



量刑制度宏观问题研究

黄京平 蒋熙辉

如果自十二铜表法和皋陶改革刑制算起，现代世界各国广为采用的量刑制度约略可以概括为三大特征加以把握：从零散走向系统；从野蛮走向科学；从简单走向复杂。审视量刑制度研究，从微观角度着眼者众，从宏观角度着手者寡。本文正是尝试从宏观角度研究量刑制度的外观、范围和制度运行、制度改革走向，以此为基础重构我国量刑制度，展望我国量刑制度改革的目标和预期。

一、量刑制度的外观与范围

量刑制度的现状是研究量刑制度的基础。外观上，量刑制度是立法工作者总结立法经验和理论研究成果并借鉴国外相关立法概括而成，量刑制度是刑事立法机关根据刑罚目的遵循量刑原则制定的如何量刑的具体体系化的构成。它区分于量刑原则、量刑方法和量刑情节。范围上，量刑制度包括的具体制度存在一定的争议。

（一）量刑制度的外观

量刑制度是在量刑活动中长期形成的同时也为刑法明确规定必须遵循的体系。从外观上看，量刑制度包括两种特征：一是量刑即刑罚裁量；二是制度即体系化的构成。

关于刑罚裁量，是相对于刑罚执行和刑罚消灭而言的，属于狭义上的刑罚的具体运用。量刑是一个多义语，一般意义上既作为制度又作为刑事诉讼活动使用。从诉讼环节上讲，量刑是承接定罪与行刑两个阶段的中间环节。

关于制度，《辞海》的解释是“要求成员共同遵守的按一定程序办事的规程”。规程的特征是体系性。量刑制度区分于量刑原则、量刑方法、量刑模式、量刑情节、量刑模式等。作为体系强调的是系统性而非单个情节；作为体系必然通过量刑情节的运行影响量刑结果。

（二）量刑制度的范围

量刑制度需要研究哪些具体制度，一直是困扰刑法学界的问题。1997年刑法修订前通说认为量刑制度包括累犯制度、自首制度和数罪并罚制度。1997年刑法增设立功制度。目前而论，累犯制度、自首制度、立功制度、数罪并罚制度属于量刑制度基本上没有异议，但缓刑制度、死刑缓期执行、刑的免除、再犯和特别减轻、刑罚易科等能否构成量刑制度，需要逐一辨析。

1. 缓刑制度

缓刑制度是量刑制度还是行刑制度，大陆法系刑罚理论多将其放在刑罚的执行中讨论，美国刑法理论将其既视为刑罚方法又视为替代监禁的行刑制度。我国刑法学界对缓刑归属也存在争议。有学者认为，缓刑既是量刑制度之一，又属于行刑制度的范畴。缓刑制度虽纵跨量刑阶段和行刑阶段，但首先是量刑阶段决定是否适用的一种刑罚制度。故作为量刑制度研究合宜。也有学者认为，量刑与行刑是罪刑关系运动的两个阶段，从时间上看，缓刑发生在量刑阶段，将其归于量刑制度似乎并无不可，但缓刑是在刑罚量定的

基础上，对其执行方法的确定，它不涉及刑罚之量定的问题而只与刑罚的执行有关，在逻辑上应当将其归之于行刑制度。我们认为，从缓刑的跨越两个阶段的特征出发，缓刑应当具有量刑制度和行刑制度两重属性。认为缓刑属于行刑制度的观点如果忽视缓刑作为量刑制度的特色，将不能得出正确的结论。

2. 死刑缓期执行

死缓是为了弥补死刑的弊端而设置，为我国刑事立法的独创。通过死缓的判决实践证明，死缓是死刑限制政策的一项有效的刑罚制度。它既可以保留死刑的威慑力，又可以体现惩罚与宽大的政策，从而为不是必须立即执行的罪该处死的犯罪分子留下一条生路。为此，有学者主张对所有判处死刑的罪犯一律判处死缓。应当说，死缓是我国限制死刑到逐渐废除死刑的必由之路。死刑缓期执行是死刑刑种中的一项过渡性处理方法，属死刑中的一种执行制度，如同缓刑作为自由刑和拘役的执行制度一般。然而，死缓需要在量刑阶段加以确定，并且要求具备“罪行严重当处死刑”和“不是必须立即执行”两个条件。从此角度而言，死缓制度理应属于量刑制度。

