

酌定量刑情节 规范化路径

耿磊 著



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

酌定量刑情节 规范化路径

耿磊 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

酌定量刑情节规范化路径 / 耿磊著. —北京:
法律出版社, 2017. 1

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0482 - 7

I. ①酌… II. ①耿… III. ①量刑—规范化—研究—
中国 IV. ①D924. 13

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 314372 号

酌定量刑情节规范化路径

耿磊著

编辑统筹 财经出版分社
策划编辑 沈小英
责任编辑 沈小英 吴 镝
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 北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制 吕亚莉

开本 A5

印张 9.375

字数 260 千

版本 2017 年 1 月第 1 版

印次 2017 年 1 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)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071010/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 0482 - 7

定价: 38.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

序

耿磊将博士学位论文成书出版,我很欣慰。我与耿磊的师生之缘起于一次公安机关组织的疑难案件论证会。作为提前介入该案侦查工作的公诉人,耿磊扎实的理论功底与表达能力、丰富的实务经验与判断力、非常高的工作智慧和生活智慧,都给我留下了非常深刻的印象。耿磊在一年后经过充分准备和努力,成功地考入中国政法大学,在我的指导下攻读刑法学博士学位。耿磊具有丰富的司法经验、敏感的理论触角和细腻的思维,且能拼搏能吃苦。鉴于她的个人特点,在和耿磊多次讨论之后,有感于她的思考深度、理论素养特别是实践积累,我建议她以“酌定量刑情节规范化”作为博士学位论文选题。

法律的生命力和权威性都依赖从文本走入现实,法律维护的公平和正义只能在司法适用中得以实现。具体到刑法中,就只能在定罪尤其是量刑环节中得以实现。“法律是为使事物合于正义,而做的无偏私的、中道的权衡。”此种权衡既针对载于明文的法定情节,更针对灵活易变的酌定情节。多年以来,酌定量刑情节的适用通常被认为是法官行使其自由裁量权的领地,对于它的规范化问题则鲜有研究。在司法实践中,酌定量刑情节的适用问题通常也是诉讼当事人争议

的焦点,是影响量刑的关键。坦率地讲,这个课题的研究具有一定难度,不经过大量调查研究很难发现酌定量刑情节的适用是否存在问题、存在哪些方面的问题。因此,我认为,以“酌定量刑情节的规范化”作为博士学位论文选题,恰好可以发挥耿磊在司法实务一线工作的优势。

本书从厘定酌定量刑情节的内涵外延等基本概念入手,重点通过实证分析,近距离考察酌定量刑情节在司法适用中存在的实体与程序问题,并进一步从理论上探讨酌定量刑情节能否规范化、如何规范化的问题。同时,作者对构建酌定量刑情节规范化的制度体系进行了相当的探索,值得充分肯定。

本书在研究方法上,具有以下几个贡献:(1)以扎实的实证调研分析为依托,梳理、提炼出酌定量刑情节在司法实践中存在的诸多共性问题。作者随机选取了涉及 1589 名被告人的 1266 份判决书样本,重点就适用酌定量刑情节的情况进行实证分析,总结和提炼出酌定量刑情节在选取、认定、功能发挥及适用程序四个方面存在的具体问题,进行了有的放矢的问题设定。应当说,这些实证分析数据所形成的 60 余个数据图表,是耿磊在问题研究之外,为刑法理论界和司法实务界研究量刑问题提供的宝贵数据,是在本书研究结论之外的一个特殊贡献。(2)从理论层面提出了酌定量刑情节规范化的路径选择。“酌定量刑情节是否需要规范化”以及“如何规范化的问题”,无论是在刑法理论界还是司法实务界均倍受争议。一方面,将酌定量刑情节规范得过细过多,可能会导致酌定量刑情节的法定化,极度挤压法官在量刑阶段的自由裁量权,必然会造成量刑过程的机械性,最终的量刑结果亦无法形成情、理、法三者的平衡与统一。另一方面,如果将酌定量刑情节的裁判权不加限制地留给法官,将会加大自由裁量权滥用的风险,危害法律制度的权威性和稳定性。面对上述两难问题,耿磊给出了经过慎重思考之后的理论回应:在确认酌定量刑情节规范化的必要性与可行性的前提下,在平衡预防与报应、规范与自由、定性与定量三对矛盾中编织、建构酌定量刑情节规范化的制度脉络体系。(3)尝试对酌定量刑情节的规范化建立具有可操作性的具体规则。古谚曰:“正义不仅应当得到实现,而且应当以人们能够看得见的方式得到实现。”酌定量刑情节的

