



## 海峽兩岸量刑規定比較研究

皮 勇 劉勝超

**摘 要：**海峽兩岸量刑基本原則的內容存在高度相似性，即都將罪責原則和預防原則作為量刑的基本原則。在量刑方法上，台灣地區刑法規定了以處斷刑為中心的量刑方法，而大陸地區刑法則缺乏量刑方法的規定。由於海峽兩岸刑法中現有的量刑方法無法解決量刑失衡的問題，兩地不約而同地展開了量刑改革運動。改革之後兩地在量刑方法存在明顯的差異。在量刑情節的分類上，大陸地區更傾向於形式分類，而台灣地區則傾向於實質分類。在量刑情節的適用規則上，台灣地區要比大陸地區詳盡，但是還是無法滿足量刑精確化的要求。不過，兩地開展的量刑改革都在一定程度上完善了現有的量刑情節適用規則。

**關鍵詞：**量刑基本原則；量刑方法；量刑情節；比較研究

解決量刑失衡是全球各個國家或地區所面臨的共同難題。我國大陸地區和台灣地區同根同源，文化、歷史傳承相同。由於歷史的原因，海峽兩岸適用了不同的刑法，但兩地通常都被認為同屬大陸法系的範圍。對兩地的量刑規定進行系統比較分析，對推進大陸地區量刑規範化改革大有裨益。具體案件的量刑過程涉及到三個重要層面的內容，即量刑基本原則、量刑方法和量刑情節。量刑基本原則作為量刑活動的方向盤，在量刑活動中占有重要地位，只有明確了量刑基本原則才能為量刑活動找到合法性與合理性的依據。但是，只有抽象的量刑基本原則並不能對法官的量刑活動進行具體的指導，還必須明晰量刑方法，使得法官能夠在具體方法的指導下正確適用具體的量刑情節，從而完成最終的量刑工作。據此，筆者以海峽兩岸量刑基本原則、量刑方法、量刑情節的相關規定為主線，展開本文的討論。

### 一、大陸地區量刑的規定

#### （一）大陸地區量刑基本原則的規定

刑法第 5 條和第 61 條是量刑的一般性規定，根據這兩條，我們可以明晰我國量刑基本原則的內容。第 5 條作為刑法的基本原則，不僅是定罪的原則，也是量刑的原則；第 61 條則是量刑根據的規定，但是與量刑基本原則密切相關。第 5 條規定，“刑罰的輕重，應當與犯罪分子所犯罪行和承擔的刑事責任相適應。”該條確立了罪責原則為量刑的基本原則，即根據犯罪人所犯罪行的社會危害程度以及行為人的主觀惡性的大小來裁量刑罰的輕重。第 61 條規定：“對犯罪分子決定刑罰的時候，應當根據犯罪的事實、犯罪的性質、情節和對社會的危害程度，依照本法的有關規定判處。”該條所列的量刑根據都是與犯罪及其危害有關的因素，而不考慮犯罪人的個人特性，如刑罰對犯罪人未來社會生活的影響、犯罪人的再犯可能性和其他個人因素。按照以上兩條量刑一般性規定的要求，大陸地區量刑追求的是刑罰與罪責的均衡，以實現“罪責刑相適應”作為量刑公正的標準，量刑不考慮預防犯罪的需要。然而，大陸地區刑法的其他法條卻規定量刑時要考慮與犯罪預防

有关的犯罪人个人因素。如累犯、自首和立功、未成年人犯罪、老年人犯罪等法条,都是将犯罪人的个人特征(与罪责没有关系)作为量刑从宽或从严的根据。

综合而言,大陆地区量刑贯彻的是以罪责原则<sup>①</sup>为基础的、考虑预防的需要的量刑原则。具体而言:(1)犯罪人的罪责决定刑罚的量度。具体影响刑罚量度的因素是犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对社会的危害程度。(2)在根据罪责原则决定刑罚的基础上,法官量刑还要考虑预防的需要。前述累犯、未成年人犯罪的从宽处理的规定。

