

对中国刑事司法电脑量刑的辩证思考

季卫东*

一 绪言：用鼠标点击出的自动化判决？

淄川区法院从2003年开始设计审判软件，到2006年山东省推广淄川经验、在当地各级法院中普遍实行电脑量刑，只花了近三年的时间。从2004年起这件事不仅在国内引起议论纷纷，前不久还成了国际社会的一则略带轰动性的新闻。¹。

* 季卫东，日本神户大学法学院教授。

¹ 《新京报》在2004年5月23日刊发题为《输入犯罪情节电脑作出量刑》的消息后，山东淄博法院的尝试在国内曾经引起关注和争议。当时的概况可参阅报道：《电脑量刑 争议中前行》，《法制日报》，2004年9月13日。电脑量刑再次引人瞩目起因于：《电脑量刑能否避免同案不同刑 淄川法院探索刑事审判量刑标准化》，《法制日报》2006年8月2日。国内相关的介绍和讨论很多，例如：《电脑量刑挑战自由裁量权》，《民主与法制时报》，2006年9月9日；《山东争议声中推广电脑量刑 刑期有望精确到天》，《南方都市报》2006年9月12日。

国际舆论的反应，见 Lester Haines, *Computer says 10 years, comrade*, *The Register* (Sep.13, 2006), available at http://www.theregister.co.uk/2006/09/13/sentencing_software (last visited April 16, 2007); Sonja Thompson, *Order in the database!*¹ 《新京报》在2004年5月23日刊发题为“输入犯罪情节电脑作出量刑”的消息后，山东淄博法院的尝试在国内曾经引起关注和争议。当时的概况可参阅报道“电脑量刑 争议中前行”《法制日报》2004年9月13日。电脑量刑再次引人瞩目起因于2006年8月2日的《法制日报》2006年8月2日的报道“电脑量刑能否避免同案不同刑 淄川法院探索刑事审判量刑标准化”。国内相关的介绍和讨论很多，例如“电脑量刑挑战自由裁量权”《民主与法制时报》2006年9月9日、“山东争议声中推广电脑量刑 刑期有望精确到天”《南方都市报》2006年9月12日。

国际舆论的反应，见“Computer says 10 years, comrade”*The Register* Sep.13,2006 (http://www.theregister.co.uk/2006/09/13/sentencing_software/)、 “Order in the database! The software says, ‘Go to jail!’,” *Tech Republic* (Sep. 13, 2006), available at <http://techrepublic.com.com/5254-6257-0.html?forumID=99&threadID=180385&messageID=2093180&id=598322> (last visited April 16, 2007); 《电脑法院活跃在中国》，《IT Media News》，<http://www.itmedia.co.jp/news/articles/0609/14/news040.html>，2006年9月14日，中国把电脑量刑软件引进审判》，《惊人新闻》<http://www.excite.co.jp/News/odd/00081158291743.html>，2006年9月15日，以及散见于报纸和BBS的法官、律师的感想和短评。13, 2006 (<http://techrepublic.com.com/5254-6257-0.html?forumID=99&threadID=180385&messageID=2093180&id=598322>)、 “电脑法院活跃在中国”《IT Media News》2006年9月14日报道 (<http://www.itmedia.co.jp/news/articles/0609/14/news040.html>)、“中国把电脑量刑软件引进审判”《惊人新闻》2006年9月15日报道 (<http://www.excite.co.jp/News/odd/00081158291743.html>) 以及散见于报纸和BBS的法官、律师的感想和短评。

海外法律界人士以及公众传媒对电脑量刑的主要反应是：既对中国大胆创新的举措感到惊奇不已，同时也对机器审判人类、鼠标点击判决的可能性抱有相当程度的忧惧——因为电子计算机软件固然不会腐败，但却毫无同情心和斟酌具体事实妥善处理的弹性。在有些多愁善感的评论者的眼里，这样一种定罪量刑自动化、迅速化的操作系统，简直就像一台不停运转的绞肉机那样令人不寒而栗。

