

主办

西南政法大学证据法学研究中心
重庆中钦律师事务所

ZHENGJU XINGBIAN SANSJI

主编 / 潘金贵
副主编 / 李德伦

证据·刑辩
散思集
(第一集)



中国检察出版社

主办

西南政法大学证据法学研究中心
重庆中钦律师事务所

证据·刑辩 散思集 (第一集)

ZHENGJU XINGBIAN SANSIJI

主编 / 潘金贵
副主编 / 李德伦



中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

证据·刑辩散思集. 第一集 / 潘金贵主编. —北京: 中国检察出版社, 2017.11

ISBN 978-7-5102-2014-2

I. ①证… II. ①潘… III. ①证据—中国—文集②刑事诉讼—辩护—中国—文集 IV. ①D925.013.4-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 269508 号

证据·刑辩散思集 (第一集)

潘金贵 主编 李德伦 副主编

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区香山南路 109 号 (100144)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

编辑电话: (010) 86423751

发行电话: (010) 86423726 86423727 86423728

(010) 86423730 68650016

经 销: 新华书店

印 刷: 北京中石油彩色印刷有限公司

开 本: 710 mm × 960 mm 16开

印 张: 19.25 插页4

字 数: 314千字

版 次: 2017 年 11 月第一版 2017 年 11 月第一次印刷

书 号: ISBN 978-7-5102-2014-2

定 价: 59.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

序

基于对证据法学教学科研的浓厚兴趣，以及长期兼职从事刑事辩护实务的经验与感悟，我深刻认识到，加强证据法学学习对于培养合格法科人才的重要意义。“打官司就是打证据”，法科学生或许只有走上司法实务工作岗位，才能真正体会到这个朴素原理的正确性。然而，在我国，证据法学的教学科研长期以来并未受到应有的重视，即使近年来稍有起色，但总体上仍然处于弱势学科地位。某著名政法大学，更是在前几年的本科教学改革中“大刀阔斧”地取消了“证据法学”本科课程，从而开启了政法院系中法学本科不讲授证据法学课程的先河。我从教伊始即主要专注证据法学的教学科研，所讲授的第一门课程就是本科生的证据学。“位卑未敢忘忧国”，作为一名普通的高校教师，我一直在思考，自己应该为培养学生的证据意识，提高学生的证据法学素养，甚或为推动证据法学的教学科研做些什么。

或许除了兴趣之外，更多的是出于作为教师的良知和责任感，我开始做一些力所能及的能够推动至少是自己所任教学校的证据法学教学科研的事情：2011年，经学校有关部门批准，我牵头成立了“西南政法大学证据法学研究中心”。“中心”除了成立之初曾经获得校方极为微薄的启动经费支持外，此后就成了由我“自主经营，自负盈亏”的所谓学术研究机构。长期以来，“中心”既无官方经费支持，也无专门的办公地点和研究队伍，处于“有牌子、无门店、无员工”的窘境，我不得不长期“自力更生”。2012年，我创办了“证据法学讲堂”，后更名为“证据·刑辩讲堂”，邀请理论界和实务界对证据法学有研究兴趣的朋友一起面向全校学生以讲座形式探讨证据法学以及刑事辩护的理论

及实践问题，迄今已经成功举办了15场讲座，成为西南政法大学坚持得最好的“民办”学术讲座。2012年，我自费出资，主编了《证据法学论丛》，其第一卷于当年12月由中国检察出版社出版，迄今已经出版了六卷，为开展证据法学理论研究搭建了学术平台。2013年，我主编了西南政法大学新阶梯法学规划课程系列教材之《证据法学》，弥补了自20世纪90年代初以来20余年西南政法大学无本校证据法学教材的缺憾，并于2016年对该教材进行了修订。2015年，我自费出资，主编了《证据法学译丛》，第一本著作翻译的是澳大利亚著名律师，同时也是大学教师安德鲁·帕尔玛先生的《证明：如何进行庭前证据分析（第二版）》，由中国检察出版社出版，后续译著翻译工作正在紧锣密鼓地进行，从而为介绍外国证据法学理论与实践，拓展证据法学教学科研视野搭建了新的平台。几年来，我积极开展证据法学方面的课题研究，如2012年主持完成了重庆市教学改革项目“证据法学教学模式改革研究”，与重庆市江北区人民法院联合完成了“刑事证人、鉴定人、专家辅助人出庭作证机制研究”横向项目研究，并于2016年成功申报了教育部研究项目“刑事庭审质证规则研究”等。此外，我还利用网络资源，创办了“西南证据法学网”“证据·刑辩论坛”微信公众号等多媒体、自媒体研究、交流平台。聊以自慰地说，经过5年的艰辛付出，我已经在本校证据法学领域基本构建了一个较好的教学科研平台体系。