3. 刑的免除

刑的免除，是指基于各种不同事由对犯罪人仅作有罪宣告而不予处刑的一种措施。关于免刑情节，各国刑法皆有规定。一般而言，免刑情节包括自首、犯罪中止、防卫过当等情形。我国刑法规定的免刑情节包括：经过外国审判的域外犯罪（第10条）；聋哑人或盲人犯罪（第19条）；防卫过当（第20条第2款）；避险过当（第21条第2款）；犯罪预备（第22条第2款）；犯罪中止（第24条第2款）；共同犯罪从犯（第27条第2款）；胁从犯（第28条）；自首（第67条第1款）；立功（第68条）。从这些规定看来，免刑虽然在量刑过程中实施，属于量刑活动但未能形成体系，称之为制度有所不当。同理，将刑的加重、减轻（一般减轻）称为制度同样有欠思考。

4. 再犯

再犯，即再次犯罪。再犯与前科是紧密联系在一起的两个概念。我国刑法未规定前科消灭制度而仅规定前科报告制度，并不妥当。前科报告制度是指依法受过刑事处罚的人在入伍或就业时应当如实向有关单位报告的制度。前科消灭制度，根据沃克教授的解释为：已判过罪的人如果在几年内未再犯任何严重的罪行，他就应象未被定过罪或判过刑的人一样被看待。再犯制度正是在存在前科消灭制度的前提下作为从重情节加以规定的。各国刑法一般将刑事前科作为法定从重情节甚或加重情节。我国刑法中是否规定再犯制度，存在一定争议。在1997年刑法修订过程中，中国人民大学刑法总则修改小组第3、4稿均存在再犯的规定，例如1994年9月的第4稿第82条规定：“应故意犯罪被判刑，在刑罚执行完毕或者赦免、刑满释放以后，又犯故意犯罪，尚不符合累犯条件的，是再犯。对于再犯，可以从重处罚。”此条规定后在1997年刑法中并未见到，原因何在尚不明了。问题在于如何理解1997年刑法第356条的规定。我们认为，再犯制度作为与累犯紧密联系的一种制度，应当归于量刑制度。

5. 特别减轻制度

刑罚的特别减轻，是指法官斟酌考量案件相关情节并根据一定规则决定是否在法定刑以下判处刑罚的制度。我国澳门地区存在此类制度。基本精神是对量刑情节特别价值的衡量，以求个案公正。我国大陆地区刑法第63条第2款规定有特别减轻制度，即酌定减轻处罚必须经最高人民法院决定的制度。基本含义是：不具有法定减轻情节的犯罪分子在具备特定情形时经最高人民法院核准，可以在法定刑以下判处刑罚。特别减轻制度的创立与适用涉及到罪刑法定和自由裁量权的权衡、牵涉到审判懒惰与立法法定刑幅度确立等问题。仔细将特别减轻制度与刑事类推制度作一全面比较，可以发现二者存在惊人的相似之处。现行法治环境下特别减轻制度的运作是对罪刑法定的背离和对自由裁量的突破。反思这一制度的创设，不管是立意追求个案公正还是存而不用，都无法回复特别减轻制度对罪刑法定的理论上的解构作用。特别减轻制度是在量刑活动中运用的对犯罪人采用的，构成有二：一是不具备法定减轻情节；二是应当经最高人民法院核准，因此应当归于量刑制度。

6. 刑罚易科

何谓刑罚易科？一般认为，刑罚易科为换刑处分，即判决宣告的刑罚因特殊事由不能执行或不宜执行，而选择其他刑罚为执行的代替。刑罚易科一般包括罚金刑易科和自由刑易科。国外刑法典如西班牙刑法典第100条规定，凡犯人经法院明确判决监牢、苦役及徒刑者，得以服劳役折换服刑。无独有偶，我国台湾地区刑法也规定有刑罚易科制度。即对原来判处的刑罚，因特殊原因不能执行，可以用执行其他刑罚的方法加以代替的制度。根据台湾刑法规定，刑罚易科计有三种：易科罚金；易服劳役；易以训诫。由此可见，刑罚易科制度应归属于行刑制度。在量刑过程中出于不同考虑而改科其他刑罚只是刑罚的选择适用范围。

