

主题研讨 —— 刑事证据规则

【编者按】 证据制度在刑事诉讼法中乃至整个法律体系中的地位举足轻重,古今中外概莫能外。然而,我国的刑事证据制度却一直是个薄弱环节。如何完善我国的证据制度是一个长期而艰巨的时代使命。以下刊发的几篇文章,可以看作是理论界和实务界对完善刑事证据制度不懈努力的一个缩影。

现代刑事证据法的两个基本问题

——兼评我国刑事证据法的新发展

王敏远

(中国社会科学院 法学研究所,北京 100720)

摘要: 刑事证据法对权利保障与规制职权的重视程度,是其发展程度的基本标志。在现代社会中,权利保障与规制职权的关系往往表现为一个硬币的两面。但打击犯罪与权利保障的关系决不是因为两者存在冲突而需要“并重”或“兼顾”的关系。在刑事诉讼中是否肯定权利保障,实际上就意味着是否赞同采用文明的方法以实现惩罚犯罪的目标。从某种意义上甚至可以说,刑事诉讼法律规范对权利保障的肯定程度,也就是其文明程度。鉴于排除非法证据是程序性法律后果的重要内容,因此,两个《规定》明确规定非法证据排除规则及相关内容,使我国的刑事诉讼法在设置程序性法律后果方面迈出了引人瞩目的步伐。如何使两个《规定》中的程序性法律后果得到落实,则仍需进一步的努力。

关键词: 证据制度 证据规则 权利保障 职权规制

中图分类号: D925.2

文献标识码: A

文章编号: 1004-9428(2010)06-0003-06

讨论刑事证据问题的人一般都会以“证据问题是诉讼的关键问题”作为开场白。对于实现刑事司法的公正来说,刑事证据确实是个关键问题(准确地说,关于刑事证据的规范及行为才是关键的问题),因此,我也未能免俗,将这句话作为开场白。刑事证据对于刑事诉讼的重要性是个早就被认识并被普遍肯定的问题,时常还会成为讨论的热点问题。时下,刑事证据问题就是个备受关注的问题,这既缘于历史,也因为现实。这里所谓的“历史”只不过是曝光的前些年铸成的冤假错案,而所谓的“现实”则是指最近由有关部门颁发的两个关于刑事证据问题的规定,即由最高人民法院等部门颁发的《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“死刑案件证据的规定”)和《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“排除非法证据的规定”)。热点问题通常意味着不仅参与讨论的普遍和意见纷纭,而且意味着引发讨论的问题众多。确实,因为历史和现实的原因,关于刑事证据可以讨论的问题很多。在此,仅对两个有关现代刑事证据法的基本问题进行探讨,以就教于同仁。所谓现代刑事证据法的基本问题是指对现代刑事证据法的发展至关重要的基础性问题。在我看来,这样的问题主要包括两个方面:其一,权利保障与规制职权的不断发展;其二,程序规范能够有效地发挥作用。这

作者简介:王敏远,中国社会科学院法学研究所研究员。

* 本文系笔者为参加2010年刑事诉讼法学研究会年会所撰写的论文,在此仅作了文字修改。

两个问题,前者关系到刑事证据法的正当性,后者关系到刑事证据法的有效性。以下依次对之进行探讨。

一、权利保障与规制职权的不断发展

权利保障与规制职权是现代刑事证据法的正当性基础。现代刑事证据法作为规范与刑事证据相关行为的法律,需要体现权利保障与规制职权的基本精神。可以说,无论是刑事证据的获取、固定、移转、保管,还是刑事证据的审查、判断与运用,从侦查、起诉到审判的各阶段,刑事证据法均应体现对权利保障与规制职权的要求。从某种程度上可以说,刑事证据法是否体现了权利保障与规范职权的要求,以及在怎样的程度上体现这种要求,既是判断刑事证据法是否具有正当性的基础,也是判断其发展程度的重要标志。关于这个问题,在此着重进行如下几个方面的探讨。

