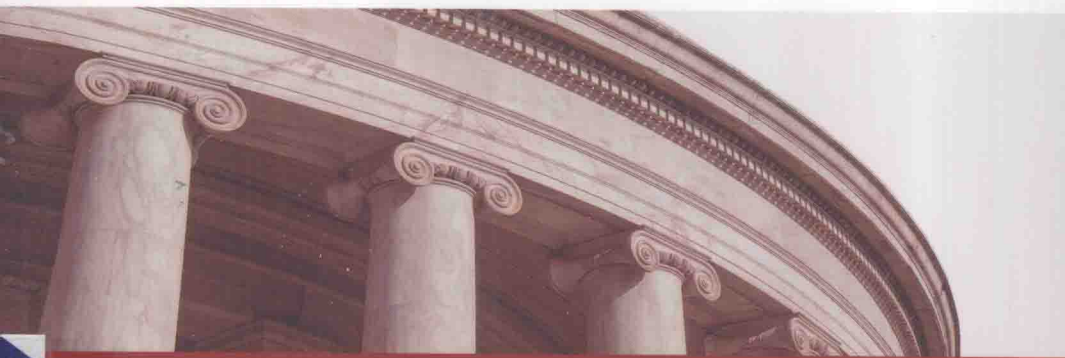


“死刑程序研究”系列丛书

主编 吴宏耀

死刑控制与证据制度

石岩 著



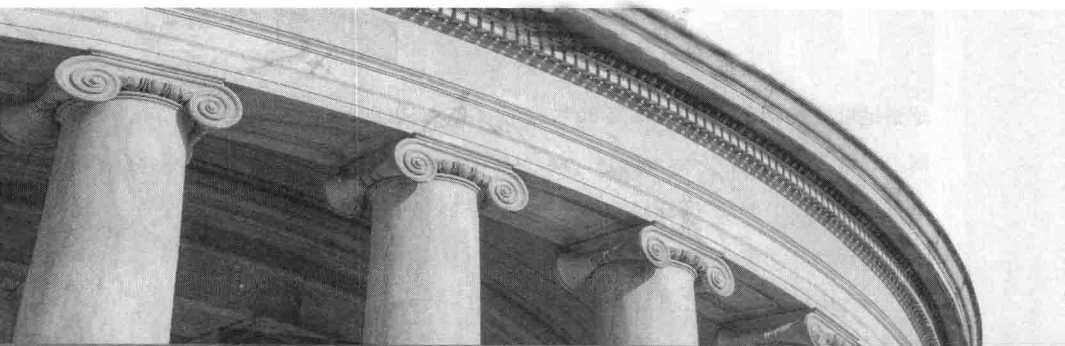
中国政法大学出版社

“死刑程序研究”系列丛书

主编 吴宏耀

死刑控制与证据制度

石岩 著



中国政法大学出版社

2014 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

死刑控制与证据制度 / 石岩著. —北京：中国政法大学出版社，2014.5
ISBN 978-7-5620-5422-1

I. ①死… II. ①石… III. ①死刑—司法制度—研究—中国 IV. ①
D924.142



中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第098060号

- 出 版 者 中国政法大学出版社
- 地 址 北京市海淀区西土城路25号
- 邮寄地址 北京100088信箱8034分箱 邮编100088
- 网 址 <http://www.cupipress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
- 电 话 010-58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印业有限公司
- 开 本 880mm×1230mm 1/32
- 印 张 11.375
- 字 数 260千字
- 版 次 2014年5月第1版
- 印 次 2014年5月第1次印刷
- 定 价 36.00元

本书出版获得
教育部人文社会科学重点研究基地项目资助
(项目号: 13JJD820018)

目 录

导 论	1
第一章 死刑控制与证据	9
第一节 死刑控制的界定	9
第二节 死刑控制的现有框架	15
第三节 将证据视角介入死刑控制	36
第二章 死刑控制理念下的刑事取证	49
第一节 取证的基本原则	49
第二节 言词证据的非法取证问题	57
第三节 刑事辨认错误与规则构建	85
第四节 司法鉴定与鉴定意见的相关问题	121
第五节 死刑案件取证全程同步录音录像问题	151
第三章 法官认证的问题与规则	177
第一节 从一则实例观察我国死刑案件的认证活动	178
第二节 死刑案件法官认证之规则	200

