

认知量刑规范化

姜涛◎著

中国检察出版社

Renzhi Liangxing
Guifanhua

认罪量刑规范化

Renzhi Liangxin
Guifanhua

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

认知量刑规范化/姜涛著. —北京: 中国检察出版社, 2010. 10

ISBN 978 - 7 - 5102 - 0221 - 6

I. ①认… II. ①姜… III. ①量刑—规范化—研究—中国 IV. ①D924. 134

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 235150 号

认知量刑规范化

姜 涛 著

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电 话: (010) 68630385 (编辑) 68650015 (发行) 68636518 (门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 三河市西华印务有限公司

开 本: 720mm × 960mm 16 开

印 张: 24 印张 插页 2

字 数: 362 千字

版 次: 2010年12月第一版 2010年12月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 0221 - 6

定 价: 38.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

基金项目

本书受江苏大学人文社科重点建设项目“构建社会主义和谐社会的系列法律前沿问题研究”（项目编号为：JDR2006A04）；2008年江苏大学教改重点项目“本科刑法学课程教学中的艺术”；2010年度江苏省高校哲学社会科学研究基金项目（项目编号为：2010SJD820004）资助，在此特别致谢。



内容提要

一、选题的价值

与和谐社会同行，我们已经前行在刑事法治的路上。在推行刑事法治的过程中，量刑公正的重要性已成全球共识。国外学者更加重视量刑的规范化研究，在他们看来，量刑也是一个社会的“游戏”规则，是为了决定人们的相互关系而设定的一系列制约。为此，他们试图建立一个系统的、科学的、有效的量刑规范，旨在提出一些富有价值内涵的量刑制度，然后根据量刑规范证明量刑实践的有效性、合法性和公正性。他们的理论对量刑规范化研究有着重要的启发意义，为本书的研究提供了一个很有价值的思路。但是，他们都集中精力于和犯罪理论的完全制度假设对话，而没有从一体化的视角对量刑规范化问题进行系统化研究，以致他们所提出的绝对量刑规范化模式遭到了司法实践的抛弃，《美国量刑指南》在司法实践中的命运即是明证。而国内当前的量刑制度研究成果，更多的是从量刑与定罪、量刑与司法的关系等角度展开的，因缺乏从“规范化”这一视角进行系统的制度研究，而显得矛盾重重，这一现状反过来又阻碍了量刑规范的制度绩效的发挥。因此，量刑规范化研究对中国刑法学界来说还是一个全新的、迫切的

问题领域。

从早发型量刑规范化实践的教训看，量刑规范化只能是一种相对的规范化，不能抹杀法官的自由裁量权。从当前我国刑法实践的总体状况看，刑事立法增长速度较快，刑事政策也审时度势，由“严打”转向“宽严相济”，但总体上犯罪控制效益不佳，人权保障程度不高，其重要原因之一就是 we 长期以来比较重视定罪规范的建设，轻视甚至是忽视了量刑规范的建设，以致出现了冤假错案越来越少，但量刑畸轻畸重愈加严重的局面，这就既破坏了刑法权威，又丧失了司法形象。正是基于这种现状，最高人民法院已经把制定《人民法院量刑指导意见（试行）》、《人民法院量刑程序指导意见（试行）》作为《人民法院第三个五年改革纲要》的重要内容，并于 2010 年制定和颁布了上述司法解释。由此，量刑规范化研究必将成为揭示刑事法治和司法改革性质的一个学术生长点。

学术是发展的，发展需要超越。实现量刑公正，重视量刑规范化研究与建设，不仅要符合我国现阶段的建设和谐社会、法治社会的理念为指导，而且取决于以此建构起来的量刑制度能否有效地贯彻落实，如何有效地贯彻落实，以及能否在实施中发挥制度绩效。同时，量刑规范化研究本身就意义深远、过程复杂，其现实面、理论面、意义面和复杂面，都需要我们以制度为中介去思考、发现与建构。因此，本书的研究不仅具有重要的理论意义，而且具有重大的现实意义。

二、研究的内容

法学在失败中所失去的，总会由进步来加以补偿。本书的基本研究思路是：在制度视野中，人们判断量刑是否公正、有效，除了看法官素质外，更主要是看量刑规范是否健全，离开量刑规范，任何量刑实践都有走偏的风险。因此，应尽可能真实地再现量刑规范化的基本原理与实施机制，尽可能地以翔实准确的资料去研究量刑规范化中的制度模式，由此建构出科学、合理的量刑规范化的内容体系，以求我们在探寻量刑规范化的制度绩效方面能有所突破。有鉴于此，全书共分为十五章，分别探讨了如下问题：

