

非法证据排除规则运行 状况的实证研究

——以 557 份律师调查问卷为样本

林喜芬*
董 坤**

目次

- 一、问题的引出：非法证据排除规则的改革近况与焦点
- 二、“刑讯逼供等方法”的实践界定与口供排除问题
 - (一) 暴力殴打等肉刑
 - (二) 变相肉刑
 - (三) 威胁、欺骗、特殊的羁押环境等手段
 - (四) 毒树之果或二次自白问题
- 三、非法证据排除程序的运行实践
 - (一) 申请与启动
 - (二) 证明与裁判
- 四、我国非法证据排除规则的进步意义及未来走向
 - (一) 非法证据排除规则的进步意义
 - (二) 非法证据排除规则的未来走向

摘要 以 557 份律师调查问卷为样本,本文展示了 2010 年《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》和 2012 年《刑事诉讼法》确立的非法证据排除规则的运行状况。在律师视角下的司法实践中,司法机关对“刑讯逼供等方法”的界定较模糊,无论是暴力殴打型的肉刑,还是“冻、饿、晒、烤等”“疲劳审讯”“长时间保持某姿势等变相折磨”等变相刑讯,抑或“心理强制、引诱、欺骗”等方法获取的口供,适用非法证据排除的空间都不大。“重复自白”的证据排除并无法律规范,实践中虽已有案例支持排除,但是,可能性也很小。从程序层面讲,非法证据排除程序表现出“辩护方申请难”“控诉方证明易”“裁判者裁量权大”等特点。作为一项系统工程,我国非法证据排除规则的完善与落实,不仅需要

* 上海交通大学法学院副教授、法学博士。本文系作者主持的国家社科基金项目(15CFX028)和上海交通大学文理交叉专项基金(15JCZZ03)的阶段成果。

** 最高人民法院检察理论研究所副研究员、法学博士。

《刑事诉讼法》及其相关司法解释对该规则本身进行合理化,也需要宏观上对“控、辩、审”结构进行相应的调整。

关键词 非法证据排除规则 刑讯逼供 口供 变相刑讯

一、问题的引出:非法证据排除规则的改革近况与焦点

非法证据排除规则的本质目标乃在于通过排除侦查机关以程序性违法行为所获取的证据,遏制程序违法,从而实现司法公平。由于该证据规则被视为是治理我国实践中多发的非法讯问、非法搜查等程序违法行为的良药,因此,近年来学术界对该证据规则给予了充分的重视。^{〔1〕}此轮我国证据制度改革中,无论是2010年“两个证据规定”^{〔2〕},还是2012年《刑事诉讼法》均对该证据规则进行了历史性的改良,确立了初步完整的非法证据排除规则体系。

第一,在制度模式上,确立了“言词证据”与“实物证据”相分离的排除框架。一方面,《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》)(2010年)对于非法言词证据,包括犯罪嫌疑人、被告人的供述、证人证言、被害人的陈述,适用绝对排除的原则。该《非法证据排除规定》第2条明确指出:“非法言词证据,应当依法予以排除,不能作为定案根据。”《刑事诉讼法》(2012年)第54条也规定:“采用刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁等非法方法收集的证人证言、被害人陈述,应当予以排除。”而另一方面,对于非法实物证据则适用相对排除(即附条件排除)原则,《非法证据排除规定》第14条规定:“物证、书证的取得方法严重违法规定,致使严重影响公正审判的,该物证、书证不能作为定案的根据。”《刑事诉讼法》第54条规定:“收集物证、书证不符合法定程序,可能严重影响司法公正的,应当予以补正或者做出合理解释;不能补正或者做出合理解释的,对该证据应当予以排除。”之所以采取言词证据与实物证据相区分的模式,这与我国主流诉讼法学界对中国刑事司法语境的通行认识具有一致性,即,“当前我国刑事侦查的科学技术手段和秘密侦查手段,无论从立法还是从科学技术的发展程度,都远远落后于同刑事犯罪斗争的实际需要,落后于刑事犯罪智能化水平,所以,我们对非法证据排除的范围还不能像英美各国那样,全部实行绝对排除,对非法实物证据只能实行有限排除、附条件的排除。”^{〔3〕}

第二,在程序操作上,确立了从申请、到证明、再到裁判的非法证据排除程序。《刑事诉讼法》

〔1〕 关于非法证据排除规则的研究,参见陈瑞华:《非法证据排除规则的中国模式》,载《中国法学》2010年第6期;陈卫东、刘中琦:《我国非法证据排除程序分析与建构》,载《法学研究》2008年第6期;左卫民:《“热”与“冷”:非法证据排除规则适用的实证研究》,载《法商研究》2015年第3期;龙宗智:《我国非法口供排除的“痛苦规则”及相关问题》,载《政法论坛》2013年第5期;孙长永、王彪:《审判阶段非法证据排除问题实证考察》,载《现代法学》2014年第1期;杨宇冠:《非法证据排除规则及其在中国确立问题研究》,载《比较法研究》2010年第3期;万毅:《“全国首例非法证据排除案”法理研判》,载《证据科学》2011年第6期;林喜芬:《论“两个证据规定”的三大突破与五个局限——以非法言词证据的证据能力为重心》,载《现代法学》2011年第2期。

〔2〕 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2010年联合发布的《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》和《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》。

〔3〕 参见樊崇义:《学习“两高三部”颁布的“两个规定”》,载《法学杂志》2010年第7期。

第56条规定了非法证据排除程序的启动环节,包括职权启动和依申请启动:“法庭审理过程中,审判人员认为可能存在本法第五十四条规定的以非法方法收集证据情形的,应当对证据收集的合法性进行法庭调查。当事人及其辩护人、诉讼代理人有权申请人民法院对以非法方法收集的证据依法予以排除。申请排除以非法方法收集的证据的,应当提供相关线索或者材料。”该法第57条规定了非法证据排除程序的证明环节:“在对证据收集的合法性进行法庭调查的过程中,人民检察院应当对证据收集的合法性加以证明。现有证据材料不能证明证据收集的合法性的,人民检察院可以提请人民法院通知有关侦查人员或者其他人员出庭说明情况;人民法院可以通知有关侦查人员或者其他人员出庭说明情况。有关侦查人员或者其他人员也可以要求出庭说明情况。经人民法院通知,有关人员应当出庭。”该法第58条规定了非法证据排除程序的裁判环节:“对于经过法庭审理,确认或者不能排除存在本法第五十四条规定的以非法方法收集证据情形的,对有关证据应当予以排除。”

上述规范改变了1996年《刑事诉讼法》对非法证据排除规则的“沉默”态度,设定了我国非法证据排除规则的基础框架和操作流程,具有历史性意义。但客观地讲,2012年《刑事诉讼法》对非法证据排除规则的规范还有一些亟待明确的地方,实践中的情况也亟待进一步理清:^{〔4〕}第一,2012年《刑事诉讼法》对以下一些重要的概念内涵并未给予细致的规范,包括到底何谓“刑讯逼供”,变相的刑讯逼供是否属于“刑讯逼供”等。这导致实务中对于何种证据属于非法证据仍然无章可循,^{〔5〕}一定程度上降低了该证据规则(甚至采取绝对排除模式的非法言词证据排除规则)的可适用范围。第二,威胁、引诱、欺骗等非法方法获取的证据应否排除?是否一律排除?第三,毒树之果规则是否应当予以确立?实践中的重复自白问题应如何规制?第四,在程序上,当辩护方提出非法证据排除申请时,法律要求其应提供相关线索或材料,这其中的“应当提供相应的线索或材料”如何解释?实践中的情况如何?虽然法律和司法解释都规定了控诉方应针对证据的合法性加以证明,但是证明的方法是否太过于宽泛、自由?实践中,法院在进行程序性裁判时是否会做出偏向控诉方的裁断?

