

刘家琛 主编

Study on Values
of Modern
Criminal Punishments

《人民司法》编辑部 编

当代 刑罚 价值 研究



法律出版社
LAW PRESS

刘家琛 主

Study on
of Modern
Criminal Punishments

《人民司法》编辑部 编

当代 刑罚 价值 研究



法律出版社
LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

当代刑罚价值研究/《人民司法》编辑部编. —北京:
法律出版社, 2003.9
ISBN 7-5036-4001-4

I. 当… II. 人… III. 刑罚—价值(哲学)—文
集 IV. D914.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 075997 号

法律出版社·中国

责任编辑/柯 恒

装帧设计/王际勇

出版/法律出版社

编辑/法规出版中心

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/22.25 字数/610 千

版本/2003 年 11 月第 1 版

印次/2003 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法规出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/law@lawpress.com.cn

rpc8841@sina.com

读者热线/010-63939631

传真/010-63939650

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.chinalawbook.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-4001-4/D·3719

定价:35.00 元

论刑罚适用及其价值取向 (代序)

刘家琛

定罪和量刑是刑事司法活动的两大中心内容。当刑事被告人的定罪通过严格的诉讼程序最终确定后,科学、合理地适用适当的刑罚便成为刑事审判法官的核心任务。刑罚适用固然应当严格遵守刑事实体法的明确规定和基本原则,同时又受到刑罚适用主体——法官自身的司法理念、法律素养、社会阅历、价值观念等主观因素的影响,其中法官在刑罚适用问题上的价值取向,即法官对国家设立刑罚的目的、作用的总体认识以及采取何种价值尺度和标准来具体判断衡量对一个案件判处的刑罚是否罚当其罪、罪刑相应,对保证刑罚适用的准确性、合理性,具有举足轻重的作用。可以说,刑罚适用的价值取向直接影响和决定着刑罚适用的准确性、合理性。因此,刑罚适用及其价值取向是刑法学的一个重大理论问题,深入研究和探讨这个问题,对于刑法的正确实施和刑罚目的的实现,具有重要的理论价值和实践意义。

一、刑罚适用价值取向的理性化是我国基本 刑事政策的必然要求

国家设置刑罚的目的是为了对付犯罪。由于刑罚是和平时国家行使强制力的最高形式,国家不仅通过制定刑事实体法对各种犯罪的规格以及相应的处罚加以明确规定,而且通过制定刑事诉讼法为确定犯罪和适用刑罚设定了严格的程序。为了保证刑事法律的正确实

施,保障刑罚适用的准确性和有效性,国家基于惩罚犯罪、预防犯罪、控制犯罪以保障自由、维持秩序、实现正义的目的,还制定并实施一系列有关的准则、策略、方针以及具体措施,这些统称为刑事政策。刑事政策是一个多方面、多层次的体系,在刑事立法、刑事司法等方面都包含着许多具体的内容。在我国现阶段整个刑事政策体系中,社会治安综合治理方针作为犯罪控制的总方略,惩办与宽大相结合作为最基本的刑事政策,具有指导性的作用,居于纲领性的地位。这是我国长期以来与犯罪作斗争的经验和教训的科学总结。

1983年中央提出“依法从重从快严厉打击严重危害社会治安的刑事犯罪分子”的方针后,我国先后于1983年、1996年和2001年在全国范围开展了三次“严打”集中统一行动和连续不断的各种专项斗争。可以说,“严打”是贯穿于20年来我国刑事司法实践的一条主线,因此,有人认为“严打”方针已经事实上成为我国现阶段占主导地位的一项基本的刑事政策。应当看到,在社会治安形势严峻的特定历史条件下,实施“严打”战略有其必然性和合理性,是完全正确的。20世纪80年代初,在我国改革开放和经济建设刚刚起步的阶段,面对迅猛而来的犯罪浪潮,中央决定采取“严打”这样的非常策略是十分必要和及时的。正如邓小平同志所指出的:“解决刑事犯罪问题,是长期的斗争,需要从各方面做工作。现在是非常状态,必须依法从重从快打击,严才能治住。”这里,邓小平同志是把“严打”作为非常时期的非常措施看待的,并没有将其作为长期的、基本的犯罪控制对策。邓小平同志的这一认识是深刻的,也是理性的,对于我们准确把握“严打”方针在我国刑事政策体系中的性质和地位具有重要意义。