第一章，认知量刑规范化。本部分认为，作为纠正量刑失衡现象、维护刑事



法治的理性选择，量刑规范化是以相对确定的实体性与程序性量刑规范为法官量刑提供明确的、规范的量刑依据，以约束多余的法官自由裁量权和实现量刑公正。而要建构和实现量刑规范化，目前我国的量刑制度改革则必须以公正、和谐、效率和人权理念为基础，遵循合法性、合理性与可操作性原则，深刻关注量刑规范化的理论、规范和实施等基本维度，并从实施的路向、力度和策略三个方面力促量刑规范化的实施。

第二章，量刑标准。本部分认为，量刑统一化与个别化作为量刑标准确立中的两大视阈，始终是量刑标准选择中绕不过去的主题。二者既相互对立，又相互统一，在刑罚目的的基础上，量刑统一化和个别化成为了量刑标准中的“一体两翼”，两者皆不可偏废。无论是量刑统一化，抑或量刑个别化，只要运用得当，都是实现量刑正义的有效保障，并无在特定时代背景下给予片面强调的必要。就量刑标准的理性选择而言，应当坚决反对量刑标准的僵化和量刑标准的无序，走向量刑标准的折中。

第三章，量刑规律。本部分认为，量刑规律乃是犯罪的危害量与刑罚量交换的基本规律，即在量刑中应判处的刑罚量取决于犯罪的危害量，量刑必须按照“等量交换”的原则进行。其中，宣告刑围绕基准刑上下浮动正是量刑规律在量刑实践中发挥作用的具体表现形式，而量刑规律的实现又依赖于以下被细化的量刑步骤：以抽象个罪的基本危害量为依据确立量刑基准；以量刑基准为基础确立具体个罪的基准刑；提取量刑要素并得出其最终的量刑比例；以量刑比例为工具计算出拟定宣告刑；以法官自由裁量权合理修正拟定宣告刑并得出最终的宣告刑。

第四章，量刑模式。本部分认为，宏观层面的量刑模式关涉经验量刑、电脑量刑和规范量刑三种模式。就目前我国量刑制度的现实和未来而言，无论是采用经验量刑，抑或采用电脑量刑，都无法克服量刑实践中所遭遇的种种困境和危机，因为在量刑公正实现的过程中，量刑模式作为量刑的合法性与有效性的体现和保障，必须借助于有效的量刑规范保障其实现，并使其成为能对量刑主体形成有效制约的制度常态，以约束法官的自命不凡和克服量刑机械带来的弊端，为量刑公正探索未来。

微观层面的量刑模式就是在司法实践基础上所作的理论总结，而不是单纯地依据法学理论进行的逻辑归纳。因此量刑模式不仅是量刑主体的思维方法，

而且是根据量刑规范所形成的一种客观存在——量刑步骤。其内容为：先以量刑规范形式确立抽象个罪的量刑基准，后以量刑基准为基础确立具体个罪的基准刑，再综合评定量刑情节对基准刑的影响后以量刑比例为计算工具得出拟定宣告刑，最后法官以自由裁量权合理修正拟定宣告刑得出最终的宣告刑。

第五章，量刑基准。本部分认为，在量刑规范化的实现过程中，量刑基准取得了量刑基底意义。它是以抽象个罪在犯罪既遂形态或法定刑升格情况下，排除量刑情节影响下的社会危害量所对应的刑罚幅度。量刑基准与基准刑不可同日而语。就量刑基准的确立方法而言，应在量刑要素类型化的基础上，区分基本的量刑基准和加重的量刑基准，并以一种程式的形式来表现，即确定出量刑基准的起点，然后根据一定的程式，相应地增加其刑期。因此量刑基准从直观上就表现为某种计算程式。

第六章，基准刑。本部分认为，基准刑的确立与运用是量刑公正实现的必然要求。与量刑基准不同的是，它是以具体个罪为对象，依据量刑基准确立的计算程式计算出来的刑种或刑度。因基准刑具有调节、限制和补充功能，从而能为法官自由裁量构筑一道最起码的栅栏，以实现量刑公正。而先确立量刑基准，再确立基准刑，之后确定拟定宣告刑，并以法官自由裁量权修正拟定的宣告刑，则是实践基准刑的题中应有之义，现实地发挥这一题中应有之义于我国量刑公正实现的意义重大。