要回答这些问题,显然不能仅仅停留于法律文本,相反应采取实证研究的方法。就目前而言,针对2012年刑事诉讼法实施情况的实证研究,已有一些涉及非法证据排除问题,但调研对象主要是法院、检察院、公安机关、司法局,^{〔6〕}而以律师为主要调研对象的研究还相对较欠缺。^{〔7〕}带着上述问题,笔者于2015年依托北京尚权律师事务所展开了一项较大规模的问卷调查。该调查的对象主要是那些对刑事辩护有切身体会的律师群体。本次调查分为纸质问卷填答和电子平台填答两种。其中纸质问卷516份,电子平台58份,共有574条数据,剔除正式问题没有作答的17条数据,最终有效数据共557条。从受访律师的地域分布看,其中,吉林和甘肃最多,频次分别为191人和80人;北京、上海、安徽、天津的受访律师也较多,分别有30人左右;此外,广东、浙江的受访律师也在10人以上。在这些受访律师中,只办或主要办理刑事案件的,共占比36.3%,另有约53.7%的受访律师所办理的刑事案件占业务总量的半数以下。因此,作为一次以律师群体为调研对象、以问卷调研为方法的研究,第一,该实证研究尚不能全面反映2012年刑事诉讼法实施三年来非法

〔4〕 限于篇幅,本文主要研究非法言词证据的排除问题。

〔5〕 参见龙宗智:《进步及其局限:由证据制度调整的观察》,载《政法论坛》2012年第4期。

〔6〕 此方面比较典型的实证报告,包括孙长永、闫召华:《新刑诉法实施情况调研报告》(2015);陈卫东等:《刑事诉讼法实施状况研究调研报告》(2013年)。

〔7〕 季卫东:《中国法律服务市场的实况分析》,载《中国律师》2008年第5、6期。

证据排除规则运行的整体状况,总体来说,它还是从律师视角出发的一个实证研究。该研究主要是为了弥补当前学理上的一个现状,即以律师为调研对象的非法证据排除规则研究还较少。^{〔8〕} 第二,由于采用的是问卷调查的方法,因此,不可避免地存在该方法的固有局限,例如,无法很好地避免被访问者的主观性,等等。^{〔9〕} 第三,在论题设定上,该研究也不可能面面俱到,只是择取了非法证据排除规则在理论和实务中最为重要的一些问题;同时,该研究并未旨在进行归因方面的推论设计,即并未旨在通过对律师的调研问卷进行关于“非法证据为何难以排除”的原因分析,因此用于反映律师视角下的运行实践状况还是合适的。^{〔10〕} 考虑到上述背景情况,并且在研究过程中结合了法律专业和社会调查专业的力量,^{〔11〕}该调查研究在一定程度上反映了上述主要省份中律师群体所感受到的非法证据排除规则的实践运行情况。

二、“刑讯逼供等方法”的实践界定与口供排除问题

《刑事诉讼法》第54条规定,采用刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述是应当排除的非法证据,但是对“刑讯逼供等方法”应当如何理解,理论上与实务中均有不同见解。这也导致在界定非法证据排除规则的适用范围时,产生了诸多理解上的差异。《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《解释》)第95条规定,使用肉刑或者变相肉刑,或者采用其他使被告人在肉体上或者精神上遭受剧烈疼痛或者痛苦的方法,迫使被告人违背意愿供述的,应当认定为《刑事诉讼法》第54条规定的“刑讯逼供等非法方法”。最高人民检察院的《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》(以下简称《规则》)第65条规定:“对采用刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人供述和采用暴力、威胁等非法方法收集的证人证言、被害人陈述,应当依法排除,不得作为报请逮捕、批准或者决定逮捕、移送审查起诉以及提起公诉的依据。刑讯逼供是指使用肉刑或者变相使用肉刑,使犯罪嫌疑人在肉体或者精神上遭受剧烈疼痛或者痛苦以逼取供述的行为。其他非法方法是指违法程度和对犯罪嫌疑人的强迫程度与刑讯逼供或者暴力、威胁相当而

〔8〕 基于检察院调研数据的分析,参见董坤:《审查批捕中非法证据排除的实证考察与理论反思》,载《法商研究》2014年第6期。基于法院调研数据的分析,参见前注〔1〕,左卫民文;前注〔1〕,孙长永、王彪文;万毅、李勤、杨春洪、张艳秋:《“两个证据规定”运行情况实证调研——以S省G市地区法院为考察对象》,载《证据科学》2012年第4期;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》,载《中国刑事法杂志》2013年第11期。基于相关数据库中的法律文书进行的分析,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》,载《现代法学》2014年第4期;张健:《非法证据排除规则实施背景下的庭审翻供问题研究——对2011—2013年655起案件的实证考察》,载《暨南学报》2015年第4期。

〔9〕 关于问卷调查的局限,劳伦斯·纽曼指出,“当同样的词汇因社会情境、说这些词汇的人、说这些词汇的方式,以及说的人与听的人之间的社会距离,而有了不同的意义与暗示时,着实令调查研究者困惑。同样,被访者并不总是了解调查研究的社会情境,也可能误解了社会研究的本质,而且也可能努力想从问题的措辞或访问员微妙的行动中找出线索。再者,‘重要的是,不要忽略这样的事实,即访问场景本身不同于其他表达态度的环境,因此我们不应该期望访问中所表达的态度会与在其他社会情境下所表现的态度,完全吻合’”。参见[美]劳伦斯·纽曼:《社会研究方法:定性和定量的取向》(第五版),中国人民大学出版社2007年版,第375页。针对中国律师的研究,刘思达也指出采取定量研究的诸多局限,参见刘思达:《如何研究中国律师业——从2007年中国律师调查问卷谈起》,载《中国律师》2008年第8期。

〔10〕 “学者们警告不要在调查(主要指问卷调查和访问——引者注)中使用‘为什么’问题(例如,你认为犯罪为什么会发生?)……由于很少有被访者能完全意识到那些影响到自己信仰和行为的因素,因此,研究者不能用此类题目来代替一致的因果理论。”参见前注〔9〕,劳伦斯·纽曼书,第333页。

〔11〕 该研究的问卷由从事法律研究的学者设计,问卷发放及初步统计由专门从事社会调查的零点公司参与。

迫使其违背意愿供述的方法。”那么,实践中,对于一些可能被涵括到刑讯逼供等方法的手段,是否被认定为刑讯逼供了呢?以及,通过这些手段获取的口供,能否获得排除呢?

