

法官和非法律专业人士的量刑*

[德]埃莉萨·霍芬**、[德]托马斯·魏根特***文 刘心仪****译

要 目

- 一、导论
 - (一)问题的提出
 - (二)迄今为止的研究
- 二、研究方法
 - (一)参与测试者
 - (二)虚拟案例的设计
 - (三)研究的局限性
- 三、研究结果
 - (一)法官和非法律专业人士之间的差异
 - (二)行为及行为人相关的因素对量刑的影响
 - (三)判决者个人因素的影响

* 本文系中国博士后科学基金面上资助项目(2023M731898)的阶段性成果。本文德文标题是“Strafzumessung durch Richter und Laien”,原载于德国《整体刑法学杂志》(Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft)2021年第133卷,第322—357页。本文的翻译和发表均已得到作者以及德格鲁伊特出版社(De Gruyter)授权。特注明,译文中引注符号的位置根据中文论文引注规范进行了调整,即对句子部分内容的引用,引注符号置于该部分之后;对句中字词的直接引用,引注符号紧接引号,置于其他标点之前。需说明的是,德语原文中的引注符号一律在逗号、句号等标点之前。本文中的“法官”皆指“职业法官”。

** 德国与外国刑法、刑事诉讼法、经济和传媒刑法教席教授,德国莱比锡大学。

*** 教授(退休),德国科隆大学。

致谢:作者非常感谢在本研究的准备过程中得到的广泛支持。对法官的问卷得到了巴登-符腾堡、巴伐利亚、柏林、汉堡、北莱茵-威斯特法伦和石勒苏益格-荷尔斯泰因等州的司法当局的慷慨支持。对非法律专业人士的问卷是在 Sibylle Merten 女士的指导下由 gdp 研究小组独立展开和评估的。数据的进一步评估和结果展示由 Marc Haupt 先生(社会学硕士)和研究助理 Anja Rubitzsch 女士(文科硕士)负责。在编写虚拟案例的过程中,我们得到了 Birte Englisch 教授(德国科隆大学人文科学学院)专业及善意的支持,她在2019年秋天突然离世。我们想把这篇文章献给她,以示纪念。

**** 清华大学法学院博士后、助理研究员,德国科隆大学法学博士。

四、研究结果概述

(一)法官和非法律专业人士之间的差异

(二)行为及行为人相关的因素

(三)参与测试者的个人特征

五、结论

(一)参与测试者的社会人口学特征影响轻微

(二)参照《德国刑法典》第46条的标准?

(三)法官和非法律专业人士在一般刑罚水平上的差异

(四)量刑观念的分歧可能产生的后果

摘 要 法定刑档和个案量刑体现了立法者及法院对犯罪行为不法程度的评估,是刑事司法公正的重要组成部分。在德国民众普遍认为法院量刑过于宽松并对此有所不满的背景下,我们通过设计8个虚拟案例,对1286名参与测试者(其中219名为刑事法官)展开问卷调查,就法官和非法律专业人士的量刑差异、行为及行为人相关的因素,以及判决者个人因素对量刑的影响分别进行实证研究,可以发现:判决者的社会人口学特征对量刑影响轻微,检方指控的“锚定值”具有重要意义,非法律专业人士建议的刑罚明显重于法官组,且刑罚轻重跨度更大。法官的有效量刑因素基本符合《德国刑法典》第46条规定的量刑方案。过于偏离民众一般正义观念的刑事制裁可能会对刑罚目的的实现造成威胁,因此,有必要对公众的量刑观点进行调查,在其与刑事司法实践之间建立一座沟通桥梁。

关键词 法官量刑 德国量刑实践 民众观念 量刑偏差 刑罚目的

一、导 论

(一)问题的提出

量刑问题通常仅被视为刑事法院和刑事法学“原本”工作领域的附属品。然而,一段时间以来,无论在文献^[1],还是在专业会议^[2]中,却不断涌现关于量刑问题的学

[1] 参见 Franz Streng, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. 2012; Georgios Giannoulis, Studien zur Strafzumessung, 2014; Bernd Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 2015; Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 6. Aufl. 2017; Hans-Jürgen Bruns/George-Friedrich Guntge, Das Recht der Strafzumessung, 3. Aufl. 2018.

[2] 例如在2018年第72届德国法学家大会上, Johannes Kasper 出具的专家意见,参见 Sentencing Guidelines versus freies richterliches Ermessen: Empfiehlt sich eine Reform des Strafzumessungsrechts?, NJW Beilage 2/2018 zu Heft 20/2018, Kurzfassung des Gutachtens der Abteilung Strafrecht, 37-40, 以及 Helmut Fünfsinn, Ines Kilian 和 Andreas Mosbacher 的报告, 以及2018年在奥格斯堡举行的会议: „Strafen, im Namen des Volkes“? “[可见同名会议论文集: Kasper/Walter (Hrsg.), 2020]。

术讨论。同样,在公众中也出现了对构成要件的法定刑档是否与罪行的严重性,以及是否与对被害人造成的严重后果相符合的讨论。例如,围绕对儿童实施性虐待(《德国刑法典》第 176 条)和涉及儿童色情制品(《德国刑法典》第 184b 条)的法定刑档展开的讨论。^[3]

事实上,量刑问题绝非仅具有附属意义:法定刑档及个案中的刑罚轻重体现了立法者或法院对犯罪行为的不法的(相对)严重性的评估。因此,它们是刑事司法公正的重要组成部分。同时,犯罪人可以实际感受制裁;对犯罪人而言,刑罚裁量是法院裁决中的重要部分。

德国刑法为量刑决定提供的参考相对较少。许多法定刑档的范围从小额罚款到长期自由刑不等,而对于法院在个案量刑时应考虑哪些方面,《德国刑法典》第 46 条仅作了模糊的规定。因此,法院如何以及根据哪些标准作出量刑决定,在法律上并没有被很好地界定,并且实证研究也较为有限。而更少被研究的是非法律专业人士的观点,即他们认为,就犯罪行为而言,何种制裁是适当的。我们仅知道他们对德国刑事法院(可能)过于宽松的量刑实践一再表示不安。^[4]然而,事实上,公众对刑事司法系统的量刑存在普遍不满,这是令人担忧的,因为这或许表明民众已经对国家司法活动失去了基本的信心。^[5]

本研究对以下问题进行调查,即哪些标准会影响量刑,以及法官和非法律专业人士的量刑决定存在什么区别。为此,两组成员分别得到了 8 个关于犯罪事实的相同的简短描述(虚拟案例)及量刑建议。

调查的目的是获得以下研究问题的答案:

(1)法官和非法律专业人士在选择制裁的类型,以及施加刑罚的轻重方面有何不同?

(2)犯罪行为和行为人的某些因素(如行为人的性别、仇外动机或被害人的行为)对量刑决定有何影响?个别因素对法官的影响是否与对非法律专业人士的影响不同?

(3)量刑决定是否与参与测试者的社会人口学特征相关(如年龄、性别或政治观点)?

[3] 关于通过《打击针对儿童的性暴力法》(BT-Drucks. 19/23707, BR-Drucks. 285/ 21)来提高这些条款的刑档的讨论,参见 <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2020/kw50-pa-recht-schutz-kinder-808830#tab-830108>。

[4] 关于在电子媒体评论栏中发表的评论,参见 Elisa Hoven, KriPoZ 2018, 276。

[5] 关于民众的“正义直觉”的规范性意义,参见 Tonio Walter, in: Johannes Kaspar/Tonio Walter (Hrsg.), Strafen „im Namen des Volkes“? 2020, S. 49。

(二) 迄今为止的研究

自 20 世纪初以来,刑法学者们一直在研究哪些因素对量刑决定具有实际的决定性作用。自沃纳(Woerner)^[6](1907 年)和埃克斯纳(Exner)^[7](1931 年)发表相关研究以来,人们一再证明,尽管法院主要以罪责的严重性和行为人的犯罪记录为指导^[8],但不同法院(甚至相邻地区的法院)的平均刑期依然存在相当大的偏差。这些偏差并非基于理性的考量,而只能用不同的地方“传统”来解释。^[9]格伦迪斯(Grundies)于 2018 年开展的一项大规模统计研究证实了这一结论:研究人员发现,对于相同的犯罪类型和相同的被告人履历(不良记录),上巴伐利亚州法院和巴登州法院之间的量刑偏差为 25%。^[10]

在德国^[11],对法官^[12]和非法律专业人士在量刑方面的差异的研究仍处于起步阶段。^[13]在 2004 年于瑞士进行的一项虚拟案例的比较研究中,库恩(Kuhn)等人得出结论:非法律专业人士大多同意法官对四种不同罪行判处的刑罚;整体来看,仅在一类具有特别惩罚性的亚群中,非法律专业人士的量刑程度总体上比法官量刑稍重一些。^[14]然而,西姆勒(Simmler)等人(2017 年)——同样通过在瑞士进行的虚拟案例研究——得出了相反的结论:学生组作出的量刑决定明显比法官组更重。^[15]

[6] Vgl. Otto Woerner, Die Frage der Gleichmäßigkeit der Strafzumessung im Deutschen Reich: Auf Kriminalist, 1907.

[7] Vgl. Franz Exner, Studien über die Strafzumessungspraxis der deutschen Gerichte, 1931.

[8] Vgl. H.-J. Albrecht, Strafzumessung bei schwerer Kriminalität, 1994, S. 330 ff.; Bernd Meier (Anm. 1), S. 256.

[9] 可参见,例如:Heinz Schöch, Strafzumessung und Verkehrsdelinquenz, 1973, S. 122 ff.; Christian Pfeiffer/Joachim J. Savelsberg, in: Pfeiffer/Oswald (Hrsg.), Strafzumessung, 1989, S. 17, 34 ff.; H.-J. Albrecht (Anm. 8), S. 348 ff., 383 f. (其指出,许多地区性差异可以用各不相同的犯罪负荷来解释); Wolfgang Heinz, Festschrift für Kreuzer, 2. Aufl. 2009, S. 271, Georgios Giannoulis (Anm. 1); 概况参见 Franz Streng (Anm.1), Rn. 482 ff.

[10] Vgl. Volker Grundies, in Hermann/Pöge (Hrsg.), Kriminalsoziologie, 2018, S. 295, 314.

[11] 此处须提及一个仍在进行的比较研究项目,这一项目涉及德国和法国的法官及非法律专业人士如何看待(相对较轻的)犯罪行为的合适制裁。关于首批结果的报告参见 Tobias Singelstein, ZStW (131) 2019, S. 1069, 1091 ff.; Kristin Drenkhahn u.a., KriPoZ 2020, 104, 106.

