

刑事证据制度 发展与适用

NGSHI ZHENGJU ZHIDU
FAZHAN YU SHIYONG

樊崇义 兰跃军 潘少华 著

人民法院出版社

刑事证据制度 发展与适用

XINGSHI ZHENGJU ZHIDU
FAZHAN YU SHIYONG

樊崇义 兰跃军 潘少华 著



人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事证据制度发展与适用/樊崇义, 兰跃军, 潘少华著. —北京: 人民法院出版社, 2012. 5

ISBN 978 - 7 - 5109 - 0466 - 0

I. ①刑… II. ①樊… ②兰… ③潘… III. ①刑事诉讼—证据—司法制度—研究—中国 IV. ①D925. 213. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 093998 号

刑事证据制度发展与适用

樊崇义 兰跃军 潘少华 著

责任编辑 陈燕华 赵作棟

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号(100745)

电 话 (010)67550565(责任编辑) 67550558(发行部查询)
65223677(读者服务部)

网 址 <http://www.courtbook.com.cn>

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 三河市国英印务有限公司

经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16

字 数 390 千字

印 张 21.75

版 次 2012 年 5 月第 1 版 2012 年 5 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5109 - 0466 - 0

定 价 48.00 元

版权所有 侵权必究

前 言

证据问题也是程序问题。无论刑事诉讼、民事诉讼还是行政诉讼，都是围绕证据的收集、审查判断和运用而展开的。刑事证据是确保刑事诉讼程序公正的基础，也是实现刑事裁判权威性的保障。刑事证据规则是否健全通常是体现一个国家刑事诉讼制度民主、法治程度的重要标志。当前，我国社会正处于转型时期，社会、经济、政治、思想、文化等各个领域都在发生重大变化，由此而引发的刑事犯罪的状况也与以前大不一样，这使得刑事诉讼立法和司法都面临许多新情况和新问题，尤其是定罪量刑中的证据问题，无论理论研究、国家立法，还是证据运用等，都跟不上时代的步伐。理论滞后，立法原则，不宜操作，导致刑事案件质量下滑，翻供率、翻证率上升，上访告状申诉增加，个别案件还酿成突发性事件，给社会的稳定带来负面影响。这些问题的出现，都与刑事证据理论研究滞后不无关系。

2008年，中共中央转发《中央政法委员会关于深化司法体制和工作机制改革若干问题的意见》，其中明确指出要“完善刑事诉讼制度”，其具体内容包括：明确证据审查和采信规则及不同诉讼程序的证明标准；完善非法证据排除制度；完善证人、鉴定人出庭制度和保护制度，明确侦查人员出庭作证的范围和程序等。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2010年联合制定《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》（以下简称“两个证据规定”），就是贯彻落实司法改革意见精神的重要举措。2012年修改后的《刑事诉讼法》吸收了“两个证据规定”的内容。这是我国新一轮司法改革的重大成果，是我国刑事证据制度改革创新和发展，必将在我国民主与法治发展史上记下重重的一笔！

本书总结概括了我国刑事证据制度发展的最新成果，旨在引导司法实务部门正确理解和推广适用这些成果，同时可以为学者们进一步研究完善刑事证据制度抛砖引玉。本书内容紧密结合2012年修改后的《刑事诉讼法》和2010年“两个证据规定”，理论与实践相结合，突出创新性，强调实用性。它从我国刑事证据制度的新发展，“两个证据规定”的理解与适用，刑事诉讼法确立“非法证据排除规则”的意义，证人作证制度的进步，侦查讯问律师在场权的困惑，刑事证据概念和种类的新发展，刑事证明责任的确定，刑事证明标准的细化，刑事和解案件的证明标准，刑事证据规则体系的初步形成，遏制刑讯逼供的机制，技术侦查、秘密侦查的法治化，电子数据的审查判断，专家证人制度的构建，证人、鉴定人、侦查人员出庭作证制度，以及行政执法证据向刑事证据的转化这十六个方面分析了我国刑事证据制度的最新发展成果，最后附上樊崇义教授主持的重大课题——“刑事证据规范化实证研究”的子课题之一——“言词证据采信规范化实证研究”的研究成果，以验证这些发展成果在司法实践中的适用。

