

蒋明 / 著

量刑情节 研究



刑事法文库 (10)

Library of Criminal Jurisprudence

文库主编 / 陈兴良

中国方正出版社

The background of the cover is a complex, abstract geometric pattern composed of various shapes, lines, and angles, creating a textured, crystalline effect. The pattern is rendered in shades of gray and white.

蒋明 / 著

量刑情节研究

刑事法文库 (10)

Library of Criminal Jurisprudence

文库主编 / 陈兴良

中国方正出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

量刑情节研究/蒋明著. —北京: 中国方正出版社, 2004.6

ISBN 7-80107-507-2

I. 量… II. 蒋… III. 量刑—刑法理论—研究 IV. D915.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 0173010 号

量刑情节研究

蒋明著

责任编辑: 许杰

责任校对: 张蓉

责任印制: 郑新

出版发行: 中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

发行部: (010) 66124758 门市部: (010) 63094573

编辑部: (010) 63099854 出版部: (010) 66510958

网址: www.fzpress.com

责编 E-mail: Xujie@fzpress.com

经 销: 新华书店

印 刷: 航远印刷有限公司

开 本: 850 毫米×1168 毫米 1/32

印 张: 8.625

字 数: 180 千字

版 次: 2004 年 6 月第 1 版 2004 年 6 月北京第 1 次印刷

(版权所有 侵权必究)

ISBN 7-80107-507-2

定价: 20.00 元

(本书如有印装质量问题, 请与本社发行部联系退换)

『刑事法文库』



序

随着刑事法治的发展，我国刑事法理论如何适应法治建设的现实需要，提升刑事法的学术水准，成为刑事法学界面临的一个重大课题。在这种情况下，刑事法文库怀着强烈的使命感正式问世。刑事法文库由北京大学刑事法理论研究所主办，并由我担任主编。

刑事法文库由陆续推出的一系列著作构成，力图成为一个展示刑事法理论前沿性研究成果的窗口。刑事法文库的范围，包括刑事法各学科，即刑法、刑事诉讼法、犯罪学、监狱法等。收入刑事法文库的著作，我们期望是代表刑事法某个领域的思想性与学术性兼备的专著。前些年，我国刑事法理论研究取得了重要的进展，尤其是刑法和刑事诉讼

法这两个刑事法的基础学科出版了一系列令人瞩目的论著。当然，以往的刑事法理论研究也还存在某些未尽人意之处。在我看来，刑事法理论研究需要从以下三个方面加以突破：一是思想性。刑事法理论，无论是规范刑事法学还是理论刑事法学，都应当进一步强调思想性。这里的思想性，是指刑事法理论不仅要关注法条及其适用，关注理论及其论证，更应当关注刑事法理论的社会人文关怀，反映现实社会的法治要求，以推进我国刑事法治建设为使命。二是学术性。刑事法理论应当建构基石范畴与核心命题，并形成基本原理。只有这样，刑事法理论才能自命为一种学术，而不至于沦为对法条的机械诠释。三是规范性。对于刑事法理论的发展来说，规范性至关重要。以往的刑事法理论虽然聚讼纷纭，表面繁荣，但积淀的观点与形成的共识并不多，因而过眼云烟式的论著为数不少。在此关键是要在刑事法理论研究中引入学术规范，形成规范刑事法学与理论刑事法学各自的语境。只有在此基础上，才

实务价值。我认为，本书反映了当前刑法学界研究量刑情节的前沿成果和学术水平，值得一读。

我参加了蒋明同志的博士学位论文答辩，得以对本书先睹为快。18年前，我的硕士论文也是写刑法情节问题的，可以说是研究量刑情节的一个同路人。值本书付梓之际，蒋明同志邀我作序，虽然我感到自己尚未达到为他人著作作序的水平，但我愿意借此机会说几句话，向这位桑梓学弟取得的学术成就表示祝贺，并乐意把本书推荐给对量刑情节及其相关问题感兴趣的读者。希望蒋明同志今后多利用职务和工作上的便利条件，继续向社会奉献更多更好的学术成果。

