

量刑原理中的罪刑均衡与犯罪预防关系再论

李冠煜, 顾家龙

(华中师范大学法学院, 湖北武汉, 430079; 湖北省宜城市人民检察院, 湖北宜城, 441400)

摘要: 在量刑理论研究成果的基础上和量刑规范化改革的背景下,有必要再次探讨罪刑均衡与犯罪预防之间的关系。随着“幅的理论”和“点的理论”逐渐趋向融合,我国的量刑原理只需适当借鉴这两种学说的部分内容,以前者为起点,以后者为终点,来消解罪刑均衡与犯罪预防之间的矛盾。根据并合主义和消极的责任主义,预防犯罪的考虑不能逾越罪刑均衡的限制;除非特别预防的必要性很小,否则不得减轻处罚;当两种预防的需要不一致时,只能结合罪行轻重和具体情节进行慎重判断。以此为契机,为全面实现量刑公正,必须进一步完善《关于常见犯罪的量刑指导意见》。

关键词: 幅的理论; 点的理论; 罪刑均衡; 一般预防; 特别预防

中图分类号: D924.11

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2018)03-0049-09

在德、日等国的量刑原理中,长期存在着“幅的理论”(Spielraumtheorie)和“点的理论”(Punktstheorie)的分歧。近年来,这一争论对我国量刑理论产生了较大影响,有的学者支持“幅的理论”^[1,2],有的学者倾向“点的理论”^[3,4],还有学者主张应当摆脱这两种学说的表面争议,着力研究适应我国量刑规范化改革的理论体系^[5,6]。的确,我国的量刑规范化改革正在被持续推进。2017年4月,最高人民法院发布了修订后的《关于常见犯罪的量刑指导意见》(以下简称《量刑指导意见》),又于2017年5月印发了《关于扩大量刑规范化罪名和刑种试点的通知》。此后,天津、浙江、湖北等地的高级人民法院陆续完善了各自的《〈关于常见犯罪的量刑指导意见〉实施细则》。在这一背景下,必须全面分析“幅的理论”和“点的理论”的各自利弊^[7],深入探讨调和两种学说的合理路径,合理构建适合于我国的量刑原理,妥善处理罪刑均衡与犯罪预防之间的关系,进一步提高量刑规范化水平。

一、量刑原理的对立与调和

量刑原理是研究如何处理责任和预防关系的理论^①。随着量刑实践的变化和量刑理论的发展,“幅的

理论”和“点的理论”逐渐从对立走向融合。

(一) 量刑原理的对立

所谓“幅的理论”,又称为“责任范围理论”(Schuldrahmentheorie)或“活动空间理论”。简单说来,是主张责任刑是有幅度的,法官应当在这种幅度范围内考虑预防犯罪的目的,并决定最终刑罚的观点。其特色在于:①反映了相对的报应刑论或并合主义的观点,意图在责任报应和预防犯罪之间取得平衡;②刑罚必须与责任相适应,责任具有刑罚限定机能;③责任刑是一个幅度,客观上以幅度的形式存在;④在责任刑幅度的范围内存在不止一种与责任相适应的刑罚,并只能在其中考虑预防犯罪的目的。

而所谓“点的理论”,又称为“点刑罚理论”(Theorie der Punktstrafe)或“点刑罚论”。一般认为,主张责任刑是一个点,法官只能在不过分偏离这一点的范围内根据预防犯罪的目的修正责任刑,并决定最终刑罚的观点。其特色在于:①曾经以绝对的报应刑论为根据,如今与目的主义结缘;②刑罚还是应该同责任相适应,但责任刑沦为思维上的逻辑起点;③责任刑是一个点,客观上以精确的点的形式存在;④在不过分偏离作为点的责任刑的伸缩范围内,可以考虑预防犯罪的目的。

“点的理论”对“幅的理论”展开了以下批判:

收稿日期: 2017-09-07; 修回日期: 2017-10-07

基金项目: 中央高校基本科研业务费项目“湖北省农村基层干部受贿罪量刑规范化实证研究”(CCNU16A06029)

作者简介: 李冠煜(1982—),男,湖北武汉人,法学博士,华中师范大学法学院副教授,主要研究方向:刑法学;顾家龙(1965—),男,湖北宜城人,湖北省宜城市人民检察院党组副书记、副检察长,主要研究方向:刑法学,联系邮箱: lee77gy@163.com

一是以法官的认识能力有限而无法确定责任刑的点为由,主张其客观上是一个幅度,论据不充分;二是以责任刑本来就是一个幅度为由,论证“幅的理论”的妥当性,实际上没有正确把握责任的实体;三是与对责任刑幅度的约束力的怀疑相关,认为可以通过在其中考虑预防目的而把刑罚决定在某个点上的想法,也许过于乐观。

对此,“幅的理论”进行了如下反驳:一是既主张应当确定精准的责任刑的点,又承认可以找到责任刑的点的近似值,有自相矛盾之嫌;二是把责任作为量刑过程中观念上的起点,尽管不违反“点的理论”的初衷,但已开始具备“幅的理论”的思维;三是允许在责任刑点附近考虑预防犯罪的目的,但没有说明如何确定预防刑的点,从而难以避免“幅的理论”的窘境。

(二) 量刑原理的调和

自从这两种学说问世以来,就有学者努力地对其进行调和。例如,“位置价值说”(Stellenwerttheorie)正是基于此种考虑而被提出的。基于上文分析可知,“幅的理论”和“点的理论”的确存在着某些共通之处。

1. 根据相同

“幅的理论”以相对的报应刑论为根据,希望能够协调责任与一般预防、特别预防之间的关系。“点的理论”有新旧之分,旧说以绝对的报应刑论为根据,新说以相对的报应刑论为根据。因此,两种学说的对立并不等于相对的报应刑论和绝对的报应刑论的对立。

