

被害人申请排除非法证据：法理、程序与证明

兰跃军

(上海大学法学院, 上海, 200444)

摘要：被害人申请排除非法证据符合证据排除规则的理论基础，是被害人诉讼当事人地位的重要体现之一，有利于实现刑事诉讼法尊重和保障人权的基本任务，具有正当性。但它又存在一定局限性。立法应增设专门的庭前听证程序，让法庭通过公开听证对被害人提出的排除申请作出裁定，同时，为被害人不服裁定提供救济。被害人申请排除非法证据作为一种程序性证明，采用自由证明机制。证据收集合法性的最终证明责任由检察机关或辩护方承担，但只要达到“优势证据”标准即可，并在证据规则上赋予法官更多的自由裁量权。

关键词：非法证据；被害人；申请排除；法理；程序；证明

中图分类号：D915.3

文献标识码：A

文章编号：1672-3104(2014)05-0104-07

2012年《刑事诉讼法》第56条第2款^①赋予被害人及其诉讼代理人申请排除非法证据的权利，使非法证据排除规则具有保护被害人权利的功能。这符合世界范围内刑事司法加强被害人人权保障的趋势，是非法证据排除规则的中国特色之一。但立法仅作了原则性规定，缺乏操作细则，有关规范性文件也未见详细解释。被害人申请排除非法证据的法理、程序与证明，仍是一个需要研究的课题。

一、被害人申请排除非法证据的法理

非法证据排除规则最早产生于美国。“作为对获取证据过程中违反宪法行为的一种回应，排除似乎起源于对第四修正案和第五修正案保护的主旨的混同关注。”^{[1](319)}“大多数排除规则只禁止在审判中使用不适当获得的证据去证明被告有罪。”^{[1](353)}因此，在刑事诉讼中，通过申请排除非法证据来保护自己权利似乎成了被告人的一项专利。那么，我国《刑事诉讼法》赋予被害人及其诉讼代理人申请排除非法证据的权利，其正当性何在？笔者认为，可以从三个方面理解。

(一) 证据排除规则的理论基础

证据排除规则作为世界各国(地区)普遍采用的宪法性权利救济方式和程序性违法制裁措施之一，其理论基础或正当性就在于，对于侦查人员通过侵犯公民

宪法权利的方法所获取的证据，即使具有客观性和关联性，法庭也不应承认其证据资格而予以采纳，从而抑制各种形式的违法取证行为，保护当事人的宪法权利，维护司法诚实性和社会公平正义。美国联邦最高法院在 Weeks 判决和 Mapp 判决中从三个方面论证了证据排除规则的正当性：一是宪法权利理论，认为排除规则是为了维护第四修正案所确立的宪法权利的唯一有效的救济手段；二是抑制理论，认为排除规则是防止刑事执法官员继续侵犯公民宪法权利的有效制裁方式；三是司法诚实理论，认为如果法院要维护其作为司法裁判机构的荣誉，就不能对警察违反宪法的行为视而不见，甚至通过采纳其以侵犯公民宪法权利的方式所获取的那些受到“污染”的证据，从而成为这种宪法性侵权行为的“共犯”。^{[2](112-123)}德国证据排除的理论基础是“干净的手”原理，法院排除非法证据的目的并不仅仅是为了惩戒违法的警察或警察机构，而是为了保护有关的利益和权利，尤其是保护由宪法保障的基本个人权利和利益。^[3]立法赋予被害人及其诉讼代理人申请排除非法证据的权利，允许他们通过启动非法证据排除程序，来排除侦查机关通过不正当手段所获得的证据，从而对侦查机关违法行为所导致的错误予以救济，保护包括被害人在内的所有当事人的宪法权利，促进诉讼结果的准确性；另外，还可以惩戒或制裁侦查人员的违法取证行为，防止他们将来继续违反法定程序，从而维护司法的诚实性和法律的

收稿日期：2014-01-15；修回日期：2014-06-08

基金项目：国家社科基金项目“侦查程序被害人权利保护研究”(11BFX118)

