

我国境外证据审查的准据法模式选择 与规则重构

曹艳琼*

摘要:我国境外证据审查规则的特征可概括为:以“国内准据法”审查模式为主,并对来源不同的境外证据采用不同的审查规则。这些规则的创设尽管具有维护国家司法主权、有效打击跨境犯罪的价值考量,但是也存在法规内容过于抽象原则、难以有效满足跨境司法实践需要、不利于促进司法公正和保障当事人合法权益等局限性。通过比较分析世界范围内境外证据审查的不同准据法模式与可采性原则,基于维护我国司法主权独立、尊重他国法律、平衡打击犯罪与保障人权的关系等多重价值的考量,我国宜根据境外证据来源的不同,确立“差异化”的准据法审查模式:对境外执法机关提供的证据,宜采用“取证国准据法”模式,并附加“是否严重影响司法公正”的审查;对我国执法机关参与收集的境外证据,宜采用取证国与证据使用国“双重准据法”审查模式;对其他来源于境外的证据,宜采用“证据使用国准据法”审查模式。基于上述准据法审查模式,可构建具体的证据可采性原则及规则。

关键词:境外证据 准据法 可采性

一、引言

随着我国改革开放的持续推进,中外人员之间的交往日益密切,跨境犯罪案件也随之增多。^①与办理境内刑事案件不同的是,在办理跨境犯罪案件中,或因请求国提出的取证请求受到限制,或因不同法域的法律制度关于证据的取得方式、鉴真要求等存在差异,或因多边或双边条约约定的取证方式未被严格遵循、存在非法取证等,使所取得的证据在请求国法院面临审查难题。由于证据是认定案件事实的基础,不具有证据能力和证明力的证据无法作为定案证据,因此,确立科学合理的境外刑事证据审查规则既有助于有效、依法惩治跨境犯罪,为推进改革开放提供法治保障,同时也是加强涉外领域立法的重要举措。

* 山西大学法学院副教授

基金项目:教育部人文社会科学研究资助项目(18YJC820003)、北京市社会科学基金资助项目(17FXB008)

① 参见李生荣、李磊:《境外收集证据在内地的审查与认定》,《人民法院报》2018年11月1日。

法官对证据的审查包括对证据能力^①(证据相关性、合法性)和证明力(真实性、充分性)的审查。其中,法官对证据证明力进行评价的前提或者裁判的基础是被评价的证据具有证据能力。考虑到法官在办理涉外刑事案件时对证据证明力的审查,依赖的主要是逻辑与经验判断,而与在办理普通刑事案件时对证据真实性、充分性的审查规则及方法并无不同,因此对境外证据^②的审查主要集中于对证据能力的审查判断。法官在办理涉外刑事案件时对证据相关性的审查也主要依赖逻辑与经验判断,与证据收集地及使用地的法律规范并无直接的关联,与在办理普通刑事案件时对证据相关性的审查规则及方法也并无不同,因此对证据能力的审查判断又进一步限缩为对证据合法性的审查。从历史的视角看,各国对通过司法协助获取的证据的审查重心也从关注证据的真实性、可靠性转向关注证据的合法性。^③近年来,我国辩方对于公权力机关提供的境外证据提出异议的内容也通常集中于证据的合法性方面。^④由于各国刑事诉讼法的规定通常并不一致,因此对证据合法性的判断究竟应依据哪一个国家的法律,即应采用何种准据法审查模式,在使用境外证据时就成为疑问。例如,境外证据的取得方式违背证据所在国的法律法规但符合我国相关法律的规定,抑或符合证据所在国相关法律的规定但违背我国相关法律的规定,在这两种情形下,应如何审查判断该证据的合法性?对于这一问题,我国学术界已有一些学者进行了有益的探讨,提出了中肯的意见,^⑤但关于我国对境外证据应采取何种准据法审查模式却缺少论证,使得提出的具体证据审查规则体系性不强或缺乏充分的理论证成。鉴此,笔者通过检视我国关于境外证据审查法律法规的规定,同时基于比较法考察和我国的司法现状,提出对境外证据进行审查的准据法模式及配套规则,并通过具体的案例检验其可行性。

二、我国现行境外证据审查的准据法模式及规则梳理

我国关于境外证据审查判断的法律法规经历了从无到有、从少到多的发展历程,形成了包括指导性案例、文件规定和司法解释在内的规范体系。其主要包括:《关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见》《关于办理刑事案件收集提取和审查判断电子数据若干问题的规定》《中华人民共和国国际刑事司法协助法》《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《刑诉法解释》)。根据上述法律和司法解释的规定,我国关于境外证据

^① 我国所说的证据能力相当于英美法系国家证据法中所说的证据可采性。具有相关性的证据不一定具有可采性,只有同时具有相关性、合法性的证据才具有可采性。参见张保生:《证据法学》,中国政法大学出版社2014年版,第23页。

^② 就我国而言,“境外”指中华人民共和国领域以外或者领域以内但中华人民共和国政府尚未实施行政管辖的地域;对于其他国家或地区而言,“境外”则是指特定国家或地区以外或者尚未实施行政管辖的地域。我国相关立法中所说的“境外证据”既包括外国的证据,也包括我国港、澳、台地区的证据。本文的研究对象是我国对于从境外取得的刑事证据的审查判断,故“境外证据”在本文中如无特别说明是指从境外取得的刑事证据。

^③ 参见冯俊伟:《刑事司法协助所获证据的可采性审查:原则与方法》,《中国刑事法杂志》2017年第6期。

^④ 参见沈亚岚:《刑事诉讼境外证据司法审查的异化、纠偏与规则完善——基于76个案件83份证据的实证分析》,载胡云腾主编:《司法体制综合配套改革与刑事审判问题研究——全国法院第30届学术讨论会获奖论文集》(下),人民法院出版社2019年版,第1791页。

^⑤ 参见冯俊伟:《境外取得的刑事证据之可采性》,《中国法学》2015年第4期;王青、李建明:《国际侦查合作背景下的境外取证与证据的可采性》,《江苏社会科学》2017年第4期。

