

量刑自由裁量权 制度研究

臧冬斌 著



河南财经政法大学刑法学文库



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

量刑自由裁量权 制度研究

臧冬斌 著



河南财经政法大学刑法学文库



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

量刑自由裁量权制度研究 / 臧冬斌著. —北京 :
法律出版社, 2014. 11

(河南财经政法大学刑法学文库)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7053 - 7

I. ①量… II. ①臧… III. ①量刑—司法制度—研究
—中国 IV. ①D924.134



中国法律图书网 核字(2014)第243159号

臧冬斌 著

策划编辑 周丽君
责任编辑 周丽君
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2014年10月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 固安华明印业有限公司

印张 9 字数 272千

印次 2014年10月第1次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张建伟

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 7053 - 7

定价:35.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

学术贵在积累 事业需要坚持

应邀为《河南财经政法大学刑法学文库》(以下简称《刑法学文库》)写序是一件荣幸与欣喜的事情。荣幸是基于河南财经政法大学刑法学科的信任,《刑法学文库》是该校出版的第一个法学专业文库;欣喜是我看到家乡河南法学的蓬勃发展,尤其是河南财经政法大学法学院作为2012年全国刑法学年会承办单位之一,凸显了其刑法学科发展的强劲势头。

纵观河南财经政法大学刑法学科的发展,其命运与该校发展紧密相连。河南财经政法大学由原河南财经学院和原河南省政法管理干部学院于2010年3月合并组建而成,学校位于河南省省会郑州市,是省属公办全日制普通高等学校,是河南省重点支持建设的骨干高校,也是河南省博士学位授予权立项建设单位。

合并后该校刑法学科共有教师 23 位,其中教授 6 位,副教授 6 位,具有刑法学博士学位的教师 6 位。

据介绍,河南财经政法大学刑法学科的发展,大体可以分为以下三个阶段:

第一个阶段,缓慢发展期。这个阶段可溯源至原河南财经学院 1993 年开始招收法学专业本科生,并于 2006 年 1 月获得刑法学硕士学位授予权;原河南省政法管理干部学院是河南省法学教育的重要基地。两校的发展平台相对较低,教学科研方面受到制约,发展相对缓慢。

第二个阶段,机遇期。2010 年 3 月,教育部批准成立河南财经政法大学后,给学校刑法学科的发展提供了机遇,刑法学科的教学科研资源得到了充分整合。

第三个阶段,科研创新期。高等院校在做好教学的基础上,在对外扩大影响力方面,科研是个硬性指标,所以需要有更多的优秀科研成果问世,才能向学界同人展示其实力与内涵。河南财经政法大学刑法学科在学校的支持下编辑出版《刑法学文库》是对刑法学学科发展的有力促进之举。我尤其是非常欣喜地看到一些青年才俊的博士学位论文得以问世。

《刑法学文库》即将出版的著作,着力于对具体的刑法理论问题和实践问题进行深入的分析。刑法学是一门实践性很强的学科,司法实践中会出现各种形形色色的问题,要解决这些问题,就需要在法律规范与社会现实之间寻求合法、合理的解决思路,这需从刑法学基础理论方面入手分析探讨,然后再将其应用于司法实践解决实际问题。正因如此,倡导加大刑法学理论的研究。

“路漫漫其修远兮,吾将上下而求索”,希望河南财经政法大学刑法学科的同人们,能够不畏险阻、不惧阻力、不甘寂寞、踏踏实实深入研究刑法学科疑难及前沿课题,并把这项事业坚持下去,为我国法治建设贡献一份力量。

为了保证每部著作的质量,《刑法学文库》好中选优,宁缺毋滥。作者以教授、博士为主,选题多是作者多年教学科研及实践的总结,是作者对当今刑法学科中的一些疑难问题的深入剖析。