作者简介：兰跃军(1970-)，男，湖南东安人，上海大学法学院教授，法学博士，主要研究方向：刑事诉讼法，证据法

尊严。这些都符合证据排除规则的理论基础。

(二) 被害人的诉讼当事人地位

从域外立法规定看,被害人在刑事诉讼中的地位主要有证人、当事人和辅助人三种情况。^[4]在大多数国家(地区),庭审由控诉、辩护和裁判三方组成,被害人作为证人参加诉讼,被认为与诉讼结果没有直接利害关系,他们不是控诉方参加人,也无权申请排除非法证据。在中国、俄罗斯和我国澳门特别行政区等,被害人作为当事人或辅助人参加诉讼,立法承认他们与案件处理结果存在直接利害关系,能够全程参与诉讼进程,并且是推动诉讼进行的重要因素。因此,他们不仅有权提出证据证明自己的诉讼主张,而且有权申请排除非法证据,从而保护自己合法权利,维护诉讼程序的正当性。《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》第235条规定,被害人作为控方参加人之一,与国家公诉人一样,有权参加庭审和提交证据,并且“申请从法庭出示的证据清单中排除任何证据”,包括非法证据。在德国附带诉讼程序中,被害人作为公诉案件附带诉讼的原告人,即当事人,有权参加庭审并且在审判中享有同检察官几乎相同的诉讼权利,包括申请查证权和排除非法证据。^[5]我国《澳门刑事诉讼法典》第58条规定,被害人作为检察院的辅助人,虽然其参与诉讼程序从属于检察院的活动,但有权参与侦查或预审,并提供证据和申请采取视为必需之措施,包括申请排除非法证据。我国《刑事诉讼法》第106条第(二)项赋予被害人诉讼当事人地位,第186~193条赋予被害人在庭审中自主陈述权、参加法庭调查与法庭辩论权等。被害人作为公诉案件中起辅助作用的控诉方当事人,有权提出不同于公诉的事实主张和法律适用要求,并提供相应的证据加以证明,“应当适度承担证明责任”,立法当然应当赋予他们申请排除非法证据的权利。因此,被害人申请排除非法证据,是被害人诉讼当事人地位的重要体现之一。

(三) 刑事诉讼法尊重和保障人权的基本任务

2012年《刑事诉讼法》第2条将“尊重和保障人权”增加为刑事诉讼法的基本任务之一。有学者认为,刑事诉讼中人权保障问题的核心是,在公民的宪法权利遭受侵犯的具体场合,存在一种足以制裁侵权者和纠正程序法律错误的有效救济手段。^{[2](86)}世界刑法学协会《关于刑事诉讼中的人权问题的决议》第10条规定:“任何以侵犯基本权利的行为取得的证据,包括任何由此派生的间接证据,均属无效,而且在诉讼程序的任何阶段均不得采纳。”我国宪法第二章规定公民享有人身自由、人格尊严、住宅、通讯自由和通信秘密受法律保护等一系列基本权利。刑法将侵犯这些基本

权利的行为规定为犯罪,包括刑讯逼供罪、暴力取证罪等。学界和实务界主流观点认为,被害人与被告人都是刑事诉讼人权保障的主体。最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全生产部和司法部2010年联合颁布的《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《非法证据排除规定》)将排除非法证据的申请主体限定为被告人及其辩护人,忽视了“刑事上的对立者”——被害人及其诉讼代理人的同等需要,这显然是不公正的。^[6]在司法实践中,被告人及其辩护人申请排除的通常都是不利于被告人的非法证据,而那些有利于被告人的非法证据,包括侵犯被害人基本权利的证据,以及被告人及其辩护人伪造的证据等,无法进入证据排除的视野。这不仅不利于保障被害人人权,而且可能严重损害司法权威,无法保证司法公正的全面实现。因此,《刑事诉讼法》赋予被害人及其诉讼代理人申请排除非法证据的权利,既是刑事诉讼法实现尊重和保障人权的基本任务的具体措施之一,又是实现刑事诉讼中被害人与被告人人权保障平衡,让被害人在个案中感受到公平正义的客观需要。实务部门有学者反对赋予被害人该项程序性权利,理由是,如果这样,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。^[5]该观点明显有失偏颇,片面强调被告人权利保护,不仅无法利用诉讼程序内机制解决非法取证这种程序性违法问题,而且司法实践已经反复证明,对违法取证行为进行实体性制裁的效果并不理想。

