

论作为“行动”的量刑：阿伦特理论视野下的量刑程序

谭 芑

北京师范大学法学院，北京

收稿日期：2023年9月14日；录用日期：2023年9月25日；发布日期：2023年11月28日

摘 要

量刑行动是一种法律实践行动，不仅仅沟通了实体法和程序法，更是沟通了刑事法的两大核心：定罪与求刑，因而极具理论和实践意义，值得被反复讨论。在上一轮的研究潮流中，我们看到的是关于量刑程序改革的技术性层面的关注和行动，量刑行动的政治行动的本质并没有被发现和关注，在这样的理论关注的背景下，比较法范式成为支配刑事诉讼法研究的统治性研究范式，量刑改革在两大法系的对垒中寻找自身的参照系，是一个由他者的否定性建构起来的自我，因而是一种概念的理论，而没有能回归到量刑行动的“事情自身”和实践特征。回应刑事诉讼行动的现代性特征，需要把它作为一种政治行动进行思考，把它自身的技术性特征和行动本质区分开来，从而为人类的法律生活提供正确的指南。

关键词

量刑，量刑规范化，量刑程序，量刑规则，阿伦特

On Sentencing as an Action: Sentencing Procedure from the Perspective of Arendt's Theory

Peng Tan

School of Law, Beijing Normal University, Beijing

Received: Sep. 14th, 2023; accepted: Sep. 25th, 2023; published: Nov. 28th, 2023

Abstract

Sentencing action is a legal practice action that not only communicates substantive law and pro-

cedural law, but also communicates the two core elements of criminal law: conviction and sentencing. Therefore, it has great theoretical and practical significance and is worth mentioning again. In the previous round of research, we saw a focus and action on the technical level of sentencing procedure reform. The essence of political action in sentencing action has not been discovered and paid attention to. Against this theoretical concern, the comparative law paradigm has become the dominant research paradigm in the study of criminal litigation law. Sentencing reform seeks its own reference frame in the confrontation between the two legal systems, it is a self-constructed by the negation of others, and therefore a conceptual theory without returning to the “thing itself” and practical characteristics of sentencing actions. In response to the modern characteristics of criminal litigation action, it is necessary to consider it as a political action, distinguish its own technical characteristics from the essence of action, and provide correct guidance for human legal life.

Keywords

Sentencing, Sentencing Standardization, Sentencing Procedures, Sentencing Rules, Arendt

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 罪刑关系的颠倒与倒转

1.1. 量刑成为刑事审判的重心

刑事司法活动是由两个部分组成的，分别是定罪行动与量刑行动。当然，分类本身需要具备一定的目的，或者说已经隐含着我们进一步使用这些分类概念的需求，更进一步说，概念的分类本身奠基于我们实际的生活需要，否则概念的分类就失去了其生命力。通常来说，刑事诉讼法将自身分为侦查行动、起诉行动、审判行动和执行行动，这种分类学奠基于不同的诉讼阶段，其主要的参与机关和参与人不同，需要完成的任务不同，应当先查证证据，再由独立的第三方(法院)进行审判，最后执行；根本上说，这种分类学奠基于对犯罪人定罪量刑的需要，以及无罪推定、控审分离、司法独立的基本原则，这都是保障公民自由、限制公权力的简单推论。从这种分类学中，我们可以看出对自由主义原则的执行性操作流程，因而侦查、起诉、审判、执行的分类学的目的在自身之外，本身是一种技术性分类，它自身并不提供任何意义。

定罪行动和量刑行动的分类学需要把目的存留于自身之内，它并非奠基于不同的诉讼阶段。在每一个诉讼阶段都存在定罪与量刑行动，每个参与机关和参与人都涉及到定罪行动和量刑行动。这种分类也并非对自由主义原则的具体执行，不是出于无罪推定、控审分离、司法独立的具体要求。但意义不处于自身之外，并不一定就能证成其内在地具有意义。定罪行动和量刑行动的分类学奠基于刑事诉讼行动内在的“回应性”逻辑，那就是对违法行为的回应，否定违法行为的正当性。正如陈兴良教授在《刑法哲学》中指出的，“犯罪是个人对社会的一种侵害，而刑罚是社会为防卫自身的生存条件而对犯罪人的一种制裁”，刑罚是国家对犯罪的一种社会反应，“不可否认，罪刑关系应当是刑法的基本问题，也是刑法的调整对象” [1]。

