

中国量刑改革：理论、规范与经验 *

熊秋红

摘要 中国的量刑规范化改革是一种旨在推进量刑公正的可贵的、积极的努力。刑法上的罪刑法定原则和刑事诉讼法上的程序法定原则为量刑规范化改革提供了基本的理论依据。《人民法院量刑指导意见（试行）》和《关于规范量刑程序若干问题的意见（试行）》总结了我国的司法实践经验和量刑改革试点经验，但也存在某些不足之处。如前者未能贯彻责任主义和禁止双重评价的量刑原则；后者所持量刑程序相对独立的立场对于被告人不认罪或者辩护人作无罪辩护的案件造成困扰，而赋予检察机关量刑建议权，在实践中导致了不利于被告人的结果。对于量刑规范化改革的实际效果，官方与学者褒贬不一，相关的实证研究尚待进一步展开。中国的量刑规范化改革在总体上应当服务于轻刑化的刑罚改革方向，凸显对被告人人权的尊重。实体与程序两方面的改革不存在主辅之分，而是并行不悖；应当将量刑规范化限定在合理的范围之内，避免极端化的改革方式。

关键词 量刑改革 量刑理论 量刑规范

作者熊秋红，法学博士，中国社会科学院法学研究所研究员。

量刑规范化改革是我国当前刑事司法改革中的一项重大举措。从2009年6月1日起，最高人民法院在全国120多家指定法院开展了量刑规范化试点工作。2010年9月13日，最高人民法院发布了《人民法院量刑指导意见（试行）》，并与最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合发布了《关于规范量刑程序若干问题的意见（试行）》。上述两个规范性文件于2010年10月1日起在全国法院全面试行。量刑规范化改革最早可以追溯到上个世纪80年代末我国刑法学界关于刑罚结构调整的讨论；其后，有刑法学者对于罪刑均衡问题进行了实证研究；检察机关一度将量刑建议权作为讨论话题；2005年最高人民法院成立了量刑规范化课题组，对量刑问题进行专门性调查和研究，在此基础上起草了有关规范性文件；^①与此同时，学术界也对量刑基准、量刑原理、量刑程序等问题展开了讨论。本文拟从理论、规范与经验三个层面，对我国的量刑规范化改革作出整体性评价，并指出量刑规范化改革中应当注意的一些问题，以进一步明确我国量刑改革的方向及其理论和实践意义。

一、量刑规范化问题的由来

我国法学界对于量刑问题的关注，首先是从刑事实体法领域开始的。储怀植教授指出：“对待

* 本文系国家社科基金资助项目（05BFX043）的研究成果。

① 参见黎虹：《规范量刑 抛弃估算用精算》，载《人民法院报》，2010年3月14日。

犯罪是严还是不严(即刑事责任严格还是不严格,刑事法网严密还是不严密),关于刑罚是厉(苛厉)还是不厉。两两搭配,在理论上四种组合,即四种刑事责任模式:又严又厉;不严不厉;厉而不严;严而不厉。”由此出发,他认为我国1979年刑法在总体结构上属于“厉而不严”的类型,即“刑罚苛厉而法网不严密”。^②而1997年修改后的刑法,仍未改变“厉而不严”的刑法结构。刑罚苛厉,集中反映在我国刑法上的死刑罪名多达68个,刑罚的整体位阶因此被提高;所有的罪均被挂上了徒刑;没有一个罪的法定刑只限于拘役或者罚金。我国的刑法结构应当从“厉而不严”逐步向“严而不厉”转变,包括削减死刑、缩短监禁刑、扩大适用罚金刑等。^③

从世界范围内刑法发展的历史看,刑罚结构大致可分为五种类型:死刑在诸刑罚中占主导地位;死刑和监禁刑占主导地位;监禁刑占主导地位;监禁刑和罚金刑占主导地位;监禁刑的替代性措施占主导地位。第一种已成为过去,第五种尚未到来。我国当前的刑罚结构以死刑和监禁刑为主导,属于重刑结构;而一些西方法治发达国家基本上是以监禁刑和罚金刑为主导,属于轻刑结构。^④因此,推进我国的刑罚结构从重刑结构向轻刑结构转变,应当成为我国刑罚制度改革的总体方向。

在刑事政策方面,我国在上个世纪70年代末、80年代初提出了“严打”方针,其后相继开展了三次“严打”活动,^⑤保持对犯罪治理的高压态势。2006年10月,在《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》中,以“宽严相济”替代了“严打”的刑事政策。我国在刑事政策方面所作的重大调整回应了刑罚制度发展的世界性趋势。

白建军教授以“罪刑关系具有均衡性”为理论假设,对于刑法分则中的422对罪刑关系和2002年以来法意案例数据库中全部1107件抢劫案的罪刑关系作了实证分析,结果发现,罪刑之间完全均衡和完全不均衡两种极端情况均未出现,并对罪刑失衡的成因、对策进行了探讨。^⑥根据白建军教授的研究,量刑不均衡(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%。^⑦该项研究引起了我国学术界对于刑法中具体罪名的刑罚设定以及司法实践中量刑状况的关注。

我国量刑规范化改革的直接动因,则源自于司法实践中在一些案件的处理上所出现的量刑不均衡、量刑不公正现象以及量刑是否适当的争议。如许霆案一审被判处无期徒刑,再审改判为有期徒刑5年,这种巨大的量刑差异引起社会各界的广泛议论。^⑧同是交通肇事逃逸案,海南盛进案造成两死两伤,被判处有期徒刑3年,缓刑3年;北京张建案造成一人死亡,被判处有期徒刑3年6个月。^⑨深为社会公众诟病的还有对于职务犯罪量刑的轻缓化现象,如缓刑适用率畸高,死刑的适用几乎被虚置等。^⑩据统计,从2001年到2005年,职务犯罪案件适用免于刑事处罚和缓刑的比例从51.38%升至66.48%。其中,2003年至2005年职务犯罪案件年均缓刑适用率为51.5%,而同期

② 储怀植:《严而不厉:为刑法修订设计政策思想》,载《北京大学学报》1989年第6期。

③ 参见储怀植:《议论刑法现代化》,载《中外法学》2000年第5期。

④ 参见储怀植:《试论刑罚机制》,载杨敦先、曹子丹主编:《改革开放与刑法发展》,中国检察出版社1993年版。

⑤ 1983年至1987年1月,第一次严打;1996年4月至1997年2月,第二次严打;2001年4月至2002年底,第三次严打。参见王斗斗:《中国刑事政策——从“严打”到“宽严相济”》,载《法制日报》,2008年11月9日。

⑥ 参见白建军:《罪刑均衡实证研究》,法律出版社2004年版,第264页。

⑦ 参见注⑥,第376页及以下。

⑧ 参见白斌:《刑法的困境与宪法的解答——规范宪法学视野中的许霆案》,载《法学研究》2009年第4期。

⑨ 具体案情,参见《法意周刊》2006年9月13日第144期,载北大法意网<http://www.lawyee.net/Lawyee-Weekly/weekly-20060913.html>,2011年7月20日访问。

⑩ 参见孙国祥:《宽严皆失:贪污贿赂犯罪的量刑失衡之乱象及纾解》,载《甘肃政法学院学报》2009年第5期。

普通刑事案件的年均缓刑适用率只有 19.4%。¹¹ 2006 年全国检察机关立案侦查的重大责任事故中的渎职犯罪嫌疑人有 629 名，已对 370 人作出刑事处罚，在已作出的刑事判决中，免于刑事处罚和宣告缓刑的比例高达 95.6%。2004 年，陕西省西安市检察机关办理的贪污贿赂犯罪案件中，已判决 169 件，免于刑事处罚和缓刑的有 93 件，比例是 55%；2008 年，已判决 104 件，免于刑事处罚和缓刑的有 68 件，比例是 65%，呈上升趋势。而渎职侵权案件，判处免于刑事处罚和缓刑的比例更是从 2004 年的 71% 攀升到 2008 年的 100%。¹² 上述现象的存在，侵蚀着法律面前人人平等原则，并引起社会公众对量刑公正的质疑。

在此背景下，地方法院率先开展了量刑规范化改革试验。如 2003 年 3 月，江苏省姜堰市人民法院颁布了《规范量刑指导意见》，2004 年 5 月，江苏省高级人民法院通过了《量刑指导规范》。¹³ 该改革试验得到了最高人民法院的肯定。2005 年，最高人民法院在《人民法院第二个五年改革纲要（2004—2008）》中指出，要“贯彻罪刑相适应原则，制定故意杀人、抢劫、故意伤害、毒品等犯罪适用死刑的指导意见，确保死刑正确适用。研究制定关于其他犯罪的量刑指导意见，并健全和完善相对独立的量刑程序”。此后，2005 年 12 月，浙江省桐乡市人民法院出台了《刑事审判量刑指导意见》；2006 年 3 月，山东省淄博市淄川区人民法院推出了与高科技公司联合研制的电脑量刑软件；¹⁴ 2006 年 8 月，江西省南康市人民法院开始实施《量刑指导意见》。2009 年 3 月，最高人民法院在《人民法院第三个五年改革纲要（2009—2013）》中指出：要“改革和完善刑事审判制度。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》”。在关于量刑规范化问题的探讨中，关注的焦点逐渐从实体转向了程序。应最高人民法院要求，从 2009 年 6 月 1 日起，量刑规范化试点工作在全国 120 多家指定法院正式展开，并由此催生了《人民法院量刑指导意见（试行）》和《关于规范量刑程序若干问题的意见（试行）》两个规范性文件的出台，量刑规范化改革从而成为全国法院自上而下的统一行动。

