

# 中国量刑程序改革：误区与正道

左卫民<sup>\*</sup>

**内容提要：**对抗化的量刑程序改革试点效果不尽如意，某种程度上可以归因于制度改革所赖以支撑的理论根据。该理论认为，量刑制度的主要问题是量刑程序不公正，解决之道是借鉴英美模式，建立对抗式量刑程序。然而，真正引起社会普遍关注乃至广泛质疑的是量刑不均衡与量刑僵化问题，这主要是实体法问题；认为英美法系在传统上采用对抗式量刑程序的观点在一定程度上也是对英美法系量刑制度与实践的误读。未来的量刑制度改革应以实体性改革为主，程序性改革为辅；而在量刑程序改革方面，不宜大改，可以小改或微调。

**关键词：**量刑程序 量刑模式 实体性改革 程序性改革

当下，以规范法官自由裁量权为中心、包括量刑程序在内的量刑制度改革正自上而下在全国范围内展开。<sup>〔1〕</sup> 量刑程序的对抗化是改革理论与实践的重要面相，从实践情况看，对抗化改革的效果相当有限。通过本文的研究，笔者认为：中国现行量刑制度的根本问题不是程序法问题，而是实体法问题；对抗化的量刑程序理论与实践，不仅在中国缺乏针对性，还存在对英美法系量刑程序的误读。中国量刑制度的改革，应从程序性改革为重心转向以实体性改革为主，量刑程序的改革应当适当展开，真正回应科学、公正量刑的需要。对此，下文将作具体分析。

<sup>\*</sup> 四川大学法学院教授。

本文的写作得益于与马静华、艾明、刘方权、苏镜祥、郭松的交流；同时，陈明国、叶明、蒋敏、李海昕等法官提供了相关支持，在此谨表谢意。

〔1〕 2007年9月13日，最高法院下发《关于进一步加强刑事审判工作的决定》，要求各地法院尽快制定死刑案件和其他刑事案件的量刑指导意见，建立和完善相对独立的量刑程序，严格控制和慎重适用死刑。2008年8月6日，最高法院下发《人民法院量刑程序指导意见（试行）》，将量刑纳入法庭审理程序，具体规定定罪事实的调查与量刑事实的调查、定罪问题的辩论与量刑问题的辩论相对分离，以及控辩双方就此进行对抗性调查与质证的庭审程序。随后，最高法院确定了两个中级法院和七个基层法院作为量刑程序改革试点法院。2008年10月26日，最高法院王胜俊院长在向第十一届全国人大常委会所作的《关于加强刑事审判工作维护司法公正情况的报告》中明确指出“总结量刑规范化试点经验，加快出台量刑指导性意见，依法规范刑罚自由裁量权的正确行使，防止重罪轻判、轻罪重判，维护法制统一”。2008年12月28日，中央政法委在《关于深化司法体制和工作机制改革若干问题的意见》中，将“规范自由裁量权，将量刑纳入法庭审理程序”列为未来我国司法改革的一项重要任务。对此，最高法院迅速落实。2009年3月17日，最高法院出台的《人民法院第三个五年改革纲要（2009—2013）》指出，应“规范自由裁量权，将量刑纳入法庭审理程序，研究制定《人民法院量刑程序指导意见》”。应最高法院要求，从2009年6月1日起，全国法院系统正式展开量刑规范化试点工作。

## 一、实际效果检验：对抗化取向的量刑程序改革不尽如意

对抗式量刑程序主张在相当程度上推动了我国量刑程序改革,成为各地法院试验和探索的主要方向。而最高人民法院的《人民法院量刑程序指导意见(试行)》推波助澜,使对抗式量刑程序成为量刑制度改革的主要内容。<sup>〔2〕</sup>相比较而言,尽管最高法院也制定了《人民法院量刑指导意见(试行)》并付之全国法院进行试点,在程序改革的同时也大力推进量刑方式的改革,以期实现“定量分析为主,定性分析为辅”的量刑方式转型,有效地规范法官自由裁量权。<sup>〔3〕</sup>但从试点情况看,各地主要着力于量刑程序改革而非量刑方法改革。<sup>〔4〕</sup>

以S省为例,从2009年6月15日至11月30日,在省高级法院统筹组织下,一个中级法院和七个基层法院进行了对抗式量刑程序改革试点工作。试点的主要内容是:控辩双方各自提出量刑主张、分别出示量刑情节的证据并相互质证、就量刑情节是否成立进行相互辩论。对试点情况,笔者与S省高院院长共同负责的课题组(以下简称课题组)在2009年夏天进行了调研。<sup>〔5〕</sup>调查发现,量刑程序改革有其积极意义,但总体效果不明显,与制度预期之间存在不小差距。

在积极性方面,主要体现为通过对抗式量刑调查、辩论,量刑程序的透明性有所提升,量刑结果的公正性有所增强。问卷中,对于“量刑程序改革是否有助于提升了庭审的公开性和透明度,促进量刑公正”一问,71名试点法院法官中有52人(73.2%)持肯定态度,66名公诉人中有58人(87.9%)对此认同。就“量刑说理”进行的满意度调查中,66名公诉人中有34人(51.5%)选择“满意”或“比较满意”。进一步的访谈一定程度上验证了上述结果的真实性。C市W区法院S法官认为,改革后的量刑程序让被告人、辩护人乃至旁听群众更多地了解了量刑决定做出的整个过程,从而使裁判的接受度得到提高。该院D法官则认为,虽然试点后的量刑程序加大了法官的工作量,但也减少了法官被人授口实的情况,因为即使有媒体和当事人质疑,法官可以说判决是严格按照量刑标准做出的。G市H县法院Z副院长表示,推行量刑规范化改革,可以避免因法官素质问题而产生的人情案、关系案,这也是对法官的一种保护。需要指出,上述情况不仅为S省的试点与实证研究所印证,而且也为笔者在云南等地的调研以及参与的量刑程序研讨会议(如2009年11月在济南举行的中国审判学会刑事审判委员会的年会专题研讨及相关材料)所印证。这表明,其具有一定代表性。

