
内部交流刊物

法律资讯汇编

(2016 年第二期)

上海王岩律师事务所
2016 年 2 月

目录

论“相同或类似商品（服务）”的认定——兼评“非诚勿扰”案	1
论影响责任刑的情节	10

论“相同或类似商品（服务）”的认定 ——兼评“非诚勿扰”案

王迁

近日，深圳市中级人民法院在“金某诉江苏广播电视总台案”（以下简称“非诚勿扰”案）的二审判决中认定，由于金某已在“交友服务、婚姻介绍所”服务上注册了“非诚勿扰”文字商标，江苏省广播电视总台（以下简称江苏电视台）制作和播放知名电视节目《非诚勿扰》属于在相同服务上使用相同注册商标，因此侵犯了金某的注册商标专用权，应当立即停止使用“非诚勿扰”栏目名称。[1]此案在业界引发了巨大反响和热烈讨论，其涉及的核心问题——如何认定商品或服务是否相同或类似，值得讨论。

一、对“相同商品（服务）”的认定应采用客观标准

“非诚勿扰”案的二审判决最令人瞩目的结论，是“江苏电视台的《非诚勿扰》节目……提供征婚、相亲、交友的服务，与（金某）……‘非诚勿扰’商标注册证上核定的服务项目‘交友、婚姻介绍’相同”。

在近年来发生的国内外具有较大影响力或争议的商标注册或侵权纠纷中，涉及商品或服务类别的问题几乎都是相关商品或服务是否“类似”，而并非是否“相同”。在最高人民法院的相关司法解释中，只存在关于认定“商标相同”和“商标近似”的规定，[2]以及有关认定“类似商品”、“类似服务”和“商品与服务类似”的规定，[3]但没有认定“相同商品（服务）”的规定。其中最为重要的原因，是申请商标注册必须以商品与服务分类表中商品与服务的具体名称为客观标准划分商品与服务的类别。

人们在长期的经营实践中归纳出了商品与服务的类别，形成了国际公认的标准。目前，世界知识产权组织管理的《商标注册用商品和服务国际分类尼斯协定》已有84个缔约国，[4]由此形成的国际分类表（尼斯分类表）在国际上得到了广泛的认可和使用，而且该分类表定期修订，不断增加新的商品和服务。基于尼斯分类表制订的《类似商品与服务区分表》包含了1万多种商品和服务，[5]经营者提供的商品或服务基本都可以在其中找到自己的位置。这与商标的文字、图形等构成要素完全由每一名经营者自己决定的情况是完全不同的。在申请商标注册时，申请人必须按规定的商品与服务分类表填报使用商标的商品或服务类别及商品名称，提出注册申请。[6]即使两类商品或服务在人们的观念中没有太大区别，但只要它们在分类表中不在同一类别，就非“相同商品”。例如，对多数消费者而言，加牛奶的可可饮料（以可可为主）与加可可的牛奶饮料（以牛奶为主）差别是微乎其微的，但由于前者属于第30类，后者属于第29类，不属于“相同商品”。这样一来，申请人如果希望同时在两类商品上获得商标专用权，就必须就这两类商品提出注册申请。

正是由于商品和服务属于分类表中的哪一具体类别，以及不同经营者提供的商品或服务是否属于同一类别具有很强的客观性，最高人民法院在相关司法解释中没有对“相同商

品（服务）”的认定作出规定。这意味着无论在商标注册还是在侵权纠纷中，认定“相同商品（服务）”采用的都是客观标准，即以分类表作为认定依据。

这一结论，可以从与认定“类似商品（服务）”标准的比较中得到印证。显然，认定两个经营者提供的商品或服务属于相同商品或服务，比认定属于类似商品或服务的难度要大，这正如找两个长相“相同”的人当然比找两个长相“类似”的人困难。如果依法只能认定“类似商品（服务）”，或者连“类似商品（服务）”都不能认定，“相同商品（服务）”就无从谈起了。《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第11条规定：“类似商品，是指在功能、用途、生产部门、销售渠道、消费对象等方面相同，或者相关公众一般认为其存在特定联系、容易造成混淆的商品。类似服务，是指在服务的目的、内容、方式、对象等方面相同，或者相关公众一般认为存在特定联系、容易造成混淆的服务”。考察商品的功能、用途、生产部门、销售渠道和消费对象，以及考察服务的目的、内容、方式和对象，实际上是在判断该商品和服务的实质而非形式。在这些实质方面都相同的情况下，不同经营者提供的商品或服务只能构成“类似商品或服务”，而非“相同商品或服务”，这实际上是以分类表对商品与服务的划分作为认定“相同商标（服务）”的依据。该司法解释第12条还规定：法院“认定商品或者服务是否类似，应当以相关公众对商品或者服务的一般认识综合判断；《商标注册用商品和服务国际分类表》、《类似商品和服务区分表》可以作为判断类似商品或者服务的参考”，这说明判断“类似商品（服务）”应采用主观标准，不同经营者提供的商品或服务即使位于分类表的不同群组之中，也可能被认定为“类似商品或服务”。同样，即使商品或服务位于分类表的相同群组之中，也可能被认定为“不类似”。[7]但司法解释对于“相同商品（服务）”的认定并未作出类似规定，这只能说明最高人民法院认为并无必要采用与分类表不同的认定方法。《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的意见》也有类似的规定。[8]这充分说明最高人民法院在有关商标确权或侵权纠纷中对“相同商品或服务”采用的是客观标准。[9]

在司法实践中，法院曾认为以下明显具有类似功能、用途等特征的商品并非“相同商品”：“工业用蒸汽熨斗；工业用蒸汽电熨斗；去皱机”（原告注册在第7类）与“电熨斗”（被告注册在第9类且为被控侵权商标使用的商品）；[10]“缝纫机刀片、电动剪刀”（原告注册在第7类）与“裁布机用刀片”（被控侵权商标使用的商品）；[11]“电热壶”（原告注册在第11类）与“家用饮水机”（被控侵权商标使用的商品）。[12]由此可见，认定“相同商品（服务）”以分类表为依据，与认定“类似商品（服务）”采用的主观标准并不相同。

二、对“相同商品（服务）”应作严格解释

在以客观标准认定“相同商品（服务）”的同时，对“相同商品（服务）”还应作严格解释。这是因为在侵权诉讼中，在被控侵权商标与在先注册商标相同的情况下，使用被

控侵权商标的商品或服务如果又与在先注册商标核定使用的商品或服务相同（“双重相同”），则会形成对注册商标更高水准的保护和对被控侵权人更为不利的法律后果：一方面，被控侵权人的使用可直接被推定为容易导致混淆，商标注册人并无需承担举证责任；[13]另一方面，被控侵权行为还可能构成“假冒注册商标罪”。[14]相反，如果使用被控侵权商标的商品或服务仅与在先注册商标核定使用的商品或服务类似，即使被控侵权商标与在先注册商标相同，商标注册人也需要证明被控侵权人的使用容易导致混淆，[15]同时被控侵权人也不可能承担刑事责任。因此，认定“相同商品（服务）”需要更加慎重，标准为严格。

上述结论对于认定“相同服务”而言更为重要。对于具有确定物理属性的商品而言，容易用一个词语进行准确地概括。如上面提及的“加牛奶的可可”与“加可可的牛奶”虽然对于多数消费者而言差别不大，但“加牛奶的可可”意味着牛奶成份少于 50%，“加可可的牛奶”则说明牛奶成份高于 50%，因此客观上仍然可作区分。与此形成对比的是，基于人类活动的复杂性和多样性，要用一个词语准确地概括一类服务着实不易。例如，在《类似商品和服务区分表》中，第 45 类中的“调解”（450201）、“仲裁”（450205）与“替代性纠纷解决服务”（450214）是并列的三种服务，“知识产权许可”（450208）与“计算机软件许可（法律服务）”（450212）是并列的两种服务。难道“调解”与“仲裁”不属于“替代性纠纷解决服务”么？难道“计算机软件许可”不属于“知识产权许可”么？由于分类表中明显存在部分交叉、重叠的服务，在侵权诉讼中，对“相同服务”的认定应当严格按照分类表中服务名称所揭示的核心含义进行，不能作出宽泛的解释，否则不仅对于被控侵权人会导致过于严厉的法律后果，还可能架空分类表，影响其发挥对商标注册的指引功能。假设商标注册人在“知识产权许可”（450208）服务上进行了商标注册，他人未经许可专门为“计算机软件许可”提供法律服务，如果认定他人是在“相同服务”上使用相同商标，从而可能承担刑事责任，谁还会申请在“计算机软件许可（法律服务）”（450212）上注册商标呢？同时，通过采用主观标准认定“类似服务”，足以制止那些搭便车、制造混淆的行为。

以在英国发生的“Avnet 公司诉 Isoact 公司案”为例，该案原告是一家通过商品目录和互联网销售商品的企业，其第 35 类“广告和推销服务”上注册了“Avnet”商标。被告是一家网络服务商，经营以 www.avnet.co.hk 为域名的网站，并向客户提供网页空间，供其推销各自的商品。原告认为被告的服务属于“广告和推销服务”，起诉其侵犯商标权。[16]

应当承认，原、被告的业务并非不存在任何关联。审理该案的法官将被告与为其客户提供电话推销服务的电话公司相类比。如果商家为进行电话推销而向电话公司付费，并获得了人们的电话号码，当人们接到商家打来的推销电话时，往往会认为电话公司参与了推销服务。该案法官对此指出，要判断电话公司是否提供了广告和推销服务，关键在于如何

解释“广告和推销服务”。在法官看来,描述服务的用语远不及描述商品的用语(如“靴子和鞋子”)精确。法官为此提出了解释服务类别的原则:

本文认为,对服务的描述必须被谨慎地界定,不能对其进行宽泛的解释以涵盖大量种类的活动。它们必须被限定在其自身内容,即一个一个笼统用语可能具有的各种含义中最核心的部分。[17]

据此,该案法官认为,被告并没有采用广告中介的行为模式,其行为只是为其客户自己做广告提供了便利,因此其服务不属于“广告和推销服务”。[18]该案在判断“相同服务”时,对服务类别所做的严格解释值得借鉴。与此同时,对“相同服务”的解释采用严格标准,还意味着在比较注册商标核定使用的服务与被控侵权人实际提供的服务时,应当注重后者的整体性,不能将整体服务中的有机构成部分单独与注册商标核定使用的服务进行比对。如上所述,“服务”由人的活动构成,人类活动的复杂性和多样性意味着商业现实中的“服务”也是“横看成岭侧成峰”。此时如果割裂“服务”的整体性、忽略观察角度的综合性,仅从其中选择一部分并仅从某一角度进行评判,就有可能扩大“相同服务”的范围,从而使客观标准演变为主观标准。

在“彭博有限合伙公司诉上海彭博网络数据信息咨询有限公司、上海彭博财经资讯有限公司案”(以下简称“彭博案”)中,原告在第41类“在线电子出版物”上注册了“彭博资讯”商标,被告未经许可在其财经网站各栏目页面、公司和产品介绍、联系方式等页面的显著位置使用了“彭博资讯”字样,同时其网站在模拟运行手机WAP网提供财经数据时也出现了“彭博”字样。原告认为被告是在相同服务上使用近似商标,被告则认为自己的服务属于第36类“金融行情和金融信息”服务。[19]法院对此指出:

除了彭博网络数据公司、彭博财经资讯公司在所提供“快讯”、“评论”、“公告”等财经信息报道中使用了侵权标识外,还包括在网站上模拟运行手机WAP网提供财经数据中使用了侵权标识等,涵盖了彭博网络数据公司、彭博财经资讯公司通过网站所提供服务的绝大部分项目,本院难以综合认定为系与“提供在线电子出版物”相同的服务。[20]

法院之所以否认被告的服务属于“提供在线电子出版物”,其原因就在于被告在其网站中提供的资讯服务是一个整体,涉及网络服务的方方面面。换言之,法院认为不应从被告提供的整体网络服务中,将涉及提供在线电子出版物的因素单独抽离出来进行比对。这一做法符合认定“相同服务”的严格、客观的标准。

需要指出的是,强调对“相同服务”进行严格解释,并不会导致商标注册人的利益受损,因为认定“类似服务”或“服务与商品类似”都采用主观标准。在上述“彭博案”中,法院认为:虽然被告通过其网站页面提供的信息的内容主要为财经金融信息,但其提供服务的方式与“提供在线电子出版物”相同,相关公众在认识上也容易与“提供在线电子出版物”相混同,因此被告提供的服务与原告核定使用的服务构成“类似服务”。[21]显然,法院以客观标准认定二者的服务并非“相同服务”,但以主观标准认定二者的服务为“类似服务”,并判决被告的行为构成对原告注册商标专用权的侵害。

就“非诚勿扰”案而言，可能会有相关公众认为江苏电视台播出的《非诚勿扰》节目也属于提供一种婚介与交友服务，但如上所述，对“相同服务”的认定应当采用严格的客观标准，而非主观标准。同时，对于分类表中每一类别的服务而言，在范围上也应根据服务名称的核心意思进行界定，不能作出宽泛的解释。注册人在先注册的“婚姻介绍”和“交友服务”服务当然是指以成功促成婚恋为目的的中介服务。[22]接受服务的对象限于寻求婚恋对象的男男女女和关心其婚恋状况的亲友，服务内容和方式是“牵线搭桥”，即提供潜在婚恋对象的资料、安排互换联系方式并安排双方见面。[23]与此形成对比的是，

