

非法实物证据排除的模式重构

杨 焘

内容提要:我国通过立法三要件确立了非法实物证据有限排除模式,拓展了排除模式的传统理念和实践,独具中国特色。但有限排除模式基于实体真实主义而导致裁量因素设置异化,裁量空间被不当压缩,违背了非法实物证据排除的原理与规律,将非法实物证据排除规则异化为一项证据真实性审查规则,导致非法实物证据认定难、排除难,规则预设的目标无法落地生根。为此,通过考察非法实物证据排除的主线和实质内核,明确将利益权衡作为非法实物证据的排除机理,清晰认识非法实物证据排除中自由裁量的重要性,并据此对立法三要件及其关系予以重塑,明确裁量原则和裁量因素,对各项裁量因素予以合理配置,这对于构建具有中国特色的非法实物证据裁量排除模式具有重要价值。

关键词:非法实物证据 有限排除模式 裁量排除模式 利益权衡

杨焘,重庆大学法学院助理研究员。

一 问题的提出

非法实物证据排除规则的普适性使该规则在全球范围内得以普遍确立,然其排除模式却因所处环境之迥异而大相径庭。一般而言,国际上存在两种排除模式,一种是以美国为代表的“强制排除加例外”模式,另一种是以英国、德国为代表的“裁量排除模式”。^[1]虽然排除模式不尽相同,但均实施“全有或全无”的排除路径,即法院一经确认某一项证据系非法证据,就会作出排除或不排除的裁决,而没有第三种选择。^[2]而我国通过立法三要件给予非法实物证据以补救的机会,突破了非有即无的传统模式。对于这一立法三

[1] 证据法理论中,非法证据的排除大体上可分为两类:一是“强制性排除”,也就是法院一经将某一控方证据确认为“非法证据”,即自动排除于法庭之外,而不拥有排除或者不排除的自由裁量权;二是“自由裁量的排除”,亦即法庭即便将某一证据确认为“非法证据”,也不一定否定其证据能力,而是要考虑非法取证行为的严重性、损害的法益、采纳该非法证据对司法公正的影响等若干因素,并对诸多方面的利益进行一定的权衡,然后再做出是否排除的裁决。参见陈瑞华:《非法证据排除规则的中国模式》,《中国法学》2010年第6期,第34-35页。

[2] 参见陈瑞华著:《程序性制裁理论》,中国法制出版社2017年版,第199页。

要件所确立的排除模式究竟属于裁量排除模式还是独具中国特色的有限排除模式,理论界莫衷一是。有学者认为三要件赋予法官一定的自由裁量权,有关的非法取证行为能否得以补正的问题仅仅属于其中一个裁量因素,法官通过对相关因素的裁量来最终裁定是否采纳争议证据作为定案依据,具有“自由裁量排除”的性质。^[3]而有学者则认为法官的自由裁量空间有限,并不等同于传统意义上的裁量排除模式,应该属于有限排除模式。^[4]可见,立法三要件所确立的排除模式究竟属于传统裁量排除模式还是独具中国特色的有限排除模式,其关键在于立法三要件是否为法官预留了自由裁量的空间。

若想正确理解我国非法实物证据排除的模式,必须结合立法现状对三要件所预留的裁量空间以及裁量效用予以探究,剖析立法用语所蕴含的裁量在当前的司法环境中能否真正得以实现,是否仅是一种停留于话语层面裁量的表征假象,从而探究立法者对于非法实物证据排除规则的意旨,进行正确的模式归纳。在明确我国有限排除模式之立法体现的基础上对该模式进行反思,剖析有限排除模式是否违背了利益权衡的排除机理,是否不当压缩了裁量空间从而导致裁量异化等理论和实践难题,同时借鉴域外非法实物证据排除模式的有益经验,探究符合中国实践需求、具有中国特色的非法实物证据排除模式。

二 我国非法实物证据有限排除模式的立法体现

根据我国《刑事诉讼法》第56条第1款的规定,是否排除一项非法实物证据,需要经过三重考量,首先考察取证行为的违法性,其次探究取证行为对司法公正的影响程度,最后通过补救性要件进行再筛选。这一规定看似层次清楚,也赋予了法官一定的裁量权,但实际上标准模糊、逻辑混乱,预留的裁量空间极为有限。

(一) 层层设限的立法模式之下三要件内容模糊不清

1. 违法性要件认定中存在裁量异化

“不符合法定程序”作为非法实物证据排除规则适用的前提性要件,主要指侦查机关的取证行为违反取证规范,包括不符合法律对于取证主体、取证手续、取证方法的规定。^[5]《刑事诉讼法》对搜查、扣押、勘验、检查等与公民基本权利密切相关的侦查措施的行使均有取证主体、手续和方法等方面的要求,而《人民法院办理刑事案件排除非法证据规程(试行)》将“不符合法定程序”明确为采用非法搜查、扣押等违反法定程序的方法,对其范围予以进一步限缩。这一表述似乎暗含只要物证、书证的收集违反取证程序即可纳入该要件的范畴,法官仅需依靠取证规范即可判断取证行为是否违反法定程序以及如何违反法定程序。但是,在我国取证规范立法密度严重不足的现状之下,容易导致裁量

[3] 参见陈瑞华:《非法证据排除规则的中国模式》,《中国法学》2010年第6期,第33-47页;王颖:《德国刑事证据禁止利益权衡理论的演进及其借鉴》,《环球法律评论》2021年第4期,第132-147页;牟绿叶:《论可补正的排除规则》,《中国刑事法杂志》2011年第9期,第43-50页。

[4] 参见闵春雷:《非法证据排除规则适用范围探析》,《法律适用》2015年第3期,第7-11页;樊崇义著:《底线:刑事错案防范标准》,中国政法大学出版社2015年版,第108页;周登谅著:《刑事诉讼法》(第二版),华东理工大学出版社2021年版,第72页。

[5] 参见郎胜主编:《中华人民共和国刑事诉讼法修改与适用》,新华出版社2012年版,第124页。

异化。

一方面,取证程序规范简单、粗陋,违法性认定难。非法证据以一系列与取证行为有关的规则为前提,有多少取证规范,就有多少潜在的非非法证据排除规则。^[6] 但我国刑事诉讼法体系“大框架”“粗线条”等特征较为突出,法律对搜查、扣押的规定十分粗糙,存在明显缺失。譬如,虽然明确规定了进行搜查必须出示搜查证,但是搜查证的签发主体并非中立的第三方,而是由公安机关负责人自主决定、自主签发,无须司法机关审查。同时,对搜查的适用范围、启动条件和运行程序等问题并未予以明确,“不符合法定程序”的情形无从判断,导致“违法性”要件认定难。