二、量刑规范化改革的理论分析

我国的量刑改革以规范法官的自由裁量权为中心，而法官在量刑上的自由裁判权首先涉及立法与司法之间的相互关系。罪刑法定是现代刑法的一项基本原则，罪的明确性与刑的明确性是罪刑法定原则的内在要求。罪的明确性通过刑法规定的犯罪构成要件得以具体化，而刑的明确性则通过绝对确定的法定刑和相对确定的法定刑加以实现。刑法关于法定刑的配置包括绝对确定的法定刑和相对确定的法定刑两种基本模式。前者将形态各异的犯罪与单一的法定刑对应，有助于遏制法官在量刑上的自由裁判权，但它会导致量刑上的僵化，有碍个别公正的实现；后者规定一定的刑种，一定的量刑幅度，并明确规定最高刑与最低刑，给法官留下裁量空间，有利于刑罚个别化的实现，但存在着法官滥用自由裁判权的潜在风险。相对确定的法定刑是现代刑法中法定刑立法的典型模式，而绝对确定的法定刑仅在极为有限的范围内存在。¹⁵

¹¹ 参见王军：《三项对策遏制职务犯罪量刑偏轻》，载《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》，载《检察日报》，2006 年 12 月 15 日。

¹² 参见江雪：《“贪官”多缓刑 反腐法网太疏》，载《华商报》，2010 年 2 月 7 日。

¹³ 参见李希慧：《论刑罚目的的实现与量刑适当》，载郎胜等主编：《刑法实践热点问题探索》，中国人民公安大学出版社 2008 年版。

¹⁴ 参见郭新磊：《淄博电脑量刑挑战自由裁量权》，载《民主与法治时报》，2006 年 9 月 11 日。

¹⁵ 参见周光权：《法定刑配置模式研究》，载《中国刑事法杂志》1999 年第 4 期。

意大利刑法学家帕多瓦尼指出：“不能认为有关法定刑的规定就没有明确性的要求。如果法律规定的刑罚不明确，完全交由法官决定，那么关于犯罪行为特征的规定不论多么清楚，明确性原则也不能够发挥其保障功能。”¹⁶ 不可否认，就形式而言，绝对确定的法定刑最符合明确性的要求，然而，适用绝对确定的法定刑，在实践中会造成无限的实质不平衡。因此，在法定刑问题上，明确性必须与平等原则相结合，为了使刑罚能符合具体案件的实际情况，刑法在法定刑时必须为法官进行合理判断留下一定的空间。“总的来说，在刑罚制度中规定无弹性的制裁措施——不符合宪法规定的精神。”¹⁷ 德国学者也持类似的观点：“由于明确性原则（《基本法》第103条第2款，《刑法典》第1条）同样适用于法律后果（联邦宪法法院判决45,363(371)），此等过于宽泛的刑罚幅度是否符合宪法也是有疑问的。”¹⁸

法定刑的配置背后隐含着刑罚的价值追求。刑罚的理论基础，大致包括报应主义（报复刑）、功利主义（特殊预防与一般预防）和恢复性司法三种类型。报应主义和功利主义将犯罪人和受害人作为考量的中心；而恢复性司法则将犯罪所产生的问题作为关注的重心。也有不少学者将恢复性司法看作功利主义的一种变种，其目的也是为了减少犯罪。当今各国在设置刑罚制度时通常情况下都综合考虑上述三种理论。¹⁹

在英美法系国家，历史上曾经出现过立法量刑、法官量刑和行政量刑三种量刑模式。立法量刑是指立法机关通过立法将不同罪行的刑期以法律的形式固定下来，由法官予以适用。量刑问题很大程度上由立法解决，法官只是机械地进行量刑。法官量刑是指在立法中规定一定的量刑幅度，规定最高刑和最低刑，由法官最后确定具体刑期。行政量刑是指法官判处一个不确定的刑期，由犯罪改造机构（如监狱）根据罪犯改造的实际情况来判处最终的刑期。立法量刑模式代表了极度偏好刑罚稳定性的社会价值观，反映了报应主义的刑罚观；而行政量刑模式反映了追求量刑灵活性的基本倾向，冲击着罪刑法定原则和刑罚的平等性原则，是犯罪预防和犯罪治疗主义的极端表现；法官量刑模式介于两者之间，体现了报应主义和功利主义的某种平衡，也可承载恢复性司法的考量，因此成为比较普遍的量刑模式。²⁰

各国的刑罚改革总是在三种量刑模式中进行选择和调适。相对确定的法定刑和法官量刑模式是当今各国刑罚制度的主流形态。在德国，长久以来，人们认为，刑罚的量定是法官的裁量问题，同时也反映了主审法官的个人能力。但在今天，人们达成了这样的共识：“在具体情况下制裁的选择和量定，是一个有法律约束力的决定。这导致法院必须以法律的一般规定（第46条）和特殊规定（例如第47条）为基准，如果提出上诉的，必须对其决定的合法性进行审查。”²¹ 上个世纪80年代，美国联邦和各州通过制定《量刑指南》完全剥夺了行政机关的裁量权，大大限制了法官的裁量权。这种量刑确定化运动与重刑主义刑事政策相呼应，造成量刑畸重和监狱人口显著增加。2005年1月5日，联邦最高法院在Booker案中以微弱的多数（5：4）正式宣布《联邦量刑指南》不再作为强制性的法律规则，而只是供法官量刑时参考。²² 自2005年以来，在驻康涅狄克州联邦地区法院，法官偏离量刑指南量刑的情况约有50%以上；从全国范围内看，大约有60%的案件是在量刑指南

¹⁶ [意] 杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》（注评版），陈忠林译，中国人民大学出版社2004年版，第29页。

¹⁷ 同注¹⁶，第30页。

¹⁸ [德] 汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第1041页。

¹⁹ 参见虞平：《量刑与刑的量化——兼论“电脑量刑”》，载《法学家》2007年第2期。

²⁰ 参见注¹⁹。

²¹ 同注¹⁸，第1039-1040页。

²² 参见注¹⁹。

规定的幅度内量刑的，这表明量刑指南在一定范围内仍然能够规制量刑实践。²³显然，我国的量刑规范化改革应当吸取美国量刑确定化运动的经验和教训，在追求量刑的确定性方面不宜走得过远。任何社会在量刑问题上始终面临着确定性与灵活性的困惑，绝大多数情况下，量刑的钟摆总是在确定性与灵活性之间摇摆，不同的刑罚价值观影响着实体法上量刑制度的建构。

量刑程序的改革是规范法官量刑裁判权的另一侧面。刑事诉讼法上的程序法定原则与刑法上的罪刑法定原则相对应，二者相伴而生。罪刑法定原则要求“法无明文规定不为罪”、“法无明文规定不处罚”，而程序法定原则要求“无程序无处罚”。程序法定原则理应包含定罪程序的正当化与量刑程序的正当化两个方面。定罪和量刑是刑事审判中的两个重要阶段，其中定罪是基础，而量刑是法官对于犯罪人的行为所作的最终评价，其重要性甚至超过了定罪阶段，因为定罪的目的旨在确定刑事责任，对犯罪人予以社会道德上的谴责和惩罚。一起刑事案件从立案、侦查、起诉到审判，已经经历了审前程序的层层过滤，到了审判程序，被告人有罪的可能性往往十之八九，绝大多数案件的被告方在定罪问题上并无太大的争议空间，量刑实际上成为审判中的焦点，也成为被告方最为关心的问题。如果经过严格的、复杂的定罪程序，运用各种证据以很高的证明标准确认了被告人有罪，但在量刑程序上过于简单、随意、粗疏，则定罪的重要性和权威性也会随着下降，导致人们对于定罪的价值产生疑惑。“正义以看得见的方式实现”，不仅表现在定罪之中，也表现在量刑之中。

相对确定的法定刑和法官自由裁量权的存在，使得量刑程序的正当化显得十分重要。人类智慧的有限性和量刑所涵盖的社会矛盾的复杂性，让量刑问题无法通过实体法上的努力获得一劳永逸的解决，实体法上只能而且必须为法官留下自由裁量的空间。在具体适用刑罚的过程中，法官既要考虑对于报应的满足，也要兼顾预防犯罪的需求，还要最大限度地承担起将犯罪人从社会边缘甚至之外挽救回来的道德责任。在一个多元化的社会里，对于什么是“正确”的量刑结果，很大程度上没有一个明确的标准加以衡量，法官所能追求的是一个反映了不同价值观竞争和整合的刑罚裁判，要使这样的裁判为当事人和社会所接受，“公正的量刑程序”无疑是一个重要途径和桥梁。公正的量刑程序有助于凝聚诉讼各方在量刑问题上的共识，并使矛盾、分歧在一个制度化的空间得以呈现、妥协和消解，最终达成对于刑罚裁判的接受。