第七章，量刑比例。本部分认为，量刑比例是表明单个抽象的量刑要素对基准刑的影响量的比率，通常以百分比表示，它是解决我国量刑失衡问题的根本出路。经由量刑规范的提升，量刑比例就可以为量刑公正的实现增添砝码，并由此引申出量刑比例的秩序结构：它在类型上有浮动制和固定制之分，在根据上应以危害性或危险性为基准。对法官自由裁量的限制，正是量刑比例变身的服饰，这是量刑公正实现的题中应有之义。因此从一开始，该新规则的萌芽就是在为司法公正保驾护航。

第八章，量刑程序。本部分认为，量刑程序作为一种独立程序，有其自身的理论基础和价值构造。它以英国普通法上的“自然正义”以及美国宪法中的“正当法律程序”为法律渊源，而在英美法系国家风行至今，经久不衰。中国应在合理借鉴国外成功经验的基础上，建构出独具特色和符合国情的量刑程序。其中，

在刑事审判中实行定罪阶段和量刑阶段的分离，从技术与制度上制定量刑的程序规则，从举证和责任上来完善量刑的证据规则，就是目前中国建构量刑程序要补的“功课”。

第九章，量刑建议。本部分认为，量刑建议是指控方根据案件的基本事实以及从重量刑情节所反映出来的社会危害性，结合刑法及刑法解释的规定，提出的有关对被告人量刑结果的指控。其作用在于在庭审中塑造出一种“控方提出量刑建议、辩方展开量刑辩护、法官居中裁量刑罚”的“分包制”量刑模式。这不仅是量刑监督的重要体现，而且是实现量刑公正的重要砝码。鉴于中国量刑建议实践还存在着严重的摆设化、混乱化和随意化现象，应从制度层面上强化与细化量刑建议规范。

第十章，量刑辩护。本部分认为，作为司法活动，量刑辩护是量刑程序的重要内容，即辩方对控方重处量刑的反驳、轻处量刑情节的举证和轻处量刑意见的呈现，具有重要的纠偏、保障和调节功能。其中，定罪辩护与量刑辩护分离，控方建议与辩方辩护并轨，求法与求情策略并用，是实践量刑辩护的三大命题。因此，应以解释性量刑规范规定量刑辩护制度，以指导性量刑规范细化量刑辩护制度。

第十一章，量刑听证。本部分认为，重大疑难案件、缓刑案件和未成年人案件的量刑的最高境界，莫过于进行量刑听证。量刑听证是法官以听证会的形式邀请量刑关联人发表对具体个罪的量刑意见，并进行充分辩论的一种特别程序，目的在于强化量刑的社会效果，实现刑罚的个别化。因其具有极其重要的实体和程序价值，而应当成为中国量刑制度改革中的制度选择。其中，规范量刑听证的原则规则、明确量刑听证的适用范围和建构量刑听证的程序规则，就是这种制度选择中的重中之重。

第十二章，量刑监督。本部分认为，量刑监督是指检察院对法院的量刑活动所进行的监督，目的在于确保法院客观、公正地量刑。在量刑监督理论之下，传统刑事司法监督中的那种“重定罪监督，轻量刑监督”，“重事后监督，轻事中监督”，以及量刑监督缺乏实体标准的状况必须改变。其中，量刑监督和定罪监督并重，事中监督和事后监督并用，建构量刑建议制度和刑事抗诉事由，以及明确量刑监督的法律后果和实体标准，就是强化量刑监督的应有之义，于量刑公正实现

的意义重大。

第十三章，量刑人格化。本部分认为，量刑人格化以刑罚正义为价值基础，在两大法系国家有着广泛的实践基础，从而成为刑罚个别化实施的基本路径。其中，量刑人格调查就是实现量刑人格化的一次勇敢行动，不仅有利于实现量刑的社会效果，而且是实现量刑公正的重要砝码，这是量刑人格化的一次实践求证。而量刑听证不仅是量刑科学化、民主化的直接体现，具有重要的程序价值，而且是实现刑罚目的、刑罚正义的有效举措，具有重要的实体价值，这构成了量刑人格化的制度保障。

