

裸刑均值的意义

白建军^{*}

内容提要：量刑的实际水平到底低于、等于还是高于法定刑轻重程度，是立法与司法之间诸多关系之一。以 21 省市 77 家法院 7 万多刑事裁量为样本进行观察，可以得出量刑的实际水平显著低于法定刑中线的结论。这个结论可引发一系列理论思考，并成为我国模范判例制度的依据之一。

关键词：量刑 裸刑均值 判例

笔者在《法学研究》2008 年第 1 期发文《量刑基准实证研究》中认为，量刑基准应该是从大量实然案件宣告刑中归纳而来的均值，并且发现，这个均值往往低于相应法定刑幅度的中线。然而，由于该研究的样本数量有限，仅以当时最高法院各出版单位公开出版的全部案例中相对集中的 4 个罪名 600 多个案例为样本进行了检验，结果并不十分显著。现在，在最高法院量刑规范化改革课题组的大力支持下，从各地法院收集了 7 万多个刑事案例进行实证研究。那么，结果能与前次研究相互印证吗？而且，前次研究只是提出“宣告刑平均刑量与法定刑中线之间的关系耐人寻味”，未能进入关系内部进行深度挖掘。如果此次调查印证了前次研究的发现，那么，能否推进有关理论认识？

一、假设与样本

作为刑罚资源的投入，立法者对各种犯罪规定的刑罚与司法者对具体犯罪判处的刑罚到底有无不同，有何不同，自然是一个十分有意义的理论问题，但首先是个事实问题。这里有三种可能：其一，司法者判处的刑罚比立法者规定的刑罚轻；其二，司法者判处的刑罚比立法者规定的刑罚重；其三，司法者判处的刑罚和立法者规定的刑罚相一致。如果将这三种可能变成可检验的假设便是，假设一：在可比的量刑幅度内，宣告刑的平均值低于法定刑中线；假设二：在可比的量刑幅度内，宣告刑的平均值高于法定刑中线；假设三：在可比的量刑幅度内，宣告刑的平均值与法定刑中线相等。由于均值和中值（中线）都是描述一组事实集中趋势的基本指标，也由于对抽象个罪法定刑幅度而言，中线是描述其集中趋势的唯一指标，因此，宣告刑的平均值与法定刑的中线之间具有观察意义上的可比性。其中，假设一与上述 2008 年的研究结论相一致。因此，

^{*} 北京大学法学院教授。

本文是全国优秀博士论文奖资助项目“刑法与犯罪控制实验室”的阶段性研究成果。本文的写作过程得到最高法院高憬宏先生、戴长林先生的悉心指导，以及陈浩、蔡曦蕾等同学的帮助，在此一并致谢。

本研究是对假设一的进一步检验。如果证实司法者判处的刑罚普遍低于立法者规定的刑罚,将引发许多有意义的思考。比如,法官为什么普遍选择在法定刑中线以下决定刑罚?如果以往的量刑实践普遍低于法定刑中线,那么,与法院系统正在进行的量刑规范化改革的走势将形成何种关系?更有意义的追问可能是,发现量刑实践的平均水平到底有何意义和实践价值?

因为与法院系统量刑规范化改革同步,本研究得到了最高法院量刑规范化改革课题组的大力支持。我们的样本是全国21个省市的77家法院提供的39143份刑事判决书。根据《中国法律年鉴》2006、2007年版本中全国法院一审审结刑事案件数推算,这个样本规模大概占同期全国刑事案件总数的1.4%—1.6%。每份判决书中包含案、人、罪三个层次的信息。一个案件可能有多个被告人,一个被告人可能有数个罪行。法官先对具体罪行决定刑罚,再根据数罪并罚的规定和全案案情决定最终的宣告刑。而研究量刑问题,需要将案件信息还原为罪刑关系的最小单位。所以,本研究的分析单位确定为具体罪行与相应刑罚的关系,而不是最终宣告刑与具体被告人之间的关系。为此,我们首先从39143份判决书中提取出全部被告人共66245个,然后再从这些被告人信息中提取出全部最小罪刑关系共71653个,构成本研究样本的基本分析单位。

