

关于非法证据排除规则的完善

编者按:最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合发布的《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》至今已实施一年多了。该规定从实体和程序两方面对办理刑事案件中排除非法证据的规则作了规范。这是改革和完善我国刑事诉讼证据制度的重要一步。该规定的实施,丰富了我国现行有关规范刑事诉讼非法证据排除的规则,为司法实践提供了积极的行为规范;同时,也应该看到,该规定仍有进一步细化的空间,我国非法证据排除规则体系尚未建立。为此,本刊组织了一组稿件对该规定的完善和非法证据排除规则体系的建立进行研讨,希望能对我国的相关立法与司法有所裨益。

检察机关排除非法证据的规范

——基于预防和排除的双重视角

卞建林 李 晶

(中国政法大学,北京 100088)

摘要:“两院三部”的《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》对检察机关在审查逮捕和审查起诉中排除非法证据的责任和职权予以了明确。根据检察机关行使职权的多元化以及参与诉讼的全程性等特点,检察机关对非法证据的预防和排除均具有重要作用。因此,未来检察机关亦当从预防和排除非法证据的双重视角来加强在非法证据排除中的作用发挥,健全预防非法证据的措施以保证证据收集固定的合法性,规范排除非法证据的程序以实现证据审查判断的准确性。

关键词:检察机关;非法证据;审查逮捕;审查起诉

中图分类号:DF713 **文献标识码:**A **文章编号:**1005-9512(2011)06-0002-07

为规范司法行为、促进司法公正,“两院三部”于 2010 年联合颁布实施《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《排除非法证据规定》)。《排除非法证据规定》第 3 条指出,“人民检察院在审查批准逮捕、审查起诉中,对于非法言词证据应当依法予以排除,不能作为批准逮捕、提起公诉的根据”,这对检察机关在审查逮捕和审查起诉中排除非法证据的责任和职权予以了明确。¹ 检察机关在非法证据排除中能够起到何种作用,检察机关如何在刑事诉讼中排除非法证据,自然成为理论界和实务界需要共同面对和

作者简介:卞建林,中国政法大学诉讼法学研究院院长,中国法学会刑事訴訟法学研究会会长;李晶,中国政法大学诉讼法学专业博士研究生。

关注的话题,而这也正是本文的立基所在。

一、重视检察机关在非法证据排除中的作用

根据我国宪法、刑诉法以及相关法律的规定,检察机关在刑事诉讼中的职能行使呈现出多元化的特点,依法行使侦查职能、控诉职能和诉讼监督职能,直接负责部分案件的侦查,对自诉以外的案件提起公诉和支持公诉,对刑事诉讼活动实行法律监督。与职能的多元化相对应,检察机关对刑事诉讼活动的参与也是全程性参与,无论是侦查、起诉,还是审判、执行,检察机关都自始至终地贯穿于刑事诉讼活动的全过程。基于检察机关在刑事诉讼中的这种特殊地位或者说是特有优势,检察机关对于非法证据的排除应该说能够起到重要甚至是关键的作用。

首先,检察机关在非法证据排除中的重要作用直接体现在审查逮捕和审查起诉中对证据合法性的审查判断以及依法排除通过刑讯逼供等非法取证行为所取得的证据。“在刑事诉讼中,就世界范围来说,检察官既是当事人,又‘不是当事人’或‘不仅仅是当事人’、‘不是实质上的当事人’,这是很多国家法学家的共识”。²具体到我国,检察机关既是司法机关,也是国家的法律监督机关,这一独特的法律定位决定其行使诉讼监督职能和控诉职能时理当超出单纯“一造当事人”的地位而承担客观公正的义务。体现在诉讼工作中就要求检察机关在进行审查逮捕、审查起诉、支持公诉等活动时要秉持客观公正的立场,唯本着事实与法律而不片面追求定罪与胜诉的结果,强化对诉讼活动尤其是侦查活动的法律监督,及时发现并依法纠正诉讼过程中的违法行为;体现在证据要求上就需要检察机关在审查判断证据时既要重视能够证明被追诉人有罪或者罪重的证据,也要重视证明被追诉人无罪或者罪轻的证据,依法审查证据的合法性并及时排除非法证据。联合国《关于检察官作用的准则》第11条亦指出:“检察官应在刑事诉讼、包括提起诉讼,和根据法律授权或当地惯例,在调查犯罪、监督调查的合法性、监督法院判决的执行和作为公众利益的代表行使其他职能中发挥积极作用。”