在诸多努力中，我最引以为豪的是坚持举办至今的“证据·刑辩讲堂”。创立“讲堂”的初衷就是通过系列讲座形式，吸引在校学生关注、重视证据法学的学习，培养学生的学习兴趣。之所以冠以“讲堂”而不是“论坛”之类“高大上”的称谓，主要在于“讲堂”主要采取近乎于讲课的方式进行，内容偏实务为主，极少涉及理论问题，更多的是让学生了解司法实践中证据及刑事辩护方面的一些情况，有“第二课堂”之义。主讲人、点评嘉宾大多是司法实务部门中有丰富实践经验的业务专家，其中不乏“全国检察业务专家”“全国审判业务专家”“全国优秀法官”“全国十佳公诉人”等实务专家莅临支持，也有外籍教授、国内学者以及知名律师举办过主题讲座。“讲堂”每学期举办两至三次，一年举办四至五次，迄今已经成功举办了15场，能够坚持下来，实属不易。“讲堂”目前已经成为西南政法大学颇有名气的学术沙龙，既为理论界和实务界的交流提供了一个平台，更为在校学生学习证据法学架起了课外的桥梁，不乏有本科学生听了“讲堂”的讲座后，报考了我所属专业的研究生，可见善莫大焉！

需要说明的是，“讲堂”在创办之初系由我个人出资举办，从第六期起由重庆智豪律师事务所资助，从第十三期起由重庆中钦律师事务所资助，这或许也算是引进社会力量捐资助学吧。原本“讲堂”的每一次讲座均整理成文字稿备查，今年适逢重庆中钦律师事务所成立十周年之际，经与中钦所蒋夏主任、李德伦主任两位大律师协商，由中钦所友情资助，将目前所有讲座稿汇编成集，付梓出版，以作为重庆中钦律师事务所成立十周年庆典的祝贺文集，彰显其纪念意义。之所以谓之“散思集”，则是考虑到这原本是系列讲座的汇总，是不同主讲人、点评嘉宾对相关主题思考的结果，是大家智慧火花的闪烁。

蓦然回首，“中心”自成立至今，我基本上是以一己之力在支撑其运转，个中滋味，自不堪言。不过，做自己感兴趣有意义的事情，终究是有价值的。故此，我仍将不改初衷、不忘初心，不懈前行！在此谨借《证据·刑辩散思集》（第一集）出版之际，向长期以来对西南政法大学证据法学研究中心予以大力支持的各界朋友致以衷心的感谢。并祝重庆中钦律师事务所乘成立十周年的东风，业务蒸蒸日上，在律师业界开拓出更为广阔的天地！

