

“热”与“冷”：非法证据排除规则适用的实证研究

左卫民*

摘要：非法证据排除规则是学界、立法与司法机关及社会关注的热点问题。然而，与热闹话语形成强烈反差的是实践的冷清：不仅法院很少依职权启动非法证据排除程序，而且被告方提出启动程序申请的比例也较低，即使依被告方申请启动程序，法官展开合法性调查的兴趣也不高。从结果看，很少有证据被认定为非法并排除，即便被排除也难以对案件处理产生实质影响。非法证据排除规则话语与实践“热”“冷”的悖反，实质上反映了中国刑事司法中国家权力与个人权利的角力。中国刑事诉讼中的非法证据排除规则在某种程度上是一个披着个人权利保障外衣却包裹着国家权力本位的规则。长远来看，要解决作为一个社会问题的“热”话语与“冷”实践现象的悖反问题，需要社会性结构因素的调整。

关键词：非法证据排除规则 国家权力本位 实证研究

DOI:10.16390/j.cnki.issn1672-0393.2015.03.016

一、引言

近年来，非法证据排除规则因其不证自明的价值取向受到各界持续关注，形成一个众声喧哗的话语场域：学者积极传播非法证据排除规则所蕴含的价值理念，呼吁制度确立，参与规则设计，研究实践运行状况；官方高度重视，努力使非法证据排除规则入法，先后出台了一系列的相关规定或解释，不断地从规范上完善制度的运行机制；^①民间也在热议，期待个案能成为确立和践行非法证据排除规则的契机。然而，2012年修改的《中华人民共和国刑事诉讼法》（以下简称新《刑事诉讼法》）实施后，相关研究却发现，与热闹的话语相比，非法证据排除规则的实践可谓相当冷清，几近为一条“死”规则。^②面对热闹话语与冷清实践之间的强烈反差，研究者如何从众声喧哗中抽身，对这一反差进行细致观察和深入思考，探究非法证据排除规则作为一个话题为何热闹，作为一种实践为何冷清，及其背后纷繁复杂的生成因素，并寻求一条激活非法证据排除规则的可能路径，或许是一种贡献。本文据以分析的实证材料主要来源于笔者所带领的

* 四川大学法学院教授、博士生导师

基金项目：国家“2011计划”司法文明协同创新中心资助项目

① 2004年，“国家尊重和保障人权”正式入宪。2009年，国务院颁发的《国家人权行动计划（2009—2010年）》要求“在执法、司法的各个环节，依法保障人身权利”，这为非法证据排除制度的出台奠定了宪法政治基础。2010年，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《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》和《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》，首次将排除非法证据确立为一项具体的程序规则。2012年修改的《中华人民共和国刑事诉讼法》吸收了这两个规定的相关内容，对非法证据排除的对象、诉讼阶段、排除程序、证明责任以及证明标准等作出规定。尔后，最高人民法院、最高人民检察院分别出台的相应的司法解释中又对非法证据排除规则的具体适用进行细化。2013年9月，中共中央政法委员会出台《关于切实防止冤假错案的规定》，进一步强调非法证据排除在实践中推行的必要性。2013年10月，《最高人民法院关于建立健全防范刑事冤假错案工作机制的意见》再次对刑事审判实践中的非法证据排除问题着重强调。2013年11月，中国共产党第十八届中央委员会第三次全体会议更是在《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》中明确指出：“严禁刑讯逼供、体罚虐待，严格实行非法证据排除规则”。2014年10月，中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》再次明确要求健全落实非法证据排除制度，加强对刑讯逼供和非法取证的源头预防，健全冤假错案有效防范、及时纠正机制，阐明了中共中央对刑事司法的更高要求。相关司法解释、规定、决定、意见等在进一步细化、明确或强调非法证据排除规则后，中国刑事诉讼中的非法证据排除规则体系得以大致确立。当然，目前最高司法机关还在拟定并准备出台更具操作性的非法证据排除的司法解释。

② 参见吴宏耀：《非法证据排除的规则与实效——兼论我国非法证据排除规则的完善进路》，《现代法学》2014年第4期；闫召华：《“名禁实允”与“虽令不行”：非法证据排除难研究》，《法制与社会发展》2014年第2期；王超：《非法证据排除规则的虚置化隐忧与优化改革》，《法学杂志》2013年第12期；王超：《非法证据排除调查程序难以激活的原因与对策》，《政治与法律》2013年第6期。

课题组在西部S省高级法院、西部某省会城市A市中级法院、A市中级法院所辖的城区B区基层法院、农村C县基层法院所做的调研。课题组首先通过座谈初步了解各法院实施新法一年来非法证据排除规则的实践概况,在此基础上搜集了各法院2013年度刑事案件受理总数、申请排除非法证据案件数、启动证据合法性调查程序案件数、排除了非法证据案件数等数据以及非法证据排除的案件资料。因为统计年度关系,上述数据、资料所涉案件的审理期间为2012年12月10日—2013年12月9日。此外,课题组还通过全面访谈刑事审判庭法官了解细节,访谈了共计52名法官;向刑事审判庭办案法官发放问卷80份,收回有效问卷51份。关于数据资料,还有两点需要指出:第一,各法院申请排除非法证据的案件数据来源于法院提供的案卷材料有记载案件的总数,辅之以被访法官提供的被告或上诉人简单提出过申请但因无线索而没有在案卷材料中记录或完整记录,特别是在裁判文书中未提及的案件数;第二,访谈的52名法官中,有刑事审判庭法官45人,少年审判庭法官7人。除了因主客观因素当时不在被调研法院的法官,被发放问卷的80名法官涵盖了四个被调研法院的大多数一线刑事审判庭法官。在问卷中,主要涉及“新《刑事诉讼法》实施一年以来,您所办理的刑事案件中申请排除非法证据的比例”、“影响刑事被告人申请排除非法证据的主要原因”、“收到排除非法证据的申请后,将会如何处理”、“被告方没有申请排除非法证据,但在庭审过程中提出受到刑讯逼供时将如何处理”、“判决书中是否会对证据的合法性进行专门的分析,是否会在判决书中体现对非法证据的审查过程、结论及理由”等问题。

