首都师范大学学报(社会科学版)
Journal of Capital Normal University
(Social Sciences Edition)
2017 年第 2 期 (总第 235 期)
法学研究

行为人前科劣迹规范适用的法教义学分析

杜 宣

摘 要: 前科劣迹的不规范适用在于其影响刑罚的理论根据不明。刑罚是刑事责任最主要的表现方式。构罪责任、量刑责任影响刑事责任大小。构罪责任是法规范对行为人不法行为的主观非难,以行为为责任基础,行为与行为人主观内容决定其成立及大小,构罪责任、刑事责任与刑罚成正比,构罪判断中有责任大小的判断,由法定刑体现。量刑阶段刑罚目的影响刑事责任大小,即量刑责任,不受一般预防影响,但存例外,主要由特殊预防影响。特殊预防必要性以行为人侵害法益的危险为标准,三者成正比。前科劣迹影响刑罚与行为责任相悖,不能从构罪责任找根据。有前科劣迹又犯罪的,特殊预防必要性增强,量刑责任变大,以致从重处罚。前科劣迹与犯罪事实关联,以特殊预防必要性限制,可加重刑罚。

关键词: 前科劣迹;构罪责任;量刑责任;刑罚加重;规范适用
中图分类号:D924.13 **文献标识码:**A **文章编号:**1004-9142(2017)02-0067-09

一、案例与问题

案例 1:2013 年 9 月,张某在某市 A 区某厂内,因琐事与其前妻夏某发生争执,张用随身携带的水果刀刺夏某右大腿致重伤。张某曾于 1983 年因强奸罪被判处无期徒刑,1991 年被保外就医,1993 年 3 月执行期满释放。就此,法院认为,"…,且其有前科,酌情从重处罚"。①

案例 2:2013 年 3 月,陈某因琐事与其妻等人起冲突,陈用随身携带的美工刀片划伤二人头面部,并拳击二人致轻伤。陈某曾于 2005 年 1 月因赌博被公安局决定罚款一千元,没收赌资;2010 年 8 月因赌博被公安局决定收缴赌资;2012 年 11

收稿日期:2016-11-27
作者简介:杜宣,男,江西南昌人,东南大学法学院博士研究生,南京市人民检察院助理检察员。
(江苏 南京 211189)
基金项目:本文系作者主持的中国法学会 2015 年度部级法学研究课题青年调研项目(课题编号:CLS(2015)Y04)"家暴犯罪定罪量刑问题研究——以《关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》的实施状况为中心"的阶段性成果。

① 参见(2014)栖刑初字第 120 号刑事判决书。

月因赌博被收缴赌资。就此，法院认为，“被告人陈某有劣迹，酌情从重处罚”。①

案例3：2015年4月，潘某因琐事与其妻韦某发生矛盾，劝韦某勿离婚而韦坚持要离，矛盾升级，潘遂持匕首捅刺韦某胸腹部九刀，因韦反抗呼救且在其家人赶到后停止行凶逃离现场。潘某曾因故意杀人罪，于1999年被判处有期徒刑6年。就此，法院认为，“被告人潘某曾因犯故意杀人罪被刑事处罚，酌情予以从重处罚”，综合裁量，法院以故意杀人罪（未遂），判处潘某有期徒刑7年。②

案例4：2014年2月某日，李某甲、余某因琐事分别持工具殴打李某乙致其轻伤，在此过程中李某帮助按住李某乙。法院裁量李某刑罚时认为：“本案系家庭矛盾激化所引发，被告人李某系初犯，无前科劣迹，酌情可以对其从轻处罚。”③

不难发现，上述案例的共性在于行为人的前科、劣迹单独影响刑罚，④但法院将前科劣迹作为单独量刑情节适用是不规范的。

其一，将与案件事实无关的前科作为从重处罚情节适用不规范。如案例1，该案系2013年9月发生，张某行为侵害他人身体健康法益，依法构成故意伤害罪；但其前科是1983年因强奸罪被判处刑罚，侵害妇女的性自主权法益。相比较，张某的前科与其故意伤害行为所侵害法益不同，二者相距20年，无任何关联，法院将该前科作为从重处罚情节适用不规范。又如案例2，该案系2013年发生，陈某依法构成故意伤害罪；陈于2005、2010、2012均因赌博被公安机关分别处罚款1000元、没收赌资及收缴赌资。赌博行为违反社会治安管理法，属于行政违法，罚款、收缴没收赌资系行政处罚措施，属于劣迹；赌博行为与故意伤害行为无关联，且最早劣迹与该案事实已相距8年，法院将该劣迹作为从重处罚情节适用不规范。

