

# 略论量刑模式的优化

苏惠渔 张国全 史建三

量刑模式是指根据某类事物具有同态性的原理，对各种量刑活动的表象所反映出来的共性的一种形式上的概括、归纳与抽象。量刑模式亦可称之为量刑的操作程序。尽管世界各国的量刑活动方式千差万别，但以量刑的依据不同，可分为大陆法系的量刑模式和英美法系的量刑模式两大类。评价这两种量刑模式的优劣，了解当今世界上两大量刑模式之“互补”趋势，对于探寻有中国特色的量刑模式具有借鉴意义。

## 一、两大量刑模式及其优劣评判

在以成文法典为主要法源的大陆法系国家，法学家们普遍认为，法官要找到法所要求的公平合理的最好途径在于以法律条文为依据。因为在社会关系复杂的时代，对于公正的解决办法首先要求它确切明了，成文法由于用词严谨、概括性强、适用面广以及引用方便等特点而被认为是清楚表达规定和保持司法一致性的最佳手段。查士丁尼法典宣称：“判决不是根据例子，而是根据法律”（*non exemplis sed legibus iudicandum est*）。这是大陆法系国家法律制度的一个重要原则。在这种法律传统下，法官审理刑事案件必须根据立法机关制定的成文刑法，并遵循“法无明文规定不为罪，也不处罚”的原则，而不考虑以前的判决。这种以成文法规范为依据的量刑模式，从哲学上来说是从一般到个别的推理。从形式逻辑来分析，是三段论式的演绎推理，即：

法律规定犯了某罪应处某刑罚

某人犯了某罪，

所以某人应处某刑罚。

这种三段论的大前提永远是成文刑法的条文而非先前的判例，小前提肯定具体罪行属于刑法某一条文所规定的犯罪，结论是对犯罪人所判之刑。

和大陆法系的量刑模式正好相反，英美法系的国家推行的是以判例法规范为依据的量刑模式。根据判例法制度，某一判决中的法律规则不仅适用于该案，而且往往作为一种先例而适用于以后该法院或下级法院所管辖的案件。只要经过“识别”证明案件的基本事实相同或相似，就应该以先例所定规则处理，否则就要破坏普通法的确实性，影响它本身的存在。这就是所谓“遵循先例”的原则。这种量刑模式从哲学上说，是从个别到个别的推理，量刑操作采用的是类比的方法，即：

具有拘束力的某判例具有A，B，C，……几个属性，并处以×刑罚，

经识别，正在审理的某案件也有A、B、C，……几个属性或者与这些属性相似，

所以，某案件被告人也应处以×刑罚。

上述两大量刑模式在实际运用中各有其长短利弊。大陆法系量刑模式的好处有：

- 1.立法主体和司法主体分离,能有效地避免法律运行机制的失控。
- 2.有利于在成文法生效的范围内维护司法统一,保证法的稳定性和权威性。
- 3.在审理刑事案件中,引用成文法规规范给被告定罪量刑比起判例法规规范要方便易行得多。

缺陷是:

1.成文法的条文总是概括的、抽象的,不可能详实具体包罗万象,因而当它规定的法定刑是绝对确定时,往往显得过于死板,限制了法官的能动作用;当它规定的法定刑是相对确定时,由于缺少一种将量刑决策空间中的某一定点与犯罪行为相联的中间媒介,容易出现法定刑幅度的弹性愈大,不同的法官对类似案件的处刑差异愈大,从而导致适用刑法不公正的现象。

2.成文法一般来说只是对过去罪刑关系运动的总结,而它面对的却是现实生活中罪刑关系的新发展,同时成文法的立法程序复杂,一经颁行就要求相对稳定,不能经常变动,因此,成文法在社会经济、政治发展变化的情况下,缺乏快速灵敏的应变能力。

英美法系量刑模式的优点是:

- 1.审判与立法融为一体,法官在审判中一形成判例同时也就完成了立法,不必由专门立法机关按法定程序立法就能随时应变,及时指导审判活动。
- 2.判例比较具体,可比性强,能为法官提供一个具体感性的类比样板,以资仿效。
- 3.依据判例,尤其是依据审判专家的判例进行审判,可以保障对同类案件的平等审判,提高审判质量,避免较大的出入。