二、几近休眠的非法证据排除实践

(一)法院依职权启动非法证据排除程序的情形缺乏

审判阶段非法证据排除程序的启动模式有两种类型,一种是法院依职权启动,另一种是依被告方申请启动。根据新《刑事诉讼法》第54条的规定,审判阶段法院发现有应当排除的证据时,“应当”主动排除。这是新《刑事诉讼法》赋予法院的权力,也是其法定职责。然而在课题组所调研的法院没有发现一起法官依职权启动非法证据排除程序的案件。那么,是法官没有发现案件中有依法应当排除的非法证据,还是即使发现了也不愿意主动启动非法证据排除程序?其不愿意启动非法证据排除程序的原因又是什么?对此,一些接受访谈的法官的解释是,法官未依职权启动程序并非其未发现案件中可能存在应当依法排除的非法证据,而是基于启动程序会导致案件陷入疑难或拖延诉讼进程、增加诉讼成本等方面的考虑。那么,当法官发现案件中可能存在非法证据时,其是抛弃作为法官所应承担的职责而完全无视,还是另有其他选择?接受我们访谈的法官大都给出这样的解决方案,当认为公诉机关的证据有矛盾时,会要求公诉机关进行补正,提供证人证言、相应的情况说明、录音录像等。也就是说,当法官发现指控证据有问题时,其第一反应是要求控诉方补正。虽然根据新《刑事诉讼法》和相关司法解释的规定,只有物证和书证存在瑕疵时可以通过补正或合理解释的方式重新赋予其证据能力,^①但实践中法官最常见的做法是首先把包括言词证据在内的非法证据等按瑕疵证据处理,进而通知控诉方对瑕疵证据予以补正。有的证据经过补正就转化成了“合法证据”,最终顺利进入法庭、经过质证并成为对被告人定罪量刑的根据。退一步讲,如果有的证据无法通过前述方式成功“合法化”,那么控诉方就会从移送给法院的指控证据中剔除该证据,同样法官也会让它彻底消失在判决书中,如同从来没有过这样一份证据。^②

(二)依被告方申请启动非法证据排除程序的情形稀少

1. 被告方提出非法证据排除申请的比例极低

调研发现,在2013年各调研法院审理的刑事案件中,被告方提出非法证据排除申请的案件数量相当

^① 参见《中华人民共和国刑事诉讼法》第54条第1款、《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》第14条、《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》第9条。

^② 接受访谈的法官对此是这样解释的:“比如说有5个证据,但我只采纳了4个证据,我就只写4个证据。如果证据不能使用,但在该证据对整个案件影响不大特别是在不影响定罪量刑的情况下,我们就肯定不会在判决书上引用(即不会出现在判决书中,不会作为这个案件的定案依据)”。

有限,占各法院所审理的全部刑事案件的比例极低。数量最多、比例最高的是 A 市中级法院,共有 58 起案件的被告方提出了非法证据排除申请,占该年度 A 市中级法院审理的刑事案件的 6.8%,数量最少、比例最低的是 C 县基层法院,只有 2 起案件的被告方提出了非法证据排除申请,占该年度 C 县基层法院审理刑事案件的 0.5%(见表 1)。^① 调研法院的刑事审判庭法官虽未对相关数据进行过统计,但在接受我们的访谈与问卷调查中,几乎都认为在其所承办的案件中,被告方提出过非法证据排除申请的案件比例最高不超过 5%。^②

表 1:2013 年各调研法院审理的案件中被告方提出非法证据排除申请的数量与比例情况^③

调研法院	受理案件数	提出申请案件数	提出申请的比例
S 省高级法院	977	27	2.8%
A 市中级法院	922	58	6.3%
B 区基层法院	1550	17	1.1%
C 县基层法院	383	2	0.5%
总计	3832	104	2.7%

在严格意义上,被告方提出非法证据排除申请的比例极低并不足以说明非法证据排除规则在中国刑事司法实践中的冷清境遇,相反,这可能是一种相对正常的状态。

首先,在中国刑事司法实践中,审判阶段被告人不认罪案件所占的比例本来就不高。在调研法院(尤其是基层法院)审理的案件中,被告人认罪的案件占据了绝大多数比例,^④这或许是极少有被告方提出排除非法证据申请的重要原因之一。正如一些法官所说的那样,绝大多数案件的被告人都认罪,客观证据和供述都比较充分,他们认为没有必要提出非法证据排除申请。基层法院适用简易程序审理的案件比例比较大,因为简易程序的启动本来就要求被告人认罪,对证据没什么意见,也就谈不上提出排除非法证据申请。所以说,一般非法证据排除在基层法院可能遇到的就非常少。与此同时,不认罪的被告人也并非都会提出非法证据排除申请。从调研的情况看,2013 年度 B 区基层法院的 C 县基层法院适用普通程序审理的一审案件中,被告方提出非法证据排除申请的比例也仅分别为 3.8%和 2.7%。另外,在二审案件中,上诉人更关心的是刑期等实体问题,对取证合法性的关注度不高。

