

苏惠渔
张国全
史建三

——
量刑公正合理应用论

量刑与电脑

百家出版社

量 刑 与 电 脑

——量刑公正合理应用论

苏惠渔 张国全 史建三著

百 家 出 版 社

责任编辑：陈敬山

封面设计：陈华沙

量刑与电脑 苏惠渔 张国全 史建三 著

百家出版社出版 上海绍兴路 5 号

新华书店上海发行所发行 华东政法学院印刷厂印刷

开本 787×1092 1/32 印张 10.875 字数 24,000

1989 年 6 月第 1 版 1989 年 6 月第 1 次印刷 印数 1-7,000

ISBN 7-900000-87-9/D03 定价：4.00 元

引 言

定罪与量刑是刑事审判工作的基本内容和中心环节，在定罪正确的前提下，发挥刑罚最佳效益的关键则在于量刑的公正性与合理性。因此，以宏观而论，对基本类似的案件能否在刑法效力所及的范围内保障刑罚适用的平等性，保持量刑的基本平衡，是衡量一个国家或地区在刑事执法方面人治与法治比率的重要尺度；就微观而言，对具体的犯罪分子能否在量刑时把握最佳适度，是检验一个审判人员办案质量高低的重要标准之一。

量刑(亦可称刑罚的量定)是审判机关代表国家对于已构成犯罪的分子，依法裁量决定应服刑罚的刑种及其刑期的审判活动。从广义上说，对判处3年以下有期徒刑或者拘役的罪犯有条件地宣告缓刑，对判处死刑的罪犯有条件地宣告缓刑执行，对犯罪情节轻微不需要判刑的罪犯免于刑事处罚，也都属于量刑活动的体系之内。

量刑的必要性是以相对确定的法定刑的存在为前提的。如果刑罚的法定刑是绝对确定的，即法律对某一罪名只规定单一的、固定的刑种和刑度，那么对犯罪人适用刑罚就不存在“裁量”问题，只需要“对号入座”即可。如果对刑罚的刑种和刑度毫无限制，绝对不确定，那就成了随意擅断，更谈不上刑法意义上的量刑。我国刑法完全采用相对确定的法定刑，这就必须有审判人员的裁量作用以保证在具体罪适用刑罚上的罪刑相适应。

相对确定的法定刑为审判人员在量刑时规定了一个幅度。从整体上说，量刑具有一定的伸缩性和灵活性，然而审

判人员在具体审理某一案件时，在确定被告人有罪，并对犯罪事实、性质、情节和对于社会危害程度进行综合分析后所量定的刑罚，却必须是绝对确定的刑罚，具有绝对性。这样，就产生了审判人员在量刑时如何在相对确定的法定刑幅度内，作出绝对确定而又符合社会公正原则和刑罚目的的判决问题，也即如何在法定决策空间较大的范围内作出量刑公正合理的最优决策问题。

量刑公正合理的最优决策之难易程度与法定刑幅度之宽窄、审判人员裁量权之大小有着密不可分的关系。法定刑幅度越宽，审判人员的裁量权就越大，量刑公正合理的最优决策就越难以把握。和世界上许多国家的刑法典相比，我国刑法大都是侧重于宽幅性的量刑规定。宽幅性的法定刑规定的好处是适用性很强，对某一罪名的刑罚规定能最大限度地和实践中已经遇到或尚未遇到的各种行为方式及其不同的危害程度保持总体上的相适应。但审判人员因依法裁量的意识活动和体现由于政治素质、业务水平以及个体其他因素的影响而不尽相同，在具体裁量案件时就容易在宽幅性的法定刑内产生量刑上的偏差，从而导致量刑非公正合理现象。因此，如何在这些宽幅性的法定刑幅度内选择与犯罪相适应的刑罚，把握量刑公正合理的最佳适度，理应成为刑法学所必须重视的课题。

但是迄今为止，刑法理论界对量刑偏差的问题尚未引起足够的重视，对量刑偏差的状况、原因及其对策的研究，还是一个少有人问津的领域。而实践中所发生的、对常见多犯罪的量刑偏差问题，要求理论工作者对这一理应成为刑法学重点研究的问题，展开富有实际意义的研究，并用以指导实际办案。为此，笔者选择此题，尝试运用定性定量相结合的