权且为序。

胡云腾^①

2004年5月于北京

^① 中国社会科学院法学所研究员、中国人民大学博士生导师。



言

量刑情节是我国刑法中的一个重要问题。比较一下我国刑法和其他国家刑法的内容，一个显著的不同就是前者充满了“情节严重”、“情节恶劣”和“情节特别严重”之类的模糊术语和自首、立功、主犯、从犯等法定量刑情节的规定。1979年颁行的刑法中，出现“情节”这一术语的条款就有70多个，1997年刑法修订以后，各种“情节”规定随着刑法条文的扩张成倍增加。而在外国的刑法中，此类模糊性的情节规定是不多见的，法定的量刑情节通常也只有寥寥数种，且如何适用多有明确规定。因此，数量众多、功能复杂的量刑情节已构成我国刑法的一大特色。在司法实践中，情节常常是划分罪与非罪和

此罪彼罪、决定罪轻罪重乃至是否判处死刑的重要因素。从事司法实务的同志可能都有这样的体会：一起案件的某一个情节没有查清，有罪就可能变成无罪；如果有一个从严量刑情节，被告人就可能被判处重刑或极刑；如果有一个从宽量刑情节，死罪也可能判处较轻的刑罚。与犯罪概念、犯罪构成等重大理论问题相比，情节似乎是一个小问题，实际上它们对定罪量刑的影响非常大。如果不了解我国刑法中的情节规定和情节定罪量刑的功能，就难以全面掌握和适用现行刑法。

蒋明同志的《量刑情节研究》一书，是其在吉林大学法学院攻读博士学位期间完成的博士论文，诸位评审专家和论文答辩委员会都给予了很高的评价。到最高人民法院工作后，他又结合审判工作实际，对相关内容进行了完善，使之成为一部系统研究量刑情节的力作。书中对量刑情节的概念、特点、功能和分类，量刑情节的认定和适用，量刑情节规定的科学性与进一步完善等问题，均作了全面、深入的论述，其中不乏精彩和创新之笔，富有学术理性和

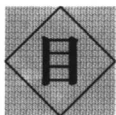
能使刑事法研究摆脱无谓的论争，一步步地推进。刑事法文库试图在上述三个方面有所建树，将思想性、学术性与规范性作为价值追求。

刑事法文库是一个开放性的书系，不仅出版我国学者在刑事法领域的力作，而且收入刑事法的译著以及进行比较研究的专著，以每年3—4本的出书进度逐渐推出。写作虽然是一种个体化的行为，学术却是一项共同的事业。只有形成一个学术共同体，理论才能发展。刑事法理论的繁荣，同样需要这样一个学术共同体。刑事法文库，将为这一学术共同体的建构竭尽全力。

陈兴良

谨识于北京西郊稻香园寓所

2000年3月24日



录

绪 论	(1)
第一章 量刑情节概述	(8)
第一节 量刑情节的历史考察	(8)
一、中国古代的量刑情节	(8)
二、外国古代及近代的量刑情节	(10)
第二节 量刑情节的基本范畴	(13)
一、量刑情节的概念	(13)
二、量刑情节的构成	(19)
三、量刑情节的特征	(29)
四、量刑情节的分类	(35)
五、量刑情节的范围	(41)
第三节 量刑情节的法律价值	(44)
一、量刑情节与刑事自由裁量权	(45)
二、量刑情节的本质属性	(51)
第二章 量刑情节的界定	(68)
第一节 量刑情节与犯罪情节	(74)
一、犯罪情节概述	(74)