^① 与笔者撰写的另一篇论文《未完成的变革:庭前会议实证研究》中的“庭前会议召开的比率”相比,本文中的“被告方申请排除非法证据的比率”要高一些,笔者认为原因有以下几个方面:一是,统计方法不同。庭前会议的召开次数是完全依据调研获取的庭前会议记录来统计的,而被告人申请排除非法证据的次数除了对调研法院的庭审笔录,判决书明确记录的进行统计之外,还把调研法院未记录在案,但事实上被告方提出申请的情况也包括在内。二是,很多排除非法证据的申请是在庭审中提出的,因此未开庭前会议。

^② 相关的实证研究也能与本文的数据相印证。有学者对东南地区某法院于 2013 年 1 月 1 日至 5 月 31 日的刑事案件审判情况进行了分析,发现非法证据排除规则在 745 件刑事案件中的适用率为 5.369%,法庭适用率为 1.342%,基于非法证据排除而作无罪判决的为 0;在适用非法证据排除的案件中,根据被告人申请启动的比率为 5.369%、法官主动启动的比率为 0。参见李海良:《非法证据排除规则适用情况之实证研究——以东南地区某法院为例》,《中国刑事法杂志》2013 年第 11 期。江苏省盐城市中级人民法院辖区的试点法院在试点期间申请排除非法证据的比例为 5.2%,但同期其他 6 个基层法院的申请率只有 0.6%。参见卞建林、杨冠宇:《非法证据排除规则实证研究》,中国政法大学出版社 2012 年版,第 77 页。但也有实证研究认为,司法实践中申请排除非法证据的案件占总案件数的比例在 1%以下。从该文分析申请比例较小的原因来看,该文对数据的统计只涉及有明确记录的申请,而对以下三种情况涉及的排除非法证据申请并未统计在内:其一,开庭前被告人提出申请,但经庭前会议过程的控辩双方协商,公诉人决定在庭审中不再举示存在争议的口供,被告人也明确表示不再纠缠其他证据的合法性,于是法院对之前的申请不予记录;其二,被告人提出申请但无法提供线索或证据材料,法院对该申请不予理睬且不记录;其三,在被告人申请启动证据合法性调查程序并提供相关线索或证据材料后,承办法官对被告人做“释法”工作,明确表示被告人当庭认罪可依法予以从轻处罚,从而暗示被告人放弃申请启动证据合法性调查程序。对于这种情况,法庭也不会将被告人之前的申请计入笔录。参见王彪:《非法口供排除规则威慑效果实证分析》,《河北法学》2015 年第 1 期。本文关于被告人申请排除非法证据的数据统计,不仅包括了有明确记录的,也包括了上述三种没有明确记录的情况。因此,本文统计出来的被告人申请排除非法证据的比例要高一些。

^③ 需要说明的是,表 1 中 A 市中级法院受理案件数包括一审 468 件、二审 454 件,S 省高级法院该年度未办理一审刑事案件,故受理案件总数即为二审案件数。

^④ 2013 年度,B 区基层法院审理的刑事案件中,适用简易程序和普通程序的案件数量分别为 1 002 起和 448 起;C 县基层法院的相应数据则为 309 起和 74 起。即使在普通程序审理的案件中,被告人认罪的案件也有相当比例。将这两部分案件相加之后,被告人认罪案件的比例应该在 90%以上。

其次,在被告人对非法证据排除申请享有充分知情权^①以及一审普通程序、二审程序中被告人辩护权得到较充分保障^②的情况下,被告方提出非法证据排除申请的比例仍然极低的原因可能包括以下几个方面:一是随着侦查机关法治意识的增强和取证规范化程度的提高,实践中非法证据存在的可能性逐步降低,当绝大多数证据都符合合法性要求时,被告方也就没有提出排除非法证据申请的空间;二是被告方受某种外力影响而未能提出排除非法证据申请,或虽然被告方提出了申请,但法院未予理睬,并且未在案卷中予以体现。从逻辑上而言,只有当作为权利主体的被告方受其他因素的影响未能提出申请,或者提出申请后未得到法院的认可时,才能认为非法证据排除规则在中国刑事司法实践中遇“冷”。那么真实情况究竟是怎样的?

尽管随着中国法治建设进程的推进,侦查机关的法治意识有所增强,取证行为也日益规范,但这种变化对证据合法性的影响效果如何却难以进行定量分析,更多只能借助于法官、律师、学者等的外部视角进行大致判断。有接受访谈的法官认为,公安机关在侦查取证行为上比以前规范多了,不太可能打人。因为他打了人,就有可能丢工作,脱制服,因为打人而丢工作、丢饭碗不划算。这代表了司法体制内一部分人的观点,说明侦查行为日渐规范,但动因并不是为了保障被追诉人的权利,而更多是基于侦查人员自身利益的考量及相关外部制度性制约的强化。

至于是否存在被告人受某种外力影响而未能提出排除非法证据申请,或虽然被告人提出了申请,但法院未予回应和记录的情形?有多位刑事审判庭的庭长表示,一些被告人仅以口头形式提出受到刑讯逼供却不能提供相关线索及材料,对于这种情况,除非被告人再三地控诉,否则法官一般不会记入案卷材料。^③另外,也有被告人可能确实遭到了刑讯逼供,主观上也有意愿提出排除非法证据申请,但在考虑多方面因素权衡利弊之后最终选择了放弃。因为,被告人在趋利避害的心态下,怕说出来对他更不利,可能说他认罪态度不好、选择性供述,会遭到更重的刑罚。

