

志存高远 海纳百川 跬步千里 共铸大成

大成刑事通讯

(大成刑事论坛专刊)

2012年7月



DACHENG
LAW
OFFICES

大成律师事务所

大成刑事论坛专刊
2012年7月

目 录

顾 问：陈瑞华 陈兴良
黄京平 曲新久
张明楷

编委会：胡晓华 金 辉
蒲桂平 徐 平
许昔龙 张需聪
赵运恒

（按姓氏拼音排序）

编 辑：白 淼

序言	3
论坛概况	5
论坛采风	6
论坛实录	8
律师感受	82
不畏浮云遮望眼，风物长宜放眼量 ——刑事业务部合伙人 张志勇	
刑辩之星	85
张海勇——北京大成（厦门）律师事务所合伙人	

序言

《大成刑事通讯》由立法动态、最新案例、业内动态、大成刑事动态、刑辩之星、刑事短评六个栏目组成，是大成刑事业务部门与大成全球网络近2900位同仁，720位合伙人，2000多名律师，35家国内分所、7家国外分所、6家境外成员单位就刑事立法、司法动态，大案要案、律师办案心得进行沟通交流的重要平台。

“立法动态”主要提供国内最新刑事立法信息，通过与大成同仁分享最新、最权威的法律资讯，方便大成同仁及时把握法治动向，了解法律动态。

“最新案例”主要提供国内外特大、重大刑事案件的最新进展以及案件判决结果等信息。

“业内动态”主要提供立法机关、司法机关、律师协会和刑事理论研究机构关于刑事立法、司法的最新动向以及最新理论研究成果等。

“大成刑事动态”主要提供大成总部、分所刑事律师和合伙人代理的有代表性的刑事大案、要案、刑事非诉讼案件信息，以及刑事业务部门开展各项刑事业务交流、培训活动的资讯。

序言

“刑辩之星”每期推出一名大成总部或分所的优秀刑辩律师，内容包括律师基本信息、执业经历、业务领域、代理的典型案件、学术著作和社会职务等。

“刑事短评”每期发表一篇大成总部或分所刑辩律师的刑事评论，内容包括个人办案心得，对刑事立法、司法、重大刑事案件、刑事理论、社会现象的研究和评论等。

欢迎各位大成同仁就“大成刑事动态”、“刑事短评”积极投稿《大成刑事通讯》，投稿请发至刑事业务部部门秘书白淼邮箱 miao.bai@dachenglaw.com。每期《大成刑事通讯》“大成刑事动态”栏目信息将会在中国律师网“大成刑事部专栏”进行宣传更新。欢迎大家积极参与！

大成刑事业务专业委员会
2012年4月20日

2012大成刑事论坛——非法证据排除规则与律师辩护

2012年7月28日，由北京市大成律师事务所主办，大成刑事业务专业委员会、刑事部和厦门分所承办的“2012大成刑事论坛——非法证据排除规则与律师辩护”在厦门成功召开。

本次论坛历时一天，由北京市大成律师事务所刑委会主任赵运恒律师主持。北京大学、中国政法大学、厦门大学等高校的刑事诉讼法专家，中央及地方司法部门领导，全国律协刑委会领导，大成律师事务所总部及各分所律师及全国律所代表200余人出席论坛，同时邀请香港大律师公会执业大律师张耀良和台湾大成律师事务所邱靖贻律师作为港、台嘉宾出席论坛。



2012大成刑事论坛——非法证据排除规则与律师辩护



刑事业务专业委员会与会人员

2012大成刑事论坛——非法证据排除规则与律师辩护



论坛实录

2012大成刑事论坛——非法证据排除规则与律师辩护

赵运恒（大成刑委会主任）：现在开始论坛议程。

尊敬的老师、领导、各位来宾大家早上好！

今天是一个比较特别的日子，在东西方两座最美丽的城市分别在上演一个盛会，现在在西方的伦敦正在开奥运会，在东方的厦门我们律师界和司法界的盛会也正式开幕！现在由北京市大成律师事务所主办、大成刑事业务专业委员会、刑事部、大成厦门分所联合承办的2012大成刑事论坛——非法证据排除规则与律师辩护论坛正式拉开了帷幕！

在两年前我们法律界期盼了很久的非法证据排除规则被写入了由五部委制定的司法解释当中，并在2010年7月1日正式实施。在今年的三月份，在全国人大代表会议上，这个非常重要的规则又被写入新的刑事诉讼法，并将于明年1月1日正式实施。应该说非法证据排除规则的正式确立是我国刑事法学界的一件非常重要的大事，它对于保障我国的人权、保障公正的司法有着非常重要的意义。不过，在我们司法界特别是律师界欢欣鼓舞的同时，我们也看到，非法证据排除规则实施两年以来，效果还不是非常的明显。在实践中，应该说，对这个规则的适用率不是很高，从公开的媒体资料上也没有发现几个成功的案例。所以，应该说是我们新的法律实施中可能会遇到的一种比较常见的现象，也是我们比较关注的一个重要的问题。为什么会造成这种现象？可能原因有很多，比如，我个人能够想到的，在五部委的司法解释，在新的刑事诉讼法中，对相关规定做的还不够细致，好多内容像非法证据的定义可能还不是很清，证明标准也不是很清；还有公检法司包括律师在内，对相关内容的学习、培训也不是非常到位；这样对规则的运用还需要一定时间。可是我们作为律师可能首先就要反思一个问题，那就是我们律师在这个规则的应用中，在我们代理的案例中，我们是否做到了，我们已经做到了什么，我们还缺失什么。所以，根据我们大成律师事务所和其他律师事务所一些同行们的反映，我们决定召开这个论坛，邀请各位老师、各位领导、各位同行齐聚一堂共同探讨这个话题。其中就有非法证据排除规则的一些具体立法、司法运用问题，也有我们律师如何在理念上、原则上、经验技巧方法上等方面如何提高自己，如何能够适应这个规定，如何利用我们律师的

论坛实录

力量来推进这一重要法律规定的有效实施。所以今天我们这么多的法律精英坐在一起，我心里非常激动，我代表大成刑事律师们表达无比兴奋的心情。

现在，请允许我介绍对我们盛会予以支持的老师和领导：

首先隆重推出我们德高望重的著名刑事诉讼法学专家，中国政法大学樊崇义教授！樊教授对我们大成的刑事业务，对整个律师界的刑事业务，对整个司法界都有很大的影响，也提供了很多帮助，昨天夜里老人家刚刚到，还没有休息好就赶到会场，非常感谢。

我们大家都知道的、都非常崇拜的年轻学者，著名的刑诉法、证据法专家，北京大学陈瑞华教授！陈教授其实才是这次论坛真正的组织者、策划者，没有陈教授就不会有这样一个盛会，不会有今天论坛的召开，对陈老师付出的特别的心血我们再次表示特别的感谢。

在会场的专家还有厦门大学教授李兰英、厦门大学法学院副教授刘学敏。

今天到会的司法系统的领导有：

最高人民检察院检察长办公室领导；

最高人民法院案例指导处领导；

全国律师协会刑委会秘书长韩嘉毅；

福建省人民检察院研究室副主任林雪彪，福建省人民检察院公诉一处副处长陈颖；

厦门市中级人民法院副院长黄小民、厦门市人民检察院公诉处副处长张素惠；

福建省诏安县人民法院院长姚毅奇；

江苏省南京市人民检察院案管处处长郭煜华；

山东省律协刑委会主任、山东省东营市律师协会会长孙瑞玺，山东省律师协会刑委会副主任孟凡湖，济南市律师协会副会长宋洪昌，山东省律协刑委会秘书长王国红；

厦门市律师协会刑委会主任吕远铮。

在场的还有经过陈瑞华老师和我们大成共同诚挚邀请的特邀律师，今天要做很重要发言的律师——香港大律师公会执业大律师张耀良，大成台湾律师事务所律师邱靖贻，浙江和义律师事务所律师姜建高。

论坛实录

其他到会人员还有我们大成刑事业务委员会的各位领导和委员，还有我们大成多个部门的主任、分所的主任等领导以及大成总部和分所的六十余名律师，还有其他兄弟律所的同行们一百余人。

我们的媒体支持单位有很多，分别是新浪网、搜狐网、法制日报、法治周末、新京报、中国律师网、中国律师杂志、福建电视台、厦门日报、厦门晚报、厦门商报、海峡都市报、海峡导报、东南早报、东南快报。法治的建设不光要靠我们司法界人士的努力，也要靠媒体的宣扬，让我们对媒体朋友表示感谢！

我们下面有十分钟左右的时间，想邀请我们大成刑事论坛承办方之一，大成刑事业务委员会副主任张需聪律师代表所有的承办方对到会的各位老师、领导、同行们致欢迎辞！

大成刑委会副主任张需聪：

各位尊敬的嘉宾，各位同事，各位同行，媒体朋友们上午好！

很高兴与大家相聚在厦门这个美丽的大城市，在这么大的大酒店里，这么大的会议室里，跟各位大专家，大律师，大记者们欢聚一堂共享这个美好的时刻，感到非常高兴，欢迎大家！谢谢大家！

大成刑委会是大成全球法律服务网络的组成部分，是大成内部刑事业务专业化的共建和共享平台，也是大成对外刑事业务合作和交流的平台。全球大成的刑事律师及其合作伙伴将在这个平台上实现有效的案源合作、案件合办、资源共享、信息共享，并将在刑事业务培训、学识等方面获得及时、充分的机会。各位刑委会委员是大成全球法律服务网络中擅长刑事业务且有志于从事刑事业务的专业律师，经过严格的报名、推荐、审查等程序并经过大成管委会批准。大成刑委会由62位委员组成，由赵运恒担任主任，徐平、蒲桂平、金辉、张需聪担任副主任，许昔龙担任秘书长，张志勇、张海勇担任副秘书长。在专业化建设方面，刑委会编辑发行专业刑事期刊《大成刑事通讯》，每月一期，设有立法动态、最新案例、业内动态、部门动态、刑辩之星、刑事短评六大板块。目前，《大成刑事通讯》已经成为大成律师分享刑事信息、实现业务互动的优秀载体。另外，大成刑委会每年与分所联合举办一次大型刑事论坛，去年在青岛举办，今年在厦门举办，并将一年一年的举办下去。我们希望能把大成刑事论坛办成大成乃至全国刑事业务同行们交流业务、分享资源的盛会，我们有信心把这个论坛办得更加专业、务实，让每一个参加论坛的人都能受益。以后每年的这一天，你一定会迷恋这样一句广告语：我不在大成刑事论坛，就在去大成刑事论坛的路上。

论坛实录

今年大成刑事论坛的主题确定为非法证据排除规则与律师辩护，可以说非常及时、给力。律师办理刑事业务无非就是两件事，一个就是证据，一个就是法律，当然中国当前的司法现状可能还有第三件事，可能还要处理关系。在处理证据这件事情上，非法证据排除是重中之重。对于非法证据排除两院三部2010年6月13日联合发布了《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》，最新修订的刑事诉讼法，也有此规定。规定有了，规则有了，作为刑事律师，我们在办理刑事案件的过程中如何有效地利用好这个规则，如何有力地排除非法证据实现成功辩护，需要我们共同来探讨、研究、交流，磨合出具有可行性的方法与大家分享，让大家共同受益，这也是我们今天这个论坛的目的所在。今天，我们最权威的刑诉法专家来了，最高司法机关的专家来了，资深刑辩律师们也来了，我相信在这个主题下，我们一定可以碰撞出灵感的火花，让我们在这个火热的夏天再热情高涨一次吧！谢谢大家。

赵运恒：新的刑诉法通过了，但是很多内容怎么样去落实，可能更多地还是按照中国的特色啊，要依赖于高检、高法等司法机关的司法解释，要看他们一些更具体的实施细则。下面我们非常高兴的邀请最高人民检察院检办领导讲话！

最高检代表：

尊敬的樊崇义教授，尊敬的陈瑞华教授，我们尊敬的各位来宾、还有我们尊敬的律师界、法学界、司法界的各位同行，还有我们媒体界的朋友，大家上午好！

对我来说这是第二次参加我们大成刑事论坛，去年在青岛参加的，这一次我来参加也感到非常高兴。特别这一次能够在美丽的厦门见到我们尊敬的樊崇义老师和陈瑞华老师，特别是跟各位我们同行共同研讨新刑诉法实施问题，对我来讲也是非常好的学习机会，也是非常好的调研机会，对我来讲我感觉非常有意义。借这个机会，谈一点我个人的想法，不代表任何官方。

第一点，这次论坛以非法证据排除与律师辩护作为我们的主题，我感觉目光非常准，非常关键。大家都知道，非法证据排除是我们证据制度的一个重要组成部分，律师辩护制度也是大家非常关注的问题，这次论坛抓住这两个重点，是刑诉法这次重大修改的一个重点，也是刑诉法修改的一大亮点，也是我们法学

论坛实录

界司法界律师界包括社会各界都非常关注的热烈的焦点。我感觉我们这个主题既抓住了重点，也抓住了亮点，也抓住了热点，也抓住了焦点，所以这个题目选的非常好。刚才赵主任也说了这也是陈瑞华老师作为高参给我们出了这么好一个主意，同时也反映了我们大成律师事务所刑事业务委员会具有的战略眼光，也是独具匠心能作出这样一个选择，我感觉选择这样一个主题非常好。这是我参加这个论坛的第一点感受。

第二点感受我感觉这次刑事诉讼法的修改，对证据制度对辩护制度都做了重大的修改，特别是系统的规范了非法证据排除制度，体现了我们尊重保障人权的宪法原则，体现了诉讼民主、诉讼文明，对进一步完善我国的刑事诉讼制度，规范执法办案行为特别是防范和遏制刑讯逼供这种执法的顽症，提高了执法办案水平，树立我们社会主义国家的法治形象都具有重大意义。这一点刚才赵运恒主任也提到了，我也有同感。所以我感觉，这一次之所以非法证据排除制度能够在刑事诉讼法中得到确立，当然这是我们多年司法实践的一个总结，同时这也是包括律师界、法学界、司法界我们大家合力推动的结果。这是我的第二点感受，这一点确实也凝聚了包括我们在座的各位专家，各位学者，各位司法界的同仁，我们共同的智慧、心血。

第三点，我感觉法律已经通过了，然后从明年1月1日起正式实施。我们一直在讲法律的生命力在于实施，但是怎么把这个法律能实施好，我感觉这也是包括我们所有在座的各位同仁，各位同行，各位朋友也需要继续努力，要把纸面上的法律变为现实中的法律，要把非法证据排除规则这样一个好的制度能够落实到我们司法实践中，这也需要我们共同努力。

借这个机会，我也想介绍一下通过我们检察系统对这个工作已经开始的一些措施。应该讲从刑事诉讼法通过以后，从我们最高检察机关对学习贯彻新的刑事诉讼法是高度重视，我们高检院专门成立了一个领导小组，由我们主要领导同志担任组长，同时也开展了全国性的网络培训，同时我们也加快人民检察院刑事诉讼规则的修订，对检察机关执法工作基本规范的规定。特别是我们最近的全国检察长座谈会，主题就是学习贯彻落实修改后的刑事诉讼法，多人在发言中谈到非法证据排除规则、同步录音录像、保障律师依法执业等。可见我们对这个工作的重视，也和我们这个主题非常契合。从最高检来讲，我们对非法证据排除规则的贯彻实施，对于落实刑诉法中关于辩护制度的规定，从最高检的领导来讲态度是非常坚决的，而

论坛实录

且力度是非常大的。报纸上可能也登了，比如说对非法证据排除规则，我们曹建明检察长就讲到，要始终坚持全面客观收集审查证据，以坚决排除非法证据。这个作为我们这次对全国检察系统，对全体检察人员进行更新执法理念教育过程中提出六个工作，其中一个工作就是关于这一块的。特别强调要重视加强证据的合法性检察，把排除非法证据落实到我们侦查、审查逮捕、审查起诉等各个诉讼环节，特别是对我们大家比较关注的职务犯罪案件强调要严格落实拘留和逮捕后及时送看守所羁押，在看守所内进行询问，询问全程同步录音录像，要求我们完善侦查监督和公诉部门介入侦查，引导取证工作机制，坚决把非法证据力争排除在侦查终结之前。特别是明确过渡期内没到法律正式实施这一段时间，这个高检院态度非常明确，要求对尊重和保障人权，不得强迫任何人证实自己有罪和非法证据排除这些规定在执法办案当中应该立即开始执行，这些新刑诉法规定都是要明年1月1日执行，早就应该执行，现在就应该执行。对现行制度规范要求与修改的刑诉法中的规定相比要更加严格，要坚持严格执行现行制度规范，不得任意降低要求。这个主要是指同步录音录像，大家看刑诉法能看到，因为检察机关已经进行几年了，对职务犯罪的嫌疑人实行全程录音录像，这一点我们比刑诉法的规定还要严格。所以这个各地也有一些想法，是执行刑事诉讼法的规定，还是执行现有的规定，我们最高检察院的态度是非常坚决的，现行的规定比刑事诉讼法的规定还要严的，就要按现行制度规范来执行，不能再倒退回去。对于保障律师依法执业呢，也强调要更好的推进诉讼民主，注意全面听取犯罪嫌疑人的辩解和辩护人、被害人及诉讼代理人的意见，特别是要正确认识律师在刑事诉讼中的重要地位和作用，重视、听取律师的辩护意见，进一步解决律师会见难、阅卷难、取证难问题，坚决防止和纠正妨碍律师依法执业的行为。包括这一次刑事诉讼法规定的对于妨碍律师执业的一些行为，我们检察机关在修订的检察院刑事诉讼规则里面也要明确相关部门怎样依法保障我们律师的合法权益，我相信，等正式出台以后，大家会看到一个比较好的结果。

第四点，我感觉非法证据排除制度与律师辩护制度的重大修改，我感觉不论是对于律师界，包括对公安、检察、法院来讲既带来了重大的机遇实际上也带来多了更多的挑战，应该讲，有机遇的同时也带来挑战。对这些挑战我们要有重要的认识，我感觉我们律师界包括这次大成刑事论坛想的这样一个主题专门举办这样一个论坛，邀请这么多的朋友来专门研讨这个问题，也是想找到一些更好的办法，能够把这个规定贯彻好。

论坛实录

第五点，在贯彻执行修改后的刑事诉讼法关于非法证据排除与律师辩护这些重大的规定方面，特别是非法证据排除方面检察官和律师不是对手。对于检察院来讲，不仅仅是控方，还是法律监督机关，同时还有法律监督的职责。作为律师，作为法官，作为检察官，包括警官，我们都是法律职业共同体中的一员，都是落实依法治国、建设社会主义法治国家的重要力量，都是推进法治文明、法治进步的重要力量。我感觉到我们大家的责任是一样的，目标也是一致的。所以，我也衷心希望通过这个论坛，我们能够取得更多的共识，能够真正使我们刑事诉讼法的规定在实践中得到落实，也希望我们的刑事诉讼法在实践中、在我们各方的努力下能够得到更好的贯彻执行。

最后，也衷心希望我们大成律师事务所刑委会、刑事部能够为中国的刑辩事业做出重大贡献，这一点我相信，我们看到他们一步步在进步着，做得非常好，最后也祝愿我们大成刑事论坛取得圆满成功！

赵运恒：我们非常希望高检能够出台更好的，更切合刑事诉讼精神，包括非法证据排除制度实施的一些细则，使我们能够在实践中、在代理案件时能够更好的实际运用。下面我们邀请最高人民法院案例指导处领导讲话。

最高院代表：

尊敬的各位领导、各位专家、各位同仁，大家上午好！能够在厦门我们共同探讨非法证据排除的规则与律师辩护这个问题我感到很有意义，我能参加也感到很高兴，对我来说也是一次很好的学习和研究的机会。其实非法证据排除这个问题在我们司法实践中已经早已实施和存在，他不是刑诉法规定以后的事情，我们大家都知道，早在79刑法里就规定了刑讯逼供的问题，严禁刑讯逼供，而且刑法中也有刑讯逼供罪，所以说在司法实践中对于刑讯逼供取得的被告人的供述我们在司法实践中也是严格认真的审查，有的也是做到了内心的排除。后来，随着形势的发展，法律的进步，我们的刑事诉讼也是在逐步发展、逐步完善、逐步的进步。我记得，在2006年的时候，我们已经起草了《关于排除非法证据若干问题的意见》，开始是限于非法言词证据，也就是说没有涉及物证这一块，我们当时叫意见还不叫规定，起草了一个稿子，后来我们是联合检察、公安、安全、司法两高三部，在2010年出台了《关于排除非法证据若干问题的规定》，把意见改成了规定，把言词证据扩大到了非法证据。其后大家都知道，刑事诉讼法又专门在两高三部规定

论坛实录

的基础上进行了大量的吸收，把这个内容实质上是扩大包括，主要的精神和规定基本上都吸收到刑诉法当中。应该说，这次我们刑事诉讼法成为第一个明确写上了尊重和保障人权的部门法，大家知道宪法是第一个，部门法当中我们刑诉法是第一个，明确写上了国家尊重和保障人权。它的重要体现尤其在证据、辩护还有强制措施、侦查、审判等各个方面都体现了很大的进步，都做到了与时俱进，既符合我们当时的司法实际情况，又能与外国的一些先进司法理念、司法要求相适应。所以刑事诉讼法的修改和完善是我国法制建设的一大进步。

我们这次搞这个论坛，应该说是很有必要的。因为它选题太好了，确实是抓住了关键，抓住了要害，也是我们司法实践中急需要解决的焦点问题，难点问题。那么我们今天能够共同探讨、研究什么是非法证据，非法证据它的范围是什么，它的表现形式有哪些；对非法证据比如对非法人证、物证，它非法证据论证的条件是不一样的，要求也不一样，那么怎么做到区别对待；再一个，在我们司法实践中，对认定非法证据这个程序怎么实施，如何认定、如何实施都需要我们进一步探讨进一步研究。我们也正在加班加点的搞刑事诉讼法的有关司法解释，我相信在有关的解释当中将会对有关的规定进一步细化和完善，使它具有更好的操作意义。

我感到，今天举办这个论坛，对我们政法界、法律理论界共同增强我们保障人权的这种意识，形成法律、责任、人权、证据这种强有力的意识，形成一个共同意识是很有必要的，也很有帮助的。另外，还有利于我们提高辩护水平、公诉水平、审判水平，从而有利于提高和确保办案质量，防止冤案错案发生，进一步保障人权。我想，这一点我们能够做到，这说明我们探讨研究已经进展到一个非常实际、非常务实的阶段。我相信，通过今天的研讨我们会对非法证据排除形成更好的共识，为我国法律进步也作出应有的贡献。

预祝大会圆满成功！祝各位身体健康，工作顺利，万事如意！

赵运恒：最高院已经连续发布了两期指导性案例，这和原来最高人民法院公告上那些参考案例是不一样的，这些案例一旦发布它就成为类似像案例法国家这样一些案例的指导作用，在如何定罪、如何量刑、如何认定程序和实体上都要遵守指导性案例的规定。我们希望在领导们，在我们所有法律界人员的共同

论坛实录

努力下，尽快的能有一个程序、证据方面好的案例，代表非法证据排除成功的案例发布的话，我想我们刑事司法界的春天、我们刑事律师们的春天就要到来了！下面有请全国律师协会刑委会秘书长韩嘉毅先生讲话。



韩嘉毅：

各位老师，各位领导，各位尊敬的律师同行大家上午好！赵运恒主任给我打电话，让我来参加这个会议，而且希望我来讲一讲，我就很坚定的拒绝了，我说这个领域——非法证据排除规则在实践中的问题我的经验几乎没有，我在一些地方的律师协会交流律师业务的时候我也不敢谈这个话题，因为确实在实践中我们太少的案例太少的经验，所以没有办法交流，所以我就跟赵运恒大律师讲我说让我来很好，我是来学习的，既然是学习，我也想讲一讲对论坛的想法。

