

刑事非法证据“柔性排除”研究

闫召华*

摘要 非法证据排除规则的实施不一定必须通过刚性适用规则、正式作出排除决定这一种方式。专门机关通过主动弃用或者撤回有关证据即所谓的“柔性排除”，可柔化“刚性排除”难以克服的若干阻力，保障非法证据排除规则最低限度的实效性。“柔性排除”既是司法实践的产物，又是我国非法证据排除制度的一大特点。它契合我国职权信赖的刑诉理念和对非法证据排除规则的特殊定位，也是层层把关式刑事诉讼构造的必然要求。当然，“柔性排除”的既有优势和正向功能，并不能完全掩盖其对构筑以“审判为中心”的刑事诉讼新格局等可能存在的负面影响。当务之急，应通过合理规制，增强“柔性排除”的程序正当性，避免“柔性排除”的乱用与滥用。

关键词 柔性排除 职权排除 刚性排除 实效 制度构建

引言

自2010年以来，从司法机关出台《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》（以下简称《排除非法证据规定》），到《刑事诉讼法》中正式引入非法证据排除规则（以下简称“排非规则”），再到党的十八届三中全会、四中全会明确提出，“严格实行排除非法证据规则”，“健全落实非法证据排除”的法律制度，党和国家对非法证据排除问题的重视到了可谓前所未有的程度。然而，排非规则运行的真实图景似乎与制度设计者的预期并不相符。虽然被追诉人及其辩护人提出排除非法证据（以下简称“排非”）申请的案件逐渐增多，但司法机关决定启动证据合法性调查程序的很少，最后决定排非的案件更是比较罕见。迄今为止，很多司法机关每年正

* 西南政法大学法学院副教授。本文受国家社科基金一般项目“认罪认罚从宽制度实施程序研究”（项目编号：15BFX072）资助。

式的排非案件量都还是个位数。而在这极少数排非案件中,直接认定存在刑讯逼供的基本没有,排除非法实物证据的基本没有,排非后最终影响有罪认定的也基本没有,特定案件中非法证据的排除更多具有安抚或象征意义。因此,不可否认,被设计者寄予热切期望的排非规则在实践中遭受了冷遇。

正是为了改变这种有名无实的现状,2017年6月,经中央深改组审议通过后,相关部门又联合发布了《排除非法证据规定》的全面升级版^{〔1〕}——《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》(以下简称《严格排除非法证据规定》)。当然,排非规则的实施涉及诸多因素,导致非法证据“申请难、启动难、审查难、排除难”的原因也是多方面的,排非规则不够细致、不够严格只是影响因素之一,但却很难说是最重要的因素。期待通过排非规则的文本完善,就能解决排非规则的实效问题,显然是不现实的。所以,《严格排除非法证据规定》的实施效果,需要在实践中进一步观察和检验。但可以肯定,该规定的实施也很难促使非法证据排除案件在绝对量上出现飞跃。

然而,一个被我们有意无意忽略了的问题是,到底应该如何评价排非规则的实施效果?统计报表中的排非数量能否准确反映排非规则的实施情况?从较低的适用率、排除率等指标推演出我国排非规则虚化,^{〔2〕}进而否定相关的制度化努力是否合理?事实上,近年来,伴随着排非规则的建立健全,程序公正观念正日益为司法实务部门所接受,为社会公众所关注。公安司法人员对于程序法定、证据裁判等原则有了更加深刻的理解,遵守程序、尊重人权的意识显著增强,证据合法性逐渐成为证据获取、审查和运用中至关重要的考量向度,刑讯逼供等非法取证现象明显减少了。就此而言,排非规则在一定程度上已经实现了预期功能。

也许,评价指标上的偏差使得我们在评估排非规则的实施效果时过分悲观了。排非规则的实施不一定必须通过刚性适用规则,正式作出排除决定这一种方式。在排非规则的引领或震慑下,公安司法人员依照法定程序收集、运用证据,从而在源头上避免非法证据的产生,这可能才是排非规则效用实现的最佳途径。即便存在非法取证,且非法证据未被排除或仅作瑕疵化处理的情形,也毋庸置疑排非规则对公安司法人员所存在的潜移默化的影响。尤为重要的是,如果把正式作出排除决定称之为刚性排除,调研发现,^{〔3〕}实践中普遍存在一种有别于刚性排除的排非方式,即公安司法机关主动弃用非法证据或接到排非申请后撤回有关证据,可称

〔1〕 卞建林、谢澍:“我国非法证据排除规则的重大发展——以《严格排除非法证据规定》之颁布为视角”,《浙江工商大学学报》2017年第5期,第18页。

〔2〕 参见宋远升:“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,第7页。

〔3〕 自2012年《刑事诉讼法》施行后,笔者所在的西南政法大学刑事诉讼法国家重点学科每一年都会组织2到4个小组赴全国各地调研新《刑事诉讼法》及一些最新司法解释、试点制度的施行情况(其中,非法证据排除规则是一个重点问题),并形成年度调研报告。如无特别注明,本文中提及的实证情况和相关数据均来自于上述学科调研报告。关于“柔性排除”的相关资料,由于缺乏统计数据,主要来自于访谈和调研对象提供的调研报告。

之为柔性排除。由于未正式启动调查程序,或未正式作出排除决定,柔性排除在相关统计数据中可能无法体现,因而带有一定的隐蔽性。但柔性排除既能达到排除效果,又能减少排除阻力和诉讼成本,表现出旺盛的生命力,在某种意义上成为了刚性排除的替代机制。但遗憾的是,柔性排除并未引起学界的应有关注。有鉴于此,本文拟对该问题进行初步的实践梳理和理论反思,以期对柔性排除的合理规制有所裨益。

一、柔性排除:从经验到规范

近年来,在非法证据排除方面,通过“疾风骤雨”式的制度建设,已经基本上做到了有法可依。非法证据的范围和认定标准日趋细化、严格,公安司法机关的职责分工逐渐明确,辩方的权利保障不断强化,而且,还初步构建起了一个金刚怒目式的非法证据排除实施程序。特别是在审判阶段,按照设计者的预期,控、辩、审各方通过“审中之审”,借助司法证明机制,公开公正解决非法证据排除问题。毫无疑问,按照严格司法的要求,理想的状态就是将上述规则“不折不扣地落实到位”,“使纸面上的法律转变为实践中的法律”。〔4〕但如上所述,如果仅从数据上看,上述目标显然未能充分实现,严格适用排非规则、正式作出排除或不排除决定的案件非常少。然而,我们在调研中发现,公安司法机关在部分案件中主动弃用非法证据的情形比较常见,这种未体现在排非案件统计数字上的菩萨低眉式的柔性排除已经形成了一定经验。