第二，毫无限制地将与案件行为侵害法益同质的前科劣迹作为从重处罚情节适用不规范。2015年由最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部颁布的《关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》（以下简称《家暴案件意见》）第18项规定“曾因实施家庭暴力受到刑事处罚、行政处罚；…可以酌情从重处罚”。亦即，曾因家暴行为产生的前科劣迹可作为行为人再次实施家暴犯罪行为的从重处罚情节适用。据此，与案件事实行为性质相同的前科劣迹可成为从重处罚情节。但无限制地视与案件事实行为同质的前科劣迹为从重处罚情节是不规范的。如案例3，该案系2015年4月发生，潘某依法构成故意杀人罪，其因犯故意杀人罪于1999年被判处有期徒刑6年，相比较，该前科所涉罪行与该案犯罪行为性质、罪名相同，且二者相距近10年，法院以该前科从重处罚不规范。

第三，以无前科劣迹作为从轻处罚情节适用不规范。如案例4，李某依法构成故意伤害罪，其无前科劣迹，法院以无前科劣迹从轻处罚李某。一般而言，当行为人的前科劣迹依法构成累犯时从重处罚；前述案例中的前科劣迹单独适用均系从重处罚情节，反之以无前科劣迹从轻刑罚，欠妥。

实务中前科劣迹适用的不规范，究其根源在于前科劣迹影响刑罚轻重的理论根据不明。总体而言，刑罚是刑事责任最主要的实现方式，负有刑事责任是适用刑罚的前提，其大小决定了刑罚轻重，前科劣迹影响刑事责任而作用于刑罚。一般认为，“刑罚的正当化根据一方面是满足恶有恶报、善有善报的正义要求，同时也必须是防止犯罪所必需且有效的，应当在报应刑的范围内实现一般预防和特殊预防的目的”⑤。即刑罚是对犯罪行为的回应，也是预防犯罪目的的必要。由此，犯罪事实和预防犯罪必要性决定着刑罚及其大小，前者为报应刑，后者为目的刑；与之相应的是，构罪责任与量刑责任决定刑事责任及其大小。“归责中的责任原则以及量刑中的责任原则，二者并称为广义的责任原则。”⑥构罪责任影响犯罪成

① 参见（2013）栖刑初字第253号刑事判决书。
② 参见（2015）溧刑初字第252号刑事判决书。
③ 参加（2013）浦刑除字第430号刑事判决书。
④ 本文的前科劣迹是指单独的酌定量刑情节，依法构成累犯的前科劣迹适用一般不存在不规范的问题。
⑤ 张明楷：《刑法学》（第五版），法律出版社2016年版，第506页。
⑥ ［日］大谷实：《刑法总论》，黎宏译，中国人民大学出版社2008年版，第282页。

立，犯罪成立是行为人承担刑事责任的唯一前提，故构罪责任及其大小决定着刑事责任及其大小。那么，责任的本质、对象是什么，什么决定构罪责任大小等问题，是解决构罪责任问题的关键。定罪量刑具有目的，通常包括一般预防和特殊预防，量刑阶段刑罚目的影响着刑事责任大小（笔者称之为"量刑责任"），但二者是否、如何影响量刑责任，怎样衡量一般、特殊预防性大小等问题，是讨论量刑责任问题的核心。由此，前科劣迹是影响构罪责任还是量刑责任而作用刑罚，是本文的理论前提，以之为基础，如何规范性适用前科劣迹，实现刑罚之公平正义，则是本文立足点。

二、影响刑罚轻重的责任之一：构罪责任

犯罪成立是行为人承担刑事责任的前提，在阶层犯罪论体系中，行为违法但缺乏责任，犯罪不成立，行为人不负刑事责任，那么"刑事责任到底是什么，构成它的要素是什么，它的要素具有什么样的性质，它的基础是什么？"①

1. 责任本质：对行为人具有他行为可能性仍实施不法行为的主观非难

"成立犯罪，不仅因为行为人的行为在客观上符合构成要件并且违法还不够，在主观上，还必须因为该行为的存在值得用刑罚手段对行为人进行法律谴责。"②责任是刑法就违法行为谴责行为人，行为人为何具有责任，是责任本质问题，存在道义责任论、社会责任论和规范责任论之争。

第一，社会责任论不能作为责任本质。"所谓责任，是对社会有危险的人，被社会科处作为社会防卫手段的刑罚的法律上的地位。"③即以行为人的危险性为非难对象，刑罚是防卫社会的手段，"亦即刑罚纯粹是社会控制取向的产物"。④ 这是典型的刑法主观主义观点，易使处罚范围扩大，与构罪责任限制刑罚扩张的本质冲突，不妥。

第二，道义责任论不能说明责任本质。道义责任论基于非决定论，认为人是自由的，行为人具有他行为可能仍实施不法行为，就此可道义谴责行为人。道义责任论就不法行为对行为人主观非难，抓住责任关键，"非决定论的责任观点事实也是责任原则的原始概念内容"，⑤体现刑法客观主义，值得肯定；但其本质仍是道义、伦理责任，非法律责任，并非所有不法行为都具有道德、伦理性，即使具有道义责任，也不等于具有法律责任。"但是这里追究的，不是道义的责任，归根结底是针对实行了犯罪行为而追求的法的责任"⑥。