[12] 在本文中,“法官”和“非法律专业人士”指的是任何性别的人。只有在性别差异相关的情况下,才会使用“男性法官”(Richtern)和“女性法官”(Richterinnen)的表述。

[13] 相反,在英语国家已经有大量的实证研究材料。例如,关于澳大利亚的综合研究报告,请参见 Karen Gelb, Myths and Misconceptions: Public Opinion versus Public Judgment about Sentencing, Sentencing Advisory Council 2006; dies., Measuring Public Opinion about Sentencing, Sentencing Advisory Council 2008; 此外,Bartels/Fitzgerald/Freiberg, Probation Journal 65 (2018), S. 269。关于加拿大:Roberts/Doob, Osgoode Hall Law Review 27 (1989), S. 491; Cullen/Fisher/Applegate, in Tonry (Hrsg.) Crime and Justice 29 (2000), S. 1。对比:Julian v Roberts/LorettaJ Stalans/David Indermaur Mike/Hough, Penal Populism and Public Opinion, 2003; Ryberg/Roberts (Hrsg.), Popular Punishment, 2014。

[14] Vgl. André Kuhn/Patrice Villettaz/Aline Willi-Jayet/Florian Willi, Schweizerische Zeitschrift für Kriminologie 2004, S. 28.

[15] Vgl. Monika Simmler/Nadja Grenacher/Sereina Huwiler/Sara Perandres/Aline Steffen, Schweizerische Zeitschrift für Kriminologie 2017, S. 5.

二、研究方法

(一) 参与测试者

在 2018 年的调查中,共有 1286 人参加,其中 219 人是刑事法院的法官,1067 人是挑选出的具有代表性的非法律专业人士。我们收集了所有参与测试者的社会学人口特征(法官:性别、年龄、职业经验、法院级别;非法律专业人士:性别、年龄、受教育程度、对政党的偏好)。这使我们不仅可以对法官和非法律专业人士的量刑决定作出比较,还可以对上述因素的可能影响进行研究。

在巴登-符腾堡州、巴伐利亚州、柏林、汉堡、北莱茵-威斯特法伦州和石勒苏益格-荷尔斯泰因州司法当局的协助下,我们对法官进行了电子调查。136 名(62%)参与者是男性,83 名(38%)是女性。参与者分为 18—39 岁、40—49 岁和 50—69 岁年龄组,比例大致相同。42% 的参与者在地方法院(Amtsgericht)工作,54% 的参与者在州法院(Landgericht)工作,4% 的参与者在州高等法院(Oberlandesgericht)工作。67% 的法官就职于大城市的法院,33% 的法官就职于农村地区或中小城市的法院。

在参与调查的 1067 名非法律专业人士中,543 名(51%)参与者是男性,524 名(49%)参与者是女性。参与者的年龄在 18 至 69 岁之间。^[16] 29% 的参与者住在德国南部,16% 的参与者住在德国北部,36% 的参与者住在德国西部,14% 的参与者住在德国东部,4% 的参与者住在柏林。^[17] 参与的非法律专业人士中,13% 的人来自农村地区,26% 的人来自小城镇,28% 的人来自中型城镇,35% 的人来自大城市。^[18] 就最高受教育程度而言,30% 的参与者是普通中学学历(Haupt-oder Realschulabschluss),41% 的参与者是职业教育(Ausbildung),10% 的参与者是高中学历(Abitur),11% 的参与者是大学学历(Hochschulabschluss),8% 的参与者未获得任何学历。我们对政党政治偏好的所谓的“周日民调问卷”(Sonntagsfrage)进行了调研,结果如下:基民盟(CDU)16%,德国选择党(AfD)15%,德国社会民主党(SPD)14%,左翼党(Die Linke)13%,绿党(B90/Grüne)11%,自由民主党(FDP)6%,其他 3%。22% 的参与者未作答。

[16] 年龄分布如下:18—29 岁:232 人;30—39 岁:175 人;40—49 岁:212 人;50—59 岁:258 人;60—69 岁:190 人。

[17] 德国南部:巴登-符腾堡州和巴伐利亚州;德国北部:不来梅、汉堡、下萨克森、石勒苏益格-荷尔斯泰因;德国西部:黑森州、北莱茵-威斯特法伦州、莱茵兰-法尔茨州、萨尔州;德国东部:勃兰登堡、梅克伦堡-西波美拉尼亚、萨克森州、萨克森-安哈尔特州、图林根州。

[18] 农村地区:<5000 名居民;小城市:5000—20000 名居民;中型城市:20000—100000 名居民;大城市:≥100000 名居民。

(二) 虚拟案例的设计

为了回答研究问题,我们设计了8个刑事虚拟案例,包括基本和严重的暴力犯罪、财产犯罪和性犯罪(见表1*)。每个案例中的行为人都被定性为初犯。在在线询问时,所有参与测试者按随机顺序得到虚拟案例。他们被要求从自身角度出发,确定适合这些案例的刑罚。每个案例中都给出了明确的法定刑适用范围。

为了衡量行为和行为人相关因素对量刑决定的影响,我们在虚拟案例中添加了内容上的变化。在部分案例中,这些因素被明确规定在虚拟案例的“组内”(within)设计框架内。研究对象被要求指出某一方面——例如行为人的饮酒行为——是如何影响他们的量刑决定的。通过这种方式可以得出,在所检验的因素中,哪些是法官和非法法律专业人士有意识地认为与量刑决定有关的。以此种方式设置的变量包括:

- 认罪是否有助于查明案情
- 行为人的饮酒行为
- 认罪的存在
- 行为人否认所犯的罪行
- 行为人的仇外动机

其他因素的影响——作为“组间”(between)变量——被隐蔽地检验。为此,参与者在不知情的情况下被随机分为两组。他们得到相同的案例,但每次仅向两组中的一组呈现某项可能与刑罚相关的因素。这使得我们可以通过对两组提出的量刑进行比较,确定每个因素在量刑中的重要性。在“组间”的设计中,以下方面是不同的:

- 犯罪行为对被害人造成的个人后果(对比只造成抽象的损害)
- 行为人艰难的童年
- 行为人的原籍(德国人对比寻求庇护者)
- 行为人的忏悔
- 行为人受邀请后到被害人家中实施的性犯罪(对比在公共场所)
- 在过失身体伤害中的轻微后果(对比严重后果)
- 行为人的性别
- 检方的刑事指控(1年对比4年自由刑)

* 本文图表均依照原文,数据误差系因“四舍五入”。——译者注

表 1 虚拟案例的内容概述

	标题	组间 (between)		组内 (within)	
案例 1	Thomas A.: 诈骗和背信	对被害人造成的个人后果	只有抽象的损害	有助于查明案情的认罪	无助于查明案情的认罪
案例 2	Boris D.: 故意身体伤害	行为人艰难的童年	无关于童年的说明	行为人饮酒	行为人未饮酒
案例 3	Matthias M. / Mohammed M.: 住宅入室盗窃	行为人是德国人	行为人是寻求庇护者	无认罪	认罪
案例 4	Philipp K.: 身体伤害	无说明	表达悔恨	—	—
案例 5	Thorsten M.: 强奸	在公共场所实施性犯罪	被害人将犯罪行为带回家	没有否认	否认
案例 6	Steffen H.: 过失身体伤害	严重后果	轻微后果	—	—
案例 7	Tessa R. / Thilo R.: 毁坏财物	女性	男性	没有仇外动机	有仇外动机
案例 8	Deniz K.: 抢劫与身体伤害的想象竞合	检方的请求: 1 年自由刑	检方的请求: 4 年自由刑	—	—

举例说明,现将虚拟案例 7(毁坏财物)转载如下:

变体 1

行为人 Tessa R. 今年 21 岁。她在一家餐馆当服务员。案发时,行为人是一个年轻女性团伙的成员,该团伙主要在 X 市火车站地区活动。案发当日,这些年轻女性处于攻击性的情绪中。在火车站前广场,她们听着嘈杂的音乐,侮辱路人。为了展示她的力量,Tessa R. 踢掉了三辆汽车的后视镜,造成 1500 欧元的财产损失。

行为人被判处毁坏财物罪。该罪可被处以 1 个月至 2 年的自由刑或罚金刑。自由刑可以适用缓刑。

变化:

同样的事实,但行为人解释说,她故意选择有外国车牌的车辆,因为她认为外国人不应该来德国。

变体 2

行为人 Thilo R. 今年 21 岁。他在一家餐馆当服务员。案发时,行为人是一个年轻男性团伙的成员,该团伙主要在 X 市火车站地区活动。案发当日,这些年轻男性处于攻击性的情绪中。在火车站前广场,他们听着嘈杂的音乐,侮辱路人。为了展示他的力量,Thilo R. 踢掉了三辆汽车的后视镜,造成 1500 欧元的财产损失。

行为人被判处毁坏财物罪。该罪可被处以 1 个月至 2 年的自由刑或罚金刑。自由刑可以适用缓刑。

变化:

同样的事实,但行为人解释说,他故意选择有外国车牌的车辆,因为他认为外国人不应该来德国。

变体 1 和变体 2 被随机分配给各一半的参与者。因此,“行为人的性别”这一特征是一个“组间”变量,其影响是在参与者不知情的情况下被测试的。相反,“作为动机的仇外心理”,这一特征是一个“组内”变量,参与者有意识地对该变量之于量刑的重要性进行(隐含)评价。

(三) 研究的局限性

在虚拟案例中,对案件事实的描述仅限于核心事件和个别与量刑相关的因素;换言之,以简略的形式呈现那些由法院进行评估的生活事实。^[19] 与此相对,在法院真实

[19] 关于在惩罚性研究中使用虚拟案例的详细介绍,参见 Joseph E. Jacoby/Franz T. Cullen, *Journal of Criminal Law & Criminology* (89) 1998, S. 245; Brian K. Payne et al., *Journal of Criminal Justice* (32) 2004, S. 195; Suhling/Löbman/Greve, *Zeitschrift für Sozialpsychologie* (36) 2005, S. 203。还可参见: Franz Streng, *Strafzumessung und relative Gerechtigkeit*, 1984, S. 64 ff., 包含对下萨克森州的法官进行虚拟案例研究的结果。

判决的情景下,法官不仅拥有关于犯罪行为、行为人和被害人更全面的信息,而且在口头法庭审理中(mündliche Hauptverhandlung),法官也可能经常对被告人及被害人形成直接印象。然而,就在此进行的法官和非法律专业人士的量刑比较而言,事实的简要说明也是适合的,所有参与者都被告知相同的信息,他们在相同的事实基础上作出决定。同时,使用简短虚拟案例的好处是排除了无关因素(如对犯罪人的个人同情)。以这种方式改变个人特征,可以具体考察其对量刑决定的意义。

