

XING

SHI

ER

SHEN

CHENG

XU

SHEN

DU

YAN

TAO



刑事二审程序 深度研讨

北京市第一中级人民法院 编
北京市人民检察院第一分院

本书是对北京市第一中级人民法院和北京市人民检察院第一分院「刑事二审程序」深度展开「研讨会」部分研究文章的汇编。对于刑事二审程序而言，我国刑事诉讼法对刑事二审程序的规定比较原则，司法实践中还存在诸多需要深入研究解决的问题。因此，本文集的出版旨在抛砖引玉，希望能够引起更多司法实务和理论研究工作者对刑事二审程序的关注，为推动刑事诉讼程序的改革和完善贡献力量。



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



刑事二审程序深度研讨

XING SHI ER SHEN CHENG XU SHEN DU YAN TAO

北京市第一中级人民法院
北京市人民检察院第一分院 编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑事二审程序深度研讨 / 北京市人民检察院第一分院,
北京市第一中级人民法院主编. —北京:法律出版社,
2012.4

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3289 - 4

I. ①刑… II. ①北…②北… III. ①刑事诉讼—审
判—研究—中国 IV. ①D925.218.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 049200 号

刑事二审程序深度研讨
北京市第一中级人民法院
北京市人民检察院第一分院 编

编辑统筹 法律应用出版分社
责任编辑 何海刚 许晓娟
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

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 固安华明印刷厂
责任印制 陶 松

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 22.5
字数 408千
版本 2012 年 4 月第 1 版
印次 2012 年 4 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

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 - 3289 - 4

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

刑事二审论坛文集编辑委员会

主 任：项 明 王明达

副 主 任：（按姓氏笔画排列）

王化军 吴在存 陆伟敏
周晓燕 周光权

委 员：（按姓氏笔画排列）

王 燕 王 靖 申 云
孙庆宏 张际枫 郑卫阳
常国锋 薛 强

责任编辑：侯晓焱 王 晨

前 言

刑事二审程序是刑事诉讼程序的重要组成部分,它不仅是被告人针对一审程序进行自我救济的法定方式,也是上级法院履行审级监督职能和检察机关行使法律监督职责的重要手段。因此,刑事二审程序对于维护刑事司法的公正性、权威性和保护被告人合法权益具有十分重要的意义。然而相对于一审程序而言,我国刑事诉讼法对二审程序的规定比较原则化,司法实践中还存在诸多需要深入研究解决的问题。

有鉴于此,继2008年召开“刑事二审程序:难题与应对”研讨会之后,2010年11月,北京市第一中级人民法院与北京市人民检察院第一分院以“刑事二审程序:深度展开”为题,联合中国刑事诉讼法学研究会共同召开学术研讨会,邀请来自最高人民法院、最高人民检察院、北京市各级法院、检察院和其他直辖市法院、检察院的相关实务工作者以及有关的知名专家、学者,就刑事二审司法实践中“上诉不加刑原则的贯彻落实”、“二审程序中的证据认定”、“二审抗诉标准”等热点难点问题进行了广泛而深入的研讨与交流,取得了良好成效。在此,我们将本次研讨会的部分研究文章集结成册,既是对相关研究成果的汇总记录,更是希望能够抛砖引玉,引起更多司法界同仁和理论研究工作对刑事二审程序的关注,从而不断深入理论研究,并为刑事诉讼制度改革创新积极建言献策,贡献力量。

鉴于刑事二审程序问题本身的复杂性、研究者理论认知程度的不同和理解方式的差异,论文集集中的某些观点难免有偏颇、疏漏之处,还望读者诸君不吝批评指正!借此机会,向积极参与和大力支持本次研讨会的中国刑事诉讼法学研究会表示衷心的感谢!

