

Strafzumessung
bei schwerer Kriminalität

Eine vergleichende theoretische
und empirische Studie zur Herstellung und
Darstellung des Strafmaßes

重罪量刑

关于刑量确立与刑量阐释的
比较性理论与实证研究

[德] 汉斯-约格·阿尔布莱希特 / 著

熊琦 魏武 赵书鸿 / 译校者
周子实 岳礼玲 潘文博



法律出版社 LAW PRESS · CHINA

Strafzumessung
bei schwerer Kriminalität

Eine vergleichende theoretische
und empirische Studie zur Herstellung und
Darstellung des Strafmaßes

重罪量刑

关于刑量确立与刑量阐释的
比较性理论与实证研究

[德] 汉斯-约格·阿尔布莱希特 / 著

熊琦 魏武 赵书鸿 / 译校者
周子实 岳礼玲 潘文博

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

重罪量刑:关于刑量确立与刑量阐释的比较性理论与实证研究/(德)汉斯-约格·阿尔布莱希特著;熊琦等译. —北京:法律出版社,2017

ISBN 978-7-5197-1456-7

I. ①重… II. ①汉…②熊… III. ①量刑—研究
IV. ①D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 240938 号

重罪量刑

——关于刑量确立与刑量阐释的比较性理论与实证研究

ZHONGZUI LIANGXING

—GUANYU XINGLIANG QUELI YU XINGLIANG
CHANSHI DE BIJIAOXING LILUN YU SHIZHENG
YANJIU

[德] 汉斯-约格·
阿尔布莱希特 著
熊琦 等译

策划编辑 冯雨春
责任编辑 冯佳欣
装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

责任印制 吕亚莉

编辑统筹 法律应用·大众读物出版第二分社

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16

印张 38

字数 480 千

版本 2017 年 10 月第 1 版

印次 2017 年 10 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-1456-7

定价:86.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

本书研究的是对于严重犯罪的量刑，其所涉及的问题在很久以前就得到了刑法学与犯罪学的同等重视。这里涉及的是量刑实践中的不均衡性疑问以及关于平等对待与差异在教义学上的重要性的问题。在研究中，规范问题与实证方法理所当然地联系在了一起，因为不均衡性只能在规范的背景下得以观察。此外，这还涉及一个在当今国际上具有重大意义的主题。因为以均衡与平等对待的刑罚为内容的目标显然越来越重要。本研究着眼于国际比较，包含了德国与奥地利的量刑问题。

除了开头提及的基础原则问题，本研究还有另一个目的，即考察量刑实定法的效果，以及考察为实现量刑决定的均衡性结果而得出的理论与教义学思想的效果。因而本研究也包含着评估的视角。奥地利是本研究对比的对象。这是因为，首先应当确定量刑规范中的区别，这些区别为在关键点上对法律框架条件对量刑的效果进行考察提供了机会。

由于这涉及的是一个实证研究，那么当然还有另一个视角对于该选择起到了决定性作用。两名科研人员与奥地利最高法院前院长 Pallin 教授以及 Janos Fehérváry 博士一起从事的关于量刑问题的研究，使本项目在奥地利的实证部分与规范问题同样开放与圆满。作为比较类实证调研的本研究能够得以实施，应当感谢他们。在这里，我尤其要怀念前不久去世的 Pallin 教授。

在此，我要对 Günther Kaiser 教授表达特别的感谢，他不但以马克

斯·普朗克外国与国际刑法研究所的资源支持着本研究，而且耐心地用最广博的专业知识与批评性建议陪伴并支持着这一研究历程。Albin Eser 教授对犯罪学与实证研究有着开明的态度，与我进行了有益的对话，也同样给予了我坚定的支持。Hans-Heinrich Jescheck 教授首创并成功贯彻的“同一屋檐下的刑法学与犯罪学”这一研究理念是我工作的前提，使这样一个着眼于比较性与一体化的研究能够产生并找到制度性框架。我对这一远见以及他对该研究的贡献表示感谢。

对于如此大规模的实证项目，若没有数据输入与数据处理领域的协助，那是无法想象的。Baumann 先生与 Kirstein 先生非常认真地进行了数据收集，为适当评估这些实证信息奠定了基础。