《刑法学文库》的面世,会给学界同人带来几许收获。当然,其中亦不免会存在一些不足之处,尽可弥补完善。我殷切希望能够给睿智的读者带去启迪与感悟。

“大学之道,在明明德,在亲民,在止于至善”,希望《刑法学文库》的作者们,能够怀着一种迎难而上、坚忍不拔、勇攀高峰的品格与毅力,将更多的精品著作贡献给读者,也期待学界同人给予《河南财经政法大学刑法学文库》更多的关注与支持。

是为序。

赵秉志*

2013年1月于北京师范大学刑事法律科学研究院

* 赵秉志,河南南阳人,法学博士,北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院院长、教育部长江学者特聘教授、博士生导师,中国刑法学研究会会长,国际刑法学协会副主席暨中国分会主席。

目 录

引 言 / 1

第一章 量刑自由裁量权概说 / 5

第一节 量刑 / 5

一、量刑的概念 / 5

二、量刑的作用 / 10

第二节 量刑失衡的理性分析 / 14

一、量刑失衡的现实表象 / 14

二、量刑失衡的原因分析 / 18

第三节 法官裁量权 / 28

一、法官自由裁量权 / 28

二、法官刑事自由裁量权 / 36

三、法官量刑自由裁量权 / 39

第四节 国外规范量刑自由裁量权的探索 / 41

一、英国规范量刑自由裁量权的探索 / 42

二、美国规范量刑自由裁量权的探索 / 43

三、德国规范量刑自由裁量权的探索 / 45

四、日本规范量刑自由裁量权的探索 / 46

第五节 我国规范量刑自由裁量权的探索 / 47

一、刑法理论界对规范量刑自由裁量权的探索 / 48

二、司法实务部门对规范量刑自由裁量权的探索 / 52

第二章 量刑自由裁量权与量刑公正 / 65

第一节 量刑自由裁量权存在的合理性 / 65

- 一、刑法语言的不确定性需要量刑自由裁量权的存在 / 67
- 二、刑法的滞后性需要量刑自由裁量权的存在 / 69
- 三、实现刑法个别正义需要量刑自由裁量权的存在 / 70

第二节 量刑自由裁量权的宏观控制 / 75

- 一、量刑自由裁量权与量刑均衡的对立统一 / 75
- 二、不应过于提倡量刑自由裁量权 / 77

第三节 量刑自由裁量权的微观制约 / 79

- 一、量刑理由的载明 / 80
- 二、量刑基准点对量刑自由裁量权的制约 / 85
- 三、量刑刑事判例对量刑自由裁量权的制约 / 86

第三章 基准点量刑法与量刑自由裁量权制约 / 88

第一节 量刑方法梳理 / 89

- 一、电脑量刑方法 / 90
- 二、数学量刑方法 / 94
- 三、基准点量刑方法 / 100
- 四、分格式量刑方法 / 107
- 五、层次分析量刑方法 / 107
- 六、量刑的量化分析法 / 109
- 七、法定刑的量化和量刑情节的量化量刑方法 / 113
- 八、运用决策科学原理进行量刑的方法 / 117
- 九、基础刑——基本刑——修正刑量刑方法 / 118
- 十、社会危害性分等与刑度中线模式量刑方法 / 119

