

刑法论丛

CRIMINAL LAW

REVIEW VOL. 58

◆ 赵秉志 / 主编

本卷要目

量刑专栏

【徐宗胜】

量刑基准与规范化量刑方法研究

【桂亚胜】

我国“从重处罚”的规定及其适用

【徐 曦】

科研贪腐犯罪量刑机制的实证检视

——以科研贪腐案中量刑裁判考量因素的解析为切入点

中国刑法

【李国权】

变迁与危机：论刑法立法的预防转向

【胡东飞】

论防卫行为的“明显超过必要限度”

外国刑法

【蔡士林】

美国贿赂罪“对价关系”研究

——以“麦克唐纳案”为例

比较刑法

【崔志伟】

“制造法所不容许风险的行为”的构造与定位

——以故意的作为犯罪为视域

犯罪学与刑事政策

【杨学锋】

刑事司法的威慑效应：西方犯罪学的论证与实证



2019年第2卷

第58卷

刑法论丛

CRIMINAL LAW

REVIEW VOL. 58

■ 高铭暄 / 学术顾问

■ 赵秉志 / 主编

■ 阴建峰 / 副主编

■ 苏明月 彭新林 张磊 / 专业编辑

中文社会科学引文索引 (CSSCI) 来源集刊



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑法论丛. 2019年. 第2卷: 总第58卷 / 赵秉志主编. -- 北京: 法律出版社, 2019

ISBN 978 - 7 - 5197 - 3797 - 9

I. ①刑… II. ①赵… III. ①刑法—文集 IV.
①D914.04 - 53

中国版本图书馆CIP数据核字(2019)第200830号

刑法论丛(2019年第2卷·
总第58卷)
XINGFA LUNCONG (2019 NIAN
DI-2 JUAN · ZONG DI-58 JUAN)

赵秉志 主编

责任编辑 屈 瑶
装帧设计 李 瞻

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 北京虎彩文化传播有限公司
责任校对 王晓萍
责任印制 陶 松

编辑统筹 学术·对外出版分社
开本 A5
印张 18.25
字数 515 千
版本 2019年11月第1版
印次 2019年11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/400-660-8393

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/400-660-8393/6393

第一法律书店/010-83938432/8433

重庆分公司/023-67453036

深圳分公司/0755-83072995

西安分公司/029-85330678

上海分公司/021-62071639/1636

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 3797 - 9

定价:89.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

〔量刑专栏〕

- | | | |
|----|--|-----|
| 1 | 量刑基准与规范化量刑方法研究
..... | 徐宗胜 |
| 29 | 我国“从重处罚”的规定及其适用
..... | 桂亚胜 |
| 54 | 科研贪腐犯罪量刑机制的实证检视
——以科研贪腐案中量刑裁判考量因素的解析为
切入点
..... | 徐 瞰 |

〔中国刑法〕

- | | | |
|-----|------------------------------|-----|
| 78 | 当代中国刑事法治事件研究之提倡
..... | 商浩文 |
| 100 | 变迁与危机：论刑法立法的预防转向
..... | 李国权 |
| 127 | 科技刑法技术性立法方法的缺失与技术归化
..... | 熊 波 |

171	刑法空间效力基础问题研究 ——以刑事管辖原则为切入 夏 凉
190	论防卫行为的“明显超过必要限度” 胡东飞
213	以刑制罪的正当根据与司法适用 ——基于刑法处罚妥当化视角的分析 冯文杰
247	数字货币时代我国货币犯罪的前瞻性刑法思考 高铭暄 王 红
272	反恐抽象危险犯的立法正当性思考及司法适用纠偏 ——以宣扬恐怖主义罪为视角 刘雪丹
297	我国网络犯罪刑事立法扩张之反思 董璞玉
324	非法经营罪的认定研究 ——以非法经营罪的法益为切入点 赵祖斌
346	非法经营罪兜底条款司法适用实证分析 ——以施某某等聚众斗殴案为例的商榷 史丰丽
370	暴力袭警问题的刑法学思考 王 展
	〔外国刑法〕
394	美国贿赂罪“对价关系”研究 ——以“麦克唐纳案”为例 蔡士林

