



定罪量刑情节若干问题研究

李洁

刑法是规定犯罪与刑罚的法律，刑法中的情节也就是与定罪量刑有关的事实。将刑法中的情节作为一个论题予以研究，主要基于两点考虑：一是我国的刑法中有关情节的规定很多，且形式多样；二是对有些情节的研究尚不够充分，而情节在司法实践中的作用是巨大的，无论定罪与量刑，离开了情节就会失去根据。因而对刑法中情节予以研究是必要的。全面研究定罪与量刑情节的全部问题，是一篇文章难于涵盖的，因此本文只是选取其中的几点作为研究内容。

一、定罪情节与量刑情节的关系

(一)定罪情节与量刑情节的基本特征

1.定罪情节的基本特征

什么是定罪情节？一般说来，定罪情节就是对定罪起决定作用的情节。若给定罪情节一个基本的界定，还依赖于对定罪本身的界定。一般认为，定罪是指司法机关对被审理的行为与法定犯罪构成之间进行相互一致认定的活动。定罪的基本内容包括以下几个方面：其一，确定行为是否构成犯罪，以解决罪与非罪的问题；其二，确定行为符合何种具体犯罪的犯罪构成，以解决此罪与彼罪的问题；其三，确定行为中包含的罪数，解决行为的罪数问题；其四，确定行为的轻重，即是符合某罪的基本构成还是加重构成，以解决重罪与轻罪的问题；其五，确定故意犯罪所处的阶段，以解决犯罪停止形态问题；其六，确定行为是一人单独实施还是多人共同实施，以解决单独犯罪与共同犯罪问题。[1]定罪内容决定了定罪的基本任务就是决定行为是否成立犯罪、构成何罪、犯罪处于何种形态；与此相适应，定罪的情节，也就是决定行为的罪与非罪、此罪与彼罪、何种犯罪形态的各种事实情况。从对定罪情节的以上界定，可以认为，定罪情节具有以下特点：

第一，与犯罪构成的密接性。若从定罪情节的概念看，定罪情节与犯罪构成有一定的一致性。犯罪构成是犯罪的成立条件，定罪情节是决定犯罪成立的事实，因而可以认为，定罪情节就是犯罪构成事实。当然，定罪情节与犯罪构成仍然有一定的区别，作为犯罪构成，它的存在离不开犯罪事实，但犯罪构成又不是那一个事实所能代表的，它是事实的整体，注重的是各种事实整合所形成的整体性，而作为定罪的情节，则注重的是事实的具体性，是各种具体的情节，离开了犯罪构成事实，离开了定罪情节，也就没有犯罪构成。

第二，注重事实的基本方面。由定罪情节所要解决的是对行为的定罪问题决定，定罪情节所注重的是犯罪构成事实的基本方面，而非全部细节。任何事实，作为一个现实存在的事物，在与其他事物相区别的角度观察，是独立的，它是“一”；而当我们把观察的视角转向

事实的内部，就会看到它并不是没有任何内部结构，它仍然由一定的更具体的事实构成，因而它又具有“多”的性质，即某一个构成要件事实也是由若干情节构成的。[2]在这样的事实中，作为定罪事实的内容，并不需要把某犯罪构成事实的全部情节均予以关注，只要把握其基本的内容就可以完成定罪的任务。由于定罪情节的作用在于定罪，因而对定罪没有作用的内容就没有必要在其关注之列。可以说，定罪情节关注事实的基本方面或称抽象的方面，是由定罪情节的作用决定的。定罪情节的这个特点，也就决定了在构成要件事实中也有量刑情节存在的余地。

第三，定罪情节起作用方式的非独立性。定罪情节是对具体犯罪的成立有决定意义的情节，但这并不意味着某一个定罪情节可以单独决定犯罪是否成立。任何犯罪的成立，都必须符合犯罪构成的全部要件，离开了其他要件的配合，任何一个事实，不管这个事实对成立犯罪有多么重要，都不能单独决定犯罪的成立，这是由定罪的特点决定的。定罪情节起作用的方式，不是单独决定犯罪的成立，而是作为犯罪构成内容的有机组成部分，与其他定罪情节一起决定犯罪的成立。也就是说，在决定犯罪是否成立这一点上，定罪情节的评判是综合性的。