第二节 量刑方法的比较 / 119

- 一、绝对化量刑方法之否定 / 121
- 二、相对化量刑方法之分析 / 126
- 三、基准点量刑方法之选择 / 128

第三节 量刑基准点概说 / 133

- 一、量刑基准点的概念 / 133

二、我国台湾地区 and 国外刑法中的量刑基准 / 140

三、量刑基准的作用 / 143

四、我国台湾地区 and 国外量刑基准的司法实践 / 146

第四节 量刑基准点的确定 / 149

一、量刑基准点的确定方法 / 149

二、量刑基准点的确定基准 / 159

第五节 基准点量刑法不能完全实现量刑公正 / 168

一、同案异判不完全是量刑失衡 / 169

二、量刑自由裁量权的存在与量刑规范化并不矛盾 / 175

三、美国《联邦量刑指南》的发展演变 / 181

四、美国《联邦量刑指南》的启示 / 185

五、从刑事程序法入手规范量刑自由裁量权 / 194

第四章 量刑刑事判例与量刑自由裁量权制约 / 198

第一节 刑事判例的概论 / 198

一、判例概述 / 198

二、中国现阶段不存在刑事判例 / 202

三、刑事判例与刑事司法解释 / 206

第二节 量刑刑事判例的概论 / 215

一、量刑刑事判例对规范量刑自由裁量权的作用 / 215

二、量刑刑事判例的创制 / 219

三、量刑刑事判例的适用 / 228

第五章 法定刑规范化与量刑自由裁量权制约 / 234

第一节 法定刑的概论 / 234

一、法定刑概述 / 234

二、法定刑对量刑自由裁量权的制约 / 236

第二节 法定刑幅度立法之考察 / 237

一、德国刑法中法定刑幅度的考察 / 237

二、日本刑法中法定刑幅度的考察 / 238

三、欧陆国家刑法中法定刑幅度的考察 / 240

四、美国刑法中法定刑幅度的考察 / 241

第三节 我国《刑法》中法定刑幅度之分析 / 242

一、法定刑幅度概览 / 243

二、法定刑幅度的偏大 / 246

三、法定刑幅度内量刑档次配置的交叉 / 248

四、量刑档次划分根据的不同性 / 250

第四节 法定刑的规范化 / 253

一、法定刑幅度的规范化 / 255

二、量刑档次配置的规范化 / 257

三、量刑档次划分根据的规范化 / 264

参考文献 / 266

后 记 / 274

引言

在整个刑事审判活动中,量刑应当是居于核心地位的。定罪是为量刑服务的,准确定罪的意义就在于选定一个准确的法定刑,并在这个法定刑的基础上展开刑罚裁量活动。在很大程度上,罪责刑相适应的实现是量刑的终极目标,罪责刑相适应的第一要义是对犯罪人依据其犯罪行为的社会危害性程度、犯罪人的主观恶性程度和人身危险性程度准确地量刑;罪责刑相适应的深层次价值还在于其第二要义——“同案同判”,如果不能做到“同案同判”,实现罪责刑相适应的第一要义也就是空谈。有学者从法治的高度评价“同案同判”,认为衡量法治,第一个指标就是其确定性和统一性,“同案同判”已经成为人们判断司法是否公正的一个“默认点”。^{〔1〕}应当说这种评价并不为过,符合当前我国社会公众朴素的刑事公正观念。

但是,长期以来,在刑法理论界,研究的重点一直在于与定罪直接相关的犯罪构成理论方面,对刑罚的有限研究也大多集中于刑种和刑度问题方面。与此相对应的是,在刑事诉讼法学理论研究方面,也大多集中于无罪推定、对抗式庭审模式、沉默权制度、辩诉交易程序、非法证据排除规则及相关证据规则、死刑

〔1〕 张建伟:“谁动了法官的自由裁量权?”,载《晟典律师评论》2005年第1期。

复核程序、审判监督程序等定罪程序问题方面,对量刑程序的研究并不多见。司法实务中,只要定罪准确,量刑方面多判几年抑或是少判几年都无所谓。理论与实务中对量刑的忽视放大了法官量刑自由裁量权的副作用,当我们在司法实践中已经基本上实现了定罪的精准化后,法官量刑自由裁量权的无有效制约所带来的同案不同判、量刑失衡现象则凸显出来。

