

西南刑事法与毒品犯罪研究学术文库

2010年教育部西部项目

“文本何以承载其重——破解量刑改革的路径”（10SXJA820004）

量刑说理机制

Sentencing reasoning mechanism

王利荣◎著



中国人民公安大学出版社

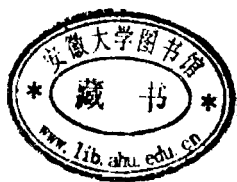
西南刑事法与毒品犯罪研究学术文库

2010 年教育部西部项目

“文本何以承载其重——破解量刑改革的路径”(10SXJA820004)

量刑说理机制

王利荣 著



中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

量刑说理机制/王利荣著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2012. 1

(西南刑事法与毒品犯罪研究学术文库)

ISBN 978 - 7 - 5653 - 0720 - 1

I. ①量… II. ①王… III. ①量刑—研究—中国
IV. ①D924. 134

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 260032 号

西南刑事法与毒品犯罪研究学术文库

量刑说理机制

王利荣 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: 北京蓝空印刷厂

版 次: 2012 年 1 月第 1 版

印 次: 2012 年 1 月第 1 次

印 张: 12. 625

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 351 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 0720 - 1

定 价: 35. 00 元

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

电子邮箱: zhs@cppsup.com zhs@cppsu.edu.cn

营销中心电话 (批销): 010 - 83903254

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010 - 83903253

读者服务部电话 (书店): 010 - 83903257

法律图书分社电话: 010 - 83905745

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

“西南刑事法与毒品犯罪研究学术文库” 编委会

主 任：刘建宏

编委会成员：（按姓氏笔画排序）

王利荣 石经海 朱建华

李永升 袁 林 高维俭

梅传强 黄开诚

西南刑事法与毒品犯罪研究学术文库

总 序

西南政法大学法学院自成立以来一直是我国西部地区刑事法教学与研究的一个重镇。同时，它也是我国西部地区唯一一个刑法学博士学位授权点，多年来为我国培养了大批优秀法学人才。学科教师队伍中，老中青不同层次都不乏优秀学者，也产出了很多有价值的科研成果。

刑法学科长期研究领域的一个重要方面就是毒品犯罪研究。以刑法学为依托，西南政法大学在十年前建立了“毒品犯罪与对策研究中心”，这是我国西部最早建立的毒品问题研究基地，并被重庆市政府认定为“重庆市人文社会科学重点研究基地”。因此，西南政法大学的毒品问题研究与刑事法研究从来都是紧密联系的。以与法律有关的毒品问题研究为起点，西南政法大学对毒品问题的研究逐步扩大到各个方面，并产生了一批优秀成果，如由我校赵长青教授主编的《禁毒全书》（中国民主法制出版社1998年版）被人们称为一部有关禁毒专题的“百科全书”，并被江泽民主席作为礼品赠送给联合国禁毒署。毒品问题研究是西南政法大学刑事法研究的一个突出特色和强项。我们这次推出的“西南刑事法与毒品犯罪研究学术文库”就突出了西南政法大学法学院研究领域中的这一特色。

出版这套文库，对西南政法大学法学院来说不仅是郑重推出了一批优秀的研究成果，还有着特殊的意义，这就联系到西南政法大

学（以下简称西政）自 2009 年起一轮具有深刻意义的重大改革。我们西政学子历来有着深切关怀学校发展命运的长期传统，尽管西政是块金字招牌，但如何使它重新崛起，近年来一直是西政新老学子心中的共同关切。2009 年 3 月以来，西南政法大学党政领导推出了一系列重大改革措施，包括二级管理体制改革、引进海内外高层次人才等，力图实现“改革提高，突出特色，促转型升格，建高水平大学”的目标，简称“转型升格”。现在，“转型升格”的战略目标确立了，做什么，怎么做，西政学子上下一致的一个共同认识可以反映在李昌麒教授为全校党政领导所作的“关于学习科学发展观”的报告中，那就是“多出成果、快出成果、出好成果”。在这样的背景下，法学院与其他学院共同担负着“大幅提高学术研究水平、产生优秀学术成果”的重任。在学院诉讼法学科已是全国重点学科的情况下，刑法学科急起直追，实现“学术创新，成果丰收”就成为学院工作的重中之重。全体学科成员深刻认识到共同担负的历史使命，决定同心同力实现新的学科规划，为西南政法大学转型升格，为刑事法与毒品问题研究实现新的突破，作出历史贡献。“西南刑事法与毒品犯罪研究学术文库”就是这一共同努力的成果。

