

论抽象非法取证行为

——从“防冤意见”第 8 条切入

万 旭

(四川大学 法学院,成都 610225)

摘 要:抽象非法取证行为的实质是对于程序违法取证行为非法性的“拟制”,其构成要件包括“符合特定的程序违法类型”与“不存在非法性阻却事由”,其主要类型是一个增量而非定量。同程序性制裁理论相比,抽象非法取证行为理论能够更好地解释当下我国的非法证据排除规则,尤其是其中的非法言词证据排除规则。同瑕疵证据理论相比,抽象非法取证行为理论在操作上更加简单明了,将两个理论整合起来,可以很好地指导对程序性违法取证行为的规制。抽象非法取证行为理论是一个过渡性理论,随着取证行为非法性的实质向程序非法性倾斜,其可能逐渐被程序性制裁理论吸收。由于抽象非法取证行为对于证据的排除刚性有余而弹性不足,在设定程序违法取证行为类型和非法性阻却事由类型时须格外审慎。

关键词:抽象非法取证行为;取证;法律拟制;程序性制裁;瑕疵证据

中图分类号:D915.2;DF73 **文献标志码:**A **文章编号:**1672-8580(2014)05-0018-10

一、问题提出

刑事诉讼法第 58 条规定了非法证据的“排除标准”,即“对于经过法庭审理,确认或者不能排除存在本法第 54 条规定的以非法方法收集证据情形的,对有关证据应当予以排除”。据此,非法证据的排除标准有正反二维,排除标准的正面维度是“确证为法定非法取证行为”,排除标准的反面维度是“不能排除为法定非法取证行为”。

排除标准的“二维化”脱胎于 2010 年的“两个证据规定”,彼时的排除标准区分了非法供述排除标准和非法物证、书证排除标准。就非法供述排除而言,“公诉人不提供证据对被告人审前供述加以证明,或者已提供的证据不够确实、充分的,该供述不能作为定案的根据”;就非法

基金项目:最高人民检察院检察理论研究重点课题(GJ2013B14)

作者简介:万 旭(E-mail:whdbamboo@163.com)

物证、书证排除而言,“如果取得明显违反法律规定,可能影响公正审判,而且无法予以补正或作出合理解释的,应当排除该物证、书证”。“两个证据规定”的排除标准近似于刑事诉讼法第58条所定标准的反面维度。

2013年1月1日起施行的《最高人民法院关于适用〈刑事诉讼法〉的解释》(简称“最高法解释”),只是在第102条对刑事诉讼法第58条加以简单复述,并没有进一步展开(或限缩)。到了2013年下半年,为深入贯彻落实中央政法委员会《关于切实防止冤假错案的规定》,最高人民法院制定并于10月9日下发《关于建立健全防范刑事冤假错案工作机制的意见》(简称“防冤意见”)。“防冤意见”第8条首次对刑事诉讼法第58条进行了司法解释^①。

“防冤意见”第8条第1款规定“采用刑讯逼供或者冻、饿、晒、烤、疲劳审讯等非法方法收集的被告人供述,应当排除”;第2款规定“除情况紧急必须现场讯问以外,在规定的办案场所外讯问取得的供述,未依法对讯问进行全程录音录像取得的供述,以及不能排除以非法方法取得的供述,应当排除”。

“防冤意见”第8条具有3个特点:其一,仅涉及非法获取被告人供述的排除标准。这主要是因为近年来曝光的赵作海案等冤假错案都存在非法获取被告人供述问题,于是口证获取行为的规范就成为防止冤假错案的重点;其二,同时涉及正面排除和反面排除,并印证或体现了龙宗智教授提出的“痛苦规则”概念。换言之,“使被告人‘在肉体上或者精神上遭受剧烈疼痛或者痛苦’,成为排除非法所获口证的核心判断要件。”^②只要从正面确证或者从反面不能排除符合“痛苦规则”,就足以认定该取证行为非法,进而排除所得供述;其三,除了正反面的确证排除外,还规定了一种特殊的排除类型。即当取证行为存在“防冤意见”第8条第2款明定的两种程序违法情节时,直接排除所得供述。

