



中国非法证据 排除制度

原理·案例·适用

(修订版)

The System of Exclusionary Rule of
Illegally Obtained Evidence in China

Theory · Case · Application



戴长林 罗国良 刘静坤 著

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA



中国非法证据 排除制度

原理·案例·适用
(修订版)

The System of Exclusionary Rule of
Illegally Obtained Evidence in China
Theory · Case · Application

戴长林 罗国良 刘静坤 著

图书在版编目(CIP)数据

中国非法证据排除制度:原理·案例·适用 / 戴长林,
罗国良,刘静坤著. — 2版(修订本). —北京:
法律出版社,2017

ISBN 978-7-5197-1272-3

I. ①中… II. ①戴…②罗…③刘… III. ①证据—
研究—中国 IV. ①D925.013.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 205479 号

中国非法证据排除制度:

原理·案例·适用(修订版)

ZHONGGUO FEIFA ZHENGJU PAICHU ZHIDU;

YUANLI · ANLI · SHIYONG (XIUDINGBAN)

戴长林 罗国良 刘静坤 著

策划编辑 李 群

责任编辑 李 群 李 璐

装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 中煤(北京)印务有限公司

责任印制 胡晓雅

编辑统筹 法律应用·大众读物出版第一分社

开本 710毫米×1000毫米 1/16

印张 25.5

字数 378千

版本 2017年9月第2版

印次 2017年9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)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-1272-3

定价:78.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

如何严格实行非法证据排除规则？

(代序)

中国的非法证据排除制度是最高人民法院等中央政法部门,根据中央司法改革要求,为维护司法公正,立足司法实际,积极探索建立并逐步推动发展完善的。尽管非法证据排除规则最初发端于外国,但无论是产生路径、制度定位还是具体设计,中国的非法证据排除制度都具有浓厚的中国特色。

实践表明,中国非法证据排除制度的确立与发展,对完善刑事证据制度,提高办理案件质量,切实防范冤假错案,发挥了不容低估的重要作用。按照中央十八届三中、四中全会改革部署,要进一步严格实行非法证据排除规则,健全落实非法证据排除的法律制度,积极推进以审判为中心的诉讼制度改革,努力实现让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义的目标。

作为最高人民法院刑三庭的法官,我们有幸成为中国非法证据排除制度改革的亲历者,以及具体制度设计的参与者。我们将改革历程中面临的问题和挑战、相关问题的理论思索、制度设计的架构考量以及改革走向的远景展望,借由本书全面地展现给读者,供大家深入了解并持续关注中国的非法证据排除制度改革。这里概要地谈谈对中国非法证据排除制度改革的几点认识。

一、改革的契机与准备

证据是认定案件事实的基础,是保证办案质量的关键。证据制度不发

达,证据的收集审查运用缺乏必要的规则指引,刑讯逼供等非法取证情形缺失相应的程序后果,势必导致冤假错案风险增加,司法公正难以得到制度保障。应当说,改革完善刑事证据制度,确立非法证据排除规则,法律界主流是有基本共识的。

由于传统上对程序公正和人权保障不够重视,“口供至上”的观念短期内难以消除,办案过于倚重口供的做法仍在一定范围内存在,一旦实行非法证据排除制度,将对侦查取证产生较大影响,有关部门对此难免心存顾虑。因此,从1979年刑事诉讼法到1996年刑事诉讼法,尽管始终强调“严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据”,但立法并未确立非法证据排除规则。鉴于司法实践中刑讯逼供等非法取证情形屡禁不止,各种整治刑讯逼供的专项行动难以取得实效,法律界开始呼吁确立非法证据排除规则,通过制度化和程序化的方式治理刑讯逼供。

基于对多起重大冤错案件的反思,最高人民法院从2005年着手研究起草刑事证据规则,并积极推动改革完善刑事证据制度。适逢2008年中央部署司法体制改革,明确提出“完善刑事诉讼证据制度,明确证据审查和采信规则以及不同诉讼程序的证明标准;完善非法证据排除制度,明确非法证据排除的范围,证明责任,审查程序和救济途径等”。在中央直接推动下,最高人民法院于2010年会同最高人民检察院、公安部、国家安全部和司法部出台具有里程碑意义的“两个证据规定”^①。2012年刑事诉讼法吸收了《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》的核心内容,在立法层面正式确立非法证据排除规则。随后,2013年中央政法委出台《关于切实防止冤假错案的规定》。为贯彻落实中央文件精神,最高人民法院同年出台《关于建立健全防范刑事冤假错案工作机制的意见》(以下简称《防范冤假错案意见》),对非法证据的范围作出进一步明确的规定。^②此后,十八届三中全会明确指出,“严禁刑讯逼供、体罚虐待,严格实行非法证据排

① 即《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》和《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》。“两个证据规定”在国内外产生了重要影响,理论界和实务界均给予很高的评价。

② 尽管该意见并非专门针对非法证据排除规则,但相关规定涉及非法证据排除规则的核心问题,其重要性不容低估。

除规则”；四中全会进一步要求，“健全落实非法证据排除的法律制度，完善对限制人身自由司法措施和侦查手段的司法监督，加强对刑讯逼供和非法取证的源头预防”。根据中央改革部署，最高人民法院等部门共同研究制定严格实行非法证据排除规则的改革文件。2017年4月18日，中央全面深化改革领导小组第三十四次会议审议通过《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》（以下简称《严格排除非法证据规定》），最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部共同会签并下发执行。这是继中央出台推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革文件后，我国刑事司法改革的又一重大突破。^①

综上所述可以看出，非法证据排除制度从确立到发展，每个关键节点都与中央司法改革紧密关联。这意味着，中央高度重视遏制刑讯逼供、防范冤假错案，对建立完善非法证据排除制度已有明确要求。同时也表明，刑事证据制度改革牵涉面广，在现有司法体制下容易产生争议，没有中央层面的积极推动，就难以取得预期的改革效果。当然，任何改革都不是临时抱佛脚，只有平时重视结合司法实践开展调查研究，做好改革智识储备，推动形成改革共识，才能抓住中央改革契机积极推进相关制度改革。

二、改革的原则与方法

改革要想取得成效，必定是理想与现实的最佳结合。空谈理想的改革难以落到实处，面对改革故步自封也不是理性选择。非法证据排除制度的建立和发展历程表明，改革的原则与方法至关重要。

首先，改革要“参考古今，博稽中外”，并以司法实践为导向。改革前期，要广泛收集国内外研究成果，系统梳理域外制度和经验，这些工作并不是为了照搬照抄域外制度，而是从比较法的知识仓库中汲取营养，夯实改革理论基础。改革只是单纯实行“拿来主义”，不仅于事无补，甚至可能适得其反。同时，要加强对司法实践的调查研究，利用各种机会听取基层意见建议，立足中国实际探寻合理的改革方案。就证据制度改革而言，不了解已有的理论成果和域外制度，改革就缺乏坚实的理论基础；不了解中国

^① 沈德咏：《非法证据排除规则是刑事司法改革的重大突破》，载《光明日报》2017年7月3日，第3版。

司法的实际状况和现实问题,改革方案就缺乏针对性和可操作性。非法证据排除制度的改革历程,也是对已有理论成果、域外制度和实际进行系统梳理和消化吸收的过程。

其次,改革要求同存异,凝聚司法共识,形成货真价实的改革成果。与其他仅涉及单一部门的内部改革不同,非法证据排除制度改革,牵涉刑事诉讼各个阶段和侦查、起诉、审判和辩护等各项诉讼职能,有些改革举措还可能触及深层次的司法体制机制问题,有关部门基于相关考虑,可能对改革方案存在不同意见。中国的非法证据排除制度改革,也不同于域外通过立法机关或者专门委员会推进的改革,或者司法机关通过判例推进的改革,而是由相关政法部门共同参与推进的改革。这意味着,只要有关部门对改革方案存在严重分歧意见,改革就很难顺利推进。因此,非法证据排除制度改革的进程,是政法部门之间不断协调、沟通、磋商、磨合而达成共识的过程。为促成有关政法部门对改革方案达成共识,我们主要关注以下三点:一是改革举措要立足司法实际,有的放矢,体现改革的必要性和针对性。非法证据排除制度的核心问题是非法证据的范围和排除程序,这两个问题在司法实践中存在较大争议,亟待进一步明确。我们始终紧扣这两个主题,力争形成切实可行并行之有效的制度机制。二是改革举措要以维护司法公正为着眼点,坚持司法规律和法律原则,体现改革的正当性和合法性。非法证据排除制度改革,始终以准确惩罚犯罪,维护司法公正为目标,着眼于落实已有法律规定^①,有效遏制刑讯逼供,切实防范冤假错案,这是改革得到法律界普遍认可和支持的重要原因,也是促使有关部门认同和接受改革举措的根本因素。对于有关部门持反对意见但于法有据且为解决实践问题所必需的改革举措,要详细阐明法理,积极促成共识。三是改革举措要充分吸纳有关部门提出的合理建议,既于法有据又兼顾司法实际,体现改革的科学性和合理性。尽管中国的协商式司法改革在推进时难度较大,但改革成果一旦确定下来,有关部门就应当一体遵循,共同执行,这有助于在实践中避免“政出多门”。非法证据排除制度的改革进程,屡遇挫折,但因其艰难,更能体现出改革的重要性。