最后，我非常感谢德意志研究联合会，正是有了它的慷慨支持，这一研究报告才能通过书稿形式得以出版。

汉斯-约格·阿尔布莱希特

1994 年 9 月于德累斯顿

中译本序

作为本书基础的研究是在 20 多年之前所进行的。然而，那时所研究的量刑决定因素问题至今仍未丧失任何其刑事政策上与理论上的重要性。因此，对量刑进行理论的和实证的，甚至是跨学科的研究也一如既往是必要的。核心的问题是，刑事法官如何使用由立法者在《刑法典》中所设立的刑罚幅度，以及在刑事实践中量刑决定是否且在多大程度上会产生体现出不平等对待的差异。量刑中不平等对待的问题自 20 世纪 80 年代以来就已经在刑法学和犯罪学中得到了越来越多的研究。对此存在多种原因：首先是 20 世纪 80 年代再社会化思想的说服力减弱了，该思想要求根据再社会化需求来判处相适应的刑罚，因而刑种和刑量更多地指向行为人的**人格（die Person des Straftäters）**而不是行为的严重程度。然后，行为的严重程度又回到了量刑的中心，因为自 20 世纪 90 年代以来犯罪的被害人获得了更大的关注。此外，一般预防的刑罚目的得到了更多的考虑，该刑罚目的使刑罚具有确定性和可预测性。随着对行为严重程度的越发强调，刑罚实践的平等对待和均衡性现在也处于犯罪学和刑法学的视野之中。

这里的出发点是刑罚幅度。今天，《刑法典》中绝大多数的犯罪构成都配备了一个刑罚幅度，它要求法院对要裁判的犯罪行为进行归类并对刑罚作出裁量，该刑罚——在立法者所确定的刑罚目标和量刑要素的基础上——一方面应在个案中保持公正，另一方面应同案同判。因此，在量刑决定中平等对待的视角下，可以区分以下两个问题：一是相似的犯罪行为在时间进程中是否产生了量刑上的变化。二是量刑

的横向考察，即不同的法院（或法官）对相似的犯罪行为是否给予了相近的刑罚。不同法院对相似犯罪行为的量刑是不一样的——即在量刑决定中出现了不平等对待——这一假设在国际的量刑实证研究中一再被确认。由此而来的批判导致多个国家（美国、英格兰、威尔士、荷兰，现在也包括中国）提出了量刑指南（sentencing guidelines），它是由立法者、委员会或者最高法院所起草，希望由此来限制法官的裁量（法官的裁量被视为不平等对待的主要来源）。

德国并没有引入量刑指南。然而，在德国，即使没有外部的对法官刑罚裁量的限制，量刑实践仍然在纵向上表现出了显著的稳定性以及一个得以有效架构的量刑裁量，这显然造成稳固的量刑实践。因此在德国，从时间进程上看，监禁率以及刑罚的结构首先只有非常有限的变化。此外，犯罪制裁的绝大部分都处于刑罚幅度的底部区域，这也是德国刑罚实践长时间以来的固有特征。在2014年所有判处的刑罚中总共有大约96%在一年（或者360个日额罚金刑）以下的区间中；判处两年以上且不适用缓刑的区间仅占1.3%左右。在这一分布中明显的是，在这一持久的基本稳定中，刑罚幅度的上层区域与刑罚全部和潜在的变化幅度被有效地限制了。尽管有《刑法典》第46条的一般性决定规则和《刑法典》第46a、47、56、57、57a条中保留了明确的裁量和判断空间的特殊规范，而且尽管有刑事政策上安全与刑罚宣言，它显然也实现了稳定性和一致性，此外还避免了大量适用在其他国家自由刑运用中不断增长的长期自由刑。

德国量刑的实体法和程序法的框架条件已经对（长期）自由刑运用的有效限制给予了显著的指示。

（1）在德国并不存在有效的和强制不得科处自由刑缓刑的最低刑体系。这是缺乏累犯加重的一般规则以及未被提到的情节较轻情形的体系性引入的结果，这些情节较轻情形在对基本情形具有较高最低刑的所有情形中回到了可以判处自由刑缓刑的区域。虽然刑事追诉统计（谋杀罪除外）并未表现出刑罚长短会根据既遂与未遂而产生差异，

