

中德（日）量刑基准之比较研究

肖世杰

摘要 在德日刑法中，受责任主义的规制，责任为刑罚规定了前提和界限，基于预防方面的考量不能僭越责任程度所决定的刑罚。相比之下，中国现行刑法的量刑基准理论与之虽貌合实神离，因为作为其量刑基准的刑事责任的大小是社会危害性与人身危险性评价的加权之值。我国现行量刑基准理论实际上是现行刑事责任理论体系的逻辑延伸。欲求我国量刑基准理论在逻辑上更为科学合理，在价值取向上彰显现代刑法之人权保障机能，则必以改善现行刑事责任理论体系为前提。改造的重点在于纠正将责任评价与刑罚量定混为一体的做法，将之予以分离，使之各得其所。作为犯罪后果负担的刑事责任只能由犯罪的严重性程度来决定，人身危险性因素不能用于评价犯罪与刑事责任，而只能在刑罚最后量定时做有利于犯罪人更新改造之缓和考量。

关键词 量刑基准 刑事责任 社会危害性 人身危险性

作者肖世杰，广州大学人权研究中心副教授，中国社科院法学研究所博士后研究人员。

刑法学上的“量刑基准”一词，一般在以下两种意义上使用：第一种含义是从量刑原则的意义上说的，即在对犯罪人进行量刑时，刑罚应建立在何种基础之上，它对责任与预防（或报应与功利）因素应进行何种程度的考量。^① 这种用法多见于德日等国家刑法理论中，^② 从此意义上说，量刑基准与量刑原则的意义大体近似。^③ 近年来，我国刑法学界也有学者从此意义上理解“基准”一词。^④ “量

刑基准”的另外一种用法是指对抽象个罪在不考虑量刑情节的情况下如何分配具体的刑罚量。^⑤ 出于研究需要，本文所拟讨论的“量刑基准”仅限于以上第一种意义，第二种意义上的“量刑基准”则不在本文的研究视域之内。笔者试图通过对中外刑法中的量刑基准理论进行比较，藉以透析出两者之间的重大区别，并以此为基点，进而对作为我国量刑理论之担纲的现行刑事责任理论作进一步的批判与

① 必须予以说明，大陆刑法中的“责任”一般有两种含义，第一种是归责意义上的“责任”，即对行为人进行责任归结时把符合构成要件的违法行为与行为人连接起来，对行为人在何种程度上所能进行的非难，这时通常亦称为“有责性”或“罪责”（德语中用 Schuld 或 Strafbegründungsschuld 表达，我国学者常将之翻译为“罪责”），这时它是作为犯罪构成要件之一的角色出现的。第二种含义是量刑意义上的“责任”，这是在行为人在实施犯罪行为后所应承担的法律后果意义上说的（该种意义上的“责任”用德语表达即是 Strafzumessungsschuld），它常与“预防（需要）”相对，即在对行为人量刑时，必须以责任的轻重作为刑罚的重要依据（当然也会考虑预防需要）。后种意义上的“责任”亦类似于我国刑法理论中所说的“刑事责任”（但内涵却大有区别，详细分析请参见下文）。本文如无特殊说明，“责任”一词概指作为犯罪后果负担意义上的“责任”即第二种意义上的责任。相关文献可参考 [日] 大塚仁：《犯罪论的基本问题》，冯军译，中国政法大学出版社 1993 年版，第 176 页以下；[日] 野村稔：《刑法总论》，全理其等译，法律出版社 2001 年版，第 271 页以下；[德] 汉斯·海因里希·耶赛克等：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社 2001 年版，第 490、1050 页；[日] 曾根威彦：《量刑基准》，载苏惠渔等主编：《中日刑事法若干问题》，上海人民出版社 1992 年版，第 57 页；[德] 克劳斯·罗克辛：《德国刑法学（总论）第 1 卷》，王世洲译，法律出版社 2005 年版，第 558、573 页，等等。

② 参见 [日] 曾根威彦：《量刑基准》，载苏惠渔等主编：《中日刑事法若干问题》，上海人民出版社 1992 年版，第 49 页以下，以及 [日] 大谷实：《刑法总论》，黎宏译，法律出版社 2003 年版，第 232 页，等等。