第三，规范责任论揭示责任本质。责任本质系行为人行为时可合法行为却不法行为，其主观值得非难，系法律责任，即规范责任论。其一，规范的自由是责任成立的前提。不法行为是行为人主观自由选择，相对的自由是责任成立的前提。刑法规范以拟定方式规定行为人符合一定条件即可推定为自由。亦即，具有责任能力等同具有规范的自由。如行为人年满16周岁无他情节，即具有规范的自由，进言之，行为人能够认识其行为的法益侵害性并对之控制。"自由的认定是一种不取决于经验性现实的、对于决定者和非决定论者都可以同样加以认定的规范性确定。"⑦其二，规范的自由是相对的。规范的自由是以行为人不法行为时可实施合法行为为前提，反之，若行为时不具有合法行为的期待可能性，如不可抗力、意志不自由，责任不成立。故具有他行为可能性前提下的意志自由是责任成立的前提。其三，自由的行为人行为时可合法行为仍不法行为，违反了刑法之行为规范，值得非难。"就行为规范而言，其内容往往表现为禁止和命令，即禁止人们实施一定的行为，命令人们实施一定的行为。"⑧当行为人能依法行为却实施不法行为，如具有抚养义务且有能力抚养而不履行，违反了行为规范，法规范上

① ［日］野村稔：《刑法总论》，全理齐、何力译，法律出版社2001年版，第274页。
② 黎宏：《日本刑法精义》，法律出版社2008年版，第177页。
③ 张明楷：《外国刑法纲要》（第二版），清华大学出版社2007年版，第193页
④ 黄荣坚：《基础刑法学》（下），中国人民大学出版社2009年版，第396页。
⑤ 黄荣坚：《基础刑法学》（下），中国人民大学出版社2009年版，第393页。
⑥ ［日］山口厚：《刑法总论》，付立庆译，中国人民大学出版社2011年版，第183页。
⑦ ［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569页。
⑧ 张明楷：《刑法格言的展开》，北京大学出版社2013年版，第396页。

就值得非难。

2. 责任的基础：具有法益侵害危险的行为

责任是对行为人的主观非难，但责任的基础是什么？就此，存在性格、人格、行为责任论之争。责任的基础为不法行为已是通行观点。

第一，“性格责任论之责任的基础和根据在于各个个别犯罪行为表现出的行为者性格上的危险性”。[①] 性格责任论体现主观主义，应欠妥。

第二，人格不是责任的对象或基础。“此外，也有见解主张认为行为人是对‘人格的形成’承担责任”，[②]即人格责任论。行为人实施不法行为系其自由选择，受其人格左右。无论是行为人自主形成还是受外界影响所形成的人格，由于人格意义模糊，且能否区分不同人格形成亦存疑，其本质是以行为人的危险性为基础，易使处罚范围模糊，与性格责任论无异，不妥。

第三，不法行为是责任的基础。其一，刑罚规制行为，而非行为人，决定责任的基础是行为非行为人。只认为行为人偏离刑法规范的主观意识为责任对象，系思想刑法，不妥。“但行为人之所以被罪责非难，并非单单因为其意念，而是因为该意念所导致的犯罪行为本身”。[③] 以行为人意识支配下实施的不法行为为责任对象，体现客观主义。其二，行为内容与责任本质相符。行为是行为人有意识的身体动静，责任的本质在于可合法行为却不法行为，是行为人主观意志的选择，即行为人有意识的身体动静，二者本质相通。其三，从阶层犯罪论体系而言，违法在先，责任在后，责任以行为违法为前提。

