

刑事程序性法律后果新论

王 敏 远*

摘 要:刑事程序性法律后果理论的实质在于揭示以程序的方法处置程序违法行为,因而其与传统的对违法者采用制裁的处置方式完全不同。对刑事程序性法律后果实质意义的把握,需要以对其基本内容和特点的认识为基础。刑事程序性法律后果具有程序的专属性、程序的消极性、刑事程序性法律后果与违法行为主体之间的非对应性、程序性法律后果中受害人的非同一性等特点。明确认识刑事程序性法律后果的特点,对于准确认识刑事程序性法律后果的价值及其局限性具有基础性的意义。通过揭示刑事程序性法律后果理论的说明、解释和指导实践的功能及其与程序性责任、程序性制裁等理论之异同,可以进一步明确认识刑事程序性法律后果理论的价值所在,以此将处置程序违法行为的关注重点从违法行为和行为人的责任扩展到程序性应对的必要性及其可能性,进而可以进一步拓展关于刑事程序性法律后果问题的研究视野,推进对刑事程序性法律后果理论相关实质问题的研究。

关键词:刑事程序性法律后果 程序处置的可能性 程序违法行为

一、引 言

刑事程序性法律后果,是指对职权机关实施的违反刑事诉讼程序法律规范的行为从程序法的意义上予以否定并因此导致的相应刑事程序法后果。作为现代刑事程序法特有的法律后果,它是保障程序法具有不可违反的尊严与独立价值的重要基础。^① 刑事程序性法律后果作为一种概括,是关于非法证据排除、发回重审、否定指控等程序方法应对程序违法的相关制度的理论。相对于传统的刑事诉讼理论,这个概念所揭示的是全新意义的理论,即对违反程序法的行为不是采用传统的让违法者承担法律责任、对违法行为予以处罚的方式,而是阻断违反程序的非法行为

* 浙江大学光华法学院教授

基金项目:国家社会科学基金项目(18AFX009)

① 参见王敏远:《论违反刑事诉讼程序的程序法律后果》,《中国法学》1996年第5期。

的程序效应,使违反程序法的行为不能产生推进程序的效果。这个全新的理论自1994年提出至今,相关的研究仍未能取得实质性的进展。相对于我国刑事诉讼法学和刑事诉讼实践历经诸多具有创新意义的发展,关于刑事程序性法律后果方面的研究未能及时跟进,致使这一理论研究未能满足解决刑事诉讼立法与司法层面所存在的相关问题之需要。

刑事程序性法律后果概念提出之后,一方面其所倡导的基本理念即对违反刑事诉讼程序的行为应从程序法上予以否定,可以说获得了某种程度的成功。目前,不论是理论界还是实务界均普遍肯定,对严重违反诉讼程序所办案件应从程序意义上予以否定,以便更加有效地遏制程序违法行为。自1996年修订的《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)开始在二审程序中规定程序性法律后果(如非法证据排除等程序性后果)后,刑事程序性法律后果由理论走向了司法实践。^①另一方面,刑事程序性法律后果的发展,不论是相关的理论研究还是其在立法和司法上的应用都步履维艰。从立法层面看,虽已设置非法证据排除这样的刑事程序性法律后果,但其完善程度并不令人满意;^②并且,需要引起关注的是,除了排除非法证据,对现实生活中常见的其他违反刑事诉讼程序的行为,刑事诉讼法大多未设置相应的程序性法律后果。从司法层面看,不仅因为刑事诉讼法对一些违反程序法的行为未设置相应的程序性法律后果,致使对时常发生的一些违反诉讼程序的行为无能为力,而且已经规定的非法证据排除等程序性法律后果的实施效果与人们的期待也有相当的距离。从理论研究层面看,人们对程序性法律后果这一概念相当陌生,而多以“程序性制裁”“程序性责任”等来概括非法证据排除等程序性法律后果。这表明人们仍然没有摆脱以往对程序违法行为的“制裁思维”,而这种对遏制程序违法行为完全依赖制裁的思维模式,本是刑事程序性法律后果理论所要超越的。

程序性法律后果在立法、司法以及理论3个层面所存在的上述问题,原因复杂多样,其中,对程序性法律后果基本问题缺乏深入的研究是重要原因。诸如刑事程序性法律后果究竟意味着什么,有哪些特点,刑事程序性法律后果发展演进之趋势和路径是什么等问题,均未得到揭示。笔者认为,只有深入研究这些基础问题,才能真正摆脱对程序性违法现象的“制裁思维”,以便正确认识和妥善解决程序性法律后果在立法、司法实践中面临的问题。

本文将从重新梳理刑事程序性法律后果的基本概念入手,基于对与程序性法律后果相关理论的分析,对刑事程序性法律后果的特点进行系统阐释,进一步探讨刑事程序性法律后果在刑事诉讼程序法治发展中的独特作用及面临的问题,以期拓宽并加深对刑事程序性法律后果问题的认知与认同,促进刑事诉讼法学理论的发展,推进相关立法的完善。

二、刑事程序性法律后果概念的重新梳理

刑事程序性法律后果这个新概念的效应很有限,与以往的理论对刑事程序性法律后果的具体含义、主要特点以及相关的基本理论问题研究不足以致尚存诸多模糊认识有密切的关联。因

^① 例如,法律出版社于2016年出版的《中国非法证据排除制度——原理·案例·适用》(修订版)一书,收录了不少排除以非法方法收集言词证据的案例,甚至最终判决撤销原判、改判无罪的案例。

^② 2017年6月,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部颁布的《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》,虽弥补了其中的诸多不足,但与实践的需要和人们的期待尚有较大的差距。

此,首先需要厘清刑事程序性法律后果这个概念的含义,以便为分析其特点奠定坚实的基础,继而便于研究如何解决相关立法、司法实践中的诸多困惑。对刑事程序性法律后果这个概念的重新梳理,重点在于揭示这个概念的基本要素,分析刑事程序性法律后果的含义,以清晰说明刑事程序性法律后果究竟意味着什么,并分析其与对违法行为予以“制裁”的传统模式的区别。

(一)刑事程序性法律后果的基本要素分析

刑事程序性法律后果的实质含义是以程序的方法处置程序违法行为。对此实质含义的把握,需要以对其基本内容的认识为基础。关于刑事程序性法律后果的基本内容,以往的论述较为概括,并未从其基本要素方面展开说明,以致影响了对该概念的全面认识。因此,首先需要进一步深入揭示刑事程序性法律后果的基本要素。

