

非法证据排除规则的实证研究----以法院处理刑讯逼供辩护为例 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/486/2021\\_2022\\_\\_E9\\_9D\\_9E\\_E6\\_B3\\_95\\_E8\\_AF\\_81\\_E6\\_c122\\_486074.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E9_9D_9E_E6_B3_95_E8_AF_81_E6_c122_486074.htm)

**【摘要】**通过对中国三个地区法院处理刑讯逼供辩护案件的处理情况调研，可以发现非法证据排除规则在司法实践中的尴尬处境，这有立法技术方面的原因，也有司法制度和价值观念层面的原因。因此，在完善非法证据排除规则上，不能仅限于证据规则层面的努力，而应该在更广阔的视野中推动相关配套制度的改革。

**【关键词】**非法证据排除规则；刑讯逼供；实证研究；司法实践

近年来，在法律规则的应然层面，非法证据排除规则的研究已经有了较为充分的进展，关于该规则的含义、价值以及理论和现实意义，似乎毋庸笔者再赘述。而学界所欠缺的，可能是在实证研究方面，能够以微观的角度重新审视非法证据排除规则在中国的命运，以务实的心态探讨该规则遭遇的障碍以及可能的出路，为非法证据排除规则的研究贡献实践方面的知识增量。本文的实证研究将采取三种进路，一种是普查式的数据分析，一种是亲历式的现场描述，还有一种是旁观式的个案展示。它们或者以大量案卷为媒介，或者以亲自观察为来源，或者以个案事实为对象，三者的结合应该是可以互补并达致完整图景的一种研究方式。在中国学术界，很多法社会学实证调查的对象都是边远或不发达地区的基层司法组织，但却很少关注城市的司法组织。似乎认为农村的司法制度才是中国的司法制度。在本次研究中，笔者选择了南方三个大省（H、G、Z）的法院（主要是中级以上法院）作为考察目标。这种选择虽然不能代表中国普遍基层

法院的现状，但是在这些实施程序法水平较高的法院所发现的问题，只会是其他条件相对较差的法院存在的问题的“最小公约数”??只有从这些基本的问题入手，才能发现和解决更多的问题。当然，由于笔者精力所限，无法在更多地区进行调查，所以本文研究是否同样适合于其他司法机关，尚待进一步考察。

一、材料分析：中国法院对待非法证据排除规则的态度

本文实证研究的对象之一是南方H省法院，主要是该省境内中级以上人民法院的刑事诉讼案件。该省辖区面积约3.5万平方公里，人口830万。笔者对该省法院采取了普查式的数据分析方法，样本是来全省法院已经上网的全部刑事判决和裁定书，时间跨度为2000年到2005年。样本数共计1658件，其中省高级人民法院78件，中级人民法院984件，下辖的A市中级人民法院348件，B市中级人民法院213件，C市中级人民法院35件。去除重复的和尚未登载具体内容的裁判文书，实际统计的裁判文书为1348件。在这些案件中，被告人或其辩护人提出刑讯逼供作为抗辩理由的有33起，以刑讯逼供为案由的案件0起。对于以刑讯逼供作为抗辩理由的这33起刑事案件，分析的结果表明：法官不予理睬的6件，“证据不足，不予采纳”的19件，认定刑讯逼供“与客观事实不符”的7件，“认罪不好，从重处罚”的1件。这个统计数据说明了尽管实践中存在很多刑讯逼供的行为，但是真正被追究刑事责任的非常罕见。大量的提出刑讯逼供抗辩的刑事案件，都以“证据不足，不予采纳”作为结果，加上笼统认定刑讯逼供“与客观事实不符”，否定性评价将近80%，甚至还有案件作出“认罪不好，从重处罚”的判决。从判决书和裁定书的内容来看，在审判实践中，法官对于辩方提出刑讯逼供的抗

