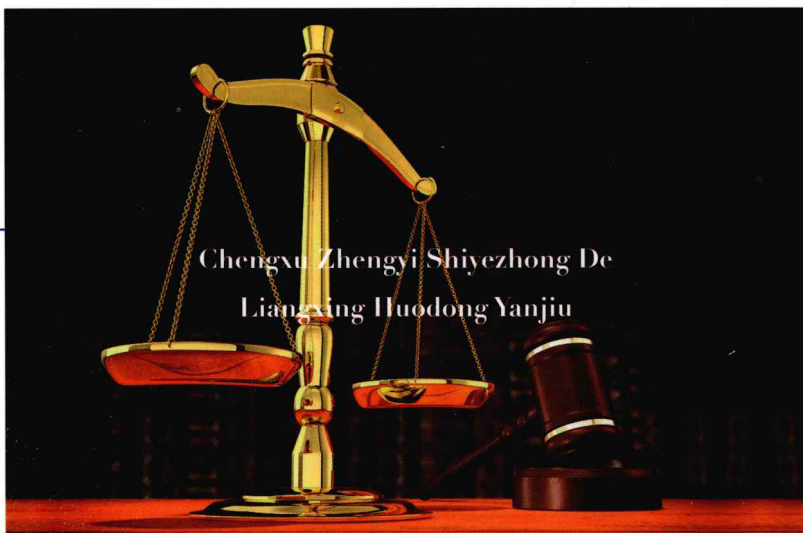


量刑改革研究丛书



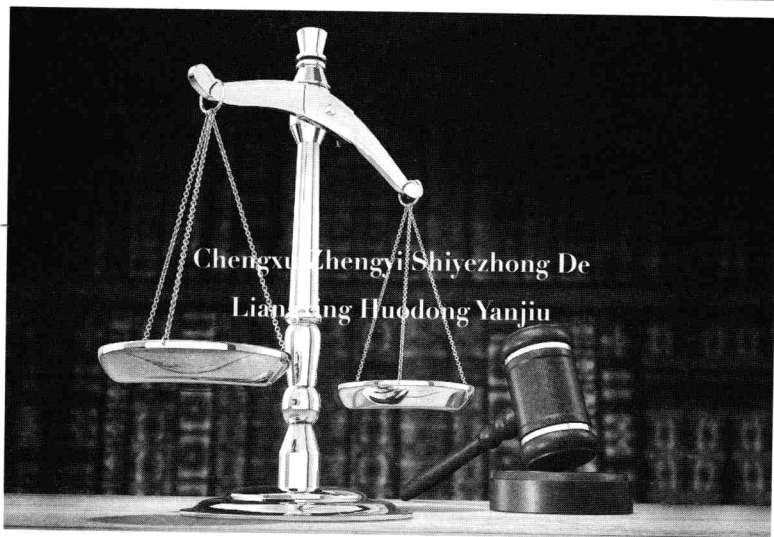
Chengxu Zhengyi Shiyezhong De
Liangxing Huodong Yanjiu

程序正义视野中的 量刑活动研究

李玉萍 / 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

量刑改革研究丛书



Chengxu Zhengyi Shiyezhong De
Liangxing Huodong Yanjiu

程序正义视野中的 量刑活动研究

李玉萍 / 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

程序正义视野中的量刑活动研究/李玉萍著. —北京: 中国法制出版社, 2010. 9

ISBN 978 - 7 - 5093 - 2157 - 7

I. ①程… II. ①李… III. ①量刑 - 研究 - 中国
IV. ①D924. 134

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 171832 号

策划编辑 张雪纯

责任编辑 周林刚

封面设计 李 宁

程序正义视野中的量刑活动研究

CHENGXU ZHENGYI SHIYE ZHONGDE LIANGXING HUODONG YANJIU

著者/李玉萍

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

印张/ 12. 25 字数/ 252 千

版次/2010 年 9 月第 1 版

2010 年 9 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 2157 - 7

定价: 32. 00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66067024

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

作者简介

李玉萍，女，1971年生，汉族，河南省内乡县人，最高人民法院中国应用法学研究所副研究员，民主建国会会员。1993年在中南政法学院（后更名为中南财经政法大学法学院）获法学学士学位，1997年在中南财经政法大学获法学硕士学位，2006年在中国人民大学获法学博士学位。

