

英国量刑证明标准模式及理论解析^{*}

彭海青

内容提要:从20世纪70年代至今,英国通过判例逐步建立了量刑证明标准的规范体系,可称之为“严格的倾斜标准模式”。英国量刑证明标准模式的运作机理可以从经验主义传统、无罪推定原则、功利主义思想等方面进行理论解释。英国量刑证明标准规范在本国获得普遍认同,然而有鉴于制度移植的风险,从比较法角度透过表象深入洞察英国量刑证明标准模式的运行机理,对于创造性地建设中国量刑证明标准模式,比直接借鉴其证明标准的内容更加可靠。英国量刑程序运行方式至少给我们完善相关制度以思考路径方面的启迪:一是量刑证明标准确立与发展的理论指导——刑事审判的基本原理;二是量刑证明标准确立与发展的动力——司法实践需求;三是量刑证明标准确立与发展的方法——从个案到规则。

关键词:量刑程序 证明标准 经验主义 无罪推定 功利主义

彭海青,北京理工大学法学院副教授。

一 引 言

量刑事实认定的准确性对于实现量刑公正具有决定性意义,因而量刑证明标准的设置非常关键。然而,虽然量刑规范化改革的推进在我国至今已有十余年,但最高司法机关所颁行的有关量刑程序规范化改革的文件乃至2012年新《刑事诉讼法》中都未有量刑证明标准的明确规定。2012年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》中仅对被告人从重处罚的证明标准做出了规定。^[1]法律规范的缺失导致司法实践无

^{*} 本文的完成得益于英国牛津大学法学院安德鲁·阿什沃斯(Andrew Ashworth)教授的热情帮助,在此深表谢意。

本文为国家留学基金委公派留学项目《量刑与共识问题研究》、教育部人文社科基金项目《刑事裁判共识的理论与实践研究》(10YJC820086)、最高人民检察院检察理论研究课题《量刑证明研究》(GJ2012C12)的研究成果之一。

[1] 2012年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第64条规定:“认定被告人有罪和对被告人从重处罚,应当适用证据确实、充分的证明标准。”

所适从,必然影响量刑的效果,因此必须尽快明确量刑证明标准。学界有关量刑证明标准的讨论大致形成了以下几种代表性观点:

一是“民事标准”说。这种学说认为量刑程序中的证明责任和证明标准应具有区别于定罪程序的特征,考虑到量刑事实的证明不适用无罪推定原则,而要遵循“谁主张,谁举证”的理念,因此民事诉讼中的证明标准就可以成为这种量刑事实证明中的参考依据。^[2]

二是“按罪重罪轻分别设置标准”说。这种学说内部又可分为“二分法”与“四分法”两种观点。其中前者认为,由于罪重量刑事实的存在与否直接影响到被告人的财产、自由乃至生命,必须慎重适用,因为罪重事实的证明应达到排除合理怀疑标准,而由于被告人及辩护人在收集证据方面的能力非常有限,因而罪轻事实的证明达到优势证据标准即可;^[3]后者认为,由于量刑程序中事实发现手段受到多方面的限制,因此量刑事实的证明标准不能设置得太高。对于那些有利于被告人的事实和情节,被告人只要证明到“优势证据”标准即可;对于那些不利于被告人的法定或者酌定从重情节,检察官必须证明到“清晰且具有说服力”标准;只有对于那些“升格”加重量刑情节,检察官才需要证明到“排除合理怀疑”的高度;对于控辩双方没有异议的量刑事实和情节,无论对被告人有利还是不利,都无需证明,也没有必要设置证明标准。^[4]

三是“按法定与酌定情节分别设置标准”说。这种学说认为应对法定事实情节采用清楚可信的标准;对酌定事实情节则适用优势证据标准,并认为较之罪重、罪轻的划分标准,这一区分标准具有以下优点:首先,充分关注到量刑程序中被告人与被害人的平等保护;其次,法定情节对量刑的影响较大,采用清楚可信的标准有助于提高判决的准确性及权威性;最后,具有操作性强的优点。^[5]

由上述观点可见,我国学界在量刑证明标准的确立依据、内容、方法等方面都存在分歧。学术研究上的众说纷纭在很大程度上影响了决策层对量刑证明标准的立法抉择,使得量刑证明标准难以入法,因而急需理顺思路,消除分歧,建立共识。英美法系国家的刑事审判以定罪量刑程序分离为特色,其包括量刑证明标准在内的量刑证明规范已经经历了一定时期的实践,尤其是英国^[6]的量刑证明标准从无到有,稳步发展,在其国内争议少,认同度高,因而值得关注。我国国内尚未见到系统研究英国量刑证明标准的著述,已有零星研究也存在某些误读。本文拟在考察、梳理英国量刑证明标准确立与发展历程的基础上,对英国量刑证明标准的模式、特点及成因等进行理论解析,期望从中汲取有益经验,并希冀为我国量刑证明标准的确立提供启迪。

[2] 参见陈瑞华:《量刑程序中的证据规则》,《吉林大学学报》2011年第1期。

[3] 参见李玉萍:《量刑事实证明初论》,《证据科学》2009年1期;陈卫东主编:《量刑程序改革理论研究》,中国法制出版社2011年版,第387页。

[4] 参见汪贻飞:《论量刑程序中的证明标准》,《中国刑事法杂志》2010年第4期。

[5] 参见闵春雷:《论量刑证明》,《吉林大学学报》2011年第1期。

[6] 英国在地理范围上主要包括英格兰、威尔士、苏格兰以及北爱尔兰,但在法律制度方面,英格兰与威尔士拥有共同的司法体制,是英国的典型代表,而北爱尔兰与苏格兰则拥有各自独立的司法体制,因而本文所谓的英国仅涉及英格兰与威尔士。