如前所述,刑事程序性法律后果,是指对职权机关违反刑事诉讼程序的行为及其结果,在诉讼程序意义上不予认可,并由此导致相应的程序性法律后果。对程序违法行为设置程序性法律后果,如要求相关的程序重新进行,或予以相应的补正,或对该程序的结果从程序效果上予以(部分或全部)否定,等等,都属于程序性法律后果。由此可见,刑事程序性法律后果概念包含 3 个方面的基本内容:一是对违反刑事诉讼程序的行为及其产生的诉讼结果做否定评价,二是对违反刑事诉讼程序的行为在程序效力上的阻断,三是由此提出相应的程序意义上的处置。对刑事程序性法律后果的研究,需要对这 3 个方面的基本内容核心要素,即违反刑事诉讼程序的行为、程序意义上的阻断以及相应的程序性处置,进行深入、系统的分析。

1.违反刑事诉讼程序的行为

程序性法律后果的设置,旨在针对职权机关实施的违反刑事诉讼程序的行为,因此,违反刑事诉讼程序的行为是刑事程序性法律后果的核心要素。关于这个要素,需要分析两个方面的内容:一是违反刑事诉讼程序的行为主体,二是违反刑事诉讼程序的行为。

虽然在刑事诉讼中不同的参与人都可能存在违反诉讼程序规范的问题,但是刑事程序性法律后果却只是为刑事诉讼中的职权机关及其人员而设的,即违反刑事诉讼程序的行为主体,只是刑事诉讼中的职权机关及其工作人员。之所以要限定主体,是因为以下两个原因:首先,在刑事诉讼过程中,职权机关及其活动在刑事诉讼中处于主导地位,需要对其实施的违反程序法的行为设置程序性法律后果予以规制。(公诉案件)刑事诉讼从立案开始,历经侦查、起诉和审判等各个程序的推进,以及查获犯罪嫌疑人、收集证据、采取相关的具有强制性的措施等,均由职权机关掌握主导权。虽然法律应当赋予职权机关在刑事诉讼中拥有广泛且强有力的权力,以便实现刑事诉讼发现、揭露、证实和惩罚犯罪的基本目标,但是同时也需要严格规范其职权的行使,以防止其在履行职责的过程中实施违法行为,包括违反程序法的行为。法律规定了许多规范职权机关行为的方法,给违反刑事诉讼程序的行为设置相应的程序性法律后果,就是其中的一种方法。其次,对刑事诉讼中的其他主体违反诉讼程序的行为应否规定程序性法律后果予以遏制的问题,不在本文的讨论范围。因为实践表明,刑事诉讼中的职权机关要求各诉讼参与人尤其是被刑事追诉之人及其辩护人等遵守程序法的规定,历来是既严格又严厉的,在现实生活中这样的例子数不胜数。例如,辩护律师在从事会见、阅卷、调查等活动的过程中,甚至在诉讼程序“外”的言行中,如果违反实体法或者程序法的事实被确认,那么有关职权机关不仅会采取有效的程序措施对其诉讼效应予以阻断,甚至会采用实体法意义上的制裁予以制止、惩罚。此时,我们的职权机关对程序法的尊重、严格遵守程序法规定的意识往往能够达到很高的程度。更重要的是,刑事诉讼的

参与人尽管也会有违反诉讼程序的行为,但由于诉讼的主导权掌握在职权机关的手中,因此诉讼参与人的程序违法行为往往难以产生推进程序的效果;而职权机关对实施了程序违法行为的诉讼参与人会采用各种制裁措施,以有效遏制其实施的违反诉讼程序的行为。还需要说明的是,笔者在此讨论的程序性法律后果,一般不宜针对诉讼参与人实施的违反诉讼程序的行为。^①当然,这并非否定对诉讼参与人实施的违反程序的行为也需要予以相应的程序处置,^②只是因其性质不同而不在本次讨论之列。

2. 程序意义上的阻断

对违反刑事诉讼程序的行为在诉讼程序意义上不予认可并对其从程序效果上予以阻断,是对其在程序上予以相应处置的前提。

关于刑事诉讼程序的运行,人们可以从不同的维度去理解。例如,刑事诉讼是为了发现、揭露、证实并惩处犯罪而展开的。又如,刑事诉讼由相关职权部门为实现其在各个诉讼阶段的职能而推进。当然,也可以理解为,刑事诉讼是为了保障权利而进行的。然而,刑事诉讼的侦查、起诉、审判皆是针对犯罪而进行的,这应该是理解刑事诉讼程序的基本维度。正是基于这种基本认识,在职权机关对刑事诉讼程序的推动过程中,人们关注的往往是其对实体问题的解决。因此,当事实是否查清、收集的证据是否确实充分、法律的适用是否准确等实体问题未能得到解决时,职权机关对刑事诉讼程序的推进因此被否定就无可置疑。另外,以往的实践表明,上述实体问题若得到解决,则职权机关即使在办案过程中实施了违反诉讼程序的行为,其对诉讼程序的推进也不会因此而受到影响。

虽然刑事诉讼法以往对职权机关应遵循程序法也有要求,但是多为宣言式的倡导,即使相关法律给程序违法者规定了实体法意义上的处罚,但并无相应的阻断程序运行的功效,进而导致职权机关违反程序法的行为在推动程序运行上畅行无阻。因此,程序性法律后果要求对职权机关实施的程序违法行为从程序意义上不予认可并对其从程序效果上予以阻断就具有新的意义。

3. 程序意义上的处置

刑事程序性法律后果在程序意义上否定违反诉讼程序的行为、阻断其程序效果之后,往往还需要予以相应的程序性处置,如要求该违法行为所涉及的程序重新进行,或要求进行相应的补正,或要求对该行为的程序结果予以否定,等等。做出相应的程序性处置作为程序性法律后果的要素,其重要性怎么强调都不过分,甚至因此可以将程序性后果称为程序性处置。

关于程序性处置,需要关注其种类差异性。根据不同的标准,对程序性处置可以进行不同的分类;不同种类的程序性处置,可以对应不同种类的违反诉讼程序法的行为。所谓不同种类的违反程序法的行为,既包括严重程度不同的违反刑事诉讼程序的行为,也包括在不同诉讼环节违反刑事诉讼程序的行为。例如,二审发现一审有违反诉讼程序的情况,因而否定一审裁判并将案件发回原审人民法院重新审判,就是二审基于一审违反程序法的行为所做的程序性处置。又如,非法证据排除就是典型的对非法取证行为的一种程序性处置;而由于见证人在相关的记录上未签

^① 参见王敏远:《试论现代刑事证据法的两个基本问题》,《国家检察官学院学报》2010年第6期。

^② 为防止“突袭审判”而设置的证据开示程序,控辩双方都应遵循。因为任何一方违反该程序的规定都会形成“突袭审判”,进而导致延期审理这样的程序处置。但是,这种对所有诉讼主体违反程序规范的情形设置相同的程序处置的数量极为有限,其功能与笔者在此所讨论的程序性法律后果也有差异。