综上所述,笔者以为,在现有调研资料基础上,我们无法得出前述因素中哪一个是导致被告方很少提出排除非法证据申请的主要原因。可能是被告人“不能”,也可能是“不愿”,还有可能是被告方提出了申请,但因为意思表示含糊、缺乏线索材料支持,所以法院“不记录”。对于被告方而言,“提出非法证据排除申请”并非其目的,“非法证据得以排除”从而在定罪量刑上获得实体性利益才是其真正的目标。因此,无论基于何种原因,致使被告方提出申请的比例极低,这都并非关键。更为重要的是,在被告方提出申请之后,法院能够排除侦控机关的干扰,做出独立公正的裁断,在充分保障被告方提出非法证据排除申请的程序性权利的同时,依法对被告人进行定罪量刑。因此,进一步考察法院是否依被告方的申请启动了证据合法性调查程序、调查后是否排除了非法证据,以及非法证据的排除对被告的定罪量刑是否产生影响等问题更具研究价值。

2. 法官依申请对证据合法性进行调查的比例尚可

根据新《刑事诉讼法》第56条和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》(以下简称《最高法院解释》)第99、100条的规定,法庭应当针对被告方提出的非法证据排除申请听取意见、进行审查,审查之后如果对证据的合法性有疑问的,应当进行调查,没有疑问的,应当当庭说明情况和理由。根据调研法院2013年度的刑事庭审记录、庭前会议记录和裁判文书中记录的信息,我们发现,法院就被告方

^① 调研发现,受“人权保障”、“程序正义”等法治话语的影响,课题组所选取的四个法院都要求法官重视非法证据排除制度以充分保障被告人权利。在此背景下,S省高级法院、A市中级人民法院、B区基层法院、C县基层法院在送达起诉书副本和首次询问被告时,都会告知被告有申请排除非法证据的权利以及具体如何申请。

^② 调研发现,S省高级法院、A市中级人民法院2013年度审理的(一审、二审)案件中90%以上的被告人都有辩护人(包括委托辩护、指定辩护)。笔者2011年针对M市中级人民法院的一项实证研究对此也可佐证,M市中级人民法院2010年受理的所有一审刑事案件中,有辩护人的被告人比例达92.28%(其中委托辩护25.66%,指定辩护66.62%),参见左卫民:《中国应当构建什么样的刑事法律援助制度》,《中国法学》2013年第1期。

^③ 对此,有接受访谈的法官认为,如果被告人说自己因屈打成招却不提供任何证据或线索,作为审判法官也没有办法排除其之前所做的有罪供述,既然没有足够充分的理由排除被告人以前的供述,那就只有对其主张不加理会。

提出的非法证据排除申请而对证据的合法性进行调查的案件比例并不低(见表2)。

表2:2013年各调研法院对证据合法性进行调查的情况

调研法院	2013年受理的案件数	提出排除非法证据申请的案件数	对证据收集合法性进行调查的案件数	启动案件占受理案件比例	启动案件占申请案件比例
S省高级法院	977	27	11	1.1%	40.7%
A市中级法院	922	58	31	3.4%	53.4%
B区基层法院	1550	17	7	0.5%	41.2%
C县基层法院	383	2	1	0.3%	50.0%
总计	3832	104	50	1.3%	48.1%

如表2所示,在被告方提出非法证据排除申请的案件中,法庭对所涉证据的合法性进行调查的案件占申请案件数的40—50%。从我们调研掌握的情况看,法院未就另有一半左右案件中所涉及证据的合法性进行调查的原因大致有三:

首先,部分被告人缺乏对何谓非法证据的认知,甚至一些辩护律师或是对非法证据认知不明确,或是有意混淆证据的合法性与关联性、客观性,因此,虽然被告方提出的是排除非法证据的申请,而实际上质疑的却是证据的关联性或客观性。例如,在调研法院未进行证据合法性调查的54起案件中,有9起案件的被告方提出的排除非法证据申请理由是“供述内容不构成犯罪”而非审讯程序违法。A市中级法院审理的案件中,有2起案件的被告方申请排除的是被害人伤情鉴定意见,但其申请理由是鉴定伤害程度未达定罪标准而非该鉴定的制作程序违法;另有2起案件的非法证据排除申请理由是证人证言失真,而非侦查人员获取证人证言的程序违法。

其次,申请人无法提供相关的线索和材料。根据《最高法院解释》第96条的规定,当事人及其辩护人、诉讼代理人申请人民法院排除以非法方法收集的证据的,应当提供涉嫌非法取证的人员、时间、地点、方式、内容等相关线索或者材料。受访法官指出,决定是否进行合法性调查的标准是当事人能否提供具体的线索,如具体的时间、地点、被谁刑讯、有无伤情、有无证人。如果无法提供,则不具备对证据收集的合法性进行调查的条件。鉴于大多数被告人在侦查阶段人身自由已被限制或剥夺,处于侦查机关单方控制的封闭空间之内,“不少非法取证手段有痛苦而无痕迹,被告人虽为亲历者,却很难能够保留下能证明非法取证行为的证据和材料,提供的线索有时也很难具体和有价值”。^①故被告方提出的非法证据排除申请常常被一些法官认为是被告人出于自我保护目的而进行的翻供、辩解。

更为重要的原因是——正如一位法官在访谈中直言不讳地谈到的那样——现阶段法官不希望被告方提出非法证据排除申请。因为第一,申请提出后,法官工作量将增加,影响审判效率;第二,排除非法证据未纳入考核,但是该程序必须等待公诉人提交证据,会耗费大量时间,影响考核,所以,实践中法官倾向于通过“做工作”的方式来劝解当事人不申请或撤销排除非法证据申请,即便提出申请法官也只是酌情进行证据收集合法性的调查。

