

# 我国非法证据排除 程序分析与建构

陈卫东 刘中琦\*

---

**内容提要：**非法证据排除制度在我国的建立已是必然，但如何建立该项制度，特别是在程序上如何设计，国内的研究仍略显薄弱。从非法证据排除程序的提起开始，动议的主体、时间、方式、排除庭审的性质、运作模式、规则、证明等诸多方面都需要结合域外经验及我国现实进行深入地分析、讨论，才能得出一套可行的设计方案。

**关键词：**非法证据排除程序 排除动议 程序性裁判

---

最高人民法院以司法解释的形式明确规定，非法取得的被告人供述、被害人陈述和证人证言不得作为定案依据，正在进行的刑事诉讼法再修改亦将非法证据排除纳入修法讨论之列，我国刑事诉讼法学界对非法证据排除规则也表现出了浓厚的研究热情，许多学者针对该规则的产生背景、价值、发展、在我国的构建等问题展开了深入的讨论，取得了大量的学术成果。非法证据排除规则对国家权力行使的限制、对警察违法侦查活动的抑制、对司法公正的维护、对受到侵犯的公民权利的救济、对人权的尊重等价值被深刻地挖掘出来。

然而，非法证据排除规则及其背后所蕴涵的深刻的法治精神、人文价值还必须通过具体、可供实际操作的制度体系来支撑，由具体的操作规范来连接理论与现实之间的空白地带。本文就是要尝试通过对制度建构的初步探讨，为我国非法证据排除规则的具体操作程序搭建一个基础性的框架，以作引玉之论。

## 一、提起非法证据排除动议的主体

非法证据当然不会在庭审中自动消失，要排除非法取得的证据必然要经过一定的司法程序，而这样一个特定的程序必然需要特定主体来启动。

（一）作为“非法取证被害人”的被告人

学界对排除动议提起主体存在两种观点。一种观点认为，有权提出非法证据排除动议的主体，是需要达到“个人亲身权利标准”的宪法权利受到侵害的“非法取证被害人”〔1〕；另一种观点认

---

\* 陈卫东，中国人民大学法学院教授；刘中琦，中国人民大学法学院博士研究生。

〔1〕 汪建成：《理想与现实——刑事证据理论的新探索》，北京大学出版社2006年版，第127页以下。

为,采用的标准是“拟进行审查的证据所证明的内容可能对其产生不利法律后果”〔2〕,通过这种“不利法律后果”标准,将提出排除动议的主体限制在了被告人的范围内。这两种标准的不同,所划分出的主体范围自然也存在差异。“个人亲身权利标准”所确定的主体范围包括宪法权利受到非法取证行为侵犯的被告人、证人、被害人;而以“不利法律后果标准”所确定的范围则仅仅包括了被告人(除了宪法权利受到非法取证行为侵犯的被告人之外,还可能是自身宪法权利并未受到非法取证行为侵害的被告人,这类情形在共同犯罪中可能大量存在)。两种标准所确定的主体范围在其重合的地方,即作为“非法取证被害人的被告人”这里达成了一致:当被告人自身的宪法权利在非法取证行为中受到侵害,由此获得的证据在未来的庭审过程中将对其不利时,被告人当然有权提出排除该证据的动议。这也是非法证据排除规则的应有之意。但是除此之外,上述两种标准所涉及的其他主体是否也有权提出排除动议仍需进一步讨论。

## (二) 自身宪法权利并未受到非法取证行为侵害的被告人

依美国非法证据排除程序的一般规定,自身的宪法权利并未受到非法取证行为侵害的被告人是无权提出排除动议的,原因在于“排除侵害其他共同被告权利而取得之证据固可以产生吓阻作用,但将主张排除法则之人作如是扩张,可能会危害有效追诉罪犯及实体真实发现之公共利益,其正当性允有不足。”〔3〕

然而,美国联邦最高法院判例在确定“得主张证据排除当事人适格”原则的同时,又表明“此项原则既非宪法所要求,亦非宪法所禁止。”〔4〕据此发展出了两种不同于“得主张证据排除当事人适格”原则的做法:加州法院对于违反联邦宪法第四增修条款之搜索、扣押,采严格的排除法则,“被告虽非违法搜索、扣押之直接被害人,亦得主张证据排除”;而《美国法学会模范法典》第290.1(5)条则规定:“被告对于违法搜索、扣押其家属、共犯、商业合伙人或同居人而取得之证据,得主张排除之……准许以上列举之人亦得主张排除侵害他人宪法第四增修条款权利而取得之证据。”〔5〕

上述两种不同的规定,分别在不同程度上扩大了有资格提出排除动议的被告人范围,将自身的宪法权利并未受到非法取证行为侵害的被告人也列为动议主体。应当说支持这种“扩大”的理论基础在于“非法证据排除规则”本身所蕴涵的意义及支撑该规则体系的数项基本价值:无论是出于对被告人人权的保护、对警察非法取证行为的“吓阻”还是对维护司法尊严、司法纯洁性的考虑,都应该尽量排除所有通过非法取证行为获得的证据,为此,应当允许任何被告人(即使其自身的宪法权利并未受到非法取证行为的侵害)提出排除动议。

但是,提起排除动议的主体范围,不仅仅取决于规则本身价值的实现,同时必须考虑的因素至少还包括是否能“有效追诉犯罪”,是否有利于“实体真实发现之公共利益”。由此观之,主体范围的问题就不应是一个仅由某项价值、某个法条或某项原则所严格划分的“确定空间”,其在更大程度上是一个带有司法政策性的问题,需要结合当时当地的司法环境进行政策考量。美国联邦最高法院在建立“得主张证据排除当事人适格”原则的同时,又表明“此项原则既非宪法所要求,亦非宪法所禁止”,正是基于此种考虑。

有鉴于此,在我们尚未严肃认真地对这样一个政策性问题进行充分的调查、研究之前,“自身的宪法权利并未受到非法取证行为侵害的被告人”是否有权提出排除动议的问题本文暂时无力回答。对该问题的讨论,也不是纯粹的学理探讨、争论就能得到完美结论的,只有紧密地与司法实践、刑事政策相结合,才能获得一个暂时性的答案。

〔2〕 张智辉主编:《刑事非法证据排除规则研究》,北京大学出版社2006年版,第176页。

〔3〕 林辉煌:《论证据排除——美国法之理论与实务》,北京大学出版社2006年版,第101页。

〔4〕 同上书。

〔5〕 同上书,第101页以下。

### （三）宪法权利受到非法取证行为侵害的证人、被害人

证人、被害人往往被排除于该讨论范围之外。这样一个问题的提起，是上文提到的“个人亲身权利”标准衍生出来的问题，即如果证人、被害人的宪法权利受到了非法取证行为的侵害，作为权利受侵害人的证人、被害人是否能像被告人一样提出非法证据排除动议？

