

## 量刑的实践及其未来走向

周光权\*

**摘要** 以责任和预防为核心的量刑理论试图竖起一块量刑“天花板”，以防止重刑主义。而量刑实务立场以及最高司法机关的改革逻辑对于责任刑从根本上制约量刑这一点却认识不足，从而形成对罪犯一旦从重处罚情节较多时，其刑期就可以一直向上累加的不当认识。揭示量刑理论和实践的关键差异对于推进认罪认罚从宽制度下的量刑科学化有积极意义。未来有必要对量刑理论进行适度改造，以满足量刑实践的“简洁化”要求，注重区分“犯罪的过程性情节”和“犯罪人的个别性情节”，并将前者作为决定刑罚上限的原则性因素看待，将后者作为例外性微调责任刑的情节进行评价，从而确立量刑的阶层性思维。由于责任刑是有幅度的，所以追求量刑建议确定化的可行性存疑。刑法学界单纯从程序快速推进的角度思考量刑建议问题，存在明显不足；以公诉人和被告人之间存在某种“合意”法官就不得有任何改变，来论证量刑建议的效力，属于似是而非的说法。律师提出量刑异议且言之成理的情形下，法官有权对量刑建议进行改变。判断量刑活动准确与否的唯一标尺是责任主义，量刑建议的精准性、采纳率如何，显然都不是关键。

**关键词** 量刑上限 犯罪过程性情节 犯罪人个别性情节 量刑建议 法官裁量权

对于被告人如何量刑，学界和司法实务中至少形成了三种思考路径：第一，在学理上，受罪刑相适应原则和责任主义的深刻影响，形成了一套系统的量刑理论。但是，相关理论比较烦琐，与实践不能很好对接，还有改进空间；第二，在实务中，针对个案的量刑形成了一种固有的逻辑，部分体现了某种实践理性，但也存在明显缺陷；第三，最高司法机关通过积极推动量刑改革，〔1〕就

\* 清华大学法学院教授。

〔1〕 最高人民法院于2010年9月13日发布《人民法院量刑指导意见(试行)》，该意见于同年10月1日起实施。经过3年多的实践，最高人民法院在完善原有意见的基础上，于2013年12月23日发布《关于常见犯罪的量刑指导意见》，该意见于2014年1月1日起实施。2017年3月9日，最高人民法院又对该意见进行了修订。

量刑规范化进行探索,形成了与量刑理论以及个案实践有所不同的思路。但是,这种改革、探索在实现量刑的科学化以及避免量刑失衡方面所取得的成绩仍然有限。

在量刑方面的话语交错使得实践乱象丛生。在推行认罪认罚从宽制度之后,随着控方携量刑建议强力介入量刑过程,问题的复杂性进一步加剧。在这种背景下,如何建构实践中易于掌握且具有功能性特征的量刑理论,厘清量刑建议和法官刑罚裁量权的关系,就是绕不开的问题。

## 一、量刑领域的三套话语系统

近年来,很多司法案件因量刑不公而引起了社会的广泛争议,比如许霆案、吴英案、曾成杰案、大学生“掏鸟窝”被判有期徒刑10年案、青少年网购假枪被判无期案、于欢案,等等。这些让老百姓感到明显存在量刑问题的案件,在很大程度上损害了司法的公信力。长期以来,我国司法实务在量刑的理念和技术上,有如下特点:司法上量刑趋重的趋势,基本没有大的改变;长期缺乏统一标准,同案不同判的情形,总体上没有大的改变;法官综合平衡量刑情节,科学量刑的能力,没有质的提高;对法官量刑裁量权的实质制约,总体上比较缺乏。

### (一)量刑失衡:特点及原因

如果归纳一下量刑失衡的案件,会发现其一般具有以下特点:①对足以影响量刑的情节没有做综合、全面的评价。我国几乎所有财产犯罪、经济犯罪和职务犯罪,都在量刑上和数额挂钩,而对数额之外的情节均重视不够;②受舆论影响大,“不杀不足以平民愤”的逻辑影响量刑,司法上没有形成足以抵抗舆论不当干预的有效理论,无法有效抑制判处重刑的内在冲动;③被害人的情绪对量刑存在很大影响。凡是被害人一方不能得到赔偿,或者有能力上访、反复找司法机关倾诉的案件,判刑均可能趋重;④在共犯的量刑上不均衡。在有的案件中,从犯比主犯判得还重。例如,甲(28岁)组织乙(17岁)等多人贩卖淫秽物品谋利,给乙等人按照销售额发工资,后该团伙成员乙等人被抓,甲逃跑。司法机关先对乙判刑,3年后对通缉到案的甲判刑,由于是不同的合议庭审理,判决出来后发现,甲是老板、成年人,但其量刑却比犯罪作用要小、未成年的乙判刑还轻。这就是典型的量刑不均衡,类似情形还有很多。

导致我国量刑不公和不均衡问题的原因有很多,主要有:①经济犯罪案件中的地方保护和干预;②严打思维和杀人偿命的观念;③法官综合素质尤其是综合平衡、准确判断量刑情节的能力不高;④被害人对诉讼的不当强力参与;⑤其他财物追缴方面的考虑,例如,赃款不能追缴,罚金交不上来,都可能导致一定程度的重判;⑥伦理考虑。被告人的行为如果属于破坏社会风尚的犯罪(如组织卖淫),或者被告人本人属于屡教不改的人,量刑都重;⑦律师介入。有的案件,法官试图快速开庭结案,被告人的律师竭尽全力为被告人争取(申请非法证据排除、指控办案机关刑讯逼供、开庭时“寸土必争”),引来法官的不满,也可能导致判刑偏重,这等于是将对律师的不满发泄到被告人身上,最终使得有律师参与辩护的案件比没有律师辩护的情形对被告人更不利。

应该说,前面所分析的现象,都只停留在表面。问题的关键是,对于法官的量刑活动缺乏

根本性的、方法论上的制约,使得量刑具有偶然性,甚至可能不断地试探并最终逾越某一犯罪应得惩罚的最高限度。因此,有必要对量刑在理论和实务上的差距进行梳理,对合理的量刑理念和方法进行探讨。

## (二)三套不同的量刑话语体系及其特色

我们过去一直认为,在谈论量刑时,大家的理解是相差无几的。但实际上,在量刑领域,理论界、具体办案部门、最高司法机关可以说是“花开两朵、各表一枝”,从而形成了三套不同的量刑话语体系。

### 1. 个案的量刑实践:笼统使用刑事责任概念

在个案的具体量刑活动中,正如赵书鸿所指出的那样,确实呈现一种“量刑简洁化”的趋势。这不是一个既要考虑报应与预防,又需要权衡各种因素的复杂活动,而是一个以确定行为严重性为导向,仅对有限的变量进行笼统评估的过程,量刑由此呈现出简洁化特征。具体体现在:刑罚裁量是主要聚集在法定量刑幅度的有限区域内的频繁活动;进入裁量者视野的情节非常有限,且主要是与行为严重性相关的报应性变量,但它们却最终决定了适用于被告人的刑罚。<sup>〔2〕</sup>这种量刑活动将被告人的刑事责任与量刑挂钩,而且认为决定刑事责任的主要因素是与行为客观危害有关的情节,这自然有其合理性。但是,笼统使用刑事责任概念的做法对复杂问题的思考过于粗放,而且难以有效地防止轻罪重判现象。