我在思考的就是我们面临的困难。我们看到，这样一个程序几乎不被启用，我们看到新的刑事诉讼法马上要实施的时候，我们的检法两家在拼命的搞培训，他们有条件有机会把庭审的录像拿回来反复的播，反复的看，反复的研讨，他们在提高自己的庭审能力，相比之下我们律师同行们没有这样的条件没有这样的机会。面临所有新刑事诉讼法规定的很多新的程序，比如说和解程序，比如说没收财产问题，比如说以前有的量刑程序，比如说有可能面对的很多问题，比如证人出庭问题我们怎样对证人询问，好多辩护律师都搞不清楚。再比如说对警察出庭的时候询问怎么办，该怎么问，不该怎么问，再比如说对鉴定人出庭的时候，以后可能会有很多鉴定人出庭，律师该怎么操作，在非法证据排除程序当中如何发问，如何质证，如何调取证据，如何进行法庭辩论等等这一系列问题，对于我们刑辩律师来说既是机遇也是挑战，这些问题，面临的新的课题，如果刑辩律师没有更深入的研究和思考，有可能我们刑辩律师会越来越落后。这几

论坛实录

年不得不承认的是检法两家的总体素质在提高，刑辩律师但凡做到中青年中坚力量的时候更考虑到刑辩的风险，他们转做其他的领域特别的多，而刑辩律师好多时候是一些年轻律师不得不做的业务、去糊口的业务，这样的话我们看到很悲壮的事实就是我们刑辩律师的技能不如人家这么强，我们的水平、我们的职业技能技巧落后人家越来越多。那么怎么面对新的刑事诉讼法实施之后律师面临的挑战，我认为大成所的做法是非常好的。我们应该针对所有有可能是机遇和挑战的题目展开充分的研讨、论证，然后让同行把在一些特殊领域当中的经验向更多的律师传播出去，有可能我们才能在短的时间里对这种特殊程序，对这种特别规定，有可能对律师行业产生重要影响的一些业务技能有更深入的认识和了解。这样的话有可能我们才能在未来的控辩审三方的竞赛当中立于不败之地，或者重拾我们这种辩护律师的信心。希望这样的研讨会能够越开越多，越开越好，希望此次研讨会能够成功，感谢赵运恒主任，也感谢大成律师事务所，祝愿各位在研讨会上充分的研讨，获得自己的经验和学习。

赵运恒：感谢韩秘书长，同行之间不再客气。下面我们邀请今天论坛的媒体支持单位之一，搜狐网的赵牧老师从观察者的角度给我们讲几句。

赵牧：

大家好！我先声明一下，我是来学习的，而且，我是代表几千万网民来学习的，当然我还代表着纸媒体包括其他媒体，所以我还代表这些媒体的读者来学习。我为什么这么说呢，从1986年中央搞普法工作已近26年了，作为媒体的工作人员我会经常遇到这样一个问题，很多基本的法律知识我们都没有。说一个笑话，N年前，有一个很好的朋友，他有一天突然问我，如果有一个人把一包白粉放在我的汽车后备厢里，然后我被抓了，我要怎么办？当时听了我说我不知道。我不知道他现在知道不知道，我可以说我到现在还不知道该怎么办。这个事情由于我经验比较多，所以我很恐惧的去想这些问题，但是我还是想不明白。所以说我完全同意刚才赵律师的比较，现在东西方两个地方都在举办盛会，一个是伦敦奥运会，一个是我们这个论坛，我想，不夸张的说，我觉得这个论坛实际上比伦敦奥运会还重要，因为它跟我们的关系更大。中国人过去说胸怀祖国放眼世界，喜欢关心大而空的东西，他不会关心自己。不会关心自己我觉得还有一个原因，他不知道怎么去关心自己，比如说就我刚才举的那个例子，他要真的关心自己他要查他查不到，

论坛实录

网上相关的知识也很少。所以我觉得我们这个会议的重要性就是与我们关系非常密切。法律和中国人的现实生活和关联越来越密切，今后会更加密切，所以说我认为把这个和奥运会比较突出我们是完全成立的。

另外我想讲的一点是，从我在互联网中的经验来看，读者是不关心普法的，他只关心自己遇到实际问题的时候需要有人给他快速的、准确的予以解答，精确地，不需要深刻的。比如说一个离婚案，一个财产分割案，他就需要专家能够立即给他解释。而法律工作者充分利用现代的传播工具其实是普法的一个非常好的办法，所以我特别希望在座的专家、学者、法律工作者能够充分的利用现代的传播工具为中国法治社会的推进做出贡献。在这方面已经有很多比较好的案例了，比如像邓玉娇那个律师他当时在互联网披露这个案情的時候，根本没有想到做推广的事情，只是把这个案情这个辩护词贴在互联网上，后来很多人在转载这个博客的时候我都没发现，后来我才发现原来那个律师把辩护词和现场都发上来了，马上这个事情就很快让大家从专业的角度去理解邓玉娇案是怎么回事，利用公众事件来普法我觉得也是非常好的办法。所以，我特别希望法律工作者充分利用现代传播工具。

最后一点就是说，作为传媒工作者，好东西我都不会放过。像大成刑事论坛我都不会错过，我回去加以整理，出一个专题，更好的传播一些中国公民应该掌握的知识，为中国法治的进步做出我的一点贡献。

赵运恒：谢谢赵老师，搜狐网对法律的重视非常让我们感动。也算一个普法的形式吧。下面我们进入主题演讲阶段，今天上午总的主题是介绍非法证据排除制度的现状、内容以及存在的问题。先由樊教授做我国非法证据排除制度的介绍，然后由香港的张大律师还有台湾的律师还有我们做过“非法证据排除第一案”的律师来分别介绍相关情况。下面我们首先邀请中国政法大学樊崇义教授作主题演讲，演讲的题目是“我国非法证据排除规则的立法背景及主要内容”，大家欢迎！

樊崇义教授：

演讲主题：我国非法证据排除规则的立法背景及实务研究

咱们所去年青岛的会议我也去参加了，今年我们大成所又举办这样一个会议，主题鲜明，对我们的法治进程有着重要意义，我也是不辞辛苦，昨天刚从乌鲁木齐坐飞机坐了7个小时晚上一点多赶到这，也是

论坛实录

不辞辛苦愿意和大家交流、学习。我也非常支持我们大成所每年举办这种论坛，走在传播的最前面，这种传播、这种交流是非常有意义的，所以不论我走到哪里去，只要咱们所开会我就一定来参加。

非法证据排除一个是大家都关注，一个也是困难很多，我在全国各地讲课，一直在收集有关案例，一共收集了不到5例。这个事情大家要这么看待，因为非法证据排除规则这个问题涉及到各个方面，特别是涉及到一个国家民主与法治形式问题。即使美国这么发达的国家，它是1775年独立战争，1776年发表独立宣言，到1914年才提出这样一个规则，提出来之后又经过很多年没有在全国、在各个州很好的落实，真正落实是在上个世纪60年代米兰达规则产生以后才在法律上落实下来，各个州执行情况也不一样。就是在西方一个这样发达的国家非法证据排除规则从确立、到完善、到推广、到执行都经过了艰难的道路。所以大家觉得法律公布以后一个案子都没有，觉得很难，大家的心情可以理解，但是这个问题因为涉及到方方面面，希望大家能够注意不要热血。我们积极地去推行是可以的，不要就这个问题到处发牢骚，都要一个认识的过程，提高的过程，然后才能落到实处，好在我们从中央到地方对这个问题都抓得很紧。现在会议开了很多报道也很多都对这个问题抓得很紧，包括录音录像的落实问题，所以大家对这个问题不要大惊小怪，特别是这个问题在我们中国要推广开来要经过大家的努力，像大成所这样积极的推广，来提高大家的认识，才能落实到行动当中来。这是我开头想要说的几句话，下面我就围绕着这个主题讲两个问题，一个讲产生的背景，第二个讲当前理论和实务中的十个问题。

同志们，一定不要把非法证据排除规则就事论事，像北京出租车司机一样，规定出来以后，一个出租车司机知道我是政法大学老师，就问我是不是赵作海那个案件出来以后你们感到没办法了，来应付大家一下出了这么一个规定。不能把我们的水平降低到出租车司机这样的水平，好像非法证据排除规定就是赵作海那个案件引起的。根据我亲自参加、亲自验证这样一个过程，我对非法证据排除规则总结了五大背景：

第一个背景是我国刑事诉讼制度发展与改革的背景。这个背景涉及到我们的刑诉立法，同志们想，三中全会以后，我们迈了三大步，第一步是文化大革命结束，五届二次会议产生的第一部刑诉法典164条，按照彭真同志当时主持是解决无法无天和有法可依的问题。第二步是经过十多年以后我们国家的政治、经济各方面发生了很大变化的情况下，96年第一次大修，提出了110个修正案，把164条增加到225条。现在

论坛实录

回忆起来第二部刑诉法典主要是解决三个问题，第一个问题我们学理上叫未经人民法院依法判决，不得确定任何公民有罪，学理上叫吸收了无罪推定原则的主要因素。因为时间关系三个方面的吸收就不一一列举了。第二个问题如何查明事实真相，我们引进了西方的对抗制度，强调控辩平等、兼听则明，查明事实真相。第三个问题通过立案、侦查、审判、执行一系列程序的完善，我把它总结为初步彰显了公平正义的价值。第三步是这次刑诉法，我总结了5个特点，第一个特点是把尊重和保障人权写到了我国的小宪法中，把这个宪法原则写到了我们刑诉法中；第二个特点我们把不得强迫自证其罪写到50条当中；第三个特点以尊重和保障人权、不得强迫自证其罪为指导，我们构建了一个严禁刑讯逼供的机制，这一个机制我总结为三句话：第一句话赋予了犯罪嫌疑人一项重要权利，不得强迫自证其罪的权利；第二个确立了非法证据排除的规则，出台了一个规则。第三个侦查行为要全程录音录像，出台了一项重要侦查措施。第四个特点我们解决了证人出庭难、鉴定人出庭难、警察出庭难，构建了一个证人出庭作证机制，这都是亮中之亮。第五个特点我们通过辩护制度的改革、证据制度的改革、强制措施制度的改革，通过侦查程序、起诉程序还有审判程序的完善我把它提升成更加突显了公平正义的价值。如何在全社会实现公平正义，使老百姓看得见、摸得着，落实到我们刑诉法当中。我们的非法证据排除规则从这三大中全会以后的三大步大家都可以清晰的看到，这一规则的出台，就是尊重与保障人权，不得强迫自证其罪这两个重要的规则、重要的指导思想，也是我们刑诉法的重要基本任务。这个重大改革当中出台了非法证据排除规则。这是我国诉讼制度改革的结果，也是第一次发展的结果。应该上升到这样一个高度，这样一个背景下，我总结一句话，这是尊重和保障人权和不得强迫自证其罪这两个重要原则的应用之一。应用的含义，就是贯彻尊重和保障人权就得确立非法证据排除规则。

第二大背景我们要看到世界人权斗争的潮流，我们中华民族应该怎么办？当今的世界人权问题已经成为世界各国叫做核心价值观也好，叫做赋予时代意义的人民群众、各国国民关心的问题也好，人权问题应该是我们中华民族奋斗的一个目标。我们发展生产力干什么，无非就是要让大家过得好，过得有尊严，过得幸福，刑事诉讼就是在严格意义上来执行。对这个问题，我们要赋予它时代意义，赋予它世界意义。刚刚结束的中美经济战略对话，美国派了30名专家，我们中国也派了30名专家。为这个对话召开的预备会议

论坛实录

上我做了一个主题发言，关于刑诉法的修改如何体现尊重和保障人权，包括非法证据排除规则。我讲完以后美国专家又拥抱又祝酒又高呼，说你们中国奋斗六十多年，把我们宪法修正案四、五、六全部囊括在你们的刑诉法当中了，表示热烈的祝贺！预备会议之后在正式会议上在中美战略对话、人权对话上，涉及到我们刑事领域中谁谁关在哪，谁谁要求放出来这些事都没了。我们中国在刑事诉讼领域中把尊重和保障人权已经非常凸显，规定的已经非常具体了。最近华盛顿的人权对话关心的是持不同政见者，关心的是宗教问题，在我们刑事诉讼领域不再有这个名单那个名单。从中美经济战略的对话和法律专家对话，我亲自经历过的这些事件就可以看到，我们中国这次把尊重和保障人权，把非法证据排除规则，不得强迫非法取证写入刑诉法当中完全是顺应了世界潮流，是中华民族的进步。我回想起确立了无罪推定的规则以后，96年3月25日发表26日通知发布，一下子对方就说祝贺中华民族无罪推定的确立。这次尊重和保障人权、不得强迫非法取证这些原则在刑事诉讼法中被写入法典它的意义大家可想而知。这完全是顺应了世界关于人权斗争的潮流，关于人权这个核心价值观在中国怎么办，我们要上升到这个高度来充满信心、提高认识、坚定不移地把这个原则贯彻下去，推动下去。大家要知道，要了解这个是我讲的第二个背景，是在世界人权斗争潮流当中产生的一个重要规则。

第三个背景，就我国来讲，民主与法治的形成以及司法民主，这是一个必然要求。这一个重大背景得益于我们十年来进行的两次重大司法改革，特别是08年十九号文件，中共中央在这个文件中明确规定要完善证据规则特别是非法证据排除规则，作为一个执政党，把我们刑诉法当中的证据问题非法证据排除规则问题写到中央的文件当中，通过这些行为在十七大的报告中提出要在全社会实现公平正义。如何在全社会实现公平正义，这完全是我国依法治国写进了宪法以后，尊重和保障人权进入宪法、刑诉法以后，在这样一个大背景下，必须建构非法证据排除规则，这是我国民主与法治进程所有的特点。具体内容不再讲了，这是第三个背景。

第四个背景就刑事诉讼法立法机制的完善来讲，诉讼制度的改革，立法机制的完善来讲。我们在座的陈瑞华教授曾经写过一个专著，关于如何建构程序性制裁措施问题。我们从延安整风一直到现在，第一部刑诉法典，96年大修刑诉法典，一直到现在，天天讲严禁刑讯逼供，如何严禁呢？这一次我们完成了在

论坛实录

技术上、在立法内容上一个重大的程序制裁进步。你可以打人，大不了最后证据不算数，我们最后给你排除。这是我们从刑事诉讼立法和刑事诉讼机制完善这样一个重大背景下的课题。这一次关于程序制裁措施除了非法证据排除还有许多其他内容，这是第四个背景。

最后一个背景，从我们司法实际状况来讲，解决非法证据排除问题，解决刑讯逼供问题已经发展到不解决不行的地步了。大家知道，2009到2010年我们发表了人权行动计划，今年又发表了12年到15年的人权行动计划，都是有背景的。我们为什么在2009年人权行动计划当中，对看守所第一要体检，进来一个人都要体检，就是要立此存照；第二审讯要实行物理隔离，要手、脚都够不着，让你打不成。我们向世界各国承诺，已经成为世界各国关心的热点问题，直接关系到我们改革开放的方针能不能贯彻下去，我们应该有这样的认识。四月份，我到多伦多大学开会，他们就问我，你们奥运会也开了，大阅兵也阅了，经济危机也顶住了，马上就世界末日了，你们的政法情况是什么一个情况？接着就开始背了，一会一个躲猫猫一会一个喝开水，一会一个什么什么，一家伙背了35个，说你们仍然是一个封建专制的国家。由于我们刑事诉讼领域出现的这个非正常死亡给我们带来一个帽子，说我们仍然是一个封建专制国家。我把桌子一拍，说你们不要听美国佬的，美国佬是亡我之心不死啊。我说这句话时心里在想，你为什么留这些辫子让人家抓住。这些问题大家应该上到这样一个高度来认识，我们国家关于这次非法证据排除问题，建构严禁刑讯逼供的机制问题已经发展到不解决不行的地步了。要有这种紧迫感，按照我们胡锦涛总书记的说法不仅要有紧迫感，还要有一种危机感。如果我们的认识不从这个方向来提高，那这个制度、这个规则永远也不落实不了。

我讲这五大背景，就立法来讲，同志们知道我们是一步一步往前走，非法证据排除规则大家知道96刑事诉讼法出台以后，高检，特别是最高人民法院，出台了司法解释、执行刑诉法的规则，都已经列出了关于非法证据排除的问题。一直到06年几个主要部门发出的这个非法证据排除的指导意见，一直到10年又发布了两个证据的规定把非法证据排除规则作为一项重要规定给它规定出来。一直发展到今天刑诉法把这一系列经验总结以后，从54到58条用了四个条款，把非法证据排除写到我们的刑事诉讼法中，立法也经过了这样一个逐步发展的过程。所以在尊重和保障人权这样一个大背景下我们产生这样一个证据规则，这是我

论坛实录

们民主与法治进程跨越性的发展，是历史性的进步。美国奋斗了200多年，才完善非法证据排除规则、确立了沉默权。我们建国62年把这个规则写到我们的法典上，应该说速度之快，意义之重大，这是相当不容易，大家会越来越体会到它的重要意义，这不是一个一般的技术问题，也不是一个一般的程序问题，更不是要纠正哪个冤假错案的问题，要从历史发展的进程来看它的时代意义，看它的世界意义，这是我们中华民族进步的表现。这是我跟大家讲的第一个问题，我总结这五大背景，这里面有没有赵作海的原因呢？当然有了，所有的冤假错案都是刑讯逼供造成的，但是他只起到一个催生的作用，真正的政治背景、历史背景就在我讲的这五个方面。

第二个问题，关于这个刑讯逼供的理论问题，在新刑事诉讼法中的54条到58条都做了一个更改规定，我就不一一念了，在执行的过程中，在刑诉法公布以后，已经暴露出非法证据排除的理论和实务的十个问题，这十个问题我提出来。

第一个问题：人们对贯彻执行非法证据排除规则，特别是严禁刑讯逼供的机制，信心不足，认为落实不了。每次我讲完以后，都有一些同志围着我，说你讲这个严禁刑讯逼供也好，非法证据排除也好，证人作证的机制也好，都是写给外国人看的，我认为我们中国特色落实不了，阻力很大。为什么会出现这样信心不足，认为落实不了呢？还是人们的认识落后于立法的规定。有同志问我，说教授啊，你这个非法证据排除从02年到现在，搞一个录音录像我认为就落实不了。我说为什么落实不了呢？说我们是打的时候不录不打的时候才录么。最近我去讲课人家给我提供了一个案例，律师启动了非法证据排除程序，法官决定要排除非法证据，播放录音录像上面日期是12年1月28日，律师和被告人说24日就开始打了怎么录像是28日的，把办案人员叫到法庭上问他是怎么回事，他说这个机器质量太差了，24号录的印出来个28号。后来法官发现录像上有个月份牌是24号，录像是28号，就叫他解释。办案人员张口结舌解释不出来，解释不出来说不清楚，按照刑诉法58条解释不清楚、不能做出合理解释按照有利于被告人处理，认定非法证据当庭决定予以排除。是机器不好？还是脑袋不好？还有录像放着放着没了，为什么，说停电了，后来一查根本没停电。最近高检在张家界开了一个公诉人论坛，有公诉人发言，在这个录音录像一个问题上捣鬼方法一共列出了86种手段，不得了啊同志们，任何一个措施他要贯彻不是那么容易的。我回想起来，这个录音录像

论坛实录

从02年开始实验一直实验到今天，上了法典，这个过程充满了斗争，充满了两种思想的博弈。最近中国政法大学60年校庆周永康书记到政法大学，看见我说教授啊，这个刑事诉讼法的贯彻落实一定要和政法干警的核心价值观忠诚、为民、公正、廉洁结合起来，刑诉法才能贯彻好。大家都不忠诚，都在搞鬼，一切就玩完了，还谈什么落实，上有政策，下有对策，还怎么把刑诉法贯彻执行好啊。说到底，我们还是一个核心价值观的问题。我们的实践也是这样的，你要不是一个忠诚的人，尽在搞鬼，怎么能把辩护搞好，质量怎么才能来提高。所以刑事诉讼法的贯彻实施，非法证据排除规则落到实处关键要忠诚，要做一个忠诚的人。这是我讲的第一个问题，这是最大的阻力，如何引导大家改变观念把这个问题贯彻好。

第二个问题，关于非法概念的确定。当前人们争论不休，我实事求是告诉大家，我们54条规定什么叫非法是经过反复思考，反复博弈最后也没找出个结论。公检法认识不一致啊，认识不一致怎么办，那不要说那么绝对嘛，叫刑讯逼供等，对证人、被害人的收集，叫威胁、暴力等，还是用过去的这种语言。为什么概念定不了呢，因为这个什么叫非法的问题世界各国认识都不一致。国际公约国际上的标准是14条，我们也一条一条研究了，一个叫暴力取证，一个叫不正当方法取证，一个精神折磨取证，一个是使用麻醉药剂取证，注射一种药，注射以后叫他说什么他说什么。这14条就不好解释，什么叫不正当？不好解释。这14条要落实到我们国家也不太好落实。所以直到今天这个非法的概念界定问题和如何认定问题，我希望同志们要把握两条，要从个案出发，第一要区分一般违法同严重违法的界限。非法证据排除规则产生的一个重要原因就是捍卫犯罪嫌疑人、被告人、公民的宪法权。我们还做不到一般的程序违法、轻微违法统统排除这样一个程度。这是一个界限。第二个界限要区分非法证据同证据的瑕疵、瑕疵证据的界限，对瑕疵证据我们要采用补正的规则。所以不要再争了，根据个案情况确定什么叫非法。（对每种具体非法行为）法律不会规定这么具体嘛，大家结合我刚才说的两项标准来认真的结合个案来仔细研究，看他这个违法的程度、危害的程度。法律上找不到世界通用的概念，所以这一条大家对我们刑诉法立法的54条，提出了非法问题、刑讯逼供问题、暴力问题、骗证问题、诱供问题如何来鉴定确实是非常之难，要结合个案的情况来确定。

第三个问题，关于诉讼阶段中非法证据排除的阶段和处理问题。非法证据排除本来按照西方国家的做

论坛实录

法是法院的问题，法官要介入，我们国家不是三权分立的体制，我们叫分工负责，互相配合，互相制约，在这样一个体制下，我们立法确定在侦查阶段可以排除、审查起诉阶段可以排除、法庭的审理阶段可以排除。法庭审理阶段的排除规定的比较详细、具体，侦查阶段的排除谁来主持，审查起诉阶段谁来主持这个排除呢，这个排除的名称叫什么，如何来排除呢，立法只规定了三个阶段都可以排除，没有详细规定侦查阶段、起诉阶段排除的名称和程序。这个问题也需要同志们研究，这个是具有中国特色的非法证据排除，这是中国的司法体制所决定的。根据实践的情况来看，第一有一些地方像苏州检察机关的排除，起个名字叫审查排除，我调查了他们的审查排除，这个审查排除还是一个人说了算，领导说了算，我认为这还是旧方法。有人起了个名字叫听证排除，控辩双方来听证。我们理想的办法要采用诉讼排除的办法，一定要有第三人参加、来主持。侦查阶段最近他们在研究是不是由法制部门主持，审查部门和辩护律师参加来进行排除行不行。起诉阶段由公诉人来主持，侦查人员和律师来参加，最后适用参照法院排除程序来决定排除还是不排除。所以这个问题看将来两高的司法解释、公安部的解释会不会拿出具体的办法来，这是关于排除的阶段和非法证据排除的处理问题。中国特色的排除办法，和香港、和西方国家明显的有这样一个区别，这是我们国家的司法体制问题，西方国家是以法院为中心嘛，法官介入要搞司法审查，我们没有这种制度，所以立法规定了这样若干个阶段的排除，我们律师在每个阶段的排除如何来用，希望我们找出自己合适的位置，来参与侦查阶段的排除和起诉阶段的排除，这也算是一个重要内容。

第四个问题，排除的范围。实际这个排除的范围呢我们还不是一步到位，根据我们国家当前的情况，我使用两个词，一个叫绝对排除，就是坚决要排除的，就是使用非法手段收集到的各种言词证据特别是口供，这是立法必须要坚决排除的。对于实物证据的排除我们叫附条件排除或者叫相对排除，我们还没有按照非法证据那个毒树之果既砍树又弃果，因为我们国家当前的侦查手段还是存在一定问题，还没有全部一次到位，得分这么两个档次，所以55条做了这个规定。