(一) 暴力殴打等肉刑

第一,在受访律师的办案中,因暴力殴打并留下伤痕的方式获取的口供,提出排除申请后被排除的可能性有多大?如表1中的数据显示:总体上,该口供被司法机关排除的操作空间仍然不大。认为操作空间“比较小”和“非常小”的比例之和超过半数,共占比63.3%,其中“比较小”占比34.9%，“非常小”占比28.4%。认为操作空间“适中”的,其实意味着口供“可能被排除,也可能不被排除”,这显示出该类口供被排除的不确定性。如果观察到我国《刑事诉讼法》及相关司法解释对暴力、殴打型刑讯逼供均持否定态度,并对由此获取的口供持严格排除态度,那么,这种口供被排除的不确定性,也应当被视为司法机关在实践中不情愿排除的例证。这样一来,总计比例就达到77.5%。可见,这一被普遍认同的程序法规则仍很难得到刚性实践,非法言词证据的排除问题仍不容乐观。

第二,由于该类口供的排除情况乃是其他变相肉刑所获取口供的排除问题的基准,因此,该数据还可能预示着:其他变相肉刑所获取口供的排除情况可能会更糟糕。

表1 办理的案件中,因暴力殴打并留下伤痕的方式获取的口供,提出排除申请之后被排除的可能性

	频 数	百分比(%)
非常大	23	5.1
比较大	79	17.6
适 中	64	14.2
比较小	157	34.9
非常小	128	28.4
合 计	450	100.2

注:本题是多选题,百分比之和超过100%。

(二) 变相肉刑

“变相肉刑”本身并不好界定,实践中花样繁多,种类各异。理论上争议比较多的主要有三种:其一,冻、饿、晒、烤等讯问方法;其二,疲劳审讯;其三,长时间保持某姿势等变相折磨。时至今日,暴力殴打型刑讯逼供或肉刑方法越来越受到诟病,而且容易引发侦查人员的刑事或纪律责任,因此,实践中直接的肉刑渐渐稀少,而非直接性的、变相的肉刑变得更常见。从规范上讲,与暴力殴打型刑讯逼供或肉刑方法一样,这些非直接性的、变相的肉刑也被我国司法解释或政策所禁止。最高司法机关有关于通过此类手段所获取的口供应严格予以排除的明确规定,例如,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条就明确规定:“采用刑讯逼供或者冻、饿、晒、烤、疲劳审讯等非法方法收集的被告人供述,应当排除。”可以说,禁止变相肉刑既符合实体目标(为了防止冤假错案),也符合程序目标(为了保障程序法规范的有效落实)。然而,司法实践中是否真的如此呢?

第一,以下数据显示:在办理的案件中,(1)针对因冻、饿、晒、烤等方式获取的口供,在律师提出排除申请之后证据被排除的可能性偏小,共占比89.2%。其中,“被排除的可能性非常小”的比重为62.1%，“被排除可能性比较小”的比重为27.1%。(参见表2)(2)因疲劳审讯的方式获取口供,在律师提出排除申请之后被排除的可能性相对较小,共占比80.7%。其中,表示“排除可能性

非常小”的占 51.5%，“排除可能性比较小”的占 29.2%。如果加上“适中”的情况 11.1%，占比 91.8%。（参见表 3）（3）以让被讯问人长期保持某种姿势而变相折磨的方式获取的口供，当律师提出排除申请后，“被排除的可能性很小”的情况共占比 83.0%。其中，“可能性非常小”的占比超过半数，为 51.6%；“可能性比较小”的占比为 31.4%。如果加上“适中”的情况 8.4%，共占比 91.4%。（参见表 4）总体上，这意味着通过以上三种变相肉刑（冻、饿、晒、烤等方式，疲劳审讯方式，长时间保持某姿势等方式）获取的口供在实践中被排除的可能性都非常小。

第二，单纯从数据上看，我们无从具体区分这三种变相肉刑在实践中影响非法证据排除时的差别，因为三种情况都很不乐观，而且相差量也很微弱。这可能是因为这三种情况在实践中的具体表现非常复杂，换言之，有一些案件中可能冻、饿、晒、烤等方式侵犯人权更严重，有些案件中疲劳审讯的侵犯程度可能更高，而有些则可能是让被告人长期保持某姿势的侵犯程度更高。当然，也可能是因为每位律师在各自办案中所积累的针对上述三种变相肉刑的经验和印象不尽相同。

第三，从数据上讲，总体上，通过这三种变相肉刑方式获取的口供被排除的可能性，要比暴力殴打型手段获取的口供被排除的可能性更小。在前者的情况下，受访律师认为嫌疑人口供被排除的可能性比较小或非常小的比例为 80%—90%，而在后者的情况下，受访律师认为嫌疑人口供被排除的可能性比较小或非常小的比例则为 63.3%。而且，相比两种情况，在前者情况中受访律师认为嫌疑人口供被排除的可能性“适中”的比例也小于后者，换言之，在后者情况下，可能被排除、可能不被排除的比例更大。这一点体现了程序侵权程度与证据排除之间的相关性，即侵权程度越高，非法证据被排除的可能性越大。相比而言，在中国非法证据排除实践中，针对暴力殴打型肉刑所获取的口供，律师在辩护实践中还是有操作空间的，而针对三种变相肉刑所获取的口供，则显得没那么乐观。

表 2 办理的案件中，因冻、饿、晒、烤等方式获取的口供，提出排除申请之后被排除的可能性

	频 数	百分比(%)
非常大	17	3.8
比较大	32	7.2
比较小	120	27.1
非常小	275	62.1
合 计	443	100.2

注：本题是多选题，百分比之和超过 100%。

表 3 办理的案件中，因疲劳审讯的方式获取的口供，提出排除申请之后被排除的可能性

	频 数	百分比(%)
非常大	14	3.1
比较大	24	5.3
适 中	50	11.1
比较小	132	29.2
非常小	233	51.5
合 计	452	100.2

注：本题是多选题，百分比之和超过 100%。

表 4 办理的案件中,让被讯问人长期保持某种姿势而变相折磨的方式获取的口供,提出排除申请之后被排除的可能性

	频 数	百分比(%)
非常大	12	2.7
比较大	29	6.6
适 中	37	8.4
比较小	139	31.4
非常小	228	51.6
合 计	442	100.7

注：本题是多选题，百分比之和超过 100%。

（三）威胁、欺骗、特殊的羁押环境等手段

我国非法证据排除规则源于“严禁刑讯逼供、以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据”的规定。1996 年《刑事诉讼法》第 43 条规定：“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。必须保证一切与案件有关或者了解案情的公民，有客观地充分地提供证据的条件，除特殊情况外，并且可以吸收他们协助调查。”后来，1998 年《最高人民法院关于〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第 61 条规定了非法获取的言词证据，经查证属实，不能作为定案的根据；^{〔12〕}1999 年《人民检察院刑事诉讼规则》第 265 条也规定了非法获取的言词证据，不能作为指控的根据。^{〔13〕}直至 2010 年《非法证据排除规定》和 2012 年《刑事诉讼法》确立了明确的非法证据排除规则。

