

刑事缺席审判中的证据规则研究

——以境外追逃追赃为视角

顾佳浩

(北京外国语大学 法学院, 北京 100089)

摘要:在外逃型缺席审判中正确适用证据规则,不仅有助于我国境外追逃追赃工作的顺利进行,而且有利于被告人的权利保障。然而,既存制度下的证据规则存在适用疑难,包括启动缺席审判的控方证明责任过重、被告人放弃出庭的自愿性推定规则失当、非法证据排除规则的法律适用不明和域外证据的鉴真规则粗疏。因此,应当基于公正与效率的动态平衡、权利放弃理论兼顾价值权衡理论、尊重他国司法主权、精细化的“智慧司法”这四项基本理念,适当减轻启动缺席审判程序的控方证明责任,完善被告人放弃出庭的自愿性推定规则,区分证据取得和证据使用的阶段性概念,并构建和细化智慧鉴真规则,从而实现证据规则在缺席审判中的规范合理适用。

关键词:缺席审判;证据规则;追逃追赃

中图分类号:D915.13 **文献标志码:**A **文章编号:**1672-349X(2021)05-0078-11

DOI:10.16160/j.cnki.tsxyxb.2021.05.012

A Study on the Rules of Evidence in Criminal Trial in Absentia: from the Perspective of Hunting Down Fugitives and Recovering Illicit Assets Abroad

GU Jia-hao

(School of Law, Beijing Foreign Studies University, Beijing 100089, China)

Abstract: Correct application of the evidence rules for trial in absentia concerning flight is not only beneficial to the smooth progress of hunting down fugitives and recovering illicit assets abroad, but also conducive to the protection of the rights of the accused. However, there are difficulties in the application of the evidence rules under the existing system, including the prosecution's excessive burden of proof in initiating the trial in absentia, improper presumption for the defendant's voluntary giving up appearing in court, the unclear application of the exclusion rule of illegal evidence, and the careless authentication rules of extra-territorial evidence. Therefore, with the four essential concepts as the basis, including dynamic balance of justness and efficiency, Right Renouncing Theory combined with Value Balancing Theory, respect other countries' judicial sovereignty and the intensified "judicial wisdom", the prosecution's burden of proof should be appropriately reduced in starting trial in absentia, presumption rules for the defendants' voluntary giving up appearing in court be improved, periodic concepts be distinguished between evidence obtaining and evidence using, the wisdom distinguishing rules be constructed and refined, so as to realize the proper and reasonable application of evidence rules for trial in absentia.

Key Words: trial in absentia; rules of evidence; hunt down fugitives and recover illicit assets

作者简介:顾佳浩(1997—),男,江苏苏州人,硕士研究生,主要从事刑事证据法学研究。

一、问题的提出

自党的十八大以来,中央反腐败力度之强可谓空前。在反腐高压政策和以审判为中心的诉讼制度改革的双重背景下,缺席审判制度伴随着2018年《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)的修订应运而生。随后,最高人民法院在2021年2月4日发布了《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》(以下简称《刑诉法解释》),进一步细化了缺席审判程序,以适应新时代国际追逃追赃工作的需要。至此,缺席审判程序、特别没收程序与《监察法》《国际刑事司法协助法》中的相关规定一道,共同加快了国内反腐败立法与国际公约、条约的对标及衔接进程,为惩治外逃贪官上了追人追赃的“双保险”。

值得注意的是,2018年《刑事诉讼法》针对缺席审判制度作出了专门规定,并区分了三种亚类型。其中,本文所述缺席审判制度均是围绕贪官外逃型缺席审判这一亚类型展开的。另外两类缺席审判的着眼点在于因严重疾病致使中止审理下被告方对诉讼权利的自由处分^[1],以及为被冤屈的被告人平冤昭雪^[2],并非服务于追逃追赃的政策目标,故不在本文论述之列。

尽管缺席审判制度的出台顺应了实践理性的需要,但制度设计本身尚显粗疏,逻辑建构尚欠自洽,由此给司法实务带来了不少困扰。本文特选取缺席审判制度中尤为突出的证据规则相关问题作为研究视角,如证明责任和证明标准问题、自愿性推定问题、证据排除问题、证据鉴真问题等。一方面,证据作为裁判的基石,是贯彻证据裁判原则和准确认定事实的逻辑前提,是诉讼制度改革下刑事庭审的中心^[3];另一方面,细化证据规则也是完善缺席审判制度的题中应有之义。缺席审判相较于对席审判具有天然的局限性,尤其体现在证据规则方面。例如在证据类型上,被告人的缺席直接导致了被告人供述和辩解这一证据类型的缺失,直接影响贪污贿赂犯罪中证据链条的完整性,可能导致案件事实和证据之间无法相互印证。在证明

过程中,被告人的缺席也直接造成质权的自我辩护权无法得到切实保障,被告人也无法在对席审判完整的三方结构中就相关争点发表自己的看法,进而维护自身的合法权益。在证明标准上,正是由于被告人的缺席,往往难以达到严格的刑事犯罪要求标准。既然证据无从查证属实,那么刑事缺席审判就成了一个不完整的对“人”之诉,甚至在某种程度上只能按照民事案件的优势证据标准来解决追赃问题。因此,被告人未参与庭审本身不仅是对正当程序及基本人权保障的一大冲击^[4],深刻影响着缺席判决自身的正当性证成,同时也是对刑事对席审判证据规则统一性和完整性的破坏和挑战。此外,证据规则还牵涉缺席审判的启动、庭审认证过程等诸多环节,规则的合理与否将直接影响到我国对外追逃追赃的实效性。

