

对常见犯罪量刑基准的经验分析

王利荣*

内容提要：确立量刑基准旨在厘清量刑步骤和常见规则。个罪基准刑的确定应当以司法解释、法院量刑指导意见中类型化经验和指导性案例中具体经验为基础；基准刑对应的基准事实应是既遂状态下反映该罪特有手段或者实害程度的事实；基准刑即使重合于法定刑中间线也不宜确立中线论的指导地位。选择确立常见犯罪的量刑基准不仅是回应现实需要，借此划分等重线，还能避免因过度技术化而反受其累。

关键词：常见犯罪 基准事实 基准刑量 等重线

量刑是由来已久的法律活动，这个社会却至今没有读透其间技术方法与法律规则、实践智慧间的应然关联。在一个理性社会，既应找到解决疑难刑事案件的标准，更应实现一般意义上的公正量刑，因为量刑结果的不可预测只会令正义、秩序等价值遁形，没有规则 and 标准也必将事事存疑，处处受阻，为此立法者一直在精心打造系统完整、层次分明的法定刑体系。而在往返规范与具体事实间寻找个案的法的过程中，我们很快获知法律追求的平等其实并非数值可计算的平等，这种基于比例、几何的与关系的平等〔1〕存在极大变数，原因是渗透于量刑中影响因子及其复杂关联时常超出人们预想，真正的难题得靠主审法官在刑法框架下和具体案件中解决，于是法官的良知和智慧成了实现量刑公正的最终希望；直到继续追问两者如何互动，那些能定型法官常规做法和具体实现法律要义的技术方法才浮现出来，它们介于两者结合地带，比规范直观、比个案做法抽象，用之得当是联通两者的桥梁，反之会偏离规范或瓦解个案裁量基础。制度制衡连同人的理性能力在这个敏感而有限的空间受到极大的挑战，量刑方法体系的生成、运用至今未被刑法理论和制度实践清晰解答，尽管量刑基准存在于司法思维之中〔2〕，作为地方性和历史性的知识或工具，它的作用却至今仍未真正定位。在我国，一些法院部门细化量刑基准的做法和方向亟待理论考量，理论方案又缺乏制度验证，致使量刑技术的运用长期徘徊于初始阶段。

一、何以取法于经验

个案裁量中，法官在刑法框架下会根据不同需要运用标准，找到量刑规律显然须对其有所梳理。法官确认行为人有罪后，可以根据刑法规定的罪质罪量找到对应的刑罚空间，却不能直接得

* 西南政法大学教授。

〔1〕 参见〔德〕考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，法律出版社2005年版，第238页。

〔2〕 参见周光权：《法定刑的配置》，中国方正出版社2000年版，第154页。

知其具体刑量，即使同一罪名有多个法定刑幅度，每一幅度框定的仍是涵括所有情形的处罚空间，除非该犯罪对应绝对法定刑或存在免于处罚情节可简化步骤，此时法定刑设置对于其量刑已没有多少帮助，他在裁量刑罚时自然而然会参照自己或同行先前做出的相同犯罪包括相似情节运用的裁量结果；很多时候，他还预定一个刑量作为运用量刑情节的基础；假设主审法官试图在更广阔视野、更深层面上清晰量刑规律或弥补法定刑的缺陷，他不仅须有明确的价值选择，通晓相关学说观点，梳理刑法规范及解释的内涵，还须比较相关罪名的罪刑结构，按其法益侵害程度辨明罪与罪的等重线，甚至那些先于个案判决存在的源于其他罪名法定刑的进入线也可能帮其找到参考标准。对此，就近观察分析明显有助于我们认清复杂的实践论证过程。

涉及量刑基准的理论观点大致有二，并且大多立足于实证分析。

第一，量刑基准是法官直接找到宣告刑的参照标准，有平衡个案结论的作用。日本学者中有人将其理解为先于个案存在的对应犯罪事实和行为人因素的经验刑量，是长期审判实践经验蓄积而逐渐形成的“量刑幅度变化值”。〔3〕我国大陆地区（下文简称我国）学者的相同观点是，“从法定刑与宣告刑的关系入手，提出需要为每一法定刑找出基准点，可以提升量刑的可操作性和精确度”，并认为刑事发案率是确定量刑基准的参照因子。〔4〕