尽管世界各国在量刑程序的设置上存在定罪程序与量刑程序分离说和定罪程序与量刑程序混合说两种不同的模式，但是，审判程序应当关注量刑问题，应当在其中充分展示量刑信息，应当容纳控辩双方对于量刑活动的参与，应当在判决书中说明量刑理由，则成为各国在解决量刑问题上的共同追求，也是刑罚裁判具有公正性和可接受性的重要基础。

三、两个规范性文件之评析

从世界范围来看，在过去的数十年间，人们越来越多地致力于量刑问题的研究，量刑的制度化则是其中的主要内容。²⁴我国的量刑规范化改革顺应了这一世界性潮流。我国的量刑规范化包括实体上的规范化和程序上的规范化。在改革的过程中，美国的量刑指南和定罪程序与量刑程序相分离的机制有意无意中成为被模仿、参照的对象。这不仅反映在地方法院的改革探索之中，²⁵也反映在

²³ 参见《美国量刑程序——项目代表团赴美考察备忘录》，载北京市东城区法院、北京大学法学院合编：《“量刑程序改革”专题研讨会会议资料》，2009年7月3日。

²⁴ 参见注18，第1040页。

²⁵ 最极端的例子是山东省淄博市淄川区法院试行的电脑量刑。

最高人民法院2010年推出的两个规范性文件之中。

(一)《人民法院量刑指导意见(试行)》

《人民法院量刑指导意见(试行)》是最高人民法院在深入调研论证、广泛征求各方面意见的基础上制定的。该规范性文件规定了量刑指导原则、量刑基本方法、常见量刑情节的适用和常见犯罪的量刑等四个方面的内容。

该规范性文件中规定的量刑指导原则,包括以事实为根据、以法律为准绳,罪责刑相适应,惩罚与预防相结合,宽严相济,量刑个别化与量刑均衡相结合等几方面内容,反映了我国宪法和刑法所规定的法律原则,并结合量刑问题有所深化,但其中未能贯彻两项重要的量刑原则——责任主义与禁止双重评价。

关于责任主义,张明楷教授作了系统的阐述。根据他的分析,当今刑法理论的通说采取的是消极的责任主义,它在整体层面上是对必罚主义的否定,在犯罪成立条件层面上是限定犯罪的成立范围,在量刑基准层面上意味着“责任是刑罚的上限”、“禁止刑罚超过责任程度”,即量刑时对预防犯罪的考虑,不得超过责任的上限。如《德国刑法典》第46条第1款明确规定,“犯罪人的责任是量刑的基础”;《日本改正刑法草案》第48条第1款规定:“刑罚应当根据犯罪人的责任量定”。遵循责任主义,就要求区分责任刑与预防刑,明确哪些情节是决定责任刑的情节,哪些情节是决定预防刑的情节,只能在责任刑之下考虑预防刑。但《人民法院量刑指导意见(试行)》中没有区分责任刑情节与预防刑情节,而是笼统地规定:“具有多个量刑情节的,根据各个量刑情节的调节比例,采用同向相加、逆向相减的方法确定全部量刑情节的调节比例,再对基准刑进行调节”,这就意味着影响责任刑的情节与影响预防刑的情节对基准刑起同等的调节作用,没有考虑到责任刑对预防刑的制约。还应当指出的是,该规范性文件虽然考虑到了影响特殊预防的情节,但没有考虑到“一般预防的必要性小”对量刑所应起到的从轻作用。²⁶

禁止双重评价也是重要的量刑原则。根据该原则,禁止犯罪构成要件要素在量刑时作为量刑情节进行重复评价,以避免加重对行为人的处罚;另一方面,也禁止对减轻处罚情节进行双重评价。《德国刑法典》第46条第3款、第50条对此作了规定。²⁷《人民法院量刑指导意见(试行)》中部分体现了该原则,如规定:“对于同一事实涉及不同量刑情节时,不重复评价”,但是,该规范性文件未明确禁止将属于法定犯罪构成事实的情节在量刑时作为量刑情节进行重复评价,相反,其在“量刑步骤”中规定,“根据基本犯罪构成事实在相应的法定刑幅度内确定量刑起点”;然后,“根据其他影响犯罪构成的犯罪数额、犯罪次数、犯罪后果等犯罪事实,在量刑起点的基础上增加刑罚量确定基准刑”。对于数额犯和结果犯,数额和结果本身就对应了法定的量刑幅度,在确定量刑基准的时候,再次予以考虑,对行为人肯定会产生升高制裁水平的不利影响;至于量刑时考虑犯罪次数,有的构成要件行为本质上就包含了数行为的反复,如生产、销售伪劣商品罪、贩卖毒品罪、拐卖妇女、儿童罪、非法行医罪等,在量刑的时候再次考虑这种连续反复的行为次数,就有重复评价之嫌。²⁸

与定罪不同,量刑涉及的情节多种多样,在责任主义之下要考虑刑事政策的要求。如《德国刑法典》第46条第2款规定:“法院在量刑时,应权衡对犯罪人有利和不利情况。特别注意下列事项:犯罪人的犯罪动机和目的,行为所表露的思想和行为时的意图,违反职责的程度,行为方式

²⁶ 参见张明楷:《责任主义与量刑原理——以点的理论为中心》,载《法学研究》2010年第5期。

²⁷ 同注¹⁸,第1076页。

²⁸ 参见樊文:《犯罪控制的惩罚主义及其效果》,载《法学研究》2011年第3期。

和犯罪结果，犯罪人的履历、人身和经济状况，及犯罪后的态度，尤其是为了补救损害所作的努力。”《日本改正刑法草案》第48条第2款规定：“适用刑罚时，应当考虑犯罪人的年龄、性格、经历与环境、犯罪的动机、方法、结果与社会影响、犯罪人在犯罪后的态度以及其他情节，并应当以有利于抑制犯罪和促进犯罪人的改善更生为目的。”

《人民法院量刑指导意见（试行）》在总结实践经验的基础上，对于常见量刑情节的适用作了量化评估，对于未成年人犯罪、从犯、自首、立功、自愿认罪、退赃、退赔、积极赔偿被害人损失、被害人谅解等情节，分别给予程度不同的量刑折扣，如可以减轻基准刑的10%以下、20%以下、30%以下、40%以下、50%以下、30%—60%、10%—50%、20%—50%等等；而对于累犯、有前科者、犯罪对象为弱势群体者、重大灾害期间犯罪等情节，分别给予程度不同的量刑增加，如可以增加基准刑的10%以下、20%以下、10%—40%等等。这种减轻处罚与加重处罚的影响存在一个“切入点”问题。关于如何确定该“切入点”，有两种不同的主张：一种建议选择规范的“平均值”，也即实现构成要件的平均严重程度，作为理想的切入点；另一种则建议将经验的平均情况作为切入点。²⁹前者即所谓法定刑中线，后者则为白建军教授所说的“裸刑均值”——在一定法定刑幅度内，没有任何法定情节的若干案件宣告刑的平均值。³⁰《人民法院量刑指导意见（试行）》规定“根据基本犯罪构成事实在相应的法定刑幅度内确定量刑起点”，在“常见犯罪的量刑”部分，进一步规定了交通肇事罪、故意伤害罪、强奸罪、非法拘禁罪等15种犯罪的量刑起点，均是在一定的量刑幅度（窄于刑法所规定的法定刑幅度）内确定，可以说，在量刑基准的确定上该规范性文件采取了幅的理论，而非点的理论。在法官的量刑实践中，如何确定正确的起始点仍是一个困难的问题。而在这15种犯罪之外，量刑起点的确定仍然委诸于法官在刑法规定的法定刑幅度内自由裁量，该规范性文件未能有所作为。特别是贪渎案件，实践中出现问题较多，量刑不均衡的现象较为突出，也更为社会公众所关注，但是《人民法院量刑指导意见（试行）》却对此采取了回避态度。³¹

（二）《关于规范量刑程序若干问题的意见（试行）》

在《关于规范量刑程序若干问题的意见（试行）》中，首先确立了保障量刑活动的相对独立性原则。其次，规定了控辩双方的权利和义务，如控诉方应当全面收集量刑证据、检察机关可以提出量刑建议、当事人和辩护人、诉讼代理人可以提出量刑意见、对被告人提供法律援助等等。再次，对于被告人自愿认罪的案件和不认罪或辩护人作无罪辩护的案件的量刑程序分别作了规定。此外，还对未成年人案件中的社会调查报告、量刑调查、量刑辩论、量刑理由、二审、再审程序中的量刑活动等问题作了具体规定。