^① 刑事诉讼法第五十条规定,严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法收集证据,该条规定是非法证据排除制度的总的立法根据。

最后,改革要循序渐进,抓关键问题,保持改革的开放性。在2010年“两高三部”研究制定“两个证据规定”过程中,由于当时对一些问题存在不同认识,基于求同存异、抓大放小的考虑,有些规定较为原则(如非法实物证据排除规则),有些争议较大的问题没有作出规定(如以威胁、引诱、欺骗方法获取供述的排除规则,重复性供述的排除规则等)。随着改革不断深入,此前搁置的一些关键问题,有必要作出进一步明确的规定。2013年《防范冤假错案意见》进一步明确了非法证据的范围(将冻、饿、晒、烤和疲劳审讯界定为非法方法)。十八届三中、四中全会严格实行非法证据排除规则改革,进一步推动明确非法证据的范围和认定标准,完善非法证据的排除程序。非法证据排除制度的改革难度较大,很难一步到位地解决所有争议问题,只有通过不断深入推进改革,逐渐对争议问题达成共识,才能循序渐进地完善相关制度。

三、改革的成效与展望

2010年“两个证据规定”出台以来,随着非法证据排除制度的改革完善,侦查取证的法治化规范化水平不断提高,刑讯逼供等非法取证情形得到一定程度的遏制,防范冤假错案的体制机制不断完善,法庭更加重视对证据收集合法性的审查,依法排除非法证据进而基于疑罪从无原则作出无罪判决的案例屡见于媒体报端,程序公正和人权保障的理念逐步深入人心。非法证据排除制度对刑事程序乃至司法体制的影响是广泛而深远的。但与此同时,司法实践中仍然面临着非法证据申请难、证明难、认定难、排除难等现实问题,亟待通过深化改革予以破解。

任何制度总有改革完善的空间,况且中国的非法证据排除制度目前尚处于初级阶段,仍有许多问题需要研究解决,这也决定了改革将是一个不断深化的过程。展望今后的改革,以下几点值得关注:

第一,进一步完善非法证据排除的具体规则,提供更加明确的规范根据指引。在目前的司法环境下,对于非法证据的认定和排除,如果更多地由法官基于裁量权作出处理,可能导致法官面临较大裁判压力,而相对具体和刚性的规则在实践中更加便于法官适用,执行阻力也相对较小。鉴于此,完善非法证据排除制度,关键在于对非法证据的范围、认定标准和排除

程序等问题作出更加细化、明确的规定。

第二,重视培养非法证据排除的指导性案例,强化案例指导。如同其他法律规则一样,非法证据排除规则作为抽象规范,总有进一步解释的余地。为了统一法律适用标准,规范非法证据排除规则的适用,有必要加强案例指导,就相关具体问题提出明确裁判规则。本书从全国各地法院选择了若干典型案例,就非法证据排除规则适用的常见问题进行了针对性的阐释。有必要进一步丰富此类案例资源,从中遴选具有普遍意义的指导性案例。

第三,完善刑事证据规则体系,准确适用各类证据排除规则。2010年“两个证据规定”出台后,对于《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》中确立的大量证据排除规则,一些人误以为都属于非法证据排除规则。实际上,并非所有的证据规则都是非法证据排除规则,非法证据排除规则只是证据排除规则体系的一部分而已。除此之外,尚有诸如传闻证据规则、最佳证据规则、意见证据规则、证人特权规则以及品格证据规则等证据排除规则。这些规则所针对的对象显然无所谓非法与合法之分,只是由于其不符合法律规定而被排除。实践中之所以混淆各类证据规则,与证据理论和制度的不发达有直接关系。有必要系统地完善刑事证据规则体系,准确适用各类证据排除规则,避免不当适用。

第四,推进以审判为中心的诉讼制度改革,完善非法证据排除的配套制度。严格实行非法证据排除规则,与推进以审判为中心的诉讼制度改革,是相辅相成、互相促进的。严格实行非法证据排除规则,有助于全面贯彻证据裁判原则,充分发挥庭审在查明事实、认定证据、保护诉权、公正裁判中的决定性作用,进而推进以审判为中心的诉讼制度改革。相应地,推进以审判为中心的诉讼制度改革,完善非法证据排除的配套制度,特别是明确侦查取证的程序规范,有助于非法证据排除规则落到实处。

非法证据排除制度改革,对证据制度乃至刑事诉讼具有深远影响。本书作为对改革历程的阶段性总结,希冀对立法修改、司法实践和理论研究有所裨益。因水平有限,如有不妥之处,敬请读者不吝指正。

目 录

上篇 非法证据排除制度◇原理

第一章 非法证据排除制度的产生与发展	(3)
一、非法证据排除规则的产生动因及历史背景	(3)
(一)1979 年至 1996 年期间治理刑讯逼供的主要措施	(4)
(二)1996 年至 2010 年期间治理刑讯逼供的法律探索	(6)
(三)2010 年“两个证据规定”确立的非法证据排除规则	(11)
二、非法证据排除规则的发展	(14)
(一)2012 年刑事诉讼法和司法解释确立的非法证据排除规则	(14)
(二)中央推进以审判为中心的诉讼制度改革相关要求	(20)
(三)中央严格实行非法证据排除规则改革及配套制度	(25)
第二章 非法证据排除规则的属性与定位	(36)
一、非法证据的界定	(36)
(一)现代证据规则的主旨:证据能力规则	(37)
(二)非法证据不具有证据能力	(39)
(三)非法证据是因取证程序违法并且侵权而丧失证据能力	(39)
二、非法证据排除规则的属性	(41)
(一)传统证据规则:以证据的真实性为关注点	(42)
(二)非法证据排除规则:以正当程序和人权保障为关注点	(43)
(三)《办理死刑案件证据规定》中的一般性证据排除规则	(46)

(四) 附条件的瑕疵证据排除规则	(48)
三、非法证据排除规则的定位	(51)
(一) 有关非法证据排除规则定位的主要理论	(51)
(二) 中国非法证据排除规则的定位	(61)
(三) 非法证据排除规则对刑事程序的影响	(70)
第三章 非法证据的类型、认定标准与排除方式	(73)
一、非法证据的类型与排除方式	(73)
(一) 非法证据的类型	(73)
(二) 非法证据的排除方式	(80)
二、非法证据的认定标准与排除方式	(83)
(一) 刑讯逼供的认定标准与排除方式	(83)
(二) 威胁、引诱、欺骗的认定标准与排除方式	(92)
(三) 非法限制人身自由的认定标准与排除方式	(102)
(四) 指供的认定标准与排除方式	(103)
(五) 重复性供述的排除规则	(104)
(六) 严重违法法定程序取得的供述的排除规则	(108)
(七) 采用非法方法取得的证人证言、被害人陈述的排除规则	(113)
(八) 非法实物证据的排除规则	(114)
(九) 非法技术侦查证据的排除规则	(119)
(十) 毒树之果的排除规则	(121)
第四章 非法证据的排除程序	(124)
一、侦查阶段排除非法证据的程序	(124)
(一) 侦查阶段非法证据的排除	(125)
(二) 检察机关在侦查阶段依申请排除非法证据	(126)
(三) 侦查机关履行预审职能的部门依职权排除非法证据	(127)
二、审查逮捕、审查起诉阶段排除非法证据的程序	(128)
(一) 《非法证据排除规定》的原则性规定	(129)

(二) 审查逮捕、审查起诉阶段排除非法证据的程序	(130)
(三) 审查逮捕、审查起诉阶段排除非法证据后案件的处理	(136)
三、庭前程序对排除非法证据申请的处理	(138)
(一) 程序启动	(138)
(二) 权利告知及申请时限	(139)
(三) 申请排除非法证据的初步举证责任	(141)
(四) 对排除非法证据申请的审查及处理	(143)
(五) 庭前会议对排除非法证据申请的处理	(145)
四、庭审阶段证据收集合法性的调查程序	(151)
(一) 庭前程序与庭审程序的衔接	(151)
(二) 对当庭提出的排除非法证据申请的审查及处理	(152)
(三) 证据收集合法性调查程序的性质和设置	(155)
(四) 证据收集合法性的证明责任和证明方式	(159)
(五) 证据收集合法性的证明标准	(170)
(六) 法庭对证据收集合法性争议的裁判方式	(177)
(七) 非法取得的证人证言、被害人陈述的排除程序	(183)
(八) 物证、书证等实物证据收集合法性的审查、调查	(185)
(九) 对证据收集合法性裁决的裁判说理	(187)
五、对证据收集合法性裁决的救济程序	(190)
(一) 控辩双方对一审有关证据收集合法性的处理结果不服的 救济程序	(191)
(二) 二审期间首次提出排除非法证据申请的处理	(192)
(三) 人民检察院对证据收集合法性的举证时限	(194)
(四) 二审程序中对证据收集合法性的调查及处理	(195)
第五章 非法证据排除规则与审前程序改革	(197)
一、侦查讯问程序的改革完善	(197)
(一) 规范侦查讯问程序的重要意义	(197)
(二) 侦查讯问程序的改革要求	(200)