从“有权利必有救济”的角度上讲，既然证人、被害人与被告人一样，宪法权利受到了违法取证行为的侵害，那么赋予其排除动议的提起权作为救济自身权利的一种方式，似乎有一定的合理性。但是当我们严格地将问题限定在非法证据排除规则范围内，从该规则产生及存在的意义、价值、功能等角度来进行思考分析时，就能发现，正是由于非法证据排除规则自身的诸多特质，特别是其保障犯罪嫌疑人、被告人基本权利不受国家公权力肆意侵害等方面的价值及功能，使得其并不兼容对证人、被害人的权利救济。若赋予证人、被害人提出排除动议的权利，则对被告人有利的证据也将有可能被列入排除的范围，这无疑是对疑罪从无、有利被告等刑事司法基本原则的违背。因此，宪法权利受到非法取证行为侵害的证人、被害人不应被赋予提起排除动议的权利。证人、被害人所受到的取证侵害应当通过其他途径获得救济。〔6〕

### （四）司法裁判者

应当说，司法裁判者并不包含在上文所提到的两个标准之中，似乎其不应拥有提出动议的权利；同时，依司法裁判者应当消极、居中裁判的特点来看，似乎也不应主动地提出对某项证据的合法性的质疑。但是，在德国法中，“排除不可采的证据原则上不需要一方当事人提出动议。”〔7〕也就是说，负责案件审理的法庭在一定的情况下，可以主动发动排除非法证据的程序。

当法官在证据合法性的审查过程中发现有关证据合法性存在疑问而该证据出于各种原因并未受到任何一方当事人的质疑时，其是否能主动提出对该证据的异议？在我国现行法律框架下，回答当然是肯定的。

在我国，法官角色更为积极，更倾向于职权探知型的司法裁判者，其手中享有较大的权力，在必要时可以依职权对案件相关事实、证据进行审查。这也是由职权探知型的司法裁判者所肩负的责任所决定，其必须对案件事实、相关证据进行认定，使用经由法庭质证所最终获得的证据进行案件事实的重构。负有职权探知功能的积极法官当然应当在发现非法证据嫌疑时对该证据进行认真的审查。同时，在司法制度本身的程序合法性的要求下，司法裁判者对证据是否合法、可采进行的审查过程也必须受到程序的制约。如果由当事人提出的非法证据排除动议要由规范的排除程序进行规范，那么，司法裁判者也不应当仅凭自己的判断而不经任何的程序就将涉嫌违法的证据排除或接纳。如此，司法裁判者也应当是一个特殊的排除动议的提起者。

必须注意的是，在我国未来的非法证据排除程序设计中，这样一种角色安排并不单单是理论分析的结果。我国现今薄弱的刑事辩护体系、刚进入启蒙期的个人权利意识以及公民尚不健全的法律知识三者的结合使得我们不得不让司法裁判者继续承担更多的“保姆”职能：保护法律运行；保护被告人的合法权利；小心翼翼地呵护好正在萌芽期的公民权利意识、法律意识。在中国当代社会经济、文化环境下，奢望犯罪嫌疑人、被告人及其代理律师能完全地发现并指出证据集中可能存在的问题是极不现实的。因此，为了能够使非法证据排除程序得以正常运行，使其功能、价值得以实现，赋予司法裁判者以动议提起权是合理和必要的。

### （五）辩护人

我国刑事辩护率较低，大多数刑事辩护特别是重罪案件的辩护多为指定辩护，辩护律师介入诉讼

〔6〕如果在取证过程中，侦查机关的非法取证行为侵犯了证人、被害人的合法权益，证人、被害人完全可以通过申诉、控告、检举、要求赔偿、追究刑事责任等行政、民事、刑事司法程序来救济。参见前引〔2〕，张智辉主编书，第178页。

〔7〕〔德〕托马斯·魏根特：《德国刑事诉讼程序》，岳礼玲、温小洁译，中国政法大学出版社2004年版，第201页。

的时间较短、与被告人的接触不够全面深入。因此，被告人在庭审前能够从辩护律师那里得到的帮助十分有限。辩护律师还可能出于种种主观或客观的原因不能或不愿提出非法证据排除的动议。在此情况下，将辩护律师列为有权提出动议的主体能够在一定程度上解决这些问题，律师可以通过与被告人的交流以及在庭审过程中发现的问题结合其职业知识及时地、专业地提出排除非法证据的动议。

#### （六）检察官

《日本刑事诉讼法》第309条“声明异议”第1款规定：“检察官、被告人和辩护人，可以对证据的调查提出声明异议。”〔8〕该规定明确地赋予了检察官提出异议的权利。《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》第235条“关于排除证据的申请”第1款也明确规定“控辩双方有权申请从法庭出示的证据清单中排除任何证据。”〔9〕这样一种将动议提起权赋予控诉方的立法模式是否合理？笔者对此不予苟同。

首先，虽然日、俄两国在立法中都规定了控方与辩方一样，有权对证据的调查提出异议，申请排除“任何证据”，但非法证据排除规则本身却并不是要将所有非法获得的证据都一概地进行排除——有利于被告人的非法证据就不应被纳入排除的范围内。原因十分浅显，无论是打击犯罪还是保障人权，刑事诉讼要实现其目标都应当接受对被告人有利的证据，否则就是对无罪推定原则以及由其衍生的疑罪从无规则的违反；此外，从非法证据排除制度建构的基础而言，从使刑事诉讼行为本身合法化的角度出发对公权力的行使进行限制是制度存在的内核，防止国家公诉机关因其不法行为获得利益是其基本的表现形式。而无论如何对被告人有利的证据都不应被纳入“非法证据排除规则”中“非法证据”的范畴，赋予检察官排除有利于被告方的非法证据的动议提起权是极不合理的。

接下来的问题是，检察官是否有权对其他非法证据提出排除动议？在我国，虽然检察机关法律监督权的性质及其本身的合理性一直受到学界的质疑，但在现行立法及司法实践中，检察机关拥有并行使着法律监督权是一个不争的事实。那么控诉方是否能以行使法律监督权的名义对非法取得的证据提出排除动议呢？依传统的检察机关法律监督理论，对非法证据的法律监督是检察机关法律监督权的应有之意。因此，检察机关享有对非法证据排除动议的提起权似乎就是顺理成章的。“我国目前既有这样的规定，也有这样的学者解释。”〔10〕

然而在诉讼过程特别是庭审过程中，无论是从维持控辩审三角结构稳定的角度出发还是从法律监督的全面性出发，代表国家履行追诉权的检察官就不应当同时履行法律监督的权力。由宪法赋予检察机关的法律监督权要与其追诉犯罪的诉讼职能彻底分离。〔11〕也就是说，检察机关的法律监督更应该是一种事后监督、审判外的监督，而绝非审判中的监督。检察官在庭审、质证过程中对案件、证据等发表的意见绝非在履行其法律监督权，而是其实现控诉职能的表现。因此，以追诉、打击犯罪为核心使命的出庭检察官当然不应被强加上排除非法证据的“重任”。毕竟，这种“自己反对自己”的角色冲突是不合理且无效率的。检察官在庭审过程中发现本方正在提交或准备提交的证据可能是非法获得的时候，不再向法庭提交即可。

## 二、非法证据排除动议的提出

解决了由谁启动非法证据排除程序的问题，下一步需要讨论的就是如何启动该程序。

### （一）动议提起的时间

〔8〕《日本刑事诉讼法》，宋英辉译，中国政法大学出版社2000年版，第71页。

〔9〕《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》，黄道秀译，中国政法大学出版社2003年版，第213页以下。