有学者指出，关于所谓严禁威胁、引诱、欺骗等手段获取证据并不合理，^{〔14〕}为此，到底什么样的威胁、引诱、欺骗等手段才超越了合法性的底线，就成为一个在理论上和实务中争论不休的议题，这也影响到由此所获取的口供和其他言词证据的证据能力。当然，尽管理论上仍有关于应排除的主张，但针对这些手段获取的口供能否排除的问题，实务中仍持相对保守的操作立场。在此，表 5-8 考察了以下四种情况：其一，声称不交代就对其亲属采取强制措施而获取的口供。这是一种典型意义上的心理威胁，也可称之为“心理强制”或“心理强迫”。其二，侦查人员在规定场所之外进行讯问。一般认为，讯问场所以外进行讯问不符合规范，同时，该场所可能给嫌疑人造成更大的心理压力。这也属于一种潜在的心理强制。其三，谎称同案犯已招供并骗取口供，这涉及欺骗的情况。其四，谎称交代犯罪就为其办理取保而骗取口供，这既涉及欺骗，同时也涉及引诱。

第一，关于心理威胁的情况，如表 5 显示，在律师办理的案件中，侦查人员声称不交代就对其亲属采取强制措施而获取的口供，提出排除申请之后被排除的可能性是很小的。其中，“非常小”占半数以上的比例，为 68.7%，“比较小”也占到了 25.6%的比例，共占比 94.3%。

第二，如表 6 显示，在办理的案件中，在规定的讯问场所以外讯问获取的口供，涉嫌非法取证

〔12〕 “严禁以非法的方法收集证据。凡经查证确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。”

〔13〕 “严禁以非法的方法收集证据。以刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的方法收集的犯罪嫌疑人供述、被害人陈述、证人证言，不能作为指控犯罪的根据。”

〔14〕 参见龙宗智：《欺骗与刑事司法行为的道德界限》，载《法学研究》2002 年第 4 期。

的,提出排除申请之后,该口供被排除的可能性很小。其中,“非常小”占比 58.1%，“比较小”占比 29.5%。共占比 87.6%。

第三,如表 7 显示,在办理的案件中,侦查人员谎称同案犯已招供,骗取的口供,辩护方提出排除申请之后,该口供被排除的可能性“非常小”的占比为 70.3%，“比较小”的也占据着一定的比例,为 21.2%,共占比 91.5%。

第四,如表 8 显示,在办理的案件中,侦查人员谎称交代犯罪就为其办理取保而骗取的口供,辩护方提出排除申请之后被排除的可能性很小。其中,“可能性非常小”占比超过一半,为 64.0%，“可能性比较小”的占比为 29.8%。共占比 93.8%。

第五,从上述四种典型的威胁、引诱、欺骗等情况看,基本上,由此获取的口供被排除的概率是非常小的,而不被排除的可能性约为 90%—95%,除了第二种情况(87.6%),即在规定的讯问场所以外讯问并获取口供。这其中,侦查人员声称不交代就对其亲属采取强制措施而获取的口供,获得排除的可能性最小(94.3%),谎称招供就为其办理取保(93.8%)或谎称同案犯已经招供(91.5%)这两种情况,获得排除的可能性也非常小,这可能反映出司法机关对侦查机关的该类操作实践容忍度很高——对于公安、司法人员来讲,“这似乎不是问题”。在上述四种涉及威胁、引诱、欺骗的情况中,在规定的讯问场所以外讯问而获取的口供被排除的可能性相对较大,其原因可能是:相对于其他三种情况而言,该种情况更容易证明一些,毕竟,有没有在讯问场所以外讯问是有一定迹象可循的,而所谓声称不交代就对其亲属采取强制措施、谎称招供就为其办理取保以及谎称同案犯已经招供,辩护方较难提供线索或材料。另外,从数据上看,在四种情况中,对于声称不交代就对其亲属采取强制措施而获取的口供,这种心理威胁导致口供排除的可能性最低,甚至还不如引诱、欺骗等其他类型,这让人难以理解。毕竟,前者在讯问手段上较之引诱和欺骗应更具有强制性。

表 5 办理的案件中,侦查人员声称不交代就对其亲属采取强制措施而获取的口供,提出排除申请之后被排除的可能性

	频 数	百分比(%)
非常大	8	1.8
比较大	18	4.1
比较小	111	25.6
非常小	298	68.7
合 计	434	100.2

注:本题是多选题,百分比之和超过 100%。

表 6 办理的案件中,在规定的讯问场所以外讯问获取的口供,涉嫌非法取证的,提出排除申请之后被排除的可能性

	频 数	百分比(%)
非常大	10	2.3
比较大	45	10.3
比较小	129	29.5
非常小	254	58.1
合 计	437	100.2

注:本题是多选题,百分比之和超过 100%。

表 7 办理的案件中,侦查人员谎称同案犯已招供,骗取的口供,提出排除申请之后被排除的可能性

	频 数	百分比(%)
非常大	9	2.0
比较大	30	6.8
比较小	94	21.2
非常小	312	70.3
合 计	444	100.2

注：本题是多选题,百分比之和超过 100%。

表 8 办理的案件中,侦查人员谎称交代犯罪就为其办理取保而骗取的口供,提出排除申请之后被排除的可能性

	频 数	百分比(%)
非常大	10	2.2
比较大	21	4.7
比较小	133	29.8
非常小	286	64.0
合 计	447	100.7

注：本题是多选题,百分比之和超过 100%。

第六,无论如何,威胁、引诱、欺骗等情形导致的口供被排除的可能性总体上仍然小于肉刑或变相肉刑的情况。这也在情理之中,毕竟,前者的程序违法和侵权程度要小于后两者。

(四) 毒树之果或二次自白问题

所谓毒树之果规则,是美国刑事诉讼中对某种证据所作的一个形象化的概括,意指以刑讯逼供等非法手段所获得的证据,并通过该证据而获得的第二手证据(派生性证据)。以非法手段所获得的证据是毒树,而以此所获得的第二手证据是毒树之果。在比较法上,毒树之果规则是争议很大的制度。就目前为止,确立毒树之果规则的国家以美国为代表,而且美国的判例法中还存在诸多关于毒树之果规则的例外规则。其他法治国家对毒树之果规则均持较谨慎的态度,主要原因就在于该规则往往被认为太过于重视正当程序的目标,而轻视打击犯罪的目标。我国非法证据排除规则体系(“两个证据规定”、《刑事诉讼法》以及最高人民法院和最高人民检察院的司法解释)中并不存在关于毒树之果规则的规定。^[15] 据参与制定的人员介绍,《非法证据排除规定》在 2010 年制定之初曾对毒树之果问题做出了如下规定:“对于以前两款的证据为线索取得的证据,法庭根据取证行为违法的程度和案件的具体情况决定能否作为定案的根据。”但考虑到实际情况十分复杂,最终删除了此款内容。因此,非法证据的排除不包括非法言词、实物证据的派生证据。^[16] 而所谓重

^[15] 最高人民法院《解释》为毒树之果规则的适用留下了空间,该《解释》第 106 条(2)规定:“根据被告人的供述、指认提取到了隐蔽性很强的物证、书证,且被告人的供述与其他证明犯罪事实发生的证据互相印证,并排除串供、逼供、诱供等可能性的,可以认定被告人有罪。”也就是说,当不能排除串供、逼供、诱供等可能性时,根据被告人的供述、指认提取到的隐蔽性很强的物证、书证是否具有证据能力,存在解释的空间。

