

# 论法的确定性与公正的可检验性

白建军\*

**内容提要** 对法的确定性问题素有肯定与怀疑两说。本文从刑法实证研究的角度,基于几千个最高法院示范性案例的分析发现:用法庭认定的规范性事实只能预测大约 48.8% 的量刑结果;理论归纳后的法律理由与法律结果之间的关系又呈现出某种确定性;不同法律事实对刑罚轻重有程度不同的解释力。在此基础上,本文导出了公正的可检验性命题,并阐述了公正的检验标准以及审判质量管理的实践方案。

**关键词** 法的确定性 公正的可检验性 示范性案例

## 一、确定性假设

本文的问题来自于死刑适用确定性的实证观察。我国《刑法》第 48 条规定了判处死刑的两条界限,但到底何谓“罪行极其严重”、“必须立即执行”? 这一直都被视为法学之谜。笔者曾对 1643 个死罪样本中的 2348 个争议点进行过法律解释学分析,结果发现,从死罪圈到死刑圈再到死缓圈,越到后来与法律的明确规定的相关性越弱。<sup>①</sup> 现在,笔者又以最新收集到的示范性案例中的 1682 个有机会判处死刑(即最终定罪罪名在《刑法》68 个死刑罪名范围之内)的案件为样本,对其中可比的主要法律事实与判处死刑、死缓的关系进行实证分析,结果又一次证实,“罪行极其严重”的成立还能从判决书中认定的法律事实中得到一定解释(见表 1),而死缓与死刑立即执行之间几乎未见法律上的重要区别(见表 2)。<sup>②</sup>

表 1: 法律事实与是否判处死刑的关系

法律事实	发生比率	显著性	标准回归系数	影响力
从犯	.011	.000	-0.90	1
致死人数	7.688	.000	0.60	2
毒品犯罪	24.697	.000	0.53	3
杀人罪	6.061	.000	0.30	4
罪数	2.002	.000	0.26	5
金额分组	1.238	.000	0.26	5

表 2: 法律事实与死刑是否立即执行的关系

法律事实	发生比率	显著性	标准回归系数	影响力
从犯	.011	.000	-0.90	1
认罪悔罪	.118	.000	-0.32	1
致死人数	1.865	.020	0.27	2
未遂	.383	.277	-0.25	3
罪数	1.457	.056	0.22	4
金额分组	1.183	.081	0.22	4

\* 北京大学法学院教授、博士生导师。

本文为笔者承担的国家社科基金资助项目“刑事司法公正性实证研究”的阶段性成果之一,研究中的资料收集、整理得到北京大学实证法务研究所陈浩等多位研究人员的极大帮助,在此一并致谢。

① 白建军:《死刑适用实证研究》,载《中国社会科学》2006 年第 5 期,第 135-145 页。

② 这些示范性案例来自最高人民法院、最高人民检察院:《中国案例指导》,法律出版社出版;最高人民法院办公厅:《中华人民共和国最高人民法院公报》,人民法院出版社出版;最高人民法院中国应用法学研究所:《人民法院案例选》,人民法院出版社出版;国家法官学院、中国人民大学法学院:《中国审判案例要览》,中国人民大学出版社、人民法院出版社出版;《人民法院裁判文书选》,法律出版社出版;最高人民法院刑事审判第一庭、第二庭:《刑事审判参考》,法律出版社出版;最高人民法院刑事审判第二庭:《经济犯罪审判指导》,人民法院出版社出版;最高人民法院审判监督庭:《审判监督指导与研究》,人民法院出版社出版。

假币犯罪	88.939	.000	0.25	6
抢劫罪	2.636	.000	0.22	7
未遂	.225	.002	-0.17	8
放火等罪	.083	.041	-0.16	9
累犯	3.329	.000	0.13	10
伤害罪	.479	.048	-0.13	10
组织卖淫罪	5.910	.002	0.12	11
贪污罪	2.286	.022	0.12	11
强奸罪	2.663	.016	0.11	12
自首	.524	.019	-0.11	12
重伤人数	1.579	.079	0.10	13
绑架罪	2.283	.034	0.09	14
虚开增值税发票罪	2.165	.094	0.08	15
特殊诈骗罪	1.478	.407	0.05	16
盗窃罪	.795	.486	-0.04	17
走私罪	.730	.535	-0.03	18
精神病犯	1.782	.417	0.03	18
受贿罪	.882	.752	-0.02	19
认罪悔罪	1.084	.749	0.01	20
立功	1.103	.788	0.01	20
重大立功	1.039	.956	0.00	21
模型的预测正确率: 83.6%				

绑架罪	5.033	.072	0.19	5
走私罪	.175	.075	-0.15	6
杀人罪	.573	.213	-0.14	7
贪污罪	.436	.225	-0.13	8
自首	.455	.084	-0.12	9
特殊诈骗罪	.291	.179	-0.11	10
伤害罪	.455	.177	-0.11	10
累犯	1.690	.250	0.08	11
强奸罪	2.082	.321	0.08	11
组织卖淫罪	3.162	.333	0.07	12
假币犯罪	2.016	.439	0.07	12
盗窃罪	1.605	.403	0.07	12
受贿罪	.505	.398	-0.07	12
抢劫罪	1.234	.610	0.05	13
立功	.721	.624	-0.03	14
虚开增值税发票罪	.669	.653	-0.03	14
重伤人数	1.046	.858	0.02	15
毒品犯罪	1.119	.806	0.02	15
放火等罪	.996	.997	-0.0003	16
模型的预测正确率: 72.9%				

说明:

1. “发生比率”是以第一列全部可比性法律事实为自变量,以是否适用死刑(表1)或是否立即执行死刑(表2)的法律结果为因变量的 logistic 回归分析得到的一个结果,即  $\text{Exp}(B)$ ,表示某个法律事实被认定与否或每上升一个单位,死刑或立即执行结果的出现将是原来的多少倍。例如,表1中我们看到,构成杀人罪被适用死刑的发生比是构成其他犯罪被适用死刑的 6.061 倍,即比原来提高 5.061 倍。罪数每多一个,被适用死刑的发生比就比原来上升 2.002 倍,即提高 1.002 倍。而从犯被适用死刑的发生比是非从犯被适用死刑的 0.011 倍,即比原来提高 -1.011 倍,实际上是大大降低了死刑的适用机会。