对于被告人自愿认罪的案件，无论定罪程序与量刑程序是否分离，量刑问题都是法庭审理的重点。《关于规范量刑程序若干问题的意见（试行）》对于量刑活动相对独立性的强调，使得量刑问题在法庭上能够得到更加充分的讨论。

对于被告人不认罪或者辩护人作无罪辩护的案件，说明控辩双方在定罪问题上存在分歧，庭审首先需要解决被告人是否有罪的问题，在法庭认定被告人有罪的基础上，才涉及量刑问题。在此类案件中，定罪程序与量刑程序相分离显得最具意义。特别典型的是死刑案件，围绕案件事实是否清楚、证据是否确实充分，可能形成两种极端的诉讼结果：认定被告人有罪，被告人可能被判死刑；认定证据不足，被告人可能被判无罪。在定罪程序与量刑程序合一的情况下，被告人及其辩护人如

²⁹ 参见注18，第1044—1045页。

³⁰ 参见白建军：《裸刑均值的意义》，载《法学研究》2010年第6期。

³¹ 参见陈有西：《量刑规范不能回避贪渎案件》，载深圳《晶报》，2009年8月13日。

果选择作无罪辩护,往往难以就是否应当判处被告人死刑展开充分的量刑辩护。英美法系国家的陪审团审判程序中定罪程序与量刑程序相分离,正是以被告人作无罪答辩为前提。但是,《关于规范量刑程序若干问题的意见(试行)》在该问题上秉承相对独立的立场,仅在法庭调查和法庭辩论阶段,将定罪调查与量刑调查、定罪辩论与量刑辩论分开进行,这将导致辩护律师在被告人是否有罪尚不明确的状态下,基于被告人有罪的假定展开量刑辩护,容易造成逻辑上自相矛盾的局面,减损无罪辩护的效果。

从理论上讲,赋予检察机关量刑建议权有其合理性。检察机关作为控诉职能的担当者,其指控从定罪延伸至量刑符合诉讼逻辑,因为定罪与量刑均可以作为检察机关向法院所提出的诉讼请求而存在,类似于民事诉讼中原告向法院提出具体的诉讼请求,由法院依法予以裁判。《关于规范量刑程序若干问题的意见(试行)》规定,“对于公诉案件,人民检察院可以提出量刑建议。量刑建议一般应当具有一定的幅度”;“人民检察院提出量刑建议,一般应当制作量刑建议书”;“量刑建议书中一般应当载明人民检察院建议对被告人处以刑罚的种类、刑罚幅度、刑罚执行方式及其理由和依据”。该规范性文件明确肯定了检察机关的量刑建议权。量刑建议制度为不少学者所支持,认为该制度可以使庭审方式改革更加深化、有利于保障被告人的辩护权、有利于实现诉讼公正,³²有利于提高诉讼效率、有利于提高公诉能力和水平,³³等等。

然而,从比较法的角度看,我们在其他国家的法律中很难看到检察机关享有量刑建议权的明确规定。如英国《皇家检察官守则》2.2规定,“皇家检控署的责任是确保以准确的罪名指控应当被起诉的人,并确保将所有相关的事实提交给法庭”;7.1规定“皇家检察官应当提出符合下列条件的指控:a.反映犯罪行为的严重性;b.给予法庭充分行使判决权的范围;并且c.使案件能够以清楚简明的方式提交给法庭。这意味着皇家检察官在进行选择时不可能总是维持最严重的指控。进而,皇家检察官不应提出不必要的指控。”在实践中,控辩双方的律师“不能讨论量刑的问题,因为量刑是属于法官的职权范围,并且控诉方无权向法官建议某种特定的惩罚”。³⁴《美国联邦刑事诉讼规则》第7条(c)(1)规定,“大陪审团起诉书或检察官起诉书应当是关于构成所指控罪行的基本事实的清楚、简要和明确的书面陈述,应当由检察官签署——大陪审团起诉书或检察官起诉书应当就指控的每条罪状说明该行为违反的法律、法规、条例或其他法律规定,援引有关法律条文。”由此可以看到,在提起公诉方面,检察官的职责主要是提出明确的、充分的、详细的罪状及其证据。而关于量刑建议,主要出现在缓刑官所制作的“科刑前报告”之中。该报告“经常附有审判证据、被害人陈述、被告人科刑前最后陈述或者其他被告人及检察官所提出的意见,它经常被视为是关于被告人及其所实施罪行的主要信息来源——报告的目的是为了提供关于下列事项的信息:在缓刑和监禁刑间的选择;如果选择了缓刑,应施加何种缓刑条件;如果选择了监禁刑,监禁期限应多长”;“科刑前报告会对制定法中所明确标示出的任何关于罪行减轻或者加重情节的因素作出回应,在现有的科刑准则中,科刑前报告同样会考量到任何有助于评定罪行等级以及犯罪历史种类的因素”。³⁵这里实际上涉及到检察官或者缓刑官提出量刑建议的基础或者依据问题。

定罪涉及的信息与量刑涉及的信息具有较大的差异。定罪涉及的信息主要围绕犯罪构成要件要素而展开,警察的侦查活动旨在查清犯罪事实、收集相关证据,检察官经过审查起诉程序,提出具

³² 参见《专家学者纵谈“量刑建议制度”》,载《检察日报》,2001年10月2日。

³³ 参见陈光中、彭新林:《我国公诉制度改革若干问题之探讨》,载《法学研究》2011年第4期。

³⁴ 参见[英]麦高伟、杰弗里·威尔逊:《英国刑事司法程序》,姚永吉等译,法律出版社2003年版,第428-429页。

³⁵ [美]伟恩·R·拉费弗、杰罗德·H·伊斯雷尔、南西·J·金:《刑事诉讼法》(下册),卞建林、沙丽金译,中国政法大学出版社2003年版,第1368-1369页。

体的犯罪指控可谓水到渠成，而且定罪涉及的信息要经过法庭上公开质证、辩论的严格检验，方可予以确认。而量刑涉及的信息除了那些与案件事实或者定罪相关的信息之外，还包括被告人对其罪行的态度、被告人的背景和生长环境、被告人的先前犯罪记录、被告人的家庭状况、工作状况、经济状况、被害人的状况以及其他可能影响被告人行为的信息，这些信息需要经过充分的调查访谈才能获得。量刑不仅要面向过去，而且要面向未来，这正是量刑问题的独特之处，也是加强量刑程序独立性的重要依据。检察官提出量刑建议，如果主要基于警察提供的与案件事实或者定罪相关的信息，那么该建议的正确性和价值将会存在疑问。更有甚者，如果检察官不能恪守客观义务，偏重于惩罚犯罪，则很可能提出不利于被告人的量刑建议，而作为量刑建议根据的信息又无法通过量刑程序得到严格检验（量刑程序对证人出庭、证明责任、证明标准等方面的要求均低于定罪程序），那么，该项规定在实践中很可能产生对被告人不利的后果。量刑建议的提出应当以“科刑前报告”为依托，而“科刑前报告”要求量刑信息的充分性、准确性和制作主体的中立性、客观性，检察官能否担此重任，显然不无疑问。如在美国，根据驻康涅狄克州联邦地区法院的相关规定，检察官和辩护律师都无权向法官提出具体的量刑建议。³⁶

四、量刑规范化改革的实际效果

我国的量刑规范化改革声势浩大，但其实际效果究竟如何呢？最高人民法院发布的《人民法院工作年度报告（2010年）》中称，“最高人民法院通过前期试点，逐步完善15种常见犯罪的量刑标准，将量刑纳入法庭审理程序，规范量刑的自由裁量权。据统计，全国120多家试点法院共审理上述案件4.5万多件，量刑普遍均衡，上诉、抗诉、二审改判和发回重审率普遍下降，当庭认罪、调解撤诉、退赔退赃、当庭宣判和服判息诉率明显上升，有效维护了诉讼当事人的合法权益”。³⁷

左卫民教授的实证研究与最高法院的上述说法有较大差异。他指出：多名试点法院的法官认为，《人民法院量刑指导意见（试行）》中确定基准刑的方法不尽合理，容易导致量刑情节的重复适用；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。而量刑程序改革也不尽人意，调查发现，量刑程序改革有其积极意义，主要体现在通过量刑调查、辩论，量刑程序的透明度有所提升，量刑结果的公正性有所增强。但是，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；在量刑效果方面，量刑程序改革前后差异不大，只是更加细化和规范；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，审判效率明显下降。³⁸

根据媒体报道，“量刑建议试点成效喜人”，截止2010年，北京市石景山区检察院共对152人提出量刑建议，完全采纳数和基本采纳数占到总数的92%；浙江省永康市检察院自2009年开始量刑建议工作以来，该院对1098人提出量刑建议，被法院采纳1007人；量刑建议率为74.9%，法院采纳率为91.8%。³⁹江苏省姜堰市检察院自2009年以来，向法院提出量刑建议1002份，法院采纳984份，采纳率达98.2%。⁴⁰对于检察机关而言，量刑建议的高采纳率当然值得欣慰，但它却反映出律师的量刑辩护在大多数案件中是无效的，法院“一边倒”地接受了检察机关的量刑建议，法

