

量刑基准的研究

——以责任和预防的关系为中心

李冠煜 著

中国社会科学出版社

量刑基准的研究

——以责任和预防的关系为中心

李冠煜 著

中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

量刑基准的研究：以责任和预防的关系为中心 / 李冠煜著. —北京：
中国社会科学出版社，2014. 11

ISBN 978 - 7 - 5161 - 5022 - 1

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 247433 号

出版人 赵剑英

责任编辑 孔继萍

责任校对 王佳莹

责任印制 王辉图



出版 中国社会科学出版社

社址 北京鼓楼西大街 158 号 (邮编 100720)

网址 <http://www.csspw.cn>

中文域名：中国社科网 010 - 64070619

发行部 010 - 84083685

门市部 010 - 84029450

经销 新华书店及其他书店

印刷装订 北京市兴怀印刷厂

版次 2014 年 11 月第 1 版

印次 2014 年 11 月第 1 次印刷

开本 710 × 1000 1/16

印张 17.5

插页 2

字数 296 千字

定价 55.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书，如有质量问题请与本社联系调换

电话：010 - 64009791

版权所有 侵权必究

序

“规范裁量权，将量刑纳入法庭审理程序”（以下简称“量刑规范化改革”）是中央确定的重要司法改革项目，也是人民法院第三个五年改革纲要的重要内容。作为改革的指导性文件之一，《人民法院量刑指导意见（试行）》（以下简称《量刑指导意见》）已于2010年10月1日在全国法院试行，并从2014年1月1起正式实施。《量刑指导意见》明确了量刑的指导原则，规定了量刑的基本方法，明确了常见量刑情节的适用，解决了15种常见犯罪的量刑问题。然而，在上述文件中，量刑原则的抽象性、量刑步骤的复杂性和量刑情节的有限性难以满足司法实践中对各种案件进行科学、公正、合理地量刑的需要。这就要求在量刑理论上研究更为基础的方法论，用以指导法官明确量刑情节的范围、合理评价量刑情节以及适当处理罪刑均衡与犯罪预防之间的关系，从而在赋予法官一定的自由裁量权的同时，又能够防止其因不当行使自由裁量权而引起的量刑失衡。这种重要的方法论，就是本书的研究对象——量刑基准。

量刑基准是大陆法系国家量刑理论的中心内容。其中，作为近代大陆法系刑法理论发源地的德国，经过多次刑法修正，最终实现了量刑基准的立法化，将责任和预防同时确立为量刑的两大基准。现行《德国刑法典》第46条第1项规定：“行为人的责任是量刑的基础。应当考虑刑罚对行为人将来的社会生活所产生的被预料到的各种效果。”这既体现了责任主义的要求，又反映了特别预防的需要。但是，责任和预防之间往往会产生冲突，因为二者的目标设定并不一致，这就是所谓“刑罚目的的二律背反”。为了在责任和预防的对立中寻求一种平衡，德、日刑法学界主要形成了“幅的理论”、“点的理论”和“位置价值说”三种主张。除了“位置价值说”，“幅的理论”与“点的理论”之争对我国刑法学界也产生了很大影响。可见，量刑基准的理论就是关于如何处理责任和预防关系的理

论。量刑基准既不同于抽象的量刑原则，又有别于特定犯罪的基准刑，其使命是阐明责任和预防的关系、明确量刑情节的范围以及确定量刑情节的评价，从而确保量刑活动的规范性。

与大陆法系国家相比，我国的刑法理论、刑事立法和刑事司法一直呈现出一种“重定罪、轻量刑”的倾向，各地区、各法院的操作标准不一，量刑偏差的现象较为严重，极大地损害了司法公信力和裁判权威性。这一背景要求我国在进行量刑规范化改革的过程中，可以借鉴大陆法系国家量刑基准的研究成果、立法制度和司法经验，在理论上归纳出正确处理责任和预防的关系即社会危害性和人身危险性关系的方法，将量刑规范化改革引向深入。冠煜博士正是认识到研究量刑基准对深化我国量刑理论、完善我国量刑立法以及促进我国量刑规范化改革的重大意义，所以选取了这样一个富有挑战性的课题作为博士学位论文的题目，并进行了较为深入而富有成效的探索。

