

英国诉权化量刑模式的发展演变及其启示

彭文华

内容提要:诉权化量刑模式是指上诉法院通过确立量刑的规则和制度,并借助上诉审查权监督、制约下级法院量刑的模式。法官量刑时拥有广泛的自由裁量权,通过严格的上诉审查制衡司法自由裁量权,适时修改与完善上诉审查制度,是英国诉权化量刑模式的基本特征。设立量刑委员会并由其与上诉法院联合制定和发布量刑指导制度,试图使量刑制度适当结构化与透明化以及注重对量刑说理的上诉审查,是英国诉权化量刑模式的主要动向。英国诉权化量刑模式表明,我们在量刑时应赋予上诉法院更为宽泛的量刑裁量权,确定合理的量刑步骤并适时颁行、修改量刑规则和标准,同时还应注重量刑说理及其审查,并构建量刑判例数据库。

关键词:量刑 诉权化量刑模式 自由裁量 上诉审查

彭文华,苏州大学王健法学院教授。

一 引言

定罪与量刑是刑事司法的两大核心内容。然而,在大陆法系国家和地区,无论是立法还是司法,对量刑往往重视不够。我国亦如此。事实上,对于刑事被告人及社会公众而言,“他们主要关心的问题正是量刑”。^[1]正因为量刑的重要性不亚于定罪,故而,要想使刑事法治产生更好的社会效果,就不能不重视量刑,这也是近年来我国理论界与实务界关注量刑的主要原因所在。

英美法系国家历来重视量刑,其量刑制度及模式相对来说也更为完善、成熟。学界耳熟能详的量刑模式是美国联邦量刑指南确立的量化模式。尽管该指南的强制性规范已失效,但其对我国的影响依然巨大。例如,由最高人民法院颁布并于2014年在全国全面推行的《关于常见犯罪的量刑指导意见》,就规定了许多量化规则和标准,这在一定程度上

[1] [日]田口守一著:《刑事诉讼法》,张凌、于秀峰译,中国政法大学出版社2010年版,第333页。

乃是美国联邦量刑指南影响使然。遗憾的是,由于美国联邦量刑指南的强制性业已失效,这在某种程度上揭示了量化量刑模式的缺陷和不足,对此应当要有充分认识。值得指出的是,同为英国,在量刑改革上走出了一条不同于美国量化改革的道路,而且事实证明英国模式较之美国的量化模式更为成功,其中的经验值得借鉴。

众所周知,量刑改革的关键在于如何有效地规制司法的自由裁量权。在这一点上,英国始终没有通过颁行强制性的量化规则 and 标准对自由裁量权加以形式化约束,而是诉诸于严格的上诉审查制度。即通过程序控制规范司法自由裁量权,以便在量刑的个别化与一致性之间取得平衡。与其他国家相较,“个别化量刑与一致性之间存在内在的张力。许多美国司法管辖区会给予一致性更多的权重,德国的量刑则更为个别化;而英国和威尔士则采取了中间立场”。〔2〕英国的上诉审查制度具有开放性与能动性,能较好地适应司法实践的需要。不过,如果只是通过严格的上诉审查实现量刑均衡与公正,是存在一定难度的,因而需要适当借助量化的量刑规则 and 标准。因为,适度量化能够使量刑更为结构化、透明化,对防止量刑偏差以及实现量刑均衡与一致,具有积极作用。近几十年来,英国量刑改革的一个显著变化是兼收并蓄,通过设置一些量刑规则 and 标准,使量刑适当保持明晰与确定。

尽管英国的量刑模式一直都在发展变化,但总体而言,仍然属于诉权化量刑模式。当然,对此我国学界存在不同看法。如有学者认为英国的量刑指南属于论理式。〔3〕有学者认为英国的量刑模式属于诉权控制模式。“诉权(程序)控制指的是通过完善相应的程序,使得控辩双方能够在专门的阶段就量刑事实、量刑情节是否成立,量刑事实及情节对量刑的影响展开相应的举证、质证和辩论,法官在判决书中再对上述问题作出必要的回应,并阐明详细的量刑理由,以此来控制法官的自由裁量权”。〔4〕笔者赞同后一种观点,英国的量刑模式本质上仍属于诉权化模式。尽管英国也颁布了量刑指南,但只起到指导、参考作用,并未动摇上诉法院在量刑审查与规制上的主导地位,刑事诉讼程序依旧是量刑的主导。

在英国,量刑改革始终在平稳、有序中逐步推进,不但所付出的代价相对较小,成效也较为明显,这与美国在 20 世纪 80 年代进行的“休克式”量刑改革形成鲜明对比。仅此而言,英国的诉权化量刑模式无疑更为成功,即便是在美国也得到了不少人的认可。因此,有论者建议,“借用英国上诉审查的见解,允许上诉法院和量刑委员会在发布量刑政策的一般准则方面分担责任。通过这种方式,联邦上诉法院形成的普通法量刑将会与参考性联邦量刑指南结合起来,在允许审判法院拥有必要的自由裁量权以实现个别化量刑的同时,为法院提供基准以指导量刑”。〔5〕本文拟对英国诉权化量刑模式的形成与发展、基本

〔2〕 Oren Gazal-Ayal, A Global Perspective On Sentencing Reforms, *Law And Contemporary Problems*, Vol. 76, 2013, p. vii.

〔3〕 参见杨志斌:《英美量刑模式的借鉴与我国量刑制度的完善》,《法律适用》2006 年第 11 期,第 34 页。

〔4〕 汪贻飞:《中国式“量刑指南”能走多远——以美国联邦量刑指南的命运为参照的分析》,《政法论坛》2010 年第 6 期,第 119 页。

〔5〕 Briana Lynn Rosenbaum, Sentence Appeals in England: Promoting Consistent Sentencing Through Robust Appellate Review, *Journal of Appellate Practice and Process*, Vol. 14, 2013, p. 157.