刑事二审论坛文集编辑委员会
2012年2月

目 录

专题一:刑事二审中的证据问题

- ◆刑事案件二审庭审质证程序的问题与完善 陈胜才 潘基俊(1)
- ◆非法证据调查程序的建构 张仲侠(9)
- ◆刑事诉讼二审中非法证据认定与排除的实践思考
..... 孙庆宏 张乾雷(14)
- ◆试论刑事二审程序中非法证据排除的证明责任 赵 康(22)
- ◆二审中对非法证据的认定与排除 王 奕 范 琳(32)
- ◆论非法证据的认定与排除
——以刑事二审为视角 杜金星(41)
- ◆论刑事诉讼二审中的新证据 张繁荣(48)
- ◆试论刑事二审中新证据的相关问题 柏 军 岳蓓玲(54)
- ◆刑事二审“新证据”问题研究 张燕龙(61)

专题二:刑事二审程序的司法标准

- ◆检察机关二审法律监督若干问题研究 甄 贞 赵永红(71)
- ◆刑事第二审抗诉标准问题研究 项 明 周光权 常国锋(80)
- ◆从目的、对象到方式的选择
——关于刑事二审审理方式的思考 蒋文烈 蒋 林(93)
- ◆刑事抗诉未改判案件实证研究 周晓燕(99)
- ◆关于完善刑事二审抗诉标准的思考 张际枫 彭新林(112)
- ◆试论我国刑事二审程序中的事实认定问题 侯晓焱(127)
- ◆量刑规范化改革视野中二审刑期改判 季凤建(137)
- ◆我国刑事审级制度的功能考辨与变迁改良 林喜芬(151)
- ◆论刑事二审抗诉程序的完善
——以二审抗诉程序的功能为视角 宋振宇 杨 朔(182)

◆被害人抗诉请求权的现状与问题分析	邱志强 孙 喻(190)
-------------------------	--------------

专题三:上诉不加刑原则的落实与完善

◆贯彻上诉不加刑原则的实践反思与立法完善	项 谷(196)
◆上诉不加刑适用中的两个争议问题	申 云 温如敏(207)
◆略论落实上诉不加刑原则的问题及对策	郑文伟 杨 亮(215)
◆落实上诉不加刑原则的难点及对策	王 鹏(223)
◆发回重审与上诉不加刑原则之冲突与协调	郭 翔(230)
◆落实上诉不加刑原则的难题与对策	刘津慧 贾艳芳(236)
◆刑事诉讼上诉不加刑原则的立法完善研究	
——以维护刑事被告人上诉权为研究视角	尹 畅(245)
◆上诉不加刑原则与全面审查原则的关系	
——以实现实体和程序双重价值为目标	欧春光 赵 佳(252)
◆略论上诉不加刑原则的适用与完善	赵学军 孙振勇(256)
◆上诉不加刑原则发微	孔文思(263)
◆论上诉不加刑原则的立法完善	宋亚光(270)

附录

◆中华人民共和国刑事诉讼法	(278)
◆2012年《中华人民共和国刑事诉讼法》修正前后对照表	(314)

【专题一：刑事二审中的证据问题】

刑事案件二审庭审质证程序的问题与完善

陈胜才* 潘基俊**

质证是指在审判过程中由审判人员主持诉讼各方对所举证据的真实性、合法性、关联性进行质询和答疑,确定该证据的证明能力和证明力的一种诉讼活动。它是庭审调查的重要环节,在庭审过程中,法庭调查包括了讯问被告人、调查核实其他证据材料,其中一个重要的部分即是举证质证。我国《刑事诉讼法》第47条规定,证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方讯问、质证,听取各方证人的证言并经过查实后,才能作为定案的根据。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《〈刑诉法〉解释》)第58条规定,“证据必须经过当庭出示、辨认、质证等法庭调查程序查证属实,否则不能作为定案的根据。”说明法庭调查中质证的重要性,法庭调查效果的好坏将直接关系到诉讼各方诉讼目的能否实现,如举证质证不力,承担举证责任的一方将承担对该事实证明不利的推断后果。

一审程序和二审程序都存在法庭调查,质证是其中不可或缺的一个重要环节。二审是因为诉讼各方不服一审判决而引起的,诉讼各方的诉讼目的和一审相比有不同之处,因而此时的质证和一审相比,也应有所不同。要仔细研究二审质证程序的问题,首先必须对二审程序本身特殊的诉讼职能和诉讼结构进行分析。

