

您的位置: 首页 >> 阅读文章

阅读文章

Selected Articles

更多▲

特聘专家

法学所导航

走进法学所

走进国际法中心

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

使用大字体察看本文
阅读次数: 947

论量刑情节逆向竞合

刘 忻

在刑事案件中,出现量刑情节逆向竞合的现象非常普遍,而且不同案件中逆向竞合的量刑情节具体性质形态复杂多样。有的案件既有从轻处罚情节又有从重处罚情节,有的案件兼具减轻处罚情节、从轻处罚情节和从重处罚情节,甚至有的案件免除处罚情节、减轻处罚情节、从轻处罚情节和从重处罚情节都具备了。而且这些逆向竞合的量刑情节中可能既有法定情节、又有酌定情节,既有“应当”情节、又有“可以”情节,既有罪中情节、又有罪前情节和罪后情节。面对这些性质有别、轻重不一、功能互异而又交错并存的量刑情节时,如何准确认定犯罪行为人的刑事责任的轻重程度,对犯罪行为人作出罚当其罪的刑罚裁量,这既是司法实践中颇感棘手的难题,同时也是刑法理论上分歧较大的问题,亟需研究解决。

一、量刑情节逆向竞合的概念和特征

(一) 量刑情节逆向竞合的概念

量刑情节逆向竞合,也有学者称之为量刑情节冲突,对于这一问题,在某些学者的论著中有所涉及;但对于量刑情节逆向竞合的概念,目前尚未见到十分明确的界定。我认为,所谓量刑情节逆向竞合,指的是犯罪行为人在同一犯罪案件中同时并存着两种或者两种以上功能相反的量刑情节。

(二) 量刑情节逆向竞合的特征

1. 并存的情节必须是量刑情节

量刑情节,也有学者称之为刑罚适用情节,是指存在于犯罪之中的,决定对犯罪人是否处刑以及处刑轻重,因而在对犯罪人量刑时必须考虑的情节。若要构成量刑情节逆向竞合,并存的情节必须是量刑情节,否则便不能构成量刑情节逆向竞合。例如某人将他人杀死后投案自首,其自首的情节属于量刑情节,但杀人的情节属于定罪情节,这种情况就不能认为是量刑情节逆向竞合。

2. 必须同时并存着两个或者两个以上的量刑情节

竞合,即两种或者两种以上的情况并存或结合的意思。如果只存在一种情况便无竞合可言。因此,若要构成量刑情节逆向竞合,首先必须同时并存着两种或者两种以上的量刑情节。如果只存在着一种量刑情节,或者无量刑情节的存在,便不能构成量刑情节逆向竞合。

3. 并存的多个量刑情节必须功能相反

逆向即相反的意思,量刑情节逆向竞合,便是指多个量刑情节的功能相反。量刑情节根据其功能可以分为从宽情节和从严情节,从宽情节是指审判人员在量刑时需要考虑的对犯罪行为人缩短刑期的各种事实情况;从严情节是则指对犯罪行为人延长刑期的各种事实情况。因此,并存功能相反的量刑情节即是指在同一案件中一个犯罪行为人身上既存在从宽情节,又存在从严情节。刑法意义上的从宽情节包括从轻处罚情节、减轻处罚情节和免除处罚情节;从严情节则仅包括从重处罚情节。

4. 逆向竞合的量刑情节必须同时并存于同一犯罪案件中

我们这里所探讨的量刑情节逆向竞合,仅指在同一犯罪案件中某个犯罪行为人身上多个功能相反的量刑情节并存的情况。对于不同案件中某个犯罪行为人同时具有多个功能相反的量刑情节的情况,则不属于量刑情节逆向竞合的范畴。例如某人17岁时犯故意杀人罪;20岁时教唆未满18周岁的人犯抢劫罪。在对其

处刑时，应当将犯罪人未滿18周岁作为故意杀人罪的从宽量刑情节，将教唆未滿18周岁的人犯罪作为抢劫罪的从重量刑情节，对故意杀人罪和抢劫罪分别处刑，然后根据数罪并罚的原则，决定一个总的刑期。尽管犯罪人未滿18周岁和教唆未滿18周岁的人犯罪都属于量刑情节，而且功能相反，但是由于是在两个不同的犯罪案件中，故不能视为是量刑情节逆向竞合。

