

刑事证据制度发展中的阶段性进步

——刑事证据两个规定评析

熊秋红*

【摘要】刑事证据两个规定针对司法实践中的重点与难点予以规范,初步确立了现代刑事证据法中的一些基本原则和规则,标志着我国刑事证据立法取得了阶段性进步。但是,从比较法的角度看,在两个规定中,对于正当法律程序、直接言词原则的体现并不充分;非法口供排除规则未能强调“任意性”标准,只是一种最低限度的排除;而对非法获得的实物证据采取宽容态度,不利于对公民财产权、隐私权的保护;大量的关于瑕疵证据可以进行补正和解释的规定,大大降低了刑事证据的可采性标准。目前有必要进一步完善具体的制度规范,积极改善司法环境,促进两个规定的贯彻实施,推动我国刑事法治向前发展。

【关键词】刑事证据;阶段性进步;实施条件;刑事法治

【中图分类号】D

【文献标识码】A

【文章编号】1674-1226(2010)05-0569-08

A Milestone in the Development of Criminal Evidence System—Comments on the Two Rules of Criminal Evidence .Xiong Qiu hong. *Law Institute of Chinese Academy of Social Sciences. Beijign 100720*

【Abstract】 Two Rules of Criminal Evidence regulate the difficult and key issues of application of criminal evidence in judicial practice, establish some fundamental principles and rules in modern criminal evidence law and mark the milestone of the legislation of criminal evidence in China. However, compared with the relevant laws in other countries, the Two Rules of Criminal Evidence do not fully embrace due process and principle of direct examination; the exclusionary rule of confessions does not stress the standard of voluntariness and only meets a minimum requirement of exclusion; it also tolerates the physical evidence illegally obtained by the police, which is unfavorable for the protection of property and privacy rights of citizens; A large number of provisions read that the faulted evidences can be supplemented and explained, which actually reduce the standard of admissibility of criminal evidence. Currently it is necessary to modify specific provisions, improve the judicial environment, promote the implementation of the Two Rules of Criminal Evidence and promote the development of the criminal justice in China.

【Key Words】 Criminal evidence, milestone, implementing conditions, criminal justice

2010年5月30日,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部和司法部联合发布了《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《办理死刑案件证据规定》)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《非法证据排除规定》)。对于这两个规定的出台,学术界给予了高度评价,认为它是“改革完善刑事证据制度的重大成就”,¹是“司法改革的重大

*熊秋红,中国社会科学院法学研究所研究员。

¹ 陈光中:《改革完善刑事证据制度的重大成就》,《检察日报》2010年6月1日。

成果”,²是“刑事司法改革的重大突破”,³是“保障死刑案件质量的一个重大举措”,⁴等等。在我国现阶段刑事司法改革举步维艰的情况下,对于两个规定的出台给予如此赞誉,并不为过。但是,如果站在比较法的立场,对于两个规定进行客观冷静地审视,那么,可以说,两个规定的出台只是“我国刑事证据制度发展中的阶段性进步”。这样一种评价或者结论,源自于笔者对于两个规定出台的背景、两个规范性文件性质、内容以及实施前景的分析与预测。

一、两个规定出台的背景

刑事证据两个规定的出台既有必然性,又有偶然性。说它必然,是因为中国的刑事立法、司法实践呼唤刑事证据制度的完善;说它偶然,是因为它何时出台、以何种面目出台,伴随着国家最高决策层的政策考量,伴随着公安司法机关的权力博弈。具体而言,两个规定的出台与以下几方面的因素密切相关。

首先,现行刑事诉讼法关于证据的规定过于简略。1979年刑事诉讼法中的“证据”一章仅有7条,且多为原则性规定;1996年修改后的刑事诉讼法对“证据”一章仅修改1条、增加1条,无大的变动。在修改后的刑事诉讼法正式实施之后,刑事证据制度不完善的问题日益凸显,学术界和立法机关曾就制定统一的证据法或单独的刑事证据法、民事证据法进行讨论,并草拟了立法建议草案,但是,统一的证据法或单独的刑事证据法、民事证据法并未出台。2003年10月,第十届全国人大常委会将刑事诉讼法的修改列入了立法规划,刑事证据制度改革被视为刑事诉讼法修改的重要组成部分,但是,刑事诉讼法的修改未能如期完成。2008年10月,刑事诉讼法的修改重新被纳入了第十一届全国人大的立法规划。两个规定的出台,可以视为刑事诉讼法修改的前奏。