一项具体的刑事政策的出台,总是与国家在特定时期的经济和社会的发展状况和实际需要紧密相连的。我国目前正处于社会主义初级阶段,市场经济体制正在探索和建立过程中,市场经济所必须的许多规则还没有完全确立,许多机制还没有走向正轨,社会转型期各种矛盾呈现出易于激化状态,大量的犯罪现象开始涌现,并且呈现出复杂化、智能化、频繁性的高发态势,在一个时期或者在一个地方,治安形势的恶化已经严重影响到安定团结的社会局面,影响到人民群众的安居乐业,影响到社会主义市场经济新秩序的确立和巩固,影响到改革开

放和经济发展。如果不对严重恶化的社会治安形势和频繁多发的大量刑事犯罪予以严厉打击和有效控制,改革开放的成果和社会主义建设的巨大成就就会化为乌有,全面建设小康社会的新世纪宏伟蓝图也只能是不切实际的梦想。所以,基于对社会治安状况的清醒认识和准确把握,党的十六大报告明确要求,完成改革和发展的繁重任务,必须保持长期和谐稳定的社会环境。而要实现国家的长治久安和稳定和谐的良好秩序,必须坚持对严重危害社会治安的各种暴力犯罪、破坏社会主义市场经济秩序的经济犯罪和贪污贿赂等职务犯罪予以及时有力的打击。因此,“严打”方针在当前和今后很长时期内,仍然是我国刑事司法工作一项必须长期坚持的指导方针。

“严打”方针经过司法实践的长期检验和不断探索,已经从开始提出时的一种政治号召,逐渐形成具有明确目标对象和法律依据的规范化的刑事政策。2001年“严打”整治斗争中,中央领导同志反复强调,“严打”要“稳、准、狠”,“在法定幅度内从重,在法定期限内从快”。为了进一步明确“严打”的基本政策内涵,最高人民法院提出“严打”必须坚持做到“五严”,即“严之有理,严之有据,严之有效,严之有方,严之适度”。我理解,所谓“严之有理”,是指严打要符合事理、法理和情理。符合事理就是符合案件的事实情况,要以事实为基础;符合法理就是要符合法律规定和法律精神;符合情理就是定罪量刑要体现社会公众对犯罪通常的评价标准,使犯罪人和犯罪人的亲属乃至社会公众都认为法院的判决是公正的,因而具有教育其他人的意义和强大的说服力。所谓“严之有据”,是指定罪量刑都必须有可靠的事实和法律根据,不得超越事实和法律从严或从快。从重必须有从重的根据,从快必须有从快的根据。而“严之有效”是指严打必须讲究效果,不仅要讲究当前的效果,还要讲究长远的效果。不仅要追求惩罚犯罪的效果,还必须兼顾预防犯罪的效果。“严之有方”则是指严打要讲究工作方法,在不同时期、不同地点、不同的形势下,对不同的犯罪,对不同的犯罪人,均应采用不同的方法。“严之适度”是指对属于“严打”对象的案件,也有一个刑罚适度的问题。可见,随着我国法治水平的进一步提高和“严打”实践经验的日益丰富,“严打”方针已经纳入法制化、制度化的轨道。

