

在以法律名义惩罚犯罪的同时，
谨防这个活动本身也成为一种罪恶。

阮齐林/著

中国刑法上的量刑制度与实务

SENTENCING IN THE CHINESE CRIMINAL LAW
AND JUDICIAL PRACTICE

- 中国刑法中的量刑的基准、原则和政策
- 量刑的情节和制度
- 自由刑、财产刑、资格刑的配置与裁量
- 对常见罪的量刑
- 调研报告：北京市朝阳区检察院1999年度公诉案件量刑的分析研究

法律出版社



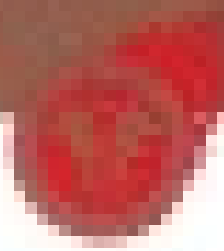


中国政法大学图书馆藏
中国政法大学图书馆藏

中国政法大学图书馆藏

- 中国政法大学图书馆藏
- 中国政法大学图书馆藏
- 中国政法大学图书馆藏
- 中国政法大学图书馆藏
- 中国政法大学图书馆藏
- 中国政法大学图书馆藏

中国政法大学图书馆藏



西南政法大學 學子學術文庫

中國刑法上的量刑制度與實務

SENTENCING IN THE CHINESE CRIMINAL LAW
AND JUDICIAL PRACTICE

阮齊林／著



法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国刑法上的量刑制度与实务/阮齐林著. —北京:法律出版社, 2003. 9
(西南政法大学学子学术文库)
ISBN 7-5036-4449-4

I. 中… II. 阮… III. 量刑—研究—中国 IV. D924.134

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 069266 号

法律出版社·中国

责任编辑/朱杰鹏	装帧设计/曹铤 胡欣
出版/法律出版社	编辑/法学学术出版中心
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/莱芜市圣龙印务书刊有限责任公司	责任印制/张宇东
开本/A5	印张/7.375 字数/187千
版本/2003年9月第1版	印次/2003年9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
法学学术出版中心/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/010-63939637	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
书号:ISBN 7-5036-4449-4/D·4167	定价:16.00元

西南政法大学学子学术文库编委会

主 任：梁慧星 龙宗智

委 员（以姓氏笔画为序）：

方 向 王卫国 尹 田 江必新

李 林 李连宁 张广兴 张建田

张新宝 张智辉 青 锋 卓泽渊

贺卫方 顾培东 黄松有 夏 勇

梁治平 景汉朝

秘 书 长：方 向 茅院生

总 序

西南政法大学建校至今已历 50 寒暑,中间虽遭遇“文革”之乱,停办近 10 年,但仍有 10 万之众的莘莘学子前后就学于此,歌乐山魂培育浩然正气,嘉陵江水滋养人文精神。10 万毕业生活跃于神州大地,为国家法治大厦之建设添砖加瓦,贡献才智,已形成法律界广受关注的西南法律人群体,造就了西南法律教育与这里的毕业生独特的品格与精神。

在校庆 50 周年到来之际,西南政法大学北京校友联谊会与法律出版社联合推出“西南政法大学学子学术文库”,这是对我们的母校 50 华诞的献礼,是对这所中国法律教育与学术研究重镇所取得成就的一次检阅,同时,我们也希望这 50 部著作能够成为后来者在法学研究和法律教育的道路上继续跋涉的阶梯,此外,还希望通过这些著作,能够向读者昭示西南政法大学的传统与精神。

体现在西南教育过程中以及学子著述里和行为上的品格与精神首先是强烈的忧患意识。忧患意识是中国知识分子的一种生生不息的传统。“士不可以不弘毅,任重而道远。仁以为己任,不亦重乎?死而后已,不亦远乎?”曾参的话最能够表现中国知识人的那种强烈的忧患意识和责任感。不过,近代以降,由于引进了西方的学术与教育制度,知识人有了不同的专业,因此在忧国济世与专业追求之间会有某种紧张关系。但是,对于一种在这个国家的历史上未曾存在过的新专业人士的法律人,他们与其他领域的人相比,在当今的中国注

定要遭遇更多的坎坷。在人民共和国成立之后,法律教育很快就处在受抑制的状态。实际上,20世纪50年代前期如西南政法学院等政法学院的成立与其说是对法律教育发展的起点,不如说是限制法律教育的举措。因为每一所政法学院都是在合并若干所综合性大学法律系的基础上而建立的;政法学院的出现其实大大缩小了中国法律教育的整体规模。比规模更重要的变化是,“政法”这样的概念所预示的法律教育内容与目标与既有传统的断裂。