强调犯罪与刑罚的“回应性”关系，并非要否认刑罚的预防功能而主张报应，事实上不论是一般预

防还是特殊预防，都是刑罚回应性特征的具体表现形式。罪刑关系的这种回应性，自然延伸到了定罪与量刑两种行动的关系上来，量刑行动是对定罪行动结论的一个回应，回应性的分类学意味着，区分定罪行动与量刑行动，其意义在于实现刑罚目的本身，或者说这种分类学立足于自身的目的——实现刑罚的目的，因此是比侦查、起诉审判等分类更为根本的一个分类。

就定罪行动与量刑行动二者的关系来说，量刑行动是目的，而定罪是手段。定罪本身是具体化、操作化、类型化了的量刑。给犯罪嫌疑人量刑或免于量刑的努力，推动着每一个定罪的过程。定罪行动的完成，远远不能宣告刑事诉讼行动的终结，甚至不能宣告审判行动的终结，因为审判的重点恰恰应当放在量刑之上。这不仅是因为形而上学思辨的要求，也出于现实的原因：

1) 定罪或许会弄错，但就算在定错罪的情况下，仍然有可能给出大致相当的刑罚，实现基本的正义，这种情况下法律适用的错误在教义学上被称为是实体法适用错误，当然也构成检察院抗诉、被告人上诉的理由，并且依照刑事诉讼法第 236 条应当在二审中改判。¹但是从正义实现的过程看，这仅仅是一种程序上的“瑕疵”，并不影响实质正义的实现。民众的法感情也不会受到侵犯。

2) 定罪虽然正确，但是量刑失误，这种情况下，不仅在正义得到实现的程序上产生“瑕疵”，实质的正义也直接地无法得到实现，民众的法感情也受到严重侵犯。在实定法上，量刑错误和实体法适用错误会造成相同的程序法后果：检察院抗诉、被告人上诉，以及二审改判。

3) 量刑行动中的思维贯穿了定罪行动，在实践中往往会出现法官、检察官甚至律师通过“以刑制罪”来确定自己的行动策略。当遇到某行为是否符合某一犯罪之构成存在模糊，或者严格按照司法三段论的推论模式将有可能导致个案裁判出现严重的罪刑不相适应时，法官选择先跳出传统的“先定罪，后量刑”的思维模式，转而从反向推理，即先根据犯罪类型估量该行为是否应当受到刑罚处罚，以及大致应当受到多大程度的刑罚处罚后，再据此选择是否入罪或确定适用何种罪名的[2]。可以说，先定罪再量刑是一个理论设想，量刑先于定罪在实务中已经是一个不需要争论的事实了。

4) 量刑行动需要大量复杂信息，远超定罪行动的要求。正如陈瑞华教授所说，量刑依靠的信息不能仅仅是定罪证据，“定罪与量刑所依据的事实信息是不一致的”“那些与定罪裁判无关却可以成为量刑裁决之基础的事实信息，通常可以包括三个方面：一是被告人的犯罪情节，包括涉及自首、立功、认罪态度、惯犯、累犯、在共同犯罪中的作用、退赃等在内的各种独特事实信息；二是被告人的个人情况，包括被告人的犯罪原因、平常表现、前科劣迹、成长经历、社会交往、家庭情况、受教育状况；三是被害人的情况，包括被害人受犯罪侵害的情况、受害后果、获得经济赔偿的情况及其所表现出的惩罚欲望”[3]。

5) 相较于定罪行动，量刑行动的确信程度低，面对的可能性更多。正如白建军教授所说，“不难看出，定罪是做乘法——如果不具备某个条件，就不构成某罪——定罪结果不是 0 就是 1。相比而言，量刑是做加法，最终会得到大于 0 的许多个可能的结果。而且，得到多个可能结果的原因又十分复杂，除了不同性质量刑情节的权重以及之间的叠加、冲抵，最终的量刑结果还不可避免地酌定情节、法官的价值取向、舆论、政策、外部干预等诸多未能写进判决书的复杂因素有关。也就是说，非法律因素的影响很可能隐身于量刑行动的过程和结果中。”[4]

6) 量刑行动是争议的焦点，是各方利益的集中体现。对于犯罪嫌疑人、被告人来说，刑种的严厉程度、刑度的高低，是核心利益关切，对于检察院来说，合理的量刑也是其工作的最终成果之一。面对网络时代，被告人的量刑结果往往也是舆论的关注重点。作为裁判者，量刑行动是最终的压力来源，量刑行动的压力影响了刑事诉讼的整个过程。