³⁶ 参见注23。

³⁷ 载中华人民共和国最高人民法院网<http://www.court.gov.cn/qwfb/sfsj/201105/t20110525-100996.htm>, 2011年7月5日访问。

³⁸ 参见左卫民：《中国量刑程序改革：误区与正道——基于比较与实证研究的反思》，载《法学研究》2010年第4期。

³⁹ 参见徐日丹：《在量刑环节实现看得见的公正》，载《检察日报》，2011年2月14日。

⁴⁰ 参见李明耀：《量刑建议被采纳率达98.2%》，载《检察日报》，2011年5月10日。

庭对量刑问题的审理是流于形式的。而检察机关对量刑建议采纳率的高度重视,与其对定罪率的高度重视如出一辙,将会进一步冲淡律师无罪辩护和罪轻辩护的效果。99.7%的定罪率,如果再加上90%乃至95%以上的量刑建议采纳率,那么,律师还有多大的辩护空间呢?⁴¹在此背景下,《人民法院工作年度报告》中所说的“上诉率普遍下降”、“当庭认罪率、调解撤诉率、退赔退赃率、服判息诉率明显上升”,其原因何在呢?是《人民法院量刑指导意见(试行)》中所明示的量刑折扣对被告方产生了刺激作用吗?还是检、法的量刑意见一致导致被告方对于通过上诉程序或者其他方式减轻量刑不存奢望?笔者难以作出判断。

左卫民教授的实证研究提供了相反的例证:与2008年试点地区同期案件相比,上诉率没有明显下降,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(2.0%);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%。⁴²上述相互矛盾的说法表明,我们对于量刑规范化改革实际效果的评估应持谨慎态度,不仅要看改革前后各种数据的变化,更要仔细分析这些变化背后的原因,以便准确揭示量刑规范化改革对于量刑均衡与量刑公正所产生的影响。

在量刑规范化改革过程中,笔者也曾随同陈瑞华教授在北京、江苏、山东等地进行试点和调研。通过观摩庭审,对于量刑规范化改革形成了如下直观认识:(1)量刑程序改革有助于审判的实质化以及加强审与判之间的逻辑联系;(2)量刑调查和辩论的作用较为明显,较为充分地展示了量刑的酌定情节,实践中有通过量刑调查和辩论促使检察官改变量刑建议的案例;(3)量刑说理有助于加强裁判的可接受性;(4)庭审中有时检察官进行冗长的量刑举证,控辩双方的争议焦点不突出,影响了庭审效率;(5)被告人无力进行自我辩护,其对诉讼的参与流于形式;(6)被告人不认罪的案件,在定罪程序与量刑程序相对分离的模式下,律师在从无罪辩护到量刑辩护的转化中存在明显的尴尬;而且如果法庭最终认定被告人无罪,律师对于量刑证据的收集以及量刑辩论将失去意义;(7)检察官的起诉书包含对被告人前科或者曾受行政处罚等信息,可能使法官形成有罪预判;(8)证人、被害人不出庭,使庭审中的争议难以得到澄清,这不仅体现在定罪事实之中,也体现在量刑事实之中;(9)定罪事实与量刑事实有时难以分离,容易形成重复评价;(10)对于控辩双方提供的量刑事实和证据的客观性、全面性,法官难以查明和评判;(11)对被告人是否适用缓刑的考量因素不明确,有待细化;(12)庭审中控辩双方往往对量刑情节进行抽象的分析,对于每个量刑情节带来的对量刑幅度的影响未展开充分的辩论;(13)法官对于量刑起点和基准刑的确定,往往难以提供充分的理由。这种状况反映了我国量刑规范化改革的积极意义以及局限性。

量刑规范化改革是我国刑事法律制度改革和完善的过程中出现的新生事物,其实际效果尚待通过广泛和深入的实证研究予以准确评估。如《人民法院量刑指导意见(试行)》以量刑的数字化、算术化为特征,在实践中是否会产生机械性有余而灵活性不足的问题;量刑规范中所涉数值是否具有科学性、合理性,这些问题均有待通过鲜活的司法实践加以检验。

五、量刑规范化改革的目标与方式

我国量刑规范化改革的目标在于追求量刑的确定性、一致性和公平性,在终极意义上可以归结

⁴¹ 参见陈瑞华:《论量刑建议》,载《政法论坛》2011年第2期。

⁴² 参见注38。

为追求量刑公正。“司法阶段存在定罪与量刑两类活动，定罪只能严格依法律规定，并且任何人的同一行为只能定相同的罪，不能考虑个别情况，即不能实行定罪的个别化；至于量刑的活动，可以适当考虑犯罪人的情况，但也不是毫无限制的。也就是说，量刑的公正是一个更为复杂的问题。”⁴³ 世界各国目前在量刑规范化方面存在较大的差异，导致我们在立法选择上的困难和分歧，同时也彰显了进行改革探索的意义。

对于我国司法实践中存在的量刑不公和量刑不均衡问题，不少人将其归责于我国刑法规定的量刑幅度过大。我国刑法规定的量刑幅度是否过大，需要通过比较法研究方能作出判断。与制定了量刑指南的美国相比，我国的法官在量刑方面的确享有较大的自由裁量权。因为美国的量刑指南采用数字式的量刑表格，法官通常很难偏离指南进行量刑。⁴⁴ 但是，与一些大陆法系国家相比，则很难得出我国刑法规定的量刑幅度过大的结论。以中、德、日、俄等国刑法中关于盗窃罪法定刑的规定为例：在中国，盗窃罪的法定最高刑为无期徒刑；其他三国为 10 年自由刑。法定最低刑：均为罚金。中国的刑罚幅度为：无期徒刑到 10 年以上有期徒刑；10 年以下 3 年以上有期徒刑；3 年以下有期徒刑、拘役、管制、罚金。俄罗斯：10 年以下 5 年以上的剥夺自由；2 年以上 6 年以下的剥夺自由；最低劳动报酬 200 倍至 700 倍或被判刑人 2 个月至 7 个月工资或其他收入的罚金，或处 4 个月以上 6 个月以下的拘役，或处 3 年以下的剥夺自由。德国：6 个月以上 10 年以下自由刑；3 个月以上 10 年以下自由刑；5 年以下自由刑或罚金。日本：1 年以上 10 年以下惩役；10 年以下惩役。由上可以看到，我国的法定刑幅度并非明显地高于其他三国。有学者据此提出量刑规范化应当缓行的主张。⁴⁵ 当然，即使我国的法定刑幅度与一些大陆法系国家“大体持平”甚至“略微偏低”，但这并不能成为我国的刑罚规范不需改革的充分理由，问题的关键在于现行立法是否能够保障法官公正、合理地量刑以及能否找到弥补现行立法局限性的一些方法。

从总体上看，由于法律规定的量刑依据较为模糊以及法官人数众多，因此发生量刑不均衡的现象不足为奇。量刑差异包括地区间的差异和不同个体间的差异，造成地区差异的原因在于相同的犯罪行为在不同地区发生的频率不同，在经济发达程度不同的地区所造成的社会危害后果有别。由于量刑中对个别化价值的追求，导致了不同个体间的量刑差异。此类量刑差异具有合理性，是法官根据法律进行斟酌的结果。但是，超出合理范围量刑差异则违反了法律适用的平等性原则。为了防止这种不合理的量刑差异，一些国家和地区采取了不同的做法，但都很难说量刑问题得到了理想的解决。其他国家和地区在量刑规范化问题上的探索以及经验和教训，可以为我国的量刑改革提供借镜。

在美国的大部分历史中，联邦法官在判处刑罚方面都享有广泛的自由裁量权。法官不被要求公开说明量刑理由，量刑成为一个“黑箱”。⁴⁶ 随着《1984 年量刑改革法》的通过，这种自由裁量的历史才突然中断。虽然现在联邦量刑指南只是建议性的，但仍然要求量刑法庭在判处刑罚时“考虑”指南，而且这些刑罚在上诉时还要受到“合理性”审查，因此，在联邦量刑程序中，指南具有核心的作用。⁴⁷ 制定量刑指南并非一劳永逸，美国联邦量刑指南从 1987 年开始实施截止到 2005 年，量刑委员会对其修改已达 500 多次。而且联邦量刑指南导致了将量刑裁量权从法官转移到检察

⁴³ 何庆仁：《量刑公正的实体研究》，载陈兴良主编：《刑事法评论》第 14 卷，中国政法大学出版社 2004 年版。

⁴⁴ 参见 [美] 约书亚·德雷斯勒、艾伦·C·迈克尔斯：《美国刑事诉讼法精解》，魏晓娜译，北京大学出版社 2009 年版，第 338 页。

⁴⁵ 参见李洁：《论量刑规范化应当缓行——以我国现行刑法立法模式为前提的研究》，载《吉林大学社会科学学报》2011 年第 1 期。

⁴⁶ See Allen, Hoffmann, Livingston, Stuntz, *Comprehensive Criminal Procedure*, Aspen Publishers, 2005, p 1441.