二、量刑情节与犯罪情节的区别	(82)
第二节 量刑情节与定罪情节	(86)
一、定罪情节概述	(86)
二、量刑情节与定罪情节的区别	(92)
第三章 法定量刑情节	(108)
第一节 法定量刑情节概述	(108)
一、法定量刑情节的概念与特征	(108)
二、法定量刑情节的分类	(111)
第二节 法定量刑情节的立法规定	(114)
一、应当型法定量刑情节	(114)
二、可以型法定量刑情节	(116)
第三节 法定量刑情节的立法思考	(116)
一、法定量刑情节的规定方式	(116)
二、可以型情节之取消	(118)
第四章 酌定量刑情节	(124)
第一节 酌定量刑情节概述	(124)
一、酌定量刑情节的概念与特征	(124)
二、酌定量刑情节的地位与作用	(131)
三、酌定量刑情节的范围与分类	(135)
四、酌定量刑情节的表现形式	(140)
第二节 酌定量刑情节的适用及其 法定化	(141)
一、适用酌定量刑情节应注意的问题	(141)
二、酌定量刑情节的法定化	(143)
第五章 政策性量刑情节	(162)
第一节 政策性量刑情节概述	(162)
一、政策性量刑情节的概念与特征	(162)
二、政策性量刑情节的功能与分类	(170)

三、政策性量刑情节与法定、酌定 量刑情节的关系	(172)
第二节 “坦白”从宽、“抗拒”从严 ..	(174)
一、“坦白”情节的定位及定义	(174)
二、运用“坦白”从宽应注意的 几个问题	(180)
三、“坦白”从宽的制度设置及优化 ..	(182)
四、“抗拒”从严的有限设置	(187)
第六章 量刑情节的适用	(192)
第一节 一情节的适用	(192)
一、一情节的概述	(192)
二、从重、从轻处罚情节的适用	(194)
三、减轻处罚情节的适用	(207)
四、免除处罚情节的适用	(212)
第二节 数情节的适用	(215)
一、数情节的概述	(215)
二、数情节的竞合	(218)
三、数情节的冲突	(222)
第七章 量刑情节的发展完善	(234)
第一节 量刑情节的立法完善	(234)
一、我国量刑情节的立法欠缺	(235)
二、完善量刑情节的立法建议	(241)
第二节 量刑情节的司法完善	(246)
一、我国量刑情节的司法问题	(246)
二、完善量刑情节的司法建议	(255)
后 记	(262)

绪 论

虽然关于量刑情节的法律规定和司法实践在历史上早已存在，但是真正将量刑情节（或者说犯罪情节）作为一个课题而作理论上的探讨，却是在 20 世纪的后期。尽管在此之前，学者们在论著中也经常提到犯罪情节，例如英国著名的功利主义法学家吉米·边沁在其《立法理论——刑法典原理》一书中提到：“除了这些原则外，要估量第一层次之恶，我们还必须考虑加重情节，也就是使罪恶增加的情节。根据下列原则，我们可以把这些情节排列出来：……第二，使犯罪增加的情节给犯罪行为本身产生出的罪恶带来了恐怖的附加罪恶。恐怖的增加。第三，某种侮辱行为的特别情节使罪恶增加。耻辱的增加……无论如何，情节决定惊恐的程度”。然而更多的，是学者们立足于社会的一般预防和对犯罪人的特殊预防，对累犯、惯犯、未遂犯、中止犯、身份犯等作个体的研究。20 世纪以后，德、日刑法学者对量刑基准、量刑模式的优化等问题进行了广泛的探讨，同时对影响刑罚裁量的情节作了较深入的研究。如有的日本学者将情节分为属于犯罪事实的情节，即犯罪本身的情况（犯情）和不属于犯罪事实的“狭义的情节”两种。狭义的情节又分为行为时存在的“犯人的属性”和行为后才发生的“犯罪后的情况”。并将不同情节对刑

罚裁量的影响力的大小予以区分^①。德国学者虽然没有直接提出量刑情节这一概念，但在研究上却把量刑情节区分为“导致刑罚改变的加重事由”和“导致刑罚改变的减轻事由”^②。对情节的研究最为详细者应属意大利的刑法学者。意大利刑法学者对犯罪情节的概念及功能，情节的分类、认定，情节的适用和情节的竞合，情节的效果，加重情节和减轻情节以及累犯等都进行了细致的分析和讨论^③。