二 英国量刑证明标准的确立与发展

英国系传统的判例法国家,虽然在最近30年以来,英国刑事司法领域的制定法大量增加,^[7]然而量刑证明标准的确立与发展依然由众多判例所承载。

在20世纪70年代以前,英国法院裁判中有关量刑的程序法与证据法不发达,未涉及量刑证明标准问题。这是因为在英国的刑事司法实践与学术研究中,定罪与量刑作为刑事诉讼的两个阶段长期以来被严格区分,其中定罪阶段适用刑事诉讼通常的程序与证据规范,比如对抗程序、严格的相关性、可采性规则与证明制度等;而量刑阶段则由于没有陪审团的参与,其程序与证据规范相当宽松。^[8]根据1961年史塔菲尔德委员会(Streatfeild)的报告——当时该领域的唯一的官方综合调查报告的记载,量刑程序在司法实践中依据经验逐渐发展,但由于有关规则极其缺乏,因而困难重重。^[9]据有学者考察分析,由于在定罪和量刑阶段,不同程序与证据的区分所导致的忽视量刑的状况使得量刑结果难如人意。这是因为,一方面实践中被告人在做出有罪答辩以后无需进入定罪阶段,这样一来,所有关于罪与责问题的调查都涌向了量刑阶段,而起诉书与答辩书的内容并不能为合理的量刑提供充分的事实基础;另一方面,即使是经历了定罪阶段的案件也会产生问题,因为有时候量刑所需要的信息与定罪事实并不具有相关性。^[10]在这一背景下英国量刑阶段的程序与证据规范的确立问题逐渐开始受到关注。

20世纪70年代之后,英国法院的裁判中开始出现有关量刑证明标准的内容,如以Jones案为代表的几个治安法院的案件裁判中,法官主张被告人应就其没有被剥夺驾驶执照存在特殊理由而承担证明责任,并应证明到或然性权衡标准。^[11]

20世纪70年代中期至80年代初,大量的上诉法院裁判都显示,在被告人罪行已经审理确定或者为被告人承认的情形下,量刑法官太易于轻信对被告人行为的指控,而并不做进一步讯问。^[12]缺乏规则的英国量刑程序因为有失公正甚至被英国的学者称为“普通法的耻辱。”^[13]为此,自70年代末至80年代,法院开始逐步改变这种状况,并进而触及到了量刑证明标准问题的核心,主要体现为以下三项规则:

[7] 这些法律主要包括:1984年《警察与刑事证据法》、1994年《刑事审判与公共秩序法》、1995年《刑事上诉法》、1996年《刑事程序与侦查法》、1998年《犯罪与无秩序法》、2000年《恐怖主义法》、2003年《刑事司法法》、2004年《家庭暴力、犯罪与被害人法》、2005年《严重有组织犯罪与警察法》、2006年《暴力犯罪减少法》、2007年《严重犯罪法》、2008年《刑事司法与移民法》、2009年《警察与犯罪法》、2010年《犯罪和安全法》、2011年《恐怖主义预防与侦查措施法》、2012年《法律援助量刑与惩罚罪犯法》、2013年《犯罪与法庭法》,等等。

[8] Martin Wasik, Rules of Evidence in the Sentencing Process, in Martin Wasik ed., *The Sentencing Process*, Dartmouth Publishing Company Limited, 1997, p. 337.

[9] *Report of the Interdepartmental Committee on the Business of the Criminal Courts (1961)* Cmnd. 1289, para. 265.

[10] Martin Wasik, Rules of Evidence in the Sentencing Process, in Martin Wasik ed., *The Sentencing Process*, Dartmouth Publishing Company Limited, 1997, p. 337.

[11] [1951] 2 All E. R. 853. See also *Flewitt v. Horwath* (1972); *Pugsley v. Hunter* [1973] R. T. R. 284.

[12] Foo [1976] *Criminal L. R.* 456; Chodderton (1980) 2 *Cr. App. R.* (S) 272; Fisher [1982] *Crim. L. R.* 191.

[13] Andrew Ashworth, *Sentencing and Penal Policy* (1983), Manchester University Press 1987, p. 450.

一是在定罪以后的量刑听审阶段,被告人有权获得存疑,即存疑有利于被告人^[14]。

二是虽然被告人承认了控方所指控的证据与事实,法官也并非在量刑程序中必然要接受,但法官不能做出不利于被告人的裁判,除非有实质性证据出现。^[15]

三是在量刑阶段控方所要达到的证明标准是刑事标准(即排除合理怀疑标准),而非民事标准(即优势证据标准)。^[16] 在 1984 年 Macgrath and Casey 案中,法官十分明确地指出:“在就事实问题做出决定时,在我们看来法官应当遵照通常的刑事证明责任以及标准规范。”^[17] 这在英国被认为是首次明确阐述了控方在量刑证明中所要达到的证明标准。^[18] 1984 年 Ahmed^[19] 案则首次宣告在牛顿听证程序中,^[20] 法官应当以陪审团审理案件的方式解决控辩双方的争议,控方应当将其主张向法官证明到排除合理怀疑的程度。^[21] 此外,该案还确立了在牛顿听证程序中存疑有利于被告人的规则。

20 世纪 90 年代以后,英国法院除重申上述规则外,还在以下四个方面取得了新的进展:

第一,在牛顿听证程序中,被告人只需将减刑事实证明到民事标准,即优势证据标准。^[22]

第二,被告人如果提出并不与控方案件相冲突的有关减刑的外部事实,有义务将其证明到优势证据标准,控方没有义务反驳该事实并将其证明到排除合理怀疑标准。^[23] 上诉法院之所以要对该问题做出特别说明,是因为“被告人提出并不与控方案件冲突的有关减刑的外部事实”与“牛顿听证中的量刑事实”存在明显的原则性差异,前者系通常只有被告人或上诉人本人才知晓的,完全由其本人主动提出的;而后者则系由控辩双方提出的与犯罪事实本身直接有关的事项。一方面前者所涉及的减刑事项的提出基本都发生于量刑听证过程中的第一次休庭期间,控方此时不在场,即使知晓有关信息也无法提出反对主张;另一方面,既然法官们可以指示陪审团适用不同的证明标准,那么,在量刑阶段也完全

[14] Campbell [1980] *Crim. L. R.* 248; Taggart (1979) 1 *Cr. App. R.* (S) 144; Stosiek (1982) 4 *Cr. App. R.* (S) 205. Solomon and Triumph (1984) 6 *Cr. App. R.* (S) 120.

[15] Pearce (1979) 1 *Cr. App. R.* (S) 317; Kerr (1980) 2 *Cr. App. R.* (S) 54.