《非诚勿扰》节目虽然涉及婚恋，而且确实也有参与节目的嘉宾终成眷属，但制作和播放该节目是为了向不特定观众提供视听娱乐，该项服务的接受者主要不是那些寻求婚恋对象的人及其亲友。试想，该节目每一期中的男女嘉宾总数不过30人左右，加上其亲友也不过百余人，江苏电视台制作和播出一期《非诚勿扰》节目不可能仅为他们服务，电视机前全国各地的观众才是服务的主要对象。节目的制作过程虽然也会包含“牵线搭桥”，但更重要的是节目模式的设计、主持人的评论、摄影师的拍摄、导播对镜头的选择与安排以及后期剪辑制作，最后还要通过技术手段播出节目，而这些才是向主要服务对象——电视观众提供服务的主要内容和方式。

特别需要强调的是，《非诚勿扰》节目的制作与播出是一个整体，与作为节目内容的现场活动不可分割。“非诚勿扰”是节目的名称，起到的是识别节目来源的功能。因此，在判断江苏电视台对节目的制作和播出属于分类表中哪一类服务时，必须以节目本身为依据，而不是节目中涉及的某一项活动。这正如电影《非诚勿扰》中有不少植入广告，如男女主角在餐厅结账时，出现了招商银行信用卡的特写镜头，但不能因此认为电影制片者提供了《类似商品和服务区分表》中的“信用卡服务”（360056）或“电视广告”（350044）、“电视商业广告”（350044）。

最高人民法院的司法解释规定：“类似服务是指在服务的目的、内容、方式、对象等方面相同，或者相关公众一般认为存在特定联系、容易造成混淆的服务”。[24]虽然如上所述，对“类似服务”的认定应采用主观标准，但服务的目的、内容、方式和对象是否相同，是认定“类似服务”的重要考虑因素。如果这些方面都不相同，认定“类似服务”都会较为困难，更不可能根据严格的客观标准认定“相同服务”了。因此，在制作与播出《非诚勿扰》节目与提供“婚姻介绍、交友服务”服务的目的、内容、方式和对象都有很大差异的情况下，认定二者为“相同服务”并不恰当。

三、认定“类似商品（服务）”应考虑在先商标的显著性与知名度

既然对“相同服务”的认定采用严格的客观标准，制作与播出《非诚勿扰》节目与提供“婚姻介绍、交友服务”服务并非“相同服务”，二者是否为“类似服务”呢？毕竟，“非诚勿扰”案是民事而非刑事案件，未经许可在“类似服务”上使用与注册商标相同的

商标，容易导致混淆的，仍然是侵权行为，也可能实现要求侵权人停止使用侵权商标的法律效果。

如上所述，对“类似商品（服务）”的认定采用主观标准。最高人民法院在其司法解释中，将“相关公众一般认为其存在特定联系、容易造成混淆的”商品或服务规定为类似商品或服务。〔25〕同时还要求“以相关公众对商品或者服务的一般认识综合判断”商品或服务是否类似，并明确将《商标注册用商品和服务国际分类表》和《类似商品和服务区分表》的作用定位为判断类似商品或者服务的“参考”，而不是“标准”。既然如此，在认定“类似商品（服务）”时，就不能只考虑商品或服务自身客观存在的特征，还必须将所有影响相关公众认知的因素都纳入考察范围。

在这方面，欧盟的司法实践对我国有较大的借鉴价值。这是因为“类似商品（服务）”在我国《商标法》中的地位与作用与欧盟立法类似。欧盟协调各国商标立法的《指令》第5条第1款与我国《商标法》第57条第（一）、（二）项的规定非常接近，都规定了两类侵权行为，一是未经许可在相同商品或服务上使用相同商标，二是在相同商品或服务上使用近似商标，或在类似商品上使用相同或近似的商标，并容易导致混淆，也就是将“商标相同或近似”以及“商品或服务相同或类似”作为认定侵权的前提条件。欧盟法院（2009年之前称为“欧共体法院”，以下统称为“欧盟法院”）也强调：即使“即使一个商标与另一个具有高度显著性的商标完全相同，仍然需要举证证明商品或服务之间的类似。……导致混淆可能的前提相关的商品或服务是相同或类似的”，〔26〕这与我国商标法的规定与司法实践是一致的。

在著名的“佳能案”中，欧盟法院面对的是德国联邦最高法院提交的问题：在认定“类似商品”时，是否需要考虑在先商标的显著性，特别是其声誉带来的较强显著性，这实际上就是认定“类似商品”应当采用客观标准还是主观标准的问题，欧盟法院对此做出了肯定的回答。欧盟法院指出：“具有高度显著性的商标，无论这种显著性是固有显著性还是来源于在市场上获得的声誉，都享有比具有较低显著性的商标范围更广的保护”。〔27〕因此，在判断商品或服务之间是否类似，以致足以导致混淆的可能时，必须考虑在先商标的显著性，特别是其声誉。〔28〕在“Rossi”案中，欧盟普通法院（当时称为“欧共体初审法院”）在面对“手袋”与“鞋子”是否为“类似商品”的问题时也指出，虽然“手袋”与“鞋子”存在差异，但也有一些共性，如有时在同一场所销售。因此当在先商标具有高度显著性且在后商标与之相同时，“手袋”与“鞋子”之间的差异并不足以排除混淆的可能性。〔29〕

我国在以往的司法实践中，也十分注重将在先商标的显著性和知名度作为认定“类似商品（服务）”的重要因素，〔30〕强调“判定是否构成类似商品，还应当适当考虑引证商标的显著性和知名度”；〔31〕“当引证商标具有较高显著性和知名度时，在判断商标近似和商品类似时的标准可以适当放宽，其所覆盖的近似商标和类似商品的范围应更为广泛”。〔32〕例如，最高人民法院在判断“服装”与“鞋、靴”是否为“类似商品”时，在

考虑了两者具有相同的消费对象、经常通过同一渠道销售,以及争议商标与引证商标基本形态相同等因素后指出,“根据查明的事实,引证商标通过使用具有较高的知名度。在这种情况下,如果两商标在服装和鞋类商品上共存,容易使相关公众认为两商品是同一主体提供的,或者其提供者之间存在特定联系”。[33]在“‘四季花城’楼盘名称案”中,万科公司在第36类“不动产出租”等服务上注册了“四季花城”商标,某房地产公司将其在杭州开发的楼盘命名为“四季花城”。法院认为:“不动产服务商标的知名度也往往与不动产所处的地域相关,万科公司未举证证明其在浙江地区有提升商标知名度的行为,未证明其‘四季花城’服务商标在浙江地区的知名度……(被告)对楼盘标识和‘四季花城’楼盘名称的使用不可能使相关公众对楼盘及其服务的来源产生混淆,楼盘和第36类服务不构成‘商品与服务的类似’”。[34]

既然“类似商品(服务)”的认定采用主观标准,而且在先商标的显著性和知名度是重要因素,对于同一组需要判断是否类似的商品或服务而言,在不同的案件中就有可能出现不同的结论。同样道理,在原、被告互换或争议商标与引证商标互换的情况下,对“类似商品(服务)”的判断结果也可能不同。最高人民法院对此明确指出,“由于在商品类似判断时考虑了个案情况,相关商品是否类似并非绝对和一成不变的,基于不同的案情可能得出不同的结论。因此(某)判决中认定服装和鞋不属于类似商品并不意味着两者在特定案情下必然不构成类似”。[35]在一起涉及“医用生物制剂、药用化学制剂”(引证商标)与“杀真菌剂、杀菌剂”(申请商标)是否为类似商品的诉讼中,北京市高级人民法院也认为:“关于商品类似的判断是否应当结合商标知名度等因素综合考虑,本院认为,进行商标法意义上相关商品是否类似的判断,并非做相关商品物理属性的纯粹客观比较,而主要考虑商标能否共存,能否有效避免商品来源混淆。对在先商标的保护应考虑其知名度,……商品是否类似的判断也要考虑个案情况,要适当考虑在先商标的知名度。”[36]

此外,欧盟法院在认同“类似商品(服务)”的司法实践中,还注意考察商品或服务之间是否存在竞争关系或互补关系。[37]竞争关系当然是指可以互相替代的关系。同时,根据欧盟法院的解释,“互补商品”是指对一种商品的使用对于另一种商品的使用而言必不可少或有重要作用,因此消费者认为同一企业会同时生产两种商品。[38]据此,“互补服务”自然也是指存在上述关系的服务。竞争关系或互补关系对于“类似商品(服务)”的认定非常重要。进行商标注册是一种进行市场竞争的手段,其目的就是为了防止消费者对商品或服务的来源发生混淆,从而避免因消费者的误认和误购而使自己的经济利益受到损害。如果不同经营者使用相同或近似的商标提供的商品或服务之间互不竞争,以致于一家提供的商品或服务,并不会导致另一家提供的商品或服务的消费量有所降低,同时消费者也不会因为信赖一家提供的商品或服务的质量,而去购买另一家提供的商品或服务,说明并不存在误认和误购,也不会因此损害商标注册人的利益,此时无需通过认定两家提供了类似商品或服务,并禁止在后的经营者注册相同或近似的商标或使用该商标进行经营活动。

对“非诚勿扰”案而言，由于电影《非诚勿扰》的巨大影响，特别是“非诚勿扰”本身就是片中男主角征婚时的用语，“非诚勿扰”与“婚姻介绍”和“交友服务”本身就存在一定关联，与臆造性商标或那些与服务内容毫无关系的商标相比，显著性并不强，判决书也并未说明注册在先的“非诚勿扰”商标经过注册人的使用因取得了较高知名度而增强了该商标区分服务来源的能力。同时，如前所述，制作与播出《非诚勿扰》节目与提供“婚姻介绍、交友服务”服务的目的、内容、方式和对象都有很大差异，二者很难说具有竞争或互补的关系。电视观众观看《非诚勿扰》节目寻求的精神享受恐怕难以在婚恋介绍所获得满足，而寻找婚恋对象的男男女女也难以通过欣赏《非诚勿扰》节目找到伴侣。即使对于参与节目的嘉宾而言，他们必须在全国观众面前展示自己、选择他人和被他人选择，这种当众谈情说爱所需要的勇气并非每一名择偶者都具备，况且由于每期节目人数有限，报名者还需要经过甄选，与任何未婚者都可以步入婚恋介绍所获得服务的情况截然不同。因此即使将《非诚勿扰》节目的服务对象局限在参与节目的嘉宾（如上文所述，嘉宾仅是服务对象中的极少数，并不是主要的服务对象），制作和播出《非诚勿扰》节目与提供“婚姻介绍、交友服务”服务的竞争性和互补性也是极弱的。在这种情况下，认定二者为“类似服务”的结论也难成立。

综上所述，根据认定“相同服务”的客观且严格的标准，江苏电视台制作和播出《非诚勿扰》节目与“婚姻介绍、交友服务”并不是“相同服务”，因此“非诚勿扰”案二审判决结果值得商榷。同时，在考虑在先注册商标的显著性与知名度的情况下，两者也不是“类似服务”，认定江苏电视台的行为构成侵权缺乏充分的依据。

基金项目：本文系作者主持的国家社会科学基金重大项目“互联网领域知识产权重大立法问题研究”（14ZDC020）的研究成果。

注：

[1]广东省深圳市中级人民法院民事判决书（2015）深中法知民终字第927号。

[2]《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第9条第1款、第2款和第10条；《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的意见》第14、16条。

[3]《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第11条第1、2、3款和第12条；《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的意见》第15条。

[4]我国于1994年加入，See <http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/documents/pdf/nice.pdf>.

[5]参见国家工商总局：《商标注册用商品和服务分类说明》，<http://sbj.saic.gov.cn/sbsq/spfl/>.

[6]《商标法》第22条。

[7]例如,法院曾认为,“电力供应服务,即为他人进行电力的传输和配送以及蒸汽的输送”与“汽车运输、贮藏、液化气站、运输”服务虽然均位于《类似商品和服务区分表》的同一群组中,但两者的服务项目存在较为明显的区别,相关公众能够对二者服务的目的、内容、方式、对象进行区分,故上述服务不属于相同或者类似服务,参见北京市第一中级人民法院民事判决书(2010)一中知行初字第2782号;北京市高级人民法院民事判决书(2011)高行终字第115号。

[8]《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的意见》第14、15条。

[9]《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的意见》第14条规定:“人民法院在审理商标授权确权行政案件中判断商品类似和商标近似,可以参照《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》的相关规定”。

[10]参见广东省高级人民法院民事判决书(2008)粤高法民三终字第406号。

[11]参见福州市中级人民法院民事判决书(2009)榕民初字第207号。

[12]参见广州市天河区人民法院民事判决书(2012)穗天法知民初字第34号。

[13]本文并不认为在“双重相同”的情况下,即使事实上并不存在混淆的可能性,被控侵权人的行为也构成侵权。此时只是推定存在混淆的可能性而已。由于此点与本文的主要论点关联性不大,此处不再赘述,相关理由请参见王迁:《知识产权法教程》(第四版),中国人民大学出版社2014年版,第473-475页。

[14]《刑法》第213条规定:未经注册商标所有人许可,在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标,情节严重的,处3年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金;情节特别严重的,处3年以上7年以下有期徒刑,并处罚金。

[15]《商标法》第57条规定:有下列行为之一的,均属侵犯注册商标专用权:……(二)未经商标注册人的许可,在同一种商品上使用与其注册商标近似的商标,或者在类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标,容易导致混淆的。

[16]Avnet Incorporated v Isoact Ltd, [1998] FSR 16, 16.

