



光华法律

GUANGHUA LAW

第四辑

主 编/高晋康
执行主编/雷建昌 唐清利
本期顾问/杜利民 田 林

【热点前沿】

证据合法性的证明问题研究
论基层司法权威的树立和巩固

【司法改革】

刑事诉讼法对提起公诉程序的完善及相关问题研究
追缴交易型受贿违法所得的制度设计

【理论前沿】

非法代理境外黄金期货交易行为之定性研究
——兼论期货犯罪的刑法规制及立法完善
刑事审判视野下保守的实质解释立场

【司法实务】

析解反渎职侵权工作现实困境探求增强预防渎职侵权成效对策

【机制建设】

西门子公司的启示
——试论检察机关对外企人力资源开发经验的借鉴

【案例研究】

醉酒妨害警察执行公务入罪的现实悖论研究



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

013041281

D92
88
V4



光華法律

GUANGHUA LAW

第四輯

主 编/高晋康
执行主编/雷建昌 唐清利
本期顾问/杜利民 田 林



D92
88
V4



北航 C1648832

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

光华法律:第4辑/高晋康主编. —北京:法律出版社,2012.12

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4259 - 6

I. ①光… II. ①高… III. ①法律—文集 IV.
①D9 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 274107 号

光华法律(第4辑)

高晋康 主编

责任编辑 郑 导
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 787 毫米×960 毫米 1/16

版本 2012 年 11 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 固安华明印刷厂

印张 29.75 字数 562 千

印次 2012 年 11 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张建伟

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4259 - 6

定价:60.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



北航

C1648832

《光华法律》卷首语

至今《光华法律》已经编辑四辑了,它是一本以司法实务部门工作人员、在职高校教师和在校法律研究生为作者和读者的读物。本辑与前三辑比较,尽管在编撰体例上延续了热点前沿、司法改革、理论前沿、司法实务、案例研究等板块,但其整体内容、研究导向发生了很大的变化。一方面本着与时俱进的精神,将近年来的司法改革成果收入其中,始终注重展示最新研究的成果;另一方面又紧扣时代脉搏,紧紧围绕即将实施的新《刑事诉讼法》给司法实务部门带来的机遇与挑战进行前瞻性探索,闪耀着“尊重和保障人权”的精神与积极应对新法实施的深入思考。

本书收录的54篇文章,既有结合司法实务,展现司法改革过程中一线执法人员转变执法理念,真正树立人权意识、证据意识和监督意识,维护公平正义的理性思索;也有针对社会管理难题,反映创新社会管理机制的独特探究;还有对司法改革、工作方式的创新尝试,以及疑难案件的法律剖析。这些文章也许还缺乏理论的权威性和思维的缜密性,眼光和思想也还不够深邃,但它实实在在地记录了那些来自办案一线的执法者和院校研究人员的思想,展现了他们对现行法律制度与司法体制积极探索的热情。

《光华法律》的再次编撰刊印,本身说明了其存在的价值与生命力。“路漫漫其修远兮,吾将上下而求索。”我们将继续以求真务实的态度,不断总结,更加深入和全面地反映司法改革的成果,给读者带来更多开卷有益的文章。

目 录

【热点前沿】		001
证据合法性的证明问题研究	杜利民	001
论基层司法权威的树立和巩固	田 林	012
民间借贷纠纷的法律规制 ——从司法实务的视角	何汇川	019
法院文化的微博传播 ——基于新媒体时代的司法舆情引导需求	政治部课题组	029
新闻媒体监督权与司法审判的矛盾与弥合	徐 佳	037
网络舆论压力条件下的回应型司法	陈 睿 唐 静	045
【司法改革】		053
刑事诉讼法对提起公诉程序的完善及相关问题研究	王奇志 卢佩雷	053
追缴交易型受贿违法所得的制度设计	尹学东	062
刑罚之救赎:犯罪人亲属的权益眷顾与社会融合 ——以刑罚施行衍生之社会对抗为基点	袁晟翔	067
提高民行抗诉案件质量之探究	张 炯	079
新《刑事诉讼法》中侦查措施的规范及完善问题研究	赖善明 罗健文	087
自首制度中若干疑难问题的探究	谢 纲	101
“先民后刑”审理模式的探究	焦明峰 王 玲	111
完善举报人权益保护制度的路径设计	马开洪 曾利民	118
浅议我国社区矫正制度的相关问题	吴 畏 陈文军	128

