

# 关于建立量刑程序的思考

作者：西北政法大学 卢甲

**【摘要】**刑事审判中的诉讼控制因素，是刑事审判模式的构成要素之一。以此要素来衡量我国的刑事审判模式，我国的刑事当事人的程序参与相当有限。这不符合程序正义的内在要求，也不利于实体公正的实现。尤其是在量刑环节，存在严重的参与缺失。应当构建专门的量刑程序，以保障刑事当事人的诉讼控制权，使其充分参与诉讼，进而解决实践中的诸多问题。

**【关键词】**刑事审判模式 诉讼控制 程序参与 量刑程序

## 一、刑事审判模式中的诉讼控制及程序参与

刑事审判模式是指在法庭审判时，法官，检察官和当事人的诉讼地位及其相互关系，以及法官在庭审中调查证据，适用法律的方式。刑事审判模式由刑事诉讼结构决定。对刑事审判模式的考量主要从其构成要素的角度进行，这些构成要素也是划分不同刑事审判模式的标准。一是刑事审判程序在历史上的来源和发展；二是体现刑事审判程序核心特征的诉讼控制分配情况；三是刑事审判程序背后其支配和制约作用的基础性价值观念和思想。本文即从要素二的角度对我国刑事审判模式存在的有关问题加以分析。

所谓诉讼控制分配情况，是指法官，检察官和被告方在诉讼控制权方面的分配问题，是对刑事审判程序本质特征进行概括和抽象时所要考虑的最重要的因素，也是对刑事审判程序模式进行划分所要依据的主要制度因素。诉讼控制分为两个方面：一是裁判控制，——通过法官，检察官和被告人三方中的任何一方对裁判结果的最终决定和影响程度加以测定；二是程序控制，指法官，检察官，被告人三方对作为法庭裁判基础的证据在提出和调查方面的控制程度。不同的刑事审判模式，在诉讼控制上差别是很大的。在英美对抗式审判过程中，陪审团控制着对事实问题的裁断权，法官对案件事实的裁断不拥有控制权，只拥有部分程序控制权，同时拥有对法律适用问题的决定权。而检察官和辩护律师则在提出证据、询问证人和进行证据评论方面起主导作用，因而对作为裁断根据的事实形成过程拥有极大的控制权。由此可见，在对抗式审判中，控辩双方被允许充分的参与到裁判制作的过程中来，最大限度的影响裁判的结局，具有很大的诉讼控制权。大陆法系的审问式审判，则是按照由法官主导进行的官方调查程序而设计的。在审问式审判中，法官的职责是采取一切必要手段来确定被告人是否犯有被指控的罪行，其主导和控制着证据的提出和调查程序。检察官和被告方在证据提出和事实调查程序中居于次要和辅助地位，只能协助法官从事查明事实真相的活动，无法积极、主动、充分进行证据提出和事实调查活动，也无法对法官的裁判结局发挥较大的影响。由此可见，审问式审判是一种由法官主导进行的司法调查程序，法官对整个法庭调查程序拥有较大的控制权，而控辩双方被分配到的诉讼控制权则相当有限，尤其是被告人。

与刑事审判模式中的控制因素相关的另一个问题是程序参与。审判活动的本质特征在于“与



法庭裁判结果具有直接利害关系的当事人参与裁判制作过程”，“一种法律制度如果不能保证当事人参加到审判活动中来，就会使审判的内在品质受到破坏。”程序参与被视为刑事审判的基本特征，刑事诉讼的原则，甚至是程序正义的基本构成要素。程序参与体现了诉讼的民主，程序参与权是控辩双方应享有的基本权利，是行使其他权利的基础，也是控辩双方争取有利于自己的实体结果的必要途径。从实体上说，当事人或者说与裁判结果有直接利害关系的人的参与有助于事实真相的查明，从程序上说，这种参与本身就体现了程序的正义。当然，所谓参与并不仅仅是“到场”、“列席”，根本的要求在于当事人能够参与裁判的制作过程并通过自己的行为来影响裁判的结果。在刑事诉讼中，权益可能受到刑事裁判直接影响的主体包括刑事被告人，被害人，国家等各方。程序参与要求上述各方都能够有参与的机会，能力，和效果。