由此,本文需要进一步明确的是,在现行缺席审判制度及相关证据规则亟待完善的情况下,针对外逃人员存在哪些规则适用疑难,面对这些疑难应当抱以什么样的基本理念,基于这些理念应当如何对其中的证据规则进行改良。此前,已有不少学者就缺席审判中的证据问题进行深入探讨。比如:有的学者主要从证明标准切入,论证了在缺席审判中设定“犯罪事实清楚、证据确实充分”标准的现实合理性^[5];有的学者以明确证明标准、证明对象、证明方法、证据可采性、证明模式等观点为要旨,探索证据规则对程序正当性、被告人权利保障等问题的合理解决^[6];有的学者通过辨析刑事缺席审判和特别没收程序的不同责任类型,主张适用区别化的举证责任^[7];还有的学者针对域外取得的刑事证据可采性问题相关研究成果,提出了有关证据规则法律适用的“三层次”判断法^[8]。这些学者的观点及论述,为我们研究和解答上述问题提供了思路 and 基础。基于此,本文主要着眼于缺席审判阶段中的证据规则适用问题展开讨论,兼顾从解释论和立法论的角度来言明制度设计背后的基本理念,并基于这些原理来提出实务导向的因应之策。

二、缺席审判中的证据规则适用疑难

证据规则在缺席审判中的适用功能和价值在于为加强追逃追赃力度提供正当性证成。启动缺席审判程序的控方证明责任过重、被告人放弃出庭的自愿性推定规则失当、非法证据排除规则的法律适用不明和域外证据的鉴真规则粗疏是当前司法实务和理论界面临的共同难题。这些疑难和障碍会对追逃追赃行动及缺席审判的正当性基础等产生重大影响。因此,有必要对此进行深入分析,把握证据规则的设计脉络和价值走向,并对其在缺席审判制度中的适用持以更加审慎的态度。

(一)启动缺席审判程序的控方证明责任过重

根据《刑事诉讼法》第291条规定,缺席审判程序启动的证明标准是“人民检察院认为犯罪事实已经查清,证据确实、充分”。相比对席审判中检察院提起公诉的证明标准是一致的,缺席审判制度针对的是外逃人员,对象的特殊性决定了控方启动缺席审判程序的证明责任不宜过重,否则会造成配套制度的不协调和现行程序的形同虚设。具体而言,证明对象决定了证明责任配置的动因,特殊的案件类型需要在证明过程中配套特别的证明方法,证明标准则是在综合证明对象、案件类型、证明方法等要素后的制度设计,重在把握证明责任的幅度以实现价值的平衡。因此,它们共同围绕证明责任展开,贯穿证明责任的因果始终。

第一,从证明方法上来说,由于外逃人员多涉贪污、渎职类犯罪,而职务犯罪的特点是高度依赖口供^[9],缺乏被告人口供的直接印证,徒有巨额财产、银行流水转账记录等客观性证据或证人证言,事实上难以达到“犯罪事实清楚,证据确实、充分”的标准,而过重的证明责任将不利于促进对外追逃追赃工作的开展。

第二,从制度设立的初衷来看,启动缺席审判程序的目的是为了及时形成定罪判决书,从而为国际刑事司法协助的顺利开展提供依据。同时,为了加大追逃追赃的力度,提升“猎狐”

“打虎”的效率,增强震慑效果,以将更多的逃犯纳入恢恢法网,在证明责任和标准上做到有别于一般对席审判的启动要求,将更加契合制度设置初衷和实践理性。

第三,适度地降低标准更有利于形成打击外逃人员的强力,而现有的制度救济保障能够弥补缺席审判程序启动之初证明标准降低所致的被告人权利克减。《刑事诉讼法》第295条赋予了被告人对抗缺席判决既判力的异议权,能够引起法庭重新审理、转变为对席审判的后果,在国际上满足请求国“在引渡后对被引渡人重新进行审判”的承诺^[10],减少了我国与他国的国际司法合作障碍,也为缺席审判的启动提供了权利保障的正当性证成。

第四,从缺席审判的性质及其与特别没收程序的关系上来说,缺席审判程序启动之初的证明标准不宜设置过高。缺席审判程序属于对“人”之诉,而特别没收程序属于对“物”之诉,前者适用严格证明模式下的标准,后者适用自由证明模式下的优势证据标准。从整体上看,特别没收程序与缺席审判程序之间形成的是一个追逃追赃的制度闭环^[11],先由特别没收程序斩断贪腐财源,再由缺席审判程序保障逃犯归案。然而,如果案件在起诉阶段达到了优势证据标准却无法达到严格标准,那么也就意味着法官只能对财产进行裁判而无法对外逃人员进行审判,制度闭环出现了衔接断层,人赃也就难以俱获。

(二)被告人放弃出庭的自愿性推定规则失当

被追诉人“缺席”或者“放弃出庭”作为缺席审判程序的逻辑始点,意义重大,而对被追诉人放弃出庭、接受缺席审判程序作出正当判断的关键在于证明其自愿性。因此,对被追诉人的自愿性推定无疑成为缺席审判制度正当性的首要判断标准。

