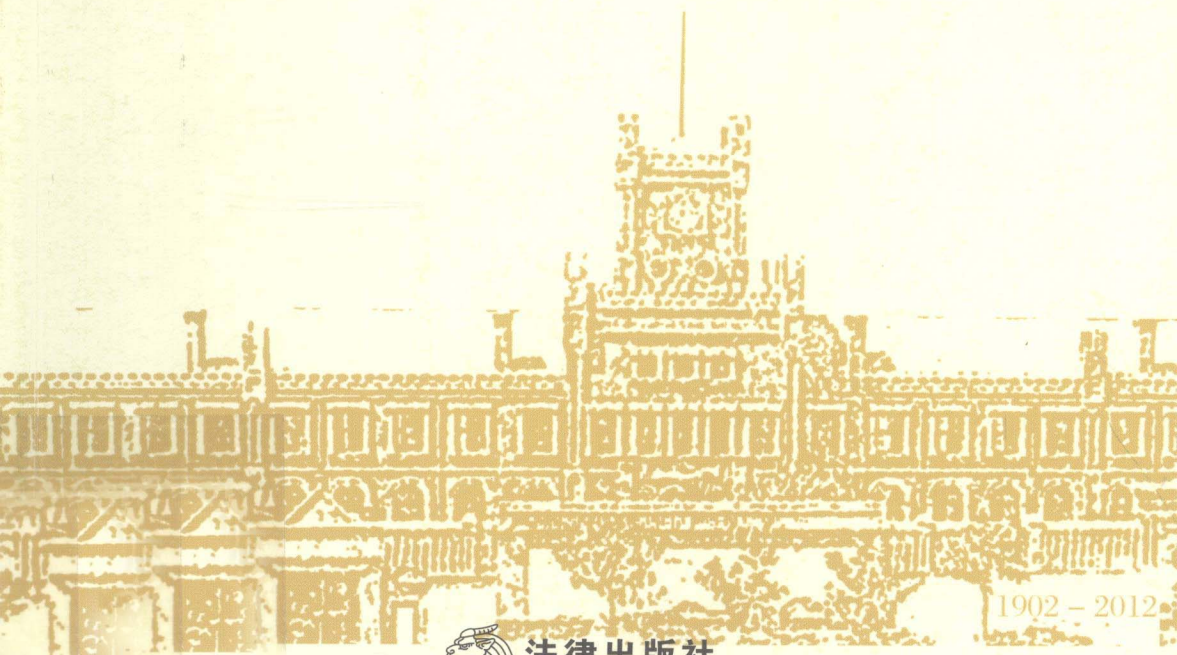


交110周年学术文库

量刑公正论

LIANGXING GONGZHENGLUN

张天虹 著



1902 - 2012



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

山西大学建校110周年学术文库

量刑公正论

LIANGXING GONGZHENGLUN

张天虹 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

量刑公正论 / 张天虹著. —北京:法律出版社,
2012.4

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3465 - 2

I. ①量… II. ①张… III. ①量刑—研究 IV.
①D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 078155 号

山西大学建校 110 周年
学术文库

量刑公正论

张天虹 著

责任编辑 董 飞
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2012 年 5 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 固安华明印刷厂

印张 12.25 字数 181 千

印次 2012 年 5 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 3465 - 2

定价:30.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

2012年5月8日,山西大学将迎来110年校庆。为了隆重纪念母校110年华诞,系统展现近年来山西大学创造的优秀学术成果,我们决定出版这套《山西大学建校110周年学术文库》。

山西大学诞生于“三千年未有之变局”的晚清时代,在“西学东渐,革故鼎新”中应运而生,开创了近代山西乃至中国高等教育的先河。百年沧桑,历史巨变,山西大学始终与时代同呼吸,与祖国共命运,进行了可歌可泣的学术实践,创造了令人瞩目的办学业绩。百年校庆以来,学校顺应高等教育发展潮流,以科学的发展理念引领改革创新,实现了新的跨越和腾飞,逐步成长为一所学科门类齐全、科研实力雄厚的具有地方示范作用的研究型大学,谱写了兴学育人的崭新篇章,赢得社会各界的广泛赞誉。