本书写作具体分工如下：樊崇义，第一章、第二章、第三章、第四章、第五章、第九章；兰跃军，第六章、第七章、第八章、第十章、第十一章、第十二章；潘少华，第十三章、第十四章、第十五章、第十六章。

刑事证据理论和实务问题博大精深，涉及问题繁多，囿于笔者理论水平和实践经验所限，书中难免存在不足之处，敬请读者批评指正！

作者

2012年5月

目 录

第一章 我国刑事证据制度的新发展	(1)
一、证据概念和种类的发展和完善	(1)
二、我国刑事证据规则体系的框架初步形成	(2)
三、非法证据排除规则的确立	(6)
四、证据适用规范中的程序法定	(8)
第二章 “两个证据规定”理解与适用中的几个问题	(16)
一、从历史发展的高度认识“两个证据规定”	(16)
二、“两个证据规定”的程序价值	(18)
三、“两个证据规定”对我国刑事证据规则体系的意义	(20)
四、被告方是否承担排除非法证据的证明责任	(23)
五、审查批捕和审查起诉阶段的非法证据问题	(24)
六、关于“非法证据”的科学界定问题	(25)
第三章 刑事诉讼法确立“非法证据排除规则”意义重大	(28)
第四章 我国证人作证制度的进步与发展	(33)
第五章 侦查讯问律师在场权的困惑	(36)
第六章 刑事证据概念和种类的新发展	(43)
一、证据概念	(43)
二、证据种类	(50)
第七章 刑事证明责任的确定	(65)
一、刑事证明责任的法理	(65)
二、刑事证明责任的性质	(73)
三、刑事证明责任的分类	(75)
四、刑事证明责任的分配	(78)

第八章 刑事证明标准的细化	(96)
一、刑事证明标准的哲理	(96)
二、刑事证明标准的性质	(102)
三、刑事证明标准的种类	(106)
四、我国刑事诉讼中的证明标准	(113)
第九章 刑事和解案件的证明标准	(123)
一、刑事和解案件的证明标准不同于一般刑事案件的 证明标准	(124)
二、刑事和解案件的证明标准——盖然性标准	(126)
三、刑事和解案件的证明方法——自由证明	(128)
第十章 刑事证据规则体系的初步形成	(130)
一、法律明文规定的证据规则	(131)
二、法律体现出来的证据规则	(147)
第十一章 遏制刑讯逼供的机制	(173)
一、一项权利——不得强迫自证其罪权利	(173)
二、一条规则——非法证据排除规则	(179)
三、一种方法——讯问全程同步录音录像	(187)
第十二章 技术侦查、秘密侦查的法治化	(195)
一、技术侦查、秘密侦查的概念	(195)
二、技术侦查、秘密侦查的实体限制	(199)
三、技术侦查、秘密侦查的程序控制	(205)
第十三章 电子数据的审查判断	(213)
一、电子数据的概念和特征	(213)
二、电子数据的种类和表现形式	(216)
三、电子数据的证据价值	(220)
四、电子数据的审查判断	(221)
第十四章 专家证人制度的构建	(234)
一、专家证人制度概念和特征	(234)
二、域外专家证人制度的考察	(240)
三、专家证人制度优缺点评析	(247)
四、我国引进专家证人制度的必要性和可行性	(252)
五、我国构建刑事专家证人制度的意义	(254)
六、构建和完善我国的刑事专家证人制度	(256)

