

责任主义与量刑原理

——以点的理论为中心

张明楷*

内容提要：量刑关系到被告人的人权保障乃至国家的人权状况。量刑必须以刑罚的正当化根据为指导，并合主义要求妥善处理好责任刑与预防刑的关系。贯彻责任主义是尊重人权的基本要求，点的理论是消极的责任主义的必然结论；法官必须区分影响责任刑的情节与影响预防刑的情节，并且只能在责任刑的点之下考虑预防犯罪的目的，不能为了

关键词：责任主义 量刑基准 罪刑均衡 量刑方法

犯罪的实体是违法与责任（有责性）。从实质的观点考察，只有具备以下两个条件，才能认定为犯罪：其一，发生了违法事实（违法性）；其二，能够就违法事实对行为人进行非难（有责性）。〔1〕责任主义被公认为刑法的基本原则，〔2〕这一原则既制约定罪，也制约量刑。但是，在我国刑法理论与量刑实践中，责任主义对量刑的制约没有受到应有的重视，当前的量刑规范化改革没有充分考虑责任主义的要求。本文拟以消极的责任主义为指导，对量刑基准、罪刑均衡与犯罪预防、量刑情节与量刑方法等问题，提出一些看法，以期引起刑法学界对量刑原理的重视，使责任主义在量刑中得到切实贯彻。

一、前提：责任主义的含义

“没有责任就没有刑罚”是消极的责任主义的经典表述；“有责任就有刑罚”则是积极的责任主义的表述。当今刑法理论的通说采取的是消极的责任主义。〔3〕消极的责任主义在不同层面具有不同含义或要求。〔4〕

第一，在整体层面上，消极的责任主义是对必罚主义的否定。例如，西田典之教授指出：

* 清华大学法学院教授。

〔1〕 参见〔日〕前田雅英：《刑法总论讲义》，东京大学出版会2006年版，第36页以下；张明楷：《以违法与责任为支柱构建犯罪论体系》，《现代法学》2009年第6期。

〔2〕 Vgl. C. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., C. H. Beck, 2006, S. 91ff;〔日〕山口厚：《刑法总论》，有斐阁2007年版，第6页。

〔3〕 参见〔日〕平野龙一：《刑法总论I》，有斐阁1972年版，第52页以下。

〔4〕 参见〔日〕小池信太郎：《量刑における消极的责任主义の再构成》，《庆应法学》2004年第1号。

“‘没有责任就没有刑罚’的消极责任主义，是与‘有责任就（必）有刑罚’的积极责任主义对置的。可以说，消极的责任主义的旨趣在于，没有责任时不应科处刑罚。不仅如此，即使在有责任时，从一般预防、特殊预防的观点来看，其他制裁或处分适当时，就应当控制刑罚的适用。”〔5〕显然，否定必罚主义意义上的消极的责任主义是刑法谦抑性的另一种表述。

我国刑法第3条前段规定：“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑。”这一规定并不意味着我国刑法采取了必罚主义（积极的责任主义）。国外在刑事立法上对犯罪的成立没有量的标准，但在刑事司法上存在量的限制。我国刑事立法已经严格限制了处罚范围，法官不可能轻易地将符合刑法规定的犯罪构成的行为不以犯罪处理。刑法第3条前段既不是对罪刑法定原则的规定（不是所谓积极的罪刑法定原则），也不是对必罚主义的肯定，而是基于我国刑法分则的特点，禁止司法机关随意出罪、防止司法人员滥用自由裁量权。〔6〕从文理解释上，也可以得出刑法第3条前段没有采取必罚主义的结论。刑法第3条前段的“定罪处刑”既包括宣告有罪同时科处刑罚的情形，也包括仅宣告有罪而不科处刑罚的情形。换言之，对“法律明文规定为犯罪行为的”，单纯宣告有罪也符合刑法规定。一个简单的道理是刑法规定了多种免除处罚情节。如果将刑法第3条前段的“定罪处罚”解释为定罪就必须科刑，必然导致刑法的自相矛盾。

第二，在犯罪成立条件层面上，消极的责任主义是“限定犯罪成立的原则，而不是扩张犯罪成立的原则”〔7〕。亦即，责任是犯罪的成立条件，没有责任就没有犯罪；责任要素的设定，只能限定犯罪的成立范围，而不能扩张犯罪的成立范围。

争论的问题是，在承认责任所具有的限制刑罚机能的同时，是否也承认责任具有为刑罚提供根据的机能？一种观点认为，凡是为刑罚提供根据的要素，都是限制刑罚的要素；反之亦然。〔8〕另一种观点则认为，责任只具有限制刑罚的机能，而不能为刑罚提供根据。如井田良教授指出：“与不法不同，责任并不为处罚提供根据，只是单纯地限制处罚，其自身并不具有独立的分量；具有分量的，仅仅是违法性的程度。当在违法性阶段存在10个不法的基础时，在责任阶段的问题是，对其中的哪个不法可以进行主观的归责（例如，可能得出归责被限定为二分之一或者三分之一的结论）。”〔9〕如何看待这两种不同观点，关键在于怎样理解“为刑罚提供根据”的含义。责任是成立犯罪的一个条件，当然也是刑罚的前提条件，倘若将这种前提条件理解为“为刑罚提供根据”，则是任何观点都不会否认的。但是，倘若认为“为刑罚提供根据”意味着责任即非难可能性在使犯罪成立的同时，“要求”法官科处与非难可能性程度相适应的刑罚，则不可避免陷入绝对报应刑论，〔10〕但是，绝对报应刑论不仅有悖刑法的谦抑性，而且不符合刑法的法益保护目的与刑罚的预防犯罪目的。因此，即使承认责任为刑罚提供根据，也只是意味着责任是成立犯罪和科处刑罚的前提条件。〔11〕

第三，在量刑基准层面上，消极的责任主义意味着“责任是刑罚的上限”，亦即“责任主义禁止……刑罚超过责任程度”〔12〕。例如，内藤谦教授指出：“必须确立刑罚以‘行为责任’为前

〔5〕〔日〕西田典之：《新版共犯と身分》，成文堂2003年版，第284页。

〔6〕参见张明楷：《司法上的犯罪化与非犯罪化》，《法学家》2008年第4期。

〔7〕前引〔3〕，平野龙一书，第52页。

〔8〕Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, 2. Aufl., Carl Winter Universitätsverlag 1976, S. 268.

〔9〕〔日〕井田良：《讲义刑法学·总论》，有斐阁2008年版，第156页。

〔10〕参见〔日〕城下裕二：《消极的责任主义的归趋》，载川端博等编：《理论刑法学の探究2》，成文堂2009年版，第34页以下。

〔11〕如后所述，责任减轻时，当然要求刑罚减轻。例如，责任能力减轻时，相应地就应当减轻刑罚。

〔12〕Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 30. Aufl., C. F. Müller 2000, S. 3.

提,而且将行为责任作为‘界限’,不得超过其限度的限定刑罚的、消极的行为责任主义原则。”〔13〕再如,山中敬一教授指出:“责任主义,亦即‘没有责任就没有刑罚’,不仅意味着科处刑罚必须以存在责任为前提,而且意味着刑罚不得超出责任的量。这种将责任的存在作为刑罚的条件,责任的量限定刑罚的量(量刑中的责任主义)的原则,称为消极的责任主义。”〔14〕

将责任作为刑罚的上限,意味着量刑时对预防犯罪的考虑,不得超过责任的上限。换言之,“‘责任’概念在量刑中的主要作用,在于针对过度的预防考虑设定限定,在此意义上发挥‘刑罚限定机能’。”〔15〕这便是下文所要展开讨论的量刑基准问题。

二、幅的理论与点的理论

幅的理论(Spielraumtheorie)与点的理论(Punktstrafetheorie)是有关量刑基准的两种基本观点,是处理责任刑与预防刑关系的理论,也是与刑罚的正当化根据密切相关的理论。

量刑是否正当,不能简单地根据感觉判断。“解明量刑基准时,首先要从刑法理论特别是刑罚理论中围绕刑罚的‘正当化根据’的议论出发,这是不可缺少的前提。”〔16〕换言之,“‘为什么’刑罚是正当的根据,也是‘何种程度的’刑罚是正当的根据。”〔17〕在整体上回答了刑罚的正当化根据,也就在具体的量刑问题上回答了刑罚的正当化根据。当今的通说采取的是并合主义(综合说),亦即刑罚的正当化根据是报应的正义性与预防犯罪目的的合理性。〔18〕因此,量刑既要与罪行本身的轻重(行为责任)相均衡,又要符合预防犯罪的目的。这样的观念反映在一些国家的刑事立法中。如德国刑法第46条第1款规定:“犯罪人的责任是量刑的基础。必须考虑刑罚对犯罪人将来社会生活所应当发生的作用。”奥地利刑法第32条、瑞士刑法第63条、日本改正刑法草案第48条都有类似规定。

问题是,责任刑与预防刑究竟是何种关系?换言之,如果以责任为基础的刑罚(责任刑)和预防犯罪所需要的刑罚(预防刑)不同时(如责任重大但预防的必要性小,或者相反),应当如何量刑(所谓刑罚目的的二律背反——Antinomie der Strafzwecke〔19〕)?对此,国外刑法理论存在幅的理论与点的理论之争。〔20〕

