

设置量刑建议权要体现控辩协商的价值

冀祥德

“交易”一词在中国被赋予了过于浓重的商业色彩，故笔者主张将辩诉交易制度在中国之借鉴称为“控辩协商”为宜。一方面，可使被构建制度本身的称谓凸现控辩双方的平等与理性，避免“交易”可能被读出的隐秘性以及“讨价还价”所隐含的“和稀泥”特性；另一方面，顺应了国际

从中国控辩协商制度构建的视野看中国检察权，我们必须清楚地认识到，中国检察权之现状与控辩协商制度构建的底线相距甚远：起诉裁量权范围的狭窄，量刑建议权的缺失，是建立中国控辩协商制度的基础羁绊。因此，应当扩大起诉裁量权的适用范围，并赋予检察官以量刑建议权。

笔者近年来一直致力于辩诉交易之研究，探寻构建“中国式的辩诉交易制度”的可行之道。在该制度之称谓问题上，笔者认为，“交易”一词在中国被赋予了过于浓重的商业色彩，考虑到中国公众对于杀人、放火这样人命关天的大事焉能“交易”的容忍度，以及学者关于“正义无价，如何“上市”的担忧，故主张将辩诉交易制度在中国之借鉴，称之为“控辩协商”。一方面，可使被构建制度本身的称谓凸现控辩平等与理性，避免“交易”可能被读出的隐秘性以及“讨价还价”所隐含的“和稀泥”特性；另一方面，顺应了国际刑法对于犯罪非刑罚化和轻刑化的发展趋势，为协商性司法在中国的驻足，奠定一个坚实的基础。

作为一项法律制度的移植与本土化，辩诉交易在中国司法制度中的生成，远非辩诉交易制度之能否中国化问题本身，而牵涉到观念基础、文化基础与制度基础的变迁，但无论如何，构建这样一项具有时代法治意义的司法制度，只是一个时间问题。

从中国控辩协商制度构建的视野看中国检察权，我们必须清楚地认识到，中国检察权之现状与控辩协商制度构建的底线相距甚远：起诉裁量权范围的狭窄，量刑建议权的缺失，是建立中国控辩协商制度的基础羁绊。因此，从构建中国控辩协商制度的视野看中国检察权，检察权当需扩张：扩大起诉裁量权的适用范围，赋予检察官以量刑建议权。当然，刑事检察权的扩张必须考虑控辩平等，做到在一定规制之下的有限扩张。

起诉裁量权的扩张与规制：扩大不起诉权

从辩诉交易在两大法系不同国家的实践情况来看，检察官在不同程度上享有起诉自由裁量权是辩诉交易得以生成与发展的前提性条件。我国刑事诉讼法第一百四十二条第二款规定：“对于犯罪情节轻微，依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的，人民检察院可以作出不予起诉决定。”这是我国刑事诉讼法明确规定的检察机关相对不起诉的自由裁量权。但是，现有起诉自由裁量权的立法规定受限于“犯罪情节轻微”，而且有限的起诉自由裁量权的行使也遭到限制。从构建中国控辩协商制度的视角，考量我国目前的起诉裁量权，应作如下扩张与规制：

1. 依法充分行使不起诉权。我国刑事诉讼法规定了检察机关有一定的相对不起诉自由裁量权，在检察司法实践中，也在运用自由裁量权。但是，由于我们对起诉自由裁量权存在与行使的担忧，对于这一起诉自由裁量权的适用，又人为地施以限制，有的甚至在检察工作考核中，明确规定刑事案件的不起诉率，使得不少本可以作不起诉处理、减少诉讼成本与司法资源的案件进入审判程序，既造成了对当事人合法权益的侵犯，又不利于强化检察监督职能。从问题的本质来看，刑事案件中不起诉率的高低，是由案件本身的情状与现行法律规范的宽严决定的，因而应走出规定不起诉率、限制使用不起诉权的思维误区，依法充分行使不起诉自由裁量权。而规定不起诉率，限