科研方法，对量刑公正合理的标准提出自己的一孔之见，对量刑偏差的状况、量刑偏差的主要原因等进行了较为深入和广泛的调研和剖析；进而在此基础上对涉及量刑公正合理的理论机制如量刑基准点、量刑情节的定量及其动态研究等前人尚未涉足的领域进行了开拓性探索；最后拟运用现代科学技术将审判专家群体的量刑经验和上述量刑应用理论物化为量刑公正合理的现代化辅助工具，提出了建立全国统一的电脑辅助量刑专家系统的设想，并对电脑辅助量刑专家系统建立的必要性、可行性及其在促进量刑活动科学化、标准化中的地位和作用进行了论证。

目 录

引言	1
第一章 量刑偏差及其诸因素	1
第一节 量刑偏差的现状	1
第二节 量刑偏差的诸因素	11
第三节 量刑偏差的主要症结及其对策	22
第二章 量刑的公正性与合理性	24
第一节 量刑的公正性	24
第二节 量刑的合理性	33
第三节 量刑公正合理的标准	51
第三章 量刑公正合理的宏观研究	60
第一节 刑罚规定的合理化	60
第二节 量刑模式的最优化	76
第三节 量刑方法的科学化	88
第四章 量刑公正合理的微观研究	101
第一节 量刑基准点的确立	101
第二节 量刑情节中从重、从轻、加重、减轻的含义及其定量研究	109
第三节 多方案量刑情节的合理选择	125
第五章 电脑辅助量刑专家系统论	132
第一节 电脑辅助量刑专家系统概论	132
第二节 开发电脑辅助量刑专家系统的必要性	137
第三节 开发电脑辅助量刑专家系统的可行性	141
第六章 盗窃罪电脑辅助量刑专家系统开发实例	151
第一节 多方位的调查研究	152

第二节	调研结果及其分析·····	160
第三节	数学模型的构建和软件设计与调试·····	199
第四节	实例分析·····	203
第七章	故意杀人罪电脑辅助量刑专家系统开发实例·····	237
第一节	对故意杀人罪量刑的调查分析·····	237
第二节	对故意杀人罪量刑的法理研讨·····	245
第三节	故意杀人罪的量刑参考图表解·····	293
第四节	数学模型与电脑辅助量刑软件设计·····	311
第五节	实例分析·····	315
结束语	·····	336

第一章 量刑偏差及其诸因素

犯罪是一个十分复杂的社会现象，犯罪分子对社会造成的危害程度和他们本身的可改造程度亦千差万别，故绝大多数国家的刑法对各类犯罪都规定了一定幅度的法定刑，从而给法官依法据情合理裁量留有充分余地，以便保证对具体罪适用刑罚的准确性。但是，“由此正面却出现了较为严重的反面，即扩大了裁量权，敞开了量定刑罚中的畸轻畸重的破坏法制原则的大门。因此，法官的裁量权是确保刑法法制的锁头，同时也是违法擅断、破坏刑罚法制的钥匙，这个锁头和钥匙都是拿在裁判官手里的”。^①法官的裁量是法的意识的体现，尽管都是法官，但法的意识活动和体现因政策水平，业务熟练程度，抗外界干扰能力以及个体其他因素的影响而不尽相同，在具体裁量案件时就会产生量刑上的偏差。

第一节 量刑偏差的现状

量刑偏差的问题在世界各国带有普遍性。美国联邦司法判决委员会曾在几个联邦地区法院中进行调查，他们召集这些地区的所有法官开会，讨论对某一案件的判决，并且在实际科刑之前交换各自的看法。对芝加哥和纽约的研究表明，法官中有30%对于同样的被告是否适用徒刑的问题上表现出

^①甘雨沛、何鹏：《外国刑法学》上册，第537页。

不一致。法官中对于具体刑期问题上的不一致就更为严重了，芝加哥是37%、纽约是46%。对底特律法院的调查表明，在受理案件种类及数量基本相同的两个法官的判决中发现，甲法官科处被告20个月以上徒刑的占他全部判决数的75%，而乙法官则只占35%。量刑偏差的现象近年来愈发严重，迫使美国有关当局不顾一些人的反对，采取较为强硬的措施。为了使量刑趋于统一，美国的加利福尼亚州、印第安纳州、伊利诺斯州等率先制定了不同的确定判决规则，以限制法官的一部分权力。在明尼苏达州、宾夕法尼亚州以及犹他州等地区里，法官在决定判处监禁期限时，受到了判刑原则的制约。判刑原则是把某个犯罪的严重程度和某个犯罪人以前的犯罪历史、背景结合在一起，从而得出向法院建议的刑期。

