

# 量刑情节研究

LIANGXING QINGJIE YANJIU

周金剛 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

# 量刑情节研究

LIANGXING QINGJIE YANJIU

■ 周金剛 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

量刑情节研究 / 周金刚著. —北京:法律出版社,  
2012.3

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3166 - 8

I. ①量… II. ①周… III. ①量刑—研究 IV.  
①D914.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第029053号

量刑情节研究  
周金刚 著

编辑统筹 法律应用出版社  
责任编辑 孙 慧  
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

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 北京鑫丰华彩印有限公司

责任印制 陶 松

开本 A5

印张 7.25

字数 151千

版本 2012年4月第1版

印次 2012年4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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 3166 - 8

定价:20.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 序

周金剛是我指導的博士研究生，如今他的博士論文經進一步修改完善，即將以專著形式正式出版，我深感欣慰。多年來，他一邊從事刑事審判實務工作，一邊刻苦鑽研刑事法學理論，既積累了豐富的審判實踐經驗，又奠定了厚實的法學理論基礎。《量刑情節研究》作為理論聯繫實際的一部力作，是他頗具創新性的研究成果之一。

量刑問題既涉及實體法，又涉及程序法；既是刑事法理論的前沿問題，又是最能體現刑罰公正與否的現實問題。就一般人來說，對犯罪行為如何定罪，定什麼罪，因專業性太強，想關心而有力不從心之感。但對一個犯罪行為應當判處什麼樣的刑罰，給予多重的懲罰，由於可以進行直觀的比較，甚至可做設身處地的“體驗”，因此更容易受到人們強烈的關注。同案同判，同罪同罰，就是一般人在朴素的報應觀念下所理解的刑罰公正。從這個角度講，犯罪與刑罰，一個作為起點，即作為刑罰適用的理由，一個作為終點，即作為犯罪應得的報應，

构成了刑法最具有代表性的两个基点。在这里,犯罪作为司法介入前的已然状态,经过有罪的宣告,最终被转化为一个明确的罪行,刑罚则是经量刑这一司法程序加工而产生的犯罪的应得结果。量刑程序产生的结果如何,既直接体现具体犯罪行为是否受到了该当的惩罚,也直接体现一个国家刑法理论与实践的发展程度。因此,对量刑问题的深入研究是刑法更加合理、刑罚更加公正的重要标志。

量刑情节问题是量刑问题的具体化,也是刑罚问题的全面反映。案件情节可分为定罪情节和量刑情节。定罪情节决定着罪行的有无和大小,量刑情节决定个案之间的区别对待。定罪情节具有已然性、犯罪构成性和不得重复评价性的特点,使得定罪情节的范围、内容和形式都具有一定的局限性。而量刑情节具有刑罚根据性、非犯罪构成性和双向评价性等特点,并造成量刑情节的范围、内容和形式具有包容性、开放性,它对犯罪现象的评价不仅仅局限于犯罪本身,还包括犯罪行为之外的犯罪环境、犯罪历史及犯罪关联领域。因此,量刑情节问题的研究更具有复杂性和现实性。也正因为如此,量刑情节问题变得越来越难以驾驭,社会对因为量刑情节的适用而造成的司法不公现象也越来越感到难以容忍,司法领域发生的量刑情节泛化的问题,不断冲击着刑法作为社会公平正义保障的最后一道防线。量刑情节理论和实践问题的研究,在当前社会多元化带来的司法多元化的矛盾冲突中,越发具有迫切性和关键性。而本研究成果的出版正好因应了这种现实需要。

本书内容紧紧扣住了量刑情节必须符合刑罚根据的要求而展开。这是作者的成功之处,也是目前量刑情节研究中常被忽视的一个关键问题。刑罚根据问题是整个刑法制度赖以合理存在的基石,

