

# 中国的量刑制度改革

**编者题记** 罪与刑乃国家刑罚权并列之两项内容，在中国定罪率高达百之九九的局面下，罪之确定固属重要，刑之长短则犹关被刑事指控者的命运。中国刑事法治恢复已三十余载，重罪轻刑却相延成习，积重难返。盖因刑法上刑之幅度及情节规定粗疏，又因程序法上刑之适用程序隐而不显，致刑之适用此轻彼重，差异悬殊，背离罪刑相适应之原则，不仅导致上诉、申诉乃至上访不止，给社会及当事者带来无尽困扰；亦极易滋生权钱交易，败坏司法公信。刑之适用不应粗放、“估堆”，甚而失之恣意，而应走向精确化。量刑程序从审判程序中渐趋独立、公开，并保障量刑情节能全面展示于法庭，皆为量刑公正之所需。近年来，中国最高法院审时度势，因势利导，力推量刑规范与量刑程序改革，令人感奋。学界对之亦应阐明学理，融通中外，献计献策。今本刊策划中国量刑制度改革专题，组织刑事法学者以及量刑改革主事者共同撰文研讨，或原理，或实务，不同视角相映成趣、相得益彰，冀望有助于中国刑事法治之精进。

## 论隔离式量刑程序改革

### ——基于芜湖模式的分析

陈卫东

---

**摘要** 量刑程序改革过程中出现了相对独立的量刑程序和隔离式的量刑程序两种方案。在解决不认罪案件量刑程序问题上，隔离式量刑程序更加合理，也符合法律的规定。隔离式量刑程序适用于被告人不认罪的案件，在对被告人有罪与否的决定先作出后再启动，由控辩双方分别提出量刑证据并发表意见，最后进行量刑问题的总结陈词。在量刑程序改革中，其他应当解决的问题还包括检察官的量刑建议权、社会调查报告制度的建立以及量刑程序的证明过程等重点问题。

**关键词** 量刑程序 隔离式 相对独立的量刑程序 芜湖模式

作者陈卫东，法学博士，中国人民大学法学院教授。

---

近年来，量刑程序改革在最高人民法院的大力推动下逐步成为法院司法改革与刑事程序改革的一项重要举措，一系列官方的改革意见与文件多次强调了量刑程序改革的重要性。最高人民法院“二五改革纲要”提出“健全和完善相对独立的量刑程序”，2008年底中央政法委下发的19号文件

---

\* 本文为国家社科基金重大项目“建设公正高效权威的社会主义司法制度研究”（07&ZD033）的研究成果之一。

在部署新一轮司法体制改革任务中再次将量刑程序改革列入其中,2009年3月最高人民法院公布的“三五改革纲要”明确提出“规范自由裁量权,将量刑纳入法庭审理程序”。2009年6月1日量刑程序改革在全国100多家法院开始进行试点探索。观察中央新一轮司法体制改革的进展可以发现,迄今为止,量刑程序改革的推进步伐与工作进展的顺利程度在各项司法改革任务中处于明显的领先地位。<sup>①</sup>

在官方司法改革的“试点”尝试之外,学术界为探索量刑程序的完善也在进行着积极的努力,并且发出了与官方改革不同的“声音”,探索着与官方改革版本不同的模式,笔者与安徽省芜湖市中级人民法院合作开展的量刑程序试点研究项目就是其中之一。<sup>②</sup>官方与民间改革的最大不同点在于如何设置不认罪案件的量刑程序,而这一问题在笔者看来也是当前制约我国量刑程序改革的瓶颈问题。<sup>③</sup>在最高人民法院下发的《人民法院量刑程序指导意见》(试行)中,总体上确立了一种“相对独立”的量刑程序改革模式,即在维持现有的定罪与量刑程序混合不分的情况下,突出量刑程序的重要性,在法庭调查阶段设立专门的环节调查量刑证据,在法庭辩论阶段设置专门的环节就量刑情节展开辩论,无论认罪案件还是不认罪案件均适用这种相对独立的量刑程序。与此种模式相对应,包括笔者在内的部分学术界同仁主张应当根据被告人是否认罪的不同,分别适用相对独立的量刑程序与隔离式的量刑程序,<sup>④</sup>即对于认罪的案件,定罪阶段的主要任务为查明认罪的自愿性,在简短的定罪阶段结束后直接转入量刑程序,在定罪与量刑两环节之间,庭审无需中断;对于不认罪的案件,定罪阶段与量刑阶段实现隔离式的分开,先进行定罪问题的审理,法院认定有罪的案件,直接或者休庭后再开庭进行量刑问题的审理,而如果法院认定被告人无罪,则审判程序结束。