然而,量刑程序改革的积极性似乎也仅限于此。在量刑情节、量刑效果方面,量刑程序改革前后相差无几,而审判效率在改革后甚至有明显下降,由此引发不少试点地区法官、检察官的疑虑。具体表现在:

〔2〕 实践中,刑事审判以定罪事实的调查为中心。因此,我国刑事诉讼法规定的对抗式程序不过是定罪事实的调查机制。鉴于量刑问题的重要性,最高法院在《人民法院量刑程序指导意见(试行)》中明确规定了量刑情节的对抗式调查程序。

〔3〕 参见《严格程序 规范量刑 确保公正——最高人民法院刑三庭负责人答记者问》, [http://news.xinhuanet.com/legal/2009-06/01/content\\_11464962.htm](http://news.xinhuanet.com/legal/2009-06/01/content_11464962.htm), 2009年6月1日访问。

〔4〕 2009年6月1日以来,最高法院在全国百余个法院开展量刑规范化试点。参见《全国120余家法院量刑纳入庭审》,《法制日报》2010年2月20日。相对而言,着力于进行量刑方式改革试点的法院为数不多,较典型者如江苏泰州,云南个旧。

〔5〕 笔者与某高院共同承担了最高法院2009年度重点调研课题“关于量刑程序的调研”,该课题采用调研为主的实证方法,包括旁听庭审、问卷、访谈及采集试点数据等。涉及的试点案件共1043件。接受问卷调查的对象包括71名试点法院刑庭法官、66名试点检察院公诉人,以及600名辩护律师和696名社会公众。访谈对象(法官)主要来自C市W区、G市G区、H县。需要说明的是,C市是S省省会城市,经济、文化、交通均较发达,G市距S省省会约280公里,经济、文化、交通相对落后。两个地区分别代表了S省的较发达地区和不发达地区。如无特殊指明,本文的实证数据和材料均来自课题组的调研活动。

第一，在量刑情节和量刑证据的提出方面，量刑程序改革试点中并未发生明显变化。

根据我国刑法规定，量刑情节可以分为法定情节和酌定情节。法定情节是刑法明文规定在量刑时应当予以考虑的情节，我国刑法规定的法定量刑情节有11类26个。<sup>〔6〕</sup>酌定情节是刑法没有明文规定，根据立法精神与刑事政策，由人民法院从审判经验中总结出来的，在量刑时酌情考虑的情节。根据我国立法精神与刑事政策，一般来讲，刑事审判中应考虑的酌定情节有8种。<sup>〔7〕</sup>

如果我们承认在定罪与量刑一体的庭审程序中，否定了法庭对量刑问题进行单独审判的可能，使得那些与定罪根据明显不一致的量刑信息无法有效地进入法官的视野这一前提性假设，<sup>〔8〕</sup>那么，从逻辑上可以认为，之所以要设置相对独立的对抗式量刑程序，一个重要考虑是为了将那些可能影响对被告量刑的相关信息纳入法官的裁量范围，进而有理由认为，在一个对抗式量刑程序中，如果有较多与定罪根据明显不一致的证据或者信息被提交法庭，则表明对抗式量刑程序有其价值与必要，反之，如果这种证据和信息的增加量很小，对这些事实和证据完全可以在传统的程序框架内或者通过对传统程序进行微调的方式加以处理，那么，在某种程度上可以认为，量刑程序的对抗式设计并不具有理论上所预设的价值。

在旁听了试点法院的庭审以及阅读、分析其庭审的材料后，笔者发现，与传统庭审程序相比，在适用官方的改革模式的庭审中，控辩双方提出的量刑情节和量刑证据虽然有所增加，但并不明显，而且增加的这些量刑事实和证据基本上都属于前科、犯罪后的态度、被告人的一贯表现、目前的家庭情况等酌定情节。比如有被告人提交交待审羁押期间被看守所评为文明个人的证据表明自己犯罪后的态度，有辩护律师出示社区居民的签名请求书以证明被告人一贯行为良好，有被告人诉说家境困难的事实。而这些证据，在量刑程序改革之前的庭审程序中，控辩双方一般也会根据需要提出。

第二，在量刑效果方面，量刑程序改革前后差异不大。

衡量是否有必要改革传统量刑程序的一个重要指标是量刑效果。如果改革前后量刑效果的差异较大，说明传统的量刑程序存在着较大的缺陷，而改革效果明显，改革的必要性相应增大；如果改革前后量刑效果的差异较小，甚至并无明显变化，那么说明在解决现有量刑问题时，传统程序与改革后的程序作用基本相当，如有问题，制度设计者应当重新去寻觅引发现有制度问题的真正原因。

课题组的问卷统计发现，参加了量刑程序改革的司法人员和辩护律师评价积极的比例不大。具体而言，对于“量刑程序对量刑结果影响如何”一问，66名受访公诉人中，认为“影响很大”的有18.18%；600名受访辩护人中，相应比例为16.83%；而71名受访法官中，选择此项的最低，仅占5.63%。访谈中，多名试点法院的法官反映，量刑规范化试点前后，量刑结果并没有发生实质性的变化。如C市W区法院的W法官在座谈发言时谈到，通过对比量刑规范化试点前后