缺点是:

- 1.判例太庞杂,引用不方便。
- 2.在法官的思想业务素质不具备或不完全具备的条件下,实行这种量刑模式,容易形成法官根据各自的评价标准在繁杂的判例中援引自己认为可资仿效的判例,这样常常会造成偏差,不利于司法统一。

## 二、两大量刑模式之互补趋势

从两大量刑模式之优劣的比较中可以看出,大陆法系量刑模式的长处正是英美法系量刑模式的短处,而后者的长处又恰恰是前者的短处。正因为两大量刑模式都有其令人夸耀的地方和难以自补的漏洞,故许多国家都在立足于原来的法律传统的同时,注意吸收其他法律传统的长处来弥补自身的不足。

法国是大陆法系的主要发源国,古典理论虽宣称判例不是法源,不具有约束力,但在许多场合下,最高法院或行政法院的判决已经开始具有几乎不低于制定法效力的约束力。今天,大陆法系中的许多国家,如法国、联邦德国、西班牙、意大利、瑞士、土耳其等国家都有许多官方公布的判例集或判例汇编。它们是专为从事司法实践工作的法官们编写的,其数量与质量足以说明在大陆法系中,判例作为潜在的法源所具有的重要性程度。法学家们已经认识到,成文法的条文是死板的,它是难以满足一个处在永久运动中的社会的所有新情况。而当法官受理刑事诉讼,而又拿不准适用的法律条文时,他所具有的职业习惯自然会促使他考虑同类案件在法律上是否已经提出过,而过去处理这一类案件的法官是怎样理解具体法律的含义的,如果涉及的是层次较高的法院,这种求助于先例的意念会更强烈。有的学者指出,现

在的法官往往处于两种义务的夹攻之中，一方面必须执行法律，另一方面又必须毫不迟疑地作出公正的、适应现时社会环境的裁决。正因为如此，一些法官在受理新型犯罪或社会危害程度变易较大的犯罪案件时，常常被迫赋予法律条文以新的意义，而这种新的意义显然与原立法者所赋予的意义有差别。正是在这一点上，“判例确确实实是创造法律的，因此也能作为法律的渊源之一，它对法律的革新和进步作出的贡献是巨大的”。<sup>①</sup>

在英美法系发源地的英国，原来的特点是没有统一的刑法典，主要依据判例；缺乏总则规定，没有统一的罪名与刑罚。但19世纪以来，刑法方面出现了大量的成文法，尽管这些成文法大多还表现为判例法的汇编，但从中还是可以窥见立法机关企望用成文法律的形式来弥补司法实践中判例庞杂，坠入文牍，引用不统一的漏洞的迹象。最近数十年来，有些总则性的问题，如犯罪构成，故意罪发展阶段，刑事责任原则，刑罚适用的最高限制等，在理论上已逐渐有所概括，有的已在法令中作了明文规定。

美国法源于英国法，但又根据美国政治、经济、文化特点作了较大的改变，美国法律制度是制定法和司法造法相互作用的产物。尽管判例法在美国法中仍占重要的地位，但在刑事领域，美国越来越重视成文法在促成定罪量刑趋于统一和确定方面的作用。1962年公布了一部《标准刑法典》草案，并未正式生效。虽然如此，许多州还是以《标准刑法典》为蓝本，纷纷在英国法的基础上制定本州的刑法典。1984年，美国国会授权一个特别委员会研制量刑准则，供每年审理近4万件刑事案件的联邦法院参照使用。经过3年的酝酿研究，美国联邦量刑准则正式生效。量刑准则的创设，体现了彻底的司法自由裁决与遵照法典两种不同的量刑模式之间的妥协，并预示着大陆法系的量刑模式与英美法系的量刑模式相互融合将成为一种发展趋势。