3. 责任大小：由不法行为和行为人主观内容决定

责任是就不法行为对行为人的主观非难，行为的侵害性与行为人的主观内容决定责任大小，进而影响刑事责任有无及大小，以作用刑罚。第一，责任具有有无、大小之区分。规范责任论下的责任要素，一般由责任能力、故意、过失、违法性意识、期待可能性等构成。责任能力有无意味着责任有无，责任能力大小意味着责任大小。故意是明知行为法益侵害性而为之，并追求结果发生；过失是具有某种义务可履行而不履行，导致结果发生。故意比过失更值得非难，其非难程度一般重于过失。行为人行为时是否具有违法性意识及期待可能性，关系责任成立与否。第二，行为法益侵害性大小决定责任轻重。责任以不法行为为基础，行为法益侵害性大小决定责任轻重，由行为、结果等要素决定。行为法益侵害性由行为手段、工具等决定，如持棍殴打小孩致重伤、扇嘴巴致轻微伤，前者行为法益侵害危险大于后者，更值得谴责，责任更大，刑事责任更重。同理，结果亦表明行为法益侵害性大小，结果轻，行为法益侵害性小，责任小，反之亦然。如故意伤害行为致轻伤、死亡结果，相应的行为侵害法益性从小到大，责任由轻到重。第三，行为人的主观内容影响责任轻重。责任是对行为人不法行为时主观上不尊重法益意识之非难，责任内容主要由行为人的主观内容构成，行为人的主观内容直接影响责任成立及其大小。责任大小，由故意、过失等主观内容证明的行为人不尊重法益意识轻重程度体现，简言之，主观恶性深，责任重，反之亦然。不同形式的主观内容，本身隐含着非难可能性大小，如直接故意、间接故意、过于自信的过失、疏忽大意的过失等，其非难程度依次从高到低，责任从大到小。最后，行为法益侵害性与行为人主观内容共同作用于责任成立及大小，以影响刑罚。行为法益侵害性、行为人的主观内容共同影响责任成立、构罪与否及罪名差异，犯罪成立判断中含有责任大小的评价，犯罪成立即具有相应法定刑，罪名不同法定刑不同，是因为责任不同。如故意伤害致轻伤的法定刑轻于故意伤害致重伤的法定刑，是因为前者非难程度小于后者，责任轻于后者。

三、影响刑罚轻重的责任之二：量刑责任

量刑阶段刑罚目的影响刑事责任，即量刑责任，进而影响刑罚轻重。“此处的责任固然也包括上述对于行为人合法行为的期待可能性考量，但是并不仅限于此。从最广义角度而言，法官决

① ［日］野村稔：《刑法总论》，全理齐、何力译，法律出版社 2001 年版，第 279 页。

② ［日］松宫孝明：《刑法总论讲义》，钱叶六译，中国人民大学出版社 2013 年版，第 126 页。

③ 林钰雄：《新刑法总则》，中国人民大学出版社 2009 年版，第 223 页。

定了罪名以后，进一步要决定应该判处被告接受多重的刑罚的时候，理论上必须考量全部和犯罪预防目的以及衡平原则有关的因素。”[①]刑罚目的分为一般预防和特殊预防，二者如何影响量刑责任进而影响刑罚？

1. 一般预防：一般不影响量刑责任但存例外

第一，以一般预防为量刑根据，与行为责任冲突。刑罚以责任主义为原则，一般预防是以个人刑罚防止其他社会人犯罪，若以之为量刑根据，即以是否能防止具有犯罪可能性的社会一般人犯罪为根据裁定刑事责任，这种以未来的东西作为行为人承担刑事责任的基础，与行为责任冲突。

第二，以一般预防为量刑根据，体现社会责任论，不妥。消极的一般预防是以刑罚威吓人们不敢犯罪，积极的一般预防是以刑罚确证规范并唤醒或强化人们的规范意识，以规范行为，预防犯罪。以之为量刑根据，即以刑罚能否威吓社会的一般人、唤醒或强化人们的规范意识为根据裁定刑罚，本质是以能否防卫社会为标准裁量刑罚，刑罚倾向是最大范围内从重，行为人也将沦为工具，违背罪责刑相适应原则，欠妥。

第三，一般预防之必要性难以衡量，本质系法官个人主观判断，随意性强。以一般预防为量刑根据裁定刑罚，法官将因缺乏具体标准而难以把握一般预防的必要性及其大小，完全依靠其个人判断，该判断是随意的，刑罚亦随意，不妥。

最后，例外肯定，一般预防必要性小且可从轻处罚，可作为量刑根据予以考量。“量刑时可以考虑一般预防必要性小的情形。”[②]以一般预防性小为量刑根据，与行为责任不冲突。一般预防性小，即防卫社会必要性小或无必要，以行为人为工具控制社会的可能性小，行为人承担的刑罚越接近其行为责任。一般而言，以是否防卫社会为量刑根据易致处罚加重，侵害合法权益；以一般预防性小为量刑根据，可从轻刑罚，但应以责任刑为基础，既不侵害行为人的合法权益，亦利于行为人的特殊预防和回归社会。