大学因学术而兴,因文化而繁荣。山西大学素有“中西会通”的文化传统,始终流淌着“求真至善”的学术血脉。不论是草创之初的中西两斋,还是新时期的多学科并行交融,无不展现着山大人特有的文化风格和学术气派。今天,我们出版这套丛书,正是传承山大百年文脉,弘扬不朽学术精神的身体力行之举。

《山西大学建校110周年学术文库》的编撰由科技处、社科处组织,将我校近10年来的优秀科研成果辑以成书,予以出版。我们相信,《山西大学建校110周年学术文库》对于继承与发扬山西大学学术精神,对于深化相关学科领域的研究,对于促进山西高校的学术繁荣,必将起到积极的推动作用。

谨以此丛书献给历经岁月沧桑,培育桃李芬芳的山大母校,祝愿母校在新的征程中继往开来,永续鸿猷。



二〇一一年十一月十日

目 录

导论 / 001

一、量刑公正的追问 / 001

二、论域界定 / 004

（一）以司法裁量为中心 / 004

（二）量刑与量刑公正 / 006

三、研究思路与方法 / 010

第一章 量刑公正的一般考察 / 011

一、公正的哲理 / 011

（一）公正的一般含义 / 011

（二）公正的性质及类型 / 012

（三）公正的核心理念 / 015

二、刑法公正——以惩罚性公正为核心 / 018

（一）刑法是惩罚性法律 / 018

（二）刑法公正的核心是惩罚性公正 / 021

三、量刑公正与刑罚理念 / 024

（一）刑罚理论概览 / 025

（二）我国的刑罚目的理论 / 029

（三）刑罚理论与量刑 / 031

四、量刑公正及其标准 / 032

(一) 量刑公正的含义 / 032

(二) 量刑公正的判断标准 / 036

第二章 量刑公正应遵循的原则 / 041

一、量刑原则的范围 / 042

(一) 我国学者关于量刑原则的范围 / 042

(二) 量刑原则的确立标准 / 045

二、罪刑均衡原则 / 049

(一) 罪刑均衡的含义 / 049

(二) 罪刑均衡的价值 / 050

(三) 罪刑均衡与量刑公正 / 052

三、责任原则 / 053

(一) 责任原则的含义 / 053

(二) 我国刑事责任的含义和功能 / 056

(三) 责任原则对量刑的指导 / 061

四、禁止重复评价原则 / 062

(一) 禁止重复评价原则的含义 / 062

(二) 禁止重复评价原则在量刑中的应用 / 064

五、刑罚个别化原则 / 066

(一) 刑罚个别化的含义 / 066

(二) 刑罚个别化对量刑公正的意义 / 068

第三章 量刑公正的事实根据 / 070

一、量刑事实的含义和特征 / 070

(一) 量刑事实的含义 / 070

(二) 量刑事实的特征 / 073

(三) 量刑事实的功能 / 074

二、量刑事实的类型和内容 / 075

- (一)法定的量刑事实 / 076
- (二)酌定的量刑事实 / 078
- (三)其他分类 / 082
- (四)需要研究的几个问题 / 082
- 三、量刑事实的归纳、评价和运用 / 095
 - (一)量刑事实的归纳 / 096
 - (二)量刑事实的评价 / 101
 - (三)量刑事实的运用 / 104

第四章 量刑基准与量刑方法 / 108

- 一、量刑基准及其选择 / 108
 - (一)量刑基准的概念 / 108
 - (二)量刑基准的价值 / 111
 - (三)确定量刑基准的方法 / 113
- 二、量刑方法 / 118
 - (一)现有量刑方法述评 / 118
 - (二)量刑方法的理性选择:规则、判例和经验 / 122
 - (三)量刑方法与自由裁量权的协调 / 123
- 三、法官如何发现量刑“答案”简要分析 / 125