第十五章 证人、鉴定人、侦查人员出庭作证制度	(262)
一、证人、鉴定人、侦查人员出庭难的原因分析	(262)
二、证人、鉴定人、侦查人员出庭作证的作用和意义	(267)
三、《刑事诉讼法》对证人、鉴定人、侦查人员出庭作证 制度的完善	(271)
第十六章 行政执法证据向刑事证据的转化	(281)
一、行政执法证据和刑事证据的比较	(281)
二、行政执法证据向刑事证据转化的价值	(284)
三、各类行政执法证据转化的适用规则	(287)
附：言词证据采信规范化实证研究	(297)
一、被告人供述与辩解采信的规范化	(297)
二、被害人陈述采信的规范化	(321)

第一章 我国刑事证据制度的新发展

2008年中共中央颁布了《关于深化司法体制和工作机制改革若干问题的意见》，这是我国于2004年第一轮司法改革基础上的第二轮司法改革的决定，它是推进我国司法民主进程的行动纲领。该文件中关于刑事诉讼证据制度改革问题明确指出，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等。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。完善证人、鉴定人出庭制度和保护制度，明确侦查人员出庭作证的范围和程序。

近三年来，在中共中央上述决定的指导下，中央各政法部门广泛深入调查研究，按照中央关于深化司法体制和工作机制改革的总体部署，认真总结了适用刑事证据的经验，尤其是吸收一些错案的教训，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6月13日联合制定了《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》（以下简称“两个证据规定”），并于2010年7月1日正式实施。在“两个证据规定”贯彻实施的基础上，按照全国人大关于修改《刑事诉讼法》的立法计划，对“两个证据规定”中的许多内容，立法者给以高度关注，其中多项涉及证据制度改革的内容已在全国范围内征求意见，达成共识。我国刑事证据制度改革的力度和向前推进发展之势，同1996年《刑事诉讼法》关于证据制度原则性的八条规定相比，已经大大地向前发展了一步！

一、证据概念和种类的发展和完善

1996年《刑事诉讼法》第42条规定：“证明案件真实情况的一切事实都是证据。”对于这一规定普遍认为缺陷有二：一是关于“真实”二字的称

谓,证据材料进入诉讼,有真有假,所以,第42条最后一项还规定:“以上证据必须经过查证属实,才能作为定案的根据。”因此,把“证据”笼统地定位为“真实”,于客观情况不符,所以,这次《刑事诉讼法》的修改,已达成共识,把“真实”二字从概念中删去;二是将“证据”说成是“一切事实”,也已落后于时代的发展了,社会之进步,科学技术水平之提高,尤其是电子数据证据的出现,各类各种信息资料在诉讼中的运用,大家一致意见要把“一切事实”,修订为“各种信息资料”。基于以上两点变化,把证据的概念修订为“可以用于证明案件事实的材料,都是证据。”

鉴于科学技术的发展,各种信息资料在诉讼中的运用,证据的表现形式及种类呈不断扩大之势,拟将电子数据单列为一种独立的证据,把刑事证据的八种形式增至九种。另外还考虑到,辨认笔录、搜查笔录,庭审笔录等诉讼进程中现成的各种资料,还有侦查讯问、录音录像,等等,在刑事诉讼中广泛适用。因此,关于证据种类的规定不易封死。另外,关于“鉴定结论”证据的称谓,鉴于司法实务中,鉴定人怎么说就怎么定,重鉴定结论轻其证据的适用,把鉴定结论神秘化、绝对化,还鉴于鉴定结论的科学性、准确性受到科学技术发展和设备的制约,因此,拟将鉴定结论的名称,修订为“鉴定意见”。综上,关于证据的概念和种类的修订意见,使我国刑事证据的概念更加科学,种类更加齐全而又完备,这是我国刑事证据制度的一大发展。

二、我国刑事证据规则体系的框架初步形成

“没有规矩,不成方圆;没有规则,无以证明。同日常生活中的证明相比,司法证明的重大不同在于有着丰富的人为规则。无论是取证、举证、质证,还是认证,无不是在既定规则的框架下进行。英美法系国家的证明规则迄今为止已经蔚为大观;大陆法系国家自20世纪中期以来也确立了不少证明规则;我国则仍处在初创证明规则的阶段,未来构建证据规则任重道远。”^①

