

# 困境与破解：程序性辩护实证研究

林佳嘉

(四川大学 法学院, 四川 成都 610207)

**摘要：**实证研究发现，程序性辩护主要面临三大问题：一是非法证据排除提出难、启动难、排除难；二是程序性辩护被滥用、审前程序性辩护被忽略；三是实体性辩护与程序性辩护主次把握不清。因此，为进一步完善程序性辩护制度，文章提出相应的建议：一是立法上完善非法证据排除规则；二是辩护律师在不同诉讼阶段和诉讼程序中把握辩护重点；三是围绕非法证据排除规则和发回重审制度采取有效的辩护策略；四是司法上应加大对程序性辩护意见的回应。

**关键词：**程序性辩护；非法证据排除；发回重审；辩护重点

**中图分类号：**D925.3 **文献标志码：**A **文章编号：**1674 - 5639 (2022) 02 - 0041 - 09

**DOI：**10.14091/j.cnki.kmxyxb.2022.02.007

## Dilemmas and Solutions: An Empirical Study of Procedural Defense

LIN Jiajia

(Law School, Sichuan University, Chengdu, Sichuan, China 610207)

**Abstract:** Empirical research shows that procedural defense is faced with three main problems. First, it is difficult to put forward, start and eliminate illegal evidence. Second, procedural defense is abused and the procedural defense before trial is ignored. Third, substantive defense and procedural defense of the primary and secondary grasp is unclear. Therefore, in order to further improve the procedural defense system, the corresponding suggestions are put forward. First, the illegal evidence exclusion rules will be perfected in legislation. Second, defense lawyers in different stages and procedures will grasp the focus of defense. Third, effective defense strategy will be adopted around the exclusions rule of illegal evidence and remand system. Fourth, judicial response to procedural defense opinion will be strengthened.

**Key words:** procedural defense; illegal evidence exclusion; retrial; the key point of defense

### 一、问题的提出

根据陈瑞华教授的观点，程序性辩护可以分为“广义的程序性辩护”和“狭义的程序性辩护”。前者是指一切以刑事诉讼程序为依据的辩护，后者旨在寻找负责侦查、公诉和裁判的

官员在诉讼过程中存在的程序性违法行为，并提请法庭宣告侦查、公诉或裁判行为无效法律后果的辩护<sup>[1]</sup>，且狭义的程序性辩护才是“法律意义上的辩护”<sup>①</sup>。

程序性辩护的相关理论在中国起步较晚，最早出现在1996年版《中华人民共和国刑事诉讼法》第191条<sup>②</sup>和1998年最高人民法院《关于执行

收稿日期：2021 - 09 - 04

作者简介：林佳嘉（1998—），女，海南海口人，硕士研究生，主要从事刑事诉讼法研究。

①陈瑞华教授认为，法律意义上的辩护是指存在中立第三方的辩护，比如庭审中的程序性辩护就是法律意义上的辩护。

②1996年版《中华人民共和国刑事诉讼法》第191条：“第二审人民法院发现第一审人民法院的审理有下列违反法律规定的诉讼程序的情形之一的，应当裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判：（一）违反本法有关公开审判的规定的；（二）违反回避制度的；（三）剥夺或者限制了当事人的法定诉讼权利，可能影响公正审判的；（四）审判组织的组成不合法的；（五）其他违反法律规定的诉讼程序，可能影响公正审判的。”现已经修改为2018年版《中华人民共和国刑事诉讼法》第238条。

《中华人民共和国刑事诉讼法》若干问题的解释》第 61 条<sup>①</sup>。随后,《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》也做了相关规定。2017 年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合发布了《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》,2018 年《人民法院办理刑事案件庭前会议规程(试行)》《人民法院办理刑事案件排除非法证据规程(试行)》《人民法院办理刑事案件第一审普通程序法庭调查规程(试行)》的出台和《中华人民共和国刑事诉讼法》的修改,进一步细化了非法证据排除规则,使得程序性辩护在司法实践中更具有实用性。但是,上述规定在实践中效果如何,仍待检验。

程序性辩护的理论较为充实,但实践中的程序性辩护开展情况却较少有人关注。基于此,笔者采用实证研究的方法,以相关裁判文书为考察对象进行分析研究,重点聚焦于非法证据排除规则和审理程序两大内容,探讨程序性辩护的司法实践及其存

在的问题,并提出相应的建议,以期推动程序性辩护制度的完善。

## 二、样本来源及初步分析

“程序性辩护是指被告人及其辩护人就警察、检察官、法官违反法定诉讼程序问题所作的辩护。”<sup>[2]179</sup>因此,笔者以“违反法定程序”为关键词进行搜索,下载了 Open Law 网站上 2019 年所有相关的刑事裁判文书,经过筛选,共得到有效裁判文书 377 份(被告人 776 名),其中,判决书 127 份(被告人 187 人),裁定书 250 份(被告人 589 人)。

