

非法证据排除规则的解释性重构

——以功能缺陷的实践弥补为目的

刘大元

(合肥师范学院 经济管理学院,安徽 合肥 230032)

[摘要]非法证据排除规则作为政策性法律规则,具有可能放纵犯罪的功能缺陷,为弥补这一功能缺陷,美国的实践经验表明,基于打击犯罪与保护人权、维护司法公正之间的利益衡量是非法证据排除规则方法论的基础,法官自由裁量权是非法证据排除的合法性与妥当性的实现条件,共同构成了非法证据排除的制度逻辑。基于非法证据排除规则存在的固有功能缺陷没有有效避免,尽可能规避规则的适用成为非法证据排除规则适用的现实逻辑。由此导致要么严格司法要么放纵犯罪的两难困境。基于对证据非法性与排除之间关系的简单化理解是错误之源,作为行政违法性确认判决依据的行政行为的合法性与效力性关系非对应性原理,为正确认识证据非法性与排除之间的关系提供了有益参考。以利益衡量方法对我国刑事诉讼法第五十六条第一款进行反向解释,确立确认违法而不排除的非法证据处理方式,实现非法证据排除规则的解释性重构,能够有效弥补规则的功能性缺陷,走出制度性困境。

[关键词]非法证据;功能缺陷;利益衡量;裁量排除

DOI:10.3969/j.issn.1002-1698.2019.05.015

犯罪事实的证明是一个运用证据回溯和再现历史事件的过程。一般而言,每一个载有犯罪信息的证据都弥足珍贵,证据越充分,犯罪事实的认定越接近于真相。但非法证据排除作为一种政策性证据规则,却“不以查明案件事实为目的,相反,政策性证据规则有时还会以阻碍案件事实发现的方式来调整惩罚犯罪与保障人权的天平,实现程序正义的价值。”^[1]非法证据排除规则的这种先天性功能缺陷,与立法及理论研究的热闹相比,司法实践可谓相当冷清,非法证据规

则被学者们评价为几近一条死规则。^[2]本文以行政违法确认判决为借鉴,通过对刑法第五十六条第一款的反向解释,提出确认而不排除的非法证据处理方式存在的合法性及确立的价值,对非法证据排除规则进行解释性重构,为非法证据排除功能缺陷的实践弥补提供理论和法律适用依据。

一、非法证据排除规则的理论基础及功能缺陷

(一)非法证据排除的理论基础

以排除的方式处理非法证据并非自古而然,

作者简介:刘大元(1975—),合肥师范学院经济管理学院副教授。

而是美国联邦最高法院大法官们的创造。尽管对于非法证据排除规则是起源于英美法系或者大陆法系存在认识上的分歧,但不争的事实是,为了保护与事实认定的准确性无关的诸多价值而在审判中排除非法获取的证据的观点开始得到推广,“渊源于宪法的美国排除规则可能启动了这种观点的转变”。^[3]

实用主义是美国非法证据排除规则确立的理论根基,分析美国非法证据排除规则的历史,对于准确把握其理论基础与制度逻辑具有重要意义。早期的美国刑事诉讼,遵循证据可采性的黄金规则:“一切相关性的证据都是可采纳的,一切不相关的证据都是不可采纳的”。^[4]这显然可以看作证据非法性与排除关系的一个极端,即非法证据一律不排除。1914年,美国联邦最高法院审理威克斯诉合众国(Weeks v. United States)一案,大法官们以宪法第四修正案保护为根据,首次确立了非法证据排除规则。在马普诉俄亥俄州一案中,非法搜查扣押的证据排除扩大适用于美国各州。根据宪法第五修正案反对自证其罪和第十四修正案正当法律程序的要求,又确立了强制获得的被告人供述排除规则。1966年的米兰达诉亚利桑那州一案中,为排除强制性供述确立了著名的米兰达规则。在1963年的王森诉合众国一案中,联邦最高法院正式确立了毒树之果规则,非法证据排除的范围扩大到所有非法证据的衍生证据。在证据的非法性与排除关系上呈现出另一个极端:只要非法即必须排除。

美国非法证据排除规则被作为诉讼文明的重要成果在世界范围内得到认可,其理论依据也被广泛接受,形成非法证据排除规则的理论基础,主要有:

一是人权保障理论。相比惩罚犯罪,宪法性公民权利保护具有更为重要的价值。在威克斯诉合众国一案中,多数意见认为,“法庭及其官员为使有罪的人得到惩罚所作的努力,虽然值得称赞,但不能用牺牲那些经过多年的艰苦努力才建立起来的重要原则的方式获得帮助”。^[5]在米兰