“严打”方针在有效遏制和打击严重危害社会治安的严重刑事犯罪方面发挥了不可替代的重要作用,但单纯依靠“严打”手段是不能从根本上解决我国社会治安问题的。实践也证明,“严打”后的一段时期社会治安形势的确有所好转,但随后严重刑事犯罪又呈现出高发态势。1983年“严打”后,刑事发案下降的局面只维持了两年,1986年就开始回升,一直持续上升到1996年,不得不再次进行全国性的集中“严打”。1996年“严打”后,1997年刑事案件下降,但1998年以后又大幅度回升,直到2001年开展“严打”整治斗争。这个问题值得我们深思。这在一定程度上反映了“严打”刑事政策的局限性。也正因为如此,党中央将实行社会治安综合治理作为解决我国社会治安问题的一项基本政策提了出来。1991年3月2日全国人大常委会通过了《关于加强社会治安综合治理的决定》,其中明确提出“社会治安综合治理是解决我国社会治安问题的根本途径,社会治安综合治理必须坚持打防并举,标本兼治,重在治本的方针。”“必须动员和组织社会的力量,运用政治的、法律的、行政的、经济的、文化的、教育的等多种手段进行综合治理,从根本上预防和减少违法犯罪,维护社会稳定。”该规定以立法的形式将社会治安综合治理确定为解决我国社会治安问题的根本性刑事政策。社会治安综合治理刑事政策的形成,是党和政府基于对我国治安形势的科学分析和正确把握,总结我国多年来“严打”斗争经验和教训的基础上而作出的科学决策。在治安不好的非常时期,我们对某些严重危害社会的犯罪采取从重、从快的“严打”斗争措施是必要的,也是有效的,正是由于我们连续不断地进行集中行动和专项斗争,持续保持了打击犯罪的高压态势,才较为有效地遏制住了改革开放以后出现的犯罪活动猖獗和蔓延势头,防止了治安形势的恶化,维护了社会的稳定,保证了经济的发展。但是,我们也要清醒地看到,在我国从农业社会向工业社会过渡、从计划体制向市场体制转换的过程中,在经济快速增长、社会急剧转型、利益大幅调整、观念文化多元、伦理、道德的价值取向也急剧发生变化的情况下,犯罪的增长具有必然性,从某种意义上讲这是不可避免的正常现象。既然产生犯罪现象的原因是复杂的,我们解决犯罪问题的策略就不可能简单化,光靠打击这一手是不行的,必须对实行综合治理。这是解决治安问题的根本出

路和途径。社会治安综合治理的本质,在于充分利用包括刑罚在内的各种社会手段,发挥全社会的合力作用,既重视打击犯罪,又重视预防犯罪,并将预防犯罪作为实现社会安全的首要目标,把打击犯罪作为预防犯罪的辅助方式和手段之一,将“严打”纳入社会治安综合治理的范围之中。社会治安综合治理,作为我国犯罪控制的总方略,在我国刑事政策体系中具有长期性、全局性。如果说“严打”是注重治标的话,那么社会治安综合治理则是标本兼治,统筹兼顾。离开社会治安综合治理,要真正实现社会治安形势的根本好转和国家的长治久安是不可能的。

社会治安综合治理的总方略,蕴含着十分丰富的刑事政策内容,其中也包含了对“严打”的要求,是“严打”的上位性指导原则。第一,社会治安综合治理方针明确了“严打”在这一系统工程中的地位和作用。“严打”是社会治安综合治理的首要环节。为控制一定时期高发犯罪、突出犯罪,必须采取“严打”措施,创造良好的社会治安环境,为落实社会治安综合治理其他各种手段创造条件。第二,社会治安综合治理方针明确了“严打”的政策目标,打防要结合,打是为了防。“严打”就是对严重刑事犯罪分子追究刑事责任,而刑罚的目的在于预防犯罪,既包括刑罚的特殊预防,又包括刑罚的一般预防。第三,社会治安综合治理方针明确了“严打”的政策取向,标本兼治,重在治本。社会治安综合治理方针,着眼于实现社会的长治久安,注重从产生犯罪的原因上预防犯罪,强调解决犯罪问题的社会责任,即使追究犯罪分子的刑事责任,也要以教育、改造使其重新回归社会为出发点,贯彻了惩办与宽大相结合的基本刑事政策。因此,社会治安综合治理目标的实现,在某种程度上取决于刑事司法过程中刑罚手段的正确适用。而司法人员刑罚适用的价值取向是否科学、理性,直接决定着刑罚适用的正确与否,直接影响着刑事政策的贯彻和落实。值得重视的是,社会治安综合治理方针提出多年来,有些措施没有得以贯彻落实,有些措施在贯彻过程中实际效果很不理想,原因是多方面的,一个主要的原因在于司法实践中存在“重打轻防”的错误倾向。这种错误倾向的深层背景,就是在中国传统法律文化中根深蒂固的重刑主义思想。