一、二审程序的诉讼职能和诉讼结构特点

如对人民法院作出的一审判决不服,被告人可以在法定期限内提起上诉,检

* 重庆市人民检察院第一分院副检察长

** 重庆市人民检察院第一分院公诉二处书记员

察机关亦可以提起抗诉,这样都会引起二审程序的启动。一审审判的目的在于查清被告人罪与非罪、此罪与彼罪、罪轻与罪重的问题,进而对公诉机关的起诉书进行评价。二审法院适用的程序并不是完全意义上的一审普通程序,其中融入了二审案件审理的特点^①。二审的目的是要以上诉或抗诉理由为重点,对案件进行全面审查,进而对一审判决或裁定的正确性进行评价,包括案件事实是否清楚、证据是否确实充分、适用法律是否正确、案件定性是否准确、量刑是否恰当等方面。和一审相比,其在诉讼职能上有以下几个特点:

1. 审判机关的目的在于对一审判决或裁定是否正确进行审理。一审法院是对公诉案件进行审理,对被告人的行为作出判决,实现其审判任务。但二审是要审理一审判决或裁定的正确性问题,对原审判决作出维持、改判或者撤销原判并发回重审的裁判,以实现上级法院对下级法院的审判监督权。

2. 检察机关的目的在于监督法律的正确实施。二审检察员的诉讼地位目前还存在争议,其到底是承担一审公诉人的角色还是仅仅是个法律监督者的角色,学界观点不一。无论从检察员在二审中的诉讼地位与诉讼职能进行考察,还是从《刑诉法》及有关司法解释对二审出庭检察人员诉讼职能的有关定位来看,真正能够覆盖并统一、集中反映二审出庭检察人员诉讼职能的表述应当是:维护法律的正确实施,^②这和一审公诉人的角色还是有区别的。

在诉讼结构上,主要体现在庭前审判机关和检察机关的关系不同:

1. 在一审开庭前,检察机关向法院移送的只有证据目录、证人名单、证据复印件及其照片。为避免审判机关对案件事实形成先入为主的印象,此时的案件材料还在检察机关,法院对案件没有进行实质审查。在法庭审理过程中,由控辩双方进行举证质证,对证明案件事实的证据一一列举,由法官居中裁断。

2. 在二审开庭前,检察机关应当先到法院阅卷,此时全部卷宗都在法院,法院此时的审查不再像一审一样仅仅是形式审查,而是实质的、全面的审查,法院可以在阅卷、讯问被告人,听取其他当事人、辩护人、诉讼代理人意见后决定是否开庭审理。我国《刑诉法》第184条、第185条、第187条对此也有明确的规定。由于不同的阶段职能的不同,二审庭审过程中的证明责任和举证质证方式也应该与一审有所差别,但我国《刑诉法》仅仅做了原则性的规定,相关司法解释的规定也不够全面和详细。实质上,对与二审庭审质证问题的思考离不开二审程

① 徐静村主编:《中国刑事诉讼法(第二修正案)学者拟制稿及立法理由》,法律出版社2005年版,第266页。

② 顾永忠:“二审出庭检察人员诉讼职能定位——维护法律的正确实施”,载《检察日报》2008年4月28日第3版。

序自身所特有的诉讼职能和诉讼结构特点。

二、二审质证程序的突出问题

在当前司法实践中,在二审庭审过程中由谁举证,如何质证,具体做法不一。有学者曾经做过归纳,认为实践中的方式有两种,一种是“沿袭式”,另一种是“探索式”。^①“沿袭式”即是沿袭一审庭审调查程序的质证方式,在法院阅卷之后,针对出庭检察员的检察意见,由检察机关依次举示证明原审案件事实的证据或者提交新的证据。“探索式”指的是,在开庭前,审判机关审查全部案件材料;在庭审中,先由审判人员对证据要点进行总结归纳,并指出争议点,再在其主持下,由检察员和辩护方对争议点进行说明质证。

