

学校编码: 10384

分类号 \_\_\_\_\_ 密级 \_\_\_\_\_

学号: 12020051300384

UDC \_\_\_\_\_

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

酌定量刑情节研究

Study On Discretionary Circumstances Of Sentencing

作者姓名: 张弛

指导老师姓名: 何承斌 副教授

专业名称: 刑法学

论文提交时间: 2008 年 4 月

论文答辩时间:

学位授予时间:

答辩委员会主席: \_\_\_\_\_

评 阅 人: \_\_\_\_\_

2008 年 月

## 厦门大学学位论文原创性声明

兹呈交的学位论文，是本人在导师指导下独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考的其他个人或集体的研究成果，均在文中以明确方式标明。本人依法享有和承担由此论文产生的权利和责任。

声明人（签名）：

年 月 日

## 厦门大学学位论文著作权使用声明

本人完全了解厦门大学有关保留、使用学位论文的规定。厦门大学有权保留并向国家主管部门或其指定机构送交论文的纸质版和电子版，有权将学位论文用于非赢利目的的少量复制并允许论文进入学校图书馆被查阅，有权将学位论文的内容编入有关数据库进行检索，有权将学位论文的标题和摘要汇编出版。保密的学位论文在解密后适用本规定。

本学位论文属于

- 1、保密（ ），在 年解密后适用本授权书。
- 2、不保密（ ）

（请在以上相应括号内打“√”）

作者签名： 日期： 年 月 日

导师签名： 日期： 年 月 日

## 摘要

酌定量刑情节是法律赋予法官的一种工具，使其能根据个案的特殊情况，做出具体的裁量，在司法实践中发挥着重要的作用。本文除了引言之外，共分为四章。

第一章在对国内刑法学界现有的酌定量刑情节的概念进行辨析的基础上，笔者从酌定量刑情节是否具有法定性、酌定量刑情节的本质特征、酌定量刑情节影响量刑的范围等方面入手，对酌定量刑情节的概念进行了揭示，指出酌定量刑情节是指定罪事实以外的，刑法没有明文规定但予以认可的，反映行为的社会危害性和行为人的身危险性，并作为审判机关具体裁量依据的，对刑罚的轻重以及是否免除产生影响的各种主客观事实。此外，笔者还对酌定量刑情节的功能进行了介绍。

第二章笔者从酌定量刑情节的正当性依据、功利性依据和现实依据三个角度全面阐述酌定量刑情节的存在根据，从理论的角度对酌定量刑情节的适用依据进行了探讨。

第三章笔者对酌定量刑情节的范围进行了分析。酌定量刑情节的范围十分复杂，笔者无法一一说明，只是选择了司法实践中常见的九种酌定量刑情节进行了介绍和分析。并对民愤和社会形势能否作为酌定量刑情节这一争议已久的问题进行了探讨。

文章的最后一章，笔者通过对酌定量刑情节适用的现状进行考察，指出适用酌定量刑情节过程中存在的问题，并针对性地提出解决方案。包括“有利被告”和“报应制约上限”原则的确立、酌定量刑情节范围的法定化、以及部分酌定量刑情节上升为法定量刑情节等，以期对我国的立法和司法实践提供一定的参考。

**关键词：**酌定量刑情节；自由裁量；有利被告

厦门大学博硕士学位论文摘要库

## Abstract

Discretionary Circumstances of Sentencing is a tool that law grants to the judges and can lead them to make specific sanction in the light of specific conditions of cases. Besides introduction, this paper is constituted of four chapters.

In chapter one, on the base of analyzing the concept of discretionary circumstances of sentencing of the academic circles, the writer reveals the concept of discretionary circumstances of sentencing through the sides that whether discretionary circumstances of sentencing is legal, the characteristic of discretionary circumstances of sentencing and its impact on the sanction. The writer points out that discretionary circumstances of sentencing are various subjective and objective facts which are used as the basis of concrete penalty measurement, which the criminal law does not stipulate definitely, but acknowledges, which can reflect the harmfulness of the actions and dangerousness of the actors. Also, the writer introduces the function of discretionary circumstances of sentencing.

In chapter two, the writer clarifies the existing foundations of discretionary circumstances of sentencing from the three angles that the justification, the utilitarian foundation and the actual foundation of discretionary circumstances of sentencing.

In chapter three, the writer analyses the extent of discretionary circumstances of sentencing. It is impossible to illustrate all application of discretionary circumstances of sentencing, so only nine types of discretionary circumstances of sentencing which are common in legal practice are illustrated in this chapter. Also, the writer discusses the long-disputing question that whether the public's indignation and social circumstance can be parts of discretionary circumstances of sentencing.

