

德国刑事证据禁止利益权衡理论的 演进及其借鉴

王 颖

内容提要:德国历经百年确立了体系化的刑事证据禁止理论,其中利益权衡理论在学理与判例的共同推进中逐渐确立通说地位。利益权衡理论以取证程序违法与法律后果为核心内容,实体层面以程序违法程度及犯罪严重程度为核心权衡因素;法律后果层面,存在证据使用、证据禁止及第三范式的后果。在职权主义诉讼模式背景下,我国非法证据排除规则的完善应秉承以理论推动立法与司法的思路,构建“行为不法—结果不法—惩罚必要性/责任”递进式非法证据排除判定之逻辑进路,以教义学理论推进证据排除的体系化建构,并为实务中裁量排除提供理论支撑。同时,应确立裁量排除的原则与规则,加强法官自由裁量权与判例的引导地位。

关键词:证据禁止 利益权衡 裁量排除 法定排除

王颖,武汉大学法学院讲师。

一 问题的提出

我国非法证据排除规则自2012年《刑事诉讼法》修正案提出,到2012年和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“《刑诉法解释》”)细化规定,具有鲜明的问题导向、以点铺面、实用性强的特质。但在立法、理论和体系层面仍存在诸多问题,阻碍了我国非法证据排除理论的体系化发展,继而反噬司法实践的适用。

首先,在立法层面,《刑事诉讼法》及《刑诉法解释》确立了两类非法证据排除规则:言词证据的法定排除与实物证据的裁量排除。一方面,法定排除范畴内的“等非法方法”存在一定的法官释法和表意空间;另一方面,裁量排除中的“可能严重影响司法公正”“补正”“合理解释”等赋予法官一定自由裁量权。但是,立法未就法定排除与裁量排除的区

分标准、裁量排除的适用等作出更为细化的指导性规定,亦未确立相应的裁量排除规则。

其次,在理论层面,多数学者肯定了裁量排除在非法证据排除中不可或缺的地位。有学者呼吁非法证据排除规则需要司法判例,确认证据排除的现实意义;^[1]有学者认为非法证据排除规则有效适用的一个重要要素即为法官自由裁量;^[2]有学者进一步提出法官行使这种自由裁量权不是绝对自由,而应考虑一系列因素进行适当利益权衡,并给出排除与不排除的理由。^[3]然而鲜有学者探究应当基于何种逻辑与标准裁量排除,非法证据与证据排除的因果关系如何建立和推导等根本问题,这种缺失一方面引起立法进一步限缩法官自由裁量权空间之倾向;另一方面又导致实务中法官“不愿排、不会排、不敢排”,最终带来非法证据排除本土化理论构建与司法实务应用的双重困境。^[4]厘清这些问题是从学理上区分法定排除与裁量排除、确定裁量排除的原则与规则、建立体系化非法证据排除理论、指导法官运用非法排除规则的关键所在。

最后,从整体性角度对我国刑事诉讼体系发展进行审视,我国刑事诉讼理论从20世纪至今经历了从学习大陆法系的知识体系,到接受苏联法系的意识形态,再到崇尚英美法系的理论谱系的流变过程,^[5]形成一种“反职权主义”,希望通过引入当事人主义下的诉讼制度修正我国职权主义诉讼制度。此种倾向一方面是由于语言文化隔阂导致的对欧陆“职权主义”的长期误读,^[6]另一方面亦是由于低估了我国刑事诉讼传统中职权主义的强大根基。基于此种研究倾向而将英美法系当事人主义诉讼结构下的证据排除规则^[7]移植到我国类似大陆法系职权主义,以发现案件实质真实为宗旨的刑事诉讼制度中,有脱离我国制度体系和文化背景之嫌,进一步加剧了非法证据排除规则体系层面的水土不服。并且,规则研究范式压缩了理论研究深入的空间,影响了非法证据排除之理论标准与体系思维的建立,导致裁量排除规则与理论的系统性缺位,加重了司法实务中法官的“畏排”。

在我国职权主义烙印的刑事诉讼结构与当事人主义烙印的非法证据排除规则产生强烈反差的语境^[8]和我国非法证据排除理论建构不足的双重困境的背景之下,借鉴同样以发现案件实质真实为宗旨的德国刑事证据理论,反思我国非法证据理论亦为近年部分学者的研究方向之一。^[9]但德国刑事证据禁止体系复杂,立法、判例与理论交织,特别是对我国非法证据排除理论可起到“破局”功效的利益权衡理论尚并未清晰呈现于我国学界,故此梳理和厘清这一理论的发展脉络、逻辑思路与内涵是我国非法证据排除领域深入

[1] 参见何家弘:《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106-177页。

[2] 参见孙远:《论非法证据排除规则有效适用的三个要素——以侦查追诉阶段排除非法证据为视角》,《政治与法律》2018年第4期,第132-137页。

[3] 参见陈瑞华著:《刑事证据法》(第三版),北京大学出版社2018年版,第165页。

[4] 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159页。

[5] 参见左卫民:《职权主义:一种谱系性的“知识考古”》,《比较法研究》2009年第2期,第78页。

[6] 参见施鹏鹏:《“新职权主义”与中国刑事诉讼改革的基本路径》,《比较法研究》2020年第2期,第72-89页。

[7] 参见戴长林、罗国良、刘静坤著:《中国非法证据排除制度:原理、案例、适用》(修订版),法律出版社2017年版,第69页。

[8] 参见施鹏鹏:《论法官的职权调查原则——以职权主义刑事诉讼为背景的展开》,《法学评论》2020年第2期,第89页。

[9] 参见艾明:《论我国刑事诉讼中的证据使用禁止——以证据取得禁止和证据使用禁止之间的关系为中心》,《现代法学》2015年第5期,第108-122页。

比较研究、反思和完善的基础。有鉴于此,本文拟回溯德国刑事证据禁止理论,深入阐述我国学者多有提及却尚未深入研究的核心理论利益权衡理论,厘清其在证据禁止中的具体权衡路径与运用范式,并在此基础上提出构建符合我国非法证据排除规则的证据排除教义学理论。

二 德国刑事证据禁止理论的困境与突破

证据禁止领域是发现案件真实与保障人权的正面交锋之地,国家追诉权与个体权利保护间的利益冲突与价值平衡贯穿于“禁与不禁”考量始终。故此,证据禁止理论以其独特的体系地位牵制着整个刑事证据体系与刑事诉讼程序。