在实践中,一般情况下如果有确凿证据表明被告人收到了法院的传票或者起诉状,并且传票上载明了出庭期限、要求及不出庭的后果,或者有其他证据表明被告人通过其他方式获悉

了出庭通知,而被告人以明确的意思表示不出庭或以潜逃行为表示逃避审判,那么法官直接认定被告人是自愿放弃出庭殆无疑义。但在特殊情况下,并没有直接证据表明被告人收到了传票和起诉书,因而无法得知被告人究竟是故意对传票和起诉书置若罔闻抑或是确实未曾收悉相关法律文书,进而影响到法官认定其是否明确放弃自己的出庭权。此时,如若法官一概而论地将后一种情形也认定为被告人放弃出庭权,那么纵然是出于追逃追赃之实效考虑,也明显有违自愿性判断准则,牺牲程序正义的同时亦是对被告人的权利克减,实为不妥。

从比较法上来看,欧洲人权法院将不出庭的被追诉人分为三类,并适用不同的“放弃出庭权”证明规则,分别是在案表明立场的被告人、下落不明的被告人和正在潜逃的被告人^[4]。而相形之下,我国《刑事诉讼法》及相关司法解释并没有在“缺席审判”一章中单独区分被追诉人不在案的类型。质言之,综合《刑事诉讼法》第292条和《刑诉法解释》第600条的规定来看,只要法院在立案后发出传票和起诉书而被告人没有按照规定期限或要求到案出庭的,我国一律认定其性质为“正在潜逃”而不究其是否为“下落不明”,进而推定被告人是自愿放弃出庭。因此,该处的自愿性推定规则应当如何设计才能保证在合理限度内?申言之,法官在多大程度上可以实现自愿性推定的自由裁量?而这无疑会直接影响到缺席审判的适用率,从而影响追逃追赃的实效。

(三)非法证据排除规则的法律适用不明

域外证据可采性疑难是缺席审判程序进入庭审环节后面临的最重要的问题。一方面,证据的可采性不仅关涉最终事实结果的实体认

定,直接影响判决的准确性和被告人的权利保障,另一方面也会涉及国际刑事司法协助的程序性展开,尤其是严重违规的取证行为或将致使证据移送受阻。

因此,在规范阙如的情况下,实践中亟需进一步明确非法证据排除规则的法律适用问题,从而准确预测判决的结果走向。不同法域下的实体法中,证据的可采性标准因法律规制的目标等不同而有幅度之分,因而适用不同法域的证据排除规则与否将直接影响证据的采认。以美国为例,如果警察在搜查公民住宅前没有“敲门并声明”(knock and announce),那么警方由此取得的证据就可能会因为违反美国第四修正案而被排除^①,其目的主要在于震慑和规制警察所代表的公权力以及保护公民个人隐私和人格尊严等。相形之下,我国警方在进行房屋搜查和证据采集时,只需满足相关的搜查人数要求、见证人在场、必要的录音录像等程序性规定,即便取证行为有瑕疵也只需作出合理说明加以补正,一般不会直接导致证据被排除^②。由此可见,证据的可采性与一个国家的宪制结构、刑事政策理念、社会观念等关系甚密,而这些要素直接决定了追逃追赃的证据能否达到确实充分、是否能够形成完整的证据链条。

然而,法律适用无法绕开一国的司法主权问题。如果证据的可采性适用的是取证地所在国法,则确实考虑到了取证时点的属地性,但却忽略了属人性因素,也变相承认了取证地所在国法在我国缺席审判程序中的法律适用,是域外刑事管辖权在我国司法主权领域的延伸,反之亦然。因此,如何在尊重他国司法主权和明确证据排除规则的法律适用之间进行权衡乃是

① Wilson V. Arkansas, 514 U. S. 927, 115 S. Ct. 1914 (1995)。

② 例如我国《公安机关办理刑事案件程序规定》第194条、225条、226条对刑事搜查中的见证人制度作出了相关规定,但即便缺少了见证人见证这一环节,警方也可以通过录音录像或作出合理说明等方式对取证、搜查过程中的程序性瑕疵进行补救,由此取得的证据不属于《刑事诉讼法》中非法证据强制排除规则适用的范围。

当务之急。

(四)域外证据的鉴真规则粗疏

我国有关域外证据的相关规则主要见于《国际刑事司法协助法》当中^①,但其中并没有就域外证据的鉴真问题作出专门规定。域外证据的鉴真问题更多散见并适用于《刑事诉讼法》及其司法解释的一般条款和两个证据规定等一些专门性规定。然而,相较于国内的一般证据,域外证据所涉移送漫长、程序复杂以及各国证据存取方式方法存有不同,因此,需要统一作出相关规定以因应国际司法实践中域外证据鉴真之难。

鉴真是鉴别实物证据的真实性、同一性的技术性操作过程,而随着互联网时代的到来和科学技术的不断发展,现有的证据鉴真规则显得过于粗疏。以技术为划分,可以将实物证据分为物证、书证等传统实物证据和电子数据两类。传统实物证据主要有“独特性确认”和“保管链条证明”两种鉴真方法;根据《最高人民法院、最高人民检察院、公安部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》(以下简称《电子数据规定》)的规定,电子数据主要通过“保管链条证明”和鉴定来实现鉴真^[12]。具体而言,在域外证据的鉴真过程中,由于传统实物证据“远道而来”,其保管链条涉及国内外多个部门,因此程序复杂、耗时费力,但“独特性确认”可以通过证人出庭或者证人远程视频辨认来解决,故暂且不谈,难点是电子数据。由于一线执法人员的知识技能局限和出于保护证据完整性等目的,司法实践中会存在电子数据附带实物载体一并提取保存和电子数据的单独提取保存两种情况,因此前者还将涉及附着载体的保管等问题,其鉴真规则部分视同传统实物证据;单就纯粹的电子数据而言,仅遵循《电子数据规定》中的技术操作性规则是不够的,尤其缺乏对域外证据鉴真的规则细化,包括域外证据提取和保存的方式、涉及的域外机构