幅的理论认为,与责任相适应的刑罚(或以责任为基础的刑罚)具有一定的幅度,法官应当在此幅度范围内考虑预防犯罪的目的,最终决定刑罚。德国联邦法院1954年11月10日的判决表述了幅的理论的基本含义:“什么样的刑罚与责任相当,不可能正确地决定。在此存在一个有界限的幅度,即下限的刑罚已经与责任相当,上限的刑罚也与责任相当。事实审的法官(Tatrichter),不得超过上限。因此,就刑罚的程度与种类而言,他不得科处他自己也认为与责

〔13〕〔日〕内藤谦:《刑法讲义总论》(上),有斐阁1983年版,第127页。

〔14〕〔日〕山中敬一:《刑法总论》,成文堂2008年版,第578页。

〔15〕〔日〕城下裕二:《量刑理论の现代的课题》,成文堂2007年版,第4页以下。

〔16〕〔日〕城下裕二:《量刑基准の研究》,成文堂1995年版,第39页。

〔17〕前引〔3〕,平野龙一书,第27页。

〔18〕H. Jescheck/T. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Duncker & Humblot 1996, S. 75f; [德]齐柏里乌斯:《法学导论》,金振豹译,中国政法大学出版社2007年版,第179页以下;〔日〕西田典之:《刑法总论》,弘文堂2010年版,第19页;张明楷:《新刑法与并合主义》,《中国社会科学》2000年第1期。

〔19〕同上引, H. Jescheck/T. Weigend 书,第879页。

〔20〕参见前引〔16〕,城下裕二书,第83页以下。还有一种位置价值说(Stellenwerttheorie)或阶段论(Stufentheorie),即将量刑分为两个阶段,一是德国刑法第46条所规定的狭义的量刑阶段,二是德国刑法第47条以下所规定的广义的量刑阶段(包括短期自由刑的回避、缓刑、刑罚的免除等)。前一阶段以责任的清算(Schuldausgleich)为目的,后一阶段以预防犯罪为目的。但这一学说由于不能适用于所有情形,因而被大多数人拒绝。

任不相当的严厉刑罚。但是，在此幅度内应当判处什么样的刑罚，他是可以自由裁量来决定的。”〔21〕此后，德国联邦法院 1965 年 8 月 4 日的判决、1970 年 10 月 27 日的判决进一步确定了幅的理论。〔22〕幅的理论的具体内容如下：（1）刑罚应与责任相适应；（2）客观上并不存在与责任相适应的确定的刑罚（点），主观上也不可能认识到这种确定的刑罚；（3）取而代之的是，在各种具体的场合，存在由上限与下限所划定的幅度范围，在此幅度范围内，存在与责任相适应的几种或几个刑罚；（4）只能在与责任相适应的幅度范围内考虑预防犯罪的目的，可以接近甚至达到幅度的上限与下限。〔23〕不过，幅的理论主张者对于客观上是否存在与责任相适应的确定的刑罚（点），以及能否超过幅的上限和下限量刑，还存在不同看法。

关于责任刑的幅的性质，理论上存在认识困难说与事物本质说。认识困难说认为，真正的责任刑在客观上存在于某一点，但由于人们难以认识这个点，故不得不承认责任刑是一个幅。事物本质说认为，按事物的本质，责任刑只能以幅的形式存在。因为刑罚针对犯罪人而言是一种感觉的痛苦，即使刑罚的量有所增减，也仍然是报应、是正当的刑罚。例如，是判处 1002 天徒刑还是判处 1003 天徒刑，对于正义的概念与国民的报应意识并不是重要的。但是，报应的量在国民意识中的确是存在的，对于犯罪人科处的刑罚，国民也会说“刑罚判得太重了，不妥当”或者“刑罚判得太轻了，不正当”，这表明报应的量具有界限点。〔24〕主张幅的理论的罗克辛（C. Roxin）教授指出：“刑量的稍微增减，对于理当能够通过‘适当的反作用’唤起的一般预防效果，并没有重要意义。即使是具有丰富实践经验与学识的法官，就某些案件而言，即使询问他与责任的量相应的是十个月至两周的自由刑，还是十个月至三周的自由刑，他也不能回答。因为如果要合理地发现责任刑，其结局只能是以正义感觉（Gerechtigkeitsempfinden）为线索而予以量定，但是，正义感觉在刑量仅存在一点点差别时不成其为问题。法官充其量可能说的是，九个月至十二个月的自由刑是相当的，在这个范围外的较轻的制裁与较重的制裁，才危及科刑时的统一基准，才损害正义。”〔25〕

尽管幅的理论是德国判例的基本观点和刑法理论的通说，〔26〕但笔者认为，幅的理论存在疑问，不宜被我国采纳。

首先，以认识困难为由采取幅的理论，并不合适。

其一，责任刑有没有点与法官能否认识这个点是两回事。正如考夫曼（Arthur Kaufmann）所言：“形而上学的认识的不明确性，并不意味着形而上学的对象的不明确性。因此，不允许因为不能明确确定责任的程度，就一般不确定责任刑的轻重，而只是确定或多或少的‘幅’——‘这是下限，它已经与责任相适应，而且上限也与责任相适应’……这种‘幅的理论’混淆了问题的认识论侧面与存在论的侧面。”〔27〕因为主观上不能认识到那个点，就否认那个点的客观存在，是不可取的。〔28〕其二，诚然，如果责任刑客观上存在一个点，但法官无论如何不可能认识这个点，那就只能采取幅的理论。但事实并非如此。采取幅的理论也需要确定上限与下限，而确定上限与下限实际上是确定两个点。既然如此，就可以进一步考虑上限能否往下移动，下限能否往上移动，从而形成一个点。况且，最终宣告刑都是点而不是幅。既然如此，就说明法官能够确

〔21〕 BGHSt 7, 32. 转引自〔德〕C. Roxin:《刑法における責任と予防》，宫泽浩一监译，成文堂 1984 年版，第 119 页。

〔22〕 参见前引〔16〕，城下裕二书，第 87 页以下。

〔23〕 同上书，第 89 页。

〔24〕 参见〔日〕小池信太郎：《量刑における犯行均衡原理と予防的考慮（1）》，《庆应法学》2006 年第 6 号。

〔25〕 前引〔21〕，C. Roxin 书，第 120 页以下。

〔26〕 参见〔德〕Franz Streng:《ドイツにおける量刑》，井田良、小池信太郎译，《庆应法学》2007 年第 8 号。

〔27〕 〔德〕Arthur Kaufmann:《責任原理》，甲斐克则译，九州大学出版会 2000 年版，第 76 页。

〔28〕 E. Dreher, Zur Spielraumtheorie als der Grundlage der Strafzumessungslehre des Bundesgerichtshofes, JZ 1967, S. 45.

定刑罚的点。其三,既然在当前的量刑实践中,几乎不可能以天为单位量刑,那么,以法官和一般人不可能确定判处1002天徒刑合适还是判处1003天徒刑合适为根据采取幅的理论,难以被人接受。在法官通常按年或者按月量刑时,就能够按年或者按月确定点。^[29]

其次,认为责任刑原本就是一个幅度的观点,存在疑问。

责任本身不是一个幅度,而是一个确定的内容。不管是盗窃他人价值3000元的财物,还是故意造成他人轻伤,行为责任都是特定的、确定的内容,不可能是一个幅度。既然要求刑罚与责任相适应,那么,与特定的、确定的责任相适应的刑罚,就不可能是一个幅度。

幅的理论主张者习惯于以日常生活的一般价值判断为根据说明责任刑只能是一个幅度。如日本学者井田良指出:“例如,在一定的状况下,为了判断是‘浪费’还是‘吝啬’,要从数量上确定支出多少金钱是必要的,原理上是不可能的。同样,与责任相应的‘相当的’、‘正当的’刑罚,也必须认为有一个量的‘容许域’。”^[30]然而,“量刑问题不同于日常生活中的价值判断,而是要求正确认定的刑事裁判领域的话题。就被转换为刑罚实态的责任而言,不应当使用与日常生活相同水准的不安定的概念,因为这与被告争取量刑判断的权利相关。而且,如果说总体上的责任,是各个可以明确化的要素的集合体,那么,不仅是认识的,而且在存在论上就是作为特定的程度而存在的……故难以支持责任只能作为幅度而存在的主张。”^[31]

如果说责任本来就是一个幅度,就意味着这个幅度的上限与下限都是与特定的行为责任相适应的,这多少令人不可思议。例如,当法官所确定的责任刑幅度是3年到4年徒刑时,既然3年徒刑是与责任相适应的,就难以同时认为4年徒刑也与责任相适应。换言之,既然3年徒刑就已经是对责任的清算,那么,第4年的徒刑就不再是对责任的清算,只能是一种侵犯被告人人权的额外制裁。

如果说责任刑是一个有幅度的刑罚,那就意味着最终的宣告刑所确定的点是由预防因素决定的。倘若说责任刑是一个幅度,预防刑则更是一个幅度。按照幅的理论的逻辑,在责任刑的幅度内考虑特殊预防刑,仍然是在幅度内考虑一个幅度,只能得出不定期刑的结论。然而,不定期刑侵犯了国民的预测可能性,违反了罪刑法定原则。诚然,幅的理论主张者并不主张不定期刑,但是,幅的理论将原本有确定的点的责任刑变成幅度,然后由原本没有确定的点的预防刑来决定点,存在方法论上的缺陷。

幅的理论内部还存在一些争论,有必要仔细考察与分析。

其一,可否基于预防的考虑而突破幅的下限?