【理论前沿】		139
非法代理境外黄金期货交易行为之定性研究		
——兼论期货犯罪的刑法规制及立法完善	薛培 马明镜	139
刑事审判视野下保守的实质解释立场	陈洪	157
论我国督促程序制度设置的问题及其完善	林旭	169
刑诉法修正案视野下程序性辩护与刑事司法机关办案对策研究	江君	178
论不可罚的不能犯的认定标准	王俊 吴方硕	185
论审判公开在实质意义上的实现		
——以我国民事诉讼程序展开为例	龚桂莲	198
论法院判决和调解书中可执行性缺陷及完善路径	执行局课题组	206
检察机关技术侦查独立性需求及制度性建构探析		
——以职务犯罪侦查工作应对《刑事诉讼法(修正案)》为中心	陈德伟 周利	215
二审举证期限当何为	周寓先	229
从一起执行案件看如何追加被执行人	周旭	238
构建以信用体系为核心的人事档案制度		
——由汤国基案件引发的思考	邓朝霞 张潇丹	243
无纸化证券权利的确证与公示	李红军	251
来料加工内地化法律制度研究		
——以环境保护与土地风险防范为起点	林越坚 谭博文	259
【司法实务】		265
析解反渎职侵权工作现实困境探求增强预防渎职侵权成效对策	张长安 杨涛	265
以时空要素区分车上人员和第三者		
——论机动车第三者责任险中第三者的认定	梁林军	272
交易型受贿犯罪调查分析		
——以西南某市为例	麦苗	280
论刑法犯罪方式兜底条款的司法适用	张薇	292
基层法院知识产权司法保护现状调查研究	知产庭课题组	303
关于“扒窃”入刑的困惑与思考	李芳芳 李雯	315

分业经营与混业经营制比较		
——从法律规制的角度	何 进	326
法定赔偿方式在侵害著作权案件审判中的合理适用	张媛媛	334
非法强制拆迁行为刑法规制问题探讨	李 飞	345
罚金刑执行机制的探索与创建	李降兵 吴丽娟	352
【机制建设】		357
西门子公司的启示		
——试论检察机关对外企人力资源开发经验的借鉴	罗 洁	357
危机与重塑:论法院审判效率管理的现状与完善		
——基层法院实证分析的视角	明晓婧	367
浅谈社区矫正的完善		
——以社会管理创新为视角	李 飞 周 程	380
公正的策略:论行政诉讼引导机制的建立	行政庭课题组	389
开展民事行政调解 拓展控申检察职能	彭洪力	397
论完善未成年人相对不起诉的制度构设与社区矫正	仇金玛	402
基层检察室存在的问题及对策	曹炜姗	414
【案例研究】		419
醉酒妨害警察执行公务入罪的现实悖论研究	吴炳光 管收年	419
前后两罪中,只要有一罪在犯罪时未满十八周岁,都不构成累犯		
——被告人唐楷礼盗窃案	罗为民	427
唐杰与中铁二十局集团第四工程有限公司民间借贷纠纷案	袁小玲	431
加重劳动者单方对单位赔偿责任的劳动合同条款无效		
——成都前景商品汽车接转服务部诉秦某劳动争议纠纷案	陈 敏	437
【随笔】		444
被忽视的受害者	张小军 李 航	444
千里之行 始于足下		
——评“非法证据排除”第一案	张一凡 方海虹	447
天使还是魔鬼?		
——由刑事和解制度所想到的	陈 雁 陈了一	451