和权利主体以及与鉴真相关的被告人权利保障规则等。因此,虽然证据鉴真规则一般只会牵涉证据的瑕疵补正,但在信息化时代背景和域外证据“道阻且长”的情况下,简陋的鉴真规则往往增加了证据失真的风险。

三、缺席审判中证据规则适用的基本理念

由于缺席审判中的证据规则面临上述适用疑难,且调整和细化相应的证据规则会导致既有制度背后的价值发生消长变化,因而会影响到制度完善的路径和方向。对此,可以从公正与效率的动态平衡、权利放弃理论兼顾价值权衡理论、尊重他国司法主权、精细化的“智慧司法”这四项基本理念出发,为规则的变革和完善强基固本。

(一)公正与效率的动态平衡

公正与效率之辩是刑事诉讼法、证据法领域的永久命题,那么在缺席审判程序中亦不例外,需要在证据规则严与宽的角力之间寻找公正与效率最理想的平衡点。总体而言,缺席审判制度是以审判为中心的诉讼制度改革和反腐败境外追逃追赃政策共同孵化的产物,该项制度的出台天然带有公正和效率的价值理念。其中,公正是第一位阶的基础性价值,而效率则是第二位阶的价值,在公正和效率发生价值位阶的根本冲突时,应当坚守公正为本的底线。

但是,公正优先、兼顾效率的价值定位前提是从整体意义而言的,缺席审判制度本身更强调从效率价值着手。比如,在庭审结构上三方改为双方,加速了审判的进程;在制度衔接上紧接着监察体制、特别没收程序等,形成了境外“猎狐”的合力;在审判的目的上,除了尽快给被追诉人确定罪责,更重要的是扫清引渡或是国际刑事司法协助的障碍,以便尽快实施跨国追捕、移管和移送;在上诉的主体资格上,被告人的近亲属也获得了独立的上诉权;等等。这些

^① 《国际刑事司法协助法》第四章专门规定了“调查取证”,第五章专门规定了“安排证人作证或者协助调查”。

都不是对公正价值的背离,相反,缺席审判制度兼顾程序正义之基本前提和诉讼程序的效率提升,通过严格限定审理范围、法律援助辩护制度、归案异议重新审理等途径,在积极维护被告人权利的同时加快将其缉拿归案的进程,最终回馈给刑事诉讼以实体正义,这是公正价值在实体和程序维度上的一体两面和殊途同归。从这个意义上来说,追逃追赃的效率只是手段,缺席审判最终形成的公正裁判才是目的。

因此,适当降低证明标准也是基于对公正优先、兼顾效率这一价值理念的回归。降低缺席审判程序启动时的证明标准是在合理界限内强调效率价值,因而不应当将其视作对公正价值的悖反,而应该看到效率对于实现终极司法公正的积极一面。

(二)权利放弃理论兼顾价值权衡理论

出庭权作为基本权会影响后续的辩护权和对质权的实现,因此需谨慎对待缺席审判程序中被告人放弃出庭的自愿性证成。

没有直接证据表明被告人收到了传票和起诉书,可以具体细分为“下落不明”和“正在潜逃”两种情形,而这两种情形可以分别对应不同的放弃出庭之基础理论。当前,学界关于放弃出庭的基础理论以两个为主。第一个是权利放弃理论,即承认出庭是被告人的一项权利,正如《公民权利与政治权利公约》第14条第3款中规定的那样。正因为出庭权是一项权利,因此,被告人可以选择坚持自己的权利,也可以选择放弃自己的权利。但是,放弃权利的前提必须是明知且自愿,在无法得到被告人出庭与否的明确答复的情况下,无法据此得出判断。第二个是价值权衡理论,即法庭作出缺席审判的决定是基于刑事诉讼中多元价值的权衡,因此法官需对被告人出庭的必要性进行审查。相比于权利放弃理论中的被告人单方决定论,价值权衡理论则将开启缺席审判的决定权收归法庭单方。在此种情形下,被告人出庭与否彻底沦为

法庭价值权衡下的产物,则不论是质证权等实体性权利还是庭审参与权等程序性权利,都无法得到切实有效的保障^[13]。

以上二策均无法合理提供被告人放弃出庭的自愿性判断准则的理论基础。因此,有必要对原有基础理论进行改造,发展为权利放弃兼顾价值权衡理论,以期为被告人放弃出庭的自愿性判断准则提供适宜的理论引领。权利放弃兼顾价值权衡理论兼顾了被告人对出庭权的处分和法庭对于开启缺席审判必要性的价值权衡,因而可以在权利处分过分延迟或法院尽一切努力仍无法获悉被告人的权利处分状态时,进行价值权衡上的补足,尤其是追逃追赃的效率、审判公正等价值对被告人权利保障价值的补足。一旦解决了被告人缺席审判、放弃出庭的基础理论问题,也就解决了法官在自愿性判断准则上的自由裁量问题,从而防止“一刀切”。

