

非法证据排除的规则和实效、难点

梁治平：

各位早上好，欢迎大家参加洪范的研讨会！今天我们讨论的是刑事诉讼领域的一个很重要的话题，即非法证据排除的规则。不管是作为法律原则还是制度安排，非法证据排除都有鲜明的特点，可以说它是法治理念和实践当中非常重要的一个环节。这样一个规则的引入、制度的建立，在中国毫无疑问是有很重要的意义的，也是一个当年大家非常关注的改变。但这个制度建立以来，这些年来它的实施状况怎样？面对了一些什么样的问题？这是我们大家都关心的问题，尤其是这些年关于冤假错案的改正、国家赔偿，很多都是特别热点的问题。所以，有时候司法机构，无论检察院、还是法院其实有特别大的压力，怎么去面对过去的事情，怎么去解决现在的问题，以及未来怎么去发展？这些问题有如此的重要性，是值得我们再来关注的。今天我们很荣幸请到最高人民法院审判委员会委员、刑事审判庭第三庭的庭长戴长林来给我们报告这个题目，戴庭长是从一线过来的，对这些情况有非常深入的了解甚至是参与其中。我们也请到两位资深的评议人：一位是中国政法大学的吴宏耀教授；另外一位是最高人民检察院理论研究所副所长谢鹏程博士。我们期待有一个非常深入的讨论，现在就请戴庭长作主题报告。

戴长林：

非常感谢洪范所的邀请！感谢梁所长的介绍！今天让我讲非法证据排除的规则、实效和问题，一个小时，所以我作一些重点的介绍。大家知道，非法证据排除的问题受到社会广泛关注，我们党也高度重视，十八届三中全会、四中全会都就这个问题作出了重要的决定，所以非法证据排除规则与以审判为中心的刑事诉讼改革是紧密相连的，作为一体性的规则制定。因此，我今天讲的内容既包括非法证据排除规则的内容，也包括以审判为中心的刑事制度改革的内容，还包括最高法院作出的一些实施意见的具体规范，交叉起来讲。

非法证据排除规则之所以如此受到重视，因为它是一个人权保障规则，它是直接保障人权的，使我们国家每一个公民在任何时候（哪怕到了限制人身自由的时候）都能够不受到非人的待遇，具有起码的人格尊严。但是，在保障人权的时候我们要制定一些规则，必然要限制一些侦查手段，也就是我们刑事诉讼法两大任务，我们保障人权的时候必然要对打击犯罪有所限制，所以两者的平衡确实在非法证据排除规则里面体现得淋漓尽致。因此，大家一是感觉它重要，二是制定规则艰难，三是规则制定以后施行起来也比较艰难。总之，非法证据排除规则是非常重要的证据规则，人权保障规则，执行的时候为了权衡这两者确实难度比较大。非法证据排除启动也难、认定也难、排除也难。难就难在排除了这些证据后我们这些案子怎么办？为了解决执行难和非法证据排除难的问题，十八届四中全会提出来以审判为中心的诉讼制度改革要落实到“证据裁判、非法证据排除和疑罪从无”三大规则上面来，所以这三大规则落实困难。在实践当中过去有一些重大的案件出现了错判、错杀，大家都知道，这些重大的冤假错案背后都是有刑讯逼供存在的，没有一个案件没有。这种非法取证的行为直接导致的就是冤假错案、严重侵犯人权、严重损害司法公正，所以社会高度关注，我们党也高度关注。实际上十八届三中全会我们就开始组织工作专班研究这个问题，真正出台是今年，今年最高法院才正式颁布实施。而以审判为中心的刑事诉讼制度改革是十八届四中全会提出来的，去年就出台了。所以，你看到非法证据排除规则确实是出台非常困难。出台了以后将来执行得怎样？从过去的情况来看，实际上1979年的刑诉法就规定了“两个严禁”：严禁刑

讯逼供，严禁引诱、欺骗。之后由于没有具体的规则，长期得不到落实，到了 2010 年“两个证据规定”出台，即：《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》和《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》，这两个证据规定出台以后，我们国家在非法证据排除执行方面就有了一个具体的操作规范，但是执行起来也还是困难重重。到了 2012 年我们的刑诉法修改，把非法证据排除规则确定在刑诉法 54 条里面，后面执行起来也还是有困难。所以，到了三中全会、四中全会，相继都提出了要“严格落实非法证据排除规则”。

一、“非法证据”的概念

今天我要讲的第一个方面是“概念”的问题。因为大家对概念的认识可能是不同的，尤其是今天我们是一个研究机构在研究这个问题。很多学者对这个概念有自己的认识，但是我们在做这个规定的时候还是站在刑诉法的角度，来探讨这个问题。之所以我觉得这个概念很重要，也就是它到底控制哪些范围？前段时间我们开庭的时候，经常发现一些律师跟法官对立起来了，也就是“闹庭”。“闹庭”闹什么呢？严格地讲律师是不应该跟法官闹庭的，他可以跟控方、检察院、公诉碰面双方可以对抗。但法官居中裁判，不应该跟某一方来对抗。之所以存在这个问题，就是一些证据方面的问题都希望通过非法证据排除规则来解决，但是这个规则又难以涵盖所有的证据问题，这就导致了法官跟法律的冲突。律师要申请排除这个证据，而法官不给他启动，他在法庭上就要表示不同的意见，所以这就容易产生对立。因此，我们在研究过程当中，甚至在今后一段时期，要对这个概念有统一的认识。

我们研究认为在做司法解释的时候，这些概念还是要回到刑诉法 54 条上，刑诉法 54 条是对言词证据和实物证据采取了不同的排除方法：一个是绝对排除，一个是相对排除，由法官裁定排除。言词证据是“由刑讯逼供等非法方法收集的被告人供述”，和“以暴力胁迫的方法收集的证人证言”，应该排除，这就是绝对排除。而实物证据是“违背法定程序”的，还不够，还要“严重影响司法公正”，还不够，还要经过“普查补正”，这样的物证、书证等客观性的证据才应当排除，它属于裁量排除。之所以采取这种不同的方法，言词证据是个主观证据，采取的是绝对排除，而客观证据是相对排除，我觉得这个跟证据的重要特征是紧密结合的。言词证据为什么要绝对排除？因为言词证据是证人、被告人、被害人看到、听到和感受到的东西，经过他们的大脑主观反映到办案人员的笔录中来，所以它有很强的主观性。你对我刑讯逼供，你打我让我难受，我就讲“这个事是我干的”、“人是我杀的”。你只要对我和气一点，我讲“这个事不是我干的”，因为承认以后，法律后果是相当严重甚至要判死刑、要失去自由的，所以这种主观性的证据具有可变性，对这样的证据一旦发现绝对排除。而客观性的证据，你如果不破坏这个杯子，不管你是不是有搜查证、扣押证，这种物证是不会变的，我喝了这个杯子，有我的口液，检查 DNA 没有问题，不关你是合法提取还是非法提取的问题，所以它的真实性、关联性变化不是太大。对于办案的真实性问题、判错案的问题，这是人权保障问题，是另外一个问题。总之，我们是从两个方面来考虑，刑诉法的规定是裁量排除。

鉴于这样一个情况，我们就考虑对它下定义，首先无论是言词证据还是客观性的证据，它都应该是违背法定程序的，你收集证据的时候不应该打人、不应该恐吓，你提取物证的时候应该有手续、应该有扣押证和搜查证。如果你没有，你就是违背程序，这就不行！但是，54 条是不是规定仅仅违背了程序就是非法证据呢？它并不是的。刑讯逼供、暴力胁迫不仅仅是违背程序，更重要的是侵犯了公民的基本权利以及宪法权利。打人打死的，这是有的，是吧？刑讯逼供，损害人的健康、限制人的自由等等，像这样一些手段都是严重侵犯人权的，所以我们的法律规定不仅仅是违背程序，还禁止侵犯人权。所以，“非法证据”应该是指在收集证据的过程当中既违背了法定程序，同时又严重侵犯人权或者严重影响司法公正，这两条同时具备的时候，才是“非法证据”。就是说，我们这一次把“非法证据”是限定在这一

范围里面的。

前面讲了为什么在法庭上辩护的时候会有律师跟法官对立，那就是有一些证据违背了诉讼程序，在收集证据的过程中没有给被告人、嫌疑人交待权利或者没有签字等等，像这样在程序上面有瑕疵、有问题的证据是不是非法证据呢？是否一概排除，是否采取非法证据排除的程序来对待呢？这就不一定了，它应该是瑕疵证据，所以这次我们也制定了一些非法证据排除规则以外的规则，也就是最高法院《关于全面推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的实施意见》，在这个“实施意见”的 33 条里面，我们也确立了一些其他的证据规则，比如瑕疵证据规则、传闻证据规则、证据的关联性规则。像这样一些规则，我们都在 33 条里面作了一定的规范。对于仅仅是违背程序，没有严重侵犯人权的证据，我们就只能按照瑕疵证据来对待，经过普查补正，是可以采信的。可见，这次我们对这个概念还是作出了比较明确的要求。但是，我们在这个排除规则里面没有写进去。今天我把我们最开始的考虑只作这么一个简单的介绍。

二、“非法证据”的范围

第二个问题我想谈一谈“范围”。到底哪些证据属于非法证据？54 条没有明确规定，但这次我们的规则里作出了明确规定。在讲这个之前，我们有两点要给大家介绍：

2.1 引诱欺骗

就是我们开始做这个规则的时候，试图把“引诱欺骗”写进来，因为刑诉法有“两个严禁”（一个是刑讯逼供，一个是引诱欺骗），开始我们都写进去了，可能有些专家、学者也看到了原来的稿子，上面都有“引诱欺骗”，但后来考虑到“引诱欺骗”写进去了不好界定。我们在审讯的时候是有策略的，审讯肯定要形成一种高压的态势，嫌疑人才能交待自己的所作所为，如果完全没有任何的手段，恐怕也很困难，所以“引诱欺骗”是不是一概都是非法证据？54 条没有明确，用了一个“等”字。这个“等”字包不包括，也很有争论。更重要的是难以区分，比如现在我们经常遇到的，“你还不交待呀？你的同伙某某已经自动投案了，投案就讲预谋，犯罪是你提起的，人是你直接杀害的，他只是一个从犯。”他一听到以后，就想：“怎么把责任都推到我头上来了？那我得交待了。”实际上那个人根本就没归案。像这样的引诱欺骗如果你也给排除掉，那可能不利于打击犯罪？所以我们制定规则的时候，既要强调保障人权，也要考虑到打击犯罪，两者要同时并重。鉴于这样的情况，我们最后征求意见、沟通，就没有把它规定进来。严重的引诱欺骗应该给予排除，我们也是有共同认知的，比如吸毒的人没有底线，他毒瘾一犯，如果你用毒品来引诱他，这种严重违背法律规定取得的证据应该给予排除。又比如严重损害社会公德的一些特殊情况，也应该给予排除，但这次文件里面就没有把它写进来，虽然开始考虑把它写进来，可最后还是没写进来。

2.2 刑讯逼供

第二个就是关于刑讯逼供的问题。刑讯逼供，打出来，交待了，尸体现在在哪个地方，物证我藏在哪个地方了，抢来的东西我藏在哪个地方了，我带着公安机关把它找来了，但找来的这些物证要不要排除呢？现在刑讯逼供往往不在于口供本身，而是通过你的口供获取更多其他客观性的物证、书证，所以为了获得物证、书证，他可以不择手段地刑讯逼供，你要认可它以后，它也是一种放纵，也是对人權的侵犯，所以这个也很纠结。最后考虑到“打击”与“保护”两者均衡的问题，客观证据如果一旦排除掉以后，那么整个案子就没办法了，所以这次也没有把它规范进来。

2.3 暴力手段

接下来的就是三个手段：第一个就是暴力手段。暴力手段就是“采取殴打、违法使用戒具等暴力方法或者变相肉刑的恶劣手段，……”“殴打、违法、使用戒具”还是好理解的，“肉刑”开始我们是想把它具体地列举出来，比如：冻、饿、晒、烤、疲劳审讯……，后来考虑到列举也难以穷尽，而且有些东西大家认识还不统一，干脆就用了一个“变相的肉刑”，实际上“变相的肉刑”里面就包括这些手段。这些手段里面“冻、饿、晒、烤”大家好理解，问题就是“疲劳审讯”怎么界定？现在侦查机关真正使用严重的直接肉刑和暴力手段的恐怕也不是太多了。要讲实效问题，我们的非法证据排除规则制定5、6年了，你排除了多少？不是太多。其实排除得不多并不等于它的效果不好，它的效果在哪里？在于遏制这种行为，侦查机关特别是公安机关这些年来采取刑讯逼供的手段获取证据，情况越来越少了，这在我们具体的办理案件当中已经看到，所以非法证据排除规则的实效不在于它在法庭上排除多少，更重要的是从源头上防范、遏制。现在冻、饿、晒、烤，像这样的肉刑相对少了，更多的是疲劳审讯，不让你睡觉，搞“车轮战”。我要睡觉，他说“你别睡”，于是这个人就受不了啦。但是，对于“疲劳审讯”怎么界定？界定还是有点困难，所以我们就提出了一个方法，24个小时内要连续让他休息6-8个小时。是“连续休息”，而不能等你睡着了马上把你闹醒。如果这样做，是不行的。两天加起来，他有30几个小时的审讯，如果30几个小时你再审不出来，恐怕也是一个问题了，也就审不出来了，你就让人家睡觉了。当然，在英国还有一个很重要的条件，要求0-5点禁止审讯，我们国家这一点恐怕目前还做不到，所以也没有规定。我们肯定有不少是0-5点正式审讯的，案子里面发现这是一个高峰期，所以我们没有做这个界定。根据身体状况，由法官来裁量，让他一天休息6-8个小时，如果你不保障人家基本的休息、饮食的权利，那么这就属于非法证据，就应该排除。我们讲第一种情形暴力手段收集的证据，就是冻、饿、晒、烤、疲劳审讯这种手段。