In the last chapter, by the investigation of the course of applying discretionary circumstances of sentencing, the writer points out the problems lying in it, and tables the proposals in order to provide some reference to the practice of our legislation and justice. The proposals includes the establishment of for the defendant doctrine and the doctrine of retribution restrict the top limit of utility, the legislation of the extent of discretionary circumstances of sentencing, and the raise some types of discretionary circumstances of sentencing up to legal sentencing circumstances.

**Key Words:** Discretionary circumstances of sentencing;

Free discretions; For the defendant doctrine.

厦门大学博硕士学位论文摘要库

引 言.....	1
<b>第一章 酌定量刑情节概述 .....</b>	<b>2</b>
<b>第一节 酌定量刑情节概念之辨析 .....</b>	<b>2</b>
一、酌定量刑情节是否具有法定性.....	3
二、酌定量刑情节的本质特征.....	4
三、酌定量刑情节影响量刑的程度.....	7
<b>第二节 酌定量刑情节的功能 .....</b>	<b>11</b>
<b>第二章 酌定量刑情节的存在根据 .....</b>	<b>13</b>
<b>第一节 酌定量刑情节适用的正当性根据 .....</b>	<b>13</b>
一、酌定量刑情节的法律依据.....	13
二、酌定量刑情节的功能决定了其适用的必要性.....	13
三、酌定量刑情节在刑罚裁量中的运用是历史的选择.....	14
<b>第二节 酌定量刑情节的功利性依据 .....</b>	<b>15</b>
一、刑罚个别化的概念.....	15
二、刑罚个别化的产生背景.....	16
三、刑罚个别化与酌定量刑情节.....	17
<b>第三节 酌定量刑情节的现实依据 .....</b>	<b>18</b>
一、活的法.....	18
二、法官自由裁量权存在的必要性及意义.....	20
三、对法官自由裁量权的限制.....	22
<b>第三章 酌定量刑情节的范围 .....</b>	<b>24</b>
<b>第一节 酌定量刑情节的主要表现形式 .....</b>	<b>24</b>
一、犯罪动机.....	24
二、犯罪人的犯罪认识的内容.....	24
三、犯罪起因.....	25



四、犯罪的手段与方式.....	26
五、犯罪对象.....	27
六、犯罪的结果.....	27
七、犯罪的时间、地点.....	28
八、犯罪人的一贯表现.....	28
九、犯罪人犯罪后的表现.....	29
<b>第二节 关于酌定量刑情节范围的争议性问题 .....</b>	<b>31</b>
一、酌定量刑情节与民愤.....	31
二、酌定量刑情节与社会形势.....	34
<b>第四章 酌定量刑情节的适用及完善 .....</b>	<b>37</b>
<b>第一节 酌定量刑情节适用中存在的问题 .....</b>	<b>37</b>
一、轻视酌定量刑情节的适用.....	37
二、对酌定量刑情节的适用带有很大的随意性.....	38
三、偏重对酌定从重情节的适用.....	38
四、酌定减轻处罚情节适用标准模糊.....	39
<b>第二节 酌定量刑情节的完善 .....</b>	<b>40</b>
一、对酌定量刑情节的表现形式在立法中予以明确体现.....	40
二、将部分酌定量刑情节上升为法定量刑情节.....	41
三、限制酌定从重情节的适用.....	42
四、酌定免除处罚情节和酌定减轻处罚情节适用的完善.....	44
<b>结 语.....</b>	<b>45</b>
<b>参考文献.....</b>	<b>46</b>

**CONTENTS**

<b>Forewords</b> .....	<b>1</b>
<b>Chapter 1 General illustration on discretionary circumstances of sentencing</b> .....	<b>2</b>
<b>Subchapter 1 The analysis of the concepts of discretionary circumstances of sentencing</b> .....	<b>2</b>
Section 1 Whether discretionary circumstances of sentencing is legal.....	3
Section 2 The essential character of discretionary circumstances of sentencing ..	4
Section 3 The degree of the impact of discretionary circumstances of sentencing on sanction .....	7
<b>Subchapter 2 The function of discretionary circumstances of sentencing</b> .....	<b>11</b>
<b>Chapter 2 The existing foundations of discretionary circumstances of sentencing</b> .....	<b>13</b>
<b>Subchapter 1 The justifiable foundation of discretionary circumstances of sentencing</b> .....	<b>13</b>
Section 1 The legal foundation of discretionary circumstances of sentencing ...	13
Section 2 The function of discretionary circumstances of sentencing determines the necessity of its application.....	13
Section 3 The application of discretionary circumstances of sentencing is the choice of history.....	14
<b>Subchapter 2 The utilitarian foundation of discretionary circumstances of sentencing</b> .....	<b>15</b>
Section 1 The concept of punishment individualization.....	15
Section 2 The context of the production of punishment individualization .....	16
Section 3 The relationship between punishment individualization and discretionary circumstances of sentencing .....	17
<b>Subchapter 3 The actual foundation of discretionary circumstances of sentencing</b> .....	<b>18</b>
Section 1 Live law .....	18
Section 2 The necessity and significance of free discretions.....	20
Section 3 The restriction of free discretions.....	22