### (一) 案件分布情况

由图 1 可以看出,377 份裁判文书分布于全国 31 个省(自治区、直辖市),其中,广东省和山东省的案件均达 30 件以上,青海、宁夏、浙江、上海、天津、西藏等地的案件则在 5 件以下。总体而言,样本分布广泛、全面,可以较为客观地反映出全国范围内的程序性辩护案件分布情况。

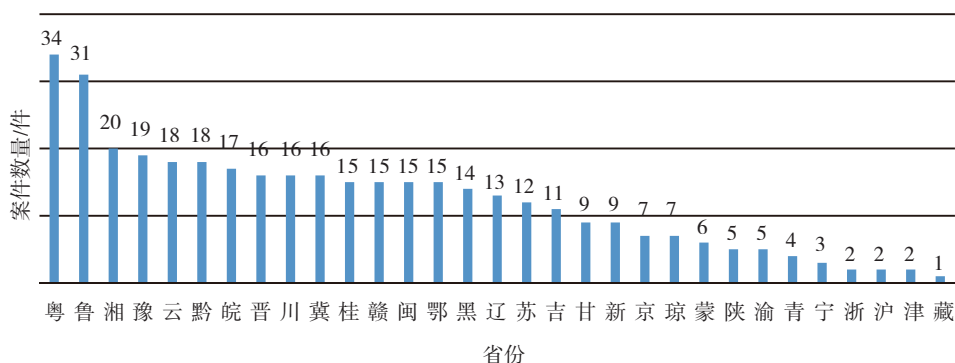


图1 案件分布省份统计

### (二) 案件罪名情况

笔者收集的 377 份裁判文书中,共涉及 37 种具体的罪名<sup>②</sup>(见图 2),排名前三的案件为:毒品类犯罪案件 57 件,占比 17.1%;诈骗类犯罪案件

41 件,占比 12.3%;故意伤害罪案件 34 件,占比 10.2%。此外,危险驾驶罪案件和寻衅滋事案件均为 29 件,各占 8.7%。可以看出,毒品类和诈骗类案件出现比例较高。笔者推断,这两类案件证据复杂、数量多且较为隐蔽,搜查取证过程容易发生

<sup>①</sup>1998 年最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第 61 条:“严禁以非法的方法收集证据。凡经查证确实属于采用刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的方法取得的证人证言、被害人陈述、被告人供述,不能作为定案的根据。”

<sup>②</sup>由于一人犯数罪、多人共同犯罪的出现,因此实际罪名为 333 个。

违反法定程序的行为。

需要注意的是，由于公诉阶段的违法行为在裁判文书中难以体现，无法统计。因此，笔者只能重点统计侦查人员和审判人员的程序性违法行为，这也是本文数据存在的不足之处。

根据陈瑞华教授的观点：“程序性辩护可以根据辩方所要挑战的诉讼行为合法性类型分为两种：一是非法证据排除规则，二是撤销原判、发回重审制度。”<sup>[2]</sup><sup>202</sup>本文主要以非法证据排除规则和发回重审制度为视角对程序性辩护展开研究。

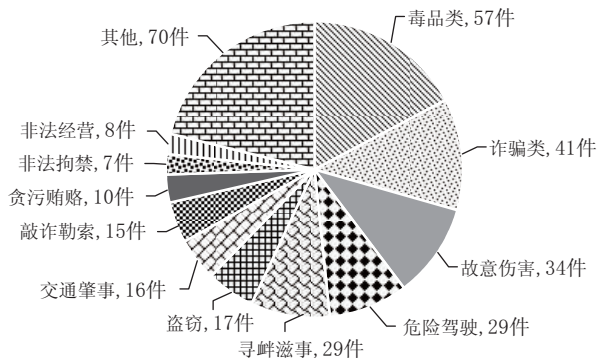


图2 案件罪名统计

### 三、困境：程序性辩护的实践展开

#### （一）程序性辩护的提出

统计表明，程序性辩护的提出高度依赖于辩护律师。首先，由表1可知，辩护人提出人次高达234次<sup>①</sup>，远超过被告人（130次）。其次，程序性辩护案件中，辩护率也远高于一般刑事案件<sup>②</sup>。据统计，被告人委托辩护的共有437人，占比56.31%，其中，委托两名辩护人的有97人，占比12.50%；指定辩护的有256人，占比32.99%；自行辩护的有83人，仅占10.70%（见表2）。