二、实现刑罚适用价值取向的理性化 必须摒弃重刑主义思想

重刑主义思想的根源在于对待刑罚的价值取向上,过分迷信和人为夸大了刑罚功能中的威慑作用,认为只有通过严刑峻罚才能达到控制犯罪的理想效果。重刑主义在我国有着悠久的历史溯源和传统。早在春秋战国时期,韩非就提出了“夫以重止者,未必以轻止也;以轻止者,必以重止矣”的用刑之道。虽然历史上儒法两家在性善还是性恶、先礼还是先刑等问题上进行过激烈的辩论,但随着汉武帝“独尊儒术”和董仲舒“以礼入法”,儒法两家的主张被封建统治者兼收并蓄,形成了“礼者禁于将然之前,法者禁于已然之后”、“德礼为政教之本,刑罚为政教之用”的礼刑并用统治思想。这种思想由于是从维护封建统治的立场出发的,在对待刑罚的态度上非常功利,看重的是刑罚的威慑作用,认为刑罚越重、越残酷,就越有威慑力。表现在立法和司法上则为死刑的广泛适用和极度泛滥以及残酷肉刑的肆意使用,这也成为诸多封建王朝的覆灭重要原因。重刑主义思想的形成和泛滥与我国漫长的封建社会里,民主和权利的意识没有得到发育紧密相连。直到近代,西方的许多进步思想才逐渐传入我国,而从制度上成为可能,则是在我们建立了人民民主专政的政权以后。我国的刑事司法制度借鉴了人类文明的有益成果,特别是刑法和刑事诉讼法的修订,引进了很多西方诉讼制度的合理成分,应当说是比较先进的。但是,制度的引进只是形式上的,关键在于消化吸收制度赖以建立和维持运行的先进理念。罪刑法定、罪刑相适应、无罪推定、刑罚人道等进步的价值观念,虽然在我国法律中写在了纸上,在制度安排中得到了体现,但真正让其在我国的土地上生根、发芽、开花、结果,形成占主导地位的价值体系,还有很长的路要走,还有很多工作要做。一个社会的价值体系,尤其是主流的价值体系,具有在文化传承过程中自我积淀、自我复制的惯性倾向。重刑主义思想在我国统治了两千多年,长期处于传统价值体系的主流地位,如果我们不从理论上和观念上寻求彻底的改变,这种思想仍然会长期影响我国司法的进步,妨碍司法的实际效果。

重刑主义思想在我国刑罚制度中的制刑、量刑和行刑等方面都有一些表现。在立法上,一是迷信动用刑罚手段解决社会矛盾和问题,凡是行政、经济、道德措施效果不明显的,就要求动用刑罚;二是刑罚在相互攀比过程中越来越重,1979年刑法中有死刑罪名28个,1997年修订的刑法死刑罪名增加到68个,这与世界上绝大多数国家对此的立法走向反差较大。在司法上,一是将“严打”理解为多判、重判甚至多杀,惟恐受到“打击不力”的指责。有的地方甚至采取定指标的办法,提出判重刑的要占多少比例以上,有的把所谓判刑数量、重刑比率作为评判刑事审判工作成绩的标准,结果“水涨船高”,一些不属于“严打”的对象不仅量刑失重,而且人为地扩大了“严打”对象范围;二是存在着一定程度的重定罪轻量刑的不良倾向。在相当一部分人思想观念上,长期存在一个带普遍性的认识问题,以为刑事案件只要事实清楚,证据确实充分,定罪准确,审判程序合法就行了,量刑上轻一点重一点没有关系,不是什么问题。在这种观念的影响下,一审法院在裁量决定刑罚的时候,有的就采取宁重勿轻的做法。认为判重了二审可以改判,改判了也不算错判;检察机关一般是抗轻不抗重,判轻了一抗诉,二审改判就算错案了,因此,往往在量刑幅度内普遍偏重判处。二审法院审理中,只要事实、证据和定性上没有问题,只是量刑偏重一点,一般也就不改判了;三是存在重人身刑轻非监禁刑的倾向。本来新刑法增加了非监禁刑的适用范围,但法院判刑适用拘役和管制的很少见,单处罚金的更是少。在制刑、量刑上的重刑倾向,必然会影响到行刑的效果。