这两种方式在实践中都存在问题:在“沿袭式”模式之中,二审检察员将同一审公诉人一样,承担主要的证明责任,势必承担起和公诉人同样的控诉职能,而忽视其法律监督者的地位。“探索式”模式在一定程度上能满足二审诉讼职能的要求,但是对于诉讼各方提交的新证据或者是审判人员调查取得的证据如何质证的问题,却缺少程序设计。

(一) 缺乏对二审阶段出现的证据的质证程序

1. 诉讼参与方对一审已经认定的证据存在异议

因原判决认定事实不清或者证据不足,二审法院可以在查清事实后改判,也可以裁定撤销原判,发回原审人民法院重新审理。被告人提起上诉或检察院提起抗诉的理由有可能是对一审定案的某些证据有疑问,在二审庭审过程中,应当对该证据进行重新质证。但是我国《刑诉法》缺乏有关诉讼参与方对一审已经认定的证据存在异议的质证程序规定,司法解释对举证主体、质证方式和证明责任的设计都存在不足。

在以往二审程序庭审调查阶段,先由审判人员宣读一审判决书,再由审判人员讯问上诉人对一审认定的事实和证据是否有异议,并令其陈述上诉理由,询问原审被告及检察人员对一审出示的物证、书证、证人证言有否异议。审判人员这种“囫圇吞枣”的问法忽略了单个证据的特殊性,也忽略了证据内容的差异性,不利于对该类证据的质证。即便是《〈刑事诉讼法〉解释》第255条第2项规定,“在二审法庭调查阶段,如果检察人员或者辩护人申请出示、宣读、播放第一审审理期间已经移交给人民法院的证据的,法庭应当指令值庭法警出示、播放有关证据;需要宣读的证据,由法警交由申请人宣读”,也存在不妥之处。

^① 施亚军:“二审庭审质证方式的探讨”,载《检察理论研究》总第30期。

从该司法解释的条文来看,对于一审认定的证据,诉讼各方如果持有异议,在庭审过程中还是由申请人进行宣读,由申请人举证;主动的还是申请人一方,审判人员承担的只是被动地展示证据的作用,因为此时的证据材料在审判人员手中。如果对证据表示异议的是检察员一方,并由其申请举证、宣读,势必导致其承担的职能的混乱。就如上文所述,检察人员此时的职责应该是监督法律的正确实施,承担针对上诉理由和一审判决进行评判的法律监督职责,而不仅仅是控诉。举证、质证、证明责任应当是一个有机的统一体,举证是前提,质证是关键,证明责任是结果。按照“谁主张,谁举证”的证明责任规则,检察人员此时还要承担举证不力的责任,这与二审审判的职能和审判的目的都是相违背的。

在司法实践中,如果诉讼各方对一审判决已经认定的证据存在异议,法院习惯性地统一交给申请方举证,由被申请方质证。这样的做法与“沿袭式”无异,亦会发生以上问题。只有对二审职能的特征有清晰的认识之后,才能避免以上问题的发生,避免逻辑上的混乱。

2. 诉讼方在二审阶段提交的新证据

因发现新证据,足以证明一审判决认定事实不清、或者有误,可以作为二审改判、撤销原判或者发回重审的理由。

在二审期间,诉讼双方都可以提交新证据,证明自己的诉讼主张,以评判一审判决。二审的新证据包括一审判决后新发现的证据;原审被告及其辩护人在一审期间申请审判机关调查取证未获准许,二审法院经审查认为应当准许并依当事人申请调取的证据。

对于二审阶段提交的新证据,法律并没有规定该如何举证、质证,以及证明责任该如何承担。这一类型的证据还需要完善相关法律来规制。

3. 合议庭人员休庭期间调查取得的证据

我国《刑诉法》第158条规定,法庭审理过程中,合议庭对证据有疑问的,可以宣布休庭,对证据进行调查核实,也就是说,二审合议庭亦有庭外调查核实权。在二审期间,合议庭可以对所有存在争议的原审定案证据进行调查核实,对于诉讼双方在二审期间提交的新证据,合议庭也可以进行庭外调查核实,调查核实的手段包括勘验、检查、扣押、鉴定和查询、冻结。