(一) 证据禁止理论的体系梳理与现实困境

自 1902 年贝林(Ernst von Beling)首次提出刑事证据禁止理论至今已逾百年,其所提出的以“案件实质真实不可不惜代价获取为原则,以禁止使用违法证据作为国家追诉犯罪之限制”为内容的证据禁止理论确立了当今德国刑事证据理论的核心。以法治原则与公平审判原则为宪法渊源,以刑事诉讼法为框架,法无逐一禁止之处通过判例弥补,法官在审判中遵循利益权衡原则,德国通过此种环环相扣、层次清晰的逻辑体系,构建起了以法定禁止与裁量禁止动态平衡的刑事证据禁止理论。

证据禁止作为上位概念,分为证据取得禁止和证据使用禁止。证据取得禁止指证据因获取内容、方式或种类违反宪法基本原则或基本权利而在刑事程序中禁止获取且禁止使用,属于事实确认的禁止。证据使用禁止是指证据因取证程序违法而导致证据在刑事审判中不具证据能力,因其法律依据不同可分为法定证据使用禁止和裁量证据使用禁止。法定证据使用禁止源于对宪法基本权利的保护,直接由刑事诉讼法列举性规定,主要包括基于不得强迫自证其罪原则的第 136 条被告人沉默权和讯问机关的法定告知义务、第 136a 条被告人供述自由权;以证人保护为核心的第 52 条及以下的证人拒绝作证权;以及以隐私权保护为宗旨的第 100d 条等。但大多数证据使用禁止没有被法律规定,司法实务中法官根据取证规定,基于利益权衡原则裁量禁止。就两者关系而言,证据取得禁止属于宪法性行为规范,而证据使用禁止是次级惩罚规范,一般以取证程序违法为前提。^[10]自医疗助手案^[11]后德国判例即确立了案件实质真实不可不惜代价获取,^[12]程序错误亦不必然导致证据使用禁止^[13]的原则。因此,证据取得禁止与证据使用禁止虽然在内涵上有相当因果关联性,但不能直接推导适用,但目前由刑事诉讼法明文规定的法定证据取得禁止亦明文规定禁止使用。相比于证据取得禁止大多通过立法确立,证据使用禁止则

[10] Vgl. Klaus Rogall, Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus, JZ 2008, 822.

[11] BGHSt 24, 125.

[12] BGHSt 24, 125; Sieh auch Beling, Die Beweisverwertung als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess, in: Strafrechtliche Abhandlungen, 45 (1903), S. 11.

[13] BGHSt 44, 214.

是判例与学说共同发展影响的产物。

此种灵活的证据理论虽然有利于保障刑事司法中的个案公正,但灵活带来的模糊性亦成为当今德国证据禁止理论发展的桎梏。此种模糊性在宪法层面存在于实质真实与保障人权之间的权衡,而具化到证据禁止层面,审判程序中证据禁止问题终会落脚到证据使用禁止与否的评判,故此,“在何种情况下违法的证据取得程序会导致证据使用禁止”^[14]成为伴随德国证据禁止理论发展的“阿喀琉斯之踵”。

(二)证据禁止理论的争鸣

德国理论界与实务界一直致力于构建一套缜密的理论体系与判定标准,厘清前述程序违法与证据使用禁止的关系。在此背景之下,证据禁止理论呈现“百家争鸣”的局面,最具影响的包括权利范围理论、保护目的理论、信息支配权理论和利益权衡理论。

1958年,联邦最高法院通过判例提出权利范围理论,该案中取证机关在未告知证人德国《刑事诉讼法》第55条拒绝陈述权情形下取证,被告人主张该证人证言因程序违法而不得作为定罪证据使用,但联邦最高法院认为被告人仅在其明确受法律保护的权利范围内的权利受损时可根据第337条上告,但第55条保护的是证人不得自证其罪的权利,而非被告人之权利,即以否认法定权利范围之外上告救济权的方式,推导出证据使用禁止的评判标准在于权利人的权益损害是否源于法律规定的重要权利范围。^[15]

权利范围理论从提出即受到多方质疑。权利范围理论所建立的受法律保护之权利、证据使用禁止与上告救济权之间的因果关系并不成立,上告是否成立并不以证据使用禁止为准;^[16]并且,被告人享有的权利不能局限于特定条款确认的保护,而应涵盖整个司法程序中的合法权益。因此该理论早已不再单独作为确认证据使用禁止的标尺。^[17]

作为权利范围理论之修正理论的保护目的理论认为,违法取得的证据能否使用须回溯该项被违反的法规的立法保护目的。其中,格林瓦尔德(Gerald Grünwald)将违法取证所造成的损害分为终局性与非终局性,认为法规之保护目的未受损或证据使用与保护目的一致,可以允许使用违法取得之证据;若违法取证过程中法规之保护终局性受损,或虽未终局性受损但使用证据会导致损害加深,则禁止使用违法取得之证据。^[18]而耶格尔(Christian Jäger)则主张区分因果性证据主体禁止和抽象的证据主体禁止。其中因果性证据主体禁止是指禁止使用违反证据取得法规获取的证据,具体又区分为个人保护范围和物之保护范围;抽象的证据主体禁止源于对证据主体的抽象的、主体性的尊重保护义务。^[19]虽然说将法律保护目的作为证据禁止之标尺理论上是合适的,但其并未给出

[14] Vgl. Klaus Rogall, Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus, JZ 2008, 822.

[15] BGHSt 11, 213.

[16] Vgl. Fezer, Strafprozessrecht, 2. Aufl. 1996, Rn. 14 f.

[17] BGHSt 53, 199; BGH NSIZ-RR 2016, 377.

[18] Vgl. Gerald Grünwald, Beweisverbote und Verwertungsverbote im Strafverfahren, JZ (1966), S. 489 ff.

[19] Vgl. Christian Jäger, Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote als prozessuale Regelungsinstrumente in strafverfolgenden Rechtsstaat, GA 2008, S. 473 ff.

确定终决的标准,而需要根据法规违反程度或类型分析,^[20]且未能区分各类保护目的的重要程度及损害严重程度,无法回答究竟何时会导致证据取得禁止的问题。^[21]故此保护目的论并未获得学界多数赞同。

阿梅隆(Knut Amelung)^[22]于1990年提出的信息支配权理论具有强烈的数据保护色彩。针对追诉机构的不法侵害,权利主体享有信息性损害后果清除请求权,因此信息支配权在取证过程中被侵害时可成立证据使用禁止。但由于信息支配权理论是从权利主体的主体性法益受损推导出证据禁止,可能导致虽然权利主体信息支配权受损,却由共同受保护人承担损害结果的问题。因此罗克辛(Claus Roxin)教授认为信息支配权理论必须通过禁止使用程序违法取得证据原则和保障程序公正原则加以完善。^[23]

上述理论从不同角度出发构建程序违法与证据使用禁止之间的因果关系,虽各具特色,但也因前述理论缺陷,未能全面诠释证据使用禁止情形,不能有效指导司法实践等问题而遭到批判,故此均未能能在证据禁止理论中获得支配地位。