第四章 死刑案件量刑程序的证据与证明 243

 第一节 程序背景 243

 第二节 美国死刑案件量刑证据制度概览 254

 第三节 我国死刑案件量刑程序中的证据 264

 第四节 量刑程序中的证明 293

结 论 337

参考文献 341

后 记 355

导 论

一、研究目的

2011 年早春，一起发生在身边的死刑案件〔辽宁鞍山段某（化名）杀妻案〕成了我写作本书的初衷，即探讨死刑控制理念下的证据制度。目前看来，学界对死刑控制途径的研究已较为成熟，但尚未有学者单独从证据的视角来研究死刑控制问题。事实上，死刑案件存在着形形色色的证据问题。通过对判处死刑的案件进行证据分析，显而易见的是，很多证据问题和普通刑事案件没有太大区别，但有些证据问题在死刑案件中却应当有特殊要求。思绪至此，如果以死刑控制作为指导理念，探索证据法学领域对死刑控制有影响的因素，并对该问题的实然法律状况与应然法律状况加以探讨，从控制方法的角度上讲，将有助于深入挖掘有利于死刑控制的证据法学方法，而非仅仅停留在证明标准的层面。

没有问题的学生不是好学生，不带着发现未知的渴望而茫然前行，最终只能一无所获。学术问题的研究同样如此。在法学问题的研究中，一起个案虽然不必然能够延展出让广泛适用的法律规则，但是它却能够成为点亮一项制度的星光，恰恰是“点点星光”的存在，最终才能形成确定的法律规则，而我对死

刑案件证据制度予以深入研究的关键原因即在于此。在接触到段某杀妻案时，最先涌入脑海的问题是：这样一个人真的属于“罪行极其严重”并且应当被判处死刑之人吗？随着对案情和证据的深入了解，逐渐涌入脑海的是以下几个问题：

1. 在取证阶段，公安侦查人员在有能力提取被害人死亡前被害人与被告人双方手机短信内容等电子证据的情况下，为何仅提取了被告人的手机短信，而对被害人的手机及其短信内容不闻不问？另外，在庭审提交的证据材料中，证人证言部分基本上都是被害人的亲友所提供的证言，而被告人家属的证言却没有在第一时间收集，直到补充侦查阶段（案发后两个月）侦查人员才对被告人的姐姐以及被告人与被害人的儿子进行询问，这些取证环节上的不规范、不妥当之处究竟因何而来？仅仅是侦查人员的操作不当？抑或是现有证据制度在设计上存在诸多不可操作之处？

2. 在获取被告人口供时，被告人文化程度极低，连“鼻子”的“鼻”、“到达”的“到”甚至“高考”的“考”字都不会书写的情况下（有亲笔供词为证），如何能“完整、准确”地查看讯问人员所做的长达6页的讯问笔录，并进行“以上笔录我看过，和我说的相符”的确认签名？

3. 在审查认定证据时，法官对于不完整的手机短信予以完全采信，对于被害人家属的证言予以完全采信，在只有被告人口供及依据口供找寻到的凶器的情况下，认定了被告人具有杀人的故意。其间，肯定了采用电脑记录方式制作的讯问笔录的证明力，但却对被告人亲笔供词中的重要信息弃置一旁。这种对证据进行认证的方法究竟是按照何种审查认定规则而为？

4. 针对被告人是否应被判处死刑之问题，侦查、起诉机关没有注意对有利于被告人的证据进行收集，对于案件发生的原

因、被告人犯罪动机、被害人是否存在过错等在新《刑事诉讼法》和最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》（以下简称“《办理死刑案件证据规定》”）中归类为可能影响被告人量刑因而应予查明的酌定量刑事实均未查明，草率地判处被告人死刑。在本案审判之时，《办理死刑案件证据规定》已经出台，《办理死刑案件证据规定》要求法庭应当查明酌定量刑事实，关于被告人的罪过、身份情况以及是否对被告人从重处罚的事实，均属于证明程度应当达到确实、充分的事实情况。但是，在上述事实均未查清的情况下，本案一审法院判处被告人死刑，二审法院维持原判，令人庆幸的是，该案最终在死刑复核环节未予核准，被发回重审。试问：《办理死刑案件证据规定》的司法实践价值何在？

上述这些疑问仅是由这起真实的死刑案件所生之直观感受，还未深究便已问题重重。究其原因，可以从取证、认证以及量刑中的证据和证明三个方面去探究。尽管《办理死刑案件证据规定》的一些规定已经转化为新《刑事诉讼法》的法律规定，在实践中也已经运行，但是司法实践中仍然还是存在着不重视证据规定、擅凭主观臆断判案等现象。虽然实然的法律状况并不令人乐观，但是这不能阻挡我们研究应然法律规则的步伐。因此，带着这些问题，本书将集中探讨可能会对死刑控制有所影响的证据问题，期盼能够对死刑控制的证据法方法有所贡献，亦能在证据制度的理论研究上有所突破。

