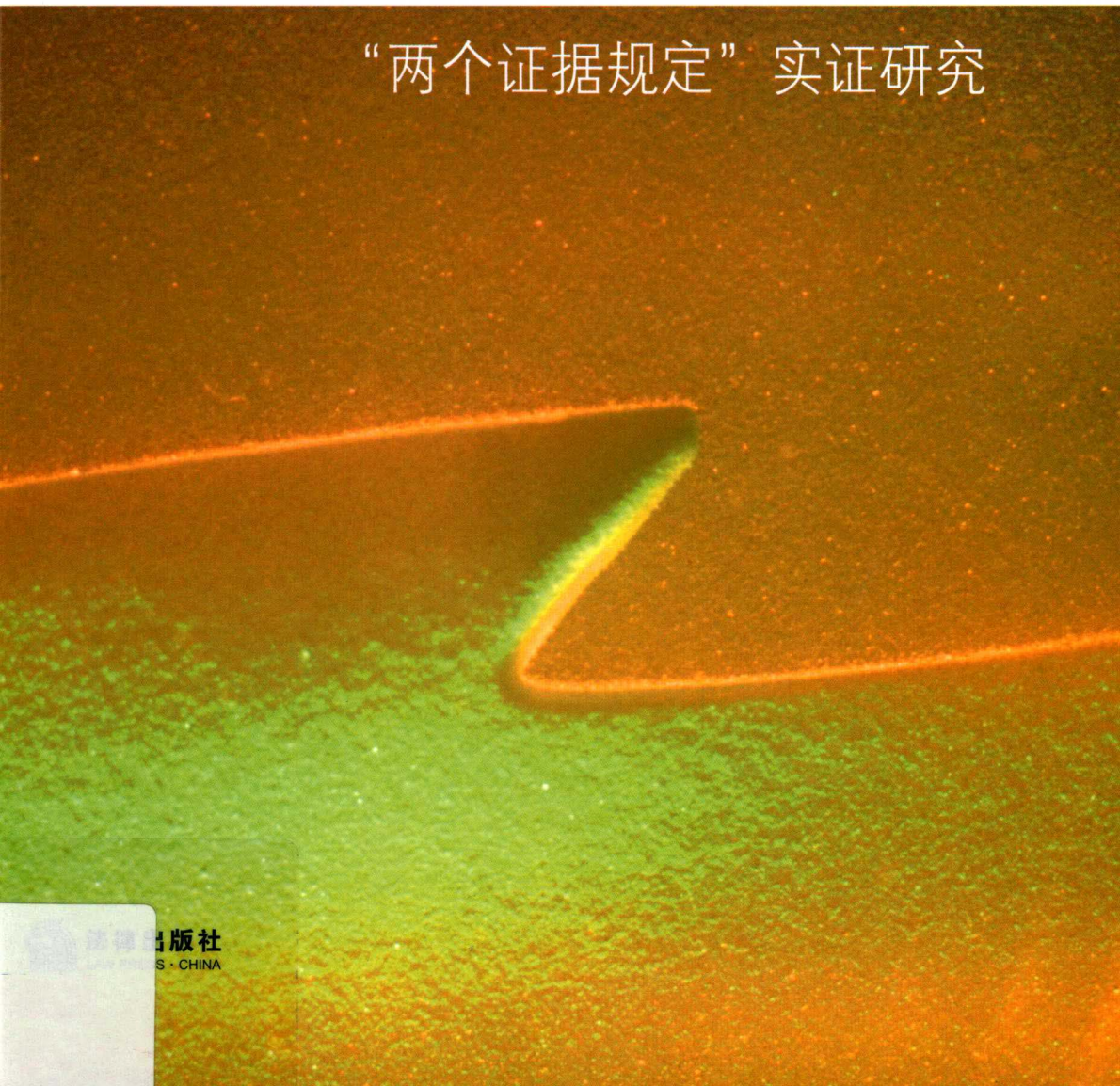




叶青 主编

刑事证据制度新探

“两个证据规定”实证研究



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

国家社科基金资助项目

上海社会科学院创新工程资助项目

刑事证据制度新探

“两个证据规定”实证研究

主 编 叶 青

副主编 张 栋 陈海锋

编写组成员

柯葛壮 席建林 陶建平

吴 波 王 骥 王晓华

骆绪刚

图书在版编目(CIP)数据

刑事证据制度新探：“两个证据规定”实证研究 /
叶青主编. —北京：法律出版社，2014.12
ISBN 978 - 7 - 5118 - 7304 - 0

I. ①刑… II. ①叶… III. ①刑事诉讼—证据—
研究—中国 IV. ①D925.213.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 284123 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/侯 鹏