被害人申请排除非法证据具有上述一系列正当性,但它本身也存在一定局限性。在我国“四方组合”的“控辩式”庭审构造中,被害人作为“私原告”,与检察机关(包括公安机关)共同组成控诉方。在司法实践中,许多被害人担心自己提出排除非法证据申请后,可能失去公安机关和检察机关的保护或降低他们追诉犯罪的热情,因此不愿或不敢提出。从理论上说,被害人申请排除的证据既有言词证据,也有实物证据;既包括被告人及其辩护人等私人以非法方法收集的辩护证据,如辩护人或被告人近亲属采用威胁、引诱、欺骗等非法手段逼迫被害人做出的“虚假陈述”、辩护方伪造的证据等,也包括侦查人员以暴力取证等非法方法收集的控诉证据。这种控诉证据又可分为三类:一是采用暴力、威胁等非法方法收集的言词证据(包括被害人陈述、证人证言);二是违反法定程序查封、搜查、扣押所取得的实物证据(包括物证、书证、视听资料、电子数据等);三是违反法定程序所取得的各种笔录类证据(包括勘验、检查、辨认、侦查实验笔录等)。^[6]如果这些控诉证据又

属于检察机关指控犯罪的关键证据,就可能导致整个控诉失败,使真正有罪的被告人逃脱法网,从而削弱社会公众包括被害人对刑事司法制度的信心。此外,根据《刑事诉讼法》第56条第2款规定,被害人申请排除非法证据,必须提供相关线索或者材料,这对那些“身临其境”又“身受其害”的许多被害人来说,也是一个难题。这些局限性或难题就必须在健全被害人申请排除非法证据的程序和完善被害人申请排除非法证据的证明问题时予以兼顾。

二、被害人申请排除非法证据的程序

“证据问题也是程序问题”,被害人申请排除非法证据必须遵循正当程序。根据《刑事诉讼法》和《非法证据排除规定》的规定,被害人申请排除非法证据的程序主要包括四个方面。

(一) 申请主体

根据《刑事诉讼法》第54~56条规定,我国将取证手段的违法性作为判断非法证据的标准,以遏制侦查人员非法取证行为作为非法证据排除规则的理论基础。我国非法证据排除包括依职权排除和依申请排除两种,前者存在于侦查、审查起诉和审判全过程,后者仅存在于审判阶段。如果当事人及其辩护人、诉讼代理人认为证据是以非法方法取得的,在侦查或审查起诉阶段只能向人民检察院报案、控告或举报,由人民检察院调查核实并做出处理。在法庭审判阶段,他们有权直接向法院申请排除,从而避免侦查人员从非法取证行为中获得任何利益。这里的“被害人”是指其人身、财产、精神或其他合法权益遭受犯罪行为直接侵害的个人或实体,包括直接被害人中的个体被害人和单位被害人,但不包括间接受害人,和自身基本权利遭受非法取证行为侵害的“非法取证被害人”。诉讼代理人与被害人之间是一种委托代理关系,他们参加刑事诉讼的目的是为了维护被害人的权利,其诉讼行为受被害人意志约束,因此,被害人申请排除非法证据也可以通过其诉讼代理人提出。为了充分保障被害人申请排除非法证据的权利,检察机关、法院在告知被害人委托诉讼代理人、听取被害人及其诉讼代理人意见时,应当明确告知被害人享有该项权利及其行使方式,并且记录在案。

(二) 申请时间

各国不同做法。美国、俄罗斯都允许庭前提出。在美国,被告人可以在专门的审前动议阶段向法官提

出有关排除非法证据的动议。^⑤《俄罗斯刑事诉讼法典》第34章设立了专门的庭前听证程序解决有关排除证据的申请。我国《刑事诉讼法》第182条增设了庭前会议制度,规定在开庭审判以前,审判人员可以召集公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人就非法证据排除问题了解情况,听取意见。笔者认为,被害人申请排除非法证据应在此时提出,由法院依法通知检察机关、被告人及其辩护人;后者同意排除的,法官应当在庭前会议上促成各方达成排除非法证据的共识,从而将该证据排除出法庭审判阶段;如果各方意见不一致,由于我国庭前程序本质上是一个沟通协商程序,法官只能就审判有关的问题“了解情况,听取意见”,不能独立作出裁判,证据排除申请就要等到法庭调查过程中启动专门的程序性审查程序先行处理。当然,如果非法证据是在法庭开庭后才知道的,被害人在法庭审判过程中直至一审宣判前都可以就全案或者部分证据提出排除申请,此时,法官既可以在法庭调查到某一个证据时进行,也可以待其他证据调查完毕后再对非法证据进行调查,决定是否排除。如果被害人在一审中没有提出排除申请,在二审、再审中仍然可以提出,法院应当参照一审程序处理。

