

或侦查方法的合法性,意味着程序性事实争议已开始被纳入证人出庭证明的范围;对于特殊证人的保护,应当有一定的限度,不能以保护证人为由,任意限制乃至剥夺被告人的对质权。允许卧底警探、卧底者、线民等匿名作证,必须有充分的理由相信匿名作证的目的是为了保护他们和他们的家庭或者避免对其未来行动造成损害,且匿名证人的证言不能作为判决被告人有罪的唯一证据或者决定性证据。

最后,被害人是一种广义上的证人,作为刑事案件的亲历者,其陈述对于案件事实的准确认定起着举足轻重的作用。但是,被害人对刑事司法活动的参与尤其是当庭提供证言、接受控辩双方的质证,则可能使其遭受额外的艰难、伤害和损失。在传统的刑事诉讼中,被害人的安全、隐私以及恢复权等未受到充分的尊重。随着被害人权利保护运动的兴起,在保障被告人对质权的同时,如何防止被害人再次受害,就成为刑事司法中应当予以关注的问题。在刑事证人作证制度的设计中,应当注意保护被告人与保护被害人之间的平衡。

以上情况表明,刑事证人作证制度并非简单的技术性问题,科学技术的发展、诉讼理念的更新、社会的多元化与复杂化、各种利益的重新调整,为刑事证人作证制度的现代形态注入了新的内涵,因此,从总体上看,对于刑事证人作证制度的研究需要更加广阔的视野,应当将其置于刑事诉讼制度发展的整体社会背景下予以考量,而不应仅仅停留于对中国与外国诉讼制度、证据制度简单的对比分析;也不宜抛开制度的不同运行环境,仅仅截取某一侧面(如证人出庭率^[68])进行粗略的类比分析。唯有如此,对于刑事证人作证制度的研究才能达到“既见树木,又见森林”的境界。

建立有刚性且有可行性的违法证据排除规则

龙宗智(四川大学法学院)

我国当前刑事司法法治的构建与完善当以确立违法证据排除规则为最困难且最重要。这一问题之所以难以解决,是因为证据信息的有限性与刑事程序的正当性之间始终存在冲突和紧张关系。因顾及信息有限而保护证据资源,是证据搜集与提供主体的自然选择。然而,国家的程序法治需要在有效证明与程序正当之间寻求一种平衡,就必须建立抑制非法取证的机制。但遗憾的是,中国现行程序制度和程序运行机制并没有给出这样的机制。其主要原因,一是观念和 policy。有力打击犯罪,维护法律秩序仍然是不可动摇的司法主导观念,也是刑事政策的重点。在“稳定压倒一切”的政策指引之下,尤其在反黑风暴、反贪浪潮、特殊事件处置以及其他各种类型的“严打”之中,依法取证的程序要求往往显得苍白无力。二是体制和机制。公、检、法互相配合制约的线性构造,随之产生的“司法一体化”,以及因特殊作用、地位而形成的侦查取证机关的强势和裁判制衡机关的权威不足,形成排除违法证据的体制与机制障碍。三是规则的问题。亦即诉讼法相关证据与程序规则的欠缺以及法律规则缺乏刚性。刑诉法迄今只有合法性的一般要求却无违法排除规范,司法解释^[69]虽有规定,却存在不合理、不全面以及刚性不足的问题。多重障碍,使中国刑事程序中的排除规则迄今未能有效建立。

[68] “证人出庭率”本身有不同的统计方法,如以所有刑事案件作为基数进行统计、以有证人证言的案件作为基数进行统计、以“关键证人”的数量作为基数进行统计等,目前的研究未能关注其中的差异,只是笼统地说“证人出庭率最高不足10%”。

[69] 最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第61条及最高人民检察院《人民检察院刑事诉讼规则》第265条。