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/固安华明印业有限公司

编辑统筹/法律教育出版分社
经销/新华书店
责任印制/沙 磊

开本/720 毫米×960 毫米 1/16
版本/2015 年 1 月第 1 版

印张/13.5 字数/225 千
印次/2015 年 1 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 - 7304 - 0

定价:29.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介

叶青 上海社会科学院副院长、法学研究所所长、教授、博士生导师；兼任中国法学会理事、中国刑事诉讼法学研究会副会长、上海市法学会副会长、上海市法学会诉讼法学研究会副会长

张栋 华东政法大学诉讼法学研究中心副主任、副教授、法学博士

陈海锋 上海社会科学院法学研究所助理研究员、法学博士

柯葛壮 上海社会科学院法学研究所研究员；兼任中国刑事诉讼法学研究会理事、上海市法学会诉讼法学研究会副会长

席建林 上海市高级人民法院研究室原主任、虹口区人民法院院长、高级法官

陶建平 上海市人民检察院研究室主任、高级检察官

吴波 上海市普陀区人民检察院副检察长、高级检察官、法学博士

王戩 华东政法大学诉讼法学研究中心教授、法学博士

王晓华 华东政法大学诉讼法学研究中心讲师、法学博士

骆绪刚 华东政法大学诉讼法学研究中心博士生、安徽科技学院副教授

目 录

第一部分 刑事诉讼“两个证据规定”的立法评述	(1)
一、引论	(1)
二、《排除非法证据规定》的立法评述	(2)
三、《死刑证据规定》的立法评述	(21)
第二部分 刑事诉讼“两个证据规定”的司法现状	(38)
议题一 刑事诉讼“两个证据规定”实施情况的调研报告	(38)
议题二 非法证据排除规则实施情况的个案分析	(55)
议题三 论刑事证明标准——以刑事证据规则的适用为视角	(72)
议题四 讯问犯罪嫌疑人同步录音录像的实践争议与排除问题分 析	(94)
议题五 我国非法供述排除中被告人的责任	(106)
议题六 刑事辨认的程序性问题研究——以一起刑事案件的辩护 为线索	(119)
第三部分 刑事诉讼“两个证据规定”完善的立法建议	(126)
一、立法完善的基本立足点	(126)
二、《死刑证据规定》的立法完善	(130)

2 目 录

三、《排除非法证据规定》的立法完善	(155)
附录一 立法建议——关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的 规定	(167)
附录二 立法建议——关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的 规定	(189)
附录三 调查问卷	(194)
附录四 课题组成员组织、参加相关学术活动情况	(199)
后 记	(204)

第一部分 刑事诉讼“两个证据规定”的立法评述

一、引论

《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》)和《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《死刑证据规定》)由最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部和司法部于2010年5月30日联合发布,这是根据中央关于深化司法体制和工作机制改革的总体部署,国家司法各机关总结司法实践经验,共同起草的用于规范刑事证据收集、审查、判断和非法证据排除的规范性文件,“两个证据规定”的颁行无疑是我国刑事司法制度改革的重要成果之一,其意义重大而深远。这里,我们要特别指出的是,被确定为冤案的赵作海案件的揭露对加快这“两个证据规定”^[1]的推出、坚定推出者的决心无疑起到了催化剂的作用。不容置疑的是,“两个证据规定”的推出极大地完善了我国非法证据排除规则和死刑裁判中的证据审查规则,特别是在非法证据排除程序上的详细规定,为《刑事诉讼法》和相关司法解释中排除非法证据规定的落实提供了可能,也必将为防止和减少类似赵作海案件中的刑讯逼供等行为作出重要贡献,还将为未来刑事诉讼立法、特别是证据立法提供经验和铺垫。^[2]

令人称奇的是,《排除非法证据规定》和《死刑证据规定》并没有在5月底直接向社会公开,而是仍在各司法部委之间会签,真正向社会公布是在6月24日,前后相差近一个月,而且在社会还未知其详时,参加的专家及获知的相关报纸已开始“解读”、报道,这种不同以往先公布、后报道的做法,显得有点

[1] 后文中以“两个证据规定”简称这两个规定,但如是单独称呼一个规范,则按文中的简称。

[2] 2012年《刑事诉讼法》的修改已经通过,并于2013年1月1日正式实施,《死刑证据规定》和《排除非法证据的规定》中的不少规定都已纳入进来;即使没有吸收进来的规定,也仍然具有法律效力,指导着我国的刑事诉讼进行。