两种不同的改革模式根本区别在于定罪与量刑问题在法庭审理次序上的前后顺序,相对独立的量刑程序在现有法庭审理两大主要阶段——法庭调查与法庭辩论中分别将量刑问题的证据调查与辩论予以强化和突出,庭审程序中开始区分定罪与量刑两个问题,但二者依然是分别混合在法庭调查与法庭辩论两个阶段;隔离式的量刑程序或者说绝对分离式的量刑程序直接将定罪与量刑作为两个不同的法律问题分别在两大不同的阶段中予以处理,两个阶段有着明显的时间区分界限,即在定罪问题解决之后才转入到量刑阶段。两种模式比较起来,隔离式的量刑程序对现有审判程序的调整幅度与范围更广,在理论界与实务界影响更大,也引发了更多的质疑与争论。笔者基于量刑程序芜湖试点改革的相应实务情况,拟对目前理论界与实务界争论较多的隔离式量刑程序做些理论分析,试图在回应相关质疑的基础上进一步推进量刑程序改革的实务探索与理论研讨。

## 一、隔离式量刑程序的合理性与合法性问题

我国刑事诉讼中长期存在“重定罪、轻量刑”的倾向,量刑问题长期被作为附属于定罪问题的次要问题,对于公诉机关与审判机关而言,大量的精力投入到罪与非罪的认定上,真可谓“辛辛苦苦定罪、轻轻松松量刑”。这种状况导致量刑问题长期没有得到应有的重视,量刑成为纯粹由法官一手操办的绝对自由裁量的范畴,量刑过程的不透明导致量刑的恣意、甚至司法腐败问题较为突

① 这一现象可能有多方面原因,但笔者分析,最为主要的一项原因是量刑程序改革牵扯到的工作主要是法院系统,改革牵扯面不大,相互掣肘的阻力较小,推进起来较为顺利。

② 为了下文叙述的方便,笔者将芜湖量刑程序改革的各项举措统称为“芜湖模式”。

③ 关于这一瓶颈问题及其破解,参见陈卫东:《量刑程序改革的一个瓶颈问题》,载《法制资讯》2009年第5期。

④ 隔离式的量刑程序也被称为“绝对独立的量刑程序”或者“绝对分离的量刑程序”。

出。为了追求量刑过程的公开、透明与公正,<sup>⑤</sup> 实务界与理论界开始进行了量刑程序改革的探索与研讨,形成了相对独立的量刑程序改革方案与隔离式的量刑程序改革方案。笔者力主推行隔离式的量刑程序改革,主要理由有以下几点:第一,刑事案件的审判无外乎解决定罪与量刑两大问题,先定罪后量刑乃法官审判案件的正常思维模式,这是符合常识的一种思维进路,量刑程序的设计应当与常人的思维方式相契合;第二,从权利保障的角度来看,对于被告人不认罪的案件将定罪与量刑问题分离,是无罪推定原则的基本要求。在现有的格局下或者在相对分离的量刑程序改革模式下,在尚未对被告人定罪前,就要对被告人的前科、自首、立功等量刑证据进行出示与质询,直接违反了无罪推定原则的要求。被告人面临着要么作无罪辩护、放弃从轻辩护的机会,要么选择罪轻辩护,放弃无罪判决的机会,处于这种两难境地中的被告人经常被迫作出相应的有罪供述,<sup>⑥</sup> 也间接损害了被告人反对强迫自证其罪的特权。第三,从实践推行的角度来看,相对独立的量刑程序改革模式存在较大的被规避的可能性,由于相对独立的量刑程序只是在目前的庭审程序中突出量刑问题的重要性,然而在法庭调查阶段与法庭辩论阶段开展的相关量刑问题的证据调查与辩论处于一种不确定状态,不同的个案由于涉及量刑问题的复杂性不同导致相应的量刑过程繁简不一,再考虑到量刑程序的改革从实质上必然增加审理法官的工作量,并对其量刑裁量权进行了限制与约束,审理法官极有可能人为地限缩量刑程序的空间,导致相对独立的量刑程序难以有效推行。而隔离式的量刑程序将定罪与量刑两个阶段彻底分离开来,没有给审理法官限缩量刑过程留下空间,量刑过程必须作为一个隔离后的独立诉讼阶段展开,确保了司法实践中改革措施的落实,为控辩双方就量刑信息的充分展示、量刑意见的充分交锋确立了充足的空间。