制度的功能是制度存在的生命。它为制度设计的目的制约并且可能超出设计的原意产生出乎设计者意料之外的功能和效应。量刑制度的功能旨在实现量刑目的，即追求合理公正的刑罚。功能需要制度运行呈现，在制度运行中存在多种因素的影响。

（一）量刑制度的功能

量刑制度的功能包括：规范，针对量刑活动；限制，针对法官自由裁量权；整合，针对量刑情节；贯彻，针对量刑原则。

1. 规范

从宏观上看，制度的基本功能是规范。即规制行为主体的某一方面活动。量刑是国家审判机关对犯罪人决定刑罚的活动，理所当然地受量刑制度的约束。量刑制度包括累犯制度、自首制度、立功制度、数罪并罚制度、缓刑制度等，如果存在适用任一制度的情节，量刑活动应当考虑制度适用。超越量刑制度的相关规定违法量刑的行为理应得到制止。

2. 限制

量刑自由裁量权是指法官审判酌情做出决定的权利。量刑自由裁量权过大的消极效应非常明显：一则导致立法权旁落、司法擅越立法；二则法官过度以自己的刑罚价值观影响量刑，形成量刑不当、司法不公甚至司法擅断、量刑畸情畸重。如何限制自由裁量权的范围，在精神上似乎可以引用英国丹宁勋爵德戒条“一个法官绝对不可以改变法律编织物的编织材料，但是他可以，也应该把皱折熨平”，但具体的实施必须依靠量刑制度的保障。因此，量刑制度的限制功能是针对法官自由裁量权而设计的。如果存在自首情节，法官却因种种原因不予考虑则应当成为上诉或抗诉的理由之一。在某人犯数罪的情形下，法官突破法律限制因一己之刑罚价值观对犯罪行为入处以轻重悬殊之刑罚，这也应当成为上诉或抗诉的理由之一。正是量刑制度的“僵化与保守”固守着法律的尊严，使法官在量刑时必得有所遵循，不得任意违反和突破。

3. 整合

量刑情节的多样化是每位检察官、法官、律师在理清刑事案件时必须面对的一个问题。自首制度包含的量刑情节在司法实践中存在多种样态，制度的功能正在于整合实践中千变万化的情节。自首制度将种种相关情节综合起来，加以抽象和整合，形成量刑制度。同样，在数罪并罚制度中，各种并罚情形的归纳和相应规则的形成最后被整合为一个独立的并罚制度。这种抽象和整合可以说是立法者对司法实践的经验总结，反过来又通过量刑实践起到了指导作用。

4. 贯彻

所谓贯彻，是指运用具体操作层面的事物将抽象性的原则加以落实。相对量刑原则而言，量刑制度是具体性的操作层面的事物。例如，量刑目的性要求刑罚裁量符合刑罚目的的要求，既有助于一般预防目的又有助于个别预防目的；量刑个别性要求刑罚裁量应当是一种对法条规范（刑法条文）的涵摄过程，是对具体行为人就具体犯罪事实而做出的裁量。以累犯为例，累犯人身危险性较初犯为重，量定刑罚时必须考虑其人身危险性。这种出于个别预防针对具体行为人的特别考虑正是反映了量刑的目的性和个别性。同样，在缓刑制度上对刑罚目的性、个别性、法定性和统一性等原则的体现也较为彰显。量刑原则等量刑活动中的准则（或曰精神）正是通过具体案件中量刑制度的实践得到贯彻。

