

# 非法证据排除的规范原理新论

## 以“制裁—救济”为分析框架

赵常成\*

**摘要** 非法证据排除规则存在“制裁”与“救济”两种规范原理,这一分歧在我国并未得到认真对待。制裁原理以司法正洁与威慑违法作为证据排除的正当依据,具有国家本位、义务本位、违法者本位的基本特征。目前我国主流观点将证据排除理解为“程序性制裁”,支持制裁原理下的非法证据排除规则,由此导致证据排除的存在意义难题、范围失控难题、裁量模糊难题等理论与实践问题。与之相对,救济原理引入矫正正义作为正当依据,主张证据排除是“程序性救济”,其目的在于恢复原状,具有个人本位、权利本位、受害者本位的基本特征。与制裁原理相比,救济原理可以为我国证据排除的存在意义、范围限制、裁量标准等提供更为妥当的解释。虽然如此,单一救济原理下的证据排除同样存在其缺陷。基于原理协同的立场,以制裁原理补充并修正部分解释结论,对我国非法证据排除规则而言更具积极意义。

**关键词** 排除规则 非法证据 裁量排除 程序性制裁 程序性救济

### 引言

我国主流观点认为,非法证据排除规则是一种“程序性制裁”。〔1〕排除非法获得的证据

\* 中国人民大学法学院博士研究生。

〔1〕 参见陈瑞华:《刑事诉讼法》,北京大学出版社2021年版,第127页;龙宗智:“立足中国实际有效遏制非法取证”,《人民检察》2006年第24期,第7页;闵春雷:“非法证据排除规则适用问题研究”,《吉林社会科学学报》2014年第2期,第72页;杨波:“由证明力到证据能力——我国非法证据排除规则的实践困境与出路”,《政法论坛》2015年第5期,第113页;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16页。限于篇幅,不再逐一列举。

是针对侦查人员违反诉讼程序的行为所实施的法律惩罚,是一种追究警察程序性违法之法律责任的方式。<sup>〔2〕</sup>这一基本判断将“制裁”所蕴含的规范原理烙印在了我国非法证据排除规则之上,使得对规范的理解围绕着对违法者的惩戒与威慑展开。然而需要追问的是,非法证据排除规则果真仅仅是一种“制裁”吗?在法的一般理论上,“制裁”与“救济”是法律后果的两种基本类型,二者的规范原理存在本质区别。<sup>〔3〕</sup>人们通常认同,刑事处罚、行政处罚等法律后果属于制裁,遵循制裁之原理;国家赔偿、民事赔偿等法律后果属于救济,遵循救济之原理;然而,作为程序性法律后果的(非法)证据排除,究竟应当以制裁为原理,还是以救济为原理,抑或介于二者之间,尚存在讨论的空间。

探讨证据排除是一种制裁,还是一种救济,这项工作有何意义?表面上,这似乎只是无谓的“语言游戏”,然而,鉴于制裁与救济在原理上存在本质差别,这一分歧实则锚定了证据排除的思维起点,并对规则产生诸多影响。例如,证据排除的规范目的不同。制裁主张对违法者的惩戒与威慑目的,排除规则旨在消除侦查违法现象;救济主张对受害者的恢复原状目的,排除规则旨在充分补救权利侵害。再如,排除程序的启动条件不同。制裁具有国家本位特征,证据排除不受权利主张的约束;而救济具有个人本位特征,权利主张是证据排除的前提条件。又如,非法证据的成立范围不同。制裁具有义务本位特征,违反法定程序规范即可纳入制裁范围;救济具有权利本位特征,存在实质权利侵害才纳入救济范围,如此等等。可见,证据排除究竟是救济还是制裁,是亟需辨明的基本问题。

基于上述问题意识,本文旨在对制裁原理与救济原理进行归纳总结,进而探讨我国非法证据排除规则的应然规范原理。本文论证安排如下:首先,鉴于制裁原理占据主流地位,第一部分将厘清制裁原理及其对证据排除的影响;第二部分将结合我国实践,对单一制裁原理下的证据排除进行反思性评价;第三部分将转而梳理证据排除的救济原理,旨在寻求一种新的理论思路;第四部分将探讨救济原理引入证据排除的积极意义与方案;最后,鉴于单一的救济原理同样存在局限,第五部分将探讨,是否可以采取原理协同的立场,并妥善处理两种原理之间的关系,共同驱动非法证据排除规则的合理运行。

## 一、非法证据排除的制裁原理

制裁是指,“针对违反社会规范的行为,以否定或者使行为人放弃此种行为为目的而启动的反作用力,其内容是剥夺一定的价值、利益或者课予一定的负价值或者不利益”。<sup>〔4〕</sup>将非法证据排除解释为一种针对违法取证的程序性制裁,证据排除的规范意义即在于剥夺侦查人员违法所得的不当利益,从而实现遏制和警示的效果。以下简述制裁原理的核心内容及其对

〔2〕 参见陈瑞华:《程序性制裁理论》,中国法制出版社2017年版,第101页。

〔3〕 See Albert Kocourek, “Sanctions and Remedies,” *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, Vol. 72, No. 2, 1924, p. 91.

〔4〕 (日)佐伯仁志:《制裁论》,丁胜明译,北京大学出版社2018年版,第5-6页。

非法证据排除规则的影响。

### (一) 制裁的正当依据：司法正洁与威慑违法

我国程序性制裁理论提出,非法证据排除等程序性制裁,“可以维护刑事诉讼程序的有效实施,使得程序正义价值得到现实的保障,促使法院不成为警察、检察官和下级法官违反法律程序的‘帮凶’和‘共犯’,并对其违反法律程序的行为在举行司法审查的前提下,作出违法和无效之宣告”。〔5〕结合域外主流的理论观点分析,上述归纳大致囊括了非法证据排除规则的两种重要的正当依据——司法正洁与威慑违法。

#### 1. 司法正洁与非法证据排除

司法正洁的正当依据认为,司法机关作为法律的维护者,不能为执法机关的违法行为背书,从而成为违法行为的“共犯”;易言之,司法机关应当通过排除证据表达其谴责,从而维护整体国家机关的道德权威。美国联邦最高法院在马普案中援引了司法正洁作为论证理由:“我们一旦认识到……宪法赋予了我们免受州官员粗暴侵犯隐私的权利,我们就不能再允许这项权利成为一种空洞的承诺……我们的决定……给予个人的不多于宪法所应保证的,给予警察的不少于正直执法所应赋予的,并且,给予法院的不少于在真正司法运行中所必须(秉持)的司法正洁。”〔6〕另一广为援引的表述还包括:“我们的政府是一位强有力且无所不在的老师……如果政府成为违法者,它将滋生人们对法的蔑视;导致人们各自行事;导致无政府状态……如果政府自己可以通过犯罪手段从而确保对个人定罪——这将导致可怕的报应。”〔7〕如此等等。

将司法正洁作为正当依据,为证据排除提供了一种道德原则层面的论证理由,具有报应主义制裁的色彩。美国有学者提出,“报应主义的原则已经嵌入到最高法院第四修正案的判例中。尽管没有用报应主义的术语来定义,但法院……引用的原则性考量与有影响力的报应主义理论是一致的”。〔8〕整体而言,报应主义的制裁思想主张,制裁是国家对违法的道德谴责与道义命令;这一谴责本身就是一个面向过去的、值得追求的目的。司法正洁旨在维护作为整体的国家机关的道德权威,程序违法的出现即构成了司法机关发动证据排除进行道德谴责的正当理由,这与报应主义思想存在相通之处。

#### 2. 威慑违法与非法证据排除

威慑违法作为制裁的正当依据,旨在实现消除程序违法的功利目的,亦即,为了没有程序违法,所以发动证据排除。侦查人员是具有趋利避害本能的理性人,是否实施违法取证行为,取决于行为的成本与收益,而通过证据排除提高违法成本,将促使侦查人员选择合法的行为。威慑违法去除了证据排除的道德谴责成分,增强了制裁发动的灵活性。在沃伦法院时期,美国联邦最高法院便将威慑违法作为马普案的论证理由之一;其后,伯格法院在柯兰卓(United

〔5〕 陈瑞华:“程序性制裁制度的法理学分析”,《中国法学》2005年第6期,第150页。

〔6〕 Mapp v. Ohio, 367 U. S. 643 (1961), p. 660.