¹ 参见《中华人民共和国刑事诉讼法》第 236 条。

1.2. 量刑作为重心的体现方式

如果说争议定罪和量刑何者为重，是一个难以得出确定结论的抽象争论，那么量刑行动在实践中被弱化和虚置，就是一个难以回避的现实问题。在实践中，量刑行动和定罪行动的地位被颠倒了，作为最重要的、决定着定罪并且支配着定罪的量刑行动，往往被忽视。

1) 在实体法上，法学院的教学、法律职业资格考试、学者的研究，都高度集中于教义学的犯罪论部分，特别是对犯罪构成的解释和具体犯罪的认定和犯罪之间的区别上。这有一定的合理性，因为犯罪构成已经是量刑的努力被立法类型化之后的成果了，通过认定犯罪，可以相信自然而然会带来公正的量刑结果。但是这一假设往往并不能实现。正如熊秋红指出的，我国量刑规范化改革的直接动因，就源自于司法实践中在一些案件的处理上所出现的量刑不均衡、量刑不公正现象以及量刑是否适当的争议。如许霆案一审被判处无期徒刑，二审改判为有期徒刑 5 年，这种巨大的量刑差异引起社会各界的广泛议论。深为社会公众诟病的还有对于职务犯罪量刑的轻缓化现象，如缓刑适用率畸高、死刑的适用几乎被虚置等[5]。如果量刑不能实现规范性，同样的案情，因为审理法院的不同，或者其他一些偶然原因，没有得到同样的审判结果，那么定罪规范化的所有努力都不能实现。

2) 程序法上，基于大陆法系传统，量刑程序没有独立于定罪程序。依照目前的刑事诉讼法，法庭审判的过程是连续的，既要解决被告人的定罪问题，也要解决量刑问题。不仅法庭调查要针对犯罪的事实进行调查，法庭辩论环节也主要围绕公诉事实展开，证据规则也往往以防止错误的定罪为目的展开。这种将定罪与量刑在裁判程序上合二为一的制度设计，否定了法庭对量刑问题进行独立审判的可能性[5]。然而这会带来辩护策略的尴尬，律师如果针对定罪问题做了无罪辩护，那么再做量刑辩护就会失去部分的说服力，虽然法律并不禁止这种辩护策略，但是这有可能会影响法官在自由心证中对辩护律师的辩护意见的采纳。

3) 理论研究上，罪的认定成为研究的重心，也是法学院教学的重心。赵运锋指出，传统的刑法理论都是沿着从犯罪到刑罚的路径进行研究的，传统的司法理念也是按照先犯罪后刑罚的模式裁决案件的，因此，由罪生刑理念在理论界占据着主导地位。在传统的罪刑关系下，危害行为构成什么罪，只需考量行为的社会危害性，反映在刑法上就是犯罪构成。在这种逻辑顺序中，社会危害性是决定犯罪是否构成的重要因素，犯罪构成是衡量社会危害性大小的法定标准。由此，传统刑法理论将犯罪标准归结为犯罪构成[6]。

4) 司法实务中，虽然在法官裁判的思维过程中，以刑制罪的思维占据着主导地位，但是程序的设置导致了我国法庭审理过程依旧以定罪行动为主导，围绕定罪问题进行法庭调查和辩论。这样一来，定罪行动和量刑行动的关系就产生了扭曲，重要的量刑行动几乎完全沦为法官的自由心证，没有得到充分调查和辩论。横向对比其他国家，我国实体法在量刑方面并没有委以法官过大的量刑自由裁量权，但是如果不能经过充分的证据搜集和辩论，法官的量刑结论就很可能称得上具备正当性。陈卫东认为：对于公诉机关与审判机关而言，大量的精力投入到罪与非罪的认定上，真可谓“辛辛苦苦定罪、轻轻松松量刑。量刑成为纯粹由法官一手操办的绝对自由裁量的范畴，量刑过程的不透明导致量刑的恣意、甚至司法腐败问题较为突出。”[7]

5) 量刑行动和定罪行动的关系被颠倒，集中体现在量刑说理的严重缺乏。有学者总结我国裁判文书中量刑说理存在的问题：说理方式普遍呈现固定化、格式化特征；主刑说理粗略，附加刑基本不说理，裁量制度说理疏漏；混淆处罚规范与非处罚规范，导致量刑说理缺乏逻辑性；说理时“张冠李戴”，让人难以接受；缺乏必要的分析和论证，导致说理缺乏信服力；用语生硬、刻板，影响刑事裁判的社会效果。量刑缺乏说理，会为法官滥用司法自由裁量权提供极大的便利，这将严重影响量刑公正与司法公正。

充分的量刑说理需要控辩双方的积极参与,既能避免被告人对量刑决定的被动服从,又能有效约束司法自由裁量权,从而能提高刑事司法公信力,这也是量刑说理成为我国量刑规范化改革重要内容的根本原因[8]。