是为序。

西南政法大学证据法学研究中心主任 潘金贵

2017年9月于歌乐山麓

目 录

01

中国式非法证据排除规则的证明困境及其出路破解：以遏制刑讯逼供为中心

主讲人：潘金贵 西南政法大学法学院教授

时 间：2012 年 5 月 16 日

001

02

刑事审判中的有效质证漫谈

主讲人：蒋 林 重庆市第一中级人民法院刑一庭庭长

西南政法大学法学院实务导师

时 间：2012 年 9 月 26 日

011

03

刑事诉讼的“软骨症”及其克服

——刑事证明责任的实践考察

主讲人：张 波 重庆市高级人民法院刑二庭副庭长

西南政法大学法学院实务导师

时 间：2013 年 3 月 11 日

024

04

美国证据法概论

主讲人：**Laurie Kratky Doré** 美国德雷克大学法学院教授

时 间：2013 年 3 月 12 日

042

05

高科技条件下的证据运用：电子证据制度的改革与创新

主讲人：**熊志海** 重庆邮电大学法学院院长，教授

时 间：2014 年 4 月 28 日

072

06

审判阶段非法证据排除的若干问题

主讲人：**卢 君** 重庆市江北区人民法院院长，西南政法大学法学院实务导师

时 间：2014 年 5 月 13 日

092

07

“非法证据不排除”规则调研报告：对遏制刑讯逼供的冷思考

主讲人：**潘金贵** 西南政法大学法学院教授

时 间：2014 年 10 月 21 日

104

08

受贿犯罪的认定和处理

主讲人：吴 雯 重庆市第一中级人民法院刑二庭庭长
西南政法大学法学院实务导师

时 间：2015 年 1 月 6 日

117

09

刑事案件证据辩护实务

主讲人：石宗初 重庆智豪律师事务所副主任

时 间：2015 年 3 月 25 日

129

10

检察官眼中的有效辩护

主讲人：张 丽 重庆市人民检察院公诉二处处长，全国十佳公诉人

时 间：2015 年 10 月 29 日

146

11

有效辩护“三张谈”

嘉 宾：张 丽 重庆市人民检察院公诉二处处长，全国十佳公诉人

张 波 重庆市高级人民法院刑二庭庭长，法学博士

张智勇 重庆智豪律师事务所主任，重庆市律协刑委会主任

时 间：2016 年 3 月 28 日

167



12

刑事诉讼中的差异化证明标准探析

主讲人：刘 晴 重庆市人民检察院第二分院检察长，全国检察业务专家
西南政法大学法学院实务导师

时 间：2016年11月29日

197

13

改革视野下职务犯罪证据制度完善的几点思考

主讲人：高松林 重庆市江北区人民检察院检察长，全国检察业务专家
西南政法大学法学院实务导师

时 间：2017年3月14日

227

14

排除合理怀疑的实践困境与出路

主讲人：蒋 林 重庆市第一中级人民法院刑一庭庭长
西南政法大学法学院实务导师

时 间：2017年5月16日

253

15

刑事审判中非法证据排除规则的理解与适用

主讲人：刘桂华 重庆市第五中级人民法院刑二庭副庭长

时 间：2017年9月20日

278

中国式非法证据排除规则的证明困境及其出路破解： 以遏制刑讯逼供为中心

主讲人：**潘金贵** 西南政法大学法学院教授

主持人：**王剑虹** 西南政法大学法学院副教授

嘉 宾：**张 丽** 重庆市人民检察院公诉二处处长，全国十佳公诉人

颜 飞 西南政法大学法学院副教授

时 间：2012年5月16日

地 点：西南政法大学渝北校区图书馆学术报告厅

王剑虹：各位同学，晚上好，今天晚上我们有幸请到潘金贵教授来做证据法学研究中心本学期开办的第一次学术讲座。本次讲座的主题为“中国式非法证据排除规则的证明困境及其出路破解：以遏制刑讯逼供为中心”。今晚的嘉宾有重庆市人民检察院公诉二处处长、全国十佳公诉人张丽检察官和西南政法大学法学院颜飞副教授。下面有请潘教授给我们做今晚的讲座。

潘金贵：为什么讲座的主题是“中国式非法证据排除规则的证明困境及其出路破解：以遏制刑讯逼供为中心”？因为我在长期的刑事辩护实务中一直有一个困惑，就是非法证据问题。对于这个问题，法律早就有明确的规定，尤其是去年“两高三部”出台的《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《死刑案件审查判断证据规定》）。但是，为什么我们的非法证据依然排除不了，换句话说，为什么我们穿了新鞋还在走老路，一切还是照旧？我一直在思考，用什么方式来解决症结，我认为最主要的是在证明问题上，现有的制度设计把我们给卡住了，在这种制度设计下，有很多案件不