无论是正面的确证还是反面的确证,在本质上都是在证明规则控制下,基于审查者内心确信而达致的“真实”^③。在此意义上,当取证行为符合排除标准(无论正反)时,就意味着其具有具体实在的非法性。但是,“防冤意见”第8条第2款并不完全符合一般理论——当取证行为符合其所列的程序违法类型时,司法解释不再过问其是否符合或不能排除符合“痛苦规则”,就直接将其所得供述排除。换言之,此时得到确证的只是程序违法情形,至于该取证行为是否具备“给被告人肉体上或精神上造成剧烈的疼痛或者痛苦”这一意义上的非法性,并未得到确证。

在此可以得出一个设想:如果将“给被告人肉体上或精神上造成剧烈的疼痛或者痛苦”界定为取证行为的具体非法性,那么前述司法解释就是将两类特定的程序违法取证行为“拟制”为具有这一意义上的非法性。这类似于刑法上“抽象危险犯”的概念,故将此类非法取证行为称为抽象非法取证行为。(具体分析,见下一节)

于是对于非法取证行为(本文往下限定于非法获取口供行为),有可能存在一种新的划分方法,即具体非法取证行为与抽象非法取证行为。具体非法取证行为即得到确证的符合“痛苦规则”的非法取证行为,对此的研究在国内可谓成果颇多^④。抽象非法取证行为即无法得到确证,但被法律或司法解释强制要求认定为非法的取证行为(这是一个暂且的定义,下一节会给出更为妥当的定义),目前学界对此的研究可谓寥寥。

本文将对抽象非法取证行为展开专门而系统的论述。主要涉及到三个方面:其一,对抽象非法取证行为的实质、构成要件、主要类型进行分析,在此基础上为抽象非法取证行为给出一个周延合理的定义;其二,将抽象非法取证行为理论同瑕疵证据理论和程序性制裁理论进行比较分析,以论证它的相对合理与更加有用;其三,对抽象非法取证行为概念的研究与应用前景进行分析。

二、定义抽象非法取证行为

(一)实质

抽象非法取证行为的实质需要结合非法证据排除程序的证明规则来分析把握。虽然刑事诉讼法第 57 条第 1 款明确人民检察院对证据收集合法性有证明职责,但是并未将其如刑事诉讼法第 49 条那样明确为举证责任,而且也未将人民检察院限定为唯一证明职责负担主体,同时检察机关的证明职责被限定在“对证据收集合法性的法庭调查过程中”。这就意味着需要慎重考虑两点问题:其一,不能简单认为证据收集合法性法庭调查中存在一般证据法理论上的证明责任分配规则。根据最高检规则,当检察机关证明不能时,并不直接承受排除证据的不利后果,而是证明职责发生转移,由人民法院继续对证据合法性进行核实;其二,不能简单认为在审判机关主导的非法证据排除程序中,检察机关始终具有合法性证明职责。由于最高法解释规定了对非法证据排除申请的实质审查,在证据收集合法性法庭调查启动前,证明责任实质上由申请人承担。

基于特殊的证明规则,可以归纳出两种认定取证行为非法的模式:其一,正面确证。即人民法院根据自行查证所得,或者基于证据排除申请人提供的证明材料,直接认定非法取证事实;其二,反面确证。即当人民检察院、人民法院无法充分证明取证合法时,认定为“不能排除以非法方法取证”。应该说,这两种情况下,所谓“认定”,都是在证明规则规制下,经由审查者的内心确信达致的“法律真实”,此时,被认定为非法的取证行为,其非法性都是“具体、实在”的。

值得注意的是,“防冤意见”第 8 条第 2 款所规定的两种基于取证程序不合法而直接排除所得口供的情形,无法归入前列两种认定模式的任意一种。如此结论的理由在于证明目标发生了转移:前列两种认定模式的证明目标都是确认取证行为是否符合“痛苦规则”,即是否有具体的非法性;而当基于取证程序不合法而排除所得口供时,证明的目标已经变为确认取证行为是否属于特定的程序不合法类型,如果属于,那么就不再追问取证行为是否符合“痛苦规则”。

