

论作为功能性概念的量刑责任

赵书鸿^{*}

摘 要 理论通说一般借助犯罪论中责任的概念和范畴来理解量刑责任,但无论是理解责任的基础,还是判断责任的依据,量刑领域内的责任并未由此获得一个确定性的内涵。事实上,受刑罚目的的影响,量刑领域内的责任是从可比较性和量上,对犯罪论中的不法和有责进行了功能性调整和差异化处理,因此量刑责任是一个具有更广泛内涵的功能性概念。这主要体现在:从可比较性和量上,量刑责任对各种情节进行了严重程度上的阶层性判断,从而使国家动用轻重不同的刑罚成为可能;另一方面,量刑责任融合了不同的刑罚预防目的,从而满足了责任刑罚中对预防必要性的考虑。

关键词 不法有责量刑 责任功能性调整 阶层性判断 预防必要性

量刑理论的一个基本问题是:犯罪论中的责任与量刑中的责任之间是什么关系?准确地说,犯罪论中的责任是否,以及在何种程度上能够根据它自己的内容和范畴来理解和建构量刑领域内的责任?对这个在理论和实践上都具有重要意义的基本问题,理论上至今尚未有深入的论述。^{〔1〕}因此,在我国刑法明确将责任作为量刑根据的情况下,对该问题的深入研究具有重要的意义。

^{*} 北京师范大学刑事法律科学研究院副教授。本文写作过程中遇到的诸多理论难题,得益于 Günther Jakobs 教授、Frisch Wolfgang 教授和 Michael Pawlik 教授的耐心赐教,在此并致谢忱。

〔1〕 中国学者一般将刑事责任与犯罪的法律后果作为大体等同的概念来使用,但量刑责任是否就是犯罪论中的责任呢?对这个理论上必须回答的基本问题,中国学者几乎都采取了回避的态度。参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(第7版),高等教育出版社2016年版,第201页;陈兴良:“从刑事责任理论到责任主义”,《清华法学》2009年第3期,第16页。对此,德国学者有简单的论述。Vgl. Wolter/Freund (Hrsg.), Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem, 1996, S.25; Frisch Wolfgang, Über das Verhältnis von Straftatssystem und Strafzumessung, GA 161 (2014), 490 ff.

一、以犯罪论基本范畴理解量刑责任的难点

刑法理论的研究趋势表明:对犯罪论的思考与量刑理论的研究始终保持着紧密的联系。^{〔2〕}因此,理论通说一般借助犯罪论中责任的概念和范畴来理解量刑责任,但这种理解并不能为量刑责任提供一个确切的内涵,同时又由于责任本身的模糊和不确定性,实践中经常出现作为量刑根据的责任起不到限制刑罚作用的情况。^{〔3〕}由此可见,根据犯罪论中责任的基本概念和范畴来理解和建构量刑责任存在着各种难题,这可以从理解量刑责任的基础和判断量刑责任的依据两个方面来进行论述。

(一)理解量刑责任的基础:犯罪论中的行为人人格

在理解量刑责任的过程中,尽管根据犯罪论中对责任的理解,量刑责任也获得了部分重要的内涵,但学者们对此的原则性质疑却始终没有停下来。^{〔4〕}尤其对量刑责任的基本概念,主流理论和判决实践始终没有解决的最大难题是,如何找到借以理解量刑责任的线索,从而能够据此对量刑责任进行判断呢?为此,理论一般是借助犯罪论中的行状责任来理解量刑责任,而且试图从行为人生活状况和行为人人格这两个方面来进行判断。由此可见,理论仍没有脱离犯罪论中责任的基本范畴来理解量刑责任,而且判决实践也强调了量刑中“对行为状况和犯罪人格进行整体展示”这种观念的重要性。^{〔5〕}但这种理解,不但模糊了量刑思考中预防和责任之间的界限,而且也增加了判断中的不确定性。^{〔6〕}尤其在量刑思考中,到底依据什么来理解量刑责任呢?对这一关键问题,理论和实践都没有给出合理的回答。

1.量刑责任理论建构中的行为人人格

为什么在理解量刑责任中需要考虑行为人人格呢?对此,我们从理解责任的学说发展中

〔2〕 针对犯罪论体系与量刑的基本关系,Frisch以不法有责为基础对此进行了深入的论述。其基本结论是,根据犯罪论中犯罪行为的基本范畴,将量刑理解为基于刑罚目的对不法有责重新确立具有可比较性和能够量化的一个过程。Vgl. Frisch Wolfgang, a.a.O., S 490 ff. 其他可供比较的结论,Vgl. Timm Frauke, Gesinnung und Straftat, 2012, S.146 ff.; Schäfer/ Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 5. Aufl., 2012, S. 309.

〔3〕 德国联邦最高法院早在1995年2月8日的判决中就已经指出了这种不足,他们发现在所判刑罚和责任程度相适应过程中存在诸多值得怀疑的地方,Vgl.BGH NStZ 1995, 333 f.

〔4〕 更为详尽的论述,Vgl. Schünemann Bernd, Plädoyer für eine neue Theorie der Strafzumessung, in: Eser/Cornils (Hrsg.), Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik - Beiträge zu einem deutsch-skandinavischen Strafrechtskolloquium, 1987, S. 209.

〔5〕 BGHSt. 16, 351, 353; 24, 268, 270; 26, 311 ff.; NStZ 1984, 259; NStZ 1986, 459.

〔6〕 相反我国学者认为这是基于刑事政策上的考虑,对此参见王钰:“功能责任论中责任和预防的概念”,《中外法学》2015年第4期,第1061页。

可以发现,以行状责任为基础来理解行为人人格是量刑责任研究的一个基本方向。^{〔7〕}但问题是,尽管行状责任在理论上一直饱受批评,但在理解量刑责任的过程中,为什么理论通说却始终固守着行状责任呢?^{〔8〕}这是否从另一个侧面说明了,作为理解量刑责任基础的行为人人格,其本身就存在诸多的不确定性呢?

事实上,早在二十世纪初,量刑责任判断中就已经出现了以个人因素为主的发展趋势。另外,当时主流的社会责任论也清楚地表明,行为人人格特征在责任判断方面具有重要的意义。^{〔9〕}根据社会责任论,确定量刑责任时应当侧重对行为人人格的考虑,而且量刑责任越严重,行为所反映出的违法性人格就越明显。因此这一时期,为了在理解量刑责任的诸多问题中确立一个前进的方向,理论上一般将行为人人格置于优先考虑的位置。^{〔10〕}实践中,这种情况也影响了当时主要国家的刑法改革,行为人人格在这些改革中普遍得到了关注。比如,德国在1909年起草刑法第81条时,起草者对量刑基础的讨论中首先就强调了行为人不法意识,尤其是行为人人格的重要性。^{〔11〕}基于此,量刑理论和实践从重视行为客观方面的因素,逐渐转向了更多地关注行为人人格,而且这种量刑重点的转移,同样也得到了当时社会责任论和古典责任论的认可。^{〔12〕}根据这一时期理论对责任的理解,法院在量刑中也往往重点考虑:量刑责任应当在多大程度上以行为人人格为基础,以及以此为基础的刑罚应当在多大程度上给行为人带来谴责性。由此可见,在这一时期的量刑责任理论发展中,行为人人格已经走向了前台。^{〔13〕}

在理解行为人人格的过程中,由于受当时特殊预防目的的影响,理论通常将行为人再次犯罪的危险性视为判断的依据,这就造成行为人人格作为理解量刑责任基础的立场有所松

〔7〕 Dreher 对推动行为人人格在理解量刑责任中的重要性起到了关键作用。他主要从行为意志的道德性因素来理解量刑责任,而且认为行为意志是以行为人人格、心理和道德这些因素为基础进行判断后获得的。Vgl. Dreher Eduard, Über die gerechte Strafe — eine theoretische Untersuchung für die deutsche strafrechtliche Praxis, 1947, S. 57 ff.

〔8〕 Hörnle Tatjana, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 41 ff.

〔9〕 根据社会责任论,行为的外部特征不仅是量刑的起始点,而且也是行为人反社会性的一个特征。Vgl. Liszt Franz von., Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Aufl., 1927, S. 176 ff.; Grasnack Walter, Über Schuld, Strafe und Sprache, 1987, S. 56 ff.; Giannoulis Georgios, Studien zur Strafzumessung, 2014, S. 78 ff.

〔10〕 Gallas Wilhelm, Kriminalpolitik und Strafrechtssystematik unter besonderer Berücksichtigung des sowjetrussischen Rechts, 1931, S. 16 ff.

〔11〕 Vgl. Bruns Hans — Jürgen, Strafzumessung, 3. Aufl., 2017, S. 107 ff.

〔12〕 Bruns Hans — Jürgen, Strafzumessungsrecht, 2. Aufl., 1974, S. 107 ff.; Hörnle Tatjana (Fn. 8), S. 44.

〔13〕 这从德国战前刑法草案对量刑根据的表述中就可以看出来,该草案对量刑根据的规定中已经不再涉及行为结果了。Vgl. Schmidt Eberhard, Die Bestechungstatbestände in der höchstrichterlichen Rechtsprechung von 1879 bis 1959, 1960, S. 95 ff.

