

# 量刑的若干理论问题探讨

胡学相

本文主要就量刑的概念和特征、量刑的地位与作用、量刑的世界性趋势及量刑理论在我国刑法学中的地位等四个问题进行探讨。作者认为,量刑是人民法院对具体的犯罪分子依法裁量决定具体的刑罚的审判活动,量刑在国家的刑事活动中居于核心地位,量刑既是实现刑罚目的的重要手段和前提,也是实现我国刑法任务的手段。目前量刑的世界性趋势是量刑缓和化和虚无化。在以罪刑关系为中心的刑法学体系中,量刑理论应与刑事立法论、定罪论和行刑论处于并列平行的位置。

长期以来我国刑法学界一直存在疏忽量刑理论研究的倾向,导致量刑理论研究较为薄弱。现在越来越多的学者已经认识到这一问题并已经着手研究。本文主要对我国量刑理论中的几个宏观问题进行探讨。

## 一、量刑的概念和特征

关于量刑的概念,各国著作表述不一,争议较大。归纳起来,主要有以下几种:1.日本有关量刑的定义,量刑又称刑罚的量定,从狭义上讲,就是裁判所对特定的行为者宣告科以特定的刑罚,从广义上讲,指该种特定刑罚的选择决定的“刑罚适用”的整个过程,广义的量刑除包括狭义的量刑之外,还包括缓刑和免刑、保护观察等处分的裁量<sup>①</sup>。2.东欧国家的量刑的定义:量刑又称为判外刑罚,就是法院在作出有罪判决时选择对被认定犯有罪行的人的具体刑事制裁方法<sup>②</sup>。3.台湾学者有关量刑的定义,量刑又称科刑,指裁判官依犯人犯罪的情状,在法定刑或处断刑的范围内科以较轻或较重之刑。科刑包括选科和酌科两种情形<sup>③</sup>。4.量刑是审判机关代表国家对于已构成犯罪的分子,依法裁量应服刑罚的刑种及刑期的审判活动。从广义上说,对判处三年以下有期徒刑或拘役的罪犯宣告缓刑和对判决死刑的罪犯宣告缓刑执行及对犯罪情节轻微的罪犯免于刑事处罚,也都属于量刑活动的体系之内<sup>④</sup>。5.量刑是人民法院对犯罪分子依法裁量决定刑罚的一种审判活动<sup>⑤</sup>。6.量刑,一般地说是指法院按照法律的规定,依据犯罪事实、性质、情节和危害社会的程度等等决定应宣告的具体刑罚的裁量活动<sup>⑥</sup>。7.所谓量刑,从狭义上讲,就是法院对特定的行为人宣告科以特定的刑罚,从广义上讲,还包括选择该特定刑罚的整个过程,有时又简称为“适用刑罚”<sup>⑦</sup>。8.比较权威的著作认为,量刑是审判人员审理刑事案件后根据一定的原则和应予考虑的各项情节,依法权衡轻重,对被告宣告一定的刑罚或免于处罚<sup>⑧</sup>。

上述各种量刑定义都有其合理之处,同时也都存在不足。第一种定义将量刑分为广义和狭义的作法值得肯定,并且其狭义的量刑概念比较恰当。但是其广义的量刑概念外延过宽,内涵不清,将量刑与刑罚适用混为一谈,为笔者所不取。第二种定义将量刑解释为判刑,如果从狭义的角度去理解,基本上是恰当的,只是该定义将判刑说成是“选择……具体的刑事制裁方法”,则不妥当。因为刑事制裁方法包括刑罚和非刑罚方法,而非刑罚方法则不属于量刑所判处的内容。第三种定义把量刑的内涵基本包括了,但表述方法不可取。第四种定义从狭义上界定量刑是准确的,但其广义的量刑包括对判处死刑的罪犯宣告缓刑执行则不合适。因为对死刑犯宣告执行死刑不存在选择暂缓执行的期限,法律已明文规定一律为两年,无需法官裁量。而对判处三年以下有期徒刑或拘役的罪犯宣告缓刑则与此不同,对罪行较轻且又有悔改表现的犯罪分子适用缓刑,有一个选择与确