隔离式量刑程序的具体设置过程中存在着不少具体的疑难问题,引发了不少争论,笔者所力推进行的芜湖量刑程序改革中对这些疑难问题也进行了初步的探索,<sup>⑦</sup> 在这些问题中比较突出的问题包括:

第一,不认罪案件的量刑程序如何设计是整个量刑程序改革中最为疑难、最具挑战性的问题。对于不认罪案件,<sup>⑧</sup> 先解决罪与非罪、此罪与彼罪的问题,在定罪阶段审理结束后,合议庭休庭进行评议,就是否有罪问题作出决定,认定被告人有罪的,开启量刑程序的审理,认定被告人无罪的,直接作出无罪判决结束审判程序。实践中,合议庭对于是否能够认定有罪往往在当庭不能作出判断,需要结合卷宗中的其他证据进行分析,或者提交审判委员会讨论,此时量刑程序的审理势必需要再次开庭。合议庭认为被告人行为构成犯罪的,应当口头通知被告人有罪的决定,并告知其准备量刑程序的审理。定罪阶段与量刑阶段之间间隔时间的设置应当充分考虑控辩双方对量刑事项的准备工作是否充分,特别是要为辩方准备量刑辩护预留充分的时间与条件。

作为定罪与量刑两个阶段之间的连接环节,合议庭作出的有罪决定是一种暂时性的决定,由于整个审判程序尚未完全结束,还需要待量刑结果明确后,将定罪与量刑的认定统一制作判决书,方才产生具有法律约束力的、可上诉的判决。这种介于定罪与量刑之间的有罪决定只是起到连接定罪与量刑两个阶段的程序推进的作用,不应当具备实体效果,以避免将审判程序彻底地割裂为定罪与

<sup>⑤</sup> 量刑的公正除了程序公正之外,当然离不开实体上的量刑指南与量刑标准的改革,最高人民法院在量刑程序改革的同时,也启动了公布实体量刑指南的改革举措,对多种常见罪名公布了相应的量刑指导标准。

<sup>⑥</sup> “明智”的被告人与辩护律师都不会对目前我国刑事审判实践中高达 99.4% 以上的定罪率视而不见,更不会不知道司法实践中作出无罪判决的难度。

<sup>⑦</sup> 理论界与实务界对芜湖模式的关注与讨论,参见蒋安杰:《量刑程序改革芜湖试点方案出炉》,载《法制日报》,2009 年 9 月 30 日。

<sup>⑧</sup> 这里的“不认罪案件”既包括被告人否认犯罪事实的案件,也包括被告人认为自己不构成犯罪的案件。对于被告人就多数犯罪事实与指控认罪,仅对部分犯罪事实或者情节予以否认的情况,不作为“不认罪案件”。