规范化不能仅仅停留于理论思考,更要落实于适用层面,形成操作规则。难能可贵的是,耿磊尝试从具体的制度内容方面对酌定量刑情节进行规范设计和安排,颇费心力地起草了《酌定量刑情节适用指导意见》的规范建议稿,分别从实体界定、证据参考标准及定量要素三个方面阐释了常见的9种酌定量刑情节的具体规范化模型。此外,在本书的最后一章,耿磊从宏观制度构建的角度,确定了酌定量刑情节制度规范化的总体思路,明确了酌定量刑情节适用的基本规则及程序规范,尝试设计了监督纠错机制,应当说,这是耿磊的一种努力和尝试,一种探索 and 追求,一种以实践反哺理论和用理论指导实践的探索 and 追求。仔细品味和推敲耿磊提出的理论思路和规则设计,能够明显地体会到它的实践价值。

耿磊的这一学术成果,是我很满意的一部博士学位论文。问题源于实践,结论还于实践,兼具理论价值和实践价值,是我对耿磊博士学位论文的评价之一。同时,具有问题意识和司法感悟,用心、用情感去提炼和思索问题,用力、用汗水去浸润和锤炼结论,在实证统计和分析的基础上回应司法实践需求,以思考结论去推动公诉质量、以办案过程验证研究结论,是我对本书研究路径、研究结论的形成过程的体会和感悟,也是耿磊学术成果的质量受到认可和未来具有生命力、具有实际贡献的基础和保证。我一向反对缺乏问题意识、过于小众化的文字游戏式学术研究,站在这个角度,对于耿磊的个人刑法学理论功底、法学知识体系和本书质量,我都给予充分肯定,也希望她在今后的司法工作中,能够将问题意识、问题解决能力和学术研究中、工作中不服输的优秀品格一直保持下去。

法律与人类社会其他文明成果一样,是理论与实践良性互动的产物。实践的探究推动理论的完善,理论的进步引领实践的发展。这种良性互动的实现仰赖于包括我们在内的诸多法律人的不懈探寻、上下求索。好在“道不远人”“功不唐捐”,希望并相信如耿磊一样的法律人,会继续在司法实践的土壤上,用思想的泉水灌溉出更加丰硕的理论果实。

是为序。

于志刚

2016年12月16日于北京大有庄掠燕湖畔

图表目录

图 1	侵犯人身权利罪有期徒刑量刑分布	32
图 2	侵犯财产罪有期徒刑量刑分布	33
图 3	妨害社会管理秩序罪有期徒刑量刑分布	35
图 4	妨害社会管理秩序罪三年以下有期徒刑量刑分布	35
图 5	交通肇事罪案例样本酌定量刑情节适用情况	38
图 6	故意伤害罪酌定量刑情节分布情况	40
图 7	强奸罪酌定量刑情节适用分布情况	42
图 8	非法拘禁罪酌定量刑情节适用分布	44
图 9	抢劫罪酌定量刑情节适用分布	46
图 10	盗窃罪酌定量刑情节适用分布	48
图 11	诈骗罪的酌定量刑情节适用分布	50
图 12	抢夺罪酌定量刑情节适用分布	52
图 13	敲诈勒索罪酌定量刑情节适用分布	54
图 14	职务侵占罪酌定量刑情节适用分布	56
图 15	妨害公务罪酌定量刑情节适用分布	58
图 16	聚众斗殴罪酌定量刑情节适用分布	60
图 17	寻衅滋事罪酌定量刑情节适用分布	62
图 18	掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪收益罪酌定量刑情节适用分布	64
图 19	走私、贩卖、运输、制造毒品罪酌定量刑情节适用分布	66

