

论非法证据排除规则在我国的适用

陈光中 张小玲

(中国政法大学,北京 100088)

摘要 :建立非法证据排除规则不仅是保障人权、维护法治尊严的需要,而且还可以促进发现案件实体真实。我国相关立法和司法解释虽然对非法证据的排除作了一些规定,但是与刑事诉讼的现代化、民主化潮流不尽相符,也是滋生非法取证的根源之一。在借鉴其他国家或地区经验的基础上,选择适宜我国的非法证据排除模式,建立具体的排除程序,明确相应的证明责任和证明标准,是完善我国刑事诉讼法的重要内容。

关键词 :非法证据 排除模式 排除程序 证明责任 证明标准

中图分类号 :DF713 文献标识码 :A 文章编号 :1005-9512(2005)01-0100-11

何谓非法证据排除规则?在中外证据理论中,其涵义并不统一。为了便于研讨,在本文中,笔者将该规则界定为:执法、司法官员经由非法程序或使用非法方法取得的证据,包括言词证据与实物证据,不得在刑事诉讼中用作不利于犯罪嫌疑人、被告人的证据。非法证据排除规则是现代民主法治国家应当确立的刑事诉讼证据规则,然而,在我国,尽管立法对非法取证行为持禁止态度,但对非法证据排除规则却并未作出明确的规定。相关司法解释虽然在一定程度上对这一缺陷进行了弥补,但由于其规定之粗疏尚不足以具体地规范司法实践。目前,刑事诉讼法的再修改已经被列入全国人大立法规划之中,刑事证据法的修改是其中重要内容之一。在此背景下,从比较法的角度对非法证据排除规则进行考察,借鉴其他国家的先进做法和有益经验,并结合本国特点,就该规则在我国的确立提出具体的设想和建议无疑具有积极的意义。

一、非法证据排除规则之比较法考察

从世界范围来看,非法证据排除规则并非个别国家的特例,而是普遍存在于两大法系各主要国家和地区。对此,有关国际条约也进行了明确规定。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》(以下简称《禁止酷刑公约》)第 15 条指出:“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以酷刑取得的口供为证据,但这类口供可用作被控施用

作者简介:陈光中,男,中国政法大学终身教授,博士生导师;张小玲,女,中国人民公安大学教师,法学博士。

酷刑者刑讯逼供的证据。”就此而言,非法证据排除规则的确立已成为一种世界性的潮流。但由于法文化传统、价值取向、犯罪形势等不同,各国在具体制度方面还存在差异,现比较分析如下:

(一)非法取得的言词证据的排除

从各国立法与实践来看,对于非法言词证据的排除主要存在两种方式:一是自动排除(automatic exclusion),即凡是能够证明为非法获得之言词证据,就必须排除在诉讼之外,无需法官进行裁量和决断;二是裁量排除(judicial discretion to exclusion),是指对于非法取得的言词证据,由法官根据个案之具体情形,自由裁量以决定是否排除。美国、法国、日本、俄罗斯以及我国澳门等国家和地区主要采用第一种方式;而英国、德国、我国台湾等国家和地区则兼采上述两种方式。

美国对非法言词证据实行自动排除,这是由一系列判例所确立的。在1943年麦克纳普案(McNabb v. U. S.)、1957年玛勒利案(Mallory v. U. S.)以及1966年米兰达案(Miranda v. Arizona)等案件的判决中,美国联邦最高法院指出,违反联邦宪法第五、第六修正案关于不受强迫自证其罪以及获得律师有效帮助的规定,或者米兰达规则而取得的被告人供述,不得用作不利于被告人的证据。在法国,对非法言词证据加以自动排除,是诉讼行为无效的法定后果。一般认为,违反法国刑事诉讼法第116条的规定,在当事人第一次到案接受讯问时,侵害其应享有的法定权利,该行为无效。由此获取的被告人供述,依法应予排除。^①在日本,对非法言词证据的自动排除源自于宪法和刑法的明确规定。该国宪法第38条第2款指出,出于强制、拷问或胁迫的自白,在经过不适当的长期扣留或拘禁后的自白,不得作为证据。刑法第319条第1款则增补规定,“其他可以怀疑为并非出自自由意志的自白”,也不得作为证据。在判例中,苛刻的审讯所引出的口供、在禁止给被告提供食物的情况下获得的口供、在戴着手铐的状态下进行审讯而得到的口供、向被告约定不起诉而诱出的口供、谎称共犯已经供述而获得口供等,均被认定为任意性是可疑的,而被排除。^②此外,其他一些国家和地区的立法也明确规定,对非法言词证据实行自动排除。