## (二) 大陆地区量刑方法的规定

大陆现行立法并没有对量刑方法做出明文规定,在最高人民法院推行量刑规范化改革之前,量刑采取的是估堆量刑法,在法定刑幅度内对被告人任意适用刑罚,导致量刑失衡现象的此起彼伏(石经海,2010)。量刑失衡现象的大量存在,对社会公正、司法权威和人民法院的公信力都产生了消极影响。在此背景下,大陆地区开展了量刑规范化改革。经过10年的努力,最高人民法院制定了《最高人民法院关于常见犯罪的量刑指导意见》(以下简称《量刑指导意见》),并于2014年1月1日起在全国范围内正式实行。该文件对盗窃罪、故意伤害罪等15种常见犯罪的量化作出了明确规定,对于其他犯罪也具有参考价值。根据该《量刑指导意见》,确立了“三步骤”量刑方法,并将定性定量相结合的方法纳入到“三步骤”量刑方法之中。

“三步骤”量刑方法为:(1)根据基本犯罪构成事实在相应的法定刑幅度内确定量刑起点;(2)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;(3)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。”在确定了基本的量刑步骤后还规定了每一步的方法。而定性与定量相结合的方法则具体表现为(1)量刑时对罪名、量刑情节有无等情况的认定采取定性方法。法官主要是根据自己的经验和相关法律的规定,通过对案件的综合判断来完成这些任务。例如某一情节是自首还是坦白,是不是立功,是重大立功还是一般的立功等等,只有定性才可以确定。(2)对犯罪事实适度量化。对犯罪事实的适度量化主要体现在两个方面:对确定量刑起点的基本犯罪构成事实的适度量化和对在量刑起点基础上增加刑罚量的各种事实的适度量化。(3)对量刑情节适度量化。例如对自首情节的量化。不过,由于缺乏法律依据和涉嫌越权<sup>②</sup>,也招致了很多学者的质疑。

## (三) 大陆地区量刑情节的规定

### 1. 量刑情节分类

刑法中量刑情节的数量极大、内容繁多,刑法理论上根据不同的标准将量刑情节分为多种类型。其中得到我国刑法理论界和司法实务界普遍承认和采纳的是以量刑情节是否由刑法明文规定为标准,将量刑情节分为法定量刑情节和酌定量刑情节两类。其中,法定量刑情节是“法律明文规定的,在量刑时必须考虑的各种情节”,而酌定量刑情节则是“我国刑法认可的,从审判经验中总结出来的,对行为的社会危害性和行为人的身危险性都具有影响的,在量刑时灵活掌握、酌情适用的各种事实情况。”(马克昌,1999:331,358)此种分类只是一种形式意义的分类,不是建立在对象量刑情节作实质评价的基础之上,无法解决实际问题,价值有限。

为了解决量刑情节形式分类所带来的弊端,《量刑指导意见》根据不同量刑情节在价值、功能上的不同定位将犯罪事实分为以下四类:(1)基本犯罪构成事实。(2)与基本犯罪构成有关的事实。基本犯罪构成有关的事实又分为两种情形:①对基本犯罪构成事实加以修正的事实。这部分事实具有双重属性,即就性质而言,它们是根据刑法规定对基本犯罪构成事实进行修正而来的事实,属于犯罪构成事实;但是,就功能而言,它们不影响定罪,只影响刑罚裁量,故又属于量刑情节,且系罪中量刑情节。②犯罪

①对于罪责概念的梳理可参见陈兴良:《从刑事责任理论到责任主义——一个学术史的考察》,载《清华法学》2009年第2期。笔者主张的罪责是指行为人的行为罪责,而不是素行罪责或性格责任。在量刑中所考虑的罪责必须是按照犯行在其对所侵犯的法秩序的严重性意义以及个人过错的程度来加以定位。

②量刑涉及到人民法院和人民检察院的组织和职权、犯罪和刑罚以及对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚,司法机关无权对其作出规定。显然最高人民法院主导出台的量刑规范化文件有越权之嫌。合适的是,量刑规范化应当由全国人大及其常委会来主导,司法机关作为参与机关发挥其配合作用。