〔10〕参见《人民检察院刑事诉讼规则》第265条及陈光中主编：《中华人民共和国刑事证据法专家拟制稿（条文、释义与论证）》，中国法制出版社2004年版，第165页。

〔11〕参见陈卫东：《一审程序之后检察官的身份》，《法制日报》2006年6月8日。

## 1. 一般规定——审前动议

《美国联邦刑事诉讼规则》<sup>[12]</sup> 中 Rule12 “答辩和审前动议” 下的 (b) “审前动议” 中规定了非法证据排除动议必须在审前提出。同时, 在该条下的 (c) “动议期限”, 指出法庭可以就审前动议的提出为当事人设置一个最后的期限, 同时安排关于动议的听审程序。由此可见, 美国刑事司法制度中的非法证据排除程序的启动一般是在审前提出的。同时, 《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》也将非法证据排除动议的提起, 规定于第 34 章 “庭前听证” 之中。<sup>[13]</sup>

采用庭前动议的形式排除非法证据, 是因为, “审前动议的要求减少了审判中对于警察与定罪不直接相关的行为的争论, 避免了审判因为这样的补充性的请求而中断。它还可以防止由于审判团已经接触到违宪的证据而不得不宣布无效审判的情形。而且, 对于控辩双方而言都有好处, 即可以在审前就知道哪些材料会或者不会作为证据进入审判。如果审前动议被采纳, 就会导致控诉的取消, 这就避免了为准备庭审的控诉和审判资源的浪费; 或改变了在控诉中的案件意见或者发展了没有受污染的证据。如果审前动议被拒绝, 则被告人就处于这样的境地: 或者做出有罪答辩, 获得一些通过这样的答辩可能获取的让步, 这种答辩不会引起审判; 或者进入审判, 采取有所不同的辩护策略。最后, 在那些允许控诉方提起中间上诉的司法管辖区, 审前动议的要求保护即时上诉的权利。”<sup>[14]</sup>

## 2. 临时动议

虽然有以上所列的理由支持审前提出动议的非法证据排除程序, 排除动议并不是必须要在听审前被提交才会被接受。“在美国各州和联邦法院, 一般都是在审判前提出排除这些证据的动议。如果被告人在审判前的庭审中失去了这个机会, 他还可以在审判中再次提出, 由法庭决定是否批准动议。”<sup>[15]</sup> “在许多司法管辖区, 一个法院可以自由裁量接受一个排除动议, 即使动议没有及时提交。……当有情况表明被告人缺乏正当的机会在规定的时间内提出反对时, 所有的司法管辖区都将给予救济以缓解审前动议的要求。各州的成文法和规则在这方面的表述也不一样, 由此也影响到这种例外的范围。然而, 可以这么说, 除非在最强迫性的情况下, 一般不会缺乏这样的机会。对于排除证据的法律理由的不知晓不是充分的理由, 但是被告人不知悉质疑的证据已经被扣押则是充分的理由。”<sup>[16]</sup>

这样一种“原则”规定之下的灵活变通正好从一个方面说明, 对排除动议提出时间的规定的“底限”并非庭审的效率、控辩双方的庭审策略等问题, 保证陪审团的心证不受非法证据污染才是其决定因素。在陪审团制度下, 必须保证陪审员的心证不受到任何非法证据的污染, 否则陪审员在进行事实判断的过程中, 即使事后被告知该证据因非法获得被排除而不能采纳, 也必然会对其心证产生不良影响, 这是与陪审团制度本身的目的、功能不相容的。正是在陪审团制度的影响下, 为了保证庭审的合法性(陪审团心证的自由、中立)及保证审判程序的效率不会因更换陪审团而降低, 审前动议就成了一个必然的选择。立法中严格规定动议需在审前提出是为了保护陪审团心证, 而在立法之下的灵活规定仍然是在保证陪审团心证纯洁的前提下做出的:

[12] 《美国联邦刑事诉讼规则》在国内已有译本, 见《美国联邦刑事诉讼规则和证据规则》, 卞建林译, 中国政法大学出版社 1996 年版。但该版本所译联邦刑事诉讼规则为 1975 年版, 至今已有 30 多年历史, 其间, 《美国联邦刑事诉讼规则》已做出大量修订, 笔者所能获得的最新版本(2006 年 12 月)的联邦刑事诉讼规则与 1975 年版本相比已有了较大改动(以与本文最为密切相关的 Rule12 和 Rule47 为例, Rule12 在 1975 年当年就进行了 1 次修订, 之后, 分别在 1983 年、1987 年、1993 年、2002 年又进行了 4 次修订; Rule47 更是在 2002 年进行了全面修订, 与 1975 年版本中的 Rule47 已有根本不同)。因此, 笔者仅将该国内译本作为译文参考, 本文中所涉及《美国联邦刑事诉讼规则》之处若无特殊说明都以 2006 年 12 月版为准。参见 *Federal Rules of Criminal Procedure*, US, Printed for the use of The Committee on the Judiciary House of Representatives (December 1, 2006)。

[13] 参见前引 [9], 《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》, 第 213 页以下。

[14] [美] 韦恩·R·拉费弗、杰罗德·H·伊斯雷尔、南西·J·金:《刑事诉讼法》, 卞建林、沙丽金等译, 中国政法大学出版社 2003 年版, 第 581 页。

[15] 杨宇冠:《非法证据排除规则研究》, 中国人民公安大学出版社 2003 年版, 第 111 页。

[16] 前引 [14], 拉费弗等书, 第 583 页。

《美国联邦证据规则（2004）》关于证据能力问题的第104条“先决问题”中的（c）中规定：“在所有案件中，有关（被告人）自白的可采性的审理，应在陪审团审理范围之外进行（out of the hearing of the jury）。”这里用“陪审团审理范围之外”的字样而不用“陪审团不在场”或“避开陪审团”等词语是有理由的。<sup>〔17〕</sup>根据这个条款，法庭在决定口供的可采性时如果有陪审团在场，并不需要陪审团退场，而是将控辩双方叫到法官席商量即可。如果用“陪审团不在场”则需要陪审团退席。其原因在于即使陪审团在场，他们也“看不见”口供，而在口供的可采性决定之前，陪审团也“听不见”口供的详细内容，所以不会对其产生直接的影响。<sup>〔18〕</sup>这样一种灵活规定的核心就在于在保证陪审团心证不受任何污染的前提下，尽可能地保证非法证据排除的动议能够被提出。因此，允许在一些情况下，辩方可以在庭审开始后提出排除动议。一方面可以保护被告方的合法权利，使其宪法权利受国家公权力侵害这一事实能够得到救济，同时又未破坏陪审团制度的功能。

由此可见，规定非法证据排除动议的提出时间所要考虑的因素主要包括：第一，是否有利于提高庭审效率，这是将动议规定在审前的主要原因；第二，是否有利于被告人宪法权利的救济，这是一定情况下允许庭审开始后提出临时动议的主要原因；第三，是否会污染事实裁判者（陪审团）的心证，这是对临时动议设置种种限制的根源。据此，非法证据排除动议提出的时间原则上应当规定在庭审之前，同时以例外的形式允许在庭审过程中提出排除动议。

