

比较与前瞻

国际公约下 评我国刑事非法证据排除

祁建建

证据是事实认定与法律适用之间的媒介和纽带。证据法缺席的法律体系无法保证实体法通过程序法得到有效实现，非法证据排除规则缺席的证据法则不能称之为良法。非法证据排除的价值趋向在学界争议众多，但一般认为排除非法证据至少体现了以下各种考量之一：对于案件事实真相的追求、对被告人人权和诉讼权利的保护以及对公共利益等重大利益的考虑。^[1]本文在国际公约的背景之下将我国现行非法证据排除的相关规定与国际公约、有关国家的非法证据排除规则等规定相对比，试图指出其中的差距、反思这些差距存在的原因，并对某些问题做前瞻性的探讨。^[2]

一、婉转的接轨：国际公约与国内法的衔接

鉴于非法证据问题涉及刑事被指控者人权保护、实体法实现等重大利益，受到许多国际公约的重视。《世界人权宣言》第5条规定，“任何人不得加以酷刑，或施以残忍的、不人道的或侮辱性的待遇或刑罚。”《公民权利和政治权利国际公约》第7条作了同样的规定。联合国《执法人员行为守则》对以上规定作出说明，“残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚”一语，应解释为尽可能最广泛地防止虐待，无论是肉体上或是精神上的虐待。”《禁止酷刑公约》第15条也规定：“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陈述为证据，但这类陈述可用作被控施用酷刑者刑讯逼供的证据”。根据《禁止酷刑公约》的解释，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任何理由，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的。《保护人人不受酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚宣言》第12条规定：“如经证实是因为受酷刑或其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚而作的陈述，不得在任何诉讼中援引为指控有关的人或任何其他人的证据”。

从以上规定可见，各种国际公约在非法证据排除问题上至少有以下几个方面的基本立场：首先，界定了非法证据的来源也即

非法取证的手段，包括以酷刑，残忍的、不人道的或侮辱性的方式获取证据，以这些手段取得的证据，均为非法证据。其次，非法证据排除的范围限于人的陈述也即言词证据，至于非法取得的实物证据如物证是否应予排除则不在公约规定之列，由各国国内法自由规范之。这一立场与当前许多国家排除非法证据的立法与司法实践相一致，对于各国基本达成共识的排除非法取得的言词证据这一问题予以规定，而对于各国做法不一的其他证据的排除问题未予涉足。

我国并无见于《刑事诉讼法》的非法证据排除规则，这是由于当时我国理论界以及实务界在此问题上存在激烈的争议，难以达成共识，立法机关在1996年的刑事诉讼法修改过程中对这一问题采取了回避态度。此后，最高人民法院和最高检察院出于现实的需要对刑事诉讼法进行了相应的解释，出台了一系列司法解释并对非法获得的证据的排除问题作了规定。1998年6月，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》第61条规定：“严禁以非法的方法收集证据。凡经查证属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。”1999年1月，最高人民检察院《人民检察院刑事诉讼规则》（以下简称检察规则）第265条也作了类似规定，以非法的方法取得的证人证言、被害人陈述、被告人供述，不能作为指控犯罪的根据。至此，通过两高的司法解释，我国在排除非法证据问题上婉转实现了与《世界人权宣言》和《禁止酷刑公约》等国际性法律文件的接轨。

然而，需要指出的是，尽管笔者一向质疑司法解释在我国司法实践中的贯彻力和执行力都在实际上高于法律，但司法解释所确立的非法证据排除规则并未象其他规则一般在司法实践中得到有效的贯彻。2000年曝光的杜培武案件、2005年纠正的余祥林案都是典型的刑讯逼供案件，司法机关基于非法供述判处了被告人重刑，在当时成为网络和纸媒关注的焦点，在社会上引起了极为恶劣的影响，公众不可避免地质疑司法机关的威望。^[3]事实证明，立法上对非法证据问题的回避虽然留下了处理该问题的余地，但这不仅无助于解决司法中的实际问题，反而制造了从司法