③ 张明楷教授亦持此观点，参见张明楷：《刑法的基本立场》，中国法制出版社 2002 年版，第 359 页。

④ 如邱兴隆教授在论述刑罚之分配理性曾多次运用“配刑基准”一词。参见邱兴隆：《刑罚理性导论》，中国政法大学出版社 1998 年版，第 228 页以下。

⑤ 参见周光权：《法定刑研究》，中国方正出版社 2000 年版，第 325—326 页。

反思,并提出改造我国刑事责任理论的建构方案。

一、德国、日本、中国刑法关于量刑基准之立法规定

在大陆法系国家刑法理论中,责任主义是一条贯穿始终的基本原则。^⑥因而,其立法中有关于量刑基准的规定均考虑了这一原则的要求,即在对犯罪人进行刑罚量定时,一般均以行为人应负的责任作为刑罚量定之前提与基础。如在1998年颁行的德国刑法第46条是这样规定的:“(一)犯罪人的责任是量刑的基础,且应考虑刑罚对犯罪人将来社会生活产生的影响。(二)法院在量刑时,应权衡对犯罪人有利和不利的情况。特别注意下列事项:犯罪人的犯罪动机和目的;行为所表露的思想和行为时的意图;违反职责的程度;行为方式和犯罪结果;犯罪人的履历、人身和经济情况;及犯罪后的态度,尤其是为了补救损害所作的努力。(三)属于法定犯罪构成的,可不予考虑。”^⑦

至于日本,目前在其国内生效的仍是1907年颁布的刑法典(尽管已修改多次),其法典中只有关于从法定刑引出处断刑的规定(如关于累犯、并合罪、自首、未遂等由于法定刑的加重或减轻而制

定处断刑的方法),并无关于刑罚量定的一般规定。因此,在量刑实践中他们通常援引检察官做出的关于“暂缓起诉”的决定时的规定作为参照,并由学说和裁判实践加以充实。^⑧

在我国刑法典中,关于量刑之规定仅有以下两条,而且规定相对来说较为简单:刑法第5条规定,“刑罚的轻重,应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。”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”。可见,我国刑法中的上述规定是较为笼统而概括。因为在刑法第61条的规定中所谓的“事实”、“性质”和“情节”等词,其内涵和外延均很丰富,究竟哪些因素可用于评价犯罪的“事实”、“性质”和“情节”,而哪些因素不能用于评价它们的轻重或大小,立法上均未见详细规定。这便难免给理论与实践留下了一道可供自由发挥的缺口和空间。

二、中国与德日量刑基准理论之比较分析

由上可知,在德日国家刑事立法中,其量刑的基准主要是责任,即由责任决定刑罚,其次才对预防因素予以考虑。从其立法规定来看,决定责任大小的因素主要有犯罪人的犯罪动机和目的,行为所表露的思想和行为时的意图,违反职责的程度,行

为方式和犯罪结果(德国刑法)。就预防因素来说,其主要考虑的是个别预防,决定个别预防需要的因素主要有犯罪人的履历、人身和经济情况,犯罪后的态度尤其是为了补救损害所作的努力(德国刑法);犯罪人的年龄、性格、经历与环境、犯罪的

^⑥ 与“责任”对应,在大陆刑法中,“责任原则”(又叫“责任主义”、“罪责原则”)可从以下两个层面进行理解,一是归责意义上的“责任主义”,即对行为人进行责任归结时需要把符合构成要件的违法行为与行为人连接起来,对行为人进行非难,在归责的时候,常常要考虑主观的责任和个人的责任。第二种含义是量刑意义上的“责任主义”,即指决定行为人刑罚轻重的主要应是责任的大小,刑罚之度不可超越责任决定之刑。相关文献可参考[日]大塚仁:《犯罪论的基本问题》,冯军译,中国政法大学出版社1993年版,第176—177页;[日]野村稔:《刑法总论》,全理其等译,法律出版社2001年版,第271页以下;[日]大谷实:《刑法总论》,黎宏译,法律出版社2003年版,第232页;[德]汉斯·海因里希·耶赛克等:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第30—31页,等等。此外,在奥地利、瑞士、荷兰、巴西、法国、比利时、瑞典等大陆国家刑法中,也基本贯彻了这一原则。参见[德]汉斯·海因里希·耶赛克等:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第31页。

^⑦ 《德国刑法典》,徐久生等译,中国法制出版社2000年版,第56—57页。

^⑧ 参见[日]曾根威彦:《量刑基准》,载苏惠渔等主编:《中日刑事法若干问题》,上海人民出版社1992年版,第51页,以及[日]野村稔:《刑法总论》,全理其等译,法律出版社2001年版,第485页,等等。同缘于上述原因,作为尚无法律效力的《改正刑法草案》第48条的规定在量刑理论与实践自然在考虑之列。该条规定,“刑罚应当根据犯罪人的责任量定”,“适用刑罚时,应当考虑犯罪人的年龄、性格、经历与环境、犯罪的动机、方法、结果与社会影响、犯罪人在犯罪后的态度以及其他情节,并应当以有利于抑制犯罪和促进犯罪人的改善更生为目的。”参见以上曾根威彦文。