2. “显著性”即 p 值,通常只有 p 值小于 0.05 才符合统计规律的要求。两个表格中的粗体黑线标出了统计上是否显著的界限,表1说明绑架罪以上的法律事实才对是否适用死刑(包括死缓)具有显著的解释力( $p=0.034$ ),表2说明仅有认罪悔罪( $p=0.000$ )和致死人数( $p=0.020$ )两个变量对判处死刑是否立即执行具有显著的解释力。

3. “标准回归系数”是基于非标准化回归系数和标准差手工计算的结果。由于自变量所取单位不同,非标准化的发生比率不能直接用于比较各个自变量之间的相对作用,只有经过标准化处理后 logistic 回归系数才能用来进行自变量之间的比较。因此,表中给出了各个自变量的标准化回归系数。其算法为,标准化回归系数  $\approx$  某自变量的非标准化回归系

数(B值)×该自变量的标准差÷1.8138。<sup>③</sup>

4.“影响力”即标准化回归系数的强弱排序。在表一中,从犯对是否适用死刑的解释力最强,致死人数次之;在表二中,认罪悔罪对是否立即执行死刑的解释力最强,致死人数次之,以此类推。

其实,只要比较一下两个表格中粗体黑线的所在位置就不难看出,对1682个有机会判处死刑(包括死缓)的案件来说,27个法律事实中有“绑架罪”以上共18个变量都对最终是否判处死刑、死缓具有比较显著的解释力;而对其中398个判处死刑的案件来说,24个经法庭认定的法律事实中,仅有认罪悔罪和致死人数两个变量对死刑立即执行还是死缓的区别具有显著的解释力。就是在关系显著的法律事实中,比较一下“影响力”一栏还可看出,不同的法律理由对法律结果的解释力大小也不相同。这就提出一个问题:到底该怎样理解法的确定性?一定的法律理由一定导出相应的法律结果吗?在生与死、自由与监禁、拥有与剥夺这样的问题面前,给人以确定性预见的到底是法还是别的什么力量?法的确定性往往伴随着以下几个“大词”一起出现在人们的经验中:“公正”、“法治”、“秩序”、“客观”、“形式理性”、“统一”、“稳定”等等。尽管我们尚无根据断定法的确定性与这些价值之间是否存在决定与被决定的关系,但我们至少愿意相信,如果一个国家的法缺乏足够的确定性,这个国家就很难宣称作为法治社会,自己的法律具有高度的公正性、客观性、统一性。或者说,在一个法的确定性得不到公民普遍信赖的社会中,人们真正失去的不仅是对自己行为法律后果的确定性预期,更是在一定秩序框架内为或不为一行为自由。关于法与确定性之间关系的进一步思考甚至还把我们带到一些更加前提性的法学问题上来:“法律到底是什么?”以及“法系不同,法的确定性问题是否也有所不同?”等等。可见,法的确定性问题法学中的重大问题之一。

围绕着法的确定性问题,法学中有两大理论倾向:肯定法律确定性的理论认为,确定性是和谐之母,因而法律的目的就在于确定。<sup>④</sup>法律秩序的存在要比法律的正义和功利更为重要。正义和功利构成法律的第二位主要任务,而所有人平等同意的第一位任务则是法律确定性。<sup>⑤</sup>而且,秩序是正义的基础与前提,公正的一个起码条件是禁止任意性。<sup>⑥</sup>还有学者将法的确定性与自由主义的政治理想联系在一起,认为:第一,如果人们要能够对他们的法律义务有所了解并循法而行的话,法律结论就必须是确定的。第二,法律结论都是可以由强制力保证实施的,而如果这些法律结论不能由这组法律理由论证其合理性,那么强制地进行使用似乎就是不合理的了。第三,民主政治假定正当选举产生的立法机构能够形成判断,并通过立法程序将之上升为法律,并进而使法院遵守这些法律。民主统治的这一假定前提与(至少是一些较为极端的)法律的不确定性是格格不入的。<sup>⑦</sup>

与此相对,法律确定性的怀疑论者弗兰克毫不留情地批判了人们关于法律确定性传统观念的幻想性:首先,在一个动态社会里,人们永远不可能制定出包罗万象、永恒不变的规则;其次,导致法律不确定的还有一些长期被掩盖的暗藏因素,这就是法官的个性因素,法律的适用往往因人、因时而异而不可能具有确定性;第三,不仅法律规则是不确定的,而且确定事实的过程也是不确定的……他悲观地下结论说:“人们只能极为有限地获得法律的确定性。对法律的准确性和可预测性的要求总是不能获得满足,因为,这类对法律最终性的追求,超越了实际可欲可得的现实……这是说,认为法律是或可以是稳定的、确定的这一观念并非理性的观念,而是应该归入虚幻或神话范畴的观念。”<sup>⑧</sup>有学者将怀疑论的观点归纳为:第一,由于人类语言存在一定的模糊性,法律规定得再详细也不可能实现确定性。第二,法律不

③ 公式来源参见郭志刚主编:《社会统计分析方法——SPSS软件应用》,中国人民大学出版社1999年12月版,第202-203页。

④ 转引自[美]博登海默:《法理学——法律哲学和方法》,张智仁译,上海人民出版社1992年版,第293页。

⑤ 转引自沈宗灵:《现代西方法理学》,北京大学出版社1992年版,第48页。

⑥ [德]赫费:《政治的正义性——法和国家的批判哲学之基础》,庞学诤、李学林译,上海译文出版社1998年版,第29页。转引自李琦:《法的确定性及其相对性——从人类生活的基本事实出发》,载《法学研究》2002年第5期,第26页。

⑦ [美]安德雷·马默主编:《法律与解释》,张卓明、徐宗立等译,法律出版社2006年12月版,第287-288页。

⑧ 转引自刘星:《法律是什么》,广东旅游出版社1997年版,第71页。

可能全面、及时地反映社会生活,法律规则之间也可能出现矛盾,因而法也不可能确定。第三,法律规则的适用和法律事实的确定都离不开权力的主观决断,而只要权力阴魂不散,能否实现法律的客观性总是值得怀疑。第四,法律适用者作为社会意义上的人,必然具有自己独特的个性特征和政治、道德价值观念,这使得法律的适用可能因人乃至因时而异。第五,对法律实践过程的各种观察和统计也充分说明法律是不确定的。<sup>⑨</sup>