所谓柔性排除,是指不经辩方提出排非申请,公安司法机关自主发现非法证据而弃用,不将其作为审查逮捕决定、起诉意见、起诉决定或者判决的根据,或者在辩方提出排非申请后,公安司法机关主动撤回有关证据。在前一种情况下,公安司法机关弃用证据情况可以不告知辩方,而在后一种情况下,公安司法机关通常也不会制作正式的排非决定,因此,柔性排除通常带有一定的隐蔽性,一般不会体现在正式法律文书中。柔性排除的要旨就是强调放弃非法证据的主动性。调研表明,在不同的诉讼阶段和环节,柔性排除发挥的作用也不尽相同。在侦查阶段,公安机关或检察机关的自侦部门几乎没有正式启动非法证据排除程序的案例,非法证据的排除方式均为柔性排除,在取证程序有违法之嫌,且无法通过补正或者合理解释弥补缺陷时,直接弃用相关证据。〔5〕在审查逮捕环节和审查起诉阶段,检察机关通常以柔性排除为主,只有当犯罪嫌疑人及其辩护人提出排非申请,且提供的线索或材料较为具体时,才可能考虑刚性排非程序。而在审判阶段,在不同环节,柔性排除的功用也有差异。想要通过庭前会议在实质上达到排非效果,主要就是借助柔性排除途径,即当辩方提出相关材料或线索,而控方作出解

〔4〕 沈德咏:“论严格司法”,《政法论坛》2016年第4期,第98页。

〔5〕 孙长永、闫召华:“新刑事诉讼法实施情况调研报告(2015)”,载孙长永主编:《刑事司法论丛》(第3卷),中国检察出版社2015年版,第473页。

释、说明后,如果辩方表示对控方的说明不予认可,控方可能选择直接弃用争议证据。^{〔6〕}但一旦进入庭审,非法证据的排除基本上是以刚性排除为主,当然也不完全排除柔性排除的可能性,即当辩方提出排非申请后,控方鉴于争议证据合法性方面的证据情况或者争议证据对于有罪证据体系并非必不可少,从而在法庭未启动证据合法性调查程序的情况下,不再出示和使用争议证据。而在极个别情况下,即使在证据合法性调查程序启动之后,控方也有可能主动或者在审判人员的暗示下,撤回争议证据,而法庭也不再作出排除决定。^{〔7〕}

与其说柔性排除是司法实践的产物,是基层经验的总结,不如说柔性排除是我国非法证据排除制度的一大特点。因为,一直以来,我国的排非规则不仅为柔性排除预留了生存空间,还将其作为非法证据全程排除、及时排除机制的必要组成部分。

我国关于非法证据排除的规定最早见于最高人民法院、最高人民检察院为执行1996年《刑事诉讼法》先后颁布的《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》(以下简称1998年《高法解释》)和《人民检察院刑事诉讼规则》(以下简称1999年《检察规则》)中。上述解释在强调严禁以非法的方法收集证据的基础上,提出了一项笼统的要求,即,凡经查证属实属于以刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的方法获取的被追诉人供述、被害人陈述、证人证言,不能作为指控犯罪或定案的根据。由于仅仅提出了实体性、纲领性的要求,而未设置必要的程序支撑,导致该规定很难付诸实施,如果有,也通常只能以柔性排除的方式,几乎见不到正式法律文书中的排非决定。因此,将上述规定称之为非法证据柔性排除原则也毫不为过。

2010年的《排除非法证据规定》已初具雏形,涉及审前和审判两大阶段的非法证据排除问题。非法证据排除审前的规定比较粗疏,专门规定只有一条,即“人民检察院在审查批准逮捕、审查起诉中,对于非法言词证据应当依法予以排除,不能作为批准逮捕、提起公诉的根据”。较之于1999年的《检察规则》,该条文除了增加批准逮捕环节外,没有其他的实体或程序增量,这也意味着,在这个时期,如果确有需要,检察环节排非还是主要依赖柔性排除。而对于审判阶段的非法证据排除,《排除非法证据规定》提供了一套相对完整的调查程序。但是,调查结束后,《排除非法证据规定》并没有明确要求必须作出排除与否的决定,而只是强调,经依法确认的非法证据,“不能作为定案的根据”。即便没有作出排除决定,司法机关撤回或弃用相关证据

〔6〕 同上注,第478页。

〔7〕 有学者以“排除非法证据”为关键词从“无讼案例网”搜索到587份判决书,统计后发现,在这些判决书中,“法院支持排除非法证据的共7例,占总数的1.19%;支持部分排除非法证据的共29例,占总数的4.94%;未把待证证据作为定案根据的共14例,占总数的2.39%”。参见郝银钟、史达:“法院适用非法证据排除规则实证研究——基于587份裁判文书的分析”,《贵州民族大学学报(哲学社会科学版)》2017年第1期,第151—152页。其中,所谓的未把待证证据作为定案根据的判决应该就属于庭审环节柔性排除非法证据的案例。

即通过柔性排除同样可以达到“不作为定案根据”的效果。

2012年《刑事诉讼法》依然重视“不得作为定案根据”的排非效果,而且,还增加了侦查阶段排非的要求,以及检察机关对侦查人员以非法方法收集证据的调查核实程序。但就审前阶段而言,“调查核实”只是排非的前置程序,与适用柔性排除还是刚性排除没有直接关系,相关主体在决定是否排非及如何排非时依然具有很大的选择余地。而就审判阶段而言,虽然《刑事诉讼法》在调查程序上没有多少突破,但随后发布的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》(以下简称2012年《高法解释》)在两个方面的细化值得关注:一是规定了庭前会议上就非法证据排除问题了解情况、听取意见机制,在客观上为柔性排除提供了平台;二是明确要求在对证据合法性进行法庭调查后,要形成调查结论,并将调查结论告知公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人,这就削弱了庭审环节特别是启动证据合法性调查程序后柔性排除的合法性。

作为“深化司法改革的一项重大新成就”,〔8〕《严格排除非法证据规定》在柔性排除问题上也有很多突破和创新。针对侦查阶段的排非,该规定分别设计了四种机制:其一,侦查机关发现办案人员非法取证的,依法作出处理;其二,犯罪嫌疑人及其辩护人向检察院申请排非,检察院调查核实后提出纠正意见,侦查机关对审查认定的非法证据予以排除;其三,审查逮捕期间,犯罪嫌疑人及其辩护人申请排非,检察院调查核实后,对审查认定的非法证据予以排除;其四,对重大案件,驻所检察人员在侦查终结前核查取证合法性,发现确有非法取证行为的,侦查机关应及时排除非法证据。其实,这四种机制与柔性排除都是完全兼容的。而且,值得注意的是,除审查逮捕期间的排非外,对于其他三种机制,《严格排除非法证据规定》未刻意强调被排除的非法证据应当随案移送。不难看出,对于侦查机关主导的排非活动,〔9〕规则设计者允许甚至可以说是鼓励柔性排除。对于审查起诉阶段,《严格排除非法证据规定》虽然明确指出应随案移送被排除的非法证据,但其第17条区别对待了申请排除和职权发现两种情况,对申请排除的,规定人民检察院应当调查核实并将结论告知申请人,而对职权发现的,只要求人民检察院依法“排除相关证据”。该条文并未像《刑事诉讼法》及《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》中那样突出对人民检察院职权发现侦查人员非法取证的调查核实程序(当然,也有可能是为了避免重复),而且,其在表述排除对象时用“相关证据”而不是“非法证据”。因此,第17条在一定程度上拓展了柔性排除在审查起诉阶段的作用空间。而对于审判阶段,《严格排除非法证据规定》一方面提高了庭审环节对证据合法性调查程序的刚性,但另一方面又明确规定了庭前会