次数,犯罪后果,犯罪数额等影响基本犯罪构成的犯罪事实。该部分犯罪事实虽不对基本犯罪构成事实加以修正,但却与基本犯罪构成事实密切相关,具有同质性。(3)罪中事实。即除去上述前两类罪中事实之外的其它犯罪事实,该类犯罪事实虽然是罪中事实,但与基本犯罪构成事实无关。例如防卫过当,避险过当。(4)广义的犯罪事实,也叫案件事实。广义的犯罪事实是指罪中事实以外的,反映行为人主观恶性和人身危险性程度的罪前、罪后的一切主客观事实情况。

## 2. 量刑情节的适用规则

大陆地区现行刑法并没有建立其完整、具体的量刑情节适用规则,表现为:(1)刑法对各类量刑情节的作用力只有定性的规定,而缺乏定量的说明。具体而言表现为所有的量刑情节只在性质上被区分为从重、从轻或者减轻或免除四类,但是每一种性质的量刑情节到底有多大的作用力,作用力的大小有何不同则完全缺少定量的说明。(2)从重、从轻情节的参考标准不明。从重、从轻情节的适用是量刑情节适用的核心问题之一,但是从重、从轻情节的参考标准不明,导致从重、从轻量刑情节是针对什么情况下的处刑从重或者从轻,理论界众说纷纭,没有一个完全让人信服的定论。

为了解决量刑情节适用规则不完整、不具体的困境,最高人民法院《量刑指导意见》对量刑情节适用规则作出了相对比较完整、明确的规定,主要表现为:(1)规定了量刑情节的从重、从轻的标准为基准刑,并规定了常见量刑情节对基准刑的调节比例,实现了对具体量刑情节的量化。(2)确定了量刑情节调节基准刑的方法。具有单个量刑情节的,根据量刑情节的调节比例直接对基准刑进行调节;具有多种量刑情节的,根据各个量刑情节的调节比例,采用同向相加、逆向相减的方法确定全部量刑情节的调节比例,再对基准刑进行调节。(3)确定量刑情节适用的先后顺序。对于具有刑法总则规定的未成年人犯罪、防卫过当、避险过当量刑情节的,应当优先适用,之后再适用其他量刑情节。(4)规定被告人犯数罪,同时具有适用各个罪的立功、累犯等量刑情节的,先适用量刑情节,再依法实行数罪并罚,决定执行的刑罚。

## 二、台湾地区的量刑规定

### (一) 台湾地区量刑的基本原则的规定

台湾地区刑法第57条是有关量刑的一般性规定,其内容为:“科刑时应以行为人之责任为基础,并审酌一切情状,尤应注意下列事项,为科刑轻重之标准:一、犯罪之动机、目的。二、犯罪时所受之刺激。三、犯罪之手段。四、犯罪行为人之生活状况。五、犯罪行为人之品行。六、犯罪行为人之智识程度。七、犯罪行为人与被害人之间的关系。八、犯罪行为人违反义务之程度。九、犯罪所生之危险或损害。十、犯罪后之态度。”由此可见,57条实际包含两部分内容,即量刑基本原则和量刑考虑事由。

法官量刑时应当遵循何种原则,刑法在2006年修订之前并没有作出明确规定,不过相关裁判却陆续指明了方向(陈怡君,2010:3)。例如台湾地区最高法院在其1997年台上字第5313号判决、1997年台上字第7655号判决、1999年台上字第328号判决、2004年台非43号判决、2004年台上字第9号判决、2004年台上2864号判决、2004年台上3746号判决等相关裁判中反复提到比例原则。比例原则作为公法中的一个基本原则,在量刑领域实际上指的就是罪刑相当原则,在本质上相当于罪责原则。但是,台湾地区量刑也并非不考虑特殊预防和一般预防的需要,2005年的9号判决要求兼顾预防的需要,并列举了可以从轻的,犯罪之外的量刑根据,表明量刑时要综合考虑罪责的大小和预防的必要性<sup>①</sup>。