[16] 在英国刑事审判程序中,刑事证明标准包括排除合理怀疑标准与优势证据标准,这两个证明标准是刑事审判的核心。同时,排除合理怀疑标准也被称为刑事标准,陪审团与法官都可以适用。参见 Richard May & Steven Powles, *Criminal Evidence* (5th edition), Sweet & Maxwell, 2004, p. 75。优势证据标准还适用于民事审判,被称为“民事标准”。参见 Jonathan Doak & Claire McGourlay, *Criminal Evidence in Context* (2nd edition), Routledge-Cavendish, 2009, p. 57。

[17] Macgrath and Casey (1984) 5 *Cr. App. R.* (S) 460.

[18] Martin Wasik, *Rules of Evidence in the Sentencing Process*, in Martin Wasik ed., *The Sentencing Process*, Dartmouth Publishing Company Limited, 1997, p. 337.

[19] Ahmed (1984) 80 *Cr. App. R.* 295.

[20] 牛顿听证 (Newton Hearings) 系 1982 年牛顿案 [see Newton (1982) 77 *Cr. App. R.* 13.] 所确立的旨在解决控辩双方有关量刑事实争议的程序,起初只适用于解决被告人有罪答辩之后的量刑事实争议,自 1993 年 Finch 案 [see Finch (1993) 14 *Cr. App. R.* (S) 226.] 后也适用于有罪判决后的事实争议。

[21] Lord Justice Hooper and David Ormerod et al., *Blackstone's Criminal Practice*, Oxford University Press, 2013, p. 1843.

[22] Kerrigan (1993) 14 *Cr. App. R.* (S) 179.

[23] Guppy and Marsh 1995, 16 *Cr. App. R.* (S) 25.

可以驾驭不同的证明标准。^[24]

第三,如果被告人对于警察所提供的有关其先前的行为事实提出异议,控方应当将被告人有关先前行为的事实证明到排除合理怀疑标准,否则该行为事实将会被法官忽略。^[25]

第四,当被告人做出有罪答辩并且控方对其表示同意,但法官发现判刑前报告显示答辩所带来的刑罚过于严重时,法官必须在量刑前澄清事实。^[26] 上诉法院米切尔(Mitchell)法官在 Cunnah 案判决中指出:“虽然律师以传闻证据为借口并未提出该报告,但我们认为被告人所承认的事实在本质与范围上都有根本的变化。在这种特殊情形下,即新的、高度相关的量刑材料出现时,有必要与律师讨论事实究竟是什么,这种讨论对诉讼各方都有必要,因为这涉及法官量刑的基础。”^[27]

进入 21 世纪以来,除继续确认已有的规则外,英国的量刑证明标准在适应有关新出台的成文法以及《量刑指南》内容的基础上继续发展。一方面,2003 年《刑事司法法》中确立了四种加重量刑情节(随后通过修改又增加了一种情节),2008 年《反恐怖主义法》确立了与恐怖主义犯罪有关的加重量刑情节;另一方面,《量刑指南》的确立也为量刑证明标准的发展提供了新的契机。英国长期以来未设置《量刑指南》,量刑仅受上诉法院审查的约束,法官拥有很大的量刑自由裁量权。^[28] 1998 年以后,《量刑指南》才在英国缓慢发展起来,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影响情节来帮助法官为犯罪行为适当量刑,尤其是多数《量刑指南》都确立了具体的加重情节。^[29] 为解决上述成文法与《量刑指南》中量刑情节的证明标准问题,在 Davies 案中上诉法院确立了检察官需将加重量刑情节(尤其是决定起刑点)证明到排除合理怀疑标准的规则。^[30]

三 英国量刑证明标准模式

经过几十年的发展,英国量刑证明标准体系已经初见轮廓,在遵循普通法基本原则的基础上逐渐形成了具有个性化的模式,笔者称之为“严格的倾斜标准模式”,即在充分尊重案件事实的前提下对被告人利益实行倾斜保护的量刑证明标准模式,主要体现在以下

[24] CSP. R42; March 2001.

[25] Lord Justice Hooper and David Ormerod et al., *Blackstone's Criminal Practice*, Oxford University Press, 2013, p. 1856; *Pattison v. DPP* [2006] 2 All ER 317.

[26] Cunnah [1996] 1 Cr. App. R(S). 393.

[27] Cunnah [1996] 1 Cr. App. R(S). 393.

[28] Andrew Ashworth and Julian v. Roberts, *Sentencing Guidelines: Exploring the English Model*, Oxford University Press, 2013, p. 1.

[29] 参见 Julian v. Roberts, *Structured Sentencing: Lessons from England and Wales for Common Law Jurisdictions*, Punishment and Society, 2012, p. 267; Andrew Ashworth, *Sentencing and Criminal Justice*, Cambridge University Press, 2010, p. 167; Sentencing Guidelines, <http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk/sentencing-guidelines.htm>. 访问日期:2014年9月15日。

[30] Davies [2009] 1 Cr. App. R(S). 79.

四个方面的特征：

第一，采行量刑证明标准的两分法，将是否有利于被告人作为区分不同量刑证明标准的依据。以争议事实是否有利于被告人为根据选择定罪证明标准是普通法上的一项基本原则，^[31]但由于定罪与量刑阶段证据规则的区分，其是否适用于量刑事实的认定并不明确，后来上诉法院的判例表明是否有利于被告人同样是英国量刑阶段的证明标准。

第二，控方对不利于被告人的量刑事实的证明需要达到排除合理怀疑标准，而辩方对有利于被告人的量刑事实只需达到优势证据标准。排除合理怀疑标准是英美法系国家认定犯罪事实所采行的证明标准，被英美法系国家认为是人类认识能力所能达到的最高证明标准，将这一高标准作为不利于被告人的量刑事实的证明标准足以体现英国量刑证明标准的严格性。优势证据标准系英美法系国家民事司法中所适用的事实认定标准，将这一低标准适用于有利于被告人的量刑事实的证明，则体现出对于被告人利益保护的偏向性。