第二是暴力程度。是不是打一拳踢一脚就是暴力，就是刑讯逼供？要不要界定程度？开始我们在讨论的时候也感觉到为了从根本上遏制它，禁止所有的暴力行为，后面看来也不行，这里面有一个文明执法与刑讯逼供的界线问题，所以我们还是规定要达到一定程度，这个程度就是“难以忍受的痛苦”。也不是打两拳就算，打一拳就不算；也不是打到眼睛就算，打到脸上就不算。什么样的程度就算？很难界定，于是我们就用一个“难以忍受”，由法官来裁量。

第三个就是后果。要把握后果，由于你采取了暴力手段，使人难以忍受的痛苦，最后“我”违背自己的意愿做出了交待，这就是后果。本来“我”是不想讲的，因为你的暴力手段，“我”没有办法，忍受不了，“我”才讲。至于讲的内容是真是假，在所不问。交待的内容是真实的也要排除，是假的更要排除。所以，非法证据排除规则是一个最严厉的规则，无论什么证据问题都套用这个规则，我把它理解为是一个釜底抽薪的规则。通过刑讯逼供非法取得的所有证据，一旦经法庭确认，无论真实与否，无论是否关联，都要给予排除。所以，侦查人员将没有非法取证的原动力，我还不如去依法依规收集证据。否则，法庭不要，它丧失了证据的资格。这是第一种情形——暴力手段收集的证据。

2.4 威胁手段

第二种是采取威胁的手段。威胁的手段这次能够进入我们的规则也算一个进步，开始我们担心也很难写进来，因为威胁跟暴力是不一样的，暴力是使人肉体上遭受难以忍受的痛苦，而威胁是人精神层面难以忍受的痛苦，当时我们也是沟通了很久，最后保留了两种威胁的情形，加上一个“等”字，也就是“以暴力威胁”这是一种情形，第2种是严重侵犯本人及其近亲属合法权益的威胁等威胁手段。前面我们列举了两种，“严重暴力”大家好理解，“严重侵犯本人和近亲属”中的“本人”大家好理解，“近亲属”呢？开始我们也想把“亲友”界定在“近亲属”范围内。“本人和近亲属的合法权益”，我们在搜集案例的时候就有这么一个

案例：有一个犯罪嫌疑人是县级以上的领导，第6天他还没有交待，最后办案人员就讲：“你如果再不交待，就把你儿子找来问一问。”因为此时是5月份，这个人异地做官，他的儿子在原籍那个地方上高中，马上就高考了，他就这么一个儿子，所以他讲：“你不要去找我儿子，也不要找我的家属，不要让他们知道我在这里受审，你叫我说什么我就说什么。”这个时候他的精神上极度痛苦，他就这么一个儿子，希望他将来有出息，一辈子的心血都寄托在这个儿子身上，自己受点苦不要紧，所以在精神上遭受了极大的痛苦。像这种侵犯了近亲属受教育的合法权益，那么这个证据就应该给予排除。第三个加个“等”字，就是与前面列举情形相当的我们也可以把它视为威胁手段。法官在裁量的时候把它归纳进来，没有问题。用威胁手段取得的证据作为非法证据来排除，跟前面暴力手段一样，也要从三个方面把握，我就不多重复了。一个是手段，这两种情形加个“等”字；第二个是程度，也要使人精神上“难以忍受”的痛苦，这种难以忍受我们不要觉得太严了，法官在把握上不要把握得太严；第三个导致的后果，就是违背自己的意愿，不愿意讲但讲出来了。要注意把握这三个方面，这是第二种的范围。

2.5 非法拘禁手段

第三种就是非法拘禁的手段。大家知道，非法拘禁是一种犯罪的行为，轻者是违法，重者是犯罪。限制人身自由，我们在实践当中往往采取这种形式，特别是拘役，有一段时间在个别的一些地方，在重大黑社会组织犯罪的一些案件当中，非法限制人身自由、非法拘禁，主要就是没有拘留证、逮捕证，限制公民的自由。宪法规定：未经法定程序不得禁止人身自由。没有拘留证、没有逮捕证，一抓就关几天，而且也不进看守所，就在一个农庄、宾馆，弄下来了，最后交待了，这是一种没有任何法定手续的行为。第2种是超期羁押。前一阶段我们也清理了超期羁押，现在清理得差不多了。超期羁押，本来是拘留15天，延期假设10天、15天，那么你30天就要放人，到了31天再交待，这一种是属于非法拘禁期间所作的供述，所以这种供述一定要给予排除。有的人讲：“尽管是非法拘禁，但是我没有刑讯逼供，没有暴力威胁。”这个我们没有要求，只要你采取违法犯罪的非法拘禁手段所获取的口供，就一定要排除，不管你有没有使用暴力手段，这是法律所禁止的，公权力机关不允许采取用这种手段来获取口供。可见这一次我们处处体现了“人权保障”。

2.6 重复自白规则

这是非法证据排除的三个范围，另外我们确立了一个规则，也就是“重复自白规则”，也叫“重复供述规则”。第一次或者是第二次是刑讯逼供的，用暴力手段把你打服了，你交待了，第二次我没打你，第二次我对你客客气气，还给你倒水了，你还是认罪的，那么是不是就可以排除第一次刑讯逼供，而认可第二次没有刑讯的认罪呢？这次我们对这一问题作出了一个原则、两个例外。“原则”就是排除，当然这个排除的规则仅仅适用于第一种情形，也就是暴力取证的情形，威胁和非法拘禁不适用于这个规则。昨天你把我打成这个样子，把我逼得那么痛苦，今天你几个人又来了，好汉不吃眼前亏，昨天我怎么讲，今天我还怎么讲，免得挨打。所以，原则上是排除。但是，我们制定这个规则是为了保障人权，同时一定要考虑到打击、惩罚犯罪，光讲保护，不讲打击，这也不行。如果你把证据全部排除了，第一次审讯全排除了，那么有些案子的口供就没用了，因此，我们还允许一些例外，讲一两个例外。第一个例外就是同意诉讼阶段的例外，也就是在侦查阶段，他自我发现，比如律师控告举报，当事人的控告举报，我自我工作检查发现他开始时是刑讯逼供、是非法取证的，他自己排除掉了，这种情形我们是有例外的。当然，要符合“例外”，也要满足三个条件：第1，全面换人。昨天去的审讯人员、记录人、在场人全部换掉，你不能讲换了任何人，每一次见了谁都怕，这恐怕也不行。昨天来的人，今天一个也不出现，全面换人。第2，要全面交待诉讼权

利和认罪的法律后果。重新交待一遍，如果你再要认罪，那么你这个认罪的笔录到法庭上是要做出对你不利的裁判的。第3，同步录音录像，免得到时候说不清楚。所以符合这三个条件我们是例外的，是不排除的。这是从打击犯罪的角度来讲，我们要有例外。第二个例外就是不同诉讼阶段的例外。起诉了、批捕了、审判了你还交待，特别是在法庭上你都交待，那么这肯定是不能排除的。这是两个例外，这就是“重复自白的规则”。另外，对证人证言、物证、书证我们也参照这个执行，因为时间关系我就不再重复了。这是讲第二个问题——非法证据的范围。

三、“非法证据”的三个重点问题

第三，我讲一讲审前排除的三个重点问题。因为时间关系，不可能把这个规则全部介绍，所以第三个问题审前程序主要从三个方面来给大家介绍一下。第三个大问题就是审前问题的排除，审前程序包括侦查、起诉阶段，是审判之前的程序：

3.1 严格规范询问的地点

2012年刑事诉讼法修改的时候确立了羁押询问制度，就是到了看守所以后不能再把人提到看守所以外的地方来询问。过去我们有这种情况，你在看守所不交待，就把你外提。为什么要在看守所？大家都很清楚，看守所是我们国家羁押人犯的一个安全的地方，既保障犯人的的人身安全，也保障他正当的诉讼权利能够在这里得到保护。这里什么都有监督，离开了这里就没有监督了，你就随心所欲了，你就能上手段了，你干什么就可怕了，所以我们就严格落实2012年确定的羁押询问制度，进了看守所之后就不允许再提出看守所之外的地方询问。2012年规定犯罪嫌疑人拘留逮捕24个小时以内要交到看守所去羁押，进了看守所以后如果你再提出来，那这样做的供述将一律排除。但是有“两个例外”：第一个例外就是把他提到看守所外指认犯罪现场，提取赃款赃物、物证，这是可以例外的。这种情形只能局限于指认犯罪现场和提取赃款赃物、物证，不能以此为名来行审讯之实。第二个例外就是到所外去看病，受了伤、生了病要看，你在看病期间不能终止侦查，该问要问，该审讯要审讯，这是可以例外的。总之，除了这两种情形，你只能在看守所来询问。这是第一个审前程序。

3.2 同步录音录像

“同步录音录像”将是我们今后固定、审查、判断是否依法提取证据的重要手段。过去我们侦查机关搜查证据只是收集固定移送犯罪的证据，但在非法证据排除规则确定以后，不仅仅要收集这一部分的证据，同时还要收集侦查人员搜集证据是否合法的证据。你审讯有没有打人，你搜集证据有没有搜查证，提取证据有没有见证人，还要固定这一类的证据。这一类证据的固定，尤其是言词证据录音录像就显得尤为重要。刚才我讲了几个意见里面以审判为中心，非法证据排除以及我们的实施意见都强调了要录音录像，那么这个录音录像我们要注意几个问题：第1，对象。哪些要同步录音录像，这一定要明确，不是所有的都录音录像。对此，刑事诉讼法有规定。结合刑事诉讼法和这个规定，那就是命案，死了人的，不管怎么死，杀人、伤害、强奸、抢劫、绑架、放火、涂毒，像这样一些只要有死了人的命案，这是一定要录音录像的。第2，命案以外的重大案件。什么是重大案件？一类是犯罪后果严重，给健康、财产或者社会公共安全造成严重的后果；第二类就是影响重大。有的后果不严重，像老太婆摆个摊子打气球，这个后果就不严重。但是，网络炒得沸沸扬扬，社会舆论影响很大。像这两种情形我认为都该把它归纳为重大案件。所以，录音录像的对象应该讲的是命案和重大案件。当然，刑事诉讼法规定的无期徒刑以上的更是必须录音录像，那是法定的。因此，录音录像的对象将来我们还是要按照这个要求来进行。实际上侦查机关包括检察机关有一段时间把所有的案件都录音录像了，这个既是到时候我们到法庭上来确认证据的时候合法，也是对我们的侦

查警官、检察官的一种保护。这是第一个，录音录像的范围。

第二个是什么是同步录音录像？这次我们要求同步录音录像，同步录音录像我们从两个方面来把握它：第1，每次讯问都要有录音录像，从第一次开始侦查期间审讯了一次两次十次八次，每次都要有录音录像；第2，每一次录音录像，从监号里提出来到最后他签字划押认可这个笔录，这个之间要不间断的录音录像。不能说我认为哪里重要就录，不重要就掐了，这不行！所以，同步录音录像符合两个方面：一是每一次都要录音录像。二是每一次要不间断的录音录像。如果停电了、技术故障了、机器设备故障了，要中止询问，并且由被告人、嫌疑人签字认可——现在停电了，现在有问题了，咱们停止询问。现在电来了，现在故障排除了，咱们开始。

第三个，当同步录音录像与纸质的笔录内容产生实质性的矛盾的时候，以什么为准？以录音录像为准。在审讯被告人的时候、取证的时候，有一个书记在记录，纸质的笔录，又同步在录音录像，当这两者产生矛盾的时候怎么办？听谁的？听同步录音录像的，以同步录音录像为准。刚才讲了一定是要同步，不能间断，不能选择，不能删减，如果一旦删减，这个就不是同步录音录像了。我们也遇到一些这样的案例并且是很典型的案例，我就不举案例了，同步录音录像与纸质的笔录相差十万八千里，并且还是死刑案件，最后发回，改了，所以同步录音录像很重要。

第四个，同步录音录像要不要随案移送？这次没有规定随案移送，因为现在对同步录音录像的性质还有争论，到时候吴教授、谢老师还可以推动这个地方。它算不算法定的诉讼证据？现在我们的刑诉法里面还没有明确规定下来。当然，纸质的笔录肯定是。现在有的就讲它是监督我们内部的工作人员依法行使职权的一种手段，它不是证据，所以现在我们不争论它的性质。为了防范冤假错案，确保司法公正，我们把它这么规定下来了，但是否移送则根据情况而定。不过有一条法官、法庭认为或者被告人、辩护律师申请要调取同步录音录像的时候，要随时移送。它不像案卷，非得要同步移送。第五个就是同步录音录像能否像其他的诉讼证据那样，辩护人可以复制，律师可不可以复制？这也是有争议的问题，这次我们没有做出规定。原因前面讲了，除了性质等方面的问题，还考虑到同步录音录像与纸质笔录的内容反映得更加客观真实，以及安全、保密等一些问题的，所以这次没有做出规定。

梁治平：

戴庭长，我问一下，你刚才讲的纸质证据和同步录音录像如果有矛盾、不一致，是以后者为准。但是从法定证据的角度来说，纸质的记录是法定证据，而它不是，那么这两者之间是不是原则上不协调？

戴长林：

有矛盾，但是现在也有一种观点——它否定法定证据，所以这个规定确实我们要求推动统一，但现在因为出现了很多问题，这是一个问题。

梁治平：

包括移送的问题，比如说法官要调取或者当事人要申请才有移送，在其他情况下他可以选择不移送。

戴长林：

我们调取的时候他就应该移送。

梁治平：

对，我是说如果没有这两种情况，他就不去移送，那么它跟纸质证据的地位、性质不一样。既然在规制的时候录音录像有一种优先性，但它又不能移送或者移送上有一些条件，这个是不是在证据使用上面有矛盾？

戴长林：

这个应该没有什么矛盾，为什么？因为同步录音录像我们要经过调查，同步录音录像是客观真实的，你这个纸质笔录与它讲的不一样，所以这种情况我们以同步录音录像为准，这应该没有太大的问题。之所以不移送、不复制，关键是对它的性质认定问题，我们下一次还真的是要推动，通过这次改革以后要推动这个地方。