在司法实务中,法官量刑从理论上而言应受前面所列基本原则的限制,但法律并无明文规定,直至2006年修法将第57条由原条文“科刑时应审酌一切情状”修正为“科刑时应以行为人之责任为基础,并审酌一切情状”。不过,就量刑原则而言,立法上虽做出“科刑时应以行为人之责任为基础”的规定,理论上却认为在解释上不应局限于“以行为人之责任为限”(许泽天,2010:6)。因为该条随后作出“并审酌一切情状”的规定,这里的“一切情状”在概念上自然不应当排除与“预防”有关的情节。而且,立法者在

<sup>①</sup>台湾学者认为总体而言,刑罚的量定是从罪责原则(责任原则)出发,进而一来考虑作为比例原则在刑法化身的罪刑相当原则,二来审酌特别预防原则及其衍生的再社会化原则等。参见林钰雄:《新刑法总则》中国人民大学出版社2009年版,第500页。

条文中所列举的相关事项<sup>①</sup>,在理解上也很难归类到“罪责”的范畴之内,相反,它们是与“预防”密切相关的事项(陈子平,2009:500-501)。如果结合其它考虑与“预防”目的相关法条<sup>②</sup>,更容易得出量刑中应当遵循预防原则的结论。综合而言,罪责原则和预防原则是台湾地区量刑的基本原则。

## (二) 台湾地区量刑方法的规定

台湾地区对量刑方法做出了比较明确的规定,即建立了以处断刑为中心的量刑方法。所谓“处断刑”是指“法院根据法定刑而为刑罚之宣告,故宣告刑在原则上乃以法定刑为基础,然而法定刑在法律及裁判上常有加重或减轻之事由,有此事由,则为科法定刑根据者,乃法定刑加重或减轻后之刑度。”(韩忠谏,2009:385-386)相比于法定刑的抽象规定与宣告刑的精确表达,处断刑是一个相对确定的区间概念。在台湾地区“法定刑—处断刑—宣告刑”的量刑方法中,处断刑处于中心位置,即在量刑过程中起一个承上启下的作用,上承法定刑,下启宣告刑,成为连接法定刑与宣告刑的重要桥梁。在处断刑的运行过程中,法官根据法律的规定,对法定刑进行多次修正,得到的处断刑呈现出不断变化的动态过程。这一过程是分阶段完成的,每一阶段法官都需要考虑不同的法定或者酌定量刑情节,以至最终形成一个确定的刑罚点,即为宣告刑(吴情树,2009)。

不过即便立法规定了处断刑的量刑方法,也无法解决量刑失衡问题。因为“法律赋予法官极为宽广的量刑裁量权,法官是否妥善行使量刑裁量权,有如国家最高机密档案,无人知悉。”<sup>③</sup>在此背景下,在司法院的主导下,台湾地区开展了量刑改革运动,并先后出台了《智慧财产案件量刑参考要点》、《智慧财产案件量刑因子表》等若干规范性文件<sup>④</sup>,对传统的处断刑量刑方法进行精细化。规范性文件实际上将法官量刑的过程区分为三个阶段,即量刑目的确定阶段、量刑事由确认阶段,以及量刑权衡阶段。具体而言为:(1)在量刑目的确认阶段,认为量刑时必须以刑法规定和行为人的责任为基础,在法律内部界限范围内,均衡考察量刑目的,严格遵守法律秩序理念,体察法律规范的目的,使符合罪责原则、平等原则、重复评价禁止原则的要求。(2)在量刑事由的确认阶段,以刑法和相关法律为基础,将影响案件量刑因子(因素)表格化。通过长期的实证研究,量刑因子基本上覆盖了影响案件量刑的各种因子,较为全面。(3)在量刑的权衡阶段,确定各个量刑因子的作用大小并确定最终的刑罚。以侵犯知识产权案件为例,“刑之加重或减轻,除有特别情形外,应以加减百分之十五为基本原则;递加或递减者,亦应遵循相同原则。侵害智慧财产权之数犯罪,经判决确定,除有特别情形外,应以各罪宣告刑期限最长的或数额最多的为基础,再加上剩余各罪的宣告刑,所得总数减百分之十至百分之三十所得之刑,为该行为人应当执行的刑罚。”