另一方面,以证据真实性判断取代违法性认定,违法性要件被虚置。“不符合法定程序”是一个宽泛而笼统的概念,何种情形下的违法取证行为方可纳入这一范畴,在实务中可能产生法解释上的诸多问题。例如,此处的“法”究竟是仅限于狭义上的“法律”还是包含广义上的司法解释,不同的视角会得出不同的答案。再者,取证规范主要分为两种类型,一种以确保证据的真实性为目的,另一种以保障取证过程中当事人的合法权利为目的。违反这两种取证规范所获取的实物证据之属性截然不同,违反前者获取的实物证据一般会构成瑕疵证据,而违反后者获取的实物证据才有可能被纳入非法实物证据的范畴。但是,违反这两种取证规范的取证行为均属于“不符合法定程序”的情形,而在现行立法体系之下,以保障证据真实性为目的的取证规范数量较多,容易导致法官基于证据真实性的考量而将本应属于瑕疵证据的情形纳入非法实物证据的范畴予以裁量,使得法官出于对证据真实性的考量而取代违法性认定,违法性要件被虚置。

2. 公正性要件偏重于实体真实的考量

公正性要件似乎赋予了法官一定的自由裁量空间,但实际上在现行司法体制之下,裁量容易基于“实体真实主义”而发生异化,通过“公正性”要件将这一规则作为一项实体审查标准,背离了非法实物证据排除的基本目的和价值。

第一,公正性要件存在立法用语层面的模糊性,法定裁量因素有限。“可能严重影响司法公正”是指收集物证、书证不符合法定程序的行为明显违法,或者情节严重可能对司法机关办理案件的公正性、权威性以及司法的公信力产生严重的损害。^[7] 但这一解释中的“明显违法”“情节严重”“公正性”“权威性”“公信力”等概念依然过于抽象,裁量因素并不具体。2021 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》(下称“《高法解释》”)明确规定“可能严重影响司法公正应当综合考虑收集证据违反法定程序以及所造成后果的严重程度等情况”,似乎确立了“违反法定程序”和“造成后果的严重程度”两个维度的裁量因素,但其中“违反法定程序”因素与前句“不符合法定程序”这一前提性要件并无实质性差异,除了语义的重复,并未确认新的权衡因素,如何考量“造成后果的严重程度”这一裁量因素,依然存在极大的抽象性与不确定性,这种模糊性处理使得裁量因素十分有限,预留的裁量空间非常狭小。

[6] 参见[美]约翰·W. 斯特龙著:《麦考密克论证据》,汤维建等译,中国政法大学出版社 2004 年版,第 315 页。

[7] 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 118 页。

第二,裁量容易滑向对实体公正的片面考量。虽然公正性要件立法表述的变化蕴含了兼顾实体公正和程序公正的考量,判断“可能严重影响司法公正”可以考量违反法定程序的程度、侵害的法益及其严重程度、主观罪过和证据重要性程度等情节,^[8]但在“重实体、轻程序”的法律传统之下,法官极易单纯从实体公正的维度考量“可能严重影响司法公正”要件。一方面,“影响司法公正”的立法表述散见于不同效力级别的规范性文件之中,尤其常见于司法解释与文件之中,一般情形下与司法权威、司法廉洁等词语同义,更多侧重于对实体公正的考量,某种程度上会固化法官对实体公正的片面追求;另一方面,在实质真实的观念之下,法官难以摒弃证据真实性的干扰,往往纠结于争议证据是否真实的问题,极易以证据真实性是否受到影响来裁量某一违法取证行为是否达到可能严重影响司法公正的程度,从而出现适用偏差。可见,虽然“可能严重影响司法公正”要件的表述本身具有一定的裁量空间,但是应然层面裁量因素的抽象性和模糊性以及实然层面对实体公正的片面追求,极易导致这一要件在当前的司法体制之下偏重于实体真实的考量。

3. 补救性要件压缩裁量空间

补救性要件之下允许取证主体进行补正或者作出合理解释,视补正或解释的程度来决定是否排除争议证据。^[9]虽然有学者认为“补正”与“合理解释”赋予法官一定的自由裁量权,有关的非法取证行为能否得以补正的问题仅是非法实物证据排除中的裁量因素,^[10]但在公正性要件所明确的裁量要素极为有限,且偏重实体真实考量的现实之下,补救性要件实则进一步压缩了相对有限的裁量空间。

补救性要件的设定成为制约裁量权行使的直接障碍。补救能否成功,成为争议的非法实物证据能否被排除的关键。补救性要件要求公诉方对违法的取证程序予以必要补救,但对补救的期限与次数并未予以明确,导致侦查机关在追诉犯罪利益驱动之下,极易为了促成补救成功而进行无限次和无限期的补救直至穷尽一切措施,使大量非法实物证据经补救后不被排除。换言之,补救性要件不再是法官裁定是否排除证据时的考量因素,其目的异化成了促使侦查机关穷尽一切手段修补问题证据,使非法实物证据最终得以合法化,不至于影响事实认定,这个过程不仅无法为法官提供额外的自由裁量空间,还会进一步压缩公正性要件所预留的相对有限的裁量空间,成为制约裁量权行使的直接障碍。

补救性要件实质上架空了公正性的裁量。给予非法实物证据以补正或合理解释的机会,成为非法实物证据排除的前置要件,“排除”仅仅是一种促使侦查机关或检察机关对非法实物证据予以“补救”的最后手段,^[11]“不可补救性”成为非法实物证据得以排除的关键。^[12]可见,补救性要件与公正性要件相并列的立法设置体现出立法对非法实物证据补救的侧重与强调,裁量的重心后移至非法实物证据能否得以补正或作出合理解释。如

[8] 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。

[9] 参见王爱立主编:《中华人民共和国刑事诉讼法释义》,法律出版社2018年版,第121页。

[10] 参见陈瑞华:《非法证据排除规则的中国模式》,《中国法学》2010年第6期,第39页。

[11] 参见王景龙:《论可补救的排除规则》,《中国刑事法杂志》2013年第8期,第74页。

[12] 参见闵春雷:《非法证据排除规则适用范围探析》,《法律适用》2015年第3期,第9页。

果侦查机关能够作出补正或进行合理解释,所获取的实物证据就不可能被排除;相反,如果侦查机关最终补救失败,那么导致非法实物证据被排除的原因仅仅是补救不能,而与“可能严重影响司法公正”并无关联。申言之,补救性要件实际上架空了法官对“公正性”要件的裁量,一跃成为非法实物证据能否排除的决定性因素,使得已然十分有限的裁量空间更为狭小,可供法官自由选择和判断的裁量空间所剩无几。

(二) 层层设限的立法模式之下三要件关系不明

有限排除模式力图通过层层设限为司法实践提供确定性指引,但“违法性”与“公正性”之间是否属于充分必要性关系,“补救性”是否与非法实物证据认定之间具有关联性,“公正性”与“补救性”之间处于怎样的逻辑关系等问题立法并未予以明确,导致非法实物证据的认定标准和排除标准混淆不清。