急迫,似乎在匆忙中回应当年年初报道的那几起冤假错案:政府部门和司法机关不仅积极纠正错案,落实国家赔偿,而且也已在对制度性的诱因^[3]进行了认真的反思和变革。的确,正如专家们解读的,“两个证据规定”的颁布是“我国刑事司法制度改革中的一件大事,是我国刑事诉讼制度进一步民主化、法治化的重要标志”,“必将推动我国依法治国前进的步伐,在我国民主与法治的历史上记载下重重的一笔”。不过,陈瑞华教授的提醒也是历历在目:“两个证据规定”中的不少内容与现实有冲突,这是对中央部委的考验。^[4] 良药苦口利于病,“两个证据规定”内外的提醒我们不能太过于乐观。

二、《排除非法证据规定》的立法评述

有关非法证据排除的论著用汗牛充栋来形容绝不为过,无论是资深的法学大家、还是初出茅庐的法科学生,对诸如非法证据的范围界定、排除程序、裁判规则、国外立法与司法、中国建构等议题都有详细的论述,因此,再选择相关的议题作为主题实为不智;不过,如果有了新规,也就有了评头论足的新靶子。这也正是法学研究的方法论和繁荣发展的动力机制所在。

(一)关于非法证据的范围界定

《排除非法证据规定》中对非法言词证据的界定置于第1条,即:采用刑讯逼供等非法手段取得的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁等非法手段取得的证人证言、被害人陈述,属于非法言词证据。可见,“非法手段”是界定非法言词证据的唯一标准。只要依法定手段获得的言词证据就为合法,违反其他相关规定并不影响证据的合法性。鉴于法律列举手段的明确性,这一规定显然便于执法、司法机关的掌握与执行,也有利于树立法律威信;不过鉴于法律列举的有限性,这种规定的片面性也是显而易见的,与理论界长期呼吁的设立非法证据判断标准有很大的差距。^[5] 自从2004年“国家重视和保障

[3] 叶青、陈海锋:《由赵作海案引发的程序法反思》,载《法学》2010年第6期。

[4] 裴智勇:《完善证据法治、防止冤假错案》,载《人民日报》2010年6月2日。

[5] 学者有关非法证据范畴的界定具体详见下列论文:陈卫东:《确立非法证据排除规则 遏制刑讯逼供》,载《人民检察》2007年第23期;陈光中、张小玲:《论非法证据排除规则在我国的适应》,载《政治与法律》2005年第1期;陈瑞华:《非法证据排除规则的理论反思》,载《法律适用》2006年第6期。

人权”条款被写入《宪法》，把侵犯人权作为认定非法的重要标准，既是回应宪法的一种大势，也是在不实质违反《刑事诉讼法》的情况下的理性选择。虽然可能在部分内容上突破了《1996 刑事诉讼法》〔6〕文本规定，当与其打击犯罪与保护人权相结合的精神一致，无须担心立法困境。相反，通过列举式的非法手段认定，首先，这个“法”的具体范围为何？其次，没有明确其他的手段是否可以采取，而不少手段相比刑讯逼供有过之而无不及。再次，即使规定可以采用的手段，但执法中采用变相的非法方式，如拘传变相为羁押，是否具有合法性，是否绝对排除？等等。可见，这种规定忽视了我国当前立法质量整体不高的现实，同时对执法中存在的各种失灵和变异问题也缺少制衡。〔7〕

在非语言词证据中，区分犯罪嫌疑人、被告人供述与证人证言、被害人陈述的认定，前者以“刑讯逼供”及类似行为作为标准，后者则以“暴力、威胁”及类似行为作为标准，可见，二者在认定上存在差异。鉴于刑讯逼供本身的暴力性，“刑讯逼供等”应当包含于暴力行为，是属概念。这就意味着除刑讯逼供及类似暴力行为外，其他行为包括常见的威胁、引诱、欺骗以及国际认可的“服用药物、催眠以及其他使肉体上产生剧烈疼痛、精神上产生高度痛苦或者丧失意识、意志的方法”等行为都可以合法适用于我国的犯罪嫌疑人、被告人，由此产生下列问题：其一，根据无罪推定原则，犯罪嫌疑人、被告人在被法院最终确定有罪之前应当视为无罪，犯罪嫌疑人、被告人的程序认定及道德上的劣势并不能为实施上述行为提供任何支撑。因此，在审前调查证据时即对其实施包括威胁、引诱、欺骗及其他行为，明显是一种有罪推定的思想。其二，威胁、引诱、欺骗以及服用药物等行为本身就是非法行为或严重侵权行为，执法、司法人员实施上述行为，不仅与其担负的“社会秩序维护者和公平正义裁判者”身份相冲突、损害公平正义，而且也有违基本的国家伦理。其三，根据当时有效的《1996 刑事诉讼法》第 43 条的规定：“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”，该条内容中也未区分犯罪嫌疑人、被告人供述和证人证言、被害人陈述。新规定的内容一方面缩小了刑事诉讼法律关于对非法证据的界定，是一种限制解释，另一方面也给人以选择性执法