三、研究结果

(一) 法官和非法律专业人士之间的差异

1. 惩罚性(Punitivität)

在我们的研究中,最引人注目的结果是,法官和非法律专业人士在刑罚轻重(Strafniveau)上存在明显差异。^[20]与法官相比,非法律专业人士总是主张更长的自由刑(见图1),而且在8个案例中的7个案例中,相较于罚金刑,他们更频繁地主张判处自由刑。

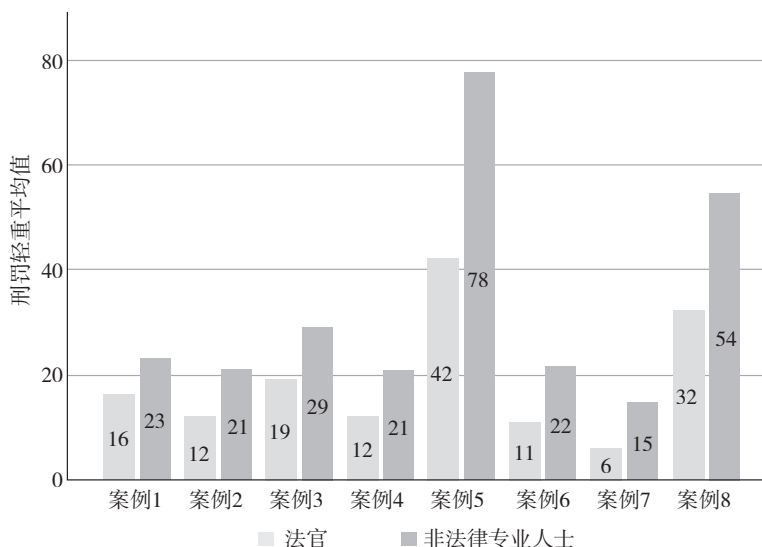


图1 法官和非法律专业人士的刑罚轻重平均值比较(以月为单位)

[20] 一些文献假设,法官和非法律专业人士之间惩罚性的差异只存在于关于严厉刑罚的必要性的 general 问题中,而不存在于对具体案件的判决中;在这个方向上,参见 Kristin Drenkhahn u.a., KriPoZ 2020, S. 104, 106 f.; Ralf Kölbel/Tobias Singelnstein, NSZ 2020, S. 333, 336。这一假设在我们的研究中没有得到证实。

这种差异在案例 5(强奸)中尤为明显:在该案中^[21],尽管非法律专业人士(86%)和法官(88%)大部分都赞成判处不适用缓刑的自由刑^[22],但非法律专业人士所建议的刑期几乎是法官的两倍。法官提出的平均自由刑时长为 38 个月,而非法律专业人士建议的平均自由刑时长为 73 个月。在案例 6(过失身体伤害导致严重后果)中,差异同样明显:在该案中,平均而言,法官认为 12 个月的自由刑是合适的,而非法律专业人士建议的刑罚平均值为 24 个月。^[23]此外,98%的职业法官判决自由刑并适用缓刑,而只有 43%的非法律专业人士建议适用缓刑。

只有在案例 1(诈骗和商事企业中的背信,损失为 40000 欧元)中,权重的分布才有所不同。在该案中^[24],95%的法官赞成自由刑,但只有 73%的非法律专业人士^[25]赞成自由刑^[26](见图 2)。就我们的案例材料中唯一的经济犯罪而言,非法律专业人士原本明确倾向于更高惩罚性的趋势在此并不明显。^[27]

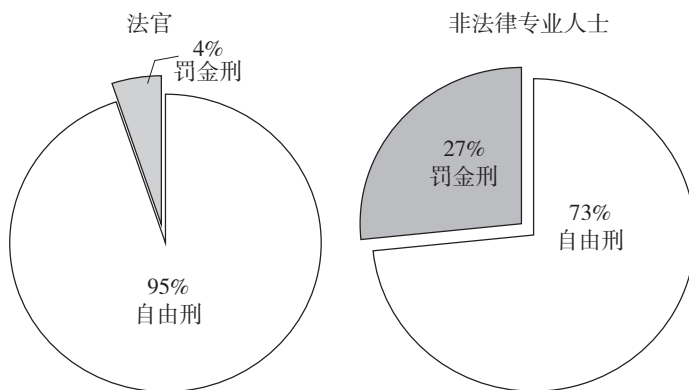


图 2 案例 1(经济犯罪;抽象损害;无助于查明案情的认罪)法官和非法律专业人士作出的刑罚类型

在回答如何评价德国刑事法院的判决这一问题时,也可以看出非法律专业人士普遍倾向于更加严厉的态度:79%的非法律专业人士认为,德国法官一般判得“太宽松”。

[21] 在此给出的事实变体的情况是:在公园里实施犯罪,行为人不否认犯罪行为。

[22] 7%的法官和 9%的非法律专业人士没有对适用缓刑的问题发表意见。

[23] 与此相对,Tobias Singelstein, ZStW (131) 2019, S. 1069, 1094。研究发现,在道路交通过失犯罪中,非法律专业人士和法官存在“相对类似的制裁水平”。

[24] 在案例变体中,没有关于对被害人造成的个人后果、无查明价值的认罪的说明。

[25] 其余 27%的非法律专业人士认为罚金刑是合适的。

[26] 但是,非法律专业人士的自由刑刑期(平均 26 个月)高于法官(19 个月)。

[27] 作者 Elisa Hoven 进行的另外两项研究也得出了类似的结论;Elisa Hoven, MschrKrim (102) 2019, S. 65, 70, 77; Elisa Hoven, KriPoZ 2018, S. 276, 279 f。

只有 2% 的人认为判决“过于严厉”,19% 的人将目前的量刑实践评价为“适当的”。

2. 标准差 (Standardabweichung)

如果研究法官和非法律专业人士提出的量刑建议的方差,可以发现,在所有的虚拟案例中,参与者关于适当刑罚的观点存在显著的个体差异。这不仅特别适用于非法律专业人士,法官也是如此。例如,在案件 2(故意身体伤害,行为人饮酒,有关于行为人童年的说明)中,法官的量刑从 3 个月到 24 个月的自由刑不等,在案件 5(强奸,在公园里实施犯罪,行为人不否认犯罪行为)中,从 6 个月到 72 个月的自由刑不等。非法律专业人士提出的量刑建议跨度甚至更大;在身体伤害案中,量刑建议跨度从 1 个月到 42 个月的自由刑不等;在强奸案中,从 6 个月到 240 个月的自由刑不等。即使法官的量刑跨度比非法律专业人士的小,但对相同的案件事实,法官之间的巨大个体差异仍是非常惊人的。

另一个衡量某个群体内答案同质性的标准是平均值的平均偏差 (die durchschnittliche Abweichung vom Mittelwert)。在所有虚拟案例中,法官的这一标准差为平均 7 个月,明显低于非法律专业人士 (22 个月) (见图 3)。^[28]

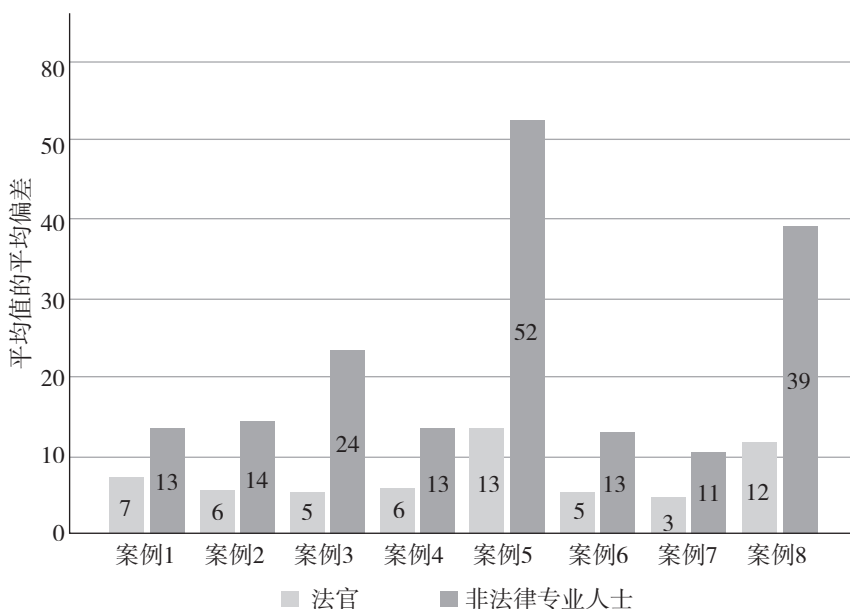


图 3 刑罚标准偏差 (以月为单位), 法官和非法律专业人士

[28] Vgl. Tobias Singelstein, ZStW (131) 2019, S. 1069, 1095. 研究也表明,参与测试的非法律专业人士组的量刑偏差明显大于法官组。

(二) 行为及行为人相关的因素对量刑的影响

借助虚拟案例的案例描述变化,我们可以确定犯罪行为的特定要素、行为人的个人特征及其在刑事诉讼程序中的行为对量刑可能产生的影响。与实施犯罪行为有关的变量,包括犯罪行为对被害人造成的后果、行为人的饮酒情况和被害人的行为。行为人的个人因素包括性别、原籍(德国人对比外国寻求庇护者)、个人经历(艰难的童年经历)和(仇外)动机。犯罪过程和行为人因素之外的因素,包括是否表达悔恨、否认或承认罪行以及检方代表在法庭审理(Hauptverhandlung)中提出的不同刑事指控。

1. 行为相关的因素

在案例1(诈骗和背信)中,犯罪行为对被害人造成的**个人后果的描述**^[29]作为隐蔽的“组间”变量,对法官和非法律专业人士的量刑都没有显著^[30]影响。

相比之下,在案例6(过失身体伤害)^[31]中,(同样隐蔽的)被害人的严重伤害后果导致法官和非法律专业人士都产生了量刑上的重大偏差:83%的法官在犯罪后果轻微的情况下仅处罚金刑;而在被害人遭受严重伤害时,只有61%的法官建议仅处罚金刑。对于总体上明显更严格的非法律专业人士,两个案例变体之间的差异更小一些(轻微后果的情况下,42%的人建议仅处罚金刑;严重后果的情况下,34%的人建议仅处罚金刑)。^[32]无论如何,两组参与者在量刑时都考虑了——如《德国刑法典》第46条第2款所规定的——“可归咎的行为影响”(verschuldeten Auswirkungen der Tat),即使行为人的行为不法在两种变体中是一样的。