近年来，在《法商研究》、《法学家》、《法学杂志》等刊物上发表学术文章四十余篇，出版有专著《刑事诉讼行为无效制度论》，参编《~~刑事诉讼法~~》、《新编法律文书学》、《中美量刑改革国际研讨会文集》等教材、文集。

前言

近些年来，随着我国法制建设的不断完善与发展，人们的法治意识尤其是权利意识有了极大的提高，对司法公正的要求也越来越高、越来越迫切。反映在刑事司法中，人们不仅要求定罪应当公正，而且要求量刑应当公正；不仅要求定罪和量刑的结果应当公正，而且要求定罪和量刑的程序也应当公正。遗憾的是，在我国，受长期以来形成的“重定罪，轻量刑”、“重实体，轻程序”等观念的影响，量刑问题相对于定罪问题而言所具有的特殊性、复杂性和重要性在很长时间内没有引起人们的应有关注。在立法上，量刑程序没有作为一个相对独立的程序被确定下来，而是与定罪程序混合在一起；在司法实践中，有关量刑问题的调查和辩论难以引起诉讼各方的充分关注。尤其严重的是，在被告人作无罪辩护的案件中，被告人及其辩护人在法庭审理过程中经常处于两难境地——要么因坚持无罪辩护而放弃量刑辩护，由此导致一旦被法院定罪将难以获得从轻处理的机会；要么在作无罪辩护的同时作罪轻辩护，并因此陷入自相矛盾的尴尬境地。^①

值得欣喜的是，进入二十一世纪以来，包括量刑程序在内的规范化量刑问题逐渐引起人们的重视，最高司法机关还将其确立为刑事司法改革的一项重要内容。其中，以《人民法院二五改革纲要（2004—2008）》中提出“健全和完善相对独立的量刑程序”为标志，量刑程序问题正式进入人们的视野，实务部门开始认真审视我国现有庭审模式存在的问题并探讨如何在现有立法框架下

^① 在审判实践中，公诉人（有时候审判人员）的追问“到底是主张被告人无罪，还是同意被告人有罪但是主张从宽处理”更加剧了被告人及其辩护人的尴尬。

构建相对独立的量刑程序。此后,《人民法院三五改革纲要(2009—2013)》进一步提出“规范自由裁量权,将量刑纳入法庭审理程序,研究制订《人民法院量刑程序指导意见》”的改革要求。以此为背景,最高人民法院在前期广泛调研、深入论证和局部试点的基础上,出台了《人民法院量刑程序指导意见(试行)》,于2009年6月1日开始在全国部分法院开展量刑规范化试点工作,由此正式揭开了人民法院系统量刑程序改革的大幕。

与法院系统开展的以构建相对独立的量刑程序为目标的司法改革相呼应的,是检察系统推进的“量刑建议”改革。其中,北京市东城区人民检察院早在1999年就开始试行“公诉人当庭发表量刑意见”,并于2000年初将“发表量刑意见”确定为公诉制度改革课题之一。之后,浙江、江苏等地人民检察院也进行了相关探索。最高人民检察院在总结各地经验的基础上于2005年7月下发了《人民检察院量刑建议试点工作实施意见》,并于2010年2月印发了《人民检察院开展量刑建议工作的指导意见(试行)》,在全国范围内推行量刑建议工作,由此进一步推动了量刑程序改革的进程。

在司法机关如何将量刑活动纳入法庭审理程序进行探索的同时,理论界也开始关注量刑程序问题,而且这种关注与探讨从一开始就站在一个更高的层面上,即从量刑活动与定罪活动的逻辑关系以及量刑活动的性质和特点出发,强调量刑程序所具有的价值和意义。尤其是在被告人不认罪的案件中,理论界多主张将定罪程序与量刑程序完全分离,即在法庭审理过程中,先解决被告人是否有罪问题,在合议庭评议并确定被告人有罪后,再启动量刑程序,专门解决刑罚适用问题。理论界对量刑程序问题的研究,尤以中国人民大学的陈卫东教授、北京大学的陈瑞华教授、中国政法大学的樊崇义教授和顾永忠教授为代表,他们从不同角度论证了构建我国独立量刑程序的必要性、可行性,并提出了构