3. 合法性调查后证据被排除的比例较低

课题组调研收集到的进行过合法性调查的50件案件中,法院最终只在10起案件中做出了排除非法证据的决定,其中S省高级法院2起、A市中级法院7起、B区基层法院1起、C县基层法院没有(见表3)。从排除的证据类型看,7起案件排除的是基于刑讯逼供获得的口供、2起案件排除的是鉴定意见、1起案件排除的是复制粘贴而成的虚假笔录。当然,笔者所调研法院排除非法证据情形极为罕见的情形或许并非

^① 蔡绍刚、徐磊:《严格实行非法证据排除规则审判适用探究》,载《中国审判理论研究会刑事审判理论专业委员会2014年年会论文集》,青岛,2014年,第344页。

特例,其他学者的相关研究也发现了类似的情况。^①

表 3:非法证据排除总体情况

调研法院	2013 年度 受理案件	提出申请 案件数	启动 案件数	排除 案件数	排除案件占 受理案件比例	排除案件占 申请案件比例	排除案件占 启动案件比例
S 省高级法院	977	27	11	2	0.2%	7.4%	18.2%
A 市中级法院	922	58	31	7	0.7%	12.1%	22.6%
B 区基层法院	1550	17	7	1	0.06%	41.2%	14.3%
C 县基层法院	383	2	1	0	0%	0%	0%
总计	3832	104	50	10	0.3%	9.6%	20%

4. 非法证据排除后对案件处理基本没有影响

从理论上而言,非法证据排除规则对被告人的吸引力在于通过排除非法证据,获得有利于其的定罪量刑结果,毕竟对于绝大多数被告人而言,其更在意的是案件的实体利益,否则这一规则就失去了对被告人的吸引力。而非法证据排除规则之所以对控诉方(侦查机关、检察机关)具有约束力,从而阻遏侦查人员非法取证的行为,同样在于因为排除了非法证据则意味着可能使其指控不能,或者指控不力。反之,如果即使排除了非法证据又不能给被告人带来任何利益,不会对控诉方带来任何损害,那么,其结果必然是这一规则对被告人失去吸引力,对控诉方失去约束力。

表 4:非法证据排除个案的处理情况^②

案由	排除证据	是否影响定罪	处理结果
某贪污受贿案	7 份刑讯逼供笔录	否	采纳其他重复供述认定受贿罪
某受贿案	1 份刑讯逼供笔录	否	采纳其他重复供述认定受贿罪
某危险驾驶案	血样鉴定	否	一审认定鉴定意见为非法证据并予以排除,但检察院以新的鉴定意见提起抗诉,二审法院最终采纳新的鉴定意见并认定危险驾驶罪
某抢劫案	2 份复制供述笔录	否	复制粘贴而成的笔录,被视为虚假笔录予以排除,采纳其他重复供述
某猥亵儿童案	1 份刑讯逼供笔录	否	采纳其他重复供述认定猥亵儿童罪
某盗窃案	1 份刑讯逼供笔录	否	减少指控的盗窃次数,认定盗窃罪
某非法持有毒品案	1 份刑讯逼供笔录	否	采纳其他重复供述认定持有毒品罪

表 4 是调研所涉及的法院作出了非法证据排除决定的 10 起案件的类型、所排除的证据类型及案件的最终处理情况。无一例外的是,这 10 起案件的最终结果并未因为法院的非法证据排除决定而受到实质影响。没有一起案件因排除非法证据后导致全案判决无罪,绝大多数案件排除非法证据对定罪量刑均无影响,只有 1 起案件在排除非法证据后导致指控的部分事实不成立,但并没有对定罪造成任何影响。当然,从逻辑上也可以认为这些案件即使排除了相关非法证据,仍然符合新《刑事诉讼法》第 53 条的规定,达到了证据确实充分的标准,因此未对案件的最终结果产生实质性的影响。当实践中的排除非法证据决定只

^① 参见吴宏耀:《非法证据排除的规则与实效——兼论我国非法证据排除规则的完善进路》,《现代法学》2014 年第 4 期;林喜芬:《论我国审查逮捕阶段的非法证据排除问题——基于刑诉法修订与实践语境的分析》,《当代法学》2013 年第 6 期;等等。有学者考察了西部某省法院系统 5 个中级法院及其辖区基层法院 2013 年 1—8 月份的非法证据排除规则的适用情况,发现法院主动启动程序的案件占全部案件的 0.31%;申请排除非法证据的案件中,启动证据合法性调查程序的案件占 43.55%;启动证据合法性调查程序的案件中,最终排除了非法证据的案件数占启动数量的 25.93%。最终决定排除非法证据的案件占全部案件的 0.08%。参见孙长永、王彪:《审判阶段非法证据排除问题实证考察》,《现代法学》2014 年第 1 期。

^② 需要说明的是,在所调研法院作出了排除非法证据决定的 10 起案件中,有 3 起案件对排除非法证据的过程语焉不详或资料缺失。因此,本文仅针对案件材料较为完整的 7 起案件进行分析。