由于实务上并没有将(行为)责任和预防分开,责任概念的量刑决定性功能难以发挥,所以就可能出现在被告人违法及罪责并不严重的场合,仅是出于预防的考虑就判处失衡刑期的现象。例如,甲和乙分别诈骗他人财物20万元,犯罪手法完全相同,差别在于,甲自首、无前科、积极退还被害人全部赃物,而乙是累犯,犯罪后潜逃且始终否认自己的罪行。对此,如果纯粹按照量刑理论的立场,那么对甲就可以在接近于责任刑幅度下限的范围内量刑,对乙则从再犯风险以及特别预防的必要性出发,可以在接近于责任刑幅度上限的范围内量刑。但无论是对甲还是乙的量刑,责任刑的概念都很重要,对量刑有着根本制约,所以对甲不能宽大无边,对乙也不能在责任刑之上的法定刑幅度内“顶格判刑”,更不能超越法定刑幅度判处重刑。但是,如果按照实务的思考方法,法官对甲和乙的量刑就会有很大差别,其并不从先判断责任刑、后确定预防刑的角度思考问题,而是从一开始就用甲的责任较轻,乙的责任很重来加以思考和说明,并将与此次犯罪并无关联、在行为前后出现的情节,都作为在一定范围内影响犯罪责任大小的因素进行思考,所以对乙就可能判得比较重。<sup>〔3〕</sup>此时,影响量刑的是将行为责任和预防因素融合在一起、具有很大包容性的刑事责任概念。在“郭明兴、陈达伦故意伤害案”中,检察机关建议对两被告人在有期徒刑3年至4年区间内判处刑罚,但法院却认为两被告人在案发

〔2〕 赵书鸿:“论刑罚裁量的简洁化——量刑活动的经验性研究结论”,《中外法学》2014年第6期,第1647页。

〔3〕 2013年4月2日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第2条第1项规定,曾因盗窃受过刑事处罚后盗窃公私财物的,“数额较大”的标准可以按照前条规定标准(1千元至3千元以上)的50%确定。这是被告人有前科事实,预防必要性较大从而而影响定罪的例证,是将仅对预防刑有一定影响的情节置于错误位置的极端表现。

后对被害人进行赔偿并获得的谅解“相应减轻其社会危害性”，由此最终判处两被告人有期徒刑 2 年，缓刑 3 年。<sup>〔4〕</sup> 这种犯罪后的情节可以减轻社会危害性，进而减轻责任的说法，在司法实践中很有市场。此处的责任，与量刑理论中的行为责任相去甚远，而和笼统地讨论问题时所使用的刑事责任概念的关系更为密切。

## 2. 最高司法机关推行的量刑改革：刑期可以累加的量刑方法

最高人民法院试图通过司法解释性文件来规范量刑活动，但是，由于 2017 年颁布的《关于常见犯罪的量刑指导意见》并没有厘清量刑的许多关键问题，所以，其对于量刑的指导效力有限。该指导意见第 2 条“量刑步骤”中规定：“①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；②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；③根据量刑情节调节基准刑，并综合考虑全案情况，依法确定宣告刑。”

按照上述逻辑以及其关于个罪量刑的有关规定，在累犯甲为报仇而持械聚众伤害他人至轻伤一级的案件中，第一步，要确定起点刑为 6 个月至 1 年 6 个月；第二步，对刑期进行第一次调节，确定基准刑：持械、聚众，增加 4 个月至 8 个月，刑期升高至 10 个月至 2 年 2 个月；第三步，对刑期进行第二次调节：累犯，增加刑期 1 年。这样对甲就应该在 1 年 10 个月至 3 年 2 个月之间处刑，而由于聚众斗殴罪第一档法定刑的最高刑为 3 年有期徒刑，所以“顶格判刑”就很容易实现。

对此，这样处理的问题在于，其一，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的说法本身就存在疑问。例如，对结果加重犯的量刑，就不是按照“基本犯罪构成事实”在相应的法定刑幅度内确定量刑起点的。比如，故意伤害致人重伤的量刑起点本来就是根据加重犯的事实确定的，起点就是 3 年以上有期徒刑。此外，在既遂犯与未遂犯并存时的量刑起点，也未必与基本犯罪构成事实有关。

其二，“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”的说法也经不起推敲。例如，故意伤害的残忍手段不影响犯罪构成，犯罪动机也不影响犯罪构成；再比如，因为饥寒交迫而抢劫的，刚满 16 周岁盗窃的，很多事实都不影响犯罪构成，但对量刑有影响。而手段残忍的事实，与因饥寒交迫而抢劫、行为人不满 16 周岁等事实比较起来，其对量刑的功能明显是不同的。此外，根据不同的犯罪事实“增加刑罚量”的说法也有更多的问题。

其三，“根据量刑情节调节基准刑，并综合考虑全案情况，依法确定宣告刑”的说法并不明确。按照这一量刑指导意见，对白首、累犯、认罪认罚等都要在这一环节考虑，但是，这些情节究竟是向下调节还是向上调节刑罚，以及在向上调节时是否应受到限制，如何限制量刑趋重等问题，都不明确。此外，侦查程序的瑕疵、对非法证据虽不能排除但存在疑虑的，都能够影响量刑，但笼统地将其归为“全案情况”加以考虑的处理方式，就显得较为粗略。

其四，最高司法机关推动的量刑改革措施，其最大问题在于：没有区分犯罪情节（影响责任

〔4〕 参见云南省昆明市盘龙区人民法院刑事判决书，(2018)云 0103 刑初字第 985 号。

刑的情节)和其他情节(影响预防刑的情节),没有区分责任刑和预防刑,从而使得案件中一旦出现很多不利于被告人的影响预防刑的情节(如累犯、抗拒抓捕、拒不认罪悔罪、没有能力退赃等)时,刑期就可以不当地往上累加,给人一种量刑“上不封顶”的感觉。

这种刑期可以一直累加、上不封顶的量刑逻辑导致近年来所推行的量刑规范化改革的影响有限。自2010年起,我国司法机关开启了量刑规范化和量刑程序化改革,对量刑问题有了一定的程序保障,逐步建立起公开的控辩对抗程序,在裁判文书中也有了比以前略显详尽的说理。但是,改革的步伐以及取得的效果尚不如人意。

不少人倾向于认为,考虑到当下我国的司法水平,应该把最高人民法院关于量刑的指导性规范更加地做实做细,而不应赋予法官过大的自由裁量权。对这一观点,还是有质疑空间的,理由在于:①量刑规范再细,总有一个限度;②在国外,许多国家的量刑幅度比我国还要大,但量刑失衡问题却不如我国突出;③在实践中,大致相同的案件量刑情节可能差异很大,制定太细的规则捆住法官手脚,剥夺其裁量权,未必能够实现个案公正;④所谓的把量刑规范做细,放到财产罪和经济犯罪里,最后又会变成数额决定量刑(比如,被告人多偷他人财物5千元,就多判1年),这仍然是在原来的老路上兜圈子;⑤最为重要的是,在最高人民法院关于量刑改革的一系列规范性文件(以及司法实务)中,缺乏将责任和预防分开的观念,对责任刑和预防刑的各自功能也缺乏基本认识,从而导致量刑时“眉毛胡子一把抓”,出现量刑偏重或失衡的现象,无法达到推进量刑程序改革的初衷。

因此,就量刑而言,区分量刑过程中哪些是具有决定意义、需要优先考虑的事实和情节,哪些是仅起调节作用的事实和情节,并以此建立相应的量刑方法论,就显得非常重要。

### 3. 量刑的理论话语:区分责任刑和预防刑

就量刑的理论构造而言,最为重要的是区分责任刑和预防刑。

在确定刑罚的时候,要先确定责任刑,这种责任刑的考虑和报应主义的关联极其密切。客观的违法加上主观的责任等于量刑意义上的责任,由此确定的责任刑,就是量刑上最重要的或者是第一层次要考虑的刑罚量。这就是说,量刑上首先要分析的是,针对被告人所做的这件客观上违法的事情,被告人究竟有多大责任,评价的是事情本身导致被告人有多大责任,从而可以适用多重的刑罚。由此,客观违法成为决定责任刑最为关键的因素。在确定责任刑时,除了考虑客观违法之外,还需要考虑行为人的主观责任。这一结论和责任主义的要求相一致。