图 20	侵犯人身权利罪样本适用酌定量刑情节情况	67
图 21	侵犯财产罪样本适用酌定量刑情节情况	68
图 22	侵犯社会管理秩序罪样本适用酌定量刑情节情况	69
表 1	样本案例的基础性信息	23
表 2	样本案例涉及不同级别法院的分布情况	24
表 3	样本案例被告人性别及年龄信息分布情况	25
表 4	样本案例的被告人职业分布情况	26
表 5	样本案例被告人受教育程度分布情况	27
表 6	样本案例中刑罚种类分布情况	28
表 7	样本案例拘役时长分布情况	29
表 8	交通肇事罪样本有期徒刑分布情况	31
表 9	侵犯人身权利罪样本有期徒刑分布情况	32
表 10	侵犯财产罪样本有期徒刑分布情况	33
表 11	妨害社会管理秩序罪有期徒刑分布情况	34
表 12	样本案例适用缓刑分布情况	36
表 13	交通肇事案例样本量刑情节适用情况	37
表 14	故意伤害罪样本量刑情节分布情况	38
表 15	强奸罪样本适用量刑情节分布情况	40
表 16	非法拘禁罪样本适用量刑情节分布情况	42
表 17	抢劫罪案例样本量刑情节分布情况	44
表 18	盗窃罪样本案例适用量刑情节情况	46
表 19	诈骗罪样本量刑情节分布情况	48
表 20	抢夺罪样本适用量刑情节情况	50
表 21	敲诈勒索罪样本适用量刑情节情况	52
表 22	职务侵占罪样本适用量刑情节情况	54
表 23	妨害公务罪样本适用量刑情节情况	56
表 24	聚众斗殴罪样本适用量刑情节情况	58
表 25	寻衅滋事罪样本适用量刑情节情况	60
表 26	掩饰、隐瞒犯罪所得罪样本适用量刑情节情况	62
表 27	走私、贩卖、运输、制造毒品罪样本适用量刑情节情况	64

表 28	样本案例劣迹情节的选取情况	74
表 29	选取劣迹情节的抢夺罪样本	75
表 30	未选取劣迹情节的抢夺罪样本	76
表 31	犯罪起因类情节的选取情况	79
表 32	向不特定对象实施诈骗情节的适用情况	82
表 33	针对弱势人员犯罪情节的选取情况	84
表 34	认定追缴赃款、赃物情节的案例样本情况	86
表 35	赔偿型情节在样本案例中的选取情况	89
表 36	样本案例适用与再次犯罪相关的酌定量刑情节情况	95
表 37	认定前科情节(包括前科劣迹情节)的抢夺罪样本	97
表 38	有前科但未予以认定的抢夺罪样本	98
表 39	既有前科也有劣迹但均未予认定的抢夺罪样本	99
表 40	已认定被害人过错情节的样本情况	102
表 41	认定初犯情节的样本案例总体情况	107
表 42	认定认罪奖励型情节的样本情况	110
表 43	悔罪类情节在案例样本中的认定情况	114
表 44	常见酌定量刑情节量化评价内容的演变	124
表 45	三罪名中存在的情节竞合情况	136
表 46	赔偿类相关酌定量刑情节的伴生关系	138
表 47	82 例未成年人犯罪样本	142
表 48	最高人民检察院量刑建议书模板	157

