

量刑情节论

——量刑情节疑难问题探析

陈炜 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

量刑情节论

——量刑情节疑难问题探析

陈炜 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

量刑情节论:量刑情节疑难问题探析 / 陈炜著. —北京:
法律出版社, 2009. 9

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9872 - 9

I. 量… II. 陈… III. 量刑—研究—中国 IV. D924.134

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 153389 号

©法律出版社·中国

特邀编辑/周 园
责任编辑/张 戢

装帧设计/贾丹丹

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京北苑印刷有限责任公司

编辑统筹/法规出版社
经销/新华书店
责任印制/吕亚莉

开本/A5
版本/2009年10月第1版

印张/7.25 字数/168千
印次/2009年10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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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、子公司电话:

第一法律书店/010-6399781/9782 西安分公司/029-85388843 上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995 重庆公司/023-65382816/2908

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9872 - 9

定价:22.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

马长生

就职于长沙理工大学的陈炜同志,多年前在武汉大学法学院攻读刑法学专业的博士学位,于2005年完成学位论文,获得博士学位。他的博士学位论文曾经获得答辩委员会老师们的好评。此后数年,陈炜同志在繁忙的工作之余,又对论文作了多次修改和补充。2009年春节前夕,陈炜同志将他即将付梓的博士学位论文《量刑情节论》的清样送给我,邀我给他作序。我很高兴地答应了作序之请,在浓浓的春节气氛中享受着先睹之快。

量刑情节问题是刑法理论界与刑法实务界共同关心的问题。学界同仁们的论著涉及此问题者不在少数,其中真知灼见确实不少。然而,从理论与实际的结合上对量刑情节问题进行系统、深入而透彻的研究,并非易事。陈炜同志对此问题进行了长期、深入的研究,从理论与实际结合的基础上对量刑情节的一系列问题进行分析和探讨,取得了可喜的成果。令人欣慰的是,陈炜同志并不满足于博士学位论文答辩的成功,而是在答辩成功之后继续

2 量刑情节论

对论文所涉及的问题进行思考和研究。我知道,陈炜同志在长沙理工大学身兼多职,是工作最繁忙的中层干部之一。难能可贵的是,陈炜同志并不因工作繁忙而对所研究的问题浅尝辄止,而是挤出分分秒秒的时间对所论及的问题进行反复推敲、认真思考、深入研究,力求对问题的把握达到使自己满意的程度。应当说,在社会转型期,政治、经济形势和社会观念都在发生急剧变化,人们很容易产生浮躁心理,因此,陈炜同志的治学态度就更显得可贵。

纵观《量刑情节论》全书,我以为至少有以下几点值得称道。

一、全书形成了关于量刑情节问题比较科学的有特色的理论体系。全书分为上、中、下三篇,分别对基础论、制度论、适用论进行阐述。顾名思义,基础论所论述的是全书的基础理论。该篇先后论述了量刑情节的立法沿革,量刑情节的范畴,量刑情节的根据与适用基准,显然都属于量刑情节理论的基础性问题。制度论所论述的是确定量刑情节、酌定量刑情节与刑事和解制度、亲隐制度。适用论所论述的则是量刑情节的竞合,量刑情节冲突及量刑情节制度完善。这样的理论体系给人以层次清晰、逻辑严密、环环紧扣之感。

二、本书既吸收了前人研究的精华,又有自己独到的见解。作者在研究过程中,收集、掌握了大量的相关资料,对这些资料进行了认真的研究、消化和吸收。显然,没有前人对相关问题的研究,作者对此问题的深入探讨是难以想像的。同时,作者并没有拘泥于前人的论述,而是对前人的论述有所突破、有所发展、有所创新。比如,关于量刑情节的概念,作者研究分析了前人关于量刑情节概念的多种表述之后,提出了自己的见解:量刑情节是指定罪事实以外的,反映犯罪行为社会危害性确定的量和犯罪人的人身危险性程度,并影响人民法院刑罚裁量的多种主客观标准。我认为,作者对量刑情节概念的这一表述是比较科学的。此外,文章中特色之处有:

1. 对量刑情节的分类提出了新的见解。在传统的刑法理论中,根据

刑法是否明确规定其内容和形式为标准划分,将量刑情节分为法定量刑情节和酌定量刑情节两类,此种分类方法已成为通说。但本书作者认为,这种分类方法使得法定量刑情节与酌定量刑情节成为不对称的范畴。任何量刑情节,都不可能离开合法性,要么是法律规定的,要么是由法律规定的原则精神认可的,二者在合法性上并无实质性的冲突。非法律规定的,又不为法律精神和内涵所容许的事实就不是量刑情节。实际上这两种情节都是法律所规定的,区别只在于前者是明文规定,后者则是原则性规定。因此作者主张以“确定量刑情节”替代传统法学的“法定量刑情节”,以此作为酌定量刑情节的对称。这样,酌定量刑情节的法定性则不因其概括性而受忽略,其刑法规范不因其规定抽象而受漠视,其对合理量刑的实际影响也就得以更好地承认。

2. 系统介绍了量刑情节的要素这一概念。我国刑法中并没有这种提法。通过对德、日刑法理论与实践量刑情节要素的介绍与评析,作者认为量刑情节要素的界定,必须以量刑情节的概念和本质为基础,可以分为两类:一类是体现犯罪行为社会危害性程度的要素;一类是体现行为人人身危险性的要素。

作者认为,第一类要素包括犯罪的时间和地点、犯罪的对象、犯罪方法与手段的危险性、结果的重大性(例如,伤害罪中的伤害程度、财产罪中的财产破坏程度)及社会影响、犯罪人违反义务的程度(如违反义务的不作为犯和违反义务的过失犯的违反义务程度不同),被害人一方的重大过失(法益保护的必要性变弱)、单纯犯和共犯的区别等影响犯罪违法性的情况,即不法关系的事实性要素。这些要素集中体现了犯罪行为的社会危险性程度。

第二类要素包括犯罪的动机和目的以及行为人的年龄、经历、所处环境、经济状况、犯罪时的心理状态、与被害人的关系、有无预谋等强烈表现犯罪意识的情况,还包括行为后行为人的态度,是否具有主动投案自首的行为、是否积极认罪并接受刑罚处罚、是否积极对被害人进行补

4 量刑情节论

偿与赔偿、请求被害人的谅解等,这些要素集中体现了犯罪人的人身危险性。此外还应当包括国家的刑事政策、民愤、社会舆论等要素。

3. 首次从理论、法律以及适用三方面详细论述了量刑情节的根据。量刑情节的理论根据在于刑法的公正性与人道性;法律根据在于罪责刑相适应原则——“罪刑均衡”与“刑罚个别化”的统一;适用根据在于静态与动态的统一。

4. 提出了量刑情节的适用基准。这一概念来源于德日刑法理论,量刑的根据是量刑情节,犯罪的社会危害性和犯罪人的人身危险性是量刑情节内在特征和本质属性。量刑情节的适用基准,实际上是以量刑基准作为其基础的。量刑的基准,是刑罚目的的真实体现。在量刑上,刑罚一方面必须与罪行的轻重相适应(即与行为责任相适应),另一方面必须与犯罪人的人身危险性相适应(即考虑预防犯罪的需要)。前者是首要的基准,后者是次要的基准。因此,量刑的基准之一就是“责任”,基准之二就是“预防”。但与责任相应的量刑与预防尤其是特别预防所要求的量刑会不一致,这就会产生矛盾,这在德日刑法理论中称为“量刑中责任与预防的二律背反”。幅度理论较好地解决了责任与预防的二律背反,进而为德国判例所认可并成为德国学界的通说。该理论认为,责任是有幅度的,在幅度范围内所确定的刑量,都是与责任相当的。法官可以在责任的幅度范围内考虑刑罚的预防目的,包括考虑一般预防与特别预防双方,最终来决定一个具体的刑量。因此量刑基准的确定在根本上受制于量刑依据——行为的社会危害性和行为人的身危险性。法定刑的确立是立法者对一定历史时期的犯罪行为所能达到的最大危害性和最小危害性的一种预测。由于量刑基准是排除一切确定或者酌定情节之后的刑量,仅仅是根据作为犯罪构成抽象事实而得出的。因此,以责任与预防二者的统一协调作为量刑的基准,不但符合罪责刑相适应的原则,也充分体现了刑法的公正与人道。