⁴⁷ 参见注 44，第 336 页。

官的结果, 检察官拥有广泛的起诉裁量权并由此造成了量刑方面的巨大差异, 许多法官和学者因此对联邦量刑指南提出尖锐的批评。联邦量刑指南还带来了量刑诉讼的显著增加。在1987年—1999年间, 向联邦上诉法院提出上诉的案件数量增加了50%, 1999年在所有上诉案件中超过60%的案件涉及至少一个量刑争议, 37.5%的案件仅仅涉及量刑争议。其主要原因在于量刑从一个“黑箱”变为暴露在阳光之下。⁴⁸ 美国量刑指南从强制性走向建议性的历史表明, 量刑规范化改革的关键在于如何协调量刑的统一性与灵活性之间的冲突, 参考性的量刑指南是一个有利于调和二者之间紧张关系的合理选择。

从19世纪开始, 对量刑差异的控制就成为英国刑事司法中的一个重要问题。国会最初的反应是在1907年设立了刑事上诉法庭, 期望该法庭能够对不同法官在量刑问题上采用的方法进行协调, 但该期望并没有实现。1964年, 刑事上诉法庭重新命名为上诉法院(刑事庭), 并且从那时在控制量刑差异方面开始承担起重要作用。20世纪70年代后期开始了对法院量刑判决的汇编, 到目前为止已形成了大量的量刑判决汇编, 从而对如何处理某一类型的犯罪和罪犯给出了例证和指导。⁴⁹ 1998年, 根据《犯罪与妨害秩序法》, 成立了量刑咨询小组来帮助上诉法院制定量刑指南; 2003年, 根据《刑事审判法》, 又设立了量刑指南委员会。与此同时, 治安法院协会也制定了一些只适用于治安法院的量刑指南。英国的量刑指南侧重于说明量刑的具体适用原理和法官应该注意的问题, 但也有较为具体的规定, 如关于被告人认罪量刑减让, 规定被告人在较早时期认罪的, 量刑可以减让1/3; 在准备开庭审理前认罪的, 可以减让1/4; 在开始审理之后认罪的, 可以减让1/10。这种做法在英国引起了许多争议。⁵⁰ 英国学者认为, 没有人可以宣称英国刑事司法体系已经解决了所有的量刑问题, 对于过于频繁颁布的并且通常没有明显必要的新法律, 存在着许多的批评。大多数的法官和律师倾向于一个没有明显变化的稳定时期, 以便对近期的改革在实践中的运行进行评估。但是, 量刑已经成为一个敏感的政治性问题, 政治家们认为对量刑过程的改革可以增加他们的政治声望, 因此, 无论新的立法是否会真正提高量刑质量, 它们都会层出不穷。⁵¹

在德国, 传统上将量刑问题更多地委诸于法官的自由裁量, 现在则认识到量刑应当“是一个有法律约束力的决定”, 是罪刑法定原则和平等原则发挥作用的重要领域。“科学在过去的数十年中越来越致力于量刑问题的研究, 因此, 不能再说忽视这个法领域了。首先, 人们主要研究量刑的制度化, 但具体做法又各不相同, 部分学者提出了对于实践而言过于复杂的量刑过程的模式。最近, 在量刑的问题上出现了分歧, 尤其是刑罚目的和对具体因素的考虑(例如对其他人的威慑、重新犯罪、行为人在刑事诉讼中的态度)”。⁵² 德国学者认为, 追求量刑的统一, 以下途径可供选择: 制定具体的量刑标准; 缩小特定案件情况的刑罚幅度; 确定绝对刑罚; 加强上诉法院的监督; 加强不同法院之间的信息交换; 定期召开法官研讨会; 充分利用和统一在司法实践中适用于通常出现的案件类型的普遍的或被视为适当的量刑方针。“即使这些方针没有法律上的约束力, 但只要它们所确定的具体的标准是建立在实践和科学的尽可能广泛的支持的基础上, 那么, 这些方针仍然是有价值的”。⁵³

定罪程序与量刑程序相分离, 是追求量刑公正的重要手段之一。在英美法系国家, 将刑事审判

⁴⁸ 参见注46, 第1444—1445页。

⁴⁹ 参见注34, 第434页。

⁵⁰ 参见杨志斌:《英美量刑模式的借鉴与我国量刑制度的完善》, 载《法律适用》2006年第11期。

⁵¹ 参见注34, 第435—436页。

⁵² 同注18, 第1040页。

⁵³ 同注18, 第1046—1047页。

程序划分成定罪和量刑这两个不同的程序，源于“量刑个别化”目标的发展和演进，以及法官对被量刑者特定信息的需求。对于正式的量刑听证程序来说，它主要包括以下几方面的目标：（1）防止被告人因“开示”个人信息而引起不公正和偏见；（2）保护被告人享有的反对自我归罪的权利；（3）提高量刑程序的司法透明度；（4）便利法官制作以矫正为主要目的的刑罚，而不仅仅是为了惩罚。大多数国际知名的法学家都一致认为，定罪之后的量刑听证程序更加有利于全面地保护被告人的权利。《国际刑事法院罗马规约》规定，法官、检察官、辩护律师有权选择进行独立的量刑听证程序，并使之成为正当程序的国际标准。⁵⁴

在大陆法系国家，是否有罪与量刑的问题是一起解决的，定罪与量刑阶段并没有明确的区分。只与量刑有关的证据，例如被告人的前科，甚至在定罪前也可出示。在德国，法学家们认为将这两个独立的法律问题混合在一起不妥，“因为在被告人的罪责未证明前，对为揭露被告人之别人身份所作之调查纯属多余，此对其结果亦为不利，并且会造成法官在罪责问题中受到拘束。此外，对于希望能变革为一有持续坚定性的再社会化的刑罚之执行及社会治疗的措施，实有必要为了要能依详尽的人格性向研究以做成适当的法律结果之裁判，而另设一特别的诉讼段落。”⁵⁵但是他们要求将定罪与量刑分开的改革提议至今对立法都没有影响。那些赞同保持现状的观点，也是德国法律的传统，认为两个独立的审判阶段既麻烦又费时。⁵⁶在法国，曾经试图对其现有的庭审程序进行改革。1993年1月，法国提出把定罪与量刑程序严格分开。有些证据只能作为量刑证据，而另一些证据只能作为定罪证据。不能将证据重复使用，也不能将证据在不合适的地方使用。但是该项改革最终因为压力太大而被迫取消。⁵⁷

在日本，现有的刑事审判程序中也没有将定罪程序与量刑程序进行区分。但是，日本理论界认为，有必要从纵向（时间的侧面）分析诉讼过程的结构：最初的过程是认定被告人罪责的过程，即被告人是有罪还是无罪，接下来是选择刑罚的过程，即在有罪的前提下进行量刑。这种过程在理论上可以分为罪责认定程序和刑罚认定程序。理论界还主张，虽然日本现行的审判程序并没有这种程序上的区分，但至少认定案件事实时，必须在罪责认定程序结束以后才能量刑。在实务中把涉及犯罪事实的证据称为甲号证据，把被告人的供词、身份记录、前科记录等称为乙号证据。在请求调查证据阶段，一般的惯例是，检察官首先请求调查甲号证据，然后再请求调查乙号证据。不过，对于没有争论的案件可以同时请求调查甲号证据和乙号证据。⁵⁸

我国台湾学者王兆鹏教授主张台湾地区的立法仿效美国的制度，将定罪与科刑分为两个不同的程序，以便法院在科刑程序中全心全意地调查科刑时应审酌的一切情状，考虑被告、被害人及社会正义，对被告科处最适当的刑罚。⁵⁹

在判决书中说明量刑过程和理由，是促进量刑公正的重要方式。以德国波恩州法院的一起故意杀人未遂案的判决书为例：在该案中，法官在对被告人进行量刑的时候，首先全面衡量了故意杀人罪中关于刑罚轻处与重处的所有情况，认为该犯行并未如此明显地偏离未遂的故意杀人的其他表现形式，以至于它等同于德国刑法典第213条（故意杀人的较轻、严重的情形）中特别提到的挑衅这

⁵⁴ 参见耶鲁大学中国法中心：《美国以及国际刑事法院的量刑听证程序》，载北京市东城区法院、北京大学法学院合编：《“量刑程序改革”专题研讨会会议资料》，2009年7月3日。