（二）量刑制度的运行

量刑制度的功能发挥既依赖运行环境，还需要考虑相关影响因素。

1. 制度的运行环境

制度在不同环境下运行会产生不同效果，不同法系法治环境下量刑制度的运行存在不同问题。英美法系诉讼制度下，采取辩诉对抗式模式。普通刑事程序中，一般采取的是陪审团在法官指导下执掌社会相当性标准，决定定罪与否。一旦证明有罪，案件进入量刑阶段。法官遵照量刑指南根据犯罪基本事实和行为人的基本情况，决定刑罚的轻重。量刑是法官的专务，得到了应有的重视。大陆法系诉讼制度下，采取纠问式庭审模式。普通刑事程序中，法官始终掌握庭审的主动权，控制定罪和量刑两个环节。在庭审上，容易产生重定罪轻量刑的倾向。这是大陆法系刑事诉讼制度改革需要克服的一大问题。

2. 制度的影响因素

影响量刑制度的因素包括：权力介入、媒体舆论、法官好恶和治安形势。

权力介入。权力介入专指行政权强行介入司法权领域，干涉司法独立的现象。在我国，行政干预司法颇为严重。它是司法腐败的一个源头。领导批示：此人该杀！据从何来？但不得不听，因为人事权、财政权均握于他人之手。如何中断权力介入对量刑的干涉，司法改革研究的结论是司法独立，即赋予人民法院

人事权和财政权，保证法官不受干涉地运用量刑制度。

媒体舆论。媒体舆论对量刑制度运行存在影响，主要是媒体通过对法官个人好恶判断施加压力或通过影响行政权力干预对量刑结果施加影响。个案的可能情形：故意伤害案——媒体先报道犯罪行为“情节恶劣影响极坏”，并对犯罪人大加诋毁；后报道犯罪行为“情节可宥”，并为行为人的犯罪行为大加辩护，简直是“不得不”犯罪。舆论风向转移的原因可以不究，但媒体对量刑制度运行的影响力却不得不加以阻止。西方国家在媒体舆论对审判的影响问题上保持着高度警惕，极力避免媒体舆论通过各种途径影响案件处理结果。这一点应当为我国正在建设中的刑事诉讼制度所注意。

法官好恶。法官好恶是法官价值观在具体问题上的体现。犯罪与刑罚的阶梯如果存在，那在不同的法官心目中肯定存在着序列的差异。同样一起由未成年人实施的间接故意杀人案，法官可能因其自身年龄、家庭状况等因素对量刑制度的运行存在不同理解。在制度运行时存在“从轻”、“减轻”的选择时把握尺度不一。完全避免法官好恶对量刑制度的影响几乎是失败和徒劳的，但设计实现制度的细密规则以控制法官的自由裁量权则是可行的。

治安形势。“刑罚世轻世重”是刑事政策，但治安形势如何影响量刑制度运行？在量刑制度运行过程中，从轻减轻是一种“可以”情节时，是否选择或如何选择都是问题。在以“从重从快”为特征的严打斗争中，“可捕可不捕的捕之，可判可不判的判之，可死可不死的处死”几乎成为通例。制度被架空，法条在一定程度上成为具文。如何看待这个问题？实际上，长期性的治安形势应当限定在刑事政策层面，短期性的治安形势通过法官的好恶也会充分体现。

三、量刑制度的改革与走向

自人类制定刑罚以来，初民的刑罚可能并不具有系统的量刑制度。关于量刑，初民刑罚形成的是幼稚形态的规则或情节，零散而不成系统。探讨量刑制度的改革需要对历史上的量刑改革加以回溯。美国量刑改革中的两次大的运动（定期刑改革和不定期刑改革）较具启发意义，从中我们可以获得对量刑改革走向的深入认识。

（一）不定期刑运动

不定期刑（indeterminate sentence）是指刑罚量定时不确定刑罚的具体期限，而是在执行过程中根据改造效果确定刑罚的余期。不定期刑包括绝对不定期刑（completely or wholly indeterminate sentence）和相对不定期刑（relatively or limited indeterminate sentence）。在不定期刑中，采用较多的是相对不定期刑。不定期刑运动是指19世纪后期针对以往定期刑的过度僵化和缺乏弹性以至不能达到刑罚预防犯罪目的的现象的一种量刑制度的改革运动。基本思想为教育刑理念。