2. 前提相同

“幅的理论”以责任相当刑为前提,认为与责任相适应的刑罚是一个幅度。因为不能准确决定责任刑的点,所以只好把它推测为一定的幅度。“点的理论”也以责任相当刑为前提,不同的是,它认为与责任相适应的刑罚是一个点。但是,要求法官精确地找到责任刑的点,显然是强人所难。于是,只得退而求其次,在结果上接受一个不那么精准的责任刑。因此,两种学说的对立也不等于责任刑的幅度和责任刑的点的对立。

3. 构造相同

两种学说的思维顺序同为:首先确定责任刑,然后用预防刑调整责任刑,最后得到宣告刑。这意味着,它们的理论构造大体相同,行为责任和预防目的都是量刑基准。换言之,在以责任刑为基础,在其限度内根据预防性考虑确定最终刑罚这点上,二者是一致的。

4. 任务相同

根据“幅的理论”,虽然在责任刑的幅度中不能具体确定预防犯罪所需要的刑罚,但是,法官绝不会按照责任刑幅度的原样对被告人判刑。不言而喻,即使采用该说,在德国、日本的现行法之下,法官最后也应当将刑量决定在一点上^[8]。而根据“点的理论”,虽然在责任刑点的周边同样很难确定为了预防犯罪需要偏离点的程度,但法官也不会满足仅以点为核心确定上限和下限之后,就这样对被告人宣告刑罚。因此,两种学说在打算通过准确确定责任刑和预防刑,以决定唯一的宣告刑这点上,也是一致的。

总而言之,现在有不少学者认为,这两种学说的争论实际上是没有意义的^[9],仅仅是说明方法的不同^[10]。由于“‘幅的理论’仅在其出发点上——换言之,在对具体的行为不存在一定的刑量这点上——是正确的”^[11],所以,应当以“幅的理论”为起点,以“点的理论”为终点来重新设计量刑原理。于是,“现在的理论状况从‘幅的理论’和‘点的理论’之间的全面争议,转向与其完全不平行的、能否只用责任刑决定刑量的重点讨论”^[8](96-97)]。显然,通过适当借鉴两种学说的部分内容,对我国处理罪刑均衡与犯罪预防之间的关系至关重要。

二、罪刑均衡与一般预防

基于对责任主义的机能和预防犯罪的效果的不同预期,可以将刑法分为责任报应刑法和责任预防刑法两类^[12]。简言之,前者侧重责任主义的积极机能,后者侧重预防目的的积极效果。可见,责任机能和预防效果之间具有密切联系。这里又涉及以下三个问题。

(一) 罪刑均衡能否满足一般预防的需要

通常情况下,与罪行相均衡的刑罚可以实现一般预防的目的。责任报应刑法的主张者就认为:“根据一般的理解,刑罚是一种痛苦,它实现了相对于行为人而言的可抵偿的公正;如果刑罚与‘罪责’,也就是说与由行为人实现的不法的量相适应,刑罚的这一任务才能被实现。此等意义上的公正的刑罚以理想的方式考虑到一般预防的愿望,这并没有得到证明,但可以屡次推测之。”^[13]对此,责任预防刑法的支持者同样认为,一般预防的要罚性依存于由犯罪行为所表现的社会平稳秩序的危险化大小。一般预防性量刑首要的是法益侵害的程度即不法的严重性,次要的是行为所表现的犯罪能量^[14]。

可见,大部分学者在这点上没有原则上的分歧,

与罪行轻重相适应的刑罚在经验上会被一般公众接受。贝卡里亚(Cesare Beccaria)曾经呼吁:“犯罪对公共利益的危害越大,促使人们犯罪的力量越强,制止人们犯罪的手段就应该越强有力。这就需要刑罚与犯罪相对称。”^[15]所以,罪刑均衡是追求一般预防目的的前提,只有排斥片面重刑化和轻刑化(即其所说的“赏罚上的分配不当”)的量刑,才能产生一般预防的效果。

然而,承认罪刑均衡能够带来一般预防的功效,并不代表可以用一般预防取代责任概念。即不管如何重视预防目的,都应该维持责任和一般预防的概念区分。主要理由如下^[16]。

其一,若以一般预防之需求替代罪责概念,则将破坏罪责概念所包含的价值结构,同时也将破坏法治国刑法原则上所需要的价值结构。一般预防的思维只能建立工具理性上的有益性(zweckrationale Nützlichkeit),无法建立刑罚之价值理性的可赞同性(wertrationale Vertretbarkeit)。

其二,刑法在何等条件之下才能够发挥一般预防的效应(换言之,制裁比率能降到什么程度),才不会丧失刑法之一般预防效力,这些问题到目前为止都还没有得到答案。在罪责原则有效的前提之下,个人的预测可能性可以得到保障。

其三,惟罪责原则可以防止国家也为了有效地、预防性地保障法益而惩罚行为人根本无法避免的、即个人可责性不存在的犯罪行为。在完全独立于预防概念的情况之下,罪责导致刑法的法治国意涵变得详细多了。

其四,不能经由刑罚之工具性的适用而缩小合理的一般预防至训练遵守规范之目的,“有责性”的系统范畴可以有意义地结合罪责与预防,但此两种因素无法被还原至同一个原则。

据此,在区分责任和预防的前提下,一般预防的价值不能代替责任原理的价值。即便倡导“答责性”的概念,一般预防的必要性仍要受到责任主义的约束。所以,责任并非一般预防的派生物,一般预防所需要的刑罚也不等于同罪行相均衡的刑罚。主张用一般预防置换罪刑均衡,不仅可能得出和绝对的报应刑论相同的结论,而且忽视了量刑时特别预防的作用。

(二) 一般预防的考虑能否接近或突破责任刑的上限

既然刑罚达到罪刑均衡的要求就可产生一般预防的效果,那么,这种效果对量刑有多大影响,值得研究。

1. 在责任刑的范围内,能否单独考虑一般预防的目的?