定缓刑期限的问题,即决定缓刑几年执行的问题,只有存在可供选择的几种可能性,才发生量刑的问题,所以对“死缓犯人”不存在量刑,而对“缓刑犯”则存在量刑的问题。至于对罪行轻微的犯罪分子免除刑事处罚是否属于量刑的范畴,笔者认为免刑属于是否适用刑罚的内容,从严格意义上讲不属于量刑的范畴,但它又比较接近量刑阶段,与量刑问题紧密相连,要研究量刑,就应当将免刑问题一同研究,这正如非刑罚处理方法不属于刑罚的内容,但在研究刑罚时又往往需要对非刑罚处理方法同时进行研究是一样的道理。由于免刑与判刑如此紧密的联系,所以将量刑的范围稍微扩大一点,免刑可以划归广义的量刑内容。第五种定义从狭义去看待量刑比较准确,只是缺乏广义的量刑定义。第六种定义将量刑的标准与量刑的概念混为一谈,未能揭示出概念的本质属性,所以不可取。第七种定义笔者基本赞同,只是有两点必须修正,第一是定义将量刑的对象界定为特定的行为人,用语不准确,外延过广,应改为“具体的犯罪人”,第二是将量刑等同于“适用刑罚”也不妥当。量刑的范围比刑罚适用的范围更小。按一些学者的划分,刑罚的适用分为三个阶段,一是刑罚适用的预备阶段(即定罪阶段),二是刑罚的定量阶段(即量刑),三是刑罚的修正阶段(即减刑和假释)<sup>⑥</sup>,所以量刑只是刑罚适用的一部分。第八种定义有两点不足:一是未指明量刑的对象是犯罪分子,而只是笼统地说是被告,用语不准确。因为被告有有罪的被告和无罪的被告之分,只有在经过人民法院的审理后,认为构成犯罪的,就可以确认为犯罪分子,量刑正是针对犯罪分子进行的,而那些无罪的被告就不能作为量刑的对象。二是该定义将免于处罚也包括在狭义的量刑中不妥当,免于刑罚充其量只是广义量刑的内容。

综合上述各家之长,笔者认为,量刑有广义狭义之分,狭义的量刑指人民法院对具体的犯罪分子依法裁量、决定特定的刑罚的审判活动;广义的量刑指人民法院选择决定给予犯罪分子以特定刑罚或免于刑罚的整个过程,它除了包括狭义的量刑外,还包括免刑和缓刑的裁量。