^[16] 张军:《刑事证据规则理解与适用》,法律出版社 2010 年版,第 345~347 页。

复自白问题,主要是指第一次讯问行为不合法,由此获取的口供被排除后,侦查机关又通过一次合法的讯问获取了类似内容的自白,合法获取的第二次自白往往被称为二次自白或重复自白。严格地讲,毒树之果规则主要旨在规制基于某一非法获取的源生证据而衍生出的另一派生证据的合法性问题。重复自白规则解决的乃是同一被告人的、同一内容的自白问题。当然,重复自白也属于广义上的毒树之果,毕竟,它是前一自白派生而来。虽然法律和司法解释对于毒树之果规则或重复自白问题并无明确规定,但在我国刑事司法实践中,已出现了排除重复供述的案件,即被媒体称为全国首例非法证据排除案的浙江宁波章国锡受贿案。^{〔17〕}那么,在实践中,律师眼中的重复自白问题的总体处理情况如何呢?

第一,如表 9 显示,在办理的案件中,被告人有多次供述,其中第一次因刑讯或暴力而被排除,后续的供述并无明显证据证明存在刑讯或暴力等情况,那么,后来获取的其他口供最终被排除的可能性是很小的。其中,“排除可能性非常小”占据很大的比例,为 65.3%,“排除可能性比较小”的也占据相当比例,为 24.7%。两种情况共占比 91%。

第二,这一数据似乎还要比威胁、引诱、欺骗等情况的口供排除问题更乐观,与变相肉刑的情况类似,但比暴力殴打型的情况更弱。这一方面说明,我国虽然无毒树之果问题,但是司法人员在进行非法证据排除(尤其是言词证据的非法证据排除)时,仍会考虑这一问题。另一方面,也说明毒树之果的证据能力问题取决于毒树本身的毒性。由于后续口供是由刑讯或暴力获取的,因此,后续口供被排除的可能性要略强于威胁、引诱、欺骗等情况,略等于变相肉刑的情况。当然,总体上,效果也并不好。

表 9 办理的案件中,被告人有多次供述,其中第一次因刑讯或暴力而被排除,后续并无明显证据证明存在刑讯或暴力等情况,后续其他口供最终被排除的可能性

	频 数	百分比(%)
非常大	15	3.4
比较大	30	6.8
比较小	109	24.7
非常小	288	65.3
合 计	441	100.2

注:本题是多选题,百分比之和超过 100%。

〔17〕 在该案中,犯罪嫌疑人章国锡在审前被讯问了 32 次,起诉时,检方向法院共移送了 23 份讯问笔录。前 6 次笔录内容主要是有罪供认,部分事实有翻供,第 7 次至第 11 次均为有罪供述且内容相同,从第 12 次笔录开始,偶数次讯问笔录内容相同,奇数次讯问笔录内容也相同。最终,一审法院以检方没有提供足够证据证明章国锡审前有罪供述的合法性为由将所有审前供述排除。在一审法院排除的所有审前有罪供述中就包含了重复供述,因为本案中 23 份有罪供述并非每份都是通过刑讯等非法手段获取的,特别是连续几份内容相同的供述,如第 12 次以后的有罪供述。本案中重复供述的排除可以通过章国锡的辩护人所作的辩护词得以印证。辩护词指出:章国锡在 2010 年 12 月 20 日至 23 日遭受了“4 天连续不间断不分白天黑夜连续变相体罚式的讯问”。23 日章国锡做出了第 12 份和第 13 份有罪供述,而后在 2010 年 12 月 24 日、27 日、28 日、30 日、2011 年 1 月 5 日又做出了 10 份内容分别与第 12 次和第 13 次一致的讯问笔录,这 10 份有罪供述“不能不说是以上连续几天几夜刑讯逼供的结果了”。也就是说,章国锡 12 月 23 日做出的有罪供述是连续几天几夜刑讯的直接结果,而后来的 10 份有罪供述并非刑讯的直接结果,而是在刑讯的持续影响下做出的,该 10 份有罪供述即为形式上合法的重复供述。故而,一审法院在将所有审前供述排除的同时也就排除了作为毒树之果的重复供述。参见林国强:《论毒树之果在我国刑事诉讼中的适用空间》,载《河北法学》2013 年第 10 期。

三、非法证据排除程序的运行实践

（一）申请与启动

非法证据得以排除建立在非法证据排除程序得以启动的前提上。根据我国《刑事诉讼法》第54—56条的规定,非法证据排除程序的启动有两种方式:第一种方式是司法机关依职权启动;第二种方式是依当事人及其辩护人、诉讼代理人的申请而启动。由于当事人及其辩护人、诉讼代理人是最直接的利益相关方,因此,他们提出申请的意愿和难易程度直接关系到非法证据排除程序的启动情况。

第一,犯罪嫌疑人一般对非法证据排除规则并不熟悉,因此,非法证据排除的申请往往得益于辩护人的帮助,那么,辩护人是否会认真核实侦查人员是否存在程序性违法行为呢?对此,如图1所示,在侦查阶段会见犯罪嫌疑人时,律师会向嫌疑人询问侦查人员是否存在非法取证的情形占比很高,为86.4%,而不向嫌疑人询问该问题的占13.6%。这说明绝大多数受访律师还是会尽职询问侦查人员的程序性违法情况,这为后续提出非法证据排除的申请提供了信息基础。然而,是否知悉了嫌疑人被刑讯逼供等情况之后,辩护人就会相应地提出非法证据排除申请呢?对此,答案是否定的。虽然提出申请可能会启动非法证据排除程序甚至导致非法证据最终被排除,但是,提出申请也可能带来一些意想不到的风险,例如,司法机关在进行司法决策(如量刑)时,做出不利于被追诉人的裁决。对此,现有的实证数据也显示,在受访的辩护律师中,如图2所示,在提出非法证据排除之前,很大一部分人认为要征求被追诉人的意见,其比例占85.1%,而认为不会征求被追诉人意见的占很小比例,为14.9%。而且,如表10所示,征求意见并告诉申请排除非法证据的法律风险后,比较少和很少被追诉人不同意提出申请项,共占据60.4%(35.6%+24.8%)的比例。这说明尽管存在风险,但是被追诉人仍然希望通过非法证据排除而实现自己的辩护权益。但与此同时,被追诉人不同意提出非法证据排除申请的也有相当数量,“很多”和“比较多”的共占比32.1%(9.2%+22.9%)。这说明被追诉人考虑到各种原因,如司法机关可能在实体上额外加重刑罚,可能会主动放弃非法证据排除的申请。在此意义上,被追诉人会自我吸收或过滤一部分非法证据排除申请。

第二,受访律师在审前阶段启动非法证据排除程序的情况如何呢?《刑事诉讼法》第54条第2款规定:“在侦查、起诉、审判时发现应当排除的证据的,应当依法予以排除,不得作为起诉意见、起诉决定和判决的依据。”同时,最高人民检察院《规则》第68条第2款规定:“当事人及其辩护人、诉讼代理人报案、控告、举报侦查人员采用刑讯逼供等非法方法收集证据并提供涉嫌非法取证的人员、时间、地点、方式和内容等材料或者线索的,人民检察院应当受理并进行审查,对于根据现有