建量刑程序的思路和方法。其中，陈卫东教授和陈瑞华教授更是始终站在以理论指引司法改革的最前沿，成为量刑程序改革的有力促进者。^①

本书作者自2006年开始关注量刑程序问题，随着研究的逐步深入，关注的内容和范围从定罪活动与量刑活动之间的联系与区别，量刑活动程序化的正当性与必要性，定罪程序与量刑程序的关系，构建量刑程序的理论基础，量刑事实与案件事实、犯罪事实、定罪事实之间的关系以及量刑事实的证明，扩展到了当前我国审判程序中存在的问题、如何构建我国的量刑程序以及构建我国量刑程序时应当注意的问题；研究的方法也从全面、系统地了解国外有关量刑程序的理论，比较两大法系国家关于定罪量刑活动的庭审模式的异同，扩展到了采用实证研究的方法对比各种定罪量刑程序模式在我国试点法院的运行效果。

在就如何构建符合我国国情的量刑程序这一问题进行调研的过程中，本书作者时常感受到理想与现实、理论与实践之间的矛盾与冲突。记得在2007年初，当作者就量刑改革问题到法院系统进行调研时，有很多法官（其中不乏高级法官）对在我国进行量刑程序改革持怀疑乃至否定态度，有法官甚至对“量刑程序”这一概念本身提出质疑，认为“量刑程序”这一提法既没有法律依据，也没有必要对其进行专门研究或者作出规定。目前，与量刑程序的构建密切相关的很多问题如检察机关的量刑建议问题、定罪与量刑程序是否有必要分开以及如何分开问题、如何区分定罪事实和量刑事实、量刑事实的证明责任分担和证明标准问题、

^① 在量刑程序改革之初，当量刑程序的合法性受到质疑时，陈卫东教授公开发表了《定罪与量刑程序分离之辨》一文，论证了量刑与定罪程序分离的合法性。陈瑞华教授也发表了《定罪与量刑的程序分离》一文，就定罪程序与量刑程序的关系作了系统的论证。两位教授还与国内的一些法院合作开展试点活动，将理论与实践相结合，取得了非常好的效果。

社会调查报告的适用问题、被害人能否参与量刑活动以及如何参与量刑活动问题、判决书中如何就量刑进行说理问题等, 各界仍没有达成共识。而我国司法实践中长期以来一直存在的一些问题, 诸如被告人自我辩护能力严重不足而其获得指定辩护的概率又较低问题、^① 侦查机关不注重收集量刑方面的证据尤其是有利于犯罪嫌疑人的量刑证据问题、诉讼过程中强制措施的不合理适用问题^②等, 在此次改革中也一再暴露出来, 并极大地制约着改革的顺利进行。

另一方面, 在量刑程序改革的过程中, 由司法机关推进的改革所面临的困境和悖论再一次显现出来——改革意味着要突破现有法律, 而这显然违背了人民法院应当“依法行使审判权”这一基本的宪法和法律原则; 而如果不突破法律, 则所谓的“改革”充其量也只能是对法律漏洞的修补、填充或仅仅是对司法经验的总结、归纳, 难以真正推动法制的进步, 因而不是真正意义上的改革。这一困境或悖论在是否将定罪与量刑程序完全分离、能否简化乃至省略被告人认罪案件中犯罪事实的调查、如何确定量刑事实尤其是有利于被告人的量刑事实的证明标准等问题上表现得尤为突出。此外, 量刑程序改革还面临着合理性与可执行性之间的矛盾。例如, 虽然人们已经普遍意识到社会调查报告对于帮助法官适当量刑确有重要意义, 但是在我国现阶段, 由于缺乏相应的制度保障, 社会调查报告很难得到广泛使用。因此, 正如最高