达诉亚利桑那州一案中,他们认为,“反对强迫自证其罪的特免权已经成为个人基本权利的一部分,是我们民主社会的一个标志,是辩论式诉讼制度的重要支柱,该项权利的宪法基础是政府——州或联邦——对公民的尊严和统一的尊重”。^[6]人权保护理论成为非法证据排除的理论基础,在世界范围内得到认可。该理论认为,人权不仅仅是被告人的人权,更为重要的是一般国民的基本人权,非法取证行为虽然直接侵犯了被告人的人权,但更需要关注的是善良国民的人权处于危险之中,因此,人权保障具有比个案真实更为重要的价值。

二是违法控制与司法公正理论。正如联邦最高法院在罗杰斯诉理查德案中指出的那样,基于强制获得的供述作出的有罪判决必须撤销,“不仅因为这种供述真实的可能性不大,而且因为逼供的方式侵犯了实施刑事法律的一项基本原则:我们实行的是控告式诉讼制度,不是纠问式诉讼制度”。^[7]非法证据与排除关系的认识论基础在于:非法证据排除对警察的威慑功能的理论预设,“非法证据排除规则的目的是通过消除漠视第四修正案的心理动机,对警察违法发挥威慑作用——换句话说,以这种唯一可行的方法迫使他们尊重第四修正案规定的权利。”^[8]因此,非法证据尽管是客观真实的,为了贯彻正当的法律程序原则,也应当予以排除。因为遏制警察的违法行为,保持司法的公正和廉洁是非法证据排除应当追求的更为重要的价值,这是法治国家或者三权分立的宪治基础,具有民主和法治的重大价值。

三是虚伪排除理论。该理论认为,非法取证行为违背了反映人类探求案件真相的司法经验法则的程序性法律规范,证据的客观性难以保证,尤其是采用刑讯方法获取的言词证据,虚伪成分多,应当予以排除。基于对冤假错案的调查和分析的经验基础,非法强制供述被认为不可靠和不值得信任,这一观念无论在强调刑事诉讼追求实体真实的大陆法系国家,还是英美法系国家

都具有强大的影响力。例如在英国,《警察与刑事证据法》第76条第2款(b)规定,根据被告人作出自白时的条件和环境,他所说的或所做的自白可能被认为是不可信赖的,该自白证据也应加以排除。英国许多法官认为,侦查人员采用性质严重的威胁、引诱等非法方法获取的犯罪嫌疑人的自白,是确定其自白虚伪的重要因素。^[9]

(二)非法证据排除规则的功能缺陷

上述不同的理论基础显然都存在明显的不足,因而,非法证据排除规则从确立之初,就必须面对因为排除证据而难以查明案件事实的困境和由此导致的各种争议。非法证据排除规则的功能缺陷导致的不良后果,主要表现在:

第一,非法证据排除规则的代价过高,得不偿失。非法证据与案件真实之间并非简单的对应关系,人类的天性是趋乐避苦,刑讯逼供等非法取证的结果并非均为虚假。非法证据排除后造成的犯罪放纵,有违社会正义的基本要求。“在一些特殊案件中,因为警察犯错而让罪犯受益是对公众关于司法观念的公然侮辱”。^[10]由于犯罪是对公共利益和秩序的侵害,非法证据的获取是侦查人员违法犯罪的后果,应当由侦查人员承担相应的责任,仅仅因为侦查人员的错误而排除非法证据,导致错放罪犯,实质上造成侦查人员非法取证的代价转由社会承受的方式令民众无法接受。罪犯由此获得的额外利益,违背了罪责自负的原则,不具有正当性。

第二,遏制非法取证行为的目的无法有效实现。侦查机关在犯罪发生后面临巨大的破案压力,有效及时侦破案件是其最大的任务。从世界范围看,“警察通常对能否取得证据比较在意,对被告将来是否会被起诉判罪并不在乎。再者,警察通常比较会遵守警察局的内规,以能否破案、能否逮捕被告来衡量警察的能力及升迁”,^[11]面对已经完成侦查任务的警察,对证据的排除是法院作出的,通过非法证据排除而放纵犯罪的责任必然由法院承担。当能够证明被告人有罪的证据因为取证不合法而被排除,犯罪分子因此被无

