊威慑会取决于不同的因素。一般威慑会在更多媒体报道的情况下，施以更加严厉的惩罚，如有些案件会用更大的一般威慑来支付惩罚的投入成本。相反，特殊威慑没有什么理由在意媒体报道。目标受众就是已抓获的犯罪人，即使没有媒体报道他也会知道责任和惩罚。

另外，一般威慑不支持像精神病辩护这样的免责原则，而特殊的威慑则会支持。制裁的威胁阻止不了那些不考虑或不能考虑

违法结果的人。这样，如果目标是阻止已抓获的犯罪人，而该犯罪人的精神疾病妨碍了威慑作用，那么惩罚就是多余的。但是对有精神疾病的人进行惩罚对威慑其他人是十分有效的。实际上，如果一个不能判断其行为性质的人受到了惩罚，那么这就向其他人（正常人）传达了一个信息，即人们是无法逃脱责任的。而根据一般威慑原则进行的精神病辩护的不受重视说明了一个更大的问题：对违反禁令的人不进行惩罚会破坏禁令的有效性，因为这让潜在的犯罪人看到他们可以犯罪，即使被抓住也还有逃避惩罚的可能。

二、使危险者丧失犯罪能力

预防未来犯罪的最直接手段就是通过监禁、处死等方式使犯罪人丧失犯罪能力，或用其他方式使他们不能实施其他犯罪。人们可以想象出一些惊人的办法，如阉割潜在的强奸犯或切断潜在扒手的手以阻止其再次犯罪。自由民主往往不允许这样的惩罚，因为这悖于其他重要价值，也因某些重要的例外，如死刑，而倾向于限制使用使丧失犯罪能力的手段来监禁。

如果两个人的危险性相同，即可预期的相同危害有相同的可能性并持续相同的时间，根据纯粹的使丧失犯罪能力理念的合理性，那么使丧失犯罪能力的程度也会是相同的。这样，使用第一章所举的例子，根据使丧失犯罪能力的分配原则，许多人会受到与既遂犯同样的惩罚，因为他们一般都显示了犯罪人的危险性，其方式与既遂犯相同。

根据使丧失犯罪能力分配原则，在逻辑上，惩罚没有必要等到实施犯罪之后，对未来犯罪行为的可靠预期会提供正当性（当然，在犯罪控制之外，社会上可能有其他利益会与该做法相矛盾）。相反，无论犯罪多么严重，如果不存在重复犯罪的风