(三) 证据禁止理论的突破:利益权衡理论通说地位的确立

利益权衡理论是宪法比例原则的具体化,最初是为解决宪法权利冲突而设计,用以诠释权利位阶与客观法律的价值规则。作为现今德国刑事证据禁止理论通说的利益权衡理论是教义学理论与司法判例共同发展与塑造的产物,指在个案中根据法益权衡国家追诉利益与个体权益,确立在取证程序违法时是否适用证据使用禁止。在此基础上,利益权衡理论亦一定程度上吸收了前述权利范围理论与保护目的理论的精髓,将权利范围与保护目的纳入到权衡因素中进行个案衡量。

1979年罗加爾(Klaus Rogall)首先提出证据禁止利益权衡理论,主张法治国家追诉利益与个体权益需要在个案中根据比例原则进行利益权衡,并诠释了利益权衡的标尺,包括犯罪的严重程度、权利的种类与重要性、权利的保护必要性和程序错误的严重程度等。在此基础上罗加爾展开论述了利益权衡理论推导出的法律后果,认为违反宪法赋予之权利及违反自由陈述权必然导致证据使用禁止,同时认为证据使用禁止属于负担禁止,若违法证据的使用有利于嫌疑人则不禁止。^[24]随着联邦最高法院在判例中对利益权衡理论的认可和贯彻,利益权衡理论得以从诸多理论中脱颖而出并确立通说地位。^[25]例如,联邦最高法院在医疗助手案中即提出,并非每一程序违法均导致证据使用禁止,个人身体不可侵犯权与国家追诉犯罪的利益需要根据个案权衡。助手替代医生采集了拟作为证据的血液,虽程序违法但不阻却证据使用,因为轻微的程序违法不足以牺牲犯罪事实澄清之

[20] Vgl. Fezer, Strafprozessrecht, 2. Aufl. 1996, Rn. 23.

[21] Vgl. Theoharis Dalakouras, Beweisverbote bezüglich der Achtung der Intimsphäre, 1988, S. 128; Michael Heghmanns, Beweisverwertungsverbote, ZIS 2016, S. 406.

[22] Vgl. Knut Amelung, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, 1991, S. 30 ff.

[23] Vgl. Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl. 2017, § 24 Rn. 27.

[24] Vgl. Klaus Rogall, Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten, ZStW 1979, 29 ff.

[25] Vgl. BGHSt 51, 285; 38, 214; 38, 372; 37, 30; 35, 32; 31, 304; 19, 325; Radtke/Hohmann-Radtke, in: Kommentar zur Strafprozessordnung, Einl. Rn. 76f.

利益。

相比于其他理论,利益权衡理论获得学界广泛的认同和司法实务的采纳原因主要在于:首先,利益权衡理论源于广泛使用的比例原则,故此在理论基础层面获得更广泛认同;其次,利益权衡理论吸纳多种权衡因素,亦兼顾依法治国原则与公平审判原则,能够有效弥补前述理论之缺陷;最后,利益权衡理论强调法官在个案中的自由裁量权,更具灵活性与普适性。此种特性获得司法实践的青睐,而司法实践中的广泛适用又促进其获得了理论界普遍认同。

三 利益权衡理论的教义学构建与判例发展

利益权衡理论赋予法官更大的自由裁量权,避免个案不公,但也遭致诸多批判。一方面,利益权衡因素过于广泛且缺乏重点,被诟病为“权衡因素的通货膨胀”;另一方面,这一理论欠缺抽象的一般规则和标准,相同的权衡因素因案件不同而存在权重差异,导致审判标准欠缺透明性并可能牺牲法之安定性;^[26]而法之安定性又是依法治国理念蕴含之意,这又招致利益权衡理论有悖依法治国理念的质疑。

(一) 教义学理论构建:规范性错误后果论

面对利益权衡理论的多方质疑,1996年罗加爾提出了改进利益权衡理论的规范性错误后果论,^[27]认为应对程序错误进行规范价值评价,并构建程序错误导致证据使用禁止的逻辑推导路径,并以此清晰的逻辑推导与评断路径弥补前期利益权衡理论“规范性”与“确定性”欠缺之不足。具体而言,利益权衡构成要件层面,判断一个明显的程序错误是否会导致证据使用禁止需要考量以下三个层面:首先,评估程序违法的权重和其违法严重程度,包含主客观两方面,属于行为不法评价范畴。其次,评估程序违法对于法益的侵害,属于结果不法评价范畴。若程序违法损害个体法益则评价为结果不法,进而考量惩罚必要性问题;若程序违法实际上未损害个体法益则不被评价为结果不法,亦不具惩罚必要性。最后,判断违法行为的惩罚必要性。在存在法益侵害的前提下,根据宪法和法律权衡刑事追诉利益与个体法益保护之利益,确定证据使用禁止的必要性。此三方面具有逻辑递进关系,通过行为不法、结果不法到惩罚必要性的递进式价值判断,厘清程序违法与证据使用禁止间的因果关系,构建起一套与刑事实体法相承接的证据禁止理论。

当程序违法损害了诉讼参与人受法治国家保护的刑事司法权或损害了重要程序法规时必然导致证据使用禁止,主要包括采取无法律依据的措施,侵犯宪法之核心保护区域或违背根本性程序价值,以规避被告人权利保护为目的的侵犯以及可能损害公平审判权的行为。因此,在证据取得手段禁止、损害供述自由权、损害证人拒绝作证权、损害拒绝搜查

[26] Vgl. Florian Neuber, Unselbständige Beweisverwertungsverbote im Strafprozess - Die Abwägungslehre auf dem methodischen Prüfstand, NSiZ 2019, S. 113.

[27] Vgl. Klaus Rogall, Über die Folgen der rechtswidrigen Beschaffung des Zeugenbeweises im Strafprozess, JZ 1996, S. 944 ff.; Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus, JZ 2008, 818 ff.