显然,“在规定的办案场所外讯问取得供述”,以及“未依法对讯问进行全程录音录像取得供述”,都并不意味着当然存在符合“痛苦规则”的具体非法取证行为。司法解释规定此类口供径行排除,实质上是对此类取证行为之非法性的“拟制”。所谓“拟制”,即“将原本不同的情况按照相同的情况处理”^[2]。“拟制的本质是一种类推:在一个已证明为重要的观点之下,对不同事物相同处理,或者也可以说,是一个以某种关系为标准的相同性(关系相同性,关系统一性),对不同事物相同处理”^[3]。笔者认为,“防冤意见”第 8 条第 2 款将两种特定的程序违法取证行

为的证据予以排除,就是在将原本不同于具体非法取证行为的行为类推适用非法证据排除规则,其在实质上就是属于对举证行为非法性的“拟制”。这种拟制的非法性是抽象的。

早在刑事诉讼法修正案草案征求意见时期,就有学者指出“刑事诉讼法对非法取证方法的规定……可能会导致该条的立法目的无法完全实现”^[4]。这种担心很大程度上是因为刑事诉讼法的规定会限制司法解释对非法取证的类型化。而防冤意见中出现的非法取证类型化新动向,就是要通过“拟制”的办法来适当扩张刑事诉讼法规定的调整范围。

(二)构成要件

非法取证行为的构成要件,即认定一取证行为非法时,其必须符合的要件。按照龙宗智的理论,结合最高法解释第95条和“防冤意见”第8条第1款,本文所称具体非法取证行为之构成要件有三:其一,客观要件。即采用刑讯逼供或者冻、饿、晒、烤、疲劳审讯等非法方法;其二,主观要件。即此类非法方法的使用给被告人在肉体上或精神上造成剧烈疼痛或者痛苦;其三,意志要件。即迫使被告人作出供述。龙宗智正确地指出,“主观要件”是三大要件之核心。“不论采取何种方法,关键在于具有使犯罪嫌疑人、被告人剧烈的疼痛和痛苦的效应”^[4]。换言之,如果证据收集合法性法庭调查的结论是取证行为符合“主观要件”,那么就足以认定该取证行为属于具体非法取证行为。

由于抽象非法取证行为的实质是对取证非法性的“拟制”,所以其构成要件不同于具体非法取证行为。换言之,认定取证行为属于抽象非法取证行为,并不要求从前述三个要件切入。如果假设非法取证行为的构成要件为 T_x ,具体非法取证行为为 S ,抽象非法取证行为为 A ,则 $TS=T_1+T_2+T_3$;而 $TA=T_a+T_b$ 。所谓 T_a ,指取证行为符合特定的程序违法类型;所谓 T_b ,指该取证行为具有实质非法可能性。

“拟制”仅适用于有明文规定时。当设定“拟制”时,必须基于两点考虑:其一,“形式或外在的理由是基于法律经济性的考虑,避免重复”。其二,“实质或内在的理由是基于两种行为对法益侵害的相同性或相似性”^[2]。如果略加抽象,可以认为,设定“拟制”的基点在于“经济性”和“合制度目的性”两点。在非法证据排除中设定抽象非法取证行为,也必须考虑这两点。所以,抽象非法取证行为不可能随意设定,也不是任何程序违法的取证行为都属于本文所指的抽象非法取证行为,其具体的类型必须经正式的法律渊源加以确认。据此得出抽象非法取证行为的第一个构成要件,即取证行为符合特定的程序违法类型。

刑法上与抽象非法取证行为最接近的概念是“抽象危险犯”。刑法学界已经注意到,虽然“‘抽象危险’是一种拟制的危险,一般不需要进行具体的危险判断”^[5],但这并不意味着完全不必考虑实现行为造成实害的可能性。换言之,“抽象危险犯并不以行为犯为限,也可以表现为结果犯”^[5],当抽象危险行为完全(几乎)不可能造成实害时,由于其情节显著轻微,依然可能不被认为是犯罪。比如,“完全可能产生形式上符合抽象危险犯的构成要件但实质上并没有造成抽象危险犯所要求法律禁止的风险”^[6]。同理,虽然抽象非法取证行为不要求对于非法性进行具体判断,但是如果符合特定程序不合法类型的取证行为完全(几乎)不存在具有具体非法性的可能时,并没有必要将其所获证据一律排除;或者,如果存在使得形式上符合抽象非法取证行为要件的行为正当化的事由,这一行为也不会被非难。在这里可以注意到,对于实质非法可能