追问天津校车“闷死女童”案

田冲 时晋董 454

撕开幻象的面纱:公权力介入之悖论

——《叫魂:1768年中国妖术大恐慌》

肖惠娜 谭博文 457

【热点前沿】

证据合法性的证明问题研究

杜利民*

长期以来,由于我国刑事非法证据规定的不完善,出现了余祥林、杜培武等一系列冤案,这无疑是我们刑事司法建设与人权保障过程中所必须面对的考验。为深化司法体制改革,在中央政法委的具体部署和全国人大常委会法工委具体牵头下,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经过深入研究,联合发布《非法证据排除规则》;对非法证据的证明程序和后果作出了具有针对性的规定,对侦查、审判机关办理刑事案件提出了更高的标准、更严的要求,使我国非法证据排除规则具有实际意义上的可操作性,构架了我国非法证据排除程序的基本框架,取得了刑事司法制度改革的阶段性成果。而这一规定的内容受到了现有刑事诉讼规定的束缚,与国外比较成熟的非法证据排除证明规则还存在着一定的差距。我国对于非法取证的行为一直持否定的态度,但令人无奈的是这种“否定”仅限于“态度”而已。非法证据排除规则关乎我国刑事诉讼文明执法的理念推行和人权保障的实现进程。本文试图在我国非法证据证明理论与实践的基础上,对非法证据证明重点问题进行研究分析,明确证据合法性的证明过程中涉及的证明对

* 作者单位:四川省成都高新区人民检察院检察长。

象、证明责任和证明标准的理论原则进行厘清,最后结合我国实践,在新的立法规定的基础上构建出对现有制度改变最小、实用性、可操作性最强的非法证据证明的排除程序,力求做到非法证据证明应然性与实然性较为完美的结合,最终实现非法证据证明理论与实践的升华。

一、证据合法性的证明对象

我国证据理论,一般认为,证据具有客观性、关联性、合法性三项标准。符合三性即可作为定案证据使用。其中证据合法性大致等同于英美证据理论中的可采性、大陆证据理论中的证据能力。原则上,证据合法性证明对象应包括以下四个方面:

(一) 取证主体的合法性

《刑事诉讼法》以检察院与公安机关两个侦查主体为前提,明确规定刑事案件由公安机关进行侦查;贪污贿赂犯罪,国家工作人员的渎职犯罪,国家机关工作人员利用职权实施的非法拘禁、刑讯逼供、报复陷害、非法搜查的侵犯公民人身权利犯罪以及侵犯公民民主权利的犯罪,由人民检察院立案侦查。同时规定,对于国家机关工作人员利用职权实施的其他重大的犯罪案件,需要由人民检察院直接受理的时候,经省级以上人民检察院决定,可以由人民检察院立案侦查。其余刑事案件,由公安机关进行侦查。对侦查主体进行限制,既是各国通行的做法,^[1]刑事诉讼专业化的体现,也是对证据可靠性的保证。因而,我国也不例外。

(二) 证据的形式的合法性

根据我国《刑事诉讼法》第48条的规定,证据有7种:物证,书证,证人证言,被害人陈述,犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解,鉴定意见,勘验、检查、辨认、侦查实验等笔录,视听资料、电子数据。各种用于证实案件真实情况的事实内容,只有具有合法的表现形式,才能成为诉讼证据。

[1] 如根据英国《1996年刑事诉讼和侦查法》第二部分关于“刑事侦查”的规定以及针对该部分制定的《诉讼程序准则》,“刑事侦查,是指警察官员进行的调查行为,以便确定一个人是否应当被指控犯罪;或者被指控犯罪的人是否有罪。”“侦查人员,是指参与实施刑事侦查的任何警察官员,所有侦查人员均负有履行本准则赋予的职责的责任,包括在侦查中专门制作的录音信息、保存情况笔录和其他材料的职责”。参见中国政法大学刑事法律研究中心:《英国刑事诉讼法》(选编),中国政法大学出版社2001年版,第640页。

(三) 取证的程序的合法性

《刑事诉讼法》第 50 条规定：“审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。”《公安机关办理刑事案件程序规定》第 172 条也规定：“公安机关侦查犯罪过程中，根据需要采用各种侦查手段和措施，应当严格依照法律规定的条件和程序进行。”上述法律、法规，对侦查取证程序也同时作出了具体规定，如传唤犯罪嫌疑人、询问证人、被害人。

(四) 取证方式的合法性

对取证方式进行限制是人权保障的核心问题，也是判断何为非法证据的重点。特别“当被告人供述的可采性成为争议时，应由控方负担证明责任对讯问程序的合法性进行证明，且需要达到排除合理怀疑的证明标准。在控方证明过程中，需要出示讯问时的录音录像，必要时侦查人员应出庭作证。如果能达到排除合理怀疑的证明标准，则确认非法取证行为存在，‘非法证据’适用排除规则不能作为定案的根据”。控辩双方对非法证据的争议集中于取证方式合法与否，与实体争议不同，非法证据的证明结果对法庭审判的结果没有直接的影响，只是在程序意义上阻却违法取证的证明效果。因此，非法证据的证明对象是取证手段的程序非法性。