权时均应当成立证据使用禁止。此种情况属于行为不法引起严重后果不法,导致证据使用禁止。而当证据使用禁止有利于被告人、被告人同意使用该证据或未异议、错误可通过其他途径弥补、错误并非针对被告人或通过庭外方式能够恢复受损法益而导致证据禁止不再必要时,则不必适用证据使用禁止。此种情况属于行为不法并未导致结果不法或存在正当化事由,而不必禁止证据使用。

规范性错误论的显著改进在于:首先,缩减了权衡因素,认为证据使用禁止的判定主要取决于程序错误严重程度、受损害权益的保护必要性和程序错误的纠正必要性,有效改进了早期理论中权衡因素过广,容易导致缺乏法之安定性的问题;其次,强调核心权衡内容——程序错误及其法律后果,确认了程序错误在权衡因素中的核心地位;最后,构建程序违法与证据使用禁止之间的因果逻辑推理,弥补了早期利益权衡理论欠缺理论基础的问题,亦为司法实践中法官自由裁量权的行使设定了推导路径与权利边界。

(二)判例发展:多因素论

联邦最高法院通过一系列判例确立了刑事司法中运用利益权衡理论考量程序违法导致证据使用禁止时的权衡因素及权重,以规范违法证据取得程序与证据使用禁止在具体认定层面的现实困境。除去程序错误及追诉犯罪这两大因素外,判例确立了相比于最初利益权衡理论更广范围的权衡因素,因此学界又称之为利益权衡理论之多因素论。从维护国家追诉权、保障高效刑事司法角度而言,法官在判定证据使用禁止中重点考量的因素包括所追诉犯罪的种类及严重程度、^[28]可能的刑罚种类及严重程度、非法获取之证据对于定罪量刑的权重、^[29]证据是否可以通过正常合法途径获得^[30]等。而从个体权益保护角度需要重点评估受侵害基本权利的种类及程度、^[31]个体的保护利益与保护需求^[32]以及程序违法的权重^[33]等。虽然确立的权衡因素多样,但依旧能够通过分析判例透过重重迷雾厘清权衡因素位阶——在诸多因素中程序违法的严重程度、追诉犯罪的严重程度和是否存在假设干预路径是法官个案权衡的核心。^[34]

首先,程序违法的权重在利益权衡中占有决定性地位。程序违法轻微与严重的界限亦是“在何种情况下违法的证据取得程序会导致证据使用禁止”答案的解铃人。

第一,客观行为方面,严重程序违法会直接导致证据使用禁止,轻微程序违法则不会,介于两者中间的程序违法则需要结合其他权衡因素综合考量。此种“严重程序违法”与“轻微程序违法”界限的客观标准取决于行为侵害的个体法益种类及侵害程度。严重程序违法主要包括取证机关违反《刑事诉讼法》第 136 条告知义务和使用第 136a 条规定的禁止讯问手段讯问嫌疑人。第 136a 条因违反禁止讯问手段获取之证据因直接违反不得自证其罪原则而使用禁止不存在争议。但很长时间内联邦最高法院一直将第 136 条视为

[28] BGHSt 34, 397.

[29] BGHSt 19, 325.

[30] BGH NSZ 1989, S. 375.

[31] BGHSt 24, 125.

[32] BGHSt 24, 125.

[33] BGHSt 53, 112.

[34] Vgl. Paul Tobias, Unselbständige Beweisverwertungsverbote in der Rechtsprechung, NSZ 2013, 492 ff.

程序性规则条款,并不导致实质惩罚性后果,即可以使用侦查程序中违反告知义务取得的嫌疑人供述,仅在庭审程序中违反告知义务才导致证据使用禁止。^[35] 1992年联邦最高法院树立了证据禁止新标杆:违反告知义务所得的陈述,原则上均不得作为裁判基础,^[36] 确立了违反告知义务与证据使用禁止之间的直接因果关系。与此相反,违反纯粹的程序性规则归类于轻微违法,不会导致证据使用禁止。第二,主观可谴责性方面,可谴责性因取证机关主观过失、善意的法规认识错误、恣意或故意滥用权力而存在差异。主观可谴责性程度越高,承认证据能力的可能性越低,其中故意或恣意的程序违法通常导致证据使用禁止。^[37] 例如,在一则抢劫案中,联邦最高法院即强调在判断程序违法的严重程度时需特别考虑侦查机关是否是故意不履行其告知义务。^[38] 第三,违反法治原则或公平审判原则的侦查措施可直接导致证据使用禁止。若侦查措施并未违反证据取得法规,但法官通过分析案件认为该措施有违刑法基本原则时,亦可直接以违反基本原则为由否决证据能力。^[39] 例如,在一则监听案中,侦查机关对嫌疑人与其妻子的谈话进行了监听,并从中获取重要证据。联邦最高法院通过分析案件整体情况及谈话内容,认为对嫌疑人及其妻子的此种监听虽未违反具体法条,但有悖于公平审判原则,因此所获取的证据使用禁止。^[40]

其次,除程序违法严重程度外,法官亦重点考量追诉犯罪的严重程度。相比于轻微犯罪,在严重犯罪中更可能因重视国家对犯罪的追诉而使用程序违法取得的证据。在日记案之伪证案中,联邦最高院认为日记中关于性关系的内容不可作为刑事证据使用,除纯粹的数据记录外,日记属于私人生活核心领域紧密相关领域即一般私人领域,而本案案件追诉利益不足以抵御个体宪法隐私权的保护。^[41] 但在之后的日记案之谋杀案中,联邦最高法院援引“在严重犯罪案件中的私人录音可以作为证据使用”的观点,认为日记属于一般私人领域,通过利益权衡可以在严重犯罪案件中作为证据使用,因为《联邦基本法》不仅特别保护个体人格权而且旨在保护司法公正。^[42] 在此后的诸多案件中,联邦最高法院通常在个体一般权益保障与严重犯罪追诉必要性中将天平倾向了后者,即在严重犯罪案件中对非严重程序违法有更高的包容性。

最后,利益权衡中亦需要特别考虑假设性替代干预原则,^[43] 在客观不存在绝对证据使用禁止情形、主观不存在故意或恣意违反程序时,若该违法取得之证据可通过正当合法的取证程序获得,则该证据可以使用。在2003年的住所搜查案中,侦查机关在未获得法官搜查令时即对嫌疑人住所进行搜查,联邦最高法院认为,虽然此种未获搜查令的搜查存在程序违法,但是在不存在严重错误情况下,搜查所获证据可使用。^[44] 这里主要考虑程

[35] Vgl. Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, 14. Aufl. 2018, § 7 Rn. 117; BGHSt 22, 170; 31, 395.

[36] BGHSt 38, 214 ff.

[37] BGHSt 53, 112; BVerfG NStZ 2011, 103.

[38] BGHSt 53, 112.

[39] Vgl. BVerfGE 57, 250; 64, 135.

[40] BGHSt 53, 294.

[41] BGHSt 19, 325.

[42] BGHSt 34, 397.

[43] Vgl. Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, 14. Aufl. 2018, § 12 Rn. 233a.

[44] BGH 1 StR 455/03.