动机、方法、结果与社会影响、犯罪人在犯罪后的态度以及其他情节(日本刑法)。至于一般预防,除日本修正刑法草案中有“社会影响”之规定而有可能对一般预防作出考量外,德国、意大利均未对一般预防之需要在立法上作明文规定。大陆法学者一般认为,“使国民的规范意识觉醒和得到强化这一所谓‘积极的一般预防目的’,可以认为已经在相应于责任的量中得到了体现,如果再进一步考虑一般预防目的,那就是为了获得威吓一般人而达到抑制犯罪的威慑效果(消极的一般预防)。但是,……无论是在宪法还是在刑事政策上都是值得怀疑的。”^⑨因此,对于积极的一般预防效果,国外学者一般认为只要对行为人处以相当于责任之刑,即被认为能够实现“规范稳定”的效果,而没必要再在责任决定之刑的基础上根据一般预防的需要加重对犯罪人的处罚。如当代机能主义刑法学者雅科布斯认为,“刑罚不只是一种维持社会同一性的工具,而已经是这种维持本身。尽管可以把对社会的或个人心理的结果的种种希望例如维护或者确证对法的忠诚与刑罚联系起来。但是,刑罚已经不依赖这些结果,而意味着一种自我确认。”^⑩而作为消极的一般预防,则更为德日学者所不采,其理由是其既无法律根据又无可确证的实际效果。^⑪

就个别预防而言,德日国家学者一般认为,作为现代法治国家,帮助犯罪人重返社会应是国家应该承担的一项与处罚犯罪人相对等的义务(因为作为犯罪人,则已经因为其犯罪行为而承担了国家和社会对其施加的“社会责任!”),“作为刑事政策基础的人道主义,并不是具有同情心的个别人的理想主义的事情,而是整个社会对犯罪的责任的问题,对违法者的关心并不是什么恩惠和怜悯,而是福利国家的强制性任务。与过去相比,刑事司法已不在

被理解为实现公正的过程,而是被理解为主管机关以不同的方式方法对犯罪人给予帮助的社会任务。”^⑫因此,大陆法系国家一般均在立法中明确规定“对犯罪人将来生活的影响”或犯罪人的“改善更生”等量刑的重要目的。当然,尽管这些规定显得较为笼统,在实践中也常会出现“对犯罪人是适用较长自由刑还是较短自由刑才更有利于其改善更生”等诸如此类的问题。但是,受十九世纪以来各种人道主义刑法思潮(特别是新社会防卫论等)和各国刑事司法实践的影响,自由刑对于犯罪人的再社会化的效果日渐受到怀疑,人们一般将自由刑作为一种万不得已的“最后的手段”(ultima ratio)。“得到的处方越多,病人离死神越近——犯人受处罚越多,再犯的机会也就越大。”^⑬——在德国,我们可通过其1975年改革后的刑法实践便可清楚地看到这一点。由于其更多地关注犯罪人再社会化的问题,强调人道主义的教育感化思想,故其不但在立法大量削减了自由刑,而且在实践中也很少使用自由刑而更多地使用非监禁刑。因此,基于这样的认识,又加上有责任主义的量刑原则之规诫,故使得“特殊预防的目的在量刑时只能在罪过内容决定的刑罚范围内作为减轻刑罚的因素发挥作用”^⑭这一量刑原则不仅在理论成为必要而且完全可能在司法实践中落实。下面这句话即是其精神蕴涵的高度概括,即“责任主义认为,不是应该为了预防犯罪而科处刑罚,而是科处的刑罚应该能够预防犯罪。”^⑮

就我国的情形而言,尽管中国刑法关于量刑基准的规定显得较为粗疏,但实际上却可以说比上述大陆法系国家的规定更为合理!其他不论,其最大的合理性便在于将量刑基准定位在犯罪的严重性之上,而没有在条文中规定量刑应如何考虑预防之需