〔比较刑法〕

- 421 刑法变通的教义学立场:法益侵害说或结果无价值论
之提倡

..... 胡选洪

- 445 “制造法所不容许风险的行为”的构造与定位

——以故意的作为犯罪为视域

..... 崔志伟

〔国际刑法〕

- 476 论国际刑事法院的执行限制及其影响

——以逮捕令执行为例

..... 于 南

〔犯罪学与刑事政策〕

- 502 刑事司法的威慑效应:西方犯罪学的论证与实证

..... 杨学锋

- 532 少年案件的风险评估实证研究

..... 苏明月 王威智

CONTENTS

[Special Column for Sentencing]

Research on Sentencing Standard and Standardized

Sentencing Method Xu Zongsheng 1

The “Heavier Punishment” Provisions in China and Its

Application Gui Yasheng 29

Empirical Examination on the Sentencing Mechanism of

Corruption in Scientific Research

—An Empirical Study and Analysis Based on A Full

Sample of Criminal Justice Cases Xu Tun 54

[Chinese Criminal Law]

A Dvocation for the Study to the Incident of the Rule for

Criminal Law in Contemporary China Shang Haowen 78

Change and Crisis; On the Prevention Transition of

Criminal Legislation Li Guoquan 100

Lack of Technical Legislative Method of Criminal Law of

Science and Technology and Technical Naturalization

..... Xiong Bo 127

Research on Basic Issues of the Spatial Validity of Criminal Law

—Taking the Principle of Criminal Jurisdiction as the

Entry Point Xia Liang 171

Study on the “Obviously Exceeds the Limits of Necessity” of Defensive Act	Hu Dongfei	190
Justified Basis and Judicial Application of Crime Restricted by Punishment —Analysis Based on the Perspective of Proper Punishment of Criminal Law	Feng Wenjie	213
The Forward Thinking about Crime of Currency in Digital Currency Era	Gao Mingxuan & Wong Hong	247
Legislative Legitimacy of Anti-terrorism Abstract Potential Damage Offense and Correction of Judicial Application —From the Perspective of the Crime of Propagating Terrorism	Liu Xuedan	272
Reflection on the Expansion of Criminal Legislation of Cybercrime in China	Dong Puyu	297
Study on the Identification of the Crime of Illegal Business —Taking the Legal Interest of the Crime of Illegal Business as the Entry Point	Zhao Zubin	324
Empirical Study on Judicial Application of the Crime of Illegal Business Crime	Shi Fengli	346
The Criminal Analyses of the Violent Assault on Policemen	Wang Zhan	370
[Foreign Criminal Law]		
The Research of Quid Pro Quo of American Bribery —An Analysis Taking the Issue of McDonnell as an Example	Cai Shilin	394

[Comparative Criminal Law]

- The Doctrinal Position of the Criminal Law Changes: A
 Standpoint of Theory of Legal Interests Violation or the
 Theory of Erfolgsunwert Hu Xuanhong 421
- The Structure and Location of “The Act Making the Risk
 the Law not Permitted”
 —From the Perspective of Intentional Act Crime
 Cui Zhiwei 445

[International Criminal Law]

- On the Executive Limitation of the International Criminal
 Court and Its Influence
 —In Case of Executing the Warrants of Arrest Yu Nan 476

[Criminology and Criminal Policy]

- Deterrence Effect of Criminal Justice: Theoretical
 Reasoning and Empirical Evidence from Western
 Criminological Community Yang Xuefeng 502
- The Empirical Study on Risk Assessment Scale of Juvenile
 Cases Su Mingyue & Wang Weizhi 532

〔量刑专栏〕

量刑基准与规范化量刑方法研究*

徐宗胜**

目 次

- 一、问题的提出
- 二、国内量刑基准理论与量刑方法之反思
- 三、德日量刑基准论之检讨与启示
- 四、改造量刑方法的构想

一、问题的提出

根据责任主义原理,应当在责任刑幅度内考虑预防犯罪的需要,不能基于人身危险性的考虑而突破责任(刑)上限确定刑罚。德日量刑基准论将量刑分为递进式的三个步骤:(根据犯罪构成事实与影响责任刑的情节)确定责任刑的量→(根据影响再犯可能性的情节)确定预防刑的量→(在责任刑幅度内综合折衷)得出宣告刑。即宣告刑是通过预防刑对责任刑的削减或缓和而得出的,宣告刑的量小于或等于责