关于这一问题,“幅的理论”和“点的理论”一般都持否定回答。例如,前者指出:“假如像康德以及追随他的今天大部分通说所主张的那样,给予科刑中考虑一般预防的余地,由于违反人类尊严而不论在什么场合都不允许的话,难以将其正当化。……个人不是国家权力的客体,在承认其主体地位的法秩序中,个人不能被轻视为仅仅是威吓的手段。”^{[9](31)}于是,为了尊重人的主体性和谋求量刑的正当化,必须严格限制量刑中一般预防的思想。后者则指出:“将责任刑决定在一点之后,可以判断其具体的量刑对行为人是有害还是无害,特别预防的考虑在此意义上,能够对以责任刑为起点的、被修正的最终刑罚产生影响。在我看来,量刑判断完全是责任和特别预防的二元构成。”^{[8](108)}那么,为了追求精确的量刑和充分发挥责任主义的机能,一般预防作为独立的目的应当被排除在量刑阶段之外。

其实,无论基于哪种立场,否认量刑时直接考虑一般预防的必要性,都是出于用责任刑限制预防刑,防止以一般预防为由而使行为责任过重的需要。这又与下面两个问题息息相关。

2. 能否因为一般预防的必要性大,而超过责任刑的上限加重处罚?

虽然“幅的理论”主张者原则上排斥独立的一般预防目的,但在是否认可根据一般预防的考虑而加重责任刑的问题上,存在分歧。

“否定说”认为,量刑时优先考虑特别预防,并不意味着轻视或无视一般预防。因此,考虑以刑的法定阶段的一般预防为前提的特别预防,(在责任的幅度中)基于特别预防的观点推导出的最终刑同时也满足一般预防的要求。换言之,一般认为,量刑阶段的一般预防“不是目的,而是作为结果具有伴随刑罚的机能”^{[11](129)}。而“肯定说”认为,责任是对该行为来自社会的非难,假如其实态为作为先验的伦理判断的非难或公众怀有的非难感情,那么正如其所指出的,为责任量提供基础的情节与一般预防的要素事实上重合的部分很多。因此,在其论证中,将一般预防的要素在加重刑罚的方向上直接地考虑与介入责任判断后再间接地考虑之间的异同,成为问题。不如认为,如果为责任量提供基础的情节与一般预防的要素事实上大多重合,那么,介入责任的间接考虑同不介入责任的直接之间的区别是微妙且困难的^[17]。

因此,“否定说”以责任刑能满足一般预防的要求为前提,坚决否定根据一般预防的目的加重或从重处

罚。“肯定说”则以事实上难以区别一般预防的直接考虑和间接考虑为切入点,明确承认实务上存在根据一般预防的考虑而加重刑罚的情况。笔者认为,“否定说”总体上是可取的。

首先,基于消极的责任主义的立场,应该重视保障罪犯的人权,所以,以一般预防的必要性大为由对其加重处罚,显然是把他当作实现刑罚目的的工具。这不仅违反责任主义,而且侵犯人类尊严。

其次,基于一般预防论的自身弊端,应该限制其对提升责任刑程度的影响。无论是消极的一般预防论还是积极的一般预防论,都可能导致处罚的严厉化。所以,以一般预防的必要性大为由对行为人加重处罚,会产生不合理的重刑。

再次,基于“幅的理论”的本意,应该将一般预防的考虑约束在责任刑的幅度中。按照德雷埃尔(Eduard Dreher)的观点,各种刑罚目的只能在责任刑的幅度中发挥作用,可接近甚至达到其上限或下限^{[11](89)}。假如允许根据一般预防的考虑突破其上限,会造成责任刑幅度的崩溃。即便把作为幅度的责任刑视为量刑的必经程序,上述做法也会造成责任刑在观念上的淡化。

最后,基于我国现行刑法的规定,更应把一般预防的考虑置于罪刑均衡的评价之下。易言之,我国新刑法没有规定加重处罚,旨在防止重刑主义的泛滥和维持多层次的法定刑体系^②。那么,认可一般预防需要的刑罚超过与罪行相适应的刑罚,就违反了罪刑法定原则。所以,出于一般预防的需要而打破罪刑之间的平衡,使刑罚趋于严厉,在我国是绝对不允许的。

3. 能否因为一般预防的必要性较大,而在责任刑的范围内从重处罚?

对此,“幅的理论”内部的意见也不统一。一种观点认为,在否定基于一般预防的考虑而加重刑罚的同时,也否定了在责任刑的幅度范围内从重处罚的可能。另一种观点则主张:“诸如具有流行性、传播性、营利性的犯罪类型在某种程度上容易增加一般预防的实体,在责任幅度的范围内很有必要进行具体的一般预防的考虑。”^[18]

笔者赞同后一见解。诚然,尊重被告人权利的最基本要求以及考虑法定刑和特殊预防具有的一般预防效果,可以说明不能因为一般预防的必要性大而从重处罚^[19]。然而,正如肯定意见所言,量刑时尽管不应考虑抽象的一般预防(如强烈的报应情感、大众媒体的报道等),但可以考虑具体的一般预防(如行为的模仿可能性大、损害公众对特定行业的信赖等)。根本原因在于,这种一般预防的必要性在一定程度上增加了行