二、建立完善侦查取证的合法性证明机制	(212)
三、建立完善侦查阶段的内部审核和统一出口机制	(213)
四、完善检察机关对侦查取证合法性的监督机制	(215)
(一)审查逮捕、审查起诉程序的实质化	(216)
(二)对侦查取证合法性的同步监督	(222)
五、完善审前程序中犯罪嫌疑人辩护权的保障机制	(225)
(一)保障犯罪嫌疑人在审前程序中申请排除非法证据的权利	(225)
(二)保障犯罪嫌疑人获取有关办案人员涉嫌非法取证的证据 材料的权利	(227)
(三)探索完善犯罪嫌疑人不认罪案件的指定辩护制度	(230)
第六章 非法证据排除规则与审判程序改革	(232)
一、非法证据排除规则与庭前准备程序改革	(232)
(一)庭前准备程序的预期功能	(233)
(二)庭前会议的程序设计	(234)
二、非法证据排除规则与庭审证据调查程序改革	(239)
(一)证据收集合法性调查程序的重要意义	(239)
(二)法庭调查阶段对证据的二步式调查程序	(240)
三、非法证据排除规则与程序性裁判的程序	(242)
(一)程序性裁判的重要意义	(243)
(二)程序性裁判的基本程序	(244)
四、非法证据排除与庭审实质化	(247)
(一)非法证据排除规则对实现庭审实质化的重要意义	(247)
(二)非法证据排除规则对庭审实质化的助推功能	(248)
(三)程序公正观念虚化对庭审实质化的影响及解决	(253)

下篇 非法证据排除制度◇案例·适用

- 如何区分适用非法证据排除规则与真实性存疑证据排除规则
..... (259)
- 王平受贿案**
- 对存在部分讯问录音录像的案件,如何结合讯问录音录像审查判断讯问笔录的证据能力,以及如何把握疲劳讯问的认定标准 (268)
- 王小华贩卖、运输毒品案**
- 如何看待讯问录音录像的证据属性,以及被告人提出排除非法证据申请,但公诉机关未能提供讯问录音录像的,对有关证据应当如何处理 (274)
- 李松松强奸案**
- 对未按照法律规定对讯问过程录音录像,不能排除以非法方法收集的被告人供述应当如何处理,以及对采用诱导方式取得的被害人陈述应当如何处理 (281)
- 冯善顺故意伤害案**
- 侦查机关违反规定将被告人提押到看守所外讯问取得的认罪供述能否作为定案的根据,以及被告人在办案场所接受媒体采访时作出的认罪陈述能否作为定案的根据 (288)
- 黄金东受贿、陈玉军行贿案**
- 非法限制被告人人身自由期间取得的供述能否作为定案的根据 (295)
- 陈琴琴故意杀人案**
- 被告方辩称有罪供述系刑讯逼供和同监室犯人诱供所得时,如何结合办案单位提供的证据材料审查证据收集的合法性,以及排除非法证据后如何对案件作出处理 (301)
- 陆武非法持有毒品案**
- 如何把握被告人审判前重复性供述的排除规则 (308)
- 郑建昌故意杀人案**
- 被告方提出排除非法证据申请,但未依照法律规定提供相关

- 线索或者材料的,法庭应当如何处理 (315)
- 胡建荣贩卖毒品、容留他人吸毒案**
- 对被告方在开庭审理前申请排除非法证据的情形,如何在庭前会议中审查处理证据收集合法性争议 (320)
- 王龙年贩卖毒品,非法持有枪支、弹药案**
- 如何在庭前会议中对证据收集的合法性进行审查并作出处理 (325)
- 王大志等贩卖毒品案**
- 被告人庭前有罪供述被依法排除,但当庭又认罪的,当庭供述能否予以采纳,能否直接作为定案的依据 (330)
- 俄木尔各运输毒品案**
- 如何依职权启动证据收集合法性调查程序;公诉机关不能证明证据收集的合法性,导致定罪证据不足时,能否撤回起诉 (335)
- 赵金彪故意杀人案**
- 法庭对证据收集的合法性存在疑问时,如何把握要求侦查人员或者相关人员出庭作证的条件,以及如何把握排除非法证据与案件处理结果的关系 (340)
- 项廷武抢劫、故意杀人案**
- 如何审查判断被告人供述和指认现场录像的合法性,以及关键证据的合法性存疑时如何把握案件事实的证明标准 (346)
- 金晓鹏贪污、受贿案**
- 被告人不服一审法院对证据收集合法性争议的处理结果,在二审期间再次申请排除非法证据并提供新的线索或者材料的,二审法院应当如何处理 (352)
- 黄志坚等贩卖、运输毒品案**
- 二审法院经审查认为原判据以定案的证据系非法证据,依法排除有关证据后证据不足的,应当如何处理 (359)
- 杨增龙故意杀人案**
- 对于被告方提出排除非法证据申请的情形,如何把握证据收集

合法性的证明责任,以及二审法院如何贯彻疑罪从无原则	(367)
方卫、王晖故意伤害案	
——将犯罪嫌疑人从看守所提押到公安机关办公室,在冻、饿情况 下长时间固定体位讯问致其死亡的行为如何定性	(373)
李佳明过失致人死亡案	
——审理涉外刑事案件时,如何把握国外司法机关对证据提出的 使用限制? 国外司法机关针对证据合法性的裁判结果对我国 法院审判案件是否有拘束力	(380)
附录:	
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 办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定(2017年4月 18日)	(385)

上 篇



非法证据排除制度◇原理

第一章 非法证据排除制度的产生与发展

在中国刑事诉讼领域,非法证据的概念、理论以及排除规则,都是舶来品。非法证据排除规则在中国的产生过程,与国家对于刑讯逼供的治理紧密相关。改革开放以来,在依法治国背景下,人权保障、程序公正等现代法治观念逐步深入人心,刑事诉讼开启了现代化进程,严禁刑讯逼供、非法取证,已经成为基本的司法共识。作为刑事法治发展水平的试金石,非法证据排除规则的重要价值得到理论界和实务界的普遍认可。2010年“两高三部”联合出台《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》)和《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《非法证据排除规定》),标志着中国正式确立了较为系统的非法证据排除规则,这对刑事诉讼证据制度和司法实践产生了重要影响。2012年刑事诉讼法修改,吸纳了“两个证据规定”的主要内容,在立法层面确立了非法证据排除规则。中央十八届三中、四中全会改革文件中专门指出,严格实行非法证据排除规则,健全落实非法证据排除的法律制度,将非法证据排除制度的重要性提升到一个新的高度。最高人民法院会同中央有关部门积极探索完善非法证据排除制度,研究制定严格实行非法证据排除规则的规范性文件。在推进以审判为中心的诉讼制度改革进程中,非法证据排除规则作为关键性的程序制度,必将极大地推进诉讼程序改革,提高刑事诉讼领域的司法人权保障水平。

一、非法证据排除规则的产生动因及历史背景

在立法层面,1979年刑事诉讼法就已确立以事实为根据,以法律为准绳的基本原则,强调依照法定程序收集能够证实被告人有罪或者无罪、犯罪情

节轻重的各种证据,严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据。上述规定体现了对法定程序的重视,以及对非法取证的否定态度,但当时主要是基于禁止刑讯逼供、防止冤假错案的考虑,并没有提出非法证据的概念,当然谈不上非法证据的排除规则了。直至1996年刑事诉讼法施行后,“两高”司法解释才初步确立了非法言词证据的排除规则,但由于规定过于原则,且缺乏程序性规则,导致司法实践中难以适用。2010年,基于中央司法改革部署,“两高三部”出台“两个证据规定”,建立了较为系统的非法证据排除规则,标志着非法证据排除规则的正式确立。

(一)1979年至1996年期间治理刑讯逼供的主要措施

早在1956年,彭真同志在全国公安厅局长会议上就强调指出,“反对刑讯逼供,禁止肉刑”。但由于当时缺乏相应的法律制度,严禁刑讯逼供的要求难以落到实处。为改变这种局面,1979年刑法第一百三十六条专门规定了刑讯逼供的法律责任,即:“严禁刑讯逼供。国家工作人员对人犯实行刑讯逼供的,处三年以下有期徒刑或者拘役。以肉刑致人伤残的,以伤害罪从重论处。”这是从法律层面遏制刑讯逼供的最严厉的措施,在当时起到了一定的震慑作用。

不过由于传统观念、司法制度和办案压力等方面的原因,实践中的刑讯逼供现象仍然屡见不鲜。一些办案人员对刑讯逼供的严重危害认识不足,少数基层公安民警在执法办案过程中刑讯逼供问题比较严重,一些刑讯逼供案件情节恶劣,手段残忍,后果严重,有的犯罪嫌疑人被屈打成招造成冤案。有的领导干部认为在办案中发生刑讯逼供是难免的,对少数民警的刑讯逼供行为往往睁一只眼闭一只眼,不加制止;对刑讯逼供案件查处不力,大事化小,小事化了,把查处刑讯逼供与调动干警办案积极性对立起来。^①这些问题在很大程度上弱化了刑法设立刑讯逼供罪的威慑效应。