审查的内容可概括为以下两个方面。

(一)审查境外证据之证据能力的准据法模式

根据《刑诉法解释》第77条的规定,^①来自境外的证据在国内审判中可以作为证据使用,但须符合如下两个条件:第一,证据与待证事实具有关联性,能够证明案件事实,并且符合我国刑事诉讼法的规定;第二,证据的使用符合特定目的限制原则。符合上述两个条件的境外证据可以作为证据使用,仅表明该证据材料具有证据能力,但能否作为定案的根据,还需要审查判断其是否符合证据的真实性要求。可见,《刑诉法解释》明确人民法院对于境外证据的合法性判断,采取的是“国内准据法”(证据使用国准据法)审查模式。同时,根据《人民检察院办理网络犯罪案件规定》的规定,对于来自境外的电子数据这一类证据进行合法性审查的依据是国(区)际司法协作及相关法律规定。^②这就意味着我国并没有采取单一的“国内准据法”审查模式。

(二)审查不同类型境外证据之证据能力的规则

1.通过刑事司法协助或警务合作方式取得的境外证据的审查规则

根据《关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见》第6条的规定,^③对于通过刑事司法协助或警务合作方式取得的境外证据,由公安机关对其来源、提取人、提取时间或者提供者、提供时间以及保管移交的过程等作出说明,经查证属实,可以作为定案的根据。《办理跨境赌博犯罪案件若干问题的意见》第7条对于这类境外证据的审查方式也作了类似的规定。可见,对于通过司法协作、警务合作获取或境外执法机构移送的境外证据,对其进行审查的方式是根据公安机关对相关情况的单向说明,而不必在此之前审查其收集方式是否符合我国刑事诉讼法的规定。

2.其他来自境外证据的审查规则

根据《关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见》的规定,“其他来自境外的证据”对应的是非通过司法协助或警务合作方式取得或由私人主体提供的境外证据。与通过司法协助或警务合作方式取得的境外证据相比,我国人民法院对其他来自境外证据的审查多了一个“证据能力审查”程序。对于将其他来自境外的证据作为证据使用的,应注重对其来源、提供者、提供时间以及提取人、提取时间进行审查。能够证明案件事实且符合我国刑事诉讼法规定的,可以作为证据使用。^④此外,对于将当事人及其辩护人、诉讼代理人等私人主体提供的来自

^① 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第77条第1款规定:“对来自境外的证据,人民检察院应当随案移送有关材料来源、提供者、提取人、提取时间等情况的说明。经人民法院审查,相关证据能够证明案件事实且符合刑事诉讼法规定的,可以作为证据使用,但提供者或者我国与有关国家签订的双边条约对材料的使用范围有明确限制的除外;材料来源不明或者真实性无法确认的,不得作为定案的根据。”

^② 《人民检察院办理网络犯罪案件规定》第32条规定:“对电子数据的合法性,注重审查以下内容:……(六)对于收集、提取的境外电子数据是否符合国(区)际司法协作及相关法律规定的要求。”

^③ 《关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见》第6条规定:“依照国际条约、刑事司法协助、互助协议或平等互助原则,请求证据所在地司法机关收集,或通过国际警务合作机制、国际刑警组织启动合作取证程序收集的境外证据,经查证属实,可以作为定案的依据。公安机关应对其来源、提供者、提供时间或者提供者、提供时间以及保管移交的过程等作出说明。”

^④ 参见《关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见》第6条第3项的规定、《检察机关办理电信网络诈骗案件指引》第2条第7项的规定。

境外的证据作为证据使用的,还需要经法定机关证明、认证。^①

3. 经转换的境外证据的审查规则

根据《检察机关办理电信网络诈骗案件指引》(以下简称《指引》)的规定,对于不符合我国证据种类和收集程序要求的境外证据,侦查机关需要重新进行转换和固定才能作为证据使用。根据该规定,对这种经转换的境外证据进行审查的重点是:(1)境外交接证据的过程是否具有连续性,是否有交接文书,交接文书是否包含接收证据。(2)接收、移交、开箱、登记时是否进行全程录像。(3)证据转换过程是否具有连续性和真实性。(4)公安机关是否对境外证据来源、提取人、提取时间或者提供人、提供时间以及保管移交的过程等作出说明,有无对电子数据完整性等专门性问题的鉴定意见等;对于无法确认证据来源、证据真实性、收集程序违法且无法补救的境外证据,应予排除。

综上所述,我国法律对于从境外获取的刑事证据聚焦于对证据能力的审查,主要采取“国内准据法”审查模式,对特定证据种类采取“多元证据法”审查模式,并针对不同来源或类型的境外证据设定不同的审查规则。

三、对我国境外证据审查规则的评析

我国对境外证据的审查采取以“国内准据法”为主的审查模式,体现了在打击跨境犯罪、开展刑事司法协助或警务合作过程中具有强烈的国家主权意识,有利于维护国家司法主权的完整性。同时,对于通过司法协助或警务合作获得的境外证据的审查采取较为宽松的标准,也有利于提高司法协助或警务合作的效率和便利性,进而为有效惩治跨境犯罪提供保障。当然,我国现行境外证据审查规则也存在一些不足之处,具体表现在以下3个方面。

(一)以“国内准据法”为主的审查模式难以有效应对跨境刑事司法实践的需要

由于在刑事司法协助实践中,出于维护国家司法主权的考量,大多数国家不允许请求国派人在其本国行使侦查权,在这种情况下境外证据的取得方式一般是遵循被请求国(证据所在国)的法律,即“国外准据法”(或取证国准据法)审查模式,因此,我国确立的“国内准据法”审查模式很难应对在境外取证过程中存在的如何进行非法证据的审查问题。例如,在“李向南故意杀人案”^②中,美国警方向中国移交了行为人用于作案的哑铃、购买作案工具的监控视频等证据。对于这些证据,在实践中是根据美国联邦证据规则对取证程序的合法性进行审查的。即便将我国刑事诉讼法作为审查判断境外证据的国内准据法具有充分的法律依据,也存在条款过于原则、抽象的问题,尤其是对于境外证据取得方式违法的界定标准及法律后果未予以明确,难以对违法取得的境外证据准确适用非法证据排除规则。在刑事司法协助中,由于请求国与被请求国的相关法律存在差异,因此境外证据取得方式违法的情形包括以下3种:(1)证据取得方式符合证据所