其次,司法实务部门的推动作用。2007年1月,最高人民法院收回了死刑复核权,使其面临错判的风险和压力,而事实和证据问题直接影响死刑案件的质量。2007年3月,最高人民法院、最高人民检察院、公安部和司法部共同制定了《关于进一步严格依法办案确保办理死刑案件质量的意见》(以下简称《意见》),其中有不少关于证据问题的规定,如“坚持证据裁判原则,重证据、不轻信口供”;“对以刑讯逼供等非法方法取得的犯罪嫌疑人供述、被害人陈述、证人证言应当依法排除”;“对刑讯逼供取得的犯罪嫌疑人供述和以暴力、威胁等非法方法收集的被害人陈述、证人证言,不能作为指控犯罪的证据”;“定罪的证据确实,但影响量刑的证据存在疑点,处刑时应当留有余地”;等等。两个证据规定是对《意见》的进一步细化和补充。

再次,刑事证据制度改革是中央司法体制改革的组成部分。2008年11月,中央政法委员会出台了《关于深化司法体制和工作机制改革若干问题的意见》,该意见明确指出:要“完善刑事证据制度”,包括要明确证据审查和采信规则及不同诉讼程序的证明标准;完善非法证据排除制度;完善证人、鉴定人出庭制度和保护制度,明确侦查人员出庭作证的范围和程序等。可见,中央政法委已经认识到完善刑事证据制度的重要性,并将其作为司法体制和工作机制改革的内容之一。

最后,赵作海冤案加快了两个规定的出台。在中国刑事司法的历史上,赵作海冤案是一个具有标本意义的案件。它涉及“命案必破”的侦查方针;涉及公、检、法机关对刑讯逼供的态度及处理方式;涉及以口供为中心的侦查方式和证明方式;涉及辩护人在刑事司法中实际扮演的角色;涉及司法机关对刑事证明标准的折中把握;涉及案外因素对刑事司法的影响;涉及刑事案件纠错机制的失效等一系列的问题。其中存在的“口供中心主义”、容忍刑讯逼供等弊端,表明刑事证据制度不严格、不完善,是司法实践中出现冤假错案的重要原因。在全面修改刑诉法尚需时日,为了防止类似赵作海冤案的再次发生,率先进行刑事证据制度的完善具有某种紧迫性。

² 樊崇义:《证据两规定是司法改革的重大成果》,《检察日报》2010年6月2日。

³ 陈瑞华:《刑事司法改革的重大突破》,《检察日报》2010年6月4日。

⁴ 陈卫东:《保障死刑案件质量的一个重大举措》,《检察日报》2010年6月7日。

二、两个规范性文件的性质

《办理死刑案件证据规定》和《非法证据排除规定》两个规范性文件在性质上属于立法还是司法解释?如果对于其中的具体规定存在理解上的差异或者在执行过程中公安司法机关出现意见分歧,由哪一机关负责解释还是采取协商解决的方式?这个问题在中国法治发展过程中具有特殊性。

与一些法治发达国家和地区不同,中国的司法解释不限于法官通过个案释法,而是包括针对法律粗疏的现状,最高人民法院通过制定规范性文件的方式释法,此类规范性文件带有明显的“立法”色彩。根据中国现行司法体制,司法解释权不仅最高人民法院拥有,而且最高人民检察院也拥有。1996年刑法修改之后,最高人民法院发布了《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》,条文达367条;最高人民检察院发布了《人民检察院刑事诉讼规则》,条文达467条,均超过了刑法的条文数(224条)。它们均被视为“司法解释”。为了解决刑事诉讼法实施中的意见分歧,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法制工作委员会联合发布了《关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》,由于有立法机关的参与,该规定被一些学者视为“立法解释”。