作为一个对采取科学方法研究法律问题、提高制度运作的效率和公正性兴趣浓厚的学者或者实务人员，对于在审判以及律师服务中导入专家系统作为辅助性工具的设想和尝试，当然不会、也不应该采取排斥的态度。只要对人工智能开发史回眸一瞥就可以了解到，西德的司法部早在 1960 年代末就成立了一个专门研究计算机在法律实务中的作用的 设计组，并在 1973 年构建出被称作 JURIS 的数据库和社会法检索装置²。到 1976 年，欧洲出现了介于检索与自动化处理之间的法律人工智能库 WELBE 和 LRS。美国的鲁特哥兹大学到 1977 年已经成功地开发出据说是世界上第一个计算机法律专家系统——根据 LISP 程序语言记述的处理公司并购税务问题的 TAXMAN³。就在当年，旧苏联科学院法学研究所也悄然开启了自动化管理问题的研究项目。几年后，英国伦敦大学的帝国学院借助 PROLOG 程序语言的推理功能实现了国籍法实务的人机对话⁴，大约与此同时，日本的电子技术综合研究所（现为独立行政法人“产业技术综合研究所”）也以 KRP 程序语言编制出包括实体法和诉讼法两种规则及其相互关系在内的专利法检索咨询软件⁵。时至今日，已经是机器人可以演奏乐器、即将驾驶轿车的二十一世纪初叶，已经没有什么人会借助智能软件审理诉讼案件当作异想天开的梦呓或者荒诞不经的闹剧。

但是，根据当下的一般看法，即使有可能把司法的概念计算和基本判断都委诸电脑，那也是遥遥无期的未来之约；尤其是刑事诉讼，事关人命、自由、国家目标以及社会正义，与民商法相比较更需要保留基于人格修养的心证以及感化的余地，

² 龚祥瑞、李克强：《法律工作的计算机化》，《法学杂志》，1983 年第 3 期。

³ 根据松村良之教授的介绍，见吉野一（编著）：《法律专家系统的基础》，吉幽塞出版社，1986 年版，第 24-35 页。除此之外，系统设计者本人的代表性论述包括：L. Thorne McCarty, Reflections on TAXMAN: An Experiment in Artificial Intelligence and Legal Reasoning, 90 HARV. L. REV. 837, 837-93 (1977); L. Thorne McCarty, The TAXMAN Project: Towards a Cognitive Theory of Legal Argument in *Computer Science and Law: An Advanced Course* 23-43 (B. Niblett ed., Cambridge University Press 1980); L. Thorne McCarty, Intelligent Legal Information Systems: Problems and Prospects, 9 *Rutgers Computer & TECH. L.J.*, 265-94 (1983).

⁴ 松尾弘：《英国国籍法的逻辑程序化》，《法律专家系统的基础》（前引），第 51-58 页。另外参阅 M. J. Sergot, F. Sadri, R. A. Kowalski, F. Kriwaczek, P. Hammond and H. T. Cory, The British Nationality Act as a Logic Program, 29 *Communications of the ACM*, 370-386 (May 1986).

⁵ 参阅新田克己：《专利法的咨询系统》，《法与电子计算机》，1978 年第 5 号。

也更难于进行数码机械化的技术处理，不可鲁莽行事。根据有关专家的研究，在各种部门法中，专家系统软件对实务意义很小的领域是宪法、国际法以及刑法，在开发软件方面很可能存在危险性的唯有刑法。⁶现在，山东法院的举措却对这类成见提起了公然挑战——软件的开发从计算机自动量刑科罚起步、并且直接应用于结案判决。在制度进化的过程中，特别是在建构法治秩序的初期阶段，突然爆发这样飞跃性的质变，理所当然会引起许多错愕。