在社会主义各国，法的主要渊源是成文法，废除旧法和对旧法的批判继承，是社会主义法产生的辩证规律。列宁在1922年《俄罗斯联邦民法典》的制定过程中曾指出：“凡是西欧各国文献和经验中所有保护劳动人民利益的东西，都一定要吸收”。<sup>②</sup>一些社会主义国家在完善社会主义法律制度的同时，也注意到了判例这种形式的积极作用。例如，南斯拉夫的联邦最高法院根据法律定期公布它本身与各共和国最高法院所作的重要判决。自1956年以来《联邦政府公报》每年公布3卷各最高法院的判决汇编。同样，波兰、罗马尼亚等东欧社会主义国家，也定期发表最高法院刑事判决汇编，汇编的判例虽不象英美法系的判例那样具有法律的约束力，但对提高全国法院的办案水平，尽可能减少或避免对同类案件作出畸轻畸重的刑事判决，维护社会主义法制的统一实施，起到了重要的指导作用。

### 三、我国的量刑模式及其优化

#### （一）我国量刑模式的合理性与局限性

在我国，就目前而言，对量刑模式没有明确的规定，也几乎没有对这一问题给予注意与研究。但是从法律制度中的具体规定和原则，不难看出我国的量刑模式和大陆法系的量刑模式基本相通，判例在中国法律中没有什么地位和作用可言。我国法制的原则是有法可依、有法必依、执法必严、违法必究。其中就包含了立法和司法的明确界限。“有法可依”表明立

① [法]亨利·莱维·布律尔：《法律社会学》，上海人民出版社1987年8月出版。

② 《列宁全集》第33卷，第173页。

法机关的立法是法制的前提，法律一旦颁布，就必须执行。“执法必严”意味着司法人员必须严格按照法律办事。不能随意曲解和滥用法律。法院在作出判决时，只能“以事实为根据，以法律为准绳”。每个判决只有涉及本案的效力，而不具有普遍性的效力。

我国是一个幅员辽阔、人口众多的多民族大国，各地情况千差万别，犯罪及其危害程度的大小又十分复杂。原则性的定罪规定和宽幅性的量刑规定就是兼顾单一制国家结构和地区差异的产物。这种立法技术具有宏观适应性强的优点，面对我国地域广阔、地区差异极大的国情，仍能保证法律的相对稳定性；但这种相对稳定性又带来了执法的不平衡性，即微观具体适用性差的缺陷。由于司法人员对于立法者的一些抽象的法律术语理解不同，在宽幅性的法定刑幅度内选择与犯罪行为相适应的刑罚时缺乏一种联结法律与事实的中间媒介，因而对类似案件处罚的稳定性较差，量刑偏差甚至畸轻畸重的现象自然就难以避免。

上述情况说明，现行的量刑模式存在着一些难以克服的缺陷，理论和实践都在呼唤能弥补现行量刑模式之不足的判例法。

## （二）借鉴判例法的意义

判例，在法律上是指可以作为类推事例加以引用，并以同样方式解决类似案件或法律问题的法院判决。一般说来，判例处于法律与事实的中介地位。一方面，判例是应用一定的法律或原则对一定的法律事实的判决；另一方面，它使一定的法律和一定的事实以及相类似的事实之间形成稳定的联系，其结果是使该判决超乎具体的法律和事实相联系的关系之上，对以后的类似事实发生影响。判例的这种双重性如果能在我国刑法宽幅性的法定刑幅度内得到充分发挥，量刑的公正性和合理性就有了操作程序上的保障。

首先，从立法角度来看，我国刑法典从起草到通过先后修改过38个稿本，但因受我国国情和立法经验的限制，从明确、具体、严谨、便于审判人员具体运用的角度来看，刑法典在罪名、量刑原则、量刑情节的规定上仍显得过于原则化和粗线条。这种立法现状有它存在的必要性，而这种立法现状又无疑是给公平执法出了一个大难题。例如，刑法第132条规定：“故意杀人的处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑；情节较轻的，处三年以上十年以下有期徒刑。”根据这一规定，报复杀人、溺婴、激于义愤的大义灭亲同归一罪，在具体适用刑罚时，除第一种情况较易掌握外，各地的审判人员对类似的溺婴和大义灭亲的案件的处罚就容易出现较大的偏差。在一次抽样调查中，有的审判人员认为溺婴和大义灭亲的案件的处罚就容易出现较大的偏差。在一次抽样调查中，有的审判人员认为溺婴和大义灭亲是“情节较轻”的故意杀人罪，有的则予以否认；有的拟处3年有期徒刑，有的则认为应处15年有期徒刑，类似132条那样以情节是否较轻或是否严重来划分两档以上量刑幅度且每档量刑幅度又较宽的刑法条文共有40多条。如果最高人民法院能通过判例的形式对同罪中不同危害程度的各种具体表现加以具体细分和解释，就能够起到收敛不同认识，弥补立法不足的良好作用。

