

《经济刑法研究丛书》总主编◎ 顾肖荣 林荫茂

酌定量刑情节 规范适用研究

Z HUODINGLIANGXING QINGJIEGUIFAN
SHIYONGYANJIU

许 美◎著



黑龙江人民出版社

《经济刑法研究丛书》总主编◎ 顾肖荣 林荫茂

酌定量刑情节 规范适用研究

许 美◎著

黑龙江人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

酌定量刑情节规范适用研究 / 许美著. — 哈尔滨 :
黑龙江人民出版社, 2016.4
(经济刑法研究丛书 / 顾肖荣, 林荫茂总主编)
ISBN 978 - 7 - 207 - 10725 - 1

I. ①酌… II. ①许… III. ①量刑—研究—中国
IV. ①D924.134

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 097331 号

责任编辑:姜海霞

封面设计:张 涛 李德铨

经济刑法研究丛书

顾肖荣 林荫茂 总主编

酌定量刑情节规范适用研究

许 美 著

出版发行 黑龙江人民出版社

地 址 哈尔滨市南岗区宣庆小区 1 号楼

邮 编 150008

网 址 www.longpress.com

电子邮箱 hljrmchs@yeah.net

印 刷 黑龙江艺德印刷有限责任公司

开 本 880 × 1230 1/32

印 张 8.75

字 数 200 千字

版 次 2016 年 2 月第 1 版 2016 年 2 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 207 - 10725 - 1

定 价 28.00 元

版权所有 侵权必究

举报电话:(0451)82308054

法律顾问:北京市大成律师事务所哈尔滨分所律师赵学利、赵景波

目 录

导 言	(1)
第一章 酌定量刑情节规范适用概述	(7)
第一节 我国量刑规范化改革与酌定量刑情节规范 适用	(8)
一、我国量刑规范化改革介绍	(8)
二、量刑规范化改革之中的酌定量刑情节	(12)
第二节 酌定量刑情节的概念和特征	(18)
一、酌定量刑情节的概念	(18)
二、酌定量刑情节的特征	(26)
第三节 国外对酌定量刑情节规范适用的探索与启示	(31)
一、国外对酌定量刑情节规范适用的探索	(31)
二、对我国酌定量刑情节规范适用的启示	(37)
第二章 酌定量刑情节的理论基础	(39)
第一节 酌定量刑情节存在的理论依据	(39)
一、满足刑罚目的的需要	(39)
二、罪刑相适应原则的要求	(43)
三、原则性与灵活性相统一的要求	(45)
四、刑罚个别化实现的司法保障	(48)



第二节 酌定量刑情节的影响力	(50)
一、可以酌定从重、从轻处罚	(51)
二、可以酌定减轻处罚	(51)
三、不具有免除处罚的作用	(52)
四、不存在“应当型”情节	(54)
第三节 酌定量刑情节适用中存在的问题	(55)
一、适用标准不明确	(56)
二、法官自由裁量权过大	(57)
三、选择性适用问题突出	(58)
第三章 常见酌定量刑情节的分类梳理	(61)
第一节 罪前酌定量刑情节	(63)
一、被告人一贯表现	(63)
二、初犯、偶犯	(66)
三、前科劣迹	(70)
第二节 罪中酌定量刑情节	(75)
一、重大灾害期间犯罪	(75)
二、特殊犯罪方法或手段	(80)
三、特别危害后果	(83)
四、针对弱势人员犯罪	(87)
五、亲属间犯罪	(90)
六、被害人过错	(93)
第三节 罪后酌定量刑情节	(98)
一、事后减少犯罪损失	(98)
二、当庭自愿认罪	(104)
三、退赃、退赔	(109)
四、赔偿被害人经济损失	(115)