辩，大多能采取积极回应的态度，只是在评价上倾向于否定刑讯逼供事由，但是对于为何否定辩护意见，判决书或者裁定书中没有更为详细的理由说明。还有将近20%的案件中，法官采取了消极应对的态度，未对抗辩作出肯定或否定的评价，而是采取了不予理睬的策略。对此，笔者将在下文中分析。实证研究的第二个对象是南方G省的D市中级人民法院。该法院辖区面积约400平方公里，常住人口600余万人。该法院有法官约200人，其中刑一庭和刑二庭法官共计31名，2005年审理的刑事案件总数约3000余件。对于该法院，笔者采取与法官访谈以及旁听庭审的方法进行调查，其中一个关于毒品犯罪案件的庭审引起了笔者的注意。在该案的庭审中，当公诉人首次询问第一被告人时，第一被告人就表示不认罪，并且当庭提出“公安人员打我，我才那样供述的”。法官对此没有任何表示，只是看着公诉人，示意继续发问。公诉人于是开始宣读该被告人的供述笔录，特别提到其中承认有罪的供述，并向该被告人明确指出，其他三名同案被告人都已经指认他犯罪，“翻供也没有用”。果然，其他三名被告人均当庭认罪，并且不同程度地指认第一被告人的罪行，只是在一些具体的细节上有很大出入。接着，公诉人宣读了8份证人证言，但是没有任何证人出庭作证。第一被告人对于证人甲的证言提出了强烈的质疑，认为其内容与事实不符，希望与证人对质。辩护人也提出了无罪辩护。公诉人针对辩方的抗辩，除了继续以“第一被告人的多次供述一致”作为反驳理由外，还提出了这样一个观点：既然被告人翻供，就“应当对发生变化情况，提供证据”，被告人如果没有新的证据而翻供，就属于“拒不认罪”，建议法院从重判决。法

院对此没有发表任何意见，对刑讯逼供辩护未置一词。在事后拿到的判决书中，笔者看到法院针对该辩护意见只是写下了简单的“被告人唐某某贩卖毒品海洛因的行为，事实清楚，证据确实、充分，故其辩称无罪的理由不能成立，本院不予采纳。”是否徐徐逼供的问题被绕开了。在有些案件的庭审中，当被告人提出“他们打我才那么说”的时候，法官会严辞“警告”被告人“没有证据不要瞎说”，或者制止被告人纠缠于这个问题，转入其他问题的调查。在笔者与审判人员的访谈中了解到，对于这种存在疑点的证据，审判人员通常会在庭审后通过阅卷以及“适当的”庭外调查来核实证据的可靠性。也就是说，如果该证据的可靠性没有什么问题，即使是违法获得的证据，只要这种违法行为没有影响到“案件的公正处理”，证据就是可以采纳的。实证研究的第三种方式是收集一些关于非法证据排除规则的个案。样本来自南方Z省一位检察官给我提供的该省各级法院审理的多起涉及刑讯逼供辩护的案件。Z省辖区面积10.18万平方公里，人口4600万。这些案件是该检察官在参与某个国家课题的过程中收集的，虽然已经隐匿了具体的单位和当事人名字，但是可以基本保证案件来源的真实性。经过归类，这些案件可以分为以下几种：最为常见的一种是，辩护方提出了刑讯逼供的辩护，法院要求公诉方提供是否有刑讯逼供的证据，公诉方提供了侦查机关作出的侦查人员没有进行刑讯逼供的证明，于是刑讯逼供的辩护被驳回。比较典型的是，在某案中，公诉方向法院提供的“情况说明”居然是负责办理该案侦查的侦查人员自己提供的。第二种类别的案件中，辩护方明确提出了存在刑讯逼供或者其他违法取证的证据，并且要求排除由此