〔8〕 陈光中:“对《严格排除非法证据规定》的几点个人理解”,《中国刑事法杂志》2017年第4期,第3页。

〔9〕 有学者指出,第二、四种排除机制也体现了检察机关在排除非法证据程序中的主导权,认为检察机关经过调查核实,“认定侦查人员存在非法取证行为的,可以排除有关证据”。参见陈瑞华:“严格排除非法证据规定八大亮点”,《中国律师》2017年第8期,第47页。这种理解显然将第二、四种排除机制混同于审查逮捕、审查起诉时完全由检察机关主导的排除机制,不符合相关规定。

议环节的柔性排除机制,即在庭前会议上,“人民检察院可以决定撤回有关证据”,而“被告人及其辩护人可以撤回排除非法证据的申请”。如此看来,不管是在哪个诉讼阶段,《严格排除非法证据规定》在提升规则严格性的同时,均充分重视并吸纳了柔性排除的要义和精神。

二、柔性排除的实践逻辑

实践中,柔性排除通常比刚性排除具有更高的适用率。在不得不排除非法证据的情况下,公安司法人员一般比较青睐柔性排除方式。即便在法律规定必须采用正式调查程序强制排非的情况下,公安司法人员也倾向于将刚性排除以更贴近柔性排除的方式处理。笔者认为,如果把柔性排除视为公安司法人员基于多种行动策略的理性选择,那么,做出该选择的动因至少可以从以下两个角度进行解释。

从结果看,柔性排除尽管柔性也是排除。法律规范的有效性不同于法律规范的实效性,前者是指法律规范应该被遵守、被适用,后者则是指法律规范实际被遵守、被适用。但正如法律实证主义者凯尔森所指出的,最低限度的实效性是法律规范有效性的必要条件,如果一个法律规范不能在相当程度上被人遵守,便没有继续存在的可能。^[10] 排除规则不是一个装饰,将非法证据排除于定案根据之外,是排非规则最直接的目的,达成该目标的实效则是评价这一规则有效性的重要标准。围绕这一目标,排非规则设置有不同的排除模式,这些模式各有所长,并没有优劣之分。锋芒毕露的刚性排除只是达成排除实效的一种形式,刚性排除有时难免会带有表演成分,但排非毕竟不只是为了形式上好看,^[11]在某些情况下,不露锋芒的柔性排除可能更加务实、更加妥当、更容易被接受。“排”还是“不排”,这经常是公安司法机关需要首先面对的一个涉及法律原则、价值准则和文明底线的艰难选择。至于以何种形式排,作为一个次阶选择,需要侧重考虑的主要是操作性和实际效果。选择柔性排除,以排除实效作为核心尺度,着眼于排非规则的有效性,并不是无原则地变通执行排非规则,更不是法律工具主义,不是为了排除而不择手段,而是在新、旧观念与经验的协调中,在排非规则的现有制度框架内,按照既定的内容、标准和程序,选择效果最好的贯彻落实排非规则的方式。上已述及,在绝大多数诉讼环节,我国的排非规则都是允许柔性排除的。如果暂时忽略法律以外影响规则服从性的因素,对于公安司法机关而言,依法进行柔性排除,较之于明知非法取证而不调查、不排除,显然会有更多的道义动力。需要注意的是,由于排非规则本身的不健全,在极个别情况下,柔性排除可能带有法律规避的性质,甚至与强制性规定相冲突。但不管怎样,柔性排除既然也是排除,在某些方面肯定会产生和刚性排除相同的实际运行效果,尽管程度上可能会有所差异:通

[10] 参见马汉宝:《法律思想与社会变迁》,清华大学出版社2008年版,第346页。

[11] 张建伟:“排除非法证据的价值预期与制度分析”,《中国刑事法杂志》2017年第4期,第58页。

过否定相关证据的证据能力(程序性制裁),否定非法取证行为,督促侦查人员在调查取证时遵守程序法,确保程序规范的有效实施,同时,为被非法取证行为侵害的被追诉人提供程序补偿和权利救济,并彰显司法公正,维护司法权威。

从过程看,柔性排除柔化了刚性排除的若干阻力。当前,刚性排除面对的最大障碍就是诉讼模式和司法体制问题。在我国的刑事诉讼中,公安机关、人民检察院和人民法院分工负责、相互配合、互相制约,各管一段,层层把关,流水作业,共同完成惩罚犯罪和保障人权的诉讼任务。“公安司法机关形成了刘、关、张‘桃园三结义’的关系。”^[12]特别是,检察机关还享有对其他专门机关的诉讼监督权。这种特殊的职权配置导致司法者在作出刚性排除决定时困难重重,因为,他需要评价的不是一个具体的证据,也不是一个具体的取证者,^[13]甚至不是一个具体的法律适用问题。在作出决定前,仅在“盟友关系”维系方面,就要作三重过滤:首先是留“面子”,即,不吹毛求疵,不刻意制造冲突、找麻烦,^[14]尽量不影响专门机关之间融洽的合作关系。所以,在排除决定中,多以不能排除非法取证的可能性为根据,直接认定非法取证的极为罕见。其次是顾“里子”,即,要考虑排除决定有可能对盟友造成的在绩效考评、纪律惩戒和法律责任追究方面的消极影响。最后还要看能否突破一荣俱荣、一辱俱辱的“绑定效应”。由于利益共生关系的存在,排非实质上变成了司法机关的一种自我否定和惩罚。^[15]特别是处于中间环节的检察机关处境最为尴尬:一旦因懈怠审查或者碍于情面放任非法证据进入审判,检察机关的身份就可能从非法证据的审查者转变为维护者,出现“人格分裂”。^[16]概言之,上述压力多数都是由于在一种特殊关系模式中的涉他评价导致的。但与主要表现为“他方排除”的刚性排除不同,柔性排除绝大多数情况下都是自行排除、己方排除,即公安司法机关发现自己的办案人员非法取证时主动排除相关证据,或者在接到其他机关的建议或意见后,忍痛割爱,自己排除。即便是“他方排除”的柔性排除,如检察机关在检察环节柔性排除相关证据,也没有作出明确的涉他评价。柔性排除主要是通过自律机制或者沟通机制实现的,它以一种相对柔和的自我否定,既达到了排除实效,也保留了“面子”,兼顾了“里子”,并避免了绑架其他专门机关,大大减少了司法体制方面的阻滞。

此外,“柔性排除”在其他方面的减阻优势也不容小觑。

柔性排除可以回避证明难、认定难的问题。实践中,非法证据在认定方面存在两大困境:

[12] 张建伟:《证据的容颜 司法的场域》,法律出版社2015年版,第141页。

[13] 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,第121—130页。

[14] 杨宇冠:《非法证据排除规则在中国的实施问题研究》,中国检察出版社2015年版,第333页。

[15] 参见闫召华:“‘名禁实允’与‘虽令不行’:非法证据排除难研究”,《法制与社会发展》2014年第2期,第185页。

[16] 陆而启等:“检察机关排除非法证据:从自由证明到严格证明”,《政法学刊》2017年第1期,第96页。

一是证明标准的严格性和证明手段的局限性之间的矛盾。^{〔17〕}我国排非规则对取证合法性的证明采取了同定罪一样的标准,要求达到证据确实、充分的程度。对于一项程序性事实的证明而言,这是一个极高的标准。然而,与证明标准的严格性相对的则是控方证明手段的局限性。体检记录表即便真实也很难排除没有伤痕的非法取供,同步录音录像材料难以回应选择性录制、选择性提交的质疑,当然,也很难指望侦查人员出庭说明情况时自认刑讯或者在文过饰非之后的讯问笔录中看出非法取供的端倪。侦查讯问过程的封闭性不仅使控方的合法性证明没有说服力,也导致法院在认证时欠缺有效的调查核实手段。二是非法证据的范围不明确,与瑕疵证据界限模糊。《严格排除非法证据规定》虽然进一步细化了非法证据的表现形式,但就疲劳讯问、欺骗、引诱、严重程序违法等行为对证据合法性的影响付之阙如,非法证据核心标准的操作性未见明显提高,相关问题依然不易把握。然而,这两大困境在柔性排除面前都不是大的问题。作为一种“自体排除”,柔性排除没有也无须采用严格的证明机制,其主要依赖的是单方的查明机制。特别是对己方办案人员非法取证的柔性排除中,侦查讯问过程的封闭性这种对外属性的限制也将不复存在,评价己方非法取证的线索或证据时根据的是办案人员心知肚明的常识、常情、常理,真相识别上没有大的障碍。

