

# 非法证据排除程序再讨论

陈瑞华<sup>\*</sup>

---

---

**内容提要：**对于被告方提出的排除非法证据的申请，法院要进行专门的程序性裁判。作为一项基本原则，被告方一旦提出排除非法证据的申请，法院就要优先审查侦查行为的合法性问题，使程序性裁判具有优先于实体性裁判的效力。作为程序性裁判的两个重要部分，初步审查要求被告方承担初步的证明责任，具有过滤不必要的程序性裁判的功能；正式调查作为法院的程序性听证程序，具备基本的诉讼构造，偏重于职权主义的诉讼模式，并由公诉方承担证明侦查行为合法性的责任，且要达到最高的证明标准。对于一审法院就非法证据排除问题所作的决定，二审法院无法提供独立的司法救济，只能将其与实体问题一并作为是否撤销原判的依据。

**关键词：**非法证据排除程序 初步审查 正式调查 司法救济

---

---

## 引言

随着刑事司法改革的逐步推进，我国刑事审判的形态也在发生越来越显著的变化。根据法院受理的案件或诉讼请求的不同，刑事审判大体可以分为三种基本类型：一是以确定公诉方指控的罪名是否成立为目的的“定罪裁判”；二是以确定公诉方提出的量刑建议是否成立为目的的“量刑裁判”；三是旨在解决控辩双方程序争议的“程序性裁判”。〔1〕其中，定罪裁判与量刑裁判属于实体性裁判；并且，随着我国量刑规范化改革的进展，量刑裁判与定罪裁判逐步具有了相对的独立性。〔2〕而程序性裁判是发生在实体性裁判过程中的特殊裁判活动，它可以泛指一切为解决程序争议而进行的司法裁判活动。在我国刑事诉讼中，二审法院针对一审法院是否违反法律程序所进行的审判活动，以及法院就回避、管辖异议、证人出庭、非法证据排除等程序问题所进行的裁判活动，都具有程序性裁判的性质。

---

\* 北京大学法学院教授。

本文系国家2011计划司法文明协同创新中心研究成果。

〔1〕 参见陈瑞华：《刑事司法裁判的三种形态》，《中外法学》2012年第6期。

〔2〕 参见陈瑞华：《量刑程序的理论问题》，北京大学出版社2010年版，第1页以下。

相对于其他形式的程序性裁判,非法证据排除程序具备最完整的司法裁判形态。从2010年最高人民法院初步确立非法证据排除规则,到2012年刑事诉讼法对非法证据排除程序做一定的调整,再到2012年底最高人民法院就新刑事诉讼法的适用发布司法解释,我国逐步确立了包括启动方式、初步审查、正式调查、证明责任、证明标准、救济方式等在内的程序性裁判制度。<sup>〔3〕</sup>可以说,研究我国的程序性裁判制度,非法证据排除程序实为值得全面剖析的样本。

在2010年以前,一些学者曾从比较法的角度对非法证据排除程序做过初步探讨,<sup>〔4〕</sup>也有一些学者讨论过诸如非法证据排除程序中的证明责任分配、证明标准的设定等具体问题。<sup>〔5〕</sup>笔者也曾对非法证据排除规则的适用程序做过初步研究,初步总结了程序性裁判的性质及其制度要素,讨论了它与实体性裁判的关系,归纳了程序性裁判的实践形态;并以非自愿供述的排除为范例,分析了法院面临的重重困难;讨论了刑讯逼供的双重法律后果,提出了庭外供述笔录的非自愿性推定原则。<sup>〔6〕</sup>由于当时并没有法定的非法证据排除规则,这些研究要么更关注国外的法制经验,要么较侧重对我国司法实践中排除程序的实证考察。时至今日,非法证据排除规则已经在我国得到完整确立,司法实践中已经有了适用这一规则的具体案例,<sup>〔7〕</sup>非法证据排除规则的适用程序也在司法实践中出现了一些相对成熟的形态。但是,在法院对侦查行为合法性争议进行司法裁判的问题上,无论法学界还是实务界,都存在不同的认识和理论上的争议。本文拟以非法证据排除规则的文本形态和实践状况为样本,透过一系列制度现象,重新讨论这一规则的适用程序。笔者将首先结合程序性裁判与实体性裁判的关系问题,讨论我国确立的先行调查原则及其例外,然后讨论初步审查与正式调查程序的关系,比较分析这两个程序的功能与构造。不仅如此,对于程序性裁判中的证明机制和救济机制,笔者也将提供新的分析思路。本文不拟回答涉及程序应用的具体问题,而更期望做理论上的总结和反思。

## 一、先行调查原则及其例外

在被告方提出排除非法证据的申请后,法院是优先调查这一程序事项,还是在对其他证据完成法庭调查之后,再审查证据的合法性问题?对此,最高人民法院一度确立了针对非法言词证据的先行调查原则。即,在审理案件实体问题的过程中,只要被告方提出了证据合法性问题,法院就要先行审理该问题并作出决定。<sup>〔8〕</sup>但是,在2012年刑事诉讼法颁布之后,最高人民法院通过司法解释又对这种裁判方式做了改变,授权法院既可以在被告方提出申请后立即审查证据收集的合法性问题,也可以在法庭调查结束前再启动这一审查程

〔3〕 参见江必新主编:《〈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〉理解与适用》,中国法制出版社2013年版,第97页以下。

〔4〕 参见陈卫东、刘中琦:《我国非法证据排除程序分析与建构》,《法学研究》2008年第6期。

〔5〕 参见陈光中、张小玲:《论非法证据排除规则在我国的适用》,《政治与法律》2005年第1期;张军、姜伟、田文昌:《刑事诉讼:控辩审三人谈》,法律出版社2001年版,第179页以下。

〔6〕 参见陈瑞华:《审判之中的审判——程序性裁判之初步研究》,《中外法学》2004年第3期。

〔7〕 见赵丽:《排除非法证据后被告人获无罪判决》,《法制日报》2011年10月14日。

〔8〕 参见张军主编:《刑事证据规则理解与适用》,法律出版社2010年版,第290页以下。

序。司法解释甚至明确规定了在法庭调查结束前进行审查的情形。<sup>〔9〕</sup>

在笔者看来,被告方一旦提出排除非法证据的申请,法院就要优先启动对此问题的审查程序,这应属一般原则。<sup>〔10〕</sup>但在特殊情形下,法院虑及诉讼效率,也可以暂时搁置此一程序性申请,待对其他证据的法庭调查结束后,再启动对该证据的程序性审查。换言之,在确定程序性裁判与实体性裁判的优先顺序时,法院不应任意处置,而应尽量将程序性裁判置于优先地位;在具有法定或正当事由的情况下,才可以在法庭调查的最后再行调查侦查人员取证的合法性。但在这种例外情形下,法院也应遵循证据能力优先于证明力的原则,在调查公诉方证据的合法性之前,不评判其证明力。

### (一) 先行调查原则

作为一项重要的诉讼原则,被告方一旦提出排除非法证据的申请,法院一般要启动程序性裁判程序。先行调查原则一旦适用,会带来如下程序后果:

首先,被告方提出的非法证据排除申请,具有暂时中止实体性裁判的效力。在法庭审理过程中,案件无论处于法庭调查阶段,还是法庭辩论环节,只要被告方提出了排除非法证据的申请,法院就要停止对案件的实体审理,而优先审理侦查行为的合法性问题。