**Chapter 3 The extent of discretionary circumstances of sentencing ·· 24****Subchapter 1 The types of discretionary circumstances of sentencing ······ 24**

Section 1 Criminal motives ······ 24

Section 2 The contents of the criminals' consciousness ······ 24

Section 3 The reasons of offence ······ 25

Section 4 The criminal means and manners ······ 26

Section 5 The targets of offence ······ 27

Section 6 The results of crime ······ 27

Section 7 The criminal space-time environments ······ 28

Section 8 The criminals' persistent behavior ······ 28

Section 9 The criminals' behavior after offence ······ 29

**Subchapter 2 The long-disputing questions about the extent of discretionary  
circumstances of sentencing ······ 31**

Section 1 Discretionary circumstances of sentencing and public's indignation · 31

Section 2 Discretionary circumstances of sentencing and social situation ······ 34

**Chapter 4 The application and perfection of discretionary  
circumstances of sentencing ······ 37****Subchapter 1 The problems lying in the application of discretionary  
circumstances of sentencing ······ 37**Section 1 Neglect the application of discretionary circumstances of sentencing ···  
····· 37Section 2 The carelessness during the application of discretionary circumstances  
of sentencing ······ 38Section 3 The application of discretionary heavier circumstances of sentencing  
····· 38Section 4 The indistinctness of the standard of the application of discretionary  
lighter circumstances of sentencing ······ 39**Subchapter 2 The perfection of discretionary circumstances of sentencing ······ 40**Section 1 Specify the extent of discretionary circumstances of sentencing by  
legislation ······ 40Section 2 Raise some types of discretionary circumstances of sentencing up to  
legal sentencing circumstances ······ 41

Section 3 Restrict the application of discretionary heavier circumstances of sentencing .....	42
Section 4 Perfection of the application of discretionary exemption circumstances of sentencing and discretionary lighter circumstances of sentencing .....	44
<b>Conclusions .....</b>	<b>45</b>
<b>Bibliography .....</b>	<b>46</b>

厦门大学博硕士学位论文摘要库

厦门大学博硕士学位论文摘要库

## 引 言

作为罪刑关系法的刑法，其始于对犯罪的规定，但其真正的落脚点应当是刑罚。正如沙俄时期的刑法学家基思特雅考夫斯基所指出的：“在刑法中，第一把交椅无疑义的应属于刑罚。在刑罚中表现了刑法的灵魂与思想”。<sup>①</sup>在刑罚中，量刑情节对刑罚的具体裁量和量刑公正与否有重要的影响。

量刑情节有法定量刑情节和酌定量刑情节之分。自我国现行刑法颁布实施以来，我国刑法学界对于法定量刑情节问题一直都倾注了极大的热情，尤其是在对单个法定量刑情节的研究上取得了丰硕的成果。然而酌定量刑情节备受冷落，不仅司法实务部门对其视而不见，就连理论界也大多对该问题浅尝辄止，缺乏深入系统的研究。笔者经导师点拨和邱兴隆教授课堂教学的影响，发现该问题的研究具有一定的理论和实践意义，决定选择此论题作为硕士论文的题目，并针对性的搜集、消化资料，展开论文的写作工作。

本文首先在对国内学界有关酌定量刑情节概念进行辨析的基础上，从酌定量刑情节是否具有法定性，酌定量刑情节的本质特征以及酌定量刑情节影响量刑的程度三个方面入手，对酌定量刑情节的概念进行界定；其次，从正当性依据、功利性依据和现实依据三个角度着手，从理论上对酌定量刑情节的存在依据进行剖析；再次，重点介绍了酌定量刑情节在司法实践中常见的几种表现形式，并对民情和社会形势是否属于酌定量刑情节进行了探讨；最后，在前文论述的基础上，笔者对酌定量刑情节适用时存在的问题进行归纳总结并提出了针对性的解决方案，以期抛砖引玉，引发更多学友对该问题的关注和探讨。

---

<sup>①</sup> 转引自邱兴隆.刑罚的法理与哲理[M].北京:法律出版社,2003.3.