〔6〕 考虑到课题研究过程横跨了 1996 年的《刑事诉讼法》和 2012 年的《刑事诉讼法》，为了便于区分，我们将前者称为《1996 刑事诉讼法》，后者称为《2012 刑事诉讼法》；以此类推，1979 年的则称为《1979 刑事诉讼法》。

〔7〕 在左卫民教授和陈瑞华教授的相关论文中对刑事有关程序的失灵和变异问题有比较详细的分析，详见左卫民：《规避与替代》，载《中国法学》2007 年第 3 期；陈瑞华：《刑事程序失灵问题的初步研究》，载《中国法学》2007 年第 6 期。

的暗示。由于新规对非法证据的排除作出了较为详细的安排和实践可能,而威胁、引诱等行为或部分、或完全被排除在新规之外,使刑事诉讼法律的实施部分落空。其四,以“剧烈疼痛、高度痛苦较为抽象,在实践中容易产生歧义”和“威胁、引诱、欺骗的含义及标准问题的确不好界定”等为原因,^[8]对非法言词证据作限制解释,一方面,既是对联合国规定的一般标准的否定与不信任,也是对中国司法官员的不信任,不利于中国负责任大国形象的树立;另一方面,也是我们仍然侧重口供、无供不定案心理的表现。联合国规定的“高度痛苦、剧烈疼痛”虽较为抽象,但任何成年人也有一般的认知标准,只是难以言传,只能意会。即使没有达到“剧烈”、“高度”的程度,但造成疼痛本身就是非法的或应当予以责难的行为。对于“威胁、引诱、欺骗”等行为,的确在具体认定上有困难,也有学者认为适当的威胁、引诱、欺骗是合法的,关键即在于适用的内容和程度。^[9]对此,我们也认为不能全盘否定威胁、引诱与欺骗等行为的作用,但由于我们采用了以手段来认定合法与否,导致最终认定上的局限。不仅如此,这种对此类情形下证据获得的认同,加重了对口供的偏好,与现代侦查中提倡的物证中心主义相违背。^[10]我们虽然对零口供持中立立场,口供对案件的直接印证作用也是显而易见的,但强求口供只会自寻烦恼,也诱发逼供。新规一方面解决了部分争议问题,但另一方面也使部分非法取证的规则缺乏依据,面临实践难题。“使被告人在肉体上或者精神上遭受剧烈疼痛或者痛苦”这一排除标准,正是联合国《反酷刑公约》第1条第1款界定“酷刑”(Torture)标准。刑事诉讼过程中的酷刑,就是“刑讯逼供”。因此,按照这一标准,如果说某些严重威胁还可以因“精神上剧烈痛苦”而纳入排除范围,“引诱”、“欺骗”等手段获取证据,即使严重违法,也难以纳入排除范围,因为无法达到这一痛苦标准。然而,“欺骗”、“引诱”方法获取的证据一律不作为非法证据排除对象,不符合立法“严禁”,以及以“等”字体现酌定排除的精神,而且这类方法的不当使用,容易导致证据规则虚假。实践中,就有不少讯问人员以重大利益非法引诱犯罪嫌疑人,使得部分没有犯罪的人承认犯罪,即与严

[8] 吕广伦、罗国良、刘雅玲、王锋永、冯黔刚、朱晶:《办理刑事案件排除非法证据的若干问题》,载《人民司法》2010年第13期。由于本文是由最高人民法院的部分法官合作而成,反映了该文件在制定过程中的诸多考虑,因此,我们在下文中也把该文称为《排除非法证据的规定》的释义。

[9] 李建明:《人权保障视野中讯问方法的合法运用》,载《现代法学》2005年第5期。

[10] 吴丹红:《角色、情境与社会容忍——法社会学视野中的刑讯逼供》,载《中外法学》2006年第2期。

重威胁有同样的效果。

有论者认为,《排除非法证据规定》只是明确列举了非法手段的极端方式,但绝不局限于这些明确列举的方式,因为它使用了“等非法手段”,尽管没有明确列举,作为司法解释当然应当与刑事诉讼法规定的精神相一致,因此新规定中的“等非法手段”应当包括刑事诉讼法规定的“引诱、欺骗”。^[11] 我们课题组也是完全赞同此说的。