从量刑的概念可以看出量刑具有以下几个特点:第一,量刑的主体是人民法院,其他任何机关都无权对犯罪分子量刑。量刑是实现国家刑罚权的一项重要活动,也是刑事审判的重要内容,法律将量刑权仅授给人民法院。而人民法院是机关,不是人,人民法院对刑事案件的量刑权要通过法官去实现,所以法院的量刑权实际上是法官的裁量权。第二,量刑的对象是犯罪分子,而不是被告人或未构成犯罪的人。被告虽然具有某种犯罪的嫌疑,或被关押,或被传唤,但在法院证实其行为构成犯罪以前,都不能对其量刑。实践中经常发生这样的事:对某一被告难以认定其构成犯罪或无证据认定其构成犯罪,便草率地对其予以量刑,这样做是错误的。第三,量刑是罪刑关系的具体化和对犯罪人处罚的量化,它使罪与刑之间的关系在具体的犯罪人身上实行了一一对应,给犯罪人以量化了的处罚。量刑过程其实就是从法定刑、处断刑具体演变为宣告刑的过程,是对法定刑和处断刑的修正。具体说来,量刑包括以下内容:1. 决定对犯罪人是否判处刑罚。一般来说根据罪行相适应原则,犯了罪是要受到刑罚处罚的。但是,在某些情况下,行为人虽然犯了罪,也可以免于刑事处罚。例如我国刑法第32条即规定:“对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的,可以免于刑事处罚。”此外还规定了对于中止犯、从犯、胁从犯、自首犯、预备犯等可以免除刑罚。这样,人民法院在确定行为人构成犯罪后,首先要考虑的便是对犯罪人是判处刑罚还是免除刑罚。2. 决定对犯罪人判处怎样的刑罚。我国刑法对各种犯罪一般规定了好几种刑罚,供法官量刑时根据案件的具体情况选择哪一种刑罚,即使是一种刑罚,往往也规定了轻重不同的幅度和期限,这就要求法官量刑时决定判处哪一种刑罚或在某一种刑罚中确定多长的刑期。3. 决定对犯罪人所处的刑罚是立即执行还是缓期执行。一般说来,我国刑法规定,刑罚一旦判处,便要求立即执行,但是刑法第67条规定,对于罪行较轻、被判处拘役或三年以下有期徒刑的犯罪分子,根据其犯罪情节和悔罪表现,认为适用缓刑确实不致再危害社会的,可以宣告缓刑。有的学者认为缓刑属于行刑阶段,不属于量刑的内容。在笔者看来,缓刑制度从执行上看属于行刑范畴,但是从人民法院决定是否适用缓刑几年来看,仍属于量刑的内容。缓刑跨越了量刑阶段和行刑阶段。第四,人民法院量刑必须依据法律的规定。由于量刑关系到国家司法机关的声誉也关系到当事人的切身利益——生杀予夺,所以法律采取了两条措施来保证量刑的公正合理,避免量刑失衡,其一是刑事诉讼法规定,当事人和检察院可以以量刑不当作为理由向上一级人民法院上诉或抗诉,从而在诉讼程序上保证尽量减少和改正量刑上的误差;其二,在刑法中规定了量刑的原则和标准,从实体法上防止量刑畸轻畸重现象的出现。

在下列条件存在时,量刑才有必要:1. 当某罪的法定刑中存在着两种以上可供选择的刑罚时,才有选择刑种的必要。例如,强奸罪中同时存在着有期徒刑、无期徒刑和死刑等刑种,这时才有必要选择刑种。如果只存在单一的法定刑或单一的绝对确定的法定刑时,刑罚只不过是机械地被应用,不发生量刑的问题。另一方面,如果法律规定绝对不确定的刑罚,对刑罚的种类和刑度都未加限制,那么法官就可以随意擅断,也谈不上刑法意

义上的量刑。2. 存在加重、减轻刑罚事由时,就有必要通过对法定刑进行加重、减轻而形成处断刑。3. 当存在法定从重、从轻、减轻或酌定从重从轻情节时,法院也必须根据刑法规定进行裁量。这就意味着,除了处以死刑或无期徒刑以外,其他法定刑和处断刑均有一个幅度,法院必须根据案件的从重、从轻情节,在法定量刑幅度内决定一定期间的自由刑或资格刑或一定数量的财产刑。