为有效遏制当时较为严重的刑讯逼供问题,公安部等部门陆续下发了多个文件。1992年,公安部下发《关于坚决制止公安干警刑讯逼供的决定》,其中提出了治理刑讯逼供的多项措施,包括加强教育培训,提高干警执法办

^① 参见1992年《公安部关于坚决制止公安干警刑讯逼供的决定》(公发[1992]6号)。

案水平;集中整顿刑讯逼供;加强领导监督责任,等等。各级公安机关随后广泛开展了制止刑讯逼供的专项整顿活动。1993年,最高人民检察院会同公安部下发《关于加强检察、公安机关在查办刑讯逼供案件中密切配合的通知》,要求在办理刑讯逼供案件中,以事实为根据,以法律为准绳,认真履行各自的职责;公安、检察机关要互相支持、协同配合,及时查处;发案单位应主动报案,自觉接受监督、检查,不得掩盖、推脱或设阻干扰。1995年,公安部下发《关于集中开展制止刑讯逼供专项教育整顿的通知》,要求把制止刑讯逼供纳入各级领导实绩考核和民警岗位考核的重要内容,纳入科所队“达标”和目标管理的范围,并逐级签订预防刑讯逼供问题的责任状,建立健全防范刑讯逼供案件发生的责任机制。

不容否认,上述专项整顿活动在实践中起到了一定成效,在一定程度上改变了传统上办案严重依赖刑讯逼供的情况。检察机关对刑讯逼供案件的查处力度也在持续推进,据有关统计,在1979年至1996年间,因刑讯逼供而判有罪的案件达202起案件。^①其中还不包括检察机关立案查办但未判有罪的案件。但与此同时,该时期刑讯逼供仍然屡禁不止,反映出这种被学者称之为“对刑讯逼供的集中型与运动式治理”虽有一定效果,但辐射范围有限、总体整顿效果不容乐观,由于未形成制度化与程序性的常规治理路径,最终导致刑讯逼供痼疾难除。^②

需要指出的是,1994年,最高人民法院曾出台《关于审理刑事案件程序的具体规定》(2013年已失效),其中第四十五条规定:“严禁以非法的方法收集证据。凡经查证确实属于采用刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的方法取得的证人证言、被害人陈述、被告人供述,不能作为证据使用。”该规定第一次明确否定了非法证据的证据能力,得到了学者们的高度评价。关于该条规定的积极价值,有学者归纳指出:“第一,有利于遏制非法取证行为,切实保障诉讼参与人权利。第二,促进公安司法机关及其工作人员提高

① 王钢平主编:《刑讯逼供罪》,中国检察出版社1997年版,编者说明。

② 陈如超:《刑讯逼供的国家治理:1979-2013》,载《中国法学》2014年第5期。

办案水平。第三,有利于防止或减少冤假错案。”^①但由于当时偏重采用专项整顿方式治理刑讯逼供,该条规定未引起足够重视,对司法实践并没有产生多大的实际影响。尽管如此,这是司法实务部门探索建立非法证据排除规则的一次宝贵尝试,具有开创性意义。

(二)1996年至2010年期间治理刑讯逼供的法律探索

首先需要指出的是,1997年刑法在刑讯逼供罪基础上,增加规定了暴力取证罪,并进一步加大了对刑讯逼供罪的惩治力度,第二百四十七条具体规定:“司法工作人员对犯罪嫌疑人、被告人实行刑讯逼供或者使用暴力逼取证人证言的,处三年以下有期徒刑或者拘役。致人伤残、死亡的,依照本法第二百三十四条、第二百三十二条的规定定罪从重处罚。”可见,立法机关仍将刑罚作为遏制刑讯逼供的重要手段。

与此同时,1996年刑事诉讼法进行了大幅修改,强调打击犯罪和保障人权的结合,并在具体制度和程序上加强了对犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利保障。例如,为体现无罪推定原则的要求,第十二条规定:“未经人民法院依法判决,对任何人都不得确定有罪。”为强化犯罪嫌疑人的辩护权,第九十六条规定:“犯罪嫌疑人在被侦查机关第一次讯问后或者采取强制措施之日起,可以聘请律师为其提供法律咨询、代理申诉、控告。”这些新制度和新规定对推动侦查模式、侦查程序、侦查体制的变革产生了较大的影响。但对证据制度,1996年刑事诉讼法基本上沿袭了1979年刑事诉讼法的规定,尽管在法律修改过程中,许多学者希望采用“原则排除+特殊例外”的方式在立法上确立非法证据排除规则,但此类建议并未被立法机关采纳。

不过,刑事诉讼法学界在当时已经高度关注证据的合法性问题。此前一段时间,学界对于证据的特征有“三性说”(即客观性、关联性和合法性)与“两性说”(即客观性和关联性)的分歧,争议焦点就是证据应否具有合法性。之后的通说认为,证据既然要在刑事诉讼中使用,必然要受到诉讼法律规范的调整,因此,证据应当具有合法性。有学者就此指出:“主张合法性为证据

^① 陈光中、严端主编:《中华人民共和国刑事诉讼法修改建议稿与论证》,中国方正出版社1995年版,第169-170页。

特征的通说,无论在现在、将来,都是不容置疑的。”^①承认合法性是证据的特征,是非法证据排除规则的根本前提。

1996年刑事诉讼法第四十三条重申,严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据,但并未规定采用上述非法方法收集证据对证据能力的影响,回避了非法证据及相应的排除规则问题。由于此前一段时期的举措表明,仅凭刑罚手段遏制刑讯逼供的成效十分有限,而域外经验又充分显示,通过否定非法证据的证据能力,对遏制刑讯逼供具有明显作用,鉴此,探索建立非法证据排除规则,在诉讼程序内通过完善证据制度来遏制刑讯逼供,不失为一个可行的选择。

由于1996年刑事诉讼法并未明确非法证据是否具有证据能力,法学界对该问题存在一定争议,主要有四种观点:第一种观点是全盘否定说。认为非法证据不具有证据能力,因此主张一概不得作为证据使用。第二种观点是真实肯定说。认为非法证据只要是查证属实的就具有证据能力,主张把非法手段和使用非法手段获取的证据区分开来。第三种观点是折衷说。一方面认为非法证据不具有证据能力;另一方面又认为不能将非法证据完全排除,可以将非法证据视为证据线索,再通过合法手段将其转化为合法的证据。第四种观点是利益权衡说。认为非法证据在一般情况下不得作为证据,但是对于危害国家安全和公共安全的案件,基于国家利益和公共利益与个人利益的权衡,也可以将采取非法手段获得的证据材料作为诉讼证据使用。^②

鉴于学术界对非法证据排除规则存在较大争议,1996年刑事诉讼法又未对非法证据问题表明立场,为解决司法实践面临的刑讯逼供等非法取证问题,“两高”通过司法解释确立了初步的非法言词证据排除规则。

1998年《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称1998年《法院解释》)第六十一条规定:“凡经查证确实属于采用刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的方法取得的证人证言、被害人陈述、被告人供述,不能作为定案的根据。”1999年《人民检察院刑事诉讼规则》(以下简称1999年《检察院规则》)第二百六十五条规定:“以刑

① 李心鉴:《刑事诉讼构造论》,中国政法大学出版社1992年版,第298页。

② 陈光中主编:《刑事诉讼法实施问题研究》,中国法制出版社2000年版,第61-62页。

讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的方法收集的犯罪嫌疑人供述、被害人陈述、证人证言,不能作为指控犯罪的根据。”^①上述司法解释肯定了合法性是证据的特征,否定了采用刑讯逼供等非法方法收集的言词证据的证据能力,对遏制刑讯逼供具有重要的制度意义。同时,有学者也指出,上述司法解释“隐含着在实体真实和程序公正发生矛盾时,其价值取向为程序公正优先。”^②

与此同时,人民检察院作为刑讯逼供案件的管辖部门,也加强了对侦查取证合法性的法律监督。1999年,最高人民检察院出台《关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定(试行)》,其中规定了刑讯逼供罪的立案标准,具体如下:“刑讯逼供罪是指司法工作人员对犯罪嫌疑人、被告人使用肉刑或者变相肉刑逼取口供的行为。涉嫌下列情形之一的,应予立案:1. 手段残忍、影响恶劣的;2. 致人自杀或者精神失常的;3. 造成冤、假、错案的;4. 3次以上或者对3人以上进行刑讯逼供的;5. 授意、指使、强迫他人刑讯逼供的。”同时,1999年《检察院规则》第二百六十五条还规定:“人民检察院审查起诉部门在审查中发现侦查人员以非法方法收集犯罪嫌疑人供述、被害人陈述、证人证言的,应当提出纠正意见,同时应当要求侦查机关另行指派侦查人员重新调查取证,必要时人民检察院也可以自行调查取证。侦查机关未另行指派侦查人员重新调查取证的,可以依法退回侦查机关补充侦查。”该规定否定了非法取证行为的法律效力,并且要求另行指派侦查人员重新调查取证,有助于强化办案人员依法规范取证的理念。