与上述国家和地区不同,英国对非法言词证据兼采了自动排除与裁量排除两种方式。根据该国1984年《警察与刑事证据法》第76条、第78条及实践法典的规定,如果被告人的供述是通过以下方式获得的,实行自动排除:(1)对被告人采取压迫的手段;(2)实施在当时情况下可能导致被告人的供述不可靠的任何语言或行为。在此情形下,除非控诉方提出反证,并达到法定的证明标准,否则,法庭负有将该供述加以排除的义务,该义务是无条件的,法庭不享有任何自由裁量的余地。如果被告人供述的取得方式违背了该法及其实践法典的其他规定,则实行裁量排除。由法官对该证据的证明价值与它对诉讼的公正性产生的不利影响加以权衡,决定是否排除。^③德国也采取了类似的做法。该国刑事诉讼法第136条a第3款指出,违反该条第1、2款关于取证方法的禁止规定而取得的供述,即使被指控人同意,也不允许使用。但是,对于其他违反法定程序而收集的言词证据,是否允许采用,在德国学界及实务部门则争议很大。德国法院及大多数学者均反对“自动”排除规则,而主张个案处理,即由法官根据个案中的具体情形,加以裁量决定。^④我国台湾地区“立法院”在2003年通过了“刑事诉讼法修正草案”,该法对非法取得的被告人自白,也兼采强制排除与裁量排除两种方式。根据台湾地区“刑事诉讼法”第156条、第158条之2的规定,对于下列几类非法言词证据,实行强制排除:(1)出于强暴、胁迫、利诱、诈欺、疲劳询问、违法羁押或其他不正当方法获得的被告人的自白;(2)违背第93条之1第2项、第103条之3第1项之规定,即在特定时段或夜间不得讯问的规定,所取得的被告人或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陈述;(3)违反第95条第2款、第3款之规定,即未告知被告人有权保持缄默,以及有权选任辩护人的义务,而取得之被告人或犯罪嫌疑人的自白及其他不利于己之陈述。然而,上述三类证据显然尚未涵盖所有违法之情形,对于其他非法言词证据的排除,台湾地区将裁量权赋予了法官。

（二）非法取得的实物证据的排除

与对非法言词证据的排除不同，各国对非法取得的实物证据的排除主要存在以下三种方式：一是自动排除；二是自动排除加例外；三是裁量排除。第一种方式主要为法国、俄罗斯以及我国澳门地区所采用；第二种方式主要为美国所采用；而第三种方式则为英国、德国、日本、我国台湾地区等所采用。

法国对非法取得的实物证据予以自动排除，这同样是诉讼行为无效制度的要求。根据法国刑事诉讼法，违反该法关于搜查、扣押的范围、主体、时间等规定进行的搜查无效；违反该法关于在身份审查之后，司法机关应继续进行调查程序或执行程序的规定，该次审查无效；违反第100-7条的规定对律师的办公室与议员的电话线路进行的监听无效。据此，经由违法搜查、扣押、违法的身份审查或监听所获取之证据，均应予以排除，并且此种排除具有强制性。俄罗斯立法也明确规定，对违法取得的实物证据自动排除。该国刑事诉讼法第7条第3款规定，法院、检察长、侦查员、调查机关或调查人员在刑事诉讼过程中违反本法典的规范所取得证据不允许采信。第75条进一步指出，不允许采信的证据不具有法律效力，不得作为指控的根据，也不得用来证明本法典第73条规定的任何情况，即诉讼中应该证明的对象。此外，我国澳门刑事诉讼法第131条第3款也明确指出，在未经有关权利人同意下，透过侵入私人生活、住所、函件或电讯而获得之证据，亦为无效。

美国对非法取得的实物证据采用自动排除加例外的模式，即对非法取得的实物证据，原则上实行自动排除，同时设置相应的例外。为了切实保障被告人的宪法权利，在1914年威克斯案（Weeks v. U. S.）1961年马普案（Mapp v. Ohio）等一系列判例中，美国联邦最高法院宣布，违反联邦宪法第四修正案关于搜查、扣押的规定所获取的物证，不得用作不利于被告人的证据。然而，进入八十年代，面对不断高涨的犯罪浪潮的冲击，美国联邦最高法院逐步设置了一系列例外。其中包括：“最终或必然发现的例外”、“善意的例外”、“质疑的例外”、“私人搜查的例外”以及“在国外取得的证据的例外”。

大多数国家和地区对非法取得的实物证据则实行裁量排除。在英国，根据1984年《警察与刑事证据法》第78条第1款的规定，在任何诉讼中，法庭在考虑到包括证据收集在内的各种情况以后，如果认为采纳这一证据将会对诉讼的公正性产生不利的影 响，以至于不应将它采纳为证据，就可以拒绝将控诉一方所据以提出指控的这一证据予以采纳。法官在行使这种自由裁量权方面所要把握的基本尺度是：保证被告人获得公正的审判，并排除所有严重妨碍被告人获得公正审判的证据。^⑤在德国，对于非法获取的物证是否排除，尽管立法并未作出规定，但目前占据主流的观点是实行“个案处理”，即不能因为在取得证据的过程中产生错误就自动地排除该证据，而是要在个案中对不同的利益进行分析，以决定是否使用该证据。^⑥与德国相类似，日本刑事诉讼法对非法物证的排除也未作出明确的规定，但日本最高法院宣布，在符合以下条件时，应当否定非法搜查、扣押取得的证据：（1）在证据物的搜集程序上存在忘却宪法及刑事诉讼法规定的令状主义的重大违法的；（2）从抑制将来的违法侦查的角度看将该证据作为证据是不适当的。^⑦据此，对违法取得的物证是否予以排除，要由法官综合违法行为的性质以及对违法侦查的抑制等方面的情形，加以权衡决定。我国台湾地区对于违法取得的物证，也实行裁量排除。

二、非法证据排除规则之价值分析

非法证据排除规则在世界范围内得以普遍确立，这是由其所具有的多方面的价值与功能所决定的。具体而言，表现在三个方面：一是保障人权；二是维护法治尊严；三是促进案件实体真实的发现。