二、证据合法性的证明责任

由谁承担审前程序合法性的证明责任，是程序合法性证明过程中最为重要的核心问题。因为证明责任的分配不仅涉及这种分配是否公正、合理、科学以及程序合法性事实是否可能被证明的问题，而且证明责任的分配还有引导和规范证明责任承担者行为的功能。对于这一问题，国内理论界曾有不同的看法，主要存在以下几种观点：一是被告人承担论，即认为应当由被告人对审前程序合法性承担证明责任，这种观点主要来自于司法实务部门，其理论依据是“谁主张，谁举证”的证明责任分配规则；^{〔1〕}二是证明责任倒置论，^{〔2〕}主张参照行政诉讼中奉行的证明责任倒置的做法，由证明能力更强的控方对审前程序的不存在刑讯

〔1〕 王达人等：《正义的诉求：美国辛普森案件和中国杜培武案件的比较》，法律出版社 2003 年版，第 151 页。

〔2〕 张军、姜伟、田文昌：《刑事诉讼：控辩审三人谈》，法律出版社 2001 年版，第 179 页。

逼供承担证明责任;三是“推定强迫论”,该观点认为,检控方在法庭上需要证明的不是刑讯逼供的不成立问题,而是侦查人员所提交的庭外讯问被告人笔录——也就是被告人向侦查人员所做的供述笔录的自愿性问题。^[1]

从2010年7月1日实施的《非法证据排除规定》看,该《规定》明确了应由控诉方对被告人异议的审前供述的合法性负举证责任和并达到相应的证明标准。刑事诉讼中,公诉机关不仅要承担提供证据证明被告人犯罪的实体性职责,对于被告人及其辩护人所提异议的被告人庭前供述系非法取得的线索或者证据,同样承担证明系取得合法的程序性证明责任。对非法证据的证明,在控方不举证或者已提供的证据不够确实、充分的情况下,则应当承担控方非法取得的证据被排除的程序性制裁后果。该《规定》第11条指出,“对被告人审判前供述的合法性,公诉人不提供证据加以证明,或者已提供的证据不够确实、充分的,该供述不能作为定案的根据。”但同时指出,“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”等。并且规定,在被告没有提供线索,或者没有有效提供足以引起法庭心证的证据或线索情况下,可以宣读庭前笔录。对此应作何理解?本文认为,此处并未采取单纯的被告举证或者举证倒置,也并非推定强迫。而是动态的证明责任分配,即控辩双方均承担一定的责任。

(一)被告人的疑点形成责任

根据刑事证明责任分配的一般理论,被告人一般不承担证明责任,无须针对控诉方指控的内容证明自己无罪,也不用承担因证据不足而引起的不利后果;同时,被告人更没有辅助控诉方证明自己犯罪的逻辑。但是这不代表在刑事诉讼中被告人完全不用承担证明责任,在一些特殊的情况下被告人也应当承担一定的证明责任,如非法证据的证明。非法证据的证明是被告人针对控诉方主张的一种程序性反击方式。因此,被告人对于控诉方证据合法与否应当承担形成疑点的责任,提供证据证明控诉方提供的证据系非法取证的信息(包括证据材料以及证据线索)。这种证明责任不同于控诉方的说服责任,在证明程度上弱于说服责任,对其举证适用较低的证明标准——“有合理怀疑”或是“有较大可能性”。基于控方承担举证责任之规则,如果说采取证据应达到的证明标准是排除合理怀疑,则排除证据只需使法官对指控犯罪的证据产生合理怀疑。那么为什么被告人要负担疑点形成的责任呢?首先,在通常情况下,法官一般会推定控

[1] 张军、姜伟、田文昌:《刑事诉讼:控辩审三人谈》,法律出版社2001年版,第179页。

方证据是合法的。公诉机关是国家的司法武器,其权力来自于国家的授予,因此,公诉机关本身的合法性和职权的法定性决定了其取证行为的合法性,法官在认定控诉方证据时应然地推定合法。不论在理论上还是司法实务中,在没有提出控方取证不合法的主张之前,一般控方证据都被推定为是合法取得的。在这一推定的前提下,被告方有责任提出证据使控方证据的合法性形成争议,从程序上形成对自己有利的局面。其次,由被告方提出异议,形成争点是节约诉讼资源的体现。如果不对控诉方提供的证据做合法的推定,而要求其对每一个证据合法性进行证明才认定其合法性的做法显然是对司法资源的浪费。在某些情况下,与控诉方相比,被告方有接触证据、提供证据的便利,且更具有主张上的主动性。因此,显然由被告方提出对控方证据合法性质疑更为方便,而且更有利于节约司法资源。最后,由被告方形成疑点是“谁主张,谁举证”的要求。