(一) 权利保障与规范职权的含义及意义

规制职权的含义比较好理解,简单地说,就是指对刑事诉讼中的职权机关的与刑事证据相关行为予以制约,按照法律规定的程序、方法履行职责以实现法律设定的目标。权利保障的含义就要复杂一些。从内容来看,刑事诉讼中的权利保障既是指实体性权利的保障,也包括程序性权利保障;从范围来看,则不仅应当包括被刑事追诉之人的权利保障,而且应当包括其他当事人的权利保障,甚至于应当包括对其他诉讼参与人权利的保障。但就主要内容而言,应是指被刑事追诉之人的权利保障。

权利保障与规制职权作为现代刑事证据法的基础,既是刑事司法公正的保障,也是刑事司法公正的必要内容。刑事司法公正既包括实体公正,也包括程序公正。从已经揭露的形形色色的冤假错案来看,无不与职权机关履行职责不规范、当事人尤其是被刑事追诉之人的权利遭受侵害相关。因此,权利保障与规制职权是刑事司法实体公正的基本保障。不仅如此,权利保障与规制职权本身就是刑事司法程序公正的必要内容。我们知道,职权机关因为履行刑事侦查、起诉、审判及执行的职能,需要获得国家强制力,这种强制力如果不能得到规制,势必成为侵害公民权利的最严酷、最普遍的手段。因此,刑事司法的公正程序本身就意味着以权利保障与规范职权为其必要内容。

换句话说,缺乏权利保障与规制职权,对刑事司法实体公正的损害来说如果还只是一种可能性,对刑事司法程序公正的损害来说则是一种现实。而程序公正的程度是刑事诉讼文明程度的重要标志。就此而言,刑事证据法对权利保障与规制职权的重视程度,是其发展程度的基本标志。

(二) 权利保障与规制职权关系问题辨析

在现代社会中,权利保障与规制职权的的关系往往表现为一个硬币的两面。虽然从历史来看,两者并非“天生姻缘”,曾几何时,刑事诉讼法律规范中的规制职权未必就意味着对权利保障的重视⁽¹⁾,但在现代社会中,权利保障肯定要求规制职权,规制职权则应当会有利于权利保障。说明这点的意义在于,如今刑事证据法在规制职权时,不应脱离权利保障的需要,而应当以权利保障为背景;而在重视权利保障时,应当考虑到相应的规制职权的同步进行,否则,权利保障与规制职权的效果都会受到影响。

除了从正面说明权利保障与规制职权的的关系,我们还需要对相关的关系问题进行简要的探讨,即打击犯罪与权利保障的关系问题。⁽²⁾ 迄今为止,关于这个问题,在学术界和实务界占据主导地位的观点仍然是“并重论”与“兼顾论”。我在十年前即撰文批判了“并重论”与“兼顾论”的错误,但并未产生应有的效果。因此需要在此进一步说明。在我看来,人们是在假设打击犯罪与权利保障已经或者将会发生矛盾的基础上肯定“并重论”与“兼顾论”的,然而,因为两者并不处于同一阶位,不应该也不能发生人们所设想的这种矛盾,因此,两者并不是并重和兼顾的关系。不论是从历史还是从现实来看,刑事诉

(1) 我以为,刑事诉讼法律规范自诞生之时就意味着对职权的规制,但若缺乏无罪推定原则的精神,规制职权与权利保障并无必然的联系。

(2) 完整地说,应当是权利保障和规制职权与打击犯罪的关系。

讼的发动,目的就在于发现、揭露、证实、惩罚犯罪,这个基本目标古今中外并无例外。强调权利保障意味着要求采用文明的方法实现刑事诉讼的这个目标。我们评判不同历史时期、不同国家刑事诉讼的差异,主要并不是在要不要追求这个目标上有何不同,而是追求这个目标的方法、过程和结果的差异。即一方面,我们可以从追诉犯罪的准确率对此进行判断,另一方面,我们可以从刑事诉讼方法、过程的文明程度对此作出判断。换句话说,权利保障与打击犯罪并不是矛盾关系。在刑事诉讼中强调权利保障,只是要求采用文明的方法和程序进行发现、揭露、证实、惩罚犯罪的活动。⁽³⁾