其次,检察机关还能够通过其多元化职能的充分行使来实现对非法证据的有效预防,从源头上遏制非法证据的产生,从根本上解决非法证据的问题。虽然“阻却违法理论”认为非法证据排除规则能够实现一般预防的效果,即通过非法证据排除规则的适用能够对未来潜在的警察违法行为产生恫吓和阻却,但一般而言,非法证据排除规则毕竟只是一种事后补救性措施,规则的适用需要建立在如下预设前提之上:非法取证行为已经发生,非法证据已经形成且对相对人的合法权益造成侵害,需要通过法律制度的有效回应来确认非法取证行为的不利益,使得受到损害的法律关系恢复正常。况且,在刑事诉讼中排除非法证据也是有代价的,除却刑事司法资源围绕排除与否的争论需要较大耗费并延误诉讼进程以外,由于非法证据的排除而不能定案进而导致放纵犯罪以及非法证据本身对公安、司法机关所产生的负面影响都是不能忽视的因素。正因如此,注重规范侦查过程中的证据收集和固定工作,预防非法证据的产生,应该说是对非法证据排除的一条“治本之道”。在我国,检察机关作为部分案件侦查的发动者、刑事案件公诉的提起者以及侦查监督的实施者,其与侦查有着极为密切的联系,对规范侦查取证行为、防止非法证据形成所具备的作用是其他机关无法实现的。一方面,检察机关在自行侦查的案件中严格进行证据的收集固定,保证取证行为的合法性,自然能够实现非法证据产生的有效预防;另一方面,检察机

关通过其侦查监督职能的及时行使以及控诉职能的适当延伸，能够对侦查机关侦查取证行为的合法性和科学性进行有效引导、规范和监督，避免侦查机关非法取证行为的产生。

最后，通过有效发挥检察机关在非法证据预防和排除中的作用，还能够在客观上妥善解决我国因庭审模式设置而造成的法庭受到非法证据不当影响的问题。根据事实裁断者和法律适用者是否同一，法庭审理模式可区分为一元法庭和二元法庭。“在二元法庭，法官可以通过预审，裁定将不可采纳的信息阻挡在事实认定者的门外，使不可采但其他方面却可信的证据不在事实认定者的头脑中留下任何印记——假设法庭的这两部分相互间实行声音隔离的话。相反，在一元法庭，虽然同样是由个体决定证据的可采性和证据应有的证明力，但却无法避免被禁止但又有说服力的信息的污染。它总是要对裁决者的思想产生影响”。³我国是典型的一元法庭审理模式，案件审理者同时对事实和法律作出裁决，且不存在类似西方国家的预审法官或者中间程序，这就不可避免地导致法庭能够接触到非法证据，即使最后将非法证据予以排除也难以保证其不对案件审理者造成不良导向或者干扰。倘若检察机关能够充分发挥其在预防和排除非法证据中的关键作用，则显然会大大减少非法证据进入到法庭审理环节的机会，也就使得法庭受到非法证据干扰的困惑迎刃而解。

二、健全检察机关预防非法证据的措施

如前所述，基于职能多元化的特点，检察机关对于侦查过程中非法证据的预防具有其他机关不可替代的作用和影响。然而，由于侦查措施的相对落后、不良办案思维的惯性影响以及侦查权制约和控制的缺乏等因素，检察机关预防非法证据的整体效果并不尽如人意。以职务犯罪侦查为例，检察机关作为法律监督机关，理当使其自侦案件的侦查行为更加规范，但事实上连续拘传或者违法延长拘传期限、变更执行地点甚至是修建指定地点来进行监视居住以及不认真执行法律关于侦查期间允许律师会见的相关规定等规避甚至违反法律的行为却长期存在且难以遏制，而这恰恰为非法证据的产生提供了便利条件。因此，为进一步增强非法证据排除的实际效果，检察机关应在证据的收集和固定方面强化合法性和真实性要求，在严格遵守现行法律规定的同时尝试通过健全完善如下措施来实现非法证据的有效预防。