[17]Avnet Incorporated v Isoact Ltd, [1998] FSR 16, 19.

[18]同注释[17]。

[19]上海市浦东新区人民法院民事判决书(2005)浦民三(知)初字第97号。

[20]上海市第一中级人民法院民事判决书(2007)沪一中民五(知)终字第2号。

[21]同注释[20]。

[22]需要说明的是,“交友服务”(450005)译自国际分类表中的“dating services”,根据英文原义,此处的“交友”不是泛指结交普通朋友,而是以谈情说爱为目的“约会”。

[23]参见国家质量监督检验检疫总局、国家标准化管理委员会发布的《婚姻介绍服务国家标准》(GB/T 23861-2009)。

[24]《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第11条第2款。

[25]《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第11条第1、2款。

[26]Canon Kabushiki Kaisha v. Metro-Goldwyn-Mayer Inc. (Formerly Pathe Communications Corporation), Case C-39/97, para. 22.

[27]同注释[26], para. 18.

[28]同注释[26], para. 24.

[29]Sergio Rossi SpA v OHIM, Case T-169/03, para. 68.

[30]北京市第一中级人民法院行政判决书(2010)一中知行初字第1764号;北京市第一中级人民法院行政判决书(2010)一中知行初字第3198号。

[31]北京市第一中级人民法院行政判决书(2009)一中知行初字第2593号。

[32]北京市高级人民法院行政判决书(2013)高行终字第1441号。

[33]最高人民法院驳回再审申请通知书(2011)知行字第36号。

[34]浙江省高级人民法院民事判决书(2005)浙民三终字第66号。

[35]最高人民法院驳回再审申请通知书(2011)知行字第36号。

[36]北京市高级人民法院行政判决书(2012)高行终字第961号。

[37]Canon Kabushiki Kaisha v. Metro-Goldwyn-Mayer Inc. (Formerly Pathe Communications Corporation), Case C-39/97, para. 23.

[38]Sergio Rossi SpA v OHIM, Case T-169/03, para. 60.

论影响责任刑的情节

张明楷

【中文摘要】刑罚的正当化根据是报应的正当性与预防犯罪目的的合理性，其中的报应是指责任报应，报应刑就是责任刑；根据点的理论，只能在责任刑（点）之下考虑预防犯罪的需要，所以，必须严格区分影响责任刑的情节与影响预防刑的情节。不法程度减少时，即使行为人对减少不法的事实缺乏认识，也能成为减少责任刑的情节；不法程度增加时，只有当行为人对增加不法的事实具有认识或者认识可能性时，才能成为增加责任刑的情节；增加或者减少责任本身的情节，属于影响责任刑的情节。余罪的事实使被起诉之罪的有责的不法或者责任本身增加时，可以成为影响责任刑的情节；余罪的事实表明行为人特殊预防必要性大时，只能作为影响预防刑的情节。疑罪、社会影响与民愤、精神损害、

被害人及其家属的严厉处罚要求，都不能成为增加责任刑的情节；被害人及其家属的谅解不是减少责任刑的情节，而是使一般预防必要性减少的情节。

【中文关键字】责任刑；量刑情节；基本内容；争论问题

【全文】

一、情节的分类

刑罚的正当化根据是报应的正当性与预防犯罪目的的合理性。其中的报应是指责任报应，亦即，犯罪人基于自己的意志选择了犯罪行为，刑罚作为对其责任的清算具有正当性。〔1〕责任报应以行为人具有责任为前提，而且由责任划定刑罚的上限。所以，报应刑就是责任刑。基于预防犯罪目的所裁量的刑罚，属于预防刑。责任刑与预防刑可能存在冲突。例如，罪行重大但预防的必要性小，或者罪行轻微但预防的必要性大时，应当如何确定刑罚？这便是刑罚根据的二律背反问题。〔2〕

根据处理二律背反问题的点的理论，〔3〕与责任相适应的刑罚是正确确定的某个特定刑罚（点），在确定了与责任相适应的具体刑罚（点）之后，只能在这个点之下考虑预防犯罪的需要。例如，就法定刑为5年以下有期徒刑的犯罪而言，倘若责任刑为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6个月至3年的区间内发生作用。即使被告人具有多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年的徒刑，就违反了责任主义。

显然，并合主义与点的理论，要求区分责任刑与预防刑。〔4〕在正确选择了法定刑和确定了量刑起点后，必须根据影响责任刑的情节裁量责任刑，然后，在责任刑之下，根据影响预防刑的情节，确定宣告刑。〔5〕因此，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。

如所周知，量刑情节，是指在某种行为已经构成犯罪的前提下，法院对犯罪人裁量刑罚时应当考虑的，据以决定量刑轻重或者免除刑罚处罚的各种情况。量刑情节繁多，可以根据不同标准从不同角度对其进行不同分类。我国刑法理论一般将量刑情节分为法定情节与酌定情节、从宽情节与从严情节、案中情节与案外情节、单功能情节与多功能情节。这样的区分虽然具有一定的意义，但存在局限性。

联系刑罚的正当化根据，以情节与责任刑、预防刑的关系为标准，将量刑情节分为影响责任刑的情节（责任刑情节）与影响预防刑的情节（预防刑情节），具有特别重要的意义。表明责任轻重的情节，是影响责任刑的情节；表明特殊预防必要性大小的情节，是影响预防刑的情节。例如，行为已经造成的、且行为人认识到或者应当预见到的、构成要件结果之外的法益侵害结果，是影响责任刑的情节；自首、坦白、累犯，是影响预防刑的情节。〔6〕

法定情节与酌定情节，都既可能是影响责任刑的情节，也可能是影响预防刑的情节。例如，累犯是法定情节，但属于影响预防刑的情节；构成要件外的结果一般是酌定情节，却属于影响责任刑的情节。一般来说，案外情节不可能成为影响责任刑的情节，但案中情

节并不都是影响责任的情节。所以，案中情节与影响责任刑的情节不是等同含义，案外情节与影响预防刑的情节也不是等同概念。

裁量责任刑以正确处理影响责任刑的情节与影响预防刑的情节之间的关系为前提。首先，由于责任刑与预防刑的地位不同，即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量刑情节与为预防刑提供根据的量刑情节。其次，对影响责任刑的情节与影响预防刑的情节不能等量齐观，也不能将二者总合考虑。影响责任刑的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），那么，影响预防刑的情节就只能在责任刑的点之下起作用。所以，影响预防刑的情节的作用受责任刑的制约。

不难看出，确定哪些情节属于影响责任刑的情节，哪些情节属于影响预防刑的情节，对于量刑具有重要意义。本文就影响责任刑的情节的基本内容与争议问题，略作探讨。

二、影响责任刑情节的基本内容

犯罪的实体是不法与责任。[7]根据责任主义的观点，影响责任刑的量刑情节，包括两个方面的内容，一是不法事实（法益侵害事实），二是表明责任程度的事实（已经作为定罪事实或者法定刑升格的事实进行评价的除外，下同）。由于对责任刑的影响包括从重与从宽两种情形，所以，需要分情形具体讨论。

（一）不法

1. 增加责任刑的情节必须是有责的不法事实

刑法的任务是保护法益，犯罪的本质是侵害法益，不法事实是指法益侵害事实。所以，法益侵害事实说明罪行轻重程度。例如，构成要件外的法益侵害结果，能够说明罪行程度。如绑架罪、非法拘禁罪所造成的轻伤结果，能够说明罪行程度，从而增加责任刑。同样，当5万元至50万元属于盗窃罪的数额巨大时，多于5万元的盗窃数额，也会增加责任刑。

法益侵害事实首先是指行为造成的结果（构成要件外的结果，包括行为造成的危险）。从影响量刑的角度来说，构成要件外的结果，可能包括三种情形：一是实施A罪行为，但在造成了A罪结果的同时，还造成了B罪的结果。如行为人在实施破坏生产经营的行为时，过失造成他人重伤。该重伤结果，必然增加破坏生产经营罪的责任刑。二是实施A罪行为，不仅造成了成立A罪所要求的构成要件结果，而且在结果的数量上多于成立A罪所要求的结果。如一个行为造成三人轻伤。其中一人轻伤是构成要件所要求的结果，另外两人轻伤也可谓构成要件外的结果（但从定罪角度而言，不宜称为构成要件外的结果），则是增加责任刑的结果。三是实施A罪行为，不仅造成了成立A罪既遂所要求的结果，而且发生了更严重的结果。例如，当2000元至5万元属于盗窃罪的数额较大时，被告人盗窃了价值4.9万元的财物。[8]2000元之外的盗窃数额，就会增加责任刑。

增加责任刑的结果，必须是罪刑规范所阻止的结果。否则，就会形成间接处罚，违反罪刑法定原则。[9]但是，地方法院关于量刑规范化的实施细则通常规定，即使行为造成的结果并不被罪刑规范所禁止，也成为增加刑罚量的情节。例如，在我国，故意造成他人轻微伤的，并不成立任何犯罪。[10]但是，江苏省高级人民法院《关于常见犯罪的量刑指导意见》实施细则却规定，行为造成轻微伤的，可以作为增加非法拘禁、抢劫等罪的基准刑的依据。如在抢劫过程中造成被害人轻微伤的，可以增加3个月至6个月的刑期。于是，单独故意造成轻微伤的行为不构成犯罪，但在抢劫中造成轻微伤却增加3个月至6个月的刑期。这便形成了间接处罚，为本文所不取。

对于行为的手段，应当围绕法益侵害进行判断，而不应当将手段的反伦理性、行为无价值性作为增加责任刑的情节。换言之，在违法性判断过程中，“不是仅考虑现实所产生的结果，而且也必须考虑行为方法、样态。但即使在这种场合，也是为了考虑行为方法、样态所具有的侵害法益的一般危险性，而不是考虑方法、样态本身的反伦理性、行为无价值性”[11]。例如，我国《刑法》第384条第一款规定：“国家工作人员利用职务上的便利，挪用公款归个人使用，进行非法活动的，或者挪用公款数额较大、进行营利活动的，或者挪用公款数额较大、超过三个月未还的，是挪用公款罪”。该条将挪用公款分为三种行为类型，并不是考虑了挪用行为本身的方式、样态，也不意味着三种行为类型对法规范违反的程度不同，而是因为三种行为类型对法益的侵害程度有别。挪用公款进行非法活动的，使公款处于被没收的状态，因而对法益的侵害最严重；挪用公款进行营利活动的，使公款处于风险（甚至高度风险）之中，但对法益的侵害轻于进行非法活动；挪用公款进行其他个人活动的，对法益的侵害会更轻。[12]正因为如此，刑法对三种不同类型规定了不同的成立条件。显然，刑法在此所注重的不是行为的反伦理性，而是结果无价值。基于同样的理由，作为增加责任刑的行为方式或者手段，也必须是这种行为方式或者手段对法益的侵害性。

例如，人们一般认为，与开一枪打死一个人相比，用数十刀砍死一个人的，手段更残忍，不法更严重。[13]诚然，用数十刀砍死一个人，可以成为增加责任刑的情节，但这并不是因为手段具有重大的反伦理性，或者手段具有行为无价值，而是因为用数十刀砍一个人时，同时产生了数十个伤害结果。而开一枪打死一人时，并没有如此多的伤害结果。所以，依然是法益侵害结果增加责任刑，而不是行为方式本身增加责任刑。

再如，在盗窃数额较大财物且数额相同的情况下，入户盗窃的责任刑应当重于单纯盗窃的责任刑，但这并不是因为前者的手段本身无价值，而是因为入户行为侵害了被害人的住宅安宁。在抢劫相同数额财产的情况下，使用暴力抢劫的责任刑应当重于其他方法抢劫的责任刑，这也是因为后者对人身权利的侵害轻于前者，而不是因为后者的行为无价值低。

对于犯罪的时空及环境条件，也要围绕法益侵害的实质进行判断。一般来说，犯罪的时间、地点、环境条件不同，也能说明法益侵害程度与范围不同，因而罪行的轻重程度不

同，成为影响责任刑的因素。例如，在发生地震等严重自然灾害时犯罪，其罪行就重于在平时的犯罪，是增加责任刑的情节。犯罪的对象也是如此。在刑法没有将特定对象规定为构成要件要素的情况下，如果行为对象的具体差别，能够反映罪行的轻重程度，就成为影响责任刑的情节。例如，一般来说，盗窃救灾、抢险款物的罪行就重于盗窃一般公私财物的罪行，成为增加责任刑的情节。