* 本文系国家社会科学基金项目“刑法解释原理之系统归正研究”(项目编号:17BFX075)的阶段性成果。

** 西南政法大学法学院博士研究生,西南政法大学特殊群体权利保护与犯罪预防研究中心研究人员。

任刑的量。这种方法以责任主义为依托,避免了刑罚的量超越责任的限度,保障行为人不受额外的处罚。我国司法实践并不区分责任刑与预防刑,而是将两者混杂在一起通过估堆或加减的方式确定最终的刑罚量。以最高人民法院《关于常见犯罪的量刑指导意见》(以下简称《意见》)为例,规范化量刑步骤是:(根据抽象个罪的基本犯罪构成事实)确立量刑起点→(再以加重的犯罪构成事实为资料)确立基准刑→(经过量刑情节的调节)得出宣告刑。这种做法就是在未区分责任刑与预防刑的前提下,仅通过量刑情节对基准刑的加减来确定宣告刑。由于该方法缺少像“并合刑论”“行为责任”“责任主义”等罪刑思想(或原则)的指引和约束,因而最终的宣告刑很容易突破“责任”的限度,被告人可能因此而承担犯行之外的额外刑罚。

《意见》规定,具有单个量刑情节的,根据量刑情节的调节比例直接调节基准刑。具有多个量刑情节的,应当采用同向相加、逆向相减法,并且要按照先适用从宽情节再适用从严情节的顺序进行。这种方法的弊端非常明显:第一,累犯、再犯、惯犯、前科劣迹(受过行政处罚)、动机卑鄙、一贯表现不良等表明再犯可能性的从严预防刑情节,由于是在基准刑的基础上加刑,最终刑罚量很可能会超越责任的界限。第二,当从严预防情节的调节比例高于从宽情节时,量刑结果也可能违背责任主义。为直观展示,以两个案例说明。例一:甲犯故意伤害罪,基准刑为10年有期徒刑,只有坦白(减10%)和累犯(加20%)情节,根据直接加减法得出的结果是: $10 \times (1 - 10\% + 20\%) = 11$ 。但事实上甲的责任刑仅为10年,多出的1年超出了责任的限度。例二:乙犯抢劫罪,基准刑为10年,只有未遂(减30%)和累犯(加20%)情节。根据先后调节法,计算结果是: $10 \times (1 - 30\%) \times (1 + 20\%) = 8.4$ 。乙的责任刑本来是7年,正是由于累犯情节的存在,乙还须承担额外的1.4年刑罚,违背了责任主义。本文以此问题为切入点,针对量刑基准理论以及规范化量刑方法进行探究,以期为问题的解决提供路径。

二、国内量刑基准理论与量刑方法之反思

法律的生命在于经验,但绝非仅仅是经验,还有逻辑和程式。没有适用标准的法律就是笼子之外的猛兽,可以肆意妄为,终将无可避免地伤人,法治也会沦落为人治。量刑亦是如此,必须要有一定的客观标准为依据,否则自由裁量权的泛滥定会演绎出同案不同判、同罪不同罚的荒谬和不公。

(一)国内量刑基准理论

在量刑阶段要落实责任主义,实现量刑规范化,就有赖于量刑基准的确立。这是准确、合理适用量刑情节的前提,也是确保量刑公正的必然路径。

1. “量刑基准”的概念与内涵

目前,我国刑法学界对“量刑基准”的概念以及在何种意义上使用存在很大争议,对该问题颇有研究的代表性学者是陈兴良、周光权、王利荣和张明楷四位教授。陈教授的观点是,“量刑原则,又称为量刑的基准,它主要解决在量刑的时候,什么样的事项应作为考虑的对象,应根据何种原则来进行刑罚的量定等问题”。^①周教授认为,“量刑基准是指对已经确定适用一定幅度法定刑的抽象个罪,在不考虑任何量刑情节的情况下仅依其构成事实所应当判处的刑罚量”。^②王教授的观点是,“量刑基准是指,对已确定适用法定刑幅度的个罪,对应于既遂状态下反映该罪特点或犯罪实害程度的事实所预定的刑量。特殊情况下,量刑基准是指个罪法定刑等级间上一幅度的下限。”^③张教授认为,