(一)保障人权

人权,简言之,是指人基于其为人的属性而应享有的权利和待遇,对人权的尊重和保护是现代法治文明的集中体现。在各领域的人权保障中,“诉讼人权保障更主要地指个人人权(非集体人权)保障,具体而言就是指诉讼参与人的权利保障,首要的是犯罪嫌疑人、被告人的人权保障。”⁷⁸在刑事诉讼中,犯罪嫌疑人、被告人是被国家专门机关所追诉的对象。尤其是在侦查阶段,侦查机关不仅有可能限制或者完全剥夺犯罪嫌疑人的人身自由,而且还会对其进行专门的调查或采取相关的强制性措施,如讯问犯罪嫌疑人,搜查犯罪嫌疑人的住所,扣押、冻结或查封其财产,这些行为都有可能侵犯犯罪嫌疑人的合法权利。特别是在我国,刑讯逼供、非法取证的现象还时有发生,这使得犯罪嫌疑人在刑事诉讼中处于非常不利的地位。正因如此,立法有必要加强对犯罪嫌疑人的人权保障。而非法证据排除规则就是其中一项非常重要的保障措施。一方面,适用非法证据排除规则,使得那些非法取得的对犯罪嫌疑人、被告人不利的证据加以排除,降低和减轻了他们被非法定罪、定重罪的风险;另一方面,非法证据排除规则否定了非法取证的行为,有效地遏制了侦查违法现象的发生,使犯罪嫌疑人、被告人的合法权益免受侵害。

(二)维护法治尊严

亚里斯多德曾言,“法治应包含两重含义:已成立的法律获得普遍的服从,而大家服从的法律应该本身又是制定良好的法律。”⁷⁹据此,确立法治,既要制定完善的立法,同时,也要强调对法律的遵守和执行。具体到刑事诉讼领域中,为了保障人权,各国无不在立法中对国家机关的权力进行了规范和制约。这种制约有时来自于宪法性的文件。如美国联邦宪法第四修正案关于禁止非法搜查与扣押的规定、第五修正案关于不得强迫被告人自证其罪的规定;德国基本法第1条至第20条中体现的“法治国家程序原则”的规定;法国《人权宣言》第7条关于非经法定程序,不得控告、逮捕或拘留任何人的规定、第17条关于财产权神圣不可侵犯的规定,等等。更多、更具体的制约则来自于刑事诉讼法及其他相关法律的规定。如各国通过成文法或者判例法的形式所确定的关于搜查、扣押的程序;关于讯问的程序;关于监听的程序,等等。按照法治原则的要求,上述程序性的规定必须在实践中得到严格的遵守和执行。然而,非法证据的出现恰恰是因为没有遵行相关的法律规定,这给法治带来了难以弥补的危害。而非法证据排除规则的设立将在一定程度上降低或减少这种危害。

首先,使宪法和法律的尊严免于非法取证行为的挑战。非法证据源自于非法取证的行为,而非法取证的行为是对宪法、法律公开的漠视、怠慢和侵犯。不加限制地使用非法证据,等于间接地认可了非法取证的行为。在此情形下,宪法与法律的尊严将荡然无存。反之,排除非法取得的证据,否定非法的取证行为,在一定程度上捍卫和保护了法律尊严。其次,使司法尊严免受非法证据的“玷污”。在实践中,非法证据主要是指侦查人员在审前阶段违法收集的证据,与司法机关本无关联。然而,非法取得的证据能否被用作证明案件事实的根据,最终则取决于法院。换言之,侦查违法必须借助于司法机关的认可才能达到预期的目的。在此情形下,如果法院不加限制地采纳非法证据,就会沦为违法侦查的“帮凶”。正因如此,美国最高法院呼吁:从法院作为公正的机构和自由的守护者的尊严考虑,法院不应当卷入这种“肮脏的交易”。⁸⁰最后,敦促侦查人员依法行事,树立公正执法的形象。国家机关工作人员作为执法者,本身应当自觉守法,并以此带动普通民众共同守法。而某些执法者违法取证,带头违法。在此情形下,使用非法证据排除规则,消除违法取证的动机,杜绝违法取证的现象,有助于树立执法者的良好形象,增进公民对执法机关的公信度。

(三)促进案件实体真实的发现

在中外诉讼理论中,认为非法证据排除规则不利于发现案件事实真相的观点,并不鲜见。上述观点仅仅看到,事实上有罪的被告人可能因非法证据的排除而被宣告无罪,却没有看到,事实

上无罪的被告人可能因为非法证据的采用而被宣判有罪。历史和经验已经无数次地告诉我们,依靠折磨犯罪嫌疑人、被告人的肉体和精神使之痛苦等不正当手段获取口供,并以此作为定案根据,极易造成错案,甚至铸成冤案。

与合法取得的证据相比,非法取得的证据不真实的可能性更大。就犯罪嫌疑人、被告人的供述而言,如果被讯问的犯罪嫌疑人、被告人是真正的犯罪人,那么,在依法讯问的场合,出于逃避或减轻罪责的心理,其作出虚假陈述的可能性很大。在此情形下,如果对其采取刑讯或其他违法手段,以获得认罪供述,不能说没有可能。但也可能为了避免承受进一步的刑讯或痛苦的折磨,编造谎言,甚至嫁祸他人,从而使案情复杂化,将侦查人员引入歧路。如果被讯问的犯罪嫌疑人、被告人是无辜者,在依法讯问的场合,通常会如实陈述;如果采用刑讯或其他非法手段,那么,只可能出现以下两种后果:一是,为了避免继续承受压力和痛苦,被迫按照侦查人员诱导的方向作虚假陈述;二是,为了保持自身清白,坚持如实陈述。而在实践中,往往是严刑之下,不得不招供。正如意大利著名刑法学者贝卡利亚所指出的,刑讯“要求一个人既是控告者,同时又是被告人”,“我命令你们指控自己,即使骨头脱臼,也要讲实话”。刑讯“保证使强壮的罪犯获得释放,并使软弱的无辜者被定罪和处罚”。因而“必然造成这样一种奇怪的后果:无辜者处于比罪犯更坏的境地”。^①非法证据排除规则将通过违法方法或手段获取的证据排除在诉讼之外,在很大程度上避免了根据虚假的证据对案件事实作出错误的认定,有助于对案件实体真实的发现。