柔性排除可以在一定范围内消除申请难、启动难问题。在刚性排除机制中,辩方申请排非步步维艰,首先需要跨越的门槛就是:提供相关的线索和材料,并且使法官对证据收集的合法性产生疑问。在被追诉人人身自由受到严格限制、讯问又封闭进行的情况下,其除了能够大致讲清遭受非法取证的方式外,在提供非法取证人员、时间、地点等方面的情况时存在现实困难。而按照规则要求,辩方履行这项提供初步线索的责任还需要达到“法官生疑”标准。无疑,法官能否产生疑问既与辩方提供线索、材料的状况有关,也与注重配合的控审关系有关,与失衡的控辩关系、审辩关系有关。在“控辩双方地位平等、权利对等的诉讼构造”建立以前,“辩护方以指称侦查人员刑讯逼供方式发起的挑战容易以失败告终”。^{〔18〕}其实,申请难、启动难问题主要形成于刚性排除倚重的对抗性机制中。而在柔性排除时,解决问题的路径则是沟通与对话。柔性排除可以不待辩方申请自觉发生,这种情况不存在上述两难的问题。当然,特殊情况下,柔性排除也可能在辩方申请后经对话而发生,而在对话的氛围下辩方的责任也会显著降低。

柔性排除可以弱化被害人的抵触情绪和社会舆论压力。由于程序正义的观念尚未深入人心,民众虽然希望公安司法机关依法文明办案,但还是接受不了仅因办案程序错误就改变刑事实体上的处理,仅因取证人员过错就放纵犯罪分子。以最为典型的沈阳刘涌案为例,辽宁省高院二审后认为,不能从根本上排除刑讯逼供的可能性,据此排除相关证据,再加之唯一的一个

〔17〕 闫召华:“论我国非法证据排除规则实施的五大障碍”,载孙长永主编:《刑事司法论丛》(第1卷),中国检察出版社2013年版,第144页。

〔18〕 张建伟,见前注〔12〕,第138页。

命案中的证据缺陷,遂改判刘涌死缓。判决一出,批评之声铺天盖地,连辩护人都备受指责,该案也成为“最受国人关注”的案件之一。^[19]三个月后,最高人民法院提审此案,认定不存在刑讯逼供,改判刘涌死刑立即执行。该案在排非问题上的反复与社会舆论压力间的关系不言而喻。而柔性排除最大的特点就是不用作出正式的排非决定,运作形式较为隐蔽,程序氛围相对融洽,从而不容易引起被害人的对抗、抵触情绪,不容易引发社会舆论的关注。

此外,柔性排除还可以节约诉讼成本,提高办案效率。案多人少的矛盾是目前困扰基层公安司法机关的一大难题。排非规则的实施是需要时间投入的。但面对与日俱增的案件、有限的办案力量和严格的办案期限,公安司法机关正常推进诉讼已经疲于应付、力不从心,在这之外再另行启动“刚性排非”程序根本没有足够的动力。而“柔性排除”虽然不能直接破解案多人少的问题,但通过简化程序,及时处理,弹性解决,可以在最大程度上降低成本,减弱公安司法人员的排斥心理。

三、理解柔性排除的理论线索

柔性排除在我国何以成为一种正当的排非方式?这首先来源于对排非规则的功能定位。诚然,深层解读我国的排非规则也不外乎从“真实(惩罚犯罪)”与“权利(人权保障)”两个维度,但很难简单套用域外流行的“震慑警察违法论”“权利救济说”或者法官不能成为警察“共犯”的所谓司法公正说等等。虽然排非规则源自移植,但在“播种”“生长”的过程中,必然并已经按照政策预期和立法本意接受了我国刑事司法体制的改造。事实上,我国创立排非规则的直接目的就是为遏制非法取供、防范冤假错案。2000年前后,一批冤假错案集中曝光,极大地破坏了司法机关的公信力,而这些冤假错案中几乎又无一例外地存在着刑讯逼供,这就是《排除非法证据规定》的出台背景。因此,不管是在中央政法委深化司法体制和工作机制改革的意见中,还是在十八届三中全会、四中全会的决定中,或者是在全国人大法工委的立法说明中,排非规则总是和刑讯逼供的治理、冤假错案的防范联系在一起,排非被视为防冤杜错的重要途径。当然,中央对于排非规则的定位也在不断发生变化。从最开始只看到排非规则对于避免实体错误的工具价值,即以“排除非法证据→遏制刑讯逼供→防范冤假错案”为理路,到日益重视排除非法证据、治理非法取证的程序意义。从以真实作为最重要乃至唯一的价值导向,到逐渐认识到强化人权的司法保障不仅要在发现真实、惩罚犯罪、保护无辜的宏观层面上实现,还需要在微观层面关注被追诉人易受侵害的权利。但毫无疑问,保障真实依然是我国排非规则非常重要的设计标准。在这样的精神引领下,柔性排除的功能也非常明确,那就是,要尽早、更加灵

[19] 顾永忠主编:《中国疑难刑事名案程序与证据问题研究》,北京大学出版社2008年版,第270页。

活地将非法证据排除于诉讼程序之外,减少错误成本,增大补救空间,避免司法者的心证冲突,^[20]消除非法取证对程序正当性特别是实体处理结果的不当影响,^[21]重在把关、补救而非震慑、制裁,重在全面提高办案质量而非单纯追求程序正义。

其次,柔性排除与我国层层把关式的刑事诉讼构造有密切联系。如前所述,柔性排除所贯穿的及时处理理念依托于排非规则中的全程排除机制,柔性排除和全程排除交织在一起,而审前各阶段的排非也以柔性排除为主。众所周知,域外的非法证据排除通常发生在审判阶段,控诉证据体系业已确定,法官主持排除程序的运行,被排除的证据丧失进入法庭的资格,而且,作为一种制裁,不允许控方重新取证以弥补因排非而产生的控诉证据体系缺陷。然而,在我国,排非规则的一大特色就是,侦查、审查起诉、审判任一诉讼阶段都可以排非,且排除后允许控方重新取证。全程排除设定了观察柔性排除及我国其他重要排非问题的视野。