1. 违法性与公正性关系不明导致非法实物证据认定难

满足“违法性”且“公正性”的三要件架构是非法实物证据的认定标准还是排除标准,理论界和实务界的观点截然相反。

理论界将其作为非法实物证据的排除标准。有学者认为只要符合这两个要件的证据即应视为非法实物证据而径直予以排除。^[13] 这一观点将非法实物证据的认定与排除等同,认定为非法实物证据则必然导致证据被排除的后果。还有学者认为瑕疵证据补正规则规定了“不予排除”的情形,相当于非法实物证据排除的例外情形,并在实质层面充任非法实物证据排除规则的例外法则。^[14] 这种解读存在结构性误解,即瑕疵实物证据只是证据形式要件不完备或存在瑕疵,不涉及对当事人权利的侵犯,并不属于非法实物证据的范畴,而作为非法实物证据例外法则是在认定为非法实物证据的前提下,基于其他因素的考量而不予以排除。显然,这一主张实质上仍将“违法性”且“公正性”作为排除非法实物证据的标准。

司法实践中认为刑事诉讼中的非法证据有特定含义,只有通过违反法定程序且严重影响司法公正的非法方法收集的证据,才属于非法证据。^[15] 这一认定标准不可避免会导致法官在认定阶段先行考虑证据是否会被排除的问题。如果证据有很大概率最终被排除,那么法官就不会轻易将其认定为非法实物证据,使得实践中大量的非法实物证据被瑕疵化处理。例如,侦查人员虽在非紧急情况下进行无证搜查,但法院认为搜查时被告人在场且无异议,搜查同步录音录像及侦查机关事后补签搜查证的说明能证明侦查行为的合法性,并未达到严重影响司法公正的程度,不应认定为非法实物证据。^[16] 这导致实践中真正被认定为非法实物证据的情形相当有限。

2. 违法性与补救性关系不明导致非法实物证据排除难

从文义解读的视角而言,不可补救性是非法实物证据排除规则的先决适用条件,是基

[13] 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128页。

[14] 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185页。

[15] 参见湖南省长沙市雨花区人民法院(2020)湘0111刑初字第762号刑事判决书。

[16] 参见天津市第一中级人民法院(2016)津01刑终第76号刑事判决书。

于实物证据的证明优势和不可替代性而对侦查机关取证不规范的特殊关照,是一种现实主义的妥协。^[17] 但是,这一制度设计是否意味着补救成功则不构成非法实物证据?如若“补救性”是非法实物证据的认定要件之一,那么非法实物证据将不复存在,因为这一规定之下实质上已经不存在非法实物证据的概念,而只有瑕疵实物证据的概念。^[18]

补救并不能成为非法实物证据的认定标准。非法取证行为是一个非有即无的问题,具有即时性和不可逆性,补救仅是通过某些方式使裁判者相信非法取证行为具有正当化事由,而非对已形成的程序违法予以弥补。非法实物证据的认定与补救应当是两个层面的问题,需要先认定为非法实物证据,再针对具有补救可能性的违法取证行为采取补救措施以治愈其非法性,如若不存在非法实物证据,则非法实物证据的补救也无从谈起。而实证研究发现,实践中存在将能否补救作为非法实物证据认定标准的情形,认为如果侦查机关补救成功则不构成非法实物证据,只有在补救失败的情形下才存在非法实物证据。更甚者,认为瑕疵实物证据补救失败会转化为非法实物证据。^[19] 可见,立法层面的模糊不清导致实践中将补救性作为非法实物证据的认定标准之一,非法实物证据的排除无从谈起。

3. 公正性与补救性关系不明压缩了可能的裁量空间

对三要件进行文义解读,发现该制度设计暗含“只有不能补正或者作出合理解释的才应当予以排除”之逻辑。实际上,并非所有的非法实物证据都具有补正或作出合理解释的可能性与必要性。然而,“三要件”的立法设计使得实践操作中,将补救视为非法实物证据排除的前置条件。有些法院在判决书说理部分明确表示“收集物证、书证不符合法定程序,并非一概排除,只有当严重影响司法公正,公安机关不能补正或者作出合理解释的,才予以排除”。^[20] 对一切非法取证行为予以补救的要求,必然导致无论如何“严重影响司法公正”的非法取证行为所获取的实物证据经过补救之后都难以排除,有限排除模式下“可补正的排除”被异化为“可补正的不排除”,无疑是对排除效果的彻底消解,是对非法实物证据排除规则的致命伤害。

三 我国非法实物证据有限排除模式之反思

基于实体真实理念的有限排除模式是否契合非法实物证据的排除机理,层层设限的立法设计是否符合非法实物证据排除的客观规律,应然层面设置的各项裁量因素是否在实践中运行中存在问题,这些问题需要结合立法设置和实践适用现状进行深入分析并予以反思。

(一) 有限排除模式违背了利益权衡的排除机理

刑事诉讼中非法实物证据的排除集中体现了各种利益的冲突与平衡,如何在诸多相

[17] 参见牟绿叶:《论可补正的排除规则》,《中国刑事法杂志》2011年第9期,第45页。

[18] 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126页。

[19] 参见广西壮族自治区百色市中级人民法院(2018)桂10刑终第337号刑事判决书。

[20] 云南省澜沧拉祜族自治县人民法院(2017)云0828刑初字第309号刑事判决书。

互竞争的利益之间寻求最佳平衡点是非法实物证据排除的关键。国际上也普遍将利益权衡作为非法实物证据的排除机理。不管是以美国为代表的实践意义上的利益权衡,还是以英国、德国为代表的规范意义上的利益权衡,普遍基于事实发现的客观需要、多重违法性程度、是否存在其他合法取得途径和排除证据能否起到震慑和预防效果等方面予以权衡。

第一,利益权衡是基于事实发现的客观需要。事实先于权利义务而存在,并且是权利和义务的决定性因素,没有准确的事实认定,权利义务就会失去意义。^[21] 而刑事证据是查明案件事实的唯一手段,尤其是实物证据具有较强的独立性和稳定性,获取方式和记录方式并不会影响其证明力大小,一直以来被作为认定案件事实的主要证据,具有不可替代的证明优势。如果仅因为取证程序违法而将其一概予以排除,必然会影响事实认定的准确性。因此,非法实物证据的排除需要考量事实发现的客观需要。