〔7〕 Olmstead v. United States, 277 U. S. 438 (1928), p. 485.

〔8〕 David Gray, “A Spectacular Non Sequitur: The Supreme Court’s Contemporary Fourth Amendment Exclusionary Rule Jurisprudence,” *American Criminal Law Review*, Vol. 50, No. 1, 2013, p. 23.

States v. Calandra)案中更是宣告排除规则的主要目的是遏制警察的违法取证行为。<sup>〔9〕</sup> 威慑违法的论证理由包含“威慑效果”与“威慑必要性”两层递进判断。一方面,将证据排除作为威慑的手段,起码应当有能力实现法所期待的威慑效果;另一方面,即使证据排除可以实现威慑期待,也要考虑这一威慑手段是否必要、相称。据此,证据排除既应当判断威慑效果的程度,同时应当与放纵犯罪等社会成本进行权衡,只有当威慑违法的效用大于社会成本时,证据排除的发动才具有正当性。这一方法在赫尔英案中得到了充分说明:“排除规则旨在通过其威慑效果保障第四修正案权利,只有排除规则能够产生显而易见的威慑效果时方得适用,并且由此产生的威慑利益必须大于付出的成本。”<sup>〔10〕</sup>

近二十余年来,在冤假错案不断曝光、社会舆论持续发酵的催化下,我国非法证据排除规则经历了一段迅速确立与发展的时期。在这一进程中,以威慑违法为基础的制裁原理具有举足轻重的地位。<sup>〔11〕</sup> 这与我国刑事司法的现实背景紧密相关。由于我国长期欠缺有效的制约手段,侦查人员的程序违法行为泛滥,通过程序性制裁对程序违法现象进行系统性治理的方案被寄予厚望。在立法上,2012年《刑事诉讼法》修改正式确立了排除规则,“为从制度上进一步遏制刑讯逼供和其他非法收集证据的行为”正是修法目的之一。<sup>〔12〕</sup> 在政策上,党的十八届四中全会《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中亦指出,“健全落实……非法证据排除等法律原则……加强对刑讯逼供和违法取证的源头预防”,同样特别关注遏制违法取证的功利性目的。

## (二)制裁的基本特征:国家本位、义务本位、违法者本位

### 1. 国家本位与排除启动的职权性

制裁原理强调,违法行为是对公共利益的侵犯,国家是公共利益的代表人,由国家依职权对违法行为进行制裁,国家本位是制裁的基本特征之一。国家本位的形成源自犯罪观的演变。随着犯罪不再被视为公民间的纠纷,而是对公共利益的侵害,受害者因而由个人置换成国家,刑罚权转由国家垄断,由其依职权调查并发动制裁。将证据排除视为“制裁”,其直接影响即排除启动的职权性,国家有权力且有义务依职权调查并制裁,不受个人权利主张的约束,权利主张只是线索来源之一。目前我国立法对职权性已有所贯彻,例如,根据《刑事诉讼法》第58条第1款的规定,审判人员在审理过程中,如果发现可能存在以非法方法收集证据的情形,有义务对证据收集的合法性进行调查。

### 2. 义务本位与非法证据的规范违反性

制裁是对违反法律义务的行为所施加的否定性法律责任,具有义务本位的基本特征。国家通过规定禁止规范或命令规范的方式设定义务,并对违反规范的行为进行制裁。正如汉斯

〔9〕 参见吴宏耀:“美国非法证据排除规则的当代命运”,《比较法研究》2015年第1期,第3页。

〔10〕 Herring v. United States, 555 U. S. 135 (2009), p. 144.

〔11〕 在我国非法证据排除规则的发展过程中,政策制定者同时高度重视防范冤假错案的功能。参见戴长林主编:《非法证据排除规定和规程理解与适用》,法律出版社2019年版,第3页。

〔12〕 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116页。

·凯尔森(Hans Kelsen)指出,“履行了某个法律规范强加给他之义务的个人遵守了这一法律规范;在违反法律的情形中执行了法律规范所规定之制裁的人适用了这一法律规范”。<sup>[13]</sup> 将证据排除视作义务本位的“制裁”,非法证据的违法性也将系于规范违反,着眼于侦查人员对程序规范的遵守情况。这与权利保护之间没有必然联系,规范所保护的利益既可能是个人利益,也可能是公共利益,还可能赋予规范遵守本身以独立价值。<sup>[14]</sup> 我国程序性制裁理论进一步将程序违法分为侵权性违法、公益性违法、技术性违法,“刑事诉讼法所规定的任何一项规则……都必须包含一个极为重要的逻辑构成要素:违反该程序规则的法律后果,也就是针对程序性违法的程序性制裁措施”。<sup>[15]</sup> 目前,非法证据的规范违反性在我国立法上也有所体现。例如,《刑事诉讼法》第56条将“不符合法定程序”作为非法实物证据的成立门槛,如果仅从文义解释出发,任何违反程序规范的行为均被列入了可制裁的范围。

### 3. 违法者本位与规范要素的主观性

制裁是对“违法者”的责任追究,具有违法者本位的基本特征。对于哪些规范要素将影响制裁的发动与程度,违法者本位将重点关注那些表征违法者的道德非难程度或威慑必要程度的主观性要素,例如,是否存在故意、动机是否恶劣等,这些规范要素均与受害者一方无关。将证据排除视为“制裁”,证据排除也将重视违法者的主观性要素。在我国,这主要体现在非法证据的裁量排除之中。《刑事诉讼法》第56条将“可能严重影响司法公正”作为裁量排除的要件。对此,最高人民法院解释道,除违反法定程序的程度等要素外,还需要考察司法工作人员的主观罪过,主观罪过程度轻,且没有其他严重情节的,一般不宜认定为可能严重影响司法公正。<sup>[16]</sup> 代表性观点也提出,应重点考察“程序违法的主观意思”与“程序违法的频率”。如果侦查人员主观上有违法性认识且系恶意违法取证,或者该违法取证有导致侦查人员群起效仿、反复违法之虞的,证据应予排除。<sup>[17]</sup>

## 二、制裁原理下的非法证据排除难题

在我国非法证据排除规则中,制裁原理不仅在学理上与证据排除深度绑定,在立法与司法上也形成了广泛影响。然而,制裁原理在解释非法证据排除问题上还存在一定局限。结合我

[13] (奥)汉斯·凯尔森著、(德)马蒂亚斯·耶施泰特编:《纯粹法学说》,雷磊译,法律出版社2021年版,第151页。

[14] 美国有学者表达了相同观点:“如果第四修正案的唯一目的是规范政府行为,那么违反该修正案就与侵犯任何个人权利之间没有必然的关系。”William A. Schroeder, “Restoring the Status Quo Ante: The Fourth Amendment Exclusionary Rule As a Compensatory Device,” *George Washington Law Review*, Vol. 51, No. 5, 1983, pp. 645-646.