两个规定由最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部和司法部共同发布。根据我国宪法规定,“两高”属于司法机关,有权发布司法解释;根据立法法的规定,公安部、国家安全部和司法部属于国务院下属部门,仅有权在本部门的权限范围内制定行政规章。两个规定由“五机关”共同发布,其内容不仅是对现行刑事诉讼法的解释,而且创设了一些新的规定,这种带有“混合性”(发布主体混合、规定内容混合)的规范性文件,只能在大体上视之为“司法解释”。

这种混合式的“立法方式”,究其缘由,是为了便于两个规定在司法实践中得到贯彻实施。法律得不到严格执行,是我国司法实践中的一个突出问题。典型的例证是:2007年10月,全国人大常委会对律师法进行了较大幅度的修改,在保障律师辩护权方面大大向前迈进了一步,被认为是通过迂回的方式修改了刑法。由于刑法的修改未能按期完成,导致了理论上关于律师法与刑事诉讼法的效力之争以及实践中执行律师法还是执行刑法的分歧。2008年“两会”期间,全国政协委员、天津大学法学教授何悦提交了一份名为《关于尽快将刑法与律师法内容相统一的建议》的提案。《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会对政协十一届全国委员会第一次会议第1524号(政治法律类137号)提案的答复》中说:“依照宪法规定,全国人大常委会对于全国人民代表大会制定的法律,在不与其基本原则相抵触的情况下,可以进行修改和补充。新修订的律师法,总结实践经验,对刑事诉讼法有关律师在刑事诉讼中执业权利的有些具体问题作了补充完善,实际上是以新的法律规定修改了刑事诉讼法的有关规定,对此应按修订后的《律师法》的规定执行。”尽管有了立法机关明确的答复,但“新律师法在有的地方得不到好的执行甚至公开不执行”。⁵

采取“五机关”联合发布的方式,暗含着“五机关”自觉执行两个规定的承诺,如果在执行过程中公安司法机关对于条文的理解发生意见分歧,原则上宜采取协商解决的方式。这样的处理符合“相对合理主义”的思维模式。⁶但是,从中国未来的法治发展看,立法权与司法权之间应当有较为明确的界分;法院在国家权力体系架构中所扮演的角色应当回归司法本位,且遵循司法独立的法治原则;公、检、法三机关平起平坐、平分秋色的刑事诉讼格局应当得到改变。

三、两个规定的主要内容

两个规定实质上构成了对现行刑法的补充。两个规定紧扣刑事证据制度中的重点(死刑案件)和难点(非法证据排除)予以规范,旨在夯实公安司法机关办理刑事案件的证据基础,预防和减少刑事错案的发生。

⁵ 陈宝成:《新律师法“周岁”“三难”仍未解决》,《南方都市报》2009年6月4日。

⁶ 参见龙宗智:《相对合理主义》,中国政法大学出版社1999年版,第3页以下。

(一)关于《办理死刑案件证据规定》

死刑是剥夺罪犯生命的刑罚方法,也是最为严厉的刑罚方法,具有不可逆转性。因此,对于死刑案件理应遵循最为严格的证据要求。《办理死刑案件证据规定》确立了三项证据原则,即证据裁判原则、程序法定原则、证据质证原则;规定了若干证据规则,如非法证据排除规则、意见证据规则、原始证据优先规则、有限的直接言词规则、依靠间接证据定案规则等;还规定了调查核实证据的程序、细化了“证据确实、充分”的证明标准。这些内容是现代刑事证据法的一般要求,在普通刑事案件中也应遵循,只不过在我国刑事证据法极不完善的情况下,在死刑案件中“先行一步”而已。办理死刑案件更高的证据要求,主要体现在对于量刑证据的严格把握,如规定“不能排除被告人具有从轻、减轻处罚等量刑情节的,判处死刑应当特别慎重”、“未排除证据之间的矛盾,无充分证据证明被告人实施被指控的犯罪时已满十八周岁且确实无法查明的,不能认定其已满十八周岁”等,体现了由无罪推定原则所引申的有利于被告人原则,以贯彻“少杀、慎杀”的死刑政策。