2. 特殊预防：系影响量刑责任的主要根据

第一，刑法规制行为，但刑罚承受主体是行为人，刑罚适用首先针对行为人，其目的是预防行为人再次犯罪，即特殊预防。第二，刑罚针对过去事实，特殊预防面向未来，以行为人而非社会的一般人为对象，以预防行为人再犯的必要性为根据裁量刑罚，本质是以行为人要素裁量刑罚，不是防卫社会的体现，犯罪人也未成为工具，与责任主义不矛盾。第三，特殊预防是预防犯罪人再次犯罪，犯罪人的再犯可能性大小将直接决定预防必要性大小，以特殊预防必要性为量刑根据，即以犯罪人的再犯可能性为量刑标准，相对具体，如自首说明行为人悔罪态度，表明再犯可能性小，应从宽处罚。相对具体的裁量标准，法官可充分说理，有利于刑罚目的实现。其四，以特殊预防必要性为量刑根据，可实现报应刑和目的刑相对统一。以报应刑为前提，再考量特殊预防必要性，综合裁量刑罚，既可避免报应刑的死板，也可考量与行为无关、但与行为人责任有关的各要素，全面客观评价行为人的责任及刑罚，以此归责行为人，更能使之接受刑罚，促进报应刑与目的刑融合，实现刑罚目的。最后，中国存在以特殊预防为量刑根据的规定。如2010年最高人民法院颁布的《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》第十条规定，“严惩严重刑事犯罪，必须充分考虑被告人的主观恶性和人身危险性。对于事先精心预谋、策划犯罪的被告人、具有惯犯、职业犯等情节的被告人，…要依法严惩，以实现特殊预防的功能”。

3. 特殊预防：以行为人侵害法益危险大小为衡量标准

特殊预防在于预防行为人再次实施犯罪。一般而言，行为人的再犯可能性、特殊预防必要性的大小与刑罚轻重成正比。行为人的再犯可能性是特殊预防的核心要素。“关于人身危险性的概念，中国刑法学界一般将其界定为再犯可能性”，[③]“人身危险性即再犯可能性”。[④]即再犯可能性与人身危险性意义等同。但二者意义模糊，本质难以把握，其核心在于行为人侵犯法益的危

① 黄荣坚：《基础刑法学》（下），中国人民大学出版社2009年版，第392页。
② 张明楷：《责任刑与预防刑》，北京大学出版社2015年版，第331页。
③ 陈兴良：《刑法哲学》，中国政法大学出版社2004年版，第144页。
④ 参见2010年最高人民法院《在审议故意杀人、伤害及黑社会性质组织中贯彻宽严相济刑事政策》。

险。笔者认为，行为人的危险性更能准确表达行为人再犯可能性的含义，且作为衡量特殊预防必要性大小的标准更为具体。

第一，再犯可能性系有罪推定，不妥。再犯可能性系衡量特殊预防必要性大小的标准，但特殊预防是刑法所期待的目的，即使存在再次犯罪的可能，但未来行为是否构罪，要满足构罪条件，也需法官最终裁定，不宜直接称谓犯罪的可能，否则是有罪推定。

第二，行为人侵害法益的危险更宜作为衡量标准。其一，刑法目的是保护法益，犯罪本质在于法益侵害及危险，故再犯可能性本质在于再次侵害法益的危险。特殊预防强调防止行为人再次犯罪，即防止行为人再次实施侵害法益的行为。另一方面，以行为人侵害法益的危险为衡量标准可操作性强。再犯可能性意义模糊，易使特殊预防必要性作为量刑根据被随意适用，不妥。法益相对具体，法益之承载对象也相对具体，如杀人侵害生命法益，伤害行为侵害身体健康法益，故侵害法益危险的评价相对具体且有针对性。此外，法益可区分，再犯可能性无法区分，可区分的法益能限制特殊预防作为量刑根据的滥用，尤其是防止不当加重量刑责任，再犯可能性难以做到。

最后，行为人侵害法益危险、特殊预防必要性、量刑责任的大小呈正比。行为人侵害法益的危险，决定了从行为人产生侵害法益意思起，包括影响行为人产生侵害法益意思的主客观要素，到实施法益侵害的行为、结果、部分事后的行为等，都体现行为人的危险性。其中行为、结果与行为人行为时主观内容，系影响构罪责任内容。特殊预防影响量刑责任，衡量特殊预防的行为人危险内容，则由影响法益侵害意思产生的主客观要素及部分事后行为等决定。“但法官在追求特殊预防目的裁量刑罚时，必须以已经发生或者已经存在的反映犯罪人的再犯可能性的事实为根据。在此意义上，刑罚必须与犯罪人的再犯危险性相适应。”①换言之，以特殊预防为量刑根据，须以与行为、行为人相关并体现行为人危险的事实为根据。如自首，证明行为人悔罪态度，其法益侵害危险降低，特殊预防必要性小，量刑责任小，故从宽处理，即行为人侵害法益的危险、特殊预防必要性、量刑责任大小与刑罚轻重成正比。