五、被害人谅解	(121)
第四章 酌定量刑情节的提取标准	(127)
第一节 对《量刑指导意见》中酌定量刑情节规定的 分析	(128)
第二节 酌定量刑情节的适用原则	(130)
一、全面考量原则	(130)
二、禁止重复评价原则	(132)
三、个别化原则	(133)
第三节 酌定量刑情节的提取标准	(135)
一、价值标准——符合社会理性和道德	(135)
二、实质标准——符合刑罚根据	(138)
三、程度标准——典型性	(140)
四、形式标准——可证明性	(143)
第四节 非酌定量刑情节情形的排除	(145)
一、社会治安形势	(145)
二、被告人拒不认罪	(147)
三、判决前被告人已羁押期限	(149)
第五章 酌定量刑情节的适用程序	(151)
第一节 酌定量刑情节的证据与证明	(151)
一、酌定量刑情节的证据要求	(152)
二、酌定量刑情节的证明责任	(155)
三、酌定量刑情节的证明标准	(157)
第二节 酌定量刑情节适用程序的完善	(158)
一、强化检察机关量刑建议	(158)
二、深化裁判文书说理	(162)
三、建立中立社会调查机构	(164)



第六章 酌定量刑情节的规范路径	(167)
第一节 酌定量刑情节刑法地位的明确	(168)
一、酌定量刑情节的刑法地位模糊	(168)
二、明确酌定量刑情节刑法地位的建议	(170)
第二节 部分酌定量刑情节法定化	(171)
一、法定化的实践	(172)
二、法定化的条件	(173)
第三节 以司法解释规范酌定量刑情节	(176)
第四节 借助案例指导制度规范酌定量刑情节	(178)
一、案例指导制度对酌定量刑情节规范的意义	(179)
二、完善案例指导制度的建议	(182)
结语	(186)
附录:最高人民法院关于常见犯罪的量刑指导意见	(188)
最高人民法院关于规范量刑程序若干问题的意见(试行)	
.....	(206)
上海市高级人民法院《关于常见犯罪的量刑指导意见》实施	
细则	(209)
参考文献	(261)
后记	(273)

导 言

量刑的最终目标是要做到公正量刑,即对行为人的犯罪行为施加最为合理的刑罚。在当下中国,随着司法实践中量刑不公问题的凸显和刑法人权保障机能的不断强化,量刑公正问题正受到越来越多的关注。实现量刑公正,努力让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义,说到底,离不开对量刑情节的正确评价和适用。正如有学者指出的,“量刑是选用情节的艺术,是用各种情节塑造一个案件的作业”^①。那么何谓量刑情节呢?笔者认为,量刑情节是指被法庭澄清的用以评判并追究行为人刑事责任的犯罪情状或者其他事实因素的组合。从广义上说,凡是与案件有关的因素包括犯罪构成事实情节都属于量刑情节,都有可能对量刑结果产生影响,只不过是影响的程度有所不同而已;而在狭义上,量刑情节则仅指犯罪构成事实情节以外的能够对量刑产生影响的各种案件情节。

以刑法对量刑情节内容有无明文规定为标准,量刑情节可分为法定量刑情节和酌定量刑情节。由于法定量刑情节的具体内容以及其对量刑轻重的影响均由刑法予以明确规定,所以司法实践中对法定量刑情节的运用极为重视。与法定量刑情节相比,酌定量刑情节对量刑之公正合理价值实现的作用也非同寻常。如

^① 白建军:《刑法规律与量刑实践——刑法现象的大样本考察》,北京大学出版社2011年版,第111页。



法官在“从轻”“减轻”及“可以”与“应当”等法定量刑情节功能的具体择选上,往往要有赖于酌定量刑情节加以确定,而在没有法定量刑情节的案件中,酌定量刑情节更是独立担负起了在法定刑幅度内或在法定刑基础上决定宣告刑最终刑量的重任。例如,通过对 2013 年某直辖市二审上诉改判案件情况的考察发现,赔偿并取得被害人谅解已经成为改判的主要理由,在法院改判的 142 人中有 5 人系因在二审期间达成赔偿谅解协议而改判死缓。^① 可见,目前作为酌定量刑情节的赔偿被害人损失并取得被害人谅解已俨然成为影响量刑结果的重要因素,其影响力甚至有时超越了自首、坦白等法定量刑情节。可是,相对于酌定量刑情节所承担的重要职责而言,当前理论界对酌定量刑情节的研究基本上还处在“宏大叙事”阶段,热衷于对酌定量刑情节进行笼统概括、抽象统计,寄希望借助概括、归纳的方式对所有酌定量刑情节进行一次性界定。其突出表现为在各种教科书及有关论著中,诸如“酌定量刑情节包括犯罪的目的、犯罪的动机、犯罪对象、犯罪的时间、地点”等类似表述,可谓比比皆是,不胜枚举。与此同时,我国司法实务界重定罪、轻量刑的积习依然难以根除,而在本已备受轻视的量刑环节,则更存在着只重法定量刑情节而轻酌定量刑情节之惯弊。体现在反映案件事实及法律适用裁决过程的刑事判决书中就是,具体犯罪构成要件事实情节和法定量刑情节无不被给予浓墨重彩、详之又详的描述,而无案不有的酌定量刑情节则语焉不详或忽隐忽现。加之判决书量刑说理的不充分,酌定量刑情节已俨然成为法官的掌中之物,任其自由取舍和适用。对此问题,刑法学界和实务界应予以高度重视解决,防止由此而引发的量刑失衡或量刑不公现象,消除滋生司法腐败的制度空间。