(三) 排除程序

各国做法也存在一定差异。美国、俄罗斯都设立了专门听证程序解决。在美国,法官受理排除非法证据的动议后,会就有关证据的排除问题举行专门的“证据禁止之听证”。在这一听证程序中,有关非法证据是否构成以及应否排除的问题,会成为控辩双方辩论的核心问题。为了解决这些问题,法官需要引导双方提出证据和证人,被告人也有权出庭作证,控辩双方就此进行交叉询问,法官在听取双方证据、辩论和意见的基础上,做出某一证据的取得是否违反宪法、应否禁止该证据在法庭上使用的裁决。^[6]《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》第234条规定,庭前听证由法官在不公开的审判庭独任进行,控辩双方包括被害人都有权参加。在一方申请排除证据时,法官应当向另一方查明该另一方是否对该申请有异议。在没有异议时,如果不存在进行庭前听证的其他理由,法官应同意申请并作出开庭的决定。根据该法第235条第3项规定,在排除证据的听证程序中,法官有权询问证人并将申请所要求的文件归入案卷中。如果一方反对排除证据,法官有权宣读侦查行为的笔录和其他刑事案卷中现有的和(或)双方提交的其他文件。我国《刑事诉讼法》没有规定排除非法证据的具体程序。参照《非法证据排除规定》,笔者认为,被害人申请排除非法证据和法院处理包括五个步骤。

1. 提出申请

被害人申请排除侦查人员或辩护方以非法方法收集的证据，应当向法院提出申请，申请原则上采取书面形式，申请书副本由法院转交给检察机关及被告人、辩护人。申请书应当载明被害人申请排除的证据名称，并说明申请排除该证据的理由，包括提供相关线索或者材料。从司法实践看，这种“线索或者材料”主要包括被害人出示的遭受暴力取证留下的伤痕、照片、医疗证明、伤残证明、询问笔录、知情人证明，以及侦查人员采用暴力、威胁等非法方法取证留下的其他痕迹，或者可以显示非法取证行为发生时间、地点、方式、内容及涉嫌非法取证人员等情节的线索或材料。特殊情况下，被害人也可以口头申请，由法庭记录并通知检察机关及被告人、辩护人。

2. 法庭审查

无论庭前会议还是庭审过程中，法庭受理被害人申请后，应当进行审查并且听取检察机关和辩护方的意见，分三种情形分别做出处理：如果法庭认为明显没有根据或者不可能存在非法取证的，直接驳回申请，并书面通知申请人，说明理由。如果检察机关和辩护方都对该排除申请没有异议，法庭也认为不存在开庭听证的其他理由，应当同意该申请并裁定排除非法证据；如果检察机关或辩护方对该申请提出异议，并且法庭对该证据取得的合法性存在疑问，认为可能存在《刑事诉讼法》第54条规定的以非法方法收集证据情形的，应当先行调查处理。

3. 证据收集合法性证明

如果审判人员对证据收集的合法性存在疑问，对于控诉证据，检察机关应当对此加以证明；对于辩护证据，被告人及其辩护人应当对此加以证明。检察机关的证明方法除了现有证据材料外，还包括询问笔录、原始的询问过程录音录像或其他证据，提请法庭通知询问时其他在场人员或其他证人出庭作证。仍然不能排除非法取证嫌疑的，提请法庭通知有关侦查人员作证。侦查人员应当出庭，而不能由侦查机关出具一份书面的“情况说明”来自证清白。有关侦查人员也可以主动要求出庭说明情况，洗脱自己非法取证的嫌疑。对于辩护证据，被告人及其辩护人必须举证证明其取证行为符合法律规定。

4. 各方质证

对证据收集合法性的证明属于一种程序性证明。

《刑事诉讼法》第56条第1款规定，在法庭审理过程中可以排除非法证据。而第182条第2款规定的“了解情况，听取意见”是否属于庭前听证程序，还有待相关司法解释明确。笔者主张借鉴美国、俄罗斯等做