〔6〕 具体是：1. 应当免除处罚的情节1个：即中止犯。2. 可以免除处罚的情节2个：（1）犯罪较轻且自首的；（2）非法种植毒品原植物在收获前自动铲除的。3. 应当减轻或免除处罚的情节4个：（1）防卫过当；（2）避险过当；（3）胁从犯；（4）犯罪后自首又有重大立功表现的。4. 应当减轻处罚的情节1个：即造成损害的中止犯。5. 可以免除或者减轻处罚的情节1个：即在国外犯罪，已在国外受过刑罚处罚的。6. 可以减轻或免除处罚的情节5个：（1）有重大立功表现的；（2）在被追诉前主动交代向公司、企业工作人员行贿行为的；（3）个人贪污数额在5000元以上不满1万元的，犯罪后有悔改表现，积极退赃的；（4）在被追诉前主动交代向国家工作人员行贿行为的；（5）在被追诉前主动交代介绍贿赂行为的。7. 应当从轻、减轻或者免除处罚的情节1个：即从犯。8. 可以从轻、减轻或者免除处罚的情节2个：（1）又聋又哑的人或者盲人犯罪；（2）预备犯。9. 应当从轻或者减轻处罚的情节1个：即未成年犯罪。10. 可以从轻或者减轻处罚的情节5个：（1）尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人犯罪的；（2）未遂犯；（3）被教唆的人没有犯被教唆的罪时的教唆犯；（4）自首的；（5）有立功表现的。11. 应当从重处罚的情节3个：（1）教唆不满18周岁的人犯罪的；（2）累犯；（3）刑法分则规定从重处罚的。

〔7〕 具体是：1. 犯罪的手段；2. 犯罪的时空及环境条件；3. 犯罪的对象；4. 犯罪造成的危害结果；5. 犯罪的动机；6. 犯罪后的态度；7. 被告人的一贯表现；8. 有无前科。

〔8〕 参见陈瑞华：《论量刑程序的独立性——一种以量刑控制为中心的序理论》，《中国法学》2009年第1期。

量刑结果的差异,发现差别很小,而只是让外界看来法官的量刑更加公开和透明。G市G区法院的Z副院长和刑庭庭长在受访时称,试点后,刑期没有明显变化,只是更加细化和规范。

量刑程序改革的目标之中包含通过公正量刑让被告人“认罪服判”的初衷。既如此,运行良好的量刑程序应对减少上诉、抗诉有所促进。然而,课题组考察发现,与2008年试点地区同期案件相比,上诉率、抗诉率不但没有明显下降,在单纯因量刑原因提起的上诉方面还有所增加。1043起试点案件中,有45起案件(4.31%)提起上诉,其中,单纯因量刑原因提起的上诉有21件(2%);与之相比,2008年同期的案件中,上诉率为4.32%,单纯因量刑原因提起的上诉占1.1%。抗诉率方面,试点案件中的抗诉案件有2件,占0.19%;而对照组案件中,抗诉案件仅有1件,占0.1%。

第三,在量刑程序运行的成本和效率方面,改革后的量刑程序耗费了更多的司法资源,而审判效率明显下降。

这主要表现在:一是明显增加了法官、检察官的工作量。接受问卷调查的71名法官中,65名法官(90.1%)认为工作量有所增加,其中,认为较以前增加一半以上的有30人(42.3%),认为增加一倍以上的有5人(7.0%)。66名公诉人中,认为工作量有所增加的有64人,占97%,其中,认为较以前增加一半以上的有23人(34.9%),认为增加一倍以上的有7人(10.6%)。进一步的访谈发现,导致法官工作量增加的主要原因是庭审前后与量刑有关的程序性工作,以及与酌定量刑情节有关的调查、审理环节增加。二是延长了庭审时间。课题组对C市W区法院2009年6月至11月适用改革后的量刑程序审理的刑事案件进行了初步统计,发现平均庭审时间增加了近1/3左右。<sup>〔9〕</sup>主要原因是,调查辩论重复的环节较多,导致庭审不顺畅。对此,在其他法院的调查也可印证。如G市G区法院刑庭H庭长在访谈中认为,定罪量刑截然分开导致庭审时间拖长,举证、辩论重复较多。该市H县法院副院长Z也表示,在目前的实体法模式下,区分定罪和量刑程序较为困难,人为区分后,调查、辩论的事实重复,累赘。三是审限、尤其是不认罪案件的审限更加紧张。统计发现,试点期间所有试点案件中超过2/3审限和延长审限的案件分别比上年同期增加了1.9%和0.8%,而这主要集中在不认罪案件方面。

总体而言,在现有的刑罚结构下,带有对抗式性质的量刑程序改革虽然有一定效果,但是,从试点的情况看,实践效果与改革预期——即实现科学、公正量刑——尚有较大差距。<sup>〔10〕</sup>就我们观察到的试点实践而言,改革后的量刑程序并未明显增加量刑事实、情节的调查、辩论,对量刑结果影响有限,在科学性、实效性方面也未有凸显;与此同时,独立、对抗的量刑程序亦增加了庭审环节,加大了司法成本,导致庭审效率明显下降。尽管说这一场改革是由最高法院推动、各地法院试点进行,而并非由法学界推动的自发性行动,<sup>〔11〕</sup>但是,不能否认的是,任何改革行动背后都有着主导性的现实背景和理论根据支撑。而导致量刑程序改革的实践效果与理想预期之间的差距,某种程度上可以归于制度改革所赖以支撑的理论根据。当下中国量刑程序改革的试点效果有限,与参与改革方案设计的学者们对中国量刑实践中存在的问题把握偏误和对西方法治国家