由此可见,打击犯罪与权利保障的关系决不是因为两者存在冲突而需要“并重”或“兼顾”的关系。对两者的关系,应从另一个角度来理解,即应当以什么样的方法来追诉犯罪的问题。强调权利保障和职权规制,就是要求采用文明的方法以实现发现、揭露、证实、惩罚犯罪这个基本目标。因此,在刑事诉讼中是否肯定权利保障,实际上就意味着是否赞同采用文明的方法以实现惩罚犯罪的目标。从某种意义上甚至可以说,刑事诉讼法律规范对权利保障的肯定程度,也就是其文明程度。

(三) 对两个《规定》相关内容的简要评述

根据上述原理,我们分析关于刑事证据的两个《规定》,可以发现:

第一,两个《规定》在权利保障与规制职权方面,有明显的推进。即通过确立证据裁判原则、程序法定原则、质证原则等基本原则,并在刑事证据规则中具体、细致地规范职权机关的行为,更多地规定有助于权利保障的内容,⁽⁴⁾使我国的刑事诉讼法律的文明程度得到了进一步提升。然而,对最高人民法院在下发该规定的通知中要求“各相关部门在司法实践中要严格贯彻落实两个《规定》,牢固树立惩罚犯罪与保障人权并重的观念、实体法与程序法并重的观念”,有必要进行分析。应当看到,“各相关部门在司法实践中要严格贯彻落实两个《规定》”是关键,有关部门决不能以“惩罚犯罪与保障人权并重的观念、实体法与程序法并重的观念”为依据,在执行中打折扣。否则,两个《规定》在权利保障与规制职权方面的推进作用,很有可能受到影响。

这种担心并不是多余的,因为现实中存在着采用违反程序法规定的方法却破获了犯罪案件的情况。如果按照惩罚犯罪与保障人权并重的观念、实体法与程序法并重的观念,那么,两个《规定》在权利保障与规制职权方面的具体规定,就可能因此而得不到贯彻执行。例如,经刑讯逼供所得的言词证据,经查证属实而且该证据又是认定犯罪的关键证据,若根据两个《规定》的要求应当予以排除,此时,按照上述“并重论”的要求办案,将会陷入两难:若排除该非法证据,则因为犯罪得不到应有的惩罚而使“惩罚犯罪”不能实现,从而使“并重”落空;如果认定该非法证据并以此为据认定犯罪,则因为“保障人权”不能实现,从而也会使“并重”落空。而在这种两难的情况下,两个《规定》能否得到有效执行,就将是是个疑问。⁽⁵⁾因此,我们在执行两个《规定》的过程中,应当牢固树立的是依照规定行事的观念,严格贯彻落实两个《规定》关于权利保障与规制职权方面的各项规定。

第二,两个《规定》在权利保障与规制职权方面存在着某些不平衡。即相对于权利保障的内容,更着重于对职权机关的限制。⁽⁶⁾虽说在现代刑事诉讼中规制职权与权利保障有着天然的联系,以至于可以说是一个硬币的两面,但两者毕竟不是一回事。因此,我们尽管在两个《规定》的诸多方面看到了权利保障与规制职权的平衡发展,但也发现了某些不平衡。例如,对于被刑事追诉之人具有重要意义的先悉权,两个《规定》只字未提。从某种意义上可以说,先悉权是辩护权重要且不可或缺的基础。从刑事

(3) 当然,这两者间存在着不应忽视的关系,即冤假错案通常与野蛮的刑事诉讼方法相联系。但这个问题不在本次讨论的范围。

(4) 关于这方面的论述,人们已经说了很多。限于篇幅,在此不予重复。有兴趣的读者可以阅读相关论述,较为集中的论述是2010年6月上旬《检察日报》所刊登的系列文章。

(5) 对“并重论”、“兼顾论”等不科学的观点,笔者曾在诸多场合予以批判。例如2002年在我的母校西南政法大学的一次讲座中,就有比较系统的批判。详见张绍彦《言论与声音》(第一卷)[M],法律出版社2003年出版。

(6) 《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》开宗明义对该规定的意图作了说明,即“为规范司法行为,促进司法公正”,并未提到权利保障,或许并非出于偶然。