法，将该款解释为一种庭前听证制度，以便法院能尽量在庭前解决非法证据排除问题，节约庭审时间，提高庭审效率。另一方面，这种庭前听证程序与庭审调查程序应当统一规划，构建一种专门的排除非法证据的程序性审查程序，由庭审法官以外的法官(或称预审法官)主持，检察机关、被害人及其诉讼代理人、被告人及其辩护人都有权参加，各方可以围绕有关证据是否构成《刑事诉讼法》第54条所规定的非法证据，以及应否排除等出示证据，进行质证、辩论，被害人、被告人也可以陈述并作证。但这种审查听证不应当涉及案件实体问题处理。

5. 法庭裁定

经过法庭审理后，如果法官确认或者不能排除存在《刑事诉讼法》第54条规定的以非法方法收集证据情形的，应当依法作出裁定，将被害人申请排除的证据作为非法证据予以排除，使其失去法律效力，禁止在庭审中使用或者作为法院裁判的依据。

(四) 救济程序

如果法庭作出拒绝排除非法证据的裁定，被害人及其诉讼代理人是否可以就该问题再次提出申请或提起上诉等获得救济，我国《刑事诉讼法》没有明确。美国、俄罗斯都设立了专门的救济程序。在美国，对于法官拒绝排除某一有争议的证据的裁定，被告人除了可以在法庭审判阶段重新提出排除的动议之外，还可以通过直接上诉和间接复审程序获得救济。^[7]《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》第235条第7项规定，如果法院在庭前听证中作出排除证据的裁决，“在刑事案件进行实质审理时，法院根据一方的申请有权再次审议认定被排除的证据可以采信的问题”。而根据该法第354条第4项规定，如果法院作出拒绝排除证据的裁决，被害人及其代理人都有权对此提出上诉寻求救济。根据我国《刑事诉讼法》第56条规定，如果被害人在庭前会议阶段提出排除非法证据的申请遭到拒绝，他在庭审中还有权再次提出。但《刑事诉讼法》第218条仅赋予被害人对一审法院判决不服的申请抗诉权，没有赋予他们对判决或裁定(包括程序性裁判)不服的独立上诉权。如果被害人认为存在《刑事诉讼法》第54条规定的以非法方法收集证据的情形而提出申请，一审法院裁定予以驳回，被害人此时显然不能申请检察机关抗诉，而刑事诉讼法又没有为被害人提供有效的救济途径，被害人及其家属可能很难接受这种裁判结果，刑事纠纷并未得到最终解决。因此，笔者一直主张立法赋予被害人独立的上诉权^[8]，包括借鉴美国、俄罗斯做法，设置专门的程序性救济程序，允许被害人及其诉讼代理人对法院驳回其排除非法证据申请的

裁定不服提出程序性上诉获得救济。

三、被害人申请排除非法证据的证明问题

被害人申请排除非法证据作为一种程序性证明活动,证明对象是作为证据法事实的证据收集合法性问题,被害人及其诉讼代理人需要提供相应的材料或线索予以证明,这就涉及到证明责任、证明标准、证明方法、证据规则等证据法问题。证明方法以上已经谈及,在此不再重复。

(一) 证明责任

在证据合法性的证明责任分配上,各国(地区)主要有三种模式:一是检控方承担,各国口供合法性的证明都采用该模式;二是申请方承担,实行“谁主张、谁举证”;三是申请方承担初步证明责任,检控方承担最终证明责任。俄罗斯和英国采用前两种模式。《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》第235条第7项规定,如果辩护方提出排除证据申请的理由是证据的取得违反了刑事诉讼法的规定,则在审议时,推翻辩护方所提理由的证明责任由检察长承担。在其他情况下,证明申请理由的责任由申请提出方承担。换言之,如果被害人申请排除证据,则由他自己承担证明责任。英国《1984年警察与刑事证据法》第76条和第78条分别确立了两种不同的证明责任分配规则。第76条规定,对于被告人口供是否属于警察强迫所得以及口供是否可靠的问题,应当由检控方承担证明责任。第78条规定,如果被告人申请排除某一控方证据,他需要承担相应的证明责任,证明该证据是警察非法所得,法庭采纳该证据将对诉讼的公正性造成不利影响。美国和德国采用后两种模式。美国证据禁止听证程序的证明责任分配规则比较复杂。一般情况下,提出动议的被告人经常要承担证明某一证据系属非法证据的责任;但在很多情况下,这种证明责任也会转移给检控方。美国联邦最高法院通过一系列判例确立了被告人申请排除不同种类证据的证明责任分担和转移规则。^[9]而作为一项原则,被告人申请排除证据,必须首先证明其具有相应的法律资格,即其自身的宪法权利受到警察非法取证行为的侵犯。这也是一种初步证明责任。在德国,一般也是先由辩护方承担使法官认为可能存在非法取证行为的初步证明责任,然后由控诉方对此可能的排除加以最终证明。^[10]