是法院“利益权衡”之后的选择性结果时,法院的这种非法证据排除决定不仅没有任何的实质意义,相反却很有可能沦为对司法修辞的一种装点和对中国刑事司法诸多顽疾的粉饰,更大的危险则是消极地瓦解这一规则的制度意义,甚至延伸至其他的刑事司法改革举措之中。这种担心绝非笔者的想象,在调研中,一些接受访谈的法官非常坦率地告诉我们,其在决定是否对非法证据进行排除时,主要考虑的是排除非法证据是否会对定罪量刑产生影响,而不是证据本身的非法性,而且这也绝不是个别法官的认识,大多数受访法官都表达过这样的看法:仅在同时有其他证据(尤其是重复供述)足以支撑定罪量刑的情况下排除某一非法证据,而在证据不可再生、可能影响定罪量刑的情况下则特别谨慎,一般不予排除。

法官们普遍认为,如果只是排除对被告人进行刑讯逼供等非法讯问所获得的口供,在多数情况下也无法改变案件的最后判决结果。因为在现行的非法证据排除规则下,并不排除重复供述。因此,即使排除被告人所提出的通过刑讯逼供等非法讯问手段所获得的口供,但其他合法的重复供述仍然具有证据能力和证明力,基本不会对被告人的定罪量刑产生实质性的影响。正如一位法官所说的那样,法院排除的都是被告人没进入看守所前在办案场所做的口供。一旦被告人进入了看守所,就会有铁栏杆把他隔开,你想刑讯逼供都不行。他在看守所说的和之前的还是一样的,那定案时就可以用他在看守所里的供述。

如果排除证据将对案件的定罪量刑产生影响,法官通常会比较慎重,一般会延期审理并建议检察院补充证据,如果实在无法弥补,那么往往建议控诉方撤诉。但在调研过程中,尚未发现一起因非法证据排除而导致检察院撤诉的案件。尽管非法证据排除规则的立法初衷在于保障被告人的权利,但一些受访法官认为,在实践中,非法证据排除的申请、启动与证据合法性的调查更多是为了在程序上回应被告人的诉求,以缓解其怨气。因为,对于实体正义的强调使得法官不敢在程序上有所作为。再加上以案件事实认定是否有错误为标准的错案责任追究制,法官难以承担因排除非法证据而可能导致的错案责任追究后果。

总之,就目前而言,笔者所看到的非法证据排除规则实践是一张冷清的面目,零星的排除决定在某种程度上也只是在定罪量刑不受影响前提之下的“选择性排除”结果。当排除非法证据将导致案件的处理陷入僵局或困境,可能不得不对被告人宣判无罪时,法官们选择的不是对非法证据排除规则的严格执行,而是选择了另辟蹊径,通过决定延期审理给检察机关对相关非法证据进行补正、解释,甚至补充新的指控证据机会,使非法证据在其他证据的印证补充下合法化,或者即使被排除,也不影响被告人的定罪量刑。这种“选择性排除”情况的广泛存在,在一定程度上影响了非法证据排除规则在中国实践中的走向。

三、“热”与“冷”何以悖反:基于学理角度的分析

在众声喧哗的热闹话语背后,非法证据排除规则在中国的刑事司法实践中却鲜见适用,从而呈现出“话语热闹”与“实践冷清”之间的强烈反差。热闹的话语曾经在相当程度上促成了规则的出台,但并未促成规则的充分实践,即使当下有关非法证据排除规则的话语热闹程度并未随着规则的出台而消退,甚至随着一些“疑案”、“冤案”的接连披露而上涨,但这并未能从根本上改变非法证据排除规则话语与实践间依然“热”与“冷”悖反的紧张关系。

从根本上讲,非法证据排除规则话语与实践的“热”与“冷”的悖反,反映的是国家权力与个人权利之间的角力。笔者的一个基本判断是,中国的非法证据排除规则某种程度上是一个有着保障个人权利外衣但实质上却是国家权力优先的规则。换言之,非法证据排除规则的表面出发点和落脚点是保障被追诉人的权利从而维护司法公正,^①但仔细分析条文尤其是条文的执行,不难发现,其本质及实践操作是国家权力本位,即优先考虑的是国家权力运行,保证行使这些权力的机关的组织目标得以实现。正因如此,必然导致公众期待并认可的(保障个人权利模式的)非法证据排除规则虽然得以确立,但因内在的国家权力优先

^① 立法机关对非法证据排除规则立法目的的阐释是:“为从制度上进一步遏制刑讯逼供和其他非法收集证据的行为,维护司法公正和诉讼参与人的合法权利,对于非法取得的证据严重影响司法公正的,应当予以排除”。参见全国人大常委会法制工作委员会刑法室编:《〈关于修改中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2012年版,第57页。

模式的制约,而最终得不到真正有效的实施,形成“热”话语与“冷”实践的差异。何以如此?笔者以为,可从以下方面展开分析:

其一,从非法证据排除程序的启动机制上看,被告人被施加了基本上无力承担的举证义务。新《刑事诉讼法》第 56 条第 2 款要求被告人在申请排除时应当提供相关线索或者材料,《最高法院解释》第 96 条则明确指出了包括要提供涉嫌非法取证的人员、时间、地点、方式、内容等相关线索和材料。这种立法要求本身就体现着国家权力优先的考虑。因为在实践操作中,被告人一般无法做到提供如此详细的线索及材料。如上文所述,在我们的调研过程中,不少法官都明确指出,被告人不可能提供相关线索及材料。在被告人基本没有证明自己申请主张的机会、可能性以及相关手段的现实情境下,保障个人权利的价值取向也就很可能被视为非法证据排除规则的“外衣”了。