在《排除非法证据规定》中,除涉及非法言词证据外,在第14条也分别提及了物证和书证的问题。根据该条规定,对物证、书证非法的认定没有采用“非法手段说”,而是一种“变相的违法说”,即只要明显违反了相关法律规定,且可能影响公正审判的,都是非法的物证、书证。对此,我们作如下理解:“明显”是一种性质上的表述,即较为严重的、实质的,如,搜查证上的日期写错应不算作明显,但不符合无证搜查之情形而搜查,则属于“明显”违法。对严重违反了相关法律的实质性规定的,且可能影响公正审判的,属于非法;二者只具备其一的,则被界定为可用。确立违法说,对促进令行禁止、树立法律权威,无疑具有积极意义。条件中“明显”的规定,虽然限制了非法的范围,但对于打击犯罪具有重要意义;不过,“可能影响公正审判”的评定条件较为模糊,谁来认定?如何认定?非法证据的利害关系方在认定中的权利如何?这些都没有规范;而且这种规定本身也体现了对程序的歧视,不利于程序规范的执行:人为地把程序规范作出区分,只要不明显违法,行为都是可以认可的;只有影响公正审判的才须遵守,其他的可以便宜遵守。司法解释正是从人权保障角度和惩罚犯罪的客观要求出发,采纳了“非法言词证据绝对排除、非法实物证据裁量排除”的观点,^[12]这样,更有利于实现刑事诉讼惩罚犯罪和保障人权双重价值目标的有机统一。

根据《1996 刑事诉讼法》的规定,刑事证据种类除上述的几种外,还包括鉴定结论、勘验检查笔录和视听资料。勘验检查笔录大都是侦查人员制作。由于在我国的公安机关、检察机关还附设有鉴定机构,部分鉴定结论就是由这些机构制作的。随着现代科技发展,除部分视听资料大多在案件发生过程中被自然采录外,公安司法机关制作视听资料也逐渐增多,由此,从“规范司法行为”的立法目的来看,这些证据也完全可能出现通过非法手段获得的情形,如部分侦查人员欺骗鉴定人员,不如实告知检材的来源,或对原始检材调包、

[11] 宋英辉、王贞会:《我国非法证据排除规则及其适用》,载《法学杂志》2010年第7期。

[12] 徐静村:《论我国刑事诉讼法的再修正》,载《现代法学》2003年第3期。

或威胁鉴定人员,从而导致鉴定结论非法。非法监听获取的视听资料等,因此,也就有必要对类似证据予以排除,专家也明确指出,“鉴定不能成为某些非法性因素的过滤器”,^[13]但该《排除非法证据规定》对此类证据未能提及,留下立法空白。

(二)排除非法证据的程序

相对于实体性裁判,程序性裁判一直是我国刑事诉讼法律被诟病的焦点,而本次《排除非法证据规定》的主要内容之一就是建立了“程序性规则”,从而“将有关非法取证的问题纳入诉讼程序裁判范畴中予以解决”。根据《排除非法证据规定》的相关内容,该程序主要包括以下几个步骤:程序启动、法庭初步审查、控方证明、双方质证和法律处理,从而确立了“审判中的审判”的预先审核程序。^[14]

关于程序的具体内容,后文将单独分析。在此,我们将着力分析下列问题:

1. 关于该程序的性质

从相关制定者的释义来看,尽管有“审判中的审判”的用词,但仍是“预先审核程序”,而非真正的审判程序;从《排除非法证据规定》条文的内容看,被告人及其辩护人提出证据非法的问题后,法庭应进行“调查”。在法庭进行实质性而非形式性的“审查”后,法庭确定对证据的合法性是否有疑问。在此过程中,除被告人及其辩护人提供相关线索或证据外,法庭全部自行独立进行审查,没有呈现控辩审三方构造,也极少他方介入。法庭的主要运作方式是行政式的“核”。经过“核”后,法庭认为对证据合法性有疑问的,则再由控方进行证明、双方质证和法庭的处理等程序,此类似于“审”。由此可见,无论是制定者的释义还是《排除非法证据规定》本身的内容都显示该程序规则不是纯粹的审判中的审判。

典型的诉讼程序应当是控辩审三方构造、裁判居中、控辩平等分列的“审”理程序,而《排除非法证据规定》中的“核”程序则不具备这种特点,由此也导致了一些问题:在被告人及其辩护人提出审前供述系非法取证问题,并提供相关线索或证据后,法庭随即展开“调查”程序,也就是第二步程序:初步审查并决定是否进行下一步的程序。我们认为,由于这种审查决定着是否有必