在此应当澄清的是，迄今为止英国的判例法中并未对不利于被告人的量刑事实做任何限定性解释，因此国内有学者所提出的“英美法国家判例中，那些量刑证明标准中要求适用‘排除合理怀疑’的案件（包括死刑案件、‘升格’加重处罚的量刑情节），无一不涉及到被告人犯罪事实的认定，因此才适用排除合理怀疑标准”^[32]的观点，是对英美法至少是对英国法的误读。

第三，量刑法官不受有罪答辩事实的约束。在英国治安法院受理的刑事案件中，被告人的有罪答辩率为 90% 以上，刑事法院被告人的有罪答辩率也在 70% 以上。^[33]将有罪答辩作为减刑的依据是英国普通法上的一项规则。^[34]鉴于避免经历定罪程序、节省成本、缩小指控与量刑的差距、消除被害人与证人出庭顾虑等实际需要，英国量刑指南委员会在 2004 年专门出台《针对有罪答辩的减刑》的文件，并于 2007 年做了修订。在鼓励被告人尽早做有罪答辩方面做出了新的努力，即针对被告人在不同诉讼阶段的答辩设置不同的减刑幅度标准。^[35]然而，在量刑程序中法官并非一味接受被告人针对指控所做出的有罪答辩的事实，而是有责任查明案件事实，并且在法官查明案件事实的过程中仍要遵循控辩双方的证明标准规则。这显然并非如国内有学者所认为的“在英国，如果检察官接受或者同意了被告方提出的关于某争议事项的原因和理由（也就是说控辩双方就此争议事项达成了一致意见），那么该‘一致意见’必须以书面的形式为双方当事人所共同签署。这种情况下，该争议事项无需证明，法官可以直接使用之，而无需设置证明标准”^[36]。

第四，存疑利益归属于被告人。根据无罪推定原则，在定罪阶段存疑利益归属于被告

[31] Storey [1998] 1 VR 359 at 369 and 371; Olbrich (1999) 199 CLR 270 at 281.

[32] 闵春雷：《论量刑证明》，《吉林大学学报》2011 年第 1 期，第 105 页。

[33] Andrew Ashworth and Mike Redmayne, *The Criminal Process* (4th edition), Oxford University Press, 2010, pp. 293 - 294.

[34] Andrew Ashworth, *Sentencing and Criminal Justice*, Cambridge University Press, 2010, p. 170.

[35] Sentencing Guideline Council, *Reduction in Sentencing for A Guilty Plea* (definitive guideline), revised 2007, <http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk>. 访问日期：2013 年 7 月 13 日。

[36] 汪贻飞：《论量刑程序中的证明标准》，《中国刑事法杂志》2010 年第 4 期，第 53 页。

人是没有疑问的,然而,英国上诉法院通过其判例使得被告人在量刑阶段也能够享有存疑利益。正如英国牛津大学安德鲁·阿什沃斯(Andrew Ashworth)教授所阐释的那样“仅仅是因为法律制度碰巧将某些问题放在量刑阶段而非定罪审理程序,被告人就因此而承受不利当然是错误的”。^[37]可见,在存疑利益方面,英国的做法并非像国内有学者所提出的“在定罪审理阶段‘存疑有利于被告’是一项重要的原则……在量刑问题上,对于那些存疑的、没有被证明的事实,即便是有利于被告人的,法官同样将他们视为不存在。也就是说,在量刑阶段,存疑有利于被告人原则并不适用,对于那些存疑的事实,其存疑利益并不会赋予被告人。”^[38]

四 理论解析

正如国外有学者所指出的,“运用比较方法考察国外法律的缘由各不相同,比如纯粹知识方面的好奇、借用国外高效率低成本的法律制度以及促进某一超国家组织内部法律制度的协调,然而最重要的是增进制度间的相互理解:知其如何运作或许有时不起作用,而是要知其为何如此运作”。^[39]因此,为深刻理解英国的量刑证明标准模式必须进行理论解析以探问其运作机理。以下笔者尝试从经验主义传统、无罪推定原则以及功利主义思想三个方面进行解释分析。

(一) 经验主义传统的作用

早在中世纪英国就曾产生唯名论思潮,主张从个别事物的感觉经验出发认识事物。以此为思想基础,伴随着近代自然科学的发展,英国在16、17世纪逐渐形成了与欧洲大陆唯理论相对应的经验论的哲学思想,即经验主义哲学。培根、霍布斯、洛克、休谟等哲学家们以其卓越的智慧成就了英国经验主义哲学,虽然经验哲学家们对经验主义哲学的发展贡献不同,但有关经验与认识的关系的基本观点是一致的,这也是经验主义哲学的核心,即主张所有的概念源于经验,所有的概念是有关或者适用于可以被经验所检验的事物,或者,所有的合理的可接受的见解或者主张只有通过经验才是正当的。^[40]虽然经验主义思想在发展过程中同其他哲学思想一样也受到各种挑战,^[41]但其在英国法律发展史上的影响不能抹杀。

英国的经验主义传统是判例制度得以在英国形成并发展的重要原因之一。虽然英国的制定法不断增多,但判例法在英国仍然是主要法源,大量的判例仍然是法官裁判的重要依据。英国的量刑证明标准体系就是法官为解决纠纷从具体的个案的审理、评议、裁判中逐渐确立规则并不断充实发展而形成的。也就是说,目前英国的量刑证明标准体系是经

[37] Andrew Ashworth, *Sentencing and Criminal Justice*, Cambridge University Press, 2010, p. 372.

[38] 汪贻飞:《论量刑程序中的证明标准》,《中国刑事法杂志》2010年第4期,第53页。

[39] David Nelcon, *Comparative Criminal Justice and Globalization*, Ashgate Publishing Limited, 2011, p. 53.

[40] Richard Fumerton, Reference entry: empiricism, in *Encyclopedia Britannica*, <http://global.britannica.com/EB-checked/topic/186146/empiricism>. 访问日期:2014年9月1日。

[41] Anil Gupta, *Empiricism and Experience*, Oxford University Press, 2006, p. 36.