⑨ [日] 曾根威彦:《量刑基准》,载苏惠渔等主编:《中日刑事法若干问题》,上海人民出版社1992年版,第59页。

⑩ [德] 格吕恩特·雅科布斯:《行为 责任 刑法——机能性描述》,冯军译,中国政法大学出版社1997年版,第103页。

⑪ 参见[德] 汉斯·海因里希·耶赛克等:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第1053页,等等。当然也有个别例外,如有日本学者认为,犯罪后社会局势的变化等其他情况在量刑时也得考虑。参见[日] 大谷实:《刑事政策学》,黎宏译,法律出版社2000年版,第179页。

⑫ [德] 汉斯·海因里希·耶赛克:《为德国刑法典序》,载《德国刑法典》,徐久生等译,中国法制出版社2000年版,第6页。

⑬ [德] 拉德布鲁赫:《法学导论》,中国大百科全书出版社1997年版,第89页。

⑭ [意] 帕多瓦尼:《意大利刑法学原理》,陈忠林译,法律出版社1998年版,第354页。

⑮ 冯军:《刑事责任论》,法律出版社1996年版,第276页。

要(即刑事政策之考量),^{①⑥}因而也就能在一定程度上避免上述大陆国家在量刑中可能出现的立法表达与司法实践之间的某些紧张与悖反。遗憾的是,与大陆法系国家立法上的规定相映成趣,在上述大陆法系国家,尽管其在立法上就量刑指导思想规定似乎显得有些含糊,^{①⑦}但是,在学理上,坚持以责任程度决定之刑作为刑罚的上限(责任主义)在理论中几成通说。^{①⑧}反观中国刑法学界之各种学说,能在责任主义的规诫下(或者说坚持“报应限制功利”原则)解释我们的刑法规定的观点却绝难寻觅。^{①⑨}

现回到中国刑法的第61条规定中的“情节”一词,在学理上学者们一般都认为此处的“量刑情节”,可以从法定情节和酌定情节的角度来理解。而作为酌定量刑情节,则一般认为应包括犯罪人的一贯表现、犯罪后的态度和其他能影响犯罪人人身危险性的因素等。^{②⑩}这样,有关“情节”的评价似乎便难着边际了。此外,就该条中的“对于社会危害的程度”,传统学说将其作为量刑的首要评价因素,这是正确的。但是很多学者认为社会形势和犯罪人身份亦是判断社会危害程度的要素。^{②⑪}这样便无疑给量刑基准更是增加了一团迷雾。顺乎此种逻辑,对于刑法第5条“刑罚应当与犯罪人的刑事责

任相适应”的理解,传统学说也是基于从上述立场来对刑事责任进行解释的,如有学者认为,“其含义是刑罚的轻重与犯罪的社会危害性以及人身危险性相适应。”^{②②}

当学理上将我国刑法之量刑规定作如上之理解时,将社会危害性和人身危险性予以统一到刑事责任的门下并以此来作为我国的量刑基准便立基于此“顺水行舟”地相应而生了。因此,依照我国刑法理论,可将量刑基准表述为:刑罚应当与犯罪人所负的刑事责任相适应,即既要考虑社会危害性的需要,又得考虑人身危险性的需要。此外,还有学者认为,一般预防需要也得予以兼顾。^{②③}

因此,就刑罚的最后量定来说,尽管从表面上来看,我国与大陆法国家的刑法理论大同小异,似乎其中都离不开责任评价与预防因素之间的相互作用和综合考量。但是,只要我们对其进行仔细的比较,便可发现它们之间存在着巨大的不同。上文已述,大陆法中的量刑基准是犯罪严重性所决定的责任,^{②④}刑罚的最后量定是在预防对作为量刑基准的责任所决定的刑罚进行修正后而得出的,而且受责任主义的钳制,任何时候都不得基于预防考虑(不管是一般预防还是个别预防)而对犯罪人处以高于

①⑥ 当然,假如将我国刑法第61条中的“情节”或“对于社会的危害程度”等词理解为与犯罪人有关的如前科、一贯表现等因素的上位概念,则当然会得出与笔者相反的结论。参见张明楷:《刑法学(上)》,法律出版社1998年版,第447页以下,等等。不过,笔者认为,这仅是学界的阐释而已,并不是立法的规定,而这种解释也正是笔者不敢苟同的观点。对此下文将有详析。