第十四章，量刑激励机制。本部分认为，在构建和谐社会的背景下，如何建构与完善量刑激励机制，应成为刑法学的重要研究课题之一。而且，现代量刑制度创设与制度变迁，亦不同程度地体现着立法者刻意建构和司法者积极实践量刑激励机制的意向。但是，量刑激励机制问题一直未能引起刑法学界的应有兴趣。众所周知，在宽严相济刑事政策提出以后，我国目前的量刑制度面临诸多挑战。其中，如何使量刑发挥最佳的社会效果，从而为经济、社会发展保驾护航，已然成为中国学者必须承担的学术使命之一。

第十五章，刑事司法绩效评估。本部分认为，绩效评估作为一种映射工具，是强化刑事司法责任、实现刑事司法公正和保障刑事司法效能的需要，具有评价、监督和指引的重要功能。其中，合理的指标体系的建立、科学的评估方法的选择和恰当的评估步骤的划分是刑事司法绩效评估理论体系中的核心问题；而价值理性的绩效评估理念、公民取向的绩效评估模式和制度导向的绩效评估机制则是关涉刑事司法绩效评估实施的制度安排。凡此，正是确保我国刑事司法绩效评估的有效性与合法性之屏障。

三、研究的方法

1. 法理分析的方法。通过对量刑规范化及其具体制度的概念、功能、特点等进行分析和比较，系统阐述量刑规范化的基本原理与运作机理，从而既为法官量刑提供理论基础，又为量刑制度改革提供对策建议。值得注意的是，这种分析方

法较好地解决了本书对量刑规律的认识,从而使本书在理论性、创新性上迈出了坚实的步伐。

2. 比较研究的方法。通过将中、外量刑规范化建设与发展情况进行比较,找出我国量刑制度与实践中的不足及其成因,并通过借鉴与吸收国外量刑规范化建设中的成功经验,进一步优化我国量刑制度。当然,在比较研究中,本书还对国内不同地域的量刑制度实践或量刑制度改革模式进行了详细的比较,并从中寻找出了最优模式。

3. 实证研究的方法。对量刑规范化实施中出现的新情况、新问题、新模式,到江苏、安徽、上海、浙江、河南等地进行实地调查,采用召开小型座谈会、问卷调查、对相关人员进行访谈等方式获取第一手资料。这种研究方法,使得本书在论证中避免了自说自话的弊端,从而本书的论述建立在中国量刑实践与量刑改革的基础之上。

4. 刑事一体化方法。量刑不仅涉及刑事实体法,需要实体法规范的支撑,而且关涉刑事程序法,需要程序法规范的保障。因此,本书在写作中既从实体法上研究量刑基准、基准刑、量刑比例等问题,又从程序法上探讨量刑建议、量刑辩护、量刑监督等问题,从而使量刑公正在刑事一体化的视野中得以在规范上系统化、交融性呈现。

另外,在具体方法的运用上,本课题将综合运用个案研究法、文献法、内容分析法、统计分析法等。

目录

contents

内容提要 / 001

第一章 认知量刑规范化 / 001

- 一、量刑规范化的概念 / 002
- 二、量刑规范化的理念 / 009
- 三、量刑规范化的原则 / 014
- 四、量刑规范化的维度 / 018
- 五、量刑规范化的实施 / 020

第二章 量刑标准 / 025

- 一、统一化与个别化：量刑标准的两大论域 / 026
- 二、对立与统一：量刑标准的辩证逻辑 / 029
- 三、还原与升华：量刑标准的理性确立 / 034
- 四、对国内量刑标准改革的功过评价 / 039