犯罪行为发生前的**被害人行为**是一个敏感因素,其对量刑的影响将通过案例5(强奸)中的隐藏变体进行检验。在本案例中,犯罪行为发生在一名女性的公寓里,她和行为人在餐厅第一次碰面后邀请其来到自己家中;在另一个变体案例中,犯罪地点是一个公共公园,行为人和被害人在咖啡馆第一次碰面后一起步行经过该公园。无论是对法官还是对非法律专业人士来说,案情的这种差异都没有对量刑产生影响:平均而言,当犯罪行为发生在公共场所时,法官仅处以略高一些的刑罚(38个月的自由刑对比37个月的自由刑)。相反,非法律专业人士认为,当行为人在该女性自己的家中对她实施强奸时,犯罪

[29] 具体表述是:被害人表示,犯罪行为使他“在过去几个月里夜不能寐”,他“不得不放弃与家人计划的假期,以便能够弥补损失”。

[30] 如果文本中没有进一步说明,“显著”意味着在95%的水平上有显著性。

[31] 具体表述是:这名10岁的男孩“由于受到撞击而导致多处骨折和严重内伤。他必须接受几周的住院治疗,并在康复诊所度过两个月”。在案例变体中,被害人只是头部受到撕裂伤。

[32] 然而,在严重后果的情况下,非法律专业人士建议的自由刑时长(24个月)要明显高于轻微后果的情况(20个月);而在法官中,没有发现明显的差异(11个月对比10个月)。

行为的不法明显更加严重(75个月的自由刑对比73个月的自由刑)。^[33]

行为人的饮酒情况(血液酒精浓度为1.7‰)是案例2(故意身体伤害)中的公开(“组内”)变量。法官们可能考虑到《德国刑法典》第21条的规定,并将此作为轻微减刑的理由^[34],而非法律专业人士则不会改变刑罚,并且针对醉酒的行为人,其同意适用缓刑的可能性甚至更小^[35]。

2. 与行为人相关的因素

长期以来,犯罪学家一直争议的一个问题是,行为人的性别是否会导致对相同事实的不同处罚。^[36]在我们的研究中,性别作为一个隐藏的“组间”变量被引入案例7(毁坏财物)中,该案例中的犯罪行为是踢掉三辆停放的汽车的后视镜(损失为1500欧元)。在本案中,无论是法官还是非法律专业人士,性别因素对量刑都没有产生明显的影响。98%的法官对女性行为人仅处以罚金刑,95%的法官对男性行为人仅处以罚金刑。在这种情况下,非法律专业人士同样普遍更加严格,有趣的是,对女性行为人判处自由刑的比例(32%)甚至略高于对男性行为人判处自由刑的比例(30%)。^[37]

在案例3(住宅入室盗窃)中,对变量“行为人的原籍”的影响(住宅入室盗窃,损失3500欧元)进行了隐蔽的检验。整体来看,尽管德国籍行为人适用缓刑的比例稍高一些^[38],行为人的国籍因素(德国人对比外国寻求庇护者)对法官判处的刑期长短却没有显著影响^[39],而在非法律专业人士中,其对已认罪(24个月对比28个月)和未认罪(30个月对比36个月)的行为人所建议的自由刑的刑期长短都明显受到行为人原籍的影响(见图4)。^[40]当虚拟案例将行为人描述为已认罪时,寻求庇护者身份的影响就尤为显著:在这种情况下,54%的非法律专业人士希望对“马蒂亚斯”(Matthias)的自由刑适用缓刑,只有41%的人希望对“穆罕默德”(Mohammed)适用缓刑。当行为人没

[33] 这些数字涉及行为人否认犯罪行为的案例变体。在行为人否认犯罪行为的情况下,数值关系没有任何变化。

[34] 自由刑的平均值从12个月降低至11个月。

[35] 希望对行为人的自由刑适用缓刑的参与者中,认为清醒的行为人可适用缓刑的比例占35%,而认为微醉的行为人可适用缓刑的比例仅为28%。

[36] 根据所谓的骑士精神论,在其他条件不变的情况下(ceteris paribu),刑事司法系统对女性的处理更为宽松,研究可参见Elisa Hoven, Festschrift für Thomas Fischer, 2018, S. 885。

[37] 文中的数值涉及行为人没有仇外动机的情况。当存在此类动机时,性别对法官的量刑没有起到重要作用,但对非法律专业人士的量刑产生了明显的影响:58%的非法律专业人士对仇外心理动机的男性建议自由刑,仅34%的人认为可以适用缓刑;相比较而言,对仇外心理动机的女性建议自由刑的比例更低一些(54%),而适用缓刑的意愿更高一些(42%)。

[38] 当行为人不认罪时,在“马蒂亚斯”(Matthias)案件中,51%的法官判处适用缓刑,在“穆罕默德”(Mohammed)案件中,45%的法官判处适用缓刑;当行为人认罪时,这个比例是75% (“马蒂亚斯”案件)和68% (“穆罕默德”案件)。

[39] 关于女性和男性法官在对德国和外国行为人进行量刑时的性别差异,见下文第(三)部分之1。

[40] 关于本案中参与测试者的政治观点对量刑的影响,见下文第(三)部分之6。

有认罪时,外国人的身份对缓刑的决定影响就会减少,但差异(德国人 22%,外国人 17%)仍然显著。

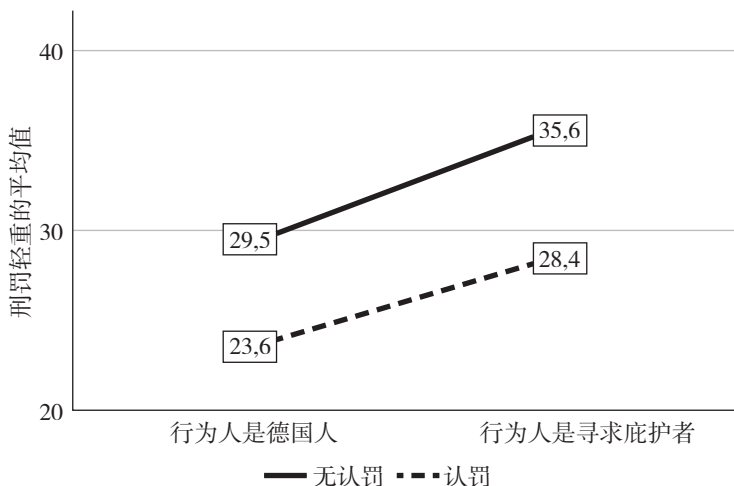


图4 案例3(住宅入室盗窃),关于不同原籍的行为人的自由刑时长(月),非法律专业人士

在案例2(故意身体伤害)中,我们引入了**行为人艰难的童年**作为隐藏的“组间”变量。无论是对整个职业法官组^[41],还是对非法律专业人士,行为人的母亲早年去世以及他小时候在寄养家庭中受到虐待的事实,对刑罚类型的选择并没有影响:无论是否对这些细节进行说明,两组中大约四分之三的人对未饮酒的行为人建议判处自由刑,四分之一的人建议判处罚金刑。在选择自由刑的情况下,非法律专业人士建议的刑期几乎是法官建议刑期的两倍(21个月对比11个月),但这里并未体现行为人的童年经历对量刑产生影响。

在案例7(毁坏财物)中,我们引入了行为人的**仇外动机**^[42]作为公开的“组内”变量。该因素对刑罚类型的选择产生了显著影响:存在仇外动机时,在法官中,对女性行为人的罚金刑比例从98%下降到83%;在非法律专业人士中,罚金刑的比例从68%下降到46%(见图5)。^[43]然而,就自由刑刑期长短以及是否适用缓刑而言,没有发现动机因素对非法律专业人士的量刑决定产生显著影响。^[44]

[41] 关于女性和男性法官在该案例变体中的区别,请见下文第(三)部分之1。

[42] 关于女性行为人仇外动机的表述是:“她故意选择有外国车牌的车辆,因为她认为外国人不应该来德国。”

[43] 对于男性行为人,法官的罚金刑比例从95%下降到81%,非法律专业人士的罚金刑比例从70%下降到42%。

[44] 就法官而言,由于所判处的自由刑数量较少,因此计算显著性没有意义。

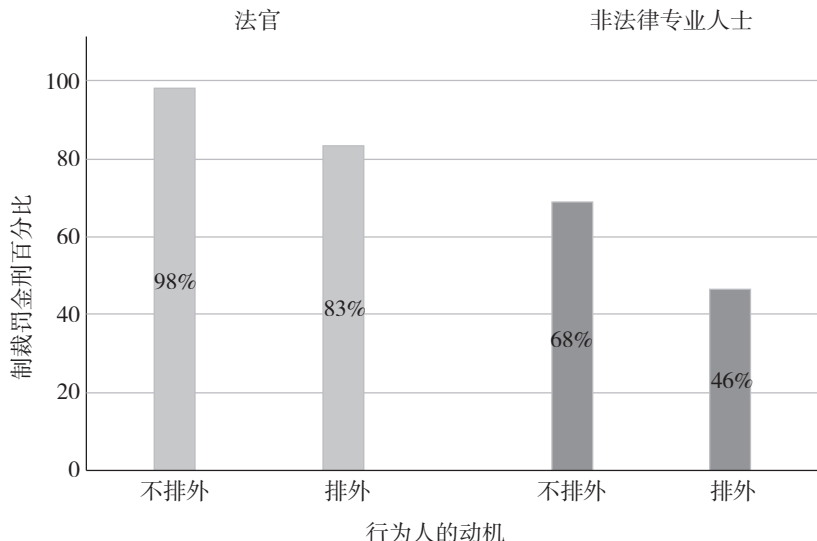


图5 案例7(毁坏财物),与(有无)仇外动机相关的罚金刑比例,法官和非法律专业人士

3. 犯后行为和程序性问题

在量刑规范中,一个有争议的问题是,如《德国刑法典》第46条第2款所表述的那样(“其犯后行为”),让那些从时间上来看,在行为终了后才出现的因素也影响量刑,是否是合适的。^[45] 我们调查中的三个变量涉及不同的犯后行为方面。

行为人认罪的效果通过问卷中的两个虚拟案例进行检验。首先,在案例3(住宅入室盗窃)中,认罪作为一个开放的“组内”变量被引入,其中,该认罪的证据价值很小,因为行为人被监控摄像头拍下,而且在犯罪现场附近被人赃并获。然而,法官和非法律专业人士都认为认罪具有显著的重要性(见图6)。在认罪的情况下,法官中判处不适用缓刑的自由刑的比例从27%下降至9%^[46];在非法律专业人士中,这一比例从73%下降至41%。在认罪的情况下,所判处自由刑的平均值也更低,法官为17个月(无认罪:21个月),非法律专业人士为24个月(无认罪:29个月)。

[45] 此处请参见 Franz Streng (Anm. 1), Rn. 572 ff.; Dieter Dölling, Festschrift für Wolfgang Frisch, 2013, S. 1181; Uwe Murmann, Festschrift für Wolfgang Frisch, S. 1131, 1143 ff.; Bernd-Dieter Meier, GA 2015, 443; MK StGB/Klaus Mießbach/Stefan Maier, 3. Aufl. 2016, § 46 Rn. 246.