上述司法解释将刑讯逼供的治理纳入程序化、制度化的轨道上来,使得刑讯逼供问题的治理趋于常规化、常态化。但由于传统观念、行为惯性等因素的影响,新的制度和规定未能真正落到实处。一些地方仍然发生严重的

① 需要指出的是,1997年最高人民检察院出台的《人民检察院实施〈中华人民共和国刑事诉讼法〉规则(试行)》不仅要求排除非法言词证据,而且要求对非法实物证据实行裁量排除。其中,第二百三十三条第二款规定:“对于以非法的方法收集的物证、书证,经审查核实能够证明案件真实情况的,可以作为指控犯罪的依据,但非法收集证据的手段严重损害犯罪嫌疑人及其他有关公民合法权益的除外。”在当时的环境下,提出非法实物证据的裁量排除规则,是比较先进的,但1999年正式实施的《检察院规则》删除了该规定。

② 陈光中主编:《刑事诉讼法实施问题研究》,中国法制出版社2000年版,第62-63页。

侦查人员刑讯逼供案件,个别地方检察机关在审查批捕、审查起诉过程中没有严格履行法律监督的职责,错误地将刑讯逼供获取的犯罪嫌疑人、被告人供述作为指控犯罪的证据加以使用,最终酿成冤案,造成了极其恶劣的社会影响。^①特别是云南省昆明市杜培武错案,尤为典型。1998年4月,昆明市公安局戒毒所民警杜培武因被怀疑杀害两名警察而受到昆明市公安局侦查人员的刑讯逼供,被迫编造了所谓的杀人事实。昆明市检察院办案人员对杜培武的申诉没有予以充分的重视,便将其批捕、起诉。1999年2月,昆明市中级人民法院一审判处杜培武死刑。同年10月,云南省高级人民法院改判杜培武死刑,缓期二年执行。后因抓获真凶,杜培武才被无罪释放。该案存在的刑讯逼供问题经媒体曝光后,在社会上引起了强烈的反响。^②

为消除杜培武案等重大错案对司法公正的冲击和影响,进一步遏制刑讯逼供,2001年,最高人民检察院出台《关于严禁将刑讯逼供获取的犯罪嫌疑人供述作为定案依据的通知》,要求各级人民检察院严格贯彻执行有关法律关于严禁刑讯逼供的规定,明确非法证据的排除规则。该《通知》还强调指出,各级人民检察院必须严格贯彻执行这些规定,发现犯罪嫌疑人供述、被害人陈述、证人证言是侦查人员以非法方法收集的,应当坚决予以排除,不能给刑讯逼供等非法取证行为留下任何余地,同时,要依法提出纠正意见,要求侦查机关另行指派侦查人员重新调取证据,必要时也可以自行调查取证。与此同时,公安系统也继续推进“刑讯逼供的专项治理”,一些地方公安机关还专门出台文件要求严肃查处公安民警的刑讯逼供行为。

该时期,检察系统开始探索从制度层面规范讯问行为,遏制刑讯逼供。2005年,最高人民检察院推行讯问职务犯罪案件犯罪嫌疑人的全程同步录音录像制度,通过相关程序规范,初步形成一套对讯问过程的监控体系,对改革完善讯问程序产生了积极影响。

1996年刑事诉讼法修改后,直至20世纪初期,虽然陆续暴露出一些错

^① 参见2001年《最高人民法院关于严禁将刑讯逼供获取的犯罪嫌疑人供述作为定案依据的通知》(高检发诉字[2001]2号)。

^② 参见郭国松、曾民:《刑讯逼供酿冤案“死囚”杜培武遗书的血泪控诉》,载《南方周末》2001年8月24日。

案以及相应的刑讯逼供情形,但中肯地说,其中“大多是上世纪末司法实践埋下的祸根,部分问题不能‘算账’到今日”。^① 尽管如此,该时期刑讯逼供现象仍然在一定程度上和一定范围内存在。同时,司法解释初步确立的非法言词证据排除规则,在实践中的执行效果也不容乐观。学者们对已有的排除规则进行了认真的反思。

有学者指出,公安部1998年出台的《公安机关办理刑事案件程序规定》并未确立非法证据的排除规则,这使得公检法三机关之间(对刑事诉讼法)的解释未能保持一致性,使得刑事诉讼中对证据的审查判断标准未能保持连贯性。^②

有学者指出,司法解释确立的非法证据排除规则仅限于特定的言词证据,综合考虑上述司法解释的前后变化,不难发现,背后处于支配地位的仍然是基于证据可靠性的考虑而不是程序法治的观念。^③

也有学者指出,司法解释在立法技术上不够完善,对非法证据排除的标准规定为“查证属实”,这一标准显然过高,难以达到,从而使得非法证据排除规则在司法实践中基本上没能得到真正实施。^④

还有观点指出,司法解释对非法证据排除的程序规则,如排除非法证据应由谁提出,何时提出,应由谁进行裁判,如何进行裁判,具体的证明责任、证明标准以及裁判的作出和救济等问题,均缺乏相应的规定,实践中如果出现非法取证行为,通常是依据普通的诉讼程序进行处理,也就是在诉讼过程中随着审查起诉、审判程序与其他问题一并解决。^⑤ 这种程序性规则的缺失导致人民检察院排除非法口供的内在动力不足,对获取口供行为正当性(合

① 陈如超:《刑讯逼供的国家治理:1979-2013》,载《中国法学》2014年第5期。

② 陈光中主编:《刑事诉讼法实施问题研究》,中国法制出版社2000年版,第62-63页。进一步讲,由于公检法三机关都出台了刑事诉讼法的配套解释性文件,因此,各家在司法实践中通常主要甚至仅是适用本机关的文件。这就意味着,尽管“两高”司法解释具有法律效力,但更多的是对人民法院、人民检察院具有约束力。由于公安部的《规定》中未规定非法证据的排除规则,因此,公安机关在办案过程中,就可以《规定》未确立非法证据排除规则为由,在实践中变相规避“两高”司法解释的相关规定。这也是公检法各家分别出台刑事诉讼法配套解释性文件做法的主要弊端。

③ 《美国联邦宪法第四修正案:非法证据排除规则》,吴宏耀等译,中国人民公安大学出版社2010年版,中方评论部分第105页。

④ 陈光中主编:《非法证据排除规则实施问题研究》,北京大学出版社2014年版,第5页。

⑤ 张军主编:《刑事证据规则理解与适用》,法律出版社2010年版,第307-308页。

法性)的证明责任分配不明确,人民法院无力查证属实并排除非法口供,以及证明标准的形式化致使非法口供难以排除,……因而大量地被作为证据使用。^①

诸如此类的问题,使得司法解释初步确立的非法言词证据排除规则难以落到实处,实践中鲜有排除非法证据的案件。与此同时,实践中的刑讯逼供现象未能得到有效遏制,因采用以刑讯逼供等非法方法取得的口供而定案的冤错案件时有发生。这种情况既反映出整治刑讯逼供等非法取证行为的难度很大,也意味着非法证据排除规则本身有待进一步完善。

值得指出的是,2007年,最高人民法院统一行使死刑案件核准权,为从源头和基础工作上切实把好事关、证据关,“两高两部”联合出台《关于进一步严格依法办案确保办理死刑案件质量的意见》。该意见重申了重证据、不轻信口供的原则,同时强调,对刑讯逼供取得的犯罪嫌疑人供述、被告人供述和以暴力、威胁等非法方法收集的被害人陈述、证人证言,不能作为定案的根据。此外还在第三十三条专门规定:“人民法院审理案件,应当注重审查证据的合法性。对有线索或者证据表明可能存在刑讯逼供或者其他非法取证行为的,应当认真审查。人民法院向人民检察院调取相关证据时,人民检察院应当在三日以内提交。人民检察院如果没有相关材料,应当向人民法院说明情况。”上述规定强调人民法院应当重视对证据合法性的审查,并且初步勾勒了人民法院审查证据合法性的程序,对确保办理死刑案件质量发挥了重要作用。

(三)2010年“两个证据规定”确立的非法证据排除规则

2008年,中央开始新一轮司法体制改革,包括优化司法职权配置,落实宽严相济政策等内容。其中,关于落实宽严相济刑事政策的部分,要求“完善刑事诉讼证据制度,明确证据审查和采信规则以及不同诉讼程序的证明标准;完善非法证据排除制度,明确非法证据排除的范围,证明责任,审查程序和救济途径等。”

根据中央改革部署,该项改革任务由全国人大常委会法工委牵头,会同

^① 许身健等:《中英刑事审前程序研讨会纪要》,载《政法论坛》2002年第4期。

最高人民法院等部门共同研究。最高人民法院组成刑事证据规则项目组,经过充分调研,广泛征求各方面的意见和建议,于2010年会同最高人民检察院、公安部、国家安全部和司法部出台“两个证据规定”。

