

论我国审判阶段非法证据排除规则的理论基础

林志毅*

摘要 我国非法证据排除规则的理论基础,通常被认为是或应当是遏制刑讯逼供或人权保障。从理论上而言,我国并不具备美国那样产生和运作遏制警察违法或人权保障理论的条件。从实践上来看,我国审判阶段非法证据排除规则的实践逻辑亦并非如此。从我国非法证据排除规则的实践逻辑出发,以非法证据排除规则的理论要素为基础,结合我国的实际情况,“规范一权衡说”或许是指导我国审判阶段非法证据排除规则的合适理论原则。

关键词 非法证据排除规则 理论基础 规范一权衡说

一、问题的提出

严格来说,我国早在上个世纪90年代就确立了非法证据排除规则。^{〔1〕} 相关的研究也基本上与立法同步,论著也不少。但是,专门研究我国非法证据排除规则理论基础的文章并不多。^{〔2〕} 关于非法证据排除规则理论基础的文章,多数属于介绍国外的情况,述及我国时也都是附带性地论述而未充分展开,缺乏专门系统的研究。^{〔3〕} 立法者和研究者的主流观点一般

* 华南理工大学法学院讲师。本文获得广东省哲学社会科学规划学科共建项目“我国自贸区刑事检察问题研究——以广州南沙自贸区为例”(项目编号:GD16XFX09)的资助。

〔1〕 1994年《最高人民法院关于审理刑事案件程序的具体规定》第45条规定:“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,不能作为证据使用。”

〔2〕 专门论述我国非法证据排除规则的文章可参见邓思清:“论非法证据排除规则的理论基础”,《法律科学》2006年第3期,第105-115页。

〔3〕 关于我国非法证据排除规则的理论研究状况,可参见杨宇冠等:《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30-39页。

认为,我国非法证据排除规则的立法缘由或理论基础是或应当是、也主要是遏制刑讯逼供或人权保障。^{〔4〕}

但是,长期以来,包括2012年《刑事诉讼法》正式确立非法证据排除规则之后,其实施效果也并不理想,其实践逻辑并非主流观点所认为的遏制刑讯逼供或人权保障。实际上,遏制警察违法或人权保障理论,主要源自美国法,它是在特定的条件基础上产生和运作的。这样的理论基础是否契合中国的实际情况,缺乏相关的研究。结合我国的实施效果来看,实有重新检视的必要。因此,本文拟先对主流观点认为的遏制刑讯逼供(遏制警察违法)或人权保障说作一深入分析,然后在反思我国非法证据排除规则实施状况的基础上,结合非法证据排除规则的理论要素,系统地探讨我国非法证据排除规则的理论基础,并提出“规范一权衡说”这一或许是契合中国实际情况的中国理论。

我国非法证据排除规则有别于其他国家或地区的显著特征之一,是公检法三机关分别在侦查、审查起诉和审判阶段均应当排除非法证据。目前实践中,非法证据排除主要发生在审查起诉阶段和审判阶段,^{〔5〕}由于审判阶段的排除更具有终局性意义,而且被告人及其辩护人多数在审判阶段提出非法证据排除要求,^{〔6〕}因此,本文将主要关注点聚焦在审判阶段。

二、我国非法证据排除规则理论基础的批判

在我国主流观点看来,我国非法证据排除规则的理论基础主要或应当是遏制刑讯逼供或人权保障,实际上上述理论主要来自美国法。这里拟先对上述理论的逻辑内容进行梳理,然后,再从中国法的视角进行批判性解读。

(一)遏制警察违法或人权保障说的逻辑内容

如果仔细甄别,实际上美国非法证据排除规则的理论基础是以人权保障说为逻辑前提,以抑制违法说为主线,其最新形态是成本收益说。

通过考察美国关于非法证据排除规则的司法判例可以发现,^{〔7〕}美国非法证据排除规则产生于司法判例,其逻辑起点在于宪法权利。其逻辑内容大体如下:由于被告人的宪法权利受到警察违法取证行为的侵犯,而法院承担着维护宪法的职责,所以如果法院使用通过侵犯宪法权利而取得的证据,就相当于否定了宪法权利,这显然不符合宪法精神。通过排除非法证据,

〔4〕 可参见郎胜主编:《中华人民共和国刑事诉讼法释义》,法律出版社2012年版,第746页;汪建成:“刑事证据制度的重大变革及其展开”,《中国法学》2011年第6期,第57—58页;陈光中、郭志媛:“非法证据排除规则实施问题调研报告”,载陈光中主编:《非法证据排除规则实施问题研究》,北京大学出版社2014年版,第4页;杨宇冠等,同上注,第18—22页。

〔5〕 陈光中等,同上注,第6页。

〔6〕 参见卞建林:“我国非法证据排除的若干重要问题”,《国家检察官学院学报》2007年第1期,第7页。

〔7〕 可参见吴宏耀、陈芳、向燕:《美国联邦宪法第四修正案:非法证据排除规则》,中国人民公安大学出版社2010年版。

可以消除警察违法的动机,从而达到抑制警察违法的目的,进而保护公民的宪法权利。后来,美国联邦法院考虑到排除证据对惩罚犯罪带来的巨大成本,在抑制违法说基础上发展出成本收益说。亦即,在决定是否排除非法证据时,需要考虑排除证据所付出的成本与所获得的阻吓效应之间的比例关系,综合权衡之后再作出决定而不是机械性地适用抑制违法说,不是只要能取得吓阻警察的效果就简单地作出排除决定。可见美国非法证据排除规则的理论基础是以宪法权利作为逻辑起点,而遏制警察违法的主线贯穿始终,最终发展出成本收益说。

在美国,也曾出现过司法廉正说,但是并没有成为主流的学说。美国联邦最高法院认为,“我们的判决一直认为,为了奉行政府廉正性理念而毫无限制地适用排除证据的制裁,将会妨碍法官和陪审团的事实认定功能,而这是令人难以接受的。”〔8〕

(二)遏制警察违法或人权保障说的批判性解读

如果进一步剖析可以发现,源于美国法的遏制警察违法或人权保障说,其产生和运行存在特定的前提条件,这些前提条件是理论、制度与实践的综合体。正是这些前提条件使得上述理论是否或者说在多大程度上适用于中国变得可疑。这些前提条件主要有如下几个方面:

第一,美国法理论扎根于宪法权利。在美国,宪法是公民权利的保障书。美国联邦最高法院在创立和发展非法证据排除规则的过程中,紧紧围绕公民的宪法权利而展开,其最终的落脚点也在于公民的宪法权利。在我国,宪法司法化问题自宪法司法化第一案齐玉苓案之后,已经被搁置。法官不能直接以宪法作为司法裁判的根据。虽然我国《宪法》第33条第3款规定:“国家尊重和保障人权”,但是,法官不能直接以此作出裁判。宪法的这一内容,需要转化成部门法规范之后才能被直接引用。而在美国,法官则是可以直接引用宪法规范作为裁判的根据。

第二,美国法理论寄生于三权分立的国家权力结构。这就意味着司法独立于立法,而且有权对立法进行审查。同时,在判例法体系下,法官有权对现存法律进行重新检视,根据他们对法律公平正义的理解和对现实情况的把握,与时俱进地创造新的法律规范。非法证据排除规则在美国曲折的发展过程就反映出判例法的这一特点。进一步而言,司法权时刻保持着对立法权和行政权的审查。在我国,根据我国的国家权力机构,司法机关是在“执行”立法机构所制定的法律规范,没有“创制”法律的权力。同时,在“一府两院”体制下,司法权与行政权是平行关系,而不是“审查”关系。

第三,美国法理论依赖于法官的独立地位。美国非法证据排除规则的产生,在相当程度上是法官为了保障公民的宪法性权利而做出的创举。可以说,即使是在三权分立的国家权力结构体系下,如果法官不独立,那么非法证据排除规则也未必能够创造出来。因为,如果法官不独立,就意味着他的裁判意思受到其他因素的左右,比如上司、政党、媒体等。因此,即使整个司法系统独立,法官也未必充分享受到独立的自由和权力,其创造性自然也会受到挤压。我国不仅国家权力结构不同于美国,而且作为审判机关的人民法院是作为整体独立而不是法官个人独立。同时,在刑事诉讼中还实行三机关分工负责、互相配合、互相制约原则。

第四,美国法理论得益于法官的特殊素养。法官的素养,大体上可以分为两个方面:主观

〔8〕 同上注,第135页。

方面和客观方面。主观方面主要是指法官的意识,客观方面主要是指法官的知识和能力。美国非法证据排除规则的产生,得益于法官特殊的素养。在主观方面,权利意识是法官意识的主要方面,也是社会的主流意识,同时,法官也深知他们有权解释法律乃至创造法律。在客观方面,法官都是经过长期法律训练的实践能手,具有丰富的法律知识和实践经验。再加上,以宪法权利作为基础的非法证据排除规则与社会的主流意识相契合,所以,法官创制非法证据排除规则遇到的阻力相对要小一些。在我国,“执法意识”恐怕是法官主观意识的主要方面,同时,虽然法官在司法过程中也需要解释法律,但是那种解释是很笼统的,而且不能越界。遇到疑难问题,法官们期待的是有关司法解释的出台,而不是去探究法律的真意,更不会想着去创造法律。另外,非法证据排除规则在相当程度上是与惩罚犯罪这一社会主流意识相抵触的,在这种情况下,让法官大量适用该规则去排除证据的难度可想而知。