其次,被告方提出的非法证据排除申请,具有启动程序性裁判程序的效力。具体而言,只要被告方提出了申请,法院就要无条件地启动对该证据合法性问题的初步审查。经过初步审查,法院对侦查人员取证行为的合法性存有疑问的,还要启动正式调查程序。

再次,程序性裁判程序一旦启动,法院就要持续不断地进行这种裁判活动,直至作出决定。特别是经过正式调查程序,法院最终认定侦查人员的取证行为属于非法的,就可以作出排除非法证据的决定。若无法确认非法,则可拒绝排除有关证据。

最后,法院只有完成了程序性裁判,并作出是否排除非法证据的决定后,才可以恢复实体性裁判,也就是恢复原来暂时中止的法庭调查或者法庭辩论。假如所作的是排除非法证据的决定,法院在恢复的法庭审理中就不能援引被排除的证据,更不能将其作为定罪的根据。

先行调查原则的确立,实质上是将程序性裁判放置在优先于实体性裁判的地位。对于确立这一原则的原因,最高人民法院参与有关司法解释起草的法官做了如下解释:被告人及其辩护人一旦提出排除非法证据的申请,就意味着对证据收集的合法性存在异议,出于对当事人诉权的尊重,只有先解决这一争议,才能继续进行庭审;同时,只有当庭率先解决证据的资格问题,才能确定是否将其作为证据使用,进而对其进行法庭调查。<sup>〔11〕</sup>

在上述观点之外,笔者从以下两个角度,更加深入地揭示先行调查原则的立论根据:

首先,优先解决程序争议,再审理实体问题,这符合刑事审判的一般规律。只有在解决了程序争议的前提下,法院对案件实体问题的审理才能有一个良好的环境。否则,控辩双方动辄或者反复提出程序争议问题,法院即便进行实体性裁判,也会频繁休庭;这既影响诉讼效率,也会削弱法庭审理的集中性。

〔9〕 参见前引〔3〕,江必新主编书,第97页以下。

〔10〕 笔者在以前的研究中曾称之为“程序审查优先原则”。参见陈瑞华:《非法证据排除规则的中国模式》,《中国法学》2010年第6期。

〔11〕 参见戴长林:《非法证据排除规则司法适用疑难问题研究》,《人民司法》2013年第9期。

其次，优先解决证据的法庭准入资格问题，再审查证据的证明力大小强弱，这符合证据审查的基本原理。任何证据必须先具备法庭准入资格，然后才谈得上对其证明力的审查判断。这种法庭准入资格又被称为“证据能力”，是审查证据证明力的前提。在控辩双方对某一证据的证据能力不持异议的情况下，法院固然可以直接进入对其证明力的审查。但在被告方对某一证据的合法性提出异议的情况下，法院若率先对其证明力大小强弱进行实体审查，那么，法院就有可能对该证据的证明力产生直观的认识，以致依该项证据形成对被告人有罪的“内心确信”。在此情况下，再讨论非法证据排除问题，将变得毫无意义。

### （二）先行调查原则的例外

按照最高人民法院法官的解释，先行调查原则主要有两种例外情形：一是被告方在开庭前就已经发现侦查人员非法取证的线索或者材料，但没有在开庭前提出非法证据排除申请的；二是有多名被告人、涉及多个罪名、案情重大复杂或者具有重大社会影响的，或者多名同案被告人同时提出非法证据排除申请的。<sup>〔12〕</sup>在第一种情形下，不适用先行调查原则，对于故意拖延提出申请的被告方，有惩罚或告诫的意味。这对于督促被告方及时行使诉讼权利，尽早提出排除非法证据的申请，具有一定的促进作用。在第二种情形下，由于案情重大复杂，或者多名被告人同时提出申请，法院若轻易启动非法证据排除程序，就有可能妨碍庭审顺利进行，影响诉讼效率，也影响对案件实体问题的集中审理。

但是，对于上述两种情形，最高人民法院的司法解释只就第一种情形明确规定不适用先行调查原则，对第二种情形却没有明确规定。因此，法院在何种情形下进行先行调查，在何种情形下于法庭调查结束前进行程序审查，仍然是不确定的，这显然给了法院较大的自由裁量权。

另一方面，对怠于行使诉讼权利的被告人动辄采取惩罚性的处理方式，或者以不影响诉讼效率为由，对重大复杂案件不优先进行程序审查，这种制度设计的正当性容易引起争议。事实上，法院在法庭调查结束前再启动非法证据排除程序，其实际效果令人生疑。可想而知，在已经全面调查了公诉方所提交证据的情况下，法官势必对案件事实产生了直观印象，甚至对被告人构成犯罪形成了“内心确信”。在这种情况下，法院再对被告方排除非法证据的申请进行“初步审查”或者“正式调查”，还有多大实质意义？这会不会带来流于形式的程序性裁判？

### （三）证据能力优先于证明力的原则

法院对非法证据排除的申请进行先行调查，体现了证据能力优先于证明力的原则。但在不适用先行调查原则的情形下，证据能力优先于证明力的原则还能否适用？换言之，对于被告方申请排除的公诉方证据，法院可否在法庭调查中先行审查其证明力？在一些地方法院的审判实践中，面对被告方提出的非法证据排除申请，法院竟然对所有公诉方证据进行了连续不断的法庭调查，并在调查结束后再审查侦查人员取证的合法性问题。这使得非法证据排除程序失去了实质意义。其实，在被告方提出非法证据排除申请的情况下，法院即便不中断法庭调查程序，也必须将有争议的公诉方证据排除于法庭调查之外。法院这时只能对无争议的控方证据启动法庭调查程序；在法庭调查结束之后，再对被告方申请排除

〔12〕 参见前引〔3〕，江必新主编书，第97页以下；前引〔11〕，戴长林文。

的控方证据启动程序性裁判程序。

由此看来,即便在不适用先行调查原则的情形下,法院也要遵循证据能力优先于证明力的原则。这就意味着,无论在任何阶段,法院都不得对有合法性争议的公诉方证据,先行调查其证明力;法院必须首先审查其合法性问题,只有在对这一问题做肯定回答的前提下,才能启动对该证据证明力的调查程序。唯有遵循这一原则,才能保障程序性裁判的相对独立性,也才使得对侦查人员取证行为合法性问题的审查具有实际意义。

## 二、初步审查与正式调查的关系

法院无论在哪一阶段启动程序性裁判程序,都需要经过两个密切相连的程序阶段:一是对侦查行为的合法性问题进行初步审查;二是对排除非法证据的申请进行正式调查。相对于正式调查程序,初步审查有其特有的证明标准和启动条件。正式调查则是程序性裁判程序的核心环节,是法院为解决非法证据排除问题而进行的法庭审理活动。为与实体性裁判中的法庭调查相区分,可以将这种正式调查称为“程序听证”。在程序听证过程中,法院要审查控辩双方提交的证据材料,听取双方的质证和辩论意见,必要时还可以进行庭外调查核实证据的活动。经过这一程序,法院要对是否排除非法证据作出决定。在程序性裁判制度的构建中,如何设定初步审查的功能,如何处理庭前会议与初步审查的关系,如何确定程序听证的诉讼构造,是需要解决的几个重要理论问题。