性的判断,以及对抽象非法取证行为正当化事由的判断也是可以类型化的,即特定的程序违法类型,都可能与之对应的例外情形。这种类型化的例外情形,可以称之为“非法性阻却事由”,类似于刑法构成要件理论中的“违法性阻却事由”,“刑法规范首先是裁判规范,面对一个具体案件时,法官首先要判断的是行为是否符合分则条文所规定的罪状……接着就会判断行为是否具备正当化事由”^[7]。当判断某一取证行为是否具备“实质非法可能性”或者是否具备“正当化事由时”时,其实就是在判断其是否存在“非法性阻却事由”。比如,“防冤意见”第8条将“情况紧急必须现场讯问”作为“在规定的办案场所外讯问”的“非法性阻却事由”,除了因为此时犯罪控制优先于人权保障以外,还因为刑讯逼供、疲劳审讯等都要耗费较长的时间,紧急情况下的讯问几乎无法满足这一条件。在国外,规制违反程序的取证行为之证据排除规则也是设置诸多例外的,比如“20世纪70年代后……美国联邦最高法院通过判例确认了一系列该规则的例外,逐渐缩小了排除规则的适用范围”^[8]。据此得出抽象非法取证行为的第二个构成要件,即不存在非法性阻却事由。

构成要件上的差异是区分具体非法取证行为和抽象非法取证行为的关键。这是因为,有的程序违法类型,有可能构成对具体非法取证行为之非法性进行“反面确证”的重要支撑条件。比如杨宇冠在论证侦查讯问录音制度的证据意义时,就从“反面确证”切入,论证了“讯问时录音录像是证明证据合法性的需要”^[9]。这一观点在防冤意见出台之前,显然是具有说服力的。但是防冤意见出台之后,“讯问时是否录音录像”就不仅对于讯问合法性具有证明意义,而是具有“一票否决”的作用。以往,讯问时没有依法录音录像仅仅是有助于对取证非法性形成反面确证;如今,这一情形则构成认定取证非法性的充分条件。

(三)主要类型

就目前而言,抽象非法取证行为主要类型有二:一是除情况紧急必须现场讯问以外,在规定的办案场所外讯问;二是未依法对讯问进行全程录音录像^④。

为什么是这两种类型呢?曾有法律实务工作者向笔者提问:如果在对可能判处死刑的犯罪嫌疑人进行初次讯问时没有告知其有权聘请律师,也没有为其指定辩护律师,此时讯问所得口供为何不能按非法证据予以排除?要准确回答这类问题,就必须找到抽象非法取证行为类型化的规律。“防冤意见”确定的两种抽象非法取证行为类型,除了都是现实中刑讯逼供案件普遍存在的重大程序违法情形外,还有一个重要的共同点,即刑事诉讼法和相关司法解释都对讯问的规定场所和全程录音录像问题进行了明文且应然性的规定^⑤。换言之,这两种违反程序取证情形被确定为抽象非法取证行为,既是时势所趋,也有制度支撑。

转而思考那位实务工作者提出的问题,可见其所说程序违法情形与“防冤意见”规定的两种抽象非法取证行为类型的重大区别在于,其并没有法律或司法解释明文规定的沉默权制度和讯问时辩护律师在场制度作为支撑。由此可以得出结论:抽象非法取证行为的主要类型是一个增量而非定量。如果在将来的冤假错案中出现新的典型的程序违法问题,而且对这些程序违法行为加以类型化具备必要的制度支撑。那么经由正式法律渊源的确认,这些程序违法类型就有可能成为新的抽象非法取证行为类型。

当然,影响因素并不限于时势和制度支撑两项。现时的法治生态环境也是一个重要因素。

在一个正当程序观念影响力明显强于实质正义观念的社会(比如美国),其所生长出的抽象非法取证行为类型就可能与其他社会有很大不同(比如米兰达规则在美国可能成为现实,在我国却尚不可能)。

(四)定义

对非法性的法律拟制,以及构成要件的类型化,成为抽象非法取证行为的主要特点,据此,可以在获取口供行为的范围内,为其给出一个更加合理且周延的定义。

抽象非法取证行为,指符合法律或司法解释明定的程序违法类型,且有实质非法可能性(或不具备非法性阻却事由)的取证行为,其被“拟制”为具备实质非法性,即“给被告人造成肉体上或精神上剧烈的疼痛或痛苦”,因而据此所获的口供应当予以排除。