责任主义是指根据行为人不法事实的大小,确定行为人的谴责可能性。作为量刑基准的责任,一方面是对不法的责任(行为责任),另一方面也包含由各种表明非难可能性的因素(不管其是否属于成立犯罪所必需的责任要素,如动机)所形成的罪责程度。责任主义不仅决定能否科刑,还决定了刑罚的程度和分量,责任刑受制于责任主义。德国《刑法》第46条“行为人的责任是量刑的基础”,说的也就是这个意思。

责任刑是向后看的、回顾性的,被告人过去干的事导致他要一人做事一人当,针对他过去所做的那件事情判多重的刑,这是一个回顾性的思考。这个刑期要首先确定下来,在此基础上再来讨论预防刑。预防刑则是向前看的:就被告人犯罪前后的表现或再犯可能性来讲,未来

防止其再犯罪,把他判得重一点好还是轻一点好?因此,预防刑是展望性的评估。<sup>〔5〕</sup>按照责任主义的要求,犯罪人是因为其过去所犯的罪行,而不是单纯因为其思想、人格品性而受到处罚,由此裁定责任刑。在此基础上,再考虑犯罪人个人的特殊情况,在责任刑的范围内,对责任刑进行适度微调,这就是预防刑。对任何一个案件的量刑而言,都必须同时考虑责任刑和预防刑,确保二者的有机统一。

因此,量刑实际上是两种判断的综合。也就是说,根据被告人已经做下的坏事以及犯罪当时的主观要素等,向后看、回顾性地确定一个刑期;然后根据个人的危险性向前看,再展望性地确定预防刑。但是,责任刑和预防刑对量刑的影响力不是等量齐观的。按照刑法客观主义的立场,在定罪上必须先违法后责任,先客观后主观,违法要素、客观构成要件绝对重要,应当优先判断。把这一理念贯彻到刑罚裁量中,就转化为在量刑时,必须确定被告人的客观违法对量刑的决定性影响,在此基础上再考虑被告人犯罪时的主观责任,根据客观违法和主观责任裁量出一个责任刑。只有在责任刑确定之后,才能去考虑预防刑。归结起来讲,所谓量刑就是按照(行为)责任确定刑期的大框架,并在这个范围内,再基于预防的考虑对刑期进行上下微调。<sup>〔6〕</sup>

需要指出的是,受刑罚目的的影响,量刑领域内的责任是从可比较性和量上,对犯罪论中的不法和有责进行的功能性调整和差异化处理。因此,量刑责任是一个具有更广泛内涵的功能性概念。这主要体现在从可比较性和量上,量刑责任对各种情节进行了严重程度不同的阶层性判断,从而使国家动用轻重不同的刑罚成为可能,责任与违法的分量有关,责任的分量要反映违法的分量。因此,量刑论中责任的完整表述是“具有归责可能性的不法”。同时,量刑责任在一定程度上也融合了不同的刑罚预防目的,从而满足了现代刑法预防必要性的考虑。

### (三) 量刑理论和量刑实践的根本差别:能否竖起量刑“天花板”

区分责任刑和预防刑,意义重大,既有助于实现刑法客观主义,也能够实现量刑思考的层次性。客观的罪行和主观罪责的轻重,足以影响责任刑,在极大程度上左右量刑的最终结局;特殊预防必要性的大小,只是在一定程度上影响预防刑。两个量刑环节各自的功能和影响力并不相同,在司法上不能因为罪行重,就推定特殊预防必要性大;也不能因为特殊预防必要性大,就反过来认为罪行重。

量刑,是回顾性思考与展望性思考两个方向的力量交错的结果。其中,责任刑是决定性的,对被告人判得轻还是判得重,从根本上看,是由具有回顾性的被告人所做的事情决定的,由此确定的刑期就是刑罚的上限,在这个限度内才能考虑预防刑,进而对责任刑进行调节。所以,责任刑是上限,是不可逾越的量刑“天花板”,预防刑是调节,而且只是采取微调的观念,在量刑理论中并不处于核心地位。

因此,量刑论的核心要义在于贯彻责任主义,将其具体地落实到刑罚论中,从而形成犯罪论和刑罚论的一体化思考。根据责任主义的要求,刑罚不能超过犯行即犯罪时的罪责,所以,犯罪前后的情节不能作为超过责任刑的理由,而只能在责任刑的限度内进行量刑调节。责任

〔5〕 井田良:《变革の時代における理論刑法学》,庆应义塾大学出版会 2007 年版,第 218 页。

〔6〕 井田良:《講義刑法学・総論》,有斐閣 2018 年版,第 625 页。

刑之所以成为量刑的上限,主要是为了防止法官在遇到那些使人心冲动的案件时一直往上累加刑期。

也许有人会认为,根据2017年《关于常见犯罪的量刑指导意见》第2条“量刑步骤”的规定,根据影响犯罪构成的犯罪事实来增加刑罚量确定基准刑,根据量刑情节来调节基准刑,也意味着,在这个量刑判断框架内,存在着“影响犯罪构成的犯罪事实”和“量刑情节”的区分。前者是法律认可的处罚根据,后者是刑罚量基本决定以后,在一定限度内微调刑期的要素。这样的话,就和上述量刑理论判断构造有异曲同工之妙了。

但是,最高司法机关的量刑改革和上述量刑理论之间的进路是大不相同的,因为上述量刑理论中的责任和预防,包含着回顾的侧面和展望的侧面,这种对立是量刑理论的存在前提。基于责任,设定刑罚最高线,即便是从预防的观点出发,在处罚上也不能过度偏重。这样的问题意识,是从(行为)责任主义的原则出发演绎而来的一个判断。而且,在理论上,责任和预防无论如何都是明确分开的、对立的。也就是说,责任的概念不受预防考虑的影响,是一种纯粹的、和预防能够对立的判断标准。责任具有刑罚设定上限的机能,从而成为量刑判断的关键性因素。但是,这样的制约机制在最高司法机关的量刑改革方案中是完全看不到的。

## 二、量刑实践的应有走向

波斯纳曾经指出,刑法中的有些问题是缺乏共识的,比如何种犯罪最严重以及何种不严重,如何平衡威慑、剥夺犯罪能力、报应和修复这些量刑的目标,其他量刑体制的效果如何?缺乏这种规范性共识,隐含着量刑中的一些软变量,很好的例证是,在基于报应的量刑,也就是渴望惩罚要大致与犯罪的严重性相对应的量刑中,威慑累犯、修复这些量刑因素都可以研究,但以眼还眼、罪刑必须对应这样的一些问题,有很多不确定的因素,很难取得规范性共识。<sup>〔7〕</sup>

虽然量刑理论和实务之间存在着一定共识,但不同话语体系确实存在自说自话的特点,如何寻求更多共识,对目前的各种量刑思路进行适度整合,发展出具有理论意蕴且实践上简便易行的量刑规则,是未来需要认真考虑的。

### (一)探寻量刑问题的基本共识

必须肯定,量刑时既要“回顾性”地考察行为的客观危害以及行为人的罪责,也应当“展望性”地分析被告人再犯罪的危险性。这是量刑理论以及实践都无法否认的基本共识,但是,如何认识不同情节的功能,以及按照何种逻辑顺序对这些情节进行判断,确实是一个有争议的问题。

现代刑罚理论几乎一致支持相对报应刑论,其揭示了量刑的正义模式,有助于贯彻消极的责任主义,由此推导出“防御型刑法观”,即,适用刑罚的目的不是处罚越少越好,而是具体地、功能性地进行判断,妥当地确定处罚范围。

对于回顾性刑罚的重要性能在刑法对于犯罪情节的规定中展示出来。罪刑法定是代表民意的立法机构所制定的,一方面,国家确立了正当化的处罚标准。在刑法分则规定中,对行

〔7〕 参见(美)理查德·波斯纳:《法官如何思考》,苏力译,北京大学出版社2009年版,第80页。

为类型的描述以及对应处罚关系的建构等,都表明立法上重视罪刑关系的均衡性、正当性,由此,结合总则的相关规定,就可以认为通常情况下责任刑能够在刑法典的明文规定中寻找出来。另一方面,国家追求消极的预防效果。罪刑法定要求明文规定罪与刑,奠定构成要件,而构成要件是违法、有责类型,也就是说,刑法规定具有明示功能,使国民的行为具有预测可能性,所以,其本身就有预防和抑制犯罪的效果,国家也积极追求这种效果。由此,立法上的刑罚配置正当性就通过责任刑的确定得以实现。