取得的证据，但是法院认为辩方提出的证据不足，不能认定刑讯逼供或者违法行为的存在，也不能排除上述证据。但是，对于为何不能认定刑讯逼供行为的存在，判决书中除了很笼统的说明外，没有详细的理由。第三种类别的案件通常是一审对于是否存在刑讯逼供、是否排除证据未置可否，二审中上诉人认为控方提出的证据存在很多疑点，甚至有非常明确的证据证明刑讯逼供的存在，二审法院并没有直接排除非法获得的证据，而是以事实不清、证据不足为由发回重审，而再审法院则在“查明事实”的基础上再次作出了原审认定，只是通常会在量刑幅度上有所改变。至于二审法院降低量刑幅度与辩方提出刑讯逼供的上诉理由之间存在什么关系，因为没有实证研究的更多素材，无法证实。实证的研究表明了非法证据排除规则在我国审判实践中遭遇到的重大阻力，凸现了“书本中的法”和“行动中的法”之间的巨大裂缝。本文旨在发现我国司法实践中的非法证据排除规则的命运，以及这种命运背后的原因以及可能的出路。

## 二、问题展开：非法证据规则在中国的处境和原因

在分析我国非法证据排除规则的处境之前，首先需要确定，法律文本层面上的非法证据排除规则的现状是如何的，这可以大致勾勒本文反思的制度背景。我国《刑事诉讼法》第43条明确规定：“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。”这是我国刑事诉讼法对于非法取证的禁止性规定。最高人民法院《关于执行若干问题的解释》第61条进一步规定：“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。

”学界通常认为，我国已初步确立了非法证据排除规则。最高人民法院、各地检察机关、公安部、各地公安机关也都出台了类似于非法证据排除规则的有关规定。在地方上，云南省人大常委会颁布的《关于重申严禁刑讯逼供和严格执行办案时限等规定的决定》（2000）、四川省高级法院、检察院、省公安厅《关于规范刑事证据工作的若干意见（试行）》（2005），也都规定了刑讯逼供取得的言词证据，不能作为证据使用，甚至还规定了举证责任倒置以及重大案件的录音、录像制度。我国法律规定是否已经确立非法证据排除规则呢？按照《刑事司法百科全书》以及美国学者施乐辛格的经典定义，非法证据排除规则是指执法人员以非法行为取得的证据在刑事诉讼中将被排除的证据规则。而联合国1975年通过的《保护人人不受酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格待遇或处罚宣言》（以下简称《宣言》）规定：“如经证实是因为受酷刑或其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚而作的供词，不得在任何诉讼中援引为指控有关的人或任何其他人的证据”，1984年的《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格待遇或处罚公约》（以下简称《公约》）规定：“每一缔约国应确保在任何诉讼程序中，不得援引任何业经确定系以酷刑取得的口供为证据，但这类口供可用作被控施用酷刑者刑讯逼供的证据。”可见，虽然国外通行的关于非法证据排除规则的定义没有对证据的形式作出限定，但联合国的《宣言》和《公约》都只是将证据排除的范围限定于言词证据，未包括非法搜查、扣押获得的物证、书证。我国

于1988年加入《公约》，并在非法证据排除规则方面作出了一定的努力。如果按照非法取得的供述和非法搜查、扣押的证据都要排除的严格定义，我国尚未完全确立非法证据排除规则；如果按照联合国规定的排除非法取得的供述这种最低限度的要求，我国的可以说已经确立了非法证据排除规则，虽然这种确立不是在基本法律而是在司法解释的层面上。问题在于，为何在实践中这些规定没有发生作用呢？“书本中的法”为何在实践中几乎成为一纸空文？这才是本文关注的核心。实证研究可以发现其中存在的问题，并且提供一种基于现实的解释。首先，是来自立法技术层面的解释。我国关于非法证据排除的有关规定，几乎都有“查证确实”的表述，即只有被证明是属于刑讯逼供等手段取得的供述，才不能作为定案的根据。这实际上就要求，在排除非法证据之前，必须有一个确认取证行为违法的前提存在。实践中大量的刑讯逼供抗辩的案件，却很难实现这个前提，只能以被认定“证据不足”或者“与客观事实不符”而告终。为何刑讯逼供如此难以证明呢？除去一些人为的因素，可能主要是立法上存在的重大障碍。我国有关司法解释规定的“非法方法”是指“采用刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的方法”，但是对“刑讯逼供”、“威胁”、“引诱”、“欺骗”以及“等非法的方法”没有作出明确的界定，以至实践中对是否构成刑讯逼供认识不一。长时间的连续讯问算不算刑讯逼供？剥夺被讯问者正常的休息、饮食或者进行精神折磨是不是刑讯逼供？这些都可能存在争议。即使是单纯的暴力行为，多大强度的行为构成刑讯逼供，是否以造成危害性后果为必要条件，也没有一个定论。即使真的存在严重的刑讯逼供，