证据裁判原则,是指对于事实的认定,必须有相应的证据予以证明。从历史上看,证据裁判原则是对神示裁判原则的否定。日本和我国台湾地区刑事诉讼法对于证据裁判原则作了明确的规定。《办理死刑案件证据规定》第2条规定“认定案件事实,必须以证据为根据”,相对于刑法规定的“以事实为根据,以法律为准绳”原则,是一种突破和深化。在刑事诉讼中,案件事实不是先在的,“无证据即无事实”,明确规定证据裁判原则有利于强化司法人员的证据意识,减少主观臆断。

程序法定原则在刑事诉讼中具有全局性,它包括两层含义:一是立法方面的要求,即刑事诉讼程序应当由法律事先明确规定;二是司法方面的要求,即刑事诉讼活动应当依据国家法律规定的刑事程序来进行。从各国的立法和实践来看,贯彻程序法定原则主要有以下要求:国家应保证刑事诉讼程序法制化;专门机关和诉讼参与人要严格按照法律的规定进行或参与刑事诉讼;要确立制裁性措施,明确违反法定程序所要承担的法律后果;要建立必要的诉讼监督制约机制,以保障法律程序得到遵守。程序法定原则与罪刑法定原则一脉相承,异曲同工,它强调对公民生命、自由、财产等的限制与剥夺,应当经过“正当的法律程序”。《办理死刑案件证据规定》第3条规定“侦查人员、检察人员、审判人员应当严格遵守法定程序,全面、客观地收集、审查、核实和认定证据”,在一定程度上体现了程序法定原则的精神。

质证原则体现了直接言词原则的精神以及庭审的中心地位,是法庭审理实质化的重要保障。刑法第47条强调对证人证言的质证,《办理死刑案件证据规定》将其扩大到所有证据。该规定有助于改变司法实践中存在的案卷笔录中心主义的审判方式。

《办理死刑案件证据规定》第二部分规定了证据的分类审查与认定,包括每一种证据审查的重点、符合什么条件该证据才能被采用、证据有瑕疵如何处理、什么情况下该证据不能作为定案的根据。证据法关注证据的关联性和可采性,如何认识证据的关联性、如何判断证据的可采性,规定充分体现了证据法的特点,对各类证据的关联性和可采性作了非常详细的规定。在中国语境下理解“证据排除规则”,可分为广义的排除规则和狭义的排除规则,前者是指证据的可采性规则;后者是指非法证据排除规则,即主要是排除以非法手段收集的证据。《办理死刑案件证据规定》第二部分实际上规定了广义的排除规则,它标志着我国已经有了比较完善的刑事证据法。

(二)关于《非法证据排除规定》

《非法证据排除规定》突破了“两高”原有的关于排除非法言词证据的司法解释,不仅扩大了排除非法证据的范围(对于非法实物证据的排除问题,作了原则性规定),而且明确规定了排除非法证据的操作规程,包括证据合法性调查程序的启动、法庭的初步审查、控方证明、控辩双方质证和法庭处理;此外,还规定了讯问人员必要时出庭作证的义务。该规定的出台,大大加强了非法证据排除规则的可操作性。

从世界范围来看,非法言词证据均是非法证据排除的重点。联合国《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》和《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》将证据排除的范围限于以酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的方式取得的言词证据。我国于1988年9月批准加入了该公约,有义务履行该公约的规定。侦查人员以刑讯逼供等非法方法取证,不仅侵犯犯罪嫌疑人、被告人人权,有损司法公正,而且容易酿成错案,所谓“棍棒之下,何求不得”。建立非法证据排除规则,旨在通过剥夺侦查人员“劳动成果”的方式,遏制他们违法取证的动力。