对二审合议庭休庭期间调查取得的证据,是否该在法庭举证,由谁举证,该怎么举证,法律都没有规定。在司法实践中,一种做法是由审判员强制性地证据全部交由检察员出示;另一种做法是由审判员先将证据区分为控诉证据和辩护证据,然后将控诉证据交给检察员出示,将辩护证据交由律师或者原审被告出示。这两种做法的一个共同的缺点就是忽视了二审检察员的出庭职责与身份,如检察员主张罪轻或者无罪,而将控诉证据全部交由检察员出示,就会陷入

逻辑上的悖论,即举证人自己举证去推翻自己。让检察员出示并不是由其收集的证据,在质证时亦会显得准备不足,由其承担举证不能的证明责任,显然不合理;在未质证之前就由审判员将证据进行区分,这与“未经法庭质证不能作为定案依据”的原则相违背。更重要的是,这将会导致持有利于原审被告主张的检察员陷入尴尬的境地。在原审被告人没有辩护人的前提下,辩护证据该由谁举证更是一个问题。

鉴于成文法上的空白和司法实践中的混乱,在制定法层面上完善相关规定,在实践中对合议庭人员休庭期间调查取得的证据进行有序的质证就显得尤为重要。

(二)没有建立符合二审特色的庭前证据交换程序

我国现行的刑事诉讼制度中是否存在证据交换程序,学者们的观点不一,代表性的观点是否定在职权主义诉讼模式中存在证据交换制度。^①我国现在是混合制诉讼模式,在原来职权主义的基础上增加了当事人主义的成分,我国《刑法》对于在一审程序中案件中证据信息的交换分不同的诉讼阶段作了不同的规定。在侦查阶段,受委托的律师有权向侦查机关了解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名,在审查起诉阶段,受委托的律师有权查阅、摘抄和复制与案件有关的诉讼文书及案卷材料;在审判阶段,受委托的律师有权查阅、摘抄和复制与案件有关的所有材料。但是在二审开庭前,却只有检察机关和审判机关之间证据材料的移交、阅卷的规定,对于辩护人阅卷的时间、地点、范围等内容鲜有涉及,并没有规定相关的证据交换程序。以至于在庭审过程中,由于检察人员和辩护人之间缺乏证据信息的交流,以及检察人员对自身职能定位的误区,这就容易诱发“证据偷袭”,使诉讼程序难以进行。我国由于没有二审的庭前证据交换程序,一些双方都无异议本可在庭前达成一致的证据在庭审中重复质证,而双方分歧大在质证时应予重点关注的证据在质证中却得不到足够的重视,使法官难以从充分的质证调查中获得足够多的信息,从而判断证据真伪及效力。

《〈刑事诉讼法〉解释》第119条第4项规定,“人民法院应当通知被告人、辩护人于开庭五日前提供出庭作证的身份、住址、通讯处明确的证人、鉴定人名单及不出庭作证的证人、鉴定人名单和拟当庭宣读、出示的证据复印件、照片。”二审程序对原审被告人及其律师提交的新证据没有特殊的规定,理应沿袭以上规定。虽然法律对在二审开庭前诉讼方提交证据的时间、证据类别有所规定,但却并未规定人民法院应当将该证据交由相关诉讼方查阅。在实践中,在检察机关

^① 潘金贵:“刑事证据开示制度与诉讼模式”,载徐静村主编:《刑事诉讼前沿研究》(第1卷),中国检察出版社2003年版,第146页。

借阅案卷材料后,辩护人往往是到检察机关查阅、复印案卷材料,但这又缺乏制定法上的依据。当案卷到法院后,律师如何阅卷,制定法上缺乏统一详细的规定,各地的做法也不尽相同,这对于维护法制的统一也不利。