德国的判例否认可以突破下限,即使被告人的特殊预防必要性极小,也不得科处低于幅的下限的刑罚。^[32]理论上也有不少学者持这种主张,认为如果突破幅的下限,“刑罚就会与正义感相矛盾,同时丧失社会目的”^[33];“就与作为正当的责任清算的刑罚的意义不相容”^[34]。

根据消极的责任主义的原理,责任只是刑罚的前提,并不是要求刑罚。但是,根据幅的理论的上述观点,即使完全没有预防的必要时,至少也必须科处幅的下限这一刑罚,这已经陷入了绝对报应刑论,使没有预防必要的被告人也必须承受作为报应的刑罚。例如,甲的母亲生病住院,急需8000元医疗费。甲四处借款,但一无所获。情急之下,使用暴力抢劫了他人8000元现金,并且致人轻伤。倘若将幅的理论的上述观点运用到我国刑法中,其责任刑的幅度可能是6—8年

[29] 在我国的治安管理处罚中,执法人员则能够以天为单位确定拘留时间。

[30] [日]井田良:《现代刑事法学的视点》,《法律时报》1992年第64卷第9号。

[31] [日]本庄武:《刑罚论からみた量刑基准(1)》,《一桥法学》2002年第1卷第1号。

[32] 参见BGH1970年10月27日的判决,BGH 24, 132 [134]。

[33] 前引[18], H. Jescheck/T. Weigend书,第880页。

[34] H. J. Bruns, Das Recht der Strafzumessung, Heymann, 2. Aufl., 1985, S. 96.

徒刑；即使对甲完全没有特殊预防的必要，也必须判处6年徒刑。于是，刑罚仅仅服务于报应，预防必要性小的事实就被忽略了。难怪德国学者许迺曼（Schünemann）认为，幅的理论是绝对报应刑的残余，落后于时代。^{〔35〕}

近年来，德国刑法学者一般认为，量刑时可以不受幅的下限的约束。因为德国刑法第46条要求量刑时考虑刑罚对犯罪人将来社会生活所应当发生的作用，故在某些场合必然要求低于幅的下限判处刑罚；综合德国刑法第47条关于原则上避免短期自由刑的规定、第56条关于缓刑的规定，可以得出如下结论：为了有利于行为人的社会化，立法者要求或者允许以特殊预防为由，判处低于与责任相当的刑罚。^{〔36〕}

如果认为可以低于幅的下限判处刑罚，就意味着只有幅的上限起作用，幅的下限是没有制约作用的。这一方面意味着幅的理论本身就不妥当，另一方面说明点的理论是合适的。如果说可以超过下限科处更轻的刑罚，则表明幅度原本不存在，幅的理论本身就自相矛盾。其实，幅的理论也没有确立真正的幅度，在幅度中考虑预防犯罪的需要的做法，只会导致量刑没有基准可言，沦为事实审法官恣意的大宪章。^{〔37〕}

其二，可否基于预防的考虑突破幅的上限？

德国主张幅的理论的多数学者都认为，不能突破幅的上限裁量刑罚，但德勒赫（Dreher）教授指出：“根据德国刑法第46条第1款前段，责任只不过是量刑的基础，只要刑罚的中核仍然处于责任刑，就必须允许以对行为人的效果为理由，摆脱上限与下限。”^{〔38〕}日本有学者认为，在特殊预防的必要性极为明显的例外场合（如因为酒精或者药物导致在心神耗弱状态下实施犯罪的中毒者、常习累犯等），在比例原则的制约下，应当承认可以突破责任的上限裁量刑罚。^{〔39〕}日本也有法官认为，责任刑是一个幅度，但考虑到一般预防与特殊预防的需要，会移动幅的上限与下限。^{〔40〕}

但是，超出责任刑的上限考虑特殊预防需要的观点与做法，明显违反责任主义；超出责任刑的上限考虑一般预防需要的观点与做法，不仅违反责任主义，而且将被告人作为预防他人犯罪的工具对待，侵犯了被告人的尊严。

显然，倘若既可以突破幅的上限，也可以突破幅的下限，那么，事先确定幅的上限与下限就没有意义了。如果不能突破幅的下限，那么，对预防犯罪的考虑不仅是有限的，而且陷入绝对报应刑的立场。所以，幅的理论充其量只能排除极端不均衡的刑罚，因而实际意义并不大。^{〔41〕}

点的理论认为，与责任相适应的刑罚只能是正确确定的某个特定的刑罚（点），而不是幅度；不能认为在某种幅度内的各种刑罚都是适当的制裁、正当的报应；与责任相适应的刑罚常常是一种唯一的存在；刑罚与责任相适应，是指刑罚不能超出责任刑的点；在确定了与责任相适应的具体刑罚（点）之后，只能在这个点以下考虑预防犯罪的需要。^{〔42〕}

并合主义为点的理论提供了充分根据。报应刑论与目的刑论都可以从一个角度说明刑罚的正当化根据，但并合主义并不是二者的简单相加，而是辩证的结合。^{〔43〕}因为报应刑论与目的刑论

〔35〕 参见〔日〕冈上雅美：《いわゆる罪刑均衡原則について》，前引〔10〕，川端博等编书，第20页。

〔36〕 参见前引〔21〕，C. Roxin书，第129页以下。

〔37〕 参见〔德〕许迺曼：《从德国观点看事实上的量刑、法定刑及正义与预防期待》，林钰雄译，载许玉秀、陈志辉编：《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑事法论文选辑》，台北春风煦日学术基金2006年版，第691页以下。

〔38〕 转引自前引〔24〕，小池信太郎文。

〔39〕 参见〔日〕井田良：《量刑理论与量刑事情》，《现代刑事法》2001年第21号。

〔40〕 参见〔日〕小林充等：《座谈会：“量刑判断的实际”と量刑理论》（小林充发言），《法律时报》2004年第76卷第4号。

〔41〕 参见前引〔31〕，本庄武文，第194页。

〔42〕 参见前引〔16〕，城下裕二书，第83页以下。

〔43〕 参见前引〔18〕，H. Jescheck/T. Weigend书，第85页。

各有利弊，并合主义要求二者优势互补、弊害互克。目的刑论往往导致刑罚过重，报应刑论正好给刑罚划定了上限，使得刑罚不得超出报应的范围；但报应刑论导致从预防角度而言不需要判处刑罚时也必须科处刑罚、特殊预防必要性小时也可能判处严厉刑罚，目的刑论正好解决了这一问题：如果从预防犯罪的角度而言不需要判处刑罚，就不应当判处刑罚，这为免除刑罚处罚找到了根据；如果预防的必要性小，就可以判处较轻的刑罚。显然，在责任刑（点）之下考虑预防犯罪的需要，正是并合主义在量刑上的具体表现。

点的理论是消极的责任主义在量刑中的具体表现。在我国，不能违反责任主义，不得将被告人作为工具这样的观念，显得尤为重要。“由责任确定上限，是最重要的规制原理。从如何规制法官在量刑中的裁量的观点来看，支持有可能暗中摆脱这一规制的理论，是不理想的。围绕责任的实体的争论，虽然是观念性的，但重要的是必须从实际上的观点决定以哪一种立场为前提更能够实现合理的量刑这一问题。”〔44〕责任主义的核心是保障行为人的自由与权利。采取点的理论，意味着法官在考虑预防必要性大小之前，必须确定责任刑这个点。即使确定这个点比较困难，所确定的点也可能并不十分精确，但这个点的确定，可以限制法官对预防刑的考虑，防止法官量刑的恣意性，从而保障行为人的权利。

点的理论可以防止不必要的重刑。消极的一般预防论与特殊预防论常常过于强调刑罚的威吓功能。然而，“过份强调刑罚的威吓功能，而把‘重典’当作刑事政策的万灵丹，误信杀一可儆百，并期杀一奸之罪而得止境内之邪，造成严刑峻法之局。这在表面上似乎颇具刑事政策的目的性，可是事实上却无抗制犯罪之功能，这是古今中外均有过的现象。在欧洲各国的刑罚史上，也曾出现过这种过份强调一般预防的刑事政策，而造成在刑事立法与刑事司法上，均有超越罪责程度相称的刑罚主张。”〔45〕积极的一般预防论同样导致重刑。〔46〕点的确定，划定了与责任相适应的刑罚上限，使得法官不能超出上限裁量刑罚，从而避免了不必要的重刑。

谢夫斯坦（Shaffstein）等人指出，如果采取点的理论，将行为人的责任作为裁量刑罚的基础，就没有考虑预防刑的余地。换言之，点的理论是绝对报应刑论的产物。〔47〕然而，这种批判是以宣告刑不能偏离点为前提的。其实，根据消极的责任主义的原理，点的理论只是意味着宣告刑不能超过责任刑的点，但完全可以在点之下量刑。换言之，即使在没有减轻处罚情节的情况下，点至法定最低刑之间，就是考虑预防必要性大小的空间。