[13] 汪建成:《刑事鉴定结论研究》,载《中国刑事法杂志》2001年第2期。

[14] 吕广伦等:《办理刑事案件排除非法证据的若干问题》,载《人民司法》2010年第13期。

要对非法证据进行正式的调查,类似于检察机关的审查起诉程序,在没有控方必要的说明或证明、也没有法庭的庭外调查的情况下,这种审查可能会缺少审查的依据,也容易对控辩双方诉讼权利造成侵犯;特别是法庭容易将被告人及其辩护人对供述合法性的质疑变为非法性的证明,从而转移案件的焦点,转移控方的证明责任。

针对被告人及其辩护人提出审前供述的非法取证问题,除了少数案件的当事人,如云南杜培武案,浙江张氏叔侄案,有较强的证据意识、被暴力逼供的证据也较为明显外,大部分案件因经历的时间较长、物质伤害恢复,或遭受非显性的暴力、伤害不易外显,或证据意识不强、无法提供相关证据甚至线索,此时,法庭的审查除了从辩方所提问题的内容逻辑性上着手外,没有任何法定的途径。而基于上述的原因,甚至部分案件,特别是没有律师辩护的案件中,被告人提出问题的逻辑性也会存在问题,此时的法庭审查除了能快速作出一个决定外,基本的正义也无法保障,失去了存在的意义。

2. 关于检察机关排除非法言词证据的程序

令人欣喜的是,《排除非法证据规定》中的非法言词证据排除也可在检察机关的审查批捕、审查起诉环节进行,相较于国外的排除规则,扩大了其适用的范围,也体现了我国检察机关作为法律监督者的特殊角色。不过,由于《排除非法证据规定》中明确了排除证据的程序主要适用于审判阶段,而对审查批准逮捕、审查起诉中的排除程序未有言及,也没有提及是否可以参照适用。鉴于我国当前刑事审前程序浓厚的超职权主义特点,检察机关的排除程序也必将是“核”而非“审”。

正如我们在拙作中提及的,检察机关在审前程序存在立场的转换问题,即在作出是否起诉决定前,其充当裁决者的角色。^[15]因此,构建审前程序的诉讼化也是切实可行的。鉴于时限的规定,对批捕程序中的非法证据排除,我们认为至少可以采取当面讯问、电话讯问、或接受书面意见等方式,维持最低限度的控辩参与;而对于审查起诉程序,由于时间较为充裕,侦查工作已然结束,完全可以采取诉讼化的方式解决包括非法证据排除在内的各种问题。^[16]

(三) 程序提起的方式

根据《排除非法证据规定》的内容,人民检察院在批捕和审查起诉过程中

[15] 叶青、陈海锋:《论刑事审前程序控制的再思考》,载樊崇义编著:《刑事审前程序改革与展望》,中国人民公安大学出版社2005年版,第41~57页。

[16] 陈海锋:《刑事审查起诉程序之重构》,华东政法学院2005年硕士学位论文。

应当对非法证据予以主动排除(第3条);法庭在一审被告人及其辩护人对审前供述的合法性提出异议时(第5条),或在二审中因一审时提出的审前供述合法性问题未审查就被直接采用的(第12条),应当对其审查。由此可见,对排除程序在审前程序是依职权启动,在审判阶段是依申请启动。

在审查批捕和审查起诉过程中,由于检察机关有依职权排除非法言词证据的义务,因而,即使未有规定犯罪嫌疑人及其委托律师可以提出异议而启动该排除程序,但只要他们提出相关异议,检察机关应当会认真对待,毕竟庭审程序还要调查,检察机关从诉讼风险角度也希望相关证据更扎实,可见,此时犯罪嫌疑人及其委托律师是否有申请排除非法证据的权利并非关键。当然,我们也不反对辩方在诉讼中能够尽早地拥有该权利,可以及时排除这些证据,让检察机关知难而退,尽早依法作出不起诉或撤销案件的决定,以结束诉讼。