第二，量刑基准的作用是细化量刑层次和清晰情节适用。德国学者认为“由行为人实现了的犯罪构成要件的刑罚幅度，为确定制裁指明了最初有约束力的方向。”“这就向（往往是很宽的）刑罚幅度提出了一个切入点问题，该点所以有意义，是因为只有从其出发始可确定加重处罚和减轻处罚的影响。”〔5〕另言之，“量刑的罪责与法官进行量刑的起点性行为构成有关，与那些在具体案件中对刑罚严厉程度有重大意义的全部因素有关。”〔6〕此时由于刑罚的上限对应的是“罪责”即行为责任，行为人因素明显被置后评价。我国学者定位基准刑大多与其类似，其中较有影响观点认为，量刑基准指“对已确定适用一定幅度法定刑的抽象个罪，在不考虑任何量刑情节的情况下仅依其构成事实所应当判处的刑罚量。”〔7〕论者之所以隔开复杂的量刑情节运用尤其排除运用反映犯罪形态的情节确立基准刑的可能性，无外乎是要清晰量刑起点和步骤，这在我国量刑程序缺损和刑事判决说理不足的情形下极具现实意义，因为如果把未遂、从犯等修正犯罪的“构成事实”对应量刑基准，后者必是一个模糊区间。加之论者强调只有实证方法才能找到基准刑，它因此得到了司法部门的青睐。另一观点以以上基准事实很难被找到为由，把量刑基准定义为“某种犯罪各组权威示范性案例样本之间相互独立的平均刑量。”〔8〕显然，即便经论者解释，理解这一由诸多技术缩语组成的概念仍须花些气力，但其对前一观点的判断是准确的，强调对基准刑的客观求证也值得称道，而且如果笔者没有误读其所谓“构成事实”，论者想寻找的是那些存在于先前判决中对应于触犯同一罪名且同一法定刑幅度的犯罪事实以及包括了罪中情节的平均刑量，这就更能回归罪刑均衡的本义，其作为其他情节适用的轴心似更得当。不过，它的缺陷同样明显：（1）量刑基准被视为一个被发现的法，即法中之法，从多幅度分离从重从轻的情况将其格式化，都会带给司法实践更大的困扰；（2）这一基准的发现严格前提，即示范案件个案量刑说理层次清晰、样本足量，现阶段显然不具备这些条件，加之其量刑步骤并不清晰，结论是否准确同样值得置疑。论者自行验证失败也表明在具体总结量刑经验的基础上运用统计分析方法，才

〔3〕 参见〔日〕大谷实：《刑事政策学》，黎宏译，法律出版社2000年版，第177页；〔日〕曾根威彦：《量刑基准》，载苏惠渔、西原春夫主编：《中日刑事法若干问题》，王亚新等译，上海人民出版社1992年版，第61页。

〔4〕 参见郑伟：《法定刑的基准点与量刑的精雕细琢》，《人民司法》2003年第7期。

〔5〕 〔德〕汉斯·海因里希·耶赛克等：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第1044页。

〔6〕 〔德〕克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论（第1卷）》，王世洲译，法律出版社2005年版，第573页。

〔7〕 周光权：《量刑基准研究》，《中国法学》2000年第1期。

〔8〕 白建军：《量刑基准的实证研究》，《法学研究》2008年第1期。

具实践意义。

我国法院系统普遍认同在清晰量刑步骤意义上使用量刑基准。^{〔9〕}目前量刑基准不只是隐现于主审法官的思维层面，江苏、山东、上海等地法院量刑指导意见都已明确它的作用。比如江苏省及所属泰州市、姜堰市三级人民法院制定的指导意见都明确要求，刑事法官“为防止量刑失衡，应当确立各罪的量刑基准。”量刑基准具体指“对已确定适用一定幅度法定刑的个罪，在排除各种法定和酌定情节的情况下，仅依其一般既遂状态的犯罪构成的基本事实而应判处的刑罚。”后两个法院还分别确定了30至32个常见罪名不同法定刑幅度内的基准刑，以此制衡量刑。制定规范性文件只是整理量刑思维的初始阶段，各种文本中有创见的规范要求有待予以确认；30余个犯罪基准刑的确立根据有待阐释，司法如何弥补立法不足须予拓展；有些做法值得检讨。而桌面理论明显不能承担重任。值得注意的是，那些悖于逻辑和经验的文本要求往往发生在对基准刑的类型化概括，以及确定减轻加重构成对应的基准刑方面，这不仅表明指导者忽视基层司法经验难有正果，也暴露了划分法定刑等级的立法缺陷和量刑学说的苍白，进而对这些文本的去粗取精、去伪存真，得有司法经验在场。

况且，确定量刑基准和清晰量刑步骤是法律人共谋的结果。量刑既然是刑事法实践，那么无论是在诉讼还是在理论平台上形成质辩与对话，目前除了运用一套法律人通识的符号语言、经验式论述方式，为发现个案的法打造一套知识工具，没有更好的选择。

也正是以经验分析为基础，本文将一般量刑基准界定为：对已确定适用法定刑幅度的个罪，对应于既遂状态下反映该罪手段特点或者犯罪实害程度的事实所预定的量刑。特殊情形下，量刑基准指个罪法定刑等级间上一幅度的下限。