## 二、量刑的地位与作用

(一)量刑在审判活动中的地位 人民法院的刑事审判活动有两个基本环节,一是定罪,二是量刑。定罪是在查清案件事实的基础上解决被告人的行为是否构成犯罪及构成什么罪的问题,而量刑则是在定罪的基础上解决对犯罪分子是否判刑和判处何种刑罚及多长的刑期的问题。定罪与量刑既有区别又有联系。从二者的关系可以看出量刑在刑事审判中的地位。1. 定罪是量刑的必要前提和基础,量刑则是定罪的法律后果。只有犯罪事实清楚,证据确凿,才能准确地定罪,也只有准确地定性,才能公正合理地量刑。如果定罪不准,必然会出现错案,那么很难保证量刑的准确。所以正确地定罪是正确地量刑的先决条件和必要保障。2. 量刑又在一定程度上反作用于定罪。在想象竞合犯、牵连犯等犯罪形态下,量刑所选择的法定刑对于某些犯罪罪名的确定具有决定性的作用。因为在上述犯罪形态下,一个犯罪行为触犯了数个罪名,按照刑法原理,从一重处断,只能选择一个罪名定罪,而这一罪名的选择就必须看哪一种犯罪的处刑最重,这时法定刑重的罪便是我们所确定的罪名。在这种场合法定刑重的犯罪就成为决定罪名的重要依据。3. 从遏制和预防犯罪的需要出发,定罪和量刑是达到刑罚目的的两个必不可少的环节。仅有定罪准确或仅有量刑正确都是不够的。定罪准确并不能必然带来量刑适当的结果。因为量刑有其自身的规律,如果违反了这些规律,该判的不判,不该判的又判了,或者重罪轻判、轻罪重判,那么必然会出现两种结果:要么助长犯罪分子的嚣张气焰,起不到遏制犯罪的作用,要么扩大打击面,株连无辜。这两种结果都是量刑不当对犯罪所产生的反作用,这是我们量刑时必须避免的。所以,仅有定罪准确而量刑不当是不能达到刑罚目的的,仅有量刑准确而定罪错误则不能让犯罪人和其他人信服,也难达到刑罚目的。所以,只有定罪与量刑都正确才能发挥刑罚的功能,起到遏制和预防犯罪的作用。

(二)量刑在国家的刑事活动中居于核心位置 一般认为,国家的刑事活动包括:(1)制刑活动,即刑事立法活动;(2)定罪活动,即司法机关的定罪过程;(3)量刑活动;(4)行刑活动即将量刑的结果付诸执行的活动。在这四项活动中,量刑处于核心地位。一方面量刑在立法和定罪之后,立法的结果是确立犯罪的刑罚及其体系,然而这些刑罚和体系即各罪的法定刑在量刑之前只是一种书面规范,表现为静态,只有通过量刑,法律规范才能变成现实,立法的结果才能由静态转为动态。没有量刑这一活动,再好的刑事立法也形同虚设,古人云:“徒法不足自行”即是这个道理。另一方面,行刑又在量刑之后,没有量刑便无刑可行,量刑是行刑的前提。如果量刑错误,愈是认真执行刑罚,产生的后果便愈严重,所以量刑的正确与否,对行刑有着决定性的意义。至于定罪与量刑的关系,前面已论述,要对犯罪分子惩罚,仅仅有正确的定罪是不够的,还需要通过量刑,将法律规定的法定刑具体量化为犯罪人执行的刑罚,使法定刑现实化。所以量刑是联接制刑、定罪和行刑的一个中心枢纽,是将法律规范变为现实的一座桥梁。

(三)量刑的作用 首先,量刑正确是实现刑罚目的的重要手段和前提。我国刑罚的目的是预防犯罪分子重新犯罪并警戒社会上的不稳定分子。相对于这一刑罚目的而言,制刑、定罪、量刑与行刑都是实现刑罚目的的手段,但是,制刑、定罪与行刑三者为达到刑罚目的各自所起的作用不如量刑大。制刑的作用是确立与宣布刑罚,它只能产生一般预防的效果,它本身不具有特别预防的作用。而且制刑的一般预防作用的发挥,在很大程度上依赖于量刑。因为以法律的形式规定犯罪和刑罚,虽然能使人们在大脑中产生犯罪与刑罚相联系的概念,告诫人们不要触犯刑律,但这种确信和告诫只有通过量刑才能得以巩固和加强。而定罪对于实现刑罚的一般预防和特别预防的目的起的作用也不如量刑大。定罪具有评价的功能、威慑的功能、伸张正义的功能、安抚的功能。所谓定罪的评价的功能是指国家通过定罪给予犯罪分子以政治和法律的否定性评价。所谓威慑的功能指通过定罪使犯罪分子和不稳定分子在心理上感受到国家和法律的威严,从而给其造成心理压力。伸张正义的功能指通过定罪为社会伸张正义,安抚的功能是指安抚被害人,减轻其痛苦及创伤。定罪的这几项功能量刑不仅都有,而且量刑能起到比定罪的四个功能更大的作用。定罪的上述四个功能的彻底实现都必须借助于量刑,如果离开了量刑,定罪的上述功能只能在较低层次的意义上实现,而只有在对犯罪分子定罪的基础上量刑,评价功能、威慑功能、伸张正义的功能和安抚的功能才能得到加强和深化。以威慑功能为例,定罪的威慑功

