境外刑事证据是国际司法合作实践的产物,作为刑事证据中的一种特殊证据,其制度属于刑事证据制度的下位概念。在办理涉外案件时,为确保司法公正和证据的可信度,对境外刑事证据进行合法性审查是十分必要的。

构建境外刑事证据合法性审查规则

视角

□王玫黎 杨逸琼

王玫黎

□从理念上看,境外刑事证据合法性审查需尊重国家主权与保障个人权利。从形式上看,采取专门司法解释为宜。从规则上看,首先,境外证据合法性审查标准应当建立在国内法基础上,按照国内证据法的要求,对其关联性、真实性与合法性进行审查。尤其要加强对境外证据合法性的审查,特别是程序合法性审查。其次,应当构建层次化的证据审查逻辑链。

境外证据是国际司法合作实践的产物,其制度发展源于国际民商事领域。刑事证据规则是证据规则在刑事诉讼程序中特定化的概念,是对刑事证据收集、审核以及运用的相关法律规范。境外刑事证据作为刑事证据中的一种特殊证据,其制度属于刑事证据制度的下位概念。由于境外证据的收集和使用往往涉及不同的法律体系和司法程序,在办理涉外案件时,为确保司法公正和证据的可信度,对境外刑事证据进行合法性审查是十分必要的。

境外刑事证据合法性审查的模式

我国对于境外刑事证据合法性审查的立法模式采用严格审查模式。2012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2012《刑诉法解释》)第405条规定,经审查的境外证据达到"能够证明案件事实"和"符合刑事诉讼法规定"两个要求,就可以作为刑事证据使用。这就意味着,境外刑事证据需要符合我国刑事程序法对于证据"三性"的要求,即符合证据的真实性、关联性和合法性。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2021《刑诉法解释》)第77条沿用这一标准。这一模式表明了我国维护司法主权的决心和立场。2020年,最高检第十八批指导性案例之"张凯闵等52人电信网络诈骗案"明确指出,该案的指导意义之一是提出对境外获取的实施犯罪的证据应当重视合法性审查。

境外刑事证据合法性审查的依据

就境外证据制度整体而言,2002年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》对民事境外证据进行了规定。2005年《海关总署缉私局、最高人民检察院侦查监督厅、公诉厅、最高人民法院刑二庭关于走私犯罪案件中境外证据的认定与使用有关问题的联席会议的纪要》首次对境外证据审查作出规定,主要涉及境外证据的审查与转换问题。2012年,明确统一适用的境外证据规则被确立起来。2012《刑诉法解释》第405条加入对境外证据审查的规定,自此,境外刑事证据审查方面有了明确统一的规定,后经修改成为2021《刑诉法解释》第77条内容,即对来自境外的证据材料,人民检察院应当随案移送有关材料来源、提供人、提取人、提取时间等情况的说明。经法院审查,相关证据材料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,但提供人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。2018年制定的刑事司法协助法规定调查取证作为刑事司法协助的重要组成部分,并在第四章进一步细化请求调查取证的程序和内容,但并没有对境外证据的取证与审查作出规定。

从2020年至今,司法机关先后出台一系列法律文件,这些规定不仅涉及境外刑事证据,并且与以往规则有着显著的变化,包括《检察机关办理电信网络诈骗案件指引》《人民检察院办理网络犯罪案件规定》《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》与《关于办理电信网络诈骗案件适用法律若干问题的意见(二)》等。

境外刑事证据合法性审查的困境

实践中存在证据的收集依据证据所在国法律进行,而证据审查则依据证据使用国法律进行,这便出现程序采集和实体审查的法律适用差异。请求国基于管辖权的限制,无法干涉被请求国司法人员在本地的取证行为。加之,刑事司法协助的条约较为抽象缺乏实操性,导致证据采集的"准据法"依然指向了被请求国法律。我国对境外证据审查采取了严格模式,即境外证据必须符合我国刑事诉讼法对于一般刑事证据的"三性"要求。该模式拓展了请求国法律的域外适用,展现了我国司法主权的权威,但实效性也可能受影响。