^① 《办理跨境赌博犯罪案件若干问题的意见》第7条规定:“当事人及其辩护人、诉讼代理人提供的来自境外的证据,该证据应当经所在国公证机关证明,所在国中央外交主管机关或者其授权机关认证,并经我国驻该国使、领馆认证。未经证明、认证的,不能作为证据使用。”

^② 参见金兴聪、郑加佳、余杨凡:《涉外刑事案件的侦查取证探索——以李向南留美故意杀人案为视角》,《人民检察》2016年第18期。

在我国法律的规定,但属于我国刑事诉讼法禁止的取证方式;(2)证据取得方式符合我国刑事诉讼法的规定,但属于证据所在国法律禁止的取证方式;(3)证据取得方式同时违反我国刑事诉讼法与证据所在国相关法律的规定。对于在上述任何一种情形下的违法取证行为,人民法院是否适用非法证据排除规则或如何适用非法证据排除规则,我国现行的法律尚未提供充分、明确的处置依据。

(二)通过司法协助或警务合作方式取得的境外证据的审查标准不利于促进司法公正

如前文所述,我国对于通过司法协助或警务合作方式取得的境外证据与其他来源的境外证据的审查标准宽严不一。其中,通过官方途径获得的境外证据被赋予更高的可信度,即只要这类证据的取得方式经审查符合双方签订的司法协助或警务合作文件,就可以在我国刑事诉讼中作为证据使用。例如,在“方胜利生产、销售伪劣产品案”^①中,人民法院没有采纳上诉人方胜利关于缅甸木姐地区警察局对其生产和包装假烟的地点进行搜查不符合法定程序的辩护意见。其理由是:境外证据的获取符合我国云南省德宏州公安局与缅甸木姐地区警察局于2013年8月28日在我国云南省德宏州瑞丽市签署的打击跨境经济犯罪警务合作机制备忘录的规定。在该案中法官以境外证据的收集方式符合警务合作规定认定取得的证据可以作为证据使用,而不再按照我国刑事诉讼法的相关规定对其合法性进行实质审查。这在实质上表明对这类证据取得方式的合法性仅进行形式审查。然而,我国与其他国家签订的警务合作规定或相关司法协助文件是政府间签订的协议,有的并非公开的,且一般不需要经过严格的立法审查,不排除其有关取证的规定与我国刑事诉讼法的相关规定不一致,或低于我国有关人权保障的标准。因此,将双边司法协助或警务合作规定作为判断境外证据取得方式是否合法的依据,既存在效力不足的问题,又可能因其证据审查标准宽于我国刑事诉讼法关于证据的审查标准,而容易出现纵容政府违法行为、降低人权保障标准进而损害司法公正的风险。

(三)境外证据的审查程序不利于保障被告人的合法权益

我国法律对境外证据在国内审判中是否具有证据能力的审查包括:由公安机关或检察机关对境外证据的来源及取证程序进行说明、特定机关提供证明或认证两种方式。采用这些审查方式相当于以公权力机关的公信力为境外证据的可信度提供担保。然而,这种担保并不总是可靠的。其理由是,公权力机关存在因过失或故意提供虚假担保的情形,且这种案件中的被告人无法同国内刑事案件中的被告人一样,有权对公权力机关作出的说明或证明、认证的合法性或真实性进行质证。此外,经转换的境外证据属于衍生证据,无法保证其客观真实性。侦查机关对不合法的境外证据的重新转换相当于将其“洗白”,使之重新获得可以在国内审判中作为证据使用的资格,在实质上充当了实施违法取证行为者的“帮凶”,本身缺乏正当性。与之相对照的是,在国内的审判中,不符合我国证据种类和收集程序要求取得的证据则面临被排除的不利后果。从这个角度看,跨境刑事案件的证据审查标准总体低于非跨境刑事案件的证据审查标准,且在跨境刑事犯罪案件中被告人的权利保障标准要低于在非跨境刑事案件中被告人的权利保障标准。降低境外证据的审查标准虽然有利于解决境外证据收集难、有效惩治跨境犯罪,但是没有理由因此而降低对被告人的权利保障水平,并且在跨境刑事案件中对人权保障水平的降低容易造成冤假错案,从长远看,也不利于我国与其他法治国家开展对等刑事司法协助。

^① 参见云南省高级人民法院(2016)云刑终1336号刑事判决书。

综上所述,我国法律关于境外证据的审查规定存在相关内容不明确、难以应对司法实践难题、不利于促进司法公正、对被告人权利保障不足等局限性。这在一定程度上说明我国关于境外证据审查的法律法规自治性、体系性不足,无法为有效打击跨境犯罪提供充分的制度保障。因此,有必要在总结其他国家或地区审查跨境证据经验与教训的基础上,结合我国自身的实际情况构建科学合理的境外证据审查规则。

四、境外证据的准据法审查模式与可采性原则的比较法考察

(一)境外证据的准据法审查模式

根据一国或地区审查境外证据之证据能力依据的是取证国法律还是证据使用国法律,可将境外证据审查的准据法模式概括为“取证国准据法”审查模式、不完全“取证国准据法”审查模式、“证据使用国准据法”审查模式3类。分析各种准据法审查模式的内涵及异同,有助于弄清不同准据法审查模式的适用条件与优劣。