量刑两个阶段。

在案件审理转入量刑阶段后,量刑程序的具体步骤可以设计为:审判人员首先概括定罪阶段已经查明的量刑事实并告知控辩双方对定罪阶段已经查明的与量刑有关的事实无需在量刑阶段重复提出,接下来由控方发表量刑建议并提出相应的证据,辩方可以进行质询。辩方也可以发表量刑意见并提供证据予以证明。最后控辩双方分别就量刑阶段查明的事实与主张作总结陈词。在上述量刑程序中,被害人可以出庭就量刑问题发表自己的看法;如果法院委托了相关社会组织制作了社会调查报告,报告制作人应当当庭宣读其调查报告并回答控辩双方的提问。在上述量刑程序中,并未模仿目前庭审流程中的两大阶段的划分,区分为量刑事实的调查与量刑辩论,而是将对量刑证据的查明与具体量刑幅度的辩论合而为一,从控辩双方以及其他量刑程序参与人角色差异出发,设计了量刑程序的各具体步骤。这种设计避免了相对独立的量刑程序设计中可能出现的“两次法庭调查、两次法庭辩论”的这种叠床架屋式的庭审步骤设计。

第二,定罪阶段与量刑阶段的划分要以定罪事实与量刑事实的甄别为前提。刑法上关于犯罪构成要件的规定使得许多案件中的事实既是定罪事实,也是量刑事实,比如数额犯当中的数额,本身既关系到犯罪的成立,也与对被告人的量刑直接相关。在区分二者时,如果某一事实既是定罪事实,又属量刑事实,该事实就在定罪阶段进行调查,此时不可避免地要在定罪阶段附带地查明该量刑事实,从这个角度看定罪与量刑两阶段的划分并不是绝对的。然而同时又不能否认的是,有些事实仅与量刑有关,属于纯粹的量刑事实,比如被告人的一贯表现、前科、自首、立功等情节、犯罪后的悔罪表现、退赃退赔情况、被害人谅解情况等法定、酌定量刑情节以及案外情节。对于纯粹的量刑事实则只能在量刑阶段进行查明,在定罪阶段不再涉及。考虑到实践中个案的复杂情况,当对个别案件中的个别事实属于定罪事实还是量刑事实存在争议时,可由法官在听取控辩双方意见的基础上作出裁决。定罪事实与量刑事实的有效甄别为定罪阶段与量刑阶段的划分勾勒出明确的分界线,定罪阶段围绕着定罪事实展开法庭调查与辩论,量刑阶段围绕着查明量刑事实与情节展开,两个阶段分别围绕达成判决所必需的不同任务开展工作。

第三,不认罪的被告人拒绝参与量刑程序的后果也是需要考虑的一个实务问题。不认罪的被告人即使在法院告知其经过定罪阶段的审理认定其有罪后,有部分被告人依然会坚持无罪的观点,此时量刑程序如何展开,被告人能否以坚称无罪而拒绝参加量刑程序?在芜湖模式的设计过程中,我们也充分注意到了这一问题,我们认为在经过定罪阶段后,虽然被告人坚称其无罪是其行使自我选择权的结果,法庭无权也不可能逼迫其认罪,但量刑程序依然正常进行,一来被告人必须在场参与审判人员组织的量刑程序,这是法庭审理的组成部分;二来辩护人可以为被告人作从轻辩护,即使被告人本人坚持无罪的观点。

隔离式的量刑程序改革模式虽然在理论上具有较强的说服力,然而在实践中却面临着缺乏合法性的指责。有观点认为,隔离式的量刑程序是违反刑事诉讼法的改革做法,具体而言,我国刑事诉讼法中规定的庭审顺序为法庭调查、法庭辩论、被告人最后陈述、评议与宣判,而隔离式的量刑程序将定罪事实与量刑事实分别进行调查与辩论,显然违反了刑事诉讼法的规定。笔者认为,刑事诉讼法并未明确规定定罪与量刑两大问题的处理步骤,刑事诉讼法第155条至第160条,只是规定了庭审的两项任务为证据的调查与关于法律适用问题的辩论环节,对于定罪与量刑问题的区分与否并未涉及。如果仅仅依法条来做合法性判断未免过于狭隘与死板,事实上刑事诉讼法并未明确规定审判程序中定罪与量刑程序必须合一,仅仅规定了法庭审理主要包括法庭调查与法庭辩论两大主要阶段,法官可以自由裁量刑事诉讼法并未明确规定的定罪与量刑两大问题如何区分,定罪与量刑程序

