

玛珈山法政文丛

主编：汪全胜 张 铭

11

量刑情节的规范识别 和适用研究

王瑞君 / 著

Study on the Standard Identification and Application of
Sentencing Circumstances



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

玛珈山法政文丛

主编：汪全胜 张 铭

11

量刑情节的规范识别 和适用研究

王瑞君 / 著

Study on the Standard Identification and Application of
Sentencing Circumstances



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

量刑情节的规范识别和适用研究/王瑞君著. —北京:
知识产权出版社, 2016.9

(玛珈山法政文丛/汪全胜, 张铭主编)

ISBN 978-7-5130-4295-6

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 147803 号

责任编辑: 李学军

责任出版: 刘译文

装帧设计: 刘 伟

量刑情节的规范识别和适用研究

王瑞君 著

出版发行: 知识产权出版社有限责任公司 网 址: <http://www.ipph.cn>

社 址: 北京市海淀区西外太平庄 55 号 邮 编: 100081

责编电话: 15611868862

责编邮箱: 752606025@qq.com

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

发行传真: 010-82000893/82005070/82000270

印 刷: 三河市国英印务有限公司

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

开 本: 787mm×1092mm 1/16

印 张: 17

版 次: 2016 年 9 月第 1 版

印 次: 2016 年 9 月第 1 次印刷

字 数: 266 千字

定 价: 56.00 元

ISBN 978-7-5130-4295-6

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

山东省社会科学规划研究重点项目“量刑规范化实施情况研究——以‘实体量刑规范化文本’的适用为视角”（项目编号：15BFXJ01）

玛珈山法政文丛

编辑委员会

主 编：汪全胜 张 铭

委 员：（以姓氏笔画为序）

王瑞君 刘 军 张 乐

姜世波 姜爱丽 赵 沛

焦宝乾

总 序

山东大学（威海）法学院是年轻的法学院。说它年轻，一是成立的时间很短，比不上动辄百年或者少说几十年历史的法学院，如果从1994年山东大学威海校区筹建法律系招收经济法专科起算，2014年才迎来它的20年诞辰。如果说有“法学院”名称，那也就是不到10年的时间。2004年，威海校区院系整合，设“法学院”，将原马列部的行政管理专业、社会工作专业并到法律系，建法学院，由谢晖教授出任法学院首任院长。二是师资队伍年轻，平均年龄据我估算，可能也就是40岁左右吧。目前，法学院教职员工70余人，除原有师资以外，对学院师资引进做出贡献的有两位人物：一位是从河南大学来山东大学威海校区任法律系主任的陈金钊教授，学科初建、专业方兴，陈金钊教授引进了不少人才；另一位就是谢晖教授，2004年及其后几年，其广纳国内高校的青年才俊。法学院的人才引进不仅引起了国内的注目，更是成效显著。自2004年始，科研产出占整个威海校区文科学科的一半甚至还多，是山东大学威海校区乃至山东大学的增长点。年轻，不等于没有资历。在这20年的发展过程中，一些学科、一些学者在国内渐有声望，法律方法论研究中心2006年被批准为山东省人文社会科学重点基地，逐渐形成了一支职称结构、年龄结构、学历结构、学缘结构都比较合理的学术团队；陈金钊、谢晖、焦宝乾、桑本谦等学者在国内学术界的影响日显，陈金钊、谢晖被称为著名法学家也不为过。山东大学（威海）法学院的声誉、影响力并不比那些有一定历史的法学院低或小，说起山东大学（威海），至少在法学界，会让人联想到山东大学（威海）法学院吧。