表1 “程序性辩护”提出主体统计

提出主体	提出人次
辩护人	234
被告人	130

程序性辩护的提出较为依赖律师的法律专业知识，其依据主要是程序法方面的法律法规，因此，

①一些二审案件中有部分被告人未上诉，所以未提出程序性辩护。

②我国刑事案件的律师辩护率尚无官方权威的统计数据。笔者查阅资料后发现，研究者们普遍认为一般刑事案件的律师辩护率在30%左右。

辩护人的提出人次较多、辩护率高于一般刑事案件。这从侧面也反映了程序性辩护越来越受律师重视，且在律师参与下，程序性辩护更易被法院采纳。

表2 辩护种类统计

辩护种类	人数/人	占比/%
委托辩护	437	56.31
指定辩护	256	32.99
自行辩护	83	10.70
双辩护人	97	12.50

#### （二）非法证据排除规则

##### 1. 申请排除的非法证据种类及理由

由图3可知，在377份裁判文书中，总共有11种296份证据被辩护人要求使用非法证据排除规则进行排除，涉及所有证据种类。其中申请最多的是鉴定意见，其次为被告人供述以及证人证言。鉴定意见被申请排除的理由主要为使用的检材来源非法、鉴定程序违法、鉴定主体无鉴定资格，委托鉴定的主体非法等；被告人供述和证人证言被申请排除的理由则为：遭受刑讯逼供、讯问地点不合规定、仅有一名侦查人员进行讯问或询问、首次讯问没有告知被讯问人相关权利义务，等等。

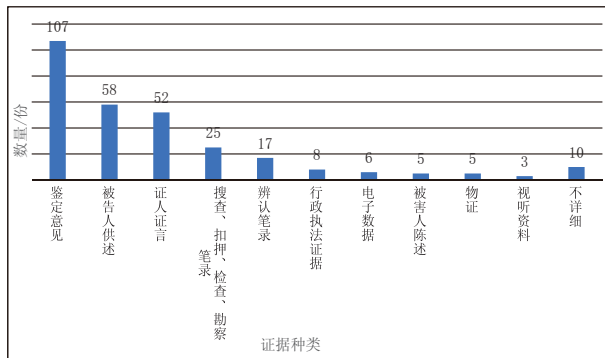


图3 申请排除的非法证据种类统计

##### 2. 启动非法证据排除程序的情况

据统计，共有212件案件被申请启动非法证据排除程序（以下简称“排非程序”），最终成功启动“排非程序”的案件有20件，占比不足10%，

其中, 采纳辩护人排除非法证据意见的案件仅有 16 件<sup>①</sup>。被驳回申请的案件共有 191 件, 其占比最大。此外, “排非程序” 均在一审被申请启动, 尚未出现二审期间申请的案例。

### 3. 法院认定情况

由表 3 可知, 首先, 共有 30 份证据被法院排除, 占有所有被申请排除证据 (296 份) 的 10.14%, 其中, 有 23 份证据 (15 件案件) 被认定为非法证据而强制排除, 占比 7.77%; 有 7 份证据 (3 件案件) 因不能补正而排除, 占比 2.36%; 其次, 共 42 份证据 (37 件案件) 被认定为瑕疵证据, 占比 14.19%; 最终未被排除的证据有 224 份, 占比 75.68%。从证据种类看, 共有 6 份证人证言被排除, 占 52 份证人证言 (见图 3) 的 11.54%, 5 份被告人供述被排除, 占 58 份被告人供述 (见图 3) 的 8.62%, 鉴定意见被法院排除的比例则为 4.67%。初步看来, 非法证据在实务中被成功排除的比例不高, 同时被排除的证据主要集中在证人证言和被告人供述等传统言词证据。

表 3 非法证据和瑕疵证据认定情况统计

单位: 份

证据种类	被排除的非法证据		被认定为瑕疵证据
	强制排除	不能补正而排除	
被告人供述	4	1	3
鉴定意见	5	-	9
笔录类	1	3	11
证人证言	5	1	6
被害人陈述	1	1	-
物证	4	1	6
电子数据	2	-	3
书证	1	-	4
总计	23	7	42

注: 笔录类证据主要包括辨认笔录、勘验笔录、检查笔录、搜查笔录、侦查实验笔录等。

### 4. 非法证据被排除后对案件结果的影响

从表 4 可知, 在 377 件案件中共计出现了 3 件无罪判决<sup>②</sup>, 其中, (2018) 晋 02 刑再 1 号判决书里, 由于侦查人员违反回避原则, 其取得的证人证言最终因无法补正而被排除; (2018) 晋 1081 刑初 61 号判决书则详细地对判决书中的被害人陈述、证人证言、鉴定意见等是否构成非法证据做出了解答。此外, 有 12 件案件针对该案中的某项或某几项证据不予认定<sup>③</sup>。同时, 还出现由于鉴定意见存在重大瑕疵而被排除, 导致检察院对危险驾驶罪的指控不成立。<sup>④</sup>

表 4 非法证据被排除后的案件结果

单位: 件

案件结果	无罪	对某项证据不予认定	量刑减轻或免于刑事处罚	无影响
数量	3	12	2	7

这种申请排除非法证据的辩护也是一种挑战控方证据合法性的辩护, 其直接意图在于否定特定控方证据的证据能力, 使其不能转化为定案的根据。<sup>[3]</sup>如果辩方申请排除的证据是影响定罪量刑的核心证据, 那么该证据的排除有可能导致该案无罪或者全案被发回重审; 如果只是导致法院对某项证据的不予认定, 也意味着辩方的初步胜利。