① 参见陈兴良:《刑法适用总论》(下卷),法律出版社1999年版,第282页。

② 参见周光权:《量刑基准研究》,载《中国法学》1999年第5期。

③ 参见王利荣:《对常见犯罪量刑基准的经验分析》,载《法学研究》2009年第2期。

“刑法理论必须从处理报应与预防的关系亦即责任刑与预防刑的关系的意义上,探讨真正的或者另一种意义更为重要的量刑基准,从而使责任主义在量刑中得到贯彻”。^①

陈兴良教授在宏观意义上使用量刑基准概念,将其与量刑原则等同,指出了量刑时应当以特定要素为对象、以某种原则为准绳,量定刑罚要有客观标准。这一理解本来也无可厚非,只是作为量刑方法实在过于抽象,不能具体指导司法实践。目前,我国刑法理论界所探讨的量刑基准,是指暂不考虑量刑情节,仅针对犯罪构成事实量定刑罚。周光权教授将量刑基准理解为,对已然之罪的全部犯罪构成事实(定罪情节)所应评价的刑罚量,即量刑基准只能由裸的犯罪构成事实决定,其中,这里的犯罪构成事实既包括基本的犯罪事实,又包括使法定刑升、降格的犯罪事实。王利荣教授将量刑基准解释为,根据既遂状态下的具体个罪的全部犯罪构成事实所初步确定的刑罚量,这个量可以达到法定刑幅度的上限。两位教授对量刑基准的理解基本是相同的,即在排除量刑情节的情况下,根据犯罪事实所应确定的刑罚量(或点)。不同之处是,前者以抽象个罪为对象,后者以具体个罪为对象,前者会得出所有适用同一档次法定刑的同种罪的量刑基准是相同的结论,后者会得出即使是适用同一档次法定刑的相同的罪名,不同具体个罪的量刑基准也可能不同的结论。周光权教授显然更强调量刑基准的唯一性和普遍适用性,王利荣教授则更加注重量刑基准的个案差异性和特殊性。两种不同的理解也从一定程度上反映出了两位教授对待法官自由裁量权、应该是经验还是逻辑主导量刑以及如何规范法官量刑的态度。张明楷教授理解的量刑基准与德国、日本刑法理论上的量刑基准概念是相同的,即只是在处理责任刑与预防刑关系的意义上使用。

2. 中德(日)量刑基准之比较

《意见》并未使用“量刑基准”一词,而是使用了“基准刑”这个概念,并且将量刑分为三个步骤:首先,根据基本犯罪构成事实在相应的

^① 张明楷:《刑法学》(第4版),法律出版社2011年版,第497页。

法定刑幅度内确定量刑起点;其次,根据其他影响犯罪构成的犯罪数额、犯罪次数、犯罪后果等犯罪事实,在量刑起点的基础上增加刑罚量确定基准刑;最后,根据量刑情节调节基准刑,并综合考虑全案情况,依法确定宣告刑。需要特别说明的是,这里的“基准刑”虽然与周光权教授所主张的量刑基准是在相同意义上使用(在暂时不考虑量刑情节的情况下,对全部犯罪构成事实分配刑罚量)^①,但在内容上却不完全相同。周、王二位教授所指的“量刑基准”,是在已然确定适用某个法定刑档次的条件下对犯罪构成事实分配刑量,其内容当然涵盖加重构成和减轻构成。“基准刑”不包含减轻犯罪构成的情形,法定刑降格需在基准刑确定后再考虑。