三、罪刑均衡与犯罪预防

如何在责任刑（点）之下考虑预防犯罪的目的，或者说，如何在点的理论指导下处理好罪刑均衡（责任刑）与犯罪预防的关系，是需要进一步讨论的问题。

（一）罪刑均衡与一般预防

首先要讨论的问题是：能否认为只要罪刑均衡，就可以实现一般预防的目的？

德国学者许迺曼主张一般预防论，否认特殊预防论，不仅否认幅的理论，而且否认点的理论。他指出：“行为相当性对于规范与制裁可接受性的意义可表述如下：社会侵害性程度，也就是不法程度；以及犯罪能量的强度，也就是严格行为责任意义下的典型罪责，形成一个依据行为

〔44〕 前引〔31〕，本庄武文。

〔45〕 林山田：《刑罚学》，台湾商务印书馆1983年版，第70页。

〔46〕 参见前引〔16〕，城下裕二书，第132页。

〔47〕 参见〔日〕冈上雅美：《责任刑的的意義と量刑事实をめぐるの問題点（一）》，《早稻田法学》1993年第68卷第3、4号。

相当准则决定刑罚范围的核心比较事项。这对一般大众是可以理解的，也是潜在行为人事前可以预测的，因此不论对一般大众或对行为人都具有高度接受性。因为当事人一定会说，他所能接受的刑罚原则上必须是在行为前就可自行估计的。而一般大众则是从量刑的一致性看出刑事司法的公正性。同时也因而符合积极预防的期待，并且与规范的可接受性相一致，因为从刑罚的刑度可以获知犯罪行为的价格，以及相对的被破坏利益的价值。”〔48〕“换言之，一个取决于犯行均衡原则的量刑，会被关系人以及一般公众所高度接纳”〔49〕，因而能够实现一般预防的目的。

与罪行相均衡的刑罚，在通常场合基本上能够满足一般预防的要求。但必须明确的是：其一，与罪行均衡的刑罚，虽然以理想的形式考虑了一般预防的目的，但并没有得到证明，常常只是推定。〔50〕其二，仅从一般预防目的的角度考虑，将罪行的轻重作为量刑的唯一根据的观点，结局与绝对报应刑论相同。况且，不考虑特殊预防的刑罚，完全不现实。其三，罪行相同并不等于一般预防的必要性相同，与罪行相均衡的刑罚并不完全等同于一般预防所需要的刑罚。

其次要讨论的问题是：能否因为一般预防的必要性大，而在责任刑（点）之下从重处罚？例如，甲所犯之罪的法定刑为3年以上10年以下有期徒刑，法官根据其罪行确定的责任刑（点）为7年徒刑。但是，甲所犯之罪具有蔓延的可能性，极易被其他人效仿。能否在3年以上7年以下的范围内，对甲从重处罚（如判处7年徒刑）？本文对此持否定回答。

在点之下因为一般预防的必要性大而从重处罚，因为没有突破责任刑的点，并不违反责任主义。但是，对甲从重处罚，明显意味着使甲成为实现一般预防目的的工具。然而，“除了人们自身的要求外，不得为了某种目的而将人工具化，即不得将人用来作为实现超越他自身要求或强加于他的某种‘目标’的工具，是尊重人的最基本要求。”〔51〕尊重被告人权利的最基本要求，是避免将被告人作为预防他人犯罪的工具予以利用。所以，量刑时不能以一般预防必要性大为由，在点之下从重处罚。得出这一结论，并不等于量刑没有一般预防的效果。刑法所指向的是一般人与一般事件，法定刑就考虑了一般预防的需要，〔52〕量刑以法定刑为依据，当然也就具有一般预防的效果。况且，特殊预防本来就是有一定背景下考虑的，其中的一定背景，自然包含了一般预防的背景。此外，在责任刑的点之下科处的足以预防行为人再犯罪的刑罚，就能够被一般国民接受，从而增强国民对法秩序的存在力与贯彻力的信赖。所以，对特殊预防的考虑本身也会具有一般预防的效果。

与此相联系的问题是：能否因为行为人实施了一般预防必要性大的犯罪，就认定其责任严重？例如，当酒后驾驶导致交通事故的犯罪在一段时间急剧增加时，行为人在此背景下仍然酒后驾驶造成交通事故的，能否认为其责任加重，进而提高责任刑？井田良教授指出：“一旦某种类型的犯罪增加，当然引起社会对它的严厉目光。其结果是，对该犯罪的责任评价也更为严厉，因此刑罚理当更重。”〔53〕但是，某种类型犯罪的增加，并不意味着行为人的责任加重，因为犯罪的增加这种现象本身，并不能归责于行为人。〔54〕以一般预防的必要性大为根据，得出行为人的责任加重的结论，必然导致责任不是由对违法行为的非难可能性决定，而是完全由一般预防的必要性大小决定，从而使责任刑不能对预防刑起限制作用，不可避免违反责任主义。

最后要讨论的问题是：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

〔48〕 [德] 许迺曼：《由行为相当性原则的观点看规范与制裁之可接受性》，单丽玫译，前引〔37〕，许玉秀等编书，第678页。

〔49〕 前引〔37〕，许迺曼文，第689页。

〔50〕 参见前引〔18〕，H. Jescheck/T. Weigend书，第877页。

〔51〕 [意] 杜里奥·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181页。

〔52〕 例如，盗窃罪的法定刑重于故意毁坏财物罪的原因之一是，前者的一般预防必要性大于后者。

〔53〕 前引〔40〕，井田良发言。

〔54〕 同上，冈上雅美发言。

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,之所以免除刑罚处罚,一个很重要的根据是其行为缺乏蔓延的可能性。

(二) 罪刑均衡与特殊预防

我国刑法第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。”由于“罪行”、“刑事责任”具有不同含义,故对刑法第5条可能出现不同理解。

首先,可能将“罪行”解释为犯罪的法益侵害程度(违法性),将“刑事责任”解释为非难可能性程度(有责性)。据此,刑罚的轻重应当与犯罪分子所造成的客观违法性和主观有责性相适应。单纯从字面上考虑,这一解释并无不当。但是,这种解释只是反映了报应刑的要求,不能适应目的刑的需要;还导致没有责任的违法事实也可能成为量刑根据,这便违反了责任主义。

其次,可以将“与犯罪分子所犯罪行……相适应”解释为罪刑相适应(罪刑均衡);将“与犯罪分子……承担的刑事责任相适应”理解为与犯罪分子的预防必要性大小相适应。亦即将“刑事责任”理解为犯罪人所应承担的广义的法律后果。一般来说,罪行重则刑事责任重,罪行轻则刑事责任轻。但是,由于罪行本身的轻重是由犯罪的违法性与有责性决定的,可是许多案件外的表明犯罪人再犯可能性大小的情节,能够说明刑事责任的轻重,却不能说明罪行的轻重。例如,自首可以说明行为人的再犯可能性减小,但不表明其所犯罪行也减轻,而这是量刑时必须考虑的因素。因此,可以认为,刑法第5条的规定,实际上是要求刑罚的轻重必须与罪行的轻重以及犯罪人的再犯可能性相适应。与罪行轻重相适应,是报应刑的要求;与再犯可能性相适应,是特殊预防的要求。^[55]刑法第5条的实质在于,既要罪刑均衡(罪刑相适应),又要刑罚个别化。

但是,到此为止,并没有处理好罪刑均衡与刑罚个别化之间的关系问题。

周振想教授在20年前就指出:“我国的刑罚个别化原则并不排斥罪刑相适应原则的存在。”“人民法院在适用刑罚时,首先考虑的应是刑罚的轻重与犯罪的社会危害性相适应,罪行的轻重是刑罚轻重的决定性因素,然后才考虑刑罚的轻重与犯罪的人身危险性相适应的问题……罪刑相适应是首要的原则,而刑罚个别化是第二位的原则。”^[56]

但是,首要原则与第二位原则的关系,并没有解决报应刑与特殊预防的二律背反关系。这是因为罪行轻重与行为人的再犯可能性大小并不总是成正比例关系,前者重后者小或者前者轻后者大的现象,并不罕见。例如,甲所犯罪行比较严重,与之相均衡的刑罚为10年有期徒刑。但是,甲特别预防的必要性很小,仅判处3年有期徒刑就足以预防其再次犯罪。如果说罪刑均衡是首要原则,那就意味着不能因为刑罚个别化的需要,而对与罪行相适应的刑罚作出修正,结局只能科处与罪行相均衡的10年有期徒刑,刑罚个别化就没有存在的余地。倘若法院仅判处甲3年有期徒刑,实现了刑罚的个别化,就意味着量刑没有与甲的罪行相均衡,违反了首要原则。

陈兴良教授认为周振想教授的观点存在值得商榷之处,并提出了自己的观点:“刑罚个别化原则的实质在于:要求对犯罪人处以与其人身危险性大小相当的刑罚。因此,在刑罚个别化中仍然体现着罪刑的均衡性,只不过这种均衡性不同于刑事古典学派所主张的罪刑均衡而已。因此,