[1]相关议论可见郭志媛：《刑事证据可采性研究》，中国人民大学出版社2004年版，第383页；王茂松：《非法取得证据有关法律问题》，台湾金玉出版社1987年版，第27页；西原春夫：《日本刑事法的形成与特色》，法律出版社、成文堂1997年第1版，第295页。

[2]受本文综合性的行文风格以及篇幅所限，未能面面俱到也无法就其中一点深入研讨，权做引玉之砖。

[3]参见王超、周菁：“杜培武案的证据学思考”，载《律师文摘》2003年第2辑；张立：“愚人节这天，他‘无罪’出狱”，载《南方周末》2005年4月7日；唐卫彬、黎昌政：“冤案是怎样造成的？——湖北余祥林‘杀妻’案追踪”，载《检察日报》2005年4月8日。

者的观念到法律适用等各方面的更多混乱。从另外一个角度而言,如何建立行之有效的非法证据排除规则一直以来就是理论界关注的重点,如今成为学者们关心的完善刑事程序立法和证据立法以确保被告人诉讼权利这一问题的主要内容。在上文叙述的这一背景下,分析差距,找到原因成为当务之急。

二、差距与反思:言词证据排除的简单比较

就非法言词证据的排除而言,两大法系各主要国家的刑事诉讼法都禁止以违法的方式获取证据,英、美、法、德、日、意、俄等国均强调口供的自愿性并明确了非法取得的言词证据应予排除。主要有以下方面的具体保障。

首先,明确规定非法证据的来源,既包括手段违法又包括程序违法。如德国刑事诉讼法第136条(a)规定,禁止用非法的方法取得被指控者的口供,这些被禁止的方法包括:虐待、疲劳战术、伤害身体、服用药物、折磨、欺诈或者催眠等方法予以侵犯,或者以刑事诉讼法所禁止的措施相威胁以及以法律没有规定的利益相许诺,或者以有损被指控人记忆力、理解力的措施而获得的供述,即使被指控者同意也不得使用。日本宪法第38条规定:以强制、拷问或者胁迫所取得的供述,或者经过不适当的长期拘留或拘禁后的供述,都不得作为证据使用。意大利新刑事诉讼法也规定除非讯问时被指控者的辩护律师在场或者被指控者放弃该权利,否则口供不得采纳。

其次,强调口供的自愿性并予以明确的程序保障,确保程序合法。以美国为例,除了宪法所规定的正当程序保障之外,对口供自愿性的具体保障包含在米兰达规则之内:告知被告人享有沉默权、享有律师帮助权且可获得律师在讯问现场的帮助、享有法律援助权等。^[4]英国自1999年开始利用同一录音机同时录两盘磁带、同一录像机同时录制两盘录像带的形式对讯问过程进行录音、录像,以保证讯问程序的合法性,有效制约侦查人员。^[5]印度《刑事诉讼法》则规定被逮捕的人有权在被逮捕时要求体检并可在逮捕以后进行定期体检,以确保其不受身体与精神的折磨。

再次,在非法证据的认定问题上,实行举证责任倒置。当陈述人就言词证据的合法性提出异议时,检察官有义务向法庭证明该证据的合法来源,并可以传唤讯问人员出庭作证。

在非法证据排除问题上,我国的现行规范性文件已经基本上实现了与国际公约的接轨,然而,我国与其他有关国家在非法证据排除实践上存在较大差距的现实却无法否认。具体表现在以下几个方面。

其一,被指控者权利不足、控方权力缺乏监督制约。这体现在以下几个方面。首先,我国刑事被指控者羁押率高,被指控者人身自由权受到限制或者剥夺。其次,现行法不承认被指控者在侦查阶段的辩护权,他也没有权利获得律师的有效帮助。再次,被指控者没有沉默权,恰恰相反,我国《刑事诉讼法》规定其应负“如实陈述义务”。以上三项权利的缺失使得一个失去人身自由的、没有沉默权利的人在独自面对警察讯问的时候难免会产生极大的心理强迫,影响其供述的自愿性。又次,在我国的侦查阶段并未设置司