行为的次数一般是增加违法性的事实。在一次行为就造成一个构成要件的法益侵害结果的犯罪中，多次行为就意味着造成了多个法益侵害结果。例如，多次非法侵入他人住宅，就意味着造成多个法益侵害结果，因而增加行为的不法程度。所以，在构成犯罪的的前提下，多次一般成为增加责任刑的情节。但是，在一次行为不能或者不一定造成一个构成要件的法益侵害结果的情况下，不能将多次行为本身直接认定为法益侵害结果。例如，《刑法》第338条规定：“违反国家规定，排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他有害物质，严重污染环境的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；后果特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”其中的“严重污染环境”与“后果特别严重”都是指法益侵害结果。“严重污染环境”的结果有一定的具体标准，在一次行为没有达到该标准时，不能认为只要有两次行为就自然达到了该标准。同样，不能认为多次行为就当然符合“后果特别严重”的标准。[14]

没有责任的不法事实，既不能成为定罪的根据，也不能成为增加责任刑的情节。道理很简单。当行为人的某个行为意外造成他人死亡时，不可能对其定罪量刑。既然如此，当行为人实施A罪时意外造成他人死亡的，也只能就A罪定罪量刑，而不可能因为其意外造成他人死亡就对之从重处罚，否则就是典型的间接处罚。所以，增加责任刑的不法事实，应以行为人对之具有责任为前提。例如，卡车司机甲从广州开车到北京，X在广州偷偷将2公斤冰毒夹在货物中，并告知甲“途经武汉时，Y会从卡车上取点东西”。甲并不知道X在货物中藏匿了冰毒。到了武汉后，Y从货车上取东西时，甲发现Y取出1公斤冰毒。甲明知货车上还剩下1公斤冰毒，仍然将该冰毒运至北京。作为定罪根据的是，甲将1公斤冰毒从武汉运输至北京的事实。甲将2公斤冰毒从广州运输至武汉的不法事实，不能成为增加责任刑的情节，因为甲对此没有责任。

至于对不法事实具有何种形式的责任，才能作为增加责任刑的情节，则需要根据法益侵害结果的内容以及刑法的相关规定进行具体分析。概言之，当罪刑规范阻止的结果以行为人具有故意为前提时，只能将故意造成的结果作为增加责任刑的情节；当罪刑规范阻止的结果只需要过失时，可以将过失造成的结果作为增加责任刑的情节。例如，甲故意伤害X，一个行为不仅造成X的重伤，而且造成Y轻伤，并且对Y的轻伤具有故意。由于故意造成的轻伤结果也是罪刑规范阻止的结果，所以，甲对Y造成的轻伤结果成为增加责任刑的情节。倘若甲对Y的轻伤没有故意，仅存在过失，那么，由于过失造成的轻伤结果不是罪刑规范阻止的结果（危害公共安全罪、渎职罪除外），所以，甲对Y造成的轻伤结果不能成为增加责任刑的情节。显然，防止间接处罚，是裁量责任刑的关键。

2. 减少责任刑的情节可以是降低不法的纯客观事实

客观事实使不法程度降低或者减少的,即使行为人对此没有认识,或者不是基于自己的意思减少不法程度,也成为减少责任刑的情节。例如,已经着手实行犯罪,由于犯罪分子意志以外的原因没有造成法益侵害结果的,是减少责任刑的情节。同样,已经开始实施预备行为,由于犯罪分子意志以外的原因没有着手实行的,也是减少责任刑的情节。这是因为,责任是对不法的责任,当不法程度减少时,行为人的责任便是对程度已经减少的不法的责任。诚然,犯罪未遂时,行为人的故意内容与犯罪既遂时的故意没有区别,但是,故意只是责任形式,而不完全等同于责任程度。犯罪既遂时,行为人的责任表现为对犯罪既遂的非难可能性;犯罪未遂或者犯罪预备时,行为人的责任则表现为对犯罪未遂或者犯罪预备的非难可能性。基于同样的理由,被教唆的人没有犯被教唆的罪时,相对于教唆犯而言,是减少责任刑的情节。

当法益侵害结果应当部分归责于被害人时,或者法益侵害结果由被告人与被害人共同引起时,因为被害人对结果的发生起到了作用,或者说结果的发生不是完全由被告人的行为所引起,故被告人所犯之罪的不法程度降低,成为减轻责任刑的情节。例如,在被告人的行为构成交通肇事罪的情况下,如果被害人对自己的伤亡结果应当承担部分责任,就必须减少被告人的责任刑。[15]同样,“被害人的行为使得行为人实施犯罪更为容易的情形,通常也起到减轻刑罚的作用”[16]。

不言而喻,如果行为人基于自己的意志降低不法程度,则是使责任刑更为减少的情节,中止犯便是如此。

(二) 责任

责任程度不仅是由有责的不法程度决定的,同时也是由责任要素本身决定的,所以,增加或者减少责任程度的事实都是影响责任刑的情节。按照本文的观点,责任要素包括故意、过失、目的、动机、责任年龄与责任能力、违法性认识的可能性、期待可能性。由于作为定罪根据评价的事实,不能成为影响责任刑的情节,所以,哪些责任因素的何种内容成为影响责任刑的情节,不可一概而论,需要具体分析。

故意作为定罪的根据,不能再次评价为增加责任刑的情节。但是,故意也有不同的种类,应当进一步研究。本文认为,故意中的直接故意是常态,所以,直接故意不是增加责任刑的情节。反之,虽然间接故意与直接故意的法律地位相同,但一般来说,间接故意的非难可能性小于直接故意,因此,间接故意可以成为略微减少责任刑的情节。直接故意中的预谋故意也是常态,不能成为增加责任刑的情节,但突发故意有可能成为略微减少责任刑的情节。司法实践将预谋作为从重处罚根据的做法,并不可取。

我国刑法规定了疏忽大意的过失与过于自信的过失,二者的相同点都是具有预见可能性,二者均为常态。作为定罪的根据,过失一般不可能再次成为增加责任刑的情节。但是,刑法理论通常还对过失进行其他分类,如业务过失与普通过失,重过失、一般过失与轻过失。在业务过失犯(如刑法分则第二章中的过失危害公共安全的犯罪)中,业务过失

是常态；在普通过失犯中，普通过失是常态。就此而言，两种过失不可能成为增加责任刑的情节。但是，不管是在业务过失中还是在普通过失中，轻过失是减少责任刑的情节，重过失则是增加责任刑的情节，因为轻过失与重过失的非难可能性程度分别低于和高于常态过失的非难可能性。

目的与动机作为犯罪的主观构成要件要素或者必备的责任要素起作用后，不能成为影响责任刑的情节。例如，行为人以出卖为目的拐骗儿童，被认定为拐卖儿童罪后，不能再将出卖目的作为影响责任刑的情节。同样，认定被告人的行为构成盗窃罪后，也不能将其非法占有目的作为影响责任刑情节。再如，认定被告人的行为构成故意毁坏财物罪后，不得将泄愤报复（实为动机）或者其他个人目的作为影响责任刑的情节。

问题是，当目的与动机不是主观的构成要件要素或者必备的责任要素时，[17]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？笔者曾经指出：“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。”[18]这是仅考虑了增加责任刑的目的与动机所形成的结论，没有考虑减少责任刑的目的与动机，因而不当。例如，当被告人的目的与动机值得宽恕，表明其非难可能性减少时，仅将目的与动机作为影响预防刑的情节，明显对被告人产生不利后果。所以，本文的看法如下：其一，迄今为止，笔者是将目的与动机作为责任要素来讨论，我国刑法理论的通说也将目的与动机归入主观方面，与之相应，目的与动机成为影响责任刑的情节，而不宜归入影响预防刑的情节。其二，当被告人的目的与动机值得宽恕时，该目的与动机应当成为减少责任刑的情节。例如，为了给亲属治病筹措资金而盗窃财物的，其非难可能性减少，因而是减少责任刑的情节。再如，为了救济穷人而盗窃贪官财物的，也是减少责任刑的情节。其三，在各种犯罪中，目的非法或者目的不当、动机卑鄙或者动机不良，是犯罪的常态，一般不应作为增加责任刑的情节。除非某种目的或者动机，明显超出犯罪的常态，能够充分说明犯罪人的非难可能性增加，才可以成为增加责任刑的情节，但这种情形是极为罕见的。[19]

最高人民法院2010年2月8日《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》第22条指出：“对于因恋爱、婚姻、家庭、邻里纠纷等民间矛盾激化引发的犯罪，因劳动纠纷、管理失当等原因引发、犯罪动机不属恶劣的犯罪，因被害方过错或者基于义愤引发的或者具有防卫因素的突发性犯罪，应酌情从宽处罚。”该条规定的内容基本上属于动机值得宽恕的情形。但应当注意的是，并不是任何因恋爱、婚姻、家庭、邻里纠纷等民间矛盾激化引发的犯罪，都属于非难可能性减少的犯罪。对于民间矛盾激化引发的犯罪，也要具体判断被告人的动机是否值得宽恕。例如，因为长期受虐待而对施虐者实施伤害、杀害行为构成犯罪的，当然是减少责任刑的情节。反之，丈夫有外遇因而与妻子产生矛盾，进而伤害、

杀害妻子的，虽然不一定成为增加责任刑的情节，但肯定不能成为减少责任刑的情节。概言之，对于因恋爱、婚姻、家庭、邻里纠纷等民间矛盾激化引发的犯罪，只有当纠纷或者矛盾由被害人引起时，才应成为酌情从宽处罚的情节；如果纠纷或者矛盾由被告人引起，则不应成为酌情从宽处罚的情节。

最高人民法院 2008 年 12 月 1 日《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》指出：“行为人本没有实施毒品犯罪的主观意图，而是在特情诱惑和促成下形成犯意，进而实施毒品犯罪的，属于‘犯意引诱’。对因‘犯意引诱’实施毒品犯罪的被告人，根据罪刑相适应原则，应不当依法从轻处罚，无论涉案毒品数量多大，都不应判处死刑立即执行。行为人在特情既为其安排上线，又提供下线的双重引诱，即‘双套引诱’下实施毒品犯罪的，处刑时可予以更大幅度的从宽处罚或者依法免予刑事处罚。”“行为人本来只有实施数量较小的毒品犯罪的故意，在特情引诱下实施了数量较大甚至达到实际掌握的死刑数量标准的毒品犯罪的，属于‘数量引诱’。对因‘数量引诱’实施毒品犯罪的被告人，应当依法从轻处罚，即使毒品数量超过实际掌握的死刑数量标准，一般也不判处死刑立即执行。”这一解释具有合理性。因为不管是犯意引诱还是数量引诱，被告人的责任都轻于没有被引诱的情形。特别是在犯意引诱的场合，“由于行为人之前没有犯意，只是因为被特情引诱犯罪，其责任等级就较低，还可以让法官减轻处罚甚至免除处罚。”“法官对这些案件作出很轻的处罚是符合犯罪人责任的，公众的公平感不会受到损害。”[20]

责任年龄与责任能力是影响责任刑的情节，但是，只能成为减少责任刑的情节。亦即，没有达到完全责任年龄（已满 14 周岁不满 18 周岁）、已满 75 周岁，以及仅具有限制责任能力，又聋又哑或者盲人，是减少责任刑的情节。[21]具有完全责任能力的成年人这一事实，不能成为增加责任刑的情节，因为这是常态；更不能因为被告人具有充分的辨认控制能力或者智商高等原因，而增加责任刑。

成立犯罪不要求行为人认识到行为的违法性，但要求有违法性认识的可能性。违法性认识的可能性既是故意犯的责任要素，也是过失犯的责任要素。在违法性认识方面，大体存在四种情形：第一，行为人没有认识到自己行为的违法性，并且认为自己的行为不违法（存在违法性的错误），也不具有违法性认识的可能性（违法性的错误不可避免）；第二，行为人没有认识到自己行为的违法性，并且认为自己的行为不合法（存在违法性的错误），但具有违法性认识的可能性（违法性的错误可以避免）；第三，行为人没有认识到自己行为的违法性，但具有违法性认识的可能性，也没有误以为自己的行为不违法（行为人没有思考行为的违法性）；第四，行为人已经认识到自己行为的违法性。

第一种情形不成立犯罪，所以，也不可能成为影响责任刑的情节。第二种情形是减少责任刑的情节，因为行为人误以为自己的行为不违法，所以，非难可能性减少。第三种情形虽然不一定存在违法性的错误，但也可以成为减少责任刑的情节。其中，还需要进一步判断违法性的错误的回避可能性的程度，越是难以避免违法性错误的，非难可能性就越小。正如井田良教授所言：“虽然具有违法性认识的可能性，但欠缺违法性的认识时，与

对行为的违法性具有现实的认识的情形相比，一般来说，非难可能性的程度更低。而且，不容易产生违法性的意识时（违法性错误的回避可能性降低时），应当承认刑罚的减轻（向处断刑幅度的下方修正）。”[22]值得研究的是第四种情形。