序违法是否会导致举证中不公正的优势地位,若非法证据实际上可以通过合法程序获取,侦查机关不存在不公优势地位,则惩罚必要性丧失,证据可以使用。

相比于规范性错误后果论致力于从理论层面构建程序违法与违法后果之间的因果关系,多因素论更直接地通过判例梳理程序错误严重程度、罪名严重程度、保护法益等权衡因素的权重。总体而言,两者均致力于利益权衡理论抽象原则的体系化与具体化,多因素论实则吸收了规范性后果论的推导逻辑,并在权衡因素的确立上具有统一性。一是,两者均将程序违法权重的判定放在首位,多因素论对于程序违法的判断以“法益侵害种类与程度”为标准蕴含规范性错误后果论中行为不法与结果不法两方面的价值评价。二是,在分析程序违法基础上,多因素论中对犯罪严重程度以及假设性替代干预原则的考量又体现了与规范性错误后果论中惩罚必要性相同的权衡思维,个体权益保护与国家追诉权的具体权衡均在此阶段进行,而假设性替代干预原则属于正当化事由。

(三) 利益权衡法律后果的第三范式

在取证程序违法的情况下,法官遵从前述逻辑权衡各类因素权重占比,综合判定是否使用取得之证据,个体权益保护利益高于犯罪追诉利益时,证据使用禁止,反之则证据可以使用。证据使用禁止固然是程序违法最为直观、严重的法律后果,但又并非程序违法的必然法律后果,甚至可以说证据使用禁止属于少数例外情形,仅适用于后果严重的程序违法。在更多情况下,取证程序违法不会导致证据使用禁止,而是在利益权衡之后允许使用。但在绝对的是或非判定背后,实则存在另一层面的权衡,即在取证程序违法却不禁止使用证据时,如何弥补程序违法带来的法益侵害?德国联邦最高法院在对刑事程序整体考量的基础上确立了两类实体后果层面的辅助性路径:证据评断路径和刑罚裁量及刑罚执行路径。此两种路径实质上是利益权衡理论在判例中对证据禁止理论所做的创设性延展,在整个刑事程序公平公正层面进行利益权衡,在传统的禁止与使用之间创设了法律后果的第三范式。

证据评断路径指个案利益权衡后,特定的程序违法事项并未严重到导致证据使用禁止,可对事实在法律上的确信构建更严格要求,在承认证据的证据能力基础上,以降低证据证明力的方式弥补程序违法造成的法益侵害。此种路径将传统证据禁止理论中“证据能力”的确认延伸到了“证明力”判定领域。在一则性侵案中联邦最高法院确认,在存在程序错误未给被告人指定法定辩护人时,被告人供述的证据价值减弱。法院认为本案中证据评断路径比判定证据使用禁止更符合《欧洲人权公约》所规定的公平审判原则,并将证据评断路径定性为可普遍适用的、对程序进行整体权衡后的“证据降级适用”。^[45]但亦有学者指出,此种基于特殊案情的弥补路径并不具有普适性,并不能完全回答在何种条件下违法取得之证据可使用的问题,普遍适用会导致“打开证据法任意性的大门”。^[46]

刑罚裁量路径和刑罚执行路径指个案利益权衡后,特定的程序违法并不导致证据使用禁止,而是以减轻刑罚裁量或确认刑罚执行的方式弥补程序违法造成的权益损害。刑

[45] BGHSt 46, 93.

[46] Vgl. Sabine Gleß, Zur “Beweiswürdigungs-Lösung” des BGH, NJW 2001, S. 3606.

罚裁量路径实则将传统的纯粹的程序法问题与实体法相结合,通过实体裁量弥补程序违法,以实现案件整体的公平审判。1999年违禁品案中侦查机关通过卧底进行了超越合法边界的诱捕,但是联邦最高法院并未对违法获取之证据适用证据禁止,而是将此种程序违法作为刑罚减轻事由作为弥补。^[47] 总体而言,刑罚裁量路径在诱捕类犯罪的刑事审判中运用广泛,并且获得理论界的多数认同。^[48] 而与刑罚裁量路径思路类似的刑罚执行路径由联邦最高法院在2007年谋杀案中确认。该案中讯问机构违反《维也纳领事公约》(*Vienna Convention on Consular Relations*)规定,未对外国嫌疑人履行领事告知义务。通常违反嫌疑人告知义务属于重大程序违法,直接导致证据使用禁止。但此案中法官通过对案件整体进行利益权衡,认为未履行领事告知义务未给案件审理带来负面影响,否定证据使用禁止,同时又通过确认部分刑罚已执行完毕弥补此程序违法对嫌疑人权益的侵犯。^[49] 目前通过刑罚执行路径弥补程序错误的方式获得司法判例的认可,但在最高法院内部及联邦宪法法院间就违反领事告知义务是否绝对地排除证据使用禁止而仅通过刑罚裁量路径解决违法问题还存在争议。^[50] 联邦宪法法院认为,此刑罚执行路径不符合未履行告知义务适用的恢复性司法理念,虽不应在所有情况下强制适用证据使用禁止,但亦不应自始排除证据使用禁止之适用。^[51] 因此,刑罚执行路径的适用范围及效力上仍须要后续判例的释明与学理的深入探讨。

(四) 德国刑事证据禁止理论的发展图景

通过以上梳理可见,德国刑事证据禁止理论具有完整的框架和清晰递进的逻辑体系,以理论与判例共进为特色逐渐形成以宪法与刑事诉讼法为法律规范,证据禁止立法、判例与学术理论相互促进的当代发展图景。

从宏观体系角度而言,学理与判例在推动包括利益权衡理论在内的整个证据禁止理论发展中具有建构功能。首先,法治原则、公平审判原则和利益权衡理论贯穿于证据禁止理论始终,既是法定禁止的立法根基和评断基础,亦是裁量禁止的权衡标准与判定基准。其次,判例对于整个证据禁止理论及其核心的利益权衡理论的发展起到建构性作用,尤其是利益权衡理论中多因素论、证据评断路径、刑罚裁量路径及刑罚执行路径均源于判例。最后,判例和理论的互动又推动了立法的完善,例如2017年《更有效实用地构建刑事程序法》(*Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens*)即以立法形式对学理和判例早已认可的隐私权保护及身体检查法官保留条款作出确认。

具体到利益权衡理论,虽然理论最初是为了解决裁量禁止中的证据评断问题,但目前其在司法层面的运用是全方位渗透式的。利益权衡理论的具体运用范式以“案件实质真实不可不惜代价获取,程序错误亦不必然导致证据使用禁止”为理念,在国家追诉利益与

[47] BGHSt 45, 321.

[48] Vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner, Strafprozessordnung; StPO, 63. Aufl. 2020, Einl. Rn. 148; Krehl, in: Heidelberger Kommentar zur StPO, 2. Aufl. 1999, § 163 Rn. 13.

[49] BGHSt 52, 48.

[50] Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, 14. Aufl. 2018, § 23 Rn. 469a.