我国《刑事诉讼法》采用第三种模式,无论被害人还是被告人申请排除以非法方法收集的证据,都由申请方承担启动证据收集合法性的初步证明责任,即

提供相关线索或材料证明他具有申请排除非法证据的资格,这主要是为了防止该项权利被滥用,当事人无根据地行使诉讼申请权,以至于造成诉讼的不合理拖延。法庭经过审查,认为可能存在《刑事诉讼法》第54条规定的以非法方法收集证据情形的,启动证据收集合法性的调查程序,由检察机关或被告人、辩护人对证据收集的合法性承担最终证明责任。

(二) 证明标准

被害人申请排除非法证据所承担的初步证明责任作为一种程序性证明责任,既不同于被害人证明自己提出不同于公诉的诉讼主张而承担的实体性证明责任,也不同于检察机关为了证明证据收集的合法性而承担的程序性证明责任,更不同于检察机关证明被告人有罪的实体性证明责任。它们之间的主要区别就在于证明标准的差异。由于这种初步证明责任主要用来解决被害人的申请资格问题,同时为了保障被害人人权,因此,其证明标准不能定得太高,否则,许多被害人遭受非法取证行为侵害后无法提供相应的证据予以证明而可能被排除出该项权利之外。根据《刑事诉讼法》第56条规定,只要被害人提供涉嫌非法取证的相关线索或材料,能使法官产生疑问,认为可能存在《刑事诉讼法》第54条规定的以非法方法收集证据的情形,从而说服法官启动非法证据排除程序,即达到“表面上成立”即可,而非要求被害人必须提供某一具体种类的证据。否则,该规定在司法实践中就可能成为公安司法机关剥夺被害人申请权的合法依据,甚至成为公、检、法三机关相互庇护以阻碍非法证据排除规则实施的工具。

根据《刑事诉讼法》第58条规定,检察机关证明证据收集合法性必须达到“事实清楚,证据确实、充分”的程度,与该法第195条规定检察机关证明被告人有罪的实体性证明标准是一致的。如果他们不提供证据加以证明,或者已提供的证据不够确实、充分,法官确认或者不能排除存在《刑事诉讼法》第54条规定的以非法方法收集证据情形的,该证据就应当作为非法证据予以排除。刑事诉讼法要求检察机关承担证据收集合法性的程序性证明标准达到“事实清楚,证据确实、充分”的程度,有利于加大对侦查人员非法取证行为的制裁,从而更加全面地保护被害人人权。该规定与英国做法一致。^⑥但是,笔者认为,立法要求检察机关对所有证据收集合法性的证明都达到“事实清楚,证据确实、充分”的程度,这与我国目前刑事法律规范尚不完善、全国各地侦查机关人员素质与侦查水平参差不齐等不协调,可能导致诉讼成本的提高和更多非法取证手段的使用,不利于实现控制犯罪与

保障人权的平衡。在美国，一般情况下，提出证据禁止动议的被告人如果需要承担证明责任，这种证明最多只需要达到“优势证据”的程度，而在检控方承担证明责任的场合下，其证明标准一般也是“优势证据”，即使在特殊情况下也仅需要达到“清楚的和令人信服的证据”程度即可，无须达到“排除合理怀疑”的有罪证明标准。^⑦我国有学者认为，对证据收集合法性的证明只要达到“较大证据优势”即可，要求达到“证据确实、充分”程度要求过高，不太现实。^[11]笔者主张区别对待，对于被害人申请排除非法证据，如果属于侦查机关以暴力、威胁等非法方法收集的言词证据，即《刑事诉讼法》第54条规定的“强制性排除”的情形，检察机关对其收集程序合法性的证明应当达到“较大证据优势”或“盖然性优势”的程度；而对于侦查机关违反法定程序收集的物证、书证(严重影响司法公正且不能补正或作出合理解释)，即“自由裁量的排除”的情形，检察机关证明只要达到“优势证据”程度即可。因为“自由裁量的排除”规则所针对的违法取证行为并没有侵犯重大的利益，一般也不会造成特别严重的后果，因此，在证明责任的确定上应当与“强制性的排除”有所区别。而如果被害人申请排除的是辩护证据，由被告人及其辩护人承担证明责任，证明标准也仅需达到“优势证据”程度即可，以区别于检察机关承担证明责任。