三、同关联理论的比较分析

现有的刑事诉讼理论中,同抽象非法取证行为理论关联性最强的是“程序性制裁理论”和“瑕疵证据理论”,本节将抽象非法取证行为理论同这两个理论分别加以比较,比较的结论将表明,相比于“程序性制裁理论”,抽象非法取证行为理论能够更好地解释我国的非法证据排除制度现实;相比于“瑕疵证据理论”,抽象非法取证行为理论能够更好的应用于司法实践。

(一)同“程序性制裁理论”的比较

理论界一种颇有影响力的观点是将非法证据排除规则看作一种具体的程序性制裁措施。按照陈瑞华的观点,程序性制裁在两大法系普遍存在,其中在英美法系主要表现为“排除规则”、“撤销起诉制度”以及“撤销原判制度”,在大陆法系主要表现为刑事诉讼行为的无效制度。据他归纳,程序性制裁具有四项基本构成要素:“第一,针对特定的‘程序违法样式’;第二,具有独有的逻辑构成要素,即发挥制裁作用的法律后果;第三,法院在实施程序性制裁时享有‘有限定的裁量权’;第四,法院针对特定程序性制裁申请所采取的裁判方式”^{[10]190-194}。以这四项基本构成要素为着眼点,陈瑞华将非法证据排除规则作为一种典型程序性制裁措施而进行了系统阐释。按照他的分析,非法证据排除规则是一种狭义的排除规则,其仅针对检控方所提交的据以起诉的证据。当此类证据存在取证手段不合法问题时,不问这些证据是否不可靠或不具有关联性,法院都可以将其排除在外。他从三个方面说明程序性制裁(比如进行非法证据排除)的合理性:“其一,维护程序法的独立价值;其二,发挥司法权之作为正义守护神的作用;其三,促使警察、检察官、法官遵守法律规则”^{[10]223}。可以用“体现程序正义”、“维护司法权威”和“威慑刑事司法机关”来加以概括。无疑,程序性制裁理论由于其理论体系的完整性,并有国外法治发达国家的实践经验作为支撑,一定是具有相当强的解释力。

在非法言词证据排除的语境下,程序性制裁理论与抽象非法取证行为理论也具有若干交叉重叠之处。其一,两者都针对特定类型的程序违法取证行为;其二,都是对违法取得之证据直接予以排除;其三,都对排除设置了若干例外。

但是,程序性制裁理论与抽象非法取证行为依然有很大区别。两者最大的区别有二。其一,两者对于非法性的认识不同。程序性制裁理论将所有非法取证行为的本质都视作程序性违法的刑事诉讼行为,比如对于刑讯逼供,程序性制裁理论视其为“明显违反了刑事诉讼法有

关禁止刑讯逼供的规定……因此,对这类非法证据就应采取‘强制性的排除’,使违反法律程序的侦查人员受到最严厉的程序制裁”^[1]。而抽象非法取证理论,则认为我国目前的非法证据绝对排除规则对于非法性的关注并不主要在程序非法性上,进而区分了实质非法性和抽象非法性,前者是指取证行为对被取证人“在肉体上或精神上造成剧烈的疼痛或痛苦”,后者则是“拟制”特定程序违法取证行为具备前述意义上的非法性。其二,程序性制裁理论体现了强烈的审判中心主义倾向,就证据排除而言,其理论将法院或者说司法权作为理论构建的核心,相比之下,抽象非法取证行为理论虽然强调对程序违法行为的类型化,但并不强调审判中心。这两个区别决定了抽象非法取证行为理论对于我国非法证据排除规则,特别是非法言词证据排除规则有更强的解释力。