在审判过程中,只要被告人及其辩护人在一审法庭辩论结束前,提出审前供述的非法取证问题,法庭即应当进行调查;法庭在被告人及其辩护人未提出证据的合法性问题时,并不主动启动程序。从表面上看,这一规定赋予被告人及其辩护人相应的诉讼权利,也体现了我国审判程序当事人主义化的改革倾向,但由此可能产生下列问题:其一,在律师辩护介入并不多见的情况下,许多真正的罪犯出于伦理道德上的因素,很可能在被刑讯逼供等非法取证下保持沉默。其二,由于公民普遍的权利意识薄弱,许多证人、被害人在对其侵权没有造成很严重后果的情况下,如一般的威胁等,可能因不熟悉相关法律规定而没有意识到非法取证问题,在诉讼中也不会提及。其三,可能规范制定者在确立庭审中依申请启动排除程序时,也不是很希望非法取证的受害人提出过多的非法取证问题,从而可能造成诉讼迟延或大量的证据被排除,但是,既然法律规定非法取得的证据应当排除,仅仅因为受害人不提及就不予以排除,这涉及法律的权威问题,是法治的大忌;何况,迟来的正义反而不及非正义吗?其四,从法庭的职责来看,既要尽量发现案件事实,正确适用法律,也要按程序规则行事,做到实体正义与程序正义并重。但如果法庭在发现证据的合法性存在疑问而受害人又没有提起时,当作何选择?按当前的规定,似乎可以不管不顾,而这与法庭的职责显然是相违背的。

我国的二审程序实行全面审查原则,无论上诉或抗诉提出何种理由,二审法庭都将对案件的实体和程序问题进行全面的审查,不受上诉或抗诉范围的限制。依此原则,二审法庭对非法证据问题的审查也应当是依职权主动进行的。该《排除非法证据规定》中对二审中非法言词证据问题也有明确的规定:只要被告人及其辩护人在一审中提及非法取证问题而未获处理,证据就被采

用的,二审法院就应当进行审查(第12条)。似乎在二审中对非法证据的审查是依职权主动进行的,无须受害人的申请。其实,该规定不仅大大缩小了全面审查原则规定的范围,也未能确立职权审查的方式:其一,根据《1996刑事诉讼法》第186条和1998年最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称《1998解释》)第251条的规定,全面审查不限于实体的事实问题,也包括程序中的法律问题,而非法证据大都是违反程序法律相关规定而取得的,自然应当在审查的范畴之内,无须画蛇添足再作规定;但该《排除非法证据规定》在二审法庭对非法证据问题的审查上只限于一审中提出但未处理而被采用的有关证据,对于一审未提出而二审提出的,则持不审查、不处理的搁置态度;对于一审提出且法庭也处理过的,无论作出采用与否的决定,二审法庭都不再审查。其二,虽然二审全面审查原则要求二审法庭应依职权主动进行全面审查,但该《排除非法证据规定》对二审法庭审查对象的限定表明,只有一审中提出非法证据问题,二审才可以审查。把二审依职权审查的前提限定为一审中曾经提出,二审法庭不再具有自由审查的权限。

(四) 证明责任问题

通说认为,刑事诉讼中的证明责任分为提出证据责任和说服责任,前者是指主张者应当为证明其主张的存在而提出相关证据的责任,后者是指争议的一方负有的提供相关证据以说服裁判者接受其主张的责任,否则其将承担不利后果。一般情况下,说服责任由主张者承担。根据相关的通说和《排除非法证据规定》的内容与释义,在审前供述是否合法问题的证明上,被告人及其辩护人承担提供证据的责任,即应当提供涉嫌非法取证的人员、时间、地点、方式、内容等相关线索或证据,当这些线索或证据使法庭对该证据的合法性存有疑问时,即达到相应的证明标准。此时,提出证据的责任转由控方承担,并且最终的说服责任也由其承担。如果公诉方最终未提供证据或提供的证据对该问题的证明未达到确实、充分的标准,该审前供述不具可采性,不得作为定案之根据。