刑罚有报应的侧面也有预防的侧面。对于被告人量刑,不能无视刑罚预防的侧面。因为刑罚只处罚一部分行为,如果单纯肯定报应,对任何侵害都可以同态复仇,那么国家刑罚的报应就可以畅通无阻地施行了。但事实上,国家仅对很少一部分侵害法益的行为进行定罪和处罚,这背后有政策性、功能性的考虑。对于刑罚的正当化根据,要从刑法的任务中引申出来。即,刑法的任务不是普遍地、单纯地保护法益,构成要件的要求表明了刑法只禁止通过特定的行为方式违反规范进行侵害法益。因此,维护社会规范,进而周延地保护法益,是刑法的任务。刑罚的正当性在于实现积极的一般预防,以维护规范效力。国家、社会、被害人、法官对刑罚运用都有不同的诉求,而积极的一般预防论能够满足对多重诉求的回应。亦即,积极的一般预防论能够达到多重效果:信任(对法规范效力、法秩序稳定性的信任)、学习效果(类似于恐吓)、安抚效果(满足被害人的需要)。所以在这个意义上,刑罚是功能性的。

对于现代国家的量刑活动而言,一体地理解责任和积极的一般预防是可能的。合理地根据报应需要确定处罚上限、回顾性的处罚,能够展示社会正义,然后再将这种回顾性的非难传达给行为人,就能够沟通责任与预防。

实务上对被告人定罪后适用刑罚,防止他人重蹈覆辙,是刑罚得以正当的理由。但是,为了防止国家通过一般预防维护社会规范和秩序时的无底线,就需要用责任来限定预防冲动。结局是,国家通过量刑展望性地、积极地抑止犯罪,以恢复公众对于规范的信心,维护规范的效力,进而全面保护法益。当然,为了实现积极一般预防目的之下的妥当处罚,应当由责任刑确定处罚上限,考虑回顾性的处罚,以展示社会正义;同时将这种回顾性的非难传达给行为人(特别预防)。

这样,也就使得犯罪论和刑罚论得以贯通、协调。即,犯罪是违反规范,进而侵害法益的行为,而刑罚的目的则是避免未来再发生违反规范,进而侵害法益的情形。刑罚论不再是和犯罪论无关的理论,也因为此,量刑又被称为是“刑法理论的缩影”。〔8〕

关于量刑问题的上述共识,是对量刑理论进行改造时所不能背离的。因此,所谓的合理量刑理论的建构,实际上就是将报应和预防的理念、责任刑和预防刑的思考逻辑很好地融合起来,并使用司法上易于理解的话语进行提炼和表述。

## (二)“实践型”量刑理论的简要展开

有人主张,在法官量刑时,必须查清一切与量刑有关的事实和情节,将每一个量刑情节都纳入量刑考虑的范围,只有这样才能实现量刑公正,同时对于统一司法行为,提高司法公信力

〔8〕 井田良,见前注〔6〕,第624页。

和权威具有重大的现实意义。<sup>〔9〕</sup>但是,在查清一切与量刑有关的事实和情节之后才能量刑,这是不现实的。实务上的量刑应当是一个简洁化的过程,其绕不开的只是以下内容:一方面,某些因素是量刑时必须考虑、绝对不能忽略的;另一方面,哪些情节在量刑时应当优先判断,哪些应当推迟判断,量刑思考的位阶性是什么。

笔者认为,未来的量刑理论一定是功能性、实践型的,其应该分别考察“犯罪的过程性情节”和“犯罪人的个别性情节”,并确定前者的优先性、决定性地位。

#### 1. 量刑时必须首先判断“犯罪的过程性情节”

犯罪过程性情节,是与犯罪行为紧密关联、在实施犯罪过程中形成的情节,主要包括犯罪行为的样态、具体手段、犯罪工具、危害结果以及对社会的影响,被害人的受害程度、犯罪的起因、共犯关系、行为人的参与程度,以及犯罪故意的类型、犯罪的动机等。<sup>〔10〕</sup>犯罪的社会影响、媒体的报道等,与犯罪过程无关,不能成为裁定责任刑的理由。

量刑是根据犯罪的过程性情节决定刑罚的大致框架,并在此框架内考虑其他情节,决定最终的宣告刑。因此,量刑一定是以行为责任为中心的,这种犯罪过程性情节,基本上就是传统量刑理论中影响责任刑的情节。而要肯定这种情节,就要使得行为责任概念的功能在两方面得到认可。一方面,不能使预防考虑对于量刑的影响大过责任,责任刑的刑罚限定功能要被认可,因为行为责任所对应的量刑是平等的、公正的;另一方面,特别预防的必要性需要个别的、例外的判断。

犯罪过程性情节包括影响违法和责任,尤其是决定违法量的情节,其对于量刑有根本性的制约。审查犯罪过程性情节对于量刑的影响,要有两方面的考虑。一方面,要查清影响量刑的违法事实。首先,要考虑犯罪结果是否重大(如杀害、伤害多人、强奸致人自杀、盗窃数额巨大、贪污救灾款等)。其次,应当考虑行为形态的恶劣性、凶器是否事先准备、凶器种类,比如凶器是否属于枪支或者管制刀具等,这些事实都会影响刑罚轻重。而对被害人攻击的具体样态,杀人手段是否残忍,是否多次实施,行为属于作为还是不作为,这些也都对量刑有着重大影响。实践中对不作为犯通常判得比作为犯要轻;犯罪的计划是不是周密这样一些事实,也是决定客观违法性的事实,足以影响量刑。最后,要分析与犯罪接近的客观事实,这也会影响责任刑。比如,犯罪人和被害人的关系、纠纷发生的原因经过、是否属于从犯、犯罪加工的程度(例如,在营利性犯罪中,行为人是经不住诱惑而参加犯罪,还是主动参与共谋)等,也会影响对违法事实的判断,从而影响刑罚上限。

另一方面,要考虑影响责任刑的罪责事实。这包括被告人的年龄(例如,被告人刚满14周岁零1天杀人的,已满14周岁这一事实成为定罪事实,但仅仅超过一天的情节则成为减轻责任刑的情节)、精神状况、故意的形态(对间接故意一般判得比直接故意轻)、违法性认识可能性高低、期待可能性的有无等。

〔9〕 唐亚南:“刑事审判中对量刑情节裁量的规范完善”,《贵州民族大学学报(哲学社会科学版)》2015年第4期,第174页。

〔10〕 相关的讨论可参见张明楷:《责任刑与预防刑》,北京大学出版社2015年版,第275—288页。

## 2.量刑时例外考虑“犯罪人的个别性情节”

“犯罪人的个别性情节”是指除了犯罪的过程性情节之外,与一般预防或特别预防有关,以及其他无法还原为预防的“基于刑事政策目的”的情节,它们都与犯罪人紧密关联。这些情节一方面包括犯人的属性,比如犯罪人的年龄、经历(前科、累犯等)、性格(常习性)、一贯表现<sup>〔11〕</sup>和环境等;另一方面也包括犯罪后的态度,<sup>〔12〕</sup>如自首、立功,以及是否认罪认罚(反省、悔罪与赔礼道歉、退赃退赔、弥补被害人损失)等。这些情节虽然不属于犯罪过程中出现的量刑情节,但却表明了行为人回归社会的愿望,所以在裁量预防刑时必须予以重视。“犯罪人的个别性情节”中有的在责任刑范围内向下调节刑期,少数则具有向上微调刑期的功能,例如,犯罪后试图销毁现场痕迹和证据的,是增加预防刑的情节;事后积极退赃、赔偿损失与积极挽回损失的行为,以及家庭和社会能否接纳其回归,被害人一方的原谅等等,则是减少预防刑的情节。