是有非法证据的问题，而是能不能证明的问题，所以我定了这么一个标题。

那么为什么要以遏制刑讯逼供为中心呢？因为刑讯逼供目前可能是在“非法证据问题”方面最突出的表现，当然大家不能理解为我国目前刑讯逼供现象很严重。客观地讲，经过几十年的法制建设，我国司法实践中的刑讯逼供现象在逐渐减少，司法法治化、文明化在逐渐提高。只是不能排除在有些时候出现了逆转的情况，甚至是非常严重的情况，问题的关键是从法治长远发展来说要遏制刑讯逼供问题。

对“刑讯逼供”从证据学上解读，不要将这个问题看得深如洪水猛兽，它就是一种司法现象。“刑讯逼供”，古今中外没有哪个国家没有，而且这种现象再怎么想办法减少，都是不可能杜绝的。司法实践中不发生刑讯逼供，可以说这违背了基本的司法规律，因为人是受方方面面因素影响的。一个案件的处理牵扯到太多因素，在这种基础上，要真正杜绝刑讯逼供是一种理想，但是我们可以通过制度的构建去减少这种现象的发生。

今天，我想给大家讲三个问题：第一，中国式非法证据排除规则的基本特点。第二，中国式非法证据排除规则的证明困境，包括证明方式上的困境和证明程序上的困境两个方面。第三，中国式非法证据证明的解决路径。

第一个问题：中国式非法证据排除规则的基本特点。

非法证据排除问题是各个民主法治国家都高度重视的问题。根据我国现有的法律体系，中国式的非法证据排除规则集中地体现在两个法律文件中。一个是“两高三部”的《排除非法证据规定》。这个司法解释为什么出台，而且其从制定到出台仅仅两个月时间，为什么会如此之快？根本原因就在于刑讯逼供问题。2012年3月曝光的“赵作海案件”，就是一个典型的刑讯逼供导致冤假错案的例子，于是中央政法委痛下决心，要在遏制刑讯逼供方面作出努力，所以出台了此文件。这也是排除非法证据最重要的一个司法解释。另一个就是即将生效的新刑事诉讼法，其从法典方面对排除非法证据做了重要规定。中国式非法证据排除规则呈现出以下几个特点：

第一，以遏制刑讯逼供为基本目标。《排除非法证据规定》共16个条文，有14个是关于排除非法口供的，基本上围绕着口供问题展开。而且新《刑事诉讼法》第54条规定：“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，应当予以排除。

收集物证、书证不符合法定程序，可能严重影响司法公正的，应当予以补正或者作出合理解释；不能补正或者作出合理解释的，对该证据应当予以排除。”它强调的是以刑讯逼供等非法方法，这个“等”字我们暂不做研究。首先必须解决的是刑讯逼供问题，这涉及证据学上的其他问题，如威胁、引诱、欺骗。曾有一个中国博士问美国检察官他们是如何处理威胁、引诱、欺骗的。回答是美国的威胁要分情况，欺骗、引诱则不管，送到法院，法官依旧判案。美国人给“欺骗”取了个名字叫诈供，这个问题太复杂了，值得深究。但是立法者首先强调刑讯逼供，这涉及学理上许多问题。到底刑讯逼供该如何界定，这确实是一个值得研究的问题。如果从联合国《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》来说，刑讯逼供是不人道的导致人的精神或肉体上受到折磨的残忍的取证方法。我国最高人民检察院2007年出台的渎职侵权立案标准中也列举了八种情形属于刑讯逼供的情形：以殴打、捆绑等方式进行折磨造成伤亡的；以较长时间的冻饿、晒、烤等方式进行折磨的；由于刑讯逼供造成被取证人自杀、自残或者严重伤亡的；或者造成被取证人精神失常的；使用了指使他人的方式，造成被取证人轻伤以上伤害的；其他（这是一个兜底性条款，还可以加入很多方式）。在司法实践中真正采取打、捆绑方式的，确实存在，但很少。刑讯逼供真的很复杂，实践中有很多做法确实不好界定。比如当天气很热，室外30度时，将犯罪嫌疑人关到房内给他开热风的空调；或者数九寒天，让犯罪嫌疑人洗冷水澡等。还有一个真实的情形，将犯罪嫌疑人关在讯问室几天不理睬他，没有人和他说话，过几天他就自动供述了。这又如何界定？这属于冷暴力，但客观上不能界定为刑讯逼供。刑讯逼供是在审讯中发生，要以获得口供为目的，但上述情形中只是将犯罪嫌疑人关起来，没有审讯，是犯罪嫌疑人自动讲的。刑讯逼供是很复杂的，所以是以遏制刑讯逼供为中心对言词证据实行严格排除，对实物证据裁量排除。