能在犯罪人的心理上只能起到比较有限的作用，而量刑的威慑作用则不同，它将刑罚与犯罪人紧密联系起来，使犯罪人能真正现实地感到刑罚已逼近自己，这种与刑罚挂起钩来的威慑力量要比定罪威慑力量强大得多，当然，要彻底地实现威慑功能也还需要通过行刑。而上述评价功能、威慑功能、伸张正义的功能和安抚的功能都是实现刑罚目的的几个重要手段，所以，量刑比起定罪来说，不但能巩固与强化定罪的一般预防作用，而且还能更彻底地实现特殊预防的目的。

当然，量刑的一般预防功能和特殊预防功能，大都要通过行刑才能发挥，在这一意义上讲，量刑对于刑罚目的的实现，作用未必有行刑的作用大，但是，行刑又是以量刑为前提的，量刑正确，为剥夺犯罪人再犯罪的能力或对其予以教育奠定了基础，如对罪大恶极的犯罪人判处死刑便为执行死刑，从而永远剥夺其再犯罪的能力提供了保证和条件，因此，为实现刑罚的目的，行刑所起的作用只不过是正确量刑的作用的发挥。

其次，量刑是实现我国刑法任务的重要手段。我国刑法的任务是用刑罚同各种犯罪作斗争，保护国家、集体和公民个人的合法权益不受犯罪的侵害，维护社会的正常秩序，保障社会主义革命和建设事业的顺利进行。只有通过对犯罪分子裁量刑罚，使犯罪分子受到应有的惩罚，才能有效地保护当事人的合法权益，安抚被害人及其家属，伸张社会正义，从而实现我国刑法打击敌人、惩罚犯罪、保护人民的根本任务，体现出社会主义法律的公正性和正义性。

### 三、量刑的世界性趋势

随着资本主义国家从法治国走向文治国，世界上各国在量刑问题上也出现了一些新的变化。尽管各国在量刑上的一些作法不一，规定有别，但从大的方面看来，还是存在着一些带有共同性的倾向，主要有以下三点。

(一)从传统的三权分立的“均衡论”判刑原则发展为“分配制”量刑原则 随着旧派的报应刑理论的日趋没落，新派的教育刑理论成为现代刑罚理论的核心。资本主义国家的量刑原则随之也发生了很大的变化。教育刑论用发展的眼光、动态的方法分析现实，展望未来，并给违法犯罪者以复归社会的出路，而报应刑论则只注重既定的、现实存在的事实，用静态的方法考虑过去的事实，不重视未来。教育刑论认为，定罪和量刑，从古至今总是重复着老一套作法，可收效甚微，犯罪依然递增，犯罪率随着刑罚的加重而上升，这说明刑罚对于防止、减少犯罪现象的作用是极为有限的，因此在刑罚理论中应当更新传统观念，由报应刑向教育刑转变。与之相适应，传统的量刑原则即三权分立的“均衡论”也应向新派教育刑论的“分配制”原则转变。所谓三权分立的均衡论指量刑只依照法律条文运用和解释，不容许对刑法规范进行扩大性解释，不考虑特别预防的需要。“分配制”量刑原则指量刑必须根据罪犯的社会生活环境、教育程度、奉行品德、社会情操以及人格形成过程等方面情况或条件进行综合判断，同时认真考虑罪犯的将来和前途<sup>9</sup>，从传统的量刑均衡论转向分配制已成为一个世界性的趋势。