是刑罚之所以被施加给犯罪公民的哲学基础。不符合刑罚根据的制裁或惩罚不能被称为刑罚,只能属于非人道的强暴;而那些影响刑罚施加的无刑罚根据的事由,也不能被称为量刑情节事由。刑罚根据给量刑情节设定了一个清晰的空间范围,从立法到司法,从法官到律师,谨守刑罚根据的要求对量刑情节进行评价、运用,既是权力(利),也是义务。毫无疑问,刑罚是重要的社会管理手段,但不是社会管理的“万能药方”。在社会加剧由传统向现代转型,社会矛盾凸显的背景下,有一种倾向,即过度依赖刑罚来解决社会矛盾冲突的倾向值得关注。具体表现为:一是当社会管理出现问题时,不是考虑怎样将既有行政等处罚规定执行到位,而是将本可以通过非刑罚方法加以控制的行为以刑法入罪去补救。如醉驾所造成的严重后果是不容置疑的,但之所以这种行为得不到有效控制,原因就在于日常执法中对这种行为查处和制裁不力,其实只要严格执法,将既有的处罚资源用足是可以同样达到控制醉驾行为的。反之,即使如今天不分情况将所谓的醉驾统一以犯罪处理,如果哪一天不再像今天这样查得严,人们的侥幸心理以及对未实际达到醉酒状态的醉驾所持的宽容态度,仍会导致醉驾行为的增多,此时,不知还有什么手段可用。二是当社会道德出现滑坡时,不是去深入分析导致这种情况出现的真正原因,而是期望用刑法入罪去解决。典型的如见死不救问题,当“小悦悦事件”发生后,人们震惊、愤怒了,一股要将见死不救者绳之于刑罚的意见充斥了媒体。救死扶伤、见义勇为等行为可以通过立法加以鼓励,但对见死不救者施以刑罚,则不仅难以维护道德,还可能使刑罚失去正当性。

建立一个识别量刑情节的可操作的具体方法是本书的第一个亮点。理论的研究最终是为了指导实践的运用。量刑情节的研究

没有落脚于量刑情节的运用实践上,那就是空谈的理论。作者通过量刑情节的历史回顾发现量刑情节发展的一般规律,并从一般规律中找到量刑情节的本质特征,以此构建起科学的量刑情节概念,为明确量刑情节识别方法奠定了研究基础。在充分论证量刑情节需要识别的原因之后,以逻辑理论为工具提出了识别量刑情节的方法流程,这是解决量刑情节泛化问题的关键一步。没有一个明确的识别量刑情节的方法一直困扰着刑事司法实践。一个情节现象能否作为量刑情节对具体犯罪行为的惩罚产生影响,在法官、检察官和律师之间往往会形成不同,甚至对立的观点。律师是被告人合法权益的保护者,关心的是具体案件中具体犯罪行为的正当处罚,检察官代表国家行使公诉职能,关心的是对危害社会行为的有效打击,法官作为中立的裁判者角色,必须站在一个更高的高度,以维护全社会的公平正义,对情节的适用不仅要考虑报应的需要,还要关注到预防的需求。由于量刑情节理论的不完善,量刑情节识别在诉讼各方就成为一个逻辑博弈的游戏,特别是在一些有重大影响的刑事案件中,对一些因量刑情节的适用而轻判的案件,一般社会公民往往难以理解,感觉就是社会的公平正义被腐败者暗箱操作了一样。构建一个可操作的、统一的量刑情节识别方法,将有效地克服这种问题的发生,给全社会一个看得见的公正审判,这是方法的重要所在。

发现一个真实的基准刑是本书的第二个亮点。量刑基准问题是近几年来量刑规范化改革的一个主要问题,最高人民法院把它叫做基准刑问题,并认为在不考虑各种法定和酌定量刑情节的前提下,根据基本犯罪事实的既遂状态所应判处的刑罚就是基准刑。这是最高人民法院的一个理论创新,但这个定义是否准确,其理论根

据是否合理仍是值得讨论的。作者通过对基准刑的概念分析找出了基准刑的根本特征,对基准刑的刑罚内容的揭示,发现了基准刑内含的刑罚内容,对基准刑基准功能的剖析,提出了基准刑作为量刑情节应判刑罚的计算基准具有合理性,但作为量刑情节的度量基准仍需进一步调整。为此,作者从起点刑中报应与预防的关系出发,以基本的罪刑转换关系为根据,重新构建了基准刑的具体内容,即以审判经验值为基础的起点刑才是真正的基准刑内容。

对量刑情节量刑值的求解是本书的第三个亮点。量刑值问题是量刑情节研究由定性研究向定量研究的具体化,是量刑情节研究成果的深化。长期以来,量刑值问题一直处于模糊状态,也没有明确方法规定。如何在情节与刑罚内容之间架起一种直观的联系,人们设想了很多方法,但都没有给人以直观的感觉。在行为与刑罚之间存在一个共同概念“罪”,但罪的内容是什么,研究的学者也很少涉及。作者在量刑情节与罪、罪与刑的关系之间展开论述,提出了罪在本质上是一种主观评价,具有价值判断的特点,并包括质和量两个方面的内容,为量刑情节与刑罚的转换关系找到了支点。“联觉”概念的引入,将不同质的犯罪行为、罪、刑现象,从感觉上直接关联起来,用心理学的方法突破了法学研究的局限,为求解量刑情节该当的刑罚量找到了科学的依据,这是一个研究的突破,值得肯定。