1.“取证国准据法”审查模式

“取证国准据法”审查模式是指一国或地区在审查从境外取得的证据时,主张本国相关法律没有境外效力,完全以取证国的法律作为审查判断证据合法性的依据。采取这一模式的国家以美国为代表。在“美国诉委尔多戈案”^①中,美国联邦最高法院基于执法和外交政策理由,对在外国采取的非法取证措施合法化,为证据可采性制定了新的规则,即美国宪法第四修正案所保护的“人们”指的是拥有美国国籍或“与美国有足够联系的人们”。根据这一规则,该案被告人在被搜查时没有获得这一资格,原因是“他在美国只待了几天”,且“与美国没有发生可将其归于美国人们的自愿性联系”,^②因此,其没有权利获得美国宪法第四修正案的保护。美国联邦最高法院的这一判决事实上允许美国执法人员在外国采取非法取证措施,即不说明搜查扣押的合理理由。该司法实践基于以下考量,即“对美国官员在国外的执法行为适用第四修正案,会严重影响政治部门应对影响我们国家利益的能力”,^③以及“我们政府在主权国家陪伴下必须能够有效运行”。^④事实上,在此案之前,美国与墨西哥刚签署双边刑事司法协助条约,该条约明确禁止一方“在另一方法域内,实施或展示属于该方法律赋予的特定功能或权力”^⑤,同时也规定了搜查扣押的具体程序。^⑥然而,该判决对条约的内容只字未提,而是为在外国单方采取非法取证措施提供合法理由,允许采纳美国执法人员所取得的证据。

可见,美国通过主张美国宪法第四修正案不具有境外效力,对境外证据采取“取证国准据法”

^① 墨西哥籍被告人在美国被逮捕后,美国缉毒官员和墨西哥执法人员在没有搜查证的情况下,搜查了被告人在墨西哥的住处,扣押了各种证据,被告人主张美国官方所获得的证据应予排除,其理由是搜查违反了美国宪法第四修正案,该修正案保护人们免于无理搜查和扣押。See *United States v. Vergugo-Urquidez*(1990),110.S.Ct,pp.1060-1065.

^② See *United States v. Vergugo-Urquidez*(1990),110.S.Ct,pp.1060-1061.

^③ See *United States v. Vergugo-Urquidez*(1990),110.S.Ct.,p.1065.

^④ See *United States v. Vergugo-Urquidez*(1990),110.S.Ct.,p.1065.

^⑤ See *Mexico-United States Treaty*, Article 1(2).

^⑥ See *Mexico-United States Treaty*, Article 12.

审查模式,使得在美国境外实施的针对非美国国民的非法取证行为不会招致证据被排除的法律后果,相当于对非美国国民的权利保障采取了降格对待的立场。若取证国的法治标准高于证据使用国的法治标准,采用“取证国准据法”审查模式,则会使得境外证据完全可以在国内审判中作为证据使用。这将有助于提升司法协助、打击跨境犯罪的效率;反之,若取证国的法治标准低于证据使用国的法治标准,采用“取证国准据法”审查模式,则容易发生符合取证国法律但违反证据使用国法律、损害司法公正的取证行为,而这有悖于法治的要求。

2. 不完全的“取证国准据法”审查模式

为克服“取证国准据法”审查模式的局限性,一些国家或地区审查境外证据之证据能力采取的是不完全的“取证国准据法”模式,即审查判断境外证据之证据能力除了以取证国法律为依据外,同时还附加最低人权保障或特定程序要求审查,以协助审查境外证据的合法性。采用这一模式的国家以加拿大、英国为代表,其对境外证据采取“取证国准据法”与最低人权保障双重审查模式。

在“加拿大诉特瑞案”^①中,应加拿大官方的请求,美国警察在美国逮捕了涉嫌谋杀罪的被告人,并对其进行了讯问。该被告人被引渡到加拿大后,美国警察对其讯问获得的证言被提交到法庭。被告人辩称该证言不应被采纳为证据,其理由是其在美国警察讯问时没有被提供获得律师援助的机会,而根据《加拿大权利和自由宪章》的规定,其享有该权利。加拿大的法院驳回了该辩护意见,认为该宪章旨在确保加拿大官员以及代表加拿大警察的执法人员的取证行为是公平的。该法院同时也表示,会考虑所采用的取证方式在证据所在地是否合法,但认定从外国取得的所有证据在刑事程序中基本都是可采的,除非所取得的证据“会使这个国家的司法陷入声名狼藉之态”。^②然而,该案取证程序尽管没有严格遵守加拿大相关法律的规定,但是其并没有违反当地法律,且其并不“会使这个国家的司法陷入声名狼藉之态”。

英国对待从境外非法取得的证据采纳规则与加拿大类似。英国《1984年警察和刑事证据法》第78条第1款允许法官在审查从境外取得的证据时可排除“对程序公平产生负面影响的证据”,以期在维护被告人利益与司法体系公平有序运行之间保持平衡。

由上可知,相较于完全的“取证国准据法”审查模式,不完全的“取证国准据法”审查模式对境外证据的可采性标准要求更高。当然,以加拿大、英国为代表的国家所采取的不完全的“取证国准据法”审查模式也因最低人权保障或特定程序要求审查缺乏可操作性或可靠性,在阻却境外违法取证行为方面的作用如何还有待观察。例如,就加拿大法院而言,究竟哪些是“会使这个国家的司法陷入声名狼藉之态”的取证行为,因缺乏明确的法规或判例而使得这一审查标准具有较大的不确定性。

3. “证据使用国准据法”审查模式

“证据使用国准据法”审查模式与“取证国准据法”审查模式相对应,是指以证据使用国或法院所在国的法律作为判断境外证据之证据能力的依据。如前文所述,我国对境外证据之证据能力的审查判断依据是我国刑事诉讼法的规定,采取的便是“证据使用国准据法”审查模式。除此之外,德国也是采用这一模式的典型国家。德国法院的做法是:若德国的侦查机关选择以司法互

^① See R v. Terry, British Columbia Court of Appeal, (1994)91 C.C.C. 3d 209.

^② See R v. Terry, British Columbia Court of Appeal. (1994) 91 C.C.C. 3d 209.