因此,在政法学院里的人,无论是教师,还是学生,一开始就处在一种压抑的心态之中。我们看当时涉及法律教育的主流话语,完全是排斥法治的。到了20世纪60年代,这种排斥愈演愈烈,终于导致法律教育的完全停滞。教师下放劳动,学校纷纷解散。在这样的情况下,法律界知识分子的忧患真正是刻骨铭心,难以排解。文革浩劫之后,法律教育虽然恢复,法治建设也逐渐提上日程,但是书本上法律理论与社会中的实际状况之间的巨大反差仍然是法律人经常面临的巨大痛苦。尽管位居西南,多少有些“处江湖之远”,但是这种由于专业的特殊性而加剧了的忧患意识却没有须臾少缓,甚至正因为与政治中心距离的遥远而更有所强化。

在法律教育以及法学研究方面,这种忧患意识与理性和开放的精神相结合,形成了西南法律人好学深思、平等讨论的尚智风气和不自盲从、不迷信的学术品格。尤其是复办后的一段时间,校园里面百家争鸣,学术墙报放言无忌,新论叠出,一些观点或论证,今天读来,或未免稚嫩,但是,在当时的舆论环境下,却颇有石破天惊之感。正是这样的校园风气,培育了西南法律人那可贵的怀疑和批判精神。

怀疑和批判不是一种情绪化的表达,而是建立在广阔而深邃的知识积累基础上的理性论证。最初,设置单科型政法学院的目标正是为了培养偏于技术化或工匠型的法科人员;不在一个综合性大学里,学生以及教师的知识视野就必然受到限制,批判精神便无从发育。然而,西南法律人的独特之处在于,他们意识到了这种教育体制的局限性,并且付出极大的努力,力求突破这样的局限性。图书馆里

的手不释卷,山荫道上的玄思妙想,宿舍卧谈中的唇枪舌剑,无不显示出这所专业略嫌单一的大学中的师生们不拘泥于法学一科、寻求超越的努力。这样的追求在我们的毕业生身上已经有多样化的体现:除了那些从事法律教育和法学研究的人们经常在作品中显示出他们多学科的知识修养之外,不少校友进入政坛,或从事着法律之外的业务而且胜任愉快,一些人甚至成为戏剧作家、旅行(作)家、诗人、哲学家。相信随着母校向综合性大学的不断迈进,我们的毕业生在这个特色方面将更加令人瞩目。

对于人而言,50岁已经是“知天命”的年龄。但是,就大学而言,50岁只能说是世界大学之林中的一颗幼树。尽管我们的母校已经形成了一种独特的精神和传统,在人才培养方面也取得了巨大的成就,但是,我们还需要为建设一所伟大的大学而作出艰巨的努力。作为校友,在献礼的同时,我们也表达对母校美好前景的衷心祝福,祝愿母校的优良传统不断发扬光大,祝愿我们的校园永远桃李芬芳,祝愿我们的校友人才辈出,在不断提升母校地位的同时,也为整个国家法治大业的成就作出更多的贡献。

巍巍学府,在蜀山中。孜孜弘道,惟我学子。

《西南政法大学学子学术文库》编委会

2003年8月6日

自序

我是1978年考入西南政法学院法学本科的,被分在9班。1982年也就是大学毕业临近的那一年,考入北京政法学院攻读刑法学硕士研究生,1985年研究生毕业后留在中国政法大学法律系刑法教研室任教。从此开始了刑法学教员的职业生涯。

刚毕业教书的那几年,给本科生讲授中国刑法,间或讲一点英美刑法。为解决两地分居、应付出国留学外语资格考试以及随之而来的外语学习、培训,占用了不少精力。教学研究有点不在状态。这段时间里主要研究成果有《毛泽东刑事法律思想初探》一书(与张穹合作,中国检察出版社1991年出版)。这个“命题作文”式的课题相当难做,但在我们的共同努力下还是完成了。通过这个课题的研究,使我对中国共产党的刑事政策有了较深的认识。其次是“论简化不适用数罪并罚的几种情况及其处罚原则”一文。这篇论文主要表达出简明处理罪数问题的观念,现在看起来有些偏激和片面。论文存在不少的疑问:其一是迷失了理论研究的方向。作为罪数的理论首先应当详细地分析罪数方面的种种特殊情况,为合理解决处罚问题提供坚实的基础,而论文主张“简化”,有悖罪数理论的努力方向,助长粗放解决罪数问题的倾向。其二是并没有真正提出“简明”处理的方案。因为主张根据行为的个数确定罪数和数罪并罚的标准,把问