过作为法律适用者的法官们的司法实践反复检验而被固定下来的,是经验的沉淀。这种由实践经验所形成的法律秩序具有明显的“内生”性,从而也就具有较强的执行力。

(二) 无罪推定原则的体认

无罪推定作为现代刑事法的基石性原则是无可争议的,然而,从其程序性内涵考虑,无罪推定原则的合理性并非在于其与建立在证据之上的基础事实有关联,因为被指控与无罪之间并不存在合理的关联性,实践也表明被指控的被告人多数都被定罪或者承认有罪。无罪推定原则真正的意义是关于被普遍承认的自由社会(区别于专制社会)如何行使惩罚权的道德与政治原则,其内在性体现着一种民主社会中国家与公民的关系。无罪推定原则的确立与刑事司法的情境有关,在刑事司法过程中,国家与被告人所掌握的资源相差悬殊,强大的国家权力将要作用于被告人,被告人的人身自由权、财产权等基本权利将面临威胁。无罪推定原则的作用即在于在刑事程序中平衡控辩双方的力量,最大限度地维护被告人的合法权益。而在证明标准方面,控方应将其所指控的事实证明到排除合理怀疑标准被认为是无罪推定原则的应有之义,与原则本身不可分离,因为只有设置如此高的标准才能足以保证被告人的基本权利不受非法侵犯。^[42]

虽然无罪推定原则被国际公约与绝大多数国家的宪法、法律所承认,其存在的合理性也得到普遍认可,但准确的含义、适用范围、本质以及限制、例外等一系列问题一直处于争议之中。^[43] 在英国已有权威观点认可无罪推定原则的思想对量刑阶段的影响,他们认为无罪推定原则所包含的平衡控辩双方力量、最大限度地维护被告人合法权益等精神在量刑阶段仍然发挥着影响。^[44] 因为定罪是国家对公民犯罪行为的否定性评价,而量刑则直接涉及对罪犯的惩罚,后者是前者的延伸,更直接地触及公民的生命、自由、财产等基本人权。这样相比定罪阶段而言,在量刑阶段控辩双方力量悬殊以及对被告人利益的维护等问题更加重要。事实上,英国的量刑证明标准体系在多方面契合了无罪推定原则的精神:一是将控方与辩方的量刑证明标准进行高低不同的设置,这体现了对控辩双方资源差距的认识以及对其力量平衡的追求;二是将控方所要达到的证明标准确立为排除合理怀疑标准完全符合无罪推定原则对控方高标准的证明要求,体现了对国家刑罚权的严格限制;三是将优势证据标准这一较低的民事标准作为辩方的证明标准以及将存疑利益归属被告人的做法则体现了对被告人利益保护的倾斜。

(三) 功利主义思想的影响

功利主义又称效益主义,是以人们行为的功利效果作为道德价值之基础或基本评价标准,同时又强调行为实际效果的价值普遍性和最大现实的哲学思想。这种思想在 18 世纪由英国的哲学家、经济学家边沁形成了系统的理论体系。边沁在其《道德与立法原理导论》中这样解释功利原理:“它按照看来势必增大或者减小的利益有关者之幸福的倾

[42] See Andrew Ashworth, Four Threats to the Presumption of Innocence, *The International Journal of Evidence & Proof*, 2006, p. 241.

[43] See P. J. Schwikkard, *The Presumption of Innocence*, Juta: Capetown, 1999, at Ch 4.

[44] 此观点来源于笔者与牛津大学 Andrew Ashworth 教授的交谈以及在 2013 年 7 月 15 日牛津大学法学院刑事法律研究中心举办的量刑问题研讨会上,与英国上诉法院法官、量刑委员会成员 Colman Treacy 探讨该问题的认识。

向,亦即促进或妨碍此种幸福的倾向,来赞成或非难任何一项行动。我说的是无论什么行动,因而不仅是私人的每项行动,而且是政府的每项措施。”也就是说,功利不仅是针对个人的,而且是社会的功利,即“最大多数人的最大幸福”。^[45]因此,功利原理又被称为“最大多数人幸福原理”。边沁的功利主义思想被广泛应用于政治学、经济学、法学等学科,在英国近现代思想史上占据重要地位,并对英国及西方社会的价值观念产生了重要的影响。

受功利主义思想影响,在刑事司法领域英国刑事法律中的犯罪化与刑罚严厉程度为适应政治、经济、社会的利益而变化,“犯罪源自当时的政府政策”^[46]。但“刑罚的严厉程度应该只为实现其目标而绝对必需”^[47]。英国量刑证明标准模式强调“严格性”正体现了英国适应其司法现实需要的功利思想。在笔者看来,以下两种社会现实是英国对于量刑证明标准严格要求的主要功利性原因:

一是监狱人数激增,司法成本高昂。鉴于羁押是对被羁押者权利的严重剥夺,因而限制羁押已经成为国际共识。早在上世纪70年代,欧洲委员会为扩大非羁押措施的适用就提出“羁押应该被作为最后的手段”^[48]。1990年《有关预防犯罪与罪犯待遇第8次联合国大会第8项决议》中也提出了这一主张。^[49]然而,在严峻的犯罪形势面前,世界上许多国家的监狱人数在21世纪前后的几十年却迅速增长,其中以美国与英国尤甚。^[50]在欧洲,根据欧洲委员会的调查,上个世纪80年代英国的监狱羁押比率高于其他国家。^[51]自上世纪80年代以来的30多年,英国的监狱羁押人数总体而言持续攀升。^[52]高羁押率大大增加了司法成本,使得政府不堪重负,而且监狱改造效果令人担忧,监狱被描述为“使得坏人变得更坏的昂贵的方法”^[53]。在这种社会背景下,为控制羁押人数,降低司法成本,严格量刑证明标准成为必由之路。英国将刑事司法领域所能达到的最高证明标准——排除合理怀疑标准作为控方的证明标准正是基于这种功利性考虑。也正是基于这种共识,即使在美国将民事标准作为量刑证明标准的强大冲击下,在英国,不论是政界、实务界还是学界,基本没有质疑其本国标准过高的声音。

二是错案丛生,司法公信力面临危机。从上个世纪80年代以后,英国的错案问题就引起了英国社会的广泛关注。根据大法官部与宪法事务部1986年至2005年间的统计数据,上诉法院年均纠正4496起来自治安法院的上诉案件,加上上诉法院年均纠正的来自

[45] 参见[英]边沁著:《道德与立法原理导论》,时殷弘译,商务印书馆2000年版,第58页。

[46] 参见[英]特纳著:《肯尼刑法原理》,王国庆译,华夏出版社1989年版,第4页。

[47] 参见[英]边沁著:《立法理论—刑法典原理》,孙力等译,中国人民公安大学出版社1993年版,第78页。

[48] Council of Europe (1976), Res. 10.