上述几个方面的前提条件,既是美国非法证据排除规则产生的基础,也是它良好运行的保障。如果没有法官的独立地位,没有“司法审查”体制,法官没有宪法权利意识,没有良好的法律功底和实践经验,以遏制警察违法或者人权保障理论作为基础的非法证据排除规则在美国或许也就难以产生和良好运行。显然,我国的司法条件与美国大不相同。

当然,单从产生基础和运行条件来论证遏制警察违法或人权保障说不适用于我国,也是缺乏足够说服力的。因为从法律移植角度来看,单从理论上而言,功能是可以移植的,我们可以“中体西用”,至于“中体”能否支持“西用”则是另外的问题。同时,可能有人认为,上述分析主要针对的是判例法的特征,我国实行成文法,成文法的运作规律不同于判例法。另外,遏制刑讯逼供或人权保障也可能是中国本土产生的理论,或者说,在中国法这个躯体上也能够产生和运行遏制警察违法或人权保障说理论。只要我们按照遏制刑讯逼供或者人权保障理论设置好法律规范,那么就可以实现遏制刑讯逼供或人权保障的目的。但是,从我国非法证据排除规则的运行效果来看,情况并非如此。

三、我国审判阶段非法证据排除规则的实践反思

这里拟先考察我国非法证据排除规则的实践特征,然后再进行理论反思,以提炼其实践逻辑。

(一)我国审判阶段非法证据排除规则的实践特征

通过考察我国审判阶段非法证据排除规则的实施状况,^[9]可发现如下实践性特征:在程

[9] 关于我国非法证据排除规则的司法实践状况,可参见杨宇冠等,见前注[3],第184—381页;陈光中等,见前注[4],第3—48页;陈卫东、程雷、孙皓、陈岩:“两个证据规定”实施情况调研报告——侧重于三项规定的研究”,《证据科学》2012年第1期,第76—78页;孙长永、王彪:“审判阶段非法证据排除问题实证考察”,《现代法学》2014年第1期,第72—83页;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,第22—31页;杨宇冠:“我国非法证据排除规则实施问题研究”,《法学杂志》2014年第8期,第105—114页;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;刘玉安、王勇:“非法证据排除规则运行的难点剖析与应对思考”,《山东审判》2014年第6期,第4—8页;龙宗智:“新刑事诉讼法实施:半年初判”,《清华法学》2013年第5期,第127—142页等。本部分的内容,主要是以上述文献为基础。

序上,多依申请启动且启动率低、启动标准不明、排除率高;在实体上,排除比启动更难、申请排除言词证据多但实际排除实物证据多、排除非法证据往往不影响定罪、过度排除等。

1. 程序性特征

第一,多依申请启动且启动率低。陈光中教授主持的调研报告显示,由辩方提起的非法证据排除申请数占全部提起数的70%。陈瑞华教授也指出,实践中大量存在的是依诉权申请排除非法证据的启动方式。^[10]从孙长永教授的调研情况来看,只有不到一半的申请被法院启动调查程序。陈卫东教授主持的调研报告表明在“两个证据规定”实施后,尽管提出非法证据排除申请的被告人有所增加,但法官启动非法证据排除程序“仍然非常罕见”。上述实施效果,在其他的调研报告中也得到印证。

第二,启动标准不明。调研报告表明,启动标准是困惑法庭的问题之一。实践中,在非法证据调查程序的启动标准上各地法院把握不一致,相同或类似条件下,有些法院启动了调查程序,而有些则没有。法官有时随意拒绝启动调查程序,甚至应当启动的也没有启动。

第三,排除率高。排除率是指法院排除了非法证据的案件数与启动了非法证据调查程序的案件数之间的比率。在孙长永教授主持的调研报告中,排除数占启动数的28.8%,排除数占申请数的12%。孙教授认为这属于“较高”的比例。有些法院甚至达到100%的比例,即启动多少排除多少。有学者研究指出,在美国有些地区的排除数占受理数的22.2%,占申请数的1.8%,而日本的排除率则更低。^[11]陈瑞华教授指出,在美国申请非法证据排除的成功率都达不到10%。^[12]

2. 实体性特征

第一,排除比启动更难。调研报告显示,法官们普遍反映,非法证据排除难的这一状况在“两个证据规定”实施前后、乃至2012年《刑事诉讼法》正式确立非法证据排除规则之后也并没有明显改观。正如前文所述,在孙长永教授主持的调研报告中,排除数占启动数的28.8%,排除数占申请数的12%。实践中,尽管提出非法证据排除申请的被告人有所增加,但法官启动非法证据排除程序以及最终非法证据得以排除的案例仍然不多,或者“非常罕见”,甚至“几乎接近于零”。

第二,申请排除言词证据多但实际排除实物证据多。据陈瑞华教授的观察,辩护方极少申请法庭对非法搜查、扣押、窃听得来的实物证据加以排除,申请排除的“非法证据”最多的是侦查人员以刑讯逼供的手段获取的被告人供述,^[13]有些地方涉及非法证据排除的申请甚至全部都是“被告人供述”。但是,实务中排除的证据主要是形式不合法的证据,而很少涉及刑讯逼供等非法言词证据。所谓形式不合法的证据,主要是指在形式上存在瑕疵的证据,比如,物证

[10] 参见陈瑞华:“非法证据排除规则的理论解读”,《证据科学》2010年第5期,第558页。

[11] (日)松尾浩也:《日本刑事诉讼法下卷(新版)》,张凌译,中国人民大学出版社2005年版,第126页。

[12] 段文:“法院为什么不敢做无罪判决?”,共识网,<http://www.21ccom.net/plus/view.php?aid=122866&ALL=1>,最后访问日期:2016年3月1日。

[13] 参见陈瑞华:“刑诉中非法证据排除问题研究”,《法学》2003年第6期,第45页。

缺少搜查笔录,扣押手续存在瑕疵,证人证言没有本人签字,询问笔录制作不规范等。^[14]

第三,排除非法证据往往不影响定罪。孙长永教授主持的调研报告显示,非法证据的排除,对一些案件犯罪事实和罪名认定产生了影响。但是,大多数并没有受到影响。其他调研报告也发现,非法证据排除后对案件处理的影响很小。

第四,过度排除。所谓过度排除是指将不属于我国非法证据排除规则规定的非法证据纳入排除的范围,比如将因违反关押犯罪嫌疑人、被告人的法律规定而取得的供述,不合法的鉴定意见以及存在瑕疵的辨认笔录等排除。陈光中教授主持的调研报告指出,有些实践中被排除的并不是“严格意义上的非法证据”,而是“瑕疵证据”。

(二)我国审判阶段非法证据排除规则实施的理论反思

1. 动力机制乏力

从我国非法证据排除规则的实践性特征可以看出,我国非法证据排除规则实施的动力机制乏力。这表现在两个方面:一方面,就当事人而言,虽然有足够的动力,但是却缺乏足够的能力和制度支持。根据《刑事诉讼法》第56条第2款的规定,被告方申请排除以非法方法收集的证据的,应当提供相关线索或者材料。但是,据调研报告显示,“控辩双方就非法取证问题的举证能力严重失衡”,^[15]“很多案件中,被告人很难提供非法取证的人员、时间、地点,只能讲述自己遭受非法取证的具体方式”。^[16]就制度而言,我国非法证据排除规则不仅要求当事人提供相关线索或材料,而且在当事人提供了相关线索或材料的情况下,也没有启动非法证据排除规则的法律效力,启动非法证据排除调查程序的权力仍然掌握在法官的手里。在美国,由于以被告人的宪法权利作为基础,所以被告人只需要提出一项动议或反对,就可以启动排除程序,甚至不需要提供任何线索。^[17]另一方面,就法官而言,虽然法律赋予了法官启动非法证据调查程序的权力,但是,法官却缺乏足够的动力。启动非法证据调查程序,不仅增加法官自身的负担,尤其在案多人少的背景下,法官更没有主动启动非法证据调查程序的动力,而且,启动非法证据调查程序可能会带来排除证据的后果,而这可能会招致其他办案部门的压力乃至社会的压力。因此,法官在启动和排除非法证据上显然缺乏足够的动力。

2. 体制制约

我国非法证据排除遇到的体制性制约因素,^[18]主要包括以下几个方面:第一,三机关分工负责、互相配合、互相制约原则。根据这一原则,公检法三机关作为刑事诉讼专门机关,共同肩负惩罚犯罪的任务,同时,强调在惩罚犯罪的过程中互相配合。虽然这一原则中也强调互相

[14] 参见杨宇冠,见前注[9],第107页。

[15] 杨宇冠等,见前注[3],第333页。

[16] 陈卫东等,见前注[9],第79页。

[17] 参见孙远:《刑事证据能力导论》,人民法院出版社2007年版,第130页。

[18] 关于非法证据排除规则体制性反思性研究,可参见张建伟:“非法证据缘何难以排除——基于刑事诉讼法再修改和相关司法解释的分析”,《清华法学》2012年第3期,第55—66页;陈瑞华:“司法审查的乌托邦——非法证据排除规则难以实施的一种成因解释”,《中国法律评论》2014年第2期,第33—38页。