有鉴于量刑行动在刑事诉讼中的重要地位和量刑行动受到忽视的司法现状,必须对量刑行动加以必要的控制,将被颠倒的关系再颠倒过来,使量刑行动也能够成为刑事诉讼的主导性行动,摆脱对定罪行动的依赖性,保障司法结论的公正性。

2. 量刑控制的三条路径

2.1. 量刑控制的三条路径

为了实现量刑行动的合法与正当,学者们提出了各种改革路径,大体上来说,存在三种思路:

1) 量刑规则。量刑规则一般是指实体法上的量刑情节的规定。张明楷教授通过批判传统刑法学的犯罪构成分类学,指出将犯罪构成分为加重的犯罪构成、减轻的犯罪构成并不合理,这会导致:认定犯罪成立的标准被混淆,犯罪构成和量刑规则被混淆等问题,进而提出了区分加重的犯罪构成与量刑规则的区分,二者的区分在于,相对于基本构成要件而言,升格条件是否使基本行为类型发生变化,发生变化者为加重构成要件(加重犯),未发生变化者为单纯的量刑规则[9]。柏浪涛进一步将其定义为是否增加了实质违法性[10]。可以看出,量刑规则一般规定于实体法之中,表明实体法对某一犯罪行为的量刑评价。当然,从广义上说,任何构成要件也可以被认作是量刑规则,这正是刑法中罪刑关系的回应性的决定的。但依照柏浪涛教授的观点,量刑规则不同于构成要件,是由于加重构成要件是真正的不法加重要素,需要贯彻责任主义,存在未遂、共犯及竞合问题;而单纯的量刑规则是表面的不法加重要素,均不存在这些适用问题。这种观点的问题在于,大量存在于实体法中的量刑规则,是否都不适用责任主义?那么就会大量存在没有责任基础的刑罚,责任主义是否就会受到极大的削弱,甚至不再成为刑法的基本原则?进而,刑法的本质就会和行政法相混淆,以预防犯罪的需要为确定刑罚的唯一标准。再者说,刑法中的责任的本质并非没有争议,并不能说因为行为符合量刑规则不需要故意,就没有责任。我国刑法中的量刑规则仍然需要贯彻责任主义,只不过是一类特殊的排除了故意的构成要件。当然,由于量刑规则和加重犯罪构成的区分仍然有意义,所以应当保留其名称。

因此,我国刑法上的量刑规则是不需要故意,无未遂状态的特殊构成要件(但也需要贯彻最基本的责任主义,例如,要具备责任能力),与德国刑法上的量刑规则不同。德国的法条中列举的量刑通例虽然也需要贯彻责任主义,但不具备强制效力,所以是一种真正的量刑规则。这样来看,通过量刑规则来实现量刑行动的正当性,是不可能的,因为在我国,量刑规则已经被定罪的构成要件吸纳了。

无论如何,合理的量刑规则只是实现量刑行动的正当性的第一步[11]。正如阿尔布莱希特教授所说,量刑规则本质上关注的是判决书中对量刑理由的说明。判决书不仅要详细说明定罪的理由和依据,还必须对量刑的事实和依据进行详细的阐明。这就需要量刑规则中的规定通过量刑程序,最终在裁判文书中的量刑说理部分加以体现,最终实现量刑控制。

2) 量刑程序。在十余年前,许多程序法学者都主张我国应当建立独立的量刑程序以应对量刑控制的需求。中国法院的量刑过程其实是通过一种“办公室作业”的行政决策方式来的,其中既有法官单方面的裁决制作行动,又有法院内部的行政审批行动,包括院长、庭长的审批和审判委员会的讨论决定行动,而与量刑结局有着密切关联的公诉人、被害人、被告人则被排除在量刑的决策过程之外[3]。在一个多元化的社会里对于什么正的量刑结很大程度上没有一个明确的标准加以制衡,法官所能追求的是一个反映了不同价值观竞争和整合的刑罚裁判程序,使这样的裁判为当事人和社会所接公正的量刑程无疑是一个重要途径和桥梁[5]。在具体的程序改革应当采取哪种方案的问题上,又有“相对独立方案”和“隔

离式方案”的争论[7]。尽管《量刑程序意见》确立了定罪程序与量刑程序相互分离的框架结构，但中国的量刑程序并没有走向完全的独立化，而是最终走向了相对独立的量刑程序的道路。²