二、量刑情节逆向竞合的处理方法

（一）量刑情节逆向竞合处理方法的观点

在当前的刑法理论界和司法实务界，对于处理量刑情节逆向竞合大致有以下三种主要观点：

1. 抵消说

抵消说认为，可以用抵消的方法来处理量刑情节逆向竞合的问题。该说又可分为绝对抵消说和相对抵消说两种观点。绝对抵消说认为，从宽情节和从严情节同时具备的应根据各情节所标示的轻重系数进行折抵。当冲突的两个情节所代表的量刑轻重的系数对等时，冲突情节互相抵消；当冲突的两个情节与量刑轻重的系数不对等时，将两者相抵后剩余的部分作为适用的结果。相对抵消说认为，如果各种冲突的情节对量刑的作用有主从优劣之分时，首先应按先后顺序进行。只有在量刑情节的功能完全对应且无明显的主从优劣之分时，才能进行冲突情节的抵消。

2. 优势情节适用说

优势情节适用说认为，对逆向竞合的量刑情节简单地使用抵消的方式是不妥当的。当从宽情节和从严情节兼具时，应按“应当”情节优于“可以”情节、法定情节优于酌定情节、罪中情节优于罪前情节和罪后情节的原则进行处理。根据对于“优于”的不同理解，优势情节适用说还可以分成优先说和排斥说。优先说认为在适用情节的顺序上应当优先适用优势情节，例如优先适用“应当”情节，然后以此为基础再适用“可以”情节。排斥说也称择一说，是指在认定刑事责任时对不同功能的量刑情节进行一定的取舍，着重注意或考虑某一个具有最高法律价值的优势情节，而不予注意或考虑其他情节，亦即用优势情节排斥其他情节的适用，例如仅适用“应当”情节，而不适用“可以”情节。

3. 综合判断说

综合判断说认为，对于逆向竞合的量刑情节简单将从宽情节和从严情节进行折抵以及用某一优势情节排斥其他情节的做法都是不对的；在轻重情节并存的情况下，要全面考虑案件的各种情节，对各种情节逐一进行定量分析，通过综合分析的科学方法来寻求量刑的最佳适度。根据综合判断的不同方法，综合判断说又能分为整体综合判断说和分别综合判断说。整体综合判断说认为，对于既有从重情节又有从轻情节的犯罪分子要综合分析案件的全部情节，全面考虑来决定刑罚的轻重。分别综合判断说认为，在从宽情节和从严情节并存的情况下，可以在犯罪事实的基础上，首先综合考虑从宽处罚的所有情节，并据此确定一个拟判的刑罚，然后在此基础上，再综合考虑各种从宽处罚的情节，将拟判的刑罚适当往下降一些，以此作为最后对犯罪人判处的刑罚。

（二）对各种观点的分析评说

1. 关于抵消说

绝对抵消说主张，可以先将从宽处罚情节与从严处罚情节相抵消，然后按照剩余的部分对犯罪人处罚。这种观点显然是行不通的。首先，案件中从宽处罚的量刑情节往往是从轻和减轻处罚并存、减轻和免除处罚并存，或者兼具从轻、减轻和免除处罚；而从严处罚的量刑情节仅包括少数的从重处罚。这就造成了没有相应从严处罚情节与从宽处罚中的减轻处罚情节和免除处罚情节相抵消。其次，不同的处罚程度之间的量刑情节之间能否抵消、如何抵消，绝对抵消说没有给出答案。例如，一个减轻处罚情节和一个从重处罚情节抵消之后是在原量刑刑格内从轻处罚还是在减轻以后的刑格内从重处罚，多个从重处罚情节能否抵消一个减轻处罚情节，绝对抵消说解决不了这样的问题。再次，不同性质的量刑情节处于不同的地位，具有不同的作用，即便是同一性质同一名称的量刑情节，由于在不同案件中具体表现存在差异，处罚轻重的程度也有所不同。一个从轻处罚情节与一个从重处罚情节，由于其具体表现的差异，所体现出的社会危害性与人身危险性的轻重程度便可能有所不同，犯罪行为刑事责任增减幅度也有所不同，那么在量刑中所体现的从宽和从严的程度当然也应该有所不同。对于这样的情况一律采用抵消的方法进行处理，无疑违背了罪责刑相适应的刑法基本原则。相对抵消说与绝对抵消说没有绝对的排斥关系，仅仅是在优势情节适用说的基础上再使用绝对抵消说，同样存在与绝对抵消说一样的弊病。