第三章 量刑规律 / 044

- 一、认知：解释量刑规律的基本程式 / 045

二、诠释：论证量刑规律的两个视阈 / 050

三、激活：实现量刑规律的初步规划 / 058

第四章 量刑模式 / 068

第一节 量刑模式的宏观分析 / 068

一、更新与超越的走势：量刑模式的两个最新动向 / 069

二、变与不变的隐曲：不同量刑模式的效应分析 / 074

三、入门与固化的设想：规范量刑的制度性建构 / 080

第二节 量刑模式的微观分析 / 088

一、确立抽象个罪的量刑基准 / 088

二、确立具体个罪的基准刑 / 093

三、计算拟定的宣告刑 / 095

四、修正拟定的宣告刑 / 098

第五章 量刑基准 / 101

第一节 量刑基准概述 / 101

一、量刑基准的界定 / 102

二、量刑基准的确立 / 105

三、量刑基准的规范 / 112

第二节 论量刑基准是一种确立程式 / 117

一、应如何理性地定位量刑基准的概念 / 118

二、“平均刑量说”中存在的问题分析 / 124

三、量刑基准在规范上是一种确立程式 / 127

第三节 量刑基准的原理法则与计算程式 / 132

一、量刑基准的原理法则 / 133

二、量刑基准的确立程式 / 137

三、常见罪名的量刑基准 / 143

第六章 基准刑 / 148

一、基准刑的界定 / 149

二、基准刑的功能 / 153

三、基准刑的实践 / 156

第七章 量刑比例 / 163

第一节 为量刑比例辩护 / 163

一、量刑比例的提出：基层实践的例示 / 164

二、量刑比例的定位：概念框架的解读 / 166

三、量刑比例的论证：技术理性的重现 / 168

四、量刑比例的确立：一个理论的程式 / 172

第二节 量刑比例的基本问题 / 177

一、量刑比例：一个内在规定性论证 / 178

二、量刑比例：秩序建构中的理论逻辑 / 185

三、量刑比例：秩序建构中的实践求证 / 191

四、量刑比例：为司法公正保驾护航 / 197

第八章 量刑程序 / 205

一、量刑程序的理论基础 / 206

二、量刑程序的价值构造 / 209

三、量刑程序的模式选择 / 213

四、量刑程序的制度建构 / 217

五、量刑程序的证据规则 / 220

第九章 量刑建议 / 225

- 一、概念与特征：量刑建议的本体属性 / 226
- 二、实体与程序：量刑建议的价值分析 / 231
- 三、演进与问题：量刑建议的中国实践 / 237
- 四、展望与图景：量刑建议的制度建构 / 240

第十章 量刑辩护 / 249

- 一、量刑辩护的界定 / 250
- 二、量刑辩护的功能 / 253
- 三、量刑辩护的实践 / 257
- 四、量刑辩护的规范 / 263

第十一章 量刑听证 / 266

- 一、量刑听证的理性界说 / 267
- 二、量刑听证的价值分析 / 270
- 三、量刑听证的现实境遇 / 276
- 四、量刑听证的制度建构 / 279

第十二章 量刑监督 / 287

- 一、量刑监督的概念厘定 / 288
- 二、量刑监督的功能分析 / 291
- 三、量刑监督的中国实践 / 295
- 四、量刑监督的制度建构 / 299

第十三章 量刑人格化 / 306

- 一、刑罚正义：量刑人格化的价值基础 / 307
- 二、人格调查：量刑人格化的实践求证 / 312
- 三、量刑听证：量刑人格化的制度诉求 / 316

第十四章 量刑激励机制 / 321

一、量刑激励机制的提出 / 321

二、量刑激励机制的功能 / 325

三、量刑激励机制的实现 / 327

第十五章 刑事司法绩效评估 / 332

一、刑事司法绩效评估的提出 / 333

二、刑事司法绩效评估的构建 / 338

三、刑事司法绩效评估的实施 / 345

主要参考文献 / 350

后 记 / 364

第一章 认知量刑规范化

量刑规范化对中国的刑事法治建设来说，并不是一个简单的司法改革问题，而是一个具有中国独特性的司法问题。因为无论是和谐社会建设对现有司法的挑战，抑或民众对公正司法和人权保障的要求，都对我国现行的量刑制度提出了“规范化”的建设要求。也正因为如此，量刑规范化改革先后被纳入人民法院“二五”、“三五”改革纲要，其中，《人民法院第三个五年改革纲要》已把“规范自由裁量权，将量刑纳入法庭审理程序，研究制定《人民法院量刑程序指导意见》”作为人民法院“三五”建设期间的重要任务之一。不仅如此，量刑规范化改革目前已经在中国启动，据最高人民法院司法改革办公室副主任蒋惠岭介绍：“去年6月，最高人民法院正式启动了量刑规范化改革，成立了专门的课题组，9月陆续发布了量刑改革程序指导意见和实体指导意见。”^①这足以表明了最高人民法院推行量刑规范化改革的决心。在这种时代背景下，如何认知量刑规范化就成为法学研究尤其是刑法学研究始终绕不过去的时代主题。有鉴于此，本章拟对量刑规范化的概念、理念、原则、维度及

^① 郑剑峰：《量刑程序改革——一场关乎自由的“讨价还价”？》，载《法制日报》（周末版）2009年7月19日。