本研究样本的罪名分布为:交通肇事罪1951个,占样本总数2.7%;故意伤害罪9512个,占样本总数13.3%;强奸罪1821个,占样本总数2.5%;非法拘禁罪1453个,占样本总数2.0%;抢劫罪12034个,占样本总数16.8%;盗窃罪22060个,占样本总数30.8%;诈骗罪3188个,占样本总数4.4%;抢夺罪1471个,占样本总数2.1%;职务侵占罪817个,占样本总数1.1%;敲诈勒索罪1892个,占样本总数2.6%;妨害公务罪839个,占样本总数1.2%;聚众斗殴罪1369个,占样本总数1.9%;寻衅滋事罪3427个,占样本总数4.8%;走私、贩卖、运输、制造毒品罪4001个,占样本总数5.6%;掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪1498个,占样本总数2.1%。这15个罪名共占样本总数的93.9%,正好是法院系统量刑规范化改革中的试点罪名。

样本的时间分布为:2006年的案件14729个,占样本总数20.6%;2007年的案件18072个,占样本总数25.2%;2008年的案件21883个,占样本总数30.5%;2009年的案件14559个,占样本总数20.3%。这4个年度的样本占样本总数的96.6%。样本的空间分布为:东北地区7071个案件,占样本总数9.9%;西北地区2326个案件,占样本总数3.2%;华北地区18241个案件,占样本总数25.5%;华东地区22140个案件,占样本总数30.9%;华中地区8819个案件,占样本总数12.3%;华南地区4556个案件,占样本总数6.4%;西南地区8329个案件,占样本总数11.6%。这21个省市的样本占样本总数的99.8%。从法院层级来看,由中级法院审理的案件有20949个,占样本总数29.2%;由基层法院审理的案件有47915个,占样本总数66.9%。从法定情节的分布来看,未成年犯7230个,占样本总数10.1%;未遂犯5884个,占样本总数8.2%;自首犯8057个,占样本总数11.2%;累犯6448个,占样本总数9%;涉黑被告428个,占样本总数0.6%;涉毒被告4290个,占样本总数6%;共同犯罪案件49049个,占样本总数68.5%。另外,样本绝大部分为有期徒刑案件。

二、于法有“距”

本研究有意义的发现是“裸刑均值”。所谓裸刑均值,是指在一定法定刑幅度内,没有任何法定情节的若干案件宣告刑的平均值。裸刑的含义与周光权教授所说的“不考虑任何量刑情节的情况下仅依构成事实所应当判处的刑罚量”相近。^{〔1〕}不同之处在于,周光权讨论的是抽象个罪

〔1〕 参见周光权:《法定刑研究——罪刑均衡的建构与实现》,中国方正出版社2000年版,第326页。

的量刑基准,而这里讨论的是一组生效判决的实然刑罚量。如多个既非未遂又非从犯等没有法定从轻从重情节的盗窃数额较大案件的宣告刑平均值,即为这一组案件的裸刑均值。裸刑与混合刑相对,混合刑是包括至少一个法定情节在内的宣告刑。现实中不一定每个案件都有法定情节的认定,这种只根据基本犯罪事实确定的宣告刑即裸刑。裸刑是混合型的基础,是法定情节适用的参照物,这正是研究裸刑问题的意义所在。裸刑都是一定罪名及法定刑幅度的裸刑。如故意伤害罪有基本、加重、再加重三个量刑幅度,敲诈勒索罪有基本和加重两个量刑幅度。裸刑均值的计算要将故意伤害案分为三组,将敲诈勒索案分为两组,然后分别计算各自的裸刑均值。