这套丛书在研究内容、研究方法上有其自身特色：

在研究内容上，丛书包含了刑法基本理论研究，包含了对国际著名刑法学基本思想、基本理论的历史比较研究，包含了刑事法与毒品犯罪问题的内在关联性研究等。

在研究方法上，丛书作者们尝试引入实证方法，尤其是在毒品犯罪问题研究上，以经验调查为基础，获得关于毒品犯罪问题的科学数据，并对数据作出科学的统计分析，以达成具有实践意义的研究结论。

丛书作者们秉持西南政法大学“理论与实践相结合”的优良学风，选题上密切关注刑事法与毒品犯罪问题研究的重大现实问题，以达到理论与实践的结合。作者们普遍保持开放的心态和开阔

的视野，重视国际文献的发展，重视借鉴国际先进的刑事法理论与实践，毒品犯罪问题的政策与控制的经验，结合我国国情，实现内容上和成果上的新的突破。

我们期望并相信，经过组织者、作者和出版者的共同努力，这套“西南刑事法与毒品犯罪研究学术文库”一定会对我国这方面的研究作出有价值的贡献。

刘建宏

2011年2月31日

目 录 |

导论	(1)
一、讨论的缘起	(2)
二、量刑制度化的取向与进展	(9)
三、传统理论的困局	(14)
四、回应改革和打破困局的抉择	(19)
五、结语	(22)
第一章 从犯罪及其相关事实谈起	(26)
一、框定犯罪及相关事实的刑法依据	(26)
二、罪行、构成事实、犯罪情节之辨	(30)
三、量刑情节及其体系构建	(39)
四、重构量刑情节体系的理由	(46)
第二章 量刑情节的结构分析	(53)
一、根据罪状确立“基准事实”	(53)
二、“酌定”犯罪情节的关键作用	(62)
三、普通累犯与前科情节的适用规则	(73)
四、赔偿情节的合理适用	(85)
五、判断其他量刑情节作用的要秘	(104)
第三章 罚则中引出基准与罚度	(117)
一、在法定刑内寻找量刑基准	(117)
二、寻求基准刑的基本方法	(123)

2 | 量刑说理机制

三、顺势清晰情节作用的参数	(136)
四、数罪如何合理并罚	(148)
第四章 量刑技术规则与具体展开	(158)
一、宣告刑是如何得到的	(158)
二、罚之一极：限制死刑适用的司法途径	(163)
三、罚之另极：轻罪处罚的规律	(185)
第五章 证立量刑结论的程序	(209)
一、强化程序控制的基本思路	(209)
二、量刑建议是诉权的组成部分	(220)
三、被告人和被害人在量刑程序中的角色	(229)
四、量刑的决策机制	(234)
第六章 记载量刑经验的制度方式	(245)
一、“一级解释”与规范量刑	(245)
二、“二级解释”与指导量刑	(258)
三、“三级解释”与经验集聚	(274)
四、准判例解释罚则的必然性	(285)
第七章 量刑的价值基础与政策选择	(298)
一、“徒法不能以自行”	(299)
二、合理量刑的两个维度	(311)
三、罪刑均衡原则	(319)
四、必要社会防卫的目的	(340)
五、宽严相济的政策选择	(368)
参考文献	(381)
后记	(392)