四、前科劣迹司法不规范适用之问题的规范性回应

构罪责任和量刑责任影响行为人刑事责任（刑罚）。笔者认为，前科劣迹作为从重处罚情节之根据在于，它们表明行为人侵害法益的危险、特殊预防必要性提高，量刑责任加重。

1. 前科劣迹作为量刑情节：与责任主义冲突

行为人承担刑事责任的前提是不法且有责的行为，责任是法规范对行为人可合法行为却不法行为的主观非难。行为人的前科劣迹，无论是否构成累犯，若与不法行为无关联，不能影响行为人行为时主观意志决断，就与构罪责任无关。以与不法行为无关联的前科劣迹从重处罚行为人，与行为之责任主义冲突。有观点认为，当行为人的前科劣迹影响到行为人某种人格形成，并与行为责任相结合的“人格责任”，是其刑事责任加重的理论根据。此乃人格责任论，不妥。行为人不法行为时受其人格影响，人格形成受内外要素影响，前科劣迹影响人格形成。但人格意义模糊，影响人格形成的各要素难以区分，各要素与人格、行为间的联系难以证明，前科劣迹与人格形成的关系无法证明，本质与行为无关。如案例 1，以人格责任论，张某 20 年前因强奸罪所受处罚的前科影响其人格形成，故意伤害行为是其人格的现实化，据此从重处罚。20 年的前科能影响行为人故意伤害行为时的人格是不成立的，难以证明，且两者侵害的法益不同，前科与故意伤害行为无关。为弥补人格责任的虚无，学者又提出“实质的行为责任论”，即“实质上看，行为，越是与行为人规范性人格要素相当，责任就越重”。②“也只能在该行为与人格之间明显地具有实质关系，而且以刑罚进行干涉属于妥当且有效的限度范围内，才能考虑人格。”③该观点形式上将人格、习性与行为联系

① 张明楷：《责任刑与预防刑》，北京大学出版社 2015 年版，第 326 页。
② [日]平野龙一：《刑法的基础》，黎宏译，中国政法大学出版社 2016 年版，第 47 页。
③ [日]平野龙一：《刑法的基础》，黎宏译，中国政法大学出版社 2016 年版，第 33 页。

起来，但其所谓的“实质关系”难以证明，刑罚限于妥当有限的范围亦无法保证，难以避免人格责任论之虚无的根本缺点，欠妥。“刑事责任的对象终究应理解为符合构成要件的行为。”①

2. 前科劣迹成为从重处罚情节的根据：行为人特殊预防必要性、量刑责任提高

中国刑法明文规定，行为人的前科依法构成累犯，应从重处罚，其理论根据不是前科劣迹增加行为责任，而是增加行为人特殊预防必要性、量刑责任。影响刑罚轻重是构罪责任和量刑责任。行为人的前科与行为无关联，与行为责任无关，不能影响构罪责任及其大小。行为人行为时主观藐视法律，值得责难；行为人已因犯罪受到刑罚处罚后又实施犯罪，其主观上藐视法律的态度在行为之主观非难前提下程度提高，证明行为人的危险性、特殊预防必要性增强，由此加重量刑责任。“累犯加重的理由在于，行为人无视此前的有罪判决的警告而仍然实施了犯罪，在这一点上，其行为责任很重。”②该观点前半部分认识到构成累犯的行为人藐视法律，包括藐视此前有罪判决与行为时无视法规范，增加行为人侵害法益的危险，提高了特殊预防的必要性，为从重刑罚提供依据；但该观点将行为人的前科与行为直接挂钩，系本末倒置，未准确认识行为责任的本质，不妥。另外，累犯影响量刑责任，不应在犯罪论而应在刑罚论中找寻其成立的理论根据。前科劣迹作为单独量刑情节的理论根据亦同。如2014年4月，孙某因琐事用双拳殴打施某头面部、胸部等处，致其死亡。1983年他曾因流氓罪、故意伤害罪被判处有期徒刑18年，后于1987年改判为有期徒刑6年；1993年因流氓被劳动教养两年，后延长期限7个月；1996年因流氓罪被判处有期徒刑5年；2003年因寻衅滋事被劳动教养1年3个月；2004年7月因寻衅滋事罪被判决有期徒刑3年；2007年因犯故意伤害罪被判处有期徒刑1年，2008年7月23日刑满释放。③ 法院以故意伤害罪判处其死刑，缓期二年执行；并限制减刑。法院认为，“被告人孙某前科劣迹累累，人身危险性极大，本院决定对其限制减刑”。④ 限制减刑体现从重处罚，即孙某因众多的前科劣迹被从重处罚。孙某具有众多前科劣迹，又伤害致人死亡，其主观上藐视法规范程度在行为责任基础上增强，表明其侵害法益危险、特殊预防的必要性提高，量刑责任加重，以此从重处罚，即限制减刑。换言之，限制减刑是为了防止孙某再次犯罪。