[15] 参见陈瑞华,见前注[2],第143页。

[16] 参见张军、江必新主编:《新刑事诉讼法及司法解释适用解答》,人民法院出版社2013年版,第114页。

[17] 参见万毅:“关键词解读:非法实物证据排除规则的解释与适用”,《四川大学学报(哲学社会科学版)》2014年第3期,第139页。

国立法与司法实践,本文试图说明,制裁原理下的非法证据排除规则存在诸多难题,有待反思。

### (一)何以排除:非法证据排除规则的存在意义难题

虽然非法证据排除规则已经在世界范围内得到广泛确立,但从时间维度上看,其发展历程却颇为短暂,存在意义未必牢固。21世纪以来,美国联邦最高法院甚至在哈德逊案中声称,“排除规则一直是我们最后的手段,而不是首选”,<sup>[18]</sup>发出了该规则是否根本没有存在必要的质疑。有鉴于此,何以警察违法就排除证据,仍是当下需要追问的基本问题。制裁原理试图在司法正洁与威慑违法之间寻求证据排除的正当依据,反而可能使排除规则陷入存在意义的两难困境。

一方面,以司法正洁为基础的证据排除过于严苛,难以为裁量排除或不予排除的例外情形提供正当性论证。司法正洁主张通过证据排除来表达法院对违法的道德谴责,并维护整体国家机关的道德权威,这将导出非法证据的绝对排除。然而,程序违法具有程度、环境、个体等具体的差别,仅为维护司法正洁就一律发动证据排除,有过于极端之嫌,可能导致过度放纵犯罪等不利后果。正因如此,美国虽然在法律规则层面仍保持着绝对排除模式,但在正当依据层面已经由司法正洁转向威慑违法,并发展出了数量众多的例外与不适用情形。在英国、加拿大等国家,绝对排除模式从规则确立之初就鲜有贯彻,裁量排除与权衡理论成为主流的立法模式与学说。<sup>[19]</sup>我国也只在言词证据上采取了绝对排除立场,对于实物证据则采取了裁量排除立场,因而司法正洁的解释力具有明显的局限。

另一方面,以威慑违法为基础的证据排除,其正当性并非来自道德原则,而是来自威慑违法的经验效用;如果威慑效果不佳,或社会成本与威慑效果并不相称,排除规则的命运也将蒙上阴影。一方面,就威慑效果而言,非法证据排除规则的确立固然会对侦查机关产生制度化的威慑力;<sup>[20]</sup>然而,对违法者个人的威慑效果却存在诸多制约因素,其正向效用究竟能达到何种程度,并不清楚。例如,证据排除并不直接剥夺违法者的个人利益,除非裁判结果对其个人利益有所影响,否则难以形成威慑;再如,证据排除的决定距离违法取证发生的时点过远,受影响的主要是检察人员而非侦查人员;又如,在决策过程中,同事关系、上级指令、办案压力等要素对于决策的分量可能远大于威慑要素;此外,整体上,威慑效果的实证研究说服力也仍然有限。<sup>[21]</sup>另一方面,以威慑违法为基础的证据排除要求裁判者权衡社会成本与威慑效果,这种经验性的判断方法可能导致排除规则的适用被大幅度限缩。权衡过程是主观且粗糙的,出于不愿放纵犯罪、同情侦查人员等现实原因,裁判者往往对排除证据持消极态度,“排除非法证据

[18] Hudson v. Michigan, 547 U. S. 586 (2006), p. 591.

[19] 参见林志毅:“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1057页。

[20] See William J. Mertens and Silas Wasserstrom, “The Good Faith Exception to the Exclusionary Rule: Deregulating the Police and Derailing the Law,” *Georgetown Law Journal*, Vol. 70, No. 2, 1981, p. 394.

[21] 更为全面的总结,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·刑事侦查),吴宏耀译,北京大学出版社2009年版,第382—384页。

的‘成本’被夸大到了相当高的程度，而排除证据的‘利益’仅仅是挥一挥手就消失了”。〔22〕早有学者预见：“除非排除规则再次建立在原则性基础而非经验性命题上，就像它最初和在其大部分时间里所做的那样，否则该规则将持续处于不稳定的状态。”〔23〕事实表明，正是基于对威慑的成本收益分析，美国一再扩张了排除规则的例外与不适用的情形，加剧了人们对排除规则存在意义的质疑。

## （二）排除什么：非法证据的范围失控难题

制裁原理对于“什么是非法证据”的问题，也未给出妥当回答。基于制裁原理的义务本位特征，非法证据的判断标准在于是否违反程序规范。然而，这一标准失于宽泛，任何违法取证原则上均得纳入证据排除的范围，由此引发“非法证据的范围失控”难题。这一问题目前在我国实践中尤为突出，滥用“非法证据”的现象充斥庭审。试举例说明。

案例一：被告人在盗窃时被抓获，警方当场对其搜身并缴获毒品。现查明，在本案搜查过程中，搜身由辅警进行，负责民警在搜查出毒品后才到达现场，而在搜查笔录上签字的民警始终未出现在现场，笔录可能系事后补做；见证人在搜查完毕后才到达现场且系辅警，不具备见证人资格；此外，搜查过程没有录像。因此，法院认定本案搜查程序不合法，搜查笔录属于非法证据，应当予以排除。〔24〕

本案搜查过程确实存在数项违反程序规范的情况，例如，搜查时没有见证人在场、辅警担任见证人、搜查笔录签字人与实际侦查人员不一致等，完全符合《刑事诉讼法》第56条“收集物证、书证不符合法定程序”的文义解释，因而，发动证据排除的裁判看似是无可指摘的。然而，倘若追问上述违法是否侵犯了被告人的某种权利，却难以作出肯定回答。由于不存在请求见证人在场权、请求有资格的人在场见证权、请求当场制作笔录权等权利，侦查人员虽违反了遵守规范的义务，却不构成对被告人权利的侵犯，成立非法证据的合理性有待商榷。将规范违反作为判断标准，其直接后果是加剧了非法证据排除申请的泛滥。实证研究表明，目前在辩方申请排除的非法实物证据中，无涉权利的程序瑕疵已经占据了相当大的比例。〔25〕申请泛滥尚属问题之表象，更深层的问题在于损害了非法证据排除规则的明确性与可预测性。由于非法证据的成立门槛未有限制，大量的申请都流入后续的法官裁量过程。在我国，经法院权衡后，大部分“非法证据”均被拒绝排除，只有少部分被排除，而权衡鲜有规律可言，反而使界限更加模糊不清。

有论者可能反驳，以上案例适用瑕疵证据排除规则，而不是非法证据排除规则，因而指责非法证据的“范围失控”并不属实，更不能归咎于制裁原理。对此须作两方面说明：一方面，非法证据与瑕疵证据之间纠缠不清的关系，正是非法证据范围失控的缩影。首先，瑕疵证据也多

〔22〕 United States v. Leon, 468 U. S. 897 (1984), p. 929.

〔23〕 Yale Kamisar, “Does (Did) (Should) the Exclusionary Rule Rest on a ‘Principled Basis’ Rather Than an ‘Empirical Proposition’?” *Creighton Law Review*, Vol. 16, No. 3, 1983, p. 565.

〔24〕 曾正伟盗窃案，广东省广州市荔湾区人民法院刑事判决书，(2017)粤0103刑初70号。

〔25〕 参见王彪、庄依明：“非法实物证据排除问题实证考察”，《法律适用》2022年第2期，第72页。

被视为非法证据排除规则的内容；<sup>〔26〕</sup>其次，瑕疵证据排除与非法证据裁量排除的区分标准不明，在实践中也相互混同；<sup>〔27〕</sup>最后，瑕疵证据的处理附属于非法证据排除程序，程序也处于混同状态。<sup>〔28〕</sup>另一方面，非法证据与瑕疵证据之间纠缠不清，也受到了制裁原理的桎梏。我国程序性制裁理论认为，“法院责令办案人员进行程序补正，这本身就带有制裁的性质……在一定程度上可以起到惩罚既有违法者，威慑潜在违法者的作用……排除那些‘补正不能’的瑕疵证据，首先是考虑到办案人员没有成功地履行程序补正的义务，法院不得不对其实实施一种程序上的制裁”。<sup>〔29〕</sup>可见，制裁还是被当作解释瑕疵证据排除的“不二法门”，具有将侦查过程全面纳入规制的倾向。这种对制裁原理的过度运用、对规范遵守的过度强调，掩盖了瑕疵证据排除的真正目的，使得可靠但轻微违法的证据招致排除的结果，并为没有遭到权利侵害的被告人提供了意外的出罪渠道。因此，制裁原理对非法证据的成立范围并未起到规范作用，不足以限制非法证据概念的滥用。