我国非法言词证据排除规则的特殊性最基本地体现在两个方面。首先,我国非法证据排除规则所规制的非法获取言词证据行为,其非法性是复合的,主要是实体非法性而非程序非法性。根据刑事诉讼法第 54 条和相关司法解释,我国的非法获取言词证据行为,其核心判定要件既不在于违反法定程序,也不在于违背被取证人意志,而在于取证方式给被取证人造成“肉体上或精神上剧烈的疼痛或痛苦”。于是,此处规定的非法获取言词证据行为之非法性,其非法性之体现不仅仅是(也不主要是)程序违法性,而是实质违法性,即其对被取证人人身权益的实质性伤害。比如“刑讯逼供”,一方面其固然具有程序违法性,但是其更因严重侵犯公民人身权益而具有实体违法性。其次,我国非法证据排除规则并不是以法院为中心构建起来的,根据刑事诉讼法第 54 条第 2 款,我国非法证据排除规则覆盖侦查、起诉、审判诸阶段,而公安机关、检察机关和审判机关分别都享有完整的非法证据排除权力。

这两个特殊性,是我国非法证据排除规则相比于两大法系证据排除规则而言的“中国特色”。当源于两大法系理论、实践的程序性制裁理论对我国的制度现实进行分析时,就会出现解释难题。首先,由于程序性制裁理论将非法取证行为之非法性局限于程序非法性,这就难以解释“痛苦规则”何以成为我国非法获取言词证据行为的核心判定要件。其次,程序性制裁理论强烈的审判中心主义倾向也使得其难以解释我国非法证据排除规则覆盖面广、主体多元的特质。相比之下,抽象非法取证行为理论能够更好地解释当前我国非法取证行为非法性的实质,以及我国非法证据排除规则覆盖面广、主体多元的特质。

当然,本文并不是要否认程序性制裁的理论和实践意义。相反,笔者认为程序性制裁理论对于我国而言,只是略微超前了。实际上,随着保障人权这一刑事诉讼目的的加强,以及正当程序理念在我国的深化,未来我国非法获取言词证据行为的核心判定要件几乎是必然会从现在的“痛苦规则”转向“自白任意性规则”,我国非法证据排除规则对取证行为非法性的关注会逐渐偏向程序非法性,这种转向会逐渐消弭抽象非法取证行为与具体非法取证行为的界限。在这个意义上,抽象非法取证行为理论是立足于当下制度现实的一个过渡性理论,其或许终将走向程序性制裁理论。

(二)同“瑕疵证据理论”的比较

“瑕疵证据理论”也是一个来源于实践的理论。其理论基点在于对传统证据学“两分法”的修正,即在证据的“非法/合法”之间,加上“瑕疵”这一概念。所谓“瑕疵”,即在法定证据要件上

存在轻微违法情节的证据。从证据能力的角度看,这意味着“在‘有证据能力’和‘无证据能力’之间,还存在着‘证据能力待定’这一中间状态”^[12]。由此发散开来,可以对瑕疵证据的产生类型(主要类型)及补正、合理解释(最终效力归属)做出精细的分析研究。

抽象非法取证行为理论同瑕疵证据理论也有很多交叉重叠之处。其一,两者都关注取证行为的程序违法问题;其二,两者都强调理论对于司法实践的指导意义;其三,两者的理论体系都具有类型化、精细化的特点。

两者的差别主要在于两点,首先,瑕疵证据理论集中关注取证行为的结果,即证据本身。其所有的理论都围绕对证据能力的分析判定展开。取证行为的非法性程度只是前一判定的辅助条件。其类型化的是“瑕疵证据”而非“瑕疵取证行为”。相比之下,抽象非法取证行为理论将关注点集中在取证行为本身的非法性上,其类型化的是“特定的程序违法取证行为”。其次,瑕疵证据理论对于“瑕疵”的补正和解释有精细化的分析,这就使得瑕疵证据的最终命运成为一个复杂的问题,“若能得到补正或合理解释,则该证据具有证据能力……若无法予以补正或合理解释,该证据即不具有证据能力”^[13]。相比之下,抽象非法取证行为对所得证据的处理方式单一,就是“径行排除”。抽象非法取证行为理论的主要精力是放在对特定违法行为的类型化上。