仔细比较这两种理论倾向便不难发现,除了在思想背景和研究方法上有所不同以外,即肯定说源自于传统的法制国理念,而怀疑论来自晚近出现的现实主义法学和社会法学;肯定说更多地采用规范学方法论论证法的确定性,而怀疑论往往采用经验研究的事实学方法论论证法的不确定性;这一论争还有一个特点:尽管坚定地强调法的确定性,但肯定论从未否认实际生活中尤其是司法实践中某些不确定性的客观存在。<sup>⑩</sup>另一方面,尽管反对肯定论的立场,但怀疑论也从未正面挑战确定性的正当性,从没说过法不应该具有确定性。换句话说,两种看似针锋相对的理论之间实际上具有很大的相容性:它们都在应然的层面上承认法应当具有确定性的品格,也都在实然层面上承认法实际上存在一定程度的不确定性。各自的立场并非势不两立,只是站在同一事物的两端陈述自己看到的事实,强调自己希望强调的一面。既然如此,真正的问题便应该是确定性的程度问题,即法在多大程度上实现了确定性。基于这一判断,本文的逻辑起点是,确定性是法应该具有的基本属性之一,也是立法、司法过程不断追求的理想之一;法学的任务主要不是论证法该不该确定,而是以法的确定性为待检验的应然假设,不断观察生活中的法在多大程度上接近这一理想,确证特定时空条件下的法在多大程度上实现了确定性。

但是,当我们真的着手法律确定性这一应然假设的实证检验时,却陷入了意想不到的困境。按照肯定说,如果法是确定的,那么,基于一定法律理由作出司法判决,其结果就应当是可预测的。换句话说,法的确定性应该可以转换为法的可预测性。如果法的这种可预测性得不到证实,我们就不得不放弃法的确定性这种信念。问题是,这个判断本身能否成立其实很值得怀疑。因为我们无法回避的一个问题是,法律理由是否等于法律后果(司法判决)的原因?即理由是否即原因?如果认为理由即原因,那么,预测一个案件法律后果的冲要根据就应该是法律规定本身;反之,如果认为理由不一定是法律后果的完全原因,那么,预测法官将怎样判案和说明法律理由与结果之间的必然联系就是完全不同的两套论证。一方面,设想一个跨地区的财产纠纷案件需要到异地执行,一个受贿法官审理当事人为请托人的案件,等等,此类判决的结果可想而知,不能不说具有相当的可预测性。但是,我们显然不能将这种可预测性归结为法律本身的确定性。也就是说,可预测的未必就是确定的。所以有学者指出,证明不确定性与可预测性的相容性是法律现实主义无意中留下的一份遗产,并且实际上也是那些汲汲于批评自由主义法理学的批评家们假定的一个前提。现实主义者们强调说不确定的法律结果仍然是可以预测的,……这意味着预测不能完全建立在法律理由之上。<sup>⑪</sup>另一方面,除了像《刑法》第239条绑架罪规定中的“绝对死刑”(致使被绑架人死亡或者杀害被绑架人的,处死刑)这样的规定以外,同样法律事实导出不同轻重刑罚后果的情况比比皆是。有时,一组法律理由是正当的,其结果却可能出人意料。这都说明,理由的合法性并不必然等同于后果的唯一性。与法律后果在程度上的差异性、多变性相比,人们其实更担心的是受到根本不正当的法律强制。既然唯一性不是合法性的必然要求,而如果合法的就是确定的,那么,法的确定性也就未必可以直接转换为可预测性。总之,可预测的未必就是确定的,确定的也未必就是可预测的,我们无法以法的可预测性证明直接取代法的确定性证明。

为了摆脱这个诘难,唯一的希望恐怕就是重新回到什么是法的确定性这个问题上来。有学者认为,

⑨ 黄金荣:《法的形式理性论——以法之确定性问题为中心》,载《比较法研究》2000年第3期,第301页。

⑩ 耶鲁大学法理学和哲学教授朱尔斯·科尔曼和得克萨斯大学的法律和哲学教授布赖恩·莱特认为,“否认不确定的存在可能是愚蠢的”。参见前引⑦,第286页。

⑪ 前引⑦,第291页。

明确性、普遍性和强制性构成了法的内在确定性。<sup>⑫</sup> 笔者认为,法的确信性概念可以具体化为两个基本属性:立法上的明确性和法律适用对象上的普遍性。立法上的明确性就是指,作为法律理由的法律规则应当是明文规定、公开颁布的,而且其含义清晰,没有歧义。适用对象上的普遍性就是指法律不因适用对象的特殊性而因时因地获得不同的解释,法律中蕴含着的因果关系应该能够反复地、无条件地出现在任何时空条件下的任何同类法律问题的司法处理中。由于确定性首先意味着意义形式的明确性,所以,根据明确的法律规范所认定的事实(而非其他社会、心理事实)就应当可以大体准确地预测该组法律事实的法律后果。如果以这个意义上的法的明确性为条件,我们便有理由认为,确定的法就是可预测的法,可预测的法同时也是确定的法。就是说,当预测的根据只限定在依法确定的事实时,法的确信性就等同于法的可预测性。进一步看,由于确定性还意味着适用对象的普遍性,所以,在宏观上,某个极端个案中某些事实意义上的因果关系就不能取代普遍意义上的大量案件中法律理由与法律后果之间的稳定联系;在微观上,一个案件中某个法律理由与法律后果之间的联系也不代表该案中多个法律理由之间竞合基础之上的法律因果联系。从这个意义上说,根据综合汇总后的法律事实,也应当可以大体预测一个或一组案件的法律后果。如果以这个意义上的法的普遍性为条件,我们同样有理由认为,确定的法就是可预测的法,反之亦然。最后,将这两个限定结合起来便是:一方面,根据法律明确性的要求,我们只需证实依法认定的规范性事实与法律结果之间的稳定联系,而不去考虑非规范性社会、心理事实对法律后果哪怕是十分确定的影响;另一方面,根据适用对象的普遍性要求,我们只能以大量样本为经验根据,把握法律理由与法律后果之间的规律性联系,而不能以一、两个案件的观察为据代替这种规律性的证实或者证否过程。于是,法的确信性假设便具体化为:如果根据大量案件中依法认定的法律事实可以大体准确地预测这组案件的法律后果,就意味着法是确定的;反之,如果预测失败,则意味着法不具有确定性。