名因此需要补上签名等情形,则是要求对此予以补正的一种程序性处置。显然,这些迥异的程序性处置,所应对的就是不同种类的违反诉讼程序的行为。

不同种类的程序性处置的严厉程度不同,以应对不同严重程度的违反刑事诉讼程序的行为。较严厉的程序性后果主要是指程序上绝对的否定,即不再为违反诉讼程序的行为提供在程序上予以重新进行或予以补正的机会。在这种较严厉的程序性后果中,又可以区分局部的否定与整体的否定两种情况。所谓局部的否定,如在非法证据排除中,如果只是对非法获得的供述予以排除,那么就是一种局部的否定;若由此导致对相关的重复性供述的否定,甚至对因此而获得的实物证据等的排除(即“毒树之果”),则是一种更全面的否定。如果因为对刑讯逼供、非法搜查等严重违反刑事诉讼程序法行为的否定而导致对整个刑事指控的彻底否定,那么就是一种整体的否定。程序意义上整体的否定显然是最严厉的程序性处置。

(二)刑事程序性法律后果的意义分析

在揭示刑事程序性法律后果相关要素的基础上,还需要进一步对其意义进行分析,以便认识刑事程序性法律后果究竟意味着什么。^① 揭示刑事程序性法律后果的含义,可以为后续的研究奠定坚实的基础。

首先,刑事程序性法律后果作为针对职权机关违反刑事诉讼程序的行为而设置的一种程序性的处置,旨在维护程序法不可违反的尊严,意味着程序法对职权机关违反刑事诉讼程序的行为不再容忍,其体现的是对刑事诉讼功能的一种全新的认识,即刑事程序的价值不再局限于解决案件的实体问题,还在于规制职权机关的行为和保障权利;并且反映出对刑事诉讼中职权机关行为的规范化提出了新的要求,即办理刑事案件必须遵守程序规范。

其次,刑事程序性法律后果是对职权机关实施违反诉讼程序行为所做的程序性处置,旨在使其通过实施违反程序法的行为推进诉讼程序的企图不能实现,因此,这意味着刑事诉讼法不再仅仅依靠对违反程序法行为的处罚、对违法者的制裁来维护其不可违反的尊严,而且还可通过诸如违法取得的证据应当排除、违法管辖的案件应当撤销等程序法的方法,使职权机关实施的违反诉讼程序的行为不再能够推动诉讼程序的运行。

再次,刑事程序性法律后果意味着全新的应对程序违法行为的方法。法律规则不同于其他社会规则,其重要标志之一是法律规则以强有力的法律后果作为规则得到遵守的保障。按照不同的标准,可以对法律后果进行不同的分类。例如,按照法律后果的严厉程度,可以分为民事法律后果、行政法律后果以及刑事法律后果;按照法律后果的性质,可以分为实体性法律后果与程序性法律后果。此外,还可以将法律后果按照功能差异,分为惩罚(处罚或制裁性后果)、补偿、奖励等不同类别。由此可见,法律后果的设置并非千篇一律,而是丰富多样的。法律根据不同的情况以及需要,设置具有相应种类的法律后果。随着法治的不断发展,法律后果的内容和种类也在不断更新,且其针对性、精细化程度不断提高。刑事程序性法律后果因为要求以程序的方法应对程序违法行为,完全不同于传统的实体性法律后果,更不同于古老的惩罚性法律后果,因而是一种新型的法律后果。

^① 如果说前面所述的刑事程序性法律后果的内容相当于明确这个概念的“所指”,那么,在此分析其意义则相当于揭示这个概念的“意指”。由于刑事诉讼法学界对现代哲学的“所指”和“意指”尚比较陌生,因此在这里使用更易于理解的“意味”这样的表述。

说明这一点,是为了进一步论述刑事程序性法律后果在法律发展历史中的意义,以便将对刑事程序性法律后果问题的研究放在法律发展的历史背景中展开。从法律史的发展过程看,早期的法律主要是刑事法,而保障法律不可违反的尊严,依靠的主要是严厉的刑事制裁。虽然随着社会的发展,对刑事与民事的处罚做了相应的区分,但迄今为止,对违法行为予以制裁仍然是人们认可度最高的法律后果。惩罚、制裁作为维护法律尊严的方法如此深入人心,以致人们通常认为,法律后果就是对违法行为的惩罚和对违法者的制裁;甚至认为,若无这样的处罚,则意味着法律后果的缺失。然而,刑事程序性法律后果意味着通过使违法行为的程序阻断并予以相应的程序处置,以让违法行为不能“得利”的方式遏止职权机关违反程序法办案,实现其维护程序法的宗旨,因而其与以往采用制裁等惩罚措施来阻吓违法行为的方法完全不同。

最后,刑事程序性法律后果意味着程序法的独特价值和独立地位得以真正确立,意味着职权机关办理刑事案件应当遵守程序法的要求,也意味着诉讼程序的权利保障与职权制约的要求因此达到了新的高度。

人们对刑事程序法往往从不同的维度进行解读。例如,有人将其视为落实和保障刑事实体法的法律,也有人将其视为“小宪法”“人权保障法”,等等。应该看到,刑事诉讼法的基本宗旨首先是规范刑事诉讼中的主体及其诉讼行为,正是在规制职权行为和保障权利的基本背景中,现代刑事诉讼法才得以产生和发展。刑事诉讼法作为国家的基本法律应当得到尊重和遵守,不能容忍程序违法,这本应是不言而喻的基本要求。然而,由于刑事程序法作为刑事实体法保障法的含义一直被置于最重要的地位,使其往往处于从属的地位,因此,在以往的刑事诉讼实践中即使有发回重审等程序性处置,针对的往往也只是刑事案件的实体问题尚未得到解决;而只要实体问题被认为已经得到解决,那么程序违法就不再是需要解决的问题。^① 程序性法律后果不再以实体问题的“解决”与否作为程序处置的基础,使违反程序的行为在程序法的意义上被否定并要求予以相应的程序处置,程序违法不再因为实体问题的解决而成为逃脱处置的“漏网之鱼”,因此彰显了程序法的独立价值。

总之,刑事程序性法律后果对程序违法行为从程序效力上予以否定以及做出程序意义上的处置,意味着这是以程序的方法应对程序违法行为。这不仅使遏止职权机关违反诉讼程序行为的措施和方法具有程序意义上的针对性,而且使刑事程序法从追求打击犯罪“有效性”的单一需求中解脱出来,并因此成为不得违反的基本法律。这个变化,体现了当前人们对职权机关在办案过程中实施违法行为的不容忍达到了新的高度。因此,也可以说,这标志着刑事程序法治在保障人权和规制职权行为方面已经达到一种新的高度。^②

① 例如,刑事案件经侦查、起诉和审理达到“事实清楚、证据确实充分、适用法律准确”的要求,即使职权机关在办案过程中实施了违反程序法的行为,也不会因程序违法而影响实体的处理结果;又如,虽然取证方法违反诉讼程序,但若证据真实可信且是认定案情所必需的,则在实践中往往难以适用非法证据排除规则。