要证明刑讯逼供也非易事。按照现行的证明责任，要证明刑讯逼供的存在必须证明刑讯逼供行为、刑讯逼供造成的后果以及两者之间的因果关系，而无论是证明行为还是后果都存在着难以克服的障碍。如果没有讯问机关或者讯问者自认刑讯逼供的存在，在证据调查方面处于劣势的被讯问者几乎不可能收集关于刑讯逼供行为存在的证据；如果没有发生致人死亡或者重伤的后果，被讯问者要证明刑讯逼供后果也不是简单的事情；更毋庸谈两者之间的因果关系（已经有案例中，把讯问者身上的伤痕“定性”为正常关押形成或者自残行为造成的）。即使证明了刑讯逼供的存在，要排除非法证据也存在一定的阻力。虽然法律或者司法解释规定了非法取得的供述应当排除，但是没有规定申请“非法证据”排除程序的启动程序、方式、期限、证明责任、证明标准、裁决方式、救济措施等具体的实施性规则，实体性规则依然不能在实践中被广泛适用。在现行的立法框架下，法院即使消极对待非法证据排除规则甚至违反该规则，也没有任何法律上的不利后果制约。上述立法上的障碍给非法证据排除规则的实施造成了很多不确定因素，使得在司法实践中非法证据界定难、证明难、排除难。其次，是来自司法制度层面的解释。为何法院对于非法证据排除规则存在消极应对的状态呢？这可能要从我国司法制度的结构上进行分析。非法证据的取得，通常都是侦查机关在取证过程中发生的，在我国就是发生在公安机关的刑事侦查中。而非法证据的排除，则是由审判机关进行操作的，在我国是由人民法院承担的。这就涉及这两个机关之间的关系。丹宁勋爵曾言，“每一社会均须有保护本身不受犯罪分子危害的手段。社会必须有权逮捕、搜查、

监禁那些不法分子。只要这种权利运用适当，这些手段都是自由的保卫者。但是这种权力也有可能被滥用，而如果它被人滥用，那么任何暴政都要甘拜下风。”非法证据排除规则就是一种针对侦查权滥用的程序性制裁。无论是英美法系还是大陆法系国家，对于侦查权的控制基本上都是通过司法权来实现的，即法院可以制约侦查权行使。例如，司法令状原则就要求警察的重大侦查行为，必须取得法院的授权；司法审查原则要求，强制性侦查措施合法性的审查，应当由法院进行。这种侦查权的司法控制来源于法院的优越地位，法院也具有制约侦查机关行为的实际权力。但是，在我国的司法体制中，法院却完全没有制约侦查权的地位，它既不是监督侦查程序的中立裁判者，也不是整个刑事诉讼程序的主导者，而往往成为继侦查、起诉之后的审判“工序”的接任者。而且，现行体制下侦查机关的负责人往往兼任该地区政法委书记，在行政位阶上高于司法机关的负责人，因此法院针对侦查机关作出的裁判会有所顾忌，在一定程度上可能影响非法证据排除规则的适用。因此，法院能否有能力担当起审查侦查行为合法性的重大职责，尚有疑问。除此之外，我国的司法制度与已经确立非法证据排除规则的其他国家存在着重大的差别，就是我国既没有陪审团审判也没有预审法官制度，使事实裁判者可以直接参与非法证据的排除过程，如果该证据已经被法官所认知，即使程序上排除该项证据，也难以产生事实上的排除效果。再次，是来自价值观念层面的解释。虽然我国的刑事诉讼法经过修改后，在强调程序正义上有所进步，但是在很多司法人员的观念中，片面追求实体真实的观念仍然没有改变。这在一定程度上是源于重视实质公正