而全程排除又是由层层把关式的诉讼构造决定的。我国的刑事诉讼程序带有较为明显的线性特征和行政性治罪色彩,^[22]诉讼阶段分明,公安司法机关分工负责、层层过滤、协同作战,共同完成刑事诉讼任务。在这种格局下,每一个诉讼阶段都分解承担了特定的诉讼任务和真实责任。每一个阶段都有定案问题,都有取证、认证,都有证据规则的适用以及证明标准的要求,而专门机关也被设定了主持这一程序所必须具备的客观义务。但由于审前各阶段诉讼活动的单方性以及证明责任的无处安放,此时的证明主要是一种拟制。

具体到排非问题,公安机关、人民检察院在审前主动排除非法证据,不将其作为侦查终结、批准或决定逮捕、起诉意见或起诉决定的根据,与域外追诉机关在公诉准备阶段基于诉权弃用非法证据,对证据进行审查把关,似乎在效果上并没有太大差异,从该种意义上而言,好像域外也有柔性排除问题。事实上,确有学者进行过这方面的研究,他们将我国审前排非机制与域外的非法证据排除规则在主体、程序、目的和效果等方面进行全面比较之后,提出,我国审前“由侦查机关和审查起诉机关所主导的这种对证据的审查判断活动其实与真正意义上的证据排除存在深刻的区别”,它们不是证据排除,而是证据把关。^[23]他们还进一步认为,审前排除非法证据之后,还可以通过各种渠道弥补或替代,实质上是“截留”“消化”或“洗白”了非法证据,^[24]无法“彻底实现将非法证据排除出诉讼过程的效果”。^[25]这种认识显然脱离了我国刑事司法系统的具体情境,忽视了我国层层把关式的诉讼构造,先入为主地以传统理解框定了非

[20] 参见熊秋红:“完善侦查监督工作机制 加强人权司法保障”,载《检察日报》2016年11月02日,第3版。

[21] 参见闫召华:“重复供述排除问题研究”,《现代法学》2013年第2期,第131页。

[22] 孙长永主编:《刑事诉讼法学》,法律出版社2016年版,第41页。

[23] 吴洪淇:“证据排除抑或证据把关:审查起诉阶段非法证据排除的实证研究”,《法制与社会发展》2016年第5期,第160—162页。

[24] 宋远升,见前注[2],第12页。

[25] 吴洪淇,见前注[23],第162页。

法证据排除规则的应有内涵。其所谓彻底的排除效果核心就是制裁效果,但上已述及,这并不符合我国对非法证据排除规则的性质定位。在我国,审判阶段排非之后也允许以补充侦查等形式予以补救,如果按照“漂白论”的推演思路,这种排非是不是也只是一种证据把关?是在洗白非法证据?或者说,我国根本就不存在真正意义上的非法证据排除规则?答案显然是否定的。传统意义上的排非规则是构建在审判中心理念的基础之上。一般情况下,审判前阶段只有证据把关没有排非问题。以美国为例,检察官在作出初步指控决定前衡量证据时当然也会分析证据的可采性,但事实上,“检察官的初步指控可能基于审判时不被采纳的信息材料”,其衡量证据的标准也经常比审判时“更放松或宽容”,^[26]而且,如果辩方不提出异议或反对,“那么即使获得证据的渠道是非法的”,“该证据也可以名正言顺地进入诉讼”。^[27]而我国这种直接延伸到审前的泛司法化的排非设计则是建立在“无中心”的程序构造理论上,建立在层层把关式的阶段安排上,它统一了各个阶段的排非标准,淡化了专门机关取证与认证、主动排除与被动排除、补救与制裁的效果界限,审前阶段有“刚性排除”的存在,审判阶段也有“柔性排除”的选择,不同阶段的“排非”不仅形式多样,前一阶段“排非”的程序效果还会影响到下一阶段,“排非”之后均允许重新取证。

此外,如果从更潜在、更根本的层面看,柔性排除契合了我国职权信赖的刑诉理念。我国刑事诉讼尤为注重发挥公安司法机关的职权作用,强调充分运用国家权力查明真相,惩罚犯罪,保障人权。专门机关以更加积极、更加主动的面貌出现,而国家也表现出对公安司法机关公正行使职权的高度信赖。在这种彰显职权信赖的诉讼程序中,虽然也强调个体权利的保护,但主要是通过规范职权行为加以实现,即以职权照顾权利。当然,我国的排非规则也属于职权信赖程序的一部分,实行的是职权排除模式。在该模式中,不存在真正的“当事人问题”,“它不以当事人提出申请为前提,也不会因为当事人的放弃而停止”。^[28]每一个专门机关都可能成为排非的主体,可以发挥主观能动性自觉排非,也都可以应辩方申请,以排非救济被追诉人受损的权利。

耶鲁大学法学家格里菲斯曾将刑事诉讼模式分为“争斗模式”与“家庭模式”。他认为,“争斗模式”过分强调了被追诉人利益与国家利益的不可调和性,而“家庭模式”则把国家与被追诉人理解为父母与孩子的关系,惩罚也是一种关爱,只要“对官员采取依赖的态度,辩护人与检察官的不同诉讼活动就不会演化为斗争”,“这将使被告的权利、尊严、人格受到最大的尊重”。^[29]不难看出,格里菲斯的“家庭模式”理论对我国的刑诉模式有一定的解释力,与我国

[26] (美)爱伦·豪切斯泰勒·斯黛丽、南希·弗兰克:《美国刑事法院诉讼程序》,陈卫东、徐美君译,中国人民大学出版社2002年版,第380页。

[27] 齐树洁:《美国证据法专论》,厦门大学出版社2011年版,第87页。

[28] 林志毅:“论我国审判阶段非法证据排除规则的理论基础”,《中外法学》2017年第4期,第1062页。

[29] 宋世杰:《刑事诉讼理论研究》,湖南人民出版社2000年版,第168页。

职权信赖的刑诉理念不谋而合。以上述理论模型审视排非的两种形式,刚性排除像是不同家长或职权间的监督,而柔性排除则更像是家长或职权的自律,二者的共同点是,能否排非在很大程度上取决于家长与职权的诚信与自觉。

四、柔性排除的制度构建

以上讨论表明,柔性排除有明确的法律根据和强烈的现实需求,也有一定的理论基础。但这不等于说,实践中的柔性排除都是合法合理的。相反,由于规则粗疏、案件各异,公安司法机关对柔性排除,乱用者有之,滥用者亦有之,不少所谓的柔性排除都游走在合法与违法间的模糊地带。合理规制柔性排除已成当务之急。

(一)各阶段的运行机制

调查核实程序是柔性排除的核心机制。刚性排除与柔性排除中都可能调查核实。我国排非规则对这两种不同性质的调查核实作出一定的区分。刚性排除中的调查核实强调公开性、公正性,有明确的启动条件,调查结束要正式作出排除与否的决定,并且要将相关结论或决定告知被追诉人及其辩护人。但柔性排除不同,操作上的高效灵活是柔性排除的最大优势,其调查核实机制具有内部性,在兼顾程序正当性的同时,追求的是尽可能简便,所以,无需设置严格的启动条件,无需区分初步审查和正式调查程序,也无需引入证据合法性的证明机制,调查报告不随案移送,只需放入内卷。

