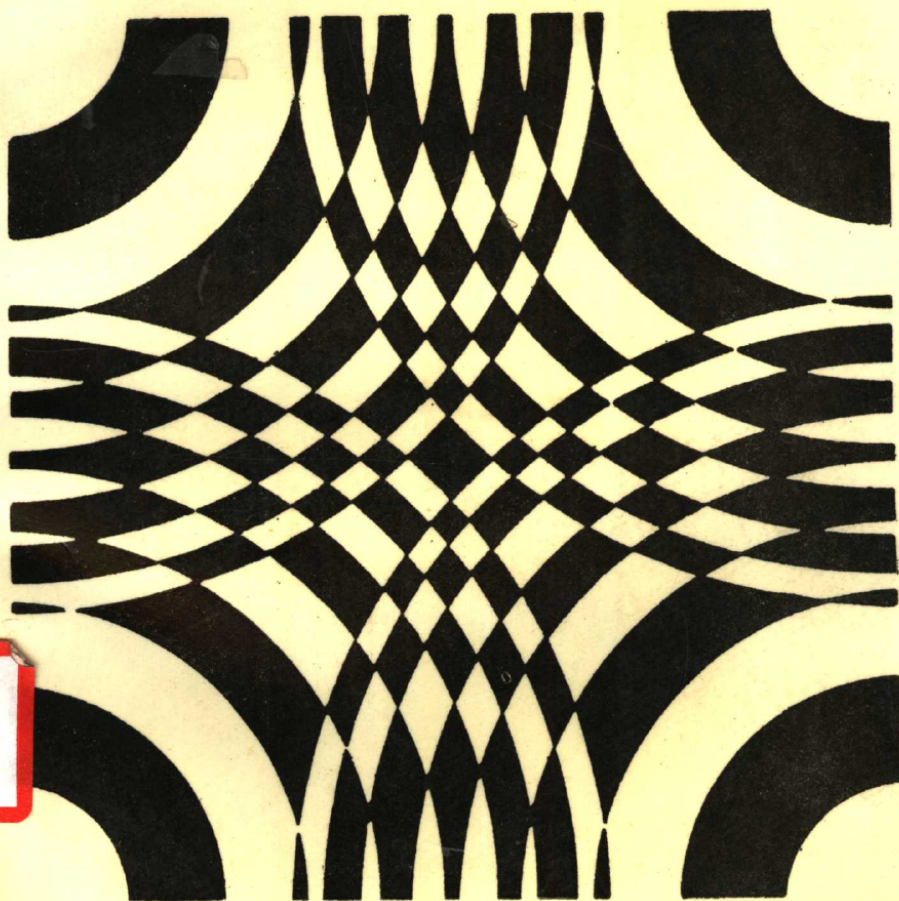


量 刑

的原理与操作

肖开权 主审 顾肖荣 吕继贵 主编



上海社会科学院出版社

国家“七五”规划法学重点项目

量刑的原理与操作

主审 肖开权

主编 顾肖荣 吕继贵

上海社会科学院出版社

责任编辑 叶庆俊
封面设计 邹越非

量刑的原理与操作

主审 肖开权

主编 顾肖荣 吕继贵

上海社会科学院出版社出版

(上海淮海中路622弄7号)

发行所上海发行所发行 上海社会科学院印刷厂印刷

开本850×1168 1/32 *印张11.75 字数28000

1991年8月第1版 1991年8月第1次印刷

印数1—1000

ISBN 7—80515—678—6/D·94

(内部发行)

定价: 4.70元

撰写人(以姓氏笔划为序)

刘 华 肖开权 柯葛壮

吴妙华 吕继贵 林荫茂

顾肖荣 顾 雷 钱国耀

前 言

量刑在刑法理论和实践中占有极其重要的地位。从理论上讲,量刑理论实际上是刑法学基本理论的一个重要组成部分;从实践上讲,案件在从起诉到判决的整个诉讼过程中,被告人往往将关心的重点放在被判刑罚的轻重上,而被判刑罚的轻重实际上是量刑的结果。因此,研究探索量刑规律,避免在量刑问题上出现畸重畸轻的情况,以维护国家刑罚权的公正性、合法性及有关各方的合法权益,就成了一个重要的研究课题。有鉴于此,国家将“量刑的综合平衡问题研究”列为“七五”规划的重点科研项目。我们撰写的这本《量刑的原理与操作》就是该项目的研究成果。