二、研究脉络

死刑控制不是一个新话题，从死刑的合法性和正当性被质疑的那天起，死刑控制的研讨就从未停止。对于 21 世纪的中国

来说,在“保留死刑,但严格限制死刑”的死刑政策下,死刑控制的理论研究和司法实践都经历了一段艰难历程。在刑事诉讼程序中,围绕证据问题建立起来的相关规则一直是左右刑事诉讼程序进程以及刑事审判结果的关键所在。尽管我国尚未确立统一的证据规则,但必须承认的是,证据法跨界于法学与法庭科学两个领域,它有着极强的生命力与创造力,我国的证据法律制度势必会有长足发展。在此情况下,以新《刑事诉讼法》、两高三部联合发布的《办理死刑案件证据规定》和最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于办理死刑案件非法证据若干问题的规定》(以下简称“《非法证据的排除规定》”)为研究的法律依据,本书尝试从理论界现有研究成果出发,结合实际案例,重点探讨能够有助于死刑控制的证据方面的因素,分析这些因素的基本理论、实践状况及法律规制,进而从有利于死刑控制的角度对特定问题提出改革与完善的具体建议。

本书第一章以死刑控制为研究主题,原因在于如果对死刑控制缺乏基础研究,将无法导出证据制度对于死刑控制的重要意义。因此,第一章将开宗明义,以对死刑控制的相关研究成果进行系统梳理为研究重点,从死刑控制的界定、死刑的立法控制和司法控制两方面对死刑控制的现有路径进行概括与总结。在研究过程中,笔者触碰到了解析死刑控制问题的第三种视角——证据视角,并以此为切入点,将证据视角引入死刑控制。此外,本章中还会对2010年我国两高三部发布的《办理死刑案件证据规定》及死刑证据问题的立法状况进行梗概式介绍,为后文研究我国死刑案件中存在的证据问题的法律规制略作铺垫。

在对死刑控制及其与证据问题的碰撞进行阐述之后,本书的第二章至第四章会以证据的“漂移”过程为线索,选择“死

刑案件生产线”上存在较多问题的三个关卡，即取证、认证以及量刑程序中的证据与证明等三方面分别加以阐述。

第二章将“取证”作为研究对象。本章以现有死刑错案为背景，结合新《刑事诉讼法》及两个“证据规定”，对死刑案件取证环节的证据制度进行系统整合与梳理。从取证的基本原则、言词证据的非法取证、实践中问题较为突出的辨认程序、鉴定意见，以及死刑案件取证环节全程同步录音录像等五方面，详细阐述死刑案件针对不同类型证据的取证规则，尽可能地在侦查程序中严格把握证据的获取与保存程序，避免非法证据及不具备证据资格的证据进入审判程序，落实取证的全面客观原则和程序法定原则。

取证环节之后，证据将要经受的是法庭质证的洗礼，以确定其能否作为定案根据。通常，在质证环节时出现的问题有证人不出庭作证、交叉询问等，而这也一直为学界所关注。但是，在法庭审判阶段，证人作证与交叉询问的问题更多的是从如何向法庭展示更可靠的证据的立场出发，而如果从死刑控制的立场出发，必然是希望法官在审查认定证据时能够遵循审查认定证据的规则，合理地进行证据资格和证明力的评判，对于证据的证据能力和证明力如何进行把握同是否判处被告人死刑以及死刑的裁判质量息息相关。因此，第三章的研究主题被确定为“法官认证的问题与规则”，从一则真实的“两可”案例出发，由现象认识本质，结合《办理死刑案件证据规定》中对于证据的审查认定确立的相关规则，探讨死刑案件中审判者应当如何遵守并贯彻证据的审查认定规则，以确保做出合法合理之证据裁判。

本书的第四章将讨论的重点定位于死刑案件量刑程序中的证据与证明。无论是理论还是实践，量刑问题均为众人所关注。

量刑程序改革是近年来我国刑事司法制度改革的重要内容之一。经过试点，法院系统于2010年10月1日正式颁布了《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）》。这两个规范性文件的颁布标志着我国量刑改革进入了全面试行阶段，也表明量刑程序独立化实乃大势所趋。在2011年底《刑事诉讼法》修改之际，亦有专家提出应当在死刑案件中设置独立量刑程序的建议，尽管新《刑事诉讼法》最终并未采纳这一建议，但是从长远来看，死刑案件的量刑制度势必会有所为。既然在死刑案件中设置独立的量刑程序有其必要性和合理性，那么针对独立的量刑程序构建和程序相适应的量刑证据制度就是量刑程序改革的题中之义。因此，在第四章的论述中，选择从死刑案件量刑程序的独立问题、量刑程序中证据的界定、类型与收集，以及量刑程序中的证明三个方面，对我国的死刑案件量刑程序的证据制度予以分析。同时，在本章的第二节，通过对美国死刑案件的量刑程序和量刑证据制度的介绍，期盼为我国死刑案件量刑程序的独立以及量刑程序相关证据问题的构建提供有益之借鉴。