学院的发展离不开人才,学科的发展也离不开人才,没有人才或者没有很好的人才成长平台,发展从何谈起?!山东大学(威海)法学院一方面继续延揽人才,为他们创造良好的成长环境,另一方面对于现有人才也想方设法给他们成长的空间,让他们在威海生活得开心、舒心、放心。威海是最适宜人居的城市,但是仅有这样的自然环境还是远远不够的。这几年,一些人追求更高的平台、更大的发展空间,离开威海。先有主张“华夏多元学术文化格局”,不赞成“大家者流,争聚京华皇城脚下”的谢晖教授北上京城;再有为法律系初建、迎着重重困难顶着种种阻力而发展学科、提升层次的陈金钊教授南下华政;还有如罗洪洋教授、桑本谦教授、谢维雁教授、董学立教授、苗金春教授诸君,或东奔,或西走。诚然,人才流动是一种正常现象,但是对我们山东大学(威海)法学院来说未尝不是一种损失,甚至是巨大的损失。

人才、学科是山东大学(威海)法学院发展的着力点。法学院现已形成了法律方法论重点学科、刑法学科、国际法学科、政治学科、立法学科、行政管理学科等学群,一些青年才俊也迅速成长。2013年,山东大学威海校区启动学科建设资金,对法律方法论学科给予重点扶持。自2014年始,法律方法论作为一个专业,将独立招收博士研究生,这是一个很好的发展机遇,也是我院学科发展的良好平台。法律方法论学科(基地)有了学校的支持,有了该学术团队的精诚合作,我相信,该学科还有更大的发展空间。学校学科政策扶强不扶弱,但对于学院来讲,除了重点学科之外,还有更多其他的学科,也需要有一定的政策与经费支持,不能发展一个学科,其他学科就不再考虑了。目前,除了法律方法论学术团队以外,我院其他各专业、各学科人才成长也很快,每年都有教师博士毕业,或主持省部级以上课题。随之,博士论文或课题成果的出版也面临问题。如何扶植这些成长的学科,如何扶持这些年轻才俊,让他们尽快成长,更重要的是,将这些成果推向社会,扩大法学院的影

响，这些问题亟须规划与考虑。在这样的背景下，法学院学术委员会经过商议，决定设立“玛珈山法政文丛”，资助年轻教师学术著作的出版，以振兴法学院的学术，继续保持或扩大法学院的发展强势。

这里我首先要感谢知识产权出版社的李学军编辑，因为他的促成与努力，我们才能够将出版文丛的想法付诸实施。法学院与知识产权出版社共同策划、出版“玛珈山法政文丛”，每年计划出版3~5本，为我院青年才俊提供成果展示的平台。我相信，“玛珈山法政文丛”的出版，一方面会为我国学术研究增加些许色彩，另一方面也为学界同仁了解山东大学（威海）法学院、山东大学（威海）的学人，提供一个很好的窗口。

本文丛的出版，得到了知识产权出版社特别是李学军编辑的大力支持与帮助，也得到了山东大学（威海）学科发展经费的资助，在此，特表示诚挚的谢意！

汪全胜

于威海玛珈山下枕涛书斋

2013年11月17日

目 录

绪 言 1

- 一、量刑结果对犯罪人命运具有决定性的意义 1
- 二、量刑情节的规范识别和适用是实现量刑公正的重要环节 2

第一章 立法类型化的量刑情节及不同立法例比较 7

第一节 各国立法中的量刑情节及其特点 7

- 一、一些国家刑法立法中类型化的量刑情节 7
- 二、各国立法类型化量刑情节的特点 12

第二节 我国立法中的量刑情节及与他国量刑情节特点之比较 15

- 一、我国立法中类型化的量刑情节 15
- 二、与他国量刑情节特点之比较 17

第二章 我国司法中类型化与非类型化的量刑情节 21

第一节 通过司法解释和准司法解释类型化的量刑情节 21

- 一、司法解释和准司法解释所列举或描述的量刑情节 21
- 二、司法解释和准司法解释对量刑情节类型化的特点 29
- 三、省际间相关规定的比较——以赔偿影响量刑为例 29

第二节 刑事个案判决中的非类型化酌定情节 35

- 一、《刑事审判参考》所认定的情节——以毒品犯罪为例 35
- 二、《刑事审判参考》所认定的情节——以故意杀人罪为例 38
- 三、其他非类型化量刑情节 40
- 四、刑事个案判决中非类型化酌定情节的特点及评价 42