为了保证确定性和权威性判决立法活动的准确性，美国于1977年开展了一次犯罪严重性程度的全国性调查。这次大规模的调查对60000名18岁以上的公民进行，调查内容是公众如何排列一批犯罪行为的严重性程度。每一个参加调查的公民都拿到一份对犯罪行为及其结果描述准确的调查表，例如，有一项示例是：“行为人偷了一辆停放在大街上的自行车”，填写人被告知，这一犯罪行为严重性程度的指数是“10”，然后，再把表中所列的其他犯罪行为的严重性程度和偷自行车的窃贼进行比较。如果某一犯罪行为的严重性程度被认为是偷自行车行为的2倍，那么对某一犯罪行为的严重性程度的评分就是“20”，如果是4倍的话，就评定为“40”。以此类推，汇集60000名填写者对各种犯罪行为严重性程度的评分，形成了一份数百种形式各异的犯罪行为严重性程度的指数表。犯罪学者和研究刑事审判的专家对这一调查方法及其结果表示了极大的兴趣，认为这种社会评价为刑事审判实践

如何适应社会需要提供了一种测量方法，且能在机智方面帮助缺乏刑事审判经验的法官，同时对于确定性判决的立法活动是极有参考价值的。不久，这种调查方法又在法官和律师中间展开，并取得了较为满意的效果。

之后，美国联邦政府于1984年制定了犯罪综合法案。该法案的两个重要内容：一是实行“强制量刑”，创设许多法官必须遵守的纲领，以免除法官的许多自由裁量权，使审判工作不再过于麻烦和累赘；二是设立联邦审判委员会，希望借此提高审判的公平性与同一性，以消除各法院判决上的严重差异性。1987年11月1日，美国联邦量刑准则正式生效，对联邦法律规定的罪行实行统一的惩罚，以避免各级法院对同一犯罪行为予以不同的处罚。新准则将联邦法律规定的犯罪行为分为43个等级并规定相应的刑罚，要求法官们必须按照统一标准判刑，如法官认为某一罪行需要加重处罚或减轻处罚，必须有陈述其理由的书面报告，如果法官无法解释偏离原定刑期时原因，就将构成判处的刑期无效并要对被告人重新判决的理由。

在苏联，同样存在着量刑非公正合理现象。据一些学者的调查研究表明，刑罚的严厉性程度在不同的地区呈现出巨大的差别。一些地区剥夺自由刑的比例比另一些地区高得多，而且在期限方面的差别有时达到30%—40%，上述差别并非基于犯罪结构（比如严重犯罪的增多）和犯罪人情况（比如基于惯犯和逃避从事有益于社会劳动者的数量）的不同，而是由于法官的不同而形成的。为了证实这一点，调查者在不同的加盟共和国的两个地区选择了一些因相同的流氓犯罪被判处剥夺自由的刑事案件，根据被告人的不同情况分为2个组。第1组：（1）没有前科的，（2）在日常生活中表现较好

的，(3)对工作或学习认真负责的。第2组：(1)有前科的；(2)在日常生活中表现不良的；(3)对工作或学习玩忽职守的。调查结果表明，甲地区的流氓罪犯被判处剥夺自由的平均期限，第1组为2·46年，第二组为2·84年；在乙地区相应为2·06年和2·14年。

在适用其他刑事法律措施的实践中也存在很大的“剪刀差”。比较适用缓期执行判决的数量表明，1985年在两个地区中一个超过另一个近5.5倍，然而，无论是未成年人实施的犯罪行为数目在犯罪率结构中所占的份额，还是排除适用缓期执行的犯罪份额，都不能说明上述对比关系。可见，刑罚的不一致性和量刑的偏差是确实存在的，而这种差异并不是出于客观标志。

苏联最高法院院长在1987年的一次电视讲话中透露，在刑事判决中，不得不做重大调整的案件已上升到4%—5%。为此，苏联最高法院举行全体会议，强调要正视法院工作中的严重缺点和错误。据分析，出现量刑偏差除了法官的责任外，外来的干预也是影响量刑公正合理的重要原因。一份调查材料表明，在70年代，受到来自“旁边”和“上面”压力的审判员，占被调查的审判员总数的10%，而80年代这个比例上升到25%。

近年来，苏联除了进一步贯彻量刑公正原则，保障公正地运用刑罚外，还开始了司法机关的改革工作，其主要内容是严格判案的个人责任，增强司法的独立性，减少外来的干涉，加强司法队伍的建设，完善司法干部的培训。