“从一定意义上可以说,检验刑事法官能力的最好尺度不是定罪,而是量刑水平,判断刑事法官的基本功是否扎实也要看他在量刑方面的表现。量刑之所以被认为是刑事法官素质与能力的集中体现,一个很重要的理由是量刑与法官的自由裁量权相关。自由裁量权的运用直接体现着法官从法治理念、法律素养到司法技能的各种能力与水平,量刑也因此而成了刑事法官司法能力的具体体现。”^{〔1〕}在定罪环节,法官只要严格依照具体个罪的犯罪构成要件,判断行为人的行为是否该当某具体犯罪的构成要件即可,除此之外,不需要考虑其他的因素,也不需要考虑犯罪人的具体情况。也就是说,在定罪上不存在什么个别化的问题,但是量刑则不然,“教育为主、惩罚为辅”的刑罚目的观决定了为了更好地实现对犯罪人的改造,在量刑时必须考虑犯罪人的具体情况,刑罚个别化被提了出来。但是问题在于,量刑时需要考虑犯罪人的具体情况,但犯罪人具体情况影响量刑又不是无限制的,这中间的度该如何把握,则是摆在法官面前的一个难题。因此,从理论上讲,量刑水平的高低、能否做到量刑的规范化、科学化以及量刑过程和量刑结果是否公正是衡量一个刑事法官理论水平和法律实践能力的重要标尺。

“在人民群众认为处理不公的案件中,真正枉法裁判的并不多见,主要是自由裁量权的把握问题。”^{〔2〕}从刑事案件审判的角度来说,审判活动所体现出的法律的权威与公正并不在于或者说并不主要在于定罪的准确与否,而在于量刑结果是否公正。从刑法学理论的角度,我们可以提出各种量刑公正的判断标准,但是从社会民众和刑事案件的被告人与被害人的角度,他们总是用一种朴素的、直观的比较来判断量刑是否公正,即大体相同

〔1〕 赵秉志、赵晨光:“略论国际刑事法院的量刑制度”,载《河北法学》2007年第5期。

〔2〕 江必新:“论司法自由裁量权”,载《法律适用》2006年第11期。

的案件,判决结果是否大体相同。因为同罪不同罚引发的上访事件时有发生,之所以同罪不同罚,在很大程度上是由法官量刑自由裁量权把握上的差异所造成的。失去有效规范的法官量刑自由裁量权的滥用会破坏法律、司法的威信和公信力;同时,不受制约的法官量刑自由裁量权也为法官权力寻租提供了较大的空间,在一定程度上滋生了法官的腐败。规范法官的量刑自由裁量权的重要性由此可见一斑。

近年来,刑法学理论界与司法实务部门都认识到了忽视量刑规范化、忽视法官量刑自由裁量权规范化的弊端。理论界关于量刑规范化和法官量刑自由裁量权规范方面的研究成果层出不穷。自2004年起,最高人民法院将量刑规范化作为司法改革的一项重要内容,在人民法院“二五改革纲要”和“三五改革纲要”中,从刑事实体法和刑事程序法两个角度明确量刑改革的任务,明确提出“规范自由裁量权,将量刑纳入法庭审理程序”;在此之前,江苏省姜堰市人民法院、山东省淄博市淄川区人民法院等地方基层人民法院已经开始了法官量刑自由裁量权规范化的探索。在反复试点的基础上,2010年9月,最高人民法院先后颁布了《人民法院量刑指导意见(试行)》和《人民法院量刑程序指导意见(试行)》,并于2010年10月1日起在全国各级人民法院量刑工作中予以适用。在经过3年的试点后,最高人民法院于2013年12月23日发布《关于实施量刑规范化工作的通知》,同时发布在《人民法院量刑指导意见(试行)》基础上形成的《关于常见犯罪的量刑指导意见》,决定自2014年1月1日起在全国范围内正式实施量刑规范化工作。应当说此次量刑改革的重心在于刑事实体法方面,量刑改革的目的在于参考美国《联邦量刑指南》,建立我国的量刑指南体系。此轮量刑改革的动因在于限制和规范法官的量刑自由裁量权,但是在司法实践中,量刑情节是不可能被穷尽立法化的,量刑个别化下的量刑公正要求必须给予法官一定限度的量刑自由裁量权。因此,量刑规范化改革的任务就是在“不受限制的法官量刑自由裁量权”和“自动售货机式的法官”这两种极端状况之间寻找某个平衡点。^{〔1〕}“自由裁量控制的核心问题,是寻求人