目前来看,如果拘泥于用同一套标准判断境外证据的可采性,这可能导致对刑事司法协助所获境外证据的审查流于形式。我国刑事诉讼法将证据分为八种法定证据类型,每个种类的证据都有其自身特性。实物证据的真实性更容易确定,但其需要经过多次转交以及长时间保存,故对合法性的要求更高;言词证据在庭审实质化的推动下,更强调被追诉人的质证权;电子证据则因其易变性特征,对于真实性要求更高,需要经过严格的鉴真程序。境外证据获取的途径和方式也是多种多样,有委托取证、直接取证以及联合取证等多种形式,对其合法性审查也应当根据特殊性与现实性进行考虑。

境外刑事证据合法性审查的思路

从理念上看,境外刑事证据合法性审查需秉持尊重国家主权与保障个人权利的理念。一方面,要维护我国司法主权,结合我国现实需求,从统筹推进国内法治与国际法治、完善刑事司法协助体制、构建域外法律适用体系三个方面展现主权权威;另一方面,重视个人权利的保障,承认被追诉人在国际刑事司法协助中的主体地位,并向被追诉人提供救济渠道,为被追诉人权利保障提供法律依据。

从形式上看,对于境外证据的相关规定以采取专门司法解释为宜。建议在刑事诉讼法证据章中加入境外证据的原则性条款,通过原则性的规定对其合法性审查予以明确,以达到统领具体司法解释的功效,再由司法解释对其进行详实的规范。

从规则上看,首先,境外证据合法性审查标准应当建立在国内法基础上,按照国内证据法的要求,对其关联性、真实性与合法性进行审查。尤其要加强对境外证据合法性的审查,特别是程序合法性审查。其次,应当构建层次化的证据审查逻辑链。所谓层次化之审查,即根据证据本身性质和收集途径使境外证据在审查过程中逐渐完成"蜕化",让证据审查克服个案指导的软弱性,最终顺利进入审判程序。

一是审查境外证据是否违反了证据特定性原则,这是境外证据遵循的基本原则;二是审查境外证据是正式司法协助途径还是非正式司法协助途径,不同国家对此态度存在差异;三是审查境外证据的取证方式,对于直接取证所获得的证据可以直接按照国内证据进行审查;四是根据证据种类不同分列审查重点,目前仅将电子数据将其分列出来,对其他证据还未进一步细化。另外,针对境外证据的合法性,应当审查证据收集、保存与移交的全过程。对于转化使用的境外证据需要审查其转化过程是否符合规定,赋予转化证据的合法性。

设置境外证据的非法证据排除规则。非法证据排除规则的设置需要注意两点:一是要避免"一刀切"现象,即全盘否定有瑕疵的境外刑事证据。这不仅不符合我国对非法证据排除规则的解读,也不符合境外证据的复杂性与特殊性。二是要避免规则的"抽象性",即缺乏明确评判"非法境外证据"的标准。抽象、笼统的规则需要司法人员通过自由裁量权予以判定,导致规则适用存在较大差异。对于经补足仍不具有证据能力的,无特殊规定违反证据特定性原则的,以及严重侵害被追诉人权利的境外证据应当予以排除。另外,考虑到境外证据的特殊性,对于损害国家主权、安全以及社会公共利益的境外证据,要予以排除。

[作者分别为西南政法大学教授、博士生导师,西南政法大学海外利益保护中心研究人员。本文为国家社科基金后期资助项目:"我国陆地边疆重大安全风险法律问题研究"(22FFXB060)以及2024年最高人民检察院应用理论研究课题的阶段性成果]

集萃

中国政法大学法治政府研究院教授刘艺:

以检察监督为抓手健全行刑反向衔接机制

最高人民检察院印发《关于推进行刑双向衔接和行政违法行为监督构建检察监督与行政执法衔接制度的意见》,明确了行刑正向衔接和行刑反向衔接中的监督机制。该《意见》出台的背景有两个制度驱动力:一是2021年修订的《中华人民共和国行政处罚法》第27条第1款确立的刑事优先移送规则与轻罪治理改革对行刑衔接体制带来的衍生问题亟须处理;二是我国传统行刑衔接机制中存在沟壑与堵点,无法仅仅通过程序性衔接机制予以化解。行刑衔接的顺利运行需要主导机制和整体认知的支撑。从德国的经验来看,检察机关可在行刑反向衔接机制的管辖权、优先处置权和移送权等方面发挥主导与关键作用,实行的是职权主导的衔接机制。而我国则需以检察监督为抓手应对"行刑"规范重合、移送程序不健全、行政不法与刑事不法无法区分等行刑反向衔接问题,健全监督主导的衔接机制。行政检察部门在行刑反向衔接中应明确衔接的基础和标准,并聚焦于法人的违法行为监督问题上。