罪释放时,民众就会对审判制度及非法证据排除规则本身产生质疑,而非迁怒于侦查人员的不当侦查行为。侦查机关对非法证据排除的天然对抗,也造成“有相当多的警察认为只要错上加错就会使其行为变得正确起来——即在实施了非法取证行为之后再通过作伪证以有效避免非法证据排除规则的制裁”。^[12]

第三,法律和司法权威丧失。由于严格适用非法证据排除规则可能导致真正有罪的人被错放,法院据此作出的错误判决不符合实体正义的要求,无法满足社会公共利益维护的需要,国家对被害人利益保护迟延和无效,普遍损害了公众法感情,进而影响了民众的法律信仰,以法治为核心的现代社会核心价值体系面临崩溃的危险。

(三)作为利益衡量实现条件的裁量排除

无视非法证据排除的功能缺陷带来的不利后果,是愚蠢的。基于上述认识,美国不断修正非法证据排除规则,形成了各种例外规则。基于非法证据排除规则威慑作用发挥条件的具体考量,通过合众国诉莱昂案(United States v. Leon)创立了“善意例外”,由于排除非法证据对警察没有威慑作用,对证据不予排除。^[13]以后经过克鲁尔案(Illinois v. Krull)、埃文斯案(Arizona v. Evans)、赫尔英(Herring v. United States)案,善意例外规则的范围不断扩大,最终“非法证据排除规则只用于阻吓故意的、鲁莽的、重大过失的行为,或者某些情况下重复发生的、系统的失误”。^[14]基于公共利益与被告人人权保护之间的权衡,1984年纽约州诉夸利斯一案确立了公共安全例外规则。在对公共安全构成威胁的情况下,要求回答问题的需要远远超过为保护宪法第五条修正案规则的对反对强迫自证其罪的特免权而对预防性规则的需要,可能放纵的犯罪严重程度也成为是否排除非法证据应予考量的因素。此外,从维护司法公正需要出发,联邦最高法院又先后创造了“必然发现例外”“独立来源例外”等多种例外规则。这些例外规则的形成,存在着虽然取证行为非法,但基于遏制警察违法行为效

果、公共利益保护及司法公正的现实考虑,不排除的情况。对非法证据与排除之间的关系的认识进一步深化具体化,避免了两种极端。美国非法证据排除规则的产生及发展过程表明:一是人权保障、司法公正与惩罚犯罪之间的利益衡量贯穿始终,利益衡量是非法证据排除规则的方法论基础。二是非法证据例外规则意味着证据非法而不排除,非法证据与排除之间并不应是简单的对应关系。利益衡量不仅体现在立法中,还需要赋予法官充分的自由裁量权,在司法中保障非法证据排除的合法性与妥当性。

值得注意的是,证据法对程序法规则的选择,强调的是以审判为中心。^[15]法院是法律帝国的首都,而法律是法院作出判决的预测。^[16]美国联邦最高法院可以根据对宪法的理解,不受国会成文法的约束,创新非法证据排除规则。因此,非法证据排除规则所需要的自由裁量权,在以美国为代表的普通法系中是毫无问题的。由此,美国的非法证据排除规则由严格的规则与例外构成。在这个意义上说,英美证据法的产生就是法官自由裁量的结果。

在大陆法系奉行成文法治理国家,实行法律中心主义而非司法中心主义。由于非法证据涉及司法实践中最为复杂和琐碎的事实认定问题,采用成文法的方式确立非法证据排除规则,成文法固有的滞后性与案件事实认定的复杂多变性之间始终存在着无法解决的紧张和冲突。赋予法官在司法实践中基于利益衡量裁量排除非法证据具有重要意义。德国的做法代表了大陆法系国家的基本做法:“证据使用禁止目前在很大程度上还是由法官根据个案进行自由裁量的问题,除了涉及口供等少数与被告人的重大权利密切相关的情形之外,法律对证据使用禁止一般不作明确、严格的规定”。^[17]通过判例奉行证据的排除不能与根据事实处理案件这一最高利益相冲突,如果查明真相的重要性远远大于被告人的利益,即使排除证据的条件都满足,证据仍然会被采纳。^[18]