中央关于司法改革的决定中,把证据规则特别是非法证据排除规则的确立,作为证据改革的一项重要任务。“两个证据规定”根据中央司法改革的决定,总结了我国刑事司法的经验,以及实务工作的客观所需,比较系统地初步建构了我国刑事证据规则体系。笔者认为可以将这一体系分为两类:一

^① 何家弘主编:《证据法学》,法律出版社2008年版,第343页。

是规定中明确规定、已经形成条文化的证据规则；二是审查判断证据的程序中所体现出的证据规则。

第一类证据规则有四项：（1）非法证据排除规则。“两个证据规定”之一就是《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》），它不仅明文确立了“非法证据排除”规则，而且还对什么是“非法”、非法证据排除的范围和排除的程序——作了明确具体的规定。（2）证据裁判原则。《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》）第2条规定：“认定案件事实，必须以证据为根据。”（3）程序法定原则。《办理死刑案件证据规定》第3条在1996年《刑事诉讼法》第3条规定的基础上，增加规定：“侦查人员、检察人员、审判人员应当严格遵守法定程序，全面、客观地收集、审查、核实和认定证据。”（4）证据质证原则。《办理死刑案件证据规定》第4条规定：“经过当庭出示、辨认、质证等法庭调查程序查证属实的证据，才能作为定罪量刑的根据。”以上四项规则，在“两个证据规定”中已经条文化，此四项规则不仅是我国刑事司法运用证据经验的科学总结和升华，更重要的是在立法上有突破、有创新，证据裁判原则是对1996年《刑事诉讼法》第3条“人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼，必须严格遵守本法和有关法律的有关规定”这一规定的突破。因为程序法定原则，不仅包含“严格遵守法律问题”，更重要的内容是要充分地认识到“证据问题也是程序问题”，以及证据的收集、保管、保全、移送、返还、出示、质证、认定等各个环节都是一个严格的行为规范和法定程序问题，这一原则的确立把诉讼证据的立法、守法、执法全部囊括其中，它是正当法律程序原理在证据法中的具体运用和体现。非法证据排除规则的形成和确定，如前所述更是我国民主与法治史上一个重要的里程碑，它标志着我国司法程序的进步、文明、民主进入一个新的历史阶段，其现实意义和历史意义不可低估；庭审交叉询问的质证规则，突出规定了证据的出示、辨认、质证等环节，并明确规定只有经过法庭调查程序查证属实的证据，才能作为定罪量刑的根据。这一规定主要是针对当前在证据的运用中“重庭下，轻庭上”，“重庭外，轻庭内”的偏向，庭审程序异化，法庭审判走过场、形式主义的一些错误做法，把质证规则作为诉讼进行的一项重要的证据规则，以确保证据的质量。另外，质证规则的确立，对证人出庭难，律师辩护难，书面审理盛行等种种诉讼痼疾的医治，将会起到更大的作用，以促进刑事审判方式的改革。