制约,但是,由于肩负着共同的任务,在实践中通常表现为配合有余而制约不足。第二,检察机关的法律地位。检察机关是我国法律监督机关,依法享有法律监督职能和渎职犯罪的侦查职能等。上述职能的存在,使得人民法院在审判过程中感觉到头上似乎悬着一把“达摩克利斯之剑”,不敢轻举妄动。第三,排除证据对公安机关和检察机关的消极影响。由于考核制度的存在,排除证据,尤其是排除证据后无法定罪的情形,可能会给检察机关和公安机关造成消极影响。第四,基于长期在惩罚犯罪司法实践中形成的“盟友”关系的考虑,人民法院也不大愿意排除证据。法官们认为,排除非法证据相当于是在给公安和检察院工作“找麻烦”。^[19]在现行体制下,排除证据将会影响到法官(法院)与其他办案机关之间的合作关系。为了日后更好地合作,法官往往不愿意排除证据。^[20]调研中有法官表示,“体制和考核指标的问题得不到解决,非法取证现象就不会得到真正的治理”。^[21]

3. 主观局限

受历史与现实等多种因素的影响,我国刑事法官在主观方面,表现出一些中国式特征,这些特征深深地影响或制约着我国非法证据排除规则的实施,其要者如下:

第一,宪法权利观念欠发达。正如前文所言,我国曾经出现过宪法司法化第一案,但是,此后宪法司法化问题就被搁置了。法官们遇到法律难题,其想到的主要是希望和等待司法解释作出具体的规定,而不是从宪法或公民宪法权利角度去理解和解释法律。据调研报告显示,有过半数的法官认为非法证据排除案件之所以难以办理,是因为“法律的相关规定缺乏可操作性,实践中有疑难问题无法得到权威解答”。^[22]

第二,惩罚犯罪意识强烈。虽然我国刑事诉讼惩罚犯罪的目的在理论和立法上得到一定程度的修正,但是,惩罚犯罪的目的在我国刑事法官的心目中仍然根深蒂固。无论是在启动环节还是排除环节,只要是关键证据或者说排除证据可能会影响定罪的,法官往往不愿意启动调查程序或者排除证据。^[23]与此相连,只要法官认为证据是真实的,往往不会排除。有学者指出,“将证据排除问题与证据真实性联系在一起,或许正是我国法院处理非法证据的特色”。^[24]

第三,混淆非法证据的调查与排除。我国法官没有明确区分非法证据排除的调查与排除两个不同的诉讼环节及其功能。从调研结果来看,法官们在启动环节,就先考虑证据是否会排除。如果证据不会被排除,那么就不启动调查程序;如果可能被排除,而且又是关键证据而可能影响定罪的,也不启动。这就说明法官们没有明确区分非法证据的调查与排除两个环节及

[19] 杨宇冠等,见前注[3],第326页。

[20] 这一点在检察院适用非法证据排除规则中也存在,参见陈光中等,见前注[4],第32页。

[21] 陈卫东等,见前注[9],第78页。

[22] 杨宇冠等,见前注[3],第325—326页。

[23] 参见陈光中等,见前注[4],第46页;戴长林,见前注[9],第29页。

[24] 吴宏耀,见前注[9],第126页。

其功能。实际上,非法证据排除的调查与排除是两个不同的环节,具有不同的功能。^[25]

第四,实体观念重于程序观念。从调研报告可以看出,无论是排除还是不排除,法官们都会先对证据的证明力,即对定案的影响进行判断。法官们有时会因为证据很关键,排除了会影响定罪而不启动调查程序。同时,也会因为证据影响太轻微而觉得没必要启动调查程序。这两个看上去似乎矛盾的实践形态,实际上反映我国法官们主观上实体观念重于程序观念的特征。而非法证据排除规则在一定程度上恰恰是程序观念优于实体观念的制度设置。该制度对证据能力的判断先于证据证明力的判断,而证据能力的判断正是与程序相关。

第五,非法证据排除的标准不统一。如何掌握我国非法证据排除规则的标准,法官们并没有获得一致性的认识。通过调研报告可以看到,有些法官会由于证据很关键而不排除,排除往往不影响定罪。另一方面,也有一些法官进行了过度排除。这两个矛盾的实践表现,实际上反映了我国法官对于非法证据排除的标准并没有获得一致的认识。

第六,效率意识侵蚀公正意识。非法证据排除规则的建立,其首要的价值在于司法公正。但是实践中,有些法官认为,启动调查程序会影响诉讼效率,^[26]因此,不大愿意启动调查程序。显然,法官们的诉讼效率意识已经不当地侵蚀了公正意识。

4.客观能力相对不足

法官的能力相对不足主要体现在两个方面:一方面,从法官的遴选和培养过程来看,与发达法治国家相比存在一定差距。这就使得面对司法难题时,法官的应对能力可能捉襟见肘。在非法证据排除规则实施过程中,法官遇到启动标准不明以及排除标准不明时,通常寄希望于得到“权威解答”。排除其他因素而论,这实际上也从侧面反映了法官的能力问题。另一方面,是法官的能力“被不足”。这是指在案多人少的情况下,法官没有充足的时间和精力去提升自己 and 解决司法难题。实践中,法官们认为启动调查程序会影响诉讼效率,即从侧面反映出案多人少对法官处理案件能力的冲击。

(三)我国审判阶段非法证据排除规则的实践逻辑

从上文的分析可以看出,我国非法证据排除规则的实践逻辑并不是遏制刑讯逼供或者人权保障。实际上,我国法官在处理非法证据排除问题司法过程中,主要存在以下几个方面的考虑:

第一,实体性过滤。即先看证据的重要性程度,是否是关键性证据,是否影响最终定案。^[27]如果是关键性证据则不能排除,^[28]因而也就不会启动调查程序。如果启动了调查程序,则往往意味着该证据可以排除。同时,如果不是关键性证据,基于诉讼效率等方面的考虑,法官也不启动调查程序。

第二,涉他性过滤。即考虑排除证据对有关办案人员和单位的影响。由于启动调查程序,

[25] 关于非法证据排除的调查与排除环节的功能将会在下文进行具体论述。

[26] 参见刘玉安等,见前注[9],第4页。

[27] 参见陈卫东等,见前注[9],第80页。

[28] 参见刘玉安等,见前注[9],第4页。

通常意味着证据具有较大可能性被排除,而非法证据的排除往往伴随着被告人的翻供、侦查人员责任的追究乃至检察机关的起诉失败等,^{〔29〕}法院排除非法证据相当于是在给公安和检察院工作“找麻烦”。^{〔30〕}因此,法院不会轻易启动调查程序,一旦启动,不但意味着对案件的实体影响不大,通常也意味着对相关人员和单位影响不大。正如调研报告所言,在排除证据不影响最终定案的前提下,法院可以与公诉机关协调后予以排除。^{〔31〕}

第三,涉己性过滤。即考虑启动非法证据调查程序给自己带来的影响,尤其是不利影响,包括诉讼效率、^{〔32〕}工作量负担,以及各种压力等。如果带来太大负担,也不会启动调查程序。经过上述层层过滤之后,争议证据基本上就意味着是可以排除的,一旦需要排除也就可以启动调查程序。

上述几个方面,构成了我国非法证据排除规则的实践逻辑,而且显然有别于主流观点认为的遏制刑讯逼供或人权保障。如果对此不进行反思和调整,那么实践与理论的“两张皮”现象将会继续下去,这样也必将减损非法证据排除规则所应有的功能。虽然说,可以通过立法来改变实践状况,但是,根据马克思主义理论与实践的基本原理,对于我国非法证据排除规则的理论基础有必要立足于我国司法实践而进行重新检视和深入探讨,以期更好地指导我国非法证据排除规则的运行和完善,发挥其应有的功能。

四、非法证据排除规则的理论要素

在深入探讨我国审判阶段非法证据排除规则的理论基础之前,有必要先阐明非法证据排除规则所涉及之理论要素,这些理论要素是世界各国非法证据排除规则基本经验和规律的总结,其构成非法证据排除规则理论基础所要处理的基本内容。如果相关理论对这些内容把握不够,那么在指导非法证据排除规则制度的建立和运行过程中就可能出现障碍。纵观世界各国,非法证据排除规则大体上包含以下几个方面的理论要素。

(一) 证据要素

所谓证据要素,是指在非法证据排除规则中,涉及证据的四种形态:现场证据、收集的证据、非法证据和排除的证据。刑事案件发生之后,现场证据即生成。现场证据有两个重要特征:一是关联性,即与犯罪有着内在关联;二是有限性,即某个具体犯罪的现场证据是有限性的,现场证据消失后犯罪事实将难以证明。通过收集现场证据,可以证明犯罪事实的存在。但是,并不是所有现场证据都会被收集。收集到的证据,有可能会被认定为是非法证据。但是,并非所有的非法证据都会被排除。美国联邦最高法院在怀特雷案之后拒绝对排除规则的“自

〔29〕 陈光中等,见前注〔4〕,第47页。

〔30〕 杨宇冠等,见前注〔3〕,第326页。

〔31〕 参见陈卫东等,见前注〔9〕,第83页。

〔32〕 参见陈卫东等,见前注〔9〕,第82页。

发性适用”。〔33〕在英国,有的证据即使属于非法证据也不一定必须排除。〔34〕在英国,证据本身的非法性对证据的可采性不存在必然和直接的影响,法官所关注的是证据本身的证明价值和它对诉讼的正面意义。〔35〕德国做法也大体如此。另外,德国排除的证据并不一定是通过非法手段获得的证据,合法取得的证据也有可能被排除。因此,在构建非法证据排除规则过程中,必须对证据的四种形态有清晰的认识,尤其要区分非法证据与排除的证据。