动。^{〔14〕}而且这一时期,尽管在责任刑罚和预防刑罚的界线上,这种理解量刑责任的观念逐渐模糊了两者之间的区别,但这种思考责任的路线仍得到了诸多责任刑罚支持者的肯定。^{〔15〕}同时,随着各国刑法普遍将责任规定为量刑的基础,这种一方面站在人格的立场上理解量刑责任,另一方面又考虑行为人危险性的综合判断方法逐渐得到了学者们的认可。^{〔16〕}在这个过程中,尽管学者们强调了量刑与犯罪论中责任原则之间的关系,但刑罚的预防性需要却在很短时间内就占据了量刑领域的主导地位。^{〔17〕}从某种程度上来看,这种观念之所以迅速得以扩张,其主要原因就是这种以人格为基础侧重预防的量刑责任,满足了当时以报应和安全为中心的安全刑法的发展需要。

但是,随着行为人人格及其违法意识被越来越多的人所接受,量刑领域内针对责任的部分争执逐渐被克服,学者们由此达成了如下共识,即:行为人必须对造成其不顾后果的人格形成负责。^{〔18〕}基于这个原因,人格责任的观念在量刑领域重新得到了学者们的重视。但由于判断这种责任的基础是不可避免的生活状况,这必然会引领刑罚朝着严厉的方向去发展,而这明显违背了当时刑罚轻缓化的趋势。因此,针对量刑责任的理解,人格责任论在这一时期并没有获得明确的支持。^{〔19〕}但部分主张对量刑法典化的学者却认为,行为人朝向恶的转向,及其人格的衰落,这些应当是连接犯罪论中的责任与量刑责任的结合点。^{〔20〕}根据这种理解,对行为人人格的衰落应当从其生活轨迹上去寻找,因为行为人的生活方式与这种人格衰落之间紧密地联系在一起。事实上,这种生活轨迹就是犯罪论中行状责任的基础。因此,个人生活轨迹中形成的人格,逐渐变成了建构量刑责任的基本因素,行为人的态度、动机和生活状况等对量刑责任同样具有重要的意义。因此,尽管理论上一直努力以行为人人格作为理解量刑责任的基础,但这种努力仍没有离开犯罪论中责任的基本范畴和内容。

〔14〕 这主要体现在,这时期将影响责任程度的行为后果又重新视为所有量刑中必须考虑的一个因素,而且详尽地列举了可以据以减轻量刑责任的各种因素。*Radbruch Gustav*, Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches, 1952, S. 53—62.

〔15〕 *Mezger Edmund*, Schuld und Persönlichkeit—Vortrag vor der Juristischen Fachgemeinschaft der Universität Bonn am 13. Februar 1932, 1932, S. 13 ff.; *Sauer Wilhelm*, Strafbemessung und Persönlichkeit, ZStW 50 (1930), S. 682 ff.

〔16〕 *Kerrel* 对此就曾指出:“为了确定刑罚的严重程度,首先要确定人格责任的严重性,以及行为人做出这种危险决定的应罚程度,但对造成损失的大小则在量刑中不予考虑”。Vgl. *Kerrel Hanns*, Nationalsozialistisches Strafrecht—Denkschrift des Preußischen Justizministers, 1933, S. 87 ff.

〔17〕 这一时期,具有代表性的学者 *Freisler* 以及 *Gürtner* 在各自的著作中都强调了量刑与责任之间的关系。*Freisler Roland*, Die Wandel der politischen Grundanschauungen in Deutschland und sein Einfluss auf die Erneuerung von Strafrecht, Strafprozess und Strafvollzug, 1940, S. 13 ff.; *Gürtner Franz*, Das neue Strafrecht—grundsätzliche Gedanken zum Geleit, 2. Aufl., 1936, S. 187 ff.

〔18〕 *Heinitz Ernst*, Strafzumessung und Persönlichkeit, ZStW 63 (1951), S. 57—82.

〔19〕 *Stratenwerth Günter*, Tatschuld und Strafzumessung, 1972, S. 13 ff.

〔20〕 这部分学者主要以 *Mezger* 为代表,主张对量刑进行法典化,因此对犯罪论中的罪责和量刑责任的关系有较多的论述。Vgl. *Mezger Edmund*, Deutsches Strafrecht, 3. Aufl., 1943, S. 175 ff.

由此可见,由于犯罪论对责任的理解中更多地关注了行为人的违法意识,因此行为人人格在量刑责任的思考中越来越受到重视。同时,随着行为人人格与行状责任之间在判断内容上变得更为紧密,个人生活轨迹中形成的合乎习惯的人格逐渐成了建构量刑责任的基本要素。但问题是,这种以行为人人格为基础构建的量刑责任,在量刑实践中是否能够发挥作为量刑根据的功能,从而对适用的刑罚做出判断呢?这将是本文在以下部分论述的重点。

2. 实践中以人格为基本内容的量刑责任判断

针对上述理论上的结论,尽管量刑实践同样强调了人格评估对量刑责任判断的重要性,^[21]但仍需要从理论上说明的是,为什么必须将行为人人格以及人格状况纳入量刑责任的考虑呢?如果不考虑这些话,那么就需要说明,为什么行为人之前的生活状况能够影响刑罚的裁量呢?

对此,量刑实践中通常将犯罪论中客观不法的特征,尤其是行为人的内心倾向作为理解行为人人格以前生活状况的根据。因为根据当时的理解,行为人的内心倾向与行为人人格通常是以某种方式共存的。^[22]因此在以人格为基础的量刑责任判断中,行为人的内心倾向逐渐成了判断量刑责任的主要因素。^[23]事实上,这样来理解行为人人格却相当困难。但问题是,为什么判决实践仍坚持行为人内心倾向对理解行为人人格的重要性呢?对此,理论上一般从以下两个方面来进行说明:其一,针对行为人内心倾向和量刑责任之间的关系,在理论尚未给出合理说明的情况下,判决实践就已经肯定了其对量刑责任判断的意义。^[24]但问题的关键是,这种倾向为什么应当与量刑相关呢?对此,理论上却始终没有给出令人信服的回答。另外,尽管当时有人主张将行为人态度视为行为人内心倾向的标志,但这种观点却并没有得到大部分学者的认可;^[25]其二,这种理解行为人人格的方式尽管存在各种问题,但因为当时内心倾向是心理责任论中的一个重要因素,而且量刑实践中,法官裁量受行为人人格印象的影响也是一个不争的事实。因此,在尚未找到其他能够理解行为人人格的要素之前,由于行为人内心倾向与人格之间存在着紧密的联系,这一时期的量刑实践便逐渐接受了其在量刑责任中的作用。

但问题是,在实际量刑责任的判断中,裁量者究竟会在多大程度上考虑行为人人格呢?

[21] 尽管判决实践中有人反对将行为人人格纳入量刑责任的判断范围,但德国联邦最高法院仍坚持认为,量刑中如果缺少对行为人人格的评价,那么针对行为人仍不能做出合理的刑罚裁量。对此的判例有:BGHSt. 16, 351, 353; 24, 268, 270; BGH NStZ 1981, 389; StV 1984, 190, 192; NStZ 1991, 231; BGHR § 46 Abs. 2 Vorleben 15; OLG Köln StV 1996, 321; BGHSt. 24, 268, 270; BGH NStZ 1981, 389.

[22] Bruns Hans—Jürgen (Fn.12), S. 253—255.

[23] Joecks Wolfgang / Mießbach Klaus (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2012, § 46, Rn. 16—20.

[24] Vgl. Schünemann Bernd (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 193; Hörnle Tatjana (Fn. 8), S. 52 f.

[25] Schaffstein Friedrich, Spielraumtheorie, Schuldbegriff und Strafzumessung nach den Strafrechtsreformgesetzen, FS—Gallas, 1973, S. 99—107; Stratenwerth Günter, Tatschuld und Strafzumessung, 1972, S. 21 ff.