制不起诉自由裁量权的行使，则恰恰是权力的滥用。

2.扩大相对不起诉权的适用范围。不起诉制度之内在机能在于通过不起诉权力的行使，唤醒被不起诉人之良知，既达到防治再行犯罪之预防目的，又实现终止诉讼程序、减少诉讼成本之效率追求。我国刑事诉讼法在修订过程中，吸纳了当今世界刑事诉讼理论的文明成果，有条件地采用了起诉便宜主义，赋予检察机关一定的起诉自由裁量权。然而，由于规定相对不起诉的范围仅限于轻微犯罪，排除了考虑行为人主观恶性和人身危险性大小而适用不起诉决定的可能性，遏制了不起诉制度中起诉便宜主义的机能发挥。笔者认为，对于不起诉权适用范围的扩大，不仅可以扩大到所有过失犯罪，而且可以扩张到预备犯、中止犯、未遂犯、共同犯罪中之从犯，以及自首犯、有重大立功犯等，甚至可以取消刑事诉讼法第一百四十二条第二款关于相对不起诉规定中的“犯罪情节轻微”的限制，进一步扩张相对不起诉权的适用范围。这也是建立中国控辩协商制度中，以“减少指控”为协商内容对于起诉自由裁量权的基本要求。

3.赋予检察机关对“污点证人”的刑罚豁免权。笔者认为，在辩诉交易制度中，检察机关的起诉自由裁量权主要应当包括不起诉权与刑罚豁免权。所谓刑罚豁免权，是指检察官为了获得某种重要证据，而免除证人因作证而可能被定罪的权利。检察官的这一自由裁量权广泛存在于建立污点证人制度的国家。

在检察工作实践中，对于共同犯罪案件、行贿受贿等对合犯罪案件之侦查活动中，检察人员为了获取首犯、主犯更重要的犯罪证据，往往对从犯、胁从犯等污点证人给予一定的刑罚豁免，或不予起诉，或对审判机关提出从轻、减轻处罚的量刑建议，但这往往只是实践中的做法，法律并没有赋予检察机关对于污点证人之刑罚豁免权。笔者认为，从构建我国控辩协商制度的总体要求出发，与其让检察官没有根据地行使这种刑罚豁免权，不如通过立法正式确认和规范。从自由裁量权意义上讲，不起诉权是检察官对于犯罪行为的选择起诉权；刑罚豁免权是检察官对于犯罪人的选择起诉权。

4.如何规制不起诉权与刑罚豁免权的行使。从国外检察官自由裁量权的行使状况看，不起诉权和刑罚豁免权作为检察官之自由裁量权，都受到相应的法律规制。主要有四种模式：一是上级检察机关的审查监督机制。这是世界各国普遍采用的监督机制。它是从检察一体化的原则出发，检察机关上下级之间是一种垂直领导模式，是一种服从与命令的行政领导体制，因而上级检察机关对于下级检察机关的监督也最为有效。二是审判机关的制约机制。即以法院的司法审查权来制约检察机关的自由裁量权。如日本的“准起诉程序”、德国的“强制起诉程序”。三是自诉制度的控制。即规定被害人不服检察机关不起诉的决定时，可以径行起诉，将原来的公诉案件转化为自诉案件。四是特定组织的监督审查。如日本检察审查会对检察官不起诉的监督检察。

我国对于检察机关不起诉权的控制主要有两种：一是复议、申诉制度控制，二是自诉制度控制。笔者认为，对于不起诉权适用范围的扩张与刑罚豁免权的设立，应当同时建立对其公开审查制度。当犯罪嫌疑人、被害人或者公安机关对于不起诉的决定不服时，可以提请上级检察机关公开审查。这种审查应当以公开听证的方式进行，在当事人、公安机关以及作出不起诉决定的检察机关的共同参与下，上级检察机关既听取原作出不起诉决定的检察机关关于对不起诉案件之事实、证据以及不起诉理由的陈述，又听取当事人或公安机关的意见，通过听证最终确定原不起诉的决定之正确与否。同时也可考虑借鉴德国“强制起诉程序”或日本“准起诉程序”的模式，来制约起诉自由裁量权。