第五个问题，各个阶段的排除。有同志提出来为什么法院不能介入这个问题，就是排除非法证据的司法审查制度问题。这个问题不仅仅是我们刑诉法的问题，这涉及到我们整个国家的宪法体制问题，你不要说非法证据排除了，就连逮捕程序涉及到人身自由这么一个严重的程序，检察机关来批准。刚开始司法改

论坛实录

革的时候，最高人民检察院主张要把逮捕权交给法院，按照司法审查程序由法院来批准，最高检检察长都发表了文章结果最后我们也没协调成。法院要不要这个权还是另一个问题，有的人开玩笑，这个权我们不要，这个是得罪人的。这个不是你要还是不要的问题，也不是你要介入还是不要介入的问题，一个最根本的问题是诉讼中的司法审查制度要不要在中国建立起来。所以我们的排除，侦查阶段的排除、起诉阶段的排除没有法官的介入，这完全是我们的司法制度、体制所决定的。三权分立之下，法院司法是单独的是最后裁决者，我们是铁路警察各管一段，分工负责互相配合互相制约，让我们的刑诉法关于证据制度的改革投向庭审为中心，投向了庭审的功能和价值，所谓影响定罪量刑的证据非经法定程序查证属实不得作为定案证据，这就突出了法院嘛，但是我们不提以人民法院为中心，可以提以审判为中心。要求公安机关收集的证据如何从破案功能走向定罪功能，要求检察机关说得出、定得了，一切以庭审为标准，我们还没有一家能过渡到、改革到以法院为中心这样的司法体系。

第六个问题，同志们关心的非法证据排除过程中录音录像的播放问题。最近江苏就发生了一个案子，被审了六天六夜，律师就要求必须在法庭上全部播放。我说这个问题，大家应该认清思想，应该有一个诉讼的观念，诉讼的标准来要求录音录像的播放，什么叫诉讼的观念，诉讼的标准，因为非法证据排除是由辩护一方启动的，我们要根据你启动的内容来审查，你提出打人了，有时间、地点，有一个时空的标准，你播放录音录像当然是在你启动你提出的这个时空之内我们来进行阶段播放，你非要提出从1月24号放到28号这个是不行的，我觉得这个事太脱离实际的，再说白一点我同意节录播放，你提出哪一段我们就拿哪一段来放，不是全部播放。这个观点我也接受大家批评，我们讨论问题不要脱离中国实际。

第七个问题，关于录音录像的定性、定位问题，一句话就是证据的定位问题，它和审讯笔录之间的关系问题，这个问题我们刑诉法还没有彻底解决。这个问题我到韩国去做了访问，韩国也搞录音录像，但这个录音录像和审讯笔录的关系，他们仍然把审讯笔录作为定罪量刑的证据的根据，录音录像还是作为一个辅助的手段、审查证据的手段来对待。我们这次刑诉法修改对这个问题没有做出明确规定，但是我可以发表两个观点，第一个观点，对案中之案，就是案件中你启动了一个非法证据排除，对这样一个案中之案来讲，我认为录音录像应该起到一个在非法证据排除这样一个案中案中作为定案的根据，作为证据之一来使

论坛实录

用。对全案来讲还不能赋予他证据的定位，当下还是以审讯笔录为主。因为我们121条的规定，普通的刑事案件叫“可以使用”，无期徒刑、死刑的案件叫“应当使用”，还没有把录音录像作为普适性的制度规定下来。所以，关于录音录像的证据定位和定性问题，我讲这么一种观点，大家研究的时候可以参考。再一个，既然询问笔录可以作为证据来使用，对全案来讲可不可以作为审查证据的一个手段，作为辅助证据来使用，录音录像同笔录发生矛盾的时候要结合全案的证据来进行审查。矛盾的时候不能说我们就依靠哪个，所以这个问题我们根据个案的情况来灵活进行处理。不能把它作为定罪量刑的唯一证据，另外我们的录音录像制订的细则，录制过程，机器的质量，办案人员的头脑都还存在这样那样的问题，所以对于录音录像定位和定性值得我们来考虑。

第八个问题，关于律师在场的问题。同志们知道，从02年开始的三项制度，研究录音制度、录像制度和律师在场制度，我们通过2000多个案例证明律师在场制度是解决刑讯逼供一个重要的手段，效果非常可观。但是律师到场问题因为危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、重大行贿受贿犯罪，第一，有人对我们的律师制度还不是很放心。第二个有的律师在场确实会使用手段，从心理状态到实际操作过程，所以大家认为这次立法条件还不成熟。我们还是坚持律师在场制度还要继续实验下去，一直到获得成功。我们也统计了世界各国的制度，很多国家都有这样的制度，我们不能例外，还是在以后经过我们一段时间的奋斗统一大家认识，把这个律师在场制度解决了。

第九个问题，关于毒树之果问题。我们还没有完全采用砍树弃果或者叫做砍树拾果，这个树你砍了，果子你把它吃了。究竟是砍树弃果还是砍树拾果，非法证据排除了，果子还很好，还继续来吃它还是不吃它，对于这个问题世界两大法系的做法也有所不同，我们参考大陆法系各国的做法，树一定要砍，坚定不移，这个果实还要根据案件情况来看，打出来的实话可以作为定案证据，当然这是个非法证据，但是这个实话是不是实话，我也认为不能完全作为证据使用，但是它可以作为侦查破案的线索，当前我们实际情况是这样一个问题，还要进一步核实。所以这个问题也希望同志们来讨论，是砍树弃果啊既把树砍了也把果实扔了还是砍树以后把果实吃了。

论坛实录

第十个问题，关于证明标准的问题。非法证据的证明标准问题，我个人看法分两种情况：第一个是案中之案，他确实又形成了一个案，从证据的证明标准我们还是要按照证据确实充分的标准来证明出来，有没有刑讯，有没有逼供，有没有非法取证，证明标准还是要严格要求。但是在证明方法上，特别是涉及到一些程序上的证明，严重违法的问题，我们也可以采用自由证明的方法，不一定和定罪量刑那样用严格证明的方法，证明的方法可以降低标准——这个事有就行了。

这是关于十个问题，太长了，还有一个我再表一下态，关于非法证据排除的启动程序，被告人和辩护律师的启动程序，在北京听到一种声音，认为这是证明责任倒置。我认为这种提法是完全错误的，我们把启动程序开始的标准一发，是权利，而不是责任，更不是倒置，这是辩护权的一个重要的体现，不能把它看成是证明责任倒置。在这个问题上，希望大家把启动程序作为刑事辩护制度，作为权利来对待，不要作为责任和义务来对待。证明责任要由控告一方侦查人员来说明本证据的合法性。

我就讲这么多了，谢谢各位。

赵运恒：非常感谢樊老师，在这么劳累的情况下给我们进行了非常精彩的演讲，使我们后面的讨论有了坚实的基础！下面我们请香港大律师、台湾大律师，对于港台非法证据排除制度和实践情况的介绍，使我们有一个比较，同在中国的范围，其他地区的相关制度是一个什么样的情况，可能会对我们起到很重要的参考作用。下面有请香港大律师公会执业大律师张耀良先生！



论坛实录



香港大律师公会执业大律师张耀良：

演讲主题：香港非法证据排除与律师辩护交流

各位朋友大家好！其实这几年来，我每次跟内地律师界的朋友一起的时候，我总是感觉自己没有资格讲中国法律。这么多年来交流，我总有一种感觉就是，这种交流我能够提供的就是作为一个外地人，站在一个不同的法律体系，看中国的法律状况，提出一些我自己的意见吧。从今年初以来，有一个机会有人介绍我看前苏联的法律如何影响中国的法律。我恍然大悟，我觉得中国可能现在的这种法律的性质受前苏联的影响太大。我没听说过国内的法律人

邀请俄罗斯的法律人士交流，反倒是跟西方法律人士去交流比较多，我觉得这是一个好的发展方向。反映出内地的法律人跟国际法律接轨这种要求越来越高。我本来以为今天来主要是讲关于我们的非法证据排除，昨天来到这儿跟赵律师还有其他的律师朋友交谈，原来他们更想我多谈律师的辩护，我没注意到另外一个标题是律师辩护。我想，我尽量两方面都讲，谈谈我们的经验，有哪些方面给大家作为参考作用。

首先谈一点历史。非法证据排除，在英国一些国家引起非常严肃的讨论，很激烈的讨论，也是这几年的事情。回到80年代的时候，当时我在英国法学院的时候，当时所谓的北爱尔兰共和军在英国发动了好多袭击事件，英国的警方受了很大压力想要破案，所以他们对查案方面特别紧张，在这种压力下查案就用了很多暴力，80年代有好几通这种牵涉到爱尔兰人的检控，控告他们参与这些恐怖袭击的案件，发生了好几个冤假案。用暴力是错的，所以当时我们读书的时候就取笑英国的警察：我们根本的原则是假定无罪，除非你有罪；你们警察的原则是假定无罪，除非你是爱尔兰人。有某种偏见的时候，可能会遇到执法人员使用暴力的倾向。特别是他们抓爱尔兰的人，如果不承认的时候就使用暴力。我认为非法证据排除规则是

论坛实录

80年代以后发生在英国、香港成熟以后，我自己发觉到非法取证，暴力取证是减少了。为什么减少了？执法人员如果非法取证最后会被排除，那么他们就不会有动机去使用暴力。我们要问：为什么要排除非法证据？除了我们认为要排除暴力的手段，其实，当这种规则越来越成熟的时候，这种非法的手段就会逐渐的减少。香港也有这个趋向，90年代我就做这个工作，有一个刑事案件，一个15岁的小孩子抢劫，也是排除非法证据。近年，我注意到差不多有十年，香港暴力取证是大幅度减少，用语言、心理上的压力还存在，严重的暴力取证几乎是没有了。因为我们有一套法律程序可以查出使用不当手段的查案人员，所以他们觉得太麻烦了。我觉得建立非法证据排除这种程序是非常有必要的。

我简单介绍一下香港的一些法律制度，这样才可以看得比较清楚一点。我们不能不谈的就是香港的证据法。香港的证据法发展得比较成熟了。在法庭里除了用刑法，使用刑事程序，更重要我们要能够很成熟地使用证据法。什么能够采纳，什么不能够采纳，这些我们都非常成熟。这个跟内地的证据法成熟关联度不同。我知道内地的证据法是要把证据分为七个范围，我们没有这个，其实普通法的证据法最根本的重点就是admissibility，可采纳性。在普通法的刑事法庭里面，什么证据可以使用呢？基本上只有这一个条件，能够采纳就采纳，不能够采纳就排除。所以我们就没有“非法证据”这个字，我们只有“不可采纳证据”这个字。还有很多不能采用的证据也不能说是非法，只是因为我们的证据法规定不能采纳而已。

比方查案人员，在调查过程中，被告人承认做了什么事情，这种所谓的招供可不可以使用？表面上看可以。那么问题来了，这个招供的被告人当时的精神状态是不健全的，可能他说的是真的，是自愿的，没有压力的，能不能用？换一个角度，一个人跟朋友通电话的时候，说自己犯了什么罪，被监听了。这种被监听的对话是不是自愿的？表面上是自愿的。能不能够用？那可有争议了。有一些所谓的招供不一定是非法的，但是不公平。它的不公平程度用我们的语言是，超越了他可以有的证据价值。尤其是遇到未成年人的时候，香港有一个绝对的程序，一个未成年人不满16岁的时候，警察不能够在要么他的律师要么他的父母不在场的时候进行调查，他说的什么都不算，因为他是未成年人。他的律师、父母不在场，他承认了什么，虽然没有压力，完全自愿，他说的是真的，也都不能用，因为不公平。我们没有非法证据这个概念，我们只有不可采纳的证据这个概念。1997年以后香港有了基本法，基本法有一些条文都是保障公民权、

论坛实录

人权、宪法权。那么我们经常在庭审当中，可以自由引用基本法的条文来抗辩。比如说，侦查人员或政府人员在调查中做了一些行为是违反基本法条文的话，虽然表面上没有什么压力，也没有什么威胁，也没有欺骗，也没有引诱，但因为它违反了根本的宪法权利，那么在证据法上也会被宣告为不能采纳，也可以排除。大家都知道，中国已经签了两个国际人权公约，我们也经常引用这两个公约的条文作为法庭上抗辩的理由，也可以把一些证据变为不可采纳的，所以，香港排除证据不光是排除非法证据，而是排除所有不能采纳的证据。

具体谈到刑事证据方面，就必须谈到警察权力的问题。警察权力主要包括它的拘捕、侦查、调查、讯问权力。这牵涉到刑事律师经常遇到的警察使用权力的问题。其实，在我们制度里面，警察的这种使用权力完全都有非常细的规则去规范它怎么使用。尤其关于讯问方面的，我们有一些已经是在法庭上面承认的关于讯问嫌疑人的规则，什么可以问、什么不可以问、应该用什么样的方式讯问、不能用什么样的方式讯问，这些都是有规定的。这些规定都符合普通法的证据原则。我举一个例子：比方说警察、廉政公署这些查案机关在讯问的时候，不能够发出一个问题，这个问题导致到让他承认他有罪。听起来很奇怪是吧。具体来说，我是警察不能对一个被告人说：是你抢劫了吗？我们不能这样说。是你参与了贩毒吗？不能这样问。因为他的回答就是强迫他承认自己有罪。我们不能有这样的指引。如果这个问题出现在口供里面，这个口供肯定是有问题的，肯定是会受到排除的。因为他违反了讯问嫌疑人的那些规定。那不能这样问，该怎么问，我们警察可以问：某某先生，你当时在什么地方？我当时在哪里。你当时有没有见到这个受害人？你有做什么？我向他借钱，他不给我。你做了什么？我就拿刀子出来指着他。然后你做了什么？你不把钱包拿出来我就捅你。只能这样问他，不能直接问他：你有没有抢劫？听起来有一点奇怪，但整个刑事调查过程每一步都是有规则指引，被告人的陈述当中，出现了这种不公平的问题的话，就违反了规则，就会受到排除。刚才樊教授也讲了我们应该有录音录像。录音录像在香港也有好久了，最近其实越来越普遍，十多年前就开始了，稍微复杂的一些案件都有录影。尤其是廉政公署，他们录影了十多年了。但是，我们不能够完全相信这些，以为这样就可以改善非法取证，不一定。因为所有的刑事律师都有一种与生俱来的对警察不信任的本性。他们总有一些方法可以跳过这些途径。比如，我们的被告人他们经常会说，在

论坛实录

录影之前他们做了很多工作，等下你必须说什么，不然我就把你抓出来，经常会有这种心理压力。非法取证不一定是身体的暴力、酷刑、折磨，还包括心理的压力、引诱、交易等。这种招供、这种取证就不可靠。在普通法里面，要法庭去排除这些有问题的证据，有一个根本的标准就是自愿性。在法庭里面，如果你遇到一种情况，无论是身体的暴力、精神的折磨、酷刑、背后有交易、威胁等各种情况，令招供者不自愿的话都应该受到排除。简单来说，我们非法证据的排除背景就是这样。当然，因为时间的关系，我今天讲的比较简单。

在法庭里具体怎么做，这个就牵涉到律师的实践，律师的角色，律师发挥的功能。从昨晚到今天，律师朋友跟我谈的是律师辩护技巧方面。我觉得这一块其实由于一些明显的原因吧，我的观察是可能内地的律师朋友们这种磨练的机会不多，因为一直以来都有埋怨说证人不出庭。证人不出庭，你们就没有机会去盘问证人、在庭上磨练自己诉辩的技巧。我觉得还有一个更严重的问题，律师的诉辩技巧没能好好发挥，就是因为中国还没有一套完整的证据法。要是大家有机会到香港看诉辩的律师在庭上怎么发挥，好像他们只是在跟证人在对话，提一些简单的问题，好像谈话一样。但是我可以告诉大家，每一个诉辩的律师每一次站在法庭里边，必须要想好怎么应付这个证人，表面上好像在闲谈，实际上我们对证人必须要学会怎么处理这个证人。用我们的经验来说，证人有好多，可能是普通的老百姓，可能是一个警察，可能是一个专家。专家有很多，我遇到最多的就是医生，遇到的最难的专家是航空方面的专家，我不懂得开飞机，但是需要去学习开飞机是怎么样，我需要去盘问他们。我前几个月处理一个案件，一个出家人，是一个尼姑。每一个证人都不同的背景，有不同的考虑。我们要用不同的处理方法。而且每一个证人都它自己的角色，一个专家证人它的责任和角色是什么，我们都应该很清楚。一方面内地证人不出庭这个问题还没完全解决，另外一方面辩护律师你们的磨练机会不多，往后在这方面我们还需要多探讨。

回到我们现在谈的这个问题，刑事辩护律师遇到一个案例，被告人说受到酷刑，受到暴力取证，你可以怎么处理？内地怎么处理我一点都不知道。在香港，我们有一个程序，有了好多年了，每一个刑事律师都懂。这个程序我们称之为案中案。几年前，我们就有过示范，示范这个案中案如何进行。简单来说是这样：排除非法证据，在一个刑事案件里边，首先，一个律师在开庭之前要跟被告人了解清楚，整个过程是

论坛实录

怎么发生的，一般我们的做法是，从他被拘捕的那一刻开始，把每一个细节都记录下来，我们会问得很清楚：是哪一個警察拘捕你，附近警察在做什么，当时他们在做什么。这个过程我们叫“拿取”，这个过程很重要。因为我们不能从我们的客户拿到充分的提示，我们不知道他的案情是怎么样的，我们根本不可能处理。前几年，我们跟内地的刑事辩护律师沟通，我听到他们说会见难的时候，我当时就非常吃惊，会见都难了我怎么工作？我们怎么去了解他的案情、去代理这个案子？然后我跟我的客户见面，从他讲拘捕的过程，一直到被带到公安局，我们香港叫警署，整个过程我们都问得很清楚，因为警署里有哪些程序我们都知道，我们必须问得很清楚，每一步每一个阶段，他做了什么，受到怎样的对待，跟他说了什么话，什么时候暂时关押起来，什么时候带到调查的房间，房间里有多少人，跟什么人谈话，有什么人进出，进出的人他们之间有什么沟通，每一个细节都问。更重要的是问他，你的投诉在哪里，我的客户就说，他威胁我如果我不招供的话把我老婆也抓进来，对我两夫妻都提出指控。这个可能是压力，我们把这个都写下来。刚才我说过，近年我们警察用身体的暴力对待被告人是越来越少了。因为这个对警察来说风险太大，因为这些被告人太容易就投诉，如果他受到暴力对待，他要求去医院检查的时候，你必须带着他去，医院马上就检查出来，有一些非意外伤害就会被发现，到时候这些警察就麻烦了。最后可能证明不是他们打的这个被告人，也足够他们麻烦了。不是你打的，那是谁打的，为什么会发生。所以不是现在香港警察越来越文明，是因为他们受不了这种麻烦。每一个细节就会受到我们律师的监视。把这些记录做下来，我们要做一个专业的判断，要是我们最后得到的结论觉得这个影响了他招供的自愿性的话，我们就会在这个案件的审理过程中做出投诉，那法官就必须作出案中案的过程。尤其是，如果监控方提出被告人承认犯了这个事，这个证据受到了我们的反对，法官没有选择，必须要进行案中案的调查。这个程序是怎么进行？首先我们作为诉辩律师在书面上要写出我们的证据在哪里，供述的事实在哪里？检控人员不知道我们投诉的是什么，律师必须要写出来交给法官。然后提出一些要求，按照我写出来的里面有三个警察参与对我这个被告人有一些用压力的行为让他招供，尽管不是身体的暴力，是精神的压力，我可以投诉他们的行为，请你们把他带来我要盘问他们。遇到这个情况，控方是没有选择的，必须要把他们带过来让我盘问。为什么这么严重？因为证据法里有一个原则，控方提出证据有一个举证标准。提出证据要是毫无合理的疑点提出。

论坛实录

要是他提出一个证据就是被告人曾经承认他有犯罪，控方必须要证明，你从被告人口中得到这个招供是在自愿的、毫无疑问点的情况下，从来没有用过暴力、压力的情况下得到的。举证的责任也在控方，也不在辩方。就是说，被告人投诉警察用压力得到这个非法证据的话，我们提出投诉的话，控方有举证责任证明没有这个事，必须要举证这个招供是在自愿情况下提出的。盘问过后，被告人也可以再说一次，当时在什么情况下受到这个压力，是不是在自愿的时候招供，这个时候法官就可以去判断，这个证据可不可以采纳。这种案中案在香港的刑事案件里面是经常遇到的。刚才我说，严重的暴力取证现在越来越少了，多半的投诉都是说警察在拘捕过程中用了一些引诱，用了一些承诺，让他承认有犯罪，主要是投诉这些。但是，如果伤害了被告人的自愿性，就会受到排除。

简单来说，我们这个过程就是这样。我也思考过这个过程可以在制度上做一些参考。我注意到，香港在警察整个调查过程中，有一些安排其实内地的有关政府部门也可以参考。这个也许可以减少查案人员用暴力的机会。我们有一些做法不知道内地有没有。简单来说，香港的模式可以使查案过程透明度增加，用非法手段取证的机会减少。有一些措施它很小。首先在香港每一个警察工作的时候，所谓执勤的时候，它必须要有一本笔记本，今天7月28日早上九点是去当值，整个过程要有一些记录，对什么人做了什么事就不容易抵赖。第二个方面就是，在香港没有看守所，要么就是警署，要么就是监狱，一个被告人只能在警署里关押不超过48个小时，关押时间不长，受到压力、酷刑的机会不会很多。而且，律师的介入在香港来说，拘捕那一刻开始，每一个被告人就有邀请他的律师在场的权利。如果侵犯到他的权利的时候，他的招供也会受到排除。所以律师的介入也增加了案件的透明度。还有就是，每一个被告人在侦查的房间里有一个很大的报告会告知他有什么权利，开始之前有一个书面的公告让他签署，告知他作为一个被捕人有什么权利。这都是一个小小的措施，但可以增加对他人权的保护。

我的报告就到现在！谢谢各位。

赵运恒：谢谢张大律师的精彩演讲！听了张律师演讲，首先，在法律制度上，可能内地的制度还远远赶不上香港相关制度的成熟，也不用悲观失望，毕竟我们是一步一步在前进。更多的是依靠我们共同的呐喊，共同通过自己的工作而努力去推进它。

论坛实录

我昨天跟张律师交流，看我们的资料，我们非法证据排除的成功率非常低，但香港也只有百分之一二十。张律师说这些都是非常轻微的非非法情况，而就我们自己的了解，我们可能是比较严重的情况。比如律师到场，去晚了一点或者没有到场就做了讯问，根本就没有可能威逼利诱，但是这都是不可采纳的证据，就要被排除。因为都是比较轻微的情况，可能排除起来成功率也不是非常高。而我们的情况更严重，但是成功率更低。另外一点，我们自己没有香港律师的那种准入制度和成熟的培训制度，在这种基础上，我们自己应该怎么办？大家看张耀良大律师，这个“大律师”是有资格可以从事诉讼和出庭的律师的意思。他们要做这个律师，肯定要经过严格的培训和一定时间的执业。我们内地，大学生毕业，只要取得律师资格证，什么案件都可以代理，死刑案件都可以代理。但是香港不行，你要想代理这种故意杀人案，张律师介绍说，你至少要有十年以上的律师执业经验，否则的话，谈都不用谈，你根本没有资格。所以，在这种情况下，非法证据排除怎么排除，除了制度，除了公检法司环境更好，可能还是早上的那个话题，律师要自己提高自己，利用一些业余时间去学习，提高自己的调查取证的能力，特别是法庭的辩护能力。上次陈瑞华教授在我们大成所做讲座提到过一个案例，有一个律师提出非法证据排除后，法庭启动了程序，请警察出庭，结果律师总共问了三句话，“你打被告人了吗？”警察说：“没打。”律师问：“被告人说你打了？”警察说：“诬蔑。”律师说：“那怎么被告人身上有伤？”警察说：“自残。”律师就没有话问了。所以，我们怎么提高自己可能才是目前问题的关键。