2. 关于优势情节适用说

优先说认为在适用情节的顺序上应当优先适用优势情节，这种观点也是有缺陷的。首先，优先仅仅是指在先后排列顺序上的优先，绝对抵消说的前半部分已经足以涵盖其内容。其次，如果优先适用了优势情节之后，还并存着多个非优势情节，那又应该如何处理，优先说没有给我们答案。再次，关于优势情节这一概念，也是值得推敲的。刑法上的量刑情节可以作“应当”情节和“可以”情节的区分，传统观点认为“应当”情节优于“可以”情节。但是，“可以”情节具有相对性，它一旦经审判机关认为为该案适用的情节时，也就由法律上的“可以”情节转化为司法上的“应当”情节，或者说是由理论上的“可以”情节转化为实践中

的“应当”情节，其所体现的价值并不见得就一定比“应当”情节的价值要小。例如某一案件中，存在一个“应当”从重处罚的量刑情节，但是其体现的社会危害性和人身危险性并不大；同时还存在一个“可以”从轻处罚的量刑情节，其所体现的社会危害性和人身危险性非常小，且被审判人员采纳适用。对于这两个情节，在量刑中的地位和作用哪个高哪个低、哪个才是真正的优势情节，尚需探讨。排斥说认为可以对逆向竞合的量刑情节进行一定的取舍，用优势情节排斥非优势情节。排斥说同样存在着与优先说中第三点一样的弊病，由于对优势情节的理解不同，导致了现实中存在着用从严情节排斥从宽情节和用从宽情节排斥从严情节两种截然相反的做法。此外，排斥法仅根据某一种或几种量刑情节，忽视了其他量刑情节的客观存在，既与罪责刑相适应原则抵触，又破坏了刑罚适用的严肃性和平衡性。

3. 关于综合判断说

整体综合判断说主张在从重情节和从轻情节并存时，要综合案件的全部情节，全面分析来决定刑罚的轻重。具体的案件中并存的多个从宽情节与从严情节在实践中究竟如何分析、怎么综合，整体综合判断说没有具体的解释，缺乏科学的标准，因此在司法实践中容易导致各行其是，不具有太大的可操作性。分别综合判断说提出先对从严情节进行分析综合，确定一个拟判的刑期；再对从宽情节进行分析综合，对拟判的刑期进行修正，最终确定一个新的刑期。显然，分别综合判断说的观点比整体综合判断说具体明确了许多，在很大程度上具有可操作性，因此在理论界得到众多人的赞同。但是，这种观点也具有一定的缺陷，例如该观点仅提出对从严情节和从宽情节分别分析判断，但怎样综合，如何分析，则语焉不详。因此遭到了一些人的诘难。

(三) 笔者的观点

在上述各种学说观点中，我个人认为，分别综合判断说的合理成分较多，但是需要进一步的完善和澄清，以确立在刑法学上的理论地位。

对于量刑情节逆向竞合的处理，首先应该根据具体的犯罪性质和基本的犯罪事实，在不考虑从严情节和从宽情节的情况下，先确定一个拟判的量刑幅度。然后考虑所有从严处罚的量刑情节，在拟判的量刑幅度内，对刑罚做第一次修正。对于某个具体的从严情节，到底应该增加多大的量刑幅度，可以比照没有该从严情节的情况来确定犯罪行为人在具有了这一从严情节后刑事责任增加的幅度，以确定刑罚的增加幅度。接下来再考虑所有从宽处罚的量刑情节，对第一次修正后的刑罚进行第二次修正，作为最后的裁判。从宽情节往往是从轻与减轻处罚情节并存，或者减轻与免除处罚情节并存，甚至从轻、减轻和免除处罚三种情节都具备；对于某个具体的从宽情节，到底是应该从轻处罚、减轻处罚，还是免除处罚，以及如果是从轻处罚的话应该从轻到什么程度，也应该比照没有该从宽情节的情况来确定犯罪行为人在具有了这一从宽情节后刑事责任减少的幅度，从而相应地确定刑罚的减少幅度。对于既有减轻处罚又有免除处罚或者从轻、减轻和免除处罚兼具的情况，一般不宜适用免除处罚。如果案件中兼具减轻处罚和从轻处罚的情节，在适用了减轻处罚情节之后，不能以此为理由排斥从轻处罚情节的适用。