[46] 文中的数值涉及的是德国籍行为人;然而,对外国籍行为人来说,数值关系是类似的。

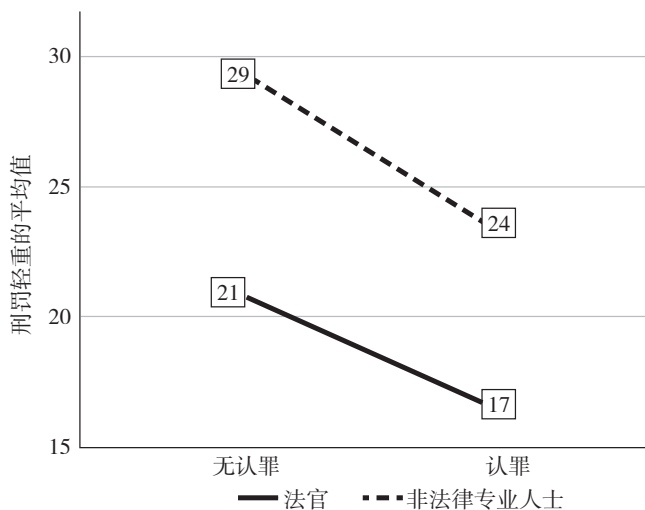


图6 案例3(住宅入室盗窃),当认罪无助于查明案情时,与认罪相关的刑罚轻重(以月为单位)

在案例1(诈骗和背信)中,行为人在所有的变体情境中都认罪;然而,参与者清楚地面对的是,具有重要证据意义的早期认罪和法院对案件进行全部查明后的认罪之间的区别。对参与的法官而言,认罪会对查明案件的意义造成显著的差异:在法庭审理程序结束时仅作形式认罪的情形中,同意本案中^[47]处以自由刑的法官比例为95%,而在认罪对查明案件有重要意义时,该比例为86%;当认罪无助于查明案情时,认为可以适用缓刑的法官比例为89%,但是在单纯形式认罪的情形中,仅有74%的法官同意适用缓刑;此外,当认罪具有证据价值时,法官建议的刑罚(14个月)也显著低于单纯形式认罪情形中建议的刑罚(18个月)。同样,非法律专业人士也关注行为人认罪对查明案件的意义:在早期认罪的情况下,只有47%的人希望判处被告人自由刑,但在晚期认罪的情况下,有71%的人希望判处被告人自由刑;而在仅作形式认罪的情形中,只有37%的参与者同意适用缓刑,与之相对,当认罪有助于查明案件时,53%的人选择适用缓刑。^[48]

在案例4(故意身体伤害,已退休者作为“勇气测试”)中,我们对部分参与者进行了一个隐藏的“组间”变量的检验,即行为人在法庭审理中多次向受害方道歉,并且脱离了劝说他犯罪的小团体。以这种方式描述的“悔恨”因素对法官和非法律专业人士的量刑都造成了显著的减刑效果:在无事实补充的情况下,78%的法官和79%的非法

[47] 这些数值是针对案例变体给出的,其中对虚拟案例被害人所遭受的后果进行了详细描述。

[48] 上述差异在95%的水平上具有显著性。

律专业人士赞成自由刑,而在有悔恨声明的情况下,该比例下降至 61% (法官) 和 66% (非法律专业人士)。此外,在“悔恨”变体情境中,赞成适用缓刑的非法律专业人士的比例从 46% 上升至 59%^[49]。

在案例 8(抢劫)中,我们通过一个“组间”变量对**锚定数值**^[50]的惊人效果进行测试。在第一种变体情境中,检方代表要求判处(低得不现实的)1 年自由刑,而在另一种变体情境中,检方则要求判处 4 年自由刑。尽管事实完全相同,但两个变体情境中的参与者建议判处的刑罚却差异明显。当检方代表要求判处更高自由刑时,非法律专业人士建议的平均刑期时长从(较低刑事指控时的)44 个月增至 74 个月;同样,法官判处的平均刑期时长也从 26 个月增至 40 个月(见图 7)。在检方代表请求判处极低的刑罚时,19% 的法官判处自由刑适用缓刑;在检方代表请求判处较高的刑罚时,该比例只有 1%。

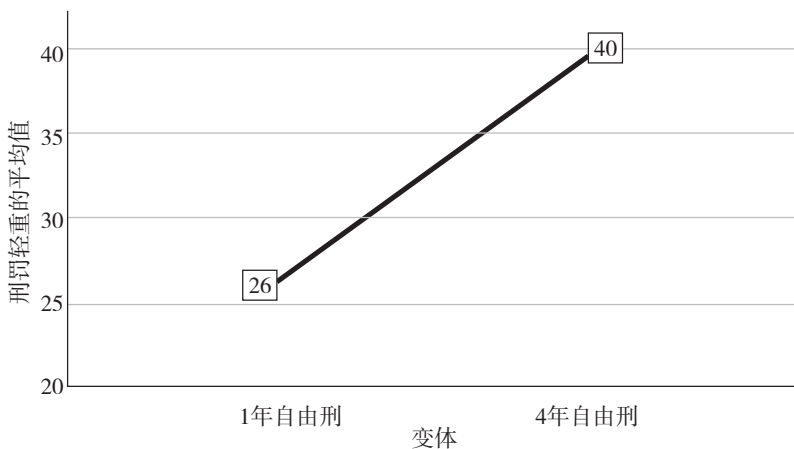


图 7 案例 8(抢劫),法官根据检方代表的刑事指控判处的刑罚轻重(以月为单位)

(三) 判决者个人因素的影响

1. 参与者的性别

在大多数案例情境中,参与者的性别对量刑决定没有统计学意义的相关影响。在大多数虚拟案例中,女性作出的判决并不比男性更宽松或更严厉(见图 8)。

[49] 在法官中,即使没有悔恨声明,也有 90% 的人赞成适用缓刑;在有悔恨声明的情况下,这一比例上升至 94%。

[50] 此处具体可参见 Brite English/Thomas Mussweiler/Friz Strack, Law and Human Behavior (29) 2005, S. 705; Andreas Glöckner/Brite English, Social Psychology (46) 2015, S. 4。

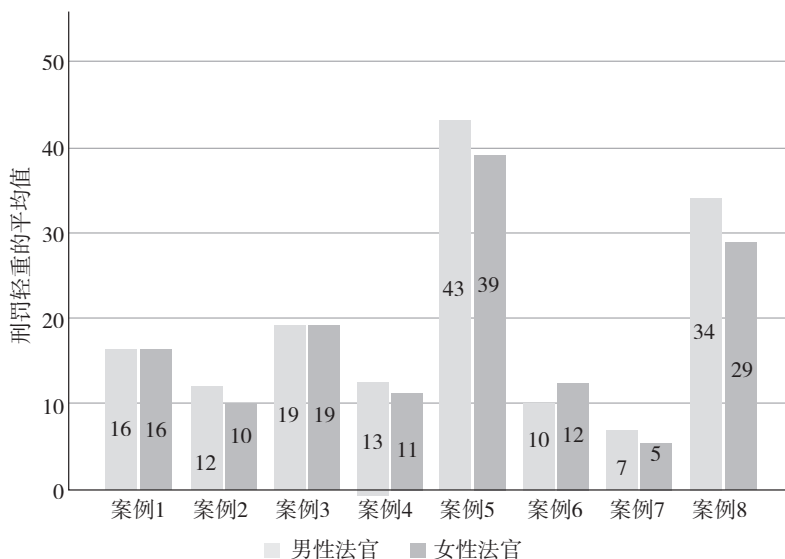


图8 男性法官和女性法官判处的平均刑罚轻重(以月为单位)

然而,在一些情况下会出现有趣的差异,该差异在法官中比在非法律专业人士中更常见。例如,在虚拟案例中,我们对犯故意身体伤害罪的行为人(案例2)的艰难童年进行了说明(母亲早逝,在寄养家庭受到虐待),女性法官判处的刑罚明显比男性法官更宽松:36%的女性法官建议判处有期徒刑,而只有14%的男性法官支持罚金刑。^[51] 同样,在第二起身体伤害案件(案例4)中,仅施加罚金刑的女性法官显著多于男性法官(32%对比12%)。^[52]

有趣的是,女性法官对强奸(案例5)判处的刑罚同样不如男性法官严厉。对于在公共场所实施的强奸行为,女性法官判处43个月的自由刑,这显著轻于男性法官判处的49个月的自由刑。对于在被害人家中发生的强奸案,女性法官判处的刑罚也明显更低一些(女性法官:42个月;男性法官:47个月)(见图9)。^[53] 在这种情况下,如果行为人承认所犯罪行,只有60%的女性法官支持自由刑实刑^[54],而男性法官持此观点的比例为82%。^[55] 在强奸案中,非法律专业人士在量刑上没有与性别相关的差异。

[51] 文中的数值涉及的是行为人没有饮酒的情况。对于饮酒的行为人,女性法官判处有期徒刑的比例为49%,男性法官的比例为25%。

[52] 这种差异在行为人没有表示悔恨的案例变体中得到了体现。然而,如果行为人表示悔恨,男性及女性法官的制裁则没有显著的差异。

[53] 这里的性别差异在90%的水平上具有显著意义。

[54] 27%的女性法官没有对适用缓刑问题作出说明,13%的女性法官支持适用缓刑的自由刑。

[55] 11%的男性法官没有对适用缓刑问题作出说明,7%的男性法官支持适用缓刑的自由刑。

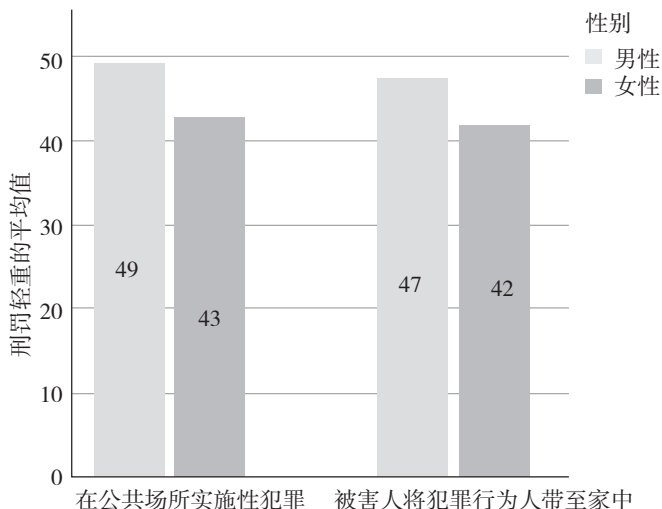


图9 案例5(强奸),男性法官和女性法官判处自由刑的刑期平均值(以月为单位)