对此,从各国对量刑的实证研究结论中可以发现:量刑实践中,真正进入裁量者视野的主要是与行为严重性相关的几个有限的变量,但与行为人相关的那些变量,裁量者却几乎不予考虑。^[26]比如盗窃案件中,裁量者仅根据“犯罪行为”“造成的损失”以及“先前刑罚”这几个变量就可以确定最终适用的刑罚。同时,对刑罚在严重性上为什么升高到另一个程度,根据这些有限的变量同样能够给出合理的解释。即便对严重的犯罪,比如抢劫和强奸,这些有限的变量同样最终决定了适用的刑罚。^[27]由此可见,量刑实践中,真正决定刑罚的仍是与行为严重性相关的变量,而理论上所设想的行为人人格,事实上在量刑实践中并没有多大意义。

由此需要说明:尽管理论和判决一致将人格作为理解量刑责任的基础,但为什么裁量者在实践中对此却几乎没有考虑呢?客观地说,如果能够保证充分的信息来源,而且评估行为人人格的方式也相对简单的话,裁量者完全可以做出与其相适应的刑罚裁量。对此,我们从死刑判决的实证研究中就可以发现,如果能够对行为人人格作出全面的评估,那么评估结论会明显提高死刑判决的精确度。^[28]但要在刑罚裁量中引入这种评估,这不只是需要理论上能够肯定人格的意义,更为重要的是一个可行性的人格评估程序。但现实的问题是,如果这种信息一旦与裁量者个人的情感联系在一起的话,那么以此为基础的量刑就会明显背离考虑人格的初衷。而且对此的相关研究结论也表明:法官在诉讼中对行为人人格产生误解并进而产生愤恨的情绪,其主要原因是与法官自己的人格结构息息相关,同时与被告人的互动效果也起着一定作用。^[29]另一方面,量刑实践中,被告人坦白或者真诚悔过这些对被告人有利的因素,它们对法官的裁量结论明显发挥着积极作用。但对作为隐形因素的被告人态度来说,其在量刑实践中究竟起什么作用却几乎得不到确定。^[30]比如我国《人民法院量刑指导意见(试行)》第30条明确规定,“认罪态度较好”是可以免除被告人刑罚的情节之一。另外,《人民检察院开展量刑建议工作的指导意见(试行)》第9条同样规定,量刑评估应当考虑犯罪人的认罪态度,但这

[26] 关于该实证发现在德国的情况, Vgl. Albrecht Hans — Jörg, Strafzumessung bei schwerer Kriminalität, 1994, S. 335 ff.; Streng Franz, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl., 2012, S. 232 ff. 该实证发现同样在中国量刑实践中得到了检验, 参见白建军:《公正底线——刑事司法公正性实证研究》, 北京大学出版社 2008 年版, 第 125、136、143 页; 赵书鸿:“论刑罚裁量的简洁化”, 《中外法学》2014 年第 6 期, 第 1642 页; Zhao Shuhong, Strafzumessung bei schwerer Kriminalität in China — Eine Urteilsanalyse bei ausgewählten Raubdelikten, MschrKrim 99 (2016), 146.

[27] 参见李山河:“裁量活动与量刑规范:论确定刑罚的基础”, 《政法论坛》2015 年第 6 期, 第 67 页。

[28] 根据死刑判决的实际情况, Verrel Torsten 对此假设做了实证研究上的检验。他发现, 在根据充分信息对行为人人格做出评估后, 法官明显提高了自己量刑裁量的精确度。Vgl. Verrel Torsten, Schuldfähigkeitsbegutachtung und Strafzumessung bei Tötungsdelikten, 1995, S. 306—309.

[29] Eser Albin (Hrsg.), Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik — Beiträge zu einem deutsch — skandinavischen Strafrechts — Kolloquium, Freiburg, 1987, S. 217 ff.; Meier Bernd — Dieter, Strafrechtliche Sanktionen, 4. Aufl., 2015, S. 159 ff.

[30] 最高人民法院 2014 年 7 月《关于常见犯罪的量刑指导意见》对当庭自愿认罪与坦白分别规定了不同的量刑幅度, 但关于认罪态度对量刑的具体影响事实上并不明确。详细的评论, 参见贺小军:“认罪态度对量刑的影响实证研究”, 《政治与法律》2015 年第 12 期, 第 12 页。

些规定并未明确认罪态度的具体内容,以及对量刑具体有什么影响。相反,来自审判实践的研究结论则表明:在很大程度上,法官加重刑罚往往是被告人在诉讼中的倔强态度引起的。^[31]由此可见,这种引起人格判断上的差错在实践中是不可避免的。

从理解量刑责任的过程中可以发现,尽管理论借助了犯罪论中的行状责任和行为人人格,但这对量刑责任的理解事实上并没有多大意义。由此带来的问题是,在判断量刑责任的过程中,犯罪论中责任的其他范畴是否能为其提供一个合理的判断依据呢?

(二)判断量刑责任的依据:犯罪能量与行为动机

由于行为人人格对理解量刑责任带来了诸多问题,因此在判断量刑责任时,犯罪论中影响行状责任的“行为人境遇”以及“以前的生活状况”便逐渐进入了裁量者的视野。与此相适应,这种将行状责任和行为人人格评估混在一起的思考模式,造成了量刑责任判断过于依赖“犯罪能量”和“行为动机”这些因素。^[32]但问题是,与行为人人格相比,这些要素是否能够理解为理解和建构量刑责任提供更为合理的依据呢?对此,以下将分别对“犯罪能量”和“行为动机”这些要素进行论述。

1.犯罪能量

为了理解“犯罪能量”与量刑责任之间的关系,我们首先需要了解该理论的形成背景。在建构量刑责任的过程中,理论上出现了“压制模式”的观点。该观点在论述其理论基础时提出了与责任相关的“犯罪能量”概念。其基本内容是:行为人对其心理抑制阈越是用他的行为进行压制,那么他的责任就越严重。^[33]根据这种理解,责任程度取决于行为人的内部冲突处于何种状态,而且这种冲突发生在促使与抵制行为人实施该行为的各种因素之中。作为一种理论,“犯罪能量”对量刑责任的理解令人信服地说明了,刑罚并不只是建立在行为的严重性上,其他因素对量刑责任同样具有一定的意义。因此,只有在判断“犯罪能量”的基础上,刑罚裁量才有可能满足预防的需要,这就是量刑责任中需要考虑“犯罪能量”的原因。

正是基于此,量刑实践通常将“犯罪能量”作为责任升高而加重被告人刑罚的原因,而且理论也认可了这种加重刑罚的做法。^[34]但在对待“犯罪能量”上,尽管同样是基于预防的需要,

[31] Schöch Heinz, Strafzumessungspraxis und Verkehrsdelinquenz, 1973, S. 117.; Streng Franz, a. a. O., S. 417—421.

[32] Bruns Hans—Jürgen (Fn.12), S. 483.

[33] Walter Michael 在论述“压制模式”的理论基础时提出了“犯罪能量”的概念。针对该概念的详细论述, Vgl. Walter Michael, Die Bestimmung der Tatschuld und Bemessung der Strafe nach der vom Täter entwickelten „Kriminellen Energie“ – Ein Beitrag zur Entfernung pseudo—kriminologischer Begrifflichkeit aus dem Strafrecht, in: Hirsch Hans Joachim (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, 1986, S. 497.; Zisler Diana Christina, Kriminelle Energie, 2011, S. 267 ff.

[34] 德国比较典型的判例主要包括: BGH NJW 1981, 2204; NJW 1982, 2265; StV 1983, 279; StV 1986, 58; StV 1990, 494, 544; StV 1991, 157; BGHSt 35, 1, 18; StV 2001, 229; OLG Stuttgart NStZ, 2005, 76. 对此, 联邦宪法法院并没有提出异议, 而是努力通过引入“犯罪能量”为行为不法的升高提供一个正当性的说明依据。 Vgl. BVerfGE 50, 5, 12.

判决实践对加重还是减轻刑罚却表现出了前后不一的态度。^{〔35〕}“犯罪能量”升高曾一度被视为加重刑罚的一个理由,但随后的判决却又否定了这种通行的做法,而是将其视为特定情况下减轻刑罚的一个理由。根据通说的理解,为了满足刑罚的预防性需要,“犯罪能量”一般被视为一个能够说明被告人人身危险性的要素。但由此带来的问题是,为什么同样基于预防性需要,刑罚裁量既可以因“犯罪能量”而加重刑罚,也可以因“犯罪能量”而减轻刑罚呢?同样,作为一个重要的判断因素,“犯罪能量”到底是理解量刑责任的因素,还是判断刑罚预防需要的一个因素呢?由此可见,作为量刑责任的依据,判决实践对“犯罪能量”的理解仍是模糊和不确定的。

对此,我们从德国一个真实判决中就可以更清楚地看到这一点。该判决中,被告是一个警察局的负责人,他说服了一位深爱着他的女士,该女士同意将自己大部分作为性工作者的收入交给他。但几个月后,当该女士拒绝再次将钱交给他时,这个负责人威胁她并且偷走了她贵重的金表。^{〔36〕}在该判决中,被告人一系列人格上的缺陷都被法官列举了出来。但案件上诉后,上级法院却改判了刑罚部分的裁量,并且明确表达了量刑中道德性思考和情绪化裁定的危险。本案中,被告人在原审法院被判处了五年自由刑,这在德国已经是非常严厉了。但从裁判理由我们却发现,对“犯罪能量”或者“内心倾向”来说,这些最能够解释判处如此严厉刑罚的理由却被法官忽略了。本案一个不可忽略的事实是,行为人在案件中扮演着双重角色,白天他是一个穿着警服的警察局负责人,晚上他却干着拉皮条的生意。因此按照理论上的观点,被告人的“犯罪能量”已经明显地表现了出来。另外,他的“内心倾向”也可以从他对自己恋人的残忍、忘义、欺骗和暴力中得到证明。但在实际裁量中,法官却并没有考虑这些原本可以作为加重被告人刑罚的因素。^{〔37〕}由此可见,正是因为这些因素的模糊和不确定,它们对量刑责任判断的影响在现实中非常有限。

2. 行为动机

除“犯罪能量”以外,传统量刑理论同样将“行为动机”视为重要的责任要素。^{〔38〕}因此实践中,裁量者一般根据动机高尚还是卑鄙来判断量刑责任的程度,从而决定对行为人加重还是减轻刑罚。尤其在侵犯人身权利和财产类的犯罪中,行为人动机往往影响裁量者对责任的判断。但在量刑实践中,这种伦理性的判断是否能为量刑责任提供一个确定的判断依据呢?