## 二、确定性检验

既然法的确信性可以转换为法的可预测性,既然法的可预测性又被限定为大量经验样本中规范性事实与法律后果之间的规律性联系,那么,我们现在可以着手这种规律性联系的实际测量了:

### 1. 样本

本研究是从刑法角度考察法的确信性,因此,样本为示范性案例库中的全部有罪判决共 3341 个。作为一个全样本研究,这些案例的代表性在一定程度上与各权威机构遴选案例的方法、标准有关。样本的分析单位是犯罪人,因为最终承担刑事责任的只能是“人”而不是“案”。案件的时间跨度为 1997 年 10 月至 2006 年 1 月;地域分布为:东北地区 3.7%,华北地区 14.1%,华东地区 39%,华南地区 13.2%,华中地区 13%,西北地区 6%,西南地区 9.5%。样本最终定罪罪名 249 个,罪名涵盖率为截止到《刑法修正案(五)》为止的《刑法》全部罪名的 58.6%。其中故意犯罪 3178 个,占样本总量的 95.1%,过失犯罪 163 个,占样本的 4.9%;暴力犯罪案例 1354 个,占样本总量的 40.5%;财产犯罪案例 2234 个,占样本总量的 66.9%;暴力性财产犯罪案例 567 个,占样本总数的 17%;职务犯罪 556 个,占样本总量的 16.6%;数罪案件 460 个,占样本总量的 13.8%;变更罪名案件 457 个,占样本总数的 13.7%。

### 2. 工作假设

以案件中依照刑法规范认定的各项法律事实、情节为自变量,以宣告刑的轻重变化为因变量的多元线性回归确定系数(R<sup>2</sup>)应接近于 1。<sup>⑬</sup>

假设中的自变量由总则类法定情节、罪名、其他法律事实三类经法庭认定的法律事实构成。其中,

<sup>⑫</sup> 前引⑥李琦文:第 31 页。

<sup>⑬</sup> 所谓多元线性回归(multiple linear regression)是分析一个随机变量与多个变量之间线性关系的最常用统计方法。多元线性回归用变量的观察数据拟合所关注的变量和影响它变化的变量之间的线性关系式,检验影响变量的显著程度和比较它们的作用大小,进而用两个或多个变量的变化解释和预测另一个变量的变化。R<sup>2</sup>称为方程的确定系数,它取值在 0-1 之间。R<sup>2</sup>越接近 1,表明方程中的变量对 y 的解释能力越强。通常将 R<sup>2</sup>乘以 100%表示回归方程解释 y 变化的百分比。参见前引③,第 17-85 页。

总则情节和罪名都是定类变量,<sup>⑭</sup>而其他法律事实包含定序或定距变量。作为自变量的罪名既有法定罪名,又有类罪。另外,案件审理中的指控罪名是否被法院变更处理,也是一种意义上的罪名因素。其他法律事实有:罪数、致死人数、重伤人数、致害金额。以上自变量的总数为53个,符合变量数与样本数之间1:10的一般要求。<sup>⑮</sup>实际上,任何一个案件都存在这些事实的有或无、多或少,多元分析过程也就是测量大量样本中所有这些法律事实共同作用下刑罚的轻重有何变化。

由于任何法律理由的认定最终都要落实到刑罚轻重的不同,所以,假设中的因变量为宣告刑的轻重变化,也就是需要用自变量解释、预测的法律结果。按照多元回归分析的要求,这个变量应该是一个连续变量。为满足这一要求,本研究将死刑、死缓、无期徒刑、有期徒刑、有期徒刑缓刑、拘役、拘役缓刑、管制、没收财产、剥夺政治权利、罚金共11个变量选定为刑量指标,并根据相关法律规定和实际经验,以SPSS软件的程序格式建立了反映指标间权重关系的宣告刑刑量模型。<sup>⑯</sup>即:COMPUTE 刑量=(死刑\*600+死缓\*400+无期徒刑\*300+((1-ANY(有期缓月,0))\*(有期月数\*.1+有期缓月\*.09)+(ANY(有期缓月,0)\*有期月数))+((1-ANY(拘役缓月,0))\*(拘役月数\*.04+拘役缓月\*.08)+(ANY(拘役缓月,0)\*拘役月数))\* .9+管制月数\*.07)\*.9+(全部没收\*12+部分没收\*6+剥权终身\*10+剥权月数\*.1+罚金组\*2)\*.1.EXECUTE.

为了检验模型的合理性,运行SPSS后得到3341个示范性案例的刑量值排序结果,并将其交多位专家进行经验观察和直观比较,经过多次调整、校正后确定了该模型。这个模型的运行,不仅能迅速计算出样本库内所有示范性案例的刑量值,而且对今后进入该样本库的新案例,只要判决书中宣告刑信息完全,也能通过模型的运行迅速计算其刑量值,并加入到样本的刑量值排序找到其相对位置。

本假设的检验逻辑是,从整体上看,将所有自变量同时放入回归模型分析它们对刑量大小的影响后,回归确定系数(R<sup>2</sup>)越高,说明这些法律事实对案件法律结果的影响力和解释力就越大,说明通过它们对案件结果的预测越准确。反之,回归确定系数(R<sup>2</sup>)越低,则只能说明规范性事实与刑量轻重之间的关系越弱,对法庭认定了什么的了解无助于对刑罚轻重的预测。这时,只好认为法律后果在更大程度上是其他法律以外的社会、心理、个人以及政策性因素影响的结果。从局部上看,由于多元回归分析不仅可以给出一组自变量共同作用的综合结果,还能分别描述不同自变量的相对重要性,所以,我们还将从分析结果中筛选出其影响力的有无和大小符合统计规律要求(显著性水平 $p \leq 0.05$ ,标准化回归系数Beta值相对较大)的自变量,同时看看哪些自变量将从分析中排除。