(二)控诉方的疑点排除责任

在刑事诉讼中,控诉方不仅要对被告人有罪这一主张承担证明责任,在一定情况下还应对其获取证据的方式和程序是否合法承担证明责任。被告人一旦对证据的合法性提出质疑,则证据进入了非法证据排除体系,控诉方若要保证证据的合法地位,就必须承担疑点排除的证明责任,证明其所提供的证据是合法所得,从而说服法官采纳被异议证据,否则,控诉方将必须承担因未履行疑点排除责任所造成的不利后果。审判者是否存在合理的怀疑是控诉方是否完成证明责任的衡量标准,只要审判者对于证据的合法性哪怕还有一个合理的怀疑,控诉方也没有尽到排除疑点的责任,存在疑点的证据将被排除使用。可见,控诉方的证据应当具有绝对的说服力,否则就要承担相应的法律后果(证据被排除使用)。那么为什么控诉方要承担疑点排除的责任呢?

首先,由控诉方承担疑点排除责任符合程序正义的要求。罗尔斯在他的《正义论》中所述“公正的法治秩序是正义的基本要求,而法治取决于一定的正当过程,正当过程又主要通过程序来体现”这一观念起源于英国的“自然正义”。

其次,有控诉方承担疑点排除责任符合诉讼效率的要求。为了平衡控辩双方的诉讼地位,使其平等对抗,刑事诉讼制度人为地使控诉方负担更重的证明责任。这是因为相对而言,控诉方有很大的取证特权,同时掌握了很多的诉讼资源;而被告人则通常是被束缚起来,缺失人身自由,连取证的基本条件都不具备,他们只能依靠辩护律师的帮助,而辩护律师相对于控诉方来说其取证的能力是十分薄弱的。另外,从取证的实际可操作性来讲,也应当由控诉方取证排除疑点。整个侦查过程都在控诉方的掌控中,控方的侦查人员在包括讯问、勘验、检

查、搜查、扣押等证据收集的全过程中亲力亲为,而且也可以采取取证过程中同步录音、录像、律师在场等措施来作为其自身取证合法的证据依托,因此,控方绝对有条件也更为方便取证证明证据合法与否、疑点存在与否。

再次,由控诉方承担疑点排除责任有助于降低司法成本。一方面,由于控诉方长期的职业训练和从业人员的专业程度,在搜集非法证据合法时无须额外支付成本。整个侦查过程中,采取取证过程中同步录音、录像、律师在场等措施是现代刑事诉讼制度所要求的,也是侦查机关必须做到的,这并不能成为控诉方因要排除疑点所要承担的额外负担,而是信手拈来的证据。但是,如果由被告人承担证据非法的证明责任,被告人往往失去了人身自由,需要借助于辩护人的帮助,而辩护人从侦查方获悉证据的成本是非常高的,因此,从获取证据的成本的角度讲,由控诉方承担疑点排除责任更为经济。另一方面,即使是控诉方无法排除疑点,其所要承担的不利后果是证据因不合法而被排除,最终可能导致指控被告人的罪名不成立;而如果将这一非法证据的证明责任负担于被告,其结果可能是由于被告人取证能力极差而导致无法证明证据的非法性,最终非法的证据被采纳,被告人因此被判决罪名成立。