〔9〕 在此期间,该法院共受理刑事案件490件,结案430件。其中最高法院量刑规范化试点规定的五种罪名案件310件,约占72.1%,改革后的量刑程序主要运用在这五种罪名的案件中,其中普通程序审理的案件约70件,简易程序审理的案件约240件,刑事附带民事诉讼案件25件,自诉案件2件。

〔10〕 陈瑞华教授的最新研究亦认为,最高法院推行的量刑程序改革方案对于简易程序基本上是无法适用的,因为简易程序基本上不存在任何定罪审理过程,而属于一种简便快捷的量刑审理程序。那种将定罪审理与量刑审理交错设置的改革方案是没有制度根基的。而在被告人不认罪的普通程序中,最高法院的改革方案则存在较为严重的问题,改革方案的实施将带来被告人无罪辩护权受到削弱、定罪审理程序的正当化进程受到冲击等问题。整体而言,最高法院的改革方案只有在“认罪审理程序”中具有一定的现实可行性,同时具有进一步改造的空间。相关论述参见陈瑞华:《量刑程序改革的模式选择》,《法学研究》2010年第1期。

〔11〕 参见前引〔10〕,陈瑞华文。

量刑程序的误读，有着密切的关系。

## 二、诊断之争：中国量刑制度的根本问题是否为程序法问题

支撑量刑程序改革乃至整个量刑制度改革的一种重要理论认为，量刑制度的主要问题是量刑程序不公正。具体表现在三方面：首先，从庭审的重点来看，刑事庭审程序只关注定罪问题，不关注量刑问题。“现行刑事审判程序的中心是法庭的定罪过程，裁判者所关注的主要是被告人是否构成犯罪的问題”<sup>〔12〕</sup>，由此，我国刑事庭审程序在本质上是以定罪为中心的，而不是以量刑为中心的。其次，在这种刑事庭审格局下，法官只关心定罪信息，不关注量刑信息。“那种使量刑依附于定罪过程的审判制度，往往错误地将定罪所依据的事实视为量刑的主要信息，以至于忽略了大量与定罪裁决毫无关联的量刑信息”。<sup>〔13〕</sup>最后，现行刑事诉讼法没有按照诉讼形态建构量刑程序，法官以一种“办公室作业式”的决策方式对量刑问题做出草率的认定，容易导致其滥用自由裁量权，使被告人的实体权益得不到保障。<sup>〔14〕</sup>

然而，当我们把目光从有限的庭审空间转向更加宽广的刑事司法实践领域时，有充分的证据显示，真正引起社会普遍关注乃至广泛质疑的量刑问题并不主要在此，而是集中到两个现象：其一是量刑不均衡问题，其二是量刑僵化。

量刑不均衡现象在任何国家都存在，但在当下中国似乎尤为突出。在课题组的调查中，受访司法人员、律师及社会公众认为法院量刑不均衡的接近 50%，不同受访主体的评价差异不大。其中，法官、公诉人、律师、社会公众的比例分别为 44.1%、57.74%、46.83%和 42%，相比而言，公诉人感受较深而社会公众感知较弱。实践中，量刑不均衡主要有三方面的表现：第一是“同案不同判”，即同一类型、情节相似的案件，其量刑差异较大。如同是故意杀人案，量刑情节基本相当，而个案量刑则从有期徒刑（包括缓刑）到死刑不等，其后果是“造成了社会对司法公正的质疑，破坏法律面前人人平等原则，损害了司法的权威和公信力”。<sup>〔15〕</sup>第二是特定类型案件的量刑普遍畸重或畸轻，导致社会影响不好。前者如近年来利用自动取款机故障的恶意取款案件，<sup>〔16〕</sup>后者如职务犯罪案件。<sup>〔17〕</sup>对于两类案件的判决所表现出的严重的量刑不均衡现象，陈瑞华教授将其定格为“社会不平等”问题，从而揭示出量刑不均衡可能对社会秩序与稳定带来的不利的政治影响。<sup>〔18〕</sup>第三是量刑不均衡现象存在较为明显的地区差异。白建军教授曾对 2002 年以来法意实证案

〔12〕〔13〕前引〔8〕，陈瑞华文。

〔14〕参见洪小路：《一项具有里程碑意义的刑事审判改革——就定罪与量刑程序分离改革访北京大学陈瑞华教授》，《太原日报》2009 年 12 月 25 日。

〔15〕唐行：《“同案不同判”普遍现象危及司法公信 徐昕教授：构建案例指导制，力求司法统一》，<http://tangxing.fyfz.cn/art/580971.htm>，2010 年 2 月 8 日访问。

〔16〕许霆因涉嫌盗窃自动取款机上 17.5 万元一审被判无期徒刑，引发媒体、网民、刑法学者众口一词的声讨。该案最终在舆论压力下改判，此后，“云南许霆案”、“宁波许霆案”也相继曝光。参见南方网系列报道：《许霆 ATM 机案》，<http://www.nddaily.com/sszt/xuting/>，2010 年 2 月 8 日访问。参见李潮涛：《“云南许霆”父母称要为儿子翻案》，《信息时报》2008 年 4 月 1 日。这些案件的共同特点是，法院的初审判决甚至生效判决都“严格”按照法律规定的盗窃罪的量刑标准作出，而都被媒体、公众、学者们认为量刑过重。

〔17〕从 2001 年至 2005 年，职务犯罪免于刑事处罚、适用缓刑的比例从 51.38% 升至 66.48%。其中，2003 年至 2005 年职务犯罪年均缓刑率为 51.5%，而同期普通刑事案件案件的年均缓刑率只有 19.4%。参见王军：《三项对策遏制职务犯罪量刑偏轻》，《检察日报》2007 年 8 月 19 日；《贪官落法网过半判缓刑 严重影响打击腐败声威》，《检察日报》2006 年 12 月 15 日。