对此首先可以确定的一点是:到目前为止,“行为动机”无论高尚还是卑劣,其结论只能从

〔35〕 Schönke /Schröder/Eser, Strafgesetzbuch, 29. Aufl., 2014, § 46, Rn. 54.

〔36〕 NJW 1987, 2685, 2686.

〔37〕 本案中,加重被告人刑罚的理由或许是被告人作为警察局负责人的职务地位升高了其义务,或者诉讼过程中被告人高傲的举止引起了裁量者的愤恨。对此判决的评述,Vgl. Hörnle Tatjana, a. a. O., S. 65 ff.

〔38〕 行为动机作为量刑责任判断的一个要素,Vgl. Bruns Hans-Jürgen, Neues Strafzumessungsrecht? - „Reflexionen“ über eine geforderte Umgestaltung, 1988, S. 37 ff; Erhard Christopher, Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld, 1992, S. 238 ff.

伦理价值上来进行判断。因此,对行为人出于自私自利、不劳而获,或者挥霍浪费等动机而实施犯罪的,尽管这些在实际刑罚裁量中都可能成为加重刑罚的理由,但对其评价的标准却始终模糊和不确定的。对此理论上也曾出现根据“道德恶化的方式”进行判断的标准,而且判决实践也曾一度将其视为合理的判断依据,但这个标准仍没有提出一个确定性的评价规则,而且从该理论中也没有看出评价道德恶化的依据和内容是什么。^{〔39〕} 尽管如此,由于刑法对动机在某个犯罪中做出了明确的规定,比如我国《刑法》第399条徇私枉法罪对“徇私”和“徇情”的规定,以及德国《刑法》第211条对出于“卑劣动机”谋杀的规定等。由于这些动机影响量刑责任的程度,因此裁量刑罚中必须对这些动机做出评价。但在判断过程中,裁量者却并非注意了“道德恶化的方式”,而是采用了对行为诱因进行合乎伦理的评价方法。^{〔40〕} 与之前的纯伦理性评价相比,这种评价之所以在之后逐渐得到了广泛的认可,其主要原因就是评价对象相对明确和具体,这事实上也从另一个方面说明了对“行为动机”评价依据的不确定性。^{〔41〕} 尽管如此,“行为动机”的判断毕竟离不开道德和伦理上的评价。由此带来的问题是,如何将这些道德和伦理评价因素引入量刑责任的判断呢? 以及这些判断结论在何种程度上能够影响量刑责任呢? 另外,作为对“行为动机”评价结论的高尚还是卑劣,这些关键概念通常是对行为人贬低或者褒扬的判断,而这些在量刑实践中又有多少能够反映案件事实呢?^{〔42〕} 对这些必须回答的关键问题,无论理论还是量刑实践至今尚未给出一个明确的回答。^{〔43〕} 由此可见,作为判断量刑责任的要素,根据“行为动机”是否影响量刑责任的判断其实并不清楚。

以上的论述表明,理论上一直试图借助犯罪论中的责任来理解和建构量刑责任,但无论作为理解基础的行为人人格,还是作为判断要素的“犯罪能量”和“个人动机”,这些犯罪论中责任的基本范畴并不能为建构量刑责任提供合理的依据。因此需要我们思考的是,犯罪论中的责

〔39〕 Bruns 在其著作中提出的这个标准对德国量刑实践产生了重要影响,针对该标准的详细论述, Vgl. Bruns Hans — Jürgen, Das Recht der Strafzumessung — eine systematische Darstellung für die Praxis, 2. Aufl., 1985, S. 217 ff. 围绕该标准在理论界的相关争论, Vgl. Meier Bernd — Dieter, Strafrechtliche Sanktionen, 4. Aufl., 2015, S. 185 ff.; Streng Franz, a.a.O., S. 408 ff.

〔40〕 针对德国《刑法》第211条中规定的“卑劣动机”,判决实践通过对引起这种动机的行为诱因来进行评价。对此的典型判例主要包括: BGHSt. 3, 132, 133; BGH NJW 1969, 2293; NJW 1981, 1328; StV 1996, 212.

〔41〕 Schäfer/ Sander/van Gemmeren, a.a.O., S. 257 ff.

〔42〕 Heine Günter, Tötung aus „niedrigen Beweggründen“ — eine erfahrungswissenschaftlich — strafrechtsdogmatische Untersuchung zur Motivgeneralklausel bei Mord, 1988, S. 38; Schorn Martin, Mord aus niedrigen Beweggründen bei fremden soziokulturellen Wertvorstellungen, 2014, S. 64 ff.

〔43〕 这从判决对德国《刑法》第211条规定的“卑劣动机”所给予的评价中就可以看出来。 Vgl. Jäger Herbert, Strafrecht und Psychoanalytische Theorie, in: Roxin Claus (Hrsg.), Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, FS — Heinrich, 1974, S. 125 — 128; Kühl Kristian, Die sonst niedrigen Beweggründe des § 211 II. StGB, Jus 2010, 1041 ff.; Zabel Benno, Zur Annahme des Mordtatbestandes bei einer Kinstestötung Anmerkungen zur neueren Rechtsprechung des BGH nach Wegfall des § 217 aF StGB, HRRS, 2010, S. 403 ff.

任是否就是量刑领域内的责任呢？换句话说，根据犯罪论中责任的概念和范畴来理解量刑责任是否可行呢？这将是本文在以下部分集中要解决的问题。

二、量刑责任：作为功能性概念的不法有责

根据之前的结论，尽管通说在理解和建构量刑责任时存在诸多问题，但理论上仍可以确定的一点是：如果个人对自己有责情况下引起的不法承担责任，那么对其谴责的刑罚则应根据他承担不法有责的程度来确定，因为只有在这个前提下，刑罚才能与公正的原则以及社会生活的观念相一致。由此可见，作为确定刑罚的基础，量刑领域内的责任在内容上包含了犯罪论中的不法和有责。

但问题是，犯罪论中的责任并不是量刑领域内的责任。犯罪论中，责任要解决的问题是能否对行为人进行责任谴责，因此其关注的是各种排除谴责的可能性；但在量刑领域，责任要解决对不法有责实施谴责的程度或者量是多少的问题，因此其关注的则是各种影响不法有责程度的情节。^{〔44〕}由此可见，与犯罪论中的责任相比，量刑领域内的责任具有自己更为广泛的意义和功能。事实上，受刑罚目的的影响，量刑责任从可比较性和量上，对犯罪论中的不法和有责进行了功能性调整和差异化处理。因此，量刑责任事实上是一个功能性概念。这主要体现在以下两个方面。

（一）量刑情节的阶层化判断

量刑的出发点是如何根据刑罚目的来确定刑罚，因此对量刑责任来说，尽管其基本内容仍是犯罪论中的不法和有责，但对其有意义的却是如何从量上确定不法有责的程度。^{〔45〕}因此，与犯罪论中的责任相比，对量刑责任有意义是各种影响不法有责的情节。对这些情节，量刑责任判断中首先需要解决的问题是：裁量者如何确定这些不法有责情节的程度，从而从可比较性和量上能够对它们进行阶层化判断。^{〔46〕}因为只有这样，裁量者才有可能据此对行为人处以轻重不同的刑罚。但问题的关键是，根据什么标准能够对这种情节进行阶层化的判断和差异化的处理呢？

〔44〕 这些情节相互权衡确定了行为严重性的全貌，并最终决定了适用刑罚的严重程度。参见张明楷：“责任主义与量刑原理”，《法学研究》2010年第5期，第139页；Frisch Wolfgang, Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik, ZStW 99 (1987), S. 349, 384 ff.

〔45〕 Frisch 对量刑责任与犯罪论中责任在概念上的关键区别做了有说服力的说明：犯罪论中的责任并没有加入对它来说属于下游范畴的不法，但量刑领域内的责任却包含了不法。当然，对责任能力相同的行为人来说，合理的责任刑罚完全取决于行为人实施的是何种不法。Vgl. Frisch Wolfgang, Zur Bedeutung von Schuld, Gefährlichkeit und Prävention im Rahmen der Strafzumessung, in: Frisch Wolfgang (Hrsg.), Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht, 2012, S. 16.

〔46〕 Frisch 据此认为，这是犯罪论体系与量刑体系之间最大的区别。Frisch Wolfgang (Fn. 1), S. 490. Vgl. Maurer Matthias, Komparative Strafzumessung, 2005, S. 94 ff.