对于目前极度受到冷落的量刑行动来说，相对独立的量刑程序无疑起到了一定作用。但是经过十来年的改革，很难说完全扭转了量刑受重视程度低的现状。改革后的量刑程序并未明显增加量刑事实、情节的调查、辩论，对量刑结果影响有限，在科学性、实效性方面也未有凸显；与此同时，独立、对抗的量刑程序亦增加了庭审环节，加大了司法成本，导致庭审效率明显下降[12]。特别是在认罪认罚从宽制度逐步展开之后，刑事案件的处理模式和过去有了较大差异。在大多数案件都适用认罪认罚从宽程序之后，定罪的主要争议将在法庭审理前就得到解决，量刑协商也在这个阶段开展，而一旦和检方就量刑达成一致，法院一般不会再对量刑的实体结果做出新的裁决。然而根据海淀工作细则，法律帮助律师不参与量刑协商，也就是公诉人并不征求他们的意见。而且由于量刑证据、事实是有可能在侦查、起诉、审判过程中发生变化，法律帮助律师如果不参与审查起诉和审判环节，就无法掌握这些情况，也就无法与公诉人进行全程、全面地沟通；调研发现，只有15.7%的嫌疑人(被告人)有辩护律师[13]。并且，出于效率的考虑，量刑规范化改革之初设想的三方辩论结构、量刑过程司法化并没有出现，量刑协商，依然是公诉人与嫌疑人、辩护律师分别进行的，这种协商的有效性、充分性容易受人质疑。

3) 量刑说理。量刑说理，是指根据事实与法律对量刑进行学理分析与说明。量刑说理备受关注的的原因主要有二：一是人们对量刑及其说理更为关注。无论是被告人、被害人还是社会公众，最为关注的是量刑。“对于被告人来说，他们主要关心的问题正是量刑。”虽然他们也关注定罪，但主要是因为定罪会影响量刑，而关注量刑当然也会关注其说理。二是量刑说理更具有普遍意义。对定罪而言，除非存在疑难之处，通常无需特别说理，依法认定便可。而且，许多通识性犯罪，如故意杀人罪、抢劫罪等，一般无须说理。量刑则不然，除绝对确定的刑罚外，通常都有说理之必要。即便判处单一刑如拘役等，由于存在刑期长短之别，具体判罚也应给予适当解释。这说明多数案件的量刑是需要说理的。即便是同种通识性犯罪，基于不同的案情，都会对量刑产生影响，故应加以适当的分析和说明[8]。司法判决最终被公众接受、信服，符合理性而不是合法才是最终的效力来源，因此，体现在庭审过程中，或者裁判文书中的口头或者书面的说理过程是法治的生命和灵魂。“老百姓到法院打官司，主要是认为法院是一个说理、讲理的地方”[14]。

当前刑事诉讼量刑说理薄弱的问题，不仅仅是刑事司法问题，也是我国法院普遍存在的问题。造成这种现象的原因并非是法官的无能或者腐败，也不全然是结案压力或者缺乏监督。这后面有司法判决的本质规律作用，有学者将其总结为裁判说理的“防卫性、辅助性、后置性”[15]。我国法官面临的积极法民关系(即法官主要面向法律外行的当事人说理的关系)以及较低权威地位决定了，我国法官在说理过程中必然重视自我防卫，尽量争取不说错话、不被挑刺、不被抓住把柄。同时，更加重视庭审过程中对当事人的说理，而不是作为裁判行动后果的裁判文书中的书面说理。

一方面应当看到，这有一定的合理性，是法官出于自身环境被迫学习、总结出来的司法经验。但是另一方面，这种量刑说理的风格弊端仍然不容忽视，面向当事人的个案化说理不仅不符合普遍法治的需求，其满足个案“案结事了”的需求也未必能完全满足，很可能出现即不能达到法治要求，又不能让当事人满意的“双输”局面。我国法院法官在裁判过程中，出于“自我防卫”，法条主义的倾向比美国、德国法官都要高，而当事人作为诉讼行动的相对弱势群体，其“自我防卫”的要求也相当高，甚至不惜主动学习相关领域的法学知识，他们对法官说理制造的压力主要也存在于定罪量刑的教义学推理层面上，这和法治发达国家面临的“消极法民关系”存在类似之处。在法治意识已经普遍提高，未来会越来越高的趋势之下，类似的压力会越来越大，最终从积极的法民关系完全演变为消极法民关系。

² 参见最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于规范量刑程序若干问题的意见》法发(2020)38号。

2.2. 量刑控制传统路径的不足

通过对以上三条路径的回顾和评述,可以发现,三条路径的理论与实践出现了以下的问题:量刑行动的技术性特征被放大了。这体现为:

1) 量刑规范化改革试图以一套固定的指导规则指引法官的量刑行动,希望通过规范性文本实现对法官量刑自由裁量权的控制[16]。纵览世界各国的量刑方法改革,也无不是以各种规范文本作为推进载体的。例如,美国加利福尼亚州、明尼苏达州、华盛顿州和宾夕法尼亚州从1977年开始相继制定了本州的《统一量刑法》或《量刑指南》,而1987年的《美国联邦量刑指南》则作为数字式的量刑指导文本在全球范围内产生重大影响[5]。在改革的过程中美国的量刑指南和定罪程序与量刑程序相分离的机制有意无意中成为被模仿、参照的对象。这不仅反映在地方法院的改革探索之中,也反映在最高人民法院2010年推出的两个规范性文件:《人民法院量刑指导意见(试行)》和《关于规范量刑程序若干问题的意见(试行)》。

然而,正如前文的分析,以来制度文本的量刑规范化仅仅在量刑规则的路径上进行,本质上和规定细密的刑法条文没有区别。如果把刑罚的规定彻底改为绝对的定期刑,那么量刑自然是规范化的,但这显然不符合刑事司法的规律。试图用规范性文件规定所有的量刑情节,让法官按图索骥一一对应,也是不现实的。更关键的是,这回强化法院裁判的规则主义,持续削弱量刑说理,减弱实质上的量刑合理性,为了保障量刑规则被一体遵循,制度文本以刑罚量化作为其核心内容,期望利用刑罚量化的严谨客观来克服因法官理性、知识、技术、良知的不同而带来的量刑失衡问题,但如此一来,诸如法律原则、社会影响、伦理道德、刑事政策等诸多对量刑至关重要的因素都会被排除在外[16]。作为量刑规范化改革理想榜样的美国,其改革的反复过程大概可以描述为:刑罚确定化-采用不定期刑-出台《量刑指南》-限制不定期刑-停止《量刑指南》的强制性适用,增强司法裁量权。从中可看出,美国的量刑政策始终在定期刑与不定期刑、对司法裁量权的“控”与“放”之徘徊[17]。

2) 量刑程序以一种理论推导的方式试图证明,建立独立的(起码是相对独立的)量刑程序,就能够保障量刑行动得到重视,从而强化量刑证据的搜集、调查、辩论。这种观点的技术化、形式化特征非常明显。首先是,忽略了案件的繁简之分,特别是在认罪认罚从宽制度推开之后,对于大多数简单案件来说,单独的量刑程序已无必要。其次是,按照比较法的方法,从两大法系的两种量刑模式对比出发,认为英美法系的分离模式更加有利于实现量刑的公正[18]。

事实上,以量刑程序建构为路径建构良好的量刑行动,并不总是灵验的。定罪和量刑是构成实体法两个支柱内容,希望通过程序来保障实体量刑结果的适当性,忽视了程序和实体存在冲突的可能性[16]。我们可以说完整的量刑程序为量刑方法提供了展示自己的空间,但是不可说先进的量刑程序将直接带来先进的量刑方法,因此从量刑程序的本质属性出发,量刑程序不宜作为量刑方法的构建基础。量刑程序既有工具价值也有本体意义,而对后者的强调并不能直接产生正确的量刑方法,相反还有可能干扰正确的量刑方法被发现。

正如左卫民教授所说,中国现行量刑制度的根本问题不是程序法问题,而是实体法问题(总体上,量刑不均衡和量刑僵化反映的主要不是程序法问题,而是实体法问题。);对抗化的量刑程序理论与实践,不仅在中国缺乏针对性,还存在对英美法系量刑程序的误读。中国量刑制度的改革,应从程序性改革为重心转向以实体性改革为主,量刑程序的改革应当适当展开,真正回应科学、公正量刑的需要[12]。

3. 阿伦特政治理论视野下的量刑行动

本文一再强调的是,量刑是一种政治行动,不仅包括法官的裁量行动,还包括控方的求刑行动和辩方的辩护行动。这种把行动作为术语进行强调的行为,并非标新立异之举,而是基于阿伦特政治理论对量刑——这种法律现象的再定位。通过依赖阿伦特对人类积极生活的三重划分,我们或许能够看到量刑