因此,赋予法官自由裁量的权力,则是非法证据排除中利益衡量实现的条件,而自由裁量的结果,则是不可避免地出现确认证据非法但并不排除的情况。

二、非法证据排除规则功能缺陷弥补的中国实践及困境

非法证据排除是一个十分复杂的问题。基于排除非法证据存在来自两个方面的压力:非法性的判断面临侦查、公诉机关的压力,排除证据放纵犯罪面临被害人及公众的压力。在中国引入非法证据排除规则后,基于上述压力与弥补非法证据功能缺陷考虑,尽可能规避规则的适用成为普遍存在的现象,“与美、英等国相比,我国在非法证据排除规则适用率、排除率及其最终对司法裁判的影响方面都相距甚远。确切地说,我国非法证据排除规则在很大程度上处于‘休眠’状态”。^[19]

(一)证据的非法性与证据排除关系的简化理解

为了适应司法实践的复杂性,我国刑事诉讼法确立了非法证据排除规则,采用了排除范围相对模糊,排除明确强制的立法技术。立法的模糊性及灵活性,为法官在个案的裁判中裁量排除非法证据,确保证据排除的妥当性提供了足够的空间。但对该规则的简单正向解释,确立的非法证据与证据排除一一对应必须排除的处理模式,显然忽略了实践中存在的十分复杂的情况,排除了非法证据实体性规则适用的法官裁量。根据这种简单化的理解,突出表现在三个方面,一是证据的非法性判断是确定的且单一的。证据的合法性判断是非此即彼的关系,取证行为不是合法就是非法,不存在无法以合法性评价的中间地带。二是取证行为的非法性或者非法证据对认定犯罪事实的实际影响没有程度上的差别,刑讯逼供等非法言词证据在取证的非法性上没有程度区分,非法取得的实物性证据对司法公正的影响只考虑取证程序的违法性程度。三是非法证

据与排除处理之间的关系是单一的,一旦认定取证行为非法,必须且只能以排除的方式予以处理,没有可供选择的第二种方式。

(二) 实体公正与程序公正兼顾的价值基础

我国非法证据排除规则虽然是外国法律制度的移植,但具有自身的特色,突出表现在坚持程序正义与实体正义并重的价值观念,以虚伪排除理论作为非法证据排除的重要基础,同时兼顾人权保障的需要。近年来形成社会热点的冤错案件,被普遍地认为与刑讯逼供等非法证据相关,因而,排除虚假证据成为非法证据排除规则确立的内在动因。如此制度背景决定了我国非法证据排除规则必须把证据的真实性及对犯罪事实认定的影响作为重要考量因素,兼顾实体公正与程序公正价值。

(三) 职业法官证据审查中价值冲突的发现

在普通法系陪审团审判模式下,非法证据的排除在庭前由法官个别完成,隔绝其与非专业的陪审团接触,防止对陪审员产生不当影响。一旦排除,则无法根据全案证据综合评价个别证据的客观真实性。大陆法系国家实行职业法官审理,丰富的司法经验和比较充分的调查手段能够保障法官不受非法证据的负面影响,对非法证据采用事后控制予以解决。在我国,并不在庭前禁止法官接触证据,由此导致法官能够基于综合判断对证据的真实性及重要性作出判断,发现排除真实证据与追究犯罪之间存在价值冲突,为避免排除非法证据给实体公正带来的负面影响,利用不当裁量规避非法证据规则的适用提供了前提条件。

(四) 非法证据实体裁量与程序裁量权行使的错位

基于对非法证据与排除关系的简单化理解,为了有效缓解证据采信上存在的价值冲突,防止具有客观真实且对证明案件事实具有重要价值的证据被排除,利用非法证据程序裁量权规避证据合法性判断或者作出不正确判断,导致了程序法律规定的曲解和实体法律规定的不适用。主

要体现在:第一,利用重复性口供效力规定缺失规避证据排除。“重复供述的合法性及其取舍应当与犯罪嫌疑人、被告人作出供述时的自愿性相关联”。^[20]对于在刑讯逼供间接影响下的重复供述,虽然从法理和规则上均应当予以排除,但在实践中并没有真实地执行,因为“在非法证据规则本身存在模糊性、可选择性的情况下,是否认定非法证据存在,排除多少非法证据等是服从与服务于案件处理的刚性要求的”。^[21]第二,利用非法证据调查弹性启动标准规避证据合法性调查。根据刑事诉讼法第五十八条规定,法官认为可能存在非法证据需要排除的,才启动调查程序。这一过于主观的判断标准导致以不需要为由拒绝启动程序的情况大量发生,程序启动难或者过于随意成为普遍存在的现象。第三,利用非法证据的弹性证明标准规避证据非法性确认。刑事诉讼法第六十条规定的非法证据的证明标准为“确认”和“不能排除”两种情况,具有相对的弹性而缺乏必要的刚性,由于能否确认及合法性是否存疑判断显然具有很强的主观性,从而成为法官不排除客观性非法证据的借口。