我和冠煜的师生缘分由来已久，他是我在武汉大学指导的2004级刑法学专业的硕士。在我的印象中，冠煜为人谦和、性格沉稳、处事低调，但在学业方面，他目标明确、认真执着、一丝不苟。我的感觉是，他想在学问上有所追求。这表现在，冠煜在硕士毕业工作几年之后，毅然辞去原职，在2010年报考我名下的博士研究生，并以优异的成绩被录取。作为导师，我为他的学术能力而骄傲，更为他的学术热情而感动。在读博期间，冠煜一如既往地严于律己、刻苦钻研，先后在核心期刊等刊物上发表学术论文十余篇，并成功申请到国家留学基金管理委员会国家建设高水平大学公派研究生项目，作为联合培养的博士生远赴日本北海道大学留学。在留学期间，他在完成繁重的课程之余，掌握了大量第一手的日文文献，对大陆法系刑法理论有了更加深入的理解，为研究量刑基准问题奠定了坚实的基础。

本书是冠煜在博士学位论文的基础上修改完成的。书中对德国、日本等大陆法系国家关于量刑基准的概念和立法例进行了考察和比较，对作为量刑活动两大基准的行为责任和预防犯罪的含义进行了探析和总结，对量刑基准的基本理论进行了评介与调和，认为应当借鉴大陆法系量刑基准的研究成果，并且对深化我国的量刑理论、完善我国的量刑立法以及促进我国的量刑规范化改革提出了一系列的建议和构想。

通览全书，我认为本书有以下三个特点：

第一，结构合理，重点突出。从量刑基准的概念梳理到量刑基准的立法解析，从量刑责任的辨析到刑罚目的的界定，从量刑基准基本理论的阐述到量刑基准研究对我国刑法理论及实践的借鉴，本书在篇章布局上井然有序，由表及里地逐步展开对量刑基准的研讨，着重论述了德、日等国的量刑基准研究值得我国刑法理论、刑事立法和刑事司法借鉴之处。

第二，资料翔实，论证充分。在研究过程中，本书较多地引用了涉及德国和日本的量刑理论、量刑制度和量刑实践的资料，作为深化我国的量刑理论、完善我国的量刑立法以及促进我国的量刑规范化改革的“参照系”。在此过程中，本书并没有全盘吸收外国学者的观点或直接照搬国外实践的做法，而是一方面站在他国刑法理论的立场上，指出其学说、实务上的缺陷；另一方面又处于本国刑法理论的视野中，肯定其学说、实务上的长处。这种不断往返于国内外刑法的比较研究的方法，在充足的资料支撑下，明显提升了本书的论证力度。

第三，紧密联系我国的量刑实务，具有较强的实践意义。本书研究大陆法系国家量刑基准理论、立法和司法的目的，无疑是为了回应我国量刑规范化改革背景下理论界和实务界对均衡量刑、科学量刑、公正量刑的呼声，而作者通过理论联系实际，真正做到了“以他山之石，攻本土之玉”。本书的一些见解比较独到，如对量刑基准特征的归纳、对量刑责任本质的界定、对“幅的理论”和“点的理论”的调和等，均对我国具有较大的理论价值和实践意义，能给大家带来一些有益的启示和深入的思考。