经笔者研究发现, 虽然法院对某项非法证据不予认定, 表面上看辩护人的辩护策略初有成效, 但实际上非法证据被排除后对案件最终结果并不会产生实质性影响: 无罪的案件微乎其微, 除了对某项证据不予认定或量刑上有些许考虑, 其余不会影响罪名认定。“从逻辑上也可以认为这些案件即使排除了相关非法证据, 仍然符合新《刑事诉讼法》第 53 条的规定, 达到了证据确实充分的标准, 因

①部分案件虽然启动了非法证据排除程序, 但是法庭最终并未采纳辩护方的意见将证据排除。

②3 件无罪判决分别是: (2019) 冀 0822 刑初 6 号、(2018) 晋 1081 刑初 61 号、(2018) 晋 02 刑再 1 号。

③这 12 件案件分别是: 判决书 (2019) 内 0724 刑初 10 号、(2019) 冀 1128 刑初 45 号、(2018) 桂 1081 刑初 118 号、(2019) 赣 0826 刑初 34 号、(2019) 桂 1081 刑初 118 号、(2019) 云 0828 刑初 30 号、(2019) 苏 0391 刑初 210 号、(2019) 新 4301 刑初 214 号和 (2019) 吉 03 刑终 134 号; 裁定书 (2018) 内 01 刑终 149 号、(2019) 京 02 刑再 1 号和 (2019) 冀 06 刑终 266 号。

④参见 (2019) 吉 0605 刑初 30 号判决书: “经查, 本案无抽取血样登记表, 对提取王义利血样的过程亦无录像等证据予以佐证, 王义利对公安机关出具的说不认可, 公诉机关指控王义利犯危险驾驶罪的证据存在重大瑕疵, 对鉴定的血样是否为王义利的血液存疑, 故对公诉机关指控王义利犯危险驾驶罪不予认可。”

此未对案件的最终结果产生实质性的影响。”<sup>[4]156</sup>法官依旧能通过其他证据完成自由心证，形成证据链条。需要注意的是，如果非法证据排除与否对案件结果无实质影响，有可能会导导致非法证据排除规则落空，这将无法起到震慑侦查机关的作用。

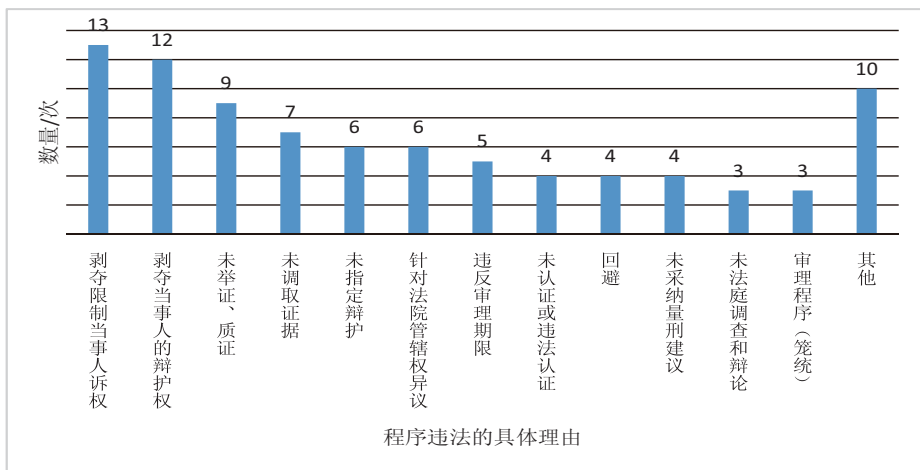
### （三）申请撤销原判、发回重审的辩护现状

根据2018年版《中华人民共和国刑事诉讼法》（以下简称《刑事诉讼法》）第238条<sup>①</sup>：辩护方可以从两个角度来挑战一审法院审判程序的合法性：一种是提出并论证一审法院违反了公开审判、回避、审判组织等法定诉讼程序，另一种则是提出并论证一审法院剥夺当事人的诉讼权利或其他违反法律诉讼程序并且要求可能影响公正审判。前者被称为“绝对的程序性违法”，因为这些行为违法情节较为严重，严重侵犯了当事人的利益，必须要被

宣告无效；后者被称为“相对的程序性违法”，因为二审法院享有一定的自由裁量权，辩方需要证明不仅自身违法性十分严重，而且造成了较为严重的后果<sup>[2]204</sup>。辩护人通过提出一审法院违反审理程序，意在将案件发回重审，使被告人在案件实体方面得到更多的救济。

#### 1. 辩方提出法院违反审理程序的具体情形

根据图4可知，辩方总共有86次提出一审法院的审理违反法定诉讼程序。其中，违反《刑事诉讼法》第238条前4种情形的不多，部分辩护人根据兜底条款提出了许多未明确规定的违法情形，认为这些情形都可能影响公正审判。实践中出现了一种乱象：一审法院并未采纳辩方的程序性申请，他们就上诉提出法院违反审理程序，而不考虑其申请是否于法有据，这不仅加大了法院的工作量，更对案件辩护无太大益处。