就行为人的原籍因素而言,不同性别的非法律专业人士之间存在显著的量刑差异:在案例3中,平均而言,男性参与者对外国行为人判处的自由刑刑期比女性参与者长6个月。在法官中,则呈现了相反的趋势,尽管这一趋势并不明显:平均而言,女性法官对外国行为人判决的自由刑刑期比男性法官长2个月;相反,如果犯罪行为人是德国人,则男性法官量刑更为严格(平均多判2个月刑期)。

2. 参与者的年龄

参与者年龄对其选择的刑罚种类和刑罚轻重没有影响。但是,在强奸案中存在例外情况。在本案中,年轻法官(≤ 39 岁)判处的自由刑要显著长于年长法官;平均而言,年轻法官认为46个月是合适的,第二年龄组的法官(40—49岁)选择34个月,第三年龄组的法官(≥ 50 岁)选择35个月。^[56]

在接受调查的非法律专业人士中,这一趋势也很明显。同样,年轻的参与者(18—29岁)建议的刑罚时长(平均值为100个月)也明显高于年长的参与者(30—39岁:75个月;40—49岁:59个月;50—59岁:68个月;60—69岁:67个月)。

3. 居住地

地区和居住地的大小对法官和非法律专业人士的量刑决定均无显著影响。仅在强奸案(案例5)中存在明显差异:柏林法官判处的刑罚明显低于北莱茵-威斯特法伦

[56] 该结果与职业经验的不同时长所造成的偏差是一致的。关于公诉人的年龄对其惩罚观念的(非常微小的)影响也可以参考以下的实证研究:Katrin Jansen, *Stärkere Punitivität?* 2015, S. 295 ff.

州的法官(32个月对比41个月)。同样,在非法律专业人士组中也仅存在个别差异。例如,在案例6中,汽车司机犯过失身体伤害罪,对此,大城市参与者在量刑上比农村地区参与者更为严厉。不过,研究并未显示德国东部、西部、北部和南部之间有任何普遍差异。

4. 法官与地方法院或州法院的隶属关系

在5个案例^[57]中,地方法院法官建议的刑罚明显比州法院的法官更加宽缓。例如,对于案例2中的故意身体伤害,83%的州法院法官判处自由刑,只有13%的州法院法官赞成罚金刑;相比之下,只有59%的地方法院法官认为自由刑是合适的,而38%的地方法院法官赞成罚金刑(见图10)。在强奸案(案例5)中,如果行为人认罪,21%的地方法院法官支持适用缓刑的自由刑;而持此观点的州法院法官仅占3%。

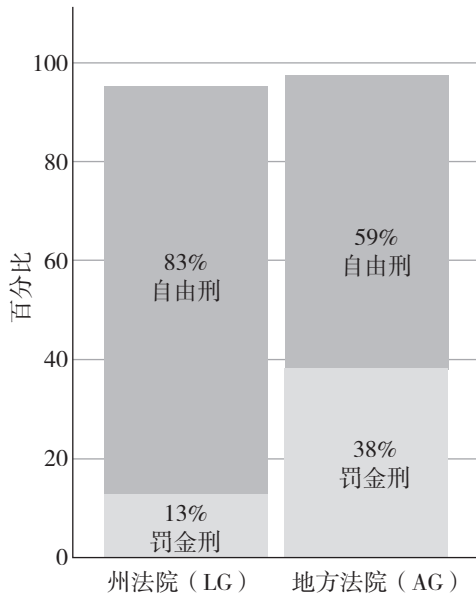


图 10 案例 2(故意身体伤害),根据法官在州法院或地方法院工作分列的自由刑、罚金刑比例

[57] 案例 1(诈骗和背信),案例 2(故意身体伤害,无关于行为人童年的说明),案例 3(住宅入室盗窃,德国国籍行为人),案例 5(强奸,在被害人住宅内)和案例 6(造成严重后果的过失身体伤害)。

5. 非法律专业人士的受教育程度

在非法律专业人士中,受教育程度和量刑轻重之间存在明显的关联。^[58] 受教育程度最低的非法律专业人士组,即没有高中文凭(Schulabschluss)以及有普通中学文凭(Hauptschulabschluss)未接受过职业培训的非法律专业人士,平均量刑明显重于受过中等或高等教育的非法律专业人士。在所有案例中,受教育程度较低的参与者建议的自由刑刑期平均为 34 个月,而受教育程度较高的参与者建议的平均刑期为 26 个月(见图 11)。在案例 8(抢劫和身体伤害的想象竞合)中,随着参与者受教育水平的提高,自由刑的刑期持续缩短;最大的差值出现在受教育水平最低和最高的参与者之间(当两种案例变体都包括在内时,最大差值为 17 个月)。同样,案例 7(女性行为人毁坏财物)中也存在重大差异:与受教育水平最低的参与者相比,获高中文凭的参与者建议的自由刑刑期平均缩短 7 个月。但在其他虚拟案例中,刑罚的严厉程度并没有随着受教育程度的提高而降低。

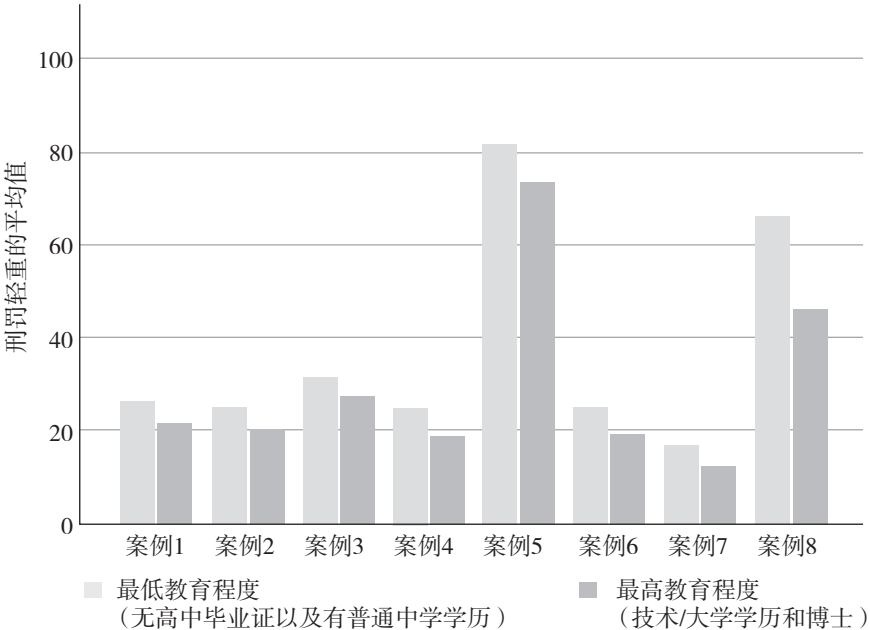


图 11 最高学历为普通中学或以下的参与者与拥有高等教育学位的参与者之间刑罚轻重的平均值(以月为单位)

[58] 相似的结果可参见以下研究:Thomas Bliesener/Stephanie Fleischer, Festschrift für Franz Streng, 2017, S. 201, 208 f.,其认为存在刑罚更严厉的普遍趋势。

6. 非法律专业人士的政治观点

通过所谓的“周日民调问卷”展现的政治偏好^[59],对非法律专业人士的量刑决定有重要影响(见图12)。

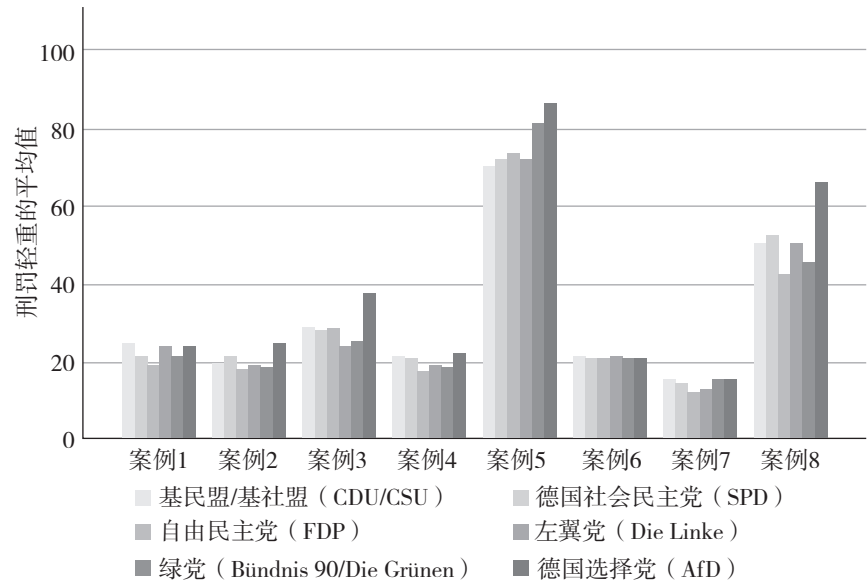


图12 根据(非法律专业人士)对政党的偏好得出的刑罚轻重的平均值

平均来看,德国社会民主党选民判处的刑罚最轻;而在大多数情况下,德国选择党的支持者建议的刑罚比其他政党选民明显更为严厉。并且,在所有选民群体中,德国选择党选民作出的自由刑是最长的。^[60]该差异在案例3(住宅入室盗窃)中尤为明显,本案中行为人是一名寻求庇护者。在本案中,德国选择党选民平均判处51个月的自由刑,而左翼党选民平均判处24个月的自由刑,基民盟/基社盟选民平均判处33个月的自由刑。如果行为人不是德国人,而是寻求庇护者,德国选择党选民判处的平均刑期会增加62%。^[61]这一差异非常明显。然而,其他政党选民对寻求庇护者判处的刑罚也更为严厉。例如,德国社会民主党和自由民主党的选民支持的刑期平均值就存