第二类证据规则是在运用证据的程序规定中体现出来的，有以下五项，

这五项规则均在各种证据的审查判断的程序中有所体现或明示。

1. 关联性规则

《办理死刑案件证据规定》第6条第(4)项规定:“物证、书证与案件事实有无关联。对现场遗留与犯罪有关的具备检验鉴定条件的血迹、指纹、毛发、体液等生物物证、痕迹、物品,是否通过DNA鉴定、指纹鉴定等鉴定方式与被告人或被害人的相应生物检材、生物特征、物品等作同一认定。”第(5)项规定:“与案件事实有关联的物证、书证是否全面收集。”第23条第(8)项规定的“鉴定意见与案件待证事实有无关联”,第24条第(4)项规定的“鉴定意见与证明对象没有关联的”不能作为案件的根据。第27条规定,内容与案件事实无关联性的视听资料不能作为定案的证据,等等,都充分明确地体现了证据关联性规则。笔者认为,关于证据关联性规则,无论从立法,还是到司法实务,必须加以高度的重视,因为证据事实与案件事实之间的关联性问题,是认定案件事实的生命之所在,它直接关系到案件的质量问题,从某种意义上讲,关联性决定着证据的可采性,关联性决定着定罪量刑案件事实的质量,而且这一规定的运用,不仅涉及到案件的每一个证据,而且还与全案证据的运用息息相关,因此,从立法到实务,必须对关联性规则倍加重视。

2. 意见证据规则

《办理死刑案件证据规定》第12条第3款规定:“证人的猜测性、评论性、推断性的证言,不能作为证据使用,但根据一般生活经验判断符合事实的除外。”我国1996年《刑事诉讼法》没有关于意见证据的规定。这次增加这一规定,有利于规范证人如实提供他们所感知的案件事实的证明活动,以避免将自己主观的推断、评论、猜测、估计、假设、想像作为证言适用,从而对案件事实作出错误的判断。

3. 原始证据优先规则

《办理死刑案件证据规定》第8条规定:“据以定案的物证应当是原物。只有在原物不便搬运、不易保存或者依法应当由有关部门保管、处理或者依法应当返还时,才可以拍摄或者制作足以反映原物外形或者内容的照片、录像或者复制品。物证的照片、录像或者复制品,经与原物核实无误或者经鉴定证明为真实的,或者以其他方式确能证明其真实的,可以作为定案的根据。原物的照片、录像或者复制品,不能反映原物的外形和特征的,不能作为定案的根据。”还规定:“据以定案的书证应当是原件。只有在取得原件确有困难时,才可以使用副本或者复制件。书证的副本、复制件,经与原件核实无误或者经鉴定证明为真实的,或者以其他方式确能证明其真实的,可

以作为定案的根据。书证有更改或者更改迹象不能作出合理解释的，书证的副本、复制件不能反映书证原件及其内容的，不能作为定案的根据。”第9条规定：“……不能证明物证、书证来源的，不能作为定案的根据。”把原始证据优先规则引入刑事诉讼，其目的在于促使侦查机关更加努力地收集具有真实性的原始证据，从而更准确及时地查明案件事实，实现实体正义。

4. 补强证据规则

《办理死刑案件证据规定》第22条规定：“对被告人供述和辩解的审查，应当结合控辩双方提供的所有证据以及被告人本人的全部供述和辩解进行。”“被告人庭前供述一致，庭审中翻供，但被告人不能合理说明翻供理由或者其辩解与全案证据相矛盾，而庭前供述与其他证据能够相互印证的，可以采信被告人庭前供述。”“被告人庭前供述和辩解出现反复，但庭审中供认的，且庭审中的供述与其他证据能够印证的，可以采信庭审中的供述；被告人庭前供述和辩解出现反复，庭审中不供认，且无其他证据与庭前供述印证的，不能采信庭前供述。”这些规定明确地按照补强证据规则的要求，不能只靠口供定案，所有的口供必须与其他证据相印证，用其他证据加以补充和强化，才能认定案件事实。