二、何以隐化犯罪构成择取基准事实

本文对量刑基准的界定没有超出我国量刑学说中的主要因素论，即择取最能反映本罪特征的因素为基准事实，但淡化犯罪构成概念讨论基准事实，须予清晰交代，否则有整体分离定罪量刑活动和倒退量刑学说之嫌。

有很多理由支持以犯罪构成标准择取基准事实。笔者也曾经深信这一点。从学说结构看，刑法理论既然自称是最精密的法科学，犯罪构成学说又是其核心理论模块，那么以基本犯罪构成框定基准事实且对应基准刑，加重或减轻构成也有相同作用，似是必然结论；从规范要求看，刑法第61条规定应当根据犯罪事实、性质、情节和对于社会危害的程度适用刑罚，这似乎揭示了构成事实的基础作用，因为此处构成事实与情节各有所指，基准刑量对应的构成事实具有完整性，情节作为片断事实用于调整刑量，其整体与局部的关联能递进评价罪质、罪量与对应的刑度。从司法思维规律看，循着定罪量刑进程贯通适用一套标准，行为人责任评价不致偏离行为，由常模到特殊情节评价也符合认知规律。至于法院及法官也在抽象层面上普遍强调这一点。

然而，深入探讨具体个罪量刑基准，以上分析结论遇到了挑战。事实上，用以定性包括定型犯罪的理论模型并不总能为量刑提供思路：第一，在刑法分则条文指引下，运用所谓基本或派生构成事实寻找相应的法定刑等级是在幅度内确立基准刑量之前的步骤，据其继续寻找基准刑量就得从标准事实中分离基准事实，因为根据刑法分则的“抽象事实”对应个案事实可以概括评价行为性质和确立法定刑等级，但经其标准化的事实仍包涵了反映不同罪量的丰富的个案情况，可见指望沿用应定罪需要确立的范式清晰量刑的起点是不够的。对此，有人提出了相似的看法，

〔9〕 这与德国司法情形有些不同。德国法院有判例否定在法定刑内确定基准，潜在原因是“正确的起始点的艰难的审核，（使得）上诉法院的负担过重”。详见前引〔5〕，耶赛克等书。

“以往多数研究以假设存在的无从重或从轻情节的抽象个罪为分析对象，通过计算已决个案宣告刑的算术平均数来代表量刑基准。或直接对法定刑进行分格来确定基准。由于这种假设的抽象个案在司法实践中是不存在的，所以获得的量刑基准往往不具有实践意义。”^{〔10〕} 第二，作为规范刑法学的产物，修正犯罪构成是特殊形态下行为定性的根据，它不象基本和派生构成那样能够指示法定刑幅度，因此在完成修正定性后，反映犯罪未完成、主体责任能力、共犯等形态的情节被归入量刑情节。如果从决定基准刑的构成事实中明确排除这些情节，那么用构成事实模糊指代基准事实就不如直接界定后者；如果将其包涵在内，这类情节的从宽程度就得先于基准刑确定，而问题是它们并不都取决于自身特性，还可能受制于其他因素，^{〔11〕} 这无疑加大了确立基准刑的难度。此外，所谓“构成”事实往往令人们的注意力集聚于定性和定型犯罪的标准及其演绎的过程，忽略了“事实”的主语地位，甚至忘记“并非生活为概念而存在，而是概念为生活而存在”。^{〔12〕} 进而一个应用标准被拉向抽象层面，标准对应标准反而会阻碍法官的眼光在规范与事实之间往返。

因此完成有罪认定后，应当将反映具体犯罪危害程度的手段与结果作为量刑基准。

以下立法引导和司法解释中可以印证这一点。第一，根据刑法分则规定，行为人容认且已发生的结果决定了对危险犯的加重处罚；行为人应当预见且已发生的特别严重后果决定了部分过失犯罪的加重处罚；行为实害程度普遍决定对侵犯人身权利的犯罪人的处罚程度；数额是提高破坏市场经济秩序、侵财性、涉毒及贪污贿赂等犯罪法定刑等级的依据；部分侵犯人身权利、妨害社会管理秩序等犯罪的处罚中，手段因直接标示其对社会心理秩序的破坏程度而具有定基作用。归言之，对应法定刑等级的典型事实通常是手段和结果尤其是犯罪数额。刑法总则中反映未完成形态的因素不直接对应法定刑，既遂作为常态处罚方式和客观结果状态对应的刑量通常是这类情节适用的起点。第二，最高人民法院对具体犯罪定性定量的司法解释致力细化以上立法内容，比如有关抢劫罪、盗窃罪定性处罚的司法解释是这类解释中最详尽、最系统的文本，它们均将具体犯罪数额及计算方法、手段方式、物质损害及其他危害后果等作为重点解释内容，以此在刑法与个案经验间搭起桥梁，其紧靠刑法且对个案经验做类型化处理，因而能够反映量刑规律。第三，各种量刑指导意见中，对应个罪基准刑的事实也是反映该罪特点及危害程度的手段与结果。^{〔13〕} 以姜堰市人民法院量刑指导意见为例，该意见确定 32 个罪名对应基准刑的事实分别是：（1）犯罪数额，盗窃、非法持有私藏枪支弹药、生产销售伪劣产品、诈骗、贪污贿赂、走私贩卖毒品等 19 个犯罪，均以此为基准事实；（2）其他犯罪结果，反映交通事故死伤和物质损失、故意伤害、强奸人数、引诱容留介绍卖淫次数及人数，玩忽职守和滥用职权造成人身或物质损害等程度的事实，均是基准事实；（3）犯罪手段，抢劫、妨害公务、聚众斗殴、寻衅滋事以具体手段方法为基准事实；（4）兼而有之，抢劫、聚众斗殴等犯罪中，手段、结果都是可供选择的基准事实。