② 由这层含义还可以推导出,对程序违法行为的不容忍究竟达到了怎样的程度是可以测量的,即从法律设置程序性法律后果的严厉程度和严密程度,可以测量出对该种程序违法行为不容忍的程度以及有效应对的决心达到了怎样的程度。

三、刑事程序性法律后果的特点分析

刑事程序性法律后果是对职权机关实施违反程序法行为的一种程序性处置,旨在使职权机关违法办案受到程序法的有效制约。相对于传统的应对违法的实体法方法,这种程序性处置的性质与功能极为独特。分析其基本特点,对于深刻认识刑事程序性法律后果的本质和特殊功能具有重要的意义。

由于特点是与相关的参照相对而言的,因此笔者对刑事程序性法律后果特点的分析将从诸多不同参照渐次展开。违反刑事程序的程序性法律后果的特点,不仅相对于违反刑法等实体法所产生的实体法律后果,而且相对于违反民事诉讼程序及行政诉讼程序所产生的程序性法律后果。需要说明的是,以简短的文字难以对刑事程序性法律后果的特点进行全面揭示,而只能就其中有助于认识刑事程序性法律后果的性质以及相关功能的一些特点进行简要分析,以便为本文之后的探讨奠定基础。下文主要探讨其4个方面的特点。

(一)程序的专属性

程序的专属性是刑事程序性法律后果基本的特点,即以程序性处置应对程序违法行为。如前所述,刑事程序性法律后果作为一种程序性处置,不以刑事案件办理之实体结果为根据,仅基于办案中的程序违法行为予以确定,所针对的是职权机关在办理案件时实施的违反诉讼程序的行为,旨在维护程序不可违反的尊严。刑事程序性法律后果对程序违法行为所采用的是纯粹的程序性的方法,这是其与实体性法律后果相比完全不同的特点,表明刑事程序性法律后果的程序专属性。对这个特点可以从不同的维度做进一步的分析。

从其程序违法行为所采用的处置方式看,与让违法者承担违法责任、对违法行为予以法律制裁等传统的处置方式完全不同,刑事程序性法律后果所采用的是纯粹的程序性处置方式。诸如非法证据排除、退回补充侦查、发回重审等程序性法律后果,尽管程序违法者并未因此而承担相应的法律责任,程序违法行为也未因此受到处罚,但程序违法行为却得到了相应的程序处置。当然,这种程序性处置由于只具有程序的意义,对违法者并未予以制裁或让其承担相应的(民事、行政、刑事)法律责任,因此,相对于实体法的处置方法,其对程序违法行为的威慑作用,相对而言显得比较弱,其对程序违法者的阻吓效果十分有限甚至十分可疑。从这种意义上讲,刑事程序性法律后果的程序专属性特点表明了程序性后果的有无及其严厉程度,与违反程序法的行为人承担的法律责任的有无及其严重程度是两回事。因此,即使是最严厉的程序性法律后果,如非法证据被排除、刑事指控被撤销,诉讼程序被终止,实施违反程序法行为的人都未受到法律的任何制裁。

从其程序专属性的特点还可以看出,对违反诉讼程序的行为所设置的程序性处置措施针对的是相应的违反程序法的行为,因此,程序意义上的针对性极强。从程序性处置所要解决的问题看,刑事程序性法律后果针对的只是程序违法行为。众所周知,刑事诉讼程序从立案开始,(公诉)案件历经侦查、起诉、审判、执行等多个阶段,诉讼的各个阶段虽然循序而行,但却可能于其中的某个阶段退回、中断甚至终止。而以往此类程序情况如补充侦查、发回重审、撤回起诉、撤销案件等,多是在诉讼过程中遇到实体性的问题时才会发生。例如,在发生事实不清、证据不足等实体性问题时,依照我国刑事诉讼法的规定,就会导致产生补充侦查、发回重审甚至不起诉、宣告无

罪等程序性法律后果。这样的程序性法律后果,主要是为解决诉讼中的事实和证据以及法律适用等相关实体问题而设置的。笔者在此讨论的刑事程序性法律后果,针对的是职权机关实施的违反诉讼程序的行为,由此确定的程序性处置只是为保障程序法的尊严而设置。因此,在此讨论的刑事程序性法律后果,其宗旨、内容、涉及的范围,不论是在立法层面还是在司法层面以及在理论研究中,应只是程序意义上的问题。

由此可见,程序的专属性是刑事程序性法律后果最基本的特点,主要包括3个方面的含义:其一,刑事程序性法律后果是一种纯粹的程序性处置;其二,刑事程序性法律后果是专门针对职权机关实施的违反刑事诉讼程序的行为而设置的;其三,刑事程序性法律后果的设置旨在维护程序法不可违反的尊严。

揭示刑事程序性法律后果的程序专属性特点具有重要的意义。例如,由其程序专属性特点可以分析,非法证据排除等程序性法律后果的价值重心并不在于预防、避免出现冤错案件;其所要求的并不仅仅是非法证据不得作为(最终)定案的根据,而且还意味着采用刑讯逼供等非法方法获得的证据,因为取证方法非法而使该证据自始无效。也就是说,非法证据排除意味着并非只在法官做出裁判时不应将非法证据作为定罪的根据,而且是在其对案件事实以及其他证据形成心证的过程中,也同样不能作为定罪的依据。

当然,应当看到,程序专属性特点意味着刑事程序性法律后果虽然给遏制违反程序法的行为增加了一道法网,但是实施违反程序法行为的人却并不在这张法网之中。因此,一方面与其他各种实体法意义上的处置方法相比,刑事程序性法律后果因其程序的专属性特点而在预防和处置程序违法行为时发挥着针对性极强且不可或缺、不能替代的作用;另一方面,就维护程序法不可违反的尊严而言,刑事程序性法律后果只是众多法律手段之一,并不能替代其他方法,尤其不可能替代那些可以将违法者予以制裁的方法。就此而言,程序性法律后果不仅不具有排他性,而且与其他各种方法还具有互补性,即各种不同的方法对维护程序法不可违反的尊严各有其独特的价值并可以对违反程序的行为形成完整的遏制体系。

(二)程序的消极性

刑事程序性法律后果的第二个特点是程序的消极性。由于刑事程序性法律后果针对的行为仅限于职权部门及其工作人员实施的违反刑事诉讼程序的行为,是对其违法行为从程序意义上予以否定,其所采用的程序性处置乃是要求程序因违法而阻断,需要补正、重新进行甚至终止,因此具有程序意义上的消极性。另外,程序的消极性还意味着,刑事程序性法律后果既非对实施违法行为的行为人的积极惩罚,也不是让其承担行政责任或民事责任,更不是让其承担刑事责任,而只是使职权机关实施的违反诉讼程序的行为不能产生预期的推进程序的效果。