第五章 量刑公正的制度保障 / 128

- 一、量刑指南制度 / 130
 - (一)建立量刑指南制度的必要性 / 130
 - (二)确立量刑指南制度的可行性 / 133
 - (三)美国量刑指南对我国建立量刑指南制度的启示 / 134
 - (四)量刑指南的地方实践及其评价——以上海、江苏为例 / 139

(五)本章的结论 / 146

二、判例指导制度 / 147

(一)是判例指导,还是案例指导 / 147

(二)判例的功能 / 152

(三)判例的形成与运用 / 156

三、量刑程序制度 / 158

(一)程序对于量刑公正的价值 / 159

(二)量刑程序的必要性和可行性 / 160

(三)量刑程序与现行审判程序的关系 / 164

(四)具体量刑程序的设计 / 166

(五)法庭合议量刑的规则 / 170

四、量刑机制问题 / 172

(一)我国现行量刑机制述评 / 172

(二)我国量刑机制的改进 / 174

结论 / 176

参考文献 / 179

后记 / 188

导 论

一、量刑公正的追问

从实体法的角度看,刑事司法的两大任务就是定罪与量刑。定罪,就是人民法院在查明行为人所实施的犯罪事实及情节的基础上,按照刑法分则规定的某一具体犯罪的犯罪构成,结合刑法总则规定的相关原则和制度,确定行为人所犯罪行的性质及其程度的活动。正确定罪是实现刑罚目的的前提和基础,定罪不准或者把此罪当作彼罪,要么放纵了犯罪,使国家和人民利益遭受“二次侵害”;要么冤枉了好人(或罪犯),使无罪的人受到错误的追究,或使犯罪人承受了过量的惩罚。这些都是违背立法者初衷的,也是与刑事法治的精神背道而驰的。可见,定罪是否正确,对于实现刑事司法公正,对于保障公民权利、维护国家和人民利益是何等重要。量刑,就是人民法院在准确定罪的基础上,根据刑法对具体犯罪规定的法定刑及其幅度,结合刑法总则规定的刑罚制度及适用刑罚的原则,选择一个恰当的刑种和刑度,从而对犯罪人所犯罪行为给予否定评价的司法活动。量刑既是一个从法定刑中选择刑种和刑度的过程,也是一个产生宣告刑结果的过程。定罪固然十分重要,因为它是量刑的前提,但是,行为人和社会公众可能更加关心量刑结果,因此,能否合理地对犯罪人进行量刑,或者司法机关量刑的结果是否会获得社会公正的评价,就是刑事司法

能否实现刑法任务和刑罚目的的关键。因为,量刑不当所带来的社会负面影响一点也不亚于定罪错误。因此,量刑和定罪同样重要。

刑事法治的基本要求是依法平等地处理犯罪,同样的案件应当作出相同的处理结论。“同案同判”既是宪法规定的法律面前人人平等原则的具体体现,也是保证法律适用一致性的必要前提,更是维护司法机关公信力的要求。“同案同判”的对立面是“同案异判”,即相同的案件处理结果截然不同。在刑事领域中,法治的要求就是定罪统一、量刑一致。由于刑法规定了比较明确的犯罪构成要素,加之刑法学家们精心的理论构建,做到定罪的一致几乎没有大的问题。^{〔1〕}但是,在量刑方面则大可质疑。相同案件事实、相同或相似的量刑情节,在不同级别的法院、相同级别不同地区的法院,甚至在同一个法院内的不同审判人员之间,却会得出差别甚为悬殊的量刑结果。这种严重的量刑失衡局面,已经引起了学者们的高度警惕,也引发了社会公众对司法公正性的怀疑。只要我们稍加留意,见诸报端最为常见的词汇大概有“量刑失衡”、“量刑不公”、“量刑偏差”、“量刑不当”,等等。这些词汇,一方面是比较客观地描述了司法实践中在量刑问题上的混乱的现状;另一方面,也表达了社会公众对量刑公正的基本诉求。而媒体披露的个案间量刑失衡等问题,恰好是为上述诟病作了一个注脚。^{〔2〕}笔者认为,上述在量刑方面存在的形形色色的问题,都可归结为量刑是否公正的问题。因为,量刑偏差也好、量刑不均衡也罢,都不是一个正确与否的问题。与定罪的司法活动相比较,量刑承载了太多的使命:它不仅涉及惩罚的对象准确与否,而且涉及给予犯罪人的惩罚是否适当;不仅要考虑量刑结论是否符合刑法的规定,而且要考虑对犯罪人所量定的刑罚能否达到量刑预期的目的(即能否实现刑罚目的);不仅涉及法官在量刑中是否秉承公正之心、坚守正义,而且涉及承受刑罚结果的行为人以及相关的社会公众对该量刑结论的评价是否中肯;当然也涉及法