〔18〕陈瑞华教授指出，“社会公众对许霆案的强烈关注，各界对于法院判决的质疑，还有着深刻的社会原因。可以想象一下，一个被认定贪污、受贿 10 万元的官员，是断然不可能被判处无期徒刑的。事实上，中国法院对于涉嫌经济犯罪的权贵阶层，在量刑上已经出现了超轻刑化发展的趋势。面对这一现实，一个即使没有太多想象力的人也会提出疑问：权贵阶层与社会底层真的受到同等对待了吗？”参见陈瑞华：《许霆案的法治标本意义》，《南方周末》2008 年 1 月 17 日。

例数据库的全部1107件抢劫案件进行测量,统计发现,不均衡(过轻、偏轻、偏重、过重)的比例累计16.9%。其中,不均衡率较高的是西南地区,达19.1%;较低的是东北地区,为13.1%。<sup>[19]</sup>

关于量刑僵化问题,主要表现在法院的量刑缺乏灵活性,没有充分考虑案件的复杂情况和被告人的特点,过于机械地执行法律,由此进行判决的结果并不符合普通民众的常识判断,甚至也不符合刑罚个别化的量刑原则。“云南许霆案”中,被告人何鹏取款的金额高达42.97万元,一审法院按照盗窃罪的量刑标准判决其无期徒刑。<sup>[20]</sup>表面上,上述刑罚完全符合量刑标准的规定,<sup>[21]</sup>但却没有考虑到被盗银行在管理方面存在的过错及被告人全额退赃、为在校学生等情节,以至于被告父母坚决不服、长期上访。另一典型是上海浦东的“受虐妇女杀夫案”。该案中,被告人王长芸长期受到丈夫虐待,愤而杀夫,审判中百名群众联名求情,但仍被判处14年的重刑。该案及其他类似案件促成中国法学会反家暴网络在京召开“受虐妇女杀夫”案件审判问题研讨会。部分与会学者指出,此类案件判决畸重,根本原因在于没有充分考虑被告人的家庭生活状况及政府与社会的责任疏失。<sup>[22]</sup>

某些情况中,量刑不均衡可能由量刑程序不公所致,但总体上,量刑不均衡和量刑僵化反映的主要不是程序法问题,而是实体法问题。简言之,它们折射了我国刑罚制度的两个重大缺陷:其一是量刑标准不科学。现行刑罚制度规定的各种量刑情节基本都与犯罪事实有关,而缺乏对犯罪者人格特征及其社会特征的充分考量。<sup>[23]</sup>实践中,即使辩护人提出关于被告人良好表现、家庭状况困难等背景性信息,法官对此也通常不予考虑。其二是量刑标准不统一。各地法院的量刑标准、甚至同一法院内部的不同审判人员的量刑标准也不尽相同,从而造成量刑标准的混乱。当然,这也与中国地域差异大、各地情况不一有关。

### 三、处方之辨:英美法系量刑程序是否为对抗化的量刑模式

一些学者认为,在我国,导致量刑不公的根本原因是定罪与量刑程序不分,解决之道是将量刑程序从现行审判制度中独立出来,使控辩双方充分参与其中、平等对抗。为此主张借鉴英美法系的量刑模式,建立诉讼化的量刑程序,即在量刑程序与定罪程序相对分离的前提下,吸收公诉方、被害方以及被告方的共同参与,允许各方提出本方的量刑建议,提交各自的量刑证据,强调各自的量刑情节,并就量刑的事实信息和量刑方案展开充分的质证和辩论,从而对法官的量刑裁决施加积极有效的影响。<sup>[24]</sup>在上述主张中,存在着对英美法系量刑程序的误解。在此,笔者以美国的量刑程序为例进行分析。

在学理上,根据控辩双方与法官的角色与作用的不同,可将量刑程序分为对抗式量刑程序与职权式量刑程序。对抗式量刑程序是指控辩双方各自提供对量刑结果产生影响的证据,并进行相互辩论,法官在听取量刑证据和控辩双方意见的基础上作出量刑裁判。职权式量刑程序是指法官主导量刑证据的调查,控辩双方只能进行有限的辩论,法官主要根据独立调查的事实和证据作出

[19] 参见白建军:《罪刑均衡实证研究》,法律出版社2004年版,第376页以下。

[20] 参见前引[16],李潮涛文。

[21] 最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于盗窃罪数额认定标准问题的规定》规定:个人盗窃公私财物“数额特别巨大”,以三万元至十万元为起点。

[22] 参见蔡敏:《“受虐妇女杀夫”量刑讨论》,《中国妇女报》2006年4月18日。

[23] 现行刑法认可的“品格证据”只有累犯情形,而有利于被告人的“品格证据”只属于酌定情节,对法官量刑不具有约束力。

[24] 主要文献参见前引[8],陈瑞华文;陈瑞华:《定罪与量刑程序的分离——中国刑事审判制度改革的另一种思路》,《法学》2008年第6期;陈卫东:《定罪与量刑程序分离之辩》,《法制资讯》2008年第6期;陈卫东:《量刑程序改革的一个瓶颈问题》,《法制日报》2009年5月27日。

量刑裁判。观察法治发达国家的立法与实践，法国的量刑程序具有较为典型的职权式特征。然而，让人吃惊的是，美国的量刑程序——即使是适用于不认罪案件的量刑程序——职权式特征甚至更加强烈，与之前的定罪程序形成鲜明对比，以至于有美国学者称之为“一个对抗式躯体中的职权式灵魂”。<sup>[25]</sup>这一事实显然与不少国内学者的认识相去甚远。