我们课题组的全体同志,以马列主义、毛泽东思想为指导,本着理论联系实际的原则,以我国国情和审判实践的丰富经验为出发点,到上海、江苏、四川、广西、云南、福建、广东、陕西、河南、河北等省市的高、中级人民法院及部分人民检察院,以及深圳、珠海的人民法院,广泛收集资料,召开座谈会,汲取实践经验,并发出了大量问卷进行调查研究,在吸收国内外科研成果的基础上,力求提出一些新观点、新见解,总结、整理出能为实际部门所接受的、数量概念比较明确的操作方法。其中不成熟之处,供同行共同研讨。在此,对各地司法机关和实际工作部门的同志所提供的方便和帮助,我们表示衷心感谢。

本书分为两部分:总则部分和分则部分。总则部分主要论述量刑的一般理论、原则和标准等问题;分则部分对几种常见多发罪的量刑经验进行了总结,并在此基础上作了实证性的有数量概念

的分析研究,筛选总结出系统的操作方法。我们深知,这些研究和探索都是初步的,而且仅仅是一种学术上的见解,没有任何法律效力,仅供读者参考。这一点希望读者引起注意。我们期待着它能成为进一步深入研究和探索量刑规律的起点。

本书所说的0.5年是指6个月;0.25年是指3个月;余类推。敬希读者注意。

本书各章节的撰写人(以所写章节的先后为序)

顾肖荣 第一、二、三章,第七章

肖开权 顾肖荣 第四、五、六章

刘 华 第八章

顾 雷 第九章

柯葛壮 第十章

吴妙华 第十一章

吕继贵 第十二章

林荫茂 第十三、十六章

柯葛壮 钱国耀 第十四、十五章

初稿先经主编顾肖荣、吕继贵审阅,提出意见后,由撰写者修改,而后由顾肖荣、吕继贵与主审肖开权统改定稿。

1990年9月

目 录

前言	(1)
第一章 量刑的概念与意义	(4)
第一节 量刑的概念	(1)
第二节 量刑的意义	(3)
第二章 量刑的理论、原则和标准	(5)
第一节 刑法理论与量刑	(5)
一、旧派和新派在量刑论上的对立	(5)
二、相对报应刑论	(8)
三、多元的刑罚理论	(9)
第二节 量刑的原则	(11)
一、依法量刑原则	(11)
二、责任原则	(13)
三、从刑事政策出发的原则	(17)
四、责任与预防的关系	(20)
第三节 量刑标准	(22)
第三章 量刑时应当考虑的情况——情节	(25)
第一节 情节的概念和分类	(25)
一、构成犯罪的基木情节	(25)
二、狭义的情节	(26)
三、定罪情节	(27)
四、变更法定刑的情节	(27)

第二节 量刑情节	(29)
一、量刑情节的概念和作用	(29)
二、量刑情节的分类	(30)
三、法定量刑情节和酌定量刑情节	(30)
第三节 变更法定刑的情节与法定、酌定量刑情节的关系	(35)
一、概说	(35)
二、以受贿罪为例进行说明	(36)
第四章 与量刑有关的几个专用名词	(39)
第一节 法定刑、宣告刑、处断刑和执行刑	(39)
一、法定刑	(39)
二、处断刑	(39)
三、宣告刑	(41)
四、执行刑	(41)
第二节 刑罚的轻重	(42)
第三节 法定刑的轻重	(42)
第四节 较轻罪和较重罪的划分	(43)
第五章 量刑操作程序	(47)
第一节 量刑的一般操作程序	(47)
一、确定基础刑期	(47)
二、调整基础刑期	(48)
第二节 从轻、从重和加重、减轻相竞合时的操作程序	(49)
第三节 从轻和从重相竞合时的操作程序	(49)
第四节 各种情节的全面审度和综合平衡	(50)
第六章 量刑情节的运用	(52)
第一节 从重与从轻	(52)
一、从重与从轻的概念	(52)