在这里，有以下几个问题需要解释说明。第一，通过对上面几种学术观点的分析，我们可以发现，各种学说都有其不尽合理的地方，只是合理的程度不同而已。相比而言，我觉得分别综合判断说由于采用了从严情节和从宽情节分别考虑的方法，能够有效地克服排除说和优先适用说的不足之处，因而具有较大的合理性，而且在司法实践中也具有较大的可操作性。故而在量刑情节逆向竞合时适宜采用。第二，我们之所以要对犯罪行为人定罪量刑，是因为其实施了犯罪行为，因而要承担相应的刑事责任。而对犯罪行为人到底处以何种刑罚判处多长的刑期，所依据的就是犯罪行为人刑事责任的大小。刑事责任的大小是一个相对抽象的概念。我们知道，大小是相对的，没有绝对的量化标准；如果将其孤立起来看，很难做出准确的判断。因此，在确定刑事责任能力大小时，就需要一个参照物。基于此，笔者提出了比较的观点。即将某一个从严处罚或者从宽处罚的量刑情节从犯罪事实中抽去，然后比较具备了这一量刑情节与不具备这一量刑情节的情况下犯罪行为人刑事责任的变化幅度，从而确定对其刑罚处罚的增减幅度。第三，对于加重处罚情节的适用能否排除从重处罚情节的适用、减轻处罚情节的适用能否排斥从轻处罚情节的适用，理论上是存在争论的。我认为，刑法规定了对具备某一情节的犯罪行为人进行从严或者从宽处罚，必然是因为在具备了这种量刑情节之后犯罪行为人的刑事责任有所加重或者减轻。同样是从宽处罚，从轻处罚与减轻处罚的区别仅仅在于犯罪行为人刑事责任减轻的幅度不同；具有减轻处罚情节的犯罪行为人刑事责任减轻的幅度大，具有从轻处罚情节的则刑事责任减轻幅度相对较小。既然这样，那么减轻处罚情节的适用当然不能排斥从轻处罚情节。如果仅仅因为适用了减轻处罚情节而排斥从轻处罚情节的适用，则可以推导出犯罪行为人在具有从轻处罚情节的情况下其刑事责任并没有减轻，其犯罪事实中具有从轻处罚的情节是没有意义的。这既侵害了犯罪行为人的利益，也违背了罪责刑相适应的刑法基本原则，显然是错误的。第四，如果量刑情节逆向竞合的犯罪行为人的从宽情节中具有免除处罚的情节，一般不宜适用，而应对其从轻或减轻处罚。在通常情况下，刑法规定从严处罚情节，则说明在具备了这一量刑情节的情况下，犯罪行为人应当承担比不具备这一情节的基本犯罪事实更大的刑事责任。而免除处罚情节，仅说明在具备了这一量刑情节的情况下，犯罪行为人应承担的刑事责任降低为零，降低的幅度是基本犯罪事实的刑事责任。那么，在具有比基本犯罪事实更大的刑事责任的情况下，除去基本犯罪事实的全部刑事责任，剩余的部分不可能为零。因而，不宜对犯罪行为人免除处罚。当然，这也不是绝对的。由于从严情节与免除处罚情节所体现的刑事责任增减幅度并不是完全相等的，其在量刑中的价值和作用也可能有所不同。如果从严情节所体现的刑事责任增加幅度明显很小而免除处罚情节所体现的刑事责任减轻程度非常大，则也可以对犯罪行

为人免除处罚。在这种情况下，如果犯罪行为人还具有别的从宽处罚情节，则由于已经适用了免除处罚情节，对其他从宽处罚情节可以不予考虑。

参考文献

1. 高铭暄：《新编中国刑法学（上册）》，中国人民大学出版社1998年版。
2. 高铭暄：《刑法学原理（第三卷）》，中国人民大学出版社1994年版。
3. 胡学相：《量刑的基本理论研究》，武汉大学出版社1998年版。
4. 黄祥青：《略论多种量刑情节的适用原则与方法》，《法治论丛》2000年第3期。
5. 马克昌：《刑罚通论》，武汉大学出版社1999年版。
6. 周光权：《量刑情节冲突及其解决的争议问题研究》，《中外法学》1999年第4期。
7. 周振想：《刑罚适用论》，法律出版社1990年版。

作者单位：中国人民大学法学院

相关文章：

[业主委员会制度研究](#)

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址：北京市东城区沙滩北街15号 邮编：100720