(二)行为要素

行为要素是指非法证据排除规则涉及取证行为与审判行为。证据的非法性产生于取证行为,而证据的排除性则通常取决于审判行为。审判行为对于取证行为是否具有独立性,或者说,取证行为违法是否必然要求法院将证据排除于法庭之外?对此,有两种不同的观点:一种观点认为,警察取证行为与法官审判行为同属国家行为,警察取证违法,法官必然要将非法取得的证据排除于法庭之外,否则就构成帮凶或者导致司法不廉正,违背国家法治原则;另一种观点认为,审判行为相对于取证行为具有独立性,警察违法取证并不必然要求法官必须将这些非法证据全部排除于法庭之外。

从取证行为与审判行为在刑事诉讼中所处的诉讼阶段及其功能来看,两者并没有内在的必然性联系。取证行为存在于侦查阶段,实际上是一种行政行为,具有单方性和秘密性特征,其主要功能在于及时收集犯罪证据和查获犯罪嫌疑人。审判行为处于审判阶段,它是一种司法行为,具有多方参与性和公开性,其主要功能在于给被告人公正的审判。美国联邦最高法院认为,排除规则的适用,独立于警察侵犯当事人宪法性权利的行为。〔36〕在美国,存在多种非法证据排除的例外。英国法官认为:法官的职责是保证案件的公正处理,对于警察的错误或违法行为,属于警察机构内部的纪律约束问题,而非法官的职责范围。〔37〕德国法院的职责在于查明案件真相,对案件作出公正处理。德国并不要求法院将所有侵犯宪法性权利取得的证据全部排除。〔38〕从德国证据收集禁止和证据使用禁止的区分理论和实践中,也可以看出审判行为与取证行为相对独立的思想观念。在日本,法院的任务是在有关程序和证据规则制约下发现真实,法院需要“确认”〔39〕侦查程序是否适当。可见,从所处的诉讼阶段和功能来看,审判行为相对于取证行为具有独立性,其并不内在决定于取证行为。

〔33〕 吴宏耀等,见前注〔7〕,第343页。

〔34〕 顾永忠:“我国司法体制下非法证据排除规则的本土化研究”,《政治与法律》2013年第2期,第98页。

〔35〕 牟军:“英国非法证据的处理规则与我国非法证据取舍的理性思考”,《法律科学》2000年第3期,第109页。

〔36〕 吴宏耀等,见前注〔7〕,第134页。

〔37〕 牟军,见前注〔35〕,第109页。

〔38〕 参见(德)托马斯·魏根特:《德国刑事诉讼程序》,岳礼玲、温小洁译,中国政法大学出版社2004年版,第193—195页;孙长永、闫召华:“欧洲人权法院视野中的非法证据排除制度”,《环球法律评论》2011年第2期,第145页。

〔39〕 松尾浩也,见前注〔11〕,第121页。

(三) 结果要素

结果要素是指非法取证行为的法律后果问题,其涉及制裁、救济与排除。在非法证据排除论域中,制裁通常与救济并提。制裁,是针对警察违法而言;救济,是针对被告人的权利而言。一般认为,警察非法取证,既违反了法律关于取证行为的规定,通常也侵犯了被告人的权利。排除非法证据是对警察违法行为的制裁,同时,也是一种权利救济的手段,即被告人通过请求排除非法证据来救济受到非法取证行为侵害的权利。这里的问题是,对警察非法取证行为的制裁或者对被告人权利的救济必须通过排除证据来实现吗?从各国法律实践来看,虽然排除非法证据是一种非常重要的手段,但不是唯一手段,也存在其他的制裁方式,比如让违法者承担民事责任、纪律责任、刑事责任等。德国政府针对警察违法取证行为的治理取得良好的效果。触犯法律违法取证的行为人,能够被迅速定罪并且调离原来的职位。^[40]同时,如果刑事侦查措施违法,当事人对相关的国家机关也享有民法上的求偿权。^[41]有学者指出,“英联邦各国,通过对违法的警察进行纪委惩戒的程序及刑事指控程序,甚至取得了比美国更富有成效的积极效果。”^[42]

同时,对被告人的权利救济也不一定就只有排除非法证据。虽然排除证据是非常有力或有效的救济方式,但是,人的需要和价值是多元的,基于各种考虑,被告人未必主张排除非法证据。比如,被告人可能考虑到即使排除了某个证据仍然不影响最终定案,而主张排除证据可能会遭致更加不利的后果,从而不申请排除。^[43]被告人也可能会寻求其他更加合适或合理的救济方式或补偿方式。曾有这样一个实际的案例,^[44]在一个互殴案件中,法院判决甲构成伤害罪(轻伤),但甲不服而上访,理由是乙也打伤(不构成轻伤)了自己,必须受到惩罚。后来,公安机关对乙进行行政处罚之后,甲就不再上访。这个案例说明,行为人对自已的罪行可能是承认的,但是,他要求的是他受到的伤害也要得到某种“补充”或“平衡”。当然,基于某些特殊考虑,被告人也可能放弃寻求救济,比如为了换取“放弃追诉”“从轻”“从快”处理等。^[45]我国台湾地区学者认为,“证据使用禁止毕竟为证据法上之机制,应否禁止使用有其独自的考量因素,尤其是,取证规范不计其数,各自的规范目的有别,取证违法的型态轻重更是千奇百怪,不一而足,很难用一个简简单单的‘违法=排除’公式来解决所有的问题。”^[46]

可见,排除非法证据不是唯一的制裁手段,也不是必须的救济方式。

[40] 参见孙长永等,见前注[38],第148页。

[41] (德)克劳思·罗科信:《刑事诉讼法(第24版)》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,第563页。

[42] 吴宏耀:“对设立非法物证排除规则的质疑”,《法学论坛》1997年第4期,第41页。

[43] 参见杨宇冠等,见前注[3],第332页。

[44] 本案例来自于笔者的实际调研。

[45] 参见杨宇冠等,见前注[3],第336页。

[46] 林钰雄:《刑事诉讼法(上册 总论编)》,中国人民大学出版社2005年版,第432—433页。

(四) 价值要素

价值要素是指非法证据排除规则的构建和运行过程,涉及到价值取向问题。大体上而言,价值要素可分为两类:一种是发现真相或惩罚犯罪,另一种是遏制违法或权利保障。前者是一种实体性的价值倾向,后者是一种程序性的价值倾向。

由于现场证据具有关联性和有限性,排除证据,尤其是被告人口供,会使得犯罪事实难以或无法证明,从而面临着放纵犯罪的危险。不排除非法证据,则意味着对非法取证行为的宽容乃至纵容,同时,也意味着对被告人权利的漠视。

面对非法证据,刑事司法系统总是在上述两者之间进行权衡。所谓的权衡,包含两层含义:一是优先选择其中一方;二是兼顾另一方。这种权衡与一个国家或地区的传统和现实有关,由此,导致了不同的价值倾向或权衡结果。即使同一个国家,在不同的历史时期也会发生变化。

德国现行《刑事诉讼法》生效于1879年,其脱胎于普通法宗教法庭模式。^[47]而中世纪的教会法庭,“要求法官在签发裁决之前关注全部证据”,^[48]同时,被告被强迫宣誓答辩。德国现行《刑事诉讼法》第244条第2款规定:“为了调查事实真相,法院应当依职权将证据调查延伸到所有的对于裁判具有意义的事实、证据上。”基于对真相的执着追求,德国刑事司法不大愿意排除非法证据而将实体性价值取向置于优先位置。

在美国,独立战争时期制定的宪法就洋溢着自由主义的精神。^[49]宪法一方面规定了政府的权限,这些权限依据分权制衡理论而设;另一方面也规定了公民的基本权利,这些基本权利构成对政府权力的限制。这就存在双重制约机制:权力对权力的制约和权利对权力的制约。另外,还通过宪法修正案的方式制定了权利法案,在这些法案里“包含了一部袖珍的刑事诉讼法典”。^[50]非法证据排除规则的产生正是源于上述直到现在仍然有效的权利法案。正如美国学者所指出的,美国“政治体制珍视个体权利并倾向于限制政府干预公民生活的权力”。^[51]因此,在非法证据规则运作中,美国将侧重保障公民个人权利的程序性价值置于优先位置。当然,美国非法证据排除规则的运行也会随着社会的发展变化而呈现出一种曲线性发展过程,在犯罪高发时期排除非法证据的情况比较少,而在权利意识高涨时期排除的情况则比较多。

上述四个方面内容是非法证据排除规则的基本理论要素,也是在确立非法证据排除规则理论指导原则的过程中,需要予以认真对待的基础性问题。

[47] 参见(德)约阿希姆·赫尔曼:“《德国刑事诉讼法典中译本引言》”,载《德国刑事诉讼法典》,李昌珂译,中国政法大学出版社1995年版,第4页。

[48] 冷霞:《英国早期衡平法概论》,商务印书馆2010年版,第42页。

[49] 参见(美)劳伦斯·M·弗里德曼:《美国法律史》,苏彦新等译,中国社会科学出版社2007年版,第111—112页。

[50] 同上注[49],第113页。

[51] (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·刑事侦查》(第四版),吴宏耀译,北京大学出版社2009年版,第22页。

五、我国审判阶段非法证据排除规则理论基础的重构

对我国非法证据排除规则理论基础研究的不足,导致我国非法证据排除规则制度建立和运作过程中缺乏有力的理论支撑和有效的实践指导,从而出现一些不合理乃至混乱的现象。在非法证据排除规则的实施过程中,在启动和排除标准不甚明确的情况下,法官可以随意拒绝排除申请,不仅调查程序启动难,排除更难。但是另一方面,也存在过度排除的现象。更为关键的是,法官还把调查程序的启动和非法证据的排除两个不同的环节相混淆,在调查程序启动环节就错搭了排除环节的高标准,而在排除环节则错搭了调查程序启动环节的低标准。因此,叶青教授指出,我国“应当确立明确的刑事非法证据排除规则的理论依据”。^[52]