最后,由控诉方承担疑点排除责任有助于督促司法机关依法取证、文明执法。法律作为法治社会的普世信仰是至高无上的,先进的法律理念除了起到社会规范的作用,更重要的是尊重人权、保障人权。由于取证能力实力悬殊,且刑事诉讼不同于一般的诉讼活动,其对公民权利和自由的威胁性较其他诉讼活动更大。“刑事案件中检控方与作为私人的原告相比所固有的优势。政府拥有庞大的检控资源(Prosecutorial resources),它可以随心所欲地在各种案件之间分配这些资源,通过威胁集中其资源来对付任何拒不认罪的被告,以榨取其有罪答辩(guilty pleas),以及使用这些因此保存下来的资源,以击溃那些偶尔诉诸接受裁判权的被告。这种情形就像是资本市场的非平等准入可能导致掠夺性定价(predatory Pricing)成为一种理性的策略那样。”^[1]因此,为了使双方在一种平等且理性的前提下对抗,就需要向政府一方附加更大的责任,而给予被告一方更多的特权,从而调试双方对抗的天平。在非法证据证明责任分配中即要求由被告方对证据取得不合法问题提出异议,形成争点;而检控方要竭尽全力提供其所掌握的证据以说服裁判者其证据取得的合法性,否则其所提供的证据将被排除,甚至直接影响到公诉行为的成败。在成本的督促和利益的驱使下,侦查机关在侦查取证的过程中除了自我约束外,有了制度上的制约。侦查机关尽量克制自己

[1] 宁杰:“非法证据排除规则中的法理分析”,载《法律适用》2006年第6期。

违法取证的欲望,以依法取证作为指引来约束自我行为,形成文明执法的行为习惯。在司法制度要求控诉方承担疑点排除责任的前提下,规范了侦查机关的取证行为。因此,对于非法证据的排除,客观上促进了执法机关文明执法,依法执法。

三、非法证据的证明标准

当辩方履行了主张责任并使法官对控方的取证合法性产生怀疑后,控方就需要对取证程序合法性承担完全的证明责任,并且这种证明还须达到法定的标准才能卸除己方的责任。

近年来,学界对于我国刑事诉讼中实体性事实的证明标准进行了广泛的讨论,对刑事案件实体事实的证明,应该达到排除合理怀疑的程度,对此学界已基本达成共识,但对于程序合法性的证明应否采用相同的标准还存在分歧。

由于刑事诉讼中实体性证明的对象是实体性事实,主要包括证明被告人有罪与无罪、此罪与彼罪、罪轻与罪重的事实以及关涉对被告人量刑轻重的事实,概言之,就是关系到对被告人定罪量刑的所有事实。正是由于实体性事实的证明事关当事人重大的实体利益,如果认定错误极有可能酿成冤错案件,所以对实体性事实必须达到排除合理怀疑的证明标准,这已成为学界共识。但对于证据合法性这类程序性事实,一些学者则认为,由于其不会直接关系到案件的实体结果,因而对于控方证据合法性的证明“可以不达到事实性证明的证明标准。其证明标准应高于‘合理根据’或‘初步证据’的证明标准,达到‘优势证据’标准,即一方提供的证据比另一方的证据更可信或更有说服力”。^[1]也有学者主张,“程序问题虽不同于实体问题,但程序问题涉及司法机关是否依法诉讼,司法机关举证证明诉讼程序合法,证明标准必须达到‘排除合理怀疑’”。^[2]

笔者认为,虽然程序性事实的证明与实体性事实的证明存在差异,但也不能简单地认为程序事实的证明可以采取较低的标准。首先,“一般而言,对程序法事实的处理正确与否,与案件实体结果比较属于间接甚至是较为遥远的关系。但是,经非法程序取得的证据与案件事实之间却有着重要关系,对这种证据的使

[1] 张剑秋、韩阳、谭琦:“被追诉人权利保障中的刑讯逼供的证明机制”,载《学术交流》2007年第3期。

[2] 王俊民、沈亮:“论程序性辩护中的举证责任”,载《政治与法律》2008年第1期。

用与否则有可能会影响到案件的裁判结果,从而影响到实体正义和程序正义的实现。”〔1〕严重的程序性违法行为的危害后果并不亚于实体错误的后果,而且程序违法一向是造成刑事错案最为常见和最主要的原因。其次,证明标准是平衡诉讼中控辩平等的依据,在刑事诉讼中,仅有证据责任的分配原则也无法实现证据责任的平等分配,只有在证明标准上有所调控才能更有效地实现控辩双方证明责任的真正平等。因此,从证明责任分配角度应区分被告与控方证明标准。