## 二、我国刑事当事人诉讼控制和程序参与的不足与量刑专门程序的缺失

从以上诉讼控制和程序参与的角度来看我国的刑事审判模式，显然，刑事当事人的诉讼控制权十分有限，程序参与不足。我国的刑事审判模式比较近于大陆法系的审问式：法官主导和控制审判程序，主动调查核实证据；控辩双方在对法庭审理控制方面居于次要和补充的地位；被告人在理论上是诉讼主体，但事实上在绝大多数案件中无法积极有效地参与法庭审判活动，辩护职能不能充分发挥，对刑事审判程序的控制程度极低。经过一些改革，我国的刑事审判模式呈现出这样的特点——既具有职权主义的色彩，又引入了一些当事人主义的因素，同时具有中国特色。但在诉讼控制方面，法官的权力仍然相当大，虽然控辩双方在庭审中有一定的对抗，但是检察官对裁判的做出产生影响仍是有限的，被告人的诉讼控制权则更小。在量刑方面，这一点尤为明显。

刑事审判所要解决的问题就是判断刑事被告人是否犯有被指控的罪行，如果行为构成犯罪，则进一步在此基础上进行量刑。定罪是量刑的基础，但是这并不能说明量刑就不重要。事实上，对刑事被告人实体权力的影响，往往最终落实在量刑的裁断上。实务中，绝大多数案件审理的焦点往往不是是否有罪的问题，而是是什么罪，以及如何量刑的问题。

在量刑制度上，我国基本上与大陆法系的相同，——认定事实和法律适用的主体同一，定罪与量刑程序混合。而法律对量刑的专门规定也几乎没有。一方面，控辩双方几乎没有量刑的专门主张，基本不对量刑问题进行专门的举证、质证、辩论。检察官在公诉中只对定罪问题发表意见而一般不对量刑问题发表意见。辩护方在刑事辩护中难以兼顾定罪和量刑两个方面，——如果进行无罪辩护又进行从轻的有罪辩护，逻辑上自相矛盾；如果只进行从轻减轻的有罪辩护，则意味着承认被告人是有罪的。被害人对于量刑问题，也没有发表意见的途径。另一方面，法官对于量刑问题裁断，没有专门的程序，实行办公室作业的方式，量刑不公开，判决书中对量刑的理由也不进行专门的陈述。可以说，在量刑问题上，现行制度没有赋予刑事当事人的诉讼控制权。刑事诉讼的程序公正和实体公正一定程度上被削弱，并由此产生了一系列问题，如刑事审判中“重定罪，轻量刑”的做法，如被告人辩护权行使不充分问题，再如由于量刑问题引起的上诉、抗诉、申诉、上访，甚至在一定程度上滋生了司法腐败。

## 三、应当构建量刑专门程序

应当建立专门的、相对独立的量刑程序，将刑事审判中的量刑程序与定罪程序相分离，以赋予刑事诉讼各方当事人在量刑问题上的诉讼控制权，使其充分参与量刑过程，——控辩双方专门就量刑问题进行充分的举证，质证，辩论，被害人也可以就量刑问题发表意见。在我国建立量刑专门程序是有必要的，专门程序使得刑事当事人各方在量刑问题上充分行使其诉讼控制权成为可能。首先，检察官可以提出量刑建议，并可以提出相关的证据。这是检察机关起诉权的应有之义，其意见对法官公正量刑有参考价值。这样也可以减少对量刑问题



可能提出的抗诉。其次，辩护方可以专门就量刑问题提出辩护意见，并可以提出相关的证据。这样就给了被告人充分的无罪辩护权。辩护人就可以先做无罪辩护，对被告人是否有罪进行辩护，在无罪辩护失败的情况下，再退而求其次进行从轻减轻的有罪辩护，充分行使辩护权。再次，被害人也可以通过这种程序对被告人量刑发表意见。被害人作为犯罪的直接受害者，对于被告人的定罪量刑自然是十分关注的。陈瑞华教授认为，我们现行的制度和程序只强调了犯罪的社会危害性，而在一定程度上忽略了被害人个人权利的保护，——犯罪被称为“最严重的侵权行为”。被害人除了有赔偿的需求以外还有复仇的欲望，对于后者，可以通过赋予其程序参与权缓解，而以定罪的倾斜来迎合被害人，实际上是牺牲判决的公正性，因此对此只能在量刑上加以考虑。所以，建立专门的量刑程序，通过使被害人享有一定的诉讼控制权，程序的公正性进一步体现，程序吸纳不满、减少对抗、化解矛盾和分歧的功能得以发挥。这对于缓解甚至是解决被害人因为复仇的本能欲望得不到满足而对判决不满导致的申诉、上访问题，将会发挥重要作用。另外，建立专门的量刑程序也可以在一定程度上排除被害人对定罪的不良干预。这是对从刑事当事人各方诉讼控制的角度对量刑专门程序进行的分析。同时，量刑专门程序还有其他方面的意义。一是定罪和量刑属于不同的实体问题，其依据并不尽相同。比如品格证据和前科证据，并不应对定罪产生影响，而只能影响量刑，如果将定罪程序和量刑程序相分离，则可以排除这些因素对定罪的负面影响，利于实现定罪的公正。二是实务中大多数案件最终都是认定有罪的，大多数案件的被告人是认罪的，所以如果将定罪程序和量刑程序相分离，大多数时候定罪程序是可以简化的，可以提高诉讼的效率。同时，这种程序的分离符合实体公正的需要，又能够吸纳不满，可以减少因量刑问题产生的上诉、抗诉、申诉和上访，这也能够提高诉讼效率。三是专门的量刑程序的构建，可以改变量刑办公室作业，不公开，不说理，完全由法官自行裁量的现状。“阳光是最好的防腐剂”，这样不仅在形式上实现了程序的公正，有利于实体公正的实现，也能够防止法官在参与缺失、监督不足的情况下滥用权力，防止这个环节的司法腐败。

