

中国量刑指导 制度研究

以量刑指导意见为切入点

郝川◎著

ZHONGGUO LIANGXING
ZHIDAO ZHIDU YANJIU



人 民 出 版 社

014009448

D924.134

35

本书由教育部人文社会科学研究青年项目

(11YJ0820033) 资助

中国量刑指导 制度研究

以量刑指导意见为切入点

郝川◎著

ZHONGGUO LIANGXING
ZHIDAO ZHIDU YANJIU



D924.134
35



北航

C1698107

人民出版社

责任编辑:陈来胜

装帧设计:张新勇

图书在版编目(CIP)数据

中国量刑指导制度研究:以量刑指导意见为切入点/郝川著.

-北京:人民出版社,2013.12

ISBN 978-7-01-012883-2

I. ①中… II. ①郝… III. ①量刑-司法制度-研究-中国

IV. ①D924.134

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 285191 号

中国量刑指导制度研究:以量刑指导意见为切入点

ZHONGGUO LIANGXING ZHIDAO ZHIDU YANJIU

YI LIANGXING ZHIDAO YIJIAN WEI QIERU DIAN

郝川 著

人民出版社 出版发行

(100706 北京市东城区隆福寺街 99 号)

北京市文林印务有限公司 新华书店经销

2013 年 12 月第 1 版 2013 年 12 月北京第 1 次印刷

开本:880 毫米×1230 毫米 1/32 印张:8.75

字数:182 千字

ISBN 978-7-01-012883-2 定价:20.00 元

邮购地址 100706 北京市东城区隆福寺街 99 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

版权所有·侵权必究

凡购买本社图书,如有印制质量问题,我社负责调换。

服务电话:(010)65250042

目 录

引 言	1
第一章 规范量刑改革的背景及成因	9
第一节 规范量刑改革的必要性及可行性	10
一、量刑改革的现实进程	10
二、均衡量刑改革的动力	13
三、量刑规范化路径的探索	15
第二节 构建量刑指导制度的国际经验	18
一、美国范式:文本指南	18
二、英国范式:论理指南	20
三、澳大利亚范式:数据指南	22
四、结论	23
第三节 构建量刑指导制度的问题与困境	24
一、量刑改革目标不尽人意	24
二、量刑方法缺乏共识	27
三、复杂多样的情节难以量化	29
四、细化量刑程序的经验不足	31
第二章 指导量刑的理论根基	34

第一节 量刑根据的界定	35
一、刑罚根据的历史解读	36
二、量刑的二元根据	48
第二节 量刑根据之横轴:犯罪行为的社会危害性	54
一、社会危害性之判断	54
二、社会危害性之于量刑	59
第三节 量刑根据之纵轴:犯罪人的人身危险性	61
一、人身危险性概念及历史起源	61
二、人身危险之于量刑	66
第四节 罪刑法定下刑罚的合理配置	68
一、罪刑法定的合理内涵	69
二、罪刑均衡的基本要求	72
第三章 基准刑的合理确定	81
第一节 基准刑的应然需求与实然界定	82
一、基准刑的应然价值	82
二、基准刑的实然存在	84
第二节 基准刑的界定	87
一、基准刑概念及特征	87
二、量刑基准的界定	94
第三节 基准刑的确定方法	96
一、检讨确定基准刑的理论方法	97
二、确定基准刑的一般规律	100
三、确定基准刑的特殊规律——以未遂犯 为例	105

四、结束语	109
第四章 指导情节适用的技术规则	110
第一节 指导情节适用的一般规则	110
一、量刑情节概念	110
二、酌定情节法定化辨析	118
三、顺势清晰情节作用	124
四、个案判断情节作用	125
第二节 厘正“重复评价”规则的含义	130
一、禁止量刑重复评价规则概述	130
二、禁止量刑重复评价规则的解读	131
三、特殊情形下禁止重复评价的运用	134
第三节 指导情节适用的具体规则	137
一、发现漏罪的并罚规则	137
二、减轻情节的适用规则	142
第五章 规制量刑活动的程序	143
第一节 量刑程序争议及结论	144
一、量刑程序设置现状	144
二、相对与绝对独立量刑程序之争	146
第二节 量刑建议制度的法理分析	149
一、量刑建议的现实背景	149
二、深圳市检察机关量刑建议改革实践	152
三、结论	154
第三节 量刑说理的程序要求	157
一、量刑说理的必要性	158