### (一) 初步审查程序的过滤功能

被告方一旦提出排除非法证据的申请,就需要提供侦查人员违法取证的线索或者材料。法院通过审查该申请和相关线索、材料,对侦查行为的合法性存在疑问的,才可以决定启动正式的调查程序。由此,初步审查属于必经的前置程序,可以发挥过滤不必要的程序性裁判的功能。

第一,初步审查程序的首要功能是防止被告方滥用诉权,避免法院司法资源的过度耗费。启动正式调查程序,需要投入大量人力、物力、财力、时间等资源。法律要求只有在对侦查行为的合法性产生疑问的情况下,法院才能启动正式调查程序。这一方面可以提醒被告方慎重行使诉讼权利,没有一定的线索、材料,不要轻易提出排除非法证据的申请;另一方面,也可以避免法院轻易开启这种高成本的司法裁判程序,减少司法资源的耗费。

第二,初步审查程序对被告方合理行使诉权,不仅没有构成妨碍,反而是有益的保障。从举证的现实可行性来看,被告人只要具有基本的认知能力,亲身经历了非法取证的过程,就可以向法院提供非法取证的实施者、时间、地点、手段、后果等事实情节。不仅如此,这种初步审查程序的设置,还可以使没有任何正当理由的被告方放弃申请排除非法证据,而真正掌握相关线索或者材料的被告方则可以有理有据地行使这一诉讼权利。

第三,初步审查程序可以督促公诉方更有针对性地举证,放弃不必要的诉讼对抗。为满足初步审查程序的证明要求,被告方不得不向法院提供相关线索或者材料。针对这些线索或材料,法院可以责令公诉方有针对性地举证,以证明侦查行为的合法性。同时,公诉方对于那些有足够证据证明侦查人员非法取证的案件,则主动放弃对抗,不再将有争议的控方证据作为起诉的依据。

## （二）庭前会议在初步审查方面的特有作用

按照立法者的初衷，在庭前会议中，法院主要进行必要的庭审准备活动，不对案件的实体问题作出裁决；同时，就程序争议问题了解情况，听取意见，也不一定要作出权威决定；但为避免诉讼拖延，法院应尽量在庭前会议中解决程序争议，而不将其推迟到庭审程序。<sup>[13]</sup>但是，有些程序争议涉及多方面的法律关系，需要组织正式的庭审听证程序，假如在庭前会议阶段无法解决，则仍需在法庭审理程序中裁决。

2012年刑事诉讼法要求被告方尽量在开庭前提出排除非法证据的申请，并将此申请作为启动庭前会议的充分条件。原则上，被告方在开庭前提出申请的，庭前会议主要发挥初步审查侦查行为合法性问题的功能。在审查了被告方的申请和相关线索、材料之后，法庭可以在庭前会议上听取公诉方就证据收集合法性所做的说明。在此基础上，法庭假如对侦查行为的合法性存在疑问，并且控辩双方对此存有异议的，就可以将正式调查程序放置在法庭审理程序中再启动。但是，经过庭前会议程序，法庭假如认为被告方提交的线索、材料不足以挑战侦查行为的合法性，公诉方也提出了令人信服的答辩的，也可以直接驳回被告方的请求，不再启动非法证据排除的正式调查程序。

当然，庭前会议并不仅仅发挥初步审查的功能。法庭在庭前会议上听取控辩双方的意见，可以了解双方的争议焦点，了解有关证据的调查线索。这一方面可以保证法庭在开庭前进行必要的庭外调查，以调取控辩双方都不便调取的证据材料；另一方面，法庭也可以借此确定庭审调查的重点，以便对侦查行为的合法性问题进行有针对性的庭前准备工作。<sup>[14]</sup>可以说，即便在非法证据排除问题上，庭前会议仍然具有庭审准备的诉讼功能。

在我国的司法实践中，法院在庭前会议中有可能引入控辩双方的协商机制。具体而言，法庭可以在分别听取控辩双方意见的基础上，引导双方通过协商达成和解。<sup>[15]</sup>假如公诉方通过审查被告方的申请，并进行必要的调查核实，认为确实存在侦查人员非法取证的，法庭就可以直接说服公诉方将某一证据撤出指控证据体系。反过来，假如被告方通过听取公诉方意见，了解公诉方提交的证据材料，认为排除非法证据的申请不可能被法院接受的，也可以向法院申请撤回自己的请求。通过协商与说服，法院可以促使控辩双方放弃不必要的诉讼对抗，选择基于合意的诉讼妥协。这样，庭前会议将发挥减少不必要的非法证据排除程序的功能。

## （三）程序听证的诉讼构造

与实体性裁判不同，程序性裁判并不严格区分法庭调查和法庭辩论程序，而大体上属于针对侦查行为合法性问题的调查活动。程序性裁判要解决的核心问题，是公诉方能否证明其有争议的侦查行为的合法性。因此，在程序听证过程中，公诉方向法庭提出证据证明证据收集的合法性，而被告方对此进行质证并提出辩论意见。

公诉方证明证据收集的合法性可以有多种方式。一般情况下，法庭调查公诉方证据的顺序是：首先，公诉方宣读侦查人员制作的讯问笔录，或者宣读证人证言笔录、被害人陈述笔录以及勘验、检查笔录等笔录类证据，以说明侦查行为的合法性；其次，根据被告方的

[13] 参见郎胜主编：《〈中华人民共和国刑事诉讼法〉修改与适用》，新华出版社2012年版，第326页以下。

[14] 参见周峰：《非法证据排除规则制度的立法完善与司法适用》，《人民法院报》2012年5月9日。

[15] 参见前引[11]，戴长林文。

要求, 公诉方可以有针对性地播放记录讯问过程的录音录像, 以说明不存在刑讯逼供或其他程序违法情况; 再次, 公诉方还可以出示和宣读自行调取的相关人员的“情况说明”, 提供“情况说明”的既可以是讯问人员, 也可以是监所管理人员、同监所的人员或者录音录像的制作者。当然, 在穷尽上述调查方法后仍无法证明侦查行为合法性的, 经公诉方提请, 法庭可以通知侦查人员出庭“说明情况”。〔16〕在此情况下, 侦查人员就其讯问过程做当庭陈述, 并接受控辩双方的询问和合议庭的发问, 从而充当“程序证人”的角色。

大体而言, 我国的程序听证具有控辩双方平等对抗、法庭居中裁判的诉讼构造。对于公诉方当庭出示、宣读的证据材料, 法庭都会给被告方当庭质证的机会。对于法庭通知出庭作证的证人, 法庭也给予被告方当庭询问的权利。绝大多数情况下, 被告方在程序听证中主要充当质证者和反驳者的角色, 对公诉方旨在论证的取证合法性进行证伪。当然, 在有些情况下, 被告方也有可能向法庭提交本方的证据材料, 有力地证明侦查人员取证的违法性。由此看来, 被告方不只是被动的质证者, 还有可能充当积极的举证者。

