

量刑证据

基础理论与实证研究

Sentencing evidence:
basic theory and empirical research

贺小军 著



 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

教育部人文社会科学研究青年基金项目（12YJC820036）资助
西北民族地区侦查理论与实务研究中心（基地）资助

量刑证据

基础理论与实证研究

Sentencing evidence:

basic theory and empirical research



法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

量刑证据:基础理论与实证研究 / 贺小军著.
—北京:法律出版社,2015.12
ISBN 978-7-5118-8966-9

I. ①量… II. ①贺… III. ①量刑—研究—中国
IV. ①D924.134

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 008239 号

©法律出版社·中国

责任编辑/徐蕊

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制/沙磊

开本/A5

印张/6.75 字数/200千

版本/2016年4月第1版

印次/2016年4月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆分公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-8966-9

定价:28.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

导 论	(1)
一、研究的背景及意义	(1)
二、研究的现状	(3)
三、研究方法与结构	(8)
 第一章 量刑证据种类重置初论	(10)
一、我国量刑证据种类现状:基于立法与司法的透视	(11)
二、量刑证据种类泛化的原因	(18)
三、量刑证据种类划分面临之难题	(21)
四、量刑证据种类重置之构想	(23)
五、结语	(26)
 第二章 量刑证明责任的法解释学研究	(27)
一、量刑证明责任负担现状	(30)
二、当下量刑证明责任立法存在的问题	(34)
三、改革设想:构筑分层次的实在量刑证明责任体系	(38)
四、结语	(45)

第三章 构建中国式层级化的量刑证明标准体系	(47)
一、我国量刑证明标准之设置:现状与问题	(48)
二、我国量刑证明标准重塑背景:内外之困	(51)
三、构建我国层级化量刑证明标准的设想	(55)
四、余论:建立层级化量刑证明标准后应注意的问题	(65)
第四章 量刑程序中“问题”证据若干问题的研究	(67)
一、量刑程序中“问题”证据之主要型态	(68)
二、量刑程序中“问题”证据使用之价值意义	(73)
三、量刑程序中“问题”证据使用之限度	(75)
四、“问题”证据在量刑程序中使用的界限把握	(78)
五、对“问题”证据重塑量刑证据体系及量刑程序的延伸 思考(代结语)	(85)
第五章 认罪态度对量刑的影响实证研究	(88)
一、问题的引出	(88)
二、认罪态度在量刑中的适用状况考察	(91)
三、溯源:实践与制度偏离的现实动因	(96)
四、问题与进路	(102)
五、代结语:观察认罪态度在量刑证据体系中的可能走势	(111)
第六章 效果与反思:盗窃案件量刑证据运用机制实证研究	(113)
一、导语:研究背景与方法	(113)
二、量刑证据运用的状况:一个整体性的描述	(120)

三、量刑证据运用的状况:从实体的角度	(125)
四、量刑证据运用的状况:从程序的角度	(139)
五、结论:基于实证调查的分析	(142)
 第七章 暴力犯罪量刑证据若干问题实证研究	(145)
一、问题的提出	(145)
二、暴力犯罪案件中的量刑证据状况	(149)
三、暴力犯罪量刑证据运用的特征	(163)
四、暴力犯罪量刑证据运用制度之完善	(164)
五、结语	(168)
 第八章 贪污贿赂案件中的量刑证据制度若干问题实证研究	(170)
一、贪污贿赂案件中的量刑证据	(172)
二、贪污贿赂案件中量刑证据运用的效果	(179)
三、问题之揭示	(184)
四、对原因之解释	(187)
五、改革进路	(190)
六、结语	(201)
 参考文献	(202)

导 论

一、研究的背景及意义

2009年3月17日最高人民法院出台的《人民法院第三个五年改革纲要(2009-2013)》指出,2009~2013年人民法院司法改革的主要任务,将以规范法官自由裁量权,包括量刑程序在内的量刑制度改革作为任务之一。同时,也指出应“完善刑事证据制度,制定刑事证据审查规则,统一证据采信标准”等。应最高人民法院要求,从2009年6月1日起,全国法院系统正式展开量刑规范化试点工作。随后相继出台了《人民法院量刑程序指导意见(试行)》与《人民法院量刑指导意见(试行)》,2010年6月,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部与国家安全部《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》与《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》(合称“两个《证据规定》”)。从2014年1月1日起,在前期积累经验的基础上,全国法院已全面实施量刑规范化工作,并颁布《关于常见犯罪的量刑指导意见》。可见,量刑制度和刑事证据制度改革已成为刑事司法机关的重要关注点。