在社会主义国家，前苏联刑法学者对量刑情节的研究较为深入，并对其他社会主义国家刑法学者对该问题的研究产生过重要影响。前苏联刑法学者认为，法院在选择刑罚方法时，应考虑犯罪人的个人情况，并将犯罪人的个人情况区分为“具有法律性质的”和“不具有法律性质的”两种。具有法律性质的个人情况包括某人是否被认定为特别危险的累犯、他实施犯罪是初犯还是再犯、他有无前科、犯罪时是否已经成年等等。其中，一系列说明个人情况的事实因素被立法者规定为减轻情节或加重情节。不具有法律性质的个人情况，是指可以判断出该人个人的特性（日常生活中的行为表现，对家庭成员和对同事的态度，对待劳动、国家财产和公共财产，对待遵守公共秩序和纪律的态度、意志、品质等）的情况，而犯罪人本人的实际情况，如健康状况、家庭状况、财产状况等等，也对说明该人的个人情况具有意义。而且，前苏联刑法学者对法院在判处刑罚方法时依法应当加以考虑的减

① 参见苏惠渔、西原村夫等著：《中日刑法若干问题——中日刑事学术讨论会论文集》，上海人民出版社1992年版，第52页。

② 参见〔德〕弗兰茨·冯·李斯特著，徐久生译：《德国刑法教科书》，法律出版社2000年版，第472、475页。

③ 参见〔意〕杜里奥·帕多瓦尼著，陈忠林译：《意大利刑法原理》，法律出版社1998年版，第266页以下。

轻情节和加重情节进行了逐条逐项的研究^①。

我国刑法学界对量刑情节的研究始于 20 世纪 80 年代初^②。随后近 20 年的时间内,有近百篇关于量刑情节或刑法中的情节内容的论文在有关刊物上发表。尤其是,1986 年西南政法学院答辩通过的《论我国刑法中的情节》和 1988 年四川大学法律系通过的《略论我国刑法中的情节》两篇硕士论文以及吉林大学法学院通过的《量刑情节论》博士论文,对量刑情节的概念、特征、功能、分类等基本范畴理论进行了较为系统而深入的研究,同时也对量刑情节的法定性,量刑情节与量刑平衡的关系及量刑情节的立法、司法完善等问题进行了探索性的研究。而且,除了这几篇专门研究量刑情节的学位论文以外,还有一些研究量刑一般理论的著作也以相当多的篇幅对量刑情节进行了论述。应该说,我国刑法学界对量刑情节这一刑法论题给予了相当的关注。

然而,从总体上看,我国刑法学界对量刑情节的研究还很不够,这主要表现在以下几个方面:

1. 对酌定量刑情节的研究还很不够。自 20 世纪 80 年代以来,随着刑法的颁行,刑法学研究呈现出一派繁荣景象,不过,这种“繁荣”景象在量刑情节研究中的表现,则仅仅是对累犯、自首、未遂犯等法定量刑情节的连篇累牍和不厌其详的讨论。对众多的酌定量刑情节的性质、种类、范围等问题虽有所提及,但大多避繁就简,就更不用说对酌定量刑情节作更深入的研究了。流风所至,学界至今对酌定量刑情节的一些基本性问题模糊不清,难以界定。例如,对如何界定酌定量刑情节的范围,刑法学界通常以列举的方法加以限定,我国的一些权威教材列出了常见

^① 参见 [苏] H·A·别利亚耶夫, M·H·科瓦廖夫主编, 马改秀、张广贤译:《苏维埃刑法总论》, 群众出版社 1987 年版, 第 322—349 页。

^② 参见陈兴良主编:《刑事司法研究——情节·判例·解释·裁量》, 中国方正出版社 1996 年版, 第 106 页。

的7种(如高校文科教材《中国刑法学》等),有的列出了10种^①,有的列出了18种^②,更有甚者,列出了87种之多^③。尤其是民愤、治安形势、前科等是不是酌定量刑情节,莫衷一是,争议很大。而且,酌定量刑情节法定化也是刑法学界应该深入研究的问题。目前,对哪些酌定量刑情节需要法定化、如何法定化的研究也还很肤浅。