下面有请上午最后一位发言人，浙江和义律师事务所姜建高律师。姜建高律师代理了浙江宁波章国锡受贿案，这个案件被法学界称为2010年7月非法证据排除规定实施以来的“非法证据排除第一案”。这个案件有非常典型的标本上的意义，姜建高律师代理了本案，下面我们听一听他对这个案件的介绍和心得体会，欢迎姜律师！

浙江和义律师事务所律师姜建高：

主题：全国“非法证据排除第一案”情况介绍

第一，委托、会见和开庭。在2010年9月3日跟当事人的妻子签订了合同。签订合同以后第一次会见是

论坛实录

在9月27日，第一次会见以后到第二次会见时间是到2011年的1月7日，中间是没有会见的。这就是一个委托。后面的第二次会见以后连续会见二到五次，我主要是把章国锡这个案件搞清楚。开庭一共开了7次。一审开了四次，第一次是2011年的4月11日，第四次是7月20日，宣判。宣判的结果是免于刑事处罚，被告人取保候审。二审的时候，第一次开庭是2011年8月26日，第二次开庭2011年12月14日。第一次开庭的时候，当时因为一审他已经出来了，这个情况来看，二审应该相对比较简单。但是当时我们就有一种无形的感觉，这个压力非常大，也说不出是什么压力。我对当事人的家属要求他们再聘请一个律师，那时他们同意我的观点，又聘请了一个上海的律师。所以在2011年8月26日二审第一次开庭的时候是有两个律师。第二次是12月14日。第三次是2012年7月18日，判决有期徒刑2年，章国锡又进去了。这是会见和开庭。



第二个问题是侦查机关解雇我，这跟非法证据启动有密切关系，这个问题可能我们的老师、专家不太知道这个方面的感觉，我是亲身经历了这个情况，所以把这个问题讲一讲。家属跟我确定合同以后，从9月24日到27日，因为我是27日第一次会见的，侦查机关的相关领导，而且是侦查人员通过他的同学跟家属说，要把我解雇掉。这个情况我是后来才知道的，当时不知道。他还说律师费要减半，涉案金额可以降低到5万以下。当然这有一个基础，就是这个事实章国锡他承不承认，当事人的家属能不能判断准确。当事人家属跟当事人之间尽管是一个家庭，但是当事人做什么，家属一定知道么？所以他的家庭氛围，夫妻关系也是很重要，能不能了解，能不能判断准确。章国锡这个人是个高级工程师，他的老婆是我们宁波一个中学的历史教师。她有一个基础，她认为他老公是清白的，就没有解雇我。第二次，侦查员通过朋友同学没

论坛实录

有成功，这次是通过一个老板，这个老板是章国锡同学的老公，他跟他们关系比较好，他打电话给章国锡的老婆，表示对他很关心，同时就是说把我解雇掉。这次的条件更加优惠了，第一次是可以把涉案金额降到5万以下，这一次他说律师费由他来支付。这一次也是没成功。2010年11月8日，这个老板连续打了6个电话，跟他老婆说一定要把我解雇掉，但还是没有成功。第三次11月30日，又一次打电话要把我解雇掉。到了第四次，2010年12月28日，这次是章国锡在看守所打电话给他老婆，用的是侦查人员的电话号码，他说老婆，你要把姜律师解雇掉，不解雇的话结果是很不好的，而且我的命不好，我是认命的。听了这样一个说法，要把姜律师解雇掉，换一个律师，这个律师的名字都告诉她了。因为他老婆也是有知识的人，她就觉得你怎么知道解雇哪个律师聘请哪个律师呀，马上这个侦查员的领导就听电话了，他说这是章国锡自己说的啊，他老婆就说，他怎么知道我聘请哪个律师呀？这样一个情况以后，章国锡就求他老婆，他老婆就回答他，这个律师好坏我知道，如果侦查机关让你请的律师，是为侦查机关辩护还是为你辩护呀！这样一来，章国锡就犹豫了，这次开出的条件是起诉四万。这一次，章国锡打电话还是没有成功。一直到2011年3月9日，我收到了一个函件，根据这个形势我压力非常大。当时，我就把这个函件发到网上去。这个过程激起了我对这个案例的重视，为什么老要解雇我，这个是跟非法证据排除紧密相关的。这一情况产生以后，我就去会见章国锡，把所有的证据都收集起来。我问他的时候，章国锡开始记了日记，他在看守所记的日记主要记的是怎么对他非法控制，在什么情况下对他刑讯逼供，他被刑讯逼供四次，他都有记录，而且有他们的对话内容。我会见的时候了解到他看守所日记的内容，并把这个日记带了出来。带出来以后，我就把它整理好，打印好，在开庭之前就全部弄好，作为证据提交上去，同时，把我讲的多次解雇我的记录，他老婆的记录也作为证据。在这个案例中也是启动非法证据排除的动力，如果他有罪，他在看守所的日记也记了这些情况，如果他无罪，每一次的审讯过程都有纪录，所以，我在开庭的时候就把这些东西作为证据。同时，他梳理公诉机关向法院提交证据的时候，这个程序在2010年7月22日对章国锡进行非法控制。到24日，给章国锡提拘留证，这个时间其实是非法控制的第31小时，没有任何法律手续。7月24日拘留以后，到8月5日逮捕，这一段时间一直到2010年10月20日，延长了一次侦查时间，同时也有一次异地关押。大家都知道，在刑事诉讼中，异地羁押是找不到法律规定的。如果说一百个案件，百分之九十五到九

论坛实录

十八都是准确的，也就是说，你是犯罪的，那么异地羁押手段能用，刑讯逼供又怎么了，你有事大家也没有什么话好说，我们律师也不会提出来。章国锡到底有没有，这个是非法证据排除的一个基本点。侦查机关多次解雇辩护律师，章国锡日记能够证明一次又一次审查的过程，包括侦查人员对话的时间、地点、内容，我们不是说启动非法证据辩方要提出来么。而且在2010年7月27日遭到了刑讯逼供，打伤以后在看守所里有体检记录。这个事情我们也向法庭提出了申请，法院也去取证了，而且取得了章国锡受伤的证据。这也是法院按照非法证据排除规则的一个点。辩护律师意见、看守所日记、刑讯逼供的时间点，法院对这个案件能够以非法证据排除规则作为一个依据把它排除掉，我认为这是一个基本点。

当然，除了法律规定以外，更重要的是，我认为，章国锡他实体上很清白，他是没有犯罪的。为什么这样说呢，二审开庭的时候，我叫他们家属聘请了上海律师过来，在他来之前，我又去取证了，取得了相关证据。当时公诉方带了两个证人出庭。当时我不知道他们出庭作证，但是我的证据是有准备的。但是你要打碎公诉机关的两个证人出庭作证的证据，我认为是有困难，但当时我有一种灵感，我认为我能打碎它。因为我的当事人很清白。这个证据怎么去取，怎么去给它打碎？当时的時候呢我问他你在什么位置，他说我在你办公室茶几上给你钱的，但我没说是钱，给你在茶几上放了两袋。结果呢我说这个办公室里没茶几啊，我们把照片簿拿来，而且把证据对了一下，那个时候这个证人就难说了，说绿茶几嘛，说错了，而且这个证人已经是第八次作证了，前面七次作的证据都是矛盾的，特别是第一次作证，我刚才说到5月11号补充的程序证据，就是我说你们是违法的，他是7月22号被控制起来的，他说7月21号送的，而且这份证据是假的，最假的就是第一份证据里我一共送了三万，分两次，第一次一万第一次两万，但是到了11月10号的时候这份证据临时变了，他全部推翻掉了他说我从来没有说过我们是面对面送的，这个不是我送的，把这个数字、次数、时间都改了，原来说的是2009年年底2010年年初，结果改成了2009年的年初了，这样的话呢实际就相差一年了，也就说他为什么这样改呢，是为了符合章国锡的说法，所以他为了侦查需要他倒找回去，所以后面指控的时候，对于章国锡实际的证据就是这两个证人加上审查起诉的时候有一个口供、侦查阶段有一个口供一个都没改，都改为2009年年初。那么这个证据也就失去了，这个证据也就是假的，所以一审法院太清楚了这个证据不能证明他有罪，所以除了程序以外这个证据也证明他实体

论坛实录

无罪。重案这一块也是章国锡编的，我要取保，然后我跑到胃胀，然后他让我回家必须要给侦查人员一个交待，然后编了在一个茶室里受贿，实际是没有这回事。然后侦查人员又根据章国锡编的这么一个证据去到实地调查，按照他说的什么路什么路之间有一个茶室，然后我过去查了，查的一个是工商登记2004年开始到现在，第二个是物业管理，两个都证明从来没有这个茶室，这样两个证据就把这个打下去了。而且你收钱得有个理由，我们做个什么什么工程，这个工程实际相差一年，不是他做的。所以这些证据都可以打碎他实体，证明实体上不成立。我认为双方也做了关于程序有这个排除非法证据，我作为一个律师通过案子心里有话要说。

我们国家如果你专门讲程序，离开实体，在我们中国当前司法环境下我认为是不现实的，这样在程序上把它排除掉几乎不可能。再过十年二十年我就不知道了，现在不可能。即便是法官，首先要看清楚这个实体有没有事。没有事情他才会假造，也就是我刚刚讲的，关于解雇律师啊，关于其他的手段啊，关于章国锡看守所日记等等其他证据来佐证这个问题。你说一个案件里如果要排除某一个非法证据，有100个证据你要去排除其中一个证据，我认为就没什么实际意义。律师做案子的实际意义在于一个是依法、真实，第二个当事人确实没有犯罪。所以这个我认为非法证据排除关键的关键。首先我们要研究实体，在理由上要讲得通。这个是我办案过程中自己的想法。

说到办案依据，章国锡案到了二审的时候，他2010年7月22日被非法控制，到了2011年7月20日才判决免于刑事处罚，到了今年7月18日，又进去了。那么这样一个案例在非法证据排除跟律师辩护有什么直接关系？我认为，这个案例当中事实这么清楚，程序这么违法，为什么还会判。有三个原因：第一个和我们媒体把它称为“非法证据排除第一案”有关，其实去年9月开始关于这个案子就有很多讨论，因为我们国家检察机关作为打击犯罪的重要力量，如果检察院打击犯罪有瑕疵，特别是现在打击犯罪的任务非常重，这个大家是没有异议的，出一个两个错误是很正常的，但是我们国家的体制是不能错的。而且鄞州检察院是全国先进单位，如果你这个案例被排除了是错的，那全国先进就没了。所以我认为和制度有关，他不是法律就能解决的，他是一个面，有的时候不仅是一个面，还是一个立体，要考虑自己的形象，还要考虑到单位领导的形象，还有单位的形象。第二个，是社会的氛围基础。社会的氛围基础，我们的执政党和

论坛实录

政府、老百姓是没有意见的。检察院、法院打击犯罪案件很辛苦，这也是确实的，所以老百姓认为，检察院、法院找你肯定是有事的，接下来的事你自己都认罪了你还能没事啊，所以在老百姓心中纵容侦查人员不守法。第三个，作为检察院来说有一个惯性思维，就是从来不认为自己有错，抓一个一个有问题，创造了一种心理优势。我认为非法证据排除一个重要的限制是在侦查部门，而且对侦查人员威胁非常大，在这个案件当中，非法证据排除时他指名道姓，某某人某某人，而这些侦查人员中有法官很熟悉的，而且在成百上千个案件中他基本不会错，错的很少，而且这个错反正是一个比例，1000个案子中错的只有1-3个，而且这个错的案子中如果被告只有一个，大家帮忙过去算了，所以他是这么考虑的，我认为它对个人和单位打击太大了，所以这个规定怎么贯彻、协调要想办法。

再一个是关于非法证据排除的录音录像。听了很多老师的讲话我是这样认为的：我们检察院有很规范的制度，但是我们下面的落实，要全部录音录像有一个技术问题，金钱和人员的问题。有的侦查机关办一个案件两三个月，审问有几十次，这个人员资金它具备吗，我认为也是一个社会的问题，司法实践中有这个问题。樊老师提出的这个非法证据排除提出的时间点我是同意的，应该是什么时间我认为是对的。还有一个，章国锡已经进去了，非让问的时候律师在场，就是章国锡在里面如果自己认罪了，其实是没罪的，但是在现有体制下，现在有人在引诱他，他说你认罪我马上把你放出去，这个时候怎么办，我想所有辩护律师都会理解我这个说法。这个时候可能还有律师说你没有就是没有嘛。不是的。所以这个案件在我看来非法证据排除是非常重要的，我，如果不死，如果这个法律很正常，我坚持我章国锡没有做，我可以申诉嘛，虽然我知道我申诉也没用。但是我认为这么清楚的案件，你抓他认为他有罪，我已经在我博客上二审判决的点评里说判决书上面理由都是很荒唐的，没有一个证据是真实的，我上面都有写着错在哪里。非法证据排除要继续揪着这个案件，大家就明白我刚刚说的话是不是对的，我到现在我在这里讲话我负责，我不喜欢在外面讲，我喜欢做案子，但是这样一个好的案子，经历这样的判决下，现在在监狱里刑讯逼供让他投降，我们在座的领导、老师、专家大家怎么想，你看他自己都不说了，非法证据肯定没错啦，一下子扭转过来了，会不会出现这种情况呢？我不知道。我们的侦查机关打击犯罪我们每个律师都理解，而且大家心灵是相通的，但是像这么好的一个明明白白的案件，判当事人有罪，我相信在座的所有专家、老师可以去研究这个案例，如果有兴趣的话跟我一起做，我一个人力量不够。我认为，这个案例可以继续做。

论坛实录

赵运恒：非常感谢姜律师！我也是受益良多，我相信大家也从中得到很多体会，比方说你作为一个刑事案件的辩护律师来说，在类似这样的案子里应该像姜律师这样，首先要做深入细致的调查，在会见的时候、在取证的时候、在阅卷的时候都要仔细的去寻找线索，像刚才办公室没有茶几这个事，一个粗心的律师就会放过这么一个重要的线索。在这个基础上，第二点我想可能就是要抓住法律赋予给我们的权利和机会，你能做什么就尽量去做，你可以自己取证的自己取证，你取证不了的可以积极向法院申请去依职权去调查取证，像姜律师这个案子法院就去调查了而且对被告人非常有利。同时还要主动的想到按照现有的法律规定及时地申请启动非法证据排除程序。如果这个程序都没有想起来，可能就错失了一次重要的良机。在这些基础上，还要有侧重，抓住关键点。要打破它的证据链。我想在结果上，某些时候，某些阶段可能结果还不是最重要的，可能过程反而更重要，对当事人来说结果是最重要的，对我们律师对我们法律工作者来说我们除了要追求结果，更多的时候也要追求过程，那就是你是否尽力的去做了。在目前环境下，我觉得我们可能有一些时候虽然我们极力地去追求这个目标，比方说证据链全部打碎，无罪，但是，你不要指望一定能达到这个目标，也许你在追求这个目标之后，就能够有一个折衷的结果。就像姜律师的这个案例，也许不经过他的努力指控的事实就要全部被认定，最后的结果可能连二审的两年都不是，可能四年。所以，我们要追求最好的目标，但是在心理准备上也要做好，哪怕有一点胜利都是我们的骄傲。

上午的讲话和发言就到这里，非常感谢各位老师、各位领导、各位同行！下午我们继续精彩演讲！

赵运恒：下面有请大成台湾分所律师邱靖贻小姐演讲。邱律师是台湾律师，但同时取得中国大陆的司法考试资格，现在在中国政法大学读博士，对我国两岸地区的法律情况有比较深刻的认识，现在由请邱律师。

邱靖贻：

各位尊敬的领导、教授，以及各位来宾、各位道长们，非常高兴能有机会在这里跟大家一起分享台湾非法证据排除立法以及实务的情况。早上，非常高兴有机会听到樊教授以及张律师介绍有关刑事诉讼法非

论坛实录

法证据排除的情形。就台湾刑事诉讼法的规定跟香港或者是跟大陆事实上有一些不同。简单来说，如果从台湾的刑事诉讼法来讲，我们今天讲证据排除，并不仅指非法证据的排除，所谓证据排除是指在刑事诉讼中将某个证据排除不用，而非法证据排除是其中一个重要规定的部分，另外一个部分就涉及到传闻法则，也就是说，关于被告以外的人在审判外的程序做的陈述，比如在检察机关或者在侦查中，这些证据应该排除。总而言之，在审判程序之外所做的陈述依照台湾刑诉法都应排除，这就是传闻法则。实际上，台湾刑事诉讼法证据的排除与证据取得是合法还是违法无关，它只是为了保护被告人能在审判中或法官面前进行自我陈述的诉讼权利，为了让被告有一个提问的机会，从而保障他的权利，以便发现真实的。

关于非法证据排除的部分，事实上在台湾2003年的时候，一个非常重要的说法，其实2003年的时候，台湾的刑事诉讼法作了一个大幅度的变革，像刚才说的传闻法的部分以及非法证据排除的部分。新制度要开始进行的时候，要是在法院和检察院这一部分有比较多的资源，可以就一个新的制度的试行做很多的训练。比如说刚才讲到的相互诘问，就是检辩双方在法庭上相互诘问，在整个审判程序进行上，检察院、法院双方到底如何诘问其实是有很大的制度上的变化。让我印象非常深刻的一件事，在检辩双方互相诘问之前，检察机关就针对诘问的程序对检察人员做了非常充足的训练，反观辩护人对这个程序不够熟悉，导致在审判过程中很是被动，辩护人有点被检察人员讯问的感觉。当然这是个极端的案例啦，其实回到台湾非法证据排除规定上，我们把证据分成公诉证据和非公诉证据。公诉证据就是言词证据，非公诉证据就是书证或物证等。关于证据排除规定，台湾有一个原则性的规定，即国家机关在刑事诉讼程序进行当中，如果违反了法定的程序所取得的证据的话，即我们所说的用非法的方法取得，当然刑诉法没有特别去规定什么是违反法定程序。比如说扣押，所谓违反法定程序扣押指的是刑事诉讼法规定对扣押应该要遵循的规定，如果违反这个规定取得的证据，它其实是一定要排除的。其实这个原则的规定是采用权衡的方式，因为刑事诉讼法主要的目的是两个部分：一个是发现案件真实；第二个是保障诉讼参与人的诉讼权利。比如说，我今天举一个例子，某人持有2公斤的海洛因，如果警察是通过非法的方式或是其它蛮干的方式，如没有搜查证，直接闯入嫌疑人家中就把海洛因搜到并扣押了。无论是依法定程序取得的还是非法取得的，两公斤的海洛因就是两公斤的海洛因，如果单纯从发现真实的角度来看这个情况的话，要证明被告的犯罪，两

论坛实录

公斤的海洛因就能拿来当证据使用，如果在证明嫌疑人犯罪的真实性上，两公斤的海洛因是完全合法的；但如果考虑到刑事诉讼法另一个重要目的，即保障人权这个部分来看的话，也就是要考虑到刑事诉讼法中相关的程序，要求执法人员去遵守，无非就是要在发现真实以外同时要保障人权。所以这个非法取得的证据是不是要排除，在台湾就是必须要在人权保障和发现事实真相这两方面权衡。当然在立法当中，列举了权衡的标准，包括你违反情节的轻重，还有执法人员在违法取得证据的时候，主观是故意的，还是不小心的违法，还要考量到证据如果排除了的话，对法院在定罪的时候影响程度的高低以及所涉罪名的轻重等。我们可以这样讲，如果说它现在所涉及到的罪名（台湾）是比较重的罪名，比如像严重的杀人罪等这些重大犯罪来讲的话，你要法院看着一个非常明确的证物因为是违法所得，就要眼睁睁排除掉，这样就没有办法定罪嫌疑人的罪，法院就很难做到惩罚犯罪。所以说，往往在实务上就会有一个趋向，如果涉及到严重犯罪时，即便是非法取得的证据，也会比较趋向于不排除；在律师辩护方面，就会增加一些困难，但坦白地讲，律师也应该尽量争取，在台湾最高院的审理是法律审，其中非法证据就是很重要的内容，这也为律师的辩护提供了有利的机会，去争执这个证据的取得，在案件中应不应该被排除这个是非常重要的。

在大陆刑事诉讼法规定当中，针对非法证据的排除，主要是犯罪嫌疑人、被告人的供述上，犯罪嫌疑人、被告人被公诉若是透过暴力、威胁利用取得的，这些证据也应该被排除，同时在规定中也包含了证人证言的部分。但是在台湾的刑事诉讼法，如果是透过威胁暴力的方式取得的证人证言，这往往不是我们非法证据排除的部分。台湾的刑事诉讼法第156条，针对犯罪嫌疑人或被告人的独立的一个陈述，如果是暴力、威胁、利诱等不当方法，比如我今天一直问18个小时，不能睡觉，在精神压力非常紧绷的情况下，我也不需要打你，也不需要威胁你，我就是连续不停的问你，那受训人可能就受不了，你要我讲什么就讲什么，通过这种不当方法取得的证据，在刑事诉讼法的156条就规定得非常明确，这个部分就一定要排除。这就会涉及到如何去证明的问题。现在警察很聪明，不会用暴力的方式把你打一顿，用刑讯逼供这种方式在台湾也比较少见了，如果真要打他，谁会在录影的时候去打。不过现在打人比较少了，台湾最近几年来有特别推动一个制度，即第一次警局律师陪同的制度，有很多的犯罪嫌疑人或者是被告人比较没有法律概念，往往被警察抓的时候很紧张，不知道怎么保护自己，不懂得自己的权利。告知他权利，可以请辩护人

论坛实录

或者保持缄默的权利，他也不知道什么意思，在这种情况下，对犯罪嫌疑人或者被告人来说，他们是处于比较不利的地位。这个时候就需要律师的协助。以往没有这样的规定，现在台湾推动第一次警局律师陪同的制度。嫌疑人第一次被抓到警察局的时候就可以请律师，这点对被告或者嫌疑人很重要。现在观念稍微改了一点，但还是有很多的法官和检察观会认为最初讲的话是最可信的，从而法官或者是检察官都会特别去采用你在警察局第一次做出来的笔录。实际上那个可信度可能往往会相反，因为警察比较会应用不当的方式去取得犯罪嫌疑人的自白或不利证据。其实这样对犯罪嫌疑人是比较不公平的。为了避免这个现象的产生，就去推动第一次警局律师陪同的制度。比较常见的是威胁或者利诱的方式：如果你都坦白了的话，那你可能就不会被收押，或者是我可以替你向检察官求情等。我在警察局的时候，可能是受到利诱或者威胁让我讲出了话，但真正到法院的时候，就会由法院来判断是不是应该排除。在法院这个部分，你当然就要说明，你到底是在什么样的情况下，警方对你威胁利诱的。当然，这个时候检察官怎么举证，就是叫来警察问，两个证明的方法，一个是请当时做笔录的警察来问，第二个是看录影，看这个询问的过程是不是合法。但事实显然是，如果我今天要威胁利诱人的话，警察也是受过训练的，讲威胁利诱的话，会被录影到吗？如果叫到法庭的时候，会承认威胁利诱人了吗？当然不会。这个时候当事人可以提出抗辩，而且举证责任由检察官来承担。但辩护人或者被告怎么去证明他是被威胁利诱的，也是很难的。这个也是台湾目前很难的一个问题。

关于录音录影规定的部分，台湾刑事诉讼法跟国内的规定是不相同的。台湾刑事诉讼法并没有去区分它到底是否是犯罪重大，来决定是否一定要录音，台湾刑事诉讼法第100条第一项规定，应该是要全程录音，必要的时候要录影。看到这个规定，那对被告是比较有保障的。但后面有一个但是——如果有急迫或例外的紧急情况的时候不限制。这些例外情况就会对非法取证提供一些空间，这是一个问题。再者，关于100条之一，如果说录音的内容跟笔录制作的内容有不同的时候，这个笔录就不能被作为证据。这个是在台湾刑事诉讼法当中有明确规定的。但是，另外再讨论的一个问题，就是规定当中有急迫或例外的情况可以不录音。如果被告说这不是我要讲的内容，该怎么办？这个是台湾刑事诉讼法中没有规定到的部分。原则上，法院方面的见解认为它是录音，被告又抗辩认为笔录制作的内容是不对的，违反了本来在询问当中