上述非法证据程序性裁量权的不当行使,导致法院排除非法证据极为罕见的情形或许并非特例,其他学者的相关研究也发现了类似的情况。^[22]同时,是否排除主要考虑对定罪量刑产生的影响,而不是证据本身的非法性,因而“选择性排除”的情况广泛存在。力图有效弥补非法证据排除规则功能缺陷的审判实践,面临着严格依法排除非法证据则可能放纵犯罪,选择性排除非法证据则法律适用不当的两难困境。

三、非法证据排除规则功能缺陷弥补的困境突破

“凡是现实的都是合理的”,非法证据排除的现实逻辑其合理性在于,实体公正与程序公正并重、职业法官审判及非法证据程序性裁量权力构成司法价值目标及现行基本制度,广泛的社会认可程度和正当性。但现实的不合理性在于非法证据与排除关系的单向正面解释结论:非法证

据与排除处理之间的简单对应关系。类似问题的处理,行政违法确认判决相关理论,对于非法证据排除规则功能缺陷的弥补提供了重要的参考,是困境突破的重要理论借鉴。

非法证据排除规则涉及非法取证行为与证据排除两个相关因素的关系。在三权分立的制度体系中,包括取证行为在内的侦查活动行使的是国家行政权力,获取的证据虽然用于刑事犯罪指控,但其作为行政行为的法律后果自然受到行政行为合法性的影响。在我国,侦查行为分别由公安机关、国家安全机关和检察院行使,对检察院自侦行为因为检察院具有的司法机关的性质,与西方的侦查权属于行政权略有不同,但从总体上看,不影响将侦查行为视为具有行政性行为进行分析。因此,行政违法性确认判决的相关原理对于处理非法取证与证据排除之间的关系具有重要的参考价值。

行政法的基本理论认为,行政行为的合法性与效力之间存在着对应不能或者反向对应的关系。即相对于合法有效与违法无效两种正向对应关系,还有行政行为合法无效、行政行为违法有效(有实际效力)两种反向对应关系。同时,还存在着行政不作为等无法进行效力判断、行政法律标准缺失无法进行合法性判断的合法性及效力性判断不能,从而行政行为合法性与有效性之间对应不能的情况。“‘对应不能’、‘反向对应’的现象,对我们习以为常的‘合法即有效、违法即无效’的传统观念提出了挑战,它表明行政行为的合法性与效力之间存在着一种比较‘复杂’的对应关系。”^[23]由此,虽然行政行为违法,并不意味着行政行为均没有法律效力从而一律予以撤销。具体体现在行政诉讼判决的类型中,就是出现行政违法确认判决:判决确认违法,但不撤销行政行为。这种判决类型首先由最高人民法院关于行政诉讼法的解释予以确立,2014年行政诉讼法修改时予以吸收,其合法性得到进一步确认。

根据行政诉讼法第七十四条的规定,行政违

法确认判决包括两种情况,一是行政行为撤销会给国家利益、社会公共利益造成重大损害的,或者对原告的权利不产生实际影响的。二是行政行为虽然违法,但因没有可撤销的内容等不需要判决撤销或者判决履行的情况。对行政行为效力判断的基准与规则共同构成行政行为效力判断的体系。行政行为效力判断的基准是进行效力判断应当考量的要素,规则则是对相关要素进行价值判断的基本法则。“合法性只是行政行为效力判断的一个基准而非全部基准,是进行判断的重要条件而非充分条件。这一点决定了行政行为的效力判断不可能是一个在合法性与效力之间进行简单比照的过程,而必须综合考虑各项基准、运用相关规则进行判断”。^[24]合法性判断一般情况是非此即彼的,尽管由于法律的不完善,存在立法空白的情况,从行政行为合法性的要求来看,仍然可以推定没有法律依据的行为即违法。但法律行为效力的判断更为复杂,需要对行政行为的合法性、合目的性、合伦理性进行综合判断,包括瑕疵衡量、利害衡量与价值衡量在内的利益衡量。