[55] 参见前引[18],张明楷文,第103页以下。

[56] 周振想:《刑罚适用论》,法律出版社1990年版,第188页,第198页以下。

我认为，罪刑相适应与刑罚个别化相并列，只是两者的外在统一，还没有达到内在的统一。只有在罪刑均衡这一理论框架下，将社会危害性与人身危险性，从而也就是将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。”〔57〕

显然，陈兴良教授所称的罪刑均衡，已经包含了通常所说的罪刑均衡与刑罚个别化的含义。亦即，只有当刑罚既与罪行（社会危害性）相适应，也与人身危险性（再犯可能性）相适应时，才可谓罪刑均衡。但问题是，与罪行（社会危害性）相适应的刑罚，又怎么可能同时与刑罚个别化（特殊预防目的）相协调？陈兴良教授的观点似乎只是改变了罪刑均衡概念的含义，并没有解决报应刑与特殊预防刑的二律背反问题。

至为明显的是，只要考虑了处理责任刑与预防刑关系的量刑基准问题，罪刑均衡与刑罚个别化的关系，就不会停留在外在统一与内在统一的抽象表述上。根据点的理论，对罪刑均衡的要求只是意味着刑罚不得超出责任的上限，只要特殊预防的必要性小或者没有特殊预防的必要，就可以在责任刑之下从宽处罚。所以，要求刑罚在任何场合都必须与罪行相均衡的观点，既不现实，也不利于预防犯罪的考虑，使并合主义形同虚设。

（三）罪刑均衡与双面预防

确定了责任刑（点）之后，如果认为一般预防与特殊预防的必要性都小，法官就应在点之下从轻处罚；如果被告人具备减轻或者免除处罚情节，还应当减轻或者免除处罚。但在具体案件中，一般预防与特殊预防必要性大小，也不完全一致。有的犯罪人的特殊预防的必要性小，但一般预防的必要性大；反之亦然。

其一，在点的理论之下，如果特殊预防的必要性小，应当科处轻刑，但一般预防的必要性大，应当科处较重刑罚时，能否科处较重刑罚？

德国联邦法院的基本观点是，“在责任的幅度范围内，即使从特殊预防来考虑，科处较重的刑罚并不适当，也当然允许为了一般预防而科处较重的刑罚。因此，当责任刑的幅是2年到3年自由刑时，即使从特殊预防的见地来看2年自由刑是很适当的，也允许法官为了一般威慑的目的而科处3年自由刑。联邦法院刑事判例集第7卷第28页以下的指导性判决，展开了幅的理论，并且已经使上述观点成为重要的实际的结论。亦即，就责任能力明显减轻的行为人而言，虽然责任的幅是15年自由刑至无期徒刑，但联邦法院认为，仅以一般威慑为由便允许科处无期徒刑。”〔58〕

这种做法虽然没有违反责任主义，但明显将被告人作为预防他人犯罪的工具予以利用，因而不可取。即使采取幅的理论，当行为人的特殊预防必要性较小时，也不能在幅的范围内科处较重刑罚，相反科处较轻的刑罚。这折射出幅的理论的另一缺陷。

其二，在点的理论之下，如果一般预防的必要性不大，可以科处较轻刑罚时，能否因为特殊预防的必要性大，而科处较重刑罚？

本文对此持肯定回答。刑法规定的法定刑已经考虑了一般预防的需要，而特殊预防只能由法官在量刑时、执行机关在行刑时考虑。如果法官在量刑时不考虑特殊预防必要性的事实，就不可能发挥刑罚的特殊预防机能。所以，当法官根据量刑资料，确信特殊预防的必要性大时，就可以在责任刑（点）之下，从重处罚。

（四）观点归纳

由上可见，只要考虑预防犯罪的需要，所宣告的刑罚就几乎不可能是与罪行相均衡的刑罚。对于罪刑均衡与预防犯罪的关系，只能按照点的理论来处理。

〔57〕 陈兴良：《刑法的价值构造》，中国人民大学出版社2006年版，第517页。

〔58〕 前引〔21〕，C. Roxin书，第161页。

第一，不能采取积极的均衡原则。积极的均衡，是指积极追求与犯行的重大性相均衡的刑罚的原理，这种理论要求积极地寻找尽可能与犯行的重大性相适应的刑罚。^{〔59〕}但是，在一般预防与特殊预防的必要性较小时，不应当追求刑罚与罪行的重大性相均衡。

第二，罪刑均衡中的“罪”，是指责任，即刑罚必须与行为人的责任相均衡。据此，在责任减轻的场合，责任刑也相应减轻。

第三，只能采取非对称性的罪刑均衡原则。罪刑均衡中的均衡，虽然可能表现为轻罪轻判，但并不意味着重罪必须重判，而是指刑罚不得超出责任的上限。(1) 重罪重判、轻罪轻判意义上的罪刑均衡，只是就责任刑而言，不是就宣告刑而言。因为宣告刑是在责任刑之下考虑预防目的而形成的刑罚。由于责任刑与预防刑并不成正比例关系，所以，宣告刑不可能、也不应当完全与罪行相均衡。(2) 从宣告刑上来说，重罪也可能轻判。因为即使责任刑重，但如果一般预防或特殊预防的必要性小，也可以从轻处罚。(3) 从宣告刑上来讲，轻罪能否重判，取决于如何理解“重判”。倘若认为重判是指为了一般预防或者特殊预防的需要，突破轻罪的责任刑重判，则是不允许的。倘若认为重判是指为了实现特殊预防的需要，而在责任刑之下从重处罚，则是允许的。但需要重申的是，不能为了一般预防的需要而在责任刑之下从重处罚。

第四，受法定刑的制约，在没有减轻处罚情节时，不得低于法定最低刑判处刑罚；在没有免除处罚情节时，不得免除处罚。

四、量刑情节与量刑方法

不管是采取点的理论还是采取幅的理论，都要求区分责任刑与预防刑。^{〔60〕}所以，在理解了量刑基准以及量刑均衡的含义后，就需要明确哪些情节是决定责任刑的情节，哪些情节是决定预防刑的情节。而如何处理各种情节之间的关系，则是量刑方法的重要内容。

(一) 首先需要讨论的是，作为量刑基准的责任，究竟是什么含义？对此，国外刑法理论上存在两种不同观点：第一种观点即“德国的通说认为，量刑责任是‘有责的不法’，不同于犯罪论中与不法相分离而使用的责任概念。例如，布鲁斯(Brunns)将犯罪论中的责任称为‘为刑罚奠定基础的责任’，认为其应与‘量刑责任’相区别。犯罪论的责任，是判断犯罪的成立与否(Ob)的要素，‘量刑责任’是判断程度(Wie)的要素。”^{〔61〕}日本也有学者认为，责任分为归责中的责任与量刑中的责任，前者是作为犯罪成立条件之一的非难可能性，后者“是违法性的大小和有责性的大小(狭义的责任)相乘而得到的后果——即犯罪本身的轻重(广义的责任)。”^{〔62〕}第二种观点认为，量刑中的责任与归责中的责任并无区别。因为根据消极的责任主义与点的理论，责任是刑罚的上限，其中的责任就是规范的非难可能性。换言之，作为犯罪成立条件的非难可能性，划定了刑罚的上限。^{〔63〕}

上述第一种观点，一般以幅的理论为前提；而第二种观点，则以点的理论为前提。在通常情况下，是将量刑责任解释为“有责的不法”，还是解释为犯罪成立条件之一的责任，对责任刑不

〔59〕 参见前引〔24〕，小池信太郎文。

〔60〕 甲与乙均犯盗窃罪，法官对甲判处2年实刑，而对乙判处3年徒刑、缓期4年执行时，孰轻孰重？如果不区分责任刑与预防刑，就无法回答此问题。显然，甲的责任刑轻，但特殊预防的必要性大，故预防刑重；反之，乙的责任刑重，但特殊预防的必要性小，故预防刑轻。于是，形成了上述局面。

〔61〕 前引〔47〕，冈上雅美文。

〔62〕 [日]曾根威彦：《量刑基准》，载西原春夫主编：《日本刑事法的形成与特色》，中国法律出版社、日本成文堂1997年联合出版，第147页。

〔63〕 参见前引〔10〕，城下裕二文，第36页。

会产生影响。例如，甲盗窃了乙的一辆价值 1500 元的自行车，但始终不知道自行车的车把中藏有 3000 元人民币。按照第一种观点，甲对客观上盗窃 3000 元人民币的事实虽然是违法的，但不是有责的，所以，只能按照甲盗窃价值 1500 元自行车这一有责的不法事实确定责任刑。按照第二种观点，甲对盗窃 3000 元人民币的事实没有责任，所以，甲对盗窃价值 1500 元自行车的责任，就划定了责任刑的上限。