笔者认为,比较之下,抽象非法取证行为理论能够更好地指导实践。或者说,抽象非法取证行为理论可以成为瑕疵证据理论的有力补充。这是主要因为抽象非法取证行为的类型化比之于瑕疵证据的类型化更具刚性,而且处理方式单一,于是在实践操作上就更方便判定和处理。相比之下,瑕疵证据虽然在理论上有着精细化的分析,但是在实践中,瑕疵是一个弹性很大的概念,很容易出现理解、判定和处理上的不统一。非法证据排除是我国非法证据排除的一大技术难题,“什么是可以‘补正的违法’,‘什么是不能补正的违法’,很难找到比较清晰的辨别标准”^[14]。同时,补正、合理解释本身也是主观性很强的概念,实践把握上也涉及标准问题,也容易存在不统一。许多本该被认定为非法进而排除的证据,就可能借助“瑕疵”之名,幸免于“难”。比如实践中法官可能“认为对瑕疵的补正就是对其证明力的修复,直接将经过补正的瑕疵证据作为定案根据”^[15]。而有时一些真的只是瑕疵的证据,却可能被苛责以至于排除。

当把抽象非法取证行为和瑕疵证据摆在一起,会很自然地想到了实体法上犯罪行为和普通违法行为的划分。一般情况下,取证行为的程序违法情形五花八门,但是由于往往情节轻微,所以只需补正、合理解释即可,这就好比对普通违法行为,无需追究刑责,往往只是警告训诫、或者予以行政处罚即可。而对于一些严重的非法取证行为,则由正式法律渊源予以类型化,直接排除其所得证据,这恰似罪刑法定主义下对犯罪行为的追责。如此一来,就程序性违法取证行为而言,排除/补正、合理解释的界限得以明晰。这就大大提升了理论的实践指导意义。

四、审慎的结语

抽象非法取证行为是一个全新的概念,围绕此概念构建的理论体系同程序性制裁理论及瑕疵证据理论都是有所交叉而又有所区别。前文对于该理论同程序性制裁理论和瑕疵证据理论的分析,在一定程度上说明了该理论在研究和实践方面所具有的正面意义。但是作为对抽

象非法取证行为及其相关理论的初步讨论,我们对该理论还是持有必要的审慎态度。

首先,如前所述,这是一个过渡性的概念,随着非法取证行为之非法性的核心要素向程序非法性的变迁,抽象/具体非法性的界限会逐渐消失,这一理论会逐渐被程序性制裁理论等吸收。即使就现有制度而言,抽象非法取证行为对于非法获取实物证据行为的解释力就相对有限一些,这是由于根据刑事诉讼法第54条,非法获取实物证据行为之非法性的实质在于程序违法严重影响了司法公正,在这里非法性的重心就更贴近程序非法性,于是在具体非法性与抽象非法性直接的界限就相对模糊。其相对于程序性制裁理论而言,对我国非法实物证据排除在解释上的比较优势就有所减小。

其次,这一理论虽然在操作层面简单明了,但是又可能过于“锋利”。因为被设定为抽象非法取证行为之后,所得证据一概被排除,显得刚性有余而弹性不足。比如“防冤意见”将“未依法对讯问全程录音录像而取得的供述”一概排除,但是据笔者了解,我国台湾地区对于未录音录像所得的供述就不是一概排除,而是推定其非法,进而由检控方承担合法性证明责任,如无法证明,则推定成立,证据始得排除。而我国大陆地区的司法部门对于此类证据的排除,在实践中也是慎之又慎。如前所述,抽象非法取证行为的设定,其实就划定了相应类型的取证行为在程序瑕疵和程序非法上的界限,这一界限在毫厘之间就可能深刻地影响到刑事诉讼机能,尤其是控制犯罪机能的实效。

注释:

①严格说来,“防冤意见”的性质似乎不属于正式的司法解释,本处的“司法解释”作动词用,意为其是最高司法机关作出的法律解释。

②学界曾经有过激烈的“法律真实”与“客观真实”之争,争论的结果似乎并无定论。笔者采用“真实”的表述是因为具体用“法律真实”还是“客观真实”,对正文主旨并无太大影响。毕竟两者都是“真实”,都意味着据此确证的取证行为具有实在的非法性。

③应该说,大多数学者对非法取证行为展开研究时,都忽视了法律拟制在其中运用的可能性。于是其研究对象多局限于具体非法取证行为。典型的如龙宗智:《我国非法口供排除的“痛苦规则”及相关问题》,载《政法论坛》2013年第5期;万毅:《论“刑讯逼供”的解释与认定——以两个〈证据规定〉的适用为中心》,载《现代法学》2011年第3期;张桂勇:《论对非法证据的排除》,载《中国人民大学学报》1995年第6期。