2. 量刑情节的基本特征

量刑情节是指在行为已构成犯罪的情况下，决定对行为人是否需要判处刑罚以及判刑轻重的情节。如果说，定罪情节决定了行为的社会危害性与行为人的主观恶性的基本情况，由此决定了对行为人是否需要定罪，并决定了与该行为相适应的法定刑幅度的话，那么，量刑情节就是在此基础上，具体说明行为的社会危害性的确定的量以及行为人的主观恶性的具体程度，由此决定在法定刑的幅度内选择具体刑罚点。也就是说，量刑情节反映着犯罪的社会危害性与人身危险性的大小。与定罪情节相对应，量刑情节有以下特点。

第一，范围的广泛性。与定罪情节不同，量刑情节不仅与犯罪构成事实有密切的关系，而且包括犯罪构成事实以外的对行为的社会危害性与人身危险性有关的所有事实，无论是罪前事实、罪中事实、罪后事实，都有可能成为量刑情节的内容。量刑情节的这种范围的广泛性说明，量刑情节的范围比定罪情节的范围要大得多。

第二，注重行为事实的非基本方面与非行为本身的事实。如果说，定罪情节注重行为事实的基本方面，那么，量刑情节就是注重行为事实的非基本方面以及非行为本身的事实。在定罪的时候，由于与一定的法定刑幅度相对应的不是事实的一个点而是一个幅度，因而与一定的法定刑幅度相对应的行为也不是一个特定的点，而是一个范围，在这个范围内，无论行为有什么差异，都不影响成立特定的犯罪形态。即只要具备成立该行为的最低限定要求，作为定罪来说，就是具备了充足条件，而作为质与量相统一的事实，却存在着差异，甚至是重大差异，这种差异对定罪没有影响，但这种差异影响行为的社会危害性程度与人身危险性程度，因而对量刑有重要影响，这种在定罪中不起作用，却能够对量刑有影响的行为事实的非基本方面，就是行为事实作为量刑情节的具体内容。

例如，行为的手段、行为的时间地点、犯罪结果的具体的数量、对构成要件客体以外的非构成要件客体所造成的影响等。可以这样说，作为刑法规定的行为，只能是类型性行为，类型性行为的重要特点就是具有一定程度的抽象性，在对某类行为进行抽象的过程中，不得不将其差异舍掉，只将其相同的一面作为行为类型的内容，这种为了保持类型的同一性而舍掉的东西，就是行为事实中非构成要件的内容。所谓非行为本身的事实，是指行为以外的对行为的社会危害性与行为人的危险性有关的如犯前表现、犯后态度、犯罪目的与动机等内容。

第三，起作用方式的独立性。这种独立性主要表现在：每一个具体的情节都可以不依赖于其他情节而单独对量刑发生影响。当然，并不排除对多个情节综合考虑起作用的情况，或

者说，这种情况是经常存在的，但并不能因此使某一个情节失去单独起作用的可能性。

(二)定罪情节与量刑情节的关系

一般说来，定罪情节影响定罪，量刑情节影响量刑，两种情节性质不同，作用不同，表现形式也不同。但两者并非没有关系，毋宁说，两者的关系是复杂的，这种复杂性主要表现在它们在功能上具有交叉重合的关系，即一个情节在某种情况下既是定罪情节又是量刑情节，因而在定罪与量刑时均需起作用；但对同一情节又不能重复评价，以保证刑法中禁止重复评价原则的实现。从形式上看，两者似乎是矛盾的，一个情节同时具有定罪与量刑两种功能，如何可以做到不重复评价？本文在这里试图说明这个问题。