胜于形式公正的传统文化，在另一方面则是出于为了实现惩罚犯罪的效果而发现真实的现实需要。虽然在法学界，对于程序公正的意义已经有了深刻的认识，但是改变司法人员“重实体轻程序”的传统观念却不是一蹴而就的事情，现实的司法环境也不可能使他们在旦夕之间完成这种转变。从大背景上看，社会普通民众的心态依然偏好于实现最大程度的结果正确而非程序公正，对于非法程序的容忍程度带有强烈的功利主义色彩。这在社会舆论对刘涌案与佘祥林案的不同态度中可见一斑：前者虽然存在刑讯逼供的事实，但是民意却容忍了这种程序上的瑕疵，把矛头指向被告人犯罪的事实，后者则因为在实体处理上存在重大错误而激起民愤。从司法环境层面看，司法人员的心态依然偏好于实体真实而非程序正义，对于非法证据排除规则也秉持着功利主义的目的观。在很多司法人员看来，非法证据排除规则是不具有现实可行性的一项制度，因为作出这种裁断非但不能引起积极的评价，反而可能在诉讼中因为证据不足而产生无法定案或者放纵罪犯的结果，对审判工作造成重大的压力。例如，司法系统内评价审判人员绩效的主要标准是工作量以及正确率，而正确率的衡量尺度则以有无改判为依据，这在很大程度上是依赖于对实体真实的认定而非对程序公正的把握。在审查证据的过程中，审判人员往往把证据的证明力摆在证据的证据能力之上，更注重重视证据的可靠性而非证据的合法性，因为这样才能降低二审改判或者发回重审的可能性。而这才是真正关系到审判质量考评的因素。考虑到现实利益的因素，我们可以发现，在法律所允许的自由裁量权的范围内，审判人员在非法证据的取舍上，总是会倾向于有利自身利益的解释。

三、路径选择：中国非法证据排除规则的未来 基于上述分析，我们可以看到，非法证据排除规则在中国司法实践中，实际已经处于一个比较尴尬的地位。当然，笔者的实证研究并不一定能涵盖中国司法实践中非法证据排除规则的全貌，因为也有案例表明非法证据排除在某些个案中是可以部分实现的。但是，笔者有理由相信，实践中非法证据排除规则的总体现状不太乐观。本文的研究虽然对造成这种情形的原因有了一个初步的解释，但是笔者并不是对现状采取一种同情式的理解。不管技术层面上的障碍、司法制度层面上的阻力，还是价值观念层面的羁绊，存在的未必然是合理的，而恰恰可能是需要进行革新的。关于非法证据排除规则的正当性论证，多得已经无需笔者置喙。需要注意一点是，《公约》第2条规定，任何特殊情况，不论战争状态、战争威胁、国内政局动荡或其他社会紧急状态，均不得援引为施行酷刑的理由。也就是说，即使发生“9#61482. 吴丹红，男，1978年生，浙江义乌人，北京大学法学院博士后，Email：danhon@163.com。本文为美国福特基金项目“《反酷刑公约》与中国刑事司法改革”的部分成果，感谢陈瑞华教授给予的指导，并感谢德国的赫尔曼教授（Joachim Herrmann）于2006年5月6日在北京大学的国际研讨会上对本文的一些评论意见。参见杨宇冠：《非法证据排除规则研究》，中国人民公安大学出版社2002年版；张智辉主编：《非法证据排除规则研究》，国家哲学社科项目2005年；张淑玲：《非法证据的效力问题研究》，中国政法大学2001年硕士论文；苏晓凌：《非法证据排除规则的移植和适用》，中国政法大学2003年硕士论文；参见林辉煌：《论证据排除》，元照出版公司2003年版；等