在美国，审判中的量刑程序通常由法官委托缓刑官进行判决前调查，由后者制作量刑调查报告，法官通常在宣告被告人有罪后的一个月举行公开的量刑听证会，并基于量刑调查报告和律师、被告人的陈述作出判决。无论在制度上还是实践中，这一程序均未表现出典型的对抗式或诉讼化特征。其职权式特征主要表现在：第一，控辩双方之间缺乏真正的对抗。在量刑程序中，控辩双方都不承担提出诉讼主张和对此证明的责任。控辩双方都有权建议一个特定的刑罚，甚至为此提供一定的理由，但他们没有责任去证明上述主张或理由的适当性。进入量刑听证阶段以后，尽管双方当事人可以就量刑发表意见和提出建议，但这些意见和建议主要是围绕量刑调查报告展开的，起到的是一种强调说明或补充说明的作用，实务中，控辩双方的活动包括这种建议并不成为量刑程序的主要活动内容。一般而言，这些意见和建议对法官并没有约束力。<sup>[26]</sup>在此阶段，证人很少出庭，控辩双方的对质权和交叉询问权受到极大的限制，相应地，控辩双方并未展开激烈对抗，甚至连基本对抗都缺失。如在 *Williams v. New York* 一案中，初审法官判处被告人死刑，Williams 以量刑听证违反正当程序为由提出上诉。最高法院驳回其上诉的同时指出，“在公开法庭上对这些信息（指量刑调查报告——笔者注）进行交叉询问，完全是不现实的，如果不是不可能的话”。<sup>[27]</sup>该案的判决创设了美国式的职权式量刑调查程序。有学者认为，Williams 案的判决虽发生在正当程序革命之前，但是在很多其他定罪阶段的诉讼权利由宪法性文件规定之后，至今仍然作为判例指导着与量刑程序权利相关的刑事案件。<sup>[28]</sup>第二，法官积极、主动，并借助缓刑官进行庭外调查。宣告被告人有罪之后，法官可以就量刑情节进行调查，但通常委托缓刑官进行独立调查。虽然通常认为，缓刑官是一个中立的技术专家，但实践中，缓刑官与法官的关系极为密切，法官在做出量刑决策时高度重视缓刑官提交的报告。最高法院在 *United States v. O'Meara* 一案中确切地指出了这种关系机制——“现在很多重要的量刑裁决都不是由法官做出，而是由缓刑官做出，操劳过度的地区法官常常能够理解他们的技术知识而且会不加批判地接受”。<sup>[29]</sup>

那么，美国的量刑程序为什么采用“职权模式”？根本原因是法官具有充分的主体性，二元制权力结构和主观主义刑罚论赋予法官在量刑阶段享有较大的自由裁量权，使法官真正成为量刑制度的“法律主体”。<sup>[30]</sup>量刑程序开始后，法官从陪审团的权力制约中解脱出来，独立接管了量刑程序支配权，对程序的进行、证据的调查与采信掌握了充分的裁量权。<sup>[31]</sup>具体而言，从二元

[25] See William T. Pizzi, *Sentencing in the US: An Inquisitorial Soul in an Adversarial Body*, in John Jackson, Maximo Langer, Peter Tillers (eds.), *Crime, Procedure, and Evidence in A Comparative and International Context*, Hart Publishing, 2008, Ch. 4.

[26] 可以分为两种情况：在适用量刑指南（联邦系统和某些州）的情况下法官享有相对的自由裁量权，在特别情况下法官的量刑可以超出指南 10% 左右的幅度；在不适用量刑指南的情况下（大多数集中于州层面），法官有较为广泛的自由裁量权。综上，无论哪种情况，都显示量刑权首先表现为法官的职权，不是受控辩双方的制约，而是受法律的制约。参见上文。

[27] *Williams v. New York*, 337 U.S. 241 (1949).

[28] See Douglas A. Berman, *Foreward: Beyond Blakely and Booker: Pondering Modern Sentencing Process*, 95 Northwestern Journal of Criminal Law & Criminology 3 (2005).

[29] *United States v. O'Meara*, 895 F.2d 1216 (8<sup>th</sup> Cir.).

[30] 参见 [英] 麦高伟、切斯特·米尔斯基：《陪审制度与辩诉交易——一部真实的历史》，陈碧、王戈等译，中国检察出版社 2006 年版，第 229 页。

[31] 参见前引 [25]，Pizzi 文。

制权力结构角度来说,在定罪证据规则的适用将大量有关量刑的信息过滤掉后,为了全面收集这些信息,需要在随后的量刑程序中赋予法官较大的职权。对此,赫尔曼曾指出:“量刑是法官的职责范围,因为它要求拥有自由裁量权、有实际经验并且了解许多技术性规则”。〔32〕

不仅如此,美国刑法确立的刑罚结构也赋予法官广泛的裁量空间。一方面,美国刑法全面采用不定期刑制,给予法官在确定量刑时一个相当宽松的量刑范围。〔33〕另一方面,刑事司法系统又允许法官在量刑时可以综合考虑与被告人有关的一切特征,从而赋予法官广泛的调查权力。〔34〕对于刑罚结构与法官权力的关系,麦高伟和切斯特·米爾斯基曾说到,“为了实现特定的刑罚目的,法官拥有相当大的自由裁量权,同时通过各种途径来获得被告罪轻罪重的证据。当法官认为需要对被告在相当大的刑罚幅度内量刑时,正如今天一样,每一被告的具体情况都会被法庭作为相关因素来考虑,并对最终的刑罚产生影响”。〔35〕