分离也并不违反刑事诉讼法规定的精神。<sup>⑨</sup>

实践中,法庭对案件的证据调查、法庭辩论也主要围绕着定罪和量刑两个方面来展开,至于在案件审理过程中定罪与量刑是合一还是分离并没有强行要求,合并在一起进行或者是分开进行更多的还只是一种具体操作层面的问题,可以允许法院有一定灵活的自主权。以现有制度来看即使在合一的体制下,定罪程序与量刑程序事实上也有一个孰先孰后的问题,庭审中一般都应当先解决定罪的问题,然后再解决适用刑罚的问题。

质疑量刑程序合法性的另外一种观点认为,增设量刑程序将导致庭审出现两次法庭调查与两次法庭辩论。笔者认为这一质疑点在芜湖模式中并不存在,芜湖模式中的隔离式量刑程序并未出现两次法庭调查、两次法庭辩论,在量刑程序中控辩双方分别提出量刑证据同时就刑罚适用分别发表意见,在量刑程序的最后阶段作最终陈词,这种量刑程序尽管在刑事诉讼法及司法解释中没有明确规定,但不能以“法无明文规定”为由就直接推定其为违法。通常情况下,对于公权力强调“法无明文规定则不可为”,但法院基于更好地保障被告人权利的需要作出相应的细化解释,是符合法理与司法实践需要的。

质疑隔离式量刑程序的观点提出的其他理由多涉及此种程序的可适性问题或者说合理性问题。比如反对观点认为,隔离式量刑程序需要耗费更多的司法资源,我国不实行陪审团制度从而没有必要将量刑与定罪分离,且我国的国情为法官不独立,对定罪只有建议权并无决定权,在这种国情下推行隔离式的量刑程序不具备可行性。<sup>⑩</sup>

对于上述主要理由,笔者在此略作回应。首先,关于诉讼资源的增加问题,笔者认为可以从三个角度进一步考虑,一是隔离式量刑程序仅适用于被告人不认罪的案件,这类案件在司法实践中所占比例基本上维持在10%左右甚至更低的比率上,对于如此低比例的案件适用相对繁琐的隔离式量刑程序,体现了“繁者更繁”的案件分流原则,而对于认罪案件,量刑程序的改革并不会带来多少司法资源的增加。二是隔离式量刑程序并不意味着必然要另行择日开庭,在定罪阶段结束后,如果法院能够经过短暂评议给出有罪决定或者无罪判决,辩护人与被告人的量刑准备已经充足的情况下可以继续开庭。通常情况下,被告人及其辩护人在开庭前准备辩护策略,既要准备罪行辩护,也要准备量刑辩护,理智的被告人或者辩护人,即使其坚持无罪辩护,在庭前准备阶段对于罪轻辩护的材料也会一并收集,对于控方事先提供的量刑建议书也会认真研究、准备应对措施。这样对于不认罪的被告人在定罪阶段结束后,即使法院认定其有罪,多数被告人与其辩护律师经过简短的沟通后是可以继续参与量刑程序审理的,择日开庭审理量刑问题应当是一种例外情况。最后,就司法资源问题,笔者认为应当通盘考虑一审、二审以及再审程序在量刑程序改革后的资源消耗情况,量刑程序改革必然带来一审程序司法资源耗费的增大,然而公平、公正、公开的量刑程序将有助于降低上诉率,大大减少因为量刑不公而引发的上诉、抗诉与申诉,甚至可以减少量刑不公引发的信访、上访现象,这种程序改革对整体诉讼资源的节约应当作为我们考察此项改革的成本时的考虑因素。

其次,陪审团与隔离式量刑程序的关系也是需要进一步考证与解释的一个问题,虽然从目前实行独立量刑程序的英美法系国家来看,独立量刑程序的分离与陪审团审判在历史上有一定的渊源关系,然而迄今为止的研究结论并未表明,独立量刑程序要以陪审团审判为前提条件,在没有陪审团审判的程序中,量刑程序的分离适用也是存在的,陪审团审判案件的范围正在逐步缩小,但量刑程序的相对独立性却未有任何减损。部分西方法学界研究人员的初步结论表明,陪审团制度并非导致