1. 定罪情节与量刑情节的功能交叉说明，一情节可以一身二任

功能交叉概观。定罪情节与量刑情节的功能交叉，主要表现在两个方面：其一，我国刑法在分则的规定上，是将一定的行为事实与一定的法定刑相对应，因而，定罪情节在决定罪的同时，也就决定了法定刑的基本范围。量刑情节的作用，一般是在此基础上，根据具体情况的情况，裁量具体的刑罚，即定罪情节决定的与此相适应的法定刑幅度，是量刑情节起作用的基础。在这个意义上，定罪情节也是最重要的量刑情节。其二，量刑情节在一定情况下也可以对定罪起作用。一般说来，量刑情节对定罪不起作用，但在有些情况下，也并非绝对如此。任何一个行为构成犯罪，都需要行为达到一个量的限度，以符合特定质的要求，而这个限定并非一个绝对不可变的点而是一个有一定范围的面，是一个幅度，这个幅度也可以说是罪与非罪的临界点。当构成要件的事实使行为处于这个临界点的时候，是否成立犯罪，量刑情节就会有发生作用的余地。当然，这种作用不是某个情节直接作为构成要件的内容，而是通过影响行为的社会危害性程度，使处于临界点的行为具有了可罚性。

功能重合特例。除以上的一般的功能交叉之外，还有一些是属于某种事实既是定罪情节，又是量刑情节的情况。以未遂为例。已经着手实施犯罪，由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞的是犯罪未遂。行为符合法定的未遂的条件，是认定犯罪未遂形态的根据，因而未遂是定罪情节；而在量刑上，未遂又是法定的可以从轻、减轻处罚的量刑情节。也就是说，未遂情节是一身二任，既是定罪根据，又是量刑基础，一个事实对定罪、量刑均有影响，发生了功能的重合。

2. 双重身份情节的两次适用并非对一个事实的双重评价

在功能交叉重合的情况下，不管是一身二任的特例还是一般性的功能交叉，都是一个情节具有了定罪与量刑的双重身份。那么，在一个情节具有双重身份时，是否可以两次起作用，就是一个值得研究的问题。从本质上看，一个情节只能起一次作用。情节在定罪或量刑中起作用，意味着对该情节的评价，如果对一个情节进行两次评价，就意味着对该情况的作用进行了重复计算，会导致量刑畸轻或畸重的后果。但双重身份情节的两次使用不是对一个情节的两次评价。从形式上看，一个情节可以两次被使用，但每次使用着眼于该情节的不同方面。作为定罪情节时，注重的是事实的基本方面，着眼于事实能否满足具体犯罪的构成要件的要求；而作为量刑情节时，则着眼于该情节的具体事实内容，即该事实的细节。也就是说，作为定罪情节时，着眼的是该情节的一般性或称该类情节的共性；作为量刑情节时，着眼的是该情节的特殊性或称该类情节的个性，反映了各个情节的差异性。作为起作用的具体部分来说，均只被评价一次，不存在重复评价问题。

二、法定情节与酌定情节的关系

在量刑情节中，依照情节是否为法律明确规定量刑方向，可以分为法定情节与酌定情节。法定情节是法律明确规定量刑方向与量刑幅度的情节；而酌定情节则是由司法机关酌定掌握量刑方向与量刑幅度的情节。由于法定情节由法律明确规定，因而内容明确，方向确定，不易发生歧义，在这里主要研究酌定情节以及酌定情节与法定情节的关系。

(一)酌定情节的种类

酌定情节作为司法机关酌情把握的情节，其内容相当广泛，只要法律没作明确规定而在司法实践中又需要司法人员进行裁量的情况，都可以成为酌定情节的内容。一般认为，酌定情节的内容包括：犯罪结果、犯罪的时间、地点、犯罪手段、犯罪的目的与动机、犯前表现、犯后态度等。根据酌定情节作用的不同，可以分为两类，即决定量刑基础的酌定情节与一般的酌定情节。

1. 决定量刑基础的酌定情节

决定量刑基础的情节，是指在定罪的基础上，决定裁量刑罚基础的情节。某行为被认定为犯罪

之后，进入刑罚裁量的阶段，但定罪解决的只是适用何种法定刑幅度，却不能决定裁量何种具体的刑罚，从而有量刑情节发挥作用的余地。在法定刑的幅度内，刑罚如何裁量？在没有法定情节的时候，在法定刑的哪个较小的范围内选择刑罚，在有法定量刑情节的时候，在法定的量刑方向上如何选择具体的刑罚，都面临着确定一个量刑的基础的问题，这个问题法定刑本身无法解决，法定情节也无法直接解决这个问题，这就需要选定一定的情况作为决定量刑基础的内容，这些情况也就是决定量刑基础的情节。这样的情节不是由法律规定的，而是由司法机关根据不同的具体犯罪掌握的情节，因而属于酌定情节的内容。作为决定量刑基础的情节，它应该能够说明行为的社会危害性的基本程度和行为人主观恶性的基本情况。这样的情节主要有犯罪行为的方式与犯罪结果的数量。虽然它们只是社会危害性的具体表现，但行为方式一般说来也是主观恶性的具体标示。作为决定量刑基础的情节有以下特点。