#### 四、构建量刑专门程序的具体问题

要构建量刑专门程序，是否意味着量刑程序要独立于定罪程序？我认为只要相对独立与专门定罪程序至于定罪程序之后即可，尤其是在现阶段下，可以先建立量刑的专门程序，将量刑与定罪在程序上分立，——不一定在要在时空上完全分离，内容上的分离即可。这样的专门的量刑程序，只要科学的程序设计，也可以解决上述的种种问题。也有人主张将刑事案件做二元分类：被告人不认罪的，定罪阶段与量刑阶段采分离模式；被告人认罪的，定罪阶段与量刑阶段采合一模式。这样也是有道理的，程序应与具体案件相适应，有针对性，也符合繁简分流，提高诉讼效率的要求。

量刑程序由法院主持，参与者主要是检察官、被告人、辩护人、被害人，等等。在法官的主持下，由控辩双方各自陈述其量刑意见，陈述相关的事实，并可以提交证据。就这些证据，双方也可以进行质证和辩论。被害人在量刑程序中的地位很重要，应当充分保障被害人的程序参与权，给予其陈述意见的机会，法官也要认真听取其所陈述的量刑事实和量刑意见。法官在听取各方意见的基础上，综合分析，做出裁断。另外，很多人也主张，在量刑程序中引入其他的一些参与者，如社会组织等。从程序参与的角度，凡权益可能受到刑事裁判直接影响的主体都应当参与到程序中来，从广义来看，国家和社会在犯罪案件中也是被侵害者，所以也应当参与到程序中来。国家由检察机关代表，那么社会呢？似乎也应当参与，是以社会监督社会舆论的形式参与还是以其他形式？量刑问题，不仅仅是对犯罪的惩罚问题，还要考虑对犯罪人的改造和教育，对犯罪人的人格矫治和再社会化的问题。可以说与社会的相关度还是相当大的，所以，在量刑程序中可以引入社会的因素。但究竟由哪些组织来代表社会，这尚需我们进一步探讨。



量刑所依据事实范围，不同于定罪所依据的。定罪只以犯罪构成的要件为标准，而量刑则需要综合考虑犯罪的社会危害性，犯罪人的人身危险性，社会矫治等问题。上文所说的犯罪人品格证据和前科证据，就是一类要在量刑时着重考虑的量刑依据。那么，有关犯罪人一贯表现的证据应由谁提出，以及以何种形式提出，可以参照我国现在已有的青少年犯罪中的“社会调查员”制度，由司法所进行调查，并出具关于犯罪人一贯表现的“社会调查报告”。由中立的机构进行关于犯罪人一贯表现的证明，在实体上和程序上都更具有公正性，同时，也是一种社会因素参与量刑的尝试。另外，在定罪阶段已查明的事实和证据可以直接作为量刑的依据。

量刑程序还必须遵循公开原则，包括对当事人的公开，对社会的公开，裁判文书的公开。首先是对当事人公开，这也是当事人诉讼控制权和程序参与权的应有之义和必然要求。其次是对社会公开，——量刑程序也应像定罪程序一样，向社会公开，允许旁听，因为这是审判程序的重要组成部分。最后是裁判文书的公开，——形式上，是裁判文书的公开，实质上，是对量刑理由的公开，要求法官必须在裁判文书中对量刑的理由进行充分的说明和论述。这也是审判公开的要求和表现。