## （二）动议提起的方式

动议提起方式可以说是在整个程序设计中最为简单、没有太多的理论争议的问题。一般认为，非法证据排除动议可以通过书面或口头的形式提出，这种方式的不同主要取决于该动议本身的性质和当地法院的相关规则。一般情况下，对该动议提出的次数并没有特别的规定。<sup>〔19〕</sup>《美国联邦刑事诉讼规则》Rule 47 动议及支持性宣誓书中（b）项“动议的形式及内容”中规定，一个动议，除非是在庭审或听证过程中提出之外，都应当以书面的形式提出。除此之外，法庭的同意也可以允许动议以其他的形式提出。

应当说，这样一种书面、口头相结合的动议提起形式是合理的，在维护了刑事司法过程的“程序性”的同时，又预先设置了一定空间，保证了被告人权利行使的顺畅。

## 三、非法证据的审查

### （一）非法证据由谁审查

#### 1. 程序裁判者——理想的模式

由于美国的刑事司法体制采取的是一种实体性裁判与程序性裁判严格分离的“二元式结构”，不但实体性裁判和程序性裁判在诉讼阶段上是分离的，其裁判主体也是分立的。<sup>〔20〕</sup>这样一种“二元”主体很好地“割断了非法证据信息同事实裁判者之间的联系，使该证据对事实裁判者最终认定被告人有罪不产生任何影响。”<sup>〔21〕</sup>

决定排除动议提出时间的底限在于防止事实裁判者的心证受到非法证据的污染。正是有鉴于此，排除动议才原则上规定在庭审之前，由预审法官主持进行。即使在有些情况下，该动议未能在

〔17〕 此处的译文在陈界融所译著的《〈美国联邦证据规则（2004）〉译析》（中国人民大学出版社2005年版）中被译成了“应当在没有陪审团的情形下进行”（陈书第5页），比较其英文原文及林辉煌《论证据排除——美国法之理论与实务》一书译文，笔者认为林书明显更为接近《美国联邦证据规则》的本意。

〔18〕 参见前引〔15〕，杨宇冠书，第111页。

〔19〕 Roger Haydock & John Sonsteng, *TRIAL, Theories, Tactics, Techniques*, West Publishing Co. 1991, p. 170.

〔20〕 参见前引〔1〕，汪建成书，第125页。

〔21〕 同上书。

审前被提出，而是在庭审过程中被提出；或在庭前提出反对的动议，而法庭考虑到证人出庭的方便而将此问题延迟到开庭审判时一并处理，此时对证据排除的听审有可能是在陪审团在场的情况下进行的。<sup>〔22〕</sup>但必须注意的是，此时负责处理该非法证据的仍然是事实裁判者之外的程序裁判者：按照《美国联邦证据规则》第104条的规定，此时对非法证据的处理应当“在陪审团审理范围之外”，在庭审法官的主持下进行。

可以说，将事实裁判者的自由心证程序保护起来，使其远离非法证据是整个非法证据排除规则的核心思想。因此，非法证据的审查主体就只能是不负责事实性裁判的程序裁判者。

## 2. 预审法官——能否解决全部问题

由于我国的刑事司法体制是一种与上面所说的“二元式结构”相对立的“一元式结构”，实体性裁判与程序性裁判重合，事实裁判者与程序裁判者重合。关于与我国刑事司法体制相近的德国刑事诉讼法，有学者对这样一种事实裁判者与程序裁判者的重合进行了批评：“鉴于证据由职业法官进行评断，这些职业法官通常了解即使是‘应当排除的’事实（例如被告人受到强迫而作出的供述），因为他们在审前已经检查过公诉人的案卷。因此，排除证据需要法官从他们的头脑中删去特定的事实，并且将判决建立在一种假定的事实上，而不是他们所了解的事实。即使法官愿意遵守法律的要求，不考虑他们所了解的事实，但让他去作出他知道与案件的‘真实’事实没有联系的决定在心理上是困难的。从而，法官试图达到能够与‘真实’事实相协调的判决，并且知道他们必须不能在判决的口头或者书面解释中提及这个事实。从这方面讲，排除证据只不过是法庭论证判决增加困难。对于非职业法官来说，情况稍有不同。因为他们不能接触案卷，他们只了解在审判中被提到的事实。如果某一证据在审前已被确定不可采纳，并且在审判中没有被提交或者被提到，非职业法官就可以在不知晓这些证据的情况下参与判决。但是考虑到非职业法官在法庭实际判决过程中的有限作用，他们（有时）不知晓被排除证据的存在并没有使证据的‘不可采纳’在实践中少一些虚伪。”<sup>〔23〕</sup>

有学者提出应当建立我国的预审法官制度，“程序性裁判应当置于实体性裁判之前，由不同于进行实体性裁判审判法官的预审法官进行。凡是有关包括非法取证在内的程序性争议，都可以经相关人申请启动程序性裁判程序。在程序性裁判中，应当有控辩双方参加且采取公开的听证方式。经过这一程序，预审法官应当就非法证据是否排除问题作出裁决。”<sup>〔24〕</sup>应当说，将排除非法证据的责任交给预审法官，可以将部分甚至是大部分的非法证据排除于庭审之外，使庭审中的事实裁判者不受非法证据的污染。但是，单独的这样一个制度并无力全面地实现非法证据排除。

美国对非法证据排除动议的相关规定从侧面告诉我们，审前动议程序并不能百分之百地将非法证据完全过滤，仍需要在庭审进行中不断地净化证据。<sup>〔25〕</sup>这种遗漏并不是制度设计及实践中的缺陷所造成，而是一种认识上的循序渐进的过程。制度设计者不可能要求诉讼参与人必须在庭审前发现所有有违法嫌疑的证据。应当允许对这种必然的遗漏作出补救。这是一种制度必然，就像通常所说的“有原则就必有例外”，审前通过预审法官排除非法证据作为制度规范，在现实中也必然会出现例外。那么，我国设立预审法官解决非法证据问题的意义及功能就将受到一定程度的怀疑：庭审过程中任何一个非法证据的出现将会导致审前排除的意义消抵殆尽——事实裁判者最终还是接触到了非法证据，其心证仍将受到污染。在这种情形下，如果严格依照非法证据排除规则的精神，就要中止庭审、更换审判法官。这无疑是不可行的，设立预审法官的效率价值无法体现。

〔22〕 前引〔15〕，杨宇冠书，第112页。

〔23〕 前引〔7〕，魏根特书，第188页以下。

〔24〕 前引〔1〕，汪建成书，第126页。

〔25〕 在美国法律规定必须审前动议的情况下，甚至还会出现“一些法官倾向于将排除非法证据的动议向后推迟或直接拒绝，直到这些证据在庭审中被提交出来。”这也从另一个侧面说明仅通过审前程序解决非法证据问题是不充分的。参见前引〔19〕，Roger Haydock等书。