1. 构成要件的类型性:对不法有责情节量化的前提

在确定刑罚的过程中,裁量者不但需要根据构成要件确定其是否存在,而且还需要根据一定的标准来确定其程度。根据理论通说,对行为人是否存在不法有责的判断相对简单,但对其程度的判断则相对困难,而这却是量刑责任首先需要解决的问题。这里的难点是,根据构成要件本身是否就能确定不法有责的严重程度呢?如果可以的话,那么接下来仍需要说明:对不法有责来说,根据构成要件是否就可以确定其程度上的序列性差异呢?因此这里的关键问题是:对构成要件是否可以进行量化性思考,以及,构成要件本身是否已经包括了一个序列性的概念。

一般来说,如果通过对具体犯罪行为状况的描述,构成要件能够将不法有责的特征确定下来,而且其在实现程度上也存在差异的话,那么建立在这种差异之上的构成要件本身就存在一个序列性概念。这对实现不法有责的构成要件事实来说,其本身就能满足对其量化思考的需要。另外,从原则上来看,对实现的构成要件事实进行量化性思考也是可行的。^{〔47〕}

正是构成要件的这种可量化特征,根据实现构成要件事实之间的差异,裁量者就可以确定不法有责程度的序列。比如,财产性犯罪中涉案财物的数额,裁量者在对构成要件进行量化思考后,这些数额就可以作为判断不法有责程度序列的依据。但大部分情况下,构成要件并不是通过量化,而是通过对行为事实的不同描述来确定其序列性差异的,比如结果加重犯的构成要件等。在这类构成要件中,立法者通常使用特定的形容词或者动词来描述不法有责的序列性差异。比如我国《刑法》第234条对故意伤害人罪的规定,立法者正是通过“特别残忍”说明了伤害行为在严重程度上的差异。这种方式在其他国家的刑法中也很常见,比如德国《刑法》第250条的规定,立法者通过对“严重虐待”的描述说明了抢劫在严重程度阶层上的差异。由此可见,在确定不法有责程度的阶层性差异时,构成要件并非完全借助对事实的量化性描述,有时候还需要借助其他方法才能最终将这种序列性概念确定下来。^{〔48〕}

但是,如果构成要件对不法有责的描述非常具体和详尽,那么对其程度的阶层性判断则相对容易。比如我国《刑法》第133条对交通肇事罪的规定,根据构成要件的具体描述,裁量者就可以确定三种严重程度不同的交通肇事行为。另外,根据德国刑法对纵火罪的规定,纵火可以从点火物被撤离后,根据可燃物单独燃烧的程度来进行严重程度度的阶层性判断。据此,裁量者

〔47〕 对此,Radbruch认为不仅构成要件是一个阶层性的概念,而且刑罚本身也可以从不同阶层上来理解。这个观点最终由Engisch在错误论中提了出来,他认为构成要件不但可以分阶层,而且还可以确定不同阶层的顺序。Vgl. Radbruch Gustav, Klassenbegriff und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken, in: Kaufmann Arthur (Hrsg.), Gustav Radbruch - Gesamtausgabe, 1990, S. 60; Engisch Karl, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 2. Aufl., 1968, S. 288 ff.

〔48〕 Hörnle Tatjana (Fn. 8), S. 195 ff; Frisch Wolfgang, Strafkonzep, Strafzumessungstatsachen und Maßstäbe der Strafzumessung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: Roxin Claus (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, 2000, S. 269, 286 ff.

可以将纵火从造成轻微影响,到彻底损毁而划分为不同的阶层性序列。^[49]但事实上,刑法对构成要件的规定很少有像交通肇事和纵火这样具体的,对大多数犯罪构成来说,裁量者仍需要通过抽象思维来理解不法有责程度间的差异。而且这种情况下,每个人对实现构成要件事实的理解也有差异。因此,在欠缺物质性评价标准的前提下,仅根据实现构成要件事实来确定这种阶层性差异并不现实。比如,根据暴力犯罪的构成要件,其行为事实可以表现为:间接对被害人身体实施的暴力、暴力实施肢体性侵犯但尚未给被害人造成健康性损害结果、实施暴力造成被害人身体伤害直至被害人死亡等。^[50]对此,尽管我们从中可以理解暴力程度上的差异,但因为缺少一个物质性的评价标准,如果只是根据上述暴力行为方式上的不同,裁量者依然很难确定其在不法有责程度上的差别。因此,判断的难点依然是根据什么来确定这种序列性差异。^[51]

由此可见,大部分构成要件事实上并不存在一个可供比较的严重性序列。因此,在对不法有责程度的阶层性判断中,构成要件以外的判断标准事实上起着关键作用。^[52]但问题是,根据何种标准对不法有责的程度做出判断,并进而在类型思考的基础上能够对其进行阶层性划分呢?

2. 阶层性判断标准:对法益承担者生活质量造成的损害

针对不法有责的阶层性判断标准,尽管文献中已有很多论述,^[53]但理论上仍需要在以下两个方向上的努力:其一,该标准必须在规范的基础上能够进行类型性判断,从而保证判断结论的实用性;其二,根据该标准,判断结论必须表现出一定的阶层性,而且判断结论之间能够从量上进行比较。这是从可比较性和量上,量刑责任对不法有责情节进行功能化处理的关键。

[49] 尤其是德国《刑法》第306a条对严重纵火的规定,该条根据纵火造成物品全部或者部分损毁的情况确定了不同的严重等级。Vgl. Wrage Nikolaus, Typische Probleme einer Brandstiftungsklausur, JuS 2003, S. 985 ff.

[50] 针对暴力,我国学者只是从语义上区分了从最广义暴力到最狭义暴力之间的差异,但对最为关键的暴力程度上的差异却回避了相关的论述。参见张明楷:《刑法学》(第5版),法律出版社2016年版,第707页。

[51] 一般来说,只有在对各个具体案件事实确定以后,才能根据确定的构成要件性序列对其严重程度进行比较,但这并非仅从构成要件的描述中推论出来的,而是需要借助行为的社会意义来进行分析,同时也需要考虑造成行为状态改变的事实。Vgl. von Hirsch Andrew/ Jareborg Nils, Strafmaß und Strafgerechtigkeit— die deutsche Strafzumessungslehre und das Prinzip der Tatproportionalität, 1991, S. 43 ff; Hörnle Tatjana, Das antiquierte Schuldverständnis der traditionellen Strafzumessungsrechtsprechung und Lehre, JZ 1999, S. 1081.

[52] 大部分财产性犯罪中,尽管构成要件并没有一个与不法有责相关的可供比较的序列性规定。但量刑实践中,法官通常根据财物的价值来确定不法有责的严重程度和序列阶层。Vgl. Eisele Jörg, Die Regelbeispielsmethode im Strafrecht— zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Tatbestand, 2004, S. 347 ff.

[53] 量刑理论中,对各种评价标准进行比较在各种理论中显得非常必要,这也是理论在建构自己评价标准时的基本要求。Streng Franz, a.a.O., S. 55; Hörnle Tatjana (Fn.8), a.a.O., S. 221.

为了实现这个目标,理论一般根据行为对法益承担者造成的损害来判断不法有责的程度。^{〔54〕} 尽管在判断标准上仍存在诸多争议,但随着各国刑事政策对被害人保护的加强,这种从被害人出发的观点逐渐得到了广泛的认可。^{〔55〕} 根据这种理解,不法有责的程度应当根据被害人生活受到的客观影响来确定。但现实的问题是,我们只有在个人具体生活情况都查清的前提下才有可能确定这种客观影响,但对所有行为事实是否都应在诉讼中查清呢?事实上,这已经在理论上引起了广泛的争议。^{〔56〕} 另外,对被害人生活情况进行详尽的调查也违背了加强被害人保护的初衷。因此在思考判断标准的过程中,我们首先需要能够找到一个切入点,然后根据它确定被害人受到的典型损害,因为只有这样才能对不法有责程度进行类型性判断。

对此,理论上出现了根据被害人生活质量受到的损害来进行判断的观点。^{〔57〕} 事实证明,这种思考是一个合理的方向,因为根据它可以确定被害人受到的典型性损害,从而为适用该标准提供一个合理的基础;另外,通过该切入点,我们还可以对被害人生活质量受到的侵害进行比较,从而实现对量刑情节的阶层性判断。由此可见,判断不法有责程度首先要确定,被害人的哪个基本权益受到了损害。为此,该理论将人的基本权益划分为四个不同的类型:肢体的完整性、物质性利益、避免蒙羞和个人隐私。在这个基础上,该理论确定了上述利益受到的典型性客观损害。但这里仍需要解决的是,在何种生活质量层面上,受到损害的这些生活利益影响了被害人的生活质量呢?因为被害人正是因为这些基本权益受到了损害,其生活质量才受到了影响,这也是进行阶层性判断的关键。

为了解决这个问题,该理论首先给出了用于说明个人生活质量的四个阶层。第一个阶层属于生活质量的最低层,它只是提供了人们能够在社会上生活下去所必需的最低条件;生活质量的第二阶层提供了使人感到生活舒适所必需的基本条件,在这个阶层中,个人尊严和私人空

〔54〕 对法益承担者造成的损害可以根据法益对象所处状态的消极改变,或从导致该状态改变的危险来理解不法。Vgl. Kühl Kristian, Strafrecht AT, 7. Aufl., 2012, § 3 Rn. 4 ff.; 但反对者认为,对以个人法益承担者为对象的结果犯来说,根据该标准的理解并不存在问题,但对以社会整体为对象的危险犯来说,该标准明显存在各种问题。Winfried Hassemer, Strafen im Rechtsstaat, 2000, S. 163 ff.