根据《非法证据排除规定》第7条的规定,公诉人承担证明责任的方式包括:向法庭提供讯问笔录、原始的讯问过程录音录像或者其他证据,提请法庭通知讯问时其他在场人员或者其他证人出庭作证,采用上述方法仍不能排除刑讯逼供嫌疑的,最后才是提请法庭通知讯问人员出庭作证。在上述方式中,真正具有实质意义的是通知讯问人员出庭作证,通过对讯问人员的询问和交叉询问,揭示其取证过程是否合乎法律规定。

四、两个规定存在的问题

与一些法治发达国家和地区相比,两个规定对于刑事证据问题的规范尚未到位,体现出较为明显的阶段性特征。

其一,从原则性规定来看,现代刑事证据法的基本理念得到了一定程度的体现,但并不充分。

以程序法定原则的规定而言,其未能凸显“正当法律程序”的意蕴。程序法定原则是刑事证据法中的核心原则,它需要靠具体的证据规则、收集、审查判断证据的具体程序加以体现。在我国,沉默权规则、自白任意性规则等的缺失,将会直接影响非法证据排除规则的功效;实物证据的获取委诸于侦查机关的自我决定,证据“合法”的条件过低,不符合程序法定原则的内在要求。有学者认为,笼统地将《办理死刑案件证据规定》第3条的规定直接界定为程序法定原则不是十分准确。⁷

质证原则要求“经过当庭出示、辨认、质证等法庭调查程序查证属实的证据,才能成为定罪量刑的根据”,但与之相配套的,却是“有限的直接言词原则”。《办理死刑案件证据规定》规定了“关键证人”出庭作证制度,即证人应当出庭的情形包括:人民检察院、被告人及其辩护人对证人证言有异议,该证人证言对定罪量刑有重大影响的;人民法院认为其他应当出庭作证的。其他情形下,证人则可以不出庭。而且经依法通知不出庭作证的证人的书面证言经质证能够确认的,就可以作为定案的根据。由于应当出庭的证人仍然可以不出庭而以书面证言代替,且证人是否出庭不受被告方意愿的制约,因此,很难说直接言词原则得到了真正的确立,被告方的对质权得到了切实的保障。

其二,从犯罪嫌疑人、被告人供述的排除来看,未能强调“任意性”标准,而是规定了“合法性”标准。

从一些法治发达国家和地区的证据立法来看,大多通过确立不得强迫自证其罪原则以及自白任意性规则,区别对待犯罪嫌疑人、被告人供述与其他证据的采用。《公民权利和政治权利国际公约》第14条将“不得强迫自证其罪”作为被指控人所应享有的最低限度的程序保障之一。联合国人权事务委员会关于公约的第32号一般性意见指出:对此保障的理解应是,被指控人没有受到任何来自侦查机关为获得有罪供述而施加的直接或间接的、生理的或不当的心理压力。更有理由的是,不能允许为逼取口供而违反公约第7条规定⁸对待被指控人的情形。国内法必须保证违反公约第7条获得的自白或口供被排除于证据之外,除非此类材料被用来证明存在该条禁止的酷刑或其他待遇,并且在这种情况下,缔约国承担证明被告人出于自由意志供述的责任。美国宪法修正案第5条、德国刑事诉讼法典第136条、意大利刑事诉讼法典第64条第3款均对此作了规定。

⁷ 参见顾永忠等:《健全刑事证据规则 提高刑事案件质量》,《人民检察》2010年第15期。

⁸ 《公民权利和政治权利国际公约》第7条规定:任何人均不得施以酷刑或残忍的、不人道的或侮辱性的待遇或惩罚。特别是对任何人均不得未经其自由同意而施以医学或科学试验。

日本学者认为,自白受两个方面的限定,第一是受自白的证据能力的限制;⁹第二是受证明力的限制,因此需要有补强证据。这两个规则叫自白法则,这是广义的自白法则;狭义的自白法则只包括第一种含义。之所以对自白特别设定了这项原则,是因为大部分案件都是自白案件,而且法院一般容易轻信自白,容易采用自白、依靠自白作出判决。因此轻信自白很可能侵犯人权、造成冤案。¹⁰