三、研究方法

1. 文献研究法。文献研究法是根据一定的研究目的或课题，通过调查文献来获得资料，从而全面地、正确地了解、掌握所要研究的问题的一种方法。它的作用有：第一，能了解有关问题的历史和现状，帮助确定研究课题。第二，能形成关于研究对象的一般印象，有助于观察和访问。第三，能得到现实资料的比较资料。第四，有助于了解事物的全貌。首先，选题需要通过阅读大量的文献资料来确定。其次，在开始创作之后，前人的研究既有利于突破当下研究的障碍，也能为后文的研究给

予启示。就本书来讲，死刑控制的路径不是一个新话题，文献资料较为充足，而证据问题的相关论述也散见于论文与报告之中。因此，文献研究法是本书所采用的重要研究方法。

2. 个案研究法。个案研究法是认定研究对象中的某一特定对象，对其加以调查分析，弄清其特点及其形成过程的一种研究方法。个案研究有三种基本类型：第一，个人调查，即对组织中的某一个人进行调查研究；第二，团体调查，即对某个组织或团体进行调查研究；第三，问题调查，即对某个现象或问题进行调查研究。本书属于第三种，即问题调查法。由于本书研究的死刑案件证据问题同现今曝光的一些死刑冤假错案关联密切，很多问题的探讨需要通过对具体案件的探讨得出结论。因此，本书选择了两种类型的案例进行分析，一种是为大众所热议的知名死刑案例，另一种则是普通的死刑案件，对于后者的案情、证据及法院裁判都有比较清晰的把握，可以用作研讨之用。所以，个案研究法是本书经常采用的方法之一。

3. 比较研究法。比较研究法可以理解为是根据一定的标准，对两个或两个以上有联系的事物进行考察，寻找其异同，探求普遍规律与特殊规律的方法。对于本书来讲，首先要明确的是，死刑控制问题针对的是还保留死刑的国家，其次，因为本书研究的是对于死刑控制有影响的证据问题，所以如果要进行比较与借鉴，势必选择死刑案件的证据制度较为发达的国家。因此，本书在取证环节以及量刑证据制度的构建中对域外相关问题的立法状况和司法实践进行了介绍及适度的借鉴和比较，希冀能够对国内死刑证据领域的相关研究有所贡献。

4. 多学科交叉运用法。本书虽然是以证据制度作为研究重点，但并未忽视其他相关学科。对于死刑而言，其本质上是实体法问题，国内刑法学者对此研究颇多，因此，对于刑事政策

学、刑法学的关注与研究是必然之选。除了法学研究方法的应用以外，关于信息论等自然科学方面的基础理论，也对本书的写作产生了一定的影响，尤其是凭借信息论的基础理论去构建法官对证据的综合认证过程，体现出了法学之外的学科对于法学研究的强大助力。在研究死刑案件取证问题的章节中，关于辨认问题、鉴定问题，本书参考了心理学和生物学方面的研究成果，尽量做到科学合理地运用法学以外的自然科学研究成果。而且，采用多学科交叉运用法有助于让本书的论据更为扎实、论点更为牢固、视角更为广阔。因此，对于学术研究而言，多学科交叉运用法是极为必要的一种研究方法，也是本书所采用的研究方法。

第一章 死刑控制与证据

第一节 死刑控制的界定

概念是法律思想的基本要素，也是我们将杂乱无章的具体事项进行整理归类的基础。^{〔1〕}

传统的研究方法告诉我们，在讨论一个事物之前，最好先对其进行一下界定，为后面的探讨奠定好基石。通过资料分析，“死刑控制”在我国的刑事法学界并没有一个明确概念。因而，探讨问题之初，便需要对“死刑控制”的概念进行界定。

一、世界范围的死刑文化和死刑政策

死刑，是世界上最古老的刑罚之一，指行刑者基于法律所赋予的权力，结束一个犯人的生命。死刑的正式使用可以追溯到有文字记载的人类历史初期，在古希腊和古罗马的法律体系中，都可以找到关于死刑的记载。^{〔2〕}在我国古代，据考证，唐