吴宏耀：

梁老师，它是这样的，我们法律上规定犯罪嫌疑人、被告人供述与辩解是法律的问题，但在司法实践当中，讯问笔录是供述和辩解的一种固定保存形式，也就是实质上谈的是供述和辩解，但是原来我们的固定保存形式就是笔录，所以自然认为笔录就是法定证据。现在既有了询问笔录，又有录音录像，所以公安就不希望录音录像也随案移送，他就说：“原来我都拿这个做法定证据，现在又拿这个，多此一举。”恰恰是在文字和录音之间会出现冲突，因为我们所有的询问笔录最终都是精简版的。

梁治平：

精简版不可能像录音录像那么完整，它是经过筛选的。

吴宏耀：

对，它有点像我们会议的同步录音整理和后来那个精简版一样，所以公安就更喜欢用那个速录版而不希望用录音录像。从法律上来讲，真正的证据类型应当是被固定的那种，而不是固定的形式，所以戴老师讲没有冲突，我觉得确实没有冲突。

戴长林：

对，通过这次改革，十八大以后一系列的改革要推动立法往前走，尤其是这种现代科学技术手段过去没有，现在有了，就要补充，法律上就要把它固定下来。这里面有很多很生动的例子，我举一个很简单的例子，是一个杀人案件，去年发现的，在我手上发现的。笔录上写道：“我看到我拿着一把黄色塑料柄的不可折叠的尖刀朝他胸部捅了两下。”被告人一审死刑、二审死刑，这是三个人共同抢劫杀人的案件，认定他是直接凶手，那么你就承担死刑的责任，另外几个则判得轻。谁是直接凶手，谁是杀死人的？因为那几个人把责任推给他，所以他讲：“我根本不是这样讲的。”结果我们最高法院把这个录音录像调出来了，调出来讲的

恰恰是什么？笔录上是用一把黄色塑料柄的不可折叠的尖刀朝胸部捅了两下，而录音录像上面讲得很清楚——“我用了一把绿色柄可以折叠的匕首朝他肚子上面晃了两下。”那么这就跟笔录完全不一样了，那个就是凶手，是你捅的，而我们现场提取的刀确实是黄色柄不可折叠，刀刃上有死者的血迹，且法医鉴定恰恰是心脏有两刀贯通伤，直接致人死亡。纸质的笔录跟法医鉴定现场提取的物证完全对起来了，你想你依照这样的证据判了死刑有什么问题？没有问题呀！但是从录音录像来讲，那就是重大问题了，所以这个案子后面没有判死刑。因此，只要录音录像是同步、客观真实的，那么就有它的客观性。好，这个是关于同步录音录像的问题。

3.3 检察官询问制度

我们这次感觉到有一个亮点，在制定非法证据排除规则的时候，为了解决执行难，增加了审前的检察官询问制度。之所以我们要制订这个规则，就是我们实践当中非法证据排除难。难在哪里？就是认证难、认定难。为什么法官不启动呢？到时候认定不了，上了法庭以后公诉人讲“我这个证据是合法取得的”，而被告人、律师、辩护人讲“不是合法取得的，是打出来的。”那么你听谁的？没有办法决定听谁的，法官也不是神。但是完全有利于被告人，每一个都有利于被告，每一个都排除，这也不行啊，不利于打击啊，所以为了解决非法证据在法庭上认证难，避免在法庭上争论不止，你讲打了，我讲没打，我们采取了很多措施。开始我们是想引进国外的律师在场的原则，第一次审问的时候就让律师来，后来考虑到律师来，一些侦查秘密也不好弄，所以没有让律师来。后面就想采取值班律师的办法，但也有困难，我们国家这么大，有些地方没有值班律师。后面就没有办法，最后就采取了这么一个办法，确立了证据制度——侦查终结前的检察官询问制度，就是这个案子侦查终结了，你问了十次八次，马上要移到检察院去起诉了，在这个当口，由公安机关通知住所检察官，由住所检察官找被告人来询问一次，你在侦查阶段作的有罪供述是不是你真心的交待？有没有刑讯逼供？没有录音录像的时候，在号子里面有没有其他人对你施压？因为我们还有一些在号子里面就施压的情况存在，所以就问：在整个侦查阶段，你这个交待是自愿的吗？有没有受到其他的暴力胁迫等情形。他要是说有，那么我们检察官就把这个证据排除，再告诉侦查机关继续搜集证据，前面的重复自白那就用上了。如果他讲没有，那么在法庭上你再申请排除非法证据，说是打出来的，而你在法庭上又拿不出来新的证据证明有非法取证的客观情况存在，你在检察官最后问你的时候你又讲“我是自愿交待，没有任何刑讯逼供的行为”，那么就用这个制度来驳回他，我们就不启动这个程序了。如果是属于重大案件、属于命案，检察官在最后终查终结前没有询问他，或者询问了但没有录音录像，或者有录音录像，却是选择性的录音录像，是有删减的，而你又拿不出证据来证明你是合法取证的，那么法官将把这个证据列为非法证据。所以，我们认为这个制度是解决非法证据排除难的一个亮点。这是第三个大问题，审前程序的排除。

四、“非法证据”审判阶段的排除

第四个大问题，我简单地讲一下，本来这是个最大的问题，就是审判阶段的排除，时间关系，我三言两语把它讲完。审判阶段的排除我们这次有几个问题是做出了明确的规定：

第一个问题就是被告人、辩护人什么时候可以提出排除非法证据的申请。对于提出时间，刑诉法没有做出明确的规定。但是，我们在实践当中为了保证我们国家开庭，能够集中的不间断的进行，因为我们国家开庭确实有其特殊性，不容易。今天我们有律师在这里，律师有很多案子，今天北京有一个、上海有一个，于是他说：“唉呀，法官能不能晚一点？等我把我这个案子开完再到你这里来。”一个人不可能两个案子，要协调律师。公诉人也是一样的，他今天这个案子，明天那个案子。证人更是为难，今天来，明天来。所以，我们要开个庭，

把几方都找到一起是很不容易的。为了开庭尽量成功，为了保证庭审的集中持续审理、不间断，我们就规定排除非法证据的申请只能是在开庭之前提出来，开庭以后提出来的只能是一种特殊情况，那就是开庭以后才发现非法证据的线索和材料，这种情况可以例外。

第二个问题就是提取的条件。一定要有线索和材料，如果你仅仅是我申请排除非法证据，他打我了或者这个证据不行，没有任何的线索和材料，那么法官将直接口头驳回，记录在案。如果他既提出了申请，又提供了线索材料，那么我们对这个申请启动调查程序分两步走，这就是我们第二个问题——庭前会议。强化庭前会议的功能，庭前会议在 2012 年刑诉法修改的时候只有 8 个字——“了解情况，听取意见”。就这么 8 个字，非常简单、非常原则。这一次我们把它做实了，为了保障人权，只要被告人、辩护人提出申请，并且提供了相关的线索和材料，就要召开庭前会议。庭前会议将是非法证据排除的一个重要程序。在庭前会议当中，控辩双方可以提供自己的证据材料，进行协商，达成一些意见。而当被告人看到公诉人有这么强的证据，证明是合法取证的，被告人可以撤回其申请，他想：“我到法庭上恐怕也要败诉，干脆撤回回来”。第二种是公诉人看到被告人、辩护人提出的证据，想：“我到法庭上恐怕这个证据要作为非法证据排除的，干脆我就撤回这个证据，不把这个证据作为支持我公诉的证据。在法庭上我就不出示了。”第三种情况就是争执不下。对于争执不下的（一个讲合法，一个讲非法），这是一个争论的焦点的问题，大家将来也会关注这个问题。如果控辩双方在庭前会议当中争执不下，一个讲打了，一个讲没打；一个讲非法，一个讲合法。那是否都要提到法庭上去？我们这次分了两步走：第一步，如果事实清楚，证据确实充分，达到了标准，能够证明是合法取证的，那么我们将在法庭上简单地审理，不作为重点审理了。如果法官认为公诉人提供的证据达不到确实充分这个标准，那么我们在法庭上将重点审查。这是我们这一次的一个重要的规范，就是庭前会议。

第三个问题就是庭前调查。(1)、庭前调查我们确立了“先行调查”的原则。刑诉法没有规定，刑诉法讲法庭调查可以在宣读起诉书之前，也可以在宣读起诉书以后，也可以举证之前、举证之后、法庭调查结束之后，都可以。总之，刑诉法没有对此做出明确规定。但是，在 2010 年“两个证据规定”的时候，也就是当时“关于排除非法证据”的时候是明确的，即：只能庭前调查。根据“非法证据排除规则”的司法原理，它应该是在之前，因为只有确定这个争议的证据是否具有合法性，你才能确定它是否有作为证据的资格，才能确定它是否能进入法庭出示质证调查并作为定案根据。否则，下面的庭开不下去。但是当年我们出现了一些问题，这个我就不多讲了，在 2012 年 7、8 月份我们国家出现了几个重大的案件，所以导致我们 2012 年修改刑诉法的时候就模糊了这个概念，把这个地方模糊掉了，管你什么时候。但这次我们又重申“先行调查”原则，就是公诉人宣读起诉书以后，举证之前要把确定是否合法证据定下来，这是原则。只有被告人众多，申请排除的证据多且复杂、例外的情况，可以到法庭调查之后来进行。(2)，在做出是否合法证据认定时，采取口头决定的方式记录在案。对于这个决定我们没有赋予其救济途径，也不可以复议或者上诉。不像有些国家可以提起上诉，因为我们国家诉讼制度，在这里就不需要多讲了，我们跟他们不一样。所以，我写了一本书——《中国非法证据排除制度》，确实具有鲜明的中国特色，因为他在上诉的时候可以把这个作为上诉的理由来上诉。

第四个问题就是证明标准。证明标准就是公诉人要证明它是合法证据，要达到事实清楚、证据确实充分的证明标准。如果证明是非法证据，不需要达到这个标准，合理化就行了，就可以排除。

最后一个就是公诉人举证的时限问题。这个问题我简单地说一下，如果是带疑举证，在一审期间发现、搜集的证据没有在法庭上出示，导致法官做出无罪或者裁判的时候，在二审阶段你一审搜集的证据不能再出示。我们有一个案例：当时浙江宁波鄞州区有这么一个案例，叫张庆国，一个受贿案件，一审由于认为没有什么问题，所以一审没有举证，没有把他的录

音录像举出来，但法官恰恰就把这个证据给排除掉了，因而这笔重大的受贿案件就给否定掉了，结果这个案子就空了。于是就抗诉了，抗诉到二审以后，他讲我有证据，法律的严肃性在这个时候就要考虑了，法官依据你在一审法庭提供的证据做出了裁判，由于你的举证不力，已有的证据不举出来，所以导致作出了这样的判决。如果二审再改判，那就太不严肃了，所以这个时候我们就要付出一定的代价。因此，这次就明确规定：当你一审没有举证，导致对你作出不利的判决，二审你的这个证据就不能再举。除非是你一审判决以后发现了新的证据，那就另当别论了。

今天因为时间关系，给了我一个小时，我超过了6分钟，讲的内容也很不全面、很不准确，讲错的地方，请大家批评指正。谢谢大家！

梁治平：

谢谢戴庭长！我们是大概一个小时，其实没那么严格，没有法定效力。

戴长林：

法官必须得讲规矩呢！

梁治平：

对，我就发现戴庭长特别在意这个问题，所以我想一定是在司法实践当中有这样一种训练和自我要求，这让我们觉得很欣慰，非常感谢！戴庭长主要是围绕最高法最新出台规定的各个环节，不管是从原理上，还是从问题上、对策上都作了非常详尽的说明。从这里面我们可以看出他有非常细致的思考，里面的很多考量如果戴庭长不讲，我们是不大了解的，所以我想这个非常有价值。我们现在就进入评论环节，先请吴教授作评论。

吴宏耀：

谢谢梁老师，今天能来这里学习真的很高兴！非法证据排除规则是一个老话题，又是常讲常新的话题。今天拿到邀请函一看，梁老师主持，一下子勾起了研究生的回忆。我昨天把我读过梁老师的书全都拿出来又拍了照片。我读研究生写的第一篇论文，就是非法证据排除，当时还因为这个问题跟闫刚老师求教，受益很多。这些年也一直在关注非法证据排除问题，所以今天来又听了戴庭长的讲述，收获非常多。

戴长林：

我给大家介绍一下，吴老师是我们刑三庭的特邀研究人员，特别是他是中央政法委当时邀请的几个来参与讨论制定规则的人之一。

吴宏耀：

非法证据排除问题是一个非常复杂的问题，简单来说，它不仅仅是一个诉讼制度，刚才戴庭长一开始就讲到了，它还是一个保障人权的制度。在非法证据排除规则的发源地美国，

这个属于宪法性规定，它是为了保障公民的宪法基本权利，它不是一个诉讼规则，它是一个宪法，维护公民宪法基本权利的规则。所以，在这一点上，刚才戴老师讲的时候，我真的是能感受到戴老师对这个规则的熟悉程度和喜爱程度。我对戴庭长是非常尊重的，因为最高人民法院的法官尤其是像戴庭长这样当年是负责刑三庭的工作，在他的笔下救了很多人的命，我认为是非常值得尊重的。但是就我个人来说，再多的案件都抵不上这个规则的意义，非法证据排除规则在中国宣扬了一种新的观念，就是惩罚犯罪是重要的，保障人权也是重要的。怎么在中间保持一种平衡，这是一个法治国家必须做出的一种选择。尽管从 1994 年开始最高法院就强调非法证据排除规则，到现在我们可能很多在座的律师觉得这个规则还有很多不尽如人意的地方，比方说还有一些留白的地方，但是在我们的制度建设当中，这个规则把非法证据排除往前推进了一大步。虽然这个规则出台之后我也一直在学习，但是戴老师刚才讲完之后，我觉得规则当中有很多新颖的地方，比方说我们现在在非法证据排除的范围上有了更精准的界定，排除的程式上有了更加可操作的设计，这些体现了我们整个司法的进步。在这里面我也谈几个问题：