在当前法律理论和实践中面临的问题，以及可能的出路。

3.1. 有关人类积极生活的分类

阿伦特在《人的境况中》指出，人类的积极生活(vita activa)有三种根本性的活动，分别是劳动(labor)、工作(work)和行动(action)；这三种不同的活动又分别对应于人在地球上被给定的生活的三种基本条件，劳动的人的条件是生命本身，工作的人的条件是世界性(worldliness)，行动的人的条件是复数性(plurality) [19]。在这样的区分之下，劳动是出于人的动物本能而进行的，而工作是出于人为自己建造一个持存世界而进行的。因为劳动生产的总是为生命所需的、易于损耗的、不持久的消费品，因此受到自然循环的影响，是周期性的，这和永恒轮回的生命哲学相同，都是出于生命本身这一人类的条件；工作的产品是恒久持存的，人类不断地为自己建造一个稳固的家园，以便在人的生与死之外，在人的出现和消失之外，可以有永恒的世界。从世界角度看：劳动是破坏性的；从自然角度看：工作是破坏性的[19]。

工作意味着工具制造，而这是受到外在的目的性的支配的，工具制造的目的性证明了对自然施加暴力以获得材料的正当性。制作活动具备内在效用性标准：在这个目的性的结构中，产品则是生产手段的目的，但不是目的本身，手段和目的关系像一个链条，在这个链条中，每个目的在其他情境中又再次被用作手段。这是典型的功利主义设想：所有的目的都是暂时的，很快会转化为下一步目的的手段[19]。

但是按照阿伦特，功利主义不能区分为为了什么(in order to)和为何缘故(for the sake of)。这里恰如莱辛所问的那样：用处的用处是什么？ [19]功利主义总是无法解决一个悖论性的目的自身。无意义性是所有严格功利主义哲学的内在困境，摆脱困境的唯一出路：放弃使用物的客观世界，转而依赖使用本身的主观性，即康德是功利主义的一个最终表述。但是，在严格意义上，康德也不得不借助悖论性的“目的自身”来解决这个困惑或照亮技艺人的盲点。

与工作意味着的功利主义哲学不同，行动在阿伦特那里获得了人类“本真存在”的方式的地位。对于行动和言说来说，人的复数性是基本条件，这意味着人是平等的和具有差异的，通过行动和言说，人们相互显现，呈现为丰富多彩的人类实践社会。言和行的彰显性质出现在人们和他人共在的地方，纯粹人类归属感当中，相反，在没有人类归属感时，就不需要彰显了。例如，艺术品是制作，就算不知道艺术家的名字，艺术品都有它的意义；但是无名战士的战斗是行动，就算不知道他的名字，也要建立起无名的墓碑以彰显他的身份。

3.2. 关注重心的偏差

量刑行动，显然应当是第三种活动——即行动(action)。因为量刑明显以复数性为本质特征，只有在平等而不同的众人分工合作共同努力时，量刑行动才最终得以展开。在量刑活动中，需要侦查机关搜集证据，需要检察机关提出求刑要求，需要法官综合各种证据和意见，独立裁决。在这个过程中，被害人和被告人，以及律师也参与其中。

为了彰显量刑行动的复数性，必然要警惕强调量刑技术性的措施。不仅仅包括体现为实体量刑指南的操作技术，还包括指导量刑进行的程序技术。正如骆多所指出的，如果从司法技术的意义上使用量刑技术，那么人们就会更多地关注具体个案，并且将精力放到量刑技术微观层面的运用上，而这并不利于量刑方法的抽象化和系统化。事实上，量刑规范化的改革一直是在上述两种意义上同时使用量刑技术的，即一方面不断修改《量刑指导意见》中的技术性规范，另一方面又长期组织各级人民法院开展有关司法技巧的学习和探讨。如此一来，规范化量刑方法的构建重点就会出现“失焦”的局面，既分散了人们的精力，也造成某种程度的困惑——弄不清某个疑难问题的产生究竟是因立法缺陷所致还是因司法错误所致[19]。

按照比较法的方法论进行比较研究,如果仅仅是从制度运行的角度来看待不同的量刑模式,就潜在地将量刑看做是技术手段——工作活动来看待,而不是作为行动本身。以工作活动来看待量刑,最终只能援引功利主义为自身正当性进行辩护,最终会缺乏对诉讼活动意义本身的关注,或者缺乏对诉讼目的、诉讼价值的反思。

这种反思的缺乏,体现在了对公正和效率价值辩证的迷思。大陆法系的一体模式被认为是重视效率但是缺乏公正,英美法系的分离模式被认为缺乏效率但是能够有力保障公正;两相对比之下,显然英美法系的分离模式更符合刑事诉讼法学者的胃口。但是其实,公正或者效率并非是程序的技术性特征带来的,而是程序的行动性特征带来的,如果不能深入考察特定法律文化背景下的诉讼实践,就难以获得对公正价值和效率价值的正确理解。正如阿伦特指出的那样,人的行动,即言和行,即使其内容涉事物世界——一个客观实际利益的世界——言和行也依然指涉人[19]。而利益构成是指“共同关心”——存在于人们之间,把人们联系起来的东西,这个“之间”,即人际关系网。