特征以及新动向加以具体分析探讨,期待能为我国正在进行的量刑规范化改革提供有益参考。

二 英国诉权化量刑模式的形成与发展

普通法的特点是以法官为主导,崇尚实质合理性,因而往往对法官的自由裁量权不加以特别限制。但是,为了避免法官滥用自由裁量权,需要对之加以适当监督或者制约。早在中世纪,英国法官所作出的判决就需要接受“上诉审查”,只不过那时的“上诉审查”与现在的上诉审查完全不同。即使对特别疑难案件确实需要上诉的,一般也由郡法院酌情向威斯敏斯特皇家法院寻求解决。换句话说,那时候的上诉并非统一而广泛使用的程序,充其量只是对自由裁量权的特别限制,因而与我们今天所说的能够影响司法决策的上诉是两回事。在这样的前提下,受到诸多限制的上诉不可能成为制衡司法自由裁量权的有效方式。

不过,那时的司法管辖权对司法自由裁量权的制约,是一种结构性制约。由于法院系统高度集权,国王能够把不同的案件分派给不同类型的法院。法官们也知道,他们应该在哪些方面决定哪些问题,哪些问题最好留给国王。^[6] 与基于目的限制和明显约束司法自由裁量权的结构性限制相关联,国王可以通过扩大或限制个别要素上的司法管辖权,保持对法官行为的严格控制。^[7] 除了司法管辖权外,能够约束司法自由裁量权的措施并不多。在英国,现代意义上的制约司法自由裁量权的许多举措,是在诺曼底王朝统治时期形成的。

随着社会的发展,特别是18、19世纪工业革命大发展时期的刑事犯罪不断增多,法官的自由裁量权越来越受到关注。在此之前,虽然说对司法自由裁量权有一些限制措施,但法官拥有几乎不受限制的自由裁量权是不争的事实,而犯罪率的攀升则使崇尚司法自由裁量权与矫正刑的做法遭到质疑。人们怀疑的不仅仅是其司法效果,更有其所引发的量刑不均衡与不一致等问题。当时,由于上诉法院无权对刑事案件加以审查,确实存在量刑缺乏基本标准和依据的情况,影响量刑公正。因为,不同法官基于不同的量刑理念可能会对量刑进行不同的价值判断。例如,有的法官可能会强调累积原则,即关注被告人的人身危险性,侧重根据被告人犯罪前科的增加而加重其刑期;有的法官则可能青睐根据比例原则量刑,即量刑时侧重考虑刑罚的适当性与有效性,而不是施加针对性的惩罚。法官根据不同的量刑理念对被告量刑,必然会导致量刑的不均衡与不一致。当对这种不均衡的量刑结果缺乏有效的纠错机制时,就会最终造成量刑不公与司法不公。

1900年秋天,在巴黎举行的比较法国际代表大会上,成立了调查不同国家司法机关(对犯罪采取的)裁判方法的委员会。英国参加了此次大会,对刑事案件上诉问题给予了

[6] 参见 Ralph V. Turner, *The King and His Courts: The Role of John and Henry III in the Administration of Justice*, Cornell University Press, 1968, pp. 39, 41。

[7] 参见 Eric G. Barber, *Judicial Discretion, Sentencing Guidelines, and Lessons from Medieval England, 1066 - 1215*, *Western New England Law Review*, Vol. 27, 2005, p. 36。

关注。为了解决量刑不均衡或不公正以及促使被告人理性地提起上诉,英国引进了上诉审查制度,并于 1907 年创立了上诉法院刑事庭。“新法院确立的一系列量刑规则将被统一引入量刑程序”。〔8〕可见,上诉法院设立的根本目的,是为了解决量刑均衡与公正问题。

1907 年后,刑事上诉法院开始发挥监督作用,不仅审理量刑的上诉案件,而且为刑罚裁量设置了一些准则。但是,应当看到,对量刑进行上诉审查会面临诸多困难,因为它并不能一劳永逸地解决量刑中出现的各种问题。即使在上诉法院,法官基于不同的社会理念对于刑罚裁量的限度也存在不同的理解。由于具有不同的社会理念,法官把握裁判依据和标准就会存在差异,这将不可避免地影响量刑。〔9〕因此,认为法官量刑应当均衡、公平,总是有些一厢情愿。这就不难理解,有时量刑情节并不能改变或者决定量刑判决及其公正与否。此外,基于追求量刑适当与公正的需要,可能会考虑不确定刑罚,这也会为上诉审查带来困惑。

为了应对司法实践中存在的各种问题,强化上诉审查的功能和作用,英国采取了一些针对性的措施。例如,为了提高法官的量刑技能,定期对法官进行有关量刑的专业培训。“自 1962 年以来,每年在曼彻斯特霍莉罗伊德大学都要对治安法官进行培训……这个培训是通过一系列假设的案例对法官进行量刑的实践练习”。〔10〕

同时,英国还非常重视吸收其他国家量刑改革的经验。“1973 年至 1974 年发布的重要官方报告涉及量刑改革。这些改革来自澳大利亚南部、加拿大和斯特拉斯堡的欧洲委员会。每项改革都以独特方式显示其重要意义,对各种问题及其解决方法的异同进行探讨,并提出建设性的解决方案,为量刑改革提供了极具吸引力而又重要的历史贡献”。〔11〕特别对美国的一些州在 20 世纪 70 年代所进行的量刑改革尝试,英国的理论界与实务界给予了极大关注。

20 世纪 70 年代开始,英国上诉法院还通过创设或者发布量刑标准和规则指导量刑。英国的上诉法院发布量刑指导规则,主要以上诉审查的方式进行,但其本身并非独立制定、发布量刑指南的机构。因为上诉法院能够通过上诉审查权监督、制约下级法院的量刑,并且自身可以确立量刑规则和制度规范量刑。这与美国通过量刑委员会制定和发布量刑指南以指导法院量刑完全不同。

总的来看,自设立上诉法院刑事庭开始,英国的上诉审查制度便得以确立,上诉法院在量刑中的作用越来越重要。起初,上诉审查制度发展相对缓慢。20 世纪中叶以后,其发展进程加快,通过补充必要的量刑规则和标准,得以不断地革新和完善。目前,量刑的上诉审查制度已经发展成为英国司法制度中一项较为重要的制度。

〔8〕 Briana Lynn Rosenbaum, Sentence Appeals in England: Promoting Consistent Sentencing Through Robust Appellate Review, *Journal of Appellate Practice and Process*, Vol. 14, 2013, p. 113.

〔9〕 参见 Walter Raeburn, The Bespoke Sentence, *British Journal of Criminology*, Vol. 5, 1965, p. 266.

〔10〕 Gordon Rose, Experimental Study of Sentencing, *British Journal of Criminology*, Vol. 5, 1965, p. 314.