从前文的分析可以看到,我国非法证据排除规则实施的实践逻辑并不是遏制刑讯逼供或者人权保障。实际上,美国之外的其他国家也并没有都以遏制警察违法或者人权保障作为非法证据排除规则的理论基础。比如,德国采用的是“干净的手”原理或司法廉正说,^[53]英国采用诉讼公正说,^[54]日本采取折中说或综合说。^[55]这些理论之间有相似之处,但也存在区别。从我国审判阶段非法证据排除规则实施的实践逻辑出发,以非法证据排除规则之理论要素为基础,结合我国的实际情况,本文认为我国审判阶段非法证据排除规则的理论基础可以定位为:规范一权衡说。下面先简要阐明这一理论的内涵,然后再论述其正当性基础。

(一)规范一权衡说

所谓规范一权衡说,是指在取证行为合法性调查环节(阶段)采用规范说,主要看争议证据的取证方式是否非法,如果取证方式非法则予以认定并施加消极法律后果,而在非法证据排除环节(阶段)则采用权衡说,主要看非法证据对刑事司法整体性公正造成的影响,如果从整体性公正来看采纳该证据是不可接受的,那么应当予以排除。

其中,规范说主要解决非法证据排除规则的程序问题,而权衡说主要解决非法证据排除的实体问题。前者解决非法证据调查程序的启动和非法证据的认定,后者解决非法证据的排除。是否启动非法证据调查程序和认定非法证据,主要看是否违反了相关的取证程序规范,而是否排除非法证据则要进行综合权衡,包括程序因素和实体因素。启动非法证据调查程序的功能不在于或者主要不在于排除非法证据,而是在于认定非法取证行为或非法证据,启动的标准低于排除非法证据的标准。排除非法证据的主要功能在于将不能被接受的证据排除于定案之外,其解决的是刑事司法的整体性公正问题,其不仅要考虑程序问题,同时也要考虑实体问题,因此排除的标准高于启动调查程序的标准,两者不可混淆。有学者认为,我国非法证据排除规

[52] 叶青:“关于非法证据排除规则体系的若干问题思考”,《政治与法律》2011年第6期,第14页。

[53] 参见魏根特,见前注[38],第195页。

[54] 参见宋英辉:“论非法证据运用中的价值冲突与选择”,《中国法学》1993年第3期,第90页。

[55] 参见邓思清,见前注[2],第107页;(日)田口守一:《刑事诉讼法》,张凌、于秀峰译,中国政法大学出版社2010年版,第291页。

则的完善应当确立“启动从宽,认定从严”的程序原则,^[56]这种观点将认定与排除等同。但是,规范一权衡说将认定与排除分离,因此,相对而言,属于“认定从宽,排除从严”模式。同时,启动属于认定之组成部分,因此,启动也“从宽”,而且比“认定”还要“宽”。实际上,我国审判实践中已存在“启动从宽,排除从严”的做法。^[57]

权衡说,是国际上关于非法证据排除规则的普遍经验。美国关于非法证据排除规则的最新理论是成本收益说,实际上就是权衡排除证据的成本与所获收益的学说。根据英国1984年《警察与刑事证据法》第76条的规定,被告人的供述如属于“逼迫获得的供述”或“不可靠的供述”,则法庭必须排除。如不属于上述情形,法庭则须综合权衡。若认为采纳该项供述会对诉讼公正性造成不利影响,也可以依据第78条予以排除。根据第78条的规定,法庭应当审查包括证据获取情形在内的各种情况,若认为使用该证据将会影响诉讼公正,则不应采纳。^[58]可见,英国采纳的也是权衡说。加拿大基本上也是采取“自由裁量的排除”^[59]模式。

德国证据使用禁止包括依附性使用禁止和自主性使用禁止两种类型。依附性禁止是指依附于违法取证行为的使用禁止。根据德国《刑事诉讼法》第136a条规定,通过法律明确禁止的方式所取得的证据,即使被指控人同意也不得使用。这是德国刑法关于依附性禁止使用的规定。但是,对于其他非法证据,德国法院和大多数学者都反对“自动”排除规则,而主张采取个案处理的态度,^[60]换言之,取证手段违法未必会产生禁止使用证据的效果。有学者指出,即使是在依附性禁止中,违反证据取得禁止之规定也仅仅是依附性证据使用禁止“最小共通点”。^[61]在实践中,法院判断非法取证手段是否引起依附性证据使用禁止,既要考虑取证手段是否侵犯了意志自由、记忆力、理解力等因素,还要考虑被侵犯的权利的性质等。自主性禁止使用是指不以取证违法为前提条件的使用禁止,通常是直接源自宪法基本权利遭受侵犯而禁止,是否禁止由法官综合裁量。在有关案例中,违反刑事诉讼法同时也侵犯人格尊严基本权利的采血行为所获取的血样,德国联邦上诉法院仍然决定可以采纳。^[62]警察侵犯宪法隐私权的未经司法或检察官授权的电话监听,联邦上诉法院也并不排除监听结果,而是“要求对发生冲突的个人利益与执法利益相权衡”。^[63]日本的主流观点也是权衡说。田口守一教授认为,应当以抑制效果说为核心,同时考虑规范说和司法廉洁说,综合分析排除规则的根据。^[64]另外,我国台湾地区非法证据排除实务也偏好权衡模式。^[65]

[56] 杨宇冠等,见前注[3],第337页。

[57] 杨宇冠等,见前注[3],第340页。

[58] 孙长永等,见前注[38],第151页。

[59] 陈瑞华:“非法证据排除规则的中国模式”,《中国法学》2010年第6期,第35页。

[60] 魏根特,见前注[38],第193页。

[61] 孙长永等,见前注[38],第145页。另外,参见上注[60],第193—195页。

[62] 参见魏根特,见前注[38],第118页。

[63] 参见魏根特,见前注[38],第126—127页。

[64] (日)田口守一,见前注[55],第291页。

[65] 参见林钰雄,见前注[46],第438页。

可见,权衡说是国际上关于非法证据排除的普遍经验。

(二)规范—权衡说的正当性基础

规范—权衡说,既借鉴了国际上有益的经验,又符合我国的实际情况,有着充分的正当性基础。就非法证据排除规则本身而言,可以从实践、规范和理论等三个维度进行阐述;就外部而言,可以从纵向历史和横向关联维度进行阐述。

1. 实践维度

从实践维度来看,规范—权衡说至少有助于解决以下几个问题:

首先,合理区分启动调查程序与排除证据的标准。正如前文所指出的那样,在法律规定具有模糊性,又缺乏明确理论指导下,司法实践中法官对于何时应当启动非法证据调查程序感到困惑。在这种情况下,其他的因素就可能成为法官是否启动调查程序的主导因素。法官可能基于体制因素的考虑而不愿意启动调查程序,也可能从自身惩罚犯罪的观念出发而不启动调查程序等。所以,我们会看到非法证据调查程序多依申请启动且启动率低的现象,同时,启动又多与排除证据等实体因素相关联。可以说,在启动环节上,法官处于某种高度“自由裁量”的状态。在排除环节,我们也看到很少证据被排除,法官在是否排除证据上主要看的是对定案的影响,以及对相关办案人员的影响,当然也会考虑对自身的影响和对社会的影响。另一方面,又存在过度排除的现象。上述现象说明,在排除证据问题上,我国司法实践在一定程度上背离了立法。因为,根据法律规定,^[66]证据是否排除取决或主要取决于法庭对证据收集方法非法性或者非法性影响的判断,而不是根据其他因素。可见,在排除非法证据问题上,法官也处于一种高度“自由裁量”的状态。与启动调查环节的“自由裁量”不同的是,启动调查环节的“自由裁量”是“依法”^[67]自由裁量,而排除环节的“自由裁量”是“法外”裁量。这就需要进行反思,到底是法官“违法”,还是立法背离了司法规律,或者是其他情况。

本文认为,上述现象产生的重要原因之一是法官对启动调查程序与排除证据的标准没有很清晰的认识,包括对两者的区分以及深入把握。规范—权衡说能够对上述现象进行理论指导。根据规范—权衡说,启动调查程序的功能在于认定非法证据而不是其他,只要对取证的非法性存疑,就应当启动调查程序,启动调查程序与排除证据没有必然关联,或者说在启动时点不需要考虑证据的排除问题。从实质上来看,其标准低于排除证据。根据规范—权衡说,排除证据除了考虑取证方式的非法性之外,还要考虑排除证据的成本,尤其是对惩罚犯罪造成的影响,因此,排除非法证据比启动调查程序的标准更高,排除比启动更难。由此,过度排除现象应当予以纠正。另外,从统一标准出发,对言词证据与实物证据应当同等对待,不能仅仅因为言词证据的信息量大或虚假性大,或者实物证据可靠性强或不影响定案而简单地决定予以排除或不排除,而是要综合权衡。