### 3. 结果与讨论

初步观察发现,外国受罚、避险过当、教唆未遂、罚金困难4个变量在样本库中无一例出现,教唆犯、胁迫犯各出现一个案例,这6个变量显然应从自变量体系中排除。在此基础上的回归确定系数 $R^2 = 0.488$ ,证明排除上述6个无个案变量的47个自变量的共同作用下,共解释了刑量大小的48.8%的变化。就是说,样本中刑罚的轻重能在大约一半的程度上归因于法庭认定的规范性事实,或者说,用法庭认定的规范性事实可以预测大约50%的量刑结果。同时发现,因显著性水平 $p$ 值不符合统计学要求或

<sup>⑭</sup> 进入分析前已将其转换为虚拟变量,以满足多元线性回归分析的要求。

<sup>⑮</sup> 前引③,第36页。

<sup>⑯</sup> 其中,有期徒刑的月数是整个模型的基数,因此,模型中的一个死刑立即执行相当于600个月的有期徒刑,一个死缓相当于400个月的有期徒刑,一个无期徒刑相当于300个月的有期徒刑。另外,主刑与附加刑的数量关系被确定为9:1的关系,即主刑的权重系数为0.9,而附加刑的权重系数为0.1。还有,宣告刑量化处理的难点在于缓刑的存在。按照《刑法》第72条、第73条的规定,同等有期徒刑或拘役刑期相同的情况下,有缓刑的判决应该轻于没有缓刑的情况。但是,如果我们用有期徒刑或拘役的月数减去缓刑月数,势必形成有缓刑的判决之间,缓刑越长刑量越小的结果,显然与实际不符。因此,我们只能分别对有期徒刑(拘役)和缓刑进行加权后再相加,以和反映刑量大小。这样,即使在判处有期徒刑6个月缓刑5年这种最极端的情况下,其刑量值也仅等于单处有期徒刑6个月的情况。而只要缓刑小于5年,其刑量值都将小于单处有期徒刑6个月的情况。结果,将有期徒刑和其他刑种进行同量纲化处理中,利用该模型就能在犯罪人被判处有期徒刑时有缓刑和无缓刑两种情况下都能够实现具体的一个结果值。同理,拘役和拘役缓刑的权重也是根据极端值获得的。

偏相关系数过低而被排除的自变量有:精神病犯、聋哑盲犯、预备犯、立功、重大立功、故意伤害罪、聚众斗殴罪、寻衅滋事罪、非法拘禁罪、非法经营罪、徇私舞弊犯罪、知识产权犯罪、伪劣产品犯罪共 13 个变量,说明不论这些罪名或者法定情节是否成立,对最终的刑罚轻重都不具有规律性影响。

在接受这个结论之前,也许我们该想到一个可能的质疑:法定刑一般是一个较宽的幅度(区间估计),法官有权在这个幅度内自由裁量刑罚的轻重。而上述量刑模型运算的结果,是一个连续、确定的点(点估计)构成的刑罚结果,共有 438 组量刑相等的组别。于是,能否用法律理由与这个连续点组成的法律结果之间的关系直接替代法律理由与若干量刑幅度组成的法律结果之间的关系?换句话说,如果将因变量即刑罚量简化为少数几个组别的区间估计,多元回归分析的结果会有什么不同?为回答这个问题,我们尝试将量刑结果按决定执行的最高刑分为三年以下有期徒刑组、十年以下有期徒刑组、无期徒刑以下组、无期徒刑组、死缓组和死刑组共六个组别,<sup>⑩</sup>并分别赋值为 1、2、3、4、5、6,以这个近似的连续变量即刑级为因变量重新进行多元回归分析。结果,回归确定系数  $R^2 = 0.495$ ,原来被排除的自变量中有故意伤害罪、非法经营罪和知识产权犯罪由于显著水平提高而进入模型,原来显著的自首立功被排除,其余自变量与因变量的关系不变。这一过程证明,无论将刑罚投入量视为一个较细的点估计还是较粗的区间估计,法律理由与刑罚结果之间在统计上的关系都没有明显的差异,可以接受法律理由、能够预测法律结果的大约 50% 的变化这个结论。

至此,尽管我们竭力避免用“基本上”、“较大程度上”、“本质上”这样的定语修饰 48.8% 这个数字的意义,我们还是不得不承认,法律理由的确不是用来预测法律结果的全部根据,甚至不是大部分根据。<sup>⑪</sup>这就出现了两个继续探索的方向:一是找到那些影响法律结果的非法律因素,从法律以外反观法律本身,回答裁判活动如何、为什么、受到哪些社会经济、文化、心理等非法律因素的影响。另一个是深入到已有的法律理由内部,进一步挖掘它们与法律结果之间的内在联系。考虑到现有研究条件,笔者选择了后者。沿着这条路径重新审视回归分析中的变量间关系,结果又有新的发现——尽管某个具体的法律理由与法律结果之间的关系可能是不确定的,但按照一定理论或规范标准进行归纳的某类法律理由与法律结果之间的关系却可能是确定的:

首先,交互分析的结果是,如果案件中的法律理由是实害性事实,如死亡人数、重伤人数、犯罪金额、从犯、未遂等等,就有 60% 的机会对刑罚的轻重构成重要影响。而如果影响法律结果的法律理由是犯罪人身危险性事实,如认罪悔罪、自首等等,就只有 20% 的机会对刑罚的轻重构成重要影响。<sup>⑫</sup>这个关系的显著性水平  $p < 0.10$ 。这说明,客观实害性法律理由主导着量刑结果的轻重,而主观的人身危险性法律理由只在影响量刑轻重中起辅助作用。

第二,如果案件中作为法律理由的规范是刑法总则性规范,如犯罪中止、立功等,只有 25% 的概率对刑罚的轻重构成重要影响。如果是刑法分则规定的罪名规范,如挪用公款罪、毒品犯罪等,就有 53.6% 的概率对刑罚轻重构成重要影响。而如果是表明致死、重伤人数、金额、罪数这种罪量大小的法律理由,就有 100% 的机会对刑罚轻重构成重要影响。这个关系的显著性水平  $p < 0.05$ 。这或许说明,总则类规范在法律论证中具有相对较大的不确定性。

第三,如果案件中法庭认定的法律事实与刑罚轻重间呈正相关关系的话,如某个罪名成立与否、损害结果的数量等等,就有 66.7% 的可能性对刑罚轻重构成重要影响。而如果认定的法律事实与刑罚轻