### （三）如何排除：裁量排除的标准模糊难题

我国非法实物证据的排除另取决于对“可能严重影响司法公正”要件的判断。由于立法赋予了法官较大的裁量空间，而行使裁量权的标准却模糊不清，如何在情节迥异的违法取证中作出证据排除的取舍，成为亟需探讨的关键问题。试举一例。

案例二：在某案中，辩方提出本案搜查违法，申请排除非法证据。现查明，在搜查被告人住处时，侦查人员没有办理搜查证，待到办案区后才补办搜查证并篡改了搜查证的落款时间。法院认为，鉴于侦查人员搜查时进行了录音录像，事后补办了搜查证并签字确认，搜查程序虽然存在瑕疵，但查获的毒品不属于应当排除的非法证据。<sup>〔30〕</sup>

本案展示了我国非法证据裁量排除的难度，以及规范裁量权行使的重要意义。搜查是严重干预公民基本权利的行为，我国虽暂未实行法官保留原则，但侦查机关内部的事前审批同样是必经程序，是保障搜查合法性最为重要、最为基本的手段。由于未获事前批准的非法搜查不当侵害了公民的隐私与住宅安宁，世界各国通常将证据排除作为非法无证搜查的法律后果；相形之下，本案裁判者却轻描淡写地将这一严重违法称为程序瑕疵，认为事后补办手续就可以治愈该瑕疵，不再影响司法公正，其裁判并不妥当。

有鉴于此，制裁原理是否能够回应合理规范裁量权行使的期待？根据司法正洁的正当依

〔26〕 参见马明亮：“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，第184页。

〔27〕 有学者还认为，瑕疵证据不应与非法证据“分道扬镳”。参见李学军、刘静：“瑕疵证据及其补救规则的适用”，《清华法学》2020年第5期，第106页。

〔28〕 部分学者主张将“瑕疵证据”改造为“不可靠证据”，剥离出非法证据排除规则范畴，构建一套拥有独立范围、目的、程序的证据规则，值得肯定。参见纵博：“不可靠证据排除规则的理论逻辑、适用困境及其出路”，《环球法律评论》2020年第3期，第117—118页。

〔29〕 陈瑞华：“论瑕疵证据补正规则”，《法学家》2012年第2期，第78页。

〔30〕 周玉华走私、贩卖、运输、制造毒品案，四川省乐山市中级人民法院刑事裁定书，（2019）川11刑终215号。裁判文书的记叙不尽详细，为论证便利，本文对原案例略作了改编。



据,非法证据将坚持绝对排除模式,这就与裁量排除的立法意旨不相符,无法指导裁量排除的规范适用;而根据威慑违法的正当依据,裁判者将围绕威慑展开成本收益分析。威慑违法确实提供了一定的判断标准,但对裁量排除的指导意义仍然有限:

一方面,威慑标准本身可能导致证据排除的确定性与可预测性受损。威慑标准以权衡作为判断方法,要求裁判者在个案中权衡一系列要素,并赋予威慑效用更大的权重。然而,权衡是一种欠缺量化工具的方法,法官即使本着最大的善意与理性,对威慑收益与社会成本的判断也难免分歧巨大。这一弊端在美国已经显现。由于采用经济公式,但缺乏可用数据,美国法院在慷慨高估成本的同时,一直低估获得的利益。有学者批评,威慑标准已经导致排除规则的适用“就像被闪电击中或中彩票一样专断且不可预测”。<sup>[31]</sup>另一方面,威慑标准难以改善当前我国裁判者恣意裁量的现状。威慑标准体现了制裁原理的违法者本位特征,重点考察故意、恶意、违法频率等主观性规范要素,但这在多数案例中难以查明。权衡过程本就相当粗糙,如同“黑箱”,威慑标准更为法官拒绝排除提供了极佳的“借口”。前述案例二即为例证。该案虽然存在无证搜查的客观事实,但通常难以查明侦查人员在无证搜查时是否存在故意、是否漠视遵守程序的义务,也难以权衡该案证据排除的威慑收益是否已经大于社会成本。因此,在我国法官本就怠于裁量排除的现状下,威慑标准对于破解“裁量排除的标准模糊”难题难有作为。

### 三、新的视角:证据排除的救济原理

鉴于制裁原理下的排除规则存在若干突出问题,学理上有必要将目光从“制裁”转移至“救济”,探讨后者能否提供更为妥当的解释方案。所谓救济,是指对已发生或业已导致伤害、危害、损失或损害的不当行为而进行的纠正、矫正或改正;<sup>[32]</sup>其最终目的是使受害者回到倘若损害事件没有发生时应处的状态。有别于制裁,救济强调的是对权利侵害的矫正与补偿。在救济原理下,证据排除的本质是,当个人权利遭受国家违法取证的侵犯后,通过排除证据以矫正损害并恢复原状的“程序性救济”。从“程序性制裁”到“程序性救济”,其根本变化在于:制裁原理下的权利救济至多只是证据排除的一种附带效果或客观功能,而救济原理则将权利救济真正视作规范目的,得以运用于规范解释与适用之中。以下简述救济原理的核心内容及其对非法证据排除规则的影响。

#### (一)救济的正当依据:矫正正义

##### 1.救济原理与矫正正义的关联

救济原理的正当依据是矫正正义。根据矫正正义,救济旨在剥夺违法者的所得与弥补受害者的所失,回归双方在分配正义下的应有状态。根据亚里士多德的阐述:“它只问是否其中一方做了非正义的事,另一方受到了非正义对待;是否一方做了伤害的行为;另一方受到了伤

[31] Steven Duke, “Making Leon Worse,” *Yale Law Journal*, Vol. 95, No. 7, 1986, p. 1423.

[32] 参见(英)戴维·M·沃克:《牛津法律大辞典》,李双元等译,法律出版社2003年版,第957页。

害。既然这种非正义本身就是不平等,法官就要努力恢复平等。”〔33〕运用比喻说明,违法者与受害者的最初状态如同将一条线分割为等长的两段,如果从一段上截出一部分加到另一段,就打破了平等,产生了非正义。法官的工作就是将长的部分截去,重新加回短的一段上。换言之,被告所得与原告所失是非正义的两极,法院通过颠倒两极实现矫正,同时消除一方所得并弥补另一方所失,既不更多也不更少。〔34〕

矫正正义的原则整合了非正义(侵权)与矫正(救济)的关系,为救济原理确立了道义基础,由此,救济的目的在于尽可能地恢复侵权发生前的原状。然而,证据排除等“程序性救济”也可以将矫正正义作为正当依据吗?这关乎矫正正义的适用领域。在私法救济上,矫正正义的根基最深,侵权法等法律正是以矫正正义为目标发展而来;但另一方面,公法救济同样贯彻了矫正正义的道德原则。例如,行政救济法正是通过定分止争、补救权利、矫正行政行为,实现了矫正正义。〔35〕“公权力之违法干涉,如已实际侵害人民基本权利,自应予以‘恢复原状’,必要时并给予补偿。”〔36〕证据排除作为程序性救济,本质上也是一种公法救济,将矫正正义引入证据排除同样成立。