目 录

绪论：酌定量刑情节研究的缘起	1
第一章 酌定量刑情节的理论基础反思	5
第一节 酌定量刑情节概念之解读	5
一、酌定量刑情节概念的理论纷争	5
二、酌定量刑情节概念的重新界定	7
第二节 酌定量刑情节内涵之审视	8
一、酌定量刑情节的本质属性	8
二、酌定量刑情节的基本特征	11
第三节 酌定量刑情节外延之厘定	14
一、种属关系——量刑情节与酌定量刑情节	15
二、矛盾关系——法定量刑情节与酌定量刑情节	17
第二章 以十五种常见罪名为样本的酌定量刑情节 实证分析	20
第一节 实证分析样本来源说明	20
一、数据样本的罪名选择	20
二、数据样本的时间维度	21
三、数据样本的空间维度	22
第二节 全样本基础信息概述	23
一、案件本身的基础性信息	23

二、被告人的基本信息	25
第三节 十五种罪名的基本量刑情况	28
一、样本案例整体主刑适用情况	28
二、样本案例拘役时长分布情况	29
三、样本案例有期徒刑分布情况	30
四、样本案例缓刑适用情况	35
第四节 十五种罪名的量刑情节适用情况	37
一、危害公共安全罪的量刑情节适用考察	37
二、侵犯人身权利罪量刑情节适用考察	38
三、侵犯财产罪量刑情节适用情况	44
四、妨害社会管理秩序罪量刑情节适用考察	56
第五节 全样本数据量刑情节适用的特征分析	66
一、量刑情节适用的整体特征及规律	66
二、酌定量刑情节适用的具体特征	67
第三章 规范化视野中酌定量刑情节司法适用不足	71
第一节 酌定量刑情节选取标准之缺失	72
一、酌定量刑情节该选取未选取问题	73
二、酌定量刑情节选取泛化问题	85
第二节 酌定量刑情节认定标准之混乱	92
一、混乱根据：酌定量刑情节认定标准的不统一	93
二、混乱表现之一：酌定量刑情节的认定错误	100
三、混乱表现之二：酌定量刑情节的认定混淆	109
第三节 酌定量刑情节功能实现之障碍	117
一、酌定量刑情节认定与功能实现之关系	119
二、单一酌定量刑情节的功能实现障碍	121
三、多个酌定量刑情节的功能实现障碍	130
四、多个酌定量刑情节的实质竞合与形式竞合问题	135
第四节 酌定量刑情节适用程序瑕疵	139
一、量刑证据获取渠道不畅的问题	140
二、量刑程序缺乏实质性对抗	154

三、量刑说理严重不足	159
第四章 酌定量刑情节的规范化路径	162
第一节 必要性与可行性:酌定量刑情节规范化之意义	163
一、酌定量刑情节规范化的必要性考察	163
二、酌定量刑情节规范化的可行性分析	164
第二节 预防与报应:酌定量刑情节规范化之基础	165
一、报应刑论与预防刑论之争	166
二、中国刑罚目的基本理念选择	167
三、酌定量刑情节适用的正当性分析	170
四、酌定量刑情节目的的贯彻设想	171
第三节 规范与自由:酌定量刑情节规范化之边界	174
一、中国法官自由裁量权之定位	174
二、自由裁量权与量刑规范化关系之重塑	178
三、量刑规范化与自由裁量权良性互动之实现	179
第四节 定性与定量:酌定量刑情节规范化之抉择	182
一、重定性轻定量的基本规范方式选择	183
二、酌定量刑情节定性规范化的内容	184
三、酌定量刑情节定量规范化的内容	194
第五章 酌定量刑情节的具体规范模型	196
第一节 罪前酌定量刑情节的具体规范模型	197
一、劣迹情节的具体规范模型	197
二、前科情节的具体规范模型	202
三、被害人过错情节的具体规范模型	207
第二节 罪中酌定量刑情节的具体规范模型	213
一、特殊期间犯罪情节的具体规范模型	213
二、针对弱势人员犯罪的具体规范模型	218
三、积极救助被害人情节的具体规范模型	223
第三节 罪后酌定量刑情节的具体规范模型	227
一、自愿认罪情节的具体规范模型	227
二、财产损失恢复情节的具体规范模型	231