⑨ 参见陈卫东:《定罪与量刑程序分离之辩》,载《法制日报》,2008年7月29日。

⑩ 参见黄应生:《我国需要什么样的量刑程序》,载《法制资讯》2008年第6期。

两段式审判制度出现的唯一原因,<sup>①</sup>促使这种两段式审判存续的更加深刻的理由是现代刑罚理论所倡导的在定罪与量刑问题上作出的不同考量。<sup>②</sup>美国学者的这一判断揭示出,区分定罪与量刑两个阶段的内在原因,或者说现代性原因在于,定罪与量刑两个阶段所追求的不同目标与价值:定罪阶段的主要目的在于通过正当程序,查明事实以准确地认定被告人是否有罪,而量刑阶段的主要目标在于实现刑罚所应当具有的促使犯罪人成功改造、回归社会的功能。<sup>③</sup>两个阶段在证明的对象、证明规则、程序规则等多方面存在明显差异,理应区别对待,当法院认为被告人已经构成犯罪之时,无罪推定原则给予被告人的保护已经结束,被告人实质上转变为了罪犯,相应的程序保护规则随着无罪推定原则的效力终止而需要改变,在转入量刑程序后,应当适用另外一套不受无罪推定原则约束的制度与规则。两大阶段在诉讼目标上的区别与转换才是区分二者的实质原因所在,而陪审团以及其他一些制度设计不过是区分二者的表现形式与现象。

最后,隔离式的量刑程序追求法官的独立审判,但不以法官独立为必要条件。虽然笔者对审判委员会以及庭院长分割审判法官案件决定权持批判态度,但在现有的制度框架下,隔离式的量刑程序依然可以运行,只不过由于法官对部分案件有罪与否的决定不能当庭作出,而需要向庭院长汇报或者提交审判委员会讨论,这可能导致量刑程序不能在定罪阶段结束后立即启动,两个诉讼阶段之间需要间隔数日并且需要择日再次开庭。这一间隔时间,首先对于辩方准备量刑辩护是必要的,其次整个案件的审限受到统一的控制,至于具体分配到定罪阶段与量刑阶段的时间应当进行微调。

## 二、检察官的量刑建议权

检察官的量刑建议权对于量刑程序的运行至关重要,最高人民法院推行量刑程序改革的举措使得被搁置数年的检察官量刑建议权问题重新被纳入到理论界与实务界的视野之中,一系列围绕着量刑建议权问题产生的争议再次成为构建量刑程序的焦点问题。量刑建议权作为检察官公诉权的必然延伸,本质是一种求刑权,其中涉及到的主要争议问题包括量刑建议权的行使方式与行使的时间、行使的幅度等问题,以下分述之:

第一,关于量刑建议权的行使方式是书面方式还是口头提出。司法实践中两种方式各有利弊,量刑建议书作为书面方式的量刑建议在庭审前由检察官附随起诉书提出,有助于辩方较早地知悉控方的量刑主张及其理由以便准备相应的辩护。口头的量刑建议由出庭公诉的检察官在量刑程序开始时提出,其优点在于便于检察官根据庭审的进程灵活地调整量刑建议的内容以及建议处刑的刑种与幅度。在芜湖模式中,采取的方案为书面与口头相结合的形式,起诉时人民检察院提出书面的《量刑建议书》,附于起诉书之后,但出庭公诉的检察官可以在庭审中根据庭审现场的情形进一步提供修正书面量刑建议书的口头量刑建议。当然这里有必要结合人民检察院对于出庭的检察官行使量刑建议权的控制机制来设置口头量刑建议的变更幅度,根据目前司法实践的作法,起诉前量刑建议的提出,如果涉及到缓刑、死刑等特殊的量刑建议时,需要公诉部门报请主管副检察长决定或者检委会讨论,对于经检察长决定或者检委会决定的量刑建议在庭审中是否允许出庭公诉的检察官临时决