问题是,我们为什么要关心裸刑实际上的平均值?因为量刑的本质不是刑的量化,^[2]而是罪的量化,即具体案件中犯罪严重性程度、人身危险性程度的量化。量刑的要义是案情与刑责之间关系的发现,并基于这种发现所作出的判断。所以,研究量刑不能不观察实际的宣告刑。^[3]沿着这个思路,我们对上述样本进行了定量观察。结果发现,尽管理论上可以等于甚至高于法定刑中线,但7万多样本中的裸刑均值普遍低于法定刑中线,于法有“距”。证据是:1.盗窃罪基本构成的有期徒刑法定刑中线为21个月,^[4]而此次调查中7476个盗窃数额较大案件的裸刑均值为9.4个月;盗窃罪加重构成的有期徒刑法定刑中线为78个月,而此次调查中1975个盗窃数额巨大案件的裸刑均值为51.6个月;盗窃罪再加重构成的有期徒刑法定刑中线为150个月,而此次调查中976个盗窃数额特别巨大案件的裸刑均值为134.1个月。2.故意伤害罪基本构成的有期徒刑法定刑中线为21个月,而此次调查中1579个造成一人轻伤案件的裸刑均值为12.1个月;故意伤害罪加重构成的有期徒刑法定刑中线为78个月,而此次调查中770个造成一人重伤案件的裸刑均值为54.9个月;故意伤害罪再加重构成的有期徒刑法定刑中线为150个月,而此次调查中333个造成一人死亡案件的裸刑均值为138.1个月。3.交通肇事罪基本构成的有期徒刑法定刑中线为21个月,而此次调查中122个一般交通肇事罪案件的裸刑均值为17.3个月;交通肇事罪加重构成的有期徒刑法定刑中线为60个月,而此次调查中166个交通肇事逃逸案件的裸刑均值为43.5个月;交通肇事罪再加重构成的有期徒刑法定刑中线为132个月,而此次调查中7个逃逸致人死亡案件的裸刑均值为94.3个月。4.抢劫罪基本构成的有期徒刑法定刑中线为78个月,而此次调查中3044个一般抢劫案件的裸刑均值为47.4个月;抢劫罪加重构成的有期徒刑法定刑中线为150个月,而此次调查中492个加重抢劫案件的裸刑均值为158.9个月。5.抢夺罪基本构成的有期徒刑法定刑中线为21个月,而此次调查中454个一般抢夺案件的裸刑均值为12.9个月;抢夺罪加重构成的有期徒刑法定刑中线为78个月,而此次调查中112个加重抢夺案件的裸刑均值为57.8个月;抢夺罪再加重构成的有期徒刑法定刑中线为150个月,而此次调查中30个再加重抢夺案件的裸刑均值为147.2个月。6.诈骗罪基本构成的有期徒刑法定刑中线为21个月,而此次调查中714个一般诈骗案件的裸刑均值为14.7个月;诈骗罪加重构成的有期徒刑法定刑中线为78个月,而此次调查中476个加重诈骗案件的裸刑均值为57.6个月;诈骗罪再加重构成的有期徒刑法定刑中线为150个月,而此次调查中492个再加重诈骗案件的裸刑均值为141.1个月。7.强奸罪基本构成的有期徒刑法定刑中线为78个月,而此次调查中645个一般强奸案件的裸刑均值为58.8个月;强奸罪加重构成的有期徒刑法定刑中线为150个月,而此次调查

[2] 参见石经海:《“量刑规范化”解读》,《现代法学》2009年第3期。

[3] 有资深法官认为,针对抽象个罪设定抽象的基准刑,且试图在各个罪名的相应法定刑幅度内分别确定一个统一的基准刑,并作为各种不同犯罪的基准刑,这种做法看起来简单,但不一定合理,而且实践中很难确定,也不便操作。参见戴长林:《量刑方法及其应用》,《法律适用》2009年第8期。

[4] 一定法定刑幅度的中线计算方法为,上线减下线除2后加下线。以盗窃罪基本构成的法定刑幅度为例,法律规定为三年以下有期徒刑,上线为36个月,下线为6个月。于是, $36-6=30$; $30\div 2=15$; $15+6=21$ 。下同。