二 排除裁量权的镜像原则与司法的精密化指向

站在中国法律传统文化的视点来看，可以发现律令制的根本特征在于绝对法定刑主义以及尽量压缩审判者裁量余地的机械化、细则化的条文构成。我在1993年发表长篇论文《法律程序的意义》时已经指出了这一点，并表达了如下批评性意见：“各代刑律的定刑方式皆如出一辙，几乎排除了量刑的余地。可惜当时尚未发明电子计算机，否则自动量刑的专家系统软件或许早已被列祖列宗设计出来了。……为了防止和限制恣意，我国采取了比西方更严厉的措施。其动机或可理解，但其效果却很糟糕。因为我国在缩减恣意的同时也压抑了选择，而选择恰恰是[法律]程序的价值所在”⁷。

没想到十年之后，齐鲁大地就有后起之秀利用数码信息技术时代的发达工具和条件来填补那个古昔的遗憾——编制了自动量刑的软件，在要件和效果之间补充了一些选择对象。由此可见，在中国电脑量刑之所以很容易被接受，并且迅速得到普及，是以固有的思维方式为前提条件和催化剂的，倒也不足为奇。

另外还有大家都已经注意到的直接原因。即司法活动中存在的办案质量很参差、审理主体滥用裁量权、冤假错案层出不穷、甚至出现一案两结论的“阴阳判”⁸等严重问题，极大地动摇了对人脑判断的信心，同时也就助长了对电脑量刑的客观性、中立性以及确定性的期待。于是法官和当事人都试图用科学之光来照亮那个容许自由裁量以及非正式操作的黑箱——这样的去人情化努力是可以理解的，在一定程度上也是可以支持的。

⁶吉野一、加贺山茂：《法律专家系统开发研究的对象领域》，《法律专家系统的基础》（前引），第154-55页。

⁷季卫东：《法律程序的意义》，《中国社会科学》，1993年第1期，第97-98页。⁷季卫东“法律程序的意义”《中国社会科学》1993年第1期97-98页。

⁸关于真假两份判决并存的最新近实例，见蒋作平、侯大伟：《成都中级法院竟出现司法史罕见的‘阴阳判决’》，http://news.xinhuanet.com/legal/2006-09/14/content_5092422.htm，2006年9月14日。

从淄川区法院编撰的《常用百种罪名量刑规范化实施细则》的内容介绍里，我们可以在相当程度上发现类似自动售货机的法官标准像以及这种孟德斯鸠式假设与根据条文规定自动得出刑期的传统思维方式之间的互乘效应。在这里，窃以为也不妨归纳出一条关于判决严格对应于法律、同案同制裁的“司法镜像原则”。

如果再深想一层，更重要的潜在因素与其说是追求完全一致不走样的镜像效应，毋宁说是在通过自动化软件的程序编码所表现出来的对审判本质的理解方面的变化——有关机构正在试图用专业性共同语言（按照法律要件整理事实并进行严格论证）来取代日常性共同语言，尽量排除情绪化因子和暧昧涵意对推理的影响，实现精确司法的目标。正如已故的行政法专家龚祥瑞教授等人早在1983年就洞察到的那样，“应用计算机技术，通过对用自然语言形式表达的法律条文进行信息-逻辑加工，将会逐步产生一种新的法律语言，这必将提高法律条文的精确度，使之更加规范化、通用化”⁹。

实际上，山东法院推广电脑量刑也的确产生了借助计算机语言形式来使法律语言更加规范化的意图和客观效果。例如淄川区法院院长王建东就明确指出，当地农村、山区地带法官业务素质普遍较低，自由裁量权往往被滥用，在这样的条件下应用量刑软件来办案，“实质上还是用制度约束人”¹⁰，使审判更加符合统一的专业化标准。在这样的意义上，有关努力还是值得给予充分的评价的。

三 关于电脑制裁应该缓期执行的四项理由

尽管如此，我们还是不得不指出：在现阶段对法律专家系统软件的设计和运用应该持一种慎之又慎的态度，尤其是在电脑量刑方面更不可急于求成。另外，就审判制度的本质性特征而言，也没有必要完全排除法官的心证、裁量以及平衡感觉¹¹，毕竟电脑不可能完全取代人脑。