“其他”包含未公开宣判、未撤销原判就改判、送达、未经再审确定为错案、执行程序、一审法院未启动“排非程序”、一审法院改变罪名未听取意见、未告知被告人适用简易程序、一审法院未及时移送材料、在鉴定意见为重要证据的情况下未等到出鉴定结果就进行判决等。上述理由被辩护人提出的次数均各为1次，因数量较少，便不在图4中单独呈现，而是统一归入“其他”之中。

图4 法院违反法定程序提出情况

#### 2. 法院采纳情况

据统计，在有关法院违反审理程序裁判文书

中，驳回上诉维持原判的案件共有65件，撤销原判发回重审的案件有23件。此外，还有3件案件

<sup>①</sup>2018年版《中华人民共和国刑事诉讼法》第238条：“第二审人民法院发现第一审人民法院的审理有下列违反法律规定的诉讼程序的情形之一的，应当裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判：（一）违反本法有关公开审判的规定的；（二）违反回避制度的；（三）剥夺或者限制了当事人的法定诉讼权利，可能影响公正审判的；（四）审判组织的组成不合法的；（五）其他违反法律规定的诉讼程序，可能影响公正审判的。”

被法院认为存在瑕疵程序：分别是（2019）黔 27 刑终 252 号、（2019）闽 06 刑终 39 号和（2019）豫 1302 刑初 988 号。这 3 件案件的共同点是原审法院在事实认定等程序方面虽然存在瑕疵，但是并未最终影响到案件的证据认定，因此对原审的判决结果并无影响。

通过实证研究发现，实践中直接违反《刑事诉讼法》第 238 条前 4 种情形被二审法院撤销原判发回重审的案件并不多见。笔者推测，这是因为目前法院确实做到审判流程较为规范和透明，辩护人无法指出太大的漏洞。但同样值得关注的是，许多辩护人在辩护过程中任意扩大《刑事诉讼法》第 238 条第 5 项情形的范围。其深层原因则在于我们的立法规定不明确，对“可能影响公正审判”的情形未予明晰。辩护人按照自己的理解提出辩护，是否采纳则大量地依靠法官的自由裁量，被驳回的案件数量较多也在意料之中。

#### （四）其他的程序性辩护

除了申请非法证据排除的程序性辩护和申请二审法院撤销原判发回重审的程序性辩护，还出现其他种类的程序性辩护，例如：针对管辖的程序性辩护、强制措施的程序性辩护。

##### 1. 针对管辖的程序性辩护

在统计的 2019 年裁判文书中，共有 6 件为辩护人针对法院提出管辖权异议的案件，5 件案件<sup>①</sup>为针对侦查机关的管辖问题提出的程序性辩护。这 5 件案件的共同点都是辩护律师认为侦查机关无立案管辖权，进而指出其搜集的证据材料不具有合法性。虽然案件数量不多，但是这也反映出程序性辩护的一个新思路：通过提出侦查机关不具有立案管辖权而直接否认所有证据，削弱公诉机关的指控，强调管辖错误会对案件事实认定产生影响，将实体性辩护与程序性辩护相结合。

##### 2. 针对强制措施的程序性辩护

针对强制措施的程序性辩护也值得我们关注。由表 5 可知，被告人被逮捕的占比为 63.53%，超过一半的被告人都被逮捕，逮捕变成取保候审的占

比为 4.77%，仅有 4 件案件的辩护人针对强制措施进行了程序性辩护。笔者认为，在目前高羁押率的情况下，辩护人可以考虑加大针对管辖和强制措施的程序性辩护力度。

表 5 被告人被采取强制措施的种类统计

强制措施种类	数量/人	占比/%
取保候审	62	7.99
逮捕变更为取保候审	37	4.77
监视居住	23	2.96
拘留	8	1.00
逮捕	493	63.53

#### （五）程序性辩护的突出问题

##### 1. 非法证据排除提出难、启动难、采纳难

非法证据排除规则的立法原意在于震慑和规范侦查机关的取证行为，进而促进司法公正，切实提高犯罪嫌疑人和被告人的人权保障水平，但是实践中非法证据排除规则却遭遇尴尬的处境：首先，根据《刑事诉讼法》的规定，犯罪嫌疑人自被侦查机关第一次讯问或采取强制措施之日起才能聘请律师，同时律师在侦查人员讯问时不能在场，实际上，辩护人很难全程参与侦查人员的取证过程。根据《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》第 23 条，被告人及其辩护人申请排除非法证据需要提供相关线索，否则法院对申请不予受理。然而，在强大的侦查机关面前，被限制人身自由的被告人很难保留并提出相关非法取证的线索。其次，就算辩护人初步提出了被告人被刑讯逼供的线索，法院也不一定会启动证据合法性的调查。第一，申请提出后，法官工作量将增加，影响审判效率；第二，排除非法证据未纳入考核，但是该程序必须等待公诉人提交证据，会耗费大量时间，影响考核。<sup>[4]155</sup>因此，非法证据的排除在法庭庭审中常常流于形式，法官大多会以该线索不足以证明存在非法取证行为而否决辩护人的申请，或者简单阅卷后以不存在非法证据为由驳回排除非法证据的申请。最后，关于非法证据排除的辩护意见被采纳的比例不高。通过梳理裁判文书发现，辩护人