为的非难可能性,所以应当对其予以更重的社会危害性评价。作为犯罪的本质特征,社会危害性具有可变性,其大小会随着社会关系的变动而变化。在特定时期的社会形势下,根据治安恶化或影响恶劣等反映一般预防目的的事由对行为人从重处罚,实际上是承认行为人敢于在此形势下实施的犯罪具有更大的社会危害性(如主观恶性更大、客观危害更加严重)。虽然有必要准确划分责任刑情节和预防刑情节,但二者的区别是相对的,尤其是体现一般预防必要性的情节,延续着责任刑情节的威慑和教育效果。因此,通过间接考虑一般预防的必要性大而确定某种情节提升了行为的可谴责性,可以在责任刑的幅度内对行为人从重处罚。

(三) 一般预防的考虑能否接近或突破责任刑的下限

尽管“幅的理论”没有讨论这一问题,但一般预防的必要性小就表明行为的危害性不大,对其可以在责任刑的幅度内从轻处罚;至于能否减轻处罚,则取决于体现特别预防的情节;若以一般预防的必要性小为由而在责任最低刑之下处罚,就意味着在与罪行相适应的刑罚之外单独考虑一般预防的目的,既违反禁止重复评价原则,也会导致量刑畸轻。

对于上述问题,有的学者根据“点的理论”表示赞成:“能否因为一般预防的必要性小(如没有蔓延的可能性,难以被其他人效仿),而在责任刑(点)之下从轻处罚?本文对此持肯定回答。并合主义原本就是为了避免不必要的刑罚而产生的。既然一般预防的必要性小,就没有必要科处较重的刑罚。基于并合主义所形成的点的理论,正是为了能够在点之下判处较轻的刑罚,甚至免除刑罚。所以,只要采取点的理论,就必然对上述问题持肯定回答。以家喻户晓的许霆案为例,之所以减轻处罚,一个很重要的根据是,对许霆利用自动取款机的故障实施的盗窃行为,几乎不存在模仿的可能性;就路人皆知的邓玉娇案而言,之所以免除处罚,一个很重要的根据是其行为缺乏蔓延的可能性。”^[20]不过,笔者认为,这种观点的论据和结论都值得商榷。

第一,假如认为基于并合主义的“点的理论”有利于判处较轻的刑罚,那么,同样基于并合主义的“幅的理论”也有利于判处较轻的刑罚。因为两种学说如今都以“并合说”或相对的报应刑论为基础,不存在“幅的理论”等于绝对主义、“点的理论”等于相对主义或者相反的对立关系。但是,“幅的理论”不会因为一般预防的必要性小而减轻责任刑。之所以能减轻处罚,是因为存在其他的反映人身危险性小的情节。其

实,这在“点的理论”中也是一样的。所以,采取并合主义,并不表示能够任意地减轻或免除处罚。

第二,“幅的理论”所谓的低于责任幅度下限的量刑或“点的理论”所谓的在责任点之下量刑,与我国刑法中的减轻处罚具有不同的内涵。前者是指用预防刑调节责任刑,后者是指用减轻处罚情节调节基准刑^⑧;前者的参照标准是责任刑的下限,后者的参照标准是法定刑的下限。因此,认为只要采用“点的理论”,就便于减轻处罚或免除处罚,不免使人有生搬硬套之感。“许霆案”和“邓玉娇案”的判决是由行为的社会危害性和行为人的危险人身危险性决定的,与是否运用“点的理论”没有必然联系。

第三,许霆被减轻处罚和邓玉娇被免除处罚的根据在于其所有的犯罪情节,而不仅仅是行为的模仿可能性或蔓延可能性。例如,“许霆案”的重审判决书载明,因为他的客观行为不同于有预谋或采取破坏手段盗窃金融机构的犯罪,主观恶性尚不是很大,所以对其减轻处罚^⑨。同样,邓玉娇系部分刑事责任能力人,且具有防卫过当、自首等法定从宽情节,决定了一审法院对其免于刑事处罚^⑩。

总之,鉴于量刑原理的具体内容和一般预防的实现方式,可以由于一般预防的必要性小而在接近责任刑幅度下限的地方量刑,但不得突破责任刑幅度的下限量刑。

三、罪刑均衡与特别预防

在量刑原理中,责任和特别预防的关系一直都是讨论的热点。在我国,罪刑均衡与特别预防的关系历来也是刑事责任理论的研究重心。“刑法第5条中的‘刑事责任’,既指犯行责任,也指量刑责任。犯行责任是表现在不法之中并与不法相一致的责任,是具有责任的不法,它在法定刑的档次和幅度内确定了基准刑。量刑责任是表现在犯行前后的行为之中、虽然不属于不法的内容但是与规范承认相一致的责任,它确定了处断刑。犯行责任与量刑责任都与规范承认相关,都是责任。”^[21]所以,犯行责任(即狭义的责任)被反映在量刑责任(即广义的责任)之中,应该在后者的框架内探讨罪刑均衡与特别预防的关系。

(一) 我国刑法理论语境下的罪刑均衡与特别预防

在此有三种见解值得注意:

观点一主张,刑事责任的目标包括报应和预防两个方面。前者体现在社会危害性根据上,后者体现在

人身危险性根据上。其中,社会危害性是主要根据,人身危险性是次要根据。当然,这种关系也并非一成不变^[22]。

观点二主张,刑罚个别化原则指审判机关应当根据罪行的社会危害性程度和犯罪人的人身危险性大小,在相应的法定刑范围内判处适当的刑罚。我国刑罚个别化原则的特点在于,量刑时既要根据现实罪行轻重和客观危害大小,又要考虑人身危险程度及改造难易,对实施同种犯罪的不同犯罪人判处各别的刑罚^[23]。