求刑权的扩张与规制：设立量刑建议权

在现代刑事诉讼理论中，作为检察机关公诉权的核心，求刑权既包括定罪请求权，又包括量刑建议权。无论是在刑事法律的立法规定上，还是在刑事诉讼的司法实务中，我国检察官在刑事案件求刑权的行使过程中，凸现的还只是定罪请求权，刑事立法中没有明确规定检察官的量刑建议权，诉讼实践中也很少行使本体意义上的量刑建议权。在构建中国控辩协商制度的法治视野中，必须对于目前的检察官求刑权予以扩张与规制，设立与现代刑事诉讼适格的检察官量刑建议权。

1.量刑建议权的种类。根据量刑建议的具体内容,量刑建议权可以区分为概括性量刑建议权、相对确定性量刑建议权和绝对确定性量刑建议权三类。概括性量刑建议权即对于被告人刑罚的适用给予概括的量刑建议,量刑建议的幅度最大,如直接适用刑法某一条款或在刑法法定量刑幅度内给予概括的量刑建议,例如在法定刑“十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑”内,提出“十年以上有期徒刑、无期徒刑”的量刑建议;相对确定性量刑建议即对于被告人刑罚的适用给予在刑法法定量刑幅度内的一个相对具体的量刑建议,例如在法定刑“三年以上十年以下”内,提出“六年以上九年以下”的量刑建议。绝对确定性量刑建议即对于被告人刑罚的适用在法定刑幅度内给予直接确定的量刑建议,如适用死刑或适用十年有期徒刑或免予刑事处罚等。检察官在行使量刑建议权时,选择使用哪一量刑建议种类,由检察官视案件情况自由裁量。

2.量刑建议权的行使阶段。检察官的量刑建议在哪个诉讼阶段提出,是在向审判机关提起公诉时提出,还是在庭审中法庭调查结束、法庭辩论阶段提出,有不同的见解。有人主张量刑建议权应当在法庭辩论阶段行使,主要理由是案件事实、证据和有关情节经过法庭调查和举证质证后才被查清,在法庭调查结束后提出量刑建议才有事实基础。同时,在此阶段提出量刑建议,也表明检察机关对于量刑建议权行使的慎重。笔者主张检察官的量刑建议权应当在检察机关审查起诉阶段结束、向审判机关提起公诉时行使,主要理由是:

第一,量刑建议权与定罪请求权一样都是求刑权的一种,在提起公诉时一并行行使,保持了求刑权行使的完整性,构成一项完整的诉的指控。

第二,检察机关的起诉使国家审判活动启动,在我国刑事诉讼对于被告人定罪与量刑程序一体的诉讼机制下,检察机关不能人为地将其分割为定罪与量刑两个程序阶段。

第三,从控辩对抗的刑事诉讼原理看,无论控方之定罪证据还是量刑证据,都必须给予辩方一定之质证与抗辩准备时间。如果检察官的量刑建议在法庭辩论阶段才提出,等于剥夺了被告人及其辩护人的质证权与抗辩权,这是不符合控辩平等对抗机理要求的。

3.量刑建议权的行使方式。求刑是检察官对案件评价的最集中的表示。作为检察官的结论性意见,量刑建议既要符合罪责刑相适应的原则精神,也要综合考虑如何更好地体现刑事政策;既要追究被告人的罪责,又要考虑到为被告人今后融入社会创造有利条件。检察官行使量刑建议权的范围,不仅包括主刑,同时也包括附加刑。量刑建议应当有具体刑期、罚金金额、没收金额等的明示。另外,如果检察官认为适用缓刑对改造被告人更为有利,也应当在量刑建议中明确提出。笔者认为,量刑建议应当在检察机关的起诉书中,以书面方式提出。至于说到求刑权的规制,首先在起诉书中提出量刑建议可以受到社会公众规制,而人民法院对于案件的审判就是最大的规制。