<sup>①</sup> 该文作者所讲的“两段式审判”是指定罪与量刑分为两段进行的英美审判模式,大致相当于笔者使用的“隔离式量刑程序”的概念。

<sup>②</sup> Oliver Zhong:《美国量刑程序概述》,载《芜湖量刑程序改革试点专家座谈会会议材料》,2009年9月。

<sup>③</sup> 对于定罪阶段与量刑阶段的功能差异,北京大学汪建成教授的分析更为全面与准确,他认为从定罪到量刑,应当体现从对行为的关注转变为对行为人的关注;从对抗转为合作;从概括性请求到具体请求;从法定转变为裁量;从严格证明转为自由证明;从结果公正转变为程序公正;从矛盾转为和谐,参见汪建成:《量刑程序改革中需要转变的几个观念》,载《中国法学会刑事司法研究会2009年年会论文集》,2009年10月。

定予以变更,需要在检察官量刑建议权规范中予以明确。

第二,量刑建议权的行使幅度是绝对确定的刑期、刑种,还是允许一定的弹性幅度,抑或绝对与相对的量刑建议权相结合,是实务中关于量刑建议权幅度问题讨论的焦点所在。这里的量刑建议幅度主要是指有期徒刑的幅度,对于死刑、非监禁刑如缓刑的适用,人民检察院应当提出明确的量刑建议。有期徒刑的量刑建议,视案件中量刑情节是否完全明了的差异,可以决定确定的刑罚,比如建议判处7年有期徒刑,也可以是一定的幅度,比如6至7年,但此幅度应当限制在一定的年限幅度内,比如2年以内,而不应当为刑法典中所规定的法定刑幅度。量刑建议权与公诉权本质相同,均属于建议权,是人民检察院从客观公正的立场出发,基于对侦查、审查起诉阶段证据事实的自身认识作出的建议,与最终判决的罪名和刑期相比,并不要求完全一致,因为检察官在作出相应的建议时接触的案件信息量显然不如法官定案时掌握的信息量大,量刑建议与判决结果出现不一致是符合认识规律的,一味要求检察官的量刑建议与判决结果一致是违背诉讼认识规律的。从这个角度来讲,通常情况下具有一定幅度的相对确定的量刑建议权是比较合理的选择,当然随着实体量刑指南的逐步完善,量刑情节在量刑中的应用逐步量化,不排除对于某些案件,可以根据先前的判例估算出比较确定的符合量刑指南的量刑建议,在此类案件中检察官完全可以提出确定的量刑建议。<sup>⑭</sup>

值得指出的是,量刑建议权不仅仅是检察机关的一项权力,同时也是一项职责与法定义务,代表国家指控犯罪,包括正确、公正地建议法院对被告人适用刑罚是检察官应当履行的职责。部分检察机关对于行使量刑建议权,特别是建议适用死刑的权力存在畏难情绪,担心行使该量刑建议权会激化人民检察院与当事人(被告人与被害人)的矛盾,这种观念的存在说明实践中对于检察官的量刑建议权的权力与职责并存的内在属性缺乏全面认识。

### 三、量刑程序中社会调查报告的制作与使用

量刑程序的改革旨在推进量刑程序的公开、透明与公正,而量刑的公正应当建立在量刑信息充分公开的基础上,当前刑事审判过程中法官量刑裁量权过大,一是实体量刑指南的阙如,二是缺乏控辩双方的参与,另外一个重要原因是缺少帮助法官作出适当、均衡量刑的信息。即使建立起独立的量刑程序,如果没有充分的量刑信息作为支撑,量刑程序至多是一座徒具华丽外观的大厦。量刑问题的社会调查报告是弥补量刑信息欠缺的重要工具,科学的社会调查报告能够为控辩审三方提供大量客观的量刑情节信息,作为公正、科学量刑的重要参考。