然而，对排除规则的忽略可能带来严重的问题：第一，在实体意义上，违法取证易酿错案。最高人民法院曾总结余祥林、杜培武等 16 起冤假错案的教训，指出第一位的原因是刑讯逼供违法取证，同时对违法获取的证据又不能排除。古人称：“捶楚之下，何求而不可得”，当一个人被折磨以至感到生不如死时，其心理防线势必崩溃，一切让渡自身权益的有罪供述皆可取得。而排除有根据怀疑为非法获得的证据，是防止冤假错案最重要的措施。第二，在程序功能上，违法取证势必侵犯人权、破坏法治，损害司法的正义性。而司法人权的保障，程序正义的实现，是我国刑事司法确认的重要价值。第三，从规则体系看，不建立排除规则，将使全部证据规则虚置，程序法治不能有效建立。因为在证明力基本依靠自由评价的情况下，证据规则主要属于证据能力确认的规则，而违法排除涉及最严重的证据能力瑕疵，如果这种瑕疵都能容忍，其他处理更小瑕疵的证据法规则与规范，如涉及证言的传闻排除规则、意见规则，涉及书证的最佳证据规则，关于鉴定结论与勘验检查笔录的证据能力要求，以及关于证据形式、证明责任等问题的法律规定，似乎皆可忽略或变通。而刑事诉讼法关于搜集、使用证据的各种程序性规范，也同样可以忽略与变通。而这种情况，往往就是目前我国刑事诉讼的现实。在这个意义上，可以说不建立违法证据排除规则，就不能建立有效的刑事程序法治。

重证明力而不重证据能力，是我国刑事司法中“重实体、轻程序”法律传统在证明活动中的主要表现。它是传统刑事诉讼中缺乏人权保障，以至刑讯逼供合法化、被告人客体化的对应物和必然产物。改革开放以来，尤其是 1996 年刑事诉讼法修改后，公安司法机关开始转变观念，“实体与程序并重”、“打击与保护并重”的价值平衡观念在最高司法机关的主张与宣传之下开始被司法人员所接受。然而，主张不等于现实。司法构造与运作机制没有根本变化，司法独立性与权威尚未建立，加之“保稳定”仍为主导政策观念，在这种情况下，“并重”实难兑现。

然而，如前所述，不建立具有普遍适用意义的违法证据排除规则，将严重损害刑事程序法治的建立，而且在实体上已伤及根本——冤假错案的发生机率较大，^[70]即使按照“重实体”的实质正义要求，也是需要认真对待的。对此，应当说已有基本共识，目前的问题是如何克服阻力有效建立这一规则。

所谓“阻力”，主要来源于对降低取证效益的顾虑。应当承认，在政策重心不变、权力构造不变的情况下，排除规则的执行空间是十分有限的。考虑可行性，同时考虑用于程序正当性方面的资源十分有限的现实情况，应当限制排除范围。一般认为，排除证据主要涉及人证的排除与物证的排除。由于目前强制侦查的司法审查没有建立，侦查机关具有强大的搜查物证的权限和十分灵活的处置方式，因此非法物证的排除，除“毒树之果”，即以违法人证为线索获得物证的情况外，基本不具备前置条件。加之物证不因违法取证而改变其真实性，使用违法物证不损害实体正义，实践中将其排除更为困难。因此，重心应当放在有效建立违法人证排除规则上。

建立违法人证排除规则，其中几点已有共识：其一，通过修改刑诉法使其立法化；其二，明确控方对程序合法性承担证明责任；其三，降低确认程序违法排除证据的证明标准，由“查证确实”（最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第 265 条）改为“可以怀疑为”（日本刑事诉讼法第 319 条）或者“有根据地怀疑为”非法取得，即应予以排除；其四，违法手段应作合理界定。“威胁、引诱、欺骗”的方法获取证据作为违法手段应作适当界定，否则易与诱惑侦查、线人侦查以及审讯谋略发生混淆。

[70] 机率难以量化。然而笔者认为，实际的问题要比平反冤案所显现的状况严重许多。因为目前所昭雪的重大冤假错案大都是因为发现真正的凶犯或被害人未死亡等。如果没有这些十分偶然的因素出现，错案实际上是很难纠正的。中国刑事司法的制约性不足以及责任追究制度的不合理等原因，使得案件退出机制难以有效建立。