上述行政行为的合法性与效力性之间的关系,确认违法判决的基本原理为我们正确理解证据的非法性与排除性之间的关系及处理提供了重要的参考。证据的非法性是对侦查行为合法性的否定,证据排除是基于对侦查行为产生的结果有效性进行判断,两者关系的处理具有高度相似性。同时,刑事诉讼对合法性的解决只是附带的,其根本目标在于查明案件事实,正确适用刑事法律,打击犯罪、保护人权。因此,证据的效力判断问题是重点,对证据效力的否定的需求应当远远小于专门以监督行政机关行为为目的的行政诉讼。确认违法而不予撤销行政行为判决的独立价值具有重要的借鉴意义。

四、非法证据排除规则的解釋性重构

利益衡量和法官裁量构成非法证据排除规则的根本方法和实现条件,提供了确认违法而不

排除的非法证据处理方式的理论基础。对刑事诉讼法第五十六条第一款的解释构成了这种处理方式的法律依据。对该条法律规定的简单化的正向解释形成了非法取证与排除之间的单一相关性,只能解释非法证据与排除关系的一个方面,需要对其反向解释:对不需要排除的非法证据范围进行确定。由此,重构了非法证据与排除之间的两种对应关系:非法证据——排除;非法证据——确认非法而不排除。

(一)禁止与排除的关系

刑事诉讼法第五十六条第一款规定了非法证据排除的范围,但与刑事诉讼法第五十二条的证据取得禁止性规定相比,两者在表述上并不完全相同。第五十二条明确禁止的以威胁、引诱、欺骗以及其它非法方法,在第五十六条中变成了“等”非法方法,对“等”的不同理解形成了对非法证据排除的范围的三种认识:一是“等”就等同于、等效于“刑讯逼供”“暴力”“威胁”方法,“威胁、引诱、欺骗的取证手段并不像那些直接作用于人体的物理性强制手段一样,它是通过言语、环境、心理等向犯罪嫌疑人施加压力,对于威胁、引诱、欺骗获得的供述应属裁量排除”,^[25]排除的范围小于刑诉法第五十二条禁止的取证行为。二是“等”包括所有法律所禁止的取证行为,范围等同于第五十二条,“凡是侵犯到公民基本权利的行为,都属于刑讯逼供等非法方法”。^[26]三是“等”系其他严重违法,介于前两种观点之间的折中主张。这种立法被有的学者称为宽禁严排的立法模式。^[27]参与立法的相关人员对此解释为,“重点应当排除的主要是刑讯逼供取得的供述,明确列举,体现了着力解决在惩治犯罪和维护司法公正方面存在的突出问题。”^[28]司法机关的专家认为,“在法律限度内或者经法律许可的威胁、引诱也并不构成违法。如果将这些讯问、询问方法都视为非法,进而将相关的言词证据作为非法证据排除,将给侦查工作带来巨大的冲击”。^[29]

如果从字面解释,上述三种解释无法分出合

理与否。即使立法机关相关领导给出的答案也并没有直接否定排除的范围与禁止的范围一致。而司法专家的解释认为,引诱、欺骗等方法虽然为刑事诉讼法第五十二条所禁止,但不应一概视为非法,否则会让取证行为的合法性判断失去了明确的标准。上述三种解释都没有充分揭示出非法证据排除的利益衡量的复杂特点,以限制法官自由裁量的方式确定排除的范围,并不具有妥当性。因此,引诱、欺骗等获取言词证据的行为既然为法律禁止,其违法性应当予以确认。但不能简单地认为属于非法证据一律排除,也不能简单地认为完全不属于非法证据而一律不予排除,而应该在确认其违法性的前提下,由法官基于利益衡量方法,考虑其违法性程度及对人权保障、司法公正的实际影响裁量是否予以排除。法官应当“发现立法者对各种问题或利害冲突,表现在法律秩序内,由法律秩序可观察而得之立法者的价值判断”,^[30]并据此进行裁判,得出具有合法性和社会妥当性的裁判结果。引诱、欺骗方法获取的言词证据以其被明确禁止而具有违法性,在合法性判断上体现了法律的安定性,但在个案中如果其危害性并没有达到严重程度,不值得付出放纵犯罪的代价予以排除,则可以基于利益衡量不予排除,裁量的结果又具有了妥当性。因此,确认违法而并不排除成为必要的处理方式。

(二)刑讯逼供及暴力、威胁方法违法性程度的可分性

刑讯逼供及暴力、威胁方法获取的非法言词证据应当予以排除,这被认为属于绝对排除,排斥了司法利益衡量及法官的裁量权力。但这样的解释忽视了这些违法取证行为客观上存在的危害性程度的区分。由于排除证据直接带来的结果可能是放纵犯罪,因此,从平衡打击犯罪与人权保障考虑,各国只对严重违法的侦查取证行为为获得的证据予以排除。《联合国禁止酷刑公约》只对酷刑取证要求各国承担必须禁止的国际法律义务,对其他残忍、不人道或有辱人格的取证手段未进行绝对排除的统一性规定。《欧洲人