①⑦ 例如对“责任与预防的关系应当如何处理”,“能否基于预防需要而对犯罪人处高于责任之刑”等问题并无明确说明。

①⑧ 如德国著名刑法学者克劳斯·罗克辛认为,刑罚总是以罪责为条件的,因此,还没有什么预防性刑罚化的需要,能够大得可以对一种与罪责原则相矛盾的刑事惩罚加以正当化。参见氏著:《德国刑法学(总论)第1卷》,王世洲译,法律出版社2005年版,第558页。其他类似观点可参考[日]大塚仁:《犯罪论的基本问题》,冯军译,中国政法大学出版社1993年版,第177页;[德]汉斯·海因里希·耶赛克等:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2001年辨,第1050页;[日]曾根威彦:《量刑基准》,载苏惠渔等主编:《中日刑事法若干问题》,上海人民出版社1992年版,第58页,等等。

①⑨ 当然,此处说“绝难寻觅”并不等于“绝对没有”!近年随着刑罚理论的不断深入,有学者便提出了作为刑罚正当根据的“理性统一论”,并在其名下将“报应限制功利”作为一条“绝对律令”予以规定。参见邱兴隆:《关于惩罚的哲学——刑罚根据论》,法律出版社2000年版,第326页,以及邱兴隆:《刑罚理性导论》,中国政法大学出版社1998年版,第80页。此外,近年国内亦有学者提出中国刑法理论应借鉴大陆法系国家的量刑理论,依责任予以量刑的观点。例见冯军:《刑事责任论》,法律出版社1996年版,第276页以下;周光权:《法定刑研究》,中国方正出版社2000年版,第318页以下,等等。

②⑩ 如高铭喧主编:《刑法学原理(第三卷)》,中国人民大学出版社1993年版,第247页以下;马克昌主编:《刑罚通论》,武汉大学出版社1999年版,第360页以下;胡学相:《量刑的基本理论研究》,武汉大学出版社1998年版,第178页以下,等等。

②⑪ 参见高铭喧主编:《刑法学原理(第三卷)》,中国人民大学出版社1993年版,第225页以下;马克昌主编:《刑罚通论》,武汉大学出版社1999年版,第363页以下;田宏杰:《中国刑法现代化研究》,中国方正出版社2000年版,第122页,等等。其实,就社会形势因素来说与其说是判断社会危害程度的要素,倒还不如说是一般预防之需的预防因素。

②⑫ 张明楷:《刑法的基本立场》,中国法制出版社2002年版,第358页。

②⑬ 例如,同意社会形势是影响量刑的因素的观点有,马克昌主编:《刑罚通论》,武汉大学出版社1999年版,第364页;樊凤林主编:《刑罚通论》,中国政法大学出版社1994年版,第294页;同意形势、犯罪率和民愤影响定罪量刑的,请参见陈兴良:《刑法哲学》,中国政法大学出版社1997年版,第115页以下,等等。

②⑭ 如日本学者曾根威彦认为,最终决定责任大小的就是违法性的大小和有责性的大小(狭义上的责任)相乘而得到的后果——即犯罪本身的轻重(广义的责任)。同注⑨,第57页。

责任决定之刑,作为量刑基准的责任为刑罚规定了上限。而就中国刑法理论而言,情形则颇不一样,尽管我们也将与大陆国家刑法理论中的“责任”意义接近的“刑事责任”作为量刑基准,但大为不同的是我国刑法理论中的“刑事责任”已经涵摄了相当于大陆国家刑法意义上“责任”评价的社会危害性评判与相当于其“预防”因素的人身危险性的考量,即实际上将刑事责任的评价与刑罚的评价混为一体了,也就是说,社会危害性评判与人身危险性因素的考量之加权既是评价刑事责任的大小根据,当然又决定了刑罚之轻重。而不像大陆国家量刑理论一样,将责任评价和刑罚裁断作为两个阶段予以分开,而且重要的是,在将作为刑罚量定基准的责任做出评价后,预防(因素)对于由责任决定

的刑罚仅具有缓和与消解作用。^⑤

两相比较,作为犯罪最终结果负担的刑罚的大小在我国与大陆国家刑法理论中是完全不同的。在前者,刑罚极有可能超越犯罪严重性所决定之刑;而在后者,因为有责任主义这一宪法高度的原则制约,刑罚不可能超越责任决定之刑。我们可以将其用公式大体表达为:(大陆法国家)刑罚(经过预防因素的缓和之后) \leq 责任(犯罪严重性)决定之刑;(中国刑法理论的)刑罚 \approx 刑事责任=[社会危害性决定之刑罚(相当于大陆法中的“责任”所决定的刑罚)+人身危险性因素之考量(相当于大陆法中的“预防”因素之考量)](极可能) \geq 犯罪严重性决定之刑罚(相当于大陆法中的“责任”决定之刑罚)。^⑥