中172个加重强奸案件的裸刑均值为137.9个月。可见,尽管程度不等,作为实然的刑量,裸刑均值普遍低于法定刑中线,与上文提到的2008年的研究实现了相互印证。

宣告刑与法定刑之间这种微妙关系的直接意义是,当具体案件没有任何法定从轻从重情节时,法官实际上是围绕着低于法定刑中线的这个基点上下浮动其宣告刑的。进一步看,由于法定情节的适用又是以构成事实的刑罚为参照物上下从轻从重,裸刑是混合刑的参照基准,所以,当具体案件出现法定量刑情节时,裸刑均值又是法定量刑情节事实上基准的基准。可见,确定量刑应该以什么为基准固然重要,发现量刑实际上以什么为基准也很有意义。这个低于法定刑中线的,由法官群体所作出的平均选择,正是宏观上量刑改革决策的事实基础。^{〔5〕}离开这个基础的任何应然性设计,都缺乏现实可行性。问题是,这些平均选择是理性的选择吗?应该承认,法律并未规定法官必须围绕着法定刑中线决定基本犯罪行为的刑罚。只要不违法加重或减轻处罚,法官有权根据具体案情决定刑罚。但这些判决毕竟是千万法官在法定范围内自由裁量权行使的结果,是司法实践中规则与问题之间联系多样性的真实反映,而非法条本身的机械演绎。当然,法官群体也可以选择法定刑中线,甚至选择高于法定刑中线。但他们没有如此选择,恰恰说明低于法定刑中线的裸刑均值中蕴含着某种客观合理性。这种合理性可以从已然犯罪本身的严重性来理解,也可以从未然犯罪预防的必要性来解读,还可以从法定刑本身的调整空间来考虑,甚至可以从犯罪原因对法官量刑的影响来分析。^{〔6〕}简而言之,除非我们假定,法定刑中线是裸罪——无任何法定情节之罪——量刑必须围绕的轴心,而且上述77家法院的刑事法官普遍接受被告人贿赂,否则就不能怀疑裸刑均值低于法定刑中线的合理性。退一步看,低于法定刑中线的裸刑均值还蕴含着某种社会意义。其中,牢狱之灾对服刑人员及其家属的意义以及监狱环境对服刑人员的负面影响姑且不论,仅就犯罪耗费一项而言,^{〔7〕}可测算的结果就不能小视。据权威人士保守估算,每个服刑人员每年需耗费国家财政拨款万元左右。^{〔8〕}按照这个标准,仅以本调查上述各组样本为例便不难测算,作为刑罚裁量的两种参照值,裸刑均值与法定刑中线显然意味着完全不同的国家财政负担。^{〔9〕}总之,我们甚至想象不出裸刑均值低于法定刑中线有何值得诟病之处。

如果肯定法官群体的如此选择,又可能引出一个悖论。目前,法院系统已经全面推行量刑规范化改革。从一开始,这项改革的必要性就有争议。法院系统认为,量刑规范化是贯彻落实科学发展观,满足人民群众对刑事审判工作新要求新期待的具体措施,是实现量刑公正,维护社会公平正义的必然要求,是规范自由裁量权,确保国家法律统一实施的重要保证,是实现审判公开,树立司法公信力和司法权威的重大举措。^{〔10〕}问题是,目前我们的量刑实践有何不规范之处?自由裁量权怎么被滥用了?一方面,如果全盘否定长期以来法官群体的努力,又怎么解释上述观察的结果?另一方面,如果认为法官群体的量刑实践是理性的,那么大规模改革的必要性从何而来?到底怎样把握以往司法实践与未来司法改革的关系?这些问题的提出使我们不得不重回对裸刑均值概念的理解。均值是一组事件集中趋势的重要指标,它无法直接反映这组事件的离散趋

〔5〕 在法定刑中线以外另寻量刑基准的积极探索,在法院系统已经成为很普遍的思考与实践。参见陈学勇:《关于量刑基准问题的新思考》,《人民司法》2008年第3期。

〔6〕 参见白建军:《从中国犯罪率数据看罪因、罪行与刑罚的关系》,《中国社会科学》2010年第2期。

〔7〕 参见郭建安、周勇:《论犯罪耗费》,《中国刑事法杂志》2001年第5期。

〔8〕 参见郭建安:《社区矫正制度:改革与完善》,载《刑事法评论》第14卷,中国政法大学出版社2004年版,第319页以下。另据报道,江苏省现有在押犯8万多人,省财政每年投入约23亿元用于监狱设施维护、解决罪犯生活医疗等问题,人均达2.7万元左右(参见《法制日报》2010年8月25日)。

〔9〕 有学者断言,以法定刑中线为量刑基准并据此对法定刑进行细分的做法不仅本末倒置,而且十分危险。参见林维:《论量刑情节的适用和基准刑的确定》,《法学家》2010年第2期。