在侦查阶段,鉴于刚性排除阻力多、动力小,应将柔性排除塑造为排非的主要途径。考虑到公安机关办理刑事案件的机构设置和内部分工,结合各地的实践探索,^[30]为了实现侦查部门与排除主体的相对分离,由公安机关的法制部门或职能较为独立的预审部门负责柔性排除工作较为适宜。按照《公安机关办理刑事案件程序规定》和《公安机关法制部门工作规范》的相关规定,法制部门在侦查终结前应当全面审查证据的合法性,一旦发现非法取证的线索,即应派员进行调查核实,形成处理意见后上报公安机关负责人审度是否排除相关证据。当然,除了职权发现,犯罪嫌疑人及其辩护人可以随时通过向公安机关提出意见、申诉或者控告等形式提供排非线索。排除主体在调查核实时以阅卷、查看内网信息或同步录音录像材料等书面审查为主,必要时可以采取讯问、询问、听取意见等言词审查方式。柔性排除可能不影响提请审查逮捕或者移送审查起诉,但可能影响犯罪事实的认定,甚至直接导致撤销案件,但为了使公安机关保有证据合法性审查的必要动力,柔性排除允许以法制部门制作、公安机关负责人签字同意的处理意见书终结程序,并将该意见书放入侦查内卷留存。

在检察机关主导的审前环节,柔性排除主要表现为三种形式:一是检察机关依职权直接推

[30] 参见张金玲:“公安机关非法证据排除程序研究”,《山东警察学院学报》2017年第5期,第76页。

动公安机关柔性排除,即在公安侦查(特别是重大案件侦查终结前)、检察院审查逮捕、审查起诉期间,人民检察院主动发现侦查人员收集证据的合法性可能存在问题的,与公安机关沟通后,由公安机关经调查核实柔性排除相关证据,检察机关不再启动调查核实程序。二是检察机关主动发现自己的办案人员在侦查、自行补充侦查、调查取证期间收集的证据为非法证据的,在内部调查核实后依职权自行柔性排除。三是在侦查、审查逮捕、审查起诉期间,犯罪嫌疑人及其辩护人向人民检察院申请排非,检察机关在与公安机关沟通后,由公安机关经调查核实通过弃用或撤回相关证据实现柔性排除。目前,我国排非规则尚未规定审查逮捕、审查起诉环节侦查机关撤回争议证据机制,但鉴于柔性排除巨大的减阻优势,允许侦查机关撤回相关证据以快速平息辩方异议显得非常必要。

在审判阶段,庭前准备和庭审两个环节都可能出现柔性排除。在庭前准备或者在庭前会议期间,被告人及其辩护人提出排非申请后,人民检察院可以在调查核实后直接决定撤回有关证据。如果被告人及其辩护人在庭审期间才发现相关线索或材料,而提出排非申请,或者控辩双方在庭前会议上对证据收集是否合法未达成一致意见,而法院对证据收集合法性又有疑问的,在法院启动证据合法性法庭调查程序前,也应当允许检察院撤回有关证据。其实,即便辩方没有提出排非申请,如果法院对证据取得的合法性有疑问的,也可以在初步调查核实后或者推动控方直接决定撤回有关证据。当然,在这种情况下,法院也可依职权启动刚性排除程序。而且,理论上还存在这种可能性,由于法院在审理案件的过程中在一定限度内也有收集证据的权利,而法院收集证据也有合法性问题,对于自己收集的非法证据,不管是职权发现还是当事人申请,似乎适用柔性排除都更为合适。应当指出的是,有人可能会担心,在诉讼中允许控方撤回证据,而不启动正式的调查程序,极易掩盖非法取证行为,虽然在实质上排除了非法证据,但对权利救济不利。这样的担心不无道理,但我们可从两个维度认识这一问题:一方面,实践表明,正式调查程序也主要解决排除与否的问题,即使排除,也鲜见有直接认定非法取证的案例,解决不了对侵权的实体救济,甚至可以说,认定侵权已经变成了作出排非决定的一大阻力。另一方面,对于非法取证,被追诉人及其辩护人可以选择通过申诉、控告机制来救济自己的权利。

(二)与刚性排除的程序衔接

柔性排除适用频次再高,也不可能完全替代刚性排除,二者相互支持,相辅相成、刚柔共济。没有刚性排除,公安司法机关缺少适用柔性排除的动力。没有柔性排除,刚性排除极有可能被架空。而且,刚性排除与柔性排除之间可以发生转化。在适用柔性排除的过程中,如果辩方坚持由主持排非程序的专门机关启动正式的调查核实,作出正式的排非决定,主持机关在必要时可能会开启刚性排除程序。而在适用刚性排除程序时,如果专门机关决定撤回有关证据,辩方又没有异议(或主张撤回排非申请),主持机关也可以在审查后允许。按照相关司法解释,判决宣告前公诉机关撤回起诉尚且可以准许,更何况只是撤回证据。因此,现行排非规则一概

要求,法庭在证据合法性调查后必须作出排除与否的决定并在判决书中写明,尽管有优先解决证据能力问题^[31]或“给辩方一个明确说法”的良好初衷,但未免失之绝对。从我国排非规则的现状看,要想建立起柔性排除与刚性排除间更良性的互动关系,现在亟待完善的是审前阶段的刚性排除程序。审前的刚性排除不仅要在调查核实程序中一定程度上引入听证机制,而且在最终处理上也不能仅仅强调应当予以排除的实效,否则,势必混淆与柔性排除的效果。应当明确,在侦查机关没有撤回证据或辩方没有撤回排非申请的情况下,侦查期间,侦查机关对检察机关经正式调查核实认定的非法证据,应当作出排除决定;审查逮捕、审查起诉期间,检察机关在调查核实后也必须作出排除与否的决定。

(三) 柔性排除的实体尺度

公安司法机关在适用柔性排除判断非法证据、瑕疵证据时,刚性排除的标准是底线,不应提高对非法证据的认定要求,否则,柔性排除在解决排除难问题上也就没有多少优势可言。需要进一步考虑的是,必须掌握和刚性排除一样的标准,还是需要比刚性排除更加严格?统一柔性排除与刚性排除非法证据判断标准貌似简单,但这恰恰忽略了非法证据判断标准的复杂性和柔性排除积极灵活的特点。以作为排非重点的非法言词证据为例。对于刑事诉讼法中“刑讯逼供等非法方法”的弹性表述,在外延的解释上素有“等内等”与“等外等”之争,^[32]而在内涵的界定上,2012年《高法解释》和《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》采用了只能意会的“痛苦规则”。^[33]《严格排除非法证据规定》在“痛苦规则”的基础上引入了自白任意性的元素,^[34]提出了更加不易把握的“违背意愿”要求。所以,一直以来,“认定难”都是非法证据排除难的一个重要表现和原因。如果柔性排除需要面对同样的困境,就无以调动公安司法机关适用的积极性,不能充分发挥柔性排除的减阻优势,不利于非法取证的源头治理。鉴此,应当允许、鼓励公安司法机关在柔性排除时,掌握更为严格的标准,即当难以确定相关证据属于非法证据还是瑕疵证据时,可以在不明确认定非法证据的情况下,直接排除该证据。

(四) 柔性排除后的重新取证

允许排除非法证据后重新取证是我国排非规则最为显著的特征之一。侦查机关排非后可另行指派侦查人员重新调查取证。检察机关在审查起诉期间排非后,也可以要求侦查机关另行指派侦查人员重新调查取证,必要时还可以自行调查取证。在审判阶段,检察机关依法通过补充侦查或撤回起诉,同样能够达到重新取证的效果。此外,《严格排除非法证据规定》第5条还专门规定了适用于各诉讼阶段的重新取证规则。特别是对于柔性排除而言,允许重新取证