国内“基准刑”“量刑基准”概念与德国、日本刑罚理论上的量刑基准的含义和内容有所不同:其一,后者是作为处理责任刑与预防刑之间关系或比重的体系性的量刑方法,前者只是用来确定犯罪构成事实的刑罚量的阶段性方法。其二,后者所指的责任刑是对犯罪构成事实与影响不法和责任程度的量刑情节所评价的结果,而前者仅以犯罪构成事实为对象,尚没有评价影响责任刑的量刑情节,因而此时确定的刑罚量只是责任刑的一部分。其三,后者以责任主义原则为指导,根本目的在于以责任刑来制约法官量刑过程中的恣意,^②避免超过责任限度的刑罚和不符合公正报应观念的刑罚出现。前者并不涉及预防刑的裁量,也缺少像责任主义这种保障自由与权利的刑罚原则的约束。其四,后者是以刑罚目的(并合主义)为依据的理论设计,并始终围绕如何调和报应与预防的关系而展开。这一理论创设的初衷是值得肯定的,但效果却差强人意,仍需要借助“正义感觉”这种模糊的、无法量定的纯粹观念上或心理上的个人感受来解决“刑罚目的二律背反问题”和确定宣告刑。前者不受刑罚目的观念影响,只作为对犯罪构成事实定性和定量的客观方法。

^① 参见周光权:《法定刑研究》,中国方正出版社2000年版,第326页。

^② 参见[德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》(第1卷),王世洲译,法律出版社2005年版,第86页。

3. 我国量刑基准理论之价值与不足

相比德日等国家的量刑基准论,我国的量刑基准理论独具特色,它是以犯罪构成事实(定罪情节)为核心,紧紧围绕四要件犯罪构成体系,遵循立法和司法“定性+定量”的模式所建构的理论。以犯罪构成事实为主线建构量刑的基础或参照,既是对四要件犯罪构成体系的坚持,又符合司法机关量刑的传统。构成要件齐备是犯罪成立的条件,司法机关只能依据犯罪构成事实判断犯罪成立与否,此时只有“质”的评价;在量刑阶段,犯罪构成事实是选择法定刑的依据,此时是“量”的评价。在我国,定罪与量刑是法院审判工作的两大组成部分,而且多年来的司法传统也是沿着“先定罪,后量刑”“定罪与量刑合并审理”的模式进行的。这与立法和司法所采用的“定性+定量”的构造契合。因此,我国的量刑基准理论容易被司法机关接纳,操作起来也更得心应手。《意见》中的量刑方法(尤其是确定基准刑的方法)就是在量刑基准理论的基础上发展起来的具体的、具有较强可操作性的主要用以处理量刑情节适用问题的手段。

量刑基准理论对量刑方法的影响主要体现在:其一,它兼具观念和技术操作层面上的区分犯罪构成事实与量刑情节的功能,避免在量刑时重复评价。其二,先根据犯罪构成事实确立基准刑,再在此基础上对量刑情节定性、定量,这种分层次的量刑方法对规范法官自由裁量权、合理选择刑种和刑度提供了明确的标准,摆脱了将犯罪事实与量刑情节糅合在一起完全依靠法官经验综合估量宣告刑的主观随意性,为实现符合罪刑均衡的公正量刑目标提供了技术上的保障。其三,先评价客观的犯罪行为及结果,再考虑其他社会危害性情节和预防犯罪的情节,体现了刑罚报应为主、预防为辅的倾向。即以报应限制预防,我们应当追求公正的功利。^①该量刑方法显然是受到了罪刑均衡思想的影响,已然具有大陆法系量刑基准论的烙印,类似于“点的理论”。基准刑的确立为量刑情节的适用奠定了基石,符合量刑规范化改革所要求的量刑公开。量刑公开的应然之义就是每个量刑环节都必须有明确、

^① 参见陈兴良:《刑罚目的新论》,载《华东政法学院学报》2001年第3期。

统一的实体适用标准和程序操作范式,将量化引入量刑机制,最终实现量刑公正的目的。但遗憾的是,我国的量刑基准理论并不涉及责任刑与预防刑关系的协调问题,理论根基的缺失导致由该母体孕育出的量刑方法在处理犯罪事实与量刑情节上存在先天不足,超越责任上限量刑结果的出现似乎也在所难免。