第一个问题，在中国规则的建立很容易，但是怎么让它用起来则很难，所以司法解释在很大程度上是在解决规则“用”的问题，也就怎么能够让非法证据排除规则真正用起来？在这里面有很多很好的制度设计，包括刚才戴老师讲的种种。当然，有些是留白了，我觉得用留白可能好一些，就给制度的发展留下了发展的空间。没有说必须怎么做，也没有说不能怎么做，比方说刚才讲到同步录音录像和笔录之间的关系，这个确实非常复杂，我们一般会觉得同步录音录像更形象、更真实地记录了询问的过程，肯定是它最优先的。但是如果真的以它为优先的话，律师会累死、检察官会累死、法官会累死。每一个询问可能会持续 3-5 个小时甚至更多的时间，如果所有的询问都是原汁原味的把句子给你，也就是如果真的是把同步的录音录像给你，检察官也付不起这个时间，法官也付不起这个时间，律师也付不起这个时间。所以，公安做的询问笔录相当于一个英文的 Summary，相当于一个摘要，把最核心的东西摘出来了，让所有的司法人员可以更快速地进入询问的实质。对公安来说，如果都提供的是那种一字不差的笔录或者是就直接给你询问的录音录像，我相信对司法效率、对询问办案不是一件好事情，因此，怎么来平衡二者之间的关系，就变得很重要。刚才戴庭长讲了我们现在还是延续着传统，以纸质的询问笔录为基本证据材料，我不认为它就是唯一的法定证据，但这就是一种惯例的沿习，它有它的优点所在。如果有矛盾，如果律师认为被受害人是清楚的，说“这里面讲的跟我的不一样”，这时候律师来调取录音录像，这就变成两种手段的优势结合了。就是说，我们还是以传统的证明手段来使用，但是你可以用更好的来证明“这个地方不准确”，这样就避免了错误的出现。制度没有就这个问题表态说谁优先，其实是为平衡保留了空间。究竟怎么走？相信随着时间的发展会形成一种更好的理性选择。除了这些之外，比方说，像庭审当中应当先行调查非法证据，必须要就这个问题作出评价，这些也是制度上的非常大的贡献。因为台湾地区在改革的时候，为了破除“口供中心主义”，当时就学习日本，必须先调查其他的证据，再调查被告人的供述。在我们国家，制度上没有作这样的设计，上来就先调查的是被告人，所以被告人供述的合法性一定是庭审的第一个问题。如果这个问题不解决，所有的庭审就变得没有基础。所以，关于这个规则我个人觉得有很多地方是很好的，不过，就范围问题也有一些观念性的东西我们要澄清。

刚才戴庭长有很多表述和我之前的研究能够相互印证，没有任何一个国家把所有的非法证据都排除的，非法证据排除是一个非常严厉的程序制裁手段，排除非法证据是有代价的，这个是我们所有学法学的人都知道的。一个规则的建立是有代价的，非法证据的排除也是有代价的，最大的代价就是刚才戴庭长讲到的启动难、认定难、排除难。其实还有一难，就是排除之后法官怎么判？这个更难。我们国家似乎还没有达到我就把你的口供排除掉，宣布你

无罪。美国在 60 年代确实做到了这一点，但是我们的司法体制跟它不一样，所以非法证据排除规则是有代价的。这个代价放在哪儿，必须要有一个权衡。我个人作了对美国近十年非法证据排除的研究，美国近十年的非法证据排除范围实际上是在限缩的，它给了警察很多善意的理解。也就是说，如果警察是违法的，那么按照原来的规定，这个证据一定要排除，但最高法院就善意的去理解警察的行为。美国有很多这种判例，最新的判例就是警察根据逮捕证拦截了一辆车，在车上找到了非法证据，但这个针对某一个人的逮捕证实际上已经撤销了，只是在系统当中没有被剔除，所以这个逮捕证是违法的。但是，只是因为系统没有删除，警察就依据它实施了逮捕，又实施了搜查，得到了证据。如果放在美国 20 世纪 60 年代，这个证据肯定是要排除的，但是现在美国最高法院的基本态度是：警察善意的行使自己的权利，这个证据是可以用的。

就在最近 4、5 年，美国最高法院关于非法证据排除一直在作限缩性解释。为什么？背后的原因就是非法证据排除是有代价的，而非法证据排除也是有目的。为什么美国最高法院作限缩性解释，有很多人认为是从最高法院人事变更来解释，其实不是的。透过最高法院的判决你看到的是美国警察执法文化的变化，美国 20 世纪 60 年代的警察也是非常野蛮的，所以才会有当时的“米兰达案件”，才会有一系列的保障公民基本权利的案件。因为警察整体的文化就是一种暴力文化，因为警察自治，所以警察的职业化程度不高，警察也非常地不尊重公民的宪法基本权利，尤其是联邦宪法给予的抽象的宪法基本权利。但是随着非法证据排除规则在美国 60 年代的确立，对于警察的影响很大，到新世纪美国警察已经高度职业化了。虽然美国警察现在还有坏警察，但是制度化上已经形成了一种专业化的警察。所以美国最高法院关于非法证据排除规则的态度，我个人的判断不是因为人事的问题，而是因为警察职业文化的改变。

这就涉及到我们国家非法证据排除规则要解决什么问题？我觉得刚才戴庭长在讲的时候，我们要区分实物证据和言词证据，也是跟我们国家现实要解决的问题紧密联系在一起。从一个理想的状况来说，所有的非法证据排除是最好的、最理想的，非法证据排除规则真的是有代价的，我相信我们没有人为做无意义的事情而付出这种代价。我们不是为了排除非法证据而排除非法证据，而是为了推进我们国家的执法状况，所以以言词作为核心来确立这种观念，来推动警察执法文化的变化，我觉得这是找准了我们国家的问题重点所在。在我们国家，警察非法的行为其实挺多，包括搜查扣押，如果能够解决警察对人身体的暴力，我觉得我们就做了大贡献。这是我说的第一点——中国的困境是什么？我们是要解决警察对人的身体暴力，所以在我国国家尽管都在讲宪法的基本权利，其实人身权利是最根本的。如果人身权都尊重不了，你的财产权、隐私权又怎么能得到保障？当然，从理想的状况来说，非法监听、非法搜查所取得的证据都应当排除，但我觉得找准中国的问题点特别重要。这也是受梁老师的启发，就是必须要放到我们这个社会当中看这个规则，看它的意义所在。

第二个就是这个规则的意义在哪里？刚才戴老师讲到“排除的多少不等于效果好坏”。任何一个国家确立非法证据排除规则都不是说要排除证据，它跟其他的规则是一样的，它是要产生一种对行为的引领和调整功能。也就是说，非法证据排除规则的真正意义在于没有非法证据，也就是通过非法证据排除规则让警察的非法取证行为压缩到最低点。正是在此意义上，非法证据排除规则尽管我的观察案件量非常少，尤其当庭排除的几乎寥寥无几，但是对警察行为的影响在我国国家是明显感觉得到的，对检察官的影响也已经看得到了。有的律师讲：尽管当庭排除的很少，但是排除得很少是因为检察官在起诉的时候已经不用这个证据了。如果辩护人明确地讲这个证据有问题，检察官也会调整他的起诉策略，那就对警察的传导。而且戴庭长刚才讲到了“以审判为中心的刑事诉讼改革意见”（政法委的那个意见），他也强调：警察取证要慢慢设定取证的规范化，所以非法证据排除规则我们要改变两个大的观念：

一是不是所有的证据都排除，排除规则是有代价的；二是排除证据的多少不等于规则的生命力的好坏。我个人的观察，近几年非法证据排除规则的作用已经明显的彰显了出来。

第三个问题，怎么让非法证据排除规则发挥更好的作用？刚才戴庭长也讲了，我们这个规则就是在解决规则和排除难的问题。其实非法证据排除规则是司法界非常有趣的现象，我个人的理解就是最高法院可能从来没有面对过这种状况，就是最高法院的司法解释出台之后，在基层法院你几乎再找不到另外一个规则，最高法院的态度已经非常鲜明，而且已经三令五申的在做非法证据排除规则，但基层不爱用这个规则。我觉得再找不来这样一个规则了，最高法院的一纸批复、一个电话答复就可以解决我们司法实践当中的司法解释问题，但只有非法证据排除规则。从1994年最高法院的司法解释就开始有，到1996年开始有，到我们从制度上防范冤假错案有，到我们以审判为中心意见有，到现在我们又专门出台这个意见，而且我相信这个意见将来基层法官用起来还会非常谨慎。为什么？也就是我们再找不到一个规则，最高院用了二十年，三令五申告诉你“非法证据要排除”，基层法院的法官就说：“要排除，但到个案当中律师提了，我不启动程序。我启动程序了，我不给你认定。认定了，我不排除。”为什么？就在于最高法院在做一个非常重要的工作，就是要通过这个规则再规制警察的行为。这个规则看上去是一个小的诉讼制度，我刚才一开始就讲了，它不是一个诉讼制度，它是一个维护公民宪法基本权利的制度，但是它承载的功能是让警察执法活动规范化。

所以，在个案当中面临的问题我个人提出一个概念，叫作“用微权利的观念来观察非法证据规则的使用”。因为尽管有了规定，在个案当中，法官在排除非法证据的时候，它不仅是在使用一个抽象的规则，他要面对的是强大的公安机关和强大的检察机关、公诉人，所以法院在排除一个非法证据的时候，他不仅是在排除一个证据，他是陷在一种权利运作或者说错综复杂的关系当中，面临着公诉人的态度、面临着侦查权的态度，所以法官的担子、压力比制定规则更难。我个人的判断：即使有了我们这个6月27日最新的非法证据排除规则，在个案当中法官的压力依然没有减少。没有减少的一个原因刚才戴庭长讲了很多，如果写到这个文件里，相信律师会更喜欢，法官也会更喜欢。比方说禁止疲劳询问的问题，其实这个规则当中是没写进去。如果我们能够明确“禁止疲劳询问，询问期间应当保障被询问人连续不少于6-8小时的休息时间”，我相信这样的规则可能会被说：你去判断去，你判断他属不属于暴力行为，这样对基层法官是更大的支持。我在有一篇文章当中提出一个观点：在中国要想让非法证据排除规则真的变得有生命，就必须减少法官的裁量权。用徐国栋教授的话就是：我们要从自由裁量主义转向严格规则主义。严格规则主义最大的好处就是，这个规则越明确，法官个人的责任越强，他能获得的社会支持度就越大。现在最高法院不能老给态度，最高法院要跟他说“这个时候就是不能用”。

这个规则里面第四条——“采取非法拘禁等非法限制人身自由的方法收集的供述应当予以排除”，我相信这个规则的声音会大于前面两个规则的声音，会大于说采取殴打、非法使用禁戒等变相肉刑方法使人遭受难以忍受的痛苦，前面写得很具体，一加上“难以忍受的痛苦”，问题就出来了，法官怎么去表达这个“难以忍受的痛苦”？除非打断一条腿，除非是造成了身体暴力已经构成了犯罪，否则的话，打一耳光不算，打两耳光不算，打十耳光不算？就变成了一个裁量的问题，而裁量的问题就把矛盾集中在了基层法官的身上，而基层的法官就必须考虑我排除了这个证据，不仅得罪的是一个机关，不仅得罪的是公诉人、检察机关……。也就是说，法官在使用规则的时候他的裁量权问题实际上是他个人生活处境连为一体的。所以我在我的文章当中提到：如果不从微权利的观念去看非法证据排除规则的实施，那么很难说通过最高法院的一个司法解释就解决了这样的问题。

由此，我在非法证据排除问题上有一个不成熟的见解：我们必须要强化非法证据排除规则，把它变得清晰、明确、可执行。什么是可执行的？程序规则是最可执行的。假如说刚才

戴庭长讲到了出所询问的问题，如果这里面明确写道“除法定例外，看守所外的询问一律无效，一律予以排除”，那我觉得这种规则就是有生命力的。因为你不在看守所询问，他是一清二楚的，不需要我裁量。非法证据排除规则为什么原来最高法院三令五申却效果不好？就是因为给了基层法官太多的裁量权，而法官在行使这个裁量权的时候他必须面对错综复杂的现实状态，比我们抽象地去谈非法证据排除要复杂得多。就像你刚才讲的宁波那个非法证据排除案一样，一旦把这个口供排除了，这个人可能就是无罪的，或者罪一下子就轻了，而法官的责任、压力就太大了，因为他面对的不仅仅是公诉机关、检察机关，更重要的是他还要考虑跟公诉人的关系、跟非法取证那个警察的关系。如果我们再把这个案件的裁判结果拿出来看的话，他还承受社会的压力。所以刚才戴庭长一开始讲到三难的时候，我说其实判决是最难的。法官排除非法证据都很容易，我们原来做过一个实证观察，法官在什么时候最愿意排除证据？排除了这个证据对裁判结果没有任何影响的时候，法官都会大胆的排除证据。一旦排除这个证据会影响到裁判结果，法官变得非常难。所以，我简单归纳一下，我觉得还是戴庭长讲的“两个符合”：第一个就是在我们国家，非法证据排除以言词证据为核心，非法证据的排除是有代价的，不是说所有的非法证据都要排除，任何国家都做不到。不是非法的证据就一定要排除；第二个就是非法的证据排除多少和这个规则的效果是两码事。第三个就是我补充戴庭长一下，戴庭长在这个规则当中寄予了很大的兴趣，也确立了很多非常好的规则，但我觉得如果我们能继续往前走，或者我们继续朝着这个方向走，那么就应当越来越减少非法证据排除规则的裁量性。只有裁量越小，基层法官才会越感动。否则的话，他在错综复杂的社会现实面前也会妥协，因为他也是一个普通的人。我就讲这么多，谢谢大家！