三、我国相关立法及其改革与完善

(一)我国现行立法之相关规定

在我国,宪法对保障人权、禁止非法取证行为作了原则性的规定。《宪法》第33条指出:“国家尊重和保障人权。”第13条规定:“公民的合法的私有财产不受侵犯。”第37条规定:“中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯。任何公民,非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定,并由公安机关执行,不受逮捕。禁止非法拘禁和以其他方法非法剥夺或者限制公民的人身自由,禁止非法搜查公民的身体。”第39条规定:“中华人民共和国公民的住宅不受侵犯。禁止非法搜查或者非法侵入公民的住宅。”第40条规定:“中华人民共和国公民的通信自由和通信秘密受法律的保护。除因国家安全或者追查刑事犯罪的需要,由公安机关或者检察机关依照法律规定的程序对通信进行检查外,任何组织或个人不得以任何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密。”与宪法相适应,我国刑事诉讼法对逮捕、拘留、搜查、扣押等程序作了具体规定,特别是我国刑诉法第43条明确规定:“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。”对于违法取证行为构成犯罪的,我国刑法规定了相应的刑罚。但是,对于非法取得的证据如何处理,立法并未作出相应的规定。

目前,我国对非法证据的排除加以规范的主要是相关司法解释。最高人民法院在《关于执行刑事诉讼法若干问题的解释》(以下简称《解释》)第61条规定:“严禁以非法的方法收集证据。凡经查证确实属于采用刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的方法取得的证人证言、被害人陈述、被告人供述,不能作为定案的根据。”此外,《人民检察院刑事诉讼规则》(以下简称《规则》)第265条规定:“严禁以非法的方法收集证据。以刑讯逼供、威胁、引诱、欺骗等非法的方法收集的犯罪嫌疑人供述、被害人陈述、证人证言,不能作为指控犯罪的根据。”可见,我国最高司法机关,包括人民法院、人民检察院,对于以刑讯等特定的违法方法收集的言词证据,实行自动排除。但是,对于非法物证如何处理,上述司法解释均未涉及。审判实践中,对以非法手段取得的物证或者以非法取得的言词证据为线索而收集到的物证往往认定其有证据能力。

（二）构建我国非法证据排除规则的具体设想

如前所述,非法证据排除规则的确立已经成为一种世界性的潮流和趋势。从价值与功能的视角分析,该规则的确立对于保障人权、维护法治尊严以及促进案件实体真实的发现均有着重要的意义。而且考虑到,我国已经签订了相关国际条约,如1988年9月加入联合国《禁止酷刑公约》等。根据“条约必须信守”的国际法原则,对于条约中未声明保留的条款,包括有关非法证据排除的规定,我国只有遵守、执行的义务。因此,我国在此次刑诉法修改中应当确立非法证据排除规则,这是毋庸置疑的。现在的问题是,究竟如何构建我国的非法证据排除规则。笔者认为,应当从以下三个层面入手。

1、选择适当的非法证据排除模式

如前所述,尽管各国均设立了非法证据排除规则,但对于排除的方式,却作出了不同的规定。对此,我国应当权衡不同的诉讼价值,结合其他国家的经验、教训,作出正确的选择。具体而言,包括以下两个方面:

其一,对于非法取得的言词证据,应当实行自动排除。

对于非法取得的言词证据实行自动排除,主要基于以下几点理由:首先,对于非法取得的言词证据实行自动排除模式,有助于在最大程度上发挥非法证据排除规则的价值与功能。采用裁量排除的模式或是兼采自动排除与裁量排除的模式,意味着对于非法取得的言词证据是否排除,将完全或者部分地取决于裁判者的自由裁量。这就不可避免地导致那些通过非法手段和方法以及不正当程序所取得的证据,也有可能诉讼中被用作不利于犯罪嫌疑人、被告人的证据。这一方面不利于保障人权,另一方面也不利于对国家机关的取证行为进行规范和制约,并危及法治的权威和尊严。而与上述两种模式相比,自动排除模式则将实现非法言词证据排除规则的效用最大化。自动排除模式要求,对所有被依法认定为非法取得的言词证据,必须一律加以排除,从而较为彻底地否定了非法取证行为,促使执法人员严格依照宪法和法律的规定行使权力,防止和减少了非法取证行为。这不仅将犯罪嫌疑人、被告人从各种各样的肉体与精神折磨的痛苦中解脱出来,而且有助于树立执法机关及其工作人员的良好形象,促进普遍守法的法治目标的实现。同时,对于消除目前实践中“屈打成招”、办错案、办假案等不良现象,也具有积极的作用。其次,对于非法言词证据实行自动排除,是大多数国家和地区所采用的模式,同时也是相关国际公约要求的模式。对于其他国家已经采用并经证明是较为合理的做法,我国应当加以借鉴。而对于我国参加的有关国际公约的规定,我国也应遵循。如果我国在国内法上规定对此类证据实行裁量排除,将有违我国应当承担的条约义务。

需要指出的是,尽管各个国家和地区对非法言词证据均加以排除,但它们所谓的“非法言词证据”在范围上并不完全相同。在有些国家,非法言词证据仅限于使用法律明文禁止的方法所获取的证据,而在另一些国家,则包括违反其他有关程序性规定所取得的证据。在设立我国非法证据排除规则时,也必须明确我国非法言词证据的具体范围。