〔1〕 至于定性方面的疑难问题,因为法律的稳定性与社会生活的易变性之间的矛盾,是永远不可能消除的。从犯罪认定理论模式上看,只要是能够使现实生活中的绝大多数案件得以正确认定,就基本能够满足刑事法治的需求。

〔2〕 就引起法学界和社会公众热议的“许霆案”而言,固然有定罪与否、定重罪还是轻罪的问题,但归根结底还是量刑是否合理的问题。换言之,如果对许霆的量刑并非像一审那样确定为无期徒刑,而是判处有期徒刑,或许不会引发如此大的争论。当然,“许霆案”之所以具有这样的轰动效应和司法影响力,媒体应当是始作俑者。

官量刑的方法是否科学,是否能够以“看得见”的方式来实现刑罚正义和司法正义。由于犯罪的复杂性、犯罪人的复杂性和量刑的复杂性以及三者之间的乱麻交织,可以说,没有一个量刑结果能用“是与非”或“对与错”这样的绝对标准来评价。量刑的价值评判特征十分明显,以至于只有用“量刑公正与否”这样的判断,方可以统摄量刑中存在的所有问题。可以说,量刑不公、量刑偏差等已经成为我国当今社会透视司法公正甚至是透视法制建设成就的热点、焦点问题,公众对量刑公正的诉求促使学界对量刑公正问题进行研究,也迫使司法实务界对现有的量刑制度进行力所能及的改革或者改良。^[1]那么,什么是量刑公正?量刑均衡与量刑公正是什么样的关系?量刑公正是否等同于量刑的统一?量刑公正有没有一个标准?如果有,该量刑公正的标准是什么?在我国现有的法治状态下,如何才能实现量刑公正的目标?……这些问题萦绕笔者脑际且挥之不去,最终促使笔者选择量刑公正作为研究课题。并且认为,对于量刑公正问题的研究,至少有以下四点意义:

第一,有助于为量刑规范化提供价值指引。量刑规范化是指审判机关的量刑活动必须符合一定规则 and 标准,或者说,刑事法官的量刑逐步要摆脱随意性、单纯的经验性,从而使之在一定的原则、标准或制度下更加理性。但是,规范化是手段而并非目的,量刑规范化的目的是使量刑结果更具有公正性。因此,对于量刑公正的研究无疑会使量刑规范化更加科学、合理。

第二,有助于贯彻落实刑事政策。晚近以来,世界范围内对刑事政策的重视,固然是由于犯罪问题的严重性使然,因而在刑事立法上要么“犯罪化”,要么“非犯罪化”。但是,刑事政策更为关注的是国家对付犯罪的刑罚投入所产生的效果,也就是对量刑的关注,是对量刑问题的观念性变革。无论是盛行于欧美发达国家的“轻轻重重”的刑事政策,还是我国过去很长时间内坚持的“严打”刑事政策,以及目前奉行的“宽严相济”的刑事司法政策,