5. 直接言词规则

“两个证据规定”确立了有限的直接言词规则，规定了证人应当出庭作证的情形。《办理死刑案件证据规定》第15条规定：“具有下列情形的证人，人民法院应当通知出庭作证；经依法通知不出庭作证证人的书面证言经质证无法确认的，不能作为定案的根据：（一）人民检察院、被告人及其辩护人对证人证言有异议，该证人证言对定罪量刑有重大影响的；（二）人民法院认为其他应当出庭作证的。证人在法庭上的证言与其庭前证言相互矛盾，如果证人当庭能够对其翻供作出合理解释，并有相关证据印证的，应当采信庭审证言。对未出庭作证证人的书面证言，应当听取出庭检察人员、被告人及其辩护人的意见，并结合其他证据综合判断。未出庭作证证人的书面证言出现矛盾，不能排除矛盾且无证据印证的，不能作为定案的根据。”这一规定针对当前我国证人出庭难、质证难的现状与问题，而确立了有限的直接言词规则，即控辩双方有异议的和对定罪量刑有重大影响的证人应当出庭接受质证。这一规定完全符合我国当前的实际情况，也解决了实际问题。从实体上说有利于保障正确认定案件事实，从程序上说更有利于保障当事人的质证权。

以上所涉及的九大证据规则的出台，之所以称之为刑事证据规则体系初步形成，主要是因为这些证据规则有运用证据的基本原则——证据裁判原则

和程序法定原则；有审查判断证据的排除规则——非法证据排除规则、意见证据规则；有审查判断证据的运行规则——质证规则、关联性规则、原始证据优先规则、补强证据规则、有限的直接言词证据规则。从基本原则到证据排除再到证据审查判断的运行过程已经涵盖了运用证据认定案件事实的全过程，反映了办案的客观规律。所以，笔者认为，虽然还尚不健全，“以程序法定原则的规定而言，其未能凸显‘正当法律程序’的意蕴。程序法定原则是刑事证据法中的中心原则，它需要靠具体的证据规则、收集、审查判断证据的具体程序加以体现”，^① 但已具备了刑事证据规则的初步框架或体系。任何一个法治国家，关于证据制度的形成与发展，尤其是证据规则的确立和规则体系框架的形成，都要经历一个从无到有，从初步确立到逐步完善的过程，我国正沿着这一发展轨迹向前推进！

三、非法证据排除规则的确立

世界上任何一个法治国家，确立非法证据排除规则，严格依法办案，都是必须做的一件事，是依法治国的一个重要的条件和里程，只是时间早晚而已。我国在建国 60 年后确立这一规则，已经是比较快的国家之一。

同美国相比，美国 1776 年 7 月 4 日发表独立宣言，1914 年通过威克斯案正式在联邦确立了非法证据排除规则，认为通过违反第四修正案的不合理的搜查扣押所取得的证据不能在联邦法庭上使用去反对被告人。这一规定直至 1961 年的马普案中，美国最高法院将违反宪法第四修正案而导致的非法证据排除规则全面适用于联邦和各州。

1964 年通过马修案，明确对抗诉讼中，如果未经被告同意在律师不在场下进行讯问所取得的口供，则侵犯了律师帮助权，则为非法证据，要予以排除。

直至 1966 年“米兰达规则”的产生^②。1966 年，美国最高法院审理了米兰达诉亚利桑案，创造了米兰达警告，也可称之为米兰达规则。该规则确认了非法证据排除规则也适用于非法取证的言词证据。1966 年 6 月 13 日，宣布了对米兰达案的判决。美国最高法院撤销了原判，开创了对犯罪嫌疑人在第一次讯问时必须明确给米兰达警告的先例，即明确告诉被逮捕人：（1）你有权保持沉默；（2）你所讲的一切都可在法庭上作为不利于你的证

① 熊秋红：《刑事证据发展中的阶段性进步》，载《证据科学》2010 年第 5 期。

② 参见杨宇冠：《非法证据排除规则研究》，中国人民公安大学出版社 2002 年版，第 29 页。

据；(3) 你有权获得律师帮助，讯问时律师可以在场；(4) 如果没有钱委托律师，我们将为你指定一名律师。违背以上四条之一的，均为非法证据。美国的非法证据排除规则，从 1914 年产生到真正推广执行，经历了一百多年的历史，真正执行也是近 50 年的事情，即从 20 世纪 50 年代的“正当程序革命”开始，重申了“人权保障原则”而展开的。