[51] BVerfG StV 2011, 329; BVerfG NJW 2014, 532.

个体权益保护之间进行权衡。实体层面以程序违法严重程度和犯罪严重程度为核心权衡因素,并考虑是否存在假设性替代路径;法律后果层面,存在证据使用、证据禁止及第三范式的后果。虽然在具体应用领域仍存在细节性争议,但在刑事诉讼法已确立常见证据使用禁止情形的前提下,此种通过理论和判例共同构建的渐进式利益权衡理论已能够清晰回答“何种情况下违法的证据取得程序会导致证据使用禁止”的问题,并有效弥补法定禁止之疏漏。与此同时,亦能对我国学界尚未充分了解的德国证据禁止理论中法官如何运用利益权衡理论行使自由裁量的问题解惑。

四 利益权衡理论对我国非法证据排除理论建构的借鉴价值

非法证据排除规则最早由美国联邦最高法院通过判例创设,以威慑理论为基础,以保障公民宪法权利、遏制警察非法取证为出发点,具有政策性规则的特征。^[52] 我国的非法证据排除规则从创设至立法亦具有深刻的英美法系烙印,一方面体现在非法证据排除规则内涵之中,另一方面亦体现在非法证据的立法与理论研究禁锢于“规则”框架之中。

(一) 研究进路之反思:从规则研究到教义学理论研究

我国非法证据排除的规则进路导致立法层面呈现以点铺面、法规分散、证据规则语义边界模糊等特征。故此,学界多在“规则”范畴内从技术性角度对相关法条和司法解释进行释明、梳理和论述,教义学层面的系统理论研究处于缺位状态,呈现证据排除的“规则研究”很“热”,但“理论(体系)研究”却很“冷”的现状。

在理论研究范围内,非法证据排除理论多在价值论层面围绕司法公正、人权保障展开。人权保障、正当程序、司法公正等现代法治理念固然具有价值层面的绝对合理性,人权保障亦在非法证据排除规则中应获得优先保护。然而,价值论无法回答两个现实问题:宏观价值如何归于微观司法实践?多重价值的矛盾如何调和?具言之,前述具有对抗张力的多重价值导致我国非法证据排除规则存在类似德国证据禁止的冲突与博弈,基本权利保护与司法公正固然是非法证据排除规则必须坚守的价值,但追诉犯罪与维护社会安全亦是刑事诉讼法不可舍弃的初心。如何调和此种价值冲突,将抽象层面的价值判断具化为规范层面的逻辑判定,并确认非法证据排除的原则、厘清非法证据与证据排除之间的因果关系?这是当下我国非法证据排除理论深化必须解决的问题。相比于零散的规则研究、宏观抽象的价值论理论研究,规范化、体系化的教义学理论研究才是破解之道。

教义学理论存在立法与规则无法替代的功能:对法律明文规定之事项的理论补强和对法无明文规定之事项的推导与证成。^[53] 在非法证据排除领域,前者能够弥补法定排除的缺陷,以相对明确的标准与逻辑为诠释立法提供方法论支撑;后者可以指明裁量排除的方向,通过缜密的逻辑推理与证成,由法官自由裁量对法律进行续造。从德国证据禁止理

[52] 参见戴长林、罗国良、刘静坤著:《中国非法证据排除制度:原理、案例、适用》(修订版),法律出版社 2017 年版,第 44 页。

[53] 参见刘艳红著:《实质出罪论》,中国人民大学出版社 2020 年版,第 127 页。

论的发展亦能看出教义学理论对制度体系化建构和司法实践的良性促进作用。理论的支撑与反思能够帮助逃脱纯粹谈论单一规则的桎梏,从更为宏观层面上构建清晰的证据排除体系;同时,在法律规则缺位时亦能通过理论推导适当的非法证据排除路径,填补法律空白。因此,笔者认为应跳出当下规则分析之桎梏,并将价值论理论研究深入到教义学理论研究,以“教义学理论先行、法规完善后进”为思路对我国非法证据排除理论进行系统性反思,而德国证据禁止利益权衡理论的引入可以起到“破局”之功效。

(二)我国非法证据排除理论的建构思路

我国2021年《刑诉法解释》中确认“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”,此种解释与利益权衡理论具有逻辑上的共通性及考量因素上的类似性,即收集物证、书证不符合法定程序并不必然引起证据排除,而是在确认违反程序的基础上,根据程序违反程度和后果的严重程度综合权衡判断。因此,可以说利益权衡的思想原本蕴含于我国立法之中,在证据排除领域是存在利益权衡理论生根发芽的现实土壤基础的。故此,可从利益权衡理论中的规范性错误后果论的逻辑视角展开我国非法证据排除理论的研究,其中,必须回答非法证据的判定标准是什么以及非法证据与排除结果的因果关系如何建立和推导这两个递进式的基本问题,以确立“非法证据”与“证据排除”之标准与界限。

1. 非法证据的判定标准

严格意义上,我国学界尚未确立统一的非法证据判定标准。有学者认为非法证据排除规则所适用的对象是侦查人员通过违反法定程序的手段获取的证据,^[54]即取证程序违法为判定标准,可称之为“法规范违反说”。而有学者认为非法证据是指违反法定程序且侵犯宪法权利的方法取得的证据,^[55]即违反取证程序并且侵犯宪法性权利为判定标准,可称之为“宪法权利侵犯说”。毋庸置疑,法规范违反说所定义的非法证据范围广于宪法权利侵犯说,但此种差异更反映出其背后判定逻辑的区别。具言之,法规范违反说以行为为标准,并更倾向于认同以法定排除与裁量排除双进路构建非法证据排除规则;而宪法权利侵犯说直接以结果为标准,更倾向于通过绝对的法定排除构建非法证据排除规则。然而“非法证据”与“证据排除”不应囫圇吞枣,两者间应以“因果关系”衔接,厘清其中的逻辑关联,其中非法证据为因、证据排除为果,而非法证据的判定标准不可“因果倒置”,即不可从果中确立、而应从因中探究,非法证据应以取证程序违法为判定标准。

首先,从取证程序合法的价值而言,刑事诉讼法通过确立程序性规范的方式确保公正审判与人权保护,程序的合法与违法具有相对清晰明确的标尺与判定标准,刑事证据应经由程序合法走向结果合法化。以取证程序合法与违法区分合法证据与非法证据不仅具有语义上的逻辑对应性与简明特性,并且能够体现程序合法在整个刑诉体系中的基本价值。