(三)对证据合法性的质证与非法证据调查程序发生冲突

在质证阶段,诉讼双方针对的是证据的客观性、合法性、关联性问题进行质证,对证据合法性的质证往往是确定证据是否为非法证据的重要手段。为规范司法行为,杜绝刑讯逼供,五部门联合出台了《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》(以下简称新《规定》),2010年7月1日起施行的这一规定在法庭审理中特别设立了非法证据调查程序。

新《规定》第5条、第12条规定,被告人及其辩护人在开庭审理前或者庭审中,提出被告人审判前供述是非法取得的,法庭在公诉人宣读起诉书之后,应当先行当庭调查。法庭辩论结束前,被告人及其辩护人提出被告人审判前供述是非法取得的,法庭也应当进行调查。对于被告人及其辩护人提出的被告人审判前供述是非法取得的意见,第一审人民法院没有审查,并以被告人审判前供述作为定案根据的,第二审人民法院应当对被告人审判前供述取得的合法性进行审查。检察人员不提供证据加以证明,或者已提供的证据不够确实、充分的,被告人该供述不能作为定案的根据。

如果被告人、辩护人未在一审程序中提出非法证据的异议而在二审中提出的,由于一审未审查该证据的合法性,二审就应当审查;如果被告方在一审程序中提出异议而一审法院没有审查,那么二审法院就应该对此异议进行审查。在一审过程中,启动非法证据调查程序是在公诉人宣读起诉书之后,但是在二审程序中该怎样启动?在上诉人及其辩护人提出后,是审判人员可以随时启动,还是和普通程序中对证据合法性问题的质证程序一样?法律对此均未有明确规定。

三、完善二审质证程序的改革建议

(一)对二审新证据质证程序的设想

1. 诉讼参与方对一审议定的证据仍有异议

对于一审中已经移交给法院的证据,二审时检察机关或者当事人有异议的,应当由法院对该证据再次出示、宣读、播放,而不应由检察人员或者辩护人举示。

因上诉引起的二审,上诉人向上级法院提出的请求所指向的对象并不是检察机关,而是一审法院;因抗诉引起的二审,抗诉机关针对的并不是辩护人,而是不服一审判决,指向的对象也是一审法院。二审法院对上诉人的上诉或者是检察机关的抗诉负有直接审理的责任;二审审判人员,有责任当庭出示有异议的一审证据,并由诉讼双方说明意见、理由,合议庭对无异议的证据加以确认,对有异

议的证据应重新调查。需注意的是,对一审中已经认定的证据不论上诉审还是抗诉审,宣读、出示的责任都应由审判人员承担。

由法官出示一审的证据并不违背审判中立原则,举示该证据的作用是确定二审法官的心证,是否认同一审判决。法官在出示证据之前是没有立场的,仅是承担了总结争议焦点、主持庭审的责任,对该证据的三性的判断仍然要依据诉讼双方的论述。在我国职权主义模式色彩较浓的庭审过程中,法官承当如上所述的举示证据的责任是理所应当的。

2. 二审提交的新证据

检察员在二审中提交的新证据既包括上诉人罪重的证据也包括罪轻的证据,旨在对一审判决进行肯定与否定,系评判性质。辩护人提交的证明上诉人无罪或者罪轻的新证据,其目的在于更好地维护当事人的合法权益。

虽然双方提交的新证据不再像一审一样那样针锋相对,有时可能是出于同一个目的却分别收集,站在不同的角度提出的诉讼主张。故笔者认为对这种类型的证据应当按照“谁主张,谁举证”的原则来进行举证质证,即“沿袭式”的模式。辩护人收集的新证据,则仍应该由辩护人在法庭上进行举示,并接受检察员的质证;检察员收集的证据,应当由检察员承担宣读出示的责任,并接受辩护人的质证。