第一，反映该行为的基本社会危害性程度。能够对行为的社会危害性有影响的因素是很多的，所有的犯罪构成要件的内容，所有的量刑情节都对行为的社会危害性有影响，否则就不会具有刑法情节的资格，但不同情节对社会危害性影响的程度并不相同。在定罪情节决定的具体犯罪形态所对应的法定刑的基础上，有些情节对行为的社会危害性的程度起决定作用，而有些只是有一定的影响。决定量刑基础的情节是能够起决定作用的情节，否则便没有资格作为该情节。

第二，可以成为量刑常例[3]形成的基础。无论是法定情节还是酌定情节，从宽情节还是从严情节，都有以什么作为从宽或从严的基础的问题。例如，盗窃罪数额巨大的，法定刑是3年以上10年以下有期徒刑，如果甲盗窃1万元，乙盗窃5万元，且均有基本相同的坦白这种酌定从宽的情节，由于情节本身的情况基本相同，其从宽的幅度也应当基本相同，两者是否应该裁量相同的刑罚？显然不能。这种不同不是由于坦白这个情节的基本情况不同，而是裁量从轻幅度之基础不同，即由于盗窃数额不同所导致的量刑的基础不同。而多少数额与多重的刑罚相适应，在司法机关的司法实践中会形成一定常例，这种常例虽然不是法定的，但却是司法机关所承认的，如果违反这样的常例，所裁判的刑罚就会被认为不公正。这种量刑常例形成的基础是什么？就是这类情节，这样的情节形成了量刑常例，其他情节都是在该常例的基础上起作用。也就是说，量刑的从轻或从重的基础，不是法定刑的中间线，而是没有这个情节时应该裁判的刑罚，而这个应该裁判的刑罚的确定，不能直接依据定罪情节，定罪情节决定法定刑，而法定刑是一个范围而不是一个点，这种情况说明量刑常例的必要性，而形成量刑常例的情节当然也不能与一般酌定情节等同，于是有决定量刑基础的酌定情节存在的余地。

第三，与定罪情节有密切关系。这类情节一般与定罪情节存在形式上的重合关系。仍以盗窃罪为例，盗窃数额具有决定量刑基础的作用，是决定量刑基础的酌定情节，但盗窃数额又是盗窃罪的犯罪结果，当然具有构成要件的地位，两者发生了重合。但作为定罪情节，关注的是该结果符合盗窃罪哪种形态的犯罪构成，与哪个法定刑幅度相对应，只要确定了属于那个犯罪构成，作为定罪情节的作用已经实现，而具体的数额情况，由于只要不超过某具体

构成对结果要求的数额的最高与最低限，就对定罪没有影响，因而不在定罪情节的关注范围之内，但却是量刑情节的重要内容。（定罪情节与量刑情节是经常一身二任的，但由于其所关注的内容的不同，因而具有不同的性质。）因而，这种重合只是形式的，在实质上，作为不同的情节时着眼的具体内容是不同的。

2. 一般的量刑情节

这是指酌定情节中决定量刑基础之外的酌定情节。包括犯罪的时间、地点、对象、犯罪的目的与动机、犯前表现与犯后态度等情况。一般量刑情节的作用，是在量刑常例的基础上，考虑所有情节的情况，对量刑常例进行修正，以确定宣告刑。与决定量刑基础的酌定情节不同，一般量刑情节虽然也对行为的社会危害性与行为人的危险人身危险性有影响，但其影响的程度却有重大差别，因而其作用也有不同。

（二）法定情节与酌定情节的关系

法定情节与酌定情节是不同的情节，一是法律规定，一是司法机关酌情掌握，但两者也并非没有关系。两者的关系除都是量刑情节，因而影响刑罚裁量这种一致性之外，两者之间还具有互补性。法定情节是法律规定的情节，由法律规定的特点，决定了法定情节具有类型性的特点，类型性就不可能是具体的情况本身，而是具体情况的抽象，在这种抽象的过程中，不得不舍弃了具体事实中的具体情况，只保留了所有该类情况