(二)量刑缓和化 量刑缓和化是刑罚理论从法治时代转向科学时代的重要表现。量刑上的重刑主义已为许多国家所不取，相反，量刑的缓和化、轻刑化成为一种世界性的量刑趋势。其理论依据依然是新派的教育刑论。他们认为应当争取不适用或少适用或控制适用刑罚。他们声称这是“比最好的刑法还要好得多的刑法”，并指出监狱未能将犯罪人改造过来，有的监狱还成了制造犯罪的工厂，所以越来越重视刑事政策的研究，对犯罪人量刑缓和化，这主要表现在以下几方面。

1. 实现非刑事化 所谓非刑事化，就是资产阶级立法者认为，为了避免不必要地将某些行为列为犯罪，同时又在一般人的思想上树立刑罚的严肃性，应将刑法所必须归罪的行为限制在维护公共安全秩序所必要的最低范围内。非刑事化的途径多种多样，第一种途径是把犯罪本身转化为违反秩序，从而不再量刑，只科处惩戒性的罚金。例如，联邦德国、意大利、瑞士、日本等就采用这种方法。第二种途径是采取起诉权宜主义的诉讼解决办法，也就是检察机关对于轻微的案件，在衡量刑事政策上的得失后，经过一定程序，在一定条件下，给被告人规定一定的义务，可以决定不起诉。比利时最先采用这一方法，美国、英国、法国、日本以及许多国家都采用了这种办法，这种办法规定，对极为轻微的案件，按照原来的规定行为人有缴纳金钱的义务，以后如有悔改表现就决定对其不予起诉。第三种途径是法院在判定有罪之后，缓期进行审判。这种方法是为了给被告人一个机会，使他清算自己罪行所引起的损害，重新回到守法的道路上来。联邦德国、法国、英国、加拿大等国近年来在刑法上也相继作了这方面的规定，对于经得起考验的犯就不再宣判刑罚。

2. 改革刑罚体系，避免适用自由刑 资产阶级过去以自由刑为中心的刑罚体系已经发生动摇，代之以让

犯罪人改过从善的“人道”的制裁体系。1975年联邦德国刑法首先实行这一制度,后来引起日本及其他大陆法系各国的重视,美国也表示出强烈的兴趣。从联邦德国的新刑法典来看,量定刑罚不是为了对罪犯的行为予以惩罚,而是从教育和保护的角度采取的理性措施,这样一来,刑罚的执行也从中心的地位抛到一边去了。关于自由刑和剥夺自由处分的执行,作为“最后手段”,逐渐从刑法执行机构的背后退却,只有对重罪和累犯以及罪犯人不交付罚金时,自由刑才作为代替的刑罚去适用,成为制裁的体制支柱。6个月以下的自由刑原则上用罚金来代替,对于中等期限的自由刑则改为附加遵守义务和履行事项,在自由状态中进行考验和观察。现在由于限制短期自由刑的适用,已经使罚金刑的案件数目显著增加,在1967年,联邦德国法院审理的全部案件中有62%判处罚金,1969年上升为70%,其后各年为84%<sup>①</sup>。为了避免适用自由刑,有些国家将附加刑、从刑和保安处分上升为主刑判处。拉丁美洲各国把剥夺资格能力当作主刑使用,它采取资格刑同自由刑或罚金刑并列,可以选择其一。

3. 扩大适用缓刑 缓刑制度产生于上个世纪。20世纪初各国纷纷在立法中规定了缓刑制度。二次大战后,扩大适用缓刑。表现在:其一,增多了缓刑的形式。不仅有缓刑,还有准缓刑、类缓刑,将缓刑与短期自由刑结合起来运用,其结合办法是执行一段短期自由刑后再执行缓刑。其二缓刑条件放宽了。如有的国家宣告两年以下自由刑才能缓刑的条件放宽到三年以下。其三,英美定罪不定刑的缓刑方式为其他一些国家所接受。其四,原由审判阶段确定的缓刑现在已渗透到了起诉阶段,西方国家采用的附条件的延缓起诉即是又一种缓刑。其五,适用缓刑的比例日益增长,说明西方国家已比较普遍地采用缓刑。例如日本,据1977年统计,宣判有期惩役和禁锢的总人数为75742人,其中被处缓刑的为45952人,超过60%,而实际判处徒刑的不到40%,在缓刑的罪犯中,监外保护观察的有8065人,保护观察率为17.6%<sup>②</sup>。