三、我国现行刑事责任理论之检讨和建构

随着刑法理论研究的进一步深入,很多学者认为近现代西方刑法思想中的刑罚个别化理论具有相当的合理性,而在我国传统理论中却难以将作为个别化理论核心命题的人身危险性找到适当的位置,因为它既不被认为是犯罪的内容,又不适宜将其作为直接决定刑罚的因素,故有必要在犯罪与刑罚之间加上刑事责任这一中介,用刑事责任范畴来容纳人身危险性这个概念。这样,社会危害性与人身危险性便统一到刑事责任之名下,而传统的罪刑相适应原则被改造成为罪责刑相适应原则或责刑相适应原则。^⑦于是,具有中国特色的刑事责任理论便由是而生。但是,笔者认为,这种构建刑事责任理论的方法是不妥的。尽管这种理论架构能使刑事责任与刑罚的关系得到某种程度的协调,但是将人身危险性评价置入刑事责任概念当中,却避免不了罪(犯罪)与责(刑事责任)不能适应和罪(犯罪)与刑(刑罚)不相均衡的问题,^⑧因而最终使得罪责刑相适应原则自然无法得到落实。不仅如此,将

人身危险性作为评价刑事责任的要素还有以下诸多不妥。

第一,众所周知,人身危险性这个概念最早源于实证主义刑法学派,尽管该学派试图将一些科学实证方法用于测评犯罪人的人身危险性,但实践证明,这种尝试是极不科学的,对于一个人的人身危险性,很难从经验与实证的层面予以确证。因此,以社会危害性和人身危险性的加权作为刑事责任的衡量标准,就会使得刑事责任也相应地难于评判,也将使得刑事责任的判断不再仅仅依靠犯罪的严重性而失去了其客观标准,进而使得刑事责任不可名状。第二,更大的弊端在于,这种理论倾向还有可能导致刑法的主观化发展。因为如将人身危险性因素纳入刑事责任名下,可能使得“人身危险性”这一主观范畴能在“刑事责任”这个被视为犯罪的当然后果的概念之下取得了貌似合理的席位,进而使司法者极有可能在刑事责任的名义之下“冠冕堂皇”地对犯罪人恣意用刑施罚。第三,将社会危害

^⑤ 这当然应是责任原则的题中应有之义。如德国著名刑法学者克劳斯·罗克辛认为,刑罚不允许超过罪责的程度,但是,它却可以在预防目的允许的范围内,不达到这个程度。参见氏著:《德国刑法学(总论)》,第1卷,王世洲译,法律出版社2005年版,第49页。

^⑥ 当然这里必须加上“极可能”修饰,由于对于人身危险性因素之评价完全可能作出有利于行为人的判断,故客观上也可能存在像大陆国家那样的情况,即对犯罪人最后适用的刑罚低于犯罪严重性所决定之刑。

^⑦ 相关论述请参见陈兴良:《刑法的价值构造》,中国人民大学出版社1998年版,第626页;曲新久:《刑法的精神与范畴》,中国政法大学出版社2000年版,第248页。

^⑧ 因为在犯罪的严重性中没有人身危险性的评价,而在刑事责任评价中则纳入了考量。

性与人身危险性综合起来评价犯罪人的刑事责任,还可能导致因为同一事实对犯罪人进行不利的重复评价。如有时会以某一犯罪行为的社会危害性较为严重的事实来对犯罪人的人身危险性进行评判,并相应地认为其人身危险性也较大,然后再以社会危害性与人身危险性的加权来评价犯罪人的责任,这样肯定会产生对犯罪人不利的后果。^②

将社会危害性与人身危险性予以统合作为评价刑事责任的标准,实际上不但有违背同一律之形式逻辑之嫌,而且也是与当今世界各国无论是大陆法系还是英美法系的刑事责任体系大异其趣的。与中国刑法中的社会危害性与人身危险性因素作为量刑基准类似,在外国刑法中,责任与预防当然是对犯罪人量刑的两大重要因素,但是其问题意识却与我国全然不一样——不是将该两大因素予以统合到“刑事责任”或“责任”之下,其问题毋宁是,莫基于责任决定之上的刑罚,是否可以依照预防的要求而对之有所偏离,这才是一个有所争论的问题。这无论在大陆法系国家刑法理论还是在英美法系国家刑法理论中,情形莫不如此。^③ 美国学者海德希等人亦对此有以下经典表述,“对于刑罚,责任(responsibility)仅仅是必要条件,而不是充分条件”。^④ 即便在只将刑事责任(criminal responsibility)作为理论上叙述犯罪的后果负担的英美国家刑法理论那里,^⑤ 尽管在关于报应(责任)与功利(预防)因素上应如何进行考量(目前单纯主张报应或单纯主张功利的学者几乎没有)进而对量刑产生什么影响的问题上聚讼不休,但是,主张报应(责任)之评价应该涵摄功利(预防如人身危险性之考量)并以此为量刑理论的学者却绝为少见。换句话说,学者们最大的争论是预防因素应在量刑基准理论中起