以此确定基准刑也符合由客观到主观、由现象到本质、由一般到特殊的认知规律。首先，将

〔10〕 李安：《刑事司法视野中的量刑基准》，《法治研究》2007年第2期。

〔11〕 比如未成年人犯罪应当从轻还是减轻处罚，很多时候取决于犯罪危害程度。另外，所谓的构成事实的标签极易让人们在量刑中有意无意分裂理解同一事实。比如基于杀人故意用极其残忍手段致使被害人完全丧失生活自理能力的，法官就有理由据此不以犯罪未遂从轻处罚。而通常人们把未遂事实视为构成事实，把未遂导致的结果视为非构成事实，于是非构成事实似乎决定了构成事实有无实际作用，这反而让人自困其中。去标准化，造成结果的未遂反而被整体理解。

〔12〕 耶林语。转引自〔德〕科殷：《法哲学》，林荣远译，华夏出版社2002年版，第218页。

〔13〕 三级地方法院中省级法院的量刑规则是最具宏观指导性的。以江苏省高院量刑指导规则为例，它的量刑基准概念与确立方法之间的逻辑矛盾是非常明显的，除数额型犯罪中数额是这类犯罪的构成基本事实外，一般情形下，以中间刑度或中间刑种作为确立量刑基准已表明不必追问什么是基准事实，这就架空了其先前做出的量刑基准的定义。更重要的是，它没有涉及具体个罪的基准刑，指导意义就更小。这一现象似乎暗含了一种司法规律，在强调刑罚个别化的当下，指导法院制订的量刑指南更宜采取案例指导的方式，基层和中级法院则可以采取相对系统的量刑规则。

犯罪危害程度或手段对应基准刑量，便于找到过失犯罪、法定刑等级单一且幅度较小的犯罪的宣告刑，并能为评价行为人罪过程度和运用行为人因素奠定客观基础。由于确立量刑基准只是步骤之一，反映犯罪动机、目的甚至反映某种复合罪过状况的情节都可以后续调整刑罚力度，因而没有客观定罪和偏重某一情节作用之虞，相反它有利于完成对行为人犯罪意志程度的准确评判，保证情节运用的连贯性和可操作性。其次，这样做不会分割犯罪事实评价。物象事实不受任意涂抹和变形有两个作用：避免遗漏量刑情节的运用，由于基准事实具有先在于个案事实存在的常态特性，只要个案事实中手段或结果程度没有被足量评价，其作为调整刑罚的因素就仍会被提取；同时避免情节的重复评价，反映犯罪主客观程度及行为态度的情节适用层次清晰，有助于法官准确甄别诸多从重从轻情节。再次，便于清晰情节犯的量刑步骤，在刑法分则概括性条款中，将其用于确定所谓“情节犯”量刑基准的事实，从手段中找到对社会心理秩序的危害程度，从具体实害分析对法益实际侵害程度，可以做到标识明晰、定位合理。

由此可见，将犯罪构成视为量刑前的规范概念，根据手段和结果作为基准事实，理论意义是适度分离刑罚论与犯罪论，揭示刑罚适用规律，实践意义是提示法官确信自身经验，避免因某种误导陷于盲目、被动状况。^[14]