(三)量刑虚无化 量刑虚无化也是轻刑运动的产物,但它不是指对犯罪人判处缓和的刑罚,而是对符合一定条件的犯罪人不判处刑罚。但量刑缓和与量刑虚无化是联系的,量刑缓和是向量刑虚无化发展的开端,而量刑虚无化则是量刑缓和发展的顶峰。应当指出的是,从量刑缓和到量刑虚无化是一个漫长的道路,其中间桥梁是保安处分制度。社会保卫论者和新社会保卫论者在提出保安处分理论的开初,就有双轨制和单一制之分,前者被称为二元论的保安处分制,即严格区分保安处分和刑罚,单一制指刑罚和保安处分只有管教、监护等方法上的不同,不存在本质上的差别,两者无须加以严格的区别。量刑虚无化只是一种量刑趋势,在当今并未彻底地实行。

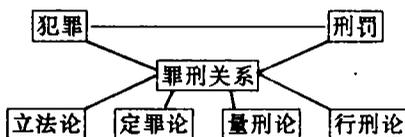
## 四、量刑理论在我国刑法学中的地位

日本早稻田大学教授曾根威彦指出:“量刑问题是刑法理论的缩图,古典学派和近代学派的对立正好在量刑理论上极为鲜明地表现出来。”<sup>③</sup>可见,量刑理论在刑法学中占有重要地位。然而,在现行的刑法学体系中,刑罚论是一个薄弱的环节,尤其是量刑理论就更为薄弱,对量刑的研究还仅限于对法律条文的注疏,与其应有的地位极不相称。

要想研究量刑理论在我国刑法学体系中的地位,首先遇到的问题是我国现行的刑法学体系问题。由于历史的原因,我国现存的刑法学体系基本上承袭了50年代苏联刑法学体系。近年来,我国不少学者深切地感到刑法学的苏联模式已不符合中国的国情,因而发出了“建立具有中国特色的社会主义刑法学体系”的呼唤。近年来,我国学术界作了一些有益的探讨,总起来说,在如何建构我国刑法学体系上主要有以下五种供选择的模式:1. “刑事责任——刑罚”模式,主张这一模式的人认为,行为人实施刑法所规定的犯罪,是行为人负刑事责任的基础,刑事责任和定罪的涵义是基本一致的<sup>④</sup>。2. “犯罪——刑事责任”模式,认为犯罪是刑事责任的前提,刑事责任是犯罪的法律后果,刑罚只是刑事责任的基本实现方式,而不是唯一实现方式,刑罚与非刑罚方法是刑事责任的下位概念,因此传统的犯罪——刑罚的体系应改为犯罪——刑事责任的体系<sup>⑤</sup>。3. “犯罪——刑事责任——刑罚”模式,认为刑事责任在犯罪与刑罚之间具有独立的实体意义,它填补了罪与刑之间的空白,从而认为“罪——责——刑”的逻辑结构应当成为处理案件的具体步骤和过程,成为刑法理论的基本体系。4. “刑事责任——犯罪——刑罚”模式。这一观点认为刑事责任是刑法的内在生命,它对其他各方面的研究具有直接的指导意义,是刑法学的基本理论<sup>⑥</sup>。5. 罪刑关系中心论的模式。这是我国刑法学界少数人离开刑事责任问题独辟蹊径建立起来的刑法学体系。其基本设想是以罪刑关系的基本原理为经线,以罪刑关系的辩证运动为纬线,建构成新的刑法学体系<sup>⑦</sup>。