[49] United Nations (1990), para. 5(e).

[50] Andrew Ashworth, *Sentencing and Criminal Justice*, Cambridge University Press, 2010, p. 97.

[51] 比如欧洲理事会(Council of Europe)的调查数字显示,以10万人作为人口基数,英国的羁押人数为97.4,法国为81.1,瑞典为50.6,希腊为44.0,荷兰为40.0。参见Martin Wasik & Richard D. Taylor, *Blackstone's Guide to the Criminal Justice ACT 1991* (2nd edition), Blackstone Press Limited, 1993, p. 2.

[52] 据英国内政部的统计,1980年羁押人数为4200多人,从1993年以后就开始猛增,2009年已达85000人。参见Andrew Ashworth, *Sentencing and Criminal Justice*, Cambridge University Press, 2010, p. 279.

[53] Home Office (1990), para. 2.7.

刑事法院的 237 起上诉案件,共计 4733 起。以每周 5 个工作日计算,平均每天的错案为 18 起,这还是英格兰与威尔士传统的错案计算方法。实际上这种错案计算方法因有失全面而受到质疑,因为这并未包括高等法院每年纠正的来自治安法院的年均 60 起错案与来自刑事法院的年均 11 起错案、上议院纠正的年均 2 起错案以及刑事案件审查委员会纠正的年均 18 起错案。^[54] 因而,英国本国学者们已经承认“‘英国司法制度是世界上最完善的司法制度,基本没有错案或者错案极少’的观点再也站不住脚了”,^[55]“英国的错案已经不再是一个小问题,而已经成为司法制度的一个特点”。这些被曝光的刑事错案引发了公众的强烈不安,进而对刑事司法制度产生信任危机。据有关调查表明,错案产生的直接原因包括虚假证据、警察或证人辨认罪犯失误、专家证言的真实性被高估、被告人有罪答辩不实、控方未全面开示证据、法官偏袒控方、程序失误等。^[56] 可见,事实问题是英国错案产生的主要原因。因而英国将排除合理怀疑这一在他们看来人类认识能力所能达到的最高标准作为控方的证明标准,力求准确认定案件事实以实现量刑公正,从而减少错案,提升司法公信力。

五 量刑证明标准演进的运行方法

目前英国量刑证明标准体系与模式已经基本形成,并得到普遍接受。虽然借鉴国外先进制度是比较法的应有之义,然而,任何一种制度都有其产生的历史、社会、文化背景,因此制度移植的风险不言而喻。就像德国著名比较法专家伯恩哈德·格罗斯菲尔德所言,“比较法的确是一种强有力的武器,但同时也是一种极其危险的武器”。^[57] 因而,从比较法角度透过英国量刑证明标准规范的表象,深入洞察英国何以能够确立获得普遍认同的量刑证明标准模式与体系的方法,比直接借鉴其证明标准的内容,对于创造性地建设量刑证明标准的中国模式更加安全与有效,即非取之以“鱼”,而是学之以“渔”。我们可以从英国量刑证明标准体系与模式的确立发展的运行方法中得到启示,以供建构量刑证明标准的中国模式所用。

(一) 量刑证明标准确立与发展的理论指导: 刑事审判的基本原理

从前述对英国量刑证明标准确立发展过程的考察以及理论解析中可以看出,英国量刑证明标准的确立与发展始终遵循刑事审判的基本原理。鉴于刑事审判的本质要求、控辩双方资源与力量的差异等因素,为实现控辩平等、公正审判等诉讼价值目标,无罪推定、有利被告人等原则成为现代刑事审判基本原理之重要组成部分。英国为适应量刑阶段控辩双方资源与力量不平等的状况,对于控辩双方分别设置不同的量刑证明标准,并且为弥

[54] Michael Naughton, *Rethinking Miscarriages of Justice—Beyond the Tip of the Iceberg*, Jonathan Simon, 2012, p. 42.

[55] Clive Walker and Keir Starmer, *Miscarriages of Justice—A Review of Justice in Error*, Blackstone Press Limited, 1999, p. 61.

[56] Michael Naughton, *Rethinking Miscarriages of Justice—Beyond the Tip of the Iceberg*, Jonathan Simon, 2012, pp. 47, 53–55.

[57] [德]伯恩哈德·格罗斯菲尔德著:《比较法的力量与弱点》,孙世彦、姚建宗译,清华大学出版社 2002 年版,第 66 页。

补被告人的弱势,将存疑利益赋予被告人,都体现出对刑事审判基本原理的遵循。

我国量刑证明标准的确立问题之所以存在争议,在很大程度上是由于偏离了刑事审判基本原理的指导。前述国内学者论述量刑证明标准的理由中,提出“在量刑程序中被告人不再受到无罪推定等法律原则的特殊保护,而是与公诉人、被害人平等参与量刑活动的主体。平等保护、多方参与应成为量刑证明标准设计的重要原则,唯有此才能做到量刑公正”^[58] 还有学者提出“在法院已经认定被告人有罪的前提下,无罪推定适用的前提条件已经不复存在,程序正义的适用受到诸多方面的限制,证据排除规则也失去了用武之地,严格证明已经变得毫无必要,而可以适用自由证明的原则”^[59] 然而,量刑阶段的法律关系及其诉讼结构的本质相较于定罪阶段并未改变,因而传统上适用于定罪阶段的刑事审判基本原理在量刑阶段仍然发挥作用。这是因为,一方面就法律关系而言,量刑阶段与定罪阶段法律关系的本质是相同的,即都是刑事法律关系。两者法律关系的客体也是相同的,即都是刑事案件。其差异仅仅在于法律关系主体的范围或者名称上有所改变以及法律关系的内容由罪行转变为刑罚。另一方面,就诉讼结构而言,在定罪阶段存在的因控方拥有国家强制力支持所导致的控辩双方资源差异和力量悬殊,并进而导致控辩不平等的状况,在量刑阶段并未发生改变。况且量刑所针对的被告人的刑罚问题比定罪所要解决的被告人的罪行问题,更直接涉及到被告人基本权利的予夺,这样在量刑阶段对被告人特殊保护的必要性只能更大而非更小甚或没有。因而程序正义所包含的“保障当事人和其他诉讼参与人尤其是保障犯罪嫌疑人、被告人、被害人的诉讼权利;禁止刑讯逼供和以其他非法手段取证;司法机关依法独立行使职权;审判程序公开;法庭居中裁判;控辩双方平等对抗”^[60]等基本要求仍然适用。