[1] 许多改革实际上是最先从基层开始的。量刑问题虽然最早是由学术界所关注,但如果没有司法实践的推动,似乎理论上也难以有重大的进展。就笔者所知,我国关于量刑的改革就是山东淄川法院实现“电脑量刑”和江苏姜堰法院推行量刑规范化而始。地方法院着手进行量刑规范化改革的举动,引起了学界对量刑方法和规范的广泛的讨论。最高人民法院于2007年曾把量刑规范化作为重大课题进行研究。据悉已经在着手制定与量刑有关的指导性规范。而中国刑法学研究会也将“量刑规范化问题”作为2008年年会的研究议题之一。

无不是有关量刑的政策。^{〔1〕} 因此,量刑公正与否,与贯彻刑事政策具有密切的关系。

第三,更加有利于实现刑法公正,进而推动刑事司法公正目标的实现。法律是公正(公平、正义)的化身,法律的公正,除了制定法本身能够体现公正的内容或进行符合公正原则的语言表达外,要靠司法的运作来实现。所以,司法公正并非是一个观念问题,也不仅是一个立法问题,更是一个现实的实践问题。量刑是一个来不得半点虚伪的实践问题,与司法公正的实现密切相关,量刑不公,就无从谈刑事司法公正。因此,对量刑问题的研究,必将对司法公正的实现有所裨益。

第四,可改变量刑理论研究弱化的局面,使量刑问题像定罪问题一样受到学界的重视。毋庸置疑,刑法学界对犯罪论的研究成果可谓汗牛充栋,相比较而言,对刑罚理论的研究却十分薄弱。而就量刑进行微观的、实证的研究,特别是对量刑规范化问题的研究,也不过是进入 21 世纪以来的事情而已。所以,对量刑公正及其相关问题的研究,无疑有助于丰富我国的刑法理论,促使定罪理论和量刑理论的均衡发展。

二、论域界定

(一)以司法裁量为中心

由于犯罪是刑罚的前提,因而,毋庸置疑,犯罪对于量刑的作用是决定性的。犯罪重,刑罚量就重;相反,犯罪轻,刑罚量就轻。王勇博士在论及定罪对于量刑的作用时指出:“定罪是以犯罪构成为根据的,但犯罪构成的要件并不仅仅是作为定罪的根据和标准而存在的,它们同时也是作为量刑的情节而存在的。但是,同样是一个事实,当它作为犯罪构成要件时,则和当它作为量刑情节时所要说明的角度是不同的。犯罪构成着重于事实的存在,如果这一事实是存在的,那就足以说明对之定罪的缘由了。而量刑情节则主要着眼于事实如何,也即事实的具体表现。”“这也正是定罪决定量刑的基本理由之一。”^{〔2〕} 因此,“定罪是量刑的前提,也是量刑的基础。罪刑相称既涉及定罪,

〔1〕 参见殷成洁:“论量刑合理化的对策”,载《山东行政学院山东省经济管理干部学院学报》2006 年第 5 期。

〔2〕 王勇:《定罪导论》,中国人民大学出版社 1990 年版,第 262 页。

又涉及量刑,是定罪与量刑的统一。”^[1]量刑与定罪之间的关系是如此密切,以至于我们研究量刑问题就不得不谈及犯罪是否成立以及犯罪是轻是重的问题。但是,遵循人们将刑事司法分为定罪和量刑两阶段的习惯,本书讨论的量刑问题,将是建立在定罪准确这一前提或基础之上的,换言之,本书不涉及定罪是否正确、此罪与彼罪的界限问题,而是在犯罪已经被正确确定的前提下,如何为构成犯罪的人确定“适当的”刑种和刑度。