厦门大学法学院教授孙丽岩:

将比例原则作为政府数据收集行为的合理限度

大数据时代政府掌控数据的绝对优势加剧了行政权力与公民权利之间的力量差异,政府在个人数据收集中"权利—权力"结构失衡的背后是公民人格尊严利益对行政主体所代表的公共利益的退让与服从。但政府基于公益目的的数据收集行为并非毫无限度。个人信息保护法确立了两种个人数据处理情形并加以规制:基于个人同意的处理和基于法定许可的处理。但仅仅依靠知情同意原则已很难真正实现对公民权利的维护。在数据收集过程中,应当将行政法上的比例原则实质化成为政府数据收集行为的合理限度,通过限定数据收集目的的合法性、具体性与合理性,将数据收集特别是敏感数据的范围限制于行政既定目的之必要,以实现个人利益与公共利益的价值平衡。

北京师范大学刑事法律科学研究院副教授商浩文:

综合考量非法经营同类营业罪的适用

刑法修正案(十二)关于非法经营同类营业罪的立法修改落实了党中央关于民营企业保护发展的决策部署,因应了民营企业产权保护的现实需求。非法经营同类营业罪的修改主要体现在对犯罪主体范围适用的扩大。刑法修正后,在尚未有司法解释出台前,对于该罪的适用,应结合前置法以及立法的规范目的予以综合考量。关于"董事、监事、高级管理人员"的认定应参照前置法的相关规定,考虑规范目的和不同所有制主体之间的治理结构差异,坚持形式审查与实质判断相结合的方法。在客观行为"同类营业"行为的判断标准上,需把握"经营性"和"竞争性"两个特点。关于本罪中"非法利益"的认定,应是指相关人员自营、他营公司、企业的非法获利。考虑到侵害法益的不同,同类情形下非国家工作人员涉及罪名中的数额标准应有所差异。"致使公司、企业利益遭受重大损失",不仅应包括已经实际造成的财产损失,还包括对公司的预期利益所造成的损害。预期利益宜限定在相对确定的利益。

中国社会科学院法学研究所副研究员窦海阳:

相当因果关系理论适用于环境侵权因果关系的判断

相当因果关系理论主张:如果某事实一般地,并不只是在十分特定的、非常不可能的、且依事物的通常进程应不予考虑的情况下,适于促成一定结果,则为相当。将相当因果关系理论适用于环境侵权因果关系的判断,需要明确其作为系统的因果关系理论,是达成侵权责任整体目标的必要环节。相当因果关系理论可以在中国法基础上以其理论系统在同一语境下对环境标准、关联性、鉴定意见、证明规则、法律规范等问题作出妥当解释。相当性判断要对一般条件关系中的环境科学知识范围作出筛选,它与原告证明关联性以及鉴定意见所依据的知识范围不同。相当性判断具有的价值功能不能被特殊证明规则的价值考虑所取代,而要通过斟酌当事人利益以及社会整体价值等因素对具体条件关系作出筛选、确认或填补,同时还需法规目的的辅助,对此结果作扩展或限缩。

(以上依据《国家检察官学院学报》《政法论坛》《中国政法大学学报》《清华法学》,陈章选辑)

隆礼重法:彰显"法安天下"与"德润人心"辩证关系

隆礼重法以礼法并用为基础,进一步体现礼法在治国中的关系。其中,"隆礼"强调推崇礼与道德规则,"重法"要求重视法律规范,两者相辅相成,互补互助。

传承中华优秀传统 法律文化

□邓文忠 徐永兴

邓文忠

□充分认识"法安天下"与"德润人心"之间的辩证关系,两手共抓法治与德治,既不可分离又不能偏废。检察人员要深刻学习领悟习近平法治思想,牢固树立法德共治的理念,提高自己的思想境界与理论修养,高质效办好每一个案件,实现政治效果、社会效果、法律效果有机统一。