第三章 量刑情节识别的根据和标准 44

第一节 刑事政策以刑罚根据为载体进入刑罚裁量活动 45

第二节 刑罚根据及其对量刑的主导作用 51

一、刑罚根据的立法和相关原理 52

二、刑罚根据对量刑活动的主导作用 63

第三节 以刑罚根据为标准进行量刑情节的识别 68

第四节 建立在刑罚根据基础上的量刑情节识别

——以赔偿为例 70

一、各国关于赔偿影响刑罚的规定 70

二、我国赔偿影响量刑的相关规定及制度设计 76

三、赔偿可否作为量刑情节的困惑 80

四、赔偿影响刑罚的根据和联结点 83

五、赔偿作为量刑情节的依存条件 85

第五节 其他事由可否作为量刑情节的分析 87

第四章 量刑情节的分类与功能划分 91

第一节 量刑情节的传统分类 91

第二节 建立在刑罚根据基础之上的量刑情节的功能划分 92

第五章 量刑情节数量的识别和判断 105

第一节 刑罚根据作为量刑情节单复数识别和判断的“源点” 105

第二节 关联性与量刑情节数量的识别和判断 108

第三节 非类型化量刑情节中情节数量的识别 112

第四节 量刑情节数量识别——以被害人谅解与其他情节的竞合为例 113

第六章 量刑情节规范适用的原则及其基本内涵 119

第一节 刑事政策对量刑情节规范适用的影响 119

第二节 刑罚根据对量刑情节适用的主导作用 127

第三节 量刑情节规范适用的原则 135

一、责任主义原则 137

二、禁止重复评价原则 140

第七章 量刑情节适用的逻辑顺序 144

第一节 《量刑指导意见》中量刑情节的适用顺序 144

第二节 责任主义主导量刑情节的适用及顺序 149

第三节 如何解决个案量刑时报应刑与预防刑的冲突 151

一、个案量刑时报应刑与预防刑之间的冲突及困惑 152

二、解决报应刑与预防刑冲突的理论学说 154

三、有关预防刑和报应刑二者关系的立法及其立场导向 158

四、以责任为基础解决报应刑与预防刑在个案量刑时的冲突 159

第八章 量刑情节的规范适用示例——以赔偿为例 166

第一节 赔偿作为量刑情节适用的样本多样性 166

第二节 赔偿作为量刑酌定情节影响量刑的理论依据
和现实需求 172

第三节 赔偿影响刑罚的度的把握 177

第四节 赔偿在我国刑罚裁量及之前阶段地位提升的
背景与对策 186

一、赔偿在刑事判决前各诉讼阶段地位提升的表现 187

二、在刑罚执行及执行后阶段赔偿地位的缺失 189

三、赔偿在刑事诉讼不同阶段地位失衡的弊端 192

四、赔偿在刑事诉讼中地位失衡的解决对策 195

第九章 量刑情节识别和适用的说理 198

第一节 量刑情节识别和适用中的说理及存在的问题 199

第二节 量刑情节识别和适用的说理过于简洁且不规范的弊端 207

第三节 量刑情节识别和适用的说理要规范和透彻 210

第十章 量刑规范化的重新解读与体系性构建 214

第一节 重新解读量刑规范化 215

第二节 体系性思考对量刑规范化的意义 224

一、《量刑指导意见》体系性思考的不足及影响 224

二、量刑规范化离不开体系性思考 226

第三节 量刑规范化的体系性思考与构建 229

余论 加强刑罚裁量的教学和训练 237

一、加强刑罚裁量教学和训练的必要性 237

二、刑罚裁量教学和训练的内容及体系设计 241

参考文献 250

绪 言

一、量刑结果对犯罪人命运具有决定性的意义