证据规则的角度来看,该项权利也是具有基础性的权利。例如,质证权的有效行使就需要以先悉权为基础。⁽⁷⁾实际上,该项权利虽然因1996年修改刑事诉讼法而受到严重影响,但在最近这些年来,许多地方在办理刑事诉讼案件中,已经在实践中予以重新肯定,⁽⁸⁾而且,先悉权的主要内容也已经被“新《律师法》”第34条明确规定。⁽⁹⁾该条规定虽然还不是先悉权的完整内容,但其积极意义应予肯定。基于在现实中先悉权尚未被普遍落实,因此,我们有必要在新的关于刑事证据的规则中予以明确肯定。至于辩护律师申请调取证据的权利等,更需要通过刑事证据规则予以进一步保障。

二、程序规范能够有效地发挥作用

如今,“正是程序决定了法治与恣意的人治之间的基本区别”⁽¹⁰⁾已经成为中国法学界,尤其是诉讼法学界普遍肯定的论断。然而,需要说明的是,能够成为区别法治与恣意的人治的程序,应当是“正当程序”,即注重权利保障和职权规制的程序;不仅如此,而且应当是具有足够尊严的程序。换句话说,体现了权利保障和职权规制的程序规范应当能够有效地发挥作用,是区别于恣意的人治的法治的基础。

(一) 程序法律规范具有尊严的含义及意义

如果说权利保障和职权规制是程序的正当性基础,那么,程序规范具有不可违反的尊严,则是正当程序能有效遏制“恣意的人治”的基础。这是现代刑事证据法的另一个基础性问题。

现代刑事证据法大都是些程序性规范。这些程序性规范在现实中是否得到应有的尊重,使其能够有效地发挥作用,显然是个必须重视的基础性问题。很难设想,如果刑事证据法在权利保障和职权规制方面所作的规定,在现实中并不被尊重,那么,这样的规定还有多少实际意义?通过对一些案例的分析,我们可以更清楚地看到这一点。

人们对诸如余祥林案、赵作海案进行了广泛而深入的探讨,对形成这些冤假错案的原因作多角度的剖析,诸如刑讯逼供屡禁不止、轻信口供、刑事证明标准难以把握等等。确实,形成这些冤假错案的原因是多方面的,其中,原有的刑事证据规则不够完善也是重要原因。然而,关键的问题是:已经规定的程序并未被尊重,恣意违反程序规范的行为仍能在现实中产生积极的效果。从已经披露的办案过程不难看出这一点。余祥林案曾多次被发回重审,原因是“事实不清、证据不足”。但在多次发回重审,事实和证据问题并未得到有效解决的情况下,冤案仍然铸成。即使是从1979年制定的《刑事诉讼法》的规定来看,这也是严重违法。至于赵作海案更能说明问题。承办案件的检察机关和法院对案件事实、证据并无把握。据说,赵作海案的辩护人当时尚未取得律师资格,但他仍然能够指出本案“事实不清、证据不足”。但冤案仍未避免。这样的冤案很难认为是由于刑事诉讼法规定的证明标准等出了问题所致。

从极端的意义上甚至可以说,如果能够确保原有的程序规范得到有效遵守,应可以预防类似余祥林案、赵作海案等冤案的发生。关键的问题在于,已经规定的程序可以恣意违反,而刑事诉讼进程和结果却仍能以此为据。因此,缺乏不可违反的有尊严的程序规范,其效果十分可疑。这才应是需要着力解决的问题。

(二) 如何使程序法律规范具有不可违反之尊严

如何使程序规范具有不可违反的尊严,这是个复杂的问题。在我看来,建构完善的程序性法律后果

(7) 若从辩护权行使的常态来看,先悉权更是不能或缺。参见拙文《论刑事辩护概念的发展》[C],载陈卫东《司法公正与刑事辩护》,中国检察出版社2001年出版。

(8) 例如,一些地方通过庭审前的“证据开示程序”,在一些刑事案件中重新肯定了先悉权。

(9) 该条规定“受委托的律师自案件审查起诉之日起,有权查阅、摘抄和复制与案件有关的诉讼文书及案卷材料。受委托的律师自案件被人民法院受理之日起,有权查阅、摘抄和复制与案件有关的所有材料。”

