

# 非法证据诉讼价值解读

## 一、非法证据的界定标准

非法证据是相对于合法证据而存在的。关于非法证据的界定,我国诉讼法学界认识不一。通说有广义说、狭义说两种。广义说认为,非法证据是指收集或提供主体不合法、取证程序不合法、内容不合法或者表现形式不合法的证据。只要具有上述四种情形之一的,就是非法证据。狭义说认为,非法证据是办案人员违反法律规定的权限、程序和其它不正当的方法获取的证据。有的学者将非法证据的界定标准分为静态标准和动态标准。静态标准是以证据材料(本文所称“证据材料”是指收集、提供证据的主体所获取的旨在用以证明案件事实的一切材料、物品等,被界定为可作诉讼证据的,称之为“定案证据”或“合法证据”。)存在的客观内容和形式是否符合刑事诉讼法的规定为标准,主张凡是证据材料的内容和形式不符合刑事诉讼法规定的即为非法证据。动态标准是以证据材料的运行是否符合刑事诉讼法的规定为标准,主张凡是证据材料的运行不合乎刑

事诉讼法规定的即为非法证据。笔者认为,广义说与静、动态标准界定说在实质上并无多大区别,仅是视角的不同而已。但是,狭义说在非法证据的界定上明显过于褊狭:第一,其仅论及“办案人员”这一证据获取主体,而忽略了其他可能的证据获取主体。第二,将非法证据的界定仅仅局限于证据的“获取”这一过程,而漏列了证据的形成、运用等诸环节。

我国刑事诉讼中的证据,是指以法律规定的形式表现出来的能够证明案件真实情况的一切事实,客观性、相关性和法律性是其密切相关、不可分割的三大特征。证据材料的内容是证据客观性和关联性特征的载体。客观性是指证据的内容是客观的,是不依赖司法人员的主观意志而独立存在的客观实在。关联性即相关性,指的是证据同案件的客观联系,即证据内容对案件案情的实际证明作用。法律性是指收集或提供证据的主体是法定的;证据收集、认定的方法和程序是法定的,必须具有合法的证据形式;定案证据必须经过合法程

序查证属实。笔者认为,合法证据(又可称之为定案证据)与非法证据的认定标准作为一个问题的两个方面,均离不开上述证据的三大特征及其相互关系。由此笔者进一步认为,非法证据的界定标准,应当从实质要件标准、形式要件标准和程序要件标准三个方面认定。

### (一)实质要件标准

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。”要求证据材料必须具有客观性和关联性,才能转化为定案证据。从该意义上看,证据材料的客观性和关联性即是定案证据的实质要件标准。

客观性是定案证据的本质属性,包括以下三层含义:1、定案证据是一种客观存在的事实,而不是一种理论、学说,也不是一种观点和看法。以证人证言为例,能够成为定案证据的,只能是其所叙述的耳闻目睹或听他人传说的有关案件的事实和情节,而不能是该行为人对案件事实的分析与推断。2、定案证据是伴随着刑事

案件的发生而出现的各种物品、物质痕迹和反映现象。这就要求：其一、定案证据不是凭空而来的，也不是人们随意捏造的，而是从刑事案件这个母体中派生出来的；其二、证据材料能否作为定案证据被采用，要以案件发生时的情况而定，而不是根据案件发生以后人为变化而定。3、定案证据是不依赖于收集、提供证据主体的主观意志而独立存在的客观实在，有关主体不能用自己的想象和推测来代替定案证据，更不允许任意改变或者替换收集到的证据材料。

相关性是指任何定案证据都必须是同刑事案件有客观联系、对案情有实际证明作用的事实。定案证据仅有客观性还不够，还必须具有相关性，亦即并非所有的客观事实都能成为定案证据，有些事实虽然其本身是客观的、真实的，但因同案件没有联系，也就最终不能获得定案证据的资格。强调定案证据的相关性，要求司法人员在实际办案过程中，要注意把两种情况排除在定案证据体系之外。一是类似行为，即犯罪嫌疑人、被告人在其他场合所犯的类似行为，不得作为本案所控罪行的证据；二是品格事实，即证明犯罪嫌疑人、被告人或者被害人的品格是否善良的事实。此类证据之所以不能作为定案证据，是因为行为人或者被害人品格的好坏，不是犯罪构成的必备要件，犯罪嫌疑人的善良和被害人的邪恶抑或相反，对于认定案件事实均无影响。

可见，证据材料的客观性和相关性构成了定案证据内容的基础，当证据材料不具备上述两大内容之一时，自然就不具备定案证据的内涵，一旦进入刑事诉讼程序，即应被界定为非法证据。