(三) 证据规则

被害人申请排除非法证据与被告人申请排除非法证据一样，是一种特殊的程序性裁判，主要是为了解决证据收集合法性问题，而不是被告人定罪量刑问题，因此，通常具有较为简易的程序模式，一般适用自由证明的理念，有自己独立的证据规则，而不能适用实体性裁判的严格证明机制和证据规则。这种证据规则除了前面谈到的特殊的证明责任和证明标准外，还包括有关证据的可采性规则等。对于后者，我国法律至今缺乏规范。有学者提出“证据能力与证明力一体化”的观点，认为对于程序性事实的证明，没有必要严格区分证据的证据能力和证明力。原则上，只要证据在真实性、可靠性或相关性上没有异议，法庭就可以确认其证明力，也可以因此承认其证据能力。在程序性裁判的证据运用上，即使在取证手段、取证主体或者调查方式上存在一些程序上的瑕疵，只要不影响该证据的证明力，法庭都可以采纳。^[12]这种观点总结了英美等国程序性裁判证明的共同做法，比较符合我国刑事司法现状，便于当事人申请和法院更多地解决证据收集合法性争议。《非法证据排除规定》第7条允许检

察机关提交经有关讯问人员签名或盖章并且加盖公章的说明材料作为证明取证程序合法性的证据，就是一个例证。但是，笔者认为，既然包括被害人申请排除非法证据在内的程序性裁判实行自由证明机制，立法就不应该对法官探知证据信息所使用的证明方法及其调查程序做出较多限制，也不应再援引严格证明机制中的证据能力和证明力概念来规范证据准入与采信，而应当赋予法官较为充分的自由裁量权。换言之，在程序性事实证明中，法官原则上可以使用所有可能取得的证据材料来探求证据信息，并且只要形成“很有可能”或“大致相信”，即“表面上成立”的心证即可，不受直接、言词、公开审理等证据法原则和排除合理怀疑的证明标准等限制。对于特定诉讼要件是否存在，法官是否已有足够的心证，也应当赋予他们合乎义务的自由裁量确定。在被害人申请排除非法证据的程序性事实证明中，被害人、证人基于猜测、假设、传闻所做的陈述、证人不能指出其信息来源的证言，以及被害人、被告人、证人的品格证据等任何形式的证据材料，只要法官认为真实、可靠，能帮助其形成正确心证，原则上也可以采纳作为证据。

四、结语

被害人作为刑事案件当事人和刑事诉讼中起辅助作用的控诉方当事人，与诉讼结果有直接利害关系，其申请排除非法证据，具有正当性。但如果被害人申请排除的证据又属于检察机关指控犯罪的关键证据，就可能导致整个控诉失败，使真正有罪的被告人逃脱法网，因而还存在一定局限性。笔者建议立法在庭前会议中增设专门的听证程序，让法庭通过公开听证对被害人提出的排除申请作出裁定，同时，为被害人不服该裁定提供救济。另外，被害人申请排除非法证据作为一种程序性证明活动，采用自由证明机制，证据收集合法性的最终证明责任由检察机关或辩护方承担，但只要达到“优势证据”标准即可，并在证据规则上赋予法官更多的裁量权。这样，既能充分保障被害人申请排除非法证据权利的实现和处理程序的正当性，又可以有效克服此类申请可能产生的局限性，实现被害人与被告人人权保障的动态平衡。

注释：

① 该款规定：“当事人及其辩护人、诉讼代理人有权申请人民法

院对以非法方法收集的证据予以排除。申请排除以非法方法收集的证据的,应当提供相关线索或者材料。”