第二，对言词证据排除要相对严格。无论是被害人陈述还是犯罪嫌疑人供述和辩解，我们认为立法者采取这种严格排除方式是对的。因为言词证据的获取往往是与侵犯人权有关联的，而实物证据的收集即便违反了程序也不会改变内容，所以可以相对宽松一点。司法实践中，法官对人证的把握总体上相对严格。一般而言，对于刑讯逼供问题，法官可能更关注一些，尤其是存在暴力、威胁取证的情况。当然类似这种情况也存在，据我了解，某基层检察院的检察官将

行贿人关了一天多，行贿人没讲其行贿经过，后来检察官将他怀孕6个月的妻子关了5个小时，这个人就招了。从我辩护的案件来看，确实存在很多刑讯逼供的情形。

第三，非法证据排除规则适用于整个刑事诉讼过程。从侦查开始就要求排除非法证据，新《刑事诉讼法》第54条第2款规定，在侦查、审查起诉、审判时发现有应当排除的证据的，应当予以排除，不得作为起诉意见、起诉决定和判决的依据。立法者要求公安司法人员从侦查一开始就排除非法证据，但是在绝大多数国家非法证据排除规则不是这样的，后者强调审判中的排除。昨天，我与一名美检察官专门做了沟通，我问他们在侦查实践中检方与警方有无排除非法证据的义务。他说从立法层面没有这种要求，一般发现其违法收集证据行为时会指出来，但是法律没有要求。因为在国外，侦查活动是否合法主要是通过法官来调查的，而我国非法证据排除规则至少在立法上要求侦查、审查起诉、审判时均要排除。这种规定我个人认为只是表达了立法者的良好愿望，但实践效果并不好，至少在我接触的案件里，敢于在侦查、起诉阶段排除非法证据的很少，甚至在法院审判阶段敢于排除的也很少。从理论上分析，为什么在侦查、起诉阶段侦查人员、检察人员在发现有非法证据时不愿意排除？因为侦查、起诉阶段缺少排除非法证据的动力，非法证据是有力指控。所以，我个人认为审前、审判时均适用非法证据排除规则，这是一个缺点。

第四，法律规定不能很好地落到实践。迄今为止，我办理的案件要求排除非法证据的没有一例，非常复杂。去年宁波“张国熹”受贿案件，指控其受贿6万多元，法官适用非法证据排除规定，将检方很多口供都排除了，最后只剩下6000多元，被判免除处罚，媒体称之“中国排除非法证据第一案”。

第二个问题：非法证据排除规则的证明困境问题。

非法证据在实践中难以排除，有两个方面的原因：

第一，证明方式的问题。《排除非法证据规定》要求证明口供合法，要达到证据确实、充分的标准。中国的非法证据证明标准是非常高的，我们将定罪标准和非法证据排除标准放在了一起。昨天，美国检察官对中国博士提的“为什么非法证据的排除标准要比定罪标准低”的问题不知道如何回答，因为在美国，排除非法证据的证明标准是优势证明，即一方举证超过了另一方即可判一方胜出，在检方证明取证的合法性时，证明合法的可能性大于非法就认定其合