关于不定期刑的实行条件，我国刑法学者总结为五个方面：一是立法专门规定，以防止司法滥用；即立法规定不定期刑适用的对象和范围，最低最高期限、司法和行刑程序等。二是科学分析罪犯。三是采用累进处遇制度，促使罪犯积极向上，培养其责任感。四是设立假释制度，保持不定期刑的弹性，便利罪犯回归社会。五是建立专门的罪犯考察决定机构。五个条件基本上都是出于西方分权学说和罪刑法定主义的考虑在一定程度上对司法自由裁量权的限制。在摒弃不定期刑的今天，自由裁量权的相关限制措施如累进处遇制度、假释制度和罪犯考察决定机构仍由于其科学性得到沿用。

（二）定期刑运动

定期刑运动是在美国对“医疗模式”改造犯人失败的反思后开始的。当时的实证发现不定期刑推行的“医疗模式”并没能起到很好成效。相反，不定期刑的消极后果如司法人员自由裁量权的泛滥导致人权侵犯和法制破坏的恶果让人们无法忍受。加里福尼亚州制定的“量刑法”，首开先河设置量刑委员会，制定量刑指导方针。随之而来的是各州定期刑法令的颁布。1984年《量刑改革法》要求成立的美国量刑委员会（由7名选举的成员和2名非选举的当然成员组成）制定和不断修订美国量刑指南。其目的在于通过规定详细的、说明对触犯联邦刑法的罪犯如何恰当适用刑罚的指南，制定量刑政策和做法，以保证联邦刑事司法制度实现公平、正义的目标。纵观美国定期刑运动，改革主要包括：明确刑期刑，强制刑和假设刑。明确刑期刑取消了假释和善时制度，法官可以选择监禁或缓刑，但他在决定监禁的长短方面的自主性很小。强制刑适用于某种特定种类的犯罪，规定上下额假定刑要求法官选择既定的刑种，但同时允许法官在有加重或减轻处罚情节存在时背离之，只是假定刑判决必须送交上诉法院复查。

定期刑的改革由于公众的广泛支持和立法界和司法界的通力合作，取得了较为圆满的成果。《美国量刑指南》基本上年年得到修订，以指导刑事司法中的量刑实践。同时，假释委员会的权力获得了有效的控制。自由裁量权在一定程度上受到限制，保障了量刑的基本公正合理。

（三）量刑制度改革的走向

分析各国量刑制度改革，我们不难发现存在两个基本走向：综合化与精确化。

综合的意义在于各种量刑制度旨在实现责任主义的目标。即以报应为基础兼顾功利设计制度和运用制度。不定期刑运动，是在以教育刑理念下将刑罚执行视同医治病人，如同医生不能一开始治病即确定痊愈的时期一样，矫正行为同样不能在判决时确定刑期。自19世纪后期开始的历时一个世纪的不定期刑运动赋予司法人员极大的自由裁量权，一定程度上以量刑个别性破坏了量刑的统一性。正如不定期刑在日本受到批判一样，它因违反责任主义而成为问题。以牺牲刑罚统一性和刑罚的公正合理性获得个案公正最终会导致刑罚背离它的固有价值。一言以蔽之，不定期刑的根基在过度强调刑罚的功利性。定期刑运动是在意识到不定期刑的弊端后的反思，它要求在责任主义指导下载量刑罚。从现代世界各国刑法看来，采取不定期刑的国家仅为少数且严格限于几种特殊犯罪或特定犯罪主体。采取的不定期刑也是相对不定期刑。我国刑法没有规定不定期刑，审判机关必须根据犯罪分子的基本犯罪事实和犯罪情节裁量刑罚。基于报应的基础又兼顾功利的考虑，综合报应与功利的定期刑制度是量刑制度改革的方向和趋势。

