

量刑建议制度研究

陈岚/著



武 汉 大 学 刑 法 学 博 士 文 库



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

Criminal Law

武汉大学刑法学博士文库

量刑建议制度研究

陈岚 / 著

WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

量刑建议制度研究/陈岚著. —武汉:武汉大学出版社,2009.9
武汉大学刑法学博士文库
ISBN 978-7-307-07338-8

I. 量… II. 陈… III. 量刑—研究—中国 IV. D924.134

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 172827 号

责任编辑:辛 凯 责任校对:刘 欣 版式设计:支 笛

出版发行:武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件:cbs22@whu.edu.cn 网址:www.wdp.com.cn)

印刷:湖北恒泰印务有限公司

开本:880×1230 1/32 印张:9.625 字数:263千字 插页:2

版次:2009年9月第1版 2009年9月第1次印刷

ISBN 978-7-307-07338-8/D·942 定价:20.00元

版权所有,不得翻印;凡购买我社的图书,如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请与当地图书销售部门联系调换。

自序

当这部书稿修改完毕的时候，我一直在犹豫一个问题：要不要请名家作序？反复翻阅我的这部书稿，我觉得不成熟的东西太多，有些内容甚至大有商榷之处，我担心在名家作序之后读者会产生以名家的影响来提升我的这部著作的价值的议论，尽管当下的理论著作汗牛充栋而无人问津者居多。我完全可以放心地请名家写一个序言，给我的这部不太成熟的理论著作增添一些亮点或肯定，哪怕是在出版之后根本没有人去读它。我担心万一，所以决定自己为自己作序。

大多数著作的序或前言无非是在对本书的来龙去脉作一介绍的同时，对本书的主要内容进行概括和评点。关于我的这部书稿的主要内容，现有的文章摘要和内容目录足以说明。而至于评点，那不是我可以做的。我在这里首先要说的是我在完成这部书稿过程中的苦恼。对本书的这个曾经炒作得很热的题目来一个近20万字的长篇论述，稍不小心就会落入资料汇编或者长篇垃圾的窠臼。在垃圾作品几乎达到盛行程度的今天，我也可以厚颜无耻地凑一凑热闹。我不想落下一个垃圾作品的骂名，又不想人云亦云。而极有可能的情形是，在我尽到了我的努力之后，我的这部著作最终还是难逃垃圾作品的命运。这就是我在选题和为文之时遭遇的第一大苦恼。我力所能及地在中外文原始材料中作出自己的介绍和分析，试图澄清在我看来是模糊的甚至错误的既有观点，试图唤起人们对我的这个题目及其相关内容的重视。但是，这种努力是否能够达到目的，或者是否有一点点意义，现在我还无法知道。时下的理论研究多半是自我陶醉式的，少有顾及他人的观点，更谈不上激烈的批评。一篇

文章或一部著作问世以后，作者个人自我玩味的多，他人进行批评的少，因而，孰是孰非的问题在理论研究上是没有解决好的问题。人们早就习惯了以“仁者见仁智者见智”或“一家之言”的简单评价来对待不同的学术观点。我的这部书稿回应了理论界和实务界在这个题目上的许多看法，也阐发了我的一些个人观点。我的这些个人观点是否正确，是否有失偏颇，在为文之中我就产生过怀疑。为求真实地反映我对这个题目内容的认识，我在这部书稿中还是毫无保留地展现了我的怀疑。因为我相信，大凡长篇论著或多或少地存在这样那样的错误和偏颇，尽善尽美的作品只有上帝可以完成。理论研究的价值正是在于从不断的批评之中发现谬误，并揭示真理。我期盼有人来对我的这部书稿中的错误或偏颇进行指正与批评，以提高我对这一题目内容的认识水平。然而，人们也许不会给予我这样的机会，我自己也没有给予我这样的机会。我的书稿中的错误与偏颇抑或将成为永远的遗憾。在这个题目的整个研究过程中，我始终有这种担忧与苦恼。但愿我没有误导哪怕是唯一的读者，尤其不要误导了过于天真的当今的学生——在此意义上，请名家作序点评一下，是必要的。