（一）健全职务犯罪的特殊侦查措施

与普通犯罪不同，职务犯罪由于犯罪主体和犯罪行为的特殊性往往呈现出“智能型”和“高隐秘型”的特点，案件很难自行暴露，侦查进路则是“由人查事”，实物证据较少且难以查证，言词证据、书面证据等特别是犯罪嫌疑人的口供地位突出。⁴虽然刑法强调“重证据，重调查研究，不轻信口供”，但不少检察人员在实际办理自侦案件过程中仍然难以摆脱“以口供突破实现案件突破”的办案模式，往往倾向于采取强攻硬取、疲劳战术等侦查方式甚至是刑讯逼供以获得有效口供的形成，进而实现案件事实的确认。有学者发出如此感慨：“我国的职务犯罪侦查方法在相当长的时期内都基本上保持着‘专案调查与群众运动相结合’的方式，而且调查的主要手段就是谈话和问话。所以，我们的职务犯罪侦查方法的专业化程度还比较低，甚至可以说尚处于‘业余’的水平。”⁵

《联合国反腐败公约》第50条第1款要求：“为有效地打击腐败，各缔约国均应当在其本国法律制度基本原则许可的范围内并根据本国法律规定的条件在其力所能及的情况下采取必要措施，允许其主管机关在其领域内酌情使用控制下交付和在其认为适当时使用

诸如电子或者其他监视形式和特工行动等其他特殊侦查手段，并允许法庭采信由这些手段产生的证据。”未来我国应着力改变当前职务犯罪侦查中过度依赖口供的现状，在常规侦查措施的基础上，赋予检察机关与职务犯罪密切相关的特殊侦查措施（包括诱惑侦查、技术侦查、卧底侦查等），并对这些措施的适用加以严格规范，通过检察机关办理职务犯罪案件能力和效率的提高来促进其职务犯罪侦查行为合法性的增强。这不仅是避免刑讯逼供等非法取证行为发生的重要路径，也是我国作为《联合国反腐败公约》签署国履行公约义务的应然选择。

（二）强化全程同步录音录像的执行效果

讯问时全程同步录音录像能够真实再现犯罪嫌疑人接受讯问时的场景，准确证明侦查人员讯问行为合法与否并固定相关证据，是督促侦查人员依法取证、遏制刑讯逼供等非法取证行为、保障犯罪嫌疑人合法权益的有效路径。最高人民检察院早在2005年就通过《人民检察院讯问职务犯罪嫌疑人实行全程同步录音录像的规定（试行）》并明确指出：“人民检察院办理直接受理侦查的职务犯罪案件，每次讯问犯罪嫌疑人时，应当对讯问全过程实施不间断的录音录像。”2006年，最高人民检察院印发了《人民检察院讯问职务犯罪嫌疑人实行全程同步录音录像技术工作流程（试行）》和《人民检察院讯问职务犯罪嫌疑人实行全程同步录音录像系统建设规范（试行）》，且要求自2007年10月起全国检察机关开始全面实行讯问职务犯罪嫌疑人全程同步录音录像。虽然该项制度实施至今已有数年，但其整体情况依然不容乐观，除却因录音录像硬件配套等技术问题落后而导致录音录像质量不高、证明力不强外，更主要的是一些检察人员对于该制度明显存在规避和抵触心理，制作的录音录像在全程性和同步性方面大打折扣，而庭审中辩护方要求公诉方出示同步录音录像时，检察机关又拒不提供或者仅提供部分片段。

为规范检察机关办理职务犯罪案件，保证职务犯罪案件中证据收集特别是犯罪嫌疑人供述获取的客观、真实、合法，今后应当从制度层面对讯问职务犯罪嫌疑人全程同步录音录像予以完善和严格要求：其一，对于严重违反录音录像技术工作流程以及在全程性和同步性上无法进行印证的录音录像，不予认可其证据能力；其二，对于应当出示全程同步录音录像而拒不出示的，应承担拒不提供的不利后果；其三，对于未严格执行全程同步录音录像相关规定，或者在执行中弄虚作假造成不良后果的，依法追究有关人员的责任。