〔55〕 在判断标准上,一种观点认为应当根据被害人的主观感受来理解不法有责的程度,但对不法有责的不同情况如何从量上进行比较呢?对这个问题该标准却没有给出合理的说明。Vgl. Maeck Manfred, Opfer und Strafzumessung, 1983, S. 76 ff. 与此相对,理论上出现了考虑被害人受到典型损害的观点,这种标准排除了根据被害人主观感受进行判断的可能,因此该标准得到了广泛的支持。Bruns Hans — Jürgen (Fn. 39), S. 57; Schönke/Schröder/Streel/Kinzig, StGB, 29. Aufl., 2014, § 46 Rn. 20 ff.

〔56〕 Graf Mariann, Opfer — Interessen im Täter — Opfer — Ausgleich, 1999, S. 37 ff.; Streng Franz, a.a.O., S. 236 ff.

〔57〕 该观点的目的是为了在规范基础上,能够对不法有责程度的判断提供一个根基性的支持。在这里,生活质量标准不仅从物质内涵上,而且还应当从身体的、精神的以及物质生活状况等方面进行综合判断。von Hirsch Andrew/Ashworth Andres, Proportionate Sentencing, Oxford University Press, 2005, p. 76; Frisch/von Hirsch/Albrecht, Tatproportionalität: Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung, 2003, S. 99 ff.; Hörnle Tatjana (Fn. 8), S. 66 ff.

间都得到了尊重；第三个阶层除了满足第二个阶层的全部条件外，还需要具备人能够舒适生活下去所必需的物质条件；第四个阶层也是最高一个阶层，该阶层的前提是人们生活的舒适度最终得以提高，对物质财富的占有是该阶层生活质量的基础。^{〔58〕} 根据上述对生活质量的阶层划分，该理论将不法有责的程度划分为以下不同的阶层：最严重的不法有责损害了被害人属于第一个阶层生活的质量，因为它侵害了被害人作为生存前提的最基本条件；与最为严重的相比，在程度上稍微轻缓的不法有责损害属于第二个阶层的生活质量，它损害了保障被害人最低舒适感所必须的条件；中度严重的不法有责在严重程度处于中间，其侵犯了被害人感到舒适的条件；轻微的不法有责侵害的是被害人作为生活质量升高舒适度的条件；最为轻微的不法有责侵犯了属于第四个阶层生活质量的基本条件。^{〔59〕}

根据以上判断的切入点，我们就可以从不同角度对不法有责的程度进行比较，同时根据其损害生活质量的不同阶层，从而确定一个严重程度上的序列。与传统对不法有责程度的判断相比，这种判断在量刑领域具有明显的优势，尤其对根据传统法益概念不能确定不法有责程度的犯罪。比如对性犯罪来说，尽管性自决权在判断中具有决定意义，但仅根据该法益概念并不能完全确定其不法有责的程度。因为在性犯罪中，性自决权并不能将这类犯罪的所有内容都表达出来，比如被害人因此受到的蒙羞等，但这对严重程度的判断却具有重要意义。^{〔60〕} 另一方面，影响生活质量的私人空间同样也是不法有责程度判断的重要内容。以入户盗窃为例，尽管尚未达到法律规定的数额较大，但我国刑法修正案（八）仍将其与多次盗窃、携带凶器盗窃和扒窃一样规定为独立的盗窃行为。这主要是因为，盗窃并不只是侵犯了财产所有权，而且也侵犯了私人空间这个被害人生活质量的基本权利。^{〔61〕} 由此可见，在不法有责程度的判断中，生活质量标准不但提供了一个规范性的判断依据，而且也确立了一个严重程度上的判断阶层，从而满足了量刑领域内责任判断的需要。

除个人以外，很多犯罪的被害人往往是特定的法人或者其他组织，比如针对公司或者其他组织体实施的盗窃、或者对银行或保险公司实施的诈骗等。对被害人是组织体的犯罪来说，根据上述标准是否同样可以对其不法有责进行阶层性判断呢？对此，尽管组织体受到损害也会

〔58〕 对四个不同生活质量阶层的详细论述：von Hirsch Andrew/Ashworth Andres (Fn. 57), pp. 12—21; Zhao Shuhong, Strafzumessung bei schwerer Kriminalität, 2017, S. 187. 参考赵书鸿：“论犯罪行为严重性的阶层性判断”，《比较法研究》2015年第3期，第115页。

〔59〕 以上内容就是 von Hirsch 与 Jareborg 根据行为对不同生活质量造成的损害来理解不法有责在程度上的差异。Vgl. von Hirsch Andrew, Cencus and Sanctions, 1995, p. 26; von Hirsch/Nils Jareborg (Fn. 51), S. 65.

〔60〕 性犯罪中，性自决权在不法有责程度的判断中到底起何种作用？对此理论上存在诸多争议。Vgl. Schäfer/Sander/van Gemmeren, a.a.O., S. 482 ff.

〔61〕 我国学者认为，这种情况属于立法者将入户盗窃对他人住宅安宁的非法侵犯，作为升高盗窃行为不法程度并使其具有刑事可罚性的罪量因素。参见梁根林：“但书、罪量与扒窃入罪”，《法学研究》2013年第2期，第135页。

给其成员的个人生活质量造成影响,比如企业被骗造成大量职工失业等。但与个人被害人相比,上述生活质量标准明显不适合这里的判断。基于此,理论上一般根据行为对企业组织体经营能力造成的影响来进行判断。^{〔62〕}但问题是,本文之前对生活质量确定的不同阶层在这里是否同样适用呢?因为根据之前的论证,如果行为对被害人生活质量造成的影响非常轻微,那么不法有责的程度也相对较轻。但如果这种行为对组织体经营能力没有造成任何影响,那么是否可以将其视为合法行为呢?由此可见,这里的关键是理论上需要对组织体经营能力受到的影响进行另外的分类。对此一般认为:轻微的不法有责是指,造成组织体经营能力短期受到了影响,但在之后却没有出现长期性的后果;程度中等的不法有责是指给组织体造成了非常严重的损失,以至于其经营能力长期受到了影响;最为严重的不法有责是指组织体经营能力彻底被损毁的情况。^{〔63〕}由此可见,针对组织体实施的犯罪,组织体经营能力因此造成的影响在不法有责的阶层性判断中起着决定性作用。

从以上的论述中可以发现,与犯罪论中的责任相比,量刑领域内的责任被赋予了更多的功能性内涵。受刑罚目的的影响,量刑责任除需要对不法有责进行阶层性判断以外,其在确定刑罚的过程中还需要考虑不同的刑罚预防目的,从而满足责任刑罚中考虑预防的必要性,这是量刑责任功能性的另一个表现。

(二)预防必要性:量刑责任对不同刑罚预防目的的兼容

尽管量刑责任实现了对不法有责的阶层性判断,但犯罪论中不法有责的情节并非完全决定了最终适用的刑罚。其他情节,比如累犯或者事后行为等对刑罚同样具有意义。由此可见,量刑责任与刑罚目的之间事实上存在着紧密的联系,量刑并非只是为了实现刑罚的有责抵偿和罪责均衡,它同样也需要考虑刑罚的预防必要性。但成为问题的是:量刑责任是否,以及在何种程度上应当考虑这种预防的必要性呢?

1. 量刑责任与积极一般预防的优先性

量刑实践中,为了实现刑罚目的,不法有责通常被置于优先考虑的位置。因此,通过责任的均衡和抵偿,人们期待刑罚能够恢复被损害的法秩序,而且也能够强化现有的法秩序。^{〔64〕}刑罚的这个效果不仅体现在行为人身,而且对公众,尤其是潜在犯罪人也能产生影响,比如

〔62〕 这个思路也得到了大部分学者的认可,Vgl. von Hirsch/Nils Jareborg (Fn. 51), S. 65.

〔63〕 Hörnle Tatjana (Fn. 8), S. 254 ff.

〔64〕 针对寻找量刑合适出发点过程中的争论,参见 Frisch Wolfgang, Konzepte der Strafe und Entwicklungen des Strafrechts in Europa, GA 2009, S. 385 Fn. 2—6. Vgl. Frisch Wolfgang, Strafkonzzept, Strafzumessungstatsachen und Maßstäbe der Strafzumessung in der Rechtsprechung des BGH, in: Canaris u.a. (Hrsg.), Festgabe der Wissenschaft zum 50-jährigen Bestehen des Bundesgerichtshofs, 2000, S.269 ff., 278 f., 281 ff.