重刑主义思想作为一种刑罚价值取向,由于过于迷信刑罚的威慑作用,表现在司法实践中便是采取严刑峻罚,无论轻罪还是重罪,都无一例外适用极为严厉的刑罚方法。而重刑的适用固然在一定程度上有利于震慑犯罪人,但其同时造成的危害也是多方面的。第一,违背了罪刑相适应的基本原则。罪刑相适应原则是我国刑罚的三大原则之一,它要求对犯罪人适用的刑罚应当与犯罪人犯罪行为的社会危害性、犯罪人的人身危险性以及被告人应当承担的刑事责任相适应,重罪重罚,轻罪轻罚,罚当其罪。反对轻罪重罚,重罪轻罚。而重刑主义思想表现在司法实践中则为轻罪重罚、重罪更重,显然与刑法所要求的罪刑相适应原则背道而驰。第二,有损于司法公正和公平。司法公

正分为实体公正和程序公正两部分,程序公正要求被告入充分有效地参与刑事诉讼程序,被告人的辩护权等诉讼权利得到充分保障和高效行使,诉讼程序具有理论上的正当性、合理性。而实体公正则要求被告入所承担的刑事责任与其犯罪行为的社会危害性相适应,有罪必罚,罚当其罪,无罪不罚,其中包含了罪刑相适应原则的基本内容,而范围比罪刑相适应原则的内涵更广。第三,不利于罪犯改造和归顺人心,甚至可能造就了极少数死心塌地与人民和社会为敌的死硬分子。对被告人的犯罪行为不分轻重一律适用严厉的刑罚方法予以判处,被告入就会对判决结果产生不满情绪,认为自己受到了不公正待遇,心理的抵触情绪必然很大,少数人甚至可能形成强烈的反社会情绪,走向极端,实施更加严重的刑事犯罪。不仅如此,轻罪重罚也必然使被告人的亲友乃至社会公众产生刑罚不公的消极评价,对司法公正、社会公平失去信心,产生新的社会不稳定因素,其危害性是极为严重的。第四,增加了不必要的司法成本。一个国家、一定时期对司法资源的投入总是有限的,合理配置有限的司法资源,实现司法工作最大的社会效益和经济效益无疑是司法机关孜孜以求的。通常情况下,轻重不同的刑事案件国家投入的司法资源并不相同,重罪案件国家一般要投入比较罪案件更多的司法资源。特别是在罪犯的改造方面。重刑主义思想造成的后果之一便是将本应判处轻刑的被告入判处更重的刑罚,而对被告入被判重刑的改造投入必然远远大于轻刑的改造投入,导致大量的司法资源无谓浪费,且很难取得理想的改造效果。第五,与加强人权保护的国际性刑罚发展趋向相相反,不利于实现国家的长治久安。随着人类社会法治文明的不断发展和人权意识的日益提高,轻刑化已成为世界上许多国家刑事立法的基本指导思想和刑事司法的理性选择,所谓“轻刑化”实际表现为以相对较轻的刑罚对付和应付犯罪,以及倡导以尽可能轻的刑罚来惩罚和控制犯罪的刑事政策,具体表现为刑罚体系中惩罚总量的降低,轻刑、缓刑、假释的广泛适用等。^{〔1〕}轻刑化刑事政策实际上是人权保障思想在量刑上的具体

〔1〕 中国政法大学刑事法律研究中心、英国大使馆文化教育处主编:《中英量刑问题比较研究》,中国政法大学出版社2001年版,第100页。

体现。与此正好相反,重刑主义则主张以尽可能严厉的刑罚方法惩处各种犯罪,即使是轻罪也应当处以严厉的刑罚。重刑主义严重侵犯了被告人依法所应当享有的公平对待权和人身自由权,甚至可能严重侵犯了被告人依法享有的生命权,剥夺了被告人作为人的尊严和参与社会的许多机会,是一种野蛮、落后的刑罚价值取向。另外,重刑主义的肆意泛滥和广泛流行还容易使世界其他国家对我国的刑事司法制度形成消极甚至否定评价,有损于我国的国际形象。总之,重刑主义作为一种落后、野蛮的刑罚适用价值取向已经在司法实践中产生了许多的消极影响和严重的危害性,从立法上、司法上、思想上彻底根除重刑主义的消极影响已成为我们确立科学、先进的刑罚价值取向所首先必须解决的最大问题。