（三）实现职务犯罪侦查讯问的律师在场

虽然当前对于律师在场制度的确立尚存一定分歧，但从国际刑事司法潮流的发展趋势以及国际刑事司法准则的基本要求来看，确立律师在场是我国刑事诉讼制度发展完善的应然之选。鉴于非法取证行为尤其是刑讯逼供主要存在于侦查阶段以及侦查阶段封闭性、秘密性有余而透明性、对抗性不足的特点，检察机关应当在严格执行全程同步录音录像制度的基础上进一步创新，探索实现职务犯罪侦查讯问时的律师在场制度。检察机关侦查部门讯问职务犯罪嫌疑人时，如果犯罪嫌疑人要求有律师在场，侦查部门必须通知律师到场；如果犯罪嫌疑人开始放弃律师在场权但在讯问中又要求律师在场的，侦查部门应当停止讯问并通知律师到场。此外，即使犯罪嫌疑人并未主张律师在场权，如果侦查部门认为确有必要，亦可通知律师到场。

关于律师在场的实现方式，一般可分为三种：一是间接监督，即在犯罪嫌疑人接受讯问时，律师通过“看得见，听不见”的方式间接实现在场，如观看经过消音的同步录像等；二是直接监督，即在犯罪嫌疑人接受讯问时，律师在场陪同，但不能与犯罪嫌疑人进行交流

或提供法律意见,仅对非法取证活动予以及时制止;三是咨询帮助,即在犯罪嫌疑人接受讯问时,律师不仅予以全程陪同,监督讯问的合法性,而且能够及时为犯罪嫌疑人提供法律帮助与咨询。前两种律师在场的实现方式主要定位于保证取证行为的合法性,而第三种律师在场的实现方式则在保证取证行为合法性的基础上,更加注重强化辩护效果,保障辩护权的充分行使。鉴于“我国目前尚不具备以物证证明为司法证明主要方式的条件,口供在诉讼中仍占有重要地位”,⁶并考虑到实务部门的可接受程度以及控制犯罪与保障人权的平衡,我国可先行通过间接监督的方式实现职务犯罪侦查讯问的律师在场,即律师通过“看得见、听不见”这一间接在场的方式监督、见证侦查部门讯问行为的合法性,防止刑讯逼供等非法取证行为的发生。

(四)完善检察介入引导侦查取证机制

规范侦查行为、预防非法证据离不开检警关系优化配置这一话题。在很多西方国家,尤其是大陆法系国家,检察机关是刑事诉讼中的法定侦查主体,享有对刑事侦查的领导指挥权,而刑事警察或司法警察仅是作为检察机关的助手或者辅助机关参与侦查。但由于犯罪的日趋复杂化以及侦查的高度专业性,警察承担主要的侦查任务并实际上享有独立侦查权则是趋势所在,大陆法系国家的刑事司法发展动态亦是如此。更重要的是,基于我国现行的司法体制,检察机关与公安机关在刑事诉讼中是分工负责、互相配合、互相制约的关系,由检察机关领导指挥侦查并不现实,而检察机关提前介入引导侦查取证则较为适宜。最高人民检察院在2002年即正式提出要“深化侦查监督和公诉工作改革,建立和规范适时介入侦查、引导侦查取证、强化侦查监督的工作机制”。检察介入引导侦查取证,其主要目的有二:一是确保侦查过程中证据的收集和固定能够为公诉的顺利进行做好准备;二是防止侦查过程中非法取证等违法活动的发生。就非法证据排除而言,通过检察机关提前介入侦查机关的取证活动,一方面能够为检察机关做好案件事实(包括证据合法性)的证明准备工作,提高检察机关依法准确指控犯罪的能力;另一方面也能够避免或者及时纠正侦查机关在侦查过程中的非法取证行为,遏制非法证据的产生和使用。

为进一步规范侦查机关的取证行为,实现侦查与公诉的有效联动,保证侦查监督的顺利实施,检察机关应当在已有实践经验的基础上健全和完善检察介入引导侦查取证的工作机制,对于需要介入侦查的案件及时予以介入引导,对侦查过程中证据的收集、固定、补充和完善适时提出意见和建议,对侦查活动中的非法取证行为依法及时纠正,特别是要解决好介入侦查的范围、时间、方式、程序等问题,处理好介入与监督、引导侦查与分工负责的相互关系,避免介入引导侦查演变为干涉替代侦查或者检警联合办案。