目前在我国量刑程序改革实践中,社会调查报告的制作主体、内容格式、效力等方面依然缺乏相应的制度约束,加之缺乏专业的社会调查机构与科学的调查方法、调查程序与足够的调查资源,社会调查报告的应有功能远未实现,社会调查报告机制的制度建设刚刚起步,应当作为量刑程序改革的一项重要配套机制统筹安排。实际上,社会调查机构对被调查人个人背景、社会环境、改造前景的考核与评估与取保候审的风险评估工作、社区矫正中的社会调查与风险评估机制在工作内容上十分相近,完全可以在司法体制改革过程中进行资源整合,相应机构与人员的一次建设可以多头利用。

在目前各地社会调查机制建设刚刚起步的情况下,量刑程序中引入社会调查报告可以作初步探

<sup>⑭</sup> 目前实践中检察官提出确定的量刑建议的动因是避免将来在法庭上的被动,比如如果带有一定幅度的量刑建议供法院参考,法院总是就低判处刑罚,检察官则担心被害人方的指责甚至引发进一步的上访、申诉。

索,但应当慎重。比如社会调查报告由审理案件的法官委托进行制作;调查报告仅提供量刑信息,无需提出相应的量刑建议;社会调查报告开庭前应当交由控辩双方阅览,量刑程序进行过程中制作者应当出庭介绍报告制作过程并接受控辩双方的提问等。

## 四、量刑程序中的证明过程

量刑程序不同于定罪程序,基于不同的诉讼目标追求,二者适用不同的证据规则、证明责任分配规则与证明标准。<sup>⑮</sup> 首先,就证据规则而言,由于定罪阶段已经结束,以保证被告人基本权利为旨趣的各项证据规则已经完成了相应的使命,进入量刑阶段后,证明过程的一个重大转变在于追求信息的最大化以作出科学、公正的量刑。在定罪阶段遵循无罪推定原则,量刑阶段则强调罪刑相适应原则。<sup>⑯</sup> 在信息最大化的目标统领下,非法证据排除规则与传闻规则这两大规范定罪阶段的核心证据规则不再适用,以减轻证据规则对证据信息进入审判过程的阻挡效果,允许更多的信息进入量刑程序。

其次,就证明责任的分配而言,控辩双方应当各自对所主张的量刑事实承担举证责任,这种证明责任分配的机制主要是考虑到举证的便利以及量刑过程中所获信息的最大化,而不再是定罪阶段证明责任分配时所主要考虑的无罪推定原则与反对强迫自证其罪原则。当然检察官不仅有义务提出被告人罪重的证据,也负有义务提出各种法定量刑情节的证据,比如自首、立功等。被告人对于各种酌定情节与案外情节拥有较大的便利条件,比如对于自己犯罪前一贯表现良好、悔罪表现等更容易提出相应的证据佐证。

最后,关于量刑程序的证明标准,量刑证据认定标准的设定应当充分体现有利被告原则,这既是考虑到量刑事实证明的严格程度可以较之定罪阶段有所放宽,也是考虑到被告人在量刑阶段承担着举证责任。对于不利于被告人量刑的证据,证明标准与定罪阶段的证明标准相同,对于有利于被告人从轻、减轻处罚的证据,认定标准为优势证据的证明标准,即存在的可能性大于不存在的可能性。

### 【主要参考文献】

1. 陈卫东:《定罪与量刑程序分离之辩》,载《法制日报》,2008年7月29日。
2. 陈卫东:《量刑程序改革的一个瓶颈问题》,载《法制资讯》2009年第5期。
3. 蒋安杰:《量刑程序改革芜湖试点方案出炉》,载《法制日报》,2009年9月30日。
4. Oliver Zhong:《美国量刑程序概述》,载《芜湖量刑程序改革试点专家座谈会会议材料》,2009年9月。
5. 汪建成:《量刑程序改革中需要转变的几个观念》,载《中国法学会刑事诉讼法学研究会2009年年会论文集》,2009年10月。

(责任编辑:刘计划)

<sup>⑮</sup> 关于量刑证明问题,笔者曾专门撰文进行过分析,可参见陈卫东、张佳华:《量刑程序改革语境中的量刑证据初探》,载《证据科学》2009年第1期。

<sup>⑯</sup> 同注⑮。