冠煜博士毕业后赴华中师范大学法学院任教，继续从事他热爱的刑法学研究和教学工作。我为他过去和现在的成绩感到欣慰，并期待他在今后的学术和人生之路上取得更大的成就。

是为序。

李希慧

2014年1月1日于北京师范大学刑事法律科学研究院

目 录

导论	(1)
第一章 量刑基准概述	(5)
第一节 量刑的概念	(5)
一 德国学者的观点	(5)
二 日本学者的观点	(6)
三 我国学者的观点	(6)
四 自说的展开	(7)
第二节 量刑基准的概念	(10)
一 德国的量刑基准概念	(10)
二 日本量刑基准概念	(11)
三 我国的量刑基准概念	(12)
四 本书采取的量刑基准概念	(14)
第三节 量刑基准的特征	(15)
一 法定性	(15)
二 当为性	(16)
三 抽象性	(16)
四 指导性	(17)
第四节 量刑基准与相关范畴的辨析	(18)
一 量刑基准与基准刑	(18)
二 量刑基准与量刑相場	(20)
第二章 量刑基准的立法例及其解析	(26)
第一节 德国的量刑基准立法	(26)

一	1958 年草案	(27)
二	1962 年草案	(28)
三	1966 年选择性草案	(31)
四	1969 年新总则	(37)
第二节	瑞士的量刑基准立法	(43)
一	瑞士刑法典第 63 条及相关规定	(43)
二	法条释义及其说明	(45)
第三节	奥地利的量刑基准立法	(46)
一	奥地利刑法典第 32 条及相关规定	(47)
二	法条释义及其说明	(49)
第四节	日本量刑基准立法	(51)
一	1961 年改正刑法准备草案	(52)
二	1974 年改正刑法草案	(54)
三	1948 年刑事诉讼法	(59)
第三章	量刑基准之一:行为责任	(62)
第一节	量刑责任的界定	(62)
一	责任的概念	(62)
二	量刑责任的概念	(70)
第二节	量刑责任的本质	(77)
一	行为责任论	(77)
二	性格责任论	(78)
三	人格责任论	(79)
四	机能责任论	(81)
五	比较与评析	(82)
第三节	量刑责任与相关范畴的辨析	(88)
一	量刑罪责与狭义的责任	(89)
二	量刑罪责与答责性	(90)
三	量刑罪责与刑事责任	(94)
第四节	量刑中的责任主义	(96)
一	量刑中的责任主义的含义	(96)
二	量刑中的责任主义与主观上可归责的结果	(103)

三	量刑中的责任主义与可归责于个人的结果	(105)
四	量刑中的责任主义与量刑情节的错误	(111)
第四章	量刑基准之二:预防犯罪	(119)
第一节	量刑中刑罚目的的界定	(119)
一	刑罚目的与刑罚本质、刑罚的正当化根据	(119)
二	刑罚目的论的变迁	(122)
三	量刑中的刑罚目的	(130)
第二节	报应刑论下的量刑基准	(132)
一	量刑基准与绝对的报应刑论	(133)
二	量刑基准与相对的报应刑论	(136)
三	量刑基准与新报应刑论	(144)
第三节	一般预防论下的量刑基准	(145)
一	量刑基准与消极的一般预防论	(146)
二	量刑基准与积极的一般预防论	(148)
第四节	特别预防论下的量刑基准	(156)
一	量刑基准与消极的特别预防论	(157)
二	量刑基准与积极的特别预防论	(159)
第五节	双面预防论下的量刑基准	(164)
一	量刑基准与侧重一般预防的双面预防论	(164)
二	量刑基准与侧重特别预防的双面预防论	(168)
第五章	量刑基准的基本理论	(170)
第一节	幅的理论	(170)
一	基本内容	(170)
二	理论特色	(172)
三	典型判例	(176)
第二节	点的理论	(182)
一	基本内容	(182)
二	理论特色	(182)
第三节	位置价值说	(186)
一	基本内容	(186)