但是, 为深入调查侦查人员取证的合法性问题, 法庭就需要摆脱对公诉方证据材料的依赖, 展开一定程度的庭外调查核实证据的活动。表面看来, 法官的庭外调查活动显示出正式调查程序具有典型的职权主义诉讼构造, 但实际上, 庭外调查经常是被告方申请法院调查取证的结果, 也是有利于被告方的证据进入正式调查程序的重要途径。〔17〕被告方之所以要求法院启动庭外调查程序, 主要是因为公诉方向法院提交的几乎都被用来证明取证行为合法的证据, 而有可能被用来证明侦查人员取证不合法的证据则极少为公诉方所重视, 更谈不上被提交法庭了。那些可以证明侦查行为非法性的证据, 如出入监所的时间证明、体表检查登记表、照片、刑讯逼供控告书等, 又大都由侦查人员、看守所或者驻所检察官所掌握, 辩护律师仅仅通过单纯的申请调查, 根本无法将其调取出来。要想将这类证据成功地提交法庭, 被告方唯有借助法院的力量, 申请法庭依国家强制力加以调取。不仅如此, 诸如鉴定、勘验、检查、侦查实验等调查核实证据的手段, 目前几乎全被垄断在公检法机关手中。而在法庭审判阶段, 未经法院批准, 被告方不可能单独启动这些调查核实程序。要启动这些程序, 被告方也只有申请法院进行重新鉴定、勘验、检查等活动。在此情况下, 法庭的庭外调查就成为被告方获取能够证明侦查行为非法性的证据的重要途径。

#### (四) 正式调查程序的主要缺陷

尽管在法律中公诉方证明取证合法性的制度已经确立, 但我国刑事司法实践的情况表明, 这种证明经常流于形式, 法院的程序听证也经常难以发挥实质作用。〔18〕在大多数相关案例中, 公诉方通过当庭举证可以轻易完成对取证合法性的证明, 而被告方说服法庭排除非法证据则非常困难。

在笔者看来, 无论初步审查程序还是正式调查程序, 都存在法官滥用自由裁量权的问题。这主要表现在, 对于公诉方提出的证据材料, 我国法律没有合理限制其证据能力; 公诉方随意提交的这类证据材料, 法院不经过认真审查就将其采纳为认定侦查行为合法性的

〔16〕 参见前引〔11〕, 戴长林文。

〔17〕 2011年发生的两个涉及非法证据排除问题的著名案例, 就显示出法官庭外调查的重要性。见陈宵等:《程序正义催生排除非法证据第一案》,《法制周末》2011年8月31日;前引〔7〕,赵丽文。

〔18〕 参见徐汉明、赵慧:《从实施情况看非法证据排除规则的完善》,《检察日报》2011年6月7日。

证据。可以常见的证据材料为例，依次具体说明这一问题。

首先，侦查人员制作的讯问笔录。公诉方经常援引这类笔录来证明讯问的合法性。但是，这种由侦查人员制作的单方面记录，形成于秘密的羁押讯问过程中，因而经常不完整和不准确。而在非法证据排除程序中，被告方挑战的恰恰是这类笔录的合法性，所申请的也是将这类笔录排除于法庭之外。假如法庭允许公诉方以这类笔录为依据来证明讯问的合法性，岂不等于用有争议的讯问笔录来证明其自身的合法性？

其次，侦查人员提供的“情况说明”。在我国司法实践中，公诉方责令侦查机关就侦查行为的合法性提供“情况说明”的做法，已经到了普遍化的程度。<sup>[19]</sup> 可想而知的是，无论侦查人员还是侦查机关，都不可能通过“情况说明”来承认存在刑讯逼供等违法取证行为。这种说明类材料最多算作侦查机关否认违法取证情况的“声明”，它们不可能提供任何有关侦查行为合法与否的事实信息。法院将“情况说明”作为认定侦查人员取证合法的根据，无异于承认侦查人员有自证其行为合法的特权。

再次，录音录像的调查。目前，最高人民检察院已经在检察机关自侦案件中确立了讯问全程录音录像制度。2012年刑事诉讼法还将这一制度强制推广到所有可能判处无期徒刑以上刑罚的案件，对其他案件则建议实行这一制度。但是，遇有被告方申请排除非法证据的案件，面对被告方的强烈要求，公诉方一般拒绝当庭播放记录讯问过程的全程录音录像，有的甚至拒绝将这类录音录像移交法院。其实，作为全程记录讯问过程的视听资料，公诉方当庭播放录音录像可以有效澄清侦查人员是否违法取证。而在一些案件的程序性裁判过程中，法院却允许公诉方播放经剪辑的部分录音录像，或者对公诉方拒绝播放录音录像听之任之。结果，法院在调查侦查人员取证合法性问题方面，就放弃了一种证明力极强的证据材料。

最后，侦查人员出庭作证。在被告方申请排除非法证据的绝大多数案例中，侦查人员都拒绝出庭作证，而以提交“情况说明”的方式来澄清被告方提出的侦查人员取证不合法的问题。法院对侦查人员出庭既缺乏必要的强制力，也没有对侦查人员无理拒绝出庭采取惩罚措施。结果，偶有侦查人员出庭作证的，也几乎都是法院与公安机关、检察机关内部协调的结果，根本不具有普遍的制度意义。

### 三、非法证据排除程序中的证明机制

2010年，最高人民法院在司法解释中确立了“公诉方对审前供述的合法性承担证明责任”的原则。<sup>[20]</sup> 2012年刑事诉讼法则进一步确立了“人民检察院对证据收集的合法性承担证明责任”的原则，并将公诉方对这一待证事实的证明标准确立为“事实清楚，证据确实、充分”这一最高程度。<sup>[21]</sup> 但是，我国设置了三种不同的非法证据排除规则，分别是针对非

[19] 最高人民法院2003年再审刘涌案时，就曾援引公安机关的“情况说明”认定被告人受到刑讯逼供的情况不能成立，从而排除了被告方有关排除非法证据的申请。参见最高人民法院（2003）刑提字第5号刑事判决书，载《中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一庭、第二庭编：《刑事审判参考》总第36集，法律出版社2004年版。

[20] 参见前引[10]，陈瑞华文。

[21] 参见前引[13]，郎胜主编书，第123页以下。



法言词证据的强制性排除规则、针对非法实物证据的裁量性排除规则以及针对瑕疵证据的可补正的排除规则。上述证明责任原则在这三种排除规则中的适用方式并不完全相同，所涉及的证明机制和标准也十分复杂。

### （一）证明责任倒置原则

在初步审查程序中，被告方对侦查行为的非法性承担初步的证明责任。而在法院启动正式调查程序之后，公诉方则对侦查行为的合法性承担证明责任，并且要将这一事实证明到最高的程度。在诉讼理论上，这种由公诉方对侦查行为合法性承担证明责任的原则，又被称为“证明责任倒置”。这是因为，根据“谁主张，谁举证”的原则，提出积极诉讼主张的一方要对该主张所依据的事实承担证明责任。被告方作为非法证据排除程序的发动者，在提出了排除某一公诉方证据的诉讼主张后，也提出了侦查人员取证行为不合法的事实，按理应当由其对所提出的事实承担证明责任。但是，免除被告方的证明责任，改由公诉方承担证明责任，就构成了证明责任的倒置。