(三)尊重他国司法主权

跨境追逃追赃涉及不同法域之间的法律适用问题,因而主权问题难以回避。主权是一个国家所具有的对内最高和对外独立的权力。主权原则作为国际法上最重要的基本原则,旧金山会议制定的《联合国宪章》对其作出了相当具体的说明。主要包括国家在法律上平等;各国拥有对内主权利力;国家的人格和领土完整、政治独立均应受到尊重;国家忠实地履行国际法义务^[14]。因此,尊重他国主权作为国际法义务,是各国展开司法协助的根本前提,也是缺席审判程序得以进行的逻辑起点。由此,在相关法律规范阙如的情形下^①,在刑事司法协助的实践中衍生出了一种“不审查原则”,即请求国在具体案件中不审查被请求国的法律规定或域外取证行为,而是默认对方的协助行为合法^[15],即全盘接受取证协助而暂时将法律适用问题搁置起来,避免绝对主权观下司法领域的直接碰撞。

① 2021年《刑法解释》将旧有条文中“……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……”这唯一一项有关认定境外证据材料可采性的条文删除了。

但值得注意的是,这种尊重并不意味着信奉“拿来主义”,即全盘肯定域外取证的可采性效力,而对问题选择性地视而不见。这是由于“全盘肯定”不仅无视因法域不同而造成的证据排除规则适用的差别,更重要的是忽视了各个法域下的证据排除规则背后所力求保护的法益和价值导向间存在的差别,以及忽视了在人权保障的力度和通过庭审发现真相的能力上各国之间存在的伯仲之分。如若轻易地将复杂问题简单化,那么纵然摆脱了域外取证行为合法性难以审查的实务操作困境,也终将使得制度目标和价值追寻落空。是故,应当摒弃国际法实践中的“不审查原则”,代之以一种在尊重各国司法主权基础上的“司法审查观”。

(四)精细化的“智慧司法”理念

当今,计算机技术的快速更新换代给司法带来了前所未有的挑战,证据规则领域首当其冲,而证据鉴真规则侧重于技术操作性规则,其中所涉的电子数据鉴真更是生发了制度性的难题,例如载体的虚拟化、保管技术的专业化等。然而,科技与司法作为社会分工下的必然产物,并不意味着理所当然的各自为政,而是应当在信息时代的契机中努力寻找两者新的结合点,积极引导新科技在司法取证、存证、鉴定等领域有所作为,做好传统司法的因应准备和转型升级,提升取证、存证、认证等过程中的科技含量,适应新时代的社会生活方式。与此同时,承认司法智慧化的历史必然趋势并非纵容司法为科技所裹挟前进,相反,应当始终将“智慧司法”纳入法治化的轨道,同时谨慎提防伪科技所带来的司法风险,不断细化司法尤其是证据规则领域的条文规定,从而使发现真实和保障人权协同并进。

因此,除了继续规范和细化传统的证据鉴真规则外,电子证据时代的到来,客观上还要求法院必须遵循认识的客观规律,尊重电子证据本身特有的属性,构建真正属于这一新生事物的证据规则^[16],而这也是“智慧司法”时代下的技治主义证据观所要求的。现代电子证据可以通过互联网技术本身实现技术自证,但是作为

审判者的法官,并不通晓电子数据鉴真的专业理论与实践操作,如果只是笼统地规定技术鉴真,则法官在作出判断时势必缺乏具体可靠的规范性依据,颇有令外行僭越审判权之虞。因此,需要以规则的精细化来统合司法认证和技术认证,从而实现真正意义上的“智慧司法”。

四、缺席审判中证据规则的完善路径

针对理论界现存的司法实务中缺席审判证据规则适用疑难,基于上文所述的多维基本理念,可以从适当减轻启动缺席审判程序的控方证明责任、完善被告人放弃出庭的自愿性推定规则、区分证据取得和证据使用的阶段性概念、构建和细化智慧鉴真规则这几方面着手加以解决,从而在为我国境外追逃追赃开路架桥的同时,也为人权保障保驾护航。

(一)适当减轻启动缺席审判程序的控方证明责任

适当减轻控方启动缺席审判程序的证明责任并作出相关的细化规定,是响应政策号召和契合制度理念的路径首选。第一,鉴于缺席审判程序和特别没收程序作为追逃追赃过程中的双面一体,两者相互配套、紧密关联,因而在启动时的证明责任和标准理应保持协调一致,即设为优势证据标准,以方便对“人”之诉和对“物”之诉打出反腐组合拳。第二,着眼于刑事诉讼程序的一致性和体系化,在缺席审判程序将起诉标准降为优势证据标准的同时,仍然要保持从立案到审判的诉讼各阶段证明责任和标准的幅度升序。因此,除立案阶段保持“有证据证明有犯罪事实,且需要追究刑事责任”和审判阶段保持“犯罪事实清楚,证据确实、充分,排除合理怀疑”的证明标准外,公安机关、监察机关移送审查起诉和检察院提起公诉阶段皆应当保持优势证据标准,且在幅度的把握上保证刑事诉讼后阶段比前阶段的证明责任更重。第三,控方在外逃人员是否“在案”这一问题上,不当承担过重的证明责任。《人民检察院刑事诉讼规则》(以下简称《高检规则》)第505条第4款规定:“人民检察院提起公诉的,应当向人民法院提交被告人已出境的证据。”与此同时,《刑