以自白的任意性为核心,以刑讯或其他蓄意使人在肉体或精神上遭受剧烈疼痛或痛苦的行为、威胁、禁止睡眠、使人饥渴、服用药物、催眠以及其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚等方式取得的证据,均应在排除之列。由非任意自白而派生的证据——“毒树之果”,如重复性自白、以其为线索获得的实物证据也应予以排除。对于派生证据的排除,有例外性规定或者给予法官一定的自由裁量权,关键是看派生证据与最初的非法证据之间的联系程度。¹¹采用欺骗的方式获得的口供是否予以排除,主要是看这些谎言是否“倾向于产生不可靠的陈述”或者是否“警察的谎言令人吃惊到足以摧毁被告人的意志,从而致使供述不自愿”。¹²对于以威胁、允诺等方式获得的口供是否予以排除,其标准与此类似。¹³此外,严重侵犯犯罪嫌疑人、被告人辩护权而获得的口供,也应予以排除,因为在这种情况下“经常认定供述是不自愿的”。¹⁴

我国刑事诉讼受“口供中心主义”、“口供乃证据之王”等传统观念的影响,将获取犯罪嫌疑人口供作为侦查工作的重心,并以口供为线索寻找其他证据,从而形成赖以定案的“证据锁链”。由于获取口供是快速破案的捷径,侦查人员有时不惜以刑讯、威胁、引诱、欺骗等非法方法获取口供,加之刑事诉讼法赋予犯罪嫌疑人“如实陈述”的义务以及允许对被指控人长时间的封闭式羁押,更为非法方法的采用提供了土壤。口供的自愿性难以得到保障,导致庭审过程中被告人翻供现象屡见不鲜。

两个证据规定将排除的范围限定在“采用刑讯逼供等非法手段取得的被告人供述”,对于刑法、《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》和《人民检察院刑事诉讼规则》中所规定的采用“威胁、引诱、欺骗”等手段获得的口供是否应予排除、对于“毒树之果”是否应予排除、对于严重侵犯犯罪嫌疑人、被告人辩护权而获得的口供是否应予排除,则语焉不详。可以说,两个证据规定中所确立的“非法口供排除规则”是一种最低限度的排除。

其三,允许采用以特殊侦查措施收集的证据,对于通过非法搜查、扣押、监听等方式取得的实物证据,采取了宽容的态度,对于公民财产权、隐私权等保护不足。

《办理死刑案件证据规定》第35条规定:“侦查机关依照有关规定采用特殊侦查措施所收集的物证、书证及其他证据材料,经法庭查证属实,可以作为定案的根据”;“法庭依法不公开特殊侦查措施的过程和方法”。关于特殊侦查措施的使用,我国刑法未予规范,警察法作了简单的授权性规定。国际和区域性人权公约要求:国家应当采取立法和其他措施保障公民的隐私权不受任意或者非法的侵犯,在特定情形下对隐私权的干预必须具有合理性;批准实施通讯监听应当遵守必要性和比例性原则。从一些国家和地区关于特殊侦查措施的立法来看,普遍将通讯监听作为规范的重点,在立法指导思想奉行重罪、必要性、比例性、补充性、令状主义、透明化等原则,严格控制特殊侦查措施的采用。¹⁵而在我国,特殊侦查法律制度的欠缺,易导致实践中特殊侦查手段被滥用,造成对公民隐私权的侵害。在这种