阻止他们实施可能的犯罪。由此可见,根据责任确定的刑罚在一般预防基础上同样具有正当性。^{〔65〕}但问题是:在根据责任确定刑罚的裁量中,刑罚是否,以及在多大程度上是以一般公众为方向来考虑预防性效果的呢?

从大多数刑罚目的中可以发现,责任作为裁量刑罚的基础是合适的,而且作为量刑出发点的案件事实也表明,对行为人施以刑罚也会有一定的预防效果。因此,仅就预防性观念来说,以责任为基础的刑罚裁量从一开始并没有排除这种观念。相反,大多数国家的实际情况都表明,确定责任刑罚与实现刑罚预防目的始终是司法活动的根本方向。^{〔66〕}事实上,正是量刑责任与刑罚预防观念之间这种兼容性,从而确保了根据责任裁量刑罚的正当性。而且,只有在融合了责任与预防性观念的量刑实践中,裁量者才有可能做出一个让公众接受的裁量结果。由此可见,以责任为基础的量刑同样需要满足预防的必要性。

量刑实践中,刑罚裁量一般优先以责任作为量刑的基础和原则,因此对特殊预防所依据的人身危险性来说,事实上它只是一个补充性的标准,对量刑的影响非常有限。^{〔67〕}但与特殊预防相比,理论上真正需要解决的难题是:在已经实现了罪责均衡,罪责抵偿的情况下,责任刑罚是如何对一般公众实现预防目的的。这是理论上论证量刑责任与预防目的之间具有融合性功能的关键。对此,我们可以从以下几个方面来进行论证:首先,国家通过施加责任刑罚就已经向社会表明了特定利益的重要性,以及损害这种利益就应当负责的必然性。但特定利益与价值的相关性、遵守行为规范的正当性以及个人承担能力的差异性,这些使国家不可能只通过一种方式来对个人承担责任予以确认和说明。事实上,国家对刑罚因不法有责程度上的差异而划分为不同阶层,已经清楚地表明了被损害或者被威胁利益的价值,以及行为人损害行为规范对社会的意义。

其次,根据不法有责程度对行为人施以轻重不同的刑罚,这本身就是对一般公众实施合法行为的鼓励。因此现实中,避免实施不法行为的能力,应当与对此不需要承担责任的人紧密地联系在一起。^{〔68〕}只有这样,公众才可能意识到刑罚发出的如下呼吁:人应当对自己的不法负

〔65〕 因此,我们至今仍盲目地认为,只有严厉的刑罚才能保障一般的预防效果。但需要回答的问题是,如果通过施加等比性的刑罚可以实现一般预防性效果的话,那么为什么还需要严厉的刑罚呢? Vgl. Pawlik Michael, Staatlicher Strafanspruch und Strafzweck, in: Eva Schumann (Hrsg.), Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat, 2010, S. 57 ff. Vgl. Streng Franz, a.a.O., Rn. 5 ff., 10 ff.; Meier Bernd-Dieter, a.a.O., S. 15 ff.

〔66〕 但 Frisch 却认为,仅从确定刑罚的案件事实出发点来看,责任事实上并没有任何优势可言。Vgl. Frisch Wolfgang (Fn.45), S. 6. 但与此相对, Kohlschütter 却认为,与同样作为量刑出发点的人身危险性相比,责任作为出发点则更具有明显的优势。Vgl. Kohlschütter Hans, „Schuld des Täters“ oder „Tatproportionalität“ als Grundlage für die Strafzumessung, eine echte Alternative? 2001, S. 12 ff.

〔67〕 Schöch Heinz, Grundlage und Wirkungen der Strafe, in: Grünwald Gerald (Hrsg.), FS-Schaffstein, 1975, S. 255, 257, 262 ff., 266. Vgl. Streng Franz, a.a.O., S. 164 ff.

〔68〕 与其他积极一般预防的论者不同, Frisch 从施加刑罚同时也是鼓励其他人避免实施不当行为来对一般预防效果进行论述。Vgl. Frisch Wolfgang (Fn.45), S. 8.

责。事实上,对价值、规范有效性与承担责任的确认和理解,这些应当首先体现在行为人身上,因为它们在很多情况下阻止了行为人再次实施犯罪;其次,对一般公众,尤其是潜在的犯罪人来说,通过施加责任刑罚同样会产生积极的影响。^[69] 因为针对不法有责的行为,国家之所以能够,或者必须以刑罚的方式给予反应,其主要原因就是这些行为表现出了对法的怀疑或者侵犯,也就是对规范有效性的侵犯或者蔑视。^[70] 这种情况下,尽管国家借助刑罚并不能挽回这种侵害,但对其施以刑罚却清楚地表明了规范的有效性与不可侵犯性。同时,通过这种方式也避免了规范有效性被弱化的危险。实践证明,如果行为人在损害规范后没有得到相应的反应,那么公众就会对规范的有效性表现出某种程度的蔑视。^[71]

最后,从预防效果来看,以行为人危险性为基础的量刑,在很大程度上仍落后于以责任为基础的量刑。事实上,这种将预防性目的与责任,而不是与个人危险性融合在一起的量刑,它们在实践中会更有效地实现刑罚的预防目的。这是因为,如果以行为人危险性为基础,刑罚裁量完全以个人的危险性,以及对个人影响的必要性为中心,这样刑罚必然会过于集中在特殊预防上,而忽略同样重要的一般预防。^[72] 另一方面,如果量刑将预防目的与个人危险性融合在一起的话,那么刑罚目的就只是局限于消除行为人的危险性,但对行为人正常情况下的责任承担,这种刑罚裁量却不能给出合理性的说明。^[73] 这种情况下,刑罚也不能再对公众发出任何人都应当注意特定价值和规范的宣告。这样的话,刑罚反而失去了一般预防的效果。由此可见,仅就一般公众对价值和规范的现有理解来看,如果他们关注了价值和遵守了规则,而且按照规则正当地承担了责任的话,那么刑罚反而会更持续和有效地保护自由和利益,其预防性效果也将更为有效。^[74]

[69] 这种预防观念将刑罚视为恢复被损害的法秩序,或者用来证明法规范有效性的手段。事实上,这种观念必然会导致责任刑罚以预防为基础的定位。Vgl. Hassemer Winfried, Warum Strafe sein muss, 2009, S. 50 ff., 96 ff., 108 ff.; Jakobs Günther, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1991, 1/9 f.; Roxin Claus, Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, in: Arthur Kaufmann (Hrsg.), FS – Beckelmann, 1979, S. 279 ff.; Kalous Angela, Generalprävention durch Vergeltung, 2000, S. 36 ff.

[70] 针对积极一般预防对法规范有效性的理解和论述, Vgl. Jakobs Günther, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, 2004, S. 24 ff.; Hass Volker, Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur, 2008, S. 263 ff.; Pawlik Michael, Person, Subjekt, Bürger, 2004, S. 55 ff.; Pawlik Michael, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 116 ff.

[71] 针对行为人对规范有效性蔑视,以及对刑罚施加的影响,更为深入的论述, Vgl. Frisch Wolfgang (Fn.1), S. 496.

[72] 这种融合了预防性目的与个人危险性的量刑,其面临的主要争议是这种量刑对损害法益价值,以及损害行为规范有效性欠缺说服力。Vgl. Giannoulis Georgios, Studien zur Strafzumessung, 2014, S. 65 ff.

[73] 事实上,即便是针对个别预防的观念,国家也不能实现对利益和自由的充分保护。Vgl. Kunz Karl – Ludwig, Kriminalwissenschaften und gesellschaftliche Sicherheit, in: Duttge Gunnar (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter, 2002, S. 727 ff.

[74] 参见王钰,见前注[6],第1059页。

2. 量刑责任与特殊预防必要性的界限

尽管根据责任确定的刑罚优先满足了一般预防的需要,但刑罚并不只是通过一般预防来抵制对法益的破坏,刑罚同时还需要对犯罪人保持必要的影响,从而阻止他再次实施犯罪。但由此带来的问题是:在根据责任确定的刑罚范围内,如何满足这种特殊预防的需要呢?