〔10〕 参见高憬宏、黄应生:《积极稳妥推进量刑规范化改革》,《法律适用》2009年第8期。

势，但又是观察其离散趋势的一个重要参照物。比如，一组裸刑均值为5年有期徒刑的案件是由宣告刑分别为1、2、3、4、5、6、7、8、9年共9个案件组成，另一组裸刑均值同样为5年有期徒刑的案件是由宣告刑分别为4、4、4、5、5、5、6、6、6年共9个案件组成。两组案件的均值相等，但其离散程度大不相同：前组案件的离散程度很明显，因而方差高达7.5，而后组案件的离散程度很小，因而方差仅为0.75。^{〔11〕}可见，我们既不能因为两组案件的离散程度不同，就贸然否定两组案件具有完全一样的集中趋势这一事实，也不能因为两组案件的裸刑均值相等，就对两组案件离散程度不同这一事实视而不见。从这个意义上说，实然上裸刑均值的合理性与应然上规范化改革的必要性之间并不矛盾。改革并不是要改变法官们长期以来量刑实践的集中趋势，而是要使更多的个案量刑接近大量判决的平均水平，缩小离散性程度。通常所说的量刑偏差，就是量刑的离散性问题。在司法实践中，控制量刑离散性程度的努力主要体现为极端个案的减少。一组案件中极端个案数量越多，距离平均水平越远，该组案件的离散性程度就越大。此次调查就发现，有些个案既无法定从重情节又无法定从轻情节，但宣告刑不是过轻就是过重，与均值差距很大。只有这类案件的规模和程度得到控制，才能实现不同时空之间的执法统一。

三、第三参照系

那么，怎样缩小量刑偏差控制量刑的离散性程度呢？按照我们习惯的规范学进路，当然是用确定的法定刑幅度把法官的量刑活动限制在一定范围内。但现行刑法规定的法定刑幅度一般较宽，即使法官在法定刑幅度内量刑，有时仍得不到人们的认同。更重要的是，用法定刑的上下限限制法官量刑，有几个“做不到”：第一，作为一个“段”而不是“点”，法定刑幅度只能消极地“堵截”法官滥刑，而无法积极地“疏导”法官正确行使自由裁量权。^{〔12〕}第二，作为一种演绎的起点，法定刑是立法者意志的体现，它本身并不直接反映司法实践的实际走势。任何人为的调控，理论上都可能导致量刑实践的大起大落，这也是谁都不愿看到的改革结果。第三，由刑法典的稳定性所决定，法定刑不可能频繁调整。因此，靠刑法规范本身规范量刑活动，不可能具有人们希望的灵活性，很难及时体现政策导向。

应该说，最高法院推行的量刑规范化改革，正是对这几个“做不到”的某种积极应对。一方面，在最高法院的《人民法院量刑指导意见》（以下简称《意见》）中，量刑基准由两个递进的台阶构成：首先根据基本犯罪构成事实在相应的法定刑幅度内确定量刑起点，然后，再根据其他影响犯罪构成的犯罪数额、犯罪次数、犯罪后果等犯罪事实，在量刑起点的基础上增加刑罚量确定基准刑，这就形成了法定量刑情节上下调节所参照的量刑基准。^{〔13〕}例如，盗窃数额巨大的，先在三年至四年有期徒刑幅度内确定量刑起点（第一个台阶）。然后，在此基础上，再根据盗窃数额、次数、手段等其他影响犯罪构成的犯罪事实增加刑罚量，确定基准刑（第二个台阶）。具体到某个案件，法官所面对的量刑基准仍是个相对比较确定的起点。站在这个起点上，法官再根据相关事实和法律决定自己“低开高走”后将走出多远，止于何处，直至法定刑的边界。这样，法

〔11〕 方差是指数值距离平均值大小即离均差平方的平均数，它的平方根叫做标准差。方差或标准差越大，说明数据的离散程度越大；方差或标准差越小，说明数据集中在均值左右的程度越明显。如果一组数据所有数值没有差异，都等于均值，那么其方差和标准差即为零。