其次,缓解启动调查程序和排除证据的压力。实践中,法官通常不愿意启动非法证据调查

[66] 参见《刑事诉讼法》第58条。

[67] 审判人员“裁量”启动调查程序的根据是《刑事诉讼法》第56条规定的“可能存在”。

程序,也“不愿或不敢对该问题直接作出裁判”。〔68〕其中一个重要原因,是因为启动该程序之后,害怕会带来证据的排除,而证据的排除则可能会对案件的后续处理带来消极影响,不仅在实体上可能定不了案,而且对相关办案人员也可能造成不利影响。规范一权衡说切断了认定与排除的必然联系,即认定归认定,排除归排除。这就减轻了启动调查程序所带来的杀伤力,也就在一定程度上缓解启动调查程序的压力,因为即使证据被认定为非法,也不一定排除,同时,消极法律后果的施加也是或应当是可以合理设定的,不一定是“猛药”。在排除证据上,法官则享有一定程度的裁量权,而不是“非法即排除”的排除模式,这为法官预留了足够的考量空间,为其释放压力提供了充足的回旋余地。从另一方面而言,这实际上是加强了法官启动非法证据调查程序的动力。

再次,吸纳不满。虽然规范一权衡说切断了认定与排除的必然联系,但是,并不意味着放弃了对非法取证行为的制裁,通过认定取证方式的非法性,可以对相关人员施加相应的制裁。由此,可以吸纳受到非法取证行为侵害的当事人的不满。正如前文案例所表明的那样,当事人对案件实体内容可能是承认的,但是他要求对非法取证人员给予相应的处罚。或者,在主张排除证据无望或无果的情况下,作为一种“退而求其次”的方式,其可能主张对非法取证人员进行惩罚。规范一权衡说,可以在不排除证据的情况下起到吸纳不满的作用。

最后,灵活处理实践问题。非法证据涉及的问题相当复杂,不仅涉及的案件性质和类型千差万别,非法方法也五花八门;不仅违法的方式和程度不同,而且涉及的利益关系也错综复杂,涉及诉讼参与人利益与专门机关利益、公共利益与被告人利益、被告人利益与被害人利益、现实利益与期待利益等,甚至违法的阶段、侦查人员的变更、案件情况的紧急程度等都可能影响到对证据使用的价值判断。〔69〕实际上,非法证据的使用是多种因素综合作用的结果,比如社会压力、政策压力、考核压力、体制压力、侦查水平、观念结构等。原因不同,治理的方式也不同。排除只是治理某个或某些方面的药方,甚至是猛药,但不是万能药。就像犯罪是多种因素导致的结果一样,“刑罚只能发挥有限的和短促的作用”,〔70〕“严打”也没有取得预期的效果。〔71〕规范一权衡说为法官根据案件具体情况或“病症”,合理治理非法证据使用问题预留了充足的空间。何家弘教授认为:“人们不能奢望立法者制定出包罗万象且尽善尽美的法律规则,因此只能由司法者在实践中面对具体案件时进行解释性适用。”〔72〕在非法证据排除问题上,就具体个案予以灵活处理,也是国际普遍经验。有美国学者认为,逐案裁量方式有利于“应对现实生活中的灰色问题”。〔73〕

〔68〕 南英、高憬宏主编:《刑事审判方法(第二版)》,法律出版社2015年版,第271页。

〔69〕 参见上注,第263—267页。

〔70〕 梁根林:《刑事政策:立场与范畴》,法律出版社2005年版,第25页。

〔71〕 参见上注,第43—45页。

〔72〕 何家弘:“适用非法证据排除规则需要司法判例”,《法学家》2013年第2期,第106页。

〔73〕 德雷斯勒等,见前注〔51〕,第37页。

2. 规范维度

在规范维度上,规范一权衡说有以下积极意义:

首先,契合非法证据排除规则的规范结构。我国现行非法证据排除规则包含程序性规则和实体性规则。从具体运行过程来看,先实施程序性规则,再到实体性规则,即先认定证据是否属于非法证据,再决定证据是否要排除,两者具有不同的任务和功能。^{〔74〕}规范说对应于程序性规则的运行,而权衡说则对应于实体性规则的实施,应当说,规范一权衡说契合我国非法证据排除规则的规范结构。

其次,打通非法证据排除规则的规范内容。在我国现行《刑事诉讼法》中,关于非法证据排除规则的条款涉及多项。以言词证据为例,单就实体性规则就涉及第50和54条。第50条规定:“严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法收集证据。”第54条规定:“采用刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁等非法方法收集的证人证言、被害人陈述,应当予以排除。”前者从正面作出要求,后者从反面规定了排除后果。但是,两者的外延之间并不完全一致。似乎比较明确的是,采用刑讯逼供这种方法获得的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁方法获得的证人证言、被害人陈述,应当予以排除。但是,对于通过引诱、欺骗方法取得的犯罪嫌疑人、被告人供述和证人证言、被害人陈述等是否应当排除,“等”字如何理解等内容无不疑问,也引发不少理论和实践难题。比如,当事人以威胁、引诱、欺骗等方法取证为由申请排除证据时,^{〔75〕}法官该如何处理?规范一权衡说可以对有关法律条款进行合理解释和安排。

根据规范一权衡说,上述条文可作如下理解:

第一,在启动环节上以第50条为标准。规范一权衡说区分了认定非法证据与排除非法证据两个不同的环节,既然第50条对非法取证的行为作出了禁止性规定,那么违反这些规定的行为就应当或可以纳入非法证据排除规则的视野进行审查,并作出认定。有关调研报告显示,实践中也有法院对“非法证据”持这种广义理解而将其纳入审查程序并予以排除,且大多数法官认为对非法证据排除申请的启动条件应当作从宽处理,不应仅仅局限于“刑讯逼供”。^{〔76〕}《刑事诉讼法》第56条规定的“可能存在”和司法解释规定的“有疑问”,^{〔77〕}其指向的是“取证的非法性”而不是“证据的排除性”,即对证据收集的合法性有疑问,就应当进行调查,而不是需要排除的才应当进行调查。上述理解,也与第54条规定中“等”字的意涵相一致。但是,这并不意味着通过审查认定为符合第50条规定的非法方法收集的证据,就一定全部排除,是否要排除还要看排除条款的规定。

〔74〕 关于程序性规则和实体性规则功能的区分参见下文。

〔75〕 实践中,已出现不少以威胁、引诱、欺骗等方法为由提出申请排除证据的案例。可参见杨宇冠等,见前注〔3〕,第329页。

〔76〕 杨宇冠等,见前注〔3〕,第330页。

〔77〕 《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》第100条。

第二,采用刑讯逼供方法获得的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁方法获得的证人证言、被害人陈述,推定排除。这涉及到条文中“应当予以排除”的理解。根据规范—权衡说,非法证据是否排除,是一种经过权衡的结果,不存在自动排除或强制排除。采用刑讯逼供这种方法获得的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁方法获得的证人证言、被害人陈述,“应当予以排除”,是一种立法上对此类非法证据使用价值事先做的判断和安排,在立法上推定排除,在没有“特别”理由情况下,司法上应当予以排除。这些“特别”理由可能涉及罪行的严重性,比如恐怖活动犯罪、危害国家安全犯罪等,也可能涉及案件情况的紧急性等。宋英辉教授指出,排除非法证据危及国家政权或国家安全与统一等国家重大利益,是排除非法证据的例外情形之一。^[78]我国司法部门认为,在非法证据排除中,也要考虑被告人涉嫌罪行的严重性,比如恐怖活动犯罪、黑社会性质组织犯罪、杀人犯罪、绑架犯罪等。^[79]当然,这并不是说只要涉嫌恐怖活动犯罪,就可以刑讯逼供,而是说,要个案具体分析,法律规定的“应当予以排除”不是自动排除或强制排除,而是推定排除。

第三,其他的裁量排除。至于通过其他非法方法收集的证据,法律更多的是留给了法官“自由裁量”,立法上没有给出明确的指向,而是用“等”字予以涵盖,需要法官在司法实践中结合案件具体情况予以权衡。相对于上述之“刑讯逼供”“暴力”“威胁”等方法,法官在“引诱”“欺骗”等方法收集的非法证据排除问题上享有更大的裁量空间。从实务部门的观点来看,也主张对于采用“引诱”“欺骗”等方法获得证据,“有必要实行裁量排除”。^[80]概言之,法官综合来看,如果觉得某个证据严重影响司法整体性公正,那么就应当予以排除。

需要说明的是,我国非法证据排除规则所排除的证据既包括言词证据,也包括实物证据。有观点认为,非法证据排除规则更多的是基于遏制刑讯逼供等政策性考虑,其有别于基于证据可靠性考虑的一般证据排除规则,从而认为物证、书证的排除规则不是非法证据排除规则而是一般证据排除规则。^[81]这种观点值得商榷。首先,遏制警察违法是美国非法证据排除规则的主要理论基础,其不必然就是世界通用或我国非法证据排除规则的理论基础,德国非法证据排除规则的主要理论是“干净的手”原理,英国是诉讼公正说,不能仅以理论基础来区分非法证据排除规则和一般证据排除规则,进而人为地限缩非法证据排除规则的适用范围,也不利于合理解释该规则的内涵。其次,从我国《刑事诉讼法》的规定来看,关于言词证据的排除和实物证据的排除不仅规定在同一条,而且是同一款。就此而言,其具有共同的理论基础是可能的。再次,从理论层面来看,我国对言词证据的排除和实物证据的排除具有相同的理论基础也是具有现实可能性的,比如规范取证行为,其比遏制刑讯逼供这种具体方式处于更高的位阶。就像美国非法证据排除规则指向的是警察违法而不仅仅是警察刑讯逼供,甚至主要的还不是刑讯逼