(10) 美国联邦最高法院法官威廉·道格拉斯的名言“权利法案的绝大部分条款都与程序有关,这绝非毫无意义。正是程序决定了法治和随心所欲或者反复无常的人治之间的基本差异。”任东来等《美国宪政历程:影响美国的25个司法大案》,中国法制出版社2004年版,第427页。

是解决这个问题的不可或缺的基础。

关于在我国刑事诉讼法中应系统规定刑事程序法律后果的问题,我曾在1994年发表过相关的论文。⁽¹¹⁾程序法仅仅依靠实体法作为保障是不够的,因为现实表明:现有的程序法对屡见不鲜的违反刑事诉讼程序的行为几乎无可奈何,由此导致了诸多不合理现象。例如,刑事诉讼中的职权机关违反程序规定行使职权,但效力却被肯定;职权机关的程序违法行为使刑事诉讼中的参与人权利受到侵犯,而结果却被肯定;违反诉讼程序的行为未导致任何法律后果——既无合适的实体法律后果可适用,也无明确的程序法律后果的规定,等等。为此,刑事诉讼法需要建构自成体系的程序性法律后果。刑事诉讼中的程序法律后果共有四种:否定违反诉讼程序的行为的效力,并使诉讼从违反诉讼程序的该行为发生的那个阶段重新开始;否定违反诉讼程序的行为的效力,并否定因该行为所得到的诉讼结果;否定违反诉讼程序的行为及其结果,并使诉讼进入另一阶段;补正违反诉讼程序的行为,以使该行为得到纠正,最终符合程序法的要求。

此后,基于建构刑事诉讼法自成体系的程序性法律后果的需要,笔者另撰文对设置刑事程序法律后果的原则问题进行了论述。⁽¹²⁾在我看来,设置刑事程序法律后果的原则应当包括权利保障、规范职权、完整、充分、适当、协调等原则。其中,特别需要在此指出的是,在循序渐进地建构刑事诉讼法自成体系的程序性法律后果的过程中,应当首先针对最常见的、严重侵犯权利的违反程序规范的行为设置有效的程序性法律后果。

(三) 对两个《规定》相关内容的简要评述

根据上述原理,我们分析关于刑事证据的两个《规定》,可以发现:

第一,鉴于排除非法证据是程序性法律后果的重要内容,因此,两个《规定》明确规定非法证据排除规则及相关内容,使我国的刑事诉讼法在设置程序性法律后果方面迈出了引人注目的步伐。“排除非法证据的规定”对采用刑讯逼供等非法手段取得的供述,以及采用暴力、威胁等非法手段取得的证人证言、被害人陈述这些非法言词证据,采取了非常严厉的态度,即绝对予以排除。这不仅意味着在法庭审判时应当排除非法言词证据,不能将其作为认定被告有罪的根据(该规定第2条),而且人民检察院在审查批准逮捕、审查起诉中,对于非法言词证据也应当依法予以排除,不能作为批准逮捕、提起公诉的根据。并将此延伸到了刑事二审程序。“排除非法证据的规定”第12条规定,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。“死刑案件证据的规定”不仅对非法证据的排除作了相应规定(如该规定第19条规定的“采用刑讯逼供等非法手段取得的被告人供述,不能作为定案的根据”等),而且对违反刑事证据规则的其他一些情况,也规定若干程序性法律后果。例如,该规定第26条规定“勘验、检查笔录存在明显不符合法律及有关规定的情形,并且不能作出合理解释或者说明的,不能作为证据使用。”引人注目的是,两个《规定》不仅对非法言词证据的排除作出了明确规定,而且对采用非法方法获得的物证、书证,也规定了相应的程序性后果。“排除非法证据的规定”第14条规定“物证、书证的取得明显违反法律规定,可能影响公正审判的,应当予以补正或者作出合理解释,否则,该物证、书证不能作为定案的根据。”“死刑案件证据的规定”第9条第4项规定:对物证、书证的来源及收集过程有疑问,不能作出合理解释的,该物证、书证不能作为定案的根据。该规定第14条规定“勘验、检查笔录存在明显不符合法律及有关规定的情形,并且不能作出合理解释或者说明的,不能作为证据使用。”两个《规定》对非法证据的明确否定态度,是我国刑事证据法发展过程中的应予充分肯定的进步,其中所规定的排除或要求补正等诸多程序性法律后果,对于促进我国