但是，在导致最低刑较高的核心犯罪领域中（强奸罪/三年，抢劫罪/一年，故意杀人罪/五年，麻醉品交易罪/两年）应当观察到，被判处刑罚中有显著的比重位于法定最低刑之下。在2014年因故意杀人罪而被定罪的人中有42%被处以五年以下自由刑（此外，对于被终身自由刑所威慑的既遂形态的谋杀罪来说，有期自由刑的比重占36%）；强奸罪（《刑法典》第177条第1款）82%的判决在两年以下的可以判处缓刑的区域。对普通抢劫罪的案件，三分之一的判决在一年以下的区域内；大约半数因严重抢劫而被定罪的人被处以三年以下自由刑。根据《麻醉品法》第30a条第1款（最低刑为五年），麻醉品交易罪65%的判决在五年自由刑以下。第30a条第2款第2项（大量交易）85%的情形所判处的刑罚低于最低刑。

（2）对量刑决定（处罚令和放弃法律救济除外）有重大的说理义务，它是上级法院也能对量刑进行有效检查的基础。

（3）通过处罚令程序、控辩双方放弃法律救济缩减判决说理的可能性以及对诉讼结果进行和解，鼓励选择刑罚幅度中较低（可达成一致的）区域量刑。

（4）有期自由刑有十五年的上限。此外，总和刑构成的规定避免了单个连续可执行的单一刑的设置。

（5）最后是预防和惩罚功能二元制裁体系的区分。

因此，本研究的核心问题得以产生：在德国刑罚规范和制度体系框架内如何成功实现其稳定性，以及关心——如 Franz Exner 已经观察到的——处罚集中于刑罚幅度的底部区域。可以假设的是，刑事司法自身发展出了一套机制，该机制作为一种有效的自我控制，使其与过去的和避免刑罚幅度上部区域的刑罚实践紧密联系在一起。正是从比较的视角来看，这些提问直到今天很少被考虑。然而在不同欧洲国家之间刑事执行中长期自由刑的显著区别令人印象深刻地表明，刑罚幅度被各自不同地使用了。

在德国，法院的约束和自我控制显然是通过与量刑相关的学习模

式建立起来的，它在专业的社会化框架内与检察院和法院所建立起来的刑罚实践关联起来。那些反映出在基本结构中倒J字型刑量分布的实践再次通过上级法院所发展和实施的以下规范得以形成，即这些规范首先涉及案件在刑罚幅度中的归类，其次涉及从中同时产生法律审审级对量刑检查控制的说理要求。在此，起核心作用的是产生“常例情形”（Regelfall）的基础，它包含了刑罚幅度必须留给“可以想象的最严重犯罪”以空间的指示。因此应引入比较的和实证的标准，它首先有一个后果，即大多数情形都必须被纳入刑罚幅度的底部区域（因为如联邦最高法院所说：“绝大多数行为由于法定构成要件的宽泛表述只比例性地达到了较低的严重程度”）。因此——由于常例情形必须对应于（从刑罚幅度底部区域而来的）常例刑罚——须进行强制说理，而越接近刑罚幅度的上限则有越高的说理要求。

因此，在书面判决中对量刑详细说理的严格规定和从一般量刑规定所导出的对犯罪行为严重程度分层的规范（常例情形的基准点和将其归类于刑罚幅度底端三分之一）共同导致了刑罚裁量的公正化和对事实审法院量刑的有效（法律审）控制，这正是本研究所强调的。在此基础上可以得出以下结论，即无论从时间进程上还是从横向上看，都没有显著的变动或者对相似犯罪行为的明显不同的对待。

这本译著是中国政法大学和马克斯·普朗克外国刑法与国际刑法研究所长期合作的产物。它的出版是由司法文明协同创新中心（北京）和中国法研究中心（弗莱堡）所设立、由中国政法大学副校长张保生教授所推动和由岳礼玲教授负责与协作的“刑事司法体系现代化”这一宏大计划的组成部分。司法文明协同创新中心为本书的出版和首发式提供了实质条件。我对张保生教授和岳礼玲教授致以极大的感谢，不仅为他们提供了以中文出版量刑研究的可能性，也为他们在中德刑法学和犯罪学领域的学术合作所给予的支持和帮助。我还要感谢熊琦博士、魏武博士、赵书鸿博士、岳礼玲教授、周子实博士和潘文博先生的翻译。我知道本书翻译中所包含的显著的学术贡献，没有这些贡献本书的出版将不会得以实现。因此我十分感谢所有同人。