二、量刑说理的难点	162
三、量刑说理案件范围的合理界定	166
四、量刑说理方式选择	169
第四节 定罪程序的探索	170
一、问题的缘起	171
二、为何刑讯逼供现象不能禁绝	173
三、配合制约:何以取舍	177
四、厘正误读:强化刑事辩护权	180
第六章 刑罚执行后的社区矫正制度研究	185
第一节 社区矫正观念之思	185
一、刑罚观纵横	187
二、马克思主义刑罚观的本质	191
三、发展的马克思主义刑罚观	195
四、社区矫正——马克思主义刑罚观的接纳与 重塑	198
第二节 再谈社区矫正制度方案的调整	201
一、了解对象:被矫正人的结构性变化	202
二、过程控制:保证执法到位	206
三、完善程序:平稳机制运行	209
四、诠释“矫正”:走出传统管控	212
五、结语	215
第三节 社区矫正主体视角下的社区矫正制度完善 研究	216
一、背景与现状	217

二、对现行社区矫正制度的反思	220
三、转型体制促使行刑社会化	226
四、以新体制带动职能转变	228
第七章 影响量刑制度建设的观念因素	233
第一节 量刑中的民意考量	233
一、民意影响量刑之实然	234
二、民意影响量刑之应然	238
第二节 支配量刑的“社会共识”	243
一、由“苏越案”与“陆俊案”谈起	244
二、案件反映的量刑症结	246
三、对“社会共识”的归纳	248
第三节 “疑罪从无”的正确解读	252
一、“疑罪从轻”并非冤案的祸根	253
二、厘正对刑事证明标准的误读	258
三、“疑罪从无”的正确解读	262
四、结论	266
参考文献	268
后 记	273

引言

在多元化社会中,剥夺个别人基本权益的刑事处罚按理很难吸引公众目光,但近年引发媒体关注和网民质疑的刑事案件却集中于此。李昌奎被二审法院改判死缓的报道引起舆论一片哗然。正如李昌奎的一审判决令犯罪人恶意侵占他人财产并挥霍一空的行径淹没于对其失去终身自由的巨大社会同情之中,被害人被贬为诱惑犯罪的角色,法官被斥为机械执法的工具一样,让人们再一次感受到法院量刑的严重失衡,无人感受到司法公正;对职务犯罪量刑差异之大和缓刑率之高,更是众矢之的。不仅如此,“李昌奎案”的死刑再审结论仍未缜密证立,多起醉驾案的处置虽基本平息了被害人与舆论的愤怒,对醉驾人不处死刑的过于机巧的理由,同样暴露出我国大陆地区量刑说理机制缺失的问题。有鉴于此,加上规则缺失的更大风险是滋生“关系案、金钱案”,一些地方法院早在 21 世纪初就试行量刑指导意见。2009 年最高人民法院将规范裁量权、量刑纳入法庭审理程序列入第三个五年改革纲要,并以试行《人民法院量刑指导意见》、《人民法院量刑程序指导意见》方式,拉开量刑改革的序幕。

然而,采用规范文本方式由上至下细化量刑标准和运行程序在制定法国家并无经验可鉴,司法部门逐步自行解开难结是形势倒逼。以下问题须予系统解答:进入操作层面的地方法院乃至最高人民法院量刑指导意见是如何生产出来的;它们确定的量刑方法与规则是否合理实用;除法官外的其他法律人对此能否通晓,从未持续关注量刑的控辩双方如何帮助或促使法官合理量刑;罪责刑相适应原则能否仅靠文本来实现,文本推行能否承载量刑改革之重?如何确定量刑改革目标与对策?显然,为树立司法权威,实现社会基本公正,针对上述问题寻求解答意义重大。