从防止被告人及其辩护人拖延诉讼、刑事证明的惯例与一般原则、举证能力等角度^[17]确立的上述证明责任分配规则符合无罪推定的基本原理,也与

[17] 吕广伦等:《办理刑事案件排除非法证据的若干问题》,载《人民司法》2010年第13期。

通说中让被告人在部分事项上承担提供证据责任相一致,^[18]具有一定的积极意义,但也存在下列问题:其一,被告人及其辩护人承担对非法证据证明的提供证据责任,即“应当”提供涉嫌非法取证的人员、时间、地点、方式、内容等线索或证据。按照通说,既然是提供证据的责任而非说服责任,那么不履行这一责任、或履行的不完全也不会有什么后果,而且法院也负有客观真实的义务。但根据《排除非法证据规定》第10条的相关内容,不承担这一责任将导致证据被采用的后果(具备可采性),显然这一后果是不利于被告人及其辩护人的,更接近于说服责任;不仅如此,从第7条、第10条的相关内容中也可以发现,被告人及其辩护人需要对审前供述是非法取得的证明达到一定的标准:使法庭审判人员对合法性产生怀疑,也即审前供述可能是非法取得的。而此时对这一问题的证明只有被告人及其辩护人,说服责任也就只能由其承担。其二,被告人及其辩护人要提供的举证责任包括:涉嫌非法取证的人员、时间、地点、方式、内容等,但他们能否提供呢?在辩护人还不具备讯问在场权和审前程序调查取证权的情况下,辩护人所能提供的信息只有从犯罪嫌疑人、被告人口中获得。作为侦查人员的讯问人员对是否非法取证有较为清楚的认知,因而一旦其承认取证行为非法,由此可能产生的证据排除、案件败诉或主动撤诉或退回补充侦查,甚至将承担违纪违法责任等,这是其不愿面对的,因而他们也几无可能提供有利于被告人的证据,因此对证据合法性怀疑的证明信息只能来自被告人。根据《1996刑事诉讼法》有关侦查期限的规定,犯罪嫌疑人被合理羁押最短可以达到两个月,在“双指”、“双规”和其他非法讯问等情形下,被告人最终在法庭上可能因无法获知而不能提供取证人员的姓名(现行法律没有明文规定告知程序)。对讯问人员制服上的警号可能也记忆不清,何况还有不少讯问人员身着便衣。至于时间和地点,在较为普遍存在的密闭环境和车轮式讯问下,被告人根本就没有时间概念和地点的区分;即使最后在供述上签字时可能看到相关内容,也会因对此前的讯问时间无法把握、筋疲力尽,或缺乏证据意识而忽视。在已揭露存在非法取证的案件中,经常被提及的证据或线索一般为非法取证的方式、内容,如早期的杜培武案,近期的赵作海案、张氏叔侄案。由此可见,被告人及其辩护人在实践中几乎无法实现法律所要求的“举证责任”,更难以达到可能性的标准。其三,虽然不少学者也认可被

[18] 孙长永:《论刑事诉讼中的证明责任》,载《中外法学》2003年第3期。

告人及其辩护人的提出证据责任,^[19]但无论前述的可能性、举证责任本身的必要性、法院的客观真实义务都决定了被告人及其辩护人无须承担举证责任,更不用说说服责任。

我们主张他们只要承担主张责任(质疑、抗辩责任)即可,也就是只要提出证据是非法取得的主张、质疑、抗辩即可,没有“应当”或“必须”提供证据的责任,但有配合司法调查的义务。一方面,除非被告人自认,在控辩天然对立的情况下,控方提交的不利于辩方的审前供述具有天然的不合法性,^[20]如同无罪推定适用于被告人,“非法推定”适用于辩方没有认罪的场合。另一方面只要辩方提出这一主张,控方就有义务证明,法院就有义务查实;不仅如此,如果法院发现有非法取证的嫌疑,即使辩方没有提出证据的合法性问题,法院也有义务要求控方证明。把被告人及其辩护人负担的证明责任定位为提供证据的责任,并提出相应的证明要求,事实上夸大了控方与辩方利益的一致性,是对检察机关真实义务的绝对化,没有注意到其在审前程序中角色的变化;是对国家机关的天然信赖和对检察机关监督道德化的体现,也没有注意到侦查机关与检察机关在职责上的差异。

相对于审前供述,对书面的证人证言和被害人陈述,按照《排除非法证据规定》的内容,其合法性的证明全部由主张者承担,也即对这两种证据采用“谁主张,谁举证”的原则。相对于审前供述中侦讯人员与犯罪嫌疑人的天然对立不同,证人与控辩双方、被害人与控方原则上都没有这种关系;而由辩方单独提出的被害人陈述,肯定是对辩方有利的证据,如被害人申请宽大处理被告人等,由此,主张者与证据来源者之间没有控制关系,也缺少明显的对立关系,因此,当然不同于审前供述中由质疑者承担提出证据的责任。基于上述的相同理由,主张者一般情况下也有能力承担说服责任,如申请证人、被害人出庭、或申请法庭调查等。不过一律由主张者承担这种责任也存在一定的困难,如在李庄案件中,辩方提出的多个证人都被检察机关以各种理由予以关押,这种情形下,辩护律师并没有相应的权利去会见证人、收集证据,取证只能有待控方同意会见或由法庭调查。为此,有必要设置一些证明的例外,如,当证据或证据来源由对方控制,而对方又不愿意配合提交相关证据,推定举证方完成

[19] 孙长永:《论刑事诉讼中的证明责任》,载《中外法学》2003年第3期;陈光中、张小玲:《论非法证据排除规则在我国的适用》,载《政治与法律》2005年第1期;樊崇义:《“两个证据规定”理解与适用中的几个问题》,载《证据科学》2010年第5期。

[20] 陈瑞华:《庭外供述笔录的非自愿性推定原则》,载《法学论坛》2005年第5期。