此外,从目前实践中较突出的问题看,还有两点需要在立法和司法解释中注意。一是变相刑讯逼供问题。从总的情况看,由于近年来反刑讯逼供,审讯中的直接暴力应当说有所减少,但是变相刑讯的问题也许更为突出。如长时间不让睡觉,审讯时逼使嫌疑人保持特别姿势,长时间的孤立性、虐待性关押,以及其他使嫌疑人十分痛苦难以耐受的方法。因此,立法上应当明确规定“刑讯逼供以及其他使被审讯人受到精神和肉体折磨的方式”获取的证据材料应予排除(具体措施可以斟酌),以具有概括性。二是“重复自白”问题一定要做出规定。审讯嫌疑人均有几次甚至几十次的笔录。一旦辩方提出违法取供,目前控方的通常做法一是直接反驳称没有违法,二是避开指称的逼供笔录,以其他笔录来指控。如辩护方称纪委程序中取供违法,控方就用立案后侦查阶段检察机关制作的笔录来指控;辩护方称侦查阶段违法取供,控方就用其他审讯笔录包括起诉阶段的笔录来指控,而被告通常也承认后续的这些笔录在制作时并无逼供等违法情事。这里涉及的是“重复自白”的效力问题。由于嫌疑人在封闭空间中一旦供述,通常具有一种延续效力,纪检、公安、检察机关在控诉职能上有相当程度的一致性,而以坦白与抗拒的政策效果宣示来要求保持口供稳定性是案件接续单位的共通做法,因此,在初始违法基础上的“重复自白”原则上仍应排除,立法亦应对此做出明确规定。

较长时间以来,我们研究违法证据排除的视野比较狭窄,注意了违法人证与物证的问题,但却往往忽略了司法实践中其他违法获取证据的情况,以至不仅立法不明确,司法解释也缺乏规定,导致对这些违法情状适用排除规则基本上无法可依。

一是从证据种类看,违法获取视听资料等证据如何排除不明确。除人证、物证和书证外,我国的证据种类还包括勘验、检查笔录、鉴定结论和视听资料。其中,勘验、检查笔录与鉴定结论通常为非强制侦查,违法问题不突出,但视听资料中涉及非法窃听问题,这是各国违法规制的一个重点。^[71]由于技术侦查手段获取有效信息的特殊能力,窃听目前使用十分广泛,滥用窃听(电讯监听)的问题也十分突出。我国宪法对禁止非法通信监听问题有明确规定,因此,防止非法窃听不仅是一个刑事诉讼法问题,也是一个宪法问题。针对这一突出问题,除完善包括窃听在内的技术侦查立法外,必须确立违法窃听的排除规范,以保障公民的隐私权、言论自由和通信自由权不受非法侵犯。

二是从取证主体看,主体违法的情况如何处理缺乏规定。其中比较突出的有两个问题。其一是非管辖侦查单位违法侦查获取的证据的效力问题。这里不包括管辖不清案件的侦查取证,而是指对明知不属自己管辖的案件进行“恶意管辖”(明知违法的情况下进行的管辖),如公安机关管辖定性清楚的贪污、贿赂案,检察机关管辖性质明确的职务侵占案等。实践中,对明知不属自己管辖的案件,因为增加立案数等自身利益考虑而予以管辖的情况比较突出(主要指管辖案件类型较少的检察机关侦查部门)。这种非法管辖获取的证据是否有效,实践中有争议,立法上应当从维护法制的角度做出明确的规定。其二是侦查、检察人员违背回避规定参与取证,由此而取得的证据是否具备法律效力的问题。这种违法常常与利益驱动有关。由此获得的证据,在辩护方有异议的情况下,原则上也应当排除,法律或司法解释也应对此做出明确规定。

三是从取证方式看,违法采取侦查方式,导致整体性取证违法的情况怎样应对缺乏规范。这种情况主要发生在“诱惑侦查”等主动性侦查活动中。如采取违法的“犯意诱发型”侦查方式,并由此获得有罪证据,对于这种违法诱惑的法律后果,法律或司法解释也应当做出明确规定。