二 理论特色	(188)
第四节 比较与评析	(190)
一 对“幅的理论”的反思	(190)
二 对“点的理论”的反思	(194)
三 对“位置价值说”的反思	(195)
第五节 “幅的理论”与“点的理论”的调和	(197)
一 根据相同	(198)
二 前提相同	(198)
三 构造相同	(199)
四 任务相同	(199)
 第六章 量刑基准研究对我国刑法理论及实践的借鉴	(202)
第一节 量刑基准研究对深化我国量刑理论的借鉴	(202)
一 责任和预防的关系在我国的体现	(202)
二 罪刑均衡与一般预防	(207)
三 罪刑均衡与特别预防	(215)
四 罪刑均衡与双面预防	(219)
五 罪刑均衡与犯罪预防关系的应然归结	(221)
第二节 量刑基准研究对完善我国量刑法规定的借鉴	(222)
一 完善我国量刑法规定的主要方案	(223)
二 对以上各种方案的研讨	(226)
三 完善我国量刑基准立法的构想	(230)
第三节 量刑基准研究对促进我国量刑规范化改革的借鉴	(231)
一 对量刑指导意见的评价	(231)
二 对确定量刑原则的启示	(233)
三 对调整量刑步骤的启示	(236)
四 对扩大常见罪名范围的启示	(240)
五 对适用死刑裁量基准的启示	(248)
 参考文献	(254)
 后记	(268)

导 论

量刑基准是指导量刑情节适用的一般性原理或方法，属于量刑论的核心内容；责任和预防的关系是对量刑过程的抽象，最直观地体现在量刑基准的适用过程中。大陆法系国家（地区）的学者很早就开始研究量刑理论，通常是在量刑基准论中讨论责任和预防的关系，如今已经取得了丰硕的学术成果。正如德国学者阿图尔·考夫曼（Arthur Kaufmann）所说，在德国的刑法解释学中，“责任和预防”这一主题今天得到了最为充分的讨论。^① 相比而言，我国刑法学较为侧重犯罪论的研究，刑罚论包括量刑论的研究略显单薄。不过，近年来，我国学者对量刑论投入了越来越多的研究热情，对其中的某些问题进行了比较深入的探讨，量刑基准的研究价值正在逐步显现。

研究量刑基准，有利于深化我国的量刑理论、完善我国的量刑法规定和促进我国的量刑规范化改革。首先，许多有关量刑的疑难问题都源于对量刑基准的不当把握，在理论上存在进一步研究的余地。现代刑法既是责任刑法，又是预防刑法；不仅应当遵守责任主义，还要奉行目的主义。所以，量刑基准在为确定、评价和比较量刑情节提供指导准则时，还要致力于责任和预防之间的“和解”。因此，责任和预防的关系就是贯穿量刑基准论的一条主线；研究量刑基准，离不开对责任和预防关系的梳理。其次，我国刑法有关量刑的规定可操作性不强，无法成为量刑的直接依据。众所周知，现行刑法第61条规定的量刑原则相当抽象，没有明确量刑的基本思路和判断量刑情节的方法。此外，关于量刑情节的适用条款也有许多模糊之处，不得不依靠颁布司法解释予以具体化。其实，适用量刑基准

^① [德] 阿图尔·考夫曼：《法哲学与刑法学的根本问题》，宫泽浩一监译，成文堂1986年版，第151页。

的过程也是划定量刑情节的范围、确定量刑情节的评价方向和决定量刑情节分量的过程,在此,必须处理好责任和预防的关系。最后,我国长期以来存在较为严重的量刑偏差问题,不能满足构建和谐社会的要求。“量刑偏差是全球性现象”,^①我国也不例外,这成为量刑规范化改革的主要原因之一。为更加切实有效地推行这项改革,最高人民法院制定了《人民法院量刑指导意见(试行)》(以下简称“量刑指导意见”),对量刑的指导原则、量刑的基本方法、常见量刑情节的适用和常见犯罪的量刑均做出了原则性的规定。可见,无论是对量刑规范化的应然解读,还是对量刑指导意见的实际适用,都与对观念上的量刑基准以及责任和预防关系的理解有关。总之,“不预先决定应当采纳、适用超实定基准的命题的正确内容,就不能适用(因而也不能实施)实定法”,^②因此,我国刑法学界应当重视量刑基准的研究。