此外,本书还专门论述了量刑情节的竞合和冲突的处理原则和方

法,这也在同类著作中属于较有特色的部分。

三、本书密切关注司法实践,对我国刑法条文未作明确规定的、司法实践中亟待解决的量刑情节问题进行了颇有价值的研究,主要表现在对刑事和解制度和亲隐制度的研究。众所周知,我国现行刑法第四章在规规定“刑罚的具体运用”时,仅仅在规规定量刑原则时概括地规定,“对于犯罪分子决定刑罚的时候,应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度,依照本法的有关规定判处”(第61条),并未明确规定刑事和解制度与亲隐制度。20世纪80年代以来,西方法治国家普遍发起了恢复性正义运动,刑事和解制度被引入现代法治生活。实际上,中国具有悠久的调解传统,对刑事案件的调解具有深厚的历史积淀。近年来,我国学者积极引进西方刑事和解制度,对中国刑事和解的传统进行了一定的反思,刑事和解逐渐成为我国刑事司法改革的重要内容,在全国范围内展开。作者认为,从罪责刑的关系以及刑法的价值上来看,将刑事和解作为一种量刑情节具有合理性。在近几年的刑事司法实践中,各地遵循党中央关于构建和谐社会的战略决策,积极对刑事和解制度进行了许多相关的探索,总结了不少有价值的做法和经验。这些做法和经验从根本上说同刑法的基本原则并不矛盾,但是必须从理论上加以深入探讨,以推动刑事和解制度的规范化、法制化。正是在这方面,作者及时响应刑事司法实践的呼唤,对刑事和解制度进行了多层次的探讨。作者通过对国外刑事和解的历史发展,陕、甘、宁边区刑事和解的历史发展及我国新时期在刑事和解方面的实践等几个方面的阐述,勾勒出刑事和解历史发展的概貌,接着作者论述了刑事和解的概念和特征,刑事和解的主体和适用,从而对作为量刑情节的刑事和解相关问题作了较为系统、全面的研究,体现了较大的理论价值与司法实践指导价值。

亲隐制度也是刑事司法实践中提出的一个重要问题。所谓亲隐,又称“亲亲相隐”、“亲亲得相首匿”,是指一定范围内的亲属可以相互隐匿犯罪,若对法律规定应该相互隐匿的亲属进行告发,则告发者将被处以

刑罚。在一般情况下,亲属之间有人犯了罪,其他亲属应该隐瞒,不告发和作证的不论罪,反之要论罪。这已经成为我国古代法律中的一项重要量刑制度。新中国成立后废除了该制度,但是现在我国台湾地区和香港、澳门的刑法以及国外不少刑法中仍然规定有亲隐制度。可以说,亲隐制度能在现代刑法中具有顽强的生命力,是有其存在的必要和价值的。亲隐制度是在充分尊重人性,在对社会整体利益和少数人的利益平衡的基础上,对法律和道德关系之间冲突的一种缓和,它体现出现代法治对人权的尊重和对社会公正的把握,是现代法治社会中不可或缺的一项制度。亲隐制度的存在也有坚实的刑法学基础,即期待可能性理论。刑法应当具备社会道德、伦理的维护功能,“期待可能性”是责任的要素,因此,如果不存在期待可能性,即不可能期待行为人实施适法行为时,责任即被阻却。期待可能性理论的原初意图在于对行为人人性的脆弱给予法的救济,因为法律规范终究是通过对个人行为的命令、禁止表现出来的,这种命令、禁止就行为一方而言,只有在能够遵从即能够实施犯罪行为以外的其他行为时,才是适当的,法律必须照顾到人性的一般弱点,“法不强人所难”,否则,法律的尊严和信仰将无法形成。亲隐制度是符合期待可能性思想的。因此,作者主张在立法中明确规定亲隐制度作为量刑情节。当然,我国的亲隐制度如何设计,还应当全面考虑。我认为,我国新时期的亲隐制度既不应全面继承古代的,也不应照搬外国的,而应当从我国现阶段的国情出发,作出实事求是的规定。例如,对于大义灭亲举报亲人重大犯罪事实的,不仅不应当处罚,还应当给予适当奖励,并且在当事人不愿公开时为其做好保密工作。有鉴于此,作者在设计我国现阶段亲隐制度时,将“亲隐”作为公民的权利而不是义务。也就是说,当公民面对亲属犯罪时,既有选择“亲隐”的权利,也有选择举报和作证的权利。应当说,作者对我国现阶段亲隐制度的设计是颇有道理的。作者响应司法实践的呼唤,将亲隐制度作为量刑情节进行研究,也是值得充分肯定的。