(二)《意见》规定的量刑方法

对犯罪人裁量刑罚,我国司法实践通常采用传统的经验量刑法,或称为估堆式量刑法。即根据案件的具体情况,进行全面考察、综合分析,参照司法实践经验,估量出对犯罪人应判处的刑罚。这一方法虽简便易行,但过度依赖法官经验,在缺少科学的量刑标准保障的情况下,难免会出现量刑不合理现象。近年来,在中央司法改革的推动下,最高人民法院陆续颁布了几项量刑指导性文件,用以统一量刑方法和步骤、统一量刑情节适用标准,进一步规范量刑活动。本文仅以最高人民法院发布的《意见》为蓝本进行解读。

1. 基准刑的确定

《意见》规定,应当在量刑起点的基础上,根据加重的犯罪构成事实(犯罪数额、犯罪次数、犯罪后果等)增加刑罚量确定基准刑。基准刑确立的前提,首先必须是厘清定罪情节与量刑情节的界限,如此才不会产生重复评价和未充分评价的问题。区分标准问题,是沟通犯罪论与刑罚论的桥梁,作用是实现整个刑法理论的一惯性和适用上的妥当性。

罪量要素中的情节与量刑情节是什么关系?两者的界限在哪?许多学者认为,定罪情节属于量刑情节,或者至少与量刑情节之间存在交叉关系。也有学者严格区分犯罪构成要件中的情节与刑罚裁量过程中的情节,认为“能够影响刑事责任程度的所有事实,只要不属于犯罪构成要件,都属于量刑情节的范围”。^①笔者认为,形成以上不同见解的

^① 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,中国法制出版社1999年版,第471页。

根本原因,在于观察问题的角度不同,确切地说,是选取的参照系不同。如果认为犯罪构成的意义只是判断犯罪成立与否,所有要件的刑量都要在量刑阶段予以综合评价的话,的确定罪情节就是量刑情节,或者两者存在交叉。如果认为(基本)犯罪构成要件本身应当作为一个整体被独立地评价为一个刑罚量度,剩余的影响社会危害性和人身危险性的情节再被各个或综合评价的话,那么就要严格区分定罪情节与量刑情节,否则会产生重复评价或不充分评价的问题。前者的参照系是“估堆式”经验量刑法,后者的参照系是量刑基准理论。具体来说,经验量刑法所评价的情节,是所有的影响刑事责任轻重的情节,包括罪前、罪中和罪后情节,综合估量出这些情节所能转化成的刑罚量,不再单独挑选属于犯罪构成要件的情节。量刑基准理论所评价的情节,是充足基本犯罪构成要件事实(定罪情节)以外的影响刑事责任轻重的(量刑)情节。两种不同参照系的选择,影响了定罪情节与量刑情节划分的标准。

事实上,即使依托量刑基准理论区分定罪与量刑情节,也仍然存在内容或数量上交叉的情形。众所周知,犯罪构成事实是选择法定刑的依据,通常情况下,只能在量刑时评价一次。但也存在对犯罪事实评价过剩或透支评价的情况,即犯罪事实的一部分转化成了责任刑情节,需要再次评价。比如,间接故意这一主观罪过要素,就要在决定基本犯罪构成事实(定罪情节)的刑罚量与作为责任刑情节时一体两用,但这并非是重复评价。因为基本犯罪构成中的故意,往往是指作为犯罪故意常态的直接故意,在基准刑确定阶段以直接故意为要素,已经超出了间接故意的罪过程度(透支评价),因此需要再次作为减少刑罚量的责任刑情节予以评价。同样,作为罪过要素的非法占有目的也存在量上的区别。比如,基于盗窃巨大数额财物目的的罪过程度大于盗窃较大数额财物的目的。这就是评价过剩,需要再次评价的情形。

量刑规范化改革摒弃了以往的经验量刑法,改由由量刑基准理论发展而来的规范量刑法,即先根据基本犯罪构成事实确立基准刑,再结合量刑情节的调节比例对基准刑进行加减,最后综合考虑确定宣告刑。