助取证,则德国刑事追诉机关必须承担义务,在外国讯问的准备阶段,必须设法使外国尊重德国刑事诉讼法诸如告知义务等取证的基本规定。若德国的追诉机关没有履行上述义务,则取得之证据便无证据能力。德国法院还对司法互助证据的使用禁止设定如下界限:(1)外国讯问程序违反不可弃守之普遍法治原则,如未告知相关自由陈述权;(2)在外国未被告知沉默权之相关人,在德国刑事诉讼程序上经说明其有沉默权及得反对证据使用禁止后,对德国法院使用系争表述争议者;(3)德国的机关故意委由外国进行讯问,以求规避德国刑事程序保障之程序权利。^①以“哈斯诉德国案”^②为例,德国法院在引入境外取得的证言时,须询问传闻证人,不得仅以笔录或者书面的方式将审判外供述证据引入,其理由是传闻证言的使用受《德国刑事诉讼法》第250条所规范:“事实之证明系以人的感知为基础,应于审判期日讯问该人。不得以朗诵先前之讯问笔录或书面陈述代替讯问”。

对境外证据之证据能力采用“证据使用国准据法”审查模式,相当于对境外证据与境内证据之证据能力审查采用同一程序标准。由于国内法律是本国国民意志的体现,因此以国内法律来判断境外证据的证据能力,有助于使境外刑事案件的办理取信于国民。同时,采用这一模式也有助于维护国家司法主权的完整性。与其他模式一样,采用“证据使用国准据法”审查模式同样会因不同取证国的法治标准差异而产生不同的效果。若取证国的法治标准高于证据使用国的法治标准,则采用“证据使用国准据法”审查模式会使得部分违反取证国法律取得的境外证据可能在证据使用国具有证据能力,相当于降低了对被告人的权利保障标准;反之,若取证国的法治标准低于证据使用国的法治标准,则采用“证据使用国准据法”审查模式有助于保障被告人的权利、避免产生冤假错案或损害证据使用国司法公正的情形发生。当然,采用这一模式,也可能因境外证据的取得方式符合取证国法律但违反证据使用国法律而否定其证据能力,或者怀疑被请求的取证国不依法行政,从而引起政治纷争,进而阻碍未来进行司法合作的可能性。不过,引发政治纷争的风险不应成为弱化正当法律程序的正当理由,保持高标准的人权保障水平仍然是未来各国开展司法协助合作的方向。

通过比较发现,上述3种准据法审查模式均有各自的局限性,一国或地区应该采用哪一种模式,实际上与其法治标准高度相关,同时也是对维护司法主权、打击跨境犯罪、保障人权等多重价值进行综合考量的结果。

(二)境外证据的可采性原则

采用不同类型的准据法审查模式,对境外证据可采性(证据能力)原则的选择也相应存在差异。目前,外国对于境外证据的可采性原则主要包括最低证据可采性原则、中立性原则、双重可采性原则3类。

1.最低证据可采性原则

所谓最低证据可采性原则,是指对于来自境外的证据,国内法院采用最低的证据可采性标

^① 参见 Sabine Gless:《涉外刑事案件之证据禁止》,王士帆译,台湾地区“司法文选别册”(第1647期),2013年版,第11~12页。

^② Vgl. Haas v. Germany(dec.)(17 November 2005, Appl.no.73047/01).该案涉及1970年发生于德国的恐怖活动,哈斯于1990年被逮捕起诉。由于黎巴嫩有关部门拒绝将共犯引渡至德国受审,因此德国法院在审理哈斯时,引用了共犯在黎巴嫩受审时陈述的内容作为认定该案犯罪事实的证据。

准,即如果证据使用国的证据可采性标准低于取证国的证据可采性标准,那么适用证据使用国的证据可采性标准;反之,适用取证国的证据可采性标准。例如,在比利时涉及境外电话监听的案例^①中,在比利时接受调查的犯罪嫌疑人与荷兰一个毒贩的通话被监听,该监听显然是应比利时官方的要求实施的。比利时法院最后依靠监听获得的证据对犯罪嫌疑人进行定罪。其理由是:“只要该证据的获得方式符合荷兰法律,且符合《欧洲人权法案》第8条的要求,在比利时使用该证据不违反通话隐私的宪法保障,也不违反比利时关于禁止监听的法律,也不违反联合国《公民权利和政治权利国际公约》第17条所保护的隐私权。”在这个案例中,比利时法院根据最低证据可采性原则,采用的是荷兰(取证国)的证据可采性标准,使得比利时的非法证据排除规则被规避。尽管比利时法院坚持取证方式应满足《欧洲人权公约》的最低要求,但不可否认的是,在上述案例中被采纳的证据如果是在比利时获得的,那么就无法成为起诉或定罪的证据。

最低证据可采性原则的内涵决定其通常是适用“取证国准据法”审查模式国家所采用的一种原则。对于证据可采性标准高的请求国而言,采用该原则会促使执法人员为规避国内法律的限制而在外国取证,进而弱化对具有国际性人格的被告人的保护,并且相当于政府对于被国内法律评价为“非法”的行为视而不见,在实质上充当了实施非法取证行为者的“帮凶”。因此,有必要考虑采用其他替代性解决方案。

2. 中立性原则

所谓中立性原则,是指对于从境外获得的证据的可采性问题,仅须简单地问这样一个问题:如果从境外取得的证据以同样的方式在国内取得,那么是否具有可采性? 中立性原则通常是以国内法律作为审查判断境外证据可采性的准据法。采用这一原则会克服前文提到的案例所体现的一种倾向,即对从境外获得的证据会适用比从国内获得的证据更宽松的可采性标准。典型的例子是,在“美国诉委尔多戈案”中,如果美国执法人员是在美国本土实施该案的取证行为,那么肯定会由于该行为违反美国宪法第四修正案而排除这些证据。同样,在比利时的几个案例中的取证方式若在比利时实施,则也会由于违反比利时的法律而排除这些证据。

对于证据可采性标准较高的请求国而言,采用中立性原则,即依据请求国的证据可采性规则,审查从境外取得的证据能使境外取证状况得以改善。然而,对于证据可采性标准较低请求国而言,采用中立性原则会使得依据被请求国法律属于非法的证据最终被国内法律评价为合法证据,因而,同样也会弱化对被告人的保护,且没有尊重外国法律所维护的公共秩序,难以促进国际礼让。