在量刑时考虑“犯罪人的个别性情节”,虽然能够满足刑罚的预防性需求,但却不会成为量刑的决定性因素,其在整个量刑活动中应当处于边缘地位,因为刑罚预防目的只能被例外地予以考虑,如果在所有案件中都要绝对地实现特殊预防,势必有许多困难。例如,裁量者未必能提前准确预测被告人的再犯可能性;再如,一般预防的功能能否通过个案判决得以实现,在现实中也是难以检验的。

分别考察“犯罪的过程性情节”和“犯罪人的个别化情节”的功能,并进行分层次评价的量刑理论,与当下的实务做法之间存在着相当大的差别。例如,在“洪某涛故意杀人案”中,法院认定被告人洪某涛因琐事与被害人米某(男、15岁)发生纠纷,洪某涛持菜刀连砍被害人米某背部、头部、颈部等部位20余刀。经鉴定,米某身体所受损伤程度属重伤二级。被告人洪某涛被抓获归案。经查,被告人系累犯,其犯罪行为使米某遭受医疗费、营养费、交通费等经济损失25万余元。对于本案,法院在量刑时认为,被告人洪某涛系累犯,且故意侵害未成年人致使其重伤,对其应当从重处罚。被告人犯罪未遂,对其应当比照既遂犯从轻处罚,犯罪人归案后自愿认罪,如实供述全部犯罪事实,认罪态度好,遂以故意杀人罪对被告人判处无期徒刑。<sup>〔13〕</sup>对于这种从重情节与从轻情节并存的案件,法院采用的是“综合分析平衡”的方法,即对并存的各种情节加以分析并最终确定宣告刑。具体而言,本案的从重处罚情节包括:①累犯;②犯罪手段残忍、犯罪情节恶劣;③犯罪对象为未成年人。从轻处罚情节包括:①被告人犯罪未遂;②归案后如实供述罪行;③被害方存在一定过错。通过对这些情节进行分析,司法上习惯于认为,从重情节体现了被告人的社会危险性与人身危险性,尤其是累犯的情节对量刑时从重处罚的影响会特别大;在犯罪过程中,被告人持凶器连砍被害人20余刀,表明了犯罪人具有高度的人身危险性,因此会先评价从重情节。接下来,司法上会再去评价从轻情节,并认为从轻情节的价值有限。被告人虽然犯罪未遂,但却造成了重伤二级的严重后果,所以,未遂情节对于量

〔11〕 良好的一贯表现,如果能说明行为人再犯罪的可能性小的,当然成为减少预防刑的情节;不良的一贯表现对预防刑的影响应当控制在很小的范围内,否则会导致“间接处罚”。

〔12〕 被告人是否坦白、悔罪、和解、退赃与责任刑中的罪责无关,应该将其视作影响(特别)预防刑的情节。

〔13〕 参见北京市第一中级人民法院刑事附带民事判决书,(2018)京01刑初字第102号。

刑的影响程度有限,被害方的过错只是酌定从轻情节,是否从轻处罚仍然需要综合全案来考虑。从案件起因上看,双方在案件发生、发展的过程中均存在一定责任,言语上都有不当之处,被害人过错不会特别影响对被告人的量刑。通过对从重情节和从轻情节的综合比较,法院通常会认为本案中从重处罚情节的性质明确、程度强烈,对量刑的影响力占据明显优势,所以从司法的一贯立场看,基于上述逻辑对被告人判处无期徒刑就似乎是适当的。

但是,如果从前面提到的量刑时分别审查“犯罪的过程性情节”和“犯罪人的个别化情节”的思考方法出发,就会认为,实务上综合平衡或笼统判断不同量刑情节的功能的做法是不妥当的。在前述“洪某涛故意杀人案”中,对三个从重处罚情节和三个从轻处罚情节还需要重新归类,以判断哪些是与违法和责任的事实有关,从而影响责任刑上限的情节,而哪些又是只与预防有关,从而在责任刑限度内上下调节刑期的情节。在被告人洪某涛的所有犯罪情节中,属于“犯罪的过程性情节”的情形有:①犯罪手段残忍、犯罪情节恶劣;②犯罪对象为未成年人;③被告人犯罪未遂;④被害方存在一定过错。在这四个情节中,犯罪手段残忍、犯罪情节恶劣以及犯罪对象为未成年人这两个情节可能在量刑基准之上增加责任刑,而被告人犯罪未遂以及被害方存在一定过错则会适度降低责任刑。也就是说,因犯罪手段残忍、犯罪情节恶劣等而被提升的责任刑上限范围会有所下降。根据上述情节确定责任刑,这是量刑活动的关键步骤,对于累犯、被告人归案后如实供述罪行的“犯罪人的个别化情节”,只具有在责任刑范围内上下调整刑期的功能。由此可见,在量刑时一开始就评价累犯的功能,以及将累犯的价值过于夸大的做法,都是与量刑基本原理相悖的。

分别审查“犯罪的过程性情节”和“犯罪人的个别化情节”的量刑方法,能够清晰揭示量刑过程,对量刑结论进行充分说理,其优越性是不言而喻的。虽然其结论有时候可能和司法实务得出的结论相同,但是,这一量刑方法能够克服司法上的综合平衡方法或者笼统使用刑事责任概念的方法而过于依靠直觉、难以进行充分量刑说理的弊端。

### (三)“实践型”量刑理论的意义

需要说明的是,量刑时按照“犯罪的过程性情节”和“犯罪人的个别性情节”的顺序进行思考,而没有使用责任刑和预防刑等术语,主要是考虑以下四点:

第一,责任刑和预防刑的对立统一,是以构成要件该当性、违法性和有责性的三阶层犯罪论体系完全被接受为前提的。但是,在我国当下,三阶层论和四要件说各有一部分赞成者,使用更容易被接受的“犯罪的过程性情节”和“犯罪人的个别性情节”等术语建构量刑理论,是“改革成本”最小的进路之一,这有助于形成共识,推进量刑理论研究的深入。

第二,犯罪过程性情节决定刑罚的大致框架或者上限,量刑时被告人有多个情节的,其刑期也只能在与违法的分量有关联的意义上影响责任刑从而决定刑罚上限。被告人的刑期一定有一个“天花板”,不可以往上无限累加,该情节能够发挥量刑约束功能,满足责任主义的要求。

第三,“犯罪人的个别性情节”既然是个别化的,就应该是量刑时需要例外考虑的,而不是决定刑罚的一般性因素,其能够在刑罚上限范围内上下调节由“犯罪的过程性情节”所推导出来的责任刑,从而对最终的宣告刑给予一定程度的影响。

第四,“犯罪的过程性情节”和“犯罪人的个别性情节”在判断逻辑上具有位阶性。对“犯罪

的过程性情节”的判决具有优先性，“犯罪人的个别性情节”只是在一定范围内调节刑期，对其的判断是第二顺序的。这样的理论构架能够区分不同量刑情节的功能，防止实务上对不同性质的从重或从轻量刑情节“眉毛胡子一把抓”的做法，能够指引司法人员从一开始就能够将情节归类，然后再准确地确定不同情节对于量刑的影响力，实现量刑得当。

### 三、认罪认罚从宽制度下的量刑纷争及其解决

实务上由于没有准确认识不同量刑情节的功能，对区分责任刑和预防刑的重要性也认识不足，因此，远远低估了量刑问题的复杂性，以为纯粹凭经验就可以实现准确量刑。实践中对于量刑的这种认识偏差，也被带到了对认罪认罚案件的处理之中，得出了一些不当的结论。

在认罪认罚从宽制度全面推开后，刑法学界一般认为，量刑建议通常应该是确定的、精准的；既然公诉人和被告人之间就量刑问题存在某种“合意”，法官就不得对量刑建议做任何改变，以此确立量刑建议的效力。<sup>〔14〕</sup>但是，这属于似是而非的说法。确定型量刑建议与量刑理论之间是否一致，哪些情形下的量刑建议明显不合理，辩护方对量刑建议的异议对于准确量刑又有何价值等，都很值得探讨。在量刑理论构造、量刑实践具有复杂性、多变性的大背景下，刻意追求法官对量刑建议的采纳率，并不符合司法规律。