## (三) 台湾地区量刑情节规定

### 1. 量刑情节分类

相比于大陆地区对量刑情节的形式分类,台湾地区更倾向于根据量刑情节功能的差异对量刑情节作出实质的分类。台湾地区刑法按照量刑情节功能的不同将量刑情节分为加重情节(刑罚之加重事由)、减轻情节(刑罚之减轻事由)和免除情节(刑罚之免除事由)三大类。(1)加重情节。台湾地区的加重情节可以分为法律加重情节和裁判加重情节两种类型。法律加重情节指的是由法律明文规定的量刑情节,其中刑法总则中规定的加重情节称之为一般加重,刑法分则中规定的加重情节称之为特殊加重。

①例如犯罪行为人生活状况、品行、智识程度、犯罪后之态度等。

②例如,是否易科罚金,应考虑维持法秩序与行为人矫正(刑法第41条);是否宣告缓刑,应考虑是否暂不执行为适当,且在缓刑指令中可下达预防再犯之命令(刑法第74条)。

③民间司改会、台北律师公会:《揭开法官量刑心证的黑盒子司法统计实证研究》,载财团法人民间司法改革基金会网站,http://www.jrf.org.tw/newjrf/RTE/%3C/FONT%3E%3CA%20href=,访问日期:2013年9月21日。

④台湾地区在完成智慧财产权(知识产权)案件的量刑规则制定之后,司法院对于其他类型案件的量刑规则的制定工作也日益提上日程。司法院为持续推动量刑改革,于2011年9月7日成立“司法院量刑分析研究小组”,预计每半年为一期,逐次建置各类型犯罪的量刑信息系统,使量刑信息系统成为协助法官量刑有用的仆人。计划之中的罪名有妨害性自主罪,不能安全驾驶罪量刑信息系统,枪炮案件,提供人头账户等数据帮助诈欺罪,制造、运输、贩卖、转让、栽种毒品(株)罪,窃盗罪,杀人罪等。司法院认为台湾地区未来量刑改革的目的是:(1)持续充实不同犯罪类型的量刑数据库及定应执行刑部分的平均参考值;(2)配合将来推动量刑辩论程序、观审制之诉讼改革,建置量刑信息系统,以促进量刑妥当;(3)研究设置专职且法制化的“量刑研究发展委员会”;(4)研议量刑准据的可行性。参见台湾地区司法院网站http://www.judicial.gov.tw/work/work02/work02-40.asp,访问时间2013年10月15日。

原则上,台湾刑法并不承认裁判加重情节,唯一的例外是对于罚金刑可以裁判加重。(2)减轻情节。减轻情节也分为法律减轻和裁判减轻两种,二者的区别也在于是否在法律中有明文规定。同时,和加重情节一样,减轻情节也分为一般减轻和特殊减轻两种。法定减轻由刑法总则或分则明文规定。裁判减轻指的是“依犯罪情状显然可以悯恕,且认为科处最低刑度仍嫌过重者,得加以酌量而减轻其刑”的情形(陈子平,2009:494)。(3)免除情节。免除情节也可分为法律免除和裁判免除,而法律免除分为一般免除和特别免除。其中裁判免除本质上就是对于特定微罪酌免其刑。免除处罚有罪名和刑期条件的限制,而且,即使免除刑罚,也应当做出有罪的判决。

## 2. 量刑情节的适用规则

从表面来看,台湾地区刑法似乎并没有规定量刑情节的适用规则,而只规定刑罚加重、减免标准。但由于量刑情节的适用与刑罚的适用是互为表里的关系,刑罚的适用规则即量刑情节的适用规则。

### 第一,刑罚的加重标准

根据台湾地区相关刑法的规定,刑罚加重的一般标准为:(1)有期徒刑或罚金加的加重,法定刑上下限同时加重(第67条)。(2)拘役加重只加重其上限(第68条)。(3)存有二种以上主刑时,加重时一并加重(第69条)。(4)有二种以上刑罚加重的情形,则累加处理。(第70条)。(5)因刑罚加重,而有不满意的时间或不满意一元的额数时,去除零头只算整数(第72条)。(6)科罚金时,如所得的利益超过罚金最高额时,在所得利益范围内酌量加重(第58条)。但是刑罚的加重也存在着特别的限制,即无论如何加重,都不能变更成较重种类的刑罚,加重只能在同种类的范围内进行,而不能突破刑种。