三、何以在历史起点上确立基准刑量

在历史起点上清晰基准刑量仍是确认经验的主导地位，因此中线论不足为取。

国内外量刑理论中，以法定刑中间线为量刑基准自成一派。据德国学者介绍，德国有人认为应“选择规范的平均值，亦即实现构成要件的平均严重程度作为理想的切入点。”^[15]早些时候我国有学者认为，“如果某罪的法定刑只有一种，并规定有一定幅度的，从重的应在最高与最低法定刑幅度的二分之一以上判处，从轻的在二分之一以下判处。如果某罪法定刑规定有两种以上刑罚的，从重应按次重或最重的刑罚判处，从轻的按二分之一以下判处。”^[16]现阶段，主张情节积分制的量刑方案，在完成对无期徒刑和死刑的系数折算后，实质上是把法定刑幅度的等分线作为情节适用的基准刻度。^[17]有人则明确主张应以中间刑为基准刑的最高点，下浮一定百分比作为最低点，形成量刑基准区间。^[18]还有学者以自己的统计数据接近于等分线或法定刑幅度中间值的现象形成了中线论的支持。^[19]我国司法实践中，中线论也很有影响力，江苏省高院《量刑规则》要求，非数额型的一般犯罪以法定刑中间刑度或刑种为量刑基准，法定刑为两个刑种的以其结合点为量刑基准，法定刑三年或五年有期徒刑以下的有所微调。山东省高院确定的基本方案是在中间刑度上下浮动六个月确定非数额型犯罪的量刑基准。具体方案是：某罪法定刑幅度仅为有期徒刑的取中间值，但如果某罪法定刑幅度由七年以上有期徒刑、无期徒刑或死刑等多刑种组成，中间刑是无期徒刑，然后将其换算为20年有期徒刑，得到的量刑基准为13年10个月到15年有期徒刑。^[20]至于笔者问卷调查和访谈刑事法官时，中线论也被他们显性或隐性认同。

[14] 从两层意义上看，确定基准事实不只是为了清晰常规思维的步骤，而且是为了解决特殊问题。比如盗窃珍贵文物未遂须予定罪量刑时，由于其最高法定刑等级对应事实是盗窃珍贵文物且情节严重，因而比照既遂找到法定刑等级是有难度的；至于犯罪实施后，行为人恢复原状或赔偿无论作为出罪情节还是从宽情节，都可能颠覆基于行为的评价规则，这就需另行确立适用规则。

[15] 前引[5]，耶赛克等书，第1045页。

[16] 李光灿：《中华人民共和国刑法论》，吉林人民出版社1984年版，第356页。

[17] 参见赵廷光：《量刑公正实证研究》，武汉大学出版社2005年版，第279页以下。

[18] 参见王恩海：《论量刑基准的确定》，《法学》2006年第11期。

[19] 参见白建军：《量刑基准的实证研究》，《法学研究》2008年第1期。

[20] 参见谢萍：《关于确定量刑基准方法的新思考》，《法学论坛》2005年第4期。

中线论为省级法院普遍接受的原因还有：第一，量刑标准简便易行，直接从法定刑幅度的中线择取基准刑虽非良策，它作为权宜之计却比经验估量更容易掌控，以此推理遭遇的阻力也更小一些；第二，指导者要在较大区域统一量刑步骤，以其作为非数额性犯罪的量刑基准最省时省力，通过司法统计和分析论证确定具体犯罪的基准刑则是长期细致繁琐的工作，这对于希望看到结果的法官们来说“远水解不了近渴”；第三，在审判法院，法官岗位的流动导致量刑经验破碎而零散，即便审判部门能够掌握判决数据和岗位人员相对固定，由于长期以来刑事判决书基本不涉及量刑理由，其自身在调查研究中仍然感到直接提取相关信息，清晰展开量刑思维有相当的难度。也正是因为没有自信，审判法院才会转而求助立法标准。^[21]

然而，笔者问卷调查涉及具体犯罪量刑基准时，被询问者的看法有明显转变。至于法院量刑指导意见中，以数额型犯罪为例外本身已表明中线论的局限，具体犯罪的基准刑也大都不以此取值。以姜堰市法院量刑指导意见为例，数额型犯罪的基准刑均呈等级分布；以结果为基准事实的犯罪也按程度细分基准刑，如故意伤害罪根据被害人伤残程度兼顾犯罪手段，分别在其法定刑三个等级中形成六个基准刑，强奸罪量刑基准也分别是五年、七年、十一年、十二年、十四年、十五年；以手段为基准事实的情形也是如此，如妨害公务罪基准刑分别是拘役、管制、八个月有期徒刑。另外，以上海高院毒品犯罪量刑指导意见为例，该意见根据走私贩卖运输制造毒品罪的数额和其他情节程度，在不同法定刑幅度内按每两年一个等级划分基准刑，并允许法官应案件需要偏离量刑指南。^[22]显然，这些基准刑形成的刑格类似于美国哥伦比亚高级法院自愿适用量刑指南中的“box”。^[23]尽管不能简单断言它们的具体划分就是精当的，但以处罚等级对应犯罪危害程度的思路比中线刑更能体现罪刑均衡。

以历史为起点还能提示法律人运用生活经验且透过司法解释、地方法院量刑意见和个案做法，清晰具体犯罪的基准刑。

经验选择与目前通过案件统计分析寻求基准刑的主张略有不同，其具体观点是：

第一，在我国，司法解释和地方法院量刑意见一向是集聚审判经验的主要方式，充分利用其资源有事半功倍的效果。由于它们涉及量刑规则提供给公众和法律人具体的评判对象，因此透过文本分析有助于清晰量刑思维，而步骤清晰使得统计分析方法得以有效运用。反之，多级司法指南和常规量刑步骤不明的情形下，量刑均值的统计意义不明显。而且脱离目前已呈系统的经验记忆寻求基准刑，困扰可能多于澄清。至少数额型和结果型犯罪基准刑的确定目前还不是源于精确的数据统计而是基于经验估量。