- ② 参见《德国刑事诉讼法典》第395条第(四)项和第397条第(一)项。
- ③ 在《非法证据排除规定》起草过程中,理论界就被害人是否有权申请对证据收集的合法性进行审查存在争议。起草者认为,被告人是整个刑事诉讼活动的中心,相对于被害人而言,被告人与审判结果有着最为直接的利害关系,为了避免司法机关的审查偏离重心,节约司法资源,提高审判效率,更为有效地保障被告人的合法权益,因此暂时没有赋予被害人申请证据收集合法性审查的权利。他们认为,如果在取证过程中,侦查机关的非法取证行为侵害了被害人的合法权益,被害人可以通过申诉、控告、检举等方式获得救济。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314页。
- ④ 从《刑事诉讼法》的规定看,我国非法证据排除规则并不规范被告人及其辩护人等私人非法取证行为,也没有明确派生证据,即“毒树之果”问题。本文主要研究被害人申请排除侦查人员以非法方法收集的控诉证据,包括《刑事诉讼法》第54条规定的以暴力、威胁等非法方法收集的被害人陈述、证人证言和违反法定程序收集的物证、书证(严重影响司法公正且不能补正或作出合理解释),以及被告人及其辩护人等采取威胁、引诱、欺骗等非法方法逼迫被害人提供的“虚假陈述”等辩护证据。
- ⑤ 关于美国非法证据排除规则的详细介绍,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84-137页。
- ⑥ 英国《1984年警察与刑事证据法》第76条规定,凡是对被告人采取“压迫”的手段所取得的供述一律无效,除非检察官能够向法庭证明它不是以“压迫”方式取得的,而这种证明的标准也是排除合理怀疑,与有罪证明标准一致。
- ⑦ See *Lego v. Twomey*, 404 U. S. 477(1972).

参考文献:

- [1] [美]约翰·W·斯特龙. 麦考密克论证据(第五版)[M]. 汤维建等,译. 北京:中国政法大学出版社,2004.
- [2] 陈瑞华. 比较刑事诉讼法[M]. 北京:中国人民大学出版社,2010.
- [3] [德]托马斯·魏根特. 德国刑事诉讼程序[M]. 岳礼玲,温小洁,译. 北京:中国政法大学出版社,2004:187-200.
- [4] 兰跃军. 刑事被害人作证制度研究[M]. 北京:中国人民公安大学出版社,2011:64-66.
- [5] 高林芳. 刑事非法证据排除程序的分析及改进[EB/OL]. 光明网,2013-04-02.
- [6] Stephen A. Saltzburg, Daniel J. Capra. American criminal procedure: Cases and commentary Sixth edition [M]. Washington: West Publishing Co, 1997: 454-456.
- [7] Stuntz. The Virtues and Vices of the Exclusionary Rule [M]. *Harv. J. L. and Pub. Pol.* 1997(20): 443.
- [8] 兰跃军. 刑事被害人人权保障机制研究[M]. 北京:法律出版社,2013:270-284.
- [9] Joel Samaba. Criminal Procedure [M]. New York: Wadsworth Publishing Company, 1999: 585-590.
- [10] Mireille Delmas-Marty, Spencer J R. European Criminal Procedures [M]. London: Cambridge University Press, 2002: 602-605.
- [11] 陈光中,彭新林. 我国公诉制度改革若干问题探讨[J]. 法学研究,2011(4): 172.
- [12] 陈瑞华. 刑事证据法学[M]. 北京:北京大学出版社,2012: 358.

Victims applying for excluding illegal evidence: Legal principle, procedure and proof

LAN Yuejun

(School of Law, Shanghai University, Shanghai 200444, China)

Abstract: The victims applying for excluding illegal evidence are in line with the theoretical basis of the evidence elimination rule, it is one of the important embodiment of the victims litigant status, realizing the basic task of the criminal procedure law and respecting and safeguard human rights, so it has legitimacy. But it also has certain limitations. Legislation should add special court hearing procedure before the court, and let the court exclude by a public hearings on the victim's application for ruling, at the same time, it provides relief when victims refuse. The victims applying for excluding illegal evidence as a procedural proof should take the free proof mechanism. To prove the legality of the evidence collection finally the burden of proof shall be borne by the procuratorial organs or defense, but as long as it meets evidence "advantage" standards, and the evidence given can give the judge more freedom.

Key Words: illegal evidence; victims; apply for excluding; legal; procedure; prove

[编辑: 苏慧]