〔1〕《牛津法律大辞典》，光明日报出版社1999年版，第533页。

〔2〕参见 <http://zh.wikipedia.org/wiki/%E6%AD%BB%E5%88%91>，最后访问日期：2011年12月14日。

代也曾经两度下诏大量削减死刑。^{〔1〕}死刑,作为国家惩治严重犯罪的终极手段,一直以来在国家的政治生活和法律生活中都发挥着重要作用,同时,不断有立论者提出死刑本身的价值,譬如其公正价值、效益价值,并认为,“历史发展逻辑表明,死刑因为有利于社会的存在和发展因而具有正当目的性。”^{〔2〕}但是,除了公正和效益以外,刑罚还应具有人道性价值。如果问考察死刑是否符合人道观念的要求,答案一般是否定的。在社会发展早期,社会本位观占据主导地位时,为了维护社会的生存,可以牺牲包括与个人有关的一切利益,死刑的广泛应用便是明证。但是随着生产力和生产关系的不断发展,社会本位观和个人本位观并存的时代到来,对个人的尊重上升到一定层次,对人过分不予尊重的刑罚便走下了历史舞台,譬如肉刑的废除。按照传统刑罚理论,刑罚能够满足公正和效益两大价值,就具备了目的正当性和手段正当性;但是依据现代刑罚理论,在公正和效益之外,还有人道这一重要价值。死刑作为剥夺人身为人的权利的一种刑罚,在人道性上的价值极为有限。

随着个人本位观的逐渐上位以及人类社会生产力和生产方式的不断进步,经济基础决定上层建筑,越来越多的学者认识到了死刑本身的弊端,更新了对死刑的认识,在观念上逐步摒弃原始的“以眼还眼、以牙还牙”的同态复仇方式,倡导以更符合现代文明的方式来替代死刑,并最终废止死刑。

〔1〕 其一是“天宝重杖代死刑法”,其二是“死罪改流刑法”。这使得一段时期死刑的实际适用微乎其微,如“贞观四年,天下断死罪三十九人。”虽然死刑一度被废止,但是两百年后,一种极尽残忍的刑罚——凌迟被创制,此后的一千年都被广泛适用,直至1905年被废除。〔详情参见邱兴隆主编:《比较刑法》(第1卷·死刑专号),中国检察出版社2001年版,第57~58页。〕

〔2〕 杨正万:《死刑的程序限制》,中国人民公安大学出版社2008年版,第8页。

早在公元12世纪，法学家摩西·本·迈蒙就曾写道：“放过一千个有罪的人，总比判处一个无辜的人死刑更好。”^{〔1〕}公元1764年，贝卡里亚在其《论犯罪与刑罚》一书中公开讲到：“滥施极刑从来没有使人改恶从善……在一个组织优良的社会里，死刑是否真的有益和公正……刑场与其说是为罪犯开设的，不如说是为观众开设，当怜悯感开始在观众心中超越了其他情感时，立法者似乎就应当对刑罚的强度做出限制……酷刑的场面给予人们的常常是一副铁石心肠，而不是叫人悔过。”^{〔2〕}

死刑文化反映出了特定时期的死刑政策，但是，理论既来源于实践又应先行于实践，应当充分发挥理论对实践的指导作用。在死刑文化与死刑政策这一领域，尽管早在12世纪就已经有学者注意到了死刑尤其是死刑错案可能带来的严重后果，但是真正迈出废止死刑的步伐还是要回溯到19世纪。

起源于18世纪欧洲启蒙运动的废除死刑运动在19世纪早中期，逐渐在西欧、南美国家及少数美国各州之间展开，但当时这些国家并未如预期一样通过相同的途径废止死刑。^{〔3〕}二战后，很多西欧国家陆续宣布废除死刑。^{〔4〕}进入20世纪80年代后，

〔1〕 Moses Maimonides, *The Book of Commandments*, Neg. Comm, p. 290. 摩西·本·迈蒙（Moses Maimonides），也被译为迈蒙尼德，是犹太人中迄今最有影响的一位哲学家、法学家。著名的法律格言“错放十个有罪之人比错杀一个无罪之人要好得多”便来自于他的《圣诫书》（*The Book of Commandments*）。

〔2〕〔意〕贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国大百科全书出版社2003年版，第45～49页。

〔3〕赵秉志主编：《死刑改革的域外经验》（中英文对照本），中国法制出版社2011年版，第2页。

〔4〕意大利于1944年废除死刑，德国（当时为西德）于1949年废除死刑，奥地利于1950年废除死刑，葡萄牙于1976年废除死刑，西班牙于1978年废除死刑，法国于1981年废除死刑，荷兰于1982年废除死刑，英国虽然无人在1964年以后被处以死刑，但是死刑直至1998年才彻底废除。