三、赔偿被害人经济损失的具体规范模型	235
第六章 酌定量刑情节规范化制度构建	240
第一节 酌定量刑情节制度规范化的总体思路	240
一、实体规范与程序规范并重	240
二、以贯彻预防目的为侧重	241
第二节 酌定量刑情节的基础原则	242
一、酌定量刑情节与法定量刑情节平等适用原则	242
二、酌定量刑情节的证据裁判原则	243
三、酌定量刑情节的整体量化原则	244
第三节 酌定量刑情节的程序规范	246
一、酌定量刑证据的收集与调查	247
二、酌定量刑情节的提出与证明	250
三、酌定量刑情节认定与量刑说理	254
第四节 酌定量刑情节的监督纠错机制	257
一、检察机关对酌定量刑情节行使监督纠错权的依据	258
二、检察机关对酌定量刑情节行使监督纠错权的困境	258
三、构建系统化的酌定量刑情节监督纠错体系	260
附录：酌定量刑情节适用指导意见(建议稿)	262
参考文献	274
致谢	284

绪论：酌定量刑情节研究的缘起

法定量刑情节因其本身的内容明确性与适用强制性的特点,在理论和司法实务中都受到充分的重视,而缺乏法律明确界定的酌定量刑情节,伴随世界刑罚轻刑化趋势的引导,即使在实践中被广泛运用于量刑裁判,仍不免存在适用上的随意性。由此,2013年12月23日法发〔2003〕14号《最高人民法院关于常见犯罪量刑指导意见》(以下简称《量刑指导意见》)中有关酌定量刑情节之规定,成为各级人民法院适用酌定量刑情节的参考蓝本,然而对于规制酌定量刑情节的适用乱象仍处于杯水车薪的境地。

综观酌定量刑情节在司法程序中的适用过程,会生成一幅如此自相矛盾的图景:在侦查阶段,酌定量刑情节,尤其是那些只能给嫌疑人、被告人带来从宽影响的情节极少被重视,急于收集相关证据的现象较为常见;在庭审阶段,酌定量刑情节,又往往成为庭审各方争议的焦点问题,但基于量刑证据掌握的不全面、量刑辩论自身的专业性程度高等原因,对于酌定量刑情节的辩论往往是“流于形式”“浮于表面”,很难达致对于某个酌定量刑情节“用或不用”“是或不是”“适用后对量刑影响幅度的大小”等关键内容上;在判决结果上,酌定量刑情节是否适用、适用的幅

度更是对量刑结果产生影响的重要砝码。但判决书说理内容的简单与粗糙,在酌定量刑情节外部罩上了一层神秘的面纱,成为了控辩双方,甚至于法官自身都难以解释清楚、更无法论证明晰的禁区。

笔者以为,酌定量刑情节之所以重要,不仅是因为其是法官行使自由裁量权的基石,是体现刑罚个别化原则,并最终达致量刑公正的关键。其更是能够承载诉讼各方的利益诉求,并回应其现实期待的渠道。

首先,酌定量刑情节之于被告人与辩护人,是其寻求从轻减轻,甚至免除处罚的关键途径。法定量刑情节的明确性决定了控辩双方在此问题上的争议并不突出。而酌定量刑情节就成为控辩双方在量刑问题上博弈的主战场,可以说哪一方成功的说服法官适用了其所主张的酌定量刑情节,哪一方在一定程度上就控制了判决结果的基本走向。但由于酌定量刑情节相关规定在刑法中的空白,绝大多数被告人对于酌定量刑情节的了解甚为模糊,即使具有多年执业经验的辩护人,对于酌定量刑情节的观点也难免存在偏差,甚至怠于主张。上述问题将会严重影响被告人及其辩护人对于酌定量刑情节在庭审环节的提出,更遑论若不服量刑结果,更无法从法官对酌定量刑情节的适用中发现并提出问题。