量刑是否公正,首先是一个立法是否公正的问题。立法上的罪与刑的失衡,必然导致司法实践中罪与刑的失衡。有学者认为,我国刑法虽然规定了量刑的原则,但“并没有对量刑的指导原则进一步细化”;“法律没有具体指导发生多重情节时的量刑方法”,“从轻和从重的具体程度应该怎样法律也缺乏相应的规定”,“法定刑设置幅度过大,模糊性规定多”、“不少分则条文中具有多层次的量刑幅度”等,^[2]这诸多立法因素致使司法机关在量刑上不平衡成为可能。再加上目前体制下法官素质相对较低且法官又拥有较大的自由裁量权,也使量刑失衡的情况加剧。因此,从根本上考虑,应当改善刑法立法中犯罪与刑罚之间的配置,使罪与刑在立法上获得均衡,从而指导司法上量刑的公正。但是,立法是一项十分复杂的活动,要受到很多因素(如修改条件、程序等)的限制,企图通过刑事立法的完善来求得量刑公正的现实化,无异于隔靴搔痒。因此,本书关心的并非立法规定的缺陷以及对此缺陷的修正或完善,而是在对现行刑事立法基本作肯定评价的前提下,如何在司法上贯彻立法的原则精神,把有缺陷的刑法解释成正义之法,^[3]使刑事立法通过理性的司法实践,实现法律所蕴含的正义。现代社会中,已经没有人不承认这一点:立法永远不可能十全十美,而只能逐步趋于完善。追求立法的完善与追求司法实践的理性化相比较,后者更为重要。因为没有相应的司法活动,再美好或完善的立法只不过是一纸空文而已。也就是说,通过司法不仅可以贯彻立法中体现出的良好的品格和精神,而且系统、理性的司法实践还可以起到弥补立法不足的作用,使刑事立法所期望的目标更加符合不断变化

[1] 邓修明:《刑事判例机制研究》,法律出版社2007年版,第158页。

[2] 汪明亮:《审判中的智慧——多维视野中的定罪量刑问题》,法律出版社2006年版,第181~182页。

[3] 参见张明楷:《刑法分则的解释原理》(序言),中国人民大学出版社2004年版,第4页。

的社会需求。因此,本书所谓的量刑公正问题,就是以理性司法为视角来展开对量刑的讨论。当然,由于我国法制系统继承了成文法传统,成文法是一切刑事司法活动的依据,因而在讨论量刑问题时,不仅要与量刑相关的立法给予一定的关注,而且研究的目标也具有弥补立法不足的附带效果。又因为量刑与量刑制度具有密切的关系,从某种意义上讲,量刑活动就是量刑制度的运作过程,离开量刑制度就无从实现量刑的目标,也谈不上量刑公正,因此,必然要涉及对一些量刑制度的合理性的探讨。但是,限于篇幅和为了主题的需要,本书仅就与主题相关的量刑制度进行讨论,并不在所有的量刑制度上着墨太多。同时,量刑公正问题是一个价值目标问题,实现该价值目标是一个系统工程,本书不可能对与量刑公正相关的所有问题进行系统论述和作出令人满意的回答,而只能就实现量刑公正的主要问题和途径提供一个可供参考的方案。更多的工作有待于广大理论工作者和司法实务界同仁的共同努力,才能完成。

(二) 量刑与量刑公正

准确的概念或术语是进行正确判断和推理的逻辑前提,因此,为了更顺畅地展开论述而不为一些概念间无谓的差别所困扰,对一些相似概念、术语进行界定实为必要。下文对“量刑”和与量刑公正相关的概念加以界定或甄别。

首先,何谓“量刑”?通说认为,量刑,也叫刑罚的裁量,即指人民法院根据行为人所犯罪行及刑事责任的轻重,在定罪的基础上,依法决定对犯罪分子是否判处刑罚,判处何种刑罚、刑度或所判刑罚是否立即执行的刑事审判活动。^{〔1〕}另一种表述是,量刑是指人民法院在定罪的基础上,权衡刑事责任的轻重,依法决定对犯罪分子是否判处刑罚或适用某种非刑罚处理方法,判处何种刑种和刑度以及是否现实执行某种刑罚的审判活动。^{〔2〕}陈兴良教授认为,量刑有广义和狭义之分,广义上的量刑指刑罚适用的整个过程,狭义上的量刑仅是指确定宣告刑的过程。^{〔3〕}张明楷教授认为,量刑即刑罚的裁量,是指审判机关在查明犯罪事实,认定犯罪性质的基础上,依法对犯罪人裁量