⁹ 《法律工作的计算机化》，《法学杂志》，1983年第3期。

¹⁰ 《山东在争议中推广电脑量刑 刑期可望精确到天》，《南方都市报》，2006年9月12日。

¹¹ 正如P.卡拉曼德莱在《程序与民主》中指出的那样：“的确，法官不是机械装置，不是计算机。法官是活生生的人，他确定法律内容并适用于具体事实的角色作用虽然被表述为试管里的三段论推理，但实际上是一种在精神密封的坩埚里进行陶冶的综合性作业过程。要在坩埚里把抽象的法律与具体的事实熔炼在一起，离不开良心的剧烈搏动以及由此产生的直觉和感情的炙热”。这里的文字表达系根据小岛武司、森征一日(译本)：《诉讼与民主主义》，中央大学出版社，1976年版，第43页的内容转译。

要问让电脑量刑缓行的具体理由何在，答曰：首先，使用任何法律专家系统软件都意味着作出一种纯粹的法律实证主义预设。计算机可以处理法律条文内容中的三段论推理以及关于“要件 - 效果”的条件式推理，但却无法适当处理那些决定有效规范在适用上的优劣顺序的元规则。也就是说，电脑量刑固然能在很大程度上排除在行使自由裁量权方面的主观任意性，但同时也会排除诸如自然法、人权保障、“有耻且格”、预防为主之类的思辨性要素，还倾向于排除对各种不同利益进行权衡、考量等的政策性调整机制。可是司法的本质决定了诸如此类的思辨和整合化作业不仅无法排除，甚至还有必要在社会日益复杂化、动态化以及价值观越来越多元化的背景下有所加强。¹²

其次，电脑量刑所体现的规范化势必在强调一视同仁的普遍性规范适用之余忽视地方性知识、上下文脉络以及具体情境，而这些字里行间的“意义之网”对于社会影响较复杂的、容易引起争议的法律判断是非常重要的。在一定程度上不妨认为，不可言说的默示知识就标示出了法律专家系统的疆界或者局限之所在。也就是说，电脑软件只可以在有限的范围内取代法官的酌情判断、适当限制主观判断的任意性，而不必彻底否定审判主体的自由裁量权。

至于中国的法官在行使裁量权之际容易出现的判断失当、恣肆化以及腐败等问题，本来是应该、而且也有可能通过改善法官任命制度、资格要件、解释技术、法学教育以及加强审判独立和相应的问责机制等来解决的。现在的电脑量刑却是绕一个老大的圈子去找那迄今为止还颇虚渺的一劳永逸的办法。殊不知这样依赖计算机软件系统的做法反倒更不可靠——要么能实现却太简单，离预期目标相差很远；要么追求精密到天、快速到分的设想，短期内毫无实现的可能性，并且无论结果如何成本都很高昂。试想一下，20 万众的法官本身就是一个举世罕见的高成本、低效率的审判队伍，放着这么多现成的人力资源不充分利用，还试图另外搞一个高成本、高效率的自动化电脑审判系统与之并行。这样叠床架屋也未免太奢侈、太浪费了些，或者说让人觉得实在不可思议。

¹²关于思辨性与政策性以及各种因素之间的均衡化、整合化对审判的重要意义，详见 BENJAMIN N. CARDOZO, *THE NATURE OF THE JUDICIAL PROCESS* (Yale Univ. Press, Paperback 1977) (1921), available at <http://xroads.virginia.edu/~hyper/CARDOZO/CarNat.html>.

¹²关于思辨性与政策性以及各种因素之间的均衡化、整合化对审判的重要意义，详见 BENJAMIN N. CARDOZO, *THE NATURE OF THE JUDICIAL PROCESS* (Yale Univ. Press, Paperback 1977) (1921), available at <http://xroads.virginia.edu/~hyper/CARDOZO/CarNat.html>.