题推到了“一行为”的确认上,而确认行为个数也是一个难解的问题。其三,我国法条竞合的立法模式的重大改变,在1997年修订后的刑法典中,出现了一般条款重于特殊条款的立法例,如刑法第233条对过失致人死亡罪规定的刑罚明显重于有关条文对医疗事故罪、交通肇事罪、重大责任事故罪等的处罚。这种一般条款重于特殊条款的“倒挂”现象,使法条竞合与想象竞合的区别更具有实质意义。因此,简单根据行为触犯数法条择一重法条处断是行不通的。论文有一点大体是正确的,就是指出我国通说在罪数的标准上,名义上采取犯罪构成说,实质上采取行为说。这表现在各教科书,对罪数的分类均按照行为个数,对罪数的判定也按行为个数,如认为想象竞合犯是实质一罪,牵连犯是实质数罪处断一罪。现在看来,关于罪数问题有4点是基本的:

1. 行为触犯罪状的个数或次数,也就是行为符合或该当构成要件的数量或次数,应是确定罪数考虑的首要因素。换言之,行为人有几个该当罪状的事实是评价罪数和数罪并罚的最重要基准。因为罪状是立法禁止的行为事实,行为人实施了这样的行为事实,就应当受到相应的处罚。行为触犯罪状的个数和次数,是评判犯罪个数或次数、国家发动刑罚权个数或次数的依据,也是实行刑罚目的的基本要求。

2. 同一事实不得重复评价、重复处罚。被一个条文罪状涵盖的事实,不能再经受另一条文罪状评价和刑罚处罚。

3. 我国处置数罪并罚问题的立法风格。我国立法对数罪显现出尽量按一罪处理的立法风格,这表现在对财产犯罪累计数额处罚的模式;对常见罪如抢劫、强奸、拐卖妇女儿童连续或同种数罪作为加重犯的模式,几乎涵盖了法院实际处理刑事案件绝大多数。

4. 本国司法实践处理罪数方面的司法习惯。我国司法实践,历来习惯于数罪不并罚,也就是在数罪并罚问题上更倾向于尽量不实行数罪并罚。这集中体现是对同种数罪不并罚。与立法模式相关联,对立法没有作为加重犯的同种数罪(含连续犯),如杀人、伤害,

也不实行数罪并罚。在立法模式和司法习惯没有重大改变的情况下,研究罪数问题需要考虑:(1)现有的立法模式和司法习惯在处理罪数问题上有无重大改革的必要。(2)对待“异种数罪”的数罪并罚应当在多大程度上受同种数罪不并罚模式的制约。换言之,在数罪并罚方面,对待同种数罪和异种数罪能否差别过大?对同种数罪的粗放方式和对异种数罪斤斤计较的方式合理的根据何在?

当时不少青年教师热衷于出国留学、进修,我也赶在这个潮流里边。我在1989年通过了国家英语水平测试,接下来是申请、等待。因为受1989年“6·4”事件的影响,减少了留学英美国家的名额,我被改派日本作访问学者。于是从零开始自学日语,再经大连外国语学院培训,然后于1992年10月起在日本东京大学做了一年半的访问学者。在这期间,有两个收获,其一是粗通日语,勉强可用;其二是对欧陆的刑法理论有所了解。发现自己以前对许多刑法理论问题的认识相当模糊,经过这次充电,变得清晰起来了。此后的主要研究成果有:(1)“论刑法上的认识错误”。这篇论文对刑法上的认识错误的论述还是比较深入的,也能结合中国的实际,其中关于错误论的宗旨、体系定位问题借鉴了一些日本理论观点,对于危害性认识与违法性意识的关联还是有些新意的。不过也有不小的缺憾。如关于不能犯的说法欠准确。重视客观的古典理论和重视主观的现代理论对于不能犯立场是不同的,首先解决了这个立场问题,其次才谈得上何种情形不能犯应该追究刑事责任的问题。再如关于法律错误内容、地位转变的根源,解释不够深入。这种转变主要与心理责任论转向规范责任论关联的,而心理责任论转向规范责任论,使责任本质被归结为可谴责性。责任从有无犯罪事实的心理认识转向有无抗法意志或违法意识。这种责任观念深层变化,带来了区分构成要件故意与责任故意的体系变化。论文对此语焉不详。(2)“论财产刑的正当理由及其立法完善”。在这篇论文中,我提出明确各种财产刑适用的正当理由和功能,呼吁减少立法司法上没收财产刑的适用。我至今确信,在中国没收财产刑是一个比死刑更需要改革更需要重视的问