(11) 参见拙文《违反刑事诉讼法的程序性法律后果》,《中国法学》1994年第5期。

(12) 参见拙文《设置刑事程序法律后果的原则》,《法学家》2007年第4期。

刑事程序规范具有不可违反的尊严,应会产生积极影响。

第二,如何使两个《规定》中的程序性法律后果得到落实,仍需进一步的努力。两个《规定》明确肯定了非法证据排除等程序性后果是一回事,在发生了违法取证行为之后,能否真正产生非法证据排除等程序性后果则是另一回事。历史和现实表明,非法取证是很难被揭露的,更难以被证实。由此可见,如何解决发现非法证据,是能否有效适用非法证据排除规则的关键。为了有效解决这个问题,一方面,两个《规定》对是否存在刑讯逼供等非法行为规定了相应的审查程序,另一方面,则将证据合法性的证明责任明确规定由控方承担。例如,“排除非法证据的规定”第11条规定,对被告人审判前供述的合法性,公诉人不提供证据加以证明,或者已提供的证据不够确实、充分的,该供述不能作为定案的根据。当然,应当清醒地看到,两个《规定》现有的努力是否足以有效解决这个问题,尚难肯定。例如,在法庭查证是否存在刑讯逼供的问题时,实践中现有的做法是:由审讯机关提交加盖公章的说明材料以证明没有刑讯逼供。这样的做法不断受到质疑。“排除非法证据的规定”第7条规定:在法庭查证审前供述的合法性问题时,如果“公诉人提交加盖公章的说明材料,未经有关讯问人员签名或者盖章的,不能作为证明取证合法性的证据。”这无疑较原有的做法迈进了一步。然而,其对发现和证明非法取证行为的效果究竟如何,尚待观察。显然,“经有关讯问人员签名或者盖章”的说明材料如果轻易地被视为可以“证明取证合法性的证据”,那么,证明存在刑讯逼供等非法取证,就将是十分困难甚至可以说是难以实现的事情。

第三,关于非法证据,对控辩双方应有所区别,不应“一视同仁”。如果说程序性法律后果的设置目的在于规制职权、保障权利,那么在确定非法证据的排除及相关程序规范时,对控辩双方就应有所区别,不应“一视同仁”。两个《规定》确实将非法证据排除工作的重心放在了控方。然而,在有的地方,却给人以将控辩双方“一视同仁”的感觉。“排除非法证据的规定”第13条规定“庭审中,检察人员、被告人及其辩护人提出未到庭证人的书面证言、未到庭被害人的书面陈述是非法取得的,举证方应当对其取证的合法性予以证明。”如果该条内容确实意味着对控辩双方“一视同仁”,那么,有必要对其进行检讨。对控方证据要求其不仅具有真实性,而且具有合法性,是完全正确的,因为这是出于规制职权、保障权利的需要。然而,对于辩护方提供的有利于被告人得证据来说,重要的是其提供的证据的真实性,即如果辩护方提供的证据足以证明无罪,那么,该证据的真实性才是关键问题。换句话说,无罪的证据如果是真实的,即使不能证明其合法性,也不应影响其证明效力,更不应予以“排除”。⁽¹³⁾因此,就非法证据的排除而言,我们绝不能对控辩双方“一视同仁”。对两个《规定》的如上简要评论,并不是否定两个《规定》通过刑事证据法在权利保障与规制职权方面的积极贡献,以及因此而对我国刑事诉讼法的文明进程的推进作用,而是要以此说明,两个《规定》在权利保障与规制职权方面具有积极意义的诸多规定、关于非法证据的排除等程序性法律后果的规定,应当在实践中严格贯彻落实;而且,我国刑事诉讼法律制度及刑事证据法的进步并不能因此而告一段落,应在新的起点上作进一步的努力。

(责任编辑:郭云忠)

(13) 当然,笔者无意鼓励辩护方采用非法方法搜集证据。对于采用非法方法搜集证据的,应按照相关法律予以处理。但这与非法证据的排除是两回事。