二、从重、从轻的适用和幅度·····	(53)
第二节 减轻和加重·····	(54)
一、减轻的概念·····	(54)
二、减轻的适用·····	(55)
三、加重的概念和适用·····	(57)
第三节 免刑·····	(59)
一、免刑的概念·····	(59)
二、免刑的适用·····	(59)
第七章 不同刑罚的裁量·····	(62)
第一节 生命刑的裁量·····	(62)
一、死刑的适用条件和裁量·····	(62)
二、死刑缓期 2 年执行的适用条件和裁量·····	(65)
第二节 自由刑的裁量·····	(66)
一、无期徒刑的量定·····	(66)
二、有期徒刑的量定·····	(67)
三、拘役刑的量定·····	(72)
四、管制刑的量定·····	(73)
五、缓刑的适用·····	(73)
第八章 交通肇事罪的量刑·····	(75)
第一节 建立交通肇事罪量刑模式的必要性·····	(75)
第二节 量刑情节的设定·····	(78)
一、行为情节·····	(79)
二、结果情节·····	(80)
三、罪过程度·····	(83)
四、主体情况·····	(84)
五、介入因素·····	(84)
六、罪后行为·····	(85)
第三节 基础刑的建立·····	(85)

一、道路交通肇事罪的基础刑·····	(87)
二、铁路与船舶交通肇事罪的基础刑·····	(90)
第四节 调节刑的建立·····	(96)
一、违章行为方面·····	(97)
二、罪过程度方面·····	(97)
三、主体方面·····	(98)
四、介入因素方面·····	(99)
五、罪后行为方面·····	(100)
第五节 交通肇事罪的基础刑表与调节刑表应用 规则·····	(102)
第九章 伤害罪的量刑 ·····	(104)
第一节 故意伤害罪的量刑·····	(104)
一、一般故意伤害罪(故意轻伤)的量刑·····	(104)
二、故意伤害致人重伤与故意重伤的量刑·····	(106)
三、故意伤害致人死亡的量刑·····	(116)
四、故意伤害罪中缓刑的宣告·····	(118)
五、对服刑期间又犯新罪的处罚·····	(120)
第二节 关于《决定》规定的故意伤害罪的量刑·····	(121)
一、“情节恶劣”的量刑·····	(122)
二、对检举、揭发、拘捕犯罪分子和制止犯罪行 为的国家工作人员和公民行凶伤害的量刑·····	(124)
第三节 过失重伤罪的量刑·····	(125)
一、一般过失重伤罪的量刑·····	(125)
二、“情节特别恶劣”的过失重伤罪的量刑·····	(131)
三、过失重伤转化变型的几种情况·····	(132)
第十章 强奸罪的量刑 ·····	(134)
第一节 不同类型的一般强奸罪的量刑·····	(134)
一、以暴力手段强奸的量刑·····	(134)

二、以胁迫手段强奸的量刑·····	(139)
三、趁妇女熟睡之机强奸的量刑·····	(143)
四、以醉酒手段强奸的量刑·····	(144)
五、奸淫精神病妇女的量刑·····	(145)
第二节 用量刑情节来调整基础刑·····	(149)
一、强奸未遂的量刑·····	(149)
二、强奸中止的量刑·····	(151)
三、自首、坦白、抗拒的量刑·····	(151)
四、累犯或有前科的量刑·····	(153)
五、未成年人的量刑·····	(153)
六、双方有通奸史或恋爱史的量刑·····	(153)
七、双方为师生、父女、上下级关系的量刑·····	(154)
八、造成被害人自杀、精神失常的量刑·····	(155)
第三节 轮奸的量刑·····	(157)
第四节 奸淫幼女罪的量刑·····	(158)
一、奸淫幼女 1 人 1 次的量刑·····	(158)
二、奸淫幼女 1 人数次的量刑·····	(162)
三、奸淫幼女数人数次的量刑·····	(164)
四、未成年人奸淫 1 人 1 次的量刑·····	(166)
第五节 “情节特别严重”的认定和量刑·····	(168)
一、强奸“手段残酷”的认定·····	(169)
二、强奸“多人或者多次”的认定·····	(171)
三、关于轮奸的问题·····	(172)
四、关于强奸引起严重后果的问题·····	(174)
五、关于在公共场所劫持并强奸妇女的问题·····	(177)
六、关于强奸侵害对象的问题·····	(177)
第十一章 拐卖人口罪的量刑·····	(179)
第一节 拐卖人口罪的现状与特点及其对量刑的	