量刑是一个关系犯罪人命运的重大课题，也是很容易引起争议的社会话题。当年的许霆案，由一审的无期徒刑，到发回重审后改判为5年有期徒刑。当年的孙伟铭案，法院一审认定孙伟铭的行为构成以危险方法危害公共安全罪，且情节特别恶劣、后果特别严重，故依法判处其死刑，剥夺政治权利终身；二审中，在对孙伟铭认定同样罪名的情况下，由于对孙伟铭的已然罪行的严重程度有新的定位和评价，并同时采纳了孙伟铭及其辩护律师在二审控辩中提出的犯罪人人身危险性小的因素，即真诚悔罪、良好履历、事后补救等，于是，对孙伟铭的死刑判决改判为无期徒刑。沈阳的刘勇则经历了由死刑到死刑缓期执行再到死刑的判决过程。不论是由重的刑罚变成轻的刑罚，还是由轻的刑罚变成重的刑罚，刑罚的惩罚性和羞辱性，都使得刑罚的适用及其不同量刑结果，直接影响犯罪人个人的生命、自由、人格、名誉、工作、生活，关系到他的家庭、亲属的生活、工作、精神、人际交往等方方面面，关系到司法公正和司法公信力。不仅生刑与死刑两重天，生刑之间因为刑罚的性质和期间的不同，其给犯罪人本人和家庭、亲属所带来的命运同样有着巨大的差异。量刑本身及在刑事案件裁判中的重要性，正如学者所言：“定罪的本质意义与其说是对犯罪行为进行定性，不如说是给量刑提供必要的前提和恰当基准。”^①林山田教授更是把依法定刑做成适当而公正的刑罚裁量，看作是从事刑事司法工作的法官面对的一项难度最大的工作。“假如做一个既符合法律正义与行为人个案的需要，又符合妥当的刑事政策的刑罚裁量，则

^① 石经海：《量刑个别化的基本原理》，法律出版社2010年版，导论第1页。

往往不但问题多多,而且困难重重。当然,对于一些不具职务意识,只要敷衍了事而作出判决以结案的法官,刑罚裁量倒是件轻而易举的例行公事,因为这些不够格的法官,只要在法定刑的范围内,选定刑罚种类,并确定刑度,即可‘依法’交差了事。”^①然而,刑罚裁量不是一项简单的工作,关系到被告人及其家属的命运,关系到受害人的权益和内心感受,同时也对社会有极大的影响。因而,刑罚裁量往往是社会公众密切关注的问题。为此,通过定罪一方面对犯罪行为进行定性评价,另一方面为准确量刑找出对应的量刑基准,然后再根据符合量刑规律的量刑步骤,通过量刑情节的适用,得出公正的量刑结果,这是检验刑事案件审判是否公正的最终结论性标准之一,也是整个刑法理论的缩图和刑事法学的核心议题。

二、量刑情节的规范识别和适用是实现量刑公正的重要环节

量刑问题是刑法理论的缩图。^②量刑的结果往往对犯罪人的命运具有决定性的意义。然而,构成对量刑结果有重要的直接影响的即是量刑情节,将应该作为量刑情节的事由遗漏或者人为地排斥于量刑情节之外,或者混淆量刑情节的功能,都会使对量刑结果的得出出现失范的情况。可能有许多人已经看过这样的报道,报道称,一些地方将犯罪嫌疑人在羁押期间的表现作为量刑情节,如浙江省宁波市镇海区人民法院会同检察机关和公安机关,出台了《关于未成年人在押人员羁押期间表现纳入量刑情节的暂行规定》,将未成年在押人员是否自觉遵守监规,服从管理,是否自觉学习政治、文化知识;能否组织和检举他人违反监规或者其他违法行为等表现纳入法官酌定量刑情节。^③

① 林山田:《刑法通论》(下册),北京大学出版社2012年版,第346页。

② 参见[日]曾根威彦:“量刑基准”,载西原春夫主编:《日本刑事法的形成与特色》,李海东等译,法律出版社、日本成文堂1997年版,第145页。

③ 参见谢春华:“镇海法院出台未成年在押人员评鉴制度”,载《人民法院报》2012年12月16日第1版。此外,重庆荣昌将在押期间表现纳入量刑情节(参见沈义、蒲昌迅:“重庆荣昌:出台在押未决人员羁押表现评鉴制度在押期间表现纳入量刑情节”,载《检察日报》2011年1月3日第2版);云南省安宁市检察院推行将未决犯罪嫌疑人、被告人的审前表现作为量刑情节的制度(参见刘德安、武冬秀:“将未决人员审前表现纳入量刑情节”,载《检察日报》2011年1月12日第2版);宁波北仑区试行看守所押人员羁押期间表现纳入量刑制度(参见袁定波:“监室中表现不同,判刑轻重有差别”,载《法制日报》2007年5月24日第5版)。