其中,《办理死刑案件证据规定》共41条,分为三个部分:第一部分是一般规定,明确了证据裁判原则、程序法定原则、证据质证原则以及死刑案件的证明对象、证明标准;第二部分是证据的分类审查与认定,根据不同的案件种类分别规定了审查与认定的要求,也规定了排除证人证言(第12条)、被告人供述(第19条)的实体性规则;第三部分是证据的综合审查与运用,主要规定了对证据的综合认证,包括如何运用间接证据认定案件事实,对存疑证据如何补正和调查核实以及如何严格把握死刑案件的量刑证据等内容。《非法证据排除规定》共15条,主要包括两个方面的内容:一是实体性规则,对非法言词证据的内涵和外延进行了界定,并规定相应的法律后果;二是程序性规则,将有关非法取证的问题纳入诉讼中程序裁判的范畴予以解决。

与1996年刑事诉讼法和司法解释相比,《非法证据排除规定》在以下几个方面有重大的改革:

第一,明确了非法言词证据的内涵和外延。非法证据涉及的面较广,具体处理时如何把握也很复杂。《非法证据排除规定》对非法证据的排除对象突出了重点:一是突出非法言词证据。非法证据,除了非法言词证据,还有非法实物证据。1996年刑事诉讼法配套司法解释对非法言词证据的排除有原则规定,非法实物证据情况复杂,难以作出一概禁止的一般性规定。《非法证据排除规定》主要是对非法言词证据排除的操作规程作出了规范。二是突出采用刑讯逼供等非法方法取得的言词证据。非法言词证据包括实体违法的情形,如采用刑讯逼供取得的口供,以及程序违法的情形,如违反讯问程序规范取得的口供。对于违反讯问程序规范取得的口供,是否排除以及如何排除,仍然存在一定争议,但对于采用刑讯逼供等非法方法取得的非法言词证据应当予以排除,这一点已有基本的共识。《非法证据排除规定》第一条、第二条明确规定,以刑讯逼供等非法手段取得的犯罪嫌疑人、被告人供述,属于非法言词证据,应当依法予以排除。

第二,明确了启动证据合法性调查程序的初步责任。《非法证据排除规定》第六条规定:“被告人及其辩护人提出被告人审判前供述是非法取得的,法庭应当要求其提供涉嫌非法取证的人员、时间、地点、方式、内容等相关线索或者证据。”虽然控诉方承担对被告人审判前供述合法性的举证责任,但是,启动这一程序的初步责任应由被告人及其辩护人承担,以避免不负责任地随意启动对证据合法性的“审理”程序的情况。

第三,明确了应由控诉方对被告人审判前供述的合法性负举证责任和相应的证明标准。刑事诉讼中,公诉机关承担提供证据证明被告人犯罪的职责,对于被告人及其辩护人所提被告人庭前供述系非法取得的线索或者证据,同样承担证明被告人庭前供述系合法取得的证明责任。在控诉方不举证,或者已提供的证据不够确实、充分的情况下,则应当承担不能以该证据证明指控的犯罪事实的法律后果和责任。

第四,明确了讯问人员出庭作证问题。法庭审理中,对于有无刑讯逼供等非法取证行为,控辩双方往往各执一词,查证十分困难。《非法证据排除规定》第七条规定明确了讯问人员出庭作证问题,这也是重要的新规定,既避免了动辄要求讯问人员到场,也保证了讯问人员必要时就其执行职务情况出庭作证,有助于便捷、有效地查明证据取得的合法性问题。

第五,明确了对非法取得的物证、书证的排除问题。对非法取得的物证、书证要不要排除,国内外都存在较大争议,司法实践中一般很少予以排除。为规范取证活动,确保办案公正,现阶段宜对物证、书证的非法取证问题作出原则性规定,即“物证、书证的取得明显违反法律规定,可能影响公正审判的,应当予以补正或者作出合理解释,否则,该物证、书证不能作为定案的根据。”

学术界对“两个证据规定”给予了高度评价。有学者认为,“这是中国刑事司法制度改革中的一件大事,是中国刑事诉讼制度进一步民主化、法治化的重要标志。”^①有学者指出,“两个规定倡导程序正义,凸显程序价值,坚持程序制裁,为实现公平正义指出了最终途径和方法。”^②尤其是《非法证据排

① 陈光中:《改革完善刑事证据制度的重大成就》,载《人民法院报》2010年6月1日,第2版。

② 樊崇义:《司法改革的重大成果》,载《人民法院报》2010年6月2日,第2版。

除规定》,在诸多方面改革完善了司法解释关于排除非法证据的相关规定,既可以规范办案人员的取证行为,排除刑讯逼供等非法取证的动机,从而有效遏制刑讯逼供等非法取证行为的发生,又能够促使侦查机关转变办案方式,真正做到重证据,重调查研究,不轻信口供,有效防止冤假错案的发生,保障案件质量,还能够维护公民的基本权利,保障无罪的人不受法律追究。^①

二、非法证据排除规则的发展

“两个证据规定”的实施,在提高办案质量、统一执法理念、规范司法行为、确保司法公正等方面都取得了一定成效。2012年刑事诉讼法修改,吸纳了《非法证据排除规定》的主要内容,在立法层面正式确立了非法证据排除规则。此后,“两高”陆续出台的配套司法解释进一步细化了非法证据的认定标准和排除程序。

(一)2012年刑事诉讼法和司法解释确立的非法证据排除规则

1. 法律和司法解释的制度设计

2012年刑事诉讼法在“两个证据规定”基础上,在立法层面正式确立了非法证据排除规则。

在非法证据的范围方面,刑事诉讼法基本上重申了《非法证据排除规定》的规定,即包括非法言词证据和非法实物证据。与《非法证据排除规定》侧重排除非法言词证据(在规定非法言词证据的排除规则后仅在第十四条简要地规定了非法实物证据的排除规则)相比,刑事诉讼法从规范层面对非法言词证据和非法实物证据是一视同仁的,只是两类非法证据的排除方式有所差异。对于采用刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁等非法方法收集的证人证言、被害人陈述,实行强制排除。对于违反法定程序收集的物证、书证,则实行裁量排除,即允许(对制止犯罪、抓捕犯罪嫌疑人、防止毁灭证据等情形)进行补正或者作出合理解释,对于不能补正或者作出合理解释,并且可能严重影响司法公正的情形,则应当予以排除。

^① 宋英辉:《排除非法证据,保障司法公正》,载《人民法院报》2010年6月6日,第2版。

在非法证据的排除程序方面,刑事诉讼法重申了《非法证据排除规定》所规定的举证责任制度,即被告人及其辩护人申请排除非法证据,应当提供相关的线索或者材料;法庭对证据收集合法性有疑问,并启动专门调查程序的,人民检察院承担证据收集合法性的证明责任。在此基础上,刑事诉讼法对相关的排除程序作出了进一步的规定:

一是要求侦查、审查起诉、审判各个诉讼阶段均要依法排除非法证据。这是一项新规定,体现了与国外制度相比的特殊性。国外的非法证据排除程序主要是指审判特别是庭审阶段的排除程序,中国的非法证据排除程序则涵盖了审前阶段。不过,法律仅简要地规定了庭审阶段证据收集合法性的调查程序,并未规定审前程序中证据收集合法性的调查程序。就审前程序而言,法律规定,人民检察院接到当事人的报案、控告或者举报或者发现侦查人员以非法方法收集证据的,应当调查核实并作出相应的处理。

二是非法证据的排除标准。法律规定,法庭经过调查后,确认或者不能排除存在以非法方法收集证据情形的,对有关证据应当予以排除。与《非法证据排除规定》所规定的“公诉人应当提供确实、充分的证据证明取证合法性”的要求相比,“确认或者不能排除存在以非法方法收集证据情形”虽然包含两个层面的标准^①,但实践中更常见的当属“不能排除存在以非法方法收集证据情形”的标准,该标准在本质上与提供确实、充分的证据证明取证合法性是一致的。

在法律规定基础上,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》(以下简称2012年《法院解释》)、《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》(以下简称2012年《检察院规则》)和《公安机关办理刑事案件程序规定》(以下简称2012年《公安机关规定》)分别就非法证据排除规则的一些法律适用问题作出了进一步的规定。其中,2012年《法院解释》在第四章“证据”一章专门规定了“非法证据排除”一节(第八节),对“刑讯逼供

^① 有学者指出,中国关于非法证据排除的证明标准,在立法技术上是存在缺陷的。无论是国内还是国外,证明标准在立法上的表述都是单一的,也即对某一事项的证明标准只有一个,不能同时规定两个不同程度的证明标准。参见陈光中主编:《非法证据排除规则实施问题研究》,北京大学出版社2014年版,第27页。

等非法方法”的界定、非法实物证据的认定标准、庭前阶段提出申请的要求、庭审阶段证据收集合法性的调查程序以及二审程序中对证据收集合法性的审查及处理等问题作出了具体规定。2012年《检察院规则》对非法证据的范围作出了与2012年《法院解释》类似的界定,同时规定了检察机关在审查逮捕、审查起诉阶段对证据收集合法性的审查和调查核实程序,并从侦查监督、案件审查把关等方面规定了排除非法证据后对案件的处理。2012年《公安机关规定》进一步明确了侦查取证的程序规范,并对侦查机关排除非法证据的程序作出了原则性规定。