缩略语目录

AG = Amtsgericht

BGH = Bundesgerichtshof

BGHSt = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen

GA = Goltdammers Archiv für Strafrecht

JR = Juristische Rundschau

JResDel = Journal of Research in Crime and Delinquency

JZ = Juristenzeitung

KB = Kriminalsoziologische Bibliographie

KrimJ = Kriminologisches Journal

LG = Landgericht

MDR = Monatsschrift für Deutsches Recht

M SchrKrim = Monatsschrift für Kriminologie

NJW = Neue Juristische Wochenschrift

NStZ = Neue Zeitschrift für Strafrecht

OLG = Oberlandesgericht

ZStW = Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft

C 目 录

CONTENTS

引 言	001
第一节 导论：问题提出与问题范围	001
第二节 研究过程	013
第一章 量刑的规范基础	017
第一节 量刑中的差异确立与均衡性确立	017
第二节 刑罚与量刑理论对确立合理刑量差异的潜力	025
第三节 刑罚理论及量刑实定法	027
一、刑罚的说明与《德国刑法典》第 46 条第 1 款	027
二、刑罚概念和内容背景下的绝对刑罚根据和相对 刑罚根据	028
第四节 刑罚理论	031
一、并合理论	031
二、积极的一般预防刑罚理论	036
三、行为罪责理论	041
第五节 量刑理论	042
一、裁量空间理论	042
二、点刑罚理论和社会形成方式理论	047
三、量刑的阶层理论	049
四、行为罪责报应理论	050
五、积极的一般预防理论	054
六、行为等比性量刑理论	057

第六节 总 结	059
第二章 量刑中实证经验的使用及其对刑量差异理据的意义	065
第一节 预防性目的与刑罚的具体化	065
第二节 理论关联与结果取向	070
第三节 结果取向的维度	071
一、一般预防	072
二、特殊预防	075
第四节 实证的制裁研究以及对刑法上制裁的预防潜能的 观察结果	076
第五节 量刑决定结果取向的后果	080
一、结果导向理论基础的必要性	081
二、理论纷争之问题	082
三、概率论断与个案处理	083
四、盖然论 (Probabilismus) 与刑罚的具体化	087
五、预防与刑罚具体化	089
第六节 结果取向问题的理论与实践操作	089
一、目的理性的规范化	090
二、将结果取向的判断限制在实证研究的状况之上	096
三、无把握时的决断	098
第七节 总 结	101
第三章 将犯罪行为纳入刑罚幅度	103
第一节 刑罚幅度对量刑的意义	103
第二节 刑罚幅度的变更	105
第三节 作为刑罚梯度的刑罚幅度	109
第四节 罪行轻重的标尺：常例情形、普通情形、平均情形	112
第五节 常例情形概念的功能	115

第六节 对犯罪的比较性描述及评价的必要性	120
第七节 犯罪行为的比较评价模式	126
一、归纳——现象学的观察方式	126
二、整体评价作为“临时”归入步骤的标尺	127
三、归纳的极端模式	129
四、规范的常例犯罪图景作为连接点	129
第八节 个别化的界限与量刑事实的缩减	131
一、个别化的一般界限	131
二、缩减的标准：对不法数量的缩减	135
第九节 将犯罪行为纳入刑罚幅度的标尺	135
一、可替代性检验的标准	135
二、量刑事实与量刑之间等值的形式化与量化	138
三、形式化作为量刑建立的论证的法律化	141
第十节 总 结	142
 第四章 量刑法的国际发展	144
第一节 引 论	144
第二节 国际比较中的刑罚目的与刑罚目标	150
第三节 刑种及刑罚额度的确定	156
一、刑种的确定	157
二、刑罚额度的确定	163
第四节 量刑与刑罚执行：已判决的刑罚在执行程序中的 变更	171
第五节 量刑决定的控制	174
一、量刑决定控制的基础：量刑理由	174
第六节 总 结	176

第五章 量刑的实证研究：问题的提出、理论、方法与

观察结果	179
第一节 引 论	179
第二节 实证量刑研究的状况	181
一、理论的导入与问题的提出	181
二、量刑研究的方法	193
第三节 实证量刑研究的调查结果	195
一、法定因素与量刑	236
二、法外因素与量刑	237
三、法官特征、态度与刑罚目的偏好以及量刑	240
四、诉讼程序特征、审判环境与量刑	241
五、量刑的空间、地域差别	242
六、刑法、组织以及量刑变化	243
七、量刑决定的确立与阐释之间的关联	244
八、对刑罚轻重的研究	245
第四节 总结与结论	245
一、研究对象	245
二、研究的漏洞以及待解决的问题	246
三、对实证研究问题设置的预备	249