四、本书就我国量刑情节制度的完善问题提出了诸多颇有价值的立法建议。例如,在“确定量刑情节的立法思考”中,提出应将退赃和老年犯作为从轻量刑情节,在法条中予以明文规定,我是深以为然的。

纵观全书,也不难发现一些不尽如人意之处。例如,对不少观点的论述未能充分展开,甚至有的地方给人以浅尝辄止之感。实际上,对于量刑情节论这样一个相对说来比较庞大的理论体系而言,一部十几万字的书稿确实勉为其难,许多观点的阐述也只能避繁就简,言未能尽。本书的逻辑结构也并非没有瑕疵,书稿在最后一部分专章论述了量刑情节的立法完善,而其他章节在论述量刑情节时,也有的讲到立法完善问题。若能将涉及立法完善的内容集中于一章,则会使全书的逻辑结构更加严谨。

我期望作者对量刑情节问题继续进行更深入的研究,以便本书修订再版时给予读者更多更好的收获。

(马长生,男,生于1944年6月,山东省莘县人。现任长沙理工大学法学研究所研究员,文法学院教授,湖南省法学会学术委员会副主任,刑法学会会长,北京师范大学刑事法律科学研究院兼职教授,系国务院政府特殊津贴获得者,2003年获博士生导师任职资格。)

目 录

序/1

上篇：基础论

第一章 量刑情节的立法沿革/3

第一节 中国量刑情节的立法沿革/3

一、中国古代量刑情节立法概况/3

二、中国近现代量刑情节立法概况/5

第二节 外国量刑情节的立法沿革/8

第二章 量刑情节的基本范畴/13

第一节 量刑情节的概念/13

一、理论争议介评/14

二、量刑情节概念的界定/16

第二节 量刑情节的特征/17

一、理论争议介评/17

二、量刑情节特征的界定/20

2 量刑情节论

第三节 量刑情节的分类/22

一、理论争议介评/22

二、量刑情节分类的界定/24

第四节 量刑情节的要素/29

一、理论争议介评/29

二、量刑情节要素的界定/31

第三章 量刑情节的根据与适用基准/34

第一节 量刑情节的根据/34

一、理论根据：刑法的公正性与人道性/34

二、法律根据：罪责刑相适应原则——“罪刑均衡”与“刑罚个别化”的统一/39

三、适用根据：静态与动态的统一/42

第二节 量刑情节的适用基准/46

一、量刑基准之一：责任/46

二、量刑基准之二：预防/48

三、两种基准的协调统一/49

中篇：制度论

第四章 确定量刑情节/55

第一节 确定量刑情节概述/55

一、确定量刑情节的概念/55

二、确定量刑情节的特征/56

第二节 确定量刑情节分类/58

一、从宽类/58

二、从严类/60

第三节 确定从严量刑情节/64

- 一、确定从重量刑情节/64
- 二、确定加重量刑情节/69
- 三、确定从重量刑情节与确定加重量刑情节的关系/72

第四节 确定从宽量刑情节/74

- 一、确定从宽量刑情节概述/74
- 二、确定从轻处罚量刑情节/76
- 三、确定减轻处罚量刑情节/80
- 四、确定免除处罚量刑情节/82
- 五、确定从宽量刑情节的典型形态分析——立功/85