### (二)形式要件标准

定案证据的形式要件标准是证据材料是否符合法定的形式要求。刑

事诉讼法第42条规定如果证据材料的形式要件不符合刑事诉讼法规定的上述七种形式，则不能转化为定案证据。

### (三)程序要件标准

程序要件标准又可进一步划分为收集程序标准和使用证据程序标准。

1、收集程序标准。是指收集证据的程序是否符合刑事诉讼法的规定。根据刑事诉讼法有关规定，以收集程序要件标准而界定为非法证据的材料有三：一是非法定人员收集、提供的证据材料；二是违反法定程序收集、调取的证据材料；三是以刑讯逼供或者威胁、欺骗、引诱等非法方法收集的证据材料。

2、使用程序标准。是指使用证据的程序是否符合刑事诉讼法的规定。根据刑事诉讼法有关规定，以使用程序要件标准而界定为非法证据的证据材料有：未经查证属实的证据材料；伪造的证据材料；未经质证的证人证言；生理上、精神上有缺陷或者年幼、不能辨别是非、不能正确表达的人的证言以及其他非法使用的证据材料。

### 二、非法证据的成因分析

非法证据的形成与存在原因诸多，笔者认为，概括起来可分为两类：一类是非法证据的主观成因；另一类是非法证据的客观成因。

(一)非法证据的主观成因：主观成因，是指收集、提供和使用证据的主体对非法证据在主观认识上的错误动因。突出表现在以下方面：

1、特权思想作祟。行政权、司法权都是人民赋予的，是国家法律确定的，必须依法行使，不得滥用。实践中，有的司法人员，把它作为个人权力，“大盖帽”头上一戴，俨然自己就是法律的化身，看任何人都矮己一等，都是自己的管理、审查对象。把国家司法权当作自己的司法特权任意

行使。如刑讯逼供，就是典型的司法人员凭借国家司法权，对犯罪嫌疑人、被告人之暴力取证。

2、有罪推定的陈旧观念犹存。有罪推定就象一个毒瘤，尽管在1997年刑法的修订中予以了铲除，明确规定了无罪推定原则，但是，在并非仅占少数的公安人员、检察人员和审判人员的思想观念中，有罪推定的毒素，依然顽固地根植于他们的灵魂深处，固执地支配着他们的司法理念，进而强有力地左右着他们的司法行为。

3、非法证据难免论。即认为人手少、案件多、任务重、时间紧的情况下，大量的证据需要获取，大量的证据线索需要调查，所以难免在证据的收集、获取程序上有这样那样的瑕疵和不足，甚至违法、违纪的情况。只要破了案，抓对了人，判对了人，达到了惩罚犯罪的目的即可。

4、非法证据管用论。认为以非法方式收集、获取的证据线索或证据材料，有时确有作用，甚至会对案件的侦破或审理有很大的作用。如非法录音、非法窃听获取的证据材料或线索；刑讯逼供获取的口供或线索等，确实有利于确定犯罪嫌疑人、查获同案犯、发现犯罪现场及其有关痕迹物证、提取犯罪工具、提取赃物等等。

5、认识上的形而上学。持非法证据肯定观点的人，仅仅看到了如果没有这些非法证据就破不了案、定不了性、量不了刑，没有看到这只是暂时的，只要经过深入的调查研究，还能运用其他方法收集、获取证据，还能运用其他证据破案、定罪、量刑；仅仅看到了非法收集、获取的证据线索或证据材料对个案的有用性，没有看到个案对他案的影响，没有对该行为对证据制度的破坏和法治环境的影响予以理性思考。

### (二)非法证据的客观成因

1、封建社会传统的影响。“罪从供定，犯供最关重要”，“无供不录案”，这是封建社会刑事制度的写照。封建社会法律制度规定司法官员可以采用刑讯逼供、偷听、强行搜查等方式，逼取被告人的口供，收集、获取办案证据。

2、对于一般非法取证的行为人不予处理，对于刑讯逼供违法犯罪的侦查人员处罚不力。实践中，对于非法定人员收集、调取、提供证据，不按法定程序和方法收集、获取证据的，很少作出处理，甚至视而不见。对于刑讯逼供以至违法犯罪的侦查人员，包庇纵容，或不做处理，或大事化小、小事化了。尽管刑法第247条规定了刑讯逼供罪，而且致人伤残、死亡的，应当分别按伤害罪、杀人罪定罪处罚。但是，实际生活中，因刑讯逼供被追究的并不多，只有致人伤残、死亡的，才予以处理，而且处罚大都偏轻，违背了刑法第247条只要实施了刑讯逼供就构成犯罪的立法本意。对有刑讯逼供行为的干警，有的负责人或睁一只眼，闭一只眼，不管不问，或违法犯罪行为暴露而被人控告的，能遮就遮，能挡则挡。