导 论

——论刑罚权的正当性基础与合理运用

记得有本《刑罚通论》的白色封面，一把带刺刀的步枪上缠着粗重的链条，其画面含意耐人寻味，链条是用于限制持枪者还是说犯罪人必被追诉监禁？它的画外之意也须追问，在犯罪人被找到之后，隐在画面背后的持枪者如何行动才是正当的？如果我们确信只有建立一套有效操控持枪者的机制才能维护这个社会生存和发展所必需的安全与秩序，才能真正维护自己的权益，那么，探讨刑罚机制的合理运作包括合理量刑就有了最好的理由。

合理适用刑罚是一个可大可小的话题。首先，落足整个制度活动的合理性必须聚合哲学精神、政治理论与法原理的能量，深及现代社会生活的道德和伦理层面，澄清刑事法治的基本价值，全面论述整个制度建设的背景、需要与宏观思路；其次，建立合理的刑罚裁量机制，必须融实体法、程序法、组织法等规范要求与实践智慧于一体，全面论证量刑权的应然构建、活动基础及其有效制约；再次，解读规范与事实之间的关系，透彻解读法律与法律人的应然关联，必须微观主审法官的量刑思维质料、思维过程及其具体表达方式，总结其活动规则，洞察其背后的道德判断及价值取向。鉴于对其“坐而论道”不足以让自己得知一个诉诸实践的量刑方案，为避免抽象说教和结论大而无当，本书从第三层次上且着重从实体法角度，通过分析刑罚裁量的理论根据、规则基础、技术范式，并贯穿主审法官在法律框架下的能动作用于其中，探讨合理量刑的

问题。

刑罚裁量是主审法官根据犯罪人已构成犯罪的事实和其他情节，依法酌定对其是否判处刑罚、判处何种刑罚、是否变更原判刑罚，或者适用何种非刑罚方式处置的活动。合理的量刑，是指主审法官根据个案特殊情况，遵循认识规律，清晰展开自己的逻辑推理过程，并运用实践智慧解决个案裁量的问题；量刑的合理，是指量刑结论符合公理，经得起社会伦理观念与宪法精神的考量与评判。两者合成了笔者言下的“量刑合理”之义。

一、讨论的缘起

量刑是法律赋权于法官的活动，它被另称为“法律适用者的法”，即无论是基于刑法原则和具体规范评判某一犯罪事实或行为入因素的性质程度，还是从法定刑幅度和等级内找到合理的刑罚标准，法官的行为既受制于法律又有相当的自主因素。

然而，我国（专指中国大陆地区）刑事法活动中的以下现象值得深究。

1. 细化法定刑结构、启用社会制约机制都未带来社会期待的效果

在我国特有社会背景下，由于深知抽象法律人脱不了凡胎俗体，基于社会公正与个人安全的考虑，这个社会的大多数人包括地方政府部门、公众甚至刑事法学者仍然倾向于运用各种手段防范法官的率性而为，消除那些游离在法治精神之外的潜规则。于是1997年修改的刑法中“一个罪名多个刑罚幅度”的条文比例占整部法律的三分之二以上，与1979年刑法相比，这的确在很大程度上

上限制了法官的刑罚裁量权；^① 该法还对轻刑处置的适用范围、实质条件和相应程序也作了严格的规定，以致中国主审法官在轻罪处罚领域所拥有的裁量空间其实不如德、意等国的同行；刑法第 63 条第 2 款甚至设置程序衡平量刑，进而限制主审法官适用酌定减轻情节，足见在从宽处罚犯罪人方面供主审法官裁量的余地就更小。不仅如此，在成文法框架下的正式规则层面，为统一对罪刑规范的认识和建立具体的罪刑标准，最高人民法院和最高人民检察院不断根据需要与可能颁布相应的司法解释，尽可能贯通各类情节的认定和细化相应的刑罚适用，各省市高级人民法院制订的条条框框也为数不少。照理说，由此建立的刑罚裁量机制可以充足法官裁量的具体标准和技术规则。更重要的是，为保证实体法实施到位，刑事诉讼程序的运行在理论上具有排除那些非正当化的人为因素的作用。再加上法官考核奖惩制度，立法、刑事司法、行政和社会多层面的立体的执法监督机制都以规范裁量权的运作为基点。法官裁量权理应得到有效控制。