## 2. 救济原理与证据排除的关联

立足于矫正正义的正当依据,救济原理下的非法证据排除规则预设了以下假说:国家已经通过立法对干预公民权利的行为施加了法律限制,为合法获取证据的范围划定了界限,并就此表明,在界限之外,为了尊重个人权利与自由,国家愿意放弃证据;排除非法获得的证据,只是将控方恢复到国家在施加法律限制时就打算使其处于的位置。〔37〕其实,救济原理的主张并不鲜见。例如,有学者提出,对于侵犯宪法权利造成的损害,传统赔偿方式是金钱赔偿,但这未必能充分赔偿受害者;实际上,法律只是对赔偿方式的设定缺乏想象力,证据排除也可以是一种赔偿方式,使受害者恢复到非法行为发生之前的状态。〔38〕再如,也有学者提出,排除规则之所以是公正的,并不是因为它对执法的个人或集体有威慑作用,制定惩罚或预防的措施并不是司法机关的工作;相反,排除规则之所以是公正的,是因为它使国家和被告处于了如果没有违反宪法则本应处于的位置,既不更好也不更坏。〔39〕

救济原理为证据排除提供的论证理由是“恢复原状”,这包含两项递进判断:第一,刑事诉讼法保护的权利是否受到了侵犯;第二,证据排除是否是使国家违法者和个人受害者双方恢复

〔33〕 (古希腊)亚里士多德:《尼各马可伦理学》,廖申白译注,商务印书馆2017年版,第150—151页。

〔34〕 See Ernest J. Weinrib, “Corrective Justice in a Nutshell,” *University of Toronto Law Journal*, Vol. 52, No. 4, 2002, p. 350.

〔35〕 参见江国华:《法治政府要论——救济法治》,武汉大学出版社2021年版,第1页。

〔36〕 陈敏:《行政法总论》,新学林出版有限公司2011年版,第1237页。

〔37〕 See A. A. S. Zuckerman, *The Principles of Criminal Evidence*, Oxford: Oxford University Press, 1989, p. 346.

〔38〕 See Schroeder, *supra* note 14, pp. 653—654.

〔39〕 See Jerry E. Norton, “The Exclusionary Rule Reconsidered: Restoring the Status Quo Ante,” *Wake Forest Law Review*, Vol. 33, No. 2, 1998, p. 305.

原状的适当救济方式。<sup>〔40〕</sup>就第一项判断而言,各式程序规范固然是对侦查合法性的限制,但违法不等于侵权,还应审查限制背后的规范目的,只有实质侵权的违法行为才存在救济的意义。就第二项判断而言,虽然有侵权必有救济,但并非任何侵权均应以证据排除作为恢复原状的救济方式,还须辨明证据排除是对何种损害的矫正。一般来说,侵权损害结果是精神或财产损失,金钱赔偿是通常的救济方式;但程序侵权的损害还可能是一种对证据利益的损害,亦即程序上的不利影响。<sup>〔41〕</sup>此等不利影响难以通过赔偿加以恢复,只有证据排除才是恢复原状的直接手段。由此,还需再次考察规范目的,判断所违反之规范目的是否保护证据利益。对此的典型说理是美国哈德逊案。该案论证道:“在有效的搜查令签发之前,公民有权保护‘他们的人身、住宅、文件和财产’……免受政府审查。排除无证搜查所获得的证据确证了这一权利。‘敲门并宣告’的要求所保护的利益是完全不同的……(这一)规则从未保护个人阻止政府查看或获取搜查令中描述的证据的利益。”<sup>〔42〕</sup>换言之,搜查令状的目的中蕴含着对证据利益的保护,而敲门并宣告规则的目的中却并不蕴含;因而,违反前者应当发动证据排除,而违反后者则无须发动。至于如何判断程序规范是否保护证据利益,后文将进一步展开。

## (二)救济的基本特征:个人本位、权利本位、受害者本位

### 1.个人本位与排除启动的请求性与资格性

救济原理强调,违法是对个人利益的侵犯,具有个人本位特征。救济的直接目的是对个人利益侵害的矫正,维护公共利益只是救济的附带效果。救济首先是个人维护权利、寻求矫正正义的法律途径,而不是国家实现社会政策的工具;在此期间,司法机关是纠纷的裁判者而非违法的追究者,自然应当尊重受害者在程序中的主体地位,重视受害者的自由意志以及对受害者的补救情况。救济原理下的证据排除将对程序启动施加双重限制——请求性与资格性。一方面,证据排除须依申请启动,受到当事人权利主张的约束;另一方面,救济权利专属于受害者,只有受害者本人才具备请求证据排除救济的主体资格。“这是基于这样一种理论,即排除证据只是为被告遭受的不法行为所提供的救济,因此,如果被告没有受到不法侵害,他无权获得任何救济。”<sup>〔43〕</sup>

### 2.权利本位与非法证据的权利侵害性

救济具有权利本位的特征。从权利属性的角度分析,救济是因原生权利被侵害而产生的次生权利,发动救济的前提是权利受到侵害。“侵权行为使得他人向其负有义务之人,能够在相关行为规范被违反而侵害其利益以致法律上认为构成侵害行为时,为自身寻求救济。”<sup>〔44〕</sup>将证据排除视作具有权利本位特征的“救济”,将对非法证据的认定起到限制作用。由此,非法

〔40〕 See Schroeder, *supra* note 14, p. 662.

〔41〕 程序上的不利影响相当广泛。相关例证,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》(第二卷·刑事审判),魏晓娜译,北京大学出版社2009年版,第160页。

〔42〕 Hudson v. Michigan, 547 U. S. 586 (2006), pp. 593—594.

〔43〕 Kamisar, *supra* note 23, p. 634.

〔44〕 John Murphy and Christian Witting, *Street on Torts*, Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 3—4.

证据的违法性在于权利侵害。其判断也包含两项步骤：一是类型判断，如果某一程序规范已经类型化地蕴含了权利保护的规范目的，则违反该程序规范等同于侵害了规范所保护的權利，所获证据即非法证据；二是个别判断，如果某一权利规范虽然被违反，但该违法行为在个案情形中并未实质侵害权利，则仍不构成非法证据。

### 3. 受害者本位与规范要素的客观性

救济着眼于补偿与矫正受害者的损害，具有受害者本位的特征。根据矫正正义，救济原理不关注对违法者的道德谴责或者威慑收益，而是秉承道德中立的立场，关注受害者是否遭受侵权、如何救济。由此，仅表征违法者一方道德谴责、威慑必要程度的主观要素，无需整合进救济体系中，而是强调客观性规范要素，如权利侵害、损害结果及因果关系。即使是过错要素，在脱离制裁框架后，因不再具有道德非难与否定评价意义，也只是一种协调行为自由与保护权益关系的法技术手段，过错的认定将采取客观标准而非主观标准。<sup>〔45〕</sup> 将证据排除作为一种救济，排除与否所需考察的规范要素同样将被限定在客观性规范要素之上，如果进一步贯彻国家侵权的违法责任原则，则无论侦查人员是否尽到勤勉与注意义务，均不影响侵权事实与救济必要。此外，这一客观性的判断方法也为发展裁量排除的规范保护目的学说奠定了方法论基础。

## 四、难题破解：救济原理下的规则展开

救济原理是否值得我国认真对待？以下将论证，我国应以救济原理作为非法证据排除规则的理论基础。与制裁原理相比，救济原理的引入将为非法证据排除规则的理解与适用带来积极变化，更为妥当地解释证据排除的正当性、非法证据的判断标准，以及裁量排除的判断标准等基本问题。

### （一）证据排除的正当性：回归权利救济的原本意义

首先，救济原理重新回答了“何以警察违法就排除证据”。排除因警察违法所获得的证据，是由于权利遭受公权力侵犯的公民本就有权向司法机关请求救济，证据排除无非是众多权利救济方式之一。这通常具有坚实的宪法基础。例如，德国《基本法》第19条第4款第1句规定：“任何人的权利若受公权力侵害的，得向法院请求救济。”我国《宪法》第41条同样明确了公民对国家机关及其工作人员的违法失职行为享有申诉、控告、检举、取得赔偿的权利，这为刑事诉讼中遭受公权力侵犯的公民提供了权利救济的宪法依据。因此，证据排除的存在意义无须困于司法正洁与威慑违法的制裁思维之中，而是早已蕴含在宪法规范意旨中的权利救济方式。此前，受害者在制裁原理下并没有体系性地位，通过证据排除制裁违法者，可能间接保护了受害者，也可能与受害者无关，“被告人并不是作为一个维护自身权利的主体而出现在排除程序中，而仅仅被诉讼制度当作遏制政府非法行为的一个工具和代言人”。<sup>〔46〕</sup> 由此，有必要在救