诉法解释》第598条第1款第4项规定,人民检察院提起公诉的缺席审判案件还需“写明被告人的基本情况,包括明确的境外居住地、联系方式等”。可见,《刑诉法解释》实质上加重了控方在被告人是否“在案”问题上的证明责任,给缺席审判的启动制造了不必要的阻碍。之所以称之为不必要,是因为被追诉人“在案”与否只与出庭相关,即“在案”是隶属于审判权之事,与审前程序无关,检察院不应当越位^[17]。因此,根据控诉原则和起诉法定原则,检察院无需考虑被告人“在案”与否,只要案件符合起诉条件,就应当向法院提起公诉,这也是缺席审判得以启动的前提条件^[18]。

此外,亦有学者认为,综合《刑事诉讼法》的相关条款规定,侦查终结、提起公诉、审判定罪证明标准始终都是“事实清楚,证据确实、充分”,它是唯一的,在任何时候、任何情况下都不得以任何理由降低的^[19],从而保持证明标准的同一性。然而,缺席审判程序作为一项为境外追逃追赃工作专设的特别程序,效率价值是其当前的价值着眼点,因而只要在合理范围内,作出有别于《刑事诉讼法》一般证明标准的下调也未尝不可,两者是一般与特殊的关系。同时,案件类型化下的证明标准下调并不会破坏诉讼程序的整体协调性,相反,各阶段、同类型案件的各阶段协同下调正契合了诉讼程序的协调一致,从而更好地实现了缺席审判制度的效率价值。

(二)完善被告人放弃出庭的自愿性推定规则

在明确权利放弃兼顾价值权衡理论基础之上,应当对被告人放弃出庭的自愿性推定规则从两个方面加以把握,从而帮助法官对在无法确定被告人究竟是“下落不明”还是“正在潜逃”状况下的放弃出庭进行自愿性推定裁量。

第一,法院应当尽最大努力找寻被告人的境外地址,以确保被告人能够收悉相关法律文书。如若法院凭己之力无法获取地址,则可请求公安机关、监察机关和检察机关协助找寻相关信息。如若确无准确地址,那么法院应当穷

尽所有送达方式^[20]。考虑到被告人在境外这一特殊因素,必要时还需向外逃人员所在国请求予以通知、送达法律文书等司法协助。此外,法院也可以通过外逃人员的近亲属、辩护律师等代为送达。如若法院在作出上述必要努力后依旧无法确定被告人是否明知并自愿放弃出庭,则应当从追逃追赃之效率价值出发,结合为绝对保障被告人的知情权而需耗损大量司法资源、无限的诉讼延迟致使被害人迟迟无法得到赔偿等法经济学考量,而推定被告人是“正在潜逃”。一方面,法院已尽必要努力弥补了被告人潜在的知情不足,不至于过分损害其权利保障;另一方面,外逃人员携巨款出境而使得自己杳无音信本身就难免蕴含着恶意的成分,加之这些外逃人员都拥有较强的反侦查能力,若在法院无法送达的情况下一律推定其为“下落不明”,则恐得不偿失,追逃追赃工作或将事倍功半。因此,尽快地推定被告人为“正在潜逃”,即因其自愿放弃出庭权而对其进行缺席审判,是一种较为务实的做法。

第二,法官在自由裁量被告人放弃出庭的自愿性时应当在整体上从严推定其“下落不明”,或曰从宽推定被告人“正在潜逃”。如上所述,被告人一旦满足“离境证明”“携带巨款”两个要素,本身就有一定嫌疑,再加上送达机关、近亲属等竭尽全力“寻无地址”“无法送达”等因素,被告人潜逃的可能性很高;又因为法院在进行缺席审判之后,即便被告人当初确是“下落不明”而未曾知情相关法律文书,其仍享有提出异议、推倒缺席审判的救济权。因此,自愿性推定规则的背后仍然是惩罚犯罪与保障人权两大价值之间的动态平衡,而从严推定“下落不明”并不意味着将追逃追赃凌驾于外逃人员的人权保障之上,而是在既有的权利保障框架内,更加认可追逃追赃的实效性。

(三)区分证据取得和证据使用的阶段性概念

目前,我国之所以在经由国际刑事司法协助所获证据的可采性问题上存在法律适用疑难,关键是因为将取证环节违法所适用的程序

规范和认证环节证据排除所适用的证据规范混为一谈,以致司法实践常常于不审查和过度审查之间艰难徘徊。因此,可行的方法之一是借鉴德国证据禁止制度中证据取得和证据使用之阶段性概念区分,如此既能妥善解决司法主权中的法律适用问题,更重要的是尊重被请求国的司法主权。

在德国法中,所谓证据取得禁止,指的是有关证据收集、取得程序和方式上的禁止性规范;所谓证据使用禁止,指作为事实裁判者的法官对于特定的证据不得用作裁判的根据,而证据取得禁止并不必然导致证据使用禁止^[21]。通常而言,我国司法实践习惯性地证据排除视为一个整体,没有对排除的依据、阶段及其背后所仰赖的价值目标加以区分。以不同的证据阶段为例:证据采集阶段的关键在于取证的合法性、规范性,更多的是依据程序性规范,目的中含有约束警察所代表的公权力行为,从而促使其规范执法,谨防刑讯逼供等错误执法行为所酿成的冤假错案,因而程序性规范是案件事实真实性的必要保障之一;证据审查、认定阶段的关键在于证据自身的证明价值,通过价值的权衡来决定是否采纳证据,比如说考虑到法经济学意义上的“该证据将造成过度的烦扰、耗费及拖延”^[22],或者是考虑到宪法性救济意义上的“侵犯公民基本权,如侵犯了公民个人生活所绝对需要保护的“私人核心领域”的隐私权”^[23],更多的是依据狭义上的证据规则。因此,如果我们将证据可采性问题切割开来看的话,就可以根据不同的证据阶段、排除依据、价值考量来选择不同的法律适用,进而也就避免了司法主权上的纠纷。