⁵⁵ [德] 克劳斯·罗科信：《刑事诉讼法》，吴丽琪译，法律出版社2003年版，第412页。

⁵⁶ [德] 托马斯·魏根特：《德国刑事诉讼程序》，岳礼玲、温小洁译，中国政法大学出版社2004年版，第134页。

⁵⁷ 参见[法] 卡斯东·斯特法尼等：《法国刑事诉讼法精义》（下），罗结珍译，中国政法大学出版社1999年版，第775-776页。

⁵⁸ 参见[日] 田口守一：《日本刑事诉讼法》，刘迪等译，法律出版社2000年版，第165、210页。

⁵⁹ 参见王兆鹏：《美国刑事诉讼法》，元照出版公司2004年版，第19页。

种较轻情形。于是：(1) 法庭根据德国刑法典第 212 条的规定（普通的故意杀人罪），决定从 5-15 年的刑罚幅度出发；(2) 考虑到故意杀人的未遂，适用德国刑法第 23 条第 2 款（犯罪未遂科处较轻刑罚）、第 49 条第 1 款（特别法律轻处规定），从 2-11 年 3 个月的刑罚幅度出发；(3) 考虑刑法第 21 条（降低的责任能力），再一次根据德国刑法第 21 条、第 49 条第 1 款，从 6-8 年 5 个月的刑罚幅度出发；(4) 在考虑了全部有利和不利情况后，认为判处 4 年的自由刑是必要和适当的。⁶⁰ 通过判决书清晰地说明法官量刑结论的形成过程，无疑有助于增强判决的公正性和说服力，提升被告人和公众对刑事判决的认同感。

以上的比较分析，可以给予我们如下启示：第一，追求量刑公正是各国量刑制度改革的目标，而量刑的公正包含着量刑的确定性、一致性和公平性三者之间的融合。第二，有必要对现行立法规定的刑罚制度进行检讨，该检讨可以在比较法的层面展开，并兼顾我国司法实践中的具体状况，在此基础上调整特定犯罪情况的法定刑幅度，尽可能减少模糊的罪状描述，借助于容易认定的不法特征（例如行为方式、行为后果），让犯罪严重程度阶梯（情节轻微、情节较轻、情节严重等）与不同法定刑幅度之间的对应关系更加明确。第三，在刑法之下，可以通过总结实践经验制定量刑指南，该指南应当对量刑的具体适用原理和法官在量刑中应该注意的问题予以总结，并为法官对各种量刑情节的考量提供较为明确的指导；该量刑指南要适时进行修订，同时也要保持一定的稳定性，以便检测实践效果；该量刑指南不宜具有强制性，以免造成量刑的僵化。第四，应当注重对法院量刑判决的汇编，从而对如何处理某一类型的犯罪和罪犯给予例证和指导，指导性案例应该满足代表性、科学性、规范性等方面的要求。第五，应当加强上级法院对于量刑的监督，量刑的公正性、适当性应当成为上级法院审理的重要内容。第六，相对独立的量刑程序有助于提高量刑的透明度和保障量刑的质量，量刑程序的设置应当将保护被告人的权利作为重要目标。第七，量刑说理是打开量刑“黑箱”的重要方式，法官应当在判决书中说明从基准刑—处断刑—宣告刑的整个量刑过程。

六、量刑规范化改革的制约性因素

我国的量刑规范化改革在目标设定和方式选择上应当顺应世界范围内量刑制度改革的总体趋势，但中国问题具有自身的独特性，这就决定了量刑规范化改革必然受到各方面条件的制约。中国式的量刑规范化改革究竟能够走多远？这是在思考我国量刑改革的目标、方式及其效果时无法回避的问题。

在量刑规范化改革的今天，我们不应忘却刑法学界最初对于我国刑罚结构的反思。量刑规范化改革应当在推进我国刑罚结构从重刑结构向轻刑结构转变过程中有所担当。有学者通过详实的量化分析揭示了我国刑事立法和司法的现状，指出：1979 年我国刑事立法和司法忽视或遗忘了刑法的特征与内在价值，高估了刑法影响人的行为的可能性，刑法一直保持着在功能化方面的惯性。刑罚结构和刑罚适用还继续面临着重刑主义的突出问题。我国的犯罪控制存在着惩罚主义的结构特征，然而惩罚主义的意愿和努力，并没能有效遏制犯罪规模和犯罪的总体严重程度发展的势头。在刑事政策和刑罚体系的主导思想没有作出重大调整前，刑罚轻缓化的改革仍然任重而道远。1882 年德国被判刑人 77% 被投入监狱服刑，而如今在早已废除死刑的条件下这个比例只有不到 6%；而

⁶⁰ 参见 [德] 布伦等：《德国波恩州法院的一起故意杀人未遂案的判决书》，冯军译，载冯军主编：《比较刑法研究》，中国人民大学出版社 2007 年版。

在我国，2009年被判监禁的人数占被判刑人的69.1%。⁶¹可见，中德之间的量刑差异不仅反映在法定刑上，更重要的是反映在量刑实践之中。显然，我国的量刑规范化改革应当服务于轻刑化的刑罚改革方向。这是《人民法院量刑指导意见（试行）》的制定者和操作者应当谨记的。

白建军教授的研究表明，在推行量刑规范化改革之前，我国刑事司法实践中的裸刑均值普遍低于法定刑中线。改革并不是要改变法官们长期以来量刑实践的集中趋势，而是要使更多的个案量刑接近大量判决的平均水平，缩小离散性程度或者量刑偏差，减少极端个案。《人民法院量刑指导意见（试行）》中15种犯罪量刑基准的确定，是法院系统众多资深法官根据长期实践经验归纳总结的结果，大大低于法定刑中间线。⁶²这是值得肯定的。特别值得警惕的是推行法定刑中线说，因为这样将会导致我国的量刑平均水平不降反升，从而背离了推动刑罚向轻缓化方向发展的总体目标。在具体量刑情节的认识和处理上，应当牢记责任主义的制约，体现对被告人人权的尊重。

在思考量刑程序的规范化问题时，我们不能忽视现有定罪程序的正当化程度以及由此带来的对量刑程序的制约以及其他配套性制度缺乏对于量刑程序改革所带来的影响。正所谓“老树上发新芽”，那棵新芽注定难以茁壮成长。法庭审理流于形式是我国刑事审判中长期未能解决的问题。1996年的刑事诉讼法修改试图通过限制检察机关向法院移送案卷的范围以及将庭前审查从实质审查改为形式审查，来防止法官预断的产生，解决“先定后审”、“审判走过场”的问题。但是，案卷移送的“复印件主义”不仅未能有效解决审判的形式化问题，而且增加了诉讼成本。法官不再进行庭前调查，进一步加剧了刑事诉讼中的“案卷笔录中心主义”，证人、被害人、鉴定人等不出庭，导致公、检、法三机关之间的“流水作业”畅通无阻，审判的虚化、空洞化现象未能得到有效改善。如果不解决定罪程序流于形式的问题，我们也很难期待量刑程序改革能够取得突破性的进展。

英美法系国家定罪程序与量刑程序相分离服务于防止陪审团对被告人形成有罪预断、保护反对自我归罪的权利、提高量刑程序的透明度、追求刑罚的个别化等目标，而这些在中国的制度环境下均会有所减损。在中国，定罪程序与量刑程序主体合一，且未采取“起诉书一本主义”，试图通过相对独立的量刑程序排除法官的有罪预断，将是不彻底的。我国现行法律未确立反对被迫自我归罪原则，相反却要求犯罪嫌疑人、被告人如实供述，因此，量刑程序的改革无法将保障被告人的沉默权作为目标。刑罚个别化的实现以量刑信息的充分和准确为前提，控辩双方对于量刑程序的积极参与固然有助于丰富法官的量刑信息，但却带来法官对其准确性、客观性难以判断的问题，其效果自然远逊于由专门的缓刑官制作科刑前报告。我国目前的社会调查报告制度仅在未成年人案件中实施，且制作的主体不统一，专业性欠佳，而建立专门的缓刑官制作科刑前报告制度尚不在决策部门的考虑之中。我国的量刑程序改革最明显的功效恐怕就是提高量刑程序的透明度了，这一点也为有关的实证研究所证实。

不能忽视的还有我国刑事司法中控辩力量不平衡以及辩护率底下的现状。有学者已经从检察机关量刑建议的高采纳率中看到：我国量刑程序改革可能蕴含着一个潜在的风险，即在法官的司法裁量权受到削弱、辩护方又无法对量刑裁决有效影响的情况下，检察机关的量刑建议有可能占据压倒性的优势，成为影响量刑裁决的单方面力量。这是当年“审判方式改革”的教训，也未必不是量刑程序改革要引以为戒的问题。⁶³要改变目前存在的量刑建议采纳率居高不下的局面，就必须提高律师辩护率和量刑辩护的质量，以便对带有追诉偏向的检察官量刑建议构成强有力的制约；与此同

⁶¹ 参见注28。

⁶² 参见注30。

⁶³ 参见注41。

时,法官不能一味地扮演消极仲裁者的角色,而应该积极主动地调查、收集、核实量刑信息,以起到纠偏作用,保障量刑的公正性。如果不能有效改变检察官主宰和控制量刑结果的局面,那么,则应考虑取消检察机关的量刑建议权,以免量刑程序改革背离现代刑事司法制度的发展方向,成为加剧惩罚主义的一股新的力量。