⁹ 日本刑事诉讼法第319条第1款规定:强制、拷问或胁迫的方法获得的自白或者因长期不当羁押、拘留后获得的自白以及其他非自愿的自白,不能作为证据。

¹⁰ 参见[日]田口守一:《刑事诉讼法》,刘迪等译,法律出版社2000年版,第247页。

¹¹ 其他国家和地区有关自白排除问题的详细介绍,可参见郑旭:《非法证据排除规则》,中国法制出版社2009年版,第142页以下。

¹² 郑旭:《非法证据排除规则》,中国法制出版社2009年版,第22页。

¹³ 参见前引12,第25页以下。

¹⁴ 前引12,第34页。

¹⁵ 参见熊秋红:《秘密侦查之法治化》,《中外法学》2007年第2期。

背景下,《办理死刑案件证据规定》允许采纳以特殊侦查措施收集的证据,隐含着侵犯公民隐私权的巨大风险。

《非法证据排除规定》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”。这里,对于违反法律规定所取得的视听资料、勘验、检查笔录、辨认结果等是否应予排除,未作明确规定。仅就物证、书证的排除而言,规定了极为严格的条件,即必须同时具备严重违法性、实质危害性和不可补救性,方能予以排除。加之刑法对于搜查、扣押、冻结等措施的采用未规定严格的限制性条件,导致取证合法的标准过低,所谓“明显违反法律规定”的情形在实践中几乎不可能发生,因此,“有限的实物证据排除规则”很大程度上仅具有象征意义。

其四,大量的关于瑕疵证据可以进行补正和解释的规定,具有鲜明的中国特色,大大降低了刑事证据的可采性标准。

除了《非法证据排除规定》第14条关于非法取得的物证、书证“应当予以补正或者作出合理解释”的规定之外,《办理死刑案件证据规定》中对于各类证据,都允许对其瑕疵进行补正或者作出合理解释,形成了大量的瑕疵证据补正与解释条款。这些条款的存在,迁就了我国司法实践中取证不规范现象较为常见的现实。但是,它可能会在较大程度上消解两个规定的证据法功能。首先,它允许对“明显违反法律规定”所取得的物证、书证予以补正或解释,未将补正或解释的范围限制在轻微的程序违法。如果以严重违法方式所获得的证据,都能通过“事后的补救”而取得证据资格,那么,两个规定还能起到对司法人员的取证行为进行规范的作用吗?其次,它对于补正的范围和方式未作限定,可能助长取证人员的弄虚作假行为,如倒推取证日期、虚构讯问人员人数或者见证人、提供关于讯问地点的不真实信息等。如果讯问、询问笔录上无被讯问、询问人签名,采取事后补上的做法,并不合适;如果讯问人员人数不符合法律规定,采取事后补加的做法,同样也不合适。在上述情形下,取证人员可以进行解释,但不宜予以补正。另外,对于何谓“合理解释”,也需要做出明确的规范。

五、两个规定的实施前景

刑事证据两个规定出台不易,实施起来可能更难,难在实施所需要的背景性条件和配套性措施的不足。

其一是法院的独立地位问题。现代刑事诉讼,审判是关键阶段。法官审案要实行直接言词审理,贯彻证据裁判原则,这就要求作为定案根据的证据必须在法庭审理中出示并经过控辩双方的质证和审判人员的认证。两个规定强调审判功能,重视法庭查证,并赋予法官排除非法证据的权力,这实际上强化了法院对检察院和公安机关的制约。但是,长期以来,公、检、法三机关配合有余、制约不足,法院的独立性、中立性未得到切实保障,法院能否担当起对公安机关和检察机关进行有效制约的功能,不无疑问。

其二是律师辩护的现状。死刑案件证据关的严把和非法证据排除规则的运作均离不开辩护律师的有效参与。但是,目前律师辩护的状况不容乐观。据不完全统计,全国有辩护律师出庭的刑事案件大约只占总数的30%左右。“两低”(刑事辩护率低、刑事辩护质量低)、“三难”(会见难、阅卷难、调查取证难)现象一直困扰着刑事辩护制度的健康发展,其背后是辩护律师执业环境欠佳等更为深层的原因。¹⁶辩护律师参与不足,将会严重影响两个规定的实施效果。

其三是证人出庭问题。“法庭审理流于形式”是我国刑事审判中长期未能解决的问题。证人、被害人、鉴定人、侦查人员等不出庭,导致“案卷笔录中心主义”大行其道,公、检、法三机关之间的“流水作业”畅通无阻,审判因而虚化和空洞化。在“案卷笔录中心主义”的作用下,侦查程序通过案卷笔录对法