具体而言,可供讨论的情况有两种:第一种是证据在被请求国因适用证据取得阶段的法律规范或将遭致排除,而在我国因适用证据使用阶段的法律规范却得以采纳;第二种情况则是相反。造成这种横向差别的原因是国别之间的人权保障力度、规范价值目标、法治文化等要素的不同。就第一种情况而言,即便证据在取得阶段就有可能被排除,但在我国看来可能只是

一些程序性的瑕疵,因此尚有补救的余地。比如我国可以和被请求国积极达成协议,派人介入并重新调查取证,以防止外逃人员利用法律制度的国别差异钻空子。值得注意的是,由于证据取得禁止是为了规范警察行为,故排除证据并非唯一制裁后果,还有给予相关人员降级、撤职等实体性惩罚,因此,我国可以在被请求国法律允许的范围内积极提出异议,要求责以实体性制裁,以尽量避免证据被排除。就第二种情况而言,即便证据的可采性通过了被请求国一关,也并不意味着本土作战上的全盘照收。我国应当在谨遵本国相关法律规定以及《公民权利和政治权利国际公约》《联合国反腐败公约》《联合国反酷刑公约》等国际公约的基础上进行价值衡量,比如是否存在通过酷刑等严重违背基本人权的手段而获取的证据,如是即便该证据具有决定性的证明价值,也应当坚决排除,以保证外逃人员的公民基本权得到尊重和保障。

此外,亦有学者受到林钰雄教授提出的“预防性取证措施”思路的启发,建设性地提出“刑事取证司法合作请求前,查明被请求国的法律规定并将之与我国刑事诉讼法的规定作比较”^[24],从而取得两边实体法都得到遵循的效果。然而,由于侦查取证的紧迫性、时效性和同时熟谙两国法律的繁杂性,此种思路虽富有理论意义,但在实际操作中也恐难以展开。

(四)构建和细化智慧鉴真规则

在对实物证据进行类型化的前提下,可以再进一步根据证据存在的状态和特点对症下药,有针对性地构建和细化鉴真规则,尤其是针对电子数据要采取“智慧型”的应对措施。就物证、书证等传统实物证据和需附着在实物载体上的电子数据而言,主要采取缩短保管链的方式来完善鉴真规则;就无需附着实物载体而可以直接通过线上提取方式获得的电子数据而言,主要通过运用区块链等存证技术来实现技术自证,以实现信息时代的“智慧司法”因应。

首先,针对传统实物证据和连同实物载体一并提取的电子数据鉴真问题,最重要的是缩

短国际证据移送中的保管链条,探索“一字型”直接取证渠道^[25]。传统司法协助程序具有涉及主体多、程序构造复杂等特点,因而存在耗时长、效率低的严重缺陷。以我国对外展开刑事司法协助的部门主体为例,就有国家监委、最高法、最高检、公安部、国安部、司法部六个主体,如果两国之间没有签订刑事司法条约,或将还需要外交部的介入^①。就移交证据这一过程而言,从提交申请、审核到自下而上复又自上而下层层递送,外加中间可能存在的答复迟疑,从证据开始移送到移送完成,历时之久可想而知,由此大大增加了证据因污染损毁进而失真的风险。因此,应当减少横向和纵向间的对接主体,积极探索一方司法机关和另一方存证主体的“一字型”直接对接,降低传统实物证据因保管链问题而存在的失真乃至调包风险,从而最大限度地保证证据的真实性和同一性。同时,考虑到是国际间的证据移转,故必须对证据封存和解封的过程进行完整的录音录像,保管期间做好完整的记录,必要时还需有与案件无关的第三人见证或由公证机关、使领馆等出具相应的公证书。

其次,针对可以直接线上提取的电子数据鉴真问题,通过区块链的“去中心化”链式存储结构和有效时间戳等信息技术实现自我鉴真,是一项颇为可行的“智慧型”司法应对措施。近年来,伴随着区块链存证的快速发展,传统电子数据鉴真的弊端显露无遗。与此同时,外逃人员所涉嫌的犯罪主要是贪污贿赂等职务类犯罪,主要涉及诸如洗钱过程中的银行流水、境外的消费记录等电子数据的取证、存证。因此,区块链技术的运用为实现国家间跨国存证搭建了一个公信可靠又切实可行的平台。尽管如此,由于跨国存证自身存在的特殊性,仍需注意以下三点。第一,区块链技术通常只能保障入链后电子数据的真实性,但它无法倒推入链前证据材料的真实性。对此,应当划分出入链前后的不同阶段,特别注意在入链之前的取证过程