关于无罪推定原则,贝卡里亚所提出的“在法官判决之前,一个人是不能被称为罪犯的”是无罪推定原则的字面含义,而尊重基本人权和人格尊严则是无罪推定原则的精神内核。因为贝卡里亚当时是在反对刑讯时提出这一主张的,他接着解释道:“如果犯罪是肯定的,对他只能适用法律所规定的刑罚,而没有必要折磨他,因为,他交待与否已经无所谓了。如果犯罪是不肯定的,就不应折磨一个无辜者,因为,在法律看来,他的罪行并没有得到证实。”^[61]由此可见,对于被告人,不论是被告定罪以后还是被告定罪之前,都不能施以刑讯。这样看来,其实贝卡里亚并未将“反对刑讯,保障基本人权与人格尊严”之无罪推定原则的精神内核局限于定罪之前的阶段,而是延伸到了定罪之后的量刑阶段。因而如果不拘泥于对无罪推定原则的“文义解释”,而是将其放入“目的解释”的宽广视野中,那么仍然可以感受到无罪推定原则对于量刑阶段的精神辐射力量。

(二) 量刑证明标准确立与发展的动力:司法实践需求

英国量刑证明标准体系的确立发展与社会和司法实践需求息息相关。量刑证明的无序状态逐渐催生了量刑证明标准,而量刑不公所导致的严重后果,尤其是对被告人基本人

[58] 闵春雷:《论量刑证明》,《吉林大学学报》2011年第1期,第105页。

[59] 陈瑞华:《量刑程序中的证据规则》,《吉林大学学报》2011年第1期,第95页。

[60] 陈光中主编:《刑事诉讼法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2012年版,第12页。

[61] [意]贝卡里亚著:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,第31页。

权的损害,使量刑证明标准规则呈现有利于被告人的特点;高羁押率所带来的司法与社会负担,使对不利于被告人的量刑证明采行高标准;保护国家社会利益与增强司法公信力的需要,又要求法官不轻易听信控辩协议而在发现真实的基础上做出公正的量刑裁判。

在我国,主张量刑证明采行低标准的观点恰恰是未充分考虑到量刑实践的需求。如前述有学者提出:“量刑程序所要解决的核心问题是量刑信息的全面性和准确性问题,量刑程序中的证据规则也要对量刑证据和量刑事实的证明确立较为宽松的制度安排。对于那些独立于犯罪事实的从重量刑情节,受自由证明理念的影响,公诉方并不需要证明到最高的证明标准,而最多达到优势证据的程度即可。”^[62]还有学者提出“对于控辩双方没有异议的量刑事实和情节,无论对被告人有利还是不利,都无需证明,也没有必要设置证明标准”^[63]然而,我国司法实践中量刑程序规范化改革之所以兴起的重要原因,是法官的量刑权限过大,量刑不公问题突出,并且当事人往往难以获得有效救济,因而亟需规制量刑权与量刑程序,增强量刑的公正性。^[64]而对量刑证明设置低标准甚或无标准的主张,显然在根本上有违量刑程序规范化改革的初衷。为便于更多的信息进入量刑程序,可以降低证据可采性的要求,使证据规则更为宽松。但同时为保证量刑事实认定的准确性,确保量刑公正,量刑证据的真实性不能有折扣,量刑证明标准不应降低,更不能取消。

(三) 量刑证明标准确立与发展的方法:从个案到规则

英国量刑证明标准的规范体系是通过个案逐渐确立,经多地、多层次法院反复确认并不断充实而发展起来的。判例法传统使得以往案例中有关量刑证明标准的实践,被后来量刑法官所关注、适用,同时,其合理性也在不断接受司法实务人员的论证与实践检验。运用这种以经验主义为基础的实证方法所确立的量刑证明标准规范体系具有极强的生命力,其与司法实践的亲和性是制定法所难以比拟的,也是判例法的优越性所在。

然而,前述我国学界有关量刑证明标准的研究中所主张的“排除合理怀疑”、“清楚可信”、“优势证据”等标准,则体现出一种脱离司法实践而直接挪用英美证据法话语体系的共性。事实上,英美法有关证明标准的话语体系由于其主观性极强,内涵难以明晰。英美法系的律师、法官、学者等虽然一直在不断尝试从正反两方面对这一标准进行界定,但收效甚微。^[65]我国 2012 年《刑事诉讼法》第 53 条引入“排除合理怀疑”标准后,^[66]虽然全国人大法工委就此接着做出解释,指出“本条使用‘排除合理怀疑’这一提法,并不是修改了我国刑事诉讼的证明标准,而是从另一角度进一步明确‘证据确实、充分’的含义,便于办案人员把握”,^[67]但刑事诉讼学者们对“排除合理怀疑”的内涵与“案件事实清楚,证据

[62] 陈瑞华:《量刑程序中的证据规则》,《吉林大学学报》2011 年第 1 期,第 95 页。

[63] 汪贻飞:《论量刑程序中的证明标准》,《中国刑事法杂志》2010 年第 4 期,第 53 页。

[64] 参见彭海青:《我国量刑程序控制十年实践探索的省察》,载卞建林、侯建军主编:《深化刑事司法改革的理论与实践——新中国成立 60 周年刑事诉讼法制的回顾与展望》,中国人民公安大学出版社 2010 年版,第 351 页。

[65] Jonathan Doak & Claire McGourlay, *Criminal Evidence in Context* (2nd edition), Ouledge-Cavendish, 2009, p. 57.