〔1〕 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2000年版,第259页。

〔2〕 马克昌主编:《刑罚通论》,武汉大学出版社1995年版,第273页。

〔3〕 陈兴良:《本体刑法学》,商务印书馆2001年版,第750页。

刑罚的审判活动。^{〔1〕}

“定罪与量刑在刑法学上称为‘刑罚裁量’”，其中，法官对于犯罪行为，在定罪之基础上，“依法裁量刑事判决之刑种与刑度之行为，均可称为‘刑罚裁量’或‘量刑’”。^{〔2〕}我国台湾地区“刑法”将量刑称为“刑之酌科”或“科刑”；日本刑法叫做“刑之量定”，而德国径直称为“量刑”。

从上述关于量刑概念的简单对比中，可以看出，我国学界与大陆法系国家和地区（主要指我国台湾地区）关于量刑的内涵和外延并无大的区别，但是也有一点是较为明显的差别：我国量刑的主体一般指法院或人民法院，而大陆法系国家的量刑主体均指法官。实际上，量刑这种司法活动，与定罪一样，是法官基于自己的法意识而对行为人所犯罪行事实和适用法律的主观判断，即使我国将量刑主体确认为“人民法院”这样的机构或组织，法官对量刑的作用也不能被忽视。因此，本书所探讨的量刑，是指狭义上的量刑，或者说法官如何在现有的司法体制下进行量刑的活动。

其次，关于量刑公正与相关术语的联系与区别。在现有的文献中，与量刑公正相关的词语主要有：“量刑平衡”、“量刑合理”、“量刑均衡”、“量刑规范化”、“量刑标准化”、“量刑正义”、“量刑正当”、“量刑统一”等。有学者指出：量刑中的平衡，意指法院在给犯罪人配刑的时候，必须综合考虑影响量刑诸要素，使之达到一种相对的平衡状态。具体来说，就是指法院在对犯罪人裁量刑罚时，要综合考虑影响量刑的各要素，使每一案件的各方面量刑情节都得以考虑，并且对于情节相同或类似的案件，都适用相同或相近的刑罚，从而使刑罚处于一种稳定并和所犯罪行为相适应的状态。^{〔3〕}

笔者认为，上述表述中，“平衡”、“均衡”、“统一”三者可以归为一类。“平衡”，原本是指衡器两端所承受的重量相等。汉语指对立的事物在数量和质量上的对等和相抵关系。“均衡”与“平衡”具有同样的语义。^{〔4〕}而“统一”，具有“部分联成整体、分歧归于一致”和“单一、一致、整体”的意思。^{〔5〕}

〔1〕 张明楷：《刑法学》（第3版），法律出版社2007年版，第426页。

〔2〕 李文福：“论刑度与裁量”，国立中正大学法律研究所2006年硕士论文。

〔3〕 汪明亮：《审判中的智慧——多维视野中的定罪量刑问题》，法律出版社2006年版，第174～209页。

〔4〕 参见《现代汉语词典》，商务印书馆2003年版，第694页、第978页。

〔5〕 参见《现代汉语词典》，商务印书馆2003年版，第1268页。

平衡或均衡是在统一之下而言的。量刑统一,是要求在统一的法制下,实现法制在全国范围内“一体通行”的效力,不允许在横向上(即不同的地区间适用法律方面)出现大的差别,也不允许在纵向上(即上下级适用法律方面)出现大的误差。所以,平衡或均衡与统一没有大的区别。

“规范化”、“标准化”二者可归为一类。因为二者的基本含义相同,都是指量刑应当遵循规则或者遵循统一的规则来进行。按照规则进行的量刑活动,被视为“规范化”的量刑活动;同样,按照一样的规则实现了量刑结果的一致性,就可以认为是标准化的量刑。但是,规范化也好,标准化也罢,与平衡、均衡不完全等同(非规则的个别行动也可能偶然地导致平衡或均衡的结局),而与“统一”具有一致性。总体上说,平衡、均衡、统一、规范化、标准化,都是指称不同区域的法院或同一地区的法官在量刑时遵循统一的规则,得出大体一致的结论,从而实现形式公平正义。