我并非一个缺乏自信心的人。我的这部书稿的中心话题是如何实现量刑公正。当今社会的人们从不同角度、不同层面对于司法公正倾注了极大的关怀。法学理论研究更是开创了这一领域研究的盛况空前的局面。这是好事，但也说明了问题：我国的司法公正的确存在不尽如人意的地方。司法公正受制于多方面的影响，其中制度层面的影响是直接而见实效性的。而一项法律制度的设计是否有利于实现司法公正，又取决于深层次的与该制度相关的各种理论和文化观念。近年来的法学理论研究对于我国的司法公正进行了理性反思，在极力图解我国司法公正的理想模式的同时，也为实现我国司法公正的制度设计提供了大量的理论指导。可是，理论研究的不足也相当明显。就刑事司法公正而言，其终极目标是什么？对此，不仅司法实务界而且理论界都缺乏足够的认识。人们普遍有着这样一种根深蒂固的观念：量刑轻一点重一点，这不是什么大事。理性地

说，法院量刑不可能做到绝对的精确，受刑罚个别化原则的约束，也不应该做到绝对的整齐划一。问题在于，相同情形的犯罪事实应不应该在量刑上大致相同？我国量刑实践的众多案例对这个问题的回答是否定的。必须肯定的是，当定罪不成其为疑问的时候，刑事司法公正的终极目标就是量刑公正。量刑失衡现象的客观存在极大程度地损害了我国的刑事司法公正，也损害了国家、社会和当事人的根本利益。面对量刑失衡现象的世界性顽疾，不少学者感到回天乏术，更多学者是以严谨的学术态度积极探寻治疗这一顽疾的良方。在这种现实背景和理论背景下，滥觞于英美法系的量刑建议制度步入了我国刑事法律理论研究的视野。一些地方检察机关的实践尝试证明，量刑建议制度在我国并不存在水土不服的问题。我的这部书稿的写作初衷是试图对量刑建议制度从理论上进行较为系统的整理，并在我的认识能力范围内提出我国量刑建议制度的构建方案。为文之时，我踏入了理论研究的一些或大或小的空白地带，所遭遇的理论困惑是我始料未及的。从理论和实务上讲，我的研究应该是有意义的。

我的这部书稿虽然涉及刑法学和刑事诉讼学的诸多理论，但它毕竟是一项制度研究的不算优秀的成果，没有像纯理论研究成果那样富有哲理，所以不值得在这个“自序”中用太多的文字去推崇它。如果我的这项研究能够得到一定程度的认可，那么我的艰辛付出就算是没有白费了。

目 录

引 言	1
第一章 绪论：量刑公正述要	6
第一节 量刑公正的理论诠释	6
一、报应刑论的量刑公正观	8
二、目的刑论的量刑公正观	13
三、折中主义的量刑公正观	15
第二节 量刑公正的法律保障	17
一、量刑不公的现实危害	18
二、量刑公正的实体保障	21
三、量刑公正的程序保障	45
第二章 量刑建议制度概述	60
第一节 西方国家的量刑建议制度	60
一、英美法系国家的量刑建议制度	60
二、大陆法系国家的量刑建议制度	69
三、两大法系国家量刑建议制度的比较	78
第二节 量刑建议制度的基本内容	81
一、量刑建议的概念	82
二、量刑建议的分类	90
三、量刑建议的功能	101
第三章 量刑建议权的性质	112

第一节 量刑建议权的权利与权力性质	112
一、权利与权力的界说	113
二、量刑建议权的双重性质	128
第二节 量刑建议权与相关范畴的关系	148
一、量刑建议权与刑罚权的关系	148
二、量刑建议权与量刑辩护权的关系	158
 第四章 量刑建议的根据	162
第一节 量刑建议的理论根据	162
一、法律的正义理论	163
二、诉讼的经济理论	172
第二节 量刑建议的事实根据	176
一、量刑建议的事实根据概述	177
二、作为量刑建议之事实根据的事项	191
第三节 量刑建议的法律根据	207
一、域外量刑建议的法律根据	208
二、我国量刑建议的法律根据	210
 第五章 量刑建议的程序适用	217
第一节 审前程序的适用	218
一、起诉程序与量刑建议	218
二、辩诉交易程序与量刑建议	221
第二节 审判程序的适用	227
一、一审普通程序与量刑建议	228
二、简易程序与量刑建议	230
三、处刑令程序与量刑建议	232
第三节 审后程序的适用	234
一、专门量刑程序与量刑建议	234
二、上诉程序与量刑建议	238