其二,非法证据排除程序中的官方自证机制及证明体系的偏向性。非法证据排除的证明机制偏向于侦控机关,允许其自我证明。非法证据排除程序的调查中,法庭认可的证明方式一般包括展示同步录音录像、出示侦查机关出具的“情况说明”、调取并出示犯罪嫌疑人的“入所体检表”或医院检查记录、申请警察及其他证人出庭作证、提供被告人的重复供述、申请鉴定人出庭作证等。然而,这些方式与材料基本上处于侦控机关自控范围内,尤其是侦查阶段律师的介入作用有限,更不可能像域外某些国家一样,犯罪嫌疑人在被讯问时有律师在场,或者有第三方在场,取证现场缺乏有效监督。更为重要的是,在被告方提出排除非法证据申请时,又是由侦控机关自证取证合法,在这样一种“自证其清”的机制下,侦控机关既可以证明自己取证行为的合法性,当然也可以掩饰其行为的非法性。

需要指出,这种证明体系的官方偏向性也非常强。一方面,无论是从制度层面还是实践操作看,是否排除非法证据并不影响与非法证据相关联的其他证据的认定,例如“毒树之果”不会被排除,“重复自白”的运用仍然通行无阻。另一方面,目前的立法并未针对非法证据排除设立一个明确的证明标准,新《刑事诉讼法》第 58 条和《最高法院解释》第 102 条都仅规定“确认或者不能排除”存在非法取证情形的两种决定模式。这种表述方式几乎意味着法官完全可以自由裁量,国家权力本位的特征不言而喻。

其三,中国刑事司法的体制性与机制性因素会促使非法证据排除规则的执行进一步偏向于侦控机关。这主要表现为公检法机关互相配合以及侦查中心主义的体制与机制,并且通过政法委员会的“协调”可以施加压力,从而迫使审判机关不得不接受侦控机关的意见。从刑事诉讼程序侦查、公诉、审判三阶段的划分模式来看,非法证据排除程序主要指向并挑战的是侦查环节。然而,中国刑事诉讼的现实情况是,侦查机关特别是公安机关,经常担着“严打”、“定期破案”、“命案必破”等压力,但是又受制于现阶段侦查能力和侦查手段的局限,很难依靠零口供定案,为了能“顾大局”、“安民心”、“稳秩序”、“有交代”,^①往往从快采取各种策略侦破案件,甚至有时采用忽略程序或者规避程序的方式,进而出现刑讯逼供等非法获取证据的现象。在侦查中心主义的体制与机制下,侦查工作的质量从根本上决定着审判的质量。侦查取证行为即便存在违法,如果因此导致所获取的证据一律被排除,那么也将最终影响认定案件事实这一审判职能的发挥,可谓是一荣俱荣、一损俱损。

与体制性因素相关联,审判人员的观念性因素也会强化非法证据排除规则的国家权力本位取向。在现有的刑事诉讼体制内,刑事法官很容易达成与侦查人员、公诉人联手查清案件事实、打击犯罪的默契。其秉持的审判理念更多不是对同处体制内且居于“上游工序”的公安、检察机关的制约和质疑,而是对被告人不信任的检视和下意识的排斥。在打击犯罪观念强势存在的现实情境下,审判人员自然更相信证据的客观性、相关性,而不太重视证据的合法性问题。尤其是在证据的合法性与客观性、相关性发生冲突时,更倾向于接受而不是简单否定。这无疑会强化已然显现的国家权力本位模式。可以说,如何更好地实现打击犯罪、维护社会的和谐稳定、最终实现社会的“治理”,是我国司法机关当前考虑的头等大事,亦是我国刑

^① 参见胡志坚:《刑事非法证据产生的原因》, http://www.procedurallaw.cn/xsss/zdwz/200807/t20080724_51285.html, 2014-05-30; 刘忠:《“命案必破”的合理性论证——一种制度结构分析》,《清华法学》2008 年第 2 期。

事司法的“现实图景”。

从某种意义上讲,非法证据排除规则是一种法治化了的“理想图景”,其“保障人权”的核心价值难以得到有效实现,而国家权力优先的内在属性在某种程度上不可避免地使其成为消解我国刑事审判基础的程序机制,因此自然与目前刑事司法权力的运行机制存在不可避免的矛盾。非法证据排除程序的基本运作方式是,先由被告方提出申请,而后通过刑事司法主体内部的自我否定或对立否定进行证明,要顺利实现这种否定无疑就要对注重国家权力优先的诉讼机制进行根本的改造。当“理想图景”与“现实图景”相互碰撞、抵牾时,罅隙就会变得越来越大且难以填补。矛盾急剧升级之后所带来的后果使解决矛盾或回避矛盾成为不可避免的选择。然而遗憾的是,非法证据排除规则在实践与话语中面临“冰火两重天”的处境显然是矛盾未能最终得以解决的结果。非法证据排除规则虽然在学界、官方与民间热闹非凡,然而司法实务界的冷漠最终证明其已成为束之高阁的具文。这是因为,虽然也有案件责任终身制约束侦查、指控和审判人员尽职,但是程序上违法的结果,相比实体上不查出真相,不惩治犯罪所产生的对社会安定的不利影响,司法主体连同诸多民众都会普遍认为要小得多。也许,价值取向的分歧、生存利益的权衡最终使司法机关倒向了非法证据排除制度设计之初的另一边。

四、能否由“冷”变“热”:问题解决的方向性探寻

从理论层面的价值诉求来讲,国家权力本位显然不是非法证据排除规则的应然面目;从中国刑事司法的现实需求看,非法证据排除规则的冷清实践不应视为一种正常现象。改善甚至扭转这种状况,使非法证据排除规则不仅在话语层面众声喧哗,也在实践中得以正常和有效适用,这是当前亟须解决的问题。中国共产党第十八届中央委员会第四次会议(以下简称中共十八届四中全会)通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》(以下简称《决定》)提出要加强人权司法保障,健全落实罪刑法定、疑罪从无、非法证据排除等法律原则的法律制度。《最高人民法院关于全面深化人民法院改革的意见》指出要严格实行非法证据排除规则,进一步明确非法证据的范围和排除程序。这为非法证据排除规则由“冷”向“热”转变提供了两个明确方向。