当然,本书的研究仍然存在一些不足。刑法问题不仅仅是刑罚如何该当的适用问题,对刑罚根据的关注过于集中,对刑事政策和社会需求的考量就略欠文笔。对量刑值的求解,理论的基础已经建立,但对具体量刑值的求解仍有待进一步展开。但不管从哪个角度来讲,这是一篇比较成功的研究成果,相信它的出版将会对量刑情



■ 量刑情节研究

节问题的解决起到积极的作用。我也期待着作者有更多更新的研究成果出现。

狄小华

2012年3月9日于望江寓所

## 内容提要

本书针对司法实践中存在的量刑情节真伪不明、过分适用的泛化问题,对量刑情节理论进行了梳理。发现量刑情节泛化的直接原因是没有正确识别和适用量刑情节的方法,而方法缺失的根本原因是量刑情节定义不周延、内涵不准确,并对量刑情节本质特征把握不准,特别是对量刑情节与刑罚根据的关系把握不清所致。因此,本书从量刑情节随刑罚根据演变的历史入手,对量刑情节的本质特征、概念及量刑情节识别、量刑情节的基准刑和量刑值问题逐一进行了探讨,形成了较为系统的量刑情节理论体系。

第一章,量刑情节随刑罚根据演变的历史回顾。量刑情节现象不是从来就有的,在报复刑时代,刑罚的裁量仅以犯罪造成的客观损害为根据,量刑与定罪同时完成,没有现代意义上的量刑情节。但在报复刑时代后期,人们受到刑罚自然产生的预防犯罪效果的启示,衡量惩罚的标准开始考量预防犯罪的需要,使定罪与量刑产生分离,量刑情

节现象从此走上历史舞台,刑罚就此进入威慑刑时代。威慑刑主要根据犯罪人的主观恶性和刑罚对社会的威慑需求,量刑情节包括体现犯罪之恶的量刑情节和体现预防之效的量刑情节两部分,具有启蒙性、酌定性和主观性的特点。至等价刑时代,量刑情节完成了由报应向威慑、再由威慑向等价的双向包容并扩张的演变,主要包括与等价刑思想相适应、被等价刑所保留的威慑量刑情节和体现等价刑思想的等价量刑情节两大部分,具有多元化、客观化和规范化特点。再至 19 世纪末 20 世纪初,刑罚重心由对犯罪的等价报应与等价威慑转向对犯罪人的隔离、教育、感化与改造,以个别预防犯罪为目的的矫正刑应运而生。矫正量刑情节的特点表现为主观情节回归、关注未然情节、已然犯罪淡化的特点。但矫正刑的裁量因背离了公平正义的初衷,特别是最先实践矫正刑的西方国家出现的累犯率不断上升的事实,宣告了矫正刑的失败,世界性的刑法改革运动随之将刑罚推向了折中刑时代。在系统论的指导下,折中刑首先对一路走来的报应刑、威慑刑、等价刑和矫正刑进行了理性的反思,重新在一体化刑罚框架内设置曾在各个时期表现出合理性、至今仍具有一定影响力的刑罚理论,量刑情节也在折衷刑体制下被重新审视,呈现出成熟性、说理性、偏极性和离散性的特点。量刑情节随刑罚根据演变的历史说明,一是量刑情节的选择必须符合刑罚根据的要求。离开刑罚根据的约束,量刑情节就会失去量刑的理由。二是量刑情节的内容具有时代性。以一定历史时期量刑情节内容来构建量刑情节概念都具有局限性。

第二章,量刑情节的本质特征。从量刑情节发生的过程来看,量刑情节首先具有功利化特征,量刑情节是受报复刑自然产生的预防犯罪效果的启示而进入刑罚裁量的视野。从这个角度讲,量刑情