## 第一章 酌定量刑情节概述

### 第一节 酌定量刑情节概念之辨析

概念是反映事物本质属性的思维产物，是一事物区别于其他事物的关键。明确酌定量刑情节的概念，揭示酌定量刑情节的内涵和外延，是研究酌定量刑情节的前提和基础。关于酌定量刑情节的概念，刑法学界长期缺乏应有的重视，甚至国内的部分刑法论著和教科书对此采取回避的态度。而涉足此问题的相关论著和教科书对于其概念的界定也是众说纷纭。以下笔者列举一些比较有代表性的观点：

（一）酌定量刑情节是指审判机关在量刑时酌情考虑的情节。<sup>①</sup>

（二）酌定量刑情节是指根据立法精神，从审判实践中总结出来的，由人民法院灵活掌握，酌情适用的情节。<sup>②</sup>

（三）酌定量刑情节是指不是法律上明文规定的，而是由审判实践经验中总结出来的，在量刑时灵活掌握的酌情适用情节。<sup>③</sup>

（四）酌定量刑情节是指不是由法律明文具体规定的，而是根据立法精神，从审判实践经验中总结出来的，在量刑时灵活掌握、酌情适用的情节。<sup>④</sup>

（五）酌定量刑情节是指法律未明文规定，从审判实践中总结出来的，对决定行为的社会危害性和行为人的反社会性有一定影响，由审判机关酌情考虑的主客观情况。<sup>⑤</sup>

（六）酌定量刑情节是指法律虽然没有明文规定但予以认可的，由审判机关从犯罪事实和罪犯个人的事实情况中总结出来的反映行为的社会危害性和行为人的危险人身危险性而作为量刑具体依据的各种事实情况。<sup>⑥</sup>

（七）酌定量刑情节是指我国刑法认可的，从审判实践经验中总结出来的，

<sup>①</sup> 高铭暄,主编.刑法问题研究[M].北京:法律出版社,1994.279.

<sup>②</sup> 林准,主编.中国刑法教程[M].北京:人民法院出版社,1989.185.

<sup>③</sup> 高铭暄,主编.中国刑法学[M].北京:中国人民大学出版社,1989.278.

<sup>④</sup> 王晨.酌定量刑情节探讨[J].法律科学,1992,(5):80.

<sup>⑤</sup> 胡学相.量刑基本理论研究[M].武汉:武汉大学出版社,1998.175.

<sup>⑥</sup> 蒋明.量刑情节研究[M].北京:中国方正出版社,2004.129.

对行为的社会危害性和行为人的危险程度具有影响的，在量刑时灵活掌握、酌情适用的各种事实情况。<sup>①</sup>

（八）酌定量刑情节是指刑法未作明文规定，司法机关和理论工作者根据刑事立法和有关刑事政策结合司法实践总结出来的，由审判机关在量刑时应当灵活掌握和酌情适用的情节，并指出这类情节只能在法定刑幅度内从轻或从重处罚，禁止用于加重和减轻处罚。<sup>②</sup>

（九）酌定量刑情节是指由法律予以概括性规定的，其具体内容和功能则人民法院依法律的规定和立法精神，在审判实践中总结出来的，体现行为的社会危害性和行为人的危险程度，并依其具体情况对刑罚之轻重或者是否免除刑罚产生影响的客观事实情况。<sup>③</sup>

上述有关酌定量刑情节的定义从不同角度、不同层面对酌定量刑情节进行了界定，但是我们注意到这些定义基本上都是围绕着以下几个关键问题展开的：

### 一、酌定量刑情节是否具有法定性

酌定量刑情节是否具有法定性，是研究酌定量刑情节时难以绕开的问题。上述定义中，除了第一种定义对该问题避而不谈外，其他定义都有涉及。例如，有的认为“根据立法精神”；有的认为“不是法律上明文规定”；有的认为“法律虽然没有明文规定但予以认可的”，还有的认为是“法律予以概括性规定的”。尽管论述不一，但是争议的焦点都集中在酌定量刑情节是否具有法定性这一问题上。肯定的观点认为酌定量刑情节具有法定性，其依据在于我国刑法第 61 条和第 63 条第二款的规定。<sup>④</sup>刑法第 61 条规定：“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。”学界普遍认为本条规定里的“情节”既包括法定量刑情节，也包括酌定量刑情节，而没有理由将酌定量刑情节排除在“情节”之外。另外，刑法第 63 条第二款也规定：“犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚

<sup>①</sup> 马克昌,主编.刑罚通论[M].武汉:武汉大学出版社,1999.358.

<sup>②</sup> 高铭暄,马克昌,主编.刑法学[M].北京:北京大学出版社,2000.268.

<sup>③</sup> 许利飞.略论酌定量刑情节[J].法律科学,1999,7(3):7.

<sup>④</sup> 张宝华.酌定情节探讨[J].法律科学,1993,(3):39.



Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to [etd@xmu.edu.cn](mailto:etd@xmu.edu.cn) for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库