^① 资料来源于上海检察机关《2013 年刑事审判监督工作通报》。

当然,不可否认的是,近年来酌定量刑情节对量刑的影响得到了越来越多的关注和重视,理论界和实务界加大了理论研究和实践运用。如最高人民法院2010年12月制定的《人民法院量刑指导意见(试行)》明确指出,量刑时要充分考虑各种法定和酌定量刑情节,并对常见典型酌定量刑情节做了列举和相应量化;同时还强调,对意见尚未规定的其他量刑情节,只要是案件中客观存在的,在量刑时也要予以考虑。2013年12月,最高人民法院下发了《关于实施量刑规范化工作的通知》和《关于常见犯罪的量刑指导意见》,决定从2014年1月1日起正式实施量刑规范化工作[2010年9月《人民法院量刑指导意见(试行)》同时废止],酌定量刑情节的适用被正式纳入规范化轨道。这些都说明酌定量刑情节在实现量刑规范和量刑公正中具有不可替代的地位和作用,这也是理论界与实务界共同努力和辛勤付出的结果。但是,与案件有关的事实情节众多,除去犯罪构成事实情节和法定量刑情节以外的案件情节有成百上千种,如被告人一贯表现、前科劣迹、案发原因、行为动机、行为对象,等等,从理论上说,这些情节都有可能成为酌定量刑情节对量刑结果产生较大影响。但问题是,酌定量刑情节的提取标准或依据是什么?在如此众多的情节中,究竟哪些案件情节能够成为酌定量刑情节?这些关键问题在《量刑指导意见》中并没有涉及,理论界对此也较少探讨。

正确提取并适用酌定量刑情节是“情节塑造”的重要内容,面对多个案件情节,法官实际上需要做出某种判断,选择认定哪些情节能够成为酌定量刑情节并加以适用。从这个意义上来说,酌定量刑情节的适用实际上是一个情节选用和裁剪的过程。不论这种选用和裁剪是由裁量者主观上的某种取向、偏好或量刑观所决定,还是在更大程度上取决于取舍对象的客观因素,最终为我们所看到的都是被取舍后的结果。而在此过程中,对酌定量刑情节的适用是否应加以规范?理论界也有不同认识。有观点认为,



酌定量刑情节具有“酌定性”的特征,是法官行使自由裁量权的依据和重要内容,对其适用不应当也无法进行规范。也有观点认为,规范法官自由裁量权是当前我国量刑规范化改革的重要目标之一,法官在适用酌定量刑情节时还是应当遵循一定的适用标准和程序要求的。应当说两种观点都有其合理之处,酌定量刑情节规范适用是实现量刑公正的重要步骤,但是对酌定量刑情节适用的规范不是绝对的规范,而是建立在一定标准和程序基础上的相对规范。虽然法官的自由裁量因素在酌定量刑情节的适用中发挥着重要作用,但是从量刑规范化的角度考虑,我们必须在发挥法官主观能动性的基础上,深入寻找酌定量刑情节适用的内在规律,注意规范提取并适用各种影响量刑的酌定量刑情节,以实现量刑的公正。