〔11〕 J. E. Hall Williams, Reform of Sentencing-Recent Reports, *British Journal of Criminology*, Vol. 15, 1975, p. 187.

三 英国诉权化量刑模式的基本特征

与美国联邦量刑指南通过格式化、数据化的量刑规则和标准限缩司法自由裁量权不同,英国从未尝试过通过量化标准刻意限制和约束司法自由裁量权,因而法官拥有广泛的自由裁量权始终是英国量刑制度的一大特色。但是,这并非意味着司法自由裁量权不受任何约束。在英国,制衡司法自由裁量权的是严格的上诉审查制度,自由裁量与上诉审查并行是英国诉权化量刑模式的基本特征。

(一) 自由裁量权的广泛性与量刑指南的有限性

在诉权模式下,法官量刑时拥有较为广泛的自由裁量权。上诉法院只要认为适当,“对这项权力唯一的立法限制是对于被告人的上诉,上诉法院所判刑期不得高于原判决所决定的刑期”。^[12] 英国法官量刑的自由裁量权主要可以从裁量权的广度及量刑指南的有限性两方面探知。

1. 一切可能的因素及合理的刑罚目的均可作为量刑依据

在英国,“运用自由裁量权于量刑判决时,量刑者不仅须运用法律因素,如罪行的严重性以及被告人的犯罪前科,还有义务考虑任何加重和减轻的因素。例如,在英格兰和威尔士,加重因素包括受害人的脆弱性、受害人是否是种族或宗教的目标、罪犯在犯罪中的主导作用和他从犯罪中获得的收益。减轻因素包括罪犯是否被激怒、犯罪人的次要角色以及他接受责任或表示自责”。^[13] 考虑的量刑因素越多,越需要依赖法官的自由裁量权。这是因为,法律不可能规定所有的量刑因素,甚至可以说即使规定也只是很少的一部分,只有赋予法官充分的自由裁量权,才能将法律没有规定的因素纳入量刑的考量范畴。由此我们不难推知,英国即使存在量刑准则,也不会像美国量刑指南规定的那样面面俱到,更不可能人为地数据化、格式化。毕竟,法官自由裁量的回旋余地越大,量刑时可以酌情评价的因素就会越多。在这样的情形下,如果只是通过量化方式将量刑规则和标准格式化、数据化,将会严重妨碍司法自由裁量权的正常行使。

在英国刑事法律中,并没有刻意对量刑作出形式化、格式化规定,虽然上诉法院会发布一些具体的指导规则和标准,却也是根据实际需要使然,并非刻意限缩自由裁量权之故。法官量刑时,一切合理的目的,如报应、预防、威慑以及保护公共和个人利益等,都可以作为确定刑罚的依据。目的不同,考量的因素即不同。例如,基于报应目的与基于预防目的,所考虑的因素就会有所不同。因此,基于合理的刑罚目的而考虑可能的因素,无疑会大大拓展量刑情节的范畴,从而给量刑留下相对广泛的裁量空间,故法官拥有广泛的自由裁量权是在情理之中的。

[12] Briana Lynn Rosenbaum, *Sentence Appeals in England: Promoting Consistent Sentencing Through Robust Appellate Review*, *Journal of Appellate Practice and Process*, Vol. 14, 2013, pp. 113 - 114.

[13] Mandeep K. Dhami, *Sentencing Guidelines in England and Wales: Missed Opportunities?* *Law and Contemporary Problems*, Vol. 76, 2013, pp. 289 - 290.

2. 量刑指南的作用相对有限

在英国,法官拥有广泛的自由裁量权并非意味着不需要量刑指导规则。事实上,英国也有量刑指南,主要包括陪审团和委员会的准则,治安法院的量刑准则以及上诉法院制定的准则等,为裁判者提供了相对详尽的量刑指导。英国的量刑指南具有如下独特性:一是指南的来源多样化,即不同的相关部门均有制定量刑规则的权力;二是适用上的选择性,即不同部门制定的量刑指南并不具有强制效力,法官可以酌情选择适用。这样做的好处是,可以使法官全方位、多角度地考虑不同的量刑准则在量刑中的运用,同时又赋予法官主观能动性,做到具体情况具体分析以适应司法实践的需要。

因此,量刑规制的作用相对有限。在英国,由于量刑指导规则和标准多数具有针对性,因而法官在适用时较为谨慎,通常只限于特定的犯罪类型,如最低强制性刑期的适用便是如此。“和美国一样,英国也面临着监狱人满为患的问题。然而,相比之下英格兰宁愿让法官掌控自由裁量权,适用最低强制性刑期的只限于极少数犯罪”。^[14]而且,与美国法官严重受制于最低强制性刑期不同,英国法官可以考虑很多影响量刑的因素,因而能够灵活决定是否适用最低强制性刑期。例如,英国法官可能基于各种考量,包括考虑减轻或者加重因素、犯罪前科或刑罚条款以及药物的成瘾或依赖等,进而选择合适的刑期长度或替代刑。而在美国受制于量刑指南的强制性约束,法官只能考虑特定犯罪中涉及的药物类型和数量以及被告的药物史,其自由裁量权极为有限。在英国即便只针对极少数犯罪,司法实践中适用最低强制性刑期的可能性依然不高。因为,英国法官并不迷信最低强制性刑期在实现量刑一致与均衡方面的作用,相反他们觉得其与现代文明的刑罚体系有些不相融。

正因为英国量刑指南的作用相对有限,因而英国法官对于量刑指南的依赖,远没有美国量刑指南强制施行期间那么大。在英国,无论从观念上还是操作上,法官从来就没有将量刑指南作为解决量刑问题的灵丹妙药。正如有论者所言,“指南系统显然不是没有问题的,不应该被视为包治量刑和监狱系统所有弊病的万能药”。^[15]因此,英国的量刑指南对司法自由裁量权的限制和约束较为有限,当在情理之中。

(二) 通过上诉审查制衡司法自由裁量权

英国法官拥有相对广泛的量刑自由裁量权,符合普通法的一贯传统。客观地说,如果通过具体、详细的规则 and 标准来规制量刑,反而与普通法之宗旨相背离。对于刻意限制司法自由裁量权的行为,英国法官在本能上会予以排斥。有论者指出,“英国法官如此小心翼翼地维护着自己昔日的自由裁量行为,乃至对他们应有的自由裁量权构成侵蚀和干涉的任何立法总是给予批判”。^[16]如果刻意限制司法自由裁量权,难免会遭致质疑。这

[14] Ashley Gilpin, *The Impact of Mandatory Minimum and Truth-in-Sentencing Laws and Their Relation to English Sentencing Policies*, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol. 29, 2012, p. 98.