一、量刑制度理论研究取向与进展

(一) 国外理论动态

首先,从量刑理论研究来看。无论是在大陆法系抑或是英美法系国家,量刑规则及具体步骤方法研究都受到了刑事法学界的普遍重视。在德日等成文法国家,一方面,规范刑法理论研究重点在于确立量刑基本规则,如耶塞克、罗克辛、斯特法尼、帕多瓦尼等人都以不同方式阐明了“责任应是限制刑罚上限的根据”的基本立场,强调刑罚适用以促使罪犯再社会化为目的;另一方面,更多学者从刑事政策角度,在系统审判数据和判例支持下展开量刑研究,如 H.J.阿尔布莱希特《量刑》、贝克曼《减轻处罚》、德雷尔《公正的刑罚》等。他们追求在程序法与实体法框架下经验求证量刑方案和考察量刑效应。在美、英、澳等国,实体刑法学与刑事诉讼理论融贯一体,量刑与行刑、犯罪预防对策组

合成刑事司法理论,后一领域的实证分析特点同样突出。由于美国联邦及各州量刑委员会既根据数万份有罪案件简要报告、典型案件详细报告以及有关评价制作量刑指南,又根据司法偏移指南的频率及缘由对其修正,相关研究大多循着这一路径和方法展开。经过近30年的发展,英美法系国家逐渐形成了美国模式(采用数字式量刑表格)、英国模式(采用论理式量刑指南模式)和澳大利亚模式(采用信息化量刑模式)这三种不同模式的量刑指南制度。其次,从量刑思维的研究来看,量刑结果是法官自由裁量的产物,法官的量刑思维是量刑结果的直接原因力,因此,国外学者多从心理学角度对量刑思维展开了持久、深入的研究。如理查德·波斯纳的《法官如何思考》,卡尔·恩吉施的《法律思维导论》,本杰明·卡多佐的《司法过程的性质》等等。

(二)国内研究态势

对于量刑指导制度我国学者亦有深入的研究,如王利荣《论量刑的合理性》、朱建华《量刑的理论与实践研究——量刑基准的确立》、苏惠渔《量刑电脑:量刑公正合理应用论》、冯军《量刑概说》、顾肖荣《量刑原理与操作》、白建军《量刑均衡的实证研究》、王瑞君《案例指导量刑与量刑规范化》以及赵廷光《量刑公正实证研究》等。这些著作以微观研究的视角,从实体规则的角度寻求规范量刑的路径。在量刑思维领域我国学者亦颇有独到之见。如大陆学者李秀群在《司法裁判中的类型思维》中,强调法官是否按照法律思维是判决公正与否的前提,认为司法中法律适用的过程本质上是在类型思维指导下进行的;陈金钊教授在《法律思维及其对法治的意义》一文中揭示:作为一种

专业思维,法律思维是法治社会法律最基本的思维形式。运用法律处理问题首先应实现由日常思维向法律思维的转变,加强对法律思维方式的研究有助于法治的实现;学者谌洪果在《法律思维:一种思维方式上的检讨》一文中认为,法律思维可从思维方式的视角来理解,它注重的是人们站在法律的立场,思考和认识社会的方式和惯性;它更强调法律的固有特性、法律自身运作的文化积习和性格。研究法律思维,就是要容忍不同的思维方式的存在。

从总体上来看,虽然量刑指导意见已经在全国试行,量刑相关问题的研究成果也相当的丰富,但国内对量刑指导制度的研究仍显不足:

其一,基础理论研究欠缺。量刑指导意见确定罪刑对应的理论根据是什么?是决定于已然之罪还是奠基于未然之罪之上?如何实现二者的平衡?为何同样的数额在不同的犯罪中所对应增减的刑期不同?情节加减对应的刑量是任意而为还是已定标准的结果?量刑基准的含义以及确定的标准等问题亟待解决。