观点三主张,刑罚个别化的实质在于,要对犯罪人处以与其人身危险性大小相当的刑罚。因此,刑罚个别化中仍然体现着罪刑均衡性,只是这种均衡不同于古典学派所主张的罪刑均衡。只有将社会危害性与人身危险性即刑罚一般化与刑罚个别化统一起来,才能将罪刑均衡建立在更为可靠的逻辑基础之上,达到理论上的圆满与贯通^[24]。

显然,第一种观点只是从表面上协调了社会危害性和人身危险性的关系,没有深入研究在何种情形下可以基于特别预防的考虑而突破罪刑均衡的约束。既然社会危害性是首要根据,那么原则上不能以预防再犯为由对其进行修正。既然人身危险性是次要根据,那么例外地偏离罪刑均衡的程度必须受到限制。否则,不仅会忽视刑罚个别化,使量刑变成绝对的报应刑,而且会破坏罪刑均衡,使量刑沦为特别预防刑。而第二种观点所谓的刑罚个别化有别于近代学派倡导的刑罚个别化,还包含了罪刑均衡的内容。尽管论者主张根据社会危害性和人身危险性的大小量刑是正确的,但将其统一在“刑罚个别化”之下,依然没有提供解决责任刑和特殊预防刑矛盾的思路。第三种观点同第二种观点存在同样的不足,虽然论者所述的罪刑均衡已经包括了古典学派主张的罪刑相适应和近代学派主张的刑罚个别化,但他只是更新了罪刑均衡的含义以及把社会危害性和人身危险性统一在“罪刑均衡”之下,没有触及解决责任和特别预防不一致的方法。

其实,将社会危害性和人身危险性统一在“刑罚个别化”或“罪刑均衡”之下的笼统表述,都不利于责任和特别预防关系的现实处理。因此,需要考察特别预防刑突破责任刑的具体情形。

(二) 特别预防的考虑能否接近或突破责任刑的上限

既如前述,日本学者井田良认为,在特定情况下,可以通过考虑特别预防的目的高于责任刑幅度的上限或低于其下限量刑。然而,德国学者迪茨(Heinz Müller-Dietz)认为,不能逾越责任的上限这一规则早

就根据责任原理的基础形式和法治国的机能明确了。在此范围内,责任的框架对一般预防和特别预防的目的设置了绝对的界限。因此,考虑特别预防的观点同样作为原则,只应在责任的范围内进行^[25]。

此外,实务界也有两种截然相反的态度。否定意见认为,若从犯罪轻重的观点来看,在严重犯罪中,特别重视再犯可能这种特别预防的考虑后,加重刑罚而成为问题的场合不多。像杀人与放火、强奸等严重犯罪的再犯可能成为问题的这些案件,由于是同种前科和同种案件被追加起诉的案件,所以,即使被给予较重的量刑,也难以评价为是与责任刑的考虑分开的、特别重视特别预防的情节后进行的量刑。肯定意见则认为,在单独案件的层面上,从轻微到中等程度的案件中,特别重视再犯可能这种特别预防的情节而加重刑罚,容易出现問題。因为在这种类型的案件中,责任刑本身就不重,假如判处重刑,就容易作为重视再犯可能而科处重刑的问题被提出。在此,实务上主张,研究以前述的客观要素为中心的再犯可能的有无,根据其客观资料认定再犯可能达到相当程度时,按照再犯可能的内容,肯定加重其刑罚一两个档次的做法。但是,既然以行为责任主义为前提,那么根据特别预防的观点,科处超过责任刑这样的量刑,应当慎重^{[17](30)}。

理所当然的是,以特别预防的必要性大为由,超越责任刑幅度的上限量刑是不合适的。这既损害了责任的刑罚限定机能,又有违报应正义的要求。主张以特别预防必要性大而判处重刑,实际上是认可特别预防的考虑凌驾于责任判断之上。无限制地考虑特别预防,其结果将是对责任原理的背弃。这是责任报应刑法和责任预防刑法都不能允许的。而且,责任主义的形同虚设会导致对犯罪人处以不人道的刑罚,这也是“幅的理论”和“点的理论”无法容忍的。所以,特别预防所需要的刑罚不能超过与罪行相应的刑罚上限。

不过,至于能否由于特别预防的必要性较大而在责任刑的范围内从重处罚,本文持肯定回答。因为影响特别预防的因素不是影响责任的要素,在根据罪行轻重确定责任刑后,再以特别预防的必要性较大为由,在责任刑的幅度内从重处罚,既不违反禁止重复评价原则,也不违反消极的责任主义。

(三) 特别预防的考虑能否接近或突破责任刑的下限

关于这一问题,理论界和实务界普遍持支持态度。

首先要探讨的是,能否因为特别预防的必要性很小而低于责任刑幅度的下限量刑?尽管“幅的理论”

和“点的理论”的论证方式不同,但对此均表示赞同。前者主张,根据原理性的考察,低于责任幅度的可能性从一开始就存在。原因在于,考虑“行为人将来的社会生活”时,有必要在责任幅度之下量刑;而且,不损害责任主义的保护机能也可以实现^{[9](129)}。可见,这样做完全符合《德国刑法典》第46条第1项后段的规定。而后者主张,在低于可罚的责任的范围内,之后的量刑判断将行为人的行为和人格和行为后的情况作为判断资料,专门根据特别预防的观点决定量刑。因此,刑的量定把重点放在设法调整最佳发挥犯罪的一般抑制效果的可罚的责任和特别预防的考虑上^[26]。那么,在量刑判断的构造上,就只应当考虑可罚的责任和特别预防。

根据消极的责任主义,超过责任刑幅度的下限量刑无疑有利于罪犯的再社会化,虽然在一定程度上打破了罪刑之间的均衡,却并不违反立法者的本意。事实上,只要采取消极的责任主义,就不可能采取积极的均衡原则。换言之,只要考虑特别预防的需要,即使所宣告的刑罚不与罪行相均衡,也是可能的。当然,考虑特别预防的目的仅限于个别的例外场合,不能有损刑罚的法益保护机能和一般预防的最低要求^⑧。

接下来要探讨的是,能否因为特别预防的必要性较小而接近责任刑幅度的下限量刑?显然,既然可以因为特别预防的必要性很小而突破责任刑幅度的下限量刑,自然也可以因为特别预防的必要性较小而接近责任刑幅度的下限量刑。简言之,如果允许减轻处罚,为什么不允许同样情况下的从轻处罚呢?