另外,从司法体制看,如果法院内部院、庭长审批案件制度、审判委员会讨论决定案件制度、下级法院向上级法院请示汇报案件制度、政法委协调处理案件制度、检察官、法官业绩考核制度等不能得到根本性的改变,如果行政性侵蚀司法性的问题不能得到有效解决,那么,包括量刑程序改革在内的任何旨在促进诉讼程序正当化的努力都将难以获得预期的效果。

七、结 语

量刑问题是刑事司法中一个复杂的领域。在我国,对于量刑问题的关注经历了从学者到官方、从实体到程序、从试点到普遍推开的发展过程。围绕着对量刑问题的各种争论,可以大体上归结为理论、规范与经验三个层面。

刑法上的罪刑法定原则和刑事诉讼法上的程序法定原则为量刑规范化改革提供了基本的理论依据。而报应主义、功利主义、恢复性司法等刑罚目的理论解释了各国量刑制度的历史变迁。在多元的刑罚价值观指导下,相对确定的法定刑和法官量刑模式成为当今各国刑罚制度的主流形态。任何社会在量刑问题上始终面临着确定性与灵活性之间的紧张关系,如何在刑罚制度中对确定性、一致性和公平性加以调和,是各国量刑制度改革的主轴。公正的量刑程序有助于加强量刑结果的可接受性。

我国颁行的《人民法院量刑指导意见(试行)》和《关于规范量刑程序若干问题的意见(试行)》两份规范性文件集中反映了我国量刑改革的成果,是对我国长期以来的司法实践经验和量刑改革试点经验的总结。但两份规范性文件均存在某些不足之处,如前者未能贯彻责任主义和禁止双重评价的量刑原则,且对社会公众反映强烈的贪渎案件中量刑不均衡的问题采取了回避态度;后者对于被告人不认罪或者辩护人作无罪辩护的案件采取量刑程序相对独立的立场,造成律师辩护逻辑上的自相矛盾,会减损律师辩护的效果;而赋予检察机关量刑建议权失之轻率,该制度既无比较法上的普遍性,也未充分考虑到量刑建议的局限性,实践中居高不下的量刑建议采纳率折射出这一改革可能产生明显不利于被告人的后果。对于量刑规范化改革的实际效果,官方与学者褒贬不一,相关的实证研究尚待进一步展开。

追求量刑公正的方式多种多样,完善刑法上规定的刑罚制度、为法官量刑提供原理、原则、方法和标准方面的指导、建立典型案例制度、加强上级法院对于量刑的监督、强化量刑程序、要求法官说明量刑过程和理由等是一些国家和地区带有某种共同性的做法,可以为我国所借鉴。

我国的量刑规范化改革在总体上应当服务于轻刑化的刑罚改革方向,凸显对于被告人人权的尊重,而不能与此背道而驰。应当充分认识到现行体制、制度和司法环境对于量刑规范化改革的制约作用。量刑程序的规范化与定罪程序的正当化息息相关,如果定罪程序的空洞化得不到有效解决,那么量刑程序改革也难以取得明显的进展。由于各种因素的制约,当前难以对量刑程序改革的功效寄予过高的期待。

不可否认,我国的量刑规范化改革是一种旨在推进量刑公正的可贵的、积极的努力。在改革路径的选择上,学术界存在实体与程序的主辅之争。有学者认为,量刑程序改革是“疗治”我国量刑痼疾的良方,对于法官自由裁量权的制约,不应该是电脑软件,也不是什么捆住法官手脚的巨细靡

遗的量刑指南，而是程序上的设置。⁶⁴ 也有学者认为，量刑规范化改革应当以实体性改革为主、程序性改革为辅，因为在我国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，而这主要是实体法问题。⁶⁵

笔者认为，我国的量刑规范化改革谈不上实体与程序何为主、何为辅的问题，因为上文的分析已经较为充分地揭示了我国现有的量刑制度在实体和程序方面均存在不足，采取实体与程序并行的方式，可以各自发挥其作用，又可相互补充、相互促进，共同服务于推进量刑公正的改革目标。应当看到，实体与程序这两条路径均有其局限性，两方面的改革都应当限定在合理的范围之内，应当避免极端化的改革方式，如实体上的电脑量刑和程序上的高度对抗。

各国量刑制度的发展历史和改革经验告诉我们：在量刑领域，制度的规制功能是较为有限的，大量的自由裁量空间需留给法官，以实现“个别化”的刑罚政策。法官的量刑除了依据理论和规范，很大程度上还要依据经验，也就是说经验在其中扮演着重要角色。因此，在该领域面临着一个“老生常谈”的问题——那就是法官的道德和司法能力，要实现公正而适当的量刑，法官的道德自律和素质提高显然不可或缺。

【主要参考文献】

1. 储怀植：《严而不厉：为刑法修订设计政策思想》，载《北京大学学报》1989年第6期。
2. 白建军：《罪刑均衡实证研究》，法律出版社2004年版。
3. 周光权：《法定刑配置模式研究》，载《中国刑事法杂志》1999年第4期。
4. [德] 汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社2001年版。
5. 虞平：《量刑与刑的量化——兼论“电脑量刑”》，载《法学家》2007年第2期。
6. 张明楷：《责任主义与量刑原理——以点的理论为中心》，载《法学研究》2010年第5期。
7. 樊文：《犯罪控制的惩罚主义及其效果》，载《法学研究》2011年第3期。
8. 白建军：《裸刑均值的意义》，载《法学研究》2010年第6期。
9. 左卫民：《中国量刑程序改革：误区与正道——基于比较与实证研究的反思》，载《法学研究》2010年第4期。
10. [德] 托马斯·魏根特：《德国刑事诉讼程序》，岳礼玲、温小洁译，中国政法大学出版社2004年版。
11. 陈瑞华：《论量刑建议》，载《政法论坛》2011年第2期。
12. Allen, Hoffmann, Livingston, Stuntz, *Comprehensive Criminal Procedure*, Aspen Publishers, 2005.

(责任编辑：刘计划)

⁶⁴ 参见注19。

⁶⁵ 参见注38。

velop the thought control comprehensively in the every level, which was reflected, in the of legal system, by imperial examination system, education system, appraise system and so on, and in the aspect of legal measures, by respecting Confucius and advocating Confucianism, educating the public and developing good habits, revising and banning books and so. Apart from those, village agreements, village drinking ritual and its habits, ethnic rules and country laws and aspects of folk laws were made full use of. The kingly way's operation of Zeng Jing's case fully showed the characteristic of using as a measure to enforce thought control. In the early Qing dynasty, thought control, which was promoted all-round by law, even according to the kingly way's pattern, had been the roots for severe crisis for the overthrow of Qing dynasty.

Keywords Thought Control; Kingly Way; Law of Qing Dynasty

Fang Xiao, Ph. D. in Law, Associate Professor of Law of Suzhou University Law School, Researcher of Soochow Public Law and Comparative Law Institute; Qian Suqing, LL. M., Working in Justice Department of Xuzhou City, Jiangsu Province.

China's Reform on Sentencing: Theory, Norm and Experience

XIONG Qiuhong • 37 •

China's reform on sentencing standardization is a positive and valuable effort aiming to promote justice in sentencing phase. *Nullum Crimen sine lege und nulla poena sine lege* in criminal law and principle of due process in criminal procedure law provide the theoretical basis for it. People's Court Sentencing Guideline and Opinions on Several Issues about Regulating Sentencing Procedure have summarized experiences from our judicial practice and also from the sentencing pilot project initiated recent years. However, they still need improving: for example, the former does not hold on to the principle of liability and that of prohibition of double jeopardy. The latter provides the comparatively independent sentencing procedure, which will bring troubles to criminal cases in which the defendant insists on his innocence or the defense attorney presents innocent defense. Besides, the latter endows the prosecutor with the power to recommend sentence, which often lead to unfavorable results for the defendant in the practice. As for the actual effect of China's reform on sentencing, the government and the scholars appraise it differently, and the relevant empirical study is yet to carry out. China's reform on sentencing standardization should in general follow the trend of the penalty reform heading for leniency and embody the respect for defendant's human rights. Reforms on the substantive law and the procedural law should be conducted simultaneously. The reform on sentencing standardization should be restricted to a reasonable scope and avoid going extreme.

Keywords Sentencing Reform; Sentencing Theory; Sentencing Norm

Xiong Qiuhong, Ph. D. in Law, Researcher of Institute of Law at Chinese Academy of Social Sciences.

Some Thoughts on Establishing an Institution of Conviction Inquiry Termination

YU Zhigang • 54 •

The original purpose and the pursued effect when designing a conviction inquiry system is to cause the previous conviction of a criminal to dissolve. After the elapse of a period determined by law, the result of a conviction inquiry is shown as "no previous conviction". But as the core component of the conviction inquiry system, an institution of conviction inquiry termination is intended to determine the inquiry deadlines of specific crimes, as well as the types of crimes for which the conviction inquiry is possi-