英国哲学家波普尔有个著名论断,寻求真理一定要从寻找错误开始,正是错误妨碍了人类的进步。既然我们已经意识到了重刑主义思想造成的危害,也找到了这种思想背后的根源就是在刑罚价值取向上发生了错误。那么,我们就应当从错误的根源上开始纠正错误。近年来,价值论的分析方法被广泛运用到法学各分支学科之中,不仅使法学变得更为理性和成熟,还推动法律制度发生不同程度的变革和完善,在刑罚价值取向问题上也逐渐朝着文明、人道、科学的方向发展,科学、合理的刑罚价值取向成为各国刑事司法制度文明、完善的重要标志。美国法学家庞德曾经说过:“在法律史的各个经典时期,无论在古代和近代世界里,对价值准则的论证、批判或合乎逻辑的运用,都曾是法学家们的主要活动”〔1〕。当前的我国法学界,深入研究刑罚适用及其价值取向,对于克服重刑主义思想倾向和制定科学的刑事政策具有重要意义,对于完善我国的刑事立法和司法也必将起到积极的推动作用。

〔1〕〔美〕庞德:《通过法律的社会控制、法律的任务》,沈宗灵、董世忠译,商务印书馆1984年版,第55页。

三、刑罚适用价值取向的理性化关键在于 确立现代刑事司法价值理念

价值是一个具有多重意义的概念。马克思认为:“价值这个普遍的概念是从人们对待满足他们需要的外在物的关系中产生的”〔1〕。价值表示某种事物能够满足人的需要或者人可以从那里实现自己的需要,从而产生一定的意义和效用。人生活的目的在于追求价值。人和人类社会的一切行为,从修身齐家,到经邦治国,无一不受价值观念的支配。价值观念看不见,摸不着,但它潜移默化,无形地影响着人的行为选择,影响着人的行为效果。尽管在一个社会中存在某种主流的价值体系,这种主流价值体系对于个人的价值判断和选择具有导向和制约作用,但价值观念的主体仍然是能够独立思考和判断的具有个体性的人。具体到刑事审判活动而言,它是人类的一种社会活动,从事刑事审判的法官是代表国家行使审判权的,职业角色要求法官在履行审判职责时要公正,不能掺杂个人的利益和情感。但同时刑事审判活动结果的最终形成还必须通过法官个人的主观判断和逻辑思维,而刑事审判结果的公正与否很大程度上受制于法官自身的价值取向问题。所以在处理具体案件的时候,经常遇到这种情况,不同的法官,面对同一个案件,在定罪量刑的问题上会产生不同的意见,有时意见分歧还相当大。当然,绝大多数情况下法官意见分歧是正常的。之所以出现分歧,除了法官之间由于学识、阅历等因素造成对于事实、证据认定和适用法律的理解上存在差异以外,各自价值取向的不同更是一个重要原因。这一点在刑罚适用问题上表现得很明显。同样的犯罪,事实和情节也相当,在这个法官手里或者在这个地方的法院,就判处死刑,立即执行,在另一个法官手里或者在另一个地方的法院,可能就判死缓、无期徒刑。面对同样的犯罪,依据同一部刑法,却出现不同的判处结果,从法律的角度看,都在法定刑罚幅度之内,对于法官来说,两个判决都不属于错误,但对被告人来说,很难说两个判决都是公正的。问

〔1〕《马克思恩格斯全集》,第19卷,第406页。

题出在哪里？这就是刑罚适用的价值取向问题。

法官的价值取向之所以重要,是因为法官具有很大的法律解释权和自由裁量权。法律将定罪量刑的权力赋予了法官,就意味着将对法律的解释权和自由裁量权也交给了法官。马克思指出:“有没有一种法律能够由于内在的必然性,在每一个别情况下运用时必定合乎立法者的精神同时又绝对排斥一切任性呢?……只有极端愚昧的人才会提出这样的课题。法律是普遍的。应当根据法律来确定的案件是单一的。要把单一的现象归结为普遍的现象就需要判断。……要运用法律就需要法官。如果法律可以自动运用,那么法官也就是多余的了。”“法官的责任是当法律运用于个别场合时,根据他对法律的诚挚的理解来解释法律。”〔1〕