#### （一）责任刑“幅的理论”与确定型量刑建议的疑问

刑法学界多数人所赞同的认罪认罚案件中，量刑建议就应当是确定的、精准的观点，是以责任刑采取“点的理论”为前提的。

在量刑理论上，“点的理论”和“幅的理论”二者之间的主要争论在于：责任刑究竟是一个确定的点（点的理论），还是有一个幅度（幅的理论）？是在责任刑的点周围或者点之下考虑预防犯罪的目的，还是在责任刑的幅度之内考虑预防犯罪的目的？“点的理论”主张，由于不法与对不法的责任都具有特定的、确定的内容，所以，在客观上存在与责任相适应的确定的刑罚（点），法官主观上也能够认识到这种确定的刑罚；法官只能在责任刑的点之下（而非点的周围）考虑预防犯罪的需要；当然，在具有减轻处罚情节的场合，法官也能够于点之下低于法定刑考虑预防犯罪的需要。由此，如果按照“点的理论”，就很可能认可确定型量刑建议。

“幅的理论”主张，量刑的具体基准从本质上看具有一定幅度。无论对量刑基准如何把握，从各个具体案件中试图运用类似于数学方程式那样的东西去导出科学的、绝对正确的唯一的刑罚量是不可能的。<sup>〔15〕</sup>“幅的理论”的基本考虑是：①法益被侵害的具体情形从事后看都是确定的，但量刑是对违法和罪责事实进行价值评价。客观事实本身和量刑时对事实的评价是两回事，责任刑有幅度就很正常。在故意杀人的场合，不作为杀人、共犯杀人等的不法，都是评价的概念，它们都对量刑有影响，法官必须基于其正义感觉寻找责任刑。此时，考虑行为的实

〔14〕 参见卞建林：“认罪认罚从宽制度赋予量刑建议全新内容”，载《检察日报》2019年7月29日，第3版；郭烁：“控辩主导下的‘一般应当’：量刑建议的效力转型”，《国家检察官学院学报》2020年第3期，第16页。

〔15〕 参见松本時夫：“量刑の実務と今後の課題”，《现代刑事法》3卷1号，第12页。

质违法和社会的“处罚感情”，责任刑就一定是在实践中摸索出的“幅度”而不可能是点，量刑就是在责任刑的上、下限之间反复“试错”；②责任刑中的狭义责任论是道义责任论。基于自由意志，行为人存在故意或过失，与此相关的道义报应理论必须考虑被告人的谴责可能性大小等相关因素，这些都会影响量刑幅度。责任刑与对意思决定进行非难的程度相当即可，而非必须精确化到唯一确定的程度；③量刑要考虑公众的社会心理，责任刑应当能够反映理性国民所能够接纳的社会心理。责任刑的量需要有足够空间，以接纳社会中不同的价值观、文化观，责任刑作为犯罪处罚正当化的外在表现，必须表现为国民能够接受的幅度，“幅”的存在就理所当然。承认责任刑有幅度，法官对刑期有调控空间的量刑理论考虑了公众的社会心理，也给予了刑罚预防功能得以实现的机会；<sup>[16]</sup>④认为存在事实上可以被判断的点，是对法学作为科学的迷思，是实证主义而非理性主义的产物。对此，井田良指出，责任刑的确定，是受价值判断影响很大的操作，在结论不可能是唯一的这一点上，与法条的解释方法相同。法条文义有“可能主张的一定幅度”，在日常用语可能的含义范围内解释结论都是合理的，多个解释结论并存也是可能的，主要看谁讲得有道理。抢劫罪的责任刑是3年6个月还是3年10个月，不能说哪一个结论绝对正确，“点的理论”和思考责任刑的逻辑不符。<sup>[17]</sup>

对此，前田雅英也明确指出，虽然不能恣意地进行量刑判断，但过度强调“寻求一个不变的、正确的点”这一想法很危险。<sup>[18]</sup>需要指出，说责任刑不是一个点，并不否定法官最终量刑的确定性。随着社会的发展，国民规范意识也会发生变化，为回应这种变化，考虑行为责任导出妥当的量刑的“幅”，再考虑预防效果对量刑予以调节，最终能够得出一个确定的宣告刑，即最终量刑是没有幅度的。但是，检察官在提出量刑建议时确定一个点，而且总是要求法官照单全收，这和量刑原理之间是存在抵触的。

通说和审判实务上都承认幅的理论。德国联邦法院1954年的判决明确指出，什么样的刑罚与责任相当不可能精确表达，其存在一个相当大的幅度，其上下限都与责任对应，法官可以在此幅度内选择刑罚，但不得判处他自己都认为与责任不相当的严厉刑罚。德国学者认为，幅的理论具有牢固的理论基础，而不是用来掩盖认识论的困难。<sup>[19]</sup>

基于责任刑的“幅的理论”就应该认为，刑罚轻重到何种程度才与责任相当，是很难精确地确定的。责任刑存在一个相当大的范围和空间，其上下限都与行为责任相对应，对被告人的量刑只要是在责任刑的幅度内进行决定的，就是符合罪刑相适应原则的。从这一前提出发，检察官提出精准的量刑建议，并要求法官必须接受确定于某一特定“点”的刑期，可能与量刑原理之间存在抵触之处。

## （二）量刑建议中的量刑理念与法官裁量权

“采纳量刑建议体现了裁判方在合法范围内对‘诉讼合意’的尊重和认可，是认罪协商制度

[16] 参见井田良，见前注[5]，第221—222页。

[17] 井田良，见前注[5]，第222页。

[18] 前田雅英：《刑法讲义总论》，东京大学出版会2015年版，第411页。

[19] （德）弗兰茨·施特伦：“德国量刑理论的基本问题与最新进展”，陈学勇、罗灿编译，载《人民法院报》2014年6月6日，第8版。

有效运行的基础。”〔20〕这样的结论是以量刑建议绝对科学合理为前提的。但是,如果实务上对于量刑情节的功能认识不当,量刑建议从根本上看值得商榷时,仍然要求法官接受该量刑建议就是强人所难。“当前改革背景下,司法责任制被视为适度放权于个体司法官的重要保障机制,而由于认罪认罚案件的适用范围广,完全放任检察官经协商提出精准的量刑建议,并由法官一般采纳,这并不现实。”〔21〕

### 1. 缺乏量刑理念指引的量刑建议可能出错

量刑建议精准化,需要以量刑实体公正为价值基础和实现根据。〔22〕根据《刑法》第61条关于量刑的规定,对于犯罪分子决定刑罚的时候,应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度,依照本法的有关规定判处。这一规定,对量刑的实体依据进行了明确,但是,该规定并未对不同情节的功能、评价过程等予以明确。刑罚是在表达对犯罪的观念性反应,行为罪责使得刑罚的执行合法化,并决定了刑罚的轻重。因此,如果不能准确寻找量刑基准,无法明确与责任刑有关的犯罪过程性情节对刑罚上限的根本约束,司法上不认同——即便存在累犯、犯罪后潜逃、拒不认罪以及退赃等情节,其刑期也不能一直向上累加——这一基本逻辑,量刑的分析思路就可能出错,刑期通常就会偏重,量刑建议结论自然也就有问题,说理势必不充分。离开实体法,仅仅从程序法上讨论量刑建议问题就会成为无本之木、无源之水,量刑建议的合理化也会面临实体根据上的重大挑战。