等。例如，苏力的《送法下乡》一书的副标题就是“中国基层司法制度研究”，但是通观全书，我们似乎只是观察到了农村基层司法制度的运作，城市基层司法制度的运作被作者有意无意的回避了。苏力：《送法下乡??中国基层司法制度研究》，中国政法大学出版社2000年版。另一种以广大农村的基层司法机关为考察对象的研究方法，认为这些“传统社会”更能代表中国大多数地方的社会现状。参见陈瑞华主编：《未决羁押制度的实证研究》，北京大学出版社2004年版，第70页。这种研究思路与“木桶原理”比较相似，即只有解决木桶的短板才能提高木桶的容量。笔者的“最小公约数”思路则认为，在条件更为优越的大城市司法机关，可以找到各级司法机关的最小问题，其他司法机关只是在一定程度上把这类问题放大化。樊崇义等著：《刑事证据法原理与适用》，中国人民公安大学出版社2001年版，第105页。湖北、河北两省在2005年也出台了类似的规定。Encyclopedia of Crime and Justice, Free Press, 1983, p.715. 施乐辛格的定义参见陈光中主编：《中华人民共和国刑事证据法专家拟制稿》，中国法制出版社2004年版，第160页。众所周知，中国的“司法解释”在实际效果上并不逊于法律，甚至在某种程度上更能为特定的机关所遵循。[英]丹宁：《法律的正当程序》，中译本，法律出版社1999年版，第109页。笔者与一些法官的访谈表明，出于对“法官审警察”的敏感，很多地区的法院不敢在审判中公然作出排除刑讯逼供获得的证据、确认参与取证的侦查人员违法犯罪，甚至在非常重大的违法取证行为的认定上，法院还要参加政法委召集的协调会，就是出于这种现实的考虑。有些学者认为这是法官素质的问题，但笔

者的实证调查似乎不能支持这种推论。在D市法院的刑一庭，共有法官13名，其中三名本科生，10名研究生，法官的学历不可谓不高，但是其观念却与学者们要求的相距甚远，一名参加工作不久的高学历法官告诉我，受司法环境的影响，他正在从“书生意气”慢慢完成迁就现实的转变。关于民意对刑讯逼供容忍度的研究，参见吴丹红：《角色、情境与社会容忍》，载《中外法学》2006年第2期。近年来刑事案件的大幅度上升给法官造成了很大的压力，能按时结案是很多法官努力的目标。在D市法院，五年来一线法官的人均年办案是198件，很多法官长期加班加点，“承受了超乎寻常的工作压力”（该院2005年工作报告）。按照最高人民法院《人民法院审判人员违法审判责任追究办法（试行）》的规定，对于严重违反实体法和程序法，造成裁判结果错误的行为，审判人员应当承担责任的。各级法院也把这种错案追究制度进行发展，把错案率作为追究法官责任的依据。而现行的错案评价体系，都是以裁判结论正确与否作为主要标准的。参见陈瑞华：《程序性制裁理论》，中国法制出版社2005年版，第249-258页。参见杨宇冠：《非法证据排除规则研究》，中国人民公安大学出版社2002年版，第226页。参见刘善春、毕玉谦、郑旭：《诉讼证据规则研究》，中国法制出版社2000年版，第174-198页。参见林辉煌：《论证据排除》，元照出版公司2003年版，第17页。李昌珂译：《德国刑事诉讼法典》，中国政法大学出版社1995年版，引言第3页。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问

[www.100test.com](http://www.100test.com)