尽管各地法院推行量刑制度改革,但基本上是围绕量刑程序为关注点展开的,而对实体法问题则关注甚少。实践显示,对抗化的量刑程序改革在中国难以实行与推进,定罪与量刑程序的分离并没有取得实效。在这种背景下,我们需要继续探索与完善量刑制度改革,

但也需要转变思路,量刑制度改革不仅仅是量刑程序问题,还涉及其他相关制度的建设配套跟进。实际上,规范法官刑罚裁量权,除宏观上注重量刑程序指导意见与量刑指导意见外,最终于微观上如何细化量刑所基于的是事实调查。而量刑事实的发现与证明,是通过量刑证据加以认定。从本质上讲,量刑证据制度有助于发现与查明被告人的社会危害性与人身危险性事实,解决量刑僵化及不均衡状况,给予被告人与之罪责相适应的刑事处罚,体现刑罚个别化与人权保障理论的需求,达到限制与规范法官自由裁量权的目的,从而完善包括量刑程序在内的量刑制度改革。

对于这样一个能规范法官裁量权,并在实践中产生积极影响的量刑证据制度,我们需要在理论上作进一步的研究,不仅将研究视角放在量刑制度改革的框架内,而且应延伸至整个刑事诉讼阶段加以探索与建设。为此,本书将以中国的量刑制度改革状况为背景,以量刑公正为目标,紧扣量刑证据的理论与实践的主题,综合运用法学、社会学等多学科的知识与方法,在把握中国当下量刑证据实践的基础上,有针对性地进行实证研究并提出一套系统、科学、可操作的量刑证据规则的理论体系。本书的研究有以下几个方面的重要意义。

第一,有助于量刑程序的改革与完善。关于量刑证据理论与实践的研究,必然涉及量刑证据的提出、证明、审查与认定等问题,而这些环节依赖于诉讼主体按照一定的法定程序运行,这些环节的运行无疑对促进量刑事实调查与量刑辩论展开等程序的规范化,尤其是需要独立的量刑程序环境启动与开展量刑活动。因而,对量刑证据实践的关照,有助于量刑程序的改革与完善。

第二,有助于量刑证据制度的构建。本书的研究主要围绕量刑证据的种类及其与刑罚之关系、证明责任、证明标准、证据规则等方面问题展开,而这与定罪证据的种类、证明责任、证明标准与证据规则等有着显著的区别。量刑证据的独特表现,必然会构筑出一套新的以量刑证据为中心的证据制度,以区别于传统刑事诉讼以定罪证

据为核心的定罪证据制度,将促进未来形成定罪证据与量刑证据并重的刑事证据制度。

第三,有助于丰富中国特色的刑事证据制度内涵。本书的研究以我国量刑证据实践为关注点,采用实证研究与交叉学科的研究方法,基于发现问题—揭示成因—解决问题的研究思路,从实践中提炼理论与制度,这将有助于形成不同于他国的中国式的刑事证据制度,并可以为其他国家尤其是后发展国家提供可资借鉴的经验。