法审查程序,侦查机关进行的调查与所采取的强制性措施无需法官授权,进一步加剧了控辩双方的力量失衡,更容易出现非法证据问题。

其二,对非法取证手段的规定过于笼统。根据司法解释的相关规定,非法取证手段是指“刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的方法”,对于违反法律程序取证的方法如违法羁押等是否属于非法取证手段未做规定,为各种违反程序法的行为留下了可乘之机。

其三,司法解释确立的证据排除规则缺乏对非法证据的认定和处理程序,并无其他相关的配套措施,难以实施。当被指控者在接受检察官的讯问时或者在法庭审理过程中提出存在刑讯逼供等非法取证现象时,往往会因该主张难以证明而不被检察官和法官采纳。此外,根据检察规则第265条的规定,“人民检察院审查起诉部门在审查中发现侦查人员以非法方法收集犯罪嫌疑人供述、被害人陈述、证人证言的,应当提出纠正意见,同时应当要求侦查机关另行指派侦查人员重新调查取证,必要时人民检察院也可以自行调查取证。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。”这说明在审判前的审查起诉阶段发现存在非法言词证据的,可以重新取证且重新取得的言词证据仍然可以作为指控犯罪的根据,这导致对于非法证据的排除不够彻底。

笔者认为,以上所述差距除了体现在法律规范上之外,还体现在观念上。事实上,现实中以下两个观念上的原因也在客观上造成了以上差距。

首先,在刑事政策制定方面,强调通过严厉打击犯罪以保证社会稳定,使得刑事诉讼法对非法证据是否排除这一问题的解决受制于传统的犯罪控制观念,对于人权保障重视不足。这直接导致我国《刑事诉讼法》对非法证据排除问题的回避,尽管第43条言及“审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序,收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。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。”然而却对违反这一禁止性法律规范的行为,未予规定其相应的法律后果,这一疏漏如此明显以至于笔者不得不认为这是一个故意的立法漏洞,最终也不得不以司法解释的形式弥补之。

其次,在司法过程中过于重视对事实真相的追求,忽视了诉讼程序对证据取舍和事实认定的规范和过滤作用。笔者以为,这种对事实真相的过分追求归根结底与对实体公正的渴望、对实施实体法的要求密不可分,同时获得实体公正的目标又是为了实现实体法,如此,则程序以及程序法本身的意义受到了忽略。在这种背景之下,非法取得的陈述之所以要排除,并非由于非法获取言词证据违反了程序法、侵犯了诉讼参与者的诉讼权利,而是由于非法取证的手段使得陈述人受到相当的心理压迫,这种被迫为之的陈述无法保证其真实性,损害了对案件事实真相的探索。实际上,当前即使在那些传统上被认为采取职权主义、追求事实真相的国家里,真相也不再是至高的利益。如20世纪60年代,德国联邦法院

[4]Miranda v. Arizona, 384 US 436 (1966).

[5]参见陈光中:“英国刑事诉讼制度的新发展:访英考察报告”,载《诉讼法学论丛》1998年第1卷第2辑,第322页。



排除秘密录音和日记作为有罪证据的两个判例强调尊重人的尊严和人格自由发展,并指出“无论如何,所谓必须寻求真实,决不是刑事诉讼的原则。”^[6]因此,我国确实应当改变观念,将人的权利和利益放在所谓事实真相之前,确立更为严密的证据排除规则。

正是以上两个方面的原因的合力造成了我国司法实践中在非法证据排除方面出现了严重问题,导致我国与有关国家在非法证据排除立法和实践上形成了巨大差距。差距并不可怕,可怕的是面对差距无动于衷。当前,关于证据立法和修改刑事诉讼法的讨论日益热烈,可谓重塑程序理念、强调人权保障并完善非法证据排除规则的良机。