但是，一旦行为人具有责任减轻事由，上述两种观点得出的结论就不一定相同。第一种观点往往难以积极承认责任减轻对责任刑的影响。前述德国联邦法院刑事判例集第 7 卷第 28 页以下的指导性判决的观点，就使得责任减轻事由对责任刑不起作用。因为幅的理论将作为量刑基础的责任理解为可归责的不法，当行为人的责任能力减轻时，其不法也是可归责的，于是责任能力减轻时，责任刑的幅并没有减轻。即使将责任减轻事实作为特殊预防的情节考虑，也只是使预防刑减轻，而没有使责任刑减轻，依然导致刑罚过重。上述第二种观点则积极承认责任减轻对责任刑的影响。本文赞成第二种观点。责任虽然是对违法行为的非难可能性，但不能据此否定责任减轻的事实。即使否认责任具有轻重之分的学者，在某些场合也不得不承认责任的减轻。虽然采取幅的理论的井田良教授认为“责任自身并不具有独立的分量”，但他不得不承认的是，“期待可能性的理论，是以存在难以或者不可能基于规范意识制御动机的行为事情为由，承认责任的减少或者阻却的学说。例如，……对防卫过当（第 36 条第 2 项）与避险过当（第 37 条但书），预定了减免刑罚的可能性，对此可以理解为，在紧急状态下难以正确遵守正当防卫、紧急避险的要件的意义上说，考虑到适法行为的期待可能性减少（同时考虑违法性的减少）。”〔64〕既然期待可能性是责任要素，期待可能性减少就意味着责任减少；既然责任减少，就要求责任刑减少。

（二）其次需要说明的是，由于只能在责任刑之下考虑预防刑，所以，必须合理区分为责任刑提供根据的情节与为预防刑提供根据的情节。

责任刑的点的确定，以法定刑的合理确定为前提；在法定刑确定之后，则由影响责任刑的情节起决定性作用。联系我国的刑法理论与司法实践的现状，以下几点需要特别说明：

1. 作为构成要件要素的情节，不能再次作为确定责任刑的情节。例如，侮辱罪、诽谤罪以情节严重为前提。在认定侮辱、诽谤行为因情节严重而成立犯罪时，不得再将情节严重作为责任刑的根据。基于同样的理由，作为法定刑升格根据的情节，不能再次作为确定责任刑的情节。

2. 某种情节并非刑法意义上的违法事实时，即使受到社会一般人谴责，也不能成为责任刑的情节。例如，杀人后碎尸会受到社会一般人的更严厉的谴责。但是，一般人的谴责并不等于刑法上的谴责。更为重要的是，刑法没有规定毁坏尸体罪，碎尸不是刑法上的违法事实。〔65〕既然如此，就难以使杀人后的碎尸行为成为提高责任刑的情节。再如，将所谓“社会影响”作为从重处罚根据的做法，也有疑问。因为社会影响坏并不当然意味着违法性严重（如诽谤罪保护的法益是被害人的名誉，诽谤行为造成的社会影响不是对诽谤罪法益的侵害）。

3. 不管是根据行为无价值论的观点，还是根据结果无价值论的观点，虽然在违法性层面承认无责任的违法，但是，无责任的违法事实不可能作为责任刑的情节。例如，行为人不能预见的法益侵害结果，既不能在定罪中起作用，也不能在量刑中起作用。“如果刑罚不以罪过作为适用的限度，仅以对社会成员的威慑，对犯罪人的隔离或最适当的再社会化为追求目标，无疑就是将刑罚变成了一种实现某种预防性刑事政策的随机的工具。”〔66〕基于同样的理由，如果在量刑时将

〔64〕 前引〔9〕，井田良书，第 387 页以下。

〔65〕 诚然，侮辱尸体是刑法上的违法事实，但不能认为碎尸行为都属于侮辱尸体。碎尸虽然是毁灭证据的行为，但对杀人犯而言，毁灭杀人证据也缺乏期待可能性。至于能否将碎尸作为特殊预防的情节，则是另外一回事。

〔66〕 前引〔51〕，帕多瓦尼书，第 181 页。

一切结果作为从重处罚的情节,就意味着将行为人没有责任的结果也作为从重量刑的依据,进而意味着行为人对自己没有罪过的结果承担刑事责任,这便违反了责任主义。所以,影响量刑的结果,只能是可以归责的结果(加重结果也不例外)。〔67〕

4. 与违法性没有直接关联的单纯的非难可能性不能成为责任刑的情节。刑法上的非难可能性或者对违法行为的谴责,不是一般道义上的谴责,而是法的谴责。直接以一般人的谴责为根据从重处罚,明显导致刑法的伦理化。违法与责任的关系,不是一种相加关系。责任是对违法行为的非难可能性,所以,责任以违法为前提。如果没有违法事实,也就没有非难可能性。所以,虽然存在没有责任的违法,但不存在没有违法的责任。这便是责任对违法的从属性。〔68〕如果说量刑责任就是犯罪成立条件之一的责任,就必然否认与违法没有对应关系的责任。值得讨论的是目的与动机问题。如果目的与动机被规定为主观的构成要件要素,那么,不管认为目的与动机是违法要素还是责任要素,它都不可能独立地作为责任刑的情节。对此当无疑问。问题是,当目的与动机不是主观的构成要件要素时,这种目的与动机是影响责任刑的情节,还是影响预防刑的情节?如果将目的与动机确定为责任刑的情节,那么,在目的非法、动机卑鄙的情况下,就会导致责任刑的上限提高,因而导致刑罚较重;反之,如果将目的与动机确定为特殊预防刑的情节,那么,即使目的非法、动机卑鄙,也不会导致责任刑的上限提高,因而导致刑罚较为缓和。从这一点考虑,将主观的构成要件要素之外的目的与动机作为特殊预防刑的情节来把握是合适的。

5. 犯罪行为对犯罪人自身造成的结果,能够成为预防刑的情节。对行为人自身造成的结果,不可能影响违法性与有责性。〔69〕例如,交通事故致他人死亡的同时,也导致行为人身受重伤的,并不因此减轻对交通事故行为违法性与有责性的评价。但是,由于预防刑必须考虑刑罚对犯罪人未来生活的影响,所以,对行为人自身造成的结果,完全可能成为预防刑所考虑的因素。德国刑法第60条规定:“如果行为人因犯罪行为遭受了严重后果,以至判处刑罚显属不当时,法院可免除刑罚。但行为人因其犯罪行为被判处一年以上自由刑的,不适用本规定。”因为行为人身受重伤,再犯罪的条件受到了限制,特殊预防的必要性减少。我国刑法虽然没有类似于德国刑法第60条的规定,但对行为人自身的结果是可以作为预防刑情节考虑的,而且司法实践也大多如此。

(三)最后,必须明确责任刑情节与预防刑情节的关系,既不能将二者等量齐观,也不能将二者总合考虑。

责任刑情节是确定责任刑的根据。在确定责任刑时,不得考虑预防的必要性大小。一旦确定了责任刑(点),预防刑情节就只能在责任刑的点之下起作用。例如,就法定刑为5年以下有期徒刑的犯罪而言,倘若根据影响责任刑的情节,确定的责任刑是3年有期徒刑,那么,各种影响预防刑的从重与从轻情节就只能在3年至6个月的区间内发生作用。即使具有两个从重处罚的预防刑情节,最多也只能判处3年徒刑;超出3年量刑,就违反了责任主义。

以累犯从重处罚为例。在日本,其刑罚的加减方法,使累犯加重的规定违反责任主义。例如,日本刑法第235条规定:“窃取他人财物的,是盗窃罪,处十年以下惩役或者五十万元以下罚金。”当行为人属于累犯时,其法定刑便修正为“十五年以下惩役或者五十万元以下罚金”。可是,“即使符合累犯加重的要件,就后罪而言,也难以认为其行为的违法性与有责性严重到超出通常的法定刑范围的程度。即使肯定类型性地责任加重,也不能说明现行法所认可的这种大幅度

〔67〕 参见张明楷:《结果与量刑——结果责任、双重评价、间接处罚之禁止》,《清华大学学报(哲学社会科学版)》2004年第6期。

〔68〕 参见前引〔4〕,小池信太郎文。

〔69〕 即使认为犯罪行为对犯罪人造成的损害是一种“报应”,但这种“报应”不是现代报应刑论的报应。

的刑罚加重。所以，应当从刑事政策的见地将累犯规定理解为责任主义的例外的一种制度。”〔70〕

我国的刑罚从重处罚制度，则能避免日本的问题。由于对累犯从重并不意味着法定刑的修正，所以，对累犯依然只能在责任刑的点以下裁量刑罚。例如，普通抢劫罪的法定刑为3年以上10年以下有期徒刑。甲以胁迫方法抢劫他人价值1000元的财物，假定责任刑为4年有期徒刑，在没有减轻处罚情节的情况下，便形成了3年以上4年以下的选择空间。在这种情况下，即使考虑到累犯应当从重处罚，也只能在此空间选择刑罚。

按照点的理论，对各种从重、从轻、减轻情节的运用，就不是一个简单的先考虑从轻、减轻情节，后考虑从重情节的问题，而是先根据责任刑情节确定点，然后在点之下考虑预防刑情节。〔71〕所以，责任刑的从重情节与预防刑的从轻情节，责任刑的从轻情节与预防刑的从重情节，是绝对不可以相互抵销的。例如，甲16岁时因犯盗窃罪被判处有期徒刑6个月，刑满释放后6个月（不满18周岁）又盗窃他人价值5万元的财物。其中的不满18周岁是责任刑情节，累犯是预防刑情节。倘若盗窃他人5万元财物通常会判处9年徒刑，由于甲不满18周岁，法院决定减少3年徒刑，那么，其责任刑（点）便是6年徒刑，即使其为累犯、特殊预防的必要性很大，也不得在6年之上判处刑罚。反之，如果认为责任刑的从轻情节与预防刑的从重情节可以抵销，则意味着对甲仍然可以判处9年徒刑。但这种做法明显违反责任主义。