从目前我国刑诉法以及相关司法解释来看,我国的非法言词证据仅限于“采用刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的方法”取得的证人证言、被害人陈述、被告人供述,而不包括使用其他侵犯人权的方法或违反其他程序法的规定而获取的言词证据。如采用“车轮战”连续讯问获得的供述、讯问主体不适格的场合下获得的供述以及非法拘留或逮捕以后,进行讯问获得的供述等。其范围是比较有限的。而根据《禁止酷刑公约》的相关规定,所谓“酷刑”,是指为了向某人或第三者取得情报或供状,为了他或第三者所作或涉嫌的行为对他加以处罚,或为了恐吓或威胁他或第三者,或为了基于任何一种歧视的理由,蓄意使某人在肉体或精神上遭受剧烈疼痛或痛苦的任何行为,而这种疼痛或痛苦是由公职人员或以官方身份行使职权的其他人所造成或在其唆使、同意或

默许下造成的。即将违法的取证方法界定为所有“使人在肉体或精神上遭受疼烈头痛或痛苦的任何行为”,范围较为宽泛,而其他国家和地区在这个问题上也作了更加详备与明确的规定。因此,笔者认为,应当吸收有关国际条约的规定,借鉴其他国家和地区的做法,并结合我国司法实践中存在的问题,对非法言词证据的范围加以扩大。

具体来说,我国应在立法中明文规定,通过以下手段和方法取得的证人证言、被害人陈述、犯罪嫌疑人、被告人供述,应当被认定为非法证据:(1)刑讯或其他使人在肉体上剧烈疼痛的方法;(2)威胁、欺骗。威胁是指询问人员声称如果被询问人如果不陈述,某些不利后果就会发生在被询问人或者其亲友身上。欺骗是指以虚假的、不可能实现的利益,哄骗被询问人陈述;(3)使人疲劳、饥渴。使人疲劳,就是不允许被询问人有合理的休息的时间,使用连续讯问的方法折磨被询问人,使其无法忍受而不得不进行供述。饥渴,就是不给饮食,让被询问人感到饥饿、口渴,从而不得不进行供述;(4)服用药物、催眠。服用药物,是指给被询问人服用有损其意志力的药物,使其在不清醒的状态下进行供述。催眠,就是使用催眠术,使被询问人失去自我控制能力,从而进行供述;(5)其他残忍、不人道和有辱人格的方法。

对于违反其他有关刑事诉讼程序的规定而取得的证据,是否纳入非法言词证据的范畴,笔者认为,原则上,如果执法人员在主观上是故意的,违法的情节和后果较为严重,应当纳入排除的范围,如果执法人员在主观上并无故意,违法的情节与后果相对轻微,可以不纳入排除的范围。但具体情形,还有待进一步探讨。就目前来看,诉讼实践中存在的较为突出的问题是,侦查机关将犯罪嫌疑人拘留或逮捕以后,并不依法送交看守所,而是较长时间地(5天乃至15天以上)羁押在本机关所在地进行讯问,以获取口供。在此情形下,侵犯犯罪嫌疑人合法权利的可能性极大,但往往很难加以证明。因此,笔者认为,对于在非合法羁押场所讯问所得的供述,即使不能证实为采取刑讯手段所获得,也应视为非法证据,加以排除。

其二,对于非法取得的实物证据,应当实行裁量排除。

对于非法取得的实物证据实行裁量排除,这主要是基于以下原因:首先,由非法取得的实物证据的性质所决定,在一定范围内采纳该证据有助于案件实体真实的发现。与非法言词证据相比,非法取得的实物证据具有一个突出的特点,即发生虚假的可能性较小,可信度较高。即使是采取违法的方法去收集,如违法搜查、扣押,一般也不会改变物证本来的属性和状态。在此情形下,可以考虑在一定的范围内采用非法取得的实物证据。其次,由非法取证的方式所决定,在一定范围内采纳非法取得的实物证据不会对人权保障构成强烈冲击。实物证据的来源与言词证据不同,前者来自于客观外界,而后者则来自于人本身。这也就决定二者在取证的方式、方法上存在较大不同。前者较多地针对地点、场所、物品等实施,有时也会涉及人身;后者则主要针对人实施。违法收集物证一般侵犯的是公民的住宅权、财产权;而违法收集言词证据更多的是侵犯公民的人身权。从权利的性质来看,后者更为基本和重大。因此,对非法取得的实物证据的采纳,可以适当放宽限制。最后,尽管采纳非法取得的实物证据有助于案件事实真相的发现,并且对人权保障的消极作用也较为有限,但是这并不意味着,所有的非法取得的实物证据均可采纳。如前所述,非法取得的实物证据毕竟是通过非法程序获得的,不加限制地采纳此种证据,同样会危及宪法与法律的权威、损伤司法尊严。因此,有必要赋予司法官员一定的裁量权,允许其根据个案的具体情形,进行权衡裁断。原则上,对于违反搜查、扣押等程序取得的实物证据,如果执法人员主观上并非出自故意或重大过失,客观上造成的危害后果不严重,可以不排除;如果执法人员主观上出于故意,客观上严重侵犯了公民的合法权益,那么,由此获得的实物证据,应予排除。

在此需要指出的是,主张对非法实物证据实行裁量排除,仅仅是针对当前以及今后的一段时间。从长远来看,随着我国科技水平的提高、警力的增强以及物质条件的改善,我国对于非法取得