3. 审判人员调查取得的证据

新《规定》第8条规定,法庭对于控辩双方提供的证据有疑问的,可以宣布休庭,对证据进行调查核实。必要时,可以通知检察人员、辩护人到场。合议庭在庭外调取的证据是否应该在法庭上质证,学者的观点不一。有人认为合议庭直接获取的证据在法庭上再出示听取各方的意见,难以避免法官受到质询的尴尬。因此,只要合议庭在庭外取证时通知控辩双方到场,就不需要法庭举证,而可以直接将其作为定案证据。^①也有学者认为,合议庭庭外调查的过程并非是庭审,而只是法官的自由心证形成的过程,取证的结果应当接受法庭的检验。^②即便是法官庭外调查核实证据时控辩双方到场,该证据也应该拿到法庭举示,因为这些证据还要原审被告人的意见来进行核实,否则就违背了辩论质证原则。

对于二审庭外调查取得的证据如何质证,学界有几种观点。一是在庭外由审判人员听取检察人员和辩护人的意见,如无异议则直接采用;二是根据不同的情况,分别由检察人员和辩护人出示、质证,采用“沿袭式”的方式;三是由审判

^① 刘永昌、朱拥政:“刑事审判中法官调查核实证据的几个问题探讨”,载《中国审判方式改革理论问题研究》,新华出版社1999年版。

^② 龙宗智:《刑事庭审制度研究》,中国政法大学出版社2001年版,第393页。

人员在庭审中直接出示,并听取检察人员和辩护人的意见说明。笔者更赞同第三种方式,一是因为该证据是审判人员所取,由他宣读出示证据即可,检察人员和辩护人的不同意见可以作为审判人员是否采纳该证据的意见参考,审判人员也不宜在庭上和诉讼双方进行辩论;二是因为二审程序的诉讼职能和任务告诉我们,二审庭审方式并不像一审那样,有明显的控辩式特征,亦不负有一审控辩式的证据证明责任,为维护法律的正确实施,往往在二审程序中,检察员、审判人员都具有查明案件事实的职责;三是这样的质证模式符合“辩论质证”规则。我国《刑诉法》规定,未经法庭质证的证据不能作为定案依据。合议庭在庭外调查的证据,拿到法庭上听取诉讼双方的意见,诉讼双方意见表达的过程是一个质证的过程,“兼听则明”,法官只在该前提下才能对案件事实有更为清晰的把握,从而作出正确的判决。

(二)建立符合二审特色的庭前证据交换程序

鉴于庭前交换信息的重要性,笔者建议应当建立适合我国二审特色的证据交换程序。

二审法院在上诉人提出上诉之后,对案件证据进行的是全面的、实质的审查,而不像一审开庭前仅仅是形式审查。案件此时是在审判阶段,掌握主动地位的是法院,在庭前进行的证据交换应由二审法院主持,在二审法院进行。二审法院应当在开庭十日以前通知同级人民检察院查阅案卷,如上诉人委托了辩护人,此时亦应通知辩护人阅卷,阅卷的范围应该是与案件有关的所有材料。

在双方阅完卷并送还二审法院之后,二审法院应该询问检察员和辩护人,是否有新的证据提交。如有新证据举示,应当组织证据交换,使诉讼双方了解对方证据掌握状况,明确双方争议焦点,以便审判人员查明案件事实,对一审判决进行评判。

(三)以新《规定》为依据,确立非法证据调查程序

确立一个单独的非法证据调查程序,对于法庭集中精力审查证据的合法性问题具有十分重要的作用。

在二审上诉程序中,如果原审被告及其辩护人提出了非法证据的异议,非法证据调查程序可以设置在上诉人陈述上诉理由之后;在二审抗诉程序中,非法证据调查程序可以设置在检察机关发表支持抗诉意见之后,这样的程序设计符合新《规定》对非法证据调查程序的设立意图。对该证据的调查应当仅仅针对证据的合法性问题,对证据的客观性、关联性问题,待举证时再进行质证。如原审被告及其辩护人没有提出非法证据的异议,对证据的合法性问题应当和证据的客观性、关联性问题一起,待举证时再进行质证。非法证据调查程序和质证程序应当适度地区分。