因此,明确酌定量刑情节的范围、影响力以及其在现有量刑情节体系中的地位,构建酌定量刑情节的提取和适用标准,完善酌定量刑情节的规范路径,不仅是量刑规范化改革和实现量刑公正的必然要求,也是本文所探讨的酌定量刑情节规范适用的主要内容。同时,建立完善酌定量刑情节的适用程序也是必不可少的,这样不仅可以提高酌定量刑情节适用的公开化和透明度,而且保证在司法者对酌定量刑情节疏于认定或错误认定的情况下,能够通过周全的适用程序及时予以纠正。

与法定量刑情节研究成果的“汗牛充栋”形成鲜明对比的是,刑法学界对酌定量刑情节规范适用进行专门研究的论著不多,实务界对其运用也没有给予足够的重视。虽然早在1982年赵廷光教授就在《贵州师范学院学报》第3期上发表了《试论量刑的酌定情节》一文,第一次明确提出了酌定量刑情节的概念,之后也有不少专家学者予以跟踪关注。但从整体上来看,我国刑法学界对酌定量刑情节规范适用的研究尚显薄弱与不足,研究大多停留在与相关概念做比较、论证重要性、适用冲突的解决等范围内。根据

笔者的整理情况,有关酌定量刑情节研究的论文主要有:高铭暄的《宽严相济刑事政策与酌定量刑情节的适用》(载《法学杂志》2007年第1期)、许利飞的《略论酌定量刑情节》(载《国家检察官学院学报》1999年第3期)、张宝华的《酌定情节探讨》(载《法律科学》1993年第3期)、朱建华的《论法官量刑时应重视酌定量刑情节》(载《法律适用》2008年第8期)、周滨的《关于在刑事审判中合理确定量刑起点量刑情节和量化幅度的调研报告——以故意伤害罪为视角》(载《武汉公安干部学院学报》2010年第4期)、蔡智玉的《醉驾型危险驾驶罪量刑情节的把握——对59件危险驾驶案例的调查分析》(载《中国刑事法杂志》2012年第4期)、李希慧的《论量刑情节的法理基础》(载《甘肃政法学院学报》2006年第6期)、王晨的《论酌定量刑情节》(载《法律科学》1992年第5期)、周静和张宝华的《酌定量刑情节范围探讨》(载《法学评论》1993年第6期)、单民的《略论量刑中的酌定情节》(载《国家检察官学院学报》1996年第3期),等等。近些年来,随着中央把“规范裁量权,将量刑纳入法庭审理程序”确定为中央重大司法改革项目,深入推进量刑规范化改革便成了我国司法机关的重要使命。实现规范量刑自然离不开对量刑情节的规范适用,因此,在刑法学研究领域,关于量刑情节研究的专业著作不断涌现。如蒋明的《量刑情节研究》(中国方正出版社2004年版)、陈炜的《量刑情节论——量刑情节疑难问题探析》(法律出版社2009年版)、周金刚的《量刑情节研究》(法律出版社2012年版)、敦宁的《量刑情节适用的理论与实践》(中国人民公安大学出版社2012年版),等等。同时,研究量刑情节问题的博士、硕士论文已有数十篇。但是,这些著作或者博士论文多以研究法定量刑情节为主,酌定量刑情节只是其研究中的一小部分内容。虽然有的文章针对酌定量刑情节的规范适用提出了诸多颇有见地的观点和见解,但没有对酌定量刑情节的规范适用问题展开全面和系统的研



究。硕士论文虽然有很多,但研究的深度和对实践的指导性则略显不足。从笔者掌握的资料来看,截至目前,仅有一本关于酌定量刑情节规范适用的著作出版(王利宾的《酌定量刑情节规范适用研究》,上海社会科学院出版社2010年版),但其主要是从程序规则和适用环境方面对酌定量刑情节的规范适用加以考察,且研究时间主要在2010年9月《人民法院量刑指导意见(试行)》出台之前。

也许正是由于对酌定量刑情节规范适用的研究还不够深入和全面,导致酌定量刑情节存在的价值和意义一直未被充分认可,这也造成了在当前司法实践中,酌定量刑情节适用情况的乱象丛生,似乎总给人一种“觉得到,摸不着”的感觉。有鉴于此,我们有必要通过全面、系统、深入的研究,以准确把握酌定量刑情节的提取和适用标准,为酌定量刑情节的规范适用提供理论依据和规范指引,从而真正使之在实现量刑公正中发挥出应有的作用。