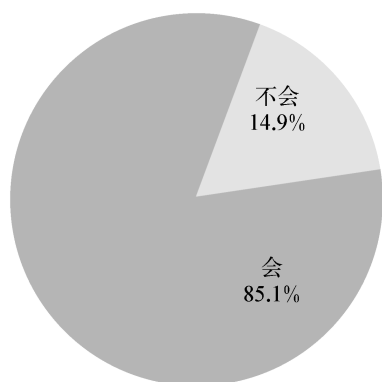


图1 侦查阶段会见犯罪嫌疑人时,是否会向其询问侦查人员是否存在非法取证的情形

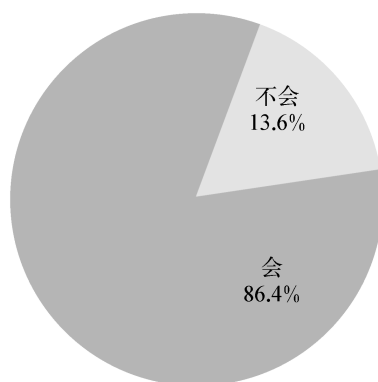


图2 提出非法证据排除之前,是否要征求被追诉人的意见

表 10 征求意见并告诉申请排除非法证据的法律风险后,被追诉人不同意适用的数量情况

	频 数	百分比(%)
很 多	39	9.2
比较多	97	22.9
比较少	151	35.6
很 少	105	24.8
完全没有	34	8.0
合 计	424	100.5

注:本题是多选题,百分比之和超过 100%。

材料无法证明证据收集合法性的,应当报检察长批准,及时进行调查核实。”这说明制度上不仅允许当事人及其辩护人、诉讼代理人在审前阶段(包括审查起诉阶段)提出非法证据排除的申请,而且,审前阶段的司法机关还负有核实和排除非法证据的义务。但是,如表 11 的实证数据显示,在审查起诉阶段是否向公诉人提出过“非法证据排除申请”的调查中,受访者没有申请过的占最大比例,为 48.2%,申请过但并未得到有效对待的,占 30.6%(28.2%+2.4%),申请过且公诉机关给予答复的,占比 22.5%。对此,其一,在审查起诉阶段“没有申请过”,到底是因为没有这种需要,还是客观上有需要但主观上却没有申请。同时,对于后一情形,到底是主观上基于辩护策略希望在审判阶段而非审查起诉阶段提出申请,还是基于对检察机关不够信任而不提出申请?由于现有数据较为有限,单纯从数据上并不能显示出来。但是,如果是客观上有需要但主观上却没有申请,无论是基于“辩护策略”还是“不信任”,均说明辩护方在审前阶段提出非法证据排除申请的意愿并不积极。其二,仅就提出过申请的情况而言,没有得到有效对待的占比达到 30.6%/(101.3%—48.2%)=57.6%。这也进一步说明,即使是辩护方在审前阶段提起非法证据排除申请,公诉机关对待该申请的态度也并不积极,最终非法证据排除程序也难以在审前程序中得以启动。

表 11 审查起诉阶段是否向公诉人提出过“非法证据排除”申请

	频 数	百分比(%)
没有申请过	219	48.2
申请过,但公诉机关没有答复	128	28.2
申请过,公诉机关一般都给予答复	102	22.5
申请过,公诉机关对申请材料拒绝接收	11	2.4
合 计	454	101.3

注:本题是多选题,百分比之和超过 100%。

第三,受访律师在审判阶段启动非法证据排除程序的情况如何呢?其中,如表 12 所示,在审判阶段,辩护方提出非法证据排除申请后,法院不接受申请的仍有一定比例,占比 7.7%。法院接受申请,但要求辩方提供相关线索或材料之后再确定,这种情况占据过半比例,为 52.6%,如果加上“会对辩方提供线索或材料的证明力提出要求,否则不予启动排除程序”的比例(19.6%),则总计为 72.2%。这说明,在审判程序中,非法证据排除程序并不会因为辩护方的申请就轻易启动,相反,或者需要辩方提供相关的线索或材料,这是启动非法证据排除程序的充分条件(如 19.6%的情况所示),或者法院还要在辩方提供的线索或材料的基础上进行裁量,这样一来,“辩方提供的线索

或材料”就是法院启动非法证据排除程序的必要条件(如 52.6%的情况所示)。但无论“要求辩方提供相关线索或证据”是法院启动非法证据排除程序的充分条件,还是必要条件,“要求辩方提供相关线索或证据”本身均可以做实质性解释,这使法院可以较容易地在此环节限制非法证据排除的启动。对此,一方面,如表 13 所示,在提出非法证据排除的时候,法官不当的以当事人未完成提供线索或材料(提供证据)的责任而不启动非法证据排除程序的可能性很大,共占比 84.1%(46.5%+37.6%)。另一方面,如表 14 所示,受访律师若要提供法律规定的辩护方需提供的初步线索或材料,实践中的难度是很大的,其中,认为“难度非常大”和“难度较大”的共占比为 72.9%(45.4%+27.5%)。而为了启动非法证据排除程序,在致力于收集的线索或材料中,如表 15 所示,“被讯问人曾在何时、何地、被何人用何种方式刑讯逼供的回忆”这种线索占比最大,为 70.8%;

表 12 法院审判阶段,提出非法证据排除申请后,法院的一般反应

	频 数	百分比(%)
不接受申请	33	7.7
接受申请,但要求辩方提供相关线索或证据材料,之后再确定	225	52.6
会对辩方提供线索或证据的证明力提出要求,否则不予启动排除程序	84	19.6
只要辩方提出线索或证据材料,即启动非法证据排除程序	40	9.3
虽启动了排除程序,但对争议证据是否被排除,不做出结论性意见	67	15.7
启动了排除程序,但对公诉机关的“证据合法性”证明方式过于宽容	91	21.3
启动了排除程序,根据法庭调查结果,认定控方证据属于非法证据	14	3.3
启动了排除程序,根据法律规定以“不排除非法取证的可能”,判定	9	2.1
合 计	428	131.5

注:本题是多选题,百分比之和超过 100%。

表 13 提出非法证据排除的时候,法官不当的以当事人未完成提供线索或材料(提供证据)的责任而不启动非法证据审查程序的可能性

	频 数	百分比(%)
非常可能	198	46.5
有 可 能	160	37.6
不太可能	58	13.6
完全不可能	11	2.6
合 计	426	100.2

注:本题是多选题,百分比之和超过 100%。

表 14 法律规定的提出非法证据排除,辩护方需提供初步的线索或材料,这在实践中的难度情况

	频 数	百分比(%)
非常大	206	45.4
比较大	125	27.5
比较小	58	12.8
非常小	66	14.5
合 计	454	100.2

注:本题是多选题,百分比之和超过 100%。

表 15 为了启动非法证据排除程序,一般致力于收集的线索或材料

	频 数	百分比(%)
被讯问人曾在何时、何地、被何人用何种方式刑讯逼供的回忆	320	70.8
血衣	147	32.5
伤痕	282	62.4
同监房人员的证言	123	27.2
看守所体检资料	6	1.3
其他	24	5.3
合 计	452	199.6