第四种情形属于知法犯法或者明知故犯，显然存在于故意犯罪。我国的司法实践，一般将明知故犯、知法犯法作为从重处罚的酌定情节。例如，某判决指出：“被告人李金沙、李木金为谋取不正当利益，向国家工作人员及依法从事公务的人员贿送财物，情节严重，其行为构成行贿罪，应当追究刑事责任；被告人李金沙、李木金以牟利为目的，违反土地管理法规，非法转让、倒卖土地使用权，情节特别严重，其行为构成非法转让、倒卖土地使用权罪，应当追究刑事责任。公诉机关对被告人李金沙、李木金指控的犯罪事实及罪名成立。被告人李金沙、李木金犯行贿罪及非法转让、倒卖土地使用权罪，应当实行数罪并罚。被告人李金沙身为国家公务员，知法犯法，应酌情从重处罚。”[23]可是，将知法犯法作为增加责任刑的情节，存在疑问。首先，就故意的自然犯而言，知法犯法实际上是常态。因为一般人虽然不知道具体的刑法条文，但通常知道哪些行为是刑法所禁止的犯罪。例如，杀人犯、放火犯、强奸犯、抢劫犯、盗窃犯、诈骗犯、贿赂犯等都是明知故犯，都是知法犯法。如果因此而增加责任刑或者从重处罚，就意味着对所有的自然犯都要从重处罚。这显然不妥当。其次，就故意的行政犯或者法定犯而言，如果将明知故犯、知法犯法作为增加责任刑的情节，实际上是因为行为人知法而受到较重处罚，不知法却可以受到较轻的处罚。这显然难以被人接受。所以，本文认为，知法犯法、明知故犯的第四种情形，只能作为故意犯的常态，而不能成为增加责任刑的情节。

具有期待可能性，是成立犯罪的责任要素，不可能成为增加责任刑的情节。在本文看来，也不能以所谓“被告人的期待可能性大”为由增加责任刑。但是，期待可能性减少，是减少责任刑的情节。如所周知，根据责任主义原理，只有当一个人本来能够以其他方式行动时，他才对自己所做的事情承担责任。当行为人具有责任能力，认识到或可能认识到自己的行为会发生法益侵害结果，并能够认识到该行为被刑法所禁止时，就能够产生反对动机，不实施该行为。但是，“即使行为人认识到了犯罪事实，而且意识到行为是违法的，但当行为人不能根据这种判断抑制行为，即不能期待其实施其他行为时，就不能非难该行为，因此不能追究行为人的责任。这就是期待可能性的问题。”[24]缺乏合法行为的期待可能性时，行为人就对其不法事实承担责任。与此相应，如果在具体情况下，合法行为的期待可能性减少，就表明非难可能性减少，可以成为减轻处罚的根据。期待可能性的有无与大小，与行为人实施犯罪的动因具有密切关系，而犯罪的动因取决于行为时的具体情况。刑法对犯罪规定法定刑，旨在使行为人对犯罪产生反对动机。但是，其一，“在一定的场合，特别是当行为人内在的根源性的冲动，远远强于对法所预告的苦害的恐怖之念时，反对动机的设定就是没有意义的。例如，在对生命的紧急避险这样的界限状态中，人的脆弱性与自我保存的本能是显著的。”[25]在这种场合，应认定行为人没有期待可能性，因而宣告无罪。其二，当行为人具有实施犯罪的强大动因，而且能够被一般人“理

解”或值得宽恕时，期待可能性就会明显减少，因而成为减少责任刑的情节。在许霆案中，自动取款机的故障，不仅使许霆可以轻易获得不属于自己的金钱，而且其行为难以被银行与一般人发现，这一事实成为许霆实施盗窃行为的强大动因，使其产生反对动机的可能性有所减少。在此意义上说，许霆的有责性减少，法院对许霆做出减轻处罚的判决，具有合理根据。

被害人的过错，既可能导致被告人的动机值得宽恕，也可能导致被告人的期待可能性减少，因而成为减少责任刑的情节。例如，为了给住院的母亲筹措医疗费而盗窃的，其动机值得宽恕；在同样的情形下，没有其他办法筹措到医疗费进而盗窃的，则是期待可能性减少（当然其动机也值得宽恕）。被害人的过错有不同的类型，其中，被害人的挑拨（或者挑衅）是减少责任刑的重要情节。在英美普通法上，由于被害人（死者）的挑拨导致被告人处于激愤状态而杀害被害人的，不以谋杀罪论处，而减轻为故杀罪（非预谋杀杀人罪）。[26]在我国，被害人的挑拨一般不会导致罪名的变更，[27]但作为明显减少责任刑的情节，应当没有疑问。

被害人的过错具有程度差别，所以，对责任刑的影响不可一概而论。一种观点认为，只有当被害人过错达到一定程度或者严重程度时，才能影响量刑，轻微过错不影响对被告人的量刑。例如，被告人李某和被害人张某一起从本村一家婚宴上出来，张某对李某说：“你看人家儿子结婚多热闹，你家都是闺女，将来都得嫁出去”。李某一直因为无子而烦恼，听后不禁大怒，两人发生打斗，李某从地上拿起一块石头将张某砸死。持上述观点的人认为：“被害人张某也只是一句玩笑，未对被告人造成任何实质性的侵害，不足以激发被告人必然采取动手伤人的方式，李某完全可以对此采取克制态度或以相同程度的言辞回应，造成被害人死亡结果完全是由被告人的主观恶性造成的，因此不能以被害人有过错而对其从轻或减轻处罚。”[28]但是，这种观点难以成立。如果认为被害人的过错有程度之分，那么，它对被告人形成犯罪动机的影响也有程度之分，因而对说明被告人的责任程度同样有程度之分，轻微过错当然应对量刑产生轻微影响。被害人的过错并不以对被告人造成实质性侵害为前提，只要对被告人犯罪动机的形成起到了作用，就必须承认并在量刑中予以考虑。诚然，在上例中，如果被告人采取克制态度，就不会发生刑事案件。但是，不能因此认为被害人没有过错。在刑事案件已经发生的情况下，必须判断案件的起因。在判断案件的起因时，必须考虑案发地的一般人所持的常情常理。如果考虑到本案发生在农村，考虑到农民的传宗接代的观念，认定被害人有一定过错，进而对被告人从轻处罚，并不无当。

综上所述，可以得出如下结论：①不法程度减少时，即使行为人对减少不法的事实缺乏认识，也能成为减少责任刑的情节。②不法程度增加时，只有当行为人对增加不法的事实具有认识或者认识可能性时，才可能成为增加责任刑的情节。③增加责任或者减少责任的情节，属于影响责任刑的情节。

三、影响责任刑情节的争议问题

以上是就影响责任刑的情节所作的一般性说明。但是，有些事实是否属于影响责任刑的情节，则存在疑问，需要进一步讨论。

（一）余罪

这里的余罪，是指在刑事审判中没有被起诉但得到证实的犯罪事实。需要研究的是如下情形：甲的行为原本构成数罪，但公诉机关仅起诉了其中的部分犯罪，剩下的没有被起诉的犯罪事实能否作为增加已被起诉之罪的责任刑的情节？

例如，从2008年8月开始，被告人都某组织韦某、李某、杨某三名妇女在四川省简阳市某大街招揽嫖客，然后带至都某事先布置好的出租房内从事卖淫嫖娼活动，都某则趁机潜入室内用假币调换嫖客衣服内的现金。都某用此手段组织上述卖淫妇女多次进行卖淫活动，调换嫖客真币5000余元，与上述卖淫妇女将赃款平分。2009年3月24日，公安机关将都某抓获归案，在其驾驶的川AU2763奥拓车内查获假人民币171张共计1.5万元。四川省简阳市人民检察院指控被告人都某组织卖淫罪、持有假币罪，而没有起诉盗窃罪。[29]笔者事后了解到，人民法院也仅宣告了组织卖淫罪与持有假币罪的成立。

显然，都某的行为还成立盗窃罪。因为都某的行为明显属于违反被害人意志，将他人占有的现金转移给自己占有的盗窃行为。至于向被害人的衣服口袋装入假币，只是掩盖盗窃事实的行为而已，根本不影响盗窃罪的成立。问题是，倘若法官意识到都某的行为另成立盗窃罪，而检察机关又没有起诉，那么，对于该盗窃犯罪事实，能否作为增加组织卖淫罪与持有假币罪的责任刑的情节？我国刑法理论对此没有展开讨论，日本刑法理论界与实务界对此研究较为深入。

日本最高裁判所1966年7月13日的判决指出：“刑事审判中的量刑，是裁判所考虑到被告人的性格、经历与犯罪的动机、目的、方法等情节，在法定刑的范围内，决定适当的刑罚，所以，作为量刑的一种情状，对余罪的考虑并不一定被禁止作为量刑的一种情状考虑余罪，并不是将犯罪事实作为余罪予以认定，而对之进行处罚，所以，并不是对该罪没有提起公诉的必要。将余罪单纯作为推知被告人的性格、经历与犯罪的动机、目的、方法等的情节的资料而考虑，不同于将其认定为犯罪事实予以处罚而科处较重的刑罚，所以，作为事实审的裁判所，当然必然慎重留意二者的区别，不得混淆二者。”[30]简言之，对于未被起诉的犯罪事实即余罪，不得作为独立的犯罪事实予以认定（实质处罚类型），但可以作为推知被告人性格、经历与犯罪的动机、目的、手段等情节的资料，在量刑时予以考虑（情状推知类型）。日本最高裁判所1967年7月5日的判决也有相同的判决结论。[31]

日本刑法理论界对将余罪作为实质处罚类型考虑的做法，均持反对态度。因为将未被起诉的犯罪事实作为所谓余罪予以认定，实质上是以处罚该罪的目的纳入量刑资料中，因而对被告人从重处罚。这种做法不仅违反不告不理的原则，而且违反《日本宪法》第38条第（一）项关于补强证据的规定，还违反了《日本刑事诉讼法》第317条关于证据裁判主

义的规定。[32]本文也反对实质处罚类型的做法。因为这种做法实际上是一种间接处罚，表现为虽然不定罪，但要科处刑罚。例如，在上述都某案中，如果法官认为都某的行为构成盗窃罪，但由于检察机关没有起诉，而将组织卖淫罪的责任刑增加2年，就意味着对没有定罪的盗窃行为判处了2年徒刑。这显然不妥当。

至于能否作为情状推知类型考虑余罪，日本刑法理论则存在消极说与积极说。消极说认为，在量刑时，不得将所谓余罪作为推知被告人性格、经历与犯罪的动机、目的、手段等情节的资料予以考虑。因为这样的考虑，结局仍然是加重了刑罚，与实质处罚类型没有本质区别；在没有区分事实认定程度与量刑程度的情况下，调查余罪的证据会对所起诉的犯罪事实的认定产生不利影响。[33]积极说则认为，余罪是与所起诉的犯罪的情节相关的间接事实，而且可以征表被告人的恶的性格，既然前科、一般不法行为等都是量刑资料，那么，就有理由将余罪作为量刑资料；如果将余罪排除在量刑情节之外，就不能整体地考虑被告人的人格，不利于合理量刑。[34]

显然，两种观点都有理由。本文采取有限的积极说。首先，所谓的余罪，必须是在审理被起诉的犯罪的过程中，已经查明、证实的犯罪事实。其次，余罪的事实如果表现为被起诉事实的手段、结果，因而使被起诉之罪的不法程度增加，或者表现为被起诉事实的动机、目的，因而使被起诉之罪的责任程度增加，则可以成为增加责任刑的事实。例如，在都某案中，都某调换假币的事实，虽然是盗窃行为，但同时也是使用假币的行为。这种使用假币的行为，也是使都某持有假币罪的不法程度增加的事实，因而可以成为增加持有假币罪的责任刑的情节。再次，倘若余罪的事实是表明被告人特殊预防必要性大的事实，则不能作为增加责任刑的情节，只能作为影响预防刑的情节。但必须注意的是，并不是任何余罪都表明被告人特殊预防的必要性大，只有当余罪能够说明被告人再犯罪的危险性大时，才能作为影响预防刑的情节。例如，行为人6次盗窃，但检察机关只起诉了4次盗窃时，作为余罪的两次盗窃，可以成为表明被告人特殊预防必要性大的事实（被告人盗窃的常习性严重），因而成为影响特殊刑的情节。最后，余罪的事实对量刑的影响，应当控制在较小的范围内。如果让余罪对责任刑与预防刑产生较大的影响，实际上就会相当于实质处罚类型，因而不当。[35]

（二）疑罪

这里所称的疑罪，是指认定成立犯罪的证据不足的情形。需要讨论的情形是：被告人成立A罪的行为被起诉，该行为有成立更重犯罪的嫌疑，但现有证据不能证明其行为成立更重的犯罪。法官在对A罪量刑时，能否将可能触犯的更重的疑罪作为增加责任刑的情节？

例如，甲饮酒后，凌晨驾驶小汽车载朋友乙由A市上高速公路到B市，途中与一货车相撞，造成乙死亡。经酒精检测，甲每100ml血液含乙醇228mg。经两次退补侦查，货车及车主仍未找到，不能确定甲在交通事故中的责任。[36]甲的行为无疑成立危险驾驶罪，不仅如此，如果甲在交通事故中负主要责任，则其行为触犯了更重的交通肇事罪。虽

然存在这种可能性,但现有证据不能证明甲的行为成立交通肇事罪。那么,在对甲的危险驾驶罪量刑时,能否将甲可能触犯交通肇事罪的事实作为增加危险驾驶罪的责任刑的情节?