梁治平：

宏耀教授从学者的角度来讨论这个事情，给我特别深刻的印象。我觉得他对戴庭长这个报告的基本线索的梳理，尤其是关于他对公法的含义（当然戴庭长一开始也讲到人权保障的问题）以及重要性说得非常透彻。另外，他也呼应了两点，就是中国问题或者中国情景的重要性。再者，作为学者，他怎样去参与这个过程，这其实是我们过去碰到的比较大的问题。我觉得在中国的法律教育研究和法律实践之间，过去有一个比较脱节的问题，就是怎样使得学术教育也好，研究也好，和实践能够很紧密地结合在一起，便于从实践当中提取它的理论，同样把这些理论放到实践当中去检验。它们之间的融合关系一直是一个问题。当然，最近十几年来，至少在立法或者说政策制定层面上学者的参与越来越多，在这个方面是往前走了很大一步，但是在比较外在的评价和内在的操作之间怎么找到有建设性的互动，我觉得这一直是个问题。今天宏耀教授给我们一个很好的实例，也是看到一些问题，这些问题怎么去解决，当然是有时间的问题。但这些问题是不是能够把它看到后描述出来，而且能够有说服力？这个特别重要。所以，我觉得这是特别好的一个政学之间的互动，非常感谢！下面请鹏程博士作评议。

谢鹏程：

首先感谢梁老师和洪范法律与经济研究所邀请我来参加这次学术会议！我还是第一次来参加洪范的学术活动，洪范是来自《尚书》的一个治国理想模式，用这个名字也反映出梁老师对中国传统文化和现代西方文化相结合的理想与探索吧，所以我很高兴来参加这个活动。刚才听了戴庭长对于非法证据排除规则的解读，觉得很全面、很准确。刚才听了吴宏耀教授对戴庭长有关解读的理论阐述和作了一些比较分析，我也深受启发，下面我想从三个方面谈谈自己的认识：

第一个方面，我想谈一下非法证据排除规则的意义。我认为非法证据排除规则的探索和立法化应该是中国近 20 年来最重要的法律实践，说得客气一点是“之一”，说得不客气的话，我觉得是最重要的一件事情。非法证据排除规则的建立是我国司法程序、司法观念的一个重大变革或者一个重大进步。我们以前一直是实体公正为主要追求目标，有绝对的优势，后来我们在“严打”的时候也体现了这个实情，即：追求实体公正的目标。当然，在 1997 年修改刑事诉讼法期间，我们在反思“严打”过程中，又强调了实体公正与程序公正的弊病，那么这时候其实也是在反思我们发生这些错案的原因。说实在话，就我了解的情况来看，到目前为止，发现的所有错案都有刑讯逼供的因素，无一例外。这个问题是我们国家司法进步和推动非法证据排除规则建立的一个根本动力。我们要减少错案就要从排除非法证据开始，非法证据排除的意义是倒逼你不搞刑讯逼供、不搞非法取证。只有这样，你的司法就会文明。这个认识其实反映到司法观念上是很不容易的，是很大的一个进步。我认为程序公正或者是程序是本位，这个观念恐怕在当前说起还有点超前，我觉得只有树立“程序本位”的观念或者“程序公正优先”的观念，我们司法的现代化才能够实现。或者是说它是我国司法现代化的一个重要方面，思想观念现代化的一个重要方面。

第二个方面，对非法证据排除规则的探索，学术界的探索应该是从上个世纪末期开始，到这个世纪初期 2010 年高法正式搞了一个《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》，后来又出台了一个《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》，两个规定正式出台，这就是司法解释正式全面地确认、建立了非法证据排除规则。当然以前也有一些，在执行方面、民事方面，司法解释也有一些，但这两个规定是标志性的司法解释。2012 年我们正式把它纳入到了《刑事诉讼法》中，实现了法律化。戴长林庭长亲自起草了有关规则，吴宏耀教授参与制定了这些规则，它是我们民族的进步，我们民族的荣耀。我觉得写这个规则真的很不容易，是很伟大的一件事情。大家想一想，近代以来中国司法的进步包括现在的司法改革，我们会对这个有更加清晰的认识。

清朝末期中国为什么要搞司法改革？为什么要司法现代化？梁老师研究得比我深刻得多。清朝末期改制的时候，当时一个最大的压力就是西方国家说在中国的外国人犯罪，他们享有领事裁判权，就是我们所谓的“域外特权”，不受中国法律的管辖。不受管辖的理由就是中国的司法和法律制度是愚昧的、落后的。清朝政府的官员觉得很没有面子，就要想办法收回这个治外法权，外国人说：可以，只要你实现你的法律、司法的现代化，你实现文明的司法、文明的法律制度，我可以把这个还给你。由此可见，这次清朝末期最大的动力是来自西方国家的侵略，从而推动了清末的改制。我认为这是第一次中国司法的现代化。但是，当时的司法现代化是简单地照搬了大陆法系的司法和法律制度，当然也跟清朝末期整个政治上宪政进退退、真真假假也有关系。后来很快就发生了“辛亥革命”，清朝司法的现代化其实没有完成，刚刚起步就结束了。而这种结束了也没有完全的断裂，民国政府特别是早期的北洋政府还是延续了清朝末期的司法制度和法律制度，乃至到国民党制定《六法全书》的时候，南京政府仍然在很大程度上延续着清朝末期改制的这种吸收、借鉴于西方的法律制度和司法制度。我们可以从历史上划阶段，我个人认为从清朝末期改制到民国整个时期的法律和司法制度的发展应该是中国司法的第一次现代化，但是这个路失败了。

我认为新中国建立是第二次中国司法现代化的一次尝试，这次尝试和清朝末期不同的在哪里？我们是完全在独立自主的情况下，选择了苏联的政治和司法模式包括法律制度的一些内容。我们现在的政治制度、司法制度其实有很大的苏联模式的色彩和影响，我们是参照他们的模式来制定的。这一次到“文化大革命”应该说是新中国以后的中国第二次司法现代化，如果不说是失败，那么起码说中国第二次司法现代化遇到了重大挫折。十一届三中全会以后，

我们恢复、重建我们的法律制度和司法制度，我认为这是新中国以来的司法制度和法律制度的一种延续。十八大以来的这次司法改革是我国司法现代化的第三次尝试和第三个起点。我们的这次改革特别是以司法责任制为核心的改革，我觉得使中国真正地走向了一条从实际出发，学习借鉴各国包括大的法系英美法系和所有国家的现代司法文明，来走一条自己的道路，我相信这条道路会成功，也是我们第三次现代化的一个难得的机会，我觉得我们这一代人不应该再错过这次司法现代化的机遇。如果错过了我们这一代人，下一代人甚至不一定有机会。所以，我能感受到起草非法证据排除规则实际上是和我国司法现代化紧密联系在一起。我也希望大家对当前的司法改革还要抱一个积极的、历史的、民族的责任心态去看待它，不要轻易地否定它，说这个不行，那个不行，要给予正能量，要相信它的发展。这是我讲的意义。

第三个方面，我想讲一讲非法证据排除规则的理论基础和理论核心在哪里？我认为非法证据排除规则其核心就是人权保障、打击犯罪和司法公正三者之间的关系。这个问题在古代社会里面我们可以强调的是打击犯罪、维护国家秩序、实现司法公正，人权的观念没有。实际上，中国古代从儒家、道家也有一定关于尊严的认识，人道主义的认识是有的，只是表达方式不同而已。人权观念的真正提出是西方提出来的，当然人权的类似意思和观念在中国古代社会也是有的。在这个意义上，我们说从古代到现在，实际上是人权保障、打击犯罪与司法公正之间的关系决定了我们是否选择非法证据排除规则。为什么过去没有选择，现在我们能够选择？最关键的就是国家秩序与个人权利之间的关系怎么平衡？这个平衡点在什么地方？我们以前认为国家秩序是优先的，国家是绝对优先，个人可以牺牲，那么在这种情况下是有效的一种组织方式，延续到几千年。实际上，这种平衡不利于社会进步，也不利于发展，也是不人道的，是专制、集权的一种政权或者一种统治方式。

那么现在非法证据排除规则的建立，实际上是我们找到了一个新的人权保障与打击犯罪和司法公正的平衡点。这个新的平衡点提升了我们保障人权的水平，或者把保障人权的水平提升到了一个新的、历史的阶段。2012年《刑事诉讼法》的修改，非常充分地证明了这一点。《刑事诉讼法》，一方面建立了非常正确的排除规则，实际上这是在压抑、限制着我们打击犯罪的能力；另一方面，《刑事诉讼法》又确认了很多技术侦查的手段，这个在以前都没有，特别是诸如犯罪的研究、技术侦查的手段还有其他一些有利于加强侦查、检察、审判措施的一些程序。这意味着我们在两个方面的进步，这就产生了一个新的平衡点，即：一方面我们加强了人权保障，另一方面我们也通过程序的方式和手段，加强了打击犯罪的手段与措施，在这两个方面达到了一个新的平衡。这是一个很重要的认识。实际上，吴宏耀讲到当前我国非法证据排除规则实施中有这些问题的時候，我们其实要把它理解成什么呢？国家面对犯罪的压力、司法机关面对维护社会秩序和维护国家政权稳定的压力与我们保障人权的理想、人道主义的关怀之间的矛盾，这个问题是一个深厚的理论问题，也是一个选择性的问题。我们认为打击犯罪就是保障人权，或者打击犯罪本身就意味着保障人权，这个意义不能认为是错误的，我们为什么要打击犯罪？我们不是为了打击、惩罚，而是像刑法上讲的为了预防，我们是要恢复正义，实际上是维护司法公正、维护社会秩序。那么在这种情况下，面对这两者冲突的时候，我们把什么看得重要？是把打击犯罪看得重要，还是把程序、司法公正看得更重？把程序公正看得更重这是对我们司法能力的一种检验，我们的司法能力发展到什么程度，我们的人权保障的水平才能达到什么程度。

这个不光是我们的理想的问题，不是说我希望人权保障特别周严，实际上人权保障——刚才他讲了一个观点，我非常赞同——西方国家建立非法证据排除规则也仅仅是比我们早100年，它是在20世纪初建立的，我们是在21世纪初建立的，刚好晚100年。尽管晚100年，现在我们去，在西方国家大陆法系、英美法系国家的排除非法证据规则也不是很理想，也有很大的局限性，甚至我们可以说英美法系的排除规则更多强调的是严格的规则（比如你

所说的美国)，那么大陆法系像德国则相反，当然也有争议，它倾向于法官的自由裁量，而不是倾向于很严格的规则。这就是有不同的选择。特别是关于排除非法证据的范围方面，各国的规定有很大差异。哪怕现在西方最发达的国家、最先进的司法文明也是有很大局限的。就是说，理论上它是有矛盾的，它是在不同价值之间做出一种选择。我们不能简单地做出这种选择，要根据历史条件、根据国家的司法能力、国家的需要和人民对美好生活的需要来做出选择，这也是一个重要的方面。所以，两个方面要达成新的平衡，也不能太抽象、太理想化。

第四个方面，我想谈一下实践中的问题。刚才宏耀讲了实践中的一些问题，实际上这个规则的实施是不理想的，从戴庭长讲的意思我们也能理解，规则本身也是不完善的，他讲了规则本身有很多瑕疵和局限，在实施中也适用得不多。确实这个现象似乎从他们两个的演讲中我们可以得出另外一个结论，在目前来说，非法证据排除规则的宣誓意义好像更突出，其宣誓意义比实际意义更大。我听下来有这种感觉，但他们没这么说。我觉得也可以这么说，但这么说不太全面。为什么？这个规则的建立和司法实践中的运用虽然有种种的局限或者缺陷，但是它的进步不可否认、不可抹杀，对于我们国家整个司法制度的影响，对整个刑事司法的影响，特别是侦查行为的影响，都是巨大的。虽然我们现在还做不到，法院也不是说强大的检察、强大的侦查就行的，这个事是法院说了起作用，说了算的。

吴宏耀：

不敢说了算。

谢鹏程：

法院说了算确实也不容易，法院说了算现在也很难做到，应该是法律说了算。我觉得这个局限性是历史的局限性，是无法避免的。但是在这个过程中，我们也要充分地看到我们这个规则的建立，在这个过程中我们要做一些积极的努力，做一些推动。包括我们在座的，无论将来你是大学问家，搞理论研究的，还是做历史的，还是做司法工作的，我们还是可以积极地、慢慢地推动这个制度的完善和发展。特别是这种制度和我们长期以来的古代传统的司法文明或者司法的传统习惯有很大的冲突，这是一个革命性的改变。这个改变不是那么容易的，它需要有一个长期的过程，还要与我们的司法能力建设要相适应，所以我想我们既要充分肯定，也要积极地努力推动它继续发展。谢谢大家！

梁治平：

鹏程从历史角度给我们描述了中国司法改革发展的线索，特别是提到很多传统的民俗，就是说，至少在学界甚至在普通人的观念当中有一些“定见”。有时可能没有经过很充分的研究，就对传统的法律遗产、法律实践、法律思想和现代之间的关系作判断。我所谓的“定见”就是说很轻易的会有一些判断。这种情况现在慢慢有所改善，比如刚才戴庭长在讲到这些规定，讲到人权保障的时候，非常细致、充满平衡感。

我们现在是用“人权保障”这种概念来讨论这个问题，但在我理解，其实还有另外一种概念，就是说古人讲的“人命关天”。我们现在这样讲像一个成语，很普通的一种表述，但在古代这个话是一个非常严肃的事情。所谓“关天”，“天”是一个很实在的含义，它可能是一个形上的，冥冥之中的一种监控，一种最高的、合法的来源，所以在“人命”的问题上，

是非常非常慎重的。因此，古代实际上有很多制度，当然它不叫“人权保障”，但是它在“人命”处理的问题上是非常小心谨慎的，所以对法官有很高的要求，比如说“忠”这个概念、“慎”这个概念、“敬”这个概念。倘若“草菅人命”，不管对你个人、对这个制度、还是对宇宙的秩序都会产生极大的影响，所以皇帝的权威之下也有一套制度的保障，这个东西其实我们能看到，这也是一种传统，一种遗产。当然这种传统会在不同的时候遭到破坏，但是它总会返回到文明的、基本的关怀。只不过在今天的社会条件下，我们怎么来处理人身的，尤其是生命利益的时候，可以提供一种什么样的制度保障？这个有很多新资源符合现在的新形势，两者之间也会有新的结合点。