非法证据排除规则并非美国所独有，1984 年 12 月 10 日，第 39 届联合国第 93 次全体会议通过了《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》。第 15 条要求：“每一缔约国应确保在任何诉讼程序中，不得援引任何业经确定系依酷刑取得的口供为证据，但这类口供可用作被控施行酷刑者刑讯逼供的证据。”但在美国的定义和要求有所不同，2003 年美国《乔治敦大学法律杂志》第 32 版刑事诉讼年度评论认为，排除规则的具体要求是：通过直接或者间接违反第四、第五或者第六修正案而获得的证据，控方不得在审理中用来证明被告人有罪。当法庭不恰当的采纳了违反排除规则的证据，将会导致判决的撤销，除非能够排除合理怀疑的证明该错误属于无害错误。根据这一定义，美国非法证据排除规则的法律依据是美国联邦宪法第四、第五和第六修正案，其适用范围仅限于刑事诉讼，并且在刑事诉讼中也只是“不得在审理中”作为“用来证明被告人有罪”的实体证据，但是这一规则不仅适用于违反宪法权利所直接获得的证据，也适用于通过违法证据得到的其他证据。

由此可以看出，任何一个法治国家，在刑事诉讼法中确立非法证据排除规则，势在必行。非法证据排除规则的确立，标志着民主与法治的进程和进步，更是诉讼民主，诉讼文明的必然要求。

就我国民主与法治的进程而言，确立非法证据排除规则，其历史意义和现实意义更为显现。人民群众关心的刑讯逼供问题屡禁不止，导致冤假错案时有发生，从云南的杜培武案到河南的赵作海案，还有湖北的余祥林案，近十年来出现的这些错案，一个根本的原因就是由侦查讯问时的刑讯逼供而引起的，刑事诉讼中的刑讯逼供问题已经形成一种顽症，如不下决心解决这个问题，将关系到公安司法机关的公信力问题，关系到执政党的公信力问题。因此，近年来伴随着非法证据排除规则的确立，在《刑事诉讼法》的修改过程中，对如何解决刑讯问题，我国将形成治理刑讯逼供这一顽疾的证据科学体系。其内容有三：一是司法部门纷纷呼吁要在《刑事诉讼法》的修改中确立“不得强迫任何一个公民自证其罪”的原则；二是确立非法证据排除规则；三是实施侦查讯问时的全程同步全面录音、录像和律师在场的制度，同时删除 1996 年《刑事诉讼法》第 93 条关于侦查讯问时，犯罪嫌疑人

人、被告人应当如实陈述的规定。总之，伴随着非法证据排除规则的确立和实施，如果在《刑事诉讼法》修改中把“不得强迫自证其罪”原则和录音、录像、律师在场等三项制度，纳入《刑事诉讼法》中，我国刑事证据制度可以称之为“有了一个跨越式”的发展，其历史意义不可低估。

诚然，已经确立的非法证据排除规则，尚存几处不尽如人意、不很完善的地方，诸如，非法证据排除的范围有限，排除的方法措施还不太完善，排除非法证据的配套措施还未出台，等等。但是，笔者认为，瑕不掩瑜，任何一个国家对非法证据排除问题，都经历了一个从“确立到完善”的发展过程。我们应当首先肯定确立非法证据排除规则的历史意义，然后再通过实践针对问题，找出不断完善的方法与措施，包括各种配套措施的出台。那种全盘否定的态度和做法，笔者认为是不符时宜的。