第二,利益权衡源于对违法性的多重考量。非法实物证据中,程序违法并不必然导致证据被排除,需要因多重违法性因素而异。首先,取证行为违法性的严重程度不同。一般违法行为和严重违法行为对司法公正造成的负面影响并不相同,必然会影响事实认定者对违法性的考量。其次,取证主体的主观罪过存在故意与过失之别。同一违法取证行为之中,相对于“过失”而言,侦查人员“故意”违反取证规范获取实物证据,这种主观上的“预谋”以及违法性认识表明其不愿意以法律的规定来指导自己的“个人”行为,如果法官再对该方式所获取的实物证据赋予证据能力,明显肯定其非法收益,可能成为其非法行为的“帮凶”,从根本上威胁作为整体制度的法律制度,^[22] 可谴责性程度更高。再次,取证行为侵害的权益存在程度差异。证据所承载的权益越重要,法律所给予的程序性保护措施越严密。这种因权益重要性而异的程序性保护措施严密性的不同是衡量程序违法性程度的客观标准。最后,犯罪的严重程度不同。虽然各国对犯罪类型的划分方法和标准不尽相同,但绝大多数国家的刑法都将犯罪按照轻重予以分类。犯罪类型不同,其对取证行为违法性的包容度也不相同。

第三,利益权衡源于对是否存在其他合法取得途径的考量。否定非法实物证据能力的目的是考虑到程序违法会导致侦查机关在举证中处于优势地位,通过排除证据来否定侦查人员非法取证行为的收益。如果侦查机关实际上可以通过其他合法途径获取证据,则必然不存在因非法取证行为而不当获取的优势地位,则排除先前非法获取的证据就是一种形式主义的做法,欠缺程序错误的惩罚必要性。

第四,利益权衡源于对公权力违法加以震慑和预防的需要。科学完善的制裁体系应当注重发挥其最佳威慑效果,并能够兼顾惩罚与救济的双重功能。^[23] 在社会资源尤其是司法资源极为有限的前提下,非法实物证据排除规则作为一项程序性制裁措施如何发挥

[21] 参见[美]罗纳德·J. 艾伦:《证据法的理论基础和意义》,张保生、张月波译,《证据科学》2010年第4期,第496页。

[22] 参见[意]杜里奥·帕多瓦尼著:《意大利刑法学原理》(注评版),陈忠林译评,中国人民大学出版社2004年版,第183-184页。

[23] 参见陈虎:《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92页。

最佳威慑和预防效果,是立法和司法所必须面对的问题。排除证据仅是不得已情形下采取的最后手段而非首选,如果排除非法实物证据对将来的违法侦查起不到任何震慑和控制预防的作用,则排除证据纯属浪费司法资源。

而有限排除模式之下,“不符合法定程序”的违法性要件模糊不清,在我国取证规范以确保证据真实性规范为主的现状下,容易导致以证据真实性的裁量取代对违法性要件的认定。“可能严重影响司法公正”的公正性要件在立法层面所确立的裁量因素十分有限,且实质真实的观念使法官难以摒弃证据“真实性”的干扰而片面强调证据本身的真实性。在“重实体、轻程序”的法律传统下,无论立法层面如何强调“综合考虑收集证据违反法定程序以及所造成后果的严重程度”等情况,法官的权衡最终只能落脚于证据本身的真实性,导致裁量滑向对实体公正的片面考量,使“证据本身的真实性”成为是否排除一项非法实物证据的主导性权衡因素。可见,这一排除模式并不存在对取证行为违法性的严重程度、取证主体的主观罪过、取证行为侵害的权益严重程度等多重违法性要素的考量,也不存在是否存在其他合法取得途径和排除证据能否起到震慑和预防效果等方面的权衡,甚至以“证据本身的真实性”取代“证据重要性”要素来对事实发现利益进行权衡。换言之,有限排除模式之下非法实物证据的排除机理是事实发现,且仅是通过“证据本身的真实性”权衡之下的事实真相。这种排除模式并没有兼顾非法实物证据排除中的权利保障、震慑违法、诉讼经济等利益,并没有在相互对立和冲突的各项利益之间寻求最佳的平衡点,使非法实物证据排除规则被异化为一项证据真实性审查规则,背离制度设立的初衷。

(二)有限排除模式不当压缩非法实物证据排除中裁量权行使的客观需求

自由裁量指即使法庭认定某项实物证据确系非法证据,也不必然否定其证据能力,而是要对诸多利益进行权衡后才能作出是否排除的决定。由此可见,自由裁量是一种选择权,允许法官在可选择的裁量空间内做出最终判定意义上的裁量,这种可选择的裁量空间是非法实物证据自由裁量排除模式的本质与灵魂所在,籍由法官运用法律人的思维予以自由裁量,从而弥补成文规则的不足,实现司法正义的追求。但是自由裁量并不等同于恣意裁量,不是个人基于偏好的选择,关于法官实行自由裁量时可供选择的裁量空间如何确定的问题,一直以来都是伴随各国非法实物证据排除理论发展的“阿喀琉斯之踵”。德国经由多年的判例积累和学说争鸣确立了利益权衡的通说地位,法官在判定证据使用禁止中考量的各项因素代表了不同的利益,构成了可供选择的裁量空间,法官在这一空间内依据个案的具体情形予以裁量。即使是实行“强制排除加例外”模式的美国,其模式经常被学界归纳为“规则加例外”的模式,但无论其“规则”还是“例外”的适用,也不得不借助于法官的裁量活动来判断是否属于善意例外、是否存在其他合法取得途径等情形。申言之,虽然不同国家、不同阶段、不同理论指导下所要考量的具体因素并不相同,但其裁量的本质并未有所不同,均是在一个可供选择的裁量空间内进行不同利益之间的自由判断和选择,这种自由选择并不会导致法院尊严丧失或非法取证行为的泛滥,反而更有利于以动态的方式实现惩罚犯罪与保障人权的双重目的,弥补立法的不足。由此可见,自由裁量是非法实物证据排除的客观需求,只可被规制而不能被消灭,在非法实物证据排除中具有不可

或缺的重要作用。

有限排除模式力图通过三要件的层层设限与指引,将法官的自由裁量权予以限制,但在立法密度严重不足和追求实质真实传统理念的现状下,容易发生裁量权异化,导致裁量空间被不当压缩,违背非法实物证据排除中自由裁量的客观需求。首先,何种情形之下的违法取证行为可纳入“不符合法定程序”的范畴,立法层面并未予以明确,导致司法实践中将一切违反取证规范的行为均纳入“不符合法定程序”的范畴,非法实物证据和瑕疵证据在“违法性”层面混淆不清,非法实物证据的“违法性”要件的认定被扩大化。其次,现行立法设计之下,“公正性”要件所预留的可供选择的裁量因素极为有限,法官不可避免地会借助法定裁量因素之外的其他要素对“可能严重影响司法公正”进行考量,至于法定裁量因素之外的其他因素为何、是否具有法理层面的正当性则值得深入思考与论证。最后,“补救性”要件成为非法实物证据排除的前置条件,有限排除模式的裁量重心后移至非法实物证据能否得以补正或作出合理解释,架空了法官对“公正性”要件的裁量。可见,自由裁量在非法实物证据排除中具有不可或缺的地位,限缩裁量的立法设置违背了非法实物证据排除中自由裁量的客观需求,法官的自由裁量权并没有因此得以消灭,反而脱离合理规制的轨道演变为恣意裁量。