注:本题是多选题,百分比之和超过 100%。

伤痕线索次之,为 62.4%;看守所体检资料占比最小,共为 1.3%。在实践中,这些线索或证据材料的收集一般是比较困难的,这主要是因为这些线索或材料通常存在于侦查机关所控制的封闭环境中,具有隐秘性和非公开性。同时,根据《刑法》中的相关规定,律师在获取这些线索或材料时,又很容易遭受职业风险。因此,若希望律师在这些线索或材料的获取上态度积极,同时又颇有斩获,可以想见,这在实践中并不乐观。

(二) 证明与裁判

第一,关于非法证据排除的证明。《刑事诉讼法》第 57 条规定:“在对证据收集的合法性进行法庭调查的过程中,人民检察院应当对证据收集的合法性加以证明。现有证据材料不能证明证据收集的合法性的,人民检察院可以提请人民法院通知有关侦查人员或者其他人员出庭说明情况;人民法院可以通知有关侦查人员或者其他人员出庭说明情况。有关侦查人员或者其他人员也可以要求出庭说明情况。经人民法院通知,有关人员应当出庭。”最高人民法院《解释》第 101 条规定:“法庭决定对证据收集的合法性进行调查的,可以由公诉人通过出示、宣读询问笔录或者其他证据,有针对性地播放讯问过程的录音录像,提请法庭通知有关侦查人员或者其他人员出庭说明情况等方式,证明证据收集的合法性。公诉人提交的取证过程合法的说明材料,应当经有关侦查人员签名,并加盖公章。未经有关侦查人员签名的,不得作为证据使用。上述说明材料不能单独作为证明取证过程合法的根据。”从实践的情况看,现有数据(如表 16)显示,在审判阶段非法证据排除程序得以启动之后,控方针对非法证据排除的举证主要包括:讯问笔录等笔录类证据,讯问过程的录音录像,侦查人员签名或侦查机关盖章的关于讯问情况的书面说明,侦查人员出庭作证,以及被讯问人入所的体检表。其中,讯问过程中的录音录像占比最大,为 70.0%;侦查人员出庭作证占比最少,为 36.5%。尽管数据较为有限,但似乎也说明,控方在证明证据合法性时,其一,法律和司法解释所规定的多种方法都在采用;其二,使用“讯问笔录等笔录类证据”(有 55.5%的受访律师提到了此种情况)、“讯问过程的录音录像”(有 70.0%的受访律师提到了此种情况)以及“侦查人员签名或侦查机关盖章的关于讯问情况的书面说明”(有 68.1%的受访律师提到了此种情况)等三种方法较为常见,可能是因为这三者比较容易获取,同时在证明上也比较直接。其三,虽然“侦查人员出庭作证”的证明方式给侦查机关和侦查人员带来了较多的负担,但是,实践中也逐渐开始采用。这应当算是非法证据排除程序中较进步的地方。其四,由于司法解释给“侦查机关的说明性材料”开了口子,实践中,使用这种证据证明侦查行为合法性的方式非常常见,有 68.1%的受访律师提到了此种情况。尽管司法解释也做了限定,即这种证据材料不能单独作为证明取证过程合法的根据,但是,由于这种“情况说明”与讯问笔录、录音录像等的制作主体均是侦查机关,甚至彼此

间具有互生关系，因此，司法解释的该限制在实践中的意义有限。

表 16 审判阶段非法证据排除程序得以启动之后，控方针对非法证据排除的举证

	频 数	百分比(%)
讯问笔录等笔录类证据	242	55.5
讯问过程的录音录像	305	70.0
侦查人员签名或侦查机关盖章的关于讯问情况的书面说明	297	68.1
侦查人员出庭作证	159	36.5
被讯问人入所的体检表	205	47.0
合 计	436	277.1

注：本题是多选题，百分比之和超过 100%。

第二，关于非法证据排除的裁判。《刑事诉讼法》第 58 条规定，“对于经过法庭审理，确认或者不能排除存在本法第五十四条规定的以非法方法收集证据情形的，对有关证据应当予以排除。”现有数据(如表 12)显示，法院在审判实践中，其一，“虽然启动了排除程序，对争议证据是否被排除，不做出结论性意见”的，占 15.7%。这一定程度上说明法院并未树立起完全意义的程序性裁判的理念，不认为针对证据合法性问题的裁判具有与实体性裁判并列的地位。其二，“虽然启动了排除程序，但对公诉机关的‘证据合法性’证明方式过于宽容”的，占 21.3%，这一定程度上说明，即使法院有程序性裁判之形，往往缺乏程序性裁判之实。法院过于宽容的立场很难起到遏制未来违法侦查的目的，这一定程度上体现出在司法实践中，公检法之间的关系比较融洽，而司法审查或权力制衡的机制还未得到真正实现。其三，“确认存在非法取证情形”的裁判和“不排除存在非法取证的可能”的裁判，共占 5.4%(3.3%+2.1%)。这说明我国实践中程序性裁判的机制已经存在，尽管还非常少。

四、我国非法证据排除规则的进步意义及未来走向

(一) 非法证据排除规则的进步意义

在此前的研究中，已有一些学者从法院实践、检察院实践、法律文书状况等渠道，对非法证据排除规则的实际效用做出较不乐观的结论。^{〔18〕} 尽管如上文的实证数据显示，非法证据排除规则的运行现状确实不容乐观，但由于受访对象主要是从事辩护的一线律师，我们也希望得到受访律师关于中国非法证据排除规则的宏观感知，尤其是在提升辩护能力方面。对此，现有数据(如表 17)显示，针对《刑事诉讼法》及其相关司法解释新增设的非法证据排除规则，受访律师中认为“对强化辩护方的对抗能力有帮助”的共占比 51.7%，其中，认为“非常有帮助”的，占 20.9%；认为“比较有帮助”的，占 30.8%。这说明，受访律师对确立该规则的意义还是有所认同的，尽管我们不清楚这种所谓的“非常有帮助”和“比较有帮助”到底是针对刑法修改以前的实践而言的，还是该规则在

〔18〕 左卫民指出，2012 年修改的《中华人民共和国刑事诉讼法》实施后，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。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被排除，即便被排除也难以对案件处理产生实质影响。参见前注〔1〕，左卫民文。吴宏耀通过分析 2013 年有关非法证据排除请求的判决书，指出在司法实践中，法院往往将非法证据排除与供述的真实性问题捆绑在一起，不愿意仅仅因为取证手段违法而排除证据。参见前注〔8〕，吴宏耀文。