习近平总书记指出,中华法系凝聚了中华民族的精神和智慧,有很多优秀的思想和理念值得我们传承。出礼入刑、隆礼重法的治国策略,德主刑辅、明德慎罚的慎刑思想等,都彰显了中华优秀传统法律文化的智慧。隆礼重法以礼法并用为基础,进一步体现礼法在治国中的关系。其中,"隆礼"强调推崇礼与道德规则,"重法"要求重视法律规范,两者相辅相成,互补互助。唐律是唐朝的一部刑法典,也是中国现存第一部内容完整的法典,被认为是中国古代法典中的"最善者"。它定本于唐太宗贞观十一年(637年)的《贞观律》,现存的版本是颁行于唐高宗永徽四年(653年)的《永徽律疏》,由12篇目、502条律条和"疏议"构成。当前,应传承中华优秀传统法律文化,借鉴隆礼重法治国策略中的积极一面,实现创造性转化、创新性发展。

唐律中丰富的隆礼思想与规定

隆礼思想。唐律中的隆礼思想主要表现在两个方面:一方面,明确提出礼在治国中的重要地位。唐律之《名例》篇的前言中说:"德礼为政教之本",即把礼作为治国的根本,突出了礼的崇高地位。这也是儒家思想作为国家主流思想在法律中的体现。另一方面,大量引用儒家经句。唐律中大量引用来自于《尚书》《诗经》《易经》《周礼》《春秋》等儒家经典中的经句。在唐律的前言中,就引用了《易经》《尚书》中的三段经句,分别是《易经》中的"天垂象,圣人则之""理财正辞,禁民为非曰义";《尚书》中的"丕天之大律"。唐律大量引用这些儒家经句就是为了突出礼的权威性,把其作为社会主流思想加以渲染,凸显礼的重要地位。

隆礼规定。唐律以刑法规定为主要内容,其中包括刑法原则、罪名、刑罚等,而其确定的依据往往是儒家经典中的经句,反映的是礼的内涵,可以说礼是唐律的立法指导思想与依据。例如,唐律中老小及残疾人犯罪享有的恤刑原则就是如此。唐律之《名例》篇里规定,老小及残疾人群可以根据不同情况,享用赎、上请与免死的恤刑优待。"诸年七十以上、十五以下及废疾,犯流罪以下,收赎。年八十以上、十岁以下及笃疾,犯反、逆、杀人应死者,上请;盗及伤人者,亦收赎。余皆勿论。九十以上,七岁以下,虽有死罪,不加刑。"这一规定的依据来自《周礼》的"三赦"之法,是其升级版。再如,唐律中的部分罪名也以儒家经典中的经句为依据。唐律之《名例》篇里规定了"不孝"罪,依据是《周礼》中的经句"孝子之养老也,乐其心,不违其志,以其饮食忠养之"。如果做不到这一点而"供养有缺",就会构成"不孝"罪。唐律的主要刑罚是"五刑",即笞、杖、徒、流、死。设定"五刑"的依据同样是儒家经典中的经句。比如,设定笞刑的依据是《尚书》里的"扑作教刑"。依据这一经句,法律规定了笞刑,用小竹板捶击犯人的腿与臀部。

唐律中完备的重法思想与规定

先秦时期,法家非常重视法律的作用,形成了一套重法的思想,并转化为法律付诸实施。公布成文法、制定《法经》、商鞅变法等都是法家的举措。唐律也传承了法家的重法思想,形成了一系列重法的规定。

重法思想。唐律的刑法典性质决定了唐律的重法思想以重刑法为特征。唐律通过多视角反映重法思想,其中包括法在治国中的地位、法的作用、法的发展历史、刑罚的使用等等。关于法在治国中的地位。唐律指出:"刑罚为政教之用"。这里的"刑罚"就是法的含义。此句话突出法在治国中不可或缺的重要地位,即治国需要隆礼重法并举,不能偏废任何一方。关于法的作用。唐律继承法家"以刑去刑,以杀止杀"的思想,认为法有制止、防止犯罪的作用,即"惩其未犯而防其未然"。而且,法的作用非常特殊,如同权衡、规矩一般。"譬权衡之知轻重,若规矩之得方圆"。从历史来看,中国各朝各代都建制立规,"不立制度,则未之前闻",都充分发挥法的作用。关于法的发展历史。唐律考察了法的发展历史,从法的连续性来显示它的重要性。唐律认为,在夏朝以前就已用刑罚。"昔者,三王始用肉刑",此后又有"夏刑""五刑"《法经》《九章律》等,直至隋律、唐律。关于刑罚的使用。唐律认为,刑罚是法的重要组成部分,而且在古时就使用刑罚,"大刑用甲兵,其次用斧钺;中刑用刀锯,其次用钻笮;薄刑用鞭扑"。从此中可得出结论,国家不能没有刑罚,即"刑罚不可驰于国"。