程序的消极性是实体法的后果相对而言的特点。由这个特点还可以引申出程序性法律后果的其他特点。例如,相对于实体法的制裁,程序性法律后果具有遏制力较弱的特点。应当看到,程序性法律后果作为可以弥补实体法制裁不足的一种独立适用的法律后果,其效果除了在于其对违反程序行为的遏制力,还在于其特定的程序意义上的针对性。由于这个特点决定了程序性法律后果的设置与适用的针对性,因此其特别重要。显然,对违法获取的证据予以非法证据排除这样的程序性处置就具有鲜明的针对性。

需要说明的是,从前述程序的专属性可以看出,程序性法律后果在法律的强制性上与传统的维护法律不得违反的手段(由违法者承担责任、对其进行制裁等性质的法律后果)虽然具有共性

(都是具有强制意义的法律后果),但是两者存在显著的差别。程序性法律后果强调的是违反诉讼程序的行为在程序上无效,而传统的法律后果则是对违法者的处罚。需要揭示的是,两者的主要区别还在于程序的消极意义,即制裁是对违反法律规定并应当承担法律责任的主体进行的处罚,因而是有权机关依法采取的一种积极的、施加于行为人使其产生痛苦的措施;而程序性法律后果则是使违反程序法规定的行为不能产生违法行为人预期的程序推进效果,因而是一种消极的法律后果。明确两者的上述区别,有助于更深入地认识程序性法律后果的功能。

由程序的消极性特点还可进一步分析,刑事程序性法律后果只是使违反诉讼程序的行为人不能因其实施的违法行为而得到“好处”,并未使其遭受法律制裁的痛苦。然而,实施违反诉讼程序行为的行为人原本应根据其违法行为的情节及其后果给予相应的制裁,使其因此遭受应有的痛苦,包括民事赔偿、行政处分或者刑罚制裁,其因此遭受自由被限制、财产受损失、名誉被贬损等痛苦,以此寻求对此类违法行为的一般预防和特殊预防之效。然而,程序性法律后果不能产生如同法律制裁那样的积极效果,或者说其产生的阻却违法的机制及效果与法律制裁的效果完全不同,即使对违法行为有遏制作用,也只是其对导致违反诉讼程序行为产生的动机具有消弭效应。

深入分析刑事程序性法律后果的消极性特点可以看到,不同的程序性处置在程序意义上的消极程度存在显著的差异。使程序慢下来(如法庭在审理过程中的非法证据排除程序的启动)与让程序倒回去(如发回重审),两者对程序消极影响的程度并不相同;而使程序中断与让程序终止所产生的程序消极效果差别更大。明确认识程序消极性特点的不同,是我们对其他相关问题做进一步研究的重要基础。例如,认识刑事程序性法律后果的消极性特点,有助于我们对刑事程序性法律后果对诉讼效率的影响问题进行系统分析。一方面应当看到刑事程序性法律后果对诉讼效率确实有影响,有时甚至是严重到终止程序的影响;另一方面,需要认识到导致产生这种程序消极影响的是违反诉讼程序的行为。因此,刑事程序性法律后果使违反程序法的行为具有“欲速则不达”的效果。

当然,还应当看到,正是程序性法律后果对诉讼程序运行产生的消极影响,才使人们对其功能产生了不同的评价。以往,我们主要关注的是刑事程序性法律后果对保障权利和规范职权行为的积极作用,而无视其对程序的消极影响,因此忽略对其进行的消极评价。由于无视这种基于程序消极性的评价,因此导致未能妥善应对否定性意见,使程序性法律后果的立法和司法实践步履维艰。

(三)程序性法律后果与违法行为主体的非对应性

对违法行为设置相应的法律后果应当针对违法行为人,使其因实施违法行为而承担相应的法律责任。这既是对违法者进行特殊预防之需要,也是对违法行为进行一般预防之需要。然而,刑事程序性法律后果虽然与程序违法行为具有针对性,但是与违法行为主体之间却并没有对应性。例如,非法证据排除只是否定违法取证行为,却不是对违法取证行为人进行惩罚;发回重审也并非让违反程序进行审判的原审法官再审一次。诸如此类,正是程序性法律后果处置程序违法行为的独特之处。

程序性法律后果对程序违法行为所具有的针对性,使其可以更加全面且有效地应对程序违法行为,而不是如同实体法在应对程序违法时只是针对程序违法中比较严重的、同时触犯实体法规范的极少部分违法行为,因此,其意义应当肯定。然而,程序性法律后果直接导致的却是诉讼

程序上的效应,即其只是导致诉讼程序的中断、失效甚至完全被否定等效应,违法主体并不会因此而承担任何责任,更未因此而受到法律的制裁。这种非对应性特点,使其对程序违法所起的预防作用因此具有特殊性。

由程序性法律后果的这个基本特点可以看出,刑事程序性法律后果直接施加于程序的效应并非针对违法人员。揭示刑事程序性法律后果的主体非对应性特点,有助于我们认识刑事程序性法律后果发挥作用的机制完全不同于传统的法律制裁方法发挥作用的机制。法律制裁通过制裁手段使违法者受到惩罚,或通过强加于违法者以特殊的责任负担,使违法者因此而遭受痛苦,从而发挥法律制裁所具有的特殊预防及一般预防的功效。而刑事程序性法律后果则是通过程序性处置,使诉讼中的特定主体用违反程序法的方法推进诉讼程序的企图不能得逞,因此,违反程序法的主体并不在刑事程序性法律后果之中。

刑事程序性法律后果与违法行为主体的这种非对应性特点实际反映的是,在这种法律后果中,虽然有违法主体,但是并无责任主体,亦即并不会使违法者为此而承担法律责任,更未使其因此受到法律制裁。另外,由于其具有前述程序消极性特点,因此,会对顺利追诉犯罪产生消极影响,并(在有受害人的案件中)使受害人等的合法权益因此受到不利影响。从这种意义上讲,程序性法律后果具有的法律后果与违法行为主体的非对应性特点的“副作用”十分明显。这很容易使人们对其功能产生疑虑。这个特点表明,因刑事程序性法律后果而实际“受损”的并不是程序违法者(他们充其量只是未能从程序违法中获利),而是诉讼中的其他人(如受害人);受损的甚至可能是个案的正义。