非常感谢鹏程刚才的评论！本来我们还有一位律师身份的专栏人，可惜他今天没有到。其实从律师的角度，能提出一些他们在执业过程中所碰到的问题。刚才戴庭长专门讲了，在非法证据排除问题上可能出现律师和法官之间的冲突，这是比较少见的，这些方面我们很希望听到律师的声音。所幸我们在场的还有很多律师，在下面的讨论当中大家可以提出一些问题，来分享他们的经验。

戴长林：

我再补充一下，刚才吴老师、谢主任都谈到执行的问题，实际上今天有个中心也是讲非法证据排除规则的实效问题，倒并不是讲执行得不怎么样，应该讲执行情况越来越好。10月份在全国人大会议上周强院长和检察长都作了关于这方面的报告，都提到了非法证据排除的问题。曹建明检察长列举了一组数据，就是过去的一年全国检察系统排除非法证据 2000 多例。我们没有统计，因为我们前一阶段的统计恐怕和检察机关数字相当，也有这么多的情况，但是我们没有统计，所以周强院长在人大报告中就没有写上这组数据。我刚才说了这个规则首先它的功能、效果是预防，在侦查阶段我就讲了现在刑讯逼供、非法取证的情形可以肯定地讲是越来越少，这就是它的效果。死刑复核权收归最高法院 10 年，减少死刑是一个直接的效果，同时它对死刑证据的把握标准、严格标准也是一个很重要的效果。反馈到公安机关，我每次到公安机关跟他们座谈的时候，我确实是亲身感受到的是，不仅仅是死刑案件的证据收集、固定，其他的案件就是非死刑案件的证据收集、固定也比 10 年前有一个很大的进步，这就是收回死刑核准权的一种很大的进步、一种影响、一种效果。非法证据排除也是这样，所以规定以后侦查机关，检察机关严格执行这个规则，到法院自然就少了。所以效果是非常好的。但刚才吴老师也讲了，排除难，最后是判决难，我今天因为时间关系就没有谈这个问题。现在四中全会提出“以审判为中心”，“中心”怎么形成？不是讲哪个大哪个小，不是这么形成的，而是要我们敢于担当、敢于执行。我一开始就讲了四中全会的“以审判为中心”实际上就是三大问题、三大规则没有得到很好的落实，导致审判没有为中心，导致非法证据没有被排除，导致无罪没有宣告，权利得不到保障，导致杀错了人、判错了人。一些人长期关押在这里，判也不判，放也不放，这是什么问题呢？非法证据排除规则得不到落实，证据裁判规则得不到落实，最关键的就是你讲的“疑罪从无”，不敢宣告无罪。如果排除这个证据，这个案子要宣告无罪了，这就放一放，但这个不敢。总之，这里面有很多体制、机制性的问题。对此，谢老师应该是非常明确的，法官也是生活在这个地方，他要考虑到裁判的严肃性，也要看到自己的生活环境，你宣告无罪以后，它带来很多后面的不好多说的一些问题。这仅仅是制度的一种，完善了制度以后，还有很多配套的措施一定要跟上。就是说，这涉及到司法责任制的问题、检察机关的职能问题、审判的权利问题、侦查的问题，这里面有很多问题，很复杂。

唐哲：

有这么多人提到西方国家的经验，现在我来简单的作一个回应，可以吗？不好意思，我要耽误大家的时间。我觉得吴老师讲得非常好，关于美国的制度他已经有了一个非常好的把握，每个发言人都给我很多启发。如果我说得太多，请控制一下我的时间。首先，美国法官如果面对的是一个重罪案件，他们也不敢判决无罪，因为是非法证据的问题。我们大多数的案件如果因为证据被排除而判决无罪的，是因为它本身是一个轻罪，比如携带毒品的案件，是物证被排除了。从60年代开始我们有一个非常严厉的“排除非法证据规则”，但是它适用的范围越来越小。但是我们要分清楚证词跟物证，我们主要的案例都是关于搜查权利，搜查权利涉及到物证，他找到什么东西，这个是可能被排除的，但是如果我们怀疑你是非自愿做的供述，这个是绝对要排除的，相应所有的派生证据也要跟它一起排除，我说的这个是法律规定的。但是，如果是一个杀人案，那么舆论就受不了，所以法官可能要找到一个例外。我们规则的例外越来越多，有独立处境的例外，以及各种各样的例外，但是基本上都是关于物证。

关于供述，我们为什么排除它？它的意义跟排除物证是不一样的，我们觉得它根本就是不可靠的。戴庭长也提到了，如果你面临暴力行为，面临刑讯逼供或者疲劳讯问的时候，什么都会说的，不管你是否真的犯过罪，你还是愿意承认很多东西。我胆子很小，警察只要威胁一点点，我就会说。比如你说我的女儿在外面遇到什么事或遇到什么困难，那我随便就说了，我愿意为她坐牢的。美国的非法证据排除规则有两大目标，现在法院认可的唯一目标就是，你说的威慑是警察的违法行为，要改变他们的行为，但是我也要避免冤案，所以这两个不是一致的，是两个道理。如果有时候警察施行暴力的讯问方式，刑讯逼供等等，然后发现这个人事实上是有罪的，但是这种行为我们也要改变，我们不管被告人、嫌疑人最终是否有罪，我们还会要警察用正确的方法取证。谢老师提到“美国的制度并不理想”，说得非常对，很多人批评我们的非法证据排除规则，他们经常说：“它不是个问题，没有什么好排除的。”为什么这样说？他们说：“我们的原则是警察要破案，警察要定罪，如果你不给他们这个利益，如果他们不能使用非法获得的证据作为定罪的依据，那他们就不会获得什么证据。”我在美国当过辩护律师，我也跟警察经常合作，大多数的警察跟我说得很坦率，他们说：“定罪不定罪是检察官的事，我的事是破案，因为我有舆论的压力，我必须给他们一个嫌疑人，让他们起诉，起诉之后我就不管了。”我说：“如果你要出庭作证呢？”他说：“这个就不一样”。所以，我觉得重点在这里，要改变警察的行为，重点不是因为他们懂得法律，警察在办案的时候，不会考虑太多的法律的规则，他们就是要保护自己的安全、周围的人的安全而且要破案。但是，出庭的时候是不一样的，出庭的时候接受双方的询问，那么他们必须开始考虑法律的原则。所以，我认为美国非法证据排除制度的最大优点，不一定是因为我们会把什么证据排除了，就算最终法官还是要采纳这个证据，它的最有效果的一个阶段就是让警察出庭了。

警察必须在公开的场所讨论这个问题，讨论什么样的行为是适当的，什么样的行为是违法的，而不仅仅是几个法律人一起在讨论。你看我们法律人经常讨论，尽管是周日，我们还是愿意来讨论这个问题。但是这个是在大庭广众的面前讨论这个问题，法官要判决，你什么时候可以锁上一个人的家，什么时候可以用什么样的方法询问等等，我觉得这个是最好的，就是给我们这个平台，为了讨论。美国的规则也是给法官一个非常广大的自由裁量权，我们的原则基本上是跟中国的一致，就是如果没有违背一个人的意愿，他还是自愿的做出供述，法官是可以接受。但是，怎么认定还是一个难题。我们为什么没有一个非常具体的规定？比如说询问8个小时以后，就算是不自愿的供述。因为每个嫌疑人、每个被告人都不一样，他们要综合考虑各个因素。比如一个小孩，我说的小孩不一定是未成年人，他是19岁的初犯，跟警察没有过接触，那他和一个几次坐过牢的老汉的接受能力可能是不一样的，所以我们都

是比较愿意信任法官，因为全都是公开地讨论这些原则，而且我们知道立法者也可以改变我们的法律，如果他们对法官的做法不满意。不好意思，我说得太多了。

梁治平：

好，谢谢！非常好的一些资讯，帮助我们了解这个问题。

孔德峰：

我就是基于我的一些经验、实践来谈一些具体的问题，可能不像各位老师把握得那么宏大。一个就是我感觉，就是这个规则在落实的过程中，在每一个环节都出现了相当的弹性，而这个弹性本身往往在实践中成为法官互相耍玩、任意裁量的问题。那么这几个环节我简单的说一下：第一个，比如非法证据排除的提出作为是否存在取证的问题，举证责任在公诉方，但是前提你要提出所谓的证据线索，可是证据线索在我代理的案件中间，法官的理解就差异性很大。比如说这个证据线索本身是落实到线索上，还是落实到证据上，这个区别就大得不得了。那么我们举个例子来讲一讲，以前很野蛮的取证，比如说把人打了甚至身上有伤，那么这个东西我可以说是个证据，没问题，但是更核心的一些疲劳审讯也好，包括一些威胁性的问题，包括威胁他的亲属，在这种情况下，实际上辩护律师和被告人接触的时候他所了解的仅仅是某年某月某日某个时间点在某个地点某个人去询问他的时候，提出了什么问题，这完全是一个口述，那么这个东西叫不叫线索？如果这个不视为线索的情况下，可以说我们大量的所谓排除案件是提不出来的。我可以举个很简单的例子：2008年河南省一个厅级领导当时被纪委“双规”之后，“双规”了38天，他一直什么都没说，但因为他的儿子在商务部工作，而且恰巧很特殊的问题，就是一笔款子进了他儿子私下和一个领导的孩子办的一个公司，就是一笔50万来历不明的钱进了那个公司的账户，所以纪委的人就说：“就这个东西我肯定是要逮捕你儿子了，你如果不交待的话。”就这样，把他整个突破口就打开了，他就交待了很多东西。当然在他交待的东西里有些后来查证是属实的，但有很多的证据其实对不上。那么我就提到这个问题，在这个环节上，我们的证据、证据线索我们这个意见推出来，后弹性太大了，法官在这个环节上完全可以拒绝，说你没有证据。

这是一块，还有一块就是录音录像问题，按照这个规则，我们只有一些重大的刑事案件，就是特别明确的无期、死刑的案件，大家没争议。但比如什么“社会效果”、“后果严重”、“影响严重”，这就有弹性了，那么这个典型就出现在一些问题，对一些言词证据如果说被告人向辩护人提出“我这个是在胁迫下或者×××情况下说出来的”，这个时候你要进一步查清这个事情，就只能依赖录音录像。如果没有录音录像，则根本达不到。但恰恰在这个问题上，我们除了实践中强制性的一些案件里面有录音录像，其他案件又不是必备的，那么就出现问题了，这个东西你就无法查证。比如说贪腐案件中间，目前我个人的理解，我们经常说的命案里面的冤假错案，实际上贪污案件里面发生的威胁也好，疲劳审讯也好，恰恰是最多的。但是，这种案件又高度依赖于言词证据，而这种案件如果说我们的录音录像制度无法具体落实的时候，那么这一类的非法证据排除问题在这个案件里面你就几乎是一个空白。而且我现在还有一个担心，就是监察委这个程序将来出来之后，如果又不走刑事诉讼的程序，那么律师依据什么来对监察委的那个非法证据提出质疑？这也是一个很大的问题。这是第二点，我们的录音录像问题目前是一个很大的问题。但这一块我要说的是北京地区目前落实得很好。北京我曾经办过一个税的案件，整个工作机关通知律师的时候是直接把它录音录像的电子版给了律师的。

那么下面一个问题就是物证的排除问题，按照咱们的 27 条的说法，实际上在实践中间法院的弹性是很大的，在物证的问题上他提出什么呢？他说收集的物证、书证不符合程序可能影响司法公正，然后要做出解释。如果他认为这个合理解释作出来了，我就予以排除了，但实践中间我们往往遇到的是一个什么问题呢？就是对于物证的调取程序出现问题的时候，这个面实际上存在两块问题：一块是所谓的侵犯人权的问题，但是物证的调取很多不涉及人权的问题，它涉及的恰恰是证据来源的真实性问题，在这个数据上是一个见证性问题。咱们现有的取证程序的每一个环节，恰恰是为了保证进入程序的那个物是原始的东西，不会中间发生调包的问题，如果在这个中间环节上出现了瑕疵，那么我们应予以排除，这跟人权保障没关系，恰恰跟证据的真实有关系。但是，目前几个大的争议案件里面，其实在见证性问题上也是争议很大，而法院在这一块往往裁量权很大。甚至可能说工作人员也好，侦查机关也好，出了一个补充说明，说当时为什么没有见证人员，是什么什么原因。出来了，而法院说作了合理解释了，那这个我就可以采纳了，所以这一块的环节上出现的问题也很多。