的实物证据,也可改为实行自动排除,以便切实保障人权、维护司法权威,并促进案件实体真实的发现。

2、建立有效的非法证据排除程序

非法证据排除规则的真正确立,还要求建立起相应的程序,从而使之得到切实的贯彻与执行。从实践操作来看,排除非法证据主要在两个程序中实现。

其一是审查起诉程序。我国刑诉法第137条第5项规定,人民检察院审查案件时,必须查明侦查活动是否合法。《规则》第265条规定了检察机关不能将上述非法言词证据作为指控犯罪的根据。显然,在审查起诉阶段,检察机关对于非法言词证据的排除具有主动性。我国法律之所以规定检察机关有主动排除的义务,是因为一方面检察机关是法律监督机关,在诉讼中具有客观的义务,对侦查活动合法性的监督是其履行监督职责和保持客观立场的体现。作为追诉犯罪的国家专门机关,检察机关不同于民事诉讼当事人,追求胜诉的结果不是其唯一的目标。客观、全面地揭示案件事实的本来面目,是其重要职责。这就要求在审查起诉阶段,当人民检察院发现有关证据为法律禁止使用的证据时,应本着客观、公正的立场,加以排除。另一方面则是从检察机关履行控诉职能的角度考虑,即保证起诉的质量。也正是从此点出发,《规则》规定了对于在审查起诉中发现有刑讯等方式收集的犯罪嫌疑人的供述、证人证言、被害人陈述的情形,检察机关应当要求侦查机关重新派人取证,必要时检察院自行取证;对于侦查机关未另行指派侦查人员重新调查取证的,可以依法退回侦查机关补充侦查。

其二是审判程序。最高人民法院《解释》第61条规定,凡经查证确实属于采用刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的方法取得的证人证言、被害人陈述、被告人供述,不能作为定案的根据。所以司法实践中,被告人及其辩护人在审判阶段往往以该言词证据以刑讯等非法手段所取得,要求法院排除该证据。在审判阶段,法律并没有规定具体的证据排除程序,如是否必须由被告人或其辩护人提出排除非法证据请求,法院是否可以主动提出排除非法证据,由谁承担证明责任,证明标准是什么,法律并没有明确规定。司法实践中的做法也并不一致。

显然,上述我国非法证据的排除程序,其缺陷比较明显,与诉讼制度现代化、文明化的要求有较大差距。第一,检察院的主动排除方式有可能成为控诉方规避非法证据排除规则的方式。检察机关虽然是诉讼监督机关,但在刑事诉讼中履行控诉职能,这种控诉者的身份往往驱使其将追求胜诉作为一个非常重要的目标。即使发现该证据是通过非法手段取得的,检察机关有时基于指控的需要,仍然将其作为起诉的依据。第二,审判前检察院单一的主动排除模式违背了程序参与原则。程序参与原则的基本要求是,与案件的处理结果有直接利害关系的主体应当有充分的机会参与到程序当中,以自己的行为对裁决的结果发挥有效的影响和作用。按照现行立法的规定,在审查起诉阶段,犯罪嫌疑人、辩护人既没有充分的机会提出侦查机关非法取证的动议,因为他们并不了解侦查机关对证人、被害人非法取证或侦查机关非法搜查、扣押等情形,此时他们也没有权利提出排除非法证据的申请,因为检察机关主动排除模式完全是在一种封闭状态进行的,是否排除以及排除哪些非法证据,完全是由检察机关自身裁量。第三,审判阶段裁判者的排除具有虚置性。虽然法律规定审判阶段法官对于以刑讯等非法手段取得的言词证据有排除的职责,但是,由于审判案件的主体与对证据合法性进行审查的主体完全重合,在对证据的合法性进行审查的过程中,该裁判者已经了解到所争议的证据内容,即使事后认定其为非法证据,而将之排除在定案根据之外,但事实上,该项证据已不可避免地对审判人员的心证产生了影响,从而在客观效果上仍然充当了“定案根据”。显然,这种操作方法使得非法证据排除规则被形式化、虚置化,并没有起到真正排除非法证据定案的效果。

为了避免上述弊端,并且使得我国非法证据排除规则具有可操作性,笔者认为可以按照以下

方案设计我国非法证据排除的程序。检察机关在审查起诉阶段可以主动排除非法证据,同时,在设立证据展示制度的基础上,让辩护人充分参与到排除程序之中,即证据展示在检察机关和辩护人之间进行。检察机关应当向辩护人展示其收集到的能够证明犯罪嫌疑人有罪、无罪、犯罪情节轻重的全部证据,对于没有向辩护人展示的证据,法律应当规定不能在法庭出示,不能作为对被告人定罪的根据。在证据展示的过程中,辩护方有权提出非法证据排除的异议。如果检察机关接受该异议,那么,此证据就不能作为起诉的依据提交法庭审查。如果检察机关不接受此异议,即检察机关认为该证据具有可采性,不应排除,而辩护人认为应该排除,则将该争议提交法院决定。法院对证据可采性争议的审查应设立在庭前审查阶段,与对法院是否应当立案、该法院有无管辖权、被告人是否在案等事项的审查一起进行。这样既可以保证庭前审查的法官与审判法官的分离,防止审判法官先入为主,也符合了诉讼效率价值的要求。如果控辩双方对庭前审查法官所作的关于证据可采性争议的决定不服,该争议仍然可以在审判阶段向审判法官提出,由其作出相应的决定。必要时,审判法官可以作出延期审理的决定,对该证据进行调查核实。