[15] Michael J. Allen, *Sentencing Guidelines: Lessons to be Learned*, *Northern Ireland Legal Quarterly*, Vol. 39, 1988, p. 335.

[16] Andrew J. Ashworth, *Sentencing in England: the Struggle for Supremacy*, *Federal Sentencing Reporter*, Vol. 7, 1995, p. 283.

就不难理解,在英国尽管有不少人针对监狱人口不断增多、矫正刑效果有限等提出质疑,试图通过制定详细、具体的量刑规则 and 标准指导量刑,以期促成量刑确定化来消除量刑偏差,实现量刑均衡与一致,但始终未如愿。^[17] 时至今日,广泛的司法自由裁量权依旧是英国法官量刑的重要依靠。

法官广泛的量刑自由裁量权,为灵活、能动地考虑个案的不同情节提供了便利,有利于实现量刑公正。但是,如果法官不正当适用甚至滥用司法自由裁量权,就有可能作出不符合事实与法律的量刑结果,从而背离量刑公正。同时,司法自由裁量权还可能使不同法官对于相同或相似案件,作出迥然不同的量刑判决,致使量刑失衡或者不一致。那么,既然广泛的司法自由裁量权有可能造成量刑不公正与不均衡,如何规制司法自由裁量权以避免其被滥用呢? 在这方面,英国有着自己独特的经验,即通过严格的上诉审查监督,约束法官的自由裁量权,以实现量刑公正与司法公正。这样,“上诉审查成为对个别审判法官自由裁量权的最终审查”。^[18]

为了确保上诉审查行之有效,上诉法院被赋予了独特的地位和权限。在英国,上诉法院拥有立法权,不但能够审查量刑是否合理、公正,还可以通过制定严密的量刑准则来规制量刑。英国上诉法院自设立以来,就非常执着地坚持并行使普通法赋予法院的量刑审查权,据此制定了许多有关量刑的法律和政策。早在 20 世纪 70 年代,英国就开始着手制定有关量刑的指导规则,以防止量刑偏差。这些量刑规则“创制出了自己的审查标准,说明它不会推翻判决,除非存在‘原则性错误’或‘明显过分’。……通过发展普通法量刑原则和开始于上世纪 70 年代的量刑指南,上诉法院创立量刑一致性原则并回应可意识到的量刑偏差,以实现立法目的”。^[19] 同时,上诉法院还制定并形成一套独特的量刑规则和程序,适时地规范下级法院的刑罚裁量活动。当然,这些量刑规则并非一成不变。为了迎合司法实践的需要,法官在不同的案件中可以根据不同的情形量刑,修正以往的量刑规则,并制定新的量刑标准,以确保量刑的灵活性。英国上诉法院的独特权限和地位,是美国上诉法院无法比拟的。

另外,参与主体的广泛性与审判方式的开放性,为上诉审查的公平与公正提供了保障。例如,在英格兰和威尔士,上诉法院刑事庭的工作便是审理有罪判决的上诉。在具体审理上诉案件中,除了主审法官,审判主体来源广泛,并不是固定不变的。同时,案件审理还具有开放性特征,即便不是审理案件的法官,也可以列席庭审。^[20] 参与主体的广泛,能保证从不同角度审视上诉判决中的量刑是否恰当。而审判方式的开放,则能使更多的法

[17] 参见 Eric G. Barber, *Judicial Discretion, Sentencing Guidelines, and Lessons from Medieval England, 1066 – 1215*, *Western New England Law Review*, Vol. 27, 2005, p. 39; Nell Hutton and Cyrus Tata, *A Sentencing Exception? Changing Sentencing Policy in Scotland*, *Federal Sentencing Reporter*, Vol. 22, 2010, pp. 276 – 277。

[18] Eric G. Barber, *Judicial Discretion, Sentencing Guidelines, and Lessons from Medieval England, 1066 – 1215*, *Western New England Law Review*, Vol. 27, 2005, p. 9.

[19] Briana Lynn Rosenbaum, *Sentence Appeals in England: Promoting Consistent Sentencing Through Robust Appellate Review*, *Journal of Appellate Practice and Process*, Vol. 14, 2013, p. 114.

[20] 参见 Briana Lynn Rosenbaum, *Sentence Appeals in England: Promoting Consistent Sentencing Through Robust Appellate Review*, *Journal of Appellate Practice and Process*, Vol. 14, 2013, pp. 111 – 112。

官参与到诉讼中来,使各自对量刑的独特理解、经验等得到充分体现,这将促使量刑更富有实践性和理性。可以说,参与主体的广泛与审判方式的开放,使得法官能从不同角度全方位审视量刑的合理性,有效地防止法官滥用自由裁量权。

(三) 适时修改与完善上诉审查制度

量刑的上诉审查制度不可能完美无缺,实施后面临各种问题在所难免。解决这些问题的方式多种多样,如对构建或者引进新的量刑制度、设置特别的程序规则等,都可以起到一定作用。但是,英国显然没有这样做。基于完善上诉审查制度的需要,英国国会不时颁布新的刑事审判法案,这些法案都是基于特定需要确定某类犯罪如何量刑的规则或者制度,以指导司法实践。例如,1991年的《刑事审判法》制定了以下原则:“(一)只有法院认为罪行非常严重以至于只有羁押才是公正的,才能处以监禁刑;(二)法院一般对那些并非特别严重的罪犯实行非监禁的‘社区惩罚’;(三)在必须监禁的情形下,其期限应与罪行的严重性相均衡;(四)只有在暴力和性犯罪案件中法院才可以超越相称的刑罚,为保护公众而处以较长的刑期;(五)超过一定比例的刑期威慑不具有合理性。”^[21]而《2003年刑事审判法》则“通过增加前科的权重显著(但未知)影响量刑的严厉性,使英格兰和威尔士的量刑超越了建立在均衡原则基础上的量刑模式”。^[22]这表明,英国并不主张采取诸如在立法中刻意引入新的量刑制度或者程序规则等相对激进的方式,以制约司法自由裁量权,防止量刑偏差,弥补上诉审查制度的不足,而是通过不断修改和完善相关制度保持其活力。这些法案的出台,使已有的上诉审查制度不断地补充“新鲜血液”,有效地保证了量刑的灵活性与能动性,迎合了司法实践的不同需要,赋予了英国量刑制度更为持久的生命力。