<sup>⑩</sup> 这几个组别的比例分别是:43.7%、26.8%、12.7%、4.8%、4.1%、8.0%。

<sup>⑪</sup> 但应该承认,为了满足可比性要求,这一分析中作为自变量的法律事实除了总则情节外,分则事实只细化到罪名,而没有将“入户抢劫”、“盗窃金融机构”、“故意伤害致死”这种某个罪名特有的法定情节列为自变量。从这个意义上说,法律事实对量刑结果的解释力应该比现有的 0.488 这个估计值更高一些。

<sup>⑫</sup> 由于多元回归分析过程输出的每个自变量的标准回归系数(Beta 值)表示当其他变量不变时某个自变量对因变量的作用大小,即相对重要性的大小,所以,研究将多元回归分析给出的每个自变量的 Beta 值按大小排序后中位数以上者定义为对刑罚轻重具有相对重要影响的自变量(下同)。

重间呈负相关关系的话,就只有 23.8% 的可能性对刑罚轻重构成重要影响。这其中除了自首立功、聋哑盲犯等情节外,有趣的是,变更罪名、知识产权类犯罪等事实的认定,都与刑量大小间呈现出负相关关系,而只要呈负相关关系,对刑罚构成重要影响的机会就相对较小。<sup>②</sup> 这个关系的显著性水平  $p < 0.005$ 。这就说明,刑罚资源投入的增量比减量更具可预测性。

第四,象金额、死伤人数、累犯这样比较直观的事实信息,有 75% 的机会对刑罚轻重构成重要影响,而象是否构成某个罪,正当防卫过当没有,某人责任能力的精神病学鉴定这类需要主观综合才能判定的事实,就只有 42.5% 的机会对刑罚轻重构成重要影响。这个关系的显著性水平  $p < 0.10$ 。这至少说明,法的可预测性与立法上规则本身的可操作性有关——抽象程度过高的立法尽管使更多的司法判决在合法性上无懈可击,却让人们不得不在相应程度上放弃对法律可预测性的合理期待。

总之,进行一定的理论概括或经验归纳以后再观察法律理由与结果之间的关系便可发现,法的确定性是一种概率现象,不同的法律事实对刑罚轻重有程度不同的解释力,法律理由与结果不应该被简单还原为纯抽象思辨中绝对确定或完全不确定的关系。对具体个案而言,作为一定程序运作的结果,法律理由和结果的关系往往看上去是确定的。但上述  $R^2 = 0.488$  这个冷冰冰的数字又在提醒我们说,竞合的法律情节以及总和的大量案件中,存在着大量的不确定性。而我们在规范以外、统计方法上以及立法本身的模糊性中苦苦寻找这种不确定性的解释时却又发现,大量裁判实践中又的确隐藏着某种不约而同的确定性。这种确定性以某种信心十足的方式表达着自己,让我们重新相信,正如自然界中的法则一样,真正确定的法是法官群体内心集体信奉的法,也是能够有效预测适用后果的法。问题是,该怎样在更大范围内发现这个意义上的法,完善其中的实质合理性,并通过提高其可预测性而提升整个社会生活对它的倚赖?

### 三、确定性推论

法的确定性与公正性之间具有高度的相容性。既然法的确定性是一种概率现象,既是不确定的又是确定的,那么,公正也可能相应地具有两重属性:一方面,与法的不确定性相联系,公正也不是绝对的终极结果,而是相对的、不断提高法律确定性的实践过程。另一方面,与法的客观确定性、规律性和内在秩序性相联系,公正与否以及在多大程度上实现公正也是可预测的。于是,公正的相对性意味着,某个形式意义上的公正之上还可能有着更高的实质意义上的公正,人们永远都不该放弃对更加公正的追求。公正的可预测性则意味着,以展望的姿态看未然和应然,公正是可预测的,而以回顾的姿态看已然和实然,公正又应该具有可检验性。所谓公正的可检验性是指,用经验研究方法对司法判决的公正性程度进行检测验证的可行性。应该想到,对已生效判决的公正性程度到底可不可以进行检测验证,这样做的意义何在,肯定绕不开三大理论的诘难:

首先,公正是一种价值而不是真理。而一般认为,价值不具有可检验性,只有真理才具有可检验性。其实,在法律领域里问题并非如此简单。德国刑法学家萨维尼就认为,德国刑法学在科学理论上应理解成一个价值假设系统,这个假设系统通过作为基本命题的价值判断能够被证伪。……借助于基本命题的运用,它检验式地工作,所以,刑法学是一个严格意义上的科学。<sup>③</sup> 至少我们不能笼统地认为,价值都不可检验,所以公正也不可检验。更重要的是,我们所说的公正的可检验性,并不是以公正的价值内容本身为检验对象去考察法律中体现的价值判断是否正确,而是以公正价值的追求结果为对象,观察、测量作为客观事实的司法判决在多大程度上实现了公正价值。公正的可检验性并不是回答法律将公民生命、健康、财产、自由列为保护对象是否公正的问题,而是回答这些公民权利事实上获得了多少法律保障

<sup>②</sup> 研究中发现的与刑量大小呈负相关关系的法律事实有:从犯、未遂犯、未成年犯、认罪悔罪、中止有损、防卫过当、中止无损、犯罪轻微、自首、立功、自首大功、重大立功、预备犯、罪名变更、安全事故犯罪、交通肇事罪、知识产权犯罪、聚众斗殴罪、非法拘禁罪、寻衅滋事罪、徇私舞弊犯罪。

<sup>③</sup> [德] E·V·萨维尼:《刑法命题的可检验性》,转引自[德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔:《当代法哲学和法律理论导论》,法律出版社 2002 年 1 月版,第 451-452 页。