¹⁶ 张有义:《高风险致使辩护率低 刑事辩护律师面临六难题》,《法制日报》2008年1月6日。

庭审判的绝对影响,成为整个刑事诉讼的中心,法庭审判在一定程度上变成对侦查结论的审查和确认过程,而失去了独立自主地审查证据、认定事实的能力。¹⁷《办理死刑案件证据规定》规定了关键证人出庭作证制度;《非法证据排除规定》将讯问人员出庭作证作为公诉人证明证据合法性的最后手段。如何保障关键证人、侦查人员以及被害人、鉴定人等出庭作证,仍是有待解决的问题。

其四是司法人员的考核机制问题。严格的错案责任追究制度加剧了公、检、法三机关之间的相互配合。从理论上讲,审查起诉是对侦查环节的证据和事实进行审查,而审判是对提交审判的案件事实和证据进行裁断,但由于有了错案责任追究制度,后一程序的决定机关要对前一程序中的决定作出更改,就必须兼顾及错案追究对相关责任人的负面评价。另一方面,这一制度也会促使前一程序的决定者在作出决定之前往往会通过请示、咨询等方式征求后一程序决定者的意见。这在客观上将会增加司法机关排除非法证据的难度。

其五是疑罪从无问题。长期以来我国刑事诉讼理论中占主导地位的是“不枉不纵”观念,这种观念看似不偏不倚,但在司法实践中却极易滑向宁枉勿纵,重刑主义、重打击轻保护、重实体轻程序的法律文化传统,导致司法实践中不可能有“不枉”与“不纵”的简单并重。对于疑罪,从维稳出发,法院往往作出“留有余地的判决”。对于疑罪的处理,《办理死刑案件证据规定》未作明确规定,但是它对于证明标准作了正面规定,应当理解为达不到“证据确实、充分”的证明标准,对于案件就应当作无罪处理。但是,法院顶住被害方和社会压力,作出“宁纵勿枉”的决定,在目前的司法环境下并非易事。

其六是排除非法证据的实效问题。在我国,庭前审查的法官与庭审法官同一,如果允许非法证据进入法庭,即使法官最终裁定对其予以排除,但却难以消除非法证据对于法官“心证”的影响,非法证据排除规则的实效将会有所减损。而要建立预审法官制度,似乎可能性不大。

其七是刑事诉讼法本身不完善问题。证据制度与诉讼程序之间具有密切的关联性。刑事诉讼程序本身的完善是非法证据排除规则有效发挥作用的前置性条件。在刑事诉讼法本身所规定的程序规则不完善的情况下,试图通过非法证据排除规则来实现敦促侦查人员合法取证的目的,将是非常困难的。排除非法证据,首先需要对证据的合法性进行证明,这就牵涉到合法与非法的标准问题。如果标准不明确或者过低,将很难对“非法证据”予以排除。

证据是刑事诉讼的灵魂,刑事诉讼围绕着发现犯罪、追诉犯罪、证实犯罪、惩罚犯罪而展开,而对犯罪嫌疑人、被告人的刑事追诉以及最终的定罪量刑必须建立在确实、充分的证据的基础之上,因此,如何收集证据、审查判断证据,就成为刑事诉讼中的关键性问题。完善刑事证据制度,是构建科学、民主的刑事诉讼制度的重要组成部分,也是预防冤假错案、提高案件质量的重要保障。刑事证据两个规定的出台,体现了我国刑事证据制度发展中的阶段性进步,标示着在我国有了较为系统的“刑事证据法”,现代刑事证据制度中的一些基本原则和规则得到了初步的确立。但是,应当看到,两个规定有着较大的局限性,与联合国刑事司法准则以及法治发达国家和地区的刑事证据立法相比还存在着较大的差距,此外,刑事证据制度运行的司法环境和刑事程序制度环境并不十分理想,其贯彻实施能走多远无可疑。目前有必要进一步完善具体的制度规范,弥补两个规定的缺陷,积极改善司法环境,促进两个规定的贯彻实施,推动我国刑事法治建设向前发展。

(收稿:2010-10-20)

(责任编辑:李训虎)

¹⁷ 参见陈瑞华:《案卷笔录中心主义 对中国刑事审判方式的重新考察》,《法学研究》2006年第4期。