有的甚至将羁押期间“自伤自残、装病诈伤或者绝食的”作为从重处罚的情节。^①

关于其他事由如“社会影响”“民众反映”“被告人亲属支持司法机关工作”等作为量刑情节的做法，不仅出现在我们的司法判决中，在我国文本性文件中就能够查到类似的内容和规定。如最高人民法院《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》第8条规定，“对于……发生在社会保障、征地拆迁、灾后重建、企业改制、医疗、教育、就业等领域严重损害群众利益、社会影响恶劣、群众反映强烈的国家工作人员职务犯罪……要依法从严惩处。对于被告人犯罪所得数额不大，但对国家财产和人民群众利益造成重大损失、社会影响极其恶劣的职务犯罪和商业贿赂犯罪案件，也应依法从严惩处。”《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》第17条还规定，“对于亲属以不同形式送被告人归案或协助司法机关抓获被告人而认定为自首的，原则上都应当依法从宽处罚；有的虽然不能认定为自首，但考虑到被告人亲属支持司法机关工作，促使被告人到案、认罪、悔罪，在决定对被告人具体处罚时，也应当予以充分考虑。”

那么，“羁押期间的表现”可否作为量刑情节，哪方面的羁押表现可以作为量刑情节？“社会影响”“群众反映”“亲属送被告人归案”“被告人亲属支持司法机关工作”等可否构成影响量刑的因素？理由和根据是什么？这些问题概括起来，即何种事由能够作为量刑情节？以什么作为根据来进行识别和判断？某事由与刑罚根据具有怎样的联系，始能作为量刑情节？

最高人民法院中国应用法学研究所编写的《量刑规范化典型案例①》中选录了山东省淄博市人民法院审理的桑某某故意伤害案，该案的量刑情节量化分析中，对量刑的思维过程和适用的情节作了说明，其中将桑某某的监护人全部赔偿被害人的损失作为量刑情节减少基准刑的30%，将被害人对被告人的谅解作为量刑情节减少基准刑20%，

^① 莆田市中级人民法院、莆田市人民检察院、莆田市公安局印发《关于将犯罪嫌疑人被告人在看守所羁押期间表现纳入量刑情节的暂行规定》。

二者相加减少基准刑 50%。^① 在这一判决中,将赔偿和谅解分开作为两个量刑情节。上海市高级人民法院《人民法院量刑指导意见(试行)》实施细则(试行)规定:“在人身损害型犯罪中积极赔偿被害人经济损失的,综合考虑犯罪性质、赔偿数额、赔偿能力、被害人或其家属的谅解程度等情况,可以减少基准刑的 30% 以下。对于积极赔偿被害人经济损失并取得被害人或其家属谅解的,可以在前款规定的幅度内从宽掌握。”在上海市的实施细则(试行)中,将基于犯罪人积极赔偿被害人的损失,由此获得了被害方的谅解的情形,视作一个量刑情节。

问题是:赔偿与谅解究竟是几个量刑情节?如果基于犯罪人赔偿而获得被害人谅解(此种情形在司法实践中常见),是一个还是两个量刑情节?当然,2013 年 12 月 23 日最高人民法院发布的《关于常见犯罪的量刑指导意见》中,解决了这一问题,该《意见》将赔偿和谅解放在一个条文中做了规定,即“对于积极赔偿被害人经济损失并取得谅解的,综合考虑犯罪性质、赔偿数额、赔偿能力以及认罪、悔罪程度等情况,可以减少基准刑的 40% 以下;积极赔偿但没有取得谅解的,可以减少基准刑的 30% 以下;尽管没有赔偿,但取得谅解的,可以减少基准刑的 20% 以下;其中抢劫、强奸等严重危害社会治安犯罪的应从严掌握”。尽管如此,其他的事由和情形具有怎样的关联性,是否为一个量刑情节,什么情况下作为两个或两个以上的量刑情节?仍然值得我们结合个案中具体情况,从理论上给出判断的理由和方法。