第六章 我国量刑建议制度的构建	241
第一节 我国量刑建议制度的构建基础和问题	242
一、我国量刑建议制度的构建基础	242
二、我国量刑建议制度的构建所要考虑的问题	248
第二节 我国量刑建议制度的构建设想	263
一、量刑建议主体的限制	263
二、量刑建议的提出程序	266
三、刑事审判程序的配套	273
 附录一：“量刑前的调查报告”样本	280
 附录二：辩诉交易笔录	284
 主要参考文献	287
 后 记	293

引 言

在政治宽和的国家，爱国、知耻、畏惧责难，都是约束的力量，能够防止许多的犯罪。

治理人类不要用极端的方法；我们对于自然所给予我们领导人类的手段，应该谨慎地使用。

—— [法] 孟德斯鸠：《论法的精神》

我们生活在一个社会变革时期的不太完美的时代。在此变革时期，种种不公平、非正义乃至残酷的刑讯现象被一些人装进“社会主义初级阶段”这个大口袋，在一些人的心目中已经习以为常。人类追求正义始自于原始社会的同态复仇。亚里士多德甚至认为：“人类由于志趋善良而有所成就，成为最优秀的动物，如果不讲礼法、违背正义，他就堕落为最恶劣的动物。”^① 因而，公平和正义一直是人类的崇高理想。历代思想家们无不以公平、正义为主题，冥思苦想，废寝忘食，试图探寻一个能够实现公平和正义的完美社会制度。无数仁人志士为之抛头颅洒热血，其目的绝非要树立一个追求公平、正义的模范形象，而是与其所处时代的非正义、不公平进行顽强的拼搏，力图为其子孙后代创建一个人人和谐共处、以正义为共同目标的良好社会。但是，在今天的一些人看来，前人的努力不过是无谓的牺牲。阿 Q 精神再度在今天的社会中存在。一些有权力的人还以“社会主义初级阶段”为借口滥用权力，不惜以

^① 转引自法学教材编辑部：《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社 1983 年 6 月第 1 版，第 42 页。

损害他人利益和公共利益来维护自己的权威。法律经常成为某些有权力的人们装点其正义形象的饰物。

在此变革时期，作为上层建筑的法律常常与构筑其基础的经济关系相抵牾，也是不够完美的。而即便是充斥着正义品格的良好的法律也需要借助执法者正义的双手来实现法律的正义，让人们感受到法律的存在、正义的存在。法律在其未得到遵守和执行时仅仅是静态的社会实在，无法自行实现其正义的品格。更何况有的时候，正如美国法律现实主义者卢埃林所认为的那样，“真正的法律并不是立法或判例，司法人员在解决纠纷时的所作所为就是实际上的法律”。^① 所以说，在现实生活中，没有完美的法律，只有完美的执法者。

在此变革时期，刑事司法公正备受冷落。由于更多的人被转入经济改革的浪潮，只对赚钱感兴趣，无暇顾及刑事司法公正问题，所以在“杜培武案”、“余祥林杀妻案”等冤案发生之后，人们最多不过是将其当做茶余饭后的谈资予以议论一番而已罢了。刑事司法公正成为“完美执法者”可以进行任意解释的内容。刑法没有规定的量刑情节，我们的司法机关可以一个又一个地加以创制；刑事诉讼法没有设立的诉讼程序，我们的司法机关也可以自行创建；尽管我国的《立法法》明文规定“犯罪和刑罚”、“诉讼程序和仲裁程序”只能由法律进行规定。在改革大旗的指引下，根植于西方的许多刑事诉讼制度被我们的司法实践当成“新生事物”，不加论证地实际运用。一个个地方性“试行办法”纷纷出台。似乎刑事司法公正能够在“试行”中得以实现。

面对我国刑事司法公正的这一局面，我国刑事法律的理论工作者无法保持冷静，或积极参与论证，为司法实践的尝试性工作找寻理论依据，或从法律规定上看其无根据性而十分偏激地一概加以否定。理论上的分歧使得法学理论对于司法实践的指导作用大打折扣