辩护实践中确实起到了良好的效果。如果是前者,其效果可能是“久旱逢甘露,但不一定完全解除干旱”;如果是后者,则有“好雨知时节,当春乃发生”之效。而从上述具体问题的数据分析看,很难讲这些正面评价就属于后者,相反很可能属于前者,即从历时性角度所做的正面评价。与此同时,还有一定比例的受访律师直接给予了负面评价,认为没太大帮助(占比 12.5%)或基本没帮助(占比 4.8%),总计 17.3%。还有相当大比例的受访者,认为意义一般,占比 31.9%。其实,律师群体中也有分层现象,不同律师的生存策略不尽一样,一些律师得益于律师同行和律师协会的支援,一些律师善于运用新闻媒体,还有一些依赖于与国家机关(包括公安司法机关)的政治嵌入性,^[19]还有很多仍然默默无闻且艰难地做着刑辩业务,也由此,制度上的发展给不同层次的律师所带来的“议价能力”不尽相同。另外,不同律师的辩护目的和策略也不尽一样。一些律师在依法(包括法律新增加的制度)的前提下,最大限度地促进当事人的合法权益;一些律师旨在通过新增法律来展示自我,从而吸引当事人的眼球,以获取更多的个案收益。^[20]因此,从结果意义上讲,新增非法证据排除规则对于律师的辩护实务而言似乎也并无太多增益。但是,如果从过程的角度讲,由于非法证据排除规则增强了律师在与公权力对抗过程中的“议价能力”,至少是“议价渠道”,因此,也可以算作是一种“聊胜于无”之功效。同样的,对于那些主要将新制度用于在当事人面前“表演”的律师而言,(对于获取更多收益和名声)显然是有益的,而“非法证据是否会被司法机关排除”也就无关紧要了。

表 17 刑事诉讼法及相关司法解释新增设的非法证据排除规则,对于强化辩护方的对抗能力帮助情况

	频 数	百分比(%)
非常有帮助	95	20.9
比较有帮助	140	30.8
一 般	145	31.9
没太大帮助	57	12.5
基本没帮助	22	4.8
合 计	455	100.9

注:本题是多选题,百分比之和超过 100%。

(二) 非法证据排除规则的未来走向

基于上述对我国非法证据排除规则适用情况的实证考察,我们发现,中国非法证据的排除在实践中是不太令人满意的,审慎地讲,是有很大发展空间的。这不仅体现在非法言词证据的界定与排除问题上,同时也体现在非法证据排除的程序上。我们这里并未考察非法实物证据的运行实践情况,因为有非法言词证据的运行情况做参照,非法实物证据的排除情况在实践中似乎不可能得到很好的落实。鉴于以上情况,我们提出以下宏观层面的制度发展建议。

第一,中国非法证据排除规则的发展与落实目前阶段仍应重点关注非法言词证据的排除问题。毕竟,非法言词证据(尤其是刑讯逼供等获取的口供)的排除问题不仅直接关系人性尊严和正当程序价值,而且还与冤假错案的防范息息相关。而至于说其他类型非法证据排除制度的完善,

[19] 关于中国律师在辩护实践中的不同生存策略,参见 Sida Liu, and Terence C. Halliday, “Political Liberalism and Political Embeddedness: Understanding Politics in the Work of Chinese Criminal Defense Lawyers”, 45(4) Law & Society Review 831 - 865(2011).

[20] 关于中国律师在辩护实践中的职业伦理的分析,参见易胜华:《律师职业伦理与影响性案件》,载《司法》2014 年第 9 辑。

并不是说不重要,但就目前的实践情况看,这似乎更显得遥遥无期。为此,制度推动的力量似乎还是应集中于非法言词证据的排除上。而就非法言词证据的排除而言,重点又在于刑讯逼供等方法的界定以及以该方法获取的口供的排除问题上。我们认为,对于非法言词证据的排除问题立法已很明确,关键是如何解释和落实。今后实务中还需要在以下方面不断努力:其一,针对暴力殴打型的刑讯逼供,应严格贯彻《刑事诉讼法》及其司法解释的绝对排除原则。由于《刑事诉讼法》第50条和第54条,最高人民法院《解释》第95条以及《关于建立健全防范刑事冤假错案工作机制的意见》第8条有明确规范,如果不予以有效落实,会损伤到制度的权威性。其二,针对“刑讯逼供等”的解释问题,实务中应将变相刑讯导致的口供的排除效力与暴力殴打型的刑讯逼供等价。同时,还应当积极拓展变相刑讯的外延范围,以期更大限度地遏制有违人道地获取言词证据的侦查方法。至少应将“冻、饿、晒、烤等”“疲劳审讯”“长时间保持某姿势等变相折磨”等较常见、较恶劣的讯问方法纳入变相刑讯的范畴,并对由此获取的口供进行绝对排除。其三,针对“威胁、引诱、欺骗”,由于实践中情况较为复杂,比较法经验中也并非一概排除,^[21]这一点应积极发展程序法方面的指导性案例,同时,应秉持较自由、人道的立场,对一些严重违背底线的心理强制、引诱、欺骗等讯问方法获取的言词证据,也应予以排除。其四,重复自白是中国刑事司法实践中较具特色的问题,考虑到如果对与原始的非法自白有直接关系的重复自白持宽容态度,无异于纵容侦查机关“曲线”规避法律,因此,对那些先前供述是基于刑讯逼供、变相刑讯逼供或严重违背底线的讯问方法获取的,关于其后续重复自白的证据能力问题,我们在此倾向于持否定立场。

第二,中国非法证据排除规则还必须重视程序层面的完善和落实。考虑到实践中“辩护方申请难”“控诉方证明易”“裁判者裁量权大”等特点,未来的发展方向应当是:其一,杜绝不合理地增加辩护方的申请负担。在解释《刑事诉讼法》第56条时,应当对启动环节中辩护方提供线索或材料,遵循自由证明的原则。其二,刑事实务也应进行一定的调整,避免恶意追诉律师的一些正当辩护行为,使之在申请非法证据排除时不至于有所顾虑。其三,法官应秉持客观公正的立场,不得因辩护方提出非法证据排除而在实体上做出歧视性处理,即赢了程序性裁判,输了实体性裁判。其四,对于控诉方关于证据合法性的证明问题上,应进一步强化侦查人员或其他人员的出庭说明义务,减少“办案经过”“情况说明”之类材料的使用。如果在今后的刑事程序改革中我国确立司法审查和司法令状主义原则,则在侦查机关的取证行为事先曾获取侦查令状的情形下,则因事前曾获取司法令状可推定侦查机关取证行为合法,适度弱化追诉机关针对侦查行为具有合法性的证明责任;反之,若侦查机关的取证行为乃是无令状的情形下展开的,则由追诉机关担负举证责任,证明标准需达到高度概然性之要求。^[22]

第三,非法证据排除规则的完善与落实是一个系统工程,刑讯逼供等讯问方法的禁止,以及非法证据排除程序的合理化,也并非易事。这不仅需要《刑事诉讼法》及其相关司法解释对该规则本身进行合理完善,而且需要一系列配套机制:其一,侦查讯问程序的进一步细化,这是判断程序性合法与否的有效标准。其二,强化律师的参与权和辩护权,这是实现程序性裁判机制中控辩平等的必要条件。其三,调整公检法三机关的权力关系,实现以审判为中心,这乃是确立程序性制裁机制和实现公正审判原则的重心所在。但这其中的每一项都涉及体制的改革和机制的调整,能否早日实现,也许只能默默期许!

(责任编辑:李迎捷)

[21] 参见前注[14],龙宗智文。

[22] 参见林喜芬:《“程序性制裁理论”的理论反思——以非法证据排除规则为分析焦点》,载《南京师大学报》2010年第2期。