论坛实录

应该要录音的部分，如果违反这个规定，就基本上是违反法律程序所取得的证据。回到我刚才讲的原则，并没有说违反法律程序就一定要排除，这个就交给法院去判断。不录音情形对本案情节影响到底有多大，这个是与针对国内这个规定有特别不同的地方。

另外，特别要提到一点毒树之果，在台湾，学术上也是争论得很激烈，在美国学术上也讨论得很多，因为你毒树长出来的果实就一定有毒吗？今天从实际的角度来讲，从发现真实的这个角度来讲，如果说因为毒树长出来的果实都不吃的话对追求公平是一个非常大的伤害。毒树之果都不吃有很多例外，这些例外



逐渐都被引进到台湾了。例如你今天是用刑讯逼供，让那嫌疑人供出这个手枪是藏在什么地方，警察就去找到了这把枪，这把枪就是毒树之果，难道这把枪就不能用吗？如果不用这个证据如何将嫌疑人定罪呢？这是个典型的体现毒树之果不可用存在难解的案例。台湾对这块的立法也是很保守的，并没有明文规定这个毒树长出来的果实是不是可以作为证据。但台湾有一个明确规定，如果你是非法监听而衍生出的证据是绝对要排除的，这个是台湾相关规定中比较特别的一个部分。

谢谢大家！

赵运恒：非常感谢邱律师向大家介绍了非法证据排除制度在台湾和大陆的异同点。相同点我也听明白了，其中就包括可补正的非法证据，可能存在程序瑕疵，在重大犯罪案件中，实体更重要，这个时候程序正义可能就要退缩一下。不同的地方就很多了，作为律师，我们最羡慕的就是台湾的律师在场权，在场权不仅是保障了嫌疑人的基本权利，也能增加律师的聘用量，如果大陆有在场权制度，相信我们律师就忙的不可开交了，律师的业务会直线上升。

下面有请厦门大学法学院副教授刘学敏博士演讲《刑事案件中“情况说明”的证据学检视》！

论坛实录

厦门大学法学院副教授刘学敏：

大家下午好！非常感谢主持人给我发言的机会，因为今天在这里，有我非常尊敬的陈瑞华老师，还有来自实务界的专家，给我一个非常好的学习机会。今天我想跟大家汇报的主题是，刑事案件当中“情况说明”的证据学检视。主办方跟我说中心的问题是非法证据排除，我为什么选择这个题目呢？虽然跟我们的主题没有直接关系，但也是在实践中一个非常突出的问题。特别是刑诉法修正案，确定了物证、书证的排除规则，规定物证、书证取得违反法定程序、违反司法公正的，首先是作出解释或者是责令作出合理的解释，如果不能作出合理解释的时候这个书证物证要排除。在刑诉法实施的研讨会中，包括我跟律师界朋友交流的时候，他们表现出深深的担忧。物证、书证排除规则在实践运作当中可能会被大量的“情况说明”形式所取代。如果通过非法手段取得，侦查机关出具一个“情况说明”，这个问题是不是就解决了，这种担忧应该说是非常有道理的。包括在过去我们确立非法证据排除大量的证据都没有排除，办案人员大都是通过“情况说明”的方式将这个问题给处理掉了，我觉得这是个非常突出的问题，值得我们把这个问题抛出来讨论。我在这方面研究的也不是太多，对此我只是些粗浅的想法，主要从三个方面来阐述这个问题：



第一个从实证的角度，说明“情况说明”在我国实践当中的使用情况；第二个是从证据法、理论的角度来剖析“情况说明”的证据属性；第三个是我个人的一些分析、想法。

“情况说明”，主要是指侦查机关在刑事案件当中就侦查过程中或是根据案情的需要作出的书面的、文本的一个说明。下面是我在福州的法院做的一个调研：针对福州市某区法院三年（09年至11年）当中审结的154起的刑事案件，这些案件是随机挑选的。我们通过数据的分析可以看到“情况说明”在我们实践中呈现三个特点：一个是情况说明存在的

论坛实录

数量是非常大的。在共有9起判处无期徒刑的案件中，每个无期徒刑案件中平均存在3.5份“情况说明”。在判处有期徒刑的54起案件中，每个案件存在的“情况说明”平均有2.1份。我们发现：越是案情严重的犯罪案件像无期徒刑的犯罪，存在的“情况说明”就越多，这表现出这样一个特点。

第二个是“情况说明”适用的内容主要有：一是说明案件的来源，二是说明抓捕的过程，没有刑讯逼供等。通过对体现以上内容的“情况说明”的分布数据分析，我们发现对抓捕过程的情况说明是最多的。一般对抓捕的这个过程的侦查人员不会出庭作证，都是通过情况说明来解决这个问题，所以在实务过程中使用的比例是非常大的。另一数据显示，没有刑讯逼供的情况说明仅有9份，数量很小，我们在龙岩也做了一个考察，没有刑讯逼供的情况说明的数据显示是零。我们没有做进一步的实证研究，但我一直在思考一个问题：难道是因为在实践中我们真的刑讯逼供的情况非常少？后来我了解了一下，在实务中，被告人认罪的案件比例是非常高的，不认罪的案件比例很小，大部分案例都是认罪案件。在不认罪案例中，被告人或者律师对非法取得证据提出的抗辩非常少，为什么？是因为没有提出抗辩？还是因为我们提出的抗辩理由法官认为不成立，直接就没有启动非法证据排除的程序？还是因为我们的被告人不会提出这种抗辩？背后的原因又是什么？对这些方面的问题还需要我们进一步的实证分析，我在这方面也与法官、律师做过一些交流，但还没有做更深入的调查研究。所以这些问题虽然显示出来在刑讯逼供方面我们的情况说明并不是很多，但它是不是和实践的情况相符合，还是个值得进一步验证的问题。

第三个特点是“情况说明”在刑事诉讼实务中被法庭采纳的数据。在2009年，在判决书中被采用的概率是88.7%，2010年是88.1%，2011年是86.9%。我们可以看出存在“情况说明”的案例数量非常多，“情况说明”的内容相对广泛，而且被法庭采用的比例也特别高。为什么在实践中会出现“情况说明”？我们的“情况说明”到底有没有存在的必要性？以及我们需要的、并在使用的“情况说明”到底是一种什么样的证据？我们在采信的时候要遵循什么证据采信原则？这些都是值得我们思考的问题。我个人在想，实践中为什么会大量的存在“情况说明”？我认为刑事案件的发生是一个不可逆转的证明，再加上不同的诉讼阶段对证据严密度的要求是不一样的，有的证据可能被我们当时的侦查人员疏忽了，没有去取证，所以到后面只能通过“情况说明”来进行修补，做出解释。也有的是基于效率的考虑，如果再重新侦查取证，就

论坛实录

会影响诉讼程序的进行，所以，从效率的角度出发也会有这种情况。关于情况说明要不要存在？这种说明具不具有合法性？这个争议非常大。中午的时候，我跟陈教授聊天的时候，他的观点对我的启发非常大，他认为，对非法证据排除规则是否能从纸面上转为一种实务操作，我们很多学者包括实务部门都持有一种怀疑态度。陈老师讲到一个观点：我们对非法证据排除是不是不要采取“一翻两瞪眼”的方式，没有证据能力排除，有证据能力采纳，不要走两个极端。如果非法证据被排除的话就会导致无罪判决，这样就会面临太多的障碍和困难，是不是可以通过折衷的方式，通过降低证据证明力，或者在量刑方面可以给被告人重新的考量，我觉得这是比较现实的选择。所以在“情况说明”的问题上，我也可能更赞同采用一种比较折衷和温和的方式去处理它。我们刑事诉讼法及相关的法律解释都没有对这方面作出解释，只有在1998年最高人民法院的一个司法解释中，即《关于贯彻执行刑事诉讼法若干问题的意见》第53条讲到物证、书证原件原物优先的原则，同时强调了传来物证、书证的法律许可问题，在特别情况下，你可以提供复制件或者是拍照录像等方式保全物证。但是，在提供传来物证、书证的时候要说明这个来源，怎么制作，原件原物存放在什么地方等，这是司法解释第一次做出这样的规定，现在的刑诉法修正案也提到物证、书证应当做出合理解释，这些算不算是一种“情况说明”？以上提到的解释、说明都是针对证据的来源及制作过程做出的，并没有对它用证据法的标准进行规制，然而现实中被法官采用的“情况说明”是被当做证据使用的，因此我觉得，非常有必要从证据法的角度去归置它。

情况说明有没有它的证据能力，我们判断一个东西有没有证据能力应该考虑两个方面：一个是它的关联性，还有一个是它的法律性。我们国内很多学者提出来“情况说明”不是一种证据，它的理由是没有既定的法律形式。我认为，有没有法律形式并不重要，它可能不具备我们诉讼法规定的七种证据形式，如果据此不认定为证据，会导致很多有价值的证据材料不能纳入到我们的司法证据当中去。因此，对“情况说明”是不是证据，我觉得有必要进行梳理，我觉得如果它能够对我们的案情起到证明意义的就是证据，如果对我们的犯罪事实没有证明意义的就不是证据。一个是无证明作用的“情况说明”，一个是有证明作用的“情况说明”。有证明作用的“情况说明”又分为有独立证明能力的“情况说明”和有附属证明能力的“情况说明”。有附属证明能力的“情况说明”即是对一些证据进行进一步的补充解释，比如鉴定意见，

论坛实录

比如询问笔录不太清楚或者不规范还需要做进一步解释的说明。“情况说明”的证据采信规则，如果将“情况说明”视为书证的话，我们要遵循的是书证采用原则，包括制作的主体、时间及权限等；如果将“情况说明”视为证人证言的话，我们要遵循证人出庭作证的证据规则。对于有附属证明力的“情况说明”属于我们的从证据，从证据在使用中和主证据是什么关系，如何适用它，我们也有采信的规则，在此不作讲解了。

最后，问题的解决。关于“情况说明”问题的解决，实践中一个是名称的问题，非常的混乱，我觉得规范的做法应该是关于某某的情况说明，比较规范的做法这个证据要落实到具体什么人，所以应该是由侦查人员在上面签名，加盖单位的公章。我觉得这样的做法是不是更妥当。程序方面的问题，由于过去我们一直把“情况说明”游离于体系之外，很多的“情况说明”侦查机关认为是内部的一个交流材料，或者是内部的一个东西，所以他不会移送给法院，法官看不到，他只是私下跟法官沟通，辩护人、被告人根本不知道这个“情况说明”，甚至是案件判决下来后都不知道有这个“情况说明”的存在。在采信过程中，“情况说明”作为证据是一定要移送到法院，不能作为内部的文件；再一个，情况说明要作为证据一定要向被告、律师出示，而且要公开的质证。

以上是我个人的想法，对问题的思考也不是很成熟。把自己很粗浅的想法跟大家做一个交流。谢谢。

赵运恒：谢谢博士的演讲，角度确实是挺独特的。虽然由于时间的原因，很多东西都没有讲出来，但希望会后能提供详细的材料，以便媒体制作相关的论坛材料，包括我们自己也会出相关的书籍。

大家经常讲法律共同体，我们也一直想办这样一个论坛，包括公检法司的人凝聚在一起，我们不仅在办案的过程中，而且在思想上也要一致，因为法律共同体的特征是思考着同一个问题、使用同一个法律方法、达到同一个目标，那就是公正。谈到这样一个话题，我们就很想听听来自于司法实务界精英的看法。下面有请福建省诏安县人民法院院长姚毅奇，他的演讲题目是《“非法证据排除”任重道远》。

福建省诏安县人民法院院长姚毅奇：

各位老师，各位同仁，大家下午好！我发言的题目是从基层法院审判实践对非法证据排除的实效以及对律师的辩护成效谈点自己的看法。

论坛实录

“两高三部”制定《非法证据排除规定》所确立的非法证据排除规则已经执行了两年，对司法观念、司法实践均产生重大影响。此次，新修改的《刑事诉讼法》直接规定非法证据排除的条款5条，并将于2013年1月施行，非法证据排除将走上制度化、法律化。至此，值得我们对非法证据排除规则进行回顾与展望。这里我们以基层法院非法证据排除的实践为样本，做一个简要考察，因为一审刑事审判重心在基层法院（据统计，近年来，在福建省法院一审案件中，基层法院一审比率超过96%），而其中存在的问题有普遍性，寻求的对策有针对性，值得我们深入探究与反思。

一、非法证据排除之现状：举步维艰

刑事诉讼的非法证据确实存在，很大一部分异化为影响定罪量刑的合法依据——它们秘密形成于侦查阶段，公开提起于起诉阶段，合法确认于审判阶段，最终，非法证据被合法化。长期困扰刑事诉讼，影响司法公信。

在实践中，非法证据又经常与瑕疵证据结合在一起，以合法形式出现，很难区分、界定，以至非法证据到底量有多少、比率有多高、违法程序有多重，确实无从全面评估。但是，非法证据有些特性，我们可做分析：其一，非法证据区域性、时空性不平衡，与当地公安、司法机关的程序公正意识、执法水平息息相关；与阶段性治安态势严峻，“严打”运动式、粗犷式的执法有关，伴随着执法出现刑讯逼供、暴力取证等。其二，非法证据案件的类型性，从基层法院受理刑事案件来看，主要是“两抢一盗”、打黑除恶案件。因为，抢夺、抢劫、盗窃犯罪，外地流窜或内外勾结，团伙性跨区作案多、盗窃财产数额多，侦查机关对犯罪嫌疑人“特别审讯”，通过案犯供述，突破案件，及时查明犯罪、抓捕同案犯，进而破获系列案件。其次，涉黑案件的黑老大、骨干成员大都穷凶极恶，顽抗到底，侦办黑社会性质组织犯罪属“第一难案”。对此，公安机关采取“特别审讯”措施是会有有的，所以被告人在庭审中，提出刑讯逼供非法证据排除的比率高。此外，涉及追赃、没收财物的案件，专项整治、挂牌督办的案件、被害人当场指认或群众扭送的案件，一旦启动“特别审讯”，也会出现非法证据争议的情形。

当前，非法证据排除规则执行状况，应该讲，非法证据排除规定的适用，对基层司法人员程序公正理念的逐步形成，有推进作用。但是，实际执行证据规则审查的案件少，且流于形式、走过场，即，被告人

论坛实录

以刑讯逼供为由，提出排除非法证据的申请，法庭责令公诉人举证核实，公诉人会提交侦查机关相应说明材料了事，甚至通知讯问人员出庭作证，经法庭调查，侦查机关查证合法，予以采信。故，目前，基层法院实行排除非法证据的少之又少，几近零排除。但是，对于瑕疵证据，有经补正或选择性排除过，并以此否定部分指控的事实。

正如参与制订《非法证据排除规定》的国家法官学院院长高憬宏所总结的，执行《规定》、排除非法证据有五难，即启动难、证明难、辩护难、配合难、裁决难”。据了解，在实行中逐渐有好的倾向，那就是在一些法院非法证据排除的启动不用那么难，只要被告人及其辩护人提供涉嫌非法取证的人员、时间、地点、方式、内容等说明和简要线索依据基，就启动审查程序，以显示出程序公正。

从形式到实质，排除非法证据确实难，许多法院至今尚未实现零的突破，正如学者熊秋红所言：《非法证据排除规定》很大程度上，宣示的意义大于实际作用。因为，非法证据排除涉及国家在控制犯罪与保障人权之间的平衡与选择，涉及司法机关之间智能关系的重新定位与调整。实质上是牵一发而动全身，牵涉到刑事诉讼模式的转变、刑事政策的调整、司法体制的改革。所以，我们可以预测：未来，新《刑事诉讼法》有关非法证据排除的规定条款付诸有效执行，将是任重道远，但作为法律人，我们要知其难、循序而进。首席大法官王胜俊讲到，法律的生命力在于实施。刑事诉讼法作出重要修改后，切实贯彻执行是关键。

二、非法证据之症结：积重难返，纠错难

先从最高人民法院公布数据看，2010年，全国审结一审刑事案件779641件，刑事类国家赔偿案件648件；2011年，一审刑事案件839973件，刑事类国家赔偿案件868件（其中决定赔偿292件，不赔偿145件，撤回78件）。赔偿原因，以错误拘留、错误逮捕、错判和再审改为无罪为主。刑事类国家赔偿案是与刑讯逼供、暴力取证等分不开的，数据上的比较，从一个侧面反映出刑事司法纠错难。

非法证据排除难的症结是“纠错难”。试想，惩治犯罪的国家法律机器一旦启动运行，因非法证据排除的问题，让它停止、退却，其所冒的风险，即将付出的代价有多大？相比之下，非法证据排除的成效又能有多少呢？

论坛实录

刑事诉讼之目的，首先是惩罚犯罪，其次在诉讼中尊重和保障人权。不可否认，法律裁判秉承实体真实优先，实体正义优于程序正义。法官思维是保守的，以中正立场裁判是在分析是非、权衡利弊，适时、适度运用证据规则裁判。在非法证据排除的司法审查中，对非法证据以及案件事实认定、法律后果来全案分析考量，查实非法证据，如果不予排除，将造成冤假错案，法律应保障人权为重，天平向弱者倾斜，法律对弱者救济，强制排除非法证据；还有一种情形，非法证据并非举轻若重，法庭对非法证据排除也好，零口供，采信也罢，证据补强，案件均可裁判，都无关冤假错案。那么，非法证据排除走程序，前有四难法庭裁决其实也难。

实践中，排除有争议的非非法证据，难于决断，经办法官把握不准，审判委员会研究意见分歧严重，如果排除非法证据有错，导致放纵犯罪，有可能发生再犯罪危险的，如果不予排除，案件也可勉强下判，虽然法律规定疑罪从无，但是实际上疑证从无也难，当前司法环境复杂，涉诉涉法信访态势严峻，法院独立办案，法官中立裁判实在难，案件审理要做风险评估，兼顾法律效果、政治效果、社会效果有机统一，其所承受风险、压力大。如果非法证据排除，最终法院无罪判决，或检察机关不诉或检察机关撤案，那么要调查案件错立、错拘、错捕、错诉。特别是对刑讯逼供的证据排除，法纪部门可立案追究相关人员责任。同时，对遭受羁押的受害人造成损失的，还要国家赔偿等。特别是遭受刑讯逼供的犯罪嫌疑人还在押，羁押期限超长，矛盾越是尖锐，对非法证据排除的压力就越大。

此外，被告人涉嫌犯有轻罪，在刑事拘留期间遭受“特别审讯”如实供述犯罪事实，或违心承认犯罪事实，甚至缴交赃款、赃物。然后，被取保候审，直接起诉，被告人在法庭上认罪，多数获得轻判，使用非监禁刑。如果翻供，请求排除非法证据，面临着拒不认罪，不悔罪，意味着将被收监、判处监禁刑。在两难的决绝中，被告人一般认罪。

综上所述情形，非法证据在诉讼环节中产生，是环环相扣，到审判阶段更是困难重叠。到积重难返之时，非法证据排除一动，则发生多米诺骨牌的负面效应。这不是司法裁判所追求的法律、政治、社会效果的统一。在和谐社会背景下，司法功能首要是解决矛盾纠纷，而不是造成更大的纠纷。因此，法院在夹缝中寻求解决问题的司法路径，是治标不治本的。正如一位名律师所言，非法证据排除，需要法官的计量、律师的胆量、检察官的宽容，警察的自守。

论坛实录

三、在法律制度完善与事实中提升辩护成效

贯彻刑事诉讼尊重与保障人权的原则，确保司法公正，非法证据排除规则，对重立裁判的法官威权和辩护律师而言，都希望在司法实践中能切实有效执行。令人欣慰的是新《刑事诉讼法》制度设计有切实可行之处：其一，辩护前移，犯罪嫌疑人在被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日，有权委托辩护律师。其二庭前会议制度，开庭前，审判人员可召集公诉人、辩护人等相关人员，就非法证据排除等问题，了解情况，听取意见；还有将非法证据排除的审查前移到公诉阶段。我认为，这可细化到侦查监督的批准逮捕阶段把关。这些制度设计，有利于解决非法证据积重难返问题。

非法证据排除规则执行中，如何提高其成效，也谈点意见。其一，最直接最有效的是在个案中提升法律援助律师的辩护成效，对可能判处无罪且涉嫌非法证据排除问题的案件，法院通知法律援助机构指派律师辩护，律师在个案辩护发挥作用，促使案件无罪判决或公诉机关撤诉；其二，试行发挥庭前会议作用，新形势诉讼法规定庭前会议制度，虽未实行，但可试行。有关非法证据排除问题，有关程序违法做无罪辩护，实体有罪作从轻减轻辩护的矛盾问题，有关与被害人达成的赔偿，谅解问题，还有控辩审三方交流沟通等一揽子问题解决，尽可能在法官提供的庭前会议平台得到解决。许多基层法院对非法证据排除启动不再难的良好势头表明，程序与实体并重的理念在逐步加强。

此外，在法院大力贯彻调解优先、调判结合大背景下，即将施行的刑事和解制度，对辩护律师来讲，大有可为。通常情况下，刑事辩护律师在本地执业多，本土律师在刑事和解中将更有空间，更有成效。我认为，外地律师与本土律师工作应该优势互补，相对而言，外地律师对程序违法、对非法证据排除等在法庭上敢讲，敢辩，体现律师职业魄力、能力和水平。如果，以程序违法作无罪辩护，对案情研判过于简单化，一条路到底，没有回旋余地，导致审限延长，被告人羁押长，必将诉讼效率、效果低下。本土律师在实体问题上做辩护多，对程序违法或瑕疵问题，不作辩护或形式上走过场，但在庭外，本土律师善于与检察官，法官进行案件沟通，力促与控方达成辩诉交易，或某种默契，与受害方达成刑事和解，最终取得法庭认可予以支持，适用宽严相济政策，做出对被告人有利的判决。

在和谐司法背景下本着妥善解决矛盾纠纷，控辩审协作机制运行，值得在实践中开拓进取。

论坛实录

赵运恒：下面我们介绍一位美女律师，山东律协刑委员会秘书长、山东常春藤律师事务所主任王国红律师，她做了很多刑事案件，其中也有很多非法证据排除成功的案例。

山东律协刑委员会秘书长、山东常春藤律师事务所主任王国红：

大家好！非常高兴大成所能给我这样一个机会，跟大家交流，感谢你们，感谢主持人，感谢大家！你们为刑事辩护所做的努力和支持令我非常振奋。通过今天上午大家的演讲和刚才两位嘉宾，让我们觉得所有法律人都在坚守。

刚才，主持人说我是做了很多成功案例，我想这个是一种误解。昨天我就跟赵主任解释了，这次我选择的几个案例，确实是全部启动了非法证据排除程序，但很难用成功这个词来形容。我们一直在探讨辩护律师非法证据排除成功怎么这么难，首先我们要纠正这个成功的定义，因为在天然的对抗体系当中，我们辩护律师的成功也要考虑往往是对方的失败，我们不能考虑我们的成功去宣扬，然后导致人家的不可接受。这一点是我们辩护律师下一步要研究的我们辩护成功的社会学意义。在我们和公检法司，我们要倡导法律共同体，为什么要去宣扬非法证据排除是第一案，第二案。今天给大家带来的是四起案例，有几个小小的心得体会。

第一起时间是2010年的6月1日，这个时间值得纪念，因为那一年的5月30日两院三部出台了非法证据排除规则。我这一起案例开庭的时间是6月1日，所以在开庭的当时，我就拿了两院三部答记者问上庭了。我提出非法证据排除，要求启动这个程序，法官就愣了，看了一下公诉人，公诉人也无法作出答辩，审判长就说休庭。就跟我商量，你要求启动这个程序，我们不知道怎么办，你讲解一下。其实当时我也不知道怎么办，但我非常肯定地告诉他，中国研究很多年，国际上也是通用，这次是非常明确的以法律的形式规