第二，微观分析基层法院和中级法院司法指南和个案量刑的细节部位，以找准基准刑。从姜堰、泰州两级法院量刑指导意见看，它们所确定的故意伤害罪的基准刑相对合理实用，但另一些个罪基准刑仍很含糊，比如姜堰法院仅要求根据数额提升抢劫加重情节对应的基准刑，这可能与其中间刑种或等分线为基准明显不当，刑法第263条第2款规定，行为人抢劫且具八个情节之一的，判

[21] 我国现实情况有时确实很难直接印证“学徒制”或称经验的合理性。笔者调查中得知这样一件事：某一沿海地区中院的部分法官到某西北省份的省会城市中院做经验交流，会议一开始，他们发现对面坐着的法官大多50岁上下，而本院庭长一级的业务骨干也不过30岁出头。有意思的是，这些从业5至6年，受过高等法学教育的法官并不看好对方的经验。理由不止是自己每年办案数量成倍于对方，还在于老法官们大多出身军转干部。而如果今天的刑事审判活动如果不注重建立说理机制的话，这些年轻法官的教育背景对审判质量的提高将没有多少助益，满足于现状且长此以往，说不定今天踌躇满志的法官们有一天会坐到下一代有优越感的同行的面前。

[22] 这一规范性文件取自朱小琳律师工作室，网址 <http://www.lawyerzhu.cn/mylaw>。

[23] The District Columbia Sentencing Commission 2006 Practice Manual; The Superior Court of The District of Columbia Voluntary Sentencing Guidelines for Pleas And Verdicts Entered On June 14, 2004.

处十年以上有期徒刑、无期徒刑或死刑，其中以故意杀人方式抢劫应参照杀人罪的基准，将入户、在公共交通工具上、持枪、冒充军警人员抢劫、以银行、军用救灾物质为抢劫对象的起点刑定在十年就已嫌过重，甚至手段竞合时起点刑未必都得十年；^{〔24〕}立法缺陷明显；至于抢劫故意致人重伤如果比照故意伤害罪的基准刑必呈等级特性，这同样比一律以无期徒刑或以等分线为基准更合理；（2）下级法院相关标准没有普适性；（3）按加重情节性质分别确定基准又可能招致变相造法的批评，比如入户抢劫以十年为基准刑的话，行为人不是累犯且无其他减轻情节宣告刑就是十年，而且论证不周密还会不当限制法官的裁量权。

显然，此时要继续论证直至解题，须细致考察个案量刑时法官裁量的结论及理由，从中找到那些富有司法创见的经得起理性拷问的技术规则。应当看到以上指导意见所以提不出具体标准，根由还是处理这类情况的普遍结论不甚明确，此时依赖于统计数字可能只是将糊涂进行到底。但实践中不乏结论精当的个例，选择典型案例无疑是法律人汲取同行经验和整理自身思维的途径。因为具体案件判决实质上是法律人加工的结果，抽取哪些案例为司法指南又离不开选择者的价值权衡和理性算计，典型案例生产中个案经验再次经过理性加工，这些案例的指导作用非常明显。而典型案例积累到一定量时，统计方法的运用就有了基础，数字符号所指代的内容如果更明确，法律人就始终会是数字的主人而不会被其俘获。

目前最高人民法院指导性案例中已有一些案例在指示基准刑，比如第〔391〕号李政（系累犯）等在公共交通工具上抢劫、第〔466〕号韩维等入户抢劫等案，其重点虽是廓清加重情节即基准事实的问题，^{〔25〕}但由于不存在其他情节的独立适用或量刑情节单一，我们很容易从两案同是十二年的宣告刑中发现其基准刑在十二年或更低。