精确的意义在于对制度的运用规则进一步细化。量刑制度是一个框架性的结构（数构成条件的组合），需要细化的规则加以实现。数罪并罚制度中，关于数个无期徒刑的吸收原则如何实施，升格以死刑论肯定不行，但简单地只论以一个无期徒刑则嫌过轻。《意大利刑法典》第72条规定：“数个无期徒刑之犯罪竞合时，处无期徒刑并加科6个月以上，3年以下日间单独监禁。无期徒刑之犯罪与一个或数个有期徒刑犯罪竞合，而其刑期在5年以上者，应处无期徒刑，并加科2个月以上，18个月以下日间单独监禁。受刑人处日间单独监禁时，仍应服劳役。”此类刑法规定对无期徒刑吸收原则的细化可谓苦心积虑。又如累犯的加重处罚，各国刑法在只规定加重处罚的原则基础上多规定加重幅度，如：匈牙利刑法典规定累犯包括一般累犯、特别累犯和多次累犯。对特别累犯和多次累犯，立法规定可以将法定刑提高一半但不能超过15年。我国台湾地区刑法规定累犯加重本刑至二分之一。此种规定精确地衡量了罪与刑的对称，限制了法官的自由裁量权，求解了合理公正的量刑结果。因此，其具有为各国立法借鉴之价值。

四、我国量刑制度改革的展望

我国刑事立法关于量刑制度基本上规定在第四章“刑罚的具体运用”中，包括累犯、自首、立功、数罪并罚和缓刑等制度。这种设计为学界区分量刑制度和行刑制度留下了一定的空间。我国刑法学界对量刑制度的宏观研究不多，现存研究都局限于具体制度的运用。如何从宏观角度重构我国量刑制度，需要关注三个问题。

（一）总体目标

量刑制度改革的总体目标应当是综合化与精确化。责任主义要求现代刑罚同时关注报应和功利两大价值，量刑制度存在报应与功利两大支柱。这是西方国家长达数百年刑罚制度改革运动的认识。综合化的量刑制度设计对具体制度均考虑报应与功利的因素。精确化要求是细化量刑制度的运行规则，限制法官自由裁量权。它是实现报应与功利的必要途径。

（二）制度完善

制度完善包括废、改、立。量刑制度的废、立是指增设新的制度与废除旧的制度。我以为当前迫切需要规定的是坦白制度和再犯制度等。坦白制度区别于自首制度的唯一一点是“自动投案”与否。量刑制度中坦白制度的应付阙如导致量刑实践的困惑，严重影响了执法的统一性。再犯制度与累犯制度和前科制度存在紧密联系，再犯制度的缺失同样给制度体系造成了漏洞，给司法实践造成了困惑。因此，坦白制度和再犯制度应当在刑法修订中得到补定。特别减轻制度因在实践中与罪刑法定相悖且运行中因司法懒惰徒具形式，应当废除。

量刑制度的“改”当指量刑制度的细化。纸面上研究具体量刑制度时，尚不能完全了解量刑制度运行的细节。在实际运行中的量刑制度因缺乏细则基本上处于一种粗线条的状态而无法适用。因此，立法对制度进一步细化是当务之急。

（三）与刑事诉讼改革配套进行

刑法与刑事诉讼法处于互动关系之中。量刑制度的改革需要严密关注刑事诉讼的改革。在由庭审模式向对抗式的转型中，量刑制度改革必须把握对抗制的精髓“两造对抗法官中立”，逐渐强化量刑的地位，将制度运行的不利影响因素如权力介入、媒体舆论、法官好恶和治安形势过滤出去。在刑事诉讼制度改革方兴未艾的当代中国，如何设计量刑制度并与诉讼制度谐和关系到刑事法治目标能否实现的问题。量刑制

度忽略刑事诉讼改革将会导致实体与程序两相脱节，刑法失去动态性成为静止的死的法条，量刑成为枯燥乏味的机械工作。



（黄京平系中国人民大学刑事法律科学研究中心执行主任、教授、博士生导师，北京师范大学刑事法律科学研究院兼职教授；蒋熙辉系中国社会科学院法学所副教授、法学博士）

更新日期：2006-6-6

阅读次数：383

上篇文章：人格的刑法价值体现

下篇文章：论赦免的概念及其属性

 打印 |  关闭

 TOP

©2005 版权所有：北京师范大学刑事法律科学研究院 京ICP备05071879号