论坛实录

定出来，我提出来你就要审理，这个是法律规定的。我给你的材料你也必须要排除他的非法证据，因为被告人和证人是不是受到刑讯逼供，无论是不是受到酷刑，这个证据是非法的，我列了几十个表格，比如里面的被告人连续18个小时被讯问，这里面没有提到吃喝睡觉的时间。侦查人员在相同的时间不同的地点，对不同的被告人进行的讯问，他穿越了时空，这个都是不可能的。我详细排列组合，提出了40点。我每一次开庭之前，我喜欢做一件事情：我把我对控方体系当中所有的言词证据做一个排列组合，给法官一份，给公诉人一份，我把所有认为的非法证据都挑出来了。他就跟我商量，能不能我们回去好好研究一下，我们先开庭。我也同意。到了八月份，第二次开庭，正式启动非法证据排除程序，审判长就问公诉人，你解释一下，辩护人提出来了，你的侦查人员在相同的时间，不同的地方，讯问不同的被告人和证人，这是怎么回事。控方就解释，这个是我们的工作疏忽，我们以后会改正。这个程序就走完了。当时，审判长也没有宣判，过了一周时间，就出现了这个判决。这个判决非常好，时间是2010年的8月30日，在这个判决当中，法院用了四个段落，第一个段落明确本案当中有程序违法，予以排除。予以排除的内容在这些案件中涉及大概21笔的证据。第二、三、四段落，实体予以排除，以事实不清，证据不足排除了2笔。以只有被告人供述，没有其他证据予以证实排除了2笔。

这样，这个案件的部分证据得以排除，我们很高兴。我们就进行总结，我的同事很多都是以刑事为特色，我们研究这个案件，非法证据排除怎么能够真正启动？我认为，要抓非法言词证据中的硬伤。什么是硬伤？我认为也就是控方证据体系中言词证据的程序性错误，或者叫做程序性矛盾，或者叫做言词证据的程序性不可理解等。今天上午的演讲中，香港的大律师提出，在香港只要在一份证据中出现不可采纳的供词就不可以采信。在我们当下还做不到，但是在大量言词证据存在的案件中，往往很多的言词证据经不起排列组合。单看每一组证据很难看出他的毛病，但将所有的证据用不同的方式来排列组合，往往会发现当中漏洞百出。这就是言词证据中的硬伤。以我们目前的非法证据规则，新的刑事诉讼法还没有实施，这个程序一经启动法院要做的是由控方提供录音录像视频资料。这有两种情况，一种是人家不提供，不提供你也没有办法。这样就会程序中止。第二种方式是控方提供录音录像资料，辩护人会去奢望在这个音像资料中你能够看到侦查人员在又打又骂使用酷刑吗？即使又打又骂他会对着镜头做什么？即使对了镜头做了他会

论坛实录

直接给你看？我们学法律的同学都知道，在公安机关的同学他们有一个必修课就是如何刑讯而不留证据。所以说，你仅仅是通过对刑讯逼供而启动这个程序有点天方夜谭。

第二起案件：这是我们山东一起据说是打黑除恶的案件，但是这些只能是据说，因为在所有的案卷材料中，我们看不到任何这样的字眼。这起案例接受的时间是2011年3月份，开庭时间是5月31日。本来我接手的第五天就要开庭了，这个法院很特殊，不让我复印卷宗，我就带着我的助手抄了两天半的时间，把我想要的证据材料抄下来，还不允许我用电脑。我抄完之后来不及整理，我不想让它如期开庭，我就提了一个要求证人出庭作证的事情。我说根据被告人的要求，有某某人能够证明他无罪，证明他不是非法经营，不是强迫交易。然后他就延期审理，这样我就能对所有的证据材料进行归纳、整理、总结，会见被告人。在会见的时候，被告人提出受到刑讯逼供，证据是5天5夜不让睡觉。这样，大约一个月之后，5月13日开庭，证人当然是不出庭的。我们在庭上发问，被告人在侦查阶段所做的供述是不是你真实意思的表示，他说不可能，说自己受到刑讯逼供。我说，审判长我要求正式启动非法证据排除，我就把法条摆出来，法律规定只要提出来被刑讯逼供，说出人物、时间、事件，你就必须要启动。法官说，好，休庭五分钟。然后又跟我商量，我们回去研究这个问题，但今天把庭开完。我也同意开完庭，然后整个庭审我也做了比较充分的准备，我也希望一次就能把庭开完，这样能保持庭审的流畅性。在程序之外，我还准备了事实之辩、证据之辩、法条之辩、罪名之辩等。当时的辩论也比较精彩。在这之后，大约过了两个月的时间，之间的协调过程非常麻烦。到了8月21日，法院通知第二天时间，这次开庭，正式以庭中庭的方式，审理非法证据排除，完全按照我们想象中的非法证据排除程序，这个时候法官说辩护人申请了，要求控方答辩。他们说没有录像，没有音频资料。我说不，山东省在2009年以来就规范化，建设电子设备这一套。控方就说确实没有。第二点，你们侦查人员应该出庭作证，他们不来。第三个，按照我们非法证据排除的规定，在场的其他人员也要出庭作证。他们都不出庭。第四点，应该要提供当时有没有刑讯逼供的书面证据。他们说完全依法取证。很快非法证据排除启动，但是审判长跟我交流，这个案件有没有非法证据大家心里都是清楚的，但是你得给我们留一点面子，如果在这里认可了非法证据，这个是有个人追究的，我在实体辩护上都给你支持，但是非法证据排除程序我要明确的驳回。过了一个星期的时间，判决下来。就是我们看到

论坛实录

的样子。在判决书中，明确说明非法证据排除程序是如何启动，如何认定、如何驳回的。同时又以三个篇幅表明案件中的三个罪名，非法经营事实不清证据不足予以驳回。其他两个罪名也由于事实不清证据不足予以驳回。这就是这起案件之后，法院认为我很成功，说我功成名就。在案件审理的几个过程中，就一直在说这位审判长有可能调到其他岗位去工作。通过这起我就想，我们总是追求程序本身的成功，但是，在当下的环境中，我们完全只追求一个程序性的胜利，对各方来说，都很艰难。如果我们换一个角度，以程序来带动实体，以程序性的错误然后让法院和检察院接受，让侦查机关也不提出异议的，那么我们对实体的排除，实体排除了，事实不清，证据不足，犯罪要件不构成，侦查机关在某种情况下可以接受的，而且据说还不构成对他们个人的错案追究。

第三起案件：这起案件有了前两起案件的经验，我们就觉得碰到这种存在非法言词证据的案件，要求启动程序就非常的娴熟了。对于其中的非法言词证据的把握没有一点疏漏，对所有证据的梳理，控方还有审判员都毫无疑问。这个案件在判决书中也明确了这个证据排除程序的始末。但是这个案件如果用成功来形容的话那就是功亏一篑。因为在最后的某个时刻，有法律之外的人强行介入，这个程序最后也没有被认可。法律人坚守的是法律，法律外的因素我们根本没有办法控制。在这件案例处理的过程中，不管是检察官还是法官，还是控方背后的侦查人员，我们受到了另外一种的法制教育。非法证据排除启动的按钮是在辩护人手中，非法证据排除启动它之后的结果是我们不能控制的。但是这个程序一经启动，就好像开启了司法程序一个不可逆转的齿轮一样，会引发一系列的公检法的联动反应。一经提出，法官、法庭就要做出判断：第一，接不接受这个程序，第二，休不休庭，第三，是不是要对控方立刻提出证据要求。然后在目前法官个人不可能独立的情况下，他是不是要向他的审判庭甚至审委会来汇报。那么对于控方，控方也要立刻决定接不接受这个程序，要不要向侦查方来取证，在这个过程中，公诉人和公诉机关必然要引发一系列的联动。同样，按照我们既定的司法程序，侦查机关出具侦查终结报告书之后就大功告成了，这个案件就结束了。但是因为新的刑事诉讼法，新的非法证据排除规则程序，我们的辩护人一经提出，他们又要开始劳心劳力的工作，因为他们要决定是不是要出示音频资料，要不要出庭作证，要不要重新翻检证据，要不要剪辑材料，要不要出具说明、报告。第三起案件给我最大的启迪是，我们手中其实有很大的权利，

论坛实录

在什么情况下启动这个按钮，有可能会引起一系列不可逆转的连锁反应，会由个案推动我们整个的法制进步。

第四起案件：前三起非法证据排除都是在法院阶段，在庭上一提审判长就得立刻作出反应，每一起的开庭都在旁听，但是，是不是真正起作用？因为这个程序我们仔细研究一下在公诉机关怎么办。这样到了第四起案件，去年和今年交接的时候，这是一起合同诈骗案件，我一接手，被告人就提出是被刑讯逼供。我们就跟侦查机关提出非法证据排除，启动这个程序。没有成功。后来这个案件到了审查起诉阶段，现在检察机关的整体素质非常高，他们很友好地、公平地和我们辩护人交流。我以对这个案件的整体观察，我找到了很多疑点，我就提出被告人遭到刑讯逼供，所以就提出要启动非法证据排除，这个公诉机关非常认真，说书面材料留下，我们马上研究，到了第三天就给我回复，说我们很重视。你以书面形式提出要求，我就做了几份材料：非法证据排除申请、既然是被刑讯逼供，也许有在不同看守所的经历，我要求调取转所的报告，要求调取侦查机关所有的音频资料等。调来之后，我们共同观看音频资料，然后看守所的检验报告说身上一点伤也没有。说明每一次审查之后的精神状态也是正常的。我又见被告人，他还是说被刑讯逼供。看资料以后，就找到证据矛盾的地方，说共犯肯定会有言词证据的矛盾，提出来以后，检察院说，你提这个很好，你写一个书面材料，你认为哪些材料我们做的不足，那些有矛盾我退回去。完了之后，就补充侦查。最后，补充侦查的材料检察机关就和我们交流，我们检察院现在也很重视这个程序，我们检察院也不希望有刑讯逼供的案件和错案发生，所以对你们是最大的尊重和支持。第四起案件我的经验就是，我们在做非法证据排除程序是可以提前的，公诉机关是可以友好交流的。

就像一位法律哲人说的，权利，不是任何人给予你的，而是要靠你一点一滴去积累的，一点一点去启动，一点一点去获得。这句话跟大家共勉，谢谢！

赵运恒：时间把握得和人一样美。四起案件无论是不是成功，但从她的做法、工作思路、与人相处、做事的风格、到最后的心得体会，让我们从每一个案件中都得到了不同的收益。我总结了三点：第一，王律师可能最大的优点是有一种出世的思想做入世的事情，以柔克钢达到目的。这两种风格中，做到工作细致，敬业的工作作风。在这个基础上做到有理有据，不轻易的产生对抗意识，总是获得司法机关办案人员

论坛实录

的支持和配合。这种以柔克刚方法值得我们借鉴。第二个，我感觉到王律师说的那个观点，要考虑中国的司法环境，你可以利用对方程序上的缺陷来达到排除实体的这个目的，因为这个才是我们要达到的终极目标。这又给了法官、检察官台阶，又达到了我们的目的。何乐而不为？这个也是值得我们学习和借鉴。第三个，我感觉到这个案子程序提前也是对我影响非常大。我们新的法律是非法证据排除，也可以放在审判阶段，也可以放在前面的阶段，除非你是在审判阶段接的案子，如果是在前面接的案子，请记住王国红律师给我们的启发，能尽早的提出来非法证据排除程序，就尽早提出。我也深有同感，现在的检察官确实跟以前不一样了，以前“各怀鬼胎”，现在这几年都做到公开，心平气和的交流，把更多的纠纷解决在开庭之前。这个时候，你当律师的不要留一手，有什么想法和要求还是尽量地去沟通。能够在这个时候帮我们解决了，就不用再进入到下一个阶段增加风险。谢谢！

下面有请大成刑委会副主任、乌鲁木齐分所管委会主任蒲桂平律师！



大成刑委会副主任、乌鲁木齐分所管委会主任蒲桂平：

演讲主题：辩护人适用非法证据排除规定的风险

因为辩护人总是希望追求案件中的非法证据被依法排除从而得到从轻、减轻或免除被告人刑罚的目的。而侦查人员以及控方又总是不希望自己提交法庭的证据被认定为非法证据，从而影响对被告人的指控。在处理这组矛盾时，辩护人的行为就会存在风险。

一、取证的风险

辩护人为排除非法证据积极进行取证，如：当地一名律师代理一起经济犯罪案件过程中，得知犯罪嫌疑人在被讯问时有被刑讯逼供被带到医院去检查后，与其亲属带着相机赶到医院，犯罪嫌疑人身上确实有伤，律师立即进行拍摄，然后亲属开始抢人。后来律师及其亲属

论坛实录

全被抓，而且被判刑。虽然律师没有被判有罪，但是律师以这种方式取证排除非法证据，风险是很大的，没有得到保护当事人的目的反而面临治罪。

我所一律师在代理受贿案件过程中，听被告人陈述侦查人员有诱供行为，并提供证人线索，律师请证人出庭，证人陈述与被告人一致。开完庭证人被抓了，来参会的前一天我还与当地检察机关协调这件事，据称证人已承认出庭陈述是假的，但是律师说从来没有见过证人，显然我们的律师有麻烦了。

二、法庭上言辞的风险

对非法证据，控辩双方都会非常注意，必成为法庭调查的焦点，故双方言辞容易激怒对方：几个律师被判刑皆因庭审言辞太犀利。我所律师危险产生的重要原因是法庭上将公诉人搞得很难堪，律师电话也被监听。

三、侦查机关或公诉机关不能接受被认定为非法证据的风险

如果被认定为非法证据：1、有可能公诉机关对案中的指控不成立。2、相关侦查人员因为有刑讯逼供或诱供行为而承担法律责任。所以，一旦被认定为非法证据，公诉机关及侦查机关将会付出代价。因此，律师在代理这类案件时，相关部门会对你采取一些措施，我认为要有心理准备。

我代理某地区工商局长受贿案，因为被告人称有刑讯逼供，二审开庭，我就刑讯逼供发起发问，一个多小时，虽然最后法庭没有直接认定存在刑讯逼供，但是合议庭肯定了确有刑讯逼供行为，案件被发回重审。但之后我的手机总是掉线，最后终于有人告诉我，被监听了。我又没有取过证，会见时还是两名律师而且接受监控。

非法证据排除制度是律师辩护工作的重要依据。但非法证据认定后将触及更多的敏感问题。比如，有刑讯逼供的录像我们申请调取被法院驳回，究其原因，法院称调出来如果确有刑讯逼供，我们也不好办，也不想与检察机关发生太明显的冲突。所以辩护人在适用非法证据排除规定时，既要熟悉其精神，还要清楚的看到当今司法实践中并不能全面的按照规定执行，所以辩护人还需要谨慎操作，不论程序、内容，都要特别严谨。

论坛实录

赵运恒：感谢！下面有请大成刑委会副秘书长、厦门分所刑事部主任张海勇！



大成刑委会副秘书长、厦门分所刑事部主任张海勇：

用仅有的时间对大家表示感谢！我作为厦门分所刑事部的主任很荣幸跟总部一起来承办这个论坛，欢迎知名学者和各位领导、嘉宾，同行的光临！对各位的到来表示衷心的感谢！

关于非法证据的排除的问题，我跟在座的同行一样，并没有太多的实战经验。在2010年以前，这个规则出台以前，我有过两起成功的案例，曾经成功的排除过非法言词证据，是我一个当事人从原来公诉机关起诉的第二被告降为最后被告，他的刑期从十年以上降至三年，这是一个非常大的成果，而且这

是发生在规则出台之前。之后，很遗憾没有碰到类似的情况。在没有实战经验的情况下，我选择的课题是新刑事诉讼法下非法证据排除与律师的辩护权加以拓展，律师侦查阶段从提供法律帮助变为辩护人。在新刑诉诞生到开始落实以后，就有一个前置的问题，就像刚才王律师提到的，我们应该尽量把非法证据排除的时间提前，甚至提前到侦查阶段，在非法证据还没有完全产生、还没有定型的时候就将其排除。这实际上是对立的，也就是说这个时候证据还没有定型，侦查机关就利用证据不固定、不公开这个特点让你根本抓不住什么是证据，那你怎么可能提请审查证据呢，它证据根本就没有，那你怎么审查。另外一个，这种审查实际是行政许可似的审查，也就是我们提出申请，可能由侦查机关自己，可能由检察机关进行不公开的审查，他根本就不让你知道具体情况。所以我们怎么能知道过程是不是公正，所以实践起来并不如我们想象的那么理想。在这种不那么理想的情况下，在没有第三方审查的现状下，尽可能利用现有制度。我假设这几个情况，我认为有三个时机可以切入：

第一个是辩护的职责和检察机关在侦查阶段的职责开始入手。我们律师不管是在侦查阶段还是提供法律帮助阶段，都有一个代理申诉控告的权利，检察机关也有规定在接到申诉控告后必须严肃审查的职责。

论坛实录

所以和这个规定相结合，就为我们在这个阶段提出非法证据排除提供一个很好的起点。

第二个，检察机关在批捕的时候有一个审查程序。新刑法做了一个比较详细的规定。其中在85条、86条都明确规定，公安机关在要求批捕的时候要一并提交案件情况和证据，这个时候就发现在侦查期间就有定型的证据了，在批捕的时候必须要提供这些。虽然我们不能看，但我们可以假设它是非法的，所以我们可以请求批捕科对其进行认真审查，甚至可以对取证合法性进行严厉的审查。在审查批捕期间检察机关对于有疑问的一定要严肃审查，但检察机关在没有看到证据之前怎么能知道是非法证据呢，这就是我们律师的工作了。在案件一旦我们介入批捕阶段的时候，我们马上就應該去批捕科提出我们的书面意见，或者口头意见转告检察机关这个案件当中可能有重大非法取证的嫌疑。这就做到了提前启动和激活非法证据排除程序。

第三个介入点是羁押必要性的启动程序，这是新刑法所确立的新制度。律师可以在逮捕后申请检察机关对羁押的必要性进行审查。这个阶段和上一个批捕阶段类似，我们可以抓住这个时间跟检察院有正面合法合理沟通时机的时候提出我们启动非法证据排除的要求。当然，总体来讲我对侦查阶段非法证据排除的效果不敢太抱希望，而且结合我自己的实际情况，早说还不如不说，与其让侦查机关补正、重新做，甚至他会要求当事人家属换律师，或者对律师采取打击报复，把你抓起来让你不能再办案。我们说与其冒这种风险，还不如忍一忍，忍到了审查起诉阶段再说。

当然这是一种消极的做法，积极的做法应该是在有限的职业空间里创造最大的辩护效果。这个有限的空间如何做大，要我们自己用胆识去不断的突破，也许我们一两个人突破不了，随着长期更多人启动这个程序，即使没有得到我们想要的效果，起码震撼整个司法制度。侦查机关一定会有所触动，所以这个空间还是要靠我们自己去争取的。

有兴趣的话我们可以进一步讨论。

赵运恒：感谢张律师！张律师的发言相当于为王国红律师的体系做了补正，使整个程序提得更前，非常好，很有启发。有请大成刑委会副秘书长、刑事部张志勇博士！

论坛实录

张志勇：

很高兴能够在最温馨的城市——厦门跟大家相聚一堂。就今天的主题我想从理论、实践上各谈一点看法。在理论上，我认为非法证据排除在刑事辩论体系中有很高的地位和作用。正如樊教授所说的，刑事辩护有无罪辩护、罪轻辩护、程序辩护、量刑辩护。非法证据排除属于程序辩护。什么叫程序辩护？是指针对侦查机关、审查起诉机关、审判机关的瑕疵和缺陷，而做出某些刑事诉讼无效的判决，从而实现刑事目的的一种辩护策略。以守为攻、以退为进的辩护性策略，是一种进攻型辩护。美国著名律师说：程序辩护是最好的辩护。所以我认为，启动非法证据排除在辩护体系中有很大的作用，会收获到意想不到的效果。

第二点，在我的办案经验中我是如何运用非法证据排除规则的。我在江苏镇江打一起刑事案件二审，在法庭上我提出来申请非法证据排除，审判长说按照法律规定，你要提出证据和线索。我说，审判长我在七天前已经提出书面申请，在庭审过程中问过上诉人，上诉人很伤心地说过如何受到刑讯逼供，如何被引诱，如何遭受冷暴力，如何五天五夜不让睡觉，哪个侦查人员对他进行刑讯逼供，我说这样的线索还不够充分吗？我要求公诉人播放录音录像，公诉人播放。我问公诉人员你这个录音录像多长时间，公诉人员说两个半小时。我说审判长，上诉人被侦查机关讯问了不下二十次，时间肯定几十个小时，录像二个小时肯定是经过剪辑删减过的，下面的旁听观众一阵骚动。审判长赶紧制止。我认为这个效果是非常好的。谢谢大家！

赵运恒：下面有请一位检察官，南京市人民检察院案管处郭煜华处长。

郭煜华处长：

各位尊敬的代表大家下午好！我虽然现在在案管处任职，但我之前当了十五年的公诉人，所以今天这个话题应该说也是我非常感兴趣的，也是上午张主任所说，我们检察机关目前正在紧锣密鼓地如何学习、如何培训这个新的规则。讲三点：

第一，以我个人的经历和我历届非常好的工作关系，我想请大家考虑一下，公诉人和辩护人应该是一种什么样的关系。我理解在审判阶段应该是一种对抗式的合作关系。虽然大家角度不同，职责不同，决策不同，但是目的都是为了共同查明案件事实，帮助我们的法官公正地裁量案件，给予被告人一个公平公正的判决。在审判阶段之前，是什么关系？结合我们今天会议的主题，谈到非法证据排除，我觉得公诉人在

论坛实录

非法证据排除这个工作环节上，起到相当于法官的一个作用。也正是我们下午王国红主任所谈到的，也是我们南京包括我个人的司法实践中，之前也做过。我们也有过成功的排除非法证据的实例。在起诉之前，公诉人是有客观意义的。尽管说这个客观不应该贯穿始终，但恐怕起诉之后它的角色要求更多的是从控诉罪名角度出发。但是在起诉之前他完全有理由，也有条件站在持平正义的立场上审判这个案件。如果辩护人发现了问题，提出了线索，应该尽早的把这个问题解决在越提前、越早，这样有助于节约诉讼资源、更有效的处理案件、更好地维护当事人权利，也是一个多方共赢的事情。

第二，检察机关对公诉人提出的叫文明、理性、公正、规范的执法要求。我想，这个也是不是可以供我们的律师参考。我们有一些律师同仁尽管胸怀正义，但是往往有一些律师逞一时口舌之快、意气用事。什么是最好的解决方式？是不是什么问题都要摆到最后的庭审上，是不是这样可以达到最好的效果？这要考虑到我们现有的司法环境。我下午认真听了王国红律师的演讲，就是刚柔相济。我想中庸之道既能恪守自己的原则，又具有相当的灵活性，是我们大家需要共同思考的。

第三点，真理总是具体的，法治总是体现在细节中。要打造法律共同体，我想我们还是要看主流，我们每一个人碰到再多困难，从辩护人的角度有辩护人的困难，公诉人也有它的困难，也有很多的委屈。我想，我们虽然角度不同，我们的身份职责不同，但如果大家都能秉持通过一己之力，而不是嫌弃自己力量的微小，我们的法治总会前进，总会改观！

谢谢大家！

赵运恒：下面有请山东律师协会刑委会主任孙瑞玺律师。

孙瑞玺：

分享几个关键词：

第一个是过程而非结果。律师实际干的活就是为当事人服务的过程，而非一定追求胜诉，而不是一定要被告人无罪。我想，找根据，这个根据从哪儿来。我们看一下我们的合同法396条就清楚了。另外再看一下我们律师法的第二条第一款。我们做的永远都是一个过程，而不是结果。