<sup>①</sup>这 5 件案件分别为：（2019）赣 06 刑终 28 号、（2019）粤 0608 刑初 214 号、（2019）甘 0102 刑初 454 号、（2018）粤 0606 刑初 2487 号和（2018）粤 0606 刑初 2487 号。

申请排除的非法证据种类大多集中在被告人供述、鉴定意见和毒品案件中因称量、取样、扣押、送检程序违法而搜集的涉案毒品（物证）。然而，在开庭时，鉴定人员和侦查人员往往并不出庭，单位仅仅出具一纸《情况说明》，法院便认定鉴定或搜集程序虽有瑕疵但已作出了合理解释。在申请排除被刑讯逼供的被告人供述的同时，辩护人会申请播放讯问时的同步录音录像加以佐证，但是公诉机关会以该案件不属于应当全程录音录像的案件加以拒绝，或者就算播放也是有选择性地播放某些片段。“这种无法保持势均力敌的‘非法证据排除程序’，充其量只是一种形式化的庭审过程，而无法对侦查行为合法性进行实质审查。”<sup>[5]</sup>

### 2. 滥用程序性辩护

值得肯定的是，现在许多律师已经开始有意识地去使用程序性辩护，但是这些辩护人似乎走入了误区：滥用、乱用程序性辩护。在使用非法证据排除规则的程序性辩护中，有些律师首次开庭时就把所有证据都认定为非法证据，申请法院对全案证据予以排除，不区分非法证据、依法应当排除的证据和瑕疵证据；有些案件一审已经提出排除非法证据的申请并且法院已经启动证据合法性调查，最终也成功排除了该证据，进入二审后律师们依旧要求进行非法证据排除，难免有浪费司法资源之嫌。在针对法院违反审理程序的二审案件中，辩护人虽然提出了一审法院未采纳其调取证据的申请违反法定程序，却未充分阐明该证据与案件的关联性，没有把握好自己的程序性权利，法官依照自由裁量进行驳回也就不足为奇；还有些律师或者被告人只是简单地提出一审审理程序违法，就请求撤销原判发回重审，这显然难以使法院信服。从裁判文书反映出的情况可以发现一个普遍问题，许多律师似乎从未真正理解程序性辩护的内涵和价值，只是为了用而用，为了提出而提出。

### 3. 不同阶段辩护重点主次不分

实践中，除了滥用程序性辩护，辩方在不同阶段庭审的重点主次不分。其一，过于重视审判阶段的程序性辩护而忽视审前阶段的程序性辩护，审前阶段的强制措施容易侵犯犯罪嫌疑人、被告人的人身权利和财产权利，但是实务中针对强制措施提出程序性辩护的案例并不多见，而这对处于侦查阶段

被限制人身自由的犯罪嫌疑人来说却尤为重要，相较于被逮捕，他们更希望能够被取保候审。其二，在审判阶段过于关注一些与定罪量刑无关的瑕疵程序性的问题，或者在一审法院拒绝其一些明显不会被允许的有关程序性权利的申请后，以此为由提出上诉，不仅无益于辩护结果，还可能降低庭审效率。其三，实体性辩护与程序性辩护在侦查、审查起诉和审判阶段的主次关系不突出。实践中辩护人大多关注侦查机关的违法取证行为，对法院违反审理程序和其他程序性辩护的关注不够。

## 四、破解：对策与建议

### （一）立法上完善非法证据排除规则

非法证据排除提出难、启动难、采纳难的问题，单靠辩护人的力量很难解决，若想从根本上改变，只能从立法层面对非法证据排除规则进行完善。第一，犯罪嫌疑人、被告人一方不是必须提出线索，而是可以提出线索。只要提出了排除非法证据的申请，除非是明显不成立的情形，就应该启动“排非程序”进行证据审查。“法官在具体适用法律时更不能‘强人所难’，既不能对辩方提供线索或者材料提出过高的要求，更不能将法律规定的控方承担取证合法性的证明责任转换为辩方承担非法取证的证明责任。”<sup>[6]</sup>第二，落实侦查人员、鉴定人出庭制度。当辩方提出非法证据排除申请且法庭认为证据确有异议时，法官应该要求侦查人员、鉴定人出庭接受交叉询问，如果侦查人员、鉴定人拒绝出庭，而是仅仅出具《情况说明》，法院应认定为未作出合理解释，不予认定该份证据的效力。“法律应当赋予法院训诫、惩罚不出庭侦查人员的权力，比如可以对确无正当理由不出庭的侦查人员强制其到庭接受训诫、处以罚金，从而进一步提高司法权威。”<sup>[7]</sup>第三，细化非法证据排除规则，建立统一的排除规则。虽然《刑事诉讼法》及相关司法解释已经将非法证据排除规则规定得较为具体，但是面对同种情形下的非法证据是否该排除，不同法院却持有不同态度，导致“同案不同判”。比如对于鉴定过程违反某种程序的鉴定意见，有的法院认为其是非法证据，有的法院则认为其是瑕疵证据。因此，最高人民法院可以采用颁布司法解释

