

# 非法证据排除对维护程序尊严的意义

## ——兼评我国刑事证据法的新规定

文◎王敏远\*



如今,“正是程序决定了法治与恣意的人治之间的基本区别”,<sup>[1]</sup>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的发挥作用,是区别于恣意的人治的法治的基础。

程序规范应当能够有效的发挥作用,需要具备诸多条件。其中,对违反程序的行为设置系统而科学的程序性法律后果,是重要且不可或缺的基础性条件。而在诸多程序性法律后果中,非法证据的排除又是常见且有效的规定。对此,笔者以前曾予以论述。<sup>[2]</sup>我国刑事诉讼法对设置系统而科学的程序性法律后果却一直缺乏应有的重视。不论是1979年的刑事诉讼法还是经1996年修改后的刑事诉讼法,均缺乏对违反程序的行为设置相应的程序性法律后果。<sup>[3]</sup>最近,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”),改变了这个局面。在这两个规定中,对非法证据的排除作了较为明确而系统的规定。我认为,两个规定的出台,通过对非法证据的排除规则的确立和实施,将会有助于改变我国刑事诉讼程序法律规范缺乏应有的尊严的局面。

基于上述认识,我们又必要深入探讨两个规定所依据的原理及相关内容,以使两个规定在实践中发挥应有的作用。

### 一、刑事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、赵作海案等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,我认为,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。我们从已经披露的办案过程不难看到这一点。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”。但冤案仍未能避免。我以为,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于可以说,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

如何使刑事程序规范具有不可违反的尊严,这是

\* 中国社会科学院法学研究所研究员。本文的观点在笔者为参加2010年刑事诉讼法学会撰写的论文中已有表达,在此作了少量文字补充[100009]

个复杂的问题。在我看来,建构完善的程序性法律后果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,笔者曾在1994年发表过相关的论文。<sup>[4]</sup>我认为,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,但其效力却被肯定;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。

在该文中,笔者曾对刑事程序法律后果的概念进行过简要论述,即对违反诉讼程序的行为及其结果在程序上不予认可,或予以否定或要求补正。根据该概念,刑事诉讼中的程序法律后果共有四种:(1)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。(2)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。(3)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。(4)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。<sup>[5]</sup>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。

我认为,设置刑事程序法律后果的原则,对违反程序的行为设置系统而科学的程序性法律后果,是使刑事程序规范具有不可违反的尊严的重要且不可或缺的基础性条件。

### 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这两个《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),而且在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。”

引人瞩目的是,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,使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”。<sup>[6]</sup>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。

注释:

[1]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。”《美国宪政历程:影响美国的25个司法大案》,任东来等著,中国法制出版社2004年版,第427页。

[2]参见王敏远:《轻程序现象、原因及对策》,载《法学研究》1994年第4期、《违反刑事诉讼法的程序性法律后果》,载《中国法学》1994年第5期。

[3]当然,最高人民法院和最高人民检察院曾在司法解释中,对采用刑讯逼供的方式获得的言词证据,规定了应予以排除。然而,这些规定在现实中却并未发生应有的作用。

[4]参见王敏远:《违反刑事诉讼法的程序性法律后果》,载《中国法学》1994年第5期。

[5]参见王敏远:《设置刑事程序法律后果的原则》,载《法学家》2007年第4期。

[6]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。