2. 偏重单个量刑情节的孤立研究,忽视量刑情节相互关系问题的宏观研究。应当指出,前些年,即使在刑法学界较为重视的法定量刑情节的研究中,人们也只是孤立地研究各个量刑情节,几乎没有注意到多情节并存时的相互关系问题。近些年来,学者似乎已经开始注意到司法实践中多情节并存的现实,并着手研究和探讨。然而,正如有的学者所说,“这种研究仍然是表象,就实质而言,学者们毕竟还是沿用过去孤立研究单个量刑情节的模式,还不能算作是对量刑情节问题真正作出宏观思考”^④。

3. 重视国内刑法学有关量刑情节的注释性理论,忽视对国外量刑情节立法的比较研究。我国刑法学有关量刑情节的传统理论主要是一种注释性理论,受这种传统理论的影响,我国刑法学界对量刑情节的研究主要立足于刑法的现实规定,对刑法中没有规定的问题,几乎就无人问津。值得一提的是,近几年来,随着部分中青年刑法学者视野的拓展,我国刑法中尚未规定的量刑情节并存问题量刑情节的基准点问题以及量刑情节的冲突问题受到了较广泛的注意,但这种注意仍局限于就事论事,在理论上的阐述显得不够,因而缺乏强有力的说服力。而且,对国外量刑情节

① 参见《中国刑法词典》,学林出版社1989年版,第414页。

② 载《法学》1984年第9期,第24页。

③ 参见《武汉大学学报》1991年第2期,第65页。

④ 参见陈航《应当重视量刑情节的研究》,载《甘肃政法学院报》1996年第1期。

的比较研究还很少，就笔者所掌握的资料看，大多是对国外量刑情节的简单阐述或是对刑法典的翻译，很少见到与国外立法作比较的研究，这不能不说是一个缺憾。

考察人们对量刑情节研究不够充分的原因，笔者将其归纳为两点：一是直接导因于对量刑的不重视，这与人们重定性分析轻定量分析有关；二是导因于我国注释刑法理论，在对刑法规范的注释中很难详尽地展开量刑情节的内容。

虽然我国刑法学界对量刑情节还缺乏系统而完备的研究，但已充分认识到量刑情节的重要性，除了对量刑情节诸如概念、分类、功能等基本范畴进行较深入的研究外，还对有关量刑情节的“疑难杂症”进行了会诊，提出了不少解决的方案和办法，但因解决问题的角度和法学素养因人而异，所以争论也很激烈。通过笔者的归纳，争论的焦点主要集中在以下几个方面：

1. 多种量刑情节并存的适用问题。在刑事审判实践中，一案具有多种量刑情节的现象并非鲜见。这些量刑情节既可能都是从宽处罚情节，也可能都是从严处罚情节，还可能是数个逆向量刑情节并存，而这些同向或逆向量刑情节又有从轻、减轻和免除处罚情节，从重和加重处罚情节，法定和酌定量刑情节，应当和可以型情节以及罪前、罪中和罪后情节的区别。而对这些种类不同，性质、作用有别而交错并存的量刑情节，如何做到裁判有序、量刑适当，这不仅是审判实践中的棘手问题，而且也是量刑理论研究中争论较大的课题之一。

2. 量刑基准问题。对这一问题，中日刑法学者的理解不同。日本刑法学者把它作为量刑标准问题来研究，也就是说，在法定刑的幅度内，对一个具体的犯罪人依据什么来确定具体刑罚。而我国刑法学者把它作为量刑的起点来研究，也就是加重、从重、从轻、减轻是在什么样基础上进行的。对如何确定量刑基准，我国学者分歧很大。有的学者认为量刑基准就是一定的法定刑或者