题。随着中国民营企业的发展、有产者的增加,这将是敏感而尖锐的话题。死刑仅仅能剥夺被判刑人的生命,而没收财产刑,则能造成一个家族的衰落,其严酷性不亚于死刑。(3)《案例刑法总则教程》(中国政法大学出版社1999年6月出版)。这本书虽然算不上是学术性著作,但却是我的用心之作。在案例的选择、体例的编排和提示点评方面,颇受好评。

我在2000年7月考入北京大学法学院,攻读刑法学博士学位。已经做了十几年的教师,有了教授职称,还去“考博”,重做学生,多少需要点勇气和动力。做出这个选择,除了需要升级学历的压力外,还想找个理由完成犯罪构成理论课题。大约是教师的癖好,总想把课讲得简明圆满一点。可是前苏联的犯罪构成理论,单说还可以,如果与后面的犯罪形态和共犯问题联系起来讲,就不太顺;如果再夹杂点德日构成要件观念,就更不好说圆了。于是我就想能不能改改习惯,换一种理论模式,便把犯罪构成理论体系作为博士论文的课题。要说清中国学说中的犯罪构成理论,不能不从苏联学说开始,尤其是特拉伊宁的犯罪构成论。

作为博士论文的准备,撰写了“评特拉伊宁的犯罪构成论”一文。特拉伊宁必须在尊重“类推”的基础上展开犯罪构成论,够难为他的了。我觉得特拉伊宁理论中犯罪构成观念在广义和狭义之间摇摆,我国学说的犯罪构成观念,往往也有类似的摇摆,不知对不对。这篇论文拟在陈兴良教授主编的《刑事法评论》上发表。接着是“论应然犯罪之构成与法定犯罪之构成”一文,也是博士论文的副产品,发表于《法学研究》。当时我想以此触动一下固有的观念,接受多元观念,所以出笼有点仓促。从大的方面讲,论文有两点不足:(1)以理论风格、形式来谈论犯罪的应然和实然性。其实,采取注释方法还是论理方法,与谈论的是应然犯罪还是法定犯罪无关。以法律上的犯罪为对象,不能脱离法律。但作为理论总是含有应然倾向的。(2)以法律犯罪为研究对象,即研究规范意义上的犯罪,即使在罪刑法定原则体制下,也不妨碍追求认定犯罪的应然性。因为对违法、责

任等主客观实质要件,可以从出罪意义上谈论应然性。事实上各种理论都是如此。我们担忧的恐怕是入罪意义上的应然性。而这种应然性在罪刑法定制度下,也就是在以构成要件该当性为前提的理论中,受到限制。但是,对构成要件的解释论,恐怕也难免有不同的看法。哪种解释更符合法律呢?这也受价值观念的支配。

最近以“犯罪构成理论体系比较研究”的博士论文已经脱稿。论文写完之后,放松大脑想一想,各种犯罪构成论体系(或犯罪论体系),万变不离其宗:客观行为、主观罪过。英美学说侧重从具象角度出发把握为“犯行和犯意”两个要件;欧陆理论侧重从抽象角度出发把握为“违法和责任”两个要件。顺着英美理论的犯行和犯意追问下去,就是欧陆违法和责任论回答的问题;同样,顺着欧陆理论的违法和责任要件看下去,具体内容就是犯行和犯意。因为英美理论是从犯行犯意角度把握的,所以可称犯罪构成“要件论”,欧陆理论是从违法责任角度把握的,所以应称“犯罪”观念论,要件论挂在犯罪观念论下边。英美理论具有法律注释的倾向;而欧陆理论更具论理色彩。贝林把犯行与分则各条(构成要件)挂钩独立于“违法”“责任”要件,形成所谓三要件论。贝林以后的理论把犯罪的内容在这三要件(或范畴)之间分分合合。前苏联犯罪论体系本质上属于欧陆风格,但是其犯罪论有两个重心,其一是犯罪概念、本质、特征论;其二是犯罪构成要件论。这个犯罪构成论把主客观要件各一分为二,客观要件分为犯行和客体,可认为把犯罪客观面的要素(行为)和本质(客体)的分立;主观要件分为犯意和主体,可认为把犯罪主观面的责任要素犯意和主体责任能力分立。而犯罪的主客观本质(违法、责任的实质面)较多在犯罪概念论部分展开。

前苏联和欧陆犯罪理论模式主要差别就一个:欧陆理论是犯罪主客观本质(违法、责任)统帅着肯定和排除犯罪的要件要素(行为、结果、阻却违法事由、故意、过失、责任年龄、责任能力等),并且是紧密相连的;而前苏联理论模式基本是分立或并列的。犯罪主客观本质问题主要在概念论部分,要件要素论在犯罪构成论部分。如果拷