节的出现是刑罚功利化的重要标志,没有刑罚的功利化,就不会有量刑情节出现。其次,量刑情节具有符合刑罚根据特征。刑罚根据的每一次变化,量刑情节也随之发生结构性的调整,刑罚根据是量刑情节发展变化的决定因素,也是衡量量刑情节作用大小的基准要素。再次,量刑情节是量刑个别化的根据。量刑个别化的主要根据就是量刑情节对具体犯罪行为的区别对待。量刑情节是选择法定刑与决定宣告刑的依据。在一个犯罪具有几个层次的法定刑时,法院应当根据刑法规定的情节选择法定刑,在刑法对犯罪只规定了一个法定刑的情况下,量刑情节便是直接决定宣告刑的依据。量刑情节因具体个案的不同而使个案被施于不同的刑罚处罚。复次,量刑情节具有相对的法定性。量刑情节的法定性问题一直争持不下,争议的焦点主要集中在酌定量刑情节是否具有法定性的问题。反思酌定量刑情节法定性争议的原因,我们认为,依据相对罪刑法定主义,法定性应当是相对的法定关系,这种相对性是以符合法律规定的情节关系要素为存在条件,符合某一法律规定的酌定量刑情节关系要素的事由就是某一法定的酌定量刑情节。最后,量刑情节是定罪情节之外的情节。量刑情节因定罪与量刑分离而产生,根据一事不能被重复评价的原则,某一情节在定罪中被评价后就不能再作为量刑情节。即使在一些交叉情节中,出现了定罪中被评价而后又出现在量刑活动中的情节现象,是因为这一情节包含有可分为定罪与量刑的两部分,并不是一个情节被重复适用于定罪与量刑两个环节。

第三章,量刑情节的定义重构。首先,提出了量刑情节自在的观点。认为量刑情节不因它物或它在而被存在。量刑情节作为一种自在的情节事由,是不以人的意志为转移的,裁判者不认定已存

在的量刑情节只是说明他们的认定发生了错误,并不能否认该情节的自身存在。量刑情节只能是被发现,而不能被创造。理解量刑情节的自在,对量刑情节的概念定义和量刑情节的运用都具有重要的指导意义。从量刑情节概念定义来看,量刑情节不因它物而被存在,是自己决定自己的存在。因此,以犯罪成立作为量刑情节存在的前提显然与量刑情节的自在相矛盾,认为在被告人不认罪的案件中无法将定罪与量刑程序分开的观点也是没有认识到量刑情节自在的本质。其次,提出了量刑情节变化的观点。量刑情节的变化主要是内容的变化,是在新的刑罚理论指导下,量刑情节自身不断充实完善的过程,是扬弃的过程。一方面,量刑情节随着刑罚根据的发展经历了三次大扩张过程;另一方面,量刑情节的变化还将一些不适用的情节排除出量刑情节范畴。包括个别量刑情节被转化为定罪情节,少数量刑情节因不适应新的刑罚理论而不再作为量刑情节适用。量刑情节变化要求我们以发展的眼光看待量刑情节现象,每一历史时期的量刑情节都包含有不同的具体内容,我们既不能用历史上过时的量刑情节内容来代替现在的量刑情节内容,也不能用现在的量刑情节内容来代替过去的内容。再次,分析了量刑情节的环节。量刑情节概念的环节,也就是构成量刑情节概念的各个必然组成部分。以“属+种差”的逻辑思维来看,“情节”是量刑情节的属概念,符合刑罚根据要求、实现量刑个别化目的、法律相对规定性和非定罪情节是量刑情节的种差。最后,根据各种差在量刑情节概念中的排序情况,给出科学的量刑情节定义,认为量刑情节就是为了实现量刑个别化需要,以刑罚根据为标准选择的,由法律相对规定的,决定着具体刑事案件刑罚裁判结果的非定罪情节。

第四章,量刑情节的识别方法。首先,对量刑情节需要识别的

原因进行了分析。认为量刑情节相对法定性使法定量刑情节被酌定化,酌定量刑情节被模糊化,使量刑情节识别的法律依据相对缺乏;量刑情节功利性使识别带有深厚的主观色彩;量刑情节必须符合刑罚根据使识别具有很强的技术性,特别是量刑情节与刑罚根据相符合的关联程度难以把握、相符的连接点选择具有价值判断特点、多功能量刑情节的刑罚根据发生矛盾冲突都增加了识别的技术难度;量刑情节与犯罪情节可以相互转换的特点使量刑情节识别具有迷惑性。其次,根据量刑情节构成要素要求,运用法律逻辑方法,从可操作性角度,提出识别某一特定量刑情节的方法步骤:第一步判断是否符合刑罚根据要求;第二步判断否具有法律明确规定;第三步判断是否在同类犯罪不同个案之间具有区别性;第四步判断是否属于非定罪情节。最后,对当前争议比较大的民愤、社会形势、刑事政策情节,运用构建的识别方法进行了具体的识别检验。