针对这一问题,无论刑罚目的的一体化理论,还是量刑的幅度理论都没有给出合理的解决思路。^[75] 问题的难点集中在:对特殊预防的必要性来说,量刑责任是刑罚的上限还是下限?如果认为是刑罚上限的话,那么基于特殊预防的需要,裁量者可否突破责任上限判处行为人刑罚?如果认为是刑罚下限的话,那么在责任幅度以下判处刑罚,这是否违背刑罚公正而影响其一般预防的效果?由此可见,这里涉及的仍是量刑责任如何处理与预防必要性的兼容性问题。^[76] 对此,在没有必要适用较高刑罚的情况下,理论上倾向于优先判处行为人较轻但仍与责任相适应的刑罚。^[77] 因此实践中,也有人赞成适用严重程度中等的刑罚,或者采用划中间线的方法来裁量刑罚。^[78] 但这只是一种值得思考的解决办法而已,量刑责任范围内如何考虑特殊预防的必要性这一问题仍没有得到解决。

事实上,通过对量刑责任的功能性理解,责任刑罚与特殊预防必要性之间的对立完全能够得到解决。对此,我们首先从理论上可以确定的一点是,为了阻止犯罪人再次犯罪,根据责任确定的刑罚应当禁止逾越责任的界限。因为任何情况下,刑罚都是对行为人实施不法的否定和谴责,而且刑罚的程度也应当表达这种谴责和否定的程度。^[79] 在这个前提下,尽管逾越责任限度的刑罚同样表达的是一种谴责,但这明显不属于行为人应承担的谴责。^[80] 由此可见,量刑责任事实上对刑罚起着限制作用。但问题是,基于特殊预防的需要,刑罚任何情况下都不

[75] 刑罚目的一体化理论将犯罪人视为一个有能力做出自己决定的人,因此在没有明显存在特殊预防的必要性时,责任刑罚完全可以满足大多数情况下阻止犯罪人再次犯罪的需要。Vgl. Jescheck/Weigend, Lehebuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl., 1996, S. 67 ff.; Bruns Hans-Jürgen (Fn. 12), S. 160 ff. 同样,幅度理论也面临如何考虑特殊预防必要性这个问题。参见江溯:“无需量刑指南:德国量刑制度的经验与启示”,《法律科学》2015年第4期,第160页。对幅理论的这些质疑引起了理论界对该理论的批判,甚至出现了替代幅理论的观点,Vgl. Hörnle Tatjana (Fn. 8), S. 23 ff. 同样可以参见 BGHSt 7, 28, 31; 7, 89.

[76] 参见冯军:“刑法中的责任原则”,《中外法学》2012年第1期,第53页以下。

[77] 对此参见 Streng Franz, a.a.O., Rn. 484 f.

[78] 这种裁量刑罚的方法早期在中国也获得了大多数人的赞同,尤其在积极一般预防的背景下,这种采用中等严重程度刑罚的办法更具有一定的意义。参见赵秉志主编:《刑法总论》(第2版),中国人民大学出版社2012年版,第360页。在德国,Frisch 对由此带来的各种问题进行了深入的讨论,Vgl. Frisch Wolfgang (Fn. 44), S. 343, 362 f., 372 f.

[79] Frisch 认为这里的谴责不是对行为人错误行为的判定,而是对其所从事行为的责难,这种行为无论从法律角度,还是从社会伦理角度都具有非难性。Vgl. Frisch Wolfgang, Voraussetzungen und Grenzen staatlichen Strafens, NStZ 2016, S. 16.

[80] Hörnle Tatjana, Straftheorien, 2011, S. 33, 35, 42 f. 还可以比较该作者最近的论述,Hörnle Tatjana, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 2013, S. 49 ff. 对此,即便从公正性上来看,禁止明显逾越责任界限的刑罚也符合法治国的原则。

允许逾越责任的下限吗?

这一关键问题,不但理论上引起了长期的争议,而且量刑实践的做法也前后不一致。从德国的实际情况来看,尽管有时候判决禁止逾越责任界限而判处刑罚,但更多时候却表现出了对这种逾越的肯定和支持。^{〔81〕}由此可见,禁止逾越责任判处刑罚并没有表现出特别的说明力,甚至很长时期以来,法律体系已经认可了这种观点和做法。^{〔82〕}而且实践中也存在通过诉讼或者某些特定方式,从而放弃责任刑罚的可能,比如对超过追诉时效的行为不再追诉等。但问题是,为什么不能存在这样一种可能,即通过逾越责任刑罚的界限,从而放弃施加部分与责任相适应的刑罚呢?对此需要说明的是,与放弃责任刑罚一样,逾越责任限制的刑罚也只是在特定的范围内才会出现,而且还需要具备充分的理由。比如,行为人取得了被害人的谅解,或者与被害人达成了赔偿协议等。事实上,这些情节与行为人实施行为时的责任并没有任何关系。因此量刑实践中,与这些情节的严重程度相对应,逾越责任界限的刑罚也是合理的。

这样的话,我们就需要对根据责任确定的刑罚做进一步的思考。在这样的前提下,我们需要将责任刑罚放在一个更广泛的量刑根据联系中,从而将刑罚理解为一种重建法秩序,或者维持法秩序有效性,或者促进公众法意识养成的一种手段。^{〔83〕}这样思考的出发点是:对国家来说,裁定与施加责任刑罚并不是目的本身,对诸如已经取得被害人同意,或者积极赔偿的行为人来说,国家没有必要只在责任的限度内,对他们重建法秩序的有效性或保持公众的法意识采取措施。^{〔84〕}因此量刑实践中,裁量者对这些逾越责任界限,可能对行为人施以轻微刑罚或免除刑罚的情节必须考虑。对这些情节来说,尽管法条自身或者在其他地方已经做了相应的规定,但它们同样也应作为量刑的情节来考虑。比如我国《刑法》第241条第6款规定,收买被拐卖的妇女、儿童,对被买儿童没有虐待行为,不阻碍对其进行解救的,可以从轻处罚;按照被买妇女的意愿,不阻碍其返回原居住地的,可以从轻或者减轻处罚。另外,针对诉讼中违反诉讼期限而延长羁押的情况,按照责任刑罚的要求,该期间理应视为已经执行刑罚的一部分,因此

〔81〕 理论上对此争议的有代表性的论述: *Bruns Hans-Jürgen* (Fn. 12), S. 316 f., 322 f.; *Hörnle Tatjana* (Fn. 8), S. 335 ff., 339 ff.; *Hardinghaus Alexander*, *Strafzumessung bei Aufklärungs- und Präventionshilfe*, 2015, S. 130 ff. 另外,判决实践对是否禁止逾越责任的界限表现出了前后不一的态度。对此参见 BGHSt 24, 132, 134; BGH NJW 1977, 1247; 1978, 174, 175; BGH NSTz 1986, 162. 针对判决这种情况,理论上给出了详尽的评价, Vgl. *Streng Franz*, a.a.O., Rn.472 f.

〔82〕 *Frisch Wolfgang* (Fn. 45), S.24.

〔83〕 这种对责任刑罚的功能性理解,与作为量刑责任根据的不法有责情节的范围相关。作为量刑责任依据的情节,它们并非仅限于犯罪论中的不法和有责,其他情节同样影响刑罚。 Vgl. *Frisch Wolfgang* (Fn. 1), 494 ff.; *Schönke/Schröder/Streel/Kinzig*, a.a.O., § 46 Rn. 13 f; *Giannoulis Georgios*, *Studie zur Strafzumessung*, 2014, S. 12 ff.

〔84〕 因为国家不需要完全在责任刑罚幅度内实现刑罚的目的,因此以责任刑罚为背景出现了一种新的刑罚观念,即:刑罚目的是为了重建法秩序的有效性,这种刑罚观只是在关注责任刑罚连接点的事实中被淹没了。 *Frisch Wolfgang* (Fn.45), S.24. 对此观点的评论, Vgl. *Kaiser/Schöch/Kinzig*, *Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug*, 8. Aufl., 2015, S. 151 ff.

这部分时间同样是量刑的一个情节。由此可见,在根据责任确定刑罚的过程中,个别逾越责任限制的刑罚仍表达了刑罚只是重建法秩序,或者维护法秩序有效性的手段。这种情况下,行为人即便承担了责任限度内的刑罚,但这对刑罚目的的实现却没有任何必要性。

三、基本结论

由于欠缺对量刑责任的功能化理解,在根据犯罪论中责任的基本概念和范畴理解和建构量刑责任的过程中,量刑责任从未获得一个确定性的内涵和判断依据。事实上,受刑罚目的的影响,量刑领域内的责任是从可比较性和量上,对犯罪论中的不法和有责进行了功能性调整和差异化处理。因此,与犯罪论中的责任相比,量刑责任是一个具有更广泛内涵和功能性的概念。

在确定刑罚的过程中,量刑责任对各种影响不法有责的情节进行了严重程度度的阶层化判断,从而使国家动用轻重不同的刑罚反应成为可能;另外,量刑责任融合了不同的预防目的,从而满足了责任刑罚中考虑预防的必要性。受量刑责任功能化的影响,犯罪论体系从对不法有责可进行分类的体系,逐渐转向了对其可比较和能够确定其程度的体系。因此,量刑也相应地被理解为对不法有责重新确定具有可比较和能够量化的一种活动。

Abstract: In the field of sentencing the liability is generally understood with the basic concept and categories of liability in the criminal theory, but whether its understanding basis or its estimation basis cannot provide the deterministic conception for the liability in field of sentencing. In fact, with the influence of purpose of penalty, the sentencing liability adjusts functionally and treats differently the basic categories of liability in the criminal theory from the comparability and quantity. Therefore, the sentencing liability has more broadly connotation of concept and functionality. It can be mainly proved: from the comparability and quantity, sentencing liability is responsible for the strata determine of varieties of circumstances, so that the countries can possibly take action with different severity of penalties; on the other hand, it merges with preventive purposes, so that it meets the demands for consideration of prevention in the liability.

Key Words: Unlawfulness and Liability Sentencing Liability; Functional Adjustment; Strata Determine; Demands of Prevention

(责任编辑:江 溯)