论坛实录

第二个关键词是权利而非义务。非法证据排除的规则是一种制度，而不是一个律师完全可以控制的。在这个制度里面，律师仅仅是一个环节，这个环节就是说我们有权利根据个案具体情况启动这个程序。启动这个程序本身就是权利，而不是义务。这个启动过程中也不是你律师独自就可以启动的。根据我自己的经历启动这个程序一定要妥善的处理，和被告人建立好关系，以及非当事人近亲属的关系。不是动辄就启动，启动的后果是什么要想清楚。所以在这里我又受到了启发，诏安县的院长说一旦启动这个程序，对抗性可想而知。本地律师和外地律师合作的问题，我认为这个是非常值得我们关注的问题。怎么解决这个问题：北京大律师过来，合作。这个方式我想在我们非法证据排除这个环节里面可以成为我们应对这个问题的策略和方法，不要想我这个案子给了别人怎么办，没关系，因为你要考虑谁才是适合的对象。是过程而非结果，是权利而非义务，现在就出现一个问题，很多的原因是启动，但结果没有达成，或者没有实现我的目标，我们马上就开始觉得这个制度不好，没有什么意思。受到打击了，今天这个论坛里，学者包括我们尊敬的大师，学者都对这个制度充满了期待，我们律师有两种声音，一种是比较投入的感觉这个制度没什么好处，第二种是像王国红律师，感觉还不错。我的感觉是它也就是一个过程，结果一定是两标准的，有可能成功，也有可能失败，也可能部分成功部分失败，我们不要怀疑这个权利本身有什么不好。既然是一种权利，我们辩护就增加了一种新的手段，所以不要怀疑它对我们本身有什么不利，没有什么不利的。制度本身去探讨它好与坏没有必要。用专业化去解决这个问题。制度问题不是我们律师能解决的。

第三个关键词是具体而非抽象。每一个案件的特点都决定着你到底怎么启动，启动的方式、意义是什么，非常具体。我举一个例子，被告人说受到不公正待遇，我们就让他把庭审的录像看一下。检察官法官说可以，就把录像调了出来。我们看一些材料，看到了什么，全部是刑讯逼供的直接证据：谩骂、威胁、殴打的方式都看清了。你说这种材料还用再讲什么吗？有些当事人说被告人他不愿意看，律师要体现你的独立性，而不是完全当事人你想干什么就干什么，具体的事你可以把它办好。结果就自动排除了，当然这种好事情可能是百年一遇，但我们毕竟遇到了。在这个具体的过程中，我们得到了什么东西。

第四个关键词是渐进而非突进。我如果是侦查人员，我费尽心机，好不容易侦查出来，你给排除了。它能好办么，一定不好办。所以在这种情况下我们不要期待制度一下子就好起来了，马上就能得到一个好

论坛实录

好的结果了。中国的制度包括我们法律人的思维方式，很关键的问题是重视实体而非程序。在这个过程中只有我们律师在一线去坚守我们的原则，而且受到一些打击也不要心灰意冷。把这个过程转化为我们中国自己的问题的时候，我想离成功就不远了，谢谢大家。

赵运恒：谢谢！下面有请厦门大学李兰英教授做专家点评。

李兰英教授：

感谢承办方和主办方给我这样一个机会，今天这个会议是我这么多年来参加这么多学术研讨会第一次参加由律师事务所主办的研讨会，说实话，心里还是很激动。而且有不是一样的感觉。之前大成律师事务所找我联系过，邀请我和厦门同事参加过，也希望我推荐司法部门的精英来参加这个会，我荣幸的邀请到了姚毅奇院长来参加这个会。由律师事务所来举办这个会议，首先是我自己孤陋寡闻，虽然每年都举办，但是我自己是第一次来参加。推动民主与法制不仅是社会上每一个人的责任，理论界、学术界都在探讨这个问题，但是律师事务所花这么多精力召集司法界的精英在这里研讨这样一个重要问题，我觉得，不仅仅显示出了大成律师事务所的魄力、实力、能力，最主要是体现出了大成对民主法制进程的责任感和使命感。在此，我真的很感动，我也特别感谢大成律师事务所的贡献。这是我的第一层意思。



第二层意思，有关非法证据排除规则，我本人参加过学术界的讨论，也参加过检察院法院的研讨，律师界对这个问题的研讨开辟了我另一个思路和视野。作为律师，他们是非法证据排除这个制度的主力军，他们站在法庭的第一线，是因为律师启动非法证据排除程序的按钮，可以看出，他们的作用和地位至关重要。我们全国律师都能够关注这个神圣的权利，并且为这个权利献计献策，我真的看到了司法很大的一个

论坛实录

进步。也让我们看到了希望。尽管我们在前面听到所有的律师有谈自己成功的案例，也有在办案中遇到的挫折，但是总而言之，我看到了很多律师正在积极努力的为这样一个目标不辞辛苦和不怕挫折努力。也让我非常感动和震撼。

第三点感触，在研讨当中，我有很多的启发和问题。应该说也引发了我很多的思考。我分为启示和问题两个部分来说一下。

首先说启示。我听了上午几位律师的演讲，给我留下了很深刻的印象。第一位是十大精英女律师王国红律师的演讲，我也是非常认真仔细地听了她整体的介绍，我听了以后，我也感觉很震撼。她具有耐心具有韧性，她能润物细无声，用她独特的视角，开启非法证据排除的大门，相当的成功。这个成功不是以结果怎么样作为标准，以过程来评价的话她是完美的。所以在这方面我也非常欣赏她。而且我觉得她有一个非常突出的表现就是她每一次开庭都是有备而来。这一方面体现出了一个律师对被告人高度的责任感，还有她对这个案件做了充分的准备。我听到了排列组合，列举所有的证据相关的内容，使得瑕疵暴露无遗。在这种耐心细致的前提之下，我想无论到任何一个法院，当法官和检察官看到你做了这么多工作的时候也会有钦佩，这种钦佩我们也会有一种共鸣。律师认真、严谨、系统的工作态度使我觉得如果我们的律师都具备这样的素质，可能非法证据排除的成功率就会更多一点。与此同时听到另外一个律师的成功案例，比如问观众席上，五天五夜不睡觉的时候，有了热烈的回应也是一种方法和技巧，恕我直言，也许你这次成功了，但检察官和法官对这种方法未必能真诚接受，可能下一次会设置一些障碍。所以相比之下，我比较欣赏王律师的做法，一次又一次以自己扎实的基本功说服法官、检察官，从而取得他们的尊重和信任，只有这样才能使你的每一个案例都能够得到充分的发挥和追求相应合理的结果。这是我听到两个律师在办这种案件的体会。

第二个体会是来源于诏安法院姚毅奇院长的发言。大家也注意到，在座的邀请的嘉宾当中我们有检察官和法官，但没有公安人员的身影。这个场面也不足以为奇。在很多研讨会上，检察院、法院经常被邀请到去讲座，但目前为止，很少有邀请公安人员去参加讲座，我也不单纯的说他们对理论的排斥，但可以看到法律的共同体当中最先能接触的是我们法院和检察院。非法证据的源头是在公安机关，我们的方法、技

论坛实录

巧、具体的运用，某一个侧面是在寻求或者是假想公安机关做了哪些事情。法院的确是任重道远，因为我们法律共同体当中缺少公安人员的身影。如果他们也能加入到我们这个研讨会当中，听听我们的想法，他们会跟我们共同的进步。提到非法证据排除设置，这个现象越来越少，我们的律师相对来说也就轻松了很多。

姚院长他是法院的院长，他任务非常繁重，工作非常繁忙，从诏安到这里来要三个小时，在茶歇的时候，他打了一个电话，在给对方布置工作。能够邀请到作为基层法院工作了将近20年的院长来参加我们研讨会，是对我们研讨会重要的支持。让我们以热烈的掌声感谢姚院长。他的发言给了我很多的启示，首先他说任重而道远，这真的不是一种口号，这个是发自法院院长的心声。他道出了很多让我们能够理解和不能够理解的东西，法院是非法证据排除最后一个环节，最攻坚的阶段。所有的责任，所有的目光聚焦在了法院的上面。对法院来说是责任是非常重大的。他说任重道远可以看出来压力很大。说不理解，他也提到现在错案追究制，法院的压力很大，就会导致在启动非法证据排除或者是在做其他工作的时候也会顾虑重重。当然我也很欣喜的听到，姚院长说非法证据排除的启动不是一件很难的事情。我也很希望，作为法院的院长能够发出这样一个回应，并且能够把他当做责任承担起来，他认为发现非法证据是共同的使命，我觉得这才是我们最希望看到的。所以这一声任重道远可以看得出来，法院已经把非法证据排除当成是工作中非常关注，非常看重的程序。这一点是令人欣慰的。

第三个感触，今天的演讲有几个非常有意思的命题：第一个，王律师的演讲在她案件当中，虽然程序方面的违法证据确凿，但是法官与她私下沟通，疑罪从无虽然做不到，但可以疑罪从轻。但很多人指出，既然疑罪从无就要从无到底，不能从轻。但从王律师办案过程来看，我想到了程序和实体之间可不可以去妥协，去交易，去让步。这里面他们有没有共同的价值追求。我觉得这个是我发现的第一个命题。第二个命题来源于张律师提到的，在侦查阶段，非法证据排除在侦查阶段的衔接。他创造性地提出在逮捕阶段就可以跟检察机关提出来，这的确是我们司法进程或者公正进程向前推进了一步。但是有意思的是他最后还有一个结论“不过我想，这样做也不好，因为有可能公安机关重新来，重新来可能会做得更加隐秘，从而后面的程序就难以发现瑕疵。”从而引发了一个命题，第一长痛不如短痛，第二这种打草惊蛇的利弊有多

论坛实录

大。这样一种做法到底结果是什么，我觉得两者都是不确定的结果。既然都是不确定，为什么长痛不如短痛。在我看来，还是提早介入，早点介入可能会更好一些。

总之一，要进入非法证据排除程序，或者是非法证据排除是律师的权利，这句话我也是深有感触。我要补充一点，当我们作为律师，非法证据排除不仅仅是我们的一种权利，当你真正要介入以后更多的要当成使命和责任承担起来。为什么在我们做了众多的努力下不去追求更好的结果呢？

希望我们的律师，也希望我们的法官，主要是律师认真的对待非法证据排除这个权利。

赵运恒：非常感谢李教授！感谢她对我们论坛的支持和努力！李教授的点评出乎意料的务实。我解释一下公安人员没有在场的问题，我邀请了公安部法制部门的领导，陈老师也帮我邀请了福建省公安厅的领导，他们都表示愿意来，只是临近会期时，他们部里也恰好在东北开一个会，就来不了了。我们本身非常希望公检律师都到齐，从公安的角度来讲他们也很愿意听，我想这实在是时代的进步，他们很愿意听律师们对非法证据排除的想法，在这方面有什么建设性的意见和想法。以对他们的工作有所推进。

下面我们进入到20分钟自由发言的时间。

西安分所郝律师：（略）

上海分所李送妹律师：

各位领导、各位前辈，大家下午好！我是上海分所的。我们上海分所没有刑事部，我是从总部转到上海，所以我承载我们总部各位老师的教诲，要我坚持做下去。所以成立了一个刑事诉讼小组。非常感谢给我机会，谈一下我对非法证据排除规则的一些体会。我今天的主题主要是说明一个，我认为非法证据排除对我们律师辩护来说，实际上是一道玻璃门。主要理由是：从立法和技术上我们的非法证据规则在逐步的强化，甚至由普通的玻璃变成钢化的玻璃，我们律师的空间还是挺大的。我简单的介绍一个故意杀人的案件，当时上海高院非常重视，非法证据排除刚刚公布，为了慎重起见，当时审判长说这个案子，被告人坚决不认罪，认为存在刑讯逼供，你们律师提出来，我们要求警察出庭作证，检察官也出现了。当时检察官通知了两名警察出庭，接受了律师的询问。在询问过程中，警察拿出一个入所体检表，我们律师就这个入

论坛实录

所体检表的时间进行了非法证据排除，当事人做了六份笔录，都是在看守所之外。但是，地点都是在看守所。我们提出质疑，这个是不可能的。你按照我们看守所的管理条例，每一个犯人进看守所之前都必须体检。当然公诉人的解释是我们注意到了这个问题，警察也对此进行了解释，说这个我们不知道，反正我们是进了看守所。检察院就提了一个建议，这个问题我们注意到了，我们会给看守所发一个司法鉴定书。高院裁定发回重审，开庭就没有启动非法证据排除这个规则程序，维持了原判。

第二个案件，安徽省宿州职务犯罪的案例，这个人享受国家津贴的一个教授，在侦查阶段和检察阶段都认罪了，但法官一介入都翻供，他的理由是只相信法官，法官一介入他就说他遭到了刑讯逼供，他要求我们提醒法官播放讯问录像。因为之前，我们跟被告人有沟通，让我们律师一定要注意在某时某分的一个录像，当时法官一定要扩大，在开庭的时候，因为公诉人员没有注意到录像当中的细节，播放时出现的细节，在录像中看到被告人的耳朵被烟头烫到了。刑讯人员右手要签字，左手很肿。被告是这样表述的，打的方式是这样拧，群众反应是非常激烈的。法官就说，我们条件有限，没有办法对这个庭审过程中进行录像。对此，公诉人的反映给出的解释是有糖尿病，家属听了就跳起来了，从来没有糖尿病。这个案子开完之后宣布休庭。一个月之后又组织了庭审，庭审的过程很让我们出乎意料。重新播放了录音录像，发现这个东西已经去掉了。案子上诉到高院，重新提出了这个问题，现在据我所知，高院也是就这个问题发回重审。这个是我们律师在辩护中运用非法证据排除规则遇到的一个困难。

第二个，我想表达的是这个门已经打开了，对我们律师业务来说已经提出了要求。特别是王国红律师的演讲给了我很大的鼓舞。看到了一个女刑事辩护律师前进的方向。让我受益匪浅。最后，非常感谢大家！

赵运恒：今天上午和下午非常感谢各位老师、各位领导、各位同仁都作出了非常精辟有见解的发言，使我们彼此之间有了比较深入的交流。虽然我做了一些点评，都是浅层次的。最后压轴戏让大家听听陈瑞华教授的点评。

论坛实录



陈瑞华教授：

会开了一天，大家都很辛苦。用比较简短的时间谈谈个人的感触和想法。我觉得，今天这个会效果出乎我的预料，坦率的说我和赵运恒主任都是筹办者，论坛的题目也是我和赵主任一起商量的，包括邀请的嘉宾都是我们一起讨论的结果。我就不说一些颂扬的话，给我很大的震撼是我们律师在办理非法证据排除案件的过程中，还是有很多的心得体会。我原来以为今天就会开成一个诉苦大会，因为跟律师开会过去开得比较多，听到诉苦的声音比较多，今天也有诉苦，但是比较少。上午姜建高律师的发言出乎

我的意料，因为我以为他要诉苦，因为二审的结果是非常逆转的。我接受法制周末的采访时我就说，这是一个非常大的逆转，但是我没有想到他也提出来几条让人振奋和乐观的建议。王国红律师给我们带来了清新的身影，让我们看到了巾帼英雄的风采。以至于让我感到疑惑，是不是非法证据排除规则的辩护让女律师来做是不是会更好？那么细腻，那么理性，那么富有策略，而且那么贴近中国现实。我们不能说男律师怎么样啊，假如我是律师的话我会充满火药味儿。但是，非法证据排除规则它不能太火药，本来就够火药的了，你再火药，比如刚才有一个律师说当庭骂检察官可耻，我觉得有点太火药味儿了。你这次发泄了一番，你下次别落在他手里，这种激愤之词啊，恕我直言还是要少一些。在中国这样一个环境下，在中国目前多多少少不尽如人意的司法体制下还是有一些经验可以总结。我今天一直在寻找在当前体制下，申请非法证据排除的一些成功经验是什么，我提出我的体会看看是不是跟大家想法一致。

第一个：非法证据排除规则是一种程序辩护。程序辩护要比无罪辩护更加困难，所以要更加谨慎和富有策略。刚才有一个律师也说了，目前的辩护有多种形态，时间关系不再多讲。过去三十年来的经验教训

论坛实录

中，无罪辩护是律师的普遍困难和最难点。无罪辩护的困难在于要把控方的证据、事实、法律适用的结论彻底推翻，跟控方处于彻底、完全的对立地位。控辩双方的完全对抗在无罪辩护中体现得淋漓尽致。考虑到我国独有的国情，比如司法体制的因素，比如我们现在公检法内部的考核机制，一个无罪辩护的成功意味着公诉的失败，二审无罪辩护的成功意味着一审判决的错误，所以我们可以看到一个无罪辩护的成功直接带来的是公检法机关受到非常不利的考核结果。你这个辩护成功了，公检法机关它的职业生涯失败了。中国今天这个体制，特别是管理体制带来最严峻的挑战。所以有人说，非法证据排除难就难在法院，难在法院有多少案例可以判决无罪。根据最高人民法院统计，最近五年以来，每年中国四级法院判决无罪的案件也就一千件多一点，这个是分子，分母是接近80万件，大家看这个比例。无罪判决为什么难？难就难在它涉足了这个体制最深层的因素，从审判的独立，公检法的关系，到我们各方的体制问题，到我们内部的管理体制问题。所以我们多年来无罪辩护难就难在这里。无罪推定难以贯彻，你做无罪辩护再成功有时候他不听，最多最好的结果可能就是二审法院发回重审，案件撤回起诉，这就已经相当不错了。跟无罪辩护相比，程序辩护更加容易。无罪辩护仍然是一种被动的辩护：有人起诉，你被动的防御，有人指控你犯罪，你来证明你无罪，这个是被动辩护。以非法证据排除规则的运用为例的程序辩护是进攻性的辩护，刚才有律师已经指出这是一种反守为攻的辩护，基本特征是把侦查员列为被告，被告人摇身一变成原告。在法庭上启动了非法证据排除的合法性之诉，有点像行政诉讼中的民告官在刑事诉讼中启动。你看在我国三大诉讼，行政、民事、刑事诉讼。行政诉讼是民告官，相对人控告行政行为的实施者，要求审查行政行为的合法性，这是1989年我国通过行政诉讼法确立的一种诉讼形态，又叫司法审查之诉。但是不要忘记，2010年两个证据规定、2012年新刑诉法确立了第四种诉讼形态，那就是新型的民告官。民是被告人，官是侦查员，所以又是张耀良大律师提出来的，来源于英国的一个概念叫“诉中诉”、“案中案”，又叫“审判中的审判”，有人也翻译成“迷你审判”。也就是国家在审查被告人是否构成犯罪的同时，被告人先把侦查人员告到法庭上，侦查员成了被告，公诉人成了被告人的代理人，本案的被告人相当于原告，律师成了原告的诉讼代理人。难就难在，你不仅要论证你的观点，你还要指控侦查人员违法，还要法庭宣告他无效。大家想想，这个进攻性的辩护不仅把控辩双方置于直接对抗的地位，还使侦查人员成为被告的身份，

论坛实录

而且直接让侦查员处于受审的地位，你说难不难。程序辩护要想成功，对审判独立的要求大大提高，没有一个独立的司法体系，他敢审这个案件吗，没有一个控辩双方平等和对抗的环境控方还甘愿成为被告吗？所以目前我国行政诉讼中的很多困难，是与在非法证据排除中有很相似的困境的。行政诉讼我们都知道立案难，立案以后胜诉难，非法证据排除规则其实是相似的规定。

这个是我最大的体会，结论是不言而喻，程序辩护需要两个：一个是斗争的勇气，一个是争取获得好结果。我们很多律师都有勇气，勇气可嘉，愿意为权利而斗争，愿意为委托人的利益斗争，愿意为律师的荣誉而奋斗。但是，在智慧方面，可能还需要加强。我今天有幸听到了让我耳目一新的智慧，也是在当前体制下能够找到的智慧。比如刚才听到的当事人追求的是结果，律师更多在乎的是过程。这句话很无奈，我对它的理解是律师辩护成功的标准是什么，应当是抓住辩护的要点把它论证出来，而且不留遗憾。至于这个案件能不能成功，确实不是律师能左右的。我们有一些律师在一些案件中有一些超脱，但在一些案件中可能太在意最后的结果。非法证据排除不光在中国比较困难，我给大家举一个数据：一个来自香港张耀良律师，我几次到香港跟司法界的同仁进行座谈，我问他非法证据排除一旦申请成功率是多少？我得到的答案是不一样的，总体上不超过15%。当然他们大多数和我们不一样，是比较轻微的违法，我们这里可能是比较严重的违法。我前后到美国十几次，我到美国联邦法院和有关州的法院，每次我都提一个问题，非法证据排除规则律师申请后法院能够采纳律师观点有多少，最少的州8%，比较多的州能达到15%，也就是不超过15%。进攻性的辩护、程序性辩护在所有的国家和地区都不是很容易，它有它固有的困难，所以我很赞扬认认真真把过程做好，把辩护要点找到，把辩护的谋略都用尽，穷尽一切手段，最后的结果可能需要达观的态度。所以刚才王国红律师的观点我非常同意，你不可能每个案件都排除成功，它受到天时、地利、人和等各种因素的影响。

我今天还听到了一句话，给我启发很大。我们一定要学会在非法证据排除时，不要抽象的申请，笼统的开始，而要转为控方的硬伤，这是王国红律师的一个非常重要的观点，我专门记录下来。你笼统地说刑讯逼供没用，因为刑讯逼供这个概念是多么多么的敏感。各位律师朋友大家知道，刑讯逼供在我国是多重含义，刑讯逼供在刑法上是构成犯罪的，在程序上是程序违法，在公安、检察院管理当中是违纪，刑讯逼

论坛实录

供在国家赔偿法中是赔偿的对象，一个刑讯逼供会产生五六个法律关系。当我们笼统地谈论刑讯逼供的时候，你是否意识到，你让公安检察机关处于一种非常被动的地位，那就是他有可能受到刑事责任的追究。有一次我在唐山开一个会议，有一个立法官员和我说了一句话，说律师动不动就谈刑讯逼供，他哪儿知道刑讯逼供这四个字下笔是何等的严峻。如果在判决书中敢说侦查员是刑讯逼供，他就有可能受到刑事责任的追究。所以，王国红律师提到要找硬伤，而不是要笼统的论证，什么刑讯逼供、程序违法这种笼统的概念是没有意义的。我举一个例子，一个案件长达12个小时，不让睡觉，不让吃饭喝水。这就叫做硬伤。我不用说刑讯逼供四个字，12个小时不让睡觉，不让吃饭就已经构成酷刑，已经是违法的。我曾经见过一个极端的案例，某年7月1日晚8点开始讯问，到7月6日早上5点结束讯问，这已经是硬伤了。再比如，一次讯问过程，采取了各种违规的手段，逮捕、拘留决定下达仍然放在一个办案的场所，长达26个天，这都叫硬伤。什么意思，要把刑讯逼供程序违法的概念转化成具体违法的行为。从而，运用两个证据规定。两个证据规定在这方面有大量的情形，直接套用就行。干嘛非要说刑讯逼供，为什么非要让法院置于困难的境地呢。你会看到，即使成功的案例它也没办法说是刑讯逼供，它最多说程序违法，不能从根本上排除。

这是我今天的第一个体会。

第二个体会是非法证据排除规则它追求的是单个证据的排除。什么意思，非法证据排除是追求某一个证据不具有证明能力，把它排除于法庭之外，不能作为判案的根据。我这句话是有感而发的，我最近注意到两个案例，两个律师提出了惊人的相似申请。第一个案件，律师认为这个案件存在严重的违法，要求把本案所有证据排除于法庭之外，本案所有证据有28个，他要求全部排除，理由是严重违法。第二个案例也很相似，由于严重违法，要求把本案12个口供笔录全部排除于法庭之外，这叫笼统的排除，一概而论。美国和英国到现在为止，有一个制度叫dismiss of charge(撤销起诉)。它是指侦查员、公诉人员最严重的违反法律程序，在美国是违反宪法的，它可以让案件撤销，直接导致案件宣告无罪。中国没有，非法证据排除规则在任何一个国家和地区的基本特征是以单个证据为单位来展开的。这句话什么意思，当你在申请非法证据排除的时候，应该把某一个证据时间、地点、人物、手段、后果细化，具体到某一个证据。这才符合非法证据排除规则的基本要求。举一个案例，浙江有一个律师，在北京提出非法证据排除申请书，我