其二,司法实证研究欠缺。由于目前我国普遍存在的“理论情节”,量刑改革的推动者往往不了解司法实践及需求,可能也并未对量刑制度进行扎实的实证研究,理论上的理清无法解决实践的困惑,虽然实施了量刑指导意见,但会导致两个问题:一是司法实践纷繁复杂,用列举式的方式解决量刑问题不可避免挂一漏万;二是明确的标准可能导致法官产生僵化执法的思维惯性,实质公正受到严重挑战。因此,量刑指导意见确定的量

刑方法与规则在司法实践中是否合理实用,能否使法官的量刑思维达致清晰等需要实证研究的问题则鲜有学者涉及,量刑改革的决策—实施—评估—纠偏的机制存在较大缺陷。

二、研究目标及方法

伴随着最高院的量刑指导意见在全国的试行,量刑活动将转入规范调整的阶段。因此,进一步清晰量刑改革发展目标和适时调整具体方案,厘正制度走形现象,极具现实意义:

第一,回应量刑实践的重大需求。近年来,中国司法实践中普遍存在的“同案不同判”现象严重损害了司法公正,削弱了司法权威,降损了司法公信力。鉴于此,清晰量刑思维、明确量刑步骤,赋予量刑制度以科学的司法操作功能,就成了量刑改革的重要尝试;由此,如何做到程序公正与实质公正之统一,理应成为量刑思维和量刑标准改革的理论关节点。

第二,推动量刑理论、制度和实践发展。首先,沉入制度层面,以相应的问题意识和理论关切具体展开量刑均衡实现的路径,能避免桌面理论的空洞虚无,增厚理论涵量;其次,系统梳理法官的量刑思维,以此清晰基准事实与基准刑量对应式,清晰量刑起点,剥茧抽丝般提取情节和判断其力度,能改变量刑实践与理论研究渐行渐远的趋势;再次,清晰量刑指南与法律规范、司法解释、典型案例的关联,辩证法院及法官的作用层次,展开案件事实及周边社会关系、民众情感及媒体造势的互动影响,能够清晰国家司法改革的路径,探讨更有效的过程控制手段,有助于完善刑法法学说及理论体系;最后,运用人本主义解释范式透析

文本,打通技术运用与价值理论的“七经八脉”,能在形成论理透彻的判决和可供验证的量刑规则的同时,创立一套反向于定罪理论模式即由抽象事实返回具体事实的,渗透了程序理念与规则的,融入刑事政策理论体系的量刑学说。

围绕当下刑事司法改革的重大论题,准确把握量刑改革方向;从建立实体规则与程序支持入手,完善量刑说理机制,构建科学、合理的量刑指导制度。有鉴于此,本书借用了人类学和民族学、心理学的方法,采用社会调查、比较分析、统计归纳,选择三至四个省市法院,跟踪调查刑事审判中的量刑环节,采取数据分析、个案考察等方式,重点分析盗窃、抢劫、贩毒、交通肇事、故意伤害等发案率靠前的、类犯罪中发案率高的以及其他传统犯罪的量刑基准与情节适用规律,反向考察量刑基准何种情形下被量刑思维所简化或省略的情况,进行犯罪学和法社会学的“田野”调查,结合司法机关的侦查、起诉和审判资料,进行深度实证研究。

三、本书基本观点

笔者认为,从当下和长远需要分析量刑文本的作用意义及前景,揭示刚性推行量刑文本的制度风险;提出侧重细化程序文本的主张;按个案审判规律将主审法官从机构背后请到前台,并通过控辩交锋帮助其辨析法理;逐步启用和扩大典型案例、司法数据等记载经验方式的指导作用,最大程度利用司法资源;阐明支配判例及文本运行的公理及价值,促使法官通过判决表达和传递社会正义。论证每一个量刑步骤或每一道程序,综合考虑