^① 转引自顾培东：《社会冲突与诉讼机制》，四川人民出版社1991年3月版，第65页。

扣,以致一些地方法院的法官们常常以“理论脱离实际”为漂亮的借口,对于辩护律师在刑事法庭上援引刑事法律理论的做法大加斥责。法学理论沦落为“孤独的漫步者”在空旷视野下的独自感叹。最具讽刺意味的是,我们的大学法律教育培养出一拨又一拨法学院毕业生之后,原来的法学教授们不复存在,原来的法学理论也宣告寿终正寝,走入司法实践的学生们反过来成为教育法学教授们的“老师”,法学教授们不得不屈从于司法实践,向实践学习,向原来教过的学生们学习。并且,这种做法被赋予“理论来源于实践”的十分富有哲理的称谓。法学理论变得软弱无力,甚至毫无意义。在一些自以为是的法官们看来,刑事司法公正只能是由他们独自操办的事情。

只能由法官“独自操办”的典型事例是中国的量刑。由于我国刑事审判程序采行“一元制”,将定罪问题和量刑问题放在同一庭审程序中进行解决,而定罪又是量刑的前提,这就决定了量刑问题在我国的法庭上不可能得到应有的重视,复杂的量刑问题在我国的法庭上常常表现为“请求法院依法从重处罚”或“请求法院依法从轻处理”等格式化语言,而轻描淡写地一笔带过。个案中的量刑完全由法官在开庭完毕之后进行“独自操办”或“幕后操作”。然而,绝大多数刑事法官尤其是基层法院的刑事法官没有受到良好的法律教育,“估堆式”量刑方法由此在我国诞生;^① 量刑偏差也由此在我国成为普遍现象。我国的量刑公正面临着实在的危险。人们只能祈求法官的良知和良心,或者期盼奇迹发生。在此情形下,我国的部分刑事法学者注意到西方的量刑建议制度,发现该项制度能够让量刑问题公开化,在一定程度上能够维护量刑公正,于是,细加介绍,希望我国刑事诉讼能够引入该项制度,以改变我国当前量刑程序的不透明问题。我国的检察机关也发现这项制度有助于维护量刑公正之同时,还能够使我国检察权的内容变得生

^① 参见田幸:《准确量刑 实现司法公正》,载《江苏法制报》2004年4月13日。

动活泼起来。一些地方检察机关甚而像当年哥伦布发现“新大陆”一样地惊喜,积极尝试,广为宣传,进而引起人们关于量刑建议权的大讨论。继2001年9月中旬,检察日报社和中国检察理论研究所主持召开全国第一次量刑建议制度研讨会之后,^①关于检察机关的量刑建议权是否存在法律上的明确根据问题,两种决然不同的观点至今相持不下。肯定说的观点又有“公诉权应有之义”和“公诉权延伸”两种说法。如果量刑建议权中的“权”是权力,那么,依据权力法定原则,“公诉权延伸”实际上就是超越职权;如果量刑建议权中的“权”是权利,那么,由国家专门设置的追究犯罪行为入刑事责任公诉权就将大大贬值。所以,肯定说的观点不仅没有为我国检察机关的量刑建议权找到准确的说法,而且使得我国原本懦弱的刑事诉讼法学理论变得更加苍白无力。

理性地说,量刑建议之于量刑偏差仅可以发挥抑制的作用,决非治疗量刑偏差这一顽疾的灵丹妙药。像人体疾病一样,量刑偏差也需要综合的治理。我国刑法重视定罪规范,轻视量刑规范,量刑规范过于粗疏,导致实践中可以采用“估堆式”量刑方法进行量刑,这是造成量刑偏差的直接原因。因此,刑法的完善和量刑方法的科学对于量刑偏差可以起到直接的整治作用。刑事程序具有实现刑法内容的工具价值。如果我国设立量刑建议制度,那么,辩护方势必在法庭上针对控诉方的量刑建议展开量刑辩护;如果我国刑事诉讼法还规定法官必须在充分听取控辩双方的量刑意见的基础之上进行量刑,同时规定判决书必须充分阐述法官作出其量刑判决的理由,那么,我国的量刑公正就具有较大程度的程序性保障,我国的量刑偏差就可以得到较大范围的遏制。正是在此角度上,量刑建议制度才具有现实意义。