第一,通过各种举措的改革促使法院逐步从“不愿排”、“不敢排”转向“主动排”、“敢于排”,落实非法证据排除制度。从目前司法改革的动向来看,部分改革举措已经明确或正在实施。例如,《决定》提出的推进以审判为中心的诉讼制度改革、加强人权司法保障的要求等;又如,2015年1月20日召开的中央政法工作会议作出的全面清理各类司法考核指标、坚决取消有罪判决率等。这些举措都将在一定程度上打破公检法机关互相配合及侦查中心主义的体制与机制,弱化打击犯罪的观念性因素,从而为法院主动、敢于严格依法适用非法证据排除规则,促使该规则由“冷”向“热”转变提供有力的制度支撑环境。当然,彻底打破长期奉行的机制与体制并非朝夕之事。因此,未来的重点应是认真、严格并持续性地贯彻执行上述改革举措。

第二,从技术层面完善非法证据排除规则及其适用程序,构建以保障人权为本位而非方便国家权力运行的,从有利于侦控机关转向制约侦控机关的崭新机制。具体而言,可以考虑的改革举措包括:(1)进一步明确非法证据的排除范围。从技术层面分析,非法证据排除的实践之所以“冷清”,很重要的一点是因为目前法律与相关司法解释所确立的非法证据的范围较为模糊,尤其是不容易识别,且证明的负担较重。因此,未来的改革应该本着“容易识别、便于证明”的原则,在规则层面进一步明确非法证据的范围。一个可资借鉴的技术思路是,最高人民法院《关于建立健全防范刑事冤假错案工作机制的意见》第8条后半部分的规定。^① 相比于以往的界定,这一规定事实上确立了以某种程序性事实的违反作为识别乃至排除非法证据的标准,这既减轻了证明的负担,也降低了法院判断的难度。(2)调整非法证据排除规则适用中的证

^① 该条的后半部分规定:“除情况紧急必须现场讯问以外,在规定的办案场所外讯问取得的供述,未依法对讯问进行全程录音录像取得的供述,以及不能排除以非法方法取得的供述,应当排除”。

明制度。首先,明确辩方申请非法证据排除不以提出非法取证的线索为必要条件,线索属于可以提出的范围,而不是必须提出;其次,法院启动非法证据排除的调查程序以辩方的申请为条件,即只有辩方提出申请,法院必须启动调查程序;最后,适当提高控诉方对合法取证行为的证明标准,只要控诉方的证明不能达到既定的证明标准,从而不能排除非法取证可能性的,原则上应该排除相关证据。

当然,作为一项移植的法律制度,非法证据排除规则在中国的真正有效确立与实施还必须要考虑政治、社会因素。正如美国学者达马斯卡所言,全面、系统、原汁原味的法律移植事实上很有可能过分理想化,而与法律移植受体国的经济、政治、文化等社会现实抵触,从而丧失效用。^① 尽管非法证据排除规则改造式地移植到了中国,但国内现有的刑事犯罪惩治体系与能力无力充分驾驭公权力,保障当事人的合法权利。我国司法机关的刑事诉讼价值观仍然停留在以打击犯罪为主的实质正义,与程序正义相距甚远。此外,没有配套建设该制度的宏观法治环境,诸如当事人主义诉讼结构的调整等也是非法证据排除制度落地却难以生根的重要原因之一。强调非法证据排除更大程度上是坚持理想化的程序法治目标,而不主要是当下的现实国情。如何避免资源浪费,更加厚实地推动法治的进步,还需要社会制度的配套建设以及司法改革来支撑。一些基本定型的制度如不改变,非法证据排除连话语关注的热度都会丧失。要充分实现制度设计的初衷,宏观的制度需要变化,甚至还有一些法外因素需要考虑改进。而以现实的情况来看,诸如案卷机制以及司法官僚关联等机制的打破,可以设想难度极大,能预见的是非法证据排除在中国刑事诉讼中要走的路程还很远。

五、结语

综上所述,诸如非法证据排除所印证的热门“死”条文现象,实际早已出现,并且可能还将继续。诚如前述,这种现象是中国社会转型期的复杂、矛盾情况,尤其是立法与司法、大众与国家、理想与现实差距的一种必然产物。学界精英、立法精英期望有高标准法律,主流媒体及大众、当事人期望国家的法律是能得到全面保障实施的法律,而社会条件和司法实践目前难孚众望。正可谓“理想很丰满,现实很骨感”,毕竟期待性的法律不是现实中的法律。热门“死”条文现象,是一个社会问题,未来怎么样,需要社会性结构因素的调整才会有转变。只有建立起相应的机制促进社会大众与国家(尤其是权力主体)的互动,采取有效路径促进立法与司法的一体化,创造条件促使社会大众与国家、理想与现实互相走近等举措,综合法里法外社会现实条件的改进,特别是凭借中共十八届四中全会吹起的依法治国的强劲春风,或许才有可能使非法证据排除规则起“死”复“生”吧。

责任编辑 詹建红

^① 参见[美]米尔吉安·R.达马斯卡:《比较法视野中的证据制度》,吴宏耀、魏晓娜译,中国人民公安大学出版社2006年版,第231—246页。