出现这样一种困境的根源在于我们前面提到的“二元式结构”与“一元式结构”的结构性不同。在美国的庭审程序中,法官与陪审团构成的“二元结构”很好地将作为事实裁判者的陪审团保护在非法证据的污染之外。“在陪审团审理范围之外进行”的非法证据的排除程序继续将非法证据信息同事实裁判者之间的联系切断开来,“使该证据对事实裁判者最终认定被告人有罪不产生任何影响。”〔26〕在这种模式下,即使由以后负责庭审的法官主持进行排除程序,也不会对这种事实与程序的分离造成损害。

而在我国现行刑事司法体制下,对庭审法官心证的保护几乎是不可能完成的任务。预审法官解决非法证据排除的思路也许能部分地解决该问题,但难以在根本上满足非法证据排除制度的全部要求。

### 3. 庭审法官——无奈的选择

既然在我国现行的“一元式结构”之下,无法实现由纯粹的程序裁判者处理非法证据问题的理想模式,预审法官的设置也注定无法全面解决非法证据排除的问题,那么,庭审法官担负起部分的排除非法证据的责任就成了一种不得已而为之的方案了。但是,由庭审法官这一事实裁判者与程序裁判者的同一体来解决非法证据问题,本身就与非法证据排除规则设立的本意相左。

英美法陪审团审判下的非法证据排除规则当然地要求陪审团成员不受任何不良信息的污染,用庭前动议、庭审法官和健全的律师辩护制度将陪审团重重保护起来;而大陆法法官审判模式下,当法官仍然能够获得从立法者到一般民众的信任,仍能够拥有依职权调查案件事实的权力时,非法证据排除规则是作为对法官自由心证的一种限制存在。这种限制在一定程度上是“虚伪的”〔27〕。至少如果我们严格依照非法证据排除规则的原生性的要求,作为事实裁判者的法官的心证是不能受到任何污染的。

然而,这样的批评中却又隐含着一种对庭审法官排除非法证据的合理解释:“为法庭论证判决增加困难”。这意味着法官必须在不涉及被排除的非法证据的情况下,通过其他相关证据编织出一个完整的证据链,意味着法官需要使用其他合法的证据来填补非法证据被排除后遗留下来的空缺。当法官在论证其判决时达到这样的要求,那么我们就可以认为非法证据排除规则的意义得到了实现。不同于陪审团制下的“天然的一尘不染”,大陆法系的法官至少可以“漂白”自己的心证。这种“漂白”在英美非法证据排除规则视野下,当然是可笑的、自欺欺人的〔28〕。但是,在我国现行刑事司法体制下,这种“漂白”对我们来说是应当追求并可能实现的唯一的最佳结果。

在我国当前的司法实践中,刑事判决书的内容还远远没能达到这样的要求,要想实现通过“为法庭论证判决增加困难”还需要对判决书的质量提出更高的要求。但是,毕竟提高判决书的说理性已经被提到改革的桌面上,在判决书增加非法证据排除的内容只是一个自然而然、顺水推舟的趋势。相较于由美国的非法证据排除理论与我国现行体制结合而可能出现的“不伦不类”,这样一种理论建构、制度解释及改革方向无疑更为合理、可行。因此,在讨论非法证据排除程序的审查主体时,我们应当大大方方地赋予庭审法官排除非法证据的权力,一方面相信法官的判断力,一方面谨慎地通过提高对判决说理性等方面的要求,对法官的心证予以限制。

## (二) 非法证据排除程序的形式

### 1. 庭审前的非法证据排除程序

《美国联邦刑事诉讼规则》Rule17.1 审前会议中规定,根据当事一方所提出的动议,法庭可以一次或多次地召开庭前会议来解决该问题。2001年11月22日,俄罗斯联邦国家杜马通过新的《刑事诉

〔26〕 前引〔1〕,汪建成书,第125页。

〔27〕 参见前引〔7〕,魏根特书,第189页。

〔28〕 虽然如此,在英美法陪审团审判模式下,当陪审团在庭审过程中意外地接触到非法证据时,如果法官认为该非法证据对陪审团的心证不会产生不利影响,不需要更换陪审团时,只需要告知陪审团将该证据从其心证过程中排除即可,也是一种类似的“自欺欺人”的“漂白”心证的过程。

讼法典》。同1995年《刑事诉讼法典》相比，新法的一个较大变化就是建立了庭前听证程序，以便在正式开庭之前解决一些程序性的问题。非法证据排除程序被置于庭前听证程序之中。<sup>〔29〕</sup>

庭审前提起的排除动议可通过预审法官以审前程序的形式解决。由于审前程序所要解决的其他程序性问题往往比较简单（如证据开示），这样就为更为复杂的排除程序的进行提供了一个较为宽松的操作空间，使其程序安排可以较为灵活：它可以与证据开示程序结合，在证据开示的同时进行该程序；还可以与其他庭前准备程序结合；同时还能够作为完全独立的程序阶段单独地解决非法证据排除的问题。负责该程序的预审法官可以根据实际需要选择庭审的方式。

## 2. 庭审中的非法证据排除程序

非法证据排除程序与正式的庭审程序存在较大差异。二者在程序性质、证据规则、证明责任、证明标准等方面的不同造成了两种程序之间难以相容，如果不将两者分开将可能造成庭审程序的混乱无序。

“二元式结构”下事实裁判者与程序裁判者的分离最大限度地解决了这一问题。《美国联邦证据规则（2004）》关于证据能力的第104条“先决问题”中的（c）规定：“在所有案件中，有关（被告人）自白的可采性的审理，应在陪审团审理范围之外进行”。庭审法官这一程序裁判者召集控辩双方，适用相应的证据规则、证明责任、证明标准，在陪审团“看不见”也“听不见”的情况下解决非法证据排除的问题。这样一来，事实问题、程序问题各归其位，法官、陪审团各负其责，很好地避免了出现庭审混乱的情形。

而在我国的“一元式结构”的庭审程序下，较为理想的模式是将所有非法证据排除程序尽可能地从庭审中独立出来，单独地设置这样一个环节，集中地解决所有未能在庭审前解决的非法证据排除及其他程序性问题。但这似乎并不可行，如果“集中解决”是可能的话，那在审前程序中早已全部“集中解决”这些问题。这如上文中提到的：制度设计者不可能要求诉讼参与人只能在庭审前发现所有存在违法取证嫌疑的证据。当然也就不能严格地要求被告人在庭审中一次性地将所有的非法证据问题集中提出。应当允许对这种必然的遗漏做出补救。如此一来，以独立的庭审阶段解决非法证据问题的设想只能放弃。

既然统一解决不可行，那是不是能将非法证据排除程序分散于庭审的各个阶段（主要是质证阶段）呢？这样设计的好处在于，使被告方在全面、准确地了解控方所提交的证据的前提下提出排除动议，动议更有针对性；同时使法官对证据的可采性进行一证一认，使非法获取的证据一旦被提出即告排除，缩短非法证据在法官心证中停留的时间。这种方案在一定程度上可以说正是针对上述方案的不可能实行而做出的改动，但仍无法避免庭审混乱的情况发生。当非法证据排除程序分散进行时，就要求法官在事实裁判者与程序裁判者的角色之间不断转换，不断地切换其应当适用的证据规则、证明责任、证明标准。这对庭审法官来说无疑是十分困难的，所带来的后果则是两种本应不同的证据规则出现一定程度上的混同。事实问题与程序问题的界限被忽视、取消，而这是有悖于诉讼基本理论的。