大陆法系刑法学者一般认为,量刑基准的理论就是处理责任和预防关系的理论。^③即使将这一论断切换至我国刑法理论语境下,也同样成立。我国刑法学界通常是在研究量刑原则或量刑根据时讨论责任和预防之间的关系。例如,有论者认为:“量刑的活动,即是人民法院将刑法规定的抽象、可能的罪刑关系,变为具体、实在的罪刑关系的活动。法官在进行这一活动时应考虑两个方面:一是已然的犯罪的社会危害性大小即轻重如何,以决定适应轻重相当的刑罚;二是犯罪人再犯的可能性如何,改造的难易程度如何,以便使刑罚的轻重与之相适应。由人民法院量刑活动的这些内容决定,根据犯罪的社会危害性量刑和依据犯罪人的人身危险性量刑,应当成为指导人民法院量刑活动的原则。”^④这不仅从解释论上确立了我国的量刑原则,而且在方法论上使其具有了量刑基准的功能。在此基础上,还有学者进一步指出:“无论是犯罪行为的社会危害性,还是犯罪

① 赵廷光:《量刑公正实证研究》,武汉大学出版社2005年版,第4页。

② [德]阿明·考夫曼:《刑法的基本问题》,川端博译,成文堂1983年版,第9页。

③ 参见[德]克劳斯·罗克辛《刑法中的责任和预防》,宫泽浩一监译,成文堂1984年版,第115—140页;[德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特《德国刑法教科书》[总论],徐久生译,中国法制出版社2001年版,第1047—1053页;[日]川崎一夫《体系的量刑论》,成文堂1991年版,第83—90页;[日]城下裕二《量刑基准的研究》,成文堂1995年版,第109—143页。

④ 高铭喧主编:《刑法学原理》(第三卷),中国人民大学出版社2005年版,第212—213页。

人的反社会属性，都应在责任、预防两个方面加以考虑。具体而言，社会危害性应在行为责任与一般预防两个方面加以考虑，而犯罪人的反社会属性则在行为者责任和特殊预防两方面加以考虑，所以，社会危害性与犯罪人属性之间的关系实质上还是责任与预防的关系。再者，以犯罪行为的反社会属性为量刑依据之一，实际上是追究犯罪行为的责任，而以犯罪人的反社会属性为量刑依据之一，其宗旨仍然是达到刑罚的目的，即预防犯罪，所以探求社会危害性与犯罪人的属性的关系自然离不开责任与预防二者的关系。它们是对立同一的辩证关系。”^① 这意味着，责任和预防的关系在我国就表现为社会危害性和人身危险性的关系。

量刑时必须在考察责任和预防关系的基础上，分配给双方适当的刑罚。换言之，处理责任和预防的关系，就是处理责任刑和预防刑的关系。所谓责任刑，是指与责任相适应的刑罚。这里的“责任”是广义上的责任即量刑责任，其大小由违法性的程度和有责性的程度共同决定；而违法性和有责性反映了行为的客观危害和行为人的主观恶性，体现的是罪行轻重；社会危害性正是客观危害和主观恶性的有机统一，能够决定罪行的轻重。所以，与责任相适应的刑罚就是与罪行相均衡的刑罚。所谓预防刑，是指预防犯罪所需要的刑罚。这里的“预防”包括一般预防和特别预防，但两种预防的必要性很可能不一致。一般预防刑主要由责任刑决定，特别预防刑主要由人身危险性决定。由于责任刑本身就具有一般预防的效果，所以不能用一般预防刑加重或减轻责任刑。由于特别预防与罪行轻重无关，所以允许在责任刑的范围内用特别预防刑对其进行修正，例外情况下，还可以突破责任刑的下限量刑。总之，根据量刑基准的要求，只有在以行为责任为基础的刑罚幅度内适当地考虑预防必要性，或者在根据行为的社会危害性确定的刑罚范围内合理地兼顾行为人的身危险性，才能进行公正的量刑。