认识刑事程序性法律后果的这个特点并不是要以此“副作用”来否定其对遏制程序违法行为的积极作用,而是为了进一步揭示设置刑事程序性法律后果应十分慎重,需要考虑将其“副作用”降到最低限度。另外,这促使我们在研究刑事程序性法律后果时还应将其置于相关的法律背景中,尤其是需要考虑与其他相关法律后果的关系,以加深对其特殊功能的理解及其局限性的认识。只有将刑事程序性法律后果的研究放在不同法律后果的相应关系中,才能认识刑事程序性法律后果功能之局限性,并以此研究与其他法律后果的合理配置等问题。只有认识到须将程序性法律后果与对违法者予以处罚的相关法律后果相配套,才能使违反诉讼程序的行为人不仅因为程序性法律后果而使其实施的违法行为无利可图,而且还将承担相应的法律责任,从而全面遏制其违反诉讼程序的冲动,并对诉讼程序的尊严提供全方位且有效的法律保障。

刑事程序性法律后果的出现,一个重要的原因是传统的对违反诉讼程序的行为人施加实体法制裁的方法不足以遏制违反诉讼程序的行为,因而需要设置程序性法律后果以遏制其违反诉讼程序的动机,预防、处置其违反程序法的冲动。然而,也应当看到,这种遏制方式虽然新颖且更具有程序针对性,但是其力度有限,指望借此解决我国传统的轻程序的现象是不现实的。由此可见,解决恣意违反诉讼程序的问题必须依靠综合治理。

(四)程序性法律后果之受害人的非同一性

由上述特点还应当看出,刑事程序性法律后果中还存在受害人的非同一性特点。这主要包含两个方面的含义:一是程序性违法行为并非都有确定的受害人,二是刑事程序性法律后果与刑事案件中的受害人具有非同一性。以下分别说明。

首先,职权机关违反诉讼程序的行为,有的会直接侵犯诉讼参与人(尤其是被刑事追诉之人)的合法权益,因而会有明确的受害人。例如,刑讯逼供、超期羁押等违反刑事诉讼程序的行为,导

致违法行为相对人的合法权益遭受严重侵犯。然而,有的违反诉讼程序的行为,并非直接针对相关的诉讼参与人,以致成为“无受害人”的程序违法行为。例如,讯问时应当录音录像而未录音录像,审讯应当由两个人进行而实际由一个人进行,等等。^① 认识到并非所有的程序性违法行为都有受害人这个特点,是为了进一步认识到程序性法律后果的设置不应根据程序违法行为是否有直接的受害人来确定,而应当根据程序尊严是否受到损害来确定。

其次,刑事程序性法律后果使诉讼程序因此而慢下来、停下来、倒回去甚至终止,原本以刑事诉讼程序的顺利推进作为其维权前提的刑事案件的受害人,很可能因刑事程序性法律后果而使其维权的愿望受挫甚至落空,以致成为刑事程序性法律后果的“受害人”。另外,违反程序行为针对的虽然主要是被刑事指控者,但也有可能是刑事案件的受害人。从这种意义上讲,刑事案件的受害人,既可能因为职权机关违法办案而再次受到损害,也可能因程序性法律后果而使其合法权益受到损害。

除上述几个特点外,刑事程序性法律后果的特点还可以从不同的维度展开研究,并由此进行相应的探讨。例如,除了受害人问题,刑事程序性法律后果的受益人也是个需要研究的重要且复杂的问题。刑事程序性法律后果直接针对违反程序的行为,所要维护的是诉讼程序不可违反的尊严,因此,直接受益的应是由此得到维护的程序法,是否有其他受益人以及究竟是谁受益并不在其基本含义之中。然而,我们在认识其特点时却不应忽视这个问题。显然,违反程序的行为不论有无直接的受害人,被刑事追诉之人却可能因此成为“受益人”,其受益的程度因具体的刑事程序性法律后果的差异而有所不同。例如,因排除非法证据而减少追诉或者减轻责任等,甚至可以因为终止诉讼而使其“逃避”刑事制裁。

由此可见,明确刑事程序性法律后果各个方面的特点对于准确、全面认识刑事程序性法律后果的含义具有重要的意义,对于深入研究刑事程序性法律后果的相关问题则具有不可或缺的基础性价值。只有充分认识其特点,才能明确刑事程序性法律后果的独特价值、作用机制及其局限性,判断其在应对程序违法时的利弊得失,并据此深入研究刑事程序性法律后果的发展以及与其他法律后果的相互协调等问题。

四、刑事程序性法律后果理论的应用

程序性法律后果通过采取否定违反诉讼程序行为之程序效果的方式遏制职权机关实施违反诉讼程序的行为。这是程序法不断发展的产物。刑事程序性法律后果理论就是以此作为研究的对象。一种理论因为其应用而具有价值。从理论研究的目的看,主要基于理论研究的 3 个基本功能:一是对现实情况的说明,二是对事物演变的解释,三是对实践的指导。当然,基础理论的价值还在于推动理论自身的发展和完善。就此而言,笔者对刑事程序性法律后果基本问题进行研究,既是为了使该理论本身得以发展,也是为了更好地发挥该理论的 3 项基本功能。

^① 当然,这如同无被害人的犯罪,并不意味着该犯罪行为因此而没有社会危害性,只是表明这类违法行为并非直接针对受害人而已。无受害人的程序违法行为,同样具有社会危害性,甚至也可能存在受害人。例如,未按照规定制作录音录像等,该违法行为本身虽未直接侵害审讯者或被审讯人,但也意味着不规范的审讯因此难以被发现。如果因此而“掩盖”了违法审讯行为,那么此时程序违法的受害人虽因此而“隐形”但并非不存在。

(一)以程序的方法应对程序违法的理论说明功能

理论的说明功能,是指对事物的准确描述,揭示其内涵与外延,以便厘清其究竟是什么,分析其有何特点。之前的理论对程序性法律后果的本质与特点(以程序的方法应对程序违法及其所具有的特点)并无揭示,以致既不清楚其何以产生,又难以明白其何以发展。与其他相关理论的对比有助于弄清上述问题。

非法证据排除等以程序的方法应对程序违法是刑事诉讼法发展的结果,对这种现象进行研究的除了程序性法律后果理论外还有诸多其他不同的理论,具有代表性的理论包括程序性责任理论、程序救济理论、诉讼行为无效理论、程序性制裁理论等。对同一法律现象用不同的理论予以解读很常见。比较这些不同理论的差异,可以揭示其在说明作用上的异同。虽然都是阐述以程序的方法应对程序违法的理论,但是刑事程序性法律后果理论与程序性责任理论、程序性制裁理论差异明显。^① 这种差异既不仅仅在于其名称不同,也不仅仅在于其论述的具体内容不同,而在于其依据的原理不同。分析其依据的不同原理,可以清晰地看到其异同的实质。