非法证据调查程序的建构

张仲侠*

一、引言

肇始于19世纪末、确立于20世纪中期的非法证据排除制度,随着近年我国法治的不断发展,终在我国得以确立,实在是可庆可贺。但是仅此《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《规定》)是否真正能够涵盖非法证据排除的全部旨趣,使这一舶来品在中国的法治土壤中生根发芽呢?笔者认为,诚如一些文章所指出的那样,《规定》本身在内容上存在“硬伤”,其中的一些问题需要在未来的运行中逐渐暴露,再经由实务界与学术界的共同努力加以解决。众所周知,“纸面上的法律”永远不如“行动中的法律”能够全面展现法律的先进与缺陷,所以《规定》面临的最大问题在于如何在实务中运行,但它在这一方面不尽如人意。

问题一:《规定》第5条:“被告人及其辩护人在开庭审理前或者庭审中,提出被告人审判前供述是非法取得的,法庭在公诉人宣读起诉书之后,应当先行当庭调查。法庭辩论结束前,被告人及其辩护人提出被告人审判前供述是非法取得的,法庭也应当进行调查。”这看似明白无误地指出“应当先行当庭调查”,但是却没有规定具体的程序规则:这一调查程序与审判程序为一体抑或为一独立程序?这一程序由合议庭全部成员参加抑或仅由法官参加,排除人民陪审员的参与?这些问题关系到认定非法证据的主体等程序问题,如果不加以解决,“认定非法证据”行为本身就可能产生程序上的瑕疵,导致审判失误。

问题二:在对非法证据的调查过程中,证据材料的证明力与证明标准应该如何评价?《规定》没有给出适当的解决办法。《规定》第7条:“公诉人应当向法

* 北京市房山区人民法院副院长

庭提供讯问笔录、原始的讯问过程录音录像或者其他证据,提请法庭通知讯问时其他在场人员或者其他证人出庭作证,仍不能排除刑讯逼供嫌疑的,提请法庭通知讯问人员出庭作证,对该供述取得的合法性予以证明。”此条划定了非法证据的证据材料种类,即书证、证言、视听资料,但对这三种证据材料的证明力却未作规定。我们可以试想:当证明同一问题时,如果书证、证言、视听资料所表现的情况截然相反,那么三者的证明力高低就是判断证据是否达到证明标准的尺度。此外,证明标准本身就存在模糊之处。《规定》中对证明标准的表述沿袭了我国诉讼法一直以来所采用的“经典”表述——“确实、充分”。这一虚无缥缈的说法使人们对于证明标准犹如“雾里看花”——看似就在眼前,转眼又模糊不见。在笔者看来,证明非法证据的证明标准必须要在“高度盖然性”与“排除合理怀疑”之间作出选择,但如何选择本身就是一个问题。

问题三:对于非法证据的种类以及何为“非法手段”规定得较为笼统,需要在司法实践中予以明确。首先,《规定》中所说的“非法证据”种类有限,仅限于当事人陈述、证人证言、物证、书证;其次,对于取得“非法证据”的手段规定得比较模糊,仅规定了“刑讯逼供等非法手段”、“暴力、威胁等非法手段”。

针对上述问题,笔者将未来司法实践中的非法证据调查的程序性及实体性规则总结如下:

- (1) 严格区分审判程序与非法证据认定程序。
- (2) 强化对证据材料证明力、证明标准的认定。
- (3) 正确解释《规定》的适用范围。

二、正论

鉴于上文的分析,笔者建议未来司法实践中的非法证据调查程序,应作如下设计:

1. 程序启动

在法庭调查过程中,一旦被告人或其他诉讼参与人提出证据是非法取得的意见,并提供相关线索或者证据。这时就应直接启动非法证据调查程序。要注意的是,程序的启动并不需要诉讼参与人拿出能够“证实”证据非法的证据材料。因为从逻辑上说,如果要求诉讼参与人提供的证据材料足以能够证明非法证据,调查所追求的事实已经得以确证,那么根本就不再需要另行调查。所以,启动非法证据调查程序所必需的要件仅仅为《规定》中所说的向人民法院提交的、有具体指向的“书面意见”、“笔录”。

此外,笔者认为将程序的启动置于法庭初步审查之前的说法不符合逻辑。如上所述,非法证据调查程序的启动本来就是法庭初步审查的结果,将原因置于