3、办案干警素质偏低，不能适应工作需要。近几年来，公安、检察、国安部门增加了大批办案人员。有的是从社会机关、团体、企业、事业单位录用的，有的是从部队转业的。他们上岗之前，虽然经过了短期素质教育培训，但是，其素质仍然不能完全适应侦查工作的需要。由于素质低，经验少，办法少，为了侦破案件，就采用非法手段收集、获取证据材料和证据线索，甚至刑讯逼供。据报载：山西省某行署1990年共发生刑讯逼供案件3起，涉及干警8人；1991年上半年又发生刑讯逼供案件1起，涉及干警3人。从这4起案件涉及的11名干警情况看，具有四个特点：年轻干警多；非党团员多；新调入公安机关的

多；文化程度低。这些特点表明，办案干警的政治素质和业务素质不高，难以适应工作的需要，已经成为非法证据形成的客观原因之一。

4、刑侦技术装备落后，不能满足同犯罪分子作斗争之需要。侦查破案既需要侦查人员通过自己的感官观察和思维去获取言词证据，又需要运用先进技术和设备去获取物证书证。随着科学技术的进步和发展，犯罪分子的作案手段和犯罪技术，也越来越智能化、高科技化。它要求刑事技术和侦查装备必须要满足同犯罪分子作斗争之现实需要。

### 三、非法证据的价值评价

(一)理论上的诸论述评：关于非法证据的诉讼价值，理论界众说纷纭，褒贬不一。概括起来主要有以下六种观点：

1、排除论。又称否定论，主张刑事诉讼对非法证据的绝对排除主义。认为刑事诉讼法第43条等有关法律条款明确规定严禁非法取证，理应严格遵守，对所有非法证据应当一律排除，绝对不能作为定案证据。违法取证不仅有损于法治之尊严，也有害于诉讼参与人的诉讼权利，有损于正当程序以及其所保障和促进的社会公正和正义，对于长远的法治建设也是不利的。随着我国证据理论的发展和刑事诉讼法律的完善，诉讼实践需要和法治建设的目标都将越来越要求保护人权。故结合刑事诉讼的理论和实践分析，认为这是唯一值得支持的观点。但是也有人认为，否定论采取的是“一刀切”的做法，理论上过于“绝对化”，认为不利于诉讼中惩罚犯罪与保护人权两重价值的平衡或统一，不利于实现公正和效率兼顾的目的。

2、肯定论。认为应当重视证据的客观性和关联性，将收集、获取证据的方法、程序与证据内容本身区别开来。如果非法获得的证据经调

查落实后，对案件事实具有证明作用，即可采信。此论推崇的是客观真实原则，认为排除真实而不合法的证据，不利于保护社会公共利益和当事人的合法权益，容易放纵犯罪。肯定论追求的是惩罚犯罪的价值取向，是实用主义和程序虚无主义论者。其仅侧重于证据的客观性和关联性，但却忽略了证据的合法性。而证据的合法性是证据能力的外在特征，没有它就没有证据资格，而没有证据资格就不能成为定案证据。进一步看，肯定论注重于惩罚犯罪，但却漠视了公民人权的保障，而任何公正的程序，又必然是惩罚犯罪与保障人权双重价值比较、平衡的统一架构。采纳了非法证据，无异于肯定了非法取证行为，进而必然招致司法权力的膨胀和滥用。

3、转化论。此论认为可以通过补证方式，重新而合法的取证，使得非法证据转化为合法证据，或以非法证据为线索，按图索骥，循“证据线索”而获取合法证据。此论以为这样既实现了对非法取证行为的彻底否定，同时又灵活地运用了非法证据。这种主张表面上看起来似乎具有合理性，但在实质上仍然是对非法证据的间接采用，“它没有正面解决如何均衡非法证据所涉及的利益冲突问题，而是坚持怎样使用非法证据以用来证明案情这个出发点”。笔者认为，这种仍为非法证据在刑事司法制度体系中留有一席之地的主张，既不利于严明司法纪律，又不利于维护司法程序公正。

4、两分论。认为对非法取得的口供和物证，应当区别开来，适用不同的价值标准。对非法取得的口供，一律排除，以求杜绝刑讯逼供以及威胁或者诱骗取证等非法行为；而对非法取得的物证，只要查证属实，即可采用，理由是物证不会因为调查取证的方法或程序违法而改变性质。这种在



证据取舍标准上的两分论,显然严重违反了逻辑规律,犯了自相矛盾的错误。因为“其之所以否认非法取得口供的可采性,主要在于其采证手段的非法性,然而,从这样的观点出发,显然不能推导出非法取得物证的采纳,因为后者也是非法取得的”。这种典型的程序工具主义的价值判断,为达目的而不择手段,从而彻底破坏司法程序公正,而且刑讯逼供的违法行为也就又有了生存的空间。