根据点的理论，量刑应当采取以下步骤：（1）确定罪名后根据案件的违法与责任事实选择法定刑；（2）暂时不考虑各种法定与酌定量刑情节，初步确定刑罚量；（3）根据影响责任刑的情节，确定责任刑（点）；（4）在点之下根据预防必要性的确定宣告刑。

五、结论：责任主义的贯彻

我国刑法理论与司法实践忽略了责任主义对量刑的制约与指导作用。为了贯彻责任主义，必须对以下几个方面的问题予以澄清与纠正。

（一）量刑基准论

现行刑法理论所讨论的量刑基准，是指暂时不考虑各种法定与酌定情节时，对某个犯罪所应确定的刑罚。一种观点认为，量刑基准是指“对已确定适用一定幅度法定刑的抽象个罪，在不考虑任何量刑情节的情况下，仅依其构成事实所应当判处的刑罚量”〔72〕。根据这种观点，任何盗窃数额较大财物的犯罪的量刑基准是相同的。另一种观点则认为，量刑基准是指“对已确定适用法定刑幅度的个罪，对应于既遂状态下反映该罪特点或者犯罪实害程度的事实所预定的刑量。特殊情况下，量刑基准是指个罪法定刑等级间上一幅度的下限”〔73〕。根据这种观点，只能针对特定的盗窃罪确定量刑基准。

上述抽象个罪量刑基准论与具体个罪量刑基准论，都不是真正意义上的量刑基准论。二者的区别恐怕仅在于，前者侧重于相对的均衡，后者侧重于绝对的均衡。〔74〕但是，这些观点都没有联系刑罚的正当化根据考虑责任刑与预防刑的关系，只是提出了处理量刑情节的方法。即量刑

〔70〕 前引〔9〕，井田良书，第558页以下。

〔71〕 当然，在责任刑情节与预防刑情节之内，分别存在先考虑从宽情节、还是先考虑从重情节的问题。

〔72〕 周光权：《刑法诸问题的新表述》，中国法制出版社1999年版，第348页。

〔73〕 王利荣：《对常见犯罪量刑基准的经验分析》，《法学研究》2009年第2期。

〔74〕 绝对的均衡（也称基数的均衡性，cardinal proportionality）所考虑的问题是，对甲罪所判处的刑罚，是否与甲罪的罪行相均衡；相对的均衡（也称序数的均衡性，ordinal proportionality）所考虑的问题是，对甲罪所判处的刑罚，是否与对乙罪所判处的刑罚相均衡（See Von Hirsch, *Sensure and Sanctions*, Oxford University Press 1993, p. 18~19）。

时,先不考虑法定与酌定的量刑情节,按裸的犯罪事实确定应当判处何种刑罚,然后通过法定与酌定的量刑情节,对先前确定的刑罚进行上下浮动。但是,从这种量刑基准论中,看不出责任主义对量刑的任何制约,相反可以看到为了预防犯罪的需要可以突破责任刑的现象。即使认为上述量刑基准概念的运用是妥当的,本文也认为,刑法理论必须从处理报应与预防的关系亦即责任刑与预防刑的关系的意义上,探讨真正的或另一种更为重要的量刑基准,从而使责任主义在量刑中得到贯彻。

(二) 量刑规范化

当前的量刑规范化试点或者改革,大体上是以上述具体个罪量刑基准论为理论支撑展开的。例如,江苏省高级人民法院2004年《量刑指导规则(试行)》第8条规定:量刑基准是“对已确定适用一定幅度法定刑的个罪,在排除各种法定和酌定情节的情况下,仅依一般既遂状态的犯罪构成的基本事实而应判处的刑罚。”江苏省姜堰市人民法院2009年《规范量刑指导意见》第13条后段也有类似规定。姑且不论这些规定所称的量刑基准是否真正的责任刑意义上的量刑基准,但必须讨论的核心问题是,在按既遂状态确定了所谓量刑基准后,是先考虑与特殊预防相关的情节,还是先考虑责任刑情节?如何处理各种情节之间的关系?这是现在所能见到的各种量刑规范化文件根本没有考虑的问题。

各种量刑规范化文件关于量刑步骤的规定,同样如此。“在前期试点过程中,有的法院提出了‘三步法’:首先确定法定刑,再确定基准刑,最后确定宣告刑;有的法院提出了‘四步法’:先确定法定刑,再确定基准刑,然后确定调节刑,最后确定宣告刑;有的法院确定了‘五步法’:先确定法定刑,然后确定量刑起点,再确定基准刑,然后再确定调节刑,最后确定宣告刑;有的甚至还提出了‘六步法’,在确定宣告刑之前,还有一个拟宣告刑。”其实,对上述各种做法都可以“概括为两大步:第一步是根据基本犯罪事实法定刑幅度内确定基准刑,第二步是根据量刑情节对基准刑的调节结果依法确定宣告刑。”^[75]不难看出,这些做法都是让影响责任的情节与影响预防的情节对所谓基准刑起同等的调节作用,根本没有区分责任刑情节与预防刑情节,更没有考虑到责任刑对预防刑的制约。然而,如果不考虑这样的问题,就必然导致通过突破责任刑考虑预防犯罪的需要,从而违反责任主义。

例如,江苏省高级人民法院2004年《量刑指导规则(试行)》第15条规定的量刑步骤是:“(一)根据所犯罪行和情节选择相应的法定刑幅度;(二)确定该法定刑幅度的量刑基准;(三)根据案件事实,提取量刑要素;(四)定罪分析每一量刑要素所影响的刑罚量;(五)综合量刑要素所影响的刑罚量,对量刑基准进行调整,确定最终的刑罚。”假定甲以暴力手段抢劫他人价值5000元的财物,而且是累犯,但不具有其他量刑情节。如果贯彻责任主义,采取点的理论,那么,首先应根据“以暴力手段抢劫他人价值5000元的财物”这一行为责任在法定刑内确定一个特定的责任刑(点),倘若确定为5年,就只能在5年以下考虑预防犯罪的需要。即使甲是累犯,也不能对其判处超过5年的徒刑。^[76]可是,按照江苏省的《量刑指导规则(试行)》,应当高于5年决定宣告刑,有可能判处7年徒刑。^[77]于是,责任主义对预防刑根本没有制约。

当前的一些量刑规范化文件还存在其他问题。例如,虽然考虑了影响特殊预防的情节,但没

[75] 戴长林、陈学勇:《量刑规范化试点中需注意的几个问题》,《中国审判》2009年第7期。

[76] 按照点的理论,首先按照“以暴力手段抢劫他人价值5000元的财物”这一行为责任在法定刑内确定一个幅度,倘若确定为4至6年徒刑,那么,原则上应当在此幅度内考虑预防犯罪的需要。由于甲的预防必要性大,所以,最终的宣告刑可能是5年或者6年徒刑。

[77] 江苏省高级人民法院《量刑指导规则(试行)》第17条后段规定:“一般情况下,可采取分格刑的方法对量刑要素进行定量分析。”第18条第1、2款分别规定:“分格刑是指在较大幅度的法定刑中,围绕量刑基准,对法定刑作二次分格,将法定刑划分为若干幅度较小的刑格。法定刑为有期徒刑三年以上的,以二年左右为一格……”;“从轻、从重的单个量刑要素所影响的刑罚量,一般情况下为一个刑格。”

有注重到“一般预防的必要性小”对量刑所应起到的从轻作用。这是一个明显的缺陷。再如，没有将从轻处罚的量刑情节作用限定在法定刑之内，导致具有多种酌定从轻处罚情节的，也可能低于法定刑判处刑罚。没有将减轻处罚的量刑情节作用限定在一定的格之内，导致具有多个从轻与减轻处罚情节时，计算出来的刑期是负数。

（三）量刑方法论

近年来，刑法理论上提出的各种量刑方法，虽然存在一些差异，但核心观点都是将各种量刑情节进行定量分析，然后根据量的总和确定宣告刑。^{〔78〕} 这些量刑方法论，都没有考虑责任主义对量刑的制约关系。

例如，主张积分量化法的赵廷光教授提出：“将每种法定刑都平均划分为 200 个刻度。其中第 101 至 200 个刻度为‘从重处罚空间’，第 1 个至第 100 个为‘从轻处罚空间’……”在此基础上，“首先，通过外部比较，评价特定情节在量刑中的重要性程度。……为实现量刑的公正性，应当将特定量刑情节与其他不同属性的量刑情节进行比较之后，对其作出如下五个等级的选择评价……其次，通过内部比较，评价特定情节影响处罚轻重的程度。……为了实现量刑的准确性，应当将特定量刑情节与同种情节的不同表现进行比较之后，分别对从重从轻处罚情节进行如下五个等级的选择评价……最后，通过两次等级评价，从整体上把握特定情节在量刑中所起的作用。”“例如，案件只有‘累犯’这个法定从重处罚情节，第一次评价为‘重要情节’（积 40 分），第二次评价为‘危害危险较重’（积 30 分），两者相加共积 70 分，将其用‘水银柱’方式表示在法定刑的从重处罚空间内，从‘中间线’（第 101 个刻度）开始向上读数，第 170 个刻度便是量刑最佳刻度。”^{〔79〕}