最后一个环节就是涉及到侦查人员出庭的问题。刚才这位美国律师说到如果面临法庭调查的时候，他要像证人一样出庭作证的时候，他的压力是很大的，这种压力可以倒逼他的程序合法。但恰恰我们在侦查人员出庭这个问题上，目前看是所有问题中弹性极大的，比如说我们对于调查取证的程序跟物证的调取程序中间，客观瑕疵出现了，如果是一个书面的解释，他很容易回避，就类似于我们现在民事案件中间庭外让人写了一个证明，说我把这个事叙述得很圆满，但这个人一出庭一问，毛病很多，尽管我们目前的交叉询问还不擅长，但实际上还能问出很多问题。但是侦查人员不面对你的时候，你怎么解释？这里面我就说一个我办的案子，是丰台法院的案子，这个案子结果是走了一个缓刑。那个案子里面就出现了一个法院让咱们的鉴定人出庭，而那个鉴定人是公安，因为那个案子是一个刑事案件，伤情鉴定是公安自己内部做的，所以在那个里面就看得出来侦查人员也好，鉴定人员出庭的影响有多大，因为当时出现一个什么问题呢？就是说一个殴斗事件，是因为交通肇事引起的殴斗，三个人把一个人给打了，打完之后当时送到医院的时候，医院查了一遍，医生说没有什么大问题，后来派出所不放心，又开到一个手续，然后做了一个简单笔录，然后又到华夏那边有个鉴定所，又让他们再做，华夏鉴定所就根据当时的情形判定说这个没问题。但是三个月之后，这个人突然肚子痛，到医院以后说是小肠穿孔，这个时候又去找公安，公安内部又做了一个鉴定，认为小肠穿孔是重伤，所以就抓了人。但这里面就出现了一个我们验物的时候一个最大的差异，因为间隔了三个月，小肠穿孔的原因又是多重的，不具有唯一性，所以在这种情况下，怎么认定？公安出庭的时候我们就问他：“你怎么判定打的这个部位跟小肠穿孔之间有直接因果关系？”他说：“这个是因为我看了派出所的笔录，派出所的笔录上说他怎么打的。”但是把派出所的笔录调出来之后，上面说得很含糊，打的位置是不清晰的。于是，我们就提出一个问题，就是打的过程实际上不属于鉴定人员的专业技术原因决定的，专业技术决定是后面那一部分，而这一部分你采自于派出所的笔录，而派出所的笔录本身又没说清楚，那么这个肯定是不行的。最后那个鉴定人觉得这个事他解释不下去了，他就说出了他的判断标准：“我为什么判断是他打的？是因为派出所那个笔录。”后面有个小肠穿孔跟这个因果关系他就忽略掉了，所以最后这个案子呢，当然中国的现状和法院就是这样，就搞了一个缓刑，缓刑的理由是这边赔钱了。实际上那个案子客观上讲法院的压力很大。我说到这个地方，也提到一个侦查人员的出庭作证很重要，但是我们目前看也是一个弹性的规律，可出庭不可出庭。

最后一个不属于我的问题，是和大家包括吴老师还有这位美国律师的一个交流。因为我在办一个案子，就是一个中国的留学生在美国故意杀人，杀了人之后又潜逃回国内，那么所

有的美国警方在前期的调查（不包括对被告人的询问），对相关证人询问的所有证据材料都是取自于美国。案发之后，中国温州的警方到了美国，他把前期刑事调查的所有询问资料带回来了，然后转化为国内的证据，最后以此来定罪。这里面他们所谓的询问笔录跟咱们的差别，就是这个里面可能对我们有一定的其他意义，中国的询问笔录更强调的是客观来表述被询问人的意思包括证人。以证人为例说，证人的话我原汁原味记载下来了，所以咱们最后一定要有一个签字，让证人来签字。我不说被告人，因为那个案子里面被告人的询问是在大陆完成的。就是说一定要有个签字，说：“这个东西是不是你的真实表达？”“是”。但是，恰恰我看到美国调取证人的东西，他不是这样一个东西，他是一个什么呢？因为是译过来的，我表达不一定准确，他表达的是调查人员接触到这个证人之后，就像我们讲故事一样，某年某月某日天气如何，我是怎么进入某一个区域的，怎么接触这个人的，谈话的时候有谁在场，然后他有什么反应，他拒绝了哪些东西。他是以这种阐述的方式作成一份报告，他要对他记述的真实性负责，但是不需要被询问人签字。我的理解这种证据进入法庭恰恰需要两个因素：第1，被调查人员作为证人出庭，因为他不出庭不能够表明这个警察阐述的正确。第2，警察本身要接受指证，他变相的变成了证人。为什么呢？因为他要对他这个调查过程的真实性负责。但是，这一点跟我们的询问笔录恰恰是不一样的，这可能是跟他的证据规则相似的。正是基于这一点，这个案件到了国内之后，我们的律师当时提出说：“你的这个东西不能直接转化为中国的询问笔录，原因就在于它完全不具备我们询问笔录的特点，所以这个证据不能用的。”但最后这个案子浙江高院还是采用了这个证据，他们认为：第一，这个东西符合美国的程序。第二，中国的程序也符合，是我们的公安机关去调取的，而且经过人家认证。完了我们当时就说：“缺少一个环节。”哪个环节？这个要跟法庭的指证连在一块的，包括被调查人、调查人的出庭，都要连在一块，它不是一个单纯的询问笔录。这个问题我提出来，作为一个请教。我的表述不知道符合不符合美国的事情，因为我是从笔录上看出来的。

梁治平：

唐哲你有没有要补充的？

唐 哲：

他说的很对！我可以补充一个个人的经验。我在中国也受过行政处罚，我不是故意的，但是我被两个警官询问之后，他们按照中国的程序就给我提供记录，说要签字，说：“你看看是否有误，如果无误，是正确的，你就签个字。”当时我也跟他们说了，因为他们已经发现我是一个法学院的学者，我们讨论了不少美国跟中国的区别，所以我告诉他们：“我愿意签字，我看它基本的信息都是正确的，但是这个时间不是我到场的的时间，这个时间不是我们现在说什么时候解释，这个也不准确。虽然内容能反映我们的交流，但是你说的是每个字都是这样的，其实不是这样的，但是总的来说意思是这样的，所以我愿意签字。”为什么这样做？我干嘛给他们更多的工作？我不会让他们修改的。第二，他们已经把我的罚款减得很小，我想不要惹他们了。这个是一个开玩笑的小例子，但如果是一个重罪的案件，结果会更严重，他们怎么说我都会签字。而且如果真的有刑讯逼供或者更糟糕的方法，那也会影响到我签字，所以我们觉得警察负责是他们自己的行为，他们要写自己的报告，说他们怎么做。如果我作为嫌疑人包括被告人，要作一个真实的供述，那我可能也愿意签字。但是供述、书面的口供都是一种证据，都可以在庭指证，我可以讲我的供述没问题，它的轻重跟别的证据是没有区别的。你知道美国的证据规则跟中国的有一点不一样，我们不要考虑太多它的政治的性质是什么样的，如果它跟这个案件的情节有相联关系，它就会作为证据。

梁治平：

所以在美国是没有刚才孔律师说的需要证人自己的签字，完全没有这样的证据？

唐 哲：

一般没有，而且就算他签了字，他的法律效力也是不算……

戴长林：

他们的规则跟我们的不太一样，人家落实直接言词原则，人家是到庭作证的，所以他不需要签字。而我们的证人出庭作证率不到 2%，98%左右是不出庭的，我们是搞传闻证据，所以很重要。

孔德峰：

这里面我觉得还有一个不同点，实际上他是把警察置于了一个叙述人的角色，他需要的真实性也需要法庭来核实。咱们实际上是把询问人的角色屏蔽掉了，我们看到的是什么呢？大家关注的是这个证人说了什么，而不关注这个人是怎么进入这个过程。因为我当时看了觉得很奇怪，他中间有一个鉴定笔录更有意思，就是那个尸检笔录，咱们的尸检笔录是干巴巴的，谁谁在场，怎么鉴定的过程，基本是这么写的。他的却很有意思，写了当时几个鉴定人，然后每一个鉴定人分别写了自己那个环节，它不是一个统一的叙述，就是我那天的天气、温度多少，温差都有，在什么地方，我看这个过程是怎么看的，我把我这个过程写下来。第二个鉴定人员把他负责的那块记下来。我当时看他的那个尸检笔录的时候，一开始我很不适应，跟咱们那个完全不一样。

梁治平：

对，你这样说我们这个笔录，我想唐哲是个经验，我们每个人都会有。就好像你接受调查的时候，他给你一个问卷，我前两天在我们的物业给我一个问卷，就是满意度调查，他立了很多的项目，但每一个项目下面有三个项目，就是保洁、保安等，底下都有一个满意、一般、不满意等等，似乎是很好，但看了以后我没有签，他说：“为什么你不签？”我说：“你这里面的很多项目，如果说满意，我也不能说满意，因为里面有很多具体的内容我是不满意的，但是这个不满意反映不出来。如果说满意，又不是我真实的意思。如果我不满意呢，我觉得也不太对，因为有些部分我还是满意的。”最后我说：“这个表我没办法签。”因为签了以后我觉得没有真实地表达我的意思，你也不可能按照我的意思来改进你的工作。你说很满意嘛，所以我不需要改了，但其实我有不满意的地方。

唐 哲：

我是没有这样的选择，不是满意不满意的程序，但是效果应该差不多一样，问题还是存在的。这个是说他们没有使用刑讯逼供，没有打。他们问我是否需要翻译，真的是要看我是否放弃了我的这些权利，然后要我认错，所以还是很有意思的，还是挺有法律效力的，但是

我还是愿意签字。

梁治平：

好的，谢谢！

听众：

我来自中国科学院计算机研究所，我是作技术的。作计算机的人评测一个系统其实有几个指标，第一个指标是所谓的准确率。司法也一样，有多少人犯罪，最后被判刑了，就是准确率。另外一个指标是所谓的英文叫 **Recall rate**（召回率），犯了罪我们把他抓起来，这实际上就是保护人权和打击犯罪的一个矛盾，这两个指标是相互冲突的。如果你的准确率非常高，就意味着你所谓的人权保障率非常低。就是说，如果你保证每个司法都是正确的，那一定有人犯罪最后没被抓起来，所以这本身是一个矛盾。第二个，其实刚才吴老师讲得很多了，还有根本的原因就是所谓司法效率，因为我们要付出巨大的成本。如果从系统的观点来说的话，我们作任何一个事情都要保证效率，而实际上所谓的司法实践，你可以看到随着文明程度的上升，我们愿意付出更大的成本来做这个事情。第三个事情其实我们做人也喜欢讲，就是所谓的平均性能和最坏的情况下的性能，叫 **The worst case performance**。所谓的保护人权就是要保护最坏情况下的性能，我觉得这个东西从我们作系统的观点来说，很有意思，整体上来说，当你要保护最坏情况下的情况的时候，意味着社会的文明程度到了足够高的程度，我们愿意为所谓的公平正义付出更多的成本。当然这里面一个非常重要的因素——技术，前面讲到人的供述有多种形式，我们有记录的，有所谓的 **Summary**，还有音频、视频，这之间可能会有冲突，但如果当所有人要求有音频、视频的时候，这就是所谓巨大的成本。我要把数据保存下来，我要随时查看它，要有时间的约束，这个成本非常大，就是吴教授讲的没有一个法官、没有一个律师愿意付出这么大的时间。但是，我们技术上慢慢地发展后，因为我读大学是学人工智能研究的，慢慢的技术上是可以解决这些问题的，因为我们现在有可能从一个音频、视频里面把语音提取出来，我们通过大致的分析知道这个 **Summary**（摘要）跟这篇文章是否一致，有哪些冲突，但这同样也要付出额外的技术成本。如果你要构建这么复杂的一个系统，也是随着社会进步，你愿意付出这么大的成本。总体上来说，因为我们原来老讲“宁可错杀一千，不可放过一个”，这实际上就是为了打击犯罪，要把所有的犯罪分子抓起来，那就有很多冤案错案。但是，慢慢的我们的文明程度更高了，我们愿意付出更大的成本来保护每一个公民的权利，我觉得这个东西应该是慢慢的推进。随着文明程度的提高，我们愿意付出成本，当然更重要是人的素质。您讲到公安也是人，法官也是人，只有文明程度的变化，才有可能大家愿意来重视这个事情。我是从我的角度，大概就是这样一点看法。

梁治平：

谢谢！也许有一天可以来讲讲人工智能怎么去处理数据，怎么去替代法官的判决，会不会和医生看病差不多同样的道理？

听众：

现在也有些数据是在说人工智能在有些法官判案里面确实起到了作用，因为它能保证把同类案例收集起来。但问题主要是人的责任程度，即我能不能让一个人工智能来作这个判

决？

梁治平：

这就是另一个法律问题，谁来负责的问题。

听众：

对，但是这可以非常清晰地看到技术发展的影响。

梁治平：

所以我们现在站在门槛上，我们面临着巨大的转变和一些不确定性。好，谢谢！

刘 涛：

我叫刘涛，公安大学的，我在侦查学院搞审讯，所以简单说几句审讯，因为这个问题和我们密切相关。听了戴庭长讲话之后，很有收获，因为你是规则制定者，我们在做文本工作。至于为什么刑讯逼供屡禁不止？包括我做审讯工作。吴教授，我本科也是学法学的，现在全面改成侦查了、侦查措施、审讯，我现在专门研究审讯，这个核心在什么地方呢？我们造成的冤假错案大部分是 2000 年以前的，近几年很少，大件是很少了，但是偏远地方还是有，比如 2013 年的河北省顺平县王玉梅的那个案子，两会期间发生的，该发生吗？原因在什么地方？非法证据排除不是有吗，但是还是有威慑过程的分别。

第二个，录音录像对基层办案人员有很大的压力。因为我经常跟着办案组，我自己也参与过审讯，也搞过几次命案。录音录像说最难听的话以前审讯里面威胁、利用、欺骗是常见的，包括现在基层的审讯没有威胁和欺骗怎么办？很难办。现在有了非法证据排除规则，怎么办？我们在学校里讲的攻心、用智等策略和方法都是很系统的东西，但是我们国家 200 万警察里面有多少学这个东西的？它很有用吗？这是第一个。第二个，攻心、用智是效率很低的一个东西，我上去给你几个耳光，踹你几脚，敲打一棍，马上就交待了，如果你用攻心、用智，花很长的时间还不一定有效果。公安机关没办法，通过对这个人的审问，把案子解决了，把人抓住了，而我费了一周时间，还不一定有效果，他去了却很快有效果，那他当然在单位好混。是这个情况吧？还有警察里面有多少是学法学的？大部分是警察学校毕业的，我们现在每年毕业的有将近 10 来万，全部到公安队伍里面去了。还有一个关键起作用的是什么呢？现在办案质量和终身负责制，这还是有很大影响的。

再想说一点的就是，实践中搞点威胁我觉得还是必要的审讯手段。刚才你举的那个例子，贪污犯听说要通知他即将考大学的儿子，于是就全配合了。假设当时他儿子在受贿现场，那么凡是受贿案件有作证的义务，为什么不能调查呢？检察也遇到这种情况，比如说碰到受贿的时候，他儿子在现场，也是个成年人，18、19 岁，马上要考大学了，受贿以后还告诉他：这次我给你弄了一大笔财，你考上大学以后买好车开。后来他儿子果然考了北京的一个名牌大学，买了一个好车。但是，过了几年，东窗事发了，检察院找到他谈话，他不交待，检察官就说：“你不交待的话，我们就去北京找你儿子了解情况。”他很担心这个事情，马上就交待了。这种威胁行不行？这也是非法取证呀？凡是受贿案件有作证的义务，公安、检察机关如果这个都不能做，那怎么做审讯？因为我是研究审讯的，发现美国的审讯是允许搞威胁的，