第一章 酌定量刑情节规范适用概述

量刑公正是司法公正的重要内容。长期以来,全社会对法官量刑给予了充分尊重和认可,认为法官能够在查明犯罪事实的基础上,结合自身办案经验,依照法律规定进行量刑,总体上实现了量刑公正。但不可否认的是,量刑失衡等问题也客观存在,特别是一些典型量刑不公案例的频频曝光,引起了人们对法官量刑公正与否的质疑,对裁判的权威性和司法公信力造成了严重影响。近年来,在理论界和实务界共同推动下,司法实践中掀起了一场声势浩大的量刑规范化改革,其目的是通过增强量刑的公开性和透明度、规范法官的自由裁量权等途径来实现公正量刑。酌定量刑情节在量刑中具有非常重要的地位和作用,是法官公正量刑所要考虑的重要因素。例如,2006年至2009年,上海市人民检察院受理的二审上诉案件中有108件被改判,其中一审判决认定事实清楚,定性准确,量刑适当,仅因二审期间被告人退赃或者赔偿情况发生积极变化而改判的案件有25件,占改判案件总数的23.1%。但由于酌定量刑情节本身所固有的非法定性、内容宽泛、酌情适用等特点,加之对其理论研究的重视程度不够,决定了其在适用中往往会出现虚无化、宽泛化或选择性适用等问题,进而直接影响量刑公正。可见,酌定量刑情节适用规范不仅是量刑规范化改革的重要内容,更是实现司法公正的重要环节。



第一节 我国量刑规范化改革与 酌定量刑情节规范适用

一、我国量刑规范化改革介绍

“解决我国量刑失衡问题的关键并不仅仅在于刑事立法上的完善,而且还难以离开司法上的具体指导。”^①2008年12月,中央决定将“规范裁量权,将量刑纳入法庭审理程序”作为一项重要的司法改革项目,最高人民法院也将其纳入法院第三个五年改革纲要,旨在建立一种更加公开透明,更加客观公正,具有可操作性、可预测性的量刑制度,以解决量刑失衡问题。

(一)我国量刑规范化改革的背景

在我国司法实践中,“估堆式”量刑方法在很长一段时期内被普遍采用。它是指法官在刑法规定的限度内,依据办案经验和理性,对案件进行综合判断后对被告人判决相应的刑罚。^②尽管这种量刑方法简便灵活,为司法工作人员所熟悉,也能充分发挥审判人员的主观能动性,但是这种量刑方法的弊端也是显而易见的。比如,受“量刑是法官自由裁量权的事”和“重定罪、轻量刑”这些传统量刑思维的影响,法官在审理案件之时,一方面,轻视量刑工作,认为只要定罪正确,多判几年和少判几年无所谓;另一方面,量刑的随意性过大,量刑情节得不到准确认定和正确评价,难以对被告人做出一个公正合理的量刑结果。其结果是,不仅量刑

^① 杨志斌:《中英量刑问题比较研究》,知识产权出版社2009年版,第55页。

^② “估堆式”量刑方法的主要操作程序是:审判人员先审理案件,掌握案情;然后在定罪的基础上、在法定刑的范围内,参照过去司法实践的经验,大致地估量出需要量刑的案件应判处的刑罚;接着再考虑案件中存在的从重、从轻、减轻或免除处罚情节;最后综合估量出被告人应当执行的刑罚加以宣告。或先不做出大致应判处的刑罚,而是根据案件的性质与情节,一次性地综合估量出被告人应当执行的刑罚加以宣告。

不公的案件会引起社会的严重关注,甚至有些量刑公正的判决也由于量刑过程的公开性、透明度不足,被告人不服判,社会也不满意。量刑不规范问题不仅会导致被告人及其亲属对判决不满甚至与社会对立,而且可能使社会公众质疑我国的司法权威和司法公正。据了解,现阶段大部分刑事上诉、申诉和上访案件都与量刑问题有关。在此背景下,量刑规范化改革应运而生,即指司法机关在已立之法的基础上,通过将立法规定具体化、量化等方式,为法官准确量刑提供指引,以规范法官的自由裁量权,其目的是使量刑活动更加规范,量刑结果更加公正。