〔1〕 参见汪贻飞:“中国式‘量刑指南’能走多远——以美国联邦量刑指南的命运为参照的分析”,载《政法论坛》2010年第6期。

与制度、规则的普遍性正义与裁量的个别化正义之间的平衡问题。”〔1〕

运用各种制度的手段规范法官量刑自由裁量权的合理运用,单纯地规范法官的量刑自由裁量权,并进而实现量刑结果的整齐、统一并不是什么困难的事情。法官量刑自由裁量权规范的难点在于如何在限制法官的量刑自由裁量权、如何在量刑统一的同时又能够保证量刑个别化的实现。毕竟,法官量刑自由裁量权是刑罚个别化实现的重要保障。量刑自由裁量权的制约并不纯粹是刑事实体法领域的问题,刑事程序法中制度的设计也是规范法官量刑自由裁量权的重要方面。基于研究领域及能力所限,本书仅从刑事实体法角度研究法官量刑自由裁量权的规范与制约问题。

〔1〕 王锡锌:“自由裁量权基准:技术的创新还是误用”,载《法学研究》2008年第5期。

第一章 量刑自由裁量权概说

第一节 量 刑

一、量刑的概念

量刑,在我国刑法理论界也叫做刑罚裁量、^{〔1〕}刑罚的量定,^{〔2〕}或者叫做狭义上的刑罚适用。^{〔3〕}在日本刑法学界被称为刑的量定;^{〔4〕}我国台湾地区“刑法”第57条的规定叫做科刑;《俄罗斯联邦刑法典》第60条的规定叫做处刑。近年来我国有学者从配刑的角度来认识量刑,认为量刑是配刑的一个属概念,配刑解决的是对各种犯罪应动用什么样的刑罚的问题,是与制刑、动刑和行刑相并列的概念。而配刑又有立法上的配刑和司法上的配刑之分:法定刑的确立,即立法上刑罚的分配,是刑罚的首次分配;而量刑,即司法上刑罚

〔1〕 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第2版),北京大学出版社、高等教育出版社2005年版,第267页;马克昌主编:《刑罚通论》,武汉大学出版社1999年版,第247页。

〔2〕 苏惠渔、张国全、史建三:《量刑与电脑——量刑公正合理应用论》,百家出版社1989年版,引言第1页。

〔3〕 马克昌:“刑罚适用失当及其对策”,载刘家琛主编:《当代刑罚价值研究》,法律出版社2003年版,第3页。

〔4〕 〔日〕木村龟二主编:《刑法学词典》,顾肖荣、郑树周等译校,上海翻译出版公司1991年版,第439页。

的分配,则是刑罚的再次分配,是立法上配刑的现实化。^{〔1〕}这种关于配刑的观点大致相当于德国刑法中的法律的量刑和法官的量刑,法律的量刑是指立法者对法定刑及刑的加重、减轻事由的决定;法官的量刑是指法官根据对具体行为的评价从法定刑中推导出最终刑罚的过程。^{〔2〕}这其中,法官的量刑就是我们通常所说的量刑。

对于量刑的定义,在我国刑法理论界主要有狭义的量刑和广义的量刑两种认识:

狭义的量刑说认为,量刑是人民法院对犯罪分子依法裁量决定刑罚的一种审判活动,^{〔3〕}认为量刑的内容仅指决定对犯罪分子判处什么样的刑种和具体的刑期。也有学者从更狭义的角度来理解量刑,认为在确定法定刑幅度的基础上依据犯罪动机、犯罪目的、犯罪后果等量刑情节确定宣告刑的活动属于严格意义上的量刑活动,而依据定罪情节选择法定刑幅度则不属于严格意义上的量刑活动。^{〔4〕}