重法规定。唐律的重法规定体现在以下三个方面:第一个方面,在立法上,织密法网,严厉打击各种犯罪,预防漏网之鱼,以体现对法的重视。比如,唐朝的法律形式主要是律、令、格、式,违反了令、格、式都要依据唐律定罪量刑。然而,令、式的内容非常多,而唐律仅502条,无法全面覆盖,于是唐律之《杂律》篇设置了兜底条款,凡在唐律中无相应制裁条款的,全都按照"违令"和"违式"追究刑事责任。第二个方面,在司法上,强化对司法官的责任。唐朝的司法官主导诉讼过程,进行案件的审判。为了保证诉讼得以正常进行,唐律强化了司法官的责任,从各方面规范司法官的行为,其中包括"出入人罪"的规定。唐律之《断狱》篇规定,司法官如果有罪判无罪、重罪判轻罪、无罪判有罪、轻罪判重罪,都要以反坐的原则追究司法官的刑事责任,以此来增强司法官的责任心,保持公正司法。第三个方面,在刑罚的执行上,强调依法执行。唐律的"五刑"在审判后,都需严格执行,以使罪犯受到应有的惩罚。为了防止刑罚执行出现偏差,唐律强调要依法执行,否则相关官员会被追究刑事责任。比如,唐律之《断狱》篇规定,在立春以后、秋分以前的时间段内和断屠月、禁杀日的范围内,都不得执行死刑,违反这一规定的执行官员要被处以刑罚。这一规定体现了秋冬行刑的基本理念。

隆礼重法思想的当代司法价值

唐律出礼入刑、隆礼重法的思想对后世有着深远影响,时至今日仍应予以创造性转化、创新性发展。

坚持依法治国和以德治国相结合。"德礼为政教之本,刑罚为政教之用,犹昏晓阳秋相须而成者也"。这是唐律的隆礼重法思想经典表述,其强调礼法虽有不同,各有自己的专长,但它们是一个整体,合而不同,就像黑夜与白天、春季与秋季相互依存一样,不能缺少任何一方。这一表述在当下转化为依法治国与以德治国相结合的思想,而且这一思想还是习近平法治思想的重要组成部分。习近平总书记在党的二十大报告中再次强调要"坚持依法治国和以德治国相结合"。这既是国家治理需求,也是司法的需要。

充分认识"法安天下"与"德润人心"之间的辩证关系,两手共抓法治与德治,既不可分离又不能偏废。检察人员要深刻学习领悟习近平法治思想,牢固树立法德共治的理念,提高自己的思想境界与理论修养,高质效办好每一个案件,实现政治效果、社会效果、法律效果有机统一,让人民群众有更多司法获得感,为新时代的司法公正与建设中国式法治现代化贡献力量。

处理好情、理、法之间的关系。人情、常理、国法在社会中会长期存在,而且有各自的价值。人情与常理更偏重于德治范畴,国法则属于法治范围。在检察工作特别是办案过程中,一定要妥善处理它们之间的相互关系。其中,不能缺位,不要缺少情理,更不能缺少法;不能错位,不可用情理代替法,更不可用法代替情理。只有在依法的前提下观照情与理,决不能用情理冲击乃至失落法。检察机关是宪法规定的国家法律监督机关,严格司法是基本职责。检察机关既是司法机关,还是政治机关,要有"为大局服务、为人民司法、为法治担当"的使命感。要切实将社会主义核心价值观融入法律监督、融入检察履职办案,统筹国家法律、基本事理和民众感情,通过司法实现特定时空下的具体正义,持续彰显法理情统一的司法力量。检察机关一定要认真处理好情、理、法之间的关系。检察机关应该坚持双赢多赢共赢理念,在依法办案的前提下,考虑到情理,正确处理好情理与法的关系,既依法办案、公正司法,又不失情理,向人民交上一份满意的检察答卷。

(作者分别为江西省萍乡市人民检察院党组书记、检察长,综合业务部主任)