在英国，刑罚的适用不被看作是一个由立法机关解决的问题。立法机关除了给每种犯罪规定最高刑期外，不会再以其他任何方式限制法官的自由裁量权，然而鉴于量刑偏差的

情况日趋严重，改革量刑的呼声也随之而起。内政部研究小组的罗杰·塔林写了一个题为《在治安法院里的判刑实践》的新的研究报告，揭示了遍及英格兰和威尔士23000名治安法官组成640个小审判庭的地方执法体系在量刑中的种种差异。同一时期有一批指导刑期改革的研究项目引起了人们的重视。1978年刑罚制度顾问委员会公布了一份报告，^①在这份报告里包含有对严重犯罪的最高限度法定刑期实行根本改革的建议。同年由大法官办公室设立的一个工作小组公布了对法官和其他判刑官员实行正式训练的一系列建议。

此外，在加拿大、澳大利亚、新西兰等国，也先后对量刑偏差的情况进行了规模不等的调查，揭示了在许多类似案件里刑罚不一致的现象。量刑偏差的程度之严重，迫使许多国家纷纷建立司法判决委员会，量刑委员会等协调量刑的组织。为量刑的自由裁量权的统一行使制定一些指导原则和实施细则。

从决策学的角度来看，问题的存在是一切决策活动的发端。用诺斯罗斯教授的话来说：科学家进行工作既不应从事实开始，也不应从演绎推理和假设开始，而必须从问题和发现问题的现状开始。^①所谓问题，从现代管理学的角度来看，是应有现象和实际现象的偏差。从系统动力学的角度出发，所谓问题是系统现有状态和期望状态的差距。

量刑偏差的有无及其程度可用下列公式表示：

$$X(\text{量刑偏差}) = \frac{S(\text{实际量刑差异})}{Z(\text{主观容忍的量刑差异})} - 1$$

当 $S \leq Z$ 时， $X \leq 0$ ，表示实际量刑活动和人们的主观愿

^①姜圣阶等：《决策学基础》，中国社会科学出版社1986年版，第77页。

望相符，不构成偏差；当 $S > Z$ 时， $X > O$ ，则表示实际量刑活动已超出了人们主观愿望所允许的误差，量刑偏差已成为一个问题。

我国刑法从1980年施行至今已有8年，从总体上看，各地审判机关和广大的审判人员都能坚持以事实为根据，以法律为准绳的办案原则，针对犯罪分子的犯罪事实、性质、情节及其对社会的危害程度予以准确量刑。但是在看到主流的同时，也应该实事求是地看到量刑活动中的缺点和不足，正如原最高人民法院院长郑天翔在全国法院院长会议上的讲话和在六届全国人大五次会议上所作的工作报告中指出的那样：“在打击严重破坏社会治安的犯罪活动方面……个别时候，个别地区也存在缺点。如有的案子判刑偏低了，偏高了。”“在打击严重经济犯罪活动方面，确实存在打击不力，手软的问题。”①“有些法院干部对宪法和法律法规学得不好，不熟悉，有些案子办得质量不高。”②笔者曾收集了近年来报刊杂志对一些量刑偏差案件的报道材料，自己也作了一些调查统计，尽管这些材料尚不足以反映量刑偏差现象的全貌，但是我们仍能从以下几个侧面对量刑偏差的程度和范围作一个接近于客观实际的分析。

（一）调查表明，在刑事审判活动中，量刑偏差是一个比定性失误更值得重视的问题。以北京、沈阳、西安等办案质量较高的城市为例：北京市中级人民法院刑二庭自1980年至1986年，共改判案件576件，其中纠正原判适用法律及量刑不

①郑天翔：《在全国法院院长会议上的讲话》，见《人民司法》1986年第4期。

②郑天翔：在六届全国人大五次会上的《最高人民法院工作报告》，见1987年4月7日《中国法制报》。

当或公诉人提起抗诉、自诉人提起上诉而加重被告人刑罚的有414件，占全部改判案件的75.3%。①沈阳市中级人民法院1986年在二审过程中撤销原判予以改判的案件共36件，占全年二审结案的10.7%。在改判的案件中，属于科刑失当和适用法律不当的有20件，占改判案件总数的55.6%。②西安市中级人民法院调研室和刑一庭对1985年1月~10月市、区县两级人民法院审理的44起经济犯罪案件进行重点检查。其中14件在定性量刑上有问题，占检查总数的31.8%；属于量刑偏轻、偏重和畸轻的有12件，占有问题的案件总数92.9%。③上述情况表明，在定罪量刑有问题的案件中，量刑偏差的问题更为突出。