3. 双重可采性原则

双重可采性原则,是指在境外取得的证据被提交到本国法院需要面临两个选择:(1)如果这种证据以同样的方式在国内取得,那么是否具有可采性?(2)如果这种取证方式在取得国允许使用,那么该证据是否可采? 对于这两个选择,若答案都是肯定的,则该证据具有可采性。这一原则实际上是以取证国法律与证据使用国法律作为审查境外证据的“双重准据法”。该原则在“美

^① See Cour de Cassation (2^e mech, sect), 26 January 1993, p.768. Cited from C. Gane & M. Mackarel, The Admissibility of Evidence Obtained from Abroad into Criminal Proceedings — The Interpretation of Mutual Legal Assistance Treaties and Use of Evidence Irregularly Obtained, 4 European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice (1996) 98 at p.114.

国诉委尔多戈案”“加拿大诉特瑞案”中的适用效果非常明显。在这些案件中境外证据都没有满足双重可采性原则,因此是不可采的。需要注意的是双重可采性原则所检测的内容。比利时法院对所列案件适用了证据所在国法律和《欧洲人权公约》进行双重检测,而非比利时国内法律,不是笔者所指的双重可采性检测。不过比利时法院的做法也提供了启示,即可将国际法律列入可采性检测范围,即便对于没有签署的法律也应如此。由于双重可采性原则要求取证行为人同时遵守请求国和被请求国的法律,因此,无论请求国的证据可采性标准是低还是高,适用该原则都能克服对被告人保护力度不够的弊端,也能够促进国际礼让。但因对取证行为人提出了更高的要求有可能不利于打击跨境犯罪,故在过度强调犯罪控制的国家采用这一做法或许并非最理想的选择。

通过比较不难发现,从价值层面看,最低证据可采性原则存在弱化对被告人的保护、对发生在外国的非法取证行为视而不见的弊端。此外,若证据使用国是法治标准较低的国家,则对境外证据采取中立性原则同样会面临对被告人权利保护不足、损害司法公正的弊端。相比最低可采性原则、中立性原则而言,双重可采性原则是审查境外证据可采性的最理想原则。然而,从实用主义的角度看,很多国家在面对从境外取得的证据时,采用的是最低可采性原则,仅有少数国家采用中立性原则。这主要是基于维护国家主权利益和有效打击犯罪的考虑。因此,在维护本国利益与遵守国际法和被请求国法律、在打击犯罪与保障人权之间如何进行平衡,是选取何种境外证据可采性原则的关键考量因素。

五、我国境外证据审查的最优准据法模式与规则重构

(一)我国对境外证据的准据法审查模式选择

关于我国人民法院对境外证据应采用何种准据法,我国学界进行了诸多探索。有学者主张证据的收集与审查应分别采取“取证地法、法院地法”模式;^①也有学者对从境外取得的刑事证据的可采性提出“三层次”判断法,即应先后根据国际条约、被请求国法律、我国刑事诉讼法进行分层次审查。^②还有学者主张对此类证据的审查应坚持以“法院地法为主,尊重取证地法”相结合的模式。^③上述观点各有所长,但鉴于取证国(被请求国)的不特定性,以及涉外刑事案件证据的取证主体、取证途径存在多种可能性,因此确立单一的审查准据法模式难以满足司法实践的需求。

刑事证据是特定法律程序的产品。^④境外证据的审查原则应立足于我国刑事诉讼的价值追求、相关刑事法规和司法协助条约的规定、境外刑事案件的特征,并参照其他国家的相关立法实践经验来确立。就总体而言,我国关于涉外刑事案件的证据审查原则应体现我国司法主权的独

^① 参见王青、李建国:《国际侦查合作背景下的境外取证与证据的可采性》,《江苏社会科学》2017年第4期。

^② 参见冯俊伟:《境外取得的刑事证据之可采性》,《中国法学》2015年第4期。

^③ 参见沈亚岚:《刑事诉讼境外证据司法审查的异化、纠偏与规则完善——基于76个案件83份证据的实证分析》,载胡云腾主编:《司法体制综合配套改革与刑事审判问题研究——全国法院第30届学术讨论会获奖论文集》(下),人民法院出版社2019年版,第1796页。

^④ See S. Gless, Mutual Recognition: Judicial Inquiries, Due Process and Fundamental Rights, In J.A.E. Vervaele, European Evidence Warrant: Transnational Judicial Inquiries in the EU, Intersentia, 2005, p.123.

立性,同时尊重他国的法律,并彰显打击犯罪与保障人权两种价值的平衡。立足于我国现有境外证据审查规则的特征,通过对境外证据的准据法审查模式与可采性原则的比较法考察,笔者认为,应针对不同来源或采用不同方式获得的境外证据,确立不同的准据法审查模式与可采性原则。

1. 境外执法机关移送证据的审查模式:“取证国准据法”审查模式+“是否严重影响司法公正”审查模式

在刑事司法协助中,存在委托境外执法机关取证或者由境外执法机关移交给我国执法机关证据的情形。根据“场所支配行为”理论,以及司法协助启动与否取决于被请求方的实践经验,请求方均须遵循取证地法律;并且,在完全由境外执法机关取证的情况下,遵循当地法律更是维护其司法主权的必然要求,也有利于促进刑事司法互助。不过,若采取完全的“取证国准据法”审查模式,则对符合取证国法律却违反我国法律甚至严重损害司法公正的取证行为(这种情形在法治标准低于我国的取证国中并不鲜见)就无法予以制裁,进而违背依法治国原则。因此,基于对他国(或法域)司法管辖权与执法活动的尊重与信任、维护刑事司法协助机制有效运行的考量,同时为满足维护司法公正与保障人权的要求,对境外执法机关提供证据之证据能力的审查宜采取不完全的“取证国准据法”审查模式,即以取证国的法律作为审查的准据法,同时附加“是否严重影响司法公正”的审查。具体而言:(1)若经审查,取证方式严重违反取证国的法律,依照该取证国的法律应予以排除的,则应否定该证据在我国审判中的证据能力;(2)若经审查,取证方式虽然没有违反取证国的法律,但违反我国刑事诉讼法的相关规定并达到“严重影响司法公正”的程度,则也应否定所取得证据的证据能力;(3)若经审查,取证方式符合取证国的法律,同时也符合我国刑事诉讼法的规定,或者虽然违反我国刑事诉讼法的规定但未达到“严重影响司法公正”的程度,则应承认所取得证据的证据能力。在不完全“取证国准据法”审查模式下,对证据的可采性原则采用的是“中立性原则”。