④有观点认为第8条第2款所列两种程序违法类型并非并列的A或B的关系,而是A且B的关系。参见:《全程录音录像制约并保护侦查行为》,载《北京青年报》2013年11月22日A3版。笔者认为这种观点不正确,因为第8条第2款3次表述“……取得的供述”,除非“意见”是将3种类型予以并列,否则不能解释为什么要如此反复表述。除此之外,应当注意到,最高法解释中还规定了许多程序违法类型会直接导致证据不可采,比如最高法解释第81条对被告人供述可采性的限定。本文未将这些类型归为抽象非法取证类型,是因为这些类型下,非法性在所指、程度,尤其在成分上非常特殊,并不是“拟制”其具有具体非法性,而是直接以程序非法性为重点。对此的分析,详见万旭:《基于“非法性”的分析——新论非法证据排除规则》,载《广西政法干部管理学院学报》2014年第4期。

⑤就刑事诉讼法而言,对讯问地点的规定见第116条、第117条,对录音、录像的规定见第120条。

参考文献:

- [1] 龙宗智.我国非法口供排除的“痛苦规则”及相关问题[J].政法论坛,2013,(5):16-24.
- [2] 张明楷.刑法分则的解释原理(下)[M].2版.北京:中国人民大学出版社,2011:631-633.
- [3] [德]亚图·考夫曼.类推与“事物本质”[M].吴从周,译.台北:学林文化事业有限公司,1999:59.
- [4] 高一飞,林国强.论《刑事诉讼法修正案(草案)》证据部分[J].重庆理工大学学报:社会科学,2012,(1):61-67.
- [5] 高巍.抽象危险犯的概念及正当性基础[J].法律科学,2007,(1):70-74.
- [6] 谢杰.“但书”是对抽象危险犯进行适用性限制的唯一根据[J].法学,2011,(7):26-33.
- [7] 张明楷.违法阻却事由与犯罪构成体系[J].法学家,2010,(1):31-39.
- [8] 雷超.中美非法证据排除规则比较研究[J].江汉大学学报:社会科学版,2013,(6):56-63.
- [9] 杨宇冠.侦查讯问录音录像制度研究[J].中国刑事法杂志,2013,(9):64-70.
- [10] 陈瑞华.刑事诉讼的前沿问题[M].3版.北京:中国人民大学出版社,2011.
- [11] 陈瑞华.非法证据排除规则的中国模式[J].中国法学,2010,(6):33-47.
- [12] 龙宗智,夏黎阳.中国刑事证据规则研究[M].北京:中国检察出版社,2011:257.
- [13] 万毅.论瑕疵证据——以“两个《证据规定》”为分析对象[J].法商研究,2011,(5):118-125.
- [14] 张斌.我国非法证据排除规则运用的十大技术难题——兼评《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》[J].中国刑事法杂志,2010,(10):74-80.
- [15] 纵博.刑事诉讼中瑕疵证据补正的若干操作问题研究[J].现代法学,2012,(2):124-129.

责任编辑:梁 雁

The Theory of Evidence-Collecting Behavior with Abstract Potential Illegitimacy ——Based on the Article 8 of The Opinions on Preventing Criminal Misjudged Cases

WAN Xu

(Law School, Sichuan University, Chengdu 610225, China)

Abstract: The essence of the evidence-collecting behavior with abstract potential illegitimacy is the legal fiction about the illegitimacy to procedurally illegal evidence collection behavior. The constitutive requirements of it include certain kind of procedural illegal evidence collection behavior and the substantive illegality possibility. The main types of it will most likely grow in the future. Compared with the theory of the procedure sanction, the theory of the evidence collection behavior with abstract potential illegitimacy can better explain the China's exclusionary rule of illegally obtained evidence. Compared with the theory of the defective evidence, it can be used to complement each other to establish a better system of theoretical guidance. This theory is a transitional theory. It is so solid that people should be extra careful of setting the type of illegal evidence collection behavior and the type of elimination of illegality.

Key words: evidence-collecting behavior with abstract potential illegitimacy; obtaining evidence; legal fiction; procedure sanction; defective evidence