### 第二,刑罚的减免标准

台湾刑法也对刑罚的减免标准作出了明文规定,方法与上述加重方法有类似之处,不同的是减免不受不得变更刑种的特别限制。具体表现为:(1)死刑减轻为无期徒刑(第64条)。(2)无期徒刑减轻为20年以下15年以上有期徒刑。(2)有期徒刑、拘役、罚金减轻的,减轻其刑至1/2。(第65条)。但同时有免除其刑规定的,其减轻得减至2/3(第66条)。(4)有期徒刑或罚金减轻的,其法定刑上下限同时减轻(第67条)。(5)拘役减轻的,只减轻其上限(第68条)。(6)存有二种以上主刑的,减轻时一并减轻(第69条)。(7)存有二个以上刑罚减轻事由的递减减轻,即“减轻+减轻”(第70条)<sup>①</sup>。(8)有二种以上的刑罚减轻事由时,先减轻数量较小的。(第71条)。(9)因刑罚减轻,而有不满意的时间或不满意一元的额数时,去除零头只算整数(第72条)。(10)当加重情节和减轻情节竞合时应当先加后减。(71条)。

## 三、海峡两岸量刑规定的比较分析

一切知识学问均可溯源于比较,通过对海峡两岸量刑规定的比较研究,能够使我们更加深入地了解大陆地区量刑目前所存在的优势和不足,从而为大陆地区量刑规范化改革的进一步发展奠定基础。

### (一) 海峡两岸量刑基本原则的内容具有高度的相似性

海峡两岸刑法都将罪责原则和预防原则作为量刑的基本原则。罪责原则主张将刑罚的分量严格限定在已经发生的犯罪行为及其造成的危害后果范围内,以实现罪刑均衡。罪责原则虽也能达到罪刑均衡的目标,但是是一种静态的、机械的罪刑均衡观,缺乏对犯罪人人身危险性的考虑(赵廷光,2005:85-87)。国家根据已然之罪对犯罪人进行刑罚的报复,自然是正当的,合乎公正性的要求。但是,刑罚在完成报应已然之罪任务的同时,能够预防犯罪人再次犯罪,则为刑罚价值的最大化。罪责原则体现着刑罚的公正性,公正性是刑罚的根基之所在;预防原则体现着刑罚功利性的一面,是刑罚所追求的附加效果。

但是罪责和预防到底是什么关系,大陆地区的刑法典并没有作出明确的规定,只能根据相关法条的立法精神去推导。而台湾地区的刑法典则明文规定“科刑时应以行为人之责任为基础,并审酌一切情状”,将罪责和预防的关系予以明确化。即明文规定罪责原则是量刑的基石(罗克辛,2005:48-50),法官在

<sup>①</sup>1935年上字1432判决:“刑法上减轻其刑,如所犯本条有二种以上主刑时,应就法定之各主刑,按所减之标准,并于预减,再于减得之法定主刑范围内,量予处刑,并非于法定各种主刑内任择一种,或就拟处之刑,予以减轻,而置其他主刑于不顾。”

从事量刑活动时,若基于功利性的考虑,出于一般预防或特殊预防的目的而必须对犯罪行为人加重或减轻刑罚时,必须在罪责原则的罪责相当性的范围内来进行(林山田,2012:280-281)。不得单纯的基于一般预防的考虑,盲目地增强刑罚的恐吓功能,将行为人作为预防大众犯罪的工具;也不能单纯为了个别预防的需要,超越罪责的限度而对行为人从重或加重处罚(张明楷,2010)。