四、罪刑均衡与双面预防

假如被告人的一般预防和特别预防的必要性都不大,应当在法官确定的责任刑幅度内从轻处罚;假如被告人的特别预防必要性很小,也可以在法官确定的责任刑幅度以下减轻处罚。但是,可以预见的是,在具体案件中,一般预防和特别预防的必要性可能不完全一致。于是,有必要在罪刑均衡的范围内,研究两种预防之间的关系。

(一) 一般预防的必要性大而特别预防的必要性小时的量刑

在责任刑的幅度范围内,如果行为人的一般预防必要性大,应当处以重刑,但特别预防的必要性小,只需处以轻刑,最后是判处较重刑罚还是较轻刑罚?由于立法者规定的法定刑以及与罪行相均衡的刑罚具有一般预防的效果,所以,在量刑阶段无需单独考虑

一般预防的目的, 除非存在某种情节, 增加或减少了行为的不法性和有责性。换言之, “科刑的目的在仅限于威吓行为人不陷入累犯, 而且, 至少在服刑期间保护社会免于行为人的侵害这点上, 大部分情况下, 特别预防的契机内在于科刑中, 是毫无疑问的事实。但是, 如果更加严密地看, 刑事判决的特别预防内容最终是以一般预防为目的的”^{[9](30)}。这样, 量刑时必须重视由行为人的身危险性(行为人属性)体现的特别预防必要性, 并考虑由行为的社会危害性(行为属性)体现的一般预防必要性。当某种行为的危害性本来就较大时, 即便行为人的再犯可能性不大, 也有可能对其判处重刑, 而非一律根据特别预防的必要性判处轻刑。

例如, 在“袁冬兵、马小亮抢劫案”中, 被告人袁冬兵曾因赌博问题和张文龙产生矛盾, 后其预谋借买骰子给张之机向其强索钱财。2010年5月25日, 被害人陶明受张委托来袁处取骰子。袁开价5000元, 遭拒后对陶拳打脚踢。陶被迫交出自已的江苏银行信用卡, 并说出密码。袁冬兵、马小亮等人于当日挟持陶通过POS机刷卡提现人民币5000元。案发后, 两人先后被公安机关抓获。袁冬兵的近亲属已经代为退出全部赃款给陶明。两人归案后均如实供述了自己的犯罪事实, 主动接受财产刑事处罚。仅就袁冬兵的量刑而言, 一审法院根据有关量刑规定, 首先将其量刑起点确定为4年有期徒刑, 然后考虑其犯罪数额, 把基准刑确定为73个月有期徒刑(数额每增加200元的, 增加1个月刑期), 最后考察结伙抢劫(增加基准刑的5%)、坦白(减少基准刑的15%)、主动退赃(减少基准刑的10%)、主动接受财产处罚(减少基准刑的10%)等量刑情节, 在依法行使一定的自由裁量权以后, 决定宣告刑为4年有期徒刑, 并处罚金人民币5000元^[27]。

可见, 与袁某实施的罪行相均衡的刑罚为6年零1个月有期徒刑, 一般预防的必要性较大; 尽管其具有结伙抢劫的从重处罚情节, 但同时也存在坦白等从轻处罚情节, 整体而言, 他的特别预防必要性较小。虽然如此, 一审法院仍然判处接近责任上限的刑罚。这说明, 在一般预防的必要性大而特别预防的必要性小的场合, 最后的宣告刑也许往往取决于前者。

(二) 一般预防的必要性小而特别预防的必要性大时的量刑

在责任刑的幅度范围内, 如果行为人的—般预防必要性小, 应当处以轻刑, 但特别预防的必要性大, 需要处以重刑, 最后是判处较轻刑罚还是较重刑罚?

与上一问题同理, 尽管量刑时要兼顾一般预防和特别预防, 但不能过于重视一般预防。因为, “刑事立

法和刑事司法活动本身就具有一定的威慑和教育功能, 通过在立法上明确规定何者可为、何者不可为以及现实地对某一(某些)犯罪人定罪和适用刑罚, 在客观上可以对潜在的犯罪人或不稳定分子形成一种警告和威慑, 同时也可以使普通民众知法、懂法, 树立或强化社会公众的守法意识, 从而产生一般预防的效果。在这个意义上, 可以说, 一般预防是在实现特殊预防的过程中无需刻意追求即可自然产生的一个附随效果”^[28]。不过于看重一般预防, 并不代表就将特别预防作为决定量刑轻重的唯一根据。