3. 前科劣迹成为量刑责任要素：应与涉案犯罪事实具有关联

前科劣迹除依法构成累犯外，是否都能影响量刑责任，从重处罚行为人？事实并非如此。

(1)所有前科劣迹为量刑责任要素：将致不当从重处罚

前科劣迹可加重量刑责任，但不是所有前科劣迹都能成为量刑责任要素。若具有前科劣迹的行为人再犯罪，即证明行为人危险性、特殊预防必要性提高，量刑责任加重，进而从重刑罚，将致特殊预防的滥用，法官据此任意从重处罚，虽名为特殊预防，但实为一般预防，行为人已沦为社会防卫的工具，与行为责任冲突，不当的从重刑罚，有悖刑罚的公平正义，不利于行为人规范意识的形成和刑罚目的实现。如案例1。张某的前科是因犯强奸罪被判刑，侵害女性的性自主权法益，而该案中张某行为侵害他人身体法益，前罪刑罚执行完毕至该案案发时间已有20年，从两者行为侵害法益与相距时间分析，二者无任何关联，法院以与案件事实毫无关联且相距甚远的前科为由从重刑罚，虽以特殊预防为根据裁量刑罚，但实则以一般预防为裁量依据，欠妥且有失公正，张某对判决难以信服，特殊预防目的将落空。又如案例2。陈某因赌博先后三次被罚款、收缴赌资，属于行政处罚，系劣迹；此案中陈某构成故意伤害罪，从侵害法益及违反法规范论，二者无关联，法院以陈的劣迹从重刑罚，有悖责任主义，即使以特殊预防为裁量根据，赌博劣迹不能证明陈某侵害他人身体法益的危险、特殊预防必要性提高，量刑责任不因无关劣迹加重，不应从重处罚。换言之，与案件事实

① ［日］松宫孝明：《刑法总论讲义》，钱叶六译，中国人民大学出版社2013年版，第127页。
② ［日］松原芳博：《刑法总论重要问题》，王昭武译，中国政法大学出版社2015年版，第167页。
③ 参见(2013)宁刑初字第53号刑事判决书。
④ 参见(2013)宁刑初字第53号刑事判决书。

无关联的前科劣迹不会增加行为人的危险性、特殊预防必要性，不应从重处罚。

（2）前科劣迹成为量刑责任要素的前提：与犯罪事实具有关联性

前科劣迹达什么条件可成为量刑责任要素？以甲故意伤害案为例。2014 年 3 月某日，甲因其女乙（殁年 13 周岁）放学晚归，加之怀疑其早恋和交友不慎，遂采用扇耳光、脚踹、用家中晒衣架的不锈钢钢管抽打的方式持续殴打乙，后经抢救无效死亡。甲曾因犯奸淫幼女罪于 1986 年判处有期徒刑 2 年；犯故意伤害罪于 1990 年被判处有期徒刑 5 年；犯寻衅滋事罪于 2001 年判处有期徒刑 1 年，缓刑 2 年；因吸毒于 2008 年被行政拘留 10 日，并处罚款人民币 2000 元；因吸毒于 2011 年被强制戒毒 2 年。就此，一审法院认为，“被告人甲曾多次受刑事处罚，有犯罪前科，现又故意犯罪，…依法可以从重处罚”。最后以故意伤害罪判处甲无期徒刑，剥脱政治权利终身。[①] 但二审法院认为，“其虽曾多次受刑事处罚，有犯罪前科，但其前科劣迹与本案伤害被害人乙的事实，在主观恶性、人身危险性方面并无关联，”在未改变一审定性前提下，改判为有期徒刑 12 年。[②] 二审判决认为前科劣迹与案件事实无关联，不能从重刑罚，据此改判，正确。反之，前科劣迹与案件事实有关联，可从重处罚。

（3）关联性成立：以二者行为侵害法益（的危险）同质为标准

前科劣迹与案件事实的关联是指什么？根据前案二审判决，前科劣迹与案件事实在主观恶性、人身危险性存在关联，可成为酌定量刑情节。就二者在主观恶性、人身危险性之间的关联而言，本质是行为人侵害法益危险的关联，进言之，是特殊预防之关联。虽此关联属于法官自由裁量范畴，相对宽泛，但根据上述判决及相关法律、司法解释，仍可找到相应衡量标准，即前科劣迹与犯罪行为侵害法益（相同或类似）同质则具有关联性。如《家暴案件意见》规定“曾因实施家庭暴力受到刑罚处罚、行政处罚，可以酌情从重处罚”，明确因家暴行为受到刑罚、行政处罚的前科劣迹可成为之后家暴犯罪之量刑责任要素。据此，因家暴行为受罚的前科劣迹与家暴犯罪行为所侵害的法益相同或类似，即前后行为侵害的法益同质。况且，家暴犯罪系发生在家庭成员、共同生活人员之间，严重侵害公民人身权利、家庭关系和社会秩序，由于家暴犯罪行为侵害法益的特殊性，导致其特殊预防之必要性高于其他普通刑事犯罪。若行为人已因家暴行为受到刑罚、行政处罚后又实施家暴犯罪行为，证明其侵害法益危险、特殊预防必要性提高，据此从重处罚合理。再如，中国《刑法》第 66 条规定，“危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪的犯罪分子，在刑罚执行完毕或者赦免以后，在任何时候再犯前述任一类犯罪的，都以累犯论处”。该规定对前科与后罪之间无时间限制，但二者之行为侵害的法益同质且法益重大，再次犯罪证明其法益侵害危险、特殊预防性增强，可从重处罚。故行为人因侵害某类法益而被刑事、行政处罚后，又实施侵害相同或类似法益的行为，行为人的危险性、特殊预防必要性增强，量刑责任加重，据此从重刑罚具有合理性。