事实却是刑罚裁量权虽受制于实体法和程序法，法官被划入公务腐败的高危群体而置于制度监督重点对象的范围，司法公信度仍然很低。对此有人甚至尖锐地批评：“法官在承担公正司法和维护社会正义的责任方面缺乏条件和能力，而在法官真正滥用权力时国

① 在比较分析德、日等大陆法系国家刑法与中国刑法的法定刑配置情况以后，刑法学界一般认为中国法官的刑罚裁量权要大于国外同行，与英美刑事司法实践相比更是这样。其实参照物不同结论会有所不同。与 1983 年瑞士刑法相比，中国刑法赋予法官的裁量权未必就更大。此外，1986 年《法国刑法典》通过消除最低法定刑与减轻情节扩大了法官的量刑权，与中国的情况相比，法国法官在轻罪处置上的裁量权明显更大。还须注意的是，目前大陆法系学者大多认为法定刑幅度越大、对一个犯罪适用的刑种越多，就更具针对性和适应性，因而更合理，这同样与中国刑法理论所持的观点相反。其实，要说中国法官的刑罚裁量权大于某些国家的同行，最重要的原因还是量刑活动缺乏合理有效的程序控制（围绕刑罚展开辩论），量刑活动缺乏可供对照的系统的经验规则（相对定型的量刑指导），以及法官对于量刑结论无须详述理由。

家与社会则又缺乏有效的法律约束效果。”^①

在现有法治背景下，法官拥有刑事裁量权给人的第一感觉是具有隐性腐败的问题，所以法官更多时候是用重刑换取自己的清白，尽管这样做他仍然不能抵御来自法院内外的人情和行政压力。一位与笔者相熟的任职于某沿海城市中级人民法院的法官更是私下透露了自己的真实想法，由于基层人民法院处理常见犯罪案件的类型大致接近，关押在看守所的犯罪嫌疑人通常会打探该市不同基层人民法院的量刑规律和同一法院不同法官的办案特点，对此法官大可不必有所顾忌或费心对其说明道理，在有罪认定前提下和法定刑幅度内，凭感觉稍重用刑不仅可以用较少口舌去顺应重刑舆论和民意，避免上诉法院的改判和换取自身的清白，还会掩饰自己在适用条文时的无所用心，重刑等于公正似乎成了一条屡试不爽的“经验”。

只是长此以往，笔者这样的疑问挥之不去：裁判者不理睬犯罪人的反应倒也罢了，他既然说不清自己量刑时的感觉，道不明自己发现法律的标准和对应事实所做的结论，又能用什么方式向公众表白自己？毕竟我们常常看到的事实是，被害人也好，公众舆论甚至有关政府管理部门也罢，他们对于法院及其法官顺应自己意愿的重刑选择并不领情，法官也没有因此而得到公众的信任。

2. 量刑思维起点、步骤与程序均不清晰

在司法实践中，我们常常看到法官及法院对政策要求、公众反应和媒体舆论的重视程度，要远远胜于他们及他们对刑法意义体系和具体规范内涵的把握。法官常常隐身于法院机构的背后。然而，刑事法运行的规律是刑法规范的实质内涵最终得靠个案表达，法律公正与效益得落实在制度层面，公众目光也会集聚在判决宣告者（即主审法官）的身上。可见，如果没有法律人包括审判法官的积极作为，静态的、一般的、抽象的法律条文难以转化成动态的、特

① 葛洪义：《法官的权力》，载《中国法学》2003年第4期。

殊的、具有公信度的法规范。

无须一一举例，相当一部分法官将自己定位于服从全局的政治角色应当是一个客观结论。公允地说，考虑政治需要和以社会为本位很多时候与法官对个案结论形成的内心确信并不矛盾，况且所谓的罪刑相均衡无法精细算计，法官在有罪认定后确定量刑时普遍偏重一些，更能严正自身立场，安抚被害人和公众，特殊情况下的私下“开恩”既无碍大局又能衡平刑法规范的刚性不足，或者满足这个社会的特殊诉求。当然，另一些时候，他们中的一些人还深谙这样做对于减少自身的社会压力、维持自己的职业生涯和谋求业绩，也都是极其重要的，毕竟法官也是普通人，也有生存和自我发展的需要。只是无论基于何种心理，法官对政治需要的高度敏感和公众舆论要求的依附心理会转移他对个案情况的关注和对个案的独立评判，而个案思维顺时随势而变，量刑步骤必然不易被定型，久而久之，罪刑均衡原则必被整体抽空。至于研究者就其思维做类型化归纳就更谈不上了。