再者，中国成文法历来都以“宜粗不宜细”的简约相标榜，不乏多种解释、临机应变的空间；各个概念的内涵和外延也尚未完全统一。例如仅义务条款，就有“应该”和“必须”等不同表述。具有中国特色的公平责任原则以及屡见不鲜的“合理的”、“可预期的”等术语，在法律推理中发挥着极其重要的作用，但有关事项在法律条文中并没有给出、实际上也不可能给出明确的定义。作为实体性法律细则化结果的行政规范和地方规范极其庞杂，不同层面和部门的规定之间往往发生矛盾，使得整合化作业异常困难。凡此种实像，都是不太适宜于电子计算机处理的。

反过来，假如在这样的状态下就通过机器把法庭内外的对话和沟通加以格式化、固定化，很可能会阻碍法律解释学、推理技术、专业化教育以及审判者伦理人格的发展和提高，使司法流于一种检索和推测的简单智能游戏。既然电脑软件已经预定唯一正确的答案，那么通过法庭沟通活动寻求更好解答的意义就几乎不存在了，判决理由也成为某种可有可无的附属物，甚至上诉制度都会逐步形骸化。假如这样的初级系统软件只被当作审判的辅助性工具，只在有限的范围内用于减轻检索负担以及避免疏漏，那倒也无可厚非。但一旦真要让法官们据此形成判决，就难免会遗患无穷。

还有必要指出的是，目前关于法律知识数据库依然非常不完备。¹³ 类似电脑量刑那样的软件，其核心是法律推理系统，而关于法律推理的研究成果的积累在中国还极其薄弱。¹⁴ 作为预测判决结果的社会科学研究，例如盖戈（Theodor Geiger）的法社会学经验考察的符号公式体系之类的尝试¹⁵、宫台真司的预测权力活动的博

¹³ 这个问题也横亘在法制发达国家。关于同类专家系统的基础薄弱、软件开发的难题以及攻克有关壁垒的各种努力和具体方案，不妨参阅 Claude Thomasset, Louis-Claude Paquin, *Expert Systems in Law and the Presentation of Legal Knowledge: Can We Isolate It from the Why and the Who?* (A. A. Martino ed., Consiglio Nazionale delle Ricerche, Florence, 1989), available at http://www.comm.uqam.ca/~LTI/CV/publi_pdf/Florence_89%20.pdf (in Proceedings of the 3rd International Congress on Logica, Informatica, Dritto); 夏井高人：《审判实务与电子计算机——为了法与技术的协调》，日本评论社，1993年，第3部第3章；吉野一（主编）：《法律人工智能——法律知识的解析与法律推理的实现》，创成社，2000年，特别是第V章和第VI章。

¹⁴ 正如周永坤教授在自己的博客上传的短评《电脑量刑何足忧》中所正确指出的那样，现在设计法律专家系统的最大问题，其实是法律知识如何模型化以及如何适当而准确地转译成计算机语言并对此进行自动化推理，在实用的法律解释学还不太发达的中国，这个问题尤其突出。周永坤：《电脑量刑何足忧》，<http://guyan.fyfz.cn/blog/guyan/index.aspx?blogid=106395>，2006年9月5日。

¹⁵ 主要内容见东京大学盖戈研究会《法律学的经验科学的基础——特欧多尔·盖戈著‘为法社会学而作的预备研究’的介绍(1)-(12)》，《法学研讨班》，1964-65年第100-11号连载。“法律学的经验科学的基础——特欧多尔·盖戈著‘为法社会学而作的预备研究’的介绍(1)-(12)”《法学研讨班》第100-第111号(1964-65年)连载。