[71] 当今世界,以美国“水门事件”为代表的滥用窃听手段酿成政治与司法丑闻的情况十分突出,因此采取包括排除违法获取的视听资料的法律规制措施,在法治国家受到充分重视。

保证侦查取证的效益，即保持侦查活动的定罪效力，是排除规则建立的主要障碍。忽略侦查效益的排除规则是不具备可行性的，而可行性正是中国目前建立排除规则所需要充分关注的问题。为增强可行性，减少执行阻力，可采取以下措施：

一是区分违法必须排除的证据与瑕疵证据，设置底线，限制排除范围。以直接侵犯基本人权的方式获取证据属违法证据，应当适用排除规则；而不直接侵犯基本人权，只是违背取证的某些技术性法律要求，如讯问主体的数量不符合有关规定或人证制作形式不很规范等，可以作为瑕疵证据，不适用排除规则。

二是将一部分证据能力问题转化为证明力问题，即不否定其证据能力，但降低其证明力评价等级。这主要是对于具有违法取证情节，但不是十分严重，或者违法取证的派生性证据等一般不致导致事实确认虚假的证据，不否定其证据能力，而是将其转化为证明力评价问题，予以降低证明力的评价。即不得将这些证据用作定案主要依据，而只能将其作为佐证，即辅助性定案证据。这种做法在实践中已被确认，如证据有瑕疵的死刑案件因证据证明力评价降低，而无法达到死刑立即执行的证明标准，降低为死缓案件处理。

最后仍需强调一点，排除规则建立的根本是要建立司法体制与机制的保障。因此需要推动司法改革，强化司法审查的独立性、权威性与效力，从而努力建构有利于排除规则运行的体制与机制。

“涉黑”案件的分案审理

张泽涛(厦门大学教授)

不当的合并审理，可能导致被告人相互指控而公诉人静坐一旁的庭审局面，为了防止发生诸如此类侵犯被告人辩护权的现象，当今世界绝大多数国家和地区对合并与分案审理都作了严密周详的规定。我国刑事诉讼法中没有任何规范合并与分案审理的条款，最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》（以下简称《解释》）第5条中对此稍有涉及：“一人犯数罪、共同犯罪和其他需要合并审理的案件，只要其中一人或者一罪属于上级人民法院管辖的，全案由上级人民法院管辖。”实践中，只要是案件事实或者犯罪主体之间存在任何关联，法院基于诉讼效率的考虑通常都是合并审理。近年来，严打黑社会性质犯罪是我国各级人民法院的专项任务，法院开庭审理的大多数黑社会性质犯罪案件中，被告人动辄数十人甚至上百人、案卷材料数百本合计上万页。在这种情形下，同其他国家和地区因不当合并审理所可能造成的弊端相比，其负面影响尤显突出。

当今世界其他国家和地区之所以在立法上设置了严密的规范合并与分案审理的条款，其主要目的是为了在公正和效率之间作出明确的价值取舍。合并审理将所有的犯罪事实和被告人通过一次庭审予以审结，可以保证审判的高效率。但是，不管是数罪合并和数名被告人合并，都不可避免地会产生偏见性影响，尤其是当数名被告人之间的利益关系截然相反时，负面影响尤为严重。在制度设计上，其他国家和地区都是以刑事案件是否存在“关联性”作为规范合并与分案审理的判断标准。如美国联邦刑事诉讼规则和证据规则第8条(a)、(b)和第14条、英国1971年起诉书规则第9条和英国1915年起诉书法第5条第3项、法国刑事诉讼法典第203条、第286条和第387条、德国刑事诉讼法典第3条、第7条和第237条等，都是从本国的实际情况出发，对刑事案件“关联性”进行了明确界定，并明文规定了分案或者合并审理的法定与裁量情形。同时，每个国家和地区在立法和判例中对“关联性”的规定和宽严尺度的把握存在较大差异。下文主要