二、研究的现状

(一)国外相关研究

[美]约翰·W.斯特龙:《麦考密克论证据》(第5版),汤维建译,中国政法大学出版2004年版。

[德]普维庭:《现代证明责任问题》,吴越译,法律出版社2006年版。

[美]罗纳德·J.艾伦、理查德·B.库恩斯、埃莉诺·斯威夫特:《证据法:文本问题和案例》(第3版),张保生等译,高等教育出版社2006年版。

[美]莱奥·罗森贝克:《证明责任论:以德国民法典和民事诉讼法典为基础撰写》(第4版),庄敬华译,中国法制出版社2002年版。

[美]米尔吉安·R.达马斯卡:《比较法视野中的证据制度》,吴宏耀、魏晓娜译,中国人民公安大学2006年版。

[英]詹妮·麦克埃文:《现代证据法与对抗式程序》,蔡巍译,法律出版社2006年版。

[美]弗洛伊德·菲尼、[德]约阿希姆·赫尔曼:《一个案例 两种制度:美德刑事司法比较》,岳礼玲译,中国法制出版社2006年版。

[德]克劳斯·罗科信:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版。

[日]田口守一:《刑事诉讼法》,刘迪等译,法律出版社2001年版。

[日]松尾浩也:《日本刑事诉讼法》,丁相顺、张凌译,中国人民大学出版社2005年版。

[法]卡斯东·斯特法尼等:《法国刑事诉讼法精义》(下),罗结珍译,中国政法大学出版社1999年版。

[美]R.彼得·安德森:“证据和辩论在量刑程序中的作用——以美国无陪审团参与的非死刑案件为例”,载《武陵学刊》2011年第2期。

(二)国内相关研究

林辉煌:《论证据排除——美国法之理论与实务》,北京大学出版社2005年版。

龙宗智:《刑事证明责任与推定》,中国检察出版社2009年版。

沈德咏:《刑事证据制度与理论》,法律出版社2002年版。

白建军:《罪刑均衡实证研究》,法律出版社2004年版。

吕忠梅:《美国量刑指南——美国法官的刑事审判手册》,法律出版社2006年版。

左卫民:“中国量刑程序改革:误区与正道”,载《法学研究》2010年第4期。

赵廷光:《量刑公正实证研究》,武汉大学出版社2005年版。

蒋明:《量刑情节研究》,中国方正出版社2004年版。

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”,载《中国法学》2009年第1期。

陈瑞华:“论相对独立的量刑程序——中国量刑程序的理论解读”,载《中国刑事法杂志》2011年第2期。

顾永忠:“试论量刑与量刑程序涉及的关系”,载《人民检察》2009年第15期。

陈卫东、张佳华:“量刑程序改革语境中的量刑证据初探”,载《证据科学》2009年第1期。

陈卫东:“论隔离式量刑程序改革——基于芜湖模式的分析”,

载《法学家》2010年第2期。

谢鹏程：“论量刑程序的张力”，载《中国法学》2011年第1期。

汪建成：“中国需要什么样的非法证据排除规则”，载《环球法律评论》2006年第5期。

刘广三等：“未成年人刑事案件品格证据运用的理论基础——以检察院量刑建议为视角的分析”，载《青少年犯罪问题》2011年第1期。

李玉萍：“量刑事实证明初论”，载《证据科学》2009年第1期。

胡玉腾、李玉萍：“量刑事实及其证明责任的分担初论”，载龙宗智：《刑事证明责任与推定》，中国检察出版社2009年版。

石经海：“刑法现代化下的‘量刑’解构——量刑规范化的科学基础探究”，载《中国刑事法杂志》2010年第3期。

朱锡平：“自由裁量权的程序规范化研究”，载《中国刑事法杂志》2011年第4期。

宋燕敏：“论我国量刑程序的完善”，载《中国刑事法杂志》2010年第3期。

罗灿：“间接证据与事实推定对定罪量刑的影响”，载《人民检察》2010年第14期。

闵春雷：“论量刑证明”，载《吉林大学社会科学学报》2011年第1期。

简乐伟：“论非法证据与量刑程序的关系”，载《武陵学刊》2010年第5期。

简乐伟：“论量刑程序证明模式的选择”，载《证据科学》2010年第4期。

王晨钟：“现行侦查模式下对酌定量刑情节的侦查”，载《江西公安专科学校学报》2010年第2期。

周伟、衡阳：“未决羁押表现作为量刑情节纳入量刑建议的理论思考与制度构建”，载《人民检察》2010年第20期。

肖怡:“解决量刑情节冲突的依据及方法”,载《人民检察》2008年第23期。