法。但中国不是这样的。我个人认为程序法上的事实证明不需要像实体法那么严格，不用达到证据确实、充分的程度，这两者均已明确了。但为什么依然无法证明是否为非法证据，当两个规定在2010年7月生效后，我当时得出的结论是：一切依然照旧。因为立法者在做非法证据排除相关规则时是留了很多余地的，同时它的很多规定在法理上或证据学原理上是没办法起到证明作用的。首先看证明方式的问题。根据《排除非法证据规定》第7条的规定，公诉方可以以下方式来证明：（1）提供讯问笔录；（2）出示原始录音、录像材料；（3）通知在场的人员或其他在场人员出庭；（4）必要时可通知讯问人员出庭；（5）公诉人也可以侦查机关出具的说明情况的来证实。我们来一一解读这五种方式，来看看能否证明取证行为的合法性。

在审讯室这种相对封闭的环境中，如何证明没有非法取证呢？（1）提供讯问笔录。当被告人翻供说受到刑讯逼供时，把侦查期间的所谓的合法笔录拿来，能否证明他是否遭到刑讯逼供？这本身是存在悖论的，即用主张刑讯逼供的笔录来证明其有无刑讯逼供行为，而且从笔录中是看不出来有刑讯逼供的。这种方式应该被否定。（2）出示原始录音录像材料。首先要存在录音录像资料。以前公安机关没有录音录像的要求。检察系统在2007年的时候就推行讯问犯罪嫌疑人全程录音录像制度，也叫“三全”（全程、全部、全面），要求讯问全过程要“三全”，要求很高。客观地讲，检察机关全过程贯彻录音录像的是少之又少，司法实践中，全部录下来的几乎没有，一般在侦查终结时才录一次，但是录下来的这一次未必能反映前面的讯问情况，很多地方都这样。原始的录音录像必须保证它的完整性、全程性，那么，如果只录了一次就拿到法庭上，也是不能证明其审讯合法性的，而且由于法庭效率问题，出示录音录像也很麻烦，最好作为庭前证据播放。通过截取的录音录像不能证明全程讯问是否合法，并且现在原始录音录像经常出问题（如设备出问题等），也不能很好地证明。所以，在现行操作模式下，通过出示原始录音录像是证明不了有无刑讯逼供的。（3）通知在场人员或其他在场人员出庭。即立法将律师在场考虑进去或将人民监督员监督审讯纳入其中。目前在讯问时基本没有其他人在场，闲杂人不得进入。立法者虽留有余地，但是现有情形下通知本来就不可能在场的其他人去证明，这也是不可能的。（4）必要时候可以通知讯问人员到庭。写“讯问人员”是考虑到纪委介入的案件，现在也称为办案人员。2009年“两高”关于职务犯罪自

首、立功的规定中，用了“办案机关”，我个人认为包含纪委。刑事诉讼法施行后，如果出现刑讯逼供是可以传侦查人员出庭的，即作为事实证人和证明程序性问题要出庭，立法者规定“必要时”，也暗示出这是最后的办法，是对侦查人员无意识的保护，实践中侦查人员更是很少出庭。关键是讯问人员出庭作证，证明没有刑讯逼供，不可能有人会在庭上主动承认刑讯逼供，在否认的情形下，根本是解决不了证明有无刑讯逼供问题的。（5）出具具体情况说明。《排除非法证据规定》出台以后，很多案件用出具情况说明的方式来证明其没有刑讯逼供，情况说明在很多场合被运用。大部分案件中法官会采信情况说明，极少数案件会排除，这成了取证合法性最关键的证据。因为前面的证明手段不好运用，结果出现了很多案件，如河南黑社会案件，一个人带了一群人去汽车销售点把和他有纠纷的人的车砸了，就出现了有名的“与狼共舞”，即刑警队将犯罪嫌疑人关到刑警队警犬训练基地去，用警犬舔他（叫“鬼洗脸”）。开庭时这个人也是用担架抬去开庭的，最后法官还是采信了公安机关出具的证明没有刑讯逼供的情况说明，依法作了有罪判决。所以靠这些方式，我们证明不了取证的合法性，只有个别案件中法官敢于排除非法证据，如“张国焘案”。对于讯问笔录，法官要求提供关键的原始视听资料，公诉人说不能出具，故予以排除了。要求侦查人员出庭，检察机关也予以明确拒绝，法官认为其有非法取证的情形，这个案件公安机关出具的情况说明，也被法官否定了，检察机关在办理这个案件时确实也存在许多漏洞。但是在实践中敢于这样做的法官是少之又少的。在这种情况下整个证明的方式方法基本上不能证明取证的合法性。如何去证明它的合法性，我认为这就是一个关键的问题，这是第一个证明方式的问题。