例如, 在“陈寿军寻衅滋事案”中, 被告人陈寿军于2010年4月4日晚同章涛(在逃)窜至网吧, 发现前几天没给他们买“摇头水”的舒小兵正在上网, 于是对其用言语挑衅, 但舒小兵、黄文璇等人不搭理并离开。陈、章于是阻止其离开, 并殴打黄, 继而双方发生扭打。章从腰间抽出跳刀将被害人黄文璇、舒小兵杀伤, 黄的伤情为轻伤甲级, 舒的伤情为轻微伤丙级。2010年8月3日, 陈寿军被抓获归案。一审法院根据有关量刑规定, 首先将其量刑起点确定为1年有期徒刑, 然后考虑其危害后果, 把基准刑确定为18个月有期徒刑(每增加一人轻伤, 可以增加3~6个月刑期), 最后考察在共同犯罪中的作用(减少基准刑的5%)、有劣迹(增加基准刑的5%)、为吸毒而犯罪(增加基准刑的5%)、当庭自愿认罪(减少基准刑的5%)等量刑情节, 在依法行使一定的自由裁量权以后, 决定宣告刑为1年6个月有期徒刑^{[27](121-126)}。

在本案中, 与陈某实施的罪行相均衡的刑罚为1年6个月有期徒刑, 一般预防的必要性较小; 尽管其在共同犯罪中的作用相对较小, 且有悔罪表现, 但鉴于他曾因涉嫌寻衅滋事被行政拘留15天, 且犯罪动机恶劣, 所以, 总的来看, 他的再犯可能性较大。虽然如此, 一审法院还是判处与责任上限同样的刑罚, 这表明, 在一般预防的必要性小而特别预防的必要性大的场合, 最后的宣告刑并不必然取决于后者。

五、结论

综上所述, 对罪刑均衡与犯罪预防的关系可做如下总结:

其一, 根据并合主义, 最后宣告的刑罚基本不会绝对地与罪行相均衡; 根据消极的责任主义, 考虑预防犯罪的目的不能逾越与罪行相均衡的刑罚上限。

其二, 尽管罪刑均衡可以产生一般预防的效果, 但不能直接考虑一般预防的必要性而加重或减轻处

罚;即使间接考虑一般预防的必要性而从重或从轻处罚,也应当慎重。

其三,罪刑均衡和特别预防明显体现了社会危害性和人身危险性的关系。由于反映特别预防的情节无法说明罪行轻重,因此,考虑特别预防的需要,就有了突破罪刑均衡限制的可能。但是,不能因为特别预防的必要性大就加重处罚,充其量只能从重处罚,因为特别预防的必要性小而减轻或从轻处罚,则是允许的。

其四,虽然特别预防也会产生一般预防的效应,但当两种预防的必要性不完全一致时,如何实现合理的量刑,不可一概而论。具言之,一般预防的必要性大而特别预防的必要性小时,可能由于罪行本身较为严重而判处较重刑罚;一般预防的必要性小而特别预防的必要性大时,可能由于类型判断和个别判断的此长彼消而不一定判处较轻刑罚。

其五,基于调和“幅的理论”和“点的理论”的问题意识,在量刑过程中,应当以前者为起点,以后者为终点来处理罪刑均衡与犯罪预防的关系^⑦。这已明显体现在罪刑均衡、特别预防各自蕴含的思维模式以及《量刑指导意见》规定的量刑步骤之中。

其六,与上述结论有关,为了在实务中处理好罪刑均衡与犯罪预防的关系,全面实现量刑公正,还必须进一步完善《量刑指导意见》,如强化判例的指导作用以精确量刑起点幅度的认定,增设食品安全犯罪、环境犯罪、贪污贿赂犯罪的量刑规范以提高量刑规范化的水平,明确有期徒刑和无期徒刑、死刑的转化机制以扩大量刑基准的适用范围。

注释:

- ① 量刑原理以责任和预防的关系为主线,以此为研究课题的文献很多,最具代表性的有 Bruns Hans Jürgen 的 *Strafzumessungsrech.* 2. Aufl., 1974。小池信太郎的《量刑中犯行均衡原理和预防的考虑——以日德最近各种见解的研究为中心(1、2、3)》,《庆应法学》,2006(6),2008(9),2008(10),等等。部分成果已为我国学者所吸收,如冯军的《量刑概说》,《云南大学学报(法学版)》,2002(3)。张明楷的《责任刑与预防刑》,北京大学出版社,2015年,等等。
- ② 关于我国刑法不规定加重处罚情节的具体理由,请参见高铭喧的《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》,北京大学出版社,2012: 246-247。
- ③ 根据《量刑指导意见》的有关规定,按照罪责刑相适应原则,量刑情节对基准刑的调节结果在法定刑幅度内的,可以直接确定为宣告刑;如果具有应当减轻处罚情节的,就在法定最低刑以下确定宣告刑。
- ④ 广东省广州市中级人民法院(2008)穗中法刑二重字第2号刑事判决书。
- ⑤ 湖北省巴东县人民法院(2009)巴刑初字第82号刑事判决书。

- ⑥ 这里还存在“消极的肯定说”和“积极的肯定说”之争。前者重视量刑判断的平等性,承认责任刑幅度下限的约束力,认为能够根据特别预防的考虑在责任刑以下量刑,应该限制在缓刑、酌量减轻等法律特别认可的场合。相反,后者重视被告人的再社会化或针对行为人规范意识的觉醒、强化,认为责任刑只具有限定刑罚上限的机能,应当在原则上承认根据特别预防的考虑在责任刑之下量刑(参见远藤邦彦《量刑判断过程的总论研究(第3回)》,《判例时报》,2005(1186): 29-30)。笔者原则上赞成“消极的肯定说”的思路,但不主张仅限于法律有特别规定的情形。
- ⑦ 德国学者彼得斯指出,现实中运用“幅的理论”的方法有“补充理论”(Ausfüllungstheorie)和“限定理论”(Begrenzungstheorie)之别。前者先根据报应原理划定刑罚幅度的大小,再按照预防目的确定最终刑;后者先根据预防目的决定刑罚幅度,再按照正当报应的程度进行限定(转引自城下裕二《量刑基准的研究》,东京:成文堂,1995: 99页注(51))。然而,很难想象根据预防目的怎样确定刑罚幅度的范围,其结果,要么是暗自引入责任评价,要么是把责任概念和预防目的合二为一。所以,笔者初步认为,在量刑时宜把“幅的理论”作为“补充理论”,这样也利于同“点的理论”的衔接。