法官刑事自由裁量权的存在具有客观必然性,说到底这是法律不可避免的局限性决定的。任何刑法规范都试图具有普遍性、明确性和稳定性的特征,但一旦适用于具体案件,对普遍的人来说是公正的法律规范,可能对特定的人来说就出现不公正;本来明确的法律条文,可能由于犯罪现象的复杂性而变得模糊起来;面对不断发展的社会现实和观念,具有稳定性的法律规定从颁布的时候就已经成为落后的“死”教条;所有这些法律的局限性都需要法官在适用过程中,通过解释法律和自由裁量,才能实现法律自身的公平和正义,才能赋予法律“活”的生命和灵魂。

刑法是规定犯罪和刑罚的法律规范。从罪刑法定原则的要求来看,法官行使刑事自由裁量权的空间是有限的。对于哪些行为构成犯罪,属于立法范畴,必须通过法律加以明确规定,不容许法官随意解释和自由裁量。在刑事审判中,法官的自由裁量权主要表现在量刑方面。尽管我国刑法第13条的“但书”规定:“情节显著轻微,危害不大的,不认为是犯罪”,但这也主要是从是否应受刑罚处罚的角度给法官留出一定的自由裁量余地,本质上仍然属于量刑的范畴。我国刑法对法定刑的规定,一般都有一定的幅度。法定刑幅度不仅表现在有期徒刑和罚金刑的情况下,而且也表现在不同种类的刑罚(包括死刑和无

〔1〕《马克思恩格斯全集》,第1卷,第76页。

期徒刑)共同组成一个量刑幅度的情况下。因此,法官在量刑上的自由裁量权还是比较大的。

可见,无论是立法规定还是司法现实都对法官的自由裁量权提出了明确要求,而刑罚作为和平时国家使用强制力最严厉的方式,直接关系到公民的自由、财产、名誉甚至生命权利。这就必然对法官的法律素养和自身素质提出了更高的要求。那么,一个执掌生杀予夺之权的刑事法官除了应具备社会公认的做人人格和品格外,本身应当具备那些素质呢?首先,法官必须精通法律,这是最起码的要求。所谓精通,不是指能够熟背法律条文,知道哪些行为构成犯罪,应当判处多少年徒刑。这点本事只要不是文盲的人都会有。法官之所以成为法官,是因为他比一般人更加理解法律条文中包含的内在逻辑和深层理念,对刑事法律的价值蕴含有更加深刻的领悟,知其然,也知其所以然。其次,法官必须经验丰富。这里的经验,既包括渊博的知识,也包括生活、工作的阅历,这样才能使法官在作出判断的时候不会偏离社会生活的常情、常识和常理,所作出的判决,既在法理之中,又在情理之中。再次,法官必须道德高尚。这里的道德,不仅仅是指做人的基本道德,也不仅仅是指法官的职业道德,而是要求法官能够既超脱于个人的利益和情感,又超脱于当事人的利益和情感,在经常是相互冲突的两种价值中,理性地选择一个更加高尚的价值,那就是公正和公平。法官的道德在很大程度上就是指这样一种人文情怀。这些个人素质方面的因素,对于法官审判案件时作出正确的价值判断和选择都有直接的影响。

当然,保证每个案件的刑罚适用都能够有正确的价值取向不能单纯依靠法官个人的修养。党和国家及时制定和调整刑事政策,最高司法机关出台具有约束力的权威性规范和指导性文件,司法界和学术界开展理论研讨和学术交流,都可以促进法官们在量刑操作技术和刑罚价值取向上取得更多的共识,从而在全社会形成一种主流的刑罚价值体系,保障法官在刑事审判中正确运用法律赋予的自由裁量权,科学、准确裁量刑罚,以体现法律的精神和价值,实现刑罚特殊预防和一般预防的目的,取得良好的法律效果和社会效果。

道德高尚、法律精通、经验丰富的法官以及符合现代法治精神的

刑事政策为刑罚的正确适用提供了人力资源和政策保障,但只有这两点并不足以保证罚当其罪,罪刑相当,缺乏科学、合理的刑罚价值取向作为指导最终还是可能陷入重刑主义的泥潭,轻罪重罚,死刑泛滥。而要从根本上解决司法传统中根深蒂固的重刑倾向,除了必须强调继续坚持惩办与宽大相结合的基本刑事政策和综合治理的基本方针以外,在刑事司法中树立科学、合理、人道、文明的刑罚价值取向仍然是治本之策,刑罚价值取向的正当与否直接决定着刑罚适用的合理性、正当性。因此,在我国目前的刑罚适用过程中,应当着力强化以下几方面的价值理念:

(一)公正

刑事审判活动从理论上可以分为定罪和量刑两个基本环节,定罪公正和量刑公正都是司法公正的重要内容。定罪公正是量刑公正的前提和基础,量刑公正则是定罪公正的保障和重要体现,两者互相作用、互相影响,共存于司法公正的统一体中。而量刑作为刑事裁判的最终结果,是刑事审判工作法律效果和社会效果的集中体现,在刑事审判中具有特殊的地位和作用,量刑公正要求人民法院对犯罪人裁量、决定刑罚时要做到依法进行、罚当其罪、罪刑相称、公平裁判、不偏不倚。^{〔1〕}我国刑法第五条规定,刑罚的轻重,应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。刑法第六十一条中规定,对于犯罪分子决定刑罚的时候,应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度,依照本法的有关规定判处。司法公正 in 刑事审判领域很大程度上是通过量刑适度来体现。罪刑相适应原则是裁量决定刑罚的基本准则,也是衡量刑罚适用是否公正的最主要标准。刑法担负着社会保护和人权保护的双重使命,刑罚的适用必须在被告人所犯罪行和应处刑罚之间寻求一种平衡,也就是建立罪刑之间的价值均衡关系。不能为了某种形势的需要,或者为了平所谓“民愤”,就轻罪重判。应当树立量刑明显失度也是错判的观念,养成科学、严谨的量刑风范。

〔1〕 沈德咏:《论量刑公正》,载《中英量刑问题比较研究》,中国政法大学出版社2001年版,第2页。

(二)平等

刑罚适用人人平等原则对量刑的要求,不能作形式上的理解。平等包括两方面的含义:一是形式上的平等,二是实质上的平等。形式上的平等指的是平等适用刑罚,同罪同罚。但是,就像世界上没有完全相同的两片树叶一样,司法实践中也没有完全相同的犯罪。即使罪行基本相同,罪犯的个人情况往往也不尽相同,相同的刑罚对于罪犯的惩罚和教育效果也不一样,如果单纯追求形式上的刑罚平等,往往蕴含着实质上的不平等。边沁就提出:“不应该对所有罪犯的相同之罪运用相同之刑”。从法律意义上讲,平等是指公正无偏。因此,不能把刑罚平等绝对化。法律已经为法官在量刑时自由裁量提供了必要的空间,只要法官根据具体的案情及行为人的行为对社会危害的严重程度等情况的真实性判断无误,且不受法官审判意志以外的非法外在因素的影响,在法定刑的量刑幅度内决定宣告的刑罚,那就是公平的,也是公正的。

需要特别防止的是,一个时期与另一个时期之间、一个地区与另一个地区之间在量刑上的严重失衡现象。由于我国各地经济发展不平衡,一些相似的案件,在不同的地区量刑结果可能会有所差异,这是正常的,也是可以理解的。但也应该看到,量刑失衡仍是我们刑事审判工作中必须下大力气予以解决的一个重要问题。国外这方面的一些经验值得我们参考、借鉴。大陆法系国家和英美法系国家对量刑的具体标准越来越重视,美国联邦量刑指南委员会制定的《量刑指南》,列出了监禁等级表作为指导法官量刑的参考标准,避免对相似的犯罪适用过于悬殊的刑罚。我国目前的量刑标准和规则体系尚不完备,尤其是刑法修订后增加的许多新罪名,缺乏个案司法实践以及对这类犯罪量刑经验的科学总结。如何在以后的刑事审判工作中制定完备的量刑规则,更加准确地量刑,需要我们加强调查研究,进一步总结司法经验,逐步完善。

(三)效益

刑罚的效益是指在惩治和预防犯罪的活动中,要用最少的投入取得最大的经济效益和社会效益。刑罚适用的效益,必须具体化为刑罚在预防犯罪中的实际成效。刑罚是有成本的,刑罚适用、执行和刑事