由上可知,英国量刑改革的进程可以说是渐进型的。这种渐进型的量刑改革举措,既能保留原有制度的合理性,又能适当地弥补其缺陷与不足,使量刑制度具有承继性与可持续性,避免了推倒重来的繁复与顾此失彼,其积极意义值得肯定。

四 英国诉权化量刑模式的新动向

量刑是一项极其复杂、繁琐的司法活动,这就决定了量刑制度不可能是完美无缺的。一项量刑制度起初适用时也许有其合理性,但经过司法实践的洗礼往往会显露出缺陷,诉权化量刑模式同样如此。英国上诉审查制度的完善,采取的是查漏补缺的方式,即一段时间后,通过颁布刑事司法法案弥补量刑制度的缺漏。但这样做却会带来量刑制度彼此分割独立、不连贯的弊端。^[23]量刑制度缺乏连贯,容易导致量刑顾此失彼,这是不利于量刑

[21] Andrew J. Ashworth, Sentencing in England: the Struggle for Supremacy, *Federal Sentencing Reporter*, Vol. 7, 1995, p. 281.

[22] Julian V. Roberts, Impact of Criminal History on Sentencing: Recent Developments in England and Wales, *Federal Sentencing Reporter*, Vol. 17, 2005, p. 173.

[23] 参见 Briana Lynn Rosenbaum, Sentence Appeals in England: Promoting Consistent Sentencing Through Robust Appellate Review, *Journal of Appellate Practice and Process*, Vol. 14, 2013, p. 115.

公正的。

为了解决量刑中出现的问题,英国也尝试进行一些改革,即通过制定量刑指南进一步完善量刑机制和制度。事实上,早在20世纪70年代,英国量刑指南就以指导司法裁判的实验形式出现过,其先驱是L. J. 劳顿。“他在20世纪70年代中期的两个有关性犯罪的上诉法院判决中,决定超越特定犯罪的罪行,并为不同类型的犯罪提出了不同的裁判标准”。^[24]此后,英国的一些法案,如《1991年刑事司法法》、《1998年犯罪与骚扰法》等中也有关于量刑指导方面的规定,只不过这些规定零散而不成体系。

特别值得提出的是《2003年刑事审判法》。该法案第339部分约三分之二的内容是有关量刑的规定,具体在七个方面作出了重大改革,即量刑的法定目的、新的量刑原则、量刑指导机构、一般的社区刑、新的短期监禁刑、提前释放的修改条款以及新的人身危险性规定。^[25]可以说,这些改革措施给量刑带来的变化和影响是深远的。总体而言,以《2003年刑事审判法》为代表的法案,围绕着量刑指南所提出的量刑改革,主要动向表现在以下几个方面。

(一) 量刑委员会与上诉法院联合制定和发布量刑指导制度

设立专门的量刑机构统一负责某些量刑事务,有利于指导不同的量刑参与者,使量刑制度更为协调一致。1998年,为了解决量刑问题,英国议会成立了量刑咨询委员会(SAP)。最初设想是通过招募来自全国各地,从事刑事量刑的法官、检察官、辩护律师和学者,建立一个有关量刑问题的智库,研究量刑问题和政策,为上诉法院量刑提供建议和指导。其后,量刑咨询委员会的“名号”几经变迁:根据英格兰和威尔士的《2003年刑事审判法》规定,自2004年3月起成立量刑指导委员会(SGC),由其根据量刑咨询专家小组的建议制定量刑指南。而《2009年的刑事审判法》则规定,自2010年4月起量刑指导委员会由量刑委员会(SC)取代。主要原因在于,“量刑委员会已获得主要利益相关方的支持,包括受害者服务部门、公安、检察、治安法院和刑事法院。制定指南同样需要寻求建议、研究和公众咨询”。^[26]不难看出,英格兰和威尔士量刑委员会基本上是整合量刑指导委员会与量刑咨询委员会的功能于一体的产物。

自2009年设立量刑委员会后,英国量刑委员会和上诉法院常常联合研制和发布量刑政策。在司法实践中,量刑委员会颁布的量刑政策虽然不具有强制效力,却具有一定的指导和参考作用,上诉法院给予了应有的重视。同时,对于上诉法院的量刑政策,量刑委员会一般不予以干涉,而是酌情加以认可并吸纳。可以说,上诉法院和量刑委员会之间的关系是互济互助的,基本上不存在原则性的冲突和矛盾。此外,上诉法院认可特定情况下量刑委员会颁行指南的做法。对于上诉法院与量刑委员会而言,就彼此意见和判断的适当

[24] Andrew Ashworth & Julian V. Roberts, eds., *Sentencing Guidelines, Exploring the English Model*, Oxford U. Press, 2013, p. 3.

[25] 参见 Andrew Ashworth and Elaine Player, *Criminal Justice Act 2003: The Sentencing Provisions*, *The Modern Law Review*, Vol. 68, 2005, p. 825.

[26] Mandeep K. Dhami, *Sentencing Guidelines in England and Wales: Missed Opportunities?* *Law and Contemporary Problems*, Vol. 76, 2013, p. 290.