本文持否定回答。前述余罪是已经被证明的犯罪,只不过检察机关没有提起诉讼。而疑罪是没有得到证明的事实。根据认定犯罪的证据标准,以及事实存疑时有利于被告的原则,只能否认疑罪的存在。在上例中,既然不能确定甲在交通事故中的责任,就只能认定甲在交通事故中不负任何责任,因而不能将乙的死亡归属于甲的行为。既然不能将乙的死亡结果归属于甲的行为,对于甲的危险驾驶罪就不能从重处罚。概言之,疑罪不能成为增加责任刑的情节,当然也不能成为增加预防刑的情节。

需要指出的是,上述疑罪不仅包括类型不同的疑罪,而且包括类型相同的疑罪。例如,现有证据证明甲强奸一名妇女,虽然甲供述自己还强奸过另外一名妇女,但得不到其他证据的证实。只有被告人的口供,不能作为定案的根据。所以,只能认定甲强奸一名妇女。即使甲事实上可能强奸了两名妇女,但在量刑时,不能将甲可能强奸了另一名妇女的疑罪,作为增加责任的情节。

(三) 社会影响

我国的司法实践在量刑时普遍考虑犯罪行为造成的社会影响。[37]第一种情形是,将行为造成的恶劣社会影响作为法定刑升格的条件之一。例如,最高人民法院 1998 年 12 月 17 日《关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 14 条规定,违反国家规定,出版、印刷、复制、发行非法出版物,经营数额、违法所得数额或者经营数量接近非法经营行为“情节严重”、“情节特别严重”的数额、数量起点标准,造成恶劣社会影响的,可以认定为非法经营行为“情节严重”、“情节特别严重”。

第二种情形是,将行为造成的恶劣社会影响作为在法定刑内裁量刑罚的情节。这类司法解释内容相当多。例如,最高人民法院 2010 年 12 月 22 日《关于处理自首和立功若干具体问题的意见》第 8 条规定:“对具有自首、立功情节的被告人是否从宽处罚、从宽处罚的幅度,应当考虑其犯罪事实、犯罪性质、犯罪情节、危害后果、社会影响、被告人的主观恶性和人身危险性等。”又如,最高人民法院 2011 年 5 月 27 日《关于进一步加大力度,依法严惩危害食品安全及相关职务犯罪的通知》指出:“被告人实施危害食品安全的行为同时构成危害食品安全犯罪和生产、销售伪劣产品、侵犯知识产权、非法经营等犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。要综合考虑犯罪分子的主观恶性、犯罪手段、犯罪数额、危害后果、恶劣影响等因素,依法准确裁量刑罚。”再如,最高人民法院 2011 年 12 月 30 日《关于进一步加强危害生产安全刑事案件审判工作的意见》第 13 条规定:“审理危害生产安全刑事案件,应综合考虑生产安全事故所造成的伤亡人数、经济损失、环境污染、社会影响、事故原因与被告人的关联程度、被告人主观过错大小、事故发生后被告人的施救表现、履行赔偿责任情况等,正确适用刑罚,确保裁判法律效果和社会效果相统一。”

社会影响应否属于量刑情节？如果是量刑情节，那么它是影响责任刑的情节，还是影响预防刑的情节？抑或具有双重性质？如果说社会影响对定罪的作用并不涉及所有的犯罪，那么，社会影响对量刑的作用则涉及所有的犯罪。所以，这个问题应当引起足够的重视。在发表看法之前，有必要先介绍日本审判实践与刑法理论的观点。

日本现行刑法没有规定量刑时必须考虑行为的社会影响，但尚未通过的《改正刑法草案》第48条规定，适用刑罚时，应当考虑犯罪的社会影响。然而，刑法理论并没有一概赞成该草案的规定。关于社会影响是否属于量刑应当考虑的因素，在日本存在三种观点。

第一种观点可谓全面肯定说，主张量刑必须考虑犯罪的社会影响，并且认为，犯罪的社会影响既是决定责任刑的要素，也是决定预防刑的要素。因为犯罪是伴随着法益侵害的社会现象，多多少少会对社会产生影响。如同向社会这个水池投掷石块一样，如果石块越大，波纹就越大，反之则越小；如果石块相同，那么，投掷力量越大，波纹越大，反之则越小。刑事立法时，除了考虑直接的法益保护外，当然会考虑犯罪行为必然产生的社会影响。法官在量刑时，理所当然也要予以考虑。犯罪的社会影响大，具体表现为两种情形：一是对一般市民造成的“社会不安”，属于增加责任刑的情节。例如，放火等公共危险罪会引起社会的混乱，伪造、变造货币等罪会对社会产生重大影响，贿赂犯罪会损害国民对公务的信赖，这些都是增加责任刑的情节。

二是犯罪样态的“模仿性”强，属于增加一般预防刑的情节。例如，利用他人名义的账户实施诈骗之类的、被捕危险小而获利较多的犯罪，以勒索财物为目的的绑架等采用特殊手段容易被模仿的犯罪，都是一般预防必要性大的犯罪，需要在量刑时予以考虑。[38]

第二种观点可谓部分肯定说。其中一种观点认为，只有当行为引起的社会不安，属于构成要件外的附随结果（非构成要件的结果）时，才能成为增加责任刑的情节。[39]另一种观点认为，犯罪的社会影响与行为责任没关系，与人格责任无关联，只能作为一般预防的要素予以考虑。[40]

第三种观点可谓否定说，主张量刑时不得考虑犯罪的社会影响。如浅田和茂教授针对日本《改正刑法草案》第48条的规定指出：“每个犯罪类型所预想的社会影响，已经完全纳入到法定刑中了，应当认为不是量刑的问题。另一方面，具体事件所波及的社会影响的强弱，在很大程度上受媒体报道的影响不管怎么说，在量刑中，将与行为人的行为没有关系的事情作为加重刑罚的情节，违反了个别行为责任的观念，因而不适当。”[41]

联系我国的立法体例与重刑主义的司法现状，本文采取第三种观点。

第一，司法解释所规定的“造成恶劣社会影响”，显然是指行为造成的结果或者后果。可是，犯罪结果或者后果，并不是行为造成的任何现象，而是指行为造成的法益侵害结果。既然如此，就必须联系具体犯罪的保护法益予以确定。显然，在法益侵害结果之外考虑恶劣社会影响，必然超出了具体犯罪的保护法益，违反了刑法的法益保护目的。

第二，倘若认为社会影响是一种法益侵害结果，那么，这种结果应当包含在构成要件结果中，因而已经被法定刑所考虑，不应当再作为增加责任刑的情节。例如，刑法在对放

火、爆炸等危害公共安全的犯罪规定法定刑时，当然考虑到了这种行为对公众生活的平稳与安宁所造成的侵害。同样，伪造、变造货币等罪本来侵害的就是货币的公共信用，该犯罪对货币的公共信用所造成的侵害当然包含了该行为造成的社会影响。贿赂犯罪的保护法益是职务行为的不可收买性，其中包含公众对职务行为不可收买性的依赖，[42]所以，贿赂犯罪的社会影响其实就是贿赂犯罪本身的构成要件结果。显然，这种社会影响已经作为定罪的根据被考虑，不能在量刑时重复评价，故不能作为增加责任刑的情节。

第三，当某种犯罪的社会影响不属于构成要件结果时，不应当作为构成要件外的法益侵害结果来考虑。例如，当行为人故意在一定区域杀害不特定他人时，可能引起该区域社会公众心理的恐慌。其中的死亡结果是故意杀人罪的构成要件结果，社会公众的心理恐慌则不可能成为故意杀人的构成要件结果。那么，对此应如何处理？在本文看来，在这种场合，并不是犯罪的社会影响成为增加法定刑的情节，而是行为人杀害不特定人的动机使其责任增大，因而成为增加责任刑的情节。[43]换言之，杀害不特定人的责任超出了故意杀人的常态，因而应当加重责任刑。

第四，常态犯罪所造成的社会影响，更不可能成为增加责任刑的情节。例如，通常的故意杀人行为、故意伤害行为，即使引起了社会公众的心理恐慌，也不能作为增加责任刑的情节。因为常态犯罪所造成的社会影响，已经被法定刑所考虑。

第五，虽然他人容易模仿的犯罪属于一般预防必要性较大的犯罪，但不应以一般预防必要性大为由加重刑罚。一般来说，犯罪样态的“模仿性”，立法者已经在规定法定刑时做了考虑，故不应在量刑时再予考虑，否则不仅会重复评价，而且将犯罪人作为一般预防的工具对待，侵犯了犯罪人的尊严。[44]至于行为人特意以特定方式实施某种犯罪，使得这种犯罪容易被他人模仿，则可以认定为行为人的责任重，因而成为增加责任刑的情节。

第六，一般意义上的社会影响，是难以甚至不可能评估和测量的。于是，司法实践只能根据媒体是否报道、如何报道进行判断。有的地方的做法是，如果案件事实被省级以上媒体报道，就认定为造成了恶劣社会影响。然而，媒体是否报道以及何种媒体报道、何时报道，都具有相当大的随意性。同样的犯罪，经过媒体大量报道后会产生重大社会影响，但没有经过媒体报道的则不会产生社会影响。根据这样的标准认定为恶劣社会影响，必然导致量刑的恣意性。而且，媒体的报道也可能不真实，夸大或者缩小的现象相当普遍。如果将社会影响作为增加责任刑的情节，不仅导致处罚不公平，而且导致媒体左右量刑。例如，有的媒体不尊重司法，在审判之前乃至起诉之前就报道；有的媒体尊重司法，在判决之后才报道。于是，将恶劣社会影响作为量刑根据，不仅导致量刑的恣意性，而且是否从重处罚，完全取决于媒体的态度。不仅如此，即使是媒体的正常报道，社会影响的形成与否也取决于公众舆论或者民意，但公众舆论常常是情绪化、非理性的发泄，而不一定是冷静的、理性的表达。如果将社会影响作为量刑情节，必然使刑罚丧失理性。此外，由于许多所谓的社会影响并不是犯罪行为本身造成的，而且通常的社会影响并不是罪刑规范所阻止的结果，所以，将行为造成的社会影响作为增加责任刑的情节，也属于间接处罚。[45]

综上所述，司法解释大量将社会影响作为量刑情节的做法，并不可取。至于将社会影响作为法定刑升格的条件，则更缺乏根据。

与社会影响相联系甚至有等同含义的是民愤。耳熟能详的“不杀不足以平民愤”，表明了量刑时应当考虑民愤，刑法理论上也有学者主张量刑时应当考虑民愤。例如，陈兴良教授认为，量刑时不仅要考虑犯罪行为本身，还要考虑人们对该犯罪的评价与反应，民愤正是这种评价与反应之一，考虑民愤本身是罪刑均衡的题目中应有之义。威慑是刑罚预防目的应有内容，而民愤正是反映了这种威慑的必然性，所以，量刑时考虑民愤也符合刑罚目的。[46]本文难以赞成这种观点。

首先，从罪刑均衡的角度来说，刑罚应当与罪行相适应。对罪行轻重必须进行规范评价，即必须以不法和责任为根据，以法律为准绳。如果一般人的评价与规范评价相一致，结论是罪行严重，那么，此时并不是因为民愤大而导致罪行重。如若一般人的评价与规范评价不一致，就不能由一般人的评价影响规范评价。例如，不法程度取决于法益侵害程度，而不是取决于对伦理的违反程度。某种行为对法益的侵害并不严重甚至没有侵害法益，但是其严重违反伦理，一般人完全可能对该行为表示强烈反感，因而使该行为的民愤极大（如成人间基于合意秘密实施的群奸群宿行为或者其他公然猥亵行为）。反之亦然。在这种情况下，法官只能根据刑法的规定评价不法程度，而不能根据民愤评价不法程度。陈兴良教授虽然主张量刑时要考虑人们对行为本身的评价与反应即民愤，但又认为：“那种认为民愤的大小反映了犯罪对社会危害性程度的大小的观点是不能成立的考察社会危害性的大小，只能从犯罪事实本身作为基础和出发点。”[47]这似乎有自相矛盾之嫌。既然一般人的评价或者民愤不影响社会危害性的程度，考虑民愤本身就不是罪刑均衡的题目中应有之义。即使认为广义的罪刑均衡还包括刑罚与人身危险性相适应，但民愤大小不可能影响被告人的人身危险性程度，所以，从罪刑均衡的角度出发，不可能将民愤作为量刑情节。退一步而言，即使法官有时难以认识某种行为的罪行程度，而参考一般人的评价或者了解一般人的反应，也只是说明法官对罪行的评价要考虑一般人的价值观念，并不意味着民愤本身就是量刑情节。