第六章 研究的进行：方法论、取样、问卷以及数据采集

第一节 关于实证研究的方法论	253
一、卷宗分析作为数据采集手段	253
二、刑事判决文书中量刑理由的内容分析	257
三、研究的国际比较视野	259
四、比较单位的选择以及问题的扩展	261
五、抽样、剔除与典型性	278
第二节 数据采集工具：变量区域	293

第三节 对调查组的描述：犯罪行为、犯罪行为人、诉讼程序 以及法律后果的比较	297
一、犯罪行为：变量、可度量化与分布的比较	297
二、被定罪者：行为人特征的比较	303
三、诉讼程序特征	304
四、犯罪行为法律后果：刑罚、保安处分、缓刑交付考验	309
五、刑罚的执行	313
第四节 总 结	317
第七章 刑罚幅度对刑罚结构、刑罚差别化和刑罚量的影响	320
第一节 法定最低刑和法定最高刑的影响	320
第二节 刑罚幅度内部的刑量分布	330
第三节 刑罚幅度的变更与扩展	335
一、情节较轻情形机制、法定减轻刑罚事由及对累犯 加重刑罚	335
二、情节较轻情形之比较	356
三、德奥刑法典关于情节较轻情形概念之比较	358
四、法定减轻刑罚事由：犯罪未遂、减轻罪责能力、 帮助犯罪	363
五、加重刑罚事由：累犯（旧《德国刑法典》第48条）	366
第四节 总 结	369
第八章 刑量的决定因子：刑量差异的解释模式	372
第一节 对刑量变差的解释：有理据变差和无理据变差	372
一、刑量决定的规范性模式：根据不法和罪责对刑罚 进行区别	373

二、量刑解释的竞争模式	385
第二节 对多人共同犯罪量刑中量刑变差的解释	414
第三节 总 结	422
第九章 数罪量刑	428
第一节 《德国刑法典》第 53 条、第 54 条总和刑的形成	428
第二节 德奥数罪量刑比较：单一刑 vs. 总和刑	436
第三节 总 结	438
第十章 奥地利刑量的确定及比较	440
第一节 奥地利刑罚额度的决定因子	440
第二节 量刑解释的比较	444
第三节 总 结	447
第十一章 量刑理由与重构	449
第一节 量刑阐释	449
一、引子	449
二、书面量刑理由的定量结构	449
三、量刑理由的主题结构	452
四、量刑事实的结合	456
第二节 量刑理由中所纳入的量刑事实的有效性	458
第三节 阐释与量刑之间的关联：基于量刑理由重构量刑	461
一、令人信服的量刑阐释与多余的量刑阐释	461
二、量刑的确立与阐释之间的关联	464
第四节 总 结	467
第十二章 广义上的量刑：严重犯罪罚金刑的决定要素	469
第一节 罚金刑之选择	469
第二节 日额数量	476

第三节 日额金额	477
第四节 总 结	479
第十三章 自由刑缓刑	480
第一节 有条件自由刑和无条件自由刑的选择决定	480
一、《德国刑法典》第 56 条的自由刑缓刑	480
二、奥地利缓刑及比较	488
第二节 缓刑之建构	492
一、负担	492
二、指令	497
三、缓刑协助	497
四、缓刑期	498
五、缓刑建构中的严惩主义与再社会化	498
第三节 总 结	501
第十四章 刑事制裁体系中的矫正与保安处分	503
第一节 保安监督（《德国刑法典》第 66 条）	503
第二节 精神病院收容处分（《德国刑法典》第 63 条）	508
第三节 戒治机构收容处分（《德国刑法典》第 64 条）	509
第四节 行为监督	510
第五节 吊销驾驶许可与禁止再次授予驾驶许可 （《德国刑法典》第 69 条及以下条款）	511
第六节 总 结	513
第十五章 研究成果及关于量刑理论、刑事政策与量刑实证 研究的结论	515
第一节 研究综述及其成果	515
一、研究的目标和问题	515