广义的量刑说认为,量刑是指人民法院根据行为人所犯罪行及其刑事责任的轻重,在定罪并找准法定刑的基础上,依法决定对犯罪分子是否判处刑罚,判处何种刑罚、刑度或者所判处的刑罚是否立即执行的刑事审判活动。^{〔5〕}其认为量刑的内容不仅包括决定对犯罪分子判处什么样的刑种和具体的刑期,还包括决定是否需要判处刑罚和是否需要执行缓刑(包括死缓)。还有观点认为,量刑的内容除此之外还应包括决定是否适用非刑罚处理方法。^{〔6〕}也有观点认为,量刑是指审判机关在审理刑事案件后,根据一定的原则和应予考虑的情节,依法权衡轻重,对被告人宣告一定的刑

〔1〕 邱兴隆:《刑罚理性导论——刑罚的正当性原论》,中国政法大学出版社1998年版,第228页、407页。

〔2〕 冯军:“量刑概说”,载《云南大学学报》(法学版)2002年第3期。

〔3〕 高铭喧主编:《中国刑法学》,中国人民大学出版社1989年版,第268页;苏惠渔主编:《刑法学》(修订版),中国政法大学出版社1997年版,第318页;樊凤林主编:《刑罚通论》,中国政法大学出版社1994年版,第373页。

〔4〕 刘守芬等著:《罪刑均衡论》,北京大学出版社2004年版,第139~140页。

〔5〕 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第2版),北京大学出版社、高等教育出版社2005年版,第267页;赵秉志主编:《新刑法教程》,中国人民大学出版社1997年版,第319页。

〔6〕 马克昌主编:《刑罚通论》,武汉大学出版社1999年版,第251页。

罚或免于处罚;^[1]或者认为量刑的内容就是决定是否判处刑罚和判处什么样的刑罚。^[2]认为量刑的内容仅包括决定是否需要判处刑罚和判处什么样的刑种及具体的刑期。

也有观点直接将量刑的概念表述为狭义的量刑和广义的量刑两种概念:狭义的量刑是指人民法院对具体的犯罪分子依法裁量、决定特定的刑罚的审判活动;广义的量刑是指人民法院选择决定给予犯罪分子以特定的刑罚或免于刑罚的整个过程,它除了包括狭义的量刑外,还包括免刑和缓刑的裁量。^[3]

也有学者认为,我国传统的关于量刑的概念过于重视法院在量刑中的作用,忽视了法官在量刑中的能动性,而且实践中量刑的失衡主要是由于不同的法官对量刑的认识的不同而造成的,并不是由于法院的差异所造成的,同时,传统的量刑的概念也不符合刑事诉讼体制改革中的主审法官制、法官责任制等改革。该学者还认为传统的关于量刑的观念是一种局部的、静止的量刑观,还应该把减刑和假释活动也纳入量刑考察的范围。量刑是法官在对被告人予以定罪的前提下,以刑事责任为基础,选择量刑方式(免除刑事处罚、非刑罚处理方法或刑罚),以及选择刑罚后,是否现实执行宣告刑、在现实执行过程中是否对宣告刑进行修正(减刑和假释)的全部活动。^[4]

近年来,还有学者认为,量刑的内容除了包括对犯罪分子决定是否判处刑罚,判处何种刑罚、刑度或者所判的刑罚是否需要立即执行外,所判处的刑罚怎样执行也应当包括在量刑的内容之内。^[5]

日本学者一般认为,所谓量刑,是指具体地决定应当宣告的刑罚的种类与数量。对于宣告具体的刑罚来说,法院首先选择应当适用的刑罚的种

[1] 曾庆敏主编:《刑事法学词典》,上海辞书出版社1992年版,第830页;《中国大百科全书》(法学卷),中国大百科全书出版社1984年版,第382页;高格:《定罪与量刑》(上册),中国方正出版社2001年修订版,第181页。

[2] 邱兴隆、许章润:《刑罚学》,中国政法大学出版社1999年版,第233页;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。

[3] 胡学相:《量刑的基本理论研究》,武汉大学出版社1998年版,第4页。

[4] 洪流:“对量刑问题的再认识”,载《中央政法管理干部学院学报》2000年第4期。

[5] 赵廷光:《量刑公正实证研究》,武汉大学出版社2005年版,第3页。