其次，从司法角度来看，完善社会主义法制必须严格依法办事。但是法律条文总是一种抽象的原则性规定，不可能那么具体和详细。例如，根据刑法规定，共同犯罪中的主犯应当从重，从犯应当比照主犯从轻、减轻或免除处罚。这是原则。至于主犯应怎样从重，从重到何种程度，在什么情况下从犯应当比照主犯从轻，什么情况下应当减轻，什么情况下应当免除处罚。这些具体答案是不可能从刑法条文中找到的。因此，对类似案件的量刑常常会因审判人员法律意识、业务水平和心理素质的差异而出现轻重悬殊的情况。如果最高人民法院在全面收集案例和调查研究的基础上，对各种犯罪及其量刑情节分门别类地颁布一些典型的量刑准确的判例，使审判人员在基本掌握法律条文精神的同时，有一个具体感性的类比样板，

这样就可以减少业务工作中的太大分歧，避免量刑上的太大出入，有利于提高审判质量和维护社会主义法制的严肃性、统一性。

再次，收集汇编判例和引用借鉴判例又是总结量刑经验并让全体审判人员共享审判专家的量刑经验的有效途径。对于那些有点法律知识的审判新手来说，迅速提高业务水平的最好方法莫过于通过判例来掌握量刑技巧，领会法律条文的精神。判例不仅有利于量刑经验的总结，还能为补充、修改和完善刑事法律作出重大的贡献。通过对有关判例的剖析，可以有根据地提出修改建议，如哪些法律用语需要明确，哪些罪名需要补充，并规定相应的刑罚，哪些法定刑的幅度太窄，哪些法定刑幅度又太宽等等。

最后，判例还将在推动量刑活动现代化方面发挥重要作用。当代新科技革命的飞速发展，尤其是具有扩大人类智能的、优质高效的电子计算机，为定量分析的方法在法律领域内广泛运用开辟了道路。目前正在研制的电脑辅助量刑专家系统，是一种提高审判人员业务素质、辅助审判人员公正合理量刑的现代化工具。建立电脑辅助量刑专家系统首先需要总结审判专家群体的量刑经验并对这些经验进行量化。而经过最高人民法院审定的定罪量刑准确的判例正是审判专家群体量刑经验最主要的表现形式之一。采用电子计算机技术对大量判例进行分解分析，就有可能采集到各量刑情节的定量指标，就有助于建立较为完善精确的数学模型。

### （三）优化我国量刑模式的设想

鉴于现行量刑模式存在一些难以自补的缺陷，因而有必要借鉴判例法的长处来弥补自身的不足，建立以成文法为主，以判例为补充的具有中国特色的量刑模式。

#### 1. 刑事法律的主导地位

刑事法律的主导地位是显而易见的。根据宪法原则，刑事立法权由全国人民代表大会行使，最高人民法院和最高人民检察院行使的司法解释权不得与全国人民代表大会制订的刑法相抵触。这一原则同样应适用于最高人民法院审定发布的刑事判例，即刑事判例如果与刑法规定相抵触，那么该刑事判例是无效的。其次，审判人员在定罪量刑活动中，必须“以事实为根据，以法律为准绳”，刑事判决书中的定罪量刑部分，必须引用刑法条文，而不应该是刑事判例。