论坛实录

看了后耳目一新，他一共申请6份口供笔录排除。他写道：证据一，某年某月某日、地点、口供笔录，然后底下有简单的证据线索，然后证据二、证据三……我说为什么要这样申请，他说我排除一个是一个，有可能前三个排除了，也有可能后两个排除了。我说你怎么不想所有口供都排除，他说没有用，他说全部口供排除我要举证说明全部的口供证据都是违法的。所以有的时候我们法庭上一些过分的激愤之词替代了专业主义的辩护词。我这里提出一个概念，要走专业化道路。因为类似这样的语言你能成功吗？说这个案件严重违法，源头都错了，所以侦查是无效的，所有证据排除。这种语言我非常能理解，但是，它可能不太符合非法证据排除规则的精神和要求。它要求一个证据违法，一个证据要加以论证。不要忘记两个证据规定和2012年新刑诉法都有这样的要求：要我们被告方承担初步的举证责任，要提供相应的证据和线索，而且要使法官产生合理的怀疑。在申请非法证据排除是要具体到某年某月某日的某一份证据笔录、某一份口供笔录，具体到这个程度你的举证责任就比较好办，比较具体了，比较好操作。走专业化的辩术，而不能在那里发表过分激奋的语言。

第三个体会，今天下午孙瑞玺律师提出的一个观点，非法证据排除如何协调与被告人的关系。被告人作为委托人，你作为辩护人，你们之间是民法上的代理关系，走到天边这种代理关系是不变的，你的委托协议书就是代理合同。所以权利的来源，权利的所有权，权利服务的对象应该是被告人。因此在非法证据排除过程中，跟被告人的配合、协商、协调非常重要。我为什么讲这一点，有感而发。我今年5月份，某律师给一个受贿案件被告人辩护，他当庭要求把所有被告人的口供笔录全部排除，但被告人当庭认罪，并说我不要求排除任何口供，所有口供都是我自愿的。我们律师本能的认为是不是受到威胁、引诱以至于这种改变。这个律师后来到北京，我说你开庭前最后一次会见当事人是什么时候？他说开庭前因为忙没有会见，最后一次会见是开庭前大约20分钟。我说，你知不知道中国刑事辩护律师有一个成功的经验，在目前的国情下，最后一次会见非常重要，有的律师把最后一次会见称之为协调辩护立场的会见，用通俗的话讲叫“辅导的会见”，这些语词都代表我们律师自己的经验。在长达20分钟的时间里没有掌握被告人立场，使得双方的辩护和观点直接发生矛盾。我们做律师就气愤不过，就找法院审判长说我是独立辩护人他（被告）脑子进水了。法官问了一句，你走遍全世界给我看一看，被告人认为没有任何刑讯逼供、没有任何违

论坛实录

法取证，非法证据排除能成功的。有没有，有，不能说没有，极为罕见。这个二审被告人还是认罪。我提出一个观点供大家参考：非法证据排除最后一次会见，跟被告人开庭前的协调辩护立场非常重要。如果被告人不支持你的观点，跟你的意见相左，我建议要慎重。容易出现辩护结果直接对抗，使抗辩效果相互抵消。这是有感而发。这是第三个观点，和被告人立场的协商。这个问题容易给大家造成误解，律师是不是要完全顺着被告人的话说？不是。实际上被告人是你在开庭前要救助、帮助的对象。在法庭上是一种并肩作战的关系。这次新刑事诉讼法第37条第四款规定，自审查起诉之日起，律师会见在押被告人嫌疑人的时候，可以向他核实有关证据。这一条就是要在审查起诉阶段让被告人和辩护人协调立场，共同商量对有关证据的质证的立场、观点和策略。这次新刑事诉讼法吸收了我们辩护律师很多成功的经验。大家回去可以看一下。

第四个体会，如何处理好庭前的非法证据排除和法庭上的非法证据排除的关系。我今天听了不同的观点，有的律师和检察官法官认为庭前排除也是非常重要的，有的律师认为庭前排除容易暴露自己的底牌，造成打草惊蛇非常被动。两种观点都有道理，因为二者立场不同。公安、检察院和法院希望庭前组织非法证据排除（包括最高院的立场），他们的理由很简单，开庭前搞非法证据排除可以防患于未然，避免在法庭上陷入被动，另外一个，庭前搞非法证据排除一般都是可以补救的。我们律师看得很清楚，这份口供不适合，可以删除，重新做一份口供。这个是我们说侦查机关和公诉部门愿意庭前非法证据排除的目的。律师站在对抗的角度，怎么杀个措手不及，怎么取得最好的辩护效果，所以他对庭前排除比较犹豫，愿意在法庭上拿出杀手锏。我最大的一个体会是诏安县法院院长给我的启发，他的一篇文章给我很大触动，非常难得。我们光注意到对抗，其实对抗的另一面是合作。不要一味的对抗，美国是高度对抗的国家，美国的制度叫对抗制，美国英国是对抗制。你知道美国这种对抗制付出的代价是什么？90%的代价是辩诉交易。辩诉交易有几点要注意，很多情况下，律师掌握了杀手锏，要求非法证据加以排除。检察官一看肯定能成功，于是检察官主动要求达成协议吧，让当事人认罪，我主动降低罪名、减少罪名，做个交易。美国很多案件都是这样处理的，真正到法庭上双方激烈对抗的，不到10%，有个别州甚至5%-6%。我们在走向民主法治过程中，特别是近年来刑诉法改革道路中，律师界的权利意识苏醒了。我们很多律师都有斗争的勇敢，

论坛实录

这非常好，但多多少少我感觉到只讲对抗，不讲妥协（不是一味的妥协），妥协是有代价的。对抗也好，妥协也好，都是为了一个职业伦理：最大限度地维护客户的利益。不要把非法证据排除当成杀手锏，获得量刑的重要手段。今天上午姜建高律师讲完，赵运恒主任做的点评我非常赞同，表面上是巨大的逆转：非法证据排除一审排除了，二审又翻了。但是不要忘记，当地检察院指控犯罪的时候，接近十万，二审是4万，判了两年。这是什么意思，没有认定检察院指定的数额，那个数额是达到8万以上，4万判两年这是不是妥协，而且没有任何法定情节，他还当庭对抗，还非法证据排除呢，严格说来应该抗拒从严呢。那为什么8万降到4万，4万判两年，我的解读是：妥协的结果。而且那个二审判决书我认真地研究了一下，它对一审判决的逻辑、理由完全采纳了，完全认可。所以你说非法证据排除第一案失败了吗，表面看来，把一审非法证据排除的结果取消了是失败了，但我认为是一种妥协的结果。所以刚才也有律师担忧，一味的对抗带来的后果要么是延长案件的审理，导致诉讼拖延。甚至让法官非常被动，所以适当的妥协和适度的合作可以获得案件的转机。

非法证据排除是程序辩护，但它有可能转为以下几种结果。非法证据排除最好的结果是宣告无罪，我最近和田文昌大律师有一个合作，我们一起做了一个刑事辩护中国经验的一本书。他讲了在广东佛山的一个案例，不仅非法证据排除成功了，而且宣布无罪了。但从司法实践的情况来看，中国大陆目前最大的可能性是，非法证据被法院认可了，然后出现一下三种结果。第一：重罪改轻，比如故意伤害致死改为寻衅滋事。第二，犯罪赔偿数额减轻，把50万改为30万。第三，多罪减少罪。为什么不敢宣告无罪，我刚才讲了，这里带有很大的麻烦，是我们律师辩护解决不了的问题，这需要进一步司法改革才能解决。所以，我的体会是，非法证据排除如果能成功的话，成功的标准有多重，最高的境界是宣告无罪，但非常难。如果做不到这一点，做一点妥协，把他转化成重罪改轻罪，数额减轻，多罪减少罪，从而把刑罚降低，亦是一种维护委托人利益的结果。我这几年做学问开始和实践相结合，跟基层法院、律师接触比较多，在中国的现状是你过多的对抗，可能和法院、检察院造成无谓的对抗，而这种对抗表面上律师逞一时之快，但最终损失的是委托人的利益。不要忘记，我们律师在法庭上所有的立场最终是要围绕一个根本的职业伦理：要最大限度地维护委托人的利益。你在法庭上做政治家，做理想宣扬家不是你的场合，这个场合你要救这个最可怜的人，让他得到公正的判决，让他的利益得到最大限度的维护。

论坛实录

还有一个体会是，我们在做非法证据排除的时候，如何展开我们法庭上的非法证据排除的辩护。要谈一下我个人的体会和看法。非法证据排除的申请，它是一个专业化过程，要注意它的时机，要注意它的效果。根据新刑事诉讼法的要求，明年新刑事诉讼法要实施了，也根据两高司法解释最新的动向，我认为，尽量不要在开庭后申请非法证据排除，法庭一旦开庭申请非法证据排除不采纳你，就直接跟你对抗，采纳你的观点就意味着要休庭。有哪个法官愿意充分准备了案件审理后开庭后要立即休庭的，没有。这次新刑事诉讼法搞了一个制度，叫“庭前会议”，又叫“庭前听证”。刚才法院院长已经对这个问题研究的很透彻了。庭前会议是司法界、法学界经过多年努力斗争的结果，最终被立法部门采纳了。我也看到最高人民检察院刑事诉讼规则的建议稿，里面把这个也具体化了，坚决贯彻新刑事诉讼法。庭前会议要解决申请回避、申请证人出庭、申请非法证据排除。我感觉震惊的是，最高人民法院他将来的司法解释会规定，关于简易程序，关于阅卷，关于变更管辖的管理，这个阶段是律师集中展开程序辩护的阶段，是在法官组织之下跟公诉人就程序问题辩论的阶段。我强烈建议，明年1月1日这样一个刑事诉讼法实施以后，尽量要在这个阶段申请非法证据排除。它有三个好处：第一个让法官有充分准备的时间。第二个好处律师早早的开庭前提出，避免动辄休庭，避免跟法官处于无味的对抗。我感到非常痛心的是我们律师经常跟法官对抗。你看看咱们奥运会，不是有足球比赛，跟法官对抗、跟裁判对抗在全世界都是违反规则的。为什么会出现跟法官对抗，就是因为时机太晚，应该利用好这次新刑事诉讼法的机会，放在开庭之前阶段，申请非法证据排除，这样让法官有从容的时间、从容的准备。第三个好处是律师本人也可以做一些必要的准备。你看姜建高律师上午讲的非法证据排除第一案，我把它分为两个阶段。第一个阶段每一个律师都可以做到，但大部分都失败了，他有杀手锏，就是第二套方案。所以我补充一个观点，律师做非法证据排除辩护一定要准备多套方案。第一套方案：申请侦查员出庭作证、申请调取全部的录像资料，99.99%的法院驳回，这是中国目前的一个基本现状。你申请侦查员出庭作证，他说不便于出庭作证，出具情况说明。他不可能说他刑讯逼供，除非他精神有问题，他会说他依法进行侦查、文明执法、依法办案，还盖上公章。这个，不光是基层法院，连最高人民法院当年审判刘勇案件的时候就这样做的。再审审判刘勇案件，最高人民法院就认定，公安机关的侦查员、预审人员、看守员证明他们没有刑讯逼供，因此他们没有刑讯逼供。你这是不可能成功的，是整个

论坛实录

法院系统多年来的惯例，当然也是一种无可奈何。第二个，要求调取全部录像资料。我注意到有些律师对抗到什么程度啊，要求在法庭上播放全部的录像资料，有的有50个小时的录像资料，你得播放几天啊。一个案件最多审一个上午或一个下午，一播放播放六天，可能么？干嘛非要逼得法院逼到墙角呢？为什么不能退而求其次想另一种办法呢？比如我要求到法院去看一看录像资料，我要求播放某一个时间段那一点，当然，我们不能容忍他自己剪辑后给你弄一份20分钟的录像资料，这个毫无意义。所以你看在非法证据排除第一案中，这两个要求都给驳回了。那么姜建高律师在一审为什么可以成功，他走了第二套方案，原来调取了日记本，被告人章国锡在看守所有一个日记本调出来了。第二，他了解到看守所掌握了一个体表检查登记表。这个登记表上写到最高人民检察院两个证据规定的司法解释，非常重要。这是继云南躲猫猫事件后，公安部要求各看守所做的一个登记表。它实际上是一种看守所和侦查员之间的一个风险分担的证明。各看守所其实都有这样一个登记表。那个登记表上证明被告人章国锡受到了殴打伤害，有伤，最长的有2厘米，大家可以看看，网上都有这个案件的判决书。一审法院为什么会排除证据，就是因为一个日记本记录了刑讯逼供的过程；第二，到看守所调取了这样一个出入看守所的体表检查登记表，证明被告人受到了侦查员的非法取证，而且他身上有伤。我们发现姜建高律师他一审成功就在这里，所以一审法院最后宣告本案不能从根本上排除非法取证的可能，把非法证据排除，公诉人当时是哑口无言。我这里不再多举别的例子了，很多案件都是这样，就是第一步基本上被公诉人拒绝、法庭驳回。所以我们现在必须有多套方案。

我下面给大家建议一下这多套方案有这么几个特点在中国各地：

第一，看守所去找出入看守所时间的体表检查登记表，甚至有一些照片。第二个，田文昌大律师在佛山那个案件辩护词中用的是“要求鉴定”，就是被告人的一个脚指头被打伤了，他要求鉴定长出的新肉、伤情发生的时间是在羁押阶段，而且几次申请成功了。这个伤情鉴定和出入看守所时间表结合起来印证了是进看守所以后受的伤，而且不是在看所里面受的伤，是被侦查人员提走以后伤害的。所以佛山当地的法院才说本案不能从根本上排除非法取证的可能性，把非法证据排除了。还有一点，在申请非法证据排除的时候，可能要有一种，我用我们官方的语言叫要有统战的意识。什么叫统战的意识，要把法官、法院当

论坛实录

做统战对象，这是你唯一可以指望的同盟军，同样，把有些有正义感的检察官也变为自己统战的对象，要不然他们到法庭上会处于跟你矛盾的直接对抗、观点的直接对抗。这句话什么意思？要用法官听得懂的语言，要用法官能接受的思维方式，发表你的辩护意见。所以我经常说一句话，我们律师做辩论，除了援引法条、援引司法解释、援引学者的观点以外，能不能源于以下几个材料，第一个最高人民法院的裁定书、指导性案例，那么今天指导性案例的直接起草人也来了，未来指导性案例有可能大量出现，证据部分会出现；最高人民法院公报的案例，最高人民法院出版物刊登的案例，最高人民法院法官的论文，或者是最高人民法院高级大法官的讲话、文章都可作为援引的对象，用法官的逻辑、法官能接受的观点跟法官对话，比较容易沟通。不然的话，在这种激烈性的对抗中，就容易出现对抗的白热化。可能大家觉得，陈老师你讲了半天是鼓励我们向现实妥协、鼓励我们不去关注制度，关注我们的个案。因为今天不是讨论制度。早在2003年，中央司法改革领导小组成立的时候，我们很多司法改革当时都讨论了。可能在未来十年，二十年，这样一个时间段，中国的司法体制要发生根本的变化，可能性甚微。我觉得律师这个职业我认为它是一种特殊职业。这种职业的特殊体现在很多制度、很多机制一旦形成靠谁来激活，靠谁来推动和实施，只有律师。因为当事人一般不懂法律，那么你指望公检法，中国现在是高度政治化的公检法与高度市场化的律师，这是中国的基本现实。所以只有靠律师越来越强大的法律职业共同体来推动它的实施，站在理想主义和现实主义的交汇点来启动。一个案件不行，十个；十个案件不行，一百个，我们追求个案一步一步的脚踏实地的成功过，才能改变中国的制度。尤其是2010年两个证据规定，大家回去看一看，非法证据排除规则，15个条文；死刑案件证据规定，接近46个条文，非法证据排除的适用对象多达40个条文。到现在，都没有被激活。新刑诉法第54条到58条，5个条文的非法证据排除。如今成文法已经出来了，司法解释大量出现，我们要有一种勇气和智慧，双重结合，一个案件一个案件百折不挠的启动它。用德国法学家耶林的话说“法律的生命在于实施，而要实施必须有为权利而斗争的人，而这些人非我们律师莫属”。但愿这句话与大家共勉，谢谢大家！

赵运恒：非常感谢陈老师精彩的点评！更加期待陈老师对于辩护律师前景的这种期待和鼓励，对于中国法治精神的期待和鼓励，让我们再一次感谢陈老师！

论坛实录

从昨天到现在我们可以感受到会务组和整体环境都非常好，各项工作有条不紊的进行着。最主要的功劳在于我们这次论坛的另一个承办方，大成律师事务所厦门分所。下面让我们以热烈的掌声欢迎厦门分所主任郭宏清致闭幕辞！



大成厦门分所主任郭宏清：

我想说八个字“意犹未尽，余音在耳”。时光飞逝，虽然我们还有很多话想说，但是这次论坛即将落下帷幕。那么作为非法证据排除规则，它是一个惩罚犯罪和保障人权的平衡点。我想无论前方的道路还有多少荆棘，但此次论坛的召开已经在通往彼岸的道路上留下了我们执着前行的脚步。今年是大成20周年大庆，大成厦门分所也已经走过了四年多的历程，成为拥有60多个职业律师的大所，我们大成还会不断地举办这样的论坛，和全国的法律人一道为中国的法治昌明贡献自己的力量。在此，我代表大成

律师事务所和承办这次论坛的刑事专业委员会、刑事部、厦门大成，对樊崇义老师、陈瑞华老师和李兰英老师以及与会的各位嘉宾的精彩演讲表示深深的感谢，谢谢你们！同时感谢伴随着我们法律人一致呼唤法制进步的媒体朋友们！谢谢你们！为此次论坛顺利举行付出辛勤努力的大成总部和厦门分所会务组的朋友和我们的同仁们，谢谢你们！最后我宣布2012大成刑事论坛——非法证据排除规则与律师辩护论坛到此顺利闭幕！

律师感受

不畏浮云遮望眼，风物长宜放眼量

——《非法证据排除规则与刑事辩护》论坛的感受

刑事业务部合伙人 张志勇

由大成律师事务所主办，大成律师事务所刑事业务专业委员会、刑事部、大成厦门分所承办的“非法证据排除规则与律师辩护”论坛（下称厦门会议），于2012年7月28日在厦门帝元维多利亚大酒店成功举办，圆满闭幕。与会的专家有北京大学陈瑞华教授、中国政法大学樊崇义教授、厦门大学李兰英教授，最高人民检察院、最高人民法院及相关司法界的领导出席会议，律师界的代表来自五湖四海，包括来自宝岛台湾和香港特别行政区的知名律师。大家就非法证据排除规则与刑事辩护的相关话题，畅所欲言，气氛热烈。我参加会议并发表主题演讲，收获良多，体会很深。主要感受有两点：

一、会议主题鲜明，具有前瞻性，理论性与实践性俱佳

厦门会议的主题是“非法证据排除规则与刑事辩护”，该主题立意高远，极富前瞻性。众所周知，随着刑事诉讼法的修改，许多前沿问题引起理论界与实务界的关注。非法证据排除规则就是刑事诉讼法修改的一个亮点。2010年5月30日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部和司法部联合发布了《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

律师感受

证据若干问题的规定》，这两个规定，尤其是后者的出台，具有划时代的意义。而且刚刚修改的刑事诉讼法吸收了这两个《规定》的成果，对非法证据的排除，进一步予以明确规定。非法证据排除，属于程序性辩护，对于刑辩律师而言，是刑事辩护的利器。

程序性辩护之所以被称为“最好的辩护”，是因为它属于通过指出公安、检察机关和法院在办案程序上的瑕疵和缺陷，来说服法院宣告某一诉讼行为无效、达到辩护成功之效果的辩护形态。作为一种反守为攻的辩护，程序性辩护是刑事辩护皇冠上的一颗明珠，属于刑事辩护的最高境界。作为一种“进攻性辩护”，美国的德肖维茨教授将其称为“最好的辩护”。

我国的刑辩律师越来越认识到程序性辩护的重要性，并在刑事辩护中广泛予以应用。刑事诉讼法的修改，为刑辩律师开展程序性辩护提供了法律利器。我们运用程序性辩护时，要重点解决二个问题：一是非法证据的排除，二是关键证人的出庭作证。唯有如此，才能把程序性辩护发挥到极致，起到很好的辩护效果。

因此，厦门会议的主题鲜明，时代感强，对于刑事辩护，在理论和实践上都具有重要意义。

二、不畏浮云，知难而进，战胜困难，加强修养，培养技能，重塑信心，迎接挑战

自古以来，人们面对困难和挫折，总会有不同的反应。盛唐大诗人李白郁郁

律师感受

不得志时，在千古名篇《登金陵凤凰台》中用“总为浮云能蔽日，长安不见使人愁”这两句诗表达他的心情。长安是朝廷的所在，日是帝王的象征。“总为浮云能蔽日”句使用了比喻，以“浮云”喻奸佞臣子，以“日”喻君主，“总为浮云能蔽日”暗示皇帝被奸邪包围，自己报国无门，十分沉痛。诗人所写的“愁”体现的正是这种忧君忧国、怀才不展、时不我待的心情。

而伟大的改革家北宋文人王安石则有另外一种胸怀。王安石反用李白之诗，在《登飞来峰》写道：“不畏浮云遮望眼，自缘身在最高层”，表现了诗人在政治上高瞻远瞩，不畏奸邪的勇气和决心。这两句诗蕴含着深刻的哲理：人不能只为眼前的利益，应该放眼大局和长远。

毋庸讳言，目前我国的司法体制和执业环境，的确存在许多问题。刑事辩护中，当我们面对司法不公、司法黑暗时，许多律师也是怀着悲愤的心情，痛苦而且无奈。但是，我们不能抱怨，不能沉沦，要积极对待，提高自身素养，钻研刑辩技巧，提高执业水平，从长远考虑，树立对中国法治的信心。

在论坛上发言的一位女律师，用她办理的四起非法证据排除案例，生动地给我们上了一课。随着新的刑事诉讼法即将实施，我们必须抓紧时间应对，努力提高我们的执业水平，迎接新的挑战。

“牢骚太甚防肠断，风物长宜放眼量”。毛泽东规劝柳亚子先生的话，不绝于耳。社会在进步，体制在改革，随着刑事诉讼法的修改，刑事辩护的春天已经到来。

刑辩之星



张海勇律师

北京大成（厦门）律师事务所合伙人、刑事业务部主任

教育背景

中国政法大学国际经济法专业 法学学士

工作经历

1994年—1999年任厦门市公安局科员/副科长

1999年—2002年任厦门海发投资实业股份有限公司（现名旭飞投资，证券代码000526）任副总经理兼任广东旭飞集团有限公司总裁助理

2002年—2008年任福建兴世通律师事务所专职律师/合伙人

2008年至今任北京大成（厦门）律师事务所合伙人/刑事业务部主任

专业领域

张海勇律师充分利用精通刑事法律及熟悉公司治理、财务管理的优势，以经济犯罪辩护与代理作为主要业务领域，多年来代理了大量涉及公司企业及其高管人员的重大刑事案件，曾成功为厦门小精灵日用品有限公司涉嫌合同诈骗1800万元案、厦门闽特进出口有限公司涉嫌合同诈骗6600万元案等特大刑事案件提供了卓有成效的无罪或罪轻辩护，还曾为数十家公司企业及高管人员成功辩护涉嫌走私、偷税、虚开增值税专用发票、职务侵占、

刑辩之星

商业受贿等刑事案件。除此之外，张海勇律师还对组织领导黑社会性质组织、走私贩卖毒品、电话信息诈骗、信用卡诈骗等集团犯罪案件和由群众信访、征地拆迁等引发的群体性刑事案件进行了深入研究，担任数十起集团犯罪或群体性案件的首要或主要犯罪嫌疑人的辩护人，通过精心辩护成功维护当事人的合法权益，并为公安机关、检察机关办理刑事案件的程序、证据等方面提出良好的意见和建议，对监督侦查、公诉机关严格依法办案、提高办案质量、平息和缓和社会矛盾起到一定的积极作用。

目前担任北京市大成律师事务所厦门分所刑事业务部主任，为深化刑事业务的专业化分工改革进行了积极探索，着力为律师事务所培养刑事辩护专业人才而努力。



DACHENG
LAW
OFFICES

大成律师事务所

www.dachenglaw.com

北京市东直门南大街3号国华投资大厦5、12、15层（100007）

5-12-15/F, Guohua Plaza, 3 Dongzhimennan Avenue, Dongcheng District, Beijing, 100007, China

Tel : 86-10-58137799

Fax: 86-10-58137788 86-10-58137711