2. 我国执法机关参与取得证据的审查模式:“双重准据法”审查模式

我国执法机关参与境外取证的情形包括赴境外单独取证、与外国执法人员联合取证两种。由于我国侦查机关开展侦查活动受我国刑事诉讼法规范,且并不因在境外开展侦查活动而不受本国法的约束,因此,我国执法机关在境外取证的方式须符合我国刑事诉讼法的规定,或此时主张我国刑事诉讼法具有境外管辖的效力具有法理上的正当性,也是维护我国司法主权独立的内在要求。同时,我国执法机关在境外取证应遵守被请求国的法律,同样也是维护他国司法主权独立的要求。换言之,对于在这种情形下取得的境外证据的审查应采取“取证国准据法”+“证据使用国准据法”双重准据法模式。相应的证据可采性原则应是“双重可采性原则”,即只有同时符合取证国法律和我国相关法律规定取得的证据才能作为证据使用。当然,考虑到境外取证的难度通常大于境内取证难度的现实,要求我国执法人员在境外的取证方式完全符合我国相关法律的规定既过于严苛也不现实,在审查此类证据是否符合我国刑事诉讼法的规定时,宜主要审查取证程序是否符合我国刑事诉讼法有关调查取证的最基本的程序性规定或者是否违反我国法律上的禁止性规定。^①

3. 其他来源或由私人主体提交的境外证据的审查模式:“证据使用国准据法”审查模式

^① 参见王青、李建明:《国际侦查合作背景下的境外取证与证据的可采性》,《江苏社会科学》2017年第4期。

对不是通过司法协助或警务合作获得的、属于其他来源的境外证据,除了审查是否有法定机关提供的认证、证明或说明外,还应审查证据取得方式是否符合我国刑事诉讼法的规定,即采用“证据使用国准据法”审查模式。其理由有二:一是这类证据并非通过官方合作途径获得,或者不是由执法机关提供的,对其合法性和真实性的审查应坚持更严的标准并适用统一的准据法;二是由于这类证据是在我国人民法院中使用,因此采用“证据使用国准据法”审查模式,有助于判决结果取信于国民。在“证据使用国准据法”审查模式下,对此类境外证据的可采性原则应采用“中立性原则”,即审查证据的取得方式是否符合我国刑事诉讼法的规定。

(二)我国境外证据审查规则之重构

确立境外证据准据法审查模式与可采性原则是建构境外证据审查规则的基础,但仍需要据此创设具体的审查程序和要求。针对我国现行的境外证据审查规则存在的不足,笔者特提出如下完善建议。

1.构建体系性强、内容完备的境外证据审查规则体系

如前文所述,我国目前规范境外证据审查的法规存在法律位阶不高、体系性不强、内容过于抽象等不足,不利于执法机关、司法机关高效、准确地办理境外刑事案件,建议修改我国刑事诉讼法的相关规定,明确我国刑事诉讼法是审查境外证据之证据能力的准据法。以此为基础,《刑诉法解释》对于不同来源的境外证据采用何种准据法审查模式以及可采性原则应予以明确;同时,相关司法解释、文件应具体规定不同来源的境外证据的审查程序与要求,消除法规与法规、条款与条款之间的冲突,最终形成以我国刑事诉讼法为基础、体系性强、内容完备的境外证据审查规则体系。

2.规范证据转换行为

《指引》允许我国侦查机关对不符合我国证据种类和收集程序要求的境外证据进行重新转换,符合审查要求的,可以作为证据使用。鉴于证据转换行为可能损害被告人的防御权,而干预被告人基本权利的事项应予立法,由《指引》规定证据转换行为违背法律保留原则,因此,若要保留证据转换制度,则应在我国刑事诉讼法中予以明确。此外,根据前文对证据转换制度存在的弊端及风险的揭示,应严格限制证据转换制度适用的情形,宜将其限定为:不符合我国证据种类和收集程序要求、但未严重影响司法公正的境外证据。为确保经转换的证据的真实性,我国侦查机关应对证据转换程序进行全程录音录像,证据转换材料在法庭审判中应接受被告人的质证。

3.增设质证程序

在证据审查过程中,保障被告人与不利于自己的证人或被害人的对质权,既是国家机关“尊重和保障人权”的宪法义务,也是审查证据合法性、真实性的重要基础。由于打击跨境犯罪同样应坚持效率与公正价值的有机统一,因此在办理境外刑事案件时,应充分保障被告人的对质权。无论我国执法机关是否参与境外取证,也不论境外证据是通过司法协助、警务合作的方式获得还是通过其他途径获得,对于境外证据合法性的审查,除了进行形式审查外,还应进行实质审查,并引入被告人质证程序,对于因身处境外而无法回国接受质证的,可采用视频质证的方式进行。其中,对于经我国侦查机关重新转换而来的境外证据,被告人对其合法性、真实性提出异议的,应确立被告人与侦查人员质证的程序,以有效审查被转换的境外证据的合法性及真实性。