的共性的内容。法定情节的这种法定性的特点，就决定了它只能决定量刑的基本方向，而不能决定量刑的具体刑度，在这个具体的量刑的方向上，裁量何种具体的刑罚，还需要酌定情节予以补充和具体化。从这个意义上说，酌定情节的意义与作用是重大的，它贯穿在刑罚裁量的全过程，离开酌定情节，刑罚的裁量就是不可能的。

三、关于法定量刑情节具体适用的几个问题

（一）多功能情节的适用

在我国刑法对量刑情节的规定中，从严情节只有单功能情节，从宽情节多为多功能情节，因而多功能情节的适用是指从宽情节的适用。多功能情节的适用，值得研究的问题主要是功能选择的根据，一般说来，选择情节的功能，主要应考虑以下几个方面的情况。

第一，案情的轻重。这里所说的案情，不是罪行的性质，而是在所属的罪名之下，其基本情节的情况。刑法规定的某种犯罪的某种形态，其对应的法定刑除少数是绝对确定的法定刑即死刑之外，均为一定的刑罚幅度，而且多数犯罪的法定刑幅度较大。这种较大的法定刑幅度是与较大的犯罪的量的情况相对应的。在这种情况下，案件轻重就会对量刑情节功能选择具有重大作用。

第二，情节事实自身的情况。如前述，法定情节具有抽象性，一个法定情节的事实本身，会有相当大的涵容量，因此，法定情节事实本身的情况对选择情节的功能也具有重大的作用。

第三，法定从宽情节的功能排列顺序。法定情节的功能排列顺序并不是任意的，它往往表明了立法者的倾向性意图，因而在功能选择时，这种排列顺序也应作为参照。

以上三方面的情况均应考虑，而且一般情况下在具体的案件中以上三种情况往往是同时存在的，这就有必要研究如何结合三者选择情节的功能。以未成年人盗窃为例，未成年是应当从轻或减轻的多功能情节，对行为人是从轻还是减轻，不同的案情会有不同的选择。我们可以设想以下几种情况：一是数额接近数额巨大的最高限，而年龄分别为接近18岁、17岁、刚满16岁；二是数额在数额巨大的中间线附近，年龄同样是接近18岁、17岁、刚满16岁三种情况；三是接近数额巨大的最低限，年龄也是以上三种情况。如果在舍弃了其他情节的情况下，第一种情况难于选择减轻功能，至多从轻，至于是否从轻，从轻多少，这与年龄这个情节自身的情况有关。在17或16岁时，则应从轻处罚，至于从轻的程度，16岁与17岁应有所不同；第二种情况从轻是没有问题的，选择减轻也非没有可能；在年龄接近18岁时，只能从

轻，若是刚满16岁，则有减轻的可能性。第三种情况应以减轻为原则，但在行为人的年龄接近18岁时，不减轻处罚也是可能出现的。不同的情况是因为案情不同，根据案件的具体情况所确定的量刑常例也不相同。在第一种情况下，其量刑常例接近法定刑的上限，选择减轻，在法定刑之下裁量刑罚，难于达到罪行相适应；在第二种情况下，量刑常例接近法定刑的中间线，从轻与减轻都有可能，选择那一个，有赖于其他情况尤其是情节自身情况的共同作用；第三种情况的量刑常例接近法定刑的下限，从轻的余地较小，一般选择减轻比较合适。

总之，多功能情节的功能选择，与行为及情节相结合所表现出来的社会危害性有密切关系，法定情节的作用，就是把某些常见、且总体说来对社会危害性影响较大的情况法定化，规定一个具体的刑罚裁量原则，因而对其适用，也只能以具体情况的社会危害性的分析作为量化标准。