或者指导案例的方式,对这类具有争议性、法官自由裁量权较大的证据进行规定,明确出现何种情形将会严重影响到司法公正。

## (二) 在不同诉讼阶段和诉讼程序中把握辩护重点

为了使发表的程序性辩护意见更好地被采纳,辩护律师要在不同的刑事诉讼阶段处理好程序性辩护和实体性辩护的关系,区分辨护重点。在侦查阶段,应当强化程序性辩护,弱化实体性辩护。因为这个阶段的侦查机关还在搜集证据,并未涉及实体性辩护中的定罪量刑问题,辩护人在此阶段进行实体性辩护意义不大,同时侦查机关采取的强制措施可能还会影响到被告人的人身权利、财产权利,因此辩护人需要高度重视强制措施适用中的辩护,争取将逮捕辩护为取保候审、监视居住等强制措施甚至不被批准或决定逮捕,为犯罪嫌疑人争取更大的自由空间。在审查起诉阶段,程序性辩护和实体性辩护应该并重。因为检察机关在审查案件后会根据不同情况依法做出不同处理:包括对于犯罪嫌疑人没有犯罪事实,或者存在《刑事诉讼法》第16条规定的情形的案件应当作出法定不起诉的决定;对于经两次退回补充侦查仍然认为证据不足,不符合起诉条件的案件应当作出存疑不起诉的决定;对于犯罪情节轻微,依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除处罚的案件可以作出酌定不起诉的决定。将二者并重能达到以下效果:“一是在审查起诉阶段可以直接进行实体性辩护,力争检察机关对案件作出不起诉决定;二是对于势必将被检察机关提起公诉的案件,利用审查起诉阶段可以阅卷和充分会见在押犯罪嫌疑人以及其他有利条件,为审判阶段的实体性辩护做好准备。”<sup>[8]</sup>在审判阶段,应以实体性辩护为主:在被告人没有实施犯罪、依法不构成犯罪的案件中,辩护人对于要重点关注定罪问题,对于确实有罪的案件应该关注量刑问题。

此外,在认罪认罚从宽处罚的案件中,也要把握好程序性辩护的尺度。认罪认罚从宽处罚的案件是指由于犯罪嫌疑人、被告人已经如实供述自己的犯罪行为,对被指控的犯罪事实没有异议,同意检察机关的量刑建议并签署相关具结书,进而获得从宽处罚,这实际上是被告人用对诉讼程序简化的认

可和通过放弃某些法定的诉讼权利来换取更轻的量刑。在此类案件中,证据一般不会引起异议,因此辩护人在对待这类案件时,要加大控辩协商力度,同时要慎提、少提程序性辩护,进行“消极辩护”,仅仅主张哪些犯罪情节较轻,哪些可以从宽处罚等等。如果辩护人在被告人前期已经认罪认罚的案件中还申请排除非法证据,不但会拖延庭审程序的进行,还可能引起法官反感,导致不再适用认罪认罚从宽处罚程序。辩护人不妨“把认罪认罚案件的辩护工作重点放在审查起诉阶段,积极有效地为犯罪嫌疑人认罪认罚并获得从宽处罚做好‘把关、保障、协助’工作。”<sup>[9]</sup>

## (三) 围绕非法证据排除规则和发回重审制度采取有效辩护策略

除了针对不同诉讼阶段和诉讼程序进行程序性辩护,律师们还可使用以下方法围绕非法证据排除规则进行辩护。其一,在掌握程序法相关内容的基础上把握好证据的证明能力和证明力。程序性辩护高度依赖程序法,因此需要重点研究程序法中的相关条文,做到烂熟于心,质证时不要教条式地拘泥于证据客观性、合法性、关联性,在使用非法证据排除规则发表程序性辩护意见时根据案件情况采取先否定证明能力,进而否认证据的证明力的辩护策略进行辩护,提高辩护的成功率。其二,辩护时区分非法证据和瑕疵证据。《刑事诉讼法》和相关司法解释都规定了证据被强制排除和瑕疵证据可补正的具体情形。辩护律师在辩护时需要做到区分非法证据和瑕疵证据,不要认为只要是非法证据都会被排除,以及过于纠结搜集某些证据过程中存在的瑕疵行为,因为这些瑕疵证据除非严重影响了司法公正,很多都可能会因为被补正或作出了合理解释而被采纳,辩护人要重点关注那些被强制排除的情形。