其次，为了威慑一般人而将民愤作为从重量刑情节，显然是将被告人作为预防他人犯罪的工具，而且必然导致量刑过重，侵害了被告人的尊严。

最后，“民愤是一个以感情成分表现出来的公众舆论，与理性产物的法律是有区别的”；“民愤属于感性认识，容易受到错误导向，尤其是在少数人别有用心去歪曲事实、刻意煽动的情况下”；“在现代社会中，‘民愤’容易受到媒体的影响甚至误导”。[48]以药家鑫案为例，[49]媒体有三个关注点：药家鑫据传为官二代、富二代；被害人为女性、农民工；药家鑫在撞人后又连捅8刀。事实上，药家鑫并不是所谓官二代、富二代，但这一点对民愤的产生却起了重大作用。女性与农工作为故意杀人罪的对象，并无特别之处；就故意杀人罪而言，连捅8刀也不是罕见现象，但媒体的渲染使得药家鑫的民愤极大。从药家鑫的罪行与事后态度以及当时的刑事政策来看，对药家鑫原本就不应当执行死

刑，但恰恰是民愤导致药家鑫被执行死刑。不难看出，将民愤作为量刑情节，必然导致量刑不公正。

（四）被害感情

被害感情，一般是指被害人及其家属因犯罪所遭受的精神损害以及由此产生的处罚感情或科刑意见。[50]这里的精神损害，不是指侮辱、诽谤等罪造成的名誉毁损，而是指杀人、伤害、交通肇事、强奸等行为给被害人造成的精神痛苦（狭义的被害感情，下同）。精神损害与处罚感情不一定成正比关系。例如，有的被害人可能遭受了重大的精神损害，但由于某种原因而希望对被告人宽大处理；有的被害人没有遭受重大的精神损害，却基于某种理由而要求对被告人严厉处罚。所以，需要分开讨论。

1. 精神损害

日本的不少学者将犯罪行为给被害人及其家属造成的精神损害归入构成要件外的结果，使之对量刑产生影响。基本理由是，犯罪行为给被害人造成的精神损害，对被害人的生活产生了具体的不利影响，作为一种副次的利益侵害（主要结果是对保护法益的侵害），成为构成要件外的结果。并且认为，这样的观点并不违反罪刑法定原则。因为即使是构成要件的核心保护法益，法条也不一定能够明文表述，而必须通过解释才能得以明确；刑法分则的每个法条并非只保护一种法益，副次的保护利益的范围需要通过解释予以确定。被害人的被害范围，理所当然包括精神方面的被害；这种被害能够成为构成要件外的结果。[51]根据这种观点，被害人的精神损害，增加了行为的不法程度，能够成为增加责任刑的情节。

日本学者的这种观点，或许以其法官量刑偏轻为背景。亦即，在法官普遍量刑较轻，而国民要求严厉处罚犯罪的情况下，通过将被害人的精神损害作为构成要件外的结果（所谓新结果主义），说明犯罪的不法程度加重，以便加重责任刑。但是，本文不赞成将精神损害作为增加责任刑的情节。

首先，应当认为，犯罪行为给被害人造成的通常的精神损害，已经被法定刑所考虑。例如，立法者当然预想到故意杀人行为会给被害人亲属造成巨大的精神痛苦。再如，强奸罪的法定刑之所以重，一个重要原因也是考虑到了强奸行为会给被害人造成巨大的精神痛苦。所以，在法益侵害结果之外再将精神损害作为构成要件外的结果，实际上有重复评价之嫌。

其次，从罪刑法定原则的保障机能来看，对不法程度的评价，必然以符合构成要件的事实为根据。故意杀人罪的构成要件，决定了其结果限于被害人死亡（未遂时包括伤害）。如果将被害人亲属的精神痛苦也作为故意杀人罪的一种结果，必然导致结果漫无边际。事实上，在此问题上，人们无形中扩大了被害人与被害结果的范围——将一般人的“被害感情”也作为犯罪行为的结果。换言之，人们是超出了法益侵害与法益主体而使用“被害”与“被害人”概念的。例如，就故意杀人罪而言，人们常常着眼于死者家属的精神痛苦与二次被害。于是，家属也成为故意杀人罪的被害人，而精神痛苦成为判处被告人

死刑的重要根据。“但是，这样的‘被害’与‘被害人’概念的扩散，不仅危害法治国家的保障，而且使刑法私事化，使刑罚与私人的复仇的区别模糊。例如，即使从法益保护的观点来看，杀人罪的处罚根据毕竟应从侵害生命本身去寻找。将遗族包括在‘被害人’中使遗族感情成为刑罚的正当化根据的做法，容易导致至少部分杀人罪变成了对感情的犯罪。从遗族感情的见地来看，对于杀害有家族的人、被周围爱的人，与杀害没有家庭的人、被周围嫌弃的人，在法的评价上便不同，但这样的结论反而意味着轻视生命。”[52]再如，盗窃、非法拘禁、非法侵入住宅等行为都可能给被害人及其家属造成精神痛苦，如果将这种精神痛苦作为增加责任刑的情节，不仅有悖于罪刑法定原则，而且必然导致量刑畸重。此外，如果将被害人的精神损害作为构成要件外的结果，那么，在非法吸收公众存款这类犯罪中，由于被害人多，必然导致其遭受精神损害的人多，因而使不法程度大为提升。这显然不符合报应刑的原理，违反罪刑相适应原则。

再次，被害感情因人而异，不同的被害人对相同的犯罪行为产生的被害感情不可能相同；法官对被害感情也难以进行客观判断，将被害感情作为增加责任刑的情节，必然导致量刑的不公平。此外，就故意杀人罪的被害人而言，有的死者家属多，有的死者没有家属。如果将被害感情作为增加责任刑的情节，那么，对前者从重处罚，对后者不从重处罚或者从轻处罚，必然导致对生命保护的不平等。而且，我国的量刑本身就具有相当的恣意性，如果将被害人及其家属的精神损害作为增加责任刑的情节，必然导致量刑更为恣意。

最后，本文并不一概反对将构成要件外的结果作为增加责任刑的情节。但是，如前所述，作为增加责任刑情节的构成要件外的结果，也必须是罪刑规范所阻止的结果，而且被告人必须对此具备相应的责任要素。换言之，并不是只要被告人对某种结果具有预见可能性，该结果就可以成为增加责任刑的情节。[53]相反，当刑法仅处罚故意造成某种结果的行为时，倘若被告人仅对该结果具有预见可能性，就不能将该结果作为增加责任刑的情节。从刑法分则的规定来看，过失造成的精神损害，不可能成为罪刑规范阻止的结果。然而，要认定被告人在实施杀人、伤害、盗窃等行为时，对超出通常情形的精神损害具有故意，则是相当困难甚至是不可能的。所以，将精神损害作为增加责任刑的情节，也有违反责任主义之嫌。

2. 处罚感情

处罚感情存在两个相反的方向：一是要求严厉处罚，二是希望宽大处罚。

首先，在我国的量刑实践中，被害人及其家属的严厉处罚要求，事实上成为增加责任刑的情节。不仅如此，就故意杀人等案件而言，如果没有取得被害方的谅解，就会判处被告人死刑立即执行。有人甚至提出建立所谓“死刑案件被害人方谅解制度”，亦即，在死刑案件中，被害人及其家属与被告人及其家属达成赔偿协议，并表示谅解被告人，被告人真诚悔罪，法院根据其情节及悔罪表现对其判处死刑，缓期二年执行，或者根据特殊情况在死刑以下量刑。[54]言下之意，如果被害方没有谅解，就应判处死刑立即执行。还有人

认为：“被害人亲属不予谅解，可以作为一种酌定从重情节，在决定是否限制减刑时予以考虑。”[55]但是，将被害方的严厉处罚要求作为增加责任刑的情节，明显不当。

被害人及其家属要求严厉处罚被告人，主要是因为他们是被害人亲属，而不是因为犯罪本身的不法程度重或者责任程度重。因为被害程度与处罚要求并不表现为正比关系，不同的被害人对相同的犯罪会产生不同的处罚要求。有的被害人愿意宽恕他人，有的被害人习惯于怀恨在心；有的被害人对轻微犯罪也要求严厉处罚，有的被害人对严重犯罪却希望宽大处理。例如，在德国，“一个50岁的妇女，她的一个邻居毒死了她的狗，她要求毒死这个行为人”[56]。我国也会存在类似现象。可是，对罪行的评价，不可能以被害人及其家属的价值观为标准，只能根据刑法与一般人的价值观做出评价。倘若认为，被害人及其家属要求严厉处罚被告人，是因为被告人的罪行严重，那么，对被告人从重处罚的根据就是罪行严重，而不是被害人的处罚感情。

由于犯罪的不法、责任程度与被害人的处罚要求并不一致，以及被害人在被害之后的要求不同（如有的要求报复，有的要求得到安慰，有的要求得到补偿），如果将被害人及其家属的严厉处罚要求，作为增加责任刑的情节，必然导致对被告人的量刑取决于十分偶然的因素，进而导致量刑的不公正。

将被害人及其家属的严厉处罚要求，作为增加责任刑的情节，只能强化国民的报复感情，使量刑私事化，使量刑与私人的复仇相混淆，陷入绝对的被害报应刑论。这样的量刑显然缺乏刑罚的正当化根据。“历史地看，被害人视角中的‘报应’侧面与‘恢复’侧面是并存的，但在国家刑罚权的生存过程中，只是延续了‘报应’侧面，而忘掉了‘恢复’侧面。各国对被害人实态的调查证实，被害人对挽回损害的希望大于处罚犯人的希望。处罚感情的强化，正是国家轻视被害人‘恢复’感情的结果。”[57]所以，司法机关对于有强烈报应感情的被害人，应当从物质与精神两个方面伸出援助之手，从而缓和被害人的报应感情，并且使被害人得到真正的恢复。这才是对被害人的最有效保护。

不可否认，我国的一些个案表明，判处重刑就是基于被害方及其家属的强烈要求（尤其上访相要挟）。但是，一个完全或主要由被害方及其家属左右的刑事司法，是十分令人担忧的。一方面，“司法是一个非常脆弱的机构。因为，它建立在认可的基础上。我们承认法官有权对我们实行判决。可以说这总是建立在自己成员的信仰之上的民主的一种特殊情况，这种信仰就是社会机构比我们强。”[58]而这种信仰的前提，是司法机关能够作出客观公正的判决。所以，我国的司法机关应当通过客观公正的司法，树立司法权威，使国民信赖判决的客观公正性。“法庭不是代议机构。它们的本质特征是建立在独立性基础之上的客观性。历史教育我们，当法庭卷入时代的激情，并承担首要的责任以在相互竞争的政治、经济和社会压力之间进行选择时，司法独立就受到了危害。”[59]法院越是为了防止被害人上访而科处被告人重刑，越是丧失了其独立性，越难以实现客观公正的司法，而且只能形成恶性循环。另一方面，法律的正义性与安定性必须得以维护，由被害人的报复感情左右司法判决，会损害法的正义性与安定性。“有一个古老的法律格言——棘手的

案件制造恶法。”[60]越是顾及被害人及其家属的不正当报复感情，就越容易为了达到一个特定的结果而歪曲法律、破坏法律。

其次，在我国的量刑实践中，被害人及其家属的谅解（希望宽大处罚），成为从宽处罚的重要理由。最高人民法院2010年2月8日《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》第23条指出：“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。犯罪情节轻微，取得被害人谅解的，可以依法从宽处理，不需判处刑罚的，可以免于刑事处罚。”最高人民法院《关于常见犯罪的量刑指导意见》规定：“对于积极赔偿被害人经济损失并取得谅解的，综合考虑犯罪性质、赔偿数额、赔偿能力以及认罪、悔罪程度等情况，可以减少基准刑的40%以下；积极赔偿但没有取得谅解的，可以减少基准刑的30%以下；尽管没有赔偿，但取得谅解的，可以减少基准刑的20%以下。”德国、日本的刑法理论与审判实践也将被害人的谅解作为量刑时必须考虑的情节。问题是，被害人的谅解使得量刑从宽的根据是什么？

违法性说认为，被害人的谅解使得犯罪的违法性减少。其中，有的从被害人事后的同意、承诺的角度来解释，有的从法益与自己决定权的关系来说明，还有的从实质的被害减少的侧面来论述。[61]但是，被害人的事后谅解无论如何也不可能减少已经实施的犯罪行为的违法性。被害人事后的同意或者承诺，对犯罪的违法性没有任何影响，否则，国家的刑事司法就会完全由被害人左右。法益主体确对自己的法益享有自主决定权，但是，与被害人的同意或者承诺一样，在犯罪成立后不可能因为法益主体享有自主决定权，就使犯罪的违法性减少。被害是否减少，既要站在结果发生时判断，也要根据刑法的规定判断。

“实质的被害减少”，其实是没有具体理由的一种表述。

责任说认为，被害人的谅解使得被告人的责任减少。其中，要么认为被害人事后的同意使被告人的责任减少，要么认为被害人的谅解使得被害人与被告人的关系得以修复，因而导致被告人的责任减少。[62]可是，责任是行为责任，作为报应根据的责任也是行为责任。被告人的责任不可能因为被害人的谅解而减少。

特殊预防说认为，当被害人的谅解是基于被告人对被害人的赔偿、补偿、赔礼道歉，或者反省态度而形成时，表明被告人特别预防的必要性减少。[63]然而，这一观点似乎混淆了不同的量刑情节。被告人的赔偿、补偿、赔礼道歉或者反省态度等本身就是表明其特殊预防必要性减少的情节，即使被害人并不谅解，被告人的上述行为与态度也是减少预防刑的情节。问题是，当被告人没有上述行为与态度，但被害人愿意谅解的，应当如何处理？