(三)有限排除模式助推实体真实考量并导致裁量权异化

有限排除模式的制度设计不当压缩裁量空间,难以满足非法实物证据排除中法官自由裁量的客观需求,在实质真实的司法理念和对事实发现的迫切需要之下,非法实物证据排除发生裁量权异化。

1. 证据真实性裁量因素占主导

毋庸置疑,非法实物证据排除中法官具有自由裁量的实践需求。虽然 2021 年《高法解释》明确“可能严重影响司法公正应当综合考虑收集证据违反法定程序以及所造成后果的严重程度等情况”,似乎赋予了法官一定的自由裁量权,但是有限排除模式下这一自由裁量权被不合理地抑制,实践中可供法官裁量的因素较为单一。因为实践中裁判者衡量补救成功与否的标准一般采用“印证故合法”^[24]这一标准背后的逻辑是证据真实性是否受到实质性影响。即,既然侦查机关的补正或解释能够与其他证据相互印证,那么它就是真实可信的;既然是真实可信的,那么取证程序也就是合法的。

虽然补救不能成为非法实物证据被排除的主要因素,但实质上仍是对证据真实性的考量。而违法取证行为重大侵权的因素仅在少数案件中被作为排除的理由。^[25]申言之,我国实践中的裁量因素主要有证据真实性存疑和违法取证行为重大侵权两类,且以证据真实性存疑为主要。而域外其他国家非法实物证据排除的裁量因素丰富且全面,通过多项因素综合考量国家利益和个体利益。以大陆法系的德国为例,其裁量因素包括犯罪的严重程度、非法获取证据对定罪量刑的权重、证据能否通过正常合法途径获得、相关人员

[24] 参见易延友:《非法证据排除规则的中国范式——基于 1459 个刑事案例的分析》,《中国社会科学》2016 年第 1 期,第 156 页。

[25] 参见山西省朔州市平鲁区人民法院(2018)晋 0603 刑初字第 25 号刑事判决书。

的保护需求、程序违法的权重等,裁量因素广泛且全面。相对而言,我国非法实物证据排除的裁量因素过于单一,证据真实性因素占主导,压缩了法官自由裁量的空间,削弱了法官在非法实物证据排除中的裁量实效。

2. 以真实性裁量架空公正性考量导致裁量权异化

实证分析发现,不论是因补救不能而排除非法实物证据,还是因证据真实性存疑而将争议的非非法实物证据予以排除,其背后的裁量方向殊途同归,均是基于对证据真实性审查而实施的自由裁量,使非法实物证据基于程序违法性、对受保护权益的侵害性等各种利益的综合考量异化为对证据本身真实性的裁量。虽然现代刑事司法的过程是一个运用证据重建案件事实的过程,^[26]证据是认定案件事实的基石和关键,但片面强调证据本身的真实性,无论法律如何强调综合考虑收集证据违反法定程序以及所造成后果的严重程度等情况,司法实践中法官的裁量最终只能落脚于证据本身的真实性。

在我国各类证据审查以证据真实性为逻辑侧重点的前提下,以证据真实性是否受到影响作为法官自由裁量的方向,反映出司法实践对实体公正的片面追求,即只要非法取证行为并未对实物证据的真实性造成影响,则无论通过多么严重的非法取证行为获取的证据,对其采纳都不可能达到“严重影响司法公正”的程度,相反,无论多么轻微的违法取证行为,只要影响了证据的真实性,则达到“严重影响司法公正”的程度,导致以非法实物证据的证明力来倒推证据能力,大量真实性存疑的瑕疵证据被非法化,加剧非法实物证据和瑕疵证据混淆不清的乱象。由此可见,当法官自由裁量的方向异化为对证据本身真实性的裁量时,公正性要件所包含的其他裁量因素难以发挥作用,非法实物证据排除规则将从一项程序性规则异化为一项证据真实性审查规则,程序性制裁的制度目的难以实现。

四 中国特色非法实物证据裁量排除模式的确立

明确自由裁量只能被规制而不能被消灭,不仅是法律所赋予的权力更是法官应承担的责任。^[27]而有限排除模式的立法设置漠视非法实物证据排除中自由裁量的客观需要,势必导致所谓的非法实物证据排除规则寸步难行。因此,确立具有中国特色的非法实物证据裁量排除模式是大势所趋,如何确立则是法律人必须思考的问题。

(一) 确立利益权衡的基本原则

裁量绝不意味着法官在排除非法实物证据方面可以为所欲为,如何规范法官的自由裁量权是非法实物证据排除规则运行的重点和难点,德国利益权衡理论百年变革的历史经验表明,缺乏抽象的一般性裁量原则容易导致审判因欠缺透明性而危及法的稳定性。因此,我国非法实物证据排除机制的确立需要结合特定国情,明确裁量原则,将法官自由裁量权关进笼子里,以防止法官基于个人喜好而恣意裁判,减少不合理的裁量。

[26] 参见杨波:《以事实认定的准确性为核心——我国刑事证据制度功能之反思与重塑》,《当代法学》2019年第6期,第132页。

[27] 参见张军:《法官的自由裁量与司法正义》,《法律科学(西北政法大学学报)》2015年第4期,第18页。

取证行为违法并不必然导致非法实物证据被排除,德国基于利益权衡说进行个案衡量,英国根据诉讼公正说予以权衡,美国以成本收益理论指导实践。虽然各个国家予以权衡的具体理论并不相同,但通过学说表征探究理论本质,基本均从事实发现、违法性程序和惩罚必要性等三方面予以利益权衡,权衡因素基本涵盖了国家追诉利益和个体利益两个维度的考量。而我国非法实物证据排除权衡中存在利益考量不全面以及权衡方向异化的问题。一是我国非法实物证据排除权衡利益具有局限性。最高人民法院研究室通过《新刑事诉讼法及司法解释适用解答》明确非法实物证据排除需要权衡违反法定程序的程度、违反法定程序所侵害的法益及其程度、司法工作人员的主观罪过、证据重要性程度等因素。^[28] 不难发现,应然层面权衡的利益主要有事实发现和违法性程度两类,而缺乏对程序错误惩罚必要性利益的考量。二是我国非法实物证据排除权衡方向异化。国际上普遍通过证据重要性考量事实发现的重要性。例如,德、日司法实践中,证据重要性通常被作为非法实物证据排除与否的关键性权衡因素,澳大利亚权衡证据的证明价值和证据在诉讼中的重要性因素,英国以是否影响诉讼公正为基点的权衡也是基于事实认定的考量。虽然各国实践的不同造成表述层面的差异,但均通过考量证据对案件事实认定的重要性来权衡事实发现的利益。