就研究所依据的原理来说,程序性责任理论、程序性制裁理论,两者基本相同,都是基于传统的法律后果的含义对问题进行研究。例如,程序性责任理论的主张者认为,程序性责任作为程序意义上的责任,是与违宪责任、刑事责任、民事责任、行政责任、经济责任等并列的具有独立意义的法律责任形式。^② 然而,非法证据排除等程序设置与传统的法律责任具有本质的区别,法律责任理论对此不能作出准确的解释。程序性制裁理论的主张者则认为:“所谓程序性制裁,是针对侦查人员、检察人员、法官违反诉讼程序的行为所实施的法律惩罚。也是一种追究警察、检察官、法官程序性违法之法律责任的方式。”^③该理论所依据的同样只是惩罚思维,因此与非法证据排除等新的法律后果格格不入。显然,上述两种理论均以让违法者承担责任、使违法行为受到制裁作为其依据。这样的理论与维护法律尊严只能依靠惩罚的传统思维模式相契合,但其与用程序的方法应对程序违法这种新的法律应对方式相比,^④理论的说明作用不是欠缺,而是尽显其方枘圆凿。而刑事程序性法律后果理论,完全摆脱了传统的惩罚思维的桎梏,跳出了法律责任、法律制裁的窠臼,揭示了以程序的方法应对程序违法作为一种全新的法律后果所具有的非惩罚意义之特殊性质,因此可以准确说明这种现象及其特点。

当然,有论者也注意到程序性制裁实际并非制裁的问题,因此提出了“程序性制裁并不惩罚程序性违法行为的实施者”^⑤的观点。如此自我否定所说明的并不仅仅是“程序性制裁”和“程序

① 关于以程序的方法遏制程序违法的理论有多种。参见王敏远主编:《刑事诉讼法学研究》(上),知识产权出版社2013年版,第338页。限于篇幅,本文难以对这些不同的理论展开分析。在此,笔者仅选取其中理论与其论述之对象抵牾最明显的两种学说进行简要分析,以便通过对比进一步说明程序性法律后果理论的说明力及其意义。

② 参见杜飞进:《试论法律责任的若干问题》,《中国法学》1990年第6期。

③ 陈瑞华:《程序性制裁理论》,中国法制出版社2017年第3版,第101页。需要说明的是,与刑事诉讼不同,民事诉讼中的“程序性制裁”有其合理性。因为民事诉讼中的程序性法律后果之不利,主要由民事诉讼主体承担。例如,不利推定、权利减损等程序性法律后果往往可以对程序违反者产生惩罚效应,因而具有制裁的意味。参见黄忠顺:《民事程序性制裁理论的基础性构建》,《内蒙古社会科学》(汉文版)2012年第2期。

④ 并非唯有我国理论如此,美国也存在同样的理论。例如,有论者将因违反证据规则而将证据予以排除称为“制裁”。参见[美]韦恩·R.拉费弗、[美]杰罗德·H.伊斯雷尔、[美]南希·J.金:《刑事诉讼法》(下册),卞建林、沙丽金等译,中国政法大学出版社2003年版,第1026~1031页。

⑤ 陈瑞华:《程序性制裁理论》,中国法制出版社2010年第2版,第168页。

性责任”这样的概念有问题,而是这样的概念所依据的制裁思维、惩罚模式完全不适用于以程序的方法应对程序违法的现象。显然,强调“程序性制裁”不是制裁,并不能因此使该理论与传统的惩罚思维相切割,恰恰凸显了程序性制裁、程序性责任这样的概念与其所要说明的现象不仅完全是两回事,甚至是对立的。而程序性法律后果则与其不同,不仅在概念上存在差异,而且摆脱了对违法者进行责任追究与制裁的思维,从而使得理论对现象的说明具有更好的效果。笔者认为,只有摆脱惩罚思维,才能厘清以程序的方法应对程序违法的制度与以往的制裁制度之本质差异,准确说明其特点,并因此推动以程序的方法应对程序违法理论的发展。

(二)以程序的方法应对程序违法的必要性与可能性

理论不仅需要对现象进行说明,而且还应当对其作出合理的解释。就此而言,关于以程序的方法应对程序违法之必要性与可能性的问题,以往的理论均缺乏合理的解释。过去,人们主要是从法律规范完整性的维度来解释程序性法律后果的必要性与可能性,即基于法律规则通常由规范的要求、规范的对象(范围)以及违反规范的法律后果3个部分构成,若没有刑事程序性法律后果,则刑事程序规则就缺乏其中的第三个方面的要素,以致刑事程序法不可违反的尊严难以从程序法的维度得到有效维护,因此,追求刑事程序法律规范的完整性就构成程序性法律后果必要性的理由。^①

然而,虽然法律往往需要对违法行为设置相应的法律后果,但是并不意味着对程序违法行为必须设置程序性法律后果。因为对一种违法行为设置法律后果的必要性与设置某种特定的法律后果的必要性并不是一回事,所以,我们需要在法律规范的完整性之外寻找设置程序性法律后果的必要性。而设置程序性法律后果的可能性更是一个需要论证的问题。由此,我们才能对程序性法律后果作出合理的解释。

人们对于遏制程序违法行为的必要性似乎没有异议。然而,对于设置程序性法律后果对程序违法行为予以遏制的必要性,却是需要深入分析的问题。而将这种必要性转化为现实,重要的则是其基础。关于设置程序性法律后果的基础,既需要从一般意义上进行探讨,也需要在具体设置的可能性方面进行探讨。换句话说,对其必要性问题的研究应当与对其可能性问题的研究相结合。

首先,就一般意义上的必要性而言,不能简单地基于法律规范结构的需要,即所谓有法律规则就应有法律后果。虽说法律后果是法律具有强制性的重要原因之所在,但是对程序规则来说,是否必须设置程序性法律后果则是另一回事。例如,非法证据排除规则晚于禁止非法取证规则,刑事程序性法律后果晚于民事程序性法律后果等情况,都可以说明这个问题。在笔者看来,设置刑事程序性法律后果的必要性,不仅在于满足保持刑事程序法规范完整性的需要,而且在于满足维护刑事程序法的尊严以及规制职权行为和保障权利的需要。显然,只有基于对刑事程序法规制职权行为和保障权利的认识,基于对刑事程序法具有不可违反的价值之肯定,才会产生设置刑事程序性法律后果的要求。正因如此,我们对现今的刑事程序性法律后果在立法和司法实践中的发展及其局限性,可以进行有针对性的研究,并可以据此认识到,人们对刑事程序法价值的尊重程度与设置刑事程序性法律后果的需要程度成正比。