面对不同的程序性问题也要区分情况,如果该程序的违法程度严重到将影响定罪量刑,比如一审法庭的合议庭成员应当回避没有回避、合议庭组成不合法,或者应当公开审判的案件没有组织公开审判,这些情形本身属于严重影响司法公正的行为,辩护人必须要大胆辩护、积极辩护,说服二审法院直接作出撤销原判的裁定。如果是“相对的程序

性违法”，即一般违法问题，比如一审法院没有传召证人、鉴定人、侦查人员等出庭作证，或者拒绝了辩护方延期审理的申请，辩护人可以申请二审法院撤销原判，将案件发回重审，但要积极证明这种程序性违法行为不仅自身违法性十分严重，还造成了具体较为严重的后果，建议不妨寻找其他法院裁判的同类案件进行辅助说明。如果是轻微瑕疵程序问题，对案件实体结果影响不大，辩护人就不要过度纠结，要懂得抓大放小，分清主次。

#### （四）司法上应加大对辩方程序性辩护的回应

在刑事诉讼程序中，作为公诉方的检察官，面对辩方发表的程序性辩护意见也需要进行回应。第一，在审查起诉阶段，检察院应结合案件侦查终结前讯问合法性核查制度，主动调取录音录像，询问同监室人员，审查讯问笔录的真实性，查看笔录里是否存在能令人产生合理怀疑之处。若确实存在违法讯问，要区分违法的程度进行处理，如果存在刑讯逼供等严重违法情形，检察院应向侦查机关发送《纠正违法行为通知书》，并要求重新调查取证；若是不影响被告人诉讼权利的轻微违法行为，检察院可以向侦查机关提出检察建议，并向辩护律师告知处理结果，辩护律师可以就检察机关的工作情况发表意见，检察院应予以记录并将其随案卷材料移送。第二，庭前会议，消除争点。在庭前会议阶段，控方要听取辩方的意见，针对庭前会议里归纳的焦点主动对进行事实、证据进行审查，避免有问题的证据进入审判阶段，拖延庭审效率。第三，在法庭调查和法庭辩论阶段，当辩方提出非法证据排除时，控方要积极举证证明并不存在非法取证的行为，除了提供在押人员体检表、讯问时的同步录音录像等材料，必要时可以提供合法性核查报告和讯问核查时的录音录像材料。对于确有重大疑问的证据，控方应视案件情况提出退回补充侦查。第四，对于辩方发表的未及时解除查封、扣押、冻结财产的辩护意见，控方要及时审查，情况属实的，通知有关机关予以纠正并将情况反映给上一级检察院。

法官亦应结合实务经验形成应对程序性辩护的

审查方法。第一，当辩方提出非法证据排除时，法官应首先要求辩方提供初步线索，比如刑讯逼供的时间、地点、讯问人员的特征、有无伤情、有无其他在场人员证明等等，同时对于该线索的判断不能太严苛，能够产生合理怀疑即可。在启动“排非程序”后，要注意审查证据的证明能力和证明力，尤其对于毒品、醉驾等案件中的违反称量、提取程序获得的物证，要注意审查瑕疵程序对该证据的影响程度，对于存在重大瑕疵的证据，法官应否定侦查机关、鉴定机构出具的《情况说明》的效力，依职权要求侦查人员、鉴定人出庭作证。第二，当辩方提出一审法院的审理违反法定程序要求二审法院撤销原判，将案件发回重审时，二审法官应首先审查一审法院是否存在违反法定诉讼程序的情形，对于无理的诉求，法官应直接驳回；如果确实存在，要判断该情形是否会对案件的公正审判产生影响以及影响的程度。应尽量避免滥用《刑事诉讼法》第238条第5项内容，盲目扩大违反法定程序的范围。

#### 〔参考文献〕

- [1] 陈瑞华. 程序性辩护之初步研究 [J]. 现代法学, 2005 (2): 45-54.
- [2] 陈瑞华. 刑事辩护的理念 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2017.
- [3] 陈瑞华. 程序性辩护的理论反思 [J]. 法学家, 2017 (1): 109-122.
- [4] 左卫民. “热”与“冷”: 非法证据排除规则适用的实证研究 [J]. 法商研究, 2015, 32 (3): 151-160.
- [5] 陈文聪, 谢川豫. 非法证据排除规则的框架与反思 [J]. 浙江工商大学学报, 2018 (2): 53-64.
- [6] 韩旭. 非法证据排除新规: 进步、局限及其适用问题基于《严格排除非法证据规定》的分析 [J]. 江苏行政学院学报, 2018 (1): 118-127.
- [7] 王思琪. 侦查人员出庭作证制度现状与分析: 基于A市司法实践 [J]. 人民检察, 2017 (17): 35-40.
- [8] 顾永忠, 娄秋琴. 程序性辩护的理论发展与实践展开 [J]. 国家检察官学院学报, 2020, 28 (3): 138-149.
- [9] 顾永忠. 2018年刑事诉讼法再修改对律师辩护的影响 [J]. 中国法律评论, 2019 (1): 188-197.