① 例如, 在笔者就量刑问题进行调研的过程中发现, 在海南省、山西省、河南省等地, 被告人获得辩护的概率不足 20%, 有的地方甚至在 10% 左右。

② 在我国, 刑事诉讼中的“高羁押率”是一种客观现象, 很多罪行较轻案件的犯罪嫌疑人、被告人都被采取了拘留、逮捕措施, 而且关押的时间可能基于各种原因而一再延长, 等案件移送法院后, 法庭经常发现, 被告人被关押的时间实际上已经超出了其最终可能被依法判处的刑期, 由此也促生了审判实践中的“关多久, 判多久”现象。

人民法院熊选国副院长所说：“如何在我国现有的司法体制和诉讼机制的框架内进一步推动量刑活动的规范化，以及如何在司法改革的近期目标和远期目标的指引下，构建健全、完善的量刑程序并选择恰当、合理的量刑方法，进一步促进量刑公开，仍将是我国理论和实践部门必须面对的一项长期而艰巨的任务。”^①

^① 熊选国：《实现规范化量刑 促进量刑公正》，载《人民法院报》2008年10月25日。

目 录

第一章 量刑活动概论	(1)
第一节 量刑活动的特点	(1)
一、量刑活动的启动以被告人被确定有罪为逻辑前提	(2)
二、量刑活动的目的和内容与定罪活动有所不同	(5)
三、量刑活动所遵循的刑法基本原则与定罪活动有所不同	(6)
四、量刑活动的参与主体及其职能与定罪活动有所不同	(8)
五、量刑活动所依据的程序规则和证据规则与定罪活动有所不同	(10)
第二节 量刑活动程序化的理论依据	(12)
一、利益冲突与正当程序理论	(13)
二、刑罚目的论	(19)
三、罪刑相适应理论与刑罚个别化理论	(23)
第三节 量刑程序的价值	(26)
一、量刑程序的工具价值	(27)
二、量刑程序的独立价值	(31)
第四节 参与量刑程序的主体	(35)
一、审判人员在量刑活动中的地位和作用	(36)
二、公诉人在量刑活动中的地位和作用	(38)
三、被告人及其辩护人在量刑活动中的地位和作用	(51)

四、刑事被害人及其近亲属在量刑活动中的地位 和作用	(54)
第二章 域外关于量刑程序的理论与实践	(64)
第一节 英美法系国家独立的量刑听证程序	(65)
一、英美法系国家量刑听证程序的历史发展	(65)
二、英国量刑听证程序简介	(66)
三、美国的量刑听证程序	(78)
四、英美法系国家定罪与量刑程序分离的原因	(82)
第二节 大陆法系国家量刑程序概述	(84)
一、定罪与量刑程序混合进行	(85)
二、大陆法系国家关于量刑程序模式的争议	(89)
第三节 两大法系国家量刑程序比较研究	(91)
一、两大法系国家量刑程序的共同点	(91)
二、两大法系国家量刑程序的主要区别	(98)
三、国际刑事法院中的量刑听证程序	(100)
第三章 量刑事实及其证明	(102)
第一节 案件事实、犯罪事实、定罪事实与量刑事实 实	(104)
一、案件事实、犯罪事实、定罪事实与量刑事实 之间的关系	(104)
二、定罪事实与量刑事实的关系	(107)
第二节 传统刑事证明理论不能直接适用于量刑事实 实的证明	(110)
一、无罪推定原则作为刑事诉讼的基础理论之一， 主要适用于犯罪事实的证明	(110)

二、现有的刑事证明责任分担模式主要适用于犯罪事实	(111)
三、现有的刑事证明标准及其理论主要适用于犯罪事实	(113)
第三节 量刑事实的证明	(116)
一、量刑事实证明责任的分担	(117)
二、量刑事实的证明过程	(121)
三、量刑事实的证明标准	(124)
四、多种类量刑事实并存时应注意事项	(127)
第四节 量刑事实的种类	(129)
一、法定量刑事实(情节)	(130)
二、司法解释及有关文件中确定的量刑情节 (自1998年至2010年4月)	(138)
三、其他酌定量刑情节	(160)
 第四章 当前我国量刑程序中存在的问题及相关探索	(162)
第一节 当前我国有关量刑程序的立法规定及存在问题 问题分析	(162)
一、我国刑事诉讼立法和司法解释中有关量刑活动的规定	(162)
二、现有立法中存在的问题分析	(167)
第二节 我国有关量刑活动的司法现状及存在问题 分析	(170)
一、当前我国量刑活动中存在的问题	(170)
二、当前量刑活动中存在问题的原因分析	(177)
第三节 当前理论和实务部门关于如何构建我国量刑程序的争鸣	(185)