[78] 参见宋英辉,见前注[54],第94页。

[79] 参见南英等,见前注[68],第266页。

[80] 南英等,见前注[68],第264页。

[81] 南英等,见前注[68],第260—261页。

供。规范一权衡说,能够从法律规范层面上合理解释我国的非法证据排除规则,即不管是言词证据还是实物证据,只要违反了《刑事诉讼法》第50条关于取证方式的规定,就进行审查并予以认定,然后综合权衡是否予以排除。或许,其针对的主要对象是刑讯逼供,但是,其规范的范围显然并不限于此。

3. 理论维度

在理论维度上,规范一权衡说具有以下积极意义:

首先,符合法律规范的性质。刑事诉讼法属于公法范畴,是规范国家权力如何行使的法律规范。《刑事诉讼法》第50条禁止以非法方法取证,第54条要求将非法证据排除。综合起来看,非法证据排除规则首先是一种决定规范,然后才是评价规范。作为决定规范,它是一种代表国家意志的命令,有着特定的内容和价值取向。对于涉嫌违反国家命令的行为,应当先进行一种认定,进而才进行评价。规范——权衡说理论符合非法证据排除规则的这种规范属性和结构。规范说对应的是决定规范属性,而权衡说对应的是评价规范属性。

其次,拓展非法证据排除规则的功能。以往所关注的通常是排除非法证据所带来的效应。规范一权衡说则突显非法证据排除规则的程序性功能。所谓的程序性功能,是指非法证据排除规则中的程序性规则本身所具有的不同于排除非法证据的功能。比如,通过举证责任倒置、举证方法繁琐、证明标准较高、非排除证据的消极法律后果等规则来增加控方的负担,进而倒逼取证行为的规范化。这与美国正当程序规则催生“辩诉交易”现象,以及我国“发改率”等考核导致下级法院的“请示”现象的原理相类似。如果说排除非法证据是通过“惨痛的教训”来倒逼取证的规范化,那么强化调查程序的功能则是通过“繁重的负担”来实现同样的目的。在美国,自从联邦法院确立了经由宪法第十四修正案的正当程序条款对州的立法进行审查的权力之后,虽然其废除的州法律为数不多,^[82]但是,却控制了地方立法的数量和质量,因为地方立法机关知道他们头上悬着一把利剑,这把利剑已经成为他们立法的一部分,换言之,他们知道自己的行为将来会受到审查而预先将这种审查后果内化。我国非法证据排除规则程序性功能的发挥可经由以下几个途径而实现:第一,认定非法证据并施加消极后果;第二,审查程序的繁重负担;第三,审查程序本身的威胁,而不论其繁简。正如松尾浩也教授所言,即使(取证)^[83]程序是合法的,在法庭上确认程序是否适当本身,就有利于提高侦查的水准。^[84]非法证据排除规则的程序性功能得到强化之后,除了法律明确规定的非法方法之外,更多的非法方法都可以被纳入到审查程序当中,即,隐含在“等”字里面的很多非法方法都可以得到审查。

再次,合理解释我国非法证据排除的职权模式。我国非法证据排除的模式既不同于德国,也不同于美国,它是公安司法机关分别在不同诉讼阶段的职权排除模式。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。换言之,我国非法证据排除不存在“当事人问题”。所谓的“当事人问题”包括请求资格问题和放弃权利问题。前者要求主张排除非法证据

[82] 弗里德曼,见前注[49],第369页。

[83] 笔者注。

[84] 松尾浩也,见前注[11],第121页。

者必须具备某种资格,比如德国法要求主张排除者必须是其合法权益受到取证行为侵害的人,被告人不能主张证人受到非法取证而要求排除证人证言。后者则因为当事人放弃主张而不排除证据,比如在美国,如果当事人主张非法证据排除之后又放弃的,则法官也不再审查。根据规范一权衡说,审查阶段的主要功能在于审查取证行为的规范性,违法的予以认定,合法的予以确认,审查的是公权力行使的规范性问题,当然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。在排除阶段,其主要功能在于作出公正的司法裁判,当事人权益及其意思表示仅仅是法官就非法证据排除问题进行权衡的因素之一,不具有决定性力量。因此,在排除非法证据上,我国法律也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。因此,在当事人认罪或者达成刑事和解的案件中,仍然要进行非法证据的审查。

再其次,统合刑事诉讼的两大目的。刑事诉讼法学一般理论认为,刑事诉讼法有两大基本目的,犯罪控制和人权保障。^[85]规范一权衡说通过两种方式保障人权,一是间接方式,二是直接方式。间接方式,是指通过规范取证行为而达致。法定取证规范,通常是基于人权保障的目的而设,根据规范一权衡说,法院在调查阶段对违反法定程序的取证行为进行审查,对非法证据予以认定,并施加相应消极法律后果,对于遏制非法取证行为和规范取证行为具有积极意义,从而有利于实现人权保障的诉讼目的。直接方式,是指通过排除非法证据而达致。由于在排除环节采取权衡说,所以法官可以基于人权保障的目的考量而把非法证据排除在外。同时,权衡说在排除环节也为犯罪控制提供了一定的理论空间。因此,规范一权衡说,统合了刑事诉讼的两大目的。

最后,契合非法证据排除规则的理论要素内容。本文第四部分已经指出,在非法证据排除规则中存在四种基本理论要素,即证据要素、行为要素、结果要素和价值要素。这是国际上普遍存在的规律性内容。规范一权衡说遵循了上述基本规律。在审查阶段,规范一权衡说针对的是“非法的证据”,即审查收集的证据当中是否存在“非法的证据”,而在排除阶段,其针对的是“排除的证据”,即决定“非法的证据”是否要排除,其区分了证据的不同形态。通过审查,即使被认定为非法的证据,也不一定排除,是否排除需要法院综合权衡。可见,法院的审判行为独立于取证行为,其不仅不决定于取证行为,而且是在审查和评价取证行为。通过审查,证据被认定为非法证据的,排除证据只是后果之一,无论是作为制裁的方式,还是救济的方式。其他的制裁方式可以有刑事责任、民事责任、纪律责任、道德责任等。其他的救济途径与当事人关系密切,可以是相应法律责任的承担,也可能是职责的行使等。另外,在目前的条件下,排除也未必能够达到救济的目的。在我国司法实践中,有些机关会通过重复性取证行为来达到实际上不排除证据的效果。当实体正义与程序正义冲突时,规范一权衡说在调查阶段倾向于程序正义优先,在排除阶段则为实体正义优先兼顾程序正义模式提供了空间,当然,在排除阶段也不排除程序正义优先价值取向的可能性,这可能需要结合我国犯罪形势和刑事政策等方面来考量。

[85] 汪建成教授认为,各国刑事诉讼中的非法证据排除规则的目的或初衷都是人权保障价值。参见汪建成:《理想与现实——刑事证据理论的新探索》,北京大学出版社2006年版,第120页。

4.纵向维度

在纵向维度上,规范一权衡说具有以下积极意义:

首先,尊重我国传统。^[86]规范一权衡说尊重我国社会和刑事司法系统的诸项传统,具体如下:

第一,沿袭我国传统社会结构。我国传统上是权力主导型社会,尊奉“令行禁止”。大陆法系国家传统上也是权力主导型社会,德国所谓“干净的手”原理或司法廉正说,都是从国家权力着眼。英美法系国家则从公民权利着眼,提出人权保障说或者抑制违法说。规范一权衡说是一种契合权力主导型的理论,它不仅要求侦查权的行使要遵从法律规范,否则需要接受审查以及制裁,而且指导审判权的行使要综合权衡。由此,它有别于英美法系国家的理论逻辑,而与大陆法系国家相类似。

第二,保留“有罪必罚”观念合理内核。无论是过去还是现在,人们有罪必罚的观念都根深蒂固。《资治通鉴》有曰:“有功必赏,有罪必罚。”实事求是我国实行多年的思想路线。由于取证手段问题而放纵犯罪在我国社会观念中是难以被接受的,这种传统的影响从前文调研报告所显示的法官观念中可以得到印证。我国法官认为,确立非法证据排除规则的一项重要功能在于“查明案件真相,正确认定事实”,^[87]如果排除被告人审判前供述影响到对犯罪事实的认定,则需要更加“审慎和严格”,^[88]尤其是排除则影响定案的关键性证据不能排除。规范一权衡说采取的不是“非法即排除”模式,是否排除非法证据需要进行权衡,在权衡当中,为“有罪必罚”观念留下了生存空间。

第三,符合我国司法体制。我国刑事诉讼法传统上^[89]实行公检法三机关分工负责、互相配合、互相制约原则,规范一权衡说体现了该原则的要求。取证是侦查机关的职责,审判是法院的职责。侦查机关通过合法方法取得的证据,法院应当采纳作为定案的根据,体现出配合的一面。但是,如果取证行为不合法,那么法院需要对此进行审查,并且作出相应的处理,不仅认定证据为非法,而且可能将非法证据排除,以及施加其他的消极法律后果,体现出对侦查机关取证行为的制约。

第四,因循实质判断传统。在实体法上,我国刑法对犯罪的定义模式采用“定性+定量”模式,定性是指犯罪行为具有社会危害的性质。定量是指危害社会的行为需要达到一定的量才构成犯罪,情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪。所谓的定量分析,实际上就是进行了一种实质性的判断。除了刑事实体法,在刑事程序法当中也可以看到这种实质判断的影子。根据《刑事诉讼法》第187条,证人是否需要出庭,取决于该证言对案件定罪量刑是否“有重大影响”。申请通知新的证人到庭、调取新的物证,申请重新鉴定或者勘验,以及申请通知有专门知