[31] 参见戴长林等:“《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》重点解读(下)”,载《人民法院报》2017年7月26日,第6版。

[32] 熊秋红:“非法证据排除规则的体系性建构”,载《人民法院报》2017年7月3日,第2版。

[33] 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,第16—17页。

[34] 卞建林、谢澍,前见注[1],第18页。

才能使其保持对公安司法人员的足够吸引力。一旦废止重新取证规则,柔性排除马上就会与当前的刚性排除一样陷入虽令不行的窘境。但需要指出的是,重新取证中的重新不是简单的重复,而是在发现非法取证后对取证程序的“更新”,“更新”后的程序必须彻底消除先前非法取证活动的持续影响。而在评价非法取证行为的持续影响时,需要考虑多种因素,包括先前非法取证行为的性质和严重程度、取证人员的一致性、重新取证动机、场所的变化、间隔的时间等等。现行排非规则所强调的“另行指派”取证主体确实有助于减少先前非法取证行为的波及力,但仅靠这些还远远不够,必须在更更换取证主体的基础上采取更为充分的补救措施,包括进行同步录音录像、保障获得有效的法律帮助、充分地告知诉讼权利。其中,最为重要的是要履行“加重的告示义务”,^[35]即明确提醒取证对象:之前的证据因为非法取证已经被依法排除,不会作为定案的根据,不要受之前证据及非法取证活动的影响。

(五)排非效力与相关材料的移送

作为一种强调务实的法律适用方式,柔性排除的拘束力应主要体现在排除上,被公安司法机关弃用或者撤回的证据,原则上,不能作为定案的根据,也不能在随后的程序中被出示或使用。公安司法机关应当根据排非后的重新取证及全案证据情况对案件作出相应的处理。如果公安司法机关在进行内部调查核实后,没有弃用或者撤回相关证据,或者只是在可能受到非法取证行为影响的相关证据中弃用或者撤回了部分证据,不应该影响在之后的程序中被追诉人及其辩护人针对未被排除的证据依法提出排非申请,也不影响公安司法机关再次考虑柔性排除或依职权启动刚性排除程序。

而与此紧密关联的另一个重要问题是审前阶段柔性排除的相关材料特别是被排除的非法证据是否需要随案移送问题。《人民检察院刑事诉讼规则》及《严格排除非法证据规定》均强调,被排除的非法证据应当随案移送。之所以提出这种要求,根据规则起草者的解释,主要是基于两方面考量:一是方便下一诉讼阶段的办案人员全面掌握案情,因为排非排除的仅仅是作为定案根据的资格,而不是作为证据的资格;二是防范办案人员借排非之名随意截留证据。^[36]但是,不容忽略的是,允许通过了解非法证据而全面了解案情,实质上相当于允许非法证据影响事实裁决者的心证,这会大大降低排非的实际效用。对于第二种担心,也完全可以通过运行机制的完善加以避免。因此,要求随案移送非法证据很可能弊大于利。特别是对于柔性排除而言,如此要求势必增加排非刚性,降低适用率。为此,应当建立卷宗分离机制,^[37]将被柔性排除的非法证据及相关材料放入内卷,不随案移送,仅为案件日后接受监督、复查备用,

[35] (德)克劳思·罗科信:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,第220页。

[36] 参见孙谦主编:《〈人民检察院刑事诉讼规则(试行)〉理解与适用》,中国检察出版社2012年版,第66页。

[37] 杨宇冠、蓝向东:“确立检察机关排除非法证据的主体地位”,载《检察日报》2017年6月14日,第3版。

但必须保证相关材料的完整性。

五、柔性排除的负面影响及其抑制

柔性排除的既有优势和正向功能,并不能完全掩盖其可能存在的一些不容小觑的负面影响。

其一是对构筑以“审判为中心”的刑事诉讼新格局的潜在威胁。“以审判为中心”的诉讼制度改革在我国整体司法体制改革中发挥着“四梁八柱”的作用。所谓“以审判为中心”,就是要求侦查、起诉活动面向审判,服从审判要求,同时发挥审判在认定事实、适用法律、保护诉权、公正裁判上的决定性作用。而柔性排除的实质则是激发和倚赖职权的道德自觉,尽力促使专门机关在程序性裁判机制之外,特别是在审前就主动解决非法证据排除问题。对此,有人认为,作为一项重大的程序问题,非法证据排除“理应由享有终局裁决权的法院来行使”,将原本应当由法院行使的权力赋予控诉一方的侦检部门,不仅违背了控审分离的基本要求,而且还会“削弱法院审判活动在刑事诉讼中的中心地位”,导致诉讼重心前置,从而严重背离“以审判为中心”的改革方向。^[38] 还有论者更加尖锐地指出:“公检法机关都有平行的非法证据排除的权力”,表面上是“为了保证非法证据规则全过程、全方位的切实履行”,“实际上则是并未将法院/法官作为证据排除的中心”。^[39] 事实上,这些质疑都是形成在对审判中心主义充满理想主义的误解之上的。“以审判为中心”不是以法院为中心,不是以法官为中心,不是以审判权为中心,甚至也不是以审判阶段为中心,而是以法院主持、各方参与的审判活动为中心,这一活动“最中立、最公开透明、最内含抗辩制约、诉讼参与人最多”,“因而具备作为诉讼中心的条件”。^[40] 正如习总书记在十八届四中全会《决定》说明中强调的:公检法三机关在刑事诉讼活动中各司其职、互相配合、互相制约,“这是符合中国国情、具有中国特色的诉讼制度,必须坚持。”换言之,“以审判为中心”不会从根本上改变层层把关的刑事诉讼构造和专门机关的基本权力配置,这也是其被概括为“技术型审判中心”^[41]的原因所在。所以,柔性排除赖以生存的基础支撑依然牢固。当然,这并不是说,柔性排除与“审判中心主义”间的紧张关系就可以忽视。为适应“以审判为中心”的诉讼制度改革,柔性排除在理念、程序和机制层面都需要做一些调整。一方面,柔性排除特别是审前阶段的柔性排除,应当参照审判的标准甚至以严于审判的标准进行。另一方面,应当重视和增强作为排非最后防线的庭审刚性排除的效果,借以促进审