## (二) 海峡两岸采取的是完全不同的两种量刑方法

在量刑方法上台湾地区刑法采取的是处断刑为中心的量刑方法。这一方法实际上是将量刑情节分为两大类,确定处断刑的量刑情节和修正处断刑形成宣告刑的量刑情节。确定处断刑的量刑情节是刑法明文规定法官必须优先适用的量刑情节和某些法律规定的给予法官一定自由裁量权的量刑情节。受美国、荷兰等国量刑风潮的影响,台湾地区出台的若干量刑规范性文件在处断刑为中心量刑方法的基础之上,针对知识产权案件、性侵害等案件采取了定量的量刑方法。

而大陆地区的刑法本身并没有量刑方法的专门规定,直到最高人民法院《量刑指导意见》的出台,才逐渐有了相对成熟的量刑方法的规定。《量刑指导意见》以无情节状况下的刑罚(量刑起点)为基础。按照《量刑指导意见》的规定,量刑起点是基本的犯罪构成事实所对应的刑罚,是一个虚拟刑罚值。而基本的犯罪构成事实则是构成犯罪最低要求的事实,其作为定罪情节来处理。由于现实的犯罪是纷繁复杂的,犯罪人的行为不可能刚刚满足定罪的最低需要,而是经常会出现“溢出”情形。对于溢出的情形,也分为两部分,一部分是和基本犯罪构成事实同质的犯罪数额、犯罪次数、犯罪后果等犯罪事实,它们作为刑罚增量事实来确定基准刑,而其他的犯罪事实则被当做调节基准刑的事实,来确定宣告刑。

## (三) 海峡两岸量刑方法的改革存在共同之处

海峡两岸的量刑方法及其改革的走向虽说不同,但是目的都在于规范法官几乎不受限制的量刑自由裁量权。台湾地区的做法是在刑法中规定以处断刑为中心的量刑方法,通过法律的硬性规定对某些量刑情节先行评价,从而达到规范法官自由裁量权的目的。不过依旧无法有效解决法官量刑裁量权过大问题。在台湾地区的量刑改革中,通过列举若干罪名的量刑因子及确定该量刑因子的量化标准,来规范法官的量刑裁量权。而大陆地区刑法本身并没有规定明确的量刑方法去规范法官的自由裁量权,如何用量刑方法来规范法官的自由裁量权则主要是通过量刑规范化文件来加完成。量刑规范化文件以“量刑起点—基准刑—宣告刑”三步骤的量刑方法为基础,再引入定量定性相结合的方法,来规范法官的自由裁量权。比较而言,大陆地区量刑改革所确立的量刑方法对法官自由裁量权的规范力度要高于台湾地区。但大陆地区的量刑方法的规定还没有上升到立法层面,而且许多规则还与现有的立法相冲突,需要立法机关下一步的立法工作来解决这一窘境。

## (四) 海峡两岸量刑情节的分类不完全相同

大陆地区刑法理论上特别重视法定量刑情节和酌定量刑情节的区分,但是如前文所分析,酌定量刑情节和法定量刑情节的区分仅具有形式意义。而台湾地区则比较注重量刑情节的实质分类,按照量刑情节在量刑中的作用分为加重量刑情节(刑罚增加事由)、减轻量刑情节(刑罚减轻事由)、免除量刑情节(刑罚免除事由)三类。而酌定量刑情节和法定量刑情节则依附于上述加重、减免的分类之下。现在大陆地区也采取了实质的分类观点,例如《量刑指导意见》中所列举的常用量刑情节就是将法定量刑情节和酌定量刑情节一并规定,并确定各自的调节比例。

## (五) 海峡两岸量刑情节的适用规则存在明显的差异

在量刑情节的适用规则上,台湾地区体现了对量刑情节的分阶段评价,即根据刑法的明文规定优先对某些量刑情节评价,之后再对其他的量刑情节进行评价。不过法官第二阶段的评价带有很强的“估堆”色彩,因为综合所有情节一次性确定最后的宣告刑。在台湾地区的量刑规范化文件中,已经逐渐对确定宣告刑的因素的影响力进行了量化,在某种程度上克服了原先规定的不足,但是量化的力度远远不能和量刑改革后的大陆地区相提并论。相比较而言,大陆地区量刑情节的适用规则规定得更为详细,具体而言包括单个情节适用规则、多个情节适用规则、法定量刑情节优先适用规则、数罪先调再并规则。此外,还根据情形的不同,确定了常见量刑情节的适用和调节比例。遗憾的是,最高人民法院并未就调