#### 四、中国量刑程序改革之路:反思与重塑

##### (一) 量刑程序改革的理论反思

当下中国量刑程序改革理论与实践的结合,呈现三个基本特征:其一,以既有的量刑程序存在严重缺陷,难以解决量刑公正问题为改革前提;其二,以量刑程序的大幅度改革为一方面,以实体性改革、尤其是量刑方法的改革为并重的另一方面;其三,以建立对抗化的量刑程序为主要的改革方向。然而,上文的分析表明:上述改革策略存在明显的前提错误。在我国,妨碍量刑科学与公正目标实现的症结不在于或主要不是程序法问题,即量刑调查与辩论的职权化不是根本问题,而量刑不均衡和量刑僵化才是大问题,而造成问题的根本原因是量刑制度不科学、量刑标准不统一。对此,接受课题组调查的法官、检察官、律师、社会公众的认识似乎更清楚。

在当前量刑模式存在的问题主要不是程序法问题而是实体法问题的情况下用程序法的改革手段去解决实体法问题,显然不对路。正因如此,笔者负责的课题组通过考察发现,量刑程序改革的实际效果不尽如意,不仅量刑事实、证据未有明显增加,量刑裁判结果也未见显著变化,司法效率也有相当程度的下降。这意味着,改革的量刑程序不仅未达到有限的预期目标,对于科学量刑、统一量刑助益不大。这与量刑程序采用对抗的设计模式不无关系。事实上,在现有刑事治理结构不变的前提下进行对抗式量刑程序改革,带来了两方面的弊害:一方面,容易造成庭审调查和辩论的混乱,甚至给被告人实体权利的保障带来不利。这意味着,在现行刑罚结构模式下,如果硬要通过设置独立的量刑程序将定罪事实证据和量刑事实证据人为分开,那么反倒有可能引发

〔32〕 [美] 弗洛伊德·菲尼、[德] 约阿希姆·赫尔曼、岳礼玲:《一个案例 两种制度——美德刑事司法比较》,中国法制出版社 2006 年版,第 351 页。

〔33〕 参见储槐植:《美国刑法》,北京大学出版社 1987 年版,第 321 页以下。

〔34〕 美国刑法采主观主义刑罚论,即刑罚不仅是惩罚犯罪行为,更是惩罚犯罪人,因此,确定刑罚之轻重不仅要根据罪行的严重程度,也要考虑与犯罪人相关的一系列因素。受此影响,从 19 世纪早期开始,美国刑事法庭的刑罚结构中,与罪犯个人有关的诸因素就已是量刑时必须考虑的内容。这些量刑因素主要包括两方面:一方面是罪犯的过错程度,主要指共犯在犯罪中所起的不同作用;另一方面是被告人的特征,包括是否有刑事前科记录、家庭社会背景、年龄状况等。参见前引〔30〕,麦高伟等书,第 211 页以下。进入 20 世纪,联邦最高法院在 Williams v. New York 一案中指出,刑罚应当适合罪犯而不仅仅是适合罪行这一普遍流行的现代刑罚学原理,正当程序条款不应当被理解为要求法院抛弃他们在法院之外的资源中寻找信息的古老实践传统,因为剥夺法官获取这类信息会破坏现代刑罚学的规则,而这种规则依靠法官具有合理的关于被告人的生活与性格的全面信息。See Williams v. New York, 337 U. S. 241 (1949)。在如今的刑事法庭上,量刑因素进一步扩展至被告人的悔罪情况、受教育程度、职业状况、吸毒史、被害人影响及其他一切可能衡量被告人主观恶性及可复归性的背景性因素。参见 [美] 爱伦·豪切斯泰勒·斯黛丽、南希·弗兰克:《美国刑事法院诉讼程序》,陈卫东、徐美君译,中国人民大学出版社 2002 年版,第 568 页以下。

〔35〕 前引〔30〕,麦高伟等书,第 229 页。



对单一证据进行重复评价的现象，实际上不利于被告人。<sup>〔36〕</sup>另一方面，对抗式的量刑程序所带来的诉讼效率的下降也应当引起我们的高度关注。对抗式的调查、辩论耗费了比过去更多庭审时间，总体上加重了控辩双方和法院的负担。而在司法资源有限、案件负担日益沉重的大背景下，这种取向显然有违效率原则，使本已有限的司法资源更趋紧张。

英美法系“职权式”量刑程序主要与二分式庭审结构、“惩罚犯罪人”而非“惩罚犯罪行为”的主观主义刑罚论等契合。这一情况值得追求对抗化的量刑程序的我们深思，因为对抗化的量刑程序改革更难与我国的刑事治理结构相兼容。我国现行的刑事审判权力构造、刑罚结构与大陆法系传统非常相近。具体而言，在审判权力结构上，我国刑事审判采用一体化权力组织形式，不存在英美法系的陪审团制分权机制，法官不仅在定罪环节，而且在量刑环节也享有充分的自由裁量权；在刑罚结构上，采用客观主义刑罚立场，主要根据犯罪行为及其后果的严重性进行量刑。显然，这一结构与职权式审判模式具有亲和性，而难以形成对抗制审理的基本条件，更何况英美也未真正推行对抗式的量刑程序。