(一)被告人举证应达“优势证据”标准

在案件的审理过程中,法官在听取双方当事人的证据后对案件的事实有了一定了解,最终形成一定的确信。当然,在审理过程中,法官的确信不一定是最后的决断,也可能是暂时的理解。但是,这并不是说没有对被告人证明提出可供法官参考的标准,对任何问题法官形成心证必须符合法律规定的证明标准。“只有在证明评价结束而没有达到法律规定的标准时,法官才能认定案件事实真伪不明,从而根据证明责任作出裁判。”〔2〕针对被告人非法证据的疑点形成责任,使其主张得到确认的标准不同于对控诉方的要求。英国的罗纳德·沃克认为:“被告人的证明只要达到可能性平衡的标准,而不是排除合理怀疑的标准。”〔3〕一般来说,我们认为被告人的疑点排除责任需要达到优势证据的程度。对法官而言,证据之优势与证人多寡或证据之数量与证据是否能够成为优势证据并不存在必然的联系,证据是否具有优势在于它是否具有使人信服的力量,也就是证据非法的说服力大于合法的说服力,非法的说服力比例至少要达到51%以上,这样被告人的举证就能达到使法官对控方证据的合法性产生合理怀疑的程度,疑点由此形成。

(二)控诉方举证应达“排除合理怀疑”标准

无罪推定原则在于要求法官必须有充分的确信被告人有犯罪行为,否则不应强加刑事制裁于被告人,无罪推定对被告人的假定无罪要求控诉方必须达到排除合理怀疑的证明程度,从而更有利于确保无罪推定对被告人无罪的假定的设立,同时,能够降低被告人被误判的几率。若对控诉方疑点排除责任的要求仅是优势证据,那么降低其取证难度的同时加大了被告人被认为有罪的可能。这

〔1〕 李玉萍:“论非法证据排除程序中的证明”,载《国家检察官学院学报》2004年第3期。

〔2〕 [德]汉斯·普维庭著:《现代证明责任问题》,吴越译,法律出版社2000年版,第89页。

〔3〕 陈光中:《陈光中法学文集》,中国法制出版社2000年版,第368页。

样做可能会导致被告人被冤枉,同时真正的犯罪人却逍遥法外,而从人权保障的角度讲,宁可选择让有罪者逍遥法外,也不要让无罪者被误判为有罪。因此,增加检察官的疑点排除责任程度,固然会增加有罪者逍遥法外的机会,却能减低冤狱的几率。就此而言,要求控诉方证明被告犯罪到排除合理怀疑的程度,实为刑事诉讼理论在利益衡下,可以所做的选择——“与其杀无辜,宁失不经。”

四、我国非法证据相关制度的完善

非法证据的实现仅依靠单独的非法证据的程序设计是不够的,还应当与刑事诉讼程序的相关制度相互配合才能达到更好的效果。我们认为,目前应该在现有的刑事诉讼模式下,尽可能强化与非法证据配套的刑事诉讼制度,尽量少地增加诉讼程序,从而达到遏制违法取证行为,保护犯罪嫌疑人和被告人的合法权益的目的。

(一)设置证据展示制度

为了更好地发现案件事实的真相,实现诉讼公正,保障被告人在刑事诉讼中的合法权利,强调非法证据排除规则中证据展示的重要性是极为重要的。证据展示是指在庭审前控辩双方向对方展示一方取得的证据,这使控辩双方在庭审之前就对对方的“进攻武器”有所了解,在庭审中进行有的放矢的辩护;另外,证据展示也有利于使控辩双方在审前对证据的资格提出异议,如非法证据的异议。因此,在非法证据的证明程序中如果能够借助证据展示这一相关制度,则可以在非法证据审前异议提供具有实践意义的程序前提,使得被追诉方在审前提出异议更具有可行性。具体的证据展示应当限定在审查起诉之日起至庭审开始之前,在此阶段辩护方认为侦查机关取得的证据存在非法情况时,由检察官主持对证据存在非法取证,启动非法证据的证明程序。

同时,由于我国刑事诉讼属于三阶段线性诉讼结构,加之案件书面审理主义模式,因此,在进入审判阶段前,检方在一定程度上承担着准法官角色。实践中,检察机关内部考核对有罪判决率非常重视,因此,检察机关在审查起诉阶段,对侦查机关非法获取的证据这一现象可能导致的冤案也表现得十分谨慎。通过辩护方对侦控证据的质疑,有利于检方发现案件真实,尽早发现非法证据的存在,提前分流案件。

(二)完善侦查人员出庭作证制度

由于警察是侦查活动的直接参与者,其对于证据的取得方式最为清楚,与检