什么作用,对犯罪人量刑时能否基于功利之考虑而处以超越报应决定之刑,而不是是否应将功利纳入报应(或刑事责任)的范畴之内来予以评价的问题。而我国刑事责任理论正失之于此,作为犯罪的社会危害性的评价和人身危险性评价则被混在了一块(被统一在刑事责任这个“口袋”之中)。因此,尽管从结论上来看,中外刑法理论中刑罚的量定似乎均是责任与预防(或社会危害性与人身危险性)相互作用和综合考量的结果,但实际上,我国刑法理论中将社会危害性和人身危险性的加权(构成刑事责任)作为量刑基准的做法,与国外量刑理论将由犯罪的严重性所决定的责任作为上限,而以预防需要缓和责任决定刑罚上限的主张,显然不能相提并论和等量齐观。由此推演,尽管我国学界亦认同西方学者所倡的“刑法是犯罪人的大宪章”的命题,但在我国刑法理论体系中,便很难看到作为西方国家重要刑法原则的责任主义(或报应限制功利原则)在我国刑法理论与实践能有多大作为。

严格来说,责任主义的要求是,无罪不罚,有罪必罚,轻罪轻罚,重罪重罚。但是自十九世纪以降,受人道主义之思潮的广泛影响,刑罚已愈来愈多体现出朝宽容与人道的方向发展,因而学者们对“有罪必罚”的旧式的报应观念已有所修正,而是越来越多地朝有利被告的方向发展。^⑥ 因而,有罪必罚的“积极的责任主义”之立场已鲜有人持,故学者们一般将责任主义从“消极的责任主义”的意义上理解,^⑦ 即只将责任作为刑罚的前提和限制条件(而不是作为充分条件),用法谚表示为“无责任即无刑罚”、“不是为了预防犯罪而适用刑罚,而是适用的刑罚要有利于预防犯罪”。因此,从这个角度讲,目的主义确实在量刑体系中占有一席之地。

② 因此,我们在德国刑法第46条中便不难见到“属于法定犯罪构成的,可不予考虑”之规定,这实际上是为避免司法人员对决定责任大小的有关因素(犯罪构成因素)在刑罚量定时进行重复评价。

③ 正缘于此,在英美刑法中,“刑事责任”一词一般在犯罪构成的意义上使用,即刑事责任被认为是犯罪的当然后果。因此他们一般在刑事责任的名下来论述“犯罪行为”和“犯罪心理”这两个主客观要件。参见 Jonathan Herring, *Criminal Law*, (3rd edition), Palgrave Macmillan Law Masters, pp.38—78; [英]塞西尔·特纳:《肯尼刑法原理》,华夏出版社1989年版。

④ Sanford H. Kadish, *Blame and Punishment*, New York: Macmillan Publishing Company, 1987, p.272.

⑤ 当然,这决不是说在英美国家不重视刑事责任对量刑的研究,它们理论上在这方面的论述绝不少见。See note ④, p.272; Jonathan Herring, *Criminal Law*, (3rd edition), Palgrave Macmillan Law Masters, p.199, p.383.

⑥ 实际上,已有越来越多的中外学者认为奖赏、宽容、仁慈和人道等理念与报应观念是相容的。参见邱兴隆:《刑罚理性导论》,中国政法大学出版社1998年版,第17页以下; Graeme Newman, *The Punishment Response*, New York: Harrow and Heston, Albany, 1985, pp.200—201.