一、关于定罪与量刑程序关系模式的选择	(185)
二、当前构建我国量刑程序的几种主要观点	(188)
第四节 人民法院量刑程序改革情况概述	(195)
一、人民法院量刑规范化改革的背景	(195)
二、人民法院量刑程序改革的进程	(197)
三、人民法院量刑程序改革遵循的基本原则	(201)
四、人民法院量刑程序改革的主要内容	(203)
 第五章 关于健全和完善我国量刑程序的构想	(204)
第一节 构建量刑程序应遵循的基本原则	(204)
一、正当程序原则	(205)
二、公正与效率兼顾原则	(207)
第二节 在现有立法框架下构建相对独立的量刑程 序	(209)
一、在现有立法框架下我国尚不具备将量刑程序 与定罪程序完全分离的条件	(209)
二、被告人认罪案件中量刑程序的相对独立性	(213)
三、被告人不认罪案件中量刑程序的相对独立性	(218)
四、对量刑程序改革的合理期待	(224)
第三节 从长远看,在被告人不认罪案件中,应构 建独立的量刑程序	(226)
一、在被告人不认罪案件中,量刑程序独立于定 罪程序的必要性	(226)
二、在被告人不认罪案件中,如何构建独立的量 刑程序	(228)
第四节 构建我国量刑程序应当注意的几个问题	(230)
一、应当进一步完善判决书中的量刑说理制度	(230)

二、进一步规范和完善量刑前调查报告	(242)
三、进一步规范法官的量刑步骤	(252)
 第六章 关于量刑程序的庭审实录与评析	(268)
第一节 被告人认罪案件的庭审实录	(268)
一、被告人李某抢劫、寻衅滋事案的庭审实录及 评析	(268)
二、被告人周某故意伤害一案的庭审实录及评析	(285)
三、审理被告人认罪案件时应注意的几个问题	(299)
第二节 被告人不认罪案件的量刑程序	(302)
一、被告人田某盗窃案的庭审笔实录及评析（定 罪与量刑程序不分离模式）	(302)
二、被告人孙某诈骗一案的庭审实录及其评析 （定罪与量刑程序完全分离模式）	(321)
三、马萨诸塞州诉亚当·琼斯（Adam Jones）案 庭审实录及评析（定罪与量刑程序完全分离 模式）	(345)
 附一：美国量刑前报告的格式和内容	(359)
附二：参考文献	(372)

第一章 量刑活动概论

在刑事审判活动中，虽然量刑被视为是“法官的事”，量刑权作为刑事审判权的一个有机组成部分由法官依法独立行使，但是这并不意味着法官在行使刑罚裁量权的时候不受任何约束，更不意味着量刑活动单单是指法官或者合议庭就被告人的刑罚适用问题进行裁量的活动。实际上，量刑活动作为刑事审判活动的一个重要组成部分，是指审判法官在控辩双方以及其他诉讼参与人的参加下，为解决被告人的刑罚适用问题而进行的一系列诉讼活动的总称。现代法治国家为了实现刑罚的目的，保障量刑活动的正当性，切实维护当事人的合法权益，规范法官的刑罚裁量权，普遍要求量刑活动应当遵循正当程序原则。同时，由于定罪活动与量刑活动共同构成刑事审判活动的基本内容，两者关系密切但又存在重大差异，因而如何正确认识量刑活动的特点及其与定罪活动的区别与联系，如何把握量刑程序与定罪程序之间的关系等就成为各国在构建包括量刑程序在内的刑事审判程序时必须考虑的问题。而如何正确认识量刑程序对于实现量刑结果公正所具有的工具价值以及量刑程序自身所具有的价值，如何界定参与量刑活动的主体并明确其在量刑程序中的地位和作用等，既需要在理论上加以论证，也是各国在设计和运用量刑程序时必须妥善解决的基本问题。