权公约》与此保持相同立场。欧洲人权法院在格夫根一案中也认为,“侮辱性待遇、非人道待遇和酷刑之间除了在实施者的主观方面略有差异外,还在严重程度方面呈现出递进关系。如果说侮辱性待遇还有一些特殊要求,那么酷刑和非人道待遇之间的区别主要在于严重程度。……作为权利的一种救济方式,是否排除证据或者排除到何种程度取决于案件的具体情况,而其中一个不容忽略的因素就是恶劣待遇的严重程度。”^[31]

这种违法性程度的可分性同样体现在2012年最高法院适用刑诉法解释第九十五条对刑讯逼供的解释中,该解释规定刑讯逼供等非法方法必须达到使被告人在肉体或精神上遭受剧烈疼痛和痛苦的程度。尽管剧烈痛苦是一个无法准确衡量的标准,但其强调非法取证行为的严重程度则是适当的。在我国,刑讯逼供涵盖了侦查人员一般违纪行为、违法行为直至犯罪行为的全部程度类型,构成酷刑的刑讯逼供不同于一般的刑讯逼供,立法予以绝对排除以体现人权保障,是完全适当的,但对于没有达到酷刑的一般性的逼供行为,其违法性自然不成问题,但应当由法官根据具体案件的情况,确认违法性的前提下,裁量是否予以排除更为妥当。对于采用暴力、威胁等非法方法的理解,道理相同,“侦查人员采用威胁手段的,需要达到令被讯问人遭受难以忍受的痛苦而违背意愿的程度。”^[32]这一立场为2017年6月两院三部《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》所沿用,对此,学者解读为:“使犯罪嫌疑人、被告人遭受难以忍受的痛苦,才构成非法证据排除规则的适用对象”。^[33]

(三)非法物证、书证等实物证据中影响司法公正程度的可分性

只有严重影响司法公正且不能加以补正或者作出合理解释的非法实物证据才予以排除。“严重影响是指严重损害了司法的程序正义或独立价值,或者可能导致冤假错案的发生,或者会严重损害司法的公信或权威等”。^[34]尽管对于严重影响司法公正的具体内容存在争议,但普遍认

为,收集物证、书证违反法定程序的严重程度,由此导致的后果等情况是应当综合考虑的因素,此外,还要考虑被告人罪行的严重性,实现人权保障与惩罚犯罪之间的适度平衡。“对于恐怖活动犯罪、黑社会性质组织犯罪以及杀人犯罪、绑架犯罪等危害国家安全和社会稳定的严重刑事犯罪,侦查机关可能基于维护国家安全和社会公共安全的必要,在特定情况下违反法定程序收集实物证据,实践中对此类非法实物证据是否予以排除应特别慎重。”^[35]上述对严重影响司法公正的理解表明,“影响司法公正”具有程度上的差异,对于未达到严重程度的非法实物证据,可以在确认违法的前提下予以采信,从而“对那些违法情节不严重、侵害的利益不是很重大、造成后果不是特别严重的违法侦查行为则留有余地,以缓解来自承担惩戒犯罪职能的侦控机关的现实阻力”,^[36]在维护司法纯洁性、保障当事人诉讼权利与惩戒犯罪之间获得平衡。

排除非法证据,导致侦查目的根本无法实现,固然对非法取证行为具有更为强烈的遏制作用,但由于必须付出犯罪分子因此逃脱惩罚的巨大代价,应该限定在十分必要的范围内才具有正当性。行政违法确认判决体现了监督行政行为、平衡行政相对人及公共利益保护等多重功能的协调实现,对于论证确认违法而不排除非法证据处理方式的独立价值具有极为重要的参照意义。对非法取证行为的遏制,违法性确认是核心和关键,违法性确认本身具有强烈的反射效力,对具体案件中非法取证行为本身合法性作出否定性评价,发挥对侦查行为制约作用的同时,也为被告人寻求行政、民事乃至刑事的合法救济途径提供了前提,同时又避免了放纵犯罪带来的公共利益损害,在个案中实现了诉讼综合利益的最大化。同时,刑事证据违法性确认具有客观的超越个案既判力范围的影响力,对类似非法取证行为的判断和处理提供了重要的参考意义,延展了个案判决作用的广度和深度。从策略上看,确认非法而不排除,能够有效回应被告人对取证行为合