〔45〕 参见程啸：《侵权责任法》，法律出版社2021年版，第294页。

〔46〕 陈虎：“程序性制裁之局限性——以非法证据排除规则为例的分析”，《当代法学》2010年第2期，第95页。

济原理下重新理解非法证据排除规则。

其实,从比较法上考察,排除规则最初正是作为宪法权利的救济方式,而不纯粹是一种制裁手段。早在美国排除规则的起源判例,1914年的威克斯案中,“法院即为威克斯遭受的损害提供了一种补偿性的……救济。这一救济的目的不是造福公众,尽管这可能是其附带影响之一。相反……救济的目的是尽可能地恢复原状”。〔47〕其后,排除规则的正当依据进行了逐步转变。1974年,柯兰卓案宣称,“排除规则的目的不是矫正搜查对受害者的隐私所造成的伤害……相反,该规则的主要目的是阻止警察在未来的违法行为,从而践行第四修正案的保障”。〔48〕1984年,莱昂案裁判再度指明,排除规则旨在通过其威慑作用一般性地保障第四修正案权利,而非直接救济因非法搜查而遭到侵权之人的宪法权利。〔49〕由此,证据排除的目的由具体地矫正受害者的受损权利,转变为一般地威慑权利侵害行为,“(人们)一致认为,只有基于威慑的政策论证或司法正洁等文本价值,排除规则才具有正当性”。〔50〕

与美国的历程不同,我国自20世纪九十年代借鉴美国的排除规则与司法正洁、威慑违法等学说,学理上迅速认同“制裁”的规范原理,并广泛接受程序性制裁这一本土化理论,然而,证据排除的“救济”底色在我国并未受到认真对待。例如,非法证据概念在早期著述中就被框定在规范违反而非权利侵害之上,被表述为“有关国家官员违反法律规定的权限或程序,或以违法方法取得的证据材料”,〔51〕其后又反映在了刑事诉讼立法中。近年来,随着排除规则的运行不断暴露了制裁的短板,学理上方才重新审视“权利救济”的重要意义,一些正本清源的呼吁才开始出现。〔52〕因此,主张将救济原理引入我国非法证据排除规则,并不是从旧到新,而是从新到旧,只是提倡回归证据排除原本的规范意义。

## (二)非法证据的判断标准:权利侵害

救济原理主张以权利侵害作为非法证据的判断标准,由此化解范围失控难题。这一标准可以与《刑事诉讼法》第56条相协调:一方面,“刑讯逼供”“暴力、威胁”等非法言词证据的界限,无论是以痛苦说抑或自白任意性作为具体标准,均属于权利侵害的范畴;另一方面,通过将“不符合法定程序”限缩解释为“不符合法定程序且侵害个人权利”,权利侵害标准将在第56条的语义限度内重新厘定非法实物证据排除的界限。整体上,这一标准具有双重功能。一是防止滥诉功能。明确证据排除以权利侵害为前提,有利于制止非法证据申请的泛滥,避免资源浪费乃至“劣币驱逐良币”。二是明确界限功能。权利侵害标准限制了非法证据的门槛,这表面上减少了证据排除机会,似有不当,实则不然。如果在非法证据的认定上不设立明确的限制,

〔47〕 William C. Heffernan, “The Fourth Amendment Exclusionary Rule as a Constitutional Remedy,” *Georgetown Law Journal*, Vol. 88, No. 5, 2000, p. 800.

〔48〕 *United States v. Calandra*, 414 U. S. 338 (1974), p. 347.

〔49〕 *United States v. Leon*, 468 U. S. 897 (1984), p. 906.

〔50〕 Richard M. Re, “The Due Process Exclusionary Rule,” *Harvard Law Review*, Vol. 127, No. 7, 2014, p. 1887.

〔51〕 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89页。

〔52〕 参见孙远:“非法证据排除的裁判方法”,《当代法学》2021年第5期,第61页。

裁判压力将全部汇聚到“严重影响司法公正”等开放要件的判断上,反而损害排除规则的明确性与可预测性,同时为法官推卸裁判压力提供借口,实质削弱了对被告人权利的保护。

具体而言,非法证据的认定将以权利侵害为标准进行类型判断与个别判断。

在类型判断上,取证中的程序规范大抵包括两种类型:一类可称为“检验规范”,目的在于保障取证过程在审判阶段可受检验。检验包含两层含义,一是取证过程是否合法,可以留待审判阶段备查;二是所获证据是否真实,可以通过取证过程是否可靠辅助证明。检验规范并不保障个人权利,如同明确办案流程的指导手册。例如,搜查应有见证人在场、由见证人对笔录签名、见证人不得由辅警担任等要求。另一类可称为“权利规范”,目的在于通过限制公权力行使,确保个人权利免受侵犯。例如,技术侦查的案件范围限制、搜查妇女身体由女性工作人员或医师进行等要求。权利侵害是非法证据认定的范围限制,基于此,只有违反权利规范的程序违法才可能纳入非法证据的范围,存在进一步发动救济的余地。当然,这并不排斥因证据不可靠而不再作为定案的根据。

在个别判断上,违反权利规范的行为通常将产生权利侵害结果,但在具体案件中却未必如此。例如,侦查人员非法搜查某酒店房间,客观实施了违反权利规范的行为,然而,若被追诉人在搜查前已经接到了即将搜查的信息并事先离开,则当侦查人员实际搜查时,犯罪嫌疑人在该房间的隐私权并未被侵犯,即使搜查过程中发现了证据,该证据也并非因侵权而取得,无需排除。再如,侦查人员在讯问前虽未履行权利告知义务,但若被告人前科累累,曾多次进出侦查机关,早已熟知其享有的诉讼权利,未尽告知义务并未实质侵害其权利,相关供述也无须排除。<sup>[53]</sup>

### (三)裁量排除的判断标准:“范围规范—方式规范”

救济原理还有助于规范裁量权的合理行使。非法证据排除的运行存在三种模式——原则加例外模式、规范保护目的模式与权衡模式。<sup>[54]</sup>规范保护目的模式与权衡模式均属于裁量排除的两种模式,区别在于判断方法不同。前者通过客观考察规范保护目的,为裁量排除确定明确标准;后者通过罗列考量要素,委托裁判者在个案中具体权衡,为裁量排除确定弹性标准。当前,我国裁量排除的主流观点系权衡模式,<sup>[55]</sup>但这一模式具有高度的不确定性,标准模糊,有欠妥当。与之相对,救济原理与规范保护目的模式具有亲和性,有望破除权衡模式的桎梏,为我国裁量排除提供一项相对明确的标准。应当承认的是,规范保护目的模式下的学说虽然琳琅满目,但各自说服力均有局限,迄今未有定论。以下,本文结合救济原理,拟提出一项规范保护目的学说以供批评。

本文提出,权利规范还可以进一步区分为“范围规范”与“方式规范”两种类型。范围规范,是指以“限制权力范围”作为规范目的,对国家发现真实的范围进行自我约束的取证规范,是国家对于其自身权力行使的“入口控制”。立法固然要为侦查机关提供查明真相的必要机会,但