显而易见，这种观点完全没有考虑责任刑情节与预防刑情节的关系，没有将预防刑限定在责任刑之内。倘若行为人所具有的从重处罚情节都是预防刑情节，那么，预防刑就必然突破责任刑，一方面导致行为人成为预防其他人犯罪的工具，另一方面明显违反了责任主义。此外，上述观点对累犯进行了双重评价。

不能不对电脑量刑提出一点异议。量刑的客观公正，所要求的是活生生的正义，而不是机械化的正义。“电脑会缺乏法律的个人的及历史的面向，它的语言不是活着的。”^{〔80〕} 由电脑做出判决时，“所产生的法律是另外一种‘法律’，与法官透过判决所说出来的法律是不同的：一种‘法律’在其中平等原则被机械性地操纵，绝对没有考虑到具体及历史的情境，及个别性，一个瞎眼的漫画图像，一个没有看到‘个别个人’的正义女神，一个没有历史及非个人的法律。”^{〔81〕} 诚然，对于相同的案件必须做出相同的判决。可是，“‘相同’是从来没有真正有的……在真实里，永远只有或多或少，较大的相似性及不相似性。”^{〔82〕} 不管设计者如何周到，电脑量刑必然抹杀个案的差异性。当法官的人都清楚，被告人在法庭上的一个独特的眼神，都可能影响法官的量刑。至于这个独特的眼神是否真的应当影响量刑，就需要法官有良好的观念。在量刑时，观念比方法重要得多。在各种观念中，责任主义观念尤为重要。如果法官始终以责任刑制约预防刑，量刑状况会有明显改善。

（四）死刑核准标准

最高人民法院 2007 年 1 月发布的《关于为构建社会主义和谐社会提供司法保障的若干意见》

〔78〕 参见前引〔57〕，陈兴良书，第 557 页以下。

〔79〕 赵廷光：《实现量刑公正性和透明性的基本理论与方法》，《中国刑事法杂志》2004 年第 4 期。

〔80〕 [德] 亚图·考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，台湾五南图书出版有限公司 2000 年版，第 123 页。

〔81〕 同上书，第 121 页以下。

〔82〕 同上书，第 122 页。

指出：“对案发后真诚悔罪并积极赔偿被害人损失的案件，应慎用死刑立即执行。”最高人民法院2010年2月8日发布的《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》指出：“被告人案发后对被害人积极进行赔偿，并认罪、悔罪的，依法可以作为酌定量刑情节予以考虑。因婚姻家庭等民间纠纷激化引发的犯罪，被害人及其家属对被告人表示谅解的，应当作为酌定量刑情节予以考虑。”

诚然，将赔偿被害人损失作为理由之一限制死刑立即执行，并非坏事。但是，积极赔偿损失，并不表明责任刑减少，充其量只能表明特殊预防的必要性减少。既然如此，就有一些疑问：其一，积极赔偿被害人损失的，是否意味着被告人的特殊预防必要性一定减少？倘若被告人闯入五口之家，杀死一人、砍伤一人后被制服，在法院核准死刑时，他为了保住性命，以便出狱后杀死被害人全家，是否意味着其特殊预防的必要性减少？其二，赞成“赔钱减刑”的学者指出：“‘赔钱减刑’也并非难以在现实法律中找到根据。赔钱获减刑的前提是真心悔罪，而真心悔罪意味着犯罪人的人身危险性比较低。刑法第61条规定隐含着将人身危险性作为量刑依据的意蕴。”^{〔83〕}可是，既然被告人真心悔罪，就能表明其特殊预防的必要性减少，为什么还附加积极赔偿被害人损失的条件？其三，为什么对真诚悔罪但因为没有赔偿能力而未能赔偿的犯罪人，就可以适用死刑立即执行？这难道不是贫穷就偿命吗？

对影响量刑的任何情节，都不能只看表面，而要看其实质。影响量刑的情节，要么是影响责任刑的情节，要么是影响预防刑的情节；而影响预防刑的情节，只能是影响一般预防的情节与影响特殊预防的情节。因婚姻家庭、邻里纠纷等民间矛盾激化引发案件、因被害人有过错或对矛盾激化负有责任，或者赔偿被害人损失、取得被害人谅解等，都要与行为人的责任是否减少、特殊预防的必要性是否减少为实质标准进行衡量。换言之，上述这些“情节”并不是真正的量刑情节，而是判断行为人的责任是否减少、特殊预防的必要性是否减少的资料。例如，诈骗罪的被害人大多有过错，但这并不是对诈骗犯从轻处罚的情节。因为被害人的这种过错既不表明行为人的责任减少，也不表明其特殊预防的必要性减少。显而易见，形式化的判断并不能实现活生生的正义。就核准死刑而言，即使责任刑是死刑立即执行，但只要特殊预防的必要性减少（如真诚悔罪、真心忏悔），即使不能赔偿被害人损失，即便被害人并不谅解，也不应当核准死刑。

（五）法定刑升格根据

我国刑法分则对多数犯罪都规定了两个以上的法定刑。在这种情况下，只能将责任刑情节作为法定刑升格的根据，而不能将预防刑情节作为法定刑升格的依据。倘若责任刑情节与预防刑情节都成为法定刑升格情节，就不可避免出现这样的现象：按照责任轻重只能适用最低档法定刑，但按照预防需要却应适用较高档法定刑，于是，预防刑突破了责任刑；或者，按照责任轻重，应当适用较高档法定刑，但按照预防需要，只能适用最低档法定刑，于是，即使没有减轻处罚情节，也会减轻处罚。这明显违反了刑法的规定。但是，我国的司法实践却习惯于将预防刑情节也作为法定刑升格的条件。

例如，1997年11月4日最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第6条第3项规定：“盗窃数额达到‘数额较大’或者‘数额巨大’的起点，并具有下列情形之一的，可以分别认定为‘其他严重情节’或者‘其他特别严重情节’：……4. 累犯……”。可是，累犯虽然是法定刑的从重处罚情节，但它只是预防刑情节，只能在责任刑的点之下影响量刑。然而，上述解释却直接使累犯成为法定刑升格的条件。这便明显违反了责任主义。不仅如此，这种解释还明显违反了刑法第65条关于累犯“从重”处罚的规定，导致对盗窃罪的累犯提高法定刑，比加重处罚有过之而无不及。

〔83〕 刘仁文：《“赔钱减刑”的思路值得肯定》，《人民法院报》2007年6月19日。

再如，最高人民法院 2000 年 5 月 12 日《关于审理扰乱电信市场管理秩序案件具体应用法律若干问题的解释》第 3 条，将“两年内因非法经营国际电信业务或者涉港澳台电信业务行为受过行政处罚两次以上”这种影响特殊预防的情节规定为法定刑升格情节，明显不当。

总之，量刑关系到被告人的人权保障乃至国家的人权状况。在当代，人权保障已经不再局限在观念的层面上，而是提升到制度层面上，许多传统上不被法律关注的一般人权，相继成为法律所保障的重要内容。量刑必须以刑罚的正当化根据为指导，既然采取并合主义，就必须处理好责任刑与预防刑的关系。法官只能在责任刑的点之下考虑预防犯罪的目的，而且不能为了一般预防的需要而对被告人从重处罚。

Abstract: The passive Responsibility, “nulla poena sine culpa”, is a commonly agreed criminal principle and the basic requirement of human rights. Penalty measurement concerns the protection of the human rights of defendants and even the general human rights condition in a country, thus the Point theory of penalty measurement, which is the inevitable conclusion of the passive Responsibility, should be adopted. According to the Point theory, criminal responsibility determines the toplimit of a punishment. Only under this point can judges consider the necessity of crime prevention. The opinion and its practice of measuring penalty beyond the toplimit decided by responsibility for the necessity of crime prevention or sentencing a heavier punishment under the responsibility—decided penalty (point) for the needs of general prevention not only go against Responsibility, but also violate defendants’ dignity.

In fact, synthesis idealism calls for a balance between responsibility—related and prevention—related punishment and judges need to tell which one is influenced by a special plot, because prevention—related plots can be only considered under responsibility—decided penalty (point). The principle of suiting punishment to crime, which is interpreted as heavy punishment fits heavy offense and light punishment fits minor offense, is just for responsibility—decided penalty, not for declaratory penalty. As to declaratory punishment, such principle should be applied asymmetrically. Namely, in accordance with the Point theory, this principle means only that a punishment can not exceed the responsibility—decided toplimit. In this way, although this principle can be interpreted as light punishment fits minor offense, a heavy penalty does not always follow a heavy crime. On the contrary, a light punishment may be sentenced considering minor needs of prevention, even if a heavy crime is accused. To put it bluntly, the principle of suiting punishment to crime permits a sentence under responsibility—decided penalty (point).

Neither Current criminal theories guiding discussion on the criterion and method of penalty measurement nor the judicial practice insisting on the normalization of penalty measurement fully consist with Responsibility. For criminal theory and practice, the highest priority is to carry out Responsibility in the theory and practice of penalty measurement.

Key Words: Responsibility, criterion of penalty measurement, suiting punishment to crime, method of penalty measurement