在实质真实观念下,我国司法实践将权衡重点放置于对证据本身真实性的审查,甚至对这一要素的考量凌驾于违法性要素之上,导致无论法律如何强调综合考虑收集证据违反法定程序以及所造成后果的严重程度等情况,法官的裁量最终也只能落脚于证据本身的真实性,使非法实物证据从一项程序性规则异化为证据真实性审查规则,难以发挥程序性制裁的制度初衷。可见,基于证据本身真实性的审查并不是真正意义上非法实物证据排除的权衡,由有限排除模式迈向裁量模式,必须摒弃对证据本身真实性的审查,确立利益权衡的裁量原则。

(二) 裁量排除模式下的“三要件”及其关系重塑

任何制度的实施都不能或不应脱离其所生存的社会现实,构建我国非法实物证据裁量排除模式,既不能生搬美国、英国或德国模式,也不能撇开现有“三要件”的立法设置另起炉灶,而是需要结合我国特定国情,对立法“三要件”及其关系予以重塑。

1. 细化违法性要件

虽然取证行为违法催生了非法实物证据,但是取证行为违法仅是违法性要件集合的子集之一。而立法三要件之下,作为违法性要件的“不符合法定程序”之表述宽泛而笼统。一方面,任何情形下的违法取证行为均可纳入“不符合法定程序”的范畴,不可避免会导致非法实物证据范围的不当扩大;另一方面,为了限缩非法实物证据的范围,不得不将“不符合法定程序”之要件与“可能严重影响司法公正”之要件相勾连,势必导致非法实物证据的认定要件与排除要件相混淆。违法性要件不仅包括取证行为“不符合法定程序”这一因素,还包括“不符合法定程序”之取证行为的类型及其严重程度、取证主体的主观罪过、取证行为所侵害的权益及其严重程度、犯罪的严重程度等多元化因素,其中既有认定

[28] 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。

要素,也有排除要素,不可以偏概全,以“不符合法定程序”的笼统表述来代指违法性要件。

作为认定条件的违法性要件以取证规范为依据,仅需关注取证行为是否违反取证规范这一项要素,将其限于以权利保障为保护目的的取证规范,避免实务中法官出于不愿意排除相应证据而规避非法实物证据认定的乱象。

2. 充实公正性要件

公正性要件实质上是一个纯粹的裁量因素集合,应该包含多种裁量因素。国际上主要包括事实发现的客观需要、违法的多重性、证据能否通过其他合法途径取得、排除证据能否起到震慑和预防效果等价值的考量。我国三要件设置之下,“可能严重影响司法公正”要件考量违反法定程序的程度、侵害的法益及其程度、主观罪过和证据重要性等因素,^[29]虽然所代表的价值取向不乏相通之处,但作为排除条件,与国际普遍经验相较而言,其价值取向仅局限于对证据重要性和违法性因素的考量,且违法性因素的体系并不健全,难以确保司法适用过程中法官在实质真实理念之下,基于对事实发现的迫切需要而弱化甚至规避对违法性因素的考量。因此,在我国模式的建构中,必须对公正性要件的内容予以充实,补充犯罪的严重程度、证据能否通过其他合法途径取得、排除证据能否起到震慑和预防效果等因素,促进公正性要件之下裁量因素结构的合理性。

3. 补救性要件具有阶段性特点

补救与裁量相互冲突,赋予非法实物证据以补救的机会在一定程度上必然会不合理地限缩法官的自由裁量空间,抵消排除效力。可见,补救性要件的效用具有阶段性,应探索“两步走”的构建路径。一方面,将补救性纳入暂时性要件予以考量。现行法律对取证行为的规定十分粗陋,当前取得实物证据的手段和条件尚不完备,尤其网络犯罪的急剧增加、传统犯罪与网络信息技术的快速融合和深化,加剧侦查工作的难度。因此,将“补救性”作为考量因素,是基于当前司法现状无法承受猛烈排除效果的一种现实主义折中方案,在当下具有必要性和正当性。另一方面,补救性要件的最终取消。取证立法密度严重不足和取证能力低下的问题具有阶段性,随着取得实物证据手段和条件的不断完备,以及刑事侦查科学技术手段的逐渐精进,如果仍赋予非法实物证据以补救的机会,则无疑不利于程序性制裁效力的发挥。

综上所述,虽然“补救性”要件在当前司法实践中具有一定价值,但并不能因此而高估其长期价值。随着取证手段和条件的不断完备,应当取消“补救性”要件,扩大法官可供选择的自由裁量空间,将非法实物证据的排除真正意义上归还法官自由裁量。

(三) 明确具体的裁量因素

明确的裁量因素是自由裁量排除得以实现的关键性条件,有学者基于广义非法证据体系提出了八项权衡因素,^[30]具有全面性之优点,但极易因裁量因素过于广泛而被诟病为“权衡因素的通货膨胀”。还有学者围绕程序违法提出五项权衡因素,^[31]相较而言,该

[29] 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。

[30] 参见陈瑞华:《非法证据排除规则的中国模式》,《中国法学》2010年第6期,第37页。

[31] 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138-139页。

观点所考量的因素有所精减,但其中“程序违法时的情况”要素主要指是否处于紧急状态。而法律规定紧急状态下可以无证搜查,并明确了紧急情况的五种情形,这是我国无证搜查的唯一合法化事由,将其作为非法实物证据排除的权衡因素,存在扩大法律规定之嫌,且加剧当前以紧急情况作为主要解释理由的司法乱象;“程序违法的频率”要素以非法取证行为是否会导致侦查人员群起效仿、反复违法为判断标准,欠缺有效性与可操作性。其实,其他国家或地区的立法和司法活动已经建构了较为成熟的操作经验,在借鉴国际普遍经验的基础上,应根据我国实际情况和司法经验明确具体的裁量因素。

第一,违法性程度。纵观域外立法和实践,违法性程度是权衡非法实物证据排除的关键性因素,不论是八项还是五项权衡因素,主要围绕违法性程度予以阐释,但上述广泛且缺乏重点的违法性程度因素考量,要么逻辑难以自洽,要么脱离司法实践。借鉴国际普遍经验和我国司法实践的客观需要,从取证行为违法性的严重程度、取证主体的主观罪过、取证行为侵害的权益及其严重程度和犯罪的严重程度等四方面予以裁量,既包含实体层面的考量,也包含程序层面的考量,有利于实现实体和程序的统一。

第二,事实发现因素。证据的排除不能与根据真实事实处理案件之最高利益相冲突,实物证据不可替代的证明优势使得无法忽略其对事实发现的重要作用。虽然在非法实物证据是否具有证据能力的判断问题上考量其对案件证明的重要性程度,必然冲击非法实物证据排除的实效性,但是不能因噎废食而罔顾刑事诉讼追求事实真相利益的目标和本能。应正视司法实践对事实发现的客观需求,通过证据重要性对该因素予以合理考量。