[53] 参见林钰雄:《刑事诉讼法》(上册),新学林出版股份有限公司2020年版,第158页。

[54] 同上注,第6—7页。

[55] 参见张军、江必新,见前注[16],第114页。

同时也将在事实查明和权利保护之间取得平衡。范围限制表现为两方面。一是实体的范围限制。例如,《刑事诉讼法》第 150 条将技术侦查严格限制于严重危害社会的特定犯罪类型;如果侦查机关超出这一罪名限制,则逾越了运用技术侦查发现事实真相的授权范围。二是程序的范围限制。例如,根据《公安机关办理刑事案件程序规定》第 222 条,搜查须“经县级以上公安机关负责人批准”。通过事前审批,具体决定搜查对象、搜查事项与搜查场所等事项,国家在具体案件中限制了发现真实的权力范围。侦查机关只有在符合实体范围并经过程序审批的前提下,才得在授权许可范围内,对个人权利实施干预行为,以发现事实真相。

方式规范,是指以“规范执行方式”作为规范目的,在已授权的取证范围内,要求侦查机关在执行过程中遵循适当行为方式的取证规范。例如,《刑事诉讼法》第 138 条第 1 款规定,“进行搜查,必须向被搜查人出示搜查证”,该款要求侦查人员在搜查时为被搜查人提供确认搜查合法性的机会;再如,第 139 条第 2 款规定,“搜查妇女的身体,应当由女工作人员进行”,该条款旨在保护搜查过程中的性别隐私。以上取证规范均旨在约束搜查过程中的执行方式,虽然蕴含权利保障目的,但与要求获得国家授权才可发现真实的范围规范存在本质区别。换言之,未出示搜查证或由男性搜身,固然是非法搜查,但与发现真实的范围界限无关,并不影响侦查机关在授权范围内发现真相的权力。

范围规范与方式规范的区分,可以作为裁量排除的明确标准,对此需结合救济原理以作说明。如前所述,救济原理提供的论证理由是“恢复原状”。并非任何程序违法类型均以证据排除作为恢复原状的适当方式,唯有程序规范内在蕴含了对证据利益的保护,违反该规范才需要证据排除进行矫正。在区分范围规范与方式规范的基础上,救济原理将支持违反范围规范的证据排除,不支持违反方式规范的证据排除。其理由在于,范围规范的规范目的是“限制权力范围”,是立法预先对国家发现真实的权力所进行的自我设限,这其实就表达了保护证据利益的意图,意在阻止侦查机关违法起获证据。换言之,证据排除无非是在重申:国家立法已经“预先”为合法获取证据的范围划定了界限,并表明在界限之外,为了尊重个人权利与自由,国家愿意放弃证据;而“实际”发生的、逾越范围规范的取证行为,突破了国家在程序规范制定之时为合法获取证据的范围划定的界限,对规范所保护的证据利益造成了损害,此时,证据排除矫正了违法所造成的证据上的不利影响,使控方恢复到法律限制确立之初本意图使其所处的位置(恢复原状)。<sup>[56]</sup>

将证据排除限定于违反范围规范的程序违法,这一判断标准有助于促进裁量排除的明确化与合理化。举例而言,在一起盗窃案件中,侦查机关采取技术侦查措施,获取了被告人手机号码的行踪轨迹数据,并作为指控被告人的证据。<sup>[57]</sup> 由于盗窃罪不属于技术侦查的案件范

[56] 本文提出的“范围规范—方式规范”标准,部分借鉴自美国学者提出的“正当程序理论”。See Re, supra note 50, p. 1945. 部分借鉴自德国学者提出的“国家发现真实自我设限说”。对该学说的梳理与介绍,参见林钰雄:《干预处分与刑事证据》,元照出版公司 2008 年版,第 284 页。本文在上述二说的基础上,进一步引入救济原理与恢复原状理由展开论证,因而与域外诸说仍有所区别。

[57] 任永利盗窃案,河南省驻马店市遂平县人民法院刑事判决书,(2019)豫 1728 刑初 45 号。

围,本案违反了《刑事诉讼法》第150条的规定,同时,由于技术侦查的案件范围属于范围规范,基于违法的客观事实,裁判者应认定本案属于“严重影响司法公正”的情形,排除非法技术侦查获得的行踪轨迹数据。再举例而言,在一起毒品犯罪案件中,两名男性侦查人员对两名女性犯罪嫌疑人进行了人身检查。<sup>[58]</sup>在本案中,虽然侦查人员违反了关于人身检查的程序规定(《刑事诉讼法》第132条),侵害了被告人的性别隐私,但由于本案所违反的方式规范并不保护证据利益,裁判者无须排除非法取得的检查笔录。这并不妨碍对违法者施加纪律惩戒等其他制裁。诚然,“范围规范—方式规范”的判断标准难称完备,尤其是在边缘案件中,范围与方式的区分可能无法形成共识,说服力有限;其他规范保护目的学说是否更为合理,可再商榷。然而,相较于制裁原理,本文的方案或许是“更优解”,从而促进裁量排除过程由专断走向克制,由不确定走向相对确定。

## 五、余论:救济原理与制裁原理的协同

非法证据排除规则存在“制裁”与“救济”两种规范原理,这一分歧在我国并未得到认真对待。为此,本文商榷了制裁原理的主流观点,提倡将救济原理引入我国非法证据排除规则。然而,尚未说明的是,单一救济原理下的证据排除是否同样存在缺陷?倘有不足,是否存在原理协同的可能性,从而通过制裁原理修正不当的解释结论?

### (一)单一救济原理之不足

其实,救济原理与制裁原理只是学理层面的总结与归纳,在实践层面,完全贯彻单一的救济原理,同样可能存在缺陷,这主要表现在两个领域。

一是非法证据排除程序的启动问题。救济原理要求排除启动的请求性与资格性,但这可能在实践中引发消极后果:一方面,刑事诉讼中的被告人是外行人,在欠缺律师帮助等配套机制的情况下,遵循请求性的观点可能致使被告人难以充分行使救济权利;另一方面,遵循资格性的要求可能纵容侦查人员对被告人以外的第三人违法取证,导致资格限制沦为违法取证的“避风港”。从域外经验来看,这一缺陷已经显现。在美国佩恩案中,公诉方明确指示线人可以无证闯入某银行职员公寓并翻找其公文包,因为所得证据旨在指控其他人,可以公然非法搜查而不必担心证据被排除。对于该公然漠视宪法权利的违法行为,联邦最高法院仍坚持主体资格的要求,拒绝排除故意侵犯第三人权利的证据。<sup>[59]</sup>

二是非法证据裁量排除的标准单一。救济原理给出的裁量标准或许有助于克服裁量排除模糊的问题,然而,标准单一的问题也值得再反思。在实践中,侦查人员违法取证的形态多样,“范围规范—方式规范”等标准虽然具有明确、客观的优势,但也存在简化之嫌,难以为全部情形提供有说服力的结论。试改编上文案例:若某地有男性侦查人员,在对女性实施搜身的过程

[58] 马海衣洛非法持有毒品案,内蒙古自治区呼和浩特市回民区人民法院刑事判决书,(2017)内0103刑初270号。

[59] United States v. Payner, 447 U. S. 727 (1980), p. 733.