[59] 本研究没有向法官提出“周日民调问卷”,因为我们担心许多参与者会认为这是对其私人领域的不适当的侵犯并因此不会参与问卷调查。
[60] 同样,与其他政党的选民相比,明显更多的德国选择党选民认为检方在案例8中提出的4年自由刑的处罚要求过低。
[61] 在变体A(无认罪)中,自由刑刑期平均从31个月增加至51个月;在变体B(认罪)中,自由刑刑期平均从25个月增加至41个月。

在明显的差异(德国社会民主党选民:28 个月对比 34 个月;自由民主党选民:25 个月对比 39 个月)。相反,如果行为人是寻求庇护者,左翼党选民对其判处的自由刑刑期平均缩短了 7 个月。

另一个有趣的发现是,行为人的仇外动机对不同政党选民量刑决定的影响。虽然排外动机在所有政党选民中都会导致刑罚严厉程度的大幅提升,但对德国选择党选民而言,其量刑轻重几乎没有变化(见表 2)。

表 2 案例 7(毁坏财物,男性行为人),根据政党偏好划分的支持自由刑比例

政党	自由刑比例	
	没有仇外动机	有仇外动机
基民盟/基社盟	25% ** [62]	64% **
德国社会民主党	21% **	61% **
自由民主党	31%	41%
左翼党	25% **	57% **
绿党	32% **	61% **
德国选择党	45%	51%
其他党派	35%	50%

然而,不能认为德国选择党选民总是作为“异类”脱颖而出。就对个别犯罪行为的制裁行为而言,德国选择党的支持者和其他政党的支持者也有相似之处。例如,在案例 5 的变体(在被害人家中实施强奸)中,绿党选民建议的制裁(平均 84 个月的自由刑)和德国选择党选民建议的制裁(平均 86 个月的自由刑)具有可比较性,而左翼党选民的量刑则明显更为宽缓,只有 65 个月的自由刑。

在案例 1 中,我们还发现了一个有趣的现象,其显著地偏离了上述所示的政党偏好与刑罚轻重之间的相关性:对于公司总经理所犯的经济犯罪,左翼党选民判处的刑期最高(26 个月[63]),而自由民主党选民判处的刑期最低(20 个月)。

四、研究结果概述

关于上述研究问题,可将调查的主要结果总结如下:

[62] ** 表示显著的结果(在 95% 的水平上)。
[63] 基民盟/基社盟选民:25 个月;德国选择党选民:24 个月;自由民主党选民:23 个月;绿党选民:23 个月。

(一) 法官和非法律专业人士之间的差异

1. 几乎在所有的案例中,非法律专业人士判处的刑罚都明显高于法官;只有在涉及经济犯罪时,这种情况才有所不同。

2. 在相应的法定量刑范围内,非法律专业人士判处的量刑幅度远大于法官。但是,对于相同的事实情况,法官也表现出明显的个人差异。

(二) 行为及行为人相关的因素

1. 在与行为相关的因素中,财产犯罪案例中对个人损害后果的描述以及强奸案例中被害人之前的行为对量刑没有显著影响,行为人的饮酒情况也是如此。但是,在行为人因过失造成交通事故的情形中,行为对被害人造成的严重后果对量刑有重要影响。

2. 作为与行为人相关的特征,行为人的性别和艰难的童年对量刑没有重大影响。在入室盗窃案中,行为人的移民背景意味着法官和非法律专业人士对外国人适用缓刑的可能性都低于德国籍行为人,而刑罚轻重仅在非法律专业人士中存在显著差异。行为人的仇外动机对刑罚类型的选择有显著影响,但对刑期的长短影响不大。

3. 事实证明,行为人的犯后行为有重要意义,因为认罪始终会导致减刑。在此背景下,非法律专业人士和法官都会关注认罪是否确实有助于证据查明;如果是此种情况,则量刑就会远远低于单纯形式认罪的情形。如果行为人对所犯罪行表示悔恨,则法官和非法律专业人士都会因此而大幅减刑。

4. 在抢劫案中,以检方刑事指控形式出现的“锚定数值”对法官和非法律专业人士的影响之大令人惊讶。如果检方要求判处4年自由刑,则非法律专业人士支持的自由刑平均刑期为74个月,法官支持的平均刑期为40个月;与之相对,如果刑事指控要求判处被告1年自由刑,则非法律专业人士建议的自由刑平均值仅为44个月,法官建议的平均值为26个月。

(三) 参与测试者的个人特征

1. 无论是法官还是非法律专业人士,参与者性别对量刑决定没有普遍影响。在选择性的两性显著差异方面,应当提及的是,在案例2中,当对行为人的个人经历进行说明时,女性法官倾向于比男性法官施加更宽缓的惩罚。同样,在案例5中,女性法官的判刑比男性法官更轻。^[64]

2. 一般而言,参与者年龄对其所处的刑罚没有影响。例外情况是,在案例5中,非

[64] 这可以用“过度补偿”来解释:女性法官可能会担心她们出于对女性被害人的声援而对强奸犯判处过于严厉的刑罚,并试图通过有意识或无意识地减轻刑罚来弥补其可能的偏见。

法律专业人士和法官都出现了刑罚的严厉程度随着年龄的增长而下降的现象。^[65]

3. 参与者的居住地或法院所在地对量刑没有系统性影响。相反,对于法官来说,他们在地方法院还是在州法院工作则非常重要:州法院法官支持的平均刑罚明显高于地方法院法官。

4. 受教育程度(对非法律专业人士而言)始终具有的影响是,刑罚的严厉程度随受教育程度的提高而降低。但是,即使只将受教育程度最高的非法律专业人士与法官进行比较,仍然可以发现法官与非法律专业人士之间在惩罚性方面的显著差异。

5. 参与者的政治倾向(仅对非法律专业人士进行了询问)有显著的影响,其中大部分是朝着预期的方向发展:德国选择党的支持者的量刑总体上最为严厉,这种严厉倾向在针对外国籍(而非德国籍)行为人的案例3中体现得尤为明显。相反,左翼党的支持者对外国籍行为人判处的刑罚比其对德国籍行为人判处的刑罚更轻。

五、结 论

(一) 参与测试者的社会人口学特征影响轻微

首先,研究结果中令人瞩目和备受鼓舞的是,无论在法官中,还是在非法律专业人士中,与判决者本人直接相关的因素(性别、年龄、居住地)一般不会对量刑行为产生决定性影响。从这一点来看,量刑在很大程度上取决于案件被随机分配至某特定法院所在地或某法官的论点,无法得到证实。这一点也特别适用于地区分布:既没有出现惩罚性的南北梯度,也没有出现德国东部各州的特殊性。事实证明,在地方法院或州法院工作对法官的影响很可能是两级法院不同的刑罚水平造成的,这也影响了法官的个人标准。

然而,在非法律专业人士中,有证据表明受教育程度和政治倾向对量刑有影响。对法官而言,前一个因素不起任何作用;至于政治观念对其的影响,人们只能猜测。不过,(尽管在我们的研究中没有对此进行验证)我们认为,法官保守的观念至少在非经济犯罪中会使其倾向于更高的刑罚,这是一个合理的假设。^[66]

(二) 参照《德国刑法典》第46条的标准?

1. 就我们进行研究的与行为及行为人相关的量刑影响因素而言,可以确定的是,至少对法官而言,实际有效的量刑因素大体上符合《德国刑法典》第46条规定的法定方案。^[67]

[65] 这可能表明,与年长的男性及女性法官相比,年轻一代的法官对侵犯性自主权具有更高的敏感性。

[66] 关于不同刑罚目的的偏好的影响,参见 Franz Streng (Anm. 1), Rn. 489。

[67] 我们的研究没有对行为人的刑事犯罪记录意义上的“以前的生活”的影响进行测量。但是,在案例2中,以前生活中可能存在的减刑因素(艰难的童年)对量刑没有显著影响。

首先,研究表明,《德国刑法典》第46条第2款中提到的“可归咎的行为影响”对过失身体伤害案件(案例6)的量刑有重大影响。新纳入《德国刑法典》第46条第2款的行为人的“仇外动机”也被证明与法官和非法律专业人士的量刑相关(案例7)。这一点同样适用于“犯后行为”:在虚拟案例中,犯后行为以认罪和表达悔意的形式呈现,两个案例中犯后行为都在量刑方面对行为人产生了积极效果。然而,认罪具有减刑效果的更深层次的原因仍不清楚:行为人是因认识到自己的不当行为,还是因为促进司法程序而受到奖励?尤其是法官,当存在认罪时,似乎或多或少地都会机械式地减刑。然而,如果认罪既没有表达悔意,也无助于查明案件事实,那么实际上就没有理由进行减刑。

2. 要使量刑决定符合法律规定,不仅要使法定量刑因素对量刑决定产生实际影响,还要使与法律无关的情状(特别是潜在的歧视性区分)对量刑决定不产生影响。因此,我们的研究还考察了那些法律上未规定的、部分存在争议的情状的重要性。结果表明,行为人的性别和性犯罪中被害人(在法律上是中立的,因此无关紧要)的前行为都对量刑没有影响。

然而,在案例3中,法官判处身份为寻求庇护者的行为人适用缓刑的可能性略低于德国籍行为人。这可能是因为法官在潜意识中考虑行为人的社会预后风险评估,而在虚拟案例的事实描述中并没有对这一点进行说明。然而,非法律专业人士更明显地考虑籍贯这一法律未规定的因素。对他们而言,将行为人描述为寻求庇护者会导致量刑明显加重。

我们的研究以令人印象深刻的方式证明了,检方在结案陈词中所提出的刑罚轻重具有“锚定效应”(Ankereffekt),这一点在其他研究中也得到了确证,但从规范角度来看,这一点存在很大问题。^[68] 检方(不具有法定约束力并且不影响法院量刑)的刑事指控不仅对非法律专业人士的决定,而且对法官的判决也有显著影响。这种受扰乱的心理影响应通过法律政策予以抵消。例如,对刑事法官就此种心理敏感性进行培训,作为进修学习的部分内容。此外,还应考虑改变《德国刑事诉讼法》第258条第1款中的辩护顺序,使得辩方有机会首先设定“锚”^[69]。

(三) 法官和非法律专业人士在一般刑罚水平上的差异

特别引人注目的是,非法律专业人士的总体刑罚水平明显更高,这在8个虚拟案例中的7个案例中都有所体现。法官和非法律专业人士之间的这种差异有多种可能的解释。首先,非法律专业人士可能“按字面意思”理解我们在问卷中给出的法定量刑

[68] 对现有研究的分析,参见 Franz Streng (Fn. 1), Rn. 494 ff.

[69] 此方向上研究,参见 Brite English/Thomas Musweiler/Franz Strack (Fn. 50), S. 714 ff.; Brite English, Law & Policy (28) 2006, S. 497, 507 f.; Franz Streng (Fn. 1), Rn. 498.