的问题。由此可见,对已然的司法判决进行公正性检验不仅可行而且必要。

第二,如果一个案件的处理证据确凿,程序合法,在法定刑幅度内量刑,还需要所谓公正性检验吗?其实,量刑幅度在大陆制定法国家刑法中确有明文规定,而对司法先例是重要法律渊源的英美判例法体系而言,这个追问能否成立则另当别论。换个角度说,公正的可检验性问题还与另一个更加根本性的问题有关:法律到底是什么?如果认为法仅仅意味着形式合理性的话,那么,检验合法判决的所谓公正性程度才显得多余。而本文试图给出另一个分析视角:从某种意义上说,法律可以理解为一个被禁止行为的定义体系。对这个意义上的法的理解有两种理论倾向:一种理论认为,被禁行为定义体系的主导因素是被禁行为本身,法是客观的违法行为在观念上层建筑中的主观反映。有什么样的危害行为,才会有什么样的法,定义体系的客体性主导着法的制定和适用。因此,这种理论称为客体性理论。意大利学者加罗法洛为自己规定的基本问题就是,在被现存法律所确认的犯罪中,是否存在所有时期和所有地方都认为应受到处罚的行为。加罗法洛相信,这种超越时空界限而普遍存在的犯罪,就叫做自然犯罪。<sup>②</sup>立法者只能发现危害行为,而不能发明危害行为,作为被禁行为定义体系的法,只能是实然危害行为的复印件或影像,而不是按照应然的主观标准制造出来的产物。与此不同,另一种理论认为,被禁行为的定义体系并非危害行为本身固有属性的翻版或者摹写,而是定义者赋予某些行为以负面意义和属性的结果。根据何种标准,出于何种利益驱动,将何种行为界定为违法犯罪,对法律是什么的理解更具前提意义。尤其是对刑法而言,主导犯罪化过程的决定性因素是犯罪定义中的主体性,<sup>③</sup>笔者将这种理论称为主体性理论。按照这种理论,关键不在于什么行为实际上有危害性,而在于什么行为应当或者需要被称为违法行为。应当不应当,需要不需要,不取决于被定义的行为自身,而取决于操作符号体系和规范准则的定义者。人们无法使公正的事物变得强大,却能够把强大的事物树为公正。<sup>④</sup>美国学者贝克尔认为,各种社会群体创造了越轨行为,其方式是制定那些一经违反就会造成越轨的准则,并把这些准则应用于特定的人,给他贴上不受欢迎者的标志。从这种观点看,越轨不是人们所从事的某种活动的特质,而是其他人将准则及制裁施加于“触犯者”的结果……<sup>⑤</sup>总之,法律是冲突中赢得定义权的主体用来贯彻自己意志的最好工具。综合这两种理论的基础上笔者认为,作为被禁行为的定义体系,法律实际上是定义者与定义对象之间的中介物,既服从来自主体方面的主观要求而积极能动地塑造违法行为,以表达定义者的价值导向和确证其控制力,又接受来自客体方面的规定和制约,以体现被定义的行为对定义者的约束和限制。需要特别强调的是,尽管法的确体现着客体被主体化的一面,即立法者和司法者作为定义者能动的一面,但这种主体的能动性又必须受制于客体对主体的影响和作用,表现为主体被客体化的过程中,主体对客体规律的认识、掌握、接近、符合和服从,也就是客体对主体能动性的限制、约束和规定。而这种限制和约束显然不能等同于形式上的合法性,还可能表现为上述法官群体大规模司法实践中客观存在的那种不约而同的确定性、规律性。从这个意义上说,法是现实社会中自然秩序的抽象,司法判决并不只是因为合法才公正,更是因为遵从了这种自然秩序才获得了公正性。既然这种自然秩序是法背后的法,那么,只有形式上合法实际上又符合自然秩序的司法判决才具有完整意义上的公正性。而如何发现这种自然秩序,并检测司法判决在多大程度上符合自然秩序的阈值,都离不开经验研究方法。这是对司法判决进行公正性检验的第二个理据。

第三,大陆法国家的“一事不再理原则”和英美法国家的“禁止双重追诉原则”都表明,终结性是司法裁判活动的特有属性。每个人都可以对同一法院判决有不同的感受,但任何人都应该尊重法院的生

② [意]加罗法洛:《犯罪学》,耿伟、王新译,中国大百科全书出版社1996年版,第22页。

③ 在哲学上,所谓主体性是人作为活动主体的质的规定性,是在与客体相互作用中得到发展的人的自觉、自主、能动和创造的特性。参见郭湛:《主体性哲学——人的存在及其意义》,云南人民出版社2002年版,第30-31页。

④ [美]格尔哈斯·伦斯基:《权力与特权:社会分层的理论》,关信平等译,浙江人民出版社1988年版,第65页。

⑤ [美]杰克·D·道格拉斯、弗兰西斯·C·瓦克斯勒:《越轨社会学概论》,张宁、朱欣民译,河北人民出版社1987年3月版,第152-157页。

效判决。而现在如果提出司法判决的公正性检验问题,是否有挑战法院判决的终结性和权威性之嫌?这个诘难的分量显而易见,不过,建议读者先随我们进入检验标准的讨论。此后,这个诘难将不再成为问题。所谓检验标准,就是根据什么去检验司法判决的公正性程度。面对的第一个选择是规范内标准与规范外标准谁主谁辅的问题,对此,笔者赞同这样的观点:在法治社会,对于司法公正与否的评价,法律标准是基本的也是根本的标准,应当成为评价司法公正社会标准的基准。因此,法院司法必须依法,社会评价司法活动也应当以法律作为依据。<sup>⑤</sup>换句话说,司法公正的检验不能过多地以社会舆论尤其是当事人的感受为转移。