中,出于执法便利等考量,明知且故意地无视刑事诉讼法的要求,经拒绝仍执意由自己执行搜身。对于本案公然漠视公民权利的违法行为,如果不能通过证据排除向违法者传递惩戒的意旨,也可能与一般人的正义直觉相违背。其实,基于其他标准仍可能得出排除证据的结论。例如,德国的公正审判说主张,如果国家机关在取证过程中明显违法,则基于公正审判原则要求,该项违法取得之证据不得使用。<sup>[60]</sup>可见,为更好地兼顾形式法治与实质法治的需求,裁量排除的标准需要走向“多元化”。

## (二)原理协同的基本思路

鉴于单一原理均存在不足,引入原理协同的立场将是更为理性的选择。基于原理协同的立场,证据排除既是一种“程序性制裁”,也是一种“程序性救济”,两种原理共同驱动着非法证据排除规则的合理运行。事实上,原理协同在刑法、侵权法等部门法中早已获得广泛接受;就非法证据排除规则而言,原理协同也不乏其例。例如,虽然美国联邦最高法院目前将威慑违法视为主要依据,但在具体法律问题中,司法正洁、恢复原状等论证理由都发挥了作用。虽然如此,原理协同将不可避免地面临不融贯的批评,需要着重探讨如何安排两种原理之间的体系性地位,使二者能够在有序状态下形成良好互补。

### 1.救济原理的优先适用

为实现救济与制裁的有序协同,首要应当辨明二者之间何者处于优先适用的地位。有学者曾评价侵权法的混合理论:“当矫正正义与威慑均作为侵权规范的决定性因素时,这种混合理论是不可能的。”<sup>[61]</sup>这提示我们,原理协同并非枉顾原则的“和稀泥”,如果不能辨明原理之间的优先性,全凭决策者进行个别权衡,不仅难以维持理论的融贯性,决策的可预测性与合理性也将缺乏必要控制。就此而言,本文认为,鉴于救济原理在基础性问题可能发挥的重要功能,整体上可以将“救济原理的优先适用”确立为原理协同的原则。所谓的优先适用表现在两方面:一方面,在非法证据的认定上,权利本位的救济原理应当优先于义务本位的制裁原理,亦即优先贯彻权利侵害的判断标准,为证据排除提供必要的入口控制,从而使证据排除进入明确化、可预测的法治轨道;另一方面,在裁量排除的标准上,受害者本位的救济原理应当优先于违法者本位的制裁原理,亦即优先贯彻“范围规范—方式规范”等客观化、类型化的标准,进一步化解裁量排除的不确定性。

### 2.制裁原理的补充适用

优先以救济原理构建我国非法证据排除规则,有助于对若干基础性问题提供更为妥当的解释。然而,单一救济原理也存在其不足之处,为充分协调形式法治与实质法治的需要,有必要补充适用制裁原理。理论上,所谓的补充适用可以服务于三方面的功能需要。其一,弥补救济不足的功能。贯彻救济原理同样可能产生救济不足的后果,例如,如果被告人因不懂法而自愿放弃合理的证据排除请求,此时,可以补充适用国家本位的制裁原理,以更好地维护被告人

[60] 参见林钰雄,见前注[56],第266页。

[61] Ernest J. Weinrib, “Deterrence and Corrective Justice,” *UCLA Law Review*, Vol. 50, No. 2, 2002, p. 621.

权利。其二,抑制救济过度的功能。贯彻救济原理也可能产生救济过度的后果。例如,在严重犯罪案件中,侦查人员善意地实施了违法侦查行为,如果确实存在成本与收益相差悬殊的个别情形,或可依据威慑违法的制裁原理例外地为拒绝排除提供说理。其三,弥补威慑不足的功能。通常而言,救济原理下的证据排除也可以附带实现威慑功能,但并非始终如此。例如,贯彻当事人本位的救济原理,可能纵容侦查人员恶意对第三人违法取证,此时可以补充适用国家本位的制裁原理以修正不合理结论。

### (三)以制裁修正救济的初步方案

优先适用救济原理,补充适用制裁原理,是本文原理协同的基本思路,在我国当前非法证据排除规则的发展阶段,如何补充适用制裁原理,还需进行简要说明。

#### 1.修正排除程序的启动条件

对于排除程序的启动条件,需要通过制裁原理加以修正。就资格性而言,为避免资格限制沦为侦查人员违法的“避风港”,可以补充适用制裁原理,即使被告人并非违法取证的受害者,仍允许其提出证据排除的请求。目前我国司法解释同样契合上述主张,对资格性不作限制。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条与第37条的规定,被告人可以对证人证言、被害人陈述的合法性提出异议。据此推论,对其他同案被告人或第三人违法取证的证据合法性,也应当允许被告人提出异议。在司法实践中确有案例支持了上述推论。例如,在某案中,控辩双方针对被告人是否有权申请排除其他同案被告人的供述产生了争议。控方主张,申请证据排除的权利应只限于权利遭受侵害的主体,被告人无权越俎代庖;但法院仍然同意了证据排除的申请。<sup>[62]</sup>再就请求性而言,为照顾救济权利的充分行使,同样有理由引入制裁的职权性特别地修正救济的请求性,使得非法证据排除程序既可由被告人依申请启动,亦可由法官依职权启动。这一理解与我国《刑事诉讼法》第58条的规定相兼容,不再赘述。

#### 2.确立裁量排除的多元标准

对于裁量排除的判断标准,制裁原理与救济原理均提供了各自的理论方案。由于程序违法情形的多样性与复杂性,单一的裁量标准难以充分满足形式法治与实质法治的需要。原理协同的立场为裁量标准的多元化提供了平台。由此,对于“可能严重影响司法公正”这一开放性要件的解释,可以分别结合恢复原状的救济原理与威慑违法的制裁原理,确立裁量排除的救济标准与威慑标准。前者采行本文提倡的“范围规范—方式规范”标准,是一种相对明确的规范保护目的模式;后者采行“威慑收益大于社会成本”的标准,是一种更为灵活、包容的权衡模式,尤其适用于具体案件中的、法治国家所无法容忍的恶意、故意违法情形。当违法取证情形符合上述标准之一,法官即应发动证据排除。这一并列适用的多元标准在适用范围、判断方法上能够相互补充,既有助于发挥救济原理的优势,促进规则的确定性与可预测性,同时有利于发挥制裁原理的优势,允许法院针对违法情况作出政策调控,平衡个案妥当性的期待,最终实现功能互补的效果。

[62] 案情叙述来自于辩护律师的办案札记。参见徐飞律师:《从一起重大案件“雷同笔录”的排非程序谈几个争议问题》,载微信号“四川恒和信律师事务所”,2020年11月9日上传。

诚然,上述原理协同的思路与方案未必充分,有待另行商榷。然而,为证据排除的法律问题提供多元化的选择,避免贯彻单一原理可能引发的负面后果,这一基本立场仍具有积极意义。正如弗里德里希·冯·哈耶克(Friedrich August Von Hayek)所言:“我们确实面对着一个真正的困境——我们的任务为我们提出了相互冲突、因此我们无法全部满足的要求。我们的不完美迫使我们作出的选择,仍然是在不同的缺点之间的选择。因此主要结论大概只能是,唯一的最佳方法是不存在的,我们的主要希望只能是为多样化的努力留出一席之地。”<sup>[63]</sup>

**Abstract:** There are two normative rationales—“sanction” and “remedy”—in the exclusionary rules, the difference of which has not been taken seriously in China. The rationale of sanction is based on judicial integrity and deterrence, featuring as state-oriented, duty-oriented and lawbreaker-oriented. At present, the mainstream opinion in China interprets the exclusion of evidence as a “procedural sanction” and supports the exclusionary rules under the sanction rationale, which leads to some theoretical and practical problems, such as lack of value foundation, uncontrollable scope and vague discretion. In contrast, the remedy rationale introduces corrective justice as the justification of exclusionary rules, claiming that the exclusion of evidence is a “procedural remedy” to restore the original state, thus being individual-oriented, rights-oriented and victim-oriented. Compared with the sanction rationale, the rationale of remedy can provide a more appropriate explanation for the value foundation, scope restriction, and discretionary criteria of exclusionary rules in China. Nevertheless, the exclusion of evidence under single the remedy rationale is also insufficient. It would further improve the exclusionary rules in China if we introduce sanction rationale to supplement and amend some of the interpretation conclusion with a synergic point of view.

**Key Words:** Exclusionary Rules; Illegal Evidence; Discretionary Exclusion; Procedural Sanction; Procedural Remedy

(责任编辑:吴洪淇)

[63] (英)弗里德里希·冯·哈耶克:《哈耶克文选》,冯克利译,江苏人民出版社2007年版,第403页。