值得注意的是，公众深怀戒意的目光，加之司法权由上而下的指导和制约，还在削弱法官解释法律的意识 and 能力。不过分地说，目前刑事法官向司法高层、学者索要执法依据的倾向远远胜于其自主解释法律的意识。而反过来正是缺少了主审法官的经验主导，学界停留在泛道德伦理层面论证刑罚配置的合理性，始终不能让整个量刑活动摆脱某种原始混沌的状态，进而他们至多“只能承认惩罚中的明显的不均衡，而不能富有意义地判断一种犯罪与其刑罚之间的任何具体的比例是恰当的”。^① 同理，脱离了法律人经验的持续支持，司法权威部门的解释文本的增厚同样不意味着量刑规则体系的建立。

近年来，为深入认识量刑规律和总结相应的活动规则，笔者试

① 莫里斯语。转引自〔美〕安德鲁·冯·赫希：《已然之罪还是未然之罪》，邱兴隆、胡云腾译，中国检察出版社2001年版，第47页。

着从以下三个层面去认知司法思维的内容与过程，但收获不大：第一，从一些省市高级人民法院编印的办案手册来看，刑事立法不能详述的具体裁量基准与情节适用规则，在司法部门制定的司法解释、会议纪要、意见等文本组成的司法规则体系中，似乎仍是“雾里乾坤”。第二，在 300 余份一审刑事判决书包括最高人民法院以各种形式登载的指导性判例中，涉及量刑的说明成分普遍显得薄弱，一些实务界人士不无忧虑地谈道：主审法官通常是在“裁判文书中用高度概括的字句表明量刑的方向性意见，一次性综合估量出宣告刑”。^① 目前，除简单引用刑法条款和司法解释外，法官裁量刑罚的思维过程和具体理由很难见于刑事判决书和裁定书。第三，为避免因材料遗漏导致偏见，况且不说明理由不等于裁判结果不具合理性，笔者转而查阅出自刑事审判部门及法官之手的涉及量刑的著述文章，发现这些著述对量刑基准、量刑情节的分类和适用层次、刑罚阶梯等基本问题的理解也未形成共识，不仅如此，由于相应研究成果多半循着规范法学套路展开具体问题的讨论，其司法思维的脉络很难从中加以整理和清晰。至于那些流行于当下司法活动中的“禁止重复评判”、“情节冲突适用规则”、“以中间刑度与刑种为量刑基准”、“法定情节优于酌定情节”等具体结论，有些语焉不详，有些经不起简单的逻辑推理和事实检验。

3. 量刑结论不时招致公众质疑

基于众多缘故，不同国家与地区的立法者、公众、法官对区别罪与非罪的较真程度都要远远大于裁量刑罚。为谨防因刑罚伤及无辜和背离刑法保护法益的宗旨，法官的大部分精力放在辨析判断证据以及通过证据链再现案件事实上，借此判断行为人是否有罪。他们完成有罪认定进入量刑阶段后，很多时候会显得轻松。毕竟罪、责、刑的均衡只具有宏观意义。进一步说，既然一个人的自由权、

^① 张屹：《罪刑法定原则的司法实现》，载《刑事审判要览》，法律出版社 2003 年版，总第 6 期第 3 页。

财产权、名誉权以及生命权的丧失程度与他对法益的侵害方式与程度很难具体等价比应，法官在法定刑框架内选择刑量就无可厚非。贝卡里亚很早就说明了这一点，“对于无穷无尽、暗淡模糊的人类行为组合可以应用几何学的话……（明智的立法者）只要标出这一尺度的基本点，不打乱其次序，不使最高一级的犯罪受到最低一级的刑罚就足够了。”^① 在个案司法裁量中，这种相对性同样明显。换言之，“罚当其罪”虽为中国古老法谚，公众面对个案时却只能甄别那些明显不公正的量刑结果，加之犯罪人承受刑罚纯属咎由自取，对此，法官似乎只需排除量刑明显失衡的选择就够了。