(二)相对于畸轻畸重的案件来说，偏轻偏重的现象更为普遍。需要说明的是，根据有关精神，量刑偏轻、偏重的案件一般不再改判，而这类偏轻偏重的案件数则比畸轻畸重的案件数多得多。据一部分中级人民法院刑二庭受理上诉案件的审判人员反映，尽管二审法院对有些上诉案件作了维持原判的裁定，但并不能完全说明一审法院的量刑结果是十分正确的。从地区平衡的角度、从犯罪人的犯罪事实和情节是否和所判刑罚完全适应的角度来看，维持原判而又偏轻偏重的现象是客观存在的，这类案件数要比因畸轻畸重而改判的案件数多得多也是肯定无疑的。通常而言，畸轻畸重的偏差程度比偏轻偏重严重。因为前者是指超法定刑幅度的违法量

①见1987年6月4日《中国法制报》。

②沈阳市中级人民法院调研室：《基层法院审委会讨论刑事案件应注意……》，见《人民司法》1987年第8期。

③西安市中级人民法院调研室刑一庭：《对经济案件判处情况的检查》，见《司法内参》1986年第3期。

刑，而后者还是在法定刑幅度内，只是根据被告人的犯罪事实、情节和社会危害程度，所量定的刑稍重或稍轻了些。但是这种认识并不具有绝对的意义，在有些条件下，偏轻偏重的偏差程度要甚于畸轻畸重。例如，根据某流氓罪犯的犯罪事实和有关量刑情节，在7年以下的法定刑幅度内判处6年有期徒刑是适当的，如果判处8年有期徒刑，就属于畸重，因为它超出了法定刑幅度。如果判处1年有期徒刑，自然属于偏轻之列，因为它仍在法定刑幅度之内。而从偏差程度来说，畸重和适当的刑期相差2年，偏轻和适当的刑期却相差5年。再说，一部分地区或一部分审判人员对刑案的处理偏轻，而另一部分地区或一部分审判人员又处理得偏重。量刑不平衡的现象自然就难以避免，刑罚的公正性、合理性和严肃性也就必然受到损害。例如，某省辖市看守所关押着全市五个区的在押人犯，有些人犯的犯罪事实与性质雷同，结果量刑差异较大，于是量刑低的说自己是“平价”（“官价”）的，量刑高的说自己是“议价”的。甚至在一些审判人员的私下交谈中，也不乏有把量刑和自由市场相提并论者，讽刺性地把量刑不平衡现象喻为“一个市场一个行情。”

（三）从量刑偏差的分布情况来看，主要集中在那些常见多发且法定刑幅度较大的罪名上。有的学者曾在一段时期内将《人民司法》、《北京司法》、《上海司法》、《辽宁司法》、《河南司法》、《广东司法》等司法期刊中披露量刑偏差的案例予以收集，并对分布情况作了统计分析。在量刑偏差的总数中，盗窃占20.89%，伤害占17.91%，流氓占13.44%，强奸占8.95%，杀人占7.46%，投机倒把和诈骗各占4.48%，贪污和抢劫各占2.99%，受贿占1.49%。上述10个罪名合起

来占总数的85.75%。①

(四)就类似案件的比较而言,在同一时期甚至同一地区内对一些犯罪事实、情节及危害程度基本相同的被告人所量定的刑之轻重悬殊的情况屡见之于报端。例如,对参加抢夺一次、情节一般的被告人,按理都应在5年以下的幅度内量刑,但也有被告却因此被判处无期徒刑。②又如,两个被告人作案时间在同一时期,地点在同一个省、同一个地区,盗窃相同的物品,且价值亦基本相同,原先都有过一、二次偷摸行为,然而对这两个被告人的处理却出人预料,一个被判刑2年,一个则被判刑10年。③如果说上述比较所得出的量刑非公正合理现象因为各案的特殊性还掺有水分的话,那么列举一些对同一被告人所犯之罪行,人民法院先后运用不同刑罚的事例,可能更令人信服。据报道,辽宁省抚顺县一农民故意伤害他人致死一案,先后两个量刑结果分别为5年和15年。④辽宁省盖县的陈戈等12名流氓罪犯,欺男霸女,横行乡里,强奸、侮辱女青年50多名,一审仅判处主犯有期徒刑1年半,二审依法处其有期徒刑20年,⑤两个量刑判决竟相差18年半。《最高人民法院公报》1985年第2号公布的孙明亮

①吴宗宪:《量刑不当的心理分析》,见《首都公安》编辑部编印的《犯罪心理学研究与应用》,第387页。

②河南省开封市中级人民法院:《通过评查搞好刑事申诉工作》,见《人民司法》1985年第9期。

③史建三:《从定罪量刑的差异看法律应用技术的开发》,见《法学》1987年第2期。

④张佑相:《一起重罪轻判案件纠正的始末》,见《人民司法》1985年第9期。

⑤刘文超、陈国荣:《“二陈”落网记》,见《共产党员》(内部发行版)1986年第1期。