与该程序的设计相对应,还应该对当前的相关司法解释进行修改。首先,应当废除针对非法言词证据重新取证的规定。如果允许侦查机关或检察机关针对非法证据重新取证,其实就是间接地利用了非法证据,这也就违背了设立非法证据排除规则的初衷。其次,废除检察机关在法庭审判过程中移交证据目录以外的证据的做法,但是有利于被告人的证据除外。根据《解释》第155条的规定,在审判中,公诉人可以要求出示开庭前送交人民法院的证据目录以外的证据,并且审判长如认为该证据确有出示的必要,可以准许出示。这当然也就意味着,这些证据有可能被用作定案的根据。而这些证据又是“证据目录”以外的,即使设立证据开示制度,这些非法证据也不会在审前阶段为被告人一方所知悉,更谈不上提出非法证据排除的请求。为了防止控诉机关利用此规定进行突然袭击,笔者建议废除检察机关在庭前过程中有权出示移送证据目录以外的证据的做法。只要是控方在审判前收集到的证据,检察机关就有展示的义务。只有这样,才能杜绝证据偷袭,才能使非法证据排除规则得以切实执行。当然,从有利于被告人的角度出发,对于被告人有利的证据可以移送。第三,对于补充侦查的证据,应当经过证据展示,赋予被告人、辩护人的异议权。按照我国刑事诉讼法的规定,在审判阶段,公诉机关可以要求两次补充侦查,而且针对检察机关的补充侦查的申请,法院应当同意。笔者认为,对于补充侦查收集到的证据,检察机关应当向辩护人展示,而且在展示的过程中,辩护人同样有针对证据可采性提出异议的权利。如果检察机关不接受异议,还可以将其提交法院,由法院作出最后的裁决。只有这样,才能保证非法证据排除规则得到真正实现。

3、明确相关证明责任的分担与证明标准

在适用非法证据排除规则时,一个不能回避的问题是“证据是否为非法取得”之证明。这一问题实际上包含了两个方面,即证明责任与证明标准。前者是指对于“证据是否为非法取得”,由谁承担举证证明,并在该事实真伪不明时承担败诉风险;而后者是指,对于“证据是否为非法取得”的证明达到何种程度时,裁判者(法官或检察人员)应当予以认定。在我国,对非法证据的排除加以规定的主要是最高人民法院《解释》第61条以及最高人民检察院《规则》第265条的规定。从上述两项条文来看,对“非法证据”的证明责任问题并未涉及;而对于证明标准问题,根据《解释》第61条,应为“查证属实”。在司法实践中,一般由犯罪嫌疑人、被告人向法院提出证据为非法取得,并对此举证加以证明。但从客观效果上来看,并不尽如人意,非法言词证据被排除的情形在实践中极为罕见。为了切实地贯彻和执行非法证据排除规则,我国应当明确规定“证据是否为非法取得”之证明责任的分担,并建立起便于操作的证明标准。

其一,关于证明责任问题。

对于证明责任问题,我国理论界有观点主张,为了切实实行非法证据排除的规定,维护犯罪嫌疑人、被告人的权利,实行举证责任倒置,即由控诉方就“举证合法”承担证明责任。此种观点固然具有一定的合理性,但从可行性的角度考察,不能不说还存在问题。因为侦查机关握有实权,提出“取证合法”的证据易如反掌。例如侦查人员要求“被驯服”的犯罪嫌疑人在笔录上写明“没有刑讯行为,属于自愿认罪”并签名,或者制作被讯问者在“被驯服”后供认犯罪的片断录音、录像等。其结果是以合法的举证形式掩盖不合法的取证行为,使非法证据难以得到排除。笔者认为,对于“证据是否为非法取得”的证明责任问题,可以通过以下三项措施予以落实:

首先,规定辩方包括犯罪嫌疑人、被告人及其辩护人有责任提出“证据为非法取得”之主张,并负有提供证据线索或说明存在合理根据的责任。对此,应作两方面的理解:一方面,对于证据为非法取得的问题,除裁判方自行发现的以外,辩方须承担主张责任。如果辩方没有提出上述主张,可以推定取证行为是合法的,控方没有义务进行相应的证明活动。这是因为,在刑事诉讼中,证明犯罪嫌疑人、被告人有罪的责任由控方承担,为此,控方在诉讼中将提出大量的证据。如果要求控方对其所提出之证据为合法取得一一予以证明,既不符合诉讼经济原则,也没有必要。从其他国家相关立法与实践来看,也是如此。如在英国,须由被告人一方提出异议,或法庭自行提出要求,控方才就非法证据的可采性进行证明;在法国,根据刑法第173条第3款规定,如某一当事人认为已发生无效行为,应以申请书的形式向上诉法院起诉庭提出请求。另一方面,辩方对于自己的主张,应当提出证据线索或说明存在合理根据。对于控方所提出的证据,辩方仅仅提出“该证据为非法取得”的主张是不够的,其还须附具必要的证据线索与合理根据。如对刑讯逼供的时间、地点、后果进行说明、提交一定的人证、物证或线索,如提供沾有血迹的内衣、原被羁押在同一监室的人的姓名等。其目的旨在使裁判者能够确定有可能发生了非法取证行为。试想,如果不让辩护方承担这一义务,将很难避免其任意提出“证据为非法取得”之主张,同时也造成对“非法取证”调查核实的困难,妨害诉讼的顺利进行。