5、排除加例外论。认为对非法取得的证据原则上应予以排除,但应保留一定的例外,这些例外主要考虑“案件的危害程度”和“司法官员的违法程序”,“也可以从犯罪性质方面分,也可以从法定刑方面分,还可考虑被告之主观恶性等方面。”主张此论的主要理由是“全部排除可能会放纵犯罪分子,不利于维护公共利益和其他公民合法权益”;“非法证据是否采纳属于立法问题,不能由执法人员裁量”;非法证据规则在美国也有松动,确立了“最终或必然发现的例外”和“善意的例外”。此论以“个别的例外”寻找其存在的相对合理性,进而从根本上否定了排斥非法证据的总原则。证据系统作为一个规范体系,其中包含有一系列的具体制度,取证、举证、质证、认证等制度均是证据母系统之子系统。非法证据排除规则是质证制度和认证制度的适用规则,而“司法上对原有的法律规则附加除外或限制条件,在许多情形下无异于开始使用一种适用于未来所有相似情形的新的规范标准”。“例外”只能是附合于原有的排除规则而形成新的排除规则。美国联邦法院1984年以判例所形成的两个例外,自然形成了由原来的标准和新确立的例外条件而构成的新的非法证据排除规则,并不是并存着排除和例外两种规则。况且,刑事诉讼中双重价值的取舍,不应以实践自定的标准施

行,而应以司法和立法的确认为合法和正当,实际的本质上的施行只有害于法治建设。司法权力不应膨胀到损害立法权的地步。

6、有效价值衡量论。认为应当衡量非法证据之不利作用与其本身的“有效价值”,以其结果而定取舍。取证手段不能因证据的采纳而被肯定,对违法取证行为为理应制裁。同时,由于取证手段与证据本身不同,非法取证行为带来的危害与它获取的证据的有效价值也应分别对待。当司法机关衡量认为证据的不利作用超过了它所具有的证明价值时,应该及时排除使用此类证据。当衡量认为证据的有效价值超过了非法取证行为带来的危害时,此证据即可采用。应该说,有效价值衡量论在司法实践中有一定意义,它可使惩罚犯罪的诉讼活动达到最大效率,但这种观点在证据理论上则有失偏颇。在当今的证据理论研究中,几乎普遍认为证明力和证明能力是证据材料转化为定案证据的两个条件。证明力又称证据力,是指证据事实对案件事实证明作用之有无和程序。证明能力又称证据资格或法律资格,是证据之所以成为证据而在法律上允许其作为证据的资格。

“证明力反映证据的客观采信。证据力再强的证据材料,如其无证据能力就不能被采纳;同样,证据能力再完备的证据材料,如其不具备证据力则对于案件真相的查明毫无意义。因此,证据力和证据能力是互为前提的,二者辩证地统一于证据之中。”根据这一证据理论,非法证据仅其证明能力尚不具备,亦即没有证据资格,又何谈去证明案件事实。同时,“衡量论”是以衡量非法证据的不利作用与其本身“有效价值”的结果而作取舍的理论,也会因为非法证据之取得手段非法、没有证据能力而抹杀了其对刑事诉讼的法律价值,那么,所谓非法证据的“有效价值”则显得毫无法

律意义。况且,理论上衡量“不利作用”与“有效价值”的标准,反映在司法实践中也甚难操作。

(二)现实中的理性思考:应然与实然的选择

以上六种观点基本上涵盖了诉讼法理论界对非法证据诉讼价值的看法,无论是理论上拟或实务中诸家学派之纷争,反映的是价值取向的迥然和差异;对非法证据的取舍与否,体现的是惩罚犯罪与保护人权双重价值的对立与统一。而对这一问题的最终解决,将直接影响到非法证据在诉讼法律上的效力。更换一个理论视角,如何看待、分析或者解决这一组矛盾,则是一个应然与实然的选择问题。当前,非法证据还大量存在于司法实践中,究竟应否采用,不能脱离我国的国家性质、民主法制状况和当今世界刑事訴訟法的发展走向。我国是社会主义国家,人民是国家的主人,保障公民充分的民主权利,是我国宪法所确认的。大量实践表明,相当一部分非法证据不具有合法性内容,甚至还涉及到对公民的人身权和财产权的侵害。从世界刑事訴訟法的走势来看,绝大部分国家在实践中由于认识到非法证据合法化,容易导致程序不规范、司法人员任意执法等多种不良后果,于是纷纷在立法上采用了排除非法证据的诉讼价值的模式。为此,研究我国评定非法证据的诉讼价值,必须尊重上述事实。“我国现行刑事訴訟法,采取了限制非法证据的诉讼价值的观点,如在条文中规定了严禁刑讯逼供等非法手段收集证据、严禁伪证等等。但由于未能回答非法证据的效力问题,而回避了非法证据的诉讼价值评定问题。”笔者认为,作为一种诉讼理论模式追求,对非法证据应从限制排除转向完全排除,这也是依法治国的证据规则。Ω