## （二）未来量刑制度改革的基点

在中国进行量刑制度改革必须把握好适当的基点，继后的改革措施才会有较强的针对性。笔者主张的改革基点有两个方面：

第一，以实体性改革为主，程序性改革为辅。在量刑制度改革上，合乎逻辑的思路是“实体法问题，实体法解决；程序法问题，程序法解决”。从大陆法系传统看，量刑制度改革的重点一般集中在实体法改革上，即通过改革刑罚结构，细化各种量刑情节，确定合理的量刑幅度，明确各种情节的量刑加减比例，压缩法官量刑的自由裁量空间，从而达到规范量刑的目的。即使在美国，近年来的量刑制度改革也以实体法改革为中心。20世纪80年代之前，美国的量刑失衡现象非常严重，在联邦与一些州相继采行《量刑指南》以后，这种情形才有所缓解。有学者指出，过去25年以来，在实体的量刑法律方面的变化已经成为美国法律在过去一个世纪中最大的改革，“这些变化比20世纪60、70年代的刑事诉讼程序改革，对刑事诉讼程序的影响还要巨大”；<sup>〔37〕</sup>“在过去的四分之一世纪里，对量刑的实体改革名副其实，程序方面的改革仍然远远落后于实体改革”。<sup>〔38〕</sup>

至于我国，最高法院的量刑制度改革举措既有程序方面，如《人民法院量刑程序指导意见（试行）》，也有实体方面，如《人民法院量刑指导意见（试行）》，而且后一指导意见远比前者更加详细。显然，对于我国量刑制度存在的量刑不均衡与量刑僵化问题，最高法院已然给予高度重视，而通过下发《人民法院量刑指导意见（试行）》，试图为法官量刑建立一个相对统一的尺度。然而，在推进量刑制度改革的具体进程中，最高法院的基本策略是实体改革与程序改革“同步推进”，而未考虑到实体改革的逻辑优先性。不仅如此，《人民法院量刑指导意见（试行）》在实践中也问题颇多。在笔者的调研中，多名试点法院的法官认为意见中确定基准刑的方法仍然不尽合理，容易导致量刑情节的重复使用，规定的量刑情节调整刑期的比例也不太合理，有的幅度过大，为法官滥用自由裁量权提供了新的“合法性”基础。有鉴于此，未来的量刑制度改革应确定“实体先行，程序跟进”的思路，首先规范科学的量刑标准，着力推进量刑方式改革，在条件具备、时机适宜时，再适度改革现行的量刑程序，将实体性调整纳入量刑程序审理的范畴，并使程序性改革服务于实体性改革。

第二，在量刑程序改革方面，不宜大改，可以小改或微调。综合考虑量刑制度改革所需解决的问题、我国刑事审判的权力结构、刑罚制度等因素，配合实体性改革，对现行刑事庭审程序进

〔36〕 参见张建伟：《量刑程序改革的文化思考》，《人民法院报》2009年7月11日。

〔37〕 See Douglas A. Berman, *Reconceptualizing Sentencing*, University of Chicago legal, Forum1, 2005.

〔38〕 前引〔28〕，Berman文。

行小改或微调更加切实可行。适度的程序改革举措可包括：(1) 限制量刑程序的适用范围，将其限定于不认罪案件和控辩双方在量刑主张上存在重大争议的案件这两种类型。其它案件不设立专门的量刑环节。(2) 将量刑环节设置在统一的庭审过程中，与定罪环节略有区隔即可（用最高法院的表述：即为相对独立）。(3) 限制量刑审理方式的对抗性程度，按照高效、科学的原则加以处理。量刑审判的方式应与庭审定罪审判的方式相一致，而不能特殊化，更不能更加对抗化。(4) 进一步推行量刑说理制度。在制作刑事判决书的过程中，法官不仅要充分阐述定罪理由，还要充分阐述量刑辩论阶段控辩双方提出的辩论意见，并说明采信与否的理由，同时要较为详细地论述基准刑和宣告刑的确定过程。(5) 完善量刑救济程序。量刑救济程序应当包括对量刑程序违反法律的上诉以及对量刑结果有失公正的上诉。针对违反量刑程序的情况，可由控辩双方向上级法院提出上诉。针对有失公正的量刑结果，由控辩双方直接向上一级法院提出上诉，上诉法院可以不再对定罪部分进行审查，而是重点审查量刑结果是否符合实体法规定。

---

**Abstract:** In practice, those experimental programs of adversarial sentencing procedure reform have not proved successful. Empirical study has revealed that compared with previous practice, the reformed sentencing procedure does not lead to apparent differences in presenting sentencing evidence and facts, nor does it result in significant changes with respect to sentencing outcomes. The reformed procedure also consumes more judicial resources and impedes court efficiency. In general, within the current criminal penalty structure, although some progress has been achieved in the adversarial sentencing procedure reform, it has not yet met the expectation to produce reasonable and fair sentencing.

Such result can be attributed to the underlying theory upon which the reform is established. The theory argues that the major problem in current sentencing system is the unfairness of sentencing procedure. In particular, criminal trials focus only on conviction, judges care only for conviction facts, and the current law does not provide a sentencing procedure in an adjudication model. So the theory suggests to learn from the common law model and to establish an adversarial sentencing procedure. However, it is a mistake that traditional common law sentencing practice employs an adversarial procedure.

In contemporary China, those sentencing issues that draw public attention and criticisms are not whether the sentencing procedure is fair, but the unevenness and rigidity of sentencing, although both are substantive issues. Rigid sentencing reflects the lack of flexibility in sentencing and the failure to take into consideration detailed facts and individual circumstances of a specific defendant. Therefore, the main problem is not a procedural one, but the mistake of addressing a substantive issue in a procedural manner. Future sentencing reform should firstly center on substantive reform supplemented by procedural reform. Specifically, the first step should be the standardization of sentence criteria, and then move to the reform of sentencing procedure and use procedural reform to fertilize substantive reform. Secondly, only small changes, instead of a thorough one, should be taken in sentencing procedure reform. Future reform should also standardize sentencing procedure in accordance with principles of efficiency and rationale, develop a sentence reasoning system, and establish remedial procedure for sentencing.

**Key Words:** sentencing procedure, sentencing model, substantive reform, procedural reform

---