三、完善与前瞻:观念转变和制度改革

笔者以为,解决我国非法证据排除问题可在观念以及制度两个方面采取相应的完善措施。在观念上,如前文所述,应当重视人权保障、充分尊重程序的价值,增加人权保护以及程序合法两方面在处理非法证据排除问题上的砝码。在制度上,首先应当完善相关的程序性规定,加强被指控者的权利保护,规定其沉默权、侦查阶段的辩护权,废除如实陈述义务,减少羁押的适用等,增强被指控者与控方对抗的力量,以缩小非法证据的生长空间;其次应当在《刑事诉讼法》中对非法证据排除问题的证明责任作出明确的规定,对于被指控者提出的证据非法的主张,应当由控方举证证明该证据来源合法;再次,严格相关的程序性规定。依照目前的规定,除公安机关提请逮捕由属于司法机关之一的人民检察院批准

外,其他所有的强制性证据收集行为均由侦查机关自行决定,而且事后基本上不受外部审查、监督和制约。对此,世界刑法学协会第15届代表大会通过的《关于刑事诉讼中的人权问题的决议》第8条规定,“影响被告人基本权利的任何政府措施,包括警察所采取的措施,必须有法官授权,并且可受司法审查。”第9条规定,“除第8条所述情况外,任何由警察采取的措施或起诉机关关于强制措施的决定,均应在24小时内取得法官的认可。”英、美、德、日、意等两大法系代表性国家普遍确立了法官事先授权的司法令状制度。在这一问题上,笔者认为我国应当予以借鉴,采取对侦查行为的司法审查制度。对于违反法定程序所取得的言词证据,也应当予以排除,如无证逮捕又没有合法理由的,逮捕后所取得的言词证据应归于无效。

国际性文件中的非法证据排除是一个在不断发展变化中的问题。《关于刑事诉讼中的人权问题的决议》第10条规定:“任何侵犯基本权利的行为取得的证据,包括由此派生出来的间接证据,均属无效。”这一文件所提出的排除间接证据的要求已经超出了现有国际公约所提出的排除言词证据的范围,发展了国际社会在非法证据排除问题上的理论。事实上,许多国家早在近百年前就已经确立了在少数例外情况下对包括物证在内的一切非法证据予以排除的规则,^[7]笔者以为这也应当成为我国非法证据排除规则的发展方向。

(作者单位:中国社会科学院)

[6]BGHST 14.358; BGHST 19.325.

[7]参见宋英辉:“关于非法搜查、扣押的证据物的排除之比较”,载《政法论坛》1997年第1期。

新书推荐·XINSHU TUIJIAN



《中美刑事辩护律师技能培训》

China-U.S. Training in Defense Lawyers' Advocacy Skills

《中美刑事辩护律师技能培训》是刑事辩护律师技能同行培训(peer training)的DVD教学光盘及配套教材。DVD光盘是根据2003年中华全国律师协会刑事专业委员会、中国法律与发展咨询公司(香港)以及乔治·华盛顿大学法学院(美国)(George Washington University Law School)共同举办的“中美刑事辩护律师技能培训班”的全程录像编辑而成,全长7小时,英文原声配有中文字幕。与DVD配套的培训用书介绍了培训过程中涉及问题的背景知识,并包括十几篇与培训相关的译文资料。

本书具有较强的专业性,是律师掌握刑事辩护技能的有益工具;同时,本书英文纯正,也可用作英语训练的教材。

本书由法律出版社、法制音像出版社出版。您可以通过中国法律图书有限公司全国各地的连锁店以及各地法律专业书店购买。您也可以登陆<http://www.chinalawbook.com>在线购买。

垂询电话:

中国法律图书有限公司:010-63939792/63939662

中律原咨询(北京)有限公司:010-85262425转103