其次,设置刑事程序性法律后果的可能性是一个与必要性密切相关的问题,并且是一个更加

^① 以往关于程序性法律后果、程序性制裁等的理论,多以此为根据进行论证。

具体、复杂的问题。可能性问题若不能得到妥善解决,则所谓必要性将是无根之木。应当看到,并非对职权机关实施的所有违反程序法的行为都可以通过设置程序性法律后果的方式予以处置,除非其具有可能性。这包括以下两层含义:一是内在的可能性,即对某些违反程序的行为难以进行程序性处置。例如,对应当公开审判而未公开审判的案件,确实可以设置由二审人民法院发回重审的程序性法律后果,以便通过一审的公开审判予以纠正、弥补,但对不应公开审判而公开审判的案件,却不宜设置发回重审这样的程序性法律后果。因为如果发回一审重审,即使按照不公开审理的方式重新进行审判,对纠正上述程序违法行为并无纠正效果和弥补作用。另外,如果因此而简单否定该违反程序的一审审判,那么就属于明显不妥当。二是外在的可能性,这意味着对违反程序法的行为设置具体的程序性法律后果,将会受到诸多外在条件的制约,进而将使得一些程序性法律后果难以设置。例如,受禁止双重危险原则的限制,对有的违反程序的行为就难以设置相应的程序性法律后果。根据禁止双重危险原则的要求,职权机关的追诉行为不能重复进行,即使终审裁判作出之后发现有错误,原则上也不允许对被告人的同一行为再次进行于其不利的追诉。据此,职权机关之前实施的一些程序违法行为,不应导致不利于被告人的重新审判这类程序性法律后果;否则,禁止双重危险原则将受到严重损害。^①

认识程序性法律后果的内在和外在的可能性,便于由此解释设置程序性法律后果的界限及其是否可以逾越等问题,进而有助于对程序性法律后果的其他相关问题进行具有实质意义的深入研究。

(三)程序性法律后果理论发展之方向与路径

理论对实践应当具有指导意义。程序性法律后果理论并非静止的,而是处于发展变化之中的。刑事程序性法律后果作为一种理论,也应当继续完善,以有助于指导并积极有效地推动实践的发展。作为一种完善的理论,应当揭示以程序的方法遏制程序违法行为的发展方向和路径。

发展方向也就是程序性法律后果理论的演变趋势,主要体现在两个方面:一是越来越严密,二是越来越严厉。例如,虽然排除非法证据这样的程序性法律后果已经得到普遍的肯定,但“毒树之果”这种更加严密且更加严厉的程序性法律后果,却仍只被部分国家所采用。这其中的原因很复杂,与相关的主观和客观条件密切相关。从发展趋势看,随着相关条件的成熟,我国对“毒树之果”这种更加严密且严厉的非非法证据排除,可以期待。^②

明确了程序性法律后果理论发展的趋势,还需探讨其发展的路径,即发展的具体途径与方法,或称发展的渐进性和综合性。发展的渐进性主要体现在两个方面:一是对程序违法行为采用程序方法予以应对,从刚开始往往只是针对十分有限的违反程序法的情况到逐渐增加的过程;二是指对程序违法行为开始采用的程序应对方法,如从较宽松的“留有余地”到逐渐严厉的方法。例如,我国1996年修订《刑事诉讼法》时首次规定程序性法律后果仅限于二审时针对一审法院违反诉讼程序的情况,并未针对更为引人瞩目的刑讯逼供等程序违法行为,并且设置的程序应

^① 当然,我国刑事诉讼法目前尚未确立禁止双重危险原则,至于何时会确立该原则则是个复杂的问题。可以肯定的是,联合国人权公约明确规定的禁止双重危险原则在我国刑事诉讼法中予以确立应该是早晚的事情。

^② 我国刑事诉讼实践将应当排除的非非法证据的范围,从典型的采用刑讯逼供手段收集的言词证据正逐步扩大到采用其他非法方法收集的言词证据。最高人民法院编制的指导性案例要求,“非法限制被告人人身自由期间取得的供述,不得作为定案的根据”。参见《黄金东受贿、陈玉军行贿案[第1165号]》,载《中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办:《刑事审判参考》(总第108集)》,法律出版社2017年版,第7~11页。

对方法也只是发回重审,而并未设置终止程序这种严厉的后果。

认识到刑事程序性法律后果理论发展的渐进性,可以消除人们的焦虑情绪,理性对待目前尚不完善的刑事程序性法律后果的立法与司法实践。此外,还需要认识到,虽然程序性法律后果理论的发展是源于有效遏制违反程序法行为的需要,但是却与程序违法行为是否已经得到有效遏制相关。这与刑事实体法对刑事犯罪的规定之趋势并不相同。^①

发展的综合性,是指刑事程序性法律后果的发展完善,既要综合考虑其对程序维护的价值,又要综合考虑其所产生的各种效应;更重要的是,应积极地考虑如何与其他法律制裁手段相结合的问题。事实表明,非法口供排除等程序性法律后果,对违法取证者难以产生威慑效应。^②除了使程序违法行为人不仅因为程序性法律后果不能得利,而且还应承担相应的法律后果,才能真正实现对程序违法行为的有效预防和制约。

五、余 论

关于刑事程序性法律后果的研究,还有许多方面需要拓展和深入,其中,除了应当进一步肃清惩罚性思维模式的影响外,还应当借鉴其他相关理论有益的研究成果,如程序诉讼行为无效理论^③。而关于程序性法律后果的种类问题,笔者此前却未涉及。关于刑事程序性法律后果的理论分类,纷繁复杂。前述程序性责任、诉讼行为无效、程序性制裁等不同理论之间的差异,除了名称不同外,最容易被关注的是其关于程序性处置的种类各不相同,有“四类型说”“五类型说”“六类型说”“七类型说”等多种。^④对这样的重要问题,需要进行专门的探讨,以深刻、系统认识法律设置各种不同的程序性法律后果如何与程序违法进行合理的对应,并梳理不同种类的程序性处置所应具有的逻辑关联。然而,受文章篇幅所限,本文难以对上述问题都展开研究,留待以后再对其做专门的论述。

责任编辑 田国宝

① 刑法往往基于某种行为的社会危害性严重而设定其为犯罪或规定更严厉的刑罚。2021年3月1日施行的《中华人民共和国刑法修正案(十一)》下调行为人的刑事责任年龄,就是刑法演变的这个特点的一个例证。

② 参见李昌盛:《违法侦查行为的程序性制裁效果研究——以非法口供排除规则为中心》,《现代法学》2012年第3期。

③ 该理论主张违反诉讼程序的行为应当无效(不产生诉讼法上应有的效果)。参见夏红:《无效刑事诉讼行为研究》,中国人民公安大学出版社2009年版,第5页;李玉萍:《刑事诉讼行为无效制度论》,中国人民公安大学出版社2010年版,第20页。作为大陆法系国家法律的一种规定,诉讼无效的作用很有限。例如,《法国刑事诉讼法》对程序违法很少规定“如不遵守,以无效论处”。参见[法]卡斯东·斯特法尼、[法]乔治·勒瓦索、[法]贝尔纳·布洛克:《法国刑事诉讼法精义》(上),罗结珍译,中国政法大学出版社1999年版,第838页。

④ 参见王敏远主编:《刑事诉讼法学研究》(上),知识产权出版社2013年版,第346页。