“正当”、“正义”、“合理”三者可归为一类,且三者的含义基本相同,正当的事物可以认为是合理的,正当和合理,也就是正义的。反之,正义的事物,也必然是正当和合理的。所以,它们完全可以被视为同义语。在哲学范畴的合理就是合乎理性,理性是相对于感性而言,指与感性、知觉、情感和欲望相对的,进行逻辑推理以探求事实,求得事物的本质和真相的能力和过程。德国社会理论家马克斯·韦伯认为,合理用在社会结构分析中可区分为形式合理与实质合理。形式合理追求的是手段和程序的可计算性,并不是目的本身;而实质的合理追求的是目的和后果的价值。韦伯认为,形式合理性既可以成为在牺牲价值的情况下而维护其本身形式的可能,又可以成为促进价值实现的有效手段。^{〔1〕}合理的量刑,包括量刑的形式合理和量刑的实质合理。前者指程序合理,后者指结果合理。在刑事司法领域,合理性与合法性相对应,其产生的原因是法律的僵硬性导致的。犯罪是具体地发生的,即使类似的具体案件,也会有不同的特点。如果呆板地适用法律,就会导致合法却不合理的司法决定。因此,为了克服法律的这个不足,必须赋予司法者一定的自由裁量权,即司法人员在法律规定的幅度和范围内的自主选择权。法官遵循一定的量刑理念在法律允许的范围内,根据量刑的事实因素对不同案件的

〔1〕 参见苏国勋:《理性化及其限制——韦伯思想引论》,上海人民出版社1988年版,第229页。

被告人做出既符合法律又符合被告人实际情况的判决,就实现了合理和合法性的统一,因而量刑也就是公正的。

量刑公正,首先是基于刑罚的正当性,没有正当性的刑罚制度设置,就谈不上量刑的公正;量刑公正包含了量刑过程(或程序)的公正和结果的公正,因此,设置合理、正当或正义的程序,是获得合理、正当或正义的量刑结论的必要保障;同时,规范化或标准化的量刑模式也是保证量刑公正的必要措施,因为只有从规范化或标准化的角度考虑量刑问题,才有可能达到量刑在全国范围内的统一、均衡或平衡。据此,笔者认为,量刑公正的表述完全可以统摄其他表述,而且,追求量刑的平衡、均衡、统一、规范、标准化、正义、合理等,均是以公正为价值目标的。同时,从实质意义上讲,量刑公正与其他表述是有层次之分的。在量刑公正之下,是量刑合理、正当的问题;而是否合理、正当,其观察的要点是量刑是否实现了平衡或均衡、统一(当然不是也不应当是绝对的);而量刑的规范(规则)化、量刑的标准问题,不过是保证实现量刑公正目标的措施、方法而已。^{〔1〕}

世界上没有绝对的公正。量刑公正同样也只是相对的公正。因此,实践中类似或相同案件在量刑上存在一定的差异或者非均衡性,是可以谅解的,也是正常的现象。只要法律允许法官拥有量刑方面的自由裁量权,量刑方面的差别就必然存在,量刑均衡也就只能是一个相对的追求目标。

同时,需要特别指出的是,本书的重心不在于论证量刑公正的理论意义和实践价值,因为,量刑公正如同法律正义那样,已经成为无须论证的公理。本书的重点在于:从理论和实践的双重角度界定何谓公正的量刑,如何构建判断量刑是否公正的基本标准,以及通过怎样的路径才能实现公正的量刑结论。因此,本书除了在理论上对量刑公正及其标准进行论证外,将结合我国司法实际,并比较国外量刑理论,分析量刑不公或量刑严重偏离公正的原因,并就构建符合中国特色的实现量刑公正目标的制度和机制问题进行较为深入的探讨。

〔1〕 张勇:《经济犯罪定量化研究》,法律出版社2008年版,第130页。