第三,是否存在其他合法取得途径。排除非法实物证据的目的是否定侦查人员非法取证行为的收益,如果侦查人员能够通过其他合法途径顺利获取该证据,那么排除先前非法获取的证据就是一种形式主义做法,既起不到权利保障的目的,还有损于事实真相的发现。因而需要考量非法实物证据是否存在其他合法取得途径这一因素。

第四,排除证据所产生的震慑和预防效果。如果排除一项非法实物证据所获得的震慑和预防效果十分微小,甚至无法弥补相应的损失,那么非法取证行为欠缺程序错误惩罚的必要性。在司法资源极为有限的客观现实之下,我国非法实物证据排除也需要考量排除证据所产生的震慑和预防效果,理性对待非法实物证据排除。

(四)裁量因素的合理配置

每项裁量因素均代表了特定利益,赋予相关权衡因素不同的权重必然凸显对不同利益的侧重与追求,如何认识和把握各项裁量因素是事实认定者进行利益权衡的关键。根据我国国情,需要重新审视事实发现因素,在众多裁量因素中寻求核心裁量因素,并对其裁量因素予以填补,构建裁量因素的合理配置体系。

1. 以违法性为核心裁量因素

非法实物证据排除的违法性因素具有多重性,同一个违法取证行为所获取的非法实物证据是否排除,因违法性因素不同维度的考量而不同。在中国特色非法实物证据裁量排除模式之下,裁量因素的合理配置需要以违法性为核心,依据具体案件对非法实物证据的违法性进行多重考量。

第一, 权衡取证行为违法性的严重程度。通常而言, 对通过一般违法行为所获取的非法实物证据具有相对较高的容忍度。假设存在两个案件中有且仅有取证行为违法性严重程度这一变量, 其他情形完全相同的理想环境, 显然通过严重违法行为所获取的实物证据被排除的概率相对更高。虽然实践中的具体案件往往是各项裁量因素相互杂糅, 几乎不可能存在仅有取证行为违法性严重程度这一变量的情形。但通过这一理想情形的分析不难发现取证行为违法性之严重程度对非法实物证据排除的影响。如果忽略取证行为违法性的严重程度这一内在差异, 而将一般违法行为和犯罪行为无差别对待, 可能导致通过犯罪行为获取的实物证据未被排除, 而通过一般违法行为所获取的实物证据却被排除的诡异现象。因此, 在中国特色非法实物证据自由裁量排除模式下, 以违法性为核心权衡因素, 需要法官就具体案件中取证行为违法性之严重程度予以判断。

第二, 权衡取证主体的主观罪过程度。取证主体对违法取证行为具有主观上的故意, 是违法取证行为具有可惩罚性的前提, 如果违法取证行为仅出于过失所导致, 那么即使对当事人的合法权益造成了实质性侵犯, 也不具备可归责性。以违法性为核心权衡因素, 需要权衡取证主体的主观罪过程度, 避免侦查人员故意之主观心态下实施违法取证行为为逃脱程序性制裁, 却对过失情形下的违法取证行为予以制裁的乱象。

第三, 权衡取证行为侵害的权益及严重程度。一方面, 违法取证行为侵害的权益类型存在差异。另一方面, 同一违法取证行为对同一权益的侵犯存在程度差异。取证行为侵害的权益类型及其严重程度是非法实物证据排除之违法性因素的维度之一, 脱离这一维度的考量不可避免会导致应当排除的未被排除, 不应当排除的被乱排除的现象。

第四, 权衡犯罪的严重程度。同样一个违法取证行为在不同严重程度的犯罪案件中具有不同的包容性。在严重侵犯公民人身权利的重大犯罪案件等情形中, 即使属于通过非法搜查而获取物证、书证, 但出于对惩罚犯罪、发现真相之国家追诉利益的考量, 法官对其违法性的包容度较高。然而, 权衡犯罪的严重程度, 并不等同于纵容严重犯罪案件中非法实物证据的存在, 也不是对轻微犯罪案件中的非法实物证据一律予以排除, 不同犯罪严重程度究竟如何影响非法实物证据的排除, 难以在规范层面予以清晰且明确的指引, 需要法官发挥自由裁量权, 根据个案中犯罪的严重程度和违法取证行为的具体类型, 兼顾权利保障和事实发现, 发挥主观能动性以寻求个案中两种相互冲突价值之间的最佳平衡。

2. 理性对待事实发现因素

非法实物证据排除中对事实发现利益的考量, 与其说是追求事实发现, 毋宁说是为事实发现设定合理的界限。而在实质真实的理念之下, 我国非法实物证据排除过于侧重对事实发现因素的考量, 导致其在某种程度上成为一个披着权利保障外衣却包裹着国家权力本位的规则。^[32] 因此, 构建中国特色非法实物证据自由裁量排除模式, 需要理性对待事实发现因素。

[32] 参见左卫民:《“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,第157页。

一方面,应当摒弃证据真实性因素的考量。在实质真实的理念之下,只要一项证据具备“真实性”就可以采信。因此,囿于对实物证据证明优势的坚守,非法实物证据排除规则体现出明显的事实发现之价值考量,实践中法官对事实发现利益的考量最终也落脚于证据本身的真实性。但实物证据的特性使得以证据是否具备真实性作为事实发现利益的考量因素,必然导致非法实物证据难以排除,架空非法实物证据排除规则的适用。有学者甚至认为我国非法证据排除规则与英美法意义上的证据排除完全不同,更多是发挥证据把关的功效。^[33] 以“证据真实性”作为事实发现利益的考量因素,实质上是对证据真实性的审查判断,无论法律如何强调综合考虑收集证据违反法定程序以及所造成后果的严重程度等情况,均无济于事。因此,理性对待事实发现因素,必须摒弃对证据真实性因素的考量。

另一方面,证据重要性因素的回归及其限制。通过“证据重要性”来考量非法实物证据排除中事实发现的客观需要是国际普遍经验,但“证据重要性”一般指代证据的证明力大小,而非法实物证据关涉证据能力有无问题,在排除问题中考量“证据重要性”因素,必然会极大地冲击非法实物证据排除规则的实效性。正如日本学者铃木茂嗣所言,根据对这一要素的解释和把握,非法证据排除规则既可以生,也可以死。^[34] 虽然基于事实发现利益之追求而考量非法实物证据之重要性具有正当性,但是,如果不对这一因素予以限制,必然会导致对程序重要性的忽略,使非法实物证据排除规则几乎没有存在的意义。因此,如何合理限制“证据重要性”因素的适用是非法实物证据排除的关键问题。其实,对“证据重要性”因素的考量与案件程序密切相关,脱离案件适用程序类型而一味强调证据重要性因素没有任何实际意义。因为同一份非法实物证据在认罪案件和不认罪案件中的重要性程度并不相同,可能在认罪案件中无足轻重的证据,反而在不认罪案件中关系关键事实的认定。因此,回归证据重要性因素的考量,需要将其与案件程序相关联。