弈论¹⁶，也是构成信息和语言逻辑模型化的前提条件，这类研究在中国也基本上未见踪迹。

在这样的状况下，假如采取的只是把有关条文形式化、再追加若干解释规则的朴素方式，那么作为逻辑程序而执行时就很容易出现知识本身不循环、只是逻辑程序空转之类的问题，也很难对否定性表现进行适当处理。假如语汇储量不够，法律知识的数据库与推理引擎相结合就很容易频繁发生没有意义的检索。假如存在复数的法律知识数据库，如何使它们互相联系兼容，并对它们进行排除矛盾和冲突的整合，以及有效的一贯化控制，也是颇棘手的重要课题，需要消耗大量的时间和精力才有望获得进展。何况法律在不断修改，知识数据库的更新以及解释规则的调整也需要不断进行，在网络结构中只要某一事项的重新定义出现失误，就有可能引起自动化处理的结果异常——这也将导致建构和维持法律专家系统的成本居高不下。

四 结语：量刑指南不同于量刑软件的本质性特征

有人试图把美国的《联邦量刑指南》作为机械化审判的辩护理由，这是错误的。

《联邦量刑指南》的性质更接近一种关于如何行使裁量权的权威性技术手册，一方面把联邦法院内部过去存在的关于制裁幅度的非正式“行情”以及暧昧的判断指标在可能的范围内作出明文规定，固然有利于标准化、程式化的制裁量计算以及电子计算机处理。但在另一方面，《联邦量刑指南》还为司法的精密化和弹性化设立了很多政策性调整的尺度（例如优先救济被害人的原则，对企业犯罪进行制裁的加重或减轻的各种要件）。¹⁷ 特别值得重视的是这个司法技术操作规则具有明显的道德指向、人权理念以及政策思维方式，并受到合宪性审查的制约。¹⁸

¹⁶ 详见宫台真司：《权力的预期理论——以了解为媒介的动作形式》，劲草书房，1989年版。¹⁶ 详见宫台真司《权力的预期理论——以了解为媒介的动作形式》（劲草书房，1989年）。

¹⁷ 关于美国《联邦量刑指南》的来龙去脉、基本内容以及新近的争议和修正案，不妨参阅网上免费百科全书的解说（http://en.wikipedia.org/wiki/Federal_Sentencing_Guidelines）以及美国量刑委员会网站（<http://www.ussc.gov/guidelin.htm>）的各个栏目。

¹⁸ 可以参考文献例如 DAVID GEBLER, HOW CHANGES TO FEDERAL SENTENCING GUIDELINES WILL AFFECT ETHICS AND COMPLIANCE PROGRAMS (2004), available at <http://accounting.smartpros.com/x44059.xml> (last visited April 16, 2007); ETHICS AND POLICY INTEGRATION CENTRE, THE RELATIONSHIP BETWEEN LAW AND ETHICS, THE SIGNIFICANCE OF THE FEDERAL SENTENCING GUIDELINES FOR ORGANIZATIONS (2003), available at http://www.ethicaledge.com/quest_2.html (last visited April 16, 2007); DEMOCRACY NOW!, SUPREME COURT OVERTURNS FEDERAL SENTENCING GUIDELINES (2005), available at <http://www.democracynow.org/article.pl?sid=05/01/14/1519236> (last visited April 16, 2007).

在中国，更类似的现象倒是最高法院关于确定量刑幅度和计算赔偿额的具体标准的司法解释以及一些法院近来模仿和试行的量刑指南规则。也就是，《联邦量刑指南》本身与电脑自动处理软件系统并没有什么太多的实质性联系，更不可混为一谈。

总而言之，法律专家系统的研究、实验以及在有限范围内的辅助性使用是必要的，应该获得支持。但是如果缺乏严谨的科学态度，急于炒作和推广那么一点初步的、尚未成熟的作品，那就不仅会贻笑大方，也有可能败坏电子审判的声誉、葬送很有前景的软件开发计划，甚至在一定条件下还给司法制度的发展和改革造成某些重大损失或暗伤。既然电脑量刑的宗旨是精密化审判，那么专家系统软件本身首先就必须经得起精密的“审判”，法官也必须具备不犯误导鼠标之类人为错误的品格素养——这是一个无需计算机就可以推导出来的结论。