节比例如何确立,是否科学等问题给出一个明确的答案,从而导致规则的合法性、合理性饱受质疑。合法、合理的情节适用规则必须以刑法的规定为前提,在实证的基础之上谨慎得出,而大陆地区的量刑适用规则的制定显然没有达到这一标准。

量刑问题是一个世界性的难题,即使是深受德日刑法影响且与中国大陆同文同种的台湾地区没有最后解决量刑问题。大陆地区量刑制度的构建过程中,积极借鉴大陆法系和英美法系的量刑理论,尤其是对英美法系的量刑理论青睐有加。其实,两大法系的量刑制度之间是有很多的不同,但是也存有趋同性。量刑是一个综合治理系统,涉及到人的生命和自由,理应是一门最精确的活动,但是大陆地区目前的量刑活动总本质上来讲还存在粗放化特点。完善量刑系统的构建,需要不同方法的采用,比较的方法、历史的方法、社会实证的方法等等;需要采取客观的态度,避免本国量刑的偏激虚无主义,注重量刑背后因素的挖掘。

### 参考文献:

- [1] 陈怡君(2010). 受贿罪之量刑实证研究. 台北:国立政治大学法律研究所硕士论文.
- [2] 陈子平(2009). 刑法总论. 北京:中国人民大学出版社.
- [3] 韩忠谟(2009). 刑法原理. 北京:北京大学出版社.
- [4] 林山田(2012). 刑法通论(下册). 北京:北京大学出版社.
- [5] [德]罗克辛(2005). 德国刑法学总论,第1卷,王世洲译. 北京:法律出版社.
- [6] 马克昌(1999). 刑罚通论. 武汉:武汉大学出版社.
- [7] 石经海(2010). 量刑思维规律下的量刑方法构建. 法律科学(西北政法大学学报),2.
- [8] 吴情树(2009). 论处断刑的立法模式,中国刑事法杂志,7.
- [9] 许泽天(2010). 自白作为有利行为人量刑的犯后诉讼表现. 中原财经法学,25.
- [10] 张明楷(2010). 责任主义与量刑原理. 法学研究,5.
- [11] 赵廷光(2005). 量刑公正实证研究. 武汉:武汉大学出版社.

## A Comparative Study on Sentencing Provisions between China Mainland and Taiwan

Pi Yong (Professor, Wuhan University)

Liu Shengchao (Doctoral Candidate, Wuhan University)

**Abstract:** The contents of sentencing fundamental principle between China mainland and Taiwan are with high degree of similarity. Responsibility principle and precautionary principle are both fundamental principles of sentencing in these two regions. Taiwan criminal code prescribes awarding sentence as the key of traditional criminal sentencing method, but no clear and definite sentencing methods can be found in criminal code of China mainland. As existing sentencing methods in both of the two regions can not solve the problem of imbalance sentencing, China mainland and Taiwan coincidentally launched a sentencing reform movement. After the sentencing reforms, sentencing methods in these two regions become obviously different. The classification methods of circumstance for sentencing are also different. China mainland prefers the form classification and Taiwan prefers the substance classification. Application rules of sentencing circumstances of Taiwan is better than mainland, but still unable to meet the precise requirements of sentencing. Nevertheless, the sentencing reforms carried out in China mainland and Taiwan in some extent improve the rules for better application of sentencing circumstances.

**Key words:** fundamental principles of sentencing; sentencing methods; circumstance for sentencing; comparative study

■ 作者简介:皮 勇,武汉大学法学院教授,法学博士,博士生导师;湖北 武汉 430072。Email:fxypy@whu.edu.cn。

刘胜超,武汉大学法学院博士生。Email:scl0028@whu.edu.cn。

■ 基金项目:教育部专项项目(09YJCA820058)

■ 责任编辑:车 英