尊重与认可,对避免在同一问题上产生冲突而言是必要的。

尽管英国设立了专门的量刑机构,但其地位和功能远远不及强制性规范实施期间的美国量刑委员会。一方面,英国量刑委员会制定的量刑指南主要是参考性、建议性的,并不具有强制效力。这也意味着,法官对量刑指南的适用具有较大的自愿性,虽然通常情况下应予遵循,但如果法官认为这样做违背公平与正义,就可以弃之不用。另一方面,上诉法院仍然负责发布、发展和修改量刑指南,其与量刑委员会制定的量刑指南相比,更具有司法公信力。这表明,虽然有量刑委员会的参与,但上诉法院仍然居于主导地位,诉权模式的本质并未动摇。不过,由量刑委员会制定量刑指南毕竟为不同量刑参与者均衡量刑提供了一致性的指导规则,其积极意义值得肯定。

(二) 量刑制度的结构化与透明化

在法官的司法自由裁量权不受约束的情形下,虽然英国能够借助上诉审查制度对裁判权加以适当制衡,但如果能通过量刑制度的结构化与透明化进一步合理地规范量刑,无疑是可取的。因此,英国并没有对结构化、量化的量刑制度彻底排斥,而是有选择地加以吸收。在“许多司法管辖区积极考虑采用更结构化的量刑制度,包括某种形式的指南”。^[27] 众所周知,美国于1987年就颁行联邦量刑指南,而英国直到1998年才系统颁行量刑指南以指导量刑。“目前所有普通犯罪都确立了《量刑指南》。《量刑指南》设计了量刑所应当考虑的情节帮助法官适当量刑,尤其是多数《量刑指南》都确立了具体的加重情节”。^[28] 对法院来说,虽然实现量刑的实质合理是主要目标,但如果结构化、透明化的量刑指南确实有利于防止量刑偏差、实现量刑一致,就不应该摒弃。

英国虽然做出了使量刑制度结构化与透明化的努力,甚至制定了一些量化的量刑规则和标准,却决然不同于美国强制施行期间的量刑指南。在英国,法官也时常受到诸如毒品等犯罪如何量刑的困扰,一度还导致监狱羁押人数不正常攀升。因此,在司法实践中,一直有人呼吁建立相对明确的量化量刑规则和标准,以适应毒品等犯罪的量刑需要。大约在2007年,英国量刑委员会曾考虑是否应制定明确的量刑指南,建立一个网络化的量刑指南系统,就像存在于许多美国司法管辖区的那样。但这种模式受到了压倒性的批评,议会也最终拒绝了明确的量刑指南模式。^[29] 可以说,英国量刑制度的结构化与透明化是相对有限的,根本谈不上量化与网络化。

客观地说,英国量刑制度与时俱进,逐步呈现出适度结构化与透明化特征,在某种程度上,可以看作是吸纳美国联邦量刑指南的结果。在布克案之后,虽然美国量刑指南的强制性规范失效,但这并非意味着量化的规则和标准一无是处。相反,有些量化的规则和标准能够使量刑更加具备结构化、透明化,为司法机关提供具体的量刑依据,有利于防止量

[27] Julian V. Roberts, Sentencing Guidelines in England and Wales: Recent Developments and Emerging Issues, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 76, 2013, p. 23.

[28] 彭海青:《英国量刑证明标准模式及理论解析》,《环球法律评论》2014年第5期,第131页。

[29] 参见 Maggie Sumner, Graham Jarvis and Howard Parker, Sentencing Trends: A Review of Criminal Statistics for England & Wales 1984 (Cmnd 9621), *Brit. J. Criminology* 26, 1986, p. 93; Julian V. Roberts, Sentencing Guidelines and Judicial Discretion: Evolution of the Duty of Courts to Comply in England and Wales, *British Journal of Criminology*, Vol. 51, 2011, p. 997.

刑偏差与实现量刑均衡与一致。^[30] 因此,量刑制度的适当结构化与透明化有其合理性。这也是量刑指南在其强制性失效后仍然具有影响力的根本原因所在。英国渐进式量刑改革通过不断地补充与完善,在许多方面逐渐与布克案后不断变革的美国量刑制度趋于一致。正如有学者所言:“在英国,量刑制度在许多方面与后布克联邦量刑制度有着惊人的相似。就如在联邦上诉法院的实践,英国制度的特点是:(1)立法机关设置强制性的最小值和最大值和一般的量刑政策,(2)由独立的量刑主体(英格兰和威尔士的量刑委员会)负责详细阐述和发布量刑指南,和(3)上诉法院和上诉法院刑事庭对原判法院的量刑进行审查。”^[31]

(三)注重量刑说理的上诉审查

英美法系国家向来注重量刑说理,其所采取抗辩式审判模式,在很大程度上拓展了裁判说理的广度和深度,为充分的量刑说理提供了良好的生存土壤。英美法系国家之所以强调裁判说理,是因为“如果审判能为服从判决或遵循命令提供适当并且充分的理由,那么败诉方就可能认可判决的权威性和约束力”;如果刑事裁判中缺乏量刑理由,“当事人只会得到自己是武断裁判牺牲者的结论”,就会被认为不公平。^[32] 在英国,判例法制度要求法官对判决说明理由,是判例发挥拘束力的关键,由此说明判决理由成为法律制度的基本要求。^[33] 1994年,英国《刑事审判与公共秩序法》第48条第(2)款就特别规定法庭对被告人作出较通常情况轻的量刑,应在法庭上说明这一事实。2003年的《刑事审判法》第174条又专门规定量刑法官“说明判刑理由并解释判刑效果的义务”,要求“必须在公开的法庭上,以通俗的语言和一般的术语,说明其决定所判刑罚的理由”。^[34] 作为刑事判决必备的内容,量刑说理揭示的是法官据以量刑的标准、尺度和依据,体现法官量刑时的思维过程与内心确信,因而成为上诉审查的重点。

客观地说,英国量刑改革的新动向主要还是确定某些量刑规则 and 标准,通过将之明确化与结构化,避免量刑失衡与不公,这可以说是吸纳了量化量刑模式的某些优点。然而,需要看到的是,量化的规则和标准也有其局限性。量刑指南并不能保证法官完全遵循指南,毒品等犯罪的量刑便是如此。量刑固然需要一定的规则和标准,需要有某些功利考量,但最重要的依据还是公正和人道的道德评价。这就决定了即使需要量化规则和标准以维护刑罚的一般威慑功能,实现量刑均衡与一致,也不能牺牲程序公正。可以说,在英国制衡司法自由裁量权主要依靠的还是以上诉审查为核心的程序控制。

[30] 参见彭文华:《布克案后美国量刑改革的新变化及其启示》,《法律科学》2015年第4期,第135页。

[31] Briana Lynn Rosenbaum, Sentence Appeals in England: Promoting Consistent Sentencing Through Robust Appellate Review, *Journal of Appellate Practice and Process*, Vol. 14, 2013, p. 110.

[32] 参见 Lawrence B. Solum, Procedural Justice, *Southern California Law Review*, Vol. 78, 2004, p. 189; D. A. Thomas, *Sentencing-The Case for Reasoned Decisions, at the Sentencing Process*, Dartmouth Publishing Company Limited, 1997, pp. 106 - 107.