欺骗是必要的手段。咱们搞卧底侦查，特情、监听那都是秘密地通过电子进行的。咱们搞预侦也是搞欺骗，必须要有这个。诉讼法修改之前，2011年8月30日第一个草案里面把威胁、欺骗取消了，后来又恢复了，我还问了最高法院的罗国良，我说：“为什么又恢复了呢？”大部分都搞威胁和欺骗，不搞就没法搞审讯。现在只有英国在1992年之后从保障人权的角度考虑，发明了一种新型的审讯模式，它现在不准搞威胁引诱欺骗了，他现在搞揭露谎言执政，但英国的司法运行环境和中国的是完全不一样的。不要说警察这样的情况，老百姓有很多是不愿意配合的？咱们不能用一个很高的职业道德要求警察办案、检察官办案的，打击犯罪是整个行政司法的一个基本前提。

谢老师的一个观点，我也不是很赞成。确实所有的审讯里面都有刑讯逼供，但是从另外一个角度，是不是全部搞成了错案？也不成立吧。70、80、90年代，咱们搞刑讯逼供或者是搞威胁、引诱、欺骗太普遍了，但是大部分案件还是搞对了，只有少量案件出问题了。当然，我们现在通过这个制度是好事，第一，不应该全面搞这个，录音录像，办案终身负责制，我觉得这两个东西能够从根本上遏制刑讯逼供的。其实现在录音录像对警察最大的压力在什么地方？所有局长、刑警队长、大队长在办公室、监狱看到你的举动，说：“哦，你这个家伙打人？”或者是看见你没干工作，所以内部监督对基层一线民警办案有很大的压力，他们很怕这个东西。如果局长看到“我”没干活或者打人了，那是要被处分的，这个我觉得对他有很大影响。因为我经常跟他们交流，他们对全程录音录像和“退休以后这个案子还让我承担责任”很惧怕，所以他们就会改变。

另外一点，我们国家的法学教育对公安的影响不是很大。我刚才说了200万警察里面上了警校的是少部分，学法学的在公安里面很少，即使有这样的人在这里面，结果他也不当领导，就是这种情况。你看，法学院在公安系统的一般是一个基层的或者是一个部门的负责人，是那样一种情况。而地方基层一线公安机关的负责人法律都没学过，都是地方的乡长、镇长、党委书记来当局长的，一旦发生案件以后，所有人都要听他的，都要按他的要求做。要大队长现场看到所有人上，让他指挥怎么办？命令你要抓着，审查一周。今年在我老家发生了一个命案，后来我去了，盘查都不用了，把人直接给弄过来，搁在宾馆审查一周，结果交待了，与现场罪证、赃物对起来了。这个案子主要是通过嫌疑性供述找到隐蔽性强的证据，能够对应起来，那么这个案子就破了，马上就涉及到下一步立刻出警。原来最高法院的领导说过这样的话：为什么命案能够搞出一些问题来？很大一部分是考评机制导致的。你这个辖区好不容易发生了命案，局长有激情，下面的人也积极呀，包括河北省顺平县王玉梅的案件，为什么公安接受采访？无非是这样的情况，我们把这个案子搞出来了，影响是不一样的。你搞治安影响有多大呀？它也有这些因素在里面，所以我觉得现在有这个规则很好。包括你刚才说的程度、方式、方法的问题，基层它不关心这个东西，你发这个文件，公安战线有多少老师知道这个东西的？我还是搞这个的，所以还学一学，但大部分是不学这个东西的，要用的时候才看一看。

戴长林：

我刚刚从南京警官学院过来，公安部刑侦在那里办了一个大型的培训班，我在那里讲了一天。另外，我到了几个省，山东公安厅、江苏公安厅全省的民警一、两百人在那里听，就讲这个东西，他们领导还是重视的，这是一个。第二个，你刚才讲的这些东西，就是我开始讲的非法证据排除难、认定难、宣告无罪难，还有一个，出台规则也难，难就难在我在跟你们交流中，你这些意见我都听到了，所以这就是个认识差距，他就是“刑讯逼供打出来的东西90%是真的，不是你干的，你不会说。”但是，万一你搞错了、杀错了呢？再出现“呼格案”，你怎么办呢？所以这就是一个价值取向问题，这是文明进步的问题。社会发展到了这

个历史阶段，我们国家可以承受起这种代价了。建国的時候，前 30 年我们承受不起，国家基础还很薄弱。但现在国家很强大了，所以放掉一点，为了保护人权，这就是价值取向不同。你那个问题我是听了好多的，罗国良是我庭的副庭长。

印 波：

今天非常兴奋地见到我崇拜的梁治平老师、戴厅长还有吴老师。我来自北师大，我简单增加一点评论吧。因为我跟田文昌老师两人一起作了一个案子，我就发现非法证据排除规则对律师来说并不是这样的有诱惑力、并不是这样的引发大家的兴趣。非法证据排除规则除了可以提排除以外，还要可以到法庭上对于证据本身的合法性提出质问。比如我们上次做的那个案子，田老师是坚决反对排非，为什么我们不排除呢？因为他老人家坐的时间长受不了，这是一个很现实的问题，我们那个庭开的时间慢，如果再加上排非程序，我估计他就下不来了，其他事就完成不了了。而且我问过我们律所的其他同事（我在作兼职律师），他们很多人遇到威胁，遇到一些模糊认定的时候，也不太倾向于一定要提出排非程序。为什么？因为排非必须要有十足的成功把握，能打掉某个罪名，或者能够减轻量刑，这种情况律师才有可能提排非。所以，我觉得在中国的司法实践中，对律师来说，排非也没有看起来那么美，我就简单地说这么一点。

梁治平：

还有没有哪一位要发言？

潘 毅：

大家好，我是北京上炫律师事务所的潘毅律师，之前在检察机关工作。我有一个问题就是关于监察体制改革方面的，因为监察体制改革里面说到证据的使用要像刑事审判那样严格，但是我们在下移法第 34 条（就是那个草案）看到，其实它的审判是更加严格的，因为它是说违法犯法收集的证据应当排除，不能作为处治的依据。处治也包括移送起诉，所以我们在施用的时候会不会是以一个更严格的排除规则去看待监察这个程序，然后跟刑事程序衔接？

梁治平：

这个问题也非常重要，这个草案出来以后我看了，也有些教授们或者是法律行业里面的朋友提出一些评论，讲到衔接的问题，其中有一个就是跟非法证据排除有关的，它能不能够适用到监察程序？我想一会儿也许戴厅长再给简单的回应一下。因为时间关系，我们今天这个研讨基本上就告一段落，在结束之前戴厅长还可以有一个全面的回应，有几分钟的时间。

戴长林：

三五分钟，是吧？实际上开始我们都已经进行交流了，吴老师讲的问题基本上当时我们都已经商量，没有更多的问题了，讲的都是非常好的。高检院的同志也走了，所以他讲的问题刚才也说了。公安大学讲的问题实际上我也说了，都了解这些情况，在制定过程当中都是博弈的，实际上开始这个文件可不止 42 条，远远超出 42 条的 5 倍甚至 10 倍，最后 4 年的

时间把它缩到 42 条。这里面就有侦查、起诉、辩护阶段的一些很好的意见，进去了以后就把它归纳起来，形成现在这样的规则，实际上已经考虑到这些问题。我从后面讲起吧，监察体制的问题我也跟大家一样非常关注，我看到监察体制那个条例里面实际上是吸收了非法排除规则的很多重要内容，它采取这种行为所收集的证据不能作为定案的根据，已经明确了，所以我觉得刑诉法和非法证据排除规则已经对接起来了，我个人认为这个没有什么问题，我不知道你感觉到还有什么问题？

潘毅：

我的感觉这个条款其实更加严格，因为它是说所有违法方法都应当予以排除。

戴长林：

当然，它里面有很多“纪”的问题，很多什么“党内处分”、“纪律处分”，我们这个讲的只是司法问题，所以我始终认为到了法庭上一定要严格地按照《刑事诉讼法》和现行的法律以及司法解释也包括我们人大将要通过的那个规则来制订，在这个框架里面制订。没有讲哪一个更严格，实际上我们的这些规则已经非常严格了，哪里有不严格的？

潘毅：

就是说它的第 34 条第 2 款的规定没有一个线索，比如像非法证据排除规则里面说了“难以忍受的痛苦”，可是它就没有这个条件，它应该是围绕监察法……

戴长林：

你要知道我们刑诉法也没写进去，这是我们最高几家的一个法律文件，“难以忍受的痛苦”也没有写进刑诉法，我们这是对法律的一个解释。它作为法律是否同样适用这个解释呢？这个以后再研究。我们这是一个规则，中央深改组通过，最高法院、最高检察院、公安部、安全部、司法部 5 家通过的一个法律解释性的文件，把 54 条解读一下，实践当中不明确的东西把它明确起来。刑诉法也没写进去，监察法肯定也不会写进去，一回事。刚才印老师讲跟田文昌办了一个案子，田文昌非常关注这个东西，在讨论的时候经常给我们发短信，说我们这个那个的。

印波：

上次我们那个案子就给您发了短信。

戴长林：

在徐州、在好几个地方，他很关注的，所以你讲律师不感兴趣，我觉得律师还是很感兴趣的，只是有的律师不感兴趣。现在律师作为辩护人，重要的就是权利保障问题，过去我们讲事实清楚、证据充分的案件要想判轻一点，就去立功，去找一个线索，但现在我们规定买来的线索不算立功，堵死了。第二，年龄造假。现在年龄也造不了假了。18 年以后我们基本上户籍制度非常严格，也搞不了假了。所以，现在就这个东西是辩护的很重要的一个内容。

你打出来的，你非法取证的要排除掉，要从根本上否定，来无罪、来从轻，所以还是很重视的。至于执行问题，这个我已经讲了，任何一部法律都要靠大家去执行，也不是法院一家的事。包括我们在座的，也包括从侦查、起诉、辩护、审判乃至到执行，还需要我们全体公民一起共同努力把它执行。也不是讲哪一个法律出台以后，将来就什么问题都没有了，还是有很多问题。总的来讲，刚才谢老师讲的，还有吴老师几位讲的非法证据排除规则制度的制定是中国司法民主重大的进步，是中国保障人权的一个重大的进步，应该讲将来对防范冤假错案会起到越来越明显的作用，这一点我觉得是不可忽视的。现在，公安好多了，很重视的，公安不是不重视，我是没有空，现在请我去讲课的很多。现在全国公安机关就是刑侦、法制两家在昆明、成都，你们法制局的、刑侦局的那是相当重视，所以他们重视了我们就好办了。

在看守所无论受到什么对待，所讲的内容只是证据的一部分，你到法庭上去要否定你原来的证据以后，法庭要认定你犯罪一定还有其他的证据。有 8 种证据呀，物证、书证、被告人供述、被害人陈述，除了你的供述，还有被害人物证、书证，还有证人证言、现场勘察笔录、鉴定意见、录音录像等好多证据，所以绝对不是靠一个人的口供来定罪的。即使是合法取得的证据到法庭上可以有作为证据的资格，但它也绝对不就是定案的根据，它还要经过法庭调查、质证，经过查证属实，才能作为定案根据。如果仅仅是具有合法性，没有真实性、没有关联性，这个证据仍然不能作为定案的根据，所以不要担心这个东西。好，我就简单地回答这些。

梁治平：

好，非常感谢戴厅长今天给我们一个非常有内容、扎实细致的报告，其实是对这个制度的回顾和对最新相关法律文件的释读。而且今天我们听到好多种声音，几乎所有的环节都有，政策的或者法规的、学界、检察院、律师、公安甚至还有当事人，所以我觉得这是一个非常好的平台，让我们能够从很多不同的角度来看问题。从这个角度上看，一方面我个人非常深刻的印象就是中国的司法文明是在推进的，当然这个过程也是很艰难的。之所以能够推进，就是在座的各位、就是像戴厅长这样实践在一线的法官、司法人员，还有我们作研究的、关注这些问题的学者、专家还有律师、从业人员等等，大家共同努力的结果。你说这个到底是快还是慢？就看你用什么来衡量。我们看发达国家的那个过程，它实现的一个比较理想或者大家觉得比较好的状态，也是一个非常艰难的过程。耶鲁大学的惠特曼教授写了一本书叫《合理怀疑的起源》，其实也讲的是这个问题。就是说，法官在当年承受的那种压力是非常大的，然后他的行为是和他怎么回应这个压力有直接关系的，而一些制度是在这个过程当中形成的。其实刚才我们讲到的很多问题不是中国特有的问题，中国的法官有压力，那我们就要有针对性的去调节这种行为，去认识他为什么会这样做？这样做是否合理？后果好不好？如果想要有个好的后果，怎么去制订一个比较好的规则或者制度安排，导向一个好的方向？这正是我们的一个问题。在这个过程里面，空间还是有的。如果我们在一个微观的层面上看，司法文明的推进、改革空间确实有，所以我们对这一点是抱有信心和希望的。这个东西不是自动到来的，确实很多的问题，任何一个制度出来以后，它没有配套的东西，它写的东西不是你想像、希望、期待的作用，所以又要去考虑比较综合性的东西。刚才这位朋友说的系统的观点，可能通过我们这样一些讨论，当然我觉得更重要的是戴厅长要多去跟公安系统讲一讲，几十万人、上百万人的，让大家都去了解法律制定的方向，让大家至少感觉到有约束或者说有一种规范，通过这样一些活动，我想我们还是能看到一些进步。所以，非常感谢戴厅长今天给我们这样一个好的报告！也感谢宏耀教授和鹏程博士以及各位的参与，谢谢大家！