第一节 量刑活动的特点

在刑事审判程序中，定罪活动与量刑活动前后相继、关系密

切但又存在重大差异。因此,要准确把握量刑活动的特点,首先应当对定罪活动与量刑活动在逻辑上的先后关系以及由此引发的一系列问题有充分的认识,其次还应当全面把握定罪活动与量刑活动在目的和任务、参与主体及其职能、所遵循的实体法原则、程序法原则和证据规则等方面所存在的不同之处。

一、量刑活动的启动以被告人被确定有罪为逻辑前提

从行为发生的先后顺序上来看,定罪活动与量刑活动前后相继,关系密切。其中,定罪活动在先,量刑活动紧随其后;定罪活动是量刑活动的基础和前提,^① 量刑活动则是定罪活动的必然结果和最终归宿。

(一) 定罪活动是量刑活动的基础和前提,量刑活动则是定罪活动的意义得以最终实现的保障。具体分析如下:

其一,定罪活动是量刑活动的基础和前提。在刑事审判活动中,定罪活动作为量刑活动的基础和前提主要体现在以下几个方面:首先,定罪活动是量刑活动启动的逻辑前提,即从逻辑顺序上看,只有在确定被告人有罪后,才有必要进行量刑活动。如果经过庭审后,发现被告人无罪,则没有必要启动量刑程序,进行量刑活动。其次,定罪准确是量刑适当的基础和前提。^② 这是因为,如果定罪不当(如将此罪定为彼罪或者将重罪定为轻罪、轻

^① 也正是基于此,刑事案件一旦进入量刑阶段,就意味着被告人在法律上已经成为有罪之人(在英国,进入量刑阶段的被告人被称为“罪犯”[the offender]而不再是“被告人”[the accused])。参见中英量刑制度比较研究课题组:《关于英国刑罚体系和量刑制度的考察报告》,载中国政法大学刑事法律研究中心、英国大使馆文化教育处主编:《中英量刑问题比较研究》,中国政法大学出版社2001年版,第266页。

^② 当然,定罪正确并不意味着量刑一定公正,定罪正确也不能必然保障量刑结果一定适当。

罪定为重罪甚至是将根本无罪的被告人宣告为有罪),那么对被被告人的任何量刑都不可能是公正的。同时,被告人一旦被确定有罪,则基本上确定了对其可能适用的刑罚种类和幅度,这是因为,在定罪活动中查明的基本犯罪事实决定了个案的法定刑种类和幅度,除非案内有特殊的量刑情节,否则量刑的结果一般不会超出此范围或幅度。例如,我国刑法第234条规定:“故意伤害他人身体的,处3年以下有期徒刑、拘役或者管制。犯前款罪,致人重伤的,处3年以上10年以下有期徒刑;致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾的,处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。本法另有规定的,依照规定。”根据上述法律规定,如果在个案中查明被告人具有故意伤害他人身体且致被害人重伤这一基本犯罪事实,则可以大体判断出对被告人可能适用的法定刑幅度是3年以上10年以下有期徒刑。

其二,量刑活动是定罪活动的目的和意义得以实现的最终保障,也是刑事司法公正的终极体现和保障。首先,在刑事审判活动中,在确定被告人有罪后,接下来就必须启动量刑程序,以解决对被告人如何适用刑罚问题。如果不启动量刑程序,则刑事审判程序将始终处于“未结”状态,国家利益、公共利益、被害人利益以及被告人的利益等也将处在“未决”状态中。其次,在量刑活动中,审判机关在控辩双方以及其他诉讼参与人的参加下,解决对被判有罪的被告人是否适用刑罚、如何适用刑罚等问题,从而将法条或者说纸面上的罪刑关系转变为现实中的罪刑关系,使刑罚的目的得以实现。最后,无论之前的定罪活动如何公正,如果随后的量刑过程或者量刑结果不公正,那么刑事司法公正的质量和效果都将大打折扣,且极有可能使得之前的定罪公正乃至整个诉讼活动都失去意义。

(二) 明确定罪活动与量刑活动之间在逻辑上的先后关系,