[38] 易林、阮堂辉:“‘审判中心主义’改革语境下的审前阶段非法证据排除机制反思”,《长春理工大学学报(社会科学版)》2017年第4期,第33页。

[39] 宋远升,见前注[2],第7页。

[40] 朱孝清:“略论‘以审判为中心’”,《人民检察》2015年第1期,第6—9页。

[41] 龙宗智:“‘以审判为中心’的改革及其限度”,《中外法学》2015年第4期,第846页。

前柔性排除的自觉性和规范性。

其二是对非法取证行为的追责问题可能产生的淡化效应。排除非法证据并非排非规则的终极目标。按照中央的定位,健全落实非法证据排除的法律制度是加强人权司法保障进而实现公正司法的措施之一。《严格排除非法证据规定》更是开宗明义,将“准确惩罚犯罪,切实保障人权,规范司法行为,促进司法公正”确定为“立法”目的。不难看出,作为一项承担着特殊的历史使命的政策性规则,排非规则的核心价值就是“加强公民人身权的司法保障”,^[42]以制度和程序约束执法司法行为。而如前所述,柔性排除主要是一种专门机关基于权力自律机制的单方的、内向的排除,带有一定的隐蔽性,这可能意味着外界很难了解到作为非法证据源头的非法取证行为。故此,除了质疑柔性排除的透明度和公信力之外,还有不少人担心,专门机关在弃用或者撤回有关证据后制裁非法取证行为的动力不足。甚至有人“‘恶意’揣测”,柔性排除会间接鼓励非法取证行为,因为侦查机关极有可能故意利用规则,先非法取证,再排除次要证据,既达到了违法目的,又博得了守法形象。^[43]应当承认,虽然排非规则中也有诸如“侦查机关发现办案人员非法取证的,应当依法作出处理”之类的规定,但自己处理自己确有动力不足的问题,特别是在实体性制裁方面。缓解这一问题可考虑两种途径:第一是强化对侦查取证行为的检察监督。检察机关在我国的排非制度中扮演着多重角色,^[44]不管是在侦查期间作为监督者,还是在审查批捕或审查起诉环节兼做裁判者,检察机关不仅要落实审前排非,还要针对非法取证行为,提出纠正意见,督促责任追究。第二是充分保障诉讼参与者针对非法取证行为的申诉、控告权。非法取证行为再隐蔽,也瞒不过非法取证行为的受害人,这些人的申诉、控告可以成为检察机关启动侦查监督的重要材料来源。其实,刚性排除同样存在对非法取证行为追究不力的问题,仅靠排非规则解决非法取证问题显然是不理性的期待。正因此,四中全会才决定在加强人权司法保障的措施中,将完善司法监督、加强源头预防等放在与落实排非规则相同的位置。

三是对辩方排非程序参与权的消解作用。程序的参与性是程序正义的基本要求之一。它的核心思想是,在每一个重要的实体和程序问题上,自身权益可能会受到司法裁判主体“应有充分的机会并富有意义地参与”裁判制作过程的影响,以对裁判结果施加必要的影响。^[45]而排非问题就是一个涉及到实体事实认定的重要程序事项,如果辩方对这一直接影响己方利益的处理不能参与其中,哪怕处理结果是公正的,也会产生不公正感。作为一种积极主动的职权排除,柔性排除没有引入对抗机制,甚至也不以控辩对话为必要条件,特别是在审前阶段,除了提出排非申请作为柔性排除的材料来源和作为调查核实的对象外,辩方并没有刚性排除中那

[42] 沈德咏:“我们应当如何适用非法证据规则”,载《人民法院报》2017年6月28日,第2版。

[43] 易林等,见前注[39],第34页。

[44] 熊秋红:“检察机关在非法证据排除中的多重角色”,《中国刑事法杂志》2017年第4期,第10页。

[45] 陈瑞华:《程序正义理论》,中国法制出版社2010年版,第99页。

些必不可少的更有意义的参与方式。而且,按照部分论者的理解,柔性排除甚至还会消解辩方在审前申请排非的动力。因为,审前阶段排非后,经过重新取证,全新的、合法的证据替换掉了非法证据,“非法证据的排除已经成为控方完善其指控证据的一种手段”,^[46]这可能“会给辩护律师造成一定的混乱”,在审前提出排非申请“非但没有更好地维护委托人的权利,反倒让控方意识到自己一方的证据问题,并尽快给予填补”。^[47]笔者认为,对柔性排除之于辩方参与性的影响应当辩证认识。从规则本身看,之所以规定柔性排除、确认职权排除方式,就是针对辩方的弱势地位,就是为了解决辩方以诉权促请排非难问题的,因此,在职权排除中适度弱化辩方作用是可以理解的,但是必须在一定程度上保障辩方的知情权,即针对辩方的排非申请,应当在柔性排除后及时告知其处理结果。而从辩护效果看,不管是柔性排除,还是刚性排除,不管是审前排除,还是审判阶段排除,都允许控方重新取证,辩方所期待的排除后不允许证据弥补的那种制裁效果不太切合实际。至于个别辩护律师希望通过申请排非去搞所谓的庭审突袭更是不值得提倡的。而对于被追诉人而言,通过柔性排除,及时排除非法证据、及时获得权利救济,何尝不是最佳的辩护效果。

六、结 语

以法治保障公平正义已经成为这个社会从上到下的共识。但我国的法治建设需要时刻直面难以逾越的特殊国情。特别是在面对制度移植问题时,有人就会感叹,如果只有改造才能适应,“需要改造的,是我们的国情?还是现代法治的原则?”^[48]潜台词似乎就是反思国情以适应现代法治经验。但这种选择有一个前提,即这些所谓的原则和经验必然是现代的和法治的,内涵必然是确定无疑的,也因而必然是普适的。显然,符合这些要求的现代法治原则虽然有但必定是抽象的,因此,将上述思路应用于具体的制度移植时需要相当谨慎。就世界范围看,非法证据排除规则虽然已经有一百多年的历史,但即便在其原产地美国,至今为止,该规则也是最富争议的法律制度之一,人们甚至还在激烈讨论该规则是否满足宪法的要求以及规则的存废问题^[49]。在这种情况下,构建我国的排非规则肯定不适合一味地去屈从所谓的固有要求,我们需要先搞清楚排非规则有没有固有要求,还是那仅仅是“美国要求”“德国要求”或者“法国要求”?理性的选择是,我们可能既需要反思和改造国情,又需要以符合法治的方式改造规则本身。因此,柔性排除不仅不是排非规则的异化,反而是排非规则适应实践的发展和新生,即

[46] 杨波:“审查起诉阶段非法证据排除规则研究”,《学习与探索》2017年第7期,第100页。

[47] 吴洪淇,见前注[23],第163页。

[48] 周大伟:《法治的细节》,北京大学出版社2016年版,第11页。

[49] 参见(美)约书亚·德雷斯勒、艾伦·C·迈克尔斯:《美国刑事诉讼法精解(第一卷)》,吴宏耀译,北京大学出版社2009年版,第379页。

充分运用现有的刑诉格局,以职权排除弥补诉权排除的不足,将“中立性方面的劣势转化为排除效果方面的优势”〔50〕。而现在最需要思考的是,如何通过机制调整和制度完善,在确保排非效果的同时,将正当程序理念融入柔性排除的内在精神之中。

Abstract: Strict exclusion is not the only way of carrying out the rule of excluding evidence illegally obtained. Specialized organs generally choose to abandon or withdraw relevant evidence, or soft exclusion, which can reduce resistance and increase the effect of excluding illegal evidence to ensure minimal thresholds for the effectiveness of the exclusionary rule. Soft exclusion is not only a result of judicial practice, but also one major characteristic of the law of China concerning illegal evidence. Soft exclusion is in harmony with the concept of power—dependence and the special positioning of our exclusionary rule and is indispensable to the criminal procedural mode. Certainly, there exists negative influence in the future development of soft exclusion alongside its advantages and benefits. Therefore, reasonable regulation of soft exclusion is necessary, by which we can increase its procedural fairness and avoid its abuses and misuse.

Key Words: Soft Exclusion; Ex Officio Exclusion; Strict Exclusion; Effectiveness; System Construction

(学术编辑:刘哲玮)

(技术编辑:刘译矾)

〔50〕 张金玲,见前注〔31〕,第82页。