〔12〕 有学者已经注意到法定刑的这种弊端，提出压缩法定刑幅度的方法控制量刑偏差。参见简松松：《防范量刑偏差之理路》，《中国法学》2009年第6期。

〔13〕 这里所谓量刑基准不是指量刑的基本原则，而是指法定从重从轻情节的相对物。参见肖世杰：《中德（日）量刑基准之比较研究》，《法学家》2009年第5期。

官被假定为能动的法律解释者和适用者。这就由消极堵截变为积极疏导,是法官量刑方式的一个里程碑式的变革。另一方面,《意见》中量刑基准的确定,是法院系统众多资深法官根据长期实践经验归纳总结的结果,也大大低于法定刑中线。例如,刑法规定抢劫罪基本犯罪构成的法定刑中线为六年半有期徒刑(三年以上十年以下有期徒刑),按照《意见》,一般抢劫罪在三年至五年有期徒刑幅度内确定量刑起点。而根据此次实证研究,3044个一般抢劫案件的裸刑均值为47.4个月,将近四年有期徒刑。三个数字放在一起便不难看出,与刑法典相比,《意见》更接近来自实践的裸刑均值。《意见》在有意地避免由改革可能带来的刑罚裁量大起大落现象。

《意见》毕竟是以规范文件的形式出现,只能保持一定的稳定性。因此,量刑实践还需要一个《意见》的配套系统。这个系统应该既有助于解决上述几个“做不到”,又能够实时反映司法实际,与《意见》中的各项判断相互印证。本研究认为,如果说刑法规定和《意见》是一种显性量刑依据的话,那么可以将裸刑均值视为一种实际上的隐性量刑基准,是为《意见》实施的补充。这样,法官量刑时便有了三个参照系:一是刑法典总则分则的规定,二是《意见》中细化操作的指导,三是法官同行大规模量刑实践中提炼出来的裸刑均值。其中,作为第三参照系,裸刑均值的作用是用实践理性去规范理性的实践,科学地提高量刑规范化程度。如果法官不仅有法可依,有规可循,还有例可鉴,量刑活动应该会更接近人们可预期的结果。

引入第三参照系有几个好处:首先,用裸刑均值作为隐性基准帮助法官量刑,不是告诉法官怎样做不行,而是建议法官怎样做更好。这种积极疏导可以引导法官尽量与其他法官的职业活动保持一致,是在尊重法官能动性的前提下鼓励其尽可能接近司法实践的平均水平。^[14] 如果以裸刑均值为中心,距离这个中心越近的刑罚裁量是相对更安全的选择。因为从博弈论的角度看,这样能更大程度上获得对当事各方都相对有利的法律资源。相反,越是远离这个中心的裁量,越是难以得到人们的认同。从这个意义上说,以裸刑均值为中心的法律博弈过程本身,就是法官拒绝外部干预最有效的自我保护。

第二,用裸刑均值规范法官量刑,还可以有效避免量刑实践的大起大落。当下中国司法实践中,最危险的大起大落就是推行法定刑中线说。仅以本研究的7万样本为例,上述19组案例中有18组案例都出现了裸刑均值低于法定刑中线的现象。其中,裸刑均值比法定刑中线平均低15.7个月有期徒刑,最小的也有2.8个月,最大的有37.7个月,中值也有13.9个月。例如,盗窃罪加重构成裸刑均值比相应法定刑中线低26.4个月,故意伤害罪加重构成的裸刑均值比相应法定刑中线低23.1个月,抢劫罪基本构成的裸刑均值比相应法定刑中线低30.6个月,强奸罪基本构成的裸刑均值比相应法定刑中线低19.2个月。不难想象,如果对量刑实践的普遍水平视而不见,就可能使量刑实践突然起降,其后果即使不是灾难性的,至少也会导致盲目和混乱。裸刑均值普遍低于法定刑中线已是既成事实,即使有理由改变也应渐进行。

第三,裸刑均值本身会学习,可调节,既是科学决策的事实基础,又是一种理想的政策工具。由于裸刑均值是审判实际集中趋势的反映,而案件的审理又与犯罪现实密不可分,所以,所谓裸刑均值会学习,就是指它具有及时、灵敏地反映犯罪问题与刑事审判动态、分布的能力。犯罪轻重不等的时间或空间,犯罪原因本身的复杂性程度,社会对犯罪的容忍程度,犯罪加害被害双方关系的紧张程度,都可能落脚到法官的刑罚裁量中,因而都可能通过裸刑均值的波动反映出来。进一步看,如果裸刑均值成为法官量刑的第三参照系,那么用来计算裸刑均值的样本案例是可以控制的。最高司法当局可以根据需要,依照一定的法律程序增减样本案例,实现对裸刑均值的宏观调节,进而实现对各地各级审判活动的指导与影响。这样,用裸刑均值的变化贯彻或宽或