(二)我国量刑规范化改革的实践

理论总是走在实践的前头。量刑规范化改革的理论源头最早可追溯到华东政法学院苏惠渔教授等人于20世纪80年代中期开展的电脑量刑研究。为了解决量刑失衡的问题,他们尝试运用数学方法并借助电脑进行辅助量刑,超前地提出了在全国建立统一的电脑辅助量刑专家系统的设想。无独有偶,紧接着武汉大学赵廷光教授也开始了人工智能量刑研究,并着手开发电脑辅助量刑系统。而在20世纪90年代初,上海社会科学院法学所的顾肖荣教授等人就完成了由国家社会科学基金资助的重大课题“量刑平衡研究”,开创了以情节量化的方式来研究解决量刑平衡问题的先河。这些开拓者的研究成果不仅给量刑实践带来了巨大启迪和十分深远的影响,而且也有力地推动了对量刑规范化问题的研究和改革。

在我国司法实务领域,量刑规范化改革大致经历四个阶段:第一阶段,酝酿提出。早在2003年,江苏省姜堰市法院结合审判实践经验,首先对11种多发犯罪的量刑进行规范,并制定了《规范量刑指导意见》。2004年1月,山东省淄博市淄川区法院在借鉴专家学者开发的电脑量刑研究成果和其他法院取得的量刑经验基础上,制定了《常用百种罪名量刑规范化实施细则》,并开发出供法官在量刑实践中具体运用的“人民法院电脑辅助量刑系



统”。一些基层法院对量刑规范化改革的大胆探索和勇于实践,不仅受到了社会各界的广泛关注,也引起了司法高层的高度重视。最高人民法院在2004年提出量刑规范化改革后,便积极开展调研论证,先后形成了2006年版和2007年版的《量刑指导意见》和《量刑程序意见》。这一阶段量刑规范化开始初步启动,但限于个别试点法院和故意杀人、抢劫、故意伤害等几个罪名的适用。第二阶段,探索试点。包括初步试点阶段和全面试点阶段。初步试点阶段为2008年7月至2009年5月,先后确定了厦门中院、深圳中院、姜堰市法院、淄川区法院等12家法院为试点单位,为上述两个试点文件的修正进行实践性准备。全面试点阶段为2009年6月至2010年9月,这一阶段将试点法院的范围予以扩大,共确定120多家法院参与其中。^①“根据试点实践和数据分析表明,试点前后人民法院量刑尺度、轻重把握并无差别,但是,被告人服判息诉的多了,上诉、抗诉的少了;怀疑、批评裁判不公的少了,信任、赞扬司法公正、高效的多了。这充分说明了量刑规范化改革是必要的,改革后的量刑方法是适当的,试点取得了预期效果。”^②如“湖北省试点法院共适用量刑规范化审理案件2405件3129人,其中上诉193件,二审改判发回37件,无一抗诉、上访案件,上诉率、改判发回率明显下降。”^③第三阶段,全面试行。在前期试点取得成功经验的基础上,最高人民法院于2010年9月出台了《人民法院量刑指导意见(试行)》和《人民法院量

① 试点期间,根据量刑规范化改革工作部署,最高人民法院2009年4月17日下发了《最高人民法院关于扩大量刑规范化试点罪名的通知》,要求第一批12个试点法院在2009年版的《人民法院量刑指导意见(试行)》中规定的交通肇事、故意伤害、抢劫、盗窃和毒品犯罪等五种常见罪名的基础上,增加强奸、非法拘禁、诈骗、抢夺、职务侵占、敲诈勒索、妨害公务、聚众斗殴、寻衅滋事、掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益等十个罪名为试点罪名,并结合审判实际提出量刑意见,先行试点,积累经验。

② 戴长林、张向东:《从四个维度审视量刑规范化改革的时代性》,载《人民司法》2011年第7期。

③ 熊选国主编:《〈人民法院量刑指导意见〉与“两高三部”〈关于规范量刑程序若干问题的意见〉理解与适用》,法律出版社2010年版,第15页。