有些学者不赞成使用“证明责任倒置”的说法，认为在非法证据排除问题上，应当在控辩双方之间合理分配证明责任。其理由是，“证明责任倒置”的说法容易使人理解为辩护方只需提出程序违法的主张而无需提供任何证据，所有的证明责任都应由控方承担；毕竟，辩护方要承担程序违法的初步证明责任，控方则要承担程序违法的反证责任，法官在特殊情形下还要承担主动查证职责。<sup>[22]</sup>然而，被告方对侦查人员取证的非法性承担初步证明责任这一事实，并不能否认证明责任倒置的成立。这是因为，被告方承担的这种初步证明责任，充其量不过是说服法院将侦查行为的合法性问题纳入裁判范围的责任，而不是对侦查行为的非法性承担全面的证明责任。在法院决定启动正式调查程序之后，被告方就不再对侦查行为的非法性承担证明责任，对该行为合法性的证明责任一律由公诉方承担。很显然，这属于“谁主张，谁举证”原则的例外，是典型的证明责任倒置现象。

当然，在一些西方国家的非法证据排除程序中，公诉方确实要对被告人供述的合法性承担证明责任，但其他证据的合法性问题，则按照不同情况，分别由公诉方或被告方承担证明责任。至少，在被告人供述以外的其他证据的排除程序中，公诉方承担证明责任并不是一项普遍适用的原则。<sup>[23]</sup>然而，我国却对所有进入正式调查程序的公诉方证据的合法性问题，确立了统一的公诉方承担证明责任的原则。其理论依据何在？

有研究者认为，诉讼中主张积极性事实的一方承担证明责任，而将消极性事实引入诉讼的一方则无需对此承担证明责任。在刑事诉讼中，证据合法性的证明必然属于证明被告人有罪的积极诉讼请求的组成部分，被告人提出的证据非法的异议则属于消极性事实。<sup>[24]</sup>然而，在笔者看来，检察官固然向法院提出了被告人构成犯罪的积极性事实，但在刑事诉讼中，被告方向法院提出的取证行为不合法的事实，同样属于积极性事实。既然提出积极性事实的一方要承担证明责任，那为什么被告方不能对其提出的侦查行为不合法承担证明责任？其实，仅仅从“谁主张，谁举证”的角度是无法解决这一问题的。要对侦查行为合法性问题中的证明责任倒置做出令人信服的解释，需要从另外的角度寻找理论依据。

[22] 参见林劲松：《论刑事程序合法性的证明》，《中国刑事法杂志》2013年第1期。

[23] 参见陈瑞华：《比较刑事诉讼法》，中国人民大学出版社2010年版，第126页以下。

[24] 参见前引[8]，张军主编书，第322页以下。

首先，公诉方对其证据的合法性承担证明责任是无罪推定原则的必然要求。按照无罪推定原则，在法院对被告人定罪之前应当推定其为无罪的人，公诉方不仅要将被被告人构成犯罪证明到排除合理怀疑的程度，还要证明作为指控依据的每一项证据都具有证据能力和证明力。向法院证明该项证据不属于非法证据，侦查人员的取证行为不违法，都是公诉方维护本方证据之证据能力的必要方式。

其次，从控辩双方取证能力的对比情况来看，由公诉方承担证明责任有助于实现控辩双方在诉讼中的实质对等。在刑事诉讼中，公诉方有侦查人员的强力支持，可以通过强制性侦查手段获取证据，因而在取证和举证方面有得天独厚的优势。相反，被告人通常丧失了人身自由，缺乏基本的诉讼经验和技巧，即便得到律师的帮助，也无法通过国家强制力来调取证据。正是考虑到控辩双方在调查取证方面存在天然的不均衡，法律才免除了被告方的证明责任，而赋予公诉方一定的特殊义务，令其承担证明责任。

再次，由公诉方承担证明责任，可以最大限度地督促侦查机关、公诉机关树立证据意识和程序守法意识，为应对被告方可能提出的非法证据排除申请而做好应诉准备。这可以促成一种良性循环：越是强调公诉方的证明责任，侦查人员越会遵守法律程序；侦查人员越是依法收集证据，公诉方对侦查行为合法性的证明也就越容易。

## （二）证明责任分配的三种模式

原则上，在非法证据排除问题的正式调查中，公诉方对侦查行为的合法性承担证明责任，被告方则无需对侦查行为的非法性承担证明责任。但是，我国确立了三种非法证据排除规则，在这三种排除规则的适用过程中，证明责任的分配不存在一种整齐划一的模式，而是三种不同的证明责任分配模式。

### 1. 强制性排除中的一步式证明责任

针对侦查人员非法取得的言词证据，我国确立了强制性排除规则。具体而言，对于侦查人员通过刑讯逼供等非法手段获取的被告人供述以及通过暴力、威胁等非法手段获取的被害人陈述、证人证言，法院一经确认上述非法取证行为的存在，就应无条件地将其排除于法庭之外。

在正式调查程序启动之后，公诉方对于言词证据要从两个角度承担证明责任：一是证明侦查人员不存在被告方所说的刑讯逼供、暴力、威胁等非法取证的情形；二是证明侦查人员获取的被告人供述、被害人陈述、证人证言都是通过合法的方式获取的。在这一程序中，公诉方承担的证明责任较为单一，也不会转移。被告方尽管可以提出证据证明侦查人员有非法取证行为，但这并不意味着被告人要承担证明责任。无论如何，公诉方不能或者无法以确实充分的证据证明侦查行为合法性的，法院都会作出对其不利的判定，公诉方显然要承担“举证不能”的败诉风险。

### 2. 裁量性排除中的三步式证明责任

针对侦查人员非法取得的实物证据，我国确立了裁量性排除规则。所谓裁量性排除，是指法院对于侦查人员非法取得的实物证据，在是否排除的问题上享有自由裁量权，可以在综合考虑多方面因素的情况下作出是否排除的决定。从其构成要素来看，裁量性排除明显包括三个程序环节：一是侦查人员对物证、书证的收集不符合法定程序；二是该违法取证行为“可能影响司法公正”；三是公诉方对该取证不合法的情况进行补正或者合理解释，

法院对于不能补正或者合理解释的,作出排除非法证据的决定。<sup>[25]</sup>要准确适用裁量性排除规则,就需要按照三个步骤来确立证明责任:

首先,公诉方要证明侦查人员收集实物证据的合法性。这是与强制性排除程序完全相同的证明责任。法院经过正式调查,只有在认为公诉方无法证明实物证据取证合法性的情况下,才能进入下一个证明环节。

其次,法院在认定实物证据取证不合法的前提下,责令被告方承担证明责任,也就是证明侦查人员的非法取证“可能影响司法公正”。这属于证明责任的转移,也就是法院在认定侦查人员对实物证据的取证不合法的前提下,由被告方对该非法证据的危害后果承担证明责任。要履行这一证明责任,被告方需说明侦查人员在收集物证、书证过程中的违法情况十分严重,也要证明这种违法取证造成了严重后果,如严重影响了司法机关的公正形象,可能造成所获取的实物证据不真实、不可靠,甚至可能造成冤假错案,等等。

再次,假如被告方能够证明实物证据的非法取证“可能影响司法公正”,那么,证明责任再次回到公诉方。公诉方需要对该非法取证行为进行必要的程序补正,这种程序补正包括两种方式:一是进行单纯的程序补救,也就是责令侦查人员重新制作相关证据笔录,或者补做证据笔录;二是进行合理的解释或者说明。通过程序补正,公诉方需证明原来存在的非法取证行为并没有造成严重后果,或者即便造成了严重后果,这种后果也可以消除,并不存在严重影响司法公正的风险。假如公诉方没有进行必要的程序补正,那么,法院可以判定侦查人员获取的实物证据不仅是非法的,而且严重影响了司法公正,因此不得将其作为定罪的根据。