四、何以强调确立常见犯罪的量刑基准

首先，集聚现有司法资源解决主要问题，满足重点需要。所谓常见犯罪指在审结的刑事案件总数中比例靠前或在类罪名案件中比例靠前的个罪，以及其他传统犯罪。根据最高人民法院在历年法律年鉴中公布的刑事案件审判率，始终居于犯罪类型前列的有盗窃、抢劫、故意伤害、交通肇事、诈骗、抢夺、寻衅滋事、走私贩卖运输制造毒品、强奸等犯罪，确立这一类犯罪的基准刑意义是：（1）由于这些犯罪的审判频率较高，有关媒体舆论、被害人和犯罪人对量刑看法信息反馈较多，审判部门对其手段特点的类型化整理和对其客观危害程度的系统评估都有相应的经验基础，基准刑的预定及调整有反复验证的条件，控辩双方质证有丰富的案例或数据支持，量刑资料的积累也有利于学者独立论证，因而整理量刑步骤的难度相对较小，通过法律人的共同努力和重点攻关清晰量刑过程是一个可以期待的结果。（2）明确了这些犯罪的基准事实和对应刑量，有利于整理这些犯罪的量刑层次或为主审法官直接指示宣告刑，这本身就满足了最迫切、最普遍的量刑需要。（3）逐步深入揭示基准刑等级即刑格与个罪情节适用之间的微妙关联，发展形成一套具有多功能指示作用的、开放的常规标准体系，由于有此个罪的基准刑可以成为另一些个罪特殊情节适用力度的标准，这可以鼓励法官凭借学徒式传承的实践理性，发现个案的法。（4）为清晰其他犯罪的量刑层次和透明量刑活动，提供思维方法和路径，以点带面，由具体到类型化，逐步形成量刑方法体系。

其次，逐步推知刑罚等重线。就需要与可能而言，确定刑法典包括修正案中四百余个罪名的

〔24〕 参见李洁：《法定刑设定根据与设定技巧研究》，《江苏行政学院学报》2006年第4期。

〔25〕 案例分别选自最高人民法院刑事审判庭：《刑事审判参考》第49、59集，法律出版社2006年、2008年版，第19页、第40页。

量刑基准和情节适用标准既不现实也不必要，发挥常见犯罪的量刑基准甚至情节适用规则的辐射作用，即可应对需要又能避免过度技术化。由于法官和其他法律人对以上三类犯罪的刑罚经验相对丰富，由此得到的量刑指南应能起到基础指导的作用。比如类罪名中通常有一般和特殊罪名之分，取前者量刑标准就可以起到举一反三的作用，具体地说，玩忽职守罪、滥用职权罪的量刑基准可指导其他渎职罪的量刑；作业生产责任事故罪的基准刑为其他危害公共安全的业务过失犯罪提供参照。再如第三类犯罪中，故意杀人和故意伤害罪是最常见的传统的严重侵害人身权利的犯罪类型，它们的基准刑等级可引申适用于确定那些危害公共安全、人身权利且故意造成人身伤亡犯罪处罚，而且越传统的犯罪，公众、法律人对其危害程度的判断就越清晰，法官把握犯罪手段和结果程度，分离基准事实与情节都要容易一些，以此为等重线的基点，不仅有助于他们遇到不多见犯罪类型时找到合理的量刑结论，在必须适用有缺陷条文时，也能做到有效识别和尽力弥补。

量刑方法包括基准刑和情节作用力度的探讨不是真理判断或创制新的刚性规则，它更象是在围棋黑白世界中“做活”而演绎招数，法官对其灵活理解和运用理应有利于整体掌控刑罚包括对死刑立即执行的有效限制。比如普通诈骗罪的量刑基准经过适度调整，可以成为确定合同诈骗、票据诈骗等犯罪的基准刑，盗窃罪、强奸妇女罪（奸淫幼女）的量刑基准可以经过调整分别成为确定其他单纯财产性犯罪、嫖宿幼女罪的基准刑；除非犯罪人故意致人死亡，多个加重情节并存的抢劫罪不适用死刑。应当看到，类推量刑结果似乎倒退到了我国刑事类推制度上，甚至不及后者严谨，它预示着某种必然规律还是因为目前量刑阶段同于犯罪化技术不成熟的当年情形，或许两者都有？本文还不能简单下结论，但可以确知的是：（1）现阶段，这样做有利于摸索一套合理而明智的司法规则。它不仅能有效控制个案裁量权的滥用和确认法律人有创见的成果，还使体系拥有自行甄别和完善的功能作用。（2）这种做法不应处于做得说不得的状态，而是堂而皇之作为判决理由。从思维规律上看，在刑之法定的框架下刑罚与行为的等量等价本身是算计结果，这种权衡既发生在同一性质的不同犯罪案件间，也发生在此罪与彼罪刑量的选择上。至于刑事立法、司法活动和相关研究中，类推方法同样运用普遍。它既被立法者用于配置类罪名中行为危害程度相同的法定刑，立法提示的罪名转化实际也是刑量比较的结果；又被学者用于考察立法、司法中的量刑平衡情况，比如有人据此质疑盗窃金融机构与抢劫金融机构、嫖宿幼女罪与强奸罪的配刑，〔26〕至于规范法学中谈及法条竞合和想象竞合下的以刑定罪规则，表面上看是罪名选择，实为刑罚轻重的比较；它还被法官用于确定具体犯罪案件的宣告刑，比如有人认为行为人误将装在麻袋里的尸块当成毒品运输的应定运输毒品罪，基准刑在十五年有期徒刑上，运用未遂情节降低法定刑时应当参照包庇罪加重法定刑等级的基准刑判处五年有期徒刑，理由是其与包庇罪在客观危害程度上是相同的，这可谓匠心独运。〔27〕看来，量刑确有自身的规律，这就难怪德国学者罗克辛把量刑法视为实体刑法最重要的相邻法律领域，而不是实体刑法本身。〔28〕