量刑作为政治行动的最终正当性只能内在于自身被证明。如果说实体法和程序法对应于实质和形式这对范畴,那么真正的实质和形式都必然还具备二阶范畴,即实质的实质、实质的形式、形式的实质和形式的形式。只有当四个方面皆具备,才能构成完整的法治。那么对于量刑程序的关注就不能停留于形式的形式,而必须关注实质的形式。前者是技术性的,后者是行动性的。

正如有的学者所说的,时至今日,整个刑法立法及其适用已经从绝对走向相对、从形式走向实质、从极端走向理性,表现在刑法公正方面并非只强调形式公正,而是强调形式上的一般公正与实质上的个别公正有机统一;罪刑法定并非仅在形式上遵循某个立法规定,而是需要结合刑法总则和分则的所有相关规定乃至刑罚目的、任务、精神、刑事政策等做出实质性的解读。这就意味着,量刑并不是简单地把抽象的法律规范应用于具体个案的自动化过程,而是把抽象的法律规范与具体的案情事实相结合并上升到理性具体(法律真实上的量刑判决)的动态过程[19]。在这个过程中,既需要针对抽象个罪预设的法律规范(量刑基准及其他相关法律规范),以实现量刑的罪刑法定与平等,又需要针对具体个案提取的关于犯罪行为的社会危害性和犯罪分子的人身危险性以及其他方面的法定情节和酌定情节,以实现量刑的罪责刑相适应,还需要运用法官的理性、良知、知识、技术以及形式逻辑(技术)与辩证逻辑(智慧)进行充分论证,最终形成理性的量刑判决。

参考文献

- [1] 陈兴良. 刑法哲学[M]. 第6版. 北京: 中国人民大学出版社, 2017: 35-36.
- [2] 周建达. “以刑定罪”的实践样态及其分析——以Y市法院的实证考察为基础[J]. 环球法律评论, 2015(1): 20-40.
- [3] 陈瑞华. 论量刑程序的独立性——一种以量刑控制为中心的程序理论[J]. 中国法学, 2009(1): 164-166.
- [4] 白建军. 基于法官集体经验的量刑预测研究[J]. 法学研究, 2016(6): 140-154.
- [5] 熊秋红. 中国量刑改革: 理论、规范与经验[J]. 法学家, 2011(5): 37-53.
- [6] 赵运锋. 以刑制罪: 罪刑关系的反思与展开[J]. 政治与法律, 2010(7): 9-18.
- [7] 陈卫东. 论隔离式量刑程序改革——基于芜湖模式的分析[J]. 法学家, 2010(2): 1-8.
- [8] 彭文华. 量刑说理: 现实问题、逻辑进路与技术规制[J]. 法制与社会发展(双月刊), 2017, 23(1): 106-127.
- [9] 张明楷. 加重构成与量刑规则的区分[J]. 清华法学, 2011, 5(1): 7-15.
- [10] 柏浪涛. 加重构成与量刑规则的实质区分——兼与张明楷教授商榷[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2016(6): 52-61.
- [11] [德]汉斯-约格·阿尔布莱希特, 印波, 郑肖垚. 德国量刑制度: 理论基石与规则演绎[J]. 人民检察, 2018(3): 67-69.
- [12] 左卫民. 中国量刑程序改革: 误区与正道[J]. 法学研究, 2010(4): 149-158.

-
- [13] 游涛. 认罪认罚从宽制度的理论及实践问题研究[J]. 法律适用, 2016(11): 31-33.
- [14] 白泉民. 裁判文书说理的价值及其实现路径[N]. 人民法院报, 2015-04-08(5).
- [15] 凌斌. 法官如何说理: 中国经验与普遍原理[J]. 中国法学, 2015(5): 99-117.
- [16] 骆多. 规范化量刑方法构建基础之检讨[J]. 法商研究, 2016, 33(6): 102-113.
- [17] 王文华. 论我国量刑制度的改革——以美国联邦《量刑指南》为视角[J]. 法学论坛, 2008, 23(6): 119-123.
- [18] 陈瑞华. 定罪与量刑的程序关系模式[J]. 法律适用, 2008(4): 2-6.
- [19] [美]汉娜·阿伦特. 人的境况[M]. 上海: 上海人民出版社, 2017: 1, 147.