### 3. 瑕疵证据补正中的两步式证明责任

最高人民法院在司法解释中,还确立了瑕疵证据的可补正的排除规则。所谓瑕疵证据,是指侦查人员通过带有程序瑕疵的方式获取的证据。广义上,侦查人员取证过程中发生的程序瑕疵,也是违反法律程序的行为。只不过,这种行为没有侵害重大的利益,也没有造成严重的后果。在某种意义上,可以将这种程序瑕疵称为“技术性违法”或者“手续性违法”。例如,侦查人员制作讯问笔录时,没有记载讯问人、被讯问人、讯问时间、见证人,或者讯问笔录没有上述人员签名。

与前两种排除规则所适用的证明责任倒置原则一样,公诉方应当承担证明侦查行为合法性的责任,也就是需证明被告方所说的程序瑕疵是不存在的。对于这一点,公诉方同样需证明到排除合理怀疑的最高程度。否则,法院就可以认定侦查人员取证过程中存在程序瑕疵,所获取的证据是瑕疵证据。

法院即便认定某一证据属于瑕疵证据,也不必然作出排除该瑕疵证据的决定。这种瑕疵证据的认定带来的唯一后果,是公诉方需对该瑕疵证据进行必要的程序补正。与裁量性排除中的程序补正一样,瑕疵证据的补正也有两种方式:一是公诉方责令侦查人员重新制作某一证据笔录,或者对有关证据笔录进行补充;二是公诉方给出合理的解释或者说明。通过这些程序补正行为,公诉方需证明侦查人员的程序瑕疵并没有造成严重的后果,或者

[25] 对我国刑事诉讼中三种非法证据排除规则的分析,可参见陈瑞华:《刑事证据法学》,北京大学出版社2012年版,第289页以下。

造成的消极后果已经消除。假如公诉方能够进行这种程序补正,那么,法院就可以不再排除该瑕疵证据。否则,法院仍然可以将该瑕疵证据不作为定案的根据。

### (三) 证明标准

作为一项基本原则,公诉方对侦查行为合法性的证明需达到最高的证明标准,也就是与证明被告人构成犯罪相同的证明标准;而被告人即便承担证明责任,也无需达到最高的证明标准。对于这一原则,我国并没有给出明确的规定,但依据程序性裁判的性质和程序性证明的要求,可以对这一原则做出论证。

对于侦查行为的合法性,公诉方需证明到“事实清楚,证据确实、充分”的最高程度。根据2012年刑事诉讼法,法院确认或者不能排除侦查人员存在以非法方法收集证据情形的,应当对有关证据予以排除。这里所说的“确认”,是指法院有足够证据确信侦查人员采用了非法取证的方法;而所谓的“不能排除”,是指公诉方对侦查行为合法性的证明并没有令法官排除合理怀疑。可见,公诉方对侦查人员取证合法性的证明,依法要达到与定罪标准相同的最高证明标准。不仅如此,在裁量性排除与瑕疵证据补正程序中,凡是公诉方需要通过程序补正方式承担证明责任的,也要对取证非法或程序瑕疵的危害后果得到补正这一点,证明到排除合理怀疑的程度。

对于公诉方对侦查行为合法性的证明要达到最高标准,一些研究者曾表示担忧,认为这是一种不切实际的证明标准,公诉方根本无法做到。<sup>[26]</sup>但在笔者看来,对公诉方的证明提出最高的证明标准要求,不仅必要,而且可行。这主要有两方面的理由:第一,公诉方对被告人有罪的证明要达到排除合理怀疑的最高程度,这决定了对侦查人员取证行为合法性的证明也要达到同样的证明标准。对控方证据合法性的证明与对指控犯罪事实的证明,其实是局部与整体的关系。既然公诉方在对犯罪事实的整体证明方面要达到最高证明标准,那么,公诉方对本方证据的合法性所做的局部证明,当然也应达到这一标准。第二,公诉方在承担对侦查人员取证合法性的证明责任方面,可以获得侦查人员的有效帮助。侦查人员就侦查行为一般都制作了各类笔录证据,对预审讯问过程,还可以全程同步录音录像。这些笔录证据和录音录像可以成为公诉方证明侦查行为合法性的有力证据。不仅如此,未决羁押机构对侦查人员带嫌疑人出入监所的情况,还进行详细记录,必要时还会进行身体检查并保留检查记录;检察机关为调查侦查人员取证的合法性,还可以询问看管人员、同监所的在押人员等。在穷尽上述所有调查手段的情况下,检察机关还可以传召侦查人员出庭作证,就侦查行为的合法性当庭提供证言。可以说,公诉方只要对侦查取证的合法性进行取证和举证,就可以从现行体制获得一系列资源和便利条件。要求公诉方对侦查人员取证合法性的证明达到最高标准,能够最大限度地促使公诉方挖掘一切资源,收集足够的证据,做好应诉准备,以证明控方证据的合法性。

那么,被告方在有限承担证明责任的情况下,需达到怎样的证明标准?如前所述,被告方在初步审查程序中对侦查行为违法性的证明,只需达到令裁判者产生疑问的程度就可以了。这一标准大体相当于说服裁判者产生合理怀疑的程度。也就是说,被告方通过说明

[26] 参见陈光中:《刑事证据制度改革若干理论与实践问题之探讨——以两院三部〈两个证据规定〉之公布为视角》,《中国法学》2010年第6期。

侦查人员违法取证的时间、地点、人员、手段、过程和后果等事实信息，提供了非法取证的事实线索或者必要的证据材料，这使得裁判者对侦查人员取证的合法性产生了疑问，并且仅仅通过阅卷和庭前会议中的听取意见，仍然不能消除这些合理的疑问。在此情况下，被告方的初步证明即告完成，法院就可以启动正式调查程序。在裁量性排除程序中，法院认定侦查人员对实物证据的收集存在违法行为时，还不能直接作出排除非法证据的决定，而应责令被告方对其危害后果承担证明责任，也就是证明违法取证“可能影响司法公正”。对于这一证明责任，被告方也无需达到排除合理怀疑的最高标准，而只需达到优势证据的证明程度，即承担证明责任的一方对某一事实成立的可能性，证明到超过该事实不成立的可能性的程度。<sup>〔27〕</sup>换言之，对于裁量性排除程序而言，被告方只要证明侦查人员违法取得物证、书证的行为，影响司法公正的可能性要大于没有影响司法公正的可能性，就满足了这一证明要求。

#### 四、司法救济机制

最高人民法院早在2010年就通过司法解释确立了针对非法证据排除问题的救济机制，允许二审法院对一审法院拒绝启动初步审查程序的决定进行重新审查。2012年适用刑事诉讼法的司法解释再次明确规定了二审法院实施司法救济的三种法定情形。但是，在通过上诉提供司法救济方面，却有两个基本理论问题有待进一步澄清：一是对于一审法院没有处置的非法证据排除问题，二审法院能否直接作出排除非法证据的裁决？二是对于一审法院就非法证据排除问题所作的决定，二审法院认为不成立的，是单独作出裁判，还是与本案实体问题一并作出裁判？对此，需要结合司法救济的一般原理，给出理论上的恰当解释。