[14] 越来越多的学者注意到,限制法官的自由裁量不等于将其沦为呆滞的法律机器。参见林亚刚、邹佳铭:《关于量刑基准的几个基本问题》,《学术界》2009年第3期。

严的政策导向，比行政命令规范，比法律法规灵活。从这个意义上说，裸刑均值是一种埋藏在大量审判实践中值得开发利用的法制资源，没有理由闲置或者浪费。

四、结论：模范判例制度构想

问题是，怎样使作为法制资源的裸刑均值最大限度地发挥其效益呢？当今世界一些主要成文法国家都有最高审判机关定期发布的判例汇编，^{〔15〕}美国也有自己的《模范刑法典》。在两大法系走向融合或相互借鉴的大背景下，^{〔16〕}我国也应着手研究模范判例对制定法的补充。模范判例制度是一国最高司法当局依法遴选、发布、维护来自各地各级法院生效判决的司法制度。作为以往执法状况的反映，模范判例是回顾性的；作为未来法律适用的参照和公民法律行为后果的预见根据，模范判例又是前瞻性的。因此，如果以模范判例为样本提炼裸刑均值，并用来规范法官的量刑活动，应该是成文法体制下科学吸收判例法合理性的积极尝试。

按照这一构想，我国的模范判例制度应符合三个要求：一是代表性。模范判例能否起到示范作用，前提是入库的判例是否具有代表性。^{〔17〕}一方面，模范判例必须在形式上客观反映不同时空的审判实际。从时间上看，从1997年大规模刑法修订以后的判例不应出现断档，让人们可以沿着某种连续性的司法惯性进行量刑，以实现司法的稳定性。从空间上看，东西部，南北方，城市乡村，发达欠发达地区，各级法院，都应有各自的代表性案例入库，从而体现出规则与案情之间的有机联系。另一方面，模范判例的筛选必须在内容上处理好典型与非典型之间的关系。所谓典型，是指大概率事件，即常见多发且法律关系清楚的案件。所谓非典型，是指小概率事件，既包括鲜见案例，如洗钱、内幕交易案例，也包括疑难案例，如真军警抢劫、女性强暴男性、骗取可得利益等。典型与非典型判例，都有其不可替代的示范作用。而在人文社科研究中，代表性或典型性是理解上最为混乱的表述之一。人们往往习惯于从一两个事件发宏大讨论，而不问这两个样本具有何种意义上的典型性，何以推论到总体。为了满足代表性要求，国家级的模范判例库应当具有相当规模。以我国刑法四百多个罪名、每年几十万个刑事案件来说，每个常见犯罪至少一万个模范判例的库容，应该不是过分的要求。

模范判例制度应该满足的第二个要求是其科学性。模范判例发挥示范作用的方式由三个层次组成：首先，人们可以从模范判例中找到某类事实与某个规则之间定性意义上的关联。例如，进入农家院的篱笆墙是否入户（抢劫），何种情况属于明显的被害人过错可以从轻，等等。由于每个罪名的模范判例不下一万个，相信可以涵盖实践中大部分成文法本身无法穷尽的情况，为人们的量刑活动提供有益的参鉴。接下来，完成定性判断以后，人们便可以将自己面对的案情与模范判例中相应的裸刑均值、最大值、最小值进行比对，选择应当接近的值进行裁量。一般而言，接近裸刑均值的裁量越多，整体上看的离散性就越小，执法统一、同案同判的效果就越明显。当然，某些具体案情下，靠近模范判例的极端值，量刑才更加合理。换句话说，不同情况不同处理也是同案同判的应有之义。从法官的职业心理来看，如果没有非常充分的理由，一般不会突破模范判例中最极端的情况进行量刑，这也正是模范判例制度发挥作用的机理之一。第三步，模范判