周金刚:“酌定量刑情节的泛化现象研究”,载《南京大学法律评论》2010年春季卷。

何泉生:“刑事证据体系的结构探究”,载《中国人民公安大学学报》2005年第5期。

北京市人民检察院第一分院课题组:“量刑监督存在的问题及完善”,载《中国刑事法杂志》2011年第3期。

朱琳:“量刑证据初探”,载《河北科技师范学院学报》(社会科学版)2011年第1期。

石浩旭:“量刑证据——法官量刑裁量的基础”,载《湖南工程学院学报》2010年第4期。

高一飞:“论量刑调查制度”,载《中国刑事法杂志》2008年第9期。

康怀宇:“比较法视野中的定罪事实与量刑事实之证明——严格证明与自由证明的具体运用”,载《四川大学学报》(哲学社会科学版)2009年第2期。

汪贻飞:“论量刑程序中的证明标准”,载《中国刑事法杂志》2010年第4期。

赵志梅:“试论量刑证明的特殊性——以独立量刑程序为视角”,载《山西高等学校社会科学学报》2010年第1期。

姜涛:“量刑程序研究”,载《中国刑事法杂志》2009年第7期。

左宁:“量刑证据的界定与调查初探”,载《云南大学学报》2010年第4期。

英美法系国家刑事证据法主要是针对定罪程序而制定的,由于定罪和量刑在程序上分离,在定罪裁判阶段可以适用最为严格的证据规则,定罪证据适用严格证明方式,印证案件事实达到排除合理怀疑;量刑证据采用自由证明方式,证明量刑事实达到优势证据标准即

可。而大陆法系国家并不存在那种专门针对定罪问题而建立的证据规则,定罪证据与量刑证据往往适用相同的证据规则。国外主要发达国家尤其英美法系国家的一些研究较为全面和深刻,对研究中国量刑证据有一定的参考意义,尤其是在研究视角与研究方法上的借鉴价值。但中国有其特殊的发展情境,量刑证据制度也有独特表现,因此,国外的相关研究对处理中国问题的实践价值较为有限。

国内的相关研究成果也为数不少,研究的视角也较全面,关注的内容也基本涵盖了量刑制度中的问题。但总体而言,对量刑证据理论尤其是对量刑证据的实践研究仍存在很大的不足。具体说来,这些不足主要有以下几个方面:

其一,系统性不够。这主要是指既有的研究没有将量刑证据的研究置于量刑程序规范化、量刑证据规则设置以及刑事证据体系构建之中来加以综合考虑,而是对各种量刑证据制度存在的具体问题,如量刑证据与量刑程序之关系、证明责任、证明标准等采取了一种分而治之的策略。

其二,问题意识缺乏。当下的很多研究要么非常宏观地谈论量刑证据与量刑程序之关系,要么重点论及量刑证据制度的微观层次上的某一个具体问题,而对于一些影响我国量刑公正与均衡的因素,如酌定量刑证据等,则缺乏充分、深入的关注。

其三,研究的目的性不强。把量刑证据与量刑程序之关系进行重点研究而割裂量刑证据与刑事证据体系的联系是当下很多研究的重要面向。既有的很多研究没有充分意识到量刑证据是可以独立研究并成为刑事证据制度的重要组成部分的,更没有有效地沟通量刑证据与刑事证据体系之间的关系。

其四,实证性不足。除极少数研究之外,国内现有的研究成果大多是纯粹的规范研究、文本研究,对影响当下我国量刑活动的量刑要素与量刑证据缺乏深入的调查、真切的感知与系统的了解,由此所提出的建议多流于空泛。

总之,国内现有研究成果在量刑证据理论层次上问题意识不强,缺乏足够的理论支撑,也基本没有提出可操作的、切实可行的量刑证据规则以及如何通过量刑证据制度来实现刑事诉讼制度的改革。因此,这一领域的研究尚需进一步拓展。

三、研究方法 with 结构

(一) 研究方法

本书研究采用综合性的研究方法,根据研究问题的特殊性选择适当的研究方法。具体方法如下:

第一,比较分析法。域外刑事证据理论与运行机制较为成熟,理论研究成果也较丰富,能够较为充分地提供诸多立法经验与司法判例。而且,考察西方刑事证据的发展历史,能够反映西方诸国对待刑事证据理论与规则的观念变化,进而影响刑事证据理论与制度的变迁及未来发展趋势。由于世界范围内刑事证据制度差异较大,同一法系的不同国家甚至同一国家的不同地区的制度都有差异,绝不可以简单以大陆法系与英美法系的划分加以说明,也不能完全以某个国家的所有制度作为引介,因为这都容易引发研究结论过于片面性与单一性而导致借鉴失败。因此,在综合考虑我国量刑证据制度、实践及制度与实践相背离的问题的基础上,重点考察一些发达国家的经验做法,比较其共性和特点,有选择性地确定一些制度作为借鉴而非简单复制,以此完善我国量刑证据理论与制度。