第五章,量刑情节的基准刑。量刑情节在被识别后,如何在司法实践中发挥作用,关键就是基准刑问题。我国最高人民法院从2009年6月1日起开展了量刑规范化试点工作,下发了以基准刑为核心的《量刑指导意见》。但从基准刑的内涵及各种量刑情节的刑罚根据来看,以基本犯罪事实为根据的基准刑存在内容和结构的不合理性。《量刑指导意见》规定的基准刑,是以基本犯罪事实所应判处的刑罚量为内容、由量刑起点和增加刑组成、体现刑罚目的对基本犯罪事实的全部需求、是基本犯罪事实应判处刑罚量的审判经验值,是区别于量刑基准概念的新概念。分析《量刑指导意见》规定的基准刑的刑罚内容可以发现,基准刑首先体现为报应刑,其次包括了一般预防目的的功利刑,在起点刑存在一定幅度的情况下,包含了小部分特殊预防目的的刑罚内容。进一步分析发现,基本犯罪事

实对量刑情节具有质的影响关系,也是决定量刑情节存在与否的根据,《量刑指导意见》规定的基准刑符合作为量刑起点意义上的基准要件要求,但当具体量刑情节的刑罚内容与基准刑不一致时,将基准刑作为量刑情节调节刑罚量的度量标准就不太合适。为此,我们对《量刑指导意见》规定的基准刑提出了修正意见。认为《量刑指导意见》规定的基准刑中起点刑是抽象的报应与一般预防相结合的混合刑,增加刑是基本罪定罪剩余情节的刑罚量。而且,起点刑的刑罚量就是报应需要的刑罚量,也是预防需要的刑罚量,是报应与预防二者相互修正、达致融合的刑罚量,是报应与预防的统一。通过分析起点刑与报应或功利量刑情节都存在可衡量的同质关系,确认了起点刑作为量刑情节基准刑的理论依据,提出了以起点刑作为量刑情节的量刑基准的合理构建。

第六章,量刑情节的量刑值。是指量刑情节对个案刑罚裁量的调节量。这个调节量首先表现为一定范围内的可变刑罚量。从刑种内容来看则表现为刑种内的变量和刑种间的变量,包括从有刑向无刑的变量和无刑向有刑的变量;从法定刑的范围来看表现为法定刑内的变量和法定刑外的变量;从刑罚增减方向来看又表现为同向变量和异向变量。刑种内的变量必须与基准刑属同类的刑罚措施,且依据的罪刑转换关系比值不发生变化,而刑种间的变量不但影响罪刑转换关系的比值,还容易导致罪刑失衡,是一种被放大的量刑值。法定刑内的变量具有不可逾越法定刑限度的特点,可能产生罪刑转换关系的比值被缩小、部分量刑值被忽略及刑罚根据内容被规则性改变的结果。量刑情节量刑值的求解需要在量刑情节与罪、罪与刑的转换关系之间展开。罪在本质上是一种主观评价,具有价值判断特点,包括质和量两个方面的内容。罪的衡量标准是一种

“联觉”效应,这种“联觉”效应是社会对刑罚惩罚历史的经验总结,其基本衡量单位就体现为基准刑的具体内容。量刑情节与罪的转换关系,就是指形形色色的量刑情节可以转换为多少量的统一单位标准的罪的问题。对具体的量刑情节的量刑值判断,首先要找到该量刑情节所包含的罪的内容部分,并以个案所处的时空与经验来进行调整衡量。罪与刑的转换关系,是在罪的内容被联觉感应经验化后,与有限的刑罚措施一对一的关系。但任何犯罪都不能仅因为量刑情节的适用而被加重判决为死刑,却可以一个量刑值抑制死刑的适用。罪与自由刑等刑罚内容的转换关系比较容易理解,只要在这种刑罚的量与罪的量之间找到一个大多数人认可的经验比例值,将一定的罪量与一个范围内的刑量一一对应即可。



# 目 录

## Contents

引 言 .....	(1)
一、量刑情节的泛化现象 .....	(2)
(一) 量刑情节的内容宽泛 .....	(3)
(二) 量刑情节的形式宽泛 .....	(4)
(三) 量刑情节与犯罪事实的关系宽泛 .....	(4)
(四) 量刑情节与刑罚根据的关系宽泛 .....	(5)
二、量刑情节的理论缺失 .....	(5)
(一) 量刑情节与刑罚根据的关系不清 .....	(5)
(二) 量刑情节的特征表述不准 .....	(7)
(三) 量刑情节的定义不周 .....	(8)
(四) 量刑情节的识别方法缺失 .....	(12)
(五) 量刑情节的适用基准不准 .....	(12)
(六) 量刑情节的量刑值模糊 .....	(13)
三、研究的方法 .....	(13)
(一) 历史的方法 .....	(14)
(二) 实证的方法 .....	(16)