[33] 参见[美]伯曼著:《美国法律讲话》,陈若恒译,三联书店1988年版,第16页。

[34] 参见康黎:《量刑说理初探》,《中国刑事法杂志》2008年第6期,第82-83页。

五 英国诉权化量刑模式的启示

英国诉权化量刑模式对世界一些国家产生了积极影响,美国就是其中之一。在布克案中,最高法院认为上诉复审有利于解决量刑差异,而联邦巡回上诉法院虽然对于如何控制偏差存在尖锐争论,但赞成对量刑的实质合理性进行上诉审查。^[35] 布克案后,由于量刑指南不再具有强制性效力,上诉审查在量刑中的意义就体现了出来。这是因为,联邦法官不受量刑指南的强制约束,可以相对自由地偏离指南量刑。在这种情形下,为了保证法官在量刑时做到公正与合理,通过上诉审查监督、约束下级法院的法官合理运用司法自由裁量权,就显得非常重要。然而,客观地说,上诉审查在美国还是遭到一些人反对的。“一个明显的争论是联邦上诉法院对刑事量刑判决内容的审查应该达到何种程度”。^[36] 但是,多数人对上诉审查还是给予认可的。

需要说明的是,在上诉审查方面,美国与英国存在着一定的差异。例如,在英国,上诉审查的目的是量刑是否恰当、合理;而在美国,“法院通过上诉审查试图确保地方法院遵守指南”。又如,在审查范围上,大多数美国司法管辖区的审查通常是为了确定审判法官是否存在认定错误;英国上诉法院审查不限于呈堂证据,为了达到作出恰当判决的目的,上诉法院在裁决中能够审查所有相关证据。^[37]

近些年来,我国也大力推进量刑改革,目标主要是通过限制司法自由裁量权以防止量刑偏差,实现量刑均衡与一致,最终实现量刑公正与司法公正。2014 年 1 月 1 日,最高人民法院颁布的《关于常见犯罪的量刑指导意见》(以下简称《指导意见》)在全国推行。《指导意见》强调“量刑要客观、全面把握不同时期不同地区的经济社会发展和治安形势的变化,确保刑法任务的实现”,要求“确保裁判法律效果和社会效果的统一”,所采取的是定量化与自由裁量相结合的量刑模式,以期使量刑兼顾灵活性与原则性、弹性与刚性。客观地说,颁行《指导意见》的积极意义值得肯定,但据此显然难以充分实现量刑公正与司法公正。且不说《指导意见》本身就存在诸多问题,其对司法自由裁量权的规制仍然是有限的。例如,《指导意见》规定:对于当事人根据《刑事诉讼法》第 277 条达成刑事和解协议的,综合考虑犯罪性质、赔偿数额、赔礼道歉以及真诚悔罪等情况,可以减少基准刑的 50% 以下。这意味着法官拥有基准刑 50% 的自由裁量权,不谓不大,如何有效规制仍然是个问题。要想有效避免滥用司法自由裁量权,实现量刑公正,可以适当借鉴英国诉权化量刑模式重视程序规制之所长。

[35] 参见 William H. Pryor Jr., *Federalism and Sentencing Reform in the Post-Blakely/Booker Era*, *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 8, 2011, pp. 552 - 523.

[36] Briana Lynn Rosenbaum, *Sentence Appeals in England: Promoting Consistent Sentencing Through Robust Appellate Review*, *Journal of Appellate Practice and Process*, Vol. 14, 2013, p. 99.

[37] 此处举例内容参见 Carissa Byrne Hessick, *Appellate Review of Sentencing Policy Decisions After Kimbrough*, *Marquette Law Review*, Vol. 93, 2009, p. 718; Briana Lynn Rosenbaum, *Sentence Appeals in England: Promoting Consistent Sentencing Through Robust Appellate Review*, *Journal of Appellate Practice and Process*, Vol. 14, 2013, pp. 112 - 113.

(一) 强化上诉法院的职能和作用

英国诉权化量刑模式最为鲜明的特征是侧重对司法自由裁量权的程序规制,通过严格的上诉审查约束法官滥用权力。事实证明,程序规制确实是实现量刑公正与司法公正的有效手段。赋予上诉法院法官必要的权限,促使其对不适当的量刑加以纠偏,是实现量刑公正的有力措施。

在我国,虽然《刑事诉讼法》第222条规定第二审人民法院应当就第一审判决进行全面审查,但也仅仅限于一审认定的事实和适用的法律。而且,这样的审查显然不能约束法定幅度内的司法自由裁量权。另外,《刑事诉讼法》虽然赋予第二审人民法院有对量刑不当的判决改判权,但从司法实践来看,这一规定形式多与实质,效果极其有限。因为,对法定刑幅度内的量刑,二审法院很少审查是否存在偏差,更谈不上改判。总体而言,我国的第二审人民法院只具有形式上的量刑改判权,实际上发挥的作用并不大。因此,有必要强化第二审人民法院上诉审查的职能和作用,特别是在量刑上要加强其审查、监督作用。具体操作时,上级法院不但要对一审认定的事实和适用的法律加以审查,同时还要对法律规定范围内的量刑是否公正、均衡加以审查。只要发现存在量刑不公或者量刑不均衡的情形,上级法院就应当发回下级法院重审或者直接改判,并要求下级法院说明理由或者自己陈述理由。

(二) 确定合理的量刑步骤并适时颁行、修改量刑规则 and 标准

英国对量刑始终贯彻全面审查的原则。在审查内容上,英国不侧重通过量化的规则和标准规范量刑,而是强调量刑所要遵循的要求和步骤。当案件出现从宽与从严等多种情节时,确实需要明确不同情节的适用次序,以避免产生刑罚适用上的差别。对此,日本、韩国等许多国家刑法均予以明确。例如,《日本刑法》第72条规定按以下顺序进行裁决:再犯加重→法律上减轻→并合罪加重→酌量减轻。一般来说,单个情节是法定情节的,要遵循先评价从重、加重情节,再评价从轻、减轻情节的次序,综合情节则要遵循先并合加重后酌量减轻的评价次序。这样做有利于保障人权。因为,先评价从严情节,此时由于量刑基准相对较低,导致从严幅度相应较小。从严处罚后法定刑相对较高,此时再评价从宽情节,则从宽幅度相对较大,这是有利于被告人的,符合保障人权的要求。比较之下不难发现,尽管《指导意见》对常见犯罪及其量刑情节等的规定较为详细,但依然存在不少缺陷,如不同情节的量刑次序匮乏,这无疑不利于量刑均衡与一致。