参考文献:

- [1] 王良顺. 论量刑根据——兼及刑法第61条的立法完善[J]. 法学家, 2009(5): 75-82.
- [2] 刘远. 量刑原理探究[J]. 甘肃政法学院学报, 2009(5): 1-11.
- [3] 肖世杰. 论刑法“报应限制功利”原则在配刑种的实现——“点刑罚”理论之提倡[J]. 湘潭大学学报(哲学社会科学版), 2004(1): 92-95.
- [4] 王瑞君. 量刑情节的规范识别和适用研究[M]. 北京: 知识产权出版社, 2016: 159-165.
- [5] 张训. 论量刑规律[J]. 中国刑事法杂志, 2010(1): 30-36.
- [6] 姜涛. 重新理解量刑基准: 从点幅之争到确立程式[J]. 云南师范大学学报(哲学社会科学版), 2012(1): 111-120.
- [7] 李冠煜. 量刑规范化改革视野下的量刑基准研究——以完善《关于常见犯罪的量刑指导意见》规定的量刑步骤为中心[J]. 比较法研究, 2015(6): 111-125.
- [8] 冈上雅美. 关于责任刑的意义和量刑事实的问题点(一)[J]. 早稻田法学, 1993(68): 77-132.
- [9] 克劳斯·罗克辛. 刑法中的责任和预防[M]. 宫泽浩一, 监译. 东京: 成文堂, 1984: 141.
- [10] 本庄武. 从刑罚论所见的量刑基准(1)[J]. 一桥法学, 2002(1): 173-224.
- [11] 城下裕二. 量刑基准的研究[M]. 东京: 成文堂, 1995: 92.
- [12] 温弗里德·哈塞默. 现代刑法体系的基础理论[M]. 堀内捷三, 编译. 东京: 成文堂, 1991: 124.
- [13] 汉斯·海因里希·耶赛克, 托马斯·魏根特. 德国刑法教科书(总论)[M]. 徐久生, 译. 北京: 中国法制出版社, 2001: 1047-1048.
- [14] 贝恩德·许内曼. 现代刑法体系的基本问题[M]. 中山研一, 浅田和茂, 监译. 东京: 成文堂, 1990: 219-220.
- [15] 切萨雷·贝卡里亚. 论犯罪与刑罚[M]. 黄风, 译. 北京: 中国方正出版社, 2004: 17-18.

- [16] 许迺曼. 罪责原则在预防刑法中的功能[C]//许玉秀, 陈志辉. 不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑事法论文选辑. 台北: 春风熙日学术基金, 2006: 593-628.
- [17] 远藤邦彦. 量刑判断过程的总论研究(第3回)[J]. 判例时报, 2005(1186): 22-48.
- [18] 井田良. 量刑理论体系化的札记[J]. 法学研究, 1996(69): 293-317.
- [19] 张明楷. 刑法学: 上[M]. 北京: 法律出版社, 2016: 549-550.
- [20] 张明楷. 责任主义与量刑原理——以点的理论为中心[J]. 法学研究, 2010(5): 128-145.
- [21] 冯军. 刑法中的责任原则——兼与张明楷教授商榷[J]. 中外法学, 2012(1): 44-66.
- [22] 喻伟. 量刑通论[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1993: 153-154.
- [23] 马克昌. 刑罚通论: 第2版[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1999: 271.
- [24] 陈兴良. 刑法的价值构造(第二版)[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2006: 517.
- [25] 海因茨·穆勒·迪茨. 作为刑罚目的和刑的量定焦点的责任和预防的关系[J]. 宫泽浩一, 译. 刑法杂志, 1979(23): 85-107.
- [26] 冈上雅美. 量刑判断的构造——序说[J]. 法研论集, 1988(48): 93-120.
- [27] 最高人民法院中国应用法学研究所. 量刑规范化典型案例(1)[M]. 北京: 人民法院出版社, 2011: 38-42.
- [28] 郭理蓉. 刑罚政策研究[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2008: 63.

Further exploration into the relationship between equating crime with punishment and crime prevention in the sentencing principles

LI Guanyu, GU Jialong

(School of Law, Central China Normal University, Wuhan 430079, China;
the People's Procuratorate of Yicheng, Hubei, Yicheng 441400, China)

Abstract: On the basis of theoretical research on sentencing and in the context of sentencing standardization reform, it is necessary to conduct a further exploration into the relationship between equating crime with punishment and crime prevention. As the theory of content tends to integrate with the theory of point, sentencing principles in China need merely to absorb the proper parts from the two theories with the former as the starting point and the latter as the finishing point so as to resolve contradictions between equating crime with punishment and crime prevention. According to merging doctrine and doctrine of negative responsibility, firstly, the consideration of preventing crime can't exceed the restriction of equating crime with punishment; secondly, unless the necessity of special prevention is quite small, the judges can't mitigate the punishment; thirdly, as the needs of two preventions are inconsistent, it must execute careful judgment in combination with crime severity and specific circumstances. In order to completely achieve fair sentencing, it is a good opportunity to proceed to improve *Sentencing Guideline Proposal*.

Key Words: the theory of extent; the theory of point; equate crime with punishment; general prevention; special prevention

[编辑: 苏慧]