##### （一）二审法院审判的对象

对于被告方在一审程序中没有提出的侦查人员非法取证问题，二审法院能否继续审理？最高人民法院的司法解释对此区分了两种情况：一是被告方在一审程序结束前已经掌握相关线索或者材料，一审法院也告知了在开庭前提出非法证据排除的事项，但被告方没有提出申请，故意拖延到二审程序才提出这一申请；二是被告方在一审程序结束后才发现相关线索或者材料，只能向二审法院提出排除非法证据的申请。在第一种情况下，二审法院有权拒绝审理此类申请；在第二种情况下，二审法院应当对证据收集的合法性问题进行审查。

司法解释禁止二审法院受理第一种情况下的申请，显然有防止被告方滥用诉权的考虑，这可以避免非法证据排除程序的无休止启动。但是，对于上述第二种情况，二审法院应否启动对侦查行为合法性问题的审查？根据两审终审原则，二审法院的审判对象是一审法院的裁判结论。对这些裁判结论，检察机关可能提起抗诉，当事人也可能提出上诉。但是，对于未经一审法院审理和裁判的事项，二审法院一般是不能审理的。这是因为，二审法院一旦对一审法院没有裁判的事项进行审判，就意味着这些事项只能经历二审法院的“一审终审”，检察机关无法提出抗诉，当事人也无法提起上诉。而任何剥夺检察机关抗诉权或当事人上诉权的制度设计，都违背了两审终审制的基本原理。被告方以一审时尚未掌握非法

〔27〕 有关优势证据标准的全面分析，可参见前引〔25〕，陈瑞华书，第248页。

取证的线索或材料为由，在二审程序中首次提出非法证据排除问题，二审法院若予以受理，并启动程序性裁判程序，则无疑属于超越二审审理范围的审判行为。通过这一裁判活动，二审法院无论是否作出排除非法证据的决定，都会导致被告人失去上诉的机会，检察机关也失去提出抗诉的可能性。

但是，在我国的刑事诉讼制度中，二审法院对于一审法院未曾裁判的程序问题，如违反回避制度、审判组织不合法、违反公开审判原则或者剥夺当事人诉讼权利等审判程序违法问题，不是照样可以审理并作出撤销原判的裁定吗？而这些事项也都没有经过一审法院裁判，为什么就可以成为二审法院的审判对象？其实，二审法院审理的上述程序问题基本属于一审法院违反法律程序的事项。广义上说，一审法院的审判过程本身也属于其已裁判的事项。对于一审法院是否存在审判程序违法，当事人根本无法向一审法院启动司法救济程序，否则会出现一审法院充当自己案件的裁判者的尴尬局面。与一审法院的裁判结论一样，该法院的审判过程本身，也只能由二审法院重新审判。但是，非法证据排除问题却有所不同。被告方对侦查人员取证的合法性提出异议，所挑战的是侦查程序的合法性。这一问题要进入一审法院的审判范围，只能通过当事人提出申请。从审判分工上说，一审法院审判的对象是侦查人员取证行为的合法性问题，二审法院的审判对象则是一审法院的裁判结论是否存在事实或法律上的错误。因此，二审法院直接受理被告方的非法证据排除申请，不具有正当性。

基于上述理由，二审法院对于被告方在二审程序中首次提出非法证据排除申请的，原则上不应受理。但是，作为一种例外，假如一审法院未能尽到告知诉讼权利的义务，或者存在其他方面的严重程序错误，二审法院可以审理被告方的申请。但是，通过这种审理，二审法院即便认定侦查人员确实存在取证不合法的情形，也不能作出排除某一非法证据的裁决，而最多可以作出撤销原判、发回重审的裁定。

## （二）无害错误与有害错误

最高人民法院的司法解释将一审法院拒绝审查被告方提出的非法证据排除申请的决定，以及一审法院经正式调查所作的排除或者不排除某一控方证据的决定，都列入了二审审理的对象。但是，对于一审法院已裁判的这些事情，二审法院要作出什么样的裁判结论？二审法院经过重新审理，能否作出排除非法证据的裁决？

我国刑事诉讼法没有确立“中间上诉”制度，<sup>[28]</sup>无论检察机关还是被告方，都无法在一审法院就非法证据排除问题作出决定后，单独对此决定提出抗诉或上诉。对于是否排除某一控方证据的决定，一审法院只能将其与本案实体问题的判决结论一起，通过一审判决作出统一裁判。对于这一判决，控辩双方也只能在一审程序结束后，统一向二审法院提出抗诉或上诉。而对于非法证据排除问题的审理，二审法院也只能将其与其他实体问题的审理一起，在一个统一的二审程序中完成。这种司法救济机制决定了二审法院作出二审裁决

[28] 所谓“中间上诉”，是指在法庭审判程序尚未结束之前，控辩双方对法院的某一程序裁决提出的即时上诉。在一些西方国家的非法证据排除制度中，法院即便在开庭前作出了排除或者不排除非法证据的裁定，也允许公诉方和被告方向上一级法院提出上诉，从而引发上级法院的上诉审程序。有关这一问题的分析，可参见[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页以下。

时,一般只能将程序问题与实体问题放在一起综合考虑。换言之,二审法院经过重新审理,即便认定侦查人员确实有取证不合法的问题,也不能单独作出排除非法证据的裁决,而必须将此问题与本案的实体问题结合起来,做出统一的二审裁判结论。其结果是,在二审程序中,程序性裁判只能附属于实体性裁判,在裁判方式上不具有独立性。二审法院在审查一审法院排除或者不排除某一控方证据的决定时,只能从它对一审法院认定的案件事实是否产生重大影响这一角度考虑问题。经过综合考量本案的程序问题和实体问题,二审法院若认为一旦纠正一审法院在非法证据排除问题上的决定,将直接影响一审实体判决的成立时,就可以作出撤销原判、发回重审的裁定。相反,二审法院若认为即便就非法证据排除问题作出新的裁决,也不能影响一审判决的成立,就可以维持原判。可以说,二审法院对于非法证据排除问题的裁决,最终还是要统一到是否撤销原判的考量上来。

既然如此,二审法院应根据什么标准作出撤销原判、发回重审的裁定?最高人民法院没有给出任何现成的解释。对此,笔者认为,只有引入“有害错误”和“无害错误”的概念,在一审法院拒绝启动初步审查程序或者拒绝排除某一控方证据的决定被确认为程序错误时,审查该错误是否对一审判决的成立产生了实质影响,才能提供合理的解决方案。<sup>[29]</sup>

所谓“有害错误”,是指一审法院的程序错误被认定可能造成如此严重的后果,以至于影响一审法院所认定的案件事实的真实性。在非法证据排除问题上,假如二审法院认定一审法院排除或者不排除某一控方证据的决定是错误的,并且这种错误已经造成一审法院认定事实的错误,那么,二审法院就可以撤销原判、发回重审。最典型的例子是,一审法院对于被告方提出的侦查人员存在刑讯逼供的问题,拒绝启动任何初步审查程序,就拒绝了被告方的申请。在二审程序中,法院经过重新审理,认为侦查人员确实有刑讯逼供行为,并且由此获取的被告人供述也是不可靠的,而一审判决记载的犯罪事实主要是根据这一有罪供述认定的;假如将这一有罪供述予以排除,那么,一审判决认定的犯罪事实根本无法成立。在此情况下,一审法院拒绝排除被告人供述的决定,就属于有害错误。