(三)境外证据审查规则的应用:以“黄道金故意杀人案”为例

笔者通过比较法考察并结合我国司法实践提出的针对境外证据的审查规则,仅是一种学理

上的方法论探索,有待于实践的检验。为此,以“黄道金故意杀人案”^①为例,阐释我国人民法院应用前述审查规则对该案证据进行审查的可行性。

1.基本案情与案件的办理过程

2004年12月17日,日本东京地方法院以被告人黄道金犯故意杀人罪、非法滞留罪,合并判处其有期徒刑11年。被害人家属认为日本法院的判罚过轻,坚持要求我国司法机关追究被告人黄道金的刑事责任。2014年12月12日,上海市公安局将被日本遣返回国的黄道金抓获,依法以涉嫌故意杀人罪对黄道金刑事拘留。上海市公安局根据《中华人民共和国和日本国关于刑事司法协助的条约》的规定,通过我国公安部(条约规定的中方中央机关)向日本法务省(条约规定的日方中央机关)提出刑事司法协助请求,拟与上海市人民检察院第二分院共同组成工作小组赴日本调取黄道金故意杀人案的证据。2015年12月7日至12月12日,上海市公安局刑侦部门与上海市人民检察院第二分院侦查监督部门组成联合工作组赴日本调查核实证据。在日本工作期间,日本警方根据联合工作组的要求,对担任该案司法解剖的执刀医生、鉴定书制作人以及侦查人员进行询问,赴案发现场再次勘查周边地形环境、被害人被害位置以及目击证人在案发时所处的位置,并出具相应的答复书、报告书。上述材料以及日本转递的东京地方法院判决书认定的相关证据均依照中日刑事司法协助条约规定的方式获取,并由日本法务省盖章确认。该案经上海市杨浦区人民法院审理后,以故意杀人罪判处黄道金有期徒刑8年。

2.该案证据的审查规则

在涉及境外证据的收集方面,该案的特别之处是大部分证据由日本执法机关收集并曾被用于日本法院的审判,后通过刑事司法协助渠道转交给我国执法机关,同时我国执法机关也赴日进行了取证工作。由于被告人黄道金辩称日本执法机关伪造证据、制造假案,因此对该案证据合法性的审查成为我国人民法院审理的重点。结合前文分析,对该案证据的审查可以按照以下两个步骤分层次进行。

第一步,审查证据的获得方式及使用是否符合中日刑事司法协助条约的相关规定。该案是我国侦查机关依照《中华人民共和国和日本国关于刑事司法协助的条约》第1条、第2条、第4条的相关规定,通过条约指定的中方对外联系机关(公安部),以书面形式向日方提出了刑事司法协助的请求,并以条约规定的程序和方式获取了相关的证据。条约规定的日方中央机关(法务省)盖章确认证据的真实性,且对其提供的证据材料没有作不能用于中方刑事诉讼的限制。通过审查以上内容,可以判断该案证据是依照中日双方签订的刑事司法协助条约获得的,且不违背特定目的使用原则,具备作为证据使用的资格。

第二步,根据刑事司法协助中的取证主体,审查证据的取得方式是否符合相关方的法律规定。该案的证据是由中日双方执法机关共同参与收集的,但证据的主要部分是由日本执法机关收集且已被用于日方的刑事审判,我国执法机关主要是参与辅助性证据的收集以及证据的核实工作。考虑到该证据是我国执法机关通过司法协助条约委托日方执法机关收集、移交取得的证据,若辩方对日方提供的证据没有提出合法性异议,则一般不再审查其证据的合法性。但由于该案被告人提出了日本执法机关伪造证据、制造假案的辩解,因此,根据笔者构建的境外证据审查规则,应采取不完全的“取证国准据法”审查模式,即审查日方取证方式是否符合日本相关法律的

^① 参见上海市杨浦区人民法院(2016)沪0110刑初449号刑事判决书。

规定。若日方涉嫌违法取证,则还应审查取证方式是否违反我国刑事诉讼法的相关规定。经审查,该案的被告人在日本法院接受审判时认罪态度较好,^①且日本警方根据我国联合工作组的要求,对担任该案司法解剖的执刀医生、鉴定书制作人以及侦查人员进行询问,赴案发现场再次勘查周边地形环境、被害人被害的位置以及目击证人在案发时所处的位置,并出具相应的答复书、报告书,^②我国执法人员在日本取证期间对上述证据的真实性进行了核实,因此,从移送的证据看,被告人提出的日方制造假案的辩解是没有任何依据的。另外,对于我国执法机关参与取证获得的证据,尽管是一些辅助性证据,但是根据“双重可采性原则”,仍需要审查其取证方式是否符合我国刑事诉讼法的相关规定,并应允许被告人对取得的境外证据进行确认,对提出异议的证据,应保障其与案件相关当事人进行质证的权利。可见,运用笔者构建的境外证据审查规则有助于法官对该案境外证据的合法性进行分步骤审查,以达到维护我国司法主权、尊重取证国法律并保障被告人合法权益的目的。

Abstract: The admissibility test of the criminal evidence obtained abroad is gradually focusing on the legality of the evidence. China's regulations on the legality of evidence obtained abroad are abstract and hard to be implemented, and the pattern of following internal laws they apply is also difficult to meet the judicial demands. From the comparative law perspective, the United States, Canada and Britain generally apply a relatively less strict examination standard of admissibility for evidence from abroad than that for evidence collected at home. Moreover, each country usually, depending on its own judicial system and law enforcement practice, follows such principles as the diminished protection of the accused, neutrality, double admissibility. Based on China's laws and law enforcement practice, and by learning from international experience, it is appropriate to adopt a "differential" admissibility test standard, depending on whether there is participation of China's investigation organs in overseas evidence collection, namely, if the evidence is entirely collected by foreign investigation organs, the foreign laws shall be regarded as the applicable laws and the principle of "the diminished protection of the accused" be adopted; if there is participation of China's investigation organs in the evidence collection, both Chinese laws and foreign laws shall be regarded as the applicable laws and the principle of "double admissibility" be followed.

Key Words: Cross-border evidence, applicable law, admissibility

责任编辑 田国宝

① 参见上海市杨浦区人民法院(2016)沪0110刑初449号刑事判决书。

② 参见上海市杨浦区人民法院(2016)沪0110刑初449号刑事判决书。