一种观点认为，被害方谅解不能成为量刑情节，理由是：“将被害方谅解作为量刑情节不符合刑法‘罪责刑相适应’基本原则”；“将被害方谅解作为量刑情节缺乏法律依据”；“将被害方谅解作为量刑情节不利于树立司法公正形象”。[64]诚然，如上所述，被害方谅解既不表明被告人所犯之罪的不法程度降低，也不表明被告人的责任与再犯罪可能性减少，在此意义上说，将被害方谅解作为量刑情节不符合罪刑均衡原则。但是，不能

据此认为,将被害方谅解作为量刑情节缺乏法律依据。量刑的正当化根据不只是报应,因而不只是罪刑均衡;量刑情节既不限于刑法明文规定的法定量刑情节,也不限于刑法教科书列举的通常的酌定量刑情节;只要对某种情节的考量符合刑罚目的与刑事政策,就不能将这种情节排除在量刑情节之外。考虑被害方的谅解与司法公正并不矛盾,关键只是在于将被害方的谅解作为量刑情节的根据何在。

本文的初步看法是,被害人的谅解是表明一般预防必要性减少的情节。一般预防的对象是犯罪人以外的社会成员。除了具有犯罪危险的人、容易犯罪的人以外,犯罪被害人也是一般预防的对象。被害人因为直接或间接受到犯罪行为的侵犯,往往具有报复性倾向,也容易通过犯罪手段达到报复目的;对犯罪人适用刑罚,有利于消除被害人的报复心理,增强被害人的规范意识。反过来说,被害人的谅解表明其报复性倾向减少,不会通过犯罪手段实现报复目的。根据笔者的观点,一般预防必要性大虽然不能成为加重量刑的理由,但一般预防必要性小则可以成为从宽量刑的理由。[65]

【作者简介】

张明楷,单位为清华大学法学院。

【注释】

[1]参见〔日〕松原芳博:《刑法总论》,日本评论社2013年版,第2~5页。

[2]德国学者也称为刑罚目的二律背反(Antinomie der Strafzwecke)。Vgl., H. Jescheck/T. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Duncker & Humblot 1996, S. 879.

[3]参见〔日〕城下裕二:《量刑基准の研究》,成文堂1995年版,第83页以下;张明楷:“责任主义与量刑原理”,《法学研究》2010年第5期,第128页以下。

[4]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,法官应当在此幅度内考虑预防犯罪的目的,最终决定刑罚。显然,即使采取幅的理论,也要求区分责任刑与预防刑。

[5]唯有如此,才能使量刑具备正当化根据,并且合理解释相关量刑事实。例如,甲与乙均犯盗窃罪,法官对甲判处2年徒刑的实刑,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,就无法回答这样的问题。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。

[6]日本学者井田良将量刑情节为分六类:一是作为犯罪要素的量刑情节(即有关违法性的事实与有关有责性的事实);二是作为具体认定行为的违法性、有责性程度的资料的情节;三是影响犯罪的当罚性程度的情节;四是考虑特殊预防效果时应当参考的情节;五是犯罪后的情节中从刑事政策的合目的性角度应当考虑的情节;六是有关刑罚的必要性或者对刑罚的感应性的情节(参见〔日〕井田良:“量刑理论与量刑事情”,《现代刑事

法》2001年第1号，第39页以下）。可以认为，前三类是确定责任刑的情节；后三类是确定预防刑的情节。

[7]参见（德）乌尔斯金德霍伊泽尔：“论犯罪构造的逻辑”，徐凌波、蔡桂生译，《中外法学》2014年第1期，第200页；（日）前田雅英：《刑法总论讲义》（第5版），东京大学出版会2011年版，第29页；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，第41页以下。

[8]从成立犯罪的角度来说，这种结果并不是构成要件外的结果。但从责任刑的裁量来说，由于该结果多于构成要件所要求的结果，因而成为增加责任刑的情节。

[9]参见张明楷：《刑法学》，法律出版社2011年版，第510页以下。

[10]当然，故意造成轻微伤的行为不成立任何犯罪，并不是刑法规定，而是司法传统与习惯。因为《刑法》第234条没有要求达到轻伤程度，故意造成任何轻微伤都可能成立故意伤害罪。在此意义上说，造成轻微伤，也可谓罪刑规范阻止的结果。但是，长期以来形成的司法传统是，只有故意造成轻伤，才成立故意伤害罪；故意造成轻微伤的，不成立故意伤害罪。本文是在这种司法传统的前提下展开说明的。

[11]（日）平野龙一：《刑法总论II》，有斐阁1975年版，第216页。

[12]如果挪用的数额小，用于个人消费，行为人完全具有归还的可能性；如果挪用的数额大，用于购买汽车或者不动产等，即使没有归还公款的可能性，也可以通过追缴行为人所购之物挽回损失。

[13]参见彭新林：《酌定量刑情节限制死刑适用研究》，法律出版社2011年版，第277页。

[14]参见张明楷：“简评近年来的刑事司法解释”，《清华法学》2014年第1期，第21~22页。

[15]这种情形也可谓被害人过错，但这种过错所减少的是被告人的不法程度，因而不同于后述导致被告人主观责任减少的被害人过错。

[16]前注[2]，H. Jescheck/T. Weigend，S.887.

[17]作为犯罪成立条件的目的与动机是主观的构成要件要素还是责任要素，或者说是违法要素还是责任要素，存在争议，本文难以展开讨论。

[18]前注[3]，张明楷文，第140页。

[19]动机等责任要素，虽然是影响责任刑的要素，但也可能从一个侧面反映被告人特殊预防必要性的大小。例如，基于特殊原因犯罪的人，不仅说明其责任较轻，而且说明其特殊预防必要性较小。

[20]（德）弗兰茨施特伦：“德国量刑理论的基本问题与最新进展”，陈学勇、罗灿编译，载《人民法院报》2014年6月6日，第8版。

[21]一般来说，已满75周岁的人，其责任能力可能有所降低。另一方面，已满75周岁也会导致特殊预防必要性减少，因而也可能是减少预防刑的情节。

[22]〔日〕井田良：《讲义刑法学总论》，有斐阁2008年版，第373页。

[23]（2013）德刑初字第230号。

[24]前注[11]，〔日〕平野龙一书，第154页。

[25]〔日〕青井秀夫：《法理学讲义》，有斐阁2007年版，第59页。

[26]参见〔美〕约书亚德雷斯勒：《美国刑法精解》，王秀梅译，北京大学出版社2009年版，第492页以下。

[27]如果被害人的挑拨导致被告人的行为构成正当防卫，则另当别论。

[28]杨丽芳：“杀伤害案件中被害人过错对定罪量刑的影响”，《中国检察官》2009年第9期，第37页。

[29]参见庄志全、胡培俊：“组织卖淫调换假币自作聪明终究露馅”，载《检察日报》2009年11月8日，第2版。

[30]日本《最高裁判所刑事判例集》第20卷（1966年）第6号，第609页。

[31]参见日本《最高裁判所刑事判例集》第21卷（1967年）第6号，第748页。

[32]参见〔日〕增田启祐：“余罪と量刑”，载大阪刑事实务研究会编著：《量刑实务大系第2卷犯情等に関する诸问题》，判例タイムズ社2011年版，第169页。

[33]参见〔日〕平野龙一：《刑事诉讼法》，有斐阁1958年版，第182页；〔日〕铃木茂嗣：《刑事诉讼法》（改订版），青林书院1990年版，第193页。

[34]参见〔日〕池田修、前田雅英：《刑事诉讼法》（第3版），东京大学出版会2009年版，第204页；〔日〕田口守一：《刑事诉讼法》（第5版），弘文堂2009年版，第4164页。

[35]如果将余罪作为增加责任刑或者预防刑的情节对已经起诉的犯罪起作用后，后来通过审判监督程序对余罪再行起诉，那么，对余罪量刑时，必须从轻处罚（相当于减少原来增加的部分），从而避免重复评价。

[36]参见陆其俊：“醉驾引发交通事故如何处理”，载《检察日报》2014年8月10日，第3版。

[37]不仅如此，在定罪时也会考虑社会影响。例如，最高人民法院、最高人民检察院2011年8月1日《关于办理危害计算机信息系统安全刑事案件应用法律若干问题的解释》第4条规定，破坏国家机关或者金融、电信、交通、教育、医疗、能源等领域提供公共服务的计算机信息系统的功能、数据或者应用程序，致使生产、生活受到严重影响或者造成恶劣社会影响的，应当认定为《刑法》第286条第一款和第二款规定的“后果严重”。

[38]参见〔日〕水岛和男：“犯罪の社会影响と量刑”，载前注[32]，大阪刑事实务研究会编著书，第264页以下。

[39]参见〔日〕原田国男：《量刑判断の实际》（增补版），立花书房2000年版，第18页。

[40]参见〔日〕泽登俊雄：“刑の适用”，载〔日〕平场安治、平野龙一编：《改正刑法の研究Ⅰ概说总则》，东京大学出版会1972年版，第254页。

[41]〔日〕浅田和茂：《刑法总论》（补正版），成文堂2007年版，第514页。

[42]参见前注[9]，张明楷书，第1063页以下。

[43]也不排除由于行为人的特殊预防必要性大，而增加其预防刑。

[44]参见〔日〕城下裕二：“量刑事情の意义と限界”，《现代刑事法》第3卷（2001年）第1号，第30页以下。

[45]除了司法解释之外，《刑法》第292条将“聚众斗殴人数多，规模大，社会影响恶劣的”规定为法定刑升格的条件。但是，本规定中的“社会影响恶劣”基本上是“人数多、规模大”的同位语。亦即，如果聚众斗殴的人数多，规模大，一般就可以认定为社会影响恶劣。换言之，在本规定中，“人数多，规模大，社会影响恶劣”是并列的要素，而不是择一的要素。所以，刑法并没有将社会影响恶劣作为独立的犯罪结果。既然如此，司法解释也不应当将社会影响作为独立的犯罪结果。

[46]参见陈兴良：《刑法适用总论》（下卷），法律出版社1999年版，第334页以下。

[47]同上，第337~338页。

[48]杜邈：“酌定量刑情节若干问题研究”，《河南省政法管理干部学院学报》2006年第2期，第135页。

[49]2010年10月20日晚，西安音乐学院大三学生药家鑫开车撞伤26岁女子张妙，因担心张妙记住车牌号找其麻烦，持水果刀将张妙连捅8刀，致其当场死亡，后投案自首。

[50]参见〔日〕小池信太郎：“コメント”，载前注[32]，大阪刑事实务研究会编著书，第128页。

[51]参见〔日〕小池信太郎：“量刑における构成要件外结果の客観的范围について”，《庆应法学》第7号（2007年），第19页以下。

[52]〔日〕松原芳博：“被害者保护と‘严罚化’”，《法律时报》第75卷（2003年）第2号，第22页。

[53]“构成要件外的结果”这一概念由来自于德国的量刑理论，但从笔者的阅读范围来看，德国刑法理论与量刑实践所称的构成要件外的结果，似乎并不包括抽象的精神损害，主要是指物质性的结果。例如，抢劫犯使用凶器相威胁时，被害人因为惊愕引发心脏病而死亡。德国通说认为，被告人有责地导致的这种结果应当作为量刑情节予以考虑，但是，被告人对这种结果的发生必须具有预见可能性（也有学者设置更严重的条件）（参见〔德〕Hörnle：“量刑上重要な犯行事情”，葛原力三译，载WolfgangFrisch、浅田和茂、冈上雅美编著：《量刑法の基本问题》，成文堂2011年版，第124页）。

[54]参见孙牯昌、黄文忠：“死刑案件被害方谅解可否判处死缓”，载《检察日报》2007年7月2日，第3版。

[55]叶良芳、应玉倩：“死缓限制减刑的司法适用——最高人民法院第12号指导案例评析”，《浙江社会科学》2013年第2期，第95页。

[56]〔德〕海因茨舍许：“死刑的被害人学视角”，《刑事法评论》2007年第2期，第155页。

[57]〔日〕高桥则夫：“被害人の視点からの死刑废止论”，《法学セミナー》第466号（1993年），第44页。

[58]杜小真编：《利科北大讲演录》，北京大学出版社2000年版，第28页。

[59]转引自〔美〕詹姆斯 P. 斯特巴：《实践中的道德》，程炼等译，北京大学出版社2006年版，第548页。

[60]〔美〕迈克尔利夫、米切尔考德威尔：《摇摇欲坠的哭墙：改变我们生活方式的终结辩论》，潘伟杰等译，新星出版社2006年版，第25页。

[61]参见〔日〕横田信之：“被害者と量刑”，载前注[32]，大阪刑事实务研究会编著书，第96~97页。

[62]同上，第98页。

[63]同上，第99页。

[64]刘兵：“被害方谅解能否成为量刑情节”，载《检察日报》2008年8月5日，第5版。

[65]参见前注[3]，张明楷文，第135~136页。