其次,从我国非法证据排除规则立法目的与法条文本分析,我国非法证据排除规则的

[54] 参见陈瑞华著:《刑事证据法》(第三版),北京大学出版社2018年版,第150页。

[55] 参见戴长林、罗国良、刘静坤著:《中国非法证据排除制度:原理、案例、适用》(修订版),法律出版社2017年版,第73页。

立法目的在于“维护司法公正与保护公民合法权利”，违反取证程序即可能造成对此根本目的的双重损害，侵犯宪法权利只归属于此种损害的严重情形。此外，深入剖析我国《刑事诉讼法》第 56 条第 1 款的两句规定，其立法侧重点存在差异。该条第 1 款第 1 句侧重于“刑讯逼供等非法方法”，判定标准在于是否侵犯公民基本权利，违反结果是应当排除；该条第 1 款第 2 句侧重于“不符合法定程序”，判定标准在于取证程序是否违法，违反结果是补正或合理解释，不能补正或合理解释的排除。此外，《刑事诉讼法》第 58 条确认了对非法证据须进行合法性审查，从立法角度定义了非法证据即是不合法的证据。由此可见，我国刑事诉讼法确立非法证据的判定标准为取证程序违法，其中又将严重违法公民基本权利的刑讯逼供等行为单列为法定排除。

最后，宪法权利侵犯说的限缩定义虽然简洁明了地建立了非法证据与证据排除之间的因果关系，但一方面有悖我国《刑事诉讼法》第 56 条的立法本意与法条原文，无法解释第 56 条第 1 款第 2 句实物证据排除的问题，并且当下立法仅排除通过侵犯身体权、人身自由权的方式获取之言词证据，旨在保护供述自由权，其他的宪法性基本权利是否可不作类型、程度之区分而在非法证据排除理论中获得绝对的保护，仍是一项值得商榷的议题。另一方面，此种观点又让在取证程序中可能大范围存在的非基本权利侵犯型违法取证行为游走在灰色地带，需要新的评断标准再进一步区分取证程序违法的证据与非法证据，并确立取证程序违法证据与证据排除之间的因果关系。

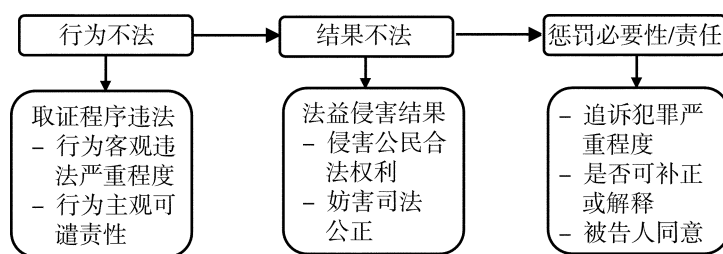
故此，从体系价值、立法目的、法律规范解释等多重角度而言，非法证据应以取证程序是否违法作为唯一判断标准，非法证据指取证程序违法获取的证据，非法证据排除的推导逻辑基点在于取证程序违法。

2. 非法证据与排除结果间因果关系的推导

非法证据的判定标准为取证程序违法，但并非所有取证程序违法获取之证据均需要排除。取证程序违法属于“行为”之范畴，存在实体与程序面向的法规违反，亦存在客观与主观的评断。故此，需要进一步推导取证程序违法与排除结果之间的因果关系，以“不法—责任”的体系来确立对违法取证行为的惩罚——证据排除。其中，不法是对程序违法行为及其带来法益损害的否定性评价。展开而言，取证程序违法与证据排除之间存在事实上的因果关系，应当首先考察取证行为程序违法的严重程度；在此基础上，再判定违法的取证行为是否造成法益侵害，在绝大多数情况下行为不法均导致结果不法；最后，在前述两层次均获得肯定答案后，再权衡判定是否具有惩罚必要性，即排除证据或不排除证据或通过其他路径弥补。此种三阶层架构如同利益权衡理论之树干，而其树叶具体权衡因素则需要在刑事司法中根据我国国情不断确认和修正。笔者认为，违法行为的主观可谴责性与行为的客观严重程度同属取证程序违法范畴，属于第一阶层行为不法判定；而第二阶层法益侵害结果主要指侵害非法证据排除规范所保护的法益，即公民合法权利和司法公正；在惩罚必要性判断阶段，则需要具体权衡违法行为造成的损害结果严重程度与所追诉犯罪严重程度，同时考虑是否可以通过正当程序补正或解释，是否获得嫌疑人、被告人的明确同意使用等因素，得出证据排除或采纳证据的结论。

刑事诉讼程序必须以国家追诉犯罪、发现案件实质真实为己任，但在此过程中应当保

障被告人基本权益。但是无论追诉犯罪亦或人权保障和程序公正的维护,都必须在刑事诉讼程序中通过可推理、可操作的原理、规则、步骤去实现,并需要直面其中的价值冲突、寻求有效的解决方案。因此,笔者认为通过程序违法取得,造成法益侵害结果并存在惩罚必要性的证据应当排除,法官在裁量中遵循利益权衡原则以“行为不法—结果不法—惩罚必要性/责任”三层进路进行推导判定。理论逻辑思路图如下:



图：证据排除逻辑推导图

(三)我国非法证据排除理论建构思路的理性证成

教义学理论从原则出发,提供一种体系化的建构路径,以一般性逻辑推导行为与结果的关联,并以阐释立法、指导司法为己任。基于前述逻辑架构的证据排除利益权衡理论既能释明我国当前刑事诉讼法框架内的法定排除和裁量排除,为尚未立法的证据排除情形提供原则性推导路径,亦能为非法证据排除体系化构建提供理论支撑。

1. 利益权衡理论对非法证据排除规范的理论补强

我国《刑事诉讼法》第56条及相关司法解释共同确立了非法证据排除之规范,既包括以“应当予以排除”确立的言词证据的法定排除,亦包括以“补正或合理解释”确立的实物证据的裁量排除。利益权衡理论能够合理诠释并推导我国立法明确规定的此种排除规范,对其进行理论补强。首先,采用刑讯逼供、暴力威胁、非法拘禁等非法方法取证即属于取证程序严重违法导致严重的法益侵害之不法后果,具有惩罚必要性,由刑事诉讼法直接规定绝对排除使用。其次,重复性自白问题属于取证行为不法、结果不法导致具有惩罚必要性,应当排除,但存在因嫌疑人、被告人同意阻却责任而不排除的特殊情形。再次,收集书证、物证不符合法定程序即属于行为不法导致妨害司法公正之法益侵害,但因可以补正或解释欠缺结果不法,故而不排除证据;或因无法补正或解释亦具备结果不法,导致具有惩罚必要性继而排除证据。我国此种“补正解释”排除虽未参照德国立法,但实则与前述德国理论中的假设性替代干预原则有着异曲同工之妙。故此,通过理论的嵌入与整合,能够更好地厘清我国非法证据排除规则的逻辑,并为法官排除非法证据提供清晰的逻辑进路与推导步骤,避免法官因规则不清、理论不明而在实务中“不会排”的问题。