影响·····	(179)
一、拐卖人口罪发案率地区分布的不平衡性·····	(179)
二、拐卖人口罪自身的复杂性·····	(180)
三、审判人员素质、业务水平的差异性·····	(180)
第二节 一般情节拐卖人口罪的量刑(法定刑幅	
度5年以下有期徒刑)·····	(181)
一、以欺骗、利诱、胁迫手段拐卖人口的基础刑···	(181)
二、拐卖妇女、儿童人数和获利数额与基础刑	
的关系·····	(183)
三、从轻、从重情节及其量刑幅度·····	(184)
第三节 情节严重的拐卖人口罪的量刑(法定刑	
幅度5~15年有期徒刑)·····	(189)
一、拐卖妇女、儿童多人或多次的基础刑·····	(190)
二、盗卖婴儿、幼儿的基础刑·····	(190)
三、拐卖不满14岁幼女与他人同居的基础刑·····	(191)
四、拐卖现役军人妻子的基础刑·····	(192)
五、拐卖精神病患者或痴呆者的基础刑·····	(193)
第四节 拐卖人口集团的首要分子与情节特别严	
重的拐卖人口罪的量刑(法定刑幅度15	
年有期徒刑、无期徒刑或者死刑)·····	(195)
一、拐卖人口集团首要分子的基础刑·····	(195)
二、情节特别严重的拐卖人口罪的基础刑·····	(197)
第五节 拐卖人口罪量刑中值得重视的几个问题···	(202)
一、在被害人“自愿”被卖的情况下,对贩卖者	
的量刑·····	(203)
二、对贩卖自己妻子、孩子的量刑·····	(204)
三、掌握拐卖人口罪的新特点、新趋势,在量刑	
中突出打击重点·····	(205)

四、对“购买人口”者量刑的建议·····	(208)
第十二章 抢劫罪的量刑 ·····	(210)
第一节 抢劫罪的基本构成及其法定刑的适用·····	(211)
一、抢劫罪的基本构成·····	(211)
二、正确适用抢劫罪基本构成的法定刑·····	(212)
第二节 抢劫罪立法加重构成及其法定刑的适用·····	(228)
一、加重构成的内容及量刑·····	(228)
二、“情节严重”的认定·····	(230)
三、正确适用结果加重和情节加重规定的法定刑·····	(239)
第三节 抢劫罪在量刑上存在的问题·····	(252)
一、混淆法律用语,错用情节严重·····	(253)
二、错用基本构成的法定刑·····	(255)
三、错用犯罪未遂·····	(256)
四、违背数罪并罚原则,笼统地估堆量刑·····	(257)
五、关于没收财产刑的适用·····	(258)
第十三章 关于性方面的流氓犯罪的量刑 ·····	(260)
第一节 研究对象与方法·····	(260)
一、什么是性方面的流氓犯罪·····	(260)
二、性方面的流氓犯罪的四种表现形式·····	(262)
三、抓重点问题研究,总结量刑经验·····	(262)
第二节 强制侮辱猥亵妇女的量刑·····	(265)
一、室内强制侮辱猥亵妇女的量刑·····	(266)
二、公共场所强制侮辱猥亵妇女的量刑·····	(270)
三、室内猥亵幼女的量刑·····	(273)
第三节 诱奸妇女的量刑·····	(276)
一、诱奸妇女情节恶劣的标准·····	(277)
二、诱奸妇女的基础刑·····	(277)