[66] 我国 2012 年《刑事诉讼法》第 53 条对刑事案件的证明标准做出了新的规定,即“证据确实、充分,应当符合以下条件:(一)定罪量刑的事实都有证据证明;(二)据以定案的证据均经法定程序查证属实;(三)综合全案证据,对所认定事实已排除合理怀疑”。

[67] 郎胜主编:《中华人民共和国刑事诉讼法释义》,法律出版社 2012 年版,第 115 - 116 页。

确实、充分”的关系以及如何把握等问题的争论颇大。^[68]既然有深厚外国法修养的学者们尚难以统一认识,更不用说付诸实践交由法官们把握了。

我国作为传统的成文法国家,长期以来立法机关在法律制度变革方面发挥着积极作用。然而,鉴于立法内容与技术方面的不足,实际上近年来司法机关已经在很大程度上取代立法机关而成为刑事司法改革的推动力量。但司法机关在如何运用实证方法,科学地收集司法经验并将其转化为普遍适用的规则方面尚处于初始探索阶段。

当前最高司法机关已经开始正式推行案例指导制度,2010年11月26日最高人民法院发布《关于案例指导工作的规定》。根据这一《规定》,指导性案例是指“裁判已经发生法律效力,并符合以下条件的案例:(一)社会广泛关注的;(二)法律规定比较原则的;(三)具有典型性的;(四)疑难复杂或者新类型的;(五)其他具有指导作用的案例”。作为一种生发于我国司法实践中的不同于英美判例法的制度形式,其在规范司法行为、约束裁量权方面的积极意义值得期待。迄今为止,最高人民法院已经发布了六批指导性案例,却尚未见有关量刑程序与证据规则的指导性案例。然而,实际上地方司法实践中已经出现有关量刑证明标准的探索,只是尚未得到理论界与决策层的充分关注。比如上海市浦东新区法院从2010年就开始实践这样一种量刑证明标准:要求证明对被告人从重处罚的事实,达到事实清楚,证据确实、充分的标准;证明对被告人从轻、减轻或者免除处罚的事实,达到较大可能性程度即可;被告人及其辩护人就量刑事事实举证后,控诉方提出反对意见的,对反对意见的证明应当达到事实清楚,证据确实、充分标准。^[69]这种量刑证明标准坚持了我国司法实践长期遵行的证明标准——事实清楚,证据确实、充分,而没有照搬国外的证明标准。并且“较大可能性”标准的表述也比“优势证据”的表述更符合我国的语言习惯,更便于理解。未来最高司法机关在发布有关量刑证明标准的指导性案例时,应广泛并充分关注生发于本土实践的量刑证明标准的信息,从而为构筑量刑证明标准体系的中国模式积累经验,以有效应对我国司法实践中的量刑不公问题,满足社会公众对量刑公正的期盼。当然笔者并不反对将指导性案例中所包含的量刑证明标准的规则,在经过多年量刑实践检验后纳入刑事诉讼法,因为在这种情形下,刑事诉讼法中的规则已然是对实践经验或者内生秩序的固定了。

六 结 语

“方法并不是外在的形式,而是内容的灵魂和概念,方法只能是在科学认识中运动着的内容的本性,同时,正是内容这种自己的反思,才建立并产生内容的规定本身”。^[70]依

[68] 代表性著述如樊崇义:《从“排除合理怀疑”看实体真实相对性》,《检察日报》2013年5月3日第3版;王敏远:《重新认识“排除合理怀疑”》,《检察日报》2013年11月26日第3版;龙宗智:《中国法语境中的“排除合理怀疑”》,《中外法学》2012年第6期;周洪波:《迈向“合理”的刑事证明——新〈刑事诉讼法〉证据规则的法律解释要义》,《中外法学》2014年第2期;魏晓娜:《“排除合理怀疑”是一个更低的标准吗?》,《中国刑事杂志》2013年第9期。

[69] 《浦东新区法院量刑程序指导意见(试行)》,http://wenku.baidu.com/view/01cf92bf960590c69ec376e1.html。访问日期:2014年9月12日。

[70] [德]黑格尔著:《逻辑学》,杨一之译,商务印书馆1966年版,第37页。

循以刑事审判基本原理为指导,以应对我国量刑实践需要为动力,以指导性案例为依托的方法,我国量刑证明标准的基本框架已经依稀可辨:

一是分别设置适用于控辩双方的不同的量刑证明标准,并遵循有利于被告人原则。以刑事审判的基本原理指导量刑证明标准的设立,要求顾及控辩双方资源、力量不平等的现实,为平衡控辩不平等的状况,需要给被告人以特殊保护。为此,控方所要证明的不利于被告人的量刑事实的标准,应高于被告人所要证明的对其有利的量刑事实的标准。而且在量刑事实发生争议时,做有利于被告人的解释。

二是对不利于被告人的量刑证明标准的设置不应低于定罪证明标准。我国进行量刑规范化改革主要为制约法官过大的量刑裁量权,解决量刑不公问题,因而对不利于被告人的量刑证明标准的设置不宜过低,否则有悖于量刑规范化改革的初衷。而且由于量刑阶段的法律关系及其诉讼结构的本质相较于定罪阶段并未发生改变,因而量刑证明标准不应低于定罪证明标准。

三是量刑证明标准的语言表述应使用我国已有的证明标准话语体系。有鉴于国外证明标准语言表述模糊、不易把握等弊端,我国应采用已经长期使用、有经验基础的本土证明标准话语体系。

[Abstract] Since the 1970s, England and Wales have gradually established a system of standard of proof in sentencing, which can be called the Mode of Strict Oblique Standard. The mechanism of this mode can be explained theoretically from the perspectives of the tradition of empiricism, the principle of presumption of innocence and ideas of utilitarianism. These rules on standard of proof in sentencing have been generally accepted in England and Wales. However, because of the risks of transplantation of system, it is more effective and safer for China to probe the way by which these rules gained general acceptance in England and Wales than to directly borrow the contents of their rules in the process of creatively constructing the Chinese mode of standard of proof in sentencing. The English and Walsh experience shows that: Firstly, the basic principle of criminal justice is the theoretical guidance for the establishment and development of standard of proof in sentencing; secondly, the demands of judicial practice are the driving force behind the establishment and development of standard of proof in sentencing; and thirdly, developing rules from individual cases is the basic method of establishment and development of standard of proof in sentencing.

(责任编辑:王雪梅)