量刑建议制度涉及量刑建议权的性质、量刑建议的根据等问题的界定,还涉及量刑建议原则的审定和量刑建议程序的设计。一个

^① 参见李和仁:《量刑建议:摸索中的理论与实践——量刑建议制度研讨会综述》,载《人民检察》2001年第11期。

简单的问题是，决定法官量刑轻重的主客观事实情况，也就是量刑根据，是否就是量刑建议的事实根据？量刑原则是否就是量刑建议的原则？刑法理论认为，量刑的主体是法院。^① 据此，量刑原则只是约束法院量刑活动的行为规范。量刑建议的主体并非法院，量刑建议也不等于量刑，那么，量刑建议的原则就不能等同于量刑原则。这似乎是可以成立的逻辑。这种简单推理得出的结论是否正确？可见，量刑建议制度有深入研究的必要。

量刑建议制度在性质上属于刑事诉讼制度的范围，而其诸多内容又涉及刑法理论和刑法的规定。因而，研究量刑建议制度必须跨越刑事诉讼法学和刑法学这两个密切相关的学科，这就决定这一课题的研究具有相当的难度。由于我国刑事诉讼法学理论界目前对于该项制度的真正意义还缺乏足够的认识，肯定和否定该项制度的观点带有极强的部门色彩和极大的影响力，在一定程度上处于势均力敌的态势，所以本书尝试性地运用刑法哲学的理论强化人们对于量刑公正之重要性的认识，并着重于借助法律正义理论、诉讼经济理论和比较法的分析方法，从科学建立我国刑事诉讼制度的角度分析该项制度的合理性和必要性，力图为我国引进量刑建议制度探寻其理论上的依据和可操作性的方法，同时立足我国的现实，提出合理构建我国量刑建议制度的设想，以期对我国刑事诉讼法的修改有所裨益。

我们所处的时代尽管是一个不太完美的时代，但如果我们每个人的工作或多或少地有益于正义精神的弘扬，那么我们的时代将会逐步走向完美。

^① 高铭喧、马克昌主编：《刑法学》（第2版），北京大学出版社、高等教育出版社2005年8月版，第267页。

第一章 绪论：量刑公正述要

量刑建议制度的立法初衷是维护量刑公正。而何为量刑公正？影响量刑公正的因素究竟有哪些？怎样保障量刑公正目标的实现？这是本文首先应予探讨的问题。

第一节 量刑公正的理论诠释

“量刑”，作为我国大陆对于刑罚裁量活动的简称，在我国台湾地区称为“刑之酌科”或“科刑”，在日本称为“刑之量定”或“量刑”^①，在英美法系国家称为 sentencing。同一事物称谓之不同，并不能带来同一事物实质内容的不同。在本质上，量刑是刑法上的抽象刑罚规定作用于个案犯罪事实的具体化过程，它是行使并实现国家刑罚权的活动。关于量刑概念，我国刑法学界有过不同的解释，这些解释主要因量刑范围之界定不同而存在分歧^②。就我国刑事法律的规定看，量刑活动必然涉及“是否判处刑罚”的裁量。因而，可以断言，量刑就是根据法庭审理中查明的犯罪事实，按照刑法的规定，理性评价被告人的刑事责任，决定是否判处被告人刑罚，判处何种刑罚以及怎样执行刑罚的活动。

公正，历来与“公平”、“正义”（justice）属于同义语。它是

① 参见马克昌主编：《刑罚通论》，武汉大学出版社1999年4月第2版，第247-251页。

② 参见马克昌主编：《刑罚通论》，武汉大学出版社1999年4月第2版，第248页。

人们对于善的期待，也是人们对于平等、自由与利益的期待。公正的朴素标准是善，合乎善就是公正，反之，不合乎善而合乎恶就是不公正。公正的现代标准是国家利益、社会公共利益和公民个人利益的平等保护。以平等保护为原则，以优先保护为例外，即国家的特殊利益优先于公民个人的利益，法律保护的利益优先于未受法律保护的利益，在公民个人的合法利益与社会利益发生冲突时，个人的合法利益优先于社会利益，这是现代人的公正观。