2. 利益权衡理论对非法证据裁量排除判定的逻辑补白

司法实践中存在大量法律尚未明确规定,但可能导致证据排除之情形,即属于法官基于个案裁量排除的范畴。利益权衡理论亦能够为这些立法尚未涉及的证据排除情形提供清晰的判定思路与逻辑推导路径,指引法官进行裁量排除。取证程序违法的判定是直接而明确的,但取证程序违法与证据排除之间因果关系的判定若缺乏严谨理论支撑则容易

走向恣意。通过行为不法、结果不法的层层推导,认定客观违法与主观可谴责性、分析法益侵害后果,最终抵达惩罚必要性之终点,利益权衡理论能够有效为尚未明确规定的证据裁量排除设立推导逻辑,并从规范视角划定自由裁量的边界。

3. 利益权衡理论对非法证据排除体系化建构的支撑

从宏观、体系的视角审视,利益权衡理论亦能对我国非法证据排除体系的建构提供理论支撑。在非法证据排除理论的体系化建构中存在两层利益权衡。一是在刑事诉讼程序中,公民绝对基本权的保护之利益大于追诉犯罪之利益,侵犯公民绝对基本权取得之证据应当绝对排除,不存在任何法官自由裁量的空间;二是除去绝对基本权侵犯型严重程序违法外,一般性程序违法中并不存在追诉犯罪利益与权利保护利益某一方的压倒性优势,亦无法通过法律机械性规定,需要法官依法律及利益权衡理论进行逻辑推导和判定。

故此,非法证据排除理论的体系化建构可基于法定排除与裁量排除展开。违反公民重要基本权利的取证程序违法属于严重程序违法,导致绝对的排除,应由立法明确规定,属于法定排除范畴。而侵犯公民重要基本权利之外的取证程序违法属于一般程序违法,归入裁量排除范畴,再基于我国现行立法细分为补正解释型裁量排除与自由裁量排除。

(四) 自由裁量权的倡导

刑事程序并非一个靠法律“代码”即可机械化运作的过程,证据是否合法、是否应当排除,不是一个非黑即白的问题。立法的简明特性无法克服其表达的模糊性,立法的滞后性无法消弭司法实践的复杂多变性,因此总是存在立法无法覆盖的领域,需要法官行使自由裁量权判定证据是否排除。

通过梳理德国利益权衡理论可发现,已广泛覆盖的证据禁止立法仍仅为整个证据禁止制度的冰山一角,判例以其时效性与可操作性的特质在建构证据禁止理论和推动证据禁止立法方面作出了显著贡献。一方面,证据使用禁止的评断标准和规则多在刑事司法实践中产生;另一方面,法官自由裁量权的广泛深入运用与判例的活跃又推进了裁量规则的确立和立法的完善。而对自由裁量权的约束则植根于教义学理论所建立的逻辑推导路径与司法实践中确立的评断原则与规则。相比于德国纯粹以裁量原则、规则和判例约束的证据禁止,我国目前的证据排除存在立法与裁量结合的中国特色。出于避免法官恣意裁判和给予司法实务确定性期待的需求,我国刑事诉讼立法中确立了一系列限制法官自由裁量权的规定,非法证据裁量排除呈现“法定化”烙印。而在此种立法趋势之下,实务中法官亦因主客观原因怠慢行使自由裁量权。这种双向作用导致原本应当发挥重要作用的裁量排除在非法证据排除的整个体系中被基本忽视。

当然,自由裁量权并非恣意裁量权,法官自由裁量权的行使应当以具有逻辑体系的理论与裁量规则为前提。前述利益权衡理论所确立的“行为不法—结果不法—惩罚必要性/责任”三层进路推导路径能够为司法实务中法官评断法定排除、解释型裁量排除与尚属于立法空白的其他裁量排除情形提供理论上的指引,并以规范与逻辑限定自由裁量之边界,让法官在个案中愿意、敢于排除非法证据,赋予法官自由裁量权以韧性与现实空间。而自由裁量权适用所带来的非法证据排除案例的增加,又能进一步填补前述理论中中国特色权衡因素的缺位,促进非法证据排除理论的后续完善,进而形成理论与判例的互动式

良性循环,让非法证据排除规则真正地从规则走向实践。

五 余 论

正如我国学者所言:“刑事证据制度的改革必须严格依托于其所在的程序图层与文化背景,任何试图割裂传统或盲目技术嫁接的立法改革非但不能达致预期效果,反使理论陷入逻辑混乱,使实践遭遇适用难题。”^[56]我国的非法证据排除规则亦是如此,相比于参照英美法系当事人主义下非法证据排除规则的立法与司法,笔者认为,回溯和借鉴大陆法系职权主义德国的证据理论,对我国非法证据排除理论进行“大陆法系式”反思与建构,可能更具有诉讼理念和体系上的兼容性。因此,笔者对德国证据禁止理论通说利益权衡理论的学理演进和判例发展进行了“全景素描式”梳理,试图为此领域的中德比较研究提供学术素材。但所谓“采他山之石以攻玉,纳百家之长以厚己”,本文写作之目的并非纯粹地对以利益权衡理论为中心的证据禁止理论的描白,而是更期望德国的证据禁止理论能对我国证据排除理论的建构有所裨益。当然,本土理论的建构仍需要拨茧抽丝的缜密逻辑与证成和司法实务案例的支撑与应证,仅期望本文能为我国非法证据排除理论的深化与体系的完善提供新的视角与启迪。

[Abstract] After a hundred years of exploration, Germany has established a systematic criminal evidence prohibition theory, in which the interest weighing theory has obtained a dominate status in the mutual advancement of dogmatic theories and precedents. The interests weighing theory takes the illegality of the evidence collection procedure and its legal consequences as its core contents. The degree of procedural violation and the severity of the crime are the core weighing factors at the substantive level; at the legal consequence level, there are three different consequences: use of evidence, prohibition of evidence and the third paradigm. Under the inquisitorial system, China should improve the exclusionary rules of illegal evidence based on the idea of promoting the legislation and administration of justice with theory, adopt progressive logic approach of “act illegality - consequence illegality - punishment necessity/responsibility” to the exclusion of illegal evidence, promote the systematic construction of evidence exclusionary rules through dogmatic theory, and provide theoretical support for discretionary exclusion in judicial practice. Meanwhile, the principles and rules of discretionary exclusion should be established, and the leading position of discretion of judges and precedents should be strengthened.

(责任编辑:贾元)

[56] 施鹏鹏:《刑事裁判中的自由心证——论中国刑事证明体系的变革》,《政法论坛》2018年第4期,第18页。