三、规范检察机关排除非法证据的程序

审查逮捕和审查起诉是检察机关实现侦查监督和准确提起公诉的关键步骤,是关系到被追诉人合法权益保护以及案件事实准确认定的重要程序。如果在此过程中非法证据未能得到及时排除,势必会增加被追诉人被错误羁押或者错误起诉的危险,并且有可能对法院审判的准确、高效进行带来负面影响,甚至导致冤假错案的产生。故而,检察机关在审查逮捕和审查起诉中能否严格进行证据合法性的审查判断、能否及时对刑讯逼供等非法取证行为所取得的证据予以排除,对于刑事诉讼的顺利进行以及司法公正的充分实现意义重大。虽然《排除非法证据规定》对检察机关在审查逮捕和审查起诉中排除非法证据提

出了明确要求,但对检察机关在司法实践中如何审查排除、遵循何种程序却未能作出回答。参照《排除非法证据规定》中关于法庭排除非法证据的程序性规定,结合我国检察实践的具体情况,未来检察机关在审查逮捕和审查起诉中排除非法证据可大致遵循如下程序。

(一)非法证据排除程序的启动

第一,非法证据排除程序可以依申请启动。检察机关在审查逮捕和审查起诉中第一次讯问犯罪嫌疑人时,应当告知其有权对侦查过程中所获取证据的合法性特别是供述的真实性提出异议,并如实记入笔录。犯罪嫌疑人或者其聘请的律师对证据合法性存在异议的,应当向检察机关提供相关的线索或者证据。检察机关应当对上述线索或者证据进行认真核查,如果认为存在刑讯逼供或者暴力、威胁等非法取证行为嫌疑的,应当对有关证据进行调查核实;认为不存在刑讯逼供或者暴力、威胁等非法取证行为嫌疑的,应当告知犯罪嫌疑人理由。当然,对于审查逮捕而言,其期限一般较为短暂,这就造成不少检察机关在实践中无法实现对犯罪嫌疑人的讯问和权利告知。对此,有条件的检察机关可通过远程实时视频等高科技手段实现讯问和权利告知,目前尚不具备条件的检察机关可将包含有非法证据排除申请在内的权利告知书连同《逮捕证》一起交由执行逮捕的人员向被逮捕人出示,以便其及时提出排除非法证据的申请。⁷

第二,非法证据排除程序可以依职权启动。检察机关作为国家的法律监督机关,其在审查逮捕和审查起诉中应当自行对侦查机关(部门)所移送证据的合法性进行审查,如果认为存在刑讯逼供或者暴力、威胁等非法取证行为嫌疑的,应当对有关证据进行调查。在实践中存在这样一种情况,即检察机关通过案卷材料审查往往并不能够有效发现证据合法性尤其是供述真实性所存在的疑问,这就需要对审查逮捕和审查起诉的证据材料来源进行丰富和补充,其中最为有效的一点就是要求侦查机关(部门)提供讯问时的全程同步录音录像。在这个方面,一些地方检察机关已经开始与侦查机关联合建立侦查讯问同步录音录像随案移送机制,将审查侦查讯问同步录音录像资料作为发现、排除非法证据及补强合法证据的重要手段和方法。据报道,目前苏州市公安局平江分局移送起诉的案件中,92.3%的案件都实现了讯问同步录音录像随案移送,为平江检察机关非法证据排除工作的有效开展提供了较大便利。⁸除此之外,为保证检察机关能够及时发现侦查过程中的非法取证行为,检察机关各部门之间还应当进一步完善在信息通报、线索和证据移送等方面的协调和合作机制,特别是要发挥好控告申诉部门和监所检察部门在非法证据线索获取方面的作用。