不过，当法官群体面对那些发生在同一地区、相近时段且案件性质、情节相近，量刑却有明显差异的情况时，他们就很难解释原有的选择了；普通人、犯罪人及被害人将这一案件与其他案件处理结果作简单比较时，也会提出诘问。

就个案而言，近年引发网民讨伐和公众质疑的许霆案的判决结论，集中暴露出量刑步骤不清晰和量刑结论不附理由的恶果。面对许霆利用取款机故障连续取款 100 余次非法占有财物的行为，公众之所以在一审判决后反而站在司法的对立面，不是法官定罪有错误，而是量刑不当。一审量刑的结果不仅致使原本应是被害人的银行被公众推到引诱犯罪的位置上，犯罪人盗窃数额特别巨大且将犯罪所得挥霍一空的事实淹没在对其被剥夺终身自由的一片社会同情之中，主审法官还被讥为一个只会机械适用法律的工具。值得注意的是，许霆案的二审判决虽在很大程度上平息了公众的质疑，但其在定性不变基础上改判 5 年徒刑的具体理由在判决书中仍然不得而知，因而人们依然很难判断法院及法官是基于当下舆论的压力还是基于理性而作出改判。

就同类案件判决结果而言，职务犯罪、其他常见犯罪量刑结果

^① [意] 贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国大百科全书出版社 1993 年版，第 66 页。

差异现象也俯拾即是。有人曾对南京市整个法院系统 2003 年至 2005 年审结的 200 余件职务犯罪的量刑情况进行比较分析，发现被告受贿数额同为 9.6 万元，犯罪后都有自首情节，在甲区予以减轻处罚，判处有期徒刑 3 年缓刑 5 年，在乙区，被从轻处罚，判处有期徒刑 5 年；由于贪污受贿 10 万元以上的犯罪人可以被判处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑，犯罪数额相差几十倍甚至上百倍的，行为人的刑期判决都集中在 10 年左右；同时研究者还发现这一地区同一法院判案也存在量刑失当的现象，如在某区人民法院，某被告挪用公款 150 万元，被判处有期徒刑 5 年，另一被告挪用公款 63 万元，被判处有期徒刑 13 年。而除数额不同外，在判决书上看不出两案存在其他不同的情节。^①

目前量刑不均衡并非某一地区的个别现象。在厦门走私案中，厦门海关原副关长因犯受贿、放纵走私两罪，被判处并决定执行 20 年有期徒刑，其中受贿数额 17.6 万元，判处 15 年有期徒刑；而中国光大集团有限公司原董事长朱小华受贿数额高达 405.9 万元，公开报道中并未提及有什么法定减轻处罚的情节，却也被判处 15 年有期徒刑。另外，2004 年北京市第二监狱对服刑人员所做的量刑问卷调查也从一个侧面反映出这一现象。该监 74.69% 的服刑人员认为法院量刑不当，其中提出申诉的起因和理由多半是与同监甚至同案犯人的案情与判决结果相比，认为自己所受的处罚明显过重。^② 这里，如果我们确认公正作为一种不精确的感觉本身就是比较结果，那么受刑人申诉就多少在理；进而假设被判处上述刑罚的申诉人所收到的不过是诸如“经复查定性准确、量刑适当”的简单答复，那么就不会只有他们从这样的搪塞中去想象法官量刑的随意性和职业懈怠。

① 韩锋：《职务犯罪量刑因素考量》，载《中国刑事法杂志》2006 年第 1 期。

② 北京市第二监狱课题组：《北京市第二监狱罪犯全员调查报告》，载《中国监狱学刊》2004 年第 6 期。