法性的质疑,有效降低排除证据放纵犯罪导致的社会公众和被害人施加的巨大压力,减少审判对侦查、起诉发挥监督制约作用的重大的阻力,有效避免对法律的曲解及程序裁量权的不当行使,无疑是树立司法权威和审判中心地位的现实性、可行性的选择,其独立存在的价值无法替代。

注释:

[1]左宁:《中国刑事非法证据排除规则研究》,北京:中国政法大学出版社,2013年,第4页。

[2]左卫民:《“热”与“冷”:非法证据排除规则适用的实证研究》,《法商研究》2015年第3期。

[3][美]米尔建·R·达马斯卡:《漂移的证据法》,李学军等译,北京:中国政法大学出版社,2003年,第18页。

[4][英]理查德·梅:《刑事证据》,王丽、李贵方等译,北京:法律出版社,2007年,第8页。

[5][6][7]何家弘总主编:《美国证据规则》,北京:中国检察出版社,2003年,第167、181、163页。

[8]Linkletter v. Walker,381 U. S. 618,636—37(1965).

[9]Peter Murphy, *Murphy on Evidence*, 6th Edition, Blackstone Press Limited,1997, p. 241.

[10][12][美]约翰·卡普兰:《非法证据排除规则的限度》,陈虎等译,《刑事法评论》2008年第1期。

[11]王兆鹏:《美国刑事诉讼法》,北京:北京大学出版社,2005年,第33页。

[13]United States v. Leon,468 U. S. 897,918,104 S. Ct. 3418.

[14]姚莉:《美国证据排除规则的衰变及其启示——以Herring v. United States案为主线的考察》,《法律科学(西北政法大学学报)》2012年第1期。

[15][英]保罗·罗伯茨:《普通法系证据法的五个基本谬误》,阳平译,《证据科学》2018年第1期。

[16][美]德沃金:《法律帝国》,李常青译,北京:中国大百科全书出版社,1996年,第361页。

[17]孙远:《刑事证据能力导论》,北京:人民法院出版社,2007年,第31页。

[18][德]托马斯·魏根特:《德国刑事诉讼程序》,岳礼玲、温小洁译,北京:中国政法大学出版社,2004年,第194页。

[19]宋远升:《非法证据排除规则的虚化与实化——以法律实用主义为指导的证据排除规则的出路》,《证据科学》2017年第1期。

[20]陈卫东:《适用非法证据排除规则推进刑庭庭审实质化》,《人民司法(案例)》2016年第5期。

[21]孙卫华等:《审判阶段非法证据排除规则运行难点分析》,《人民司法(应用)》2016年第7期。

[22]参见吴宏耀:《非法证据排除的规则与实效——兼论我国非法证据排除规则的完善进路》,《现代法学》2014年第4期。

[23][24]江必新:《行政行为效力判断之基准与规则》,《法学研究》2009年第5期。

[25]毕惜茜:《非法证据排除与取证合法性审查》,《国家检察官学院学报》2016年第2期。

[26]易延友:《非法证据排除规则的立法表述与意义空间——〈刑事诉讼法〉第54条第1款的法教义学分析》,《当代法学》2017年第1期。

[27]龙宗智:《我国非法口供排除的“痛苦规则”及相关问题》,《政法论坛》2013年第5期。

[28]全国人大常委会法制工作委员会刑法室:《刑事诉讼法修改前后条文对照表》,北京:人民法院出版社,2012年,第3页。

[29]戴长林:《非法证据排除规则司法适用疑难问题研究》,《人民司法》2013年第9期。

[30]杨仁寿:《法学方法论》,北京:中国政法大学出版社,1999年,第175—176页。

[31]孙长永、闫召华:《欧洲人权法院视野中的非法证据排除制度——以“格夫根诉德国案”为例》,《环球法律评论》2011年第2期。

[32][33]陈文聪、褚福民:《非法证据排除规则的新发展》,《中国司法》2017年第12期。

[34]胡云腾:《非法证据排除制度的鲜明特色》,《法制日报》2012年6月27日。

[35]戴长林:《非法证据排除规则司法适用疑难问题研究》,《人民司法》2013年第9期。

[36]马明亮:《非法证据排除规则的结构困境——基于内部视角的反思》,《现代法学》2015年第4期。

[责任编辑:马立钊]