笔者认为,前四种模式都紧紧围绕刑事责任这一问题建构刑法学体系,有将刑法学带入狭隘领域发展的危险,使刑法学的路子越走越窄。因为刑事责任这一概念在刑法学上本来就是一个抽象的概念,其内涵和外延并不固定,有多种理解。围绕这样一个认识不一的概念去建构刑法学体系只能是钻死胡同,越走越窄,或作毫无意义的文字游戏。再者,刑事责任与犯罪和刑罚三者的关系究竟是什么至今尚无定论,这主要是刑事责任这一概念的抽象性和多变性造成的。所以围绕刑事责任建构刑法学体系是不可取的。我们赞同第五种模式即撇开刑事责任问题,以罪刑关系为中心的刑法学体系。因为以罪刑关系为中心的刑法体系揭示了犯罪与刑罚的内在规律性,我国将传统的以社会危害性为中心的刑法学体系中的犯罪与刑罚部分有机地结合起来,正确地处理了罪与刑的报应关系和罪与刑的功利关系,并将这一对矛盾辩证地统一起来,科学地解决了多年来历史上莫衷一是的诸种刑法理论,为国家的刑事立法、刑事审判和行刑提供了科学的理论依据。以司法实践中的定罪和量刑为例,罪刑关系的基本原理对定罪和量刑具有重要指导意义。就定罪而言,其核心是根据行为人的社会危害程度决定行为是否构成犯罪,从而确定现实的罪刑关系能否成立。在定罪阶段,报应与功利的关系中应以报应为主要根据,刑当其罪,同时刑与罪的功利关系即刑须制罪在决定行为人应否定罪时也有一定的参考意义。就量刑而言,其任务是决定对已定罪的人是否量刑,处以多重的刑及所判刑罚是否实际执行。在这里,罪刑关系的量的规定性的指导意义也是非常明显的。对于罪行较轻、主观恶性小的犯罪人,法院可免除刑罚,对于罪行严重、主观恶性大的人,法院可按刑当其罪与刑须制罪的要求科以重刑,对于罪行轻微、主观恶性小的犯罪人判处轻刑但不实际执行即宣告缓刑。

根据罪刑关系中心论的模式重构我国刑法学体系,量刑理论在这一刑法学体系中占有重要的地位,其位置如下图所示:



上图所示的刑法学体系最大的优点是将刑事活动的各个阶段与罪刑关系紧密地结合起来,按国家刑事活动的各个阶段分别研究罪刑关系,使刑法理论与刑事立法及司法活动紧密联系起来,超脱于传统刑法学那些烦琐的争论之上,为我国刑法学的发展拓展了一条宽阔的大道,同时也为量刑理论找到了相应的位置。

#### 注 释:

- ①③ 苏惠渔、西原春夫:《中日刑事法若干问题》,上海人民出版社1992年版,第49、55页。
- ② H·A·别利亚耶夫等:《苏维埃刑法总论》,群众出版社1978年,第327页。
- ③ 高仰止:《刑法总则之理论与实用》,五南图书出版公司印行1986年版,第486页。
- ④ 苏惠渔等:《量刑与电脑》,百家出版社1989年版,第1页。
- ⑤ 高铭喧:《中国刑法学》,中国人民大学出版社1989年版,第268页。
- ⑥ 金凯:《比较刑法》,河南人民出版社1985年版,第230页。
- ⑦ 顾肖荣等:《量刑的原理与操作》,上海社会科学院出版社1991年版,第2页。
- ⑧ 《中国大百科全书》(法学卷),中国大百科全书出版社1984年版,第382页。
- ⑨ 周振想:《刑罚适用论》,法律出版社1990年版,第7页。
- ⑩ 甘雨沛,杨春洗等:《犯罪与刑罚新论》,北京大学出版社1991年版,第700页。
- ⑪ 转引自《中国社会科学》1985年第4期,第71页。
- ⑫ [日]《法学家》1981年1月1日号
- ⑬ 王勇:《定罪导论》,中国人民大学出版社1990年版,第65页。
- ⑭ 张明楷:《刑事责任论》,中国政法大学出版社1992年版,第150页。
- ⑮ 转引自赵秉志等:《中国刑法的运用与完善》,法律出版社1989年版,第268页。
- ⑯ 陈兴良:《刑法哲学》,中国政法大学出版社1992年版,第679页。