量刑与公正相联系，是人类适用刑罚的进步。量刑公正就是人们对于国家行使刑罚权的良好期待。这种期待有着漫长的历史。正如有学者所指出的那样，“在人类刑法文明史上，量刑公正始终是人们不懈追求的崇高目标。从某种意义上说，整个人类刑法文明史，就是一部为实现刑罚目的而不断探索量刑公正的历史”。^①在人类探索量刑公正的过程中，不同的量刑公正思想得以产生，在西方近代形成古典学派和近代学派两大刑法学派。这两大刑法学派关于刑罚的理论学说又分别为报应刑论、目的刑论和折中主义刑罚论。报应刑论、目的刑论和折中主义刑罚论不仅是关于刑罚本质、刑罚目的的理论，而且是关于量刑公正的理论。“不同的刑罚观决定不同的量刑公正观。”^②本书沿着这一思路对报应刑论、目的刑论和折中主义刑罚论的量刑公正观试加以分析。^③

① 沈德咏：《论量刑公正》，载《中英量刑问题比较研究》，中国政法大学出版社2001年版，第11页。

② 赵廷光：《论量刑公正的一般标准》，载《河南省政法管理干部学院学报》2007年第4期。

③ 以下内容参考了马克昌教授和赵廷光教授的许多观点，恐注解太多引起人们“抄袭”之怀疑，故一些细微之处未加注解，请二位老师宽宥。下文的标题甚至与赵廷光教授的《论量刑公正的一般标准》文内标题完全一样，尽管内容有所不同——笔者注入了自己关于中国古代的研究分析内容和个人关于西方诸学说的归纳分析内容，但是思路是赵老师的思路，我非常感谢赵老师的无私惠赐。

一、报应刑论的量刑公正观

报应刑思想源远流长，最早可以追溯到原始社会。在刑罚制度产生以后的相当历史时期，刑罚都被作为是对于犯罪的一种报应。善因善报，恶因恶报，是这种思想的理论基础。^① 刑罚因犯罪而生，也是对于犯罪的“恶报”。中西方古代莫不具有这样的思想。

报应刑思想认为，犯罪是刑罚的原因，刑罚是犯罪的结果。在中国古代，“刑”与“法”同义。《管子·心术》云：“杀戮禁诛谓之法。”《盐铁论·诏圣》谓：“法者，刑罚也，所以禁强暴也。”在这里，从“刑”或“法”的定义上看，刑罚是禁止强暴的手段，是因为“杀戮禁诛”、“禁强暴”而产生的。也就是说，“强暴”是刑罚的原因，刑罚是“强暴”的结果。《左传·昭公六年》还记载：“夏有乱政而作禹刑，商有乱政而作汤刑，周有乱政而作九刑。”“禹刑”、“汤刑”、“九刑”均因“乱政”而起，亦属“乱政”的结果。由此可见，报应刑思想在我国古代刑罚的创制上也有了充分的体现。而“杀人者死，伤人者刑”，^② 则是我国古代司法实践中报应刑思想的具体体现。

报应刑思想还主张，有罪必罚，罚当其罪。《尚书·舜典》记载：“皋陶，蛮夷猾夏，寇贼奸宄。汝作士，五刑有服，五服三就。五流有宅，五宅三居。惟明克允。”^③ 这里的“五刑”就是对“寇贼奸宄”的必然惩罚。关于“惟明克允”，《慎刑宪》解释说：“惟明，则情伪毕知；克允，则轻重适当。”可见，“惟明克允”是我国古代罚当其罪的最早说法。《礼记·王制》则提出：“凡制五刑，必即天伦。邮罚丽于事。”“罚丽于事”，即“凡有罪责而当诛

① 马克昌主编：《刑罚通论》，武汉大学出版社1999年4月第2版，第27页。

② 《汉书·刑法志》。

③ 劫人曰寇，杀人曰贼，外乱曰奸，内乱曰宄。参见鲁嵩岳：《慎刑宪点评》，法律出版社1998年9月版，第21页。