[86] 所谓的传统,是指存续至今的存在,其既存在于过去,也存在于当下。

[87] 南英等,见前注[68],第267页。

[88] 南英等,见前注[68],第276页。

[89] 现行法也是实行三机关分工负责、互相配合、互相制约原则。

识的人出庭,都需要经过法庭“同意”。^[90]换言之,在这些即使是程序性的事项上,我国法庭都享有实质性的判断权。在非法证据排除规则中体现得更直接,根据《刑事诉讼法》第54条第1款,物证、书证收集程序不符合法定程序的,并不是一律排除,而是“可能严重影响司法公正的”,才予以排除,是否“严重影响司法公正”,也是由法院进行实质判断。规范一权衡说,在是否排除非法证据问题上,需要综合程序性因素和实体性因素而权衡,因此,因循了我国刑事法律的实质判断传统。

其次,关照我国刑事司法现实。任何制度的实施都不能或不应脱离其所生存的社会现实。与非法证据排除规则相关的刑事司法现实,这里主要强调以下几个关系密切的基本社会事实:

第一,非法取证行为普遍存在。非法证据与非法取证行为直接相连,非法证据排除规则指向的就是非法取证行为,尤其是刑讯逼供。陈瑞华教授指出,“刑讯逼供等非法侦查行为在实践中屡禁不止,并且在有些案件中大量发生。”^[91]实际上,针对非法取证行为尤其是刑讯逼供的泛滥,1994年就出台了相关的司法解释。2010年“两个证据规定”的出台,也同样剑指司法实践中“违法取证,刑讯逼供始终不能禁绝”^[92]的现象。“两个证据规定”实施后,取得一定的积极效果。2012年《刑事诉讼法》在总结“两个证据规定”经验基础上,正式以法律的形式确立非法证据排除规则,其中包括实体性规则和程序性规则。程序性规则的确立被学术界寄予厚望,被视作遏制刑讯逼供的有效途径。^[93]2012年《刑事诉讼法》实施之后,在司法实践中,“高强度刑讯逼供有所减少,非典型刑讯逼供和多种非法取证行为的叠加情况显著增多”,^[94]而且“非法取证的手段越来越隐蔽”。^[95]换言之,典型的刑讯逼供行为有所收敛,但是非法取证现象依然严峻。这是我国在构建非法证据排除规则时需要面对的重要问题。

第二,犯罪现实依然严峻。非法证据排除规则源于整个刑事司法系统,它不能离开整个刑事司法系统而存在。因此,构建我国非法证据排除规则必须面对我国的犯罪现实。从最高人民法院公布的数据来看,近些年法院刑事案件收案数在逐年上升。^[96]受访法官大部分也认为,我国当前“刑事犯罪率逐年上升、基层部门侦查力量不足、侦查部门破案压力增大”。^[97]总之,我国刑事司法面临的犯罪形势依然严峻,这是我国构建和运行非法证据排除规则时不可回避的问题。与1998年的司法解释相比,现行法律在排除范围上表现出某种“收缩”,前者明确规定“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

[90] 参见《刑事诉讼法》第192条。

[91] 陈瑞华,见前注[10],第556页。

[92] 张军主编:《刑事证据规则理解与适用》,法律出版社2010年版,第3页。

[93] 参见陈卫东等,见前注[9],第77页。

[94] 孙长永等,见前注[9],第80页;另参见陈光中等,见前注[4],第8页。

[95] 杨宇冠等,见前注[3],第333页。

[96] 参见最高人民法院网站,<http://www.court.gov.cn/fabu-gengduo-21.html? page=6>,最后访问日期:2017年3月10日。

[97] 杨宇冠等,见前注[3],第336页。

人供述,不得作为定案根据”,^[98]后者则对“威胁、引诱、欺骗”等非法方法获得的犯罪嫌疑人、被告人供述和“引诱、欺骗”等非法方法获得的证人证言、被害人陈述语焉不详。虽然司法解释又对《刑事诉讼法》的规定进行了解释,^[99]但仍然不明确。这种“收缩”,一方面反映了排除非法证据给惩罚犯罪带来的杀伤力,另一方面也反映了犯罪形势的严峻性。实务调研中,有人认为,这种排除范围的缩小,实际上意味着包容了侦查人员的一些违规甚至是违法取证行为,这是为了打击犯罪的需要。^[100]

第三,依法治国基本方略全面实施。党作为我国社会建设的领导核心,党中央的决定在整个国家治理中发挥重要指导作用。2014年10月23日发布的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出,必须“规范司法行为”,“努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”,“推进严格司法”,健全“办案过程符合程序公正”的法律制度,“严格依法收集、固定、保存、审查、运用证据”,“加强人权司法保障”,^[101]健全落实“非法证据排除”法律原则的法律制度。这是我国非法证据排除规则运行和完善的新背景。

上述几个方面,是我国在构建和完善非法证据排除规则时必须予以慎重考虑的现实问题。规范一权衡说真切地关照到了我国刑事司法上述几个基本事实。在依法治国基本方略全面实施的背景下,针对普遍存在的非法取证行为,规范一权衡说将作如下处理:首先,通过调查程序予以审查,对非法证据予以认定,否定非法取证行为的正当性,并施加消极后果;其次,将严重的非法证据予以排除。但是,在排除非法证据的过程当中,将会综合权衡,尤其考虑排除证据对事实认定进而是对惩罚犯罪所造成的影响。因此,也可以关照到我国的犯罪现实。

5. 横向维度

在横向维度上,规范一权衡说有利于我国刑事政策在非法证据排除规则中的实施。刑事政策,是“国家和社会整体以合理而有效地组织对犯罪的反映为目标而提出的有组织地反犯罪斗争的战略、方针、策略、方法以及行动的艺术、谋略和智慧的系统整体”。^[102]在近现代的刑事法中,程序性的追诉活动已被纳入刑事政策的视野,从而使得刑事诉讼法和刑事证据法在真正意义上被刑事政策化。^[103]规范一权衡说为刑事政策的实施提供了足够的空间。根据规范一权衡说,证据是否排除,最终需要法院综合权衡各种因素后予以决定,其中当然可以也需要考虑刑事政策的内容。根据我国正统法学理论,“党和国家制定的刑事政策作为刑事法的灵魂,在指导和调节我国刑法的制定与运用乃至预防和控制犯罪的全部实践过程中发挥着举足

[98] 参见1998年最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第61条;1999年《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》第265条第1款。

[99] 参见2012年最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第95条;2012年最高人民检察院《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》第65条。

[100] 陈光中等,见前注[4],第7页。

[101] 2012年《刑事诉讼法》将“尊重和保障人权”的宪法原则写入其“任务”条款当中,参见《刑事诉讼法》第2条。

[102] 梁根林,见前注[70],第23页。

[103] 参见梁根林,见前注[70],第11页。

轻重的作用”。^[104] 十八届三中全会《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》指出：“严禁刑讯逼供、体罚虐待，严格实行非法证据排除规则。”这里的“严格”是何含义？如何严格？规范一权衡说为“严格”实行非法证据排除规则提供了更为具体的理论指导。不仅在审查环节可以严格，而且在排除证据环节也可以严格。在审查环节严格，就意味着只要违法即认定，只要认定即对相关人员或机关施加相应的消极法律后果，甚至是“严重的”法律后果。在排除环节严格，则意味着法庭可以比较大胆地裁量排除，更多的非法证据会得到排除，从极端来说就是只要认定为“非法”即排除。根据规范一权衡说，“非法”不一定排除，但是，它并不排除“非法即排除”的实施模式。总之，规范一权衡说为刑事政策在非法证据排除规则中的实施提供了足够的弹性空间。

综上所述，规范一权衡说既吸收了国际上有益的经验，又切合我国的实际。规范说在日本曾被提出过，但是由于规范说具有过于强调法律的形式主义一面，易于陷入“违法即排除”的模式而可能导致过度的杀伤力，而最终被综合说取代。无论是美国的成本收益说、英国的诉讼公正说，还是德国“干净的手”原理和日本的综合说，基本上都属于权衡说的范畴，采取“逐案裁量方式”。权衡说，或者说“逐案裁量方式”是世界各国在排除非法证据环节上普遍采取的模式，因为这一方式更容易导致“正确”的结果。^[105] 规范一权衡说既不会放纵犯罪，也不会对警察的违法取证行为视而不见，而是把各自“应得的”归于各自，既符合正义原则的要求，也符合实事求是的思想。当然，这并不是说规范一权衡说完美无瑕，它的有效实施，同样依赖于观念的转变以及相关配套制度的完善，比如体制问题、更为具体化的操作标准、侦查机关内部更为有效的管理和约束机制、法院裁决的说理制度等。

Abstract: The theoretical basis of exclusionary rule of illegally obtained evidence in Chinese criminal procedure is often articulated as deterring tortures or protecting human rights. However, theoretically speaking, those American-based theories are not compatible with Chinese conditions. In reality, the practical logic in China does not follow those theories either. Based upon the theoretical elements of the exclusionary rule and its practical logic in China, this paper propose a theory of regulating-balancing that may be the reasonable doctrine for applying the exclusionary rule in the trial stage of Chinese criminal procedure.

Key Words: Exclusionary Rule of Illegally Obtained Evidence; Theoretical Basis; The Theory of Regulating-balancing

(责任编辑:傅郁林)

[104] 梁根林,见前注[70],第3页。

[105] (美)约书亚·德雷斯勒等,见前注[51],第36页。