再次，通过分析常见犯罪的基准刑与情节作用，合理简化量刑步骤，突显量刑中的难点、疑点。在个案审理中，法官并非必须在法定刑幅度内寻找基准刑，如果那些反映主体责任能力、共犯形态、防卫过当等罪中情节，或者因自首且有重大立功、恢复原状或全额赔偿等情节具有降低法定刑等级作用的，相应法定刑幅度的起点刑就是基准，如果存在免于处罚的情节，法官就更是没有必要执意追问基准所在。此外，由于常见犯罪问题讨论较为集中，量刑难点和疑点也会很快显现出来。（1）量刑难点是情节提取和作用判断，如果说量刑基准更靠近规则标准，那么如何从犯罪

〔26〕 参见李洁：《法定最高刑与最低刑之设定研究》，《河南省政法管理干部学院学报》2008年第3期。

〔27〕 参见黄祥青：《刍议量刑的一般规则》，《政治与法律》2004年第6期。

〔28〕 参见前引〔6〕，罗克辛书，第5页。

事实中提取并独立评价的情节就更靠近个案经验,后者更难以定型,此时,继续应用等重线找到标准是一个不错的具体选择,建立合理有效的量刑程序是基本的技术保证,通过法官职业化促使其有能力说明理由则是长远之计。(2) 量刑疑点是与犯罪对应的罚金刑幅度不能被准确框定,要求法官说明量刑理由更显苛刻。由于刑法分则包括修正案中涉及并处罚金的条文没有数额要求,加之罚金受个人经济能力的影响过大,罚金判罚率虽高,空判率也高,目前确立相应的量刑基准缺乏经验支持,短期内这一司法困扰无法消除。当然,罚金作为国家之债与赔偿作为个人之债有一个合理取舍的问题,有直接被害人情形下同是金钱之债的话,保护被害人原生之债比追讨犯罪人的国家之债更显迫切,如果强调后者将在很大程度降低罚金的判决率,对犯罪人更多适用限制自由刑刑种而搁置罚金基准刑的讨论,也无可厚非。

综上所述,司法逻辑是证成结论并说服他人,如果说在无法精确量刑的领域听随任意是危险的,制定刚性标准又不能实现刑罚目的,那么学者只能跟其他法律人一道完善一套守规则和讲道理的量刑机制。笔者不能肯定本文的结论让人们实现量刑公正的所有预期得以实现,却可以接近想要破解的答案,可以保证整个机制在一种合理的、递进的期待中得以维持、改进,当然,取法于经验构建制度的确受自己能力所限,因此自知仅靠经验求证维系基本的判断力明显不及那些既取法于经验又工于算计的方法选择,好在有人早早地为经验做了以下辩护,“经验法所要求于哲学者有两件事情:第一,精练的方法和产物应追溯到它们在原始经验中在它的全部丰富和错综复杂的状态中的来源,因而就要承认它们所由以及它们所必须满足的需要和问题。第二,派生的方法和结论要放回到平常经验的事物中来,在它们的粗糙和自自然的状态中,求得实证。”〔29〕

Abstract: Establishing the sentencing benchmark is to clarify the process and common rules of sentence. According to our sentencing theory, the logical initial point to discuss sentencing process is the constitutional facts. But in fact, the theoretical model to determine the nature of an offense could not provide the concrete process of sentence. The norm facts corresponding the norm sentence should be such verities which could reflect the specific mean and infringing extent of the crime. It will be in accordance with the cognitive laws of “from objectivity to subjectivity” and “from phenomena to essence” to take the norm facts as the objective fundamental of sentence.

The establishment of the sentencing benchmark of a specific crime should be based on the criminal judicial interpretation made by Supreme People's Court and the type experiences in the sentencing guidance of local people's courts. They are the main way of centralizing and typing the sentencing experiences. Without such original forms of experiences, only confusion can be achieved in exploring the norm facts and sentencing benchmark. Where they are not enough to guide the specific sentence, the conclusions and reasons made by judges in instructive cases should be intensively considered, from which one should find technique rules of sentence which can withstand the rational inquiry.

It is unrealistic and unnecessary to establish the sentencing benchmark and corresponding norm facts of each of the more than 400 accusations in the Criminal Law and its amendments, since common crimes are more frequent in judicial trial, and it is less difficult to sum up their sentencing experiences and clear up their sentencing process.

Key Words: common crimes, norm facts, sentencing benchmark

〔29〕 [美] 杜威:《经验与自然》,傅统先译,江苏教育出版社2005年版,第25页。