⑦ 参见[日]大塚仁:《犯罪论的基本问题》,冯军译,中国政法大学出版社1993年版,第177页;[日]野村稔:《刑法总论》,全理其等译,法律出版社2001年版,第271页;李海东主编:《日本刑事法学者(上)》,中国法律出版社日本成文堂联合出版1995年版,第277页,等等。

地。不过,必须看到,这种以预防为考量的目的主义是有一定限度的。大陆学者们不但对于超越责任之刑坚决持否定态度,而且他们认为责任主义也同样规定了刑罚的有约束力的和不容轻易动摇的下限。这样方可不因法官根据目的主义而任意减免犯罪人的刑罚而使得刑罚“得之功利而失之公正”从而破坏现代刑法的另一重要原则——罪刑均衡。^⑤因此,无论如何,我们不能简单地将现代意义上的责任主义视为是与目的主义调和后的产物,而最多只能说明在刑罚的最后量定上,责任主义不是唯一必须考量的原则,基于预防考虑而对犯罪人处以低于责任之刑的目的主义已对责任主义一统天下的地位有所动摇。正如有的学者所说,“可以说现今量刑论中,理论对立的重点已从……移向了在承认刑罚以责任为前提(责任主义)的基础上讨论如何将此与预防目的结合起来的问题。”^⑥而且,更重要的是,在大陆法的量刑理论中,一般只将基于预防目的(通常指个别预防)而处以低于责任之刑的做法视为与责任主义的意蕴相符,而绝不能基于预防因素的考量使刑罚僭越责任之刑,这便是责任主义与目的主义在量刑论中的一般关系。因此,在现代刑法理论中,受影响的只是量刑原则的变化(不仅仅只考虑责任主义,而且要考虑目的主义),而不是责任主义的含义本身的变化!如果简单地认为现今的责任主义是一种包含了目的主义的折中主义原则的话,则刑法中的许多争论都将显得多余,“责任”作为刑罚上限的钳制机能便显得毫无意义,^⑦进而使得量刑基准趋于模糊。因此,我国有学者将大陆法中的责任主义理解为“站在报应主义的道义根据之上肯定地追求功利主义的预防目的的理

论”^⑧或“责任主义也是协调报应主义和功利主义的刑罚量定基准”^⑨等诸如此类的说法,似乎有失准确而值得推敲。实际上,他们与其说是对责任主义的理解,倒不如说是对量刑基准或量刑原则的诠释。其实,上述学者正好是将量刑基准与责任主义这两个具有种属意义的概念混淆了。如将大陆法系国家中的责任主义作如是理解(即是考虑预防需要的责任主义),对于改造我国现行的刑事责任理论(社会危害性+人身危险性),是极其不利的。^⑩由此看来,正确认识大陆法国家刑法理论的责任主义的含义对于深化我国刑法的刑事责任理论的研究不无裨益。

综上,笔者认为,作为犯罪的否定性评价后果或量刑基准意义上的责任或刑事责任,应当而且只能由行为人所实施的犯罪的严重性来决定,这应是法治国家刑法之题中应有之义,也是对个人尊严所需怀持的必要之敬重的必然体现。^⑪而且,亦惟如此,才符合罪与责的逻辑连接。因为,“在犯罪的轻重之外另立人身危险性作为决定刑事责任轻重的根据,意味着犯罪人不只是因所实施的犯罪而承担责任,而且还因可能实施的犯罪而承担责任,以致刑事责任部分地成为没有前提的结论。”^⑫基于预防考虑的人身危险性因素,只能在确信能有利于犯罪人的更新改造和回归社会(或回归秩序)时,才可以考虑在犯罪的严重性决定之刑的幅度内最终决定对犯罪人适用刑罚,但绝对不能以犯罪人人身危险性较大为由而对其处以僭越犯罪的严重性所决定之刑,这当然亦是现代刑法的应然之理,从而也是改造我国刑事责任理论的应然思路。

(责任编辑:时延安)

^⑤ “因而相应地,根据目的主义对犯罪人科处低于责任之刑也不是可以随意进行的,还必须考虑公正的要求”。参见[德]汉斯·海因里希·耶赛克等:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第1050页。

^⑥ 同注⑤,第56页。

^⑦ 因为此时的“责任”已经把“预防”的评价包含在其中了(类似于我国的量刑基准理论),此时再说刑罚不能基于预防需要僭越责任之度,显然毫无意义。

^⑧ 冯军:《刑事责任论》,法律出版社1996年版,第276页。

^⑨ 周光权:《法定刑研究》,中国方正出版社2000年版,第316页。

^⑩ 如作上述理解,倒是真的为我国刑法的刑事责任理论找到了依据。实际上,在德日国家量刑理论中,责任评价与预防考量是两个分立的阶段,而不象我国刑法理论中将社会危害性和人身危险性合二为一地统一在刑事责任名下作为量刑基准。

^⑪ 例如在德国,大多数人甚至认为,一种超过罪责范围的刑罚是侵犯人的尊严的。同注⑤,第49页。

^⑫ 邱兴隆:《刑罚个别化否定论》,载《中国法学》2000年第5期。