现有法律基础、制度条件,着眼于个罪量刑环节发掘其司法创见,明确将建立司法说理机制作为量刑改革的方向,明晰量刑思维,需求科学、合理的量刑方法与步骤。

1.多角度促成量刑实质公正。在消除了对于刚性推行量刑文本的迷信后如何实现司法公正?司法实践中,同样事实的案件,情节、动机、悔罪程度等因素各有差异,如何审视个案的差异是本书要探讨的重要内容。将判例由幕后推到台前,踏踏实实地成为司法的渊源之一;推行判决的说理性,由艰涩难懂的法言法语转化为通俗易懂的大众语言,让司法由天上回归人间;司法不仅应该考虑事实证据,也要顾及社会舆情、民众感受;被害人应该作为当事人增强参与司法的话语权。通过多角度融合实体法、程序法为一体,阐释量刑公正的判断标准,使司法成为有利于推动社会矛盾化解、促进和谐公正的利器。

2.建议放弃统一量化情节适用的尝试。现有文本的量化情节部分漏洞百出,并非制定者疏忽,法律问题永远不可能按既定公式推知,量刑结论是法官运用智慧创造性地对法律规则的组织 and 运用,尤其情节适用的量化部分只能在个案中清晰,并由法官经验估量完成。但应当界分基本事实与情节、反映行为时主客观特征的情节与行为实施完毕的情节、其他反映行为人人格状况的情节,清晰评价层次与顺序。

3.判例和数据是最成熟的指导形式。量刑文本不过是历史的产物,指导性案例库和系统量刑数据等更成熟的记载经验制度方式终将替代文本的作用。因为细化量刑规则排除司法腐败和偏私的同时也会让法官难以基于个案事实和智慧良知做出判

断行为。

4.量刑文本的原始制作者应为主审法官。司法是规范的立体化和具象化,长期从事量刑实务的主审法官更能清楚量刑的问题和疑点所在,也最能验证某种量刑经验或者证伪某种量刑方法。目前应当做的不是自上而下的制定量刑标准,量刑文本应是汇聚和归类量刑的“临床”经验,自下而上地由最高人民法院汇编而成。

5.运行量刑程序目的是细化实体规则。量刑指导意见只能解决普遍问题,但是控辩审三方会发现个案不适宜于指导意见的个性问题,从而提醒司法看到差异性,从而修正量刑文本,或者把这一意见作为指导性案例。目前规范指导只涉及15种常见罪名,但能辐射其他罪名,通过个案量刑程序会把一些具体犯罪量刑过程清晰展现,进而基准刑的确定、情节适用的作用值得以形成,补充量刑指导意见或者形成经验。

第一章 规范量刑改革的背景及成因

“规范裁量权,将量刑纳入法庭审理程序”是中央确定的重大司法改革项目。根据中央关于深化司法体制和工作机制改革的总体部署要求,在深入调研论证、广泛征求各方面意见的基础上,最高人民法院制定了《人民法院量刑指导意见(试行)》,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合制定了《关于规范量刑程序若干问题的意见(试行)》。经中央批准同意,从2010年10月1日起在全国全面推行量刑规范化改革,量刑规范化改革进入了实质攻坚阶段。事实上,由于量刑失衡频遭公众质疑,形势倒逼之下,法院系统内部的量刑改革早已涌动暗流。法院的量刑改革沿着“地方实践——中央推动——试点(扩大试点)——总结完善——全国试行”路线自下而上地悄然启动。众所周知,量刑规范化改革是根植于人类内心的平等理念的呼唤,是法治的进步。然而,不仅量刑实体文本自身的公正性并非不证自明,量刑文本的理论基础面临争议,而且追求量刑的标准化还可能会削弱本已量刑懈怠的法官主观能动来解释法律的意识,司法将进一步僵化,过度追求形式上的统一反而会牺牲实质的公正。量刑程序的改革同样面临困境,