其次,酌定量刑情节之于公诉人,是其实现指控任务完整性的呈现。越来越多的公诉人在提起公诉时,开始尝试针对被告人所具有的酌定情节提出量刑建议,以达到公诉人“求罪”与“求刑”相统一,完成整体的指控任务。然而,部分公诉人对酌定量刑情节带有倾向性的态度,只关注于求刑结论不重视求刑依据的方式,又制约了量刑建议所应具有的效果。

再次,酌定量刑情节之于被害人与自诉人,是其恢复身心创伤,维护实体权益的有效保障。但一方面,被害人在庭审中的缺位,影响了其“证据之源”角色的发挥;另一方面,酌定量刑情节的专业性,法官引导的缺失,又导致被害人对量刑结果难以发挥独立的影响力。

最后,酌定量刑情节之于审判人员,是其自由裁量权得以有效发挥的基石。法官对酌定量刑情节的适用能够充分体现案件事实及被告人的个性化特征,完成法律规范与事实灵动之间的完美融合。然而,缺乏

规范性框架下的酌定量刑情节,既会导致法官适用酌定量刑情节的保守倾向,又会导致自由裁量权在酌定量刑情节上的扩张与滥用。

诚然,量刑制度从来就不是一个简单的规范性问题,一幅严密的、综合的量刑制度的总体图景,^①仍然是由量刑法官来扮演最终权衡者的角色。无论是全面性的、冗杂的、具有强制约束力的量刑规范,还是给予量刑法官过分广泛的自由裁量权在实践中都不具有可操作性。合理的量刑规则应当提供一定比例的量刑变化范围给裁判者,以此来指导审判实践,这便是酌定量刑情节与法官自由裁量的微妙关系。同时,酌定量刑情节需要明示于其他诉讼参与人,参与量刑程序的各方主体均能从中找到基于其诉讼角色的量刑预期。因此,酌定量刑情节的规范化对刑事量刑的理性和统一尤为重要,也是笔者研究这一问题的缘起与意义。

刑法是有关犯罪与刑罚的法律,依据犯罪情节进行定罪量刑是司法实践活动的重中之重。酌定情节作为刑法中情节的一种,在我国现行刑法中多以“情节”一词笼统出现,这其中固然存在一个立法技术的问题——立法难以将现实中的酌定情节一一预见并事无巨细的阐释,基于法律严肃性和概括性的考量,将难以罗列的酌定量刑情节以 290 余处“情节”的概括性规定加以规范是立法者的明智之举——还有对法官自由裁量的尊重,以弥补成文法的局限,最大限度地实现罪刑相适应。^②

将刑法中的酌定量刑情节作为理论研究的一隅,主要基于两点考量:其一,相较之法定量刑情节,酌定量刑情节不仅纷繁复杂,而且无严格的刑法条文可引;其二,无论定罪还是量刑,量刑情节在司法实践中的作用巨大,是法官自由裁量的准绳,亦是定罪量刑不可偏离的航标。然而,在实践中,法官在错案追究制面前谨小慎微,钟情于刑法条文明确规定的法定量刑情节,而对于缺乏清晰规范的酌定量刑情节或敬而远之,或望而却步,于是,存在定罪失当、量刑偏差的案件层出不穷。

① [美]保罗·H. 罗宾逊著:《理想的量刑制度》,王志远等译,载《辽宁大学学报》(哲学社会科学版)2012 年 7 月第 40 卷第 4 期。

② 胡成胜:《刑法中的酌定情节研究》,西南政法大学 2012 年博士学位论文,第 2 页。

鉴于司法适用或混乱或盲区的现状,学界对酌定情节也给予了一定的关注,然而,相关学术著作的数量并不能代表酌定量刑情节问题的解决,现有学术研究成果绝大多数是对酌定量刑情节空想式的理论构建,而缺乏实践数据支撑,然而,在面对酌定情节如何影响定罪,其规范化路径为何的问题时,闭门造车式的研究无疑是徒劳的。此即本书选题之原因及意义,一为提高法学界及实务界对酌定量刑情节的重视,二为以理论结合实际,为酌定量刑情节的规范化提供一个有效路径。