综上所述，我国刑法理论界应该在反思现行立法的基础上，展开对量刑基准的研究。换言之，理论量刑学不应对实务亦步亦趋，其存在意义在于，对实务提供可作为指南的基准，依照这种基准，在必要的场合，对无

^① 胡学相：《量刑的基本理论研究》，武汉大学出版社1998年版，第108页。

法认可的结论提出批判和建议,能够与实务开展建设性的对话。^①这就需要对量刑论进行体系性的建构。其实,“在战后作为一个独立学科兴起的量刑法 (Strafzumessungsrecht) 发展起来了,它的发展并非建立在法官个人的价值上的司法裁量之上,相反,是建立在体系性秩序和以刑事政策为指导的量刑基准的理性的可控制性之上的”。^②毫无疑问,只有通过建立体系的量刑基准论,提炼出针对各种专题的指导性要点,才能切实发挥量刑法的机能,解决量刑判断中面临的难题。这种尝试既体现在对量刑责任和预防目的的考察中,也体现在对“幅的理论”和“点的理论”等学说的梳理中。

① 参见〔日〕冈上雅美《量刑体系中量刑情节的分类》,《刑法杂志》2006年第45卷第2号。

② 〔德〕克劳斯·罗克辛:《刑事政策与刑法体系》(第二版),蔡桂生译,中国人民大学出版社2011年版,第16页。

第一章

量刑基准概述

量刑必须在一定的依据、标准和尺度的指引下进行，这就关系到量刑基准的问题。量刑基准不仅是量刑法的重要组成部分，也是量刑论始终无法回避的中心议题。量刑基准与量刑情节、量刑过程之间存在着极为密切的联系：没有量刑基准，量刑情节将失去确定的范围和评价的工具，量刑过程也会丧失自身的节奏和有序的步调。量刑基准最为直观地体现了责任和预防的关系，应当在量刑基准的框架内最大限度地减小责任和预防的摩擦。

第一节 量刑的概念

尽管各国刑事法制存在较大差异，但理论界一般从广义和狭义两个方面来界定量刑，或从形式意义和实质意义的对立上来理解量刑。

一 德国学者的观点

冯·李斯特（Franz von Liszt）认为：“法官必须在法定刑罚范围内对具体的犯罪选择刑罚；法官的任务是在具体案件中解决具体适用何种刑罚问题，而立法者只是规定刑罚的范围。这种在刑罚范围内确定刑罚的过程叫做量刑。”^①显然，该论者所阐述的是广义上的量刑概念，但同时也揭示了量刑的实质意义，即这种意义上的量刑（Strafzumessung）是法律的量刑（gesetzliche Strafbemessung），而不仅仅是法官的量刑（richterliche

^① [德] 弗兰茨·冯·李斯特：《德国刑法教科书》，徐久生译，法律出版社2000年版，第465页。

Strafzumessung)。后者虽然显示了由立法者形成的法定刑和刑的加重、减轻事由，但是基于此种理解的量刑在本质上是立法者和法官的“共同作业”，表明了日文“を”，请立法者所设定的法定刑中的当罚性判断具体化的过程。^① 所以，立法者不过是明确了对犯罪类型的评价尺度，最终由法官根据对犯罪行为的具体评价从法定刑中推导出宣告刑。

二 日本学者的观点

松尾浩也指出，“刑的量定”这一用语大致在四种意义上被使用。在最狭义上，是指决定自由刑或财产刑的刑期或金额即刑的分量。“量定”这一词语被用于本来的意义上，在文理上是最适当的。在狭义上，是指一并考虑刑种的选择和刑量的决定，而且在刑量决定之前，因为在逻辑上先进行刑种的选择，所以将两者并称为刑的量定。在广义上，除了上述内容外，还包括可否缓刑、有无保护观察、刑的免除、刑的执行的减轻免除等。在最广义上，进而还包括伴随刑的宣告的附随处分，例如未决勾留天数的总计、罚金、罚款的换刑处分、防止卖淫法中的辅导处分（防止卖淫法第17条以下）、公职选举法中的公民权停止（公职选举法第225条），等等。^② 该论者在不同的层面全面论述了“刑的量定”的意义，日本刑法学者一般也赞同在最广义上使用这一概念。^③