3. 其他权衡因素的必要填补

非法实物证据排除的基点是利益权衡。国际上一般从事实发现的客观需求、违法性程度、惩罚必要性等三方面予以权衡,而当前我国非法实物证据排除中片面强调事实发现因素的重要性,不利于规则的顺利运行。在确立取证行为违法性为核心权衡因素、理性对待事实发现因素的基础上,还需要对其他权衡因素予以必要填补。

第一,是否存在其他合法取得途径。追求刑事诉讼的经济性是一个国家理性行为的当然目标,而刑事诉讼场域中国家权力和公民权利之间不可避免地会发生密切互动甚至激烈碰撞,这种激烈碰撞是否具有实质意义是诉讼经济理念之下评价一项刑事诉讼制度的重要指标。如果非法实物证据可以通过其他合法途径获得,并没有导致侦查人员在举证中处于不公正的优势地位,那么此时的排除将沦为形式主义的做法,无法弥补排除该证据所带来的巨大代价,不符合“诉讼经济”理念的要求。因此,争议证据能否通过其他合

[33] 参见吴洪淇:《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162页。

[34] 参见[日]铃木茂嗣:《日本刑事诉讼法的特色及解释上的诸多问题》,载[日]西原春夫主编《日本刑事法的形成与特色》,李海东等译,法律出版社1997年版,第48页。

法途径获得是非法实物证据排除的重要因素之一。美国、德国、日本、澳大利亚等国家通过立法或司法判例明确,而我国法律规定及司法解释中未考量这一因素,不符合诉讼经济的理念。因此,确立中国特色非法实物证据自由裁量模式,必须补充对是否存在其他合法取得途径这一要素的裁量。

第二,排除证据所产生的震慑和预防效果。一项非法获取的实物证据是否排除,除了需要权衡事实发现的客观需要和多重维度之下违法性程度,还要考量排除证据能否起到震慑和预防的效果。国际经验是普遍将排除非法实物证据能否起到震慑和预防效果作为权衡因素之一,如果排除非法实物证据无法起到震慑和预防的效果,则最终因程序错误不具备惩罚必要性而使相应非法实物证据不被排除。然而,我国现有考量因素中几乎没有考虑程序错误惩罚必要性利益,裁量体系欠缺全面性与合理性。由此可见,确立中国特色非法实物证据裁量排除机制,还需要考量排除非法实物证据能否起到震慑和预防效果,以此填补对程序错误纠正必要性利益的权衡。

五 结 语

自由裁量在非法实物证据排除中具有不可或缺的地位,可供选择的裁量空间是裁量排除模式的本质和灵魂之所在。立法三要件或许预留了一定的裁量空间,但在立法密度严重不足的现状之下,违法性要件的裁量空间有限、公正性要件偏重于实体真实的考量,补救性要件进一步压缩可能的裁量空间,规则所预设的裁量在当前司法环境中难以真正实现,仅仅是一种停留于话语层面裁量的表征之假象。“实质真实”的理念之下,最终被排除的非法实物证据少之又少,呈现出独具中国特色的有限排除模式。这一排除模式在立法设置和实践运行方面存在非法实物证据认定难、排除难、裁量异化等诸多不足。经过理论分析和实践检验发现,有限排除模式违背利益权衡的排除机理,不当压缩了非法实物证据排除中裁量权行使的客观需求。

法官自由裁量权的良性运行是我国非法实物证据排除机制确立的关键之所在,自由裁量只能被规制,而不能被消灭,由有限排除模式迈向裁量排除模式将是必然趋势。但是,构建中国特色的非法实物证据裁量排除模式,不能撇开现有“三要件”的立法设置,而需要结合我国特定国情,对“三要件”予以修改和完善。简言之,将违法性要件和公正性要件相分离,对违法性要件予以细化作为认定要件,结合国际普遍经验对公正性要件的内容进行充实,单独作为非法实物证据的排除要件,并对补救性要件实行“两步走”战略。同时,明确利益权衡的裁量原则,从违法性程度、事实发现、是否存在其他合法取得途径以及排除证据所产生的震慑和预防效果等维度,确定具体裁量因素,并以违法性为核心对各项裁量因素予以合理配置,确保非法实物证据裁量排除模式符合中国司法实践的需要。

[本文为作者主持的2023年度重庆市社会科学规划博士项目“非法实物证据排除的中国模式研究”(2023BS061)的研究成果。]

The Model Reconstruction of Exclusion of Illegal Real Evidence

[**Abstract**] The mode of exclusion of illegal real evidence in China's current legislation and judicial practice is a unique limited exclusion mode with Chinese characteristics. The limited exclusion mode greatly reduces the scope of discretion and the ambiguity of the relations between various exclusion criteria in this mode leads to the alienation of the operation of exclusionary rules and the difficulty in eliminating illegal real evidence. Judges have an objective need for discretionary power in judicial practice. Discretionary power can only be regulated but not eliminated. To construct a discretionary exclusion mode with Chinese characteristics, three elements of existing legislation need to be adjusted. Specifically, the "illegality" requirement should be made independent and the rules for its determination should be refined, that is, "illegality" should be defined as a condition of identification of illegal real evidence, rather than a condition of exclusion. Of equal importance is the factors of consideration of "impartiality". Factors such as the severity of illegal evidence collection activity, the subjective fault of the subject of evidence collection, the rights and interests infringed upon by the evidence collection activity and the seriousness of the infringement, the severity of the crime, whether there is any legal way of obtaining evidence, the importance of the evidence, and whether the exclusion of evidence can have a deterrent and prevent effect should be included in the consideration of "impartiality" requirements to make it into a condition of exclusion of illegal real evidence. Based on the current judicial situation in China, a two-step strategy should be taken for the remedial requirement. China should take the standardization of the remedial element as the focus of its work and eventually abolish the legislation on this element when the condition becomes ripe. The mechanism for the exclusion of illegal real evidence in China should revolve around the weighing and balancing of interests. The specific balancing factors should be determined in light of the specific conditions of the country, such as our unique concept of substantial truth, the urgent need for factual findings, and the value orientations of rights protection, economic litigation and legal order. Further, a decision on whether to exclude a piece of illegal real evidence should be made by taking illegality as the core element of discretion and weighing such factors as the severity of the illegal evidence collection activity, the subjective fault of the subject of evidence collection, the rights and interests infringed upon by the evidence collection activity and the severity of the infringement, and the severity of the crime. Meanwhile, we should treat the fact-finding factor rationally and avoid taking evidence authenticity examination review as a core element of exclusion of illegal real evidence. In addition, other factors such as whether there is an alternative way of lawful evidence collection and whether the exclusion of evidence can produce deterrence and prevention effects should also be taken into consideration, so as to achieve a reasonable allocation of factors of discretion.

(责任编辑:贾元)