三、诱奸妇女人数与量刑的关系·····	(278)
四、诱奸妇女的调整刑·····	(278)
第四节 流氓淫乱的量刑·····	(279)
一、流氓淫乱情节恶劣的标准·····	(280)
二、流氓淫乱的基础刑·····	(281)
三、流氓淫乱的调整刑·····	(282)
四、聚众奸淫的人数与量刑的关系·····	(282)
第五节 性变态犯罪的量刑·····	(283)
一、露阴形式流氓罪的情节恶劣标准·····	(285)
二、露阴形式流氓罪的基础刑·····	(286)
三、露阴形式流氓罪的调整刑·····	(287)
第十四章 受贿罪的量刑·····	(289)
第一节 概述·····	(289)
第二节 受贿数额不满2000元的定罪量刑·····	(293)
第三节 受贿数额在2000元以上不满1万元的量 刑·····	(295)
一、趋轻型案件·····	(296)
二、自首型案件·····	(297)
三、一般型案件·····	(298)
四、趋重型案件·····	(298)
五、趋重兼趋轻型案件·····	(300)
六、趋重自首型案件·····	(300)
七、小结·····	(300)
第四节 受贿数额在1万元以上不满5万元的量 刑·····	(305)
一、趋轻型案件·····	(305)
二、自首型案件·····	(305)
三、一般型案件·····	(305)

四、趋重型案件·····	(306)
五、趋重兼趋轻型案件·····	(306)
六、小结·····	(306)
第五节 受贿数额在5万元以上的量刑·····	(310)
第六节 受贿使国家利益或者集体利益遭受重大 损失的量刑·····	(313)
第七节 受贿罪“情节特别严重”的认定和量刑·····	(315)
第八节 认定受贿数额应注意的几个问题·····	(319)
第十五章 行贿罪的量刑 ·····	(322)
第一节 概述·····	(322)
第二节 行贿数额、情节和量刑标准的确定·····	(323)
第三节 具有趋轻情节时的量刑·····	(325)
第四节 具有趋重情节时的量刑·····	(326)
第五节 具有趋重兼趋轻情节时的量刑·····	(328)
第六节 具有“重大损失”后果的量刑·····	(329)
第十六章 贪污罪的量刑 ·····	(331)
第一节 贪污罪死刑的适用·····	(334)
一、法定刑及其适用情况·····	(334)
二、贪污罪死刑适用中应掌握的几个方面·····	(335)
第二节 贪污数额与量刑——基础刑·····	(342)
一、贪污2000元以上不满1万元的基础刑·····	(345)
二、贪污1万元以上不满5万元的基础刑·····	(347)
三、贪污5万元以上的基础刑·····	(348)
第三节 贪污罪的调整刑·····	(349)
一、法定从重情节的从重量·····	(350)
二、法定从轻情节的从轻量·····	(350)
三、酌定从重情节和从轻情节的从重从轻量·····	(351)
四、全部退回赃款的从轻量·····	(351)

五、致国家集体利益遭受重大损失的起重量·····	(352)
第四节 贪污罪适用缓刑问题·····	(354)
第五节 减轻和免刑的适用·····	(356)
第六节 贪污罪量刑中的其他问题·····	(358)

第一章 量刑的概念与意义

第一节 量刑的概念

关于量刑概念,在国内各种著作中表达不太一致。有的认为:“量刑就是对犯罪分子裁量决定刑罚。”^①有的认为:“所谓量刑,就是人民法院依法对犯罪分子判处适当刑罚的一种审判活动。”^②还有的表述得较为详细的说法是:“量刑,一般地说,是指法院按照法律的规定,依据犯罪事实、性质、情节和危害社会的程度等等,决定应宣告的具体刑罚的裁量活动。”^③再有的称:“量刑(亦可称刑罚的量定)是审判机关代表国家对已构成犯罪的分子,依法裁量决定应服刑罚的刑种及其刑期的审判活动。”^④台湾的刑法著作多将量刑称为“刑之酌科”。

苏联的著作将量刑称为“判处刑罚”;“判处刑罚,就是法院在作出有罪判决时选择对被认定犯有罪行的人的具体刑事制裁方法”^⑤。

日本刑法著作把“对特定的行为人宣告特定的刑罚称之为适用刑罚,而选定那种特定刑罚的过程就称之为刑罚的量定或量

① 《刑法学》,法律出版社1982年版,第251页。

② 《刑法总论》,北京大学出版社1981年版,第243页。《刑法学概论》,光明日报出版社1985年版,第229页。

③ 《比较刑法》,河南人民出版社1985年版,第230页。

④ 《量刑与电脑》,百家出版社1989年版,第1页。

⑤ 《苏维埃刑法总论》,群众出版社1987年版,第327页。