上述两种方式都存在如此严重、难以消解的问题，但我们却不得不在这两者中作出选择。既然第一种方式本身与庭审规律相矛盾，根本难以实现，第二种方式就成为了我们的唯一选择。但这也只能是两害相权取其轻的无奈选择。我们只能一方面希望并相信庭审法官能够不断提高他们的职业素养、司法裁判能力，在庭审过程中清晰地将事实问题与程序问题区分开，适用恰当的方式对各类问题进行裁判；同时，通过庭审规则的制定帮助庭审法官实现这样一种区分。

## （三）审查结果

当非法证据听审程序是在审前，由专门设置的不同于庭审法官的预审法官负责时，预审法官是

〔29〕 参见前引〔9〕，《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》，第213页以下。

否能直接作出具有法律效力的裁决？是否需要像美国的治安法官那样仅向庭审法官提交一个建议书？在笔者看来，预审法官不同于庭审法官的制度设计，本来正是出于一种防止庭审法官心证受到污染的目的。如果其并不享有具有法律效力的裁决权，而是由庭审法官保留这样的权力，那么这样的制度设计的意义将丧失殆尽。在一定意义上，可以说预审法官所应当承担的就是“二元裁判结构”下的程序裁判者的角色。虽然如此一来，似乎一个案件的司法裁判权被剥离出一部分，出现两个裁判权主体，与我国传统的“一元裁判结构”相冲突。但在现行制度下，这样的设计却是一种较为可行的方案：既然现在我们不能完全地将庭审法官所拥有的事实、程序裁判权分割开，只能一方面期望庭审法官能够通过自身的努力将这两种裁判形式区分开来；同时再利用另外一个新的裁判权主体将其部分裁判权剥离，降低庭审法官事实、程序不分以及心证受到污染的危险。

#### （四）救济

美国非法证据排除的裁判虽然有法律效力，却并非终局裁判。非法证据排除程序的裁判是一个中间裁判，这种裁判是允许审判法官在裁判作出后再次对其审查的。一个裁判只有当其不再会被重新审查时才是终局的，而非法证据排除的裁判并不能明确地归入终局裁判中。<sup>〔30〕</sup>负责上诉审的法院（这里不是指联邦巡回区上诉法院）才对各地区法院所作出的裁判享有最终的司法裁判权。<sup>〔31〕</sup>法律为非法证据排除程序提供了相应的救济手段，即当控辩双方对地区法院所作出的非法证据排除的裁判不满意时，可以向上诉法院提出上诉。

##### 1. 上诉

在美国法中，绝大多数证据方面的裁判是不可上诉的中间裁判（interlocutory order）。当庭审中作出此类裁判时，马上就对该裁判进行审查是不切实际的，由此给庭审带来的中断对法官和陪审团来说都是无法接受的。分散、琐碎的审查会成为当事人担心得到不利判决时拖延审判的武器。而如果上诉法庭对这些中间裁判审查，由于没有完整的庭审记录，其所得到的结论往往很不稳定。因此，证据裁判的重新审查往往都在对案件的判决作出后才能被提出。<sup>〔32〕</sup>

但是，对非法证据排除裁判的上诉却是一个例外。法律明确规定在判决作出前，控方可以提出中间上诉（interlocutory appeal）。在联邦法庭所审理的刑事案件中，对于排除非法证据的裁判所提出的上诉应当在被告未陷入不利情境之前、判决作出之前或提出指控之前作出。而控诉方只要能够证明上诉的目的不是为了拖延审判而且该证据对诉讼证明能起到实质性的作用即可。<sup>〔33〕</sup>美国的许多州也有类似的规定，认可了控诉方的中间上诉权。<sup>〔34〕</sup>但控辩双方并不是都可以就非法证据排除问题提出中间上诉。“传统观点认为，被告人不得对审判法院签发的初步指令提起上诉。一般来说，州允许被告人只能就裁决后的最终判决提起上诉，所有对初步指令的不服均在审判终结时的上诉中集中提出。”<sup>〔35〕</sup>有案例支持了这种观点，不允许被告人因非法证据排除动议被否弃而提出中间上诉。<sup>〔36〕</sup>这种“不平等”的规定，主要是由于检察官对庭审判决的上诉权受到限制，控方上诉

〔30〕 参见 Garrett T. Reece, *Securing One's Fourth Amendment Rights through Issue Preclusion: Assessing Texas's Application of Collateral Estoppel to Multiple Suppression Motions Filed in Separate Courts*, Saint Mary's Law Journal 2005.

〔31〕 28 U. S. C. § 1291.

〔32〕 参见 [美] 克里斯托弗·B·米勒、莱尔德·C·柯克帕特里克：《证据法：案例与难点（案例教程影印系列）》，中信出版社 2003 年版，第 56 页。

〔33〕 18 U. S. C. § 3731。关于非法证据排除程序的中间上诉权最早出现于 1968 年的修正案。

〔34〕 参见前引〔32〕，米勒等书，第 57 页。

〔35〕 [美] 爱伦·豪切斯泰勒·斯黛丽、南希·弗兰克：《美国刑事法院诉讼程序》，陈卫东、徐美君译，中国人民大学出版社 2002 年版，第 603 页。

〔36〕 参见 *Sell v. United States*, 539 U. S. 166 (2003); *DiBella v. United States*, 369 U. S. 121 (1962); *Carroll v. United States*, 354 U. S. 394 (1957)。

权与辩方上诉权存在不对称 (asymmetry), 而作为一种平衡手段赋予检察官的。<sup>[37]</sup> 因此, 非法证据排除程序中的中间上诉权并不是平等赋予控辩双方的。被告人如果对非法证据排除程序所作出的裁判不满, 希望提出上诉的, 则仍需要等到案件被最终判决后才能集中提出上诉。

在美国, 绝大多数的证据方面的裁判是典型的不可上诉的中间裁判。证据裁判的重新审查往往都在对案件的判决作出后才能被提出。<sup>[38]</sup> 虽然这样的设计可能出现“若下级法院决定错误, 将来有可能会造成重新审判或释放被告的结果, 反而会浪费司法资源。”<sup>[39]</sup> 但这种司法资源的浪费从质的角度讲与庭审分散、琐碎所造成的效率低下具有同质性; 从量上讲, 发回重新审判的情况也必然少于中间上诉打断诉讼进程的情况, 从总体上讲也许中间上诉更加没有效率; 而从更为本质的角度讲, 中间上诉权是作为对控诉方的“补偿”而赋予的, 但在我国, 控辩双方的抗诉权、上诉权基本能实现“对称”, 甚至对控方的抗诉权保障得更加完善, 那么, 这种为了搞“平衡”而赋予的权利就没有了存在的基础。

因此, 笔者认为, 对于我国的非法证据排除动议的救济制度, 大可不必设计一个单独的上诉程序, 而应当将这种上诉合并于案件判决作出后集中提出。我国有学者作出了这样的设计: “对证据是否应当排除的决定的上诉, ……控辩双方有权在提起二审时作为上诉或抗诉的理由。二审法院认为一审的决定严重违法时, 应当撤销原判, 发回重审。”<sup>[40]</sup> “为了防止庭审过分拖延, 对法庭就证据是否合法作出的决定不得立即提起上诉或抗诉, 只能在审判结束时将其作为对实体问题提起上诉或抗诉的理由。”<sup>[41]</sup>