(二)证据合法性的调查核实

检察机关在审查逮捕和审查起诉中认为存在刑讯逼供或者暴力、威胁等非法取证行为嫌疑的,应当要求侦查机关(部门)提供全部讯问笔录、原始的全程同步录音录像或者犯罪嫌疑人出入看守所的健康检查表等其他证据,必要时可以询问其他证人或者其他在场人员、看守管教人员以及检察机关驻看守所人员等。如果仍然不能排除嫌疑的,检察机关应当以听证程序的方式对证据合法性进行调查核实,通知犯罪嫌疑人及其聘请的律师以及侦查人员出席听证,要求侦查人员对存疑证据的合法性进行说明,允许犯罪嫌疑人及其聘请的律师对证据合法性进行质证并与侦查人员辩论。需要指出的是,应当将对证据是否非法取得的调查核实和对采取非法取证人员的调查处理区分开来,前者主要是程序问题,而后者则主要是实体问题,两者不能混为一谈,否则会妨碍证据合法性调查核实工作的有效、顺利开展。

(三)非法证据排除程序的决定

经过调查核实,如果检察机关认为侦查机关(部门)提请逮捕或者移送审查起诉的证据确系合法取得的,应当依法作出不予排除的决定并告知犯罪嫌疑人理由。如果检察机关认为侦查机关(部门)提请逮捕或者移送审查起诉的证据确系违法取得的,或者认为侦查机关(部门)提请逮捕或者移送审查起诉的证据不能排除刑讯逼供或者暴力、威胁等非法取证行为为嫌疑的,应当依法予以排除。如果排除非法证据后其他证据不能证明犯罪嫌疑人实施犯罪行为的,应当依法作出不予批准或者决定逮捕的决定;如果案件已经移送审查起诉的,应当依法作出不予起诉的决定。检察机关排除非法证据,应当告知侦查机关(部门)理由。此外,检察机关在调查核实后发现侦查人员存在刑讯逼供或者暴力、威胁等非法取证行为的,应当及时提出纠正意见,同时要求侦查机关(部门)另行指派侦查人员重新调查取证,必要时也可以自行调查取证。

四、余 论

《排除非法证据规定》对于我国刑事诉讼法和证据法的进步意义和积极影响毋庸置疑,然而在规定颁布实施已近一年的今天,反观我国排除非法证据的司法实践,其实际成效与颁布之初的社会预期和大众憧憬实可谓相差甚远,全国范围内能够作为非法证据排除的典型案例寥寥无几。侦查取证行为的逐步规范固然可能使得非法取证的发生几率降低,也许是由于司法实务人员对非法证据排除的认知不足而导致部分本属于非法证据排除的案例未能充分体现,但出现这一现实的主要因素恐怕是非法证据排除在我国的司法实践中依然存在着较大的阻力和障碍。倘若并不存在一部排除非法证据的规则,则尚可将非法证据排除的困难归咎于立法的缺失;但是基于非法证据排除规则已经确立至少是初步确立的事实仍不能实现对非法证据的有效排除,无疑将会使社会大众尤其是被迫诉人对于司法制度以及司法机关的公正性和权威性产生怀疑甚至失去信心,这种灾难性的后果是任何人都不愿意看到的。从这一层面来看,非法证据排除虽然任重道远但却刻不容缓。考虑到目前法院由于制度内外一些因素的影响和掣肘而导致在实践中排除非法证据较为困难,检察机关在庭审之前通过其固有职能的行使来实现对非法证据的预防和排除应当引起重视并予以加强。我们在希冀法院强化司法权威、排除非法证据的同时,也有理由对检察机关在非法证据排除中发挥更大作用抱有愿景和期待。

注:

¹ 虽然从字面来看,《排除非法证据规定》第3条并未对检察机关审查决定逮捕明确提出排除非法证据的要求,但基于审查批准逮捕和审查决定逮捕在实质上并无根本区别,故而本文将统称为“审查逮捕”。

² 朱孝清:《检察官客观公正义务及其在中国的发展》,《中国法学》2009年第2期。

³ [美]达马斯卡:《漂移的证据法》,李学军等译,中国政法大学出版社2003年版,第66页。

⁴ 参见朱孝清:《职务犯罪侦查措施研究》,《中国法学》2006年第1期。

⁵ 何家弘:《论职务犯罪侦查的专业化》,《中国法学》2007年第5期。

⁶ 朱孝清:《侦查讯问时律师在场权之我见》,《人民检察》2006年第10期。

⁷ 参见杨宇冠、孙军:《检察机关如何审查排除非法证据》,《检察日报》2010年9月20日。

⁸ 参见卢志坚:《非法证据不能留到法庭上再排除》,《检察日报》2010年11月23日。

(责任编辑:石 泉)