应保证有相关的录音录像和见证人,必要时还可以由公证机关出面进行公证。同时,也可以借鉴实践中的一些做法,集中审查在入链之前利用区块链存证平台进行网页抓取或过程取证时取证环境是否清洁^[26]。第二,国外的存证平台不同于国内存证平台,并非根据国内的行业标准、技术标准规范建立,亦无相关的公信力加以保障。因此,法院应当聘请相关领域的鉴定人员对存证平台的资质进行检验,比对国内外标准是否存在较大差异,如果拿捏不准,还应当由存证平台所在国的公证机关出具公证书。第三,原则上,域外电子数据入链前后的同一性、完整性乃至存证平台资质的合格与否皆由控方来负责,而一旦控方成功举证并达到了相应的证明标准,就应当推定电子数据实现技术自证。对此,考虑到过程的纷繁复杂及高度技术性和专业化,法院必须在充分保障被告人权利的基础上,允许其聘请相关领域的专家辅助人出庭进行技术说明和交叉询问,包括但不限于存证平台自身存在的技术风险、平台的资质、入链前后的环境是否安全等,以实现控辩双方的平等对抗。

五、结语

当今,随着国家各部委反腐败合力的不断形成和强化,境外追逃追赃工作的开展势如燎原。缺席审判制度作为调和反腐败强力和人权保障的缓冲剂,尚存证据规则适用疑难问题亟需破解,包括启动缺席审判程序的控方证明责任过重、被告人放弃出庭的自愿性推定规则失当、非法证据排除规则的法律适用不明和域外证据的鉴真规则粗疏。而制度完善的路径和方向则需基于公正与效率的动态平衡、权利放弃理论兼顾价值权衡理论、尊重他国司法主权、精细化的“智慧司法”这四项基本理念,在司法实践中适度减轻启动缺席审判程序的控方证明责任、完善被告人放弃出庭的自愿性推定规则、区分证据取得和证据使用的阶段性概念,并构建

^① 《国际刑事司法协助法》第5条、6条。

和细化智慧鉴真规则,从而最大程度地发挥制度在刑事法治中的功能价值,最终实现追逃追赃和人权保障的相向而行。

参考文献:

- [1] 陈瑞华. 刑事诉讼法[M]. 北京:北京大学出版社,2021:593.
- [2] 王敏远. 刑事缺席审判制度探讨[J]. 法学杂志,2018(8):39-43.
- [3] 张忠斌. 刑事庭审当以证据为中心[N]. 人民法院报,2018-08-12(2).
- [4] 施鹏鹏. 缺席审判程序的进步与局限:以境外追逃追赃为视角[J]. 法学杂志,2019(6):16-24.
- [5] 许昊. 从证明标准角度看刑事缺席审判制度的适用:以刑事诉讼法关于贪污贿赂犯罪缺席审判程序的规定为视角[J]. 人民司法,2019(28):4-8.
- [6] 袁义康. 证据法视野下的刑事缺席审判程序[J]. 政治与法律,2019(7):13-25.
- [7] 黄风. 刑事缺席审判与特别没收程序关系辨析[J]. 法律适用,2018(23):2-12.
- [8] 冯俊伟. 域外取得的刑事证据之可采性[J]. 中国法学,2015(4):247-265.
- [9] 李明蓉. 贪污贿赂犯罪案件口供依赖的破解[J]. 国家检察官学院学报,2016(2):129-140.
- [10] 黄风. 对外逃人员缺席审判需注意的法律问题[J]. 法治研究,2018(4):58-66.
- [11] 司伟攀. 境外追逃中缺席审判制度探析[J]. 时代法学,2020(3):110-117.
- [12] 谢登科. 电子数据的鉴真问题[J]. 国家检察官学院学报,2017(5):50-72.
- [13] 张吉喜. 刑事缺席审判的理论依据:类型及其运用[J]. 比较法研究,2019(6):166-183.
- [14] 鲁毅,黄金祺,王德仁,等. 外交学概论[M]. 北京:世界知识出版社,2004:68.
- [15] 冯俊伟. 刑事司法协助所获证据的可采性审查:原则与方法[J]. 中国刑事法杂志,2017(6):68-84.
- [16] 樊崇义,李思远. 论电子证据时代的到来[J]. 苏州大学学报(哲学社会科学版),2016(2):99-106.
- [17] 聂友伦. 刑事缺席审判的构建基础与实践展开[J]. 内蒙古社会科学,2020(3):127-133.
- [18] 陈卫东. 论中国特色刑事缺席审判制度[J]. 中国刑事法杂志,2018(3):14-26.
- [19] 沈德咏. 统一刑事司法标准 推进严格公正司法:略论人民法院推进以审判为中心的诉讼制度改革的工作重点[J]. 人民司法,2015(19):4-7.
- [20] 武晓艺. 刑事缺席审判制度的知情权保障机制:以送达程序为视角的分析[J]. 燕山大学学报(哲学社会科学版),2020(1):52-57.
- [21] 龙敏. 德国证据禁止制度简述[N]. 人民法院报,2019-09-20(8).
- [22] 威廉·特文宁. 证据理论:边沁与威格摩尔[M]. 吴洪淇,杜国栋,译. 北京:中国人民大学出版社,2015:42.
- [23] 李倩. 德国刑事诉讼法证据禁止制度类型分析[J]. 中国刑事法杂志,2010(1):119-127.
- [24] 冯俊伟. 论跨境追诉中的辩护权保障:主要以域外取证为例的分析[J]. 中国刑事法杂志,2019(4):129-144.
- [25] 冯俊伟. 跨境电子取证制度的发展与反思[J]. 法学杂志,2019(6):25-36.
- [26] 张中,崔世群. 司法区块链证据真实性审查[N]. 检察日报,2021-01-20(3).

(责任编辑:白丽娟)