而所谓“无害错误”,是指一审法院在排除或者不排除某一控方证据方面确实存在错误,但是,二审法院即便将这一证据排除于定案根据之外,也不会对一审判决的成立产生实质影响。例如,一审法院通过启动正式调查程序,最终将某一证人证言予以排除,并作出无罪判决。在检察机关提出抗诉后,二审法院经过审查,认为一审法院排除该证人证言是错误的。但是,即便将该证人证言重新作为定案根据,公诉方的证据体系照样无法证明公诉方所指控的犯罪事实。因此,一审法院的这一错误决定,对一审判决认定的犯罪事实的成立不会产生任何实质影响,便属于无害错误。

### (三) 特定情形下的自动撤销

对于一审法院在非法证据排除问题上所作的错误决定,二审法院只有在确认存在有害错误的情况下,才能作出撤销原判、发回重审的裁定,这是一般原则。但是,假如一审法院的某一决定严重侵犯了当事人的诉讼权利,或者严重影响了程序公正,那么,对于这种

[29] “有害错误”与“无害错误”是由美国联邦最高法院提出的上诉审查标准,其目的主要在于决定是否对初审法院的程序错误作出撤销原判的裁决。See Joel Samaha, *Criminal Procedure*, Wadsworth Publishing Company, 1999, p. 461; Jerold H. Israel and Wayne R. LaFave, *Criminal Procedure-Constitutional Limitations*, West Publishing Co., 1993, pp. 480-489.

程序错误就不必区分是否构成有害错误，而二审法院可以无条件地宣告原判无效。对于这种因严重违反法律程序而导致的无条件撤销原判，一般称之为“自动撤销”或“绝对的上诉理由”。<sup>[30]</sup>

我国1979年刑事诉讼法对二审法院以一审法院违反法律程序为由撤销原判，曾设置了“可能影响正确判决”这一条件。1996年刑事诉讼法取消了这一条件，要求二审法院在法定的一审法院违反法律程序的情形下，一律撤销原判。2012年刑事诉讼法延续了1996年刑事诉讼法确立的制度设计。应当说，1979年刑事诉讼法对这一条件的设置，体现了在确认存在有害错误的前提下撤销原判的理念，而1996年以后的刑事诉讼法体现了自动撤销的精神。可以说，一审法院只要存在违反回避制度、审判组织不合法、违反公开审判原则或者剥夺当事人诉讼权利等法定情形，二审法院就可以自动撤销一审判决，而无需考虑这些程序错误对一审判决结果的影响。

同样，对于一审法院无理拒绝启动初步审查程序，或者错误地作出排除或者不排除控方证据的决定，假如严重剥夺了被告人的诉讼权利，或者严重影响了程序公正，二审法院也可以无条件地作出撤销原判、发回重审的裁定。例如，一审法院未告知被告人有权提出非法证据排除申请的；被告方提出非法证据排除申请后，一审法院拒绝召开庭前会议的；被告方提出非法证据排除申请后，一审法院拒绝启动初步审查程序，又不提供任何理由的；在正式调查程序中，一审法院剥夺被告人对控方证据的质证机会的，等等。只有当自动撤销的事由具有可操作性并被具体列举时，二审法院的自由裁量权才能受到严格限制。

## 结 论

从2010年初次确立非法证据排除规则，到2012年刑事诉讼法的颁布实施，再到2012年底对非法证据排除程序做适度调整，程序性裁判逐步在我国得到培育和发展，成为一种相对独立于实体性裁判的司法裁判活动。

作为一项基本原则，被告方一旦提出排除非法证据的申请，法院就要优先审查侦查行为的合法性问题，使程序性裁判具有优先于实体性裁判的效力。但在法定的例外情形下，法院可以在对其他证据的法庭调查结束之后，再审查侦查程序的合法性问题。但是，即便在此情况下，法院的审查也应遵循证据能力优先于证明力的原则。

作为程序性裁判的重要程序环节，初步审查具有过滤不必要的程序性裁判的功能，而法院在庭前会议上就可以完成初步审查的使命。正式调查作为程序性裁判的核心环节，具备基本的诉讼构造，并偏重于职权主义的诉讼模式。

在非法证据排除问题的初步调查程序中，被告方要对侦查行为的非法性承担初步的证明责任，并要达到说服法官产生合理疑问的程度。但在正式调查程序启动后，证明侦查人

[30] 关于美国刑事诉讼中的“自动撤销”制度的分析，可参见 Stephen A. Saltzburg and Daniel J. Capra, *American Criminal Procedure: Cases and Commentary*, 6<sup>th</sup> ed., West Publishing Co., 2000, p. 1501. 关于德国刑事诉讼中“绝对的第三审上诉理由”的讨论，可以参见 [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520页以下；[德] 托马斯·魏根特：《德国刑事诉讼程序》，岳礼玲译，中国政法大学出版社2004年版，第224页以下。



员取证合法性的责任一律由公诉方承担，并要达到排除合理怀疑的最高程度。在遵循这一基本原则的前提下，三类非法证据排除规则实际上分别确立了不同的证明责任分配机制。

程序性裁判有其相对独立的司法救济机制。考虑到二审法院只应对一审法院已裁判的事项进行上诉审查，因此，被告方在二审程序中首次提出的非法证据排除问题，原则上不应成为二审法院的审判对象。同时，即便对于一审法院拒绝启动初步审查的决定，以及一审法院排除或者不排除控方证据的决定，二审法院也不能作出独立的裁判，而应将其与案件的实体问题一起进行综合考量，然后决定是否作出撤销原判的裁定。一般情况下，二审法院在确认一审法院就非法证据排除问题所作的决定属于程序错误的情况下，还要审查该程序错误会不会影响一审判决结论的成立。当然，对于一审法院在非法证据排除问题上有严重程序错误的，二审法院可以不考虑其对一审判决的影响，而自动作出撤销原判的裁定。

---

**Abstract:** Since 2010, China has gradually established through legislation and judicial interpretation a procedural adjudication system consisting of modes of initiation, preliminary examination, formal examination, burden and standard of proof, and remedies. As a basic principle of this system, the court has to examine the legitimacy of criminal investigation before the substantive issue as long as a motion to exclusion is filed by the defendant. Procedural adjudication consists of two parts relating to the legitimacy of evidence, that is, preliminary examination and formal examination. Preliminary examination purports to reduce the abuse of action, as well as to define a subject and scope for contention and adjudication. By contrast, the core of formal examination lies in whether the prosecutor could prove the legitimacy of investigation. In the process of preliminary examination, the defendant has to assume the primary burden of proof, to convince the judge there is certain doubt in the investigation. While in the formal examination, the burden of proof is exclusively allocated to the prosecutor, and he has to prove the legitimacy of investigation beyond reasonable doubt. Moreover, the appellate court cannot provide independent judicial remedy for the decision made by the court of first instance on the exclusion of illegal evidence, but can only take procedural and substantive issues together as the ground for its decision on whether or not to quash the original judgment.

**Key Words:** procedure for exclusion of illegal evidence, preliminary examination, formal examination, judicial relief

---