另外,对于具体的量刑标准和依据,一经确定就会在很长时间内适用。这固然有利于维护刑法的安定性,但其消极作用更为明显。以“许霆案”为例,一审判处无期徒刑之所以引起公众质疑,关键在于无期徒刑适用标准的僵化与机械。因为,从1998年至2013年盗窃罪的“数额特别巨大”标准就没有发生变化,将之适用于2006年发生的“许霆案”,意味着完全忽视1998年之后我国物价快速上涨以及涉案财产所体现的社会危害性大幅降低的事实,造成量刑不公乃至引发民众普遍不满在所难免。借鉴英国上诉法院适时颁行量刑规则和标准的经验,有必要根据社会经济发展、情势变更等适时颁行、修改量刑规则和标准,以保证量刑能适应司法实践的需要,充分体现公平、公正。

(三) 充分重视量刑说理及其审查

量刑说理反映的是法官量刑时的论证推理过程,以及对如何量刑的学理分析与说明,审查量刑说理能够有效发现量刑是否恰当及其原因。当前,我国各地基层法院刑事判决书中的量刑说理均采用大前提、小前提、结论这种简单的逻辑论证模式,缺乏学理上的说明和分析。常见的说理格式是“具有××情节,可依法予以××处罚。根据××规定,判决如下……”。这表明,在我国无论是法官、检察官、律师还是普通大众,对量刑的法律论证显然缺乏全面、深刻的认识和理解。

法律修辞学创始人、比利时著名法学家佩雷尔曼就指出,法官的判决,并非是纯粹逻辑推演的结果,法官之人格和价值取向必定渗入其中,他有义务以各种理由论证其判决为正当,并排除与其价值倾向相对立的各种因素,拒绝与判决相矛盾的事实。^[38]可见,对量刑给予学理上的充分说理是非常必要的。在上诉审查时,充分的量刑说理能提供具体的量刑依据和标准,以及法官裁判的论证推理过程,这些因素往往能够成为判断量刑是否公正的直接依据。因此,重视量刑说理及其审查对于避免司法自由裁量权滥用以及实现量刑公正,具有重要的现实意义。

(四) 建立量刑判例数据库

量刑时,审判法庭如何选择刑罚受诸多因素影响,并不是谨慎、小心就能够实现量刑公正的。如前所述,在具有广泛的量刑选择权,如“减少基准刑的 50% 以下”、判刑或者免除处罚等情形下,法院选择一种处罚并不困难,但是要想选择一个合适、公正的刑罚并不容易。特别是不同的法院要想在这样的问题上保持均衡与一致,难度更大。而在指导如何作出合适的量刑决定上,判例无疑是很好的参照。量刑的判例数据库能够在以下方面提供协助:“提高判决的一致性,平衡个体正义和一致性,提升量刑裁决的利用率和透明度,标示判决适用的范畴,促进上诉审查和监督,恰当记录对上诉法院量刑模式的不赞同理由。”^[39]

在英国,很多时候,上诉法院的判例都能为下级法院的量刑提供指导,同时也为上诉审查提供适当裁判的实践依据。例如,苏格兰就建立有量刑信息系统,并能充分发挥其效用,从而被认为对量刑合理化有促进作用。通过量刑信息系统,能够比较不同判例的量刑说理及结论,可以更好地实现量刑均衡与一致。“公正的刑罚并不一定意味着与犯罪相适应,而是根据一个犯罪者与另一个犯罪者互相之间的罪责比较关系、相对于某一者对另一者所做出的惩罚”^[40]同时,建立量刑信息系统也会积累相应的经验,从而为日后构建更为科学、合理的量刑系统提供有益帮助。“刑事诉讼的世界里,法官和律师建立和使用统计信息系统,并以现有的人工智能技术为基础,可能会在日后促成更好的决策支持系统

[38] 参见 Claim Perelman, *Legal Reasoning*, in *Justice, Law and Argument: Essays on Moral and Legal Reasoning*, D. Reidel Publishing Company, 1980, p. 128.

[39] John Preston, Judge's Perspective on Using Sentencing Databases, *Journal of Court Innovation*, Vol. 3, 2010, p. 258.

[40] [德]拉德布鲁赫著:《法哲学》,王朴译,法律出版社 2005 年版,第 164 页。

的发展和利用”。^[41] 因此,司法实践中选择在公正量刑和充分说理等方面具有代表性的案例,建立量刑判例数据库,作为司法机关具体量刑的参考依据,是很有必要的。

除上文所述,英国诉权化量刑模式还有其他值得借鉴的独特之处。例如,必要时在具体的量刑方式方法上,考虑适应现实需要酌情应变。在英国,由于上诉法院有创制量刑标准、依据甚至政策的权力,从而给上诉审查确定了一定的原则和标准,使得上诉审查更具能动性 with 灵活性。在司法实践中,基于保障人权的需要,在不背离刑罚目的以及有利于实现量刑公正的前提下,上级法院在量刑时也可以酌情灵活处理,不必拘泥于法律的文本框架。

[本文是作者主持的 2015 年度司法部国家法治与法学理论项目“量刑双轨制研究”(项目编号:15SF B 2016)的阶段性研究成果。]

[**Abstract**] Appeal-right sentencing is a model according to which a court of appeal establishes the rules of sentencing and oversees and controls the sentencing by the lower court through appellate review. The appeal-right sentencing model in Britain takes the check and balance of the power of judicial discretion through strict appeal procedure and timely revision and improvement the system of appeal review as its basic characteristics. Its main trend of development is to establish a sentencing commission to work together with the appeal court to formulate and issue sentencing guidance, thereby appropriately structuralizing and increasing the transparency of the sentencing system and enabling it to focus more on the appellate review of the reasoning of sentencing. China should draw on the appeal-right sentencing model in Britain, give the appellate court broader discretion in sentencing, determine the reasonable steps of sentencing, promulgate and modify sentencing rules and standards in due time, attach more importance to sentencing reasoning and its review, and establish a database of sentencing.

(责任编辑:雨 沐)

[41] Uri J. Schild, Statistical Information Systems for Sentencing: A Cookbook, *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 6, 1998, p. 140.