范围,即他们倾向于对较严重的罪行参照刑档上限;而法官(根据联邦最高法院的指导方针^[70])将现实生活中的“一般”犯罪案件置于法定刑档的较低范围,从而以这种方式作出较低的量刑。

其次,另一个可能的解释是,非法律专业人士在作出决定时更关注被害人。以下事实支持了这一点:对侵犯个人权利的犯罪行为,非法律专业人士作出的量刑明显比法官更重,而他们对经济犯罪判处自由刑的可能性较小。^[71]最后,造成此种差异的因素也可能是:非法律专业人士不了解司法监禁制度的现实情形,只能抽象地看待数年的自由刑;而法官可以根据他们的经验来判断,执行自由刑实刑对一个人人生的影响,以及服刑会在何种程度上增加再犯的风险。这表明,法官的量刑建议更注重对行为人的后果,因此比非法律专业人士的量刑建议更倾向于特殊预防。

(四) 量刑观念的分歧可能产生的后果

根据调查结果,我们提出了这样的问题:人们对于“什么是正确的量刑”存在显著的观念差异,法律政策是否应该(如果是,如何)对此作出回应。

首先,从研究结果中可以发现,在我们调查的非法律专业人士中,79%的人认为德国法院作出的量刑决定“过于宽松”。^[72]然而,这里必须考虑到媒体对刑事司法活动的报道不可避免地是碎片化和选择性的。大多数民众对刑事法院活动的看法并非基于对现实量刑实践的全面了解,而是基于传统媒体和社会媒体(可能准确也可能不准确)所展现的很小部分的事实情况。^[73]当然,这并不能改变许多人对他们所认知的刑事司法产生的实际不安感。对司法机构本身而言,这意味着,它必须以可理解的方式(例如亦可借助社交媒体的传播可能性)向公众解释在一般情况以及个别案件中的量刑考虑。

然而,这只能解决部分问题。我们的研究表明,即使所有参与者获得的信息基础相同,法官和非法律专业人士的量刑观念也存在明显差异。因此,许多非法律专业人士认为德国刑事司法“过于宽松”的设想具有一定的事实支撑,因为在相同的信息水平下,相较于法官,非法律专业人士倾向于明显更为严厉的刑罚。当然,只要不超出法定刑档,法官和非法律专业人士对某些犯罪行为的刑罚标准不同,并不意味着一方“正确”而另一方“错误”。因此,将民众更为严格的量刑观念一概视为错误的而不予重视,是不对的。^[74]然而,简单地要求刑事司法系统今后应以“人民的声音”为基础来作

[70] Vgl. BGHSt 27, 2, 4; 28, 319; BGH NStZ 1983, S. 217. 详细可参见 Torsten Verrel, Festschrift für Jürgen Wolter, 2013, S. 799, 804 ff.; Schönke/Schröder/Jörg Kinzig, 30. Aufl. 2019, § 46 Rn. 59。

[71] 也可参见 Elisa Hoven, MschrKrim (102) 2019, S. 65, 77 f。

[72] 见上文第三(一)部分之 1。

[73] 也可参见 Ralf Kölbel/Tobias Singelnstein, NStZ 2020, S. 333, 338。

[74] 然而,在这个方向上,可以参见 Ralf Kölbel/Tobias Singelnstein, NStZ 2020, S. 333, 338, 其因民众观念存在受刑罚严厉化影响的可能性而选择法官的专业知识。

出判决,也是错误的。〔75〕法官受法律规定的约束,必须以尽可能保护基本权利的方式实现惩罚及预防性质的合法刑罚目的。因此,问题在于,公众关于“正确”量刑的观念是否会影响公认的刑罚目的的实现,如果是,又会以何种方式影响。

在“积极的”一般预防思想中,刑罚目的和大多数人观念之间可能存在着这种联系,根据这种理念,对行为人的惩罚应该(也)包含以下目的,即象征性地确认行为人所违反的行为诫命(Verhaltensgebot)的效力。然而,该理论的“奠基人”之一京特·雅各布斯(Günther Jakobs)却从纯粹的系统论意义来理解通过刑罚实现的稳定规范效果,因此它既不能被经验性结论所证实,也不能被反驳。〔76〕与之相对,如果将稳定规范(与恢复“法和平性”的理念结合)理解为一种经验性的社会心理现象〔77〕,那么在确定“正确的”量刑时,显然要考虑公众的正义感。例如,卡斯帕(Kaspar)肯定了刑罚的“建立和平的效果”,前提是“在特定情况下,公众(仍然)可以接受这是对犯罪作出的足够公正且适当的反应”〔78〕。尽管这里指的是“公众”的(经验性)接受,但是,在“可以接受”的措辞中仍包含规范性因素,这阻碍了将通过民调查明的公众意见直接转化为法定量刑。

后一种“积极的”一般预防与近年来日益受到关注的刑罚沟通(或“表达”)意义相关并重合:刑罚旨在向行为人以及公众象征性地表达对违反规范行为的否认。〔79〕如果在许多情况下,公众认为判处的刑罚严重不足,并且不再将其理解为补偿正义的措施,那么就会危及刑罚沟通功能。〔80〕我们的研究表明,至少在某些情境中(例如性犯罪)可能会出现这样的情况。但是,只有当对行为人的刑罚过于宽缓,以至于公众将其理解为对犯罪的容忍而非指责时,我们才能说刑罚的沟通功能受到了危害。

〔75〕 一致的观点,参见 Franz Streng, in Kaspar/Walter (Hrsg.), Strafen „im Namen des Volkes“, 2020, S. 131, 153 ff.

〔76〕 Vgl. Günther Jakobs, ZStW (107) 1995, S. 843, 847 ff. 对雅各布斯的远离实践的理论批评,参见 Angela Kalous, Positive Generalprävention durch Vergeltung, 2000, S. 87 ff.(其认为这是一种变相的报应理论); Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen, Allg. Teil, 6. Aufl. 2011, § 1 Rn. 27 f. Claus Roxin/Luis Greco, Allg. Teil I, 4. Aufl. 2020, § 3 Rn. 30 ff. 基本上否认积极的一般预防理论,因为它在意图的预防和声称的报应之间自相矛盾地摇摆不定,参见 Michael Bock, ZStW (103) 1991, S. 636, 644 ff.; Michael Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 80 ff.

〔77〕 例如 Franz Streng, Festschrift für Bernd Schünemann, 2014, S. 827, 839 ff.; Franz Streng(Anm. 75), S. 152 (满足公民“自我稳定”的需要); Helmut Frister, Allg. Teil, 8. Aufl. 2018, § 2 Rn. 23 ff. 对从国家惩罚的社会整体效果中推导刑法的适用规则的中肯的反对意见,参见 Tatjana Hörnle, in Frisch/von Hirsch/Albrecht (Hrsg.), Tatproportionalität, 2003, S. 99, 103; dies., Straftheorien, 2011, S. 25 ff.; Wolfgang Frisch, in Schünemann/von Hirsch/Jareborg (Hrsg.), Positive Generalprävention, 1998, S. 125, 134.

〔78〕 Vgl. Johannes Kaspar, in Kaspar/Walter (Hrsg.), Strafen „im Namen des Volkes“, 2020, S. 61, 75.

〔79〕 Vgl. Tatjana Hörnle, Straftheorien, 2011, S. 29 ff.

〔80〕 类似观点参见 Franz Streng(Anm. 1), Rn. 59. 相反, Ralf Kölbl/Tobias Singelnstein, NSTZ 2020, S. 333, 338 认为,这只取决于是否实施制裁,而不取决于制裁的程度。但是,如果制裁明显低于罪责程度,则可能一直会发出这样的信号,即该犯罪行为不(再)需要严厉制裁。

然而,如果刑事法院实施的制裁过于偏离民众的正义观念,也会在其他方面产生令人担忧的后果。这些后果与其说与立法者—行为人—司法的规范性三角关系中刑罚目的的实现相关,不如说是与对刑事司法作为对违反规范者进行社会控制的可信赖机构的信任相关。举例来说,如果法院判处的刑罚远低于大多数民众认为合适的刑罚,则可能最终导致人们对国家刑事司法系统丧失信任并逐渐疏远。因此,刑事法院将面临在自生循环中进行审判的风险,其输出的信息无法被多数人所理解,又由于刑法具有强烈的象征意义,这将对国家权威和社会凝聚力带来显著的危害。^[81]

这可以(也应该)使得司法部门有理由来审查,法官平均量刑是否(仍然)充分反映了各犯罪构成要件及其刑档所表达的无价值判断。^[82] 批判性审查的任务并非刑事法官个人的职责,而是整个刑事司法系统的责任。然而,迄今为止,还缺乏对德国法院的量刑决定进行分类和评估的必要数据。为了准确了解量刑的实际情况,应在数据库中尽可能地记录全德国范围内的量刑决定及其所依据的标准。只有在这样一个数据库的基础上,才能认真讨论量刑畸轻或畸重的问题。同时,法官可以了解其他法院的量刑实践。透明化记录将成为避免不合理的量刑地域差异的重要一步。^[83]

此外,对公众关于“正确的”量刑的观点进行持续调查,以及通过一个由司法界、学术界和政治界共同参与的多学科委员会就刑事犯罪的适当制裁展开持续的理性讨论,也是有意义的。^[84] 这样的委员会还可以提出建议,对《德国刑法典》第46条的量刑考虑因素目录进行系统性修订,并重新思考一些基础问题,例如,正当的刑罚目的或犯后行为(尤其是无助于查明案情的认罪)对量刑的意义。无论如何,我们的研究表明,在刑事司法实践和民众的量刑观念之间建立一座桥梁是十分必要的。

[81] Vgl. Elisa Hoven, KriPoZ 2018, S. 276, 286 f.

[82] Vgl. Christian Grafl/Kurt Schmoller, Entsprechen die gesetzlichen Strafdrohungen und die von den Gerichten verhängten Strafen den aktuellen gesellschaftlichen Wertungen? Gutachten. Verhandlungen des 19. Österreichischen Juristentages, 2015, S. 158; “社会价值观的根本变化,如果导致对行为方式的无价值产生不同的评估,则应被纳入刑法的设计中。”

[83] 参见 Johannes Kaspar (Anm. 2), S. C100 ff.; Franz Streng (Anm. 75), S. 155 f.; 详细介绍引入量刑数据库,参见 Elisa Hoven, Festschrift für Ulrich Sieber, 2021, S. 1373–1390.

[84] 关于量刑委员会也可参见 Elisa Hoven (Anm. 83)。