公检法各机关从各自的诉讼职能出发,在规范性文件中对刑事诉讼法所确立的非法证据排除规则作出了一些更加具体的规定。此类规定增加了非法证据排除规则的可操作性,丰富和发展了非法证据排除制度。

2. 非法证据排除规则施行效果及面临的问题

从2010年《非法证据排除规定》问世,到2012年刑事诉讼法正式在立法层面确立非法证据排除规则,以及配套司法解释的陆续出台,法律和规范性文件所构建的非法证据排除制度,对司法实践产生了深远影响。^①

一是提高了侦查取证法治化水平。中国传统司法严重依赖口供,甚至将口供作为破案和定案的主要手段。尽管刑事诉讼法明确禁止采用刑讯逼供等非法方法取证,但在司法实践中,一旦办案人员面对破案压力,或者缺乏专业技能,没有其他有效方法收集犯罪线索或者证据,就可能诉诸刑讯逼供等“便捷途径”。实践中,办案人员之所以通过刑讯逼供等非法方法收集证据,主要是为了取得犯罪嫌疑人供述,从而尽快破案。目前发现的重大错案几乎都有这方面的因素。因此,要想遏制非法取证,必须改变“口供至上”的观念和做法,不能为求快速破案而通过非法方法逼取口供,要努力实现由“抓人破案”到“证据定案”的根本转变。这是立法上确立非法证据排除规则的根本动因。根据2012年刑事诉讼法的规定,即使办案人员通过非法方法逼取口供,这种非法的口供也不能作为起诉意见、起诉决定和判决的依据。通过这种釜底抽薪的方式,能够有效遏制办案人员非法取证的动机,促使其

^① 戴长林:《非法证据排除制度运行效果简析》,载《法制日报》2014年11月12日,第5版。

依法规范取证。

非法证据排除规则确立和实施几年来,通过学习培训等方式,办案人员基本上已经树立证据合法性意识。尤其是法院系统依法纠正一些重大错案后,通过剖析错案成因,发现刑讯逼供和诱供等非法取证情形是导致错案的主要原因。基于对错案的反思,侦查机关对非法取证的危害性已经有了深刻认识,刑讯逼供等非法取证情形也得到一定程度的遏制。一些地方公安机关已经基本上杜绝刑讯逼供。虽然没有相关统计,但总体上,侦查阶段的人权保障水平与以前相比有了显著提高。

二是优化了刑事诉讼各项职能。控辩平等、审判中立是刑事诉讼职能的内在要求。但实践中,控强辩弱问题较为突出,侦查机关的非法取证情形难以得到依法纠正,被告人合法权利受到侵犯后也难以及时获得有效救济,法院中立审判也因此受到一定影响。非法证据排除规则出台后,各项诉讼职能得到不同程度优化。

实践中,被告方更加重视程序性辩护,通过依法提出排除非法证据申请,提供办案机关非法取证的线索或者材料,促使法院对证据合法性问题进行审查并作出裁决,能够更好地维护被告人的合法权益。律师业普遍反映,非法证据排除规则已经成为保障被告人合法权益的重要法律武器。公诉方为应对被告方对指控证据的质疑,更加重视证据合法性的审查和证明,同时也更加注意督促侦查机关依法取证。各地检察机关对于发现的违法取证行为,一般都会及时提出纠正建议。侦查机关也感受到了现实的压力,更加重视执法规范化建设,努力提高取证的科学化和法治化水平。法院作为裁判方,也回归到中立裁判的角色,对于当事人提出排除非法证据申请,法庭经审查后对取证合法性有疑问的,应当启动专门调查程序,并依法作出相应处理。

三是推动了诉讼程序改革。非法证据排除规则出台后,对被告方提出的排除非法证据申请,采用类似国外“审中审”的处理模式,确立了程序性裁判的基本流程,使程序性争议得以适用专门程序解决。程序性裁判已经和实体性裁判一样,在诉讼中具有重要的地位和作用。这种庭审程序方面的改革,强化了审判中心和庭审中心观念,深化了程序公正意识,有助于改变

“重实体真实、轻程序公正”的观念。

同时,中国传统的刑事诉讼程序对庭前准备程序关注不够,控辩双方在庭前缺乏必要的沟通,未能在庭前明确争点、整理证据,导致庭审针对性不足,甚至可能因一些程序性事项导致庭审中断,影响了庭审质量和效率。为妥善解决非法证据排除等可能导致庭审中断的事项,2012年刑事诉讼法设立了庭前会议程序,但规定比较原则。根据司法解释,对被告方提出的排除非法证据申请,可在庭前会议中作出初步处理。通过在庭前会议中处理证据合法性争议,逐步探索经验,有助于进一步完善庭前会议等庭前准备程序。

四是强化了冤假错案防范机制。冤假错案是对司法公正的极大损害。实践表明,通过刑讯逼供等非法方法收集证据,不仅严重侵犯犯罪嫌疑人人权,而且由此获得的口供也很有可能是虚假的,以之为基础定案极易导致冤假错案。通过依法排除非法证据,能够避免采纳刑讯逼供和诱供取得的虚假口供,进而有效防范冤假错案发生。同时,通过排除非法证据的方式严禁刑讯逼供等非法取证方法,能够促使办案机关重视实物证据和科学证据的收集和运用。目前,侦查机关已经日益重视现场勘查和取证规范,对DNA证据、电子数据等新科学证据的应用也越来越广泛。许多案件都有大量科学证据证实,这在实践中显著提高了事实认定的准确性和科学性。

与一些国家相比,中国的非法证据排除规则从产生过程来看,采用的不是立法主导模式,而是通过司法改革逐步推动建立的。中央政法各部门根据司法改革的要求,通过协商研究的方式就相关问题达成基本共识,出台“两个证据规定”。在此基础上,立法机关根据司法实践现实需求,将“两个证据规定”上升为法律规定。这种通过司法改革推动立法发展的规则制定模式,有其积极意义,但也面临一定的局限,主要存在以下几个方面的问题。

一是有的政法部门出于各种考虑,对一些制度和规定持反对意见,导致一些重要问题最终难以达成共识,只能作出原则性规定或者无法作出规定,在一定程度上减损了司法改革的成效。2012年刑事诉讼法修改时,基本上沿用了“两个证据规定”的相关规定,并未进一步有所推进,这就意味着当初改革时面临的问题仍然继续存在。例如,有意见指出,非法证据排除规则的

范围有限,以被告人供述为例,仅限于“刑讯逼供等非法方法”获取的供述,对重复性供述等的排除问题,没有作出明确规定,导致实践中在处理相关问题时存在混乱。^①

二是中央政法有关部门在2012年刑事诉讼法修改后,分别出台了执行刑事诉讼法的规范性文件。这些规范性文件对有些问题的规定并不完全一致,影响了刑事诉讼法的统一适用,增加了法律适用的难度。例如,对于侦查人员出庭问题,2012年《法院解释》第一百零一条规定,侦查人员出庭说明情况是证明证据收集合法性的一般方法,与其他证明方式并无先后之分。而2012年《检察院规则》第四百四十六条规定,法庭审理过程中,公诉人可以根据讯问笔录等证据材料证明证据收集的合法性,只是在必要时申请法庭通知侦查人员出庭说明情况。

三是对于已经出台的法律和相关规范性文件,在执行过程中遇有争议问题,尤其是规定不明确的问题,政法各部门之间可能存在较大争议,影响了规范性文件的执行效果。根据刑事诉讼法规定,采用刑讯逼供等非法方法收集的供述应当予以排除。实践中如何理解和把握这里的“等非法方法”,仍有较大争议。同时,对于刑讯逼供后取得的重复性供述是否应当排除,“毒树之果”是否应当排除,非法限制犯罪嫌疑人人身自由期间取得的供述是否应当排除,采用刑事诉讼法明确禁止的威胁、引诱、欺骗方法取得的供述是否应当排除,等等,在实践中存在不同意见。此外,关于非法证据与瑕疵证据的区别,在实践中仍然缺乏明确界限,以至于经常出现混淆的情况。此类问题都有待进一步研究解决,为办案人员提供明确的规范指引。

在2012年刑事诉讼法施行后,司法实践中排除非法证据的案例并不多见。法院依法排除非法证据,仍然面临诸多方面的难题。^②诸如此类的问题反映出,在已有规定的基础上,有必要进一步明确非法证据的范围和认定标准,细化非法证据的排除程序。

需要指出的是,2013年,为贯彻中央政法委《关于切实防止冤假错案的

^① 吴继生等:《切实保障人权,预防冤错案件》,载《人民法院报》2013年12月5日,第8版。

^② 李玉杰等:《解析排除规则适用难题,完善排除规则程序构建》,载《人民法院报》2014年12月4日,第8版。

规定》要求,最高人民法院出台《关于建立健全防范刑事冤假错案工作机制的意见》(以下简称《防范冤假错案意见》),该意见第八条对非法证据的范围和认定标准作出了进一步明确的规定,即:“采用刑讯逼供或者冻、饿、晒、烤、疲劳审讯等非法方法收集的被告人供述,应当排除。除情况紧急必须现场讯问以外,在规定的办案场所外讯问取得的供述,未依法对讯问进行全程录音录像取得的供述,以及不能排除以非法方法取得的供述,应当排除。”该文件发布后对司法实践产生了积极的影响,虽然其中只有一条涉及非法证据排除规则,但该条款涉及的是排除规则的核心问题,其重要性不容低估。