## 2. 上诉法院的主动救济

除了以一方当事人提出上诉或抗诉的形式对非法证据排除程序的裁判进行救济之外, 还有一种由上诉法院主动发动的救济形式。

《美国联邦刑事诉讼规则》Rule 52 “无害错误及明显错误” (b) 中规定, 明显的错误、瑕疵影响当事人基本权利的, 即使当事人未提出异议, 法院仍可以对该问题进行审查。而在非法证据排除程序中, 对非法证据排除动议的裁判则可能出现“明显错误”<sup>[42]</sup>。而“明显错误多发生于证据之准许, 而非证据之排除。因为上诉法院只能检视原审卷宗, 不得调查卷宗以外的资料。当原审法院错误准许某证据为证据, 当事人却未提出异议, 此是否为明显错误, 上级审得自卷宗内发现。若证据遭排除后, 该证据即不在原审卷宗, 上级审通常无法自原审卷宗发现是否为明显错误。”<sup>[43]</sup> 在此情况下, 上诉法院可以将案件发回原审法院重新审判。

这种特殊的救济形式对于我国并不陌生, 我国的刑事诉讼法第 186 条规定: “第二审人民法院应当就第一审判决认定的事实和适用法律进行全面审查, 不受上诉或者抗诉范围的限制。” 在这样的一种全面审查之下, 当然也可以对一审程序中对非法证据排除程序的裁判进行审查, 发现错误

[37] 参见 [美] 罗纳德·杰伊·爱伦等: 《刑事诉讼程序全书 (案例教程系列)》 (影印本), 中信出版社 2003 年版, 第 1450 页以下。这种对控诉方上诉权的严格限制主要来源于禁止双重危险的基本理念。保护被告人不受控诉方的纠缠, 这与我国的禁止双重危险的理念有一定差异。参见 18 U. S. C. § 3731 中第一部分: “In a criminal case an appeal by the United States shall lie to a court of appeals from a decision, judgment, or order of a district court dismissing an indictment or information or granting a new trial after verdict or judgment, as to any one or more counts, or any part thereof, except that no appeal shall lie where the double jeopardy clause of the United States Constitution prohibits further prosecution.”

[38] 参见前引 [32], 米勒等书, 第 56 页。

[39] 王兆鹏: 《美国刑事诉讼法》, 北京大学出版社 2005 年版, 第 14 页。

[40] 前引 [10], 陈光中主编书, 第 484 页以下。

[41] 同上书, 第 486 页。

[42] “明显错误”一般多定义为严重的、异常的、显著的、明了的、高度偏见的或不更正会导致司法不公。参见前引 [39], 王兆鹏书, 第 551 页。美国联邦最高法院曾对联邦法院所管辖的案件提出了明显错误的四个要件: 错误、明显、影响根本权利、严重影响司法公正、独立或司法程序的威信。参见 Johnson v. United State, 520 U. S. 461 (1997)。

[43] 前引 [39], 王兆鹏书, 第 550 页。

时,作出相应处理。

### 3. 上诉审的裁判

上诉审法院在对当事人所提出的关于非法证据排除的异议进行审查时,若发现原审法院对非法证据排除程序的裁判确有错误的,应当如何处理?该问题涉及如何给非法证据定性:其属于程序问题还是实体问题?原审的错误裁判是程序性错误还是实体性错误?<sup>[44]</sup>笔者认为,非法证据排除所涉及的证据合法性问题明显不同于决定犯罪构成的实体问题,“证明证据能力和证明力的事实”与“作为诉讼条件的事实、作为诉讼行为要件的事实、其他诉讼法上的事实”共同构成了作为证明对象的诉讼法上的事实。<sup>[45]</sup>由此可以认为对于非法证据排除的裁判错误应属于程序性错误。依照我国刑事诉讼法的相关规定,应当裁定撤销原判,发回原审人民法院重新审判。<sup>[46]</sup>

## 四、非法证据排除程序的证明

### (一) 证明责任问题

相对于非法证据排除程序的其他设计而言,证明责任问题可能因为其最具理论性,得到了学者们更多的关注。“尽管学者们的论证角度略有不同,但得出的结论基本一致,即被告人对非法证据只承担提供证据责任(即用证据推进的责任),而不承担说服责任;只要被告人完成提供证据责任,那么控方就应当对证据的合法性承担说服责任;被告人承担提供证据责任的证明标准通常较低,而控方承担说服责任的证明标准必须达到最高证明标准;当控方未能证明其证据为合法所得或证明未达到证明标准时,法官应当推定该证据系非法手段所得,并依据非法证据排除规则将该证据予以排除。”<sup>[47]</sup>

笔者基本同意这样一种理论上证明责任的分配方式。但现有的研究多是建立在大陆法系,特别是德国的证明责任理论基础之上的,由此获得的研究成果往往在理论性上无可指责,在实践中却缺乏可操作性。例如,在具体案件中,被告人提供证据责任需要承担到何种程度,才能实现“主观具体的证明责任”<sup>[48]</sup>的转移?在此之后,主观具体的证明责任又如何能在控辩双方之间不断转移,直至法官明确其心证?或直至出现真伪不明而适用证明责任作出裁判?

“事实出发型诉讼”、“具有灵活性、司法对策性强的特点”<sup>[49]</sup>的美国在非法证据的证明责任分配问题(主要针对的是提供证据的责任)的研究上,往往采取的是一种更具操作性的类型化的方法,具体规定各种情况下的非法证据的证明责任。最为基本的分类包括对搜查和扣押所获得的证据、被告人的自白、辨认程序等。<sup>[50]</sup>国内已有学者进行了这个方向初步的探索,即在将非法证据简单地划分为物证和言词证据的基础上展开证明责任的讨论<sup>[51]</sup>。笔者认为,这将是未来我国学

[44] 有学者将该种错误视为程序错误,参见前引[2],张智辉主编书,第193页;而一些学者则将其视为实体问题,参见前引[10],陈光中主编书,第486页。

[45] 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220页。

[46] 《中华人民共和国刑事诉讼法》第191条:“第二审人民法院发现第一审人民法院的审理有下列违反法律规定的诉讼程序的情形之一的,应当裁定撤销原判,发回原审人民法院重新审判:(一)违反本法有关公开审判的规定的;(二)违反回避制度的;(三)剥夺或者限制了当事人的法定诉讼权利,可能影响公正审判的;(四)审判组织的组成不合法的;(五)其他违反法律规定的诉讼程序,可能影响公正审判的。”这种非法证据排除程序裁判错误可以作为“其他”情况,适用该条第(五)项的兜底条款。