其次,明确控辩双方对各自主张的事实须分别予以举证证明。具体来说,当辩方提出“证据为非法取得”之主张,并提供了相应的证据线索,足以使裁判者认为,有可能存在非法取证行为的可能时,控方即须提出事实予以反驳,对于反驳的事实,由控方举证加以证明。对于控方的反驳和举证,辩护方进一步加以反驳的,辩方须对自己提出的反驳的事实加以证明。依次类推。如在日本,一旦证据物的搜查程序违法已由被告人一方证明时,对搜查、扣押合法性的举证责任就落在控诉一方。同时,自白具有证明能力的举证责任也要由检察官承担。最后,赋予裁判者一定的调查核实的权力。经过控辩双方的举证,如果裁判者仍不能确定“证据是否为非法取得”时,应当允许其进行必要的调查核实工作。一方面,这有利于对犯罪嫌疑人、被告人的特殊保护。在司法实践中,犯罪嫌疑人、被告人由于缺少必要的法律知识、人身自由受到限制等原因,其举证能力显然比公安机关或人民检察院薄弱。在很多情形下,即使其掌握有相关的证据线索,也很难取证。如原本被关押在同一监室的被羁押人已被释放,无法取得其证言等。另一方面,也彰显了裁判者客观、公正的立场。人民检察院不仅在整个诉讼过程中均负有客观义务,而且在审前程序中,特别是审查起诉阶段,其职权具有明显的司法权性质。这就要求检察官在查明相关事实的基础上,作出公正的处理。而这一要求对于法官而言,更是无须赘言。并且,就我国目前刑事诉讼法的规定而言,也是有一定的法律依据的。我国刑法第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。这同样适用证据是否为非法取得的情形。

其二,关于证明标准问题。

如前所述,根据最高人民法院《解释》的相关规定,在我国,“证据是否为非法取得”的证明标准为“查证属实”。所谓“查证属实”,是指某事实或某行为确实已经实际发生。这与我国刑事诉讼

中有罪判决的证明标准相一致,是最高层次的证明标准。从理论上讲,此证明标准在一定情况下是有可能达到的。然而,从司法实践来看,该标准明显过高,一般很难达到。这一方面是由于犯罪嫌疑人、被告人的人身自由受到限制,辩护人权利也有限,主观上举证能力薄弱;另一方面,非法取证的主体主要是公安人员与检察人员,上述人员不仅拥有强大的权力,而且一般均具有必要的法律知识,对他们实施的非法取证行为,举证难度很大。因为,为了避免因非法取证行为被揭穿而导致的一系列不利后果,包括由此取得之证据被排除,影响破案率以及本人因违法、犯罪而被追究相应的法律责任等,他们一般均选择隐蔽的、不易为外人发现的时间、地点和方法进行取证。如在深夜提审犯罪嫌疑人,在本机关内部的审讯室讯问犯罪嫌疑人,以及使用不留伤痕的精神折磨等方法逼取口供等。除了犯罪嫌疑人本人以外,很少有其他目击者,也没有可供鉴定的肉体伤或其他物证。

与我国制定如此之高的证明标准不同,其他国家或地区对于“证据是否为非法取得”,则采用了低于有罪判决之证明标准更低的证明标准。如英国1984年《警察与刑事证据法》第76条(2)(3)的规定,如果被告人一方提出异议,或者法庭自行提出要求,证明被告人供述可采性的责任就在控诉一方,而且证明标准要达到排除一切合理怀疑的程度。^⑩在美国,美国联邦最高法院曾在一个判例中作出解释,“在排除聆讯的证明中,不应施加大于优势证据的负担”。也就是说,只能采用优势证明标准或更低的标准。不过根据惯例,各州可以根据自己的法律,自由地采用较高的标准。但各州法院在涉及搜查或扣押的排除聆讯中,一般都采用优势标准,甚至一些在自白的任意性问题上适用排除合理怀疑标准的州也采取这种立场。德国联邦上诉法院的判例也假定刑事诉讼过程是符合规则的,要求只有发生违法行为的可能性占优势时才能排除证据,亦即采优势证明标准。^⑪

笔者认为,为了能够真正实行非法证据排除规则,必须降低关于“证据是否为非法取得”之证明标准。参照其他国家和地区的作法,将其确定为“较大的证据优势”标准比较恰当。具体来说,在控辩双方所举的证据以及裁判者调查核实的基础上,如果裁判者能够确信:证明发生非法取证的证据较之证明合法取证的证据,其优势较大时,即发生非法取证的实际可能性较大时,即应排除该项证据;否则,应当采纳该项证据。如果用一个量化的数据来表明此处之“较大的优势证据”,则大约在百分之六十以上。这样就大大降低了“查证属实”的非法证据的证明标准,增加了在司法实践中对非法证据加以排除的可能性。

注:

①参见[法]卡斯东·斯特法尼等著:《法国刑事诉讼法精义》(下),罗结珍译,中国政法大学出版社1999年版,第663页。

②[日]西原春夫主编:《日本刑事法的形成与特色》,中国法律出版社、日本国成文堂1997年版,第170页。

③⑤参见中国政法大学刑事法律研究中心:《英国刑事诉讼制度的新发展——赴英考察报告》,《诉讼法论丛》(第2卷),法律出版社1998年版,第361页、第365页。

④⑥参见[德]克劳思·罗科信著:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,第214页;[德]托马斯·魏根特著:《德国刑事诉讼程序》,岳礼玲、温小洁译,中国政法大学出版社2004年版,第195页。

⑦参见[日]田口守一著:《刑事诉讼法》,刘迪、张凌、穆津译,卞建林校,法律出版社2000年版,第242页。

⑧陈光中:《改革、完善刑事证据法若干问题之思考》(代序言),《中华人民共和国刑事证据法专家拟制稿》,中国法制出版社2004年版,第5页。

⑨亚里斯多德著:《政治学》,商务印书馆1965年版,第199页。

⑩转引自杨宇冠著:《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143页。

⑪[意]贝卡利亚著:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,第32-33页。

⑫参见中国政法大学刑事法律研究中心:《英国刑事诉讼制度的新发展——赴英考察报告》,载《诉讼法论丛》(第2卷),法律出版社1998年版,第362页。

⑬参见[德]托马斯·魏根特著:《德国刑事诉讼程序》,岳礼玲、温小洁译,中国政法大学出版社2004年版,第201-202页。

(责任编辑:石泉)