### 2. 在量刑建议中不宜夸大认罪认罚的功能

是否认罪认罚只是犯罪后的情节,属于“犯罪人的个别性情节”,其只具有在责任刑上下限范围内进行“微调”的效力,对于量刑的功能是有限的。假定甲和乙的所有犯罪情节都相同,甲自首后认罪认罚,乙拒不认罪,对甲可以在责任刑幅度的下限乃至法定刑之下的范围内量刑,对乙在接近于责任刑上限的范围内判刑。由此可见,对量刑有根本性制约的是违法、责任或者“犯罪的过程性情节”,即便甲认罪认罚,对其的从宽处理仍然是有限度的;即便乙拒不认罪认罚,对其也不能判刑太重,更不能逾越责任刑的幅度上限判刑。对于认罪认罚情节的功能定位不准,量刑建议难言妥当。但是,在当下的实践中,多数案件都存在不当扩大认罪认罚情节的量刑影响力的疑问。

### 3. 法官对量刑建议的变更方向

按照量刑基本原理,量刑权是法官的自由裁判权,这一权利不可能由检察官分享。

从政策的角度看,法官将量刑建议所确定的刑期往下调整是可以的。在日本,实务上基于以行为责任为中心的思考而决定具体的宣告刑时,检察官的求刑会成为“参考因素”。检察官的求刑在法律上仅仅是一种意见而已,并不会对法官产生拘束力。但实际上,可以说,其具有相当大的影响力。多数情况下宣告刑会低于求刑的程度,反过来,几乎不存在比求刑更重的宣告刑。但

〔20〕 卞建林,见前注〔14〕,第3版。

〔21〕 林喜芬:“论量刑建议制度的规范结构与模式——从《刑事诉讼法》到《指导意见》”,《中国刑事法杂志》2020年第1期,第15页。

〔22〕 参见石经海:“量刑建议精准化的实体路径”,《中国刑事法杂志》2020年第2期,第11—16页。

这并不是—种机械式的操作,其原因在于,检察官重视报应与—般预防的观念,所以在犯罪情节所推导出的框架的上限附近设定求刑;另一方面,在审判阶段,将精力集中于犯罪情节的证明,对于犯罪情节之外的其他情节就不会进行如同犯罪情节那种程度的证明,而是将其委托给辩护人,所以在辩护活动中,对被告人有利的情节会得到考虑,宣告刑因此而有所下降。<sup>[23]</sup>

在我国刑事司法中,检察官提出量刑建议时承担客观义务。受制于刑事追诉的立场,不可避免地带有—定偏向性,更多地考虑国家社会利益和被害方的需求,更多地关注从重处罚的量刑情节,从而倾向于提出幅度更高的量刑建议。而法院的立场相对中立,在庭审中掌握的量刑信息更为完整,更能兼顾各方的利益和诉求,所以,—般会在控方建议的偏重量刑幅度内就低量刑,甚至在建议的幅度以下量刑,“高求低判”的情形远远多于“低求高判”。同时,法院在量刑时无疑会考虑到被告人的诉求,特别是其上诉的可能性,因而在控方建议的量刑幅度内就低判刑,有利于消除被告人的对抗情绪,增强审判的可接受性,避免上诉审。<sup>[24]</sup>

—般认为,根据刑事诉讼法的人权保障精神,尤其是保障被追诉者人权的—原则,法院在量刑建议之下适用刑罚是可以接受的,但在量刑建议的刑期之上进行判决就构成违法,属于判决确有错误,检察机关应当进行抗诉。这样—来,对《刑事诉讼法》第201条“—般应当采纳”的理解,就主要体现在没有法律规定的事由时,法院不得在量刑建议的建议刑期之上进行量刑。<sup>[25]</sup>应当说,法官对量刑建议可以朝着处罚更轻的方向进行变更,但是,也不排除在特殊情况下“向上”变更,认为法官不能在量刑建议之上判刑是对认罪认罚从宽制度的误解。2019年6月,浙江省仙居县人民法院在—起认罪认罚案件中不采纳检察院所提出的拘役2个月零15天的量刑建议,转而在量刑建议的刑罚之上判处被告人拘役3个月零10日,检察机关由此提起抗诉。随后,台州市中级人民法院作出改判,采纳了检察院的量刑建议。<sup>[26]</sup>二审改判以后,本案引起了理论界和实务界不同程度的质疑和批评,其焦点是量刑建议精准化及其刚性的法律效果。刑诉法学界不少人赞同二审判决。但是,如果法院的—审判决考虑了危险驾驶罪的被告人血液中酒精含量之外的特殊情节,进而在量刑建议之上处刑,就可以认为量刑建议存在不当,法院的—审判决结论就是有道理的。<sup>[27]</sup>

另外,如果量刑建议中对共犯等情节并未考虑,法官也可以在量刑建议的基础上向上调整

[23] 参见(日)川出敏裕、金光旭:《刑事政策学》,钱叶六等译,中国政法大学出版社2016年版,第114页。

[24] 参见陈瑞华:“论量刑建议”,《政法论坛》2011年第2期,第14页。

[25] 参见郭烁,见前注[14],第16页。

[26] 参见范跃红等:“认罪认罚了,量刑从宽建议为何未采纳”,载《检察日报》2019年9月21日,第1版。

[27] 在醉酒驾驶机动车的危险驾驶案件中,检察机关往往单纯根据血液酒精含量确定刑期提出量刑建议,这是片面的,能够进入刑罚裁量视野、足以影响责任刑的“犯罪的过程性情节”还有:①醉酒驾驶机动车,发生非单方交通事故且负事故全部或者主要责任,造成多车以上追尾、多人以上受伤的;②醉酒驾车强行进入城市特殊繁华路段(如步行街等),或强行驶入行人过街天桥的;③醉酒驾车造成交通事故后逃逸的;④醉酒后追逐竞驶的;⑤醉酒后在高速公路、城市快速路上驾驶的;⑥醉酒后驾驶校车、危险品运输车、中(重)型货车、工程运输车,或者载有乘客的营运机动车的;⑦严重超员、超载或者超速驾驶,或者明知是不符合安检标准或者已经报废的机动车而驾驶的;⑧醉酒驾车后逃避或者拒绝、阻碍公安机关依法检查(尚未构成妨害公务等其他犯罪)的;⑨曾因酒后驾驶机动车受过行政处罚或者刑事追究,又醉酒驾驶的;⑩醉酒后教唆、指使、强迫无驾驶资格的未成年人驾驶机动车高速行驶的;等等。

刑期。反对的观点认为,检察机关提起的指控不论罪数多少,抑或罪名轻重,法院都只能减轻指控、减少指控,而不能增加指控、加重指控,因为法院是审判机关,而不是控诉机关,只能在检察院指控的范围内进行审判。在当下以审判为中心的诉讼制度改革背景下,法院尤其要明确自己审判者的地位,而不能再承担控诉职能,其中最重要的体现就是不能加重检察院提出的量刑建议,也就是说应当主张法院可以变更检察院的量刑建议,但是,只能对量刑建议进行减轻。<sup>[28]</sup>但是,上述观点未必妥当,在认罪认罚案件中,法院仍然拥有司法审查权和最终决定权。<sup>[29]</sup>例如,共犯参与情节是客观存在的,是指控的犯罪事实中已经包含了的内容,法官对于量刑意见中并未评价的首要分子进行评价、对主犯从重处罚等内容进行确认,并将其作为影响责任刑的“犯罪的过程性情节”看待,从而裁量刑罚,并无不妥。

### (三) 律师对量刑建议的异议及其影响

责任刑本身是一个幅度而不是一个点,精准量刑建议缺乏理论根据;责任刑与预防刑的确定涉及价值判断,这些都决定了量刑需要法官、检察官和被告人反复商讨,尤其需要注意听取律师的量刑辩护意见。

量刑不是纯实证的验证,不像自然科学那么精准,而是和司法经验及价值判断有关。例如,一个持刀入户盗窃2千元的案件,最高人民法院的量刑指导意见规定的量刑起点范围是3个月到9个月。有的律师可能根据经验认为,4个月就是量刑起点,但是,公诉人认为7个月才是量刑起点,之后再对入户、持刀等量刑情节予以评价,对刑罚进行调整。事实上,如何确定量刑基准,责任刑上限范围的确定等,都必须要根据经验来进行价值判断,所以一个负责任的律师对量刑建议提出异议就完全是有可能的。