四、证据适用规范中的程序法定

“两个证据规定”确立和破解了“证据问题也是程序问题”的科学命题，实实在在地把刑事证据的适用程序法定化、条文化。它不仅明确规定了程序法定原则，而且还比较详细、具体地规定了适用证据的三大程序：一是非法证据的排除程序；二是对法定的物证、书证、证人证言等九种证据（包括新增加的电子数据证据）的收集、审查、核实、判断真伪的具体程序；三是规定了对全案证据的综合审查判断程序。这些规定的出台充分说明了证据问题说到底也是个程序问题，只有严格按照法定程序适用证据，才能保证案件的质量，才能防止冤假错案。另外，在《办理死刑案件证据规定》中，对司法实务中经常适用的辨认程序、间接证据的运用程序、量刑证据的适用等都做了具体规定。这些规定的出台，使人们清楚地看到证据的收集、运用，认定案件事实的过程，每一步和每一环节都是程序问题。告诫人们脱离法定程序去收集运用证据，必然会漏洞百出，甚至会走偏方向。

《办理死刑案件证据规定》第3条规定：“侦查人员、检察人员、审判人员应当严格遵守法定程序，全面、客观地收集、审查、核实和认定证据。”这一规定把程序法定原则列为收集、审查、判断和认定证据的基本规则，它标志着证据问题说到底也是个程序问题，对证据的运用离不开法定的程序。这是近现代证据法学的一项重要特征与内涵，把法律正当程序理念引入证据法，这是司法文明、民主进步的一个重要标志。但是，对这个问题的认识，学界并不是一致的，个别学者认为在证据法中规定程序法定原则有点不伦不类，也有人认为，“程序法定原则是刑事证据法中的核心原则，它

需要靠具体的证据规则、收集、审查判断证据的具体程序加以体现。在我国,沉默权规则、自白任意性规则等的缺失,将会直接影响非法证据排除规则的功效;实物证据的获取委诸于侦查机关的自我决定,证据‘合法’的条件过低,不符合程序法定原则的内在要求。有学者认为,笼统地将《办理死刑案件证据规定》第3条的规定直接界定为程序法定原则不是十分准确。”^①笔者认为这些看法是值得商榷的。首先,作为刑事证据的收集、审查、核实、判断和认定,由于其关系到人身自由和生命财产,事关重大,每一个环节都必须依法推进,尤其是死刑案件,把程序法定原则列为证据规则,不是不伦不类,而是名正言顺和应有之义;其次,由于某些配套措施的缺失或不完备,而否定程序法定原则进入证据法的看法也是没有根据的。如前所述,就“两个证据规定”中非法证据排除程序、法定各种证据的适用程序、全案证据的判断程序的详细规定,它正是程序法定原则的具体体现,更是正当法律程序理念的具体运用。由于“程序法定原则是近现代以来世界法治国家刑事诉讼制度发展的基本态势和趋势,它是现代宪政民主政治对刑事诉讼程序设计和运作的基本要求,它反映的是,刑事诉讼中国家权力的运作应当受到法律的限制以及涉讼公民的基本人权应当受到法律保障和救济的目标。正是基于程序法定原则在现代刑事诉讼中的重要地位,有学者将其称为‘帝王’原则,并称没有‘程序法定’原则,就没有现代刑事诉讼法。”^②当然也可以说,没有程序法定原则,就没有现代证据法。

非法证据排除程序的具体规定充分地彰显了秩序的价值。其具体体现在以下五个方面:

第一,科学地界定了非法言词证据的内涵及外延。非法证据包括非法言词证据和非法实物证据。由于什么是非法实物证据,国内外都存有争议。这一次规定中,只科学地界定了非法言词证据。《非法证据排除规定》开宗明义,在第1条就规定:“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。”非法言词证据概念的核心问题是如何界定“非法”问题,“非法”有轻有重,有一般违法和严重违法,所取得的证据有非法证据与瑕疵证据。笔者认为,关键是要紧紧抓住是否侵犯了被讯(问)问人的宪法所规定的基本权利,不能把一般的程序违法的证据统统称之为非法证据加以

^① 熊秋红:《刑事证据发展中的阶段性进步》,载《证据科学》2010年第5期。

^② 万毅、林喜芬:《现代刑事诉讼法的“帝王”原则:程序法定原则重述》,载《当代法学》2006年第1期。