如果以法律标准为公正性检验的根本标准,那么,是以法律条文本身为标准还是以规则的适用结果为标准?对司法公正的评判当然离不开法律条文本身,但问题是,抛开不同的有权解释机关之间、今天的有权解释与昨天的有权解释之间可能的差异不说,就是对那些理解上无异议的法条而言,法条本身也无法直接成为公正的检验标准,因为法条是一种价值宣示,而用价值宣示本身作为某种价值的检验标准只是一种同义反复。根据我们对公正可检验性的界定,我们并不是想检验公正是否公正,而是希望知道规则的运行结果是否以及在多大程度上实现了公正。因此,我们需要将法律追求的公正价值转换到某些具有可比性的载体上去,通过与这些载体的比较,间接地检验司法判决的公正性程度。而在舆论、民意、学理解释以及司法先例等各种载体中,司法先例应当是最佳选择。司法先例本身也是一种法律文本作为法制的细胞,它囊括了几乎全部的法制信息,是最具体、最有效的关于公正的诠释。从这个意义上说,权威机构精选的司法先例应该成为同类法律问题的司法判决公正标准的载体,这样做的方法论精髓在于归纳而非演绎。通过与司法先例的比对检验司法判决的公正性有几个好处:一是使比较的案件之间在法律问题的内容上容易对接,不会发生焦点问题的判断错位;二是避免陷入法条文本的理解在语言上的多解甚至混乱;三是简化了司法解释的往返过程,是效率与公正的最佳结合形式;四是便于说服各方当事人,使问题与规则之间的联系更具直观性和可预见性,是书写法律至高无上性的平台。五是便于实现法的统一性、一贯性和平等性。当然,以司法先例为检验标准可能遭遇两个质疑:首先,天下没有两片同样的树叶,为什么当下的案件要参照某个司法先例?其实,案情的可比性只是对法律问题而言的,至于案件的自然事实,任何一个案件都是唯一的。因此,只要案件事实之间在法律上具有可归结性,司法先例就具有可参照性。第二个质疑是,在制定法国家,司法先例不具有法律拘束力,若要使权威司法机关的司法先例获得参照标准的意义,是否意味着对立法权的侵蚀?其实,可能作为公正标准的司法先例首先是依法判决的精品案例,凸现它的参照意义说到底是在强化法律本身。更何况,即使在德国、日本这些具有成熟判例集成的制定法国家,也丝毫没有使判例成为法律渊源的意思,但这并不妨碍其判例参照机制的有效运作。而且,我国法院系统内的有识之士,也基于理论与实践的结合提出过判例机制的制度设计。<sup>⑥</sup>

最后,可以成为公正性检验标准的司法先例应该在质和量两个方面都能满足规范实践的要求,具有足够大的问题跨度和时空跨度。因此,符合以下条件的案例可以成为示范性案例:第一,权威性,即由最高法院有关部门组织资深法官和高端专家,依照一定遴选程序和标准,决定哪些案例进入示范性案例集成。第二,合法性,即案件的审理程序合法、实体合法。第三,指导性,即案件提出的法律问题具有一定的疑难性,所作出的裁判具有充分的说理性,通过对现实问题的正确回应,反映裁判艺术和公正追求的最高水平。第四,包容性,即覆盖尽可能多的法律问题,使绝大多数审判实践既有法可依又有例可循。第五,代表性,即全国各个时空、审级、类型的案件都按同一样本容量获得同等的人选机会,使示范性案例的各项重要特征对整个司法实践具有统计意义上的可推论性。可见,示范性案例在质量上应该最好,凝聚着精英法官群体对法律的平均理解,数量上应该具有足够大的容量,而不是零星几个典型案例。作

<sup>⑤</sup> 张军:《司法公正的标准与理性的认识、追求》,载《人民司法》2001年第3期,第9页。

<sup>⑥</sup> 邓修明:《我国刑罚裁量模式与刑事判例机制》,载《现代法学》2006年第1期,第115-121页。

为公正性检验的标准,只要检验对象符合或接近相应的示范性案例,就应当被认为大体符合公正性要求。对已生效的判决而言,这种检验具有回顾、总结的性质,而对尚未生效的裁判而言,与示范性案例相比对又具有预估裁判结果的指导性和参照性。实际上,借助这个司法先例的示范机制,通过案例库的增减、维护和结构上的调整,最高司法机关可以依法贯彻一定的刑事政策导向,调节刑事反应的宽严程度,回应社会现实中随时出现的各种法律问题。至此,谁都可以看出,如此来检验司法判决的公正性,不仅不是在挑战或弱化审判机关的权威性和审判活动的终结性,其实是在法的范围内,以内循环的方式吸纳社会监督,拒斥来自任何个人或者利益集团针对司法审判活动的非理性评判,有序提升审判质量的一种尝试。这也是公正具有可检验性的第三个理据。

#### 四、确定性与审判质量管理

公正性检验的理论基础是法的确定性问题,其实践形式就是审判质量管理,而审判质量管理的科学性应体现在:首先,定性定量全面检验。由个案公正与一般公正之间的内在联系以及示范性案例的疑难性、规模性所决定,公正性检验由定性和定量两类操作构成。其中,定性检验就是将被检验对象与同样法律问题的示范性案例相比较,如果示范性案例最多将一只黑天鹅认定为天鹅,而检验对象中一只乌鸦被认定为天鹅,又无特别的合法性或合理性解释,就应尽可能地参照示范性案例进行裁判。所以,对定性检验而言,重要的是示范性案例集成的发布者应科学掌握天鹅的颜色黑到什么程度。定量检验就是将被检验的司法判决引入示范性案例集成,比较引入前后在统计结果上是否有显著差异并观察差异的方向、特征。如果前测与后测间差异显著,就可归因于被检验案例的引入,然后借助统计工具“精确制导”到问题案例进行具体分析。所以,对定量检验而言,前提是判决文书的进一步标准化和说理化,以便语义分析和统计技术在检验过程中的充分应用。其次,罪名分别检验。由于不同犯罪有不同的成罪条件,因此,至少应在常见多发犯罪的范围内分别建立每个不少于 200 样本的示范性案例集成,作为各地各级法院相应案件的参照标准。每个案例集成除了在定性上具有相当的问题跨度以满足法官不断提高的专业需求以外,还要将公正性量化为一定的指标体系,并计算出数据的最优拟合系数作为检验或者试错性裁判的参照标准。第三,死刑独立检验。受死刑的特殊性以及《刑法》第 48 条规定的模糊性影响,死刑案件除按罪名分别进行纵向检验以外,还应与其他死刑案件放在一起再次进行横向检验。为此,应在实证分析基础上尽快建立我国的死刑适用示范性案例集成,使死刑适用具有一个体制内的模版,为提高法的确定性迈出有意义的一步。

---

**Abstract:** Two theories coexist concerning the certainty of law. One insists on the certainty of law while the other doubts it. Based on the regression analysis of thousands of model cases from the Supreme Court, this paper empirically finds out that normative facts determined by the court can only predict 48.8 percent of the sentencing results. But the connection between legal causes and results concluded by legal theories presents some certainty, and different legal facts define the lenience and strictness of law to different degrees. Grounded on such study, the paper concludes that equity can be proved and meanwhile sets forth the proof criteria of equity and the practice project for trial supervision.

---

(责任编辑:白岫云)