(二)多种量刑情节并存时刑罚的适用

在现实中，并非一个案件只有一个法定情节，往往一个案件有两个或两个以上法定情节，在这种情况下，如何使多个情节均起到应有的作用，就是一个值得研究的问题。

1. 同向趋轻情节并存时的适用

同向趋轻情节，是指多个情节量刑的方向均为从宽，如自首与从犯即属之。在这种情况下，主要应该解决的是对多情节的适用是分别考虑还是估堆处理。笔者认为，刑罚的裁量关系到行为人权益的剥夺，应该特别慎重，且罪刑相适应的刑罚原则也要求量刑过程应该明确。估堆处理，即把几个情节的情况总括在一起，裁量一个差不多的刑罚的方式，不能体现量刑过程，也就难于判断刑罚是否恰当。因而，应该首先根据行为与每个情节的情况，对每个情节应当选择的功能予以确定，然后将确定了功能的多个情节合并适用。如果多个被确定了功能的情节中有免除功能，那么只免除处罚即可，其他情节没有必要再予以适用。如果没有免除功能，而均是从轻或减轻，就存在着对多种功能如何适用的问题，需要注意的是：一是各个功能的适用顺序；二是多个相同功能可否合并升格。笔者认为，其适用的顺序应该是先减轻，再从轻，即在减轻后所可能裁量刑罚的基础上，再从轻处罚。因为若先从轻再减轻，其从轻的作用就会被减轻所吸收，难以发挥作用。关于可否合并升格问题，笔者持赞同态度。

2. 同向趋重情节并存时的适用

同向趋重情节，是指多个法定情节在量刑方向上均为从重的情况。例如，武装掩护走私又构成累犯的即属此类。该类情节适用的问题是多个从重可否合并升格为加重。对此笔者持否定态度。一方面，刑法中没有规定加重处罚的情节，表明了立法对加重处罚的否定态度；另一方面，也是更重要的，对于较重犯罪，刑法都规定了两个或者两个以上的法定刑，对于犯罪构成要件中表现行为社会危害性程度的主要内容，如犯罪结果的数量、行为方式等，一般都规定可以作为加重犯的成立条件，不会影响罪刑的相适应。在极特殊的情况下，有可能会轻纵罪犯，但将其作为坚持罪刑法定原则的代价是可以的，与超出法律的规定而加重处罚相比，是以牺牲个别公正为代价而实现了一般公正，符合法治国家的要求。

3. 逆向冲突情节并存时的适用

逆向冲突情节，是指多个法定情节在量刑方向上不同的情况。例如，累犯与自首，就是量刑方向不同的逆向冲突情节。在多个逆向冲突情节并存时，其适用主要涉及以下几个问题：第一，相同数量的逆向冲突情节可否互相折抵。如某犯罪有一个从宽情节与一个从重情节，可否将其折抵，按没有法定情节直接裁量刑罚。回答是否定的。一方面，情节的具体内容不同，对社会危害性的影响程度不同，直接折抵，有可能导致量刑偏颇。另一方面，难于使每一个情节的具体情况得到充分的反映。第二，适用顺序问题。笔者认为，应按先从严，再从宽的顺序适用。其理由是：我国刑法规定的从严情节均为单功能的从重情节，先考虑从重，

确定一个可能判处的最高刑，在此基础上再根据该刑罚在法定刑中的位置，酌情选择从宽情节的功能，就可以使所有的情节均能发挥应有的作用。如果先从宽，再从严，有些情况下就有可能使有的情节难于充分发挥作用，例如，先考虑从宽情节选择了减轻功能，在减轻之后，再考虑从重情节，法定刑如何计算就是一个难题，如果将未减轻之前的法定刑作为从重的裁量范围，有可能使原从宽情节的作用化为乌有；若以减轻后的刑罚所处的法定刑作为法定刑，其从重处罚的作用就难于充分发挥，难于达到罪刑相适应。

参考文献：

[1]王勇。定罪导论[M]。北京：中国人民大学出版社，1990。11。

[2]高清海。马克思主义哲学基础(上)[M]。北京：人民出版社，1985。221。

[3]何鹏。现代日本刑法专题研究[M]。长春：吉林大学出版社，1994。165

（作者系吉林大学法学院教授、法学博士、博士生导师，北师大刑科院兼职教授，中国法学会刑法学研究会副会长）

更新日期：2007-1-25

阅读次数：516

上篇文章：论共犯关系的竞合

下篇文章：论对犯罪客体的质疑

 打印 |  关闭

 TOP