#### 2. 刑事判例的辅助地位

以刑事法律的主导地位为前提，刑事判例必须是在立法者为刑法确立的框架之内活动，由于这个事实，刑事判例具有服从性。就量刑而言，刑事判例在推进量刑公正合理方面作用的大小，取决于立法者对有关量刑情节规定的明确性程度和法定刑幅度。立法者对量刑情节规定得越原则、法定刑幅度越宽，刑事判例所引起的作用就越大，否则就越小。根据我国的刑事立法现状，运用刑事判例的回旋余地无疑是十分宽广的。

根据判例在刑事审判中的不同效力，我们可以将判例分为“指导性”的和“有约束力”的两种。

##### （1）指导性的判例

指导性的判例虽不具有法律上的约束力，但是它的作用可通过判决意见中的推理力量和量刑结果的公正合理使审判人员思想上接受而反映出来。这是中国的刑事判例在现行刑法的框架内对具体的犯罪危害程度及其刑罚量加以界定，为以后的类似案件提供可资仿效的样板，从而发挥平衡量刑作用的主要领域。

鉴于有些犯罪行为如故意杀人罪、故意重伤罪、强奸罪和抢劫罪等的社会危害性大小受

时空差异的影响较小,其定罪量刑的规格全国基本趋于一致,而另外有些犯罪行为如经济和财产方面的犯罪的社会危害性大小受时空差异的影响较大,根据司法解释,在不同地区有不同的定罪数额和量刑数额标准,其定罪标准尤其是量刑的轻重无法在全国范围统一。因此,指导性判例的发布权限和范围应根据具体情况有所区别。对于能在全国范围内起指导作用的刑事判例,只能由最高人民法院汇编并发布,对于只具有局部指导意义的刑事判例,应由最高人民法院委托各该高级人民法院以案例公告和判例汇编形式在本管辖区内公布;最高人民法院对各省、直辖市、自治区高级人民法院公布的刑事判例有审核、撤销的权力;最高人民法院和高级人民法院应定期清理各类判例,规定判例的有效指导期,期满后继续有指导意义的判例可以延期,以防止判例过于庞杂混乱。

## (2) 有约束力的判例

有约束力的判例主要限于那些刑法没有明文规定,而其行为的社会危害性已达到应受刑罚惩罚程度的情况。最高人民法院在1985年第3号公告中向国内外公布了两件以制造、贩卖有毒酒的方法致人伤亡案的案例,已经用判例的形式创制了“以制造、贩卖有毒酒的危险方法致人伤亡罪”的罪名以及量刑标准,是运用判例的成功尝试。今后,在刑法尚未对此罪名及法定刑度增补的情况下遇到类似案例,审判人员可以引用最高人民法院的类推案例对类似案件定罪量刑。

需要指出的是,目前我国的刑事类推案例尚不属于对以后类似案例有约束力的判例。因为我国现行的刑事制度把类推适用的核准权赋予最高人民法院,并且要求各下级人民法院对需要类推定罪判刑的案件,实行逐级“一案一报”,不允许任何其它司法机关或下级人民法院享有这种核准权,或者仅仅根据最高人民法院就某一特定案件所作的核准裁定去处理“最相类似”的案件。

笔者认为,这一制度虽然可以防止类推的滥用,但却不符合惩罚犯罪的及时性原则。首次类推的案件逐级上报并由最高人民法院核准是完全必要的,但以后每遇到这种“最相类似”的案件都要逐级一案一报,然后再逐级下转,往往从上报到裁定需要很长时间。这不仅延误诉讼效力,并且造成无效劳动。如果能赋予类推案例对以后最相类似案件以约束力,由最高人民法院以有约束力的判例形式公布,同时辅之以二级识别的诉讼制度,就可以收既防止类推的滥用又符合及时性原则的两全之效。所谓二级识别诉讼制度,是指初审法院的审判人员对自己受理的案件是否属于刑法没有规定且行为的社会危害程度已达应受刑罚惩罚的程度,并和最高人民法院以判例形式公布的类推案例“最相类似”,从犯罪构成上加以识别。如果最相类似,可直接引用前例对该案定罪量刑,然后不管被告人是否上诉,都应由上级人民法院进行二审识别,以裁定一审法院能否直接引用前例的制度。

(作者单位:华东政法学院刑法教研室)

责任编辑:肖 岚