（4）前科劣迹成为量刑责任要素：应以特殊预防必要性加以限制

与案件事实行为侵害法益同质的前科劣迹，是否均能成为量刑责任要素？显然不是。如案例 3。该案中潘的前科与案件事实相距 10 年，虽二者侵害的法益相同，罪名亦同，但不能证明潘侵害他人生命法益的危险、特殊预防的必要性增加，量刑责任加重，不能从重处罚。法院据此从重处罚是防卫社会观点，即形式为特殊预防，实则为一般预防，有悖刑罚的实质正义，欠妥。简言之，即使前科劣迹与犯罪行为侵害的法益同质而具有关联性，但若相隔时间长，不能证明行为人的危险性增加，除案件本身的特殊预防外，没有增加特殊预防的必要性，不宜成为量刑责任要素。据此，可从特殊预防必要性加以限制前科劣迹成为量刑责任要素。那么以什么标准衡量？根据累犯的规定，即因故意犯罪被判处有期徒刑在刑罚执行完毕或者赦免后 5 年内再次故意犯罪的，构成累犯。法定

① 参见（2014）宁少刑初字第 4 号刑事判决书。

② 参见（2015）苏刑一终字第 00008 号刑事判决书。

的5年期限，是法律拟制5年内再犯即能证明行为人的危险性、特殊预防必要性增加，量刑责任加重，据此从重处罚。由此，笔者认为，以前科劣迹与案件事实相隔的时间长度衡量特殊预防的必要性合理。故以前科劣迹与行为侵害法益危险同质为前提，二者未超过5年但不构成累犯，可从重处罚；超过五年须有法律规定亦可从重处罚。如2015年7月，徐某在其家中吸毒后持水果刀捅已怀孕妻子张某致重伤。徐某因吸毒于2012年3月被行政拘留14日；同年8月因吸毒被强制戒毒2年。[①] 徐某因吸毒被行政拘留、强制戒毒，在不到3年内又因吸毒而持刀伤其妻，二者侵害法益的危险性同质，即吸毒后具有实施违法行为的可能，具有劣迹又犯罪，证明徐某的危险性、特殊预防性增强，据此可从重处罚。法院判决充分体现上述思路，即“被告人徐某有吸毒劣迹，此次又因吸毒而致被害人重伤，应酌情从重处罚”。[②] 总之，以特殊预防必要性限定前科劣迹成为量刑责任要素，并以前科劣迹与案件事实相隔时间衡量之，未不当增加行为人的刑事责任，符合刑罚的实质正义。

4. 无前科劣迹：不应成为从轻处罚的量刑责任要素

有前科劣迹被从重处罚不等于无前科劣迹可从轻处罚。如案例4，李某依法构成故意伤害罪的共犯，法院以其无前科劣迹为由对之酌情从轻处罚。无犯罪前科作为单独的量刑责任要素适用，欠妥。其一，是否承担责任是由行为责任决定，承担多重的责任则由行为责任与量刑责任共同决定，前科劣迹因表明行为人的危险、特殊预防性增加而从重处罚行为人；但以无前科劣迹为由从轻处罚，不能从行为责任或量刑责任中找到理论依据。其二，若从量刑责任找寻理论根据，只能以特殊预防的必要性为判断依据。无前科劣迹，不能证明行为人危险性、特殊预防性减小，不可从轻处罚，亦即，无前科劣迹与行为人的危险性无关联，若能证明，那么，任何无前科劣迹的行为人都可从轻处罚，存在放任犯罪的嫌疑，不妥。关键的是，刑罚首要目的是特殊预防，以不影响特殊预防性而从轻处罚，与刑罚目的矛盾，影响量刑责任的是特殊预防必要性及大小，无特殊预防性不能影响量刑责任，故无前科劣迹不能影响量刑责任，不可从轻处罚。最后，从诉讼法角度分析，没有前科劣迹无需证据证明，无证据无事实，包括定罪、量刑事实，以虚无的事实作从轻处罚的根据，违背任何事实需要证据证明的原则。

（责任编辑：新中）

① 参见(2015)江宁刑初第545号刑事判决书。
② 参见(2015)江宁刑初第545号刑事判决书。