目前,检、法两机关对于量刑建议的约束力存在认识分歧,主要是没有从教义学的角度体系性地解释《刑事诉讼法》第201条第2款的规定。《刑事诉讼法》第201条第2款规定:“人民法院经审理认为量刑建议明显不当,或者被告人、辩护人对量刑建议提出异议的,人民检察院可以调整量刑建议。人民检察院不调整量刑建议或者调整量刑建议后仍然明显不当的,人民法院应当依法作出判决。”据此,有权提出量刑建议的异议的主体包括被告人和辩护人。但是在实务中,被告人提出异议的情况是比较少的,因为认罪认罚当然包括被告人对量刑建议的认可,同意检察机关的量刑建议是被告人认罚的必备核心内容,<sup>[30]</sup>而律师基于其对法律的理解,对量刑建议发表不同于被告人的意见则是可能的,尤其是审判环节介入诉讼的律师提出异议的几率明显大于被告人自己提出异议的情形,所以实践中特别值得关注的是,律师的量刑意见异议权的问题。

按理说,检察官提出初步的量刑建议以后应当给予犯罪嫌疑人、被告人及其辩护律师或者值班律师一定的答辩机会和考虑时间,由辩方对检察机关提出的量刑种类和幅度进行权衡、考虑并向检察机关反馈,是否同意检察机关的量刑建议。检察机关在收到辩方的反馈意见以后

[28] 参见王敏远、杨帆:“认罪认罚从宽制度的新发展——《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》解析”,《国家检察官学院学报》2020年第3期,第71页。

[29] 参见熊秋红:“比较法视野下的认罪认罚从宽制度——兼论刑事诉讼‘第四范式’”,《比较法研究》2019年第5期,第85页。

[30] 参见孙长永:“认罪认罚从宽制度的基本内涵”,《中国法学》2019年第3期,第212页。

进行审查协商,这种协商过程根据需要可以多次进行。<sup>[31]</sup>但是,在实践中,有的时候量刑会沦为检察官的“一言堂”,被告人及其辩护人反对的机会很少。甚至不排除有个别检察官为了迅速结案,对不了解案卷材料也得不到律师有效指导的在押嫌疑人采用威胁、引诱、欺骗等非法方法,促使其选择认罪认罚。也有些时候权利告知程序走过场,值班律师帮助不到位,被告人存在模糊认识、草率认罪认罚,签署具结书后又反悔,甚至到宣判后又上诉,制度效果落空,如果按诉讼诚信原则剥夺其上诉权,加重处罚又过于严苛,案件处理相当被动。<sup>[32]</sup>所以针对这些现象,律师的量刑建议异议会对公正量刑影响很大,律师提出异议,人民检察院不调整量刑建议的,即便量刑建议并非“明显不当”,但当法官要求检察机关调整量刑建议而后者不调整的,法官也可以直接作出判决,不受量刑建议是否明显不当的限制。《刑事诉讼法》第201条第2款将辩护人对量刑建议提出异议与量刑建议明显不当并列作为法官可以不采纳检察院量刑建议的情形之一,这实际上是为法院行使量刑裁判权提供了制度支撑,为法官依职权变更量刑建议提供了法律依据。

这样说来,只要法官想对量刑建议进行调整,他就有机会在其对检察机关的量刑建议有疑问的场合,再认真考虑被告人、辩护人对量刑建议的看法,尤其是在辩护人提出异议且言之成理的情况下,对量刑建议予以改变。所以,量刑建议存在一定不当,即使不属于明显不当,在辩护人一方提出异议的情况下,法官行使其调整量刑建议的权利也是没有障碍的;因为检察官和被告人有“合意”就要求法官对量刑建议予以全盘接受的做法,在法理根据和法律依据上都存在疑问。

#### 四、结 论

1.围绕量刑问题,形成了三套不同的话语体系,其各有优劣得失。即便肯定量刑实务具有简洁化的特征,也应该认为量刑是一个能动的、个别化的活动和过程,需要针对具体案件的具体情况,对作为量刑事实根据的各个因素做具体的分析判断;量刑更是一个价值评价和规范判断过程,不是单纯的事实认定过程,量刑的复杂性不是像做加减法那么简单。<sup>[33]</sup>精准量刑建议的提出不仅难以做到,而且可能有悖于法理。法官的裁量权是不可否认的,调整量刑建议是其法定权利之一。检察官只有求刑权,法官不能完全放弃对量刑建议的实质审查,唯有这样才能实现量刑公正,防止认罪认罚从宽制度的功能异化。

2.检察环节的控辩沟通毕竟不同于庭审,律师参与度有限,同时受量刑事实的动态性、被告人心理动荡及诉讼全过程的表现等因素的影响,量刑建议与庭审结果之间有差异是正常的,因此,不能过于看重量刑建议对裁判的刚性制约。

3.通过对《刑事诉讼法》第201条第2款的教义学解释,可以认为法官不能因为事关量刑的协议是双方当事人达成的,就负有批准或者照单全收的义务。法官对于量刑建议,可以选择

[31] 刘辰、周健:“认罪认罚量刑建议的几个理论问题”,《法治现代化研究》2020年第1期,第42页。

[32] 樊崇义、何东青:“刑事诉讼模式转型下的速裁程序”,《国家检察官学院学报》2020年第3期,第6页。

[33] 参见石经海,见前注[22],第22页。

接受或者拒绝。法官如果想拒绝量刑建议,其可以在征求被告人和辩护人意见之后,认可被告人、辩护人的量刑建议异议从而要求检察官进行调整,在检察官不进行调整的场合,法官就可以直接作出裁判。

4. 刑法学界一般从给被告人提供确定的心理预期的角度论证量刑建议对法官的刚性约束,这是建立在量刑建议自身准确合理的假定之上的。从实体角度看,量刑需要兼顾报应和预防,应当分层次考察“犯罪的过程性情节”与“犯罪人的个别性情节”对量刑的实际影响,根据违法与罪责的分量决定量刑上限。但是,这种“实践型”量刑理论并不为检察机关所很好把握。在这种背景下,讨论量刑建议对审判权的约束效果,主观愿望可能是好的,但是,如果片面追求量刑建议精准化和采纳率,不仅在学理上站不住脚,而且在实务上也很难行得通。

**Abstract:** The theory of sentencing with responsibility and prevention as the core tries to prevent severe punishment. But since the punishment based on liability fundamentally restricts sentencing, the practical standpoint of sentencing and the reform logic of the supreme judicial authority are not fully understood, resulting in an improper understanding that once there are more circumstances for heavier punishment, the prison terms can be accumulated upward. It is therefore useful to reveal the key differences between sentencing theory and practice to promote better sentencing under the system of leniency for pleading guilty and accepting punishment. In the future, it is necessary to reform the sentencing theory in order to meet the “concise” requirements of sentencing practice, pay attention to the distinction between “the circumstances about process in a crime” and “the individual circumstances of the criminal”, and treat the former as the principle factor determining the upper limit of punishment and the latter as the circumstances of exceptional fine-tuning the punishment based on liability, so as to establish the hierarchy of sentencing. Since the punishment based on liability has a range, the feasibility of pursuing the determinacy of sentencing proposal is questionable. The existing literature simply considers the sentencing proposal from the perspective of rapid progress of procedure, which has obvious deficiencies. It is unfounded to suggest that if there is some agreement between the prosecutor and the defendant, the judge is not allowed to make any changes to justify the validity of the sentencing proposal. The judge has the right to change the sentencing proposal if the lawyer raises a reasonable objection to the sentencing. The only standard to judge the accuracy of sentencing is the principle of liability. Obviously, the accuracy and adoption rate of sentencing proposals are not the key.

**Key Words:** Upper Limit of Sentencing; Circumstances about Process of Crime; Individual Circumstances of the Criminal; Sentencing Proposal; Discretion of the Judge

(责任编辑:车 浩)