第二,实证方法。本书研究筛选出来的内容,都是在新刑事诉讼法的颁布与施行的背景下,经前期资料整理与初步实证考察并结合域外相关主题比较,进而综合归纳出来的问题。由于这些问题既包括已有制度本身不完善的情形,也有制度与实践不一致、制度运行效果不理想等方面的状况。因此,围绕这些问题,不仅需要沿袭传统的研究思路如规范研究、比较研究,而且也需遵循发现问题、揭示成因及解决问题的实证研究思路。本书研究的思路是通过国内制度与实践相背离的现象进行描述、分析与评价,特别是对制度与实践脱节

背后的支撑架构的重点解读,以及对具体环境中司法主体的态度与行为的深刻阐释,在此基础上结合域外经验,提出与打造中国独特式的量刑证据理论与实践,进而检视新刑事诉讼法修改的科学性与有效性。

(二) 研究结构

本书提出量刑证据这一概念与命题,用以解读在不同的诉讼制度与实践中,力求构建量刑证据理论并探索量刑证据制度建设的基本思路,确立一种制度与实践中的量刑证据问题意识。本书除导论外,共八章内容。前四章属于基础理论研究,后四章为实证研究。研究的一个整体思路是:既构筑量刑证据基础理论,于不同诉讼结构之中探索量刑证据功能,也从我国的量刑证据实际出发,剖析并解决制度与实践中的相关现实问题,从而完善包括刑事证据制度在内的中国刑事诉讼制度。

第一章

量刑证据种类重置初论

2010年,量刑规范化改革开始启动,之后开展得如火如荼。经过全国各地法院一年的试点与改革,最高人民法院出台与实施了《人民法院量刑指导意见(试行)》、《人民法院量刑程序指导意见(试行)》等法律规范文件。官方认为,量刑规范化改革取得了一定的成绩,但学界作出了相反的评价,称改革并未收到预期效果,甚至一些情况表明,改革遭致失败。形成这种状况的原因是多方面的,也许主要是改革者更多侧重程序改进,而忽视了实体上的思考与变革。尽管如此,经过四年的酝酿与探讨,最高人民法院决定,于2014年1月1日起在全国法院正式全面推行量刑规范化工作。本书并非谈论量刑规范化改革的功过,而主要是想讨论与此相关之话题——量刑证据。在笔者看来,量刑证据是支撑量刑规范化改革之基石,也是量刑程序改革之关键点。如若量刑规范化改革未对量刑证据的证据能力与证明力等问题进行探索,改革形式上是有缺陷的,效果是有限甚至是有害的。缺少了量刑证据的剖析,既不能澄清量刑中的一些理论问题,也无法将改革成果落实在操作层面。在量刑证据的基本理论问题中,关于证据能力的探讨至关重要,它是量刑证据成为裁判的基础与依据。尽管量刑证据的证据能力问题如此重要,但是,学界与实务界并未过多地关注与重视。换言之,量刑证据的种类划分尚未

厘清,存在有待研究的必要性,甚至是有待深入研究。有鉴于此,本书首先介绍我国法律规范中量刑证据种类的现状,接着探讨量刑证据种类泛化的笼统、复杂面向,之后分析量刑证据泛化的原因,这之后分析量刑证据种类划分面临之难题,最后试图提出量刑证据种类重置之构想。

一、我国量刑证据种类现状:基于立法与司法的透视

我国量刑证据种类的现状可从立法与司法两方面展示。在立法上,主要是对法律文本的解读;在司法上,主要是基于量刑规范化改革以来,对量刑证据种类的变化与发展的剖析。笔者分述如下。

(一) 立法现状

关于量刑证据种类规范的法律及司法文件主要是《刑法》、《刑事诉讼法》、最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的司法解释》(以下简称《刑诉解释》)、《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《死刑案件证据规定》)、《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》(以下简称《排除非法证据规定》)、《人民法院量刑指导意见(试行)》(以下简称《量刑指导意见》)及《关于常见犯罪的量刑指导意见》(以下简称《常见犯罪量刑指导意见》)、《关于处理自首和立功若干具体问题的意见》等。这些法律与司法文件规定了哪些量刑证据种类?受到规范量刑证据种类有哪些特点。

整体而论,已有法律与司法文件对量刑证据种类进行了规范,而且对量刑证据与量刑之间的关系也给予一定的关注,在量刑证据的种类、审查与认定及其与刑罚之间的关系均有所着墨,具体分述如下。

1. 量刑证据的种类得以明确化

这突出表现在《量刑指导意见》中。根据《量刑指导意见》,量刑要素可分为两类:一是将量刑要素分为法定量刑要素与酌定量