问故意、过失、责任年龄、责任能力的上位观念是什么？就会发现这种差别。欧陆模式的回答是：“责任”，前苏联模式的回答是“罪过”，但是这个“罪过”观念通常属于犯罪概念的（特征），在构成论部分并无明确的体系地位。同样道理，如果追问构成要件的上位概念是什么？欧陆理论模式现在通常的回答是“违法”；而前苏联模式的回答大约只能是“犯罪”了。如果追问阻却违法事由的上位概念是什么？欧陆理论的回答是排除“违法性”，而前苏联模式的回答或者是排除“犯罪”性或者是排除“危害性”。

在此期间（2000年5月至2002年5月），我同时还在北京市朝阳区人民检察院兼职副检察长，从事一点“检学共建”、逮捕、起诉的咨询工作。这个经历使我获益匪浅，丰富了刑事司法实务经验。“绑架罪的法定刑对绑架罪认定的制约”、“金融财产控制的特点与侵犯财产罪的认定”、“北京市朝阳区检察院1999年度公诉案件量刑的分析研究”就是在这种背景下完成的。关于绑架罪的论文，其实涉及到法律解释、适用的观念问题。刑法典修订后不久，我在《法学研究》编辑部组织的一个研讨会发言中曾提到新刑法提出的新课题之一就是罪刑法定原则对法律解释论的影响（参见《新刑法提出的新课题》）。那个发言认为罪刑法定原则将会要求解释论更加注重法律形式，显然是片面的。这种观点因此也遭到了学者的批评。我这种片面认识根源于把实质的解释论等同于不利被告的解释。在类推背景下，很容易产生这样的警觉。但是这却是错觉。其实，实质的解释论既可能作不利被告的解释也可能做有利被告的解释。认为罪刑法定原则要求形式的解释论排斥实质的解释论显然是片面的。从司法实践的情况看，更为突出问题倒是过分拘泥于法律形式的解释、适用，并且这种解释、适用往往导致显失公平合理的判决。因此，在上述关于绑架罪的论文中，就提出了实质解释论的必要性，也算是对自己以前片面认识的纠正。关于量刑分析的研究一文，主要是采取统计的方法得出一些结论。其中关于单处罚金刑适用率低的状况和成因的分析，关于在流动人口犯罪率高的地方缓刑和管制适用率

低的现状和成因的分析,是相当可靠的。

除了前面提及的一些研究成果外,我还参与了一些教材的撰稿,如《刑法教科书》(何秉松主编)、《法学概论》(陈光中主编)、《刑事法学》(陈光中主编,1998年度全国律师考试指定用书)、《刑法教程》(何秉松主编)、《中华人民共和国刑法精解》(曹子丹、侯国云主编)、《刑法学》(裴广川主编,阮齐林、刘亚平副主编)、《刑法教程》(魏克家主编)、《刑法原理与实务》(赵秉志主编)等。自己也单独编写了几本司法考试刑法学方面的辅导教材。

在西南政法大学78级的同学中,我算是不起眼的那一类人。虽然没有让自己让同学感到自豪的学术经历,但是我感到很幸运。

目 录

自序·····	1
第一章 中国刑法中量刑的基准、原则和政策·····	1
第一节 概说·····	1
第二节 刑罚配置的起点·····	4
第三节 刑罚配置模式和分量·····	9
第四节 量刑指导思想(政策或者目的)、 原则和刑事政策·····	29
第二章 量刑的情节和制度·····	42
第一节 量刑的一般情节·····	42
第二节 酌定情节与法定情节的酌定因素·····	69
第三章 自由刑、财产刑、资格刑的配置与裁量·····	79
第一节 自由刑的适用·····	79
第二节 财产刑的适用·····	98
第三节 剥夺政治权利刑的适用·····	116
第四节 自1983年以来全国量刑的一般情况·····	116
第四章 对常见罪的量刑·····	123
第一节 侵犯生命、健康的犯罪的量刑·····	123
第二节 对强奸罪、奸淫幼女罪的量刑·····	149
第三节 其他侵犯人身权利罪的量刑·····	155
第四节 对侵犯财产罪的量刑·····	160
第五节 对毒品犯罪的量刑·····	171

第六节 其他妨害社会秩序、经济秩序犯罪的量刑	179
------------------------------	-----

第七节 贪污贿赂罪及有关财产罪的量刑	185
--------------------------	-----

附：调研报告

北京市朝阳区检察院 1999 年度

公诉案件量刑的分析研究	194
-------------------	-----