同时,从立法技术上看,以“两个证据规定”为代表的针对非法证据排除规则的专门性文件固然有其优势,能够集中、系统地对排除规则的实体性问题和程序性问题作出规定,但此种立法模式也有不足之处,例如,囿于当时的认识水平,总有一些问题因意见分歧而未能作出规定或者仅有原则性规定,同时,司法实践产生的问题日新月异,指望任何规定一劳永逸地解决所有问题并不现实。鉴于此,随着司法共识不断形成以及实践问题的涌现,在一些综合性规范性文件中对涉及非法证据排除规则的某些重要问题作出补充性规定,既便于操作,又切实可行,待时机成熟时,可再围绕非法证据排除规则出台系统性的文件。《防范冤假错案意见》就是此种立法模式的典型范本。这种专门性文件与综合性文件中的专门规定相结合的立法模式,能够较好地兼顾规则的稳定性与与时俱进,更加适应司法实践的需求。

(二) 中央推进以审判为中心的诉讼制度改革相关要求

中央十八届四中全会提出,推进以审判为中心的诉讼制度改革,确保侦查、审查起诉的案件事实证据经得起法律的检验。这是中央在全面推进依法治国背景下作出的重大司法改革部署,事关依法惩罚犯罪、切实保障人权,是保证司法公正、提高司法公信力的重要举措,对刑事诉讼制度改革和创新具有重要基础支撑作用。2016年6月27日,中央全面深化改革领导小组第25次会议审议通过《关于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的意见》(简称《审判中心改革意见》),最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部共同会签并下发执行。

在这项改革中,严格实行非法证据排除规则是关键领域、关键环节,对

深入推进改革具有十分重要的牵引作用。《审判中心改革意见》共计二十一条,关于非法证据排除规则及配套制度,除重申排除非法证据的法律规定外,主要有以下制度改革举措:

1. 明确证据裁判原则的基本要求

证据裁判原则作为刑事诉讼的基石性原则,是对侦查、起诉、审判各环节统一适用的要求。《审判中心改革意见》第二条第二款规定:“侦查机关、人民检察院应当按照裁判的要求和标准收集、固定、审查、运用证据,人民法院应当按照法定程序认定证据,依法作出裁判。”

坚持证据裁判原则,主要有以下要求:一是必须以证据为根据认定案件事实。刑事诉讼事关重大,不容丝毫偏差,为切实防范冤假错案,必须坚持以证据为根据,依法准确认定案件事实。侦查机关侦查终结、人民检察院提起公诉,都是为审判所做的程序准备,只有人民法院基于全案证据认定的案件事实才具有终局性、权威性。人民法院要严格依据在案证据认定案件事实,不能直接将起诉指控的事实认定为案件事实,也不能忽视案件事实证据存在的问题勉强作出裁判。二是严格排除非法证据。《审判中心改革意见》第四条第二款规定:“侦查机关应当依法收集证据。对采取刑讯逼供、暴力、威胁等非法方法收集的言词证据,应当依法予以排除。侦查机关收集物证、书证不符合法定程序,可能严重影响司法公正,不能补正或者作出合理解释的,应当依法予以排除。”三是严格执行法定证明标准。《审判中心改革意见》第十五条规定:“……证据不足,不能认定被告人有罪的,应当按照疑罪从无原则,依法作出无罪判决。”实践中,对于那些主要以被告人供述为指控依据的案件,一旦被告人供述被认定为非法证据,其他证据不足以定罪的,就应当坚持疑罪从无原则,杜绝疑罪从有、从轻、从挂等错误做法,真正做到有罪则判,无罪放人。

2. 强化讯问程序的规范要求

讯问既是获取犯罪嫌疑人、被告人供述这一重要证据的有效途径,也是侦查程序中刑讯逼供、非法取证的易发环节。为加强人权司法保障,遏制讯问过程中的违法失范行为,《审判中心改革意见》第五条重申法律规定的不得强迫任何人证实自己有罪原则,并规定了“两个严格”的讯问程序要求,

即:“严格按照有关规定要求,在规范的讯问场所讯问犯罪嫌疑人。严格按照法律规定对讯问过程全程同步录音录像,逐步实行对所有案件的讯问过程全程同步录音录像。”

讯问地点和讯问过程录音录像,是确保讯问依法规范进行、客观展现讯问过程的关键要素。对讯问制度提出上述“两个严格”的要求,是《审判中心改革意见》完善审前程序的重要举措。尽管目前法律并未明确规定违反“两个严格”的讯问行为是否影响讯问笔录的合法性,但对此类严重违法法定讯问程序的行为,应当给予必要的制裁。

3. 探索建立重大案件侦查终结前讯问合法性核查制度

根据法律规定,在侦查、起诉、审判各个诉讼过程,只要发现非法证据,都应当依法予以排除。但由于一些案件的犯罪嫌疑人并没有律师帮助,难以在审前程序有效提出排除非法证据申请,加之非法取证主要发生在侦查阶段,一旦时过境迁,犯罪嫌疑人很难收集固定办案人员非法取证的线索或者材料,鉴此,为落实法律规定的要求,有必要探索建立审前程序中司法机关对证据合法性的职权核查制度。

立足现有制度框架,《审判中心改革意见》第五条第二款提出,探索建立重大案件侦查终结前对讯问合法性进行核查制度,基本要求是:对公安机关、国家安全机关和人民检察院侦查的重大案件,由人民检察院驻看守所检察人员询问犯罪嫌疑人,核查是否存在刑讯逼供、非法取证情形,并同步录音录像。经核查,确有刑讯逼供、非法取证情形的,侦查机关应当及时排除非法证据,不得作为提请批准逮捕、移送审查起诉的根据。这是审前程序的重大制度创新,对人民检察院强化侦查取证合法性监督具有重要意义。

侦查终结前讯问合法性核查制度,意味着人民检察院要更加重视对取证合法性的监督,以便尽早发现和排除非法证据,尽早解决证据合法性争议。这种职权核查制度,既为犯罪嫌疑人提供了审前程序的法律救济程序,如遭到刑讯逼供、非法取证情形可尽早提出排除非法证据申请,及时提供相关线索或者材料,也为侦查取证提出了更加严格的要求,促使侦查机关强化对刑讯逼供、非法取证的源头预防,避免采用非法方法收集证据。

需要指出的是,为贯彻落实中央《审判中心改革意见》的要求,确保有罪

的人受到公正惩罚、无罪的人不受刑事追究,最高人民法院2017年2月制定下发《关于全面推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的实施意见》(以下简称《审判中心实施意见》)。《审判中心实施意见》强调坚持非法证据排除原则,不得强迫任何人证实自己有罪,关于非法证据排除的具体制度,主要有以下要求:

1. 明确庭前会议对证据合法性争议的初步处理程序

2012年刑事诉讼法规定,庭前会议中可以对“回避、出庭证人名单、非法证据排除”等事项了解情况、听取意见。对于司法实践中较为常见的被告人及其辩护人申请排除非法证据的情形,《审判中心实施意见》第七条第二款规定:“对案件中被告人及其辩护人申请排除非法证据的情形,人民法院可以在庭前会议中核实情况、听取意见。人民检察院可以决定撤回有关证据;撤回的证据,没有新的理由,不得在庭审中出示。被告人及其辩护人可以申请撤回排除非法证据的申请;撤回申请后,没有新的线索或者材料,不得再次对有关证据提出排除申请。”

对于控辩双方在庭前会议中对证据合法性争议的合意处理意见,有必要赋予相应的效力。《审判中心实施意见》第九条规定:“控辩双方在庭前会议中就相关事项达成一致意见,又在庭审中提出异议的,应当说明理由。”为提高法庭审理的效率和针对性,在法庭调查开始前,法庭应当宣布庭前会议报告的主要内容,实现庭前会议与庭审有序衔接。

2. 完善庭审阶段的证据合法性调查程序

非法证据排除规则出台后,证据合法性争议已经成为庭审中最常见的争议问题。为妥善处理证据合法性争议,《审判中心实施意见》有以下要求:

一是推动落实侦查终结前讯问合法性核查制度。中央《审判中心改革意见》提出探索建立重大案件侦查终结前讯问合法性核查制度,《审判中心实施意见》第二十二條规定了审判环节的配套实施机制。一方面,被告人在侦查终结前接受检察人员对讯问合法性的核查询问时,明确表示侦查阶段不存在刑讯逼供、非法取证情形,在审判阶段又提出排除非法证据申请,法庭经审查对证据收集的合法性没有疑问的,可以驳回申请。该规定有助于促使被告人认真对待检察机关对讯问合法性的核查询问,如案件中存在刑