[47] 周菁、王超:《刑事证据法学研究的回溯与反思——兼论研究方法的转型》,《中外法学》2004年第3期。

[48] 参见[德]汉斯·普维庭:《现代证明责任问题》,吴越译,法律出版社2000年版,第45页以下。

[49] 参见陈刚:《证明责任法研究》,中国人民大学出版社2000年版,第212页以下。

[50] 参见前引[14],拉费弗等书,第586页以下;前引[1],汪建成书,第134页以下;前引[15],杨宇冠书,第116页以下。

[51] 参见前引[2],张智辉主编书,第187页以下。

者深入研究非法证据排除程序及其证明责任的一个方向,即在原有证明责任分配的理论基础之上,系统地将非法证据类型化,在此基础上对证明责任特别是提供证据的责任等相关问题进行细化,使相关理论更具有可操作性。

## (二) 证明标准问题

以德、日为代表的大陆法系国家,分别就事实问题和程序法问题这两种证明对象设置了不同的证明标准。如德国划分为“严格证明”和“自由证明”,对于程序法问题进行的“自由证明”,“对被告是否曾被施以法律禁止之讯问方法被讯问时,亦可以自由证明之方式认定之,因此只关系一纯粹对诉讼程序错误之认定问题。”<sup>[52]</sup>日本也作出了类似的“严格的证明”与“自由的证明”之间的划分<sup>[53]</sup>。德、日两国的共同点在于将实体法事实与程序法事实区别对待,对程序法事实适用较低的证明标准,这样既能保证认定实体法事实的准确性,又有利于刑事诉讼顺利而有效地进行。

同时,在美国法中,也设置了不同的证明标准。在美国证据法则和证据理论中,将证明的程度分为九等<sup>[54]</sup>。但与德、日不同的是,其并非在区分事实问题与程序法问题的基础之上进行这种划分。在非法证据的证明标准问题上,其仍沿袭了对证明责任分配的讨论模式,在将非法证据类型化的基础上讨论证明标准问题。对于自白合法性的证明标准,美国联邦最高法院否定了排除合理怀疑标准的统一适用,认为优势证据标准即可满足该问题的证明;对于搜查和扣押,“排除证据听证中有结束性的证明标准应当不超过优势证据标准”;对于辨认,“需确立清楚的和令人信服的标准”。<sup>[55]</sup>由此我们可以发现,虽然美国法中并未作出事实问题与程序法问题的划分,但至少非法证据的证明标准问题上,这种区别是天然存在的。事实问题当然地适用“排除合理怀疑”的证明标准,而对非法证据这样的程序法问题的证明要求则往往低于前者。虽然在美国,各州仍然“可以根据他们自己的法律来采取更高的标准。”<sup>[56]</sup>但这种表述本身就说明了对此类问题的证明标准不同于实体法事实。

综上,虽然我国的立法尚未作出类似的划分,但在诉讼理论上,为程序法问题的证明设立低于“排除合理怀疑”的证明标准已基本不存在争议。因此,在非法证据排除程序的证明中,设立一个“优势证据”或“清楚和有说服力的”的证明标准是必要且可行的。

## (三) 证据规则问题

《美国联邦证据规则》第104条“先决问题”中规定:“关于可以作为证人的资格、拒绝证言权的存在或证据的证据能力(之类)的先决问题……法院在决定时,除具有拒绝证言权情形外,不受证据法则的拘束。”<sup>[57]</sup>美国联邦最高法院在其判例中也指出,“在法官本身考虑证据的可采性时,排除规则如传闻禁止应当不适用,法官应当接受证据并给予该证据足够的重视。”<sup>[58]</sup>《日本刑事诉讼法》中也有类似的规定,第328条“用于争辩证明力的证据”规定:“即使是依照第321条至第324条的规定不得作为证据的书面材料或者论述,为争辩被告人、证人或其他人在公审准备或者公

[52] 参见[德]克劳思·罗科信:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,第208页。

[53] 参见前引[45],田口守一,第219页以下。

[54] 第一等是绝对确定,由于认识论的限制,认为这一标准无法达到;第二等为排除合理怀疑,为刑事案件作出定罪裁决所要求,也是诉讼证明方面的最高标准;第三等是清楚和有说服力的证据,某些司法区在死刑案件中当拒绝保释以及作出某些民事判决时有这样的要求;第四等是优势证据,作出民事判决以及肯定刑事辩护时的要求;第五等是可能的原因,适用于签发令状,无证逮捕、搜查和扣押,提起大陪审团起诉书和检察官起诉书,撤销缓刑和假释,以及公民扭送等情况;第六等是有理由的相信,适用于“拦截和搜身”;第七等是有理由的怀疑,足以将被告人宣布无罪;第八等是怀疑,可以开始侦查;第九等是无线索,不足以采取任何法律行为。参见《美国联邦刑事诉讼规则和证据规则》,卞建林译,中国政法大学出版社1996年版,第22页。

[55] 参见前引[14],拉费弗等书,第590页以下。

[56] 同上书,第592页。

[57] 陈界融:《〈美国联邦证据规则(2004)〉译析》,中国人民大学出版社2005年版,第5页。

[58] 前引[14],拉费弗等书,第597页。

审期日所作出的供述的证明力,也可以作为证据。”〔59〕只不过相较于美国相关规定而言,其适用范围受到了较大的限制而已。

至于为什么将用于规范庭审证明活动的证据规则排除于非法证据排除程序之外,则我们仍要回到上文中提到的严格证明与自由证明的区分上。

证据规则的功能之一——“程序性功能”即在于,“在证据规则的屏蔽下,法庭审判阶段与审前阶段在证据问题上处于相对分离的状态。”证据规则所具有的“否定能力”,“最终决定了严格证明活动与自由证明活动的不同。”〔60〕“证据规则实质上是通过宣告哪些证据不得作为证明案件事实的手段界定了严格证明的证据范围”〔61〕。也就是说,正是证据规则的适用,将严格证明与自由证明区分开来。严格证明一方面是指“排除合理怀疑”的最高证明标准;另一方面指的就是多种证据规则适用的严格的证明规范。两个方面共同规范了诉讼证明行为。

因此,既然对程序法问题的证明出于诉讼效率等方面的考虑选择了自由证明的模式,那么,用于规范庭审中对事实问题的严格证明的各种证据规则,也不再适用于程序法问题的证明。

## 五、尾 论

至此,本文完成了对非法证据排除程序的初步讨论和设计。十分遗憾的是,这种讨论和设计只是初步的:有许多问题未能完全展开论述,如非法证据排除程序证明责任类型化的问题;有些问题在未进行相关的刑事司法政策研究之前,笔者也无法给出令自己满意的答案,如排除动议提出主体中“自身的宪法权利并未受到非法取证行为侵害的被告”的问题;有些问题背后的理论背景还可以展开更深入的交流讨论,如非法证据排除程序的审查主体及审查的时间、形式问题。但笔者相信,这只是非法证据排除的具体程序设计研究的开始,随着讨论的展开、研究的深入,这些问题都会得到相应的答复。正如本文开始时所说的,笔者希望这些不成熟的讨论,能够抛砖引玉,引发大家的思考、讨论甚至批评。在思考、讨论、批评的过程中,我们的非法证据排除程序才能逐步建立起来。

〔59〕 前引〔8〕,《日本刑事诉讼法》,第76页。

〔60〕 吴宏耀、魏晓娜:《诉讼证明原理》,法律出版社2002年版,第133页以下。

〔61〕 同上书,第132页。