第二，证明程序的问题。按《排除非法证据规定》的规定，如果被告人在庭审过程中提出遭到刑讯逼供，要率先启动非法证据排除规定程序，对非法证据问题进行调查。对于非法证据排除问题要尽量通过庭前程序完成，新刑事诉讼法在审前程序中增加了一个程序——审前会议。审前会议要解决回避、非法证据排除等问题。但是该司法解释中提出，庭审中辩方指出遭到刑讯逼供的，则可先启动非法证据排除程序。这本来是一个很好的设计，但我为什么说它是一个证明困境？因为在实践中这个程序启动很难，原因是很多方面的：首先是律师在实践中缺乏启动这个程序的动力和勇气。因为非法证据排除是一个很敏感的问题，刑讯逼供又是一个尤为敏感的问题，因此律师在决定是否启动这个

程序时会左右权衡。其次是法官出于各种考虑一般不愿意启动，一申请排除非法证据就会被法官驳回，这就会导致程序虚置。此外，如果查实非法取证后会涉及多方利益，会导致庭审冗长、涉及国家机关形象等许多问题。所以在实践中非法证据证明程序上先行启动再证明其实很少适用，导致《排除非法证据规定》从2010年出台到现在如此长的时间了，我们也只看到了一例报道。

第三个问题：如何证明有无刑讯逼供、非法取证。

遏制刑讯逼供问题有很多方法，学者们也提出了很多宏伟的设想，例如，有许多学者主张遏制刑讯逼供较好的方式是请律师在场，但有的方式或许没有可行性。律师是辩方的参与人，在审讯过程中一直在场，在这种情形下刑讯逼供是有可能性的。但是中国的讯问与美国不一样。昨天我问美国的检察官，他们的律师是讯问时从头到尾都在场吗？他指出他们审讯往往只有在犯罪嫌疑人到案24小时内可以进行，如果其主张沉默权就不能问，律师不在场也行。但中国的讯问不止一次，每次审讯律师都在场是不可能的。我认为真正可行的是，要想证明审讯是否合法只有从真正意义上坚持全程录音录像。为什么呢？它非常具有可行性。第一，它实际上很简单，一个摄像头就能解决问题。如新刑事诉讼法中规定只有在看守所内才能进行讯问，正常情况下，我们只要做到了在看守所审讯犯罪嫌疑人全程录音录像，那么审讯过程一举一动全在掌控之中，只要保证录音录像全程、同步、完整就行。这可以通过国家财政支持加以实现。如果将这个制度贯彻好，绝对是一个好的方式。但是仍有一个问题，全程录音录像贯彻后怎么用？其实不用全部到法庭上播放，国外也没有那样做，一般情形下是做两份，一份备查，另一份在保持原意不变的情况下经过剪辑用于法庭备查。只有双方对录音录像内容存在争议时，才调取其他存档的完整的录音录像进行核对，这实际上可以很好地解决庭审时间冗长的问题。有一个问题必须要向大家交待一下：就算是同步录音录像，录下来讯问过程中侦查人员有刑讯逼供的行为与被告人的定罪问题、口供能不能使用与被告人的定罪，这是两回事。口供被排除，根据刑事诉讼法的规定，其他证据照样可以定罪。即便有这种行为，从其他国家和地区的实践来看并不意味着口供就完全不能采用。有台湾律师就指出我国台湾地区对于同步录音录像证明有非法获取证据的行为存在的，是否采用这个证据关键是根据社会公共利益与案件的严重程度来加以权衡裁量，并不是绝对不能用。证明取证行为违法和这个证据能否使用可能会