三 我国学者的观点

与德国学者不同，我国学者既重视量刑的形式意义，也强调量刑的实质意义，即量刑虽然是审判人员依法决定对所认定有罪的犯罪人决定如何处置的司法活动，但也是保证刑法所规定的法律上的罪刑关系变成现实上的罪刑关系，使立法中对一类犯罪所规定的刑罚变成社会现实中惩罚犯罪

① 参见〔日〕城下裕二《量刑基准的研究》，成文堂1995年版，第11—12页。

② 参见〔日〕松尾浩也《刑的量定》，载宫泽浩一、西原春夫、中山研一、藤木英雄编《刑事政策讲座 第一卷 总论》，成文堂1971年版，第337—338页。

③ 参见〔日〕井田良《讲义刑法学·总论》，有斐阁2008年版，第556页；〔日〕山中敬一《刑法总论》（第2版），成文堂2008年版，第1049—1052页；〔日〕高桥则夫《刑法总论》，成文堂2010年版，第514页。

行为的现实刑罚的重要环节。^① 与日本学者也不同,我国学者倾向于主张量刑只有广义和狭义之分,狭义的量刑是指人民法院对犯罪分子依法裁量、决定特定刑罚的活动;广义的量刑是指人民法院决定对犯罪分子选择特定刑罚或免于刑罚的整个过程,包括狭义的量刑、免刑和缓刑的裁量。^② 通说采取了广义说,并强调量刑的具体内容是对犯罪人依法决定如何适用刑罚,审判结论可以分别表现为:1. 依照刑法总则与刑法分则各本条关于刑事责任的规定,据情判处刑罚;2. 依照刑法总则第31条(旧刑法——笔者注)的规定,宣告有罪,给予刑事处分并附带民事赔偿经济损失的强制处理;3. 宣告有罪,免除处罚;4. 判处刑罚,适用缓刑。^③

四 自说的展开

在刑法理论上究竟采取哪种量刑概念,不能脱离一国的刑事立法、司法实践。换言之,德国学者诠释的实质意义的量刑概念、日本学者主张的最广义的量刑概念以及我国学者提出的广义的量刑概念,都是对各自国家量刑制度和实践的忠实反映。德国刑法典在第三章“行为的法律后果”中用较大篇幅规定了量刑的基本原则、判处自由刑属于例外情况、特别之法定减刑理由、总和刑的构成等条款,为司法实践提供了明确的法律依据。立法者通过预想并确定处理上述情形可能带来的后果,有力限制和有效引导了法官自由裁量权的行使。而且由于罪责补偿(Schuldausgleich)和特殊预防(Spezialpraevention)已成为德国刑事政策的基本构思,一般预防(Generalpraevention)原理也在司法实践中被坚持不懈地运用着,^④ 对责任因素和预防因素的考虑必须贯彻量刑始终。因此,除了第一节“刑罚”和第六节“矫正与保安处分”外,其余各节都可纳入量刑的范畴。日本刑法典没有系统规定量刑的章节,有关量刑的条

① 参见高铭喧、马克昌主编《刑法学》(上编),中国法制出版社1999年版,第461、463页。

② 参见胡学相《量刑的基本理论研究》,武汉大学出版社1998年版,第4页。

③ 参见喻伟主编《量刑通论》,武汉大学出版社1993年版,第10—15页;马克昌主编《刑罚通论》(第2版),武汉大学出版社1999年版,第251—252页;高铭喧主编《刑法学原理》(第三卷),中国人民大学出版社2005年版,第198—201页。

④ 参见[德]汉斯·海茵里希·耶赛克《为德意志联邦共和国刑法典序》,载《德国刑法典》(2002年修订),徐久生、庄敬华译,中国方正出版社2004年版,第5—6页。