目前,我国司法裁判中,量刑情节适用的逻辑顺序并不顺畅和明确,从而影响刑罚裁量的结果。如最高人民法院《人民法院量刑指导意见(试行)》和最高人民法院《关于常见犯罪的量刑指导意见》中,均有关于量刑步骤的规定,主要涉及情节的适用时间,即将某些情节规定为减少基准刑的情节,有的规定为增加基准刑的情节。然而,标

^① 参见最高人民法院中国应用法学研究:《量刑规范化典型案例①》,人民法院出版社 2011 年版,第 169~174 页。(依据是最高人民法院《人民法院量刑指导意见(试行)》在“常见量刑情节的适用”部分对“赔偿”和“谅解”情节的规定。即“对于积极赔偿被害人经济损失的,综合考虑犯罪性质、赔偿数额、赔偿能力等情况,可以减少基准刑的 30% 以下。对于取得被害人或其家属谅解的,综合考虑犯罪的性质、罪行轻重、谅解的原因以及认罪悔罪的程度等情况,可以减少基准刑的 20% 以下”。)

准的不清晰和不统一，导致有的该在基准刑时考虑的事由却规定为在基准刑确定后考虑的情节，例如，将犯罪侵害特定的行为对象、犯罪发生在特定的时间和地点等，规定为可在基准刑之上影响量刑的情节，即值得斟酌。那么，像这些情节缘何规定为是在基准刑之上影响量刑的情节？有哪些情节能够在基准刑之上影响量刑？哪些情节应该在确定基准刑时予以考虑？此外，在省级高级人民法院的有关规定中出现了将“有能力赔偿而拒不赔偿”作为增加基准刑的情节的意见，如内蒙古自治区高级人民法院《人民法院量刑指导意见（试行）》实施细则（试行）规定，“有能力赔偿而拒不赔偿的，可以增加基准刑的10%~30%。”黑龙江省高级人民法院、江苏省高级人民法院、江西省高级人民法院及辽宁省高级人民法院也将“有能力赔偿而拒不赔偿”的，作为增加基准刑的情节进行了规定。有的省、自治区、直辖市尽管没有类似的规定，但实践中却在具体判决中将“有能力赔偿而拒不赔偿”作为从重的量刑情节予以适用，如北京市海淀区法院在“于立田交通肇事案”的判决书中写道：附带民事诉讼原告人刘家锋、刘晓丽、刘兴继、李学春、李光勤要求被告于立田赔偿死亡赔偿金、被扶养人生活费、丧葬费、交通费、住宿费、误工费共计人民币625568元。本院认为在本案中，除了保险赔偿外，被告人始终没有赔偿对方任何经济损失，而且本案被害方因此要求对被告人从重处罚，故法庭决定对其从重处罚20%。对海淀法院的这一判决，最高人民法院应用法学研究所将其收录在了《量刑规范化典型案例①》中。^① 笔者调研中也发现有的法院将被告人未能及时赔偿损失，作为对其从重处罚和增加基准刑的事由。

可见，从最高人民法院《人民法院量刑指导意见（试行）》到《关于常见犯罪的量刑指导意见》中确定基准刑的方法是否妥当，值得进一步反思和研究。与此相关的问题是：量刑情节有无必要进行功能性的分类？哪些是影响责任刑的情节？哪些是影响预防刑的情节？如何确定它们的适用先后顺序？

上述问题的存在，反映出我国对量刑基础理论即刑罚根据原理及

① 《北京市海淀区人民法院刑事判决书》（〔2011〕海淀初字第35号），载最高人民法院应用法学研究所编：《量刑规范化典型案例①》，人民法院出版社2011年版，第10~13页。