〔15〕 参见〔德〕F.门策尔：《司法审判公开与德国当代判例数据库》，《法律文献信息与研究》2009年第4期；解亘：《日本的判例制度》，《华东政法大学学报》2009年第1期；薛军：《意大利的判例制度》，《华东政法大学学报》2009年第1期。

〔16〕 参见张骞：《判例法的比较研究兼论中国建立判例法的意义、制度基础与操作》，《比较法研究》2002年第4期；张骞：《建立中国先例制度的意义与路径：兼答〈“判例法”质疑〉》，《法制与社会发展》2004年第6期。

〔17〕 法院系统积极推进判例指导研究的官员、学者也意识到“指导性案例的形成，其实是案例指导制度的核心问题”。参见胡云腾、于同志：《案例指导制度若干重大疑难争议问题研究》，《法学研究》2008年第6期。

例还可以为法官提供模范判例库中某个量刑幅度内任何一个百分位刻度上的相应模范判例。比如说,盗窃罪模范判例的加重构成裸刑均值为52个月有期徒刑,实际最低值为36个月,实际最高值为92个月。那么,人们就可以看到与这三个值乃至区间的任何一个值相应的实际判例。这样,模范判例对量刑实践的指导就实现了定性与定量相结合,一般与个别相统一。至此,法官可以从模范判例中找到一个与正在处理的案件最相近似的判例及其刑期,并以其为起点,上下调节法定情节的幅度,最终确定该案的宣告刑。

模范判例制度应该满足的第三个要求是其规范性。尽管代表性和科学性能在一定程度上引起人们参鉴模范判例的兴趣,但成文法模式本身又决定了再科学精准的判例也不具有法定的拘束力。^{〔18〕}因此,只有提高模范判例制度本身的规范化水平,才可能借助判例资源规范量刑实践。具体说,首先,入选的模范判例应该是选送法院精心挑选的,正确适用刑法和刑事诉讼法的生效判决;第二,各地各级法院按比例选送判例,避免出现判例类型的不平衡;第三,最高审判机关有关部门根据一定的刑事政策导向,依法决定判例的进出,定期发布模范判例及其相关数据,实现对全国审判实践的科学指导和政策性调节。这样,同一案件的控辩审三方都可以从公开的模范判例中寻找自己认为最相近似的判例,先例有无法定的拘束力、是否必须被遵循,已经变得不那么重要了,成文法下的模范判例制度也可能因此而获得新的意义。

Abstract: Basing on the study of criminal judgments for 70,000 cases from 77 courts of 21 provinces and municipalities, this paper intends to answer the question of the relationship between practical sentencing status and statutory sentencing range of Chinese Criminal Law. According to this research, the mean of declaratory sentences of those cases without consideration of any statutory sentencing factor is generally lower than the median of their statutory sentencing range.

Lower than the median of statutory range, as a group choice of judges, such mean is both legitimate and reasonable. In fact, the sentencing benchmark in the "Sentencing Advisory Guidelines of People's Court" issued by the Supreme People's Court of China is also significantly lower than the median of statutory range. According to this research, once we take the provisions from Criminal Law and Sentencing Advisory Guidelines as the dominant sentencing benchmark, then, the practical mean of declaratory sentence of crime without statutory factors can be deemed as the recessive sentencing benchmark, the third frame of reference for sentencing practice.

By following this, we never intend to restrict judges' discretionary act, instead, we offer better choices for them. This policy of persuasion, through respecting the activity of judges and encouraging them to be close to the average of judicial practice, will lead individual judge to keep consistency with other judges. Still, it can effectively avoid the whirlwind of ups and downs in sentencing practice. Furthermore, the mean of declaratory sentence of crime without statutory factors can learn actively and be adjusted passively. All in all, the plan of abstracting such mean from good-sized model cases should be an active experiment of absorbing the essential parts of common law into our statutory law system.

Key Words: sentencing, mean of declaratory sentence of crime without statutory factor, case

〔18〕 有学者已经意识到,如果忽视成文法条件下推行判例制度的复杂性,可能引起宪政风险。参见李仕春:《案例指导制度的另一条思路——司法能动主义在中国的有限适用》,《法学》2009年第6期。