第五节 确定量刑情节的立法思考/93

- 一、退赃应规定为确定从轻量刑情节/93
- 二、老年犯应规定为确定从轻量刑情节/94
- 三、增设减轻处罚量刑情节/95
- 四、将坦白从宽规定为确定从宽量刑情节/96
- 五、将刑事赔偿规定为确定从宽量刑情节/98
- 六、累犯制度不应适用于未成年人/99

第五章 酌定量刑情节/104

第一节 酌定量刑情节的概念与特征/104

- 一、酌定量刑情节的概念/104
- 二、酌定量刑情节的特征/110

第二节 酌定量刑情节的基本范围/115

- 一、酌定量刑情节的主要表现形式/115
- 二、相关争议问题/118

第三节 酌定量刑情节的适用/122

- 一、酌定减轻情节的适用/122
- 二、酌定免除处罚情节的适用/123
- 三、酌定从重、从轻处罚情节的适用/124

4 量刑情节论

第六章 刑事和解制度/126

第一节 刑事和解的历史发展/126

- 一、国外刑事和解的历史发展/126
- 二、陕甘宁边区刑事和解的历史发展/128
- 三、我国新时期在刑事和解方面的实践/129

第二节 刑事和解的概念和特征/133

- 一、刑事和解的概念/133
- 二、刑事和解的特征/134

第三节 刑事和解的主体及适用/136

- 一、刑事和解的主体/136
- 二、刑事和解的适用/143

第七章 亲隐制度/149

第一节 亲隐制度的历史沿革与立法概况/149

- 一、我国亲隐制度的历史发展沿革与立法概况/149
- 二、我国台港澳地区亲隐制度的立法概况/152
- 三、外国亲隐制度的历史沿革及立法概况/153

第二节 亲隐制度作为量刑情节的合理性/156

- 一、亲隐制度的现实价值/156
- 二、亲隐制度的刑法学基础——期待可能性理论/160

第三节 亲隐制度作为量刑情节的适用/163

- 一、亲隐制度应明确立法/163
- 二、对亲隐行为的量刑适用构想/164

下篇:适用论

第八章 量刑情节的竞合/169

第一节 量刑情节竞合概述/169

一、量刑情节竞合的概念/169	
二、量刑情节竞合的实质及表现形式/170	
三、解决量刑情节竞合常见方法介评/170	
第二节 量刑情节竞合适用的原则与方法/172	
一、量刑情节竞合适用的原则/172	
二、量刑情节竞合适用的方法/173	
第三节 量刑情节竞合的具体适用/174	
一、从严情节竞合的适用/174	
二、从宽情节竞合的适用/175	
第九章 量刑情节冲突/178	
第一节 量刑情节冲突概述/178	
一、量刑情节冲突的概念/178	
二、量刑情节冲突的表现形式/178	
三、解决量刑情节冲突的常见方法介评/179	
第二节 解决量刑冲突适用的原则和方法/181	
一、解决量刑情节冲突的原则/181	
二、解决量刑情节冲突的方法/183	
第十章 我国量刑情节制度完善/186	
第一节 现行量刑情节制度的缺陷/186	
一、量刑情节立法存在的缺陷/186	
二、量刑情节司法存在的缺陷/192	
第二节 量刑情节立法完善/195	
一、对酌定情节规定的明确化/195	
二、酌定量刑情节详实化/196	
三、按照轻重情节将刑罚等级化/198	
第三节 从制度上健全司法裁量刍议/199	
一、引入“电脑量刑”作为法官裁量刑罚的辅助手段/199	

6 量刑情节论

二、量刑情节一罪一规定制度的构想/200

主要参考文献/203

后记/214

上篇:基础论